

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000127-01

# 통일과 헌법재판

## 1

- 독일 연방헌법재판소 결정 연구 (상) -



헌법재판소  
헌법재판연구원



발 간 등 록 번 호

33-9750040-000127-01

# 통일과 헌법재판

## 1

- 독일 연방헌법재판소 결정 연구 (상) -



헌법재판소  
헌법재판연구원



## 발 간 사

통일법제에 관한 연구는 헌법재판소 헌법재판연구원의 설립 취지 중의 하나이다. 이에 헌법재판연구원은 통일의 헌법적 쟁점에 관한 연구를 수행하여 보고서를 발간하고 있다. 또 매년 통일법제세미나를 개최하여 왔다. 통일은 그 계기와 진행시기, 그리고 진행과정을 예상할 수 없다는 불확실성을 안고 있다. 이 점에서 1990년 독일의 통일과정은 우리에게 유일하고, 또 유익한 예이다. 이에 대한 간접적인 경험을 통하여 우리는 정치적 사건으로 여겨졌던 통일이 궁극적으로 (헌)법적 통합 및 그 과정을 의미한다는 사실을 새삼스럽게 알게 되었다. 이와 같은 인식에 기초하여 헌법재판연구원은 분단과 통일 그 자체, 그리고 (헌)법적 통합과정에서 헌법재판 및 법원 판결의 소재가 되었던 사안을 체계적으로 정리하고 분석 및 평가하여 통일 및 통합과정을 준비하는 연구를 하기로 하였다.

연구는 3단계로 진행하기로 하였다. 첫째, 1990년 이전 독일의 분단 상태 및 통일 과정에서 제기되었던 헌법적 쟁점을 연구하기로 하였다. 분단에 대한 헌법적 이해는 통일을 지도하는 헌법정책적 기반이 되었다. 또 통일과정에서 동서독 간에 합의된 여러 단계에서의 헌법구상은 최종적으로는 헌법적 심사를 필요로 하였다. 둘째, 통일과정에서 합의된 헌법구상은 서독 및 동독지역에서 적용되고 현실화되면서 독일의 정치·경제 및 사회적 통합을 이끌었다. 그런데 헌법 및 법률의 제정 및 개정 내용들은 부분적으로 통일 후의 현실적인 상황 속에서 헌법적인 문제를 발생시켰다. 이와 같은 헌법적인 경험에 대한 연구가 필요하다고 생각하였다. 셋째, 우리의 분단 상태 및 통일의 방법, 그리고 통합과정에서 참고가 될 수 있는 헌법재판 및 법원의 판결을 연구하기로 하였다.

이와 같은 연구에 착수하기 위하여 복잡한 선행과제가 있었다. 독일의 분단 및 통일, 그리고 통합과정에 관하여 대표성 있는 판례를 선정하여야 했다. 이러한 작업을 위하여 ‘판례선정·발간위원회’(위원회)를 구성하였다. 그런데 이 작업은 간단하지 않았다. 기존에 중요한 것으로 주목을 받아 왔던 판례들이

있었지만 대표성 있는 판례가 체계적으로 수집된 적은 없었기 때문이다. 이에 위원회에서 모든 관련 판례를 수집·검토하는 작업이 필요했다. 위원회에서 약 100개의 판례를 수집하였으며, 위원회에 소속된 연구관들이 이를 분담하여 검토한 후 통일과 헌법재판 제1권과 제2권에 수록될 20개의 판례를 선정하였다. 4개월에 걸쳐 여러 차례의 회의를 개최한 결과였다. 이 과정에서 헌법재판연구원을 방문했던 독일 튀빙겐 대학의 네테스하임(Martin Nettesheim) 교수와 프라이부르크 대학의 예슈테트(Matthias Jestaedt) 교수의 자문을 받는 기회도 가졌다. 이 후에 위원회는 선정된 판례들의 적합성에 대해서 외부 전문가의 검증을 받을 필요가 있다고 생각하였다. 박정원 교수, 이동욱 판사, 이효원 교수, 장소영 검사, 한명섭 변호사, 다이버 교수(Birgit Daiber, 서울대)가 유익한 의견을 주었다. 이 후 2016년 출간될 제1권에 수록될 판례에 대한 연구를 논문형태로 작성해 줄 것을 외부 연구자들에게 의뢰하였다. 2017년과 2018년 제2권과 제3권이 차례로 발간될 예정이다. 위와 같은 작업을 하면서 부수적인 성과가 있었다. 분단과 통일에 관한 독일의 판례들을 수집·검토하는 작업은 대표성 있는 연구대상을 선정하기 위한 것이었지만 이 작업이 진행되면서 모든 판례가 각각 독일의 분단 상황 및 통일과정, 그리고 통합의 시대적 배경, 헌법적 쟁점 및 이에 대한 평가로서 의미를 갖는다고 판단하였다. 이에 관련 모든 판례를 요약·정리하여 제4권에 담아 발간하기로 하였다.

위에서 지적했듯이 통일과 헌법재판 연구를 위한 준비 작업은 전적으로 ‘판례선정·발간위원회’가 부담하였다. 또 외부 전문가의 연구가 수집된 후에 편집과 교정 등 간행에 이르는 번잡한 일도 담당하였다. 위원회 간사는 처음에는 허완중 책임연구관이, 허완중 책임연구관이 전남대 교수로 부임한 후에는 공진성 교수가 이어 받았다. 부간사는 이석민 책임연구관이 맡았으며, 김환학, 이민열, 이재희, 이지효, 최규환 책임연구관이 위원으로 활동하였다. 연구보고서를 작성하는 바쁜 일정에도 불구하고 부담을 흔쾌히 졌던 위원들에게 감사의 마음을 전한다. 또 통일과 헌법재판에 대한 연구 필요성을 공감하고 지원한 헌법재판소 박한철 소장님께 감사의 말씀을 드린다.

2016년 12월 23일

헌법재판소 헌법재판연구원장 **전 광 석**

# 차 례

## ▣ 동서독간의 형사사법공조와 그 전제조건 [김진곤]

- 분단시기의 형사사법공조 결정을 중심으로 -  
(BVerfGE 1, 332-349, 1952, 6, 13.)

I. 관련 규정(통일조약 등) 소개와 배경 .....	1
1. 관련 규정 소개 .....	2
2. 관련 규정 제정 배경 .....	3
II. 사건 개요(사실관계) .....	4
III. 주요 쟁점 .....	10
IV. 결정 요지 .....	17
V. 분석 및 평가 .....	18
1. 결정의 의의 .....	18
2. 학계 평가 및 결정 이후 상황 .....	20
(1) 판례의 수용과 개별 법률의 제정 .....	20
(2) 사법공조의 분수령 - Brückmann 사건 .....	21
VI. 한국에 대한 시사점 .....	26
1. 독일의 특수한 상황(특히 베를린) .....	26
2. 논의의 출발점 .....	28
3. 남북한의 특수한 관계 .....	29
4. 단초와 전망 .....	31

## ▣ 동독이주민에 대한 서독정부의 법적 대응과 그 시사점

[정 해 영]

- 긴급수용법의 위헌성을 중심으로 -  
(BVerfGE 2, 266-286, 1953, 5, 7.)

I. 관련 규정 소개와 배경	33
1. 관련 규정 소개	33
(1) 기본법 제11조(거주·이전의 자유)	33
(2) 기본법 제116조 제1항(독일국민의 개념)	34
(3) 긴급수용법 제1조	34
(4) 기본법 제3조 제3항	35
2. 관련 규정 제정 배경	36
(1) 통일 전 서독 지역으로의 인구 이동	36
(2) 독일 이주민 정책의 특징	38
(3) 긴급수용법의 제정배경과 입법취지	39
(4) 동독이주민의 수용과정	40
(5) 독일 국적 취득	41
II. 사건 개요	42
III. 주요 쟁점	43
1. 핵심쟁점	43
2. 소련점령지역 내 독일인의 거주·이전의 자유에 대한 논쟁	43
(1) 연역적 검토	43
(2) 소련점령지역 내 독일인의 거주이전의 자유 인정 여부	45
(3) 소결	48
3. 긴급수용법의 위헌성 판단	49
(1) 문제의 소재	49
(2) 법률규정형식에 따른 위헌성 논란	49
(3) 특별 수용사유의 존재 여부와 개별적 심사	52
4. 평등조항과의 관계	53



IV. 결정 요지	53
1. 결정주문	53
2. 결정요지	54
3. 핵심내용	55
V. 분석 및 평가	55
1. 결정의 의의	55
2. 학계 평가 및 결정 이후 상황	58
(1) 학계의 평가	58
(2) 결정 이후 상황	59
VI. 한국에 대한 시사점	61
1. 북한이탈주민 현황	61
2. 북한이탈주민의 기본권을 인정한 사례	63
(1) 북한이탈주민의 거주·이전의 자유 보장 여부에 관한 대법원 판례	63
(2) 북한이탈주민을 기본권주체로 인정한 헌법재판소 결정례	64
3. 서독정부의 법적 대응과 그 시사점	64
4. 결론	66

**▣ 수도 베를린의 지위와 기본법의 적용범위** [이 세 주]

- 독일 연방헌법재판소의 ‘베를린 유보 결정’ -  
(BVerfGE 7, 1-17, 1957. 5. 21.)

I. 관련 규정 소개와 배경	72
1. 관련 규정 소개	72
2. 관련 규정 제정 배경	75
II. 사건 개요(사실관계)	80
III. 주요 쟁점	84

IV. 결정 요지	84
1. 결정 요지	84
2. 결정 이유	85
V. 분석 및 평가	95
VI. 한국에 대한 시사점	96

## ▣ 동서독 기본조약에 대한 연방헌법재판소 판결에 대한 평석 [정 태 호]

(BVerfGE 36, 1-37, 1973, 7, 31).

I. 문제의 제기	101
II. 동서독 기본조약 및 그 성립사	103
1. 동서독 기본조약	103
2. 동서독 기본조약의 성립사	107
(1) 독일의 패전과 분단	108
(2) 서독의 독일정책	108
(3) 동독의 독일정책	111
(4) 동서 긴장완화와 동서독기본조약의 체결	113
III. 사건의 개요 및 주요쟁점	117
1. 사건의 개요	117
(1) 청구인 바이에른 주정부의 청구와 이유	117
(2) 절차참가인인 연방정부의 청구와 이유	119
(3) 심판대상	120
2. 주요 쟁점	121
IV. 판결 요지	123

V. 판결에 대한 분석과 평가	124
1. 심사기준	125
2. 독일국의 존속 및 서독과의 동일성 그리고 1민족 2국가론	128
(1) 독일국 존속명제	129
(2) 서독과 독일국의 동일성테제	132
(3) 동서독 기본조약의 이증성	141
3. 재통일명령	151
4. 동독인 등의 독일국적 및 외교적 보호의 문제	153
(1) 동독인 및 서부베를린인의 국적문제	154
(2) 동독인에 대한 외교적 보호	159
5. 서독에의 가입을 통한 통일방식을 규율하고 있는 기본법 제23조에의 위반여부	160
VII. 한국에 대한 시사점	161
[부 록] 동서독기본조약에 대한 독일 연방헌법재판소 판결 전문	165

**▣ 독·소 및 독·폴란드 불가침조약 동의법률에 관한 독일 연방헌법재판소의 결정에 대한 평석** [이 장 희]

- 모스크바 조약과 바르샤바 조약 동의법률에 관한 독일 현재 결정 -  
(BVerfGE 40, 141-179, 1975, 7. 7.)

I. 모스크바 조약 및 바르샤바 조약 소개와 배경	195
1. 모스크바 조약 및 바르샤바 조약 동의법률 소개와 체결 배경	196
(1) 모스크바 조약(1970. 8. 12) 체결 소개	196
(2) 모스크바 조약 동의법률 소개	198
2. 바르샤바 조약 및 동의법률 소개	199
(1) 바르샤바 조약 소개(1970. 12. 7.)	199

(2) 바르샤바 조약 동의법률 규정 소개 .....	200
3. 모스크바 조약 및 바르샤바 조약 동의법률 규정 제정 배경 .....	201
(1) 모스크바 조약 체결배경 .....	201
(2) 바르샤바 조약 체결배경 .....	202
II. 사건 개요(사실관계) .....	203
III. 주요 쟁점 .....	204
IV. 연방헌법재판소의 결정요지 .....	204
V. 분석 및 평가 .....	205
1. 결정의 의의 .....	205
2. 학계 평가 및 결정 이후 상황 .....	206
VI. 한국에 대한 시사점 .....	208

## ▣ 이중수급금지원칙과 평등

[이 준 일]

– 독일 연방헌법재판소 ‘연금 이중수급 금지 결정’에 대한 평석 –  
(BVerfGE 29, 22–34, 1970. 6. 23.)

I. 사건의 개요 및 결정 요지 .....	212
1. 사건의 개요 .....	212
2. 결정 요지 .....	218
II. 연방헌법재판소의 심사기준으로서 평등원칙 .....	222
1. 심사단계 .....	222
2. 심사기준 .....	227
3. 심사강도 .....	234

III. 사회적 기본권의 재산권적 성격 ..... 235

IV. 남북한 관계에서 이중수급금지원칙의 적용가능성과 합헌성 ..... 237

    1. 북한의 사회보장 ..... 237

    2. 이중수급금지원칙의 적용가능성 ..... 239

    3. 이중수급금지원칙의 합헌성 ..... 241

V. 맺는 말 ..... 246

**▣ 동독주민의 서독계좌사용 제한의 위헌성** [정 문 식]

－ 동서독 간 비상업적 지불거래를 규율한 군정청령 제53호 위헌결정－  
 (BVerfGE 62, 169-189, 1982, 11, 3.)

I. 관련규정 등 ..... 250

    1. 관련규정 ..... 250

    2. 관련규정의 제정 배경과 집행 ..... 251

II. 사건 개요(사실관계) ..... 253

    1. 자동차 대금지급허가신청에 대한 독일연방은행의 거절과 하급심 결정 ..... 253

    2. 독일 연방행정재판소 판결 ..... 253

    3. 청구인의 주장 ..... 254

    4. 연방정부 측 주장 ..... 256

        (1) 연방경제부장관 ..... 256

        (2) 독일연방은행 ..... 258

III. 주요 쟁점 ..... 259

IV. 결정 요지 ..... 260

    1. 청구의 적법성 ..... 260

    2. 본안판단 ..... 260

(1) 독일연방헌법체제 하에서 연합군 군정청령의 합헌적 대체의무 .....	260
(2) 대상조문의 위헌성 .....	261
(3) 군정청령의 재산권 제한 여부 .....	262
(4) 연방헌법재판소의 판단 .....	266
3. 결론 .....	266
<b>V. 분석 및 평가</b> .....	267
1. 결정의 의의 .....	267
2. 학계 평가 .....	269
(1) 연방헌법재판소 결정 당시 동서독 간 법적 상황 .....	269
(2) 동서독 간 법률관계에 있어서 특히 가족법상 문제 .....	270
(3) 동서독 간 법률관계에서 외환법 문제 .....	277
(4) 연방헌법재판소 결정의 내용적 문제 .....	279
3. 결정 이후 상황 .....	285
(1) 소련의 정치적 상황 변화 .....	285
(2) 서독과 동독 간 정치상황의 변화 .....	286
(3) 유럽통화연합과 유럽단일의정서를 통한 유럽통합과정의 발전 .....	287
(4) 동서독 간 경제·무역 분야 실무에서 자본거래의 규제완화 .....	289
<b>VI. 한국에 대한 시사점</b> .....	290
1. 대상결정을 통해 본 시사점 .....	290
2. 대한민국의 상황 .....	291
(1) 남북관계 개선을 위한 입법노력 .....	291
(2) 남북관계에 대한 사법적 판단과 현실 .....	292
(3) 남북 간 경제거래의 현황 .....	293
(4) 통일을 대비하는 바람직한 이상 .....	293

▣ 독일의 통일과 국적

[김 주 환]

- 연방헌법재판소의 테소(Teso) 결정 -  
(BVerfGE 77, 137-170, 1987, 10, 21.)

I. 관련 규정의 소개와 배경	296
1. 관련 규정의 소개	296
2. 관련 규정의 제정 배경	297
(1) 독일의 분단	297
(2) 독일 국적	297
(3) 서독 기본법 제16조 제1항	298
(4) 서독 기본법 제116조 제1항	299
II. 사건의 개요	300
III. 주요 쟁점	301
IV. 결정 요지	302
V. 분석 및 평가	302
1. 결정의 의의	302
(1) 동독 국적 취득과 독일 국적 취득	303
(2) 독일 국적 단일성의 원칙	304
(3) 독일국의 계속적 존속	307
(4) 독일 국적과 동서독 기본조약	309
(5) 결론	310
(6) 반대의견	311
2. 학계 평가 및 결정 이후 상황	312
VI. 한국에 대한 시사점	314
1. 대한민국의 정체성	314
(1) 1919년 대한민국의 정체성	314
(2) 1948년 대한민국의 정체성	316
2. 영토규정과 평화통일원칙	317

(1) 헌법 제3조의 통일명령 .....	317
(2) 헌법 제4조의 평화통일원칙 .....	318
(3) 헌법 제3조와 제4조의 관계 .....	318
(4) 신(新)헌법 제정 방식의 통일 가능성 .....	319
3. 남한과 북한의 법적 관계 .....	319
4. 남북기본합의서의 법적 성격 .....	321
5. 통일의 사명과 북한 주민의 국적 .....	323
(1) 단일 국적 유지 의무 .....	323
(2) 북한 주민의 국적 .....	325
(3) 남한 국적 취득의 헌법적 한계로서의 공공질서 .....	327
(4) 남한 국적 취득의 국제법적 한계 .....	327
(5) 남·북한 유엔 동시 가입과 남북기본합의서 .....	328

## ▣ 가입조건부 기본법개정 결정

[박종보]

(BVerfGE 82, 316-321, 1990. 9. 18.)

I. 관련 규정 소개와 배경 .....	332
1. 관련 규정 소개 .....	332
2. 관련 규정 제정 배경 .....	336
(1) 서독기본법상 국가목표로서의 통일 .....	336
(2) 독일통일의 방법 .....	337
(3) 서독기본법상 기본법 개정의 방법 .....	341
(4) 서독기본법상 조약체결의 절차 .....	342
(5) 독일통일의 실제 과정 .....	342
II. 사건 개요 .....	346
1. 사실관계 .....	346
2. 청구인의 주장 .....	347
(1) 참여권 침해 .....	347



(2) 가치분신청 .....	348
III. 주요 쟁점 .....	349
IV. 결정 요지 .....	349
1. 청구의 적법성 및 심판절차에 관한 판단 .....	349
2. 본안판단 .....	350
(1) 기본법상 통일명령규범의 이행 .....	350
(2) 정치적 형성의 자유 .....	351
(3) 연방정부 외교권한의 범위 .....	352
V. 분석 및 평가 .....	352
1. 결정의 의의 .....	352
2. 학계 평가 및 결정 이후 상황 .....	353
VI. 한국에 대한 시사점 .....	355

**▣ 독일 통일 후 최초의 연방의회선거에서 5% 저지조항 등에 관한 특례 인정** [장 영 수]

(BVerfGE 82, 322-352, 1990. 9. 29.)

I. 서 .....	362
II. 통일 직후의 정치적 상황과 선거의 의의, 기능 .....	364
1. 독일의 통일과정과 통일에 대한 준비의 부족 .....	364
2. 독일통일의 국제적 조건과 통일절차 진행의 긴박성 .....	366
3. 독일의 통일방식과 통일된 독일에서 선거의 의의와 기능 .....	367
III. 비례대표선거의 구조와 저지조항의 의미 .....	369
1. 비례대표선거의 의의와 특성 .....	369

2. 독일식 비례대표제의 구조와 저지조항의 의의 .....	371
3. 저지조항에 대한 찬반 논의와 독일 연방헌법재판소의 태도 .....	372
IV. 통일 독일의 정당구도와 저지조항에 대한 논란 .....	374
1. 구동독지역의 정당에 대한 저지조항 적용의 쟁점 .....	374
2. 통일 독일의 정당구도와 정당의 기회균등 .....	376
3. 통일 독일의 인구구조와 투표가치의 평등 .....	378
V. 저지조항의 잠정적 특례 인정과 그 효과 .....	380
1. 저지조항에 대한 특례 인정의 방식과 그 특징 .....	380
2. 동독 정당들에 대한 잠정적 특례로서의 명부연합 .....	381
3. 독일 연방헌법재판소 판결에 의한 특례 인정의 의미와 파급효 .....	383
VI. 결론 .....	384
[부 록] 독일연방헌법재판소의 결정문 .....	389
사향색인 .....	415

# 동서독간의 형사사법공조와 그 전제조건\*

– 분단시기의 형사사법공조 결정을 중심으로 –

(BVerfGE 1, 332–349. 1952. 6. 13.)

김진곤\*\*

## I. 관련 규정(통일조약 등) 소개와 배경

국가의 분단은 가슴 아픈 일이다. 그러나 분단은 단순히 감정적인 아픔이나 분노의 대상으로 보아서는 스스로 치유되지 않는다. 그러한 사실은 갈라진 두 지역을 서로 모든 면에서 달라지게 만들고 체제경쟁을 촉발하기도 한다. 이성적으로 보면, 분단은 여러 측면에서 법적 쟁점을 유발하기도 하는데, 복잡한 가치와 이념 그리고 이성과 감성에 대한 형량과 경쟁 속에서 재통합과 관련된 사안들에 주목하도록 이끈다. 지금 소개하는 주제 또한 분단을 겪은 독일의 예를 그 바탕으로 한다.

이 글에서 주요 분석 및 평가의 대상으로 삼은 연방헌법재판소의 결정<sup>1)</sup>은 1945년 2차 세계대전이 끝난 후 연합국의 점령군 통치체제가 존속되고 있는 도중에 소비에트점령지구 내에서 일어난 사건<sup>2)</sup>에 관련된 법적 쟁점을 확정하고 있다. 이 시기는 독일의 정치체제가 동서독의 완전한 분단으로 확정된 시점

\* I deeply appreciate Prof. Philip Künig from Freie Universität Berlin(college of law) for providing the best environment for this research in Berlin.

\*\* 광운대학교 법학부 교수.

1) BVerfGE 1, 332-349, 1 BvR 137/52 vom 13. 6. 1952; JZ, 1952, Nr. 19, S. 589; NJW, 1952, Heft 29, S. 1129.

2) 판결의 계기가 된 사건은 1949. 6. 24.에 현재의 Sachsen 주에 소재한 Reichenbach에서 일어난 과실치사와 관련되어 있었는데, 이 사건의 당사자가 소비에트점령지구 내에서 범 죄 후 서독의 영역으로 도망하여 그곳에서 거주하는 동안 불출석 상태에서 동독 법원이 내린 판결의 집행을 서독 법무부에 요청하면서 연방헌법재판소의 판단에 이르게 된다.

이 아니었다. 서독(BRD)은 1949. 5. 23.에, 동독(DDR)은 1949. 10. 7.에 공식적으로 독립된 정부체제를 갖추었다. 두 개의 독립된 정부가 갖추어지면서 동서독은 서로 다른 법적, 정치적, 사회적 그리고 문화적 체계를 형성해가기 시작하였다. 이러한 정치체제의 상황에도 불구하고 동서독은 적어도 상당한 가치공유와 양해를 바탕으로 인적 교류와 법적 단일성을 어느 정도 유지할 수 있었다. 하지만 동독에 의하여 1961년 베를린 장벽(Berliner Mauer, 1961. 8. 13. ~ 1989. 11. 9.)이 설치되면서 정치적 상황은 큰 변화를 겪게 되고, 그 장벽만큼이나 동서독간의 심리적 및 정신적 거리감은 더 높아져 갔다.

이러한 독일의 정치적 상황과 분단의 과도기에 나온 이 결정은 분단 초기에 동서독간의 사법공조에 대한 기본인식을 잘 보여주고 있다. 이 결정이 나오기 전에 서독연방에서는 아직 사법공조 내지 행정공조에 대하여 규범적으로 정립되어 있지 않아서 실무적으로 해결하고 있었으나, 이 결정이 나온 후에 Bonn 입법자는 동서독간에 형사사건에서의 사법공조 및 행정공조에 대하여 연방법률로 규율하기 시작하였다는 점에 그 의의가 있다.

아래에서 이 결정의 주요한 내용을 짚어보면서 초기의 결정과 그 후의 입법적 변화를 살펴보고, 그와 관련된 주된 환경적 변화와 현실적 사법공조 등을 규범과 사례를 통하여 분석해보기로 한다.

## 1. 관련 규정 소개

본건에 관련된 주요한 법률은 법원조직법과 형사소송법이다. 서독은 아직 본사안을 규율할 수 있는 법적 체계를 갖추고 있지 않아서 당시의 사법실무에 따라 사안을 해결하는 과정에 있었다. 따라서 이에 대한 법적 쟁점 또한 동서독간 사법공조의 절차와 그 제한의 문제에 집중되어 있었으며, 어느 근거규정에 대하여 위헌성 논란이 제기된 것은 아니었다. 우선 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz, GVG) 제162조와 제163조가 이에 해당되고, 형사소송법(Strafprozessordnung, StPO) 제458조가 당해 사건과 관련되어 있다.

법원조직법 제162조에 따르면, “자유형을 선고받은 자가 형벌집행관청의 관할구역 밖에 머물고 있다면, 해당 관청은 유죄선고를 받은 자가 현재 머물고 있는 Landgericht의 관할에 상응하는 검찰청에 형벌의 집행을 구할 수 있다.”라

고 규정되어 있다. 이 규정은 관할구역 외에 체류하고 있는 유죄선고를 받은 자에 대한 집행요청에 관한 근거규정이다. 그리고 같은 법 제163조에 따르면, “자유형이 다른 법원의 관할구역 내에서 집행되어야 하거나 다른 법원의 관할구역 내에 있는 유죄선고를 받은 자가 형벌의 집행을 목적으로 체포되어 인계된다면, 검찰청은 관할구역 내의 법원(Landgericht)에 이행을 구하여야 한다.”라고 하였다. 형사소송법 제458조 제1항에 따르면, “형사판결의 해석 또는 선고된 판결의 형량에 대하여 의문이 존재하거나 형벌집행의 허용에 대하여 이의가 제기되면, 법원의 판결이 선고되어야 한다.”라고 한다. 이에 따라 법원판결에 대하여 이의가 있으면 그에 대하여 일정한 통제가 이루어질 수 있게 하였다. 따라서 이 두 규정에 근거하여 관할구역과 연관된 형벌의 집행에 대한 문제를 해결하고 있는 상황이었다.

1972년 동서독 간에 기본조약이 체결된 이후에도 사법공조 및 행정공조에 관련된 합의를 시도하였으나, 그에 대한 의견일치를 보지 못한 채 서독은 1953. 5. 2.에 가결한 ‘형사사건에서의 사법공조 및 행정공조에 관한 법률’<sup>3)</sup>의 개정 등을 통하여 사법공조와 행정공조의 체계를 유지하였다.<sup>4)</sup>

## 2. 관련 규정 제정 배경

1952년에 동독 법무부가 본건과 관련된 형사판결의 집행에 대한 사법공조를 서독 법무부에 요청하였을 때, 동서독간의 형사판결집행에 대한 법적 규율을 위한 독립된 법규정은 없었을 뿐만 아니라 형사실무에서도 조금씩 다른 해석을 하고 있었다. 그러나 본건과 관련된 헌법소원이 연방헌법재판소에 의하여 기각결정을 받게 된 후에 서독은 단행 법률의 제정을 통하여 형사사건분야에서 사법공조와 행정공조에 대하여 규율하게 된 것이다. 이에 따라 당시의 법원조직법과 형사소송법에 규정된 사법공조 내지 행정공조에 대한 내용을 직접적으로 적용하여 사건을 처리하였다.

3) 그 명칭은 Gesetz über die innerdeutsche Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen(RHG 또는 StRhG)이다.

4) 법무부, 동서독 교류협력 법제 연구, 2008, 245.

## II. 사건 개요(사실관계)

아래에서 다룬 사건은 연방헌법재판소의 결정문에서 B.로 표기된 당사자의 동서독 이주의 행로를 따라 구성되었다. B.는 1949년 6월에 Sachsen 주에서 문제가 된 범죄를 저지른 후 수사기관 등에서 조사를 받은 후에 서독으로 이주하였고, 동독법원은 B.의 불출석 상태에서 2년의 징역형을 선고하였다. 그 후 동독검찰은 서독검찰에 해당 판결의 집행을 위한 사법공조를 요청하였다. 연방헌법재판소가 판시한 내용의 전문(I.)을 그대로 아래에서 옮기기로 한다.

[... I.]

1. 1920. 7. 14.자로 Fleißen(Tschechoslowakei)에서 출생한 헌법소원청구인은 러시아의 전쟁포로에서 귀환한 후에 소비에트점령지구 내에 정주하고 있었다. 그의 주장처럼 그는 Buna-Werken에서 화학자로 잠시 있었고, 나중에는 Reichenbach에 소재한 Fichtel & Sachs 회사에서 직원으로 복무명령을 부여받았다. 그는 Reichenbach에서 나중의 자기 배우자를 알게 되었고, 건강상 이유로 당분간 복무명령을 면제받는 데 성공한 후에 그는 자기 부인의 명의로 유행상품과 공예품을 취급하는 회사를 운영하였다.; 이에 대하여 그는 Tschechoslowakei에 있는 친척으로부터 돈을 받았다.

1948년에 헌법소원청구인은 서독 연방 안으로 자신의 공장(사업체)이전의 가능성을 검토하기 위하여 일시적으로 Braunschweig에 있는 자기 배우자의 친척 집에 머물렀다. 그의 노력은 수포로 돌아갔다.

헌법소원청구인의 주장에 따르면 노동조합연맹과 소비에트점령지구의 행정관청은 자본주의적 공장으로 일컬어지는 유행상품회사에 특별한 경영상 어려움을 야기하였으며 재정적으로 감당할 수 있는 기업의 계속적 운영은 영원히 불가능한 것으로 여겨졌기 때문에, B.는 1949년에 Meerane에 있는 커피집의 임대를 위하여 노력하였다. 이런 계기로 말게 된 자동차운전을 하는 동안 그는 Reichenbach에서 계속 아래에서 자세하게 묘사될 사고를 야기하였다. 그는 1950. 6. 27.자 Reichenbach Schöffen법원의 판결에 의하여 자동차법 제24조 제1항 제1호 위반의 범죄와 과실치사의 상상적 경합에 해당하여 2년 징역형의

유죄판결을 받았다. 그 판결은 이미 1949. 7. 28.에 자신의 부인 및 자녀들과 함께 서독 Claw/Wttbg.(Württemberg-Hohenzollern 주, 현재는 Baden- Württemberg 주)에 가있던 피고의 불출석 상태에서 선고되었다.

2. Württemberg-Hohenzollern 주의 법무부는 사법공조의 방편으로 형벌집행의 위탁을 위하여 Tübingen 소재 상급검찰청장을 향한 Plauen(Sachsen 주에 소재) 검찰청의 요청으로 1951. 9. 29.자 지시로 B에 대한 형벌집행의 착수를 명령하면서 5개월간 형벌을 집행받은 후에 다시 서류들을 제출할 것을 지시하였다. 유죄선고를 받은 자는 1951. 10. 4.자 Tübingen 소재 상급검찰청장의 처분으로써 1951. 10. 15.에 형벌집행개시를 위하여 소환되었다. 이에 대하여 개시된 소청은 1952. 2. 6.자 법무부장관의 명령에 의하여 기각되었다. 호의적으로 형벌집행의 중지 또는 형벌집행개시를 반 년 정도 연기해달라는 추가적 신청은 1952. 2. 22.자 Tübingen 소재 상급검찰청장의 처분으로써 거부당하였다. 동시에 유죄선고를 받은 자는 재차 1952. 3. 1.자로 형벌집행개시를 위하여 소환되었다.

1952. 3. 1.에 B는 1951. 10. 4. 및 1952. 2. 22.(AR 9/51)자 Tübingen 소재 상급검찰청장의 처분을 폐기시켜 달라는 청구내용을 담은 헌법소원을 제기하였다.

헌법소원청구인은 Reichenbach Schöffens법원의 판결을 비인간적으로 가혹하고 잔인하다고 여기고 있다.; 서독에서라면 그가 최대 반 년 정도의 징역형을 선고받을 수 있을 것이고, 1949년 성탄절 사면에 해당되었을 것이라고 한다.; 적절한 형량의 경우 그는 소비에트점령지구 내에서도 역시 그곳 법무부장관 143/51호의 처분에 따라 사면될 수 있었을 것이라고 한다. 하지만 그를 ‘부르주아’면서 전직 장교로서 특별히 가혹하게 형벌을 주어야 한다고 한다. 그가 자신의 행위에 대한 죄값을 치르고자 하는 상당한 책임감을 보여주기보다 오히려 그는 도주에 의하여 책임에서 벗어나고자 한다는 판결이유에 내재된 논지는 부적절하다고 한다.; 그는 우라늄 채굴광산(Uran-Bergbau, Sachsen 주 소재)에서 일자리를 찾고자 이주하게 된 것이기 때문에 단지 서독으로 도피한 것이라고 한다.

서독에서 형벌집행의 명령에 의하여 헌법소원청구인은 기본법 제3조와 제33

조에 따른 기본권들을 침해받았다고 생각한다. 그는 특히 피고의 불출석 상태에서 징역형으로 선고된 판결의 집행을 허용되지 않는 것으로 여긴다.

3. B.에 대한 유죄판결은 상세하게 다음 사실관계에 토대를 두고 있다.:

1949. 6. 24.에 B., 그의 약혼자 그리고 그의 자녀는 렌트카회사 영업주 Sch.의 승용차로 Zwickau<sup>5)</sup>와 Meerane<sup>6)</sup>로 여행을 하였다. B는 오토바이(Leichtmotorräder) 운전면허만 있고, 승용차 운전면허는 소유하고 있지 않았음에도 불구하고, 그는 돌아오는 길에 스스로 운전을 하고, 보다 정확히 말하면 Reichenbach에 있는 주유소까지 운전을 하였다. 그가 그곳에서 주유대금을 지불하는 동안 Sch.는 주유소의 출입구쪽으로 후진하여 펌프 있는 곳까지 차를 몰았다.; 그는 그곳에서 화물차의 약 1.5m 앞에 정차해 있었다. Sch.가 주유 후에 없어진 차량 주유마개를 찾는 동안 B.는 승용차에 올라타 시동을 걸고 엑셀레이터를 밟았다. 그럼에도 아직 후진기어가 들어간 상태였기 때문에 승용차는 갑자기 후진을 하였고 그와 화물차 사이에 서있던 근로자가 끼었고, 그 부상으로 다음날 사망하였다.

수사절차과정에서 B.는 1949. 6. 30.에 Plauen에 소재한 Kreis 지방경찰부서로부터, 1949. 7. 7.에는 Plauen에 있는 Amtsrichter(판사)로부터 그리고 1949. 7. 11.에는 Reichenbach에 소재한 Amtsrichter로부터 상세하게 심문을 받았다. 최종 심문 후에 그에게 발부된 구속영장은 폐지되었다. 왜냐하면 피의자의 개인적 사정에 따르면 그가 (서독으로) 도주하여 형사소추로부터 벗어나 있어 그것은 불가능한 것으로 보였기 때문이다.

심문 중에 B.는 자신의 부모가 이전에 승용차를 소유하여서 그곳에서 자동차운전을 배웠다고 진술을 하였다.; 물론 그는 사고 전 6년 동안은 전혀 스스로 운전을 하지 않았다. 운전하는 동안 Sch.는 그에게 행동준칙을 알려주었다. 예컨대 그가 클러치를 작동하는 경우 엑셀레이터에서 발을 떼 것을 얘기해 주었다. 그가 사고 바로 직전에 점화장치를 조작하고 동시에 엑셀레이터를 밟았을 때, Sch.가 미리 후진기어를 넣어두었다는 것을 그는 전혀 인식하지 못하였다. 그는 출발과 동시에 가속페달을 밟아야 한다는 Sch.의 앞선 지시를 준수했어야 한다.

5) 독일 Sachsen 주에 있는 도시. Sachsen 주는 독일 분단시기동안 동독에 속한 지역이었다.

6) 독일 Sachsen 주에 있는 도시로서 Zwickau에서 가깝다.



4. 소송절차에서 연방법무부와 연방통일부, Württemberg-Hohenzollern 주의 법무부 그리고 - 1952. 5. 15.자 남서독일 주에서 국가권력의 잠정적 행사에 관한 법률 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg S. 3)의 효력 발생 후에 - Baden-Württemberg 주의 법무부에게도 역시 의견표명의 기회가 주어졌다.

a) 연방법무부는 소비에트점령지구 내의 형사판결을 집행할 경우 실무는 기본적으로 독일의 지지되고 있는 법적 단일성에서 출발하고, 소비에트점령지구 내의 법원판결을 독일(Deutschland)의 판결로 취급한다는 것을 지적하였다. 소송의 법치국가성이 지켜지지 않을 때, 소송과 관련하여 또는 외적으로 관련 당사자에게 법치국가적 원칙과 모순되는 현저한 불이익이 발생할 때 또는 사법공조가 연방법률의 목적을 위반하고 있을 때만이 집행이 거절된다. 일반적으로 그러한 상태는 지금까지 정치범죄의 경우와 일정한 경제범죄법의 영역에 존재하였다.

불출석재판(결석재판)의 진행도 연방법무부의 견해에 따르면 당장 법치국가적 원칙에 위반되는 것은 아니다. 연방 내에서도 형사소송법 제276조 이하에 따라 그러한 소송에서 교도소에 수형하는 판결을 선고하지는 않지만, 다른 유럽 국가들(프랑스, 오스트리아)에서 불출석한 자에 대하여 무거운 자유형이 선고될 수 있다고 한다. 형벌이 본건에서 가혹한 것으로 보이나 그 반면 헌법소원청구인의 책임은 현저하다고 한다.

연방법무부는 더 나아가 기본법에 따라 보장되고 있는 기본권이 판결을 통하여 침해될 경우 소비에트점령지구 내의 판결들의 집행을 허용되지 않는 것으로 여기고 있다. 하지만 1949년 성탄절 사면의 거부에 법 앞의 평등이라는 기본권의 침해가 있는 것은 아니다. 비록 동독 법원이 형량에 따라 이러한 사면에 해당하는 형벌을 선고하였다고 하더라도 사면은 국가권력이 효력을 미치게 하는 범위 내에서만 항상 작용하는 국가 지배권력의 결과라는 점을 유의해야 하는 것이다.; 그것은 그로 인하여 사면을 명령하는 국가의 고권에 예속되어야 하는 당해 관청을 기속할 수 있다. 1949년 성탄절 사면이 서독법원에 계류 중인 사건으로 제한된 것은 그래서 기본법 제3조 제3항에 위반되지 않는다.

헌법소원청구인은 연방법무부의 견해에 따르면 소비에트점령지구의 사면 비적용에 의하여 역시 기본권이 침해되지 않았다. 1951. 10. 18.(143/51)자 소비에트점령지구 법무부의 처분에 따르면 오직 5000DM까지 벌금형과 최고 1년의

징역형, 3년의 징역형을 1/2 감형으로 선고될 수 있었다. 헌법소원청구인에 대한 형벌집행은 그 반면 오직 더 짧은 기간 동안만 예상되고, 우선 소비에트점령지구의 사면 후에 가능한 한 1/2 감형 아래로 머물 것이라고 한다.

b) 독일 연방통일부의 대표자는 게다가 소비에트점령지구의 사법기관의 계속적 변화는 정치적 체제의 집행기관으로 되어 간다는 것을 예의주시해야 한다는 것을 상세하게 설명하였다.; 하지만 순수하게 형사적 범죄행위들이 지금 여전히 통상의 소송에서 유죄로 선고될 수 있다. 집행공조의 요청은 본질적으로 이러한 영역에 제한될 수 있다. 그러나 머지않아 두 지역(동독과 서독)의 법적 단일성이 결국 해체될 가능성을 고려하여야 한다. 우라늄 채광을 위한 전입의 경우 소비에트점령지구의 행정관청의 소송에 관한 한, 1949년에 무엇보다도 스스로는 아니지만 강제노동소송에 개입된 것 또는 그 외에 미움을 산 것 등의 사항이 고려되었다고 한다. 계획한 사람이라면 미리 승인장(Einweisungskarten)을 받았어야 한다.; 그러한 승인장은 본래 서독에서 관련 당사자의 신체 또는 생명위험에 대한 충분한 증거로서 간주된다. 나중에 사람들은 그 반면 그러한 승인장을 암거래로 획득할 수 있었다. 게다가 우라늄 채굴광산에서의 사정이 1950년 이래로 변했기 때문에 복무는 무조건적으로 서독으로 이주하는 것에 대한 수용의 근거로서 더 이상 간주되지 않게 되었다. 소비에트점령지구 내에서 자칭 생명과 자유가 위태로워진 모든 불법적인 월경자(국경 왕래자)들은 그에 대한 최종적인 수용에 앞서 임시수용소 Berlin, Uelzen 또는 Gießen에서 심사받아야만 했다.

c) Württemberg-Hohenzollern 주의 법무부는 형벌집행을 헌법소원의 결정시까지 연기하였다. 법무부는 국내적 사법공조에 대하여 GVG(Gerichtsverfassungsgesetz) 제162조에 법적 기초가 존재하고 있는 형벌집행을 정당한 것으로 간주하고 있다.: 당해 판결은 가혹하기는 하지만 잔혹하거나 비인간적인 것은 아니라고 한다. 법 앞의 평등에 대한 기본권은 침해받은 바 없다고 한다. 권석재판에 의한 유죄판결은 무조건 범치국가적 원칙들에 위반되는 것은 아니라고 한다.; 법적 청문은 헌법소원청구인에게 거부되지 않았다. 법적 효력이 있는 선고된 형벌의 수위(형량)와 관련하여 헌법소원청구인은 더 적은 형벌의 경우 두 종류의 사면 중 어느 하나에 해당되었을 것이라는 것을 원용할 수 없을 것이라고 한다.

5. 구두변론에서 소원청구인과 4.에서 표시된 부처들은 변론하였다.

a) 직접 출석명령을 받았던 헌법소원청구인은 1949. 7. 11.에 석방 후 유죄판결에 대비하여 자신의 가족에게 생존의 보장을 마련해 주고자 하였으나 허사로 끝났다고 심문에서 진술하였다. 노동청과 알려지지 않은 쪽으로부터 그는 최종적으로 우라늄채광의 복무를 부여받게 될 것이라는 것을 알게 되었다. Fichtel & Sachs에서의 복무로부터 일시적인 면제를 받음으로 인하여 그는 어쨌건 1947년 이래로 자신의 건강상태의 검사를 목적으로 매주마다 노동청에 약속이 잡히게 되었다. 그곳에서 그에 대하여 꼭 건강회복을 성취하고 싶다는 말을 종종 밝혔다. 언젠가 그가 다시 확실히 건강하게 되고, 그러면 그를 Aue (우라늄채굴광산<sup>7)</sup>로 보낼 것이라고 하였다.

b) 헌법소원청구인에게 취해진 Landratsamt - Umsiedlungsabteilung - Calw의 조치는 증거조사의 대상으로 되었다. Tübingen 소재 이주위원회(Staatskommissar für die Umsiedlung)는 1950. 1. 17.에 Calmbach 소재 Bürgermeisteramt에 제출된 1950. 5. 2.자 처분인 이주차단의 해제를 바라는 헌법소원청구인의 신청을 거부하였다는 결론이 그로부터 나온다. Wildbad 소재 Bürgermeisteramt에 재차 제출된 신청은 1950. 9. 15.에 승인되었다. 자신의 신청을 정당화하기 위하여 헌법소원청구인은 “가족의 공동생활영위”를 진술하였다. 그는 소비에트점령지구 내에서 야기되는 인신의 위태로움에 대한 진술을 그 절차에서 하지 않았다.; 1950. 6. 12.자의 신청서에 그는 오히려 - 허위진술의 범죄성립을 명확하게 지적한 것에 따르면 - 다음을 사실로 확인하였다.: 우리 공장의 박탈(수용)에 의하여 우리는 서독으로 이주하였다. 왜냐하면 모든 우리의 친척들이 여기에 거주하고 있고 다시 공장을 운영하는 것을 지원하겠다고 약속하였기 때문이다. 헌법소원청구인은 결코 임시수용소(Berlin, Uelzen oder Gießen)에 있는 바 없다. ...]

7) 2차 세계대전 후에 소련에 의하여 우라늄채굴광산으로 개발된 지역으로 Erzgebirge에 해당한다. 독일과 체코의 국경지대에 위치해 있다.

### Ⅲ. 주요 쟁점

당해 사건의 주요 쟁점은 크게 두 부분으로 나눌 수 있다. 우선 연방헌법재판소는 당해 헌법소원에 대하여 적법성 요건을 모두 충족하고 있는지를 검토하였고, 다음으로 청구가 이유 있는지 여부를 차례대로 논증하였다. 결정문의 순서에 따르면, 연방헌법재판소는 적법성 요건의 심사과정에서 헌법소원의 대상인 공권력 작용에 해당하는지 여부, 기본권 침해의 문제 그리고 보충성 원칙의 적용에 대한 문제 등을 검토하였으며, 본안심사에서 기본법 제3조(평등권)와 제103조(법적 청문의 보장)의 위반 여부를 집중적으로 논증하고 있다. 이하에서 연방헌법재판소 결정문 중 Ⅱ., Ⅲ.의 내용을 그대로 옮기기로 한다.

[… Ⅱ.

헌법소원은 허용된다.

1. 그것은 행정공조(GVG 제162조, 제163조)의 방법으로 Tübingen 소재 상급 검찰청에 의하여 명령된 형벌집행의 이행을 향하고 있다. 이 경우에 연방헌법재판소법 제90조의 의미상 공권력 작용에 관한 문제라는 것은 의심의 여지가 없다.

2. 헌법소원청구인은 이러한 공권력 작용에 의하여 특정한 기본권을 침해받은 상태라고 주장하고 있다. 자신의 주장을 정당화하기 위하여 그는 기본토대가 되고 있는 형사판결의 흠결을 지적하고 있다. 그러한 판결의 흠결은 기본적으로 판결 그 자체에 대한 헌법소원으로써만 관철될 수 있다. 하지만 그 점에 관한 한 법적 권리구제기한(연방헌법재판소법 제90조 제2항)이 소용없도록 지나갔거나 법적 효력이 있는 형사판결이 연방헌법재판소법 제93조 제1항에 규정된 기한 내에 이의가 제기되지 않는다면, 명목상 판결 그 자체에 의하여 초래된 기본권 침해가 1951. 10. 4.자 그리고 1952. 2. 22.자의 처분을 다루는 집행에 대하여 제기된 헌법소원으로 나중에서야 다루어질 수는 없다. 왜냐하면 집행은 집행관청이 자신의 계속적인 절차에 기본토대로 하여야만 하는 오직

판결의 이행에 이바지하는 것이기 때문이다. 집행관청이 집행절차 그 자체를 이행하는 경우 자신의 결정권한의 범주 내에서 새로운 기본권 침해를 야기하는 한에서만 집행작용 그 자체에 대한 헌법소원은 허용될 수 있다.

소비에트점령지구 내의 형사판결을 집행하는 경우 법적 토대는 다르다. 그 점에서 서독의 관청들은 대체로 특정한 범위 내에서 GVG 제162조, 제163조에 따라 집행공조를 이행하는 것은 지금 이론이 제기될 수 없다. 소비에트점령지구는 독일(Deutschland)에 속하고 서독에 대한 관계에서 기본적으로 외국으로 간주될 수 없다. 연방입법자는 국내 및 국외뿐만 아니라 독일 내에서 (각각 고려되고 있는) 서독법률의 적용범위의 밖의 지역도 구분하는 것(StPO 제8조, 제9조)을 통하여 그의 특별한 상황을 고려하고 있다. 그 때문에 1951. 10. 4.자 그리고 1952. 2. 22.자의 처분으로써 그러한 영역의 판결의 취급에 대하여 연방법률의 특별규율이 흠결되어 있는 한, (vgl. 가령 1951. 1. 9.자 이 법률의 적용범위 밖에 있는 관청의 형사사건에 대한 판결과 그 밖의 조치들의 취급에 대한 베를린 법률과 1950. 5. 31.자 외국법원의 판결집행을 위한 베를린 법률) 판단을 기다리고 있는 사건의 특별한 관계의 사정에 따라 각각 그러한 종류의 판결들이 여전히 국내의 것과 같은 것으로 취급될 수 있는지 여부가 결정되어야만 한다.

소비에트점령지구 내의 형사판결에 대한 집행공조의 허용은 그 때문에 그 자체로 이미 기본법 제2조 제2항 제3문 또는 제104조에 따라 기본권 침해를 야기하지는 않는다. 다른 한편으로 집행관청은 그러한 집행공조 전에 직권으로 행정공조의 허용을 금지할 가령 판결에 특별한 흠이 존재하는지 여부를 심사할 의무가 부여되어 있는 것으로 간주되어야 한다. 서독의 영역과 소비에트점령지구 내에서 더 이상의 단일한(통일적인) 법발전이 보장되지 않기 때문에 소비에트점령지구 내의 형사판결이 (서독)연방법률의 목적에 저촉되는지, 기본법의 적용영역에서 법원조직에 적합하고 절차법적 또는 실체법적 관점에서 불가결한 것으로 간주되는 본질적인 법치국가적 원칙을 위반할 가능성이 고려되어야만 한다. 게다가 집행관청은 당해 판결이 기본법에 보장된 기본권과 모순되지 않는지 여부를 독자적으로 심사하여야만 한다. 왜냐하면 유죄판결을 받은 자는 소비에트점령지구 내의 판결 그 자체에 대하여 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 법적 기회를 갖고 있지 못하다. 이러한 이의신청은 서독의 법치국

가적 구조를 위하여 매우 결정적인 중요성을 가진다. 기본법의 적용영역 밖에서 선고된 형사판결은 기본적으로 기본권을 준수해야할 의무를 부여받아 연방법상 헌법재판의 감시 아래에 있는 주무관청(Art. 1 Abs. 3 GG)이 그 점에서 당해 판결을 심사했을 때만 집행될 수 있다.

집행공조의 경우 집행관청이 이러한 독자적인 심사권한의 범주 내에서 기본권을 침해하는 한 그로 인하여 집행공조행위 그 자체에 대한 헌법소원은 허용된다.

3. 헌법소원청구인이 기본법 제1조, 제3조, 제33조, 제103조의 기본권침해를 비난하고자 하는 것을 헌법소원청구인의 변론 전체로부터 추론할 수 있다. 그러므로 그 점에서 역시 연방헌법재판소법 제92조에 정한 헌법소원의 적법성요건을 충족하고 있다.

4. 연방헌법재판소법 제90조 제2항에 따르면 헌법소원은 그 본성에 의하면 사법적 사후심사가 박탈된 고권작용이 문제되지 않는 한 법적 구제수단을 모두 소진한 후에야 비로소 제기될 수 있다(연방헌법재판소법 제93조 제2항). 그러한 고권작용은 여기에 제시되어 있지 않다. 왜냐하면 형벌집행의 허용성에 대한 이의제기를 위하여 형사소송법 제458조, 제462조 제1항과 제4항에 따라 이의제기의 수단은 기본적으로 개방되어 있다. 이 수단은 본건에서 소비에트점령지구 내의 형사법원에 제소하도록 야기한다. 이들 법원에 의한 집행작용의 사법적 심사는 이미 여기서 집행관청이 바로 소비에트점령지구 내의 소송절차와 법원판결이 2.에서 제시한 최소한의 요청에 부합하는지 여부를 심사해야만 하기 때문에 문제가 되지 않는다.

그래서 현존하지만 여기에서는 실행될 수 없는 법적 권리구제수단 대신에 어떠한 다른 구제수단을 알아야만 하는지의 문제가 제기된다. 행정법적 수단은 존재하지 않는다.: 영국의 점령지구 내에서 형벌집행을 포함하여 형사소송의 영역에서의 행정행위는 법규명령의 의미상 행정행위는 아니라고 VO Nr. 165는 명확하게 규정하고 있다. 여기서 고려되고 있는 옛 Württemberg-Hohenzollern 주의 영역에서 1946. 8. 19.자 법규명령(Amtsblatt S. 224)에 따르면, 1876. 12. 16.자 행정집행(RegBl. S. 485)에 대한 Württemberg의 법률 제15조는 결정적으

로 행정법적 구제수단으로부터 사법작용을 배제하고 있다. 미국점령지구 내의 주에서 적용되고 있는 행정법원법 제37조 제3호도 동일하게 규정하고 있다. Bayern 주의 헌법재판소 판례(VerwRspr. 1 S. 1ff)와 같은 취지로, 역시 이러한 규정들이 형사소송의 집행절차에서 검찰청의 결정을 행정재판으로부터 면하게 하는 것을 추론할 수 있다.

여기서 이의가 제기된 결정들에 대한 권리구제수단으로서 그 때문에 기본법 제19조 제4항 제2문에 따라 오직 통상적 권리구제수단만이 문제가 되고 있다. 관할 법원은 그 경우에 기본법의 적용 범위 내에서 그 외에도 형사소송법 제 458조에 따라 관할권이 있는 법원과 일치하는 그 형사법원이어야만 한다. 즉 당해 형사판결의 선고에 대하여 관할권이 있어야 하는 그 법원이어야 한다.

이러한 권리구제수단은 가령 헌법소원의 기회를 활용하는 것이 배제되지 않는다. 기본법 제19조 제4항은 오직 다른 관할이 정당화되지 않는 경우 통상적인 권리구제수단을 개방하고 있다면, 이 경우에 헌법재판이 고려되어 있지 않다. 오히려 기본법 제19조 제4항이 기본적으로 그에(통상적 권리구제수단) 또는 행정법적 구제수단에 가령 상응하는 다른 권리구제수단이 존재하지 않는다면 통상적인 권리구제수단을 개방하고자 한다. 하지만 헌법소원은 그러한 권리구제수단이 아니다. 헌법소원은 오히려 연방헌법재판소법 제90조 제2항에 따라 최후의, 오직 기본권 보호에 한정된 헌법에 따른 것으로서 일반적인 사법적 심사를 위한 모든 그 외의 기회를 소진한 경우에만 존재하는 권리구제수단이다.

기본법 제19조 제4항과 연방헌법재판소법 제90조 제2항에 따라 그 때문에 헌법소원청구인은 우선 통상적인 형사법원에 소를 제기했어야만 한다. 하지만 그의 헌법소원은 일반적 중요성이 있기 때문에 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제90조 제2항 제2문의 예외가능성을 적용하고 권리수단의 소진 전에 헌법소원을 허용하였다. 그 경우에 기본법 제19조 제4항에 따른 소송제기의 기한이 존재하지 않는지, 그래서 권리구제수단이 헌법소원의 제기 시점에 여전히 개방되어 있는지가 고려되었다. 소송이 적어도 제기되었을 때만 권리구제수단의 소진 전에 헌법소원이 허용되는지 여부의 논란은, 어쨌든 권리구제수단이 기한에 기속되어 있지 않는 경우에 대해서는 제기되지 않아야 한다.; 왜냐하면 여기서 헌법소원청구인은 계속 소송을 제기할 수 있고, 그래서 헌법소원의 허용에 대한 기본적 전제조건을 충족할 수 있다.

기본법 제19조 제4항에 따라 허용된 권리구제수단의 소진 전에 헌법재판소에 소제기를 위한 기한이 존재하지 않기 때문에 헌법소원 역시 적절한 기한 내에 제기된 것이다.

### III.

하지만 헌법소원은 정당한 이유가 존재하지 않는다.

1. 기본법 제3조에 따른 기본권 침해가 제시되어 있지 않다. 서로 다른 법원의 형사실무의 다양성은 서로 다른 법원이나 행정관청의 다양한 법해석처럼 마찬가지로 기본법 제3조의 침해가 거의 없다. 또한 서독 내에서조차 통일적인 법원의 형사실무가 존재하지 않는다. 개별적 형사법원은 기본법 제3조에 따라 오직 누구를 불문하고 재판을 하고 또한 형벌의 양정(형량)을 하는 경우 자의적 판단을 하지 않을 의무가 있다. 본건에서 그러한 자의(恣意)에 대하여 어떠한 의견도 없다.

형벌이 그 정도에 비추어 보아 자의적이지 않다면, 사면에 대한 지적도 평등원칙 위반의 정당화에 적합하지 않다.: 최고형량의 선고는 소비에트점령지구 내에서 적용되고 있는 복무명령 R 143/51에 따라 형량과 관련하여 문제되지 않는 것이다. 헌법소원청구인은 소비에트점령지구의 행정관청에 절반의 형량으로 낮추어줄 것을 신청했는지 여부는 분명하지 않다. 그것이 허용되고 평등원칙에 따라 요청된다고 하더라도 헌법소원청구인은 적어도 1년 징역형으로 처벌되어야 했다. 지금까지 계획된 집행들은 그래서 동독지역에서 평등원칙에 합당한 사면의 적용이 있는 경우조차 징역형으로 수형해야 할 그 형량에 못 미치는 것이다.

1949년 성탄절 사면은 소비에트점령지구 내의 법원 판결에는 적용되지 않기 때문에, 법 앞의 평등이라는 기본권은 헌법소원청구인에게 유용하지 않으므로 역시 침해되지 않았다. 왜냐하면 사면은 국가 고권작용의 발로로서 사면을 시행하는 국가의 법원으로부터 유죄판결을 받은 그러한 범죄에 대해서만 취해지는 것이 사안의 본질적 특성에 해당하기 때문이다. 집행관청이 그 점에서 이의 제기가 있었음에도 불구하고 집행의 이행을 지시하였을지라도, 집행관청은 그



때문에 철저하게 사항에 적합하게 처리하였고, 기본법 제3조를 위반하지 않았다.

2. 또한 궤석재판에 의한 유죄판결은 헌법소원청구인의 기본권을 침해하지 않았다. 그 경우에 영국점령지구 내에서 점령(군사)정부 제15호 법률에 토대하여 판결할 시점에 일반적 명령(훈령, Allgemeine Anweisung für Richter Nr. 2)이 적용되었다는 점을 유의해야만 한다.; 그에 따르면 더 높은 법정형의 경우에 궤석재판의 실행은 완전히 배제되어 있는 것이 아니라, 단지 가벼운 사건(징역, 벌금 또는 몰수)의 경우 궤석재판의 실행 신청을 할 수 있도록 한 당연규정(Sollvorschrift)<sup>8)</sup>에 의하여 검찰을 기속하고 있다. 법무부는 더욱이 당연하게도 다른 문화국가들에서도 역시 더 높은 법정형의 경우에도 허용되어 있다는 점을 지적하였다. 특히 1945. 7. 24.자 오스트리아 법무부의 관보에 발간된 형사소송법 제427조는 최대 5년의 징역형으로 처단될 수 있도록 규정된 경범죄 또는 중범죄가 문제되는 한 그러한 절차에서 허용하고 있다. 이러한 법적 상황과 관련하여-특히 독일 범영역에서도 역시-대체로 궤석재판에서 2년 징역형으로 선고된 형사판결이 집행되는 것에 기본법 제104조 또는 기본법 제1조 또는 제2조의 침해로 인식될 수는 없다.

헌법소원청구인은 반면에 우라늄채굴광산에서의 임박한 강제복무로 인하여 소비에트점령지구 내에서 도피해야만 했던 것은 자신의 불출석에 결정적이었다고 주장한다. 이러한 주장이 옳다면, 물론 기본법 제103조 제1항의 기본권 침해가 불출석재판의 실행에 있을 수 있다. 국가권력의 기관들이 국민들을 고의적인 자의조치에 의하여 도피할 수밖에 없도록 하고, 그래서 동일한 국가권력의 다른 기관이 도피한 자에 대하여 사법적으로 궤석재판을 개시한다면, 공적인 소환은 불출석자에게 오직 표면상으로만 법정에서 직접 출석하여 자신을 변호할 기회를 부여하는 것이다. 사실 그에게 법적 청문은 거부되어 있다. 기본법 제103조의 법치국가적 원칙을 위반한 그러한 판결의 집행은 판결을 비로소 완전히 효력을 갖도록 함으로써 기본권 침해에 관여하는 것이 될 것이다.

그러나 구두변론은 헌법소원청구인에 의하여 자칭 도피에 대하여 주장된 이유는 제시되어 있지 않은 것으로 결론이 났다. 사실 그는 이미 오래 전부터 소

8) 행정법적으로 법문언의 표현양식에 따라 규정을 구분할 때 사용되는 용어로서, 통상적으로는 준수될 것이 예상되지만 일정한 예외적 상황에 이르면 법집행자가 다른 처분도 내릴 가능한 공간을 열어주는 법기술방식인데, 이 예외적 상황에 재량의 문제가 내재되어 있다.

비에트점령지구를 떠날 생각을 고려하고 있었다. 다른 한편으로 그는 우라늄채굴광산의 자칭 강제복무의 위협을 오랫동안 내내 진지하게 받아들이지 않았다. 헌법소원청구인 대하여 이미 의사를 관철할 것이고 마침내 그를 Aue로 보낼 것이라는 Reichenbach에 소재한 노동청의 공무원에 의하여 오랫동안 언급된 표현은 진지한 기반을 가졌다거나 헌법소원청구인이 그것을 정말로 중요하게 받아들였다고 볼 수 있는 어떠한 것도 추론될 수 없다. 그밖에 헌법소원청구인은 그의 체류허가 신청에서 소비에트점령지구 내에서의 자칭 일신상의 위협성에 대하여 단 한 번도 진술하지 않았다.; 그는 반대로 명백하게 다른 이유들을 진술하였고 그에 대한 정당성을 확실하게 하였다. 연방헌법재판소는 헌법소원청구인이 우라늄채굴광산에서의 임박한 복무에 의하여 도피를 야기하게 되었다는 것이 아니라는 점에 확신을 갖고 있다. 그가 형사처벌을 모면하고자 하였기 때문에 직접적으로 자신의 보석 후에, 오히려 그는 소비에트점령지구를 떠날 오래 전 (도주)계획을 실현하였다.

이러한 이유에서 궤석재판의 실행의 경우 법적 청문의 거부가 논의될 수 없다.

3. 헌법소원청구인의 경솔하고 무책임한 행동양태와 행위의 중대한 결과의 관점에서 보자면, 당해 판결은 기본법 제1조를 위반할 정도로 잔혹하거나 가혹하지 않다.

4. 청구인은 소송전 절차에서 상세하고 객관적으로 심문이 이루어졌고, 강압도 없이 의사를 표현할 수 있었으므로, 또한 그밖에 헌법소원청구인에 대한 형사소송은 법치국가적 원칙과 모순되지 않는다. 그리고 소비에트점령지구 내의 형사소송 또는 판결에 의하여 직접적으로 헌법소원청구인의 기본권이 침해되었다거나 연방법률의 목적 또는 법치국가적 원칙에 위반되었다는 것에 대한 어떠한 근거도 존재하지 않는다. 특히 기본법 제33조의 위반도 제시되어 있지 않다.

헌법소원은 그에 따라 이유 없으므로 기각되어야 한다. ...]

## IV. 결정 요지

연방헌법재판소는 6개의 항목에서 해당 결정의 주요 요지들을 제시하고 있다. 소비에트점령지구 내의 형사판결의 원칙적 집행 가능성을 긍정하는 전제에서 그 판결에 대한 서독관청의 독자적인 심사를 통한 통제 그리고 불출석 재판의 위험성 여부 등에 대한 일정한 기준을 제시하였다. 아래에서 그 내용을 그대로 옮겨보기로 한다.

[... 1. 소비에트점령지구 내의 형사판결의 집행은 독일연방공화국(서독이라 약칭)에서 기본적으로 허용된다.; 하지만 그것은 소비에트점령지구 내의 형사판결이 연방법률의 목적에 위반되거나 본질적인 법치국가적 원칙을 침해하거나 기본법에 보장된 기본권과 모순된다면 배제된다.

2. 소비에트점령지구 내의 형사판결의 집행 전에 집행관청은 독자적으로 1.에 설명된 종류의 흠이 해당 판결에 포함되어 있는지 여부를 심사하여야 한다.; 이 판결에 대하여 유죄판결을 받은 자에게는 기본법 제19조 제4항에 따라 기본법의 적용영역 내에서 그밖에 형사소송법 제458조에 따라 관할 법원에 상응한 그 형사법원에 대한 통상적 권리구제수단이 개방되어 있다.

3. 2.에 설명된 집행관청의 결정에 대한 헌법소원은 기본법 제19조 제4항에 명시된 법적 구제수단을 모두 소진한 이후에야 비로소 허용된다.

4. 서로 다른 법원의 다양한 형사실무(실제 법 적용)는 기본법 제3조의 위반이 아니다.; 개별적 형사법원은 기본법 제3조에 따라 누구를 불문하고 판결을 선고하고 형량을 할 경우 어떠한 자의적 차별도 하지 않을 의무를 지고 있다.

5. 피고가 불출석한 상태에서 징역형으로 유죄선고가 내려진 소비에트점령지구 내의 형사판결의 집행은 기본법 제1조, 제2조 또는 제104조에 따른 기본권 침해를 당장 내포하지는 않는다.

6. 국가권력의 기관들이 어느 국민을 의도적으로 자의적 조치에 의하여 도피할 수밖에 없도록 만들고, 동일한 국가권력의 한 기관이 도피한 자에 대하여 사법적으로 불출석재판(궐석재판)을 개시한다면, 그로 인하여 기본법 제103조 제1항은 침해를 받게 된다. …]

## V. 분석 및 평가

### 1. 결정의 의의

1945년 2차 세계대전이 종료된 후 독일에 대한 전후처리는 매우 복잡한 이해관계 속에서 연합국에 의하여 진행되었다. 그러한 과도기에 독일은 동서독의 완전한 분단을 예상하였는지 여부를 불문하고 이미 이 시기 전부터 규율되던 법적 체계가 동서독 두 지역에서 그대로 규율되고 있었다. 이러한 법적 단일성 내지 통일성의 기초 내에서 각 법원의 판결에 대한 집행 또한 별다른 거부감이 존재하지 않았으며, 그것에 대한 제한사항을 크게 염려하지 않았었다. 그러나 이 사건을 계기로 동서독간의 사법공조 또는 행정공조에 대한 법적 문제점들을 인식하기 시작하였으며, 그 대책들을 규범적으로 완성시키기 위한 노력을 기울이게 되었다. 물론 당해 사건이 종결된 시점에는 이미 동서독은 완전하게 다른 정치체제를 완비하고 서로 다른 길을 가기 시작하였다. 이러한 사법적 환경 아래 연방헌법재판소는 서독 검찰청의 각 처분에 대한 헌법소원에서 몇 가지 중요한 사법공조 및 행정공조의 기준을 제시하였다.

첫째, 연방헌법재판소의 결정 당시 소비에트점령지구를 독일(Deutschland)의 일부라고 보면서, 동독은 서독에 대한 관계에서 외국으로 간주될 수 없다고 하였다.<sup>9)</sup> 이러한 기본적 인식은 당시 법적 규율의 형태에서도 드러난다. 서독은 동독 외의 다른 외국과 사법공조를 위하여 독자적 법체계를 갖추고 있었으며, 동서독간의 규율은 국내적 규범에 따라 합리적으로 해결하였다. 다만 동독 법원의 판결이 서독에서 그 집행이 확보되기 위하여 당해 판결에 흠이 존재하는지 여부를 심사할 수 있다고 보았다. 그렇지만 동서독이 이제 서로 다른 법적

9) BVerfGE 1, 332-349.

체계를 지속적으로 완비해나갈 경우 법적 단일성이 해체될 수 있다는 점을 조심스럽게 지적하고 있으며, 그에 대하여 서독 법집행자가 어떤 기준에 따라 사법공조 또는 행정공조에 응할 수 있는지를 밝히고 있다.

둘째, 사법공조는 연방법률의 목적과 법치국가적 원리에 따라 일정한 범위에서 제한될 수 있다고 보았다.<sup>10)</sup> 연방헌법재판소는 소비에트점령지구 내에서 더 이상 단일한 법발전이 보장될 수 없는 상황으로 가기 때문에 동독 법원의 판결이 서독에서 집행될 수 있기 위해서는 기본법에 보장된 기본권과 모순되지 않는지 여부가 독자적으로 심사될 수 있어야 한다고 강조하였다. 특히 동독 법원의 판결은 서독의 그것과 달리 판결에 대한 헌법소원 자체가 보장되어 있지 않기 때문에 서독 관청에 의한 심사가 이루어졌을 때만 집행될 수 있다고 한다. 기본법 제1조 제3항에 입법, 행정 그리고 사법권이 모두 기본권에 기속되도록 한 것은 이를 설명해 준다.

셋째, 불출석재판(결석재판)의 경우라 하더라도 당장 당해 판결이 개인의 기본권을 침해하는 것은 아니라고 보았다.<sup>11)</sup> 다만 결석재판이 진행되는 그 과정을 전체적으로 살펴보면 당사자에게 법적 청문절차가 완전히 배제되어 당사자가 스스로 변호할 수 있는 기회를 강제적으로 박탈한 경우는 기본권 침해가 문제될 수 있음을 지적하고 있다. 특히 국가권력이 어느 국민을 강압에 의하여 도피할 수밖에 없는 상황으로 몰고 가고, 그 국민이 도피한 상황에서 동일한 국가의 다른 기관이 사법적 조치를 내리는 것은 문제가 있다고 보는 것이다. 당해 사안에서 당사자는 그러한 사정을 살펴보아도 국가기관의 자의가 개입되어 있지 않으며, 소송전 절차에서 상세하고 객관적으로 심문이 이루어졌고, 강압도 없는 상태에서 자신의 의견을 피력할 수 있었다는 점을 고려하여 법치국가적 원칙과 배치되지 않는다고 보았다.<sup>12)</sup>

이와 같은 몇 가지 논거를 바탕으로 연방헌법재판소는 동독에서 범죄를 범한 후 서독으로 도피한 당사자에게 내려진 동독 법원의 판결을 서독에서 집행하기로 결정한 것에 대하여 기본권 침해가 없는 것으로 판단하였다. 이로써 동서독간의 사법공조에 대한 문제는 일단락되었고, 이 사건을 계기로 이와 같은 문제들을 해결하기 위하여 연방입법자는 ‘형사사건에서의 사법공조 및 행정공

10) BVerfGE 1, 332-349.

11) BVerfGE 1, 332-349.

12) BVerfGE 1, 332-349.

조에 관한 법률’을 제정하였다.

## 2. 학계 평가 및 결정 이후 상황

### (1) 판례의 수용과 개별 법률의 제정

분단의 과도기에 발생한 사법공조는 연방헌법재판소의 결정으로 어느 정도 정리가 되었다. 그에 따라 Bonn입법자는 드디어 1953. 5. 2.에 ‘형사사건에서의 사법공조 및 행정공조에 관한 법률’<sup>13)</sup>을 제정하였다.<sup>14)</sup> 총 22개의 조로 구성되어 있으며, 연방헌법재판소가 제시한 사법공조의 전제조건들을 법 제2조에 담고 있다. 법 제2조 제1항에 따르면, 사법공조 또는 행정공조는 3가지 요건이 충족되면 그 이행이 가능하다. 사법공조 또는 행정공조가 연방법률의 목적과 배치되지 않을 때, 오직 범치국가적 원칙에 부합하여 사법공조 또는 행정공조가 사용된다는 가정에 대하여 어떠한 이론도 존재하지 않을 때, 사법공조 또는 행정공조로 당사자에게 범치국가적 원칙에 모순되는 현저한 불이익이 생기는 것이 추정되지 않을 때 등이 그 내용이다. 법 제2조 제2항에 따르면, (사법공조 또는 행정공조) 요청지의 영역에서 형벌로 사형이 규정되어 있는 행위로 인한 범죄인인도는 사형이 집행되지 않을 보증이 존재할 때만 허가되어야 한다.

이후 이 법률은 1964. 12. 19.자 형사소송법 및 법원조직법의 개정으로 인하여 사법공조법 제4조 제1항과 제11조 제1항의 문구 중 각각 순서와 표현만 일부 수정되었다. 법 제4조 제1항의 “범죄예방과 범죄자 개선조치”의 문구를 “범죄자 개선과 범죄예방조치”로 대체하고, 제11조 제1항의 “처벌될 수 있는 행위”가 “범죄행위”로 대체되었다. 사법공조법에 따라 동서독간의 일정한 사법공조 또는 행정공조가 규율되었다.

1953년에 제정된 사법공조법은 큰 변화없이 적용되다가 아래에서 자세하게 살펴볼 Brückmann 사건을 계기로 상당한 개정이 1974년에 이루어진다. 주로 사법공조 또는 행정공조와 관련하여 ‘재결정’이 이루어지는 경우 어떠한 요건과 절차를 통하여 실행되는지를 규범적으로 보완하였다.

13) 이하 사법공조법이라 약칭하기로 한다.

14) BGBl. Teil 1, Nr. 19, S. 161(1953. 5. 7. 발간).

## (2) 사법공조의 분수령-Brückmann 사건

### 1) 사건개요

그런데 동서독간의 사법공조에 상당한 분수령이 될 만한 사건이 발생하였다. 사건의 당사자인 Ingrid Brückmann(헌법소원청구인)은 1956. 3. 24.에 동독에서 태어났는데, 자신의 의사와 무관하게 동서베를린을 오가는 기구한 운명에 처해 있었다. 그곳 동독에서 이혼한 어머니는 이 아이를 데리고 서베를린으로 이주 하였는데(1957년), 그의 아버지가 다시 동독으로 데려가 함께 살았다(1959년). 그리고 서베를린에서 재혼한 어머니의 남편이 다시 그 아이를 서베를린으로 데려오게 된다(1972년 10월). 그 와중에 이 아이가 동독의 아버지로부터 수년간 학대 및 성폭행을 당한 상황에서 1972년에 자신의 아버지를 살해하게 된다. 이로 인하여 동독 검찰청은 1973년 5월에 범죄인인도를 서독에 요청하였고, 구속영장을 첨부하였다.<sup>15)</sup> 이러한 상황에서 법원과 검찰은 Brückmann에 대한 사법공조요청을 심사한 후에 범죄인인도허가결정을 내리게 되었고, 이에 Brückmann은 법원과 검찰의 결정을 번복하기 위하여 헌법소원<sup>16)</sup>을 제기하였으며, 또한 유럽인권위원회<sup>17)</sup>에 소를 제기하였다.

### 2) 연방헌법재판소의 결정

1974. 3. 27.에 연방헌법재판소는 자신의 결정에서 사법공조법에 대한 위헌 여부를 판단하지 않았다. 연방헌법재판소는 베를린 유보(Berlin-Vorbehalt)<sup>18)</sup>에

15) 검찰에 따르면, Ingrid Brückmann은 Senzig/Kreis Königs Wusterhausen(당시 동독의 영역에 속함)에서 자신의 아버지를 살해한 유력한 용의자라는 것이고, Königs Wusterhausen 법원의 구속영장이 첨부되어 있었다.

16) BVerfGE 37, 57.

17) 정식 명칭은 ‘die Europäische Kommission für Menschenrechte(EKMR)’ 였다. Beschwerde Nr. 6242/73.

18) 베를린 유보는 2차 세계대전 이후 연합국과 협정을 맺어 서독의 영역 중 동독으로 둘러싸인 서베를린의 법적 문제를 해결하기 위한 기본토대로서 서베를린의 특수한 지위를 상정하였으며, 이로써 서독의 연방법이 바로 서베를린을 규율하지 않는 체계를 형성하였다. 연방법률이 서베를린에 동일하게 적용되기 위해서는 일정한 수용절차를 거치도록 한 것이다. 병역의무의 면제는 서베를린과 연방의 다른 주간의 큰 법적 차이 중의 하나이다. 이러한 베를린 유보로 인하여 여러 법적 제한사항이 존재하는 가운데, 베를린 주법과 기본법간의 합치성 여부에 대하여 법원이 연방헌법재판소에 제청할 수 있는지 여부가 논란이 되었을 때 연방헌법재판소는 이 제청을 허용하지 않았다(BVerfG 2 BvL 6/56 vom 21. 5. 1957).

따라 베를린 법원의 판결에 대하여 위헌성 여부를 판단할 근거가 없다고 하여 당사자가 제기한 헌법소원을 부적법하다고 보아서 각하하였다.<sup>19)</sup>

이 사건은 서독 사회 전반에 상당한 반향을 불러일으켜 사회적 관심사로 부각되었을 뿐만 아니라 분단으로 인하여 발생하는 여러 법적 문제 중 동서독간 사법공조에 대하여 다시 한 번 주목하게 만들었다. 언론 또한 희비극이 교차하는 드라마에 비유하면서, 사건경과 및 검찰과 법원의 결정에 대하여 매우 상세하게 보도하면서 그에 대한 비판적 논평을 실었다.<sup>20)</sup> 당사자인 18세 소녀는 유럽인권위원회에 자신의 인권보호를 위한 권리구제수단을 강구하고자 소송을 제기하였으나, 위원회 또한 당시 유럽 전체의 정치적 분위기에 상응하여 판단을 주저하고 있었다. 그러다가 1974. 5. 27.에 유럽인권위원회는 Brückmann이 제기한 청구를 허용(zulässig)하는 결정<sup>21)</sup>을 내리고, 본안심사절차에 돌입하게 된다. 그 사이 연방헌법재판소가 Brückmann 사건에서 비록 베를린 유보의 이유를 들어 사건을 각하하기는 하였으나, 당시 결정의 이유를 실시한 부분에서 ‘법치국가의 원칙’에 대하여 자세한 언급을 하였다.

이 법치국가적 원칙은 서독에서 동독으로 범죄인을 인도하는 등의 사법공조를 지배하고 통제하는 하나의 중요한 척도로서 제시되었다. 물론 이 원칙은 이미 1952년 연방헌법재판소의 결정<sup>22)</sup>과 1953년 사법공조법에 주요한 기준으로 수용된 바 있다. 1974년 연방헌법재판소는 그 결정에서 이 개념을 해석할 경우 기본법은 자유와 인간존엄의 보호를 모든 법의 가장 최상의 목적으로 인식하는 가치기속적 질서라는 것을 고려하여야 한다고 하였다. 그것은 법의 모든 영역에 대한 헌법적 근본결정으로서 적용을 청구할 수 있는 가치체계를 정립한 객관적 규범을 기본권 속에서 인식하여야 한다고 보았다.<sup>23)</sup> 그에 대하여 법치국가의 본질은 정당성의 이념과 밀접하게 결부되어 있는 것으로 판단하였다. 한 명의 피의자를 동독의 관청으로 인도하기 위한 헌법적 전제조건으로 몇 가지를 제시하였다.<sup>24)</sup> 첫째로 당사자가 중립적인 법관 앞에 설 것이 보장되어야

19) 이 헌법소원은 자신의 신병을 동독으로 인도하지 않을 것을 내용으로 가처분 명령을 구하는 것이 그 핵심이었다(BVerfGE 37, 57).

20) Spiegel 22/1974(27. 5. 1974); 51/1974(16. 12. 1974); Zeit 1974/45(1. 11. 1974); 1974/16(12. 4. 1974); FAZ vom 26. 10. 1974; FAZ vom 11. 10. 1974; FAZ vom 29. 5. 1974.

21) EuGRZ 1974, S. 113-116(Beschwerde Nr. 6242/73).

22) BVerfGE 1, 332-349.

23) BVerfGE 37, 57.

24) BVerfGE 37, 57.



하고, 둘째로 법적 청문이 공정하게 진행된 절차적 상황에 있어야 하고, 셋째로 당사자가 객관적으로 변호될 수 있어야 하고, 넷째로 목적을 향한 절차가 정당성과 인간성의 요구에 상응한 고려를 하고 있어야 한다. 이러한 기본적인 전제조건 아래 판결은 기본권에 대한 고려가 있는 가운데 내려져야 하고, 유죄판결을 받은 자가 형벌집행 또는 다른 자유박탈이 있는 동안 친척이나 친구와 적절한 접견교통권을 행사할 수 있을 것이 확보되어야 하며, 무죄판결 또는 형벌집행이 종료된 후에 바로 서독으로 돌아갈 권리가 보장되어야 한다고 보았다.<sup>25)</sup> 특히 연방헌법재판소는 동독에서의 형사절차를 위하여 범죄인을 인도하는 것이 당사자의 심리상태로 인하여 심각한 건강상 위해(손해)나 자살의 위험과 결부되어 있을 수도 있다는 전문가의 판단이 존재한다면 그것이 거부될 수 있는 것으로 판단하였다.<sup>26)</sup> 사법공조의 전제조건으로 이와 같은 요건을 아주 상세하게 부가하면서 당해 사건에 대한 완전한 해결을 보여주지는 못했지만 향후 동서독간 사법공조의 기본방향에 큰 획을 그었다고 평가할 수 있다. 몇 가지 요건들이 추가되면서 사법공조에 대한 허용범위는 매우 축소될 것이 자명하였으며, 엄격한 심사가 예상되었다.

### 3) 베를린 유보와 사법적 해결의 한계(Berlin-Vorbehalt)

위에서 연방헌법재판소가 결정의 주요 한계로 제시한 베를린 유보(베를린의 특수한 지위)<sup>27)</sup>에 대하여 잠시 언급하면 다음과 같다. 2차 세계대전이 끝날 무렵부터 미국, 소련, 영국은 독일의 전후처리에 대하여 논의를 시작하였으며, 나중에 프랑스가 회담에 참여하였다. 이 과정에서 독일은 상당한 국가주권의 제한을 받게 되었을 뿐만 아니라 4개국에 의한 분할통치가 이루어지게 되었다. 그 후 1952. 5. 26. 서독은 3개국 연합과 조약을 체결하여 어느 정도 주권제한으로부터 벗어나게 되었고, 드디어 1955. 5. 5.에 새로운 내용의 조약이 발효되면서부터 거의 완전한 주권국가의 지위에 서게 되었다. 이에 따라 서독 연방에 설치되었던 최고 연합사령부와 주에 존재하던 연합국 업무관장위원회도 해체되었다. 그러나 이 당시 Deutschlandvertrag(또는 Generalvertrag이라고도 한다)에

25) BVerfGE 37, 57.

26) 유럽인권위원회에 제기한 소에 자살에 대한 의사의 감정서가 첨부되었으며, 실제 2번이나 자살을 시도한 바 있다(EuGRZ 1974, S. 114).

27) 자세한 내용은 Innerdeutsche Rechtsbeziehungen(JuR 4), Heidelberg, 1988, S. 17-49.

아직 산발적으로 유보조항들이 남아 있었는데,<sup>28)</sup> 베를린 유보가 바로 대표적으로 베를린 주의 주권행사에 일정한 제한사항으로 작동하였다. 서베를린에서의 점령통치와 관련하여 서베를린 헌법기관의 권리에 대하여 연합국의 권력행사에 대한 절차와 관계를 1955. 5. 5.자 선언에서 더 자세하게 규율하였다.<sup>29)</sup> 유보조항에 근거하여 점령통치부는 베를린에서 연방의 기관들이 어느 범위에서 국가 권력을 행사해도 좋은지에 대하여 점령법에 근거하여 결정하였다.<sup>30)</sup> 베를린 및 독일 전체의 문제와 연관된 유보조항들도 1990. 9. 12.자의 2+4 조약(Zwei-plus-Vier-Vertrag)의 체결에 의하여 사라졌다.<sup>31)</sup> 전술한 내용에 따라 서베를린 주의 주권행사에 일정 정도 한계가 분명히 존재하였고, 그것은 분단상황에 따른 엄연한 현실이기도 하였다.

#### 4) 입법자의 규범적 해결(lex Brückmann, 해피엔딩)

연방헌법재판소, 법원 그리고 검찰은 이 사건에서 동서독 분단체제로 가해지는 베를린 유보로 적어도 사법적으로 완전한 해결을 보여주지 못하였고, 이러한 사건경과와 결론에 대하여 사회적으로 상당한 비판이 일었다. 1974. 3. 27.에 연방헌법재판소의 결정이 있는 후 이 문제의 해결방안은 더 이상 법해석의 한계를 지닌 사법권으로부터 기대할 수 없는 상황이었다. 이를 인식한 Bonn입법자는 정치적 논의를 이어간 끝에 1974. 10. 18.에 종전의 사법공조법을 일부 개정하여 Brückmann의 사례나 그 유사사례의 해결을 위한 법적 근거를 마련하였다.<sup>32)</sup> 한편으로 유럽인권위원회가 Brückmann의 청구를 바로 각하하지 않고 본안심사절차에 들어감에 따라 Bonn입법자들에게도 어느 정도 정치적 및 입법적 선택공간을 제공해 주었다.<sup>33)</sup> 유럽인권위원회는 청구인의 사건에 복잡한 사실과 법적 문제가 얽혀 있어서 적법성심사단계에서 판단할 수 없고, 당사자의 주장이 명백하게 이유 없는 것으로 볼 수도 없어서 본안심사가 필요한 것으로 판단하였다.<sup>34)</sup> 이것이 이른바 lex Brückmann이 탄생하게 된 배경이다.

28) Otto Kimminich, Deutsche Verfassungsgeschichte, Aufl. 2, Baden-Baden 1987, S. 635.

29) Dietmar Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, Aufl. 7, München 2013, S. 380.

30) BVerfGE 7, 1.

31) W. Frotzcher/B. Pieroth, Verfassungsgeschichte, Aufl. 14, München 2015, S. 358-359.

32) BGBl. Teil I, Nr. 117, S. 2445(1974. 10. 22. 발간).

33) EuGRZ 1976, S. 424; EuGRZ 1974, S. 113 ff.

34) EuGRZ 1974, S. 114.

이번 개정은 Brückmann의 사례와 그 유사사건의 해결을 위한 법적 근거를 뒷받침해줄 수 있는 몇 가지 중요한 사항을 담고 있다. 그 내용을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 사법공조법 제5조에 법원의 재판에 대하여 제1항, 제3항 그리고 제5항에 이의제기절차(Beschwerde)를 명시하여 당사자의 권리구제수단을 보강하였다. 이의제기절차에 대하여 연방대법원이 관할권을 갖도록 규정하였다. 둘째, 법 제8조에 규정되었던 것으로서 법원결정에 대하여 이의제기를 불허하는 문구를 삭제하였다. 이러한 개정은 앞의 법 제5조의 개정과 상응하는 내용으로 법의 체계성과 일치성을 완성시키는 개정이었다. 셋째, 법 제9조 제1항의 내용 중 사법공조 또는 행정공조에 관련된 ‘재결정’의 요건과 그에 대한 결정의 주체를 부분적으로 변경하였다. 사법공조에 대한 결정 후에 새로운 사실 또는 증거방법이 제출되었을 때 본질적으로 다른 결정을 내릴 수 있는 상황이라면 새로운 결정을 내릴 수 있다. 이와 관련하여 세 가지 주요한 변경을 가하였다. i) 재결정의 시점과 관련하여 종전의 ‘법원 결정 후’라는 것을 ‘상급검찰청장(Generalstaatsanwalt)<sup>35)</sup>의 최종적 처분 또는 이의를 제기할 수 없는 법원의 결정 후’라고 수정 및 첨가하였다. ii) 재결정의 주체와 관련하여 종전에는 ‘법원’이 재결정을 하였으나, 개정 후에는 ‘상급검찰청장’이 할 수 있도록 하였다. 이 점은 매우 중요한 개정이고, 사법권력에 대한 당시 시대적 한계를 극복하기 위한 조치로 읽을 수 있다. 서베를린 주 법원의 재판에 대한 통제가 베를린 유보 등 연방 전체의 사법시스템에 한계가 있다는 판단 아래 향후 서베를린에서 발생할 수 있는 유사한 사례들을 대비하여 사법적 우회경로를 찾은 것으로 판단할 수 있다. iii) 재결정의 신청권자와 관련하여 종전에는 ‘검사 또는 당사자의 신청’에서 ‘상급검찰청장의 직권 또는 당사자의 신청’으로 변경하였다. 이 또한 상급검찰청장의 권한을 보강하여 Brückmann과 같은 사례를 미연에 방지하고자 한 입법적 대책으로 볼 수 있다. 그렇지만 법 제9조 제2항에는 이러한

35) Generalstaatsanwalt는 Oberlandesgericht에 상응하는 검찰조직의 수장을 말한다. Generalstaatsanwaltschaft는 주(Land) 내에서 최고 상급검찰조직에 해당하고, 우리 제도에 견주어 본다면 일종의 고등검찰청에 비유할 수 있다. 독일의 검찰조직은 주(Land) 단위로 보면, Landgericht에 상응한 staatsanwaltschaft가 있고, Oberlandesgericht에 상응한 Generalstaatsanwaltschaft가 법원조직법 제141조와 제142조에 따라 조직되어 있다. 또한 주의 규모에 따라 Generalstaatsanwaltschaft가 복수로 조직된 경우도 있다. 예컨대 Baden-Württemberg주와 Rheinland-Pfalz주가 각 2개를, Bayern주, Niedersachsen주 그리고 Nordrhein-Westfalen주가 각 3개를 조직하고 있다. 다만 Berlin과 Frankfurt am Main의 경우는 하급조직으로 Amtsanwaltschaft가 조직상 추가되어 있다. 연방의 경우는 Bundesanwaltschaft가 최고검찰조직에 해당하고, 그 최고수장은 Generalbundesanwalt이다.

검찰청장의 권한 행사에 대하여 법 제5조와 제6조의 준용을 명시하여 이를 통제할 수 있는 장치를 두고 있다. 법 제9조 제2항은 1953년 제정 당시에는 없었던 내용으로서 이 번 개정으로 보완된 것이다.

### 5) 범죄인인도의 거부결정과 흔들리는 사법공조

이 개정법률에 근거하여 베를린 상급검찰청장은 동독으로부터 요청받은 범죄인인도를 거절하는 결정을 내리게 된다(1974. 10. 25.). 왜냐하면 앞서 언급한 바와 같이 유럽인권위원회가 Brückmann 사건을 접수한 후 바로 각하하지 않고, 본안심사에 들어가겠다고 선언함에 따라 새로운 법적 사실이 창출되었고, 이로부터 검찰청장은 사법공조법 제9조 제1항에 따라 재결정을 내릴 수 있게 되어 최종의견을 수정하였기 때문이다.<sup>36)</sup> 이 사건이 범죄인인도의 거부로 귀결되자 동서독간의 사법공조는 그 근본부터 흔들리기 시작하였으며, 사법공조를 떠받치는 핵심적 가치인 ‘당사자간의 신뢰’에 상당한 타격을 가하였다. 또한 연방헌법재판소가 범죄인인도를 위한 통제기준으로 몇 가지 요건들을 추가하면서 사법공조 및 행정공조의 가능성은 그 범위가 매우 축소된 것으로 보아야 한다. 어쨌건 동서독간 범죄인인도와 관련하여 희비극이 교차하는 와중에 Brückmann은 서독의 개정법률이라는 보호막 아래 동독으로 돌아가야 할 상황을 면하게 되어 적어도 행복한 결말을 맞이하였다.

## VI. 한국에 대한 시사점

### 1. 독일의 특수한 상황(특히 베를린)

서독은 동독과 사법공조 및 행정공조에 대하여 개별 법률을 제정<sup>37)</sup>하여 각 사항들을 규율하는 반면, 외국과 사법공조에 대하여 국제형사사법공조법과 범죄인인도법을 통하여 여러 사항들을 마련하고 있었다. 따라서 동독과 서독의

36) EuGRZ 1974, S. 124.

37) 이 법률(SiRhG)은 1990. 8. 31.의 통일조약(Einigungsvertrag)에 근거하여 1990. 9. 30.에 효력이 상실되었다.

상호관계를 염두에 두고서 각기 다른 법적 규율체계를 갖춤으로써 하나의 독일 또는 Deutschland라는 단일성을 강조하면서 잠정적 헌법의 체계 아래 동서독 분단의 일시적 상태에서 나타나는 여러 법적 문제들을 접근하고 있다. 형사사건의 사법공조라든가 한 개인에 대한 국적의 확정<sup>38)</sup> 그리고 동서독간에 서로 연결된 강이나 하천, 그리고 하수 및 쓰레기처리<sup>39)</sup> 등의 문제 등도 토지의 연속성에서 나오는 불가피한 문제로서 서로 협력하여 해결해야할 현안들이었다.

특히 서베를린(West-Berlin)은 하나의 독립된 섬(Insel)과 같은 지리적 여건 속에 있었기 때문에 여러 복잡한 법적 문제들이 얽혀 있었다. 서베를린은 동독의 영역에 속한 Brandenburg 주와 동베를린(Ost-Berlin)으로 둘러싸여 적어도 Brandenburg 주의 영역을 거치지 않고서는 육상으로 이동할 수는 없는 상황이었다. 그에 더하여 베를린에 거주하는 서독 국민이 서독에 속한 다른 주의 영역으로 가기 위해서 Brandenburg 주, Mecklenburg-Vorpommern 주, Sachsen-Anhalt 주, Thüringen 주 그리고 Sachsen 주 등을 거치지 않고서는 불가능하였다. 물론 인접국인 체코 등을 통하여 서독으로 입국하는 경로가 있었으나, 이 또한 Brandenburg 주를 반드시 거쳐야만 했다는 사실은 이를 잘 설명해 준다. 이러한 여건 속에서 베를린 유보는 정치역학적인 측면뿐만 아니라 법적 문제의 해결에 상당한 제한기제로 작동하였다. 물론 사법공조 또는 행정공조에 대한 법적 문제가 오직 서베를린과 동독의 문제로 국한된 것은 아니고, 서독연방의 다른 주와 동독간에도 같은 문제가 발생하고 있었고, 이에 대하여 사법공조법에 따라 처리하였다.

이상에서 우리는 독일의 사법공조 또는 행정공조에 대하여 중요한 두 사례를 보면서 그 연혁과 변천과정을 검토하였다. 하나의 국가가 두 개의 지역으로 분단되면서 생겨난 형법적 또는 그 이상의 복잡한 법적 문제들을 엿볼 수 있는 중요한 계기가 되었다. 그렇다면 분단된 한국의 현실은 어떠한가? 헌법 제3조(영토)와 제4조(통일)의 상호관계에 대한 해석은 다양하게 전개되고 있으며, 그러한 거대담론 이외에 현실적으로 발생하는 개별적 또는 집단적인 법률문제들을 어떻게 풀어나갈 것인지는 아직 명확하지 않고, 그때그때 상황이 발생한

38) BVerfGE 77, 137.

39) Zeit는 1973. 11. 2자 기사에서 서베를린의 쓰레기처리에 대하여 동독과 협의한 내용들을 기술하고 있다.

뒤에 수습책을 마련하거나 독일의 전례나 대만과 중국간의 사례<sup>40)</sup>를 참조하는 정도에 그치고 있다.

1952년 사례는 분단의 과도기의 법적 상황 아래서 아직 독일(Deutschland)의 법적 단일성이 유지되고 있던 시기였으므로 사법공조는 상호간의 신뢰 속에서 어느 정도 안정화되어 있었다. 1974년 사례는 동서독간에 이미 1972년에 기본조약<sup>41)</sup>이 체결된 이후의 법적 상황 아래 나타난 것이었다. 사안 자체가 매우 기구한 사연을 담고 있어서 그 해결이 간단치 않았으나, 서독의 연방헌법재판소는 베를린 유보를 염두에 두면서도 한 개인의 기본권 보호 내지 법치국가적 원칙을 수호하기 위하여 사법공조의 요건을 강화하면서 끝까지 구제를 위한 황금의 다리를 만들었으며, 입법자들이 이러한 법적 상황을 법개정으로 마무리 하였다. 독일의 예처럼 법개정의 역사를 살펴보더라도 사법공조 또는 행정공조의 문제는 그리 간단치 않으며, 법체계의 상이성을 어떻게 상대방이 수용할 것이며, 자신의 헌법질서 내에 규정된 헌법원칙과 개별 기본권의 가치를 어떻게 조화시킬 것인가라는 매우 추상적이면서도 가치론적인 문제가 내재되어 있다는 사실을 염두에 두어야 한다.

## 2. 논의의 출발점

우리와 독일은 분단이라는 사실만 본다면 같은 상황이라고 볼 수 있을지 몰라도, 둘의 상황은 전혀 다르고 인적 및 물적 교류나 상호간의 신뢰 또한 많은 부분에서 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 통일을 위한 단계적 노력의 일환으로 이루어진 금강산 관광사업이나 개성공단지구의 건설은 적어도 교류라는 측면에서는 한층 진일보한 것으로 평가할 수 있다. 이런 과정에서 남북한은 서로 접촉할 수 있는 기회가 점진적으로 증가할 수 있는 반면 갖가지 민형사법적 문제들도 야기된다. 물론 반드시 이런 상황만으로 남북간 형사사법공조의 사안들이 불거지는 것은 아니다. 북한 주민이 북한 지역 내에서 범죄를 저지른 후 남한으로 귀순하는 경우, 북한 주민이 형사판결 확정 후 탈북하여 남한으로 들어온 경우 또는 북한 주민이 남한 주민에게 범죄를 저지른 경우의 형사재판권

40) 이효원, 남·북관계발전과 북한과의 사법공조방안, 저스티스 통권 제106호(2008), 185-186.

41) 1972. 12. 21.에 동서독간에 체결되었다.

의 문제 등등 그리고 그 반대의 경우 등 여러 문제가 향후 발생할 수 있다.

남북간의 관계에 비추어 보았을 때, 북한을 어떠한 법적 지위로 보느냐에 따라 독일처럼 개별법률을 따로 만들어 외국간의 형사사법공조와 다르게 취급할 것인지 아니면 외국과 동일하게 다룰 것인지가 결정될 것이다. 하지만 여기서도 개별법률을 제정하여 규율한다고 하더라도 사법공조의 실제 적용범위라든가 적용요건 등이 남한의 헌법상 여러 원칙과 충돌되지 않고, 당사자의 기본권 보호 등을 위하여 사법공조를 거절하는 상황이 빈발해진다면 우호적 적용 가능성이 희박한 법률로 전락할 수도 있다. 그러나 특정한 상황들이 법률적용의 효과를 어느 정도 제한하더라도 개별법률의 제정은 형사사건의 처리와 관련하여 의미를 지닐 수 있다. 독일의 경우 당사자간의 사법공조를 위하여 상호신뢰가 근본바탕으로 자리하고 있었는데, 특히 동독이 범죄 후 또는 확정판결 후 도주한 동독주민의 신병인도 내지 형벌집행을 요청하는 경우 그에 대한 서독의 이행을 위하여 어느 정도 확실한 증거나 증인의 증언 등을 첨부하여야 했다. 서독은 이러한 자료를 근거로 사법공조의 허용 여부를 결정하기 위하여 사법공조법에 따라 일정한 요건심사를 거쳐야 했으므로 동독 검찰은 자신의 요청을 승인받고자 어쩔 수 없이 자기가 획득한 증거나 각종 자료들을 서독 검찰에 넘겨야 하는 상황이 벌어졌던 것이다. 이런 과정 속에서 서독은 자신이 담보하고자 했던 법치국가적 원칙이나 개인의 기본권 보호의 효과를 달성할 수 있었던 것이다.

### 3. 남북한의 특수한 관계

남한과 북한의 관계에 대한 법적 논쟁은 다양하게 전개되고 있으나,<sup>42)</sup> 헌법재판소는 남한에 대한 북한의 지위를 이중적 성격을 지닌 것으로 파악하고 있다. 헌법재판소에 따르면,<sup>43)</sup> 비록 UN에 동시가입이 이루어졌으나, 상호 국가승인이 자연적으로 성립하는 것은 아니라고 보는 전제 아래, “... 현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대

42) 이에 대한 자세한 논의로 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2015, 199-205; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2014, 342-344; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 198-200.

43) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6 등; 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63.

남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어 …”라는 근거를 제시하였는데, 이에 따르면 북한은 대한민국에 대한 관계에서 독립된 국가로 간주되지 않는다고 본다. 남북분단으로 인한 법적 관계에 대한 인식은 동서독 분단시기에 연방헌법재판소가 지지했던 해석방법과 상당히 근접하고 있다. 그렇지만 반국가단체의 성격은 지금 논의하고 있는 형사사법공조 등에 대한 논의에 상당한 장애요소로 작용할 가능성이 크다.<sup>44)</sup> 왜냐하면 독일의 경우는 동서독이 서로 전쟁을 통하여 분단된 것이 아니라 2차 세계대전의 패전국에 대한 전후처리과정에서 4개 연합국에 의한 강제분할로 법발전 또한 달라질 환경에 놓인 것이기 때문이다. 그러므로 서로 사법공조 또는 행정공조가 불가능한 상황은 아니었다. 이들은 독일제국의 법제도를 공유하고 있었으며, 당시 까지 확고한 법적 단일성이 유지되고 있었던 것이다. 하지만 우리의 경우 반국가단체의 성격을 지닌 북한이 제정한 형법 또는 형사소송법에 따라 진행될 형사절차를 얼마만큼 신뢰하고, 또한 법체계의 법치국가성을 존중할 것인지는 매우 불투명하다.

북한의 재판관할권의 인정 여부에 대한 논의에서 현재 헌법재판소의 견해에 따라 북한의 이중적 성격을 긍정하더라도 북한법률의 국내법상 규범적 효력을 긍정하는 전제에서 남한의 재판관할권이 그 범위에서 제한되는 것은 헌법 제 37조 제2항에 따른 법률에 의한 기본권 제한으로 헌법에 위반되지 않는 것으로 본다.<sup>45)</sup> 이렇게 북한의 형사재판관할권을 긍정하더라도 그것은 북한 형사법의 체계의 내용과 현실, 남북한 교류협력의 진전과 정도, 북한체제 및 형사법 체계의 변화 등 여러 가변적 요소에 의존하고 있어 사법공조의 제한형태로 나타날 것이라 전망<sup>46)</sup>하는 것도 어찌면 당연한 일이다. 헌법재판소는 남북간에 발생한 것은 아니지만 국제관계에서의 사법공조와 관련된 몇 가지 사례에 대하여 기본적인 입장을 밝힌 바 있다.<sup>47)</sup>

44) 이러한 이유에서 남북한 형사사법공조 등에 대하여 북한의 법적 지위에 대하여 평화통일을 위한 화해와 협력의 동반자로서의 지위에 기초를 두고 그 법적 해결방안을 모색하여야 한다고 강조하고 있다. 이효원(각주 40), 187.

45) 이효원(각주 40), 179.

46) 이효원(각주 40), 180.

47) 현재 2005. 12. 22. 2004헌바15; 현재 2003. 1. 30. 2001헌바95.



#### 4. 단초와 전망

남북분단의 긴 역사 속에서 남북기본합의서가 작성되던 때 우리는 사법공조와 관련된 일말의 희망을 엿볼 수 있었다. 남북기본합의서 문건 중에 법률실무협의회 구성과 신변안전보장 등 일정한 범위반 행위에 대한 처리방안에 대하여 추상적이거나 규정하였다. 어쨌건 이것은 남북의 합의에 따라 얻어낸 성과물이었고, 이를 기반으로 개성공업지구와 금강산관광지구의 출입 및 체류가 법적으로 뒷받침될 수 있었다. 지금은 이 두 사업이 모두 중단된 상황이지만 언젠가 다시 인적 및 물적 교류가 열릴 것이라 희망하면서 이 당시의 논의 수준을 보다 고양시켜 사법공조에 관한 남북공동의 법률이 생산될 수 있다면 더없이 반가울 것이다. 이것이 가장 1차적이고 확실하면서도 안정적으로 사법공조의 문제를 해결해 나갈 수 있는 방법이다. 그러나 어느 지역이나 사업을 염두에 둔 사법공조의 해결은 적용범위가 그 지역에 한정되는 것이므로 남북간의 일반적인 사법공조 등을 규율하는 데 이르지 못하는 한계가 있다.

그 다음으로 서독의 예처럼 우선적으로 단행법률을 제정하여 그 기준에 따라 사법공조 또는 행정공조를 실행해가는 것을 고려해볼 만하다. 이에 대하여 북한의 대응조치가 없는 상황에서 남한만 특별법을 제정하는 것은 정책적으로 바람직하지 않은 것으로 우려하는 목소리가 있다.<sup>48)</sup> 그러나 남북한의 특수한 관계와 국제법적 관계 등을 고려해 본다면, 국제형사사법공조법과 범죄인인도법에 따른 직접 내지 유추적 적용의 방식보다는 개별법률을 제정하여 규율하는 것이 분단으로 인하여 파생하는 법적 문제에 대한 대처방식으로는 보다 유연하고 우수하다고 볼 수도 있다. 이러한 방식이 분단을 극복하고 통일로 이끄는 이념과 가치의 정합성에 더 가까워 보인다. 남북은 하나의 국가가 분단된 것이고, 언젠가는 서로 통일을 이뤄야 하는 국가 내적인 관계라는 것에 기초한다면, 형사사법공조에 대한 법적 접근 또한 그 기초와 체계 내로 포섭하는 것이 타당하다고 본다.

48) 이효원(각주 40), 188. 이러한 문제에 대한 다양한 논의로 양영희, 남·북경제발전과 북한과의 사법공조방안 : 지정토론회, 저스티스 통권 제106호(2008), 200-202; 한명섭, 남·북경제발전과 북한과의 사법공조방안 : 지정토론회, 저스티스 통권 제106호(2008), 203-215; 신영호, 남·북경제협력활성화를 위한 법제 정비방안 : 지정토론회, 저스티스 통권 제106호(2008), 169-170; 유욱, 남·북경제협력활성화를 위한 법제 정비방안 : 지정토론회, 저스티스 통권 제106호(2008), 171-174.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

- 법무부, 동서독 교류협력 법제 연구, 2008.  
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2015.  
한수웅, 헌법학, 법문사, 2014.  
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2015.

Deutsche Richterakademie(Hrsg.), Innerdeutsche Rechtsbeziehungen(JuR 4), Heidelberg, 1988.

Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo Verfassungsgeschichte, Aufl. 14, München, 2015.

Kimminich, Otto, Deutsche Verfassungsgeschichte, Aufl. 2, Baden-Baden 1987.

Willoweit, Dietmar, Deutsche Verfassungsgeschichte, Aufl. 7, München, 2013.

### ○ 논 문

- 신영호, 남·북경제협력활성화를 위한 법제 정비방안 : 지정토론요지, 저스티스 통권 제106호(2008).  
양영희, 남·북경제발전과 북한과의 사법공조방안 : 지정토론요지, 저스티스 통권 제106호(2008).  
유 욱, 남·북경제협력활성화를 위한 법제 정비방안 : 지정토론요지, 저스티스 통권 제106호(2008).  
이효원, 남·북관계발전과 북한과의 사법공조방안, 저스티스 통권 제106호(2008).  
한명섭, 남·북경제발전과 북한과의 사법공조방안 : 지정토론요지, 저스티스 통권 제106호(2008).

# 동독이주민에 대한 서독정부의 법적 대응과 그 시사점

– 긴급수용법의 위헌성을 중심으로 –

(BVerfGE 2, 266–286. 1953. 5. 7.)

정혜영\*

## I. 관련 규정 소개와 배경

### 1. 관련 규정 소개

#### (1) 기본법 제11조(거주·이전의 자유)

제1항 모든 독일인은 연방 내의 모든 영역에서 이전할 자유를 누린다.

제2항 이 권리는(거주·이전의 자유)는 충분한 생활근거가 없고 이로 말미암아 일반에게 특별한 부담을 지우는 경우나, 연방 또는 어떤 주(州)의 존립이나 그 자유민주적 기본질서를 위협하는 위협을 방지하기 위하여, 전염병의 위협이나 자연재해 또는 특별히 중대한 사고를 극복하기 위하여, 또는 소년을 방치로부터 보호하기 위하여, 또는 범죄행위의 예방을 위하여 필요한 경우 법률에 의해서만 또는 법률에 근거하여서만 제한될 수 있다.

Art. 11 [Freizügigkeit]

(1) Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet.

(2) Dieses Recht darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes und nur für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende

---

\* 숙명여자대학교 법과대학 교수

Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist.

### (2) 기본법 제116조 제1항(독일국민의 개념)

이 기본법에서 말하는 독일인은 법률에 다른 규정이 없는 한, 독일 국적을 가진 자 또는 1937년 12월 31일 현재 구 독일영토 내에 있던 독일인에 속하는 망명자 또는 난민과 그 배우자 또는 비속을 말한다.

Art. 116 (1) [Begriff des “Deutschen”; nationalsozialistische Ausbürgerung]

Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.

### (3) 긴급수용법 제1조

제1항 소련점령지역 또는 동베를린에 주소를 두고 있었던 또는 주소를 두고 있는 독일 국민과 독일 민족은 이 법률이 적용되는 영역 내에서 허가 없이 체류한다면 지속적인 체류를 위해 특별허가를 필요로 한다. 그러한 한 거주이전의 자유는 독일 연방공화국의 기본법 제11조 제2항에 따라 제한된다.

제2항 생명 및 신체 또는 개인의 자유에 위협을 가하는 위협으로 인해, 또는 그 밖의 필요불가결한 사유로 인해 제1항에서 언급된 영역을 떠날 수밖에 없었던 동독인에 대해 체류허가를 거부해서는 안 된다.

Notaufnahmegesetz § 1

(1) Die Deutsche Staatsangehörige und deutsche Volkszugehörige, die Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in der sowjetischen Besatzungszone oder dem sowjetischen Sektor von Berlin haben oder gehabt haben, bedürfen, wenn sie sich ohne Genehmigung im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten, für den ständigen Aufenthalt einer besonderen Erlaubnis. Die Freizügigkeit wird nach Artikel 11 Absatz 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland insoweit eingeschränkt.

(2) Diese besondere Erlaubnis darf Personen nicht verweigert werden, die wegen einer drohenden Gefahr für Leib und Leben, für die persönliche Freiheit oder aus sonstigen zwingenden Gründen die in Absatz 1 genannten Gebiete verlassen mußten.

**(4) 기본법 제3조 제3항**

누구도 성별, 가문, 종족, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교적 또는 정치적 견해 때문에 불이익을 받거나 특혜를 받지 아니한다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받지 아니한다.

Art. 3

(3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

## 2. 관련 규정 제정 배경

### (1) 통일 전 서독 지역으로의 인구 이동

#### 1) 이주민의 유형

서독 지역으로 유입된 이주자들은 크게 두 집단으로 구분된다. 과거 구소련 및 중·동구로 추방당한 후 귀환하는 독일계 정주민(Aussiedler)들과 분단 이후 동독에서 서독으로의 탈출과 이주를 결행했던 이주민(Übersiedler)들이다.<sup>1)</sup> 이들은 1937년 12월 31일 당시 독일제국의 시민인 경우 독일 국적을 소유한다는 서독 기본법에 따라 독일인으로 간주되어 별도의 국적 취득 절차 없이 서독에 정착할 수 있었고, 정부로부터 많은 정착 지원금을 받았다.

이들 중 통일 전 서독지역으로 이주한 동독주민들은 그 형태에 따라 합법이주민과 불법이주민(Flüchtlinge) 및 해외지역으로부터의 귀향자 등으로 구분할 수 있다.<sup>2)</sup> 합법이주민이란 동독 정부의 공식적인 허가를 받고 서독으로 이주한 주민들로서 베를린 장벽의 건설과 엄격한 이주의 통제 등에 따른 국제적인 비난이 거세지자 동독정부는 이를 무마함과 동시에 서독정부로부터의 반대급부에 따른 경제적 이해관계에 따라 선별적으로 이주를 허가했다. 이 당시 이주허가를 받을 수 있는 사람은 서독에 가족이 있는 사람 중 나이가 많아 더 이상 동독의 경제발전에 기여할 수 없다고 판단되는 사람(남 65세, 여 60세)으로서 대부분 연금생활자이거나 동독에 구금된 정치범 중 서독 정부가 돈을 지불하고 서독으로 이주시킨 사람들이었다.

다음으로 불법이주민이란 동독 정부의 허가 없이 동독을 탈출한 사람들로서 동서독이 분단된 직후부터 1961년 베를린 장벽이 설치되기 전까지는 매년 20만명에 달했으나 베를린 장벽이 설치된 이후에는 그 수가 급격히 줄어 통일 전까지 연평균 2만 명 정도인 것으로 알려지고 있다. 특히 베를린장벽 설치 이후에는 체코·폴란드·헝가리 등 동구권으로의 휴가 등을 이유로 동독지역을 탈출한 후 그곳의 주재 서독대사관을 통해 이주하는 경우가 많았다.

1) 이 밖에도 비독일 혈통 외국인 이주 노동자 등도 이주민 집단에 포함되지만, 본 논문에서는 독일 혈통 이주민으로 한정하여 설명하고자 한다.

2) 김도협, 동독이주민에 대한 서독정부의 성공적 대응정책에 관한 일고, 세계헌법연구 제18권 제2호(2012), 28 참조.

그리고 해외지역으로부터의 귀향자로서 이들은 동독지역으로부터 직접적으로 유입된 이주민은 아니지만 구 소련지역을 포함해 동유럽 지역에 살다가 독일로 귀환한 독일 국적자들로서 독일민족이라는 이유로 타국에서 구금, 억류 또는 강제 납치되었다가 제2차 세계대전이 끝난 1945년 5월 8일 이후 석방된 자들이거나, 독일군인 출신 전쟁포로로서 1946년 12월 31일 석방된 자 및 그들의 자녀들을 포함하여 일컫는다. 이들 역시 분단이후 서독의 이주민정책의 중요한 고려 대상이었다.<sup>3)</sup>

## 2) 시기별 현황<sup>4)</sup>

1944~1950년에 2차대전 이후 흩어졌던 1,430만 명에 달하는 독일 민족이 주로 중·동구지역과 소련으로부터 독일로 귀환했다.<sup>5)</sup> 이들 중 800만 명은 서독에, 400만명은 동독에 거주했고, 230만명은 전쟁 중에 혹은 기아와 질병 및 노쇠 등으로 사망했다. 1945~1990년에는 약 460만 명의 동독인이 서독으로 이주했는데,<sup>6)</sup> 1945년 정부수립 이후 1961년 8월 베를린 장벽 설치 전까지 약 3백만명 이상의 대규모 탈출이 있었다.

3) 김도협(각주 2), 29.

4) 서독으로 이주한 동독 이탈주민의 시기별 구분(1949~1990)

기간	이주 현황(명)		
	이탈주민	합법 이주민	계
1기: 1949~1961.8.12	3,419,042	-	3,419,042
2기: 1961.8.13~1988	234,684	381,376	616,060
3기: 1989~1990.6.30	480,291	101,947	582,238
계	4,134,017	483,323	4,617,340

\* 임시수용절차에 등록했던 탈주민과 합법이주민

출처: Bundesausgleichsamt(연방조정청)

(허준영, 서독의 동독이탈주민 통합정책, FES Information Series, 2011. 6. 5 재인용).

5) 과거 동프로이센 지역에서 거주하던 독일 민족이 제2차 세계대전 당시 소련군의 핍박을 피하기 위해 1944년과 1945년 사이에 독일로 탈출했다(Flüchtlinge, 피난민). 또한 구소련의 볼가(Wolga) 지역에 정착했다가 제2차 세계대전 당시 시베리아나 카자흐스탄 등지로 추방당했던 독일 민족이 1945~1948년에 독일로 복귀했다(Vertriebene, 추방인). 폴란드의 슬레지엔, 체코슬로바키아의 수데텐 지방에 정착했던 독일 민족들도 제2차 세계대전 패망 후 현지에서 추방당하여 주로 1957년부터 1992년 사이에 독일로 귀환했다(정주민). 피난민, 추방인 그리고 정주민을 모두 합쳐 고향을 떠나 추방당한 사람이란 뜻의 ‘고향 추방인(Heimatvertriebene)’라고 한다. 김동명, 독일 통일, 그리고 한반도의 선택, 한울, 2010, 397 각주 19) 참조.

6) 반면 1945~1990년에 약 120만 명이 서독 지역에서 동독 지역으로 이주했다.

1961년 베를린 장벽이 설치된 후에도 동독을 이탈하는 주민들의 수가 한 해에 적게는 11,343명(1983년)에서 많게는 42,632명(1963년)에 달했고,<sup>7)</sup> 내독 국경이 강화되기 전까지 약 300만 명 이상의 동독 주민이 서독으로 이주했다. 동독 주민은 분단 후 당국의 국유화 및 집단화(1952), 강제 농업집단화(1960) 등 혁명적 개혁조치와 1952~1961년의 국경차단조치에 불안을 느끼며 체제 탈출을 시도했다. 이 시기 이주민 중 260만 명은 고르바초프의 개혁·개방정책에 영향을 받아 1988년에서 1999년 사이에 이주했다. 동독 탈출 주민 중에는 고학력 전문 인력이 많이 포함되어 있었고 이들의 탈출은 동독 경제에 악영향을 미쳤다. 반면 서독은 동독의 전문 인력을 경제부흥에 투입함으로써 반사이익을 얻을 수 있었다.<sup>8)</sup>

## (2) 독일 이주민 정책의 특징

독일 정부는 초기부터 이주민 문제의 대처에 적극성을 띠었고 국내의 제반 여건을 감안한 법적·제도적 장치의 마련에 부심하였다. 초기부터 이주민의 수용과 정착지원을 위한 기준으로서 기본법에 근거한 기본원칙을 확립하였으며, 이것은 국내외적인 여러 변수에도 불구하고 통일이 이루어질 때까지 일관성있게 관철·적용되었다. 특히 이주민의 수용문제는 헌법적인 기반을 토대로 해결해 나갔는데, 기본법 제116조의 규정을 적용하여 독일민족 귀속자에게 거주지역에 상관없이 내국인에 상응하는 자격을 부여하였고, 기본법 제11조의 거주이전의 자유를 동독주민에게도 인정하였다. 이러한 기본법 정신에 따라 독일정부는 구동독과 동구권으로부터의 독일민족 이주민을 별도의 국적취득절차 없이 수용해 주고, 그들에게 독일국민에 상응하는 지원을 해주었다. 그리고 이들의 수용과 정착지원은 단순한 난민의 차원에서가 아니라 인도주의와 동포애적 차원에서 처리되어 왔다.<sup>9)</sup>

7) 이동기, 평화와 인권 - 서독 정부의 대동독 인권정책과 대북 인권정책을 위한 합의, 통일과 평화 제3집 제1호(2011), 31.

8) 허준영, 서독의 동독 이탈주민 통합 정책, FES information Series, 2011. 6, 2.

9) 김진욱, 한국과 독일의 탈출이주민 정착·지원 정책에 대한 비교연구, 민족발전연구원·한겨레신문사·한겨레통일문화재단 주최 대학생논문현상공모 장려상. 16.



### (3) 긴급수용법의 제정배경과 입법취지

#### 1) 제정배경

1949년에 니더작센주의 율젠(Uelzen) 지역으로 동독으로부터의 이주민이 대량으로 유입되었으며, 이로 인해 이주민으로 수용되지 못하여 거처와 재정적 지원을 받지 못하는 이주민들이 증가하게 됨으로 인해 사회불안 등의 다양한 문제들이 발생하게 되었다. 이에 1949년 10월 6일에 니더작센주는 수용되지 못한 이주민들도 율젠의 규정과 일치하게 처리할 수 있도록 해달라는 내용의 요청서를 연방상원에 제출한 것이 긴급수용법 제정의 주요한 계기였다. 즉 이후 기본법과 국적법의 규정에 따라 증가하는 동독이주민의 수용과 관련한 법제의 필요성을 인식하게 된 연방상원과 연방의회 및 연방정부 등의 유관기관들은 1950년 8월 22일 동독지역에서 밀려오는 이주민 처리기준을 명확히 하기 위해 ‘연방영역 내 독일인의 긴급수용에 관한 법률(Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet: NAG)’ 즉 긴급수용법(Notaufnahmegesetz)을 제정하였다. 이 긴급수용법은 1990년 7월 1일 폐지될 때까지 서독정부의 동독이주민 수용절차와 정착지원제도의 근간이 되는 중요한 법률이었다.<sup>10)</sup>

#### 2) 긴급수용법의 입법취지

서독정부는 이주민에 대한 정착·지원 체계를 마련하고 시행함에 있어서 기본법 정신에 입각한 일관된 정책을 추진해 왔다. 기본법을 제정할 때 제11조에 국민의 거주이전의 자유를 명시하였고, 제116조에 구 동독지역 주민 또한 서독의 국적을 소지한다고 규정하였으며, 이에 따라 구 동독주민 중 서독으로 피난하는 자들의 수용여부와 지원에 관한 국내법으로서 1950년 8월에 긴급수용법을 제정하였다.

긴급수용법의 입법취지는 첫째, 양독간의 정치적 쟁점임을 고려하여 동독지역으로부터의 지나친 피난민 유입을 적절히 법적으로 통제하고, 둘째, 각 지역 정부의 경제적인 여건을 고려하여 수용하기로 한 이주민을 각 지역에 적절히 배분함으로써 이들이 사회·경제적으로 새로운 체제에 조속히 동화되도록 하

10) 김도협(각주 2), 33.

며, 셋째, 서독의 전반적인 고용시장 및 주택시장을 고려하여 정치적 박해를 받는 특별한 경우가 아닌 이주민의 유입은 적절하게 줄여나가는 것이었다.<sup>11)</sup>

이 법제정으로 인해 동독이주민들은 동독에서의 재산권을 포기하고 생명의 위협까지 무릅쓰고 동독 탈출을 감행한 것에 대한 보상으로 서독 사회의 일원으로서 자립, 정착하기 위한 초보적이고 임시적인 지원을 받게 되었다.

#### (4) 동독이주민의 수용과정

동독 이탈주민의 수용은 연방내무부 산하 연방행정청이 맡았다. 연방행정청은 이주자 심사 및 허가서 발급, 이주민의 입국 절차 결정, 수용소(임시 숙소) 건립 및 관리를 비롯하여 이탈 주민의 지역별 분할 등을 관장했다. 임시숙소는 기센, 프리드란트, 뉘른베르트, 우나-마센 등 국경 부근에 총 4개가 건립되었다. 이곳에서 동독 이탈 주민들은 신원 확인(개인 신상서 작성, 휴대 서류기록, 이주사유, 국경 출입일자와 장소, 직업, 최후 거주지 및 일자리 등)을 거친 뒤, 이탈 주민으로서 등록했다. 이어서 간이 건강진단과 함께 정착지로 향하는 일정 및 지역조정, 실업 및 연금, 자녀 양육 등에 대한 사항의 자문을 받을 수 있었다.<sup>12)</sup>

일정 조정과 지역 할당은 해당 도시의 거주자 숫자와 규모에 따라 결정되었으며, 노동력 부족으로 특별히 이탈자 수용을 원하는 지역은 규모와 상관없이 수용할 수 있도록 했다. 지역을 할당받을 때 이탈 주민은 자신의 의견을 진술할 수 있는 권리를 가지고 있었는데, 만약 서독의 어느 특정 지역에 친척이 있음을 증명하고 그 곳에 거주자와 일자리가 주어질 경우 자신이 원하는 지역으로 할당될 수 있도록 했다.<sup>13)</sup>

일반적으로 이탈 주민들은 입국 후 처음 2~3일간은 연방수용소에서 체류한 후, 주정부 수용소로 분산되었으며, 주정부 수용소에서 다시 2~3일간 체류한 후 최종 정착지로 분산되었다. 각 주의 수용시설로 보내진 동독 이주민들은 다시 각 지방자치단체별로 분산 수용되었고, 분산된 이주민들은 일자리와 집을 구할 수 있을 때까지 최장 2년 동안 마을의 기숙사나 임시 숙소에 머물 수 있

11) 김진욱(각주 9), 11.

12) 김영운, 동독 이탈 주민에 대한 구서독 정부의 정책, FES Information Series, 2003. 7, 6.

13) 김영운(각주 12), 7.

었다. 연방정부는 동독이주민의 유입으로 야기될 서독의 주택시장 및 노동시장에 대한 충격 등을 감안하여 정치적 이유에 의한 탈출이 아닌 한 난민의 유입을 적절히 줄이고자 했으나 현실적으로는 실현되지 않았다.<sup>14)</sup>

## (5) 독일 국적 취득

### 1) 국적법상 독일 국민의 개념

통일 전 독일국적에 관하여 기본법은 고유한 독일국적을 창설하지 않고 전승된 독일국적을 그대로 고수하였다. 언론매체나 전후 정치에서 점증적으로 “독일시민권”이 빈번하게 언급되었지만 독일연방공화국의 고유한 독일국적은 존재하지 않았다. 오히려 국적은 원칙적으로 어느 한쪽이든 독일인 부모의 혈통과 결합되었던, 계속 적용되고 있는 독일 제국국적법(Reichs und Staatsangehörigkeit)을 통해서 결정되었다. 그래서 연방영역에 거주하는 독일 혈통을 가진 사람들 뿐 아니라 1990년까지도 점령법상 연합국의 통치권하에 있었던 동독과 베를린에 거주하는 독일인도 독일국적법의 의미에서 독일 국적자로 간주되었다.<sup>15)</sup>

### 2) 국적취득 과정

1949년 동서독이 각각 헌법을 제정하고 정부를 구성한 이후에도 동독 주민의 탈출이 계속되자, 서독 정부는 서독으로 피난 오는 자들의 수용여부에 관한 국내법 제정이 필요하게 되었다. 1950년 8월 22일 서독 정부는 ‘긴급수용법’ 및 그 시행령(1951년 1월 제정)을 마련했다. 긴급수용법 제정의 배경은 앞서 살펴본 바와 같이 첫째, 탈출주민 문제가 양독 간 정치 쟁점임을 고려하여 동독 지역으로부터의 지나친 피난민 유입을 법적 장치를 통해 적절하게 통제하고, 둘째, 각 지역 주정부의 경제적 여건을 고려하여 수용 피난민을 적절히 배분하고, 이들이 새로운 체제에 조속히 동화될 수 있도록 하는데 있었다. 당시 동독지역을 포함하여 구독일 제국의 영토에서 서독으로 쫓겨오거나 이주한

14) 김동명(각주 5), 400-401.

15) K. Hailbronner, 공진성 옮김, 독일통일과 국적, 한국공법학회 국제학술대회 통일의 공법적 문제, 2010, 152.

독일 난민의 수는 1,000만여 명으로 서독 정부에는 엄청난 부담으로 작용했다.<sup>16)</sup> 따라서 서독 정부는 긴급수용법 제정을 통해 피난민 문제를 법적으로 제도화하고 이주민들의 정착을 지원하려고 했다. 그러나 서독 정부의 이와 같은 의도는 실현되지 못했다. 서독은 동독 주민을 자국민으로 간주, 이들이 서독의 영토에 들어오거나 제3국의 서독 대사관·영사관에 보호를 신청할 경우, 서독 시민과 동등한 기본권의 보호를 받을 수 있도록 했기 때문이었다. 즉, 서독 정부는 1949년 제정한 기본법에서 이탈 주민의 거주이전의 자유(제11조)와 함께 구동독 지역 주민도 독일국적을 소지한다고 규정(제116조)했다. 그리고 서독은 동독이 ‘동독국적법’을 제정(1967. 2. 20)한 이후에도 이를 인정하지 않았다. 또한, 동서독이 기본 조약을 체결(1972. 12. 21), 사실상 1국가 2체제를 인정했음에도 불구하고 동독 주민의 국적법 적용 문제에는 변화를 보이지 않았다. 다시 말해, 기본조약이 동독인의 국적 문제에 관여할 수 없도록 했다. 이는 서독이 기본조약에 첨부된 외교 문서를 통해 “동서독 간 체결된 기본조약이 동독 주민의 국적권과 관련된 문제를 규제할 수 없다”라고 명백하게 밝히고 있는 데서도 잘 드러나고 있다.<sup>17)</sup> 이와 같은 국적법 적용은 동독 이탈 주민들의 서독 정착에 있어 정당성을 부여하는 중요한 법적 기반으로 역할 했던 것이 사실이다.

## II. 사건 개요

청구인은 소련점령지역을 떠나 독일연방공화국으로 이주한 자이다. 그런데 독일연방공화국의 긴급수용소(Notaufnahmелager) 수용위원회(Aufnahmeausschuss)는 청구인의 이주가 긴급수용법(Notaufnahmengesetz)에 규정된 탈출근거에 해당하지 않는다는 이유로 청구인의 체류를 불허했다. 그러자 청구인은 관할 주(州) 행정법원에 행정소송을 제기하였다. 이에 관할 주(州)행정법원은 소송절차를 중단하고 긴급수용법이 기본법 제11조(거주이전의 자유), 제3조 제2항(고향 등을 이유로 한 불이익 금지조항) 등에 위반되는지 여부에 대한 위헌법률심판을 연

16) 김영운(각주 12), 4.

17) 김영운(각주 12), 5.

방헌법재판소에 제청하였다.

### III. 주요 쟁점

#### 1. 핵심쟁점

본 결정의 주요쟁점은 첫째, 입국의 자유가 거주이전(居住移轉)의 자유에 포함되는지 여부, 둘째, 동독인이 서독 지역으로 입국하는 과정에서 거주이전의 자유를 행사할 수 있는지 여부, 셋째, 동독이탈주민의 긴급수용을 원칙적으로 제한하고 예외적으로 허용하는 형식으로, 즉 허가유보부 금지의 형식으로 거주이전의 자유를 제한하는 긴급수용법조항의 위헌 여부이다.

#### 2. 소련점령지역 내 독일인의 거주·이전의 자유에 대한 논쟁

##### (1) 연역적 검토

##### 1) 거주이전의 자유의 의의

거주이전의 자유에 대한 요청은 자신의 생활영역을 독자적으로 스스로 결정하고자 하는 개인적 노력의 표현이다. 이로써 거주이전의 자유는 다른 기본권을 효과적으로 행사하기 위한 조건이 되는데, 개인은 주거, 가족, 직업, 재산을 아무데서나 가지고자 하는 것이 아니라 스스로 선택한 장소에서 가지고자 한다.<sup>18)</sup> 이와 관련한 자유로운 결정의 이유는 중요하지 않다. 사인의 창의에 의존하는 경제체제에서 요구되는 개인의 이동가능성은 거주이전의 자유가 최대한으로 인정되는 경우에만 생각할 수 있다. 또한 정치적, 문화적 관점에서 다원적인 사회도 지속적으로 발전하기 위하여 개인의 이주의 자유를 필요로

---

18) 1849년 파울 교회 헌법 제133조는 “모든 독일인은 제국 영토의 임의의 장소에서 체류하고 거주하며, 모든 형태의 토지를 취득하고 처분하며, 모든 직업을 행사하고, 지방자치단체의 시민권을 취득할 권리를 가진다”고 규정하였는데, 이는 거주이전의 자유가 재산권, 직업의 자유 등과 긴밀한 관계가 있는 기본권임을 인식한 것으로 이해된다.

한다.<sup>19)</sup>

개인의 자유로운 결정에 따라 국가권력에 복종한다는 서구의 통치계약이론에 의하면 이주의 자유는 자기가 살고 있는 정치체제에 만족하지 않는 경우 ‘발로써 하는 투표권’으로서 그 국가를 떠날 수 있는 권리였고,<sup>20)</sup> 자유민주주의 국가에 있어서의 이주의 자유 보장은 헌법사적으로 국가가 신민들의 소유물처럼 처리하고 착취대상으로 취급하는 헌법질서로부터의 전향을 의미하였다. 이주의 자유는 국가가 시민의 정치적인 자율권의 가장 기초적인 부분을 존중하는 최후의 시험대라고 할 수 있다.<sup>21)</sup>

독일 연방헌법재판소의 판례에 따르면 연방영역으로의 입국과 여행도 거주 이전의 자유에 포함된다. 기본법상 거주이전의 자유를 독일연방 내(im ganzen Bundesgebiet)에서만 보장하고 있는 독일에 있어서는 거주이전의 자유에 입국의 자유는 포함되지만 국외이주의 자유는 포함되지 않는다는 견해에 의견이 거의 일치되어 있고,<sup>22)</sup> 연방헌법재판소도 거주이전의 자유에 입국의 자유만 포함시키고 출국의 자유는 제외하는 결정을 내린 바 있다.<sup>23)</sup>

## 2) 기본법 규정 분석

기본법은 ‘모든 독일인’(alle Deutschen)은 거주이전의 자유를 가진다고 규정하고 있다. 따라서 소련 점령지역과 동베를린에 거주하는 독일인 또한 거주이전의 자유를 가진다. 기본법 제11조의 성립사를 살펴보면 연방상원에서 바로 이 규정을 ‘연방소속원’(Bundesangehörige)으로 제한하고자 하였으나, 의도적으로 ‘모든 독일인’으로 확장하였다는 것을 명확하게 알 수 있다.<sup>24)</sup> 그러한 한 소련 점령지역 내 거주하는 동독주민의 법적 지위는 원칙적으로 독일 지역 내 거주하는 서독국민과 다르지 않다. 소련점령지역의 거주자가 소련점령지역 내에서 체류하는 동안 이 기본권을 실질적으로 행사할 수 있는지 여부는 중요하지 않다. 기본권의 본질적 핵심은 독일연방공화국의 국가권력에 대하여 자신의 기본권행사가 방해받지 않는다는 것을 보장한다는 것에 있다. 이러한 관계 속

19) I. v. Münch/P. Kunig(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 11 GG Rn. 1.

20) Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, S. 267.

21) 권형준, 거주·이전의 자유에 관한 연구, 한양대학교 법학논총 제25집 제3호(2008), 1.

22) v. Münch.(각주 19), Rn. 638-684.

23) 따라서 출국의 자유는 기본법 제2조 제1항에 의해서 보장된다. BVerfGE 6, 32 (34 f.).

24) BVerfGE 2, 266 (273).

에서 기본법 제116조 제1항의 의미에서의 ‘독일인’(Deutscher)의 개념이 긴급수용법에 의해서 적용받게 되는 인적 범위와 완전히 일치하지 않는다는 것은 중요하지 않다. 왜냐하면 긴급수용법을 통해서 기본법 제116조 제1항의 의미에서의 독일인으로 간주되지 않는 사람들이 관련되는 한, 기본법 제11조의 침해가 어쨌든 배제되기 때문이다. 이 기본권의 내용은 연방영역 내부에서의 이전의 자유 뿐 아니라(즉 연방 영역에서의 이미 기존의 지속적인 체류 또는 거주 하에서의 이주) 성립사로부터 도출되는 것과 같이 연방영역 안으로 이주할 자유도 의미한다. 이주의 자유는 연방영역 내부의 모든 장소에 체류하고 거주할 권리와 이러한 목적을 위해서 연방 영역 내부로 여행할 권리 또한 의미한다.

## (2) 소련점령지역 내 독일인의 거주이전의 자유 인정 여부

### 1) 문제의 소재

연방영역으로의 진입과 지속적인 체류 또는 연방영역에서의 거주·이주를 금지하는 것은 이주의 자유에 대한 제한을 의미하는 것이기 때문에 긴급수용법 제1조는 더 상위의 규범, 즉 기본법 제11조 제2항에 부합하는 경우에만 유효하다. 이때 연방정부의 견해에 따르면 지금까지 소련 점령지역으로 이주민을 다시 돌려보내지 않았고 그것이 의도되지 않았다는 것은 중요하지 않다. 긴급수용법의 위헌성 여부는 ‘불법’이주민들에 대한 실질적인 수인(Duldung)에 의해 좌우되는 것이 아니라 ‘불법’이주민들을 위해 수인한다는 법규정의 유효성에 의해 좌우된다.<sup>25)</sup> 기본법 제11조 제2항에 따르면 이주는 “법률을 통해서” 제한되는 것이 허용된다. 긴급수용법은 이주의 자유를 직접적으로 축소시키는데, 그러한 한 기본법 제11조 제2항을 충족시킨다. 긴급수용법에 따르면 행정청은 이 법률을 근거로 비로소 제한을 할 권한이 있는 것이 아니라(금지유보부허가 Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt), 법률에 근거된 제한(금지)에 대하여 예외적으로 허가를 수여하는 것이다(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). “이주는 기본법 제11조 제2항에 따라 그러한 한 제한된다”라고 명시적으로 규정하고 있는 긴급수용법 규정상 이것은 명확하다. 그것은 법률 자체에 의한 제한이다.

25) BVerfGE 2, 266 (274).

따라서 본 사안에서는 긴급수용법이 이 법의 적용을 받는 인적 집단에 대해서 이주를 일반적으로 인정하지 않는 한에서 긴급수용법 제1조가 기본법 제11조 제2항에 부합하는지, 기본법 제11조 제2항이 그러한 일반적인 이주의 금지를 허용하고 있는 것인지 여부가 논란의 핵심이 되었다.

## 2) 베를린 행정고등법원과 연방의회의 견해

베를린 행정고등법원은 1952년 9월 24일 결정에서 긴급수용법이 동독주민의 이주를 일반적으로 그리고 최종적으로 금지하고 있다고 보았다.<sup>26)</sup> 왜냐하면 기본법 제11조 제2항의 이주의 자유에 대한 제한의 전제조건들이 이주민 개개인들에게 허용되는 것인지 여부를 판단하는 것에 좌우되는 것이 아니라 오히려 그 불허 전제조건들이 존재한다는 것 자체만으로 기본법상의 이주의 자유를 일반적으로 제한한다고 보았기 때문이다.<sup>27)</sup>

한편 연방의회는 “그 밖의 필요불가결한 사유”에 의해서 정치적 난민이 아닌 단순 이주민들에게도 이주가 보장될 수 있다는 견해를 제시하고 있는데, 이 또한 행정법원과 동일한 이해에 근간을 두고 있다. 연방의회의 다수는 긴급수용법 제1조 제2항의 사유에 해당하는 경우에만 이주를 법적으로 허용하고 그 외의 사유에 대해서는 제한해야 한다고 보았다. 즉 수용 거부사유가 바로 개별 이주자들에 대하여 주어진 것인지 여부에 대한 고려 없이 일반적으로 금지되어야 한다고 보았다.

## 3) 연방상원의 견해

연방상원은 기본법 제11조의 발생사로부터 소련 점령지역 거주민들에게 일반적으로 최종적인 이주의 금지는 허용되지 않는다는 것이 도출된다고 하면서 기본법 제11조에 대한 의견표명을 할 때 명확하게 소련 점령지역 독일인들에게도 연방영역 내에서 완전한 이주(die volle Freizügigkeit)가 보장되어야 한다고 보았다.<sup>28)</sup> 이것은 특별히 연방상원에서 이 규정을 반대했던 v. Mangoldt의 주석서 제11조 부분에 잘 나타나 있다. 그는 그 당시 전쟁은 독일연방공화국에

26) I B 100/52 NA.

27) BVerfGE 2, 266 (275).

28) BVerfGE 2, 266 (276).



서 장기간의 어려움을 남길 것이고 지속적으로 소련 점령지역으로부터 더 많은 대규모 이주움직임이 있을 것이라는 것을 고려해야 한다고 주장했다. 그러나 연방상원의 견해는 달랐다. 그러한 예측에도 불구하고 기본권이 소련점령지역의 독일인들에게도 보장되어야 한다면, 기본법 제11조의 의미는 이러한 관점에서 이미 발생사에 따라 의심할 바 없이 확고해진다고 하였다. ‘모든 연방소속원’(alle Bundesangehörigen)을 ‘모든 독일인’(alle Deutschen)으로 개정함으로써 이러한 의도가 발생사의 측면에서 명확해졌기 때문에 기본법 제11조가 동독주민들에게 보장한 거주이전의 자유를 박탈하는 일반 법률을 허용할 수 없다고 하였다. 연방상원의 이러한 의결은 연방상원이 대규모 이주로 인한 어려움을 자각하면서도 감내하겠다는 의지를 보여준 것으로 확인된다.

#### 4) 연방헌법재판소의 판단

연방헌법재판소는 기본법 제11조 제1항이 의도적으로 소련 점령지역의 독일인들에게 이주의 자유를 보장하고, 제11조 제2항에서 제1항과 마찬가지로 완전히 의도적으로 일반 법률 입법자에게 거의 완전한 금지를 다시 허용하는 것이라고 볼 수 없다고 보았다.

