

정책개발연구용역보고서

통일과정과 통일 이후의
헌법재판소의 기능과 역할

2011. 11. 29.

헌 법 재 판 소

머 리 말

우리의 현행헌법이 제정되면서 새로이 설립된 헌법재판소는 그 기능과 역할에 대하여 큰 기대와 함께 우려도 같이 하였다. 헌법재판소가 설립 20년이 넘어 쌓은 업적은 국민들로부터 긍정적인 평가를 받고 있다. 그 동안 국가와 사회의 큰 쟁점에 대해 사법적 판단으로 국민적 공감대를 이끌어내고 사회의 갈등과 분열을 해소하는 길을 제시하여 왔다. 실제로 헌법재판소의 판결은 헌법적 쟁점을 해소하고 사회적 갈등을 풀어나가도록 하여 정치, 경제, 사회, 문화 등의 전 영역에 걸쳐 국민생활에 영향을 미치고 있다.

특히 헌법재판소는 우리의 헌법이 지향하는 기본원리와 가치를 실현하는 데에 많은 기여를 하였으며 그 방향을 바로잡아 가는 데에 있어 올바른 지침과 판단근거를 제시하여 왔다. 이는 무엇보다 민주주의의 가치를 우리 사회에 실현하고 실질적 법치주의를 구현하는 데에 심혈을 기울여 온 헌법재판소의 기능과 역할에 의해 가능하였다. 헌법재판소는 헌법 수호와 인권보장의 최후 보루로서 법이 부여한 권한과 역할을 충실히 이행함으로써 최대한 국민의 기본권 실현을 위한 노력을 경주하여 온 것이다. 여전히 많은 난관이 있음에도 불구하고 헌법재판소는 새로이 전개되는 헌법적 쟁점을 다루어 나아가야 하는 사명과 과제를 안고 있다.

우리 헌법은 평화통일을 하나의 헌법이념으로 규정하고 있으며, 이와 관련하여 적지 않은 헌법적 쟁점이 제기되고 있다. 실제로도 북한문제와 남북관계, 통일문제와 관련하여 사회적 갈등이 있다. 이에 따라 법제적 관점에서의 논쟁이 있으며 이에 대해서도 헌법재판소는 적극적인 판단을 하여 통일문제에 대한 판단기준을 제시하여왔다. 앞으로 통일문제가 현실문제로 다가섬에 따라 이를 두고 많은 헌법적 쟁점이 대두할 것으로 예상되는 시점에서 통일과정과 통일 이후 헌법재판소의 기능과 역할에 대해 생각해 보는 것은 매우 시의적절한 연구 과제라 할 수 있다.

물론 통일 상황과 그 방법이 확정되지 않고 관련 법령도 확인되지 않는 상황에서 헌법재판소의 헌법적 쟁점에 대한 판단을 사전에 언급하고 이를 확정적으로 이야기하는 것을 매우 어려운 일이다.

그렇지만 이미 통일을 이룬 동서독의 사례에서, 보다 정확하게는 독일의 독일연방헌법재판소의 독일통일관련 판결들은 우리에게 주는 시사점이 매우 크다. 비록 독일의 통일 상황이 우리와는 다른 점이 많지만 그 과정과 통일 이후의 법적 판단은 사회주의의 동독이 민주주의로의 전환을 이루는 과정을 거친 독일통일에서 우리에게 투영되는 바가 적지 않다는 점을 주목할 필요가 있다. 아울러 이 연구를 통해 통일과 관련하여 헌법재판소의 기능과 역할을 높여 나아가는 계기를 만들 수 있다는 점을 감안하여 통일국가의 헌법재판소의 위상을 생각해보는 것은 큰 의미가 있다.

이 연구는 통일 과정 및 이후의 남북한의 사법제도의 통합방안을 강구하는 데에 하나의 기반을 마련하는 기회를 제공한다는 의미를 가지고 있다. 이 연구는 우리의 헌법재판제도의 발전을 위한 선행연구를 기반으로 하고 있으며, 특히 이 연구를 위해 물심양면의 도움을 준 헌법재판소의 관계자들에게 깊은 감사의 뜻을 전해 드린다. 부디 이 연구가 통일 과정 및 통일 이후 헌법재판소의 기능과 역할을 더욱 제고하고 헌법재판소가 발전하는 데에 기여하기를 기대한다.

2011. 11.

책임연구자 박 정 원

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적 및 필요성	1
제 2 절 연구방법 및 내용	11
제 3 절 연구의 대상과 범위	17
제 2 장 남북한 통일과 법적 기초	30
제 1 절 통일 이전의 남북관계의 법적 성격	30
제 2 절 남북한의 헌법재판제도	50
제 3 절 현행 헌법재판소의 통일관련 판결례 분석	75
제 3 장 통일과정상 법적용 영역과 관련한 헌법적 쟁점	100
제 1 절 통일 과정의 합헌성 판단	100
제 2 절 통일 과도기의 합법성 판단	109
제 3 절 통일 이후 북한법의 잠정 적용에 대한 합헌성 검토	127
제 4 절 국제법적 영역에서의 쟁점	135
제 5 절 남북한 통일과 헌법재판의 기능과 역할의 강화 방안	144
제 4 장 독일통일과 독일연방헌법재판소의 역할과 시사점	151
제 1 절 통일 이전 동서독관계 정립과 독일연방헌법재판소의 판결	151
제 2 절 독일통일 관련 독일연방헌법재판소 주요 쟁점 및 판결	194

제 3 절 독일통일에 대한 독일연방헌법재판소의 역할과 시사점	240
제 5 장 통일과 헌법재판의 기능과 역할 강화	248
제 1 절 통일과정상 헌법재판의 기능과 역할의 제고	248
제 2 절 통일 이후 헌법재판소의 위상 제고	260
제 3 절 통일국가의 헌법재판소의 구성과 조직의 개선	273
제 6 장 통일관련 헌법 재판과 쟁점 검토	285
제 1 절 통일 관련 헌법재판의 고려사항	285
제 2 절 통일 과정의 헌법적 쟁점사안 검토	291
제 3 절 통일 이후 정치체제 확립 관련 헌법재판	320
제 4 절 북한지역 몰수토지처리 관련 원소유자 확정 및 토지이용관계	331
제 7 장 결 론	348
참고문헌	354

세 부 목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 목적 및 필요성	1
I. 통일문제와 헌법재판	1
II. 남북 통일과 헌법재판소의 기능과 역할 제고	3
1. 통일 논의와 사법적 판단의 필요성	3
2. 헌법질서하 통일과정에서의 헌법재판소의 역할 상정	5
3. 통일방안의 기조에 따른 남북통일	6
III. 남북통일 과정별 헌법재판소 역할의 중요성	7
1. 통일과정과 법적 대응	7
2. 통일문제에 대한 헌법재판의 중요성	8
제 2 절 연구방법 및 내용	11
I. 연구방법	11
1. 문헌연구	11
2. 비교연구	11
II. 연구내용	12
1. 남북한 통일을 위한 법제도적 지원체제 조성	12
2. 독일 연방헌법재판소의 독일통일예의 기여 분석	14
III. 논의의 전제와 한계	15
제 3 절 연구의 대상과 범위	17
I. 남북의 통일 과정별 헌법문제의 전제	17

- 1. 남북통일과 법제도 통합 17
- 2. 통일 유형의 검토 17
 - (1) 통일 유형과 법적 통합 18
 - (2) 남북한 통일의 형태 19
 - (3) 남북한 법제통합에 대한 대비 22
- 3. 남북한 법제 통합의 원칙과 적용의 한계 23
- II. 남북한 통일과 헌법재판 25
- III. 남북통일의 법적 문제와 헌법재판의 역할 26

제 2 장 남북한 통일과 법적 기초 30

- 제 1 절 통일 이전의 남북관계의 법적 성격 30
 - I. 현행헌법의 통일관련 조항 30
 - 1. 영토조항과 통일조항 30
 - 2. 헌법상 통일조항에 대한 법인식 34
 - 3. 북한의 법적 지위에 관한 논의 35
 - (1) 반국가적 불법단체 내지 ‘사실상 정부’로 보는 견해 35
 - (2) 북한을 독립된 국가로 보는 견해 37
 - (3) 북한을 대등한 정부관계로 보는 견해 39
 - (4) 헌법정책론적 관점에서의 북한의 법적 지위 39
 - II. 통일정책과 통일방안의 법적 문제 41
 - 1. 통일정책과 헌법문제 41
 - 2. 통일방안과 남북관계 43
 - III. ‘남북한 특수관계’의 개념과 의미 46
 - 1. 남북한 특수관계의 법적 기초 46
 - 2. 정부관계 형성의 필요성 48
- 제 2 절 남북한의 헌법재판제도 50

I. 남한의 헌법재판제도 개관	50
1. 헌법재판소의 지위와 권한	50
2. 헌법재판의 의미	51
3. 현행헌법상 헌법재판제도	53
4. 헌법재판소의 구성	54
(1) 헌법재판소장	54
(2) 재판관	54
(3) 재판관회의	55
5. 헌법재판소의 권한	55
(1) 위헌법률심판	55
(2) 헌법소원심판	57
(3) 권한쟁의심판	60
(4) 탄핵심판	61
(5) 정당해산심판	62
6. 헌법재판소의 발전	63
II. 북한헌법의 헌법재판관련 제도 검토	64
1. 북한헌법의 개관	64
2. 북한의 사회주의헌법	66
3. 2009년 헌법개정의 배경과 의미	67
(1) 배경	67
(2) 의미	68
4. 북한의 헌법재판제도 검토	72
(1) 북한의 재판소제도 개관	72
(2) 북한의 헌법재판 제도의 부재	73
제 3 절 현행 헌법재판소의 통일관련 판결례 분석	75
I. 남북관계와 사법적 판단	75
1. 남북관계와 법치주의	75

2. 판례 동향 분석의 의미	76
II. 헌법규범에 대한 판례	77
1. 북한의 법적 지위에 관한 판결	78
(1) 국가보안법 시기(1948-1987)	78
(2) 남북교류협력 시기(1987-2010)	79
(3) 남북관계발전 시기(2000-2010)	80
(4) 평가	81
2. 북한주민의 법적 지위	82
(1) 대법원과 헌법재판소의 입장	82
(2) 평가	84
3. 국제평화주의, 국제법 존중, 국군의 사명	85
(1) 대법원과 헌법재판소의 입장	85
(2) 평가	88
4. 남북교류협력에 관한 판례	88
(1) 남북교류협력법	88
(2) 행정법관계 관련	89
(3) 민사법 관련 : 혼인과 상속관련	90
5. 남북합의서에 대한 판례	92
(1) 남북기본합의서의 법적 성격	92
(2) 기타 남북합의서의 법적 성격	94
6. 개성공업지구·금강산관광지구 관련 판례	94
(1) 법률적용에 대한 합의서	94
(2) 판례 분석	96
7. 헌법합치적 해석의 필요성	97
(1) 남북관계에 대한 사법적 판단의 특징	97
(2) 헌법재판을 통한 사법심사 지침 제시	99

제 3 장 통일과정상 법적용 영역과 관련한 헌법적 쟁점 100

제 1 절 통일과정의 합헌성 판단 100

 I. 일반적 고려사항 100

 II. 정치제도, 행정제도 및 사법제도의 통일관련 법제통일 101

 III. 경제제도 관련 법제 통일 103

 1. 토지의 사유화 문제 103

 2. 북한 지역의 경제 관련 법률의 제정 방향 106

 IV. 사회 및 문화 분야 법제통일 107

제 2 절 통일 과도기의 합법성 판단 109

 I. 통일국가의 법제도통합 109

 1. 통일헌법의 제정시 고려사항 109

 2. 통일국가의 국회와 정부 110

 3. 남북한 법률의 적용 112

 II. 통일국가의 국가작용 113

 1. 북한지역에 대한 특별행정관리 체제의 구축 113

 2. 통일국가의 행정 및 사법작용 116

 (1) 행정통합 116

 (2) 군(軍)통합 117

 (3) 사법(司法)통합 118

 3. 경제제도의 통일과 조정 118

 (1) 사유제 원칙 119

 (2) 화폐통합 119

 (3) 재산권 조정 120

 4. 대외관계의 조정 121

 III. 불법행위 청산 122

 1. 북한의 ‘조선로동당’의 불법행위 청산문제 122

2. 정치적 피해구제	123
3. 몰수재산의 처리	124
4. 경과 및 효력	125
제 3 절 통일 이후 북한법 잠정적용의 합헌성	127
I. 통일 이후 구동독법의 적용 및 해석	127
1. 구동독법 적용 및 해석문제의 대두	127
2. 통일 후 효력을 상실하는 구동독법의 적용과 해석	128
(1) 견해 차이	128
(2) 판례의 태도	128
3. 통일 후 존속하는 구동독법의 적용과 해석	129
II. 사법통합과정에서 북한법의 잠정적 적용의 필요성	131
1. 법률통합의 전제	131
2. 통합과정의 특별조치	132
3. 법통합의 원칙과 방향	132
제 4 절 국제법적 영역에서의 쟁점	135
I. 국제법상 국가승계에 관한 법리	135
1. 개념	135
2. 조약의 승계	136
3. 조약승계의 방식	136
4. 조약승계절차	137
II. 통일방식에 따른 통일한국의 조약승계	137
1. 북한의 편입에 의한 통일한국의 국가승계	137
2. 합의에 의한 통일한국의 국가승계	140
III. 북한의 대외 경제적 이익관련 승계문제	140
1. 북한의 대외채권승계문제	141

2. 북한의 대외채무 승계문제	141
3. 북한과 중국간 경제협력에 관한 양허권 승계문제	143
제 5 절 남북한 통일과 헌법재판의 기능 강화 방안	144
I. 통일과정에서의 법제 통합의 과제	144
II. 통일과정에서의 헌법재판의 과제와 방향	146
1. 통일과정의 헌법재판의 과제	146
2. 통일과 헌법재판의 기능과 역할 강화의 방향	147
제 4 장 독일통일과 독일연방헌법재판소의 역할과 그 시사점	151
제 1 절 통일 이전 동서독관계 정립과 독일연방헌법재판소의 판결	151
I. 동서독관계의 법적 성격에 관한 판결	151
1. 동서독 기본조약의 의미	151
2. 독일연방헌법재판소의 판결	152
(1) 독일제국의 존속 재확인	153
(2) 독일제국과 서독의 동일성 여부(서독의 법적 지위)	154
(3) 동독의 국가성(Staatlichkeit) 여부(동독의 법적 지위)	154
3. 독일연방헌법재판소의 기본조약 판결의 의미	155
4. 교훈 및 시사점	157
II. 동서독 간 국적 관련 판례	160
1. 동독 시민이 독일국적자 여부	160
2. 동독 시민권(die DDR-Staatsbürgerschaft) 취득으로 독일국적 취득의 효과가 있는지 여부(1) - 궁정(지방법원)	160
3. 동독 시민권 취득으로 독일국적 취득의 효과가 있는지 여부(2) - 부정(연방행정최고법원)	161
4. 동독 시민권 취득으로 독일국적 취득의 효과가 있는지 여부(3) - 궁정(연방헌법재판소)	161

5. 동독 주민이 외국 국적을 취득하는 경우, 독일국적이 상실되는지 여부	162
6. 베를린 시민에게 고유 국적이 부여될 수 있는지 여부	163
III. 동독의 주권적 행위와 관련된 소송의 허용 여부 관련 판례	164
1. 동독 관청의 압류, 몰수와 관련한 동독 회사에 대한 금전청구 사건	164
2. 동독 발권은행에 대한 소송 사건	164
3. 동독의 독일제국철도에 대한 소송 사건	165
IV. 동서독 간 민사관련 판결	165
1. 동독 판결의 승인 관련 1956년 연방일반최고법원(BGH) 판례	165
2. 동독 이혼판결의 효력 관련 1960년 연방일반최고법원 판례	165
3. 동독 판결의 서독에서의 집행 관련 1982년 연방일반최고법원 판례	166
4. 이혼 후 부양사건 관련, 동서독간 저촉법의 원리 관련 연방일반최고 법원 판례	166
5. 상속증서 발급의 관할 및 국내(Inland) 개념의 기능적 해석 관련 1969년 연방일반최고법원 판례	167
6. 서독 법원이 동독 주민에 대하여 서독 주민에게 현금지급을 명하는 판결을 할 수 있는지 여부 관련 1952년 연방일반최고법원 판례	167
7. 주요 판례 요지	168
(1) 동서독 민사저촉법의 성격 관련 판례	168
(2) 동독이 내국, 동독주민이 독일인 인정여부 관련 판례	169
8. 동독 법원 판결의 승인 및 집행 관련 판례	173
(1) 동독 법원 판결의 승인	173
(2) 동독 법원의 판결에 대한 승인요건	173
(3) 동독 법원 판결의 집행	174
(4) 동독법원의 친권관련 판결이 공서양속에 반하여 미승인	174
(5) 동독 민사판결의 서독 승인 절차 없는 집행 여부	175
V. 동서독 형사관련 판결	175

1. 독일민주공화국 지역이 형법 제3조의 국내에 해당되는지 여부 관련 1980년 연방일반최고법원 판례	175
2. 동독 지역에서 운전면허 없이 운전한 서독 주민에 대한 서독에서의 형사처벌 여부 관련 1981년 바이에른 고등법원 판례	175
3. 주요 판례 요지	175
(1) 독일형법의 적용 범위 관련	175
(2) 동서독간 형사사법 공조 관련 판례(1) -동독 형사판결의 서독에서 의 집행 문제-	180
(3) 동서독간 형사사법 공조 관련 판례(2) -동독 주민의 동독으로의 범죄인 인도문제-	182
VI. 동서독 인적·물적 교류 관련 판결	183
1. 동독 주민의 거주·이전의 자유와 탈주지원계약의 효력 관련 1977년 연방일반최고법원 판례	183
2. 동서독간 비상업적 금융거래 관련 1982년 연방헌법재판소 판례 ..	183
3. 주요 판례 요지	184
(1) 동서독 간 경협(무역)의 성격 관련	184
(2) 탈주지원계약의 유효성 여부	186
VII. 베를린 문제, 독일동부지역 문제 관련	187
1. 베를린의 법적 지위 관련	187
(1) 독일제국 붕괴전 베를린과의 관계	187
(2) 베를린의 수도 성격 유지 여부	187
(3) 베를린에서의 기본법의 효력	187
(4) 동서 베를린의 분열	187
(5) 서베를린 역의 법적 지위	187
(6) 베를린 법률의 통제	188
(7) 베를린 소재 연방카르텔 관련 분쟁의 연방헌법재판소 관할 여부 ·	188
(8) 베를린 지위와 연방헌법재판소의 역할(브뤼크만 사건)	188

(9) 기본법 제100조 제1항의 베를린에서의 효력 여부	189
2. 서베를린 주민과 연방병역법 적용 문제 관련 판례	189
(1) 연방병역법위반 여부(1) - 베를린 이외에 상거소를 두고 베를린에 거소를 두고 있는 자	189
(2) 연방병역법위반 여부(2) - 서독 지역에서 징집통지서를 송달받은 후 베를린으로 이주한 자	189
(3) 연방병역법위반 여부(3) - 베를린으로 이주 후 징집통지서를 송달 받은 자	190
3. 독일동부지역 관련 판례	190
(1) 오더-나이세 동부지역의 법적 지위(1958년 베를린 최고법원 판결) ...	191
(2) 오더-나이세 동부지역의 법적 지위(1975년 연방헌법재판소 판결)	191
VIII. 동서독 교류협력 관련 판례의 시사점	192
제 2 절 독일통일 관련 독일연방헌법재판소 주요 쟁점 및 판결	194
I. 동서독 화폐의 가치평가	194
II. 통일조약에 관한 합헌판결	195
1. 통일조약의 법적 성격	195
2. 통일조약에 대한 의회 심의	196
3. 통일조약 제4조에 대한 판결	198
III. 선거법에 관한 위헌판결	198
1. 5%저지조항의 문제	199
2. 후보자추천서명 정족수(Unterschriften-Quorum)의 문제	200
3. 새로운 정당명칭의 문제	202
4. 각하된 심판청구들의 문제	203
(1) 첫 번째 심판청구	203
(2) 두 번째 심판청구	205
5. 선거법 판결의 의미	205

IV. 기본권보장 문제	206
1. 의약품가격의 문제	206
2. 소련점령 시기의 몰수재산에 대한 독일에서의 반환배제원칙	211
(1) 점령고권 및 점령당국법(Besatzungshoheit bzw. Besatzungsrecht) 에 의한 재산권 몰수	211
(2) 원상회복불가원칙(Restitutionsausschlußgrundsatz)의 연혁	211
(3) 독일연방헌법재판소의 ‘토지개혁판결(Bodenreform- Urteil)’	213
(4) 독일에서의 예외적 손실보상의 채택	216
3. 노동관계에서의 제한의 문제	218
(1) 공무원의 취업제한	218
(2) 구동독 학술원 사례	222
VI. 낙태법에 관한 위헌판결	223
1. 기한모델과 지표모델	224
2. 독일연방헌법재판소의 낙태판결	225
3. 통일조약과 새로운 입법	225
(1) 통일조약에 의한 법적 동화와 기본법 제143조	225
(2) 임신부 및 가족보호법	226
VII. 구동독 불법청산의 내용과 시사점	231
1. 주요 내용	231
2. 과거청산시 법치국가원칙 적용의 당위성	232
3. 법치국가원리의 구체적 내용	233
VIII. ‘통일연대세’ 합헌판결	235
제 3 절 독일통일에 대한 독일연방헌법재판소의 역할과 시사점	240
I. 독일통일과 독일연방헌법재판소의 역할	240
II. 독일통일의 남북한 통일에 주는 시사점	242
III. 독일 연방헌법재판소의 통일관련 판례의 의미와 시사점	245

제 5 장 통일과 헌법재판의 기능과 역할 강화 248

제 1 절 통일과정상 헌법재판의 기능과 역할의 제고 248

I. 통일과정의 헌법재판의 역할의 중요성 248

II. 통일 과정의 헌법재판의 구조와 한계 250

1. 현행 구조 250

2. 문제점 및 한계 252

(1) 헌법해석의 통일성문제 253

(2) 헌법소원제도의 한계 254

III. 개선방향 256

제 2 절 통일 이후 헌법재판소의 위상 제고 260

I. 통일헌법과 헌법재판소 제도 260

1. 남북한 헌법통합의 방향과 과제 260

2. 통일헌법의 최고원리 261

3. 통일헌법의 제정방향 262

II. 통일헌법의 기본질서 265

III. 통일헌법의 통치구조와 헌법재판소 268

1. 조직원리 269

2. 통일국가의 정부형태와 헌법재판소 269

3. 통일국가의 사법기관으로서 헌법재판소 271

제 3 절 통일국가의 헌법재판소의 구성과 조직의 개선 273

I. 통일과 헌법재판소의 조직의 개선 273

II. 헌법재판관의 자격과 임명 275

1. 헌법재판관의 자격 범위 확대 275

2. 헌법재판관의 임명방식 개선 277

III. 헌법재판관의 임기 연장과 단임제문제 278

IV. 헌법재판소의 헌법상 지위 제고	279
V. 헌법재판소의 기능과 역할 강화	281
1. 사법부 관련 헌법적 불비사항의 조정	281
2. 대법원과 헌법재판소 통합방안의 부당성 검토	283
제 6 장 통일관련 헌법 재판과 쟁점 검토	285
제 1 절 통일 관련 헌법재판의 고려사항	285
I. 통일문제에 대한 일반적 심사기준의 설정 필요성	285
II. 통일과정의 자유민주적 기본질서	286
III. 법치국가 원칙의 적용	288
제 2 절 통일 과정의 헌법적 쟁점사안	291
I. 통일비용의 합헌성	291
1. 통일비용의 의의와 유형	291
2. 통일재원 법제화방안	292
(1) 통일세 징수의 법제화 방안	292
(2) 통일기금 조성의 법제화 방안	293
3. 통일재원 법제화의 장애요인과 극복방안	296
(1) 추가적인 조세부과에 따른 문제점과 대응방안	296
(2) 사전적 통일기금 조성에 대한 반대론 극복	297
(3) 채권발행과 해외자본도입의 문제점	297
(4) 북한지역 재산 국유화 및 매각시문제점과 해결방안	297
II. 북한주민의 대량탈북에 따른 강제수용의 문제	298
1. 북한이탈주민의 수용에 관한 국내법과 정책	298
2. 대량 탈북사태 시 고려사항	301
3. 대량탈북시 강제수용과 헌법상 거주이전의 자유와의 상충문제	303
III. ‘통일합의서’(가칭)의 합헌성 검토	306

1. 남북한 통일합의서의 헌법적 쟁점	306
(1) 문제의 제기	306
(2) 통일합의서의 규범적 의미	307
(3) 통일합의서의 법적 성격	309
2. 통일의 방식과 통일합의서의 내용	313
3. 통일합의서의 내용과 헌법재판	316
(1) 통일합의서의 헌법재판 대상성	317
(2) 발효 전 통일합의서에 대한 헌법재판 가능성 대비	318
4. 통일합의서의 발효절차와 헌법재판	318
제 3 절 통일 이후 정치체제 확립 관련 헌법재판	320
I. 남북한 총선거 관련 헌법재판	320
1. 개 설	320
2. 통일의 완성과 총선거의 시기	321
3. 국회의원의 임기와 총선거의 시기	322
II. 총선거에 대한 선거법의 합헌성 판단	322
1. 소선거구제의 관련 문제	323
2. 비례대표제의 관련 문제	324
III. 북한 정권의 과거청산과 헌법재판	325
1. 개 설	325
2. 북한주민에 대한 정치적 박해행위	325
3. 남한주민에 대한 테러행위	327
4. 북한정권의 간첩행위	329
제 4 절 북한지역 몰수토지처리 관련 원소유자 확정 및 토지이용관계	331
I. 원상회복 논의의 규범적 의미: 국유재산 해체 수단	331
1. 국유재산 해체의 목적	331
2. 국유재산 해체를 위한 구체적 방법	332

(1) 전환(Umwandlung)	332
(2) 새로운 권리주체로서의 귀속(Zuordnung)	332
(3) 사유화(Privatisierung)	333
(4) 원상회복(Restitution)	333
II. 북한지역 몰수재산에 대한 원상회복 여부	334
1. 재산권 몰수조치(토지개혁)에 대한 연혁적 고찰	334
2. 재산권 몰수조치에 대한 법적 평가의 기준	335
3. 몰수재산의 원상회복 배제에 대한 논점	336
(1) 배분적 정의의 실현	336
(2) 원상회복 배제를 위한 법리적 논거	337
(3) 원상회복의 현실적 난점	339
III. 북한지역 국유재산의 전환 및 사유화 검토	339
1. 국유재산 사유화의 의의	339
2. 북한 국영기업의 사유화	341
(1) ‘국유재산관리청’(가칭)의 설립과 그 임무	341
(2) 사유화의 실행	342
3. 북한 공공재산의 귀속	343
(1) 국가승계이론(Staatensukzessionstheorie bzw. Staatennachfolgetheorie)	343
(2) 북한의 국가(공공)재산의 통일 후 귀속	344
IV. 소 결	345
제 7 장 결 론	348
I. 통일국가 수립과 헌법재판 논의의 중요성	348
II. 통일과 헌법재판소 위상 강화의 과제	350
참고문헌	354

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적 및 필요성

I. 통일문제와 헌법재판

우리 민족에게 통일은 현시점에서 염원과 이상을 넘어 현실문제로 다가서고 있다. 남북한이 분단된 후 대결과 반목의 시기가 지나고 남북간 교류와 협력의 기반이 조성되면서 평화적 방법에 의한 통일의 가능성에 대한 논의가 구체화되고 있다. 그래서 남북관계의 더욱 발전하게 되면, 평화적인 교류협력의 체제가 확대되는 가운데 통일국가의 미래를 상정하고 그 권력구조의 틀에서 다양한 접근방법이 모색되어 왔다. 물론 우리의 통일국가의 모습은 통일의 방법에 따라 다르게 나타날 수 있다. 그럼에도 불구하고 통일을 대비하는 차원에서 각 분야별 준비는 필요하며, 그 최종단계에는 법제도의 통합을 전제하고 있다. 구체적인 통일은 바로 남북 간 법제도의 통합을 통해 완성되기 때문이다.

잘 알다시피 남북의 통일문제는 세계 어느 국가에도 없는 우리 나라 헌법에만 존재하는 특유한 사안에 해당한다. 물론 통일문제는 본질적으로 정치적 문제로서의 의미를 가지고 있다. 따라서 통일의 상황전개와 통일과정에는 한반도를 둘러싼 정치, 경제, 사회, 국제정치적 요인이 복합적으로 작용하며, 특히 정치적 요인이 큰 영향을 미치게 된다. 무릇 통일이란 당시의 정치세력간의 결단과 정치적 상황의 결합에 의해 가능한 것이라는 점에서 보면, 법제도적 연구작업에 의하여 통일이 이루어진다고 말하기 어렵고 소송을 통해 통일이 실현될 수도 없다.¹⁾ 그렇지만 통일문제가 현실문제로 다가서게 되면, 법제도적 차원의 구체화 작업이 필요하게 될 것이다. 우리는 이 과정에서 발생할 것으로 예상되는 법적 문제점을 이미 통일을 이룬 동서독의 사례에서 그 시사점을 찾아볼 수

1) 김승대, “헌법재판과 남북한 통일”, 「헌법논총」, 제19집, 헌법재판소, 2008, 227면.

있다. 아울러 남북이 처한 현실을 고려하여 남북한의 특수한 범위에서 발생하는 법적 문제를 예상하여 검토해보는 것은 가능하다.

최근 통일을 준비하는 과정에서 각 분야에서의 통합안이 마련되고 이를 구체화하기 위한 세부안들의 마련을 위한 논의가 다양하게 추진되고 있다. 기실 남북의 통일은 민족적 염원의 대상으로 이상론적인 논의가 있어 왔지만, 그 구체적인 모습에는 실제적인 골격이 마련되지 못한 것이 사실이다. 예컨대 통일국가의 바람직한 통치구조에 대한 논의가 현행 우리 헌법의 틀 속에서 논의되어 왔다. 그 중심적 과제는 정부형태론에 머물러 있다. 다시 말해 통일국가에서 대통령중심제 또는 의원내각제의 도입문제, 국회의 양원제의 도입 문제, 행정체제의 개편 등을 중심으로 한 논의가 그것이다. 이제 기본적인 초보적인 통일국가의 체제 내지 권력구조에 대한 논의에서 나아가 보다 구체적인 헌법기관 등에 대한 개편논의가 필요한 시점이다. 물론 이것은 통일국가 체제의 모습이 구체화되고 법제화되는 것을 전제로 하고 국민적 공감대를 형성하여야만 가능하지만, 현실의 제도와 체제를 기초로 하여 그 바람직한 미래상을 찾아볼 수 있다.

