

# 독일통합과정에서의 국가와 헌법

박진완



# 독일통합과정에서의 국가와 헌법

박진완

(경북대학교 법학전문대학원 교수)



# Contents

I	서론		1
II	국가와 국적의 문제		5
III	헌법적 측면에서의 조약의 구조에 대한 검토 - 국가연합적 구조 (Konföderative Strukturen)		17
IV	편입(Beitritt) 혹은 공동의 헌법 (gemeinsame Verfassung), 제23조 혹은 제146조	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 마라톤 협상(Verhandlungsmarathon)을 통한 국가조약(Staatsverträge)의 생성</li> <li>2. 법률 혹은 조약을 통한 통화연합</li> <li>3. 독일민주공화국(DDR)을 위한 새로운 헌법?</li> <li>4. 헌법원칙법률(ein Verfassungsgrundsatzgesetz)</li> <li>5. 법률(Gesetz) 혹은 조약(Vertrag)을 통한 가입</li> <li>6. 법률 그리고 조약을 통하지 않은 가입?</li> </ol>	<p>23</p> <p>28</p> <p>30</p> <p>33</p> <p>34</p> <p>37</p>
V	법질서의 조정을 위한 “부정적 리스트” 혹은 긍정적 리스트 (Negativ- oder Positivliste)		39
VI	기본법의 개정		45
VII	결론		49



## I. 서론

- 어떤 한 국가의 헌법사는 그 국가의 헌법학연구의 본질적 구성요소 중의 하나이다. 왜냐하면 헌법사의 중요한 연구내용들은 현재의 실정헌법의 내용뿐만 아니라, 실질적인 헌법규범들이 그 시대에 당면한 중요한 헌법적 문제들에 대한 적절한 해결책과 대답을 포함하고 있었는지 여부에 대한 규범적 성찰능력을 함양시켜 주기 때문이다. 독일 재통일 28주년이 지난 현재의 입장에서 독일의 재통일을 통한 법질서 통합과정에서의 독일 내 두 국가들 사이의 국가와 헌법질서의 현실적 조정과 통합 과정에서 논의된 헌법적 문제에 대하여 살펴보는 것은 한 민족 (ein Volk) 내에서의 현실적인 두 독일국가의 존재 그리고 두 개의 헌법의 존재를 극복하고 독일 기본법에 의한 통일과정을 달성한 것에 대한 헌법사적인 측면에서의 분석뿐만 아니라 헌법규범적인 측면에서의 연구분석까지도 망라하는 작업이라고 볼 수 있다.
- 두 독일국가들 사이의 재통일과정에 대한 헌법적 분석과 연구는 현재까지도 해결되지 않은 다양하고 광범위한 통일과 관련된 헌법규범의 제정 및 개정과 관련된 입법정책의 실행과정에 대한 검토이다. 서독정부는 동독지역에 대한 법질서 통합과정의 실행에 있어서 법치국가적인 재판제도를 구축하고, 중앙으로 집중된 국가재산의 분할 뿐만 아니라 이전의 소유권자들에게 다시 환원하고, 사회주의적 계획경제에 의하여 운영되는 국영기업들을 사기업의 형태로 전환시키고, 그리고 다양한 형태로 국가에 의하여 사용권(Nutzungsrecht)이 부여된 사회주의적인 토지질서를 해체하기 위한 국가법적인 법질서 통합과 조정과정을 실행하였다. 이것은 서독에 흡수된 동독지역에 실질적으로 새로운 서독의 법질서를 창조하는 것과 동일한 작업으로 볼 수 있다. 이를 통해서 법질서는 동질화되었고, 독일사회주의 통일당(SED)의 불법적 지배에 대해서는 배상이 행해져야만 했다.
- 독일의 재통일과정에서의 중요한 법정정책적 과제는 그 동안 전혀 다른 형태로 조직되고, 운영된 두 독일 국가들의 법질서의 통합을 위한 국가법적인 전제조건들을 마련하는 것이었다. 그것은 우선적으로 국가의 사법권의 실행에 있어서 하나의 법치국가적인 재판제도를 구축하고 실행하는 것이었다. 동독정부의 국유재산들로 인정된 개별적인 재산단위들은 최소행정구역단위인 게마인데(Gemeinde), 주(Länder)

혹은 연방(Bund)에 귀속되고, 부분적으로는 이전의 사적인 소유자에게 환원되어  
 져야만 했다. 사회주의적 경제법에 의한 통제경제적 방식으로 운영되던 국영 그리  
 고 협동조합적 기업(volkseigene und genossenschaftliche Betriebe)은 합자회사  
 (Kapitalgesellschaften) 혹은 합명회사(Personengesellschaften) 혹은 개별기업의  
 형태로 전환되어야만 했다.

- 다양한 형태로 국가에 의하여 사용권(Nutzungsrecht)이 부여된 사회주의적인 토지  
 질서(Bodenordnung)는, 개인의 소유권이 인정되는 사법적인 재산질서  
 (Eigentumsordnung)의 형태로의 조정과정을 거쳐야만 했다. 구 동독의 국가사회  
 주의(Staatssozialismus der DDR) 하에서는 특히 경제질서의 영역에서 공동의 집  
 합적 재산(kollektives Eigentum)이 개인의 사유재산 보다 명백한 우위를 가지고 있  
 었기 때문에, 각자의 필요에 따라서 또한 부동산의 경우에는 독일통일의 과정에서  
 동독에서의 재산관계(Eigentumsverhältnis)에 대한 새로운 질서정립의 필요성이  
 제기되었다. 동독의 재산관계는 동독지배하에서의 집단적 그리고 개인적 수용  
 (kollektive und individuelle Enteignungen) 및 그 이외의 모든 종류의 재산에 대한  
 국가적 제한(staatliche Eingriffe)으로 인하여 독일민주공화국(DDR)은 재산관계  
 를 거의 파악할 수 없을 뿐만 아니라, 재산권 그 자체도 광범위하게 그 이전의 재산귀  
 속관계를 상실하는 입장에 처해 있었다.
- 독일 통일이후의 구동독 시절의 재산몰수의 문제에 대해서는 제2차 세계대전 이후  
 구소련 점령지역(Sowjetische Besatzungszone) 내에서 그리고 그 후 독일민주공화  
 국에서 자신의 재산을 상실한 수천명의 동독인들과 서독인들이 관련되어 있다. 소  
 련의 점령권력 그리고 독일민주공화국 정부를 통한 몰수(Enteignungen) 그리고 이  
 전의 재산소유자들의 도주와 추방을 통한 재산상실은, 개인의 재산권 보호를 인정  
 하고 있는 법치국가원리(rechtsstatliche Grundsätze)에 의하면 허용될 수 없었던,  
 토지소유, 기업 혹은 그 이외의 다른 재산의 소유에 대한 권리침해를 초래하였다. 독  
 일 재통일과정에서 이전의 동독의 사회주의적 재산질서 형성과정에서 발생한 개인  
 의 재산권 침해에 대한 원상회복적 조정과정의 실행은 독일재통일과정에서의 중요  
 한 정치적 관심사일뿐만 아니라, 통일 후 독일연방의 법질서의 새로운 통합과 조정  
 이라는 현실적인 법적 필요성에 근거한 것이다!).

- 경제연합과 통화연합에 관한 조약은 거의 대부분 법치국가원리와 합치될 수 없는 구동독의 독일사회주의통일당(SED)을 통한 재산처리과정에서 발생한 매우 복잡하고 어려운 문제를 다루지 않았다. 통일조약(Einigungsvertrag)은 더 이상 이 문제를 피해갈 수 없게 되었다. 이에 대하여 1990년 6월 15일에 우선적으로 일반적 원칙이 규정된 연방정부와 독일민주공화국의 정부의 공동선언(Gemeinsame Erklärung der Bundesregierung und der Regierung der DDR)이 발표되었다. 이 선언은 통일조약에 별첨(Anlage) III으로 부속되어, 통일조약의 구성부분이 되었다. 동독의 인민회의(Volkskammer)에서의 일반적 입법절차를 거치지 않은 미해결의 재산문제의 규율법률(Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen)이 첨부 II의 형태로 통일조약에 편입되었다. 이 법률은 공동선언의 내용을 구체화하고 있고, 상세한 실행규정을 포함하고 있다<sup>2)</sup>.
- 두 독일국가의 정부들 사이에 지루하고 고통스러운 회담을 통해서 최종적으로 합의될 수 있었던 해결책은, 우선적으로 다음의 두가지 원칙을 기준으로 한 것이다<sup>3)</sup>:
  - ① 제2차 세계대전에서의 항복(Kapitulation)시점부터 독일민주공화국 건국 시점까지의, 즉 1945년 5월 8일부터 1949년 10월 7일까지의 재산침해에는 소급되어 질 수 없다. 점령법(Besatzungsrecht)에 의하여 특히 이른바 1945년 9월의 토지개혁(Bodenreform)의 범위에서 행해진 이 시기에 행해진 몰수 그리고 재산에 대한 제한은 그 효력이 인정된다.
  - ② 1949년 10월 7일 이후에 몰수된 내지 독일민주공화국의 국가적 신탁행정(Treuhandverwaltung)하에서 관리된, 토지소유를 포함한 재산은 원칙적으로 이전의 재산권자 혹은 그들의 상속인에게 반환되어야만 한다. 예외적 상황이 존재하는 경우가 아닌 경우에는, 보상전의 반환원칙(Prinzip Rückgabe vor Entschädigung)이 유효하게 적용된다.
- 이러한 두 원칙들에 대하여 많은 논란이 제기되었고, 가장 우선적으로 문제가 되는 것은 어떤 경우에 독일 기본법 제14조에 의하여 보장된 재산권 침해로 볼 수 있는가

1) Manfred Görtemaker, Der Weg zur Einheit, Bonn 2009, S. 68.

2) Görtemaker, 위의 책, 68쪽.

3) Görtemaker, 위의 책, 86쪽.

하는 점이다. 1991년 4월 23일 독일연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는 이전의 구소련점령지역(Sowjetische Besatzungszone) 내에서 1945년부터 1949년까지의 점령법 혹은 점령고권에 근거한 몰수는 취소되지 않는다고 결정하였다.

- 두 번째 원칙에 대해서도 역시 문제가 제기되었다. 헌법에 근거한 다른 해결규정이 불가능하지 않은 것으로 보임에도 불구하고, 보상전 반환 원칙은 장기간의 절차 때문에, 투자에 대한 장애로서 뿐만 아니라, 현재 재산의 재양도요구를 통지받은, 오랜 시간동안 재산소유자였던 동독인들 사이의 다툼을 발생시키는 계기가 되었다. 그들은 갑자기 재산이용관계의 종료통지로 인하여 생존의 위협에 직면하게 되었다. 독일통일과정에서 발생한, 이전의 독일민주공화국지역에서 야기된 재산과 자산관계의 인정여부와 관련된 이러한 혼란과 왜곡은 아주 특별한 정치적 문제인 동시에 독일분단의 후유증의 심각한 반영결과로 볼 수 있다.
- 독일의 재통일을 위하여 필요한 여러 가지 법적통합적 과제들의 실행을 법적 전제 조건들은 이미 부분적으로는 이미 통일 이전에 자유로이 선거에 의하여 선출된 동독의 인민회의(Volkskammer) 그리고 서독의 통화-, 경제- 그리고 사회연합 조약에 대한 동의법률(Zustimmungsgesetz)을 통해서 그리고 통일조약에 대한 동의법률을 통하여 연방입법자(Bundesgesetzgeber)에 의하여 제정된 다양한 법률규정들을 통해서 마련되었다. 이러한 연방입법자를 통한 많은 재통일 실행입법들의 제정에도 불구하고, 의회는 통일과 관련된 많은 영역들에 대한 입법적 조정에 있어서 단지 원칙적인 규율만을 시도하였고, 경우에 따라서는 의도적으로 입법적 흠결상태를 그대로 유지하였고, 여전히 많은 새로운 입법적 규율영역이 존재하고 있다는 점을 인지하지 못하였다. 그 외에도 독일연방의회는 몇몇 전문적 영역들에 대해서는 당연히 후에 폐지되어야만 하는 독일민주공화국법(DDR-Recht)의 효력을 일시적으로 계속 유지시켰다. 이러한 점들을 고려해 볼 때, 독일재통일 과정에서의 법질서 통합과정은 장기간의 지속적인 입법적 통합 및 조정과정이 수반되었다는 점을 알 수 있다.

## II. 국가와 국적의 문제

- 독일재통일과정에서 동독과 서독의 통일협상지휘자의 독자적 처분적 결단에 의해 결정될 수 없는 가장 중요한 사항은 서로 분단된 두 개의 독일국가들에 대하여 어떠한 국가법적인 근거(staatsrechtliche Grundlagen)를 부여할 것인가 하는 점이었다. 이를 둘러싼 다양한 견해들의 대립은 그 이후의 독일의 재통일과정에서의 새로운 헌법의 제정 혹은 개정의 필요성에 대한 논의의 핵심적 부분을 형성하였다.
- 두 개의 독일의 분단된 부분국가들(Teilstaaten)은 1949년 10월 각각의 건국과정을 출발점으로 하면서 그들의 재통일(Wiedervereinigung)을 지향하고 있었다. 1990년 10월 3일의 독일 재통일의 국적법적인 집행을 위한 법적근거로서 인정되는 1990년 8월 31일의 통일조약(Einigungsvertrag)<sup>4)</sup>은, 국적법적인 문제에 관한 아무런 규정도 두지 않았다. 이러한 통일조약의 입장은 이전의 독일민주공화국-국민(DDR-Staatsbürger)에 대한 1913년의 독일제국 국적법(Reich- und Staatsangehörigkeitsgesetz für das Deutsche Reich, RuStaAG)의 계속적 효력을 인정하는 것을 전제로 하고 있다<sup>5)</sup>는 점에서 서독 정부가 이전의 독일제국의 계승자라는 점을 분명히 인정하고 있다. 1990년 10월 3일 통일조약을 통해서 독일민주공화국의 주들의 서독연방에로의 가입하기 전까지, 독일민주공화국 국적의 취득은 독일연방공화국의 법질서 속에서 인정되는 공서양속(ordre public)에 위반되지 않는 범위 내에서 국적취득의 법적효력이 인정되었다. 이러한 동독주민의 서독국적 취득 제한의 근거가 되는 국적법상의 공서양속의 내용을 이끌어 낼 수 있는 중요한 판단기준으로서 우선적으로 서독헌법인 기본법(Grundgesetz)의 규정들 그리고 이전의 독일제국국적법(RuStAG)의 원리들의 고려되었다. 이러한 판단기준들에 의하여 국적취득이 명백히 객관성이 없거나(unsachlich)<sup>6)</sup> 혹은 헌법적 판단기준에 의하면 허용될 수 없는 관점에 근거한 경우에 해당하지 않는다면, 일반적으로 국적취득이 허용되었다.

4) BGBl. II S. 889; Vertragsges. v. 23. 9. 1990, BGBl. II S. 885.

5) Kay Hailbronner, in: 같은이/Günter Renner/Hans-Georg Maaßen, Staatsangehörigkeitsrecht, 5. Aufl., München 2010, Teil I H III Rn. 34.

6) 예컨대 독일연방공화국의 헌법질서에 대한 적대적 행위명백이 드러난 경우, BGH v. 26. 11. 1980, NJW 1981, 531.