긴급수용법 제1조가 기본법 제11조와 합치하는지 여부는 긴급수용법 제1조가 적용될 인적 집단들의 거주이전의 자유가 일반적으로 금지되는 한에서 회의적이다. 기본법 제11조 제2항이 거주이전의 자유의 일반적 금지를 허용하고 있는지 의문이기 때문이다. 하지만 기본법 제11조의 성립사로부터 소련 점령지역 거주자의 거주이전의 자유에 대한 일반적 금지는 허용되지 않는다는 결론이 불가피하게 도출된다. 기본법 제11조 제1항이 완전히 의도적으로 소비에트 점령지역의 독일인들에 대하여 거주이전의 자유를 보장하고, 동법 제2항을 통하여 역시 완전히 의도적으로 입법자에게 거의 전적인 금지권한을 다시 부여하는 형태로 기본권을 보장하고자 했다고 인정하는 것은 가능하지 않다.<sup>29)</sup> 이를 위해서 바로 - 소비에트 점령지역의 독일인에 대하여 유일하게 실제적이며 그리고 동시에 그들에게도 보장되는 다른 모든 기본권의 행사의 기초라고 할 수 있는 - 이러한 기본권보장이 원칙적으로 의미가 있었던 것이다. 기본법 제11조에 대한 이러한 해석은 기본법에 내재된 전체 독일국민과 국가영역과 특

29) BVerfGE 2, 266 (277).

히 전체 독일의 국가권력에 대한 원칙적 이해로부터 나온 것이다. 즉 독일 연방공화국은 소명을 받은 유일하게 행위능력이 있는, 국가적으로 다시 조직될 수 있었던 전체독일의 일부로서 소비에트 점령지역 내의 독일인(동독인)에게 이러한 원칙적 이해를 이유로 동독인에게도 거주이전의 자유를 보장하였다. 따라서 독일 연방공화국은 포괄적인 독일 국가권력의 재건에 대한 요구를 정당화하고 스스로 홀로 자유주의 속에서 전체 국가의 국가조직으로서 합법화하면서, 그들의 권력범위의 경계에서 독일 ‘전체국가의 국적’을 배제하지 않고자 했다.

기본법 제11조 제2항이 소련 점령지역의 독일인의 이주의 자유를 일반적이고 종국적으로(*generelle und endgültige*) 금지하는 것을 허용하는 것으로 이해하는 베를린 행정고등법원의 견해를 따르고자 한다면, 독일 연방공화국에서 오히려 긴급수용법을 통해서 이주의 자유를 제거할 완전히 일상적 관계를 지배해야 한다. 대부분의 사례들에서 이주민의 수용은 근로시장의 확장과 간접적으로는 일정 범위 내에서 공적 수단의 요구를 의미한다. 그러나 이러한 부담은 수인되어야 한다. 왜냐하면 소련 점령지역 내의 동독주민에게 이주의 자유를 인정하는 것은 독일 연방공화국 내에서 동일한 기회를 가진다는 것을 의미하고, 이들이 독일인과 함께 한 단계 발전한다는 의미가 있기 때문이다.<sup>30)</sup>

### (3) 소결

거주·이전의 자유는 (기본법의 효력이 미치는) 연방지역 어느 곳이든지 독일국가권력의 방해를 받지 않고 체류·거주할 수 있는 권리이며, 이와 같은 목적으로 연방지역 안으로 입국할 권리를 포함한다. 소련점령지역 및 베를린의 소련점령지역 안에 있는 독일인도 이와 같은 거주이전의 기본권, 즉 연방지역 안으로 입국할 권리를 가진다.

30) BVerfGE 2, 266 (278).

### 3. 긴급수용법의 위헌성 판단

#### (1) 문제의 소재

1950. 8. 22.자 긴급수용법(Notaufnahmegesetz) 제1조 제2항은 이주민들의 수용요건들을 규정하고 있다. 따라서 수용요건을 충족시키지 못하는 이주민들의 경우에는 기본법 제11조의 거주이전의 자유 보장이 아무런 의미가 없어져 버린다. 만일 긴급수용법이 일반적인 금지를 규정하고 있고, 일반적인 금지를 규정하고 있는 이 법을 통해서 거주이전의 자유가 ‘제한된다면’, 소련 점령지역 내의 독일인들에게 기본법이 보장하고 있는 거주이전의 자유가 이 법률을 통하여 원칙적으로 완전히 다시 제거된다는 점이 위헌성 논란의 쟁점이 된다. 그 결과 이주를 위한 법적 근거가 실질적으로는 망명권(Asylrecht)<sup>31)</sup>의 유형밖에 남는 것이 없게 된다. 따라서 이주허가를 유보하고 일반적으로 이주를 금지하는 형식의 긴급수용법의 위헌성에 대한 분석이 필요하다.

#### (2) 법률규정형식에 따른 위헌성 논란

##### 1) 입국의 자유를 제한하는 법률인지 여부

거주이전의 자유는 기본법 제11조의 문언에 따를 때, 연방영역 ‘내’에서만 보장된다. 즉 연방공화국으로의 입국의 자유가 기본법 제11조의 보호영역에 포함되는지는 기본법 조항만으로는 명확하지 않다. 본 사안에서 연방헌법재판소는 우선 거주이전의 자유에 입국의 자유가 포함되며, 긴급수용법이 이러한 입국의 자유에 대한 제한을 하는 법률임을 확인하였다.

##### 2) 긴급수용법의 규정형식의 위헌성

###### ① 허가유보부 금지 형식의 허용성

31) 망명권은 정치적으로 박해받는 자에게 이주할 권리를 보장한다. 이 권리는 원칙적으로 국적과 무관하게 모든 정치적 박해자를 위한 것이다. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 11 GG Rn. 67.

긴급수용법 제1조가 이주를 희망하는 집단의 거주이전의 자유를 일반적인 형태로 금지할 수 있는지 여부에 대하여 심사하였다. 이에 대하여 연방헌법재판소는 긴급수용법의 허가유보부 금지의 형식을 거주이전의 자유를 규정한 기본법 제11조와 합치되는 것으로 보았다. 왜냐하면 일반적 금지는 거주이전의 자유의 제한을 위한 절차만을 규정하고 있고, 또한 긴급수용법 제1조가 이주민 수용사유를 결코 총체적으로 모두 열거하고 있는 것이 아니며, 수용의 거부가 기본법 제11조 제2항에 따라서 정당화되는지 여부를 개별사례에서 추가적으로 심사해야 하기 때문이라는 것이다.<sup>32)</sup>

## ② 입법자의 입법형성의 자유와 허가절차 도입에 따른 문제

입법자는 기본법 제11조 제2항(거주이전의 자유의 제한)에 근거하여 거주이전의 자유를 제한하는 절차를 입법재량에 따라 규율할 수 있다. 여기에는 개별 사건에서 중국결정이 내려질 때까지 거주이전의 자유에 대한 행사를 정지시킬 수 있는 권한도 포함된다. 따라서 허가절차에 의한 거주이전의 자유에 대한 제한은 필수적인 절차적 긴급성의 성격만을 갖기 때문에 수용절차가 진행되는 기간 동안 이전의 자유 행사를 정지시킬 수 있다. 이것은 일반적인 형태의 거주이전의 자유 행사를 정지시킬 뿐 거주·이전의 자유의 박탈을 의미하지 않는다고 보았다.<sup>33)</sup> 따라서 허가절차의 도입 그 자체가 기본법 제11조 제2항에 위반되는 것은 아니다. 거주이전의 자유에 대한 특정한 제한을 허용하는 헌법은 이러한 제한을 실행할 적합한 수단을 허용한다. 긴급수용법 제1조 제1항의 금지는 그러한 수단에 해당한다. 허가유보를 수반하는 금지의 결합은 단지 수용되어야 하는 사람들의 선발을 위해 필요로 하는 절차를 실행하는 의미밖에 없다. 이를 위해서 이론적으로 두 가지 가능성이 존재한다. 원칙적으로 모두에게 수용을 허용하고 특별한 행정조치를 통해서 개별적으로만 거주이전을 금지하거나(금지유보부 허가) 또는 역으로 모두에게 수용을 금지하고 개별적으로만 거주이전을 허용하는 것이다(허가유보부 금지). 긴급수용법은 두 번째 방식을 선택하고 있다. 대규모 난민의 경우에, 먼저 모두에게 수용을 보장하고 후에 비로소 연방영역에 흩어져 있는 이주민들을 추적하는 식으로 규제될 수는 없다. 오히려 대규모 이주를 위해서는 독일 연방공화국이 개별 사안에서 기본법

32) BVerfGE 2, 266 (277 ff.).

33) BVerfGE 2, 266 (279).

제11조 제2항의 전제조건인 존재여부에 대한 결정을 하고, 경우에 따라서는 그러한 결정을 실행할 수 있는 가능성을 열어두는 방식으로 다룰 필요가 있다. 따라서 연방영역 내에서 거주이전은 우선 절차의 진행을 위해서 일반적으로 금지된다. 즉 실용적으로 정지된다.

이때 긴급수용법에서 예정하고 있는 이주민 수용은 이러한 허가유보를 수반하는 원칙적인 금지가 이루어지는 경우에 후속적으로 이루어지는 행정소송절차를 통해서 지연될 여지가 있긴 하지만 이것이 치명적인 것은 아니다. 수용되지 못한 자가 행정소송을 위해서 이주의 자유가 강제되는 것처럼 보인다는 단순한 사실은 법적 평가에 아무런 영향을 미치지 못한다.<sup>34)</sup> 왜냐하면 기본법 제11조가 이것이 방지되어야 할 권리를 보장하는 것이 아니기 때문이다. 이러한 지연과 이주를 허용하지 않는 결정을 통해서 동시에 다른 법률들로부터 관련 당사자들에게 불이익이 발생하는지 여부는 이 사안에서 판단되지 않는다. 왜냐하면 이러한 불이익은 긴급수용법으로 인해 기인한 것이 아니기 때문에 동 법률의 합헌성에 영향을 미칠 수 없기 때문이다. 독일의 법발전의 과정에서 거주이전의 자유 보장을 위해 더 엄격한 기준이 설정되었다(기본법 제11조와 바이마르 헌법 제111조, 특히 제3항의 “제한은 제국법률을 필요로 한다). 따라서 그러한 긴급수용법의 형식과 같은 허가유보부 금지는 여전히 허용된다. 이것은 전염병의 위험을 예방하기 위한 제한과 동일한 형식인데, 이 경우에도 허가유보부 일반적 금지가 실행되어야 한다(예컨대 전염병 예방을 위한 격리조치). 거주이전의 자유를 제한하는 절차는 퇴치되어야 하는 위험방지에 적합해야 한다. 허가유보부 금지는 절대적으로 허용되지 않는 수단이 아니라, 오히려 구체적인 사안에서 소련 점령지역으로부터의 대규모 이주라는 특별한 상황에 적합한, 최소한의 부적절하지 않은 유일의 수단이다. 입법자는 자신의 재량에 의해 이러한 절차를 규율할 가능성을 가져야 하고, 입법자가 명확하게 부적절한 절차를 형성한다면 그때 비로소 연방헌법재판소는 이것을 기본권침해로 평가할 수 있다. 이때 긴급수용법의 입법자가 자신의 시대에서 오늘날의 대규모 이주를 아직 고려하지 못했다는 것은 중요하지 않다.

주관적 재량형성이 위헌성으로 이끄는 것이 아니라 객관적인, 즉 실질적 상황과의 관계 속에서 실질적이고 명확한 법률적 조치의 부적절함이 위헌성으로

34) BVerfGE 2, 266 (280).

이끈다. 그러므로 기본법 제11조가 거주이전의 자유 제한의 조치와 관련하여 금지를 유보하면서 거주이전의 자유의 원칙을 확고히 하고(금지유보부 허가), 긴급수용법이 이것을 역으로(허가유보부 금지) 뒤집는 결과를 초래한다고 할 수 없다.<sup>35)</sup>

### (3) 특별 수용사유의 존재 여부와 개별적 심사

긴급수용법 제1조 제2항은 ‘누구에게 체류허가가 거부되지 않아야 하는지’를 결정하고 있다. 긴급수용법에 따를 때 연방영역에서의 지속적인 체류허가가 동법 제1조에 해당되지 않는 이주민들에게도 개별사례에서 기본법 제11조 제2항의 거부사유가 존재하는지 여부를 심사하지도 않은 채, 수용이 거부될 수 있다면 기본법 제11조에 위배될 것이다. 긴급수용법 제1조 제2항에서 언급된 사유들과 다른 사유에 의해서도 수용은 허용될 수 있고, 긴급수용법상 개별수용요건으로 명시적으로 규정된 사유가 아닌 경우에도 긴급수용이 가능하다.

긴급수용법 제1조 제2항에 따른 허가를 할 때에도 거주이전의 자유가 기본법 제11조 제2항이 허용하는 범위 내에서만 제한되어야 한다는 것으로 해석되어야 한다. 수용심사청과 행정법원은 개별 사례에서 긴급수용법 제1조 제2항의 특별한 수용사유가 존재하는지 여부에 대해 판단해야 한다. 만일 그것이 거부되어야 한다면, 개별 당사자마다 중국적인 수용의 거부가 기본법 제11조 제2항에 부합하게 정당화되는지 여부로 심사범위를 확장하여야 한다. 이때 “자유재량”에 의한 결정이 아니라 법개념의 해석과 적용이 문제된다.<sup>36)</sup>

이를 정리해 보면 다음과 같다. 긴급수용법 제1조는 기본법 제11조에 부합한다. 왜냐하면 긴급수용법 제1조는 긴급수용절차를 위해 관련자의 거주이전의 자유행사에 대한 불가피한 일반적인 정지를 포함하고 있을 뿐 자유를 박탈하고 있지 않고, 긴급수용절차에서의 결정을 위해서 기본권의 최종적인 법률적 제한이 오직 기본법 제11조 제2항이 허용하는 범주 내에서만 근거지워지기 때문이다. 그러므로 베를린 행정고등법원의 법적 판단은 받아들일 수 없다. 독일 연방공화국 내에서 소련 점령지역 내의 독일인들의 이주의 자유 제한은 기본

35) BVerfGE 2, 266 (281).

36) Loening, DVBl. 1952 S. 197 ff, 235 ff.

법 제11조 제2항으로부터의 이주거부를 위한 근거들 중 하나에 해당하는 경우에 개별 이주자들에 한해서만 허용되는 것이다. 거주이전의 자유(Freizügigkeit)는 오직 개별사안에서(Einzelfall)만 제한이 가능하고, 충분한 생활근거가 없고(und) 이로 말미암아 일반에게 특별한 부담을 지우는 경우에만 허용된다.

#### 4. 평등조항과의 관계

누구도 ‘고향’을 이유로 불이익을 받지 않는다고 규정한 기본법 제3조 제3항에 위반되는 경우는 고향을 직접적인 이유로 하여 특별한 차별이 이루어지는 경우뿐이다. 그러나 소련점령지역 주민의 긴급수용을 제한적으로 인정하는 것은 사회적·경제적 사정에 의한 것이지, ‘고향’을 직접적인 이유로 한 기본법 제3조 제3항의 차별이 아니다. “누구도 ...로 인하여 차별받거나 우대되어서는 안 된다”는 문언으로부터 제시된 사유와 차별과 우대 사이의 인과관계가 나타난다. 이에 따라 기본법 제3조 제3항을 통해서 언급된 사유들로 인한 차별이 행해져서는 안 된다. 다만 소련점령지역에 거주하는 동독인의 대규모 이주가 이루어지면 독일 연방공화국 내 국민의 사회적·경제적 지위에 대한 위협이 발생할 것이라는 두려움이 있고, 오늘날도 여전히 두렵기 때문에 긴급수용법의 문구에 ‘소련점령 지역 내의 거주자’라는 명시적인 언급을 한 것뿐이다. 긴급수용법 제1조는 기본법 제3조 제3항에 의해서 금지어 있는 소련 점령지역 내의 동독인에 대한 차별을 포함하지 않고 있다.

### IV. 결정 요지

#### 1. 결정주문

1950. 8. 22.자 ‘독일인의 연방지역 긴급수용에 관한 법률(das Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet)’ 제1조는 기본법에 합치한다.

## 2. 결정요지

(1) 거주·이전의 자유는 (기본법의 효력이 미치는) 연방지역 어느 곳이든지 독일국가권력의 방해를 받지 않고 체류·거주할 수 있는 권리이며, 이와 같은 목적으로 연방지역 안으로 입국할 권리를 포함한다.

(2) 소련점령지역 및 베를린의 소련점령지역 안에 있는 독일인도 이와 같은 거주이전의 기본권, 즉 연방지역 안으로 입국할 권리를 가진다.

(3) 입법자는 기본법 제11조 제2항(거주이전의 자유의 제한)에 근거하여 거주이전의 자유를 제한하는 절차를 입법재량에 따라 규율할 수 있다. 여기에는 개별사건에서 종국결정이 내려질 때까지 거주이전의 자유에 대한 행사를 정지시킬 수 있는 권한도 포함된다.

(4) 1950. 8. 22.자 긴급수용법(Notaufnahmegesetz) 제1조 제2항은 수용요건들(Aufnahmegründe)을 빠짐없이 제시하는 방식으로 수용요건을 나열하고 있는 것은 아니다. 동조항은 “생명 및 신체 또는 개인의 자유에 대해 위협을 가하는 위협으로 인해 소련점령지역을 떠날 수밖에 없었던 자”를 기본적인 수용요건으로 제시하고, 이러한 수용요건을 갖춘 자에게 체류허가를 거부해서는 안 된다고 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 긴급수용법상 개별수용요건으로 명시적으로 규정된 사유에 해당되지 않는 경우에도 긴급수용이 가능하다. 긴급수용절차의 다음 단계로서 기본법 제11조 제2항(거주이전의 자유의 제한)에 따라 개별사건에서 긴급수용의 거부가 정당화되는지 여부를 계속 심사하여야 한다.

(5) 누구도 ‘고향’을 이유로 불이익을 받지 않는다고 규정한 기본법 제3조 제3항에 위반되는 경우는 고향을 직접적인 이유로 하여 특별한 차별이 이루어지는 경우뿐이다. 그러나 소련점령지역 주민의 긴급수용을 제한적으로 인정하는 것은 사회적·경제적 사정에 의한 것이지, ‘고향’을 직접적인 이유로 한 기본법 제3조 제3항의 차별이 아니다.



### 3. 핵심내용

(1) 거주·이전의 자유는 (기본법의 효력이 미치는) 연방지역 어느 곳이든지 독일국가권력의 방해를 받지 않고 체류·거주할 수 있는 권리로서 이와 같은 목적으로 연방지역 안으로 입국할 권리를 포함하며, 소련점령지역 및 베를린의 소련점령지역 안에 있는 동독인도 이와 같은 거주이전의 기본권, 즉 연방지역 안으로 입국할 권리를 가진다.

(2) 1950. 8. 22.자 긴급수용법(Notaufnahmegesetz)은 허가유보부 금지의 형식을 띠고 있다고 하나 긴급수용법 제1조가 이주민 수용사유를 총체적으로 모두 열거하고 있는 것이 아니다. 따라서 긴급수용법 제1조 제2항에 따른 허용사유가 존재하지 않는다면, 기본법 제11조 제2항(거주·이전의 자유의 제한)에 따라 개별사안에서 긴급수용의 거부가 정당화되는지 여부를 긴급수용절차의 다음 단계로서 계속 심사하도록 하고 있기 때문에 기본법에 위반되지 않는다.

## V. 분석 및 평가

### 1. 결정의 의의

최근 북한의 핵실험으로 인한 남북갈등이 최고조에 이르고 있는 가운데, 북한 일반 주민은 물론 고위 간부층의 탈북까지 증가하고 있다. 최근의 탈북자 현황은 그 규모나 성격에 있어 과거와는 분명히 다른 양상을 보이고 있고, 따라서 현행의 귀순자 지원 정책에 대한 근본적인 개편이 불가피한 것으로 보인다. 통일을 염두에 둔 정치권의 행보<sup>37)</sup>와는 별도로 탈북주민의 남한으로의 이주와 정착문제의 근간이 되는 거주·이전의 자유에 대한 헌법적 논의와 지금

37) 박근혜 대통령은 “탈북민은 먼저 온 통일이며 통일의 시험장”이라며 남한으로의 이주를 독려하는 발언을 한 바 있다. 박 대통령의 이 같은 언급은 지난 1일 국군의 날 기념사에서 “언제든 대한민국의 자유로운 터전으로 오시기를 바란다”며 ‘탈북 권유’를 한 것의 연장선에서 구체적인 대규모 탈북민 수용 대책을 주문한 것으로 풀이된다. 특히 정부가 북한의 급변 사태에 대비해 10만명 규모의 탈북자를 수용할 수 있는 탈북촌 건설 계획을 준비 중이라는 설이 흘러나온 바 있어 주목된다. 중앙일보 2016. 10. 11. (<http://news.joins.com/article/20706767> 검색일 2016. 10. 11.)

까지와는 다른 대규모의 탈북을 대비하기 위한 수용 대책이 필요한 시기이다.

한반도의 분단상황과 그에 수반된 이러한 문제를 해결하기 위해서는 무엇보다도 같은 민족, 같은 동포라는 관점에서 우리와 매우 유사한 조건 속에서 성공적 해결을 선형한 통일 독일의 실례가 중요한 역할 모델이 될 것이다. 특히 서독의 동독주민 수용정책과 사회통합정책은 북한이탈주민의 남한 수용문제에 대한 법적·제도적 대응을 위한 대표적 모범 사례로서 거론되는데, 소련 점령 지역 내에 거주하고 있던 동독주민들이 서독지역으로 이주하는 과정에서 서독 정부가 어떻게 대응하고, 결국 동·서독 통일을 이루게 되었는지 일련의 과정들은 앞으로 발생할 수 있는 대규모 탈북문제에 대한 해결의 단초를 제시할 수 있을 것이다.

1945년부터 통일 직전까지 약 1,600만 명 이상의 독일계 정주민과 이주민이 자유와 일자리를 찾아 서독 지역으로 이주했고,<sup>38)</sup> 서독사회는 정치·경제·사회적으로 격심한 환경변화 속에서 대량의 동독주민 이탈행렬을 수용해야 했다. 기존의 서독과는 다른 체제인 동독으로부터의 이탈주민의 수용은 그 자체로 서독 정부의 입장에서는 상당한 정치적·사회적 부담을 유발하는 것이었고, 이 같이 유입되는 이른바 이탈주민의 문제를 해결하기 위해서는 그만큼 강력하고 근본적인 특수한 지원 및 보호의 필요성이 제기되었다.<sup>39)</sup> 따라서 서독 정부는 철저하고도 세심한 법적 대응을 강구하였고, 인도주의적인 동시에 행정관리적 입장을 견지하면서 동독이탈주민들에 대한 수용과 경제적 자립기반을 마련하였다. 이와 같은 서독 정부의 적극적인 법적 대응은 이주민들이 서독 주민과 동등한 권리·의무의 주체로 인정받게 되는 밑바탕이 되었다. 이에 관한 법률과 조직으로는 이주민 긴급수용법(Notaufnahmegesetz: NAG)<sup>40)</sup>, 연방 피난민법(Bundesvertriebenen und Flüchtlingsgesetz: BVFG) 같은 법안과 주난민행정부(Landesflüchtlingsverwaltungen) 등의 행정조직이 있었는데, 이들은 이주민의 수

38) 김동명(각주 5), 399.

39) 김도협(각주 2), 32.

40) 정식명칭은 1950년 ‘긴급수용법(Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet: 연방영토로의 독일인 긴급수용에 대한법)’, 1953년 ‘강제추방자 및 난민법(Gesetz zur Regelung der Angelegenheitender Vertriebenen und Flüchtlinge: 강제피추방자 및 난민 문제 조치를 위한 법)’이며, 이와 같은 여러 법적 준비를 통해 서독 정부는 동독 이탈주민들을 서독 사회가 수용하고 통합하기 위한 조치를 마련했다. 특히 1955년 8월 연방의회는 정치적인 이유로 수감되었다가 동독을 벗어나 서독으로 들어온 주민들을 위해 ‘수감자원조법(Häftlingshilfegesetz)’을 통과시켜 정치적 박해를 받은 동독 이탈 주민들을 위한 별도의 재정 지원책을 마련했다. 이동기(각주 7), 31.

용, 파악, 의식주 공급 등과 같은 기본적 활동을 규율했다. 특히, 긴급수용법은 세계 제2차 대전의 영향으로 발생한 난민과 추방자의 대규모 유입 이후에 만들어진 법률체계로서 전국에 난민의 고른 분산과 그들의 인적통합을 유도하고자 만들어졌다.<sup>41)</sup> 이 법률의 시행과 더불어 동독 이탈주민의 거주이전의 자유와 서독으로의 이주에 대한 헌법적 판단이 이루어졌고, 이를 통해 이주민들의 헌법적 지위와 그에 대한 근거가 제시되었다는 점은 매우 높이 평가할 만하다.

거주이전의 자유는 개인적·정신적·경제적 자유의 본질적 요소로서 중요한 의의와 기능을 가진다. 거주이전의 자유는 우선 자신의 생활영역을 스스로 결정할 수 있는 개인적 자결권이다. 이로써 다른 기본권들을 효과적으로 행사할 수 있게 된다. 또한 거주이전의 자유는 인격의 자유로운 발현의 전제일 뿐 아니라 인격적 및 정신적 자유를 보완해 주는 기능을 한다. 따라서 이 자유의 보장을 통해 노동력과 자산의 자유로운 유동성이 보장될 수 있으며 이는 자유경제질서의 존립의 기초가 된다. 이러한 의미 속에 독일 기본법 제11조는 “모든 독일인은 연방 내의 모든 영역에서 이전할 자유를 누린다”고 규정하고 있다. 서독은 이러한 기본법상의 거주이전의 자유를 근거로 동독주민의 이주문제를 폭넓게 인정하고자 했다. 그럼에도 불구하고 이주에 대한 제한을 허용했던 긴급수용법을 제정하여 이주민의 수용여부를 심사하도록 하였는데, 이 법률의 합헌성 판단의 근거들을 심도 있게 분석해 볼 필요가 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 독일 연방헌법재판소의 본 판례에 따르면 연방영역으로의 입국과 여행은 거주·이전의 자유에 포함된다.<sup>42)</sup> 이러한 측면에서 보았을 때 소련점령지역과 동베를린에 거주하는 동독주민이 서독으로 이주하는 경우, 동독인도 서독 기본법상 기본권주체임을 인정하고 있기 때문에 서독으로의 이주를 매우 자연스러운 일상으로 받아들여지게 된다. 연방헌법재판소는 “기본권의 소지자를 위해서 소련점령지역의 거주자가 소련점령지역 내에서 체류하는 동안 이 기본권을 실질적으로 행사할 수 있는지 여부는 중요하지 않다. 기본권의 본질적 핵심은 독일 연방공화국의 국가권력에 대하여 자신의 기본권행사가 방해받지 않는다는 것을 보증한다는 것에 있다. 기본법 제11조에 대한 이러한 해석은 기본법에 내제된 전체 독일국민과 국가영역과 특히 전체 독일의

41) 국가인권위원회, 2009년 북한이탈주민 2만시대 특별 심포지움 자료집, 2009, 12, 13.

42) III. 2. (1) 1) 참조.

국가권력에 대한 원칙적 이해로부터 나온 것이다.”라고 판시하였는데, 이는 통일 국가에 대한 염원이 반영된 것으로 생각된다.

## 2. 학계 평가 및 결정 이후 상황

### (1) 학계의 평가

동독으로부터의 대규모 이주를 대비하여 제정된 긴급제정법은 실제적으로 법을 운용하는 과정에서 피난민 또는 이주민 문제를 법적으로 제도화하고, 각 지방정부의 도움으로 이들의 정착을 지원한다는 입법취지는 달성되었으나, 이주민의 유입을 줄여나가려는 입법목적은 관철되기 어려웠다. 긴급수용법상의 거주허가를 받지 못한 사람들이라도 동독지역으로 돌려보내지는 않았기 때문에 이주민의 유입은 줄지 않았고, 사회보장청이나 종교기관의 구호에 의탁하는 경우가 많아지면서 허가증의 발급자체가 무의미해졌다. 이 문제로 인하여 긴급수용법 제1조와 기본법 제11조와의 관계에 대한 논란이 벌어진 것이 이 사안의 쟁점들이다. 이에 대하여 독일 연방헌법재판소는 1953년 5월에 기본법 제11조에 규정된 거주이전의 자유는 동독지역의 독일인에게도 적용된다는 판시와 함께, 긴급수용법 제1조가 위헌이 아니라는 유권해석을 내렸다.<sup>43)</sup> 이것은 동독주민들이 일단 서독으로 이주·탈출을 할 경우 별도의 국적취득 절차 없이 서독에 정착할 수 있는 법적 근거를 제공한 것이었다는 점에 큰 의미가 있다. 이러한 법적 토대 위에서 서독 정부는 동독주민의 이주를 적극적으로 지원할 수 있었고, 결국 통일을 이루게 되었던 것이다. 독일 연방헌법재판소가 이러한 결정을 내릴 수 있었던 근간에는 정치적 냉전시기에 동독지역의 주민이 서독땅에 일단 이주한 후부터는 차별없이 기본법상에 보장된 권리를 누려야 한다는 점에 대한 국민적 합의가 조성되어 있었기 때문으로 보인다.<sup>44)</sup> 시간이 지나면서, 허가를 위한 선별절차는 단순한 기록절차로 바뀌었고, 베를린 장벽의 구축 이후부터는 동독 이탈주민의 거주허가 신청이 기각되는 사례가 없어졌으며, 모든 이주민은 기본법이 정한 국민의 권리를 당연히 향유할 수 있게 되었다. 이

43) BVerfGE 2, 266.

44) 김진욱(각주 9), 11.

러한 법적 근거를 바탕으로 서독정부는 일관되고 체계적인 지원정책을 추진할 수 있었다고 평가된다.

## (2) 결정 이후 상황

본 사안에서 독일 연방헌법재판소는 독일제국이 계속 존속하며, 전체 독일국민과 전체 독일의 국가권력이라는 입장이 기본법에 정착되어 있다고 하였는데, 이러한 견해는 동·서독 기본조약 결정<sup>45)</sup>에서도 그대로 나타났고, 다른 판례들과<sup>46)</sup> 함께 본 판례를 인용하였다. 기본법 제11조 제2항의 거주이전의 자유에 대한 제한을 고려하여 긴급수용법 제1조 제2항의 “그 밖의 필요불가결한 사유”에 해당하는지 여부를 개별적으로 심사할 수 있다고 본 동 판례에 대하여 1961. 6. 29자 개정긴급수용법은 긴급수용을 인정할 수 있는 “특별한, 필요불가결한 사정”으로 첫째 “양심의 심각한 충돌상황”, 둘째 “생존의 기초가 파괴 또는 심각하게 제약되었거나 그러한 사정이 임박한 경제적 사유가 있는 경우”를 추가로 규정하였다.

그러나 이 법은 기본적으로는 인도주의적 성격을 갖고 있었지만 본래의 입법취지로는 동독주민의 이주와 관련한 동·서독간의 정치적 문제와 전후 서독 내의 사회적·경제적 어려움 등을 고려하여 동독 이주민의 급격한 서독으로의 이주를 사실상 조절·제한하기 위한 방편으로 제정된 것이었다. 따라서 이 법에 근거하여 규정된 사항 이외의 이주민에 대해서는 원칙적으로 체류허가를 불허하였다.<sup>47)</sup> 그러나 점차적으로 증대하는 동독이주민의 현실은 동법에 의해 체류허가를 받지 못하는 자 역시 추방되지 않고 민간구호단체 등의 보호를 통해 수용되었다. 또한 연방헌법재판소의 긴급수용법 합헌 결정이 있었음에도 불구하고 ‘모든 독일인은 연방 내의 모든 영역에서 이전할 자유를 누린다.’라고 규정하고 있는 기본법 제11조 위배 여부가 지속적으로 논란이 되는 가운데 결과적으로 긴급수용법은 사실상 사문화되어 갔다. 결국 1961년 개정을 통해 대폭적으로 개선함으로써 기존의 ‘선별적 허가’형식에서 ‘단순한 신고 및 기록’형

45) BVerfGE 36, 1.

46) BVerfGE 3, 288; 5, 85; 6, 309.

47) 긴급수용법 제1조 제2항 참조.

식으로 이주민들의 수용절차를 바꾸게 되었다.<sup>48)</sup> 특히, 구동독 공산 정권이 점차 독자적인 국가임을 강조하며, 국경선을 봉쇄하고 베를린 장벽을 구축한 이후부터는 피난민의 거주 허가 신청이 기각되는 사례가 없었다. 그 결과, 허가증 발급 자체가 무의미했다. 수용 허가신청을 하지 않아도 동독에서 온 모든 이탈리아 주민은 기본법이 정한 국민의 권리를 당연히 누릴 수 있었다.<sup>49)</sup>

그 후 헝가리가 1989년 5월 2일 유렵을 동서로 분단시켰던 철조망을 최초로 철거한 후 수천 명의 동독인들이 서독여권을 얻기 위해 헝가리는 물론, 체코슬로바키아, 폴란드주재 서독 대사관에 몰려들자 서독정부는 동독탈출자 수용이 동독주권에 대한 침해라는 동독 측의 주장에 대해서 여행과 거주이전의 자유를 들어 적법한 조치라고 반박하였다. 결국 동독 정부와의 끈질긴 교섭 끝에 동독인 6,300여 명을 열차편으로 서독으로 수송하는 극적인 합의를 이끌어 내었다. 1989년 9월 1후 동독인의 탈출규모가 월평균 수만 명의 규모에 이르게 되자 서독 내에서도 정부의 재정부담 급증, 기존 생활여건의 파괴 우려 등을 이유로 탈출자의 선별수용 주장이 고려되기도 했으나, 헬무트 콜 서독정부는<sup>50)</sup> 기존의 ‘전원 수용’ 방침을 일관되게 고수하였고, 그 결과 베를린 장벽이 붕괴되는 계기가 되었다.<sup>51)</sup>

1989년 후반 동서독 장벽 붕괴 이후 동독으로부터 탈출·이주자 수가 급증함에 따라 이탈리아 주민의 체계적인 등록, 신체검사, 상담지원 등이 더 이상 이루어지지 어려웠다. 베를린 장벽 붕괴 이후<sup>52)</sup> 한꺼번에 밀어닥친 동독 주민들을

48) 김도협(각주 2), 33.

49) 김영윤(각주 12), 4.

50) 1970년대 사민당/자민당 정부와 1980년대 기민련/자민당 정부는 모두 ‘실용적(pragmatisch)’이고 ‘현실적(realistisch)’이고 ‘실제적(praktisch)’인 동독 정책만이 동·서독 관계의 진전을 이끌며 궁극적으로는 통일을 이룰 것이라고 확신했다. 1982년부터 집권한 헬무트 콜(Helmut Kohl) 수상을 비롯한 서독 보수주의 정치가들 또한 그 이전 야당 시절 자신들이 격렬히 비판했던 사민당의 동방정책을 집권 후에는 그대로 계승하며 오히려 확대·발전시켰는데, 이것이 1989/1990년 독일 통일의 결정적인 기반이 되었다. 그리고 1970/1980년대 서독 정부의 대동독 인권정책은 바로 이 동방정책의 틀 안에서 이루어졌다. 이동기(각주 7), 46.

51) 손기웅, 독일 통일 쟁점과 과제, 톨폼플러스, 2009, 48.

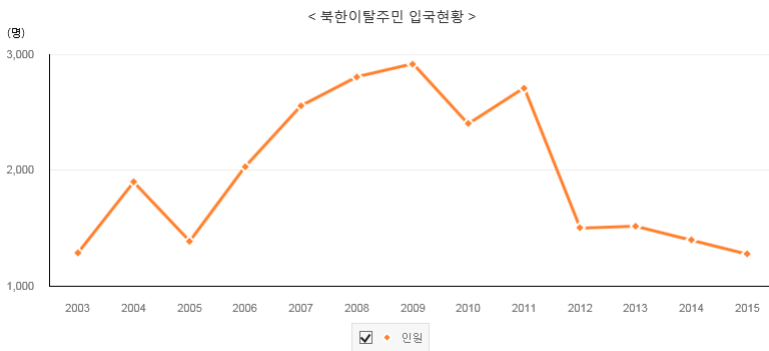
52) 1989년 4월 헝가리가 개혁정책의 일환으로 오스트리아와의 국경봉쇄를 해제하자 1989년 여름 휴가철에 동독인들은 헝가리로 건너가 그곳의 서독대사관에 진입하여 서독행을 요구하였다. 6월 27일 철의 장막 붕괴를 상징적으로 보여주는 사건이 일어났다. 헝가리 정부가 사회주의 형제국인 동독의 거부요구를 묵살하고 이들이 오스트리아를 거쳐 서독으로 갈 수 있도록 허용한 것이다. 그리고 마침내 헝가리 정부가 서독과의 협의를 통해 1989년 9월 11일 오스트리아와의 국경을 공식적으로 개방하자 헝가리에 있던 수천명의 동독인들이 이 기회를 즉시 이용했다. 사정이 알려지자 헝가리로 가려는 동독인들의 대규모 행렬이 시작되었고, 불과 몇 주만에 수만명이 서독으로 이주하였다. 손

수용하기 위해 연방정부는 연방군 시설, 국경 수비대 시설, 경찰서, 학교, 호텔, 천막 시설 등을 임시수용소로 사용하기도 했다. 이 기간 동안에는 많은 수의 이탈주민들이 긴급수용법의 지원혜택을 제대로 받지 못하는 상황이 발생하기도 했다. 이에 서독 정부는 1989년 7월 ‘임시 거주지 확보에 관한 법률’을 제정하여 대규모 탈출자들의 수용시설을 확보하는 대응책을 마련했다. 동독주민의 대규모 입국으로 서독의 사회경제적 불안이 점증될 수 있다고 판단한 서독 정부는 탈출자 문제의 조속한 해결과 함께 동독 내부의 개혁을 촉구, 사회적 안정을 기하는 방향에 정책적 주안점을 두었다. 이어 1990년 7월 1일에는 ‘이주민의 임시수용에 관한 재정지원법’과 ‘수용법 폐지에 관한 법률’을 제정·발효시켜 긴급수용법에 근거하여 서독으로 이주하는 동독주민에 대한 특별 수용절차의 적용을 종료하고 이들의 정착을 위한 모든 종류의 정부 지원을 중단했다.<sup>53)</sup>

## VI. 한국에 대한 시사점

### 1. 북한이탈주민 현황

북한이탈주민이란 북한에 주소·직계가족·배우자·직장 등을 두고 있는 자



로서 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 자를 말한다.<sup>54)</sup> 북한이

기용(각주 51), 44.

53) 김영운(각주 12), 6-7 참조.

54) 북한이탈주민의 입국추이는 북한이탈주민으로서 국내 입국한 인원을 말하며, 국내입국한 시점을 기

탈주민은 ‘90년대 중반, 북한의 식량사정 악화를 계기로 꾸준히 증가하기 시작하였으며, 1999년 100명, 2002년 1,000명을 넘어선 이래 2006년에는 2,000명을 초과하였으며, 2007년 2월 북한이탈주민 총 입국자 수가 1만명을 넘어섰고, 2010년 11월에는 2만명을 넘어섰다. 1998년도까지 국내 입국자는 947명에 불과했으나, 지속적으로 증가하여 이후 3년간(1999년~2001년) 1,043명 입국하였고, 2005년 이후 지속적으로 증가 추세를 유지하다 2012년 이후부터 연간 1,500명대로 입국인원 축소, 2014년도는 1,397명 입국하였다.<sup>55)</sup> 북한에서의 심각한 자연재해로 인한 식량난의 결과로 이어진 ‘고난의 행군’ 시기인 1994년부터 1998년도까지 집중 탈북이 있었으며 이들은 중국 및 제3국에 체류하다가 남한으로 들어왔다.<sup>56)</sup> 또한 남한에 입국한 탈북자들이 중국 등지에 있는 가족들을 남한으로 데려오는 과정을 통해서 2000년도 이후 지속적인 증가추세에 있다. 탈북자들이 평균 4~5년의 해외체류 중 북송위험 등 정착에 한계를 느끼는 상황에서 보다 나은 삶을 찾아 한국으로 입국하려는 시도가 증대한 것이 그 주된 이유이며, 제3국내 우리공관에 들어간 탈북자들에 대한 우리 당국의 지원 및 한국에 기입국한 가족의 입국지원 활동 증가도 영향을 미치는 것으로 보인다. 여성의 입국비율은 1989년 이전에는 7%에 불과하였으나, 1997년 35%, 2000년 42% 등 꾸준한 증가 추세를 보이다가, 2002년을 기점으로 남성비율을 넘어섰다. 정부는 외국에 체류하고 있는 북한이탈주민이 한국행을 희망하는 경우, 인도주의와 동포애 차원에서 전원 수용한다는 원칙하에 국내법과 UN난민협약 등 국제법에 부합되게 이들을 보호·수용하고 있다.

준으로 집계한다. 자료제공 : 통일부 남북경협과 2016. 2. 18. 기준 [http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\\_cd=1694](http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1694) (방문일자 2016. 10. 26.)

연도	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
인원	2,028	2,554	2,803	2,914	2,402	2,706	1,502	1,514	1,397	1,276
남	515	573	608	662	591	795	404	369	305	251
여	1,513	1,981	2,195	2,252	1,811	1,911	1,098	1,145	1,092	1,025

55) 자료제공 : 통일부 남북경협과 2016. 2. 18. 기준 [http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\\_cd=1694](http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1694) (방문일자 2016. 10. 26.)

56) 김선화, 민간에서 본 북한이탈주민 정착지원시스템, 국가인권위원회 2009년 북한이탈주민 2만시대 특별 심포지움 자료집, 2009. 12, 89.



## 2. 북한이탈주민의 기본권을 인정한 사례

### (1) 북한이탈주민의 거주·이전의 자유 보장 여부에 관한 대법원 판례

이와 관련하여 우리 대법원은 “헌법 제14조는 ‘모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다’라고 규정하고 있는데, 거주·이전의 자유란 국민이 자기가 원하는 곳에 주소나 거소를 설정하고, 또 그것을 이전할 자유를 말하며, 여기서 말하는 국민은 한국국적을 가진 한국인으로서 탈북한 원고도 당연히 국민에 포함되고,<sup>57)</sup> 그 자유에는 국내에서의 거주·이전의 자유 이외에 해외여행 및 해외이주의 자유가 포함되며, 해외여행 및 해외이주의 자유는 대한민국의 통치권이 미치지 않는 곳으로 여행하거나 이주할 수 있는 자유로서 구체적으로 우리나라를 떠날 수 있는 출국의 자유와 외국 체류를 중단하고 다시 우리나라로 돌아올 수 있는 입국의 자유를 포함한다.

원고는 비록 북한에서 고위직으로 지내오다가 탈북한 인사로서 현재 국가기관으로부터 안전가옥에서 24시간 경호를 받고 있으나, 원고가 미국의 권위 있는 기관으로부터 초청장을 받고 스스로 미국으로 출국하기를 원하고 있으므로 그와 같은 원고의 자발적인 해외여행의 자유는 원칙적으로 국민의 기본권으로서 최대한 보장되어야 하며, 원고가 비록 탈북하기 전에 북한에서 노동당중앙위원회 등에서 근무를 한 경력이 있는 탈북자로서 대한민국 내에서 신변안전의 위해에 대한 우려가 있는 사정에 처해 있다고 하여, 그러한 신분이나 막연한 우려만으로 대한민국의 일반 국민보다 그의 기본권이 과도하게 제한되어서는 아니되는 점, 여권법 제8조 제1항 제5호 소정의 제한사유는 거주·이전의 자유의 헌법적 가치와 여권발급의 법적 성격 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 해석하여 할 것인바...”라고 판시한 바 있다.

북한이탈주민은 남북한 유엔동시가입이라는 측면에서 국제법상 북한주민으로 볼 수 있는 여지가 있다. 그러나 대법원은 헌법상 대한민국 국민으로서(헌법 제3조) 탈북주민도 당연히 우리 국민에 포함되고, 우리 국민으로서 거주·이전의 자유를 누린다고 하여 북한주민의 기본권적 지위를 인정하였다는 점에서 매우 큰 의미가 있다.

57) 대법원 2008. 1. 24. 선고 2007두10846 판결(여권발급거부취소).

## (2) 북한이탈주민을 기본권주체로 인정한 헌법재판소 결정례

헌법재판소는 공권력 행사 위헌 확인 사건에서<sup>58)</sup> “...그러나 청구인이 탈북자이기 때문에 본인이 어떠한 기본권을 침해당하고 있는지, 본인의 행동이 어떠한 의미가 있는지를 전혀 알지 못했다는 주장만으로는 청구기간을 준수하지 못한 데에 정당한 사유를 인정하기 어렵다. 따라서 청구인이 이 사건 헌법소원 심판의 청구기간을 준수함에 있어 객관적 불능의 사유가 있다거나, 일반적 주의를 다하여도 이를 준수할 수 없는 사유가 있었다고 보기 어렵다”고 하여 각하결정을 내렸다. 이 사건에서 탈북자인 청구인의 주장이 청구기간을 준수하지 못하여 부적법 각하되긴 하였지만, “청구인이 탈북자이기 때문에 본인이 어떠한 기본권을 침해당하고 있는지”와 같은 결정내용에 비추어 탈북주민이 기본권주체임을 전제하고 판시한 것이다.

## 3. 서독정부의 법적 대응과 그 시사점

동서독 분단 상황에서 시작된 동독주민의 이주로 인하여 서독 정부는 1989년 이후, 구동독로부터의 인구유입의 가속화와 구소련에 거주하였던 약 120만에 다다른 독일인들의 이민, 그리고 구서독으로 이민 온 2-3백만의 이주노동자 및 그 가족들의 문제들이 혼합된 삼중고에 직면해왔다. 바르샤바협정의 와해와 소련의 붕괴를 거치면서, 동유럽과 중앙아시아에 거주하던 독일인의 이민도 급증하였다. 그들 중 대다수가 1940년 이후 독일어 사용을 금지당해 왔기 때문에, 이들 사이의 언어장벽으로 인해 통합은 한층 더 어려울 수밖에 없었다.<sup>59)</sup> 이들의 통합은 통일의 시험대로서 서독 사회에 지속적인 부담 요인이 되었는데 이는 특히 동독이주민이 가진 이중적 특성에서 연유하였다. 즉, 독일 기본법에 따르면 동독 이탈주민은 독일 국민이었지만, 고유의 정치적·경제적 시스템을 가진 동시에 서독과 경쟁관계에 있는 다른 국가에서 이주했기 때문에 사회적·문화적 통합은 어려울 수밖에 없었다. 그러나 이와 같은 대규모 이주에도 불구하고 특단의 큰 혼란 없이 이들을 서독사회에 적응시키고 정착시

58) 헌재 2014. 7. 29. 2014헌마550.

59) 국가인권위원회(각주 41), 14.

킨 동력은 무엇보다도 서독연방정부와 주정부 및 민간단체 등의 긴밀한 협조와 그에 대한 철저한 준비와 노력이었다.<sup>60)</sup>

동독 이탈 주민에 대한 구서독 정부의 정책은 기본적으로 이탈 주민들이 단순한 난민이 아니라 같은 동포로 인식하고 이들이 서독생활에 적응할 수 있게 하는데 중점을 두었다. 비록 서독이 동독 지역 내에서 주권을 행사할 수는 없었지만 서독의 기본법과 국적법에 따라 동독지역에 살고 있는 독일인들이 서독으로 오는데 어려움이 없도록 ‘1937년 말 당시 독일의 영토에 살았던 모든 자와 이들의 배우자 및 자손을 독일인으로 포함’시키고 있었으며, 서독으로 넘어 오는 동독인들이 야기할 수 있는 사회, 경제적 문제를 고려해 1950년 8월 22일 ‘긴급난민수용법’을 제정해 탈출 동독인들이 서독의 기본법이 정한 국민의 모든 기본권을 향유할 수 있게 했다. 즉 기본법 제11조 ‘거주·이전의 자유’와 제116조 ‘국적조항’에 의해 동독주민이 일단 서독 지역으로 넘어온 경우 서독 정부는 이들을 보호할 법적·도덕적 의무를 지니고 있다고 인식하고 있었던 것이다. 이와 같은 법체계의 형성은 동독이주민이 서독의 영토 안에 들어 오거나 제3국의 서독 대사 및 영사관에 보호를 신청해 올 경우에 서독 시민과 동등한 기본권의 향유와 보호를 받을 수 있음을 의미하는 것이다. 이것은 동포애적인 차원에서 동독 주민을 포용한다는 시각에서 출발하고 있음을 보여준다. 그러한 측면에서 기본법 정신에 입각하여 이주를 희망하는 모든 탈출자를 수용한다는 원칙하에 이에 필요한 모든 외교적 역량을 동원하였고,<sup>61)</sup> 동독정부를 상대로 한 비밀협상까지 수행하면서 인권 차원에서 이 문제를 접근하였는데,<sup>62)</sup> 이러한 지속적인 외교적 노력은 매우 높이 평가할 만하다. 서독 정부는 외국에서 서독 대사관을 통한 동독 주민의 망명신청이나 보호요청이 있을 경우 주재국 정부의 양해와 협조를 얻어냄으로써 이들을 수용했다. 서독 정부가 동독을 탈출해 제3국에 체류하고 있는 동독 주민에 대해서는 주재국 정부에 적극적인 외교 노력을 기울인 점도 우리 정부의 탈북자 정책에 시사하는 바가 크다. 이와 같이 동독 이주민을 제한 없이 적극적으로 수용하고 정착을 지원한 서독

60) 김도협(각주 2), 40.

61) 특히 주목할 것은 1980년대 중반이 동독주민의 서독으로의 합법이주와 정치범 거래의 정점이었다는 사실이다. 그 배경에는 무엇보다 1983년과 1984년 두 차례 서독이 동독에게 각각 10억 마르크(DM)와 9억 5천 마르크의 차관을 반대급부에 대한 아무런 약속 없이 ‘신의’와 ‘선의’에 기초해 제공했던 외교적 노력이 있었다. 이동기(각주 7), 53.

62) 김진욱(각주 9), 18.

정부의 이주민 정책은 자유민주주의 체제의 정당성과 우월성을 보여주어 동독 공산정권의 정통성을 잠식하는 요인이 되었고, 동독주민의 인권개선과 통일여건 조성에 크게 기여했다.<sup>63)</sup> 대한민국 헌법 제3조에 의해 북한지역도 대한민국 영토라고 명문화하고 있다는 점, 앞서 살펴본 헌법재판소와 대법원의 판결내용 등을 고려하여 탈북주민도 대한민국 국민이라는 점을 인지하고 한국 망명을 원하는 해외체류 탈북자들의 수용방침을 결정할 때 이와 같은 고려가 함께 이루어져야 할 것으로 생각된다. 같은 맥락에서 제3국에 체류하고 있는 탈북자에 대한 법적 지위 인정에 대해서도 논의해볼 필요가 있다고 본다.<sup>64)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이 독일의 경우 이주민의 발생과 수용 초기부터 기본법에 바탕한 확고한 원칙 아래 일관되고 체계적인 이주민 정책을 실시하여 왔으나, 한국의 경우 탈북이주민의 수용절차나 정착지원에 대한 기본적 지원이 미미한 상황이고, 실제적인 지원도 정착단계에서의 일시적 보상에만 머물러 탈북자들이 남한 사회에 적응하는데 많은 어려움을 겪고 있는 실정이다. 향후 지속적인 대규모 탈북이 예측되고 있는 지금, 현재의 북한이탈주민 지원정책도 ‘지속가능성’의 차원에서 근본적인 고민이 필요하다고 생각된다.

#### 4. 결론

북한은 심각한 빈곤과 경제난, 그에 따른 체제이완 현상이 심화되고 있고, 이러한 북한체제에 대한 불만을 반영하듯 탈북자의 규모는 갈수록 커질 것으로 예상되고 있다. 현재의 남북한 간 경제적 격차가 그대로 유지된다면, 남북한 통일 이후에도 북한지역은 빈곤지역으로 남게 될 것이 자명하고, 빈곤해소를 위한 대규모 이주가 행해질 가능성이 매우 높다.<sup>65)</sup> 지금까지 소규모의 탈북자를 그때 그때 수용해 온 기준과 정책으로는 앞으로 닥쳐올 통일 전, 후의 대

63) 평화문제연구소, 독일통일의 과정과 교훈, 2011. <http://blog.naver.com/ipa1983/159743540> (방문일자 2016. 11. 4.)

64) 최은석, 통일 후 북한지역 주민의 남북한 경계선 이탈과 거주·이전의 자유 및 제한에 따른 법적 문제, 남북법제연구보고서, 2011, 38.

65) 남북한 통일 이후 발생될 수 있는 북한지역 주민에 대한 빈곤층 문제와 거주이전의 문제의 관계에 대한 연구의 필요성을 제기하며, 남북한 사회통합과 경제적 차원에서 남북한 지역의 균형발전을 위해 ‘남북한 주민의 남북한 지역 간 거주이전에 관한 특별법(가칭)’을 제정하여 통일국가 완성 시까지 한시적으로 운용될 것을 주장하는 견해로는 최은석(각주 64), 43.

규모 이주의 소용돌이에 대응할 수 없다. 우리의 선택은 두가지이다. 처음부터 북한 주민의 이주를 제한적으로 허용함으로써 그 수를 조절하거나, 아니면 인도주의적 차원에서 이주를 희망하는 모두에게 이주를 허용하는 것이다. 만일 서독 정부와 같은 후자의 경우를 선택한다면 대규모 난민 수준의 대책 마련이 시급하다. 탈북이주민의 정착과 사회적응은 남한사회의 사회적·정치적 안정에 있어 핵심적인 사안임과 동시에, 통일 후 사회통합의 시금석이 될 것이기 때문이다. 이러한 측면에서 동독 이탈 주민의 기본권적 지위, 특히 거주이전의 자유를 인정한 독일 연방헌법재판소의 판결은 앞으로 탈북주민의 기본권 문제를 해결하는데 있어서 참고할 만한 중요한 결정례라고 생각된다. “모든 독일인 (alle Deutschen)은 거주이전의 자유를 가진다. 따라서 소련 점령지역과 동베를린에 거주하는 독일인 또한 거주이전의 자유를 가진다. 기본법 제11조의 성립사를 살펴보면 연방상원에서 바로 이 규정을 ‘연방소속원’(Bundesangehörige)으로 제한하고자 하였으나, 의식적으로 ‘모든 독일인’으로 확장하였다”는 사실로부터<sup>66)</sup> 서독이 소련 점령지역 내 거주하는 동독주민의 헌법적 지위를 원칙적으로 독일 지역 내 거주하는 서독국민과 동일하게 인정했던 점, 비록 동·서독이 분단되었지만 하나의 전체 독일국민의 국가라고 인식했던 점은 매우 높이 평가할 만하다.

통일된 국가에서 거주이전의 자유는 법률에 의해서 제한될 수 있지만, 헌법에서 보호조치가 마련되어 있어야 한다는 엄격한 전제하에서만 가능하다. 독일 통일과정에서도 동독주민의 서독으로의 이주가 많이 있었지만, 독일에 있는 많은 사람들이 고향에 남아있기를 희망했고, 동독과 서독 사이에 복지에 대한 격차가 현저했지만 결코 한국에서 존재하는 만큼의 큰 격차는 아니었다. 단적인 예로 남북한 간의 경제격차의 경우 동서독간 격차보다 10배 이상의 차이가 나며, 인구격차 측면에서도 남한이 부양해야 할 인구가 서독보다 크기 때문에 급작스러운 통일이 이루어지는 경우 인구이동의 규모가 독일의 사례보다 더 클 것으로 예측된다.<sup>67)</sup> 이러한 차이 때문에 현재 한반도의 상황과 통일 당시의 독일의 상황을 유사하다는 전제 하에서 마치 동일한 사안인 것처럼 바라보고 분석해서는 안 될 것이다. 따라서 독일 통일과정에서 서독 정부의 법적 대응에

66) BVerfGE 2, 266 (273).

67) 신혜원/김의준, 통일 이후 북한 주민의 남한으로의 인구이동 및 지역 분포 예측, 국토계획 제50권 제8호(2015), 6.

대한 연구를 하되, 한반도의 특수성을 염두에 두고 대책을 마련해야 할 것이다.

통일 후 북한 주민의 대량 이주 문제를 어떻게 처리하느냐가 통일의 성공과 비용에 큰 영향을 미칠 것은 자명하다. 예컨대 북한 이주민이 서울시청 광장, 잠실체육관, 탑골공원 등에 텐트를 치고 몰려 있다고 생각해 보자. 이는 새로운 사회적 위험 요소가 될 수 있다. 따라서 북한에 계속 살게 유도하고 남한 이주를 최소화할 방안을 찾아야 한다.<sup>68)</sup> 이와 같은 측면에서 보았을 때 통일이 된다면, 일시적 또는 장기간의 혼돈을 방지하고 질서를 유지하기 위해서 기본권 제한은 불가피하다. 즉 인간다운 생존에 관한 권리를 제외한 모든 기본권은 제한될 수 있어야 할 것으로 보인다. 특히 거주이전의 자유와 관련하여서는 서독의 ‘긴급수용법’과 같은 법률제정을 통해 수도권집중을 막고 각 지방에 고르게 분산될 수 있도록 하여 대규모 난민으로 인한 남한 사회의 충격과 혼란을 방지하여야 한다. 북한주민의 이주 및 정착과 사회 적응은 남한의 사회적·정치적 안정을 전제로 이루어져야 하기 때문이다. 그러나 이를 위해서도 법치국가적 원칙들이 준수되어야 한다.<sup>69)</sup> 이러한 측면에서 통일 후 공공의 안전과 경제발전의 이유가 거주이전의 자유에 대한 제한을 정당화하는지, 그리고 어떻게 정당화하는지 숙고되어야 한다.<sup>70)</sup>

탈북이주민 수용문제는 우리의 민족사적 과제인 통일을 염두에 두고 헌법적 기준에 따라 사회통합적 차원의 장기적인 안목을 가지고 접근하여야 한다. 문화적 차이로 인한 갈등이 수반되겠지만 탈북이주민들을 따뜻하게 맞이하는 자세야말로 통일을 지향하는 국민적 자세일 것이다. 물론 남북한 간의 경제적·문화적 격차로 인하여 남북 지역 갈등이 고조될 수 있다<sup>71)</sup>. 이를 해결하기 위해 남북한 지역간의 여러 가지 기본권 부여 문제와 경제적·사회적·문화적

68) 김상호 한국보건사회연구원장은 ‘남북한 통일 시 인구나 사회보장’을 주제로 전망과 대안을 제시했다. 북한의 토지를 나눌 때 그 지역을 떠나지 않은 사람에게 우선권을 주고, 기초연금·기초생활보장 등을 적용할 때 자격요건을 완화해 주거나 금액을 얹어주는 등의 방안을 제시하고 있는데, 독일이 동독과 서독의 환율을 1대 1로 정하면서 동독 지역의 임금이 올라 서독 이주를 억제하는 효과를 냈다고 한다. 중앙SUNDAY Focus 독일 통일 경험에서 배우는 인구정책 2016. 11. 6, 10면

69) P. Kunig, 정혜영 옮김, 독일 통일에 있어서 법치주의원리의 역할, 한국공법학회 국제학술대회 통일의 공법적 문제, 2010, 108.

70) P. Kunig, (각주 69), 108.

71) 베를린 장벽 붕괴 이후 동서독 통합과정 10년을 결산하는 1999년 ‘독일 통일에 대한 연방정부 연례 보고서’는 동서독 간의 경제적 격차의 해소에도 불구하고, 동서 독일의 ‘내적 통일’은 여전히 요원하다고 고백한 바 있다. 김누리, 머릿 속의 장벽, 한울 아카데미, 2006, 19 이하.

격차 해소를 줄일 수 있는 방안을 모색해야 한다.<sup>72)</sup> 우리와 같은 동등한 시민으로서, 그 기능과 역할을 다하고 성실하게 삶을 살아갈 수 있도록 정부를 비롯한 남한 사회 전체의 의지와 노력이 필요하다. 국민 모두가 지혜를 모아야 할 때이다.

---

72) 통독 이후 동독 주민의 자격증이 쓸모없어졌고 이들은 필요한 자분을 갖고 있지 않았다. 따라서 보조금을 받는 하위 계층으로 전락했고, 이 때문에 동독에서는 아이를 많이 안 낳고, 결혼도 안 하는 ‘저출산 현상’으로까지 이어졌다. 통독 후 동독 출산율이 반으로 줄어들었는데, 한국도 통일 후 비슷한 일이 벌어질 것으로 예측된다고 한다. 중앙SUNDAY Focus 독일 통일 경험에서 배우는 인구 정책 2016. 11. 6, 10면.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

- 김동명, 독일 통일, 그리고 한반도의 선택, 한울, 2010.
- 김영운, 동독 이탈 주민에 대한 구서독 정부의 정책, FES Information Series, 2003. 7.
- 김진욱, 한국과 독일의 탈출이주민 정착·지원 정책에 대한 비교연구, 민족발전연구원·한겨레신문사·한겨레통일문화재단 주최 대학생논문현상공모 장려상.
- 손기웅, 독일 통일 쟁점과 과제, 틀컴플러스, 2009.
- 최은석, 통일 후 북한지역 주민의 남북한 경계선 이탈과 거주·이전의 자유 및 제한에 따른 법적 문제, 남북법제연구보고서, 2011.
- 허준영, 서독의 동독이탈주민 통합정책, FES Information Series, 2011. 6.
- 허준영, 동독이탈주민에 대한 서독의 통합정책과 한국에의 시사점 - 직업통합을 중심으로 -, 2011년 통일부 신진연구자 정책과제.
- 국가인권위원회, 2009년 북한이탈주민 2만시대 특별 심포지움 자료집, 2009. 12.

von Mangoldt, Hermann/Klein, Fridrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1. Aufl. 5., 2005.

Sachs, Michael, Verfassungsrecht II - Grundrecht, 2. Aufl., Berlin u. a. 2002.

von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1. Aufl. 5., München 2000.

### ○ 논 문

- 권형준, 거주·이전의 자유에 관한 연구, 한양대학교 법학논총 제25집 제3호(2008).
- 김도협, 동독이주민에 대한 서독정부의 성공적 대응정책에 관한 일고, 세계헌법연구 제18권 제2호(2012).
- 신혜원/김의준, 통일 이후 북한 주민의 남한으로의 인구이동 및 지역 분포 예측, 국토계획 제50권 제8호(2015).
- 이동기, 평화와 인권 - 서독 정부의 대동독 인권정책과 대북 인권정책을 위한 합의, 통일과 평화 제3집 제1호(2011).
- 이현환, 독일통일과 관련한 서독연방헌법재판소 판결에 대한 연구, 사회과학연구 제6집(1993).

Dürig, Günter, Entscheidungen mit Anmerkungen, JZ 1953, S. 459.



Hailbronner, Kay, 공진성 옮김, 독일통일과 국적, 한국공법학회 국제학술대회 통일의 공법적 문제, 2010.

Kunig, Philip, 정혜영 옮김, 독일 통일에 있어서 법치주의원리의 역할, 한국공법학회 국제학술대회 통일의 공법적 문제, 2010.

# 수도 베를린의 지위와 기본법의 적용범위

– 독일 연방헌법재판소의 ‘베를린 유보 결정’ –

(BVerfGE 7, 1–17. 1957. 5. 21.)

이 세 주\*

## I. 관련 규정 소개와 배경

### 1. 관련 규정 소개

1957년 독일 연방헌법재판소의 ‘베를린 유보 결정’(Berlin-Vorbehalt)<sup>1)</sup>과 관련한 주요 규정들은 독일 기본법(Grundgesetz),<sup>2)</sup> 베를린 헌법(Verfassung von Berlin)<sup>3)</sup> 그리고 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」(AnwG)<sup>4)</sup>에서 각각 규정하고 있다. 이 사건과 관련한 규정들은 기본적으로 연방 헌법(기본법), (베를린) 주(州)헌법 그리고 주(州)법률이 각각 관련되어 있으며, ‘베를린 유보 결정’에서 연방헌법재판소가 검토한 내용에 따라 관련 규정들을 살펴보면 다음과 같다.

우선, 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」 제2조 제1항과 제2항에서는 전체주의 체제를 추종하면서 독일연방공화국 또는 베를린의 자유민주적 국가형태나 합헌적 기관에 대항하여 투쟁하는 자들에 대하여는 변호사

---

\* 가톨릭대학교 법정경찰부 법학과 조교수.

1) BVerfGE 7, 1-17.

2) 독일 ‘기본법’은 당시 서독(독일연방공화국) 기본법(혹은 이른바, 본(Bonn) 기본법)을 의미한다. 1949년 5월 23일의 독일연방공화국 기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949).

3) 1950년 9월 1일의 베를린 헌법(Verfassung von Berlin vom 1. September 1950).

4) Berliner Gesetz über vorläufige Maßnahmen auf dem Gebiete des Anwaltsrechts vom 6. Mai 1952 (AnwG).

업무의 허가를 배제하고, 이미 변호사 직을 부여받아 업무를 하는 자들에 대해서는 명예법원(Ehrengericht)의 심사를 거쳐서 주(州) 법무부가 그 변호사 업무의 허가를 취소할 수 있도록 각각 규정하고 있다.<sup>5)</sup>

‘베를린 유보 결정’에서는 1950년 9월 1일 제정·공포된 베를린 헌법 규정들 중, 특히 제1조, 제8조 그리고 제64조 등의 주요 규정 내용들이 관련된다. 당시 베를린 헌법 제1조는 베를린은 독일연방공화국의 주(州, Land)이면서 도시이고, 기본법과 법률은 베를린에서 효력이 있다고 규정하고 있다.<sup>6)</sup> 또한 베를린 헌법 제8조에서는 의사표현의 자유를 규정하고 있으며,<sup>7)</sup> 제64조에서는 법관의 법률기속과 더불어 법원의 관할 내용 중, 특히 법원은 법률과 법령에 대한 헌법적합성 심사 권한이 없다고 규정하고 있다.<sup>8)</sup>

베를린 주의 헌법인 베를린 헌법의 이러한 내용들은 1949년 5월 23일 제정·공포된 독일의 연방 헌법인 기본법의 관련 규정 내용들에 대한 상호 검토가 필요하다. 특히, 당시 기본법 제18조, 제23조, 제100조 그리고 제144조 등이 주

5) 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」 제2조 제1항 Von der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft sind ausgeschlossen Personen, die als Anhänger eines totalitären Systems die freiheitliche demokratische Staatsform der Bundesrepublik oder Berlins oder ihre verfassungsmäßigen Einrichtungen bekämpfen. § 16 der Rechtsanwaltsordnung findet Anwendung.(전체주의 체제의 추종자로서 독일연방공화국 또는 베를린의 자유민주적인 국가형태와 합헌적인 기관들에 대항하여 투쟁하는 자들에 대해서는 변호사업의 허가에서 배제된다. 변호사규정 제16조는 준용된다.)

제2항 Erfüllt ein bereits zugelassener Rechtsanwalt durch sein Verhalten die Voraussetzungen des Absatz 1, so ist die Zulassung zurückzunehmen. Die Feststellung, ob die Voraussetzungen vorliegen, ist im ehrengerichtlichen Verfahren zu treffen. Die Zurücknahme der Zulassung erfolgt nach Rechtskraft der ehrengerichtlichen Entscheidung durch die Landesjustizverwaltung.(이미 허가된 변호사는 그의 행위에 의해서 제1항의 요건들을 충족한다면, 그 허가는 취소되어야 한다. 요건의 충족되었는지에 대한 확인은 명예법원절차에 의한다. 허가의 취소는 주법무부에 의한 명예법원의 결정의 확정력에 따라서 이루어진다.)

6) 베를린 헌법 제1조 제1항 Berlin ist ein deutsches Land und zugleich eine Stadt.(베를린은 독일의 주이면서 도시이다.)

제2항 Berlin ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland.(베를린은 독일연방공화국의 주이다.)

제3항 Grundgesetz und Gesetze der Bundesrepublik Deutschland sind für Berlin bindend.(기본법과 독일연방공화국 법률은 베를린에서 효력이 있다.)

7) 베를린 헌법 제8조 제1항 Jedermann hat das Recht, innerhalb der Gesetze seine Meinung frei und öffentlich zu äußern, solange er die durch die Verfassung gewährleistete Freiheit nicht bedroht oder verletzt.(헌법에 의해 보장되는 자유를 위협하거나 침해하지 않는 한, 누구든지 법의 테두리 안에서 자신의 의견을 자유롭게 공개적으로 표현할 권리를 가진다.)

8) 베를린 헌법 제64조 제1항 Die Richter sind an die Gesetze gebunden.(법관은 법률에 구속된다.)

제2항 Die Gerichte sind nicht befugt, Gesetze und Verordnungen, die das Abgeordnetenhaus beschlossen hat, auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.(법원은 의회에서 의결한 법률과 법령에 대한 헌법적합성에 대한 심사할 권한이 없다.)

요 관련 규정들이다. 우선, 당시 기본법 제18조는 기본권 남용에 대한 기본권의 실효에 대해서 규정하고 있는데,<sup>9)</sup> 즉 자유민주적 기본질서를 공격할 목적으로 의사표현의 자유 특히, 표현의 자유, 강의의 자유, 집회·결사의 자유 등을 남용한 자는 독일 연방헌법재판소의 결정에 따라 기본권을 상실한다는 기본권의 실효에 대해서 규정하고 있다. 기본법 제23조와 제144조는 독일연방공화국에서 기본법의 효력이 미치는 지역적 범위<sup>10)</sup>와 이와 관련한 내용들에 대해서 각 주들을 기준으로 하여 각각 규정<sup>11)</sup>하고 있다.<sup>12)</sup> 그리고 기본법 제100조에서는 기본법의 침해가 문제되는 경우에는 연방헌법재판소의 결정을 구해야 하며, 주 법률에 의한 기본법의 침해가 문제되거나 또는 주 법률과 연방 법률의 불합치성이 문제되는 경우에도 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다고 각각 규정하고 있다.<sup>13)</sup>

9) 기본법 제18조 Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16 Abs. 2) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.(자유민주적 기본질서를 공격할 목적으로 의사표현의 자유, 특히 출판의 자유(제5조 제1항), 강의의 자유(제5조 제3항), 집회의 자유(제18조), 결사의 자유(제9조), 서신, 우편 및 전신의 비밀(제10조), 재산권(제14조) 또는 망명권(제16조 제2항)을 남용한 자는 기본권을 상실한다. 실효와 그 정도는 연방헌법재판소에 의하여 결정된다.)

10) 기본법 제23조 Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.(이 기본법은 바덴주, 바이에른주, 브레멘주, 대-베를린주, 함부르크주, 헤센주, 니더작센주, 노르트라인-베스트팔렌주, 라인란트-팔츠주, 샬레비히-홀슈타인주, 뷔템베르크-바덴주 그리고 뷔템베르크-호엔졸렌주의 지역에서 효력이 있다. 독일의 다른 부분들은 가입 후에 효력이 있다.)

11) 기본법 제144조 제1항 Dieses Grundgesetz bedarf der Annahme durch die Volksvertretungen in zwei Dritteln der deutschen Länder, in denen es zunächst gelten soll.(이 기본법은 적용될 독일의 주들 3분의 2에서 의회에 의하여 수락되어야 한다.)

제2항 Soweit die Anwendung dieses Grundgesetzes in einem der in Artikel 23 aufgeführten Länder oder in einem Teile eines dieser Länder Beschränkungen unterliegt, hat das Land oder der Teil des Landes das Recht, gemäß Artikel 38 Vertreter in den Bundestag und gemäß Artikel 50 Vertreter in den Bundesrat zu entsenden.(제23조에 열거된 주들 중 한 주에서 또는 이 주들의 일부분에서 이 기본법의 적용에 있어서 제한을 받는 경우에는, 그 주 또는 그 주의 부분은 제38조에 따라 연방하원에, 그리고 제50조에 따라 연방상원에 대표를 파견할 권리를 갖는다.)

12) 참고로, 당시 기본법 제144조 규정은 현행 기본법 제144조에서 여전히 같은 내용으로 규정하고 있다.

13) 기본법 제100조 제1항 Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die

## 2. 관련 규정 제정 배경

나치 독일 시대(Zeit des Nationalsozialismus, 1933년~1945년)에 역사적으로 두 번째 세계대전을 일으킨 당시 독일은 1945년 5월 8일 연합군에게 무조건 항복을 하면서 제2차 세계대전(1939년~1945년)은 종전을 맞는다. 당시 전범국가인 독일은 제2차 세계대전의 전승국가 연합군의 중심을 이루고 있던 미국, 영국, 프랑스, 소련의 4개 점령국에 의해서 각각 강제로 분할·점령되었다.<sup>14)</sup> 그리고 4개로 분할·점령된 독일은 국내 모든 국가기관의 기능과 권한 등 일체의 국가권력을 잃게 되었고, 국제법상 주체로서의 지위도 사라졌으며, 독일 국가와 사회의 전 영역에서 전승국가인 4개 점령국의 권한행사와 각종 유보를 통한 ‘점령국 지배 체제’하에 놓이게 된다.<sup>15)</sup>

당시 독일의 서부와 남부 지역을 임시통치하고 있던 미국, 영국, 프랑스의 3

---

Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt.(법원이 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다고 판단하는 경우 법원은 그 절차를 중지하여야 하며, 그리고 주헌법의 침해가 문제인 경우에는 주의 헌법분쟁 관할법원의 결정을 구해야 하고, 이 기본법의 침해가 문제인 경우에는 연방헌법재판소의 결정을 구하여야 한다. 이는 주법률에 의한 이 기본법의 침해가 문제되거나 또는 주 법률과 연방 법률의 불합치성이 문제되는 경우에도 적용된다.)

- 14) 정용길, 독일 통일과정에서의 동서독관계와 남북관계에의 시사점, 저스티스 통권 제134-2호, 2013, 467-468면; Günter Püttner, 석중현 옮김, 동서독 통일과 헌법문제, 사법행정 제33권 제6호, 1992, 35-37면 참조. 또한 알타 회담과 포츠담 회담 이후, 미국, 영국, 프랑스, 소련에 의한 당시 독일 각 주들의 점령지역과 해당 주 내부적인 상황들에 대한 자세한 설명과 평가 등에 대해서는 특히, Michael Stolleis, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945-1949, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003, S. 287-310 참조.
- 15) Werner Fortscher/Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte, 9. Aufl., München 2010, S. 327-329, 370 f.; Michael Schweitzer, Verträge Deutschlands mit den Siegermächten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. X, 3. Aufl. Heidelberg 2012, S. 708, 714 f.; Dietmar Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 6. Aufl., München 2009, S. 326, 332 참조. 참고로, 제2차 세계대전 이후 4개의 전승국가에 의한 분할·점령은 독일에만 국한된 상황은 아니었다. 예를 들어, 오스트리아는 독일과 마찬가지로 미국, 영국, 프랑스, 소련에 의해서 각각 분할·점령되었고, 이탈리아는 미국과 영국에 의해 점령되었으며, 또한 동유럽의 헝가리, 루마니아, 불가리아 등은 소련에 의해서 점령되었다. 이와 더불어, 아시아에서는 연합군에 대한 일본의 무조건 항복으로 우리나라도 미국과 소련에 의해서 남과 북으로 각각 분할·점령되었다. 이러한 내용들에 대한 자세한 설명은 특히, Walter Rudolf, 이종영 옮김, 독일 통일의 국제법적·헌법적 문제, 법학논문집 제24집 제2호(2000), 267-268 참조.

개 점령국의 점령지역에서는 1946년과 1947년 즈음에 헌법의 제정이 가능했었다. 특히, 독일의 미국과 프랑스 점령지역에서는 1945년과 1946년에 주정부가 수립되었고, 이와 동시에 소련의 점령지역에서도 빠르게 공산주의 중앙행정체제와 중앙행정부가 수립되었다. 3개 점령국 점령지역에서의 헌법 제정은 각 지방의 전통과 바이마르 헌법(Weimarer Verfassung 또는 Weimarer Reichsverfassung)<sup>16)</sup>의 영향이 컸으며, 소련의 점령지역 내에 있는 5개 주의 경우에도 1947년에 헌법을 제정할 수 있었다.<sup>17)</sup> 3개 점령국 점령지역의 각 주를 대표하는 64명의 대표자로 구성된 대표회의에서 독일 헌법 제정의 기초를 맡고, 11개 각 주의 의회에 의하여 승인되었으며, 1949년 5월 8일에 독일연방공화국(Bundesrepublik Deutschland) 기본법(Grundgesetz)을 최종 의결하였다.<sup>18)</sup> 베를린에 위치하고 있던 3개 점령국의 연합군사령부는 의회 대표회의에서 의결한 독일연방공화국 기본법을 승인하였고,<sup>19)</sup> 1949년 5월 23일에 독일 기본법이 공포되었다.<sup>20)</sup> 이처럼 1949년 이후로 독일은 사실상 2개의 국가가 존재했다고 할 수 있다. 즉 서독 점령지역에서는 1949년 5월 23일에 독일연방공화국(Bundesrepublik Deutschland: BRD)이 설립되었고,<sup>21)</sup> 동독 점령지역에서는 1949년 10월 7일 독일민주공화국(Deutsche Demokratische Republik: DDR)이

16) Die Verfassung des Deutschen Reichs(Weimarer Reichsverfassung: WRV) 1919.

17) 이와 관련하여 자세한 특이, Günter Püttner, 석종현 옮김(각주 14), 35-38; Walter Rudolf, 이종영 옮김(각주 15), 267-269 참조.

18) 이와 관련하여 참고로, 미국, 영국, 프랑스의 점령지역이었던 서독의 경우에는 “외세에 의해 분단된 현실을 잠정적인 것으로 인식하면서 서독의 헌법질서를 잠정적인 것으로 구성”하는 것으로 인식하였다. 이에 독일연방공화국의 헌법을 ‘헌법’(Verfassung)이라는 명칭 대신에 독일연방공화국 ‘기본법’(Grundgesetz)이라고 하여 독일이 통일될 때까지 서독 지역에만 효력이 있는 헌법이라는 인식을 반영한 것이다. 이러한 설명에 대해서는 장영수, 독일의 통일과정과 의원내각제 정부형태, 유럽헌법학회연구논집 제2호(2007), 27-28 참조. 이와 더불어, Walter Rudolf, 이종영 옮김(각주 15), 273-274 참조.

19) 참고로, 독일연방공화국의 기본법 제정과 점령국 연합군사령부의 기본법 승인과 그 과정에 대한 자세한 설명과 평가 등에 대해서는 특히, Reinhard Mußgung, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003, S. 315 ff. 참조.

20) Günter Püttner, 석종현 옮김(각주 14), 36; Walter Rudolf, 이종영 옮김(각주 15), 267-269 참조. 이와 더불어 참고로, 독일 연방헌법재판소법(Gesetz über das Bundesverfassungsgericht 또는 Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG)은 1949년 독일연방공화국 기본법이 제정·공포된 이후, 약 2년 뒤인 1951년 3월 12일 제정되어, 같은 해 4월 17일에 발효되었다. 그리고 1951년 9월 28일에 독일 남서부의 도시인 칼스루헤(Karlsruhe)에 연방헌법재판소가 설립되었다.

21) 참고로, 1949년 5월 23일 독일연방공화국 기본법의 제정·공포 이후, 같은 해 8월 14일에 연방하원(Bundestag)을 구성하기 위한 첫 선거가 실시되었다.

각각 설립되었다.<sup>22)</sup> 또한 당시 동독과 서독은 서로를 독립된 국가로 인정하지 않고 있었다.<sup>23)</sup>

이렇듯 독일의 서남부 점령지역에서는 3개 점령국의 지배와 유보 하에서 새로운 헌법의 제정과 연방기관의 설립<sup>24)</sup> 및 국가 재건과 발전 등을 위해 점진적으로 정치적·경제적·사회적·외교적·법적 각 영역에서 준비하고 있었다.<sup>25)</sup> 그러나 독일의 동부를 점령하고 있던 소련의 점령지역에서는 독일 서부 점령지역과는 달리, 점령국 소련의 영향으로 인해 정치·경제·법의 체계와 국가체제 등이 기본적으로 공산주의에 입각하여 추진되었다. 이후 계속해서 미국, 영국, 프랑스에 의한 서독 점령지역과 소련에 의한 동독 점령지역에서 각 점령국의 점령권력은 서로 분리되어 행사되었다.<sup>26)</sup> 이와 더불어, 이러한 독일의 동독과 서독으로의 분단이 점점 첨예화·가속화 되어 갔다.

독일의 전 지역에 대한 4개 점령국에 의한 분할 지배와 통치는 당시 수도 베를린에 대해서도 1945년 2월부터 4개 지역으로 분할하여 각 점령국의 관할

22) Michael Schweitzer(각주 15), S. 709.

23) Walter Rudolf, 이종영 옮김(각주 15), 269. 또한, 이후 동독과 서독은 1973년에 각각 개별적으로 유엔의 독립 회원국으로 가입하게 된다.

24) 특히, Werner Fortscher/Bodo Pieroth(각주 15), S. 371-372. 참고로, 1949년 5월 독일연방공화국의 기본법 제정·공포와 더불어, 연방기관의 설립도 마찬가지로 필요했다. 이에 독일연방공화국 연방하원 선거를 실시한 후 1949년 9월 7일에 연방하원이 구성되었고, 같은 해 9월 20일에 연방정부가 구성되었다. 또한 1949년 11월 연방하원에서는 당시 독일연방공화국의 수도를 우선은 본(Bonn)으로 결정하였다. 이와 더불어, 당시 서독의 수도를 우선은 임시적으로 본으로 결정한 의미에 대해서, 한 국가의 수도가 그리고 당시 독일의 상황에서 서독의 수도가 헌법적으로 중요한 의미를 갖는다는 인식과 함께, 독일의 수도는 여전히 베를린이라는 인식 또는 통일 독일의 수도는 베를린이라는 인식도 함께 한다는 것이다. 이에 대해서는 Klaus Stern, Symbole und Selbstdarstellung des Staates, in: Klaus Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 281-282.

25) 참고로, 당시 독일 기본법 제146조에서는 앞으로 독일의 통일을 대비한 내용을 규정하는데, 즉 “Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.”(이 기본법은 독일 국민의 자유로운 결정으로 의결되는 헌법이 효력을 발생하는 날에 그 효력을 상실한다.)라고 규정하였다. 1990년 독일 통일 이후 이 조항의 내용은 개정되어, 현행 독일 기본법 제146조는 “Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.”(독일의 통일과 자유의 성취 후 모든 독일 국민에게 적용되는 이 기본법은 독일 국민의 자유로운 결정으로 의결되는 헌법이 효력을 발생하는 날에 그 효력을 상실한다.)라고 규정하고 있다.

26) Otto Luchterhandt, Die staatliche Teilung Deutschlands, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003, S. 430-432; Michael Schweitzer(각주 15), S. 709; Werner Fortscher/Bodo Pieroth(각주 15), S. 359-360.

과 지배하에 있었다(1945년~1990년). 당시 베를린 지역은 독일연방공화국의 한 개의 주였으나, 실질적으로는 4개의 점령국에 의해서 분할·통치되고 있었다. 미국, 영국, 프랑스 3개 점령국 연합군사령부는 서베를린을 통치하고, 소련은 동베를린을 통치하기 시작하면서 각 점령국의 점령지역에 대한 지배 체계와 정치 체계 등이 달랐기 때문에, 1948년 7월 이후에는 베를린에 대한 4개 점령국의 분할 지배가 더 이상 그 의미와 효력이 상실되었으며, 동베를린과 서베를린에서 점령국 군사령부의 독자적인 행정과 지배가 실시되기 시작했다.<sup>27)</sup> 특히, 1948년 6월 이후부터는 동베를린은 소련의 점령지역(Sowjetische Besatzungszone: SBZ)으로 서베를린과의 차단 및 봉쇄가 점점 심화되면서 소련의 실질적인 지배하에 있었고, 서베를린은 미국, 영국, 프랑스의 3개 점령국 연합군사령부의 실질적인 지배하에 있었으며, 동베를린과 마찬가지로 1948년 11월부터 3개 점령국 연합군사령부는 서베를린에 대해서 점령국에 의한 행정권력을 여전히 행사하고, 또한 1948년 12월 이후 서베를린의 시의회 구성 및 시장 선출을 실시하였다.<sup>28)</sup> 4개 점령국에 의해 분할 통치되고 있는 독일이 각각 동독과 서독으로의 분단이 점차 본격화 되면서 베를린도 마찬가지로 4개 점령국에 의해 동베를린과 서베를린으로 정치적·경제적·군사적·인적 분할 통치와 분단이 가속화되고, 헌법과 개별 법률의 체계와 목적 등의 상이함도 마찬가지로 점차 가속화되어 갔다.<sup>29)</sup> 이 시기는 베를린을 둘러싼 독일 점령국들 간의 동베를린과 서베를린의 분할과 지배 체제 확장 과정에서 신경전과 갈등이 극도로 심화되기 시작했으며,<sup>30)</sup> 베를린의 지위 혹은 베를린에 관한 사항 등이 각각 대내적·대외적·지리적·국가법적·인적 차원 등에서 베를린의 특수한 문제로 남게 되었다. 특히, 베를린주가 서독의 구성부분인지 여부와 베를린에 기

27) 허완중, 독일통일과 연방헌법재판소의 역할, 헌법재판연구원, 2011, 7; Otto Luchterhandt(각주 26), S. 443-444.

28) Peter Badura, Staatsrecht, 5. Aufl., München 2012, S. 63; Werner Fortscher/Bodo Pieroth(각주 15), S. 331-332, 359; Michael Stolleis(각주 14), S. 282; Walter Rudolf, 이종영 옮김(각주 15), 269.

29) 참고로, Otto Luchterhandt(각주 26), S. 442-443 참조. 이와 더불어, 당시 동독의 헌법 제정과 헌법 기관 및 그 운영과 권한 등에 대한 자세한 설명과 평가 등에 대해서는 특히, Georg Brunner, Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003, S. 531 ff. 참조.

30) Klaus Stern, Fortbestand und Teilung des deutschen Gesamtstaates, in: Kalus Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1. Aufl., München 2000, S. 1166-1168; Michael Stolleis(각주 14), S. 282.



본법의 적용 범위에 속하고, 효력을 미칠 수 있는지 여부의 문제이다. 또한 베를린 법률들에 대한 헌법적 심사와 관련하여 당시 독일연방공화국 기본법의 규정 내용 및 그 해석·적용과 더불어, 기본법에 근거한 헌법적 심사 권한을 당시 독일연방공화국 연방헌법재판소가 직접 행사할 수 있는지 여부 등이 문제되었다고 할 수 있다.<sup>31)</sup> 이후, 동독은 1961년 8월 13일에 독일 분단의 상징인 이른바 ‘베를린 장벽’을 설치하기에 이른다.

독일연방공화국에서 베를린의 법적 지위(Rechtsstellung Berlins 또는 Rechtsstatus Berlins)에 대해서는 서독 점령국 연합군 군사령부의 관련 점령법령들에 근거한 유보 사항들이 계속해서 가장 큰 의미를 가졌다.<sup>32)</sup> 즉 기본법 제23조와 제144조 등 서베를린에 관한 모든 기본법 규정들을 1949년 5월 12일의 독일연방공화국 기본법에 대한 점령국 연합군사령부의 허가문서의 유보 하에 있었다.<sup>33)</sup> 1950년 9월 1일 제공· 공포된 베를린 헌법 규정에서는 베를린은 독일연방공화국의 주이고, 독일연방공화국의 기본법과 연방 법률들에 기속된다. 즉 기본법과 연방 법률은 베를린에서 효력이 있다는 내용은 개별적으로 완전하고 실질적인 의미와 효력을 갖추질 못했다. 연방 법률이 베를린에 적용되어 실질적인 효력을 갖기 위해서는 베를린 시의회에 의한 그 적용과 효력에 있어서 인정을 받아야 했으나, 그보다 서베를린 점령군 군사령부는 점령법령들을 통해 이 과정 그리고 서베를린의 헌법 기관들에 대한 자신들의 권한을 규정하고 해석·적용하고 있었다.<sup>34)</sup> 이와 관련하여 특히, ‘베를린 유보 결정’에서도 연방헌법재판소가 밝히고 있듯이, 연방헌법재판소는 베를린은 독일연방공화국에 속하는 하나의 주이고 기본적으로 기본법과 연방 법률이 베를린에도 적용된다고 이해했으나, 동시에 이러한 것들은 당시 점령국 군사령부의 점령법령 유보 하에서만 가능하다는 점도 밝히고 있다. 점령국 군사령부는 어떤 범위에

31) 허완중(각주 27), 7 참조.

32) 특히, Peter Badura(각주 28), S. 63; Otto Luchterhandt(각주 26), S. 462-463; Dietmar Willoweit(각주 15), S. 350. 또한 참고로, Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz, 13. Aufl., München 2014, S. 1267; Peter M. Huber, Art. 144, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., München 2014, S. 2653 참조. Konrad Hesse, 계획열 옮김, 통일 독일헌법원론, 박영사, 2001, 53-54 참조.

33) 특히, Konrad Hesse(각주 32), 53-54; Peter Badura(각주 28), S. 63-64 참조. 이와 더불어, 당시 서독 점령국 연합군사령부의 독일연방공화국의 베를린과 기본법에 관한 기본적인 관할과 인식이 기본적인 입장은 연방헌법재판소의 ‘베를린 유보 결정’(BVerfGE 7, 1)에서도 나타나고 있지만, 이후 (두 번째) ‘베를린 유보 결정’(BVerfGE 19, 377)에서도 이러한 입장은 계속되고 있다.

34) 특히, Dietmar Willoweit(각주 15), S. 350.

서 독일연방공화국의 연방 기관들이 베를린에 대해서 국가권력을 행사할 수 있는지에 대해서 관련한 점령법적 규정 내용들을 통해 이를 규정했다.<sup>35)</sup>

## II. 사건 개요(사실관계)

1. 1952년 5월 6일의 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」(AnwG)<sup>36)</sup> 제2조 제1항은 “전체주의 체제의 추종자(Anhänger eines totalitären Systems)로서 독일연방공화국 또는 베를린의 자유민주적인 국가형태와 합헌적인 기관들에 대항하여 투쟁하는 자들에 대해서는 변호사업의 허가(Zulassung zur Rechtsanwaltschaft)에서 배제된다.”라고 규정하고,<sup>37)</sup> 같은 조 제2항에서는 “이미 허가된 변호사는 그의 행위에 의해서 제1항의 요건들을 충족한다면, 그 허가는 취소되어야 한다. 요건의 충족되었는지에 대한 확인은 명예법원절차(im ehrengerichtlichen Verfahren)에 의한다. 허가의 취소는 주법무부(Landesjustizverwaltung)에 의한 명예법원의 결정의 확정력(Rechtskraft der ehrengerichtlichen Entscheidung)에 따라서 이루어진다.”라고 규정<sup>38)</sup>하고 있다.<sup>39)</sup>

35) 이러한 내용들에 대해서는 특히, Dietmar Willoweit(각주 15), S. 350.

36) Berliner Gesetz über vorläufige Maßnahmen auf dem Gebiete des Anwaltsrechts vom 6. Mai 1952 (AnwG).

37) 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」 제2조 제1항 Von der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft sind ausgeschlossen Personen, die als Anhänger eines totalitären Systems die freiheitliche demokratische Staatsform der Bundesrepublik oder Berlins oder ihre verfassungsmäßigen Einrichtungen bekämpfen. § 16 der Rechtsanwaltsordnung findet Anwendung.(전체주의 체제의 추종자로서 독일연방공화국 또는 베를린의 자유민주적인 국가형태와 합헌적인 기관들에 대항하여 투쟁하는 자들에 대해서는 변호사업의 허가에서 배제된다. 변호사규정 제16조는 준용된다.)

38) 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」 제2조 제2항 Erfüllt ein bereits zugelassener Rechtsanwalt durch sein Verhalten die Voraussetzungen des Absatz 1, so ist die Zulassung zurückzunehmen. Die Feststellung, ob die Voraussetzungen vorliegen, ist im ehrengerichtlichen Verfahren zu treffen. Die Zurücknahme der Zulassung erfolgt nach Rechtskraft der ehrengerichtlichen Entscheidung durch die Landesjustizverwaltung.(이미 허가된 변호사는 그의 행위에 의해서 제1항의 요건들을 충족한다면, 그 허가는 취소되어야 한다. 요건의 충족되었는지에 대한 확인은 명예법원절차에 의한다. 허가의 취소는 주법무부에 의한 명예법원의 결정의 확정력에 따라서 이루어진다.)

39) BVerfGE 7, 1 (1 f.).

2. 이 조항을 근거로 1953년 6월 1일 검찰총장은 베를린 변호사회 명예법원(Ehrengericht der Rechtsanwaltskammer Berlin)에 “변호사 프리드리히 칼 K. 박사는 전체주의 체제의 추종자로서 독일연방공화국과 베를린의 자유민주적 국가형태 그리고 합헌적인 기관들에 대항하여 투쟁하였고, ‘독일 사회주의 통일당’(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands: SED)의 적극적인 당원으로서 서베를린 경찰관서와 사법관청을 비방하고 중상하는 내용으로 허가된 변호사로서의 자신의 지위를 남용하였다.”는 것을 확인해 달라고 청구하였다.<sup>40)</sup>

청구 이유에서 상세히 설명하고 있는데, 변호사 프리드리히 칼 K. 박사는 아주 특별한 방법으로 서베를린 검찰관청, 법원 그리고 경찰에 대한(zu den Westberliner Strafverfolgungsbehörden, Gerichten und der Polizei) 신뢰를 깨트리는 것에 노력하였다. 그리고 서베를린에서 보장된 의사표현의 자유의 보호 속에서 서베를린 헌법의 법치국가성(Rechtsstaatlichkeit der West-Berliner Verfassung)에 대한 주민의 믿음과 그 기관들에 대한 신뢰를 흔들기 위해서 그는 1950년대 말부터 논문, 저서, 언론인터뷰, 강연 등을 통해 베를린의 사법부를 공개적으로 비방하였다.<sup>41)</sup>

3. 1954년 2월 19일 베를린 변호사회 명예법원은 “1952년 5월 6일의 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」 제2조의 규정과 1950년 9월 1일의 베를린 헌법(Verfassung von Berlin) 제64조 제2항의 규정은 본 기본법(Bonner Grundgesetzes) 제18조 제2문과 제100조 제1항에 합치하지 않는다. 당해사건 재판절차를 중지하고, 이에 대해서는 연방헌법재판소에 제청하여야 한다.”라고 결정하였다.<sup>42)</sup>

베를린 변호사회 명예법원은 다음과 같은 이유를 설명했다. 기본법의 국가조직에 관한 부분(der organisatorische Teil des Grundgesetzes)이 점령권력의 개입(Eingriffe der Besatzungsmächte) 때문에 베를린에 일시적으로 적용될 수 없겠으나, 그러나 기본법의 기본권 부분(Grundrechtsteil des Grundgesetzes)은 베를린에서 제한 없이 유효하다. 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」 제2조는 제2항은 자유로운 의사표현에 대한 민주적인 기본권의 남용

40) BVerfGE 7, 1 (2).

41) BVerfGE 7, 1 (2).

42) BVerfGE 7, 1 (3).

(Mißbrauch des demokratischen Grundrechts)을 방지하고자 한다. 베를린 헌법<sup>43)</sup> 제8조는 “헌법에 의해 보장되는 자유를 위협하거나 침해하지 않는 한”(“solange er die durch die Verfassung gewährleistete Freiheit nicht bedroht oder verletzt”), 누구든지 “법의 테두리 안에서 자유롭게 공개적으로 자신의 의사를 표현할”(“innerhalb der Gesetze seine Meinung frei und öffentlich zu äußern”) 권리를 보장하고 있다.<sup>44)</sup> 자신의 기본권을 남용하여 자유민주적 기본질서(die freiheitliche demokratische Grundordnung)에 대항해서 투쟁하는 자에게는 자유로운 의사표현의 기본권의 실효(Verwirkung des Grundrechts)를 규정하고 있는 기본법<sup>45)</sup> 제18조는 내용상으로 같은 것(inhaltlich dasselbe)을 규정한다.<sup>46)</sup> 그러나 기본법 제18조에 따라 기본권의 실효와 그 범위는 오로지 연방헌법재판소에 의해서만 결정될 수 있는 반면에, 베를린 헌법 제8조에는 그러한 권한규정이 없다. 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」 제2조에 따른 재판에 대한 명예법원의 권한은 비록 베를린 헌법 제8조에는 합치하지는 않지만, 기본법 제18조 제2문에는 합치하지 않는다. 베를린 헌법 제

43) 1950년 9월 1일의 베를린 헌법(Verfassung von Berlin vom 1. September 1950).

44) 베를린 헌법 제8조 제1항 Jedermann hat das Recht, innerhalb der Gesetze seine Meinung frei und öffentlich zu äußern, solange er die durch die Verfassung gewährleistete Freiheit nicht bedroht oder verletzt.(헌법에 의해 보장되는 자유를 위협하거나 침해하지 않는 한, 누구든지 법의 테두리 안에서 자신의 의견을 자유롭게 공개적으로 표현할 권리를 가진다.) 참고로, 당시 헌법 제8조 제1항의 이 규정 내용은 1995년 11월 23일 개정된 현행 베를린 헌법(Verfassung von Berlin vom 23. November 1995) 제14조에서 규정하고 있다.

45) 1949년 5월 23일의 독일연방공화국 기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949).

46) 기본법 제18조 Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16 Abs. 2) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.(자유민주적 기본질서를 공격할 목적으로 의사표현의 자유, 특히 출판의 자유(제5조 제1항), 강의의 자유(제5조 제3항), 집회의 자유(제8조), 결사의 자유(제9조), 서신, 우편 및 전신의 비밀(제10조), 재산권(제14조) 또는 망명권(제16조 제2항)을 남용한 자는 기본권을 상실한다. 실효와 그 정도는 연방헌법재판소에 의하여 결정된다.) 참고로, 기본권의 남용에 대한 기본권 실효에 대해서는 현행 기본법 제18조에서도 여전히 규정하고 있다. 당시 기본법 제18조의 내용 중, ‘망명권(제16조 제2항)’ 규정 조항과 내용이 이후 개정되었는데, 현행 기본법에서는 제16a조에서 5개의 항으로 ‘망명권’에 대해서 좀 더 구체적으로 규정하고 있다. 참고로, 현행 기본법 제16a조에서 규정하고 있는 망명권의 개정과 관련한 내용들에 대해서는 김효전, 독일 통일과 기본법의 개정, 헌법학연구 제4권 제2호(1998), 262-263 참조.

64조 제2항<sup>47)</sup>은 명예법원이 이것을 확인하는 것을 방해하지 않는다. 베를린 헌법 제64조 제2항은 법원이 의회에서 의결한 법률과 법령(Gesetze und Verordnungen, die das Abgeordnetenhaus beschlossen habe)의 헌법적합성을 심사하는 것을 금지하고는 있다. 그러나 베를린 헌법의 이 규정은 기본법 제100조 제1항<sup>48)</sup>과는 불일치하여 효력이 없다. 연방헌법재판소의 규범통제를 규정하고 있는 기본법 제100조 제1항은 베를린에서도 유효한 기본법의 기본권 부분(in Berlin geltenden Grundrechtsteil des Grundgesetzes)에 속한다. 기본법이 침해되었다면 연방헌법재판소에 의한 법률의 헌법적합성 심사(die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze)를 규정하고 있는 기본법 제100조가 베를린에서 효력이 없다면, 기본권은 베를린에서 단지 이론적인 의미(theoretische Bedeutung)만을 갖는다. 따라서 기본법 제100조 제1항은 베를린에서 완전한 범위에서(in vollem Umfange) 효력이 있어야 할 것이다.<sup>49)</sup>

따라서 베를린 변호사회 명예법원은 자유민주적 국가형태나 합헌적 기관에 대항하여 투쟁하는 자들의 변호사 자격을 제한하는 당해 사건의 관련 법률조항이 기본권실효의 심판관할을 연방헌법재판소에 유보하고 있는 기본법 제18조 제2문에 합치하지 않는다고 판단하였다. 그리고 베를린주 의회가 제정한 법률과 법령에 대한 법원의 위헌여부심사 권한을 규정하고 있는 베를린 헌법 제64조 제2항이 기본법 제100조에 합치하지 않는다는 이유로, 당해 사건의 재판

47) 베를린 헌법 제64조 제2항 Die Gerichte sind nicht befugt, Gesetze und Verordnungen, die das Abgeordnetenhaus beschlossen hat, auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.(법원은 의회에서 의결한 법률과 법령에 대한 헌법적합성에 대한 심사할 권한이 없다.) 참고로, 당시 베를린 헌법 제64조 제2항은 1974년에 삭제되었다.

48) 기본법 제100조 제1항 Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt.(법원이 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다고 판단하는 경우 법원은 그 절차를 중지하여야 하며, 그리고 주헌법의 침해가 문제인 경우에는 주의 헌법분쟁 관할법원의 결정을 구해야 하고, 이 기본법의 침해가 문제인 경우에는 연방헌법재판소의 결정을 구하여야 한다. 이는 주법률에 의한 이 기본법의 침해가 문제되거나 또는 주 법률과 연방 법률의 불합치성이 문제되는 경우에도 적용된다.)

49) BVerfGE 7, 1 (3 f.).

절차를 중지하고 위 해당 관련 베를린 주 법률 조항과 관련 베를린 헌법 조항의 위헌여부를 연방헌법재판소에 제청하였다.

### III. 주요 쟁점

‘베를린 유보 결정’의 주요 쟁점은 베를린에 대한 기본법의 효력과 베를린 법률에 대한 연방헌법재판소의 심사권한이다. 즉 기본법이 베를린 안에서 또한 베를린에 대하여 효력을 미치는지 여부이다. 그리고 베를린 법률이 기본법에 합치하는지 여부를 심사할 권한이 연방헌법재판소에 있는지 여부이다.

### IV. 결정 요지

#### 1. 결정 요지<sup>50)</sup>

1. 베를린은 독일연방공화국의 주(ein Land)이다.

2. 점령기간에 발령되어 오늘날에도 여전히 효력이 있는 세 점령국(Drei Mächte)의 조치가 기본법의 적용을 제한하지 않는 한, 기본법(Grundgesetz)은 베를린 내에서 그리고 베를린에 대하여 효력이 있다.

3. 세 점령국이 개별 예외를 허용하는 경우가 아닌 한, 기본법이 인정하는 군사령관의 유보(Vorbehalt der Militärgouverneure)에 의해 연방기관(Bundesorgane)은 사법권을 포함한 가장 넓은 의미에서 국가권력(Staatsgewalt im weitesten Sinne)을 직접 베를린에 대하여 행사할 수 없다.

---

50) BVerfGE 7, 1 (1).

4. 지금까지 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)에 대하여 그러한 예외가 허용된 바가 없기 때문에, 연방헌법재판소는 베를린 법률이 기본법에 합치(die Vereinbarkeit von Berliner Gesetzen mit dem Grundgesetz)하는지에 대한 법원의 제청을 결정할 권한이 현재 아직 없다.

## 2. 결정 이유

연방헌법재판소가 ‘베를린 유보 결정’에서 설명하고 있는 결정의 이유는 다음과 같다.

베를린은 독일연방공화국의 주(ein Land, 州)이다. 점령기간에 발령되어 오늘날에도 여전히 효력이 있는 세 점령국(Drei Mächte)의 조치가 기본법의 적용을 제한하지 않는 한, 기본법은 베를린 내에서 그리고 베를린에 대하여 효력이 있다. 세 점령국이 개별 예외를 허용하는 경우가 아닌 한, 기본법이 인정하는 군사령관의 유보(Vorbehalt der Militärgouverneure)에 의해 연방기관은 사법권을 포함한 가장 넓은 의미에서 국가권력을 직접 베를린에 대하여 행사할 수 없다. 지금까지 세 점령국이 연방헌법재판소에 대하여 그러한 예외가 허용된 바가 없기 때문에, 연방헌법재판소는 베를린 법률이 기본법에 합치하는지에 대한 법원의 제청을 결정할 권한이 현재 아직 없다.<sup>51)</sup>

1. 기본법 제23조 제1문은 기본법의 적용범위를 대-베를린주의 영역(das Gebiet des Landes Groß-Berlin)<sup>52)</sup>까지 확장한다.<sup>53)</sup> 독일 국민의 헌법제정권

51) BVerfGE 7, 1 (7).

52) 기본법 제23조 Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.(이 기본법은 바덴주, 바이에른주, 브레멘주, 대-베를린주, 함부르크주, 헤센주, 니더작센주, 노르트라인-베스트팔렌주, 라인란트-팔츠주, 솔레르비히-홀슈타인주, 뷔템베르크-바덴주 그리고 뷔템베르크-호엔졸렌주의 지역에서 효력이 있다. 독일의 다른 부분들은 가입 후에 효력이 있다.) 참고로, 당시 기본법 제23조의 내용은 1990년 동·서독의 통일로 삭제되었으며, 현행 기본법 제23조에서는 ‘유럽통합’과 ‘유럽연합’에 관련한 연방상원과 연방하원의 기본적인 주요 내용들이 규정되어 있다.

53) 참고로, 당시 기본법 제23조 이 규정은 동·서독의 통일에 대한 논의들에 있어서, 특히 통일의 방법을 둘러싼 논쟁에서 기본법 제23조를 적용하여 “동독이 서독에 가입하고, 서독 기본법의 효력을 동독 지역으로 확대하는 방법을 통해서 통일을 이루는” 방법에 대한 논의의 대상이기도 했다. 그리

(der verfassunggebenden Gewalt des Deutschen Volkes)에 의한 이러한 결정에 따라 베를린은 기본법에 의해서 조직된 독일연방공화국의 주이다. 또한 기본법 제127조는 독일헌법제정자의 의지에 따라(nach dem Willen des deutschen Verfassungsgebers) 베를린의 모든 영역은 독일연방공화국의 조직에 포함되어야 한다는 것이 도출된다.<sup>54)</sup> 이 조항 기본법 제127조는 프랑스 점령지역 주들을 제외하고, 통합경제지역의 법(Recht des Vereinigten Wirtschaftsgebietes)을 대베를린에서도 효력이 있도록 연방정부에게 권한을 부여한다. 그러나 이러한 독일헌법제정자의 의지는 세 점령국의 점령정부(Besatzungsregime)에서 기본법이 공포되고, 세 점령국(Drei Mächte)이 연방기관의 효율적인 활동을 베를린 유보와 관련하여 허용하지 않는 때에는 영향을 미칠 수 없다. 점령권력(Besatzungsmächte)의 그러한 조치를 고대하면서 의회대표회의(der Parlamentarische Rat)는 기본법 제144조 제2항에 사전조치를 두었는데,<sup>55)</sup> 즉 “제23조에 열거된 주들 중 한 주에서 또는 이 주들의 일부분에서 이 기본법의 적용이 제한을 받는 경우에는”

---

고 동·서독 통일을 위해 1990년 3월 18일 동독 지역에서 시행된 최초의 민주적 선거 결과, 동독 지역 주민들은 당시 기본법 제23조에 의한 “가입통일”의 길을 선택했다. 이러한 설명에 대해 자세히는 특히, 전광석, 독일 통일관련 조약과 독일 헌법의 발전, 한림법학 FORUM 제1권(1992), 15 참조. 또한 기본법 제23조 혹은 제146조에 근거한 독일 통일 방식 논의의 내용들과 그 평가 등에 대해서는 참고로, 이종수, 독일통일과정에서의 공식조직의 통합과 공식적격성심사, 공법연구 제31집 제3호(2003) 299-301; 이현환, 독일통일과 관련한 서독연방헌법재판소 판결에 대한 연구, 사회과학연구 제6집(1993), 3-4; 정용길(각주 14), 473; Walter Rudolf, 이종영 옮김(각주 15), 274-275; Klaus Wichmann/Jürgen Thomas, 박진완 옮김, 독일통일과정에서의 헌법적 문제, 법학논총 제30권 제2호(2010), 567-569 참조.

54) 기본법 제127조 Die Bundesregierung kann mit Zustimmung der Regierungen der beteiligten Länder Recht der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, soweit es nach Artikel 124 oder 125 als Bundesrecht fortgilt, innerhalb eines Jahres nach Verkündung dieses Grundgesetzes in den Ländern Baden, Groß-Berlin, Rheinland-Pfalz und Württemberg-Hohenzollern in Kraft setzen.(연방정부는 관계 주정부의 동의로 통합경제지역의 관리법을 제124조 또는 제125조에 의하여 연방법으로서 계속 효력을 가지는 한 기본법의 공포 후 1년 이내에 바덴주, 대-베를린주, 라인란트-팔츠주 그리고 뷔템베르크-호엔졸렌주에서 효력이 있다.)

55) 기본법 제144조 제1항 Dieses Grundgesetz bedarf der Annahme durch die Volksvertretungen in zwei Dritteln der deutschen Länder, in denen es zunächst gelten soll.(이 기본법은 적용될 독일의 주들 3분의 2에서 의회에 의하여 수락되어야 한다.)

제2항 Soweit die Anwendung dieses Grundgesetzes in einem der in Artikel 23 aufgeführten Länder oder in einem Teile eines dieser Länder Beschränkungen unterliegt, hat das Land oder der Teil des Landes das Recht, gemäß Artikel 38 Vertreter in den Bundestag und gemäß Artikel 50 Vertreter in den Bundesrat zu entsenden.(제23조에 열거된 주들 중 한 주에서 또는 이 주들의 일부분에서 이 기본법의 적용에 있어서 제한을 받는 경우에는, 그 주 또는 그 주의 부분은 제38조에 따라 연방하원에, 그리고 제50조에 따라 연방상원에 대표를 파견할 권리를 갖는다.)



이라는 예방조치이다.<sup>56)</sup>

베를린에 대한 이 제한은 1949년 5월 12일의 기본법에 대한 군사령관 허가 문서 제4호(Nr. 4 des Genehmigungsschreibens der Militärgouverneure)에서 발견된다.<sup>57)</sup> 즉 “4. 세 번째 유보는 대-베를린의 연방 가입(Teilnahme Groß-Berlin am Bund)과 관련된다. 베를린은 비록 연방하원과 연방상원에서 의결되어질 수 없고 또는 연방에 의해 지배될 수 없으나, 그렇지만 적은 수의 대표자가 이 입법기관의 회의에 참여하기 위해 지명될 수는 있다라고 하는 우리의 지금까지의 요구의 수용으로서의 기본법 제23조와 제144조 제2항의 효력을 우리는 해석한다.”<sup>58)</sup>

베를린의 특별지위(Sonderstellung Berlins)를 고려하면 이러한 유보는 1952년 5월 26일/1954년 10월 23일의 독일연방공화국과 세 점령국 간(zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten)의 관계에 대한 조약을 통해 점령정부가 끝나고 나서도(nach der Beendigung des Besatzungsregimes) 유지되었다.<sup>59)</sup>

독일연방공화국에서 독일헌법제정자가 확인한 베를린의 지위를 어떠한 범위에서 점령권력의 조치(Maßnahme der Besatzungsmächte)가 언급되었는지는, 동의를 하고 유보를 상세하게 규정하고 있는 기본법 의결 이후의 군사령관 공고(Verlautbarung der Militärgouverneure)에서만 도출될 수 있다. 군사령관들은 1949년 5월 12일의 요청 문서에 의회대표회의에 대한 요청과 관련이 있다. 1949년 3월 2일 각서에서 군사령관들은 베를린에 관한 기본법 제23조의 부분이 중단된다는 내용의 제10호를 요구했었다. 1949년 4월 8일과 22일의 문서로

56) BVerfGE 7, 1 (7 f.).

57) 참고로, 이에 대해서는 Werner Fortscher/Bodo Pieroth(각주 15), S. 369-370 참조. 여기서 주요한 내용 중 한 가지는 당시 기본법 제23조와 제144조와 관련한 베를린의 법적 지위(Rechtsstellung Berlins)에 관한 것이었다. 또한 참고로, 당시 점령국 연합군사령부의 독일연방공화국의 베를린과 기본법에 관한 기본적인 관할과 인식은 이 결정 이후의 (두 번째) ‘베를린 유보 결정’(BVerfGE 19, 377)에서도 계속되고 있다. Peter Badura(각주 28), S. 63 참조.

58) Nr. 4 des Genehmigungsschreibens der Militärgouverneure zum Grundgesetz vom 12. Mai 1949. “4. A third reservation concerns the participation of Greater Berlin in the Federation. We interpret the effect of Articles 23 and 144 (2) of the Basic Law as constituting acceptance of our previous request that while Berlin may not be accorded voting membership in the Bundestag or Bundesrat nor be governed by the Federation she may, nevertheless, designate a small number of representatives to attend the meetings of those legislative bodies.”

59) BVerfGE 7, 1 (8).

군사령관들은 베를린을 독일연방공화국의 원래적인 조직(ursprüngliche Organisation)으로 포함되어 지는 것을 외무장관이 현재 동의할 수 없다는 외무장관의 이해로서 A에 대해 전했다. 1949년 5월 12일 허가 문서 제4호에서 군사령관들은 기본법 제23조와 제144조 제2항을 그들의 요청에 대한 수용으로서의 효과로 해석하였다. 그러나 연방헌법재판소는 군사령관들의 이러한 견해와는 무관하게 독일연방공화국에서 베를린의 지위(Stellung Berlins)에 대해서 독일헌법제정자의 의지에 따라 기본법 제23조와 제144조 제2항이 무엇을 규정했는지를 찾아야만 한다. 기본법 제23조 제1문, 제127조 그리고 제144조 제2항의 문구와 의미 내용에 따르면, 독일헌법제정자는 베를린을 독일연방공화국의 조직(Organisation der Bundesrepublik)으로 포함시켰고 그리고 단지 외부의 침해를 통한 이러한 지위의 완전한 실현이 방해되어지는 경우에 대한 예방조치를 제144조 제2항을 통해 마련했다는 것은 의심의 여지가 없다.<sup>60)</sup>

점령권력의 조치를 통해 베를린에 대한 독일헌법제정자가 의도한 기본법의 효력의 침해는 또한 독일 법원에 의해서도 주의되어야만 한다. 그러나 점령법적 조치(besatzungsrechtliche Maßnahme)가 어떤 효력강도를 갖는지는 의문이다. 군사령관들의 허가 문서 제4호는 외부에 효력을 주는 원래적인 점령법적 조치(ursprünglich besatzungsrechtliche Maßnahme)로서의 이 유보가 독일헌법제정자의 의지의 실현에 어떤 규모로 제한을 주는지에 대한 해석을 필요로 한다. 허가 문서에서 객관적으로 그리고 협상대상인 독일에게 명확하게 인식할 수 있게 표현된 것이 무엇인지가 중요하다. 허가 문서에서 군사령관들은, 베를린은 연방하원 또는 연방상원(Bundestag oder Bundesrat)에서 어떠한 투표권한도 없고 그리고 연방에 의해 지배(“regiert”[“governed”])되어질 수 없다라고 한 예전의 그들이 요구한 내용들을 정확히 나타내고 있다. 의회대표회의를 통한 기본법 문구에 대한 최종적 확인 이후에 군사령관들은 베를린과 관련된 기본법 제23조 제1문을 명시적으로 중단시키지 않았고 그리고 베를린이 독일연방공화국의 원래적인 조직에 포함되지 않는다고도 명확하게 확인하지 않았다.<sup>61)</sup>

그러므로 연방헌법재판소는 베를린이 독일연방공화국의 주이고 그리고 기본법이 원칙적으로 베를린에도 효력을 미친다는 것에서 출발해야 한다. 세 점령

60) BVerfGE 7, 1 (8 f.).

61) BVerfGE 7, 1 (9 f.).

국의 유보가 미치고 유지된다면, 베를린에서 기본법의 적용(die Anwendung des Grundgesetzes in Berlin)은 당연히 제한된다. 세 점령국의 유보와 대립되지 않으면, 베를린에 대한 기본법의 원칙적인 적용에서(aus der grundsätzlichen Geltung des Grundgesetzes für Berlin) 모든 결과가 도출되어야만 한다.<sup>62)</sup>

2. 연방헌법재판소에게는 중요한 연방헌법(Bundesverfassung)에 의해 베를린이 독일연방공화국의 부분이라는 주장에 대해서, 베를린 헌법이 독일연방공화국에 대한 베를린의 관계를 무엇이라고 규정했는지에 있지 않다. 그러나 기본법 제23조에 상응하여 또한 1950년 9월 1일의 베를린 헌법 제1조는 “제1항 베를린은 독일의 주이면서 도시이다. 제2항 베를린은 독일연방공화국의 주이다. 제3항 기본법과 독일연방공화국 법률은 베를린에서 효력이 있다.”라고 명확하게 규정하였다.<sup>63)</sup>

그러나 연방헌법제정자(Bundesverfassungsgeber)에 의해 이미 창설된 법상태(bereits geschaffenen Rechtslage)의 이러한 원칙적인 인정은 또한 베를린에 대한 점령권력의 명시적인 요구에 제한되어야만 한다. 베를린 연합 군사령관(Die Alliierte Kommandantur Berlin)은 그의 1950년 8월 29일자 지시<sup>64)</sup>에서 베를린 헌법 제1조의 제2항과 제3항을 보류하고, 제87조에 대해서는 다음과 같이 유보했다. “제87조는 다음과 같이 이해되는데, 즉 과도기시기(Übergangsperiode) 동안에 베를린은 12번째 주의 특성을 가질 수 없다. 이 조항에 관련된 기본법의 규정들은 단지 이 법률 간의 분쟁에서의 인사를 위해서(zwecks Vorbeugung eines Konfliktes) 그리고 베를린 헌법을 위해서 필요한 경우의 정도에서 적용된다. 이와 더불어 의회측에서(seitens des Abgeordnetenhauses) 이에 대해 표결하고 그 규정이 베를린 법률로 의결되어진 후에는 어느 연방법의 규정(Bestimmungen irgendeines Bundesgesetzes)은 베를린에서 적용된다.”<sup>65)</sup>

연합 군사령관(Die Alliierte Kommandantur)은 독일연방공화국이 아니라 단지 베를린만을 관할한다. 베를린 헌법에 대해서 규정하고 1955년 5월 5일의 베를린에 대한 성명에서 유지되면서 베를린과 관련한 기본법의 효력을 계속해서

62) BVerfGE 7, 1 (10).

63) BVerfGE 7, 1 (10).

64) Anordnung BK/O (50) 75 vom 29. August 1950.

65) BVerfGE 7, 1 (11).

제한하는 유보는 기본법에 대한 군사령관의 허가문서(Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure)에서 도출되는 것과 같이 점령법적인 침해(besatzungsrechtlicher Eingriff)로서 평가될 수 없다.<sup>66)</sup>

3. 독일의 국가실무(Die deutsche Staatspraxis)는 우선 기본법에 의해 확정된 독일연방공화국 내에서 베를린의 지위를 명확히 인식하지 않았다. 1949년 5월 23일 의회대표회의의 최종회의(Schlußsitzung des Parlamentarischen Rates)에서 기본법 승인의 확인과 서명에 기본법 제145조 제1항에 따라 베를린 의원(Berliner Abgeordneten)들이 함께 참여는 하였다. 그러나 베를린은 주들에 포함되지 않은 채로 의회대표회의의 최종회의의 국민대표자들은 기본법의 승인에 대해서 의결했다. 1949년 5월 19일의 대베를린 시의회의 의결(Beschluß der Stadtverordnetenversammlung von Groß-Berlin)에서 “1948월 5월 8일 본(Bonn)에서 의회대표회의에 의해 독일연방공화국을 위해 의결된 기본법의 원칙과 목적을 지지한” 이 대베를린 시의회는 기본법에 대해서 다른 주들의 국민대표 의결(Beschlußfassungen der Volksvertretungen der übrigen Länder)과 구별되어 언급되었다. 그러나 대베를린 시의회의장과 시장(Stadtverordnetenvorsteher und der Oberbürgermeister von Groß-Berlin)도 함께 다른 주들의 국민대표 의장과 수상(Präsidenten der Volksvertretungen und den Ministerpräsidenten der übrigen Länder)과 함께 기본법에 서명하였다.<sup>67)</sup>

이후에 베를린은 법적으로 독일연방공화국에 속하고, 베를린에 대한 점령권력(Besatzungsgewalt)만이 그리고 점령권력과 관련된 연방에 대한 유보가 적법하게(de jure) 존재하는 구성자격의 완전한 효력과 대립한다는 인식은 그 반대를 극복하고 점점 더 많이 인정되었다. 1952년 1월 4일의 연방의 재정체계(Finanzsystem des Bundes)에서 베를린주의 지위에 관한 법률<sup>68)</sup>에서 이러한 견해는 가장 확실하게 표현되었다. 이 법률에서 “베를린주”(“Land Berlin”)는 “다른 주들”(“übrigen Ländern”)과 비교되는데, 즉 “기본법의 그 밖의 적용범위”(“übrigen Geltungsbereich des Grundgesetzes”)라고 표현하고 그리고 연방기관

66) BVerfGE 7, 1 (11 f.).

67) BVerfGE 7, 1 (12).

68) Gesetz über die Stellung des Landes Berlin im Finanzsystem des Bundes (Drittes Überleitungsgesetz) vom 4. Januar 1952.

(Bundesorganen)에 의해 제정되거나 또는 그 밖의 연방지역에서 연방법으로 계속 적용되는 법이 베를린에서도 연방법(Bundesrecht)이라고 하고 있다. 연합 고등판무관(Die Alliierte Hohe Kommission, AHK)<sup>69)</sup>은 베를린은 독일연방공화국의 주가 아니고 그리고 기본법의 적용범위는 베를린에 미치지 않는다는 자신의 이러한 법적 견해에 대립되는 법적 규정들은 무효라고 하였다. 그렇지만 베를린과 독일연방공화국 간의 결합은 점점 긴밀해지고 그리고 독일연방공화국에 대한 베를린의 법적인 귀속(rechtlichen Zugehörigkeit Berlins zur Bundesrepublik)에 따른 결론이 더욱 명확하게 드러났다. 이러한 헌법적인 그리고 점령법적인 초기 상황(besatzungsrechtliche Ausgangslage)의 관점과 연방에 대한 베를린의 관계의 계속되는 형성의 관점에서 보면, 연방헌법재판소는 베를린이 독일연방공화국의 구성원(die Gliedstaatsqualität Berlins in der Bundesrepublik)임을 부인하는 견해를 취할 수 없다.<sup>70)</sup>

4. 기본법에 대한 세 점령국의 유보에 따라 베를린은 연방에 의해 다스려(“regiert”) 질 수 없고, 연방입법자의 법률적 명령(der Gesetzesbefehl des Bundesgesetzgebers)은 베를린주에 미치지 못한다. 베를린에 연방법(Bundesrecht)을 도입하기 위해서는 오히려 베를린의 입법자(Berliner Gesetzgeber)의 판단 개입(auctoritatis interpositio)이 필요하다.<sup>71)</sup>

“기본법이 베를린주에 유효하거나 또는 연방헌법재판소법과 일치하는 베를린의 법률을 통해서 연방헌법재판소의 관할(Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts)이 근거 지워지는 한” 연방헌법재판소법(Gesetz über das Bundesverfassungsgericht)는 제106조에 따라 베를린에도 적용되어야 한다. 연방헌법재판소의 연방의무(Bundesplicht)를 이행할 때 베를린은 연방헌법재판소법의 수용에 노력하였다. 그러나 연합 사령부(Die Alliierte Kommandantur)는 1952년 12월 20일의 BK/O (52) 35 문서를 통해서 이를 허용하지 않는다고 하였다. 연합 사령부는 연방헌법재판소를 “독일연방공화국의 최고 지배권력(die oberste Regierungsgewalt der Bundesrepublik)이 갖춰진 기관들 중 하나”라고 보았고, 베를린에 대한 연방헌

69) 참고로, 이를 영어로 표현하면 The Allied High Commission 또는 High Commission for Occupied Germany(HICOG)라고 할 수 있다.

70) BVerfGE 7, 1 (12 f.).

71) BVerfGE 7, 1 (13).

법재판소 관할의 의도적인 확대(vorgesehene Ausdehnung)를 “군사령관이 기본법을 승인한 1949년 5월 12일의 문서에서 표현했던 유보의 침해와 동등한 것”(für gleichbedeutend mit einer Verletzung der Vorbehalte)으로 간주했다. 따라서 베를린이 연방헌법재판소법을 명시적으로 수용하더라도 연방헌법재판소의 관할(Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts)은 기본법 제100조 제1항에 따라 베를린을 보호할 수 없다.<sup>72)</sup>

연방헌법재판소법 제106조는 베를린에 대한 연방헌법재판소의 관할을 법률의 수용과는 상관없이 근거 짓고, 연방헌법재판소의 관할을 베를린에 대한 기본법의 효력과 연결시킨다. 그러나 이러한 연방헌법재판소의 관할의 행사는 현재 여전히 세 점령국의 유보와 대립된다. 베를린에서 그리고 베를린을 위한 기본법의 효력에도 불구하고, 연방헌법재판소의 판결이 베를린에 대한 지배권력의 행사(die Ausübung von Regierungsgewalt (“government”))를 의미하는 한 연방헌법재판소는 베를린에 대한 효력을 심사하지 못한다. 영어적인 언어사용에서의 “지배”(“govern” im angelsächsischen Sprachgebrauch)는 또한 법원의 활동(Tätigkeit der Gerichte)을 포함하는 것에도 일치된다. 베를린이 재판절차(das gerichtliche Verfahren)에 대한 연방 법률들을 수용하여, 그 결과 상급 법원들이 베를린의 법원들을 상고 법원으로서(als Revisionsgerichte über den Berliner Gerichten) 활동하는 것을 세 점령권이 방해해지지는 않는다. 그렇지만 이를 통해 연방헌법재판소의 관할이 정해질 수는 없다. 연방헌법재판소의 헌법적 지위(Die verfassungsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts)는 다른 상급 연방법원들과 다르다. 연방헌법재판소는 법원이면서 동시에 최상위 헌법기관(ein oberstes Verfassungsorgan)이다. 연방헌법재판소의 결정은 베를린의 입법과 행정(Berliner Legislative und Exekutive)에 직접 영향을 줄 것이다. 연방헌법재판소가 기본법 제100조 제1항에 따라 베를린 법률들의 유효성과 무효성(Gültigkeit oder Ungültigkeit)을 일반적인 구속력이 있게 결정하고, 경우에 따라서는 그러한 법률들의 법률적 효력을 무효로 선언할 수 있다면, 중요한 정치적 의미에서(in einem eminent politischen Sinn) 베를린이 연방의 헌법기관에 의해 “지배”(“regiert”, 영어로는 “to govern”)된다는 것이다. 기본법 제100조 제1항에 따른 연방헌법재판소의 법률폐기권 독점(Verwerfungsmonopol)은 연방헌

72) BVerfGE 7, 1 (13 f.).

법재판소의 다른 법원들에 대한 통제를 의미하는 것이 아니라, 입법자에 대한 연방헌법재판소의 통제를 의미하는 것이다. 또한 상급 연방법원의 제청에 의한 베를린 법률들의 심사할 때에도 연방권력의 행사(Ausübung der Bundesgewalt)는 연방조직 내부에 머무르는 것이 아니라, 직접 베를린 입법자(Berliner Gesetzgeber)에 미치는 것이다. 따라서 베를린 법률들의 심사(Überprüfung eines Berliner Gesetzes)를 위해서 연방헌법재판소에 상급 연방법원에 의해서도, 베를린 법원에 의해서도(weder von einem oberen Bundesgericht noch von Berliner Gerichten) 제청될 수 없다. 결국 1951년 10월 25일 연방헌법재판소의 결정(BVerfGE 1, 70 (73))<sup>73)</sup>에서 미해결로 두었던 베를린에 대한 연방헌법재판소의 관할의 문제는 주내부법적인 영역(den innerlandesrechtlichen Bereich)에 효력이 있는 베를린의 국가기관의 행위들을 결정하는 모든 경우들에서 어쨌든 부정되어야 한다.<sup>74)</sup>

물론 일반적인 유보의 예외가 있는 한, 연합 고등판무관이 연방헌법재판소법 제106조를 수정된 점령지위 제5a호 제3문(Nr. 5 a Satz 3 des revidierten Besatzungsstatuts)에 근거하여 무효라고 하지 않았고, 연방헌법재판소가 직접 베를린을 관할한다는 것에 묵시적으로 동의한다는 지적을 통해서도 이러한 결론에서 벗어날 수 없다. 기본법이 베를린주에 효력이 “있는 한”(“soweit”), 연방헌법재판소법 제106조는 연방헌법재판소법의 직접적인 효력을 단지 규정함으로써 기본법이 베를린에 대해서 제한 없이 효력이 있는 것이 아니라는 규정 문구에서 이미 나타난다. 연방헌법재판소법 제106조는 마찬가지로 기본법 제23조에서 거론된 주들의 하나에서 기본법의 적용가능성이 있는 제한의 정도에서 두드러지는 기본법 제144조 제2항과 내부적 연관성(in innerem Zusammenhang)이 있다. 점령권력이 연방헌법재판소법 제106조의 쉽게 이해할 수 없는 규정(die nicht leicht verständliche Klausel)을 비판하지 않은 것을 통해서, 점령권력이 베를린에서 기본법이 무효(Nicht-Geltung des Grundgesetzes)라는 그들의 견해를 포기했다라고 추론될 수 없다. 어쨌든 베를린에서 기본법의 부분적인 효력을 허용하는 것을 점령권력 그들의 권한이라는 것에서 도출될 수 있기 때문에, 즉 점령권력의 견해에 따라 우선 아무것도 말하지 않은 “하는 한”(nichtssagende

73) BVerfGE 1, 70-73. 1951. 10. 25. 1BvR 24/51(Grundrechtsgeltung in Berlin, 베를린에서의 기본권 효력).

74) BVerfGE 7, 1 (14 f.).

“soweit”)을 적극적인 내용으로 채우는 것이 도출될 수 있으므로, 점령권력이 이렇게 유지한다면, 그들은 연방헌법재판소법 제106의 견해를 비판할 필요가 없었다. 해석에 중대한 어려움을 야기하는 이 규정에 대해 침묵하는 것에서 점령권력이 베를린에 대한 연방헌법재판소의 직접적인 권한(unmittelbare Kompetenz)을 허용하였다라는 광범위한 결론은 생길 수 없다. 그러한 규정은 점령권력의 의지(im Willen der Besatzungsmächte)에 포함되지 않았다는 것은 지속적으로 계속 행사된 행위에서 도출된다.<sup>75)</sup>

5. 상급 연방법원들(die oberen Bundesgerichte)이 자신들의 사법적 심사권을 행사할 때에(in Ausübung des ihnen zustehenden richterlichen Prüfungs rechtes) 본안판결(Sachentscheidung)에서 베를린 법률을 상위 규범(eine höherrangige Norm)에 어긋난다는 이유로 존중하지 않는다면, 상급 연방법원들은 베를린 입법자에 대해 어느 정도 통제를 수행한다. 상급 연방법원들에 의한 베를린 법원들의 판결의 심사 같이 연방기관의 베를린에 대한 “지배권력”의 행사(Ausübung von “Regierungsgewalt”)가 중요함에도 불구하고, 이는 세 점령국의 일반적인 유보에 의한 특별한 예외에 의해 허용된다. 즉 재판절차에 대한 연방법의 수용 승인은 재판 활동의 내용에 속하는 부수적인 심사권한(inzidente Prüfungszuständigkeit)을 포함한다. 문제되는 형사사건을 판결하는 법원이 법률을 존중하지 않는다는 것은 헌법재판소의 의무인 규범의 유효성(Gültigkeit einer Norm)에 대한 일반 구속적인 결정과는 어느 정도 다르기 때문에 상급 연방법원들의 이러한 권한에서 연방헌법재판소의 어떠한 권한도 도출될 수 없다.<sup>76)</sup>

베를린 변호사회 명예법원의 제청(Vorlage des Ehrengerichts der Rechtsanwaltskammer Berlin)은 이에 따라 허용되지 않는다고(unzulässig) 선언되어야 한다. 연방헌법재판소법의 수용을 위한 법률 초안의 이유 제시(Begründung des Entwurfs des Gesetzes)에서 베를린 시정부(Senat von Berlin)가 기본법에 대한 베를린 헌법 제64조 제2항의 “명백한 반대”(den “offenbaren Widerspruch”)를 확인하고, 1954년 3월 31일의 판결에서 고등법원(das Kammergericht)이 고유한

75) BVerfGE 7, 1 (15 f.).

76) BVerfGE 7, 1 (16).



보충심사권(eine eigene Ersatzprüfungszuständigkeit)을 요구한 이후에는, 명예법원이 「변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률」 제2조 제2항의 유효성(die Gültigkeit des Art. II Abs. 2 AnwG)에 대한 자신의 권한으로 결정할 수 있는지 여부에 대해서 판단해야 할 것이다.<sup>77)</sup>

## V. 분석 및 평가

‘베를린 유보 결정’에서 베를린 변호사회 명예법원의 제청이유에서 기본법의 내용 중, 기본권에 관한 부분과 그 내용들은 베를린에 대해서도 그 효력이 인정된다고 하였다. 연방헌법재판소는 당시 점령국 연합군사령부의 이에 대한 해석과는 달리 기본법을 기준으로 베를린의 지위를 찾고, 당시 기본법 제23조와 제127조를 근거로 하여 베를린이 독일연방공화국의 주이며, 기본법은 원칙적으로 베를린에 그 효력을 미친다고 하였다. 즉 연방헌법재판소는 기본법의 연방국가조직에 관한 부분이든, 기본권에 관한 부분이든 원칙적으로 기본법은 베를린에도 적용된다고 하였다. 그러나 기본법 규정 내용에 의해 이러한 해석이 완전히 가능한 것은 아니었으며, 당시 전후 독일에 대한 3개 점령국의 점령법령에 의한 유보를 필요로 하므로 이러한 점령국 연합군사령부의 유보 내용들에 어긋나지 않는다면 원칙적으로 기본법의 효력은 베를린에도 미친다는 것이다.

연방헌법재판소는 점령국 연합사령부의 유보를 부정하지 않으면서도 베를린이 기본법의 적용범위에 포함되면서 독일연방공화국 전체에 헌법으로서의 효력이 있다는 것을 결정하였다.<sup>78)</sup> 이러한 연방헌법재판소의 결정 내용과 의미는 동독과 서독으로 분단된 당시 독일의 통일을 위해서 기본법이 통일 과정에서 필요한 중요한 (헌)법적 기준이며, 그러한 역할을 해야 한다는 점을 명확히 했다고 할 수 있다. 이를 통해 연방헌법재판소는 점령국 유보에 따라 법률의 위헌여부에 대한 심사권한이 아직은 없다는 점을 설명하면서, 당시 독일에서 점령국 유보의 효력을 인정하고 베를린 법률에 대한 심사권한도 포기하지 않음

77) BVerfGE 7, 1 (17).

78) 허완중(각주 27), 15.

으로써 독일에 적용되는 기본법의 효력에 대해서 명확히 한 것으로 볼 수 있다.<sup>79)</sup>

독일 연방헌법재판소의 베를린 유보에 대한 이번 결정에서도 잘 나타나고 있지만, 베를린 유보와 관련된 연방헌법재판소의 결정은 심판대상이 베를린 유보와 충돌하는지 여부에 따라서 두 가지로 유형으로 나뉘볼 수 있다. 우선, 관련 사건의 심판대상이 베를린 유보와 충돌한다고 하여 연방헌법재판소의 관할권과 재판권을 부정한 결정이 한 유형이다. 연방헌법재판소는 베를린의 공권력이 연방 법률의 적용과는 관련 없이 직접 연방헌법재판소의 심판대상이 된 경우, 베를린 유보와 충돌한다는 이유로 연방헌법재판소의 재판권을 부정했다. 예를 들면, 연방헌법재판소는 위에서 소개한 결정과 같이 심판대상이 베를린 법률 그 자체인 경우에 자신의 재판권을 부정했다.<sup>80)</sup> 이와 더불어, 심판대상이 베를린 유보와 충돌하지 않는다고 하여 연방헌법재판소의 재판권을 인정한 결정이 다른 한 유형이다. 연방헌법재판소가 베를린과 관련된 모든 국가 공권력 작용에 대하여 베를린 유보를 이유로 연방헌법재판소의 재판권을 부정한 것은 아니다. 연방헌법재판소는 베를린의 공권력이 직접 연방헌법재판소의 심판대상이 된 것이 아니라, 연방 법률의 범위 혹은 그 적용과 관련되는 경우 베를린 유보와 충돌하지 않는다고 하여 연방헌법재판소의 재판권을 인정하고 본안판단을 했다. 예를 들면, 연방헌법재판소는 심판대상이 연방 법률을 적용한 베를린 주 일반법원의 판결인 경우에 자신의 재판권을 인정했다. 또한 심판대상이 베를린에서 적용되는 연방 법률인 경우에도 베를린 유보와 충돌되지 않는다고 하여 재판권을 인정했다.<sup>81)</sup>

## VI. 한국에 대한 시사점

독일의 분단과 통일이 우리나라의 분단 현실과 앞으로의 통일 실현 과정에 던져주는 시사점은 다양하고 복잡적이며, 또한 그 유사점과 차이점도 마찬가지로

79) 허완중(각주 27), 15, 58 참조.

80) BVerfGE 7, 1.

81) BVerfGE 19, 377; BVerfGE 20, 257. 이와 더불어, 참고로 ‘동서독 기본조약에 관한 결정’(BVerfGE 36, 1)은 독일연방공화국이 베를린을 포함한 주로 구성되는 연방국가이고, 독일의 주(Land)인 베를린의 지위는 점령국 유보 하에서만 제한될 수 있다고 하면서 다른 결정들(BVerfGE 19, 377; 20, 257)과 함께 본 결정을 인용하였다.

라는 것은 주지의 사실이다. 우리 현행 헌법은 남북으로 분단된 국가의 통일에 대해서 헌법 전문, 제4조 그리고 제66조, 제69조, 제72조, 제92조 등에서 각각 관련 내용들을 규정하고 있다. 우리나라 통일의 의지를 담은 헌법 규정들의 주요 내용들을 살펴보면, 우선 전문에서 “평화적 통일의 사명”을 밝히고, 제4조에서 ‘평화적 통일의 지향’과 이를 위해 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.”고 하여 다시 한 번 국가 통일의 의지와 평화적 통일의 방법을 분명히 하고 있다. 즉 우리 헌법에서는 조국의 통일을 위한 국가의 목표와 과제로 ‘평화통일의 원칙’과 더불어, 이를 위한 ‘자유민주적 기본질서에 입각한 통일’과 ‘평화적 방법에 의한 통일’이라는 두 가지 실현 내용을 강조하고 있다.<sup>82)</sup> 이러한 의미에서 평화통일의 원칙에 입각한 분단된 남북한 통일의 실질적인 실현을 위해서는 북한과 평화적인 공존관계를 앞으로 더욱 유지해야 한다는 의미도 찾을 수 있을 것이다.<sup>83)</sup>

이와 더불어, 헌법 제66조와 제69조에서 국가의 원수이자 행정부의 수반인 대통령에게 “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무”를 부여함과 동시에 ‘평화적 통일을 위한 노력으로 대통령으로서의 직책을 수행’할 것을 규정하고 있다. 이러한 내용은 평화적 통일의 원칙 및 그 실현을 위한 내용과 함께 이해된다. 그리고 헌법 제72조와 제92조에서는 이러한 평화적 통일을 위한 내용들은 국가안위에 관한 중요한 정책이므로, 대통령의 권한으로 이와 관련한 내용을 국민투표에 붙일 수 있으며, 평화적 통일 정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위한 ‘민주평화통일자문회의’를 둘 수 있도록 각각 규정하고 있다. 현행 헌법의 통일 관련 주요 규정들을 통해 분단된 국가의 현실과 더불어, 평화적 통일의 원칙과 그 실현 및 달성 등을 위한 헌법적 의지와 내용을 분명히 알 수 있다.