여기에 우리 헌법에서 헌법재판소가 점하고 있는 위상과 가치를 고려하여 통일과정 및 통일 이후의 헌법재판소의 모습을 탐색하는 것의 의미를 찾을 수 있다. 알다시피 현행헌법상 최후의 인권보루기관으로서 헌법재판소의 위상은 그 기능과 역할이 점차 증대함에 따라 높아져 왔으며 국민적 지지를 받아왔다. 앞서 서술한 바와 같이 남북 통일은 결국 법제도의 통합을 통해 완성될 것이며, 따라서 통일 과정 및 통일 이후에 가장 큰 역할과 기능을 해야 할 기관 중 하나가 헌법재판소임이 분명하다.

우리에게 있어 통일문제가 한낱 이상에 머물지 않고 보다 발전적 계기를 만들어 나아가는 중요한 사안이라는 점에서 헌법재판소의 역할과 위상이 차지하는 비중이 크며 따라서 이를 논의하는 의미는 매우 크다.

남북관계의 변수로 작용하는 북한정권의 변화상황은 큰 관심사가 아닐 수 없다. 마침 2011년 12월 17일 이 연구의 말미에 발생한 북한의 김정일 국방위원장의 사망은 북한이 통일과정에서의 변수로 작용할 수

있는 가능성을 증명하는 사건일 수 있다.²⁾ 특히 남북관계 내지 남북통일이 북한체제의 특수한 상황에 따라 특수한 형태를 띠고 있다는 점에서 일인지배체제 하에서 독재권력을 행사한 김정일의 사망과 그에 따른 후계권력체제의 향방은 통일논의에서 매우 중요한 전환점이 될 수 있다는 점을 고려하여야 한다. 이렇게 김정일의 사망으로 인한 남북관계의 변수가 커지게 되면, 이와 관련하여 통일문제에 대한 법제도적 논의가 가속화될 가능성이 커질 것이다.

이러한 점에서 우리 헌법상 헌법재판소의 권한과 기능에 비추어 남북통일시의 헌법재판소의 역할제고를 위한 기반을 구축하기 위한 대응방안을 마련하는 것은 필요한 연구 분야가 아닐 수 없다. 우리의 헌법재판소의 활발한 기능과 역할에 비추어 통일의 상대방인 북한의 현상 파악을 통해 그 통일안을 상정할 수 있다. 이 같은 논의는 북한이 헌법재판제도를 채택하지 않고 있는 현실에서 남북의 통일 과정 및 통일 이후 헌법재판제도의 정립과 발전을 위한 사전적 연구의 의미를 가지고 있다.

더욱이 남북관계의 전개과정에서 북한의 예기치 못한 상황의 발생이 예상되고 있는 점을 고려하여 볼 때, 갑작스런 남북 간 통일이 이루어질 가능성에 대비하여 헌법재판소의 대응방안을 마련하는 연구는 시의성도 적절하다. 아울러 헌법재판소의 기능과 역할의 제고를 위한 한 기초적 연구와 함께 헌법재판소의 미래지향적 발전방안에 대하여 검토해봄으로써 통일국가에서의 헌법재판소의 기능과 역할을 높이는 방안이 제시될 수 있다.

II. 남북 통일과 헌법재판소의 기능과 역할 제고

1. 통일 논의와 사법적 판단의 필요성

2) 북한은 북한 조선중앙TV와 조선중앙방송이 19일 낮 12시에 특별방송을 할 예정이라고 보도하였다. 이전 북한에서 특별방송을 예고한 적은 1994년 7월9일 김일성 주석의 사망소식을 전했을 때 한차례 뿐이었다 <한국경제신문, 2011년 12월 19일(월) 오전 11:43>. 이어 북한의 조선중앙TV는 2011년 12월 19일 정오, “전체 당원들과 인민군장병들과 인민들에게 고함”이라는 제목 아래, “김정일동지께서 주체100(2011)년 12월 17일 8시 30분에 현지도의 길에서 급병으로 서거”하였음을 알렸다.

남북의 통합 내지 통일을 논의하면서 그 전제는 정치적인 부문에서의 확정을 기초로 한다. 여기에는 남북 간의 정치집단간의 합의와 함께 남북 주민간의 합의를 포함한 국민적 공감대의 형성이라는 정치적 행위를 전제로 한다. 이런 가운데 이념과 가치관에 입각한 대립적 구도가 형성되기도 하며, 이러한 문제는 사법적 판단을 필요로 하게 된다. 현실적으로 남북관계의 법적 성격과 북한의 법적 지위 문제와 관련하여 우리의 헌법과 관련 법령에 대한 해석상의 차이가 발생하고 있고, 그 해결방안에 대해서도 견해차가 있는 것이 현실이다.

이러한 문제에 대하여 사법부인 법원과 헌법재판소는 재판과 관련하여 사법적 판단을 내리고 관련 판례를 축적하고 있다. 아무리 이념적 대립과 견해차이가 있다고 하더라도 사법부와 헌법재판소에 재판 현안으로 제기되었을 때, 이념적 대립과 극한 견해 차이를 이유로 사법적 판단을 회피하거나 유보할 수 없다. 우리 헌법 규정을 중심으로 하여 보면, 영토조항(제3조)과 통일조항(제4조), 그 밖의 통일관련 조항에 대한 헌법적 해석과 판단은 현실적으로 국민에게 판단기준을 제시하고 있다. 북한문제와 통일문제를 보는 시각에는 견해차이가 존재함에도 사법부의 판단은 국민들에게 대북정책 및 통일정책의 원칙과 내용을 판단을 하는 기준을 제시하고 있다.

아울러 정부기관에 대해서도 정책적 방침을 정하는 원칙을 제시하고 있는 것이다. 당연히 그러한 판단은 법령해석의 판단기준이 되고 있으며, 해석에 있어 기본적 지침으로 작용하고 있다. 다시 말해 해석상 판단의 여지가 있을 수 있지만, 헌법재판소의 결정은 북한이 가지는 법적 지위와 함께 남북관계의 현실적인 법적 성격을 규명하는 최종적인 기준을 국민에게 제시하고 있는 것이다. 이것이 가능한 것은 헌법재판소의 권위와 함께 그 기능과 역할에 대한 국민적 신뢰가 확보되기 때문이다. 이는 역으로 헌법재판소가 남북의 통합과 통일과 관련한 법령의 위헌성을 판단하는 데에 있어 합법성과 타당성을 기초로 한 국민적 신뢰를 얻어야 함을 의미한다.

이러한 점에서 통일과정과 통일 이후 헌법재판소의 기능과 역할에 대한 분석과 검토는 궁극적으로 통일에 대한 국민적 합의기반을 구축하는 데에 중요한 의미를 담고 있다고 할 수 있다. 현행법을 중심으로 한 위헌성 판단은 비교적 그 예상되는 바를 중심으로 하여 논의할 수 있을 것이지만, 통일상황의 전개과정과 방법과 관련하여 예기하지 못한 법적 문제가 발생할 수

있다는 점에서 예견되는 헌법적 문제점을 사전에 검토하는 것도 충분한 연구의 대상이 될 수 있다.

2. 헌법질서 하 통일과정에서의 헌법재판소의 역할 상정

남북의 통일을 논의하는 데에 있어 그 법적 기초는 현행 헌법에서 찾아야 한다. 통일론에서 이상적인 방법을 생각하면, 여러 가지 방면에서의 통일방법을 찾을 수 있을 것이다. 그러나 현행 헌법이 통일의 기본원칙을 헌법이념으로 규정하고 있는 이상 이를 무시한 통일논의는 어렵다. 여기서의 논의도 현행 헌법질서하의 남북 통합방안을 기초로 생각해 볼 수 있다. 결국 통일과정과 통일 이후의 통일국가 체제가 확정되어 있지 않은 현시점에서 헌법재판소의 기능과 역할도 현행 헌법질서하의 기본원칙 아래에서 강구하여야 한다.

물론 남북 간의 여러 통일방식을 감안하더라도 구체적인 남북한 사이의 법제통합의 기본원칙은 결국 통일한국의 기본 이념과 기본질서를 먼저 결정한 후 그 기본질서에 부합되게 법률의 통합문제를 다루어야 할 것이다. 그런데 통일한국이 추구하는 가치와 이념 및 기본질서는 결국 통일국가의 헌법에 의해 구체화 될 것이기 때문에 결국은 통일국가의 헌법 이념과 기본원리를 어떻게 할 것인지의 문제와 직결된다는 점을 고려하여야 한다.

그렇지만 우리의 통일국가의 헌법, 즉 남북한의 통일헌법의 구체적인 모습은 결정되어 있지 않다. 그러나 통일헌법의 원칙과 내용을 상정할 때, 우선적으로 현행헌법의 기본적인 통일원칙을 벗어나 생각할 수 없다. 잘 알다시피 우리 헌법은 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있다. 우리의 현행헌법은 국가의 평화통일 정책수립 및 추진의무 조항을 신설하여 규정하고 있다.³⁾ 이에 의하면, 통일헌법의 기본원리 역시 기본적으로는 자유민주적 기본질서에 입각하여야 함을 의미한다.

여기서 유의하여 볼 것은 통일 과정 및 통일 이후의 헌법재판소의 기능과 역할을 판단하는 데에 있어 확정되지 못한 상황을 전제로 논의하는 것은 무의미할 수 있다는 점이다. 그런 점에서 현행 헌법하의 통일원칙과 질서,

3) 김철수, 「헌법학개론」, 제19전정신판, 서울: 박영사, 313~314면.

그리고 통일이념의 틀 속에서 헌법재판소의 위상에 대한 미래적 모습을 상정하게 된다.

3. 통일방안의 기초에 따른 남북통일

우리의 공식적 통일방안은 현실적으로 ‘민족공동체 통일방안’으로 제시되어 있다. 이에 의하면, 통일국가 완성단계는 남북연합단계에서 구축된 민족공동의 생활권을 바탕으로 민주적 절차에 의해 남북 의회 대표들이 마련한 통일헌법을 국민투표에 부쳐 확정되도록 하고 있다. 그리고 통일국가는 민족구성원 개개인의 자유와 복지, 인간존엄성이 보장되는 선진 민주국가를 통일국가의 미래상으로 제시하고 있다.⁴⁾

이러한 우리의 통일국가의 미래상에 비추어 볼 때, 통일국가의 기본질서로는 다음의 내용을 기본적으로 상정하게 된다. 다시 말해 통일국가를 수립하기 위해서는 기본적으로 정치적으로는 자유민주주의 체제, 경제적으로는 사회적 시장경제체제에 입각하여야 한다. 결국 현행 우리의 헌법질서에 입각하고 있음을 전제한 것임을 알 수 있다. 이는 단계적인 통일의 과정을 거치면서 통일이 이루어지는 상황과 달리 미처 예상하지 못한 급진적 방법에 의한 통일의 경우를 상정하더라도 그 결과로서의 남북한의 통일국가의 미래적 모습은 동일한 것으로 제시된다는 점을 고려한 것이다.

이를 고려하여 보면, 남북한 간의 법제 통합의 측면에서는 통일의 유형을 단계적 통일과 급진적 통일로 구분하여 살펴보는 것은 통합 과정에서의 차이를 전제하여 접근할 수 있다. 그러나 통일의 완성이라는 점에서 보면, 통일국가의 기본질서를 감안하여 판단할 때 결과적 측면에서는 굳이 통일의 유형을 단계적 또는 급진적인 것으로 구별할 필요성이 크지 않다고 할 수 있다.

남북한의 통일을 단계적 과정을 거치든지 급진적으로 단기간에 완성되는 방법을 감안하더라도 통일국가의 기본질서는 현행 우리 헌법상 기본원리와 기본질서가 기초가 되어야 한다는 것은 당연하다. 이는 우리의 현행 법령이 북한지역에 확대 적용되는 것임을 의미한다. 생각건대 현시점에서 급진적 통일이 이루어지는 것을 상정하더라도 현실적으로 북한주민들이 통일 직전

4) 장명봉, “남북한 통일과 통일헌법의 구성원리”, 『아·태공법연구』, 제2집, 아시아·태평양공법학회, 1993, 117면.

또는 직후에 우리 국민과 동등하게 참여하여 통일헌법을 제정하는 방법은 기대하기 어려워 보인다. 이를 감안하면, 일정기간은 우리의 현행 헌법 체제가 유지되는 가운데 그 헌법체제하에서 남북한 간의 법률 통합 작업이 추진될 것임을 예상할 수 있다.

다시 말하면, 남북한의 통일국가는 우리의 현행 헌법질서를 기초로 하여 수립되고, 일정한 기간의 과도기적 상황으로 북한법령의 잠정적 효력이 인정되는 기간을 거쳐 통일국가의 법체제를 완성하여 나아가는 과정을 염두에 둘 수 있다. 이 과정에서 예상되는 헌법적 쟁점과 관련하여 헌법재판소는 보다 적극적인 자세가 요청된다. 남북한의 통일과정 및 통일 이후 발생하게 될 헌법적 쟁점을 판단함으로써 분쟁가능성을 방지하고 통일국가의 통합을 위한 법적 기준과 방침을 제시함으로써 우리 헌법상 헌법재판의 기능과 역할의 중요성을 높이는 계기를 마련할 수 있다. 이는 회피할 수 없는 시대적 과제가 된다는 점에서 보다 적극적인 논의를 이루어 나아가야 한다.

Ⅲ. 남북통일 과정별 헌법재판소 역할의 중요성

1. 통일과정과 법적 대응

앞서 언급하였듯이 이 연구는 남북한의 통일대비 법제도적 방안을 제시한다는 의미를 가지는 동시에 통일과정 및 통일 이후의 헌법재판소의 발전적 위상확립을 위한 건설적 제안을 제시하기 위한 논의에 중점을 둔다. 이는 헌법재판소가 통일과정에서 중추적인 역할을 도모하는 것과 함께 통일 이후에도 궁극적으로 헌법재판소의 위상을 확고히 하는 데에 필요한 사안을 검토 분석하여 미래적 과제를 체계적으로 살펴보는 것이다. 생각건대 결과적으로 남북의 통일 내지 통합은 법제도적 차원의 정치한 접근과 통합과정을 거쳐 완성될 것이다. 이에 이 연구는 남북한 간의 법적 동화 내지 통합방안을 도출하는 데에 있어 헌법재판소가 통일과정에서 그 기능과 역할을 담당하게 될 사안을 검토하는 데에 도움을 줄 것이다.

요컨대 남북한 간 통일과정에서 나타나는 문제는 크게 남북 분단상태,

교류협력 단계, 통합과정 단계, 통일 이후 단계 등으로 나누어 볼 수 있다. 이렇듯 통일의 각 과정별로 법제도의 통합방안을 상정할 수 있고, 이 과정에 입각한 사안에 대하여 헌법재판소가 통일에 대비하거나 나아가 통일 완성을 위해 기여할 수 있는 방안을 찾아 볼 수 있다. 무릇 우리에게 통일은 당위성만으로 논의하는 것은 남북관계의 현실에 비추어 볼 때 적합하지 않다. 이제 통일은 그 당위성뿐만 아니라 현실적인 필요성에 의해 충족될 때 달성될 수 있는 것이다. 좀 더 보면, 통일은 단순히 남북한의 단일민족국가 건설이라는 당위성만으로는 부족하고, 민족의 평화와 번영이라는 현실적인 필요성을 충족시켜야만 한다. 이러한 필요성을 충족시키느냐 못하느냐는 통일을 어떻게 준비해야 하느냐에 달려 있고, 이는 결국 남북통일의 법률 내지 법제에 대해 얼마나 철저하게 현실성이 있는 대책을 준비하느냐에 달려 있다고 본다.

남북한의 통일 대비 내지 통일 완성과 관련하여 그 동안 관련 주무부처라 할 수 있는 법무부와 통일부, 법제처는 물론 대법원 등에서 적지 않은 연구와 준비를 해왔다. 그러나 남북한의 통일국가의 법제에 대한 준비와 노력은 이들 주무 부처만의 노력으로는 한계가 있다. 기본적으로 법률 통합의 문제는 법적인 문제이면서도 단순히 법 이론만으로 해결할 수 있는 문제가 아니라 거의 모든 분야에 걸쳐 현실적인 문제를 고려한 정책적인 판단을 요하는 문제이다.⁵⁾ 따라서 법학계 뿐 아니라 정치, 경제, 사회, 문화계 등 사회 전반에 걸친 전문가들의 관심과 참여가 필요하며, 모든 정부 부처가 자신의 소관 업무 분야에 대하여 남북통일을 대비하여야 한다.⁶⁾

2. 통일문제에 대한 헌법재판의 중요성

헌법재판소의 경우도 남북한의 통일상황에 대비하여 미래 통일국가의 기능과 역할을 제고하는 방안을 마련하여야 한다. 그럼으로써 헌법재판소의 위상을 확고히 하는 동시에 통일상황에 대한 위헌여부의 판단을 통해 통일을

5) 박정원, “통일법제 연구 동향과 향후 과제”, 「統一과 法律」, 창간호, 법무부, 2009, 150~195; 이규창 외, 「남북 법제통합 기본원칙 및 가이드라인」, 통일연구원, 2010. 10 참조.

6) 한명섭, “남북 법률통합의 기본원칙과 고려사항”, 「독일통일의 경험과 남북법률통합」, 강연 및 세미나 자료, 법무부, 2011. 5. 26, 19면.

위한 사법적 판단과 자세를 분명히 제시할 수 있어야 한다. 이를 통해 헌법재판소가 궁극적인 통일완성에 기여할 수 있는 방안을 구체화할 필요가 있다. 남북한의 통일이 이루어지는 시점에서 헌법재판소의 위상과 역할은 중요한 의미를 부여받아야 할 것이며, 통일 이전의 상황에서도 통일과 관련한 법적 판단에 있어 국민적 합의를 도출하고 불필요한 대결적 논의를 불식시키기 위해서도 헌법재판소의 보다 적극적인 노력과 자세가 필요하다. 이를 위하여 이 연구는 통일과정과 통일 이후 헌법재판소의 기능과 역할을 제고하기 위한 방안을 보다 적극적인 방향에서 제시해본다.

앞서 지적하였듯이 우리의 통일문제를 정치적 문제로만 미루어 놓는다면 법적 문제는 그리 많이 발생하지 않을 것이다. 그러나 한반도에서 정치적 상황이 성숙되고 이에 따른 법제도적인 구체화 작업이 뒤따르게 될 때 통일문제는 현실문제로서 법적 대처를 필요로 하게 된다. 특히 통일의 각 단계별 상황에서 통일과 관련하여 헌법적 의견 대립이 발생하고 이것이 정치적 타결로 쉽게 해결되지 못하면, 심각한 국론분열의 가능성이 크게 될 것이고 이로부터 발생하는 혼란은 자칫 통일의 기회를 버리게 될 지도 모르는 상황이 발생할 수 있다.

이러한 상황이 진행되면 궁극적으로 헌법재판의 대상이 될 수 있다. 이렇게 되면 헌법재판소는 남북한 통일의 실현에 개입하게 되고 그 사법적 판단은 남북한 통일문제의 해결에 결정적인 계기를 마련하게 될 수도 있음을 인식할 필요가 있다. 전술하였듯이 남북의 통일이 궁극적으로 법률통합과 남북한의 헌법통합을 비롯한 헌법에 의해 완결되게 된다.⁷⁾

현실적으로 남북관계의 법적 성격을 판단하고 북한의 법적 지위문제를 이해하는 데에 있어 뚜렷한 시각차가 존재한다. 이로부터 우리 사회의 이념적 대립상황이 초래하기도 한다. 우리의 통일과정에서 발생하는 문제와 관련하여 헌법재판을 통해 국민적 합의가 이루어지기 어려운 쟁점에 대한 해결방법을 찾을 수 있다. 구체적인 통일문제에 대해 헌법적 판단이 필요하게 된 경우 헌법재판은 당해문제에 대한 최종적인 헌법적 해결방안을 제시하는 역할을 하게 된다. 헌법재판은 통일을 위한 중국적인 해결방법을 제시하게 될 것이다. 이를 보면, 헌법재판소가 담당하게 될 통일쟁점의 해결 기능은 매우 중요하다

7) 김승대, 앞의 논문, 227면.

는 점을 알 수 있다.

통일국가의 수립과정에서 중요한 통일노선에 대한 주요한 쟁점에 대해 헌법재판이 불충분하거나 중대한 판단의 오류를 보이게 된다면 통일과정의 정당성 문제와 함께 혼란을 가져와 통일에 저해되는 결과도 배제할 수 없다. 물론 장래에 발생할 것을 예상하여 통일과정에서 야기되는 헌법적 쟁점을 판단하는 것은 어려운 일이다. 그럼에도 불구하고 남북관계의 진전 내지 통일과정에서 발생이 예상되는 사안에 대해 합리적 예측을 통해 이에 대해 분석하고 연구하는 일은 통일의 성공을 위해 요청되는 과제에 해당한다.⁸⁾ 이로부터 통일문제에 대한 헌법재판의 중요성은 당연히 인식되는 것이다.

8) 위의 논문, 228면.

제 2 절 연구방법 및 내용

I. 연구방법

1. 문헌연구

통일과정 및 통일 이후의 헌법재판소의 기능과 역할에 대하여 분석하는 방법은 우선 문헌연구에 있다. 헌법재판에 대한 현실적 문제점을 보완하는 기초위에서 통일을 계기로 한 헌법재판소의 역할을 검토한다. 남북의 통일이 라는 큰 틀 속에서 구체적인 통합을 상징할 때 법제도적 통일을 위해서는 최종적으로 법률적 통합을 전제하게 된다. 이에 이 연구는 남북한의 통일과정에서 발생하게 되는 법적 문제의 헌법적 쟁점을 해소하기 위한 사전적 연구에 해당된다.⁹⁾

이와 관련하여 남북한의 헌법재판 제도에 관하여 양자의 차이점을 감안하여 논급한다. 우리와 달리 북한은 헌법재판 제도에 의한 헌법보장제도가 마련되어 있지 않다. 따라서 남북한의 통일논의에서 헌법재판에 관한 연구는 우리 헌법재판제도의 북한에 대한 적용이라 할 수 있다. 즉, 북한에 헌법재판 제도가 없는 점을 감안할 때, 통일과정 내지 통일 이후 헌법재판소의 기능과 역할에 대한 연구는 북한지역에 대한 헌법재판제도의 도입과 발전방안을 중심으로 논의하게 된다. 따라서 그 중심적 내용은 현재의 헌법재판제도의 발전적 검토와 함께 현실적 문제점의 보완을 통한 헌법재판소의 역할 강화에 초점을 두고 논의하게 될 것이다.

2. 비교연구

분단국가에서 통일국가를 완성한 독일에서의 헌법재판의 관련 판결의 분석은 비교적인 관점에서 반드시 동일하지는 않지만 유사한 고민을 가지고 있는

9) 박정원, “남북 법제통합 기반조성의 과제”(시론), 「월간 법제」, 2011. 1호, 법제처, 2011, 47면.

우리에게 분석할 가치가 있는 사례이다. 독일연방헌법재판소의 판례 등의 의미와 내용, 특징을 연구하여 남북의 헌법통합방안과 법률통합의 방향을 제시한다. 독일의 연방헌법재판소의 독일통일관련 판결을 분석하여 통일과정 및 통일 이후의 판결의 의미를 분석하는 동시에 우리에게 주는 시사점을 찾는다.

이는 비교법적 연구의 방법을 통해 접근하되, 동서독과 남북한의 분단 여건과 통일 환경의 공통점과 차이점을 고려하여 독일사례로부터 교훈과 시사점을 얻고자 한다. 자유민주주의와 사회주의로 대립한 가운데 경제체제 면에서도 자본주의와 사회주의계획경제 체제로 다른 상황에서 동독이 서독으로 편입하는 형식으로 통일을 이룬 동서독의 통합사례에서 헌법재판의 사례가 검토될 수 있다. 역시 민주주의와 자본주의에 입각한 체제로의 통합을 전제로 한 우리의 통일을 생각하면, 독일의 헌법재판의 경험은 우리에게 직접 또는 간접적으로 미칠 수 있는 영향은 적지 않다.

II. 연구내용

1. 남북 통일을 위한 법제도적 지원체제 조성

우리의 통일방안은 단계적이고 점진적인 과정을 통해 평화적인 방법으로 완성하여 나아갈 것을 상정하고 있다. 공식적 통일방안은 민족공동체를 형성하는 과정을 통해 통일국가를 형성하는 것을 골자로 하고 있다. 그러면서도 통일과정의 전개상황에 따라 그 시기의 불확정성에 의해 예상하지 못한 시기의 통일 상황도 고려하여 대응하고 있다.

분단을 극복하여 나아가는 과정을 돌아보면, 우선 남북한이 냉전적 국면에서 벗어나 화해와 협력의 틀을 형성하기 시작하면서 통일에 대한 기존의 인식과 제도의 틀을 교정하기 시작하였다. 남북한의 교류와 협력은 1990년대 들어서서 발전적 토대를 형성함에 따라 우리의 국내법은 대북한과의 관계를 조성하기 위해 법적 대응에서 변화를 가져왔다. 남북한 간 대결과 반목의 시기에 상대방을 부정하였던 시각과 자세에서 벗어나 대화의 상대방으로 그 실체를 인정함에 따라 법적인 면에서도 기존의 제도적 기반의 변화를 시도하여 왔다. 특히

남북한 사이에 체결한 다양한 합의서 등은 남북한의 법제도에 변화의 환경을 조성하였다. 특히 남북한간 경제협력의 시험장으로서 이른바 개성공단의 개발과 운영은 남북한간 대립적 법령체제의 변화를 가져오는 중요한 계기를 마련하였다.

그런 과정에서도 남북한은 일면 교류협력 체제를 구축하면서도 일면 대립적 구도 하에 경쟁적 관계를 조성하여 왔다. 실제로 남북관계는 북한의 입장에서 보면 경제난의 극복 및 권력체제의 수호, 권력세습체제의 강화 등의 요인에 의해 불안정한 국면을 보이고 있다. 그리하여 북한에서 예기치 못한 사태의 진전이 예상되기도 하며, 이로 인한 혼란방지와 통일에 대한 우려가 나오기도 한다. 이런 점에서 남북통일의 시기의 불확정적 상황을 고려한 법제준비가 요청된다. 헌법재판소의 경우도 이러한 상황전개에 대비한 역할을 검토하고 대응자세를 갖추어야 하는 할 과제를 안고 있다.

무엇보다 남북관계의 발전과정에서 변수는 북한에 더 큰 비중이 있다고 볼 수 있다. 북한의 내부적 사태가 진전되는 상황에 의해 남북관계가 영향을 받고 있는 현실에서 북한의 변화방향과 내용은 남북관계의 발전과 아울러 남북 통일의 가능성을 판단하는 데에 중요한 요인이다. 북한의 김정일 국방위원장의 사망은 북한체제의 수령체제의 일인지배체제의 변수로 작용할 수 있다는 점에서 관심이 모아질 수밖에 없다. 지금 김정일 사후의 상황으로서는 김정일의 후계체제의 향방과 관련하여 남북관계에 미치는 효과에 대한 전망이 다양하게 측정되고 있다. 이와 함께 화해와 협력이라는 세계사적 사조와 국제협력체제의 새로운 정비라는 관점에서 북한의 대내외적 정책은 남북관계의 진전과 관련하여 관심의 대상이 되어 왔다. 그래서 북한 체제의 향방과 함께 추진되는 북한의 대내외적 환경변화에 따른 그들의 사회주의법제의 정비 내지 변화내용이 주목된다.

현실적으로 북한의 사회주의체제의 변화에 대한 북한 내부적인 개선의 움직임이 보이고 있는 가운데 체제변화요인이 커짐에 따른 변화 가능성과 방향은 북한의 법질서에 영향을 미치고 있다. 2009년의 북한 사회주의헌법의 개정은 정치체제의 변화와 경제상황의 변화라는 점에서 관심의 대상이었다. 북한이 현재 안고 있는 문제점과 관련하여 북한의 헌법변화 내용은 향후 남북한의 통일과 관련한 법적 문제를 해결하는 데에 하나의 판단요소가 될

것이다.¹⁰⁾

통일과 관련한 법적 문제를 다루어 나아가는 데에 있어 북한의 법체제의 변화내용과 헌법원칙과 개정의 내용은 중요한 참고 사항이 아닐 수 없다. 기존의 사회주의원칙과 사회주의사회임을 그대로 강조하면서도 공산주의 이념을 삭제함으로써 이른바 헌법규정에서 이념적 색채를 완화하고, 경제면에서의 개방조치를 취하고 있는 자세의 변화는 남북의 헌법 통일이라는 점에서 매우 일천하지만 변화의 단초를 발견할 수 있다는 점에서 의미가 있다.

2. 독일 연방헌법재판소의 독일통일에의 기여 분석

독일의 통일과정에서 나타난 헌법적 문제에 대한 독일연방헌법재판소의 사법적 판단과 그 법적 논리의 전개에 대해 분석하고 우리에게 주는 시사점을 논급한다. 거듭 강조하지만 독일의 법적 통합 내지 통일의 사례는 우리의 분단환경과 통일 상황이 다르지만 많은 면에서 교훈을 주고 있다. 특히 법제도의 동화 내지 통합과 관련한 독일의 사례는 우리에게 연구하여야 할 많은 과제를 제시하고 있다. 특히 동서독통일과 관련하여 서독에서 제기한 독일통일 과정에서의 헌법적 쟁점에 대한 사법적 판단과 통일 이후 전개된 위헌논쟁에 대한 연방헌법재판소의 판결은 우리에게 유용한 의미를 주고 있다. 독일통일에 대한 국민적 분열을 막고 독일통일을 완성하여 나아가는 데에 초석을 다지는 데에 독일연방헌법재판소의 판단은 결정적인 역할을 하였기 때문이다.

동서독의 통일이 1989년과 1990년의 짧은 기간 내에 이루어졌기 때문에 자치 독일통일의 법제도적 의미와 성과를 지나칠 수 있는 오류를 범할 수 있다. 무엇보다 독일은 통일을 위해 법적 견지에서 많은 고민을 하였고, 이를 성사시키기 위하여 헌법을 비롯한 관련 법령에 대한 세밀한 주의를 통해 법제도적 통일 준비를 해왔다는 점을 간과할 수 없다. 독일의 경우에도 동서독 간 통합 이전, 통합 과정, 통일 이후 시기를 구별하여 단계적인 통일과정을 세분할 수 있다. 그리고 그 과정에서 독일연방헌법재판소가 내린 법적 판단이 통일에 미친 영향을 연구하여 남북의 통일과정에서 나타날 수 있는 헌법적

10) 북한은 2009년 김정일체제에 부응한 헌법개정을 하였으며, 2010년 중앙검찰소와 중앙재판소를 각각 최고검찰소와 최고재판소로 명칭을 바꾸는 일부 개정을 하였다. 이에 관해서는 박정원, “북한의 2009년 개정헌법의 특징과 평가”, 『憲法學研究』, 제15권 제4호, 한국헌법학회, 255~283면.

쟁점을 해결하는 데에 대비할 수 있다.

