

獨逸의 聯邦制改革과 聯邦州의 立法權限의 再編

朴英道*

차 례

- I. 연방제개혁의 배경과 경과
- II. 연방과 주의 입법권한의 재편내용
 - 1. 개요
 - 2. 연방의 전속적 입법의 재편
 - 3. 대강적 입법
 - 4. 경합적 입법
 - 5. 주전속적 입법
- III. 약간의 검토 및 향후과제
 - 1. 동의법률의 억제
 - 2. 기본법 제104a조제4항의 개정
 - 3. 이탈입법(Abweichungsgesetzgebung)
 - 4. 재정개혁

【참고문헌】

* 韓國法制研究院 先任研究委員

I. 연방제개혁의 배경과 경과

독일의 입법과정은 연방정부(Bundesregierung), 연방의회(Bundestag), 연방참의원(Bundesrat)의 상호 협력하에 이루어지는 매우 독특한 방식을 취하고 있다. 연방의회는 연방의 중심기관이며, 그 권한과 임무는 기본법에 유래한다. 연방의회는 법률을 제정하는 권한 외에 예산확정권을 가지면서 연방행정에 커다란 영향력을 행사한다. 아울러 연방의회는 기본법에 규정된 각종 권한에 의해서 연방 각 기관에 다양한 영향력을 행사하고 있다.¹⁾ 한편 연방참의원은 주(Land)가 연방의 입법이나 행정에 협력하기 위한 기관이다. 연방참의원은 주정부의 구성원으로 구성되며 주정부가 임명한다. 연방참의원의 권한으로는 법률의 발안권, 연방의회가 의결한 법률에 대한 동의권 및 이의제출권, 연방대통령이 입법의 긴급사태를 선포하는 경우의 동의권과 법률을 성립시키는 권한 등이 있다.²⁾

그러나 독일에는 연방의회를 “하원”으로 그리고 연방참의원을 “상원”으로 하는 하나의 입법부가 구성되어 있는 것이 아니다. 연방의회도 연방참의원도 각각 독립된 연방의 최고기관이다. 법제상 연방참의원은 이른바 양원제의회 제2원으로서 위치되어 있지는 않더라도 연방의 입법과정에서 연방참의원의 협력은 불가결하다. 즉, 독일에서는 연방의 법률은 연방의회에서 의결되나 법률이 최종적으로 성립하기

1) 독일연방의회에 관한 자세한 것은 Deutscher Bundestag Press und Informationszentrum Referat Öffentlichkeitsarbeit(Hrsg.), *Der Deutsche Bundestag*, Bonn 1985 ; Rupert Schick/Wolfgang Zeh, *So Arbeitet der Deutsche Bundestag*, 13. Aufl., NDV 1999 참조.

2) 연방참의원에는 임기가 없고 의원은 각자 부정기적으로 임명된다. 각주에서는 적어도 3표, 인구200만이상인 주는 4표, 600만이상인 주는 5표, 700만이상인 주는 6표의 표결권을 가진다. 의원의 활동은 주정부의 지시에 구속된다. 연방참의원에도 자율권은 인정되고 있으며, 1년의 임기로 의장을 선출하고 의사규칙도 있다. 자세한 것은 Ekkehard Handschuh, *Gesetzgebung -Programm und Verfahren-*, Heidelberg 1988, S.88f 참조.

위해서는 연방참의원의 협력을 얻어야 한다. 또한 연방정부는 연방의회에 법률안을 제출하기 전에 그 법안을 연방참의원에 송부하여 그 의견을 요구하도록 규정하고 있다. 그리하여 입법에 관한 연방참의원의 역할을 보는 경우 연방참의원은 실질적으로 제2원(Zweite Kammer)으로서의 기능을 하고 있는 기관이라 할 수 있다.³⁾

특히, 독일에서는 연방과 주의 관계나 주의 행·재정에 영향을 미치는 법률은 그 성립에 주의 이익을 대표하는 연방참의원의 동의를 요하도록 하는 동의법률(Zustimmungsgesetz)이 전법률의 5~6할을 차지하고 있다. 그것은 연방참의원이 연방의회에 대하여 번복할 수 있는 이의를 신청하는데 불과한 이의법률(Einspruchsgesetz)과 다르며, 연방법률의 성립에 대해 연방참의원이 이른바 절대적 거부권을 가진다.⁴⁾ 1949년 기본법제정당시에는 연방법률의 제정에 연방참의원의 동이가 필요하다는 규정을 둔 것은 13개 유형이었으나 이번의 기본법개정 이전까지 49개 유형으로 증가하였으며,⁵⁾ 이것이 전체적으로 연방의 입법에 대한 주의 발언권을 유지하고 높이는데 이바지하여 왔다. 반면 연방법률의 제정과정에서 동의법률에 대하여 연방참의원의 발언권이 증대되면서 그것이 연방차원의 입법활동의 지연과 정체의 원인이 되었다.⁶⁾ 특히, 연방과 주의 이해가 대립되거나 연방의회와 연방참의원의

3) Dieter Wyduckel, "Der Bundesrat als Zweite Kammer", *DÖV*, 1989, S.181f.

4) 동의법률의 경우 연방의회가 가결한 법률안에 연방참의원이 동의한 때에 법률은 성립한다. 그에 동의하지 않는 경우 연방참의원은 의결된 법률을 접수한 날부터 3주 이내에 양원협회의회의 소집을 요구할 수 있다. 연방의회 및 연방정부도 양원협회의회의 소집을 요구할 수 있다. 양원협회의회가 수정안을 제안한 경우에는 연방의회는 다시 의결을 한 후에 그것을 연방참의원에 송부하여야 한다. 연방참의원이 이에 동의하면 법률안은 성립하나, 동의하지 않는 때에는 법률안은 부결된다(기본법 제77조제2항, 제78조). 결국 동의법률의 경우에는 연방참의원이 절대적 거부권을 가지는 것이다.

5) 개정전의 기본법 제84조제1항은 연방법률이 주에 의하여 주의 고유사무로서 집행되는 경우에 그를 위한 행정관청이나 행정절차에 관한 규정을 연방법률로 정하는 때에는 연방참의원의 동이가 필요하다고 규정하였으며, 이것이 동의법률의 수를 증가하는 최대의 요인이었다.

6) Harald Georgii/Sarab Borhanian, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform*,

정당구성의 차이로부터 연방참의원이 부동의·이의를 제기하는 경우 법안 성립이 난항을 겪게 되었다. 1980년대의 CDU/CSU(기독교민주·사회동맹)와 FDP(자유민주당)의 연립보수정권하에서는 연방의회와 연방참의원에서의 여야당구성이 비슷하여 연방참의원의 부동의나 이의 신청은 별로 없었으나, 1990년대 이후부터 연방의회에서 야당인 SPD(사회민주당)이 주의회선거에서 약진하여 연방의회와 연방참의원의 여야당구성이 역전하면서 연방참의원의 비중이 높아지고 있다.⁷⁾ 이러한 상황에서 연방참의원의 구성원인 각주정부의 대표자는 주의 이해보다도 당리당략에 의하여 행동하는 계기가 증대하게 되면서 연방정부여당이 연방법률의 제정을 통하여 추진하려는 정책을 야당이 동의법률에 대하여 커다란 권한을 지닌 연방참의원을 통하여 봉쇄하는 사태가 매우 빈번하게 발생하게 되었다.⁸⁾

2006년 9월1일부터 시행된 기본법개정은 위에서 살펴본 입법과 관련한 제문제를 포함하여 독일의 연방제를 둘러싼 중요과제에 일정한 해결책을 제시한 것이라 할 수 있다. 이러한 연방제개혁을 둘러싸고 2003년 10월 연방의회·연방참의원 공동으로 “연방국가적 질서의 현대화에 관한 공동위원회(gemeinsame Kommission zur Modernisierung

Wie hätte sich der Anteil der Zustimmungsgesetze verändert, wenn die vorgeschlagene Reform bereits 1998 in Kraft gewesen wäre, 2006. S.18. 이는 독일연방의회가 작성한 보고서의 일부로서 독일연방의회사이트에서 다운로드 할 수 있다.

7) 독일에서는 어떤 정권이 연방의회에서 탄생하면 이번에는 그 정부여당이 추진하는 정책에 대한 반발에서 당해 여당과는 별도의 정당이 그 후의 주의회선거에서 의석을 만회하는 경향이 높아 그것이 연방의회와 연방참의원간의 이른바 여야당역전의 상황을 낳는 경우도 많다.

8) 연방의회와 연방참의원간의 견해차이가 있는 경우에는 양원협의회에서 조정이 행해지나(기본법 제77조제2항), 양원협의회의 심의는 비공식이므로 국민의 입장에서 볼 때 대단히 불투명한 상황하에서 법안성립과 관련한 주요한 최종조정이 이루어지기 쉽다. 한편 슈뢰더 정권하에서도 연방참의원의 다수가 야당이었으므로, 연방정부여당은 연방참의원에 의한 법안봉쇄를 회피하기 위하여 연방참의원의 동의가 필요한 부분과 그렇지 아니한 부분으로 구분하여 법률안을 제출하기까지도 한 사례가 있다(노동시장에 있어서 현대적 서비스제공을 위한 법률은 4개로 나누어 제출되었다).

der bundesstaatlichen Ordnung : Föderalismuskommission)”)가 설치되어 기본법개정을 포함한 개혁의 가능성을 심의하였으나,⁹⁾ 특히 교육에 관한 권한배분을 둘러싸고 연방과 주의 의견대립으로 인하여 2004년 12월 협의가 결렬되었다.¹⁰⁾ 그러나 협의노력은 지속되어 2005년 9월 11일 연방의회의원 총선거후에 성립한 CDU/CSU와 SPD의 메르켈 연립정권의 기초가 된 연립협정(동년 11월 18일)에서 연방제개혁의 내용으로서 ①효과적인 의사결정과 행동을 위한 능력의 향상(법률의 성립에 다수의 다른 입장의 자가 참가하고 주정부의 대표로 구성된 연방참의원과 연방의회의 지배정당이 다른 것에 기인하는 방해의 위험성을 개선), ②정부의 책임분배의 명확화, ③행정부의 유효성과 편의성의 개선 등을 결정하였다.¹¹⁾ 나아가 동년 12월 14일 연방수상과 각주수상의 결의에서도 같은 개혁의 목표가 명시되었다.