우리나라의 현재 남북한 분단 상황은 동서독으로 분단되었던 지난 시절 독일과 마찬가지로 제2차 세계대전과 냉전시대를 통해 나타난 결과라고 할 수 있다. 상호 이질적인 국가형태와 헌법을 독자적으로 가지고, 국제관계에서도 개별적 주체성을 갖추고 활동하는 남북한의 정치적·이념적·규범적으로 서로 다른 상황은 독일도 경험한 바이다. 이는 또한 정치·경제·사회 영역을 지배

82) 특히, 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016, 308-309, 317; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2016, 355; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2016, 182-183.

83) 특히, 전광석, 한국헌법론 집현재, 2016, 201.

하는 지도원리와 기본질서 그리고 특히, 남북한 헌법의 주요 구성내용 및 기본 원리와 그 실현 내용 등이 본질적으로 상호 절충되거나 타협이 실질적으로 실현될 수 없을 것이며, 현실적으로도 그러한 실현은 불가능에 가깝다고 여겨진다.<sup>84)</sup> 한국과 독일이 이러한 기본적으로 비슷한 상황에서 분단된 국가의 통일을 위해서 노력한 것은 같다고 할 수 있겠지만, 현재 우리나라의 분단 상황과 당시 독일의 분단 상황 그리고 특히, 당시 동독에서의 통일 요구와 전체 독일 국민의 지지를 통한 통일의 과정은 실제로 같지 않다. 물론 독일은 이미 지난 1990년 10월 3일에 45년간 분단되었던 동서독이 평화적인 통일을 이루었지만, 독일이 현재 완전한 통일을 이루었다고 단언할 수는 없다. 이러한 점은 우리나라가 독일 통일 이전의 동서독과는 다른 상황에서 여전히 분단국가로 남아 있으며, 앞으로 본격적인 평화통일 실현의 길로 들어서야 하는 우리에게 시사하는 바와 나름의 교훈은 크다고 할 수 있다.<sup>85)</sup>

헌법에서 직접 규정하고 있는 통일에 대한 내용들과 그 의미가 더욱 직접적이고 실질적인 의미와 내용이 되기 위해서는 무엇보다도 이를 실현하기 위한 구체적인 입법적 차원의 여러 노력과 현재 남북한 간의 상호 이질적인 요소들의 해소와 대안 등을 찾기 위한 다각적인 합의가 반드시 수반되어야 할 것이다.<sup>86)</sup> 독일 통일에 있어서 독일의 기본법이 우리에게 보여주는 중요한 내용들 중 한 가지는 아마도 현재 정치적·이념적·군사적으로 첨예한 대립 상황에 있는 남북한의 분단과 갈등 상황에서 국민의 의사 의해서 존중되고 지켜지는 평화적 통일의 염원과 그 실현을 담고 있는 헌법이 앞으로 ‘평화적 통일’과 ‘통일 헌법’으로 나아가는 실질적인 실천 과정에서 가장 기본적이고 중요한 의미를 분명히 가질 수 있다는 것이다.

84) 이러한 지적에 대해서는 특히, 전광석(각주 83), 203-204 참조.

85) 참고로, 정용길(각주 14), 477-479면; Fritz Ossenbühl, 강태수 옮김, 통일된 독일의 문제와 과제로서의 법질서 통합, 공법연구 제22집 제1호(1994), 98-100; Walter Rudolf, 이종영 옮김(각주 15), 282-283; Klaus Wichmann/Jürgen Thomas, 박진완 옮김(각주 53), 594 등 참조.

86) 참고로, 전광석(각주 83), 205; 전광석(각주 53), 41; 정용길(각주 14), 477-479 등 참조.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016.  
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2016.  
한수웅, 헌법학, 법문사, 2016.  
허영, 한국헌법론, 박영사, 2016.  
Hesse, Konrad, 계획열 옮김, 통일 독일헌법원론, 박영사, 2001.

- Badura, Peter, Staatsrecht, 5. Aufl., München 2012.  
Fortscher, Werner/Pieroth, Bodo, Verfassungsgeschichte, 9. Aufl., München 2010.  
Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz, 13. Aufl., München 2014.  
Willoweit, Dietmar, Deutsche Verfassungsgeschichte, 6. Aufl., München 2009.

### ○ 논 문

- 김효전, 독일 통일과 기본법의 개정, 헌법학연구 제4권 제2호(1998).  
이종수, 독일통일과정에서의 공직조직의 통합과 공직적격성심사, 공법연구 제31집 제3호(2003).  
이현환, 독일통일과 관련한 서독연방헌법재판소 판결에 대한 연구, 사회과학연구 제6집(1993).  
장영수, 독일의 통일과정과 의원내각제 정부형태, 유럽헌법학회연구논집 제2호 (2007).  
전광석, 독일 통일관련 조약과 독일 헌법의 발전, 한림법학 FORUM 제1권(1992).  
정용길, 독일 통일과정에서의 동서독관계와 남북관계에의 시사점, 저스티스 통권 제 134-2호(2013).  
허완중, 독일통일과 연방헌법재판소의 역할, 헌법재판연구원(비교헌법재판연구 2011-B-2)(2011).  
Ossenbühl, Fritz, 강태수 옮김, 통일된 독일의 문제와 과제로서의 법질서 통합, 공법연구 제22집 제1호(1994).  
Püttner, Günter, 석종현 옮김, 동서독 통일과 헌법문제, 사법행정 제33권 제6호 (1992).  
Rudolf, Walter, 이종영 옮김, 독일 통일의 국제법적·헌법적 문제, 법학논문집 제24집 제2호(2000).

- Wichmann, Klaus/Thomas, Jürgen, 박진완 옮김, 독일통일과정에서의 헌법적 문제 - 헌법; 국가조약의 구조 -, 법학논총 제30권 제2호(2010).
- Brunner, Georg, Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003.
- Huber, Peter M., Art. 144, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., München 2014.
- Luchterhandt, Otto, Die staatliche Teilung Deutschlands, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003.
- Mußung, Reinhard, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003.
- Schweitzer, Michael, Verträge Deutschlands mit den Siegermächten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. X, 3. Aufl., Heidelberg 2012.
- Stern, Klaus, Symbole und Selbstdarstellung des Staates, in: Klaus Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984.
- Stern, Klaus, Fortbestand und Teilung des deutschen Gesamtstaates, in: Klaus Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1. Aufl., München 2000.
- Stolleis, Michael, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945-1949, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heidelberg 2003.

# 동서독 기본조약에 대한 연방헌법재판소 판결에 대한 평석

(BVerfGE 36, 1-37. 1973. 7. 31).

정 태 호\*

## I. 문제의 제기

1980년대 말 고르바초프가 추진했던 소련의 개혁(페레스트로이카: Perestroika) · 개방정책(그라스노스트: Glasnost)의 와중에서 강고하게만 보였던 소련이 와해의 소용돌이 속으로 급속히 빨려들어 갔다. 개혁의 주도자가 자신의 개혁에 내재하는 역동성을 제어하지 못한 채 소련을 해체시키고만 것이다. 그러자 소련의 위성국가들인 동유럽 국가들도 1989-1990년 민주혁명의 거친 파고에 휩쓸렸다. 고도로 발전한 서방 자본주의국가였던 서독을 직접 대면하고 있으면서도 사회주의국가들 중에서는 상대적으로 정치적 · 경제적 안정을 누리던 동독에도 1989년 이 격랑이 엄습하였다.

이처럼 세계 제2차대전 종전 후 형성되었던 유럽의 전후체제가 붕괴되는 역사의 파고를 타고 독일민족이 1990년 거머쥔 재통일은 분단상태에서 비극적 동족상잔의 비극까지 체험했을 뿐 아니라 통일의 시기를 가늠하기도 어려운 우리 민족에게는 부러움을 넘어 경탄의 대상이 되었다. 강대해질 독일의 등장을 꺼릴법한 주요 열강 및 주변국의 견제와 우려를 뚫고 독일이 재통일을 성취한 배경에는 이처럼 유리하게 형성된 국제정치적 환경 이외에도 기본법상의 재통일의 명령을 이행하려는 서독의 다각적이고도 집요하며 정파를 초월한 일관성 있는 노력이 있었다는 사실에 주목할 필요가 있다.

---

\* 경희대학교 법학전문대학원 교수

제2차세계대전 당시 전승국들이 독일을 여러 국가로 분할할 계획이었으나 이 계획을 포기하기로 합의한 이후<sup>1)</sup> 서독의 아데나워(K. Adenauer)는 종전 후 도래한 미국과 소련의 양강 대립 구도, 한국전쟁의 발발로 인한 냉전의 열기 속에서 군사·안보 영역에서는 독일의 비군사화라는 전승국의 기획을 넘어 나토를 통해, 경제영역에서는 유럽공동체 등을 통해, 정치영역에서는 자유민주주의의 성공적 구축을 통해 서방과의 적극적 통합을 추진하면서 서방열강의 신뢰를 획득함으로써 비교적 빠르게 서독의 주권의 본질적인 부분을 회복할 수 있었다. 브란트(W. Brandt)는 1969년부터 미국과 소련이 주도했던 동서 데탕트 시대가 도래하자 아데나워의 서방통합정책을 계승하면서도 동방정책(Ostpolitik)을 통해 소련을 비롯한 동구권과 긴장을 완화하고, 관계를 정상화하며 여러 조약을 통해 보다 안정적인 국제관계의 틀 안에서 서독의 평화를 구축하려 했다. 1972년 12월 21일 동서독 기본조약<sup>2)</sup>의 체결은 이 동방정책의 일환임을 넘어서 그 목표였다. 이 조약을 통해 서독은 독일을 위한 단독대표권을 포기하고 독일국 안에 두 개의 국가가 존재함을 인정하였다. 곧 이어 두 개의 독일 국가는 UN에 동시에 가입하였다. 사민당(SPD)과 자민당(FDP)의 연정이 추구한 동방정책은 1982년 사민당이 정권을 잃은 뒤에도 폐기되지 않고 기민당/기사당 및 자민당 연정을 통해 승계되었다.

물론 동방조약들과 동서독 기본조약에 대한 의회의 동의과정이 순탄했던 것은 아니었다. 야당인 기민당(CDU) 및 기사당(CSU)은 동서독 기본조약에 대해서도 동독을 서독과 마찬가지로 주권을 보유한 대등한 국가로 인정함으로써 기본법이 전제로 하고 있던 독일국(Deutsches Reich)의 존속명제, 서독이 독일국을 계승하는 국가가 아니라 이를 그 영역의 일부에서 재조직한 독일국과 같은 국가라는 동일성명제를 부인하고 분단된 독일의 재통일을 촉진시키려는 커녕 이를 저해하여 서독 기본법상의 재통일의 명령을 비롯한 기본법에 위반되어

1) 이에 대해서는 G. Zigger, *Zwei Staaten in Deutschland - Eine Betrachtung zur Rechtslage Deutschlands nach dem Grundvertrag* -, FS Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 127 (128); ders., *Teheran-Konferenz 1943, 1967*, S. 95 ff.

2) 이에 관한 국내문헌으로는 이장희, 동서독 기본조약에 대한 연구, *국제법학회논총* 35권 2호(1990), 81 이하; 여기서는 독일문헌으로 상세한 주석을 담고 있는 O. Kimminich, *Der Grundlagenvertrag, Anhang im Bonner Kommentar zum GG, Sonderheft*, 1975; 기본조약에 대한 간단한 해설도 담고 있는 R. Dolzer, *Die rechtliche Ordnung des Verhältnisses der Bundesrepublik Deutschland zur Deutschen Demokratischen Republik*, in: *HStR* I, 2. Aufl., 1995, § 12 Rn 26 ff.을 주로 참고하였음을 밝혀 둔다.



위험이므로 서독 의회는 이 조약에 대한 동의법을 통과시켜서는 안 된다는 입장을 견지한 자신들의 정치적 주장을 관철하지 못했다. 그러자 기사당이 집권하고 있던 바이에른 주정부는 이 문제를 추상적 규범통제절차를 통해 연방헌법재판소의 심판대로 가져갔다.

이 사건은 서독 기본법의 국가적 기초와 관련된 근본적 문제들, 즉 독일국의 존속여부, 서독과 이 독일국의 관계, 동독과 독일국의 관계, 나아가 서독과 동독의 상호관계를 어떻게 이해하여야 할 것인지, 동독인의 국적문제 및 이와 결부되어 있는 동독인에 대한 서독의 외교적 보호의무의 문제와 같은 헌법, 국제법, 국내·국제정치가 착종하는 영역에서 제기되는 난제<sup>3)</sup>를 비롯하여 헌법이 부과한 재통일의 명령이 최고국가관들의 정치적 결정권에 어느 정도의 한계를 설정하는지 등과 같은 헌법해석론적·국가론적 문제를 제기하고 있다. 동서독 기본조약 사건은 통일전의 독일과 상당히 유사한 상황에 처해있는 우리나라가 분단 극복과정에서 직면할 수 있는 법적 문제들을 다루고 있어 우리에게 많은 교훈과 시사를 주고 있다.

## II. 동서독 기본조약 및 그 성립사

### 1. 동서독 기본조약

1972년 12월 21일의 독일민주공화국과 독일연방공화국 상호 관계의 기초에 관한 조약(Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und Bundesrepublik Deutschland)(BGBl. 1973 II S. 423)

본 조약을 체결하는 당사자들은, 평화유지에 대한 책임을 명심하면서, 유럽의 긴장완화 및 안전에 기여하기 위한 노력으로, 유럽의 현존 국경 내의 모든 국가들의 국경의 불가침성이 그리고 영토의 불가침성 및 주권에 대한 존중이 평화를 위한 기본적 조건임을 의식하는 가운데, 그에 따라 독일의 두 국가가

3) R. Bernhardt, Die Deutsche Teilung und der Status Gesamtdeutschlands, in: HStR I, 2. Aufl., 1995, § 8 Rn. 1-2.

상호관계에서 무력의 위협이나 사용을 억제하여야 한다는 인식을 바탕으로, 역사적인 여건에서 출발하면서 민족문제를 비롯한 원칙적인 문제들에 대한 독일 연방공화국과 독일민주공화국 상호간의 견해 차이에도 불구하고, 두 독일 국가 안에 살고 있는 사람들의 복리를 위하여 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이의 협력을 위한 전제를 마련한다는 바램으로 다음과 같이 합의하였다:

제1조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 동권(同權)의 토대 위에서 정상적인 선린관계를 발전시킨다.

제2조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 국제연합헌장에 규정된 목표와 원칙, 특히 모든 국가들의 주권적 평등, 독립성, 자주성 및 영토의 불가침성의 존중, 자결권, 인권의 보호와 비차별과 같은 목표와 원칙을 따른다.

제3조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 국제연합의 헌장에 따라 그들의 분쟁을 오로지 평화적 수단으로만 해결하며, 폭력의 위협 또는 폭력의 행사를 배제한다.

독일연방공화국과 독일민주공화국은 현재와 미래에 그들 사이에 존재하는 경계의 불가침을 확인하며, 그들의 영토의 불가침성을 제한 없이 존중하여야 할(uneingeschränkte Achtung ihrer territorialen Integrität) 의무를 진다.

제4조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 양국의 어느 쪽도 다른 쪽을 국제적으로 대표하거나 다른 쪽의 이름으로 행동할 수 없다는 점에서 출발한다.

제5조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 유럽국가들 사이의 평화적 관계를 촉진시키며, 유럽 내의 안전과 협력에 기여한다. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 관련국의 안전에 해가 되지 않는 범위 내에서 유럽에서의 군대와 군비의 축소를 위한 노력을 지지한다.

독일연방공화국과 독일민주공화국은 효과적인 국제적 통제하에서의 일반적이고 완전한 군비감축을 목표로 국제적 안전에 기여하는 군비제한과 감축, 특히 핵무기 및 다른 대량살상무기의 제한과 감축을 위한 노력을 지지한다.

제6조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 양국의 국권이 각기 자신의 영토에 한정된다는 원칙에서 출발한다. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 대내·외적 사안에서 양국의 독립성과 자주성(Selbständigkeit)을 존중한다.

제7조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 그들의 관계를 정상화시키는 맥락에서 실제적 문제 및 인도적 문제를 규율할 것임을 선언한다. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 이 조약의 기초 위에서 상호이익이 될 수 있는 방향으로 경제, 과학과 기술, 교통, 법률관계, 통신, 의료, 문화, 스포츠, 환경보호와 그 밖의 영역에서의 협력을 발전시키며 장려하기 위한 협약을 체결하도록 한다. 상세한 것은 부속의정서에서 규율한다.

제8조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 상주대표부(ständige Vertretungen)를 교환한다. 이 대표부는 각기 상대방의 수도에 설치한다.

제9조 독일연방공화국과 독일민주공화국은 이전에 그들에 의해 체결되었거나 그들에게 해당되는 양자간의 또는 다자간의 조약이나 협정이 이 조약에 의하여 영향을 받지 않는다는 점에 합의한다.

제10조 이 조약은 비준을 요하며, 이에 준하는 각서(entsprechende Noten)를 교환한 다음날에 효력이 발생한다.

1972년 12월 21일 베를린에서 조약당사자들의 전권대표는 이 사건 조약에 대하여 서명하였다. 이 사건 조약에는 조약당사자들이 합의한 부속의정서가 첨부되었다. 그밖에 이 사건 조약과 관련하여 다음과 같은 것이 있었다:<sup>4)</sup>

“재산문제에 관한 상이한 법적 입장 때문에 … 이것이 조약에 의해 규율” 될 수 없었다는 의정서기록;

“의정서에 관한 선언문” 두 가지. 연방공화국에 의해 교부된 것에는 “국적문제는 조약에 의해 규율되지 않았다”고 쓰여 있었고, 독일민주공화국에 의해 교부된 것에는 “독일민주공화국은 이 조약이 국적문제에 대한 규율을 수월하게 만들어 줄 것이라는 점에서 출발한다”고 기재되어 있었다;

국제연합의 회원가입신청에 관한 조약당사자들의 의정서에 대한 2개의 선언문; 경제위원회의 과제에 관한 의정서에 대한 양측 수권대표의 선언문;

4) BVerfGE 36, 1 (5 ff.).

행정교류에 관한 의정서에 대한 독일민주공화국의 수권대표의 선언문;  
(서)베를린에 관한 협정과 규정들의 확장에 대한 양측의 선언문;  
“정책협의(politische Konsultaion)”에 관한 양측의 선언문;  
언론인의 활동가능성에 대한 공한교환과 관련된 의정서에 대한 선언문;  
(서)베를린에서 언론인의 활동 가능성에 관한 합의의 확대에 대한 양측의 선언문;

가족의 결합, 여행조건의 완화, 비상업적 물품거래의 개선에 관한 1972년 12월 21일의 문서교환;

(4개의) 국경통과소 추가 개설에 관한 공한교환;

독일연방공화국의 서방3대강국에 대한, 그리고 독일민주공화국의 소련에 대한 이 조약 제9조에 관한 각서라는 문구로 된 1972년 12월 21일의 공한교환;  
통신에 관한 공한교환;

국제연합의 회원가입신청에 관한 공한교환;

언론인의 활동가능성에 관한 공한교환;

이 사건 조약에 대한 서명 직전에 독일의 통일에 관한 독일연방공화국 정부의 1972년 12월 21일자 공한이 독일민주공화국 정부에 전달되었다.

입법부에서 협의와 토론을 거친 후 독일연방공화국과 독일민주공화국 관계의 기초에 관한 1972년 12월 21일의 조약에 대하여 1973년 6월 6일 이 사건 동의법이 제정되었으며(연방법령집 II 421면), 동법 제1조는 다음과 같다:

1972년 12월 21일 서명된 독일연방공화국과 독일민주공화국 관계의 기초에 관한 조약 및 이에 부속된 독일연방공화국정부가 1972년 12월 21일자로 독일민주공화국정부에 보낸 독일의 통일에 관한 공한, 조약에 대한 부속의정서, 재산문제에 관한 의정서기록, 국적문제에 대한 독일연방공화국의 유보, 가족의 결합, 여행조건의 완화, 비상업적 물품거래의 개선에 관한 1972년 12월 21일의 공한교환, 국경통과소의 추가개설에 관한 1972년 12월 21일의 공한교환, 독일연방공화국의 서방3국에 대한, 그리고 독일민주공화국의 소련에 대한 이 조약 제9조에 관한 각서라는 문구로 된 1972년 12월 21일의 공한교환, 서부베를린에 관한 선언문에 대하여 동의한다. 조약, 서신, 부속의정서, 의정서기록, 유보, 공한교환, 그리고 선언문은 다음과 같이 공포된다.

이 사건 조약은 “1973년 6월 20일 본에서 독일연방공화국정부와 독일민주공

화국정부 사이에 상응하는 문서의 교환이 있는 후” 1973년 6월 21일의 공포 (연방법령집 II 559면)되었고 1973년 6월 22일 발효되었다.

## 2. 동서독 기본조약의 성립사

이 사건 조약에 대한 독일 연방헌법재판소의 판결을 올바로 이해·평가하기 위해서는 이 사건 조약이 체결되게 된 역사적 맥락을 이해하여야 한다. 독일의 다수의 문헌들은 이 사건 조약의 성립사에 대한 서술을 1969년 10월 28일 서독의 수상이 발표한 다음과 같은 내용의 연방정부의 성명으로 시작하곤 한다.<sup>5)</sup> 즉 “독일 연방공화국과 독일민주공화국이 건립된 지 20년이 지난 지금 우리는 독일민족이 헤어져 사는 것(Auseinanderleben)을 방지해야만 한다. 즉 우리는 규칙에 따르는 병존(Nebeneinander)을 거쳐 공존(Miteinander)으로 이행하는 시도를 해야 한다.”

이 정부성명에 들어 있는 두 개의 국가라는 표현을 이 사건 조약 체결의 전조로 평가했던 것이다. 그렇지만 이 성명은 서독이 동독과 체결하려는 조약에 대한 내용적 한계도 제시하고 있다. 즉 “독일에 두 개의 국가가 존재하더라도 그 국가는 상호 외국이 아니며, 그 상호관계는 특수한 종류인 것일 수 있을 뿐”이라는 것이다. 그밖에도 이 정부성명은 다음과 같이 이와 같은 입장이 완전히 새로운 것이 아님을 시사하고 있었다. 즉 “연방정부는 1966년 12월 연방수상 키징어(Kiesinger)와 그의 정부가 채택한 정책을 속행하고 동독 각의 (Ministerrat)<sup>6)</sup>에 정부차원에서의 비차별적으로 조약을 통해 합의된 협력을 목표로 하는 양자협상을 다시 제안한다.”

그렇기 때문에 이 사건 조약의 성립사를 서독의 동독에 대한 진지한 협상제안에서만 찾는다고 하더라도 1969년 이전의 시기도 함께 들여다보아야 한다.

5) O. Kimminich(각주 2), Der Grundlagenvertrag, S. 3 참조.

6) 동독 헌법상 각의는 공식적으로는 정부의 역할을 수행하며 국무원(Staatsrat)보다 우월적 지위를 갖지만 사회주의통일당의 당수이자 국가원수의 직에 오른 자의 성향에 따라 그 역할이나 존재감이 달랐다고 한다. 물론 전체주의의 특성상 실질적 최고기구는 사회주의통일당의 정치국(Politbüro)이며, 각의는 정치국에서 결정된 중요결정을 집행하는 역할을 수행하였다. 이에 대해서 자세한 것은 G. Brunner, Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, in: HStR I, 2. Aufl., 1995, § 10 Rn. 53 참조.

## (1) 독일의 패전과 분단

이 사건 조약의 체결에 선행하는 역사로서 먼저 1945년 5월 7일 프랑스 파리 동북부에 위치한 도시 랭스(Reims)에서 독일군이 무조건 항복한다는 문서<sup>7)</sup>에 서명하고 그 다음날부터 이 항복문서가 효력을 발휘하면서 공식적으로 시작된 다음과 같은 종전 직후의 독일의 역사를 기억할 필요가 있다.

즉, 전승4대국이 1937년 12월 31일 당시에 존재했던 국경의 독일을 분할점령하고 베를린 지역을 전승국의 공동관할하에 두면서도 독일을 하나의 경제적 통일체로 간주하는 한편 점령국들의 최고사령관들로 구성된 통제위원회(Der Alliierte Kontrollrat)가 독일문제를 관할하는 것 등을 내용으로 하는 1945년 6월 5일의 베를린 선언에 의한 독일에 대한 전승국의 최고통치권 행사의 공식화,<sup>8)</sup> 1947년 11월 25일에서 같은해 12월 15까지 독일문제에 관한 전승국외무부장관 회담의 결렬, 서방연합3국과 소련 사이에 국제정치적 이해관계의 충돌·대립이 노골화되면서 시작되는 독일의 분단, 1949년 5월 8일의 기본법 제정, 1949년 5월 23일 기본법 발효, 1949년 8월 14일 제1대 연방의회 총선, 1949년 9월 20일 초대 연방정부의 구성으로 이어지는 독일연방공화국(서독)의 창건과 1949년 3월 19일 헌법제정의회(Volksrat)<sup>9)</sup>에 의한 독일민주공화국(동독) 헌법의 의결, 1949년 3월 30일 인민대회(Volkskongreß)에 의한 이 헌법의 인준, 1949년 10월 12일의 동독 초대 정부의 수립으로 이어지는 동독의 창건 등이 그것이다.

## (2) 서독의 독일정책

나아가 이 사건 조약의 성립사를 이해하려면 그 후 양독에서의 독일문제와

7) “Die Kapitulation - Urkunden vom 4. bis 9. Mai unterzeichnet”, FR-online.de 참조.

8) 이 선언에는 독일의 최고통치권 인수가 독일의 병합을 의미하는 것이 아니라는 점도 명시되었다. 이 선언은 1945년 이후의 독일과 1945년 전의 독일이 동일한 국제법주체라는 생각, 다시 말해 독일국이 계속 존속한다는 생각의 토대가 되었다. 이에 대해서는 G. Zigger(각주 1), *Zwei Staaten in Deutschland*, S. 128 f. 참조.

9) 서방연합국측 점령지역에서 추진되었던 기본법제정준비작업에 대응하기 위하여 소련 점령지역에서 동독 헌법을 마련하기 위하여 제2회 독일인민대회가 대표자를 뽑는 선거는 없었지만 의회의 형식으로 소집한 헌법제정회의. 이에 대해서는 G. Brunner(각주 6), Rn. 5 참조.

관련하여 중요한 의미가 있는 상황 전개에 대한 개관을 확보해야 한다.<sup>10)</sup>

1949년 10월 21일 서독 정부는 소련 점령하의 독일 지역에는 독일 인민의 자유로운 의사가 존재하지 않으며 따라서 서독이 독일통일이 달성될 때까지 독일국민의 정당성 있는 유일한 국가조직이라고 선언하였다. 미국, 영국, 프랑스는 1950년 9월 18일의 뉴욕외무장관회담에서 서독 정부의 주장에 동조하면서 유일하게 자유롭고 정당하게 구성된 정부인 서독정부가 “국제적 사안에서 독일국민의 대표로서 독일을 위하여 발언”할 권리를 보유하고 있음을 확인하였다.

서독은 1955년 발효된 독일조약을 통해서 내정은 물론 대외문제에 대한 주권의 대부분을 회복하였다.<sup>11)</sup> 물론 독일조약에서도 서방연합3국이 전승국으로서 보유하고 있던 베를린과 독일 전체에 권리와 책임은 유지되었으며, 그에 따라 서독의 주권도 계속하여 제한을 받았다. 전승국의 이와 같은 권리와 책임은 서독에게는 주권의 제한을 의미하기도 했지만 독일의 국경문제를 비롯한 이른바 독일문제를 미결의 상태로 남겨두고 독일통일에 대한 전승국의 책임을 묻는 국제법적 근거로 작용하기도 했다. 그에 따라 독일문제에 대해서도 서독이 단독으로 결정할 수 없고 일차적으로 각기 자신들의 이익을 추구하는 전승국들의 의사에 좌우되게 되어 있었다. 요컨대, 전승국의 독일에 대한 권리와 책임은 서독에게는 위협요소인 동시에 독일정책에 유리한 요소이기도 한 것이었다.<sup>12)</sup>

서독 정부의 독일을 위한 단독대표권 주장은 동독과 그 동맹국들의 반발을 샀다. 즉 그들은 서독의 그와 같은 주장을 서독의 제국주의적 측면과 유럽에 대한 해계모니를 장악하려는 기도를 보여주는 것이라고 비난하였다.<sup>13)</sup> 아테나워 서독 수상은 서독과 공식적 외교관계를 수립하고 있는 제3국이 동독과 외교관계를 맺는 것을 독일 분열의 심화를 조장하는 비우호적 태도로 보겠다는 것으로 자신의 정책을 구체화하였다.<sup>14)</sup> 서독은 이와 같은 입장을 1955년 외교

10) 여기서는 주로 O. Kimminich(각주 2), S. 3 ff.를 참고 하였음. 그밖에도 이에 대해서 보다 상세한 것은 R. Bernhardt(각주 3), Rn 1. ff.; G. Ress, Grundlagen und Entwicklung der innerdeutschen Beziehungen, in: HStR I, 2. Aufl., 1995, § 11 Rn. 1 ff. 참조.

11) 이에 대해서는 G. Ress(각주 10), Rn. 7 참조.

12) 이에 대해서는 R. Bernhardt, Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 38 (1980), S. 20 ff. 참조.

13) 동독 인민의회, 5대의회, Berlin 1967, S. 814. 여기서는 O. Kimminich(각주 2) 전개문헌에서 재인용.

14) 1955년 9월 22일 연방의회에서의 해명.

관계 수립시 당시 소련의 수상이던 불가닌(Bulganin)에게 보낸 공한에서 공식화한 뒤 이를 이른바 할슈타인독트린(Hallstein-Doktrin)<sup>15)</sup>에 반영하였다. 할슈타인독트린은 1965년부터 동독을 승인하는 제3국과의 외교관계를 단절하지 않고 “그때그때 적절한 수단으로” 대응한다는 입장으로 후퇴하였다.

서독은 물론 전승국들도 독일의 재통일 계획을 제시하였다. 전승국들은 1955년 7월 제네바정상회담에서 독일문제의 규율 및 자유선거에 의한 독일의 재통일에 대하여 공동의 책임이 있음을 강조하였다. 그러나 소련은 1955년 9월 20일 동독과 외교관계를 수립한 이후에는 독일의 재통일은 전적으로 양독의 문제라는 입장을 견지하였다. 이때부터 소련과 동독은 독일 전체의 자유선거에 입각한 통일을 거부하였다.

서방연합국측은 이 시점부터 1955년의 제네바정상회담에서 제시된 원칙에 입각한 독일의 재통일을 위하여 노력하였다. 1955년 10월 제네바에서 개최되었던 외무장관회담에서 서방연합국측은 이른바 에덴계획(Eden-Plan)<sup>16)</sup>에 입각한 독일 재통일 계획을 제시하였고 이 계획과 재통일과정에서 모든 관련 국가들, 즉 독일과 서방연합국을 위한 안전보장을 내용으로 하는 확약을 담은 조약을 결부시켰다. 이에 대항하여 소련은 서독과 동독의 의회 대표자들로 구성되는 전독참사원을 구성하여 동·서독의 관심사에 대하여 협의하자고 제안하면서도 전체독일에서의 자유로운 선거는 명시적으로 거부하였다.

서방연합국의 제안이 거부된 뒤 서독 정부는 직접 소련을 상대로 1956년 9월 2일의 각서를 통해 독일의 통일성을 회복하여야 할 전승국으로서의 의무를 이행할 것을 촉구하였다. 그렇지만 소련은 재차 독일에서 2개의 독일국가가 이미 성립하였다는 점과 사회주의 건설의 길을 걷고 있는 동독의 이익을 희생하는 독일의 재통일은 있을 수 없다는 점을 강조하였다. 소련 수상 불가닌은 아테나워 수상에게 보낸 1957년 2월 5일의 공한에서 이와 같은 입장을 다시 확인하면서 서독 정부에 대하여 독일에 두 개의 독일 국가가 존재한다는 사실을 인정할 것을 촉구하였다. 아테나워는 이에 대한 1957년 2월 22일의 답신을 통

15) 서독이 동독을 외교적으로 고립시키기 위하여 전체독일에 대한 단독대표권에 입각하여 1955년에서 1969년까지 추진했던 외교정책의 원칙으로서 1951-1958년 외무부차관으로 재직했던 Walter Hallstein의 이름을 따 명명되었다.

16) 영국의 외무장관 로버트 앤서니 에덴(Robert Anthony Eden)의 이름을 따 명명된 유럽의 결속과 독일의 조속한 재통일을 위한 계획으로서 그가 1952년 9월 16일 및 1954년 1월 25일에서 2월 18일 베를린에서 개최된 외무장관회담 기간 중 제시하였다.



해 서독 정부의 기존 입장을 재차 분명히 하였다. 이 공한에는 무엇보다도 동독지역의 1,700만 독일인에게 자유를 인정할 것을 촉구하였다. 서독 정부는 소련에 대한 수차례의 각서와 메모를 통해 독일 전체에서의 자유로운 선거의 실시를 허용할 것을 거듭 요청하였다.

### (3) 동독의 독일정책

소련은<sup>17)</sup> 1949년 10월 7일 발효된 동독 헌법을 통해 자신의 점령지역에 독일민주공화국(동독)을 조직하는 한편, 전체 독일을 그 나름의 구상대로 재조직하려고 했다. 1946년 말 사회주의통일당(SED)이 제시한 전체 독일의 헌법초안에 따르면 동독이 전승국이 점령한 독일 모든 지역을 관할하도록 되어 있었다. 물론 ‘전체’독일민주공화국은 공간적으로 소련이 점령하고 있던 독일의 부분에 국한되어 있었다. 당시의 동독헌법은 서독의 기본법에 비하여 더 노골적으로 전체 독일의 이익을 대변할 수 있는 유일한 정당성을 동독이 보유하고 있다는 것과 동독헌법이 잠정적 성격을 띠는 점을 드러내고 있다.

1954년경까지는 동독도 자신이 독일의 유일한 정통성 있는 국가라고 주장하면서 독일의 영역에서 서독을 배제하려 하였다. 서독은 서독대로 유사한 독일 정책을 전개하면서 동독을 배제하려 하였다는 점을 감안하면 당시까지는 양독이 서로 유일한 정통성을 주장하며 상대방을 독일에서 몰아내기 위해 경쟁한 것이다. 그런데 소련은 동독을 통한 이와 같은 독일정책을 1954-1955년경부터 변경하였다. 1954년 1월 25일에서 2월 18일까지 베를린에서 진행된 외무장관 회담에서 소련 외무장관 몰로토프(Molotov)는 공식석상에서는 처음으로 독일에 두 개의 독일 국가가 존재하며 또 그렇기 때문에 독일의 통일을 위해서는 양독의 합의가 필요하다는 언급을 하였다.

소련은 1954년 3월 25일 동독이 주권국가임을 일방적으로 선언하는 한편, 1955년 9월 20일 이를 조약의 형식으로 공식화한 데 이어 독일의 국제법주체성이 소급적으로 소멸하였음을 선언하였다. 소련은 이처럼 두 개의 독일정책을 공개적으로 추진하기 시작하였다. 그 이후 군대의 창설, 새로운 고유의 국기

17) 소련과 동독의 두 개의 독일 정책에 대해서는 G. Zigger(각주 1), *Zwei Staaten in Deutschland*, S. 130 ff. 참조.

제정, 독일국적과는 별개의 독자적인 국적의 채택 등 다수의 정치적·법적 조치들을 통해서 동독이 독자적인 국가성을 갖고 있음을 부각시키려 하였다. 동독은 마침내 1978년 4월 6일 헌법 제8조 제2항에서 두 개의 국가 정책을 헌법 규범으로 격상시키기까지 했다.

동독의 각의는 1957년 7월 26일 독일의 통일을 위한 국가연합안을 제안하였다. 즉 국제법적 차원에서 체결되는 조약을 통해서 국가연합(Staatenbund)의 형태로 독일의 재통일을 이루자는 것이었다. 서독 정부는 1958년 1월 20일의 성명을 통해 재통일에 대한 권한은 전적으로 독일민족에게 있고, 따라서 정부간 합의가 아니라 독일 전체에서 실시되는 자유로운 선거를 통해서만 가능하다는 이유로 이 제안을 거부하였다.

소련은 동독의 국가연합안을 1959년 1월 10일의 발표된 평화조약초안에 반영하였다. 이에 따르면 독일 측에서는 동·서독이 각각 평화조약에 서명을 하며, 양독이 평화회담 이전에 국제법적 조약을 통해 국가연합을 결성하게 되면 이 국가연합도 평화회담에 참여할 수 있도록 되어 있었다. 1959년 여름 서방연합국은 제네바외무장관회담에서 유럽안전보장체계의 단계적 구축과 맞물려 있는 독일의 단계적 통일계획을 제시하였다. 이 계획에 의하면 독일의 재통일은 독일 전역에서의 자유로운 선거, 전체 독일을 대표하는 정부의 구성, 전체 독일과의 종국적인 평화조약 체결의 단계를 거치게 된다. 소련은 1959년 1월 자신이 제안한 평화조약안을 상기시키면서 서방연합국이 제시한 독일통일계획을 거부하였다. 소련은 1964년 6월 12일 동독과 우호, 상호원조 및 협력에 관한 조약을 체결하였다. 이 조약의 전문에서 조약의 당사자들은 독일의 재통일 실현을 고백하면서도 제7조에서는 주권을 가진 두 개의 독일국가들이 존재하고 있다는 점을 강조하고 이 두 주권국가들 사이의 평등한 협상과 협의를 통해서 평화를 애호하고 민주적이며 통일된 독일민족의 국가를 창설하는 것만이 통일의 유일한 길임을 밝히고 있다.

서방연합국은 1964년 6월 26일의 성명을 통해 동독과 소련의 1964년 6월 12일의 조약에 포함된 독일의 법적 상태에 대한 서술을 거부하면서 다음과 같이 주장하였다. 즉 “우리 세 정부는 독일연방공화국 정부를 자유롭고 합법적으로 성립하였으며, 따라서 국제적 사안에서 독일국민을 위하여 발언할 수 있는 권리를 가진 유일한 독일정부로 본다. 우리 세 정부는 동독의 정권(Regime)도,

독일의 동부지역에 국가가 존재한다는 것도 인정하지 않는다. 이 이른바 국가의 ‘국경’에 대한 규정들과 관련하여 우리 세 정부는 거듭하여 독일과 베를린에는 국경이 아니라 ‘군사분계선’ 및 ‘점령지역의 경계선’만이 존재할 뿐이며 6월 12일의 협정이 원용하고 있는 협정에 의거하여 독일 국경의 최종적 확정은 전체 독일을 위한 평화조약이 체결될 때까지 유예되어야 한다는 것을 확인한다.”

#### (4) 동서 긴장완화와 동서독기본조약의 체결

1962년 쿠바 미사일 위기를 계기로 초강대국 미국과 소련은 돌발사태로 인한 전면전의 발발의 위험에 대비하여 상호 핫라인을 설치하였다. 그 후에도 미소 양대국은 핵실험 제한조약(Partial Test Ban Treaty, 1963), 우주조약(Outer Space Treaty, 1967), 핵확산방지조약(Nuclear Non-Proliferation Treaty, 1968) 체결을 주도하면서 동서간에 해빙무드가 조성되기 시작하였다. 1969년에는 바르샤바조약기구의 제안에 나토조약기구가 화답하면서 1971년 전략무기제한협정(SALT 1)이 체결되게 된다. 이와 같은 동서간 긴장완화 분위기는 양독 관계에도 영향을 미쳤다.

기민당과 사민당 간의 대연정을 통해 구성된 서독 정부는 1966년 12월 13일의 정부성명을 통해서 독일의 두 부분 사이의 관계를 “전력을 다해 촉진하기” 위하여 동독의 관청들과 접촉할 용의가 있음을 밝혔다. 1967년 4월 12일 서독 정부는 동독에게 인도적 문제의 개선, 경제·교통기술분야에서의 협력, 문화교류를 비롯한 16개항의 구체적인 대화주제를 제안하였다. 그러나 동독의 각의(Ministerrat) 의장은 1967년 5월 10일의 서독 수상 키징어에게 보낸 공한을 통해 이러한 제안을 수용하지 않는 대신 양독 관계를 정상화하기 위한 협상을 하자는 제안을 하였다. 서독 정부는 1967년 6월 13일의 공한을 통해 1967년 4월 12일에 제시한 대화주제들을 상기시키면서 즉시 이 주제에 대한 협상을 할 대표자를 임명하자는 제안을 반복하였다. 그러자 동독은 이 제안을 수용하지 않는 대신에 1967년 9월 18일 양독 사이의 정상적 관계를 형성하고 장려하는 것을 목적으로 하는 조약의 초안을 제시하였다. 동독은 이 초안을 통해 일반적으로 승인된 국제법원칙들이 양독 사이의 관계의 기초가 되어야 한다고 주장

하였다. 서독 수상 키징어는 1967년 9월 28일의 답신을 통해 동독과 대화할 의사가 있음을 밝히면서 연방수상실 차관(Staatssekretär im Bundeskanzleramt)을 협상주체로 제시하였다.

서독 정부는 이와 같은 제안에 이어 상술한 바 있는 1969년 10월 28일의 정부성명을 발표하였다. 동독에 대한 국제법적 승인의 거부는 물론 동독과 그 동맹국들이 1967년 4월 26일 각국 공산당이 칼스바트(Karlsbad) 성명을 통해 거듭 제기했던 명시적 요구를 일축하는 것이었다. 1969년 10월 28일의 서독 정부의 성명에 들어 있는 “독일 내의 두 개의 국가”라는 표현은 서독이 그러한 승인을 할 용의가 있는 것으로 해석되었고 바르샤바조약기구 가맹국들은 1969년 12월 3-4일 개최된 모스크바 회담을 통해 서독에서 시작된 두 개의 독일국가 사이의 협력과 협의를 모색하는 현실주의적 정책을 환영하였다. 이들은 동독에 대한 승인에 대해서는 명시적으로 언급하지는 않았고 단지 모든 국가가 국제법의 토대 위에서 동독과 평등한 관계를 수립할 것을 촉구하였을 뿐이다.

동독의 국무원장(Vorsitzender des Staatsrats)<sup>18)</sup>인 발터 울브리히트(Walter Ulbricht)는 평화로운 공존의 원칙에 부합하는 동독과 서독 사이의 평등한 관계라는 공식을 1969년 12월 17일 서독의 연방대통령인 하이네만(Heinemann)에게 보낸 공한에서 동서독 관계 규율에 관한 제안의 기초로 삼았다. 그는 이 공한을 통해 동독 각의가 승인한 조약초안을 제시하였다. 그 초안은 9개 조항으로 이루어져 있는데 그 골자는 일반적으로 승인된 국제법의 원칙에 입각한 평등한 관계의 수립, 영토의 불가침성 및 국경의 존중, 오데르-나이세(Oder-Neiße)강을 경계로 하는 독일과 폴란드 사이의 국경 인정, 무력행사 및 핵무기의 포기 등이었다. 서독 정부는 이와 같은 제안을 동독정부가 자신과 협상을 할 용의가 있음을 보여주는 것으로 평가하면서도(1970년 1월 19일의 성명) 동독이 독립적인 민족국가라는 울브리히트의 표현을 단호히 거부하였다.

서독 수상 빌리 브란트는 1970년 1월 22일의 공한을 통해 동독에게 장관급 회담을 제안하였다. 동독 국무원장인 빌리 슈토프(Billi Stopf)는 1970년 2월 11

18) 국무원(Staatsrat)은 1960년 설치된 동독의 국가기구로 처음에는 사회주의통일당 당의장인 울브레히트가 자신이 중요하다고 생각한 국사를 다루며 자신을 위대한 정치인이자 국부처럼 포장하기 위한 정치적 권력의 도구로 활용되었다. 1968년 헌법은 국무원을 대체의회, 최고통치회의, 헌법의 수호자로 그리고 그 의장을 동독의 국가원수로 규정하였다. 그러나 울브레히트가 당의장직에서 퇴임한 뒤 국무원의 영향력이 퇴조하였다가 1976년 10월 호네커가 국무원장이 된 후 그 영향력을 되찾았다고 한다. 이에 대해서는 G. Brunner(각주 6), Rn. 49 f. 참조.

일의 답신에서 브란트와의 회동을 제안하면서 평등 및 비차별의 원칙은 동독과 서독은 상호 상대방의 현상, 즉 동권의 주권적인 국제법주체임을 승인하고 존중할 것을 요구하고 있음을 다시금 강조하였다. 1970년 3월 19일 마침내 브란트가 슈토프와 회동하였다. 브란트가 특별기차로 동독 도시 에어푸르트(Erfurt)<sup>19)</sup>로 이동하여 슈토프와 회동한 것은 양독이 창건된 이후 최초의 양독 정상회담이었다. 그러나 두 정상은 이미 발표된 바 있는 기존의 요구와 입장을 반복하였다. 슈토프는 국제법에 기초한 동독과 서독 사이의 일체의 차별이 없는 평등한 정상적 관계의 수립을 앞세웠고, 브란트는 두 국가가 독일민족의 통일성을 수호할 의무가 있으며 상호관계에서는 외국이 아니라는 것으로 자신의 입장을 요약하였다. 에어푸르트 회동에서는 구체적인 결과가 나오지는 않았으나, 양측에서는 모두 회담이 유익한 것으로 평가하였다.<sup>20)</sup>

에어푸르트에서 시작된 대화는 1970년 5월 21일 서독 도시인 카셀(Kassel)에서의 회동으로 이어졌다. 브란트는 이른바 카셀 20개항을 제시하였는데 이는 서독정부가 당시는 물론 후일에도 독일정책의 기초로 삼은 것이었다.

슈토프는 이 회동에서 브란트가 서독 정부가 추진하는 정책의 지향점 및 전략적 목표를 묻는 자신의 질문에 대한 답을 계속 주지 않고 있다는 점을 상기시키면서 서독 정부가 유럽의 현상, 유럽의 현존하는 국경을 유보 없이 그리고 중립적인 것으로 승인할 용의가 있는지 그리고 동서독 사이에 평등한 국제법적 관계의 수립을 내용으로 하는 조약을 체결할 용의가 있는지를 구체적으로 물었다.

카셀 회동 후 동독은 잠시 생각할 시간을 가질 것을 제안하였다. 1970년 11월 27일 서독 연방수상실 차관 에곤 바르(Egon Bar)와 동독 각의실 차관 미카엘 콜(Michael Kohl)이 대화를 시작하였다. 대화가 진행되던 중에 서독은 1969년부터 소련과 관계개선을 위한 조약체결을 위한 협상을 시작하여 마침내

19) 정상회담의 장소가 동부베를린이 아닌 에어푸르트로 결정된 배경에는 서부베를린의 지위 문제가 있었다. 동독은 브란트가 비행기로 직접 동부베를린으로 와서 회담할 것을 제안하면서 동부베를린 방문 전후로 서부베를린을 경유하지 말 것을 요구하였다. 브란트는 동독의 요구가 “서독과 서부베를린은 아무런 관계가 없다”는 것을 인정하라는 것이기 때문에 서부베를린에서 동베를린으로 전철로 이동하려고 했다. 회담장소 문제로 정상회담 개최가 난항에 직면하자 소련의 그로미코 외무장관이 회담장소로 동독의 에어푸르트를 제안하면서 회동이 성사되게 되었다. 이에 대해서는 손선홍, 분단과 통일의 독일 현대사, 소나무, 2005, 167-168 참조.

20) 손선홍(각주 19), 171 참조.

1970년 8월 12일 이른바 모스크바 조약을 체결하였다. 이 조약 제3조에서 양국은 유럽에 있는 모든 국가들 사이에 이 조약 서명 당시에 존재하는 국경을 동서독 사이의 국경을 포함하여 불가침적인 것으로 본다고 명시하고 있다. 또한 이 조약을 체결할 때 서독 정부는 동독과의 통상적인 효력을 갖는 국가간 조약을 체결할 의도를 밝히는 성명을 발표하였다.

이와 같은 경과를 거치면서 이 사건 조약의 골간이 드러났다. 양국의 차관이 본과 동부베를린을 70차례 이상 오가면서 조약의 표현을 둘러싼 줄다리기가 진행되었다. 그러나 이 협상과정에서 먼저 서부베를린으로 인한 동서간의 무력 충돌의 위협을 해소하고 동·서간의 긴장을 완화하기 위해 체결된 베를린의 지위에 관한 전승국간의 협정이 동·서독에게 구체화하도록 위임한 서부베를린 통행, 동·서부베를린 사이의 교통, 통신의 연결 등의 문제에 대한 규율을 포함하는 1971년 9월 30일 우편 및 전신에 관한 의정서, 1971년 12월 17일 통과협정, 1972년 5월 26일 교통조약을 다듬어 냈다. 1971년 12월 20일에는 동독과 서부베를린 정부(Senat) 사이에 체결된 여행 및 방문 교류 조건의 완화와 개선에 관한 협의서에 대한 서명이 이루어졌다. 베를린협정은 이처럼 발효를 위한 모든 전제조건이 충족되자 1972년 6월 3일 발효되었다.

그런데 이 사건 조약 체결만이 아니라 동방정책 자체가 서독 보수진영의 격렬한 반발에 직면하였다. 모스크바조약과 바르샤바조약에 독일민족의 자결권이 명시되지 않았고 국경문제가 강화조약 체결시까지 유보되지 않았다는 것 등이 그들의 주된 반대이유였다. 브란트는 유럽에서의 긴장 완화와 평화 유지, 동독과의 관계 개선에 기여한 공로로 1971년 노벨평화상을 받았으나, 국내에서는 동방정책 때문에 야당은 물론 여당 및 연정 파트너인 자민당의 일부 의원들의 강력한 반대에 직면하여 정치적 위기에 빠졌다. 동방정책을 반대하는 2명의 사민당(SPD) 의원이 당적을 기민당(CDU)으로 변경하기도 하였다.<sup>21)</sup> 집권세력은 동방정책의 현실적 필요성을 강조한 반면 야당은 그 위험성을 부각하면서 동의를 거부하였다.<sup>22)</sup> 브란트는 야당이 제출한 건설적 불신임안에 대하여 1972년 4월 27일 실시된 투표에서 2표 차이로 가까스로 불신임 위기를 넘겼다. 브

21) 동방조약에 대한 의회의 동의를 둘러싼 공방 및 브란트의 정치적 위기에 대해서 자세한 것은 손선홍(각주 19), 189 이하 참조.

22) 하겐 솔체, 반성원 옮김, 새로 쓴 독일 역사(Kleine Deutsche Geschichte), 지와 사랑, 2003, 333 이하 참조.

란트 정부와 야당은 1972년 5월 17일 모스크바조약과 바르샤바조약에 대한 동의의 조건으로 “베를린과 전체독일에 대한 전승4대국의 권한과 책임은 변함이 없으며, 모스크바조약과 바르샤바조약은 평화통일을 달성하려는 서독의 노력에 반하지 않는다”는 취지의 공동결의문을 발표하기로 정치적 타협을 하였다.<sup>23)</sup>

서독 국내정치무대에서 전개된 정치적 갈등과 타협의 드라마를 거치면서 마침내 베를린 문제에 대한 만족스런 구울이라는 조건이 붙어 있었던 모스크바조약, 바르샤바조약과 같은 동방조약들도 필요한 비준절차를 거친 뒤 1972년 6월 3일 발효되었다. 그 후에 비로소 이 사건 조약을 체결하기 위한 협상이 시작되었다. 이 사건 조약은 1972년 11월 7일에 체결되고 1972년 12월 21일 동베를린에서 그에 대한 서명이 이뤄졌다.

### Ⅲ. 사건의 개요 및 주요쟁점

#### 1. 사건의 개요

##### (1) 청구인 바이에른 주정부의 청구와 이유<sup>24)</sup>

1973년 5월 28일 바이에른 주정부는 기본법 제93조 제1항 제2호와 연방헌법 재판소법 제13조 제6호 및 제76조의 추상적 규범통제를 통해서 “독일연방공화국과 독일민주공화국 관계의 기초에 관한 1972년 12월 21일의 조약에 관한 법률은 기본법과 합치되지 않으며 따라서 무효”임을 확인해 줄 것을 청구하였다:

바이에른 주정부는 이 청구의 주요이유를 다음과 같이 주장하였다:

‘이 사건 조약은 독일의 국가적 통일성의 유지라는 명령에 저촉된다. 이 사건 조약은 기본법에 의해 폐기된 법적 견해, 즉 독일국(Deutsches Reich)이 몰락하였으며 구독일의 영토 위에 2개의 상호 독립적인 국가가 새로이 창건되었다는 견해에 입각하고 있다. 이 견해에 따르면 서독은 더 이상 전체독일을 대

23) 여야 공동결의의 이 사건 조약에 대하여 갖는 의의에 대하여 상세한 것은 Friedrich Klein, Zur Anwendbarkeit der Gemeinsamen EntschlieÙung vom 17. 5. 1972 auf den Grundlagenvertrag, in: FS Werner Weber zum 70. Geburtstag, 1974, S. 105 ff. 참조.

24) BVerfGE 36, 1 (7 ff.).

표하지 못하며, 또한 - 자결권도, 통일의 권리도 명시하지 않고 오직 현상을 평화적 수단으로 변화시키기 위해 노력한다는 정치적 목표만을 담고 있는 - 독일의 통일에 관한 공한도 이런 사정을 바꾸지는 못한다. 그러나 기본법에 따르면 독일의 통일성은 연합국의 유보권만 아니라 서독의 법규범과 기관을 통해 계속 유지되고 있다.

또한 이 사건 조약은 기본법상 재통일의 명령에 위반된다. 이 사건 조약은 동독을 서독과 동등한 권리를 갖는, 독립적이고 자주적인 국가로 인정하고 있다. 존속을 상호 보장하는 2개의 주권국가가 독일국을 대신하게 되며, 이는 독일의 분할을 초래한다. 이 사건 조약에 따라 그 동안의 (동서독간의) 경계선은 자유의사에 의한, 그리고 조약으로 합의된 국경선이 된다. 이것은 기존의 분열을 더욱 심화시키고 따라서 재통일의 명령에 저촉된다. 따라서 이 사건 조약으로 조성된 상태가 그 이전보다 “기본법에 더 근접”하는 것이라는 이유로 이 사건 조약을 정당화할 수 없다.

그 밖에도 이 사건 조약은 베를린에 관한 기본법규정과도 합치될 수 없다. 이 사건 동의법상의 베를린조항은 일반적인 형식과 구별된다. 동부베를린조항은 “조약상의 규정이 베를린에 관련되는 경우에는 베를린이 이 조약의 적용을 확인할 때에 베를린 내에서도” 이 사건 동의법이 적용된다고만 규정하고 있다. 이에 따라 그 조항에서는 서부베를린에 관한 양측의 선언만이 파악된다. 그러나 이 사건 조약은 베를린의 지위에 관련되지 않는 문제, 예컨대 비상업적 물품교역의 개선도 규율하고 있다. 그런데 이 사건 조약은 이와 관련하여 베를린을 배제할 수 없다. 또한 서부베를린에 관한 선언문도 위헌이다. 왜냐하면 제7조에 대한 부속의정서에서 예정된 규약과 규율은 각각의 경우에 서부베를린에 확장적용될 가능성이 있기 때문이다. 그러나 그 확장적용여부가 장차 동독의 동의여부에 달려 있어서 그 확장적용이 더 이상 보장되고 있는 것은 아니며, 따라서 기본법 제23조 제1문과 충돌한다. 또한 동부베를린의 주권성을 동독이 승인하고 있는 것도 기본법 제23조 제1문과 합치될 수 없다.

끝으로 이 사건 조약은 기본법에 근거를 두고 있는, 독일민주공화국에 정주하고 있는 독일인에 대한 외교적 보호의무 및 사회적 구조의무(Schutz- und Fürsorgepflicht)에 위반된다. 동독에서 살고 있는 사람들은 기본법 제116조가 의미하는 독일인이다. 그러나 이 사건 조약 제6조는 서독이 동독의 영역에 정



주하고 있는 사람들을 위하여 개입하는 것을 막고 있다. 그 결과 서독의 외교 공관이 제3국에서 동독 소속 독일인들에게 도움을 주려고 할 때에도 어려움이 생기게 된다. 아무튼 동독과의 조약은 그 조약 내에 - 말하자면 최소한의 헌법적인 요청으로서 - 모든 독일인이 동독으로부터 서독으로 나올 수 있는 자유가 구속력 있게 합의될 때에만 체결될 수 있다.

## (2) 절차참가인인 연방정부의 청구와 이유<sup>25)</sup>

이에 대하여 서독 연방정부는 이 사건 조약에 관한 1973년 6월 6일의 법률은 기본법과 합치됨을 확인해 줄 것을 청구했다. 서독 정부는 바이에른정부의 청구가 주장요건을 충족하지 못해 각하되어야 한다는 주장 이외에 이 사건 조약 등이 합헌으로 선언되어야 하는 주요 이유로서 다음과 같은 것을 주장하였다 :

‘바이에른 주정부는 자신의 순수한 정치적 생각을 기본법에 들어 있는 법원칙인 것처럼 해석하였고, 이 사건 조약을 해석할 때 자신의 정치적 평가를 일반적으로 끌어들이었으며, (이 사건 조약의 체결과 관련한) 정치적 기초를 완전히 도외시하였고, 이 사건 조약의 분명한 내용에도 불구하고 기본법의 핵심적 목표들과의 일치 속에서 이 사건 조약을 통해 추구하는 의도를 부정하고 있기 때문이다.

이 사건 조약에 대한 대안은 존재하지 않는다. 우리가 이 사건 조약 발효후의 상황을 이 사건 조약이 체결되지 않았을 경우의 상황과 비교하면 그 장점은 명백하다. 이 사건 조약은 실제로 평화의 유지라는 헌법적 목표에 기여하며, 또한 인류에게 실제적 이익을 줌으로써 인도주의라는 헌법적 목표에도 기여한다. 그리고 이 사건 조약은 기본법제정자들과 마찬가지로 독일의 존속을 확고히 견지하고 있다. 이 사건 조약은 - 기본법제정자들의 생각에 부합되게 - 서독의 이익이 아니라 전체민족의 이익에 정향되어 있으며, 독일문제를 미결로 남겨두고 있다.

기본법은 (서독과 독일국이 동일한 국가라는) “동일성 명제”를 확실히 따르고 있는 것이 아니라 서독과 독일을 구분하고 있다. 이 사건 조약도 재통일의 명령과 모순되지 않는다. 왜냐하면 서방 3대강국은 4대강국의 유보를 전체로서

25) BVerfGE 36, 1 (10 ff.).

의 독일에 적용하여야 할 의무를 계속 지고 있기 때문이다. 이 사건 조약은 전체로서의 독일이 권리주체로 계속 존재하고 있다는 입장을 포기하는 것이 아니다. 이 사건 조약은 동독을 외국으로 규정하는 것을 피하고 있고, 또 독일민족의 통일성 및 독일의 국적도 고수하고 있다. 또한 이 사건 조약은 동독에 대한 국제법적 승인을 포함하고 있지도 않다. 이 사건 조약을 통해 정치적으로 달성 가능한 것을 달성하고 있으나, 이 사건 조약은 법적으로든 실제적으로든 재통일의 전망을 - 그것이 어떤 형태로 실현되느냐에 상관없이 - 저해하고 있지 않다. 이 사건 조약은 정치적 영역과 인도적 영역에서 개선을 가져오며, 나아가 더 많은 개선을 가져올 협정들을 요구할 수 있는 근거가 된다. 이 사건 조약은 아무 것도 종결짓지 않았으며, 어떤 것도 최종적으로 규율하지 않고 있다. 반대로 이 사건 조약은 장래의 개선을 위하여 현상(現狀)을 열어 두고 있으며, 이를 위한 기초를 마련하고 있다.

베를린의 지위는 이 사건 조약에 의해 영향을 받지 않는다. 베를린의 지위는 - 이 사건 조약의 당사자들이 변동시킬 수 없는 - 4대강국의 합의에 의해 이미 확정되어 있다는 것 때문에도 그러하다.

동독의 영역에서 정주하고 있는 독일인들의 외교적 보호와 사회적 구조에 대하여 책임을 질 서독정부의 의무는 기본법상 존재하지 않는다. 서독의 연방기관이 외국에서 독일인을 보호하고 구조할 수 있는 권한은 이 사건 조약에 의해 법적으로건 실제적으로건 달라진 것이 없다. 모든 독일인이 동독으로부터 나올 수 있는 자유는 인도적 관계를 구체적으로 개선하는 데 기여하게 될 협정의 헌법적 전제가 아니다.<sup>26)</sup>

### (3) 심판대상<sup>26)</sup>

이 사건 추상적 규범통제절차에서 심판의 대상은 1973년 6월 6일의 이 사건 동의법과 이와 관련된 이 사건 조약 및 부속의정서이다. 이 사건 동의법 제1조가 동의와 관련이 있는 것으로 명시하지 않은 그 밖의 조약 관련 부분들은 애당초 규범통제의 대상에서 제외되었다. 이들은 이 사건 조약에 대한 전체적 평가에 대해 의미가 있으며, 따라서 이 사건 조약의 해석을 위한 자료로 활용될

26) BVerfGE 36, 1 (13 ff.).

수는 있다.

이 사건 동의법 제1조와 관련된 그 밖의 각서, 유보, 선언, 공한 등이 규범 통제 대상이 될 수 있는지에 대해서 연방헌법재판소는, 이들은 이 사건 조약에 부수되는 것이며, 부분적으로는 선언적 내용만을 갖고 있고 그 밖의 경우에는 그 내용상 기본법에 반할 수 없다는 등의 이유로 판단하지 않았다. 그러나 이것들은 이 사건 조약의 해석을 위한 중요한 자료로 활용될 수 있고 또 실제로 활용되었다. 이 사건 조약 자체의 전문도 심판대상에서 제외되었지만 이 사건 조약의 해석을 위한 자료로 활용되었다.

## 2. 주요 쟁점

이 사건 조약은 양독의 동권성(제1조), 주권적 평등, 독립성, 자주성, 자결권, 영토의 불가침성에 대한 존중과 같은 국제연합헌장에 규정된 목표와 원칙에 따라야 할 양독의 의무(제2조), 현 경계의 불가침성의 확인(제3조), 서독의 독일의 이익을 위한 단독대표권 포기를 초래하는 국제사회에서 양독 상호간의 타국 문제에 대한 대리 금지(제4조), 상호불간섭, 대내외적 사안에서 독립성 및 자주성의 상호 존중(제6조) 등을 내용으로 한다. 그에 따라 이 사건 조약은 그 자체로서 서독이 동독을 하나의 국가로서 국제법적으로 승인하는 것은 아니지만 사실상 국가로 승인하는 결과를 초래한다.

첫째, 이 사건 조약은 서독의 평화와 안정을 보다 공고하게 구축하기 위한 동방정책의 일환이자 장기적으로 독일의 재통일의 기반을 닦기 위한 독일정책의 산물이었다. 따라서 국내·국제정치와 헌법과 국제법이 착중하는 영역의 문제를 규율하는 이 사건 조약의 합헌여부를 통제할 때 헌법재판소가 동의법을 제정하는 입법기관과 이 사건 조약을 체결한 연방정부 등 정치기관의 형성권 및 그들이 선택한 수단의 효과에 대한 예측에 대하여 어느 정도의 강도로 심사할 수 있는지, 즉 심사기준이 쟁점이 되었다.

둘째, 이 사건 조약이 독일국의 근간이 되는 영역에서 2개의 주권을 가진 국가가 형성되었다는 것을 공식화함으로써 독일국은 계속 존속하고 있고 또 이 독일국과 그것이 재조직된 서독이 동일한 국가라는 기본법의 국가적 토대를

부인하고, 따라서 국가적 통일성의 유지라는 기본법적 명령에 저촉되는지가 핵심쟁점이었다. 이와 관련하여 서독 정부는 ‘기본법은 통일성 명제를 확실히 따르고 있는 것이 아니라 서독과 독일을 구분하고 있다’고 청구인의 주장을 반박하였다. 서독 정부는 이 사건 조약을 구하기 위해 서독이 오랫동안 고수해 오던 동일성테제를 포기하고 있는 것이다. 그에 따라 연방헌법재판소는 기본법이 동일성테제에 입각하고 있는 것인지 그리고 그렇다면 서독과 동독이라는 독일국 내의 2개 국가와 독일국의 관계를 어떻게 동일성테제에 입각하여 설명할 수 있는지에 대한 해답을 제시해야 했다.

셋째, 동독을 서독과 대등한 독립적이고 자주적인 주권국가로 인정하고 또 양국 경계의 현상을 존중할 의무 등을 부과하고 있는 이 사건 조약이 독일의 분단을 더욱 심화시켜 기본법상의 재통일의 명령에 위반되는지가 또 다른 쟁점이다.

넷째, 이 사건 조약은 동독을 국가로 인정하는 한편, 상호불간섭, 대내외적 사안에서 상대국의 독립성 및 자주성의 상호 존중 의무를 부과함으로써 연방정부로 하여금 동독에 살고 있는 독일인에게 기본법이 부과한 외교적 보호 및 구조의 의무(Schutz- und Fürsorgepflicht)를 이행할 수 없게 만들어 기본법에 위반되는지도 쟁점이 되었다. 이 쟁점에서의 관건이 되는 것은 서독의 국적자로 간주되는 기본법 제116조의 독일인의 개념과 서독의 공권력은 물론 사실상의 영향력이 미치지 않는 동독과 같은 곳에서 정주하는 독일인에게 독일국적이 갖는 의미이다.

다섯째, 이 사건 조약이 동독이 서독에 가입하는 방식의 재통일의 가능성을 명시하고 있는 기본법 제23조에 대한 위반여부도 쟁점이 되었다.

그밖에도 서부베를린의 지위와 관련된 쟁점 등 몇 가지 쟁점이 더 있지만, 이 사건에서 접하는 비중이 크지 않을 뿐 아니라 우리의 입장에서 중요성이 없어서 생략한다.

#### IV. 판결 요지<sup>27)</sup>

1. 기본법 제59조 제2항<sup>28)</sup>은 모든 조약, 즉 연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약에 대하여, 그 조약의 당사자가 기본법상 외국이든 아니든 동일하게, 동의법의 형식으로 의회의 통제를 받을 것을 요구한다.

2. 사법자제의 원칙은 헌법에 의하여 다른 헌법기관들에게 보장된 자유로운 정치적 형성의 공간을 열어두기 위한 것이다.

3. 집행부가 연방헌법재판소에 계속되어 있는 절차를 무력화하는(überspielen) 것은 포괄적인 헌법재판관할을 선택한 기본법과 양립될 수 없다. 예외적으로 - 이 사건에서처럼 - 집행부의 주장과 같이 헌법소송절차의 종결 전에 조약이 발효되는 것이 불가피하게 요청되는 상황이 발생할 경우에는 이에 대해 책임 있는 헌법기관들이 그로 인하여 발생할 수 있는 결과에 대해 책임을 져야 한다.

4. 재통일명령으로부터 다음과 같이 추론할 수 있다: 독일연방공화국의 어떤 헌법기관도 통일국가의 회복이라는 정치적 목표를 포기해서는 안 되며 그 정책을 통해 이러한 목표의 달성을 위해 활동할 의무 - 이는 내부적으로는 재통일의 요청을 명심하고 외적으로는 부단히 이를 주장할 것을 촉구하는 것이기도 하다 - 와 재통일을 무산시키는 모든 것을 하지 말아야 할 의무를 진다.

5. 독일연방공화국의 어떤 헌법기관도 정치적 목표로서의 국가적 통일 및 자결의 실현을 위해 활동할 수 있도록 하는 권원을 포기하거나 기본법과 양립하지 않는 권원을 만들거나 그러한 목표를 향한 독일연방공화국의 노력에 장애

27) BVerfGE 36, 1 f.

28) 제59조(국제법상 대표권)

① 연방대통령은 국제법상 연방을 대표한다. 그는 연방의 이름으로 외국과 조약을 체결한다. 그는 사절을 신임하고 접수한다.

② 연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기구의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관해서는 연방행정에 관한 조항이 준용된다.

가 될 수 있는 권원의 설정에 참여하는 것은 금지된다.

6. 기본조약은 이중적 성격을 갖는다. 기본조약은 그 종(種)적 특성에 비추어 볼 때는 국제법적 조약이며, 그 특수한 내용에 비추어 볼 때에는 무엇보다 내 부관계(inter-se-Beziehungen)를 규율하는 조약이다.

7. 기본법 제23조는 연방정부가 조약에 의하여 종속화되는 것, 즉 법적으로 더 이상 단독으로 결정을 내리지 못하고 그 상대당사자의 양해 하에서만 독일의 다른 부분을 받아들일 수 있도록 하게 되는 것을 금지한다.

8. 기본법 제16조는 기본법 제116조 제1항과도 연관되어 있는 “독일국적(deutsche Staatsangehörigkeit)”이 동시에 독일연방공화국의 국적이기도 하다는 것을 기초로 하고 있다. 독일연방공화국의 국민만이 기본법적 의미의 독일국적자인 것은 아니다.

9. 독일인(Deutscher)은 독일연방공화국의 보호영역 안에 들어오게 되면 독일 연방공화국 법원의 모든 보호 및 기본법의 모든 기본권의 보장을 청구할 권리를 가진다.

## V. 판결에 대한 분석과 평가

이하에서는 이 사건 조약에 대한 연방헌법재판소의 판결 중 상술한 몇 가지 주요 쟁점에 대한 연방헌법재판소의 판단과 이에 대한 독일 학계의 평가<sup>29)</sup>를

---

29) 이에 대해서는 R. Bernhardt(각주 12), S. 12 주 13; U. Scheuner, Die staatsrechtliche Stellung der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1973, S. 581 ff.; W. A. Kewenig, Auf der Suche nach einer neuen Deutschland-Theorie, DÖV 1973, S. 797 ff.; O. Kimminich, Das Urteil über die Grundlagen der staatsrechtlichen Konstruktion der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1973, S. 657 ff.; T. Oppermann, Urteilsanmerkung, JZ 1973, S. 594 ff.; C. Tomuschat, Auswärtige Gewalt und verfassungsgerichtliche Kontrolle, DÖV 1973, S. 801 ff.; W. Hoffmann-Riem, Beharrung oder Innovation - zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Der Staat 13 (1974), S. 335 ff.; B. Simma, Der Grundvertrag und das Recht der völkerrechtlichen Verträge, AöR 100

소개하는 방식으로 이 사건 판결에 대한 평석을 시도한다.<sup>30)</sup> 서독에서도 이 판결에 대하여 긍정적 평가 못지아니한 비판이 제기되었다.

## 1. 심사기준

연방헌법재판소는 이 사건 조약을 심사할 때 조약에 대한 합헌적 해석의 원칙과 더불어 대외관계에 관련된 헌법규정들이 관련 최고국가기관들에게 부여한 폭넓은 정치적 형성의 여지를 존중하여야 한다는 것을 출발점으로 삼았다. 즉 “조약에 대한 합헌심사와 관련하여 중요한 해석원칙에 속하는 것으로는 그밖에도 연방공화국과 다른 국가들의 관계에 관련된 헌법규정들을 해석할 때 이 헌법규정들의 한계설정적인 성격, 즉 정치적 형성에 여지를 주는 성격을 간과해서는 안 된다는 것을 들 수 있다. 이러한 제한을 통하여 기본법은 외교정책의 영역에서 행사되는 권력을 포함한 모든 정치적 권력에 대하여 법적 한계를 설정한다. 이것이 기본법이 구성하고 있는 법치국가적 질서의 본질이다. 이러한 헌법질서를 관철하는 것이 연방헌법재판소에게 최종적 구속력 있게 부과되어 있는 의무이다. 연방헌법재판소 스스로가 인정하는 사법적 자제의 원칙은 방금 서술한 연방헌법재판소의 권한의 축소나 약화를 의미하는 것이 아니라 ‘정치행위’의 포기, 즉 헌법에 의해 창설되고 또 제한되어 있는 자유로운 정치적 형성의 영역에 관여하는 것을 포기하는 것을 의미한다. 따라서 이 원칙은 헌법에 의해 다른 헌법기관에 보장되어 있는 자유로운 정치적 형성의 영역을 개방해 두는 것을 목적으로 한다.”<sup>31)</sup>

기본법이 독일문제나 재통일문제와 관련하여 정치기관에게 결코 일의적인 한계를 설정하고 있지 않은 상태에서 이 사건 조약이 전승국들의 이해관계, 서독이 자신의 능력과 의지대로만 풀어내기 힘든, 근본적으로 상이한 법질서를

(1975), S. 4 ff.; R. Bernhardt, Völkerrechtliche Bemerkungen zum Grundvertragsurteil des Bundesverfassungsgerichts, im: Recht im Dienste des Friedens, FS E. Menzel, 1975, S. 109 ff.; J. Delbrück, Quo vadis Bundesverfassungsgericht, *ibid*, S. 83 ff.; D. Wilke, G. Koch, Außenpolitik nach Anweisung des Bundesverfassungsgerichts? JZ 1975, S. 233 ff.

30) 이 판결에 대한 평석을 시도하고 있는 국내문헌으로는 장영수, 동·서독 기본조약 판결(Grundvertrag-Urteil). 1973년 7월 31일 독일연방헌법재판소 제2심판부 판결, 판례연구 제7집(1995), 고려대학교 법학연구소, 7 이하. 이 평석은 판결문에 대한 번역문이 포함되어 있다.

31) BVerfGE 36, 1 (14 f.).

갖고 있는 동독과의 재통일 등 독일문제와 직간접적으로 관련되어 있어서 국내법만이 아니라 국제법, 끊임없이 유동하는 국제정치적 상황 및 동독과의 관계 등을 고려할 수밖에 없는 관련 국가기관, 특히 정치기관에게 폭넓은 형성의 여지가 주어져야 한다는 점을 고려하면 연방헌법재판소의 이와 같은 출발점은 지극히 타당한 것이다.<sup>32)</sup>

그러나 서독의 학계에서는 연방헌법재판소가 이 사건 조약을 헌법합치적으로 해석하고 그 판결이유에 연방헌법재판소법 제31조 제1항에 의한 기속력을 부여함으로써 통일정책을 비롯한 외교정책의 여지를 지나치게 좁혀 놓았다는 비판도 제기되었다.<sup>33)</sup> 즉 연방헌법재판소가 표면적으로는 통일정책 및 외교정책과 관련한 폭넓은 정책형성의 여지를 인정하면서도 실제로는 그 여지를 현저하게 축소함으로써 외견상의 심사기준과는 달리 실질적으로는 상당히 엄격한 심사기준을 이 사건 조약의 합헌성심사에 적용하였다는 것이다.

가령 “독일연방공화국의 모든 정부의 법적 입장은 기본법에 전제되어 있다. 즉 기본법에 뿌리내리고 있는 - 독일의 (전체)국민과 (전체)독일의 국가권력을 갖고 있는 - 전체독일의 존재로부터 출발하여야 한다는 것이다.”

“오늘날 전체독일을 묶어주는 ‘독일민족’이라는 표현을 사용할 때 그것을 ‘독일국민’과 동의어로 이해하는 것이라면, 즉 전술한 법적 입장을 고수하면서 단지 정치적 고려 때문에 다른 표현을 사용하는 것이라면 그것을 문제 삼을 수는 없다. 반면에 ‘독일민족’이라는 새로운 표현을 오로지 주민의 의식 속에 현존하는 언어 및 문화적 통일체라는 개념으로 사용하는 것이라면, 이는 법적으로 볼 때 포기불가의 법적 입장을 포기하는 것이다.”

“4대강국의 책임이 - 연방정부 스스로도 이해하는 바와 같이 - 재통일을 위한 연방정부의 노력을 뒷받침하는 또 하나의 법적인 기초, 즉 국법적인 기초 외의 ‘국제법적’인 기초가 된다고 볼 때에만 합헌적인 것이다.”<sup>34)</sup>

“현존하는 협정을 기초로 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이에서 행해지는 교역은 장래의 발전방향에서 외국무역이 되어서는 안된다.”<sup>35)</sup>

32) 이에 대해서는 무엇보다도 R. Bernhardt(각주 12), S. 9 ff.; R. Bernhardt(각주 3), Rn. 1 ff. 및 그곳에서 인용된 문헌 참조. 연방헌법재판소가 이 사건 조약의 위헌심사에서 정치기관들에게 헌법이 부여한 것보다 좁은 형성의 여지만을 인정하고 있다는 견해까지 주장되기도 했다.

33) 무엇보다도 D. Wilke/G. Koch(각주 29), S. 233 ff.

34) 이상 BVerfGE 36, 1 (17).

35) BVerfGE 36, 1 (33).



연방헌법재판소는 이와 같은 판결이유들을 중요이유로 봄으로써 서독의 모든 국가기관들을 구속하는 기속력을 부여하였다. 그에 따라 이 사건 판결의 기속력을 진지하게 고려하면 이 사건 판결은 국제법적 현실을 부정하게 되는 결과를 초래할 수도 있게 된다는 비판이 제기되었다. 가령 전체국가인 독일국의 존재를 인식할 수 없게 되는 경우까지도 독일국의 존재를 전제로 하지 않으면 안 되게 되었다거나, 독일민족의 개념 사용의 폭도 과도하게 좁혀 놓았다거나, 정치적 합목적성과 국제법적 규범이 양독의 교역에 관세를 부과할 것을 요구하더라도 그렇게 할 수 없게 되었다는 등의 비판이 그것이다. 그밖에도 독일의 재통일이라는 목표를 위하여 동원할 수 있는 어떤 법적 권원을 포기해서는 안 된다는 연방헌법재판소의 언명도 불명확하고 위협하기조차 하다는 비판도 제기되었다. 연방헌법재판소의 해석과는 달리 서독이 동독을 국가로 승인하고 외국으로 보는 것을 허용하더라도, 즉 당분간 동서독이 법적으로 완전히 별개의 국가로 분리되게 되더라도 그것만으로는 재통일명령에 위반된다고 볼 수 없다는 반론도 제기되었다.<sup>36)</sup>

어쨌든 빌리 브란트 서독 정부가 양독 사이에 근본적 이견이 있는 민족문제, 국적문제와 같은 원칙적 문제들은 미결로 남긴 채 합의가 가능했던 사항에 대한 합의를 통해 동독에 대한 “접근을 통한 변화”, 그리고 이를 통한 재통일을 모색하기 위한 수단이었던 이 사건 조약이 재통일명령을 비롯한 기본법에 위반되지 않았다는 연방헌법재판소의 판단은 결과적으로도 1990년 8월 31일의 동서독 통일조약에 의한 동독의 해체와 해체된 동독에서 새로 형성된 5개주의 서독 가입방식으로 이루어진 재통일, 그리고 1991년 3월 11일 발효된 2+4 조약(Der Zwei-plus-Vier-Vertrag)<sup>37)</sup>을 통해 독일문제를 중국적으로 해결하는 데 적지 아니한 기여를 했다고 본다. 동독인들이 결정적 순간에 동독의 사회주의 체제가 아닌 자유민주적 기본질서하에서 번영을 구가했던 서독의 자본주의경제 체제를 선택할 수 있었던 배경에는 무엇보다도 이 사건 조약 및 이를 이행하기 위하여 체결된 후속협정들에 기반하여 이뤄진 많은 인적·물적 교류에 수반된 동서독 체제에 대한 직간접적인 비교체험이 존재하기 때문이다.<sup>38)</sup>

36) 이상의 비판에 대해서는 R. Bernhardt(각주 12), S. 26 ff. 참조.

37) 동서독과 전승4대강국 사이에 독일문제의 중국적 해결을 위해 체결된 조약. 공식명칭은 독일에 관한 중국적 규율에 관한 조약(Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland).

38) 이에 대해서는 김영운, 통일전 서독의 대동독 정책, 프리드리히 에베르트 재단 한국지부(www.fes.or.kr),

## 2. 독일국의 존속 및 서독과의 동일성 그리고 1민족 2국가론

이 사건 조약은 서독이 당시까지 취해 왔던 독일정책과 관련한 실무, 즉 서독만이 독일의 이익을 대외적으로 대변할 수 있는 독일국(Das Deutsche Reich)의 영역 내에 있는 유일한 정당성 있는 국가, 따라서 동독의 국가성을 부정하는 입장과 결별하고 동독의 국가성을 인정하면서 국제법적인 평등에 기초하여 양독 관계를 위한 새로운 법적 기초를 놓는 등 1민족 2국가론을 공식화하고 있다. 이 때문에 이 사건 조약은 기본법의 국가적 기초로 해석되어 온 독일국 존속명제 및 서독과 독일국의 동일성명제에 위반되어 위헌은 아닌지의 의문을 던지면서 서독 정가에서 치열한 논쟁을 유발하였다.

연방헌법재판소는 이 사건 조약을 긴장완화를 위해 추진된 동방정책이라는 거시적 틀 안에서 기본적 의미를 갖는 토대를 설정하므로 일시적·잠정적인 의미만을 갖는 것이라고는 할 수 없다고 하였다.<sup>39)</sup> 그러나 연방헌법재판소는 특히 “이 조약에 의해” 조약당사자들 간에 “이전에 체결된, 또는 그들에게 적용되는 양자간 또는 다자간의 조약이나 협정이 이 조약에 의하여 영향 받지 않는다”고 명시하고 있는 이 사건 조약 제9조의 무영향조항에 비추어 볼 때 유럽공동체 테두리 안에서 독일의 재통일을 위한 공동의 노력을 할 의무를 부과하고 있는 독일조약을 비롯한 서방조약들, 그리고 동방조약들에 의한 독일과 관련된 규율에 영향을 미치지 아니하며, 따라서 독일문제에 대한 중국적 해결책이 아니라고 판단하였다.<sup>40)</sup> 이와 같은 맥락에 비추어 볼 때 서독정부가 이 사건 조약을 통해서 동독을 국제법적으로 승인하는 것은 아니며 기껏해야 특수한 형태의 사실적 승인을 하는 것에 불과하며,<sup>41)</sup> 전체 독일의 부분들인 양독의 기본관계, 즉 독일의 내부관계를 규율하는 이 사건 조약은 국제법적 성격만이 아니라 국내법적 성격도 겸유한다는 점을 근거로 하여 2개의 독일국가모델도 내용에 따라서는 기본법에 합치될 수 있다고 보았다.<sup>42)</sup>

1998; 페터 가이, 1949-1989 독일연방공화국과 독일민주주의공화국의 경제교류, 2003년 한독경상학회 국제심포지움.

39) BVerfGE 36, 1 (20).

40) BVerfGE 36, 1 (20 f.).

41) BVerfGE 36, 1 (21 f.).

42) BVerfGE 36, 1 (22 f.).

그러나 연방헌법재판소의 이와 같은 논증은 기본법의 국가적 기초와 관련된 논쟁을 유발하였다. 이하에서는 관련된 핵심쟁점들에 대해서 차례로 살펴보기로 한다. 이 문제는 대한민국 헌법의 국가적 기초에 관한 이론구성에 시사하는 것이 많을 뿐 아니라 국내에 이 문제에 대한 올바른 이해를 전달하기 위하여 불가피하기 때문에 상설하기로 한다.

### (1) 독일국 존속명제

독일국이 독일군의 무조건항복 및 독일에 대한 전승국의 최고통치권 접수에도 불구하고 존속하는지의 문제에 관한 서독 내에서의 학설<sup>43)</sup>은 크게 독일국 소멸설 내지 불계속설(Diskontinuitätstheorie)과 독일국 존속설 내지 계속설(Kontinuitätstheorie)로 나눌 수 있다.

소멸설은 다시 독일군의 무조건 항복 후 전승국이 일시적이 아니라 탈나찌, 독일국민재교육, 탈군사화와 같은 조치를 통해서 지속적으로 통치권을 행사하였으므로 주권국으로서의 독일국이 소멸했다고 보는 몰락설(Debellations-theorie)<sup>44)</sup> 독일국은 동·서독으로 쪼개졌으며 동독은 물론 서독도 독일국과 동일한 국가가 아니므로 독일국은 더 이상 존속하지 않는다고 보는 해체분열설(Dismembrationstheorie)<sup>45)</sup> 등으로 나뉜다. 그러나 독일군의 무조건항복 이후 전승국이 독일의 최고통치권을 인수한 직후에는 독일국의 운명이 아직 결정되

43) 이 문제를 다루고 있는 국내문헌으로는 김철수, 동·서독기본조약과 동·서독의 법적 지위, 법학 제 16권 2호(1974), 5 이하 참조.

44) 대표적인 학자로는 H. Kelsen, The International Legal Status of Germany to be Established Immediately upon Termination of the War, American Journal of International Law Vol. 38 (1944), S. 689 ff.

45) H. Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950; H. Ridder, Die "deutsche Staatsangehörigkeit und die beiden deutschen Staaten, in: GS F. Klein, 1977, S. 437 ff., 444 f. 이 설을 취하는 학자들은 대부분 독일국의 몰락시점을 독일군이 무조건항복을 선언하고 전승국이 독일에 대한 통치권을 접수한 1945년으로 보지만, 양독이 건립되는 1949년으로 보거나(J. Peck, Zum völkerrechtlichen Status der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin(-Ost), 1956, S. 7) 동서 양진영의 점령국들이 각기 양독에게 주권국가성을 인정한 1954년, 동서독기본조약이 발효한 1973년으로 보는 소수의 학자들도 있다. 그밖에도 R. Bernhardt(각주 12), S. 16 참조. 그는 민족의식, 소속감, 재통일에 대한 열망 등도 국가가 존재하려면 실효성 있는 국가권력이 있어야 하는데 상당한 기간이 지나도록 그러한 권력이 존재하지 않는다는 엄연한 현실을 돌파하기는 어렵다고 지적한다.

지 않은 것처럼 보였다. 그러나 1943년 테헤란회담, 1945년 초 얄타회담에서 논의되었던 독일의 해체계획이 더 이상 추진되지 않으면서 독일국존속설<sup>46)</sup>에 점점 힘이 실리게 되었다.<sup>47)</sup>

연방헌법재판소는 독일국이 행위능력을 가지고 있던 시대에 형성된 국제관행에 맞추어 “독일(Deutschland)”과 “독일국(Deutsches Reich)”을 동의어로 사용하면서<sup>48)</sup> 기존 판례를 견지하면서 독일국은 여전히 존속하고 있으며 과거처럼 지금도 권리능력을 보유하고 있음을 거듭 강조함으로써 독일국 존속설을 공식적으로 취하는 한편,<sup>49)</sup> 독일 영역에 있는 서독과 동독이라는 두 개의 평등한 국가를 “국가조직이 소멸한” 전체국가인 독일국의 부분들로 보았다. 연방헌법재판소는 이에 독일국의 존속은 국제법학 및 헌법학의 테제일 뿐만 아니라<sup>50)</sup> 기본법이 서독을 헌법을 통해 조직할 때도 기초가 된 것이라고 덧붙이고 있다. 즉 기본법 기초자들도 서독의 창건으로 “새로운 서부독일 국가가 건립되는 것이 아니라 독일의 일부가 새롭게 조직되기를” 원했다는 것이다. 그 근거로는 무엇보다도 헌법제정의회 제6차 회의에 대표로 참석했던 카를로 슈미트(Carlo Schmidt)의 발언<sup>51)</sup>이 원용되고 있다.

46) 학설을 체계적으로 정리하고 있는 R. Schuster, Deutschlands staatliche Existenz im Widerstreit politischer und rechtlicher Gesichtspunkt 1945-1963, 1963, S. 76 ff.; 국내문헌으로는 김철수(각주 43), 전제논문 참조.

47) W. Frotsher/B. Pieroth, Verfassungsgeschichte, 7. Aufl., München 2008 Rn. 648, 705 참조.

48) BVerfGE 36, 1 (16).

독일국은 1867년 북독일연맹의 형태로 창설되고 1871년 비스마르크의 재조직을 통해 독일국이 되었다. 그런데 나찌가 바이마르 공화국을 과도국(Zwischenreich)으로 격하하면서 공식적 시대구분에서 바이마르 공화국의 독자적인 지위를 부정하는 한편, 자신들이 통치하던 시대를 요한목시록의 천년왕국(Tausendjähriges Reich)처럼 영원히 지속될 나라, 구원이 이뤄지는 나라임을 연상시키기 위하여 Drittes Reich로 지칭하는 등 정치적 선전을 위하여 “Reich(국)”이라는 개념을 오염시켰다(이에 대해서 자세한 것은 K. Vondung, Revolution als Ritual. Der Mythos des Nationalsozialismus, in: U. Härtel et al. (Hrsg.), „Hier, hier ist Deutschland...“ Von nationalen Kulturkonzepten zur nationalsozialistischen Kulturpolitik, 1997, S. 52 참조). 종전 후 서독에서 Deutsches Reich는 독일(Deutschland)로 지칭되고 있다.

49) 같은 취지의 판례로는 이미 BVerfGE 2, 277; 3, 319 f.; 5, 126; 6, 336, 363.

50) 독일은 별다른 어려움 없이 1945년 이전에 형성된 거의 모든 국제조직에서 독일국의 자리를 차지하였으며 독일국이 체결한 조약에서 조약당사자로 승인받았다고 한다. 뿐만 아니라 서독은 독일국이 부담한 채무를 계속해서 이행하는 것을 외교정책으로 삼았다. 1953년 2월 27일 런던 채무협정에서 채무의 인수가 아니라 채무의 확인이라는 표현을 사용함으로써 채무자의 권리주체성의 계속성을 전제한다는 것을 명확히 한 바 있다. 이에 대해서는 G. Zigger, (각주 1), Zwei Staaten in Deutschland, S. 130 참조.

51) 헌법제정의회 속기록 S. 70.

독일국존속설의 실정헌법적 근거로는 독일인민은 “그 민족적·국가적 통일성을 유지 …하려는”의지로 충만해 있다고 천명하고 있는 기본법 전문 제1문, 분단의 상황에 처하여 독일의 통일성을 완수하여야 할 필요성을 강조하고 있는 기본법 전문 제3문, 독일의 다른 부분들이 서독에 편입할 수 있는 가능성을 열어놓고 있는 기본법 제23조, 모든 독일인에게 독일국의 국적을 보장하는 기본법 제116조 등이 제시되고 있다.<sup>52)</sup>

물론 국제법주체 독일국의 소멸여부를 서독의 국내법질서가 단독으로 결정할 수는 없으며 국제법공동체의 수용도 필요하다. 국제법공동체를 구성하는 국가의 존속여부는 이 공동체의 이익에 영향을 미치기 때문이다. 유의할 것은 국제법은 포괄승계의 원칙을 알지 못하기 때문에 한 국가가 소멸하는 경우 그 승계국가가 소멸한 국제법주체의 권리의무를 당연히 승계하는 것이 법적으로 보장되지 않으며, 소멸한 국가가 체결 내지 가입한 조약으로 인해 발생하는 권리의무 중 어떤 것을 승계할 것인지는 승계국가의 재량에 맡겨져 있다는 점이다.<sup>53)</sup> 바로 이것이 독일을 분할점령한 4대전승국이 독일국 해체가 아니라 그 존속을 원했던 법리적인 배경이다. 전쟁에 대한 배상과 속죄의 의무를 져야 할 독일국의 국민이 독일국이 몰락하였고 재조직된 국가와 독일국의 관계는 단절(Diskontinuität)되었다는 법적 논거로 그 책임을 면하는 것은 종전 당시는 물론 그 후에도 용인될 수 없는 것이었다.<sup>54)</sup> 그렇기 때문에 독일국이 여전히 존속한다는 견해가 서독만이 아니라 외국에서도 통설이 된 것이다.<sup>55)</sup> 국제법공동체는 독일국이 1945년 이전에 당사자로 체결했거나 가입했던 다수의 조약을 서독에 대하여 다시 적용할 수 있다는 선언을 통해 계속 효력을 발휘하도록 하는 실무를 통해서도 독일국 존속론에 힘을 실어주었다.<sup>56)</sup>

한편, 동독은 독일국존속론을 부정하고 대신 독일국 몰락론의 입장에서 독일국 몰락 후 동·서독이라는 2개의 계승국가가 형성되었다고 주장하면서<sup>57)</sup> 일

52) R. Dolzer(각주 2), Rn. 5 참조.

53) G. Zigger, (각주 1), Zwei Staaten in Deutschland, S. 140

54) G. Zigger, (각주 1), Zwei Staaten in Deutschland, S. 129.

55) 이에 대한 문헌고증은 G. Zigger, (각주 1), Zwei Staaten in Deutschland, S. 129 주 11. 프랑스는 처음에는 독일국 몰락설을 취했지만 이를 버리고 다른 두 서방연합국이 주장한 독일국 존속론에 가담했다고 한다. 이에 대해서는 R. Schuster(각주 46), S. 189; D. Blumenwitz, Die Grundlagen eines Friedensvertrags mit Deutschland, 1966, S. 78; G. Zigger, (각주 1), Zwei Staaten in Deutschland, S. 129 주 11에서 재인용.

56) G. Zigger, (각주 1), Zwei Staaten in Deutschland, S. 140.

57) M. Schweitzer, Staatsrecht III, Rn. 479.

단 독자적 생존을 모색하였다. 동독의 이와 같은 태도는 자신이 1952년경까지 취했던 독일국 존속론에 반하는 것이다. 그렇다고 동독이 이러한 입장을 견지함으로써 전승국과 서독이 취하고 있는 독일국이 존속하고 있다는 입장을 무력화시킬 수 있는 것은 아니다. 동독의 입장은 그 영역 내에서는 고려될 수밖에 없을 것이나, 소련조차도 계속해서 전체로서의 독일에 대한 권리와 책임을 유보하고 있었다는 점에 비추어 보면 동독의 영역 내에서도 법적 갈등이 존재하고 있었던 것이다.<sup>58)</sup>

## (2) 서독과 독일국의 동일성테제

### 1) 서독과 독일국의 동일성

독일국 몰락설이나 해체분열설을 취하면 독일국과 서독은 국제법상 동일한 권리주체로 볼 수 없게 된다. 그러나 상술한 것처럼 연방헌법재판소는 독일국 존속설을 취했다. 독일국을 이처럼 존속하는 것으로 본다면 그 영역의 일부에서 그 국민 중 일부를 토대로 각각 건립된 서독과 동독은 이 독일국과 법적으로 어떠한 관계에 있는 것인가의 문제가 제기된다. 특히 연방헌법재판소가 존속설을 토대로 형성된 다양한 이론 중 어떤 입장을 취했는지, 그러한 선택이 옳았는지도 논쟁의 대상이 되었다. 연방헌법재판소가 취한 입장의 모호성은 이와 같은 논쟁을 더욱 부채질했다.

연방헌법재판소는 “독일연방공화국의 수립으로 새로운 서부독일의 국가가 창건된 것이 아니라 독일의 일부가 새롭게 조직된 것이다. 즉 독일연방공화국은 독일국의 법적 계승자가 아니라 국가로서 ‘독일국’이라는 국가와 동일체”<sup>59)</sup>임을 강조하였다. 독일국의 근간이 되는 영역 위에서 생성된 동서독이라는 두 개의 국가질서들 모두 또는 그 어느 하나와 독일국이 법적으로 동일하다는 입장들을 동일성설로 지칭한다면,<sup>60)</sup> 연방헌법재판소의 입장도 동일성설을 분류할 수 있을 것이다.

먼저 동일성설은 기본법의 전문이나 기본법 전체의 기본적 성향, 기본법에서

58) G. Zigger, (각주 1), *Zwei Staaten in Deutschland*, 1974, S. 141.

59) BVerfGE 36, 1 (16).

60) 이에 대해서는 R. Schuster(각주 46), S. 76 ff.

사용되고 있는 “독일”, “독일인”, “독일의(deutsch)”라는 법개념들 등에서 그 실정헌법적 근거를 찾고 있다.<sup>61)</sup> 다만, 기본법에서 이와 같은 법개념이 사용되었을 뿐 ‘독일’이라는 개념이 정의되어 있지도 않고 ‘독일’ 내지 ‘독일국’이 서독과 동일하다는 것이 명시적으로 표현되고 있지도 않다. 그럼에도 연방헌법재판소가 이처럼 단호하게 서독과 독일이 동일한 국가라고 확인한 것은 매우 인상적인 것이다. 기본법에 독일에 대한 정의가 없다는 사실로부터 기본법의 기초자들이 ‘독일’에 대한 새로운 개념을 만든 것이 아니라 그 제정 당시 존재했던 개념을 단순히 사용하기를 원했다고 추정할 수 있다.<sup>62)</sup> 그들이 ‘독일’의 개념을 새로 정립했다면 자신들이 그렇게 할 수 있는 권한이 국제법적으로 존재하는지부터 검토했어야 했는데 그러한 시도를 하지 않았기 때문이다. 그러므로 기존의 독일개념이 뚜렷한 법적 의미를 갖고 있었고 따라서 기본법에 이를 반복해야 할 필요가 없었다고 해석할 수 있는 것이다.

나아가 국제법상 계속 존속하는 독일을 법적으로 재조직하는 것도 허용되는 것이었다.<sup>63)</sup> 이 사건 조약의 성립사에서 살펴본 것처럼 독일의 재조직이 이뤄진 지역을 점령하고 있던 서방3대국이 그 재조직에 동의하였기 때문이다. 또한 서독이 국제법적 행위능력을 다시 획득한 이래 국제사회에서도 독일국을 재조직한 나라로 활동해 왔으며, 국제공동체도 독일국이 체결 내지 가입한 다수의 조약을 서독에 계속 적용하는 등 서독의 그러한 실무도 국제적 승인을 획득하였기 때문이다.

독일국이라는 국제법주체와 서독이라는 국제법주체의 동일성은 순수한 법적 의미에서의 동일성이자 두 비교대상의 지리학적 형태가 합동이라는 의미에서의 동일성이 아니다.<sup>64)</sup> 그렇기 때문에 서독이 독일의 영토의 전부 그리고 그 국민의 전체가 아닌 상당 부분만을 토대로 하고 있을 뿐이라는 반론만으로는 동일설의 기반을 허물지 못한다. 이 동일성은 독일국의 영토에 대한 서독의 청구권을 일체 포함하지 않는다. 전승국들도 1937년 12월 31일 당시 국경을 가지고

61) 이에 대해서는 O. Kimminich(각주 2), Rn 168; O. Kimminich, Deutschland als Rechtsbegriff und die Anerkennung der DDR, DVBl. 1970, S. 437 ff.; A. Mattfeld, Modelle einer Normalisierung zwischen den beiden deutschen Staaten, 1973 참조.

62) O. Kimminich(각주 2), Rn. 167.

63) 이에 대해서는 O. Kimminich(각주 2), Rn. 168.

64) 이와 같은 본질규정은 H. Krüger, Bundesrepublik Deutschland und Deutsches Reich, SJZ 1950, sp 113-121에서 유래(여기서는 G. Zigger, [각주 1], Zwei Staaten in Deutschland, S. 151에서 재인용).

있는 독일국이라는 공식을 국제법과 조화시키는 가운데 독일문제를 논의하기 위한 기초로 삼았었다.

한편, 서독 학계에서는 이와 관련하여 동일성설(Identitätstheorie)이라는 표현은 잘못된 것이고 동일성실무(Identitätspraxis)라는 표현을 사용하는 것이 보다 정확한 것이라는 유력한 주장도<sup>65)</sup> 제기되었다. 동일성설이라는 표현은, 서독과 독일의 동일성이 독일의 지위에 관해서 주장될 수 있는 여러 이론들 중의 하나에 불과한 것이라는 인상을 준다는 것이다. 그렇게 되면 독일의 법적 지위에 관해 독일 헌법학에 의해 개발된 다른 이론들처럼 서독이 독일국과 같은 국가라는 명제는 헌법적 지위를 얻을 수 없을 것이라고 한다. 이 때문에 연방헌법재판소도 이 사건 판결에서 독일국의 존속이 독일의 국제법학 및 헌법학이 제시한 단순한 테제가 아님을 지적하고 있는 것이다.<sup>66)</sup>

연방헌법재판소는 이처럼 서독과 독일이 법적으로 동일한 국가라는 것을 강조하면서도 그 근거를 상설하지 않고 이미 오래 전에 다른 판례에서 확인된 결과를 확인하고 있을 뿐이다. 물론 연방헌법재판소는 그 근거로 이 문제에 대하여 다음과 같이 상설하고 있는 1956년의 판결을 원용하고 있다. 즉 “독일의 국가적 통일성 회복은 시급한 민족적 목표이다. 이는 정치적으로 자명한 것이지만, 1945년 독일국이 붕괴됨으로써 독일국의 국가성 및 국제법주체성까지 소멸한 것은 아니다. 기본법은 이를 고려하고 있다. 기본법 제정 준비작업에 참여했던 사람들을 지배했던 생각은 서독과 소련 점령지역 사이의 분열을 심화시킬 수 있는 것은 모두 피해야 한다는 것, 그리고 중요한 것은 새로운 서부독일의 국가를 창건하는 것이 아니라 통일된 독일국가의 한 부분을 새롭게 조직하는 것이었다.”<sup>67)</sup>

연방헌법재판소는 이 사건 조약의 합헌성심사에서 이와 같은 판시를 다시 반복해야 했다. 그렇게 하지 않는다면 서독 정부가 추진해 온 동방정책 및 독일정책을 통합하고 있는 이 사건 조약이<sup>68)</sup> 당시까지 체결된 폴란드, 소련과 각

65) Schriftsatz des Bundesministers der Justiz im Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit des Grundvertrags, in: Cieslar/Hampel/Zeitler, Der Streit um dem Grundvertrag, 1973, S. 65 및 O. Kimminich(각주 2), Rn. 171.

66) O. Kimminich(각주 2), Rn. 171.

67) BVerfGE 5, 126.

68) Schriftsatz des Bundesministers der Justiz im Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit des Grundvertrags(각주 65), S. 229 ff.; O. Kimminich(각주 2), Rn. 173.



각 체결한 동방조약들에 내재하는, 독일국 영토의 문제 때문에 독일국과 서독을 동일시하는 것이 아니라 구별하는 경향을 더욱 굳힐 수 있도록 해석될 수도 있었기 때문이다.

당시 서독에서는 일련의 동방조약을 둘러싼 논의의 와중에서 서독을 “독일”과 엄밀하게 구분하여야 한다는 주장이 종종 제기되었다. 즉 서독 정부가 1969년 독일의 이익을 위한 서독의 단독대표권을 포기하고 동독을 국가로 인정하는 2개의 독일국가론을 펼칠 때부터 독일국 몰락론이 다시 등장하고 동일설을 더 이상 유지하기 어렵다는 주장이 제기되기 시작했다.<sup>69)</sup> 서독정부도 이 사건 조약에 대한 추상적 규범통제절차에서 ‘기본법은 동일성명제를 따르고 있는 것이 아니라 독일연방공화국과 독일을 구분하고 있다’고 진술한 바 있다.<sup>70)</sup> 서독과 독일의 구분은 무엇보다도 서독이 소련<sup>71)</sup>과 폴란드<sup>72)</sup>와 각각 체결한 조약이 국제법적으로 무효화되는 것을 막기 위해서 필요하게 되었다.<sup>73)</sup> 두 동방조약들은 모두 독일의 동쪽 국경에 대한 확정은 강화조약에 유보한다고 명시하고 있는 포츠담 협정의 효력을 유지하도록 하는 무영향조항과 더불어 국경에 관한 일의적인 중국적 합의를 포함하고 있다. 두 조약의 상대방사자들이 의도한 국경에 관한 중국적 규율과 무영향조항을 통해 두 조약에 반영된 그 규율의 잠정성 사이에 존재하는 모순은, 서독에 대해서는 두 조약이 중국적 규율인데 비해 당시에도 존속하고 있는 “전체독일 주권자”에게는 두 조약은 잠정적 규율에 불과한 것이라는 서독 정부의 선언을 통해 해소되었다. 이 선언은 서독이 동방조약들로 인한 국제법적 딜레마로부터 빠져 나오기 위해 선택할 수 있는 탈출구이기는 하지만, 서독과 독일이라는 법적 개념을 엄격히 구분할 것을 요구함으로써 이번에는 서독을 헌법적 딜레마에 빠뜨리는 길이기도 했다. 서독 정부는 이 조약들을 체결할 때 서독을 위해서만 활동하였고 또 그렇게만 할 수 있었다는 설명으로 이와 같은 태도를 강조하였다. 그렇지만 이 때문에 많은 학자들이 서독과 독일국이 동일한 국가라는 법해석론은 극복된 것으로 보게 되었다. 이 사건 조약은 이와 같은 견해를 기초로 할 경우에는 동일성론을 토

69) 가령 Rumpf, Land ohne Souveränität, 2. Aufl., 1973. S. 86 ff. (98); Gascard, Zur Frage der besonderen innerdeutschen Beziehungen zwischen der BRD und der DDR, Ostverträge usw., S. 263 등 참조.

70) BVerfGE 36, 1 (11 f.).

71) 1970년 8월 12일 체결된 소련과 서독 간의 모스크바 조약.

72) 1970년 12월 7일 체결된 폴란드와 서독 간의 바르샤바 조약.

73) 이하의 내용은 O. Kimminich(각주 2), Rn. 174-175.

대로 할 때와는 다르게 해석될 수 있었을 것임은 분명했다. 그와 같은 견해가 서독의 공식적인 입장인 것처럼 굳어지는 것을 방지하기 위하여 연방헌법재판소는 “독일연방공화국은 … 국가로서 독일국과 동일체이다”라고 단호하게 선언했던 것이다. 즉 이렇게 함으로써 연방헌법재판소는 서독 헌법의 해석을 위한 기초를 굳건히 하는 한편, 이를 잘못된 해석으로부터 확고히 수호하려고 한 것이다.

이 사건 조약은 서독과 동독 상호간의 권리와 의무를 규율하고 있지만 서독의 국가정체성문제나 국가적 기초에 대한 헌법적 규율의 이해에 관해서는 아무런 규정도 포함하고 있지 않다. 서독의 국가적 기초에 대한 헌법적 규율에 대한 이해가 그 국제법적 의무와 양립하는 한 그러한 이해까지 이 사건 조약의 영향을 받는다고 보아야 할 이유가 없다. 그러므로 이 사건 조약과 기본법 사이에 차이가 발생하는 것을 원천적으로 차단하기 위하여 동일성설에 입각한 기존의 서독의 실무에 대하여 의문을 제기하는 것은 성급한 것이었다. 그러나 서독 정부는 이 사건 절차에서 그러한 주장을 하였다.<sup>74)</sup> 동일성설에 입각한 실무는 그 적용범위가 서독의 영역에 국한되는 한 이 사건 조약에 규정된 동독의 권리, 특히 서독과 평등한 기초한 대우를 받을 권리를 침해하지 않는다. 이는 서독의 헌법적 기초에 대한 이해와도 모순되지 않는다. 연방헌법재판소가 동일성에 입각한 실무를 인정하면서 덧붙인 제한, 즉 서독이 독일국과 동일하다는 것은 법적 의미의 동일성이지만 완전한 지리학적인 동일성이 아니라는 확인은 당시까지의 법적 상태에 부합하는 것이며 독일국과 서독이 법적으로 동일한 국가라는 입장과 저촉되지 않는 것이다.<sup>75)</sup>

## 2) 서독과 독일국의 “부분적 동일성”

그런데 동일성설로 분류되는 학설들은 독일국과 서독의 관계만을 다루는 것이 아니라 서독과 동독의 관계, 동독과 독일국의 관계, 동독인을 비롯한 서독 이외의 독일국 영토에 거주하는 독일계 주민들의 국적문제를 포함시켜 독일의 법적 상태에 대한 체계적 설명을 시도하고 있다. 그렇기 때문에 동일성설로 분

74) 이점을 지적하고 있는 Schriftsatz des Bundesministers der Justiz im Verfahren zur Pruefung der Verfassungsmaessigkeit des Grundvertrags(각주 65), S. 60 ff.; O. Kimminich(각주 2), Rn. 177.

75) O. Kimminich(각주 2), Rn. 177-178.

류되는 각 학설들의 논리를 끝까지 생각해 볼 경우 그 추론이 기본법의 토대나 이 사건 조약에 위배될 수도 있고 당시 서독 정부의 독일정책에 반할 수도 있었다.

이 때문에 동독과 독일국의 관계, 동서독 상호관계의 본질도 이 사건 조약의 합헌심사에 중대한 영향을 미치는 쟁점으로 부각되고 있는 이 사건에서 연방헌법재판소는 일단 관련 논쟁에 직접 발을 담그지 않고 종래의 자신의 판례에서 확인할 수 있는 실무를 재확인하였다. 이는 개별사건에 대한 올바른 해결을 지향하는 재판기관의 입장에서는 당연한 태도였다.

그럼에도 연방헌법재판소는 동독을 서독과 대등한 국가로 인정하는 이 사건 조약이 합헌인지를 판단해야 했기 때문에 종전의 판례에서는 직접적인 판단대상이 되지 않았던 동독의 법적 지위에 대해서까지 언급하게 된 것이다. 즉 연방헌법재판소는 서독이 독일국과 동일하다는 자신의 확립된 판례를 다시 원용하면서도 형식논리적 오류처럼 보이는<sup>76)</sup> ‘부분적’ 동일성(Teilidentität)이라는 개념을 통해 동일성테제의 의의를 한정하고 있다. 이 사건 조약에 대한 판결의 해당 부분을 그대로 옮겨 보면 다음과 같다. “독일연방공화국은 독일국의 법적 계승자가 아니라 국가로서 ‘독일국’이라는 국가와 동일하고 - 다만 공간의 외연에서 ‘부분적으로만 (독일국과) 동일’하며, 따라서 배타적 동일성을 주장할 수는 없다.”<sup>77)</sup>

연방헌법재판소의 이와 같은 판시를 보다 깊이 있게 이해하려면 먼저 독일의 법적 상태를 둘러싼 당시의 학설의 분화상황, 그 중에서도 특히 동일성설과 부분질서설을 이해할 필요가 있다. 동일성설로 분류되는 학설 중에서는 서독이 1867년 창건된 독일국의 현현이라고 보는 설들이 주목을 받았다. 이 설들은 다시 1937년 12월 31일 기준의 독일국 영토 중 서독 이외의 부분들을 어떤 식으로 이해하는지를 둘러싸고 분화된다. 그중 수축국가설(Schrumpfstaatstheorie)과 국가핵설(Staatskerntheorie)<sup>78)</sup>이 많은 지지를 받았다. 수축국가설에 따르면<sup>79)</sup> 독일국은 영역 면에서 서독으로 수축되었고 또 이러한 상태에서 서독과 동일

76) 이처럼 비판하고 있는 W. A. Kewenig, Deutschlands Rechtslage heute, Vortrag vom 15. Oktober 1973, zitiert nach Mahnke, Deutschland Archiv, 1973, II, S. 1170; Lewald, Die verfassungsrechtliche Lage Deutschlands, NJW 1973, S. 2266.

77) BVerfGE 36, 1 (16).

78) 이 설은 핵심국가설(Kernstaatstheorie)로도 지칭되었다.

79) R. Schuster(각주 46), S. 89 ff.

하다고 본다. 이 설은 동독은 분열을 통해 제2국가, 따라서 외국이 된 것으로 본다. 이 때문에 이 설은 분열설(Sezession)로도 지칭된다. 이에 비하여 국가핵설에 따르면<sup>80)</sup> 서독은 독일국과 본질적으로 같으며, 따라서 모든 독일국의 국적자는 계속해서 서독의 국적자가 된다. 서독이 전체로서의 독일의 핵심이며 독일국의 여타 부분은 서독의 고권이 미치지 못하고 있지만 외국의 영역이 아니라 내국의 영역으로 본다. 한편, 부분질서론(Teilordnungstheorie)은 지붕이론(Dachtheorie)으로도 불리는데 연합국의 독일 통치권 인수 이후에도 계속 존속하고 있는 독일국이라는 지붕 아래 서독과 동독이라는 2개의 부분질서, 따라서 부분적인 국제법적 권리능력만을 보유하고 있는 국가적 질서가 형성되었다고 보는 입장들을 총칭한다. 이 설은 독일국과 그 영역 안에서 성립된 서독이나 동독이 동일하다고 보지 않는다. 이 설로 분류되는 학설도 부분질서인 서독과 동독이 대등하다고 보는지, 아니면 어느 한 부분질서가 다른 부분질서에 대하여 우위를 갖는다고 보는지에 따라 갈라진다.<sup>81)</sup>

위와 같은 개관은 연방헌법재판소의 문제의 판시내용이 부분질서론을 상기시키는 면이 없지 않음을 보여준다. 양 조약당사자들의 특수성은 “양 조약당사자들이 지금도 존재하는 국가인 전체로서의 ‘독일’의 토대 위에 존재한다는 데 있다”는 표현<sup>82)</sup>이나 “양국이 전체 독일의 부분국가들로서 마주하고 있는 특수한 관계”라는 표현 등이 그러하다.<sup>83)</sup>

그러나 조약을 체결하는 동서독의 상호관계와 서독과 동독이 독일국과 맺고 있는 각각의 상호관계를 이와 같이 부분질서론 내지 지붕이론의 관점에서 보는 것은 무엇보다도 독일국이 존속한다는 법적 토대 위에서는 동독이 아니라 서독만이 창건되었기 때문에 타당성이 없다.<sup>84)</sup> 동독의 학설과 실무는 아직 존속하고 있는 국가인 “전체로서의 독일”에 동독이 그 기초를 두고 있다는 것을 이 사건 판결을 내릴 때까지도 부정해 왔기 때문에,<sup>85)</sup> 즉 동독은 공식적으로 독일국 사멸론을 펴면서 양독을 덮는 지붕의 존재를 부정하는 방식으로 두 개

80) R. Schuster(각주 46), S. 84 ff.

81) R. Schuster(각주 46), S. 86 ff.

82) BVerfGE 36, 1 (16).

83) BVerfGE 36, 1 (28).

84) 그와 같은 비판으로는 무엇보다도 O. Kimminich(각주 2), Rn. 179.

85) J. Hacker, Der Rechtsstatus Deutschlands aus der Sicht der DDR, 1974; A. Mattfeld, (각주 61), S. 25 ff.; O. Kimminich(각주 2), Rn. 179.

의 국가론을 취해 왔기 때문이다. 동독의 관점에서는 동독은 독일국의 영역 위에 존재하고 있는 국가일 뿐이다.

동독이 취해왔던 이와 같은 태도 때문에 양독의 상호관계에 관한 연방헌법재판소의 이론구성은 그것을 지붕이론으로 명명하든 아니면 부분적 동일성이론(Teilidentitätstheorie)으로 명명하든지와 무관하게 실패할 수밖에 없다.<sup>86)</sup> 양독을 덮는 공통의 지붕을 서독이 일방적으로 설치할 수 없기 때문이다. 이 사건 조약 역시 그러한 논증을 가능하게 하는 어떠한 표현도 포함하고 있지 않다. 국제법의 일반원칙 또는 전승4대국이 독일에 대하여 계속 보유하고 있던 권리와 책임에 의거한 그들의 어떠한 법적 행위도 동독으로 하여금 독일국과 동독이 “부분적으로 동일한 존재”로 보도록 강제할 수는 없다.<sup>87)</sup> 연방헌법재판소가 동독을 독일국과 부분적으로 동일한 존재로 본다고 하더라도 그것은 국제법적으로 아무런 법적 효과가 없다. 왜냐하면 연방헌법재판소는 동독의 헌법적 문제에 대하여 판단을 내릴 수 있는 권한이 없기 때문이다.

한편, 서독을 독일이 서독의 영역을 넘어서 확장되어 나가기 위한 핵심으로 보고 서독 이외의 독일국 영토, 따라서 동독의 영토도 외국이 아닌 내국으로 보는 국가핵설은 국제법과 충돌한다. 이 설의 논리대로라면 동독인의 국적 특상에 대해서도 서독이 홀로 결정할 수 있게 될 것이다. 이는 이 사건 조약이 명시하고 있는 양독의 동권원칙에 반하고,<sup>88)</sup> 전승국이 독일에 대하여 유보한 권리에도 반하게 될 것이다.

동일성테제에 기반을 둔 실무에서 추론되는 법적 효과를 서독의 영역에 엄격히 한정하는 것은 이 사건 조약의 발효 전부터 비교적 폭넓은 지지를 받고 있던 “수축국가론”의 주장에 부합하는 측면이 있다. 또한 수축국가론은 그 내재적 논리상 동독을 계속 존속하고 있는 국제법주체 독일국에서 분리된 외국으로 보게 되므로 바르샤바조약기구 회원국들은 물론 적지 아니한 국가들이 동독을 국가로 승인하고 있던 당시의 국제정치의 현실은 물론 동독이 1950년대 중반 이후 견지해 온 입장과도 조화를 이룰 수 있는 측면을 갖고 있다. 그

86) O. Kimminich(각주 2), Rn 180; G. Zigger, (각주 1), *Zwei Staaten in Deutschland*, S. 147은 지붕이론은 양독이 전체로서의 독일국에 귀속감을 가지고 있었던 시절의 이론이며 이 사건 조약 체결을 전후한 상황에 비추어 보면 현실성을 상실하였다고 본다.

87) 이하의 내용에 대해서는 O. Kimminich(각주 2), Rn. 181.

88) BVerfGE 36, 1 (29).

런데 서독은 수축된 독일국이 아니라 독일국 영토의 일부 위에서 독일국을 법적으로 재조직한 국가이므로 “수축”이라는 표현은 맞지 않는다. 독일국 전체의 영토에 비하여 서독의 영토가 줄어든 것은 분명하지만 그와 같은 영토 축소로 인하여 서독과 독일국 사이에 존재하는 법적 동일성이 어떤 식으로든 수축되거나 지장을 받게 된 것은 아니기 때문이다.<sup>89)</sup> 그런데 수축국가설의 결정적인 문제는 그 설이 서독정부의 독일정책, 즉 동독을 서독과 대등한 국가로 인정하면서도 어떤 식으로든 외국이 아닌 어떤 것으로 봄으로써 동독과 독일국을 연결하는 끈이 단절되지 않도록 하려던 서독 정부의 공식입장에 배치된다는 것이다. 동설에 따르면 서독의 영역에 포함되지 아니한 서부베를린도 서독과의 끈이 끊어지고 독자적 정치적 공동체가 되어 버린다.<sup>90)</sup> 여기서 끝까지 동독을 국제법적으로 승인하지 않은 서독 정부의 태도와 동일성테제 사이에 존재하는 긴밀한 연관성을 확인할 수 있다. 서독정부의 “독일 내의 두 개의 국가”라는 공식은 당시 서독 정부가 추진하던 독일정책의 이와 같은 복잡성을 간결하게 담아내고 있는 것이다.

이처럼 당시의 어느 이론도 기본법은 물론 이 사건 조약과 조화를 이루면서 독일의 법적 상태를 일관성 있게 설명하기 어려웠다.<sup>91)</sup> 연방헌법재판소가 동독도 독일국이라는 국제법주체와 부분적으로 동일하다고 본 것은 바로 독일문제의 이와 같은 복잡성에 기인한 모호한 절충이었던 것이다.

연방헌법재판소의 그러한 판단이 서독 내에서만 법적 효과를 발휘하기 때문에 동독에게 그에 상응하여 행위하여야 할 법적 의무를 부과하는 것도 아니고, 또한 이 사건 조약의 전문에 포함된 민족문제에 관한 이견이 있었다는 조약당사자들 사이의 합의(Dissensprinzip)<sup>92)</sup>에 비추어 볼 때 이 사건 조약에서 천명된 동서독의 동권원칙을 침해하는 것도 아니었다. 그렇다면 연방헌법재판소의 부분적 동일성테제는 결국 전적으로 국내용이었던 것이다. 즉 서독이 재통일 성취를 위하여 독일국존속설, 동일성테제 등을 통해 고수하려고 했던 독일국이라는 동서독을 연결해 주는 끈이 이 사건 조약에 의해 단절되는 것이 아님을

89) W. A. Kewenig(각주 76), S. 76; O. Kimminich(각주 2), Rn. 183.

90) G. Zigger,(각주 1), Zwei Staaten in Deutschland, S. 153 참조.

91) 독일의 법적 상태가 복잡하다는 사정을 감안하면 오히려 다양한 이론이 필요하다고 보고 있는 A. Blechmann, Berichte und Urkunden - Deutsche Rechtsprechung 1973, in: ZaöRV 34(1975), S. 768.

92) 판결문 번역 B. VI. 1.

분명히 해줌으로써 이 사건 조약을 둘러싼 정치적 공방을 진정시키고 서독의 정치적 평화를 회복하기 위한 수단이었던 것이다. 그러나 그 대가로 독일의 법적 상태에 관한 동일성설, 부분질서설 등을 혼용하면서 이 사건 조약에 대한 판결은 많은 의문의 여지를 남기고 있다<sup>93)</sup> “좋지 않은 개념적 반죽”을 빚었다<sup>94)</sup> 해소할 수 없는 모순을 내포하고 있다<sup>95)</sup> 등과 같은 비판을 감수해야 했다.

### (3) 동서독 기본조약의 이중성

연방헌법재판소는 이 사건 조약은 “국제법의 규칙이 적용되고 또 모든 다른 국제법상의 조약과 같은 효력을 갖는 두 국가 사이의 양자조약”이라고 보았다.<sup>96)</sup> 그러나 이와 같은 원칙적 판단에 다음과 같은 유보가 따랐다. 이 사건 국제법적 조약은 “아직 재조직화가 이루어지지 않아 행위능력은 없으나 여전히 존속하고 있는 국가로서 통일된 국민을 갖고 있고 또한 여기서는 그 국경을 정확하게 확정하는 것은 필요하지 아니한 전체독일의 부분들인 두 국가 사이의 조약”<sup>97)</sup>이라는 것이다. 이 사건 조약의 이와 같은 특성은, 두 개의 독일국가모델이 기본법의 토대가 되고 있는 국가적 기초, 즉 독일국의 존속명제 및 이 독일국과 서독의 동일성명제에 반하지 않는다는 것, 따라서 독일의 국가적 통일성의 유지라는 기본법적 명령에 위반되지 않음을 뒷받침하기 위한 핵심논거 중의 하나로 사용되고 있다.

조약의 당사국들이, 상술한 것처럼 법적으로 아직 존속하고 있는 전체국가인 독일국의 부분들이라는 테제의 헌법적 의미와는 무관하게 이 사건 조약이 국제법적 조약이라는 것은 자명한 것이다.<sup>98)</sup> 어쨌든 연방헌법재판소는, 이 사건

93) T. Oppermann(각주 29), S. 597.

94) U. Scheuner(각주 29), S. 583.

95) R. Bernhardt(각주 3), Rn. 32. 그는 독일국이 아무런 국가기관을 가지고 있지 못해 행위능력이 없다면 국가기관을 보유하고 있는 서독과는 어떻게 동일할 수 있는가, 공간적 외연 때문에 서독과 독일국이 부분적으로 동일할 것이라면 서독의 국가관은 독일국의 국가기관이어야 하고 또 그렇게 되면 독일국은 행위능력이 있어야 하는 것은 아닌가의 의문을 제기하고 있다.

96) BVerfGE 36, 1 (23).

97) BVerfGE 36, 1 (23).

98) 이하의 비판에 대해서는 무엇보다도 O. Kimminich(각주 2), Rn. 142 ff. 참조. 그 밖에도 R. Bernhardt(각주 3), S. 15 참조.

조약이 국제법임에도 동시에 국내법성을 띤다는, 따라서 국제법과 국내법이 뒤섞여 있다는 이 사건 조약에 대한 성격규정을 뒷받침하기 위하여 이 사건 조약의 특수성을 부각시키기 위하여 부심하였다. 그 특수성을 논증하기 위하여 동서독 사이의 경계가 연방국가에 속하는 주들 사이의 경계와 유사하다는 점, 비준문서의 교환으로 종료되는 것이 아니라 ‘이에 준하는 각서’의 교환으로 끝나도록 되어 있고, 그에 따라 서독 측에서는 연방대통령의 전권에 의한 비준이 아니라 연방정부의 서명이 있는 각서로 갈음할 수 있었던 비준절차의 특수성(이 사건 조약 제10조 후단), 대사관이 아닌 상주대표부를 설치하도록 하고 있는 이 사건 조약 제8조, 이 사건 조약이 이른바 내부관계를 규율하고 있다는 점 등을 들고 있다.

그러나 이와 같은 논거들에 대해서는 각각 많은 반론이 제기되었다.

### 1) 양독간 경계의 특수성 논거

서독과 동독 사이의 경계에 대해서 연방헌법재판소는 “... 본질상 독일연방공화국의 주들을 가르고 있는 것과 유사한 국법적 경계이다”고 확인하고 있다.<sup>99)</sup>

그러나 연방헌법재판소의 이와 같은 판단에 대해서는 많은 의문이 제기되었다.<sup>100)</sup> 양독의 경계가 동일한 연방국가에 속하는 주들 사이의 경계와 같다고 확언하지 않고 그러한 경계와 “유사하다”는 표현을 사용했다는 사실로 위안을 삼기까지 한다.<sup>101)</sup> 그와 같은 평가가 현실과 동떨어진 것일 뿐 아니라 법적으로 보더라도 적확성이 없다는 것이다. 무엇보다도 서독법상 연방군과 연방국경수비대는 서독 내에서는 주간 경계에 특별히 구애받지 않고 자유로이 이동할 수 있지만 동독과의 관계에서 그렇게 하는 것은 국제법적으로나 헌법적으로나 모두 허용되지 않을 뿐 아니라 사실상 불가능하기 때문이다. 양국의 고권이 미치는 지리적 한계는 공통의 경계이다. 서독과 동독 사이의 경계는 - 독일인의 입장에서 뼈아픈 현실이기는 했지만 - 국제법적 의미의 경계, 즉 국경이다. 양독을 덮고 있는 전체독일이라는 지붕의 존속을 고수한다면 양독 사이의 경계

99) BVerfGE 36, 1 (26).

100) 무엇보다도 R. Bernhardt(각주 12), S. 34 f.; Scheuner(각주 29), S. 583; W. A. Kewenig(각주 29), S. 799 참조.

101) 가령 W. A. Kewenig(각주 29), S. 797 ff.



를 국법적 의미의 경계, 즉 주간 경계의 일종으로 볼 수 있다는 견해가 주장될 수 있지만, 동독이 전체독일을 공통의 지붕으로 인정하지 않고 있었다는 점에서 역시 설득력을 갖기 어렵다고 본다.

그럼에도 불구하고 동독이 아직 독일국으로부터 분리되어 떨어져 나가는 과정이 완결되지 아니하였고 또 양독이 참여하는 가운데 전승국이 이에 관한 규율을 하지 않은 이상 전승국이 독일국을 분할점령하기 위하여 설정했던 양독의 경계를 온전히 국제법적 의미의 국경으로 보지 않을 수 있다는 것을 근거로 연방헌법재판소의 판결을 지지하는 것이 서독학계의 주류였다.<sup>102)</sup>

## 2) 비준절차의 특수성 논거 등

먼저 비준절차의 특수성을 들어 이 사건 조약의 국내법성을 뒷받침하려는 시도는 이 사건 조약 제10조가 예정하고 있는 비준절차도 국제조약에 관한 국제관행에 부합하는 것이며, 국내에서 진행되는 비준절차의 차이는 국제법상으로 아무런 효과가 없다는 반론에 직면하였다.<sup>103)</sup> 본질적인 의미를 갖는 것은 조약당사자들이 상대국의 비준사실에 대한 통지를 받는다는 것인데, 이 사건 조약 제10조의 ‘이에 준하는 각서’는 그 내용상 비준문서를 의미한다. 그것이 서독에서의 통상적인 비준형식과 다른 것인지 여부는 알려져 있지 않다. 서독 정부는 ‘이에 준하는 각서’를 공개한 적이 없으며 이 사건에서도 연방헌법재판소에 제출된 적도 없다. 어쨌든 그러한 국내법적 차이는 국제법적으로는 아무런 의미가 없다.

또한 대사관이 아닌 상주대표부를 설치하기로 한 것도 양독이 통상적인 국가관의 관계가 아니라 특수한 관계에 있는 국가 사이의 관계를 부각시키려 했다<sup>104)</sup>는 지적에 대해서 상주대표부의 대표를 비롯한 소속 직원들과 그 가족이 외교관의 신분을 보유하므로 대사관 설치와 별다른 차이가 없다는 반론이 제기되었다.<sup>105)</sup>

연방헌법재판소는 나아가 이 사건 조약의 국내법적 특성을 부각시키기 위하

102) 가령 G. Ress(각주 10), Rn. 65; E. Klein, Die Qualifizierung der innerdeutschen Grenze, in: G. Zieger(Hg.), Fünf Jahre Grundlagenvertragsurteil des Bundesverfassungsgerichts, 1979, S. 95 ff. 등 참조.

103) O. Kimminich(각주 2), Rn. 142.

104) R. Dolzer(각주 2), Rn. 29.

105) O. Kimminich(각주 2), Rn. 142.

여 공통의 경계를 넘어서 인도적 관계의 개선을 목표로 하는 조약당사자들 사이의 최대한 긴밀한 협력에 도달하려는 이 사건 조약의 경향<sup>106)</sup> 또 이 사건 조약 제7조에 대한 부속의정서에 포함되어 있는 다음과 같은 선언, 즉 서독과 동독 사이의 교역은 기존의 협정을 기초로 전개되고 있다는 선언<sup>107)</sup>을 원용하고 있다. 그런데 이 사건 조약은 동독을 국제법주체로 다루어야 할 서독의 기본적 의무에 대한 제한의 근거를 전혀 포함하고 있지 않다는 이론<sup>108)</sup>에 직면하였다. 부속의정서도 마찬가지이다.<sup>109)</sup> 인도적 관계의 개선을 목표로 조약당사자들 사이에 긴밀한 협력에 도달하려는 조약의 성향이 조약당사자가 외국이라는 성격을 바꿀 수 있는지 의문이다. 또 경제적 관계의 특수성도 양독의 관계를 통상적인 국제법적 교류와는 다른 것으로 파악하는 것을 정당화할 수 없다. 그 때문에 동독을 외국이 아닌 것으로 다루는 것은 이 사건 조약 제1조에 명시된 조약당사자들의 명시적 의무인 정상적인 선린관계를 발전시켜야 할 의무에 반하게 되는 결과를 초래한다.

### 3) 동서독관계는 ‘내부관계’라는 논거

연방헌법재판소는 통상적인 국제법적 관계와는 다른 이 사건 조약에 의한 동서독 관계의 규율을 “내부관계(*inter-se-Beziehungen*)”라는 용어로 집약하면서도 이 사건 조약이 그러한 관계만을 규율하는 것이 아니기 때문에 이 사건 조약이 일반적 국제법질서에서 제외되는 것은 아니며, 따라서 이 조약에 의해 창설되고 한정된 대상을 규율하는 특별법 질서에 속하는 것은 아니라고 한다.<sup>110)</sup> 그에 따르면 서독은 동독을 외국으로 승인하는 것이 아니라 국법적 요소를 포함하고 있고 또 아직 독일국에서 분리되는 과정이 완결되지 아니한 데 기인하는 특수한 관계를 맺고 있는 국가로서만 승인하고 있는 것이다.<sup>111)</sup>

그러데 이 사건 조약은 물론 그 부속의정서나 기타 부속문서들 어느 곳에서

106) BVerfGE 36, 1 (23). 여기서는 판결문 번역 B. IV. 3.

107) 이에 대하여 좀 더 상세한 것은 R. Dolzer(각주 2), Rn. 28 참조.

108) O. Kimminich(각주 2), Rn. 78 및 143.

109) O. Kimminich(각주 2), Rn. 84 ff. 및 143.

110) BVerfGE 36, 1 (23 f.).

111) G. Ress(각주 10), Rn. 51. 그는 이를 동독을 외국이 아닌 국가로서 승인하는 것, 즉 약화(*gemindert*) 국제법적 승인으로 지칭하고 있다. 연방헌법재판소는 이를 ‘특수한 형태의 사실적 승인’으로 규정하고 있다.

도 내부관계라는 용어를 사용하고 있지도 않고 그것을 대략적이거나 정의하는데 도움이 될 만한 표현을 포함하고 있지도 않다. 독일에서 이 표현은 국내법(가령 연방국가의 주 상호간의 관계를 지칭하기 위하여)은 물론 국제법(가령 다자조약의 서명국 상호간의 관계를 지칭하기 위하여)에서도 사용되고 있다고 한다. 그러므로 양국 관계의 성격을 “내부관계”로 규정하는 것만으로는 이 관계가 어떤 차원의 관계인지에 대한 구체적인 정보를 제공하지 않는다. 동서독은 모두 동일한 연방국가에 속해 있는 주가 아니다. 따라서 이 표현을 동서독 관계가 전적으로 국내법적 관계라는 의미로 사용할 수는 없다. 또 연방헌법재판소는 동서독 관계의 특수성을 드러내기 위하여 이 표현을 사용하고 있으므로 이 표현은 양국 관계가 전적으로 국제법적 관계에 속한다는 의미로도 사용되지 않고 있음은 당연하다.<sup>112)</sup>

그렇다면 이 용어는 일면 국제법적 성격을 띠면서도 타면 국내법적 성격을 띠는 관계를 지칭하기 위하여 사용되었거나 국제법과 국내법 사이에 존재하는 차원을 지칭하기 위해서 사용되었을 것으로 추정할 수 있다. 후자의 가능성과 관련하여 독일의 국제법학계 및 국제사법학계에서는 “제한적으로 국제법적인 조약(beschränkt völkerrechtlicher Vertrag)” 또는 “국제사법적(私國際法的) 조약(Privatvölkerrechtlicher Vertrag)”과 같은 개념이 사용된 바 있다. 그렇지만 이와 같은 혼합형 내지 중간형 조약은 국가와 사법상의 법인 사이에서 체결되는 조약처럼 조약의 당사자들이 상이한 서열을 가지고 있는 상황과 관련되어 있다. 이와 같은 조약을 어떻게 분류해야 하는지에 대해서는 견해가 갈린다.<sup>113)</sup> 그러나 이 사건 조약이 상이한 서열을 가진 국제법주체 사이에 체결된 조약이 아님은 분명하다. 이 사건 조약은 동서독이 평등한 국제법주체임을 명시하고 있기 때문이다. 또한 연방헌법재판소 스스로 이 사건 조약이 이 조약에 의해서 처음으로 창설되고 한정된 대상을 규율하는 특별법질서에 속하는 것이 아님을 분명히 함으로써 이와 관련된 오해를 방지하려 했다. 그러므로 이 사건 조약은 그와 같은 혼합형 내지 중간형의 하나로 분류할 수도 없다.<sup>114)</sup>

112) O. Kimminich(각주 2), Rn. 144 f. 참조.

113) 독일 국제법학회는 정례학회에서 이 주제를 다루기도 했다. H. Kipp과 K. Zweigert의 주제발표, *Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1964, S. 133 ff. 다수 견해는 국제법질서나 국내법질서 중 어느 하나에 귀속시켜야 한다고 보았지만, 독자적인 법질서가 창설된다고 보는 견해도 있었다(Zweigert, aaO).

114) O. Kimminich(각주 2), Rn. 146 참조.

이 사건 조약은 일면 국제법성을 띠고 또 타면 국내법성을 띠는 것인가? 연방헌법재판소는 이 사건 기본조약이 “이중성”을 들어 이를 긍정하고 있는 것으로 분석된다.<sup>115)</sup> 연방헌법재판소는 이 사건 조약은 “그 종(種)적 특성에 비추어 볼 때는 국제법적 조약이며, 그 특수한 내용에 비추어 볼 때에는 무엇보다 내부관계를 규율하는 조약”<sup>116)</sup>이라고 이를 부연하고 있다. 그런데 국제법문헌에서 종과 내용을 구분하는 것은 흔한 일이 아니다. 연방헌법재판소가 이로써 형식과 내용을 구분한 것은 아닌지, 따라서 “국내법적” 내용을 포함하고 있는 국제법적 조약도 국제법적 조약임에는 변함이 없다는 점을 고려할 때 결국 의미 없는 말을 한 것은 아닌지 의문이다.<sup>117)</sup>

서독의 실무상 그와 같은 예는 없다고 한다.<sup>118)</sup> 연방국가의 주들 상호간에 그들 상호간에 국제법적 규범을 적용하도록 하는 내용의 계약을 체결하더라도 그것은 국내법상의 계약이며, 국제법적 내용을 갖는 조약이라고 할 수조차도 없다. 국제법규범과 내용상 일치된다고 하더라도 그러한 일치는 전적으로 국내의 법제정자의 의사에 기인하는 것이기 때문이다. 반대로 보통 연방국가의 주들 상호간에 체결되는 협정과 같은 것을 내용으로 하는 국제조약을 “내용상 국내법적 계약”이라 할 수도 없다. 국제법적 조약을 통해서 조약당사자들의 국제법주체성을 박탈하는 새로운 정치적 통일체가 성립하는 경우에도 마찬가지이다.

이 사건 조약은 그러한 내용을 갖는 조약과도 거리가 멀다.<sup>119)</sup> 이 사건 조약은 주로 내부관계를 - 그것을 어떻게 이해하든 - 규율하는 것도 아니다. 그 제1조는 “정상적 선린관계”의 발전을 위한 의무를 부과하는 것이고, 제2조는 유엔헌장의 주요원칙들을 반복하고 있고, 제3조는 동서독의 관계를 유엔헌장 및 국제법의 일반원칙과 일치하게 규율하고 있으며, 제4, 6조는 이를 다시 강조하

115) 판례와 같은 입장을 취하고 있는 G. Ress(각주 10), Rn. 49 및 주 202에서 인용하고 있는 문헌; R. Dolzer(각주 2), Rn. 31 등 참조. 그에 따르면 국가들 사이에 존재하는 내부관계는 해체과정의 국가에서는 기존의 국법적 요소들이 유지되고 있다는 것이 추정된다는 사실의 표현이며, 전체독일에 대한 전승국의 권리와 책임에 비추어 볼 때 그리고 서독이 그 창건 이래 지속적으로 이어진 그 선언에 비추어 볼 때 동서독의 관계에도 그와 같은 특성이 남아있다고 한다. 그밖에도 이를 지지하는 H. Steinberger, *Einflüsse der Ostverträge auf Deutschland als Ganzes? in: Finis Germaniae?* (Bibl.), S. 94 f.

116) BVerfGE 36, 1 (24).

117) O. Kimminich(각주 2), Rn. 147 참조.

118) 이하의 논증에 대해서는 O. Kimminich(각주 2), Rn. 148 참조.

119) 이하의 논증에 대해서는 O. Kimminich(각주 2), Rn. 49 참조.

고 있고, 제5조는 내부관계와는 무관한 세계정치적·유럽적 문제를 규율하고 있고, 제9조는 국제조약에서 흔히 볼 수 있는 (다른 나라와 체결한 조약에 대한) 무영향조항을 포함하고 있으며, 제8, 10조는 내용상 국제법적 차원에서의 국제관행에 상당하는 것이다. 이 사건 조약에서 주로 내부관계를 규율하는 것으로 볼 수 있는 유일한 조항인 제7조도 그 규율내용이 사실상 없다. 그 제1문은 향후 계획의 천명이며 제2문은 정상적 관계를 갖고 있는 국가들 사이에 체결되는 조약들과 같은 추가적 조약의 체결의무를 내용으로 하기 때문이다. 제7조에 관한 부속의정서 제1문에 들어 있는 동서독 사이의 교역에 관한 기존의 협정만이 특수한 규율을 담고 있는데, 기본조약이 이 규율을 공고하게 만드는 것도 아니다. 그러나 이 사건 조약이 주로 내부관계를 규율하고 있다고 보는 견해가 옳다고 하더라도 그것만으로는 이 사건 조약 및 이 조약에 의거하여 발전되어야 할 관계가 국내법적 성격을 띤다고 확인할 수는 없다.