통일과정을 시기적으로 단기 또는 중장기 등으로 나누어 살펴볼 수 있는 것은 우리의 통일이 현실상황에 의해 초단기 내지 단기적으로 달성된다고 하더라도 그 과정은 과정별로 법적 쟁점을 가지고 있으므로 이에 대한 헌법적 쟁점의 연구가 필요하게 된다. 바로 이 과정에서 통일에 대한 헌법적 쟁점을 해결하기 위한 헌법재판의 중요성이 있다. 아울러 이를 계기로 한 헌법재판소의 기능과 역할에 대한 논의가 필요하다.

III. 논의의 전제와 한계

이 연구에서 표기되는 용어와 연구범위와 관련하여 시기구분에 대한 전제가 필요하다. 남북한을 표현하는 용어가 다양하고, 통일의 단계에 대한 다양한 시기구분이 가능하기 때문이다. 그래서 여기서 언급되거나 논급되는 용어표기와 통일단계의 범위에 대한 정의 내지 설정이 필요하다.

첫째, ‘남북한’에 대한 표기이다. 일반적으로 우리의 통일문제는 정치적 측면에서 중점적으로 다루어져 왔다. 남북관계가 진전되면서 남북한 간의 법적 관계 내지 법적 성격에 대한 논의가 본격적으로 제기되었다. 그런 논의 중에는 남북한의 국호 표기 문제도 포함되어 있다. 공식적으로 남한은 ‘대한민국’, 북한은 ‘조선민주주의인민공화국’이라는 국호가 있지만, 남북관계에 관련하여서는 서로 상대방을 공식 국호사용을 최대한 억제하고 있다. 남북간 합의서의 공시문서에 국호를 사용하고 있으며, 남북한 간의 대화와 관련하여서는 합의에 의해 ‘남’과 ‘북’으로 표기하고 있다.

한편으로 우리의 국내법으로는 남북한간의 교류와 협력의 필요성에 따라 우리의 국내법으로 제정된 ‘남북교류협력법’은 남한과 북한으로 표기하고 있다.¹¹⁾ 이를 고려하여 여기서는 남북한의 표기 내지 표현이 남북관계를 설정하고 일반적인 표현으로 광범위하게 사용되고 있고, 사법부의 판단에 있어서도 남한과 북한이라는 표현 하에 법적 판단을 하고 있다는 점을 감안하여 남한과 북한, 남북한 등으로 표현하기로 한다.

11) 남북교류협력법은 제1조에서 “이 법은 군사분계선 이남지역(이하 “남한”이라 한다)과 그 이북지역(이하 “북한”이라 한다)간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 한반도의 평화와 통일에 기여함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다.

둘째, 헌법재판소의 기능과 역할에 관해서는 현행 헌법과 관련 법령에 규정하고 있는 만큼 입법론적 차원에서 그 발전방향과 개선방안에 대해서는 논의될 수 있다. 헌법재판소의 권한과 기능에 대한 변화는 헌법 개정과 법령정비를 통해 구체적인 대안이 마련될 수 있는 것이다. 통일이라는 것이 민족적 염원이기는 하지만, 그 시기가 확정되어 있지 않은 상황에서 통일과정 내지 통일 이후의 헌법재판소의 기능과 역할의 강화방안을 논의하는 것은 비효율적이거나 비현실적일 수 있다. 통일시기의 확정은 통일 상황의 전개에 따라 통일유형과 방법에 의해 다양하게 나타날 수 있다. 더욱이 모든 형태를 포함한 통일과정과 통일시기를 말하는 것은 쉽지 않다.

그래서 여기서는 통일과정과 통일 이후의 단계를 헌법재판소의 기능과 역할에 대해 연계하여 논의할 때, 통일과정의 경우는 남북한 사이의 교류와 협력이 활발하게 진행되면서 발생하거나 발생이 예상되는 헌법적 쟁점을 논의하게 된다. 또한 통일 이후의 단계는 남북한이 통일의 형태와 내용에 합의하고 그에 대한 합의를 완성하여 합의문서를 교환하고 합의내용에 따르는 조치가 헌법적 쟁점을 될 때의 사안을 논의한다. 여기에는 현행 헌법의 개정과 함께 통일로 인해 새로운 헌법의 마련이라는 차원에서의 접근방안도 논의에 포함될 것이다.

제 3 절 연구의 대상과 범위

I. 남북의 통일 과정별 헌법문제의 전제

1. 남북통일과 법제도 통합

통일은 중국적으로 법과 제도의 통합으로 완성된다. 남북 법률의 통합은 두 가지 방식으로 접근할 수 있을 것이다. 하나는 정치와 경제체제를 전혀 달리하고, 그에 따라 그 내용이 상이할 수밖에 없는 남북한의 법률을 어떤 방법으로 통합할 것인가의 절차와 과정에 대한 문제이다. 다른 하나는 통합된 법률을 어떤 내용으로 할 것인가의 문제를 다루게 된다.

이에 대한 기존의 연구는 대체로 남북 법제 통합이란 큰 범주 내에서 이루어졌다. 통일의 형태를 통상 흡수통일의 경우와 합의에 의한 통일의 경우로 나누어 각각의 경우에 남북한의 법률을 어떤 방식으로 통합할 것인지에 대한 연구가 전자의 경우에 해당한다면, 후자의 경우는 주로 통일헌법의 기본원리에 관한 연구를 중심으로 이루어졌다. 이 논의과정에서 통일과정과 통일 이후의 상황에서 볼거릴 수 있는 법적 쟁점에 대한 검토가 이루어지고, 일부는 헌법적 쟁점사항에 대한 논의가 전개되기도 하였다.

무릇 남북한 간의 통일과 관련하여 법률의 통합 문제는 위에서 언급한 두 가지 측면 모두에서 검토될 필요가 있다. 이에 관한 논의는 학계는 물론이고, 관계 부처 차원에서도 특히 법무부를 중심으로 상당 기간 동안 남북법제 통합과 관련한 논의를 기초로 일정 수준의 연구 성과가 있었다.¹²⁾ 이에 관한 연구와 검토내용은 통일문제에 대한 헌법재판에도 중요한 참고자료가 될 수 있다.

2. 통일 유형의 검토

12) 관련 연구로는 박정원, 앞의 논문; 이규창, 앞의 보고서; 한명섭, 앞의 논문; 최은석, “통일단계에서 잠정적으로 적용할 필요성이 있는 북한법령의 범위와 적용방안”, 법무부 제37차 남북법령연구 특별분과위원회 학술회의 발표문, 법무부, 2010. 12. 21.

(1) 통일 유형과 법적 통합

남북한 간 통일의 구체적 준비의 하나로서 남북 법률의 통합 문제를 살펴보기 위해서는 먼저 통일의 유형에 관한 검토가 필요하다. 현실적으로 향후에 이루어지게 되는 남북한 간의 통일이 어떤 수단과 과정을 통해 어떤 형태로 이루어질지는 지금 시점에서 확정할 수 없다. 그렇지만 일반적으로 통일을 실현하는 방안은 다음의 기준을 토대로 생각해볼 수 있다. 여기서의 전제사항과 그에 대한 분석은 그 가능성이 모두 존재한다는 점에서 논의되는 것이다. 그 판단에 있어 논의의 범위에 대해 그 가능성을 배제한다고 하더라도 우리의 통일 상황에 그러한 유형이 발생할 수 있다는 점을 완전히 부정하기도 어렵다. 물론 그러한 배제사유가 있다고 하더라도 통일에 따른 헌법적 쟁점에 대해서는 그 검토가 뒤따라야 할 것이다.

첫째, 통일의 수단을 기준으로 할 때, 대체로 남북한 간 전쟁 등 무력에 의한 통일,¹³⁾ 남북한 간 협의를 통한 합의에 의한 통일, 그리고 북한의 대내외적인 요인에 의한 붕괴에 의한 일방적인 남한에로의 흡수통일로 나누어 생각해볼 수 있다. 그러나 남북한의 통일이 우리 헌법의 질서 하에 이루는 것을 전제로 한다면 무력에 의한 흡수통일방식은 배제되어야 한다. 더욱이 우리의 현행 헌법은 전문(前文)과 제4조(통일조항) 등에서 평화적인 통일을 지향하고 있고, 전쟁 등 무력에 의한 통일은 헌법과 유엔헌장의 이념과 원칙에 반하므로 논의의 대상에서 제외된다.

둘째, 통일의 주체를 기준으로 할 때, 남북한 공동에 의한 통일, 남한에 의한 통일, 북한에 의한 통일로 구분해 볼 수 있다. 이 중 북한에 의한 통일은 남한이 붕괴되어 북한에 흡수되거나 북한의 무력도발에 의해 통일이 되는 경우라 할 것인데 이 경우에 대비한 남북 법률 통합의 문제를 거론하는 것은 의미가 없으므로 이 역시 논의의 대상에서 제외된다.

이처럼 무력에 의한 통일과 북한 중심의 통일을 논의의 대상에서 제외한다면, 현행 헌법 체제하에서 현실적으로 논의가능한 통일의 방법은 남북한이 대등한 관계에서 상호 합의에 의해 새로운 국가를 창설하는 방법과 북한의

13) 남북한의 무력에 의한 통일의 경우에 대한 논의에 대해서는 김명기, “북한 붕괴시 흡수 통일 과정에서 북한 영역에의 적용법”, 「국제문제」, 국제문제연구소, 1998. 5, 333면 참조.

급변 사태 등을 계기로 한 대내외적인 요인으로 북한이 붕괴되거나 혹은 동독의 경우와 같이 북한 스스로 남한에 흡수되는 형태의 통일을 생각해 볼 수 있다.

(2) 남북한 통일의 형태

우리 사회에서는 일반적으로 남북한의 통일의 형태는 합의통일과 흡수통일로 대별하여 논의되어 왔다. 우리에게 통일방안에 대한 논의에 있어서 현실적으로 합의통일과 흡수통일로 나누어 살펴보는 것은 다음과 같은 관점에서 비롯하는 것으로 보인다. 대체로 합의통일은 남북한 공동 합의에 의한 새로운 통일국가의 수립을 전제하는 의미를 가지고 있다. 한편 흡수통일은 북한의 붕괴 등으로 인해 북한 체제가 소멸하고 북한이 남한에 병합되는 경우와 같은 의미로 파악되고 있다.

이러한 의미에 대해 대체적으로 동의한다고 하더라도 좀 더 엄밀하게 분석하여 보면, 상황전개가 더 복잡해질 수 있다. 예컨대 합의통일의 경우에도 남북한이 대등한 관계에서 공동으로 새로운 형태의 국가를 건설하는 경우와 북한 체제를 소멸시키고 북한이 남한의 체제에 흡수되는 경우가 있을 수 있다. 아울러 북한이 붕괴되는 경우에도 북한이 그들의 의사와 관계없이 일방적으로 남한에 흡수될 수도 있고, 동독의 경우와 같이 양측의 합의 과정을 거쳐 흡수될 수도 있다. 경우에 따라서는 비록 북한 체제가 붕괴되더라도 그 과정에서 남북한 당국의 합의에 의해 남북한 주민 모두가 참여하는 가운데 새로운 국가를 건설하는 형태로 통일이 될 수도 있다.

이러한 상황을 가정하여 보면, 전술한 용어상의 혼동은 합의 통일의 반대 개념은 비합의 통일이며, 흡수통일이란 어느 일방이 소멸하고 타방에 흡수되어 버리는 병합형태의 통일을 의미하는 것으로 그 반대 개념은 합병 형태의 통일을 말하게 된다. 이는 수단적 또는 절차적 개념인 '합의'란 용어와 결과적 또는 내용적 개념인 '흡수'란 용어를 같은 비교선상에 놓고 분류하여 살펴으로써 나타나는 차이라 할 수 있다.

요컨대 통일의 유형은 법적인 측면에서 분류한다면 비록 분단국이 가지는 특성을 고려하더라도 국제법상 국가 결합의 형태인 '합병'과 '병합'의 두 가지로 분류하여 볼 수 있다. 일반적으로 국제법상 합병이란 기존의 수개의 국가가

결합하여 새로운 신생국을 형성하고, 기존의 수 개의 국가는 소멸하는 형태를 말한다. 이에 비해 병합이란 기존의 한 국가가 기존의 타 국가에 흡수되어 결합하면서 소멸하고, 이를 흡수한 국가는 그대로 존속하는 형태를 말한다.¹⁴⁾

이러한 논의에 기초하여 남북한 통일에 있어서 논의 가능한 통일 유형으로는 병합형태의 통일을 말하게 된다. 즉, 북한이 남한으로 흡수되면서 소멸하고, 남한이 그대로 존속하는 경우가 이러한 통일에 해당한다. 한편 남북한이 결합하여 새로운 국가로 탄생하면서 기존의 남북한이 모두 소멸하는 형태가 합병 형태의 통일에 해당한다.

여기서 현실론적인 견지에서 남북한 사이에 합병 형태의 통일이 가능한가에 대한 문제를 생각해 보아야 한다. 이론상으로는 남북한이 대등한 관계에서 합의를 통해 공동으로 새로운 국가를 창설하고, 기존의 남북한은 모두 소멸하는 것으로 할 경우 합병 형태의 통일이 되었다고 할 수는 있을 것이다. 그러나 이는 이론상으로만 가능한 것이지 현실로는 불가능한 것으로 분석된다.

생각건대 기본적으로 자유민주주의 체제와 시장경제질서 원칙에 입각한 남한과 사회주의 체제와 계획경제 원칙에 입각한 북한이 대등한 지위에서 합의에 의해 통일국가를 건설하는 경우를 상정한다면, 이는 극단적으로 대립되는 양자의 정치체제와 경제체제의 중간선에서 타협점을 찾아야 할 것이다. 그러나 이는 이상적이기는 하지만 현실적으로는 불가능한 것으로 판단된다. 그렇다고 남북한의 현재의 양측 체제를 극복 또는 지양하는 또 다른 체제의 국가형태는 제3의 유형으로 이상적인 경우를 생각할 수 있으나 이 역시 현실적으로는 성공하기 어려운 대안이다.

이를 감안하면, 결국 남북한이 합의를 한다 하더라도 정치체제와 경제체제는 어느 일방의 체제, 즉 자유민주주의와 사회주의 가운데 하나를 선택하느냐의 문제로 귀결된다. 현실적 견지에서 최종적인 남북한의 통일국가의 기본이념과 원리는 역사적·경험적으로 상대적으로 우월성이 입증된 남한의 자유민주주의 체제와 사회적 시장경제 질서를 택할 수밖에 없는 결과를 가져오는 것이다.¹⁵⁾

14) 개념상 병합(併合, annexation)이란 일국이 타국을 자국의 일부로 흡수하여 보다 커지는 것이고, 합병(合併, union, amalgamation)이란 2개 이상의 국가가 결합하여 보다 큰 단위의 단일국을 이루는 것이다. 기존의 복수인격이 단일 법인격으로 변하는 점이 있어서는 병합과 합병이 같지만, 전자는 강자에 의한 약자의 흡수이고, 후자는 참여국들의 대등한 통합을 통한 법적 지위의 변경인 점에서 차이가 있다.

무엇보다 현실적으로 남한과 북한이 기존의 체제를 유지한 상태로 단일의 통일국가를 형성하는 것이 가능한 것인지도 의문을 가질 수 있다. 따라서 남북한의 두 체제가 존속하는 가운데 우리의 남북연합제나 북한의 연방제에 의해 결속하는 형태는 통일의 중간 과정이 될 수는 있을지언정 진정한 통일이라 할 수 없다.¹⁶⁾ 그러므로 남북한이 합의에 의해 형식적으로는 기존의 남북한은 모두 소멸하는 것으로 하면서 새로운 국가를 창설한다 하더라도 새로운 통일국가는 자유민주주의 및 시장경제 체제를 기반으로 하는 국가가 되어야 할 것이다. 이 경우 실질적으로는 사회주의체제이자 계획경제질서 하에 있는 북한은 소멸한 것으로 보고, 남한의 체제가 북한으로 확대되는 것으로 보아야 할 것이다. 이를 국가승계의 문제에서 접근해 본다면 의견상 그 형식은 남북 합의에 의해 새로운 국가를 창설하는 것이지만 실제로는 통상 말하는 흡수통일의 경우와 마찬가지로 북한의 체제가 소멸하고, 남한의 법인격이 존속하는 형태가 될 것이다.¹⁷⁾

통일형태와 관련하여 중국과 대만간의 관계를 연관하여 생각해볼 수 있다. 다시 말해 중국의 사회주의체제가 대만의 자유민주주의 체제와의 결합을 전제한 ‘일국양제’¹⁸⁾ 형태를 상정하여 볼 수 있다. 만약 헌법 개정 또는 새로운 통일헌법의 제정을 통해 중국의 경우와 일국양제 형태를 취하여, 북한의 사회주의 체제를 일정 기간 그대로 존속시키는 형태의 통일을 생각할 수 있다. 이 경우에 합병으로 볼 것인지, 병합으로 볼 것인지의 구분이 명확하지 않을 수 있다. 생각하건대, 중국과 홍콩의 경우와 같은 일국양제의 경우에 비추어 보면 이 경우에도 대한민국이 그대로 존속하고, 북한은 소멸하되,

15) 한명섭, 앞의 논문, 24면.

16) 남북예멘은 통일합의서를 통해 통일예멘공화국을 수립하였음에도 불구하고 36개월 동안의 과도기간에 기존의 제도와 조직을 대등한 형태로 통합하는 체제를 가졌는데, 이러한 예멘의 실험이 우리에게도 성공할 수 있는 모델이 될 것인가는 확실하지 않다.

17) 이러한 형태의 통일이 이루어져야 우리가 추구하는 진정한 ‘1국가, 1체제, 1중앙정부’ 형태의 통일국가가 될 것이고, 이러한 통일만이 우리 헌법 체제하에서 가능한 통일 형태가 될 것이다.

18) 1980년대 초반 덩샤오핑이 제안한 중화인민공화국의 중국 통일 정책이다. 일국양제는 중국의 정치 체제인 사회주의 정치 체제 안에서 사회주의와 자본주의 경제 체제가 공존하는 정치 제도이다. 홍콩과 마카오의 중국으로의 반환과 대만과의 통일방안과 관련되어 있다. 일국양제라 함은 하나의 나라에서 상이한 2개 이상의 제도를 실시하는 것을 의미한다. 중국헌법은 명문으로 일국양제를 규정하고 있지 않다. 다만 중국헌법은 제31조에서 국가는 필요할 때에 특별행정구역을 설치하고 그 내용은 법률로 정한다는 규정에 근거하여 중국 정부는 영국으로부터 반환받은 홍콩과 포르투갈로부터 반환 받은 마카오에 특별행정구역을 설치하였다.

잠정적으로 종전의 북한 지역에 기존의 체제를 그대로 존속시키는 것으로 보면 역시 병합의 경우에 해당한다고 보아야 할 것이다.

또한 다른 측면에서 생각해 볼 수 있는 경우는 북한이 자유민주주의 체제와 시장경제체제로 체제전환을 한 연후에 통일이 되는 경우이다. 이 경우에는 사실상 동일 또는 유사한 체제를 갖춘 국가 간의 통일로서 진정한 의미의 합병 형태의 통일이 가능할 수도 있다. 이는 가장 바람직한 형태의 통일이기는 하지만 현재로서는 현실적 성공가능성이 거의 없다. 설사 이러한 경우가 이루어진다고 하더라도 남북한 사이의 법률 통합에 대해서는 큰 장애가 발생하기 않을 것으로 예상된다.

(3) 남북한 법제통합에 대한 대비

앞서 살펴본 바와 같이 가능한 범위에서의 여러 방식의 통일의 유형 중 현실적으로 논의와 검토가 필요한 통일 유형은 남한 주도의 통일의 형태로 병합으로의 통일로 귀결된다. 다만 이 경우에도 통일의 주도 세력을 중심으로 보면, 남북한의 합의에 의한 경우와 북한의 급변사태 등에 의해 남한에 의해 일방적으로 합의 없이 병합이 되는 경우가 있을 수 있다. 또한 통일이 달성되는 기간이나 단계에 기초하여 보면, 점진적 내지 단계적으로 통일이 되는 경우와 급진적으로 통일이 이루어지는 경우가 있을 수 있다.

이로부터 점진적·단계적 통일과 급진적 통일의 개념을 살펴본다. 그러나 이들 개념은 법적 개념이라 할 수 없고, 통일 유형과 방법에 의해 많은 차이가 있다는 점에서 그 정의 자체도 명확하다고 할 수 없다. 양자의 가장 큰 차이점은 통일이 완성되는 기간적 측면보다는 통일의 시간적 조정의 가능성 면에서 찾아볼 수 있다. 전자의 경우는 남과 북의 합의 과정을 통해 통일의 완성 시점을 조율할 수 있는 형태라는 점에 비해, 후자의 경우는 통일의 완성 시점을 조율할만한 시간적 여유가 없는 형태라고 볼 수 있다.

그런데 남북한의 법률 통합이라는 측면에서 보면, 양자의 합의에 의한 점진적·단계적 통일의 경우에는 큰 문제가 발생하지 않을 것으로 보인다. 이 경우에는 법률 통합의 문제에 대해서도 남북한이 합의를 통해 충분한 시간적 여유를 갖고 준비를 해 나갈 수 있을 것이기 때문이다. 현실적으로 우리가 현재의 분단 상태에서 남북 법률의 통합을 준비해야 할 필요성이 있는 경우는

우리가 예기치 못한 상황에서 급진적으로 통일이 이루어지는 경우로 제한해도 좋을 것이다. 물론 이러한 형태의 통일은 점진적·단계적 통일의 경우에 비하여 상대적으로 여러 가지 부작용이 초래될 위험성이 높다고 예상된다.

하물며 북한의 정치체제가 붕괴될 경우 그러한 상황이 곧바로 남북통일로 이어진다고 단정하여 볼 수 없다. 그러한 가능성보다는 오히려 국제연합 내지 주변국가 등의 개입으로 북한지역이 국제사회의 공동 관리 하에 있다가 재 분단이 될 가능성도 높다는 점도 고려되어야 한다. 이런 점에서 급변사태가 남북통일로 이어지기 위해서는 사전에 국제사회로부터 남북통일에 대한 충분한 지지를 확보해야 한다는 어려움도 있는 것이 현실이다. 이런 현실을 감안해서라도 급진적 통일이 될 경우에 대비한 법률통합의 사전 준비는 마련되어 있어야 한다. 이러한 관점에서 통일과정 및 상황에 따른 헌법적 쟁점과 관련한 헌법재판은 통일을 대비한 사전적 준비 작업으로서 그 필요성이 증대된다.

3. 남북한 법제 통합의 원칙과 적용의 한계

전술한 바와 같이 남북한의 통일의 유형을 합병과 병합의 형태로 분류하는 것은 법 이론상 그 유형에 따라 적용하는 법이 달라지게 된다는 점을 전제로 한다. 현실적으로 현행법상의 범리대로라면 북한이 소멸하면서 남한에 흡수가 되는 병합 형태의 통일이 될 경우에는 우리 헌법상 이는 ‘실지의 회복’에 해당한다. 이는 남한의 법이 수복된 북한 지역에 그대로 확대 적용되는 경우를 말하는 것이다. 이에 비해 합병 형태의 통일이 된다면 기존의 남북한이 모두 소멸하는 것이므로 남한의 법이 북한 지역에 확대 적용되는 것이 아니라, 기존의 남북한 지역에 적용될 새로운 법이 제정되어야 함을 전제로 하여야 한다.

이론적 견지에서 이러한 판단은 현실적으로 그대로 적용될 가능성과는 거리가 있다. 앞서 살펴본 법 논리가 그대로 적용되어야만 하는 것도 아니고, 현실적으로 남북관계에서 위의 법 논리 그대로의 적용은 기대하기 어렵다. 요컨대 법이 법으로서의 기능을 제대로 하려면 그 타당성과 실효성을 모두 갖추어야 한다. 법의 내용이 아무리 이상적이고, 보편타당성을 갖추었다고 하더라도 현실적인 적용과 관련하여 실효성을 갖추지 못하였다면 법으로서의

제대로의 기능은 발휘하지 못하게 된다.

현재 남북한은 그 이념과 정치·경제적 체제를 전혀 달리 하고 있으며, 경제적 수준에 있어서도 큰 격차가 있다. 또한 체제의 이질성과 장기간 분단으로 인해 남북한의 주민들 사이의 의식수준에도 큰 차이를 보이고 있다. 남북한 간의 활발한 교류와 협력이 없이 대치와 긴장상태가 장기화 될수록 그 이질성은 더욱 심화되어 나갈 것이다. 어떤 면에서는 동일한 언어를 사용하는 같은 민족이라는 점을 제외하고는 그 공통점을 찾아보기 어려운 경우가 종종 발생한다. 따라서 병합 형태의 통일이 되었다고 해서 바로 남한의 법이 북한에 확대 적용된다고 단정할 수 없다. 남북관계와 통일에서 북한이라는 현실을 무시하는 것은 남북통일의 현실가능성을 없애는 방법이라 할 것이다. 한편 합병의 경우라 할지라도 기존의 남한과 북한의 법을 모두 폐지하고 전혀 다른 두 지역에 모두 적용할 새로운 법 체제를 갖춘다는 것도 역시 현실성이 떨어지는 방법이 될 수 있다.

이를 감안하면 결과적으로 사전에 남북한이 충분한 대비를 하지 못한 상태에서 북한이 남한에 흡수되는 급진적인 통일이 될 경우는 바람직하지 못하다. 이 방법이 법리적으로는 남한의 법률을 북한 지역에 확대 적용하는 것으로 타당한 방법이라 할지라도 현실적으로는 남한의 모든 법률을 일방적으로 북한 지역에 적용한다는 것은 바람직하지도 않고 현실성이 극히 떨어지는 방안이라 할 것이다. 그렇다고 해서 일시적으로는 몰라도 북한지역에 현재의 북한의 법령 체제를 그대로 적용할 수도 없으며, 그렇게 된다면 이는 통일이라 할 수도 없다.

따라서 예상치 못한 상황에서 통일이 될 경우, 북한 지역에 법의 공백 상태가 발생하지 않도록 하는 적절한 대책이 마련되어야 한다. 이와 관련하여서는 급작스런 통일 상황이 닥쳤을 때, 북한 지역에 바로 적용할 수 있는 법을 사전에 준비해야 하는 과제가 남는다. 따라서 사전에 이런 상황을 예상한 법률적 대비가 요청된다.

이렇게 통일을 대비한 법률을 제정하거나 기존 법령의 잠정적 효력을 인정하게 되는 경우 바로 시기적으로 또는 법 내용과 관련하여 위헌적 적용문제가 발생하게 된다.

II. 남북 통일과 헌법재판

남북한의 법률통합 내지 법제통합과 관련하여 위헌성을 판단하는 것은 최종적으로 헌법재판 문제와 결부된다. 기실 남북한의 법제통합의 기본원칙은 결국 통일국가의 기본 이념과 기본질서가 무엇인가에 직접 연관하여 살펴보아야 한다. 이것이 결정된 후 그 기본질서에 부합되게 법률의 통합문제를 다루어나아가야 한다. 요컨대 남북한의 통일국가가 추구하는 가치와 이념 및 기본질서는 결국 통일국가의 헌법에 의해 구체화 될 것이다. 이로부터 남북한의 법제 통합이란 결국 통일국가의 헌법의 이념과 기본원리와 어떻게 조화하며 일치할 것인가의 문제에 귀착된다.

이 점에 있어 우리의 현행 헌법은 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하여 처음으로 국가의 평화통일정책수립 및 추진의무 조항을 신설하였다. 이에 따라서 통일헌법의 기본원리 역시 기본적으로는 자유민주적 기본질서에 입각해야 한다. 잘 알다시피 현재 우리의 헌법재판소는 ‘자유민주적 기본질서’에 대하여 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서”를 의미한다고 하면서, 그 구체적인 내용으로 “기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립” 등을 들고 있다.¹⁹⁾

한편 우리의 공식적 통일방안인 ‘민족공동체 통일방안’에 의하면 통일의 과정을 화해·협력단계, 남북한연합단계, 통일국가완성단계 등 3단계로 구별하여 제시하고 있다. 여기서 3단계인 통일국가 완성단계는 남북연합단계에서 구축된 민족공동의 생활권을 바탕으로 민주적 절차에 의해 남북 의회 대표들이 마련한 통일헌법을 국민투표에 부쳐 확정되도록 하고 있다. 그리고 이 통일헌법에 의한 남북한 총선거로 통일정부와 통일국회를 구성하고, 남북한 두 체제를 완전히 통합하여 ‘1민족, 1국가, 1체제, 1정부’의 완전한 통일국가를

19) 현재 1990.4.2. 선고 89헌가113 결정.

이루도록 하고 있다. 여기서 통일국가는 민족구성원 개개인의 자유와 복지, 인간존엄성이 보장되는 선진 민주국가를 그 미래상으로 제시하고 있다.

우리의 통일방안과 헌법 규정 등을 종합해 보면, 통일국가는 인감의 존엄과 가치의 존중을 최고의 이념으로 하면서, 자유와 평등이 보장되는 민주복지국가를 상정하고 있음을 알 수 있다. 그리고 이러한 국가를 구현하기 위해서는 기본적으로 정치적으로는 자유민주주의 체제에, 경제적으로는 사회적 시장경제체제에 입각하여야 한다는 점을 분명히 하여 제시하고 있다. 이는 우리의 통일방안과 같이 단계적인 통일의 과정을 거치지 못한 급진 통일의 경우라 하더라도 그 결과로서의 통일국가의 모습은 동일한 것이어야 한다. 이런 면에서 본다면 적어도 법제 통합의 측면에서는 통일의 유형을 점진적·단계적 통일과 급진적 통일로 구분하는 것은 통합 과정에서의 차이는 있겠지만, 결과적 측면에서는 굳이 구별할 필요가 없는 것이다.

그런데 우리 헌법은 이미 자유민주주의 국가의 기본원리인 국민주권주의, 기본권존중주의, 권력분립주의, 법치주의, 복지국가주의, 문화국가주의, 국제평화주의, 사회적 시장경제주의 등을 채택하고 있다. 따라서 통일헌법의 기본원리는 역시 우리 현행 헌법의 기본원리 또는 헌법 그 자체로서 북한지역으로 확대 적용되도록 하는 것이라 할 수 있다. 한편 급진적 통일의 경우에는 현실적으로 통일 직전 또는 직후에 북한 주민까지 참여하여 통일헌법을 제정하는 절차를 밟아 나아가는 것을 어려울 것으로 판단된다. 그래서 이를 감안하여 통일 후 일정기간은 우리의 헌법 체제가 유지되는 가운데, 그 헌법체제 하에서 남북한 간의 법제 동화 내지 법률통합 과정이 이루어질 수밖에 없다는 점을 인식할 필요가 있다.

Ⅲ. 남북통일의 법적 문제와 헌법재판의 역할

요컨대 ‘통일한국’의 수립을 남북한의 통일국가 완성이라고 한다면, 이는 하나의 국가에 하나의 헌법을 두는 것을 당연한 것으로 여기게 된다. 또한 현재 또는 통일 시점에서 남한에 적용되고 있는 법들은 분단 상태를 전제로 한 법률들을 제외하고는 특별한 사정이 없는 한 대부분 남한 지역에 그대로 적용을 하면 될 것이다.