- 1949년 건국 이후부터 각 분단된 두개의 독일국가들의 각각의 헌법들은 ‘공동의 국가 (gemeinsamer Nation)’로서 독일(Deutschland)과 통일된 독일국적을 인정하였다. 그럼에도 불구하고 이 공통의 ‘독일의 문제(Deutsche Frage)’는 각 승전국들(Siegermächte) 사이의 다양한 협상 과정 속에서도 아무런 해결책을 도출할 수 없었다.
- 1949년부터 1989년까지 동독 공산당인 독일 사회주의 통일당(SED (Sozialistische Einheitspartei Deutschland))은 다음의 세가지 다양한 입장을 취하였다: ① 1949년-1955년 하나의 국가 - 하나의 민족(ein Staat - eine Nation), ② 그 이후 1960년대 말까지 두 개의 국가- 하나의 민족(zwei Staaten - eine Nation). ③ 그러나 1971년 에리히 호네커(Erich Honecker)는 독일의 재통일을 포기한 듯한 독일연방공화국과 독일민주공화국 사이의 새로운 공식을 결의하였다: 두 개의 국가 - 두 개의 민족(zwei Staaten - zwei Nationen).
- 1955년 독일 공산당(SED)은 소련의 두 독일국가 테제(die sowjetische These von der Zweistaatlichkeit Deutschlands)를 그대로 수용하였다. 1960년 대말까지 동독의 외교정책의 주된 목표는 소련의 영향력 하에 있는 동구권 공산주의 국가들(Ostblock) 속에서 자신의 지위를 계속 유지하고 인정받는 것이었다. 독일공산당은 전체독일국가를 지향하는 입장으로부터 벗어나서, 독일연방공화국을 압박하는 정책을 실행하였다.
- 1957년 2월 발터 에른스트 파울 울브리히트(Walter Ernst Paul Ulbricht)는 두 개의 독일 국가의 국가연합(eine Konföderation beider deutschen Staaten)을 제안하였다. 그는 이러한 두 개의 독일국가의 국가연합에로의 통합을 서독의 동독에로 일방적인 동화적 통합으로 이해하였다. 그는 서독의 나토(NATO)로부터의 탈퇴, 국방의무의 폐지, 제국주의 군대의 철수, 독점적 경제지배의 폐지를 요구하였다. 1957년 울브리히트(Ulbricht)에 의하여 제안되고, 1966년 까지 수차례 반복되어진 여러 가지 제안들 중의 첫 번째 출발점은 양 독일국가들의 대표들의 동등한 구성이 보장되는 전체독일 위원회(gesamtdeutscher Rat)의 설치제안이었다. 이러한 전체독일 위원회는 당파적으로 구성되었고, 국가연합의 정부로서의 기능을 행사할 예정이었다.
- 이 전체위원회는 통화의 통일과 전체독일의 행정적 체제정비를 위한 조치를 실행하

고, 국민회의(Nationalversammlung)의 구성을 위한 선거를 준비할 예정이었다. Dieser Rat sollte Maßnahmen für eine einheitliche Währung und Verwaltung für ganz Deutschland vorbereiten und Wahlen für eine Nationalversammlung ausschreiben. 국민회의는 헌법을 제정하고, 제국주의적 정책을 더 이상 실행하지 않고 평화, 민주주의 그리고 발전에 기여하는 정부를 구성한다. 이러한 정부는 당연히 당시의 서방의 민주적 체제의 입장에서 볼 때, 공산주의 정부체제(ein Kommunistisches Regierungsregime)를 의미하므로, 당연히 이러한 제안들은 받아들여지지 않았다. 따라서 독일민주공화국 측의 이러한 국가연합(Konföderation)<sup>7)</sup>에 대한 제안은 더 이상 아무런 호응을 받지 못해서 더 이상 진행될 수 없었다.

- 1955년부터 1961년까지 1.496 280명의 사람들이 동독지역을 탈출하였다. 매달마다 거의 한 작은 도시의 주민들이 동독지역을 떠났다. 이러한 동독지역으로 부터의 이탈은 동독정부의 존립위기로 까지 이어졌다. 1961년 8월 13일 동독 공산당은 서독과의 국경에 장벽을 설치하였다. 1960년대에 무차별발포지역(Todesstreife)의 설정을 통한 양독일 사이의 교류의 사실적인 단절과 장벽(Mauer)의 구축을 통해서 동독과 서독 사이에 국가법적인 경계설정이 행해졌다.
- 이러한 1960년대의 냉전체제 속에서의 동독과 서독의 양 독일 부분국가들 사이의 관계는 일반적인 국제법 원리에 의하여 규율되는 주권국가들 사이의 관계를 벗어날 수 없었다. 따라서 이러한 상황에서 양 국가를 초월하는 공통의 독일국적이 1968년의 독일민주공화국의 새 헌법 속에 인정되지 않았다. 독일민주공화국은 1974년의 헌법개정을 통해서 공통의 독일국적 인정의 법적 근거가 되는 독일민족의 인정(Bekanntnis zur deutschen Nation)도 삭제하였다.
- 1973년에 받아들여진 사법공조협상의 전개과정 속에서 독일민주공화국, 즉 동독은 국적문제를 중요한 논의사항으로서 부각시켰다. 독일민주공화국은 독일연방공화국이 독일민주공화국의 시민들을 독일연방공화국, 즉 서독의 국적보유자(Staatsangehörige)로서 인정하는 것을 방해하였다. 독일민주공화국을 탈출한 동독 시민은 독일연방공화국을 허가를 통하여 정주하게 되면, 독일인으로서 사실상 자동

7) Vgl. 이에 대해서는 Weber, DDR, Grundriß der Geschichte, S. 73, 93, 126, 210

적으로 독일연방공화국의 국적을 취득하였다. 이러한 문호개방이론에 의한 동독을 탈출한 동독시민의 서독국적 취득은 당시의 서독 기본법(Grundgesetz)의 규정과 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)의 판례와도 합치된 것이었다.

- 1945년 5월 8일 독일의 무조건항복 이후 독일제국의 법적인 운명에 대한 두 개의 상반된 주장이 대립된다: 소멸명제(Untergangsthese)와 존속명제(Fortbestandsthese). 소멸명제는 독일의 제2차 세계대전에서의 무조건 항복을 통해서 독일제국은 연합국에 의하여 해체되고, 독일제국의 법질서는 폐지되었다고 보는 입장이다. 이에 반해서 독일연방헌법소의 일관된 판례의 입장이기도 한 존속명제는 독일제국(das Deutsche Reich)은 제2차 세계대전 후에 법적으로 멸망한 것이 아니라, 연합국의 점령에도 불구하고 - 설사 행위능력이 없다 할지라도 - 계속적으로 존속하였고, 독일연방공화국의 생성과 더불어 국가영토의 한 부분을 단지 새롭게 조직하였다는 것을 전제로 하고 있다. 이러한 존속명제는 재통일까지 유효하게 적용된 기본법의 전문 그리고 제16조, 제23조 제116조 그리고 제143조에 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 기본법 제16조, 제116조의 의미 속의 ‘독일국적’은 이러한 존속명제와의 관련성 속에서 해석된다. 이러한 존속명제에 따라서 독일민주공화국 출신의 독일인, 동독주민은 그가 항상 연방공화국의 국가질서의 보호영역 속에 도달한 한에서는, 독일연방공화국에서 살고 있는 독일인과 동일한 국민으로서의 권리를 가진다<sup>8)</sup>.
- 이러한 독일민주공화국은 동독에 살고 있는 독일인에게 서독으로 가는 문, 서독국적취득의 요건을 열어놓고 있는 이 문호개방이론을 가능하게 만드는 헌법규정들이 자신의 체제에 대한 도전이 된다고 인식하였다. 이와 반해서 독일민주공화국은 동독의 시민들은 최종적으로 동독국적을 가지기 때문에, 독일민주공화국은 정상적인 경우에 서독에 있는 탈출자들(Geflüchtete)의 이러한 동적국적으로부터의 이탈을 불가능하게 만들었다.
- 1990년 10월 3일의 독일 재통일의 국적법적인 집행을 위한 법적근거가 되는 1990년 8월 31일의 통일조약(Einigungsvertrag)<sup>9)</sup>은, 국적법적인 문제에 관한 어떠한 규정도 두고 있지 않고, 이전의 독일민주공화국-국민(DDR-Staatsbürger)에 대한

8) BVerfGE 36, 1

9) BGBl. II S. 889; Vertragsges. v. 23. 9. 1990, BGBl. II S. 885.

1913년의 독일제국 국적법(Reich- und Staatsangehörigkeitsgesetz für das Deutsche Reich, RuStaAG)의 계속적 효력을 인정하는 것을 전제로 하고 있다<sup>10)</sup>.

- 독일민주공화국의 5개주인 브란덴부르크(Brandenburg), 메클렌부르크-포어포메른(Mecklenburg-Vorpommern), 작센(Sachsen), 작센-안할트(Sachsen-Anhalt) 그리고 튀링겐(Thüringen) 주의 독일연방공화국의 기본법(Grundgesetz)에 대한 가입을 통해서 기본법의 권한질서(Kompetenzordnung des GG)에 의하면 주법(Länderrecht)으로 인정되는 독일민주공화국의 국적법 규정은 그것이 기본법, 연방법(Bundesrecht) 그리고 직접적인 효력이 인정되는 유럽공동체법(europäisches Gemeinschaftsrecht)과 합치되는 한에서는 그 효력이 인정되었다<sup>11)</sup>.
- 통일조약의 국적법에 대한 간접적 효력은 동독주들의 서독연방에 대한 가입과 관련된 기본법의 개정 그리고 국제조약들과 합의들(Vereinbarungen)의 계속적 효력 인정에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다<sup>12)</sup>. 국적법적인 측면에서 중요성을 가지는 서독연방정부의 조약들과 합의들은 통일조약(EV) 제11조에 의하여 독일재통일 이후에도 그대로 효력이 유지된다. 이러한 조약들과 합의들의 효력은 자동적으로 이전의 동독지역에 대하여 그 적용이 확장된다. 국적과 관련된 조약의 현실적 적용을 조정의 필요성은 명백히 인정되지 않고 있다<sup>13)</sup>.
- 독일민주공화국이 체결한 국제조약에 대해서는 통일조약(EV) 제12조에 의하여 조약의 계속적 효력유지, 개정 혹은 효력상실 여부에 대한 심사가 가능하다. 이 심사과정에서 신뢰보호의 관점, 조약가입국들의 이익고려, 그리고 독일연방공화국의 조약상의 의무 및 자유민주적 법치국가의 원리 및 유럽공동체의 관할권들이 심사기준으로 적용된다.
- 독일민주공화국과의 관계 속에서 독일민주공화국의 독자적 국가성의 법적인 보장의 실현을 목적으로 한 독일민주공화국의 제3국과의 국적에 관한 합의는 독일민주

10) Kay Hailbronner, in: 같은이/Günter Renner/Hans-Georg Maaßen, Staatsangehörigkeitsrecht, 5. Aufl., München 2010, Teil I H III Rn. 34.

11) Hailbrinner, 위의 책, Teil I H III Rn. 34; 독일 재통일 이후의 독일국적인정의 문제에 대해서는 다음의 문헌을 참조 v. Mangoldt, in: S. 799 ff.

12) Hailbronner, 위의 책, Teil I H III Rn. 35.

13) Hailbronner, 위의 책, Teil I H III Rn. 36.

공화국의 소멸과 더불어 쓸모없는 것이 되었다. 사회주의 국가공동체 내부에서의 밀접한 결속력의 강화와 관련된 국적법 규정을 포함하고 있는 조약들의 경우에는, 그러한 합의들의 정치적 특성을 고려하여 독일통일 이후에도 계속적 효력이 유지되어도 아무런 문제가 없는지에 대한 심사가 행해진다. 의심스러운 경우에는 효력의 유지가 거부된다.

- 국제법의 주체(Völkerrechtssubjekt)로서 독일민주공화국은 대체자없이 소멸하였기 때문에, 국제법은 그러한 소멸한 주체의 조약의 효력 역시 소멸한 것으로 본다. 이에 반해서 독일연방공화국이 자신의 계속적 존속에 있어서 독일제국과 동일시되는 국제법의 주체로서의 인정된다는 것은 재통일을 통해서 훼손되지 않는다<sup>14)</sup>.
- 독일재통일 이전에 효력을 가졌던 독일민주공화국의 관청의 국적에 관한 결정들은 통일조약(EU) 제19조에 의하여 원칙적으로 효력이 유지된다. 그럼에도 불구하고 이러한 결정들이 법치국가적 원칙들 그리고 통일조약의 규정들과 합치되지 않을 때에는 계속적 효력의 인정이 거부될 수 있다. 그 외에도 행정행위의 존속력(Bestandkraft von Verwaltungsakten)에 관한 규정은 그 효력이 계속유지된다. 일반적으로 독일민주공화국-국적을 부여 혹은 허용을 보장하는 결정들은 계속적 효력이 인정된다. 그렇지만 국적에 관한 결정에 있어서 독일민주공화국 행정관청의 행정행위의 원칙적 효력유지의 명령(Anordnung)은 독일민주공화국-국적의 범위를 넘어서서 독일국적에 대해서도 효력을 가질 수 없다. 이미 독일연방헌법재판소(BVerfG)의 Tesso-결정(Beschluß)<sup>15)</sup> 속에서 제시된 원칙들에 근거한 독일국적 통일성의 원칙(Grundsatz der Einheit der deutschen Staatsangehörigkeit)을 고려해 볼 때, 관련결정들에 대한 이러한 효력은 인정될 수 없다<sup>16)</sup>.
- 동독시민들의 국적취득의 구성요건(Erwerbstatbestand)이 독일제국국적법(RuStAG) (현재에 있어서는 독일국적법(StAG)과 합치되지 않는다면, 1967년의 독일민주공화국 국적법(StBG)의 국적의 취득을 통해서 독일국적을 취득할 수 있다<sup>17)</sup>. 공서양

14) Hailbronner, 앞의 책, Teil I H III Rn. 36.

15) BVerfG v. 21. 10. 1987, BVerfGE 77, 137.

16) Hailbronner, 앞의 책, Teil I H III Rn. 37.

17) BVerfG v. 21. 10. 1987, BVerfGE 77, 137, 148.

속(der ordere public)은 독일제국국적법(RuStAG)의 국적취득 그리고 국적상실의 근거와 동일시될 수 없다. 예를 들면 1975년 1월 1일 전에 출생한 독일인 어머니와 외국인 아버지 사이의 혼인중의 자의 경우처럼 부분적으로 1974년의 독일연방의 독일제국국적법개정법률(bundesdeutsches RuStAÄndG) 제3조에 의한 선언(Erklärung)을 필요로 하는 경우처럼, 독일민주공화국의 국적취득구성요건에 상응한 규정을 독일제국국적법 속에 발견할 수 없다는 이유로 독일국적취득가능성은 상실되지 않는다<sup>18)</sup>.

- 1990년 10월 3일 독일민주공화국-주들의 서독연방에로의 가입전까지, 독일민주공화국 국적의 취득은 독일연방공화국의 법질서에 대하여 공서양속(ordre public)의 제한 속에서 국적취득의 법적효력이 부가되었다. 국적법상의 공서양속에 대해서는 우선적으로 기본법의 규정들 그리고 독일제국국적법(RuStAG)의 원리들이 중요한 판단기준이 된다. Für den stangr ordre public sind in erster Linie die Vorschriften des GG u. die stangr Prinzipien des maßgeblich. 이러한 판단기준들에 의하면 국적취득이 명백히 객관성이 없거나(unsachlich)<sup>19)</sup> 혹은 헌법적 판단기준에 의하면 허용될 수 없는 관점에 근거한 경우가 아니라면 일반적으로 국적취득은 인정된다<sup>20)</sup>.
- 이에 반해서 공서양속에 반하여 무효이기 때문에 독일제국국적법 제8조(현재의 국적법 제8조)의 평가권 행사(Ermessensausübung)의 판단기준이 되는 전제조건이 개별적 사례에서 존재하지 않는 경우에는 모든 국적취득은 인정되지 않는다. 예를 들면 1957년까지 유효한 규정을 근거로 하여 개인신분증의 승인과 교부의 형식을 통한 개별적 행위에 의한 국적부여를 통한 국적취득도 유효하다<sup>21)</sup>. 독일민주공화국-법에 의하여 인정된 외국국적 취득의 허가는 그것이 비록 독일국적법이 바람직한 것으로 보지 않는 이중국적의 취득이라는 결과를 초래할 지라도 이 원칙들에 의하면 유효한 것으로 인정된다<sup>22)</sup>.

18) BVerfG v. 8. 6. 1990, 2 BvR 1298/85.

19) BGH v. 26. 11. 1980, NJW 1981, 531.

20) Hailbronner, 앞의 책, Teil I H III Rn. 38.

21) BVerfG v. 21. 10. 1987, BVerfGE 77, 137, 148.

22) OVG NRW v. 21. 11. 1989, DtZ 1990, 90.