법적으로 볼 때는 - 그 실제적 내용도 없는 - 내부관계의 규율이라는 테제에 담긴 연방헌법재판소의 의도는 이 사건 조약의 이중성을 부각시키는 문구에 이어지는 두 문장에 들어 있다.<sup>120)</sup> 즉 “국제법적 조약을 통해 내부관계를 규율하는 것은 무엇보다 이 사건에서처럼 전체국가의 조직이 붕괴되어 국법적 질서가 존재하지 않게 된 경우에 필요해질 수 있다. 연방국가의 경우에도 연방헌법상의 규율이 결여된 경우에 연방을 구성하는 주들 상호 관계는 국제법규에 따르게 된다(독일국 국사재판소 결정, Lammers-Simon, I, 178ff.; 207 ff.; 기본법하의 법제에 따른 발전에 관하여는 BVerfGE 1, 14 [51]; 34, 216 [230 ff.]).<sup>121)</sup> 연방헌법재판소의 논증은 결국 다음과 같은 것이다. 즉 어느 연방국가에서나 주 상호간의 관계에 대하여 연방헌법이 아무 것도 규정하고 있지 아니한 경우에는 국제법이 적용된다는 것이다. 이와 같은 원칙은 이 사건 조약의 당사자들이 자리 잡고 있는 독일국이 1945년 이래 조직이 소멸되어 있는 경우처럼 전체국가의 조직이 소멸되어 있는 경우에는 더욱더 타당하다는 것이다.<sup>122)</sup>

그러나 이러한 논증은 설득력이 없다. 연방국가의 헌법이 남긴 흠결을 국제법이 자동적으로 채우는 것은 결코 아니다.<sup>123)</sup> 연방국가의 주들이나 여타 영역

120) O. Kimminich(각주 2), Rn. 150.

121) BVerfGE 36, 1 (24).

122) 그러한 특수한 관계는 식민상태에서 존재한 적이 있다고 보는 G. Ress (각주 10), Rn. 49 ff.

123) O. Kimminich(각주 2), Rn. 142 f. 참조.

단체들이 그 상호관계에 내용상 국제법규범과 일치하는 법규범을 적용할 수는 있다. 연방의 헌법에 의거하여 또는 연방의 헌법이 침묵하고 있는 경우에 연방 헌법이 허용하고 있는 주간 계약이나 헌법적으로 문제가 없는 주 사이에 형성된 관습법에 의거하여 그렇게 할 수는 있다. 어쨌든 그 경우에 적용되는 법규범은 본래의 국제법규범이 아니라 국내의 법제정자의 의사에 의거한 것이다.<sup>124)</sup>

연방헌법재판소가 이 사건 판결에서 인용한 독일국 국사재판소(Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich)의 판결은 물론 이 판결을 인용한 연방헌법재판소의 이전 판례들도 국제법이 자동 적용된 사례가 아닌 국제법을 유추적용한 사례이다. 국제법 원칙들이 연방국가의 주 상호간의 관계에 자동적으로 적용되는 것이 아니라면, 전체국가의 조직이 존재하지 않는 경우에는 더욱 더 그러하다.<sup>125)</sup> 국내의 법제정자의사가 국제법규범을 적용하도록 한 것이라면 적용된 국제법규범은 그 법적 성질상 국제법이 아니고 국내법인 것이다. 이 경우 계약의 당사자들은 국제법주체가 아니며 또 국제법적 조약을 체결할 수도 없다. 기껏해야 그들 사이에 체결된 계약은 내용상으로는 국제법성을 띠지만 형식상으로는 국내법성을 띤다고 할 수는 있을 것이다. 그렇지만 이 계약을 국내법으로 분류해야 한다는 사실에는 변함이 없다.<sup>126)</sup>

이러한 유형과 유사한 사태조차 이 사건 조약의 경우에는 존재하지 않는다.<sup>127)</sup> 이 사건 조약을 국제법의 영역에서 제외하고 국내법의 영역으로 편입시키려는 서독 내의 법제정자의사가 존재하지 않으며, 또 그러한 서독내의 법제정 의사는 양 조약당사자의 명시적 의사에 반할 뿐 아니라 연방헌법재판소도 이를 주장하지도 않았다. 오히려 연방헌법재판소는 반대의 상황이 존재한다고 보았다. 즉 이 사건 조약은 내용상으로는 국내법이고 형식상으로는 국제법이라고 보았다. 연방헌법재판소가 연방국가의 주들도 서로 국제법적 조약을 체결할 수 있으므로 이 사건 조약이 국제법적 형식을 띠고 있다는 사실이 그 조약의 당사자들이 국제법주체라는 것에 대한 증거가 아니라고 생각했다면, 더욱더 부당하다고 본다. 연방국가의 주들은 어떤 상황에서도 국제법적 조약을 체결할 수는 없기 때문이다. 연방헌법재판소가 기본조약의 국제법적 형식이 아니라 그

124) 독일국 국사재판소는 류벡(Lübeck 대 메클렌부르크-슈베린(Mecklenburg-Schwerin) 사건에서 이점을 명확히 한 바 있다(RGZ 122, Anhang S. 1 ff.).

125) O. Kimminich(각주 2), Rn. 152.

126) O. Kimminich(각주 2), Rn. 153.

127) O. Kimminich(각주 2), Rn. 154.

국제법적 종류라고 표현하고 또 이 표현을 통해 형식과 더불어 내용까지도 언급한 것인 경우에도 연방헌법재판소의 논증은 설득력을 갖기 어렵다. 이 사건 조약을 일단 국제법으로 분류하면 그 조약의 전체 또는 그 일부를 국내법 차원으로 끌어내리려는 시도는 실패할 수밖에 없다.

#### 4) 소결

상술한 고찰을 종합하면 이 사건 조약은 어떤 면에서 보더라도 국제법적 조약이라고 보아야 한다. 연방헌법재판소가 이 조약을 부분적으로나마 국제법질서로부터 떼어내 보려고 한 시도는 법리적으로는 성공하지 못했다고 보아야 한다.<sup>128)</sup> 연방헌법재판소의 판결이 국제법적 오류에 입각하고 있을 뿐 아니라 국제법적으로 효력이 발생한 조약을 조약당사국의 국내법원이 그 판결로 변경할 수 없기 때문이다. 물론 그렇다고 해서 연방헌법재판소 판결의 국내법적 효력이 영향을 받는 것은 아니다.

이 사건 조약이 국제법상의 조약의 하나임을 인정하면서도 그 이중성을 이유로 그 규율의 국제법적 효과를 제한하려고 했던 연방헌법재판소의 시도는 이 사건 기본조약이 서독에 대하여 가지는 헌법적 의의를 배경으로 할 때만 이해할 수 있을 것이다.<sup>129)</sup> 연방헌법재판소가 국제법적 영역에서는 아무런 권한도 없고 따라서 국제법적 조약을 통해서 발생한 권리와 의무를 수정할 수 없는 반면, 연방헌법재판소의 이 사건 판결은 서독 내에서는 전면적인 효력을 갖는다. 국제법의 일반적 원칙들 중의 하나는 어떤 국가도 국제법적 의무를 국내법을 원용하여 면탈할 수 없다는 것이다. 연방헌법재판소의 판결이 법규적 효력을 가지고 있다고 하더라도 어떤 조약의 국제법적 효과에 영향을 미칠 수는 없다. 조약에 대하여 국내의 법원이 한 해석도 그 국가의 법에 따른 국내적 구속력만 가질 수 있을 뿐이지 국제법적 공간에서 양 조약 당사국에 대하여 구속력 있는 해석일 수는 없다. 그러한 유권해석은 개별사건에 대하여 관할권을 갖고 있는 국제법원이나 중재재판소만이 할 수 있는 것이다.

연방헌법재판소가 인용했던 국제법의 원칙, 즉 예외적으로 조약당사자들 중

128) O. Kimminich(각주 2), Rn. 155; 기본법 시행 30년이 지난 1979년의 독일의 법적 상태를 평가하면서 양독의 관계는 국내법과 국제법이 착종하고 있는 상태를 이미 뒤로 하고 있다고 주장하고 있는 R. Bernhardt(각주 12), S. 24.

129) 이하의 내용에 대해서는 O. Kimminich(각주 2), Rn. 156 참조.

일방이 타방에 대하여 조약의 특정한 해석은 자국의 헌법에 반한다는 것을 알 수 있었고 또 알아야 한다는 것을 주장할 수 있다<sup>130)</sup>는 것은 국제법학계의 통설에 의하면 명백한 헌법위반의 경우에만 타당하다. 전권대표는 원칙적으로 상대국의 헌법을 알아야 할 의무가 없다. 이른바 무관설(Irrelevanztheorie)에 의하면 상대국의 헌법은 국제법적으로 무의미하고, 따라서 애초부터 상대국 헌법을 알고 있었는지 여부는 조약의 유무효를 판단하는 데 관건이 아니다. 다양한 변종의 유관설(Relevanztheorie)은 국제조약의 위헌성은 일정 조건하에서는 국제법 영역에서도 의미를 가질 수 있다고 보기는 하지만 모든 헌법규정에 대한 위반이 조약의 효력에 영향을 미친다고 보는 것은 아니며 조약을 통한 의사표시를 할 수 있는 권한의 주체에 관한 헌법위반이나 관할기관과는 다른 국가기관의 의사형성에의 관여만이 문제되며, 이 두 경우에도 국제법학계의 다수설은 헌법위반의 명백성이나 신의성실의 원칙에 대한 위반을 요구하고 있다.<sup>131)</sup>

서독의 국내법이 연방헌법재판소가 제시한 것처럼 조약의 해석에 대하여 의미를 가질 수 있다고 하더라도 이 사건 조약의 경우에는 그러한 연관성을 입증하기 어려울 것이다. 이 사건 조약이 서독의 헌법적 기초에 대하여 갖는 의의와 관련되어 있는 모든 법적 문제들의 난해성과 복잡성에 비추어 볼 때 동독의 전권대표가 이 사건 조약에 대한 특정한 해석이 서독의 헌법에 반한다는 것을 알 수 있었거나 알 수 있어야 했고, 따라서 동독이 연방헌법재판소가 후에 발견한 이 사건 조약에 대한 해석을 수용하지 않으면 안 된다고는 주장하기 어렵기 때문이다. 설혹 동독이 그래야 한다고 하더라도 이 사건 조약은 전적으로 국제법적 원칙에 따라 해석되어야 한다는 결론에는 영향을 미치지 못할 것이다.<sup>132)</sup>

반면에 연방헌법재판소가 조탁해 낸 이 사건 조약에 대한 해석은 서독 내에서는 서독의 연방기관 및 주의 기관들 그리고 모든 법원과 관청에 대하여 구속력을 발휘한다. 연방헌법재판소는 이 사건 조약은 “이유에서 실시된 것과 같은 해석하에 기본법에 합치한다”고 선언하였다. 연방헌법재판소는 이와 아울러 “이 판결의 이유에 들어 있는 모든 실시는, 이 사건 조약 자체의 내용에만 관련되어 있지 아니한 것을 포함해서 필요한 것이며, 연방헌법재판소의 판결이

130) BVerfGE 36, 1 (36).

131) O. Kimminich(각주 2), Rn. 157 ff.; 김대순, 국제법론(제18판), 삼영사, 2014, 220 이하; 정인섭, 신국제법강의(제5판), 박영사 2014, 318 이하 참조.

132) O. Kimminich(각주 2), Rn. 160.



말하는 결정의 중요이유들의 일부이다.”라고 함으로써 그 기속력(연방헌법재판소법 제31조 제1항)의 범위를 이 사건 판결 이유 전반으로 확대하였다. 이처럼 기속력이 미치는 범위를 이 사건 조약의 내용에 관한 판결이유를 넘어 이 사건 조약 자체와 직접적인 관계가 없는 이유에까지 확대한 이유는 이 사건 조약의 내용에 대한 합헌성심사가 헌법의 기본문제들에 대한 설시까지도 전제하고 이를 중요이유에 포함시켜야 이 판결 전체가 의미를 가질 수 있기 때문이었다.<sup>133)</sup>

이 사건 조약의 이중성 테제의 타당성여부를 떠나 연방헌법재판소는 그 테제를 통해 이 사건 조약이 서독 내에서 갖는 효과를 제한하는 한편, 동독을 독일국으로부터 아직 완전히 분리되지 않은, 따라서 외국이 아닌 국가로 규정함으로써 이 사건 조약을 둘러싼 서독의 정치세력 간의 갈등을 완화 내지 해소하는 등 정치적 평화를 조성하는 데 기여했으며,<sup>134)</sup> 이 사건 조약의 합헌 확인을 통해 정부에 독일정책의 여지를 부여함으로써 독일의 재통일에도 일조하였다.

### 3. 재통일명령

서독의 기본법은 전문에서 ‘재통일의 명령’을 명시함으로써 독일문제에 대한 독일인민의 자결권에 헌법적 토대를 부여하였다. 자유로운 자결을 통해 독일의 통일과 자유를 완수하라는 독일인민에 대한 촉구(전문 제3문)는 재통일의 명령으로 지칭되었다. 전문에는 그밖에도 국가적·민족적 통일성의 유지가, 제23조에는 독일의 다른 부분들에 의한 가입의 가능성이, 제146조에는 독일인민이 자유로운 결정을 통해서 제정한 헌법이 발효되는 날 기본법의 효력이 상실된다는 것이 명시되었다.

연방헌법재판소는 기본법의 전문으로부터 재통일의 명령을 이끌어 내는 한편, 입법기관을 비롯한 정치기관에게 이 명령의 이행과 관련한 폭넓은 정치적 형성의 여지를 인정해 왔던 자신의 판례(BVerfGE 5, 85 [126 ff.]; 12, 45 [51 f.])의 기초를 재확인하고 있다.<sup>135)</sup> 연방헌법재판소는 이와 같이 구성된 재통일

133) O. Kimminich(각주 2), Rn. 164 참조.

134) R. Bernhardt(각주 12), S. 26 참조.

135) BVerfGE 36, 1 (17 f.).

의 명령으로부터 서독의 국가기관들에게 부과되는 다음과 같은 법적 의무를 구체적으로 도출하고 있다. 즉 서독의 어떤 헌법기관도 정치적 목표로서의 국가적 통일성의 회복을 포기해서는 안 된다는 것, 모든 헌법기관은 내적으로는 재통일의 명령을 늘 명심하면서 대외적으로는 확고하게 주장하는 것을 포함하여 자신의 정책을 통해 이러한 목표의 달성을 위하여 적극적으로 활동하여야 한다는 것, 그리고 재통일을 좌절시키게 될 행동을 하지 말아야 할 의무가 그것이다.<sup>136)</sup>

연방헌법재판소는 재통일이라는 목표를 실현하거나 그에 접근하는 정치적 수단과 방법의 선택은 원칙적으로 연방정부, 그리고 이 정부를 구성하는 연방 의회의 다수파에게 맡겨져 있다는 점을 확인하였다. 그렇지만 헌법국가인 서독에서 정치기관들도 이 목표의 실현과 관련하여 무제한적으로 자유로운 것은 아니며, 그 정책적 자유에는 다음과 같은 한계가 설정되어 있다고 판시하였다. 즉, “헌법상 연방공화국의 기본법으로부터 - 재통일과 자결의 실현이라는 방향으로 작용할 수 있는 - 법적 권원(Rechtstitel)을 포기하거나, 기본법과 양립될 수 없는 법적 권원을 만들거나, 또는 재통일이라는 목표를 향한 노력에 장애가 될 수 있는 법적 권원의 창설에 관여하는 것은 금지되어 있다”<sup>137)</sup>는 것이다.

그밖에는 이와 관련하여 가령 연방헌법재판소가 이 사건 판결에서 명시적으로 부각시켰던 것처럼<sup>138)</sup> 양독이 국가연합(Konföderation)<sup>139)</sup>을 결성하는 조약을 체결하는 것을 비롯하여 거의 모든 정치적 행위가 허용된다. 동독의 유엔가입과 그에 따른 동독의 위상제고처럼 사실상 독일의 재통일에 도움이 되지 않을 수도 있는 정책의 선택도 가능하다.<sup>140)</sup>

물론 재통일에 배치될 수 있는 법적 지위의 창설이 금지되므로 서독 이외의 독일의 지역들이 서독에 가입하려면 가령 소련과 같은 제3국의 동의를 받도록 하는 조약을 체결하거나 그러한 조약에 가입해서는 안 된다. 또한 재통일을 위하여 불가결한, 당시까지 계속 존재하던 전체 독일의 법적 지위를 포기하는 것도 허용되지 않는다. 이 포기불가의 대상에는 독일국 존속명제, 전체 독일인에게 부여되어야 할 독일국의 국적이 포함된다. 그리하여 서독은 기본법 제116조

136) BVerfGE 36, 1, (18).

137) BVerfGE 36, 1 (18).

138) BVerfGE 36, 1, (25).

139) 그 한계에 대해서 자세한 것은 G. Ress(각주 10), Rn. 59 참조.

140) G. Ress(각주 10), Rn. 57 참조.

의 독일인의 개념을 유지하고 또 모든 독일인에게 외국에서 법적·사실적으로 가능한 외교적 보호를 제공하여야 할 헌법적 의무를 다해야 한다. 그밖에도 “독일민족”이라는 표현을 오로지 주민의 의식 속에 현존하는 언어 및 문화적 통일체라는 개념으로만 사용하는 것도 법적으로 볼 때 포기불가의 법적 입장을 포기하는 것이자 재통일을 위한 노력의무에 반하는 것으로 허용되지 않으며, 전체독일에 대한 4대강국의 책임도 재통일을 위한 연방정부의 노력을 뒷받침하는 유일한 법적 기초가 아닌 또 하나의 법적인 기초가 된다고 볼 때에만 합헌적인 것이라고 판단하였다.<sup>141)</sup>

연방헌법재판소는 무엇보다도 민족문제, 보다 구체적으로 말하면 “독일민족의 국가적 통일성의 유지”가 문제되는 기본법상의 재통일의 명령에 관한 동서독 간의 이견의 존재가 이 사건 조약의 전문에서 확인되고 있다는 것을 고려하여 해석한다면 이 사건 조약은 기본법상의 재통일 명령과 모순되지 않는다고 판단하였다. 즉 “연방정부는, 이 사건 조약을 통해 독일민주공화국과의 관계를 포함한 모든 국제관계에서 - 예전과 마찬가지로 독일민족이 자유로운 자결의 방식으로 국가적 통일을 달성할 수 있도록 촉진할 수 있고, 또 그의 정책에서 이러한 목표를 평화적 수단으로, 그리고 국제법상의 일반원칙과 부합하게 달성하려고 노력하려는 - 법적 권원을 상실하지 않고 있다. 이 사건 조약은 분단의 조약이 아니라, 독일민족이 그 국가적 통일성을 다시 조직할 수 있도록 연방정부가 가능한 모든 것을 항상 다하도록 하는 것을 현재는 물론 장래에도 배제하지 않고 있는 조약인 것이다. 이 사건 조약은 일차적으로 국제법상 널리 알려진 다양한 변형의 국가연합(Konföderation)에 도달하게 되는 긴 과정의 첫 걸음, 즉 독일민족이 하나의 국가로 재통일되는 방향, 다시 말하면 독일의 재조직이라는 방향으로 가는 한 걸음일 수 있다.”<sup>142)</sup>

#### 4. 동독인 등의 독일국적 및 외교적 보호의 문제

이 사건 조약은 기본법적 의미의 독일인에 대한 정의가 유지될 수 있을지의 문제를 제기하고 있다. 재통일 전에도 서독 기본법에 의하면 동독에 거주하

141) BVerfGE 36, 1 (19).

142) BVerfGE 36, 1 (25 f.)

는 독일인은 기본법 제116조 제1항<sup>143)</sup>에 의한 독일인이라는 사실에는 의문이 없었다. 이 사건 조약은, 서독이 부속의정서에 포함시킨 선언을 통해 명확히 한 것처럼 국적문제에 대한 규율을 포함하고 있지 않다. 연방헌법재판소는 그렇다고 해서 “이 사건 조약이 기본법 제16조<sup>144)</sup> 및 제116조 제1항의 국적문제에 아무런 영향을 미치지 않는지 그리고 이 영향들 중 어떤 것이 이들 기본법 규정들과 모순되는 것은 아닌지”의 의문이 해소되지는 않았음을 인정하기는 하였으나<sup>145)</sup> 이 사건 조약은 아래에서 살펴보는 것처럼 관련 기본법규정들에 합치될 수 있게 해석될 수 있음을 확인하였다.

### (1) 동독인 및 서부베를린인의 국적문제

연방헌법재판소는 국적 및 독일인의 지위에 대한 거부의 문제를 간략히 언급한 후 바로 다음과 같이 판시하였다. 즉 “여기서 그 밖의 결과는 제쳐둘 수 있다. 아무튼 독일민주공화국 시민이 기본법의 적용범위 내에서 기본법 제16조와 제116조 제1항이 의미하는 독일인으로 대우받지 못한다고 이 사건 조약을 해석하게 된다면, 이 사건 조약은 기본법과 명백하게 모순되게 될 것이다.”<sup>146)</sup> 이 인용문은, 이 사건 조약이 기본법 제16조 및 제116조 제1항에 저촉되는지 여부의 문제를 미결로 남겨둔 것과 같은 인상을 준다. 그러나 그 맥락이나 연방헌법재판소의 판결의 관련 내용을 전체적으로 보면 ‘이 사건 조약은 독일민주공화국(동독)의 시민이 기본법의 효력이 미치는 영역에서는 기본법 제16조 및 제116조 제1항의 독일인으로 대우받지 못하도록 이해되어서는 안 된다.’는

#### 143) 제116조

- (1) 기본법상 독일인은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 독일국적을 가진 사람 또는 1937년 12월 31일 현재의 독일제국 영역에서 독일민족에 속하는 망명자나 피추방자 또는 그 배우자나 자손으로 인정된 사람이다.
- (2) 1933년 1월 30일과 1945년 5월 8일 사이에 정치적 인종적 또는 종교적 이유로 국적을 박탈당한 구독일 국적 보유자와 그 자손은 신청을 하면 국적이 회복된다. 이들은 1945년 5월 8일 이후 독일에 주소를 가져 왔고 반대의사를 표하지 않는 한 국적을 상실하지 않는 것으로 본다.

#### 144) 제16조

- (1) 독일인의 국적은 박탈되지 아니한다. 국적의 상실은 법률에 근거하여서만 그리고 이로 인하여 당사자가 무국적이 되지 않는 때에만 당사자의 의사에 반하여 행하여질 수 있다.
- (2) 어떤 독일인도 외국에 인도되지 아니한다.

145) BVerfGE 36, 1 (30).

146) BVerfGE 36, 1 (30 f).

취지인 것임을 알 수 있다. 인용문의 핵심적인 법적 내용은 “기본법의 효력이 미치는 영역에서는”이라는 말에 들어있기 때문이다.<sup>147)</sup>

“독일 국적”이 동시에 서독의 국적이 되기도 하는 법적 상태<sup>148)</sup>는 서독과 독일이 법적으로 동일하다는 동일성테제로부터 추론되는 것이다. 그러한 법적 추론의 적용범위가 이 사건 조약에 비추어 볼 때 공간적으로 한정되어야 함은 물론이다. 연방헌법재판소가 이러한 맥락에서 “독일연방공화국의 영역”이 아니라 “기본법의 효력이 미치는 영역”이라는 표현을 사용하고 있는 것은 베를린의 특수한 상황 때문에 형성된 관행을 따르고 있는 것이다. 서부베를린에는 전승국 통제위원회가 기본법을 승인하는 공한을 통해서 한 유보에 의하여 기본법의 효력이 제한을 받도록 되어 있기는 하지만 서부베를린도 기본법의 효력이 미치는 영역에 포함되어 있었다. 반면에 “연방영역”, 즉 서독의 영역은 기본법 제23조에서 열거되어 있던 주들의 영역만을 지칭하는 것이었다. 이 규정에 의하면 서부베를린은 연방영역이 아니었다. 서부베를린은 동부베를린처럼 그 국제정치적 운명이 확실히 결정되지 아니한 전승국들에 의해 점령된 독일국의 잔존영역이었다. 그럼에도 과거의 통설과 연방헌법재판소의 확립된 판례에 의하면 베를린도 서독의 한 주로 간주되었고, 그에 따라 “독일연방공화국(서독)의 영역”과 “기본법의 효력이 미치는 영역”은 완전히 일치하는 것이었다. 그러나 서부베를린을 “당시까지와 마찬가지로 서독의 구성부분이 아닌 것”으로 명시적으로 확인하였던 1971년 9월 3일의 베를린협정이 발효된 이후에는 이러한 견해를 국제법 영역에서는 주장할 수 없게 되었다.<sup>149)</sup> 이 협정에 따르면 서독이 당사국인 국제조약은 개별사안에서 명시적으로 합의된 경우에만 서부베를린에 까지 확장·적용될 수 있는데 이 사건 조약은 그러한 합의를 포함하고 있지 않지 않기 때문이다.<sup>150)</sup>

147) O. Kimminich(각주 2), Rn. 190 참조.

148) BVerfGE 36, 1 (30).

149) O. Kimminich(각주 2), Rn. 191-192 참조. 1971년 9월 3일의 베를린협정에 대한 부속서 IV에 의하면 서독이 서부베를린에 본적(ständiger Wohnsitz)을 두고 있는 사람들에 대한 영사보호를 수행할 수 있고 또 국제조직에서 및 국제회담에서 서부베를린의 이익을 대변할 수 있게 되어 있다.

150) O. Kimminich(각주 2), Rn. 193 참조. 이 사건 조약 제7조에 대한 부속의정서에 예정된 협정 및 규율과 관련해서만 이 사건 조약의 당사국들에 의한 선언을 통해서 관련 협정 및 규율을 서부베를린에 확장 적용할 것인지 대하여 개별사안마다 합의하는 것이 가능할 것이라는 양해가 문서화되었다. 이 선언에는 조약당사국들이 합의한 것으로 보아야 할 서부베를린의 공식명칭인 (서부)베를린 (Berlin [West])도 포함되어 있다. 또한 이 선언을 통해서 동독 주재 서독의 상주대표부도 서베를린의 이익을 대변한다는 것, 그렇지만 동독과 서부베를린 정부(Senat) 사이의 협약은 이로 인

연방헌법재판소는 이 사건 조약이 독일국적에 대하여 미치는 효과와 관련하여 동독인들은 “기본법의 효력이 미치는 영역에서”는 이 사건 조약 시행 전과 마찬가지로 기본법적 의미의 독일인으로 대우받아야 한다고 실시하고 있는데, 연방헌법재판소는 서부베를린도 “기본법의 효력이 미치는 영역”에 포함시키려 했음이 명백하다. 그렇지만 연방헌법재판소의 전체적인 언명은 서부베를린인의 국적에 관한 것이 아니었다. 이 사건 조약은 서부베를린인의 국적에 대하여 간접적으로도 영향을 미치지 않는다. 물론 이 사건 조약이 그 당사국의 주민이 기본법적 의미의 국적 내지 독일인의 지위를 보유하는지의 문제에 대하여 영향을 미칠 수는 있다. 서독이 동일성론의 법적 추론을 이 사건 조약에 합치시켜야 할 의무를 지기 때문이다. 그렇지만 서부베를린인의 국적은 이 사건 조약의 영향을 받지 않는다. 서부베를린인은 이 사건 조약을 체결한 당사국들의 영역에 사는 주민이 아니고 또 특정한 장래 협정을 서부베를린에 확장하여 적용하는 것에 대한 합의도 국적문제를 포함하고 있지 않기 때문이다.<sup>151)</sup>

이 사건 조약 및 그 부속문서들은 이 쟁점들에 대한 해명에 도움을 주지 못한다. 서부베를린인의 국적에 대한 의문은 1971년 9월 3일의 베를린 협정으로 현저하게 커졌다. 이 협정이 발효되면서 “사람들이 원래 속하지도 않고 또 속해서도 안 되는 영역단체의 국적을 보유할 수 있는가?”라는 의문이 제기되었다.<sup>152)</sup> 서부베를린에 유지되었던 점령체제가 서부베를린에서의 기본법의 효력을 제한하기는 하지만 그 장애가 되거나 그것을 제거하지는 않았다. 그러므로 서부베를린인이 기본법적 의미의 독일인의 지위를 갖는다는 것에 대해서는 의문이 제기되지 않았다. 서부베를린인에게 독일인의 지위를 인정하는 것 자체는 이 사건 조약에 의거하여 동독에게 귀속되는 어떠한 권리도 침해하지 않는다. 그들의 국적문제는 이 사건 조약에 의하여 영향을 받지 않는다. 그에 따라 서부베를린인의 국적법상의 지위는 불확실성을 떨쳐 내지 못하게 된 것이다. 1950년 서부베를린 헌법도 베를린에 주소를 갖고 있는 독일인 전체에게 국제법적 의미의 국적을 창설하려고 하지 않았다는 확인에 대해서도 이론이 없다. 1971년 9월 3일의 베를린 협정 역시 그렇게 하지 않았으며 “서부베를린에 본적을 갖고 있는 사람들”이라는 표현을 사용하고 있을 뿐이었다.

해 영향을 받지 않는다는 것도 확정되어 있었다.

151) O. Kimminich(각주 2), Rn. 194 참조.

152) R. Grawert, Die Staatangehörigkeit der Berliner, Der Staat 1973, S. 303 참조.

이 사건 조약에 대한 판결을 통해서 연방헌법재판소가 한 다음과 같은 확인, 즉 동독의 주민은 기본법의 효력이 미치는 영역에서는 변함없이 기본법적 의미의 독일인으로 대우받아야 한다는 확인은 당시까지의 법적 상태에 부합하는 것이었으며 이 사건 조약과 상충하지 않는다. 그러한 확인은 동독 밖에 있는 지역에서만 그 의미를 갖기 때문이다. 그렇지만 이는 문제의 절반에 불과하다. 문제의 다른 절반은 1967년 2월 20일의 동독의 국적법의 효과에 기인하는 것이다. 이 사건 조약이 발효한 이래 서독이 동독은 국가가 아니라거나 동독의 국적은 서독의 공공질서에 반한다는 이유로 동독의 국적법을 무시하는 것은 불가능하게 되었다. 서독이 동독을 국제법주체로 대우하여야 할 원칙적 의무, 이 사건 조약 제1조는 물론 동 제2조, 제3조 제2항, 제4, 6조에 의하여 서독에게 부과된 의무는 동독의 국적을 무시하는 것을 금지하기 때문이다.<sup>153)</sup>

기본법에 의하여 동독인에게 부여되고 있었던 독일인 지위는 실무상 일종의 “열려 있는 문(offene Tür)”에 불과했다. 그 지위는 동독의 주민이 서독의 영역 안으로 들어 왔을 때 비로소 실효성을 갖기 때문이다. 이 때문에 이 사건 조약은 실무상 국적문제에 대하여 큰 효과를 미치지 않는다는 주장도 제기되었다. 이 사건 조약이 국적에 대한 기존의 규율을 자동적으로 변경하지 않는다는 점을 다시금 강조할 필요가 있다.

동독이 이 사건 조약의 의정서에 붙인 메모(Protokollvermerk)를 통해 예고한 국적문제에 대한 새로운 규율과 관련하여 이 사건 조약에 대한 판결에서 연방헌법재판소가 지적한 기본법이 설정한 한계를 고려하여야 함은 물론이다. 이 한계들 중 가장 중요한 것 중의 하나는 독일국적의 박탈을 금지하는 기본법 제16조이다. 동서독이 명시적으로 동독의 국적을 별개의 국적으로 인정하고 이를 통해 동독인들에게 이제까지 기본법상 그들에게 남아 있던 독일인의 지위를 박탈하는 내용의 협정을 체결한다면, 그러한 협정은 “열려져 있는 문” 원칙이 유지되고 있는 경우에만, 즉 동독인들이 그 주거지를 서독으로 옮김으로써 독일국적을 보유할 수 있는 가능성을 유지하고 있는 경우에만 기본법에 부합한다. 기본법 제16조가 독일국적을 자의에 의하여 포기할 수 있는 가능성을 배제하는 것은 아니다. 그러한 규율이 기본법과 양립할 수 있다는 것을 동독에 남아 있는 독일인에게 발생하게 되는 권리상실이 “자의에 의한 것”으로 논증하

153) O. Kimminich(각주 2), Rn. 197 참조.

는 것은 기교적인 것으로 보일지라도 그러한 해석론이 헌법적으로 어느 정도 타당성이 있음을 인정할 수밖에 없다.<sup>154)</sup>

독일학계 일각에서는 서독은 이 사건 조약의 발효 전에도 동독의 국적을 인정하여야 할 의무를 지고 있었으며, 어쨌든 1969년 10월 28일의 서독정부의 성명으로 국제사법 영역에서 서독만이 아니라 제3국이 동독 국적을 존중하도록 요구하는 과정이 시작되었다는 견해도 주장되었다.<sup>155)</sup> 그 때문에 기본법 제 16조의 국적박탈이 발생한 것이라고 할 수는 없지만 이 사건 조약의 당사국들의 관계에서 국적과 관련한 문제들에 대한 해명이 필요하다는 것을 명확히 해 주고 있다.

‘열려 있는 문’ 원칙은, 기본법적 의미의 독일국적 내지 독일인의 지위가 동독인이 동독 지역에 체류할 때에는 정지되어 있는 것으로 간주되지만 해당 동독인이 서독의 지역에서 체류할 때에 다시 부활하는 경우에도 지켜진다. 그렇지만 여기서도 동독인이 서독에 영구체류하려고 하는지, 아니면 특정 목적을 위하여 일시적으로만 체류하려고 하는지에 따라 구분할 필요가 있다.

동독의 상주대표부 소속 직원과 그 가족 그리고 가사를 위해 그들이 사적으로 고용한 직원들에게는 1974년 3월 14일 양독의 상주대표부 설치에 관한 의정서 제4호에 의한 특수지위가 인정된다. 이들은 1961년 4월 18일의 빈(Wien) 협약에 따른 외교관의 지위를 향유하고 또 그에 따라 “정지된 독일국적의 상대화”로 인한 모든 법적 효과를 받지 않는다. 계속 체류할 목적으로 서독으로 입국하는 동독인은 입국하자마자 서독 국적법상의 독일인에 해당한다. 그들은 귀화를 요하지 않으며 서독에 입국할 때 이미 기본법적 의미의 독일인에게 부여되는 거주이전의 자유를 행사하고 있는 것이다. 이는 동독인은 기본법 제11조 제2항의 요건이 충족될 때에만 서독 입국이 금지될 수 있다는 것, 그들이 정치적으로 박해받고 있는지 여부와 무관하게 그들을 동독으로 강제로 송환할 수 없다는 것을 의미한다.<sup>156)</sup>

154) K. M. Meessen, Das Problem der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag, Europa-Archiv 1973, S. 517; ders., Verfassungsrechtliche Grenze einer Neuregelung der Staatsangehörigkeit im geteilten Deutschland, JZ 1972, S. 673 ff.; O. Kimminich(각주 2), Rn. 199 참조.

155) W. Fikentscher und Thomas Oppermann, Unbemerkt Anerkenung - partielle Ausbürgerung?, Archiv des öffentlichen Rechts 1971, S. 423 ff. 참조.

156) K. Hailbronner, Rückkehrzwang für DDR-Bürger verfassungswidrig, Deutschland-Archiv 1974, S. 12 ff.; ders., Der Reisevertrag mit der DDR, JuS 1973, S. 632 ff.; O. Kimminich(각주 2), Rn.



## (2) 동독인에 대한 외교적 보호

국적자는 해외에서 소속 국가의 외교적 보호를 받는다. 서독 기본법상 외교적 보호는 기본권으로 명시되어 있지 않았지만 당시의 학설과 판례는 기본법 제116조 제2항의 모든 독일인에게 보호와 도움을 제공할 의무가 연방정부에게 있다는 데 견해의 일치를 보였다.<sup>157)</sup>

연방헌법재판소는 이 사건 조약에 대한 판결에서 모든 연방정부는 기본법 제116조 제1항의 독일인의 보호를 위하여 외교공관을 통해 그리고 서독이 가입해 있는 모든 국제기구에서 그 목소리를 내고 영향력을 행사하며 독일민족의 이익을 위하여 헌신할 권한이 있을 뿐 아니라 “자신의 권리, 특히 기본권의 방어를 위한 효과적인 지원을 바라고 독일연방공화국의 관청을 찾은 사람들 개개인에게 도움을 줄” 권한도 있음을 확인한 바 있다. 연방헌법재판소는 서독 입장에는 “이와 관련하여 독일연방공화국의 시민과 ‘다른 독일인’ 사이에 장래에도 아무런 법적 차이도 없다”는 점을 강조하였다.<sup>158)</sup> 이와 같은 입장의 근거로는 서독과 동독 사이의 - 이 사건 조약을 통해서 더욱 심화된 - “법적으로 특수한 관계”가 제시되고 있다. 그러나 이러한 테제가 설득력이 없다는 것은 상술한 바 있다. 이는 연방헌법재판소가 관여할 수 없는 국제법적 문제이기 때문에 이와 관련한 연방헌법재판소의 판시는 이 사건 조약의 국제법적 효과에 대하여는 아무런 의미가 없다.<sup>159)</sup>

그에 따라 이 사건 조약이 기본법적 의미의 독일인의 지위를 계속 보유하고 있는 사람들에 대한 외교적 보호를 일반적으로 거부한 것으로 본다면 이 사건 조약은 사실상 기본법에 저촉되게 될 것이다. 특정 집단의 독일인에게 외교적 보호를 처음부터 거부하는 것 그 자체가 기본법에 반하기 때문이다. 그러나 이 사건 조약을 이러한 의미로 해석할 수는 없다. 이 사건 조약은 서독으로 하여금 동일성론의 법적 추론을 서독의 영역에 국한시키도록 강제한다. 동독인이 이 사건 조약으로 인하여 기본법적 의미의 독일국적 내지 독일인의 지위를 자동적으로 박탈당하는 것이 아니라 당시까지의 실무와 마찬가지로 동독 지역에 머무르고 있는 동안에만 독일인의 지위를 정지당할 뿐이다.

203 참조.

157) BVerfGE 36, 1 (31).

158) BVerfGE 36, 1 (31 f.).

159) O. Kimminich(각주 2), Rn. 207 참조.

외교적 보호도 마찬가지다. 동독인이 동독 국적만을 인정하는 나라에 머물고 있어서 서독의 외교공관을 통한 외교적 보호 활동이 주재국에 의하여 내정간섭으로 간주될 경우에는 외교적 보호를 제공하는 것이 사실상 불가능하다. 구체적인 행위를 요구할 수 있는 외교적 보호청구권이 존재하지 않기 때문에 기본법에 대한 저촉을 인정하는 것도 가능하지 않다. 동독의 국적이 인정되지 않고 또 외교적 보호 활동이 동독의 권리를 침해하지 않는 나라에서 서독이 외교적 보호 활동을 하는 것은 이 사건 조약에 반하지 않는다. 이러한 결론도 기존의 실무에 부합하는 것이다. 다수의 국가에서 서독의 외교공관이 동독 소속 독일인에게 외교적 보호를 제공하는 것이 허용되지 않았기 때문이다.<sup>160)</sup>

## 5. 서독에의 가입을 통한 통일방식을 규율하고 있는 기본법 제23조에의 위반여부

연방헌법재판소는 이 사건 조약이 재통일의 방식으로도 활용될 수 있는 기본법 제23조, 즉 “이 기본법은 일차적으로 … 주의 영역에 적용된다. 독일의 다른 부분에서는 그들이 편입된 후에 효력을 미친다”는 규정에 위반되지 않게 해석될 수 있음을 확인하였다.<sup>161)</sup> 그에 따르면 이 규정은 서독이 조약을 통해 종속되는 것, 즉 서독이 법적으로 단독으로 결정을 내리지 못하고 조약의 상대방이 양해할 때에만 독일의 다른 부분이 서독에 편입하려는 요청을 수용할 수 있게 되는 것을 금지한다. 그러나 동독의 주권성, 영토의 불가침성 존중, 내정에 대한 불간섭 등의 의무를 서독에 부과하는 이 사건 조약을 통해, 동독이 서독에 편입하는 문제가 사실상 동독의 자율의지에 맡겨지게 되는 것은 독일의 다른 부분들이 이미 동독이라는 국가를 통해 조직화된 상황에서는 법적으로 당연한 것을 확인하는 것에 지나지 않으며, 따라서 기본법 제23조에 위반되지 않는다고 판단한 것이다. 그것은 동시에 어떠한 조약상의 규정도 기본법 제23조에 따라 의무로 부과된 것을 실현하려는 서독 정부의 준비(그리고 요청)를 조약에 위반되는 행동으로 볼 수 있도록 해석되어서는 안 된다는 것을 의미한다는 점도 확인하였다.

160) J. R. Gascard, *Inland-Ausland-nales Recht*, 1971, S. 344 f.; O. Kimminich(각주 2), Rn. 208 참조.  
161) BVerfGE 36, 1 (28 ff.).

## VII. 한국에 대한 시사점

1. 통일정책을 비롯한 대외정책에 대하여 정치적 책임을 지는 의회를 비롯한 통치기관에 폭넓은 정치적 형성의 여지 및 예측의 여지를 인정하면서도 재통일명령이 국가기관에 대하여 부과하는 의무의 내용과 한계를 비교적 명확히 구체화하고 있는 연방헌법재판소의 판례는 통일문제를 종종 국내정치용으로 악용하고 또 통일비용을 이유로 통일이라는 헌법적 과제를 해태하려는 경향을 보이는 우리 정치현실에 대하여 시사하는 바가 크다.

2. ‘독일국에 대한 전승국의 권리와 책임’이라는 국제법적 근거가 독일민족으로 하여금 독일문제를 단독으로 결정할 수 없게 하는 등 서독에 부담으로 작용하는 측면이 있음에도 그것이 재통일의 기회가 주어질 때 전승국들이 독일재통일을 방해하지 못하도록 외교적으로 압박할 수 있는 법적 근거가 된다는 사실에 유의하면서 그 내재적 의미를 끝까지 끌어내고 있는 서독 정계와 실무계의 용의주도함은 우리에게 한반도의 분할점령과 신탁통치를 결정한 열강에게 한반도 통일에 대한 책임과 의무를 물을 수 있는 국제법적 근거를 밝히고 이를 통일정책을 추진하는 과정에서 의미 있게 활용해야 한다는 교훈을 주고 있다.

3. 독일국존속명제와 서독과 독일국 동일성명제에 관련한 독일 학계의 국제법적·헌법해석론적 논쟁도 서독과는 헌법적 토대나 국제법적 배경이 다른 면이 있기는 하지만 조선, 대한제국, 대한민국 임시정부를 잇는 대한민국의 정통성을 국제법적·헌법적으로 뒷받침하는 데 활용할 수 있는 이론적 보고라고 본다.<sup>162)</sup>

4. 국제법적으로는 다소 무리하게 보이는 동서독 관계의 내부관계로의 특수성 논거, 양독관계를 규율하는 이 사건 조약의 이중성 논거를 통해 이 사건 조약이 서독 국내에 미치는 국제법적 효력을 제한할 수 있는 근거를 확보하는

162) 관련 독일이론의 응용을 시도하고 있는 국내 문헌으로는 가령 김주환, 영토변증설, 세계헌법연구 제17권 2호(2011), 11 이하; 김철수(각주 43), 전계논문 참조.

한편, 이 사건 조약에 대한 헌법합치적 해석을 통해 이 사건 조약의 서독 내에서의 헌법적 파산을 막고 정치적 평화를 조성하는 데 성공한 연방헌법재판소의 지혜도 우리에게 발생할 수도 있는 유사 문제를 다룰 때 참고할 수 있는 길을 제시하고 있다.

5. 동독인의 국적 및 외교적 보호에 관하여 연방헌법재판소와 독일 학계가 발전시켜 온 해석론, 즉 독일국적을 기본법의 효력이 미치는 영역으로 들어오는 동독인을 위해 ‘열려 있는 문’으로 보는 것도 북한주민의 국적문제와 관련하여 이미 형성된 우리의 실무와 해석론에 보다 정치한 법리적 기반을 부여하는 데 도움을 줄 것이다.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

- 김대순, 국제법론(제18판), 삼영사, 2014.
- 김영운, 통일전 서독의 대동독 정책, 프리드리히 에베르트 재단 한국지부(www.fes.or.kr), 1998.
- 손선희, 분단과 통일의 독일 현대사, 소나무, 2005.
- 정인섭, 신국제법강의(제5판), 박영사, 2014.
- 하겐 술체, 반성원 옮김, 새로 쓴 독일 역사(Kleine Deutsche Geschichte), 지와사랑, 2003.
- Bernhardt, R., § 8 Die Deutsche Teilung und der Status Gesamtdeutschlands, in: HStR I, 2. Aufl., 1995.
- Bernhardt, R., Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 38 (1980).
- Brunner, G., § 10 Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, in: HStR I, 2. Aufl., 1995.
- Dolzer, R., Die rechtliche Ordnung des Verhältnisses der Bundesrepublik Deutschland zur Deutschen Demokratischen Republik, in: HStR I, 2. Aufl., 1995, § 12.
- Frotscher, W./Pieroth, B., Verfassungsgeschichte, 7. Aufl., München 2008.
- Schweitzer, M. Staatsrecht III, Heidelberg 1995.

### ○ 논 문

- 김주환, 영토변증설, 세계헌법연구 제17권 2호(2011).
- 김철수, 동·서독기본조약과 동·서독의 법적 지위, 법학 제16권 2호(1974).
- 이장희, 동서독 기본조약에 대한 연구, 국제법학회논총 35권 2호(1990).
- 장영수, 동·서독 기본조약 판결(Grundvertrag-Urteil). 1973년 7월 31일 독일연방헌법재판소 제2심판부 판결, 판례연구 제7집(1995), 고려대학교 법학연구소.
- 페터 가이, 1949-1989 독일연방공화국과 독일민주주의공화국의 경제교류, 2003년 한독경상학회 국제심포지움.

- Kewenig, W. A., Auf der Suche nach einer neuen Deutschland-Theorie, DÖV 1973.
- Kimminich, O., Das Urteil über die Grundlagen der staatsrechtlichen Konstruktion

- der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1973.
- Kimminich, O., Der Grundlagenvertrag, Anhang im Bonner Kommentar zum GG, Sonderheft, 1975.
- Oppermann, T., Urteilsanmerkung, JZ 1973.
- Ress, G., § 11 Grundlagen und Entwicklungen der innerdeutschen Beziehungen, in: HStR I, 2. Aufl., 1995.
- Scheuner, U., Die staatsrechtliche Stellung der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1973.
- Simma, B., Der Grundvertrag und das Recht der völkerrechtlichen Verträge, AöR 100 (1975).
- Tomuschat, C., Auswärtige Gewalt und verfassungsgerichtliche Kontrolle, DÖV 1973.
- Wilke, D./Koch, G., Außenpolitik nach Anweisung des Bundesverfassungsgerichts? JZ 1975.
- Zigger, G., Zwei Staaten in Deutschland – Eine Betrachtung zur Rechtslage Deutschlands nach dem Grundvertrag –, FS Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974.

부록:

## 동서독기본조약에 대한 독일 연방헌법재판소 판결 전문

### 【 판 례 요 지 】

1. 기본법 제59조 제2항<sup>163)</sup>은 모든 조약, 즉 연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약에 대하여, 그 조약의 당사자가 기본법상 외국이든 아니든 동일하게, 동의법의 형식으로 의회의 통제를 받을 것을 요구한다.

2. 사법자제의 원칙은 헌법에 의하여 다른 헌법기관들에게 보장된 자유로운 정치적 형성의 공간을 열어두기 위한 것이다.

3. 집행부가 연방헌법재판소에 계속되어 있는 절차를 무력화하는(überspielen) 것은 포괄적인 헌법재판관할을 선택한 기본법과 양립될 수 없다. 예외적으로 - 이 사건에서처럼 - 집행부의 주장과 같이 헌법소송절차의 종결 전에 조약이 발효되는 것이 불가피하게 요청되는 상황이 발생할 경우에는 이에 대해 책임 있는 헌법기관들이 그로 인하여 발생할 수 있는 결과에 대해 책임을 져야 한다.

4. 재통일명령으로부터 다음과 같이 추론할 수 있다: 독일연방공화국의 어떤 헌법기관도 통일국가의 회복이라는 정치적 목표를 포기해서는 안 되며 그 정책을 통해 이러한 목표의 달성을 위해 활동할 의무 - 이는 내부적으로는 재통일 의 요청을 명심하고 외적으로는 부단히 이를 주장할 것을 촉구하는 것이기도 하다 - 와 재통일을 무산시키는 모든 것을 하지 말아야 할 의무를 진다.

---

163) 제59조(국제법상 대표권)

① 연방대통령은 국제법상 연방을 대표한다. 그는 연방의 이름으로 외국과 조약을 체결한다. 그는 사절을 신임하고 접수한다.

② 연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기구의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관해서는 연방행정에 관한 조항이 준용된다.

5. 독일연방공화국의 어떤 헌법기관도 정치적 목표로서의 국가적 통일 및 자결의 실현을 위해 활동할 수 있도록 하는 권원을 포기하거나 기본법과 양립하지 않는 권원을 만들거나 그러한 목표를 향한 독일연방공화국의 노력에 장애가 될 수 있는 권원의 설정에 참여하는 것은 금지된다.

6. 기본조약은 이중적 성격을 갖는다. 기본조약은 그 종(種)적 특성에 비추어 볼 때는 국제법적 조약이며, 그 특수한 내용에 비추어 볼 때에는 무엇보다 내부관계(inter-se-Beziehungen)를 규율하는 조약이다.

7. 기본법 제23조는 연방정부가 조약에 의하여 종속화되는 것, 즉 법적으로 더 이상 단독으로 결정을 내리지 못하고 그 상대방사자의 양해 하에서만 독일의 다른 부분을 받아들일 수 있도록 하게 되는 것을 금지한다.

8. 기본법 제16조는 기본법 제116조 제1항과도 연관되어 있는 “독일국적(deutsche Staatsangehörigkeit)”이 동시에 독일연방공화국의 국적이기도 하다는 것을 기초로 하고 있다. 독일연방공화국의 국민만이 기본법적 의미의 독일국적자인 것은 아니다.

9. 독일인(Deutscher)은 독일연방공화국의 보호영역 안에 들어오게 되면 독일연방공화국 법원의 모든 보호 및 기본법의 모든 기본권의 보장을 청구할 권리를 가진다.

1973년 7월 19일 변론,

1973년 7월 31일 제2재판부 판결<sup>164)</sup>

- 2 BvF 1/73 -

독일연방공화국<sup>165)</sup>과 독일민주공화국<sup>166)</sup>의 기본관계에 대한 독일연방공화국

164) 이하 판결문 번역은 장영수, 동·서독 기본조약 판결, 판례연구 7, 고려대학교 법학연구소, (95. 9.) 에 수록된 번역본을 참고하면서 일부 오역을 바로 잡고 일부 표현을 수정하였음을 밝혀 둔다.

165) 과거의 서독.

166) 과거의 동독.



과 독일민주공화국의 사이의 1972년 12월 21일 조약에 대한 동의법률(이하 ‘이 사건 동의법’으로 약칭, BGBl. II S. 421)의 합헌성 심사를 위한 절차의 청구인은 바이에른 정부이고(뮌헨 소재의 수석장관[Ministerpräsident], 주 내각실 [Staatskanzlei]이 바이에른 정부를 대표하고, 교수 Dieter Blumenwiz 박사를 소송대리인으로 선임하였음), 그 절차참가인은 연방정부이다(본 소재의 연방법무부장관 Rosenberg가 연방정부를 대표하고 교수 Martin Kriele 박사, 변호사 Bernhard Leverenz 박사를 소송대리인으로 선임하였음).

## 【판 결】

독일연방공화국과 독일민주공화국의 기본관계에 대한 독일연방공화국과 독일민주공화국의 사이의 1972년 12월 21일 조약에 대한 동의법률(BGBl. II S. 421)은 이유에서 제시된 것과 같은 해석하에 기본법에 합치된다.

## 【이 유】

### A

### I.

독일연방공화국과 독일민주공화국 사이에 협상이 진행되던 동서독관계의 기초에 관한 조약(이하 “이 사건 조약”으로 약칭) 1972년 11월 8일 작성되었다. 이 사건 조약문은 같은 날 일련의 보충 문서와 함께 관보 155호 1841쪽 이하에 게재되었으며, 여기서는 연방정부가 “조약에 서명하기 전에 독일민주공화국 정부에게 민족문제에 대한 연방정부의 목표를 설명하는 공한을 제공할 것임을” 시사했다(관보 1853쪽).

이 사건 조약은 다음과 같다:

#### 제1조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 동권(同權)의 토대 위에서 정상적인 선린관계를 발전시킨다.

### 제2조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 국제연합헌장에 규정된 목표와 원칙, 특히 모든 국가들의 주권적 평등, 독립성, 자주성 및 영토의 불가침성의 존중, 자결권, 인권의 보호와 비차별과 같은 목표와 원칙을 따른다.

### 제3조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 국제연합의 헌장에 따라 그들의 분쟁을 오로지 평화적 수단으로만 해결하며, 폭력의 위협 또는 폭력의 행사를 배제한다.

독일연방공화국과 독일민주공화국은 현재와 미래에 그들 사이에 존재하는 경계의 불가침을 확인하며, 그들의 영토의 불가침성을 제한 없이 존중하여야 할 의무를 진다.

### 제4조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 양국의 어느 쪽도 다른 쪽을 국제적으로 대표하거나 다른 쪽의 이름으로 행동할 수 없다는 점에서 출발한다.

### 제5조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 유럽국가들 사이의 평화적 관계를 촉진시키며, 유럽 내의 안전과 협력에 기여한다. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 관련국의 안전에 해가 되지 않는 범위 내에서 유럽에서의 군대와 군비의 축소를 위한 노력을 지지한다.

독일연방공화국과 독일민주공화국은 효과적인 국제적 통제하에서의 일반적이고 완전한 군비감축을 목표로 국제적 안전에 기여하는 군비제한과 감축, 특히 핵무기 및 다른 대량살상무기의 제한과 감축을 위한 노력을 지지한다.

### 제6조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 양국의 국권이 각기 자신의 영토에 한정된다는 원칙에서 출발한다. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 대내·외적 사안에서 양국의 독립성과 자주성(Selbständigkeit)을 존중한다.

### 제7조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 그들의 관계를 정상화시키는 맥락에서 실제적 문제 및 인도적 문제를 규율할 것임을 선언한다. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 이 조약의 기초 위에서 상호이익이 될 수 있는 방향으로 경제, 과학과 기술, 교통, 법률관계, 통신, 의료, 문화, 스포츠, 환경보호와 그 밖의 영역에서의 협력을 발전시키며 장려하기 위한 협약을 체결하도록 한다. 상세한 것은 부속의정서에서 규율한다.

### 제8조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 상주대표부(ständige Vertretungen)를 교환한다. 이 대표부는 각기 상대방의 수도에 설치한다.

### 제9조

독일연방공화국과 독일민주공화국은 이전에 그들에 의해 체결되었거나 그들에게 해당되는 양자간의 또는 다자간의 조약이나 협정이 이 조약에 의하여 영향을 받지 않는다는 점에 합의한다.

### 제10조

이 조약은 비준(Ratifikation)을 요하며, 이에 준하는 각서(entsprechende Noten)를 교환한 다음날에 효력이 발생한다.

1972년 12월 21일 베를린에서 조약당사자들의 전권대표는 이 사건 조약에 대하여 서명하였다. 이 사건 조약에는 조약당사자들이 합의한 부속의정서가 첨부되었다. 그밖에 이 사건 조약과 관련하여 다음과 같은 것이 있었다 :

“재산문제에 관한 상이한 법적 입장 때문에 … 이것이 조약에 의해 규율”될 수 없었다는 의정서기록 ;

“의정서에 관한 선언문” 두 가지. 연방공화국에 의해 교부된 것에는 “국적문제는 조약에 의해 규율되지 않았다”고 쓰여 있었고, 독일민주공화국에 의해 교부된 것에는 “독일민주공화국은 이 조약이 국적문제에 대한 규율을 수월하게 만들어 줄 것이라는 점에서 출발한다”고 기재되어 있었다;

국제연합의 회원가입신청에 관한 조약당사자들의 의정서에 대한 2개의 선언문;  
 경제위원회의 과제에 관한 의정서에 대한 양측 수권대표의 선언문;  
 행정교류에 관한 의정서에 대한 독일민주공화국의 수권대표의 선언문;  
 (서)베를린에 관한 협정과 규정들의 확장에 대한 양측의 선언문;  
 “정책 협의(politische Konsultaion)”에 관한 양측의 선언문;  
 언론인의 활동가능성에 대한 공한교환과 관련된 의정서에 대한 선언문;  
 (서)베를린에서 언론인의 활동 가능성에 관한 합의의 확대에 대한 양측의 선언문;  
 가족의 결합, 여행조건의 완화, 비상업적 물품거래의 개선에 관한 1972년 12월 21일의 문서교환;  
 (4개의) 국경통과소 추가 개설에 관한 공한교환;  
 독일연방공화국의 서방3대강국에 대한, 그리고 독일민주공화국의 소련에 대한 이 조약 제9조에 관한 각서라는 문구로 된 1972년 12월 21일의 공한교환;  
 통신에 관한 공한교환;  
 국제연합의 회원가입신청에 관한 공한교환;  
 언론인의 활동가능성에 관한 공한교환;  
 이 사건 조약에 대한 서명 직전에 독일의 통일에 관한 독일연방공화국 정부의 1972년 12월 21일자 공한이 독일민주공화국 정부에 전달되었다.

입법부에서 협의와 토론을 거친 후 독일연방공화국과 독일민주공화국 관계의 기초에 관한 1972년 12월 21일의 조약에 대하여 1973년 6월 6일 이 사건 동의법이 제정되었으며(연방법령집 II 421쪽), 동법 제1조는 다음과 같다 :

1972년 12월 21일 서명된 독일연방공화국과 독일민주공화국 관계의 기초에 관한 조약 및 이에 부속된

- 독일연방공화국정부가 1972년 12월 21일자로 독일민주공화국정부에 보낸 독일의 통일에 관한 공한,
- 조약에 대한 부속의정서,
- 재산문제에 관한 의정서기록,
- 국적문제에 대한 독일연방공화국의 유보
- 가족의 결합, 여행조건의 완화, 비상업적 물품거래의 개선에 관한 1972년 12월 21일의 공한교환,

- 국경통과소의 추가개설에 관한 1972년 12월 21일의 공한교환,
- 독일연방공화국의 서방3국에 대한, 그리고 독일민주공화국의 소련에 대한 이 조약 제9조에 관한 각서라는 문구로 된 1972년 12월 21일의 공한교환,
- (서)베를린에 관한 선언문,  
이들에 대하여 동의한다. 조약, 서신, 부속의정서, 의정서기록, 유보, 공한교환, 그리고 선언문은 다음과 같이 공포된다.

이 사건 조약은 “1973년 6월 20일 본에서 독일연방공화국정부와 독일민주공화국정부 사이에 상응하는 문서의 교환이 있는 후” 1973년 6월 21일의 공포(연방법령집 II 559쪽)되었고 1973년 6월 22일 발효되었다.

## II.

1. 1973년 5월 28일 바이에른 주정부는 기본법 제93조 제1항 제2호와 연방헌법재판소법 제13조 제6호 및 제76조에 의거하여 다음의 사항을 확인해 줄 것을 청구하였다:

“독일연방공화국과 독일민주공화국 관계의 기초에 관한 1972년 12월 21일의 조약에 관한 법률은 기본법과 합치되지 않으며 따라서 무효이다.”

이 사건 청구의 적법성에 관하여 바이에른 주정부는 연방헌법재판소의 그동안의 판결을 원용하였다.

바이에른 주정부는 이 사건 청구의 주요이유로 다음과 같이 주장하였다:

‘이 사건 조약은 독일의 국가적 통일성의 유지라는 명령에 저촉된다. 이 사건 조약은 기본법에 의해 폐기된 법적 견해, 즉 독일국(Deutsches Reich)이 멸망하였고, 구독일의 영토 위에 2개의 상호 독립적인 국가가 새로이 창건되었다는 견해에 입각하고 있다. 이 견해에 따르면 연방공화국은 더 이상 전체독일을 대표하지 못하며, 또한 - 자결권도, 통일의 권리도 명시하지 않고 오직 현재의 상태를 평화적 수단으로 변화시키기 위해 노력한다는 정치적 목표만을 담고 있는 - 독일의 통일에 관한 공한도 이런 사정을 바꾸지는 못한다. 그러나 기본법에 따르면 독일의 통일성은 연합국의 유보권만 아니라 독일연방공화국의 법

규범과 기관을 통해 계속 유지되고 있다.

또한 이 사건 조약은 기본법상 재통일의 명령에 위반된다. 이 사건 조약은 독일민주공화국을 독일연방공화국과 동등한 권리를 갖는, 독립적이고 자주적인 국가로 인정하고 있다. 존속을 상호 보장하는 2개의 주권국가가 독일국을 대신 하게 되며, 이는 독일의 분할을 초래한다. 이 사건 조약에 따라 그 동안의 (동서독간의) 경계선은 자유의사에 의한, 그리고 조약으로 합의된 국경선이 된다. 이것은 기존의 분열을 더욱 심화시키고 따라서 재통일의 명령에 저촉된다. 따라서 이 사건 조약으로 조성된 상태가 그 이전보다 “기본법에 더 근접”하는 것이라는 이유로 이 사건 조약을 정당화할 수 없다.

그 밖에도 이 사건 조약은 베를린에 관한 기본법규정과도 합치될 수 없다. 이 사건 동의법상의 베를린조항은 일반적인 형식과 구별된다. 동 베를린조항은 “조약상의 규정이 베를린에 관련되는 경우에는 베를린이 이 조약의 적용을 확인할 때 베를린 내에서도” 이 사건 동의법이 적용된다고만 규정하고 있다. 이에 따라 그 조항에서는 (서)베를린에 관한 양측의 선언만이 파악된다. 그러나 이 사건 조약은 베를린의 지위에 관련되지 않는 문제, 예컨대 비상업적 물품교역의 개선도 규율하고 있다. 그런데 이 사건 조약은 이와 관련하여 베를린을 배제할 수 없다. 또한 (서)베를린에 관한 선언문도 위헌이다. 왜냐하면 제7조에 대한 부속의정서에서 예정된 규약과 규율은 각각의 경우에 (서)베를린에 확장적용될 가능성이 있기 때문이다. 그러나 그 확장적용여부가 장차 독일민주공화국의 동의여부에 달려 있어서 그 확장적용이 더 이상 보장되고 있는 것은 아니며, 따라서 기본법 제23조 제1문과 충돌한다. 또한 (동)베를린의 주권성을 독일민주공화국이 승인하고 있는 것도 기본법 제23조 제1문과 합치될 수 없다.

끝으로 이 사건 조약은 기본법에 근거를 두고 있는, 독일민주공화국에 정주하고 있는 독일인에 대한 외교적 보호의무 및 사회적 구조의무(Schutz- und Fürsorgepflicht)에 위반된다. 독일민주공화국에서 살고 있는 사람들은 기본법 제116조가 의미하는 독일인이다. 그러나 이 사건 조약 제6조는 독일연방공화국이 독일민주공화국의 영역에 정주하고 있는 사람들을 위하여 개입하는 것을 막고 있다. 그 결과 독일연방공화국의 외교공관이 제3국에서 독일민주공화국 출신 독일인들에게 도움을 주려고 할 때에도 어려움이 생기게 된다. 아무튼 독일민주공화국과의 조약은 그 조약 내에 - 말하자면 최소한의 헌법적인 요청으

로서 - 모든 독일인이 독일민주공화국으로부터 독일연방공화국으로 나올 수 있는 자유가 구속력 있게 합의될 때에만 체결될 수 있다.

전체적으로 이 사건 조약에서 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이에 “특별한 관계”를 구성하는 데 성공하지 못했다. 이 사건 조약에서 민족적 통일성 조차 고수되지 못했다. 이 사건 조약은 “(법적 토대가 없는) 잠정협정(modus vivendi)”으로도 해석될 수 없다. 이 사건 조약은 기한이나 해지규정도 없이 체결되었으며, 평화조약에 관한 규율의 유보조차 포함하고 있지 않기 때문이다. 이 사건 조약은 독일문제를 기본법의 목표에 근접시키지 못했다. 이 점은 이 사건 조약의 발효와 연결되어 있는, 우리가 환영할 만한 인도적인 조치들을 고려하더라도 여전히 그러하다.’

그밖에 바이에른 주정부는 자신의 견해를 지지하는 베를린대학교 Wengler교수의 감정의견서를 제출하였다.

## 2. 연방정부는 다음과 같은 것을 확인해 줄 것을 청구했다:

“독일연방공화국과 독일민주공화국 관계의 기초에 관하여 1972년 12월 21일 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이에 체결된 조약에 관한 1973년 6월 6일의 법률은 기본법과 합치된다.”

연방정부는 그 주요 이유로서 다음과 같은 것을 주장하였다:

‘국제법적 조약의 합헌심사에 관한 연방헌법재판소의 그 동안의 판례에 따르면 바이에른 주정부의 청구가 설득력이 있어야(schlüssig) 함이 일차적으로 요청된다. 즉 바이에른 주정부의 이 사건 청구가 그러한 것으로 인정받으려면 그것이 연방정부 및 의회의 심의에서 고려된 주요사항들을 알고, 또 헌법에 충돌된다는 결론이 진지하게 검토한 것임을 입증하여야 한다. 이와 관련하여 청구를 할 때 국가 사이의 그리고 국제법적 조치를 심사하는 경우에는 고도의 사법적 통제가능성 및 명백성이 필요하다는 것을 분명하게 고려하여야 한다. 이 사건 청구가 이와 같은 포기불가의 요건을 충족하지 못하고 있는 반면 연방정부와 입법기관이 헌법을 인식하고 준수하기 위해 주의를 기울였음이 명백하다

면, 그러한 청구는 연방헌법재판소가 사건을 상세하게 심사하기 위하여 필요한 요건을 충족하지 못한다. 그러한 청구는 누가 보아도 또는 적어도 이견의 여지가 없을 정도로 이유가 없는 것이다. 이 사건 청구는 특히 다음과 같은 이유 때문에 기각되어야 한다. 즉 바이에른 주정부는 자신의 순수한 정치적 생각을 기본법에 들어 있는 법원칙인 것처럼 해석하였고, 이 사건 조약을 해석할 때 자신의 정치적 평가를 일방적으로 끌어들었으며, (이 사건 조약의 체결과 관련한) 정치적 기초를 완전히 도외시하였고, 이 사건 조약의 분명한 내용에도 불구하고 기본법의 핵심적 목표들과의 일치 속에서 이 사건 조약을 통해 추구하는 의도를 부정하고 있기 때문이다.

이 사건 조약에 대한 대안은 존재하지 않는다. 우리가 이 사건 조약 발효후의 상황을 이 사건 조약이 체결되지 않았을 경우의 상황과 비교하면 그 장점은 명백하다. 이 사건 조약은 실제로 평화의 유지라는 헌법적 목표에 기여하며, 또한 인간에게 실제적 이익을 줌으로써 인간애라는 헌법적 목표에도 기여한다. 그리고 이 사건 조약은 기본법제정자들과 마찬가지로 독일의 존속을 확고히 견지하고 있다. 이 사건 조약은 - 기본법제정자들의 생각에 부합되게 - 연방공화국의 이익이 아니라 전체민족의 이익에 정향되어 있으며, 독일문제를 미결로 남겨두고 있다.

기본법은 (독일연방공화국과 독일국이 동일한 국가라는)“동일성 명제”를 확실히 따르고 있는 것이 아니라 독일연방공화국과 독일을 구분하고 있다. 이 사건 조약도 재통일의 명령과 모순되지 않는다. 왜냐하면 서방 3대강국은 4대강국의 유보를 전체로서의 독일에 적용하는 데에 계속 구속되고 있기 때문이다. 이 사건 조약은 전체로서의 독일이 권리주체로 계속 존재하고 있다는 입장을 포기하는 것이 아니다. 이 사건 조약은 독일민주공화국을 외국으로 규정하는 것을 피하고 있고, 또 독일민족의 통일성 및 독일의 국적도 고수하고 있다. 또한 이 사건 조약은 독일민주공화국에 대한 국제법적 승인을 포함하고 있지 않다. 이 사건 조약을 통해 정치적으로 달성 가능한 것을 달성하고 있으나, 이 사건 조약은 법적으로든 실제적으로든 재통일의 전망을 - 그것이 어떤 형태로 실현되느냐에 상관없이 - 저해하고 있지 않다. 이 사건 조약은 정치적 영역과 인도적 영역에서 개선을 가져오며, 나아가 더 많은 개선을 가져올 협정들을 요구할 수 있는 근거가 된다. 이 사건 조약은 아무 것도 종결 짓지 않았으며, 어



면 것도 최종적으로 규율하지 않고 있다. 반대로 이 사건 조약은 장래의 개선을 위하여 현상(現狀)을 열어 두고 있으며, 이를 위한 기초를 마련하고 있다.

베를린의 지위는 이 사건 조약에 의해 영향을 받지 않는다. 베를린의 지위는 - 이 사건 조약의 당사자들이 변동시킬 수 없는 - 4대강국의 합의에 의해 이미 확정되어 있다는 것 때문에도 그러하다.

독일민주공화국의 영역에서 정주하고 있는 독일인들의 외교적 보호와 사회적 구조에 대하여 책임을 질 연방정부의 의무는 기본법상 존재하지 않는다. 연방기관이 외국에서 독일인을 보호하고 구조할 수 있는 권한은 이 사건 조약에 의해 법적으로건 실제적으로건 달라진 것이 없다. 모든 독일인이 독일민주공화국으로부터 나올 수 있는 자유는 인도적 관계를 구체적으로 개선하는 데 기여하게 될 협정의 헌법적 전제가 아니다.’

3. 연방헌법재판소는 특히 이 사건 조약에 관한 심의를 기록한 입법기관의 모든 회의록 그리고 독일민족의 통일성에 관한 답변서, 즉 구두변론에서 제시된 독일민족의 통일성에 관한 공한의 접수에 관한 문서를 대상으로 하고 구두변론 과정에서 절차참여자들에게 전달된 문서에 대한 답변서를 제출받았다.

## B

### I.

이 사건 청구는 - 본 재판부가 견지해 온 - 연방헌법재판소의 확립된 판례(특히 BVerfGE 4, 157 [161 ff.] 참조)에 의거할 때 적법하다. 그것은 비록 - 아래에서 설명되는 바와 같이 - 독일민주공화국이 기본법상 외국이 아니라 하더라도 그러하다. 왜냐하면 기본법 제59조 제2항은 - 조약의 상대방으로 참여한 국가가 기본법상 외국이건 아니건 상관없이 - 연방의 정치적 관계를 규율하거나 연방입법의 대상에 관련되는 모든 조약에 대하여 동의법률의 형태로 의회에 의한 통제를 요구하기 때문이다.

### II.

1. 이 사건 규범통제절차의 대상은 1973년 6월 6일의 이 사건 동의법과 이

와 관련된 이 사건 조약 및 부속의정서이다. 이 사건 동의법 제1조가 동의와 관련이 있는 것으로 명시하지 않은 그 밖의 조약 관련 부분들은 애당초 규범 통제 대상에서 제외된다. 이들은 이 사건 조약에 대한 전체적 평가에 대해 의미가 있으며, 따라서 - 다른 것들과 함께 - 이 사건 조약의 해석을 위한 자료로 원용될 수는 있다. 이 사건 동의법 제1조와 관련된 그 밖의 각서, 유보, 선언, 공한 등이 규범통제의 대상이 될 수 있는지는 일단 미결로 남겨둘 수 있다. 왜냐하면 이것들은 이 사건 조약에 부수되는 것이며, 부분적으로는 선언적 내용만을 갖고 있고 그 밖의 경우에는 - 아래의 이 사건 조약에 대한 법적 고찰에서 도출되는 바와 같이 - 내용상 기본법과 불합치될 수는 없는 것이기 때문이다. 어쨌든 이것들은 이 사건 조약의 해석을 위한 중요한 도구이다. 이 사건 조약 자체의 전문도 마찬가지이다.

2. 이 사건 규범통제절차에서 재판의 기준은 기본법이다. 기본법을 구속력 있게 해석하는 것은 연방헌법재판소의 일이다. 이러한 기초 위에서 정치적 현실과 헌법질서 사이에는 현행의 헌법질서가 이 사건 조약에 의해 변경될 수 있다는 생각에 의해 제거될 수 있는 어떠한 긴장관계도 존재하지 않는다. 이 사건 조약은 실질적 헌법을 창설하는 것도 아니며, 기본법을 해석하는 데 원용될 수 있는 것도 아니다. 오히려 그 반대이다. 즉 실정헌법과 모순되는 조약은 헌법적으로는 오직 상응하는 헌법개정을 할 때에만 기본법과 조화를 이룰 수 있다.

이를 전제하면, 기본법의 자유민주적 법치국가에서 다른 헌법 기관들이 부담하고 있는 책임을 고려하면서 연방헌법재판소가 발전시켜온 원칙이 이 사건 조약의 합헌성 심사에서도 적용된다. 즉 다수의 가능한 해석 중 조약이 기본법 앞에 존립할 수 있도록 하는 해석을 선택해야 한다는 것이다(BVerfGE 4, 157 [168] 참조). 조약의 합헌심사와 관련하여 중요한 해석원칙에 속하는 것으로는 그밖에도 연방공화국과 다른 국가들의 관계에 관련된 헌법규정들을 해석할 때 이 헌법규정들의 한계설정적인 성격, 즉 정치적 형성에 여지를 주는 성격을 간과해서는 안 된다는 것을 들 수 있다. 이러한 제한을 통하여 기본법은 외교정책의 영역에서 행사되는 권력을 포함한 모든 정치적 권력에 대하여 법적 한계를 설정한다. 이것이 기본법이 구성하고 있는 법치국가적 질서의 본질이다. 이

러한 헌법질서를 관철하는 것이 연방헌법재판소에게 최종적 구속력 있게 부과되어 있는 의무이다.

연방헌법재판소 스스로가 인정하는 사법적 자제의 원칙은 방금 서술한 연방헌법재판소의 권한의 축소나 약화를 의미하는 것이 아니라 “정치행위”의 포기, 즉 헌법에 의해 창설되고 또 제한되어 있는 자유로운 정치적 형성의 영역에 관여하는 것을 포기하는 것을 의미한다. 따라서 이 원칙은 헌법에 의해 다른 헌법기관에 보장되어 있는 자유로운 정치적 형성의 영역을 개방해 두는 것을 목적으로 한다.

이상의 고찰을 통해 이 사건 조약에 관한 규범통제절차에서 내려지는 판단이 이 사건 조약의 발효 전에 내려진다는 것이 얼마나 결정적인 중요성을 갖고 있는지를 알 수 있다. 모든 헌법기관들은 - 그들 사이에 존재하는 헌법적인 기본관계에 상응하여 - 이 점을 고려하여야 한다. 이것이 의미하는 것은, 한편으로는 연방헌법재판소가 이 사건 조약에 대한 합헌성심사를 가능한 한 빨리 마쳐야 한다는 것이고, 다른 한편으로는 여타 헌법기관들이 이 사건 조약의 비준절차에 이르기까지 당 절차의 시간적 경과에 대하여 고려할 때 연방헌법재판소의 심사권한을 포함시켜야 한다는 것, 그리고 연방헌법재판소가 그 권한을 적시에 그리고 효과적으로 행사하는 것을 어렵거나 불가능하게 만드는 어떤 행동도 해서는 안 된다는 것을 의미한다. 집행부가 연방헌법재판소에 계속되어 있는 절차를 무의미하게 만드는 것은 포괄적인 헌법재판을 선택한 기본법의 결정과 양립될 수 없다. 예외적으로 - 이 사건의 경우처럼 - 집행부가 생각하기에 이 사건 헌법재판절차가 종료되기 전 이 사건 조약의 발효가 불가피하게 요청되는 것으로 보이는 상황이 발생할 경우에는 이에 대해 책임 있는 헌법기관이 그로 인하여 발생할 수 있는 결과에 대해 책임을 져야 한다(1973년 6월 16일의 판결 6-7쪽 참조 - 2 BvQ 1/73 -).<sup>167)</sup>

### III.

이 사건 조약은 독일연방공화국과 독일민주공화국의 관계에 기초를 규율한다. 이 사건 조약에 대하여 판단하려면 먼저 독일의 법적 상황에 대한 기본법의 언명을 분석하여야 한다.

167) BVerfGE 35, 257 (261 f.).

1. 독일국이 패전에도 불구하고 존속하고 있다는 것은 국제법학과 국법학상의 명제에 불과한 것이 아니다. 기본법은 독일국이 1945년의 패전 후에도 존속하고 있으며, 항복에 의해서 붕괴된 것도, 연합국 점령군이 독일에서 국가권력을 행사함으로써 사후에 붕괴된 것도 아니라는 것을 토대로 삼고 있다. 기본법 전문(前文)과 제16조, 제23조, 제116조 및 제146조에서 그러한 명제를 찾아볼 수 있다. 이는 또한 본 재판부가 따르고 있는 연방헌법재판소의 확립된 판례와도 부합된다. 독일국은 계속 존속하며(BVerfGE 2, 266 [277]; 3, 288 [319 f.]; 5, 85 [126]; 6, 309 [336, 363]), 권리능력을 갖는다. 다만, 전체국가로서의 독일국은 조직의 결여, 특히 제도화된 기관의 결여로 인하여 행위능력이 없다. 기본법에는 또한 전체독일의 국민, 전체독일의 국가권력이라는 입장이 “뿌리내리고” 있다(BVerfGE 2, 266 [277]). “전체로서의 독일”에 대한 책임은 - 또한 - 4대강국도 지고 있다(BVerfGE 1, 351 [362 f., 367]).

독일연방공화국 수립으로 새로운 서부독일의 국가가 창건된 것이 아니라 독일의 일부가 새롭게 조직화된 것이다(헌법제정의회 제6차 회의에서의 Carlo Schmidt의 발언 참고 - 속기록 70쪽). 즉 독일연방공화국은 독일국의 법적 계승자가 아니라 국가로서 “독일국”이라는 국가와 동일체이고 - 다만 공간의 외연에서 “부분적으로만 (독일국과) 동일”하며, 따라서 배타적 동일성을 주장할 수는 없다. 즉 연방공화국은 그 국민과 영토에 관한 한 전체 독일을 포괄하지 못한다. 그렇다고 하더라도 연방공화국이 - 불가분의 구성부분으로서 고유한 주민을 갖는 - 국제법주체인 “독일”(독일국)의 국민의 통일성과 - 마찬가지로 불가분의 구성부분인 고유한 영토를 갖는 - “독일”의 영토의 통일성을 인정하고 있다는 것에는 변함이 없다. 연방공화국은 국법상 자신의 고권을 “기본법의 효력범위”내에 국한시키고 있지만(BVerfGE 3, 288 [319 f.]; 6, 309 [338, 363]), 전체 독일에 대해서도 책임감을 느끼고 있다(기본법 전문). 현재 연방공화국은 기본법 제23조에 규정된 주(州)들과 베를린으로 구성된다. 독일 연방공화국의 베를린주의 지위는 소위 서방점령군사령관의 유보에 의해 축소되고 부담을 지고 있을 뿐이다(BVerfGE 7, 1 [7 ff.]; 19, 377 [388]; 20, 257 [266]). 독일민주공화국은 독일국에 속하며 연방공화국과의 관계에서 외국으로 볼 수 없다(BVerfGE 11, 150 [158]). 그러므로 예컨대 과거의 점령 지역들 사이의 무역 및 이에 상응하는 현재의 양독간의 무역은 외국무역이 아니다(BVerfGE 18,

353 [354]).

2. 연방헌법재판소는 그 동안 기본법에 포함되어 있는 재통일의 명령과 자결권과 관련하여 다음과 같이 판단하여 왔고, 본 재판부도 이 입장을 견지한다. 즉 기본법의 전문은 정치적 의의를 갖고 있을 뿐 아니라 법적 내용도 포함하고 있다. 재통일은 헌법적 명령이다. 그러나 어떤 방법이 재통일로 가는 데 정치적으로 옳고 합목적적이라고 볼 것인지를 결정하는 것은 정치적 활동의 소임이 있는 연방공화국의 기관들에게 맡겨져 있어야 한다. 기본법상 자유민주적 기본질서와 그 제도들을 보호할 의무를 지고 있는 헌법기관들은 여타의 측면에서는 합헌적인 특정한 조치가 재통일을 법적으로 방해하거나 사실상 불가능하게 만든다는 이유로 취하지 말 것인지를 결정해야 한다. 이와 관련하여 특히 입법기관에 넓은 정치적 재량의 여지가 인정된다. 연방헌법재판소는 입법자가 이 재량의 한계를 명백히 넘어섰을 때, 즉 입법자의 조치가 자유로운 상태에서의 재통일에 법적 또는 사실적으로 방해가 되는 것이 명백할 때 비로소 개입할 수 있다(BVerfGE 5, 85 [126 ff.]; 12, 45 [51 f.]).

이에 대해서는 다음과 같은 방향에서 좀 더 상세하게 검토할 필요가 있다. 즉 재통일의 명령으로부터 일차적으로 도출되는 것은 독일연방공화국의 어떤 헌법기관도 정치적 목표로서의 국가적 통일의 회복을 포기해서는 안되며, 모든 헌법기관은 그의 정책을 통해 이러한 목표의 달성을 위하여 적극적으로 활동하여야 할 의무를 진다는 것 - 이는 내적으로는 재통일의 명령을 늘 명심하며, 대외적으로는 확고하게 주장하는 것을 포함한다 - 그리고 재통일을 좌절시키게 될 행동을 해서는 안된다는 것이다. 아무튼 연방정부는 기본법이 법적으로 명령하고 있는 재통일이라는 목표를 어떠한 정치적 수단과 어떠한 정치적 방법을 통하여 달성할 것인가, 또는 적어도 이에 접근할 것인가를 스스로의 책임하에 결정하여야 한다. 그 정책의 가능성에 대한 평가는 연방정부의 일, 그리고 연방정부를 구성하는 의회의 다수파의 일이다. 이 영역에서 연방헌법재판소는 비판을 가할 수도, 정책의 전망에 대한 의견을 표명할 수도 없다. 이에 대한 정치적 책임을 지는 것은 전적으로 정치기관들이다. 그러나 연방헌법재판소는 그 한계를 명확히 그어 확정하고, 경우에 따라서는 이를 관철하여야 한다. 그런데 (재통일과 관련한) 정책의 한계는 법치국가이자 헌법국가인 연방공화국

에서는 다음과 같다. 즉 헌법상 연방공화국의 기본법으로부터 - 재통일과 자결의 실현이라는 방향으로 작용할 수 있는 - 법적 권원(Rechtstitel)을 포기하거나, 기본법과 양립될 수 없는 법적 권원을 만들거나, 또는 재통일이라는 목표를 향한 노력에 장애가 될 수 있는 법적 권원의 창설에 관여하는 것은 금지되어 있다는 것이다. - 법적 권원이 실효(失效)되는 위험이 발생하지 않는 한 - **정책적으로** 어떤 법적 권원을 사용하지 않고 있는지 또 이를 현재 또는 가까운 장래에 정치적 도구로서 유용하지 않은 것으로 간주하고 있는지, 즉 이 수단으로는 아무런 정치적 성과를 얻지 못할 것으로 체념하고 있는지의 문제와 이를 법적인 의미에서 포기하고 있는지의 문제는 다른 것이다. 즉 전술한 의미에서 현실을 정책적으로 받아들일 수도 있다. 그러나 기본법은 그런 의미에서 그에 기초를 두고 있고 또 현재 또는 후에 재통일을 향한 노력을 촉진하는 논거가 될 수 있는 어떤 법적 권원도 포기하지 말 것을 요구한다. 정반대의 경우도 마찬가지이다. 어떤 **정책적** 태도가 후에 “오산(誤算)”인 것으로 밝혀질 수 있으며, 재통일을 향한 노력에서 반대근거로 연방정부에 제시될 수도 있다. - 헌법재판소가 전혀 언급하지 않은 - 이러한 경우는 다른 경우, 즉 독일연방공화국이 재통일을 향한 노력을 저지할 수 있는 **법적 수단**에 관여하는 경우와 본질적으로 구별된다. 이로부터 예컨대 다음과 같은 추론이 가능하다: 독일연방공화국의 모든 정부의 법적 입장은 기본법에 전제되어 있다. 즉 기본법에 뿌리내리고 있는 - 독일의 (전체)국민과 (전체)독일의 국가권력을 갖고 있는 - 전체독일의 존재로부터 출발하여야 한다는 것이다. 오늘날 전체독일을 묶어주는 “독일민족”이라는 표현을 사용할 때 “독일국민”과 동의어로 이해하는 것이라면, 즉 전술한 법적 입장을 고수하면서 단지 정치적 고려 때문에 다른 표현을 사용하는 것이라면 그것을 문제 삼을 수는 없다. 반면에 “독일민족”이라는 새로운 표현을 오로지 주민의 의식 속에 현존하는 언어 및 문화적 통일체라는 개념으로 사용하는 것이라면, 이는 법적으로 볼 때 포기불가의 법적 입장을 포기하는 것이다. 이는 연방정부가 허용된 수단을 동원해 실현을 위해 노력하여야 할 목표인 재통일이라는 명령과 모순되는 것이다. 전체독일에 대한 4대강국의 책임을 원용하는 것이 그것이 장차 전체독일의 존속을 위한 유일한 법적인 받침대가 될 것임을 의미한다고 할 때에도 사정은 마찬가지이다. 4대강국의 책임이 - 연방정부 스스로도 이해하는 바와 같이 - 재통일을 위한 연방정부의

노력을 뒷받침하는 또 하나의 법적인 기초, 즉 국법적인 기초 외의 “국제법적”인 기초가 된다고 볼 때에만 합헌적인 것이다.

연방헌법재판소는 (연방공화국의 전체독일을 위한)“단독 대표권”이라는 정치적 명제에 대하여 입장을 밝힌 바 없다. 연방공화국이 전체독일에 대한 유일한 대표성을 갖는다는 주장을 기본법으로부터 법적으로 근거지울 수 있는지의 여부를 심사하고 결정하여야 할 계기는 그 동안에도 없었고 지금도 없다.

3. 이 사건 조약은 기본법상의 어떠한 문구와도 모순되지 않게 해석될 수 있다. 연방공화국 내의 어떠한 공식적인 의견표명도 이 사건 조약을 해석할 때 그 조약이 준수해야 하는 헌법적 토대를 이미 벗어났거나 벗어나고 있다는 식으로 이해될 수 없다.

#### IV.

1. 이 사건 조약은 보다 커다란 맥락 속에서 바라볼 때에만 제대로 된 법적 평가를 할 수 있다. 이 사건 조약은 보다 포괄성을 띠는 정책의 일부이며, 좀 더 구체적으로 말하자면 연방정부가 긴장완화를 위해 추진해 왔고 모스크바와 바르샤바에서 체결된 조약들을 통해서 이정표를 세운 동방정책의 일부이다. 그 조약들은 이 사건 조약의 체결을 위한 전제였으며, 또한 위의 두 동방조약의 체결을 통해 달성하고자 했던 연방정부의 목표가 바로 이 사건 조약이었다. 이러한 맥락에서 이 사건 기본조약은 모스크바조약 및 바르샤바조약과 같은 기초적 의미를 갖는다. 이 사건 조약은 정책의 시행을 위해 취해지는 많은 조치들처럼 임의로 수정될 수 있는 것이 아니라 오히려 - 이미 그 이름이 시사하는 것처럼 - 장기적으로 시행될 새로운 정책의 기초를 형성하는 것이다. 따라서 이 사건 조약은 시간적인 한정도 해제조항도 내포하고 있지 않다. 이 사건 조약은 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이의 관계를 새롭게 형성하게 되는 역사적 신기원인 것이다. 이러한 맥락은 조약의 법적인 판단에 대하여 다음과 같은 여러 가지 의미를 갖는다.

이 사건 조약은 기본법(전문, 제23조, 제146조 참조)이 그러한 것처럼 독일문제

제의 중국적 해결책이 아니다. 그렇다고 이 사건 조약의 성격을 양국의 관계를 나중

에 “중국적으로” 새로 정할 때까지의 단순한 “잠정적 해결책”으로 규정할

수도 없다. 이 사건 조약은 - 미구에 양국의 관계에 관한 새로운 원칙적 규정  
에 의하여 해소되어야 하는 - 합의된 “잠정협정(modus vivendi)”이 아니며 양  
국의 상호관계를 규정하기 위한 진지하게 의도된 새로운 기초이기 때문이다.  
이 사건 조약의 당사자들이 이 사건 조약에 적용되는 법원칙과 합치되는 범위  
내에서 이 사건 조약을 수정하거나 보완하는 합의를 언제든지 할 수 있는 법적  
자유를 누린다고 해도 이 사건 조약의 그와 같은 성격이 달라지지 않는다.

이 사건 조약의 상술한 정치적 의의로부터 다음과 같은 법적 추론도 도출할  
수 있다: 두개의 독일 국가 사이의 새로운 관계를 위한 기초로서 향후 양국의  
병립·공존을 위한 다수의 법적인 구체화가 이 사건 조약으로부터 필연적으로  
도출되게 된다(이 사건 조약 제7조 참조). 이와 같은 후속의 법적인 조치들은  
모두 이 사건 조약과 부합되어야 할 뿐만 아니라 기본법과도 합치되어야 한다.  
즉 이 사건 조약을 원용하여 행해지는 모든 법적인 조치는 그 근거가 되는 조  
약(이 사건 조약)에 대하여 헌법적으로 맞출 수 없다는 것만으로는 법적 문제  
가 없는 것이 되지 않는다는 점을 이미 오늘의 시점에서 명백히 할 필요가 있  
다. 그러므로 이미 본 규범통제절차에서 - 살펴볼 수 있는 한 - 향후의 합의와  
협정에 의해 이 사건 조약을 구체화해 나갈 경우에 인정되어야 할 헌법적 한  
계를 밝혀내야 하는 것이다.

2. 이 사건 조약은 - 이 사건 조약에 대한 법적인 평가를 할 때도 주목하여  
야 하는 - 보다 포괄적이고 보다 특별한 법적 관계 속에 자리 잡고 있다. 이것  
은 이 사건 조약 제2조와 제3조에서 국제연합헌장과 연결되는 점에서, 그리고  
제9조의 규정에서 “이 조약에 의해” 조약 당사자들 간에 “이전에 체결된, 또는  
그들에게 적용되는 양자간 또는 다자간의 조약이나 협정이 이 조약에 의하여  
영향 받지 않는다”고 하는 데에서 특히 명백하게 나타난다. 후자에 해당되는  
것은 특히 연방공화국에 의해 체결된 “서방조약들”이다 - 특히 독일조약 제7  
조도 영향 받지 않는 바, 이에 따르면 연방공화국과 3대강국은 예전과 마찬가지로  
“평화적인 수단으로 그들의 공동목적, 즉 연방공화국과 유사하게 자유민  
주적 헌법을 가지며 유럽공동체 속에 통합되어 있는 재통일된 독일이라는 목  
적을 실현시킬 수 있도록” 공동으로 노력하여야 할 조약상의 의무를 지는 것  
이다(제2항) - 또한 모스크바조약과 바르샤바조약, 그리고 전체로서의 독일에



해당되는 4대강국간의 합의, 그리고 예컨대 독일민주공화국과 폴란드 인민공화국 사이에 체결된 국경 및 우호조약도 그것이 (전체로서의) 독일에 관련되는 한 이에 해당된다. 이 사건 조약 제9조의 조항이 갖는 의의는 또한 프랑스, 영국, 미국의 대사들 또는 소련의 대사에게 보낸 각서에 대해 서로 설명하는 양 협상국들 간의 공한교환에서, 그리고 베를린에 관한 1971년 9월 3일의 4대강국간 협정에 관계된 “양측의 (서)베를린에 관한 선언”에서 분명하게 나타난다.

3. 이상과 같은 맥락을 고려하면 정치적 토론에서 사용되는 “양국 사이에 존재하는 특수한 관계”, “이 사건 조약은 이러한 특별한 관계에 상응하는 특별한 성격을 갖는다”는 표현들이 어떤 의미를 갖는지가 분명해진다. 독일민주공화국은 국제법의 의미에서 국가이며 그 자체 국제법주체이다. 이러한 확인은 독일연방공화국에 의한 독일민주공화국의 국제법적 승인과 무관하다. 독일연방공화국은 그러한 승인을 공식적으로 한 적이 전혀 없을 뿐만 아니라 오히려 반복하여 명시적으로 거부하였다. 우리가 독일민주공화국에 대한 독일연방공화국의 태도를 긴장완화정책의 흐름 속에서, 특히 사실적 승인에 해당하는 이 사건 조약의 체결이라는 태도 가운데 평가할 때, 그것은 특수한 형태의 사실적 승인으로만 이해될 수 있다.

이 사건 조약의 특수성은 두 국가 사이의 양자조약으로서 국제법상의 원칙들이 적용되며 다른 모든 국제법적 조약과 마찬가지로의 효력을 갖기는 하지만, 아직 재조직화가 이루어지지 않아 행위능력이 없으나 여전히 존속하고 있는 국가로서 통일된 국민을 갖고 있고 또한 여기서는 그 국경을 정확하게 확정하는 것은 필요하지 아니한 전체독일의 부분들인 두 국가 사이의 조약이라는 것이다. 이로부터 양국 사이에 존재하는 특별한 법적 근린성이 드러나며, 또 이로부터 양국으로 하여금 대사가 아니라 상주대표부를 각국의 수도에 교환하도록 하는 이 사건 조약 제8조의 규율이 논리적 일관성을 갖고 있다는 것이 추론된다. 또한 이로부터 비준절차의 특수성, 즉 연방대통령의 전권에 기초한 비준서의 교환으로 끝나지 않고 - 연방공화국 측에서는 연방정부가 서명하는 - “이에 준하는(entsprechend) 각서”의 교환이 요구된다. 그리고 또한 이로부터 공동의 경계를 넘어서 인도적 관계의 개선이라는 목표를 위하여 조약 당사자들 간에 가능한 한 긴밀한 협력을 이루려는 이 사건 조약의 전체적 경향이 나

타난다(이 사건 조약의 전문 제6항, 제7조 및 부속의정서). 이 사건 조약 제7조에 대한 부속의정서 제1호의 선언, 즉 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이의 교역은 현존하는 협정의 기초 위에서 발전된다는 선언도 조약당사자들이 이러한 교역을 외국무역으로 보고 있지 않다는 점에 의사의 합치를 보이고 있음을 명백히 보여준다. 여기서 이 사건 조약의 특수성은 또한 “내부관계(Inter-se-Beziehung)”를 규율한다는 표현으로 명백해질 수 있다. 그러나 이 사건 조약은 전적으로 그러한 관계만을 규율하는 것은 아니며, 따라서 일반적 국제법질서에서 완전히 벗어나는 것이 아니다. 즉 이 사건 조약은 특별법질서, 즉 그 조약에 의해 창설되고 또 대상이 한정된 특별법질서에 속하는 것은 아니다. 국제연합헌장을 당사자들의 관계에 본질적인 의미를 갖는 것으로 명시적으로 들고 있는 조약 제2조와 제3조의 규정에 비추어 볼 때 그와 같은 해석을 하는 것은 불가능하다. 즉 이 사건 조약은 **이중적 성격**을 갖는다. 이 사건 조약은 종별로는 국제법적 조약이며, 그 특수한 내용으로는 무엇보다 내부관계를 규율하는 조약이다. 국제법적 조약을 통해 내부관계를 규율하는 것은 무엇보다 이 사건에서처럼 전체국가의 조직이 붕괴되어 국법적 질서가 존재하지 않게 된 경우에 필요해질 수 있다. 연방국가의 경우에도 연방헌법상의 규율이 결여된 경우에 연방을 구성하는 주들 상호 관계는 국제법규에 따르게 된다(독일국 국사재판소 결정, Lammers-Simon, I, 178 ff.; 207 ff.; 기본법하의 법제에 따른 발전에 관하여는 BVerfGE 1, 14 [51]; 34, 216 [230 ff.]). 따라서“두개의 국가 모델”은 어느 것이든 이 기본법질서와 양립될 수 없다는 견해는 옳지 않다.

## V.

이 사건 조약의 합헌여부를 판단하려면 그밖에 다음과 같은 사항들에 대하여 개별적으로 해명되어야 한다:

1. 기술한 바와 같이 기본법상의 재통일의 명령은 국가기관들의 형성의 자유에 헌법적인 한계를 설정한다. 독일민족의 자유로운 자결에 기초하여 재통일을 이루는 데 기여할 수 있는 기본법상의 어떠한 법적 지위도 포기될 수 없으며, 다른 한편으로는 기본법과 양립될 수 없는 - 즉 재통일을 위한 연방정부의 노력과 배치되는 - 어떠한 법적 제도도 독일연방공화국의 헌법기관들의 참여하

에서 창설될 수 없다. 이러한 맥락에서 연방정부가 독일민주공화국 정부에 보낸 독일통일에 관한 공한은 그 의의를 갖는다. 즉 1973년 6월 19일의 구두본론의 결과에 따르면 그 공한의 주요내용은 협상 종료 전에 통고되었으며, 상대방의 공한은 이 사건 조약에 대한 서명 직전에 교부되었다는 사실을 확인할 수 있다. 이 공한을 통해 이 사건 조약이 “독일민족이 자유로운 자결을 통하여 통일을 다시 획득함으로써 유럽의 평화로운 상태에 기여하려는 독일연방공화국의 정치적 목적”과 모순되지 않는다는 점을 견지할 수 있다.

이 공한은, 상술한 헌법적 상황 및 기술한 - 위에서 인용된 - 독일조약 제7조로부터 나오는 조약상의 의무에 비추어 볼 때 이 사건 조약 자체의 해석으로부터 도출되는 것을 확인하고 있을 뿐이다:

이 사건 조약의 전문에는 “원칙적 문제, 특히 민족문제에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국의 상이한 견해에도 불구하고”라고 되어 있다. “민족문제”란 독일연방공화국에서는 보다 구체적으로 말하면 “독일민족의 국가적 통일성의 유지”가 문제되는 기본법상의 재통일의 명령을 의미한다. 이렇게 볼 때 전문은 이 사건 조약 전체를 해석하는 데 결정적인 의미를 갖는 문장이 된다. 즉 이 사건 조약은 기본법상의 재통일 명령과 모순되지 않는다. 연방정부는, 이 사건 조약을 통해 독일민주공화국과의 관계를 포함한 모든 국제관계에서 - 예전과 마찬가지로 독일민족이 자유로운 자결의 방식으로 국가적 통일 달성을 촉진할 수 있고, 또 그의 정책에서 이러한 목표를 평화적 수단으로, 그리고 국제법상의 일반원칙과 부합하게 달성하려고 노력하려는 - 법적 권원을 상실하지 않고 있다. 이 사건 조약은 분단의 조약이 아니라, 독일민족이 그 국가적 통일성을 다시 조직할 수 있도록 연방정부가 가능한 모든 것을 항상 다하도록 하는 것을 현재는 물론 장래에도 배제하지 않고 있는 조약인 것이다. 이 사건 조약은 일차적으로 국제법상 널리 알려진 다양한 변형의 국가연합(Konföderation)에 도달하게 되는 긴 과정의 첫걸음, 즉 독일민족이 하나의 국가로 재통일되는 방향, 다시 말하면 독일의 재조직이라는 방향으로 가는 한 걸음일 수 있다.

2. 이 사건 조약의 제3조 제2항에서 조약당사자는 “그들 사이에 존재하는 경계의 불가침을 현재와 미래를 위하여 확인하며, 그들의 영토의 완전성에 대한

무제한적으로 존중하여야 할 의무를 진다”고 확인하였다. 경계에는 행정적 경계, 군사적 경계(Demarkationsgrenzen), 이익영역의 경계, 기본법의 효력범위의 경계, 1937년 12월 31일의 기준에 따른 독일국의 국경, 국적법상의 경계, 그리고 전체국가를 포함하는 경계, 전체 국가 내에서 주(州)들(예컨대 연방공화국의 주들)을 분할하는 경계 등 법적 성질이 상이한 것들이 있다. 이 사건 조약 제3조 제2항의 경계가 **국법적 경계**를 의미하고 있다는 것은 이 사건 조약의 여타 내용에서 명백하게 드러난다(제1조, 제2조, 제3조 제1항, 제4항, 제6항). 양국 사이의 경계를 국경으로 인정하는 것이 기본법과 양립할 수 있는지의 문제에 대해서 결정적인 의미를 갖는 것은, 두 국가 사이의 경계를 양국이 여전히 존속하고 있는 “전체로서의 독일”이라는 국가의 기초 위에 존재하고 있고, 따라서 본질상 독일연방공화국의 주(州)들 사이에 존재하는 경계와 유사한 국법상의 경계 문제가 되는 그러한 특수성을 지닌 국가들 사이의 국법상의 경계로 볼 것인지 여부이다. 양국 사이의 경계에 대한 이와 같은 성격규정은 한편으로는 양국이 “평등의 기초 위에서 정상적인 선린관계”를 발전시킨다는 합의(조약 제1조), 양국이 국제연합헌장에 규정된 “모든 국가의 주권적 평등”이라는 원칙에 따른다는 합의(조약 제2조), 그리고 양국이 서로의 고권을 각기 자신의 영토에 한정시키며 대내적 및 대외적 사안에서 서로의 독립성과 자주성을 존중한다는 원칙에서 출발한다는 합의(조약 제6조)와 합치될 수 있다. 다른 한편 이 사건 조약 제3조 제2항의 국경의 성격을 이와 같이 규정하는 것은 민족문제, 즉 독일민족의 국가적 통일의 달성이라는 문제를 미결로 남겨 놓도록 하는 기본법의 요청을 고려한 것이다.

이 사건 조약 제3조 제2항에서 “확인한다”는 단어를 사용했다는 것으로부터 - 두 국가 사이의 경계에 대해 국법적 경계라는 성격을 부여한 - 다른 곳(모스크바조약)에서 이미 행한 규율을 원용하고 있을 뿐이고 이 사건 조약이 어떠한 **창설적** 의의도 갖지 못한다는 결론을 도출할 수는 없다. 경계는 조약을 통해 여러 차례에 걸쳐 국법적 경계로 인정되고 보장받을 수 있다. 그리고 그것은 법적 의의를 갖는다. 왜냐하면 상이한 조약을 통한 경계의 승인은 그 운명도 상이할 수 있기 때문이다. 모스크바조약에서의 상응하는 규정에 어떤 법적 의의가 부여되는지를 검토할 필요 없이 우리는 이 사건 조약 제3조 제2항의 규정이 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이의 경계에 대한 새롭고 추가적인

조약상의 승인을 포함하고 있으며, 이러한 경계가 창설적으로 보장되고 있다는 것에서 출발할 수 있다. 이것은 앞서 설명한 바와 같이 성격규정을 할 때(그리고 오직 이러한 성격규정을 할 때에만) 기본법과 합치될 수 있다.

이 사건 조약에 적용될 수 있는 국제법적 규칙에 따르면 경계의 현상과 존속에 관한 이 사건 조약 제3조 제2항의 합의도 장차 합의를 통해 변경하는 것을 막지 않는다는 것은 자명하다.

3. 이 사건 조약 제6조에서 조약당사자들은 양국의 고권을 자신의 영토에 한정하고 대내·외적 사안에서 서로의 독립성과 자주성을 존중한다는 원칙에서 출발한다는 것에 합의하였다. 이러한 합의도 그것이 다음과 같이 해석될 때에만 기본법과 합치될 수 있다. 즉 독일연방공화국에서 이 사건 조약의 기초는 기본법에 따라 인정되고 있는 바와 같이 독일이 (비록 조직화되어 있지 않고 또 그렇기 때문에 행위능력이 없지만) 국가로서 계속 존속한다는 것이며, 따라서 양국이 각기 자신의 영토 내에 고권을 상호한정하고 대내·외적 사안에서 서로의 독립성과 자주성을 존중하는 것은 양국이 전체독일의 부분국가들로서 마주하고 있는 특수한 관계에 있다는 것과 관련이 있다고 해석되어야 하는 것이다.

4. 기본법 제23조는 “이 기본법은 일차적으로 … 주의 영역에 적용된다. 독일의 다른 부분에서는 그들이 편입된 후에 효력을 미친다”라고 규정하고 있다. 이 규정이 재통일의 요청과 내적 관련을 맺고 있다는 것은 명백하다. 그러나 여기서 문제되는 것은 그것이 아니다. 이 규정은 고유한 의의를 갖고 있으며, 그 내용상 기본법의 특성을 각인하는 중심적 규정들의 하나에 속한다. 이 규정은 독일연방공화국이 영토의 면에서 불완전한 것으로 이해되고 있다는 것, 독일연방공화국은 독일의 다른 부분들의 편입이 가능해지고 그들이 편입할 준비가 될 경우 이 헌법규정에 기초하여 필요한 조치를 취할 의무를 지고 있다는 것, 그리고 독일연방공화국은 독일의 다른 부분이 그에게 귀속될 때에 비로소 완전하게 그가 되고자 하는 것이 될 수 있다는 것을 말하고 있다. 이와 같이 의도되고 있는 (영토의) 확장에 대한 법적 개방성은 특히 다른 부분들이 연방공화국에 편입하기로 결정했을 때 연방공화국이 이들을 받아들일 것인지 여부

에 대하여 결정을 내리는 유일한 주체라는 데에 의미가 있다. 즉 이 규정은 연방정부가 **조약을 통해 종속되는 것**, 즉 법적으로 더 이상 혼자서 결정을 내리지 못하고 조약의 상대방사자가 양해할 때에만 편입요청을 수용할 수 있게 되는 것을 금지한다. 이것은 연방정부의 **정치적 종속**, 즉 사실적인 종속 상태와는 다른 것, 즉 그 동안 (연방공화국과) 다르게 국가적으로 조직화된 독일의 부분들이 그들의 헌법에 따라 (연방공화국에) “편입하기” 위한 전제조건을 갖추었을 때에만 독일의 그 밖의 부분들을 편입시킬 수 있는 기회를 누릴 수 있다는 것과는 다른 것이다.

기본법 제23조는 정치적 발전에 의해 낙후되지도 않았고, 어떤 이유로든 법적으로 시대에 뒤쳐진 것도 아니다. 그것은 변함없이 계속 효력을 갖는다.

그러나 “독일의 다른 부분들”은 그 동안 독일민주공화국에서 그들의 국가성 (Staatlichkeit)을 발견하였다. 이러한 방식으로 조직화되어 있기 때문에 그들은 연방공화국과 통일하려는(연방공화국에 “편입”하려는) 그들의 의지를 그들의 헌법이 허용하는 형식으로만 표명할 수 있다. 즉 이 편입이 실현되기 위한 전제는 연방공화국이 법적으로 영향을 미칠 수 없는 독일민주공화국 안에서 전개되는 국법상의 과정인 것이다. 그러나 그것이 독일의 다른 부분에 대해 편입의 가능성을 열어 두어야 한다는 기본법 제23조에 내포되어 있는 헌법상의 의무에 저촉되는 것이 아니다. 환언하면 이 사건 조약에서 감수되고 있는 연방공화국이 독일민주공화국에 종속되는 것, 즉 독일의 다른 부분들을 편입시키는 문제에서 독일민주공화국의 법적 의지에 종속되는 것은 독일의 다른 부분들이 독일민주공화국이라는 국가를 통해 조직화된 이후에 법적으로 당연한 것을 확인하는 것에 지나지 않는다. 그러나 그것은 동시에 어떠한 조약상의 규정도 기본법 제23조에 따라 의무로 부과된 것을 실현하려는 연방정부의 준비(그리고 요청)를 조약에 위반되는 행동으로 볼 수 있도록 해석되어서는 안된다는 것을 말한다. 이 사건 조약의 발효 후에도 여전히 가능한 것으로 남아 있어야 하는 **하나의 자유로운** 독일국가에 독일의 다른 부분들을 편입시키는 것은 기본법에 의하여 요청되는 법적 견해이다. 이와 같은 법적 견해는 물론 미래의 공산주의적 독일을 통해서만 통일이 있을 수 있다는 독일민주공화국의 정치적 입장과 대립하는 것이다.

5. 이 사건 조약이 기본법 제16조 및 제116조 제1항의 국적에 관한 기본법적 규정들에 부합될 수 있는지에 관하여서는 다음과 같이 말할 수 있다: 연방공화국은 “국적의 문제는 조약에 의해 규율되지 않았다”고 부속의정서에서 선언하였다. 그러나 국적문제에 대하여 어떠한 **규율**이 이뤄지지 않았다는 것으로 이 사건 조약이 기본법 제16조와 제116조 제1항의 의미에서의 국적에 **영향**을 미치지 않는가에 관한 문제, 그리고 이러한 영향들 중 어떤 것이 위의 기본법 규정과 모순되는 것은 아닌가 하는 문제가 해결되지는 않는다.

기본법 제16조는 기본법 제116조 제1항과도 관련되는 “독일국적”이 동시에 독일연방공화국의 국적이기도 하다는 데에서 출발한다. 즉 기본법의 의미에서의 독일국적자는 독일연방공화국의 국민만은 아니다. 독일인은 **다른** 국가가 독일국적을 박탈한다고 해서 독일연방공화국에 대하여 독일국적을 상실하지 않는다. 독일연방공화국은 다른 국가에 의한 독일국적의 박탈을 법적으로 인정할 필요가 없다. 그것이 독일연방공화국에 대해서는 효력이 없기 때문이다.

기본법에 규정된 독일국적의 보유자를 뜻하는, 기본법의 의미에서의 독일인의 지위는 독일연방공화국에 귀속될 수 있는 어떠한 조치에 의해서도 축소되거나 또는 악화되어서는 안된다. 이것은 국적자의 지위와 결부되어 있는 고국(故國)의 보호의무로부터 나온다. 이에 속하는 것으로는 특히, 모든 독일인은 언제든지 그가 독일연방공화국의 보호영역 안에 들어오게 되면 - 그가 포기하지 않는 한 - 독일연방공화국의 법에 따라 그 법원에서 자신의 권리를 구할 수 있는 청구권이 인정된다는 것을 들 수 있다. 그러므로 연방헌법재판소는 - 외국이 아닌 - 독일민주공화국의 법원의 판결에 대하여도 공적 판단을 단호히 내린 바 있다(BVerfGE 11, 150 [160 f.]). 여기서 그 밖의 결과는 제쳐둘 수 있다. 아무튼 독일민주공화국 시민이 기본법의 적용범위 내에서 기본법 제16조와 제116조 제1항이 의미하는 독일인으로 대우받지 못한다고 이 사건 조약을 해석하게 된다면, 이 사건 조약은 기본법과 명백하게 모순되게 될 것이다. 따라서 이 사건 조약을 헌법합치적으로 해석하려면 독일민주공화국이 이 사건 조약의 발효후의 관계에 있어서도 독일연방공화국에 대하여 외국이 아니라고 보아야만 한다. 나아가 이 사건 조약은 - 독일민주공화국에서의 국적에 관한 모든 규정에도 불구하고 - 독일연방공화국과 그 헌법의 보호영역에 들어온 모든 독일민주공화국의 시민이 기본법 제116조 제1항과 제16조에 따라 연방공화

국의 모든 시민과 마찬가지로 독일인으로 취급된다는 해석을 필요로 한다. 그러므로 기본법의 적용범위에 들어온 독일민주공화국의 시민은 연방공화국 법원의 모든 보호와 - 기본법 제14조를 포함한 - 기본법상 기본권의 모든 보장을 향유한다. 이 사건 조약 또는 이 사건 조약을 집행하는 협정에 의해 기본법이 부여하는 헌법적 보호를 축소하는 것은 모두 기본법에 위배된다.

6. “재산문제에 관한 상이한 법적 입장 때문에 재산문제는 이 사건 조약에 의해 규율될 수 없었다”는 의정서기록에 대하여도 마찬가지로의 요청이 적용된다.

7. 이상에서 설명한 이 사건 조약의 특수한 성질 때문에 이 사건 조약은 기본법에 따라 연방정부에 부과된 의무, 즉 기본법 제116조 제1항의 의미에서의 모든 독일인에게 급양을 부여할 의무와도 양립이 불가능하지 않다. 기본법의 적용범위 내에서 연방정부는 예전이나 지금이나 그의 모든 독일인을 구조할 의무와도 양립이 불가능하지 않다. 기본법의 적용범위 내에서 연방정부는 예전이나 지금이나 그의 모든 외교공관과 가입해 있는 국제적 기구들을 통하여 목소리를 높이고, 영향력을 행사할 수 있으며, 독일민족의 이익을 위해, 즉 기본법 제116조 제1항이 의미하는 독일인의 보호를 위해 개입할 수 있고, 또한 자신의 권리, 특히 기본권의 방어를 위한 효과적인 지원을 바라고 독일연방공화국 관청을 찾은 사람들 개개인에게 도움을 줄 수 있다. 이 경우 독일연방공화국에서 연방공화국 시민과 “다른 독일인” 사이에는 장래에도 아무런 법적 차이가 없게 된다. 이 조약의 독특성은 다음과 같은 점에 있다: 이 조약은 그 자체 “기초에 관한 조약”으로서 이미 과거에 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이의 법적으로 특수한 관계의 토대가 된 법적 기초들 - 아직 소멸되지 않은, 그러나 조직화되지 않은 전체독일의 법적 상태와 전체로서의 독일에 대한 4강국의 책임 - 외에 독일내의 양국을 두개의 국가 사이에 체결되는 보통의 국제법적 조약보다 훨씬 밀접하게 묶어 놓는 새로운 추가적 법적 기초를 구성하고 있다.

8. 이 사건 조약은 - 예전부터 연방의회, 연방참사원, 연방정부, 연방공화국의 주(州)들, 그리고 연방헌법재판소가 기본법을 원용하여 공동으로 방어하여



은 - 베를린의 법적 상태를 변화시키지 않고 있다. 기본법은 또한 장래에도 연방과 주들의 모든 헌법기관들이 법적 지위를 제한 없이 관찰시키고 옹호할 의무를 부과하고 있다. (서)베를린에 관한 양측의 선언문은 이러한 맥락으로만 해석되고 이해될 수 있다.

이것이 의미하는 것은, 무엇보다 - 이 사건 조약 제7조에 대한 부속의정서에서 예정된 협정과 규율의 확장적용을 1971년 9월 3일의 4대강국협정과 합치되는 한에서 개별적인 경우에 합의할 수 있도록 하는 - 선언문 제1항의 합의가 독일연방공화국을 위해 활동하는 기관에게 부과되어 있는 기본법적 의무, 즉 - 그 내용상 베를린주와 그 주민들에게 확장적용될 수 있는 - 독일민주공화국과의 **모든** 협정과 **모든** 합의에서 베를린에 대한 확장적용을 견지하여야 하고 또 베를린과 그 주민들의 법적 상태가 기본법의 적용영역에서 통용되는 법적 상태에 비하여 - 베를린에 적용되는 연합국의 유보와 “1971년 9월 3일의 4대강국협정과 합의”라는 유보 하에 - 축소되지 않을 때에만 협정이나 합의를 체결하여야 할 의무를 결코 축소시키지 않는다는 것이다.

독일민주공화국에 주재하는 독일연방공화국 상주대표부가 (서)베를린의 “이익”을 대표한다는 제2항의 합의도 마찬가지이다.

끝으로 제3항에서 정해진 “독일민주공화국과 베를린정부 사이의 합의”의 가능성과 관련해서도 베를린주가 기본법적 질서를 존중하여야 할 의무를 벗지 않는다는 점이 고수되어야 한다.

9. 지금까지 이 사건 조약문서의 해석과 관련하여 설명된 모든 것은 그 의미상 이 사건 조약 제7조에서 예정하고 있는 부속의정서 또는 그밖에 조약의 구체화를 위해 생각될 수 있는 독일민주공화국과의 후속조약 및 후속합의에 대해서도 적용된다. 그것은 예컨대 다음과 같은 것을 의미한다 :

a) 이 사건 조약 제7조 제5호에 대한 부속의정서에서 예정하고 있는 통신은 독일연방공화국 내의 독일인이나 독일민주공화국 내의 독일인들에게 통신의 비밀보장(기본법 제10조)의 축소나 완화, 또는 의사와 정보의 자유로운 교환에 대한 기본법 제5조에서 예정하지 않고 있는 제한을 포함하여서는 안된다. 또한 이 사건 조약 제7조 제1호에 대한 부속의정서와 관련하여, 현존하는 협정을 기

초로 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이에서 행해지는 교역은 장래의 발전 방향에서 외국무역이 되어서는 안된다. 즉 이 경우 어떠한 “관세장벽”도 합의 되어서는 안된다.

b) 국가로부터 독립되어 있는 텔레비전과 라디오의 프로그램구성에 있어서도 조약에 의해 달라지는 것이 없다는 것, 특히 조약은 독일민주공화국이 원하지 않는 방송을 저지하기 위한 법률적 또는 행정적 조치를 취할 법적 근거를 제공하지 않는다는 것을 분명히 하여야 한다. 독일연방공화국 내에서는 항상 방송국 자체의 일반적인 지침과 현존하는 방송국조직법의 테두리 내에서 방송이 되었다는 것이 이 사건 조약과 합치될 수 없는 것으로 볼 수는 없다. 독일연방공화국은 이러한 방송의 자유를 제한하는 협정을 체결해서는 안된다. 달리 말하자면, 기본법 제5조로부터 나오는 기본권은 - 저쪽(독일민주공화국-역주)에서 어떤 특정 방송이 조약상대방의 내부문제에 관여하는 것이기 때문에 이 사건 조약의 내용과 정신에 모순되며, 따라서 조약상의 의무이행을 위해 저지되어야 한다고 주장하는 경우에도 - 이 사건 조약을 원용하여 제한될 수 없다.

c) 결사의 자유라는 기본권도 마찬가지이다. 이 사건 조약의 상대방 측에서 그들의 계획 때문에 원치 않는 결사의 구성은 그것이 기본법적 질서를 고수하는 한 - 조약상대방이 그들의 목표와 선전을 이 사건 조약의 내용과 정신에 합치되지 않는 것으로 공격하고 그들이 이른바 독일민주공화국의 내부상황에 대한 개입 때문에 금지되어야 한다고 요청하는 경우에도 - 억제될 수 없다.

d) 마찬가지로 이 사건 조약은 그것이 연방정부를 비롯한 연방과 주의 그 밖의 기관들을 그들에게 부과된 헌법적 의무, 즉 독일연방공화국과 독일민주공화국의 생활질서와 법질서에 현존하는 공통점뿐만 아니라 그 세계관적·정치적·사회적 차이에 대해서도 공중이 뚜렷이 의식하도록 해야 하는 헌법적 의무로부터 벗어나게 할 수 없다. 연방정부가 이러한 영역에서 누리는 자유, 그리고 자유민주적 기본질서의 이익을 헌법적으로 대변하는 활동이 이 사건 조약의 내용과 정신에 충돌하며 독일민주공화국의 내부문제에 관여하는 것이고 따라서 이 사건 조약에 대한 위반이라는 주장으로써 연방정부의 그러한 자유

와 그러한 이익의 대변을 제약하려는 모든 시도는 그 자체 이 사건 조약에 반하는 것이다.

e) 끝으로 명백히 하여야 할 것은 독일연방공화국과 독일민주공화국의 경계에서 행해지는 현재의 실제, 즉 장벽, 철조망, 접근자 사살구역(Todesstreifen) 그리고 발포명령은 이 사건 조약과 결코 양립될 수 없다는 것이다. 그런 점에서 이 사건 조약은 연방정부가 그 기본법적 의무를 이해할 때 이러한 비인간적 상황을 변화시키고 제거하기 위하여 가능한 모든 것을 행할 수 있도록 하는 법적 근거를 제공한다.

## VI.

이 사건 조약에 대한 판결에 제시된 이와 같은 이유의 의의를 명확히 하기 위하여 최종적으로 다음과 같은 지적이 필요하다 :

1. 기술한 이유에서 이 사건 조약은 연방입법자가 제정한 법률과 같이 취급되었다. 따라서 이 사건 **조약**에 대한 해석에는 특별한 한계가 있다는 것을 무시하였다. 그러나 그러한 한계를 다음과 같은 고려를 통해 감안하여야 한다. 즉 이 사건 조약에 대한 헌법합치적 해석을 위한 모든 설명은 이 사건 조약 자체가 전문에서 분명히 하고 있는 **하나의** 기본적인 이견으로 소급될 수 있다는 것이다. 이 사건 조약의 체결주체들이 “민족문제”에 대하여 합의를 보지 못했다는 것에 대해서는 견해의 일치를 보고 있기 때문이다. 문자 그대로 옮기면 “민족문제를 포함한 기본적인 문제들에 대한 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이의 견해차이에도 불구하고”라고 되어 있다. 따라서 이 판결이 이러한 이견으로부터 이 사건 조약의 해석을 위한 - 그 당사자인 독일연방공화국이 기본법에 부합하는 법에 따라 주장하여야 하는 - 모든 결론을 이끌어 내는 것은 이 경우 이 사건 조약의 해석을 위한 특별한 규칙에 부합된다.

2. 지금까지 설명한 바로부터 이 사건 조약은 - 구체화되도록 되어 있는 조약으로서 - 그 존재와 그 내용에 의해서 뿐만 아니라 특히 장래의 후속조약들을 위한 기본골격으로서도 법적으로 매우 중요한 것임을 알 수 있다. 이 판결

의 이유에 들어 있는 모든 설시는, 이 사건 조약 자체의 내용에만 관련되어 있지 아니한 것을 포함해서 필요한 것이며, 연방헌법재판소의 판례가 말하는 결정의 주요이유들의 일부이다.

3. 독일민주공화국은 이 사건 조약의 발효(1973년 6월 20일)전에 연방헌법재판소에 계속되어 있는 절차, 연방헌법재판소의 권한, 연방정부를 비롯한 연방과 주의 모든 헌법기관, 법원과 관청들이 연방헌법재판소의 결정에 구속된다는 것을 잘 알고 있었고, 입법과정에서 행한 - 그 주요부분에서 이 판결에 의하여 구속력 있게 된 법적 견해와 모순되지 않는 - 연방정부의 법적 설명과 - 이미 이 사건 조약과 독일통일에 관한 공한을 포함한 - 연방법률공보에 공포된 조약법률의 완전한 조문을 알고 있었으며, 또한 연방정부로부터 - 그에 대해 저쪽에서 이의제기를 받지 않고 - 이 사건 조약이 기본법과 합치될 때에만 이 사건 조약의 체결이 가능하다는 것을 계속 반복하여 시사받았다. 이러한 상황은 국제법적인 논쟁에서도, 특히 조약상대방에 대한 논쟁에서도 이 사건 조약에 대해 기본법에 따라 필요한 해석을 부여하는 데 적합하다. 이는, 예외적으로 조약의 일방이 상대방에 대해 조약의 특정한 해석이 국내의 헌법과 대립된다는 것을 인식할 수 있었고 또 인식했음이 틀림없다고 주장할 수 있는지의 여부가 문제될 때에 국정의 실무에서 의의를 갖는 일반적 국제관습법의 원칙과도 합치한다.

## VII.

이 판결은 전원일치의 의견으로 내려졌다.

# 독·소 및 독·폴란드 불가침조약 동의법률에 관한 독일연방헌법재판소의 결정에 대한 평석

– 모스크바 조약과 바르샤바 조약 동의법률에 관한 독일 헌재 결정 –  
(BVerfGE 40, 141–179. 1975. 7. 7.)

이 장 희\*

## I. 모스크바 조약<sup>1)</sup> 및 바르샤바 조약<sup>2)</sup> 소개와 배경

위헌 소송 절차의 대상은 모스크바 조약과 바르샤바 조약이고, 위헌소송은 독일연방의회가 위 두 개의 조약을 동의해준 1972년 5월 23일 두 개의 연방의회 동의법률(Zustimmungsgesetz)<sup>3)</sup>을 겨냥하고 있다. 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는 양 조약에 대해 두 개의 동의법률이 청구인이 주장하는 연방기본법상 보장된 자신들의 기본권을 침해하지 않는다는 결정을 내렸다. 이를 좀 더 심층적으로 이해하기 위해서 모스크바 조약 및 바르샤바 조약의 내용을 우선 분석한다.

---

\* 한국외국어대학교 법학전문대학원 명예교수

1) 독일어 원문 조약명: “Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken” (Moskauer Vertrag: 모스크바 조약), 1970. 8. 12. 서명, 1972. 6. 3 발효.

2) 독일어 원문 조약명: “Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen ueber die Grundlagen der Normalisierung ihrer gegenseitigen Beziehungen” (Warschuer Vertrag: 바르샤바 조약), 1970. 12. 7. 서명; 1972. 6. 3 발효.

3) BGBl, 1972 II S. 353, 361.

## 1. 모스크바 조약 및 바르샤바 조약 동의법률 소개와 체결 배경

### (1) 모스크바 조약(1970. 8. 12) 체계 소개

○ 모스크바 조약체제는 세 부분으로 구성된다. 첫째, 한 개의 국제법 조약(모스크바 조약), 둘째, “독일통일을 위한 서한”(Brief zur deutschen Einheit vom 12 August, 1970: Scheel 서독 외교부장관이 소련 그레미코 외교부장관에게 보낸 서한), 셋째, “서방 3개국에 대한 독일연방공화국의 각서”(Note der Bundesrepublik Deutschland an die drei Westmächte)이다.

○ 첫 번째 국제조약인 모스크바 조약은 전문과 5개 조항으로 이루어진다.

[모스크바 조약 전문]

조약 당사국들은,

- 유럽과 세계에서 평화와 안보를 확보하기 위한 노력에 기여하기 위해서,
- UN헌장의 목적과 원칙에 기초한 국가간 평화적 협력이 국제적 보편적 평화와 국제적 인민들의 일반적 이해에 부합한다는 신념에서,
- 1955년 독·소 외교관계수립에 기초하여 상호 지속적인 발전에 새로운 조건을 만든다는 고려에서,
- 양국 이해의 경제적·기술적 문화적 연관성을 포함하여 협력의 확대와 개선을 국제조약의 형식으로 한다는 염원에서 다음 5가지에 합의한다.
  - 제1조: 양국은 국제 평화유지와 긴장완화에 기여하는 것을 양국 정책의 가장 주요한 목표로 간주한다. 양국의 관계는 유럽에서 모든 유럽 국가 간의 정상화와 평화로운 관계 발전에서 출발한다.
  - 제2조: 양국은 UN헌장에 목적과 원칙 그리고 특히 제2조 2항 무력사용·위협 금지 원칙을 존중한다.
  - 제3조: 양국은 어느 누구도 현재의 국경선을 건드리지 않는 경우에만 유럽에서 평화가 유지될 수 있다는 인식에 만장일치의 의견일치를 보았다.:
    - 1) 양국은 유럽에서 모든 국가의 영토고권이 현재 국경선을 존중할 의무를 진다.
    - 2) 그들은 누구에게도 영토주장을 해서는 안되고 미래에도 그러한 일을

제기하지 않을 것을 선언한다.

3) 이 조약 체결시 부터 유럽국가의 모든 경계선을 현재와 미래에 불가침이라고 간주한다. 여기에는 폴란드의 서부경계선인 오데르 나이세(Oder Neisse) 강과 동독과 서독 경계선을 포함한다.

- 제4조: 이 조약은 양국에 의한 이전에 맺은 양자간 다자간 조약과 협정에 영향을 주지 않는다.

- 제5조: 비준·발효 규정

○ 둘째, 부속서 “독일통일을 위한 서한” : “독일연방공화국은 모스크바 조약체결을 계기로 소련 외무성에 다음 서한을 전달한다: 존경하는 소련 외교부장관님, 모스크바 조약체결을 계기로 서독정부는 이 조약이 독일민족이 자유로운 민족자결에 의해 독일통일을 재달성하려는 서독의 정치적 목적과 모순되지 않는다는 사실을 확인합니다.”

○ 셋째, “서방 3개국에 대한 독일연방공화국의 각서”: “독일연방과 소련이 맺은 모스크바 조약이 전체로서 독일과 베를린에 대해서 4대 점령국이 갖는 책임과 권리를 훼손해서는 안 된다는 것을 명백히 한다.” 독일연방에 보낸 서방 3개 점령국의 각서도 3개 국은 동일한 내용을 확인해주었다.

○ 모스크바 조약체계에 대한 전체 평가:

모스크바 조약 제3조가 핵심이다. 폴란드의 서부경계선인 오데르 나이세 강 경계선과 동서독 경계선은 불가침선으로 어느 누구도 영토문제를 제기하지 않고 존중할 의무가 있다고 명시하였다. 그래서 서독입장에서 구 영토 수복불가 및 동서독간 분단의 개연성을 감수해야했기 때문에, 국내 비판자로부터 모스크바 조약이 서독 기본법 전문의 재통일조항에 위반된다는 위헌성의 문제가 제기되었다.

그러나 상기 두 개의 부속 문서를 통해 모스크바 조약의 국경불가침원칙이 발효와 동시에 동 조약이 독일기본법상 재통일조항(Wiedervereinigungsgebot)에 저촉하지 않는다는 독일의 정치적 의지를 동시에 소련에 전달한 것이다. 이를 통해 독일은 ‘국경불변경원칙’이 아니라, ‘국경불가침원칙’으로 재통일의 개연성을 법적으로 열어 두었다. 그 개연성 조건에는 평화적 수단, 국제법 그리고

민족자결의 원칙 3가지 요건이 충족되면 국경불가침원칙은 독일재통일을 막을 수가 없다는 법적 장치를 미리 해 놓은 것이다.

## (2) 모스크바 조약 동의법률 소개

모스크바 조약은 1972년 서독 연방의회에서 동의법률(Zustimmungsgesetz)로써 조약 효력이 발생하였다.

문제는 모스크바 조약에 대한 동의법률이 서독 기본법상 보장된 개개 국민의 재산권, 국적선택의 자유, 가족결합권리에 영향을 줄 수 있는냐가 문제가 된다. 헌법소원 청구인들은 양 조약에 대한 동의법률로 인해 독일기본법상 보장된 자신들의 기본권이 각각 침해되었다고 헌법소원을 제기하였다.

그러나 동의법률은 모스크바 조약 뿐만 아니라 동조약 부속문서로서 “독일 통일에 대한 서한”과 “서방 3개국에게 보낸 독일연방의 각서”도 고려하고 있다. 그런데 두 부속문서는 민족자결에 의한 독일통일에 대한 정치적 의지를 표명하였다.

또 모스크바 조약(1970)에 대한 동의법률은 모스크바 조약 제4조 기 체결조약 존중의 원칙에 기초해 기 체결한 독일조약(1952. 5. 26)<sup>4)</sup>에 어떠한 영향을 주지 않는다. 독일조약<sup>5)</sup>은 “전체로서 독일과 Berlin 문제에 대해서는 서방 3국의 최종적 결정준중”을 명시하고 있는데, 독일재통일과 평화조약에 대한 최종 결정은 서방연합국측의 기존 특권을 인정함으로써, 추후 맺은 모스크바 조약(1970)의 국경불가침 명시에 어떠한 영향을 주지 못한다.

---

4) 조약원명은 ‘Vertrag über die Beziehungen zwischen der BRD und den drei Mächten: Deutschlandvertrag’. 1952년 5월 26일 체결된 이 조약은 비준서기탁을 한 1955년 5월 5일 효력을 발생하여 서독은 점령체제를 종결하고, 미·영·불 3개국으로부터 부분적 주권국이 된다. Harenberg, Bodo, Chronik der Deutschen, Dortmund 1983, 963; 이장희, 독일통일의 국제법적 조명, 허영 편, 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994, 48-50.

5) 이 독일조약(1952)에 대해서 동독은 매우 적대적으로 반응하였다. Bodo Harenberg(각주 4), 963.



## 2. 바르샤바 조약 및 동의법률 소개

### (1) 바르샤바 조약 소개(1970. 12. 7.)

전문과 5개 조항으로 이루어진다. 조약명칭이 모스크바 조약과는 다르다. 바르샤바 조약 “Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen über die Grundlagen der Normalisierung ihrer gegenseitigen Beziehungen”에서 “상호간 정상화 기초”라는 단어가 모스크바 조약보다 더 추가되어 있다. 이것은 1955년 독일-소련 외교관계수립조약으로 이미 외교관계 수립은 완료했기 때문에, 모스크바 조약은 단순히 독일과 소련사이의 조약이라고 한 것에 연유한다.

#### ○ 전문

- 유럽인들 특히 그 첫 희생자인 폴란드인에게 심각한 고통을 안긴 2차대전 종전 25년이상 경과한 점을 상기하고,
- 새 세대에게 평화로운 미래를 보장해주어야 한다는 점을 유념하면서,
- 양 국가에 평화적 협력과 정상적 선린관계를 새로 수립하려는 염원에서,
- 유럽에서 안전보장과 평화를 보장하려는 노력의 일환에서,
- 현재 국경선에서 경계선불가침과 영토고권의 존중이 유럽의 평화의 기초임을 인식하고
  - 제1조: 1) 양국은 폴란드 서부경계선이 Oder-Neisse 강임을 확인함.  
2) 양국은 현존 국경선의 불가침원칙을 미래에도 무제한으로 존중할 의무가 있음.  
3) 양국은 미래에도 영토분쟁을 제기하지 않음.
  - 제2조: 1) 양국은 유럽과 국제사회의 안전보장 문제에서 UN헌장 목적과 원칙을 준수.  
2) 양국은 UN 헌장 제1조, 2조에서 국제분쟁을 평화적 수단에 의해서만 해결하며, 무력사용 및 위협을 삼가.
  - 제3조: 1) 독일과 폴란드는 완전한 관계정상화와 상호간 다방면의 발전을 위해서 노력.  
2) 그들의 협력의 확대는 경제·기술·문화적, 그 밖의 모든 영

역에 미침.

- 제4조: 본 조약은 양당자의 기 체결조약에 영향을 미치지 않음.
- 제5조: 비준 발효

○ 전체적 평가: 모스크바 조약과의 차별성

- 1) 바르샤바 조약 명칭에서 모스크바 조약에 없던 “정상화”라는 말이 추가된 점.
- 2) 모스크바 조약처럼 두 개의 부속 문서가 없음.  
이는 모스크바 조약에서 분명히 독일·폴란드 경계선문제를 부속서에서 이미 명시함. 중복을 피하려는 이유.
- 3) 전문에서 양국간 외교적 정상화를 새로이 수립한다는 점.  
영토불가침을 모스크바 조약 보다 더 많이 언급하고 강조한 점.

## (2) 바르샤바 조약 동의법률 규정 소개

바르샤바 조약은 1972년 서독연방 의회에서 동의를 얻어 동의법률(Zustimmungsgesetz)로써 조약 효력을 발생하였다. 문제는 바르샤바 조약에 대한 동의법률이 기본법상 보장된 개개 국민의 재산권, 국적 선택의 자유, 가족결합권리에 영향을 줄 수 있는냐가 문제가 된다. 청구인들은 양조약에 대한 동의법률로 인해 독일기본법상 보장된 자신들의 기본권이 침해되었다고 헌법소원을 제기하였다. 동의법률은 바르샤바 조약 뿐만아니라, 모스크바 조약 부속문서로서 “독일통일에 대한 서한”과 “서방 3개국가에 보낸 독일연방의 메모”도 고려하고 있다. 두 개의 부속문서는 민족자결에 의한 독일통일 및 “전체로서 독일과 Berlin에 대한 4대국의 최종결정권 불훼손”의 정치적 의지를 표명하고 있다. 이것이 장기적으로 독일통일의 가능성을 법적으로 열어 놓은 것이다.

### 3. 모스크바 조약 및 바르샤바 조약 동의법률 규정 제정 배경

모스크바 조약 및 바르샤바 조약은 1969. 10. 28 집권한 서독 사민당 Willy Brandt 수상<sup>6)</sup>의 소위 동방정책(Ostpolitik)조약의 구체화 조약으로서 그 체결배경은 다음과 같다. 동방정책의 구체적 기본 디자인은 당시 서독연방 내독성장관 에곤 바(Egom Bahr)와 구 소련의 외교장관 그레미코(Andrei Gromyko)와 치밀하게 기획하고 진행하였다.

동방정책의 기본 그림이 소위 “Das Bahr Papier”<sup>7)</sup>이다. 모스크바 조약과 바르샤바 조약은 바로 “Das Bahr Papier”의 구체화된 정책이다. 1972년 12월 동서독 기본조약도 “Das Bahr Papier”에서 출발한 것이다. 그 중에 가장 주요한 것이 서독과 직접관련을 맺고 있는 소련과 폴란드와의 관계개선이다. 관계개선의 핵심이 소련과 폴란드사이, 폴란드와 동독사이, 동독과 서독사이의 현존 국가 경계선에 대한 인정문제이다.

#### (1) 모스크바 조약 체결배경

20세기 들어 1, 2차 세계대전을 통해 독일로부터 2번이나 침략을 받은 소련으로서는 양독간의 관계개선을 목표로 하는 서독 브란트 수상의 동방정책을 우려의 눈으로 보지 않을 수 없었다. 그러므로 서독은 국경불가침의 원칙을 주내용으로 하는 모스크바 조약을 통해 소련이 2차 세계대전 이후 그토록 추구해 온, 즉 그들이 2차 대전이후 확보한 성과인 동구권의 사회주의체제와 두 개의 독일을 인정했다. 이 조약 협상과정에서도 가장 큰 쟁점은 서독이 동독을 국제법적으로 승인하는 문제였다. 소련은 제2차 세계대전 이후에 그어진 유럽의 국경선을 국제법적으로 승인할 것, 즉, 동독을 국제법적으로 승인해야만 조약을 체결할 수 있다고 주장했다. 다시 말해 유럽의 현존 국경선은 변경될 수 없으며, 서독의 통일요구는 결코 허용될 수가 없다는 태도였다. 이에 대해 서독은 동독을 국제법적으로 인정하는 것은 전체 독일에 관한 최종적인 결정을 서독이 내린다는 것인데, 이것은 전체 독일과 베를린에 대한 최종적인 권한은

6) Willy Brandt, *Erinnerungen*, Frankfurt am Main, 1989, 261-314.

7) Benno Zündorf, *Die Ostverträge*, München 1979, 17-50.