문제가 되는 것은 북한 지역에 위와 같은 하나의 통일헌법이 적용된다 하더라도 북한지역에 적용될 법률의 범위를 어떻게 설정하는가에 대한 것이다. 이 문제를 해결하는 방법이 바로 남북한의 법률 통합의 문제로 논의될 수 있다. 결론적으로 남북한의 상이한 이념과 체제에서 하나의 가치적 공감대를 형성하여 나아가는 과정에서 필연적으로 이루어져야 할 남북한 법률의 통합 작업은 간단하지 않다. 이 문제의 해결은 어떤 하나의 법리나 원칙만을 가지고는 접근하기 어려운 과정을 포함하고 있다. 바로 이 과정에서 헌법재판의 기능과 역할이 강조된다.

이를 고려하여 다음의 몇 가지 방법을 상정해볼 수 있다.

첫째, 국가 결합의 법리에 따르면, 병합된 지역인 북한 지역에 남한의 법을 확대 적용하는 것을 기본 원칙으로 한다. 그럼에도 불구하고 현행 남한의 법이 북한 지역과 북한 주민에 대해서까지 관할범위를 염두에 두고 제정되고 시행된 법이 아니라는 점을 고려하여야 한다. 이에 북한의 현실상황에 상응하지 않는 남한의 법률이 그대로 북한 지역과 북한 주민에 적용되는 것은 부작용을 낳을 가능성이 있어 신중할 필요가 있다. 그러나 예를 들어 정부조직법을 비롯하여 국가기관의 조직이나 운영에 관한 법률들은 그 법률의 성격과 내용상 남북한 전역에 함께 적용되어야 할 필요성이 강하다. 이 경우에는 해당법률의 개정을 통해 남북한 전역에 적용시킬 수 있는 단일한 법률로 정비하여야 한다. 이에 비하여 별도의 개정 없이 바로 북한 지역에 적용을 해도 별다른 문제가 발생하지 않는 법률들도 있을 것이다. 따라서 사전에 선별 작업을 통해 이에 해당하는 법률들을 점검하여 개정을 통해 적용해야만 하는 법률들에 대하여는 개정안을 준비해 두고, 그대로 적용할 수 있는 법률들은 그 목록을 작성해 두어야 할 것이다.

둘째, 북한의 법령들 가운데 일부는 남한법의 확대적용에도 불구하고 북한지역에 잠정적으로 적용하는 방법이다. 사회주의 원리와 체제 하에 제정된 북한 법률을 그대로 적용하는 것은 통일헌법에 대한 위반문제가 발생할 수 있다. 비록 이들 법률의 효력 면에서 ‘잠정적’이란 단서를 붙인다고 하더라도 북한의 법률 전부를 그대로 적용하는 것은 피해야 한다. 법률의 공백상태를 방지하기 위해 통일 당시의 북한의 법률들 중에서도 통일국가의 헌법이념에 저촉되지 않는 법들을 선별하여 한시적으로 적용할 수 있는 법들을 분류하여야

할 것이다. 현재 북한의 법률들은 북한의 현상에 맞게 제정된 것이라고 볼 때, 선별되는 통일헌법의 기본질서에 위배되지 않는 법률들은 일정기간을 정하여 한시적으로 그대로 북한 지역에 적용시키는 것이 혼란을 최소화 할 수 있는 방법이 될 수 있다.²⁰⁾

셋째, 앞서 논의한 두 가지 방법에 의할 경우 통일 후 북한지역과 북한주민에 대하여 기존의 남한법의 확대 적용도 가능하고, 북한의 법 중 잠정적으로 적용해도 문제가 없는 법 분야가 있을 수 있다. 이 경우에는 북한법의 잠정적 효력인정의 범위를 최소화하고, 가급적 빠른 시일 내에 법통합을 완성한다는 목표를 설정하고 남한법의 우선 적용이라는 원칙을 마련하는 것이 바람직한 방안이 된다.

넷째, 위의 방법을 통해서도 해결이 어려운 분야에 대해서는 사전에 북한 지역에 적용할 법들을 미리 준비해 두는 방법을 취해야 한다. 이에 관한 법은 주로 첫 번째 방법과 같이 남북한 전역에 단일 법률을 적용하기 힘든 분야의 법들이 해당된다. 북한이 기본적으로 사회주의경제 체제의 대외개방을 위한 개선법령이라고 하지만, 경제관련 법분야에서 북한의 낙후된 경제여건에 의해 미분화되거나 세분화되지 않은 법들이 이에 해당할 것이다. 이 경우에는 남한의 법률을 기본으로 하면서 일부 조항의 적용을 유보하거나, 특례조항을 두는 방법이 있을 것이고, 아니면 북한 지역에만 적용되는 특별법을 제정하는 방법이 있을 것이다.²¹⁾ 무엇보다 경제부문에서의 우월하고 선진화된 남한법의 적용은 객관적으로도 당연한 귀결이라 할 수 있다.

위의 논의에 기초하여 법통합의 과정을 이행하는 경우 잠정적이라는 단서가 붙지만, 통일국가의 단일헌법 아래 이른바 '1국가, 2개의 법 영역'이 발생하게 된다. 이는 분단 상황에서 조성되었던 남한지역과 북한지역의 현저한 차이를 고려할 때, 불가피한 선택이라 할 것이다. 이를 감안하여 통일 이후 일정기간을 정하여 북한을 행정특구 내지 경제특구 등의 형태로 설정하여 여기에 적용할 법들의 제정 작업을 하는 것도 선택할 수 있는 방법의 하나가 될 수 있다. 정치적 내지 정책적 판단을 전제로 한 대안이 될 수 있으며, 이 경우에도

20) 현행 북한법령에 기초한 북한 지역에 잠정적으로 적용할 법령의 범위에 대한 논의는 최은석, 앞의 발제 자료 참조.

21) 생각건대, 이러한 법제정비 작업은 쉽지 않은 작업에 속한다. 이를 고려하면, 해당 남한 법률들의 개정 작업보다는 남한의 법을 참고하여 북한 실정에 맞도록 사전에 관련법(안)을 입안해두는 것이 수월할 수 있다.

면밀한 법적 검토가 뒷받침되어야 할 것이다.

그러나 이를 헌법재판 문제를 중심으로 본다면, 이러한 상황의 설정에 대한 헌법적 쟁점의 논의와 판단은 헌법재판소의 기능과 역할에 대한 논의로 이어지게 된다. 이러한 문제를 다루어 나아가는 데에 있어 현재 북한에는 헌법재판 제도가 없는 상황에서 우리의 헌법재판소의 역할이 더욱 강조된다. 북한 헌법상 헌법재판소의 기능과 역할, 그리고 그 권한 면에서 위헌법률심사는 그 제도의 존재의 유무를 따지는 것을 논외로 한다고 하더라도 헌법소원, 위헌정당해산심판, 탄핵심판, 권한쟁의심판 등에 대해 그 개념조차 찾을 수 없는 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 그렇다면 결과적으로 우리의 헌법재판소 제도가 북한에 이식하는 형태의 통일구도를 예상하게 되고, 법제도의 통합방식도 헌법재판소의 헌법적 판단이 그 기준과 지침이 될 것임은 분명하다.

제 2 장 남북한 통일과 법적 기초

제 1 절 통일 이전의 남북관계의 법적 성격

I. 현행헌법의 통일관련 조항

1. 영토조항과 통일조항

무엇보다 2000년 6월 15일 역사적인 남북정상회담은 남북한이 서로 반목과 대결의 ‘분단시대’를 넘어 화해와 협력의 ‘평화공존’으로 나아가는 계기를 만들었다. 통일 이전의 통일기반을 조성하기 위해서는 남북한 사이의 교류협력이 활성화되어야 하는데 그에 따른 제반행위는 당연히 현행 헌법의 근거 아래 이루어져야 한다. 이를 판단하는 데에 있어 현행 헌법상 관련조항으로서 영토조항(제3조)과 통일조항(제4조)의 효력 문제는 헌법적 논쟁의 대상이 되어 왔으며, 그간 학설과 판례를 통해 정리되어 왔다.

우리의 현행헌법에서는 남북교류협력에 관한 직접적인 명문의 규정은 찾아보기 어렵다. 다만, 해석상 영토조항(제3조)과 통일조항(제4조)에서 그 근거를 찾을 수 있다. 또한 제4공화국 헌법 전문에서 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여”라고 처음 통일에 대해 천명하였으며, 현행헌법 전문에서는 우리 대한국민들에게 “조국의 …… 평화적 통일의 사명에 입각하여”라고 선언하고 있다. 더욱이 현행헌법 제66조 제3항에서 “대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다”고 규정하고 있어 행정부를 수반하는 국가원수가 평화적 통일에 대한 의무와 선서를 통하여 통일을 실현하도록 규정하고 있는 것에서도 찾아 볼 수 있다.²²⁾ 그리고 현행헌법 제92조 제1항에서도 “평화통일정책의 수립에

22) 이와 관련하여 憲法裁判所의 결정문을 보면, 98헌바63 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항 위헌소원 사건에서 “헌법상 통일관련 규정들은 통일의 달성이 우리의 국민적·국가

관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일자문회의를 둘 수 있다”라고 하고 있다. 이 모든 규정들은 우리 헌법에서 평화통일을 지향하는 것으로 국제평화주의를 남북한의 관계에 적용하고 있는 것이다.

그렇다면 남북교류협력과 헌법상 영토조항의 관계는 제헌헌법 당시 출발논의에서부터 관련 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 헌법 영토조항은 북한지역을 포함하여 한반도가 대한민국임을 명문화하고 있기 때문에 남북교류협력을 통하여 영토를 확보해야 하는 결과가 도출된다.

현행헌법상 영토조항은 그 제정당시 그 필요성에 대한 반대론이 있었지만,²³⁾ 당시 유진오(兪鎭午) 박사는 영토조항에 관하여 “대한민국헌법은 결코 남한에서만 시행되는 것이 아니고 우리나라의 고유의 영토전체에 시행되는 것이라는 것을 명시하기 위하여 특히 본조를 설치한 것이다”라고 설명하였다.²⁴⁾ 이것은 대한민국헌법이 남한은 물론 북한에도 효력을 미친다는 명백한 헌법적 선언을 표명한 것이라 할 수 있다.²⁵⁾ 이 조항에 따라 대한민국은 한반도에서 유일한 정통성 있는 국가이며, 북한은 수복의 대상으로서 불법단체에 불과하며, 수복을 통해 한국을 완성상태로 회복시키는 것이 국가적 과제이며, 수복 이후에도 현행 헌법이 당연히 북한지역에도 적용된다는 점을 의미하게 된다.²⁶⁾

영토조항에 따라 대한민국은 한반도의 유일합법정부이며, 따라서 휴전선 이북지역은 ‘미수복지역’이라고 보는 것은 종래의 견해이다. 대법원은

적 과제요 사명임을 밝힘과 동시에 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 원칙을 천명하고 있는 것이다. 따라서 우리 헌법에서 지향하는 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것이 아니고, 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것이 아니라 그것에 바탕을 둔 통일인 것이다. 그러나 평화적 통일을 위하여서는 북한과 적대관계를 지속하면서 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수는 없고, 자유민주적 기본질서에 입각하여 상호 접촉하고 대화하면서 협력과 교류의 길로 나아가는 것이 평화적 통일을 위한 초석이 되는 것이며, 순수한 동포애의 발휘로서 서로 도와주고 일정한 범위 내에서 경제적, 기술적 지원과 협조를 도모하여 단일민족으로서의 공감대를 형성하는 것이야말로 헌법 전문의 평화적 통일의 사명에 입각하여 민족의 단결을 공고히 하는 방편으로서 헌법정신에 합치되는 것이다”라고 결정한 바 있다. 현재 1990.4.2, 89헌가113.

23) 영토조항은 연방국가 또는 속령을 가지는 국가에서 연방과 지분국과의 관계, 본국과 속령과의 관계를 명확히 하기 위하여 필요하다는 점에서 우리나라와 같은 단일국가의 경우 필요하지 않다는 견해가 있었다. 이에 관해서는 兪鎭午, 「憲法解義」, 明世堂, 1949, 22~23면.

24) 兪鎭午, 위의 책, 50면.

25) 崔大權, 「統一의 法的 問題」, 法文社, 1990, 45면.

26) 金道稔, “分斷國憲法과 統一關係條項”, 「法學」, 제8권 제2호, 서울대 법학연구소, 1966, 44면.

여전히 이러한 입장을 명백히 하고 있다. 법원은 아직 남북관계의 변화에 입각하여 영토조항에 대한 기존의 논리를 수정하지 않고 있다. 대법원은 남한의 저작권법상 효력이 북한지역에도 미친다고 판결하면서 비록 북한이 국제사회에서 하나의 주권국가로 존속하고 있고, 우리 정부가 북한 당국의 명칭을 쓰면서 정상회담 등을 제의하였다 하여 북한이 대한민국의 영토고권을 침해하는 반국가단체가 아니라고 단정할 수 없다고 하였다.²⁷⁾ 또한 우리 정부가 북한당국자의 명칭을 사용하고, 남북동포간에 자유로운 왕래와 상호 교류를 제의하였으며, 남북국회회담 등과 같은 회담을 병행하고 남북한이 유엔에 동시가입하였다거나 ‘남북기본합의서’에 서명하였다는 등의 사유가 있다 하여 북한이 「국가보안법」상의 반국가단체가 아니라고 할 수 없다고 판시하였다.²⁸⁾

이러한 법원의 입장은 과거 냉전구조에 입각한 남북관계의 논거를 답습한 것으로서 남북관계의 변화된 현실을 고려하지 않고 있다. 제헌헌법 당시 북한지역에 대한 실지회복이라는 차원에서 규범화된 영토조항은 현재의 평화통일의 취지와 이념과는 배치되고 있다는 점을 간과한 것이다. 이에 따른다면 불법단체인 북한을 수복하여 흡수통일한다는 과거 북진통일론으로의 회귀를 의미하는 것으로 현실과 동떨어진 판단이라 할 것이다. 또한 이 판례의 논지는 헌법의 해석에 있어서 헌법의 규범적 특성을 도외시한 것이라 할 수 있다. 한편 헌법재판소는 ‘국가보안법’에 대한 위헌 문제를 판단하면서 ‘국가보안법’의 일부 위헌을 인정함으로써²⁹⁾ ‘국가보안법’의 일부조항에 대한 개정을 가져왔지만, 북한이 남한의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있는 현실을 인정하고 있다.

우리의 헌법상 통일관련 조항에 대하여 헌법규범간 상충문제에 대한 논의가 있다. 남북관계의 법적 성격과 북한의 법적 지위문제에 대해 규범상 북한의 법적 실체를 부정했던 과거에 비해 변화된 대북정책 및 통일정책은 현실적으로 북한에 대해서도 정치적 실체로서의 인정을 통한 대응자세로 변화된 모습을 보여준다. 이에 북한의 법적 실체를 부정한

27) 대판 1990.9.25, 90도1451, 대판 1990.9.28, 89누6396.

28) 대판 1992.7.24, 92도1148, 대판 1992.8.14, 92도1211.

29) 헌재 1990.4.2, 89헌가113, 헌재 1991.3.11, 91헌마21 등.

영토조항(제3조)와 현행헌법에서 신설된 통일조항(제4조)은 헌법규범 간 충돌이 있을 수 있다는 점을 중심으로 학술적 논의가 있었다.

영토조항은 남북관계의 현실변화에 따라 통일정책과 모순되고 현행헌법의 평화통일조항(제4조)과도 상충되는 문제점을 노정하게 되었고, 북한주민지원정책에 있어서도 문제점을 내포하고 있다. 남북한이 동시에 UN에 가입하고 ‘남북기본합의서’를 채택한 상황에서 북한을 적대관계로 보는 것은 사실상 북한을 국가로 보는 통일정책의 현실과 괴리되어 있다. 또한 분단을 부정하는 입장에서 규정한 영토조항은 현행헌법의 평화통일조항(제4조)과 분단의 현실인정을 전제하고 있는 점에서 논리적으로 모순되고 있다.³⁰⁾ 그래서 통일과 관련한 법적 문제를 해결하려면, 영토조항에 관한 새로운 시각에서의 접근이 요청된다. 영토조항에 의거해 북한을 반국가단체로 보는 경우 대북정책 추진과 관련하여 다음의 문제점이 거론될 수 있다.

첫째, 북한을 적대관계로 보는 냉전적 시각에서 벗어나지 못함으로써 변화된 남북관계의 현실을 반영하여 북한을 교류와 협력의 상대방으로 인정한 바탕위에서 추진되고 있는 통일정책 내지 대북정책의 추진상 위헌문제를 일으킬 소지를 안고 있다. 형식적 법논리에 입각함으로써 통일정책 및 대북정책의 환경변화를 도외시함으로써 남북관계진전에 법적 장애문제를 야기시킬 수 있다.

둘째, 남북한 간의 합의는 위헌이라는 문제가 제기될 수 있다. ‘남북기본합의서’는 남북이 서로 상대방의 체제(제도)를 인정·존중한다(제1조)고 하였는데, 이는 위헌론으로 다루어져야 할 것이며 그 법적 효력을 전면 부정하는 것이 된다. 나아가 북한을 대화의 상대방으로 인정하는 바탕위에서 추진되는 통일정책 및 대북정책은 그 법적 근거를 상실하게 될 것이다. ‘민족공동체통일방안’도 그러한 입장에서는 위헌의 문제가 제기되어 통일정책은 전면 부정되는 결과를 빚게 될 것이다.³¹⁾

30) 우리 憲法上 영토조항(제3조)과 통일조항(제4조)과의 相衡問題 및 統一政策의 실제와의 矛盾問題에 관해서는 張明奉, “統一政策과 憲法問題”, 『法學論叢』, 앞의 논문, 82~85면; 權寧星, 『憲法學原論』, 法文社, 1995, 121~122면; 許營, 『韓國憲法論』, 博英社, 1995, 184~185면.

31) 張明奉, “憲法上 領土條項과 北韓住民의 法的 地位問題”, 『法學論叢』, 第10輯, 國民大 法學研究所, 1998, 82~84면.

2. 헌법상 통일조항에 대한 법인식

우리 헌법은 제3조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속 도서로 한다”고 규정하여 대한민국의 주권적 효력이 미치는 영토의 범위를 분명히 하면서 이와 함께 대한민국이 한반도에 존재하는 유일한 국가인 점을 선언하고 있다. 한편 제4조의 통일조항에서는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하여 한반도가 분단된 상황을 인정하면서 그러한 분단을 극복하여 통일을 평화적으로 추진하여야 한다는 국가적 과제의 실천을 명하고 있다.

위 영토조항과 평화통일조항의 해석에 관하여 다양한 견해가 제시되고 있다.³²⁾ 남북관계의 현실을 반영하여 영토조항은 한반도 전체를 영토로 하는 국가의 형성이라는 미래 달성하여야 할 목표를 제시하고 있는 명목적·선언적·프로그램적 규정으로 보고, 평화통일조항은 영토조항이 제시하고 있는 목표를 달성하기 위해 대한민국이 취해야 할 사항을 규정하고 있는 현실적·구체적·법적인 규정으로 보아 영토조항의 규범력을 더 이상 인정하지 않고 한반도에 2개의 국가가 존재하는 것으로 보는 견해³³⁾도 상당히 설득력이 있고 충분히 경청할 가치가 있다.

그러나 특별한 이유 없이 헌법에 현실로 존재하고 있는 규정의 규범력을 부인하는 것은 문제가 있고, 영토조항의 규범력을 인정한다고 하여 반드시 영토조항과 평화통일조항이 모순되는 것은 아니라는 점, 또 국제법적으로 2개의 국가가 존재함에도 국내법적으로는 상대방을 국가로 인정하지 아니하고 사실상의 지방정부로만 파악하는 것이 얼마든지 가능한 분단국의 법률적 해석이라는 점³⁴⁾등에서 위 견해에 찬동하기 어

32) 자세한 내용은 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 특수사법제도연구위원회 제6차 회의 발표논문; 도회근, “북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구”, 『헌법학연구』, 제4집 제2호, 한국헌법학회, 1998, 339면 이하 참조.

33) 도회근, 위의 논문, 348면.

34) 통일전 동·서독 관계에 관해서는 ① 패전 후 동독과 서독의 2개의 국가가 성립되었다고 보는 2국가설, ② 서독정부만이 전체 독일제국과 일치하는 법주체로서 대외적으로 독일제국을 대표하고 동독정부는 지역적인 사실상의 정부에 불과하다고 보는 동일성설, ③ 독일제국은 패전에도 불국하고 여전히 존속하되 권리능력만 보유할 뿐 행위능력은 없는 하나의 총괄국가이고, 그 영토 위에 성립한 정치적·법적 공동체인 동·서독이 전체 독일

럽다.

오히려 영토조항은, 대한제국을 승계하여 그 영토 범위 내에서 세워진 정통성 있는 국가인 대한민국의 주권적 권력이 전 한반도에 미친다는 것을 선언한 조항으로서 현실적인 규범력을 가지고 있고, 따라서 한반도는 사실상 분단되어 있으나 법적으로는 분단되어 있지 아니한 상태에 있으며, 한반도에 대한민국 이외의 어떠한 국가도 존재할 수 없는 것으로 보도록 한 조항으로 해석하고, 평화통일조항은 영토조항에 의해 제시되는 전 한반도에 대한 주권적 권력의 실현이라는 국가적 목표를 평화적인 방법으로 달성할 것을 명하는 조항으로 해석한다면 위 2개의 조항은 직접적으로 충돌하거나 모순된다고 할 수 없다.

3. 북한의 법적 지위에 관한 논의

변화된 남북관계의 현실에 비추어 영토조항의 최초의 규범적 의미는 상실되었기 때문에 영토조항은 규범과 현실간의 모순 현상이 발생하고, 통일조항과도 충돌하는 문제가 발생하였다는 주장이 제기되었다. 이와 관련하여 북한 당국의 법적 지위를 반국가단체로 볼 것인지, 혹은 합법적인 국가 내지 대등한 정부로 볼 것인가의 여부에 따라서 영토조항의 해석은 달라질 수 있다는 분석이 있다.³⁵⁾ 다음에 그러한 논의를 간략하게 살펴본다.

(1) 반국가적 불법단체 내지 ‘사실상 정부’로 보는 견해

기본적으로 북한의 법적 실체를 부정하는 입장이다. 대한민국은 1948

제국의 지붕 밑에 상호 공존하고 있다는 부분국가설(지붕이론), ④ 독일제국은 행위능력이 없지만 권리능력을 가지면서 계속 존속하고 있고, 동·서독은 각기 독일제국과 부분적으로 동일한 실체로 조직되어 각자의 고권을 자신의 영역 내에 제한하여 국내외적인 문제에 대해 독립성과 자주성을 가지는 전체독일의 부분국가로 존립하는 특수관계에 있다는 부분 동일성설(특수관계론) 등의 견해가 있었는 바, 동독정부는 ①의 2국가설을 취했지만 서독정부는 ②③④의 견해를 취해 대내적으로 동독을 별개의 국가로 인정하지 아니하였다. 한편, 중국과 대만 사이에서도 중국의 一國兩制 이론과 대만의 一國兩區 이론의 대립이 있으나, 하나의 중국만이 존재한다고 보는 점에서는 결국 큰 차이가 없다. 李伯圭, “남북한 왕래에 관련된 법적 문제점”, 앞의 논문, 279~280면.

35) 이에 관해서는 鄭永和, “남북평화변영을 위한 헌법적 과제 -남북한 통합정책에 관한 헌법정책론의 검토-”, 동아시아의 평화·변영과 공법질서의 변화, 제122회 학술발표회 발표문, 韓國公法學會, 2005. 5. 28, 5면.

년 12월 12일 유엔에 의하여 유일 합법정부로 승인³⁶⁾된 반면에, 북한지역은 반국가불법단체인 ‘조선민주주의인민공화국이 지배하는 미수복지역’으로 보는 입장이다.³⁷⁾ 이를 근거로 하여 무력에 의한 통일방안을 배제하는 한, 영토조항은 통일조항과 충돌하지 않는 것으로 규범조화적인 해석방법을 취하고 있다.³⁸⁾

북한은 우리의 헌법과 통치권에 반하는 ‘반국가적 불법단체’ 내지 ‘사실상 정부’³⁹⁾로 보는 입장에서 남북한은 체제경쟁과 대립으로 상호신뢰와 협력의 토대를 마련하지 못하였다. 그러다가 1988년 7월 남한의 노태우정부의 ‘7·7선언’으로 남북한 간 문호개방과 교류를 추진하기로 선언하고, 1990년 8월 1일 민족공존과 통일번영을 실천하기 위해 ‘남북교류협력법’을 제정하여 공식적이고 합법적으로 남북한 간 교류협력 사업을 추진해 왔다. 그 후 남북한은 1980년대 후반 사회주의체제가 붕괴되고 새로운 세계사적 변화의 사조가 태동하는 가운데 1991년 9월에 남북한의 유엔 동시가입과 남북한이 ‘남북기본합의서’를 채택(1991. 12. 13)하여 1992년 2월 19일에 발효시켰다. 이러한 대내외적인 상황의 변화로 인하여 기존 북한의 법적 지위를 부정해왔던 입장에 대하여 재검토해야 한다는 견해가 제기되었다.

36) 1947년 이후 유엔총회는 유엔한국임시위원회(UN Temporary Commission on Korea) 감독 하에 정부수립을 피하였다. 그러나 북한이 동 위원회의 북한지역에서의 활동을 거부하였기 때문에 유엔은 남한만의 정부수립을 결의하였다. 남한의 유엔가입시도는 1949년 1월 19일, 1951년 12월 22일, 1961년 4월 21일, 1975년 1월 29일, 1975년 9월 21일, 그리고 1980년대에도 계속 가입신청을 하였으나 구소련과 중국의 거부권 행사로 지연되었다. 북한도 1949년 2월 9일, 1952년 1월 2일, 1957년, 1958년에 걸쳐서 가입신청하였으나 한국이 유일 합법정부라는 점과 6·25전쟁 책임으로 인하여 거부되었다. 임용순, “남북한 유엔동시가입과 평화공존체제의 확립방안”, 『유엔가입과 통일의 공법문제』, 한국공법학회, 1991. 12, 14~15면; 鄭永和, 『평화통일과 경제헌법 -북한주민의 재산권 형성방안-』, 法元社, 1999, 374면.

37) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2004, 104면; 강경근, 『헌법학』, 법문사, 1998, 102면.

38) 최대권, 『헌법학 강의』, 박영사, 2001, 104면; 李聖煥, “大韓民國 國民의 範圍”, 『法學論叢』, 第9輯, 國民大 法學研究所, 1997, 272~273면.

39) ‘사실상 정부’란 국내법상 비합법적으로 성립된 정부로서, 국제법상의 승인이 이루어지지 않았기 때문에 국제법상의 주체적 지위를 가지지 못하고 사실상의 존재라는 지위에 머물러 있는 정부를 말한다. 이에 ① 혁명 등에 의하여 비합법적으로 성립된 정부가 일반적으로 영역 전체에서 지배권을 확립하였을 경우(이것은 정부 승인의 요건이 된다), ② 내란이 계속되는 중에서 지방적으로 지배권을 확립한 반란단체의 정부(이것은 교전단체 승인의 요건이 된다), 두 가지 종류가 있다. 그리고 또 ‘사실상의 정부’라는 말은 ‘사실상의 승인을 얻은 정부’라는 뜻으로 쓰일 때도 있다. 그런 경우에는 법률상 정식 승인을 받은 정부와는 다르지만, 뒤에서 말한 바와 같은 ‘사실상의 존재’에만 그치는 것이 아니고, 제한적으로 국제법상의 지위가 인정된 정부이다.

(2) 북한을 독립된 국가로 보는 견해⁴⁰⁾

북한이 법적으로 대한민국과 대등한 당사자로서 지위를 가진다는 입장이다. 이는 북한을 국제법적으로 대등한 법적 주체로 인정하며, 국내 법적으로는 ‘국가보안법’상의 반국가단체로 보지 않는다는 의미로 해석한다. 남한정부의 통일정책에서 북한을 대등한 당사자로 간주한 것을 논거로 제시한다. 1972년 ‘7·4남북공동성명’ 이래 남북한 합의에 의한 통일을 추구하였으며, 남북한의 유엔 동시가입이 이를 명백히 확인한 것으로 본다. 남북한의 유엔 동시가입과 ‘남북기본합의서’의 채택은 북한의 실체를 법적으로 더 이상 부인할 수 없는 상황이 되었다고 본 것이다. 또한 ‘남북기본합의서’에서 남북한이 합의하여 남북관계를 ‘특수관계’로서의 성격을 규정한 것은 남북한 관계를 대외적으로 ‘1민족·2국가’의 관계와 대내적으로 ‘1민족·2체제·2정부’의 관계를 형성하는 이중적인 면을 가지는 것으로 본 것이다.⁴¹⁾

남북한은 현재 외형상(대외적·국내법적)으로는 두 개의 국가처럼 인식되고 있으나, 주관적(대내적·국내법적)으로는 서로 하나의 국가임을 주장하는 분단국으로 규정되고 있다.⁴²⁾ 남북한이 유엔에 동시가입하고

40) 장명봉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응”, 『유엔가입과 통일의 공법문제』(한국 공법학회, 1991), p.132; 계획열, 『헌법학(상)』, 박영사, 2004, 163면; 도희근, “헌법 제3조의 해석”, 『헌법규범과 헌법현실』, 권영성교수정년기념논문집, 법문사, 1999, 849면.

41) 제성호, “헌법상 통일관련 조항의 개폐문제”, 『통일연구논총』, 장간호, 민족통일연구원, 1992, 275~276면.

42) 분단국은 대체로 다음과 같은 특징을 가진다. ① 동일한 영역내에 실효적 정치권력을 행사하고 있는 두 개의 대립한 정치조직이 확립되어 있다. ② 각 정치조직은 제3국과의 외교관계를 설정·유지하는 각기의 국가조직을 갖추고 있다. ③ 각 정치조직은 자기 노선의 국가적 통일을 추구하면서 주관적으로는 일국가(진국가, 총괄국가 또는 통독전의 서독학자들의 이른바 Reichsdach, 즉 지붕에 비유되는 전체국가)로 존재한다는 입장을 취하고 있다. ④ 대립하고 있는 양 당사자는 대체로 세력균형관계에 의하여 일단 안정된 상태를 유지하고 있다. ⑤ 국제사회의 현상형태(객관)로는 별개의 국가로 보이면서도 당사자의 주관으로는 단일의 국가성을 유지하고 있다. 이와 같은 현상은 특히 양자가 공히 제3국에 의하여 동시에 국가로서 승인된 경우에 두드러지게 나타난다. ⑥ 진국가를 대표할 수 있는 정통성은 당사자의 주관이 아니라 현실로 유엔과 같은 국제기구와 개별국가의 승인에 의하여 인정된다는 점에서 기본적인 제약성을 안고 있다. ⑦ 어느 일방(또는 쌍방)이 별개의 국가로 독립할 가능성과 타방에 통합(통합의 방법에는 무력에 의한 통일, 일방의 붕괴에 의한 타방의 흡수통일, 쌍방의 합의에 의한 통일 등 다양한 방법이 있다)될 가능성을 함께 가지고 있다. ⑧ 지금까지 어느 일방만을 승인하고 있던 제3국이 쌍방을 동시에 승인할 가능성, 또한 양자가 별개의 단위로서 국제기구, 특히 유엔에 가입할 가능성이 증대하고 있다. 배재식, “남북한의 UN가입과 법적 문제”, 『한국통일정책연구논총』, 제2권, 한국통일정책연구소, 1993, 12~14면; 제성호, 『남북한 특수관계론』, 한울 아카데미, 1995, 13면.