그 후 2006년 3월 7일 연방의회의 연립여당인 CDU/CSU와 SPD는 연방제개혁을 위한 기본법개정안과 관련법률의 개정안(BT-Drucksache 16/813, 16/814)을 마련하여 연방의회에 제출하였다. 한편 동일 노르트라인-베스트팔렌, 바이에른, 베를린 및 브레멘 등 4개주는 동일내용의 기본법 및 관련법률개정안(BR-Drucksache 178/06, 179/06)을 연방참의원에 제출하였다. 이들 개정안은 앞서 언급한 연립협정 등의 합의내용을 법안화한 것으로서, ①연방입법에 대한 연방참의원의 관여 축소, ②연방과 주의 입법권한배분의 재편, ③재정권한의 명확화 등을 규정하였다.¹²⁾ 이러한 개정안에 대하여 동년 5월 15일부터 6월 2일까지

9) 이 위원회의 활동에 관한 것으로서 Rudolf Hrbek/Annegret Eppler(Hrsg.), *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. 또한 연방참의원 홈페이지에서도 위원회의 관련자료와 의사속기록을 참조할 수 있다.

10) 자세한 것은 Thomas Fischer/Gerhard Hirscher/Udo Margedant/Gerhard Schick/Horst Werner, *Föderalismusreform in Deutschland. Ein Leitfadens zur aktuellen Diskussion und zur Arbeit der Bundesstaatskommission*, Forum Föderalismus 2004 참조.

11) Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 18.11.2005.

12) 기타 수도를 베를린으로 하여 수도에 있어서 국가전체의 대표를 연방의 임무로

연방의회(연방의회 법사위원회 및 연방참의원의 내무위원회의 합동개최)에서 공청회가 개최되어 100인 이상에 달하는 학자, 실무가를 초빙하여 제안된 법안에 관하여 각분야의 문제에 관한 다양한 의견이 청취되었다. 그 후 심의는 순조로이 진행되어 2006년 6월 30일 연방의회는 연방제개혁을 위한 기본법개정안을 찬성 428, 반대 162, 기권 3으로 가결하였다. 한편 연방참의원에서도 동년 7월 7일 찬성 62, 반대 3, 기권 4로 이에 동의함으로써, 기본법개정에 필요한 3분의 2의 다수를 충족하여 관련법안의 개정안과 함께 연방대통령에 의한 공포(BGBl. 1 Nr.41. vom 31. August 2006, S.2034)를 거쳐 9월 1일부터 시행되었다.

이번의 기본법개정은 지금까지 몇차례 좌절된 연방제개혁에 대하여 30년만에 탄생한 대연립정권의 호기를 충분히 활용하여 겨우 성립된 것이었다.¹³⁾ 전체 25개의 조문을 대상으로 하는 기본법제정이래 최대 규모가 되는 이번의 기본법개정은 국가수도의 지정, 연방과 주의 재정제도개혁 등 여러 방면에 걸친 사항을 다루고 있으나, 여기서는 그 가운데 입법에 관한 연방제개혁에 중점을 두어 연방과 주의 입법권한의 재편에 관하여 살펴보기로 한다.

II. 연방과 주의 입법권한의 재편내용

1. 개 요

16개의 주로 구성된 연방국가 독일에서는 국가의 입법권한은 원칙적으로 주에 있으며 기본법이 명문으로 규정하는 사항 및 방법에 있

하는 규정의 신설(제22조의 개정), 유럽연합에 있어서 독일연방공화국의 권리주장을 연방으로부터 주의 대표에게 이양하는 규정의 개정(이양되는 경우를 교육, 문화 및 방송의 영역에 한정, 제23조제6항의 개정) 등이 포함되어 있다.

13) 개혁의 전모에 관하여는 Peter Selmer, "Die Föderalismusreform. Eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung", *JuS*, 2006, S.1052f. ; Ulrich Häde, "Zur Föderalismusreform in Deutschland", *JZ* 2006, S.742f.

어서만 예외적으로 연방에 대해 입법권한이 부여되는 구조로 되어 있다(기본법 제70조제1항). 그리하여 기본법개정이전까지 연방에 권한을 인정하는 입법유형은 ①연방전속적입법(ausschließliche Gesetzgebung), ②경합적 입법(Kurrierende Gesetzgebung), ③대강적 입법(Rahmengesetzgebung)의 세가지 유형으로 대별되었다.¹⁴⁾ 따라서 이들 사항 이외의 것이 주의 전속적 입법의 대상영역이 되었으나, 지금까지 수차례의 기본법개정을 통하여 연방의 전속적 입법 및 경합적 입법의 대상영역이 추가되었기 때문에 주의 전속적 입법의 대상사항은 문화와 지방자치제도 등 한정된 영역으로 점차 축소되었다. 그 배경에는 사회국가화의 진전과 아울러 국가전체에 통일된 생활조건을 정비할 필요성이 높아졌다는 사정이 있었다. 그러나 연방의 입법권한 확대는 주의 권한이 일방적으로 약화된 것을 의미한 것은 아니었다. 연방의 권한확대를 인정하는 대가로서 주는 연방의 입법과정에 대한 관여정도를 강화하여 연방 법률에 대한 주의 영향력 유지를 도모하였기 때문이다. 그 대표적인 것이 앞서 살펴본 것처럼 동의법률(Zustimmungsgesetz)이라는 유형의 연방법률의 증가였다.

그리하여 이번의 기본법개정에서는 연방과 주의 입법권한의 재편에 관하여 ①연방, 주가 단독으로 입법할 수 있는 영역을 각각 확대함으로써 연방과 주의 입법권한의 구분을 보다 명확히 하고(대강적 입법의 폐지, 연방전속적 입법 및 주의 전속적 입법영역의 확대), ②연방과 주의 쌍방에 일정한 방식으로 경합적으로 입법권한이 인정되어온 영역에 관하여는 대상사항의 성질에 상응하여 복수의 다른 입법유형을 도입하는 등 대규모의 개혁이 행해졌다.¹⁵⁾

14) 자세한 것은 한국법제연구원, 「독일의 법령체계와 입법심사기준」, 2005.11., 39면 이하 참조.

15) 이번의 기본법개정에 따른 입법권한의 재편개요에 관하여는 Jörg Ipsen, “Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle”, *NJW*, 2006, S.2801f. ; Christoph Degenhart, “Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform”, *NJW*, 2006, S.1209f.

구 제 도	신 제 도	
연방진속적 입법	대상사항 추가	
경합적 입법	연방우위형	- 연방은 규제의 필요성 기타 충족되어야 할 특별한 요건은 일절 부과할 수 없고, 연방법률을 제정하는 것만으로 주의 입법권한을 저지할 수 있다.
	필수요건형	- 연방은 ①연방영역내에서 동등한 가치가 있는 생활관계를 형성하는 것, ②국가전체의 이익을 위하여 법의 통일성을 확보하는 것 또는 ③국가전체의 이익을 위하여 경제의 통일성을 확보하는 것 등 세 가지 중 어느 하나의 점에서 연방법률에 의한 규율이 필수인 경우이고 또한 그 정도에 한하여 입법권한을 가진다. 주는 연방이 입법권한을 법률에 의하여 행사하고 있는 양은 기간 및 그 정도에서만 입법권한을 가진다(제72조제2항).
	완전경쟁형	- 연방이 그 입법권한을 행사한 때 주는 그와는 다른 규율을 법률에 의하여 행사할 수 있다. 이 영역의 연방법률은 연방참의원의 동을 얻어 별도의 규율이 행해지지 않은 한 그 공포후 6월 후에 발효한다. 연방법률과 주법률의 관계에서 있어서는 각각 후법이 우선한다(제73조3항).
대강적 입법	폐 지	
주전속적 입법	대상사항증가	

2. 연방의 전속적 입법의 재편

연방의 전속적 입법에 해당하는 사항은 기본법 제73조제1항각호에 규정되어 있으나, 이번의 기본법개정으로 그 숫자가 증대되고 그 만큼 연방의 전속적 입법이 확충되었다. 그 이유로는 ①대강적 입법이 폐지됨으로써 그 대상사항의 일부가 연방전속적 입법으로 이관된 점, ②이전에는 경합적 입법의 대상사항이었던 항목의 일부가 연방전속적 입법으로 이관된 점에 있다.¹⁶⁾ 다만, 제73조제1항제9a호에 규정된 “주를 초월할 위험이 있으며, 주의 경찰관청에 권한이 없거나 주의 최상급관청이 인수를 요구하는 경우에 있어서 연방형사경찰청에 의한 국제테러의 위험의 방지”라는 대상사항은 연방의 전속적 입법의 순수 증가분으로 볼 수 있다.¹⁷⁾ 기본법개정에 따른 연방전속적 입법의 대

16) Markus Heinzen, “Die ausschließliche Bundesgesetzgebung”, in : Christian Starch(Hrsg.), *Föderalismusreform*, München 2007, S.41f.

17) 대강적 입법이 폐지됨으로써 연방이 입법권한을 가지는 것은 기본법상 ①연방전속적 입법의 대상사항, ②경합적 입법의 대상사항의 어느 하나에 해당하는 경우가 되나, 기본법상 명시되어 있지 않더라도 그 이외에도 연방이 스스로 입법을 행할 경우가 있는 것이 일반적으로 인정되고 있다. 그것은 기본법 제73조제1항각호에 명시되어 있지 않는 중 ③사물의 연관(Sachzusammenhang)에 의하여 또는 ④사물의 본성(Natur der Sache)에 의하여 오로지 연방의 입법권한에 속한다고 생각되는 사항에 관한 입법이다. 어느것도 기본법에는 명시되지 않지만 어떤 의미에서는 연방에 인정되는 불문의 입법권한(ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz)이다. 우선 ③의 사물의 연관에 따른 연방의 입법권한이란 연방의 입법권한에 지정된 어떤 사항을 연방법률로 규율한 후에 그와 아울러 연방사항의 입법대상으로 하지 않은 한 그러한 규율이 유의미하게 행할 수 없는 별도의 사항이 있는 경우에 후자의 사항에 관하여 인정되는 연방의 입법권한의 것을 말한다. 예컨대, 연방헌법재판소는 1967년의 청소년원조판결(BVerfGE 22, 180)에서 기본법 제74조제1항7호가 경합적입법의 대상사항으로 정하고 있는 공적부조(Öffentliche Fürsorge)와 사물의 연관의 관점에서 청소년원조(Jugendhilfe)에 관해서도 연방의 입법권한이 미친다고 인정하였다. 다른 한편 ④의 사물의 본성에 의하여 연방에게 입법권한이 인정되는 것은 기본법상으로는 연방에 입법권한이 있는 사항으로서 명시되어 있지 않은 것 중 개념상 필연적으로 연방에 의해서만 규율할 수 밖에 없는 사항에 관하여 입법을 하는 경우이다. 그렇게 사안의 성질상 연방에게 입법권한이 있는 것으로서 예컨대, 연방의 우편이나 국가기관의 소재지에 관하여 규율하는 것이 그 일례이다. 또한 연방의회에서 심의중인 연방정부제출의 “독일윤리평의회의 설립에 관한 법률안(Entwurf eines

상사항의 증가분을 살펴보면 아래의 표와 같다.