4대 전승국이 갖는다고 규정한 1952년 독일조약에 위배되는 것이 아니냐고 소련을 설득했다. 그래서 조약의 내용은 1) 상호간의 불가침으로, 2) 무력사용을 부인하고, 3) 유럽국가간의 평화공존과 관계정상화를 기했으며, 4) 유럽국가의 현존 국경선을 고정하고, 5) 폴란드의 서부 국경선과 동서독간의 국경준중을 기하는 것으로 되어 있다. 그러나 서독은 이와 같이 모스크바 조약을 통해 소련이 원하는 것, 즉 유럽의 현상유지를 들어주면서도, 이 조약이 독일의 영구 분단을 가져오는 것을 막기 위해 “동조약이 독일국민의 자유로운 자결에 바탕을 두고 그의 통일을 다시 회복하여 유럽의 평화를 유지하는 서독의 정치적 목적과 모순되어서는 안된다”는 내용의 『독일통일을 위한 서한』을 모스크바 조약의 부속문서로서 소련의 그로미코 외상에게 전달했다. 이렇게 소련과 우호 관계를 맺은 서독은 소련이 동독에게 1972년 기본조약 체결을 위해서 서독과의 협상테이블에 나가도록 압력을 넣도록 했다. 소련으로부터 정권의 정통성을 인정받고, 주권이 소련에 의해 심히 제약받던 동독으로서는 이에 응하지 않을 수 없었다.”<sup>8)</sup>

## (2) 바르샤바 조약 체결배경

독·폴란드 불가침조약은 서독이 동구 국가들 중 국경선문제로 가장 예민한 관계에 있던 폴란드와 1970년 12월 7일 불가침조약을 맺음으로써 기타 동구국가들과 관계개선의 포문을 열었다는데 그 의의를 찾을 수 있다. 폴란드는 현재의 국경선인 오데르-나이세 강을 중심으로 동부에 있던 옛 독일영토에 대해 독일이 언제 영토권 주장을 해올지가 항상 걱정이었다. 그런데 서독은 이 독·폴란드 불가침조약을 통해 현재의 국경선, 즉, 폴란드의 서부 국경선을 인정하겠다고 약속했다. 이로써 폴란드는 종래의 독일에 대한 영토반환 부담감을 덜게 되었고, 서독과 관계를 정상화하기에 이르렀다. 그러서 독·폴란드 불가침조약의 내용은 1) 폴란드의 현재 국경선, 특히 오데르-나이세 강을 경계로 한 서부 국경선과 각기의 영토권을 존중하며, 2) 무력사용을 부인하고, 3) 경제적·과학적·기술적 문화관계를 정상화하는 것으로 되어 있다. 이와 같이 국경문제로 가장 첨예한 이해를 갖고 있던 폴란드와 국교정상화를 이룬 서독은 그

8) Benno Zündorf(각주 7), 51-61 참조.

다음 체코, 루마니아 등과도 점차 국교를 회복해 나감으로써 이들 국가들이 동독에게 서독의 동방정책의 협상테이블에 나가도록 압력을 넣도록 했다. 동구국가들은 서독과의 깊어진 이해관계로 이데올로기로 연결된 동독편보다 실질적 이해 때문에 서독에 협조했다.<sup>9)</sup>

## II. 사건 개요(사실관계)

1970년에 독일연방공화국은 소련(모스크바 조약)과 폴란드(바르샤바 조약)와 유럽과 세계의 평화 및 안전 강화, 각 조약 국가들과의 관계개선 등을 골자로 하는 조약을 체결하였고 이는 1972년 연방의회의 동의를 거쳐 동의법률로서 발효되었다.

헌법소원 청구인들은 동의법률들로 인해 자신의 기본권이 침해되었다며 헌법소원을 제기하였다. 청구인 1), 2), 3)<sup>10)</sup>은 재산권<sup>11)</sup>을, 청구인 3), 5) 내지 8)<sup>12)</sup>은 국적<sup>13)</sup>을 박탈당하지 않을 권리를, 청구인 4) 내지 7)<sup>14)</sup>은 가족결합권<sup>15)</sup>을 침해당했다고 주장하였다.

청구인 1), 2), 3)은 본래 오데르-나이세 동부 지역에서 거주하다가 각각 1939년과 제2차 세계대전 말엽에 이민/이주하였다. 청구인들은 조약으로 인해 오데르-나이세 동부 지역의 부동산에 대한 자신들의 재산권이 소멸되었다고 주장한다. 특히 모스크바 조약의 국경에 관한 규정은 단순한 무력포기협정이 아니라 제2차 세계대전이 종결된 후의 영토상황을 향후에도 법적으로 구속력 있게 인정하였다는 것이다. 청구인들은 두 조약들이 조약의 상대방인 국가들을 넘어 개인에게도 법적 효력을 미친다고 보았다. 조약들로 인해 제2차 세계대전 이후 소련과 폴란드에 의해 자행된 불법적인 재산 몰수가 사후적으로 법적 근거를 갖게 되었다고 본 것이다.

청구인 3)과 8)은 현재 독일연방공화국에 거주하고 있으며 청구인 5), 6), 7)

9) Benno Zündorf(각주 7), 62-76 참조.

10) BVerfGE 40, 141-179.

11) Art 14 GG (재산권)

12) BVerfGE 40, 141-179.

13) Art.16 GG (국적선택의 자유)

14) BVerfGE 40, 141-179.

15) Art. 6 GG(가족결합권)

은 오데르-나이세 동부 지역에 거주하고 있다. 이들은 모스크바 조약과 바르샤바 조약의 국경규정으로 인해 지금까지의 독일 국적이 자동으로 상실되었다고 주장한다. 국경 변경으로 인해 영토고권에 변동이 일어나고 이는 대인고권에 대한 변동으로 이어져서 예전과 지금의 동부지역 또는 동독지역 거주민들의 독일 국적이 상실된다는 것이다.

청구인 4) 내지 7)에 따르면 바르샤바 조약은 이산가족을 정당화한다. 독일 국적의 상실과 폴란드로의 제한 없는 대인고권의 양도로 인해 가족결합에 대해 폴란드 행정청이 단독으로 결정할 수 있게 되었다는 것이다. 청구인들은 독일연방공화국이 이 결정을 어떤 경우에도 존중해야 하며 당사자들에게 외교적 보호조차 제공할 수 없다고 보았다. 이러한 이산가족을 정당화하는 것을 막기 위해 연방정부는 조약에 이산가족들이 연방공화국의 가족에게 올 수 있도록 하는 선택조항을 삽입하였어야 했다는 것이다.

### III. 주요 쟁점

- 독일연방공화국이 소련과 체결한 1970. 8. 12.자 조약(모스크바 조약)과 폴란드와 체결한 1970. 12. 7.자 조약(바르샤바 조약)에 대한 동의법률이 서독 연방헌법상 보장된 청구인의 기본권(재산권, 국적, 가족결합권)을 침해하는 위헌성 여부를 결정해 달라는 것.

### IV. 연방헌법재판소의 결정요지

#### [결정요지]

1. 모스크바 조약과 바르샤바 조약(동유럽 국가들과의 조약)은 고도의 정치적 성격을 지닌다. 이 조약들은 소련과 폴란드에 대한 독일연방공화국의 일반적인 정치관계를 규율한다.<sup>16)</sup>

16) BVerfGE 40, 141-179.

2. 상기 조약들 및 이에 대한 동의법률은 개인에 대한 직접적 행위의무를 발생시키지 않는다.<sup>17)</sup> 상기 조약들과 동의법률은 독일 기본법의 보호를 받는 개별적인 법적 지위를 다른 방식으로 직접적으로 악화시킬 수 없다.<sup>18)</sup> 상기 조약들과 동의법률은 재산권을 제한하지 않으며, 독일 국적의 상실을 야기하지 않고, 이산가족들의 결합을 방해하지도 않는다.

3. 동유럽 국가들과의 조약처럼 일반적인 정치적 내용의 국제법상의 조약에 대한 동의법률 헌법소원은, 이를 통해 조약협약의 과정에서 청구인에게 유리한 특정 규정을 달성했어야만 하며 이러한 규정 없는 조약 체결이 전체 조약의 무효를 가져온다는 헌법상의 확인을 목적으로 하는 경우는 부적법하다.

### [주문]

이 사건 헌법소원심판청구를 각하한다.<sup>19)</sup>

- 모스크바, 바르샤바 조약은 정치관계를 규율하는 조약으로서 연방헌법상 보장한 기본적인 권리(재산권, 국적선택자유, 가족결합권)를 침해하지 않는다.
- 연방의회의 동의법률은 개인에 대한 직접적 행위의무를 발생시키지 않는다. 상기 조약들과 동의법률은 기본법의 보호를 받는 개별적인 법적 지위를 다른 방식으로 직접적으로 악화시킬 수 없다.

## V. 분석 및 평가

### 1. 결정의 의의

연방헌법재판소의 결정은 청구인들이 모스크바 조약 및 바르샤바 조약에 대한 서독 연방의회의 동의법률이 서독 기본법에 보장된 청구인들의 기본권 침해여부를 서독연방헌법재판소에 위헌소원을 제기한 사건이다. 결론적으로 서독 연방헌법재판소는 양 조약에 대한 연방의회 동의법률이 위헌이 되지 않는다고

17) BVerfGE 40, 141-179.

18) BVerfGE 40, 141-179.

19) BVerfGE 40, 141-179.

결정을 내림으로써 청구인들의 소원을 각하하였다. 그 논증근거로서 첫째, 모스크바 및 바르샤바 국제조약은 정치관계를 규율하는 조약으로서 연방헌법상 보장된 개개 기본권을 침해하지 않는다고 결정하였다. 연방의회의 동의법률은 개인에 대한 직접적 행위의무를 발생시키지 않는다. 동의법률이 개인의 기본권 제한을 하려면 조약체결협상과정에서 청구인에 관한 규정을 두어야 했다. 그런데 모스크바 조약과 동시에 두 개의 문서(독일통일에 대한 서한 및 서방 3개국에 보낸 독일연방정부의 각서)으로써 청구인의 권리침해방지를 하려는 독일정부의 정치적 강한 의지를 소련에 명백히 전달하였다. 두 개의 부속문서는 두 개의 동방정책 조약상의 국경불가침조약 및 무력행사 금지를 통한 2차 대전이후 동서독간, 동독과 폴란드간, 폴란드와 소련간에 그어진 국경계선의 현상 존중이 기정사실화를 인정하면서도, 동시에 먼 미래에 독일통일에 대한 변화 가능성의 국제법적 제도적 장치를 마련해 놓은 것이다. 양 조약의 해석에서 두 개의 부속문서를 통한 독일통일에 대한 의지표명은 1969년 조약법에 관한 비엔나 협정 제31조 2항<sup>20)</sup>에서 조약해석 일반규칙에도 부합된다.

## 2. 학계 평가 및 결정 이후 상황

독일은 주변국(특히 소련과 폴란드)이 가장 두려워하는 독일에 대한 불신을 해소하기 위해서 과감하게 단기적으로 동서독 분단의 현실을 모스크바 조약과 바르샤바 조약을 통해 제2차대전후 형성된 현존 국경선 인정과 미래에 더 이상 영토문제를 상호 제기하지 않기로 법적으로 인정하였다. 그러면서도 동시에 독일은 치밀하게 분단해소와 통일을 미래 가능성으로 열어두는 독일조약(1952) 모스크바 조약 두 개의 부속문서(1970)<sup>21)</sup>, 그리고 동서독기본조약(1972)을 통해 법제도적 장치를 철저히 준비하였다. 다시 말해 분단현실을 법적으로 인정하면서 동시에 독일통일의 미래 가능성을 법적으로 열어두어 점차적으로 더

20) 1969년 조약법에 관한 비엔나 협정 제31조(해석의 일반규칙) 2항: “조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다. (a)..., (b) 조약의 체결에 관련하여 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약에 관련되는 문서로서 수락한 문서.”

21) Benno Zündorf(각주 7), 58-59.

22) Günter Schmid, Die Deutschlandpolitik der Regierung Brandt/Scheel, tuduv Buch, München 1975, 225-227.



욱 높은 것이 동방정책의 철학이다. 그 철학이 현실을 극복하기 위해서는 현실을 인정(staus quo)해야 한다는 것이다. 물론 두 동방정책 조약은 독일 국내정치에서 혹독한 비판적 평가<sup>23)</sup>도 있었다.

동방정책의 이론적 실질적 원리는 1969년 10월 독일 사민당(SPD)정부가 집권 이후 서독정부의 동방정책의 실질적 설계는 독일의 Egon Bahr와 소련의 Gremyko 외교부장관이 같이 만든 Bahr Papier에서 유래한다. 동방정책의 기본적 철학은 ‘현실을 극복하기 위해서 현실 “status quo”을 인정해야한다’라는 것이다. 그것의 양대 실천원칙으로서 “접촉을 통한 포기(Wandlung durch Annäherung)”와 “무력포기(Gewaltverzicht)”이다.

모스크바 조약 및 바르샤바 조약이 “국경 경계선의 불가침원칙” 및 “UN 헌장 제2조의 힘의 위협 및 사용 금지”를 강조하고 명시한 것은 바로 동방정책의 철학과 원칙을 구체화한 결과이다. 독일은 통일보다 우선 유럽의 평화를 더욱 강조하였다. 이것은 현실을 극복하기 위해서 냉정하게 현실을 존중하고 인정한 정책이다. 독일 동방정책 설계자들은 그 속에서 분단을 극복할 수 있다는 확고한 신념과 지혜를 갖고 있었다. 소련과 폴란드에게 가장 민감한 사항인 독일과의 영토경계선에 대해 독일은 양국이 원하는 것을 조약에 모두 명시해 주었다. 독일은 분단가능성을 감수하면서도 유럽에서 평화를 우선시하여 현실을 용기있게 인정하였다. 그러면서도 치밀하게 분단을 극복하는 국제법적 장치를 치밀하게 준비하고 추진해 나갔다. 독일 기본법 전문 재통일명제(Wiedervereinigungsgebot)와 그리고 베를린 조약(1952) 그리고 모스크바 조약의 두 개의 부속문서(1970)를 통해 분단고착을 제도적으로 막기 위해 치밀하게 준비하였다. 1989년 베를린 장벽이 무너지고 독일통일의 기회가 왔을 때 이러한 모든 법적 장치들은 독일기본법상 독일 민족자결의 원칙에 따라 유효하게 분단체제를 극복하는 데 매우 유용하게 활용하였다.

그리고 1945년 포츠담 회담에서 영국, 미국, 소련은 오데르-나이세 동부 지역에 대해 기타 독일제국의 점령군 주둔 지역과 명백히 구별되는 특수 규정에 합의했다. 포츠담 합의서에 따라 독일 동부 지역은 영토 관련 문제는 평화협정 체결 시에 최종적으로 결정한다는 유보 하에 일부는 소련, 다른 일부는 폴란드 행정 하에 놓이게 되었다. 독일의 주둔군이었던 영국, 미국, 프랑스는 독일 동

23) Benno Zündorf(각주 7), 61, 76.

부 지역을 소련과 폴란드에 최종적으로 넘기는 것에 동의하지 않았음에도 불구하고 이 두 나라는 전쟁 직후에 오데르-나이세 지역을 합병하였다. 이로 인해 당시 그 지역에 거주하던 독일주민들은 재산을 몰수당하고 추방당하거나 국적을 변경당하기도 하였다.

연방헌법재판소는 위와 같은 이유로 경직되어 있던 독일연방공화국과 소련 및 폴란드와의 정치적 관계는 조약체결과 이를 바탕으로 한 다른 협정들의 체결을 통해 점차 완화될 것이고 이로써 정치적 변화를 맞았던 지역 주민들의 상황을 인도적으로 완화하기 위한 긴밀한 협정과 평화로운 관계가 가능해질 것이라고 하였다. 이러한 정치적·역사적 배경과 긴장완화 및 평화보장을 위한 목적이 조약 해석에서 결정적이라는 것이다.

또한, 연방헌법재판소는 동서독기본조약에 관한 결정(BVerfGE 37, 1[30 f.])을 인용하면서 독일연방공화국은 오데르-나이세 동부지역 출신의 독일 국적자들을 계속해서 독일 국적자로 취급할 헌법상의 의무를 지며 헌법은 그들에게 완전한 사법적 보호와 기본법 적용지역에서의 기본권을 보장한다고 하였다.

## VI. 한국에 대한 시사점

독일의 동방정책은 한마디로 조약정책이다. 서독은 동구라파와의 조약을 통해서 동구라파가 가장 선호하는 국경불가침원칙을 명시하여 그들을 안심시키고, 친구로 만들었다. 모스크바조약 및 바르샤바조약도 동방정책의 조약정책에서 나온 것이다.

연방헌법재판소의 모스크바 조약 및 바르샤바 조약에 대한 동의법률이 독일 기본법상 보장된 기본권침해 헌법소원에서 연방헌법재판소는 청구인의 손을 들어주지 않고, 연방의회의 동의법률이 합헌이라고 결정하였다. 청구인이 가장 문제삼은 것은 두 조약에서 명시한 현존 국경불가침조항이다. 이 동의법률을 통해 조약상의 국경선불가침 조항이 청구인에게 직접적으로 법적 효력을 발휘해서 기본법상 보장된 청구인의 재산권, 국적선택의 자유 그리고 가족결합권을 침해한다고 헌법소원을 제기한 것이다. 그러나 연방헌법재판소는 청구인의 소원을 거절하고, 두 조약에 대한 연방의회의 동의법률은 청구인의 기본권을 침

해하지 않는다는 결정을 내렸다. 이 결정은 독일 동방정책 설계자들은 현실적으로 유럽의 평화를 더 강조하고, 독일통일을 미래의 하나의 가능성으로 보고 체결한 조약이라는 함의를 가진다. 물론 동방정책 설계자들은 당시 분단고착자라는 강한 비판을 받았다. 바이에른(Bayern) 주정부는 브란트 연방정부의 1972년 기본조약체결을 연방기본법 재통일명제에 위반된다고 연방헌법재판소에 고발했다.

이 연방헌법재판소 결정이 한반도에 주는 법적 함의는, 단기적으로 분단현실의 인정을 통한 한반도의 평화정착과 장기적으로 분단고착을 막고 통일에 대한 로드맵도 동시에 추구해야하는 법적 과제를 던져준다.

한반도 평화통일의 법적 문제에서도 가장 핵심문제는 단기적으로 평화공존의 제도화, 장기적으로 분단고착을 차단하고 법적인 통일로드맵이라는 두 축을 어떻게 질서있게 조화·진행하는나 하는 평화통일 로드맵의 법제도적 실천이다. 이를 위해서 기본적 세 가지 문제는 북한의 법적 지위, 남북한의 법적 관계 그리고 법적 상태 문제이다. 전자 두 가지, 북한의 법적 지위문제 및 남북한의 법적 관계 문제는 1992년 남북기본합의서 체결이후 가닥이 어느 정도 잡혔다. 남북한의 법적 관계는 남북기본 합의서 전문에서 “.. 나라와 나라사이의 관계가 아닌 평화통일로 가기 위한 잠정적 특수관계”라고 명시하였다. 여기서 남북한의 법적 지위 및 법적 관계는 국제적 차원에서 국제법적 관계이나, 민족내부적으로 잠정적 특수관계로 정리되었다. 잠정적 특수관계의 대표적 사례가 민족내부거래와 상주대표부파견이다. 이것은 남한의 남북교류협력법과 북한의 북남교류협력법에도 명시되었다. 후자 남북한의 법적 상태는 1953년 정점 이후 70년 이상이 지난 남북한의 법적 상태가 전시나 평시나 문제이다. 이 문제에 대한 남북한의 명확한 합의가 있어야 전시상태를 법적으로 종결하고 남북관계에 최소한 상주대표부 교류를 포함한 정상관계를 회복할 수 있다.

위와 같은 남북한의 기본적 법적 문제를 염두에 두고 지난 2000. 6 15 공동선언 및 2007. 10. 4 정상선언에서 남북한의 잠정적 특수관계는 북한이나 남한 내의 국내법에서 명문화되어 많은 진전을 보았다. 특히 개성공단에서 실제 적용되었다.

독일의 사례가 우리에게 주는 몇 가지 법적 시사점을 지적하고자 한다.

1. 단기적으로는 분단현실을 과감하게 인정하는 법제도적 결단이 있어야 한다. 한 예로 남북한은 1991년 UN에 동시 가입하여 국제적 차원에서 국제법적 주체로서 인정하고 있다. 우리정부가 1989년 민족공동체통일방안에서 제시한 남북연합(Korean Commonwealth)을 통해서 1민족 2국가를 실제로 추진해야 한다. 그리하여 북한이 책임있는 국제사회의 일원으로서 적극적으로 활동하도록 도와주어야 한다. 한례로 북미관계 및 북일관계 정상화를 도와주어야 한다. 물론 북한의 핵실험이나 인공위성 발사로 인해, UN안보리의 제재를 존중해야 하지만, 지금처럼 한국이 주도하는 국제사회에서 대북압박정책이나 북한 고립화 정책은 지양되어야 한다.

2. 장기적으로는 분단을 치밀하게 지혜롭게 막는 “접촉을 통한 변화”와 “무력포기” 정책을 꾸준히 실현하는 대북포용정책을 동시에 펴야 한다. 정경분리정책에 따라 군사안보면에서 정부는 경계의 끈을 결코 늦추어서는 안되지만, 민간차원에서 과감하게 교류협력과 인도적 지원을 지속적으로 해야 한다. 5. 24조치 및 개성공단 가동 전면중단은 즉시 해제되어야 한다. 동시에 한반도 평화체제 구축을 위해서 남한정부가 북미관계 적대관계종식해소에 유리한 분위기 조성에 나서야 한다.

3. 남북한내의 냉전적 법령정비가 시급하다. 남한의 헌법 제3조 그리고 국가보안법 그리고 북한의 노동당 규약 및 형법은 여전히 상대를 법적으로 인정하지 않고 있다. 이러한 법제하에서 정부의 양해없는 남북한의 민간교류는 모두 불법이다. 남북한간 기본관계에서 냉전적 법령정비가 없는 상황에서 현재의 교류협력은 한계를 가지며, 남북한 법정에서 많은 법적 혼란을 겪고 있다. 남북한 양정권이 이것을 정치적으로 이용할 가능성이 언제든지 내재되어 있다. 동서독경우에는 법적으로 민간 접촉자체가 불법이 아니다. 동서독 민간교류는 한반도 끊어지지 않았다. 오히려 정부가 교류협력을 더욱 장려하고 있다. 상기 연방헌법재판소 결정에서도 모스크바 조약 및 바르샤바 조약이 민간 교류협력 그리고 분단체에 살고 있는 어느 누구의 권리도 침해하지 않고 그것을 더욱 활성화하기 위함임을 암시하고 있다.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

- Bleckmann, Albert, Grundgesetz und Völkerrecht, Berlin 1975.
- Brandt, Willy, Erinnerungen, Frankfurt am Main, 1989.
- Haack, Dieter/Hoppe, Hans-Günter/Lintner, Eduard/Seifert, Wolfgang(Hrsg.), Das Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes, Köln 1989.
- Harenberg, Bodo, Chronik der Deutschen, Dortmund 1983.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., München 1983.
- Rauschnig, Dietrich, Rechtsstellung Deutschlands, 2. Aufl, München, 1989.
- Roggemann, Herwig, Fragen und Wege zur Rechtseinheit in Deutschland, Berlin 1995.
- Schmid, Günter, Die Deutschlandpolitik der Regierung Brandt/Scheel, tuduv Buch, München 1975.
- Seifert, Wolfgang, Die Deutschen und Gorbachow: Chancen für einen Interessenausgleich, Erlangen 1989.
- Sempff, Thomas, Die deutsche Frage unter besonderer Berücksichtigung der Konföderationsmodelle, Köln 1987.
- Zündorf, Benno, Die Ostverträge, München 1979.

### ○ 논 문

- 이장희, 독일통일의 국제법적 조명, 허영 편, 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994.
- 이장희, Helsinki 인권규정이 분단국가에 주는 의미, 통일문제연구 제1권 제3호 (1989 가을).
- Harold Russel, The Helsinki Declaration: Brobdingnag or Lilliput?, in: AJIL, Vol. 70, No. 2, 1976.

## 이중수급금지원칙과 평등

– 독일 연방헌법재판소 ‘연금 이중수급 금지 결정’에 대한 평석 –  
(BVerfGE 29, 22–34. 1970. 6. 23.)

이 준 일\*

### I. 사건의 개요 및 결정 요지

#### 1. 사건의 개요

1893년 10월 27일생인 퇴직한 고등학교 교사 베(W)는 독일민주공화국(Deutsche Demokratische Republik: 이하 ‘동독’으로 약칭) 작센(Sachsen)주 플라우엔(Plauen)에 거주하던 사람으로 동서로 분할된 베를린에 거대한 장벽이 구축되기 몇 달 전인 1961년 5월 7일에 부인과 함께 독일연방공화국(Bundesrepublik Deutschland: 이하 ‘서독’으로 약칭)으로 이주하였고, 얼마 지나지 않은 같은 해 7월 16일에 사망하였다.<sup>1)</sup> 그는 사망하기 전 서독 근로자연금법(Angestelltenversicherungsgesetz: AVG)에 따라<sup>2)</sup> 연방기관인 근로자연금관

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 제2차 세계대전을 일으킨 독일은 1945년 5월 8일에 무조건 항복을 선언하였고, 같은 해 8월 30일부터 승전국인 미국, 영국, 프랑스, 소련에 통치권이 이양되면서 1871년 비스마르크에 의해 통일된 독일제국(Deutsches Reich)은 사라지고 4개 승전국에 의한 분할통치가 시작되었다. 점령국에 의한 통치는 1949년 5월 23일에 서독(Bundesrepublik Deutschland: BRD)이, 같은 해 10월 7일에 동독(Deutsche Demokratische Republik: DDR)이 출범하면서 종료되었지만 독일은 공식적으로 동서로 분단되어 1990년 10월 3일에 다시 통일될 때까지 분단국가로 남는다. 하지만 1961년 8월 13일에 동독이 베를린을 가로질러 3미터 높이의 장벽을 166킬로미터나 구축할 때까지 300만에 가까운 동독 주민이 경제적으로 여유가 있던 서독 지역으로 이주하였다.
- 2) 근로자연금법(AVG)은 1911년 12월 20일에 제정된 기존의 근로자연금법(Versicherungsgesetz für Angestellte: VGfA)을 대체하는 법률로 1924년 5월 28일에 제정되었다. 이 법률은 1957년 2월 23일 제정된 근로자연금법 수정법률(Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der

리청에 노령연금(Altersruhegeld)을 청구하였고,<sup>3)</sup> 이 기관은 그가 사망한 뒤인 1962년 4월 13일의 결정으로 1946년 1월 1일부터 1958년 9월 30일까지(153개월의 보험료 납부기간) 동독에서 연금보험에 가입했던 기간을 산입시켜 1961년 5월 4일부터 7월 31일까지의 연금수급권을 인정하였으며 그가 사망함에 따라 배우자 베(W)가 이를 상속하였다. 또한 배우자 베는 독일의 항복선언이 있던 날(1945년 5월 8일) 당시에 공무를 수행하고 있거나 부양급여를 지급받고 있었던 사람들의 법적 지위를 보장하기 위한 기본법 제131조에 따라<sup>4)</sup> 사망한 남편이 교사로 근무한 기간<sup>5)</sup>을 근거로 1961년 10월 1일부터 생계급여(Unterhaltsbeitrag)를 지급받고 있었다. 한편 배우자 베는 1961년 9월 8일 근로

Angestellten: Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz - AnVNG)에 의해 개정되었는데 이 사건에서 적용되는 근로자연금법(AVG)은 바로 이 개정된 법률을 의미한다. 연금보험(Rentenversicherung)을 총괄적으로 규율하는 사회법법전(Sozialgesetzbuch) 제6편이 1992년 1월 1일부터 발효되면서 이 법은 근로자연금법(AVG)을 대신하게 된다. 독일에서는 이미 동서로 분단되기 이전부터 근로자(Arbeiter), 사무직 근로자(Angestellte), 공무원(Beamte) 등 직역별로 공적 연금제도가 도입되어 있었는데 여기서 근로자연금법(AVG)은 사무직 근로자를 대상으로 한다. 독일의 공적 연금제도에 대해서는 남기창, 국민연금 연계제도 개선에 관한 연구: 독일 공적연금 연계제도를 중심으로, 경산논총 제34권 제2호(2016), 27 이하 참조.

- 3) 근로자연금법(AVG)에 따르면 가입자에게 지급되는 연금(Rente)은 직업수행능력상실(Berufsunfähigkeit) 및 소득활동능력상실(Erwerbsunfähigkeit)로 인한 연금과 노령연금(Altersruhegeld)으로 구분된다(동법 제22조). 노령연금은 가입자가 65세 이상이어야 하고(동법 제25조 제1항), 의무가입기간(180개월)이 충족되어야 지급된다(동조 제2항).
- 4) 기본법(Grundgesetz) 제131조: 1945년 5월 8일에 공적 직무를 수행하던 사람들은 도망하거나 추방된 사람들을 포함하여 공무원법이나 조세법의 사유가 아닌 다른 사유로 퇴직하고, 현재까지 고용되지 않았거나 그 직무에 상응하는 직위에 고용되지 않은 경우 연방법에 의해 규율을 받는다. 1945년 5월 8일에 부양급여 수급권을 가지고 있던 사람들이 도망하거나 추방된 사람들을 포함하여 공무원법이나 조세법의 사유가 아닌 다른 사유로 더 이상 부양급여를 지급받지 않거나 그에 상응하는 부양급여를 지급받지 않는 경우에도 동일하다. 연방법이 발효될 때까지는 그 밖의 다른 주법의 규정이 있는 경우를 제외하고는 청구권을 주장할 수 없다(Die Rechtsverhältnisse von Personen einschließlich der Flüchtlinge und Vertriebenen, die am 8. Mai 1945 im öffentlichen Dienst standen, aus anderen als beamten- oder tarifrechtlichen Gründen ausgeschieden sind und bisher nicht oder nicht ihrer früheren Stellung entsprechend verwendet werden, sind durch Bundesgesetz zu regeln. Entsprechendes gilt für Personen einschließlich der Flüchtlinge und Vertriebenen, die am 8. Mai 1945 versorgungsberechtigt waren und aus anderen als beamten- oder tarifrechtlichen Gründen keine oder keine entsprechende Versorgung mehr erhalten. Bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes können vorbehaltlich anderweitiger landesrechtlicher Regelung Rechtsansprüche nicht geltend gemacht werden).
- 5) 배우자 베가 사망한 남편의 근무기간으로 인정받은 기간은 1914년 4월 1일부터 9월 30일까지, 1922년 4월 1일부터 1945년 5월 8일까지, 1945년 5월 9일부터 1951년 3월 31일까지, 1955년 9월 1일부터 1958년 10월 26일까지이었다. 반면에 1951년 4월 1일부터 1955년 8월 31일까지의 53개월은 인정받지 못했다.

자연금관리청에 1961년 8월 1일부터의 배우자연금(Witwenrente)<sup>6)</sup>을 지급해주도록 청구했으나 이 연방기관은 근로자연금법 제40조 제2항에 따른 60개월의 의무가입기간(Wartezeit)이 충족되지 않았다는 이유로 지급을 거부했다.<sup>7)</sup> 왜냐하면 외국연금법(Fremdrentengesetz: FRG)<sup>8)</sup> 제18조 제3항에 따르면 동법 제16조에 따라 외국에서 직무를 수행한 경우 그 기간을 서독에서도 그대로 보험가입기간으로 인정받지만 이미 기본법 제131조에 근거하여 부양급여를 산정할 때 연금을 받을 수 있는 기간으로 산입된 기간은 배우자연금 보험가입기간을 산정할 때는 산입되지 않기 때문이었다.<sup>9)</sup> 외국에서 직무를 수행한 기간이 기본법

6) 근로자연금법(AVG)에 따르면 유족(Hinterbliebene)에게 지급되는 연금은 배우자연금(Witwenrenten/Witwerrenten)과 자녀연금(Waisenrenten)으로 구분되고(동법 제40조 제1항), 배우자연금의 경우 원칙적으로 남편이 사망한 여성 배우자에게 지급되지만(동법 제41조) 부인이 사망한 남성 배우자도 사망한 부인이 가족의 생계를 압도적으로 책임지고 있었을 때에는 배우자연금을 지급받을 수 있다(동법 제43조 제1항).

7) 근로자연금법(AVG)에 따라 유족연금을 지급받기 위해서는 60개월의 의무가입기간이 충족되어야 하는데(동법 제40조 제2항) 현재 사회법법전 제6편(SGB VI) 연금보험법 제50조 제1항에 따르는 경우에도 연금보험수급권을 갖게 되는 의무가입기간은 5년이다.

8) 1953년 8월 7일에 제정된 외국연금법(Fremdrenten- und Auslandsrentengesetz: FAG)은 1952년 4월 1일부터 소급적으로 적용되었는데 1960년 2월 25일에 제정된 외국연금수정법(Fremdrenten- und Auslandsrenten- Neuregelungsgesetz: FANG)에 따라 이 법 제1장(Artikel)의 외국연금법(Fremdrentengesetz)으로 대체되었다.

9) 외국연금법(FRG) 제18조 제3항에 따르면 서독에서 공무원법의 규정이나 원칙에 따른 부양급여를 보장받을 때 연금을 받을 수 있다고 인정된 기간이나 부양급여가 개시될 때 연금을 받을 수 있다고 인정되는 기간 또는 연금의 승계가 이루어지는 기간에는 제16조가 적용되지 않는다. 공무원법의 규정이나 원칙에 따른 부양급여의 경우에 이 기간 중 일부만 퇴직연금을 받을 수 있다고 인정된 때에는 인정되지 않은 부분은 제16조를 적용할 때 이 기간이 개시될 때부터 소급하는 것으로 간주한다. 그 밖의 고용기간이나 납부기간은 기본법 제131조에 따른 이 법 제32조 제3항을 적용한다(§ 16 findet keine Anwendung auf eine Zeit, die in der Bundesrepublik Deutschland bei der Gewährung einer Versorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen als ruhegehaltfähig berücksichtigt ist oder bei Eintritt des Versorgungsfalls als ruhegehaltfähig berücksichtigt wird oder für die die Nachversicherung als durchgeführt gilt. Wird bei einer Versorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen von einem Zeitraum nur ein Teil als ruhegehaltfähig berücksichtigt, so ist der nicht berücksichtigte Teil bei der Anwendung des § 16 so zu behandeln, als ob er vom Beginn dieses Zeitraums an zurückgelegt wäre. Sonstige Beschäftigungs- oder Beitragszeiten gelten für die Anwendung des § 32 Abs. 3 des Gesetzes zu Artikel 131 des Grundgesetzes als solche, für die die Prämienreserven an den Dienstherrn im Herkunftsland abgeführt sind). 여기서 인용되고 있는 외국연금법 제16조 제1항에 따르면 만 17세가 된 이후에 폴란드, 헝가리, 루마니아, 불가리아, 유고슬라비아, 알바니아, 중국, 체코슬로바키아 또는 소련에서 추방되기 전 행해진 직무는 이 시기에 독일제국 사회보장법의 규정에 따른 사회보장이 제공된 영역에서 인정되지 않는 한 가입기간이 중복되지 않는 경우 서독에서 가입의무가 있고 보험료가 납부된 직무와 동일한 것으로 간주된다. 이것은 그 직무가 가입지역 없이 서독의 영역에서 수행된 때 1957년 3월 1일에 시행되고 있는 연방법에 따라 법률적 연금보험제도에 가입할 의무가



제131조에 근거한 부양급여를 산정할 때도 산입되고, 또 다시 배우자연금을 산정할 때도 이중으로 산입되는 것을 금지하려는 취지로 이해된다. 이에 배우자 베는 사회법원에 연방기관의 거부처분을 취소해달라는 소송을 제기했고, 사회법원은 외국연금법 제18조 제3항이 헌법에 위배된다고 판시했다. 1965년 6월 9일에 제정되어 같은 해 7월 1일부터 시행된 개정 법률에 따라 1965년 7월 1일부터 배우자 베는 배우자연금을 지급받았으므로 사회법원 재판에서는 오로지 1961년 8월 1일부터 1965년 6월 30일까지의 연금청구권만이 쟁점으로 남게 되었다.

외국연금법은 기본적으로 1945년 이후에 비로소 서독에 주소를 둔 사람으로 1945년 이전에는 서독 지역 바깥에서 고용관계에 있었기 때문에 거기서 연금보험에 가입하였거나 서독 지역에서 그 고용관계가 이루어졌다면 서독 연금법에 따라 보험가입의무가 있었을 독일인을 서독 근로자연금보험의 법체계에 통합시키려는 목적에서 제정되었다.<sup>10)</sup> 하지만 이 법의 적용대상에 원칙적으로 속하지는 않지만 외국연금법이 적용되는 영역 바깥에 거주하면서 연금보험료를

---

있는 경우에만 적용한다. 이 때 가입의무의 제한에 관한 규정은 소규모 기업에 고용된 근로자의 지위에 따라, 임금의 수준에 따라, 부양급여를 제공받을 개연성을 이유로 또는 공무원이나 군인으로서의 특성을 이유로 적용되지 않을 수 있다. 제1문은 보험료가 상환된 경우에는 적용되지 않는다 (Eine nach vollendetem 17. Lebensjahr vor der Vertreibung in Polen, Ungarn, Rumänien, Bulgarien, Jugoslawien, Albanien, China, der Tschechoslowakei oder der Sowjetunion verrichtete Beschäftigung steht, soweit sie nicht in Gebieten zurückgelegt wurde, in denen zu dieser Zeit die Sozialversicherung nach den Vorschriften der Reichsversicherungsgesetze durchgeführt wurde, einer rentenversicherungspflichtigen Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, für die Beiträge entrichtet sind, gleich, wenn sie nicht mit einer Beitragszeit zusammenfällt. Dies gilt nur, wenn die Beschäftigung nach dem am 1. März 1957 geltenden Bundesrecht Versicherungspflicht in den gesetzlichen Rentenversicherungen begründet hätte, wenn sie im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ohne das Beitrittsgebiet verrichtet worden wäre; dabei sind Vorschriften über die Beschränkung der Versicherungspflicht nach der Stellung des Beschäftigten im knappschaftlichen Betrieb, nach der Höhe des Arbeitsverdienstes, wegen der Gewährleistung von Versorgungsanwartschaften oder wegen der Eigenschaft als Beamter oder Soldat nicht anzuwenden. Satz 1 wird nicht für Zeiten angewendet, für die Beiträge erstattet worden sind). 같은 조 제2항에 따라 위 규정은 기간제 군인이나 직업군인의 직무에도 적용된다 Absatz 1 gilt auch für Zeiten einer Beschäftigung von Zeit- oder Berufssoldaten und vergleichbaren Personen).

- 10) 외국연금법의 적용을 받는 대상으로는 ① 법률의 요건을 갖추었다고 서독에서 인정된 추방자(Vertriebene)나 전후이주자(Spätassiedler), ② 독일인이나 과거 독일국적자로 전쟁으로 인해 외국의 연금보험을 청구할 수 없는 사람, ③ 독일인이나 과거 독일국적자로 1945년 5월 8일 이후에 외국에서 근로를 제공하기 위해 체류한 사람, ④ 독일국적을 취득했는지 여부와 상관없이 고국에 돌아갈 수 없는(heimatlose) 외국인, ⑤ 위에 열거된 사람들의 유족이 있다(동법 제1조).

납부하여 연금보험 수급권을 가진 사람들도 적용대상에 포함시켰다(외국연금법 제17조 제1항). 이 때문에 독일국적을 갖지 않은 사람 또는 1945년 6월 30일 이후 외국연금법의 효력범위 바깥에 거주했던 사람으로 연금보험 수급권을 가진 경우 그 보험가입기간은 외국연금법에 따른 보험가입기간과 동등하게 취급되었다. 그렇지만 앞서 언급한 대로 외국연금법 제18조 제3항 제1문에 따라 1945년 이후에 서독에 이주한 독일인으로 1945년 이전에 외국에서 고용관계에 있던 사람이 기본법 제131조에 근거하여 외국에서 고용되어 근로를 제공한 기간으로 부양급여를 산정할 때 산입된 기간은 배우자연금을 지급받기 위한 의무가입기간에 산입되지 않는 점이 문제가 되었다.

제청법원(사회법원)은 외국연금법이 이중수급(Doppelversorgung)을 배제하려는 한 문제되지 않지만 만약 그렇지 않은 경우에는 위헌이라고 보았다. 외국연금법 제18조 제3항에 따라 외국에서 가입했던 보험기간이 근로자연금법에 의한 보험기간에 산입되지 않음으로써 이 법이 요구하고 있는 60개월의 의무가입기간이 충족되지 않는다면 연금수급자의 건강보험 자격도 상실되어 무료 진료는 물론 자발적인 건강보험을 위한 추가부담마저도 어려워지기 때문이라고 한다. 이로써 외국연금법의 적용을 받는 인적 범위에 속하는 사람들이 “실질적인 근거(sachlicher Grund)” 없이 처음부터 서독 지역에서 사회보험에 가입한 사람들보다 현저하게 불리한 처지에 놓이게 되고, 이것은 외국연금법이 이 법의 적용을 받는 인적 범위에 속하는 사람들에 대해 실현하고자 하는 ‘통합의 원칙’에 위배된다는 것이 제청법원의 견해다. 1945년 이후에 서독으로 이주해 온 연금수급자들이 서독 지역 바깥이든 안이든 총 60개월의 의무보험가입기간을 증명할 수 없다는 이유로 그들에게 서독의 연금청구권을 거부하려면 실질적인 근거가 제시되어야 한다는 것이다.

반면에 연방노동사회부장관(Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung)은 외국연금법 제18조 제3항이 실질적인 근거를 가졌기 때문에 기본법 제3조의 평등원칙에 위반되지 않는다고 주장했다. 그의 주장에 따르면 외국연금법 제18조 제3항은 이중수급을 방지하려는 데 목적이 있는데 그 목적은 정당하고, 동 서독이 분단된 후 소련점령지역의 연금보험제도에 의해 보장되었던 사람들이 서독에 설립된 연금보험제도에 가입한 사람들과 달리 취급되고 있는 한 이러한 법적 차별대우는 “사실관계의 차이(Verschiedenheit der Sachverhalte)”로 정

당화될 수 있다고 한다.<sup>11)</sup> 서독 지역에서는 1945년 이후에 공무원에게 연금보험제도가 존재하지 않아 전체적으로 이 기간이 보험가입기간에 산입될 수 없었기 때문에 이중수급을 배제하거나 제한하는 규정이 사회보장법에 필요하지 않았다고 한다. 반면에 소련점령지역에서는 공무원법이 존재하지 않아 같은 시기에 퇴직 공무원들은 소련점령지역에 적용되는 사회보장법의 규정에 근거하여 노령연금을 수령했는데 그들이 서독 지역에서 공무원법에 따른 부양급여를 받을 자격이 있었다면 다른 조건도 같다고 가정할 때 서독 지역에서 거주했을 경우와 마찬가지로 이 기간 전체는 연금을 받을 수 있는 근무기간에 산입되었을 것이라고 한다. 이 경우 보통은 이중수급의 문제가 발생하고, 이 문제는 외국연금법에 의해 해소되었을 것인데 그렇더라도 처음부터 서독 지역에 거주하던 사람들과 소련점령지역에 거주했던 사람들에게 다른 규정을 적용하는 것이 문제되지는 않았을 것이라고 한다. 왜냐하면 동독에서 공무원법을 폐지하지 않았더라면 존재할 수도 있었을 상태를 완벽하게 재현하는 것 이상으로 공무원법이 적용되는 영역에서 발생한 손실을 사회보장법에 따라 대체할 수 있는 어떤 것도 추가적으로 요구할 수 있다는 기대를 관련 당사자들이 가질 수는 없었기 때문이라고 한다.<sup>12)</sup>

또한 연방노동사회부장관의 의견에 따르면 외국연금법 제18조 제3항은 기본법 제14조가 보장하는 재산권도 침해하지 않는다고 한다.<sup>13)</sup> 왜냐하면 청구인은 연금보험법이 시행되기 전의 서독법에 따라 근로자연금보험급여에서 도출되는 배우자연금 수급권을 갖지 않기 때문이라고 한다. 또한 연금보험제도에서 나오는 급여는 기본법 제14조가 보장하는 재산에 해당하지 않기 때문이라고 한다. 결론적으로 외국연금법에 따라 청구인이 주장할 수 있는 보험가입기간에 소련점령지역에서 보험수급자이었던 기간은 산입되지 않는다고 한다. 따라서 서독 지역에 거주하는 보험수급권자와 비교하여 직접적으로 급여청구권이 도출되지는 않는다고 한다. 외국연금법은 이와 같은 보험가입기간을 고려하여 규율하고 있으므로 어떤 관점에서든 자신의 급여와 자신의 재산변동으로 부가되었다고는 볼 수 없는 추가적인 법적 효과를 외국연금법이 소련점령지역에서 보험수급자이었던 사람들에게 부여한 것에 지나지 않는 것이라고 본다.<sup>14)</sup>

11) BVerfGE 29, 22 (26) 참조.

12) BVerfGE 29, 22 (27) 참조.

13) BVerfGE 29, 22 (27) 참조.

14) BVerfGE 29, 22 (27) 참조.

## 2. 결정 요지

1970년 6월 23일 독일 연방헌법재판소 제2재판부(Zweiter Senat)는 1960년 2월 25일에 개정된 외국연금법(Fremdrentengesetz)<sup>15)</sup> 제18조 제3항 제1문이 1965년 6월 30일까지의 형태로는 헌법에 합치한다고 결정했다. 연방헌법재판소는 외국연금법의 위헌성을 심사하면서 평등원칙 및 재산권보장을 적용한다.

우선 평등원칙과 관련하여 합헌이라고 본다.<sup>16)</sup> 독일이 동서로 분단되고 서독의 건립으로 서독에서 효력을 가지는 사회보장법은 원칙적으로 서독 지역에 거주하는 근로자의 권리와 의무를 규율하는 데 국한된다고 한다. 이러한 원칙은 소련점령지역과 동독 지역에서도 처음부터 동일한 효력이 발생한다고 본다. 따라서 종래의 통일적 사회보장제도는 해체되어 서독의 사회보장제도와 동독의 사회보장제도라는 두 개의 사회보장제도로 분리되었다고 한다. 1945년 이후에 소련점령지역에서 서독 지역으로 이주해온 사람들은 서독 지역에서 근로자연금법에 따라 보험가입의무가 있거나 자발적인 보험가입을 허용하는 고용관계를 체결하지 않은 경우에 근로자연금보험을 관리하는 연방기관에 대해 청구권이 없고, 동독 지역의 보험관리기관에 대해 청구권을 가진다고 한다. 하지만 소련점령지역에서 서독으로 이주해온 연금수급자는 더 이상 동독의 보험관리기관에 청구권을 주장하거나 관철할 수 없으므로 서독의 연금보험제도에 통합시킬 필요가 있어 외국연금법이 이런 기능을 수행한다고 한다.

연방헌법재판소에 따르면 소련점령지역에는 애초에 공무원관계가 존재하지 않았고, 모든 공적 업무에 종사하는 사람들(öffentliche Bediensteten)은 다른 근로자와 마찬가지로 노령이나 산업재해로 부양급여가 필요한 경우에 일반적인 사회보장제도(연금보험제도)의 적용을 받았다고 한다.<sup>17)</sup> 따라서 소련점령지역에서 서독으로 이주해온 연금수급자가 서독의 연금보험제도에 통합될 때 이미 1945년부터 시작된 이전의 공무원관계를 서독에서 공무원으로뿐만 아니라 근로자로 주장할 수 있다는 특수한 문제점이 발생했다고 한다. 서독에서는 처음

15) 이 법률은 ‘외국연금수정법률(Gesetz zur Neuregelung des Fremdrenten- und Auslandsrentenrechts und zur Anpassung der Berliner Rentenversicherung an die Vorschriften des Arbeiterrentenversicherungs-Neuregelungsgesetzes und des Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetzes: Fremdrenten- und Auslandsrenten- Neuregelungsgesetz - FANG)’에 의해 개정된 외국연금법을 의미한다.

16) BVerfGE 29, 22 (28) 참조.

17) BVerfGE 29, 22 (29) 참조.

부터 공무원(Beamte)의 범주와 공적 업무에 종사하는 근로자(Angestellte)의 범주가 구분되어 원칙적으로 각각 공적 업무에 종사하는 사람들의 부양급여는 공무원법의 원칙이나 규정에 적용을 받거나 근로자보험제도의 원칙이나 규정을 적용받았다는 것이다.

연방헌법재판소는 서독의 입법자가 소련점령지역에서 획득한 연금수급권을 서독의 근로자연금제도에서도 그대로 승계시키되 공무원법의 부양급여나 이와 유사한 부양급여와 충돌하는 경우에 기본법 제131조에 따라 공무원법의 일반 조항에 따라 일정 범위에서 연금을 공무원의 연금에 산입시키는 방식으로 이중수급의 문제를 해결하려고 하지 않았다고 이해한다.<sup>18)</sup> 외국연금법이 적용되는 영역에서 공무원법의 원칙이나 규정에 따라 부양급여의 기초가 되었거나 부양급여가 개시되는 데 기초가 되었던 기간은 근로자연금법의 일반규정을 적용할 때 여전히 고려되지 않은 채로 남는다는 추가적 규정을 두는 것으로 외국연금법 제18조 제3항을 보는 것이다. 이에 따라 일정한 기간을 고려하지 않음으로써 연금청구권의 전제조건 자체가 존재하지 않게 되기 때문에 단순한 기간단축 이상의 효과가 발생하게 된다고 한다. 이로써 관련 당사자들은 공무원법의 원칙에 따른 부양급여를 지급받는 데 국한됨으로써 이중수급은 “극단적으로 배제되는(radikal beseitigt)” 결과를 초래한다고 한다.<sup>19)</sup>

연방헌법재판소는 이러한 입법에 “어떤 실질적으로 주장할만한 근거(ein sachlich vertretbarer Grund)”가 존재하는지 여부, 특히 처음부터 서독 지역에 거주해온 사람들과 동독 출신으로 서독의 사회보장제도에 통합된 사람들을 차등적으로 대우하는 것이 어떤 실질적으로 주장할만한 근거로 정당화될 수 있는지 여부를 심사한다.<sup>20)</sup>

우선 소련점령지역에서 서독으로 이주해온 사람들과 처음부터 서독 지역에서 거주해온 사람들이 처해 있는 “출발상황(Ausgangslage)”이 서로 상이하기 때문에 입법자가 양자를 차등적으로 대우하는 것은 주장할만한 근거가 있다고 본다.<sup>21)</sup> 처음부터 서독 지역에 거주해온 사람들은 서독의 근로자보험제도에 소속되어 있다는 이유로 연금청구권을 가지고 있는 반면에 소련점령지역에서 서

18) BVerfGE 29, 22 (30) 참조.

19) BVerfGE 29, 22 (30) 참조.

20) BVerfGE 29, 22 (30 ff.) 참조.

21) BVerfGE 29, 22 (31) 참조.

독으로 이주해온 사람들은 외국연금법에 근거해서만 비로소 서독의 근로자보험 제도에 편입되어 종전의 보험가입이 인정되기 때문이라고 한다.

다음으로 소련점령지역에는 애초에 공무원관계가 존재하지 않았다는 “특수성(Besonderheit)”도 양자를 구분하는 중요한 차이라고 본다.<sup>22)</sup> 즉 소련점령지역에서 공적 업무에 종사하던 자는 거기서 유효한 법률에 따라 사회보장이 되었던 상태로 서독으로 이주해오는 반면에 서독에서 그에 상응하는 공적 업무에 종사하는 자는 과거에도 공무원관계에 있었고 현재도 공무원관계에 놓인다고 한다. 이러한 특수성 때문에 소련점령지역에서 존재했던 공법적 공무원관계를 인정하여 서독의 공무원법과 공무원보수법에서 규정하는 일반적 원칙과 규정을 적용하는 대신에 외국연금법의 기준에 따른 연금청구권을 소련점령지역에서 공적 업무에 종사하던 자에게만 국한하는 것은 실질적으로 주장할만한 근거가 있다는 것이다. 또한 소련점령지역에서 서독으로 이주해온 사람들에게 거기서 인정된 보험가입기간을 완전하게 인정하지 않더라도 그들은 서독에서 공법적 근로관계에 있지 않았고 이에 따라 보험가입의무도 없었기 때문에 입법자의 그러한 불인정은 주장할만한 근거가 있다고 한다.

연방헌법재판소는 소련점령지역에서 서독으로 이주해온 사람들에 관한 외국연금법 규정과 그 밖의 상황에서는 동일한 처지에 있는 서독 거주자에 관한 규정이 정확하게 “동일한 효과(gleiches Ergebnis)”를 발생시키지 않기 때문에 양자가 다른 성격의 규정이라고 본다.<sup>23)</sup> 양 규정은 전반적인 방향에서 원칙적으로 전체기여금(연금 더하기 퇴직급여)을 적절하게 축소한 것이어서 소련점령지역에서 수령한 총액이 다른 사정이 동일할 때 서독 거주자에게 지급된 총액과 주장될 수 없을 정도로 차이가 있는 것은 아니라는 점은 분명하다고 한다. 일반적으로 정의로운 어떤 규범에 대한 비례성심사에서와 마찬가지로 그 규범이 개별사안에서는 어떤 “불이익(Härte)”을 가져온다는 점은 감내할 수밖에 없는데 이러한 불이익이 자의적으로 법률규정의 구성부분이 된 것이 아니라 개별사안에서 법률규정의 기초가 되고 있는 원칙이 초래한 결과라면 그럴 수밖에 없는 것이라고 한다.<sup>24)</sup> 물론 연방헌법재판소도 외국연금법 제18조 제3항 제1문이 연금보험의 “전체체계(Systematik)”와 연계되어 일반적으로 연금의 축

22) BVerfGE 29, 22 (31) 참조.

23) BVerfGE 29, 22 (32) 참조.

24) BVerfGE 29, 22 (32) 참조.

소에 영향을 주지만 예외적으로 거기서 열거된 기간을 산입시키지 않음으로써 가입기간이 충족되지 않은 경우에는 연금혜택에서 배제될 뿐만 아니라 연금보험체계에 내포된 효과 때문에 연금수급자의 건강보험급여 청구권마저도 존재하지 않게 될 수 있다는 점은 인정한다.<sup>25)</sup>

더욱이 연방헌법재판소에 따르면 외국연금법에 따라 당사자에게는 “축소된(gekürzte)” 연금을 지급받을 자격이 존재하므로 당사자는 공무원법의 원칙이나 규정에 따라 그가 지급받을 자격이 있는 부양급여에 축소된 연금이 산입될 수 있다는 점을 부분적으로 고려해야만 한다고 본다.<sup>26)</sup> 왜냐하면 공무원법의 규정은 연금법에 따라 이미 축소된 연금과 연금법에 따라 축소되지 않은 연금을 구분하지 않기 때문이라고 한다. 그렇지만 모든 연금, 그러니까 외국연금법에 근거를 둔 연금도 공무원법의 원칙이나 규정에 따라 연금수급자가 지급받을 자격이 있는 부양급여에 산입되어야 하기 때문에 이와 같은 이중의 축소는 비례적이지 않거나 외국연금법 제18조 제3항 제1문을 인용하는 것은 불필요하다는 결론을 도출할 수는 없다고 한다. 따라서 연방헌법재판소는 입법자가 산입규정을 통해 근로자보험을 배제하는 외국연금법 제18조 제3항 제1문은 실질적으로 주장할만한 근거가 있다고 보는데 그 이유는 일정 범위의 사람들이 서독의 보험수급자에게 어떤 “기여(Leistung)”도 하지 않은 채 연금청구권을 보장받기 때문이라고 한다.<sup>27)</sup> 소련점령지역에서 서독으로 이주해온 사람들에게 연금을 받을 자격이 부여되는 것은 서독 내부의 근로자보험에 대해서 가지는 “통상적 관계(normale Beziehung)”에 의한 것이 아니라 입법자의 자유로운 결정에 근거한 것이고, 이와 같은 결정에 따라 이들에 대한 “사회적 통합(soziale Eingliederung)”을 실현시키기 위한 서독 보험제도로의 편입이 이루어졌기 때문이라고 한다.<sup>28)</sup> 입법자의 자유로운 결정에 의해 보장된 이러한 혜택부여는 연금에 대한 법적 근거를 비로소 창설한 것이므로 그들의 연금을 축소하거나 산입하는 규정과 관련하여 그러한 혜택부여로 인하여 법률조항에서 열거된 인적 집단에게 처음부터 서독의 보험수급권에 대한 통상적 관계를 가졌고 지금도 가지고 있는 서독 거주자와 완벽하게 동일한 지위가 보장되도록 요구할 수는

25) BVerfGE 29, 22 (32) 참조.

26) BVerfGE 29, 22 (32) 참조.

27) BVerfGE 29, 22 (33) 참조.

28) BVerfGE 29, 22 (33) 참조.

없다고 한다.

연방헌법재판소는 같은 맥락에서 재산권도 침해되지 않는다고 본다.<sup>29)</sup> 외국 연금법과 관련된 당사자들은 서독의 보험수급자와 비교하여 외국연금법에 의해 비로소 재산적 가치가 있는 법적 권리를 획득했기 때문이라고 한다. 이러한 새로운 권리는 법률 자체가 규정한 것보다 “더 큰(größerer)” 내용을 가질 수 없다고 한다.<sup>30)</sup> 법률은 기본법 제14조에 의해 보호되어야만 하는 권리를 비로소 보장하기 때문에 법률 자체가 제14조를 침해했다고 할 수는 없다는 것이다. 따라서 외국연금법에 의해 보장되는 연금청구권은 일반적으로 사유재산에 가깝고, 사법적 재산과 동일한 정도의 확고한 법적 구성요건을 가진다고 해도 서독의 연금보험 수급권자에 대한 연금수급자의 고유한 기여와는 관계가 없고, 심지어 부분적으로도 관계가 없기 때문에 “사회적 성격의 공법적 급부(öffentlich-rechtliche Leistung sozialen Charakters)”로서 기본법 제14조의 재산권보장이 아니라는 점은 더 이상 문제가 되지 않는다고 본다.<sup>31)</sup>

## II. 연방헌법재판소의 심사기준으로서 평등원칙

### 1. 심사단계

평등원칙을 적용하는 경우에 심사단계는 일반적으로 3단계로 구성된다. 첫 번째 단계는 비교집단을 설정하는 단계 또는 비교가 되고 있는 집단이 애초에 비교가 가능한 집단인지를 확인하는 단계다. 헌법재판소도 동일한 견해를 가지고 있다.<sup>32)</sup> “평등원칙의 위반을 인정하기 위해서는 우선 법적용에 관련하여 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’을 일정한 기준에 따라서 구분할 수 있어야 한다. 그렇다면, … 좀 더 근본적인 문제는 과연 ‘두 개의 비교집단’이 존재한다

29) BVerfGE 29, 22 (33) 참조.

30) BVerfGE 29, 22 (33 f.) 참조.

31) BVerfGE 29, 22 (34) 참조.

32) 물론 경우에 따라서는 평등심사의 단계를 두 단계로 압축하기도 한다. 현재 2003. 11. 27. 2003헌마259 등, 판례집 15-2하, 339, 346: “입법자의 자의적 취급 여부에 대한 심사기준은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가 하는 차별취급의 존재 여부와 ② 그러한 차별취급이 자의적인가의 여부에 달려 있다.”



고 볼 수 있는지 여부이다.”<sup>33)</sup> 이에 따라 헌법재판소는 예컨대 ① 법원에 의해 검사의 구속영장청구가 기각된 피의자와 ② 법원의 구속적부심사절차에서 석방결정이 있었던 피의자 간에는 평등원칙 위반을 인정하기 위한 전제조건인 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’ 자체가 인정되기 어렵다고 본다.<sup>34)</sup> 또한 ① 자수하지 않은 사람과 ② 자수하였으나 자수감면을 받지 못한 사람도 그 전제가 되는 기본적 사실관계가 서로 달라 ‘본질적으로 동일한 비교집단’이라고 할 수 없으므로 차별 취급 여부를 논할 수 없다고 한다.<sup>35)</sup>

하지만 비교집단을 설정하거나 비교가 되고 있는 집단이 애초에 비교가 가능한지를 확인하는 단계에서부터 지나치게 엄격한 심사가 이루어질 필요는 없다. 평등은 상대적 평등으로 이해되기 때문에 본질적으로 동일한 대상을 차등적으로 대우하거나 본질적으로 상이한 대상을 동등하게 대우하는 것을 금지한다. 따라서 평등심사의 핵심은 비교대상이 본질적으로 동일한 대상이어서 동등한 대우를 받아야 하는지 아니면 본질적으로 상이한 대상이어서 차등적 대우를 받아야 하는지에 관하여 합리적 근거가 존재하는지 여부를 판단하는 것이다. 그러므로 특별한 사정이 없는 한 청구인이 주장하는 대로 일단 비교집단이 존재한다거나 비교집단 간에 비교가 가능하다고 인정한 뒤에 비교집단이 동일한 집단임에도 동등한 대우를 받지 않고 차등적 대우를 받았거나 상이한 집단임에도 차등적 대우를 받지 않고 동등한 대우를 받았다는 청구인의 주장과 관련하여 합리적 근거가 존재하는지 여부를 심사하는 것으로 충분할 것으로 보인다. 앞서 예로 든 ① 법원에 의해 검사의 구속영장청구가 기각된 피의자와 ② 법원의 구속적부심사절차에서 석방결정이 있었던 피의자의 경우, 그리고 ① 자수하지 않은 사람과 ② 자수하였으나 자수감면을 받지 못한 사람의 경우에도 일단 비교집단이 된다고 보고, 즉 비교가 가능하다고 보고 두 개의 비교집단이 동일한 대상인데도 동등한 대우가 아니라 차등적 대우를 받았거나 상이한 대상인데도 차등적 대우가 아니라 동등한 대우를 받았다는 청구인의 주장에 대하여 청구인의 주장과는 반대로 비교집단은 동일한 대상이 아니어서 차등적 대우를 받아야 한다는 입법자의 판단 또는 비교집단은 상이한 대상이 아니어서 동등한 대우를 받아야 한다는 입법자의 판단에 합리적 근거가 존재하

33) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 652.

34) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 653.

35) 헌재 2013. 10. 24. 2012헌바278, 판례집 25-2하, 196, 201 참조.

는지를 심사하면 된다.

독일 연방헌법재판소는 외국연금법 사건에서 문제가 되는 비교집단을 1945년 이후에 소련점령지역에서 서독 지역으로 이주해온 사람들과 줄곧 서독 지역에서 거주해오고 있는 사람들로 설정하고 있다. 만약 연방헌법재판소가 헌법재판소처럼 비교집단이 존재하는지 또는 비교집단 간에 애초에 비교가 가능한 지부터 엄격하게 판단했다면 외국연금법에서는 비교집단이 존재하지 않거나 문제가 된 두 집단은 애초에 비교가 가능한 집단이 되지 못해 두 집단에 대한 차등적 대우에 합리적 근거가 존재하는지 여부를 심사하는 단계로 나아가지 못했을 것이다. 헌법재판소에 따르면 ① 법원에 의해 검사의 구속영장청구가 기각된 피의자와 ② 법원의 구속적부심사절차에서 석방결정이 있었던 피의자는 현실적으로 구속되었는지 여부 등 그 전제가 되는 기본적 사실관계가 서로 다르고, 특히 법률적 근거규정뿐만 아니라 헌법적 근거규정까지도 상이한 별개의 절차를 거치므로 양자 사이에 본질적인 동일성이 인정된다고 보기는 어렵다고 한다.<sup>36)</sup> 사실 외국연금법에서 문제되고 있는 1945년 이후에 소련점령지역에서 서독 지역으로 이주해온 사람들과 줄곧 서독 지역에서 거주해오고 있는 사람들의 경우에도 연방헌법재판소가 확인한 것처럼 기본적 사실관계가 서로 다르고, 적용받는 법률이 상이하다는 점에서 양자 사이에 본질적인 동일성을 인정하기 어렵다. 하지만 연방헌법재판소는 이러한 판단을 비교집단을 설정하는 단계에서 미리 내리지 않고 합리적 근거가 존재하는지를 판단하는 단계에서 비로소 내린다.

두 번째 단계는 이러한 비교집단 또는 비교가 가능한 집단 사이에 차등적 대우 또는 동등한 대우가 존재하는지, 즉 비교집단에 대한 국가의 차별행위가 존재하는지를 확인하는 것이다. 헌법재판소도 평등원칙을 적용하는 두 번째 단

36) 현재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 651-652 참조. 이와 유사하게 헌법재판소는 동일한 법정혈족관계인 양친자관계는 유지하면서 계모자관계는 소멸하도록 한 것이 평등원칙에 위반되는지를 판단하면서도 합리적 근거의 존재 여부를 판단하는 단계가 아니라 비교집단을 설정하는 단계에서부터 양친자관계와 계모자관계는 비교집단이 될 수 없다고 판단한다. 현재 2011. 2. 24. 2009헌바89 등, 판례집 23-1상, 108, 120: “그러나 앞에서 본 바와 같이 혼인의사를 입양의사로 간주할 수 없고, 양친자관계는 1990년 개정 민법 이후에도 혈족관계로 인정되지만 계모자관계는 1990년 개정 민법에 따라 혈족관계로 인정되지 않는 점과 관련하여 이 사건 법률조항은 이를 전제로 하는 경과규정에 불과하므로, 양친자관계 당사자와 계모자관계 당사자는 평등원칙 위반 여부가 문제되는 비교집단이라고 보기 어렵다.”

계에서 우선 비교집단 사이에 차등적 대우가 존재하는지를 확인한다. 예컨대 헌법재판소는 군인연금법에서 퇴역군인의 퇴역연금에 대하여 전액을 압류할 수 없도록 규정함으로써 일반 퇴직연금에 대하여 2분의 1까지 압류할 수 있도록 허용한 것과 비교할 때 퇴역연금 수급권자의 채권자는 일반 퇴직연금 수급권자의 채권자에 비해 불리한 차등적 대우를 받고 있다는 점을 확인하였다.<sup>37)</sup> 또한 국세징수법상 공매절차에서 매각결정을 받은 매수인이 기한 내에 대금납부 의무를 이행하지 않아 매각결정이 취소되는 경우 그가 납부한 계약보증금을 국고에 귀속하도록 한 것은 민사집행법상 경매절차에서 매수신청보증금을 국고에 귀속하지 않고 배당재원에 포함시키는 것과 비교할 때 국세징수절차상 채납자 및 담보권자를 민사집행절차상 집행채무자 및 담보권자에 비해 불리한 차등적 대우를 받게 만든다는 점을 확인하였다.<sup>38)</sup>

하지만 평등은 상대적 평등을 의미하므로 비교집단을 상이한 것으로 취급하여 차등적 대우를 하는 경우뿐만 아니라 비교집단을 동일한 것으로 취급하여 동등한 대우를 하는 경우에도 평등원칙 위반이 주장될 수 있다. 앞서 예로 든 ① 자수하지 않은 사람과 ② 자수하였으나 자수감면을 받지 못한 사람의 경우에는 자수를 필요적 감경사유가 아니라 임의적 감경사유로 규정함으로써 양자를 동일하게 취급하여 양자가 동등한 대우를 받았다는 점에서 평등원칙 위반이 주장되고 있다. 청구인의 입장에서는 자수하지 않은 사람과 자수하였으나 형의 감면을 받지 못한 사람은 자수 여부에 따라 상이하게 취급되어 차등적 대우를 받았어야 하는데 법이 양자를 동일하게 취급하여 동등하게 대우함으로써 평등원칙에 위반되었다고 주장하는 것이다. 결국 평등심사의 두 번째 단계에서는 비교집단을 동일한 대상으로 보아 동등한 대우를 해야 한다고 주장하는 청구인의 견해와 달리 비교집단을 상이한 대상으로 보아 차등적 대우를 하고 있는 국가행위 또는 비교집단을 상이한 대상으로 보아 차등적 대우를 해야 한다고 주장하는 청구인의 견해와 달리 비교집단을 동일한 대상으로 보아 동등한 대우를 하고 있는 국가행위, 즉 국가의 차별행위가 존재한다는 사실을 확인하는 것이다.

이중수급을 금지하는 외국연금법은 1945년 이후에 소련점령지역에서 서독

37) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바139 등, 판례집 21-2상, 245, 258-259.

38) 헌재 2009. 4. 30. 2007헌가8, 판례집 21-1하, 1, 13 이하 참조.

지역으로 이주해온 사람들의 경우 이주 전에 연금보험에 가입했던 기간을 서독의 연금보험법에 따른 연금을 지급받기 위해 필요한 의무보험가입기간에 산입하지 않음으로써 계속해서 서독 지역에 거주해온 사람들보다 불리한 차등적 대우를 받게 된다. 이것은 청구인의 입장에서 양자는 본질적으로 동일한 대상으로 동등한 대우를 받았어야 하는데 법이 양자를 상이한 대상으로 취급하여 차등적으로 대우함으로써 발생하였으므로 국가에 의한 차별행위의 존재를 객관적으로 확인할 수 있다.

세 번째 단계는 비교집단에 대한 차등적 대우 또는 동등한 대우에 합리적 근거가 존재하는지를 확인하는 단계다. 이러한 차등적 대우 또는 동등한 대우는 청구인이 주장하는 동등한 대우 또는 차등적 대우와 정반대의 대우를 의미하는 차별행위로서 국가의 이러한 차별행위에 합리적 근거가 존재하는지에 대해서 헌법재판을 담당하는 사법기관은 심사해야 한다. 여러 차례 언급한 것처럼 평등은 모든 집단을 동등하게 대우하는 절대적 평등이 아니라 합리적 근거가 존재하는 경우에 일정한 집단을 차등적으로 대우할 수 있는 상대적 평등을 의미한다. 헌법재판소도 종래에 일관되게 평등을 상대적 평등으로 이해해오고 있다. “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.”<sup>39)</sup> 헌법재판소처럼 평등을 상대적 평등으로 이해하면 입법자가 비교집단을 상이한 것으로 취급하여 차등적 대우를 하거나 비교집단을 동일한 것으로 취급하여 동등한 대우를 하는 데 합리적 근거가 존재하면 평등원칙에 부합하는 것이므로 평등원칙에 대한 위반 여부는 비교집단에 대한 차등적 대우 또는 동등한 대우에 합리적 근거가 존재하는지 여부에 달려 있게 된다. 다시 말해 비교집단에 대한 차등적 대우 또는 동등한 대우에 합리적 근거가 존재하면 평등원칙에 위반되지 않는 반면에 비교집단에 대한 차등적 대우 또는 동등한 대우에 합리적 근거가 존재하지 않으면 평등원칙에 위반되는 것이다.<sup>40)</sup>

39) 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75.

40) 헌법재판소도 같은 견해다. 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바139 등, 판례집 21-2상, 245, 259: “헌법상 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의

## 2. 심사기준

평등원칙에 대한 위반 여부는 비교집단에 대한 차등적 대우 또는 동등한 대우, 즉 청구인의 입장에서 국가의 차별행위로 판단되는 국가행위에 합리적 근거가 존재하는지 여부로 판단하면 충분하다. 자유권을 침해하는지 여부는 통상적으로 비례성원칙을 구체화하는 한 형태인 과잉금지원칙 위반 여부를 기준으로 판단한다. 헌법재판소가 이해하는 과잉금지원칙에 따르면 자유권을 제한하는 입법의 합헌성을 심사할 때 자유권을 제한하는 입법목적은 정당한지(목적의 정당성), 그러한 입법 목적을 달성하려는 수단은 목적의 달성에 적합한지(수단의 적합성), 입법 목적을 달성하기 위해 기본권에 대한 피해를 최소화하는 다른 존재하지 않는지(피해의 최소화), 마지막으로 기본권을 제한하는 입법목적과 기본권의 법익은 균형 있게 고려되고 있는지(법익의 균형성)를 차례로 검토해야 한다.<sup>41)</sup> 자유권 제한에 경우에 이러한 과잉금지원칙이 적용되는 이유는 자유권은 보호법익과 그 외연인 보호영역이 존재하여 보호영역에 대한 제약이 가능하기 때문이다.<sup>42)</sup> 반면에 평등권의 경우에 평등의 의미가 상대적 평등으로 이해되어 동등한 대우는 물론 차등적 대우도 평등권의 보호법익에 포함될 수 있으므로 자유권과 달리 평등권에는 보호법익이 존재하지 않아 그에 대한 제약이 불가능하다. 따라서 보호법익과 제약행위를 전제로 하여 보호법익에 대한 과도한 제약행위의 금지를 요구하는 과잉금지원칙은 애초에 평등권에는 적용될 수 없다.<sup>43)</sup> 더욱이 평등권 침해 여부를 심사하면서 과잉금지원칙을 적용하면 사실상 자유권 침해 여부에 대한 심사가 평등권 침해 여부에 대한 심사를 가름하는 결과를 초래한다.<sup>44)</sup>

---

적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하는 것으로서, 합리적인 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없고, 합리적인 근거가 없는 자의적 차별 내지 차등만을 금지하는 것으로 해석하여야 한다.”

- 41) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 234: “헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 기본권을 법률로써 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없고 또한 과잉금지의 원칙에도 위배되어서는 아니되는바, 과잉금지의 원칙이라 함은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·방법의 적정성·피해의 최소화·법익의 균형성 등을 의미하며 그 어느 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.”
- 42) 이에 관한 자세한 논의는 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호(2012), 345 이하 참조.
- 43) 유사한 맥락에서 평등을 권리가 아니라 국가가 준수해야 할 원칙으로 이해하려는 견해도 있다. 김해원, ‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?, 헌법학연구 제19권 제1호(2013), 235 이하 참조.
- 44) 예컨대 헌법재판소는 지방교육위원 선거에서 다수득표자 중 교육경력이자 선출인원의 2분의 1 미

하지만 헌법재판소는 평등권 침해 여부를 심사하는 경우에도 비례성원칙을 적용하기도 한다. 헌법재판소에 따르면 평등심사에서는 두 가지 심사척도가 적용된다.<sup>45)</sup> “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지,

만인 경우에는 득표율에 관계없이 경력자 중 다수득표자 순으로 선출인원의 2분의 1까지 우선당선 시킨다는 지방교육자치에 관한 법률 제115조 제2항이 비경력자의 공무담임권을 침해하는지 여부에 대하여 과잉금지원칙을 적용하여 심사한다. 그리고 이 법률조항이 지방교육위원 선거에서 비경력자를 교육경력자에 비하여 차별취급하고 있다는 점에서 평등권 침해 여부를 검토하는데 비경력자가 교육위원선거에서 다수득표를 하고도 낙선하게 되는 것은 그의 공무담임권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되므로 평등권 침해 여부를 심사하면서 엄격한 기준인 비례성원칙에 따른 심사를 함이 타당하다고 본다. 하지만 평등권 침해 여부를 심사하는 기준으로 적용되는 비례성원칙은 공무담임권 침해 여부를 심사하는 기준으로 적용되는 비례성원칙과 사실상 동일하게 되어 같은 심사를 반복하는 결과에 이르게 된다. 현재 2003. 3. 27. 2002헌마573, 판례집 15-1, 319, 336: “엄격한 심사 기준에 의하여 살펴보더라도, 앞서 공무담임권의 침해여부에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 교육위원선거에 있어 교육경력자와 비경력자를 차별하는 것은 헌법상 보호되는 교육의 자주성·전문성을 보장하기 위한 것으로서 입법목적이 정당하고, 입법목적을 달성하기 위한 적절한 방법으로 차별취급의 적합성을 갖고 있으며, 차별취급으로 인한 공익과 침해되는 이익간의 비례성도 있다고 인정되므로, 이 사건 법률조항이 헌법상의 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”

- 45) 헌법재판소는 엄격한 심사척도인 비례성원칙을 적용하면서도 이를 완화된 방식으로 적용하기도 한다. 현재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 405: “(국가유공자와 그 유족 등 취업보호대상자가 국가기관이 실시하는 채용시험에 응시하는 경우에 10%의 가점을 주도록 한) 이 사건 가산점제도의 경우와 같이 입법자가 국가유공자와 그 유족 등에 대하여 우선적으로 근로의 기회를 부여하기 위한 입법을 한다고 하여도 이는 헌법에 근거를 둔 것으로서, 이러한 경우에는 입법자는 상당한 정도의 입법형성권을 갖는다고 보아야 하기 때문에, 이에 대하여 비례심사와 같은 엄격심사를 적용하는 것은 적당하지 않은 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 이 사건의 경우는 비교집단이 일정한 생활영역에서 경쟁관계에 있는 경우로서 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 혜택을 부여하는 것은 그 이외의 자들에게는 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해를 의미하게 되는 관계에 있기 때문에, 헌법재판소의 위 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 두 번째 경우인 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 해당한다고 할 것이다. 따라서 자의심사에 그치는 것은 적절치 아니하고 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법에서 차별명령규정을 두고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.” 또한 최근에 헌법재판소는 헌법에서 차별금지사유를 열거함으로써 평등을 명령한 경우에조차 반드시 엄격한 심사척도가 적용되는 것은 아니라는 불분명한 태도를 보이기도 한다. 현재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 453 이하: “(대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과한) 이 사건 법률조항은 ‘성별’을 기준으로 병역의무를 달리 부과하도록 한 규정이고, 이는 헌법 제11조 제1항 후문이 예시하는 사유에 기한 차별임은 분명하다. 그러나 헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다. ‘성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생리적인 특성이므로 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에

완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”<sup>46)</sup> 평등심사에서는 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도 중 하나가 적용될 수 있는데 어떠한 심사척도를 적용할 것인지는 ‘입법형성권의 정도’에 따라 달라진다는 것이다. 그리고 엄격한 심사척도는 ‘헌법이 평등을 요구하는 경우’로 헌법이 직접 차별금지사유나 차별금지영역을 제시하고 있는 경우 및 ‘차별적 취급으로 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우’에 적용된다는 것이다.<sup>47)</sup>

헌법재판소에 따르면 엄격한 심사척도는 비례성원칙을 의미하고, 완화된 심사척도는 자의금지원칙을 의미한다. “평등위반 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어 볼 수 있다. 자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는 지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인애 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부문제만 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.”<sup>48)</sup> 특히 사회적 기본권이 관련된 입법에 대한 평등심사에서 헌법재판

---

의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정짓기는 어렵다.”

46) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787.

47) 헌법재판소의 심사기준에 대한 비판으로 유은정, 평등권 침해여부의 심사척도에 대한 소고 - 헌법재판소의 구체대군인가산점판결을 중심으로, 서울법학 제20권 제1호(2012), 16 이하; 김진욱, 헌법상 평등의 이념과 심사기준 - 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기, 저스티스 통권 제134호(2013), 77; 김진욱, 헌법상 평등의 이념과 심사기준(하) - 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기, 저스티스 통권 제135호(2013), 19 이하; 정태호, 헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성, 헌법학연구 제19권 제3호(2013), 101 이하 참조.

48) 헌재 2008. 11. 27. 2006헌가1, 판례집 20-2하, 1, 8.

소는 완화된 심사기준인 자의금지원칙을 적용한다. “평등원칙의 위반 여부에 관한 심사기준은 입법자에게 인정되는 입법형성권의 범위에 따라서 달라지게 되는데, 사회적 기본권에 관한 사항은 우리 헌법상 입법자에게 매우 광범위한 입법형성권이 부여된 영역이다. 즉, 시혜적인 법률에 있어서는 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다고 할 것이다. 그러므로 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 내지 보상능력 등 제반 상황을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다고 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있는 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”<sup>49)</sup>

‘비교’를 본질로 하는 평등심사에서 엄격한 심사기준을 의미하는 비례성원칙이 적용될 수 있다고 보는 헌법재판소의 견해는 동의하기 어렵다. 비교행위가 합리성을 획득하기 위해서는 비교대상이 되는 집단을 동일하게 취급하여 동등한 대우를 하거나 비교대상이 되는 집단을 상이하게 취급하여 차등적 대우를 할 때 반드시 합리적 근거를 제시해야 한다. 반면에 비례성심사는 상충하는 법익의 ‘균형’을 본질로 하고, 이러한 균형이 이루어지는 조건을 제시할 때 합리적 근거를 제시해야 한다. 대상의 비교든 법익의 균형이든 합리적 근거의 제시가 요구된다는 점에서는 동일하지만 합리적 근거를 제시함으로써 정당화되는 ‘비교에 관한 판단’과 ‘균형에 관한 판단’은 본질적으로 상이한 영역에 속한다. 따라서 비교에 관한 합리적 판단이 무엇인지를 확인하는 평등심사에서 균형에 관한 합리적 판단이 무엇인지를 확인하는 기준인 비례성원칙이 적용될 수는 없다.

비례성원칙은 서로 충돌하는 법익의 균형을 도모하기 위하여 보호법익이 부작용인 경우에는 보호법익에 대한 과도한 제약을 금지하면서 동시에 보호법익이 작위나 급부인 경우에는 그것을 구체화하는 입법에 의해 보호법익이 지나치게 축소되는 것을 금지한다. 다시 말해 비례성원칙은 문제가 되는 기본권의 보호법익이 부작용인 경우에는 ‘과잉금지원칙’으로, 그 보호법익이 작위나 급부인 경우에는 ‘과소금지원칙’으로 구체화된다.<sup>50)</sup> 그렇다면 평등심사에서 엄격한

49) 헌재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205, 219; 헌재 2010. 5. 27. 2009헌바49, 판례집 22-1하, 244, 253.

50) 이에 관한 자세한 설명은 이준일, 기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형, 공법연구 제29집



심사기준인 비례성원칙이 적용될 수 있다고 가정할 경우, 대상이 되는 기본권이 부작위를 보호법익으로 하는 방어권의 경우에는 과잉금지원칙으로 적용되어야 하는 반면에 대상이 되는 기본권이 작위나 급부를 보호법익으로 하는 급부권의 경우에는 과소금지원칙으로 적용되어야 한다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 평등심사에서 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준을 구분한 뒤 스스로 제시하고 있는 요건이 충족되면 엄격한 심사기준인 비례성원칙이 적용되어야 한다고 실시하면서도 문제가 되는 기본권이 급부권에 속하는 사회적 기본권이 경우에 그러한 요건을 검토함이 없이 곧바로 완화된 심사기준이 적용되어야 한다는 주장은 납득할 수 없다. 헌법재판소가 제시하고 있는 대로 헌법이 평등을 요구하는 경우로 헌법이 직접 차별금지사유나 차별금지영역을 제시하고 있는 경우 및 차별적 취급으로 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우에 엄격한 심사척도인 비례성원칙이 적용되어야 한다면 평등심사의 대상이 사회적 기본권인 경우에도 헌법이 특별히 사회적 기본권에 대한 평등을 요구하거나 차별적 취급으로 사회적 기본권에 대한 중대한 제한이 초래된다면 비례성원칙이 적용되어야 한다.<sup>51)</sup> 예컨대 헌법은 교육을 받을 권리에서 “균등”을 명시함으로써 특별히 평등을 요구하고 있고(헌법 제31조 제1항), 고용, 임금 및 근로조건에서 여성에 대한 부당한 차별을 금지하고 있으므로(헌법 제32조 제4항) 교육을 받을 권리나 근로의 권리와 같은 사회적 기본권의 경우에도 평등심사의 대상이 된다면 엄격한 심사척도인 비례성원칙이 적용될 필요가 있다.<sup>52)</sup>

제1호(2000), 111 이하 참조.

- 51) 같은 맥락에서 차등대우의 유형이나 강도에 따라 비례성원칙이 적용되어야 한다는 견해가 오히려 타당하다. 김주환, 평등권 심사 기준의 체계화, 강원법학 제31권(2010), 41 이하 참조.
- 52) 실제로 헌법재판소는 제대군인가산점제도가 근로나 고용에서 남녀평등을 요구하고 있는 헌법의 요청에 반하여 차별행위를 하고 있기 때문에 엄격한 심사척도인 비례성원칙을 적용해야 한다고 본다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 이하: “헌법 제32조 제4항은 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다”고 규정하여 “근로” 내지 “고용”의 영역에 있어서 특별히 남녀평등을 요구하고 있는데, 가산점제도는 바로 이 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이기 때문이고, 또한 가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문이다(가산점제도가 민간기업에 실시될 경우 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유가 문제될 것이다). 이와 같이 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는데, 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”

외국연금법의 평등원칙 위반 여부를 심사하면서 연방헌법재판소는 “실질적으로 주장될 수 있는 근거”가 존재하는지 여부를 판단기준으로 삼아 자의금지원칙을 심사기준으로 적용하고 있다. 연방헌법재판소는 1980년을 기준으로 그 이전까지는 자의금지원칙을 일반적으로 적용하였으나 그 이후로는 인적 차별과 사항적 차별을 구분하면서 후자의 경우에만 자의금지원칙을 일반적으로 적용하고 전자의 경우에는 그보다 엄격한 기준을 적용하였다.<sup>53)</sup> 하지만 인적 차별과 사항적 차별의 경계가 불분명하다는 비판에 따라 인적 차별이든 사항적 차별이든 차별행위로 인한 기본권제한의 강도를 고려하여 세분화하는 최신의 심사기준이 제시되기도 했다.<sup>54)</sup> 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 비례성원칙을 적용해야 한다는 헌법재판소의 견해는 이러한 연방헌법재판소의 견해를 차용하고 있는 것으로 보인다.

연방헌법재판소는 자의금지원칙을 심사기준으로 삼아 외국연금법의 평등원칙

53) 독일 연방헌법재판소의 심사기준이 변화되어온 과정에 대해서는 김진욱(각주 47), 58 이하 참조.

54) 독일 연방헌법재판소는 성전환자(트랜스젠더)의 개명허가와 관련하여 25세 미만의 사람에게 개명을 금지하는 법률의 평등 위반 여부를 심사하면서 우선적으로 인적 집단과 관련된 불평등대우의 경우에는 입법자는 헌법이 요구하는 평등에 엄격하게 구속되고, 특히 관련된 인적 집단이 기본법 제3조 제3항에 열거된 특성에 가까울수록, 따라서 그러한 특성과 관련된 소수자 집단에 대한 불평등대우가 이루어질 위험성이 커질수록 입법자는 헌법이 요구하는 평등에 더욱 엄격하게 구속된다고 한다. 그리고 헌법이 요구하는 평등에 대한 입법자의 엄격한 구속은 반드시 인적 집단과 관련되는 경우에 국한되지 않고, 사항에 대한 불평등대우가 간접적으로 인적 집단에 대한 불평등을 초래하는 경우 및 인적 집단에 대한 것이든 사항에 대한 것이든 불평등대우로 인하여 기본권적 자유에 대해 불리하게 작동하는 경우에도 헌법이 요구하는 평등에 대한 입법자의 엄격한 구속이 요구된다고 한다. BVerfGE, 88, 87 (96): “Da der Grundsatz, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. BVerfGE 55, 72, 88). Diese Bindung ist um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, daß eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt. Sie gilt vielmehr auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (vgl. BVerfGE 55, 72, 89). Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers um so engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 60, 123 [134]; 82, 126 [146]).” 이 판례에 대한 상세한 분석으로 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호(2008), 216 이하 참조.

위반 여부를 심사하여 외국연금법이 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였는데 만약 연방헌법재판소가 비례성원칙을 심사기준으로 외국연금법의 평등원칙 위반 여부를 심사하였다면 다른 결과가 도출되었을 수도 있다. 연방헌법재판소는 외국연금법이 1945년 이후에 서독으로 이주한 사람들과 그 이전부터 계속해서 서독에 거주해오던 사람들을 상이한 대상으로 보아 차등적 대우를 해야 하는 합리적 근거로 네 가지, 즉 양자에게 적용되는 법률이 달라 출발상황에서 차이가 있다는 점, 동독에서는 공무원관계가 존재하지 않는 특수성이 존재한다는 점, 양자에게 적용되는 법률규정은 효과에서 차이를 보인다는 점, 1945년 이후에 서독으로 이주한 사람들은 단지 축소된 연금을 받을 자격만이 있다는 점을 들고 있다. 하지만 외국연금법은 명백하게 1945년 이후에 서독으로 이주한 사람들을 차등적으로 대우함으로써 직접적으로 인적 집단을 대상으로 하는 불평등대우에 해당한다는 점, 그리고 1945년 서독으로 이주하기 전에 가입되었던 연금보험의 가입기간을 인정하지 않음으로써 1945년 이후에 서독으로 이주한 사람들의 연금수급권뿐만 아니라 이와 연계된 건강보험수급권까지 박탈한다는 점을 고려할 때 나중에 연방헌법재판소가 제시한 최신기준에 따르면 인적 집단을 불평등대우의 대상으로 하면서 관련된 당사자들의 기본권적 자유에 불리한 영향을 주고 있기 때문에 비례성원칙이 적용되었어야 한다.

연방헌법재판소가 외국연금법에 대한 평등심사를 진행하면서 비례성원칙을 적용하였다면 자의금지원칙을 적용했을 때와 마찬가지로 애초에 근로자연금법의 적용을 받는 서독주민과 외국연금법을 매개로 연금제도를 보장받는 동독주민은 근거법률이 상이하다는 점에서 차이가 있고, 동독에는 공무원제도가 없기 때문에 공적 업무에 종사하는 서독주민과 동독주민이 법적으로 상이한 대상으로 취급받아야 한다는 주장은 합리적 근거가 존재하는 것으로 보인다. 하지만 법익의 균형성을 본질로 하는 비례성원칙의 관점에서 법률이 개별사건에서 발생시키는 불이익은 차이를 보일 수 있기 때문에 처음부터 근로자연금법의 적용을 받는 서독주민에 비해 외국연금법을 매개로 근로자연금법의 적용을 받는 동독주민이 받는 불이익의 차이를 합리적 근거가 있는 차별행위로 보기는 어렵다. 동독주민이 동독지역에서 연금보험에 가입한 기간을 전체적으로 인정하지 않음으로써 동독주민이 받을 수 있는 법익에 대한 불균형적 제한은 합리적 근거를 가졌다고 보기 어렵기 때문이다. 더욱이 동독주민은 근로자연금제도에

대한 아무런 기여도 없이 그 혜택을 누리는 것으로 이것은 오로지 ‘사회적 통합’을 고려한 입법자의 자유로운 결정에 불과하기 때문에 동독주민이 축소된 연금을 받아야 한다는 주장도 비례성원칙의 관점에서는 합리적 근거가 있다고 보기는 어렵다. 비록 서독의 근로자연금지도에 대한 동독주민의 기여가 없었다고 하더라도 그들은 이미 동독의 연금지도에 일정한 기여를 부담했기 때문에 사회적 통합을 고려한 입법자의 자유로운 결정이라는 점을 고려한다면 오히려 동독에서 납부한 기여를 인정하는 방향으로 제도를 형성하는 것이 합리적이기 때문이다.

### 3. 심사강도

평등심사에서 심사기준을 세분화하고 있는 연방헌법재판소와 그 심사기준을 차용하여 평등심사에 적용하고 있는 헌법재판소는 외관상 심사기준과 심사강도를 구분하고 있지 않은 것으로 보인다.<sup>55)</sup> 심지어 심사기준을 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준으로 구분함으로써 심사기준과 심사강도를 혼용하고 있는 것처럼 보이기도 한다. 하지만 심사기준과 심사강도는 구분될 필요가 있다. 어떤 심사기준을 적용할 것인지와 그 심사기준을 어떠한 강도로 적용할 것인지는 다른 문제이기 때문이다. 물론 심사강도를 달리하는 것 자체가 별도의 심사기준이라고 주장할 수도 있다. 그렇다면 동일한 심사기준 안에도 심사강도에 따라 구분될 수 있는 수많은 다른 심사기준들이 존재할 수 있다. 그렇지만 본질적으로 다른 구조를 가지는 심사기준과 본질적으로 동일한 구조를 가지는 심사기준을 개별적 사안에 적용할 때 그때그때 조절하는 심사강도는 다른 것이다. 예컨대 기본권을 제한하는 입법에 대한 심사기준인 비례성원칙은 기본권의 보호법익에 따라 과잉금지원칙이나 과소금지원칙으로 적용될 수 있는데 이처럼 서로 다른 심사기준은 각각 상이한 심사강도로 적용될 수 있다. 마찬가지로 평등심사에서 심사기준을 자의금지원칙과 비례성원칙으로 이원화하지 않고 국가의 차별행위에 합리적 근거가 존재하는지를 심사하는 합리성심사로 심사기준을 일원화한다고 해도 개별적 사안마다 심사강도는 조절할 수 있다. 평등심

55) 심사기준과 심사강도의 구분에 관한 자세한 논의는 이준일, 사회적 기본권에 관한 헌법재판소의 심사기준, 헌법재판연구 제2권 제2호(2015), 104 이하 참조.

사에서 심사강도의 조절은 국가의 차별행위에 요구되는 합리적 근거의 숫자와 질, 그것을 정당화할 수 있는 추가적 근거의 요구 여부에 따라 가능하다.

### Ⅲ. 사회적 기본권의 재산권적 성격

사회적 기본권의 법적 성격과 관련된 쟁점은 우선 사회적 기본권이 국민의 권리인지 아니면 국가의 의무에 지나지 않는 것인지, 또 국민의 권리로 이해하는 경우에 헌법에 근거하여 직접 주장할 수 있는 구체적 권리인지 아니면 법률에 의해서 비로소 존재하게 되는 추상적 권리인지 하는 점이다. 헌법재판소는 사회적 기본권을 국민의 권리로 이해하면서도 대체로 추상적 권리로 이해한다. “인간다운 생활을 할 권리로부터 인간의 존엄에 상응하는 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고 볼 수는 없다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리이다.”<sup>56)</sup> 사회적 기본권은 예외적으로 법률을 통한 구체화 없이도 인정될 수 있는 구체적인 헌법적 권리이기도 하지만 원칙적으로는 추상적 권리로 법률을 통한 구체화가 있어야 비로소 인정되는 법률적 권리로 이해된다는 것이다.<sup>57)</sup> 사회적 기본권이 헌법적 권리가 아니라 법률적 권리라면 사회적 기본권의 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구할 수조차 없어 각하되어야 하는데 헌법재판소는 사회적 기본권의 침해를 이유로 청구된 헌법소원심판 사건에서 통상 각하결정 대신에 기각결정을 하고 있는 사정을 고려하면 사회적 기본권을 법률적 권리로 이해하고 있는 헌

56) 헌재 2006. 11. 30. 2005헌바25, 판례집 18-2, 471, 477.

57) 사회적 기본권이 추상적 권리이면서 법률적 권리라는 헌법재판소의 견해는 다음의 판시에서 더욱 분명하게 드러난다. 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51, 판례집 15-2상, 103, 117-118: “사회보장수급권은 헌법 제34조 제1항 및 제2항 등으로부터 개인에게 직접 주어지는 헌법적 차원의 권리라거나 사회적 기본권의 하나라고 볼 수는 없고, 다만 위와 같은 사회보장·사회복지 증진의무를 포섭하는 이념적 지표로서의 인간다운 생활을 할 권리를 실현하기 위하여 입법자가 입법재량권을 행사하여 제정하는 사회보장입법에 그 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 규정될 때 비로소 형성되는 법률적 차원의 권리에 불과하다 할 것이다.”

법재판소의 입장은 논리적 모순을 범하고 있는 것으로 보인다.

사회적 기본권의 법적 성격과 관련하여 두 번째로 문제되는 쟁점은 사회적 기본권이 재산권의 성격을 갖는지 여부다. 헌법재판소에 따르면 공무원연금법에 따른 퇴직연금수급권은 사회적 기본권의 성격과 함께 재산권의 성격을 동시에 갖는다고 본다.<sup>58)</sup> 또한 건강보험법에 따른 의료보험수급권뿐만 아니라<sup>59)</sup> 국가유공자예우법에 따른 보상금수급권도 사회적 기본권의 성격과 재산권의 성격을 모두 가진다고 본다.<sup>60)</sup> 결론적으로 헌법재판소에 따르면 공법상의 권리가 헌법상의 재산권보장의 보호를 받기 위해서 갖추어야 할 요건은 다음과 같다. “첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다.”<sup>61)</sup> 정리하면 “공법상의 법적 지위가 사법상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 그에 대한 박탈이 법치국가원리에 반하는

58) 예컨대 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바425, 판례집 24-2상, 490, 498: “공무원연금법상의 퇴직연금수급권은 기본적으로 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 공로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가진다고 할 것이고, 이러한 퇴직연금수급권은 경제적 가치 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가진다고 할 수 있는데 다만, 그 구체적인 급여의 내용, 기여금의 액수 등을 형성하는 데에 있어서는 직업공무원제도나 사회보험원리에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격으로 인하여 일반적인 재산권에 비하여 입법자에게 상대적으로 보다 폭넓은 재량이 헌법상 허용된다고 볼 수 있다.”

59) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2하, 441, 449-450: “의료보험법상의 보험급여는 가입자가 기여금의 형태로 납부한 보험료에 대한 반대급부의 성질을 갖는 것이고 본질상, 보험사고로 초래되는 가입자의 재산상의 부담을 전보하여 주는 경제적 유용성을 가지므로 의료보험수급권은 재산권의 성질을 갖는다. … 의료보험의 보험재정은 가입자가 납부하는 보험료에 의하여 대부분 형성되고 국고의 지원은 위에서 본 것처럼 원칙적으로 관리재정에 대한 것이므로 국고의 일부 지원이 있다는 사실은 의료보험수급권의 재산권적 성질을 인정하는 데 장애가 되지 않는다.”

60) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 21-22: “예우법이 정하고 있는 전몰군경의 유족 및 전공사상자의 수급권은 수급자측의 금전적 기여가 전제되어 있지 아니하나 생명 또는 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상적 내지 국가보훈적 성격을 띠는 한편, 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 주어진다고 하는 특성도 가지고 있으므로 사회보장적 성질도 겸하고 있다고 하지 않을 수 없는 것이다. … 보상금수급권은 법률에 의하여 비로소 인정되는 권리이지만 법정요건을 갖춘 후 발생하는 보상금수급권은 구체적인 법적 권리로 보장되고, 그 성질상 경제적·재산적 가치가 있는 공법상의 권리라 할 것인데, 헌법 제23조 제1항, 제13조 제2항이 보장하고 있는 재산권이란 경제적 가치가 있는 공·사법상의 모든 권리를 포함하는 것이므로, 예우법에 의한 보상금수급권도 위 헌법조항들에 의하여 보호받는 재산권의 하나로 보아야 할 것이다.”

61) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 948-949.

경우에 한하여, 그러한 성격의 공법상의 권리가 재산권의 보호대상에 포함되는 것”이라고 본다.<sup>62)</sup>

사회적 기본권에 재산권의 성격이 포함되어 있다면 사회적 기본권에 대한 제한은 비례성원칙을 구체화하는 두 가지 원칙이 동시에 적용되어야 한다. 사회적 기본권은 국가에 대한 급부를 요구하는 권리이므로 과소금지원칙이 적용되어야 하고, 재산권은 방어권으로 과잉금지원칙이 적용되어야 하기 때문이다. 따라서 사회적 기본권에 대한 제한은 사회적 기본권의 성격을 가지는 부분과 재산권의 성격을 가지는 부분을 구분하여 각각의 기본권이 제한되는 양태에 따라 비례성원칙을 구체화하는 두 가지 원칙을 적용할 필요가 있다.

연방헌법재판소는 외국연금법에 따라 1945년 이후에 서독으로 이주한 사람들에게 인정된 연금수급권은 서독의 연금보험에 기여한 바가 전혀 없고, 연금보험법에 의하여 비로소 창설된 권리이기 때문에 재산권이 아니라고 본다. 이처럼 1945년 이후에 서독으로 이주한 사람들에게 인정된 연금수급권을 재산권이 아니라 사회적 통합을 위하여 입법자의 자유로운 결정에 의해 보장된 “사회적 성격의 공법적 급부”로 이해하는 연방헌법재판소의 견해는 충분히 납득할 만하다고 볼 수 있다.

## IV. 남북한 관계에서 이중수급금지원칙의 적용가능성과 합헌성

### 1. 북한의 사회보장

북한의 사회주의헌법에 따르면 사회적 기본권으로 “로동에 대한 권리”(제70조),<sup>63)</sup> “휴식에 대한 권리”(제71조),<sup>64)</sup> “무상으로 치료받을 권리” 및 “물질적

62) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 949.

63) 북한 헌법 제70조: 공민은 로동에 대한 권리를 가진다. 로동능력있는 모든 공민은 희망과 재능에 따라 직업을 선택하며 안정된 일자리와 로동조건을 보장받는다. 공민은 능력에 따라 일하며 로동의 량과 질에 따라 분배를 받는다.

64) 북한 헌법 제71조: 공민은 휴식에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 로동시간제, 공휴일제, 유급휴가제, 국가비용에 의한 정휴양제, 계속 늘어나는 여러 가지 문화시설들에 의하여 보장된다.

방조를 받을 권리”(제72조),<sup>65)</sup> “교육을 받을 권리”(제73조)<sup>66)</sup>가 보장된다. 헌법에서 보장된 사회적 기본권을 구체화하는 법률로는 사회주의노동법, 사회보장법, 장애자보호법, 아동권리보장법, 근로자보호법, 여성권리보장법 등이 있다.

우선 ‘사회주의노동법’은 연금보험, 건강보험, 산업재해보상보험 등 모든 공적 보험제도에 대하여 총괄적으로 규율하고 있다.<sup>67)</sup> 사회보험의 재원은 보험가입자의 보험료와 사회보험기금으로 구성된다고 한다. 첫째로 연금보험의 경우에 일정한 연령에 도달한 사람이 법에서 정한 근속노동연한을 충족한 경우에 “년로연금”의 형태로 지급된다. 둘째로 건강보험의 경우에는 무상치료제가 원칙이기 때문에 가입자는 보험료를 납부하지 않는다는 점이 특징이다. 셋째로 산업재해보상보험의 경우에 노동재해나 질병 또는 부상으로 “로동능력을 잃은 근로자”에게 연금을 지급하고 있다.

다음으로 ‘사회보장법’에 따르면 사회보장의 대상으로 “나이가 많거나 병 또는 신체장애로 로동능력을 잃은 사람, 돌볼 사람이 없는 늙은이, 어린이”를 열거하고 있다(동법 제2조). 이러한 사회보장의 대상들은 “사회보장연금”과 “보조금”을 지급받는다(동법 제19조). 한편 이미 언급한 대로 ‘사회주의노동법’에서 사회보험의 하나인 연금보험에 관하여 규율하고 있는데 ‘년로자보호법’에서 이를 다시 확인하고 있다. 이 법에 따르면<sup>68)</sup> “년로자”는 원칙적으로 60세 이상의 공민으로 로동연한을 마쳤거나 현재 일하고 있는 남자의 경우에는 60세 이상, 여자는 55세 이상이 되면 이 법에 따른 보호를 받을 수 있다(동법 제2조). 년로자에게는 국가적 부양과 가정부양을 결합시켜야 한다는 것을 원칙으로 하면서(동법 제8조) 부양의무자가 없고 자립적으로 살아가는 데 지장을 받는 년로

65) 북한 헌법 제72조: 공민은 무상으로 치료받을 권리를 가지며 나이 많거나 병 또는 불구로 로동능력을 잃은 사람, 돌볼 사람이 없는 늙은이와 어린이는 물질적 방조를 받을 권리를 가진다. 이 권리는 무상치료제, 계속 늘어나는 병원, 료양소를 비롯한 의료시설, 국가사회보험과 사회보장제에 의하여 보장된다. 실제로 북한은 1960년대에 전체인민에게 의료보장제도를 제공하기 위하여 무상치료제와 의사담당구역제로 요약되는 사회주의 의료보장제도를 구축했지만 1990년대 이후 심각한 경제난으로 의료보장제도가 사실상 무의미하게 되었다고 한다. 이미경/정우곤, 북한 사회보장제도의 실증적 연구: 의료보장제도의 운영실태를 중심으로, 북한연구학회보 제7권 제1호(2003), 221 이하 참조.

66) 북한 헌법 제73조: 공민은 교육을 받을 권리를 가진다. 이 권리는 선진적인 교육제도와 국가의 인민적인 교육시책에 의하여 보장된다.

67) 북한의 사회주의노동법에 따른 사회보험제도에 대한 자세한 설명은 유영재, 북한 사회주의노동법에 관한 연구, 2009 남북법제연구보고서 II, 법제처, 2009, 20 이하 참조.

68) 북한의 년로자보호법에 대한 자세한 설명은 김정순, 북한의 년로자보호법에 관한 연구, 2009 남북법제 연구보고서 II, 법제처, 2009, 118 이하 참조.



자는 국가가 부양하도록 하고 있다(동법 제12조). 이에 따라 년로자는 국가로부터 “년로연금”과 “보조금”을 받을 권리를 보장한다(동법 제14조).<sup>69)</sup> 그리고 ‘장애자보호법’에서는 국가에 대해 장애자의 회복치료, 교육, 문화생활, 로동에 관한 의무를 부과하고 있다. 특히 로동능력을 완전히 상실한 장애자에게는 “보조금”을 지급할 의무를 부과하고 있다(동법 제40조). 또한 ‘아동권리보장법’은 아동에게 다양한 권리를 보장하면서 특히 아동의 사회적 기본권과 관련하여 교육과 보건에 관한 권리를 강조한다. 이에 따라 11년제 의무교육을 무료를 받을 권리(동법 제23조)와 “완전하고 전반적인 무상치료제의 혜택을 받을 권리”가 보장된다(동법 제33조). 마지막으로 ‘녀성권리보장법’은 “남녀평등”을 기본 원칙으로 하여(동법 제2조) 여성의 사회적 기본권으로 교육, 문화, 보건, 로동에 관한 권리를 강조하고 있다. 특히 국가에 대해 “병 또는 부상 같은 이유로 로동능력을 일시적으로 잃은 녀성들의 생활을 안전시키고 치료조건을 충분히 보장해야 할” 의무를 명시하고 있다(동법 제35조).

## 2. 이중수급금지원칙의 적용가능성

현재 헌법적 권리로 사회적 기본권을 열거하고 있는 남한에서 이를 구체화하는 사회보장법제는 사회보장기본법에 따라 사회보장의 영역은 사회보험, 공공부조, 사회서비스로 구분된다(동법 제3조 제1호).<sup>70)</sup> 사회보험으로는 연금보험, 건강보험, 산업재해보상보험, 고용보험, 노인장기요양보험이 있고, 공공부조로는 국민기초생활보장, 의료급여, 긴급복지지원 등이 있으며 사회서비스로는 사회복지서비스, 의료보건서비스 등이 있다. 이중수급금지원칙이 문제될 수 있는 영역은 가입기간이 급여의 전제조건이 되면서 가입기간의 연계가 중요한

69) 노후소득보장제도인 “년로연금”은 수급권자에게 월 기본생활비의 30퍼센트가 지급된다고 한다. 평화문제연구소, 사회보장제도는 어떠한가?, 통일한국 365권(2014), 40 참조.

70) 사회보장기본법에 따르면 사회보험은 “국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도”로, 공공부조(公共扶助)는 “국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도”로, 사회서비스는 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건 의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도로 정의된다(동법 제3조 제2호에서 제4호).

법적 쟁점이 되는 사회보험, 특히 연금보험이 될 것으로 보인다.

우선 문제는 통일이 되기 이전에 북한이탈주민이 대한민국으로 이주해온 경우에 북한에서 지급받던 사회보험의 혜택을 남한에서도 연계해서 받을 수 있는지 여부다. 예컨대 북한에서 교사와 같은 공적 업무를 수행하던 사람이 북한을 이탈하여 남한으로 입국하여 공무원으로 활동하는 경우에 북한에서 공적 업무를 수행하던 기간을 공무원연금법에 따른 ‘재직기간’에 포함시킬 수 있는지가 문제될 수 있다.<sup>71)</sup> 북한에서는 일반근로자와 공무원인 근로자의 구분이 없기 때문에 사회주의노동법에 따라 연금보험가입자였던 북한주민이 남한에 입국하는 경우에 국민연금법에 따른 가입기간에 포함시키는 것도 문제되지만<sup>72)</sup> 공무원연금법에 따른 가입기간에 포함시킬 수 있는지는 더 큰 문제가 될 수 있다. 한편 통일 이후에는 통일 전에 북한에서 지급받던 사회보장의 혜택이 국민연금이든 공무원연금이든 남한의 연금보험법에 의해 연계성을 가지고 인정될 수 있는지가 문제될 수 있다.

사회주의를 근간으로 하는 북한의 사회보장제도는 자본주의를 기본으로 하는 대한민국의 사회보장제도와 근본적으로 상이한 특성을 가진다. 물론 사회보험제도의 경우에 가입자가 보험료를 납부한다면 남북한의 사회보험제도는 큰 차이가 없을 수도 있다. 여기서 근본적으로 다른 특성을 가졌지만 상당 부분 공통점을 가지고 있는 남북한의 사회보장제도를 연계시킬 수 있는지가 문제될 수 있다. 결국 북한의 사회보장제도에 의하여 지급받던 사회보장급여는 독일의 외국연금법과 같은 독립된 법률의 제정으로 남한 영역 바깥에서 사회보장제도에 가입했던 기간을 인정할지 여부와 그 방식을 규정함으로써 연속적 보장이 가능해진다. 다만 독일의 경우에는 기본법 제131조에 따라 서독 지역 바깥에서 근로를 제공했던 기간을 부양급여의 산정에 반드시 반영하도록 요구하는 규정

71) 예컨대 공무원연금법에 따르면 재직기간은 공무원으로 임명된 날이 속하는 달부터 퇴직한 날의 전 날 또는 사망한 날이 속하는 달까지의 연월수(年月數)로 계산하는데(동법 제23조) 퇴직연금의 경우에 공무원으로 ‘10년 이상’ 재직하고 퇴직한 경우에만 지급받을 수 있으므로(동법 제46조 제1항) 10년 이상의 재직기간은 퇴직연금의 수급자가 되기 위한 핵심적 요건이다.

72) 국민연금법에 따르면 노령연금은 가입기간이 10년 이상인 가입자 또는 가입자였던 자에 대하여는 60세(특수직종근로자는 55세)가 된 때부터 그가 생존하는 동안 지급되고(동법 제61조 제1항), 가입기간이 10년 이상인 가입자 또는 가입자였던 자로서 55세 이상인 자가 대통령령으로 정하는 소득이 있는 업무에 종사하지 아니하는 경우 본인이 희망하면 60세가 되기 전이라도 본인이 청구한 때부터 그가 생존하는 동안 일정한 금액의 조기노령연금을 받을 수 있으므로(동조 제2항) 국민연금법에 따른 노령연금의 경우에도 10년 이상의 가입기간은 연금수급권자가 되기 위한 필수적 요건이다.

이 존재하는 반면에 한국의 경우에는 그와 같은 헌법규정이 존재하지 않는다는 점에서 중요한 차이가 존재한다. 이에 따라 독일에서는 가입자의 노령연금을 산정할 때 이미 산입되었던 보험가입기간이 다시 배우자의 유족연금을 산정할 때 산입되지 않도록 하는 이중수급금지원칙이 문제될 수밖에 없다. 한국에서도 북한에서 가입했던 연금보험기간을 남한에서 반드시 인정받아야 하는 헌법규정은 없지만 북한에서 가입했던 연금보험기간을 남한에서 인정하는 법률을 제정할 때 그 기간을 노령연금의 산정과 유족연금의 산정에서 중복적으로 산입시키면 이중수급금지원칙이 적용될 여지가 있다.

### 3. 이중수급금지원칙의 합헌성

현재 북한이탈주민의 법적 지위를 보장하기 위하여 제정된 법률로 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’(이하 ‘북한이탈주민법’으로 약칭)이 있는데 이 법률에 따르면 북한이탈주민은 “군사분계선 이북지역(이하 “북한”이라 한다)에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국 국적을 취득하지 아니한 사람”으로 정의된다(동법 제2조 제1호). 이 법률에 따르면 북한에서의 자격이나 경력이 있는 사람 등 북한이탈주민으로서 공무원으로 채용하는 것이 필요하다고 인정되는 사람은 국가공무원법 제28조 제2항 및 지방공무원법 제27조 제2항에도 불구하고<sup>73)</sup> 북한을 벗어나기 전의 자격·경력 등을 고려하여 국가공무원 또는 지방공무원으로 특별임용될 수 있다(동법 제18조 제1항). 또한 북한의 군인이었던 보호대상자가 국군에 편입되기를 희망하면 북한을 벗어나기 전의 계급, 직책 및 경력 등을 고려하여 국군으로 특별임용될 수 있다(동조 제2항). 이러한 특별임용이 아니더라도 일반임용절차에 따라 북한에서 공적 업무를 수행하던 북한이탈주민이 남한에서 공무원이나 군인으로 임용될 가능성이 있다. 또한 통일된 이후에도 일정한 자격이나 경력을 가진 북한주민은 유사한 방식으로 공무원이나 군인으로 채용될 수 있을 것이다.

73) 국가공무원법 제28조 제2항과 지방공무원법 제27조 제2항은 일정한 자격을 가진 사람들의 경우에 경력 등 응시요건을 정하여 같은 사유에 해당하는 다수인을 대상으로 경쟁의 방법으로 임용하는 시험인 “경력경쟁임용시험”을 실시할 수 있도록 규정하고 있다.

현재의 북한이탈주민이나 통일 이후의 북한주민이 남한에서 공무원이 되지 않고 공무원이 아닌 근로자가 되는 경우에는 국민연금법에 따른 ‘사업장가입자’가 될 수 있다.<sup>74)</sup> 이 경우에도 북한에서는 근로자와 공무원인 근로자의 구분이 없기 때문에 북한의 사회주의노동법에 따른 연금보험에 가입했던 기간을 국민연금법에 따른 가입기간에 포함시킬 수 있는지가 문제될 수 있다. 특히 국민연금법에 따르면 병역법에 따른 현역병, 전환복무를 한 사람, 상근예비역 또는 사회복무요원에 해당하는 자가 노령연금 수급권을 취득한 때에는 6개월을 가입기간에 추가로 산입하기 때문에(동법 제18조 제1항) 북한에서 징집되어 병역을 수행한 북한주민의 경우에도 동일한 기간이 가입기간에 추가로 산입될 수 있는지가 문제될 수 있다. 북한이탈주민법에 따르면 이 법에 따른 보호 결정 당시 50세 이상 60세 미만인 보호대상자는 국민연금법의 특례로 ① 60세가 되기 전에 가입기간이 5년 이상 10년 미만 되는 사람은 60세가 되는 날, ② 60세가 된 후에 가입기간이 5년 이상 되는 사람은 가입자 자격을 상실한 날에 국민연금을 받을 수 있다(동법 제26조의2). 이처럼 북한이탈주민법은 특례로 북한이탈주민이 국민연금을 받을 수 있는 가입기간(5년 이상)을 단축했을 뿐이고 북한에서 연금보험에 가입했던 기간을 노령연금의 산정뿐만 아니라 유족연금의 산정에서도 인정하지 않은 방식을 선택했기 때문에 평등원칙 위반의 문제가 제기될 수 있다.

독일 외국연금법처럼 북한이탈주민이나 통일 후 북한주민의 연금보험가입기간을 산정할 때 북한에서 근로를 제공한 기간을 공무원연금법(또는 사립학교교직원연금법이나 군인연금법) 또는 국민연금법에 따른 재직기간에 산입할지 여부 및 어떠한 방식으로 산입할 것인지에 따라 헌법에 합치할 수도, 위반될 수도 있다. 이중수급금지원칙에 따라 북한에서 연금보험에 가입되어 있었던 북한주민의 가입기간을 남한에서 인정할지 여부를 결정할 때 국민연금보다는 공무원연금과 연계시키는 경우에 난점이 많이 발생할 수 있다. 공무원연금은 국민연금보다 가입자인 공무원이 수행하는 직무의 공적 성격 때문에 국민연금에서

74) 국민연금법은 “국내에 거주하는 국민으로서 18세 이상 60세 미만인 자”를 국민연금 가입 대상으로 규정하면서(동법 제6조) 사업의 종류, 근로자의 수 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 “당연적용사업장”의 18세 이상 60세 미만인 근로자와 사용자는 당연히 사업장가입자가 된다고 규정한다(동법 제8조 제1항).

보장하지 않은 급여가 추가적으로 보장되기 때문이다.<sup>75)</sup> 이에 따라 북한에서 공적 업무를 수행하던 북한주민이 북한에서 가입했던 연금보험기간을 남한에 와서 공무원법에 따른 연금보험기간으로 인정받으려 하는 경우에 퇴직급여를 산정할 때만 그 기간을 고려하는 방식과 유족급여를 산정할 때도 그 기간을 보험가입기간에 포함시키는 방식이 가능하다. 현재 공무원연금법에 따르면 퇴직한 공무원이나 군인 또는 사립학교교직원(공무원연금법, 군인연금법 또는 사립학교교직원 연금법을 적용받지 않은 자는 제외)이 공무원으로 임용된 경우에는 본인이 원하는 바에 따라 종전의 해당 연금법에 따른 재직기간 또는 복무기간을 공무원연금법에 따른 재직기간에 합산할 수 있다(동법 제23조 제2항).<sup>76)</sup> 재직기간 합산신청을 하여 합산을 인정받은 자는 퇴직 당시에 받은 퇴직급여액에 대통령령으로 정하는 이자를 가산하여 공단에 반납하여야 한다(동법 제24조 제2항).<sup>77)</sup> 이처럼 대한민국에 계속해서 거주해온 국민의 경우에는 재직기간의 합산을 인정받으면 퇴직급여액을 반납하는 방식으로 이중수급금지원칙을 관철시킨다. 그에 반해 만약 북한이탈주민이나 통일 후 북한주민의 경우에 재직기간의 합산을 인정받으려 할 때 이중수급금지원칙을 적용하기 위해 북한에서 공적 업무를 수행한 기간을 본인의 연금(퇴직급여)을 산정할 때는 재직기

75) 예컨대 국민연금법에 따른 유족연금 수급권자, ① 노령연금 수급권자, ② 가입기간이 10년 이상인 가입자 또는 가입자였던 자, ③ 연금보험료를 낸 기간이 가입대상기간의 3분의 1 이상인 가입자 또는 가입자였던 자, ④ 사망일 5년 전부터 사망일까지의 기간 중 연금보험료를 낸 기간이 3년 이상인 가입자 또는 가입자였던 자(가입대상기간 중 체납기간이 3년 이상인 사람은 제외), ⑤ 장애등급이 2급 이상인 장애연금 수급권자의 유족에게 지급되고(동법 제72조), 유족연금의 종류가 세분화되지는 않는다. 반면에 공무원연금법에 따른 유족급여는 ① 유족연금, ② 유족연금부가금, ③ 유족연금특별부가금, ④ 유족연금일시금, ⑤ 유족일시금, ⑥ 순직유족보상금, ⑦ 위험직무순직유족연금, ⑧ 위험직무순직유족보상금으로 세분화되어 종류가 다양하고(동법 제42조 제3호), 유족급여는 ① 퇴직연금 또는 조기퇴직연금을 받을 권리가 있는 자가 사망한 경우와 ② 장해연금(제51조 제2호에 따른 장해연금은 제외)을 받을 권리가 있는 자가 사망한 경우뿐만 아니라 ③ 순직공무원의 유족에게도 지급된다(동법 제56조 제1항).

76) 이와 유사하게 군인연금법에 따르면 퇴직한 군인·공무원 또는 사립학교교직원(「군인연금법」·「공무원연금법」 또는 「사립학교교직원 연금법」의 적용을 받지 아니하였던 사람은 제외한다)이 군인으로 복무하게 된 경우에는 본인이 원하는 바에 따라 종전의 해당 연금법에 따른 복무기간 또는 재직기간을 복무기간에 합산할 수 있다(동법 제16조 제6항).

77) 공무원연금법에 따른 급여는 공무원의 공무로 인한 질병·부상과 재해에 대하여 지급되는 ‘단기급여’와 공무원의 퇴직·장애 및 사망에 대하여 지급되는 ‘장기급여’로 구분되는데(동법 제25조) 단기급여에는 ① 공무상요양비, ② 재해보조금, ③ 사망조위금이 있고(동법 제34조), 장기급여에는 ① 퇴직급여(퇴직연금, 퇴직연금일시금, 퇴직연금공제일시금, 퇴직일시금), ② 장해급여(장해연금, 장해보상금), ③ 유족급여(유족연금, 유족연금부가금, 유족연금특별부가금, 유족연금일시금, 유족일시금, 순직유족보상금, 위험직무순직유족연금, 위험직무순직유족보상금), ④ 퇴직수당이 있다(동법 제42조).

간에 포함시키는 대신에 다시 배우자의 유족연금(유족급여)을 산정할 때는 재직기간에 포함시키지 않는 방식을 선택한다면 평등원칙의 위반 여부가 직접적으로 문제될 수 있다.

남한의 경우에 연금보험제도는 일반국민을 대상으로 하는 ‘국민연금’과 공무원, 사립학교교직원, 군인, 별정우체국직원과 같이 특정 직역에 속하는 사람들을 대상으로 하는 ‘지역연금’으로 구분되고, 지역연금은 다시 공무원연금, 사립학교교직원연금, 군인연금, 별정우체국직원연금으로 나뉜다.<sup>78)</sup> 따라서 남한에서 국민은 일반근로자가 되는 경우에는 국민연금에 가입되고, 공무원인 근로자가 되는 경우에는 직역별 연금보험에 가입된다.<sup>79)</sup> 반면에 북한의 경우에는 일반근로자와 공무원인 근로자를 구분하지 않은 채 사회주의노동법과 사회보장법에 따라 노후소득보장제도인 연금제도를 운영하고 있다. 이러한 차이 때문에 북한주민은 남한의 법률에 근거하여 북한의 연금보험법에 따라 인정되던 수급권이 비로소 인정되는 것이 합리적이다. 따라서 독일의 외국연금법과 같은 성격의 법률이 제정되어 북한이탈주민이나 통일 후 북한주민의 연금보험 가입기간을 인정하는 방식을 결정할 때 북한에서 연금보험에 가입했던 기간을 국민연금법이나 공무원연금법에 따른 본인의 연금을 산정하는 경우에는 보험가입기간에 산입하되 다시 배우자의 유족연금을 산정하는 경우에는 산입하지 않는 방식을 채택하여 남한주민과 북한주민을 사실관계에서뿐만 아니라 법률관계에서도 서로 상이한 집단으로 취급하여 차등적으로 대우한다고 해도 합리적 근거가 존재한다고 볼 수 있다. 하지만 독일 연금보험법과 마찬가지로 북한에서 연금보험에 가입했던 기간을 국민연금법이나 공무원연금법에 따른 본인의 연금을 산정할 때만 보험가입기간으로 인정하고 다시 배우자의 유족연금을 산정할 때는 보험가입기간으로 인정하지 않으면 배우자는 일정기간 동안 수급권자가 되지 못해 유족연금 외에 유족이 받을 수 있는 다른 급여를 지급받을 수 없다는 점

78) 국민연금과 공무원연금을 포함한 지역연金的 비교에 대해서는 김 린, 지역연금과 국민연금의 관계에 대한 규범적 관점에서의 소고 - 공무원연금법 개정 논의를 중심으로, 사회보장법학 제3권 제2호(2014), 9 이하 참조.

79) 물론 국민연금과 지역연금의 연계에 관한 법률에 따라 「국민연금법」에 따른 가입기간, 「공무원연금법」에 따른 재직기간, 「사립학교교직원 연금법」에 따른 재직기간, 「군인연금법」에 따른 복무기간, 「별정우체국법」에 따른 재직기간은 연계될 수 있다. 이러한 연계제도의 내용과 문제점에 대해서는 남기창, 국민연금 연계제도 개선에 관한 연구: 독일 공적연금 연계제도를 중심으로, 경상논총 제34권 제2호(2016), 22 이하 참조.

에서 북한주민의 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하기 때문에 헌법재판소의 견해에 따르면 합리적 근거 유무를 확인하는 자의금지원칙이 아니라 엄격한 심사척도인 비례성원칙이 적용되어야 한다. 만약 평등심사의 기준을 합리성심사로 일원화하는 경우에도 북한에서 연금보험에 가입했던 기간을 유족연금의 산정에서 인정하지 않음으로써 발생할 수 있는 북한주민의 기본권에 대한 심각한 제한을 고려할 때 심사강도를 높이는 것이 타당하다고 판단된다.

그렇지만 여기서 반드시 고려되어야 할 점은 현재 남북한의 인구수가 2:1로<sup>80)</sup> 통일 당시 동서독의 인구수가 1:4이었던 독일의 경우와 달리 북한주민의 사회보장을 위해 남한주민이 부담해야 할 몫이 훨씬 크다는 점, 특히 통일 당시 동서독 경제규모의 차이와는 비교할 수 없을 정도로 남북한 경제규모는 현격한 차이를 보여<sup>81)</sup> 남한주민이 북한주민의 사회보장을 위해 져야 할 경제적 부담이 상상 이상의 것이 될 것이라는 점이다. 따라서 헌법재판소가 평등심사 기준으로 비례성원칙을 원용한다고 해도 남한주민이 부담해야 할 경제적 부담을 고려할 때 적극적 심사를 통해 위헌결정을 하기는 쉽지 않을 것으로 예상된다.

한편 북한에서 연금보험에 가입했던 기간을 유족연금의 가입기간에 산입하지 않으면 북한주민의 사회적 기본권이 제한되기는 하지만 이로 인해 북한주민의 재산권이 제한된다고 볼 수는 없을 것이다. 북한주민의 연금수급권은 북한에서 가입했던 연금보험기간을 인정하는 법률에 의해서 비로소 인정되는 법률적 권리이고 헌법적으로 보장되어 법률에 의해 침해될 없는 재산권으로는 볼 수 없기 때문이다.

80) 통계청 장래인구추계에 따르면 2016년의 남한 인구수는 50,801,405명이고, 북한 인구수는 24,896,511명이다. 국가통계포털(KOSIS) 참조.

81) 최근 5년간의 남북한 국민총소득(GNI)을 비교하면 다음과 같다.

남북한 국민총소득(GNI) 현황				
	남한		북한	
	국민총소득 (남한 10억 원)	1인당 국민총소득 (남한 만 원)	국민총소득 (남한 10억 원)	1인당 국민총소득 (남한 만 원)
2015	1,565,815.5	3,093.5	34,512.0	139.3
2014	1,490,763.9	2,956.5	34,236.0	138.8
2013	1,439,644.4	2,866.7	33,844.0	137.9
2012	1,391,595.5	2,782.9	33,479.0	137.1
2011	1,340,529.8	2,692.9	32,438.3	133.4

자료: 통계청 국가통계포털(KOSIS)

## V. 맺는 말

독일 외국연금법에서 이중수급금지원칙을 관철하는 방식은 통일 전의 북한 이탈주민이나 통일 후의 북한주민에 대한 이중수급금지원칙을 관철하기 위한 남한의 입법에 시사하는 바가 크다. 한반도를 대한민국의 영토로 규정한 헌법에 따르면 북한은 대한민국의 영토를 불법적으로 점령한 반국가단체이지만<sup>82)</sup> 북한주민은 대한민국 국민으로 간주된다.<sup>83)</sup> 이러한 논리에 따르면 대한민국 국민인 북한주민이 반국가단체인 북한에서 가입했던 연금보험기간은 남한에서 국민연금으로든 직역연금으로든 전혀 인정될 여지가 없다. 하지만 북한은 국가로서의 실체를 가지고 있고, 그 체제에 맞는 사회보장제도를 갖추고 있다. 따라서 통일 전의 북한이탈주민이나 통일 후의 북한주민을 남한주민과 동일하게 대한민국의 국민으로 보는 데는 현실적인 어려움이 많다. 따라서 통일 전의 북한이탈주민이나 통일 후의 북한주민이 북한에서 가입해 있던 사회보험제도, 특히 연금보험제도를 그대로 인정하기에도 난점이 있다. 여기서 헌법상 평등과 관련하여 사회보험제도에서 남한주민과 북한주민을 상이한 집단으로 보고 차별적 대우를 하는 것에 합리적인 근거가 있는지가 검토되어야 한다. 또한 이러한

82) 헌법재판소도 북한을 반국가단체로 보고 있다. 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6 등, 판례집 9-1, 1, 23: “소위 남북합의서는 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계” (전문 참조) 임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다. 따라서 남북합의서의 채택·발효 후에도 북한이 여전히 적화통일의 목표를 버리지 않고 각종 도발을 자행하고 있으며 남·북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있음이 엄연한 현실인 이상, 북한의 반국가단체성이나 국가보안법의 필요성에 관하여는 아무런 상황변화가 있었다고 할 수 없다.” 대법원 역시 북한을 반국가단체로 본다. 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결: “북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다고 보아야 하고, 남북정상회담의 성사 등으로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다고 볼 수는 없다.”

83) 대법원은 북한주민을 대한민국 국민으로 본다. 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결: “조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 남조선과도정부법률 제11호 국적에관한임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외국민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사정은 그가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다.”



차등적 대우로 인하여 북한주민의 재산권이 과도하게 제약되어 헌법상 보장된 재산권이 침해되는 것은 아닌지에 대해서도 검토가 필요하다. 독일 외국연금법이 서독주민과 동독주민을 상이한 집단으로 보아 차등적 대우를 한 것에 대해서 연방헌법재판소는 합리적인 근거가 존재하고 애초에 재산권 침해는 문제되지 않는다고 결정하는 것은 독일과 한국의 상황이 완벽하게 동일하지는 않지만 사회보장 영역에서 남한주민과 북한주민을 어떻게 대우해야 할 것인지에 대한 실마리를 제공한다. 평등심사에서 독일 연방헌법재판소가 적용하는 기준이 변화되었고, 이에 따라 헌법재판소의 평등심사기준도 변화된 점을 고려한다면 적어도 북한주민의 연금가입기간을 인정할지 여부를 결정하는 입법의 경우에는 엄격한 심사척도인 비례성원칙이 적용되어야 할 것으로 보인다. 물론 평등심사와 비례성심사를 엄격하게 구분하는 입장에서는 평등심사에서 비례성원칙을 적용하지 않고서도 심사강도를 높이는 방식으로 북한주민의 기본권을 충분히 보장하는 해결책이 제시될 수도 있다. 다만 헌법재판소는 남북한 주민을 동등하게 대우하도록 요구함으로써 입법자가 저야 할 재정적 부담을 반드시 고려해야만 한다. 추가적으로 헌법정책적으로는 독일 기본법 제131조처럼 통일 전 북한에서 북한주민에게 부여되었던 법적 연금수급권을 통일 이후에도 원칙적으로 인정하되 공무원법이나 조세법과 같은 법적 규율을 받는 영역에서만 예외적으로 배제하는 규정이 도입이 필요하다고 판단된다. 물론 이것은 헌법개정을 필요로 하는 사항으로 국민적 합의가 전제되어야 한다.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

김정순, 북한의 연로자보호법에 관한 연구, 2009 남북법제 연구보고서 II, 법제처, 2009.

유영재, 북한 사회주의노동법에 관한 연구, 2009 남북법제연구보고서 II, 법제처, 2009.

### ○ 논 문

김 린, 직역연금과 국민연금의 관계에 대한 규범적 관점에서의 소고 - 공무원연금법 개정 논의를 중심으로, 사회보장법학 제3권 제2호(2014).

김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구제9권 제3호(2008).

김주환, 평등권 심사 기준의 체계화, 강원법학 제31권(2010).

김진욱, 헌법상 평등의 이념과 심사기준 - 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기, 저스티스 통권 제134호(2013).

김진욱, 헌법상 평등의 이념과 심사기준(하) - 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기, 저스티스 통권 제135호(2013).

김해원, ‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?, 헌법학연구 제19권 제1호(2013).

남기창, 국민연금 연계제도 개선에 관한 연구: 독일 공적연금 연계제도를 중심으로, 정상논총 제34권 제2호(2016).

유은정, 평등권 침해여부의 심사척도에 대한 소고 - 헌법재판소의 구제대군인가산점판결을 중심으로, 서울법학 제20권 제1호(2012).

이미경/정우근, 북한 사회보장제도의 실증적 연구: 의료보장제도의 운영실태를 중심으로, 북한연구학회보 제7권 제1호(2003).

이승은, 남북한 산업재해보상관련 제도의 현황과 통합전망, 통일문제연구 제19권(1997).

이준일, 기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형, 공법연구 제29집 제1호(2000).

이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호(2012).

이준일, 사회적 기본권에 관한 헌법재판소의 심사기준, 헌법재판연구 제2권 제2호(2015).

정태호, 헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성, 헌법학연구 제19권 제3호 (2013).

## 동독주민의 서독계좌사용 제한의 위헌성

– 동서독 간 비상업적 지불거래를 규율한 군정청령 제53호 위헌결정 –  
(BVerfGE 62, 169–189. 1982. 11. 3.)

정 문 식\*

### I. 관련규정 등

#### 1. 관련규정

비상업적 지불거래(nichtkommerzielle Zahlungsverkehr)란 제2차 세계대전에서 독일이 연합군에 패배하고 동서독으로 분리된 후에, 독일지역 내에서 동서독 간의 대외무역거래에 해당하지 않는 지불거래의 일부를 의미한다. 이 거래는 초기에 1951년 9월 20일 서독 환율지역과 동독 환율지역 간 무역에 대한 협약(소위 베를린협약: Berliner Abkommen)을 통해서 규율되었다가 1960년 8월 16일 개정되었다. 그러나 다른 한편 이런 비상업적 지불거래에 대해서는 이미 연합군의 외환경제관련 법률들, 즉 외환경제와 물자이동 통제에 관하여 1949년 9월 19일 발효된 미국과 영국 군정청의 법령 제53호(이하 군정청령 제53호)와 외환경제와 물자이동 통제에 관한 1949년 9월 18일 프랑스 고위군사위원의 명령 제235호도 적용되고 있는 상황이었다. 특히 군정청령 제53호의 규정은 다음과 같다.

#### 군정청령 제53호 제1조(금지되는 거래)

1. 연합군정부 또는 연합군정부가 지정한 기관이 허가하는 경우를 제외하고,

---

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

다음 각 호의 내용을 대상으로 하거나 각 호와 관련된 모든 거래는 금지된다.

(a) - (b) 생략

(c) (연합군 통치)지역 내 재산적 가치를 가지는 것으로서, 재산권 가운데 직접적으로 또는 간접적으로, 전부 또는 일부가 (연합군 통치)지역 외의 사람에 의해서 통제되는 경우;

(d) - (h) 생략

## 2. 생략

...

### 군정청령 제53조 제10조(정의조항)

본 법률의 목적을 위하여 다음 개념이 적용된다.

(a) 생략

(b) “거래(Geschäfte)”는 소득, 수입, 대여 또는 대가를 받고 또는 대가 없는 수령, 이체, 판매, 임대, 이전, 송금, 수출, 부채, 저당 또는 그 밖의 처분, 지불, 상황, 대부, 보증의 인수 또는 본 법률에서 재산가치 있는 거래로 표시한 그 밖의 모든 거래를 의미한다.

(c) “재산가치”는 모든 재산가치와 모든 외환가치가 있는 것을 포함하여 이와 관련된 모든 종류의 권리를 포함한다.

(d) - (f) 생략

(g) 본 법에서 “지역”은 바이에른, 브레멘, 헤센, 뷜르텐베르크-바덴, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌, 쉴레스비-홀스타인, 라인란트-팔츠, 뷜르텐베르크-호헨졸른, 바덴, 한자슈타트 함부르크, 본 법률이 발효된 날 그 지역에 속한 곳

(h) - (i) 생략

## 2. 관련규정의 제정 배경과 집행

지불거래와 자본거래 분야에 있어서 군정청령 제53호의 집행권한은 독일이 연합군에 패전하기 전 기존의 연방은행이었던 제국은행(Reichbank)의 후신이며, 현 독일연방은행의 전신인 독일주은행(Bank deutscher Länder: BdL)으로 이양

되었다가, 다시 현 독일연방은행(Deutsche Bundesbank)으로 이양되었다. 이 규정으로 인하여 동독(Deutsche Demokratische Republik: DDR) 지역에 사는 주민들이 서독 지역에 예금계좌를 가지고 있는 경우, 이 예금계좌의 금액을 처분하기 위해서는 독일연방은행의 허가를 획득해야 했다. 다만 군정청령 제53호는 언제 예금계좌의 금액처분에 대한 제한이 면제되는지, 즉 허가요건에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않아서, 독일연방은행은 비상업적 거래 중에서 특별한 상황에 해당되는 경우에 한하여 일반허가(Allgemeine Genehmigungen)를 인정하였지만, 그 외에는 개별적으로 허가신청을 받아서 심사한 후에 처리하였다.

동독은 1956년 동베를린에 게넥스 선물유통회사(Genex Geschenkdienst GmbH: 이하 게넥스)를 설립하여 대외무역의 일부를 관장하였는데, 동독 시민들을 위한 대외무역상품들은 이 회사를 통해 구입 및 판매되었다. 동독시민이 외국의 물품을 구입하려면 게넥스를 통해서 물품을 구입하고, 서독에 있는 자신의 예금계좌를 통해서 게넥스에 대금을 지불할 수 있었다. 그런데 독일연방은행은 동독시민이 이러한 거래를 위하여 허가를 요청하는 경우, 동독시민이 곤궁한 상태(Härtetfälle)에 해당하는 경우에만 그 예금계좌를 통한 지불을 허가하였고, 곤궁한 상태인지 여부에 대해서는 개별적으로 심사하였다.

그러다가 1974년 4월 25일 서독과 동독은 각각 자가지역의 시민들이 상대지역에 소유하고 있는, 지불이나 이체가 제한되거나 금지된 계좌(지불제한계좌 또는 지불금지계좌)와 생계비에 관한 협약을 체결하였다(소위 이체협약: Transfervereinbarung). 독일연방은행은 이에 따라 서독에 있는 예금계좌에서 동독지역으로 예금이체에 대한 신청이 들어오면 개별적으로 허가를 인정하였다. 그리고 다시금 서독과 동독은 1978년 11월 16일 동 협약에 대한 추가의정서에 합의하여, 1979년부터는 일괄적으로 곤궁상태에 대한 규정이 적용되었다. 즉, 게넥스를 통해서 구입한 물건이 개인적인 사용이나 서독 지불금지계좌의 동독 예금주의 사용 또는 예금주의 가족을 위한 사용에 해당하는 경우에는 기본적으로 허가가 인정되었다. 대신 그 전까지는 곤궁한 경우 연간 1만 5천 독일마르크까지 게넥스에 지불이 허가되었던 금액의 최대한도가, 새로운 규정에 의해서는 연간 일괄적으로 5천 독일마르크까지만 허용되었다.

독일연방은행의 보고에 따르면, 1980년 동독 시민들의 지불금지계좌에서 게넥스에 지불된 액수는 대략 3천만 독일마르크로 추산된다. 다른 한편 헌법소원

심판청구인의 대리인이 추산한 바에 따르면, 서독에 지불금지계좌를 가지고 있는 동독시민의 예금총액은 대략 1억 독일마르크에 이르렀다.<sup>1)</sup>

## II. 사건 개요(사실관계)

### 1. 자동차 대금지급허가신청에 대한 독일연방은행의 거절과 하급심 결정

동독지역에 사는 청구인은 유산상속을 통하여 서독에 있는 예금계좌(1972년 5월 현재 잔고 6,354.44독일마르크)의 예금주가 되었다. 청구인은 1971년 계백스를 통해서 승용차 구입과 운전면허를 취득하고자, 코펜하겐에 있는 회사에 4,749독일마르크를 지불해 줄 것을 독일연방은행에 신청하였다. 그러나 독일연방은행은 청구인의 경우는 곤궁상태에 해당하지 않는다고 이를 불허하였고, 이에 청구인은 행정법원에 소를 제기하였다. 행정법원은 동서독 간 비상업적 지불영역에서는 현실적으로 예금지급이나 자금지불을 위한 자유로운 처분이 불가능하여 헌법에 부합하지 않는 상황이 지속되고 있지만, 동서독의 분리라는 특수한 상황 속에서 그 정도의 제한에 관한 규정은 충분히 명확한 내용이며, 수용가능하고 외환정책 목적상 재산권에 대한 제한은 헌법적으로 정당화 된다고 설시하였다. 청구인은 이에 주행정법원에 항소하였으나, 주행정법원 역시 외환거래의 통제를 위하여 그 규제목적이 정당하고, 규정의 내용도 충분히 명확하다며 청구인의 항소를 기각하였다.<sup>2)</sup>

### 2. 독일 연방행정재판소 판결

연방행정재판소(BVerwG)도 현재 상황이 위헌적인 상황이 아니기 때문에 균정청령을 개정할 연방입법자의 입법의무는 없으며, 균정청령 제53호 제1조도 명확성원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다. 또한 외환거래규제라는 목적도

1) BVerfGE 62, 169 (172).