- 후에 독일제국국적법의 국적상실구성요건(Verlusttatbestand des RuStAG) 나타나거나 혹은 이것이 이전에 생기는 경우에 그러나 이것이 독일민주공화국의 국적상실구성요건과 시간적인 그리고 객관적인 밀접한 관련성을 가진다면, 독일민주공화국의 국적의 상실은 이견없이 독일국적의 상실의 효력을 발생한다<sup>23)</sup>.
- 독일민주공화국과 (소련연방(Sowjetunion), 헝가리(Ungarn), 불가리아(Bulgarien), 체코슬라바키아(Tschechoslowakei), 폴란드(Polen), 몽골(Mongolei), 루마니아(Rumänien) 같은) 다른 이전의 사회주의 국가들(sozialistische Staateen)과 체결된 조약에 의하여 자동적으로 내지 선택적 조건에 의한 독일민주공화국 국적의 상실은 독일국적의 상실을 초래하지 않는다, 왜냐하면 이러한 조약을 단지 독일민주공화국의 국적의 상실에 대해서만 규정하고 있기 때문이다<sup>24)</sup>.
- 독일민주공화국 국적이탈신청이 독일국적을 유지하려고 하는 신청자의 의사에 의하여 결정된 것이라면, 설사 이러한 경우들에 있어서 부분적으로 국적이탈이 공서양속의 범위 속에서 동시에 독일국적의 상실의 효력을 발생한다는 논증에 의한 반대의견이 제시되었다 할 자라도, 국적이탈이 이탈신청자의 의사에 의하여 확정된 것이라면, 독일민주공화국-국적의 상실이 원칙적으로 공서양속의 범위 내에서 독일연방공화국의 기관에 의하여 인정된다면, 신청에 의한 독일민주공화국-국적의 이탈로 인하여 독일국적은 상실되지 않는다<sup>25)</sup>. 그럼에도 불구하고 이러한 견해는 적어도 독일연방공화국으로 자신들의 주소를 이전하였던 동독으로 부터의 적법한 이주자(legale Aussiedler)에 대해서는 회의적인 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 동독 국경을 넘어서는 이주(Übersiedlung)은 전형적으로 동독-국적의 이탈과 결부되어 왔기 때문이다<sup>26)</sup>.
- 이에 반해서 독일제국국적법 제25조 (현재의 독일국적법 제25조)에 의한 자발적인 다른 외국국적의 취득으로 인한 독일민주공화국-국적의 상실은 독일국적의 상실을 초래할 수 있다. 이 과정에서 이와 관련하여 독일민주공화국-시민이 독일민주공화

23) Hailbronner, 앞의 책, Teil I H III Rn. 39.

24) Hailbronner, 앞의 책, Teil I H III Rn. 36.

25) VG Düsseldorf 15. 6. 1989 - 8 K 3352/88 S. 6.

26) BVerfG 8. 6. 1990 - 2 BvR 1298/85 S. 12.

국국적의 상실없이 유럽 다국적 협약(europäisches Mehrstaaterübereinkommen)의 다른 가입국가의 국적을 취득하였다면, 독일국적도 또한 상실되는지 여부에 대한 질문이 제기된다<sup>27)</sup>. 독일민주공화국-시민이 독일민주공화국으로부터 출국 후에 이러한 서면신청 그리고 독일연방의 증명서류의 수령을 통해서 독일연방공화국으로 편입되었고, 이와 관련하여 독일제국국적법의 국적상실구성요건(Verlusttatbestand des RuStAG)을 실현하였다면, 어떻게 결정할 것인가가 또한 문제된다.

- (현실화되지 않았던) 독일민주공화국-국적의 존속에도 불구하고 여기에서는 부분적으로 독일연방공화국에로의 편입으로 인하여 독일연방공화국의 법만이 문제해결책으로서 적용된다. 왜냐하면 이 경우에는 독일민주공화국의 국적의 존속은 아무런 의미가 없기 때문이다.
- 이에 반해서 독일민주공화국-국적의 상실 내지 박탈의 인정이 기본법(GG)에 규정된 국적박탈의 금지에 위반되지 않는 한에서는, 이것은 일반적으로 고려되지 않는다. 그러한 까닭에 정치적 근거에 의한 국적의 박탈 내지 철회(Widerruf)는 원칙적으로 국적상실으로 연결되지 않는다. 또한 독일연방지역에 유효하게 적용되는 법원칙에 의한 국적의 철회근거(Widerrufgründe)가 국적의 철회를 정당화한다면, 국적철회결정의 인정은 고려될 수 있다. 그 이외의 국적법적인 결과들은 간접적으로 1990년 9월 12일에 독일과 관련하여 두 개의 독일국가들의 사이의 독일과 4개 연합국 사이의 최종적 규율에 관한 조약(Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland zwischen den beiden dt Staaten u. den Vier Mächten)<sup>28)</sup>으로부터 나온다.
- 조약은 이 조약의 효력발생시점에서의 전체로서 베를린(Berlin)과 독일과 관련된 4연합국의 권리와 책임의 종료 그리고 모든 이와 관련된 4자간의 합의(Vereinbarungen), 결정(Beschlüsse) 그리고 책략들(Praktiken)의 폐지에 대하여 규정하고 있다<sup>29)</sup>. 자신들의 유보적 권리(Vorbehaltsrechte)의 중단에 대한 4개의 연합국들의 선언을 통해서

27) 다음의 결정에서 이 문제는 미해결의 상태로 Entscheidung des VG Greifswald v. 10. 11. 1994, StAZ 1995, 109m. 이에 대한 비판적 입장 Silagi, StAZ 1995, 112 f.

28) BGBl. 1990 II, S. 1318 ff.

29) Schweitzer, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd VIII: Die Einheit Deutschlands - Entwicklung und Grundlagen und Entwicklung, 1995, § 190.

이미 점령국의 권리(Besatzungsrechte)는 1990년 10월 3일에 잠정적으로 중단되었다. 조약 제1조에 의하면 통일된 독일은 독일민주공화국, 독일연방공화국 그리고 전체 베를린의 영역을 포함한다. 이렇게 정의된 통일된 독일의 외부적 경계는 최종적으로 인정되었다. 이에 상응하게 통일된 독일은 다른 국가들에 대하여 어떠한 영역적 요구를 가지지 않고, 미래에도 그러한 요구를 제기하지 않는다는 것을 선언한다. 이것은 조약 제1조 제2항에 의하여 폴란드와의 협약(Abkmmen) 속에서 확인될 것이다. 이와 관련하여 이 규정의 실행에 있어서 독일연방공화국과 폴란드(Polen)는 1990년 11월 14일에 양 국가들 사이에 존재하는 국경의 확인에 관한 조약(Vertrag über die Bestätigung der zwischen ihnen bestehenden Grenzen)을 체결하고, 오데르-나이세-선(Oder-Neiße-Linie)을 최종적 국경으로 확정하였다. 이 조약에 의한 이러한 국경선 확정은 현재 및 미래와 관련성을 가진다: 이 국경확정과 이전의 폴란드의 수용조치의 인정은 어떠한 연관성을 가지지 않는다<sup>30)</sup>.

- 우선적으로 연합국의 점령국 지위인정의 중단은 베를린 주민의 법적 지위에 영향을 미쳤다. 서베를린에서의 독일국적입법의 계수(Übernahme der dt Staatsangehörigkeitsgesetzgebung)에 대하여 연합국은 이미 이전에 아무런 이의를 제기하지 않았음에도 불구하고, 독일제국국적법 제22조 제1호 그리고 제2호가 연방군의 군인(Bundeswehrsoldaten)과 관련되는 한에서는 이 효력은 정지되었다. 그러한 까닭에 베를린 주민은 일반적으로 인정되는 병역의무에 대한 고려없이 독일제국국적법 제22조에 의한 독일국적의 이탈을 결정할 수 있었다. 연합국들의 점령국고권(Besatzungshoheit)의 소멸로 인하여 그 이외의 여러 가지의 가능한 독일제국국적법의 효력의 제한들이 없어지게 되었다. 평등대우의 관점에서, 병역의무와 관련하여 베를린 주민에 대한 불평등 대우는 정당화될 수 없다. 그 이외의 국적법적인 결과의 효력의 제한은 통일된 독일의 외부적 국경선의 조약에 의한 확정으로부터 도출된다.
- 독일재통일 전에 오데르와 나이세의 동쪽지역에서의 독일인의 국적법적인 지위는 독일연방정부의 공식적 입장 그리고 일반적 견해에 의한 영역문제에 대한 최종적 규정이 아직 제정되지 않았다는 것을 강조하였다. 그럼에도 불구하고 지금부터 오

30) BVerfG v. 5. 6. 1992, NJW 1992, 3222, 3223.; Hailbronner, 앞의 책, Teil I H III Rn. 42.

테르-나이에 동쪽 영역은 1990년 9월 12일의 서명된 국제조약의 효력발생을 통해서 독일에 대한 법적 귀속으로부터 이탈되어 소련과 폴란드의 주권(Souveränität der Sowjetunion u. Polens)의 귀속범위에 들어간다는 것이 확정되었다. 독일연방 헌법재판소(BVerfG)는 바르샤바 그리고 모스크바 조약(Warschauer u. Moskauer Vertrag)에서의 전체독일의 영토적 지위에 대한 독일연방공화국의 처분권의 부족을 근거로 하여 이 조약이 국제법 적용의 문제로서 국적과 관련하여 평화조약의 규정(friedensvertragliche Regelung)으로부터 도출될 수 있는 것과 같은 개인의 불이익을 가져오는 어떠한 법적 효과도 발생할 수 없다는 것을 인정하였다<sup>31)</sup>. 이로부터 이전의 동쪽영역의 퇴출이 지금까지 독일국적으로 가졌거나 혹은 기본법 제116조의 의미 속의 독일인으로 볼 수 있었던 사람들의 국적의 상실과 결부된다는 결론을 도출할 수 없다. 두 개의 헌법소원들과 관련하여 독일연방헌법재판소(BVerfG)는 1993년 9월 8일의 자신의 결정(Beschluß)에서 1991년 6월 17일의 독일-폴란드 국경 및 친선조약(dt-polnische Nachbarschafts- u. Freundschaftsvertrag)<sup>32)</sup>은 국적 문제는 다루지 않았다는 점을 명백히 확인하였다<sup>33)</sup>: “조약 제20조 제1항이 폴란드 공화국에서의 독일인 소수자들을 폴란드 국적을 가진 사람으로 정의한다면, 이를 통해서 아마도 그들에게 보충적으로 인정된 독일국적이 제한되지 않는다. 요컨대 조약의 서명과 관련하여 양 조약체결국의 외무장관들은 이 조약이 국적문제를 다루지 않는다는 합의가 제5호(Nr. 5)에서 도출되는 동일한 내용이 기재된 서신을 교환한다”.

- 최종적으로 이전의 동쪽영역의 최종적 퇴출이 국적법상의 내국개념(Inlandbegriff)에 대하여 간접적인 국적법적 효력을 가진다. 관련문헌들 속의 일반적 견해는 지금까지 압도적으로 1970년 12월 7일의 바르샤바 조약(Warschauer Vertrags)의 효력발생 후에 독일제국의 영토는 1937년 12월 31일 당시의 상황에서의 독일제국의 영역을 국적법상의 ‘내국(Inland)’으로 본다. 이미 보다 이전의 시점에서 이전의 독일의 동쪽영역을 기능적인 내국개념(funktionaler Inlandbegriff)을 근거로 하여 국적법 제8조, 제25조의 의미 속의 ‘외국(Ausland)’으로 보지 않는 한에서는 이러한 견해는

31) BVerfG v. 7. 7. 1975, BVerfGE 40, 141, 175.

32) BGBl. 1991 II S. 1315.

33) Hailbronner, 앞의 책, Teil I H III Rn. 44.

동쪽 영역의 퇴출의 효력발생시점에서는 더 이상 유지될 수 없다. 헌법적 측면에서 뿐만 아니라 국제법적 측면에서 볼 때 독일의 재통일의 시점이래로 독일법상의 내국개념은 독일의 영역으로 축소되었다. 그러한 까닭에 독일 밖에서의 체류, 주소의 채택, 입양 그리고 출생과 같은 국적과 관련된 사실적 진행과정은 늦어도 독일과 관련된 최종적 규율에 관한 조약(Vertrags über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland)의 효력발생과 더불어 법적으로 외국적 상황(Sachverhalte)으로 평가된다. 내국개념의 국적법적인 환상은 독일통일 이후 더 이상 유지될 수 없게 되었다<sup>34)</sup>.

- 동서독 기본조약의 체결 그리고 후에 합의된 여행자유화조치들과 관련성 속에서 독일민주공화국을 1972년 10월 17일 전에 떠났던 모든 망명자들(Flüchtlinge) 그리고 또한 나중에 1982년 1월 전에 독일민주공화국을 떠났던 모든 망명자들은 모두 동독 국적을 상실하였다<sup>35)</sup>. 독일민주공화국이 동독을 떠났던 시민들에게 자신의 독일민주공화국 국적인정요구를 강화시켰던 1980년대에는, 이러한 입장을 정당화할 수 있는 아무런 헌법적 근거를 동독헌법 속에서 찾을 수 없음에도 불구하고, 또한 헌법에 국적에 관한 명문규정이 없음에도 불구하고, 서독과의 사법적 공조의 요구들 속에 독일연방공화국에 살고 있는 이전의 독일민주공화국 시민을 독일민주공화국의 시민으로 인정하는 것을 계속적으로 주장하였다. 물론 이러한 형태의 동독의 서면적 요구는 서독의 주법무행정청(Landesjustizverwaltung)에 의하여 형식적으로 거부되었다. 주법무행정청은 당연히 관련당사자들에게 청원의 내용, 예를 들면 임박한 재판일정들(anstehende Gerichtstermine)에 대하여 비공식적으로 통지하였다. 1989년 독일민주공화국의 붕괴 직전에 사법적 공조신청의 40%가 정확하지 않은 국적신고 때문에 처리되지 못하였다.

34) Hailbronner, 앞의 책, Teil I H III Rn. 45.

35) 1972년 10월 16일의 법률(GBL, I, S. 265) 그리고 1982년 6월 21일의 명령(Verordnung) (GBL, I, S. 348).

### III. 헌법적 측면에서의 조약의 구조에 대한 검토

#### - 국가연합적 구조(Konföderative Strukturen)

- 기본법 제정 당시의 헌법전문(Präambel)은 기본법이 통일전의 과도기에서의 새로운 국가질서형성을 위한 헌법으로서의 성격을 가진다고 보았다. 따라서 1990년 8월 13일 통일조약(Einigungsvertrag)<sup>36)</sup> 제4조에 의하여 개정되기 전의 기본법 제146조는 독일국민의 자유로운 결정에 의결된 헌법이 효력을 발생하는 그 효력을 상실한다고 규정하고 있었다. 이 기본법 제146조는 독일재통일과 관련하여 새로운 헌법 제정을 명백히 동기부여를 헌법적 측면에서 정확하게 표현한 것이었다.
- 이 헌법규범은 독일의 분단상황을 고려하여 독일연방공화국의 임시적인 국가조직과 헌법질서를 헌법적 차원에서 정당화하고, 기술한 것이었다. 그럼에도 불구하고 독일연방공화국의 성문헌법으로서 기본법이 그 헌법적 안정성(Stabilität der Verfassung)을 유지하면서 할수록, 독일의 국가적 재통일의 경우에 있어서 기본법이 재통일된 독일의 헌법으로서 계속 그 효력을 유지할 가능성은 더욱 더 커지게 되었다. 이것은 계속적으로 헌법적 규범적 효력이 강화된 기본법이 기본법 제146조에 규정된 재통일과정에서의 전체독일국민의 헌법제정권력 행사를 저지할 수 있는 적대적 입장에 서게 되었다는 것을 의미하였다. 물론 독일국민의 자유로운 결단에 의한 전체 독일국가의 재구성의 형태로 이루어지는 재통일 과정이, 이미 기본법에 규정된 헌법규범적 내용들에 의하여 방해받아서는 안된다. 이것은 대등한 당사자의 자유로운 합의에 의한 재통일의 경우에는 이미 존재하는 기본법의 효력유지요구와 보장요구(Geltungs- und Gewährleistungsanspruch)는 인정될 수 없다는 것을 의미한다. 독일국가의 재통일의 경우에 독일국민이 자유롭게 자신의 헌법제정권력을 행사한다면, 기본법 제79조에 규정된 안정적 효력을 가지는 헌법개정의 한계도 자동적으로 옆으로 밀려나게 된다<sup>37)</sup>.

36) EinigungsvertragG vom 23. 9. 1990, BGBl. II S. 885.

37) Josef Isensee, VVDStRL 49 (1990), S. 48 ff.; Tomuschat, VVDStRL 49 (1990), S. 88 ff.