그런데 연방전속적 입법이라는 것은 연방법률에 의해서만 규율할 수 있는 사항에 관한 입법이고, 주법률에 의한 규율은 일절 배제되며 그 대상에 관하여 연방법률의 제정에 주의 영향이 전혀 미치지 않는다는 의미는 아니다. 주가 연방참의원의 구성원을 통하여 연방법률의 제정과정에 관여할 수 있는 점에서는 다른 입법유형과 변동이 없고 특히, 동의법률에 관해서는 연방참의원이 거부권을 가지므로 주가 커다란 영향력을 행사할 수 있기 때문이다. 연방전속적 입법의 대상사항이 되는 입법에 있어서도 제73조제1항9a호와 같이 연방참의원의 동의가 필요하다고 명시하고 있는 사항에 한하지 않고, 예컨대 후술하는 제84조제1항의 요건에 합치한다면 동의법률로서 제정될 필요가 발생한다. 그러한 경우에는 연방법률이 연방전속적 입법의 대상사항이라 하더라도 각주정부의 각료에 의하여 구성되는 연방참의원의 의향에 강한 영향을 받게되는 것이다.

증가이유	구규정	신규정	내 용
순증(이론적으로는 주로부터)		§73① 제9a조	- 복수의 주에 미칠 위험이 존재하고 하나의 주경찰관청의 관할권이 아니거나 또는 주의 최고관청이 인수를 요청하는 경우에 연방형사경찰청에 의한 국제테러의 위험의 방지(연방참의원의 동의가 필요)
대강입법 폐지에 따른 이관	§75① 제5호	§73① 제3호	- 주민등록제도 및 신분증명제도
	§75① 제6호	§73① 제5a호	- 독일문화재의 국외유출에 대한 보호

Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats)은 입법이유로서 입법권한의 항목에 “연방의 입법권한은 사물의 본성에서 발생한다”고 언급하고 있다. BT-Drucksache 16/2856, S.7. 불문의 권한도 포함한 연방의 입법권한에 관하여는 Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1949 bis 1999, Band. II, 1999, S.2319-2322.

증가이유	구규정	신규정	내 용
경합적 입법으로 부터의 이관	§74① 제4a호	§73① 제12호	- 무기법 및 폭발물법
	§74① 제10호	§73① 제13호	- 전상자 및 전쟁유족의 원호와 과거의 포로의 생활보호
	§74① 제11a호	§73① 제14호	- 평화목적에서의 핵에너지의 생산 및 이용, 그러한 목적에 따른 시설의 건설 및 운용, 핵에너지방출시 또는 전리방사선에 의하여 일어날 위험으로부터의 보호와 방사선물질의 제거

3. 대강적 입법

대강적 입법이란 각주의 입법을 위한 대강적 규정을 정하는 권한을 연방에 인정하고, 그 범위내에서의 규율의 구체화를 각주에 의무화하는 입법유형이다. 이것은 연방과 주가 각각의 입법권한을 상호 보완적으로 행사함으로써 양자가 협동하여 입법을 행한다는 취지로 이해할 수 있다. 개정전 기본법 제75조제1항각호에서는 대강적 입법의 대상사항으로서 주·자치단체 등의 공무원의 법률관계, 대학제도의 일반원칙, 언론의 일반적 법률관계, 주민등록·신분증명제도, 독일문화재의 국외유출로부터의 보호, 자연·환경보호에 관한 몇가지 사항(수렵제도, 자연보호·경관보호, 토지분배·지역계획·수자원관리)을 대강적 입법의 대상사항으로서 규정하였다.

그러나 이러한 입법방식에 대하여는 대상사항에 관한 입법의 책임소재를 불명확하게 하고, 입법의 권한과 범위를 둘러싼 연방과 주의 분쟁을 격화시켜 나아가서는 관계사항에 관련한 통일적인 규율-예컨대, 환경법전과 같은-을 방해한다는 비판을 끊임없이 받아왔었다. 특히, 대강적 입법방식은 EU법의 국내에서의 실시와 관련하여 문제가

많았다. EU법의 국내법화에 있어서 기한이 설정된 것이 많은 EU법의 규율에 관하여 연방과 주라는 관계에서 입법절차를 병행하여 진행하여야 한다는 것은 매우 비효율적인 절차였다. 또한 대강적 입법의 대상사항의 대부분을 차지하였던 환경법의 분야에서 관련하는 사항이 대강적 입법과 경합적 입법에 산재하였기 때문에 당해 영역에 관하여 통일적인 규율을 방해하는 커다란 요인이 되었다.¹⁸⁾ 이러한 사정에서 이번의 개혁에서 대강적 입법을 완전히 폐지하기에 이르렀다. 기본법 개정이후에 이관된 대강적 입법사항은 다음과 같다.

개정전(§75①)		개정후		
제1호	제74a조에 별도로 규정하고 있는 경우를 제외한 주, 자치단체 기타 공법상의 단체의 공직에 취임하고 있는 자의 법률관계	§74①제27호	경합적입법 (연방우위형)	- 주, 자치단체 기타 공법상의 단체의 공무원과 주법관의 자격부여, 봉급 및 퇴직후 급부를 제외하고 신분에 관한 권리와 의무
		§70①	주전속입법	- 주, 자치단체 기타 공법상 단체의 공무원과 주법관의 자격부여, 봉급 및 퇴직후급부
제1a호	대학제도의 일반원칙	§74①제33호 §72③제6호	경합적입법 (완전경쟁형)	- 대학입학자격 및 대학수료
		§70①	주전속입법	- 기타 대학제도에 관한 규율

18) Josef Franz Lindner, “Die Rahmengesetzgebung nach Art.75 GG. Grundlagen, Strukturen, Probleme”, *JuS*, 2005, S.577f.

개정전 (§75①)		개정후		
제2호	언론의 일반적 법률관계	§70①	주전속입법	- 언론에 관한 규율
제3호	수렵제도	§74①제28호	경합적입법 (연방우위형)	- 수렵면허증에 관한 법
		§74①제28호 §72③제1호	경합적입법 (완전경쟁형)	- 그 이외의 수렵제도
	자연보호 및 경관보전	§74①제29호	경합적입법 (연방우위형)	- 자연보호의 일반원칙, 종 보호법, 해양자연보호법
		§74①제29호 §72③제2호	경합적입법 (완전경쟁형)	- 그 이외의 자연보호 및 경관보전
제4호	토지분배	§74①제30호	경합적입법 (완전경쟁형)	- 토지분배
		§72③제3호		
	국토계획	§74①제31호	경합적입법 (완전경쟁형)	- 국토계획
		§72조③제4호		
수자원관리	§74조①제2호	경합적입법 (연방우위형)	- 물질 및 시설에 관한 규율	
	§74조①제32호 §72조③제5호	경합적입법 (완전경쟁형)	- 그 이외의 수자원관리	
제5호	주민등록제도, 신분증명제도	§73조①제3호	연방전속적 입법	- 주민등록제도, 신분 증명제도
제6호	독일문화재 국외유출에 대한 보호	§73조①제5a호	연방전속적 입법	- 독일문화재 국외유출에 대한 보호

4. 경합적 입법

경합적 입법이란 연방과 각주에게 일정한 방식으로 경합적으로 입법권한을 부여하는 입법유형이다. 개정전에는 연방법률에 의한 규율이 필수적인 경우 및 그 한도에서 연방은 입법권한을 가지고, 연방이 그 입법권한을 행사하여 법률을 제정하지 않는 경우 및 그 한도에서 각 주가 입법권한을 가진다는 한가지 유형의 경합적 입법방식이 예정되었다. 그러나 이번 개정으로 대상사항의 성질에 상응하여 연방우선형, 필수요건형, 완전경쟁형이라는 세가지 입법유형¹⁹⁾으로 구분되기에 이르렀다.

[개정전]²⁰⁾

제72조(경합적 입법) (1)경합적 입법의 영역에서는 연방이 그 입법관할권을 법률로서 행사하지 않는 경우 및 그 한도에서 주가 입법의 권한을 가진다.

(2)연방의 영역에서 등등한 가치있는 생활관계를 형성하거나 독일전체의 이익을 위하여 법의 통일성 또는 경제의 통일성을 확보하는데 연방법률에 의한 규율을 필수적인 것으로 하는 경우 및 그 한도에서 연방은 입법권을 가진다.

(3)제2항의 필수성이 이미 존재하지 않는 연방법률의 규율에 관하여는 이를 주법으로 대신할 수 있는 취지를 연방법률로 규정할 수 있다.

19) 경합적 입법의 구분유형을 ①핵심권한(Kernkompetenzen), ②필요권한(Bedarfkompetenzen), ③이탈권한(Abweichungskompetenz)으로 구별하는 견해(J.Ipsen, a.a.O., S.2803f)도 있으며, ①조건부 경합적 입법(Konditionierten Konkurrierende Gesetzgebung), ②비조건부 경합적 입법(unkonditionierten Konkurrierende Gesetzgebung), ③이탈입법(Abweichungsgesetzgebung)으로 구별하는 견해도 있다(Arnd Uhle, "Art.72 GG", in : Winfried Kluth(Hrsg.), *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, Baden-Baden 2007, S.129f).

20) 여기서 말하는 개정전 제72조라는 것은 1994년 10월 27일의 기본법개정에 의한 것이다.

[개정후]

제72조(경합적 입법) (1)경합적 입법의 영역에서는 연방이 그 입법 관할권을 법률에 의하여 행사하지 않는 경우 및 그 한도에서 주가 입법의 권한을 가진다.

(2)제74조제1항제4호, 제7호, 제11호, 제13호, 제15호, 제19a호, 제20호, 제22호, 제25호 및 제26호의 영역에서는 연방의 영역에 있어서 동등한 가치있는 생활관계를 형성하거나 독일 전체의 이익을 위하여 법의 통일성 또는 경제의 통일성을 확보하는데 연방 법률에 의한 규율을 필수적인 것으로 하는 경우 및 그 한도에서 연방은 입법권을 가진다.