2) BVerfGE 62, 169 (172 f.).

분명하므로 외환거래의 허가를 받기 위해서는 이를 인정할 만한 예외적인 근거가 필요하고, 개별적인 상황에서 특수한 상황이 적절하게 반영되지 않은 것도 아니라며 상고를 기각했다. 연방행정재판소는 균정청령 규제가 독일연방헌법 제14조의 재산권보장조항에 위반되지 않고, 비례원칙에도 위반되지 않으면서 외환거래의 감시와 물자거래의 통제를 보장할 수 있다고 평가하였다. 잠정적으로 제한되고 있는 예금계좌의 이체와 처분에 관한 제한을 새로운 규정(입법)을 통해서 해결할 것인지 여부에 대해서는 서독정부에 판단여지가 있다고 보았다.<sup>3)</sup>

연방행정재판소는 특히 비상업적 예금거래는 서독과 동독의 모든 관련당사자를 고려하여 전체가 하나의 문제로서 해결되어야 한다고 보았다. 즉, 동독에 계좌를 가지고 있는 서독인의 법적 지위와 함께, 서독에 계좌를 가진 동독인의 법적 지위도 고려하여 예금거래문제를 해결해야 한다는 것이다.

연방행정재판소는 균정청령 제53호 제1조 제1호 제c호에 규정된 거래금지가 외환관리와 외환통제에 기여하는 바가 있고, 또한 외국환 지역에서 독일마르크 지역으로 영향을 미칠 수 있는 재산가치 있는 것에 대한 처분을 통제해야 한다고 보았다. 그런데 청구인이 신청한 처분의 액수는 비상업적 거래의 통제를 회피할 수 있는 정도로서, 이에 대하여 일반적으로 허가를 한다면 균정청령의 입법목적 달성이 침해될 수 있다고 보았다.

당시까지 청구인에게 발생한 소송비용은 1,644.12독일마르크였는데, 독일연방은행이 청구인의 계좌에서 압류처분을 통해 이 금액을 인출하였다. 이로써 청구인은 남은 예금액만으로는 본래 구매하고자 했던 승용차 대금을 지불할 수 없게 되었다. 그 밖에도 1979년 이후 법적 상황이 변화되어, 본래 청구인이 원했던 승용차구매에 대한 거래대금의 이체허가신청에 대해서는 잔고만 충분하다면 허가를 얻을 수 있도록 상황도 변화였다.

### 3. 청구인의 주장

청구인은 독일연방은행의 허가신청에 대한 거부가 독일연방헌법 제20조 제2항과 제3항의 법치국가원리와 관련하여 청구인에게 보장된 제1조(인간존엄),

3) 이하의 내용은 BVerfGE 62, 169 (173 ff.) 참조.



제2조(일반적 행동자유), 제3조(평등), 제14조(재산권) 등의 기본권을 침해하였다고 주장하였다. 또한 서독의 입법기관이 군정청령 제53호 폐지 시까지 비상업적 지불거래와 관련된 내용을 입법해야 할 의무를 진다고 주장하였는데 구체적인 내용은 다음과 같다.<sup>4)</sup>

청구인은 첫 번째로 군정청령 제53호 제1조가 불명확한 일반조항으로서 명확성 원칙에 위반되는데, 연방행정재판소의 판결은 행정의 재량을 제한하고 개인의 권리를 보장하는 명확성 원칙의 의미를 오인하였다고 주장했다. 허가제도는 일반적으로 금지되는 자유를 기본적으로 인정해 주는 것이 원칙이고, 예외적으로 허가를 거부하는 것이 타당함에도, 연방행정재판소는 허가를 예외적인 것으로 평가했고, 언제 예외적으로 허가를 인정할 것인지를 독일연방은행의 재량에 따라 결정하도록 한 것은 결국은 권력분립원칙에 위반된다는 것이다.

두 번째로는 연혁적인 측면에서 볼 때, 연합군 군정청에게는 외국과 관련된 모든 재산가치들, 특히 외환거래가 문제되었다. 따라서 마샬플랜에 따른 지원금이나 독일 재건에 관한 경제가 주요한 문제였고, 사실상 소련통치 하에 있는 동독지역과의 무역은 부차적인 문제였다. 그런데 연방행정재판소는 당시 군정청령 입법자가 고려하지 않았던 의도를 기반으로 군정청령의 입법목적을 평가했으며, 이는 공권력이 정치적 상황에 따라 법률을 해석하는 것이므로 이 또한 명확성 원칙에 위반된다고 주장했다. 법률의 의미는 국가기관이 자의적으로 활동영역을 설정할 수 있을 정도로 불명확하게 규정되어서는 안 되기 때문이다. 그 당시 동독정부는 독일(서독)연방헌법에 기속되지 않는 국가기관에 해당하는 데, 독일인의 기본권행사를 헌법에 기속되지 않는 국가기관(동독정부)의 정치적 의사에 종속되는 결과를 가져오도록 해석해서는 안 된다.

세 번째로 제2차 세계 대전에서 독일의 패망 이후, 연합군의 지배하에 있던 예외적인 상황이 독일연방헌법재판소의 결정 당시에는 더 이상 존재하지 않는다고 청구인은 주장했다. 연합군 점령 시부터 잠정적으로 규율하던 군정청령 규정이 30년이 지나서 청구인의 허가신청 당시에도 유지되었다는 것은 군정청령이 더 이상 잠정적인 규정이 아니라 장기간 효력을 발휘하는 위헌적인 재산권의 압류에 해당한다는 것이다. 이는 기본권주체의 재산권행사를 평생 배제하게 되는 결과를 야기하는 것으로서 비례원칙에 위반되는 재산권에 대한 위헌

4) 이하의 청구인 주장내용은 BVerfGE 62, 169 (175 ff.) 참조.

적인 침해가 발생하는 것이라고 주장했다.

네 번째로 동독에 예금계좌를 가지고 있는 서독 국민의 경우에도 자유롭게 예금을 처분할 수 없기 때문에, 상호/호혜주의(Gegenseitigkeit)를 근거로 동독인의 예금계좌에서의 이체처분에 대한 허가를 예외적으로 인정할 수밖에 없다는 독일연방은행의 변명도 정당하지 않다고 주장했다. 서독인들의 동독지역내 재산가치는 동독인들이 서독지역에서 자신들의 권리를 이용하는 것과 관계가 없고, 동독인들의 기본권이 서독인들의 기본권보다 서독에서 가치가 적은 것도 아니기 때문이다. 독일의 공권력은 특정 집단(서독시민)의 이익을 실현하기 위하여 다른 집단(동독시민)의 기본권을 제한해서는 안 된다고 주장하였다.

마지막으로 군정청령 제53호는 평등권에 있어서도 문제된다고 주장했다. 서독에 재산가치를 소유한 사람들 중에 동독시민들만이 독일연방은행의 허가에 의해서만 자신의 계좌를 처분할 수 있는 유일한 집단으로 차별받기 때문이라는 것이다. 서독인조차 동독에 있는 친척들에게 쉽게 선물이나 예금 등을 송부하거나 송금할 수 있는데, 서독에 예금계좌를 가진 동독인만 서독 국가기관의 허가를 구해야하기 때문이다. 청구인은 자신이 이전에 독일제국에 속하였고 현재도 서독과 깊은 관련이 있는 지역(동독)에 있다는 이유만으로 예금이체에 있어서 차별받고 있기 때문에 독일연방헌법 제3조 제3항의 평등권에도 침해된다고 주장했다.

## 4. 연방정부 측 주장

### (1) 연방경제부장관

서독정부를 대표한 연방경제부장관은 군정청령 제53호가 발령 후 장기간 효력을 유지했음에도 그동안 별 문제가 없었기 때문에, 이를 대체할 새로운 법률도 제정되지 않았다고 밝혔다. 또한 서독정부가 법률을 제정하더라도 일반조항의 형태로 유지될 수밖에 없고, 무엇보다 새로운 법률을 제정하더라도 - 동서독은 통일 이전까지 연합군이 동서베를린에 주둔하여 일정한 권한을 행사하는 등 - 서베를린에 있는 연합군 측에 유보되어 있는 권한(Vorbehaltsrechte)때문에 독일지역 내에서 전체적으로 통일된 법질서의 구축과 실현이 위태롭게 될 수

있다고 주장했다. 제2차 세계대전 이후 동독과 서독 간 역사적 배경뿐만 아니라, 동독과 서독 간의 발전과정에서 인적·법적·경제적 복잡성 때문에 양 독일 간 일반적이고 포괄적인 해결책이 필요한 것은 사실이다. 이 때문에 기존의 연합군 군정 당시 법령을 가능한 빠른 시일 내에 해소하는 것도 필요한 것으로 보인다. 연방경제부 장관은 서독정부가 이런 문제를 동독과 함께 해결하려고 지속적으로 노력해왔다고 주장했다.<sup>5)</sup>

연방경제부 장관은 군정청령 제53호에 규정된 독일 내 비상업적 거래에 대한 허가유보부 일반적 금지에 대해서 그동안 헌법적 문제는 발생하지 않았다고 주장했다. 동 규정이 법치국가원리에 위반되는 것도 아니며, 예외적으로 허가를 부과하는 내용과 범위는 법령의 의미와 목적으로부터, 그리고 양 독일 간 지역적 특수성과 연혁을 고려하면 충분한 명확성을 가지고 추정할 수 있다고 보았다. 대상 규정은 통화를 보호하며, 일반적인 정치적 이해관계를 고려하여 안전한 경제질서를 가능케 한다고 주장하였다. 연방경제부 장관은 동독과의 자본거래에 있어서 효과적인 통제는 특히 허가유보부 금지를 통해서만 달성할 수 있으며, 이를 통해 군정청령의 집행은 법치행정원리와 비례원칙에 위반되지 않는다고 주장하였다.

또한 군정청령 제53호에 규정된 제한행위는 독일연방헌법 제14조 제1항 제2문에 규정된 재산권의 내용과 한계에 해당하는 것이며, 제3조 제1항의 평등원칙에도 위반되지 않는다고 주장했다. 서독에 예금계좌를 소유한 동독거주자와 동독에 예금계좌를 소유한 서독거주자를 비교해볼 수 있는데, 동독거주자는 서독거주자와 동등하게 대우받을 뿐만 아니라 반대로 우대될 수도 있기 때문이다. 만일 서독행정청이 동독거주자에게 무제한의 처분권한을 허용하면 동독정부는 서독인의 동독 내 재산가치를 정당하게 규율할 이유를 점차 상실할 수도 있다. 또한 허가에 관한 행정실무에 있어서도 자유주의 경향이 점차 강해져 허가가 빈번하게 허용되고 있는 것이 현실이다.

군정청령 제53호는 다른 측면에서 동독거주자의 이익도 보호하는데, 예컨대 동독정부가 동독거주자의 의사에 반하여 재산을 강제로 박탈하고자 시도하게 될 경우, 서독행정청(독일연방은행)은 허가를 거부함으로써 이를 방지할 수 있기 때문이다.

5) 이하 독일 연방경제부 장관의 주장내용은 BVerfGE 62, 169 (177 ff.) 참조

독일연방헌법재판소는 외국에서 획득한 연금청구권을 행사하여 독일에 거주하는 연금수령자에게 지급할 수 있도록 압력을 가하기 위하여, 외국인이 독일에서 획득한 연금청구권을 외국에서 행사하는 것을 통제해서는 안 된다고 결정한 바 있다.<sup>6)</sup> 그러나 그 사안은 당해사건에서 다루는 사안과는 다른 측면이 있다. 이전 결정에서는 연금수령과 관련하여 전혀 재량 등의 여지가 없는 엄격한 규정이 문제가 되었던 것이다. 당시 청구인은 동일하게 외국에 거주하면서 연금청구권을 행사하는 독일인에 비해서 차별을 당하는 것이었고, 연금관련 법규의 효력범위에 있어서 외국에 있다는 이유로 차별을 당하여 이중으로 차별을 겪고 있는 상황이었다. 다른 한편 본 사안은 동독에 거주하는 독일인의 예금계좌 금액을 제한하는 것이 아니라, 예금의 이체를 제한한다는 점에서도 차이가 있다.

## (2) 독일연방은행

독일연방은행은 기본적으로 청구인의 헌법소원이 적법요건을 갖추지 못하였고, 이유도 없다고 평가하였다. 먼저 독일연방은행이 허가신청을 인용하지 않았어도 청구인에게는 중대한 불이익이 발생하지 않았다고 보았는데, 청구인이 신청한 승용차는 단지 서독에 있는 가족들을 방문하거나 여행을 떠날 때 정도로만 이용할 목적이었기 때문이다. 그런 상황은 생활상 곤궁한 경우(Härtefall)에 해당하지 않는다고 본 것이다. 또한 시간이 지나 연방헌법재판소 결정 당시에는 계닉스를 통한 자동차 구매 허가가 현실적으로도 가능해졌다. 물론 그 동안 행정소송을 거치느라 청구인 예금계좌의 금액이 감소하기는 했지만, 소송비용은 본래 본인이 부담하는 것이며, 청구인의 경우에는 그 비용도 문제가 될 정도로 많은 액수는 아니라고 보았다.<sup>7)</sup>

독일연방헌법재판소의 연금청구권 관련 이전 결정에서 문제가 된 사안에 비하여 본 사안에서는, 청구인 예금계좌의 예금액이 청구인의 생명권이나 생활 등에 영향을 미치지 않는다는 점에서 차이가 있다. 또한 연금은 법률에 의하여 강제로 관련 당사자가 기여금을 지급하고 국가의 지원이 있었던 것이지만, 예

6) BVerfGE 51, 1.

7) 이하의 독일연방은행 주장내용은 BVerfGE 62, 169 (179 ff.) 참조

금의 경우에는 전혀 그런 성격이 아니며 국가의 지원도 없는 순전히 개인의 재산에 관한 것이다.

다른 한편 물건을 구입하고 계백스를 통해 이체하는 것은 대금지급을 목적으로 하는 것으로서 부진정 이체절차에 해당하는 것으로서, 사실상 동독과 체결한 이체협약과 관련된 내용에 해당되는 것도 아니다. 동독은 연방헌법재판소의 결정 당시까지도 그와 관련하여 동독인의 이해나 동독에 계좌를 가진 서독인의 이해를 고려하여 서독정부와 어떤 협상노력도 기울이지 않았다.

상호주의 또는 호혜주의원칙 측면에서 본다면 서독과 동독이 체결한 지불금지계좌에 관한 협약 내에서 동독시민이 이체하는 만큼 서독시민에게도 이체가 허용되어야 하는 것이다. 동서독 간 체결된 지불금지계좌협약을 무시하고 일방적으로 동독으로만 자금이체가 발생하면, 동독 시민들 뿐만 아니라 동독 정부도 지불금지계좌협약에 대한 이해관계나 관심을 상실할 뿐만 아니라, 동독정부 측에서는 동서독 간 비상업적인 거래에 대한 규율을 새롭게 정립할 필요성도 줄어들게 될 것이다. 따라서 독일연방은행은 이러한 상호주의 측면에서 예금이체에 대한 재량권한을 행사한 것이므로, 청구인의 헌법소원심판 청구는 부적법하고 이유가 없다고 보았다.

### III. 주요 쟁점

본 대상결정에서 헌법적으로 중요한 쟁점은 크게 둘로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 군정청령 제53호의 외환거래에 대한 제한관련 규정이 법치국가 원리 내지 명확성 원칙을 위반하였는지 여부 문제이다. 군정청령 제53호의 규정은 그 내용이 상당히 불명확한 용어들로 이루어져 있는데, 이를 근거로 예금이체를 거부하고 재산권을 제한할 수 있는가 하는 점이다. 재산권의 제한을 위해서는 그 제한의 범위와 한계가 명확하게 규정되어야 하는데(명확성 원칙), 대상 규정에는 그러한 명확한 내용이 나타나 있지 않으므로 명확성 원칙에 위반되는지, 이를 통해서 법치국가원리가 침해되는 것은 아닌지 문제가 되는 것이다.

두 번째는 동독인이 서독에 있는 계좌로부터 예금을 이체하는 행위를 통제하는 것이 기본권으로서 재산권에 대한 위헌적인 제한인지 여부이다. 자동차구

입을 위한 대금지급의 필요에 따라 예금이체를 신청했는데, 행정청이 이러한 예금이체의 신청을 거부한다면 이는 독일인의 재산권을 강제로 제한하는 것으로서 합헌적인 재산권 제한이라고 할 수 있는지 여부가 문제된다.

## IV. 결정 요지

### 1. 청구의 적법성

독일연방헌법재판소는 청구인의 헌법소원심판청구를 적법한 것으로 보았다. 비록 독일연방은행의 허가관행이 사실상 완화되어 헌법소원심판 신청 당시에는 불가능했던 허가가 연방헌법재판소 결정 당시에는 허가를 득할 수 있을 정도로 변화되었다고 해도, 청구인의 권리보호이익은 여전히 존재한다고 판단했다. 물론 그 때까지 소송비용이 너무 많아서 예컨대 서독 예금계좌에 예금액이 줄어들어 승용차를 구입할 수 없을 정도였다면 헌법소원심판청구는 각하될 수 있었을 것이다. 그러나 당시 청구인에게는 자신이 주장하던 기본권침해를 배제할 수 있는 방법이 헌법소원심판청구밖에 없었고, 이는 결정 당시까지 유지되었다고 본 것이다.<sup>8)</sup>

### 2. 본안판단

#### (1) 독일연방헌법체제 하에서 연합군 군정청령의 합헌적 대체의무

먼저 독일연방헌법재판소는 군정청령 제53호를 독일 내 비상업적 지불거래에 적용하는 것이 헌법적으로 여전히 허용되는지에 대해서 의문을 제기하였다. 문제가 된 군정청령 제53호는 제2차 세계대전 후 패망한 독일에 주둔한 연합군 측의 법령인데, 연방헌법재판소는 독일연방(서독)의 입법자가 이 연합군 법령을 대체하는 입법을 수행할 헌법적 의무가 있었는지 판단할 수 있다고 보았다.<sup>9)</sup> 물론 군정청령 제53호는 법적으로 뿐만 아니라 정치적·역사적으로 상당

8) BVerfGE 62, 169 (181).

9) BVerfGE 15, 337 (350).

히 예외적인 상황에서 출현한 규범이지만, 독일 정부는 이에 대해서 어떤 영향도 미치지 못했다. 또한 예외적인 상황에서 출현한 잠정적 규정을 예측할 수 없을 정도로 장기간 유지하는 것도 기본적으로는 그 규범의 정당성이 문제가 될 수 있다. 군정청령 제53호가 제정된 지 35년이나 경과했는데도 앞으로 어느 정도나 지나야 이러한 상황이 해결될지 알 수 없다면, 독일연방헌법이 지배하는 일반적인 상황에서 그러한 규정에 대한 헌법적인 의구심이 발생하는 것을 피할 수 없다고 본 것이다.

## (2) 대상조문의 위헌성

군정청령 제53호의 위헌성 의심은 먼저 제1조 제1호 제c호의 비상업적 지불거래에 대한 허가유보부 거래금지규정에서 도출된다. 본 규정은 독일연방헌법 제14조 제1항 제2문 재산권의 내용과 한계를 정하는 법규정에 해당한다. 내용과 한계를 정하는 법규범의 형식적 측면에서 본다면, 입법자는 “법률을 통해서” 재산권의 내용과 한계가 설정됨을 유의해야 하는데 당해 군정청령은 그러한 법률에 해당하지 않는다. 재산권 조항은 자유를 보장하는데 기본적인 의미를 가지고 있다는 점에서 본다면, 입법자는 재산권 행사가 제한될 수 있는 전제조건을 스스로 확정해야 할 의무가 있는 것이다. 재산권 제한의 범위는 규정의 내용과 목적에 따라서 그리고 어느 정도 제한될 수 있는지 충분히 특정하고 예상할 수 있도록 규정되고, 집행권자에게도 명확하게 권한이 설정되어야 한다.<sup>10)</sup>

재산권 제한법령의 집행권자는 행정의 합법성원칙과 권력분립원칙에 따라 법률을 집행해야 한다. 따라서 입법자는 국가 공권력을 상대로 공식적인 법적 한계를 명확하게 설정할 필요가 있다. 법률은 행정권에 대해서 권한행사의 범위와 한계를 내용적으로 규율해야 하는 것이지, 일반적인 원칙에 근거하도록 규정해서는 안 된다. 또한 법치국가원리에 따른다면 기본권과 관련된 규정들은 그 내용과 전제요건이 명확하게 규정되어 적용대상자가 법적 상황을 확실하게 인식하고 자신의 행동을 그에 따라 결정할 수 있도록 규정되어야 한다.<sup>11)</sup> 입법

10) BVerfGE 58, 137 (146).

11) BVerfGE 21, 73 (79).

자가 기본권 행사에 허가절차를 도입하는 것이 필요하다고 판단했다면, 어떤 조건 하에서 허가가 인정될 것인지 그리고 어떤 이유로 허가가 거부될 것인지가 법률로부터 도출될 수 있어야 한다는 것이다.<sup>12)</sup>

연방헌법재판소는 군정청령 제53호 제1조 제1호 제c호가 신청인이 어떤 경우에 행정청으로부터 허가를 얻을 수 있는지 또는 거부될 것인지에 대한 문제를 예측할 수 있도록 명확하게 규율하지 않았다고 판단하였다. 독일연방은행은 독일연방헌법상 독립된 기관으로서 다른 국가기관의 통제를 받지 않고 있는 독립된 행정기관이다. 연방헌법재판소는 명확하지 않은 근거 법령 때문에 어떤 기준 하에서 비상업적 거래에 대하여 허가를 내줄 것인지에 대하여 아무런 통제 없이 광범한 재량을 가지고 행정청인 독일연방은행 스스로가 결정할 수 있는 여지가 발생하게 되었다고 평가하였다.

### (3) 군정청령의 재산권 제한 여부

재산권의 내용과 한계를 정하는 법규범은 형식적 법률로 제정되었다는 이유만으로 합헌이라고 할 수는 없고, 내용적으로도 독일연방헌법에 합치되어야 한다.<sup>13)</sup> 다른 한편 재산권의 내용과 한계를 정하는 법규정은 규율대상이 되는 재산권의 사회적 의미, 사회적 관련성 그리고 규율목적 등 측면에서 재산권에 대해서 일정하게 사회적 제약을 가할 수 있지만, 수인할 수 있는 제약을 넘어 너무 과도한 부담을 가하거나 재산권자에게 수인할 수 없는 정도의 제한을 가해서는 안 된다.<sup>14)</sup> 또한 재산권을 제한하는 목적뿐만 아니라 그 수단도 헌법에 합치해야 한다.

군정청령 제53호의 모든 규제목적이 헌법에 부합한다고 보기는 쉽지 않다. 특히 제1조의 목적은 법률에 명시적으로 표현되지 않았기 때문에 군정청령과 그 규율대상이 되는 생활영역과 관련성 속에서 목적을 도출할 수밖에 없다. 하지만 이 법규범의 목적을 도출하는 데 있어서, 본래 군정청령을 제정했던 당시 주관적 목적에만 초점을 맞출 필요는 없고, 오히려 객관적으로 확인할 수 있는 법규범의 목적을 설정하는 것이 더 중요하다. 법규범의 목적과 내용이 객관적

12) BVerfGE 52, 1 (41).

13) BVerfGE 52, 1 (27).

14) BVerfGE 58, 137 (148).



으로 명확하게 나타날 수 있다면 입법자가 법률을 개정할 필요는 없는 것이다.

### 1) 군정청령 제53호의 입법목적

본래 군정청령 제53호의 목적은 패전 후 외국에 있는 독일 자산의 박탈과 상실로부터 이를 방지하고, 모든 외환가치가 있는 거래를 통제함으로써 독일의 재건을 재정적으로 보장하는 데 있었다.<sup>15)</sup> 또한 당해 법규범의 목적은 처음부터 독일의 외환경제를 규제하고, 외국과의 지불거래가 제대로 이루어지도록 하기 위한 것으로서<sup>16)</sup> 법률의 목차에도 (개정 전에는 “외환경제”로, 개정 후에는 “외환경제와 재화거래 통제”로 표기되어) 잘 나타나있다. 단지 이러한 규제가 독일 행정당국으로 이전되면서 2차적인 목적이 전면에 나타나게 된 것이었다. 이 법규범은 이때부터 대외무역을 효과적으로 통제하고 조정하며, 독일경제를 차근차근 재건하는 데 기여했다. 다만 이후에 대외경제법이 제정되면서 대외무역분야에서는 군정청령 제53호가 효력을 상실하였다.

동서독 간 거래와 관련해서 군정청령 제53호는 서독에 예금계좌를 가진 동독 거주자들이 동독 당국으로부터 재산을 박탈당하는 것을 보호하는 것이 목적이 되었다. 동독 거주자들이 부당한 동독정부의 압력때문에 강제로 예금계좌의 금액을 동독으로 이체하는데, 서독정부가 이를 아무런 통제없이 허용하게 된다면, 이 또한 동독시민들의 재산권을 보호하지 않는 것이 될 수 있기 때문이다. 따라서 발생할 수도 있는 동독정부의 부당한 압력행사를 확인하기 위하여 동독 거주자들의 예금이체신청에 대해 행정청이 심사하게 된 것이다.

그 밖에도 군정청령 제53호는 동서독 간 관계에서 상호호혜원칙을 준수하고 보장하는 것을 목적으로 한다. 독일 행정법원의 확립된 판례에서는, 동독에 예금계좌를 소유한 서독인들의 이익을 지키기 위하여 이 원칙을 실현하는 것이 군정청령 제53호의 목적이라고 인정하였다.<sup>17)</sup> 이러한 목적은 실무에서 특히 독일연방은행의 허가절차에서도 기본적인 것으로 확립되었다.<sup>18)</sup>

15) Eugen Langen, Kommentar zum Devisengesetz, 3.Aufl., 1958, B, II Rn.2; Heinz Friedrich Schulz, Außenwirtschaftsrecht, 1965/1966, S. 10.

16) Eugen Langen(각주 15), C, II Rn.1.

17) Urteil d. OVG Lüneburg v. 12. Juni 1979 - IX OVG A 82/77; OVG Berlin v. 4. April 1979 - OVG I B 165.76.

18) BVerfGE 62, 169 (185).

## 2) 이체허가금지의 재산권 침해 여부

외환경제와 외환통제라는 목적을 추구하는 것 자체는 헌법적으로 문제될 여지가 없다. 동서독 간 거래를 독일 내 거래로 간주하고, 동서독 간 비상업적 지불거래를 조정하고 통제하는 것도 필요하다. 또한 부당한 국가공권력의 침해로부터 예금계좌주를 보호하는 것도 독일연방헌법 제14조의 재산권 보호범위에 해당하기 때문에 정당한 입법목적으로 볼 수 있다. 다만 동서독 간 비상업적 지불거래에 있어서 연방헌법재판소의 결정 당시까지 남아서 제한되고 있는 예금총액이 그렇게 많지 않은데도, 허가유보부 금지를 정당화할 수 있는지에 대해서는 연방헌법재판소가 의문을 표시했다.<sup>19)</sup>

다른 한편, 군정청령 제53호를 적용함으로써 오히려 동서독 간의 관계에서 상호호혜주의원칙을 무너뜨리는 결과를 가져온다면, 이는 법치국가원리와 관련하여 헌법 제14조의 재산권보장 이념에 위반되는 것으로 볼 수 있다. 상호호혜주의원칙 자체가 문제되는 것은 아니다. 그러나 그러한 목적추구가 본래 의도했던 결과를 가져오지 않는다면, 목적을 위하여 도입되었던 수단이 적정한지 여부는 상세히 살펴보아야 한다.<sup>20)</sup>

군정청령 제53호가 동서독 간 상호호혜주의를 실현하기 위한 목적을 달성하려면, 동독 시민들이 서독에 있는 자신의 예금계좌를 자유롭게 처분할 수 있어야 할뿐만 아니라 서독 시민들도 동독에 있는 자신의 예금계좌를 자유롭게 처분할 수 있어야 한다. 동독 시민들이 서독 예금계좌의 금액을 처분하는 데 제한을 당한다면, 동독 정부는 1978년 지불금지계좌협약을 통해 이체의 제한문제를 해결하기 위하여 노력하게 될 것이다. 동독시민인 청구인이 헌법소원심판을 청구할 당시에는 그러한 방법을 활용할 수 없었다. 서독 행정청은 청구인이 서독에 있는 자신의 계좌를 처분하는 것을 거부하였는데, 이는 서독시민에게 동독에 있는 자신들의 예금계좌를 처분할 수 있는 가능성을 부여하기 위하여 서독 행정청이 허가유보부 이체금지라는 특정하게 제한된 방식을 요구함으로써 청구인의 계좌처분 가능성을 제한상태에 둔 것이다. 즉 동독인은 계백스를 통한 물품구입의 방식, 서독예금계좌를 통한 간접적 이체방식 등으로 자신의 예금액에 대한 처분가능성을 제한받은 것이다.

19) BVerfGE 62, 169 (185).

20) BVerfGE 51, 1 (24).

그러나 독일연방헌법 제14조 제1항의 재산권은 다른 사람들의 정당한 사무와 권리행사를 위한 “저당물(Faustpfand)”로서 사용되어서는 안 된다. 즉 동독에 있는 지불금지 또는 지불제한계좌에 대한 서독인들의 자유로운 이체행위를 보장하기 위하여, 동독인들의 서독에 있는 지불금지계좌에서 자유로운 이체를 제한하고, 이를 서독인들의 재산권보장을 위한 담보수단으로 활용해서는 안 된다는 것이다. 재산권을 악용하는 것은 입법자의 광범한 형성재량권한이 인정되는 분야에서 마찬가지로 허용되지 않는다.<sup>21)</sup> 독일국적자의 기본권이 문제가 되는 분야에서, 또는 국가의 급부가 아니라 기본권 제한이 문제가 되는 분야에서, 헌법상 보장되는 기본권은 최대한 보장되어야지 최소한으로 보장되어서는 안 되는 것이다. 물론 본 사건에서는 예금계좌에 적립된 금액은 청구인의 생존에 관련되었다기 보다 단순히 생활을 개선하는 정도로 기여하는 것이고, 앞에서 언급한 외국에 거주하는 외국인의 연금청구결정에서는 개인의 생활비 지출에 기여하는 것이므로 차이가 있다. 그렇다고 해도 두 사안은 일정한 기본권 제한을 통해서 정당한 권리행사를 어렵게 만들고, 이를 통해 다른 사람들의 권리행사를 보장하는데 아무런 영향을 미치지 않는다는 점에 있어서는 차이가 없다. 오히려 구체적인 경우에는 예금이체의 금지가 연금의 지불증지만큼이나 심각한 영향력을 야기할 수도 있는 것이다. 또한 연금청구 사안에서 청구인이 기존에 납부한 연금부담금이 연금청구권보다 우선한다는 것도 동독인이 서독에 있는 자신의 계좌에서 예금지급을 거부당한 문제와 어떤 차이가 있음을 입증하는 것도 아니다. 예금지급을 거부당한 지불금지계좌 예금주의 기본권 지위가 그 예금계좌를 어떤 방식으로 획득했는지에 따라서 - 본 사안에서는 상속을 통해 획득한 것이지만 - 문제가 달라지는 것도 아니다. 비록 처분금지 조치를 통해 예금액의 손실이 발생한 것은 아니지만, 본질적으로 청구인들이 자신의 재산에 대한 처분가능성을 박탈당하게 되어 재산권에 대한 침해에 해당된다는 점에서 양 사안은 동일한 것이다.<sup>22)</sup>

21) BVerfGE 51, 1 (25).

22) BVerfGE 62, 169 (186 f.).

#### (4) 연방헌법재판소의 판단

연방헌법재판소는 군정청령 제53호가 위헌인지 여부를 일괄적으로 판단할 필요는 없다고 보았지만, 그렇다고 군정청령 제53호가 동서독 간 비상업적 지불거래에 있어서 상호호혜주의원칙을 실현할 목적으로 거래를 허가하는 목적을 정당화할 수 있는 것으로 해석할 수는 없다고 평가했다.<sup>23)</sup>

두 번째로 연방헌법재판소는 동서독 간 해결하기 어려운 정치적 상황이 지속된다는 이유 때문에 군정청령 제53호의 위헌성이 의심됨에도 불구하고 장기간 예외적으로 인정될 수 있는 것은 아니라고 평가했다. 이와 관련하여 연방헌법재판소는 당시 정치적 상황을 판단하여 동서독 간 비상업적 거래분야를 규율하는 군정청령 제53호를 위헌성 때문에 폐지하거나, 위헌성이 없는 다른 법령으로 대체할 것인지 여부에 대해서는 독일연방의회가 결정할 수 있다고 보았다. 입법자는 대외경제법처럼, 군정청령 제53호를 폐지하고 동서독 간 비상업적 지불거래관계를 규율하는 새로운 법령을 제정할 수 있는 것이다. 예컨대 일반적으로는 이체를 허용하고 개별적인 경우에 외환통제와 같은 중대한 헌법적 이유를 근거로 예금계좌에서 이체신청이 거부될 수 있도록 규율할 수 있는 것이다. 연방헌법재판소는 그 밖에도 군정청령을 폐지하거나 대체법률을 제정하지 않는 대신 예외적으로 궁핍한 상황에만 근거하지 않고, 개별적인 사안마다 구체적인 평가를 하여 헌법상 중요한 입법목적이 위협될 수 있는 상황에만 이체를 금지하는 행정실무가 확립된다면, 이 또한 합헌적으로 고려할 수 있는 대안이 된다고 판단했다.<sup>24)</sup>

### 3. 결론

결론적으로 동독인 청구인의 예금이체신청에 대해서 독일연방은행의 이체금지는 헌법적으로 정당한 근거가 없는 것으로 평가되었다.<sup>25)</sup> 첫째, 소액의 경우 이체금지는 외환통제를 위해서도 외환경제 측면에서도 필요성(침해의 최소성)이 없기 때문이다. 당해 사건에서 문제가 된 이체청구액은 약 5천 독일마르크

23) BVerfGE 62, 169 (187).

24) BVerfGE 62, 169 (187 f.).

25) BVerfGE 62, 169 (188 f.).

에 이르지 않는 소액이었는데, 그 정도의 금액은 1979년 이후 이체신청허가에 관한 행정실무에 있어서 더 이상 금지되지 않는 것이 되었기 때문이다. 둘째로 서독 예금계좌를 보유한 동독시민을 동독 정부로부터 보호한다는 주장을 주된 이유로 명백하게 인정하기 어렵기 때문이다. 셋째로 동독과 관계에서 상호호혜주의 원칙을 실현하기 위하여 허가를 거부한다는 주장도 인정될 수 없다고 보았다. 청구인 측에서 본다면 다른 기본권 주체들(동독에 예금계좌를 가진 서독 시민들)을 위해서 자신의 기본권 행사가 제한 당하는 것, 특히 다른 기본권 주체들도 자신의 예금계좌에 대한 처분권이 없는데, 이를 이유로 청구인의 재산권 행사를 포기해야 한다는 것은 정당화되기 어렵다고 보았기 때문이다.

연방행정재판소는 군정청령 제53호 제1조 제1호 제c호가 독일연방헌법 제14조 제1항의 재산권 및 법치국가원리에 합치한다고 결정했고, 군정청령 제53호의 목적을 외환경제와 외환통제를 위한 것이며 동서독 간 독일 내 비상업적 지불거래에 있어서 상호 호혜주의원칙을 실현하기 위한 것으로 파악했다. 그러나 연방행정재판소가 청구인의 기본권 행사를 다른 독일시민의 권리행사에 종속시켜 인정하는 것은 헌법적으로 불가능한 것이라고 인정했다면, 재판의 결과는 달라졌을 것이라고 연방헌법재판소는 판단한 것이다.

## V. 분석 및 평가

### 1. 결정의 의의

대상결정은 1980년대 초반 당시 동독 주민들의 법적 지위와 관련하여 서독에서 과연 동독주민들의 국적을 어떻게 다룰 것인지에 대한 국적문제와 함께 논란이 되었던 대상결정들 중의 하나이다.<sup>26)</sup>

동서독 간 분단의 현실과 해결되지 않은 많은 정치적·법적 문제들이 산적한 상황 속에서, 독일 연방헌법재판소의 결정은 서독 정부에 대하여 위헌적인 교착상태를 과거의 법규범 뒤에 숨어서 방치하지 말고, 실제로 문제를 해결할 수 있는 방법을 적극적으로 강구해서 동서독 간 경제교류를 운영해야 한

26) Martin Weber, 50 Jahre NJW: Deutsche Teilung und Wiedervereinigung, NJW 1997, S. 2642 (2647 f.).

다는 필요성을 더욱 부각시켰다. 국가의 분단이라는 특수한 상황이 왜곡된 법령의 운영을 무한정 정당화할 수 없는 것이다. 특히 독일패전 후 연합군 통치하에서 잠정적으로 동서독 관계를 규율하였던 비상 시 적용 법률을 어느 정도 상황이 안정된 후에도 지속적으로 적용한다는 것은 헌법국가이념에 적합하지 않다는 점도 확인할 수 있다. 비록 동서독 간 민간분야의 법률관계를 규율하는 것은 국가안보문제 등과 연결되어 있어서 결코 정치적으로 - 동서독 간뿐만 아니라 여야 간에도 - 해결하기 쉬운 문제가 아니지만, 비상업적 거래관계에 있어서 법치국가원리가 제대로 반영된 상황을 실현하는 과제는 우선적으로 입법자에게 부여된 임무 및 과제이자 권한에 해당한다는 점은 분명히 확인되었다.<sup>27)</sup>

과거 비상시기에 만들어져서 오래되고 이미 낡게 변해버린, 단출하고도 일반적인 하나의 법규범으로 복잡하고 다양하게 전개되어 발전하는 현재의 사실관계를 해결하려는 시도는, 정치적으로 해결해야 할 문제를 법으로 해결하려고 미루고 있다는 의심을 낳을 뿐이다. 당시 서독 정부와 서독인들은 동독을 외국으로 간주하거나 동독 시민을 외국인으로 간주하지 않았다. 그러나 그러한 신중함은 오히려 동독인들에게 동독을 다른 외국과 달리 불합리하게 차별적으로 대우한다는 의구심을 불러일으킬 수 있었다. 특히 외환경제 분야에서 동서독 간의 교류 및 거래관계문제가 쉽게 해결되지 않는 것에 대한 주된 책임은, 동서독 간 경제교류를 독일 내 거래관계라고 보면서도 제한하고, 또한 일반적인 외국과 경제교류와 비교할 때 자유로운 경제교류로 대우하지 않았던, 이중적인 잣대에 있었던 것이다. 독일 내 혹은 독일인 간 거래라고 하면서도 외국에 비해서 엄격하게 외환거래를 통제하는 현실은 점차 양적인 면에서 증가하고 있던 동서독 간 외환경제를 감당할 수 없었고, 그러한 문제를 실제로 해결하는 기본 출발점도 될 수 없었던 것이다.<sup>28)</sup>

27) Reymer v. Wedel, Erb- und Devisenrecht bei innerdeutschen Rechtsbeziehungen, NJW 1984. S. 713 (714).

28) Otto Krings, Das Erb- und Devisenrecht bei innerdeutschen Rechtsbeziehungen, NJW 1983, S. 2292 (2297).

## 2. 학계 평가

### (1) 연방헌법재판소 결정 당시 동서독 간 법적 상황

제2차 세계대전 이후 동서독이 분리되면서 사회주의 이념이 지배한 동독과 서구유럽의 자유민주주의 이념이 지배한 서독은 완전히 서로 다른 사회질서뿐만 아니라 완전히 다른 법질서를 형성하게 되었다. 동독의 경우에는 분리 후 약 15년 간 기존의 법률을 무시하거나 법과 관련이 없는 이념적인 사상에 근거하여 법률을 개정하는 등 동서독 간 법질서가 상이하게 발전하면서, 특히 양독일의 개인 간 민사관계는 상당히 복잡한 상황을 야기하게 되었다. 이러한 상이한 법질서의 발전과 분리된 정치상황 등으로 인하여 복잡한 법률관계가 나타나기 시작했던 대표적인 영역이 바로 상속법분야이다.<sup>29)</sup>

서독지역 국민의 대략 20 내지 25%가 동독지역에 친족을 두고 있었으며, 동독지역 국민의 대략 50%가 서독지역에 친족을 두고 있었다. 그러다보니 상속과 관련하여 서독인 중에는 동독지역에 거주하는 친족의 죽음으로 동독지역에 있는 부동산이나 예금계좌를 상속받는 경우가 생기고, 동독인 중에도 서독지역 친족의 죽음으로 서독지역의 부동산이나 예금계좌를 상속받는 경우가 생겼다. 이 때문에 여러 가지 문제들이 발생하였는데, 예컨대 법제도에 있어서 동독법과 서독법이 다를 때 어떤 법을 적용할 것인지 문제이다.

다른 한편 국제관계에 있어서 서독정부는 동독정부를 하나의 독립적인 국가(eigener Staat)로 인정하지만, 동서독 간의 관계에 있어서 동독은 서독에 대하여 외국(Ausland)으로서 지위를 가지는 것은 아니었다. 이 때문에 동독인들은 서독에서 외국인인 아닌 독일인(Deutsche)으로서 지위를 가지고, 심지어 서독 공권력에 의한 기본권을 제한받았을 때에는 동독인들도 독일국적자로서 서독인들과 동등한 지위를 가진다.<sup>30)</sup> 또한 동독인은 독일국적자이기 때문에 동독인과 서독인 간 관계에서는 국제사법이 곧바로 직접 적용되지는 않았는데, 이런 것들은 모두 국적과 관련된 문제에 해당하는 것이다.<sup>31)</sup>

이에 더해서 외환법 분야에서도 문제들이 발생하였다. 동서독 간의 관계설정

29) 이하에서 판례에 대한 분석은 주로 Otto Krings(각주 28), S. 2292 ff.; Reymer v. Wedel(각주 27), S. 713 ff.를 참조하였음.

30) BVerfGE 36, 1.

31) Otto Krings(각주 28), S. 2292.

문제가 가족법 분야뿐만 아니라 국적법 분야에서도 해결되지 않았기 때문에, 동서독 간 자금이체 등에 대해서도 양국 간 합의된 법규정이 없었다. 동독에서는 연합군이 군정시절 제정한 규정들이 여전히 적용되고 있었고, 서독에서도 사정은 마찬가지였다.

## (2) 동서독 간 법률관계에 있어서 특히 가족법상 문제

### 1) 민사법상 법률 개정

그러나 이러한 동서독 간 법적인 발전상황은 1971년 동독의 지배정당인 독일통일사회당(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands: SED)의 제8차 전당대회를 기점으로 변화를 겪기 시작했다. 이때부터 법치주의가 동독 내에서 점차 자리를 잡고 형성되기 시작했다. 물론 그렇다고 곧바로 민사영역에서 중대한 개혁이 있었던 것은 아니지만, 사회주의 체제에 적합한 일련의 법개정이 지속적으로 이루어지면서, 마침내 1975년 민사 분야에서 대대적인 개정작업이 이루어져, 민법, 민사소송법, 그 밖의 절차법과 국제사법이 개정되었고, 1976년부터 효력을 발휘하게 되었다.<sup>32)</sup>

동독의 민법은 기존 독일민법과 비교할 때 계약법과 재산법분야에서 확실히 차이가 났지만, 가족관계에 있어서는 재산관련성이 있음에도 불구하고 이념적인 문제가 별로 없었는지 놀랍게도 상속법상 법률개정은 많지 않았다.<sup>33)</sup> 그러나 개정된 상속법 내용도 혼외자를 배우자와 동등하게 상속의 제1순위자로 올린 것, 제3순위 상속순위의 제한, 배우자와 생활비 청구권이 있는 자녀 그리고 부모의 분할청구권의 제한 등에 관한 것이었다. 그러나 내용적 변화가 많지 않았음에도 불구하고 개별적인 사안에 있어서는 예상치 못한 문제들이 나타났다. 상속재산과 상속인의 주소지가 동서독으로 나뉘어 있는 경우, 동서독 간 국제사법의 적용 여부 문제나 주(州) 간 사법규정상 경합 또는 충돌발생 여부를 심사해서 어떤 상속규정이 적용될 것인지 확인해야 했다.

32) 이 때 민사분야 법률의 개정은 한꺼번에 이루어진 것은 아니고, 1975년 6월부터 12월까지 지속적으로 개정되었다.

33) 이에 대해서는 Siegfried Mampel, Das Erbrecht im neuen Zivilrecht der DDR, NJW 1976, S. 593 ff., 개정내용 일반은 S. 594 f., 상속효과 등 그 밖의 구체적인 내용에 대해서는 S. 595 ff. 참조.



## 2) 상속관계에 대한 동독에서 법률적용 원칙

동독의 법률적용법(Rechtsanwendungsgesetz der DDR: RAG)<sup>34)</sup> 제25조에 따르면 상속법상 법률관계는 유증자가 사망할 당시 유증자 국적국의 법률에 따라 결정되는데, 국적에 대해서는 동독국적법(Gesetz über die Staatsbürgerschaft der DDR: StBG)<sup>35)</sup> 제1조가 이를 규정하고 있다. 이에 따르면 동독국적자는 독일국가(동독) 건립 시 동독에 주소지나 거주지를 가지고 있고, 국가 건립 이후 동독국적을 상실하지 않아야 한다. 유증자가 동독 외에 거주하는 경우에는 외국 국적을 취득하지 않은 자로서, 동독 국적담당 기관에 등록되어 있거나 나중에 동독 국적을 취득한 후 국적을 상실하지 않아야 한다. 기존에 동독 국적을 획득했어도 나중에 취소, 철회, 박탈 등이 가능했다. 예컨대 동독으로부터 탈출하여 망명한 경우에는 동독 국적을 박탈하였는데, 1972년과 1982년 국적 관련 규정들에 따르면 1972년 이전에 혹은 1981년 이전에 동독 당국의 허가 없이 동독을 떠나서 다시 돌아오지 않은 사람들에 대해서는 동독국적을 박탈하였다. 반대로 동독 당국의 허가를 받고 동독 밖으로 - 예를 들면 연금생활자로서 서독으로 - 이주한 동독 시민의 경우에는 국적을 계속 유지할 수 있었다.

이러한 국적 기준에 따르면, 만일 서독에서 연금생활을 하던 동독시민이 사망한 경우에는 사망자의 국적이 동독이기 때문에 동독의 법률적용법 제25조 제1항에 따라 동독의 상속법이 적용되는 것이다. 그런데 법률적용법 제25조 제2항에 따르면 유증자의 국적과 관련 없이 상속대상 재산의 소재지에 따라 적용되는 상속법이 결정된다. 예컨대 대지 등의 부동산이나 부동산에 대한 권리 등이 동독에 있는 경우에는 언제나 동독의 상속법이 적용된다. 즉 서독인이 서독에서 사망했다면 동독에 소재한 상속재산은 동독의 상속법에 따라 처리되는 것이다. 다른 한편 유언을 작성하는 경우에는, 법률적용법 제26조에 따라 유언자의 국적을 따르는 것이 아니라 유언관련 법률행위 시 유언 작성자의 주소지에 따라서 적용될 법률이 정해진다.

## 3) 상속관계에 대한 동서독 간 법률적용 갈등

서독의 입장에서 보면 동독과의 관계에서 州間(interlokal) 私法을 적용함으로써

34) GBl I, 748 (1975).

35) GBl I, 3 (1967).

문제를 해결할 수 있는 경우라면, 민법시행법(Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche: EGBGB)의 기본원칙들을 인용하는 것으로 충분하므로 국제사법에 종속되지는 않는다. 따라서 서독은 상속관계에 대하여 당시 민법시행법 제 24조 이하 규정들을 통해 발전된 원칙들을 적용하였는데, 원칙적으로 적용될 수 있는 중요한 기준 중 하나는 유증자의 최종적인 상거소(常居所: der letzte gewöhnliche Aufenthalt)였다. 이러한 상황에서 동서독 간 법률이 충돌하는 경우를 몇 가지 사례별로 구별해 볼 수 있다.

첫째 유증자가 동독에 거주하며 동독 국적을 가지고 있는 일반적인 경우, 상속재산에 대하여는 동독의 상속법이 적용된다. 둘째 유증자의 상거소가 서독에 있으면서 동독 국적을 더 이상 갖고 있지 않을 때는 서독의 상속법이 적용된다. 셋째 상속재산에 속하는 부동산이 동독지역에 소재하고 있다면, 그 밖에 다른 이유로 적용될 수 있는 모든 다른 법률에도 불구하고 동독의 상속법이 적용된다. 넷째 유증자가 사망 전 서독에 상거소를 두고 있었으나 아직 동독 국적을 상실하지 않은 경우, 예컨대 동독에서 당국의 허가를 받아 서독으로 이주하였으나 아직 동독 국적을 보유하고 있다가 서독에서 사망한 경우에는, 구체적으로 정확하게 어떤 지역의 상속법을 적용하여야 하는지 관하여 명확한 규정도 존재하지 않고, 그 밖에 실마리가 될 만한 규정도 찾기 어렵게 된다.

적용되는 상속법을 명확하게 결정할 수 없는 경우, 상속재산의 소재지가 서독에 있으면 서독 민법상 상속규정을 적용할 수 있고, 동독에 있으면 동독의 민사법을 근거로 상속의 효과를 확정할 수 있다. 각각 해당되는 관련 상속법 규정이 상속재산 전체에 대하여 상속법의 적용을 명하고 있기 때문에, 형식적으로 서독의 상속법원이나 동독의 주무관청에서는 상속재산별로 부분적으로 상속증서(Erbschein)를 교부하는 것이 아니라 상속재산 전체에 대해서 상속증서를 교부할 것이다.<sup>36)</sup>

이렇듯 적용되는 상속법이 다를 경우에는 상속재산에 대한 분할분도 다를 것이며, 상속권자 간 권리관계 등에 있어서도 서로 상이한 결정들이 생겨날 수 있다. 심지어 국가의 상속순위에서도 차이가 있는데, 동독에서는 국가도 상속재산의 일부를 상속받을 수 있는 반면, 당시 서독에서 국가는 상속순위에 있어서 제4순위에 불과했기 때문이다. 이러한 법적 문제들이 명확하게 해결되지 않

36) Otto Kringe(각주 28), S. 2292 (2293).

음에도 불구하고 당사자들에게는 상속의 집행이 사실상 강제될 수 있다. 또한 해당국가의 법원칙을 집행한다는 이유로 상속재산에 관련된 청구권, 예컨대 등기부 변경 청구나 계좌 양도청구 등을 포기하라고 서독이나 동독에서 서로 강요할 수도 없을 것이다.

만일 법원칙에 있어서 핵심적인 내용들을 적용함에 있어서, 단순히 법원칙이 법 현실과 충돌하며 양립하는 것이 아니라 동서독 간 법률(규범) 간 충돌문제를 해결할 수 있는 상황이라면, 또한 이 때 동독의 법질서가 서독의 공공질서(ordre public)에도 위반되지 않는다고 한다면, 동독 법질서에 따른 해결책이 서독에서도 인정될 수 있는 가능성이 열린다. 독일연방헌법재판소의 이전 결정도<sup>37)</sup> 이러한 해결방식을 금지하지 않는다. 연방헌법재판소 판결의 중요한 내용은 동독 지역에 있는 독일인의 보호를 목적으로 한 것이며, 더 유리하거나 실제로 집행이나 실현가능한 법규범의 선택을 금지하는 것은 아니기 때문이다. 동독은 상속재산이 서독에 있는 경우 자신들의 법원칙을 주장하기보다 사실상의 해결책을 선호할 수 있는데, 외환법상 이해관계에서 서독보다 동독에 더 유리할 수 있기 때문이다.<sup>38)</sup>

#### 4) 동서독 간 상속관계에 대한 법령적용 시 절차법적 문제

동서독 간 법규범 충돌 시 해결에 있어서 또 다른 문제는 절차법 측면에서 야기될 수 있다. 동독에서는 1952년 비송사건에 관한 절차법령<sup>39)</sup> 통해서 행정기관에게 어느 정도 재량을 가지고 재판권을 정할 수 있도록 권한이 부여되었다. 이에 따라 상속법원의 활동을 국가공증소(Staatliches Notariat)가 수행하였는데, 상속법원인 국가공증소의 권한과 운영방식은 공증법에 규정되어 있었으며 공증법의 집행규정은 1976년에 처음으로 확정되었다. 공증법 제10조에 따르면 유증자의 마지막 거주지가 있었던 지역을 관할하는 국가공증소가 상속문제에 대한 지역적 관할권을 가진다. 다만 동독국적을 보유한 유증자가 동독 외 지역에서 사망한 경우에는 일반적으로 동베를린에 소재한 국가공증소가 이를 관할한다. 이와 함께 동독 민법 제414조에 따라 동독지역에 있는 상속재산에

37) BVerfGE 36, 1 ff.

38) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2294).

39) VO über Übertragung der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 15. 10. 1952(GBl S. 1057).

대해서는 일정한 재산에 대해서만 상속증서를 요청할 수 있는데, 동독 행정기관은 이러한 재량규정을 거의 강제규정으로 운용하였다. 이 때 상속관계가 동독 내에서만 문제되면 지역우선원칙(Belegenheitsprinzip)에 따라 관할권이 해결된다.

동서독 간 독일인이나 상속재산의 관계에서 상속문제가 발생하면, 동독 민법 제414조가 아니라 공증법 제10조 제3항이 적용되어 동베를린 공증소가 이를 관할한다. 이 때 상속재산이 동독에만 있거나 서독에만 있는 경우에는 문제가 그리 심각하지 않다. 동독이든 서독이든 상대국가의 절차법 적용을 존중할 수밖에 없기 때문이다. 그런데 서독에 재산을 가지고 있는 동독인이 동독에서 사망하는 경우, 서독에 있는 상속재산에 대해서는 문제가 발생한다. 상속문제를 해결하기 위해서는 상속법원이 발행한 상속증서가 필요한데, 당시 서독의 비송사건법(Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: FGG) 제73조에 따르면 외국인이거나 독일 내 주소지가 없는 즉, 외국에 상거소를 둔 독일인이거나 상속증서의 발행이 가능했다. 연방헌법재판소 결정에<sup>40)</sup> 따르면 동독에 사는 독일인은 외국인이 아니지만, 반대로 외국에 상거소를 둔 독일인도 아닌 상황이라서 비송사건법 제73조로부터는 합리적인 결론을 끌어내기가 어려웠다. 독일연방대법원(BGH)은 독일연방헌법재판소 결정의 법원칙을 유지하면서 사실상 필요를 충족시킬 수 있는 관할규정을 선호하였다. 그러다 보니 복잡하게 사안이 얽힌 사례들은 몇 가지 사례군으로 구별되었다.

첫째로 유증자가 동독에 상거소를 두고 있는 경우에는 그 주소지를 관할하는 공증소가 상속증서 발행을 관할하며(공증법 제10조), 주간 사법관계도 최종 상거소의 법률을 준거로 한다. 따라서 이 경우에는 상속법원을 통해서 추가적인 상속증서를 발행할 권리보호의 필요성이 없다. 두 번째로 이 때 상속재산이 서독에 있는데 (예컨대 상속인이 동독을 떠난 난민이라서) 동독에서 상속증서 발행을 거부한 경우, 비송사건법 제73조 제3항을 유추적용하여 지역주의관할원칙에 따라 서독의 상속재산 주소지 상속법원이 관할권을 가진다. 셋째로 동독에 주소지를 가진 유증자가 서독에 상속재산이 없더라도 긴급한 권리보호의 필요성이 있을 때, 예컨대 동독의 상속재산 등이 가치상실로 말미암아 채무부담분할청구 등의 신청이 있는 경우에는, 비송사건법 제73조 제3항을 유추적용

40) BVerfGE 36, 1.

하여 서베를린에 있는 쉰베르크(Schönberg) 지방법원(Amtsgericht)이 관할권을 가질 수 있다. 넷째로 유증자가 마지막 상거소를 서독지역에 가지고 있었다면, 비송사건법 제73조 제1항에 근거하여 서독의 상속법원이 관할권을 가진다. 상속재산이 동독과 서독에 분할되어 존재하는 경우, 특히 상속인이 여전히 동독 국적을 소지한 때에는 양 국에서 상속증서의 발행을 신청해야 하는 경우도 있을 수 있다. 그 밖에 상속인은 동독에 있는 상속재산에 대해서 권리를 행사하려면 효력범위의 대상이 제한된 상속증서를 필요로 한다.

하지만 이러한 현실적인 해결책도 동독에 사는 사람들이 서독에서는 어떻게 평가되어야 하는지에 대한 의문을 여전히 남겨놓고 있다. 또한 이 의문들조차 여전히 동서독 간 정치적 관계와 그와 관련된 법적인 문제들에 따라 달리 해결될 가능성도 있었다.<sup>41)</sup>

### 5) 동독 민사법과 행정법의 적용문제

상속사건을 다루는 데 어떤 실체적 민사법 내용이 근거가 될 수 있는지 또는 어떤 절차법이 적용되어야 하는지 문제 외에도, 상속문제에 있어서는 종종 행정법이 핵심적이고 중요한 역할을 한다. 동독에서는 민사법과 행정법이 자주 상호 복합적으로 적용되는데, 법이론적인 측면에서도 민법과 행정법 사이에 차이가 없는 범위 내에서는 가능한 일이다. 당시 동독민법 제399조 제1항은 상속권의 획득을 기업이나 단체·조직을 통한 허가와 관련시켰는데, 이 때 기업이나 단체·조직 등의 범위에 국가기관이나 공동체 조직 또는 법인이라고 할 수 있는 법적으로 독립적인 단체와 조직들을 모두 포함시켰다. 물론 동독 외 지역에 소재하는 공동체 조직의 상속권한이 허가될 수 있는지는 의문이다.

부동산과 관련해서 동독의 1977년 부동산령(Grundstücksverordnung)<sup>42)</sup> 상속을 통한 법인의 부동산이나 물권취득에 대해서는 광범한 허가유보를 규정하고 있었다. 이에 따르면 다른 방식을 통해서 국가나 공동체의 이익이 침해된다면 허가는 거부될 수 있었고, 일반적인 행정관행에 따르면 동독 지역 외의 법인이 부동산취득에 관한 신청을 하는 경우 허가는 일반적으로 인정되지 않았다.

동독에서는 동독 외 지역, 기본적으로 서독에 거주하는 사람에게 귀속하는

41) Otto Kringe(각주 28), S. 2292 (2294).

42) GBl I, S. 73 (v. 15.12.1977).

재산에 관한 다양한 형태의 국가 행정작용을 행정법에 속하는 것으로 보았다. 예컨대 1952년 자산보장령(*Vermögenssicherungsverordnung*),<sup>43)</sup> 1958년 명령(*Andordnung*),<sup>44)</sup> 1968년 국가관리명령(*Verwalterverordnung*)<sup>45)</sup> 등에 따르면, 제 2차 세계대전 이후에 동독을 떠나 동독으로 돌아오지 않은 사람의 모든 재산은, 비록 그가 행정(경찰)법상 주소지를 동독에 두고 있다 하더라도 국가행정의 지배를 받는다. 이는 동독과 동베를린에 위치한 재산에 대한 권리를 서독이나 서베를린 시민이 1953년 6월 이전에 획득한 경우에도 적용되었고, 그가 동독이나 동베를린에 거주한 적이 없거나 동독의 허가 없이 동독지역을 떠난 경우에도 마찬가지였다.

국가관리명령(*Anordnung der staatlichen Verwaltung*)이란 형식적으로는 수용이 아니지만, 권리자에게 있어서는 재산권에 대한 완전한 처분권한의 박탈을 의미한다.<sup>46)</sup> 국가관리명령은 행정의 취소(*Aufhebung*) 문제에 있어서 중대한 의미를 가지는데, 나중에 권리가 동독으로 귀환하거나 동독인이 그 재산을 상속받은 경우에는 국가관리명령 제6조에 따라 국가관리를 취소할 수 있기 때문이다. 1972년 10월과 1982년 6월의 두 차례 사면(*Amnestie*)과 이에 따른 동독 국적의 박탈 이후에는, 사면 이후 상속을 통해서 재산권을 획득한 상속인들이 동독 법률에 따라 재산에 대한 처분권을 행사할 수 있게 되었다. 이러한 행정 관례는 비교적 잘 이루어져서 국가관리 하에 있던 상속재산도 동독 외 지역에 거주하는 주민에게 이전될 수 있고, 그에 필요한 양도도 공식적으로 이루어진다는 점이 부각되었다. 물론 그렇다 하더라도 이 경우 관할 지역 행정청이 그 밖에 해결되지 않고 규율되지 않은 재산문제에 대한 그 외 지시나 통지를 보낸 것은 아니었으며,<sup>47)</sup> 국가관리의 취소는 상속인이 동독으로 귀환하거나, 동독인이 상속한 경우에만 가능했던 것이다.

43) GBl S. 615 (v. 17.7.1952).

44) GBl I, S. 664 (v. 20.8.1958).

45) GBl II, S. 1 (v. 11.12.1968).

46) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2295).

47) 1972년 12월 동독과 서독은 기본조약을 맺고, 양 국의 법적지위가 서로 상이하기 때문에 그 밖에 구체적인 법적 문제에 대해서는 기본조약에 상세히 규율할 수 없었다. 다만 공식적으로 동독 행정청이 상속재산에 대한 통지를 한다면, 이는 서독에 거주하는 주민에게는 상속재산의 상실을 의미하며, 이를 입증하는데 충분한 것으로 평가되었다. Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2295), Fn. 30.

### (3) 동서독 간 법률관계에서 외환법 문제

#### 1) 동독에서의 외환법 상황

민사법 외에 동서독 간 상속관계에 있어서 중대한 의미를 가지는 것은 외환법분야이다. 동독은 외환관계를 통일적으로 그리고 새롭게 규율하기 위하여 1973년 외환법을 제정하고<sup>48)</sup> 이를 집행하기 위한 5개의 집행규정들을 정비하였다. 이 외환법에 따르면, 동독 지역 외에 거주하는 자가 동독 내 재산가치가 있는 것에 대하여 권리를 가지는 경우와 동독 외 지역에 소재하는 재산가치가 있는 것에 대하여 동독에 거주하는 동독인이 권리를 가지는 경우, 모든 재산가치가 있는 것은 국가(동독)에 속하는 것으로 본다. 이 재산에 대한 처분의 허가는 재산이 소재하는 소재지 관할 또는 권리자의 주소지 관할 행정청의 재정부서에서 결정할 수 있었다. 이 때문에 외환거래와 관련하여 관할청의 허가 없이 이루어진 법률행위는 무효였다. 물론 이러한 법적 효과는 동독에서만 유효한 것이었다. 행정행위로서 외환관련 거래에 대한 효력은 동독 내에서만 효력을 발휘하기 때문이다.

독일패전 이후에는 외환 등을 제시할 의무(*Anbietungspflicht*)가 있었고, 이는 동서독 간 외환거래에도 적용되었다. 그러나 동독 내에 있는 외환에 대해서는 일반적인 신고의무(*Anmeldepflicht*)가 적용되었다. 다만 신고의무나 외환거래에 대한 허가의무를 잘 준수하지 않았기 때문에 이러한 의무를 위반한 경우에는 처벌이 예정되어 있었다(외환법 제17조). 그러나 그 밖에 동독 내 권리자가 신고의무를 해태한 경우에는 아무런 불이익이 발생하지 않기 때문에, 일반적으로 권리주체는 처분권한에 제한을 받지 않기 위해서 대리인을 선임하거나 부재자 재산관리인(*Abwesenheitspfleger*)을 두고 있었다.

#### 2) 서독에서의 외환법 상황

서독과 서베를린에서는 연합군 측에서 1949년에 제정한 외환경제규범인 군정청령 제53호가 적용되고 있었다. 이 법령은 본래 대외경제분야 전체를 규율하다가 동독을 제외한 외국과의 무역에 대해서는 대외경제법이<sup>49)</sup> 제정되면서

48) GBI I, S. 574 (v. 19.12.1973).

49) Aussenwirtschaftsgesetz (AWG) v. 28. 4. 1961 (BGBl I, S. 407).

그 효력을 상실했다. 그러나 군정청령 제53호는 외환가치가 있는 재산을 상당히 넓게 개념규정하면서, 외환가치가 있는 재산에 대한 일반적인 처분금지를 규정하고 있다. 이에 대한 위반행위, 예컨대 유산상속을 받은 엄청난 양의 현금을 허가없이 동독으로 반출하는 경우에는 형사처벌을 받는다. 물론 서독의 독일연방은행이 구체적인 사안에 있어서, 또는 일련의 법률행위에 대해서는 개별허가나 일반허가를 발하기도 한다. 사실 본 결정이 있기 전 독일연방헌법재판소는 두 차례에 걸쳐서 이 규정에 대한 위헌심사를 실시했다.<sup>50)</sup> 이러한 허가유보부 금지제도에 대해서 헌법적 정당성을 인정할 수 있을 정도로 충분한 고려가 있었는지에 대한 의문이 제기되었기 때문이다.

실제로 군정청령에 따르면 독일연방은행에는 엄청난 재량권한이 부여되었다. 독일연방은행은 당시 실무에 있어서 약 세 가지 요건에 해당하는 경우에 재량권한을 행사하였다. 첫째 동독지역에 거주하는 재산소유자는 동독 행정청이 재산권에 대한 제한을 가할 때 이로부터 보호되어야 한다. 따라서 외환가치 있는 재산의 처분요청이 재산소유자의 자의적인 의사에 반하여 재산권에 대한 침해에 해당하면 허가를 인정하지 않는 것이다. 둘째 군정청령상 외환거래에 대한 통제는 동서독 간 경제활동과 지불관계를 효과적으로 통제하고 감독하기 위한 것이므로, 이러한 법령의 입법목적은 벗어나서는 안 된다. 셋째 동서독 간 외환에 관한 거래관계에 있어서 상호주의원칙(Gegenseitigkeitsprinzip)이 유지되고 실현될 수 있어야 한다. 여기서 말하는 상호주의원칙은 동독에 재산가치가 있는 것을 소유한 서독인에 대해서 동독정부가 외환법상 제한을 가하는 만큼, 서독의 행정청도 동독인들의 재산가치처분에 대하여 제한함으로써 실현하게 된다고 보았다. 이러한 원칙의 주장은 1974년 동서독 간 이체합의협약(Transfervereinbarung)을<sup>51)</sup> 체결하면서 부분적으로는 효과를 보기도 하였다. 이 협정에서는 노인연금, 상이군인연금, 사회부조, 실업수당보조금 등의 수령자와 미성년 고아들에게는 분기별로 600 동독마르크를 기준한도로 해서 1:1비율로 상호송금할 수 있도록 합의하였다. 이 때 권리가 있는 금전에 대한 상호이체는 서독의 경우 연방은행의 특별계좌를 통해서, 동독의 경우 국영은행에서 이를 통제하였다.

50) BVerfGE 12, 281; 18, 353.

51) BGBl 1974, II, S. 621.



### 3) 동서독 간 외환거래의 상황 변화

서독에 예금계좌를 소유한 동독 거주자의 숫자가 점차 증가함에 따라 동독에서 서독 마르크화로 1:1비율로 이체하는 액수가 증가하는 경향이 있었고, 예금이체자 사이에 이체예금액수가 많은 경우에는 행정청(독일연방은행)이 이체자 간에 가까운 인적관계가 있음을 요구하였다. 그러나 본래 이체합의협정을 체결할 당시 인적관계에 따른 송금의 총액은 전체 동서독 간 이체액수에서 큰 비중을 차지하지 않았기 때문에, 가까운 인적관계에 기초하여 송금을 신청한 것이 상황에 따라서는 허가를 얻지 못하고 대기신청명단에 올려지지만 할 뿐이었다. 다만 대기신청명단에 오르면 허가를 얻기까지 무한정 기다릴 수는 있었다.

또한 서독의 경제가 발전하면서 서독 마르크의 환율이 고평가되기 시작하였다. 그러자 동독에 있는 주민들이 서독 마르크를 동독 마르크와 1:1로 교환하기보다 서독 계좌에 있는 예금을 동독으로 인출하지 않고 그대로 서독에 남겨 두거나, 또는 예컨대 게넥스 회사를 통해서 물품을 제3국 등에서 구입하고 이 물품대가를 서독에 있는 계좌에서 지불할 수 있도록 하는 등, 다른 우회적인 방식을 통해서 서독계좌에 있는 예금을 활용하고자 하였다.<sup>52)</sup> 동서독 정부는 이러한 문제를 해결하기 위하여 이체합의협약에 1978년 추가의정서를 더하는데 합의하였고, 1982년까지 동서독 간 이체예금 규모가 증가하여 매년 5천만 독일마르크가 이체되었다. 이 추가의정서는 다시금 1985년까지 연장되었는데 연방헌법재판소 결정 당시 매년 이체규모는 6천만 독일마르크에 이르렀다고 한다.<sup>53)</sup>

### (4) 연방헌법재판소 결정의 내용적 문제

#### 1) 동서독 간 외환거래에 있어서 헌법적 정당성

독일 연방헌법재판소는 본 대상결정에서 이러한 1982년의 상황을 반영한 것으로 보인다. 동독인들이 게넥스 선물유통회사를 통하여 외국의 물품을 구입할 목적으로 서독에 있는 자신의 예금계좌를 이용하여 외국에 대금을 지불하려는

52) Der Spiegel v. 17.7.1978 (Nr. 29/1978), S. 30 f.

53) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2296), Fn. 37.

것을 독일연방은행이 허가를 통해 제한하는 것은, 서독이 동독과의 관계에서 상호주의원칙을 유지하기 위하여 수행한 것이지만, 연방헌법재판소는 그러한 제한이 기본권보장의 측면에서 볼 때 적합하지 않은 방법이라고 판단한 것이다. 서독에 거주하면서 동독의 외환관련 법률을 통해 재산권 행사에 제한을 받는 서독인의 현실적 경험을 고려하면, 그러한 방식은 결코 동독에 거주하는 독일인의 재산권행사를 제한하는 정당한 근거가 될 수 없기 때문이다.<sup>54)</sup> 하지만 이러한 평가는 그동안 독일연방은행이 동서독 간 지불금지계좌에 대한 지불허가신청을 인정할 때 전제로 삼았던 앞에서 설명한 세 가지 기준 중에, 세 번째 - 동서독 간 관계에 있어서 상호주의원칙 유지 - 에 대해서만 판단한 것이고, 연방헌법재판소는 나머지 두 가지 - 동독 행정청에 의한 동독인의 재산권 제한 시 동독인의 재산권 보호, 동서독 간 외환거래에 대한 효율적인 통제 보장 - 판단기준에 대해서는 헌법적 정당성을 크게 문제삼지 않은 것이다.<sup>55)</sup> 그러나 이론적인 측면에서는 그러한 문제에 대해서도 추론해 볼 수 있다.

## 2) 동독 주민들의 재산권 보장 문제

독일연방헌법재판소는 본 대상결정에서 동독 주민들이 서독에 소유하고 있는 재산권의 가치가 대략 1억 독일마르크 정도에 불과하기에, 동독 행정청이 동독에 거주하는 소유권자들에게 재산권 제한조치를 취할 만한 동기부여가 되지 않는다고 주장한 청구인측 변호인의 평가를 기본적으로 수용하였다. 그러나 매년 동독 주민들이 서독에 있는 예금계좌에서 계백스 상사를 통해서 물품을 구입하는데 지불하는 비용이 매년 3천만 독일마르크 정도이며, 1974년 중반 이래 매년 2억5천만 독일마르크 이상이 동서독 간 이체되었다면,<sup>56)</sup> 실제로 동독인이 서독에 가지고 있던 재산가치는 1974년부터 1981년까지 약 8년 반 동안 대략 15억 내지 20억 독일마르크 정도가 될 것이라고 추정할 수 있다.<sup>57)</sup> 이렇게 본다면 동독 거주자들이 소유한 서독 소재 재산가치는 외환경제 측면에서 볼 때 쉽게 무시할 수 있는 양이 아니다. 실제 그런 상황에서 예금계좌의 이체

54) BVerfGE 62, 169 (185 ff.).

55) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2296).

56) 이 추정치 액수와 관련하여 Der Spiegel v. 17.7.1978(Nr. 29/1978), 31면에 따르면 년 간 대략 1억 5천만에서 2억 독일마르크 정도라고 평가되고 있다.

57) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2296), Fn. 40.

에 대한 아무런 제한이 없다면, 동독 정부에서도 개별적인 경우에는 외환문제 때문에 서독에서 동독으로의 이체를 허용하거나,<sup>58)</sup> 비공식적인 방식으로 동독인들이 서독에 있는 예금계좌를 폐지하고 다른 권리자에게 양도하도록 압력을 가할 수 있다는 예측이 전혀 불합리한 것은 아니다.

### ① 독일연방은행의 입증책임 문제

동서독 간 이체합의협약 운영에 관한 실재를 보면, 동독은 사실상 동서독 간 이체를 통해서 외환경제적으로 별 이익을 얻지 못했기 때문에, 서독인들이 협약절차에 따른 이체를 활용하려고 할 때 동독정부가 이를 적극적으로 지원하도록 자극할 만한 동기는 달리 없었던 것으로 보인다. 그렇게 본다면 기존의 허가유보부 하에 원칙적인 이체금지 대신에 연방헌법재판소가 제안하고 있는 것처럼 동서독 간 외환거래에 있어서도 서독의 외환경제법상 금지유보부로 일반적인 허가를 인정하는 지불거래의 자유 방식을 택한다는 것은 현실을 간과한 방법이 아닌가 의문이 들 수 있다.<sup>59)</sup> 원칙적으로는 이체가 자유롭고, 독일연방은행이 그러한 예금이체를 금지하고자 한다면, 예금이체의 금지가 동독행정청에 의한 재산권의 침해나 위협으로부터 동독시민의 재산권을 보장하는 방법이며, 이체를 허용하게 되면 지불거래에 대한 효과적인 통제가 불가능하다는 점을 독일연방은행 스스로 입증할 책임이 발생하기 때문이다. 문제는 동독 거주민이 이러한 입증과정에 참여하여 의견을 개진하는 것은 사실상 어렵기 때문에, 연방은행이 그러한 사실을 입증한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 이러한 상황이라면 동독에 있는 주민의 재산권을 동독 행정청으로부터 보호한다는 목적은 무의미하게 될 수도 있다.<sup>60)</sup>

### ② 헌법합치적 해석

독일연방은행이 앞으로 외환거래에 대한 허가를 거부하기 위해서는 입증책임이 새롭게 발생하기 때문에 문제가 될 수 있다는 주장에 대해서는, 헌법규범에 대한 헌법합치적 해석 입장에서 본다면 독일연방은행의 허가거부를 위한 입증책임은 허가여부와 관련 없이 이미 존재하고 있었다는 반대주장도 가능하다. 예컨대 독일연방헌법재판소 결정의 배경에는, 패전 후 타의에 의한 분단이

58) 동독 외환법 제16조 제3항에 따라 외환경제적 이유로 외환거래를 허가할 수 있다.

59) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2296).

60) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2296).

라는 예외적인 상황에서 수용해야만 했던 외환관련 법령(군정청령 제53호)이 무한정 그 효과를 지속할 수는 없다는 고려가 전제되어 있다.<sup>61)</sup> 이미 독일연방 헌법재판소는 군정청령 제53호의 위헌여부에 대한 이전 결정에서 동서독 간 긴밀한 관계의 유지와 개선을 목적으로 어느 정도 완화된 해석을 취함으로써 위헌문제를 회피하였다. 연방헌법재판소는 이전 결정들에서<sup>62)</sup> 독일인에게는 동서독 간 자금이체에 대해서 허가를 요구할 수 있는 법적인 청구권이 인정된다고 보고 있었다. 이 때문에 법률의 입법목적이 위태롭게 된다거나 그 목적을 달성하기 어렵다고 입증하지 못할 때, 동서독 간 외환거래를 원하는 신청인에게는 행정청(독일연방은행)에 대하여 허가신청청구권이 발생하는 것이다.<sup>63)</sup> 결국 연방은행은 사실상 처음부터 그리고 계속해서 입증책임을 부담해왔던 것이고, 새롭게 동서독 간 비상업적인 외환거래에 있어서는 일반적으로 허용이 인정되고, 개별적으로 구체적인 사유가 있는 경우에만 연방은행이 이를 입증하여 거부할 수 있게 된 것이다. 이렇게 본다면 연방헌법재판소의 위헌결정으로 연방은행에 새로운 부담이 발생하는 것은 아니라고 볼 수 있다.<sup>64)</sup>

### ③ 구체적인 개별사안에 적용 문제

구체적으로 대상결정의 원인이 된 사실관계에 있어서도, 서독의 외환거래규제 관련 법령(군정청령 제53호)은 동독인 예금계좌주의 의사에 반해서 재산권이 침해되는 것을 방지하는 것을 중요한 목적으로 하고 있었다. 그런데 동독인이 스스로 게닉스 선물회사를 통해서 자가용을 구입할 목적으로 서독의 예금계좌에서 구입대금을 지불하기 위하여 이체를 신청했다면, 이를 국가가 개인의 재산권을 침해하는 경우라고 전제하는 것은 자연스럽지 못하다. 자가용의 구입과 사용은 국가를 위해서 강제로 징집될 수도 있겠지만, 보통은 개인이 사용하는데 제공되는 것이 일반적이기 때문이다. 또한 동독에 거주하는 서독 예금계좌의 소유자는 동독 행정청의 허가를 얻어서 서독으로 왕래하거나 법적인 대리인을 통해서 이러한 자금이체의 신청문제를 해결할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 동독인의 자금이체가 동독정부에 의한 재산권 침해라는 의심이 든다면, 연방은행은 자가용구매에 대한 예금계좌 소유자의 의사를 직접 확인할

61) BVerfGE 62, 169 (182).

62) BVerfGE 12, 271; 18, 353.

63) BVerfGE 18, 353 (363).

64) Reymar v. Wedel(각주 27), S. 713.

다른 방법을 활용할 수도 있었을 것이다.

### 3) 동서독 간 경제교류의 효과적인 통제 문제

지불거래와 경제교류 측면에서 본다면 몇 가지 문제들은 미해결 상태로 남아 있다. 연방헌법재판소는 동서독 간 경제교류에 있어서 외환경제에 대한 효과적인 통제가 기본적인 요소라고 명시적으로 인정했다.<sup>65)</sup> 그럼에도 불구하고 어떻게 외환경제를 효과적으로 통제할 수 있을지에 대해서는 특별한 언급을 하지 않았다. 이와 관련해서도 몇 가지 문제를 생각해 볼 수 있다.

첫째, 동서독 간 무역거래에 대한 지불방법으로는 원칙적으로 대체계좌(Verrechnungskonto)를 사용할 수 없었기 때문에, 동독에서 수출한 물품구입 시 제3국을 통한 지불은 인정되지 않았다. 이에 대해서 독일연방헌법재판소가 특별한 언급을 하지 않은 것은, 대체계좌는 주로 무역거래에서 이용되는 방법인데, 대상결정에서는 비상업적인 거래에 해당하는 문제를 다루었기 때문인 것으로 보인다. 오히려 비상업적 거래에 대해서는 허가유보 하에 무제한적인 이체금지가 규정된 규정청령 제53호를 제외하고는 법령상 규율근거가 불분명한 편이다. 동서독 간 비상업적 거래에 있어서는 합법적인 지불수단이 따로 없었던 것이다.

둘째로 민간부분에서 이루어지는 거래관계에 대해서는 1974년부터 이체합의 협약이 적용되었지만, 이 협약이 동독인의 이해관계를 제대로 반영한 것은 아니었다. 뿐만 아니라 이 협약도 형식적으로 본다면 국민의 대표기관인 의회가 체결한 조약이 아니라, 관련 주무장관 간에 체결한 행정협정에 해당한다. 따라서 법률적 효과가 없는 명령 정도로 이해할 수 있다. 독일연방은행의 일반적인 허가도 법적인 의미에서는 법률이나 명령에 해당하지 않는다. 즉 기존의 동서독 간 비상업적 거래에 대한 허가제도는 기본권을 제한하는 데 있어서 법적인 근거가 빈약한 것이다. 이러한 상황 하에서 독일연방은행은 게넥스 회사를 통한 동독 시민들의 물품구입에 서독의 지불금지계좌 자금을 사용하는 것을 통제할 것이다. 하지만 이러한 통제방식은 이미 그 이전부터 헌법적으로도 같은 독일인인 동독인의 재산권에 대한 제한으로서 문제가 있을 뿐만 아니라, 실제적으로도 효과적인 재정통제에 기여하지 못하고 있다고 평가되었다.<sup>66)</sup>

65) BVerfGE 62, 169 (184 f.).

66) Der Spiegel v. 17. 7. 1978 (Nr. 29/1978), S. 31.

#### 4) 상호주의원칙 문제

연방헌법재판소는 동서독 간의 상호주의에 대해서 언급을 했지만, 그 내용에 대해서는 구체적으로 어떤 것을 의미하는지 확인하기는 어렵다. 단지 동서독 간 지불거래에 있어서는 상호주의원칙이 재산권의 행사나 또는 법치국가 원리 때문에 일정하게 제한될 수 있음을 강조했을 뿐이다. 그러면서 연방헌법재판소는 동서독에서 개인 간 비상업적 분야에서 법적 거래를 규율하는 데, 독일연방은행이 균형적인 상호주의원칙을 보장하기 위하여 오랫동안 거래허가 실무에서 계좌이체에 대한 허가금지를 하나의 “저당물(Faustpfand)”로 활용한 것을 위헌으로 판단한 것이다. 만일 동독의 법인과 비상업적 거래를 할 경우에도 연방은행이 이체신청에 대하여 허가금지를 저당물처럼 활용할 수 있었는지는 분명하지 않다. 다른 한편 동독에는 국가주도의 법인만 있는 것이 아니라 민간단체나 재단, 영세기업 심지어 교회까지 있는데, 이들과의 거래에 대해서도 원칙적인 이체금지가 위헌일 수 있는지도 구별될 수 있다.<sup>67)</sup>

#### 5) 독일연방은행의 권한과 실무

연방헌법재판소가 군정청령 제53호를 위헌으로 결정했다고 해서, 동독 시민들이 서독에 있는 지불금지(통제)계좌에서 자유롭게, 예를 들어 대리인을 통해서 현금을 무제한으로 인출할 수 있는 것은 아니다. 그렇게 된다면 독일연방은행은 동서독 간 외환경제에 대한 통제를 상실할 수 있기 때문이다. 실제로 독일연방은행은 연방헌법재판소의 본 대상결정 이후에 동서독 간 경제발전상황을 고려하고 판례의 의미를 반영하여 특히 게넥스 회사를 통한 동독인들의 물품 구입에 대해서는 상당히 넓게 이체를 허용하는 것으로 실무를 변경했다.<sup>68)</sup>

물론 본래 군정청령 제53호의 조문에 따르면 독일연방은행은 광범한 재량권한을 가지기 때문에 일반적으로 허가를 부여하는 실무로 전환했다고 해서 큰 문제가 있는 것은 아니라고 볼 수도 있다.<sup>69)</sup> 그러나 이 점에 대해서는 유의해야 할 것이 있다. 독일연방헌법재판소는 군정청령 제53호 제1조를 실무상 허가유보부 금지로 집행하는 것에 대해서 상당한 의심을 표시했다. 대상결정이 내

67) Reymar v. Wedel(각주 27), S. 713S. 713.

68) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2296) Fn. 42.

69) Otto Krings(각주 28), S. 2292 (2295).

려진 후 독일연방헌법재판소 제1원(Erster Senat)의 새로운 재판관 - 처음에는 부소장으로 임명되었고 후에 연방헌법재판소장 - 이 된 로만 헤어초크(R. Herzog)는 이미 1972년 연방은행을 위하여 집필한 감정평가서에서, 연방은행은 사실상 (대체)입법자의 지위에 들어섰다고 지적했다.<sup>70)</sup> 이러한 상황까지 고려한다면 독일연방헌법재판소는 군정청령 제53호를 사실상 폐지하거나 대체한 것이며, 독일연방은행에 대하여 재량을 허용한 것이 아니라, 앞으로는 - 허가유보부 금지가 아니라 - 금지유보부 허가를 원칙으로 하는 실무를 요구한 것이라고 볼 수 있다.<sup>71)</sup>

### 3. 결정 이후 상황

#### (1) 소련의 정치적 상황 변화

1982년 약 18년간 공산당 서기장으로서 실질적으로 1인 지배체제를 구축하고 소련을 지배하던 브레즈네프(L. Brezhnev)가 사망했다. 브레즈네프는 기본적으로 소련의 국익보호와 확대를 외교정책의 기본목표로 삼아 해군과 공군력을 대폭 증강시킴으로써 미국과 군사력에서 균형을 이룩했으며, 1970년대에는 미국과 소련을 중심으로 동서진영 간 긴장완화를 이루었던 데탕트(Détente) 설계의 주역으로서 동서 간 냉전체제의 해소에 큰 기여를 하였다. 브레즈네프는 1970년 8월 서독과 소련의 불가침협정 체결, 1972년 동서독 기본조약 체결, 그리고 1973년 동서독의 국제연합 동시가입 등에 결정적인 영향을 미쳤다. 그러다가 1979년 소련의 아프가니스탄 군사개입으로 평화분위기가 깨지고, 미국과 소련 간 대립과 긴장이 다시 격화되던 중에 1982년 사망한 것이다.

브레즈네프의 뒤를 이어 소련 국가보안위원회(KGB) 의장을 역임했던 안드로포프(Y. Andropov)가 공산당서기장에 선출되었다. 그는 동유럽 전문가로서 동독과의 관계를 중요시 여겼으나 동서독 간 관계설정에서는 동독에 많은 재량을 허용하였다.<sup>72)</sup> 그러나 안드로포프는 1년도 안되어 중병으로 물러났고 1984

70) 물론 대상결정은 제1원의 결정이었지만, 당시 헤어초크는 결정이 있고 나서 한 달 정도 후에 부소장으로 임명되었다.

71) Reymar v. Wedel(각주 27), S. 713 f.

72) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2000, S. 1724.

년 봄에 사망하여, 그 뒤를 이어 브레즈네프의 참모장이었던 체르넨코(K. Tschernenko)가 공산당서기장에 취임하였다. 체르넨코는 당시 동독 사회주의통일당(SED)의 제1서기 호네커가 서독을 방문하는 것에 대해 반대하는 등 냉전의 완화에 기여하지 못하였을 뿐만 아니라 1년이 지난 1985년 3월 건강이 좋지 않아 사망하였다.

1985년 당시 53세의 고르바초프(M. Gorbatschow)가 공산당 서기장에 선출되어 페레스트로이카(Perestroika: 개혁)를 추진하여 소련 국내에서 개혁과 글라스노스트(Glasnost: 개방) 뿐만 아니라, 동유럽의 민주화 개혁 등 세계질서에 큰 변화를 가져오게 되었다. 고르바초프가 처음부터 개혁주의자였던 것은 아니다. 서기장이 된 직후에는 동독의 호네커와 서독의 슈미트 수상, 그리고 그 뒤를 이은 콜 수상의 초청에도 응하지 않고 있다가, 2년이 지나 1987년 9월에야 처음으로 서독의 수도 본을 방문할 정도였다. 그러나 소련의 경제가 어려움에 빠져있었기 때문에 이를 극복하기 위하여 개혁과 개방정책을 추구하게 된 것이다.<sup>73)</sup>

## (2) 서독과 동독 간 정치상황의 변화

서독에서는 1982년 10월부터 콜(H. Kohl) 수상을 중심으로 한 기독교연합(CDU/CSU)과 자유당(FDP)의 연립정부가 수립되었지만 동독에 대한 기존 서독의 외교정책에는 변함이 없었다. 그러나 동독이 경제적 위기에 봉착하자 인류애 정신을 바탕으로 동독 정부에 재정적 지원을 시작하였다. 특히 1983년 당시 동독 정부에 대해서 상당히 강경한 입장을 고수하던 보수적인 바이에른 주지사 스트라우스(F. J. Strauß)가 동독에 대한 백만 독일마르크 지원을 약속하고, 1984년에도 동일한 정도의 재정지원을 보장하면서 동서독 간 가족상봉과 여행에 대한 통제가 완화되었다. 스트라우스는 자신의 태도변화에 대해서 “공산진영에서 주민들의 상황이 어려워져 민중봉기(Volkserhebung)가 발생한다 하더라도, 전쟁 등의 위협까지 감수해야 하는 서방에서는 현실적으로 이를 도울 수 없고, 따라서 공산진영의 어려움을 좌시하거나 공산진영을 경제적으로 약화시키는 것은 실제로 통일을 위해서는 의미가 없으며, 공산진영에서 죽음, 부상,

73) Klaus Stern(각주 72), S. 1725.



대규모 처벌과 핍박 등 어려움을 겪는 동족들의 모습을 안락한 서구 국가의 위치에서 지켜보기만 하는 것은 기독교적 양심에 반하는 것이었기 때문에, 더 이상 강경한 정책을 고수할 수 없었다”고 회고했다.<sup>74)</sup>

동독정부의 서독 시민들에 대한 불법적인 억류나 동독 주민들에 대한 정치적 억압이 동독 지역에서는 여전히 존재하고 있었지만, 서독정부의 정책기조가 기본적으로 변화하면서 전반적으로 동서독 간 정치인들의 회합과 만남도 빈번해졌다. 1987년 8월에는 당시 서독의 야당이던 사회당(SPD)과 동독의 지배당인 사회주의통일당 간에 공동위원회를 구성하고 공동의 기본가치를 수립하려는 노력을 시작하였고, 심지어 양 정당의 중앙위원회 위원들로 구성된 사회학 아카데미(Akademie für Gesellschaftswissenschaft)를 동베를린에 설치하고 상호 사회체제를 존중하며, 양 체제의 존립 정당성과 개혁가능성 그리고 평화적 공존 등을 촉진하고자 시도하였다.<sup>75)</sup>

### (3) 유럽통화연합과 유럽단일의정서를 통한 유럽통합과정의 발전

다른 한편 서독은 유럽공동체의 회원국 중 하나로서, 유럽공동체가 경제분야에서 1979년부터 유럽통화단위(European Currency Unit: ECU)를 도입하여 유럽통화제도(European Monetary System/Europäische Währungssystem: EMS/EWS)를 구축하는 데 참여하였다. 유럽통화제도의 주요한 목적은 통화정책 분야에서 유럽공동체 회원국 간 통화편차를 줄이고, 회원국들의 중앙은행 간 협력을 증진시키고 회원국 간 자본교류에 대한 통제를 철폐하여 유럽공동체 내에서 가격안정을 이루는 것이었다.<sup>76)</sup> 1980년대 초 소련의 정치적 불안과 유럽 내 경제적인 어려움 가운데에서도 유럽통화제도는 기본적으로 유지되었고, 결국 1980년대 중반부터는 유럽 내 동서 간 정치적인 불안과 긴장이 점차 해소되기

74) Klaus Stern(각주 72), S. 1726.

75) Klaus Stern(각주 72), S. 1727. 이와 관련하여 소련의 변화로 말미암아 동유럽의 상황은 변화되어 갔지만, 동독의 사회주의통일당 지배층, 특히 호네커의 인식은 큰 변화가 없었다고 한다. 이 때문에 소련과 주변 동유럽국가들이 경제적으로 개선노력을 기울일 때 동독의 경제는 더욱 악화되었을 뿐이다. 이 때문에 동독의 변화는 사회주의통일당이 없어도 가능했으며, 오히려 호네커가 없었다면 더 나았을 것으로 보고 있다. Klaus Stern(각주 72), S. 1728.

76) Helmut Siekmann: in: ders.(Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Währungsunion, 2012, Einf., Rn. 18.

시작하였다.

유럽공동체는 그동안 유럽석탄공동체조약(EGKS), 유럽경제공동체조약(EWG) 그리고 유럽원자력공동체조약(Euratom)을 근거로 하여 운영되었다. 그러나 이러한 세 가지 조약을 근거로 하는 유럽공동체는 각각의 조약 내 유사한 성격을 가지는 기관 간 협력을 통해서 운영되다 보니, 여러 측면에서 비효율성이 발생하였고 유럽공동체조약들에 대한 개정의 필요성이 대두되었다. 1981년 유럽단일의정서안에는 유럽공동체, 유럽의회 그리고 기존에 단순한 협력형태로 존재하던 유럽정치협력(Europäische Politische Zusammenarbeit: EPZ)을 통합하여 유럽연합을 창설한다는 내용이 포함되었고, 유럽이사회는 1983년 이러한 내용을 선언하였다(소위 슈트트가르트 선언).<sup>77)</sup>

1985년 유럽공동체 회원국 정상들은 유럽단일의정서(Einheitlich Europäische Akte/ Single European Act: EEA/SEA) 초안을 가지고 유럽공동체 내에서 새로운 기관과 제도, 권한 및 하나의 역내시장(Binnenmarkt)의 설립에 대하여 논의하였으나 의결하지는 못하였다. 유럽공동체의 개혁을 위하여 기존의 유럽석탄공동체조약, 유럽경제공동체조약, 유럽원자력공동체조약에 새로운 조약을 추가하고, 기존에 단순한 협력형태로 존재하던 유럽정치협력(Europäische Politische Zusammenarbeit: EPZ)의 형식적이고 구속력있는 조약상 근거를 마련하고자 했던 시도가 실패한 것이다. 결국 1986년 스페인과 포르투갈이 유럽공동체에 가입하고 어느 정도 의정서 내용이 수정되고 나서야 12개 회원국이 유럽단일의정서를 체결하였다. 이로써 유럽공동체는 세 가지 조약으로 분리되었던 체제가 점차 하나로 통합되고, 그 뒤에 마스트리히트조약, 암스테르담조약, 니스조약, 리스본조약에 이르기까지 유럽연합(Europäische Union)체제 구조가 점차 확립되어 가는 초석을 이루었다.<sup>78)</sup>

하지만 정치적 공동체로서 유럽연합의 성립은 최종적인 목적으로 밀려나고, 먼저는 1992년 12월 31일까지 역내시장이 완성되는 것을 목표로 유럽공동체가 발전하였다. 구 유럽공동체조약 제14조 제2항에 따르면 역내시장이란 “역내경제선이 없는 공간을 이르는 것으로서, 상품, 사람, 서비스와 자본이 유럽공동체 조약에 따라 자유롭게 이동하는 것이 보장되는 공간이다.” 뿐만 아니라 1988년

77) Rudolf Streinz, *Europarecht*, 9. Aufl., 2012, S. 14.

78) Klaus-Dieter Borchardt, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, 4. Aufl., 2010, S. 46 f.

6월 하노버에서 개최된 유럽연합 정상회담에서는 통화연합을 새롭게 구축하는 것을 계획하여, 당시 유럽공동체 위원회위원장이던 델로스(J. Delors)를 의장으로 통화연합에 대한 구체적인 계획을 수립하도록 하였다. 1989년 6월 많은 비판과 반대에도 불구하고 유럽공동체 회원국 정상들은 유럽공동체 내에서 자유로운 자본의 이동을 보장하고(제1단계), 유럽 통화제도를 구축하며(제2단계), 회원국의 개별적인 통화정책권한을 유럽중앙은행(ECB)으로 이양하는(제3단계) 과정을 거쳐 통화연합을 이룩하고자 의결하였다.<sup>79)</sup>

#### (4) 동서독 간 경제·무역 분야 실무에서 자본거래의 규제완화

기존의 판례와 더불어, 본 대상결정을 통해서 독일연방헌법재판소가 군정청령 제53호에 대해서 내린 내용적인 평가에 대해서는 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 대외무역에 있어서 군정청령 제53호 제1조는 일정한 경과기간 동안에만 효력을 발휘하고 거래내용을 규율한다.<sup>80)</sup> 둘째, 동서독 간 경제교류와 관련해서도 군정청령 제53호가 효력을 발휘하지만, 무엇보다 “점진적으로 독일 연방헌법에 명확하게 부응하는 법적상황에 근접”하는 것이 중요하다고 강조하였다.<sup>81)</sup> 연방헌법재판소는 동서독 간 자본과 지불거래에 있어서 행정청(독일연방은행)에게 동서독 간 경제교류를 통제하거나 감독의 필요성이 있을 때, 그리고 동독 시민이 서독에 있는 지불금지계좌에서 - 동독 정부의 압력이나 재산권 박탈 등의 원인 때문이 아니라 - 자금을 자유롭게 처분하는 것을 보장하기 위하여 일정한 이체신청을 거부할 수 있는 권한이 부여된 것으로 본 것이다.<sup>82)</sup>

이러한 판례의 결정 이후 군정청령 제53호에 대한 집행실무는 연방헌법재판소의 결정 내용을 지향하고 있다. 통상적인 대외무역에서처럼 비상업적 거래관계에 대해서도 일반적으로 허가가 원칙이고, 금지와 제한은 예외적으로 이루어졌다. 특히 동서독 간 경제교류에 있어서 자본과 투자 등의 거래에 있어서 독일연방은행의 실무는 다음과 같이 이루어졌다. 먼저 동독이나 서독에 있는 자

79) Helmut Siekmann(각주 76), Einf., Rn. 24 ff.

80) BVerfGE 12, 281.

81) BVerfGE 18, 353.

82) Wolfgang Vogel Claussen, Das Recht des innerdeutschen Wirtschaftsverkehrs im Vorfeld der deutsch-deutschen Wirtschafts- und Währungsunion, Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift(DtZ) 1990, S. 33 (35).

연인과 법인에게는 서독이든 동독이든 회사를 설립하거나 회사설립에 참여하거나 또는 지점이나 분점, 대표부 등을 개설하는 것이 일반적으로 허용된다. 이를 위한 자본지불이나 현물출자 등도 보장되었다. 뿐만 아니라 회사나 회사의 참여지분, 분점이나 지점을 양도하거나 양수하는 것도 허용되고, 대표부를 설립하고 운영하는 것도 허용되었다. 이로써 그 동안 서독에 있는 동독 투자자들이 투자할 때 개별적인 허가를 획득해야 했던 일반적이던 행정실무가 변경되고, 상호주의 원칙을 넘어서는 규정들이 적용되었으며, 동독에 있는 서독 투자자들에게도 동독 법률상 투자가 가능한 경우에는 일반적으로 허가를 획득할 수 있는 기회가 주어졌다.<sup>83)</sup>

## VI. 한국에 대한 시사점

### 1. 대상결정을 통해 본 시사점

본 대상결정과 독일에서의 논의, 그리고 그 이후 통일이 달성되는 과정 가운데서 발생한 상황전개를 통해 몇 가지 시사점을 이끌어 낼 수 있다.

첫째, 세계대전에서의 패배와 외국군대에 의한 분단, 외국 군정에 의한 잠정적인 통치시대의 혼란과 비정상적인 상황 속에서 제정된 법률에 의한 규율의 필요성이 인정되었던 법령들도, 점차 상황이 정상을 회복하고 사실상 평화를 이루는 상태로 발전한다면, 평화가 정착된 시점에서는 헌법에 합치되지 않는 한 더 이상 유지하기 어렵다는 것이다. 또한 이러한 현실과 법규범 간 괴리(현실적 필요와 위헌적 규범 간 공존?)를 현실에서 해결해야 하는 헌법적 의무는 물론 일차적으로 - 헌법재판소 같은 사법기관이 아니라 - 입법자에게 부여되는 점이다.

둘째, 분단국가였던 동독과 서독 간 거래관계에서 볼 수 있는 것처럼, 동서독 간 관계는 통상적인 외국과의 관계로 파악할 수 있는 것도 있지만, 외국과 같지 않은 특수한 국내적(inner) 관계로 파악할 수 있는 것도 있기 때문에, 일

83) 1990년 동독에서 외국인참여 회사의 설립과 활동에 관한 명령 제3조에 따르면, 동독의 서독투자자 또는 외국인투자자는 기본적으로 최저참여(Minderheitsbeteiligungen) 기준을 충족하는 범위 내에서 허용되었다.

반적으로 하나의 접근 방식을 가지고 모든 사안을 해결하기는 어렵다는 점이다. 문제의 핵심은 어떤 분야에서 외국과 같은 대우를 해야하고 어떤 분야에서 국내관계처럼 다루어야 하는지 이중적인 잣대를 적용할 기준선을 확정하는 것이다. 이것을 일반적으로 서술하기는 어렵겠지만, 한 가지 예시적으로만 제시해 본다면 다음과 같은 점을 고려해 볼 수 있다. 구체적인 상황에 따라 양 국가의 사회적·문화적·경제적·정치적 접근이 실질적으로 실현될 수 있도록 하는 통일(또는 통합) 목적지향적인 방향성을 가지고 판단해야 한다는 점이다.

셋째, 동서독 간 법적 분쟁을 해결함에 있어서 독일연방헌법재판소는 현실적인 상황을 주의 깊게 고려했을 뿐만 아니라, 최종적으로는 현행 헌법의 기준을 바탕으로 결정을 내렸다는 점이다. 긍정적이든 부정적이든 정치현실을 강하게 고려하다보면, 결국에는 헌법적 근거와 그 기준에서 벗어나 법적인 논리와 설득력을 희생하는 정치적 판단에 치우칠 수 있는데, 독일연방헌법재판소는 그럼에도 불구하고 원칙적으로 헌법적 기준과 가치를 고수하는 결정을 했다는 점이다.

넷째, 본 대상결정 이후 정치와 경제상황의 발전을 본다면, 분단 상황에서는 정부의 자존심이나 원칙을 명목으로 내세우며 경제나 정치, 사회나 문화 분야의 교류에 있어서 강경일변도로 상대 국가에 대해서 고압적인 자세를 취해서는 통일을 이루는 것이 현실적으로 불가능하다는 점이다. 이를 단적으로 보여주는 사례가 서독의 극단적인 보수주의 정치계 대표 아이콘이었던 기독교사회당(CSU) 당수 스트라우스의 경우이다. 그가 동독에 대한 경제지원에 찬성하면서 1980년대 동독과의 관계가 점차 개선되었고, 그것이 결국에는 통일을 가져오는데 중요한 정책적 방향전환이 되었다. 스트라우스는 자신의 고백을 통해서 상대국가에 대해서 정부의 자존심만을 앞세우는 것은 쉽지만 그로 말미암아 통일을 달성하기는 어렵고, 오히려 연대정신을 발휘하여 상대국가의 경제적 활성화를 돕는 가운데 통일을 실제적으로 달성할 수 있음을 확인해 주었다.

## 2. 대한민국의 상황

### (1) 남북관계 개선을 위한 입법노력

대한민국 정부는 그동안 남북관계의 개선을 위하여 입법적인 측면에서 여러

가지 노력을 기울였다. 1990년 남북 간 상호 교류와 협력을 촉진하기 위하여 “남북교류협력에 관한 법률”(남북교류협력법)을, 그리고 남북교류협력을 재정적으로 지원하기 위한 남북협력기금의 설치와 운용 및 관리에 대한 “남북협력기금법” 제정을 시작으로, 2006년 평화적 통일을 구현하기 위한 남북한의 기본적인 관계와 그 발전을 위하여 “남북관계발전에 관한 법률”(남북관계발전법)을, 2009년 남북 이산가족의 생사확인 및 교류 촉진에 관한 문제를 해결하기 위하여 “남북 이산가족 생사확인 및 교류 촉진에 관한 법률”(이산가족법)을, 2012년 남한주민과 북한주민 사이의 가족관계와 상속·유증 등에 관한 법률관계를 규율하고자 “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법”(남북가족특별법)을 제정하고 운용해왔다.

## (2) 남북관계에 대한 사법적 판단과 현실

그러나 이러한 노력이 얼마나 남북관계를 개선하고 정치·경제·사회·문화 각 영역에서 상호 접근하고 이질감을 극복하는 데 도움이 되었는지는 의문이다. 기본적으로는 이러한 법률들과 기존의 국가보안법과의 관계에서 문제가 발생할 수 있는데, 국가보안법에 따르면 대한민국 국민에게는 북한주민과의 접촉이 금지되기 때문이다. 따라서 모든 남북관계 법률에 대해서는 국가보안법과의 긴장관계를 해소하는 것이 당연한 최우선적인 문제가 될 수 있다.<sup>84)</sup>

또한 최근 정부의 대북정책에 있어서 강경 일변도의 입장 고수는 기존의 노력마저 무의미하게 만들고 남북관계의 근간을 흔들고 있는 것으로 보인다. 극단적인 보수주의 정치가었던 스트라우스의 대동독 정책변화와 함께 10여년 만에 독일통일을 맞이하게 된 실제 독일통일의 과정과 그에 따른 행운을 반추한다면, 정부의 정책기조는 다시금 유연하고 적극적이며, 경제적 지원을 고려하는 방향으로 선회하고 유지되어야 할 것이다.

다른 한편 최근 대법원은 전쟁 당시 북한으로 끌려가 실종 처리된 사람의 자녀가 한국에 들어온 뒤 상속권을 인정해 달라며 소송을 낸 것에 대해서, 남북 분단이라는 특수성을 고려하더라도 현행법상 북한주민에게 상속회복청구권

84) 물론 남북교류협력법은 헌법재판소에 의해서 합헌결정을 받았다. 현재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65; 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52 이하 참조.

의 제척기간과 관련한 특례를 인정하지 않는 이상, 남한주민과 동일하게 상속권이 침해된 날로부터 10년이 지나면 상속회복청구권이 소멸되어 상속회복을 더 이상 청구할 수 없다고 판단하였다.<sup>85)</sup> 판결이 보여주는 바와 같이, 남북가족특례법상 상속회복청구권에 대한 특례가 없으면 대한민국 민법의 일반 원칙에 따라 결정되는 것을 볼 때, 여전히 남북관계에 있어서는 입법으로 해결해야 할 문제들이 남아있다. 예컨대, 남북가족특례법상 상속회복청구권의 제척기간에 대한 명시적인 특례규정이 없는 상황에서 탈북자에게 제척기간을 연장해 주기 어렵기 때문에, 입법을 통해 남한주민이 불측의 손해를 입지 않으면서도 북한주민의 상속회복청구권이 실질적으로 보장되는 방안이 강구되어야 할 필요가 있는 것이다.

### (3) 남북 간 경제거래의 현황

남북 간 외국환 거래문제에 있어서는, 북한주민이 일방 당사자인 경우 외환거래법상 “거주자”나 “비거주자”에 해당하지 않고, 법인이든 개인이든 관계없이 남북교류법상 “북한의 주민”에만 해당하면 남북교류협력법에 의한 규율이 적용된다.<sup>86)</sup> 남한과 북한의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신 서비스의 제공 등 “남한과 북한 간의 상호 교류와 협력”을 목적으로 하는 행위에 대해서는 다른 법률에 우선하여 남북교류협력법이 적용되기 때문에(남북교류협력법 제3조) 그러한 목적 범위에 속하지 않는 개인 간 거래에는 일반적인 외환거래법이 적용될 수 있다.

### (4) 통일을 대비하는 바람직한 이상

독일과 비교할 때 현재 우리의 상황은 1980년대 동서독 간의 상황보다 결코 더 희망적인 상황이라고 평가하기는 어렵다. 반대로 현행 법적 상황을 상대적으로 암울한 것으로 평가하는 것도 적절하지 않다. 독일의 경우에는 대상결정 이후에 어느 정도 국제정세의 변화라는 행운(?)도 따랐기 때문에 서독의 대동

85) 대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648. 6. 25

86) 현재 2005. 6. 30. 2003헌마114, 판례집 17-1, 879, 881.

독정책에 대한 일반적인 평가는 어떤 내용이든지 완벽한 것은 아니다. 현실적으로 본다면 우리나라의 대북관계가 동서독 간 비상업적 지불거래에 있어서는 대 상관례를 통해 허가유보부 일반적 승인을 원칙으로 삼았던 1983년의 독일보다 뒤떨어진다는 부정적인 평가를 할 수도 있다. 그러나 반대로 남북한 간 민간교류도 제대로 하기 어려운 전제 하에서 그나마 1950년대 제정된 규율내용이 아닌, 1987년 헌법체제 하에서 남북관계가 헌법의 통제 하에 규율되고 있다는 점은 오히려 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다.

헌법 제4조는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정되어 있다. 북한과의 통일이 정치적 타협의 대상이 아니라 87년 헌법체제 하에 수립된 모든 대한민국 정부에게 주어진 과제라면, 현재 남북한 간 정치상황은 그 책임소재에 관계없이 헌법과 합치하지 않는 상황으로 보인다. 독일연방헌법재판소의 대상결정을 통해서 확인된 시사점을 바탕으로, 북한정부의 기조에 관계없이 대한민국 정부의 통일정책만을 기준으로 한다면, 먼저 남북 간 민간교류에 있어서 자유를 확대하는 것이 필요하다. 둘째 경제적으로 열악한 북한에 대한 적극적인 재정적 지원을 고려해야 한다. 셋째 이러한 과정에서 헌법재판소는 통일을 지향할 뿐만 아니라 현행 헌법질서가 유지될 수 있는 전향적인 결정입장을 선택해야 할 것으로 보인다.



## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

Siekmann, Helmut(Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Währungsunion, Tübingen, 2013.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, München, 2000.

### ○ 논 문

Kringe, Otto, Das Erb- und Devisensrecht bei innerdeutschen Rechtsbeziehungen, NJW 1983.

Mampel, Siegfried, Das Erbrecht im neuen Zivilrecht der DDR, NJW 1976.

Vogel Claussen, Wolfgang, Das Recht des innerdeutschen Wirtschaftsverkehrs im Vorfeld der deutsch-deutschen Wirtschafts- und Währungsunion, Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift(DtZ) 1990.

Weber, Martin, 50 Jahre NJW: Deutsche Teilung und Wiedervereinigung, NJW 1997.

Wedel, Reymar v., Erb- und Devisenrecht bei innerdeutschen Rechtsbeziehungen, NJW 1984.

## 독일의 통일과 국적

- 연방헌법재판소의 테소(Teso) 결정 -

(BVerfGE 77, 137-170. 1987. 10. 21.)

김 주 환\*

### I. 관련 규정의 소개와 배경

#### 1. 관련 규정의 소개

1987년 10월 21일 서독 연방헌법재판소 제2재판부의 테소(Teso) 결정에서 헌법적 심사기준으로서 적용된 규정은 특히 서독 기본법 제16조와 제116조이다. 이들 규정의 내용은 다음과 같다.

서독 기본법 제16조 (국적박탈, 인도) ① 독일인의 국적은 박탈당하지 아니한다. 국적의 상실은 법률에 근거하여서만 행해지고, 이로 인하여 당사자가 무국적이 되지 않는 때에만 당사자의 의사에 반하여 국적이 상실될 수 있다.

② 어떤 독일인도 외국으로 추방되지 아니한다. 정치적으로 박해를 받는 자는 망명권을 가진다.

서독 기본법 제116조 (독일국적) ① 이 기본법에서 말하는 독일인이란 법률에 다른 규정이 없는 한, 독일국적을 가진 자이거나, 1937년 12월 31일 현재 독일국(das Deutsche Reich)의 영토 내에 있는 독일민족의 혈통을 가진 난민, 피추방자 또는 그 배우자나 비속이다.

② 1933년 1월 30일부터 1945년 5월 8일까지의 기간 중 정치적·인종적 또

---

\* 홍익대학교 법과대학 교수

는 종교적 이유로 국적을 박탈당한 구 독일국적보유자와 그 비속은 신청에 따라 다시 귀화된다. 1945년 5월 8일 이후 독일에 주소를 가지고 있었던 자는 반대의사를 표명하지 않는 한 국적을 상실하지 않은 것으로 본다.

## 2. 관련 규정의 제정 배경

### (1) 독일의 분단

1949년 5월 23일의 서독 기본법은 바이마르 헌법(1919년)과 달리 ‘연방의 영토’를 규정하지 않고, 제23조 제1문에서 서독 기본법의 적용범위만을 규정하고 있었다. 그에 따르면 서독 기본법은 우선 그 시행 당시에 존재하고 있던 서독 지역과 대베를린에 적용되는 것이었다. 그러나 대베를린 중에서도 동베를린에서는 서독 기본법이 적용되지 않고 서베를린에서만 적용되었다.<sup>1)</sup> 따라서 동독 지역과 동베를린에서는 서독 기본법 제23조 제2문에 따라 그 지역이 가입한 후에 비로소 서독 기본법이 적용될 수 있었다. 서독 기본법은 1990년 10월 3일 동독이 서독 기본법 제23조 제2문에 따라 가입함으로써 독일 전체에서 효력을 발휘하게 되었다. 이로써 독일 통일이 완성된 것이다.

### (2) 독일 국적

국민은 영토 및 주권과 함께 국가를 구성하는 요소이다. 따라서 국가가 존재하는 한 국적이 존재한다. 특히 국가권력 구성에 국민이 참여하고 국민국가사상이 발전하면서 선거권 행사의 요건 또는 병역의무 이행의 요건으로서 국민의 요건을 성문법으로 명확하게 규정할 필요가 생겼다. 이에 독일에서도 몇 개국이 국적에 관한 규정을 헌법에 두게 되었는데, 1818년의 바이에른 헌법, 1819년의 뷔르템베르크 헌법, 1820년의 헤센 헌법, 1829년의 작센-마이닝겐 헌법이 그것이었다. 국적의 취득과 상실을 헌법에 규정하지 않고 민법에 규정한 국가도 있었다 (예: 바덴).

1) 이에 대해서 자세한 것은 K. Hesse, 계획열 옮김, 독일헌법원론, 박영사, 2001, 단락번호 92 이하 참조.

독일에서 국적을 단행법인 국적법에 규정하기 시작한 것은 19세기 후반이었다. 예컨대 1842년 12월 31일의 ‘프로이센 신민 자격의 취득과 상실 및 외국에서의 관직 취임에 관한 법률’은 독일 최초의 근대적 국적법이었다. 이 법률은 다른 독일 국가의 국적법(예: 1852년의 작센 국적법)과 1870년 6월 1일의 독일국 국적법, 1913년 7월 22일의 독일국 국적법의 범례가 되었다. 1919년 8월 11일의 바이마르 헌법은 제110조 제1항에서 독일국과 주의 국적은 독일국의 법률 규정에 따라 취득하고 상실하며 주 국적자는 동시에 독일국 국적자가 된다는 점을 규정하였고, 제2항에서는 모든 독일인이 각 주에서 그 주의 국적자와 동일한 권리와 의무를 가진다는 점을 규정하였다. 1934년 2월 5일의 독일국적에 관한 명령 제1조 제1항은 주 국적을 폐지하였다. 따라서 그 후로는 독일국 국적만이 존재하게 되었다.<sup>2)</sup>

### (3) 서독 기본법 제16조 제1항

독일국적의 박탈 및 상실에 대하여 보호를 규정하고 있는 서독 기본법 제16조 제1항은 독일 헌법사에서 전례가 없는 것이다. 이 규정은 나치 지배하의 독일에서 자행되었던 정치적, 인종적, 종교적 이유에 의한 국적박탈에 대한 반성의 소산이다.<sup>3)</sup> 주지하다시피 제3제국은 특히 1933년 7월 14일의 법률에 의하여 국내 거주 유대인의 독일국적을 박탈하고, 1941년 11월 25일의 명령에 의하여 국외 거주 유대인의 독일국적을 박탈하였다. 서독 기본법 제16조 제1항은 또한 국제법의 발전, 특히 “모든 사람은 국적청구권을 가진다. 누구든지 그 국적을 자의적으로 박탈당하거나 국적변경권을 부인당하지 아니 한다.”라고 규정한 1948년 12월 10일의 세계인권선언 제15조에 대한 반응이기도 하다. 더 나아가 서독 기본법 제16조 제1항은 무국적을 방지하려는 국제법의 노력에도 부합하는 것이다.<sup>4)</sup>

이 사건에서 서독 기본법 제16조 제1항 제1문이 가지는 의의는 그것이 독일

2) A. Randelzhofer, Art. 16 Abs. 1, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1994, Rn. 4 참조.

3) B. Pieroth/B. Schlink, 정태호 옮김, 독일기본권개론, 헌법재판소, 2000, 단락번호 961.

4) A. Randelzhofer(각주 2), Rn. 5 참조.

국적의 박탈을 유보 없이 금지함으로써 독일국적을 박탈당하지 아니 할 권리의 헌법적 근거를 제공한다는 점이다. 여기에서 유의해야 할 것은, 이 기본권의 주체가 될 수 있는 자는 독일국적자이며, 독일국적이 없는 독일인은 이 권리의 주체가 되지 못한다는 점이다.<sup>5)</sup>

#### (4) 서독 기본법 제116조 제1항

서독 기본법은 국적법에 해당하는 내용 중 일부만을 규정하였다. 즉 서독 기본법은 제73조 제2호와 제74조 제8호에서 국적법에 관한 입법권을 규정하였고, 제16조와 제116조에서 직접적으로, 또한 제3조와 제33조에서 간접적으로 실체법적 성격의 국적법을 규정하였다. 그러나 이 규정들만으로는 국적법의 내용 전체를 파악할 수 없었다. 따라서 관련 법률들에 의한 보완이 필요했다. 게다가 서독 기본법은 국적 개념과 법률에 의한 국적 규정을 전제하고 있었다. 이러한 맥락에서 1913년 7월 22일의 독일국 국적법은 서독 기본법 제123조 제1항과 제124조에 의하여 서독의 연방법이 되었다. 이 법률은 주 국적을 독일 국적으로 간주하고, 독일 국적의 법적 효과로서 독일국 국적을 부여하는 것이었다. 주 국적은 1934년 1월 30일의 법률과 1934년 2월 5일의 명령에 의하여 폐지되었다. 이로써 독일 국적이라고 불리던 독일국 국적만이 존재하게 되었다. 서독 기본법 시행 당시의 독일국 국적법은 그 내용이 서독 기본법에 위배되지 않는 한 연방법률로서 계속 효력을 가지게 되었다.<sup>6)</sup>

서독 기본법 제116조 제1항은 ‘독일국적자’와 ‘독일국적이 없는 독일인’을 ‘독일인’으로 규정하였다. 독일 국적과 관련, 중요한 것은 서독과 동독의 국적은 단일의 독일 국적이라는 점이다. 따라서 동독 국적을 취득한 자는 서독에서도 독일국적자가 된다. ‘독일국적자’와 ‘독일국적이 없는 독일인’은 모두 서독 기본법이 보장하는 ‘독일인’의 기본권의 주체가 된다.<sup>7)</sup>

5) B. Pieroth/B. Schlink(각주 3), 단락번호 962.

6) 이에 대해서는 T. Maunz, Art. 116, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1994, Rn. 5 참조.

7) T. Maunz(각주 6), Rn. 4.

## II. 사건의 개요

이른바 “테소 결정”이라고 불리는 이 결정은 마르코 테소(Marco Teso, 남)가 a) 서독 연방행정법원의 판결(1982년 11월 30일), b) 서독 쾰른행정법원의 판결(1976년 2월 4일), c) 서독 쾰른시장의 결정(1974년 12월 10일)에 대하여 청구한 헌법소원심판에서 서독 연방헌법재판소 제2재판부가 선고한 결정(1987년 10월 21일 - 2 BvR 373/83)이다. 그 사건의 개요는 다음과 같다.<sup>8)</sup>

1. 청구인 테소는 1940년 12월 25일 독일 작센(Sachsen)에서 출생한 자이다. 출생 당시 청구인의 부(父)는 이탈리아 국적을 가지고 있었다. 청구인의 모(母)는 원래 독일 국적을 가지고 있었으나, 1940년 10월 7일 청구인의 부와 혼인함으로써 이탈리아 국적을 취득하였다. 따라서 청구인의 출생 당시 그의 부와 모는 모두 이탈리아 국적을 가지고 있었다. 그 후 청구인의 모는 1944년 청구인의 부와 이혼하고 독일에 귀화(Einbürgerung)하여 독일 국적을 재취득하였다. 그러나 청구인에게는 이 귀화의 효과가 미치지 않았다. 청구인은 친권자가 된 어머니의 보호를 받으며 작센에서 성장하였다.

청구인은 1954년에 “독일 국적자를 위한 독일민주공화국(이하 “동독”)의 신분증명서”를 발급받았고, 1959년 동독 인민군에 입대하였다가 1961년 전역하면서 새로운 신분증명서를 발급받았다. 청구인은 1962년 동독 라이프치히(Leipzig)에서 독일 국적의 여성과 혼인하였다.

1967년 서베를린 주재 이탈리아 총영사관은 청구인의 신청에 의하여 청구인이 이탈리아 국적자임을 확인하고 청구인에게 이탈리아 여권을 발급하였다. 청구인은 이 여권을 가지고 1969년에 서독으로 이주하여 난민증명서를 받았으며 긴급수용절차(Notaufnahmeverfahren)에서 영주허가를 받았다. 청구인은 1970년 8월 17일 노르트라인-베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen)주 쾰른(Köln)시 뢰베니히(Lövenich) 기초단체로부터 신분증명서를 발급받았고, 1972년 쾰른시장으로부터 서독 여권을 발급받았다. 청구인은 현재 서독에서 직업학교 교사로 재직

8) 이에 대해서는 BVerfGE 77, 137 (139 ff.) 참조.

중이며, 지방선거와 연방의회의원선거에도 참여한 바 있다.

2. 청구인은 1969년에 제정된 “동독과 동베를린 지역의 재산상 손해에 대한 증거보전 및 확인에 관한 법률”(Gesetz über die Beweissicherung und Feststellung von Vermögensschäden in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands und im Sowjetsektor von Berlin)에 따라 재산상 손해 확인 절차를 진행하던 중 국적 문제가 제기되자 1974년 9월 27일 독일 국적 확인을 신청하였다. 서베를린 주재 이탈리아 총영사관이 청구인의 이탈리아 국적을 확인하자, 쾰른시장은 1974년 12월 10일 청구인이 독일 국적자도 아니고 서독 기본법 제116조 제1항에서 의미하는 ‘독일 국적을 가지고 있지 않은 독일인’도 아니라고 결정하였다.

3. 청구인은 이 결정에 대하여 이의신청을 하였으나 기각되었고, 쾰른행정법원도 1976년 2월 4일자 판결을 통하여 소를 기각하였다. 노르트라인-베스트팔렌 고등행정법원은 1심 판결을 변경하고 쾰른시장의 결정을 파기하면서 쾰른시장에게 국적증명서 교부 의무를 부과하였다.<sup>9)</sup> 그러나 연방행정법원은 1982년 11월 30일자 판결에서 1심 판결을 재확인하였다. 이에 청구인은 쾰른시장의 결정과 쾰른행정법원 및 연방행정법원의 판결로 인하여 서독 기본법 제2조 제1항, 제3조 제1항, 제6조 제1항, 제8조 제1항, 제9조 제1항, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제16조 제1항 및 제116조 제1항, 제33조 제1항, 제38조 제2항 및 제3항, 제103조 제1항에 의하여 보장된 자신의 기본권을 침해받았다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### III. 주요 쟁점

동독 국적의 취득으로 인하여 서독 기본법 제16조 제1항, 제116조 제1항에서 의미하는 독일 국적 취득의 법적 효과가 발생하는지 여부

9) Urteil vom 5. September 1978, DVBl. 1979, S. 429 ff.; JZ 1979, S. 136 ff.

## IV. 결정 요지

이 결정의 요지는 다음과 같다.<sup>10)</sup>

1. 서독 기본법의 통일명령을 규범적으로 구체화하고 있는 ‘독일 국적의 단일성 유지 원칙’(서독 기본법 제116조 제1항, 제16조 제1항)으로부터 다음과 같은 결론이 도출되는바, 동독 국적의 취득은 서독의 법질서에서 공공질서(ordre public)에 위배되지 않는 한 독일 국적 취득의 법적 효과를 발생시킨다.

2. 서독 기본법의 관점에서 볼 때 동독이 행사하는 권력은 동독이 자기결정권의 자유로운 행사에 의하여 독일로부터 분리되었을 때 비로소 독일로부터 분리된 외국의 권력이 될 것이다.

3. 동독 국적 취득에 의한 독일 국적 취득은 일반적 국제법이나 동·서독 조약으로부터 나오는 서독의 의무에 위배되지 않는다.

4. 서독의 관할 기관이 독일의 법적 상황에 대하여 내린 국제법적 판단이 명백히 국제법에 위배되는 경우에만<sup>11)</sup> 서독 연방헌법재판소는 그 판단에 구속되지 않는다.

## V. 분석 및 평가

### 1. 결정의 의의

서독 연방헌법재판소는 이 사건 심판청구가 적법하며 이유 있다고 판시하였다. 즉, 동 재판소는 재판의 전제가 되는 시점에 청구인이 서독 기본법에서 의

---

10) BVerfGE 77, 137 (137 f.) 참조.

11) BVerfGE 55, 349 (368 f.) 참조.



미하는 독일 국적자였으므로, 청구인의 독일 국적을 부정하는 것은 국적 박탈과 같은 효력을 가진다고 판시하였다.<sup>12)</sup> 따라서 동 재판소는 심판대상 결정과 판결들이 서독 기본법 제16조 제1항 제1문 및 제116조 제1항에 의하여 보장된 청구인의 기본권과 서독 기본법 제3조 제1항 및 독일인의 기본권으로부터 나오는 청구인의 평등권을 침해한다고 판시하였다.<sup>13)</sup>

서독 연방헌법재판소는 이 결정에서 1973년 7월 31일의 동서독기본조약 판결<sup>14)</sup>의 내용을 재확인하고 분단 독일의 국적 문제에 대하여 원칙을 제시하였으며, 독일국, 서독 및 동독 간의 법적 관계를 설득력 있게 해명하였다. 따라서 이 결정은 국적법의 영역을 넘어서 동서독 간의 헌법적 관계와 국제법적 관계를 정립하는 데에 매우 중대한 영향을 미쳤다. 이 결정에서 특히 주목해야 할 것은 서독 연방헌법재판소가 헌법적 결론을 도출한 다음에 그 결론이 서독의 국제법적 의무에 위배되는지 여부를 다시 검토하였다는 점이다.

이 결정의 내용은 다음과 같다.

### (1) 동독 국적 취득과 독일 국적 취득

서독 연방헌법재판소는 이 사건에서 청구인의 독일 국적 취득을 인정하였다. 그러나 청구인은 서독에 귀화함으로써 독일 국적을 취득한 것도 아니고, 서독 기본법 제123조 제1항에 따라 서독에서 계속 적용되고 있는 독일국 국적법(1913년에 제정된 *das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz, RuStAG*)에 의하여 독일 국적을 취득한 것도 아니다.<sup>15)</sup> 청구인은 동독 국적을 취득함으로써 동시에 서독 기본법 제16조 제1항, 제116조 제1항에서 의미하는 독일 국적을 취득한 것이다.<sup>16)</sup>

12) BVerfGE 77, 137 (147); BVerwG, in: DÖV 1967, S. 94 f. 참조.

13) BVerfGE 77, 137 (147).

14) BVerfGE 36, 1 ff.

15) 청구인은 서독에서 신분증명서(1970년)와 여권(1972년)을 발급받았지만, 그것이 귀화의 효과를 발생시키는 것은 아니다. 독일국 국적법은 그와 같은 방식의 귀화를 인정하고 있지 않기 때문이다.

16) BVerfGE 77, 137 (148).

서독 노르트라인-베스트팔렌 고등행정법원과 서독 연방행정법원은 청구인의 동독 국적 취득이 유효한 것임을 인정하였다. 그러한 한 청구인이 동독 법률에 의하여 직접 동독 국적을 취득하였는지, 아니면 신분증명서 발급과 같은 동독 행정청의 행정행위에 의하여 동독 국적을 취득하였는지는 더 이상 문제가 되지 않는다. 문제는 오히려 청구인에게 적용된 동독 국적 취득 요건이 서독에서 계속 적용되고 있는 독일국 국적법이나 그 밖의 서독법에는 없다는 것이다. 그럼에도 불구하고 서독 연방헌법재판소는 ‘독일 국적 단일성의 원칙’(서독 기본법 제116조 제1항, 제16조 제1항)을 적용하여, 동독 국적의 취득은 서독의 공공질서(ordre public)에 위배되지 않는 한 독일 국적 취득의 효력을 발생시킨다고 판시하였다.<sup>17)</sup> 즉, 동독의 국적법과 서독의 국적법이 일치하지 않는다고 하더라도 동독 국적 취득이 유효하다면 그에 따라 독일 국적 취득의 법적 효과가 발생한다는 것이다. 서독 연방헌법재판소는 그 이유를 다음과 같이 논증하였다.

## (2) 독일 국적 단일성의 원칙

### 1) 통일명령과 준수 의무

서독 연방헌법재판소는 서독 기본법 전문의 법적 효력을 인정하는 한편, 전문에 “통일명령”이 규정되어 있다고 보았다.<sup>18)</sup> 그에 따르면 서독의 정치적 기관들은 통일을 위하여 다양한 행위를 할 수 있는 광범위한 형성권을 가지기 때문에, 통일명령으로부터 서독의 국가기관에 대하여 통일을 위한 특정 행위를 요구할 수 있는 청구권은 도출되지 않는다고 한다.<sup>19)</sup> 따라서 서독의 국가기관은 통일을 달성하기 위한 정책적 수단과 방법을 자기책임하에 선택할 수 있다고 한다.<sup>20)</sup> 다만, 입법자의 조치가 법적으로 또는 사실적으로 자유통일에 명백히 위배될 때에는 서독 연방헌법재판소가 이를 통제할 수 있다고 한다.<sup>21)</sup>

17) BVerfGE 77, 137 (149).

18) BVerfGE 77, 137 (149); 5, 85 (127 f.); 36, 1 (17 f.) 참조.

19) BVerfGE 77, 137 (149); 5, 85 (127 f.) 참조.

20) BVerfGE 77, 137 (149); 36, 1 (18 ff.) 참조.

21) BVerfGE 77, 137 (149); 5, 85 (128); 12, 45 (51 f.); 36, 1 (17 ff.).

서독 연방헌법재판소는 이와 같은 의미의 통일명령으로부터 “그 정책에 있어 이 목적을 달성하기 위하여 노력하여야 할” 헌법기관의 적극적 의무와 “통일을 저해하는 어떠한 행위도 해서는 아니 될” 소극적 준수 의무(Wahrungsgebot)를 도출하였다.<sup>22)</sup> 국적과 관련, 동 재판소는 이 준수 의무가 서독 기본법 제116조 제1항, 제16조 제1항에 ‘독일 국적 단일성 유지 의무’로서 구체화되어 있다고 보았다.<sup>23)</sup> 동 재판소는 그 의미를 다음과 같이 이해하였다.

“헌법제정회의(der Parlamentarische Rat)는 서독 기본법 제정을 신생국가 건립 행위로 이해하지 않았다. 헌법제정회의는 ‘독일의 통일과 자유’가 자유로운 자기결정에 의하여 완성될 때까지 ‘국가생활에 과도적으로 신질서’를 부여하고자 하였다 (서독 기본법 전문). 서독 기본법 전문과 제146조는 서독 기본법 전체를 이와 같은 목적에 정향시키고 있다. 헌법제정자는 이를 통하여 독일의 국가적 통일 의지를 규범화하였지만, 통일은 점령국 간의 국제정치적 긴장관계로 인하여 심각한 위협을 받고 있다. 헌법제정회의는 가능한 한 이로써 독일의 국가적 분단을 극복하고자 하였다. 헌법제정회의의 정치적 근본결단은 신생 (서독) 국가를 건립하는 것이 아니라, 서독 기본법을 제정하여 독일국, 즉 그 주권, 영토, 국민의 일부를 재조직(Reorganisation)하는 것이었다. 서독 기본법의 기초를 이루는 것은 서독의 정치적 및 역사적 정체성에 대한 이와 같은 이해이다. 서독 기본법이 제116조 제1항, 제16조 제1항에서 독일 국적을 유지하고 있는 것과 독일국 국민의 정체성을 지금까지 유지하고 있는 것은 이와 같은 이해와 근본결단을 규범적으로 표현한 것이다.”<sup>24)</sup>

## 2) 독일 국적 단일성의 원칙

‘독일 국적 단일성 유지 의무’로부터 도출되는 헌법적 의무는 특히 독일 국민의 정체성을 유지할 의무이다. 주목할 것은 서독의 국가기관이 정태적으로서 서독 기본법 시행 당시의 독일 국적자에 대해서만 이 의무를 지는 것이 아니라, 서독 기본법 시행 후 독일국 국적법에 의하여 독일 국적을 취득한 자 또는

22) BVerfGE 77, 137 (149); 36, 1 (18).

23) BVerfGE 77, 137 (149 f.).

24) BVerfGE 77, 137 (150).

취득하게 될 자에 대해서도 이 의무를 진다는 것이다. 즉, 서독 기본법의 통일 명령에 내포되어 있는 준수의무는 국제법상 자기결정권의 주체인 독일 국민의 단일성을 가능한 한 미래에도 계속 유지할 것을 명하고 있는 것이다.<sup>25)</sup> 이에 따라 서독은 서독 기본법의 장소적 적용범위를 넘어서 1937년 12월 31일 현재 독일국의 영토를 기준으로 하여 독일 국적 문제를 규정할 권한을 가진다 (서독 기본법 제116조 제1항 참조).

이러한 맥락에서 서독 연방헌법재판소는, 동독의 국적 취득 요건과 같은 규정이 독일국 국적법에 없다고 하더라도, 동독 국적 취득에 대하여 서독 기본법에서 의미하는 독일 국적 취득의 법적 효과를 부여하는 것은 헌법적으로 문제가 되지 않는다고 한다.<sup>26)</sup> 즉, 동독의 공권력 행사에 대하여 서독 기본법이 적용되는 것은 아니지만, 서독법에 의하여 그와 같은 법적 효과를 발생시키는 것은 충분히 가능하다는 것이다. 왜냐하면 서독 기본법은 독일 국민의 계속적 존속을 인정하는 데에서 출발하고 있으며,<sup>27)</sup> 서독은 그 국민과 영토에 관한 한 독일 전체를 포함하지 않으므로 동독은 여전히 외국이 아니라 ‘독일의 일부’이기 때문이라는 것이다. 이에 따르면, 동서독 기본조약이 체결되었다고 하더라도 동독은 여전히 ‘독일의 일부’이고, 예컨대 동독의 법원도 ‘독일의 법원’이라는 것이다.<sup>28)</sup> 그렇다면 서독 기본법의 관점에서 볼 때 동독은 외국이 아니고, 동독이 자기결정권의 자유로운 행사에 의하여 독일로부터 완전히 분리되었을 때 비로소 외국이 되는 것이다.<sup>29)</sup>

### 3) 헌법적 한계로서의 공공질서

한편, 서독 연방헌법재판소는 동독 국적 취득에 의한 독일 국적 취득에 대하여 서독의 공공질서(ordre public)를 헌법적 한계로 설정하였다. 공공질서와 관련, 예컨대 동독 법원의 형사판결은 서독에서도 ‘독일 법원의 판결’로서 효력을 가지지만, 이를 서독에서 집행할 때에는 서독의 공공질서로서 서독 기본법

25) BVerfGE 77, 137 (151); E. Klein, NJW 1983, S. 2289 ff.; derselbe, JuS 1987, S. 279 ff. 참조.

26) BVerfGE 77, 137 (151) 참조.

27) BVerfGE 77, 137 (151); 36, 1 (16 ff., 29 ff.).

28) BVerfGE 77, 137 (151); 37, 57 (64).

29) BVerfGE 77, 137 (151).

의 기본권과 헌법질서가 적용된다고 한다.<sup>30)</sup> 이 사건에서 서독 연방헌법재판소는 국적법과 관련, 공공질서의 내용과 효력은 무엇보다 국적법의 기본사상과 서독 기본법의 통일명령에 의하여 결정되지만, 공공질서의 관점에서 보더라도 청구인의 독일 국적 취득을 부정할 이유가 없다고 하였다.<sup>31)</sup>

### (3) 독일국의 계속적 존속

이에 이어서 서독 연방헌법재판소는 동독 국적 취득에 의한 독일 국적 취득이 일반적 국제법에 위배되는지 여부를 심사하였다.

#### 1) 일반적 국제법

일반적 국제법에 따르면 국가는 그 국민의 범위를 결정함에 있어 사리에 맞지 않는, 자국과 무관한 사항에 근거하여 국적을 정함으로써 타국의 존립과 대인고권을 침해해서는 안 된다.<sup>32)</sup> 따라서 동독 국적 취득에 대하여 서독 기본법에서 의미하는 독일 국적 취득의 법적 효과를 부여하는 것이 일반적 국제법에 위배되는지 여부가 문제되는 것이다. 이와 관련, 서독 연방헌법재판소는 서독이 동독 주민을 서독 기본법에서 의미하는 독일 국적자에 해당하는 것으로 보고, 동독 주민이 서독에 와서 독일 국적을 수인하거나 요구할 때에만 독일 국적자의 지위를 부여하고, 동독 거주 주민에 대하여는 독일 국적으로부터 나오는 권리의무관계를 실현하지 않는 방식으로 독일 국적을 인정하는 것은 일반적 국제법에 위배되지 않는다고 판시하였다.<sup>33)</sup> 이것은 그 때까지, 특히 제2차 세계대전에서 독일국이 패전한 이후로 독일 국민이 자유로운 자기결정에 의하여 자신의 정치적 형식을 결정할 수 없었던 법적 상황을 반영한 것이다.

30) 동독 법원의 형사판결을 서독에서 집행하는 문제에 대해서는 BVerfGE 11, 150 (158 ff.); 1, 332 (341, 345 ff.) 참조. 또한 범죄인의 동독 인도 문제에 대해서는 BVerfGE 37, 57 (64 ff., 66) 참조.

31) BVerfGE 77, 137 (152 f.).

32) BVerfGE 77, 137 (153); Dahm, Völkerrecht, Bd. 1, 1958, § 79 III, 2, S. 448 f.; BVerfGE 1, 322 (329); BVerfGE 23, 274 (278); BGHSt 5, 230 (234); 9, 53 (59) 참조.

33) BVerfGE 77, 137 (153).

## 2) 독일국 존속의 근거

독일국은 1945년 5월 그 군대 항복과 정부 해산에 의하여 국제법적으로 소멸한 것도 아니고, 1945년 6월 5일 승전4개국이 ‘독일에 관한 최고권력’을 행사하게 됨으로써 국제법적으로 소멸한 것도 아니다.<sup>34)</sup> 4개국은 오히려 독일에 관한 최고권력의 행사가 독일의 합병(Annektierung)을 의미하는 것이 아님을 천명함으로써 독일국의 계속적 존속을 인정하였다.<sup>35)</sup>

더 나아가 독일국은 1949년 5월 23일 서독 기본법의 시행과 1949년 10월 7일 동독 헌법의 시행에 의해서 국제법적으로 소멸한 것도 아니다.<sup>36)</sup> 독일의 분단에도 불구하고 독일국의 존속에는 변함이 없다는 것이다.

우선, 서독에서는 서독 기본법 자체가 그 시행에 의하여 독일국이 소멸함을 규정한 것도 아니고, 서독의 국가기관들이 서독 기본법의 시행에 의하여 독일국이 소멸한 것으로 평가한 것도 아니다. 서독은 오히려 처음부터 국제법의 주체인 독일국과 동일한 것으로 간주되었다. 서독의 영토고권이 서독 기본법의 지역적 적용범위로 제한되었다고 해서 서독과 독일국 간의 국제법적 주체의 동일성에 변화가 생기는 것은 아니다. 국제법에 따르면 국제법적 주체의 영토가 일부 변경되더라도 국제법적 주체의 동일성은 변경되지 않기 때문이다. 또한 서독과 독일국의 동일성은 다수 국가에 의하여 국제법적으로 승인되었다. 서독은 1871년에 건국된 독일국의 법적 승계국(Rechtsnachfolger)이 아니라 독일국과 국제법적으로 동일한 주체이기 때문에, 독일국과 당사국들 사이에 중단된 조약관계를 다시 서독과 당사국들 사이에 적용하는 데에는 조약체결에 관한 헌법규정들<sup>37)</sup>이 적용되지 않는다.<sup>38)</sup>

한편, 동독도 독일국의 존속을 승인하였다. 예컨대 1949년 10월 7일의 동독 헌법은 제1조 제1항(“독일은 불가분의 민주공화국이다.”), 제1조 제4항(“독일

34) BVerfGE 77, 137 (154).