- 독일 기본법은 분단된 독일의 재통일의 경우에 발생하게 될 국가적 통일 그리고 헌법적 통일의 실현을 위하여 두가지 대안적 방법(alternative Wege)을 준비하였다: ① 한편으로는 재통일 이후에 개정되기 전(a. F.)의 기본법 제23조 제2항에 의하여 독일연방공화국에 가입하는 지역에 대하여 의무적으로 기본법의 효력이 확장적으로 적용되는, 이전의 독일민주공화국(DDR) 혹은 독일민주공화국 영토의 개별적 부분의 독일연방공화국으로의 가입(Beitritt), ② 또 다른 한편으로는 개정되기 전(a. F.)의 오래된 기본법 제146조에 의한 원래의 통일성을 증진시키는 헌법개정.
- 독일통일이후에 개정되기 전의 기본법 제146조의 조문은 한편으로는 1949년 이후의 전제 독일의 재통일과 관련된 불안정성을 반영하고 있으며, 독일 재통일에 대한 헌법적 위임을 포함하고 있다. 이렇게 독일 기본법 제23조 그리고 제146조는 독일의 분단상황을 전제로 한 재통일 방식에 대해서 규정하고 있는데 반하여, 동독의 1949년의 첫 번째 헌법의 조문은 공화국의 분할불가능성에 대하여 규정하고 있었다. Er unterschied sich damit vom Text der ersten Verfassung der DDR, der nur von einer unteilbaren Republik sprach (s. o. B II). 동독의 1968년의 제2차 헌법인 사회주의 헌법(die „sozialistische“ Verfassung) 제8조 제2항은 사회주의와 민주주의를 바탕으로 한 통일이 가능하다고 선언하였다. 그러나 1974년의 헌법개정을 통해서 이 조문은 삭제되었다.
- 독일재통일을 위해서 가장 중요한 국가법적 그리고 헌법적인 논의점은 어떻게 우선적으로 서로 분단된 두개의 독일국가를 하나의 공동의 국가결합형태로 발전시키기 위해서 어떠한 법적 가능성을 이용할 수 있는가 하는 문제였다.
- 동독과의 교류협력을 통한 발전적 변화를 추구하던 1969년에 출범한 사회-자유 연정(sozial-liberale Koalition)의 목적은 야당의 격렬한 반대에 직면하였다. 특히 가장 반대에 직면한 사안은 동독과의 선린관계(„gutmachbarschaftliche Beziehungen“) (기본조약 제1조)를 발전시키는 것을 목적으로 설정한 동서독 기본조약의 체결에 대한 것이었다. 이에 대한 비판의 핵심적 내용은 동서독 기본조약의 체결과 결부된 동독에 대한 국제법적인 승인은 헌법상의 재통일명령에 위반되는 독일국민(deutsches Volk)의 분열을 초래하였다는 것이었다. 왜냐하면 이렇게 동독체제에 대한 국제법

적 승인을 통해서 동독과 서독의 분단을 인정하는 것은 독일제국(das Deutsche Reich)은 법적으로 소멸되지 않았기 때문에 단지 하나의 독일국민만 존재한다는 견해에 명백히 반하는 것이기 때문이다<sup>38)</sup>.

- 1945년 5월 8일의 독일의 항복 이후의 결국 독일제국의 법적인 운명에 대한 문제가 제기된다. 독일제국의 계속존속 혹은 소멸에 대한 법적인 논의는 동독과 서독정부의 각각의 국가성인정의 문제에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다. 소멸명제(Untergangsthese)는 본질적인 측면에서 다음의 두가지 논거를 바탕으로 하고 있다. a) 독일의 항복으로 인하여 연합국을 통한 이전의 독일제국의 (국가의 구성요소인인 국가영역 그리고 국민과 별도로) 국가권력의 인수를 통해서 국가적 성격이 소멸되었다. b) 국가는 자신의 법규정들의 합계와 동일시 된다. 독일제국의 법질서는 불법질서이기 때문에, 이 법질서는 연합군에 의하여 폐지되는 것 내지 현실적으로 제거되어야만 했다.
- 존속명제(Fortbestandsthese)는 독일의 패전 이후 독일국민으로부터 나오는 국가권력은 단지 당분간 잠정적으로 독일의 헌법기관에 의하여 행사되는 것이 아니라, 연합국에 의해서 행사된다는 것을 강조하였다. 이러한 연합국의 통치권의 행사는 단지 국가관리의 측면에서만 행사되지, 지역적 그리고 주행정의 영역에서는 그 효력을 가질 수 없었다. 이러한 존속명제는 서독정부와 서구열강에 의하여 지지되었고, 독일연방헌법재판소의 판례의 기본적 입장이 되었다. 그럼에도 불구하고, 어떻게 한 독일 내에 두 국가가 존재하는 사실적 상황을 어떻게 이 명제의 법적인 출발점과 조화시킬 수 있는가 하는 문제는 여전히 남게 된다<sup>39)</sup>.

38) Christian Bickenbach, Verfassungsrechtliche Vereinigung und staatliche Wiedervereinigung - 25 Jahre Deutsche Einheit, JuS 2015, S. 893.

39) Bickenbach, 앞의 논문, S. 893.



## IV. 편입(Beitritt) 혹은 공동의 헌법 (gemeinsame Verfassung), 제23조 혹은 제146조<sup>40)</sup>

- 독일의 재통일이 문제되는 한에서는 기본법 제23조 혹은 제146조에 대한 논의가 중심적 문제가 되었다. 복합적인 진행과정은 ‘편입’ 혹은 - 비방적 표현으로는 - ‘합병(Anschluß)’ 그리고 ‘공동의 새헌법’으로 바꾸어 표현될 수 있었다<sup>41)</sup>. 연방법무장관 앙겔하르트(Engelhardt)는 2월 7일 독일통일(Deutsche Einheit) 내각위원회의 구성 회의에서 독일민주공화국에 대하여 제23조에 의한 편입을 권유한다는 것을 명백히 표명하였다<sup>42)</sup>. 그는 2월 8일의 독일연방의회(Bundestag)에서의 ‘법정책인 정부설명’ 속에서의 이 주장을 반복하였다<sup>43)</sup>. 그는 기본법(Grundgesetz)을 ‘하나의 총체적으로 좋은 전체독일 헌법(eine insgesamt gute gesamtdeutsche Verfassung)’이라고 강조하였다. 또한 사회민주당(SPD)에서는 법정책 여성대변인(rechtspolitische Sprecherin) 도이블러-그멜린(Däubler-Gmelin)이 설사 제23조의 적용을 주장하였다 할 지라도<sup>44)</sup>, 다수 특히 다가오는 수상선거후보자인 라폰텐(Lafontaine)은 제146조를 찬성하였다<sup>45)</sup>. 또한 자유민주당(FDP)에서는 2월 초에 헌법제정회의를 소집하지는 주장이 계속적으로 증가하고 있었다. 이러한 까닭에 외무장관(Außenminister) 겐서(Genscher) 독일 통일 내각위원회의 외교 그리고 안전정책 연구반(Arbeitsgruppe) 회의 중에 자유민주당 의장단(FDP-Präsidium)은 여전히 아직도 헌법적 절차를 확정하지 않으려고 한다고 보고하였다<sup>46)</sup>. 급하게 작성된 논의서류에서 연방법무부는 양 절차들의 장점들과 단점들을 설명하였다. 연방법무부는 명백히 제146조에 의한 절차적 진행(Weg)에 대해서는 반대하였다. 독일연방공화국에

40) 이하의 기술 내용들은 저자가 이미 번역한 클라우스 비히만 (Klaus Wichmann)/위르겐 토마스 (Jürgen Thomas), 독일통일을 위한 법정책 (Rechtspolitik für die Deutsche Einheit), 연방홍보출판사 (Bundesanzeiger Verlag) 2001 중 일부를 번역한, 박진완 역, 독일통일과정에서의 헌법적 문제, 법학논총 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소 2010, 563-594쪽의 내용 중 일부를 그대로 기술한 것입니다.

41) 정당간의 논의에 있어서 심지어 1972년의 선거운동구호 “자유 혹은 사회주의(Freiheit oder Sozialismus)” 까지 다루어졌다; 이에 대해서는: Biedenkopf, Ein deutsches Tagebuch, S. 123, 127, 133.

42) Teltschik, 329 Tage, S. 152.

43) Plenarprotokoll 11/194, S. 14870.

44) Schäuble, Der Vertrag, S. 64.

45) Kohl, Ich wollte Deutschlands Einheit, S. 291.

46) Teltschik, 329 Tage, S. 152.

서 기본법은 주민들(Bevölkerung)에 의하여 가장 광범위하게 헌법으로 받아들여졌다. 몇 달 전에 기본법은 제정후 40년을 기념하는 경축행사를 경험하였다. 연방법무부는 1989년 10월 5일에 프랑크푸르트 파울교회(Frankfurte Paulskirche)에서 기념행사<sup>47)</sup> 그리고 1989년 5월 18/19일에 심포지움(Symposium)<sup>48)</sup>을 개최하였다. 독일민주공화국의 민권운동가들(Bürgerrechtler)의 요구들, 그들의 전체사상(Gedankengut)을 헌법조문에 수용하는 것은 기본법 제79조 제2항에 의한 연방의회(Bundestag)의 구성원의 2/3의 그리고 연방참사원(Bundesrat)의 2/3이상의 의결정족수가 필요한, 광범위한 사회적 합의(Konsens)에 의해서 행해지는 헌법개정을 통해서만 가능할 수 있었다. 그와 반대로 새로운 헌법은 단순 다수결(einfache Mehrheit)로 의결이 가능할 수 있었다. 이와 관련하여 자유민주당(FDP)의 의미에서의 자유적 가치관념(freiheitliche Wertvorstellungen)에 바로 기본법과 동일한 의미를 부여할 수 있는지 여부에 대해서는 당시 다수세력관계(Mehrheitsverhältnis)를 고려해 볼 때 매우 불확실한 것으로 보여졌다. 또한 헌법제정회의를 소집하는 것과 같은 것은 전제로 하지 않았다. 독일민주공화국의 주요정치가들은 인민회의(Volkskammer)와 연방의회(Bundestag)의 구성원들이 동등하게 배분하여 구성하는 것이 진정으로 당연하다고 생각하였다. 또한 연방법무부의 입장은 다른 전문부서의 분위기를 재현하는 것이었다. 일반적으로 관찰될 수 있는 원칙적 문제들에 대한 사회적 합의형성적 태도의 감소를 고려해 볼 때<sup>49)</sup>, 짧은 시간에 기본법과 동등한 가치를 가지는 헌법을 제정하는 정치적 세력이 존재한다는 것에 대해서는 거의 그누구도 생각할 수 없었다.

- 2월말의 연정회의(Koalitionsgespräch)에서 자유민주당은 기본법 제23조의 제한 없는 적용에 대한 찬성 입장을 표명하다<sup>50)</sup>. 여전히 연방수상(Bundeskanzler)은 5월 5일에 우선적으로 헌법학자들인 크라우스 스테른(Klaus Stern), 디이터 블르멘비츠(Dieter Blumenwitz), 요셉 이센제(Josef Isensee), 루퍼트 솔츠(Rupert Scholz) 그리고 한스 휴고 클라인(Hans Hugo Klein)과 협의하였다<sup>51)</sup>. 5월 8일의 연방의회

47) Vierzig Jahre Dritte Gewalt unter dem Grundgesetz, Bundesministerium der Justiz 1989.

48) Meyde/Starck (Hrsg.), Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte.

49) Vgl. 또한 Stern, Staatsvertrag, S. 41.

50) Schäuble, Der Vertrag, S. 64.

회의에서 연방수상은 제23조에 의한 편입이 공동의 미래를 위한 가장 최선의 길이라는 것을 선언하였다. 이와 관련하여 ‘어떠한 형태로든(in jedem Fall)’ 자유로이 선출된 독일민주공화국의 대표자와 통일의 조건과 방식에 대하여 협상하는 것이 당연히 필요하다고 주장하였다<sup>52)</sup>. 독일민주공화국의 정당들에 의해서도 제23조에 의한 흡입력이 강한 편입에 찬성하는 ‘독일을 위한 동맹적 연합(Allianz für Deutschland)’, 2월에 결성된 동독-기민당(기독교 민주동맹)(Ost-CDU), 독일사회연합(DSU) 그리고 독일의 대안(DA Deutsche Alternative 그리고 자유주의정당(die Liberalen)들의 선거연합(Wahlbündnis)이 옹호되었다. 동독-기민당은 새로운 헌법에 찬성 입장을 표명하였다. 제3의 길을 걷자는 신중론적 주장(Idee an Boden) 역시 점차적으로 많은 지지를 획득하였다: 우선적으로 편입을 통한 통일; 그 이후에 차분히 최종적 국민투표(abschließende Volksabstimmung)를 통한 새헌법의 제정<sup>53)</sup>. 민주사회당(PDS)과 많은 소수정당들은 다른 제3의 길을 위하여 투쟁하였다. 그들은 여전히 계속존속하는 독일민주공화국(DDR)에서 사회주의의 혁신을 원하였다<sup>54)</sup>.

## 1. 마라톤 협상(Verhandlungsmarathon)을 통한 국가조약 (Staatsverträge)의 생성

- 1990년 3월 18일의 첫 번째 자유, 비밀 그리고 민주적 선거의 결과후에 독일민주공화국은 통화연합(Währungsunion) 뿐만 아니라 보다 이후의 시점에서는 또한 재통일을 위해서 노력하고 있다는 것이 이미 드러났다. 독일민주공화국의 연방공화국의 가입이 현실화될 가능성이 존재하였다(wahrscheinlich). 그리하여 연방내각(Bundeskabinett)은 선거후에 장관에게 이에 대한 준비를 요구하였다. 통화와 경제 연합(Währungs- und Wirtschaftsunion)을 위한 조정작업은 연방재무부(BMF)에, 재통일에 대한 조정작업은 연방내무부(BMI)가 맡게 되었다<sup>55)</sup>.

51) Teltschik, 329 Tage, S. 167.

52) Plenarprotokoll 11/195, S. 15421.

53) Meckel in Der Spiegel vom 19. 3. 90, S. 49.

54) Kohl, Ich wollte Deutschlands Einheit, S. 293.

- 통화와 경제연합(Währungs- und Wirtschaftsunion)에 대해서는 2월 20일 이후부터 두 독일구가들의 공동전문가위원회(Expertenkommission)가 세 번의 합의회의(Plenarsitzung)를 가졌고, 네 개의 다양한 연구반(Arbeitsgruppen)들과의 만남을 통해서 자문하였고, 3월 13일에 중간보고서를 제출하였다<sup>55)</sup>. 사법적 사안들(Justizressorts)에 대해서는 공동협력이 행해지지 않았다. 보고서는 그 핵심적 내용으로 동시적으로 경제질서의 중심분야들에 대한 법적 동화작업(Rechtsangleichung)이 행해진다면, 독일민주공화국에서 독일-마르크화(D-Mark)가 오로지 법률적 지불수단(gesetzliches Zahlungsmittel)으로 도입될 수 있다고 확인하고 있다. 그 이후 계속적으로 매일 협회가 개최된 3월 27일의 차관협의(Staatssekretärbesprechung)에서 연방정부는 연방정부(Bundesregierung)는 시간적 계획(Zeitplan)과 업무분담을 확정했다. 그 이후에 연방법무부(BMJ)는 연방재무부(BMF) 그리고 연방내무부(BMI)와 공동으로 전문(Präambel)을 포함한 국가조약(Staatsvertrag)의 국가법적인 문제들과 구조에 대해서 설명해야만 했다. 그 외에도 연방법무부는 자신의 권한범위 내에서 법적동화에 필요한 규정들을 제정해야만 했다. 독일민주공화국과의 협상이 정부구성 후에 바로 지체없이 시작될 수 있는 것을 목표로 하였다. 협상은 4월 중순에 개최가 기대되었다. 통화연합(Währungsunion)은 연방수상의 결정에 의하여 7월 1일에 제안되었다. 연방내무부(BMI)는 여전히 3월에 독일민주공화국의 연방가입에 대한 첫 번째 고려로서 초안(Skizze)을 발송하였다. 연방내무부는 재통일의 경우에 바로 혹은 “가입지역(Beitrittsgebiet)”에서 후에 효력을 발생해야만 하는 모든 법규정의 관련사항과 배치를 완성할 것을 요청하였다. 4월 12일 385명 중 265명이 찬성한 대연정에 의하여 선출된 새로운 내각평의회회의장(Ministerpräsident) 드 마지에르(de Maizière)가 4월 19일에 자신의 정부선언(Regierungserklärung)에서 독일민주공화국은 7월 1일에 통화연합(Währungsunion) 그리고 그 후에 기본법 제23조 제2문에 의한 가입을 통한 연방공화국과의 조속한 재통일을 원한다는 것을 공표하였다:
- “통일에 대한 찬성이 언급되었다. 그에 이르는 길에 대해서는 우리는 결정적인 단어를 함께 결정해야만 한다”.