(3)연방이 스스로의 입법관할권을 행사한 때 다음 각호에 규정하는 사항에 관하여 주는 법률로써 그와 다른 규율을 행할 수 있다.

1. 수렴제도(수렴면허증법을 제외한다)
2. 자연보호 및 경관보전(자연보호의 일반원칙, 중의 보호에 관한 법 또는 해양자원보호에 관한 법을 제외한다)
3. 토지분배
4. 국토계획
5. 수질보전(물질 및 시설에 관련한 규율을 제외한다)
6. 대학입학자격 및 대학수료

이 영역에서 연방법률은 연방참의원의 동의에 의한 별도의 규정이 없는 한 그 공포로부터 6월을 경과한 후에 발효된다. 제1문의 영역에서는 연방법과 주법의 관계에서 그때 그때의 후법이 우선한다.

(4)제2항에서 필수성이 이미 존재하지 않는 연방법률의 규율에 관하여는 이를 주법으로 대체할 수 있는 취지를 연방법률로 규정할 수 있다.

위에서 보는 것처럼 경합적 입법의 기본적 성격을 정하는 제1항은 그대로 유지되고 있으며, 제2항에서 필수성 요건을 충족하지 못한 연방법률을 주법으로 대체할 수 있는 취지를 연방법률로서 규정할 수 있도록 하는 종전 제3항은 제4항으로 이관된 것이므로 내용상 변경은 없다. 이에 대하여 연방이 경합적 입법의 영역에서 그 입법권한을 지니기 위한 요건을 규정한 종전의 제2항은 요건 자체는 이전과 같은 내용을 유지하면서도 그 적용범위에 관하여는 종래에는 경합적 입법의 대상영역을 규정한 제73조제1항각호의 전부가 그에 해당하였으나, 개정후에는 그 일부에게만 적용을 한정하는 모습으로 재편이 이루어졌다(필수요건형). 나아가 새로이 제3항에서 삽입된 규정은 개정전의 대강적 입법의 대상영역이었던 것 가운데 자연·환경 및 대학에 관한 사항을 열거하고, 이 영역에서의 연방과 주의 입법권한과 연방법률과 주법률의 관계에 관하여는 종래의 경합적 입법의 관념에서는 전혀 없었던 새로운 방식을 채용하였다(완전경쟁형). 경합적 입법의 새로운 세가지 유형을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 연방우위형

기본법개정 이전에는 모든 경합적 입법에 부과된 필수성의 요건의 적용범위가 제72조제2항에 규정된 사항에 한정되었으나, 그러한 필수성 요건에 따른 제한을 받지 않는 경합적 입법의 새로운 영역이 발생함에 따라 생겨난 유형을 연방우위형 경합적 입법이라 한다. 그 대상은 아래에서 제시하는 것처럼 광범한 영역에 걸쳐 있으며, 열거된 사항에 관하여는 연방이 연방법률의 제정으로 그 입법권한을 행사한 경우로서 그 규율이 미치는 한에 있어서 각주는 전혀 입법권을 가지지 않는다(저지효과, Sperrwirkung). 이 입법유형의 성격은 오로지 제72조제1항이 규정하고 있으며, 동조 제2항이 정하는 연방법률의 필수성 요건은 여기에는 미치지 않는다. 즉, 이 영역의 사항에 관하여는 연방

의 입법권한의 행사에는 아무런 제약도 받지 않으며, 연방이 입법을 행사하면 그 한에서 주는 전혀 입법을 할 수 없다. 그 의미에서 입법 권한상 각주에 대하여 연방이 완전히 우위에 있는 경합적 입법이라 할 수 있다.

§74①	규 정 내 용
제1호	민법, 형법 및 형집행, 법원구성, 재판절차(미결구금의 집행에 관한 법을 제외), 변호사제도, 공증인제도, 법률상담
제2호	호적제도
제3호	단체법 및 집회법
제6호	난민 및 인양자에 관한 사항
제9호	전쟁피해 및 보상
제10호	전몰자묘지, 전쟁에 의한 다른 희생자 및 폭력적 지배의 희생자의 묘지
제12호	사업소조직, 노동보호 및 직업소개를 포함한 노동법과 실업보험을 포함한 사회보험
제14호	제73조 및 제74조의 사항영역에 포함되는 한에서의 공적수용법
제16호	경제적 권력지위의 남용방지
제17호	농임업생산의 촉진(경지정리법을 제외), 식량확보, 농임업생산물의 수출입, 원양, 근해어업 및 해안보전
제18호	도시계획상의 토지거래, 토지법(개척에의 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, 의료제품, 치료법, 마취 및 독극물법
제21호	원양항해 및 근해항해와 항로표지, 내수항행, 기상통보, 해양항로 및 일반운수에 제공하는 내륙수로

§74①	규정내용
제23호	산악철도를 제외한 연방 철도이외의 철도망
제24호	폐기물경제, 대기오염방지 및 소음방지(생활소음으로부터의 보호를 제외)
제27호	주, 자치단체 기타 공법상 단체의 공무원과 주의 법관의 지위부여, 봉급 및 연금을 제외한 신분제에 관한 권리와 의무
제28호	수렵면허증에 관한 법
제29호	자연보호의 일반원칙, 종의 보호 또는 해양자연보호에 관한 법
제32호	물질 및 시설과 관련한 수자원관리에 관한 규율

(2) 필수요건형

“필수요건형”의 경합적 입법은 1994년 제42차 기본법개정에 의하여 성립된 구조가 거의 그대로 계수된 것으로서, 이번의 개정으로 종전과 유일하게 큰 차이는 그 적용범위가 한정되었다는 점이다. 경합적 입법의 하위구분의 하나인 이 유형의 근거가 되는 규정은 기본법 제72조제2항이다. 필수요건형 경합적 입법의 대상은 아래에서 제시한 것처럼 기본법 제72조제2항이 열거하는 제74조제1항각호의 사항에 한정된다. 이 입법유형에서는 연방이 연방입법을 제정하여 규율한다면 그 기간 및 한도에 관하여 주는 입법권을 가지지 않는다. 그러나 연방은 항상 입법권을 행사할 수 있는 것이 아니며, 그 의미에서 주의 입법활동에 대한 저지효과는 한정적이다. 즉, 연방이 입법권을 가지는 것은 연방영역내에서 동등한 가치가 있는 생활관계를 형성하는 것, 국가전체의 이익을 위하여 법의 통일성을 확보하는 것, 국가전체의 이익을 위하여 경제의 통일성을 확보하는 것 등 세가지 가운데 어느

하나의 점에서 연방법률에 의한 규율이 필수적(erforderlich)인 경우로서 또한 그 한도에서 가능하다.

이러한 연방의 입법권한에 대한 한정을 보다 효과적인 것으로 하기 위하여 필수성의 요건의 충족에 관하여 연방헌법재판소에 의한 심사-일종의 추상적 규범통제-의 길이 열려져있다. 즉, 이들 대상사항에 관하여 연방이 연방법률을 제정하는 때에는 위의 의미에서의 필수성의 요건을 충족시켜야 하나, 연방법률이 이 요건에 합치하는가에 관하여 의견의 차이가 있는 경우에는 기본법 제93조제1항제2a호에 의거하여 연방참의원, 하나의 주정부 또는 하나의 주의회의 신청에 의하여 연방헌법재판소의 판단을 요구할 수 있다.²¹⁾ 나아가 연방법률에 의한 규율이 불필요하게 된 사항에 대하여 그것을 주법률로 교체하기 위하여 기본법 제72조제4항은 이미 그 규율의 필수성이 인정되지 않은 연방법률에 대하여는 이를 주법률로써 대체할 수 있는 취지를 연방법률로 정할 수 있다고 규정한다. 그러나 주로의 입법권한의 반환을 연방의 개별의사에만 의존시키는 것으로는 불충분하기 때문에 주에 의한 입법권한의 반환(반환권, Rückholrecht)을 실효적으로 촉구하기 위하여 제93조제2항제2문에 새로운 규정을 두었다. 즉, 제72조제4항에 의하여 연방법률의 규율을 주법률로써 대체할 수 있는 취지를 규정한 연방법률안이 연방의회에서 부결되거나, 1년이내에 심의 및 의결되지 않은 경우 또는 그에 대응하는 법률안이 연방참의원에서 거부된 경우에는 연방참의원, 주정부 또는 주의회의 신청에 의하여 제72조제2항에 의한 연방법률에 의한 규율의 필수성이 이미 존재하지 않는지 여부에 관하여 연방헌법재판소가 결정을 내린다. 그리고 연방법률에 의한 규율의 필수성이 없는 취지의 확인이 행해진 경우에는 이 확인으로서 제72조제4항에 의한 연방법률-즉, 당해 연방법률에 의한 규율을 주법률로써 대체할 수 있는 취지를 정하는 연방법률-에 대신한다.²²⁾

21) 이것은 1994년의 제42회 기본법개정에 의한 것으로서 이에 따라 제72조제2항의 사법심사가능성은 비약적으로 높아졌다.