35) BVerfGE 77, 137 (154).

36) BVerfGE 77, 137 (155).

37) 서독 기본법 제59조 참조.

38) BVerfGE 77, 137 (155 f.).

국적은 단 하나이다.”), 제118조 제1항(“독일은 하나의 공통 관세국경으로 둘러싸인 단일 관세 및 거래 지역이다.”) 등에서 이를 명시하고 있었다.<sup>39)</sup>

### 3) 국제법적 주체로서 서독과 독일국의 동일성

서독과 독일국의 동일성은 동서독 기본조약의 체결과 유엔 동시 가입에 의해서도 변경되지 않는다.<sup>40)</sup> 동독이 이를 통해서 독일로부터 국제법적으로 완전히 분리된 것은 아니지만, 설령 그렇다고 하더라도 그로써 독일국이 소멸한 것은 아니다. 영토의 일부가 분리되더라도 잔여 영토의 국가성이 유지되는 한 그 영토의 주체적 동일성은 종결되지 않기 때문이다. 서독의 경우에 이것은 명확하다.

### 4) 독일 국민의 자기결정권

더 나아가 동독 국적 취득에 의한 독일 국적 취득은 독일의 분단이 독일 국민의 자기결정권에 의하여 이루어진 것이 아니기 때문에 일반적 국제법에 위배되지 않는다.<sup>41)</sup> 자기결정권은 제2차 세계대전 후에 일반적으로 승인된 국제법의 원칙이 되었다. 독일 국민은 자기결정권의 주체로서 독일의 분단을 평화적으로 극복하고 완전한 국가적 통일을 이루고자 한다. 따라서 독일 국민이 자기결정권을 자유롭게 행사할 수 있을 때까지 서독이 국적법 규정을 통해서 독일 국민의 법적 형식과 형태를 유지하는 것은 국제법상 사리에 맞지 않는 국적 결정이 아니다.

## (4) 독일 국적과 동서독 기본조약

끝으로, 서독 연방헌법재판소는 동독 국적 취득에 의한 독일 국적 취득이 1972년 12월 21일의 동서독 기본조약이나 그 밖의 동서독 조약으로부터 나오는 서독의 의무에 위배되는지 여부를 심사하였다.

39) BVerfGE 77, 137 (157).

40) BVerfGE 77, 137 (160).

41) BVerfGE 77, 137 (161).

동독 국적 취득에 대하여 서독이 독일 국적 취득의 법적 효과를 부여하는 것은 동서독 기본조약에 따라 존중해야 할 동독의 독립성과 자주성을 침해하지 않는다.<sup>42)</sup> 그것은 동서독 기본조약의 목적과 원칙에 위배되는 것도 아니고, 서독이 동독에서 공권력을 행사하거나 동독 주민에 대하여 독일 국적자의 의무를 요구하는 것도 아니다. 동독은 이와 관계없이 동독 주민의 국적을 규정할 수 있다. 또한 동독은 동서독 기본조약 체결 당시에 서독이 서로에 대해 외국이 아닌 두 개의 국가가 독일에 존재한다는 입장을 취하고 있음을 확인하였다. 서독 연방정부는 동서독 기본조약의 체결과 동서독 유엔 동시 가입이 서독에 의한 동독의 국제법적 승인을 의미하는 것이 아님을 거듭 천명하였다. 이것은 동서독의 법적 관계가 동서독 기본조약의 체결 후에도 국제법에 의해서만 판단되는 것이 아님을 의미한다.<sup>43)</sup> 제3국과의 관계에서 양국이 가지는 주권은 이와 무관하다.

독일과 동서독의 국제법적 상황에 대한 양국의 판단은 일치하지 않을 수 있다. 서독 연방헌법재판소는 독일의 법적 상황에 대한 서독 국가기관의 국제법적 판단이 명백히 국제법에 위배될 때에만 이를 거부할 수 있다.<sup>44)</sup> 그러나 이 사건에서는 그와 같은 국제법 위반을 확인할 수 없다.

## (5) 결론

이에 따라 서독 연방헌법재판소는 재판관 6 : 2의 의견으로 인용결정을 선고하였다. 그 결정 주문은 다음과 같다.

“1974년 12월 10일 쾰른시장의 결정, 1976년 2월 4일 쾰른행정법원의 판결(9 K 914/75) 및 1982년 11월 30일 연방행정법원의 판결(1 C 72.78)은 서독 기본법 제16조 제1항, 제116조 제1항, 제3조 제1항 및 제8조 제1항, 제9조 제1항, 제11조 제1항, 제12조 제1항에 의하여 보장된 청구인의 기본권을 침해한다. 연방행정법원의 판결을 파기한다. 이 사건을 연방행정법원으로 환송한다.”<sup>45)</sup>

42) BVerfGE 77, 137 (164 f.).

43) BVerfGE 77, 137 (166).

44) BVerfGE 77, 137 (151); 55, 349 (367 f.) 참조.

45) BVerfGE 77, 137 (138).



## (6) 반대의견

이에 대해서는 니블러(Niebler) 재판관의 반대의견이 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

1) 우선, 니블러 재판관은 다수의견과 마찬가지로 서독 기본법 전문에 규정되어 있는 통일명령으로부터 “통일을 저해하는 어떠한 행위도 해서는 아니 될” 준수 의무가 도출된다고 한다. 독일 국민의 정체성 및 동일성을 유지해야 할 헌법적 의무도 인정한다. 그러나 이와 같은 헌법적 의무들로부터, 서독의 법원과 행정청이 동독의 모든 법률규정과 그 효력을 - 공공질서에 위배되지 않는다고 해서 - 무조건 승인해야 할 의무를 지는 것은 아니라고 한다.<sup>46)</sup>

니블러 재판관은 지금까지의 서독 연방헌법재판소 판례와 같이 독일 국적은 단일 국적으로서 존속하며, 동독의 국적법 제정으로 인하여 서독이 어떠한 영향을 받는 것은 아니라고 한다. 다만, 동독 주민은 서독의 국적법에 따라 서독 기본법 제16조, 제116조 제1항에서 의미하는 독일인의 지위를 가진다고 한다.<sup>47)</sup> 따라서 동독 국적의 취득이 1945년 이후에도 동독과 서독에서 계속 적용되고 있는 독일국 국적법에 부합하는 때에는 서독 기본법에서 의미하는 독일 국적 취득을 인정해야 하지만, 독일국 국적법과 본질적으로 다른 동독의 국적취득요건에 의하여 동독 국적을 취득한 경우에는 독일 국적 취득을 인정할 수 없다고 한다.<sup>48)</sup> 그렇지 않다면 동독은 법률 개정이나 국적 부여 실무를 통해서 일반적으로 서독 기본법에서 의미하는 독일인의 범위를 무제한 확대할 수 있으며, 서독은 이를 구속력 있는 것으로서 승인해야 한다는 것이다. 이러한 맥락에서 니블러 재판관은 서독 연방행정법원의 견해에 찬성한다. 독일 국적 취득의 헌법적 한계로서 설정된 ‘공공질서’도 서독법의 기본사상과 합치되지 않는다고 한다.<sup>49)</sup>

2) 이 사건에서 청구인은 독일국 국적법에 따라서 독일 국적을 취득한 것이

46) BVerfGE 77, 137 (168).

47) BVerfGE 77, 137 (168 f.); K. Hailbronner, JuS 1981, 713 참조.

48) BVerfGE 77, 137 (169).

49) BVerfGE 77, 137 (169 f.).

아니다. 그렇다면 청구인에게 독일국 국적법을 확대 또는 유추 적용하여 서독 기본법에서 의미하는 독일 국적 취득을 인정할 수 있는지 여부가 문제될 것이지만, 이것은 헌법적 문제가 아니라 법률 해석 및 적용의 문제이므로 법원이 각 사건에서 결정해야 할 사항이라고 한다. 따라서 서독 연방행정법원의 판결은 헌법적으로 문제가 되지 않는다고 한다.<sup>50)</sup>

3) 더 나아가 니블러 재판관은 청구인이 귀화에 의한 국적 취득 방법을 이용할 수 있었음을 지적하였다.<sup>51)</sup>

## 2. 학계 평가 및 결정 이후 상황

이 결정은 1973년 7월 31일의 동서독 기본조약 판결을 보완하고 발전시킨 것이다. 서독 연방헌법재판소는 이 결정에서 독일의 법적 상황에 대한 기본조약 판결의 내용을 재확인하고 분단 독일의 국적 문제를 보충하였다. 따라서 이 결정은 독일의 법적 상황 및 이와 관련된 문제들에 대하여 서독 연방헌법재판소의 기본 입장을 명확하게 표현한 것이라고 볼 수 있다.

이 결정은 국적법의 특수한 문제를 구속력 있게 해결하였을 뿐만 아니라, 분단 독일의 국적에 관한 원칙을 제시하였고 독일국, 서독 및 동독 간의 법적 관계를 해명하였다는 점에서 서독 학계에서 상당한 주목을 받았다.<sup>52)</sup> 이 결정에

50) BVerfGE 77, 137 (170).

51) BVerfGE 77, 137 (170).

52) 예컨대 D. Blumenwitz, Die deutsche Staatsangehörigkeit und der deutsche Staat, JuS 1988, S. 607 ff.; W. Fiedler, Die staats- und völkerrechtliche Stellung der Bundesrepublik Deutschland nach dem Teso-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1988, S. 132 ff.; L. Gusseck, Neues zu Deutschland und zur deutschen Staatsangehörigkeit?, NJW 1988, S. 1302 ff.; J. Kokott, Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Einbürgerungen in die DDR, NVwZ 1988, S. 799 ff.; E. Röper, Die Bundesrepublik kann die deutsche Staatsangehörigkeit nicht definieren. Das Bundesverfassungsgericht verbietet die Verfügung über Deutschland als Ganzes, Die Öffentliche Verwaltung 1988, S. 488 ff.; M. Silagi, Staatsangehörigkeit im geteilten Deutschland. Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 21. 10. 1987, Das Standesamt 1988, S. 64 ff.; W. Wengler, Anerkennung und Umdeutung der DDR-Staatsbürgerschaft in die deutsche Staatsangehörigkeit des Rechtes der Bundesrepublik als grundgesetzlich gebotene Folgerung aus dem Wiedervereinigungsgebot?, ROW 1988, S. 145 ff.; D. Wyduckel, Urteilsanmerkung, DVBl. 1988, S.

서 서독 연방헌법재판소는 특히 서독 기본법의 통일명령 및 그 내용의 헌법적 성격을 해명하였으며, 국제법상 보장된 독일 국민의 자기결정권이 독일 전체에 관한 문제를 해결함에 있어 법적·정치적 행위의 필수적 요소임을 강조하였다. 이러한 맥락에서 이 결정은 국제법의 영역을 넘어서 동서독 간의 헌법적 관계와 국제법적 관계를 정립하는 데에 매우 중대한 영향을 미쳤다고 할 것이다.

이 결정에서 특히 주목해야 할 것은 서독 연방헌법재판소가 헌법적 결론을 도출한 다음에 그 결론이 서독의 국제법적 의무에 위배되는지 여부를 다시 검토하였다는 점이다. 그렇다고 해서 이 결정이 서독의 국내법, 특히 서독 기본법과 국제법의 관계를 이해함에 있어 종래의 이원론<sup>53)</sup>을 포기하고 일원론을 채택한 것은 아니다.<sup>54)</sup> 이 결정은 오히려 국제적 성격의 사건에 대하여 서독 연방헌법재판소가 서독의 국내법, 특히 서독 기본법에 따라 일정한 결론을 도출한다고 하더라도, 그것이 국제법에 위배되지 않을 때에만 국제적 승인과 존중을 받을 수 있다는 것을 의미하는 것이다. 더 나아가 이 결정은 권력분립을 이해함에 있어 외교정책의 영역에서는 입법부 및 사법부에 비하여 행정부가 우위에 있음을 인정한 판례라고 할 것이다. 이 결정은 서독의 정치적 기관에게 독일 헌법의 중심 문제에 대한 현실적 방침을 제시함으로써 이 문제 영역에서 법적 안정성을 한층 강화하였다. 끝으로, 이 결정은 유럽공동체의 통합과정에서도 서독 기본법의 통일명령이 존중되어야 함을 시사한 것으로 평가되었다.

독일은 1990년 10월 3일 동독이 서독 기본법 제23조 제2문에 따라 가입함으로써 통일을 달성하였다.

284 ff.; G. Riege, Bewegung in der Staatsangehörigkeitsdoktrin der BRD? Zu einem bemerkenswerten Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, Neue Justiz 1988, S. 365 ff. 참조.

53) 특히 BVerfGE 46, 342 (363) 참조.

54) H. Steinberger, Entwicklungslinien in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Fragen, ZaöRV 48 (1988), S. 1 ff. (4).

## VI. 한국에 대한 시사점

### 1. 대한민국의 정체성

서독 연방헌법재판소의 동서독 기본조약 판결과 테소 결정은 우리나라 헌법 제3조(영토)와 제4조(평화통일)의 관계를 구체화하는 데 매우 중요한 시사점을 제공한다. 양자의 관계와 국적 문제를 합리적으로 이해하기 위해서는 우선 1919년 대한민국과 남·북한의 정체성 파악이 선행되어야 한다.

#### (1) 1919년 대한민국의 정체성

현행 헌법 전문은 대한민국(이하 “남한”)이 “3·1운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통”을 계승하고 있음을 명시하고 있다. 따라서 여기에서는 무엇보다 대한민국임시정부와 남한의 관계가 해명되어야 한다. 양자의 관계에 대해서는 남한을 대한민국임시정부와 동일한 국가로 이해하는 견해, 남한을 대한민국임시정부의 법적 승계국으로 이해하는 견해, 남한을 대한민국임시정부와 본질적으로 다른 별개의 국가로 이해하는 견해가 있다. 생각건대, ‘대한민국임시정부의 법통 계승’의 의미는 1948년 헌법 전문을 통해서 명확하게 이해될 수 있다. 1948년 헌법 전문은 다음과 같다.

“유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한국민은 기미 삼일운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주독립국가를 재건함에 있어서 정의인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하며 모든 사회적 폐습을 타파하고 민주주의제도를 수립하여 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘케 하며 각인의 책임과 의무를 완수케하여 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 국제평화의 유지에 노력하여 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 결의하고 우리들의 정당 또 자유로히 선거된 대표로써 구성된 국회에서 단기 4281년 7월 12일 이 헌법을 제정한다.”

이에 따르면, 대한민국은 1919년에 ‘우리들 대한국민이 기미 삼일운동으로 건립한 국가’이며, 남한은 이를 1948년에 재건한 민주독립국가이다.

이와 관련, “대한민국은 대한제국이 멸망하고 그 지역의 일부를 승계하여 새로 창설된 국가가 아니라, 일제의 강점에도 불구하고 부단히 존속하여온 한민족의 단일국가 그 자체이며 대한제국과 동일성(同一性, Identität)을 가진 바로 그 국가”라고 하는 견해가 있다.<sup>55)</sup> 즉, “과거의 대한제국과 현재의 대한민국 및 미래의 한반도 통일국가는 모두 동일한 국가”라는 것이다.<sup>56)</sup> 그러나 대한제국의 국제(國制)가 “황제의 ‘무한군권’(無限君權)을 구가한 극도로 반동적인”<sup>57)</sup> 국헌(國憲)이었음을 고려할 때 대한민국을 대한제국과 동일한 국가라고 볼 수 있는지는 의문이다. 오히려 1919년에 건립된 대한민국은, 1910년 한일병합조약의 무효로 인하여 대한제국이 계속 존속했다고 하더라도, 대한제국을 계승한 국가가 아니라 전 민족의 의지로 대한제국과 결별하고 새롭게 다시 건립된 민주공화국이라고 보아야 할 것이다.<sup>58)</sup>

한편 1919년 대한민국 임시정부의 법적 성격에 대해서는 현재 논란이 계속되고 있다. 대한민국 임시정부가 국민, 영토, 주권을 모두 완비한 국가였는지 여부가 문제되기 때문이다. 즉, “정부라고 하면 국제법상 통치권이 미치는 국토와 국민이 있어야 하는데, 대한민국 임시정부는 통치권을 행사할 대상이 없었으므로 일반 정부와는 성격이 달랐기 때문이다. 또한 대한민국 임시정부는 대한제국과 시간적 연속성이 없고 주체세력이 다르며 이념이 달랐으므로 망명 정부가 될 수 없었다. 그럼에도 불구하고 대한민국 임시정부는 전 민족적인 3·1 운동에 의하여 수립된 임시정부였으므로, 전 민족의 의지와 이념적 기반 위에 설립된 정부조직임에는 틀림 없었다.”<sup>59)</sup> 이러한 맥락에서 여기에서는 3·1 운동으로 건립된 대한민국을 ‘한민족공동체로서의 대한민국’ 또는 ‘1919년 대한민국’이라고 명명하고, 이를 재건한 국가를 ‘1948년 대한민국’이라고 명명

55) 김승대, 우리 헌법과 한반도 영토·국경문제, 부산대 법학연구 제50권 제2호(2009), 117 이하 (134).

56) 김승대(각주 55), 135.

57) 이에 대해서는 유진오, 헌법해의, 일조각, 1959, 13 이하 참조.

58) 김주환, 영토변증설, 세계헌법연구 제17권 2호(2011), 1 이하 (14).

59) 이에 대해서는 주진오 외 4인, 고등학교 한국 근·현대사, 중앙교육진흥연구소, 2010, 193 참조.

하기로 한다.

## (2) 1948년 대한민국의 정체성

1945년 8월 15일, 한반도는 일제의 식민통치로부터 해방됨과 동시에 38도선을 중심으로 한 미·소 양군의 분할·점령으로 인하여 우리 대한국민의 의사와 관계없이 남북 분단을 맞게 되었다. 그 결과, 남한 지역에서는 1948년 8월 15일 대한민국 정부가, 북한 지역에서는 1948년 9월 9일 조선민주주의인민공화국(이하 “북한”)이 수립되었다. 그럼에도 불구하고 남한과 북한은 모두 분단을 일시적인 것으로 보고, 머지않아 한반도 전역에 걸친 통일정부의 수립이 가능할 것이라고 판단하였다. 이것은 남·북한이 모두 1919년 대한민국으로부터 완전히 분리된 국가가 아니라 1919년 대한민국의 일부에 불과함을 의미하는 것이었다.<sup>60)</sup>

제헌국회의장 이승만의 1948년 7월 17일자 헌법 공포사도 이 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

“이때에 우리가 한번 더 이북 동포에게 눈물로써 고하고자 하는 바는 아모리 아프고 쓰라린 중이라도 좀더 인내해서 하로바빠 기회를 얻어서 남북이 동일한 공작(工作)으로 이 헌법의 보호를 동일히 받으며 이 헌법에 대한 직책을 우리가 다같이 분담해서 자유활동에 부강 증진을 같이 누리도록 되기를 간절히 바라며 축도합니다.”<sup>61)</sup>

남한 정부는 1948년 12월 12일 유엔의 승인을 받았지만 북한 정부는 그렇지 못했다 하더라도 남·북한이 모두 1919년 대한민국의 일부에 불과함은 마찬가지였다. 유엔은 “한국을 승인할 당시, ‘코리아의 유일 합법정부’ 라 하지 않고

60) 제헌국회의원 선거 결과, 국회의장으로 선출된 이승만은 “5·10선거에 북한 동포들이 소련 때문에 참가치 못한 것을 유감으로 여긴다고 말하고, 북한 인구의 전(全)한국 인구에 대한 비율에 응당하는 의석이 북한 대표를 위하여, 공석으로 남아 있다는 주의를 환기시켰다”. 이에 대해서는 유진오(각주 57), 25 참조.

61) 유진오(각주 57), 30.

‘코리아에서 유엔 임시위원회의 선거감시가 가능했던 지역에서의 유일 합법정부’라고 한정”하였다.<sup>62)</sup> 이에 따르면, 남한 정부의 행정관할권은 1948년 5월 10일 제헌국회의원 선거가 실시되었던 지역, 즉 38도선 이남 지역에 한정된 것이었다.<sup>63)</sup> 따라서 유엔의 남한 정부 승인이 곧 남한이 한반도 전역을 대표하는 유일한 합법정부임을 의미하는 것은 아니었다.

1948년 헌법이 전문에서 남한을 1919년에 건립된 대한민국이 “재건”된 국가로 규정한 것도 이러한 의미로 이해되어야 한다. 즉, 남한은 1945년 8월 15일 일제의 식민통치로부터 해방된 후 1948년 8월 15일 북위 38도선 이남 지역에서 창설된 신생국가가 아니라, 1919년 4월 13일 중국 상하이에서 건립된 대한민국이 1948년 8월 15일 38도선 이남 지역에서 재건된 국가라는 것이다. 따라서 남한은 여전히 통일국가로서 재통일되어야 할 대한민국의 일부에 불과한 것이다.

## 2. 영토규정과 평화통일원칙

### (1) 헌법 제3조의 통일명령

현행 헌법은 전문(“평화적 통일의 사명”), 제4조(“통일을 지향하며”, “평화적 통일 정책”), 제66조 제3항(“조국의 평화적 통일”), 제69조(“조국의 평화적 통일”), 제72조(“통일”), 제92조(“평화통일정책”) 등에서 “통일”을 규정하고 있다. 이와 달리 헌법 제3조는 대한민국의 영토를 규정함으로써 “통일”을 명시하고 있지는 않지만, 이 역시 통일명령으로 이해해야 할 것이다. 1919년 대한민국은 구한국의 판도를 강토로 삼았고, 현행 헌법 제3조는 대한민국의 영토로서 “구한국의 판도”를 “한반도와 그 부속도서”로 구체화하고 있다. 이 규정은 남한의 영토를 ‘있는 그대로’ 기술하고 있는 존재명제가 아니다. 이 규정은, 대한민국이 남한 지역에서 일부 재건되었으나 이로써 재건 사업이 완수된 것이 아니므로, 남한은 한반도 전역에 걸친 한민족공동체로서의 대한민국 재건 사업을 완

62) 김명섭, 비스마르크의 독일 통일에서 배워야 할 것, 조선일보, 2011. 7. 18, A34 참조.

63) 김홍수 외 5인, 고등학교 한국 근·현대사, 천재교육, 2010, 276 참조.

수해야 한다는 통일명령이다. 남한이 1919년 대한민국과 동일한 주체로서 그 영토를 북한 지역까지 확장함으로써 재건 사업을 완수해야 한다는 것은 헌법 제3조가 북한 지역 편입 방식의 통일을 명하고 있음을 의미한다.

## (2) 헌법 제4조의 평화통일원칙

통일정책의 헌법적 기준은 특히 헌법 제4조로부터 도출된다. 이에 따르면 국가는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진해야 한다. 이 평화통일원칙의 내용은 다음과 같다. 첫째, 통일은 평화적 통일이야 한다. 이것은 통일이 남·북한 주민의 자주적 결정에 따라 완수되어야 함을 의미한다. 따라서 무력 행사에 의한 통일은 금지된다. 둘째, 통일은 자유민주적 기본질서에 입각한 통일이야 한다. 이것은 통일이 자유민주적 기본질서를 유지·확대하는 방향으로 추진·완수되어야 함을 의미한다. 이처럼 헌법 제4조의 평화통일원칙은 통일명령에 따른 국가 행위에 헌법적 한계를 설정하고 있는 것이다.

## (3) 헌법 제3조와 제4조의 관계

전술한 바와 같이, 헌법 제3조는 통일 명령 규범으로 구체화될 수 있다. 이 점에서 헌법 제3조와 제4조는 일반법과 특별법의 관계에 있는 것처럼 보인다. 그러나 헌법 제3조는 한민족공동체로서의 대한민국 재건 사업의 완수 및 그 영토적 범위를, 제4조는 재건 사업의 완수 방식으로서 평화 통일을 명하고 있다. 즉, 헌법 제3조는 통일국가로서의 대한민국의 영토를 선언한 것이다.<sup>64)</sup> 따라서 헌법 제3조는 통일 방식에 대해 헌법적 한계를 제시하고 있는 헌법 제4조와 구별된다. 헌법 제4조는 통일명령에 반하는 분단의 고착화 및 영구화를 금지한다는 점에서 헌법 제3조와의 공통점을 보이지만, 평화통일원칙에 반하는 모든 통일정책을 배제한다는 점에서 헌법 제3조와 구별된다. 따라서 헌법 제3조와 제4조는 일반법과 특별법의 관계에 있는 규정들이 아니다. 양자는 또한

64) 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2010, 74.



상호 모순되는 규정들도 아니다.<sup>65)</sup>

남한 정부는 헌법 제3조에 따라 한반도와 그 부속도서를 영토로 하는 한민족공동체로서의 대한민국을 재건해야 하지만, 그 방식은 헌법 제4조에 따라 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 방식이어야 한다.<sup>66)</sup> 따라서 북한의 국가성을 사실상 인정할 때, 헌법 제3조의 통일 명령은 헌법 제4조와의 관계에서 다음과 같은 의미로 이해될 수 있다. 첫째, 남한은 북한 지역을 편입함에 있어 북한의 결정을 존중해야 한다는 것이다. 둘째, 북한 지역이 남한에의 편입을 결정했을 때 남한은 그 지역의 편입에 필요한 조치를 취해야 한다는 것이다. 북한 지역의 편입을 결정하는 주체는 바로 남한이기 때문이다.<sup>67)</sup>

#### (4) 신(新)헌법 제정 방식의 통일 가능성

통일 방식과 관련, 주목해야 할 것은 헌법 제3조가 북한 지역 편입 방식의 통일을 명하고 있지만, 그럼에도 불구하고 남·북한 주민이 한반도 전역에 적용되는 신헌법을 제정하고 이에 따라 통일을 실현하는 방식도 존재한다는 것이다.<sup>68)</sup> 현행 헌법에 규정이 없다고 해서 그와 같은 방식의 통일이 불가능한 것은 아니다. 현행 헌법은 신헌법 제정을 통한 신(新)국가 건설을 금지하는 것도 아니고, 금지할 수 있는 것도 아니다.

### 3. 남한과 북한의 법적 관계

전술한 바와 같이, 유엔의 남한 정부 승인은 3·1운동으로 건립된 대한민국

65) 방승주, 헌법재판소와 대법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가, 공법연구 제39집 제2호, 한국공법학회 2010, 203 이하 (206 이하) 참조. 이에 반해 양자가 상충관계에 있다는 견해로는 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 124 참조.

66) 이에 대해서는 홍성방(각주 64), 74 참조.

67) 이에 대해서는 장영수, 동·서독 기본조약 판결, 판례연구 제7집, 고려대학교 법학연구소 1995, 7 이하 (31 이하) 참조.

68) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2009, 149 참조.

이 남한 지역에서 일부 재건되었음을 승인한 것이다. 즉, 남한은 국민과 영토 면에서 한민족공동체로서의 대한민국과 완전히 일치하지 않을 뿐, 이와 동일체라는 것이다. 따라서 남한은 그 영토고권이 “한반도와 그 부속도서”에 미칠 수 있도록 남북 통일의 사명을 완수해야 한다. 이러한 의미에서 헌법 제3조는 남북 통일을 명하고 있는 규정이다.<sup>69)</sup> 바로 이 점에서 헌법 제3조와 제4조는 통일 명령 규범이라는 공통점을 가진다.

한민족공동체로서의 대한민국이 재건되어야 한다는 명제는 남·북한의 유엔 동시 가입에도 불구하고 여전히 유효하다. 남북 유엔 동시 가입은 남한의 북한 승인 여부와 관계없이 북한이 국제법적 의미의 국가이며 그 자체로서 국제법의 주체라는 것, 또한 남한이 북한의 국가성을 사실상 인정한다는 것을 의미한다. 그러나 북한의 국가성을 인정하는 데에도 일정한 한계가 있다. 남북 유엔 동시 가입은 ‘유엔 현장’이라는 다변조약에 가입한 것으로서 유엔 현장 제4조 제1항에 따라 남한과 북한이 각각 유엔에 의해 국가로 승인 받는 효과를 발생시키지만, 이로써 곧 다른 회원국과의 관계에서도 당연히 국가 승인의 효과를 발생시키는 것은 아니기 때문이다.<sup>70)</sup> 따라서 남북 유엔 동시 가입으로써 곧 남한과 북한 사이에 국가 승인의 효력이 발생한 것은 아니다.<sup>71)</sup>

남한이 북한을 국제법적으로 승인하지 않는 것은, 북한이 한민족공동체로서의 대한민국의 일부이고 남한이 통일의 헌법적 사명을 완수하고자 하기 때문이다. 이에 따라 남북관계는 현재 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌, 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계”로 이해된다.<sup>72)</sup> 이것은 남한이 북한을 국제법적으로 직접 승인하지는 않지만 북한과 제3국의 국제법적 관계를 용인한다는 것, 또한 이러한 국제법적 관계와 남·북한 간의 내부관계를 별개의 문제로 이해한다는 것을 의미한다. 즉, 남한과 북한은 한민족공동체로서의 대한민국의 영토 안에 존재하는 두 개의 국가이지만, 양국은 서로를 외국으로 규정할 수 없는 특수한 관계 속에 있다는 것이다.

69) 한수용, 헌법학, 법문사, 2011, 96 참조.

70) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 21 이하 참조.

71) 헌재 1996. 10. 4. 95헌가2, 판례집 8-2, 283, 292.

72) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 22; 남북관계 발전에 관한 법률 제3조 제1항.

따라서 남북 유엔 동시 가입에도 불구하고 북한은 여전히 한민족공동체로서의 대한민국의 일부에 불과하며, 남한과의 관계에서 외국이 될 수 없다. 남한과 북한은 한민족공동체로서의 대한민국이라는 하나의 울타리 안에 존재하는 국가들이지만, 양국의 관계는 순수한 국내관계도 국제관계도 아닌 ‘특수한 관계’이다. 헌법재판소는 이를 “한민족공동체 내부의 특수관계”라고 표현한다.<sup>73)</sup> 이것은 남북관계가 국제관계적 측면과 국내관계적 측면이 혼합되어 있는 관계라는 것을 의미하기도 한다. 남북관계를 이처럼 이해할 때, 남한과 북한 간의 거래는 국가 간의 거래가 아니라 민족 내부의 거래이다.<sup>74)</sup> 이러한 맥락에서 볼 때, 남한 정부만이 한반도에서 유일한 합법정부이고 북한은 남한 영토의 일부를 불법 점령하고 있는 반국가단체라거나, 북한 지역은 괴뢰집단이 불법 점령한 미수복 지역이라는 주장은 지양되어야 한다.<sup>75)</sup>

#### 4. 남북기본합의서의 법적 성격

남·북한의 정체성 및 특수관계와 관련, 남북기본합의서의 법적 성격이 문제된다. 이것은, 그 서문이 명시하고 있듯, 남북기본합의서가 남·북한의 특수관계에 기초하고 있기 때문이다.

“남과 북은 분단된 조국의 평화적 통일을 염원하는 온 겨레의 뜻에 따라, 7·4 남북공동성명에서 천명된 조국통일 3대원칙을 재확인하고, 정치군사적 대결상태를 해소하여 민족적 화해를 이룩하고, 무력에 의한 침략과 충돌을 막고 긴장 완화와 평화를 보장하며, 다각적인 교류·협력을 실현하여 민족공동의 이익과 번영을 도모하며, 쌍방 사이의 관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정하고,

73) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 22.

74) 남북관계 발전에 관한 법률 제3조 제2항 참조.

75) 헌법재판소는, 국가보안법의 해석·적용에 있어 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것은 헌법에 위반되지 않는다고 한다. “남북합의서의 채택·발효 후에도 북한이 여전히 적화통일의 목표를 버리지 않고 각종 도발을 자행하고 있으며 남·북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있음이 엄연한 현실인 이상, ... 국가보안법의 필요성이 소멸되었다거나 북한의 반국가단체성이 소멸되었다고는 할 수 없다”는 것이다. 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 22 이하 참조.

평화 통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 경주할 것을 다짐하면서, 다음과 같이 합의하였다.”<sup>76)</sup>

이와 관련, 헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였다.<sup>77)</sup> 따라서 남북기본합의서는 “법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다”고 한다.<sup>78)</sup> 대법원도 역시 남북기본합의서의 법적 구속력을 부정하고 있다.<sup>79)</sup> 생각건대, 남·북한의 유엔 동시 가입과 남북기본합의서의 발효는 남북관계에서 혁명적 전환점을 이루는 것이다. 남북 유엔 동시 가입이 북한의 국가성을 사실상 인정한 것이라면, 남북기본합의서는 남·북한의 특수관계를 인정하고 남북관계 개선과 평화통일을 위한 탈냉전적 기본틀을 제시한 것이다.

남한은 북한의 국가성을 사실상 인정함으로써 더 이상 남한이 한반도에서 유일한 합법정부라고 주장할 수 없게 되었다. 남한은 북한을 국제적으로 대표하거나 북한 명의로 행동할 수 없고, 그 역도 마찬가지다. 남북기본합의서는 남·북한이 서로 상대방의 체제를 인정하고 존중할 것(제1조), 상대방의 내부 문제에 간섭하지 않을 것(제2조), 상대방을 파괴·전복하려는 일체의 행위를 하지 않을 것(제4조), 현 정전상태를 평화상태로 전환할 것(제5조), 상대방에 대해 무력을 사용하지 않으며 상대방을 무력으로 침략하지 않을 것(제9조) 등을 내용으로 한다. 이에 따라 “남과 북의 불가침 경계선과 구역은 1953년 7월 27일자 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선과 지금까지 쌍방이 관할하여 온 구역으로” 확정되었다(제11조). 유엔 동시 가입에 따라 남·북한이 서로 상대방의 국가성을 사실상 인정했다는 점을 고려해 볼 때, 이 같은 내용들은

76) 남북기본합의서 서문.

77) 현재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23; 현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 53, 65 이하.

78) 현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 53, 65 이하; 제성호, 분단과 통일에 관한 법적쟁점, 중앙법학 제6집 제2호(2004), 67 이하 (82). 이에 대한 비판으로는 방승주(각주 65), 218 이하 참조.

79) 대법원 1999. 7. 23. 98두14525 참조.

남·북한의 국경과 영토를 확정하고 남북 간의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관해 합의한 것으로 이해된다.

이런 맥락에서 볼 때, 남북기본합의서는 남·북한의 특수관계에 상응하는 특수한 성격의 조약이다. 통일국가 조직의 결여로 인해 남·북한의 특수관계를 규율하는 통일 국가의 법질서가 없어서 이를 규율하기 위해 남·북한 양국이 채택한 합의서는 조약으로 간주되어야 한다.<sup>80)</sup> 이 2국가 모형은 헌법질서와 모순되지 않는다. 그러나 남북기본합의서는 특수한 성격의 조약이다. 그것은 양자조약이지만, 한민족공동체로서의 대한민국의 일부를 이루는 국가들 간의 조약이다. 따라서 남북기본합의서는 이중적 성격을 가진다. 즉, 남북기본합의서는 남·북한의 특수관계에서 ‘내부관계’를 규율하는 ‘조약’인 것이다.<sup>81)</sup>

이와 관련, 남북기본합의서가 헌법 제60조 제1항에 따라 국회의 동의를 얻어야 했던 조약인지 여부가 문제된다. 생각건대, 남북기본합의서는 적어도 남한이 종래 주장해 온 영토주권의 행사 범위를 남한 지역으로 제한하고 있다는 점에서 “주권의 제약에 관한 조약”이며, 현 정전상태를 평화상태로 전환시킬 것을 내용으로 한다는 점에서 “강화조약”의 준비단계에 해당하는 조약이다. 따라서 남북기본합의서는 헌법 제60조 제1항에 따라 그 체결·비준에 대해 국회의 동의를 얻었어야 했던 조약이며,<sup>82)</sup> 헌법에 의하여 체결·공포되어 국내법과 같은 효력을 가졌어야 하는 조약으로 보아야 한다 (헌법 제6조 제1항).

## 5. 통일의 사명과 북한 주민의 국적

### (1) 단일 국적 유지 의무

헌법이 규정하고 있는 ‘통일’은 그 자체로서 입법·행정·사법권 등 모든 국

80) 이에 대해서는 장영수(각주 67), 26 이하 참조.

81) 이에 대해서는 장영수(각주 67), 27 참조.

82) 이런 의미에서, 2005년 12월 29일 제정된 남북관계 발전에 관한 법률 제21조 제3항은 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 남북합의서 또는 입법사항에 관한 남북합의서의 체결비준에 대한 국회의 동의권을 명시하고 있다.

가권력을 직접 구속하는 헌법적 명령이다. 따라서 국가는 헌법적 명령으로서 통일의 사명을 포기할 수 없다. 국가는 오히려 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진해야 할 적극적 행위 의무를 진다. 이러한 맥락에서 헌법 제66조 제3항은 국가의 원수인 동시에 정부의 수반인 대통령에게 “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를” 부과하고 있다. 이처럼 우리나라의 정치적 기관들은 통일을 실현하기 위하여 다양한 정책적 수단과 방법을 강구해야 할 의무를 지고 있지만, 이것이 통일을 위하여 특정 행위를 해야 할 의무를 의미하는 것은 아니다. 따라서 통일명령은 우리나라의 국가기관에 대하여 그 조치가 법적으로 또는 사실적으로 통일을 저해하지 않는 한 통일을 위하여 다양한 정책을 선택할 수 있는 광범위한 형성권과 의무를 부여하는 헌법규범이라고 보아야 할 것이다. 그러나 이로부터 “국민 개개인의 통일에 대한 기본권, 특히 국가기관에 대하여 통일과 관련된 구체적인 행위를 요구하거나 일정한 행동을 할 수 있는 권리가 도출된다고 볼 수는 없다.”<sup>83)</sup>

서독 연방헌법재판소의 테소 결정은 통일명령으로부터 도출되는 헌법기관의 의무를 구체화하는 데 중요한 관점을 제공한다. 그에 따르면, 헌법기관은 통일을 실현하기 위하여 노력해야 할 적극적 의무와 통일을 저해하는 어떠한 행위도 해서는 아니 될 소극적 의무를 부담한다. 동 재판소는 후자를 준수 의무(Wahrungsgebot)라고 명명하였다.

국적과 관련, 서독 연방헌법재판소는 서독 기본법 제116조 제1항, 제16조 제1항의 ‘독일 국적 단일성 유지 의무’가 이 준수 의무를 구체화하고 있다고 보았다. 생각건대, 우리나라 헌법에는 그와 같은 규정이 없지만, 통일명령으로부터 ‘단일 국적 유지 의무’가 직접 도출된다고 보아야 한다. 왜냐하면 통일은 특히 남·북한 주민이 모두 대한국민으로서 동일성을 유지할 것을 전제로 하기 때문이다. 따라서 입법자는 헌법 제2조 제1항에 따라 대한민국의 국민이 되는 요건을 법률로 정함에 있어 ‘단일 국적 유지 의무’를 준수해야 한다.

서독 연방헌법재판소의 테소 결정을 응용한다면, ‘단일 국적 유지 의무’로부

83) 현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52 (65).

터 도출되는 헌법적 의무는 특히 대한국민의 동일성을 유지할 의무이다. 남한은 정태적으로 1948년 헌법 시행 당시의 대한국민에 대해서만 이 의무를 지는 것이 아니라, 1948년 헌법 시행 후 국적법에 의하여 대한민국 국적을 취득한 자 또는 취득하게 될 자에 대해서도 이 의무를 지는 것이다. 즉, 헌법의 통일 명령에 내포되어 있는 준수 의무는 국제법상 자기결정권의 주체인 대한국민의 단일성을 가능한 한 미래에도 계속 유지할 것을 명하고 있는 것이다. 따라서 남한은 헌법의 장소적 적용범위를 넘어서 1910년 8월 29일(한일병합조약의 시행일) 현재 대한제국의 영토를 기준으로 하여 대한민국 국적 문제를 규정할 권한을 가진다고 보아야 한다.

## (2) 북한 주민의 국적

북한 주민도 대한민국 국적을 취득·유지하고 있는지의 문제는 종래 ‘북한 지역도 남한의 영토’라는 관점에서 해결되었다. 즉, 북한 지역도 한반도의 일부로서 남한의 영토에 속하기 때문에 이 지역에는 남한의 주권이 미칠 뿐, 이와 충돌하는 어떠한 국가단체나 주권도 인정될 수 없으므로, 헌법에 의거해 제정·시행된 모든 법령의 효력은 당연히 북한 지역에도 미친다는 것이다.<sup>84)</sup> 따라서 북한 주민이 북한법의 규정에 따라 북한 국적을 취득했다고 하더라도 그는 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지하고 있다는 것이다.<sup>85)</sup> 이것은 남한의 영토고권이 북한 지역에도 미치기 때문에 북한 국적 자체를 인정할 수 없다는 뜻이다. 그러나 이와 같은 논증은 남·북한의 유엔 동시 가입과 남북기본합의서의 발효로 인해 더 이상 정당화될 수 없다. 남한이 북한의 국가성을 사실상 인정하고 영토고권의 행사 범위를 남한 지역으로 한정하는 것은 북한 국적을 사실상 인정하는 것이기 때문이다. 따라서 북한 주민의 국적 문제는 ‘남한의 영토’라는 관점에서 해결할 것이 아니라, ‘남·북한의 특수관계’라는 관점에서 해결하여야 한다.

생각건대, 남한은 한민족공동체로서의 대한민국의 국민, 영토, 주권을 재조직

84) 대법원 1954. 9. 28. 4286형상109.

85) 대법원 1996. 11. 12. 96누1221 참조.

한 것이다. 남한 헌법은 남한 지역에서만 적용되는 것이고, 남한의 영토고권은 남한 지역에만 미칠 뿐 북한 지역에는 미치지 않는다. 이와 마찬가지로 북한도 한민족공동체로서의 대한민국의 국민, 영토, 주권을 재조직한 것이다. 북한 헌법은 북한 지역에서만 적용되는 것이고, 북한의 영토고권은 북한 지역에만 미칠 뿐 남한 지역에는 미치지 않는다. 따라서 북한 주민의 국적은 북한법의 규정에 따라 결정되는 것이 원칙이고, 북한의 국적법이 남한의 국적법과 반드시 일치해야 하는 것은 아니다.

문제는 북한 주민도 대한민국 국적을 취득·보유하는지 여부이다. 서독 연방 헌법재판소의 테소 결정을 응용한다면, 북한의 국적취득 요건과 같은 규정이 남한의 국적법에 없다고 하더라도, 북한 국적 취득에 대하여 대한민국 국적 취득의 법적 효과를 부여하는 것은 헌법적으로 문제가 되지 않는다. 즉, 북한의 공권력 행사에 대하여 남한의 헌법이 적용되는 것은 아니지만, 남한법에 의하여 그와 같은 법적 효과를 발생시키는 것은 충분히 가능하다는 것이다. 왜냐하면 헌법은 대한국민의 계속적 존속을 인정하는 데에서 출발하고 있으며, 남한은 그 국민과 영토에 관한 한 1919년 대한민국 전체를 포함하지 않으므로 북한은 여전히 외국이 아니라 “대한민국의 일부”이기 때문이라는 것이다. 이에 따르면, 남북기본합의서가 체결되었다고 하더라도 북한은 여전히 “대한민국의 일부”이고, 예컨대 북한의 법원도 “대한민국의 법원”인 것이다. 그렇다면 헌법의 관점에서 볼 때 북한은 외국이 아니고, 북한이 자기결정권의 자유로운 행사에 의하여 대한민국으로부터 완전히 분리되었을 때 비로소 외국이 될 것이다.

전술한 바와 같이 남북관계는 한민족공동체 내부의 특수관계이다. 따라서 북한은 여전히 한민족공동체로서의 대한민국의 일부이며, 남한과의 관계에서 외국이 될 수 없다. 이것은 남한과 북한이 별개의 독립국가가 아니라는 것을 의미한다. 그렇지 않다면 남한 주민과 북한 주민은 별개의 국적을 보유하게 될 것이다. 그러나 별개의 국적을 인정하는 것은 헌법이 부여한 통일의 사명에 역행하기 때문에 남북 통일은 한민족공동체의 단일국적에서 출발해야 한다.<sup>86)</sup> 따라서 북한 주민은 북한 국적의 취득과 동시에 한민족공동체로서의 대한민국

86) 이에 대해서는 김주환(각주 58), 19 이하; 장영수(각주 67), 49 참조.



국적을 취득한 것으로 간주되어야 한다. 이것은 곧 남한 국적의 취득을 의미한다. 북한의 국적법이 남한의 국적법과 일치하지 않는 경우에도 마찬가지다. 그 결과, 북한 주민은 북한 국적과 남한 국적을 동시에 가진다.

### (3) 남한 국적 취득의 헌법적 한계로서의 공공질서

서독 연방헌법재판소는 테소 결정에서 동독 국적 취득에 의한 독일 국적 취득에 대하여 서독의 공공질서(ordre public)를 헌법적 한계로 설정하였다. 국적법과 관련, ‘공공질서’의 내용과 효력은 서독 기본법의 기본권과 헌법질서, 특히 국적법의 기본사상과 서독 기본법의 통일명령에 의하여 결정된다고 한다. 이에 따르면, 북한 국적의 취득은 남한법의 공공질서에 위배되지 않는 범위 내에서 남한 국적 취득의 법적 효과를 발생시킨다고 할 것이다.

### (4) 남한 국적 취득의 국제법적 한계

서독 연방헌법재판소의 테소 결정에 따르면, 북한 국적 취득에 의한 남한 국적 취득은 일반적으로 승인된 국제법에 위배되지 않아야 한다. 일반적으로 승인된 국제법에 따르면 국가는 그 국민의 범위를 결정함에 있어 사리에 맞지 않는, 자국과 무관한 사항에 근거하여 국적을 정함으로써 타국의 존립과 대인 고권을 침해해서는 안 되기 때문이다. 이에 따르면, 남한이 북한 주민을 대한 국민으로 보고, 북한 주민이 남한에 입국하거나 남한의 국가기관과 접촉하여 남한 국적을 수인하거나 요구할 때에만 대한민국 국적자의 지위를 부여하고, 북한 거주 주민에 대하여는 대한민국 국적으로부터 나오는 권리의무관계를 실현하지 않는 방식으로 대한민국 국적을 인정하는 것은 국제법적으로 문제가 되지 않는다. 그렇다면, 남한에 입국하거나 남한의 국가기관과 접촉하는 북한 이탈주민은 모두 대한민국 국민으로서 별도의 귀화 절차 없이 남한 주민과 동등한 대우와 보호를 받아야 할 것이다. 반면, 중국 등 제3국에 체류하는 북한 주민은 자신의 의사에 따라 남한의 보호를 선택하거나 북한의 보호를 선택할 수 있다고 보아야 한다.<sup>87)</sup>

87) 이에 대해서는 김주환(각주 58), 20; 장영수(각주 67), 51 참조.

이것은 제2차 세계대전 후 남북 분단이 대한국민의 자유로운 자기결정권 행사에 의하여 이루어지지 않았던 법적 상황을 반영한 것이다. 자기결정권은 제2차 세계대전 후에 일반적으로 승인된 국제법의 원칙이 되었다. 1919년 4월 13일에 건립된 대한민국은 1948년 7월 17일 남한 헌법의 시행과 1948년 9월 9일 북한 헌법의 시행으로 인하여 국제법적으로 소멸된 것이 아니라, 계속 존속하는 것이라고 보아야 한다. 따라서 남한은 처음부터 1919년의 대한민국과 동일한 것이며, 남한의 영토고권이 남한 헌법의 지역적 적용범위로 제한되었다고 해서 그 동일성에 변화가 생긴 것은 아니다. 국제법에 따르면 국제법적 주체의 영토가 일부 변경되더라도 국제법적 주체의 동일성은 변경되지 않기 때문이다. 우리들 대한국민은 자기결정권의 주체로서 남북 분단을 평화적으로 극복하고 완전한 국가적 통일을 이루고자 한다. 따라서 대한국민 전체가 자기결정권을 자유롭게 행사할 수 있을 때까지 남한이 국제법 규정을 통해 대한국민의 법적 형식과 형태를 유지하는 것은 국제법상 사리에 맞지 않는 국적 결정이 아니다.

대한민국과 남북한의 국제법적 상황에 대한 양국의 판단은 일치하지 않을 수 있다. 헌법재판소는 대한민국의 법적 상황에 대한 남한의 국제법적 판단이 명백히 국제법에 위배될 때에만 이를 통제할 수 있다. 그러나 북한 국적의 취득에 의한 대한민국 국적의 취득은 국제법에 위배되지 않는다.

##### (5) 남·북한 유엔 동시 가입과 남북기본합의서

남한과 1919년 대한민국의 동일성은 남북기본합의서의 체결과 남북 유엔 동시 가입에 의해서도 변경되지 않는다. 북한은 이를 통해서 대한민국으로부터 국제법적으로 완전히 분리된 것도 아니고, 설령 그렇다고 하더라도 그로써 대한민국이 소멸한 것도 아니다. 대한민국 영토의 일부가 분리되더라도 대한민국의 국가성이 유지되는 한 남한의 주체적 동일성은 종결되지 않기 때문이다.

끝으로, 북한 국적의 취득에 의한 대한민국 국적의 취득은 1992년 2월 18일에 시행된 남북기본합의서나 그 밖의 남북 합의서로부터 나오는 남한의 의무에 위배되지 않는다. 북한 국적 취득에 대하여 남한이 대한민국 국적 취득의

법적 효과를 부여하는 것은 남북기본합의서에 따라 존중해야 할 북한의 독립성과 자주성을 침해하지 않는다. 그것은 남북기본합의서의 목적과 원칙에 위배되는 것도 아니고, 남한이 북한에서 공권력을 행사하거나 북한 주민에 대하여 대한민국 국적자의 의무를 요구하는 것도 아니다. 북한은 이와 관계없이 북한 주민의 국적을 규정할 수 있다. 또한 북한은 남북기본합의서 체결 당시에 남한이 서로에 대해 외국이 아닌 두 개의 국가가 대한민국에 존재한다는 입장을 취하고 있음을 확인하였다. 남한 정부도 남북기본합의서의 체결과 남북 유엔 동시 가입이 남한에 의한 북한의 국제법적 승인을 의미하는 것이 아님을 거듭 천명하였다. 이것은 남북한의 법적 관계가 남북기본합의서의 체결 후에도 국제법에 의해서만 판단되는 것이 아님을 의미한다. 따라서 제3국과의 관계에서 양국이 가지는 주권은 이와 무관하다.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사 2008.  
김철수, 헌법학신론, 박영사 2009.  
김홍수 외 5인, 고등학교 한국 근·현대사, 천재교육 2010.  
문홍주, 한국헌법, 해암사, 1993.  
유진오, 헌법해의, 일조각, 1959.  
주진오 외 4인, 고등학교 한국근·현대사, 중앙교육진흥연구소, 2010.  
한수용, 헌법학, 법문사, 2011.  
홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2010.  
Hesse, Konrad, 계희열 옮김, 독일헌법원론, 박영사, 2001.  
Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, 정태호 옮김, 독일기본권개론, 헌법재판소, 2000.

### ○ 논 문

- 김승대, 우리 헌법과 한반도 영토·국경문제, 부산대 법학연구 제50권 제2호(2009).  
김주환, 영토변증설, 세계헌법연구 제17권 2호(2011).  
방승주, 헌법재판소와 대법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가, 공법연구 제39집 제2호(2010).  
장영수, 동·서독 기본조약 판결, 고려대 판례연구 제7집(1995).  
제성호, 분단과 통일에 관한 법적쟁점, 중앙법학 제6집 제2호(2004).

Blumenwitz, Dieter, Die deutsche Staatsangehörigkeit und der deutsche Staat, JuS 1988.

Fiedler, Wilfried, Die staats- und völkerrechtliche Stellung der Bundesrepublik Deutschland nach dem Teso-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1988.

Gusseck, Lutz, Neues zu Deutschland und zur deutschen Staatsangehörigkeit?, NJW 1988.

Kokott, Juliane, Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Einbürgerungen in die DDR, NVwZ 1988.

Maunz, Theodor, Art. 116, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1994.

- Randelzhofer, Albrecht, Art. 16 Abs. I, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1994.
- Riege, Gerhard, Bewegung in der Staatsangehörigkeitsdoktrin der BRD? Zu einem bemerkenswerten Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, Neue Justiz 1988.
- Röper, Erich, Die Bundesrepublik kann die deutsche Staatsangehörigkeit nicht definieren. Das Bundesverfassungsgericht verbietet die Verfügung über Deutschland als Ganzes, Die Öffentliche Verwaltung 1988.
- Silagi, Michael, Staatsangehörigkeit im geteilten Deutschland. Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 21. 10. 1987, Das Standesamt 1988.
- Steinberger, Helmut, Entwicklungslinien in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Fragen, ZaöRV 48 (1988).
- Wengler, Wilhelm, Anerkennung und Umdeutung der DDR-Staatsbürgerschaft in die deutsche Staatsangehörigkeit des Rechtes der Bundesrepublik als grundgesetzlich gebotene Folgerung aus dem Wiedervereinigungsgebot?, ROW 1988.
- Wyduckel, Dieter, Urteilsanmerkung, DVBl. 1988.

○ 기 사

- 김명섭, 비스마르크의 독일 통일에서 배워야 할 것, 조선일보, 2011. 7. 18, A34.

## 가입조건부 기본법개정 결정

(BVerfGE 82, 316–321, 1990. 9. 18.)

박종보\*

### I. 관련 규정 소개와 배경

#### 1. 관련 규정 소개

1989년 11월 9일 독일민주공화국(동독)이 독일연방공화국(서독) 간의 분단을 상징하던 베를린장벽이 붕괴된 이후 독일의 통일은 그야말로 숨 가쁘게 진행되었는데, 동서독 양측은 1년이 채 안 되는 짧은 기간에 통일을 준비하고 실현하기 위해서 불가피하게 요구되는 다각적인 정치적·경제적·사회적·법적 조치를 취했다. 그 중 대표적인 것이 일련의 동서독 간 조약의 체결이다. 1990년 5월 18일에는 ‘국가조약’(Staatsvertrag 또는 제1국가조약 – Der 1. Staatsvertrag)이,<sup>1)</sup> 같은 해 8월 3일에는 ‘선거조약’(Wahlvertrag)이,<sup>2)</sup> 같은 해 8월 31일에는 ‘통일조약’(Einigungsvertrag 또는 제2국가조약 – Der 2. Staatsvertrag)이<sup>3)</sup>

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 통화·경제 및 사회통합의 형성에 관한 조약 (Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik), BGBl. 1990 II S. 537. 또한 Klaus Stern/Bruno Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion, München 1990에는 정부의 공식견해가 함께 실려 있다.
- 2) 초대 통일독일 연방의회선거의 준비 및 시행을 위한 독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 조약 (Vertrag zur Vorbereitung und Durchführung der ersten gesamtdeutschen Wahl des Deutschen Bundestages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik), BGBl. 1990 II S. 822. 또한 Klaus Stern/Bruno Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), Einigungsvertrag und Wahlvertrag, München 1990에는 정부의 공식견해가 함께 실려 있다.
- 3) 독일통일의 성취에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국간의 조약(Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über Herstellung der Einheit

동서독 간에 순차적으로 체결되었다.

독일의 통일은 동독이 서독에 가입하고 서독의 헌법에 해당하는 기본법을<sup>4)</sup> 포함한 법령이 구동독 지역에 확대 적용되는 형식으로 완성되었다. 이러한 통일방법에 관한 합의는 통일조약 제3조에 다음과 같이 규정되었다.

“제3조(기본법의 효력발생) 가입의 효력이 발생함과 동시에, 연방법률공보 제 3부 목차번호 100-1로 공포되고 1983년 12월 21일 최종 개정된 독일연방공화국 기본법(연방법률공보 I 제1481면)은 이 조약 제4조에 정한 개정사항과 함께, 이 조약에서 따로 정하지 않는 한, 브란덴부르크, 메클렌부르크-포어폼머른, 작센, 작센-안할트, 튀링엔 및 지금까지 기본법이 적용되지 않았던 베를린의 일부 지역에서도 효력을 발생한다.”

이러한 ‘흡수통일’ 형식은 서독기본법이 예정하고 있던 통일방법 중 하나였지만, 통일조약은 단순히 서독기본법의 적용영역을 동독으로 확대하는 것에 그치지 않고, 다음과 같이 기본법을 개정하는 내용을 포함하고 있었다.

“제4조(가입조건부 기본법개정) 독일연방공화국의 기본법을 다음과 같이 개정한다.

1. 전문(前文)을 다음과 같이 한다.

‘신과 인류에 대한 자신의 책임을 인식하고, 통합유럽의 동등한 구성원으로서 세계평화에 이바지할 것을 다짐하면서, 독일 국민은 그 헌법제정권력을 행사하여 이 기본법을 제정하였다.’

바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 베를린, 브란덴부르크, 브레멘, 함부르크, 헤센, 메클렌부르크-포어폼머른, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 자르란트, 작센, 작센-안할트, 쉘레스비히-홀스타인 및 튀링엔의 독일인들은 자유로운 자기결정에 의하여 독일의 통일과 자유를 완성하였다. 이로써 이 기본법을 독일국민 전체에게 적용한다.’

2. 제23조를 폐지한다.

---

Deutschlands), BGBl. 1990 II S. 822. 또한 Klaus Stern/Bruno Schmidt-Bleibtreu(각주 2)에는 정부의 공식견해가 함께 실려 있다.

4) 독일의 기본법(Grundgesetz)은 통일 전이든 후든 그 명칭과 규범적 연속성을 유지하고 있으나, 이하에서는 우리말 문맥상 이해하기에 더 편리하다고 판단되는 경우에는 통일 전의 기본법을 ‘서독기본법’으로 지칭하기로 한다.

3. 기본법 제51조 제2항을 다음과 같이 한다

‘(2) 모든 란트는 적어도 3개의 투표권을 가지며, 인구 2백만명 이상의 란트는 4개, 인구 6백만명 이상의 란트는 5개, 인구 7백만명 이상의 란트는 6개의 투표권을 가진다.’

4. 제135a조는 현재의 문언 그대로를 제1항으로 한다. 제1항 뒤에 제2항을 다음과 같이 신설한다.

‘(2) 제1항은 독일민주공화국 또는 그 기관의 채무에, 독일민주공화국 재산을 연방·란트 및 지방자치단체로 양도하는 데 관련되는 연방·공법상의 단체 및 영조물의 채무에, 그리고 독일민주공화국 또는 그 기관의 처분에 기한 채무에 준용한다.’

5. 기본법에 제143조를 다음과 같이 신설하여 삽입한다.

‘제143조 (1) 여러 가지 사정으로 인하여 기본법 질서에 따르는 조정이 완전히 이루어지지 않은 때에는, 그러한 범위 안에서 통일조약 제3조에 정한 지역의 법은 1992년 12월 31일을 시한으로 이 기본법의 규정에 합치하지 않을 수 있다. 그러나 그러한 불합치가 기본법 제19조 제2항에 위배되어서는 아니 되며, 기본법 제79조 제3항에 정한 기본원칙들에 합치되어야 한다.

(2) 제2장, 제8장, 제8a장, 제9장, 제10장 및 제11장에 합치되지 않는 규정은 1995년 12월 31일을 시한으로 허용된다.

(3) 제1항과 제2항에 불구하고 통일조약 제41조와 그 시행규정들이 동조약 제3조에 정한 지역에서의 재산권 침해에 대하여 원상회복하지 않도록 정하더라도 그 한도 내에서 이는 유효하다.’

6. 제146조를 다음과 같이 한다.

‘이 기본법은 독일의 통일과 자유가 완성된 후 독일국민 전체에게 적용하며, 독일국민들의 자유로운 결정에 따라 새 헌법이 의결되어 효력을 발생하는 날 그 효력을 상실한다.’”

이와 같이 조약의 형식으로 헌법을 개정하는 예는 일반 국제조약에서는 달리 찾아보기 힘든 특이한 경우이다. 이밖에 통일조약에는 장차 기본법을 개정할 것을 권고하는 내용도 다음과 같이 포함되어 있었다.

“제5조(장래의 헌법개정) 양당사국 정부는 통일독일의 입법부에게 2년 이내에



독일통일과 관련하여 제기되는 기본법의 개정 또는 보충에 관한 문제들, 특히 다음사항을 처리할 것을 권고한다.

- 1990년 7월 5일의 양독 란트 총리들의 공동결의에 상응하는 연방과 란트들 간의 관계
- 관련 란트들의 합의에 의하여 베를린-브란덴부르크 영역을 기본법 제29조의 규정과 다르게 재편성하는 가능성
- 국가목표규정을 기본법에 수용할 것인가에 대한 고려
- 기본법 제146조의 적용과 이에 따른 국민투표의 문제”

이상 살펴본 바와 같이 동서독의 통일은 국가연합과 같은 중간단계를 거치면서 점진적으로 이루어진 것이 아니라, 충분한 준비단계 없이 비교적 짧은 시간 내에 신속히 이루어졌고, 서독의 법질서 내에 동독이 편입되었다는 점에 그 특징이 있다. 그 수단이 된 통일조약은 서독기본법의 적용영역을 확대시키는 것 외에 기본법을 개정하는 내용도 포함하고 있었기 때문에, 통일조약동의법률은 기본법 제79조에 의거한 헌법개정법률로서 의결되었다.<sup>5)</sup> 그런데 이러한 ‘흡수통일’의 과정 자체가 서독기본법의 원칙에 충실하게 행하여졌는지에 대한 헌법문제가 여러 차례 제기되었다.

통일조약에 따른 기본법 개정 내용 중에서 실제법적 측면에서 헌법문제가 제기되었던 것은 임신중절에 관한 동독법의 일부규정, 특히 12주 내의 임신중절을 허용하는 것이 기본법에 위배됨에도 불구하고 통일 이후에도 계속 적용하기로 한 것(통일조약 제31조 제4항,<sup>6)</sup> 제2부속의정서 제3장 업무영역C 제1절 제4호 및 제5호)과 동독정권이 수립되기 전에 구소련이 점령하던 동안에 몰수된 재산에 대해 원상회복 또는 손실보상을 보장하지 않는 것(통일조약 제4조 제5호 및 제41조<sup>7)</sup>) 등이다.

5) Klaus Stern, Der verfassungsändernde Charakter des Einigungsvertrag, DtZ(1990), S. 289.

6) 통일조약 제31조 제4항: “통일독일의 입법부는, 특히 여성의 상담청구권과 사회부초청구권을 법적으로 보장함으로써, 양독에서의 현재 상황보다 더 잘 태아를 보호하면서 임신부의 (임신중절에 관한 양독 법질서의 차이로 인한) 갈등상황을 헌법합치적으로 더 잘 극복할 수 있는 입법조치를 늦어도 1992년 12월 31일까지 행할 의무를 진다. 이 목표를 실현하기 위해서 제3조에 정한 지역에 다양한 주체가 운영하는 광범위한 상담시설망을 연방의 재정원조로 지체 없이 설치한다. 상담소들은 임신부와 상담하고, 필요한 도움을 - 출산 이후에도 - 주는 업무를 수행할 수 있도록 충분한 인적·재정적 자원을 제공받아야 한다. 제1문에 정한 기간 내에 필요한 입법이 이루어지지 않는 때에는 제3조에 정한 지역의 실제법을 계속 적용한다.”

7) 통일조약 제41조(재산권문제의 규율) (1) 1990년 6월 15일의 미해결 재산문제의 규율을 위한 독일

한편 절차법적 측면에서는 기본법을 도대체 국제조약 내지는 이에 동의하는 법률의 형식으로 개정할 수 있는 것인가에 관하여 의문이 제기되었다. 가입조건부 기본법개정 결정<sup>8)</sup>이라고 이름붙인 이 사건은 통일조약 또는 그 동의법률의 합헌성이 심사되었던 여러 사건들 중에서도 이 절차법적 문제를 다룬 사건을 지칭하는 것이다. 이 결정은 연방헌법재판소법 제24조에 의거하여 구두변론 없이 본안판단을 내린 것이고, 판례집의 6면에 걸쳐 수록된 비교적 간략한 것이다. 그럼에도 불구하고 이 결정이 가지는 함의를 분명히 이해하기 위해서는 독일 통일의 법적 과정을 넓게 살펴볼 필요가 있다.

## 2. 관련 규정 제정 배경

### (1) 서독기본법상 국가목표로서의 통일

서독은 제2차 세계대전 종전 후 독일을 분할 점령한 4대 전승국 중 소련을 제외한 미국, 영국과 프랑스가 점령하던 지역을 영토로 삼아 1949년 5월 건국되었다. 그러나 서독기본법을 기초한 헌법제정회의(Der Parlamentarische Rat)는 분단을 영구적인 기정사실로 인정하지 않았다. 서독기본법 전문(前文) 제1문은 “…… 각 란트의 독일국민은 과도기 국가생활에 새로운 질서를 부여하기 위해서, 헌법제정권력에 의하여 이 독일연방공화국 기본법을 의결한다.”고 규정하여 기본법이 통일 전까지의 과도기에만 적용되는 것이라고 명시하였다. 동독과 서독의 법적 지위에 관하여 독일연방헌법재판소는 다음과 같이 간주하였다. 즉, 동독 및 서독의 정치체제와 별도의 존재인 전체로서의 독일국(Deutsches Reich)이 1945년의 패전 후에도 계속 존속하고 있으며, 점령연합군을 통하여 외국정부가 독일영토 내에서 공권력을 행사한다고 해도 소멸되지 않았다고 보

연방공화국과 독일민주공화국 정부의 공동성명(제3부속의정서)은 이 조약의 일부이다.

(2) 특정 토지나 건물이 긴급하고 구체적인 투자목적을 위해서 필요하고, 특히 그것들이 기업체의 설립에 제공되며, 이 투자결정의 시행을 국민경제적 차원에서 촉진할 필요가 있고, 특히 고용기회를 창출하고 보장하는 때에는, 특별한 법률로 정하는 기준에 따라 해당 토지나 건물의 소유권은 반환되지 않는다. 투자자는 투자계획의 요지를 명기한 계획서를 제출하여야 하며, 반드시 그 계획서에 근거하여 계획을 실행할 의무를 진다. 이 법률에는 과거 소유권자의 보상문제도 규정하여야 한다.

(3) 그 밖의 경우에 독일연방공화국은 제1항의 공동성명에 위배되는 어떠한 법규도 제정할 수 없다.

8) 다른 명칭으로는 ‘통일조약결정’ 또는 ‘통일조약판결’이라고 불리기도 한다.

았다.<sup>9)</sup> 그러므로 서독을 수립함으로써 새로운 서부독일국가가 건국된 것이 아니며 (계속 존립하지만 아직 조직되지 않았기 때문에 행위능력이 없는) 독일국의 한 부분이 새로이 조직되었을 뿐이라는 것이다.

독일연방헌법재판소는 서독기본법이 통일이라는 국가목표를 그 기본원리 중 하나로 채택하였다고 해석하였다. 기본법규범 속에 통일명령(Wiedervereinigungsgebot)이 포함되어 있다는 것이다.<sup>10)</sup> 이 규범적 통일명령은 다음과 같이 설명된다. 독일연방공화국의 어떠한 헌법기관도 국가 통일의 성취를 정치적 목표로서 포기해서는 안 되고, 모든 헌법기관은 이 목적 달성을 위한 정책을 수행해야 할 의무를 지며, 또한 통일을 좌절시킬 수 있는 어떠한 일을 해서도 안 된다. 연방정부는 자신의 책임 하에 어떠한 정치적 수단과 어떠한 정치적 방법을 강구하더라도 기본법에 따라 법적으로 요구되는 통일의 목표를 달성하고 최소한 이에 접근하려고 노력하여야 한다. 연방정부의 정책의 성공 여부에 대한 평가는 정부와 의회가 다 같이 하여야 할 일이다. 이 문제와 관련하여 헌법재판소는 비판할 수도 없고 정책의 전망에 관한 의견을 개진할 수도 없다. 이에 대한 정치적인 책임은 전적으로 정치적인 주무관청이 지게 된다. 이와 같이 독일연방헌법재판소가 통일을 기본법의 1차적 목표로 인식하였다는 점은 뒤에서 살펴보는 바와 같이 독일통일에 관한 연방헌법재판소 결정의 경향을 이해하는데 매우 중요하다.

## (2) 독일통일의 방법

### 1) 국가연합

서독기본법은 두 가지 통일방법을 예정하고 있었다. 그 중 하나는 통일 전 서독기본법 제23조 제2문에 따라 동독이 서독에 가입하는 방법이고, 다른 하나는 통일 전 서독기본법 제146조에 따라 기본법이 효력을 상실하고, 전체 독일

9) 1871년 독일제국 성립 이후 (또는 최소한 1919년 Weimar 공화국이 수립된 이후) 전체로서의 독일 (Deutschland als Ganzes)이 소멸하지 않고 독일국(Deutsches Reich)으로 존속해 왔다는 해석은 연방헌법재판소의 확립된 판례이다. BVerfGE 2, 266 (277); 3, 288 (319 f.); 5, 85 (126); 6, 309 (336, 363); BVerfGE 36, 1 (15 ff.).

10) BVerfGE 5, 85 (126 ff.); 12, 45 (51 f.).

인의 자유로운 결정에 따라 새 헌법을 제정하는 방법이었다. 그러나 국가연합(confederation) 형태의 통일이 명시적으로 금지되었던 것은 아니며, 실제로 통일을 앞둔 동독의 시민혁명 과정에서 국가연합을 창설하는 통일방법이 제시되기도 하였다. 1989년 11월 동독의 새 내각수반이 된 Hans Modrow는 취임사에서 동독과 서독이 조약에 의한 느슨한 공동체인 국가연합을 구성하자고 제안하였다.<sup>11)</sup> 서독 총리 Helmut Kohl도 이에 화답하여 11월 28일 국가연합을 제안하였으나, 이러한 형태의 부분통합이(서독기본법이 요구하는) 완전통일을 배제하는 것이어서는 안 된다고 조심스럽게 지적하였다.<sup>12)</sup> 연방헌법재판소의 재판관 2명도 Spiegel지에 국가연합 형태의 통일을 지지하는 논설을 기고하기도 하였다.<sup>13)</sup>

## 2) 통일헌법 제정

통일 전 서독기본법 제146조는 “이 기본법은 독일국민이 그 자유로운 결정으로 의결한 헌법이 효력을 발생하는 날에 그 효력을 상실한다.”고 규정하고 있었다. 이 조항은 서독기본법의 효력을 상실하게 만드는 방법만을 정한 것이 아니라 동서독의 전체 국민이 새 헌법을 채택함으로써 통일을 달성할 수 있는 방법을 제시한 것으로 해석되었다.

그런데 문제는 이 새 헌법을 제정하기 위한 주체와 절차 등에 관한 구체적인 지침이 거의 없다는 점이었다. 종래 연방헌법재판소는 단지 일정한 최소한의 자유민주적 기본질서를 준수하여야 한다는 점만을 통일헌법의 한계로 지적하는데 그쳤다. 즉 서독기본법이 규정하는 법치국가는 다음과 같은 사실에 기초하고 있다는 것이다. 즉 첫째, 연방공화국이 통일과 자결권을 실현시키는 데 도움을 줄 수 있는 기본법에서 유래하는 지위(Rechtstitel)를 포기하는 것과, 둘째, 기본법과 합치되지 않는 지위를 만들거나 혹은 이러한 목적에 반대되는 방향으로 나아가는 지위를 수립하는 데 참여하는 것은 금지된다는 것이었다.<sup>14)</sup> 그런데 대부분의 학자들은 통일 전 서독기본법 제146조에 따라 통일이 되더라도

11) Ingo von Münch (Hrsg.), Dokumente der Wiedervereinigung Deutschlands, Stuttgart 1991, S. 56.

12) Ingo von Münch (각주 11), S. 63.

13) Ernst-Wolfgang Böckenförde/Dieter Grimm, Nachdenken über Deutschland, Der Spiegel(1990. 10.), S. 72-77.

14) BVerfGE 36, 1 (17 f.).

서독이 법적으로 존속하는 데 지장이 없다고 보았다. 그 주된 근거는 무엇보다도 전체로서의 독일국(Deutsches Reich)이 여전히 존립하고 있으며, 서독은 그 일부라고 보는 데 있었다.<sup>15)</sup>

통일 전 서독기본법 제146조에 따른 새 헌법의 제정을 통하여 통일을 달성하고자 하는 것이 기본법 제정 당시의 의도였다고 보는 것은 충분히 일리 있는 주장이다. 이런 통일방법이 가지는 가장 큰 장점은 동서독 각자의 헌법이념에 관한 충분한 토론을 거친 후 이상적인 새 헌법을 채택할 수 있었을 것이라는 점이다. 만약 서독기본법 제146조에 따라 통일이 달성되었다면 상대적으로 잘 정립되어 있었던 서독의 정치이념뿐만 아니라 1989년 이후 동독에서 진행 중이던 개혁운동이 표방하던 동독 나름의 민주주의이념과 헌법문화가 통일헌법에 조화롭게 반영될 수 있었을 것이다.<sup>16)</sup> 이렇게 새 헌법에 관하여 더 광범위한 의사소통이 이루어졌다면, 동독 주민의 입장에서는 헌법제정에 주체적으로 참여하였다는 인식을 가질 수 있었을 것이고 새 헌법체제가 야기하는 문제와 위기들을 좀 더 쉽게 수용할 수 있었을 것이다.<sup>17)</sup> 아무튼 그러한 헌법제정과정 이 동서독 양 주민들이 통일 이후에 대비하게 하는 큰 교육효과를 발휘했을 것이고 더 많은 민주적 정당성을 확보했을 것이라는 점은 분명하다.

### 3) 흡수통일

통일 전 서독기본법 제23조 제2문은 “독일의 나머지 지역에 대하여는 가입 후에 기본법이 효력을 발생한다.”고 규정하고 있었다. 이것은 서독기본법 조항 중에서 통일의 방법을 가장 명확히 규정한 조항이었다. 제23조는 제146조와 마찬가지로 어느 것이 독일통일 문제에 대한 최종적 해결책인지 명시하고 있지는 않지만, 제146조와는 달리 통일을 달성하는 구체적인 방법을 제시하고 있었기 때문이다.

통일 전 서독기본법 제23조의 1차적 기능은 기본법의 적용영역을 규정하는

15) 예컨대, Jochen Frowein, Die Verfassungslage Deutschlands im Rahmen des Völkerrechts, VVDStRL, 49 (1990), S. 25-26; Josef Isensee, Staatseinheit und Verfassungskontinuität, VVDStRL, 49 (1990), S. 47-48.

16) Peter Häberle, Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, JZ (1990), 358 (360).

17) Dieter Grimm, Zwischen Anschluß und Neukonstitution: Wie aus dem Grundgesetz eine Verfassung für das geeinigte Deutschland werden kann, in: Bernd Guggenberger/Tine Stein (Hrsg.), Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit, München 1991, S. 126-127.

것이였다. 이것은 제2차 세계대전 이후 독일 영토가 다시 획정되고<sup>18)</sup> 독일이 동서로 분단되었기 때문에 법적으로는 대단히 중요한 문제였다. 기본법 제23조 제1문은 그 적용영역이 바덴 등 서독에 포함된 란트들과 베를린에 한정됨을 명백히 선언하고, 그 제2문에서 향후 ‘독일의 나머지 지역’에 기본법이 확대 적용될 가능성을 열어 두었다. 이 조문은 몇 가지 중요한 시사점을 내포하고 있었다. 우선 이 조문은 서독에 편입되거나 가입하여 기본법의 적용을 받을 여지가 있는 ‘전체로서의 독일’의 ‘나머지 지역’이 존재한다는 사실을 전제하고 있다. 따라서 이 ‘나머지 지역’이 서독에 가입하면 서독기본법이 당연히 이 지역에 확대 적용된다. 이 나머지 지역들은 서독에 가입함과 동시에 독립된 법주체로서의 지위를 상실하고 소멸하며, 그 영역은 서독의 영토에 편입되고 서독(즉 독일연방공화국)은 그대로 존속한다는 결론에 이르게 된다. 기본법 제23조에 따라 독일통일을 달성한다면, 기본법 제146조에 따라 통일을 이루는 경우와 같이 동독과 서독이 새로 탄생하는 국가로 대체된다고 하는 주장을 펼 여지는 전혀 없었다.

통일 전 서독기본법 제23조와 제146조의 관계는 분명하지 않다. 제23조는 ‘독일의 나머지 지역’이 부분적으로 서독에 ‘가입’할 가능성을 열어 놓은 반면에<sup>19)</sup> 제146조는 완전한 통일을 달성하는 경우를 염두에 둔 것으로 이해되었기 때문에, 제23조는 완전한 통일이 아니라 ‘독일국’의 나머지 지역의 일부만이 서독에 가입하는 경우에만 적용된다는 주장이 가능했다.<sup>20)</sup> 그런데 독일연방헌법재판소는 1973년의 기본조약결정에서 동독이 기본법 제23조에 따라 서독에

18) 독일 영토의 변경과정을 간단히 설명하면 다음과 같다. 1871년 프로이센이 보불전쟁에서 승리를 선포하면서 성립한 독일 제2제국(Zweites Deutsches Reich)은 현재 프랑스 영토인 알자스-로렌을 포함한 라인강 서쪽으로부터 북동쪽으로 러시아 국경에 이르기까지 영토를 확장하였다. 그런데 제1차 및 제2차 세계대전에서 독일이 연이어 패전하면서 이 광대한 영토의 상당부분을 상실하였다. 특히 제2차 세계대전 종전 직전에 미국, 영국과 소련 간에 체결된 포츠담 협정(Potsdam Agreement)은 제2차 세계대전 후의 유럽지도를 재편하면서, 옛 프로이센왕국의 상당부분을 포함하는 넓은 동부독일을 폴란드의 행정권 하에 두기로 결정하였다. 이러한 조치는 소련이 옛 폴란드 영토의 동부 지역을 합병한 것에 대한 보상의 성격도 일부 갖고 있었다.

19) 실제로 독일이 통일되기 전에 서독기본법 제23조는 1957년의 Saarland 편입에 적용된 바 있다. 이 지역은 제2차 세계대전 이후 독일로부터 분리되어 프랑스가 관리하는 보호령으로 남아 있었으나, 1955년 프랑스가 자르에 독립국가를 수립하는 방안을 실시한 주민투표가 부결되자 프랑스와 서독 간의 협약에 의해 1957년 서독에 편입되었다.

20) 그러나 독일연방헌법재판소는 1955년의 자르협정결정에서 그러한 해석을 거부하였다. BVerfGE 4, 157.

편입될 수 있는 ‘독일의 나머지 지역’에 해당하며, 이 조항이 1957년의 Saarland 편입 이후 효력을 상실한 것이 아니라는 점을 분명히 밝혔다.<sup>21)</sup> 서독 기본법 제23조의 문언과 독일연방헌법재판소의 해석에 따르면 독일통일 이후에도 서독기본법은 효력을 유지하면서 동독지역에 확대 적용될 수 있었다. 통일을 위해 기본법을 개정할 필요성은 몇 개 조문에 국한되었고, 그 조문들도 국가와 사회체제의 근본구조를 다루는 것은 아니었다.

### (3) 서독기본법상 기본법 개정의 방법

원래 서독기본법이 예정하고 있던 기본법 개정방법은 기본법개정법률(Grundgesetzänderungsgesetz) 의결에 의한 개정이다. 즉 독일에서는 기본법개정안이라는 개정형식이 별도로 존재하는 것이 아니라, 기본법의 문언을 변경하는 법률안의 형식으로 기본법을 개정한다.<sup>22)</sup> 일반법률은 연방정부, 연방의회의원들 또는 연방참사원에 의한 법률안 제출<sup>23)</sup> → 연방의회의 단순과반수에 의한 의결과 연방참사원 송부<sup>24)</sup> → 연방참사원의 동의, 양원합동심의위원회 소집 요구 또는 수정안 의결<sup>25)</sup> → 필요한 경우 연방의회의 재적과반수 또는 특별히 필요한 경우 재적과반수를 포함한 3분의 2에 의한 재의결이라는<sup>26)</sup> 절차를 거친다. 이 절차에 따라 연방의회에서 의결된 법률안이 연방참사원의 동의를 얻거나, 양원합동심의위원회가 법률안의 수정을 요구하지 않고 해산하거나, 연방참사원이 일정한 기간 동안 수정안을 의결하지 않거나, 연방참사원의 수정안이 연방의회에서 재의결로 거부될 때 법률로 성립한다.<sup>27)</sup> 그런데 기본법개정법률이 법률로 성립하기 위해서는 일반법률안보다 강화된 가중다수가 필요하다.

21) BVerfGE 36, 1 (29).

22) 독일기본법 제79조(기본법의 개정) 제1항: “기본법은 기본법의 문구를 명시적으로 변경 또는 보충하는 법률에 의해서만 개정될 수 있다. 강화조약, 강화조약의 준비 또는 점령법적 법질서의 폐지를 그 대상으로 하거나 독일연방공화국의 방위에 도움이 될 국제법적 조약인 경우에는 기본법의 조항들이 그러한 조약의 체결과 발효에 저촉되지 아니함을 해명하기 위해서 이 해명에 국한되는 기본법 문구의 보충으로써 충분하다.”

23) 독일기본법 제76조.

24) 독일기본법 제77조 제1항.

25) 독일기본법 제77조 제2항 및 제3항.

26) 독일기본법 제77조 제4항.

27) 독일기본법 제78조.

즉, 기본법개정법률은 연방의회의원의 3분의 2의 찬성과 연방참사원의 표수의 3분의 2의 찬성을 요구한다는 점이 일반법률과 다른 점이다.<sup>28)</sup>

#### (4) 서독기본법상 조약체결의 절차

독일기본법상 외국과의 관계를 담당하는 것은 연방정부의 관할사항인데,<sup>29)</sup> 외국과 조약을 체결하는 형식적 권한은 연방대통령이 가진다.<sup>30)</sup> 연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련 있는 조약은 연방법률의 형식으로 의결하되 그 때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기관의 동의나 참여를 필요로 한다.<sup>31)</sup> 즉, 조약안은 일반법률과 같은 절차로 제안되고 연방의회와 연방참사원의 상호관계 속에서 의결되는 것이다. 다만, 위에서 살펴본 바와 같이 통일조약동의법률은 일반적인 조약동의법률과 달리 서독기본법 제79조에 의거한 헌법개정법률과 같이 연방의회의원 3분의 2의 찬성과 연방참사원 표수의 3분의 2의 찬성을 얻어 의결되었다.

#### (5) 독일통일의 실제 과정

국가연합은 불완전한 형태이긴 하지만 통일을 쉽사리 달성할 수 있다는 장점을 가지고 있었음에도 불구하고, 그보다 더 영구적인 형태의 통일이 가능한 상황이라고 판단한 서독의 Kohl 총리는 국가연합안을 포기하였다. 더욱이 1990년 3월 18일 실시된 동독 총선거의 결과, 압도적 다수의 선거권자가 완전한 형태의 정치적 통일을 가능한 한 빨리 달성하기를 원한다는 사실이 분명히 드러나자 국가연합안은 확실하게 거부되었다.<sup>32)</sup>

서독기본법 제146조에 따른 통일은 서독 사회민주당(SPD)과 동독 개혁운동가들의 열렬한 지지를 받았지만,<sup>33)</sup> 1990년 3월 18일의 동독 총선거 이후에 전

28) 독일기본법 제79조 제2항.

29) 독일기본법 제32조 제1항.

30) 독일기본법 제59조 제1항.

31) 독일기본법 제59조 제2항.

32) Christian Stark, Deutschland auf dem Wege zur staatlichen Einheit, JZ (1990), 349 (352).

33) Ulrich Albrecht, Die Abwicklung der DDR, Wiesbaden 1992, S. 52-53.



개된 상황변화 때문에 이 통일방법이 실현될 가능성은 매우 낮아졌다. 양독 정부가 새 헌법안을 작성하는 과정이 너무 많은 시간을 소모하고 백가쟁명식 논쟁에 이르러 정치적·경제적 불안을 야기할까 봐 두려워했을 가능성도 있다.<sup>34)</sup> 결국 1949년의 헌법제정회의(Der Parlamentarische Rat)가 당초 예상하였던 두 가지 통일방법 중 새 통일헌법 제정에 의한 통일방안은 실제 통일과정에서 실현되지 못하고, 역사는 동독이 기본법 제23조 제2문에 따라 서독에 가입하는 방향으로 진행되었다. 서독의 집권 기독교민주당/기독교사회당연합(CDU/CSU)은 기존의 서독기본법을 가능한 한 적게 고친 채 통일독일에 확대 적용하는 방안을 추진하였던 것이다.

통일 전 서독기본법 제23조에 따른 통일방안은 서독의 법학문헌에서 일반적으로 수용되었다.<sup>35)</sup> 동독과 서독 정부는 통일을 가장 확실하고 신속하게 달성할 수 있는 방법으로 서독기본법 제23조에 따라 동독이 서독에 가입하는 방식을 채택하였다. 서독기본법의 해석상 제23조 제2문에 의한 가입이 실현되기 위해서는 동독정부 또는 동독에 속한 란트들의 자유로운 의사결정에 의한 가입 선언이 전제되었고, 그것에 따라 이 지역에 기본법을 확대 시행하는 것을 내용으로 하는 서독기본법 개정절차를 완료하면 동독지역은 자동적으로 독일연방공화국의 구성부분이 될 수 있었다. 그리고 동독의 가입은 민주적 절차에 따라 결정하는 것이 전제되었다.<sup>36)</sup> 이러한 민주성을 확보할 수 있는 절차로는 첫째, 주민투표에 의한 결정과, 둘째, 민주적으로 구성된 - 비록 기본법에 따른 서독 정부와 똑같은 속성을 전부 갖추지는 못하더라도 - 정부에 의한 선언을 생각할 수 있다.

그런데 일찍이 독일연방헌법재판소는 기본조약결정에서 동독이 서독에 가입한다고 선언하기 위해서는 반드시 동독헌법에 따른 절차를 거쳐야 한다고 판시한 바 있다.<sup>37)</sup> 통일 전 서독기본법 제23조에 따르면 ‘독일의 나머지 지역’이 서독 가입을 원할 경우 서독 정부가 이를 거절할 수 있는 권한은 없었다.<sup>38)</sup>

34) Wolfgang Schäuble, Der Vertrag: Wie ich über die deutsche Einheit verhandelte, Stuttgart 1991, S. 55-56, 65-66.

35) Wolff Heintschel von Heinegg, Der Beitritt “anderer Teile Deutschlands” zur Bundesrepublik nach Art. 23 Satz 2 GG, DÖV (1990), S. 425.

36) Christoph Degenhart, Verfassungsfragen der deutschen Einheit, DVBl(1990), S. 973 (974).

37) BVerfGE 36, 1 (29). 이와 같이 독일연방헌법재판소는 동독을 독립국가로 인정하지 않으면서도 동독헌법의 실효성을 인정하였다.

38) Klaus Stern und Bruno Schmidt-Bleibtreu(각주 1), S. 36.

단지 서독 정부는 자유의지에 따라 가입하고자 하는 것인지 여부를 판단하기 위해서 가입을 위해 사용된 방법을 평가할 수 있었을 뿐이다. 그러므로 동독 정부에 민주적 속성을 도입하는 한편 통일을 방해하거나 경제개혁을 금지하는 헌법조항을 제거하기 위해서 1974년 동독헌법을 개정할 필요가 발생하였다. 더욱이 동독이 서독에 가입하는 것은 동독체제의 해체와 동독헌법의 폐지를 의미하였으므로 동독이 서독에 가입하기 위해서는 동독인민의회(Volkskammer)의 3분의 2 이상의 찬성이 필요하였다.

통일을 위한 최적의 방법이 무엇인가에 관한 논쟁이 진행되는 동안 국가연합을 거친 점진적 통일을 선호하던 세력은 서독기본법 제23조에 따른 통일방안을 가장 격렬하게 반대하였다. 기본법 제146조에 따라 통일을 이루면 새로운 또는 수정된 헌법이해를 첨가함으로써 상당한 헌법개혁을 이룰 수 있다고 보았던 세력도 헌법 제23조에 따른 통일에 반대하였다. 그러나 이러한 반대에도 불구하고 서독의 집권 보수연합은 1900년 3월 동독총선의 결과 서독기본법 제23조에 따른 통일이 불가피하다는 사실이 분명해지기 전에 이미 그러한 방법으로 통일을 추진하기로 결정하였다.<sup>39)</sup> 마찬가지로 동독의 Lothar de Maizière 수상도 동독인민의회에서 행한 시정연설에서 서독기본법 제23조에 따른 통일을 천명하였다.<sup>40)</sup> 사실 이 시기에 이르러서는 동독 사민당(SPD)의 다수도 서독기본법 제23조에 따른 통일을 선호하게 되었고, 사민당을 포함한 집권정당들이 서명한 연정합의문에 이를 명기하였다.<sup>41)</sup>

이와 같은 동서독 내부의 논쟁을 거치면서 동독과 서독 정부는 서독기본법상 통일명령과 기본법 제23조 제2문의 수권(授權)이라는 준칙에 따라 독일통일을 준비하고 달성하는 법적 과정으로 조약체결이라는 수단을 사용하게 되었다.<sup>42)</sup> 1990년 5월 18일의 제1국가조약의 발효 이후 동독은 이 조약을 구체화하기 위해서 1990년 6월 17일 헌법개정 및 보충에 관한 법률(Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Verfassung der DDR)을 제정하여 자유민주주의와 연방국가체제로 전환하기 위한 기본원칙을 선언하고, 이 원칙에 저촉되는 헌법규정은 별도의 절차를 거치지 않고 당연히 효력을 상실하도록 하였다. 뿐

39) Horst Teltschik, 329 Tage: Innenansichten der Einigung, München 1991, S. 168.

40) Ingo von Münch(각주 11), S. 195; Horst Teltschik(각주 39), S. 202.

41) Ingo von Münch(각주 11), S. 163.

42) Bruno Schmidt-Bleibtreu, Der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts-, und Sozialunion zwischen der BRD und DDR, DtZ (1990), S. 138 (139).

만 아니라 이 법률은 동독인민의회 재적의원 3분의 2의 찬성으로 헌법개정의 효력을 가지는 헌법개정법률(Verfassungsgesetz)을 제정할 수 있도록 하였다.

동서독 정부는 1990년 6월 15일 미해결재산문제에 관한 공동성명(Gemeinsame Erklärung der Regierungen der BRD und DDR zur Regelung offener Vermögensfragen)을 발표하였는데, 이것은 나중에 통일조약의 일부(제3부속의 정서)가 되었다.<sup>43)</sup> 동독은 1990년 7월 22일 란트신설법(Ländereinführungsgesetz)을 제정하여 1952년 폐지되었던 브란덴부르크, 메클렌부르크-포어폼머른, 작센, 작센-안할트 및 튀링엔의 5개 란트를 다시 도입함으로써 종래의 중앙집권적 단일국가구조를 서독과 같은 연방국가구조로 개편하였다. 또한 1990년 8월 3일 양독 정부는 선거조약을 체결하여 통일 후 전체 독일에서 실시될 최초의 연방의회를 구성하기 위한 총선거의 법적 기초를 마련하였다. 1990년 8월 23일 동독이 서독에 가입한다는 선언을 동독인민의회가 의결함으로써 독일 통일을 위한 전제조건은 모두 충족되었는데, 통일을 위한 서독기본법의 개정은 따로 서독 내의 기본법 개정절차를 거치지 않은 채 1990년 8월 31일에 체결된 통일조약의 내용에 포함되었다. 양독 정부는 동독의 가입과 동시에 서독기본법을 옛 동독지역에도 확대 적용하기로 합의하였으며, 이를 통일조약 제3조에 명시하고 있다.<sup>44)</sup>

1990년 8월 31일에는 마침내 통일조약이 체결되었고 동독과 서독 각 의회의 동의를 거쳐 양독의 국내절차가 완결되었다는 것을 상호 통지한<sup>45)</sup> 1990년 9월 29일 효력을 발생하였다. 통일조약 제1조에 따라 1990년 10월 3일 0시를 기해 동독이 서독에 편입됨으로써 독일통일은 완성되었다. 통일조약 제3조와 1990년 9월 23일의 통일조약동의법률 제1조에 따라, 통일조약에서 따로 규정하지 않는 한, 기본법은 동독의 가입이 효력을 발생하는 것과 동시에 동독지역에 시행되게 되었다. 통일조약 제4조는 ‘가입조건부 기본법 개정사항’을 열거하고 있는

43) 통일조약 제41조 제1항.

44) 원래 통일 전 서독기본법 제23조 제2문에는 독일의 나머지 지역의 “가입 이후(nach deren Beitritt)” 기본법을 그 지역에 적용한다고 규정되어 있었다. 글자 그대로 이에 따르면 가입 시점과 기본법 적용 시점 간에 차이가 있게 되어, 그 동안에는 동독지역에는 헌법이 존재하지 않는 공백상태가 있게 되므로 통일조약 제3조에서는 “가입과 동시에”(mit dem Wirksamwerden des Beitritts) 기본법이 동독지역에도 적용된다고 규정하였다. 고영훈, 독일통일에 따른 공법의 통합에 관한 연구, 한국법제연구월, 1994, 19면 각주2.

45) 통일조약 제45조 제1항.

데, 이 중 일부는 일반적 효력을 가지는 것이고, 일부는 동독지역에만 적용되는 것이다. 이러한 방식으로 기본법을 동독지역에 시행하게 됨으로써 통일조약이 바로 기본법을 개정하는 효과를 가져 오게 된 것이다.<sup>46)</sup>

이와 같이 복잡하고 숨가쁘게 독일통일을 위한 노력이 다각도로 진행되는 과정 가운데 통일조약 제4조에 기본법을 개정하는 내용이 포함된 점과 관련하여, 8명의 연방의회의원들이 연방정부의 통일조약 체결과 연방의회 내의 동의 절차에서 자기들의 법적 지위가 침해되었다고 주장하면서 연방의회와 연방정부를 상대로 기관쟁의(Organstreit)를 청구하였다.

## II. 사건 개요

### 1. 사실관계

동독 정부와 서독 정부는 1990년 8월 31일 통일조약에 서명하였는데, 거기에는 제4조 ‘가입조건부 기본법 개정’이라는 제하에 서독기본법을 개정하는 내용이 포함되어 있었다. 연방의회 내의 교섭단체인 기독교민주당/기독교사회당 연합(CDU/CSU)과 자유민주당(FDP)은 같은 날 기본법 제59조 제2항에 따른 조약동의법률, 즉 통일조약법률(Einigungsvertragsgesetz) 제정안을 제출하였다.<sup>47)</sup> 제1독회는 1990년 9월 5일에 열렸고, 제2·제3독회는 1990년 9월 20일로 예정되어 있는 상태에서 기독교민주당(CDU)과 바이에른 기독교사회당(CSU) 소속 의원 8명이 자기들의 권한이 침해되었음을 확인해 달라는 취지의 기관쟁의심판을 청구하였다.<sup>48)</sup>

통일 전 서독기본법 제23조에 따른 통일에 소극적인 입장을 보였던 사회민주당(SPD) 의원들이 아니라 집권여당인 보수연합 소속의 의원들이 통일조약 체결에 반대하는 소송을 제기한 이유는 이들이 다음과 같은 내용에 불만을 가

46) 통일조약 제3조: “가입의 효력이 발생함과 동시에 …… 독일연방공화국 기본법은 이 조약 제4조에 정한 개정사항과 함께, 이 조약에서 따로 정하지 않는 한, 브란덴부르크, 메클렌부르크-포어폼머른, 작센, 작센-안할트, 튀링엔 및 지금까지 기본법이 적용되지 않았던 베를린의 일부 지역에서도 효력을 발생한다.”

47) BTDrucks 11/7760.

48) BVerfGE 82, 316 (317).

졌기 때문이라고 설명된다. 즉, 이들은 첫째, 서독기본법 제23조를 삭제하여 오데르-나이세 강 동쪽의 옛 독일 영토를 최종적으로 포기하고 오데르-나이세 강을 폴란드와의 국경선으로 확정하는 것,<sup>49)</sup> 둘째, 기본법에 제143조 제3항을 추가하여 1945년부터 1949년까지 소련 점령지역에서 행한 토지무상수용을 추인하는 것, 셋째, 기본법을 직접 개정하는 것은 아니지만 서독형법 체계와 다른 동독의 낙태죄에 관한 기간제한 모델을 잠정적으로 존속하게 하는 것에 반대하는 의원들이었다.<sup>50)</sup>

## 2. 청구인의 주장

### (1) 참여권 침해

연방의회의원인 청구인들은 기본법의 개정을 포함하는 통일조약의 합의와 연방의회 내에서의 심의절차가 독일기본법 제38조,<sup>51)</sup> 제42조,<sup>52)</sup> 제76조,<sup>53)</sup> 제79조와<sup>54)</sup> 연방의회운영규칙(GOBT)<sup>55)</sup> 제82조가 부여하는 자기들의 참여권을 침해하였다고 주장하였다. 즉 기본법은 단순히 국가조약(Staatsvertrag)에 대한 동의를 통해서 개정될 수 없으며, 오로지 기본법 제79조 제1항 제1문에 따라

49) 기본법 제23조가 규정한 ‘독일의 나머지 지역’에는 제2차 세계대전 이후 폴란드의 행정권에 편입된 오데르-나이세강 동쪽 영역이 포함된다는 주장이 이론적으로 가능했는데, 동서독은 이 문제가 통일에 걸림돌로 작용하지 않도록 하기 위해서 독일통일 직전인 1990년 9월 12일 미국, 영국, 프랑스, 소련 4대 전승국과 동서독 사이에 2+4조약을 체결하여 통일독일과 폴란드 간의 국경으로 기존의 동독-폴란드 국경인 오데르-나이세강선을 유지하기로 합의하였다. 실지회복을 주장하는 세력이 장차 이 폴란드 영토를 통일독일에 편입시키고자 시도하는 것을 방지하기 위해서 통일 전 서독기본법 제23조는 통일조약에 의해 삭제되었다가 나중에 유럽연합에 관한 조항으로 내용이 바뀌어 신설되었다.

50) Frankfurter Rundschau, 1990. 9., S. 1 f.; Die Welt, 1990. 9. 19., S. 1 und 4(일본 독일헌법판례연구회 편, 전정환/이형석/조형구 옮김, 독일헌법판례II하(제2판), 원광헌법학연구회, 2008, 55면에서 재인용).

51) 독일기본법 제38조 제1항: “독일 연방의회의 의원은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다. 그들은 전체국민의 대표자이고 명령과 지시에 구속되지 않으며 자신의 양심에만 따른다.”

52) 독일기본법 제42조 제1항 제1문: “연방의회는 공개로 심의한다. ……”

53) 독일기본법 제76조 제3항: “…… 연방의회는 적당한 기간 내에 법률안을 심의하고 의결하여야 한다.”

54) 독일기본법 제79조 제1항 제1문: “기본법은 그 문언을 명시적으로 변경 또는 보충하는 법률에 의해서만 개정될 수 있다.”

55) 독일어를 직역한 것으로, 한국의 국회법에 해당하는 연방법률이다.

기본법의 문언을 명시적으로 개폐하거나 보충하는 ‘독자적인’ 법률을 통해서만 개정될 수 있으므로 특별한 기본법개정법률이 필요하며, 이 법률은 연방의회운영규칙 제82조 제1항에 따라 청구인들이 법률안의 수정동의안을 제출할 수 있는 입법절차를 거쳐 제정되어야 한다는 것이었다. 연방의회운영규칙 제82조 제2항에<sup>56)</sup> 따르면 기본법 제59조 제2항에 근거하여 체결되는 조약에 대해서는 수정안을 발의할 수 없기 때문에, 통일조약 제4조에 기본법 개정을 포함시키는 것은 연방의회의원인 청구인들의 참여권을 침해한다고 주장하였다.<sup>57)</sup>

나아가 청구인들은 통일조약에 포함된 헌법개정의 내용은 - ‘가입조건부 기본법 개정’이라는 통일조약 제4조의 표제와는 상반되게 - 단순히 동독의 가입에 따른 기본법 개정만을 다루는 것도 아니라고 지적하였다. 1990년 8월 23일의 동독인민회의의 가입선언은 통일 전 서독기본법에 따른 것이지 통일 후 개정된 기본법에 따라 이루어진 것이 아니기 때문이다. 끝으로 청구인들은 통일조약의 형식은 서독기본법의 통일명령을 실현하는 유일한 방법이 아니며, 기본법 제23조 제2문에<sup>58)</sup> 따른 법률만 제정하면 된다고 주장하였다.<sup>59)</sup>

## (2) 가처분신청

청구인들은 자신의 참여권침해를 확인하여 달라는 청구 외에 연방헌법재판소법 제32조에 따른 가처분도<sup>60)</sup> 신청하였다. 즉 통일조약법률제정안에 관한 연방의회의 토론과 표결을 청구인들이 신청한 소가 확정될 때까지 정지하여 달라는 것이다.<sup>61)</sup>

56) 독일연방의회운영규칙 제82조 제2항: “연방의 정치적 관계를 규정하거나, 연방의 입법사항과 관련 되는 외국과의 조약 기타 유사한 조약에는 수정동의가 허용되지 않는다.”

57) BVerfGE 82, 316 (318).

58) 독일기본법 제23조 제2문: “독일의 그 밖의 지역에 대해서는 가입 후에 기본법이 효력을 발생한다.”

59) BVerfGE 82, 316 (318).

60) 독일연방헌법재판소법 제32조 제1항: “연방헌법재판소는 중대한 손실의 방지, 임박한 권력행사의 저지 또는 기타의 원인으로 공공복리를 위해서 긴급히 요청되는 경우에, 가처분에 의하여 분쟁상태를 잠정적으로 규율할 수 있다.”

61) BVerfGE 82, 316 (318).

### Ⅲ. 주요 쟁점

이 사건의 쟁점사항은 비교적 간단한 편이다. 즉, 동독과 서독 간에 체결된 통일조약에 서독기본법의 개정을 요구하는 내용이 포함되는 경우 기본법 제59조에 따른 조약동의법률의 형식은 허용되지 않고 반드시 기본법 제79조에 따른 개본법개정법률의 형식으로 기본법을 개정하여야 하는지 여부이다.

### Ⅳ. 결정 요지

독일연방헌법재판소는 이 사건 기관쟁의심판청구를 기각하였다. 이와 더불어 청구인들의 가치분신청도 기각하였다.<sup>62)</sup>

#### 1. 청구의 적법성 및 심판절차에 관한 판단

연방헌법재판소는 이 결정에서 청구의 적법 여부에 관하여는 판단하지 않고, 바로 본안판단을 하였다. 연방헌법재판소법 제24조<sup>63)</sup> 제1문에 따르면 청구가 이유를 갖추지 못한 것이 명백한 경우에 연방헌법재판소는 구두변론을 열지 않고 기각할 수 있다. 그 기준은 연방헌법재판소가 결정 당시에 당사자가 주장한 사실을 넘어서, 청구를 인용할 만한 이유를 전혀 인정할 수 없다고 판단하는지 여부이다. 연방헌법재판소는 청구가 명백히 이유 없다는 점이 명약관화할 필요는 없고, 잠정적인 근본적 검토의 결과만으로도 그렇게 판단할 수 있다고 본다.<sup>64)</sup> 왜냐하면 전원일치이어야만 그렇게 판단할 수 있다는 요건만으로도 청구인의 권리는 충분히 보호되기 때문이라는 것이다. 연방헌법재판소는 어떠한

62) BVerfGE 82, 316 (317).

63) 독일연방헌법재판소법 제24조: “연방헌법재판소는 부적법하거나 명백히 이유 없는 청구를 전원일치의 결정으로 기각할 수 있다. 청구인이 청구의 적법성 또는 이유구비성에 대한 이의를 사전에 고지받은 경우에는 이 결정에는 별도의 이유제시가 필요 없다.”

64) BVerfGE 60, 175; 61, 82.

경우에도 이 사건의 청구는 이유를 갖추지 못한 것이 명백하다고 하며 바로 본안판단을 하였다.<sup>65)</sup>

## 2. 본안판단

연방헌법재판소는 통일조약에서 규정한 기본법의 개정을 실천하기 위해서 연방정부와 연방의회가 이행한 절차는 다음과 같은 이유로 청구인들이 주장하는 권리들을 침해한다고 볼 수 없다고 판시하였다. 그 이유는 연방정부는 통일조약에 ‘가입조건부 기본법 개정’(통일조약 제4조)을 포함시킬 권한을 가지고 있고, 연방의회는 기본법 제79조 제2항을<sup>66)</sup> 존중하면서 기본법 제59조 제2항에서<sup>67)</sup> 정한 동의법률의 형태로 통일조약에 대하여 동의 여부를 결정하여야 하기 때문이라는 것이었다.<sup>68)</sup>

### (1) 기본법상 통일명령규범의 이행

연방헌법재판소는 통일조약 체결과 관련하여 연방정부와 연방의회가 이행한 절차의 헌법적 근거를 기본법의 통일명령과 결합된 기본법 제23조 제2문에서 찾았다.<sup>69)</sup> 연방헌법재판소는 일찍이 1973년의 기본조약결정에서 동독은 독일국에 속하며 서독과의 관계에서 외국으로 취급되어서는 안 된다고 판시한 바 있다.<sup>70)</sup> 연방헌법재판소는 비록 통일조약에 국제법적 규율이 적용되며 연방의회가 기본법 제59조 제2항에 따른 동의법률의 형태로 통일조약 체결에 참여한다고 한다고 하더라도, 연방정부가 통일조약의 체결하는 데 외교권을 행사한 것이라고는 볼 수는 없다고 보았다.<sup>71)</sup> 연방헌법재판소의 선례에 따르면, 연방정

65) BVerfGE 82, 316 (319 f.).

66) 독일기본법 제79조 제2항: “이러한 (기본법개정)법률은 연방의회의원 3분의 2의 찬성과 연방참사원 표수의 3분의 2의 찬성을 필요로 한다.”

67) 독일기본법 제59조 제2항: “연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련 있는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그 때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기관의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관해서는 연방행정에 관한 조항이 준용된다.”

68) BVerfGE 82, 316 (320).

69) BVerfGE 82, 316 (320).

70) BVerfGE 36, 1 (17).

71) BVerfGE 82, 316 (320).



부의 권한은 다음과 같은 사실들, 즉 통일조약이 기본법 제23조 제2문에 따른 가입의 조건을 규율하는 것이고, 따라서 독일통일의 실현에 직접 기여하고 있으며, 독일국의 통일을 위해서 노력하여야 할 헌법적 의무에 부합하고 있다는 사실들로부터 나온다.<sup>72)</sup> 헌법기관들에게 독일통일에 관해 광범위한 형성의 자유가 부여되기 때문에, 헌법기관들에게는 통일을 위해서 노력하여야 할 의무에 합치하는 판단에 따라 독일통일을 이루어낼 역사적 기회를 활용하기 위해서 요청된다고 인정되는 정치적 행동을 결정할 가능성이 열려 있다고 연방헌법재판소는 판단하였다. 따라서 연방정부가 동독의 연방가입을 준비하면서 동서독 및 외국세력들 간에 여러 가지 협상을 거친 후에 ‘가입조건부 기본법 개정’이 필요하다고 판단하고, 이것을 기본법 제23조 제2문의 의미에서의 ‘독일’의 일부로서 자발적 의사에 따라 독일연방공화국에 가입하고자 하는 국가, 즉 동독과 조약을 통해서 합의한 것은 헌법적으로 문제가 될 수 없다고 하였다.<sup>73)</sup>

## (2) 정치적 형성의 자유

연방헌법재판소는 연방의회의원들의 대다수가 공감하고 있는 바와 마찬가지로 연방정부가 정치적 상황을 위와 같은 파악하는 것은 연방정부의 정치적 형성의 범위 내에 속한다고 보았다. 연방정부의 보고에 따르면, 전승연합국의 권리가 존속하고 있기 때문에 국내외적 여건을 고려해 볼 때 전승연합국을 고려하지 않고 동서독의 통일이 관철될 수 없으며, 현재로서는 조약이라는 형식을 통해서만 실현될 수 있다는 점을 연방헌법재판소는 인정하였다. 이와 같이 연방정부가 독일연방공화국이라는 민주적 법치국가로서의 형태로 독일통일을 달성하여야 하는 헌법적 의무를 완수하기 위해서 동독의 가입조건부 헌법개정을 통일조약의 내용으로 삼는 것이 허용된다고 연방헌법재판소는 판단하였다. 그러므로 이와 같이 전체조약의 부분인 헌법개정에 대하여 동의법률의 형태로 연방의회의 의결을 받는 것은 허용되며, 따라서 연방의회운영규칙 제82조 제2항에 따른 수정동의는 제기될 수 없다고 연방헌법재판소는 선언하였다.<sup>74)</sup>

72) BVerfGE 36, 1 (18); 77, 137 (149).

73) BVerfGE 82, 316 (321).

74) BVerfGE 82, 316 (321).

### (3) 연방정부 외교권한의 범위

연방헌법재판소는 청구인들이 주장한 가장 중요한 문제, 즉 기본법을 개정하는 내용의 국제조약을 체결하는 행위가 연방정부의 외교관할권의 범위에 속하는지는 판단하지 않았다.<sup>75)</sup> 그 이유는 위에서 본 바와 같이 연방헌법재판소가 동서독 관계를 국제관계로 이해하지 않고, 통일조약의 체결을 외교권 행사가 아니라 기본법의 통일명령을 이행하는 행위로 보았기 때문이다.

## V. 분석 및 평가

### 1. 결정의 의의

독일의 통일조약이 대단히 이례적이고 문제가 많은 헌법개정방식이라는<sup>76)</sup> 사실은 분명하다. 독일기본법 제59조 제1항 제1문에 따른 조약의 형식 안에 기본법을 개정하는 내용을 담고 있으면서, 그 동의는 기본법 제79조 제2항에 따른 기본법 개정절차에 맞추어 연방의회의원 3분의 2의 찬성과 연방참사원 2분의 3의 찬성을 얻어 의결하였기 때문이다. 연방헌법재판소는 이 사건 청구를 기각하고 가처분신청도 기각하였지만, 기본법을 국제조약 내지는 조약 동의법률의 형식을 통해서 개정하여도 무방하다고 판시한 것은 아니라는 점에 주의하여야 한다.<sup>77)</sup> 단지 통일조약의 특수성을 고려하여 연방의회의원들의 청구를 기각한 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이 연방헌법재판소는 이 사건과 관련하여 연방정부와 연방의회가 이행한 절차를 일반적인 외교권한의 행사로 보지 않고 기본법상의 통일명령을 실현하기 위한 절차라고 보는 데서 출발하였다.<sup>78)</sup> 연방헌법재판소는 연방정부의 외교권한 행사의 결과로 체결된 일반조약과는 달리 통일조약은

75) BVerfGE 82, 316 (320).

76) Michael Sachs, Verfassungsänderungen des Einigungsvertrages, JuS(1991), S. 509.

77) 연방헌법재판소는 조약의 형식으로 헌법을 개정할 수 있는가 하는 일반적인 문제에 관한 판단을 회피하였지만, 이것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다. Horst Dreier, Art. 79 I, Rn. 13, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., Tübingen 2015,

78) BVerfGE 82, 316 (320).

독일국의 통일을 실현시키기 위한 특수한 수단이라고 본 것이다. 연방정부가 동독의 편입에 따른 기본법 개정을 포함하는 내용의 통일조약을 체결할 권한은 기본법 제23조 제2문으로부터 바로 도출할 수 있고, 기본법 제59조 제2항은 의회의 관여를 허용하여야 한다는 부수적인 의미밖에 없는 것이라고 판단한 것으로 보인다. 결국 연방헌법재판소는 통일이라는 특수한 경우에 한해서 예외적으로 조약에 의한 헌법개정을 용인한 것이고 이것이 일반적으로 허용된다는 견해를 밝힌 것은 아니다.

## 2. 학계 평가 및 결정 이후 상황

연방헌법재판소는 동독은 독립국가가 아니라 전체로서의 독일국의 일부라는 특별한 법적 지위를 가진다고 보는 1973년 기본조약결정의 입장을 고수하였다. 그러므로 기본조약과 마찬가지로 통일조약은 일반적인 국제조약이 아니라 전체로서의 독일국의 내부관계를 규율하는 규범으로 보게 된다. 그럼에도 불구하고 외형상으로는 국제조약의 형식에 따라 체결하고 의회의 동의절차를 거칠 수밖에 없는 것이 현실이다. 통일조약은 서독기본법을 개정하는 내용을 포함하고 있었기 때문에 그 의결에 필요한 찬성표수는 일반조약의 경우와 달리 기본법 개정에 필요한 숫자로 계산하였음은 이미 살펴본 바와 같다.

비록 결과적으로는 의회 내에서 기본법 개정에 필요한 찬성표수를 획득하였다고 하더라도 그것이 조약동의법률의 형식을 취하였기 때문에 의원들이 그 전부에 대한 찬성 또는 반대만을 표시할 수 있고 그 내용 중 일부에 대한 이의를 제기할 수 없었다는 점은 여전히 문제로 남는다. 만약 기본법을 개정하는 내용이 담긴 부분을 분리하여 별개의 기본법개정법률의 형식으로 처리하였다면 연방의회의원들은 그 내용 중에서 자기들이 반대하는 일부에 대한 수정동의안을 제출할 수 있었을 것이다. 그런데 기본법을 개정하는 내용까지 통일조약에 담아 일괄처리 하였기 때문에 연방의회의원들은 그러한 기회를 얻지 못하였다. 이것은 사실상 의회의 입법권을 제약하는 일종의 강제상태라고 평가할 수도 있다.<sup>79)</sup> 이와 같이 헌법을 개정하는 조약에 대해 수정동의를 배제하는 것은 연방의회의원의 법적 지위를 중대하게 침해한다는 주장에 대해서 연방헌법재판소

79) Horst Dreier(각주 77), Art. 79 I, Rn. 15.

는 침묵하였다.

순수하게 이론적으로만 판단하면 다음과 같은 지적은 타당하다. 연방정부가 가지는 외교권한은 ‘외교상 또는 동서독간(innerdeutsch) 필요한 사항’에 대한 합의권에 국한되므로 순수한 내정에 관한 사항은 조약의 형식으로 체결할 수 없다. 그러므로 국제적 또는 동서독간의 관계를 형성하는 것이 아니라 서독 내 법질서를 변경하는 것을 직접적 교섭 대상으로 하는 조약을 체결하는 것은 헌법에 위반된다. 만약 순수하게 국내정치적인 동기에서 연방정부가 조약을 체결하고 의회 내 다수파가 이를 승인하는 것은 허용한다면 통상의 입법절차를 회피하면서 국내법을 개정하는 길을 열어 주게 되며, 의회 내 소수파에 속한 의원들의 권한을 침해하는 결과를 초래한다. 그러므로 이 사건에서 연방헌법재판소는 지나친 사법자제를 극복하고 통일조약이 ‘외교상 또는 동서독간(innerdeutsch) 필요’에 의한 것인지 아니면 순수하게 국내정치 문제를 다룬 것인지를 심사하여야 했다.<sup>80)</sup> 대의제민주주의의 체제에서 헌법개정안의 모든 조항에 관해서 의회 내에서 토론과 심의가 이루어져야 한다는 지적도<sup>81)</sup> 타당하다. 실로 이 사건에 관한 연방헌법재판소의 결정은 엄격한 논리를 희생한 명백하게 관대한 결정이었다.<sup>82)</sup>

그러나 현실적인 관점에서 보면, 비록 독일통일이라는 국가목표를 실현해야 하는 연방정부와 연방의회 등 정치적 기관의 재량권이 연방의회의원의 수정동의권을 배제할 수 있는 정도로 광범위한 것인지에 관한 헌법재판소의 설명이 만족스럽지 않다고 하더라도 연방정부가 통일을 달성할 수 있는 역사적 기회를 포착하고 조약체결을 통하여 이를 완성하고자 시도하는 데 발맞춘 연방헌법재판소의 결론에 이의를 제기하기는 어렵다.<sup>83)</sup> 헌법을 개정하는 내용이 포함된 부분을 조약동의법률과 분리하여 별개의 헌법개정법률의 형식으로 의회의 동의를 받는다면 헌법개정절차의 정당성을 둘러싼 국내적 논쟁은 방지할 수 있었겠지만, 그 대신에 헌법개정내용의 정당성을 둘러싼 논쟁이 조문별로 전개되어 그만큼 통일이 지체될 위험이 커졌을 것이다. 한편, 동독의 입장에서는

80) Henning Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz, 1996, S. 91 ff.

81) Willi Geiger, Grundgesetzänderung durch zwischenstaatlichen Vertrag?, DRiZ(1991), S. 131.

82) Peter Lerche, Der Beitritt der DDR Voraussetzungen, Realisierung, Wirkung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, 1995, §194, Rn. 58.

83) Matthias Herdegen, Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag, Heidelberg 1991, S. 5 f.

통일조약 제4조와 같이 직접 서독기본법을 개정하지 않고 통일조약 제5조와 같이 장래의 서독기본법 개정을 권고하는 것을 통일조약에 담는 것만으로는 선뜻 기본법 제23조에 따른 흡수통일에 합의하기가 어려웠을 것이다. 그러한 점에 비추어 보면 연방정부가 선택한 절차가 기본법상의 통일명령을 실현할 유일하게 실행가능한 방법이었다는 옹호론을<sup>84)</sup> 납득할 수 있다.

1990년 9월 18일 연방헌법재판소가 가입조건부 기본법 개정 결정을 선고한 지 이틀 후인 9월 20일 서독연방의회는 예정대로 통일조약을 표결에 부쳐 찬성 440표, 반대 47표, 기권 2표로 의결하였다. 같은 날 동독인민의회도 통일조약을 찬성 299표, 반대 80표, 기권 1표로 의결하였다. 그 다음날인 9월 21일 서독연방참의원도 만장일치로 통일조약에 동의하였다. 1990년 10월 3일 독일통일은 성취되었고 이와 더불어 종전의 서독기본법 제23조는 폐지되었다. 그러므로 기본법 전문(前文) 등에 근거한 통일명령과 기본법 제23조의 명문규정을 헌법상 근거로 삼아 조약의 형식으로 독일기본법을 개정하는 절차는 다시 반복될 수 없게 되었다. 결국 가입조건부 기본법 개정 사건은 통일조약의 형식을 빌리면서 의회 내에서는 기본법 개정절차를 밟은 최초의 사례이자 마지막 사례가 되었고,<sup>85)</sup> 이 논의가 재론될 가능성은 없어진 셈이다.

## VI. 한국에 대한 시사점

향후 역사의 진행을 정확하게 예측할 수는 없으나, 통일에 의하여 새로운 헌법질서를 구축하지 않고 서독의 법질서를 거의 그대로 동독에 확대한 독일통일의 경험은 현 단계에서 우리가 예측할 수 있는 실현가능성 있는 남북통일의 모델 중 하나이다. 그러므로 동서독 통일과정에서 나타난 헌법적 문제들을 해결한 법리는 남북한의 통일과정에서 드러날 헌법적 문제들을 해결하는 데 중요한 참고자료가 될 수 있다.

84) Wolff Heintschel v. Heinegg, Die Mitwirkungsrechte der Abgeordneten des Deutschen Bundestages und das Zustimmungsgesetz zum Einigungsvertrag, in: DVBl(1990), 1270 (1274 f.).

85) 국제법을 통하여 독일기본법이 개정될 가능성이 한 가지 더 남아 있다. 그것은 유럽연합법에 따라 독일기본법이 개정되는 경우이다. 독일통일 이후 개정된 독일기본법 제23조와 제24조가 이러한 실질적 헌법개정의 근거가 된다. 자세한 것은 Horst Dreier (각주 77), Art. 79 I Rn. 16과 거기 인용된 문헌들 참조.

대한민국 헌법은 제4조에서 대한민국이 통일을 지향하여야 하고, 통일추진의 원칙은 자유민주적 기본질서에 입각하여야 하며, 통일의 방법은 평화적이어야 함을 규정하고 있으나, 통일의 구체적 방법과 절차에 관하여는 아무런 언급이 없다. 독일기본법과 달리 우리 헌법 제3조는 대한민국의 영토, 즉 대한한국 헌법의 효력범위를 한반도 전체로 규정하고 통일 이후의 헌법체계에 관한 언급을 전혀 하지 않고 있다. 그러므로 만약 북한이 남한에 가입할 의사를 표명하더라도, 그것을 위해서 대한민국 헌법체계 자체를 손질할 필요가 전혀 없으며, 글자 그대로 ‘흡수통일’을 추진하는 것이 오히려 현행 헌법체계에 더 합치하는 것일 수도 있다.<sup>86)</sup> 따라서 통일과정에서 독일이 겪은 헌법적 문제점에 관한 해답이 우리의 경우에 그대로 적용될 수는 없다.

그러나 독일과 마찬가지로 우리나라에서도 통일을 추진하는 방식 자체가 헌법체계에 위배되지 않는가 하는 논쟁은 발생할 수 있을 것이다. 실제로 1991년 12월 13일 채택되고 1992년 2월 19일 발효된 남북기본합의서가 조약에 준하는 것이므로 국회의 동의를 얻어야 한다는 주장이 제기되었으나, 정부는 법적 구속력이 없는 신사협정이라고 주장하면서 국회의 동의를 받지 않았다. 헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서”로서 “한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국 간의 합의로서 남북당국의 성의 있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였고,<sup>87)</sup> 대법원도 “남북합의서는……남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니”라고 판시하였다.<sup>88)</sup> 헌법재판소와 대법원 모두 남북기본합의서를 법적 구속력이 없는 신사협정으로 보아 국회의 동의를 요하지 않는다는 정부측 주장을 사후에 승인한 셈이다. 이와 같이 남북합의서는 국회 동의 절차는

86) 이 문제에 관한 논의는 최대권, 한국헌법의 좌표, 법제연구 제2권 제1호(1992) 5 이하 및 거기에 인용된 문헌(반대의견) 참조.

87) 현재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 21-22; 현재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52, 65-66.

88) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결(공1999하, 1803).

물론 일반적인 법률제정절차도 거치지 않았고, 따라서 국내법으로서 효력을 발생하지 않았기 때문에 국회동의절차 외에는 더 이상 논쟁을 야기하지 않았다.

통일에 관한 남한과 북한의 합의가 국내법적 효력을 발생하도록 만들기 위해서 국내법률을 제정하거나 개정할 필요가 생기는 경우에도 일반적인 입법절차를 거치면 되므로 특별한 헌법문제가 발생하지 않는다. 남북한 사이에 국제법적 구속력을 가지는 합의를 한 후 그것을 조약의 형태로 완성하고 헌법에 정한 절차에 따라 국회의 동의를 받는 경우에도 조약의 국내법적 효력에 관한 일반이론에 따르면 되고 특별한 법적 문제가 발생하지 않는다. 만약 남북한 간에 통일을 위해서 체결한 조약이 통일 후에 대한민국 헌법을 개정할 것을 약속하거나 권유하는 데 머물지 않고, 동독과 서독간 체결된 통일조약처럼 대한민국 헌법을 직접 개정하는 내용을 담는다면 이를 어떻게 처리해야 할 것인가?

독일의 통일조약에서 실제로 문제가 되었던 것은 통일에는 찬성하지만 서독 기본법을 개정하는 내용 중 일부에는 반대하는 연방의회의원들이 기본법 개정에 관한 수정동의안을 제출할 수 없다는 것이었다. 조약의 문언은 체약상대국과의 교섭의 결과이고 이를 국내기관이 일방적으로 변경하는 것은 허용되지 않기 때문에 조약 전체에 대해서 찬성하거나 반대할 수 있을 뿐 일부를 변경할 수 없는 것이 원칙이다. 합의에 의한 통일을 추진하는 경우 그 합의의 내용을 조약의 형식에 담을 수밖에 없는데, 이 합의내용에 이의를 제기할 수 있는 권한과 위의 국제법 원칙 사이에 갈등이 생긴 것이다.

우리나라의 경우에 통일조약에 의한 헌법개정문제가 독일과 똑같은 법리로 다투어질 가능성은 낮다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 우리나라와 달리 독일의 경우 조약에 대한 동의와 기본법 개정이 모두 일반법률의 형식으로 처리되고 연방의회와 연방참의원이 이에 관한 권한을 가지기 때문이다. 독일에서 조약동의법률과 기본법개정법률의 차이는 전자의 경우에는 수정동의안을 제출할 수 없지만 후자의 경우에는 수정동의가 허용된다는 점과, 전자와 달리 후자는 가중다수결로 의결된다는 점뿐이다. 그러나 우리나라의 경우 헌법개정과 조약에 대한 동의는 전혀 다른 형식과 절차를 거치며, 이를 확정하는 권한을 가진 주체도 다르다. 조약동의안과 달리 헌법개정안은 국회에서 최종적으로 의결하는 것이 아니라 국민투표로 확정하여야 하기 때문에 국회가 통일조약에 대해서 동의하더라도 그 내용 중 헌법을 개정하는 부분은 별도로 국민투표에 회부

하는 것이 우리나라 헌법이 예정하는 절차라고 보는 것이 합리적인 것이다.

이 문제와 관련하여 주목할 가치가 있는 것은 독일연방헌법재판소의 사법자제적(司法自制的) 태도이다. 연방헌법재판소는 대체로 독일통일에 이르는 정치적 과정에 지나치게 개입하는 것을 삼가는 경향을 보였다. 독일연방헌법재판소는 이러한 사법소극주의의 헌법적 근거를 통일을 국가목표로 설정한 기본법의 통일명령에서 찾은 것으로 보인다. 어떠한 방법으로 통일을 성취하는 것이 정당하며 합목적적인가 하는 문제를 결정하는 것은 원칙적으로 정치행위를 하는 임무를 지는 국가기관이 담당해야 하고, 자유민주주의적 기본질서에 대한 보호가 의무인 헌법재판소는 특정한 헌법적 조치가 통일을 방해하거나 혹은 실제적으로 불가능하게 만들 때 이를 중지시키는 문제만을 결정하면 된다고 하는 태도를 견지했다고 평가할 수 있다.

통일문제에 관해 독일연방헌법재판소가 사법소극주의적인 태도를 취했다고 해서 아무런 발언을 하지 않은 것은 아니다. ‘통치행위’라는 헌법재판으로부터 자유로운 영역을 인정하지 않는 견해가 헌법학자들 사이에 통설적 지위를 차지하고 있는 독일 헌법문화에서 그것은 불가능하기도 하거니와, 이미 헌법수호기관으로서 국민들로부터 존경받는 강력한 국가기관으로 성장한 헌법재판소가 통일에 관한 헌법적 다툼이 발생했는데도 불구하고 그에 대해 답변하지 않고 회피할 수는 없는 일이었다. 그렇기 때문에 연방헌법재판소는 가입조건부 기본법 개정 사건의 논점을 ‘조약에 의한 기본법 개정’에 관한 일반이론이 아니라 ‘독일통일의 특수성’을 강조하는 특별이론으로 설정했던 것이다. 통일조약에 의한 독일기본법 개정은 통일이라는 역사적 사건의 일회성으로만 정당화될 수 있다. 일반조약에 의한 헌법개정은 원래 헌법이 예정하고 있는 헌법개정절차를 대체할 수 없고, 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다.<sup>89)</sup>

연방헌법재판소는 통일명령의 규범적 근거를 주로 기본법 전문(前文)에서 도출하였지만 우리나라 헌법 제3조와 제4조는 그에 못지않게 분명한 통일명령을 내리고 있다. 한편, 통일 전 서독기본법은 통일의 방법을 두 가지로 예상했던 반면에 우리나라 헌법은 통일의 방법에 관해서는 전혀 규정하지 않고 제4조에서 헌법적 한계를 설정하고 있을 뿐이다. 그러므로 통일의 방법에 관한 한 대한민국 정부가 추진할 수 있는 선택 여지는 독일의 경우보다 훨씬 더 넓다고

89) Horst Dreier (각주 77), Art. 79 I Rn. 15.



할 수 있다.

독일의 경우에서 볼 수 있듯이 통일은 어느 한 법체계가 미리 예정해 놓은 방식대로만 진행되지는 않는다. 한반도를 둘러싼 복잡한 국제정세 속에서 우리가 미처 예상하지 못한 형태로 통일을 완성해야만 할 가능성이 전혀 없다고 단언할 수 없다. 동서독이 새로운 헌법을 제정하기 위해서 시간을 소모하지 않고 서독기본법을 그대로 동독지역에 확대 적용한 것은 통일의 구조 자체뿐만 아니라 그에 따른 정치적·사회적 상황전개에 큰 영향을 미쳤다. 독일통일의 예처럼 북한에서 급변사태가 발생하여 짧은 순간에 통일을 완성할 수밖에 없는 상황이 급박하게 전개되는 경우에 헌법재판소가 수행하여야 할 가장 중요한 과제가 현행헌법의 엄밀한 해석이 아니라 통일과정에서 발생할 수 있는 국론분열이나 정치적 갈등을 해소할 수 있도록 신속한 결정을 내리는 것이 될 수도 있다. 우리 헌법재판소도 남북통일을 달성하기 위해 필요한 복잡한 정치적 과정에 지나치게 개입하는 것을 삼가는 대신에, 통일추진과정에서 패배한 사람들이 부당한 불이익을 받지 않도록 배려해 주는 조정자의 역할에 더 충실한 것이 바람직할 수도 있다.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

일본 독일헌법판례연구회 편, 전정환/이형석/조형구 옮김, 독일헌법판례(제2판), 원광헌법학연구회, 2008.

Albrecht, Ulrich, Die Abwicklung der DDR, Wiesbaden 1992.

Münch, Ingo von (Hrsg.), Dokumente der Wiedervereinigung Deutschlands, Stuttgart 1991.

Schäuble, Wolfgang, Der Vertrag: Wie ich über die deutsche Einheit verhandelte, Stuttgart 1991.

Stern, Klaus/Schmidt-Bleibtreu, Bruno (Hrsg.), Einigungsvertrag und Wahlvertrag, München 1990.

Stern, Klaus/Schmidt-Bleibtreu, Bruno (Hrsg.), Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion, München 1990.

Teltschik, Horst, 329 Tage: Innenansichten der Einigung, München 1991.

### ○ 논 문

최대권, 한국헌법의 좌표, 법제연구 제2권 제1호(1992).

Degenhart, Christoph, Verfassungsfragen der deutschen Einheit, DVBl(1990).

Frowein, Jochen, Die Verfassungslage Deutschlands im Rahmen des Völkerrechts, VVDStRL, 49(1990).

Grimm, Dieter, Zwischen Anschluß und Neukonstitution: Wie aus dem Grundgesetz eine Verfassung für das geeinigte Deutschland werden kann, in: Guggenberger, Bernd/Stein, Tine (Hrsg.), Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit, München 1991.

Häberle, Peter, Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, JZ(1990).

Heinegg, Wolff Heintschel von, Der Beitritt "anderer Teile Deutschlands" zur Bundesrepublik nach Art. 23 satz 2 GG, DÖV(1990).

Dreier, Horst, Art. 79, in: Horst Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., Tübingen 2015.

Isensee, Josef, Staatseinheit und Verfassungskontinuität, VVDStRL, 49(1990).

Sachs, Michael, Verfassungsänderungen des Einigungsvertrages, JuS(1991).

Schmidt-Bleibtreu, Bruno, Der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-,  
Wirtschafts-, und Sozialunion zwischen der BRD und DDR, DtZ(1990).

Stark, Christian, Deutschland auf dem Wege zur staatlichen Einheit, JZ(1990).

Stern, Klaus, Der verfassungsändernde Charakter des Einigungsvertrag, in:  
DtZ(1990).

○ 기 사

Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Grimm, Dieter, Nachdenken über Deutschland, Der  
Spiegel(1990. 10.).

## 독일 통일 후 최초의 연방의회선거에서 5% 저지조항 등에 관한 특례 인정\*

(BVerfGE 82, 322–352. 1990. 9. 29.)

장 영 수\*\*

### I. 서

통일을 열망하는 대한민국 국민들에게 독일의 통일은 부러움의 대상일 뿐만 아니라, 통일의 준비 및 통일의 실현방식 등과 관련하여 매우 중요한 모델이기도 하다. 비록 베트남<sup>1)</sup>과 예멘<sup>2)</sup> 등의 통일사례도 있지만, 분단의 원인이나 동서 냉전 하에서의 적대적 대치, 교류협력을 통한 통일의 준비, 그리고 통일 이후의 여러 가지 과제들의 해결방식 등에서 독일은 대한민국과 유사성이 많은 뿐만 아니라, 모범적인 통일사례이기도 한 것이다.<sup>3)</sup>

그러나 독일의 통일이 모든 면에서 모범적인 것은 아니다. 독일의 경우 급작스러운 통일로 인한 혼란도 적지 않았고, 통일비용으로 인한 갈등<sup>4)</sup>이나 통일

\* 원문은 독자의 이해를 돕기 위하여 결정문의 전문번역을 평석 앞에 서술했지만, 책 전체 목차의 체계상의 이유로 논문 말미에 부록으로 첨부했습니다. 평석을 읽기 전에 결정문의 전문번역을 참고해 주시기 바랍니다.

\*\* 고려대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 베트남의 통일에 관하여는 김도태, 베트남 통합사례 연구, 민족통일연구원 연구총서 1993-14, 1993 참조.
- 2) 예멘의 통일에 관하여는 유지호, 예멘의 남북통일 : 평화통일의 매혹과 위험성, 서문당, 1997; 장명봉, 분단국가의 통일헌법 연구 : 독일과 예멘의 통일사례와 자료, 국민대학교 출판부, 1998 참조.
- 3) 독일의 통일에 관하여는 통일부, 독일의 통일·통합 정책 연구, 1~3권, 2011 참조.
- 4) 독일의 경우 1990년의 통일 당시에 예상했던 것을 훌쩍 뛰어넘는 통일비용이 소요됨으로 인하여 적지 않은 갈등이 발생하기도 하였다. 이에 관하여는 전상진·강지원·원진실, 통일에 대비한 한국의 통일비용 재원조달방안에 관한 논의 -독일의 통일비용의 재원조달과 문제점을 중심으로-, 한·독사회과학논총 제17권 제3호(2007. 12), 9-44 참조.

이후의 사회통합과정에서의 시행착오<sup>5)</sup>도 만만치 않았다. 그러나 적어도 통일의 전체적 과정을 확고한 법적 기초 위에서 진행하였을 뿐만 아니라, 통일 이후의 민주주의 실현이 법치국가적 절차를 통해 안정성을 확보할 수 있도록 하였던 점은 독일의 가장 큰 장점으로 인정되어야 할 것이다.<sup>6)</sup>

이처럼 통일 과정에서 민주주의 정착과 관련하여 야기되는 문제들을 법치국가적 절차로 해결하는 모습을 가장 잘 보여주는 것 중의 하나가 1990년 9월 26일 독일연방헌법재판소가 통일 이후 최초의 전체 독일 선거에서 5% 저지조항에 대한 특례를 인정하도록 한 결정(BVerfGE 82, 322-352)이라고 할 수 있다. 이 결정을 통해 한편으로는 독일의 선거제도의 가장 기본적 특징의 하나인 비례대표선거와 저지조항의 기능을 확인하면서도 다른 한편으로는 통일 직후 동독 지역과 서독 지역의 정치현실 내지 정당현실의 차이를 고려하여 합리적인 방식으로 특례를 인정할 수 있는 길을 찾으려 노력했던 것이다.

그러나 이러한 독일 연방헌법재판소의 태도에 대해 비판도 없지 않았다. 그러나 통일 직후의 특수한 정치적 상황을 고려할 때, 더 나은 대안을 찾기는 쉽지 않을 것이라는 점에서 독일 연방헌법재판소의 고민은 충분히 공감할 수 있다. 독일과 선거제도 및 정당구조가 상이한 대한민국에서 저지조항에 관한 독일 연방헌법재판소의 판례가 줄 수 있는 시사점은 제한적일 수 있다. 그러나 통일 직후의 선거에서 저지조항에 대한 예외 인정이라는 쟁점에 한정하는 미

5) 통일 후 독일의 사회통합을 위한 노력에 관하여는 박노영, 사회통합으로서의 독일 통일, 충남대 사회과학연구 제6권(1995. 12), 75-105; 전성우, 통일 독일의 사회통합, 남북한 사회통합 : 비교사회론적 접근, 민족통일연구원 학술회의 총서 97-04, (1997. 12), 1-44 참조.

6) 독일의 통일은 여러 측면에서 우리에게 모범적인 사례라고 할 수 있다. 독일은 통일의 준비과정과 통일협상 및 통일조약의 체결, 통일 이후의 사회적 통합에 이르기까지 매우 체계적인 절차와 제도적 장치를 통해 시행착오를 최소화했을 뿐만 아니라, 법제적 유사성으로 인해 우리나라의 통일에도 활용될 수 있는 요소들을 많이 가지고 있기 때문이다.

베트남과 독일, 예멘의 통일을 비교하면 다음과 같이 정리될 수 있다.

	베트남	독일	예멘
분단의 원인	식민지 독립과정의 갈등	전승국에 의한 분할점령	독립의 대상 및 과정의 차이
통일 이전 대립의 정도	장기간의 전쟁	냉전체제 하에서의 갈등	냉전체제 하에서의 갈등 및 국경분쟁
통일의 준비	전쟁의 준비	신뢰구축 및 교류·협력의 노력	교류·협력
통일의 방식	무력통일	합의에 의한 흡수통일	합의에 의한 통일
통일 이후의 사회통합	실패	성공	실패
분리·독립 움직임	X	X	○

시적 고찰에 그치지 않고, 통일의 특수성이 정당과 선거, 그리고 민주주의의 정착과정에 미치는 영향에 대한 거시적 관점과 연결하여 볼 때, 이 판결의 의미는 더욱 특별하다고 할 수 있다.

이하에서는 통일 직후의 정치적 상황에 대한 개관을 전제로 선거의 의의와 기능을 먼저 살펴보고자 한다(II). 그 바탕 위에서 비례대표선거의 구조와 저지조항의 의미에 대한 일반적 고찰(III)과 통일 독일의 정당구도라는 특수상황 하에서의 저지조항에 대한 논란(IV)을 단계적으로 검토하고, 독일 연방헌법재판소의 결정에 의한 저지조항의 잠정적 배제와 그 효과(V)를 정리하고자 한다. 이러한 고찰을 통하여 평석대상판결의 의미와 기능, 그리고 그것이 우리에게 주는 시사점을 정확하게 분석·정리할 수 있을 것이다.

## II. 통일 직후의 정치적 상황과 선거의 의의, 기능

### 1. 독일의 통일과정과 통일에 대한 준비의 부족

서독은 분단 직후부터 통일을 준비했다. 바이마르 헌법과는 달리 헌법(Verfassung)이라는 용어 대신에 기본법(Grundgesetz)이라는 용어를 사용하면서 통일을 준비하는 잠정적인 체제임을 확실히 하였고,<sup>7)</sup> 분단 상태에서도 동서독의 관계는 별개의 국가가 아닌 특수한 관계임을 강조하였을 뿐만 아니라,<sup>8)</sup> 동서독을 합한 하나의 독일국이 여전히 존재하는 논리를 포기하지 않았다.<sup>9)</sup>

특히 1970년대 빌리 브란트에 의해 주도되었던 동방정책(Ostpolitik)<sup>10)</sup>은 통일의 밑거름이 되었던 것으로 평가된다. 그러나 1989년 동독의 붕괴와 그로 인

7) JöR Bd.1(1951), S. 21 ff. 참조. 이러한 잠정적 성격의 기본법제정에 대하여 6명의 기사당(CSU) 소속의원, 각 2명씩의 중앙당(Zentrum), 독일당(Deutsche Partei), 독일공산당(KPD)의 소속의원들이 반대투표를 하였으나 결국 53대 12로 기본법이 승인되었다.