55) Schmitt-Bleibtreu, Staatsvertrag, S. 49; Schmitt-Bleibtreu, Einigungsvertrag, S. 57.

56) Deutsche Einheit, S. 948.

- “정부에게 의무를 부과하는 유권자의 위임(Wählerauftrag)은 분리되지 않고 평화로운 유럽 속에서 독일통일의 성립을 요구하였다. 이러한 요구는 속도(Tempo)와 질(Qualität)을 고려한 조건들을 포함하고 있다. 통일은 가능한 빨리 실현되어야만 하지만, 그러나 통일의 윤곽조건들(Rahmenbedigungen)은 견실하고, 이성적이고 그리고 미래에도 기능하고 필요한 것이어야만 한다”. “속도(Tempo)와 질(Qualität) 두가지 요구는 통일이 기본법 제23조에 의한 조약에 의한 합의를 도출하는 방법으로 실현될 때 가장 잘 보장될 수 있다”<sup>57)</sup>.
- 그래서 연방법무부의 업무범위의 전체적 순서속에서 법적 동화(Rechtsangleichung)는 4월 초부터 동시적으로 세가지 분야에서 행해져야만 한다. 통화연합에 대해서는 자유시장경제의 법적인 윤곽조건들이 만들어질 수 있었다. 재통일은 인도규정(Überleitungsregelungen)에 의하여 안내되어야만 한다. 최종적으로 독일민주공화국은 자신의 법률제정작업에 있어서 부분적으로 독일민주공화국법무부(MdJ)의 초안들에 대한 광범위한 작성을 통하여 세부적인 지원을 받기를 원했다. 이러한 과제들은 짧은 기간내에 충족되어야만 했다. 통화연합(Währungsunion)을 위한 독일국가들 사이의 협상은 4월 25일에 다시 재개되었고, 연방재무장관 바이겔 박사(Bundesminister der Finanzen Dr. Waigel)와 독일민주공화국 재무장관 롬베르크(Minister für Finanzen der DDR Romberg)를 통한 조약의 서명을 통해서 5월 31일 종료되었다. 이 협상에 연방법무부 차관 킁켈(BMJ-Staatssekretär Kinkel)이 참가하였다. 그는 또한 독일민주공화국과 공동으로 통화연합을 협상에 매달리고 있는 연방정부를 위하여 미해결의 재산문제에 대하여 연방정부를 위한 대답을 발견하는 것, 즉 국민재산(Volkseigentum)으로 넘어간 소유지들(Ländereien)과 기업들을 다시 반환될 수 있는지 여부 혹은 이것이 가능하면 어느정도까지 행해질 수 있는지에 규정을 마련하는 업무를 떠맡았다. 통화연합에 대한 의회의 동의를 얻기 위하여 시장경제(Marktwirtschaft)의 도입에 대한 독일민주공화국의 법률제정과 마찬가지로 이에 협상은 6월 중순까지 완료되어야만 했다. 연방의회(Bundestag)와 인민회의(Volkskammer)은 6월 21일, 또한 연방참사원(Bundesrat)은 그 다음날에 동의법률(Zustimmungsgesetz)을 의결하였다.

57) Von Münch, Dokumente der Wiedervereinigung Deutschlands, S. 195.

- 이미 6월 6일에 베를린에서 연방법무부(BMJ)가 처음부터 전권위임의 구성원(Mitglied der Delegation)으로서 참가하는 가입협상이 시작되었다. 8월 1일에서 3일까지 베를린(Berlin), 8월 20일에서 24일까지 그리고 30일의 본(Bonn)에서의 3번의 협상후에 8월 31일 베를린에서 연방내무장관 쇼이블레(Bundesminister des Innern Schäuble) 그리고 내각평의회장 사무처의 의회차관 크라우제(Parlamentarischer Staatssekretär im Amt des Ministerpräsident Krause) 사이에 두 번째 조약 통일조약(Einigungsvertrag)이 체결되었다. 9월 17일의 추가협상은 9월 18일의 해석과 실행에 대한 보충적 합의를 도출하였다. 독일연방의회(Deutscher Bundestag)와 인민회의(Volkskammer)는 의회의 위원회에서 상세한 자문을 거친 후에 9월 20일 동의법률(Zustimmungsgesetze)을 의결하였다.
- 그러나 또한 약 6개월간의 마라톤 협상기간 동안 연방법무부(BMJ)와 독일민주공화국 법무부(MdJ)의 전문담당부서 과장 그리고 부장 그와 동시에 차관들은 서로간에 많은 전문회담을 개최하였다. 그 과정에서 전화통화는 거의 불가능하였다. 우선적으로 독일민주공화국 법무부에 서독과 연결된 유일한 전화가 있었다. 회담은 독일민주공화국의 각료회의(Ministerrat der DDR)에서의 중심기관에 의하여 직접적으로 증재되었다. 겨우 6월말에서야 계속적 접촉이 행해졌다. 본(Bonn)과의 계속적 접촉과정속에서 담당자들은 결실을 기다리고 있었다. 또한 이러한 어려움들 때문에 종종 업무상출장이 불가피하였다. 출장의 대부분이 본(Bonn)의 담당자들이 베를린(Berlin)으로 가는 것이다. 독일민주공화국 법무부 속의 협상대상자들(Partner)은 거의 쉬지않고 개최되는 많은 인민회의(Volkskammer)의 일정들에 구속되었다. 사월부터 유월까지 통화연합, 경제연합 그리고 사회연합(Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion)을 준비하기 위한 특히 정신없이 서두르는 작업기간 동안에 연방법무부의 세명의 전문가들은 사법(Rechtspflege), 회사법(Gesellschaftsrecht) 그리고 민법(Bürgerliches Recht)의 문제에 대하여 독일민주공화국 법무부(MdJ) 속에서 3개월 이상 자문적 형식으로 공동작업을 하였다<sup>58)</sup>. 조약협상동안의 양 법무부의 대부분의 소속자들의 업무부담은 아주 심한 것이었다.

58) 1990년 3월 그리고 6월 동안 부국장 가스(Ministerialdirigent Gass), 부국장 토마스(Ministerialdirigent Thomas), 부의 자문 도이틀러(Ministerialrat Deutler).

밤샘작업 그리고 주말작업등이 일상사가 되었다. 여름휴가는 인정되지 않았다. 그럼에도 불구하고 서로 상이한 법질서를 가지고 있는 두국가들의 결합시키는 매혹적이고 전례없는 과제는 이러한 인간적인 혹사과정을 잊어버리게 만들었다.

- 사법공조(Rechtsangleichung)의 영역에 있어서 연방법무부(BMJ) 그리고 독일민주공화국 법무부(MdJ)의 전문부서들은 독자적 권한을 가지고 그들이 해야만 했던 것을 작업영역에 있어서 계속적으로 확정하였다. 이미 시간상의 이유로 정치적 결정들을 수반하는 광범위한 주제들을 다 처리한다는 것은 거의 불가능하였다. 작업내용은 핵심적 문제들에만 한정되었다. 그러한 것들은 대부분은 합의가 될 수 없는 사항들이었다. 헌법에 있어서는 완전히 다른 상황이 전개되었다. 여기에서는 차관(Staatssekretär)과 장관(Minister)이 직접적으로 질문을 하였다. 차관은 정부대표의 구성원으로서 장관은 자신의 정당의 의장단회의(Präsidium)의 구성원이었다. 헌법 문제는 특히 통일과정의 국가법적인 진행과정외에도 중요한 정치적 이해관계와 관련성을 가졌다. 궁극적으로 또한 3월 18일의 인민회의선거(Volkskammerwahlen) 후에 선거가 지속적으로 행해졌다. 5월 6일 독일민주공화국(DDR)에서는 지방자치선거(Kommunalwahlen)가 있었다. 새롭게 형성될 주들(Länder)의 주의회들(Landtage)은 즉시 선출되어만 했고, 연방의회선거(Bundestagswahl)는 1990년 말에 예정되어 있었다. 니더작센(Niedersachsen)주와 노르트라인-베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen)주의 지방자치선거는 역시 일정한 역할을 하였다. 그래서 헌법적 문제들에 대한 입장표명은 공중(Öffentlichkeit)에 있어서 가장 큰 이해관계를 건드리는 것이었다<sup>59)</sup>. 이러한 까닭에 시대적 압박감에도 불구하고 헌법적 입장표명에는 세심한 주의가 필요하였다. 외부에 대한 입장표명전에 일반적으로 의회의 정치적 노선에 대한 합의를 구해야만 했다.
- 여전히 많은 양의 기본법 제23조 제2문에 의한 독일민주공화국의 서독연방가입을 위한 근본적 결정에 대한 헌법적 문제들이 존재하였다. 예를 들면 통화연합은 단지 법률규정만으로 도입되어야만 하는가 혹은 조약체결이 필요한가 혹은 어떤 경우든 목적에 적합한 것인가? 자유시장경제(freie Marktwirtschaft)가 전개될 수 있도록

59) 90년 4월 14일의 연방법무부의 내부적 기재사항의 스피겔지에의 공포(Veröffentlichung aus BMJ-internen Vermerken in Der Spiegel), 18 ff.

하기 위하여 어떠한 독일민주공화국 헌법개정이 명령되었는가? 어떻게 나중에 행해진 서독연방에로의 가입(Beitritt)이 법적인 현실로 전환될 수 있는가? 하나의 제2차 국가조약(ein zweiter Staatsvertrag)이 필요한 것인가? 기본법 제39조에 의하여 늦어도 1991년 1월 31일까지 행해져야만 하는, 서독연방에로의 가입이 연방의회선거(Bundestagswahl)전 혹은 선거후에 행해지는 지 여부에 따라 어떠한 법적 효과가 발생할 것인가? 독일민주공화국의 주편입(Aufgliederung der DDR in Länder)이 어떠한 법적인 결과(rechtliche Konsequenzen)를 가질 것인가? 또한 개별적으로 이러한 주들(Länder)에 가입할 수 있는가? 가입이 두 독일국가들의 국제법적인 조약에 대하여 그리고 연방공화국(Bundesrepublik)의 유럽연합(Europäische Union)에로의 가입에 대하여 무슨 의미를 가지는가? 또한 가입후에는 기본법(Grundgesetz)은 무조건 개정되어야만 하는가? 기본법과 합치하지 않는 독일민주공화국 법(DDR-Recht)은 과도기적으로 효력이 유지될 것인가? 가입은 베를린(Berlin)에 대하여 어떠한 법적인 영향력(rechtliche Auswirkungen)을 미칠 것인가?

## 2. 법률 혹은 조약을 통한 통화연합

- 7월 1일에 예정된 통화연합의 핵심은 독일 마르크화(Deutsche Mark)가 공동통화가 되고, 독일연방은행(Deutsche Bundesbank)이 유일한 통화은행(Währungsbank) 그리고 통화발행은행(Notenbank)이 되는 통일되어진 독일민주공화국을 포괄하는 통화지역(Währungsgebiet)이다. 독일연방공화국이 사전에 시장경제적인 신용체계(marktwirtschaftliches Kreditsystem)를 구축하는 경우에 한해서, 연방은행은 자신의 과제인 통화가치의 안정성의 보장을 실현할 수 있었다. 이에는 사경제적 원칙에 근거한 상업은행시스템(Geschäftsbanksystem) 그리고 자유로운 통화시장 그리고 자본시장 등이 속한다. 그 외에도 통화연합의 전제조건은 공동의 사회적 시장경제(soziale Marktwirtschaft)이다. 사회적 시장경제는 무엇보다도 사유재산제(Privateigentum) 그리고 계약의 자유(Vertragsfreiheit) (경제연합(Wirtschaftsunion)) 그리고 사회적 안전(soziale Sicherheit)에 대한 포괄적 체계를 갖추고 있는 사회적 시장경제질서에 상응하는 노동법질서(Arbeitsrechtsordnung) (사회연합(Sozialunion))을 통해서 확

정된다. 그러한 종류의 계획적 시도에 대하여 국가법적으로(staatsrechtlich) 아무런 모범적 사례(Vorhaben)가 존재하지 않았다. 그러나 조약속에서 상호간에 공동으로 적용되는 권리와 의무에 대하여 규정하는 것이 시사되었다. 이를 통해서 자신의 본질적인 고권(Hoheitsrechte)의 연방공화국(Bundesrepublik)에 대한 계획적인 이양에도 불구하고 독일민주공화국(DDR)이 하나의 주권국가로서 유지되고, 자신의 미래의 입법 그리고 정부의 업무수행이 통화연합, 경제연합 그리고 사회연합을 목적으로 설정하는 것이 보장될 수 있었다. 통일된 통화연합지역에서 독일민주공화국 그리고 독일민주공화국에 소속된 새로운 연방구성원들(neue Bundesländer)이 생존이 불가능하는 것을 방지하기 위하여 다음 년도들의 연방예산에서 당시에 2억 독일 마르크(DM)로 추산되는 재정보조금이 이를 위한 목적으로 독자적으로 설립된 독일통일 준비금(Fonds Deutsche Einheit)으로 유입되는 것을 통해서 독일민주공화국은 안전을 유지하였다. 국제법 조약 혹은 국가법적인 조약에 의한 합의가 - 독일민주공화국이 생각하는 것과 같이 - 문제되는지 여부는 실무적인 측면에서는 특별한 의미가 없었다. 어떤 경우이든 기본조약(Grundlagenvertrag)에 대한 독일연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)의 결정은 명확하다<sup>60)</sup>. 양독일국가들 사이의 그러한 조약은 허용되지만, 이에 대한 기본법 제59조 제2항의 적용에 의하여 연방의회(Bundestag)의 동의와 연방참사원의 협력(Mitwirkung des Bundesrates)이 필요하다는 점이다. 그러한 까닭에 연방법무부(BMJ)는 연방재무부(BMF)와 마찬가지로 조약체결을 권고하였다. 다른 전문부서들은 법률규정의 제정을 주장하였다. 베를린주(Land Berlin)가 연방에서 제정한 법률을 시행하는 것과 같이 독일민주공화국이 단지 독일연방공화국과 연결된 법률협정(Gesetzespakete)을 내부적 효력을 발생시키는 것이 필요하다는 것을 상상하는 것이 현실이 되었다. 이에 대한 고려들은 빠르게 실행되었다. 독일민주공화국은 자신들을 위해서는 단지 조약만이 문제가 된다는 것을 명백히 선언하였다. 처음으로 민주적으로 선출된 정부를 가지고 있는 주권국가로서의 그들의 자신에 대한 이해는 다른 해결과정에서는 인정받지 못하였다. 중요한 원칙들과 9개의 첨부문서들(Anlagen)에 대한 공동 의정서(Protokoll)와 별도로 고권을 가진 조약체결주체에 의하여 서명된 조약은 국가법적인 의무들, 프로그램적 원칙들 그리

60) BVerfGE 36, 1.

고 직접적인 효력을 가지는 권리들의 다양한 혼합물을 포함하고 있었다. 연방법무부가 설정하였던 체계성(Systematik)은 외부적으로는 어려운 그리고 내용적으로 풍부한 협상과정에 수반되는 시간적 압박감(Zeitdruck)으로 인하여 성취될 수 없었다. 또한 동의법률(Zustimmungsgesetz)이 국내적 효력을 가지는 많은 법률들의 일반규정들을 다 고려할 수 없다는 명백한 이에 대한 반대는 이 문제만을 다루는 차관들의 협의에도 불구하고 아무런 이득이 없었다. 요청되어진 서두름에 대해서는 법적 의미가 제한적으로 인정되었다. 통합연합, 경제연합 그리고 사회연합을 위한 법률적 규정들이 함께 주로 고려되었다. 이러한 규정들의 효력발생을 별도의 의회의 협의라는 우연에 맡길 것이 아니라, 동의법률(Zustimmungsgesetz)과 불가분적으로 연결해야만 했다. 그러나 연방법무부가 독자적으로 목표로 설정하였던 두 개의 규정들은 그러한 한에서는 중요하지 않은 것이 되어버렸다: 독일민주공화국-변호사들에 대해서는 또한 독일연방공화국에로의 국경을 넘어서는 교류의 효력을 인정할 수 있어야만 한다(제21조); 독일민주공화국의 협상대표(Handesvertreter)는 조약적인 측면에서 유럽연합의 구성국가들의 대표들보다 불리한 대우를 받지 못한다(제20조). 형식적 결함들은 후에 학문적이 철저한 검토를 통하여 밝혀진 개별적인 내용적 불일치성과 마찬가지로 이러한 첫 번째 국가조약(Staatsvertrag)의 의미를 약화시켰다<sup>61)</sup>. 이러한 국가조약은 “독일헌법사에 있어서 새로운 현상(Novum), 아무런 모범적 선례가 없는 예외적인 규모에 의한 법적인 사건”이었다<sup>62)</sup>.