§74①	규 정 내 용
제4호	외국인의 체제 및 거주권
제7호	공적부조(흡법을 제외)
제11호	경제법(광업, 공업, 에너지경제, 수공업, 영업, 상업, 은행·증권거래소제도, 사법상의 보험제도)(폐점시간, 음식점, 유기장, 연기장, 견본시, 시장의 설치에 관한 법은 제외)
제13호	교육보조의 규율 및 학술연구의 조성
제15호	토지, 천연자원 및 생산수단을 공유 기타 공공경제의 형태로 이관하는 것
제19a호	병원의 경제적 안정 및 병원의 의료기본정책에 관한 규율
제20호	식료품 및 그 획득에 제공하는 동물에 관한 법, 기호품, 생활필수품 및 사료에 관한 법, 농임업의 증물 및 유치물의 거래시의 보호, 병충해로부터의 식물보호와 동물의 보호
제22호	도로교통, 자동차교통제도 및 원거리교통에 제공하는 육로의 건설 및 유지와 자동차에 의한 공도의 이용에 대한 요금징수 및 분배
제25호	국가배상책임
제26호	생식보조의료, 유전정보의 연구 및 인위적 변경과 장기, 조직 및 세포의 이식에 관한 규율

(3) 완전경쟁형

기본법 제72조제3항에서 규정하고 있는 완전경쟁형 경합적 입법은 종래에 없었던 전혀 새로운 입법유형이다.²³⁾ 여기에 해당하는 대상사

22) 이에 수반하여 연방헌법재판소법도 개정되어 제13조6b호에 기본법 제72조제4항의 사례에 있어서 제72조제2항에 의한 연방법률에 의한 규율의 필요성이 이미 존재하지 않는지여부에 관하여 연방참의원, 하나의 주정부 또는 하나의 주의회의 신청으로 연방헌법재판소가 판단을 내린다는 취지의 규정을 두었다. *Föderalismus Begleitgesetz BGBl, 1, 2006. S.2098.*

23) “새로운 제72조제3항은 제1문에 의하여 지금까지의 연방의 대강적 입법권한의 폐지과정에서 경합적 입법으로 옮겨진 일정한 사항에 관하여 연방법률과는 다른

항은 연방이 연방법률을 제정하더라도 주는 그와 별도내용의 법률을 제정할 수 있다(Abweichungsgesetzgebung). 여기서는 연방우위형 및 필수요건형과는 달리 연방의 입법권한의 행사가 주의 입법활동에 시간적·내용적인 면에서 저지효과를 전혀 가지지 않는다. 연방과 주의 입법권한은 거의 대등하며(doppelte Vollkompetenz von Bund und Ländern),²⁴⁾

규율을 행할 가능성을 주에 개방한 것이다. 제75조의 환경관련사항과 대학입학자격 및 대학수료(지금까지 대학제도의 일반원칙에 대한 대강적 입법이었던 것의 일부 영역)가 경합적 입법(제72조제2항의 필수성심사를 받지않는 것)으로 이전됨으로써 연방은 지금까지 주의 입법의 대강적 규정 밖에 제정하지 못하였던 이들 사항에 관하여 완전한 규율을 행할 가능성을 획득한다. 주는 상기의 영역에서 연방의 규율과는 다른 독자적 구상을 실현하고, 주의 다양한 구조적 전제와 조건에의 대응을 도모할 가능성을 얻는다. 이 가능성을 사용할 것인지, 별도의 규율을 하지 않고 연방의 규율을 타당하게 할 것인지는 각주입법자의 책임있는 정치적 결정에 맡겨진다. 주는 연방법률과 다른 입법을 하는 때에는 연방과 마찬가지로 헌법, 국제법 및 EU법의 기준에 구속된다. 제72조제3항1문에서 주가 연방법률과 다른 규율을 하는 것이 인정되고 있는 사항에 관해서도 일정한 부분에 대하여는 주의 의한 연방과는 다른 규율이 배제되고 있다(다른 규제의 대상이 될 수 없는 핵심부분). 새로운 제3항제2문에 의하면 연방법률은 제72조제3항1호부터 제6호에 열거된 영역에서는 그 공포후 6월후에 시행되나, 그것은 연방법률과는 다른 주법률을 유지하거나 제정하였거나 또는 만약 그렇다면 어느 정도에서인지라는 점에 관하여 입법자의 결정으로 확정하는 기회를 주에 부여하기 위한 것이다. 6개월의 기간을 둔 것은 시민의 범명령이 단기간에 교체되는 것을 방지하려는 의도이다. 시급을 요하는 경우(예컨대, EU법의 실시기한으로 인한)에는 연방참의원의 3분의 2의 동의가 있으면(이 연방참의원의 3분의 2의 동의라는 것은 당해 기본법개정안에는 이러한 규정으로 되어있었으나 위원회에서의 심의과정에서 이 점이 수정되어 최종적으로는 3분의 2라는 문언이 삭제되어 기본법개정이 성립하였다), 좀 더 조기에 시행할 가능성이 남겨져있다. 제3문에 의하여 새로운 제3항의 영역에 있어서 연방법과 주법의 관계가 명확히 되어 있다. 연방법과는 다른 주법률은 당해주의 영역에서 연방법을 무효로하는 것이 아니라 단지 적용상 우선하는데 불과하다. 즉, 예컨대 연방과 다른 주법률을 폐지하는 경우에는 자동적으로 연방법이 즉시 효력을 가진다. 연방이 자신의 법을 개정하고 예컨대 EU법의 새로운 기준을 연방전역에 걸쳐 실시하는 경우에는 새로운 연방법률이 후법이기 때문에 주법에 우선한다. 연방이 자기의 법률을 폐지하는 때에는 지금까지의 주법이 즉시 타당한다. 주는 주로서 개정된 연방법으로부터도 다시 별도의 규율을 행할 수 있다(다만, 이 사례에서는 주에 대하여도 구속력을 가진 EU법을 고려하여야 한다). 주법률은 그 경우 연방법률에 우선한다. 제3문은 제31조의 원칙(연방법은 주법을 파기한다)의 예외이며, 또 하나는 후법은 전법에 우선한다는 원칙을 연방법률과 주법률의 관계에서 바람직한 적용의 우선순위에 적합시키는 것이다”. BT-Drucksache 16/813, S.11-12.

24) J.Ipsen, a.a.O., S.2804.

연방과 주는 완전한 경쟁(Wettbewerb)관계에 서게 된다.²⁵⁾ 이 영역에서는 주는 연방의 규율과는 다른 주자신의 독자적인 견해를 주법률의 제정이라는 모습으로 실현하며, 각주의 상황이나 사정에 따른 대응을 도모할 가능성을 얻는다. 이 가능성을 사용할 것인지의 여부나 별도의 규율을 하지 않고 연방의 규율을 그대로 적용할 것인지의 여부는 각주 입법자의 책임있는 정치적 결정에 따른다. 이 입법유형의 대상 사항은 아래의 표에도 제시한 바와 같이 종래의 기본법 제75조에서 대강적 입법의 대상이었던 사항 가운데 환경관련사항과 대학입학자격 및 대학수료이다.

제72조제3항제2문에 의하면 이 영역의 사항과 관련한 연방법률이 발효하는 것은 그 공포후 6개월 이후이다. 발효까지 이러한 기간을 둔 것은 연방법률에 대한 대응책 -연방법률과는 다른 주법률을 유지하거나 연방법률과 다른 주법률을 새로이 제정할 것인지 등- 에 관하여 판단을 결정하는 기회를 주에 부여하기 위한 것이다. 여기서 기간을 6개월로한 것은 시민에게 법규범이 단기간에 교체되는 혼란을 방지하려는 의도이다. 나아가 가령 EU법의 실시기한이 임박한 경우 등 긴급을 요하는 경우에는 연방참의원의 동의가 있으면 좀더 빠른 시기에 연방법률을 시행할 수도 있다. 그러나 이 기간이 경과하였는가와는 무관하게 주는 주법률로서 연방법률과 다른 규율을 행할 권한을 항상 가진다.

같은 사항에 관하여 연방법률과 주법률의 쌍방이 존재하는 경우에는 동조 제3항제3문에 따라 후법이 전법에 우선한다. 연방법률이 제정된 후에 그와는 다른 주법률이 제정된 경우라도 그 연방법률이 당

25) 대강적 입법의 경우와의 커다란 차이는 지금까지 주의 입법의 대강적 규정 밖에 제정할 수 없었던 이들 사항에 관하여 연방이 완전한 규율을 행하는 점, 그에 대항하여 주가 연방법률과는 다른 규율을, 나아가 완전한 형태로 행하는 점이다. 또한 1994년개정이후의 대강적 입법과의 차이로서는 제72조제2항의 필수성의 요건이 적용되지 않는 점, 제93조제1항2a호등의 추상적 규범통제절차의 적용도 없는 점이 특히 주목된다. 이는 이 영역에서의 연방과 주간의 입법권한을 둘러싼 다툼은 어디까지나 정치과정 가운데 해결될 것을 기대하고 있다고 생각된다.

해주의 영역에서 무효가 되는 것이 아니라 주법률이 단지 우선적으로 적용되는데 불과하다. 그 때문에 연방법률과 주법률이 병존하는 경우에 후법인 주법률이 폐지된다면 자동적으로 연방법률의 적용이 재개되며, 거꾸로 후법인 연방법률이 폐지되면 이미 있던 주법률이 다시 적용된다. 연방법률이 개정되면 후법이라는 점에서 그 개정연방법률이 주법률에 우선하여 적용되며, 또한 연방법률이 개정되어도 주는 다시 연방과는 별도의 내용의 주법률을 제정할 수 있다.²⁶⁾ 그 의미에서 연방법은 주법을 파기한다고 규정하는 기본법 제31조의 원칙에 대해 이번 개혁으로 처음으로 인정된 예외라고 할 수 있다.

나아가 주가 연방법률과 다른 규율을 할 수 있는 사항에 관해서도 주 가운데 일정한 부분에 관하여 주에 의한 다른 규율이 배제되고 있음에 주의할 필요가 있다. 즉, 주가 다른 규율을 하는 것이 허용되지 않는 핵심부분이 정해져있다는 점이다. 그러한 핵심부분은 제72조제3항제1문의 각호에 예외로서 명시되어 있으며, 구체적으로는 수렵제도 가운데 수렵면허증에 관한 법, 자연보호·경관보전 가운데 자연보호의 일반원칙, 종의 보호에 관한 법 및 해양자연보호에 관한 법과 수자원관리 가운데 물질 및 시설에 관한 규율이 이에 해당한다.²⁷⁾

26) 이를 일컬어 "Ping-Pong Gesetzgebung"이라고 표현하기도 한다. A.Uhle, a.a.O., S.147f.

27) 이 점과 관련하여 표4를 정리하는데 혼란된 것은 최종적으로는 연방우위형에 편입된 74조1항28호, 29호 및 30호의 취급에 관해서이다. 조문의 논리구조를 엄밀하게 파악한다면 74조제1항28호-33호가 포괄적인 경합적입법의 대상사항으로서 규정된 후에 그로부터 그것이 선별되어 경합적입법의 특수한 유형(완전경쟁형)에 속하는 것으로서 73조3항1문1호-6호에 열거되어 있는 것이므로 73조3항1문각호에 열거된 사항 중 예외로 된 부분, 즉 주법률에 의한 연방법률과는 별도의 규율의 대상으로 할 수 없는 핵심부분에 관하여는 완전경쟁형으로부터 제외하고, 그것만 연방우위형으로 편입되는 것이 부합한다. 다른 한편 예외부분도 포함하여 73조3항1문각호의 열거사항을 전부 완전경쟁형의 범위로한 후에 핵심부분만은 예외적으로 주법률에 의한 별도의 규율이 인정되지 않는다는 고려도 성립할 수 있다. 입법자료등을 보더라도 현실적으로는 어느것이 정확한 이해인가는 판단할 수 없으나 여기서는 논리적으로 이해를 중시하는데 전자의 견해에 입각한다.