‘남북기본합의서’를 채택하였음에도 불구하고 분단되지 않고 단일의 국가로서의 성격을 가진다는 기본입장에는 변함이 없다.⁴³⁾ 그러나 남북한의 유엔동시가입과 ‘남북기본합의서’ 채택 등 주·객관적인 여건에 의해 남북관계의 성격이 근본적으로 변화함에 따라 이제 남북한은 과거와는 달리 상호 실체인정과 유엔회원국으로서의 유엔헌장상 의무존중을 전제로 하는 법적 구조 하에 있다고 볼 수 있다. 이처럼 변화된 현실을 인정하는 측면에서 남북한은 사실상 상대방의 실체를 인정할 수밖에 없다 할 것이다. 그럼에도 불구하고 남북한은 명분론적 측면에서는 쌍방이 모두 통일을 국가정책의 제1목표로 설정하고 있기 때문에 완전한 ‘2국가’로의 분열을 피하는 논거를 폐기하기 어렵다. 이러한 상황에 기초하여 남북한은 기존의 법적 논리에 입각하여 남북한이 안고 있는 법적 관계의 모순(이중성)을 해결해야 한다. 그런데 그것은 명분과 법논리, 그리고 법적·정치적 실체문제를 모두 감안하여 남북한관계를 새로이 규정함(또는 ‘특수한 방식으로’ 북한의 실체를 인정함)으로써만 가능하다고 할 것이다.

결국 영토조항과 평화통일조항을 충돌하는 관계로 보면, 북한은 반국가단체가 아니라 대등한 정부 또는 국가로 인정하여 남북한을 1민족·2국가로 이해하는 입장에 해당한다. 이 견해는 북한을 대등한 정부로 볼 수 있는 논거로 평화통일조항에 비중을 두고 있기 때문에 해석논의로서 그 의미를 인정할 수 있다. 그러나 남북한 간 대등한 국가의 지위를 인정하는 논거는 실질적으로 용납하기 어려운 국제법적 논의로 전개되어 헌법체계론적 논의를 벗어난다는 점이 지적된다.⁴⁴⁾

이는 북한의 지위를 반국가단체로 보거나 또는 제한적인 국가성을 인정하는 견해로서 통일조항의 우선적인 효력을 주장하는 견해이다. 우선 영토조항과 통일조항을 일반법과 특별법의 관계로 해석하거나 또는 평화통일이념에 따라서 영토조항에 대한 우월적인 효력을 인정하는 입장이다. 그리고 남북한의 유엔가입과 기본합의서의 채택으로 상호간의 체제를 인정하는 독립된 국가의 지위를 인정하면서 법리상의 모순을 피하

43) 배재식, “남북한의 법적 관계와 통일방안의 비교고찰 -연방제에 관한 소고”, 『현대공법의 이론』, 학연사, 1982, 20~21면.

44) 鄭永和, 『평화통일과 경제헌법』, 앞의 책, 375~376면.

기 위하여 영토조항의 부분적인 헌법개정의 필요성이 제기된다.⁴⁵⁾ 나아가 영토조항을 개정하여 남북관계의 현실에 맞게 대한민국의 영토를 ‘군사분계선’ 이남으로 한정하여 북한이 우리 영토에 속하지 않는다고 명문으로 규정하자는 주장도 있다.⁴⁶⁾

(3) 북한을 대등한 정부관계로 보는 견해

통일은 대한민국의 주권행사가 ‘잠재적인 상태’에 있는 북한지역에 현재화되는 것임을 전제한다. 그리하여 우리 헌법상 평화통일조항 및 영토조항 모두 대한민국으로 하여금 북한지역에 잠재적인 상태에 있는 대한민국의 주권을 현재화할 책무를 부여하는 것이라고 한다. 즉, 영토조항과 평화통일조항은 상호 조화되는 관계로 볼 수 있다고 한다. 즉 영토조항은 대한제국에서 대한민국임시정부, 그리고 대한민국의 범통성을 부여하는 반면에, 북한에 대하여는 국가로서 승인할 수 없음을 의미하는 것으로 이해한다. 따라서 이는 북한의 실체를 좁게는 ‘반국가적 불법단체’로, 넓게는 ‘1민족·1국가·2정부·2체제’의 공식이라는 표현으로 알 수 있듯이 ‘대등한 정부’로서 북한의 지위를 인정한다.⁴⁷⁾ 물론 이 견해에서 북한의 실체에 대하여 반국가단체로 보는 논거는 종래의 유일합법정부론에 기초하고 있기 때문이다. 특히 북한을 대등한 정부로 인정하는 논거는 영토조항과 통일조항의 해석론에서 충분한 의의를 가진다. 다만 이 견해 역시 현실의 고려를 초점에 두고서 북한의 지위에 관하여 이중성을 인정하고 있다.⁴⁸⁾

(4) 헌법정책론적 관점에서의 북한의 법적 지위

이상의 다수 견해는 북한을 남한과 대등한 정부로서의 지위를 인정하고 있다. 물론 북한지역은 북한정권의 존속 때문에 우리의 헌법적용을 사실상 제약하고 있음은 물론이다. 이를 두고 학계는 영토조항과 통일

45) 제성호, “분단과 통일에 관한 주요 법적 쟁점”, 『중앙법학』, 제6집 2호, 2004; 張明奉, “통일문제와 관계법의 괴리 -통일정책과 헌법문제를 중심으로-”, 『사상과 정책』, 1989 가을호, 6~7면 참조.

46) 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2002, 46면.

47) 최대권, “남북합의서와 관련된 제반 법문제 -특히 특수관계의 의미를 중심으로-”, 『법학』, 제34권 3·4호, 서울대 법학연구소, 1993, 11면.

48) 鄭永和, 『평화통일과 경제헌법』, 앞의 책, 376면.

조항을 모순관계로 보기 때문에 영토조항에 대한 헌법변천론⁴⁹⁾을 주장하고 있다. 그 논거는 남북분단이라는 현실인식을 전제로 하는 평화통일조항과 논리적으로 모순이라고 한다. 왜냐 하면 이 모순은 구법(영토조항)에 대한 신법(평화통일)우선의 원칙과 비현실에 대한 현실의 우선의 원칙에 따라 해결되어야 하기 때문이라고 한다.⁵⁰⁾

영토조항은 법적 정의의 관념에 기초하여 민족의 재통일을 위해서 분단의 불법성을 인정하는 헌법적 근거로서 타당하다. 다만, 현실의 변화로 북한과의 기본합의서의 체결과 유엔동시가입 및 정상회담 등 일련의 북한당국의 불법성을 희석시키는 조치에 의해서 대한민국과 합법적인 정부로서 추정함이 ‘특수관계’의 불확정개념을 구체화하는 동시에 헌법상 평화주의이념에 입각하여 통일조항과 영토조항의 조화로운 해석이 가능하다. 만약 영토조항을 축소하는 헌법개정을 허용하면, 국가재통일의 경우에 중국이나 러시아와 관련하여 영토분쟁과 같은 중대한 외교마찰이 발생할 수 있기 때문이다. 더구나 영토조항의 축소는 헌법보호범위와 관련하여 북한주민의 법적 보호문제와 관련하여 주변국가과의 분쟁이 예상된다. 따라서 영토조항은 기본적 인권의 정의관념과 헌법적용범위와 관련되는 헌법정책론의 핵심사항이다.

영토조항은 헌법개정의 범위를 벗어난 헌법의 근본문제에 해당하기 때문에 이를 입법론과 동일시하는 해석은 반헌법적인 태도이다. 기존 분단의 원인에 대한 고정된 시각을 극복하여 분단 자체의 불법성을 치유하기 위한 헌법정책론에 남북한의 정부뿐만 아니라 전체 주권자의 참여가 요청된다. 구체적으로 북한에 대한 정부승인을 공식화하여 정부협약사항의 완전이행과 실효적인 집행수단을 담보하는 조치를 숙고해야 할 것이다.⁵¹⁾

요컨대 현행 헌법은 전체 헌법체계의 구조와 관련하여 북한의 지위를 내적으로는 반국가불법단체로 보는 반면에 외적으로는 대등한 정부의

49) 통일조항에 의하여 영토조항은 정치적인 선언규정으로서 그 효력이 변천하였다고도 보는 입장이 있다. 張明奉, “統一政策과 憲法問題”, 『法學論叢』, 제3집, 國民大 法學研究所, 1991, 7면.

50) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1999, 122면.

51) 鄭永和, “남북평화변영을 위한 헌법적 과제 -남북한 통합정책에 관한 헌법정책론의 검토-”, 앞의 발표논문, 5~8면.

지위를 인정할 수 있는 이중적인 해석이 가능하다고 본다. 특히 남북한의 휴전협정이 평화협정으로 전환되고, 또 ‘남북기본합의서’의 이행으로서 구체적인 상호신뢰와 화해를 구축하기 전에는 이러한 이중적인 해석이 보다 설득력이 있다. 물론 이러한 북한의 지위에 대한 이중성에도 불구하고, 현행 헌법은 통일방식에 관하여 ‘흡수통일’과 ‘합의통일’의 양자의 가능성을 개방하고 있다고 추론된다. 따라서 북한정권이 급박한 이유로 인하여 붕괴될지라도 그 실체를 부인하는 이른바 흡수통일을 지양하고, 적어도 대등한 정부의 지위를 인정하는 합의통일이 정치·경제적 및 법적인 측면에서 타당성과 실효성을 가진다. 왜냐하면 평화적 합의통일만이 유효한 재산권문제 해결방안을 찾을 수 있고, 동시에 남북한 주민간의 보다 신속한 사회통합을 이끌어 통일비용을 최소화할 것이기 때문이다. 따라서 북한의 법적 지위를 대등한 정부로 인정하는 헌법정책론적 당위성은 통일문제에 대한 헌법적 쟁점을 해결하는 데에 있어 객관적인 분석과 접근이 요청된다.⁵²⁾

II. 통일정책과 통일방안의 법적 문제

1. 통일정책과 헌법문제

우리 나라에서 헌법과 남북교류협력에 관한 문제와 관련하여 앞서 언급하였듯이 우리 헌법상의 영토조항⁵³⁾은 본질적인 문제를 포함하고 있다. 영토조항의 규범성에 대해 남북관계 내지 북한의 법적 지위문제를 포함하여 한반도의 영토문제에서 본질적인 문제를 담고 있다는 것을 부인하기 어렵다.⁵⁴⁾ 왜냐하면 제헌헌법부터 현행헌법에 이르기까지 남북

52) 이에 대한 법적 근거는 ‘남북기본합의서’의 특수관계와 국민의 지위를 검토에서 찾아야 할 것이다. 이에 관하여 상세히는 鄭永和, 「평화통일과 경제헌법」, 앞의 책, 379~389면.

53) 현행헌법은 제3조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정하고 있을 뿐 영해와 영공에 대해서는 규정이 없다. 그러나 영해와 영공은 영토에 부속적인 것이기에 이를 규정하지 않은 것은 것이라고 할 것이다. 남한 헌법의 영토는 지리적·역사적 개념으로 한반도와 그 부속도서로 하고 있기 때문에 북한지역은 당연히 대한민국의 영토로서 인정되고 있다. 영해에 관하여는 「영해및접속수역법」이 그 범위를 12해리로 하고 있다. 다만 대한해협에 있어서는 3해리이다. 金哲洙, 「憲法概說」, 博英社, 2001, 50면.

54) 대한민국의 제헌헌법부터 제3공화국까지의 憲法과 統一問題에 관하여 상세히는, 金道稔, “憲法과 國家統一問題”, 「法學」, 제8권 제2호, 서울大學校 法學研究所, 1968, 42~47면 참

교류협력에 관한 직접적인 조항은 헌법에서 명시하고 있지 않기 때문에 이와 관련된 조항들을 분석해야만 남북교류협력의 합법성을 도출해 낼 수 있기 때문이다.

제헌헌법 당시에는 남과 북이 분단된 상황에서 서로 적대적 관계로 대치하고 상태에 있었고, 지금과 같은 남북간의 화해·협력이 진행되고 있는 시기가 아니었으므로 당시 남북간의 교류협력은 상상하기조차 힘든 시기였음은 물론이다.

따라서 1948년 7월 17일 헌법이 제정된 시점에서 제9차 개정된 1987년 현행 헌법에서는 1988년 ‘7·7선언’이 있기 전까지 헌법과 남북교류협력은 아주 밀접한 관계에 있다고 할 수는 없을 것이다. 남한의 통일정책과 관련된 헌법문제⁵⁵⁾에 있어서 무엇보다 먼저 거론되는 것은 남한 헌법상 영토조항(제3조)이다. 영토조항에 따르면, 대한민국은 대한제국과 임시정부의 법통성을 계승한 국가영역위에 건립된 한반도의 유일합법정부이며, 따라서 휴전선 이북지역은 ‘미수복지역’임을 의미한다. 대법원판례도 이러한 입장을 명백히 하고 있다. 북한을 ‘반국가단체’로 보는 ‘국가보안법’의 근거도 이 조항에서 찾고 있다.

그러나 영토조항은 현행헌법의 평화통일지향조항(제4조)과 상충될 뿐만 아니라 통일정책의 실제와도 괴리되어 있다는 지적이 있다. 즉, ‘7·7선언’, ‘민족공동체통일방안’, 남북한 UN 동시가입, 그리고 ‘남북기본합의서’의 채택이란 남북관계의 변화된 현실과 논리적으로 모순되고 있다. 이런 점에서 영토조항의 정비문제도 거론되어 왔다. 이를 해결하는 방안으로 가장 분명한 것은 헌법개정을 통한 입법론적 해결방법이라 할 수 있다. 그렇지만 이와 같은 입법론적인 방법에 의한 해결은 현실적으로 매우 힘든 과제이다. 영토조항을 삭제하거나 수정하는 헌법개정은 현실적인 논의과정에서 쉽게 국민적 합의를 도출하기는 매우 어려울 것으로 예상된다. 이를 고려하면, 영토조항과 관련된 헌법문제의 해결은 결국 헌법해석의 방법에서 모색되는 것이 바람직하다.⁵⁶⁾

조.

55) 분단국이었던 독일과 예멘의 통일과 헌법문제에 관한 연구서로는, 「분단국가의 통일과 헌법 -독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료 -, 국민대출판부, 2001; 「통일법」, 사법연수원, 2003; 金哲洙, 「독일통일의 정치와 헌법」, 博英社, 2004 참조.

56) 이에 관해서는 張明奉, “南北韓基本關係 定立을 위한 法的 對應”, 「유엔加入과 統一의

2. 통일방안과 남북관계

남북한 간의 교류협력 관계의 설정은 우리 정부의 통일방안과도 밀접한 연관성을 가지고 있다. 이른바 ‘3단계통일방안’에 의하면, 남북교류협력은 남북화해협력단계와 남북연합단계에서 추진되는 것으로 통일국가 완성단계에 진입하기 위한 과도기에서 진행되는 것이다. 이 단계에서 남북 간의 경제협력은 남북관계를 진전시켜 나아가는 데에 매우 중요한 사안에 해당한다. 이는 우리의 지난 통일방안이나 대북정책의 추진과정에 잘 나타나 있다.

우리의 통일방안의 전개과정을 돌아보면, 남한의 역대정부가 발전시켜 온 통일방안은 ‘민족공동체통일방안’으로 귀결된다. ‘민족공동체통일방안’은 1989년 9월 노태우 정부시기에 ‘한민족공동체통일방안’⁵⁷⁾이라는 명칭으로 처음 제시되었으며, 1994년 8월 김영삼 정부가 「한민족공동체 건설을 위한 3단계 통일방안」(민족공동체통일방안)으로 보완·발전시킨 것이다. ‘민족공동체통일방안’은 하나의 민족공동체를 건설하는 것을 목표로 점진적·단계적으로 통일을 이루어 나가야 한다는 기조 위에서 통일과정을 ‘화해협력단계’⁵⁸⁾ ‘남북연합단계’⁵⁹⁾ ‘통일국가 완성단계’⁶⁰⁾로

公法問題」, 韓國公法學會, 1991.12, 131~134면.

57) 이 통일방안에 관하여 상세히는, 張明奉, “한민족공동체 통일방안’의 法的 構造에 관한 考察”, 『統一問題研究』, 第1卷 第4號, 國土統一院, 1989, 235~259면 참조.

58) ‘화해협력단계’는 남북한이 적대와 불신, 대립관계를 청산하고, 상호 신뢰 속에 남북화해를 제도적으로 정착시켜 나가면서 실질적인 교류협력을 통해 화해와 공존을 추구해 나가는 단계이다. 즉 남북한이 상호 체제를 인정하고 존중하는 가운데 분단 상태를 평화적으로 관리하면서 경제, 사회, 문화 등 각 분야의 교류협력을 통해 상호 적대감과 불신을 해소해 나가는 단계라고 할 수 있다. 이러한 과정을 거치면서 상호신뢰가 더욱 쌓이게 되면 남북관계는 평화를 제도화하고 통일을 본격적으로 준비하는 남북연합단계로 발전하게 된다. 『2004 통일백서』, 앞의 책, 21면.

59) ‘남북연합단계’는 하나의 완전한 통일국가 건설을 목표로 이를 추구해 나가는 과정에서 남북한이 잠정적인 연합을 구성하는 단계이다. 이 단계는 평화를 제도화하고 민족공동생활권을 형성하면서 사회적·문화적·경제적 공동체를 이루어 나가는 과도적 체제에 해당한다. 과도적 체제로서의 남북연합단계는 남북이 서로 다른 체제와 정부 하에서 통일지향적인 협력관계를 통해 통합과정을 관리해 나가는 단계라고 할 수 있다. 이 단계에서는 남북한이 합의하는데 따라 각기 대외적 주권을 유지하되, 남북정상회의, 남북각료회의, 남북평의회, 남북공동사무처 등 제도적 장치를 마련하게 된다. 남북연합단계에서는 군사적 신뢰가 구축되어 한반도에서 확고한 평화가 정착되고 경제협력과 사회·문화 분야에서 교류·협력이 심화되어 민족공동체가 형성될 것이다. 『2004 통일백서』, 위의 책, 21~22면.

60) 마지막 단계인 ‘통일국가 완성단계’는 ‘남북연합단계’에서 구축된 민족공동의 생활권을 바탕으로 남북한 두 체제를 완전히 통합하여 정치공동체를 실현하는 것으로서 1민족 1국

설정하고 있다.⁶¹⁾

더욱이 ‘민족공동체통일방안’에서는 ‘1민족 1국가 1체제 1정부’로의 통일국가체제를 갖추어, 민족구성원 모두가 주인이 되며, 민족구성원 개개인의 자유와 복지, 인간존엄성이 보장되는 선진민주국가를 통일국가의 미래상으로 제시하고 있다.

한편 노태우 정부의 ‘민족화합민주통일방안’, 김영삼 정부의 ‘한민족공동체 통일방안’과 같이 김대중 정부의 통일방안도 비록 통일과정에서 ‘1민족, 2국가, 2제도, 2정부’의 과도체제인 ‘남북연합’이라는 형태를 두고 있지만 궁극적으로는 1민족, 1국가, 1제도, 1정부의 통일국가의 실현을 지향하고 있다. 즉, 김대중 정부의 통일방안에는 상호 교류와 협력을 통해 남북한 간의 냉전구도와 대결의식을 해체·극복하고 평화적이면서도 점진적인 단계를 거쳐, 그리고 기능주의적 접근방법을 통해 궁극적인 목표인 ‘1민족 1국가 1체제 1정부’라는 형태의 통일 의지를 담고 있는 것이다.

그리고 김대중 정부는 출범 이후 대북 정책의 기본 원칙으로 ‘무력불용’, ‘흡수통일배제’, ‘교류협력활성화’를 채택하였다. 이 세 가지 원칙 중에서도 가장 중요한 것은 교류협력의 활성화 정책이라고 할 수 있다. ‘무력불용’과 ‘흡수통일배제’는 선언적 성격이 강하지만 ‘교류협력의 활성화’는 대북 관계의 개선 및 통일에 이르는 가장 기본적인 정책이 될 수 있기 때문이다.⁶²⁾ 반면에 북한은 통일국가의 완결된 형태로서 ‘1민족, 1국가, 2제도, 2정부’의 ‘고려민주연방공화국 창립방안’을 지향하고 있다. 따라서 ‘남북연합’안에서 남북관계는 민족내부의 특수관계인 반면, ‘고려

가로의 통일을 완성하는 단계이다. 즉, 남북한의 의회대표들이 마련한 통일헌법에 따라 민주적인 총선거를 실시하여 통일국회, 통일정부를 구성함으로써 통일국가를 수립하는 것이다. 이처럼 「민족공동체통일방안」은 중간 단계인 남북연합 형성에 초점을 맞추고, 점진적 과정을 거쳐 남북한간 이질감이 해소되고 민족공동체가 형성된 조건 위에서 통일국가를 형성하는 방안이다. 『2004 통일백서』, 위의 책, 22면.

61) 김대중의 3단계 통일론은 ‘남북연합단계’, ‘연방단계’, ‘완전통일단계’이다. 김대중의 3단계 통일방안에 관하여 상세히는, 아태평화재단, 『김대중의 3단계 통일론 -남북연합을 중심으로-』, 아태평화출판사, 1995 참조.

62) 김대중 대통령 또한 1998년 2월 자신의 취임사를 통해 “남북관계는 화해와 협력 그리고 평화정착에 토대를 두고 발전시켜 나가야 할 것”임을 밝히면서 이는 「국민의 정부」가 추진할 대북 정책의 기본방향을 천명한 것으로서 현 단계에서 당장 통일을 서두르기보다는 우선 한반도의 냉전적 대결구도를 화해협력의 구도로 전환하는 데 주력하겠다는 것이었다. 『2001 통일백서』, 통일부, 2001, 16면, 『2002 통일백서』, 통일부, 2002, 17면.

민주연방공화국 창립방안’에서의 남북관계는 지역정부간의 관계이다.

남북한의 통일방안을 교류협력 사안과 연결시켜 고찰하면 남한은 화해협력을 통해 ‘1제도, 1정부’의 통일을 지향하고 있으나, 북한은 화해협력과는 별도로 남북이 각기 다른 ‘2제도와 2정부’를 갖는 통일을 지향하고 있다고 할 수 있다. 남한의 통일방안에 따른 통일을 이룩하기 위해서는 북한의 변화⁶³⁾가 선행되어야 한다. 왜냐 하면 ‘1체제 1정부’로의 통일의 내용이 바로 자유민주주의와 자본주의 시장경제로의 단일화를 지향하고 있기 때문이다.⁶⁴⁾

여기서 말하는 변화란 북한이 당면한 경제적 어려움이 비교적 빠른 시간 내 긍정적인 방향으로 바뀔 수 있는 바탕을 마련하는 것으로 이는 북한 정치·경제질서의 획기적 변화, 궁극적으로는 체제전환과 맥을 같이 하는 것이라고 할 수 있다. 이런 점에서 남한의 통일방안은 북한 스스로 사회주의 체제의 포기과 함께 남한체제로의 변화를 요구하고 있다고 할 수 있다. 그러나 극단적 이질체제를 견지하고 있으며, 사회주의 체제고수를 최우선적 국가목표로 내세우고 있는 북한이 스스로 변화하여 남한의 통일방안을 그대로 수용하리라는 기대는 현 상태로서는 무리다. 따라서 남한의 1민족 1국가 1정부 및 자유민주주의와 자본주의 시장경제질서의 1체제로의 통일은 이의 절대적 당위성과 높은 효율성에도 불구하고 북한에 있어서는 흡수통일로 비취질 수밖에 없다. 바로 이런 점 때문에 북한은 남북한 간에 화해·협력이 제고될수록 이에 따르는 경제 내적 역동성과 주민에 대한 영향에 때문에 사회주의 체제의 정체성을 상실, 궁극적으로는 남한에 의해 붕괴·흡수당할지도 모른다는 우려를 가지게 된다. 이러한 배경과 내용은 이명박 정부에서도 민족공동

63) 북한 변화와 관련해서는 지금까지 여러 차원에서 다각도로 논의된 바 있다. 그러나 대부분의 논의는 북한의 현상적인 변화에 의미를 부여하고 있어 코르나이나 라빈식의 변화와는 큰 거리가 있으며, 향후 변화의 방향 또한 도식적인 결과만을 도출하고 있다. 북한의 개혁·개방을 통한 변화를 읽고 있는 논문은 수없이 많으나, 신지호의 「북한의 ‘개혁·개방’은 6·15 남북공동선언 이후 나타나고 있는 북한 변화를 해석해 낼 수 있는 바탕을 제시하고 있다고 평가한다. 신지호, 「북한의 개혁·개방」, 한울, 2000; 김영운, “통일정책의 교류·협력적 과제 -대북 경제협력의 정책방향과 추진전략-”, http://www.kinu.or.kr/home/pds/pds_read.asp?tb=yykim&home=&idx=23, 통일연구원 사이트, 검색일자 2004. 10. 25).

64) 이에 대한 이론적 검토는 정용길, “통일의 기본철학과 통일원칙,” 「민족공동체 통일방안’의 이론체계와 실천방향」, 민족통일연구원, 1994, 31면.

체통일방안을 공식적인 통일방안으로 내세우고 있는 만큼 근본적으로 달라진 바가 없다 할 것이다.

Ⅲ. ‘남북한 특수관계’의 개념과 의미

1. 남북한 특수관계의 법적 기초

‘남북기본합의서’(1991. 12. 13 채택, 1992. 2. 19 발효)는 남북한 정부를 대표한 쌍방의 총리가 직접 서명함으로써 반세기 동안의 분단을 해소하기 위한 첫 작업이었다. 이는 남북한 관계개선과 평화통일을 향한 기본적인 규범 틀을 제시하였으므로 그 의의가 매우 크다. 남북한은 ‘남북기본합의서’에서 “쌍방사이의 관계가 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”(서문)라고 인정할 것을 합의하고 있다. 남북관계의 발전과정 속에서 1990년 ‘남북교류협력법’이 제정된 이후 남북관계는 남북간의 합의를 문서화하고 이를 이행하고자하는 법적·문서적 관계로 변화하였다. 즉, ‘남북기본합의서’는 남북한관계를 통일을 지향하는 과정의 ‘잠정적 특수관계’로 인정하고(서문), 상대방의 체제를 인정하고 존중한다(제1조)고 명시하였다. 남북한은 상대방을 무력으로 침략하지 아니할 뿐만 아니라(제9조 참조), 통일적, 균형적인 민족경제의 발전과 민족전체의 복리향상을 위하여 자원의 공동개발과 민족내부의 물자교류 및 합작투자 등의 경제교류와 협력을 실시한다(제15조 참조)고 합의하였다.

그러나 ‘남북기본합의서’는 국회의 비준여부와 관련하여 그 법적 성질을 조약으로 보는 입장,⁶⁵⁾ 조약으로 보지 않는 입장⁶⁶⁾ 및 신사협정이라는 입장⁶⁷⁾으로 대립되었다. 이는 ‘남북기본합의서’의 ‘잠정적 특수관계’의 해석에 따라서 결론을 달리한다. 결국 특수관계의 개념은 최초로 남북

65) 이장희, “남북합의서의 국제법적 성격”, 『국회보』, 대한민국국회, 1992.3, 132~133면; 김명기, “남북기본합의서의 법적 성격”, 『국제문제』(1992.4), 16~18면.

66) 이동복, “남북기본합의서 무엇이 문제인가”, 『통일』(1992.8), 22~23면; 유병화, “남북기본합의서의 법적 성격”, 『고려대 법학논집』, 통권 제27호, 고려대 법학연구소, 1992, 72~74면.

67) 1992. 2. 17, 법무부 대변인의 성명.

한 정부의 합의통일에 관한 근본원칙으로서 상호간에 대등한 정부로 인정하고, 교류협력사업에 관하여 정부가 관할권을 양해하고 있다고 본다.⁶⁸⁾

이 개념은 본래 1969년 독일에서 구동독을 국가로 인정할 것인가에 관한 정치적 대논쟁에서 언급되었다. 다시 말해 서독정부는 1969년 10월 28일 동독을 국제법상 승인할 수 없고, 설령 독일에 두 개의 국가가 존재할지라도 동·서독은 외국이 아니므로 그 관계는 특수할 수밖에 없다고 선언하였다. 그러나 독일기본법은 통일조약에 의해서 폐기된 기본법 제23조에서 구동독의 브란덴부르크, 메클렌부르크-포오폼메른, 작센-안할트, 튀링겐의 5개 연방주에 대하여 효력범위를 배제하였다. 동독은 독일인들의 자유로운 자결권 행사를 통해서 연방에 가입할 때 비로소 기본법의 효력이 적용된다고 하였다. 전승국인 미국·영국·프랑스·소련은 동·서독을 국제법상 별도의 국가로 보장하였을 뿐이므로 기본법의 제정권자는 양독관계를 특수관계로 규정할 이유가 없었다.

한편 남북한 관계는 정통성을 가진 대한민국이 북한을 ‘반국가적 불법단체’가 아닌 ‘대등한 정부’로 인정하여 잠정적 특수관계를 천명한 것으로 해석된다. 또한 우리 헌법의 영토조항은 독일기본법과 달리 완성국가의 영토를 규정하고 있다는 점에서 비교된다. 반면에 구서독은 국제법상 독립국가인 동독을 내부적으로 국가로 인정하지 않음을 강조한 것이므로 남북한의 경우와는 대조적이다. 즉 동서독 기본조약은 형식적으로 국제법상 조약이지만, 실질적으로 내부의 ‘분단관계’의 ‘이중성’을 인정한 것이다.

한편 ‘남북기본합의서’는 남북한 상호간에 국가승인을 하지 않는다고 명시하고, 남북한 주민의 한민족공동체로서 동질성을 통하여 국내외적으로 ‘1민족·2체제·2정부’의 관계를 선언한 것으로 해석할 수 있다. 이는 종래 북한의 법적 지위를 대한민국과 대등한 정부로서 인정할 수 있다. 다만, 우리 내부적으로 휴전협정이 평화협정으로 전환되기까지는 소극적으로 이중성을 허용할 수 있다. 따라서 ‘남북기본합의서’의 법적 성격은 남북한의 평화통일을 위한 최초의 합의로서 특수관계를 법개념

68) 鄭永和, 「평화통일과 경제헌법」, 앞의 책, 379~380면.