### 3. 독일민주공화국(DDR)을 위한 새로운 헌법?

- 독일민주공화국은 조약을 통해서 이미 범위에 있어서 거의 이해될 수 있을 것으로 보이지 않던 법적조정(Rechtsanpassung)의 의무를 받아들였다. 5월 30일의 내각회의(Ministerrat)에서 의결된 입법계획은 여전히 7월 1일 효력을 발생하는 60개의 법률들을 포함하고 있었다. 그 이후에는 106개의 법률들에 대한 심의가 예정되어 있었다. 이러한 과도한 일정기간내에 마쳐야 하는 업무의 범위내에서 헌법이 또한 개정

61) 예를 들면 Jauernig, NJW 1997, S. 2707.

62) Schmidt-Bleibtreu, Staatsvertrag, S. 48.

되어야만 했다. 11월 9일 이래로 이미 일곱 번 헌법이 개정되었다<sup>63)</sup>. 독일 사회주의 통일당(SED)의 지배는 약화되고, 기업 그리고 공업시설 그리고 은행에 대한 사소 유권에 대한 외국의 참가가 법률적 근거하에 가능하게 되었다. 그럼에도 불구하고 헌법은 사회주의적 중앙 계획경제(Planwirtschaft)의 도구들을 통해서 유지되고 있다. 이것은 합의된 통화연합, 경제연합 그리고 사회연합에 대해서는 완전한 부적합한 것이었다. 독일민주공화국에서는 완전히 새로운 헌법을 생각하였다. 이와 관련하여 1989년 12월에 구성된 원탁회의의 연구반(Arbeitsgruppe des Runden Tisch)은 4월 4일 인민회의의원들(Abgeordneten der Volkskammer)에게 초안을 전달하였다<sup>64)</sup>. 전문가집단 그리고 편집집단(Experten- und Redaktionsgruppe)에 의하여 지지된 연구반의 초안은 - 전문은 여성소설가 크리스타 볼프(Christa Wolff)가 작성하였다 - 기본법에서 많은 것을 그러나 또한 이전의 독일헌법들 그리고 1949년의 독일민주공화국 첫 번째 헌법도 계수하였다. 초안은 평화혁명(friedliche Revolution)의 시발점이 되는 시민법운동의 원고(Handschrift)도 알려주고 있었다. 이것은 기본권(Grundrechte) 그리고 플레비시트적인 요소들(plebiszitäre Elemente)의 상당한 확대를 명백히 보여주고 있었다. 연방법무부의 내부적인 평가에 의하면 “인권 그리고 시민권(Menschen- und Bürgerrechte)”이란 제목하에 직접적인 소송의 제기가 가능한 기본권 그리고 사회적 기본권적 성격을 가지는 자유권(einklagbare Grund- und Freiheitsrechte mit sozialen Grundrechten), 국가목표규정(Staatszielbestimmungen), 정당, 교회 그리고 노동조합에 대한 국민적 권리와 규정들의 혼합은 부정적으로 판명되었다. 기본법의 중요한 업적인, 명백히 경계가 설정된 사법적으로 관철될 수 있는 기본권(gerichtliche durchsetzbare Grundrechte)만 규정하는 것은 계수되지 않았다. 인민회의(Volkskammer)에서 대표되는 모든 정당들의 대표자들은 - 부분적으로는 틀림없이 정당의 지원없어도 - 초안을 공동작업하였지만, 토의는 어떠한 다수도 발견될 수 없는 4월 18일의 인민회의 의 활동시간에 행해졌다<sup>65)</sup>.

63) Von Münch, Dokumente der Wiedervereinigung Deutschlands, S. 24.

64) Von Münch, Dokumente der Wiedervereinigung Deutschlands, S. 162.

65) Semtner, Der Runde Tische in der DDR, S. 114.

- 독일민주공화국 법무부(MdJ) 속에서는 여전히 부분적으로 바이마르 제국헌법(Weimarer Reichsverfassung)에 근거하고 있는 독일민주공화국 첫 번째 헌법이다 시 효력을 발생시킬 수 있는지 여부에 대한 검토가 행해졌다. 필요한 개정들은 원탁회의 초안 속에서 고려되어야만 했다. 그리하여 초안은 동맹적 합의(Koalitionsvereinbarung) 속에서 확정되었다<sup>66)</sup>. 독일민주공화국 법무부(MdJ)는 이미 원탁회의 전문가 집단에 참여하였던 훔볼트 대학(Humboldt Universität) 여교수인 로즈마리 빌(Rosmarie Will)을 의장으로 하는 연구반(Arbeitsgruppe)을 구성하였다. 또한 연방내무부(BMI)의 두 공무원들 그리고 연방법무부(BMJ)의 담당부서책임자(Referatsleiter)도 구성원이 되었다. 5월 5일/6일의 이틀동안 계속되는 밤과 낮의 회의에 속에서 단지 부분적인 합의가 도출되었다. 예를 들면 임신에 대한 자기결정권(Recht auf „selbstbestimmte Schwangerschaft“), 외국인과 무국적자의 지방자치 선거권(kommunales Wahlrecht) 그리고 미해결의 재산문제에 대한 규정들에 대해서는 합의가 도출되지 않았다. 합의된 모든 세세한 내용들을 가장 잘 알려주던 디 타즈(die „taz“)는 기본법의 규정된 내용들에 근거하여 본의 서독인들(die „Bonner“)이 주장하는 엄격함을 한탄하였다. 그러나 차관 킹켈(Kingkel)이 법무장관 뵘(Wünsche)에게 텔렉스(Telex)를 통하여 관련보고를 하기를 요구하는 그들의 주장이 발견되었다. 그렇지만 사실상 법무장관 뵘(Wünsche)는 - 논란이 되는 사항에 대한 대안을 포함하고 있는 - 연구반의 제안들에 대하여 주로 살펴보고, 부분적으로 서독의 제안들에 대하여 검토하였다. 그럼에도 불구하고 초안이 각료회의의 의결사항으로 제출되었다는 그의 선언을 그는 한 주후에 다시 철회하였다. 그는 현재 그렇게 부르는 초안(Entwurf)은 과도기적인 헌법(Übergangsverfassung)이 성립가능한가 그리고 그것이 가능하다면 이를 어떻게 이해할 것인가에 대한 많은 의상소통원(Quellen)들의 다양한 주장들의 하나라고 이야기 하였다.

66) Von Münch, Dokumente der Wiedervereinigung Deutschlands, S. 169.

#### 4. 헌법원칙법률(ein Verfassungsgrundsatzgesetz)

- 완전히 새로운 헌법제정을 위한 노력의 좌절이후에 인민회의는 5월 9일 각료회의에서 의결된 헌법원칙법률의 초안(Entwurf eines Verfassungsgrundsatzgesetz)을 작업하였다. 이에 대한 생각은 이미 연방법무부(BMJ)의 독일민주공화국의 대표자와의 협의속에서 이미 잉태되고 있었다. 독일민주공화국(DDR)이 5월 18일 서명한 국가조약(Staatsvertrag) 속에 상응하게 의무가 부과된 자유적, 법치국가적 그리고 사회적 질서의 원칙들(Grundsätze einer freiheitlichen, rechtsstaatlichen und sozialen Ordnung)을 위하여 헌법은 과도기를 위하여 그 조문의 구체적인 개정없이 보충되어야만 하였다<sup>67)</sup>. 이러한 해결은 헌법문제에 대하여 매우 의견이 갈라진 인민회의(Volkskammer)의 동의가 가능한 적은 수의 규정들(Regelungen)만 가지고 행해진 것이었다. 얼마안있어서 연방법무부(BMJ) 속에서 원칙들을 위한 잘정리된 초안이 나타났다. 국가조약에 대한 동의법률(Zustimmungsgesetz zum Staatsvertrag)<sup>68)</sup>의 결 4일 전인 1990년 6월 17일에 인민회의(Volkskammer) 몇몇의 수용가능한 개정들을 포함한 초안을 의결하였다. 법률(Gesetz)은 제1조 제1문(Art. 1 Satz 1) 속에 명백히 규정하고 있다: “독일민주공화국은 자유적, 민주적, 연방적, 사회적 그리고 생태지향적 법치국가이다(Die Deutsche Demokratische Republik ist ein freiheitlicher, demokratischer, föderativer, sozialer, und ökologisch orientierter Rechtsstaat)”. 법률은 사유재산권(Privateigentum) (제2조), 계약의 자유(Vertragsfreiheit) (제3조), 결사의 자유(Koalitionsfreiheit) (제4조) 그리고 사법의 독립(Unabhängigkeit der Rechtsprechung) (제5조)을 보장하고 있다.
- 그렇지만 독일민주공화국-헌법(DDR-Verfassung)의 한 규정은 여전히 조정되어야만 한다. 기본법(GG) 제79조 제1항 제2문과 마찬가지로 제106조는 헌법은 단지 조문을 명백히 개정하거나 보충하는 법률을 통해서만 개정될 수 있다고 규정하고 있다. 새로운 개정판(Neufassung)에 의하여 법률(Gesetz)이 ‘헌법률(Verfassungsgesetz)’로 표시될 수 있다면, 이러한 조건은 충분히 충족된다. 이렇게 명명된 헌법원칙법률

67) Vgl. 이에 대해서는 Heyde in Festschrift für Redeker, S. 192.

68) GBl. I, S. 299.

(Verfassungsgrundsätzegesetz) 외에도 독일민주공화국은 나중에 여전히 주의 도입 (Einführung der Länder), 법관과 검사의 지위 그리고 사립학교의 허가를 위한 5개의 ‘헌법률(Verfassungsgesetze)’을 의결하였다.

- 개정된 제106조는 제2문 속에 헌법적 원칙(Verfassungsgrundsätze)과 관련되는 국가조약(Staatsvertrag)은 인민회의 구성원의 3분의 2이상의 찬성으로 동의된다는 것을 최종적으로 명백히 하였다. 이를 통해서 독일민주공화국의 헌법이 적어도 부분적으로는 자유혁명(friedliche Revolution)을 통하여 쓸모없는 것이 되었다고 보는 서독의 국가법학자들의 주장들을 극복할 수 있었다. 왜냐하면 예정된 연방공화국과의 조약에 대해서는 단순 다수결(einfache Mehrheit)로도 충분하였기 때문이다<sup>69)</sup>. 연방법무부(BMJ)는 절대로 이 입장을 취하지 않았다. 헌법근본원칙법률(Verfassungsgrundsätzegesetz)의 제정을 통하여 새로운 헌법에 대한 고려들이 잠정적으로 극복될 수 있었다. 그렇지만 새로운 헌법제정에 대한 논의는 독일민주공화국의 서독연방 가입논의 협상에서 새로운 의미를 가지게 되었다.

## 5. 법률(Gesetz) 혹은 조약(Vertrag)을 통한 가입

- 가입(Beitritt)을 위한 준비에 있어서 다시 문제가 제기되었다: 법률(Gesetz) 혹은 조약(Vertrag) 통화연합의 경우와 다르게 지금 하나의 모범적 선례(Vorbild)가 존재하였다. 1957년 1월 1일 자아-란트(Saarland)는 연방공화국(Bundesrepublik)에 가입하였다. 당시에는 1956년 12월 23일의 자르란트의 연방가입에 대한 법률(Gesetz über die Eingliederung des Saarlandes)<sup>70)</sup>을 통해서 기본법이 자르란트(Saarland)에 효력을 발생하였다. 그와 동시에 동법률은 예를 들면 여권법 규정 그리고 도로, 철도 그리고 해상 교통에 대한 규정들과 같은 연방공화국의 몇몇의 법률규정들이 또한 자아-란트 속에서 적용되어야만 한다는 것을 규정하였다. 그 외에도 지금까지 적용되는 법들은 기본법에 위반되지 않는 한에서는 계속적으로 효력이 유지되었다.

69) Blumenwitz in „Die Welt“ vom 21. 3. 1990 und Isensee in der Bonner Rechtspolitischen Vereinigung am 20. 3. 1990; 또한 이에 대해서는; Jäger, Die Überbindung der Teilung, S. 481; Biedenkopf, Ein Deutsches Tagebuch, S. 164.

70) BGBl, I S. 1011.

연방정부는 법규명령(Rechtsverordnung)을 통하여 다른 연방법들을 자르란트에 도입할 권한을 가지고 있었다. 1959년 6월 30일의 두 번째 법률<sup>71)</sup>을 통하여 다른 연방지역에서 효력을 발생하는 모든 법들이 부정적 목록(Negativliste) 속으로 제외되지 않는 한에서는 또한 자르란트에 계수되었다. 연방법무부(BMJ)와 연방재무부(BMF)는 독일민주공화국의 가입이 인도법률(Überleitungsgesetz)을 통하여 유도되는 것에 대하여 지지 입장을 표명하였다. 우선적으로 이러한 입장에 동조하고 5월 30일에 이에 상응하는 구상을 제시하는 연방내무부(BMI)는 독일민주공화국은 정부선언에 있어서 자신의 지위에 상응하는 요구를 포기하지 않으려고 한다는 것을 명백히 나타내는 조약상의 해결을 목표로 하였다.

- 법률적 해결에 대해서는 법률적 해결의 커다란 유연성이 이야기된다. 예를 들면 보다 새로운 발전에 적응하기 위하여, 인도법률(Überleitungsgesetz)은 제한없이 법률적 기관(gesetzliche Körperschaften)을 변경할 수 있다. 이와 반대로 조약상의 의무에 대해서는 단지 원칙적으로 합의가 있는 경우에만 면제될 수 있었다. 이와 관련하여 일방의 조약당사자인 독일민주공화국이 가입을 통하여 없어진다는 것이 특별한 역할을 수행할 수 없었다. 독일연방헌법재판소(BVerfG)는 일련의 전체적인 6개 결정들(Entscheidungen) 속에서 - 이른바 코부르크-결정(Coburg-Rechtsprechung) 속에서 - 가입하는 주들과의 조약들은 조약에 의하여 유보없이 그리고 제한없이 주어진 보장들(Garantien)은 단지 원칙적으로 동일한 조건의 조항(clausula rebus sic stantibus) 하에 있다는 결론을 통하여 계속적으로 효력이 유지되었다<sup>72)</sup>. 연방헌법재판소의 결정에 의하면 당시에 가입하는 주들의 권리는 이러한 주들의 주민의 대표로 간주되는 자치행정기관(Selbstverwaltungskörperschaften)에 의하여 계속적으로 효력이 유지될 수 있었다. 그리하여 예를 들면 바이에른(Bayern) 주는 자유국가 코부르크(Freistaat Coburg)와의 통일에 대하여 1920년 2월 14일의 조약을 근거로 하여 노이스타트 게만인데(Gemeinde Neustadt)에 대하여 보상금을 지급하였다. 왜냐하면 바이에른주가 이전에 행정구역에 속하지 않은 시(kreisfreie Stadt)를 주영역(Landkreis)에 복속시켰기 때문이다<sup>73)</sup>.

71) BGVI, I S. 313.

72) 최종적으로: BVerfGE 42, 345.

73) BVerfGE 38, 231.