§72③	규 정 내 용
제1호	수렵제도(수렵면허증에 관한 법을 제외)
제2호	자연보호, 경관보전(자연보호의 일반원칙, 종의 보호에 관한 법 또는 해양자연보호에 관한 법을 제외)
제3호	토지분배
제4호	국토계획
제5호	수자원관리(물질 및 시설에 관한 규율은 제외)
제6호	대학입학자격 및 대학수료

5. 주전속적 입법

주전속적 입법에 관하여는 아래와 같이 주는 몇가지 사항에 관하여 독자적인 입법권한을 추가적으로 획득하였다. 대학입학자격 및 대학수료를 제외한 대학제도에 관한 규율²⁸⁾, 언론에 관한 사항, 형의 집행, 집회에 관한 법, 폐점법 등에 관한 입법권한이 그것이다. 특히 폐점법에 관해서는 연방법률에서 통일적으로 규율하는 필수성에 관하여는 연방헌법재판소조차 의문을 제시하였으나, 이에 관하여는 각주가 독자적인 규율을 할 수 있게 되었다.²⁹⁾ 또한 주, 자치단체 및 기타 공법상의 단체에 근무하는 공무원과 주의 법관의 신분보장과 관련한 권리의무관계에 관해서도 주는 종래보다 광범한 입법권한을 가지게 되었다.³⁰⁾

28) 연방은 대학입학자격(Hochschulzulassung) 및 대학수료에 관한 규율권한만을 오나 전경쟁형의 경합적 입법의 모습으로만가지는데 불과하며(따라서 주가 이반입법을 하는 것이 가능하다) 나아가 그러한 입법권한에는 -종전부터 문제되었던- 수업료징수에 관한 사항은 포함되어 있지 않다. 또한 대학에의 입학(Hochschulzugang) 그 자체는 교육에 밀접한 관련을 가지므로 주의 권한에 속하게하기 위하여 마찬가지로 연방의 권한에는 속하지 않는다. Bt-Drucksache 16/813, S.14.

29) 각주에서 상점의 영업시간의 연장을 둘러싼 폐점법의 제정이 시도되고 있으며, 이미 베를린, 노트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 햇센, 튀링겐, 브란덴부르크, 함부르크의 각주에서 폐점시간에 관한 주법률이 제정되어 시행되고 있다.

30) 이번 기본법개정에 의하여 주, 자치단체 및 기타 공법상 단체의 공무원의 신분관계에 관련한 사항에 관하여 그 제1항에서 이를 경합적 입법으로서 한 기본법 제

증가이유	구규정	신규정	대상사항
대강법률의 폐지	§75①제1a호		대학(대학입학자격 및 대학 수료를 제외)
	§75①제2호		언론
	§75①제1호	§74①제27호	주, 자치단체, 기타 공법상 단체의 공무원과 주의 법관의 지위부여, 봉급 및 연금 주, 자치단체 기타 공법상 단체의 사무직원과 근로자의 신분에 관한 권리의무 전반
§74a①			
경합적 입법의 대상축소	§74①제1호		형의 집행
	§74①제1호	§74①제1호	미결구금의 집행에 관한 법
	§74①제3호	§74①제3호	집회법
	§74①제7호	§74①제7호	홈법
	§74①제11호	§74①제11호	폐점시간, 음식점, 유기장, 연기장, 견본시, 시장의 설치에 관한 법
	§74①제17호	§74①제17호	경지정리의 법
	§74①제18호	§74①제18호	개척에의 공헌에 관한 법
	§75①제24호	§75①제24호	생활소음의 방지

74a조와 그 제1항제1호에서 이를 대강적 입법으로 한 제75조가 폐지된 결과이다. 각주는 ①주, 자치단체 및 기타 공법상 단체의 공무원(Beamte)과 주의 법관의 승진 경로, 봉급 및 퇴직후급여, ②주, 자치단체 및 기타 공법상 단체의 사무직원(Angestellte)과 근로자(Arbeiter)의 신분과 관련한 권리 및 의무에 관하여 전속적 입법권을 가지게 되었다.

Ⅲ. 약간의 검토 및 향후과제

이 번에 단행된 연방제개혁과 관련한 기본법개정작업은 그 실현에 이르기까지 오랜 좌절의 연속이 있었다. 이번의 기본법개정에 따른 연방제개혁의 성과에 관하여 현시점에서 단정적으로 평가하는 것은 아직 시기상조이나, 기대된 개혁이 어렵게 성취되었음에도 불구하고 문제상황의 해소나 개선에 대한 효과라는 측면에서 이를 의문시하는 견해도 적지 않다. 연방제개혁의 과정에서 학식경험자의 한사람으로서 관여한 정치학자 Fritz W. Scharpf는 이번의 개혁을 회고하면서 “연방제개혁 무엇 때문에 이렇게 얻어진 것이 적은가(Föderalismusreform : Weshalb wurde so wenig erreicht?)”라는 논문에서 연방참의원의 동의권이 거의 축소되지 않은 점과 주의 정치적인 행동범위가 거의 확대되지 않은 점 등을 지적하고, 이번 개혁에는 성과가 매우 적었다고 단정한다. 그 이유 또는 요인으로서 첫째, 독일연방제의 복잡한 구조를 지적한다. 국가임무가 전체적으로 연방과 주로 분배되어 있는 것이 아니라 개별 국가작용이 상세하게 연방과 주로 할당되어 있다. 둘째, 각주 상호간의 능력의 격차와 국가임무의 다층적 성격이다. 셋째, 개혁에 대한 거부권자의 존재이다. 각주의 수상과 연방의회 교섭단체 대표의 의견은 이번 개혁에 관한 의회심의뿐 아니라 그 전제가 된 공동위원회에서의 논의를 사실상 결정하였다고 한다.³¹⁾

여하튼 이번의 기본법개정을 둘러싸고 연방의 권한을 중시하는 입장에서는 다수의 입법권한을 주에 이관한 결과 소국분립적 경향이 촉진되고 재정이 풍부한 주에게만 유리하게 작용하여 주 상호간의 경쟁이 심화될 우려가 있다는 의견이 있는 반면, 주의 권한을 중시하는 입장에서는 주에 대한 입법권한의 이양이 불충분하다는 의견이 표명

31) Fritz W.Scharpf, “Föderalismusreform : Weshalb wurde so wenig erreicht?”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 50/2006, S.6-11.

되고 있다. 아울러 연방제개혁의 주축의 하나인 재정제도개혁도 진행되지 않았다는 비판도 제기되고 있다. 이하에서는 이번의 연방제개혁과 관련한 몇가지 문제점과 과제를 간략하게 언급하고, 향후의 방향에 대하여 소개하기로 한다.

1. 동의법률의 억제

이번의 기본법개정에 있어서 입법개혁에 관한 주요한 과제의 하나는 동의법률의 숫자를 억제하는 것이었다. 주지하는 바와 같이 동의법률의 문제는 법률전체에 차지하는 동의법률의 수가 대단히 많기 때문에 중요법안의 성립이 연방참의원에 의하여 저지되거나, 저지되지 않더라도 연방참의원이 거부권을 무기로 정당간의 당리당략에 의거한 타협으로 중요법안이 변질되기 쉽다는 점이였다. 그리하여 동의법률의 숫자를 50%~60%의 비율에서 35%~40%까지 억제하려는 것이 이번의 기본법개정의 요지라고 할 수 있다. 특히, 연방의회사무처의 학술연구부(Wissenschaftliche Dienste)의 조사에 의하면 이번의 기본법개정 직전의 시점에서 연방참의원의 동의를 요건으로 열거하고 있는 기본법규정은 전부 45개에 달하며, 그것이 적용되는 빈도의 측면에서 기본법 제84조제1항에 의거한 연방참의원의 동의가 요구되는 사례가 다른 것을 압도하고 있다고 지적하였다.³²⁾

개정전의 기본법 제84조제1항의 취지를 간략히 살펴보면, 원래 국가의 권능행사 및 국가의 임무수행은 기본법이 별도의 규정을 두지 아

32) H.Georgii/S.Borhanian, a.a.O., S.12, 39. 연방의회사무처 학술연구부의 조사에 의하면 제14입법기(1998-2002년)에서 연방참의원의 동의의 근거규정으로서 가장 빈번하게 사용된 것이 기본법 제84조제1항이며 188건이었다. 그에 이어 제105조제3항(세수입의 전부 또는 일부가 주 또는 자치단체에 편입되는 조세에 관한 연방법률)이 80건, 제108조제2항 내지 제7항(조세의 관리에 관한 연방재무관청과 주재무관청의 협력방법 등에 관한 연방법률 등)이 31건, 제104a조제3항(그 집행비용의 4분의 1 이상을 추가 부담하는 연방법률)이 14건, 제80조제2항(일정한 종류의 법규명령)이 13건의 순서였다. 제15입법기(2002-2005)에서도 최다가 제84조제1항으로서 136건, 이어서 제105조제3항이 57건, 제80조제2항이 13건, 제104a조3항이 9건의 순서였다.

니하고 또한 허용하고 있지 않는 한 주의 임무이다(기본법 제30조). 연방법률을 제정하는 것은 연방이나, 기본법이 별도의 규정을 두지 않고 또한 허용하고 있지 않는 한 그 집행을 담당하는 것은 각 주이다(기본법 제83조). 그런데 연방법률을 주가 고유사무로서 집행하는데 있어서는 주차원 뿐 아니라 경우에 따라서는 자치단체차원에서도 그를 위한 행정관청의 설치와 행정절차가 필요하게 된다. 따라서 기본법 제84조제1항은 주가 고유사무로서 연방법률을 집행하는 경우의 행정관청의 설치와 행정절차에 관한 규율에 관하여 주가 그것을 수행하는 취지를 규정한 것이나, 그곳에서는 “연방참의원의 동의를 얻은 연방법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외한다”라는 유보가 붙어져있다. 즉, 연방은 주의 고유사무로서의 연방법률의 집행에 관한 행정관청의 설치 및 행정절차에 관하여 연방참의원의 동의를 얻는 것을 조건으로 예외적으로 연방법률로 이를 규율할 수 있었던 것이다. 실제로 연방은 연방법률이 각주에 적절하게 집행되도록 그 실시에 즈음한 행정관청의 설치와 집행시에 의거하는 행정절차에 관해서도 아울러 연방법률로 규율하여 왔으며, 동의법률의 수를 특히 증대시킨 원인은 이점에 있었던 것이다. 실체법적 규율과 관련한 개별적 사항에 관한 연방법률에 대하여 연방참의원의 동의를 필요로 하는 기본법의 다른 규정과는 달리 기본법 제84조제1항은 모든 연방법률에 의한 실체법적 규율에 관하여 광범한 관련성을 지닌 것이어서 이 규정을 통하여 연방참의원은 연방법률제정과정의 폭 넓은 영역에 걸쳐 커다란 영향력을 가지게 되었던 것이다. 그리하여 이번 기본법개정으로 제84조제1항은 다음과 같이 규정하였다.