8) 계획열·장영수, 독일 기본법 50년, 통일의 저력 -독일 반세기의 역동성, 서병철 편저, 백산문화, 1999, 293-330 (316 이하) 참조.

9) 장영수, 동·서독 기본조약 판결(Grundvertrag-Urteil), 고려대 판례연구 제7집(1995), 7-64 (46 이하) 참조.

10) 독일의 동방정책에 관하여는 K. Doering/W. Kewenig/G. Röss, Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Deutschland- und Ostpolitik, 1971; Benno Zündorf, Die Ostverträge, München, 1979 참조.

한 1990년의 독일 통일은 서독에게 매우 뜻밖의 일이었다. 통일을 기원하고, 통일을 위한 준비를 계속하고 있었지만, 동독정권이 그렇게 맥없이 붕괴될 것이라고는 예상하지 못했고, 그런 가운데 통일이 급작스럽게 진행됨으로 인하여 목전의 통일에 대한 준비가 부족한 것으로 나타났던 것이다.<sup>11)</sup>

빌리 브란트 이후 서독의 통일 준비는 동독과의 교류·협력의 강화에 초점을 맞추고 있었다. 즉, 동독에 각종 지원을 하는 가운데 동독의 변화를 야기하려는 것이었고, 그러한 변화의 효과는 감지되고 있었다. 그러나 정작 동독 정권의 붕괴는 예측하지 못하고 있었고, 그로 인하여 통일의 절차와 방식, 통일 과정에서 고려되어야 할 구체적인 사항들, 특히 과거사 청산의 문제<sup>12)</sup>나 통일비용의 문제<sup>13)</sup> 등은 통일과 더불어 급작스럽게 과제로 주어졌던 것이다.

베를린 장벽이 붕괴되고, 동독에 새롭게 구성된 민주적 정부와 서독정부가 통일 협상을 진행하는 과정에서 많은 문제들이 노출되었다. 서독이 알고 있던 동독에 대한 정보가 사실과는 다른 점들이 확인되었고, 통일에 따른 새로운 부담에 대한 우려들이 제기되기 시작했다.<sup>14)</sup> 통일과 관련하여 동독 주민들의 기대치와 현실적 여건 사이의 괴리가 점차 드러나기 시작했고, 동독 주민들과 서독 주민들 사이의 갈등도 점차 심각해졌다.<sup>15)</sup>

그러나 당시 서독 정부는 신속한 통일을 무엇보다 우선시 하였다. 당시 헬무트 콜 수상이 통일을 이룬 총리로서 역사에 남고 싶어 했던 욕심 때문이라는 이야기도 있었지만, 오랜 시간 독일의 족쇄가 되었던 분단의 상태를 극복하고자 했던 독일인들의 열망의 가장 큰 원동력이었던 것은 분명하다. 그럼에도 불구하고 동서독의 통일 과정은 -독일답지 않다는 평가를 내릴 수 있을 정도로- 매우 신속하게 진행되었다.

11) 이에 관하여는 우베 뮐러, 이봉기 옮김, 대재앙, 통일: 독일 통일로부터의 교훈, 문학세계사, 2006, 16 참조. 여기서 그는 “15년 전 독일은 통일을 위한 제대로 된 준비를 하지 못했다. 통일은 정치적 상상력 밖에 있었기 때문이다”라고 말하고 있다.

12) 독일 통일 이후의 과거사 청산에 관하여는 통일부, 독일통일 총서 7 : 과거청산 분야, 2014 참조.

13) 독일의 통일비용에 관하여는 통일부, 독일통일 총서 10 : 통일비용 분야, 2015 참조.

14) 우베 뮐러, 이봉기 옮김(각주 11), 앞의 책, 54 이하, 71 이하 참조.

15) 이영이, 독일 통일 7년 후 : 심리학적 연구대상으로서 구동서독 지역간 불평등, 오늘의 문예비평 제28호(1998. 3), 149-712 참조.

## 2. 독일통일의 국제적 조건과 통일절차 진행의 긴박성

독일의 통일은 분단 상태의 종식이며, 이를 위해서는 동독과 서독의 통일에 대한 합의 이외에도 분단 원인의 해소, 즉 제2차 세계대전에서 독일의 패전 이후 독일을 분할 점령하였던 전승4강국(미소영불)의 동의가 있어야 했다.<sup>16)</sup>

독일과 함께 EU를 이끌어가고 있던 프랑스의 동의는 비교적 쉽게 얻을 수 있었다. 미국 또한 독일의 통일에 대해 반대하지 않았고, 영국에서도 동독 정권의 붕괴 이후 독일의 통일에 대해서 잠시 소극적인 태도를 보이기도 했지만, 서독 정부의 요청에 따라 독일의 통일에 협조하는 태도를 보였다.<sup>17)</sup>

그러나 문제는 소련이었다. 독일 통일에 대한 서방국가들의 태도와는 달리 소련의 경우 독일의 통일에 대해 매우 민감한 반응을 보이게 될 여지가 컸으며, 일단 소련이 반대의 입장을 확실하게 표명할 경우에는 독일의 통일 자체가 무산될 가능성도 배제하기 어려운 상황이었다. 이러한 상황에서 서독 정부는 소련의 지도자 고르바초프 서기장과 협상을 통해 막대한 차관의 제공을 전제로 독일 통일에 대한 동의를 얻어냈다.<sup>18)</sup>

그러나 소련 내에서 이른바 페레스트로이카를 통해 개혁을 추진하던 고르바초프의 입지는 탄탄하다고 보기 어려운 상황이었다. 즉, 서독 정부가 어렵게 독일 통일에 대한 고르바초프의 동의를 얻어냈지만, 만약 고르바초프가 실각하게 될 경우 소련의 새 정권에서 독일 통일에 대해서 또 다시 어떤 입장 변화를 가져올 것인지 예측하기 어렵다는 불안요소가 있었던 것이다.

이러한 외부적 여건이 독일의 통일을 매우 서둘러 진행하게 만든 요인이라는 지적이 있다.<sup>19)</sup> 실제로 서독은 1945년 제2차 세계대전에서 패전하고 분단 상태에서 정부를 구성하면서 기본법 제정 작업에 착수했지만, 기본법이 제정된 것은 1949년이었다. 기본법의 제정에 근 4년의 세월이 걸렸던 것이다.<sup>20)</sup> 이와

16) 이에 관하여는 손기웅, 통합정책과 분단국 통일: 독일사례, 통일연구원 연구총서 07-05 (2007. 12), 85 이하 참조.

17) 손기웅(각주 16), 87 이하 참조.

18) 손기웅(각주 16), 80 각주 118 참조.

19) 즉, 빠른 시간 내에 통일을 완성하지 못할 경우에는 외부적 여건의 변화에 따라 독일의 통일이 무산될 수도 있다는 우려가 적지 않았던 것이다.

20) 기본법의 제정 과정에서의 논란 및 합의에 관하여는 Werner Sörgel, *Konsensus und Interessen - Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 1969, S. 15 ff. 참조.



비교하면 1989년 동독의 호네커 정권이 붕괴된 이후 만 1년 동안 통일협상을 마무리하고, 새로운 통일헌법을 제정하는 대신에 기존의 서독 기본법을 전체 독일의 기본법으로 확대적용하는 방식을 취함으로써 통일을 완성했던 것이다.

### 3. 독일의 통일방식과 통일된 독일에서 선거의 의의와 기능

독일 통일과 관련하여 독일 기본법 제23조를 적용할 것인지 아니면 제146조를 적용할 것인지가 문제된 바 있었다.<sup>21)</sup> 제23조는 독일연방공화국에 새로운 주(州)로 편입하는 것에 관한 조항이었고,<sup>22)</sup> 제146조는 통일헌법의 제정에 관한 조항이었다.<sup>23)</sup>

애초에 서독에서 헌법이 아닌 기본법이라는 명칭을 사용했던 것에서 나타나 듯이 동서독이 통일될 경우에는 새로운 통일헌법을 제정함으로써 이른바 잠정적 헌법으로서의 기본법<sup>24)</sup>을 종식시키는 것이 원칙이라 할 수 있다. 그러나 당시 기본법에 대한 국민적 신뢰, 그리고 새로운 헌법제정에 따른 시간과 노력 내지 갈등에 대한 우려 등으로 인하여 독일은 기본법 제23조에 따른 통일방식을 선택하였다.<sup>25)</sup>

당시 동서독 사이에 체결되었던 통일조약은 방대한 내용을 담고 있었지만, 새로운 헌법의 제정을 우회함으로써 보다 신속한 통일절차의 마무리가 가능했

21) 이에 관하여는 박영도, 독일통일과 기본법의 개정, 법제연구원 외국법제분석 95-2, 1995 참조.  
 22) 1990년 당시의 기본법 제23조: “이 기본법은 일단 Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern 주(州)들에 적용된다. 그 밖의 독일 영역에 대해서는 그들의 가입 이후에 효력을 발한다.” 이 조항은 1990년 8월 31일의 통일조약 제4조에 따라 1990년 10월 3일 삭제되었다.  
 23) 1990년 당시의 기본법 제146조: “이 기본법은 독일 국민의 자유로운 결정으로 새로운 헌법이 효력을 발하는 날 그 효력을 상실한다.” 이 조항은 1990년 8월 31일의 통일조약 제4조에 따라 1990년 10월 3일부터 “이 기본법은 독일통일과 자유가 달성된 전체 독일 국민에게 적용되며, 독일 국민의 자유로운 결정으로 새로운 헌법이 효력을 발하는 날 그 효력을 상실한다.”로 개정되었다.  
 24) 그러나 기본법의 잠정적 성격은 오랜 시간동안 동·서독이 분단된 상태에서 서독의 국가질서를 규율하는 지속적 질서가 됨으로 인하여 상당부분 변화된 것으로 인식되었다. 이에 관하여는 K. Hesse, 계획열 옮김, 서독헌법원론, 계획열 편, 1987, 72참조.  
 25) 1955년 Saarland가 기본법 제23조에 정한 방식에 따라 서독에 편입되었던 선례에 따라 동독민민의회에서 서독에 편입될 것을 의결하였던 것이다. 이에 관하여는 Ursula Münch, 1990: Grundgesetz o der neue Verfassung? (<http://www.bpb.de/geschichte/deutsche-einheit/deutsche-teilung-deutsche-einheit/43813/die-frage-nach-der-verfassung> 최종방문 2016. 9. 25.) 참조.

다. 독일민주공화국(동독)이 5개의 주(州)<sup>26)</sup>로 분리되어 각기 독일연방공화국(서독)에 편입하는 방식을 취함으로써 기존 서독의 법체계가 통일 이후에도 그대로 적용될 수 있었던 것이다.

그 결과 통일 독일의 선거에서도 원칙적으로 서독 연방선거법이 그대로 적용되게 되었다. 다만, 통일조약에서 이에 대한 예외로 규정한 사항들만이 통일 독일에서 서독의 연방선거법이 동독 지역에서 그대로 적용되는 것에 대한 변화를 가져왔던 것이다.<sup>27)</sup> 그러나 연방선거법 및 이를 변경하는 통일조약의 내용 중의 일부, 특히 비례대표선거와 관련한 저지조항의 적용에 대해서 평등선거의 원칙에 반한다는 문제제기가 있었고, 그에 따라 연방헌법재판소에 의한 심판이 있었던 것이다.

판결문에서 나타나듯이 연방헌법재판소는 저지조항의 원칙적 정당성에 대해서는 기존의 판례를 유지했지만, 통일 직후 독일의 특수한 상황이 저지조항의 정당성, 특히 평등원칙과의 관계에서 정당성을 가질 수 있는가에 대해 매우 신중하게 검토하였다. 여기서는 특히 선거법에 관한 동서독의 조약에서 명부결합(Listenverbindung)을 통해 불평등의 문제를 극복할 수 있도록 한 것이 과연 저지조항으로 인한 불평등의 해소에 적절한 수단인지를 검토했으며, 이와 관련하여 명부결합은 -명부연합(Listenvereinigung)과는 달리- 평등선거의 요청에 반한다고 판시하였다.

이러한 독일 연방헌법재판소의 판단은 동서독의 정치적 불평등 문제에 대한 가장 중요한 기준 내지 지침의 하나가 되었으며, 통일 이후 독일의 내적 통합에도 큰 의미를 갖는 것이었다. 만일 동서독 주민들 사이에 경제적·사회적 불평등의 문제를 넘어서 정치적·법적 불평등까지 문제되었다면 예멘의 경우처럼 통일의 실패까지도 문제될 수 있었으나, 독일 연방헌법재판소의 판결은 그러한 문제의 소지를 해소하는데 큰 기여를 한 것으로 평가될 수 있는 것이다.<sup>28)</sup>

26) Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen, Thüringen의 5개 주(州)가 구성되었고, 동베를린은 서베를린과 합쳐서 하나의 독립된 주(州)로 취급되었다.

27) 물론 선거법뿐만 아니라 다른 분야의 법들도 구서독의 연방법률이 통일 독일의 법률이 되었다. 다만, 연방국가의 구조에 따라 구 동독 지역의 5개 주(州)들도 각기 독자적인 주법(州法)을 가질 수 있었다.

28) 물론 독일 연방헌법재판소에 대한 독일 국민들의 높은 신뢰와 이로부터 나오는 독일 연방헌법재판소의 권위, 그리고 독일의 국가기관들이 연방헌법재판소의 판결을 존중하는 태도 등이 이를 가능케 한 기초라는 점은 간과될 수 없다.

### Ⅲ. 비례대표선거의 구조와 저지조항의 의미

#### 1. 비례대표선거의 의의와 특성

대의제의 형태로 실현되는 현대 민주주의에서 선거의 의미와 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 그러나 보통·평등·직접·비밀로 이야기되는 선거의 기본원칙이 국경을 넘는 보편성을 얻고 있는 것과는 달리 선거의 구체적 방식 내지 제도는 각국의 정치문화 내지 사회적 여건의 차이로 인하여 매우 다양한 형태로 발전되었다. 특히 비례대표제 선거의 채택 여부 및 그 비례대표 의석의 비중은 선진국들 사이에도 매우 큰 차이를 보이고 있다.

비례대표제는 정당의 득표에 비례하여 정당들에 의석을 배분하는 선거제도이다. 정당국가가 확립되어 정당이 선거의 실질적 주체로 인정되어야 한다는 전제가 요청되지만, 비례대표제는 -다수자만이 대표를 의회에 보낼 수 있는 소선거구 다수대표제 또는 소수자까지 다수자와 같은 비율로 대표자를 의회에 보낼 수 있는 중·대선거구 소수대표제와는 달리- 다수자와 소수자가 그 지지 비율에 따라 대표자를 의회에 보냄으로써 사표(死票) 없이 국민의 의사(즉 투표)를 가장 정확하게 의석수로 전환시키는 선거제도라는 장점을 갖는다.<sup>29)</sup> 비례대표제가 갖는 또 하나의 중요한 장점은 -다수대표제 또는 소수대표제로 행해지는 지역구선거와는 달리- 대중적인 인기와 무관한 전문가들의 의회 진출을 손쉽게 할 수 있다는 점이다. 현대 민주국가의 의회가 단순한 명망가들의 집단을 넘어서서 고도의 전문성을 확보하기 위해서는 비례대표제의 적극적인 활용이 필요하다는 지적들이 많이 나오고 있는 것이다.<sup>30)</sup>

그러나 비례대표제가 갖고 있는 많은 장점에도 불구하고 비례대표제의 단점 또한 작지 않다. 비례대표제의 단점으로 가장 많이 지적되고 있는 것은 군소정당의 난립을 초래한다는 것인데, 이 문제의 해결을 위하여 저지조항(Spernklausel)이 많이 이용되고 있다.<sup>31)</sup> 또한 비례대표제에 의한 선거는 기술적으로 시행하

29) 장영수, 헌법학, 홍문사, 2015, 293.

30) 김도협, 독일 연방의회선거제도와 그 수용가능성에 관한 연구, 세계헌법연구 제13권 제2호(2007), 37-62 (56 이하); 송하성, 지역주의 극복을 위한 비례대표제 개혁방안: 교차할당비례대표제의 제안, 공공정책연구 제16권 제2호(2009), 31-58 (50) 참조.

31) 저지조항에 관하여는 김진곤, 비례대표제선거의 체계와 그 정당화요건, 공법연구 제41집 제2호(2012), 317-345 (337 이하); 도희근, 독일 선거제도에서 무엇을 배울 것인가, 공법연구 제40집 제3

기 곤란하고 절차가 번잡하다는 문제가 지적되기도 하나 비례대표제가 갖는 장점에 비하면 이것도 역시 본질적인 문제는 아니다. 비례대표제의 본질적인 문제점은 선거의 직접성의 원칙, 즉 직접선거의 원칙과 관련하여 제기된다.

비례대표제는 선거권자가 의원을 선출하는 과정에 있어서 정당의 개입을 필수적인 전제로 한다. 따라서 비례대표제는 정당제도의 확립을 필수적인 전제로 하며, 선거의 실시에 있어서도 일반적으로 정당에 의해 작성된 후보자명부를 기초로 하게 되는 등 선거에 있어서 정당의 역할이 다른 어떤 선거제도에서도보다 두드러지게 나타난다.<sup>32)</sup> 그러나 또한 이로 인하여 선거권자는 정당에 대한 지지만을 결정하게 될 뿐 후보자의 선정에는 거의 영향을 미치지 못한다는 등의 문제점이 지적될 수 있다. 결국 선거권자와 후보자 사이에서 작용하는 정당활동이 선거를 통해 나타나는 국민의사의 직접성을 훼손한다는 문제가 제기되는 것이다.<sup>33)</sup> 더욱이 정당이 현실적으로 국민의 의사를 정확하게 반영하는데 충분한 조직과 민주성을 갖추지 못한 경우에 있어서는 그러한 문제가 더욱 심각하게 나타날 수밖에 없다.<sup>34)</sup>

따라서 많은 장점을 갖고 있는 비례대표제이지만 각국의 정당정치의 현실에 따라 그 수용 여부 및 방식에 있어서 많은 차이를 보이고 있으며, 또한 비례대표제를 수용하는 국가에 있어서도 -정당이 국민의사를 100% 반영하지는 못한다는 문제 때문에- 비례대표제를 유일한 선거방법으로 인정하기보다는 지역구 선거의 문제점을 보완하는 보충적 선거로 생각하여 다수대표제 또는 소수대표제에 의한 지역구선거와 비례대표제선거를 병용하는 예가 많다.<sup>35)</sup>

호(2012), 117-140 (122 이하); 음선필, 저지조항, 순천향대 사회과학연구 제7권 제1호(2001), 183-198 참조.

32) 장영수(각주 29), 293.

33) 이러한 문제는 심각한 경우 직접선거원칙에 대한 위반으로서 위헌의 문제까지도 제기될 수 있다. 특히 국민들이 직접 정당에 투표하지 않고 지역구 후보자들에게 투표한 것을 정당별로 득표율을 계산하여 의석을 배분하였던 구 선거법에 대해서는 헌법재판소가 그 위헌성을 인정한 바 있다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91 등, 판례집 13-2, 77).

34) 정당정치가 확고하게 뿌리내리고, 당내민주주의가 정착되어 정당에 대한 국민의 신뢰가 높은 경우에는 이런 문제가 상대적으로 적을 것이지만, 그렇지 못한 경우에는 문제의 심각성이 더 커질 수밖에 없다.

35) 장영수(각주 29), 294.

## 2. 독일식 비례대표제의 구조와 저지조항의 의의

독일의 선거제도는 비례대표제의 비중이 가장 큰 것으로 알려져 있다. 독일 연방의회의 전체 의석수 중의 근 50%를 비례대표의원으로서 채우는 것도 그렇지만, 그 방식 또한 매우 독특해서 지역구선거를 통해 당선된 의원들의 숫자가 전체 의석 중의 근 50%임에도 불구하고 독일의 선거제도를 ‘인물투표와 결합된 비례대표제(mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl; personalisierte Verhältniswahl)’<sup>36)</sup>라고 일컬어지고 있는 것이다.

독일의 연방의회선거는 현재 우리나라의 국회의원선거와 비슷하게 유권자들이 2개의 투표를 한다.<sup>37)</sup> 제1표는 지역구 후보자에 대한 투표이고, 제2표는 정당에 대한 투표라는 점도 유사하다.<sup>38)</sup> 그런데 결정적으로 다른 것은 독일 연방의회의 의석 배분을 기본적으로 각 정당별 득표율에 따라서 한다는 점이다.<sup>39)</sup> 그러므로 제2표에 따른 득표율이 전체 투표의 50%인 정당은 전체 의석 중의 50%를 획득하게 되는 것이다. 그리고 각 정당별로 배정된 의석수에서 지역구 당선자의 숫자를 뺀 나머지 의석을 정당투표에 따른 정당명부의 순위에 따라 비례대표당선자를 확정하는 방식이다.<sup>40)</sup>

이러한 방식은 지역구 당선자의 숫자가 많으면 비례대표당선자의 숫자가 적어질 뿐만 아니라, 때로는 지역구 당선자의 숫자가 정당득표율에 따른 그 정당의 의석수를 넘어서는 경우도 발생될 수 있다. 이런 경우에는 초과의석<sup>41)</sup>을 인정하고 있으며, 최근에는 이러한 초과의석으로 인하여 다른 정당에게 불이익이 발생된다고 인정되는 경우에 보정의석<sup>42)</sup>까지도 인정되고 있다. 결국 지역구선거가 후보자의 당선에 큰 역할을 하고 있지만, 전체 의석의 배분은 비례대표제의 방식에 따르고 있다는 점에서 독일의 선거제도를 인물투표와 결부된 비례대표제라고 지칭하는 것이다.

이러한 독일의 선거제도는 순수한 비례대표제라고 볼 수 있었던 바이마르

36) Wolfgang Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 5. Aufl., Köln, 1994, S. 37 ff. 참조.

37) 독일 연방선거법 제4조 제1문.

38) 독일 연방선거법 제4조 제2문.

39) 독일 연방선거법 제6조 제1항.

40) 독일 연방선거법 제6조 제4항 제1문, 제6조 제6항.

41) 독일 연방선거법 제6조 제4항 제2문.

42) 독일 연방선거법 제6조 제7항.

공화국의 선거제도를 나름으로 개선한 것이라고 할 수 있다.<sup>43)</sup> 독일의 선거제도를 소선거구 다수대표제로 바꾸는 방안까지 논의되었지만, 논의 과정에서 비례대표제를 중심으로 소선거구 다수대표제의 형태를 가미하는 방식이 채택되었던 것이다.<sup>44)</sup> 더불어 바이마르 공화국의 비례대표제에서 가장 심각한 문제로 대두되었던 군소정당의 난립을 막기 위해 저지조항이 도입되었다.

독일 연방선거법 제6조 제3항 제1문<sup>45)</sup>에 따르면 정당명부에 따른 의석배분에 있어서는 제2표의 유효득표율이 5% 이상이거나 3개 이상의 지역구에서 의석을 얻은 정당만이 고려될 수 있다.<sup>46)</sup> 즉, 이러한 조건을 충족시키지 못하는 군소정당을 의석 배분에서 배제함으로써 급진주의 정당의 의회진출을 허용하지 않으며 군소정당의 난립을 막고자 하는 것이 저지조항의 취지라고 할 수 있다.

### 3. 저지조항에 대한 찬반 논의와 독일 연방헌법재판소의 태도

저지조항의 기능에 대해서는 긍정적인 평가가 많지만, 그렇다고 비판이 없는 것은 아니다. 저지조항이 군소정당의 난립을 막고 기존의 정당체계를 안정화시키는데 큰 기여를 했다는 평가가 있는 반면에 군소정당의 난립을 막는다는 명목 하에 기성 정치권에서 새로운 정치세력의 탄생 및 의회진출을 가로막는 진입장벽이 되고 있다는 비판도 적지 않은 것이다.<sup>47)</sup>

저지조항의 정당성에 대해서는 독일 연방헌법재판소에 제소된 적이 몇 차례 있었다. 그러나 독일 연방헌법재판소는 저지조항의 원칙적 합헌성을 인정했으며,<sup>48)</sup> 그 논거를 다음과 같이 제시하였다:

“... 선거권의 평등은 일반적 평등원칙의 적용례라 할 수 있으며, 투표가치의

43) Gisela Prey, *Das Wahlsystem der Weimarer Republik und der Bundesrepublik Deutschland - im Vergleich*, München, 2004 참조.

44) 이에 관하여는 W. Schreiber(각주 36), S. 64 ff. 참조.

45) 평석대상판결이 내려졌던 1990년 당시에는 저지조항이 연방선거법 제6조 제6항에 규정되어 있었으나 이후 법개정으로 인하여 제6조 제3항에서 규정하는 것으로 변경되었다. 그러나 내용상의 차이는 없다.

46) 다만 동조항의 단서에 의해 소수민족 정당에 대해서는 저지조항이 적용되지 않는다. 이는 일반 정당에 비해 소수민족 정당이 갖는 인적·물적 자원의 취약성을 고려한 것으로 이해될 수 있다. 이에 관하여는 음선필(각주 31), 192 참조.

47) 음선필(각주 31), 189; F. Decker, *Ist die Fünf-Prozent-Sperrklausel noch zeitgemäß? Verfassungsrechtliche und -politische Argumente für die Einführung einer Ersatzstimme bei Landtags- und Bundestagswahlen*. *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2016, Bd. 47, S. 460-471. 참조.

48) BVerfGE 4, 31 (5% Sperrklausel) ; 51, 222 (5%-Klausel) 참조.

차등화는 배제되지만, 비례대표선거에서 투표의 결과가치는 일반적 평등원칙의 범위 내에서 합리적 근거에 기초하여 제한적인 차등화가 정당화될 수 있다. 여기서 문제되는 것은 일반적 평등원칙에 의해 요청되는 결과가치의 절대적인 형식적 평등의 예외이다. 활동력 있는 의회 및 정부의 구성을 어렵게 할 수 있는 군소정당의 난립 위험은 비례대표선거에서 의석배분의 조건으로 주(州) 전체의 투표에서 일정한 득표율을 요구하는 근거로 충분한 위험이다. 차등화의 여부 및 정도, 즉 어떤 것을 원칙적으로 적은 득표로 인하여 배제되어야 할 정당으로 볼 것인지는 입법자의 결정에 달려 있다. 헌법재판소의 과제는 단지 현실적인 여건을 고려하는 가운데 입법재량의 한계를 유월했는지의 여부를 심사하는 것이다.”<sup>49)</sup>

“다른 한편으로 입법자는 특별취급에 대한 충분한 근거가 있을 경우에는 허용되는 저지선에 대하여 예외를 인정하고 이러한 저지선에 도달하지 못한 정당들에 대하여 의석배분을 허용할 수 있다. 이러한 근거로는 다수대표제선거와 비례대표선거의 결합을 통한 직접적인 의석의 획득, 선거지역의 일부분에서의 상대적으로 큰 득표, 또는 그 수적인 크기와 무관하게 의회에서 대표되어야 할 정당의 특성 등이 있다.”<sup>50)</sup>

이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 1952년 4월 5일의 판결에서 슐레스비히-홀슈타인 주(州)의회 선거법 제3조 제1항 개정을 통해 비례대표 의석배분을 위한 득표율 기준을 5%에서 7.5%로 상향 조정한 것에 대해 위헌이라고 판시<sup>51)</sup>하였던 점에 주목할 필요가 있다. 당시 독일 연방헌법재판소는 다수당이 특정 정당(SSW: Südschleswigsche Wählerverband)을 의회에서 배제하기 위하여 득표율 저지선을 조정하는 것은 헌법질서에 위배된다고 보았다.<sup>52)</sup> 반면에 같은 정당이 5% 저지선에 대해서 위헌을 주장했을 때는 1954년 8월 11일의 판결에서 합헌으로 결정하였던 것이다.<sup>53)</sup>

이와 같은 독일 연방헌법재판소의 태도는 이후에도 지속되었다. 유럽의회선거에 관한 법률 제2조 제6항에 대한 1979년 5월 22일의 결정에서도 5% 저지

49) BVerfGE 4, 31 (39 f.)

50) BVerfGE 4, 31 (40).

51) BVerfGE 1, 208 (7,5%-Sperrklausel).

52) BVerfGE 1, 208 (238).

53) BVerfGE 4, 31.

조항은 합헌으로 판시되었으며,<sup>54)</sup> 이러한 독일 연방헌법재판소의 태도는 본 평석의 대상판결에도 그대로 유지되고 있었던 것이다. 최근 독일 연방헌법재판소는 유럽의회선거법에 대해 5% 저지조항에 대한 위헌판결<sup>55)</sup>에 이어 3% 저지조항에 대해서도 위헌판결<sup>56)</sup>을 내린 바 있으나, 이는 유럽의회선거의 구조적 특성 내지 유럽연합의 선거제도에 대한 기준의 해석과 관련된 것으로서 독일 연방의회의 선거와는 무관한 것으로 이해될 수 있다.

## IV. 통일 독일의 정당구도와 저지조항에 대한 논란

### 1. 구동독지역의 정당에 대한 저지조항 적용의 쟁점

독일의 통일은 앞서 서술한 바와 같이 예상하지 못한 순간에 급작스럽게 진행되었다. 1989년 동독의 호네커 정권이 그렇게 힘없이 무너질 것으로 예상하지 못했고, 이후 베를린 장벽이 무너지고, 동서독이 통일조약에 서명함으로써 정치적·법적 통일을 이루기까지 불과 1년 남짓한 시간밖에 걸리지 않았던 것은 통일의 준비를 위한 시간이 동서독 모두에게 매우 짧았던 것을 의미한다.

특히 공산주의 체제 하에서 사회주의통일당(SED)의 1당 독재의 체제로 이어지던 동독 지역에서는 호네커 정권의 붕괴 이후에 비로소 민주적 정당들의 출현하기 시작했고, 그 결과 조직력의 취약성은 물론이고 인적·물적 기초가 부족한 상태에서 불과 1년의 짧은 기간에 정당이 자생력을 갖추기는 어려웠다. 당시 서독의 정당들이 동독 정당들과 자매결연 등의 방식으로 각종 지원을 했지만, 모든 동독 정당들이 이러한 지원을 받았던 것은 아니었기 때문에 동독의 정당들에게 비례대표선거를 통한 의회진출은 매우 어려운 상황이었던 것이다.

그런 가운데 동서독의 통일협상 과정에서 통일 이후 최초의 연방의회 선거를 위한 동서독 간의 선거법조약이 체결되었다. 8개의 조문과 부속문서들로 구성되어 있는 이 조약의 주요 내용은 서독의 연방선거법(Bundeswahlgesetz) 및

54) BVerfGE 51, 222.

55) BVerfGE 129, 300 (Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG).

56) BVerfGE 135, 259 (Drei-Prozent-Sperrklausel Europawahl).



선거심사법(Wahlprüfungsgesetz),<sup>57)</sup> 그리고 연방선거의 시행을 위한 연방선거규칙(Bundeswahlordnung)과 연방선거기구령(Bundeswahlgeräteverordnung)도 구 동독지역에 구성된 주(州)들에 적용된다<sup>58)</sup>는 것 등을 규정하고 있었다. 주목할 점은 이 조약 제5조에서 선거준비와 관련하여 합헌적 정당들에 대해 법률의 테두리 내에서 정당활동의 자유를 명시하고 있었던 점이다.

그러나 서독에서 형성된 선거제도를 동독지역에 그대로 적용한다는 것은 동독 지역의 정당들에게 매우 불리하게 작용한다는 비판이 대두되었다. 물론 동서독의 통일은 민주국가로의 통일이었기 때문에 정당과 선거의 민주성 또한 당연하게 인정되었고, 그러므로 선거의 원칙과 제도의 민주성에 대해서는 이론의 여지가 없었다. 그러나 동독 지역 정당들의 현실적 여건과 관련하여 저지조항의 적용에 대해서는 많은 논란이 발생할 수밖에 없었던 것이다.

독일 연방헌법재판소가 판시한 바와 같이 저지조항의 정당성은 그 적용의 현실적 여건과 직결되어 있으며, 단지 5% 저지선이라는 이유만으로 무조건적인 정당성을 갖는 것은 아니다. 더욱이 통일 직후 행해지는 최초의 선거에서 서독 지역의 정당들이 동독 지역에서 유권자들 사이에 지지기반을 만드는 것이 힘든 것 이상으로 동독 지역의 정당들이 서독 지역에서 유권자들 사이에 지지기반을 만드는 것은 기대하기 어려웠다. 그로 인하여 동독 지역 정당들은 - 적어도 공식적인 통일 이후 2개월 만에 행해지는 최초의 연방의회선거에서는 - 그 지지기반을 동독 내에서만 찾아야 할 형편이었던 것이다.

그런데 독일 연방헌법재판소 판결문에서도 드러나듯이 동독 지역과 서독 지역의 인구에는 상당한 차이가 있었기 때문에 통일 독일 전체에서 저지조항에 따른 득표율을 계산하게 될 경우에는 동독 지역 정당들이 저지선을 통과할 가능성은 매우 낮은 것으로 예측되었을 뿐만 아니라, 이러한 결과가 평등에 반한다는 점이 문제되었던 것이다.

그로 인하여 저지조항에 대하여 예외를 인정할 것인지, 아니면 다른 방식으로 동독 정당들의 평등을 확보할 것인지가 논의되었으며, 선거법조약법률<sup>59)</sup>에

---

57) 선거조약(Wahlvertrag : Vertrag zur Vorbereitung und Durchführung der ersten gesamtdeutschen Wahl des Deutschen Bundestages zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Bundesrepublik Deutschland vom 3. August 1990 / geändert durch Vertrag vom 20. August 1990 [GBl. II S. 50]) 제1조.

58) 선거조약 제2조.

59) 공식 명칭은 「전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일민주공화국과 독일연

서는 연방선거법의 일부 개정을 규정하였고, 그 내용 중에서는 무엇보다 의석수를 518개에서 656개로 늘리고 지역구의 숫자를 259개에서 328개로 늘렸던 것<sup>60)</sup>과 제12대 연방의회선거에 대하여 몇 가지 경과규정<sup>61)</sup>을 두었던 것, 그리고 연방선거법의 적용에 관한 특별한 조치<sup>62)</sup>를 규정한 것이 있었다. 그러나 저지조항에 대한 예외를 인정하지는 않고 있었다.

## 2. 통일 독일의 정당구도와 정당의 기회균등

통일 당시의 동서독의 정당구도는 대조적이었다. 서독의 경우 거대 양당인 기민당(CDU)과 사민당(SPD)을 중심으로 자민당(FDP)과 녹색당(DIE GRÜNEN)이 연정의 파트너로 참여하는 양당 중심의 다당제 형태였다. 이러한 전통적인 정당구도는 통일 이후 서독 지역에서 그대로 나타났다. 반면에 통일 전 동독은 사회주의통일당(SED)이 사실상 지배정당으로서 독재체제를 구축하여 다른 정당들은 위성정당의 역할을 하는 정당구도를 유지했다. 그러나 통일 후 서독식 경쟁 정당체제 전환과정에서 사회주의통일당은 해산되어 민사당(PDS)으로 재창당되었고, 다른 정당들은 서독의 정당들에 흡수됨으로써 통일 독일에서는 구 서독 정당들과 민사당이 각축하는 구도가 형성되었다.<sup>63)</sup>

동독 지역의 정당구도를 확인하기 위해서는 먼저 1989년 동독의 평화혁명 이후 1990년 통일에 이르기까지 1년 남짓한 기간 동안 동독에서의 정당들의 탄생과 변모, 특히 동서독 정당통합에 대해 살펴볼 필요가 있다. 평화혁명 이후 동독 내에서 비로소 국민의 자발적인 정치조직으로서의 정당이 형성될 수 있는 여건이 만들어졌으며, 이에 따라 다양한 정치세력들이 결집되기 시작했으며, 이들의 활동을 통해 비로소 동독의 정당지형이 형성되기 시작했기 때문이다.

방공화국 사이의 1990. 8. 3. 조약 및 1990. 8. 20. 개정조약에 관한 법률(Gesetz zu dem Vertrag vom 3. August 1990 zur Vorbereitung und Durchführung der ersten gesamtdeutschen Wahl des Deutschen Bundestages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik sowie dem Änderungsvertrag vom 20. August 1990)이다.

60) 선거법조약법률 제2조 제1항.

61) 선거법조약법률 제2조 제2항.

62) 선거법조약법률 제3조.

63) 정병기, 통일독일 구 동독지역 정당체제: 연방주별 특수성이 반영된 새로운 다양성, 한국정치학회보 제45집 제4호(2011. 9), 319-344 (323 이하) 참조.

1989년 이후에 형성된 동독의 정당은 크게 세 개의 집단으로 분류될 수 있다. 하나는 동독 지역의 독자성을 강조하면서 사회주의 노선을 고수하였던 민사당을 비롯한 정당들이고, 다른 하나는 서독 정당들의 지원 하에서 그들과 이념 및 정책을 공유하는 형태의 동독 기민당, 동독 사민당 등의 정당들이었다. 그리고 세 번째 집단에 속하는 것은 동독의 정치세력이 다원화됨에 따라 새로운 목소리를 내기 시작하였던 군소정당들로서 연대 90(Bündnis 90) 등이 이에 속한다.

통일 이전이었던 1990년 3월 18일의 동독 인민의회 선거결과를 보면, 통일을 주도하였던 서독 기민당 정부의 영향 하에 동독 기민당이 40.8%의 득표를 하였고, 동독 사민당이 21.9%, 민사당이 16.4%, 동독 자민당이 5.3%, 그리고 연대 90이 2.9%의 득표를 하였다.<sup>64)</sup> 이미 통일 이전부터 서독 정당들과의 연대가 동독 정당들의 주류를 형성하고 있었음을 확인할 수 있는 것이다. 이런 상황에서 통일 이후의 동독 정당들이 자생력을 가질 수 있을 것으로 기대하기 어려웠을 뿐만 아니라, 통일 이후 동독의 자매정당들이 서독 정당들과 통합할 것을 예상할 때,<sup>65)</sup> 동독 지역에서만 기반을 가지고 있는 정당들의 경우 지역구 의석을 획득하지 못할 경우에는 저지조항에 의해 의석을 배분받지 못할 것이

64) <http://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/69143/erste-freie-volkskammerwahl-17-03-2010>. (최종방문 2016. 9. 25.).

1990. 3. 18. 인민의회 선거의 공식 결과 (출처: 동독 선거위원회)		
정당	득표율	의석
Christlich-Demokratische Union Deutschlands (CDU)	40,8%	163
Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD)	21,9%	88
Partei des Demokratischen Sozialismus (PDS)	16,4%	66
Deutsche Soziale Union (DSU)	6,3%	25
Bund Freier Demokraten DFP-LDP-F.D.P. Die Liberalen	5,3%	21
Bündnis 90	2,9%	12
Demokratische Bauernpartei Deutschlands (DBD)	2,2%	9
Grüne Partei + Unabhängiger Frauenverband (Grüne Partei - UFV)	2,0%	8
Demokratischer Aufbruch - sozial + ökologisch (DA)	0,9%	4
National-Demokratische Partei Deutschlands (NDPD)	0,4%	2
Demokratischer Frauenbund Deutschlands (DFD)	0,3%	1
Aktionsbündnis Vereinigte Linke (AVL) Die Nelken - VL	0,2%	1

65) 통일을 전후하여 동서독의 정당통합이 이루어졌고, 이를 통해 동독의 자매정당들이 서독 정당들로 흡수되는 모습에 관하여는 통일부, 독일통일 총서 6 : 정당분야, 2014. 56 이하 참조.

명백하였던 것이다.

이런 상황에서 동독 정당들의 자생력 확보는 현실적으로 기대하기 어려웠을 뿐만 아니라, 실질적인 기회균등 또한 실현되기 어려웠던 것이다.

### 3. 통일 독일의 인구구조와 투표가치의 평등

통일 독일 최초의 연방의회선거에서 저지조항의 정당성과 관련하여 또 한 가지 중요한 쟁점이 되었던 것은 동서독의 인구의 차이였다. 통일 당시 동독의 인구는 1,667만명이었고, 서독의 인구는 6,267만에 달하는 것으로 알려져 있다.<sup>66)</sup> 3.8배의 압도적인 인구의 차이는 동서독의 영토 크기가 각각 108,179km<sup>2</sup>와 249,000km<sup>2</sup>로서 2배 이상의 차이를 보이는 것<sup>67)</sup>을 감안하더라도 매우 큰 차이였다.

통일 독일의 연방의회 선거는 다수대표제로 행해지는 지역구선거와 정당투표로 행해지는 비례대표선거로 나누어졌고, 그 기본적인 구조는 -전체 의석수 및 지역구의 숫자가 증가한 것을 제외하면- 서독의 선거제도와 다르지 않았다.<sup>68)</sup> 민주적 선거의 원칙에 따를 때, 인구비례로 대표자를 선출하는 것이 타당하다는 점에서 통일된 독일의 구 동독지역과 구 서독지역에서 각기 다른 선거방식을 통해 대표자를 선출하는 것도 타당하지 않은 면이 있다. 특히 지역구 선거에서 차이를 둔다는 것은 그 자체로 평등선거 위반이 될 수 있다.

그러나 통일 독일의 선거에서, 그것도 1990년 12월 2일의 통일 후 최초의 연방의회선거에서 비례대표제를 적용하면서 저지조항을 적용한 것은 또 다른 문제가 된다. 비례대표제를 통일 독일 전체에서 시행한 것은 평등선거의 요청에 따른 것으로 볼 수 있지만, 비례대표제의 본질적 부분이라기보다는 예외적인 보정장치의 성격을 갖고 있는 저지조항을 획일적으로 적용할 경우에는 그로 인하여 발생하는 문제가 저지조항의 적용을 통해 얻는 효과 이상으로 중대한 것일 수 있기 때문이다.

66) 손기웅, 독일통일 20년 : 현황과 교훈, 통일교육원, 2010, 1 이하 참조.

67) 손기웅(각주 66), 13 이하 참조.

68) 독일의 선거제도에 관하여는 김도협, 현행 독일선거법제에 관한 고찰, 인학대 법학연구 제17집 제2호(2014. 6), 1-38; 김욱, 독일 연방의회 선거제도가 한국의 선거제도 개혁에 주는 시사점, 세계지역연구논총 제24집 3호(2006. 12), 53-70 참조.

특히 독일 통일 후 최초의 연방의회선거에서 서독 정당들과 연계되지 않은 동독 정당들은 전체 독일에서 지지기반을 갖출 수 있는 시간적 여유조차 갖지 못한 채 전체 독일에서 5% 이상의 득표를 해야 한다는 것은 당시 총 6,043만의 유권자들 중에서 5%를 얻는 것이 아니라 사실상 구 동독 지역의 5개 주(州) 1,134만의 유권자들 중에서 전체 독일 유권자의 5%를 얻는 것이라고 보아야 할 것이며,<sup>69)</sup> 이는 실질적으로 5%의 저지선이 아닌 27%의 저지선이라 할 수 있는 것이다. 더욱이 서독 지역의 정당들은 -서독 지역에서만 득표를 한다고 가정하더라도- 7.5%의 저지선에 불과한 것이다.

그러므로 수치상으로 볼 때, 구 동독 지역의 정당들에 대해서 5% 저지조항을 적용한다는 것은 과도한 저지선일 뿐만 아니라 평등원칙을 심각하게 침해하는 것으로 볼 수밖에 없다.<sup>70)</sup> 선거법조약의 체결 당시 동서독 정부에서 이런 사정을 인식하지 못했을 것으로는 보기 어렵다. 그럼에도 불구하고 저지조항에 대한 예외를 인정하지 않았던 것은 동독의 자생 정당들의 비중을 가볍게 생각한 탓으로 보인다.<sup>71)</sup> 그러나 만일 이를 간과했을 경우에는 평등선거의 원칙과 관련한 규범적 정당성이 심각하게 훼손되었을 것이며, 동서독의 통합과정에서도 지속적인 문제로 대두되었을 우려가 적지 않다는 점에서 독일 연방헌법재판소의 판단은 현명했던 것으로 보인다.<sup>72)</sup>

---

69) 당시의 유권자 통계에 관하여는 [https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere\\_bundestagswahlen/btw1990.html](https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere_bundestagswahlen/btw1990.html) (최종방문 2016. 9. 25.) 참조.

70) 바로 이러한 점이 독일 연방헌법재판소가 독일 통일 이후 최초의 연방의회 선거에서 저지조항을 적용하는 것을 위헌으로 판단하였던 중요한 논거의 하나였으며, 이러한 연방헌법재판소의 태도는 타당하다고 볼 수 있다.

71) 실제로 서독의 정당들과 통합된 동독 정당들을 제외한 동독의 자생정당들 중에서 의석배분에 반영될 정도의 득표를 했던 정당은 민사당(PDS)과 연대 90뿐이었으며, 그들의 제2표 득표율은 각기 2.4%와 1.2%에 지나지 않았다. 이에 관하여는 [https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere\\_bundestagswahlen/btw1990.html](https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere_bundestagswahlen/btw1990.html) (최종방문 2016. 9. 25.) 참조.

72) 특히 통일 직후 동서독 주민들 사이의 사회통합에 어려움을 겪던 시절에 이런 문제가 논란의 대상이 되었을 경우에는 더욱 심각한 문제로 비화될 수도 있었을 것이다.

## V. 저지조항의 잠정적 특례 인정과 그 효과

### 1. 저지조항에 대한 특례 인정의 방식과 그 특징

독일 통일 이후의 선거, 그것도 최초의 선거였던 1990년 12월 2일의 제12대 연방의회선거는 여러 가지 측면에서 초미의 관심사였다. 한편으로는 공산주의 체제 하에서 수십 년간 일당독재를 겪었던 동독 지역에서 어떻게 민주적 선거를 제대로 치를 것이냐도 문제되었고, 다른 한편으로는 영토의 크기와 경제력 및 인구의 격차 등에서 압도적이었던 서독과 동독의 관계가 선거에서는 어떻게 나타날 것인지도 관심의 대상이었던 것이다.

통일 독일은 이 선거를 통하여 세 가지 원칙을 확인시켰다. 첫째, 통일 국가의 선거는 같은 날 같은 방식으로 치러야 한다는 것이고, 둘째, 민주적 선거의 원칙과 기준은 통일 이전과 이후에 달라지지 않는다는 것이며, 셋째, 통일로 인하여 지역 간의 불평등(불합리한 차별)이 발생하지 않도록 해야 한다는 것이다. 이 중에서 세 번째 원칙과 관련한 쟁점으로 등장했던 것이 저지조항에 대한 특례 인정의 문제였다.

저지조항은 비례대표제의 문제점, 특히 바이마르공화국에서 극심하게 나타났던 군소정당 난립으로 인한 정국의 심각한 불안정을 막고 의회와 정부의 활동력을 확보하기 위한 수단으로서 그 정당성이 인정되었지만,<sup>73)</sup> 그 전제는 여전히 평등선거원칙에 대한 과도한 침해가 되어서는 안 된다는 것이었다. 앞서 살펴본 바와 같이 통일 직후에 행해진 제12대 연방의회선거에서 기존의 저지조항을 그대로 적용하는 것은 평등에 반한다고 볼 때, 과연 어떤 대안이 가능한지가 문제되었다. 이와 관련하여 세 가지 대안이 가능하다.

첫 번째는 저지조항 자체를 배제하는 것이다. 즉, 제12대 연방의회선거에는 5%의 저지선 없이 모든 정당들이 득표율에 비례하여 비례대표의석을 배분받도록 할 수 있다. 그러나 이러한 대안은 군소정당의 난립이라는 문제에 대해 무방비라는 치명적인 결함을 안고 있기 때문에 채택되기 어려웠다.<sup>74)</sup>

73) 이에 관하여는 또한 W. Schreiber(각주 36), S. 197 ff. 참조.

74) 제2차 세계대전 이후 구성된 서독의 민주주의에 가장 큰 영향을 미친 것은 전승국의 입김과 더불어 바이마르 민주주의에 대한 반성이라 할 수 있다. 특히 바이마르의 붕괴 원인으로 지목되었던 절대적 상대주의의 문제나 군소정당 난립의 문제 등에 대해서는 서독의 정부와 국민들이 매우 민감

두 번째는 동독 지역 정당들에 대해서만 저지조항을 배제하거나 저지선을 낮춤으로써 진입장벽을 완화시키는 것이다. 그러나 이 경우에도 동독 지역의 급진정당들이 의회에 진출함으로써 야기될 문제들이 -통일 독일 전체에서 저지조항을 배제할 경우보다는 덜하겠지만- 만만치 않을 것이며, 차별의 근거 및 기준의 합리성과 관련하여서도 논란의 소지가 적지 않다는 점이 문제된다.<sup>75)</sup>

세 번째는 저지선의 득표율 기준은 동일하게 하되, 동독 정당들은 동독 지역 내에서의 득표율만으로 계산하고, 서독 정당들은 서독 지역 내에서의 득표율로 저지선의 통과 여부를 계산하도록 하는 방법이다. 이 경우에도 동독 정당들과 서독 정당들이 통합한 경우가 문제되기는 하지만, 적어도 평등의 확보 내지 기준의 명확성 측면에서는 가장 낫다는 점 때문에 제2안과는 달리 독일 연방헌법재판소에 의해 합헌으로 인정되었다.<sup>76)</sup>

결국 독일 연방헌법재판소의 판결에 따라 독일의 연방의회는 연방선거법의 개정을 통한 특례를 인정함으로써 제12대 연방의회선거에서는 동독 지역과 서독 지역을 구분하여 각기 5% 저지조항을 적용하도록 하였다.<sup>77)</sup>

## 2. 동독 정당들에 대한 잠정적 특례로서의 명부연합

서독 연방선거법 제7조에서는 명부결합(Listenverbindung)에 대해 규정하고 있었다. 이는 동일 정당에서 각 주(州)별로 정당의 후보자명부를 작성하여 제출한 경우에 이를 전체적으로 하나의 정당명부로 취급하고, 의석배분에 있어서 이렇게 통합된 정당명부를 기준으로 하도록 정하고 있는 것이었다. 또한 제29조에서 통합 정당후보자명부에서 배제하는 것도 가능하도록 규정하였다.<sup>78)</sup>

그런데 통일 직후의 제12대 연방의회선거에서 저지조항의 진입장벽을 완화시키기 위하여 명부결합을 활용하는 방안이 제시되었다. 선거법조약법률 제2조

---

하였기 때문에 저지조항은 포기되기 어려웠던 것이다.

75) 특히 동독 정당들의 상당수가 서독 정당들과 통합함에 따라 이들에 대한 처리 문제도 복잡해진다.

76) 위의 「【이유】 C. III.」 참조.

77) 당시의 기민당-기사당-자민당의 연정에 의해 연방헌법재판소 결정을 반영하기 위한 연방선거법 개정이 1990년 10월 5일 있었으며, 그 주된 내용은 동독 지역과 서독 지역에서 각기 5% 저지조항을 적용하도록 하는 특례규정과 더불어 명부연합의 허용에 관한 것이었다(BGBI. I S. 2141).

78) 그러나 현행 연방선거법에서는 제7조와 제29조가 삭제되었으며, 각 정당의 주(州)별 후보자명부는 예외 없이 통합하여 의석배분의 기초가 된다.

제2호에서 연방선거법 제53조 제2항에 대한 잠정적 규정으로 “베를린을 제외한 어떤 주(州)에서도 별도로 정당명부를 제출하지 않은 정당들의 정당명부는 연방선거관리인에 대해 통지함으로써 결합될 수 있다”고 규정하였다. 그러나 연방헌법재판소는 이러한 명부결합은 실질적인 기회균등을 보장하지 못한다는 이유로 위헌으로 판시하였다.

이러한 명부결합과 구분되는 것이 명부연합(Listenvereinigung)이다. 이는 여러 정당 또는 선거인단체에 의해 하나의 후보자명부가 공동으로 제출되는 것이며, 이는 독일의 지방자치선거에서 허용되는 경우가 있으나 연방의회선거에서는 원칙적으로 금지된다. 하나의 정당으로 통합되지 않은 상태에서 명부연합을 통해 저지조항에 의한 득표율기준을 우회적으로 통과하는 전략을 취하는 것은 허용될 수 없다는 고려 때문이다.

이와 관련하여 2005년 독일에서 있었던 민사당(PDS)과 노동과 사회적 정의를 위한 선거대안(WASG: Wahlalternative Arbeit und soziale Gerechtigkeit) 사이의 선거연대는 민사당만이 후보자명부를 제출하였기 때문에 명부연합이 아니었다고 평가된다. 그러나 이에 대해 우회적인 방법으로 사실상의 명부연합을 시도한 것이라는 비판도 있었다.<sup>79)</sup>

그러나 1990년 12월 2일의 제12대 연방의회선거에서는 연방헌법재판소의 판례에 따라 예외적으로 명부연합이 허용되었다.<sup>80)</sup> 그것은 동독 지역의 군소정당들에게는 동독과 서독 지역에서 각기 5%의 저지선을 두는 것으로 완화시켰다고 하더라도 그들이 안고 있는 인적·물적·시간적 제약으로 인하여 5% 저지선을 통과하는 것이 -구 동독의 지배정당이었던 사회주의통일당(SED)의 후신인 민사당(PDS)을 제외하고는- 사실상 불가능하며, 이는 평등에 반하는 것이라고 보았기 때문이었다.

결과적으로 Bündnis 90과 Grüne가 명부연합을 통해 동독 지역에서 6.1%의 득표를 하였고, 비례대표의석을 배분받을 수 있었던 것은 이와 같은 특례의 인정 때문에 가능했다고 볼 수 있다.

79) Falk Heunemann, Die Kooperation der PDS und der WASG zur Bundestagswahl 2005, Magisterarbeit, Jena 2006 참조.

80) 이러한 명부연합과 연방헌법재판소에 의해 위헌으로 판시된 예외적 명부결합의 핵심적 차이는 후자의 경우 베를린을 제외한 어떤 주(州)에서도 별도로 정당명부를 제출하지 않은 정당들로 명부결합의 주체를 한정한 것에 있다고 볼 수 있다.



### 3. 독일 연방헌법재판소 판결에 의한 특례 인정의 의미와 파급효

독일 연방헌법재판소는 이 판결을 통해 제12대 연방의회선거의 구조에 중대한 변경을 가했다. 비록 저지조항을 배제한 것은 아니었지만, 저지조항이 동독 지역과 서독 지역을 구분하는 가운데 각각 계산되도록 함으로써 동독 지역의 정당들에 대한 실질적인 평등의 침해를 최소화할 수 있도록 하였고, 선거법조약법률에 의한 연방선거법 제53조 제2항의 명부결합에 관한 잠정적 규정을 위헌으로 판시함으로써 명부연합의 방식에 의한 동독 군소정당의 연방의회에 대한 진입장벽을 낮추도록 하였다.

1990년 10월 3일 동서독이 공식적으로 통일되었고, 같은 해 12월 2일 실시된 통일 독일 최초의 선거인 제12대 연방의회선거에서 ‘민사당(PDS)’과 ‘연대 90과 녹색당의 명부연합(Bündnis90/Grüne)’이 전체 독일의 제2표 유효득표율로는 2.4%와 1.2%였음에도 불구하고 동독 지역 내에서의 득표율로는 5%를 넘어서 각기 17석과 8석의 비례대표의석을 확보할 수 있었던 것이다.<sup>81)</sup>

그러나 이러한 잠정적인 배려가 지속될 수는 없었고, 동독 지역의 군소정당들은 점차 약화될 수밖에 없었다. 다만 민사당은 1994년의 제13대 연방의회선거에서는 제1표에서 4.1%, 제2표에서 4.4%의 득표로써 30석을 획득하였고,<sup>82)</sup>

81) 1990년 12월 2일 제12대 독일 연방의회 선거 결과:

	제1표		제2표		의석수
	숫자	%	숫자	%	
유권자	60,436,560	x	60,436,560	x	x
투표자	46,995,915	77.8	46,995,915	77.8	x
무효표	720,990	1.5	540,143	1.1	x
유효표	46,274,925	x	46,455,772	x	x
CDU	17,707,574	38.3	17,055,116	36.7	268
SPD	16,279,980	35.2	15,545,366	33.5	239
F.D.P.	3,595,135	7.8	5,123,233	11.0	79
CSU	3,423,904	7.4	3,302,980	7.1	51
GRÜNE	2,037,885	4.4	1,788,200	3.8	-
PDS	1,049,245	2.3	1,129,578	2.4	17
B90/Gr.	552,027	1.2	559,207	1.2	8
기타	1,629,175	3.5	1,952,092	4.2	-

출처: [https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere\\_bundestags\\_wahlen/btw1990.html](https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere_bundestags_wahlen/btw1990.html) (최종방문 2016. 9. 25.)

82) [https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere\\_bundestagswahlen/ btw1994.html](https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere_bundestagswahlen/ btw1994.html) (최종방문 2016. 9. 25.) 참조.

1998년의 제14대 연방의회선거에서는 제1표에서 4.9%, 제2표에서 5.1%를 득표하여 36석을 얻었다.<sup>83)</sup> 2002년의 제15대 연방의회선거에서는 제1표에서 4.3%와 제2표에서 4.0%의 득표로 2석을 얻는데 그쳤지만,<sup>84)</sup> 이후 좌파당(Die Linke)과 연대하였고, 좌파당은 2005년 연방의회선거에서 제1표 8.0%, 제2표 8.7%의 득표로써 54석을 획득하였다.<sup>85)</sup> 이후 민사당과 통합한 좌파당은 2009년 현재까지 유력한 정당으로서의 위치를 유지하고 있는 것도 1990년 제12대 연방의회선거에서의 성과가 밑거름이 되었다고 볼 수 있을 것이다.

이렇게 볼 때, 연방헌법재판소의 판결이 현재 독일의 정당구도 형성에 적지 않은 영향을 미쳤다고 볼 수도 있다. 그러나 이 판결의 진정한 의미는 독일의 통일과정에서 정치적 평등이 올바르게 뿌리내릴 수 있도록 하는데 큰 기여를 했다는 점, 그리고 이를 통해 동서독의 사회적 통합에도 긍정적인 영향을 미쳤다는 점이라고 할 수 있다. 동독 주민들이 경제적·문화적 측면에서 2등국민이라는 자괴감을 갖는 경우들이 적지 않았지만,<sup>86)</sup> 적어도 정치적·법적 측면에서의 평등이 확실하게 보장된다는 것을 보여줌으로써 독일의 통일이 보다 안정적인 기초 위에서 정착될 수 있도록 하는데 독일 연방헌법재판소의 기여도 적지 않은 것이다.<sup>87)</sup>

## VI. 결론

분단국가의 통일이란 긍정적 측면에서건 부정적 측면에서건 그 나라와 주변 국가들의 정치·경제·사회·문화의 모든 면에 매우 큰 영향을 미치는 중대한

83) [https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere\\_bundestagswahlen/btw1998.html](https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere_bundestagswahlen/btw1998.html)  
(최종방문 2016. 9. 25.) 참조.

84) [https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere\\_bundestagswahlen/btw2002.html](https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere_bundestagswahlen/btw2002.html)  
(최종방문 2016. 9. 25.) 참조.

85) [https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere\\_bundestagswahlen/btw2005.html](https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruehere_bundestagswahlen/btw2005.html)  
(최종방문 2016. 9. 25.) 참조.

86) 이에 주민들의 문제상황에 관하여는 이영란, 통일 이후 동독 주민의 상대적 박탈감, 한국사회학 제 39집 제1호(2005), 137-165 참조.

87) Marten Breuer, Die erste gesamtdeutsche Bundestagswahl 1990 und die Folgen für das Parteiensystem, in: Jesse, Eckhard u.a.(Hrsg.). Das Parteienspektrum im wiedervereinigten Deutschland, 2007, S. 13-32에서는 그런 의미에서 평석대상판결 및 그에 기초하여 치러진 1990년 통일 독일 최초의 연방의회선거가 갖는 의미를 민주적 정당성의 확보와 관련한 국가정치적 의의에서 찾았다.

역사적 전환점일 뿐만 아니라, 그 나라의 국민들에게도 한편으로는 인권의 신장 내지 분단 비용의 감소 등 긍정적인 영향을 미치는가 하면, 다른 한편으로는 막대한 통일비용의 부담과 통일 이후의 경제적·사회적 혼란 등의 부정적 영향도 만만치 않은 까닭에 매우 신중한 접근이 요청된다.

독일의 경우 통일을 위한 준비와 노력을 지속적으로 기울여 왔지만, 1989년의 동독 호네커 정권의 붕괴와 그로 인한 1990년의 동서독 통일은 예상하지 못한 급속한 진전이었고, 그로 인한 혼란과 갈등도 적지 않았다. 헬무트 콜 수상의 기민당 정부는 과감한 화폐통합을 앞세우며 동독 주민들의 통일에 대한 욕구에 불을 지폈고, 서독 주민들에 대해서는 통일의 긍정적 효과들을 설득하였다.

베를린 장벽이 붕괴되고 동·서독 주민들이 “우리가 국민이다(Wir sind das Volk)”라고 외치던 감동이 통일에의 의지로 연결되었기에 독일의 통일은 일부 지식인들의 반대에도 불구하고 매우 급속하게 진행되었다. 그런 가운데 동독의 실체, 특히 경제적 파산상태에 대해서 많은 부분이 왜곡되었다는 평가도 나왔고, 성급한 통일로 인한 시행착오의 문제, 초과비용의 문제는 수많은 영역들에서 제기되었다.

그런 가운데 독일 연방헌법재판소는 1990년 9월 29일의 판결에서 1990년 12월 2일로 예정되어 있던 통일 이후 최초의 연방의회선거에서 5% 저지조항에 대한 특례 인정의 필요성을 인정하였고, 나아가 선거법조약법률 제2조 제2호에 따른 연방선거법 제53조 제2항의 잠정적 예외로서의 명부결합을 위헌으로 판시함으로써 명부연합의 길을 열었다. 이 판결은 성급한 흡수통일로 인하여 자칫 훼손될 수 있었던 통일 이후 민주적 선거의 정당성을 온전하게 유지되도록 함으로써 통일 이후 발생하였던 동·서독 주민들 사이의 갈등에도 불구하고 정치적 통일의 기초가 확고하게 유지되는데 큰 기여를 하였다.

이러한 독일 연방헌법재판소의 판례는 남북한의 통일을 지향하는 우리나라에도 여러 측면에서 매우 중요한 시사점을 던져주고 있다. 비록 우리가 독일과 같은 선거제도를 취하고 있는 것은 아니지만, 비례대표제를 부분적으로 수용하고 있고, 저지조항 또한 도입하고 있다는 점에서 통일 이후의 저지조항에 대한 특례 인정의 필요성과 관련하여 직접적인 참고가 될 뿐만 아니라, 조금 더 넓은 시야에서 보면, 다양한 문제들과 이를 해결하는 기준에 대한 논의의 필요성이

이 판례로부터 도출될 수 있는 것이다.

통일 이후 북한 지역의 정당은 어떻게 구성되고 활성화되어야 할 것인가?

통일 이후의 선거제도는 어떻게 구성되어야 하며, 적용 원칙과 그에 대한 예외는 어떠해야 하는가?

통일 한국의 국가형태 또는 정부형태가 정당제도 내지 선거제도에 미치는 영향은 어떠한 것인가?

통일 한국의 경제상황 내지 통일비용 부담이 정치상황에 미치는 영향은 어떠한 것인가?

통일 이후 남북한의 인구불균형은 정당이나 선거를 비롯한 민주적 제도의 실현에 어떤 영향을 미칠 것인가?

통일 이후 정치상황의 변화는 헌법재판소의 합헌성 판단에 어떤 영향을 미칠 것인가?

통일 이후의 정치적 불안정 속에서 정치권과 헌법재판소의 역할분담은 어떠해야 하는가?

이를 비롯한 수많은 문제들이 우리에게 제기될 것이며, 이런 문제들을 합리적으로 해결할 수 있을 때, 우리는 통일에 더 가까워질 수 있을 것이며, 통일의 부작용을 최소화하면서 통일의 긍정적 효과를 극대화할 수 있을 것이다. 그러므로 이러한 문제들에 대한 고민과 노력은 특정 개인이나 특정 국가기관의 몫이 아니라, 모든 개인과 단체, 국가기관들이 합심해서 해결해야 할 우리 국민 모두의 과제라 할 것이다.

## 참 고 문 헌

### ○ 단행본

- 김도태, 베트남 통합사례 연구, 민족통일연구원 연구총서 1993-14(1993).
- 박영도, 독일통일과 기본법의 개정, 법제연구원 외국법제분석 95-2(1995).
- 손기웅, 독일통일 20년 : 현황과 교훈, 통일교육원, 2010.
- 유지호, 예멘의 남북통일 : 평화통일의 매혹과 위험성, 서문당, 1997.
- 장명봉, 분단국가의 통일헌법 연구 : 독일과 예멘의 통일사례와 자료, 국민대학교 출판부, 1998.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2015.
- 장영수, 통일헌법의 사법(검찰, 법원, 헌법재판소)제도에 관한 연구, 2016년도 법무부 통일법무과 연구보고서, 2016.
- 전성우, 통일 독일의 사회통합, 남북한 사회통합 : 비교사회론적 접근, 민족통일연구원 학술회의 총서 97-04(1997. 12).
- 통일부, 독일의 통일·통합 정책 연구, 1~3권, 2011.
- 통일부, 독일통일 총서 6 : 정당분야, 2014.
- 통일부, 독일통일 총서 10 : 통일비용 분야, 2015
- K. Hesse, 계획열 옮김, 서독헌법원론, 삼영사, 1987.
- Doering, K., Kewenig, W., Ress, G., Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Deutschland- und Ostpolitik, Frankfurt am Main, 1971.
- Heunemann, Falk, Die Kooperation der PDS und der WASG zur Bundestagswahl 2005, Magisterarbeit, Jena, 2006.
- Prey, Gisela, Das Wahlsystem der Weimarer Republik und der Bundesrepublik Deutschland - im Vergleich, München, 2004.
- Schreiber, Wolfgang, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 5. Aufl., Köln, 1994.
- Sörgel, Werner, Konsensus und Interessen - Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, 1969.
- Zündorf, Benno, Die Ostverträge, München, 1979.

○ 논 문

계희열 · 장영수, 독일 기본법 50년, 통일의 저력 -독일 반세기의 역동성, 서병철 편, 백산문화, 1999.

김도협, 독일 연방의회선거제도와 그 수용가능성에 관한 연구, 세계헌법연구 제13권 제2호(2007).

김도협, 현행 독일선거법제에 관한 고찰, 인하대 법학연구 제17집 제2호(2014. 6).

김 욱, 독일 연방의회 선거제도가 한국의 선거제도 개혁에 주는 시사점, 세계지역연구논총 제24집 3호(2006. 12).

김진곤, 비례대표제선거의 체계와 그 정당화요건, 공법연구 제41집 제2호(2012).

도희근, 독일 선거제도에서 무엇을 배울 것인가, 공법연구 제40집 제3호(2012).

박노영, 사회통합으로서의 독일 통일, 충남대 사회과학연구 제6권(1995. 12).

손기웅, 통합정책과 분단국 통일: 독일사례, 통일연구원 연구총서 07-05(2007).

송하성, 지역주의 극복을 위한 비례대표제 개혁방안: 교차할당비례대표제의 제안, 공공정책연구 제16권 제2호(2009).

우베 뮐러, 이봉기 옮김, 대재앙, 통일: 독일 통일로부터의 교훈, 이봉기 편, 문학세계사, 2006.

음선필, 저지조항, 순천향대 사회과학연구 제7권 제1호(2001).

이영이, 독일 통일 7년 후 : 심리학적 연구대상으로서 구동서독 지역간 불평등, 오늘날의 문예비평 제28호(1998. 3).

장영수, 동 · 서독 기본조약 판결(Grundvertrag-Urteil), 고려대 관례연구 제7집(1995)  
전상진, 강지원, 원진실, 통일에 대비한 한국의 통일비용 재원조달방안에 관한 논의 -독일의 통일비용의 재원조달과 문제점을 중심으로-, 한 · 독사회과학논총 제17권 제3호(2007. 12).

정병기, 통일독일 구 동독지역 정당체제: 연방주별 특수성이 반영된 새로운 다양성, 한국정치학회보 제45집 제4호(2011. 9).

Decker, Frank, Ist die Fünf-Prozent-Sperrklausel noch zeitgemäß? Verfassungsrechtliche und -politische Argumente für die Einführung einer Ersatzstimme bei Landtags- und Bundestagswahlen. Zeitschrift für Parlamentsfragen, Bd. 47, 2016.

Breuer, Marten, Die erste gesamtdeutsche Bundestagswahl 1990 und die Folgen für das Parteiensystem, in: Jesse, Eckhard u.a.(Hrsg.). Das Parteienspektrum im wiedervereinigten Deutschland, Berlin, 2007.

부록:

## 독일연방헌법재판소의 결정문

### 【결정요지】

1. 선거권의 형식적 평등의 원칙 및 정당의 기회균등으로부터 나오는 결론은 입법자가 정치단체에 관한 선거법의 규율에 있어서 좁게 제한된 차별화의 여지를 가질 뿐이라는 것이다. 이러한 차별화가 정당화되기 위해서는 항상 불가피한 사유가 있어야 한다.

2. a) 저지조항과 평등선거원칙의 합치 여부에 대해서는 획일적·추상적으로 판단될 수 없다. 저지조항의 공포에 있어서는 그것이 적용될 국가의 상황이 고려되어야 한다.

b) 선거입법자가 5%의 비중이 허용될 수 없는 특별한 사정을 발견할 경우에는 이를 고려하여야 한다. 이러한 경우 입법자가 저지조항을 포기할 것인지, 그 비율을 낮출 것인지, 아니면 다른 적절한 조치를 취할 것인지는 원칙적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다. 입법자가 5% 저지조항을 고수하면서 그 영향력을 완화시키는 것이 바람직한 것으로 볼 경우에는 입법자가 이러한 완화를 위해 투입하기로 결정한 수단이 헌법에 부합하여야 하며, 특히 선거권의 평등 및 정당의 기회균등 원칙을 충족시켜야 한다.

3. 단순한 숫자의 공동체로서 5% 저지조항을 극복할 수 있도록 하기 위하여 정당들에게 명부의 결합(명부결합: Listenverbindung)을 허용하는 선거법은 -정당들에게 공동으로 명부를 제출(명부연합: Listenvereinigung)할 수 있도록 허용하는 규정과는 달리- 유권자의 투표의 결과를 불가피한 사유 없이 불평등하게 반영하며, 따라서 선거의 평등 및 기회균등 원칙에 위배된다.

4. a) 최초의 전체 독일 연방의회 선거는 기존의 선거지역에 관련한 5% 저지조항을 변경 없이 고수하는 것을 허용하지 않는 특수한 상황 하에서 행해진다.

b) 이 선거의 특수한 조건들에 비추어 볼 때 전체 선거지역에 관한 것이 아니라 서베를린을 포함한 독일연방공화국의 기존 지역 또는 동베를린을 포함한 독일민주공화국의 지역의 하나에서 정당명부에 대한 투표의 5%를 얻은 경우에 정당들이 비례대표 의석배분에 참여하도록 하는 저지조항은 헌법적으로 문제되지 않는다.

c) 독일민주공화국 지역에서 선거에 나서는 정당들 및 정치적 결사들의 상이한 출발조건은 단지 지역별 저지조항 하나에 의해서 충분히 조정될 수는 없다. 이를 위한 조정으로서 독일민주공화국 지역 내에 주소를 가지고 있는 정당들 및 정치적 결사들에 대한 명부연합의 허용이 제안된다.

### 【심판청구】

I. 1. 독일연방의회는 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 법률」 제1조에서 위 조약과 개정조약에 동의하였고, 1975.9.1. 공포된 연방선거법(BGBL. I S. 2325) 제6조의 저지조항을 존치하기로 규정한 것과 더불어 위 법률 제2조 제2호에서 연방선거법 제53조 제2항의 개정조항에서 베를린을 제외한 어떤 주(州)에서도 별도로 정당명부를 제출하지 않은 정당들의 정당명부는 연방선거관리인에 대해 통지함으로써 결합될 수 있다고 규정함으로써 청구인의 기본법 제38조 제1항과 제21조에서 나오는 권리를 침해하였다.

2. 연방참사원은 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 법률」 제1조와 제2조에 동의함으로써 청구인의 기본법 제38조 제1항과 제21조에서 나오는 권리를 침해하였다.

청구인: 연방정당 “공화주의자(Die Republikaner)”

피청구인: 1. 독일연방의회, 2. 연방참사원. - 피청구인측 소송참가인: 연방정부

-2 BvE 1/90-

II. 독일연방의회는 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와



시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 법률」 제1조에서 위 조약과 개정조약에 동의하고, 위 법률 제2조 제2호에서 연방선거법 제53조 제2항의 개정조항에서 1975.9.1. 공포된 연방선거법(BGBL. I S. 2325) 제6조의 저지조항을 존치하기로 규정한 것과 베를린을 제외한 어떤 주(州)에서도 별도로 정당명부를 제출하지 않은 정당들의 정당명부는 연방선거관리인에 대해 통지함으로써 결합될 수 있다고 규정함으로써 청구인의 기본법 제38조 제1항과 제21조에서 나오는 권리를 침해하였다.

청구인: “녹색당(DIE GRÜNEN)”

피청구인: 독일연방의회.

-2 BvE 3/90-

III. 1. 독일연방의회는 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 법률」 제1조에서 위 조약과 개정조약에 동의하고, 위 법률 제2조 제2호에서 연방선거법 제53조 제2항의 개정조항에서 1975.9.1. 공포된 연방선거법(BGBL. I S. 2325) 제6조의 저지조항을 존치하기로 규정한 것과 베를린을 제외한 어떤 주(州)에서도 별도로 정당명부를 제출하지 않은 정당들의 정당명부는 연방선거관리인에 대해 통지함으로써 결합될 수 있다고 규정함으로써 청구인의 기본법 제38조 제1항과 제21조에서 나오는 권리를 침해하였다.

2. 연방참사원은 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 법률」 제1조와 제2조에 동의함으로써 청구인의 기본법 제38조 제1항과 제21조에서 나오는 권리를 침해하였다.

청구인: 좌파 명부/민사당(Linke Liste/PDS)

피청구인: 1. 독일연방의회. 2. 연방참사원

-2 BvE 4/90-

#### IV. 헌법소원심판청구

청구인: 1. Frau Elke Kiltz, 2. Herr Gerald Häfner

심판청구대상: 1990.8.3.조약에 관한 1990.8.29.법률과 연방선거법 제6조 제6항, 제53조.

-2 BvR 1247/90-

### 【결정주문】

#### I. 헌법소원심판에 관하여:

1) 전체 독일 최초의 독일연방의회선거를 준비하고 실시하기 위한 1990년 8월 3일 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독) 사이의 조약과 1990년 8월 20일 개정조약에 따라서 1990년 8월 29일에 개정된 연방선거법 제53조 제2항은 기본법 제38조 제1항에 따른 헌법소원심판청구인의 평등선거권을 침해하여서 무효이다.

2) 위의 1)에서 언급된 1990년 8월 29일 개정법률 제1조와 결합된 연방선거법 제6조 제6항 제1문 전단은 독일연방의회의 첫 번째 총선거에서 지지조항이 전체선거지역에 적용되는 한 기본법 제38조 제1항 제1문을 따른 헌법소원심판청구인의 평등선거권을 침해한다. 그러한 한도 내에서 이 조항은 기본법과 합치하지 않는다.

#### II. 기관쟁의심판에 관하여:

독일연방의회는 위의 1)에서 언급된 1990년 8월 29일 개정된 법률의 의결을 통해서 기관쟁의의 청구인들에 대하여, 연방참사원은 이러한 법률에 대해 선언한 동의를 통하여 헌법소원심판의 청구인들과 기관쟁의의 청구인들에 대하여 주문 I.에서 확인된 범위에서 기본법 제21조 제1항과 제38조 제1항에 따른 기회균등권을 침해한다.

III. 독일연방공화국은 헌법소원심판청구인들과 기관쟁의심판청구인들에게 필요비용을 보상하여야 한다.

## 【이유】

### A. (사건의 개요)

병합사건의 심판대상은 선거법의 규정들로서, 이 규정들은 통일 독일의 최초 선거에서 연방선거법 제6조 제6항 제1문의 5% 저지조항을 -확장된- 선거지역에 계속 적용하고, 정당들 사이의 정당명부 결합은 특정한 전제조건 하에서 허용하고 있다.

#### I.

1. 1975.9.1. 공포되었고(BGBI. I S. 2325) 1990.7.11. 9차 개정에 의해 최종적으로 개정된(BGBI. I S. 1015) 연방선거법(BWahlG)은 선거권자가 한 정당의 명부에 대해 제2표로 투표할 수 있도록 규정하고 있다(연방선거법 제4조). 정당의 명부에 따라 부여될 수 있는 의석수는 선거구역 내에서 각 정당에 투표된 제2표의 합계에 기초하여 비율에 따라 계산되며, 그때그때의 정당명부에 분배된다(개별적인 사항은 연방선거법 제6조 제1항에서 제5항 및 제7항 참조). 정당명부의 비례의석배분 참여에 관하여 연방선거법 제6조 제6항은 저지조항을 규정하고 있다. 이 조항은 다음과 같다:

제6항 정당명부에 대한 의석배분에 있어서는 선거구역 내의 유효투표의 최소 5%를 얻은 정당 또는 최소 3개의 지역선거구에서 의석을 획득한 정당만이 고려된다. 제1문은 민족적 소수자의 정당에 의해 제출된 정당명부에 대해서는 적용되지 않는다.

1975.9.1.의 연방선거법은 여러 정당들 사이의 정당명부의 결합(명부결합: Listenverbindung) 또는 공동명부(명부연합: Listenvereinigung)에 대해 규정하지 않고 있었다. 같은 정당에 의한 복수의 정당명부는 연방선거법 제7조 제1항에 따라 예외의 선언을 유보한 가운데 구속력 있는 것으로 효력을 가진다. 이러한 명부결합에 대해서는 제7조가 다음과 같은 규정을 두고 있었다:

제1항 ……

제2항 결합된 정당명부는 의석배분에 있어서 다른 정당명부에 대하여 하나의 명부로 본다.

제3항 명부결합에 배분된 의석은 제6조 제2항에 따라 분배된다. 제6조 제4

항과 제5항은 이에 상응하여 적용된다.

2. 독일의 통일을 이루는 과정에서 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 대표자들은 1990.8.3. 「전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 조약」(이하에서는 선거법조약)에 서명하였다. 이 조약의 제1조 제1항 제1문은 전체 독일 최초의 선거에 대해 연방선거법의 적용범위를 메클렌부르크-포어폼머른, 브란데부르크, 작센-안할트, 작센, 그리고 튀링엔과 동 베를린 지역으로 확장하였다. 선거법조약의 제1조 제1항 제2문은 연방선거법이 이 조약의 첨부문서에 따른 변경 및 기준들과 함께 효력을 갖는다고 규정하였다. 선거법조약 제1조 제2항에 따르면 정당법의 여러 조항들도 적용된다. 제1조 제3항은 독일민주공화국의 1990.3.18. 인민의회선거법에 의한 정치적 결사는 독일연방공화국의 1990.2.20. 정당법 제2조 제1항의 의미의 정당과 동등한 것으로 규정하였다.

연방선거법 제6조 제6항의 저지조항에 관하여 이 조약의 첨부문서는 다음과 같은 연방선거법 경과규정의 개정을 규정하였다:

제53조는 다음과 같다:

제1항 ……

제2항 베를린을 제외하고 어떤 주(州)에서도 별도로 정당명부를 제출하지 않은 정당들의 정당명부는 연방선거관리인에 대해 통지함으로써 결합될 수 있다. 이러한 통지는 참여하는 모든 정당명부의 책임자 내지 그 대리인들이 공동으로, 선거일 20일 전날의 문서로써 18시까지 제출하여야 한다. …… 제6조 제6항과 제7조 제2항 및 제3항은 여러 정당의 결합명부에 상응하는 방식으로 적용된다.

제3항 ……

1990.8.20. 개정조약이 서명되었으며, 이 조약은 오로지 선거구의 획정에 관한 것이었다.

1990.8.23. 의결된 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 법률」(BGBl. II S. 813)(이하에서는 선거법조약법률) 제1조에서 독일연방의회는 선거법조약 및 그 부속문서와 개정조약에 동의

하였다.

독일연방의회는 제2조에서 선거법조약 첨부문서에서 명시한 연방선거법의 개정, 특히 연방선거법 제53조 제2항의 개정을 단행하였다(제2조 제2호). 연방참사원은 이 법률에 대해 1990.8.24. 동의하였다(PlenProt. 617, S. 438 B). 선거법조약과 개정조약은 1990.9.3. 발효되었다(BGBI. II 1990 S. 868).

전체 독일 최초의 선거일은 1990.12.2.로 확정되었다(BGBI. I 1990 S. 1713).

## II.

청구인들은 정당으로서 전체 독일 최초의 선거에 참여하기를 원한다. 심판청구 I에서 III까지의 청구인들은 청구한 기관쟁의심판을 통해 다음과 같은 사항의 확인을 청구하였다:

독일연방의회는 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 법률」 제1조에서 위 조약과 개정조약에 동의하고, 위 법률 제2조 제2호에서 연방선거법 제53조 제2항의 개정조항에서 1975.9.1. 공포된 연방선거법(BGBI. I S. 2325) 제6조 제6항의 저지조항을 존치하기로 규정한 것과 베를린을 제외한 어떤 주(州)에서도 별도로 정당명부를 제출하지 않은 정당들의 정당명부는 연방선거관리인에 대해 통지함으로써 결합될 수 있다고 규정함으로써 청구인의 기본법 제38조 제1항과 제21조에서 나오는 권리를 침해하였다.

청구인들은 심판청구 I과 III에서 다음과 같은 사항의 확인을 청구하였다:

연방참사원은 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 법률」 제1조와 제2조에 동의함으로써 청구인의 기본법 제38조 제1항과 제21조에서 나오는 권리를 침해하였다.

청구인들은 심판청구 II와 III에서 그들의 청구를 일단 연방정부에 대해서도 제기하였다. 그러나 이 청구는 법률에 대한 기관쟁의심판에서는 연방정부도 수동적인 당사자적격을 가질 수 있다는 과거 판례(BVerfGE 1, 208 [230 f.]; 4, 31 [36])를 심판부가 따르지 않는다는 설명과 함께 반려되었다.

청구인들은 심판청구의 근거로서 -개별적 관점에 대한 서로 다른 강조점과 함께- 핵심적으로 다음과 같은 주장을 하였다:

전체 -확장된- 선거구역에 대하여 저지조항을 존치시키는 것은 기본법 제38조 제1항과 제21조 제1항에서 나오는 기회균등권을 침해한다. 청구인들은 그때까지 전체 선거구역에 조직화될 수 없을 것이기 때문에 작은 정당들로서 이러한 조치에 의해 특히 타격을 입게 된다는 것이다. 따라서 청구인들은 -그들이 그동안 홀로 유권자들에 대해 선거운동을 했던 연방공화국의 지역과 관련시켜 볼 때- 사실상 6% 이상의 득표율을 극복해야 한다는 것이다.

명부결합의 -어찌되었건 제한적인- 허용은 저지조항의 제한 없는 존치를 통해 야기되는 침해를 보정하지 못한다. 명부결합의 허용은 확고하게 자리잡은 정당들이 작은 정당들 중에서 의석을 얻도록 도와줄 정당을 고르는데 도움을 준다. 이를 통해 유권자들이 아닌 거대정당들이 그밖의 어떤 정당들이 연방의회에 진출할 수 있을 것인지를 결정한다. 이른바 경쟁조항에 의하여 명부결합의 가능성을 수정하는 것은 기회균등 및 선거권의 평등에 대한 추가적인 침해를 야기하며, 동시에 그 본래의 규율목적을 놓치게 된다. 이러한 수정은 명부결합의 허용이 전체 선거구역 내에 조직화되지 못한 정당들 중의 일부에 대해서만 이익이 될 수 있도록 만드는 결과를 낳는다. 이익의 향유자는 -베를린을 제외하고- 어떤 주(州)에서도 정당명부를 제출하지 않은 명부결합의 파트너를 찾은 정당뿐이다. 경쟁조항에 의한 이와 같은 제한은 입법목적에 위배되는 방식으로 명부결합에 고려될 수 있는 정당을 감소시킨다. 실제로 지금까지 오직 하나의 정당만이 지역적인 거대정당과 명부결합의 방식으로 저지조항의 장애를 넘을 수 있는 전망을 가지고 있다. 다른 정당들은 스스로의 힘으로 득표율을 극복해야 하며, 여기서 좌초할 위험에 처해 있다. 그 정당이 오로지 명부결합에 의해 비례대표의석배분에 참여하는 정당보다 더 많은 득표를 한 경우 평등에 매우 심각하게 위배된다. 나아가 기회균등 및 선거권의 평등에 부합하도록 저지조항을 변경할 수 있는 대안적 가능성들이 존재한다.

심판청구 I의 청구인은 보충적으로 1990.2.5.부터 1990.8.12.까지 독일민주공화국(동독) 내에서 “공화주의자(Die Republikaner)” 정당이 금지되었던 점을 지적하였다.

심판청구 II의 청구인은 나아가 작은 정당들이 -청구인 자신과 마찬가지로- 자발적으로는 하지 않을 명부결합을 수용하도록 사실상 강제되고 있기 때문에 새 규정은 불가피한 사유 없이 기본법상 보장된 정당의 자유를 침해하는 것이

라고 비판하였다.

심판청구 Ⅲ의 청구인은 선택적인 명부결합과 결부된 저지조항의 위헌성에 관한 Paech교수와 Stuby교수의 의견서를 제출하였다.

### Ⅲ.

기관쟁의심판과 함께 결정하도록 병합된 헌법소원심판도 마찬가지로 선거법 조약에 관한 법률에 대한 것이다. 청구인은 녹색당(DIE GRÜNEN)의 당원으로 서 제12대 연방의회 선거에 선거권을 가지고 있으며, 스스로 연방의회 의석을 얻기 위해 선거에 참여한다. 1) 여성 청구인은 지역선거구의 후보이며, 2) 남성 청구인은 그의 소속 정당의 명부에서 5번에 위치하고 있다. 청구인들은 다음과 같은 사항의 확인을 청구하였다.

1. 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 1990.8.29. 법률」에 따른 연방선거법 제53조 제2항은 기본법 제3조, 제38조 제1항에 위배되어 무효이다.
2. 연방선거법 제6조 제6항 제1문은, 이 조항이 제12대 연방의회선거에의 적용이 배제되지 않는 한, 기본법 제3조, 제38조 제1항에 위배되어 무효이다.
3. 「1990.8.3. 전체 독일 최초의 독일연방의회선거의 준비와 시행에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)의 조약 및 1990.8.20. 개정조약에 관한 1990.8.29. 법률」 제1조는 1990.8.3. 조약 제1조와 결합하여 제12대 독일연방의회 선거에 연방선거법 제6조의 적용가능성이 도출되는 한 기본법 제3조, 제38조 제1항에 위배되어 무효이다.

청구인들은 청구서에 상세하게 표시된 법률규정들을 통하여 유권자로서, 그리고 후보자로서 그들이 기본법 제3조 및 제38조 제1항으로부터 나오는 권리가 침해되었다고 주장한다. 그 근거로 청구인들은 그들의 정당이 청구한 기관쟁의심판에서 제시하였던 논거를 제시하였다.

### Ⅳ.

1. 독일연방의회는 전체 독일 최초의 선거를 위한 선거법의 형성을 헌법에 부합하는 것으로 보았다. 독일연방의회는 독일연방헌법재판소의 확립된 판례에

따라 5% 저지조항을 정당한 것으로 인정하는 것이 전체 독일 최초의 의회를 구성하는 경우에도 예외가 되지 않을 것이라는 생각에서 출발하였다. 특히 군소정당의 난립이 국가정치적으로 민주주의에 대한 위협과 결부되어 있다는 평가가 이에 해당한다고 한다. 동시에 수정되지 않은 저지조항의 계속적용이 심각한 문제를 야기할 수 있다는 점도 간과할 수 없다고 보았다. 통일 독일에 대한 5% 저지조항은 독일민주공화국의 정당스펙트럼의 30%가 전체 독일의 의회에 반영되지 못하게 되는 결과를 야기할 수 있다는 것이다. 독일연방의회는 이러한 독특한 상황에서 발생한 딜레마를 벗어나기 위해 -가능한 한 폭넓은 공감대에 기초한 해결을 추구했다고 한다. 그러나 독일연방의회가 -의회 활동 능력에 대한 지속적인 침해의 위협에 직면하여- 헌법적으로 의무를 지고 있는지의 여부에 대해 의문을 가져야 했다고 한다. 경쟁하지 않는 정당들의 명부결합의 허용이 이상적인 해결이 아닌 것은 맞다고 한다. 그러나 다른 방식의 해결은 그편에서 -헌법적으로는 아니더라도 적어도 국가정치적으로는 매우 중대한 문제들을 야기하게 되었을 것이라고 한다. 이는 일차적으로 저지조항의 포기 또는 매우 낮은 득표율 기준의 설정에 해당한다고 한다. 입법자는 일회적인 특수한 선거상황을 위해 그렇게 근본적이고 기존의 체계를 뒤흔드는, 그리고 어쩌면 돌이킬 수 없는 규율을 만들어서는 안 된다는 것이다. 주(州) 별로 5% 저지조항을 적용하는 것은 주(州)들의 상이한 크기와 그로 인한 투표의 결과 가치의 차이 때문에 거부되었다고 한다. 양 독일 국가들의 정치적 근본결단은 독일의 양쪽을 서로 분리되어 “계산되는” 선거구역으로 보는 것에 반대했다고 한다.

새로운 연방선거법 제53조 제2항과 함께 발견된 해결은 선거구역 확대의 결과로 인하여 5% 저지조항이 사실상 더 날카로운 장애가 되었다는 것에 대응하기에 적합하다고 한다. 명부결합의 허용을 서로 경쟁하지 않는 정당에 제한함으로써 득표율 기준을 유지하는 의미가 우회되는 것을 방지한다고 한다. 그런 한도에서 저지조항의 변형은 사리에 맞다고 한다. 서로 경쟁하지 않는 정당들 간의 명부결합은 그 정당들의 독자성이 남아있음에도 불구하고 정치적 유사성이 존재하며, 이러한 유사성이 의회 내의 활동에서도 영향을 미칠 것으로 예상할 수 있다는 명백한 징후라고 한다. 또한 여기에 득표율 기준에 도달하지 못했지만 명부결합을 한 정당 중의 하나보다 더 많은 표를 얻을 수 있었던 정당들이 의회에서 대표되지 못하는 것의 정당성이 있다고 한다. 경쟁조항은 바



로 그러한 정당들, 즉 그들의 활동영역이 아직 전체 독일에 미치지 못하는 정당들을 위한 것이라고 한다. 입법자는 모든 정당들이 사실상 명부결합을 할 수 있도록 보장할 필요는 없다고 한다; 결정적인 것은 그들에게 균등한 기회를 열어놓는 것이라고 한다.

2. 연방정부는 심판청구 I 과 II에서 피청구인에 소송참가하였다. 연방정부는 기본적으로 독일연방의회와 같은 견해를 제시했고, 기관쟁의심판청구인 및 헌법소원심판청구인에 대한 불평등취급을 부인했다. 명부결합규정은 작은 정당들에 대해 연방의회의 의석을 얻을 수 있는 구조적인 기회까지 확대했다고 한다. 작은 정당들은 이런 기회를 활용하지 않거나 이러한 기회를 활용할 수 없는 경우라면, 이들은 고전적 의미의 군소정당에 해당하며, 이들이 의회에 진출하는 것은 의회의 의사결정과정에서 활동력을 약화시키게 될 것이라고 한다.

## V.

구두변론에서 기관쟁의심판청구인들, 독일연방의회, 연방정부 및 헌법소원심판청구인들은 그들이 서면으로 제출한 내용을 심화시켰고, 보완하였다.

심판부는 독일민주공화국의 인민의회와 정부, 그리고 인민의회와 독일연방의회에서 대표되고 있는 정당들과 정치적 결사들에 대해 구두변론에서 입장을 표명할 수 있는 기회를 부여했다. 좌파통일행동연대(Aktionsbündnisses Vereinigte Linke : Vereinigte Linke와 die Nelken), 기독교민주당(Christlich Demokratischen Union), 기독교사회당(Christlich Sozialen Union), 독일사회연합(Deutschen Sozialen Union), 독일사회민주당(Sozialdemokratische Partei Deutschlands), 민주사회당(Partei des Demokratischen Sozialismus) 및 연대 90(Bündnis 90)으로 결합된 새로운 광장(das Neue Forum), 이제는 민주주의(Demokratie Jetzt), 평화와 인권 선도(Initiative Frieden und Menschenrechte)의 대표자들이 입장을 표명했다. 정당들과 유권자단체들은 기본적으로 기관쟁의심판청구인 또는 피청구인에 의해 제시된 논거에 따랐다. 특히 좌파통일행동연대와 연대 90의 단체들의 대표자들은 독일민주공화국 내에서 신생정당들 및 시민운동에 대한 지지조항의 특별한 문제점에 대해 설명했고, 독일민주공화국의 주(州)의회 선거법에 규정된

저지조항은 이 법률이 이들에 대해 동시에 공동으로 선거명부를 제출할 수 있는 가능성을 열어두고 있기 때문에 덜 심각할 것이라는 점을 지적했다.

## B. (적법요건의 판단)

### I.

기관쟁의심판청구는 기본법 제99조 제1항 제1호와 연방헌법재판소법 제12조 제3호, 제63조 이하에 따라 적법하다.

기관쟁의심판청구인들은 정당들이다. 이들은 그들의 헌법상 지위와 선거절차의 법적 형성을 통해 침해될 경우에는 기관쟁의심판의 방식으로 다룰 수 있다(BVerfGE 4, 27 참조; 확립된 판례).

정당의 헌법상 지위에는 선거에서의 기회균등권이 포함된다(BVerfGE 1, 208 [241, 255]; 확립된 판례, 최근에는 BVerfGE 73, 40 [65]). 기관쟁의심판청구인들은 선거법조약법률의 규정들에 의해 이러한 기회균등권이 침해되었다고 보았다. 청구인들은 연방헌법재판소법 제64조의 의미의 처분에 대해 다투었고, 연방헌법재판소의 확립된 판례에 따를 때 이러한 처분에는 상위 규범을 존중하지 않고 관련당사자의 권리를 침해하는 법률의 제·개정도 포함된다(BVerfGE 1, 208 [220]; 4, 144 [148]; 최근에는 BVerfGE 80, 188 [209]).

청구인들은 연방선거법이 제6조 제6항의 5% 저지조항을 존치하는 가운데 독일민주공화국의 지역으로 적용을 확대하고, 이를 통해 평등에 위배되는 저지조항의 효력을 강화하는 것에 대해 다투었다. 나아가 청구인들은 명부결합의 허용이 정당들에 대해 저지조항의 한계를 넘지 않고 비례대표의석배분에 참여할 수 있도록 한 반면에 청구인 정당들은 그들이 더 많은 표를 얻은 경우에도 비례대표의석배분에서 배제될 수 있다는 것에 대해 이의를 제기했다. 이러한 주장들에 따르면 기회균등권의 침해가 가능한 것으로 보인다.

연방의회와 연방참사원은 피청구인이 될 수 있다. 연방의회는 선거법조약법률을 의결하였다. 연방참사원은 그의 헌법상 권한의 범위 내에서 연방의회의 입법에 참여하였다(BVerfGE 20, 119 [131]; 20, 134 [142]; 73, 40 [67] 참조). 여기서 연방참사원(BR, PlenProt. 617, S. 438)이 말하는 동의법률이 문제되는지 여부는 논외가 될 수 있다. 왜냐하면 연방참사원은 어찌되었건 그의 동의를

통해 -그리고 이에 대한 이의를 받아들이지 않음으로써- 그 법률의 성립에 기여했기 때문이다.

## II.

헌법소원심판청구는 기본법 제93조 제1항 제4a호와 연방헌법재판소법 제13조 제8a호, 제90조 이하에 따라 적법하다. 그의 청구서를 사리에 맞게 해석할 때 결정주문 I에서 볼 수 있는 내용을 청구한 헌법소원심판청구인은 선거법 조약법률의 규정들은 -기관쟁의심판청구인들도 주장한 것처럼- 기본법 제38조 제1항의 선거권의 평등에 관한 권리를 침해한다고 주장하였다. 이러한 침해는 정당명부 등재자로서의 청구인 2)에게 그리고 유권자로서의 두 청구인 모두에게 해당된다. 이러한 침해가 존재한다면, 청구인들은 법률에 의해 직접 그리고 현재적으로 침해를 받는 것이다(BVerfGE 1, 208 [237] 참조; 확립된 판례, 최근에는 BVerfGE 57, 43 [55]).

## C. (본안판단)

기관쟁의심판청구와 헌법소원심판청구들은 이유가 있다.

### I.

독일연방의회의 선거에 대하여 기본법 제38조 제1항 제1문에서 보장되고 있는 평등선거의 원칙은 연방헌법재판소의 확립된 판례에 따르면 평등한 민주주의 원칙과의 관련 때문에 엄격하고 형식적인 의미로 이해되어야 한다(특히 BVerfGE 51, 222 [234] m.w.N.; 78, 350 [357 f.]). 기본법에 의해 형성된 민주적 질서는 선거의 영역에서도 (그들 사이에 존재하는 차이에도 불구하고) 모든 국민의 투표에 평등한 무게를 인정하고 있다. 따라서 수적 가치의 차등화, 그리고 -비례대표선거에서도- 유권자의 표의 결과가치의 차등화는 배제된다.

선거에 있어서 시민들을 정치적 행동통일체로 조직화하는 것은 무엇보다 정당이기 때문에 선거 영역에서의 형식적 평등원칙으로부터 정당들과 정치적 결사들의 균등한 경쟁기회의 원칙도 마찬가지로 형식적 의미로 이해되어야 한다는 결론이 도출된다. 선거에서의 기회균등에 관한 정당들의 권리는 기본법 제

21조 제1항과 제38조 제1항 제1문에 규정된 헌법상의 지위와 그 의미, 즉 정당에 대해 보장되고 있는 정당설립의 자유, 그리고 자유민주주의를 위한 복수 정당제로부터 나온다(BVerfGE 73, 1 [28 f.]; 73, 40 [88 f.] 참조; 확립된 판례). 이러한 기회균등권은 선거과정뿐만 아니라 선거의 준비과정도 지배한다. 정당들이 원칙적으로 동등한 법적 조건 하에서 선거투쟁을 하지 않을 경우에는 민주주의가 기능할 수 없다(BVerfGE 44, 125 [146] 참조). 입법자가 정당들과 유권자단체들의 기회균등을 변경할 수 있는 방식으로 선거에서의 정치의사형성에 관한 사항을 규율할 경우에는 형성의 여지가 매우 좁은 범위로 제한된다; 헌법상 입법자에게는 정당들과 유권자단체들에 대한 모든 차별적 취급이 원칙적으로 금지된다(BVerfGE 51, 222 [235] m.w.N. 참조).

형식적 선거권의 평등과 정당의 기회균등이라는 원칙들로부터 정치적 단체에 대한 선거법의 규율에 있어서는 입법자에게 매우 좁은 범위에서만 차별화의 여지가 인정된다는 결론이 도출된다. 이러한 차별화는 항상 불가피한 사유에 의해 정당화되어야 한다. 연방헌법재판소의 판례는 선출되는 의회의 활동력의 확보를 비례대표제 하에서 선거권의 평등에 대한 차별화를 정당화할 수 있는 불가피한 사유의 하나로 반복적으로 인정하였다(예컨대 BVerfGE 1, 208 [247 f.]; 4, 31 [40]; 6, 84 [92, 93 f.]; 51, 222 [236] 참조). 유권자들의 정치적 의사를 선출되는 의회 속에 가능한 한 실제에 가깝게 반영하려는 비례대표제의 특징이랄 수 있는 원리는 의회가 수많은 작은 그룹으로 분열되는 결과를 야기할 수 있으며, 이는 안정적인 다수의 형성을 어렵게 하거나 방해하게 될 것이다. 그러므로 입법자는 의회의 행동력과 결정능력을 확보하기 위해 요청되는 범위에서 비례대표선거에서 투표의 결과가치를 상이하게 평가할 수 있다.

이러한 목표를 위하여 입법자는 저지조항을 통해 선출되는 의회의 활동력을 확보하는 것이 원칙적으로 허용된다. 여기서 5%의 득표율은 헌법적으로 문제되지 않는 것이 일반적이다. 그런데 연방헌법재판소가 이미 오래 전에 강조한 바와 같이 저지조항과 평등선거 원칙의 양립가능성은 모든 경우에 대해 추상적으로 판단될 수는 없는 것이다. 한 국가에 있어서 선거법규정은 특정한 시기에 정당화될 수 있고, 다른 국가 또는 다른 시기에는 그렇지 않을 수 있다; 선거법규정을 제정함에 있어서는 그것이 적용될 국가의 상황을 고려해야 한다는 것이다(BVerfGE 1, 208 [259] 참조. 또한 BVerfGE 51, 222 [236 f.]도 볼 것).

여기서 견지되어야 할 것: 그 국가 내에서 상황이 본질적으로 변화되었을 때, 예컨대 선거 직전에 선거법의 공간적 적용범위가 다른 정당구조를 가진 지역으로 크게 확장된 경우에는 전통적인 저지조항에 대한 예외의 판단이 -그것이 잠정적인 것이라 하더라도- 필요한 것으로 인정된다.

선거입법자가 이러한 의미에서 특수한 상황을 발견하면 이를 고려하여야 한다. 입법자가 저지조항을 포기할 것인지, 그 비율을 낮출 것인지, 또는 다른 적절한 수단을 취할 것인지는 원칙적으로 자유이다. 입법자가 5% 저지조항을 고수하되, 그 영향력을 완화시키는 것이 바람직하다고 생각할 경우에는 요청되고 있는 완화를 위해 입법자가 선택한 수단이 헌법과 합치되어야 하며, 특히 선거권의 평등 및 정당의 기회균등이라는 원칙들을 충족시켜야 한다. 그런데 저지조항의 영향을 완화시키는 규정은 저지조항의 효력을 제한하지 않을 경우에 비하여 “혜택”이 된다는 것만으로 정당화되지 않는다. 정당들의 선거경쟁에 중립적인 규정만이 헌법적으로 존속될 수 있는 것이다(BVerfGE 14, 121 [134] 참조). 또한 이러한 중립성에 따라 입법자가 앞서 언급한 의미의 특수한 상황에서 저지조항에 의해 법적으로 야기된 선거경쟁의 왜곡을 방지하지 못하도록 요청될 수 있다.

## II.

다투어지고 있는 입법자의 처분과 관련되어 있는 전체 독일 최초의 연방의회선거는 반복될 수 없는 특수한 상황에서 행해지며, 선거입법자는 저지조항과 관련하여 이 점을 고려해야 한다. 전체 독일 최초의 연방의회선거는 정당과 정치적 결사들이 단기간에 확대된 선거구역에 적응해야 한다는 점, 그밖에도 선거에 참여하는 정당과 정치적 결사들의 일부는 몇 개월 전어야 비로소 조직되고 정치적으로 활동할 수 있었다는 점에서 다른 선거들과 구별된다.

1. 연방선거법을 독일민주공화국의 주(州)들의 영역으로 확장하는 것은 이러한 주(州)들이 연방선거법 규정들에 따른 선거구역(연방선거법 제2조 제1항)의 일부가 된다는 결과를 가져온다. 뿐만 아니라 전체 독일 최초의 선거는 독일민주공화국의 평화적 혁명 1년 후에 시행된다. 전체 독일의 선거구역을 형성하는 것, 즉 40년 동안 분단되었던 2개의 지역을 통합하는 것과 전체 독일 최초의

선거일 사이에는 딱 3개월의 시간이 있다. 이러한 진행은 여러 정당들이 그들의 활동영역을 각기 새로 추가된 선거구역으로 확장하고 그곳에서 성공적인 전망을 가지고 유권자들의 표를 얻기에 충분한 가능성을 부여해주지 않는다. 특히 정당들은 연방의회선거까지 새로 추가된 선거구역에서 지방선거 또는 주(州)의회선거에 참여하고 이를 통해 유권자들에게 정책과 후보자를 소개할 기회가 매우 제한되어 있다.

a) 이러한 출발점에서 전체 선거구역에서의 5% 지지조항은 그동안 독일연방공화국에서만 활동하던 정당들보다 오늘날까지 독일민주공화국의 영역에서만 활동하던 정당들에게 불평등하게 더 큰 부담이 된다. 연방의회의 독일 통일에 관한 위원회의 확인에 따르면(BTDrucks. 11/7652 - neu -, S. 5) 이러한 지지조항을 존치할 경우 그동안 독일민주공화국의 지역으로 활동영역을 제한하고 있던 정당들과 정치적 결사들은 5%의 장애를 극복하고 연방의회에 진출하기 위해서는 -그들의 그동안의 활동영역과 관련하여- 23.75%의 제2표를 득표해야 한다. 이에 상응하여 독일연방공화국의 정당들은 -그들의 그동안의 활동영역과 관련하여- 대략 6% 이상의 제2표를 득표하여야 한다.

선거입법자가 고려해야 할 또 하나의 특별한 사항은 국민 전선(Nationale Front)을 제외한 정당들과 정치적 결사들이 독일민주공화국의 변혁 이후에 비로소 조직되고 활동할 수 있었다는 점이다. 그러므로 그들의 조직적, 인적 및 재정적 활동의 기초는 오랜 기간 활동한 정당과 비교할 때 제대로 형성되지 못했다; 또한 그들의 정책이나 다른 정치적 그룹과의 협력을 발전시키는 데에도 짧은 시간만이 주어졌다.

b) 이러한 차이는 정당이나 정치적 결사들의 책임으로 돌리거나 기타의 이유로 그들에게 귀속시킬 수 있는 것이 아니다. 이러한 차이의 원인은 오히려 현행법의 변경에 있다. 연방선거법의 확장 이전에 연방공화국 내에서는 종래의 법률적용범위 내에서 주소 또는 지도부를 가지고 있는 정당들만이 공천권을 가지고 있었다(연방선거법 제18조, 정당법 제2조 제3항 제2호). 1990년 3월 18일의 독일민주공화국 인민의회의 선거에서는 독일민주공화국의 영토 내에 주소를 가지고 있는 정당들 또는 정치적 결사들만 공천권이 인정되었다(1990년 2

월 20일 제정된 「1990년 3월 18일의 독일민주공화국 인민의회 선거를 위한 법률」[GBI. I S. 60] 제8조 제1항; 1990년 2월 21일 제정된 「정당 및 정치적 결사에 관한 법률」[GBI. I S. 66] 제5조 제2항). 1990년 8월 29일의 선거조약은 그동안 독일민주공화국에서 적용되던 선거법을 대체하였고, 독일연방공화국에 적용되던 연방선거법을 선거구역의 확장 및 서로 다른 조직적 출발조건을 가지고 있는 정당 및 정치적 결사들의 참여라는 (정당의 기회균등에 있어서 본질적인 것이라고 할 수 있는) 두 가지 점에서 변경하였다.

조직적인 출발조건의 상이성도 법적 이유에 근거한 것이다. 과거 독일민주공화국에서 적용되던 1975년 11월 6일의 「결사의 설립 및 활동에 관한 명령」(GBI. I S. 723)에 따르면 결사는 그 활동을 위해 국가의 승인을 필요로 한다(제2조 제1항); 이러한 승인은 그 결사의 성격과 목표가 사회주의적 사회질서의 원칙들에 부합할 때에만 부여된다(제1조 제2항). 정당은 독일민주공화국의 국민 전선(Nationale Front) 내에서만 존속할 수 있다(1974년 10월 7일 개정된 「1968년 4월 6일의 독일민주공화국 헌법」[GBI. I S. 425] 제3조 제2항). 이러한 설립 및 활동의 금지는 최근에야 제거되었다.

이러한 법질서에 의해 형성된 상이점은 선거입법자가 그의 중립성의무에 기초하여 수용해야 할 차이점이 아니라 저지조항에 있어서 간과되어서는 안 될 불평등이다.

2. 새로운 광장(das Neue Forum)이 구두 변론에서 주장한 견해와 관련하여 통일조약 제5조에서 언급된 과제들에 있어서 선거입법자가 고려되어야 할 특별한 사정이 존재하지 않는다. 통일조약 제5조에서는 입법부에게 독일의 통일과 관련하여 제기된 기본법의 변경 또는 보안에 관한 문제들을, 특히 기본법 제146조의 적용 및 그와 관련한 국민투표의 문제를 다룰 것을 “권고”하였다. 이를 통하여 제12대 독일연방의회가 헌법제정권을 행사한다는 의미에서 헌법제정회의 또는 헌법초안을 작성하는 회의가 되는 것은 아니다. 그러므로 그러한 과제가 저지조항의 적용을 배제하는지의 여부는 확정적이지 않다.

### III.

1. 전체 독일 최초의 연방의회선거에 있어서는 전체 선거구역에 대해서 5%

저지조항을 고수하는 것을 금지하는 특별한 사정이 존재함을 확인하는 것으로 문제가 끝나지 않는다. 입법자는 연방선거법 제53조 제2항을 통해 저지조항의 작용을 완화시켰다. 입법자는 이를 통해 의도했던 것은 “두 개의 독일 국가들 중의 하나에서 구성되었고, 다른 쪽의 정당과 결합함으로써 전체 독일의 선거를 위한 기초를 형성하지 못한 정당들이 명부결합을 함으로써 그 정당들에게 투표된 제2표의 전체 비중이 선거에 작용하는 것”을 가능하게 만드는 것이었다(BTDruks. 11/7624 S. 21; 또한 선거조약에 관한 법률 초안과 관련하여 독일 통일에 관한 위원회의 토의에 관한 보고 참조. 여기서 위원회의 압도적 다수는 “40년의 분단 이후에 독일의 한쪽 또는 다른 쪽에서만 정치적으로 활동할 수 있는 집단 및 정당들이 존재한다는 상황에 맞추어야 할” 이유가 있다는 연방내무장관인 Schäuble 박사의 생각에 찬동하였다. BTDruks. 11/7652 - neu-, S. 7).

이에 따라 그 규정에 대해서, 과연 그 규정이 선거구역의 확대 및 그와 결부된 5% 저지조항의 저지작용의 철폐화에 의해 정당 및 정치적 결사들에게 발생한 특별한 어려움을 헌법적으로 문제되지 않는 방식으로 해결했는지를 검토하여야 한다.

## 2. 이 문제에 대한 답은 부정적이다.

a) 명부의 결합은 연방선거법 제53조 제2항의 경쟁조항에 의해 제한되고 있다. 경쟁조항은 오직 모든 -베를린을 제외한- 주(州)에서 별도로 정당명부를 제출하지 않은 정당들만 결합이 가능하도록 하고 있다. 이를 통해 명부결합은 5% 이하의 정당명부에 대해서 투표했던 유권자들의 표의 결과가치에 대한 -거꾸로의- 차별을 야기한다. 그러므로 명부결합은 형식적 평등의 요청에 비추어 평가되어야 한다. 이러한 요청은 -상이한 정당들 사이의 명부결합에 대한 원칙적 문제점에 대한 논란을 접어두더라도- 연방선거법 제53조 제2항의 기본적인 생각에 해당하는(BVerfGE 6, 84 [97, 98] 참조) 모든 정당에게 동일한 방식으로 유리하게 작용하는 것이 아니라는 이유로 충족되지 못한다. 득표율 기준에 도달하지 못했음에도 불구하고 비례대표의석 배분에 참여할 수 있는 기회는 처음부터 군소정당들 중의 일부만이 갖는다. 추상적으로는 모든 정당과 정



치적 결사들에게 명부결합의 가능성이 열려 있다. 그러나 선거법은 추상적으로 구성된 사례들이 아니라 정치적 현실에 맞추어져야 한다(BVerfGE 1, 208 [259]). 정치적 현실을 고려할 때, 가능한 명부결합의 숫자는 심각하게 축소된다. 연방선거법 제53조 제2항의 기본적 생각에 해당하는 정당들 중의 압도적 다수는 명부결합의 파트너를 찾을 수 없을 것이며, 이는 정당을 비롯하여 그 정당에 의해 영향받을 수 있는 사정들에서 기인한 것이라고 볼 수 없는 것이다. 왜냐하면 경쟁조항이 적용될 경우에는 -무제한적인 명부결합의 가능성을 인정하는 경우와는 달리- 정당들이 명부결합을 통해 저지조항의 극복이라는 목적을 달성하고자 할 때, 실제로는 항상 두 개의 정당만이 명부결합을 할 수 있기 때문이다. 아무튼 정당들이 -규정에서 정하는 것처럼- 적어도 독일민주공화국의 영역 또는 독일연방공화국의 영역 내의 모든 주(州)들에서 정당명부를 제출할 경우에는 그렇게 된다.

이에 따라 임의로 수많은 명부들이 서로 결합될 수 없기 때문에 성과를 기대할 수 있는 것은 오로지 (부모가 아이를 등에 태워서 가는 모습처럼) 적어도 한 파트너가 그 관련지역(독일민주공화국 또는 독일연방공화국)에서 충분한 유권자를 확보하고 그렇기 때문에 상대 파트너의 약점을 조정해줄 수 있는 정당들의 결합뿐이다. 하나의 선거구역으로 통합된 양 독일의 크기의 차이 때문에 작은 정당의 명부결합 파트너로서는 연방공화국 내에서 상당한 득표율을 기대할 수 있는 정당만이 고려대상이 된다. 선거조약에 관한 법률이 가결될 당시 이러한 소수의 정당들 중에서 이미 3개의 정당이 다른 지역의 자매정당과의 통합을 이루었거나 예고하였다. 이로써 이들은 경쟁조항이 적용되는 상황에서 파트너로서 배제된다. 왜냐하면 이들은 모든 연방의 주(州)에서 정당명부를 제출할 것이기 때문이다. 그러므로 연방선거법 제53조 제2항의 기본적 생각에 해당하는 정당들 중에서 애초부터 매우 적은 숫자만이 5% 저지조항을 극복하는데 도움을 줄 수 있는 파트너를 찾을 수 있는 실질적인 기회를 가지고 있는 것이다. 이는 정당의 기회균등을 침해한다.

b) 이와는 별도로 모든 명부결합은 -경쟁조항이 있건 없건- 기회균등과 충돌한다. 왜냐하면 명부결합은 유권자들의 투표의 결과를 불평등하게 반영하며, 이를 불가피한 것으로 볼 실질적인 근거를 제시할 수 없기 때문이다. 이러

한 결론은 다음과 같은 속고로부터 도출된다:

aa) 연방선거법이 구체적으로 규정하고 있는 것처럼 선거를 정당에 의해 작성된 정당명부에 따라 치르는 것은 비례대표제선거의 제도에 부합한다(연방선거법 제6조 제1항 및 이와 관련하여 제34조 제2항 제2호 참조). 이러한 정당명부에 대해 투표된 표는 연방선거법 제6조 제6항에 따라 -그 조항에 규정되어 있지만 여기서는 상세하게 다루지 않는 특별규정들을 제외하면- 그 정당이 선거구역 내에서 투표된 유효투표의 5% 이상을 득표하지 못한 경우에는 의석 배분에 고려되지 않는다. 이 경우의 유권자들의 투표에 대한 결과값의 상이한 반영은 정당들이 저지조항에 의해 만들어진 -선거구역 내의 투표의 5%를 자기에게 모으는- 장애를 넘지 못하는 한, 모든 정당들에 대해 평등하게 작용한다.

이러한 저지조항의 평등한 작용은 연방선거관리에 대해 명부결합을 통지한 정당들의 경우에 깨뜨려진다. 이러한 통지는 저지조항의 극복을 위해서는 결합된 명부에 투표된 숫자의 합에서 계산되는 비율이 결정이라는 결과를 낳는다. 이러한 방식으로 선거구역 내에서 5%의 한계를 넘어서지 못하고 그럼으로써 의석을 확보하지 못했을 정당들이 의석배분에서 고려될 수 있게 된다. 명부결합을 한 정당들 중의 하나가 이미 자신의 힘으로 저지조항을 극복한 경우, 명부결합을 한 제2의 정당은 저지조항의 극복에 기여할 필요가 없게 된다. 그러므로 명부결합은 그 결과뿐만 아니라 목표에 있어서도 연방선거관리에 대한 통지에 의해 명부가 결합되는지의 여부에 따라 저지조항의 작용이 상이하게 형성되도록 하는 것이다.

결합되지 않은 명부에 대한 유권자들의 투표에 비하여 결합된 명부에 투표된 유권자들의 표의 상이한 결과값에 상응하여 개별 투표의 결과값도 상이하다. 결합된 명부의 하나에 투표한 모든 유권자는 이를 통하여 그와 결합된 다른 명부에 대한 투표도 비율의 조정에서 고려되도록 하는데 기여할 수 있다. 즉, 그는 자신이 투표하지 않은 명부가 성공할 수 있도록 도와주는 셈이다. 이런 방식으로 유권자들의 표가 상이하게 반영되는 것은 형식적 선거권의 평등 원칙에 매우 심각하게 위배되기 때문에 그 결과 나타나는 정당의 기회균등에 대한 정당화 근거가 고려될 수 없는 것이다.

bb) 이에 반하여 독일민주공화국의 선거법이 규정하고 있는 것과 같은 명부의 연합(아래의 IV. 2. 참조)은 선거권의 평등과의 충돌을 수반하지 않는다. 명부의 결합이 저지조항의 극복을 위한 단순한 숫자의 공동체를 구성하는 반면에 명부의 연합은 공동작용의 확고한 형태를 전제한다. 명부의 연합에서는 다수의 정당 또는 정치적 결사들이 하나의 공동 명부를 제시하며, 이 명부는 상이한 정당들의 후보자들을 확실한 순위에 올려놓고, 이를 유권자들에게 보여주는 것이다. 이를 통해 저지조항의 평등한 작용은 제거되지 않는다; 명부의 연합에 대해서도 저지조항의 극복을 위해 요구되는 만큼 많은 투표가 있어야 한다. 그러므로 명부연합의 허용은 유권자들의 투표의 결과가치를 저지조항의 목적에 의해 야기되는 정도 이상으로 불평등하게 만들지 않는다. 따라서 명부 연합의 허용은 단지 개별 정당 또는 정치적 결사만이 정당명부를 만들 수 있다는 연방선거법의 원칙에 대한 예외를 포함하는 것이다. 명부결합은 이러한 법률적인 핸디캡을 존중하는 것이지만, 반면에 선거권의 평등에서 나오는 헌법 원칙, 즉 저지조항의 장애는 모든 정당명부에 대해 동일한 방식으로 적용되어야 한다는 것을 깨뜨리는 것이다.

#### IV.

지금까지 이야기한 바에서 입법자는 헌법 때문에 전체 독일 최초의 선거에서 저지조항에 관한 규정을 아예 배제해야 할 의무가 있다는 결론이 도출되는 것은 아니다.

##### 1.

a) 전체 선거구역에 대해 저지조항이 적용되는 것을 고수하고 해서 저지조항의 기준이 일반적으로 낮아지는 것은 고려되지 않는다. 그러나 여기서 지금까지 독일민주공화국(동독) 내에서만 활동해 왔던 정당들은 선거구역의 확장에 의해 독일연방공화국(서독)의 정당들에 비하여 불평등한 출발조건을 감수하게 되는 것을 고려하지 않을 수는 없다. 그들은 일정한 득표율을 위한 그들의 기회를 지키기 위해서 기존의 상태를 벗어나서 -그들의 기존의 선거구역이었던 독일민주공화국의 3.5배 이상의 숫자에 달하는- 새로운 유권자들의 지지를 얻기 위해 노력해야 한다; 이에 비하여 독일연방공화국 정당들의 핸디캡은 그들

의 기존 선거구역에 정주하는 유권자의 숫자가 훨씬 크기 때문에 그들에 비해 3분의 1도 되지 않는다. 이러한 불평등한 출발조건은 -이미 설명한 바와 같이- 그동안 독자적이었던 양 선거구역을 하나의 선거구역으로 통합하고, 이와 더불어 하나의 법적 규율, 즉 선거조약에 대한 동의법률을 제정함으로써 발생하는 필연적 결과이다.

이로부터 입법자가 그가 필요한 것으로 간주하였던 저지조항을 전술한 바와 같은 불평등한 출발상황과 결부시키는 방식으로 확정하는 것, 즉 출발점에서 활동력 있는 의회를 위해 유권자들의 투표의 결과가치를 상이하게 반영하고자 하는 규정들을 도입하는 것은 헌법에 의해 금지된다는 결론이 나온다. 이러한 경우 -전술한 불평등한 출발상황 때문에- 저지조항의 기능에 의해 정당화될 수 없는 불평등이 공고해진다: 즉, 독일민주공화국의 정당들은 저지조항의 극복을 위해 항상 그들의 기존 선거구역 내에서 더 많은 유권자의 비율을 확보해야 하고, 이에 상응하여 선거에서 -독일연방공화국 정당들이 그들의 기존 선거구역에서 요구되는 것보다- 더 큰 성공을 거두어야 하는 것이다. 그러므로 예컨대 선거구역에 관한 저지조항을 1.2%로 낮추는 것은 독일민주공화국의 정당들이 저지조항을 극복하기 위하여 이전의 독일민주공화국 영역에서 5% 이상의 유권자 득표를 얻을 필요가 없게 하는 효과를 낳는다. 이는 결과적으로 기존의 선거구역에서 5% 조항을 적용한 것에 비해 더 가혹한 것은 아니다. 이에 반하여 독일연방공화국의 정당들은 그들의 기존 선거구역에서 의석배분에 참여하기 위해서 1.6%의 비율로 충분할 것이다. 이러한 불평등은 저지조항을 1.2% 이하로 낮출 경우에도 존속한다; 이러한 불평등은 광범위한 선거구역을 가진 모든 획일적 저지조항에서 불가피하게 나타나는 것이다.

그러므로 그러한 저지조항은 어떻게 그 비율을 확정한다 하더라도 독일민주공화국 정당들에게 불리하게 기회균등을 침해한다. 저지조항은 정당들에 대해 -법적인 여건에 근거한 상이한 출발상황에 비추어 볼 때- 더 이상 중립적이지 않으며, 오히려 독일연방공화국의 정당들에게 유리한 개입을 의미하게 된다.

b) 반면에 각 지역별 저지조항, 즉 한편으로는 서베를린을 포함한 독일연방공화국의 기존 지역에서, 다른 한편으로는 동베를린을 포함한 독일민주공화국의 지역에서 각기 같은 비율로 저지조항을 정하는 것은 헌법적으로 문제되

지 않는다. 국가적 통일의 형성 이후 독일민주공화국의 정당들은 즉시 -인구 측면에서 볼 때- 과거에 비해 300% 이상 더 큰 선거지역에서 논쟁과 경쟁을 치러야 하는 반면에, 독일연방공화국의 정당들은 27% 정도의 확장에 불과하다는 불평등은 지역별 지지조항을 통해 유권자들의 투표의 결과가치를 상이하게 평가하는 것의 근거가 될 수는 없을 것이다; 이러한 불평등이 이런 방식으로 법적 차원으로 고양되고 그럼으로써 법적으로 제도화될 수는 없다. 그 대신에 정당들에게 어떤 경우든 -그들의 불평등한 출발과 관련하여- 본질적으로 불평등하지 않은, 오히려 균등한 기회가 부여되며, 이에 상응하여 유권자들의 평등한 지지를 기대할 수 있는 것이다. 이에 대하여는 이런 의미의 지역별 지지조항은 선거법에서 요구되는 형식적 고찰방식에 따를 때 독일민주공화국의 영역에서 투표된 표가 의석배분에서 더 큰 비중을 갖게 된다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 민주주의 원리에 부합하는 엄격하고 형식적인 평등이라 하더라도 여기서 문제되는 불평등한 상황에서는 각각의 관련 지역에서 형식적 평등과 연결하는 것을 통해서만 형성될 수 있을 것이다. 그러므로 -유권자들의 투표의 결과가치가 특정한 득표율에 의존하기 때문에- 이러한 득표율과 관련한 지역에서 다른 지역에서보다 더 많은 득표를 해야 하는 상황은, -여기에서처럼- 이러한 관련 지역이 평등의 관점에서 구성되었을 경우에는 평등과의 충돌이 발생하지 않는다.

2. 그러나 -그 비율을 고려하지 않은- 단순한 지역별 지지조항은 기회균등의 요청을 아직 충족시키지 못한다. 지역별 지지조항만으로는 최초의 전체 독일 선거에서 나타나는 상이한 출발조건들을 충분히 조정할 수 없는 것이다. 독일 민주공화국의 지역에서 선거에 나서는 정당 및 정치적 결사들의 경우 이러한 상이한 출발조건은 그들 중의 일부는 선거운동에서 -정도의 차이는 다소 있지만- 사회주의통일당(SED: 동독공산당)의 일당독재시절에 마련되었던 자원들에 의존할 수 있는 반면에 당시 독재정권에 의해 박해받고 억압되던 다른 정당들의 경우에는 독재정권의 붕괴 이후에 비로소 조직화될 수 있었다는 점에서 나타난다. 구두변론에서도 주장되었던 후자에 속하는 정당들의 불리함은 독일연방공화국의 기존 지역에서 선거에 나서는 모든 정당들 및 정치적 결사들에 대해서도 마찬가지이다. 이러한 불리함은 조정되어야 한다. 이를 위해 독일민주

공화국 내에서 1990. 2. 20. 제정된 1990년 3월 18일의 독일민주공화국 의회 선거에 관한 법률(GBI. I S. 60)과 1990. 7. 22. 제정된 독일민주공화국 주(州) 의회 선거에 관한 법률(GBI. I S. 960)에서 명부연합의 방법이 제안되었다. 입법자가 제12대 독일연방의회 선거에 대해서도 이러한 가능성을 활용하고 이에 따라 독일민주공화국의 지역에서 명부연합을 주(州)의회 선거에 대해 인정되었던 법률적 조건들 하에서 정당들 및 정치적 결사들에 대해서 -그들 또는 그들의 주(州) 단위의 결합이 독일민주공화국 내에 주소를 두고 있을 때- 허용할 경우, 현재 독일민주공화국에서 활동하는 정당들 및 정치적 결사들 중의 적지 않은 숫자가 사회주의통일당의 지배 당시 겪었던 차별이 고려될 수 있다. 즉, 그들에 대해서는 목전에 있는 연방의회선거를 감안하여 짧은 시간 내에 선거법이 전제하거나 시사하는 조직형태로 변화하도록 노력하는 것을 덜어줄 수도 있다. 독일민주공화국 지역의 정치적 조직들에 의해 만들어진 이러한 명부연합은 전체 선거지역에서 후보자를 내세울 수 있다.

3. 저지조항을 정당화시키는 목표는 이와 같이 기존의 독일민주공화국 지역에서 활동하는 정당들 및 정치적 결사들의 명부연합의 구성 가능성과 결부된 지역별 저지조항의 경우에도 유지된다. 이러한 방식을 취할 경우 작은 정당들의 의회진출이 -선거지역에 관한 통일적 저지조항 또는 명부연합의 구성 가능성이 없는 지역별 저지조항에 비하여- 균등한 범위에서 제한되는 것은 아니라고 할 수 있다. 그러나 제12대 연방의회 선거에 대하여 이렇게 규율하면 -그리고 이것만이 심판의 대상이다- 매우 실효적인 저지효과가 나타난다. 입법자는 지역별 저지조항을 최초의 전체 독일의 자유로운 선거의 특별한 의미를 감안하여 5% 이하로 내리는 것도 가능할 것이다; 이것은 입법자의 형성의 자유의 문제임과 동시에 저지조항의 “여부”에 대한 결정이기도 하다(BVerfGE 4, 31 [40] 참조). 그러나 입법자가 지역별 저지조항을 양 관련지역에 상이하게 정하는 것은 -선거권의 평등 때문에- 금지된다.

#### D. (비용 보상)

헌법소원심판절차에서 헌법소원청구인에 대한 비용 보상은 연방헌법재판소법

제34조의a 제2항에 따른다.

기관쟁의심판절차에서 청구인들은 절차의 준비와 진행을 통해 최초의 전체 독일 선거의 관점에서 특별한 헌법적 의미를 갖는 중요한 문제의 해명에 기여하였다. 그러므로 심판부는 예외적으로 연방헌법재판소법 제34조의a 제3항에 따라 비용 보상을 명한다.

### **E. (입법자의 입법 의무)**

이 판결에 따라 입법자는 새로운 선거법 규정들을 제정해야 한다. 이와 관련하여 입법자에게 매우 짧은 시간 내에 입법할 것이 요구된다. 왜냐하면 입법자는 새로운 규정의 공포시점과 -경우에 따라서는 변경될 수 있는- 연방선거법상의 기간 사이에 정당들 및 정치적 결사들이 새로운 법률적 상황에 적응하기 위해 필요한 시간을 부여해야 하기 때문이다. 연방의회와 연방참사원과 연방정부는 구두변론을 통하여 심판부에서 심판대상조항들을 위헌으로 선고할 경우에는 연방대통령에 의해 선거일로 결정된 1990년 12월 2일을 감안하여 필요한 연방선거법 개정을 적시에 할 수 있다고 설명하였다. 심판부는 이에 따라 결정한다. 그러므로 심판부는 현재의 시점에서 연방선거법 제35조에 따른 명령의 발포를 통해 선거를 진행하는 법적 근거를 마련하는 것을 배제한다.

### **F. (결정)**

이 결정은 전원일치로 내려졌다.

재판관 Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Graßhof, Kruis, Franßen, Kirchhof, Winter.





## 사항색인

ㄱ	
가족결합권	205
개성공업지구	31
거주·이전의 자유	33, 54
경제거래	293
국가승인	121
국가연합	112, 153, 337
국가해설	137
국경불가침원칙	197, 207
국경불가침조약	206
국민의 정체성	305
국외이주의 자유	44
국적	296
국적취득	41, 326
국적법	41, 298
국적을 박탈당하지 않을 권리	203
국적청구권	298
국제사법적(私國際法的) 조약	145
국제조약	336
국제형사사법공조법	31
군사령관의 유보	84
군사령관의 허가문서	90
군정청령	250
권력분립원칙	261
궤석재판	7, 15, 19
금강산관광지구	31
금지유보부 허가	45, 50
기본권의 실효	74
기본권주체	57
기본법과 국제법 이원론	313

기본법과 국제법 이원론	313
긴급수용법	34, 39, 54
긴급수용소	42

ㄴ	
난민	38
남북기본합의서	209, 321, 356
남북연합	210
내부관계	124, 144
노령연금	213

ㄷ	
단일 국적 유지 의무	324
대-베를린	87
대한민국과 대한제국의 동일성	315
대한민국의 정체성	314
독·폴란드 불가침조약	202
독일 국적 단일성의 원칙	304, 305
독일 국적의 상실	205
독일 내의 두 개의 국가	140
독일 민족자결의 원칙	207
독일국	121, 308, 364
독일국 계속설	129
독일국 몰락론(설)	129, 131
독일국 불계속설	129
독일국 소멸설	129
독일국 존속론	131
독일국 존속명제	129
독일국 해체분열설	129
독일국민	34, 126

독일국적	41, 124, 153
독일국적이 없는 독일인	299
독일국적자	299
독일민족	126
독일민족의 국가적 통일성	153
독일민주공화국과 독일연방공화국 상호 관계의 기초에 관한 조약	103
독일연방은행	252
독일인	124
독일인의 연방지역 긴급수용에 관한 법률	53
동독 지역의 정당구도	376
동독과 동베를린 지역의 재산상 손해에 대한 증거보전 및 확인에 관한 법률	301
동독국적법	271
동독의 국가성	128
동독의 법률적용법	271
동독의 평화혁명	376
동독이주민	40
동독이탈주민	43
동독인 국적	154
동방정책	102, 201
동베를린	27, 34
동서독 기본조약	103, 309
동서독 기본조약의 이중성	141
동서독의 동권원칙	140
동서독의 인구의 차이	378
동의법	106
동의법률(Zustimmungsgesetz) 195,	198, 336
동일성 명제	122
동일성설	134

□

마살플렌	255
망명권	49

명부결합	381
명부연합	382
명확성 원칙	259
모스크바 조약	116, 196
무관설(Irrelevanztheorie)	150
무력포기	207
무력행사 금지	206
민법시행법	272
민족공동체통일방안	210

ㅂ

바르샤바 조약	199
배우자연금	214
배타적 동일성	137
범죄인인도	26
범죄인인도법	31
범죄인인도허가결정	21
법률폐기권 독점	92
법적 권리구제기한	10
법적 권리구제수단	12
법적 단일성	28
법적 청문	10, 15, 16, 23
법치국가의 본질	22
법치국가적 원칙	11, 15, 17, 22
베를린 유보	21, 23, 24
베를린 유보 결정	73
베를린의 법적 지위	79
베를린의 특별지위	87
베를린협정	116
변호사법 범위에 대한 임시조치에 관한 베를린 법률	72
부분적 동일성	137
부분질서론	138
북한이탈주민	61, 63
분할 지배	77

불법이주민	36, 45
불출석재판	7, 15, 19
비교집단	222
비례대표제	369
비례성원칙	229
비상업적 지불거래	250

**人**

사면	14
사법공조	3, 19
사법공조법	20
사법자제의 원칙	123, 125
사실적 승인	128
사회적 기본권의 법적 성격	235, 236
사회적 통합	221
상급검찰청장	25
상속법	272
상속증서	274
상호/호혜주의	256, 263, 284
생계급여	213
서독 근로자연금법	212
서독과 독일국의 동일성	132, 308
서베를린	27
서부베를린인의 국적	154
선거	367
선거권의 평등	372
선거법조약법률	375
선거심사법	375
선거의 기본원칙	369
선거제도	369
선거조약	332
선별적 허가	59
소련(소비에트)점령지역(지구)	4, 12, 17, 18, 34, 54, 78
손실보상	335

수용법 폐지에 관한 법률	61
수용심사청	52
수용절차	39, 60
수축국가론	139
수축국가설	137
신분증명서	300
심사강도	234
심사기준	121, 234

**○**

양독간 경계	142
양독의 동권원칙	139
에텐계획	110
연방 피난민법	56
연방선거기구령	375
연방선거법	374
연방선거의 시행을 위한 연방선거규칙	375
연방소속원	44
연방영역 내 독일인의 긴급수용에 관한 법률	39
영토경계선	207
영토의 불가침성	104
예금계좌	264
오데르-나이세 지역	208
외교관한	352
외교적 보호	7, 159
외교적 보호 및 구조의 의무	122
외환거래	279
외환법	277
원상회복	335
유관설(Relevanztheorie)	150
유럽단일의정서	288
유럽인권위원회	22
유럽통화단위	287
유보조항	24

유엔 동시 가입	309
이산가족	205
이주민	36
이주민의 임시수용에 관한 재정지원법	61
이주의 자유	45, 51
이중수급	216
이중수급의 문제	219
이체금지	266
인간존엄의 보호	22
임시 거주지 확보에 관한 법률	61
임신중절	335
임신중절에 관한 동독법	335
입국의 자유	44, 49

**ㄷ**

자기결정권	309
자본거래의 규제완화	289
자유로운 정치적 형성의 영역	125
자유민주적 기본질서	74
자의금지원칙	229
잠정적 특수관계	209
재산권	218, 262
재통일명령	122, 123, 151
재통일명제	207
재통일조항	197
재판관할권	30
저지조항	368
전체국가의 국적	48
전체독일 주권자	135
점령국 연합군사령부의 허가문서	79
점령국 연합사령부의 유보	95
점령국의 유보	92
접견교통권	23
접촉을 통한 포기	207
정착지원제도	39

제1국가조약	332
제2국가조약	332
제국국적법	41
제국은행	251
제한적으로 국제법적인 조약	145
조약동의법률	354
중간형 조약	145
지붕이론	138
집행공조	11, 12

**ㄹ**

추상적 규범통제	117
출국의 자유	44

**ㄴ**

탈북문제	56
탈북이주민	68
탈북자	55
테소 결정	300
통상적 권리구제수단	13, 17
통일명령	337
통일조약	332
통일헌법 제정	338
통합경제지역의 법	86
특별 수용사유	52

**ㄷ**

평등권	10, 303
평등선거의 요청	378
평등원칙	14, 216, 218, 222
평등조항	53
평화통일원칙	97, 318
포츠담 합의서	207

**ㅎ**

한국국적	63
한민족공동체 내부의 특수관계	321
한민족공동체로서의 대한민국	315
할슈타인독트린	110
합법이주민	36
행정공조	3, 10
행정의 합법성원칙	261
허가유보부 금지	43, 49, 50
헌법개정방식	352
헌법개정법률	345
헌법합치적 해석	281
현존 국경불가침조항	208
형벌집행의 이행	10
형사사건에서의 사법공조 및 행정 공조에 관한 법률	3, 20
형사재판관할권	30
형사판결의 집행	17
혼합형 조약	145
흡수통일	339, 356
힘의 위협 및 사용 금지	207

**1**

1민족 2국가	128, 210
---------	----------

**2**

2+4 조약	24, 127
--------	---------

**B**

Bahr Papier	207
Brückmann 사건	21

## 필자약력

### 김진곤

광운대 법학부 교수  
연세대학교 법학박사  
독일 베를린자유대 방문연구원

### 정혜영

숙명여대 법학과 교수  
독일 쾰른(Köln)대 법학박사

### 이세주

한국가톨릭대 법학과 교수  
독일 하이델베르크(Heidelberg)대 법학박사  
헌법재판연구원 책임연구원 역임

### 정태호

경희대 법학전문대학원 교수  
독일 레겐스부르크(Regensburg)대 법학박사  
헌법재판소 헌법연구위원 역임

### 이장희

한국외국어대 법학전문대학원 명예교수  
독일 킬(Kiel)대 법학박사  
대한국제법학회 회장 역임

### 이준일

고려대 법학전문대학원 교수  
독일 킬(Kiel)대 법학박사  
헌법재판소 헌법연구위원 역임

### 정문식

한양대 법학전문대학원 교수  
독일 훔볼트(Humboldt)대 법학박사

### 김주환

홍익대 법과대학 교수  
독일 뮌헨(München)대 법학박사  
헌법재판소 헌법연구위원 역임

### 박종보

한양대 법학전문대학원 교수  
서울대학교 법학박사  
헌법재판소 헌법연구위원 역임

### 장영수

고려대 법학전문대학원 교수  
독일 프랑크푸르트(Frankfurt)대 법학박사  
헌법재판소 헌법연구위원 역임

판례선정 · 발간위원회

위원장	전 광 석	헌법재판연구원장
간 사	허 완 중	前 책임연구원 (2016.1.15.~9.1.)
	공 진 성	교 수
부간사	이 석 민	책 임 연 구 관
위 원	김 환 학	책 임 연 구 관
위 원	이 민 열	前 책임연구원 (2016.5.1.~10.24.)
위 원	이 지 효	책 임 연 구 관
위 원	이 재 희	책 임 연 구 관
위 원	최 규 환	책 임 연 구 관





판 권  
소 유

## 통일과 헌법재판 1

---

2016년 12월 26일 인쇄

2016년 12월 30일 발행

발 행 : 헌법재판소  
헌법재판연구원

인 쇄 : 성 문 인 쇄 사

---

〈비매품〉