으로 이해하면, 이의 실질적인 성질을 고려하여 국회의 비준이 필요한 조약으로 해석함이 타당하다.⁶⁹⁾

2. 정부관계 형성의 필요성

남북한의 관계를 ‘특수관계’로 보는 이론적 근거는 우선 남북한 정부의 권한이 있는 당사자의 ‘합의’에서 찾을 수도 있다. 그러나 정부 간의 합의 내용과 이행이 구체화되지 않는 한, 이는 단순히 정치적 선언의 의의를 가진 형식적인 의사에서 ‘특수관계’의 이론적 근거를 인정하기 어렵다고 본다. 왜냐하면 특수관계의 실체는 상호간의 공동문제에 대한 구속력있는 합의가 존재하거나 또는 그 합의내용의 해석에 관하여 발생할 분쟁의 해결방법을 규정하지 않았기 때문이다. 양 정부의 의사합치는 장래의 일반적인 문제에 관하여 방침적인 내용만을 선언하였다. 다만, 남북한관계는 국가간의 관계가 아니라, 통일과정의 ‘잠정적 특수관계’라는 합의만이 구속력을 가진다.

사실상 남북한 분단상태가 지속될지라도 대한제국과 대한민국임시정부의 정통성이 전체 남북한 주민을 통하여 역사적 공동체를 유지하고 있다는 점이다. 즉 남북한은 전체 주민의 역사적·법적 정통성에 기초한 공동체이다. 따라서 전체 남북한 국민이 자주적 의사결정권을 행사하여 공동운명의 과제인 평화통일을 실현하는 대등한 정부로서 실체인 점에서 특수한 관계의 이론적 근거를 찾을 수 있다. 결국 특수관계는 남북한의 평화통일을 위한 도구적 개념이기 때문에 북한을 대등한 정부로서 인정할 실익을 모색하지 않으면 안된다. 따라서 통일정책은 헌법 해석론일 뿐만 아니라 법정책론에 의해 보완되지 않으면 안된다.⁷⁰⁾

남북한의 특수관계의 발전과 관련하여 남북교류협력은 경제부문 뿐만 아니라 사회 문화적인 차원에서도 확대일로에 있으며, 그 사업 또한 다양해지고 있다. 이는 남북한 간 인적 교류의 확대와 함께 물적 교류의 확대를 가져오는 것이다. 이에 대한 법제도적인 개선 및 확충을 위한

69) 鄭永和, 「평화통일과 경제헌법」, 앞의 책, pp.381~382; 張明奉, “「南北關係發展基本法」(案)에 관한 고찰”, 「國際法學論叢」, 제48권 제3호, 大韓國際法學會, 2003, 338면.

70) 鄭永和, 「평화통일과 경제헌법」, 위의 책, 382면.

남북교류협력법령의 정비와 함께 이를 뒷받침하는 사법적 판단이 보다 적극적으로 제기될 필요가 있다. 남북한 사이의 인적·물적 교류와 협력이 확대되면, 이에 수반하는 많은 법적 문제점이 제기될 수 있고, 이는 다양한 헌법적 쟁점으로 비화될 수 있다. 이 같은 상황이 전개되는 과정과 결과도출에서 헌법재판의 중요성은 다시 강조되지 않을 수 없다.

이러한 점을 감안할 때 남북한 간 특수관계의 법적 성격과 정치적 의미의 규명은 앞으로 남북한관계를 운영해 나감에 있어서 매우 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다. 여기에는 남북한 간의 대결적 관계를 통일 지향적 평화공존관계로 발전시켜 나가는 데에 주력해야 한다는 당위의 입장이 있다.⁷¹⁾ 따라서 실지회복을 위한 규범으로서의 의미가 강한 영토조항은 북한을 반국가단체로 보는 반면에, 평화통일조항은 북한의 실체를 인정한다는 점에서 논리적으로 충돌하게 된다는 것이다. 이러한 해석론은 유엔 회원국 일방인 북한이 타방 회원국인 대한민국 영토 중 휴전선 이북지역을 불법으로 점유한다는 논의와 관련하여 법리상의 모순을 피할 수 없다. 특히 현실적으로 북한의 실체를 인정하지 않을 수 없기 때문에 영토조항과 평화통일조항의 모순을 단기적 관점에서 헌법 해석론⁷²⁾과 장기적 관점에서 헌법개정론⁷³⁾에 의하여 해결하는 방안을 제시하고 있다.

71) 제성호, 「남북한 특수관계론」, 앞의 책, 13~14면.

72) 영토조항은 선언적 규정으로서 재통일의 당위명제로 이해하는 입장, 최대권, 「통일의 법적 문제」, 앞의 책, 26~30면 참조; 제4조의 제3조에 대한 우월적 규범력 인정하는 입장; 張明奉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응”, 앞의 논문, 133면; 영토조항의 헌법변천론, 張明奉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응”, 앞의 논문. 133~134면.

73) 영토조항을 잠정적인 단서조항을 부가하는 방법과 전면 개정하는 방법, 제성호, “헌법상 통일관련 조항의 개폐문제”, 앞의 논문, 292~293면 참조; 현행 헌법을 잠정헌법으로 개정하는 방안, 李長熙, “독일통일이 남북한통일에 주는 법적 의미”, 「國際法學會論叢」, 第36卷 第2號, 大韓國際法學會, 1991, 54면 참조; 북한을 국가로 승인하여 영토조항을 전면개정하는 방안, 장기봉, “남북한 평화통일의 기초조건”, 「國際法學會論叢」, 第35卷 第1號, 大韓國際法學會, 1990, 26면.

제 2 절 남북한의 헌법재판제도

I. 남한의 헌법재판제도 개관

1. 헌법재판소의 지위와 권한

헌법재판소는 국민의 기본권을 보장하고, 헌법을 수호하는 최후의 보루이다. 헌법재판소는 국가 사회에서 발생하는 헌법적 분쟁을 신속히, 그리고 종국적으로 해결함으로써 다양한 이해관계의 대립을 극복하고, 국가·사회를 동화적으로 통합하여야 하는 소명을 가지고 있다.

우리의 헌법재판소는 다음의 지위를 가지고 있다.

첫째, 헌법분쟁에 관한 최종적 심판기관이다. 헌법재판소는 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판을 담당하고, 이들 쟁송에 대해서 최종적으로 심판할 권한을 가진다. 헌법재판소가 이들 쟁송에 대해 내린 결정에 대해서는 모든 국가기관과 지방자치단체가 기속되며 더 이상 다툴 수 없다.

둘째, 헌법수호기관이다. 헌법재판소는 법원과 더불어 사법적 절차에 따라 헌법을 수호하는 헌법기관이다. 헌법재판소의 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판은 모두 헌법을 해석하고 적용함으로써 헌법적 분쟁을 해결하고 헌법의 침해를 방지하는 작용을 한다.

셋째, 기본권보장기관이다. 헌법재판소는 국민의 기본권을 보장하는 헌법기관이다. 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 국민의 기본권이 침해된 경우, 헌법재판소는 그러한 공권력에 대해 위헌선언을 함으로써 국민의 기본권을 구제하는 한편, 헌법에 위반되는 법률이 국민의 기본권을 침해하는 경우에는 그 효력을 무효화시킴으로써 국민의 기본권을 보장한다.

넷째, 권력통제기관이다. 헌법재판소는 입법부가 위헌법률을 제정하면

위헌법률심판을 통하여 그 법률을 무효화 할 수 있고, 집행부와 사법부의 구성원이 공권력을 남용하면 탄핵심판을 통하여 이들을 공직에서 파면할 수 있으며, 민주적 기본질서에 위배되는 정당에 대해서는 정당해산심판을 통하여 그 해산을 명할 수 있다.

다섯째, 국가 최고기관 중의 하나로서의 지위를 가진다. 우리 헌법은 국회, 정부, 법원과 분리하여 별도의 장에서 헌법재판소에 관한 규정을 둬으로써 헌법재판소에 독립된 지위와 권한을 부여하고 있다. 헌법재판소는 권력분립의 원리에 따라 국회, 대통령, 법원과 함께 헌법이 부여한 권한을 행사하고 있다. 따라서 헌법재판소는 국회, 대통령, 법원과 더불어 국가 최고기관 중의 하나라고 할 수 있다.

이러한 헌법재판소의 지위 아래 헌법재판작용이 정상적으로 기능하기 위해서는 먼저 그 나라에 헌법이라는 형식의 법규범이 존재하고 그 헌법은 다른 형식의 규범보다 우월한 효력을 가져야 하며 또한 헌법재판관이 헌법에 구속된다는 전제조건이 충족되어야 한다. 특히 헌법재판에 요구되는 헌법이란 헌법으로 성립되기 위한 전제조건을 충족한 성문헌법만을 말한다. 우리 대한민국은 1948년 이래 성문의 헌법을 제정하여 운영하였고 또 그 헌법은 법률보다 우월한 효력이 인정받았으며 역대 헌법에서 법관의 헌법에의 구속을 선언함으로써 헌법재판을 할 수 있는 전제조건을 충족하였다. 다만 그간의 헌정상황은 국민의 헌법재판에 대한 경험 부족과 군사정권으로 인하여 헌법재판이 당초 의도하던 대로 기능하지 못하였던 경험이 있다.

우리의 현행 헌법은 헌법재판을 할 수 있는 근거를 헌법에 충실히 근거지우고 또 구체적인 헌법재판소법을 제정하여 이제 헌법재판이 활성화될 수 있는 상황에 이르렀다. 앞으로 이를 기반으로 더욱 발전적 토대를 공고히 하여야 하는 과제를 안고 있다. 아울러 헌법을 운용하는 과정에서 발견되는 문제점은 헌법개정을 통하여 해결하여 나가는 노력이 필요하다. 통일을 계기로 한 헌법재판소의 기능과 역할론을 살펴보는 것은 그래서 의미가 있다.

2. 헌법재판의 의미

헌법은 우리나라가 지향하는 기본 가치질서를 정하고, 국가의 통치조직과 통치작용의 원리를 정하여 모든 국민의 기본권이 최대한 보장되도록 하는 우리나라의 최고법이다. 따라서 어떠한 공권력 작용도 헌법에 위반되어서는 안되는데, 실제 헌법을 운용하는 과정에서 입법을 포함한 모든 국가기관의 공권력 작용이 헌법에 위반되는지 여부가 문제되는 경우가 발생한다. 이때 이러한 헌법적 분쟁에 대하여 헌법규범을 기준으로 최종적인 판단을 내림으로써 헌법질서를 유지·수호하는 국가작용이 바로 헌법재판제도이다.

오늘날 자유민주국가에서 헌법재판제도는 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하고, 정치권력을 헌법의 틀 안에서 작용하게 함으로써 헌법을 실현하는 헌법수호의 중요한 수단이다. 따라서 헌법재판제도는 대의제도, 권력분립제도, 선거제도, 지방자치제도 등과 함께 통치구조의 불가결한 구성원리로 인식되고 있다. 그와 동시에 헌법재판제도는 통치권을 헌법상의 기본권에 기속시키고 통치권 행사에 절차적 정당성을 확보하게 함으로써 실질적 법치국가원리를 구현하게 한다.

헌법재판이란 헌법이 그 국가의 최고법으로 존재하는 국가에서 헌법 문제에 대한 다툼이 발생한 경우 그 헌법을 기준으로 그 다툼을 해결함으로써 헌법을 보장하는 재판작용이다.⁷⁴⁾ 헌법재판의 이런 헌법보장기능은 위헌법률심판과정에서 분명히 나타난다. 위헌법률심판이란 최고법인 헌법과 충돌하는 법률이 제정되었을 때 일정한 제소권자의 심판청구에 의하여 헌법을 기준으로 이 헌법과 충돌하는 법률을 무효화시키는 과정이다(헌법재판소법 제42조, 제47조 제2항). 이 절차를 통하여 헌법과 충돌하는 법률은 충돌하는 한도에서 무효로 선언된다. 즉 헌법과 법률이 충돌하면 헌법이 무효가 되는 것이 아니라 헌법과 충돌하는 법률이 무효로 되는 것이다. 그래서 위헌법률심판절차를 통하여 헌법은 당초에 주어졌던 규범성이 유지된다.

헌법재판제도는 통치기구 중 비교적 최근에 도입된 제도이다. 그 기원은 특히 1803년의 미국연방대법원이 내린 *Marbury v. Madison* 사건⁷⁵⁾

74) Vgl. Gerhard Robbers, in: Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl., Heidelberg, 2005, Kapitel A, I, Rn. 1.

75) 이명웅, “*Marbury v. Madison* 판결의 비교법적 쟁점”, 「헌법논총」, 제16집, 헌법재판

에서 유래를 찾는다. 그 기본적인 관념은 헌법은 법률보다 상위의 법이며, 따라서 모든 법률은 그법률이 상위의 법규범과 합치하는 한도에서만 적용될 수 있다⁷⁶⁾는 것이었다. 이에 반하여 유럽에서의 헌법재판은 일반사법기능을 담당하는 법원이 행하는 것 보다는 오히려 헌법재판을 위한 특별헌법재판소를 통하여 헌법재판의 실질화와 특수성을 기하려는 것이었다.⁷⁷⁾ 그 결과로 유럽의 헌법재판소는 미국의 연방대법원이 관할하지 않는 탄핵이나 권한쟁의 나아가서 헌법소원까지도 관장하는 하나의 독자적인 지위를 갖는 법원으로 자리잡게 되었다. 그리고 우리의 헌법재판제도는 미국식의 위헌법률심사제도보다는 오히려 유럽대륙식 헌법재판소제도를 도입하고 있다.

3. 현행헌법상 헌법재판제도

우리의 현행 헌법은 헌법재판소를 제2공화국 헌법에서 채택하였던 헌법재판소를 받아들여 제6장에 독립하여 편성하였다. 그리고 그 관할사항으로 위헌법률심사, 탄핵의 심판, 정당해산의 심판, 권한쟁의에 관한 심판, 헌법소원심판을 관장한다. 헌법재판관은 대통령이 임명하되 3인은 국회에서 선출한 자를, 그리고 3인은 대법원장이 지명한 자를 임명하며 임기는 6년이다. 재판관은 공히 법관의 자격을 가져야 한다. 그리고 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.

다만 현행 헌법 아래에서 헌법재판제도에 대한 문제점은 “공권력의 행사 또는 불행사”로 인한 기본권 침해에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있도록 인정하면서도 헌법재판소법 제68조 제1항은 유독 “법원의 재판”을 그 대상에서 제외한다는 점이다. 이로써 헌법소원제도가 법원의 기능을 포함한 공권력 행사에 대한 기본권 구속성을 담보하는 기능을 충실히 할 수 없게 되었으므로 비판받아 마땅하지만 그 이외에도 헌법재판소와 법원간에 “헌법이나 법률의 의미”에 대하여 최종적인 의견이 일치하지 않을 수 있을 가능성이 존재한다는 점에서 법질서의 통일성을

소, 2005, 353~397면.

76) Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., München, 1997, Rn. 106.

77) 성낙인, 「헌법학」, 제5판, 법문사, 963면.

담보하기 위한 방안이 조속히 강구되어야 한다. 왜냐하면 현대국가에서 법질서의 통일성은 현대국가의 기본적 전제이기 때문이다.⁷⁸⁾

4. 헌법재판소의 구성

헌법재판소는 대통령이 임명하는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성되는데, 그 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다.

(1) 헌법재판소장

헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다. 헌법 재판소장은 헌법재판소를 대표하고, 헌법재판소의 사무를 통리하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다. 헌법재판소장은 재판관회의의 의장이 되고, 전원 재판부의 재판장이 된다. 그밖에도 헌법재판소장은 사무처공무원·헌법 연구관 등에 대한 인사권을 가진다. 헌법재판소장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 다른 재판관이 헌법재판소규칙이 정하는 순서에 의하여 그 권한을 대행한다. 헌법재판소장의 대우와 보수는 대법원장과 같다.

(2) 재판관

헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성된다. 재판관은 대통령이 임명하는데, 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다. 재판관은 전원재판부 및 지정재판부의 구성원으로서 헌법재판소의 각종 심판에 관하여 심판권을 행사하고, 재판관회의의 구성원으로서 헌법재판소의 행정에 관한 중요사항에 관하여 의결권을 행사한다. 재판관의 임기가 만료되거나 임기중 재판관이 결원된 때에는 임기만료 또는 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다. 다만, 국회에서 선출한 재판관이 국회의 폐회 또는 휴회중에 그 임기가 만료되거나 결원이 된 때에는 국회는 다음 국회가 개시된

78) Siehe Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, Heidelberg, 1987, § 13, Rn. 62.

후 30 일 이내에 후임자를 선출하여야 한다. 재판관의 임기는 6년으로 하며, 연임할 수 있다. 재판관의 정년은 65세이며, 다만 헌법재판소장인 재판관의 정년은 70세이다. 재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 해임되지 아니한다. 재판관의 대우와 보수는 대법관의 예에 의한다.

(3) 재판관회의

헌법재판소의 행정에 관한 중요사항을 의결하기 위하여 헌법재판소에 재판관회의를 둔다. 재판관회의는 헌법재판소의 행정에 관한 최고의결기관이다. 재판관회의는 재판관 전원으로 구성되며 헌법재판소장이 그 의장이 된다. 재판관회의는 재판관 7인 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 의결하며, 의장은 의결에 있어 표결권을 가진다. 재판관회의는 헌법재판소규칙의 제정과 개정 및 헌법재판소와 관련된 입법의견의 국회 제출, 예산요구·예비금 지출과 결산에 관한 사항, 사무처장·사무차장·헌법연구원 및 3급 이상 공무원의 임면에 관한 사항, 기타 헌법재판소장이 부의하는 중요사항 등을 의결한다.

5. 헌법재판소의 권한

(1) 위헌법률심판

1) 위헌법률심판의 의의

위헌법률심판이란 법률이 헌법에 합치하는가의 여부를 심판하여 위반된다고 판단되는 경우에 그 효력을 상실케 하는 제도이다. 입법부의 자의적 입법에 대한 헌법보장기능으로서 헌법재판의 핵심이다.

2) 제청사유

법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청한다. 심판대상이 되는 법률은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률 외에도 법률과 동일한 효력을 가지는 대통령 긴급명령, 조약과 일반적으로 승인된 국제법규를 포함한다고 해석된다.

3) 제청절차

위헌법률심판의 제청은 각급 법원이 독립적으로 할 수 있으나 대법원을 거쳐야 한다. 당사자의 위헌심판제청 신청은 사건 및 당사자, 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항, 위헌이라고 해석되는 이유, 기타 필요한 사항을 기재한 신청서를 법원에 제출하여야 한다. 법원의 제청 결정이나 제청신청 기각결정에 대하여는 어느 당사자도 항고할 수 없다. 법원이 심판제청을 함에는 제청법원의 표시, 사건 및 당사자의 표시, 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항, 위헌이라고 해석되는 이유, 기타 필요한 사항을 기재한 제청결정서를 헌법재판소에 제출하여야 한다.

4) 재판의 정지 등

법원이 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 종국결정이 있을 때까지 정지된다. 다만, 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 종국재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다.

5) 의견서의 제출

당해 소송사건의 당사자 및 법무부장관은 헌법재판소에 법률의 위헌 여부에 관한 의견서를 제출할 수 있다. 재판장의 명에 의하여 또는 재판장의 허가를 받아 필요한 진술도 할 수 있다.

6) 위헌결정과 효력

위헌심판제청이 이유 있을 때에는 헌법재판소는 심판의 대상이 된 법률 또는 법률조항이 위헌임을 선언하는 결정을 선고한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다. 법률의 내용에 따라서는 단순위헌결정 외에 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌 등의 결정도 할 수 있다. 헌법재판소는 결정일부터 14일 이내에 결정서 정본을 제청 법원에 송달하여야 한다. 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 효력을 상실한다. 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 의하여 유죄의 확정판결을 받은 자는 재심을 청구할 수 있다. 헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방

자치단체를 기속한다.

(2) 헌법소원심판

1) 헌법소원심판 의의

헌법소원이란 공권력에 의하여 헌법상 보장된 국민의 기본권이 침해된 경우에 헌법재판소에 제소하여 그 침해된 기본권의 구제를 청구하는 제도이다. 자연인은 물론 법인도 헌법소원을 청구할 수 있다. 헌법재판소의 다른 심판사항은 국회·정부·법원 또는 지방자치단체 등이 그 청구주체가 됨에 비하여 헌법소원은 국민이 직접 심판청구의 주체가 되고 기본권 침해에 대한 직접적인 구제를 목적으로 하므로, 우리 헌법이 마련한 기본권 보장의 제도적 장치 중 핵심적인 것이다. 이 제도의 도입으로 우리나라의 민주주의는 한 걸음 더 나아갔다고 할 수 있으며, 헌법재판의 활성화에도 크게 기여하고 있다.

2) 헌법소원의 종류와 청구사유

① 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 국회의 입법권도 공권력 중의 하나이므로, 법률 그 자체가 직접적으로 기본권을 침해하고 있는 경우나 국회가 당연히 입법하여야 할 사항을 입법하지 않음으로써 기본권을 침해하고 있는 경우도 헌법소원의 대상이 된다.

② 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원

법률이 헌법에 위반되는 여부가 소송사건에서 재판의 전제가 되어 당사자가 법원에 그 법률의 위헌심판제청을 신청하였으나 그 신청이 기각된 때에는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송 절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌 여부 심판의 제청을 신청할 수 없다.

3) 청구기간

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 그 사유가 있음은 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 경우에는 그 최종결정의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

4) 청구절차

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구함에는 청구인, 침해된 권리, 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사, 청구의 이유, 기타 필요한 사항을 기재한 청구서를 헌법재판소에 제출하여야 한다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구함에는 청구인 등, 전제가 되는 소송사건 및 당사자, 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률의 조항, 위헌이라고 해석되는 이유, 기타 필요한 사항을 기재한 청구서를 헌법재판소에 제출하여야 한다. 헌법소원 심판청구서에는 대리인의 선임 증명하는 서류 또는 국선대리인 선임 신청서를 첨부하여야 한다.

5) 사전심사

헌법소원심판의 청구가 있으면 지정재판부가 사전심사를 한다. 사전심사 결과 그 심판청구가 다른 법률에 의한 구제절차가 있음에도 불구하고 그 절차를 모두 거치지 아니하였거나, 법원의 재판에 대하여 청구된 경우(헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용한 재판은 제외), 청구기간이 경과된 후 청구된 경우, 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하거나 국선대리인의 선임결정을 받지 아니한 경우, 기타 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없다고 인정되는 경우에는 구성 재판관 전원 일치의 결정으로 심판청구를 각하한다.

지정재판부가 전원일치의 결정으로 심판청구를 각하하지 아니하는 경우에는 결정으로 그 사건을 전원재판부에 회부하는 결정을 하여야 한다. 그러나 심판청구일로부터 30일이 경과할 때까지 각하결정이 없는 때에는 전원재판부에 회부하는 결정이 있는 것으로 본다.

6) 의견서의 제출

헌법소원심판에 대하여 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다. 또한 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 경우에는 사건이 전원재판부에 심판회부된 후에 당해 소송사건의 당사자와 법무부장관은 이해관계인으로서 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다.

7) 심판의 내용

헌법소원심판의 중국결정에는 심판청구가 부적법한 경우에 하는 각하결정, 심판청구가 이유없는 경우에 하는 기각결정, 심판청구가 이유있는 경우에 하는 인용결정의 3가지가 있다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판에 있어서 심판청구가 이유있는 때에는 헌법재판소는 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사를 특정하고, 그 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인하는 결정을 선고한다. 이 경우에 헌법재판소는 그 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 당해 법률 또는 법률조항이 위헌임을 선언할 수 있다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서 심판청구가 이유있는 때에는 헌법재판소는 심판의 대상이 된 법률 또는 법률조항이 위헌임을 선언하는 결정을 선고한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정하는 때에는 그 법률 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다.

8) 심판의 효력

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판에 있어서 헌법재판소의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 특히 공권력의 불행사에 대하여 헌법재판소가 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 그 결정의 취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에 있어서 헌법재판소의 인용결정은 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날부터

효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 그 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 민사·형사·행정 등 사건의 종류를 불문하고 재심을 청구할 수 있다. 또한 형벌법규에 대한 위헌결정은 소급효가 있으므로 그 헌법소원과 관련이 없는 형사사건일지라도 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

(3) 권한쟁의심판

1) 권한쟁의심판 의의

헌법과 법률에 따라 일정한 권한과 의무를 가지고 있는 국가기관 상호간에 그 권한과 의무의 내용에 대하여 다툼이 생기는 경우에는 국가기능이 마비될 염려가 있을 뿐만 아니라 국가권력상호간의 견제와 균형이 파괴될 위험성이 있으며, 이는 결과적으로 국민의 기본권 보장에도 중대한 위협이 될 수 있으므로 원활한 조정기능을 갖는 제도적 장치가 필요하다. 우리 헌법은 헌법재판소에 기관간의 권한쟁의심판권을 부여하여 헌법보장적 기능의 일부로서 국가기관 및 지방자치단체 상호간의 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼을 해결토록 하고 있다.

2) 권한쟁의심판의 종류

① 국가기관 상호간의 권한쟁의심판

- 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의

② 국가기관과 지방자치단체간의 권한쟁의심판

- 정부와 특별시·광역시 또는 도간의 권한쟁의

- 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구(이하“자치구”라 한다)간의 권한쟁의

③ 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판

- 특별시·광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의

- 시·군 또는 자치구 상호간의 권한쟁의

- 특별시·광역시 또는 도와 시·군 또는 자치구간의 권한쟁의

3) 청구요건 및 절차

권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 청구할 수 있다. 권한쟁의심판의 청구서에는 청구인, 피청구인, 심판대상이 되는 피청구기관의 처분 또는 부작위, 청구의 이유, 기타 필요한 사항을 기재하여야 한다. 심판청구는 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 하여야 한다.

4) 결정의 내용과 효력

결정의 내용은 심판대상인 관계기관의 권한의 존부 또는 범위에 관한 것이며, 결정선고시 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다. 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 그러나 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다. 처분의 취소로 인한 법적 혼란을 방지하려는 취지이다.

(4) 탄핵심판

1) 탄핵심판의 의의

탄핵제도는 형벌 또는 징계절차로는 처벌하기 곤란한 고위직 또는 특수직 공무원의 위법행위에 대한 민주적 파면제도이다. 일반적으로 탄핵소추는 국회가 하고 탄핵심판은 양원제 국가에서는 상원이 하며, 기타 국가에서는 탄핵심판소를 별도로 가지는 경우가 있으나 우리 헌법은 헌법재판소에 탄핵심판권을 부여하였다.

2) 소추의결과 소추절차

대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 헌법재판소 재판관, 법관, 중앙선거관리위원회 위원, 감사원장, 감사위원 기타 법률이 규정하는 공무원이 직무를 수행함에 있어서 헌법이나 법률을 위반하면 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다. 탄핵소추의 의결이 있는 때에는 국회의장은 지체없이 소추의결서 정본을 소추위원인 국회법제사법위원회장에게 송

달하고, 소추위원은 그 정본을 헌법재판소에 제출하여 심판을 청구한다. 탄핵소추의 의결을 받은 자는 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.

3) 심판절차

탄핵심판은 변론을 열어 심리한다. 당사자가 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 다시 기일을 정해야 하고, 다시 정한 기일에도 당사자가 출석하지 않으면 당사자의 출석없이 심리할 수 있다.

4) 결정의 내용과 효력

탄핵심판청구가 이유있는 때에는 헌법재판소는 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다. 그러나 탄핵결정이 민사상 또는 형사상의 책임을 면해주는 것은 아니다. 탄핵결정으로 파면된 자는 결정선고일로부터 5년간 공무원이 될 수 없다.

(5) 정당해산심판

1) 정당해산심판의 의의

정당은 국민의 정치적 의사형성에 커다란 영향을 주기 때문에 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 헌법의 기본질서를 파괴하는 위험정당은 해산되어야 한다. 정당해산심판권한을 헌법재판소에 부여한 것은 헌법재판소가 헌법보장기능을 수행한다는 의미가 있는 한편, 정부의 자의적 판단으로부터 정당을 보호한다는 의미도 있다.

2) 심판청구

정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다. 정당해산심판청구에는 해산을 요구하는 정당의 표시와 청구의 이유를 기재한 청구서를 헌법재판소에 제출하여야 한다. 헌법재판소가 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 그 사실을 국회와 중앙선거관리위원회에 통지하고 그 청구서의 등본을 피청구인에게 송달하여야 한다.

3) 결정의 효력

정당해산심판청구가 이유있는 때에는 헌법재판소는 정당의 해산을 명하는 결정을 선고한다. 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그

정당은 해산된다. 헌법재판소의 정당해산결정은 단순한 확인적 효력이 아니라 형성적 효력을 갖는다. 정당의 해산심판에 관한 결정을 선고한 때에는 어느 경우에도 그 결정서 정본을 당사자에게, 그 등본을 국회와 중앙선거관리위원회에 각 송달하여야 한다. 정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 정당법에 따라 집행한다. 중앙선거관리위원회는 그 정당의 등록을 말소하고 지체없이 그 뜻을 공고하여야 한다. 해산된 정당의 재산은 국고에 귀속하며, 그 정당의 강령 또는 기본정책과 동일 또는 유사한 대체정당을 새로 만들지 못함은 물론, 다른 어느 정당도 해산된 정당과 같은 명칭을 사용하지 못한다.

6. 헌법재판소의 발전

헌법재판소는 헌법상 권한을 확대하기 위하여 노력하여 왔다. 그 중에서도 국회의 의결행위를 재량행위로 보면서 법률에 기속됨을 명확히 했고 대법원 규칙에 대하여 위헌심사를 했으며, 헌법재판소의 한정위헌결정에 위반하는 대법원 재판을 취소하는 등 그 심판권을 확대해 나갔다. 또 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원을 인정하여 사건을 배가시켰다. 헌법재판소는 헌법소원의 범위를 확장하여 관할권확립을 기하였다. 조약에 대한 헌법소원을 인정하였고, 행정입법에 대한 헌법소원, 국회의원이 국회의장을 상대로 한 권한쟁의 인정, 통치행위의 부인 등으로 관할권을 확대해 나갔다. 이러한 헌법재판소의 권한확대는 사건처리 통계에서도 나타나고 있다.⁷⁹⁾

헌법재판소는 개소 이후 활발한 결정을 하여 재판관 9인 전원을 상임으로 하는 데 성공하였고, 우여곡절 끝에 독립청사를 마련하였고, 권한을 확대해 나가 이제 국가기관 중에서 국민이 가장 신뢰하는 국가기관이 되었다. 이는 그 동안 헌법재판소장을 비롯한 헌법재판관들의 노력

79) 1988년에는 9월 1일부터 12월 31일까지 함께 39권 밖에 접수되지 않았으나 1989년에는 425건 1990년에는 362건, 1991년에는 264건, 1992년에는 392건, 1993년에는 385건, 1994년에는 347건, 1995년에는 476건, 1996년에는 552건, 1997년에는 538건, 1998년에는 657건, 1999년에는 924건, 2000년에는 968건, 2001년에는 1060건, 2002년에는 1006건, 2003년에는 1163건, 2004년에는 1214건, 2005년에는 1468건, 2006년에는 1705건, 2007년에는 1771건, 2008년에는 1132건, 2009년에는 1797건으로 사건수가 늘어났다. 헌법재판소, 사건통계, 헌법재판소 20년사.