- 그러나 또한 이러한 조약규정들의 효력(Wirkung)이 또한 근거(Grund)가 되었다. 왜냐하면 독일민주공화국이 효력을 요구하였기 때문이다. 독일민주공화국은 독일민주공화국시민들의 권리에 대한 존속보호(Bestandschutz)를 요구하였다. 독일민주공화국은 부동산(이)이 이전에 어떤 때에는 다른사람에게 속하였다 할 지라도, 독일민주공화국 시민들의 집, 임대주택 그리고 목조별장(Datschen)을 보유할 수 있는 것을 보장해주시기를 원했다. 동독-사회민주당(Ost-SPD)의 공동창당인 그리고 나중에 독일민주공화국의 외무장관(Außenminister)인 마르쿠스 메켈(Markus Meckel)은 강력하게 선언하였다: “40년 이상 동안 기만당했던 독일민주공화국-시민들의 이익은 예를 들면 재산권 문제 속에서는 여전히 아직까지는 속이고 있지는 않다”<sup>74)</sup>.
- 연방법무부와 연방재무부는 독일통일 내각위원회(Kabinettsausschuss Deutsche Einheit)에 대하여 확정된 보고서를 통하여 법률규정과 조약규정의 장단점에 대하여 보고하였다. 내각위원회는 조약의 경우에는 연방과 주의 협력이 강하게 제한된다는 것을 또한 고려하였다. 요청되는 동의법률(Zustimmungsgesetz)은 개별조약규정들에 대하여 영향력을 행사할 수 있는 어떠한 가능성도 제공하지 않았다. 동의는 단지 전제적으로 거부 혹은 승인될 수 있었다. 그럼에도 불구하고 연방정부(Bundesregierung)는 독일민주공화국의 요구에 따르는 것 외에는 정치적으로 다른 선택가능성이 없었다. 전적으로 법률에만 의존하는 해결은 당시에는 과반수의 지지를 얻을 수 없었다. 연방정부는 협상의 현재상태에 대한 광범위한 정보제공을 통하여 집중적 참여에 대한 연방의회와 주의 진지한 요구를 충족시켰다. 연방법무부는 원내총무들(Fraktionsvorsitzende), 개별 의원들, 법무부장관 그리고 - 정기적인 소모임들 속에서는 - 법무부차관들(Justizstaatssekretäre) 그리고 주의 수상청의 장들(Chef der Staatskanzleien der Länder)에게 개별적 주제들에 대한 수많은 계획안 작성과정을 통하여 그리고 의회의 의사관리에 대한 일련의 대화들 속에서 보고를 하였다.

74) 1990년 3월 19일 스프겔지와와의 인터뷰(Interview in Der Spiegel vom 19.3.90), S. 48.

## 6. 법률 그리고 조약을 통하지 않은 가입?

- ‘조약 혹은 법률(Vertrag und Gesetz)’ 토론에서의 놀랄만한 변형은 기독교사회주의동맹(CSU)에 의하여 지원되는 12개 기독교, 자유 그리고 보수집단들의 연합인<sup>75)</sup>, 독일사회연합(Deutsche Soziale Union(DSU))의 제안을 통하여 드러났다<sup>76)</sup>. 독일사회연합(DSU)은 ‘즉시의 독일통일(Die Deutsche Einheit sofort)’이라는 표제 속에서 이미 선거운동에 뛰어들었고, 만일에 그리고 그러나(Wenn und Aber)라는 전제조건없이 바로 가입하는 제안을 인민회의에 제시하였다. 그러한 까닭에 연방정부는 어느 경우든 가입이 또한 잠정적으로 모든 법률규정 혹은 조약규정없이도 효력을 발생할 수 있는지 여부에 대하여 심사하였다. 연방내무부(BMI)와 외무성(AA)은 이것을 긍정적으로 보았다. 연방법무부(BMJ)는 이를 다르게 보았다. 어쨌든 기본법 제23조 제2항에 다음과 같이 규정되어 있었다: “기본법은 독일의 다른 지역에 있어서는 가입후에 효력을 발생한다”. 이와 관련하여 기본법은 가입기한(Beitrittstermin)과 밀접한 시간적 관련성을 가지는 법률을 필요로 하였다. 독일 민주공화국이 기본법이 아직도 효력을 발생하지 않은 자신의 전체법질서를 가지고 있는 국가형태(Staatswesen)로서의 가입을 통하여 흡수된다면, 기본법은 또한 잘 극복할 수 없는 법적인 어려움에 직면하게 될 것이다. 두 가지 견해에 대하여 저명한 국가법학자들에게 자문을 구하였다. 최종적으로 이 문제에 대하여 너무 깊이 검토할 필요성은 없었다. 인민회의(Volkskammer)는 6월 17일 그리고 다시 새로이 8월 23일의 특별회의에서의 독일사회연합(DSU)의 제안을 거절하였다. 인민회의는 이날에 10월 3일에 가입한다는 것을 선언하였고, 특히 이 시점까지 통일조약에 대한 자문을 완료할 것이라는 기대를 표현하였다<sup>77)</sup>. 이러한 예상이 충족될 수 없다면, 이러한 적나라한 가입선언이 법적으로 어떻게 평가될 수 있는가 하는 문제가 새롭게 제기될 것이다.

75) Fischer, Weltalmanach, DDR, S. 298; Jäger, Die Überwindung der Teilung, S. 276

76) Schäuble, Der Vertrag, S. 52.

77) 1990년 8월 23일의 결의(Beschluß), BGBl. I, S. 2058.



## V. 법질서의 조정을 위한 “부정적 리스트” 혹은 긍정적 리스트(Negativ- oder Positivliste)

- 인도법률(Überleitungsgesetz) 혹은 조약(Vertrag)을 통한 가입이 행해지는지 여부에 관계없이 어느 정도의 범위까지 법이 균등화되어야만 하는지가 결정되어야만 하였다. 이와 관련하여 독일민주공화국의 계속적으로 효력을 발생하는 법이 되기 이후에는 기본법(Grundgesetz)에 합치되어야만 한다는 헌법적인 제한이 존재하였다. 그 이외에는 통일된 독일 속에서 서로다른 연방법(Bundesrecht)이 어느 정도까지 효력을 발생해야만 할 것인가라는 법정책적인 문제였다. 이 문제에 대하여 연방내무부(BMI)와 연방법무부(BMJ) 사이에 오랫동안 지속된 갈등이 드러나게 되었다. 이 문제에 대하여 개인적으로 전념하고 있던 연방내무부 장관(Bundesminister des Innern) 볼프강 쇼이블레(Wolfgang Schäuble)<sup>78)</sup>는 우선적으로 통일의 달성을 위하여 무조건적으로 필요한 혹은 -나중에 언급되는 바와 같이 -불가결한 법규정(Rechtsvorschriften)을 만들어야 한다고 보았다. 그 밖에 법적 동화(Rechtsangleichung)는 나중에 행해질 수 있다. 그는 과거 과도하게 규정된 것으로 느껴지는 오래된 연방공화국의 법질서가 과거 독일민주공화국(DDR) 속에서 절름거리는 형태로 효력을 발생하고, 경제 발전을 위해서 필요한 즉석대응을 방해하는 것, 특히 동독을 위한 새로운 법률의 적용에 있어서 행정과 사법이 과도한 요구를 하는 것이었다. 이에 대하여 처음부터 연방법무부(BMJ)에서는 정확하게 반대입장을 취했었다. 특히 서로다른 법은 투자를 명백히 방해하였다. 가입후에 - 그리고 많은 시간이 흐른 후에 - 법질서의 많은 부분에 문제를 제기하는 조정이 행해지게 된다면, 예상되는 정치적 분쟁에 대한 염려가 또한 제기되었다. 작업을 담당하는 부서들(Arbeitsebene)은 보다 실용적으로 판단하였다. 필요한 것으로 고려될 수 있는 규범들의 양이 전체에 있어서 어느 정도의 비율을 차지하는가 대해서 우선적으로 확정해야만 하였다. 비율이 높은 경우에 있어서는 법을 전체적으로 조정하여, ‘부정적 리스트(Negativliste)’ 기재된 규범을 제외해야만 했다. 이에 해당되는 경우가 아니면 독일민주공화국의 법(Recht der DDR)은 연방의 권한에 합치되는 경

78) Schäuble, Der Vertrag, S. 120, 150-155.

우에 한해서 원칙적으로 전체적으로 부분적인 연방법으로 계속효력을 유지하여야만 했다. 단지 긍정적 리스트(Postivliste) 속에 포함된 연방공화국의 법률과 명령들만 또한 과거의 독일민주공화국 속에서 효력을 발생해야만 했다.

- 행정각부(Ministerien)가 독일민주공화국의 자신의 상대방과 행했던 협상에 있어서 조정되어질 규정에 대한 광범위한 리스트가 작성되었다. 모든 규정들이 다 필요한 것으로 간주된 것은 아니었다. 그러나 전문부서들은 포도농장규정(Rebpflanzengutverordnung) 혹은 장난감의 안전에 관한 명령 혹은 사적인 뗏목수송에 관한 법률이 계속효력을 발생하지 않는 것을 포기할 준비가 되어있지 않았다. 7월의 두 번의 협상과정동안 긍정적 리스트의 범위가 연방공화국 속에서 효력을 발생하고 있는 전체 법률과 명령의 1/4 정도로 확대되었다. 이것은 단지 계산의 결과이다. 이것은 실제적으로 법질서의 본질적 부분으로서의 중요한 의미를 가졌다<sup>79)</sup>.
- 그럼에도 불구하고 보다 더 중요한 것이 나타났다: 독일민주공화국 행정각부(DDR-Ministerien)와의 협상은 유효한 법률이 당시에 완전히 잘 알려지지 않았다는 것을 밝혀주었다. 1951년 도입되었던 법률의 목록(Karteibuch der Gesetze)은 이미 외부적으로 보다 덜 확실한 인상을 심어주었다. 사람들이 끄집어 내고, 다시 그 속에 넣을 수 있는 만장이 넘는 페이지가 포장되지 않은 채로 60개의 판지상자(Papplkartons) 속에 있었다. 참고서(Nachschlagewerk) ‘유효한 법(Das geltende Recht)’은 선별된 내용으로 한정하고 있다. 단지 매우 적은 교과서만 존재하였다. 교과서의 대부분은 매우 오래된 것이었다. 실무는 - 어떤 경우이든 공법에 있어서는 - 우선적으로 ‘중앙기관’의 지도에 따랐다. 존속하는 규범은 범위에 있어서는 결코 연방공화국의 경우보다 적지 않았다. 그러나 그곳에는 보다 나은 전체적 개관이 가능했다. 전체법(das gesamte Recht)은 10년동안의 힘든 세심한 작업 후에 1968년의 청산법률(Abschlußgesetz)<sup>80)</sup>에 의하여 정리되었고, 그 이후로 연방법무부의 기록을 통하여 계속적으로 재검토되었다. 그럼에도 불구하고 규범의 홍수로 인하여 발생하는 ‘법의 정보의 위기(Informationskrise des Rechts)<sup>81)</sup>’를 극복하기 위하여 연

79) Wolf, Dt Z 1995, S. 389.

80) Gesetze vom 10. 7. 1958, BGBl, I S. 437, und vom 28. 12. 1968, BGBl, I S. 1451.

81) Simitis, Informationskrise des Rechts, S. 9 ff.

방법무부(BMJ)는 독일연방의회(Deutscher Bundestag)의 결정에 따라서 유리스(juris)에 포함되어 있는 아래의 전자법률자료은행(elektronische Rechtsdatenbank)을 설립하였다. 현재 존재하는 연방법의 모든 영역들에 대한 협상의 전개과정과 관련된 현재의 상황에 대해서는 바로 여기에 문의할 수가 있었다. 전문부서들은 법적으로 이것을 이용하고 있었다. 원칙적인 조정에 대하여 유럽공동체-지침(EG-Richtlinie)의 전환을 통하여 많은 규정들이 생겨났고, 그러한 까닭에 이미 바로 이에 대한 처분권을 행사할 수 없다는 것이 또한 언급되었다. 또한 다양한 범영역으로부터 나오는 법률들이 명시적인 혹은 묵시적인 지시를 통하여 서로 관련성을 가지게 되었다. 전문부서들 사이의 조정 혹은 연방법무부(BMJ) 혹은 연방내무부(BMI)를 통한 중점적 심사는 단지 제한적으로만 가능하였다. 그 동안에 연방의 다른 모든 행정각부들은 연방법(Bundesrecht)은 규칙(Regel)이고, 독일민주공화국법(DDR-Recht)은 예외(Ausnahme)라는 입장을 취하고 있음에도 불구하고, 연방내무부는 자신의 입장전개에 있어서 엄격한 입장을 고수하였다.

- 최종적으로 독일민주공화국(DDR)이 결정을 내렸다. 독일민주공화국은 7월 6일의 첫 번째 협상과정에서 제시되었던 문제를 자신의 주제목록(Themenkatalog)에 받아들였다. 법무부의 대변인은 협의과정에 있어서 개별사안에서 확정될 예외들을 포함한 연방법에 대한 일반적 조정에 대한 명백한 동조입장을 제시하였다. 독일민주공화국의 협상지휘자는 연방내무부(BMI)의 입장에 치우쳐있었다<sup>82)</sup>. 그러나 7월 16일 내각회의(Ministerrat)는 연방내무부(BMI)의 해결방식에 대하여 찬성 입장을 표명하였다. 그러나 얼마 안있어서 독일민주공화국 법무부(MdJ)의 마무리 작업을 통하여 입장을 전환하였다. 그 속에는 독일민주공화국-법의 원칙적인 계속적 효력유지가 행해질 경우에는, 다시 한번 커다란 법적인 불안정성의 위험이 강조되었다. 제2차 협상과정 개시 바로 전인 7월 25일에 독일민주공화국(DDR)은 연방법무부(BMJ)의 모델을 선호한다는 것을 전달하였다.

---

82) Schäuble, Der Vertrag, S. 154.

- 통일조약은 ‘부정적 리스트(Negativliste)’, 첨부 I(Anlage I), 예외 속에 명시적으로 규정되어 있지 않는 한에서는, 이전의 독일민주공화국(DDR)의 영토 내에서 가입과 동시에 연방법이 효력을 발생한다는 것을 제8조와 제9조에서 규정하고 있다. 연방행정각부들의 업무범위들 그리고 예외의 다양한 종류들에 의하여 여러 가지 형태로 분류들 첨부들(Anlagen)은 수천가지의 예외들, 서로 연관되고 계속 존재하는 법들의 ‘척도들(Maßgaben)’과 ‘개정들(Änderungen)’을 포함하고 있다. 첨부들은 조약문(Vertragstext)을 1000쪽이 넘게 부풀렸다. 독일연방법무부(BMJ)에 의하여 조정된 법 영역에 있어서 그 핵심영역에 있어서 비교적 적은 예외들은 사법권(Rechtspflege) 그리고 부동산법(Liegenschaftsrecht) 뿐만 아니라 민법률의 영역에서 주택 그리고 목조별장(Datschen)에 대한 임대차관계 그리고 용익관계(Miet- und Nutzungsverhältnisse)이다. 연방내무부(BMI)는 또한 민법(BGB) 그리고 절차규정(Verfahrensordnung)과 같은 중요하고 근본적인 법률은 원칙적으로 이전의 독일민주공화국 내에서 원칙적으로 효력을 발생해야만 한다는 것이 필요하다고 보았다<sup>83)</sup>.
- 이러한 예외규정을 근거로 하여 계속존속되는 독일민주공화국의 법외에도 연방공화국의 권한규정(Kompetenzordnung)에 의하여 주법(Landesrecht)에 해당되는 거의 모든 규범들이 효력을 발생하였다. 법의 이러한 부분들을 조사하는 것은 가장 복잡한 일이었다. 왜냐하면 중앙집권적 통치가 행해지던 독일민주공화국에서 법률(Gesetze), 명령(Verordnung) 그리고 이 이외의 법원들(Rechtsquellen)의 많은 것들이 기본법(Grundgesetz)에 의하면 부분적으로는 연방법(Bundesrecht)이고, 또 부분적으로는 주법(Landesrecht)에 해당되는 규범들의 혼합물을 포함하고 있기 때문이다<sup>84)</sup>. 통일협상의 영역에 있어서 이에 대해서는 아무런 여유가 없었다. 통일이 후에 새로 가입한 주들에 대하여 자신들의 법의 정리하는 과정에서 이를 유용하게 만드는 것은 수많은 연방법무부의 과제들에 해당되어야만 했다<sup>85)</sup>. 통일조약(Einigungsvertrag)은 이미 국가조약(Staatsvertrag)에서 그러했던 것처럼 연방법무부의 많은 요청들을 입법기술에 위임하였다. 이러한 바램들은 분주한 협상과정 속에서는 고려될 수 없었다. 조약은 대체로 법률색인 그리고 표제어 색인(Gesetzes-

83) Schäuble, Der Vertrag, S. 153.

84) Vgl. 이에 대해서는 Nissel, DtZ 1990, S. 330.

85) 주법(Landesrecht)의 정리과정에 대해서는: Stilz, NJW 1997, S. 2737.

und Stichwortverzeichnisse)을 통하여 방법을 제시한 법학출판사에 의하여 미리 발행된 서적(Textausgabe)의 도움을 통해서 적용될 수 있었다<sup>86)</sup>.

---

86) 예를 들면, Viehmann (Hrsg.), Einigungsvertrag Justiz und Rechtspflege, C. F. Müller, 1990; Stern/Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), Einigungsvertrag, Beck, 1990.