제84조(주에 의한 고유사무로서의 집행, 연방에 의한 감독) (1)주는 그 고유사무로서 연방법률을 집행하는 때에 행정관청(Behörden)의 설치 및 행정절차(Verwaltungsverfahren)를 규율한다. 연방법률이 다른 규정을 하는 때에 주는 이와는 다른 규율을 할 수 있다. 주가 제2문에 의하여 다른 규율을 한 때 그에 관련하여 그후에 행정관청의 설치 및 행정절차에 관하여 행하는 연방법률에 의한 규율은 연방참의원의 동의를 얻은 후에 별도의 규정이 없는 한 당해 주에서 그 공포후 6월을 경과한 후에 발효된다. 제72조제3항제3문은 이를 준용한다. 예외적인 경우에 연방은 연방통일적인 규율(bundeseinheitlicher Regelung)이 특별히 필요하다는 이유로 다른 규율을 행할 가능성을 주에 인정하지 않는 행정절차를 규율할 수 있다. 이 법률은 연방참의원의 동의를 요한다. 연방법률로서 자치단체(Gemeinde) 및 자치단체조합(Gemeindeverbänden)에 임무를 이양할 수 없다.

이와 같이 개정후의 제84조제1항은 주가 고유사무로서 연방법률을 집행하는 경우에 주가 행정관청의 설치 및 행정절차를 규율한다고 규정하고 있으나, 그곳에는 개정전의 유보규정(연방참의원의 동의를 얻은 연방법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고)가 없다. 그 대신에 연방이 연방법률로 주의 규율과 다른 규율을 행할 가능성을 기본법은 배제하지 않는다. 나아가 연방법률로 주의 규율과는 다른 규율이 행해진 때에는 주는 그러한 연방법률과 다른 주법률을 제정할 수 있도록 한다. 주가 연방법률과 다른 입법을 행한 후에 다시 연방이 행정관청과 행정절차에 관하여 주와는 다른 연방법률을 제정한 경우에는 당해 주에서 당해 연방법률은 그 공포로부터 6개월 경과후에 발효한다. 주가 이 6개월의 기간에 연방법률과 다른 내용의 주법률을 그대로 유지한다면 연방법률이 발효하는 시점에서 후법우선의 원칙에

따라 당해 주법은 적용되지 않게 된다(다만, 주법의 효력은 상실되지 않는다). 또한 주가 연방법률과 다른 내용의 주법률을 다시 제정하는 경우에는 연방법률이 발효하더라도 후법우선의 원칙에 따라 새로운 주법률이 적용된다. 나아가 연방참의원의 동의를 얻어 별도의 규정을 두면 이 기간이 경과하기 전에 연방법률을 발효시킬 수도 있다. 여하튼 연방법률의 집행에 관한 행정관청의 설치 및 행정절차에 관하여 연방법률과 주법률의 쌍방이 제정된 경우 그곳에 준용되는 제72조제3항3문에 의하여 후법우선의 원칙에 따라 적용되는 법률이 결정되는 것이다.³³⁾

이상과 같이 주가 연방법률을 고유사무로서 집행하는 경우의 행정관청의 설치 및 행정절차에 관하여 주에게 연방과는 다른 입법을 행하는 권한을 인정하는 대신에 연방은 연방참의원의 동의없이 그러한 사항에 관하여 연방법률로 규율하는 권한을 얻게 되었다. 이에 따라 지금까지 가장 많은 동의법률을 낳게 한 이 규정에 관하여 연방참의원의 동의를 요하지 않는 연방법률의 제정이 가능하게 되었다. 그리하여 연방차원에서의 행동가능성을 증대시키고 결정과정을 신속하게 하기 때문에 동의법률의 비율을 지금까지 최대 약 60%에서 35%내지 40%로 감소시킬 것으로 기대하고 있다.³⁴⁾

2. 기본법 제104a조제4항의 개정

위의 동의법률의 억제력을 겨냥한 기본법 제84조제1항의 개정과 달리 이번의 기본법개정에 의하여 연방법률에 대한 연방참의원의 동의권한이 확대되고 경우에 따라서는 그것이 동의법률의 수를 증대시키는 새로운 원인이 되는 것은 아닌가라는 우려를 낳고 있는 규정이 제104a조제4항이다. 기본법 제104a조는 연방법률을 집행하는 때 등에 요하는

33) Heinrich Trute, "Die Neuregelung des Art.84 Abs.1", in : C.Starck(Hrsg.), *Föderalismusreform*, aaO., S.78f.

34) BT-Drucksache, 16/813, S.15.

비용에 관한 규정이다. 원래 주는 주법률을 집행하는 경우 뿐 아니라 스스로의 행정권한에 의거 연방법률을 고유사무로서 집행하는 때에도 비용을 부담한다(제104a조제1항). 주가 부담하는 그러한 비용에는 인건비와 행정관청의 설치비용이라는 행정지출(Verwaltungsausgabe)뿐 아니라 고유의 행정임무의 실시, 즉 제3자에 대한 금전급부와 현물급부에 의하여 발생하는 목적지출(Zweckausgabe)도 포함된다. 이에 대하여 연방의 위탁사무를 행하는 경우에는 그로부터 발생하는 목적지출은 연방이 부담한다(104a조제2항).

아울러 제104a조제3항은 각종 급부 가운데 금전급부를 규정하는 연방법률에 관하여 규정한 것이다. 즉, 제104a조제3항1문에는 동조제1항이 정하는 원칙에도 불구하고 주가 연방법률을 고유사무로서 집행하기 위하여 부담하여야 할 목적지출 가운데 금전급부에 관하여는 연방이 그 전부 또는 일부를 부담할 수 있다고 하고, 연방법률로 이를 규정할 수 있다고 정한다. 또한 제2문에서는 주에 의한 금전급부를 정하는 연방법률이 그 지출의 2분의 1이상을 연방이 부담하는 취지를 규정하는 때에는 그러한 연방법률은 주의 위탁으로 실시된다고 규정하고 있다. 그리고 이번 개정으로 삭제된 제3문에서는 주에 의한 금전급부를 정하는 연방법률이 지출의 4분의 1이상을 주가 부담하는 취지를 정하는 때에는 연방참의원의 동의가 필요하다고 하였다. 그런데 이번 기본법개정으로 제104a조제3항제3문이 삭제됨과 아울러 연방법률을 집행하는 때에 요하는 비용의 부담에 관한 새로운 규정이 제104a조제4항에 추가되었다. 주와 자치단체의 투자조성에 관하여 규정한 종래의 동조제4항은 내용이 확충되어 제104a조로서 독립되었다. 새로운 제104a조제4항은 다음과 같다.

제 104a조(연방과 주의 지출배분) (4)연방법률이 제3자에 대한 금전급부(Geldleistungen), 금전적 가치있는 현물급부(geldwerten Sachleistungen) 또는 그에 상응하는 역무급부(vergleichbare Dienstleistungen)의 제공을 주에 의무화하는 근거가 되고 또한 주의 고유사무 또는 제 3항제2문에 의하여 연방의 위임으로 집행되는 경우에 그로부터 발생하는 지출을 주가 부담하여야 하는 경우 당해 연방법률은 연방참의원의 동의를 필요로 한다.

개정전의 규정(제104a조제3항제3문)에서는 제3자에의 금전급부의 제공에 수반하는 지출의 4분의 1이상을 주에게 부담시키는 연방법률에 한하여 연방참의원의 동의가 필요하였다. 그것이 이번의 기본법개정으로 연방참의원의 동의가 필요하게 되는 연방법률의 범위가 확대되었다. 첫째, 주가 고유사무로서 집행하는 연방법률(제84조제1항)에 관해서는 그것이 제3자에 대한 금전급부의 제공뿐 아니라 금전적 가치있는 현물급부, 또는 그에 상응하는 역무급부의 제공을 근거로하는 경우에도 연방참의원의 동의를 요하도록 되었다.³⁵⁾ 둘째, 제3자에의 금전급부의 제공을 기초로하는 연방법률 가운데 지출의 2분의 1이상을 연방이 부담하기 때문에 연방에 의한 위탁을 받아 주가 집행하는 연방법률(제104a조제3항2문)에 관해서도 또한 연방참의원의 동의가 필요하게 되었다. 요컨대, ①주가 고유사무로서 집행하는 모든 연방법률과 ②연방이 지출의 2분의 1이상을 부담하기 때문에 주가 위임사무로서 집행하는 연방의 금전급부법률 가운데 연방이 지출의 전부를 부담하는 것을 제외한 것에 대하여 연방참의원의 동의가 필요하게 된 것

35) 최초의 기본법개정법안에서는 “금전급부”와 “금전적 가치가 있는 현물급부”만 이었으나, 연방의회에서 위원회(법무위원회) 심의를 거쳐 주가 고유사무로서 집행하는 모든 연방법률에 관하여 연방참의원의 동의를 요건으로 부과한다는 입법취지로 조문의 문언을 적합시키기 위하여 “그에 상응하는 역무급부”라는 용어가 추가되었다. BT-Drucksache 16/2010, S.6f. BT-Drucksache 16/2069, S.42.