의 결과였으며, 이제 세계유수의 헌법재판소로 자리매김하게 되었다.

정치사건의 처리에 있어서도 그 쟁점에 따라 관심의 초점이 되었다. 기실 헌법재판에 있어 그 권한사항에 관한 것은 정치적 의의가 큰 것이기 때문에 세간의 주목을 받아 왔다. 그 중 중요한 것을 들면 5·18 내란사건, 선거구획정사건, 노무현 탄핵사건, 국회의원과 국회의장의 권한쟁의사건, 이명박 후보의 특검사건, 노무현 헌법소원 사건, 미디어법 통과절차에 관한 권한쟁의사건, 한일어업협정사건, 이라크 파병사건 등을 들 수 있을 것이다. 이것은 주로 국회의 자율권, 대통령의 집행권, 전쟁권, 조약체결권 등에 관한 것이기 때문에 소위 정치문제에 속한 것이다. 이러한 정치적 사건의 경우에는 이해 당사자가 정치적 기관이기 때문에 처리에 어려움이 있었으나 무난히 처리한 것 같다. 그러나 노무현 대통령 탄핵사건,⁸⁰⁾ 국회의원과 국회의장 권한쟁의 등에서 권한침해는 인정하면서 법률의 유효를 인정한 사건 등에 대해서는 여·야의 많은 공격을 받았다.⁸¹⁾ 특히 정치적 문제에 대한 논란이 많았다. 현재는 정치를 재판해야 하는 기관이지 정치를 해서는 안 된다는 지적도 함께 나왔다.

II. 북한헌법의 헌법재판관련 제도 검토

1. 북한헌법의 개관

북한의 헌법교과서는 헌법을 정의하기를 “국가의 기본법이므로 보통법령 및 입법과 본질적으로 다르다. 또한 헌법은 입법의 법률적 기초이며, 최고의 법률적 효력을 지니고 그 채택과 수정에 있어서 특별한 절차를 두고 있다.”⁸²⁾고 하고 있다. 또한 북한은 헌법을 “국가사회제도, 국민의 기본적권리와 의무, 국가주권의 조직 및 실현과 관련된 사회관계를 규제하는 법”으로서 “국가의 기본법”이라고 한다. 이어 헌법의 계급적 본질과 사명은 그가 토대하고 있는

80) 안병진, 노무현과 클린턴의 탄핵정치학, 2004.

81) 임지봉, “헌법재판소에 대한 국민의 민주적 통제”, 「세계헌법연구」, 제13권 1호, 223면 이하. 김승환, “방송법사건과 헌법질서”, 프레시안, 2009. 11. 11.(수). 신평, 이국문, “헌법재판소에 다시 한번 기회를”, 한겨레신문, 2009. 11. 8.(일).

82) 윤중섭 외, 조선헌법, (평양: 고등교육도서출판사, 1963), 12면 장명봉, “북한의 1998년 사회주의헌법개정의 배경·내용·평가”, (공법연구 제27집 제2호, 1999. 6), 81면.

사회경제제도와 국가의 계급적 본질에 의하여 규정되며, 북한헌법은 “우리나라 사회주의법체계에서 주도적 부분을 이루고 있으며 공화국의 기본법”이라고 정의한다.⁸³⁾ 아울러 헌법이 보통법령 및 입법과의 본질적인 차이로는 국가의 기본법령으로서 입법의 법률적 기초라는 점, 최고의 법률적 효력을 갖는 점, 그 채택 및 수정에 있어 특별한 절차를 부여한 점 등을 들고 있다.⁸⁴⁾ 북한은 사회주의헌법의 역할에 대하여, 북한에서는 당과 정부의 정책을 옹호하며 혁명의 전취물을 지키는 프롤레타리아독재의 무기로서의 ‘진압적 역할’과 온 사회를 혁명화·노동계급화하는 강력한 수단으로서의 ‘조직동원적·사상교양적 역할’을 강조한다.⁸⁵⁾ 결국 북한의 사회주의헌법은 프롤레타리아독재의 무기로서의 ‘진압적’ 및 ‘통제적’ 기능을 수행함과 동시에 ‘조직동원적’ 및 ‘교양적’ 기능을 수행한다는 것을 강조한다.

북한에서 법은 “사회주의에 대한 우리 인민의 지향과 염원의 반영이며 인민대중중심의 우리식 사회주의제도를 옹호고수하기 위한 계급투쟁의 위력한 무기”라고 하며, 사회주의국가사회제도는 “사회주의 법률제도이며 사회주의법은 사회주의제도의 확립과 그 공고발전의 법률적 담보”라고 강조하고 있다.⁸⁶⁾ 그러면서 북한의 법은 당과 수령, 사회주의제도를 보위하는 것이 근본사명이라는 점을 강조하며, 최근 선군시대의 요구에 맞게 사회주의법의 기능과 역할을 강화하여야 한다고 주장하고 있다. 북한에서 법은 당정책과 근로인민대중의 의사와 요구를 반영하는 인민적인 사회주의법이며, 이는 온 사회에 혁명적인 제도와 질서확립의 법률적 기초라는 성격에서 비롯하는 것이라고 한다. 현실적으로 북한에는 정치, 군사, 경제, 문화 등 국가사회생활의 모든 분야에 정연한 법제도와 질서가 확립되어 있으며 사회주의헌법에 기초하여 모든 부문, 모든 단위들에 해당하는 법규범과 규정, 세칙들이 제정되어 있다고 하고, 선군시대 발전의 요구에 맞게 법규범과 규정들을 제정, 수정, 보충, 폐지하는 법체계사업이 진행되고 있다고 강조하고 있다.⁸⁷⁾ 이를 보면, 북한에

83) 조선민주주의인민공화국 사회과학원 법학연구소 편, 「법학사전」(평양: 사회과학출판사, 1971), 681면.

84) 윤중섭 외, 「조선헌법」(평양: 고등교육도서출판사, 1963), 12면.

85) 「주체의 사회주의헌법리론」(평양: 사회과학출판사, 1977), 47면.

86) 김경현, “사회주의법무생활을 강화하는 것은 선군시대 혁명과 건설의 중요한 요구”, 「김일성종합대학학보: 력사 법학」, 제55권 2호 (평양: 김일성종합대학출판사, 2009), 104~105면.

87) 위의 글, 106면.

서 시대적 변화에 따라 법제도의 제정 및 개정작업이 추진되고 있으며, 이른바 사회주의법제사업의 강화에 의해 많은 법령들이 정비되고 있음을 알 수 있다. 특히 김정일체제의 출범과 함께 많은 법령이 제정되고 개정된 것은 2004년과 2006년 북한법령집의 발간을 통해서도 알 수 있다. 결국 북한도 시대상황의 변화에 맞게 이에 상응한 법령의 개폐를 강화하고 있다.

북한은 이른바 ‘주체혁명의 새시대’로서 선군시대의 요구에 맞게 사회주의 법제사업 및 사회주의법무생활의 강화를 강조하고 있다. 이는 곧 법을 통한 당의 주체적인 법사상과 법정책의 실현으로 국가주권과 사회주의체도를 옹호 고수하는 것이며 궁극적으로 이른바 ‘사회주의강성대국건설구상’을 실현하는 일이다.⁸⁸⁾ 결국 한마디로 사회주의법의 실현과 강화는 북한의 정치체제의 수호를 위한 것임을 알 수 있다.

2. 북한의 사회주의헌법

북한의 헌법사를 보면, 이번 개정을 포함하여 여섯 개의 헌법으로 대별해 볼 수 있다.

첫째는 북조선인민회의 특별회의(1948. 4. 28)에서 ‘조선민주주의인민공화국 헌법초안’을 채택하고, 이 초안을 북조선인민회의 제5차회의(1948. 4. 9)에서 북한지역에 실시하기로 한 ‘임시헌법’이다. 둘째는 최고인민회의 제1기 1차회의(1948. 9. 8)에서 제정· 공포한 북한의 첫 정식헌법인 ‘조선민주주의인민공화국 헌법’(‘인민민주주의헌법’ 내지 ‘1948년헌법’)이다. 셋째는 1948년헌법이 24년간 시행되다가 폐지되고, 최고인민회의 제5기 1차회의(1972. 12. 27)에서 채택한 ‘조선민주주의인민공화국 사회주의헌법’(‘사회주의헌법’ 내지 ‘1972년헌법’)이다. 넷째는 최고인민회의 제9기 3차회의(1992. 4. 9)에서 사회주의헌법을 시행해온지 20년만에 대폭 개정한 헌법이다.⁸⁹⁾ 다섯째는 1998년에 개정된 헌법(‘김일성헌법’)이다. 그리고 여섯째는 2009년 헌법개정이다.

북한은 1998년 9월 5일 최고인민회의 제10기 제1차회의에서 헌법수정·보

88) 이에 대해 법을 제정, 수정, 보충하는 사업은 언제나 선군시대 혁명발전의 요구, 당의 정책적 요구를 반영하여야 하고 광범한 군중의 의견을 받아들이고 실천에서 이루고 지고 검증된 질서를 고착시켜 법화하여야 한다고 강조한다. 위의 글, 108면.

89) 1992년 헌법까지의 북한헌법의 변천에 관해서는 張明奉, “北韓憲法 50年 : 變化와 持續”, 『憲法學研究』, 제4권 제1호(韓國憲法學會, 1998. 6), 259~290면.

충에 대한 의안을 결정하고, 양형섭 대의원(전 최고인민회의 의장)이 헌법 수정·보충에 대한 보고를 한 후 헌법초안을 낭독한데 이어 수정·보충된 헌법을 대의원 전원일치의 찬성으로 채택하고,⁹⁰⁾ 이를 바로 방송을 통해 공표하여 그 내용이 즉시 알려졌었다.⁹¹⁾ 그러나 2009년 개정헌법에 대해서는 그러한 과정이 생략되어 많은 추측을 불러일으켰다. 이번 헌법개정은 북한이 1948년 헌법 이후 9차 개정에 해당되나, 1972년 ‘사회주의헌법’을 채택한 이후로부터 1992년에 1차개정, 1998년 2차개정에 이어 3차개정을 한 것이다.

3. 2009년 헌법개정의 배경과 의미

(1) 배경

북한은 1998년 김정일체제의 공식출범 이후 11년간의 김정일체제의 사실상의 1인지배체제와 헌법상의 권력구조상의 차이를 헌법적으로 제도화할 필요가 있었으며, 이번 개정으로 명실상부한 김정일 1인지도체제의 헌법규범화를 단행한 것이다. 북한의 헌법개정사실은 많은 변화내용에 대한 기대를 모았었다. 그러나 김정일 국방위원장을 중심으로 한 권력체제의 변화에 중점을 두고 다른 부분은 최소한의 개정에 그친 점은 북한체제에 대한 기대와 우려를 함께 바라보게 한다. 북한의 1990년대에 이루어진 두 차례의 헌법개정은 당시의 시대적 상황을 반영하여 북한의 정치체제의 수호와 경제회생이라는 과제를 이행하기 위한 제도적 개편이라는 특징적 내용을 반영하였다. 다시 말해 두 개정헌법은 북한의 향후 정책방향을 제시하는 것으로 현실변화에 대한 헌법적 정당화를 도모하고, 제반 정책목표의 헌법적 근거를 제시하여 왔다. 개정헌법은 김정일시대의 법적 토대를 형성하는 기본규범으로 제시된 것이었다. 이런 면에서 2009년 개정헌법은 김정일체제의 안정적 기반형성과 함께 북한 정치체제의 향후 구도와 관련하여 관심이 높았던 것이 사실이다. 그러나 개정헌법에는 김정일체제의 후계구도와 관련한 구체적인 규정은 없다. 그렇다고 해석상 개편된 권력체제의 내용이 전혀 무관하다고 할 수 없다.

90) 『민주조선』(조선민주주의인민공화국 정부기관지), 1998년 9월 6일, 4면.

91) 이번 개정헌법은 과거와 달리 채택 즉시 방송 및 신문 등을 통해 대내외에 공표되었다. 개정헌법의 全文은 『로동신문』(조선로동당 중앙위원회 기관지), 1998년 9월 6일, 7~8면; 『민주조선』, 1998년 9월 6일, 7~8면.

오히려 북한이 처한 대내외적인 위기국면에 적극 대처하기 위한 국가체제의 개편에 대한 필요성이 증대되었기 때문에 헌법개정을 한 것이라고 할 수 있다. 다시 말해 김정일체제의 확고한 통제체제를 강화함으로써 북한의 사회주의체도를 수호하기 위한 권력기반을 강화하려하기 위함이다. 2011년 12월 김정일 국방위원장의 사망으로 김정은 체제가 북한에 자리잡는 과정에서 이러한 북한헌법의 배경과 내용은 당분간 유헌체제의 지속에 의해 그대로 북한에 유효한 이념으로 제시되어 있을 것으로 보인다.

(2) 의미

2009년 헌법개정의 의미를 전체적인 면에서 다음의 몇 가지로 나누어 간략하게 살펴볼 수 있다.

1) 김정일 일인지배체제의 헌법제도화

북한은 1990년대에 들어서면서 급격한 대내외적 환경변화에 따라 정책변화를 시도하는 과정에서 김일성주석의 사망(1994. 7)을 계기로 하여 정치체제도 변화하게 되었다. 북한의 정치체제의 변화는 이른바 ‘수령의 유일지배체제’가 지속되는 것으로 김일성에 이은 김정일체제로의 전환인 것이었다. 기실 북한에서 김일성이 생존한 가운데 주체사상에 입각한 ‘혁명적 수령관’과 ‘수령의 계승론’에 의해 김정일체로의 권력승계는 기정사실화되어 있었으며, 공식적인 김정일체제의 출범을 준비하고 있는 상태였다. 북한에서 김정일체로의 권력승계의 과정은 북한헌법의 개정을 통하여 살펴볼 수 있다. 1990년대 두 차례 이루어진 북한의 사회주의헌법의 개정배경과 내용은 바로 김정일체제의 수립을 위한 포석과 출범에 있음을 알 수 있다. 1992년 헌법개정은 김정일체제를 고려한 법적 포석으로 이루어진 것이며, 김일성의 사망 이후 이른바 유헌통치기가 지난 다음 1998년 단행된 헌법개정은 바로 김정일체제의 공식적 출범을 대내외에 공표하는 것이었다.

이후 11년이 지난 현재 김정일국방위원장은 북한의 최고직책의 지위에서 북한의 당·군·정에서의 실질적인 최고 권자에서 북한을 통치하여 왔다. 그래서 1998년 헌법개정으로 1972년 헌법상 주석의 일인지도제에서 집단지도체제의 형식으로 국가기관체계의 개편은 현실과 괴리를 이루었다. 2009년 헌법개정으로 바로 김정일의 일인지배체제와 헌법상 국방위원장의 지위를

헌법적 제도화를 통해 일치시키고 있다. 따라서 2009년 개정헌법은 한마디로 김정일의 일인지배체제의 공고화를 반영한 헌법개정이라 할 수 있다.

2) 김정일지도노선의 강화: 지도이념으로서 ‘선군사상’의 명시

북한은 김정일의 유일체제에 상응한 조치의 하나로서 김정일의 이른바 우리식 사회주의의 실현을 위한 이념적 조성으로서 ‘선군정치의 사상화’를 강조해왔다. 이와 관련하여 북한에서는 김정일에 의해 정식화되었다고 하는 선군정치를 사상이론으로 체계화하는 작업을 진행하여 왔다.⁹²⁾ 북한의 1992년 헌법개정은 북한의 유일한 지도사상으로서의 주체사상과 그에 기초한 ‘우리식 사회주의’를 강조한 데에서 엿볼 수 있다. 그간 북한에서 김정일은 김일성주석이 창시한 주체사상의 재해석·재구성을 통해 이를 이론적으로 체계화함으로써 이른바 북한식 사회주의의 이상형을 제시하고, 김정일지도노선을 구축함과 동시에 후계권력체제의 기반을 공고히 해왔다.⁹³⁾ 특히 김정일은 여타 사회주의체제의 몰락에 따른 대응논리로써 ‘우리식 사회주의’를 표방하고 체제고수를 위해 이의 강화를 강조하였다. ‘우리식 사회주의’는 다른 사회주의체제의 붕괴에 대응하여 주체사상을 강조한 것으로서 김정일 지도노선을 반영한 것이라 할 수 있다.

북한은 대내외적인 위기국면에서 체제의 안정화를 기하기 위한 대안의 하나로서 북한의 정치·사회·경제 등 전 분야의 군사적 성격, 즉 선군정치⁹⁴⁾와 체제 군사화를 강화하였다. 그 핵심적인 내용은 ‘선군정치를 통한 강성대국⁹⁵⁾의 건설’이었다. 김정일은 이를 통해 위기관리체제로서의 군사화 체제를

92) 이와 관련한 북한자료로는 김인옥, 「김정일장군 선군정치리론」, 평양: 평양출판사, 2003을 비롯하여 김재호, 「김정일강성대국건설전략」, 평양: 평양출판사, 2000; 김철우, 「김정일장군의 선군정치」, 평양: 평양출판사, 2000; 「사회주의강성대국건설사상」, 조선평양, 2000; 김봉호, 「위대한 선군정치」, 평양: 평양출판사, 2004; 고초봉, 「선군시대 혁명의 주체」, 평양: 평양출판사, 2005; 「우리 당의 선군정치」, 평양: 조선로동당출판사, 2006 등을 들 수 있다.

93) 고성준 외, 「전환기의 북한사회주의」, 대왕사, 1992, 46~50면.

94) 북한은 선군정치를 “군대를 중시하고 그를 강화하는 데 선차적 힘을 넣는 정치”, “인민군대의 위력에 의거하여 혁명과 건설의 전반사업을 힘있게 밀고 나가는 정치”로 정의하고 있다. “정론 - 강성대국”, 『로동신문』, 1998년 8월 22일; “노숙하고 현명한 정치로 사회주의를 빛내여 나가는 위대한 영도자”, 『로동신문』, 1998년 10월 19일. 이는 북한지도부가 역사적으로 지속된 군사국가화를 토대로 1990년대 들어 심화된 위기상황에 대응하여 체제의 생존과 안정, 나아가 강화를 위해 선택한 국가운영방식이라 할 수 있다. 김용현, “북한 체제 군사화의 정치·사회적 기원: 1990, 1950년대를 중심으로”, 『통일문제연구』, 제13권 1호, 평화문제연구소, 2001년 상반기호, 255면.

95) 강성대국은 북한이 김정일 시대의 본격 개막을 알린 최고인민회의 제10기 1차 회의를 앞둔 1998년 8월 22일 로동신문을 통해 공식 제기한 국가전략 목표의 하나이다. 강성대국

작동하였으며, 그 수행을 통해 이를 사상적 이념화로 발전시킨 것이다. 이미 김정일은 이른바 ‘사회주의강성대국건설사상’을 내세웠다고 한다. 이는 “시대의 위대한 혁명전략이며 필승불패의 혁명적 기치로서 령도자”인 김정일만이 제시할 수 있는 위대한 혁명사상이라고 한다.⁹⁶⁾ 그리고 이는 “인류력사에 류례가 없고 그 누구도 상상할 수 없는 기상천외한 혁명전략이며 만인이 경탄해마지않는 위대한 전국강령”⁹⁷⁾이라고 한다. 그러면서 사회주의강성대국은 사회주의사상, 정치, 군사, 경제 강국이라고 한다.⁹⁸⁾ 그러나 이 사상은 김일성의 재보를 기초로 하고 있으며, 이를 이룩하기 위한 원칙은 당의 영도적 역할의 강화, 사상중시노선의 견지, 선군정치의 철저한 구현, 과학기술중시기풍의 확립 등에 있다고 한다.⁹⁹⁾

특히 선군사상을 주체사상과 병렬적으로 명시하여 김정일이 김일성 수령과 동일한 반열에 서 있다는 점을 과시하고 있다. 물론 선군사상은 새 시대의 이념이라고 하면서도 주체사상으로부터 비롯된 것임을 강조하고 있다. 전반적으로 헌법개정을 하였지만 기존의 김일성의 유훈통치의 범위를 완전하게 벗어나 있지는 않다는 점을 읽을 수 있다.

3) 공산주의 이념 삭제(주체이념의 강화)

무엇보다 이번 헌법개정에서 공산주의라는 표현을 삭제한 것은 북한이 이미 선행로동계급이론으로서 맑스-레닌주의의 낙후성을 비판하고 이 보다 독창적인 혁명사상으로 주체사상을 내세운데 기인한다. 이미 북한은 1992년 헌법개정을 통해 맑스-레닌주의의 표현인 이른바 프롤레타리아독재, 프롤레타리아국제주의 등을 삭제한 바 있다. 이와 관련하여 북한헌법상 사회주의의 이상형으로 공산주의의 실현을 위하여 공산주의 이념을 명시하고 있었으나 이를 삭제하였다. 무엇보다 구소련의 체제전환과 여타 사회주의국가의 변화과정에서 사회주의의 궁극목표인 공산주

은 “국력이 강한 나라, 그 어떤 침략자도 감히 범접할 수 없는 무적의 나라”로 규정되며, “사상과 정치, 군사의 강국일 뿐 아니라 경제의 대국으로, 통일된 조국으로서 무한대한 국력을 가진 사회주의강국” 건설 논리로 구체화되었다. 이는 현재의 위기관리체제에서 주민들에게 낙관적인 미래를 제시하는 한편, 군사주의적 바탕 위에서 경제문제를 해결하겠다는 강한 열망의 표현으로 보인다. “정론-강성대국”, 「로동신문」, 1998년 8월 22일자; “위대한 당의 령도 따라 사회주의강성대국을 건설해나가자”, 「로동신문」, 1998년 9월 9일.

96) 「사회주의강성대국건설사상」, 앞의 책, 3면.

97) 위의 책, 5면.

98) 위의 책, 21~60면.

99) 위의 책, 79~124면.

의의 실현이 사실상 무산된 현실을 반영하고, 선행노동계급이론의 전개 과정을 비판해온 북한이 공산주의 이념을 내세우는 것은 주체사상과 선군사상의 핵심내용이 선행노동계급이론을 뛰어넘는다는 내용에도 부합하지 않다는 점을 고려한 것이라 할 수 있다.

4) 김일성유일지배체제의 계승

국방위원장의 헌법상 지위를 격상시킴으로써 김정일국방위원장의 헌법적 지위를 권력현실과 규범을 일치시키는 조치를 취하고 있다. 그러나 실질적인 선군정치와 선군사상의 이론적 정립과정을 보면, 여전히 김정일체제는 김일성의 그림자에서 벗어나지 못하고 있음을 알 수 있다. 헌법개정을 통해 김정일의 지도이념을 주체사상의 반열에 놓고 있음에도 여전히 북한의 헌법은 ‘김일성헌법’으로 명명되어 있다. 전반적으로 김일성의 유훈통치의 은둔성에서 벗어나 김정일의 통치가 이루어지고 있음에도 김정일은 김일성의 창시적 사상과 이론에 머물러 있다. 결국 정치체제에서 김정일은 현실적으로 막강한 지위에서 일인지배의 권한을 부여받았음에도 불구하고 김일성의 유일지배체제의 정형에서 벗어나지 못하고 있는 실정이다. 이 점은 김정일의 후계권력체제와도 연관하여 관심이 높다. 그래서 이번 헌법개정과 김정일 후계체제의 등장과의 연관하여 권력구조의 특색 등을 조명하고자 하는 시도가 많아 보인다.

5) 경제조향의 불변: 경제정책의 지속적 추진

2009년 헌법개정은 북한경제면에서 대내외적인 변화요인이 많음에도 불구하고 기대와 달리 1992년과 1998년 개정헌법의 경제관련조항의 개정이 이루어지지 않았다. 경제조향에 대한 헌법개정이 없는 데에는 최소한 현상태의 경제개선조치를 취하면서 지속적인 대외경제개방을 취하고자 하는 북한의 의도를 읽을 수 있는 대목이다. 최소한 외국인투자의 확대와 중국 내지 베트남 식의 경제개혁을 가능하게 하는 조치를 취할 수 있는 내용을 담고 있다. 이를 근거로 북한은 경제부문에서의 개혁과 개방을 충분히 확대할 수 있다.

6) 인권중시 명시

이번 헌법개정에서 ‘인권’이라는 표현을 명기함으로써 북한이 헌법상 기본권의 강화를 위한 기본적인 자세변화를 보이고 있는가에 대해 주목된다.

인권이 포함하고 있는 문면상 의미와 기초원리로서의 개념에 비추어 볼 때, 민주주의원리의 기초에서 보는 인권의 개념과 내용을 북한헌법에서 담고 있는 것이라면 대단한 의미를 부여할 수 있다. 그러나 지금까지 북한이 주장하고 있는 북한인권관에 따르는 것이라면, 그 내용은 자못 다르게 보아야 한다는 점을 고려하여야 한다.

이러한 북한의 현행 사회주의헌법의 의미와 내용은 북한에서 김정일에 이어 이른바 ‘김정은 체제’의 향방에 따라 그 이념과 내용의 변화가능성을 말할 수 있다.

4. 북한의 헌법재판제도 검토

(1) 북한의 재판소제도 개관

북한의 재판소 제도의 특징은 우리와 대비하여 보면 재판원의 선출제, 인민참심원제도, 3급 2심제의 변칙적 관할제도, 한정된 재판업무수행, 군중정치사업의 수행, 영장주의의 배제, 재판소의 독자성, 국가중재 재판제도의 운용 등을 들 수 있다. 통상재판소의 판사와 모든 재판소의 인민참심원은 모두 해당 인민회의 또는 군무원·종업원회의에서 선출·소환되며 제1심 재판에는 인민참심원2명이 재판원으로 참가하여 직업판사 1명과 동등한 권한을 행사하고 있다. 재판소조직은 최고재판소,¹⁰⁰⁾ 도(직할시) 재판소, 인민재판소 및 특별재판소인 군사재판소, 철도재판소의 3급으로 조직·구성되어 있으나 단심 또는 제2심 재판으로 사건이 종결되며 상고가 허용되지 않는다.

헌법재판, 행정재판, 선거재판의 개념은 인정되지 않고 민사재판의 상당부분을 국가중재재판으로 해결하고 있다. 북한의 재판소는 우리의 법원보다 훨씬 한정적인 재판업무를 수행하고 있으나 동시에 재판업무 이외에 신소·청원의 처리, 법령해설사업, 자료폭로사업, 법률상담 등 군중정치사업까지 수행하고 있다. 영장주의가 배제되어 재판소는 인신의 구속에는 전혀 관여하지 않고 있다.

재판원의 독립이 인정되지 않고 재판소의 형식적 독자성만 인정되므

100) 중앙재판소였으나 2010년 헌법개정으로 최고재판소라고 명칭을 변경하였다.

로 대부분의 재판이 재판소내의 집단적 토의를 거치고 있다. 북한의 재판소에는 단독재판이 없으며 이를 보완하기 위해 재판준비절차를 강화하고 있는 것도 하나의 특징이다.

북한은 경제기관·기업소·단체사이의 인민경제계획에 기초한 계약에서 발생하는 분쟁은 행정기관인 국가중재기관에서 해결하고 있다. 국가중재재판은 명칭만 중재이지 그 본질은 민사재판에 다름 아니며, 중재합의와 중재원의 선정을 표징으로 하는 자본주의국가의 일반적인 중재제도와는 완전히 다른 것이다.

(2) 북한의 헌법재판 제도의 부재

북한은 자유민주주의 국가의 구성 원리인 권력분립의 원칙을 인정하지 않고, 민주주의 중앙집권제로 표현되는 ‘권력통합의 원칙’을 통치원리로 천명하고 있다. 북한헌법은 제5조에서 “조선민주주의인민공화국에서 모든 국가기관들은 민주주의 중앙집권제 원칙에 의하여 조직되고 운영된다.”고 규정하여 민주주의중앙집권제 원칙을 천명하고 있다. 이 원칙에 따라 국가권력은 김정일을 정점으로, 조선노동당, 국방위원장 등에 집중되고, 이러한 기관들의 통일적 지도하에 각 하부 주권기관과 집행기관, 재판 및 검찰기관과 같은 국가기관이 일정한 내용의 국가권력을 분담 행사하도록 하고 있다.

이에 비추어 보면, 북한식 민주주의 중앙집권제에서 재판을 행하는 사법작용은 행정작용처럼 프롤레타리아독재를 실현하기 위한 하나의 집행작용에 해당되므로, 사법부의 독립과 사법작용의 독자성이라는 개념은 이상론에 불과하다. 이런 시각에서 본다면 국민의 실질적인 기본권을 보장하는 ‘헌법재판’이라고 하는 것이 존재할 가능성은 전혀 없다. 실제로도 북한 헌법상 우리의 헌법재판 내지 헌법재판제도와 유사한 것을 찾을 수 없다.

그렇지만 향후 통일국가의 헌법재판 제도의 도입 내지 확대와 관련한 논의를 하기 위한 전 단계로서 북한의 헌법재판에 대한 최소한의 헌법해석의 여지나 관행을 찾아 볼 수 있다. 그러나 사정은 그러하지 못하다. 북한헌법과 법률규정에서 헌법재판제도에 대한 논의를 찾을 수 없

고, 여타 북한의 각종 문헌 등을 살펴보다도 북한의 헌법재판에 대한 명확한 표현은 물론 그 내용조차 찾기 힘들다.

다만 포괄적인 재판소의 임무를 규정한 북한헌법 제156조 제1호는 “재판활동을 통하여 조선민주주의인민공화국의 주권과 사회주의제도, 국가와 사회협동단체 재산, 인민의 헌법적 권리와 생명재산을 보호한다.”고 명시하고 있다. 이는 내부적으로는 헌법재판을 행하고 있는 것과 같은 인상을 줄 수 있다. 또한 현행 북한헌법과 재판소구성법에 의하면, 북한의 사법체계는 특이한 군사재판소와 철도재판소를 제외하고는 최고재판소를 최고법원으로 하는 일반법원형임을 알 수 있다.

그렇다면 만약 북한 당국이 국제사회의 북한 인권문제에 대한 비판에 대응하여 국제사회와 국제적인 인권단체 등의 감시 등을 의식하여 형식적이거나 헌법재판을 시행하게 되는 경우를 예상할 수 있다. 이를 가정할 때 북한의 현재의 사법체제를 기초로 하여 보면, 일반법원에서 사법심사를 담당하는 일원화된 사법심사 제도를 택할 가능성이 크다고 할 것이다. 그렇지만 북한에서 사법의 독립성이 보장되지 않고, 위헌법률심사제도가 생소한 환경에서 단기간 내에 헌법재판 제도를 도입한다는 것은 현실적으로 어렵다.