## VI. 기본법의 개정

- 가입과 조약의 몇몇 규정들은 기본법을 개정할 명분을 제공하였다. 연방정부는 기본법의 개정을 최소한으로 제한하려고 하였다. 인민회의(Volkskammer) 그리고 연방의회(Bundestag)에서의 사회민주당의 교섭단체들(SPD-Fraktionen), 또한 연방 각주들의 다수는 광범위한 보충, 특히 국가목적조항(Staatszielbestimmungen)과 플레비시트적 요소(plebiszitären Elemente)의 수용을 요구하였다. 심지어 주의 수상들(Ministerpräsidenten)도 한목소리로 주의 권리의 강화를 요구하였다.
- 기본법(Grundgesetz) 제23조의 삭제에 대해서도 지속적인 의견의 일치가 존재하였다. 통일과정동안에 가장 잘 알려진 기본법의 규범이 되었던 규정이 가입과 동시에 그 의미를 상실하게 되었다. 그럼에도 불구하고 조약체결당사자들은 “독일연방 공화국이 자신의 영토에 적합한 완전성을 달성하였다”는 것을 문서로서 증명하기 위하여 기본법 제23조를 폐지하는 것은 의미가 있었다<sup>87)</sup>. 어쨌든 기본법의 몇몇 주석자들(Kommentatoren)은 1937년의 경계선 속의 독일제국(Deutscher Reich)의 영토가 제23조에 언급된 ‘독일의 다른 부분들’로 이해해야 한다는 견해를 제시하였다<sup>88)</sup>. 그러한 까닭에 실향민단체들(Vertriebenenverbände)과 친밀한 몇몇 의원들은 제23조의 폐지 때문에 통일조약을 연방헌법재판소의 가처분(einstweilige Anordnung)을 통하여 정지시키려 하였다, 그러나 그들은 성공하지 못했다<sup>89)</sup>.
- 이와 반대로 기본법 제23조에 대한 대안으로서 재통일을 위한 방법으로 공동의 새로운 헌법을 포함하고 있는 기본법 제146조의 미래적 의미에 대한 집요한 논쟁이 있었다. 연방법무부(BMJ)는 이 규정은 결말이 난 것으로 보았다. 연방내무부(BMI)는 그렇게 생각했음에도 불구하고, 그러나 이미 그에 상응한 아무런 제안도 제시하지 않았다. 왜냐하면 야당이 어떠한 경우에도 동의하지 않을 것이기 때문이다. 연방내무부는 독일민주공화국에서의 연합정부구성과 관련하여 이미 3월에 논의되었던 ‘제3의 길’을 강제하기를 원했다. 기본법 제23조에 의한 가입이 행해졌다

87) Denkschrift zu Art. 4 Nr. 2.

88) 그 중에서도 특히 Schmidt-Bleibtreu, Klein, Kommentar zum GG, 6. Aufl. 1983, S. 457.

89) BVerfG, Beschlüsse vom 5. 9. und 18. 9. 1990, DtZ 1990, S. 276, 277.

하더라도, 그럼에도 불구하고 연이어서 새로운 헌법이 제정되어야만 했다. 통일조약은 제146조에 대한 이에 상응하는 적절한 표현(Fassung)을 통하여 이를 명백히 문서상으로 확정해야만 했다. 최종적으로 원칙적으로 오래된 조문(alte Fassung)을 유지하고, 그럼에도 불구하고 - 이를 통하여 연합국의 요구를 이행하는 - 행해진 재통일에 대한 언급을 수용하는 것에 대하여 합의가 행해졌다. 기본법 제146조는 여전히 오늘날까지 유효한 표현(Fassung)을 포함하고 있다: “전체독일국민을 위한 독일의 통일과 자유의 완성 이후에도 효력을 가지고 있는 이 기본법은 독일국민의 자유로운 결정에 의하여 의결된 새헌법이 효력을 발생하는 날에 효력을 상실한다”. 원래부터 연방의회선거 바로 직후에 헌법회의(Verfassungsrat)가 2년 내에 국민투표의 대상이 되는 헌법안을 제시하도록 하는 것을 원했던 사회민주당(SPD)은 통일조약 제5조 속에 포함된 목적선언(Absichtserklärung)에 반대하였다. 사회민주당은 독일통일과 관련하여 제기된 문제들을 2년내에 다루게 될 입법기관(gesetzgebende Körperschaften)을 추천하였다. 희망리스트(Wünschliste)는 특히 연방구조의 강화, 국가목표규정 그리고 제146조의 적용에 대한 주(Länder)의 요구를 언급하고 있다<sup>90)</sup>.

- 제146조의 새로운 조문(Neufassung)은 통일조약의 서명 며칠 전의 여전히 대중들의 상당한 주목을 얻어하였다. 쾰른의 국가법학자 크릴레(Kölner Staatsrechtslehrer Kriele)는 ‘벨트(Welt)’지의 논설에서 “기본법의 기반에 대한 폭약장전(Sprengladung unter dem Fundament des Grundgesetzes)”이란 표제를 붙였다. 그의 본(Bonn)에 있는 동료인 이즌제(Isensee)는 프랑크푸르터 알게마이네 자이퉁 신문(FAZ)에서 새로운 조문(Neufassung)을 ‘헌법상자 속에 시간폭탄’, ‘법적인 비상적 위헌행위(legaler Staatsstreich)의 가능성’이라고 언급하였다<sup>91)</sup>. 제146조의 구조문 뿐만 아니라 새로운 조문도 새로운 헌법을 위해서는 단지 단순 다수결(einfache Mehrheit)이 요구된다는 것을 의미하였다. 또한 연방법무부의 헌법학자들(Verfassungsrechtler des BMJ) 중에서 이러한 견해를 취하는 사람들이 있었다. 그러나 연방법무부는 기본법 제146조의 조문이 기본법 제79조가 헌법개정은 입법기관들(gesetzgebende Körperschaften)의 2/3 이상의 찬성을 요한다는 결과를 제한없이 효력을 인정한다는 것을 명백히 한다고

90) 1994년 10월 27일의 기본법의 개정을 위한 법률의 나중의 전환(Umsetzung)에 대하여, BGBl, I S. 3146; Scholz, ZG 1994, S. 1; Papier, NJW 1997, S. 2841.

91) FAZ vom 28. 8. 1990, S. 10.

확인하고 있는 각서(Denkschrift)속의 기술에 대하여 이의를 제기하지 않았다. 연방 장관 쇼이블레(Bundesminister Schäuble)는 또한 이를 9월 5일의 연방의회논의에서 다시 한번 명백히 확인하였다<sup>92)</sup>. 그럼에도 불구하고 이 문제는 여전히 이론의 여지가 남아있었다<sup>93)</sup>.

- 현재의 조문에 여전히 남아있는, 통일조약을 통하여 편입된 기본법 제143조 역시 마찬가지로 논의의 여지가 있다. 기본법 제143조는 새로 가입한 주에 있어서 과도기 동안에 기본법과 합치되지 않는 법이 단지 기본법의 포기할 수 없는 근본원리들(Grundprinzipien)을 보장하고 있는 한에서는 효력을 할 수 있는 것을 가능하게 만들었다. 연방내무부(BMI)는 약 2년 동안의 가능한 짧은 기간을 허용하고자 노력하였다. 연방법무부(BMJ)는 무엇보다도 수용된 토지소유의 반환 그리고 독일민주공화국의 토지법(Bodenrecht)의 기본법의 재산권질서의 적용의 경우에 있어서 발생하는 수많은 문제점들 때문에 적어도 5년은 필요하다고 보았다. 이러한 차이는 잘 쉽게 해결가능한 것으로 보였다. 그러나 경과기간(Übergangsfrist)은 통일조약서명 전의 마지막 순간까지도 당대표(Parteivorsitzende) 그리고 원내총무(Franktionsvorsitzende)가 완전히 다른 이유로 서로 강하게 대립하게 만들었다. 낙태의 형사처벌 가능성이 문제가 되었다. 어떤 경우이든 독일민주공화국은 초기의 12주내에서는 임신중절을 허용하는 기간식 해결방법(Fristenlösung)을 고수하였다. 그러나 연방공화국의 비교가능한 규정은 1975년 연방헌법소가 위헌무효선언하였다<sup>94)</sup>. 가입(Beitritt) 당시에 유효한 규정은 그 외에 또한 의사가 확인해야만 하는 특정한 임신중절요건들(Indikationen)이 존재하는 경우에만, 임신중절을 정당화할 수 있었다. 한편으로는 독일민주공화국에 의하여 요구되는 여성의 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht der Frau)을 보장하고, 또 다른 측면에서 태어나지 않은 생명에 대한 충분한 보호를 위한 독일연방헌법재판소의 결정을 존중하는 새로운 규정(Neuregelung)은 발견될 수 없었다. 단지 연기만이 있을 뿐이었다. 그 당시에 연방공화국에서 효력을 가진 규정이 불충분하다고 보아 반대하고 있던 기독교사회주의동맹(CSU)은 이러한 해결책을 거부하였다. 자유민주당(FDP)과 사회민주당(SPD)은 5년의 경과기간

92) Plenarprotokoll 11/222 S. 17490.

93) Vgl. Maunz/Dürig, Kommentar, Anm. 14 ff. zu Art. 146 (Scholz).

94) BVerfGE 39. 1.

(Übergangsfrist)을 요구하였다. 왜냐하면 양 정당은 짧은 시일내에서는 아무런 해결책을 찾을 수 없다고 믿었기 때문이다. 통일조약(Einigungsvertrag)이 이 문제에 의하여 좌초되어서는 안된다는 힘들게 얻어진 인식이 최종적으로 기본법 제143조 제2항 속에 규정된 타협책을 도출하였다. 타협책은 1992년말에 기본권(Grundrechte)을 위한 그리고 1995년말에 법원의 판결(Rechtsprechung)을 위한 기간을 확정하였다. 그 외에도 통일조약(Einigungsvertrag)은 제31조 제4항속에서 전독일 입법자에게 1992년말까지 임신중절의 형사처벌가능성에 대한 새규정을 제정할 입법의무를 부과하였다. 이러한 입법이 행해지지 않는 한에서는, 새로 가입한 연방주에서는 구 독일민주공화국-규정(alte DDR-Regelung)이 유지되어야만 했다.

- 연방법무부(BMJ)는 두개의 헌법전문부서(Verfassungsressorts)의 하나로서 두개의 광범위한 헌법개정에 참여하였다. 기본법 제51조 제2항의 새규정(Neufassung)은 7백만이상의 주민을 가진 주들의 주의 수상(Ministerpräsident)들의 합의에 의하여 연방참사원(Bundesrat)의 투표권수(Stimmzahl)를 5표에서 6표로서 상향하였다. 이를 통하여 4개의 가장 큰 주들은 가지고 싶어 했던 연방참사원의 확대 이후에 또한 법률개정저지를 위한 1/3의 투표권보다 많은 저지소수(Sperrminorität)를 유지할 수 있었다. 새로 추가된 기본법 제135a조 제2항은 독일민주공화국의 처분(Maßnahmen)의 구속력(Verbindlichkeiten)이 인정되는지 여부 그리고 인정된다면 어느 정도 범위까지 충족되는가 하는 문제에 대한 결정에 있어서 입법자에게 입법형성의 재량(Gestaltungsspielraum)을 인정하였다. 이러한 구속력은 연방법무부(BMJ)에 의하여 인정된 미해결의 재산문제에 대한 규정에 대해서는, 이 규정에 의하여 재산의 반환이 행해지지 않는다면, 중요한 의미를 가진다.

## VII. 결론

- 외관상 형식적인 측면에서 독일 통일은 이전의 독일민주공화국(DDR)이 1990년 10월 3일 개정되기전의 기본법 제23조(A rt. 23 a. F.)에 의하여 서독연방에 가입(Beitritt)함으로써 실행되었다. 물론 그림에도 불구하고 그 누구도 당시에 내용적으로 독일의 재통일이 이루어졌다는 환상은 가질수 없었다. 왜냐하면 내용적인 재통일의 양독일의 생활환경의 일치를 전제로 하는 것이다. 이러한 생활환경의 일치는 경제적사회적 측면 뿐만아니라, 정신적-도덕적 측면에서 특히 법의 영역에서도 실현되어야만 하기 때문이다. 이런 점에서 독일연방법무부(Bundesministerium der Justiz, BMJ)는 여러 가지 측면에서 독일통일과정에서 최종적 완성자의 역할을 수행해야만 했다<sup>95)</sup>. 왜냐하면 독일의 재통일인 법의 형식의 형식으로 실행되었기 때문이다.
- 연방공화국의 성문헌법으로서 기본법이 헌법적 안정성(Stabilität der Verfassung)을 유지하면서 할수록, 독일의 국가적 재통일의 경우에 있어서 기본법은 독일국민의 헌법제정권에 적대적 입장에 서게 된다. 전체 독일국가의 재구성(재구성이 기본법에 규정된 내용(Vorgabe des Grundgesetzes)들에 의하여 방해받아서서는 안된다. 재통일의 경우에는 기본법의 효력유지요구와 보장요구(Geltungs- und Gewährleistungsanspruch)는 인정될 수 없다. 독일국가의 재통일의 경우에 독일국민이 자유롭게 자신의 헌법제정 권력을 행사한다면, 기본법 제79조에 규정된 안정적 효력을 가지는 헌법개정의 한계도 자동적으로 옆으로 밀려나게 된다<sup>96)</sup>. 독일 기본법은 분단된 독일의 재통일의 경우에 발생하게 될 국가적 통일 그리고 헌법적 통일의 실현을 위하여 두가지 대안적 방법(alternative Wege)을 준비하였다. 한편으로는 개정되기전(a. F.)의 오래된 기본법 제 23조 제2항에 의하여 가입지역에 의무적인 기본법의 효력발생과 결부되어 있는 이전의 독일민주공화국(DDR) 혹은 독일민주공화국 영토의 개별적 부분의 독일연방공

95) Klaus Kinkel, Wiedervereinigung - Aufgabe und Herausforderung der Justiz -, in: Everhardt Franßen/Konrad Redeker/Otto Schlichter/Dieter Wilke (Hrsg.), Bürger - Richter - Staat. Festschrift für Horst Sandler Präsident des Bundesverwaltungsgerichts zum Abschied aus seinem Amt, München 1991, S. 27.

96) Josef Isensee, VVDStRL 49 (1990), S. 48 ff.; Tomuschat, VVDStRL 49 (1990), S. 88 ff.

화국에로의 가입(Beitritt). 또 다른 한편으로는 개정되기전(a. F.)의 오래된 기본법 제 146조에 의한 원래의 통일성을 증진시키는 헌법제정.

- 독일은 기본법 제23조 제2항에 의한 동독의 서독연방으로의 가입을 통한 흡수통일을 달성하는 것을 통해서 한 민족(ein Volk) 내에서의 현실적인 두 독일국가의 존재 그리고 두 개의 헌법의 존재를 극복하고 독일 기본법에 의한 통일과정을 달성하였다. 이러한 독일재통합과정에서의 국가와 헌법에 대한 연구는 이 이슈페이퍼의 중요한 연구목적이다. 이와 관련하여 하나의 독일국가와 사회의 분단과 두 개의 독일국가의 생성과정에 대한 역사적 분석과 검토를 바탕으로 이 전체의 독일국가의 형성과 발전과정에서 이 분단상황에 대한 법적 분석은 매우 중요한 의미를 가진다. 이러한 기본적 연구분석의 기본적 틀을 헌법적인 재통일 명령의 실행을 위한 서독 기본법과 동독헌법 기본적 입장에 헌법해석 그리고 동서독 기본조약에 대한 독일연방 헌법재판소의 해석에 대해서 발전적으로 구체화시켰다. 이를 바탕으로 하여 동독과 서독의 통일을 위한 내부적 관계를 한 민족 내부의 선린관계(gutnachbarliche Beziehungen)로 보면서 두 개의 국가와 헌법의 통합과정을 달성한 독일의 재통일 과정에 대한 국가법적인 분석이 한국의 통일논의에 있어서도 어떻게 발전적으로 새롭게 형성전개할 수 있는지 여부에 대하여 검토해 보는 것은 매우 중요한 의미를 가진다고 생각해 본다.

통일법제 Issue Paper 18-19-③

## 독일통합과정에서의 국가와 헌법

---

발행일 2018년 12월 31일

발행인 이 익 현

발행처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15

(반곡동, 한국법제연구원)

전화 : (044)861-0300

팩스 : (044)868-9913

등록번호 : 1981.8.11. 제2014-000009호

<http://www.klri.re.kr>

---

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

# KLRI

KOREA LEGISLATION  
RESEARCH INSTITUTE