이다.³⁶⁾

그리하여 개정된 제104a조제4항의 규정이 그 문언이 애매하고 해석상의 논란의 소지를 안고 있어서 연방참의원의 동의권한의 확대라는 예상이상으로 광범한 영향을 지닐 가능성을 가지고 있다고 지적하고, 동의법률의 숫자를 감소시킨다는 기본법개정의 목적이 비현실적인 것이라고 비판하는 견해도 있다. 결국 기본법 제84조제1항의 개정으로 바람직한 동의법률의 숫자의 역제가 실현될 것인지, 제104a조제4항의 개정으로 동의법률의 숫자가 확대될 가능성이 있는지는 연방헌법재판소의 판단과 아울러 국가기관에 의한 실천의 의지에 달려있다고 하겠다.³⁷⁾

3. 이탈입법(Abweichungsgesetzgebung)

기본법 제72조제2항 및 제84조제1항에서 새로이 도입된 연방법률과 다른 내용의 규율을 주법률로 행하는 권한을 주에게 인정하는 이탈입법이라는 새로운 입법형식은 종래의 경합적 입법을 자유화하고 지금까지 독일의 협조적 연방주의(Kooperative Föderalismus)에 대신하여 경쟁지향성이 강한 연방국가모델을 도입하려는 것으로서 주목된다. 그러나 현실적 문제를 고려하면 이 입법형식을 실제로 활용하고 입법에 있어서 연방과 완전히 경쟁관계에 설만큼 높은 능력을 구비하고 있는 주가 얼마나 있는지를 둘러싸고 의문이 제기되고 있다. 주의 이탈입법권을 제도화하는 것이 능력있는 주와 그 이외의 주과 구분하는 이 단계 연방제(Zweiklassenföderalismus) 내지 비대칭적 연방시스템(asymmetrisches föderales System)을 낳게하지는 않는가라는 우려가 이미 도입단계에서부터 지적된 바도 있다.³⁸⁾

36) Johannes Hellermann, "Bundesstaatliche Lastenverteilung(Art. 104a, 104b)", in : C.Starck(Hrsg.), *Föderalismusreform*, aaO., S.149f.

37) P.Selmer, a.a.O., S.1057.

38) Martin Stock, "Konkurrierende Gesetzgebung, postmodern. Aufweichung durch Abweichung", *ZG*, 2006, S.226-249. 주에게 인정된 이탈입법권한이라는 제도에는 원래 스스로 입법이 가능한 능력이 높은 주와 입법에 있어서 연방법률에 의존하는

이탈입법권제도가 향후 어떻게 사용되고 어떠한 영향을 가질것인지는 종래에 없던 규범구조를 지닌 입법형식인 만큼 쉽게 예상할 수는 없다. 이미 언급한 완전경쟁형 경합적 입법과 관련하여 그 대상사항의 대부분을 차지하는 환경에 관한 규율을 둘러싸고 환경단체에서는 주에 의한 이탈입법이 환경덤핑으로 연관되는 것이 아닌가라는 우려를 표명하고 있다. 이에 대하여 주의 이탈입법에 대한 법적 제한으로서 열거하고 있는 것은 주법률에 의해서는 별도의 규율을 할 수 없는 핵심영역이나 이미 행해지고 있는 환경에 관한 각종 규제가 대부분을 차지하므로 그러한 우려는 적당치않다고 주장하는 견해도 있다. 또한 현실적으로 다수의 주가 이탈입법의 권한을 실제로 행하는 것은 예상할 수 없다는 점과 아직 실현되지 않은 환경법전이 일단 제정되면 각주가 이탈입법권한을 사용하려는 때의 정당화의 입력이 한층 높아지고 그것이 그러한 권한행사에 대한 사실상의 제약이 될 것이라는 점을 지적한다.³⁹⁾

그러나 이러한 설명은 매우 많은 전제에 의거하고 있기 때문에 그 대로 진행될 지는 단정하기 어렵다. 환경이 대상사항의 대부분을 차지하는 완전경쟁형 경합적 입법에 관해서는 어느 정도의 법적 및 사실적인 제한이 있다하더라도 보다 광범위하게 영향력을 가질 수 있는 제84조제1항의 이탈입법에 관하여는 그러한 낙관적인 견해 보다는 신중한 검토가 필요하다. 복잡하고 예견하기 어려운 상황에 대하여 보다 실효성이 높은 규제방법이 다양한 형태로 모색되고 있는 오늘날 이번의 기본법개정으로 채용된 이탈입법이라는 새로운 입법형식자체가 가져올 예견하기 어려운 결과에 충분한 주의가 필요하다.

그 이외의 주간의 타협의 산물이라는 측면이 있는 것도 부정할 수 없다. Stock도 “개입권한(이탈입법권한은 당초의 검토단계에서는 이같이 불렀다)에 관한 제안은 강자와 약자간의 정치적 타협이다. 자신들은 가능하다고 강자는 말하고 자신들은 원래할 수 없다고 약자는 말한다”.

39) Michael Klopfer, “Föderalismusreform und Umweltgesetzgebungskompetenzen”, ZG, 2006, S.250f.

4. 재정개혁

2006년 12월 15일 연방의회와 연방참의원은 연방과 주의 재정관계의 현대화를 위한 공동위원회를 설치할 것을 내용으로하는 의결을 각각 행하고⁴⁰⁾, 2007년 3월 8일 양기관의 의원 등으로 구성된 공동위원회(Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen)가 설치되었다. 앞서 살펴본 2006년 9월 1일에 시행된 광범위한 기본법 개정은 주로 연방과 주간의 입법권한의 재배분과 연방의 입법에 대한 연방참의원의 권한축소에 그치고, 연방과 주간의 재정관계에 관하여는 주요한 개혁은 이루어졌다. 이번의 공동위원회의 설치는 연방제개혁의 미해결의 과제였던 재정관계에 관하여 새로운 협의기관을 설치하고 검토를 개시한 것이며 연방제개혁이 제2단계에 들어갔음을 의미한다.⁴¹⁾

공동위원회는 연방의회, 연방참의원으로부터 16명씩 지명되는 위원 32명으로 구성하고(연방의회측 위원은 SPD, CDU/CSU각 6명, FDP 2명, 좌익당, 녹색당 각 1명으로 이 가운데에는 연방정부 장관 4명을 포함한다. 연방참의원측 위원은 각주에서 1명씩이며 그 대부분은 주 수상이다), 여기에 발언권, 제안권은 있으나 표결권을 가지지 않는 위원으로서 16개주의 주의회대표 4명을 포함하고, 발언권 및 제안권은 있으나 표결권이 없는 위원으로서 지방자치단체의 대표 3명을 포함하였다. 공동위원회는 위원의 3분의 2의 다수결로 의사결정을 하고(다만, 심의절차상의 문제에 관하여는 출석위원 3분의 2의 다수결로 한다), 연방의회 및 연방참의원의 위원 각 1인을 위원장으로 선출하고 양자가 공동으로 의사를 주재하도록 하고 있다. 공동위원회는 연방과 주간의 재정관계를 성장정책 및 고용정책에 있어서의 국내외의 변화

40) Bundestag Drucksache 16/3885, Bundesrat Drucksache 913/06.

41) 자세한 것은 Felix Ekardt/Daniel Buscher, "Föderalismusreform II : Reform der Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen", *DÖV*, 2007, S.89f.

된 구조적 조건에 적합시키기 위하여 그 현대화를 위한 제안을 작성하도록 하고, 위원회의 권고는 지역단체의 자기책임 및 그 임무에 상응하는 재정능력을 강화하는 것임을 요한다. 공동위원회가 다루어야 할 주제로서는 재정운용(재정위기의 방지), 현재의 재정위기의 극복(건전화, 자율성 확대), 과제의 음미 및 기준설정, 탈관료주의화 및 효율성 향상, 과제에 적합한 재정적수당의 강화(특히 재정조정법에 의한 2008년의 심의과제의 수행), 지역단체의 자기책임의 강화, 주간의 협력강화 및 임의의 결합을 용이하게 할 가능성, 연방과 주간의 재정관계에 대한 개별영역의 정책의 기여 및 영향의 취급 기타 등이다.

주제어 독일기본법, 독일연방제도, 입법개혁, 대강적 입법, 경합적 입법

【참고 문헌】

◆ 국내 문헌 ◆

한국법제연구원, 『독일의 법령체계와 입법심사기준』, 한국법제연구원, 2005.11.

◆ 외국 문헌 ◆

A. 저서

Christian Starck(Hrsg.), Föderalismusreform Einführung, München : C.H.Beck Verlag, 2007.

Dieter Hömig(Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8.Aufl., Baden-Baden : Nomos Verlag, 2007.

Reiner Holtzschneider/Walter Schön, Die Reform des Bundesstaats -Beiträge zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung 2003/2004 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 2006, Baden-Baden : Nomos Verlag, 2007.

Roland Sturm/Petra Zimmermann-Steinbart, Föderalismus. Eine Einführung, Baden-Baden : Nomos Verlag, 2005.

Winfried Kluth(Hrsg.), Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung, Baden-Baden : Nomos Verlag, 2007.

B. 논문

Christoph Degenhart, “Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen

durch die Föderalismusreform”, NJW 2006, S.1209f.

Fritz W.Scharpf, “Föderalismusreform : Weshalb wurde so wenig erreicht?”,
Aus Politik und Zeitgeschichte, 50/2006, S.6f.

Josef Franz Lindner, “Die Rahmengesetzgebung nach Art.75 GG. Grundlagen,
Strukturen, Probleme”, JuS 2005, S.577f.

Jörg Ipsen, “Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach
der Föderalismusnovelle”, NJW 2006, S.2801f.

Peter Selmer, “Die Föderalismusreform. Eine Modernisierung der bundesstaatlichen
Ordnung”, JuS 2006, S.1052f.

Thomas Fischer/Gerhard Hirscher/Udo Margedant/Gerhard Schick/Horst
Werner, “Föderalismusreform in Deutschland. Ein Leitfaden zur
aktuellen Diskussion und zur Arbeit der Bundesstaatskommission”,
Forum Föderalismus 2004.

Ulrich Häde, “Zur Föderalismusreform in Deutschland”, JZ 2006, S.742f.

Reform of Federalism in German and clear-cut distribution of Legislative powers between The Federation and The Lander

Park, young - Do*

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” (Commission of Federalism) to restart its work. This commission had been instated by the German Bundestag and Bundesrat, but failed in its task in the end of 2004 due to unsolvable differences in opinion concerning the allocation of state powers in the areas of education and research. 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 and to reduce the “reform tailback”.

Current criticism focuses on the Bundesrat and its rights of participation as the incarnation of the disliked system of “Verbundfederalismus”. 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:

* Senior Research follow, Korea Legislation Research Institute, Ph. D. in law

European integration and globalization also lead to a competition among political systems; 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 Basic Law, it has been suggested that a new form of 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 (and partly) regulated by federal law. These laws of the Lander supplement or substitute federal law and claim primary validity (so-called reversed concurrent legislation). In effect, federal law only has supportive functions in these areas. This new form of legislative power would not only overturn the regulation in Art. 31 Basic Law which establishes part of the federal order, but would also break with the hitherto tendency of distributing powers which aim at legal unity and clarity. In addition it would break with the existing legislative practice (safe the area of federal framework legislation) to have an area regulated as exhaustively and completely as possible by one competent legislator--be it the Federation or the Lander.

<p>KEY WORDS German Basic Law, German Federalism, Legislative Reform, framework legislation, concurrent legislation</p>
--