제 3 절 현행 헌법재판소의 통일관련 판결례 분석

남북관계의 법적 성격과 북한의 법적 지위에 대한 사법부의 견해를 대법원의 판결과 헌법재판소의 결정에 비추어 살펴본다. 이러한 판결례는 현재 우리의 사법부가 가지고 있는 북한 및 남북관계에 대한 법적 판단이라 할 수 있다. 이를 두고 여전히 시각의 차이에 의해 당해 판결에 대한 평가는 엇갈리고 있다.

I. 남북관계와 사법적 판단¹⁰¹⁾

1. 남북관계와 법치주의

1045년 일제로부터 해방된 이후 한반도가 남북한으로 분단되고 6·25 전쟁을 거치면서 동서진영의 냉전이 격화됨에 따라 남한과 북한은 상이한 이념과 체제를 채택하여 상대방을 규범적으로 인정하지 않았다. 따라서 남북한 사이에 발생한 다양한 문제들은 그것이 법률적 쟁점을 포함하고 있음에도 불구하고 법률적 판단이 아닌 고도의 정치적 결단과 타협에 의해 해결하여 왔다. 이는 남북한이 분단되어 상이한 법이념과 법률체계를 채택하여 상대방을 규범적으로 인정하지 않는다는 현실과 냉전이데올로기에 바탕을 둔 국제정세를 고려할 때 이러한 문제들을 사법적 판단을 통하여 규율한다는 것이 현실적으로 한계가 있다는 점에 기인한다.

그러나 이러한 국내외적 현실은 자유민주주의와 법치주의에 바탕을 둔 평화통일의 원칙을 심각하게 위협하는 요인이 될 수 있다. 즉 남북한관계에서 발생하는 다양한 문제들을 법치주의의 틀 안에서 해결하지 않고 그때그때의 정치상황에 따라 통치행위의 차원에서 해결함으로써 남북한관계의 법적 안정성과 예측가능성이 없게 되고, 남북한관계가 정

101) 이효원, “남북한관계에 대한 판례의 분석”, 「법학」, 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011. 9. 1~36면.

치적으로 이용될 위험성이 있다는 것이다.¹⁰²⁾

제2차 세계대전 직후 치열하게 전개되었던 동서진영의 냉전체제가 1990년대 이후 종결됨에 따라 남북한은 남북기본합의서를 체결한 이래 다양한 분야에서 남북교류협력을 추진하였다. 2000년 이후에는 남북교류협력은 급격하게 발전하여 양적으로나 질적으로 새로운 양상을 맞이하게 되었다. 예컨대 남북관계의 법적 지위와 성격에 관련된 공법적 영역의 문제뿐만 아니라 남북이산가족의 상봉과 북한이탈주민의 증가로 남북한 주민사이에서도 가족 및 상속관계와 관련하여 여러 법적 문제가 발생하게 되었다.

2. 판례 동향 분석의 의미

남북관계의 변화는 남북한관계를 규율하는 규범체계에도 반영되었다. 즉 남북한관계가 발전함에 따라 남북한 사이에 법적 분쟁이 발생할 여지가 많아지게 되었다. 이러한 법적 문제를 해결하는 법률체계도 많이 정비되어 구체적 사건에 대한 사법적 판단이 가능하게 되었다. 또한 현행 헌법에 의하여 신설된 헌법재판소에서도 위헌법률심판과 헌법소원 등 헌법재판을 통하여 남북한 관계와 남북교류협력에 대한 다양한 판례를 축적하고 있다. 한편 남북교류의 확대와 그에 따른 사법적 판단이 증가하고 있음에도 불구하고 북한이 불법단체로 활동하는 규범영역에 있어서 국가보안법을 적용하는 판례도 계속 나오고 있다.¹⁰³⁾

남북관계에 대한 사법적 판단을 분석하고 평가하는 것은 자유민주적 기본질서와 법치주의에 따른 평화통일을 달성하기 위하여 매우 중요한 의미가 있다.

첫째, 남북한관계에 대한 사법적 판단은 남북한관계의 현실을 정확하게 인식할 수 있는 지표를 제시한다. 헌법규범과 모순된 헌법현실에서

102) 실제로 통일문제와 관련하여 남북한 간 최초의 합의라고 할 수 있는 1972년의 '7·4 남북공동성명'은 남한에서는 유신헌법을 채택하고, 북한에서는 사회주의헌법을 제정함으로써 남북한이 공히 정권안보적 차원의 권력체제를 강화하는 방편으로 이용되었다는 평가가 있다.

103) 헌법재판소는 종전의 입장과 달리 북한에 대한 이중적 지위를 인정함으로써 국가보안법의 해석을 엄격히 하고 있다.

북한과 북한주민의 법적 지위를 남북한 특수관계론이라는 헌법적 규범을 기준으로 파악함으로써 국가의 안전보장의 필요성과 남북교류협력의 현실을 규범조화적으로 이해할 수 있는 것이다.

둘째, 법치주의의 기초 위에서 남북한 관계를 안정적으로 발전시켜 나갈 수 있는 규범적 기준을 도출할 수 있다. 법치주의는 헌법적 가치를 내용으로 하는 법률의 제정과 그 법률에 의한 국가작용을 의미하지만 사법적 판단을 통하여 그 규범적 의미가 확인된다. 남북한관계에 대한 사법적 판단은 평화통일에 대한 정책을 입안하고 집행하는 국가권력으로 하여금 헌법적 가치질서를 준수하도록 통제하고 남북한관계에 있어서 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 있도록 한다.

셋째, 남북한교류협력을 법제도적으로 지원하고 평화통일을 달성하는 기준과 지침을 제공한다. 남북한관계에 대한 사법적 판단을 분석함으로써 남북한 특수관계론을 보다 구체화하고, 이를 통하여 남북한 관계에 관한 사안에서 국가권력과 개인이 결정하고 행동하는 규칙을 발견할 수 있을 것이다. 이러한 규범적 기준은 남북교류협력을 촉진하고 평화통일을 달성하는 데 기여할 것으로 기대되며, 남북한관계를 규율하는 중요한 선례가 되어 평화통일의 과정과 그 이후에 필요한 법제통합의 기초가 될 것이다.

현재에도 남북한 관계에 관한 다양한 법률적 문제가 계속하여 발생하고 있다. 이에 따라서 헌법재판소와 대법원의 관련 판례도 축적되고 있다. 현재까지 축적된 사법부의 판례는 남북한 관계에 발생한 모든 유형의 사안을 다루고 있는 것은 아니지만 이를 통하여 남북한 관계의 과거와 현재의 규범적 위치를 가늠해 볼 수 있다. 또한 이를 토대로 한 사법적 분석은 남북한 관계의 미래적 상황에 대비하여 발생할 것으로 예상되는 다양한 법적 분쟁의 해결 기준을 도출하는 데에 도움이 될 것이다. 당연하게 이러한 분석은 통일관련 헌법재판의 영역에서도 헌법적 쟁점에 대한 적절한 법률적 해결의 방향을 설정하여 나아가는 데에 중요한 지표를 제공할 것이다.

II. 헌법규범에 대한 판례¹⁰⁴⁾

1. 북한의 법적 지위에 관한 판결

북한을 법적으로 어떻게 볼 것인가에 대하여는 우선 국가보안법과 남북교류협력법에 대한 헌법재판소와 대법원의 판례로부터 그 입장을 알 수 있다. 이러한 판례들을 분석함에 있어서 남한과 북한과의 관계발전에 관한 역사적 구분을 해보는 것은 의미있는 분석을 가능하게 한다. 이하에서는 건국 후 이른바 국가보안법시대, 현행 헌법이 도입되어 민주화가 시작된 후 6·15 남북공동선언이 이루어진 2000년까지의 교류협력시대, 그리고 2000년 이후의 남북발전시기로 나누어 고찰하기로 한다.¹⁰⁵⁾

(1) 국가보안법 시기(1948-1987)

현행 헌법이 도입된 1987년까지 북한에 대한 법적 지위에 관하여는 대법원이 국가보안법과 관련된 수많은 판결들을 통하여 북한의 반국가단체성을 확고하게 인정하여 왔다. 북한을 반국가단체로 보는 헌법적 근거는 헌법의 영토조항이다. 이는 영토조항을 근거로 하여 대한민국이 한반도의 유일합법정부이고 북한지역은 미수복지역으로 보는 학계의 입장과 일맥상통하는 것이다. 대법원은 “북한괴뢰집단은 우리 헌법상 반국가적인 불법단체로서 국가로 볼 수 없으나, 간첩죄의 적용에 있어서는 이를 국가에 준하여 취급하여야 한다.”¹⁰⁶⁾고 판시하고 있고, 국가보안법의 위헌여부에 관해서도 “헌법이 지향하는 조국의 평화통일과 자유민주적 기본질서를 부인하면서 공산계열인 북한공산집단 등 불법집단이 우리 나라를 적화변란하려는 활동을 봉쇄하고 국가의 안전과 국민의 자유를 확보하기 위하여 제정된 국가보안법이 헌법에 위배된다고 할 수 없다.”¹⁰⁷⁾판시한 바 있다.

104) 방승주, “헌법재판소와 법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가”, 「통일의 공법적 문제-독일통일의 회고와 한국 통일의 전망」, 제157회 국제학술대회(2010. 10. 8.) 자료집, 한국공법학회, 2010, 352~364면.

105) 이러한 시기분류는 도희근, “남북관계법제의 발전과 한계”, 「헌법학연구」, 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008. 9, 159~188면 참조.

106) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82도3036 판결

107) 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1784 판결

(2) 남북교류협력 시기(1987-2010)

현행 헌법에서 신설된 헌법재판소는 대법원이 확립한 북한을 반국가단체로 보는 판례의 입장에 기초하면서도 대화와 협력의 동반자라고 하는 소위 이중적 지위를 인정하는 함으로써 대법원 보다 북한의 실체를 인정하는 입장을 보였다. 헌법재판소는 “헌단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.”¹⁰⁸⁾라고 판시하였다.

즉, 헌법재판소는, “…… 북한을 반국가단체로 규정하고 있음을 전제로 한 위헌주장은 형사절차상의 사실인정 내지 법적용의 문제를 헌법문제로 오해한 것이어서, 이러한 주장은 남·북한관계의 변화여부에 불구하고 이유없는 것이다. 다만, 이 사건 심판청구 후에 있는 아래와 같은 사실들이 북한의 반국가단체성 인정에 어떤 영향을 미치는가 하는 점을 살펴보기로 한다.

1991년 9월 남·북한이 유엔에 동시가입하였다. …… 그것만으로 곧 다른 가맹국과의 관계에 있어서도 당연히 상호간에 국가승인이 있었다고는 볼 수 없다는 것이 현실 국제정치상의 관례이고 국제법상의 통설적인 입장이다. ……

또한 ‘남북기본합의서’는 …… 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국 간의 합의로서 남북당국의 성의가 있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다. ……

그리고 …… 남북교류협력에관한법률은 …… 남북교류와 협력을 목적

108) 헌재 1993. 7. 29. 선고 92헌바48 결정.

으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용하도록 되어 있어(제3조) …… 남북교류협력법 등이 공포·시행되었다 하여 국가보안법의 필요성이 소멸되었다거나 북한의 반국가단체성이 소멸되었다고는 할 수 없다.

그러므로 북한이 남북한의 유엔동시가입, 소위 남북합의서의 채택·발효 및 남북교류협력에관한법률 등의 시행 후에도 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 지금도 각종 도발을 계속하고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유를 수호하기 위하여 국가보안법의 해석·적용상 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.”¹⁰⁹⁾고 판시하였다.

(3) 남북관계발전 시기(2000-2010)

남북정상회담에서 6·15공동선언이 채택된 후 남북한 간의 교류와 협력이 활발해지고, 소위 4대 남북경협합의서 등 남북합의서가 발효되고, 남북관계발전에관한법률이 제정되는 등 남북관계는 획기적인 발전을 하였다. 이에 대법원도 2000년 이후에는 헌법재판소의 이중적 지위론을 받아들여 “…… 지금의 현실로는 북한이 여전히 우리 나라와 대치하면서 우리 나라의 자유민주주의 체제를 전복하고자 하는 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있고, 그들 내부에 뚜렷한 민주적 변화도 보이지 않고 있는 이상, 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 바로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다거나 국가보안법의 규범력이 상실되었다고 볼 수는 없다.”고 판시하였다.¹¹⁰⁾

이리하여 2000년 이후 헌법재판소와 대법원은 모두 북한을 반국가단체로서 뿐만 아니라 통일을 이루기 위한 대화와 협력의 동반자로서의

109) 헌재 1997. 1. 16. 선고 89헌마240, 92헌바6 결정.

110) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도7281 판결.

이중적 지위를 인정하였다. 그러나 남북관계가 활성화됨에도 불구하고 국가보안법 제8조에 대한 합헌입장이 근본적으로 바뀐 것은 아니다.¹¹¹⁾ 그럼에도 불구하고 주목할 점은 남북한 간의 교류가 활발해짐에 따라 남북한 특수관계론에 입각하여 북한을 ‘준외국’으로, 북한 주민을 ‘준외국인’으로 취급하는 대법원의 판결¹¹²⁾과 헌법재판소의 결정이 나오고 있다는 것이다.

헌법재판소는 “우리 헌법이 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 법 소정의 ‘외국’으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 ‘비거주자’로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다고 할 것이다.”¹¹³⁾라고 판시하였다.

(4) 평가

북한의 법적 지위에 관하여 분단국가의 현실상 이중적 지위를 인정하지 않을 수 없다고 하더라도 남북관계가 남북기본합의서에서 규정하듯이 “나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일로 나아가는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계”임을 부인할 수 없다. 그렇다면 이러한 남북한 특수관계론을 발전시켜 남북교류와 협력에서 발생하는 제반 법적 문제를 합리적으로 해결하려는 노력이 뒤따라야 한다. 영토조항에 대한 판단에서 이 조항이 북한의 반국가단체의 성격을 인정하는 근거인가에 관하여 헌법재판소는 명백하게 밝히고 있지 않음에 비해 대법원은 이를 인정하고 있다. 최근 판례의 동향은 남북관계의 진전 여하에 따라서는 북한을 반국가단체로 보지 않을 수도 있다는 점을 암시하고 있다.¹¹⁴⁾

이와 관련 대법원은 전술한 판시를 통해 헌법 제3조로부터 북한의 반

111) 헌재 2003. 9. 29. 선고 2000헌바66 결정.

112) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결과 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결.

113) 헌재 2005. 6.30. 선고 2003헌바114.

114) 대법원 2002도 5. 31. 선고 2002도1006 판결.

국가단체성이 당연히 도출되는 것은 아니라는 의도를 보여주고 있고, 이로부터 헌법 제3조의 규범력이 제4조와의 관계에 따라서 유동적일 수 있음을 엿볼 수 있다.

2. 북한주민의 법적 지위

북한주민의 법적 지위를 논의하는 데에 있어서는 북한주민이 대한민국의 국민에 해당하느냐의 문제가 핵심 쟁점이다. 이에 대한 문제는 본질상 법논리적으로 북한의 법적 지위 문제와 직접적 연관성을 가진다. 따라서 헌법 제3조 영토조항과 제4조 통일조항에 대한 해석론을 바탕으로 도출되는 북한의 법적 지위에 대한 판단에 따라 그 규범적 의미가 결정된다. 우리 헌법과 국적법은 북한주민의 법적 지위에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 있다. 1997년 1월 13일 제정된 ‘북한 이탈주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률’(이하 ‘탈북자지원법’이라고 함)에 따르면 ‘북한이탈주민’(탈북자)에 대한 정의규정을 됴으로써 간접적으로 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 북한주민의 법적 지위에 대하여는 우리 헌법과 관련 법률의 규정, 북한의 국내법적 지위 등을 고려하여 판단하여야 한다.

(1) 대법원과 헌법재판소의 입장

대법원은 헌법 제3조를 근거로 북한주민도 당연히 대한민국 국민으로 인정하고 있다. 즉, 대법원은 “조선인을 부친으로 하여 출생함으로써 남조선과도정부법률 제11조 국적에 관한 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것이고, 설사 원고가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 1977. 8. 25. 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 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 이러한 사정은 원고가 대한민국 국적을 취득하고, 이를 유지함에 있어 아무런 영향을 끼칠 수 없다.” 고 판

단하였다.¹¹⁵⁾

헌법재판소 역시 이러한 대법원의 입장을 따르고 있는 것으로 보인다. 즉, 국적법 제2조 제1항 제1호 위헌제청 결정에서 헌법재판소는 위 대법원의 판결과 이미 국내에 들어 와 있는 북한주민의 대한민국국적을 인정하는 데 아무런 문제가 없다는 외교통상부장관의 의견을 인용한 후, 원심판결이 제청신청인의 모가 조선인을 부로 하여 태어났기 때문에 대한민국 국민임을 인정하였다는 점을 그대로 받아 들여 국적법상 부계혈통주의의 위헌여부에 관하여 판단하였다.¹¹⁶⁾ 또한 재외국민의 선거권부여에 관한 공직선거법 위헌여부 결정에서 “대법원 판결에 따르면 북한주민이나 조총련계 재일교포도 유일 나라 국민이라는 점에는 의문이 없으므로……”라고 판시¹¹⁷⁾하고 있고, “국토가 분단되어 남북한이 대치하고 있는 상황에서 모든 재외국민에게 선거권을 인정한다면 북한주민이나 조총련계 재일동포들도 선거권을 행사함으로써 국가의 안위 및 국민의 생존, 자유가 위협받을 수 있고, 재외국민에 대한 체류국의 정책과 충돌함으로써 외교적 마찰이 발생할 수 있다.”고 판시¹¹⁸⁾하여 북한주민이 대한민국의 국민임을 전제하고 있다.

아울러 헌법재판소는 탈북의료인으로 하여금 의료면허를 부여해야 할 것인지의 문제와 관련하여 영토조항에도 불구하고 북한의 대학이 우리나라의 대학이라고 할 수 없는 점, 그리고 북한의 의과대학을 졸업한 탈북의료인의 경우 의료인으로서의 능력과 수준을 갖추었는지를 판단하는 것은 입법자의 사항이며, 곧바로 영토조항으로부터 그러한 입법을 해야 할 입법의무가 도출되는 것은 아니라고 하였다. 즉, “의료법 제5조는 의사면허 등 의료면허의 취득에 관하여 규정하면서 국내대학 졸업자와 외국대학 졸업자를 구별하여 그 요건을 달리 정하고 있는데, 북한의 의과대학이 헌법 제3조의 영토조항에도 불구하고 국내대학으로 인정될 수 없고 또한 보건복지부장관이 인정하는 외국의 대학에도 해당하지 아니하므로, 북한의 의과대학 등을 졸업한 탈북의료인의 경우 국내 의료

115) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1226.

116) 헌재 2000. 8. 31. 선고 97헌가12.

117) 헌재 1999. 1. 28. 선고97헌마253·270(병합).

118) 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644·2005헌마360(병합).

면허취득은 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률 제14조에 의할 수 밖에 없다. 그러나 위 조항도 북한이탈주민의 자격인정과 관련하여 포괄적인 규율을 하고 있을 뿐, 결국 의료법 등 관계법령이 정하는 바에 따라 자격인정 여부가 결정되므로 탈북의료인의 국내 면허취득에 관하여는 명확한 입법이 없는 상태이다. …… 따라서 청구인과 같은 탈북의료인에게 국내 의료면허를 부여할 것인지 여부는 북한의 의학교육 실태와 탈북의료인의 의료수준, 탈북의료인의 자격증명방법 등을 고려하여 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 규율한 사항이지, 헌법조문이나 헌법해석에 의하여 바로 입법자에게 국내 의료면허를 부여할 입법의 무가 발생한다고 볼 수는 없다.”고 판시¹¹⁹⁾ 하였다.

(2) 평가

탈북주민과 같이 남한에 거주하고 있는 북한주민의 경우 이미 대한민국 국적을 인정하는 데에는 원칙적으로 커다란 문제가 없을 것이다. 그러나 확일적으로 모든 북한주민들에게 대한민국 국적을 인정하는 것은 무리이며, 실효성도 없다. 만일 영토조항을 근거로 북한주민도 모두 대한민국 국민이라면, 개성공단이나 금강산관광지구에 체류하고 있는 북한주민들에 대해서도 모든 대한민국 법률을 적용해야 할 것이다. 그러나 이것은 정상적이고도 평화적인 남북의 교류협력을 위해서 비현실적인 논리전개에 불과하다. 따라서 남북의 교류협력과 관련한 영역에서는 남북한 특수관계를 인정하여 남북합의서의 내용에 따라 남북한 법의 적용여부의 문제를 사전에 조정할 필요성이 있다. 다만, 이러한 남북한 특수관계론에 의할 경우 북한주민에 대하여 대한민국 헌법의 보호를 받고 모든 기본권의 보장을 받는 지위를 부당하게 축소하거나 제한하는 방향으로 적용될 가능성을 배제할 수 없다.¹²⁰⁾

따라서 북한주민은 헌법 제3조에 따라 원칙적이고 범규범적으로 대한민국 국민으로 인정되고, 헌법 제4조에 따라 그 특수한 지위가 반영되

119) 헌재 2006 11.30. 선고 2006헌마679

120) 이와 관련하여 동서독 기본조약의 위헌여부를 판단한 독일연방헌법재판소가 동독주민에 대한 서독기본법의 적용에서 부당한 축소 내지 제한된 적용이 있어서는 안된다는 점을 전제로 한 동서독기본조약의 합헌성을 인정한 판례를 참고할 필요가 있다. BVerfGE 36. 1.이에 관해서는 후술한다.

는 것으로 이해할 수 있다. 즉, 정치적 통일체로서 국가를 구성하는 국민의 국적 귀속의 문제는 국가의 기본요소로써 고도의 안정성이 요구되어 규범영역에 따라 달라질 수 없다. 그러므로 북한주민에 대하여 일정한 규범영역 안에서 특수한 법적 지위를 인정하는 것도 대한민국 국민으로서의 법적 지위를 기본으로 하고, 구체적인 사안에서는 남북관계의 특수성을 반영하여 법률의 근거에 따라 특별한 취급을 할 수 있다는 의미로 해석되어야 한다. 헌법재판소도 국적법에 대하여 “국적은 국가와 그의 구성원 간의 법적 유대(法的紐帶)이고 보호와 복종관계를 뜻하므로 이를 분리하여 생각할 수 없다. 즉, 국적은 국가의 생성과 더불어 발생하고 국가의 소멸은 바로 국적의 상실 사유인 것이다. 국적은 성문의 법령을 통해서가 아니라 국가의 생성과 더불어 존재하는 것이므로, 헌법의 위임에 따라 국적법이 제정되나 그 내용은 국가의 구성요소인 국민의 범위를 구체화, 현실화하는 헌법사항을 규율하고 있는 것이다.”¹²¹⁾고 판시하였다.

3. 국제평화주의, 국제법 존중, 국군의 사명

(1) 대법원과 헌법재판소의 입장

우리 헌법은 전문과 제4조 등에서 평화통일주의, 국제평화주의, 국제법 존중, 국군의 정치적 중립 등을 기본원리로 채택하고 있다. 이에 의해 남북관계와 통일에 대한 국가정책의 집행은 국제평화주의와 국제법 존중주의와 규범적으로 조화를 이루어야 한다. 이에 따라 대법원은 “북한은 아직도 우리나라의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있는 현 상황에서 국가보안법이 북한을 반국가단체로 규정한 것이 우리 헌법이 천명한 국제평화주의나 평화통일의 원칙과 모순되는 헌법이라 볼 수 없다.”¹²²⁾고 판시하고 있다. 또한 헌법재판소도 “국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유를 수호하기 위하여 국가보안법의 해석·적용상 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된다고 볼

121) 헌재 2000. 8. 31. 선고 97헌가12.

122) 대법원 1991. 11. 22. 선고 91도2341.

수 없다.”¹²³⁾고 결정하였다.

남북관계 또는 평화통일에 대한 구체적인 정책결정은 남북한의 국내 외적인 상황에 따라 가변적이며, 고도의 정치적 고려나 결단이 반영될 것이 예상된다. 그래서 남북한관계와 통일에 대한 정책결정은 이른바 통치행위로 인정될 가능성이 크다. 그동안 법원은 주로 대통령의 비상계엄선포행위에 대하여 통치행위를 인정한 사례가 있었는데, 내재적 제약설, 권력분립설, 자유재량행위설, 사법자제설에 따라 판단한 것으로 이해되었다. 대법원은 ‘12·12 군사반란과 5·18 내란 등 사건’에서 “대통령의 비상계엄의 선포나 확대행위에 대하여 통치행위성을 인정하지만 그것이 국헌문란의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 경우에는 법원이 그 자체가 범죄행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심사할 수 있다.”¹²⁴⁾고 판시하였다. 또한 대법원은 ‘대북송금 사건’에서도 통치행위 자체의 개념을 인정하면서도 그 요건과 범위를 엄격히 제한함으로써 사법심사의 대상에서 제외하는 범위를 최소화시키고 있다.

한편 헌법재판소는 외국에 대한 파병결정과 군사훈련에 대한 헌법소원사건에서 통치행위의 개념을 인정하지만 대법원에 비하여 그 요건을 구체적으로 제시하였다. 즉 헌법재판소는 2004년 4월 29일 결정한 ‘일반사병 이라크파병 위헌확인사건’에서 다음과 같이 결정하였다. 즉, “헌법은 대통령에게 다른 나라와의 외교관계에 대한 권한과 함께 선전포고와 강화를 할 수 있는 권한을 부여하고 있고(제73조) 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 국군을 통수하는 권한을 부여하면서도(제74조 제1항) 선전포고 및 국군의 외국에의 파견의 경우 국회의 동의를 받도록 하여(제60조 제2항) 대통령의 국군통수권 행사에 신중을 기하게 함으로써 자의적인 전쟁수행이나 해외파병을 방지하도록 하고 있다.

이 사건과 같은 외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반상황을 고려

123) 헌재 1997. 1. 16. 선고 89헌바240.

124) 대법원 1997. 4. 17. 선고 81도874 판결.

하여 향후 우리나라의 바람직한 위치, 앞으로 나아가야 할 방향 등 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다.

따라서 그와 같은 결정은 그 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관이 관계분야의 전문가들과 광범위하고 심도 있는 논의를 거쳐 신중히 결정하는 것이 바람직하며 우리 헌법도 그 권한을 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고 그 권한행사에 신중을 기하도록 하기 위해 국회로 하여금 파병에 대한 동의여부를 결정할 수 있도록 하고 있는 바, 현행 헌법이 채택하고 있는 대의민주제 통치구조하에서 대의기관인 대통령과 국회의 그와 같은 고도의 정치적 결단은 가급적 존중되어야 한다.

이 사건과 같은 파견결정이 헌법에 위반되는지의 여부 즉 세계평화와 인류공영에 이바지하는 것인지 여부, 국가안보에 보탬이 됨으로써 궁극적으로는 국민과 국익에 이로울 것이 될 것인지 여부 및 이른바 이라크 전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이며, 우리 재판소의 판단이 대통령과 국회의 그것보다 더 옳다거나 정확하다고 단정짓기 어려움은 물론 재판결과에 대하여 국민들의 신뢰를 확보하기도 어렵다고 하지 않을 수 없다. …… 살피건대, 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 출공 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다. …… ”¹²⁵⁾고 판시하였다.

(2) 평가

대법원과 헌법재판소가 남북한 관계와 통일에 대한 국가정책의 결정과 집행에 대하여 그것이 통치행위인지의 여부에 관하여 직접적으로 판단한 사례는 대법원이 판결한 ‘대북송금 사건’이 유일하다. 하지만 남북한 특수관계론에 따른 북한의 법적 지위의 특수성을 고려할 때 앞으로 예상되는 위와 같은 국가정책의 구체적 내용은 고도의 정치적 고려나 결단에 의하여 결정될 것이다. 또한 대통령은 남북한관계의 발전과 국제정세에 따라서 통일에 대한 중요 정책에 대하여는 국민투표에 붙일 수도 있다. 이러한 점을 고려할 때 대법원과 헌법재판소가 통치행위에 대한 개념과 요건에 대하여 규범적인 기준을 구체적으로 제시하는 것은 바람직한 것이라 평가된다. 이러한 기준은 남북한관계와 통일정책에 대한 사법심사에 대하여 그대로 적용될 수 있다.

4. 남북교류협력에 관한 판례

(1) 남북교류협력법

남북교류협력에 관한 법률을 적용한 판례는 이 법률이 제정된 1990년 이후부터 나타났고, 남북교류협력이 다양한 분야로 확대되면서 증가하였다. 대법원은 남북교류협력법상의 협력사업자 승인을 받지 않고 협력사업을 시행한 것은 이 법률에 위반되며 통일원장관의 반입승인을 받지 아니하고 반입하려다 미수에 그친 범죄행위로 인하여 취득한 물건은 형법 제48조 제1항 제2호의 물수의 대상이 된다고 판단하였다.¹²⁶⁾ 또한 남한주민이 북한주민 등과 접촉할 의도나 계획을 가지고 있고 그러한 접촉가능성이 객관적으로 존재하는 경우라면 그 접촉에 앞서 통일부장관의 승인을 얻어야 하며 단지 그러한 접촉의 상대방이 구체적으로 특정되어있지 아니하거나 접촉의 성사가능성이 다소 유도적인 상태에 놓여 있다는 이유만으로 사전승인을 받을 필요가 없는 것은 아니라고 하였다.¹²⁷⁾

125) 헌재 2004. 4. 29. 선고 2003헌마814 결정.

126) 대법원 1995. 5. 23. 선고 93도1750.

헌법재판소도 남북교류협력법의 적용을 받는 교역이란 교역당사자간 즉, 남북 간의 물품이동(단순히 제3국을 경유하는 경우를 포함한다)의 경우에만 적용되는 것이고 단순경유지가 아닌 북한 이외의 제3국으로부터 남한에 도착한 물품에는 관세법 등이 적용된다고 보아 제3국을 단순히 경유하지 않고 제3국에서 수입통관 후 국내에 반입된 물품은 남북교역 대상 물품으로 취급되지 않고 일반수입물품으로 취급된다고 판시하였다.¹²⁸⁾

(2) 행정법관계 관련¹²⁹⁾

남북관계에 있어서 행정법적 쟁점이 사법적 판단의 대상이 되었던 것은 북한에서 행정법적 효과로서 취득한 의사면허 등에 대하여 남한에서 그 법적 효과를 인정할 것인지에 관한 경우가 대부분이었다. 대법원은 북한에서 의약업자의 자격을 취득하고 남한으로 이주한 자가 남한에서 그 자격을 취득하기 위하여 위 특별법에 따라 국가시험에 응시자격 인정신청을 한 것에 대하여 행한 행정처분에 대하여 위 특별법의 효력이 종료된 후에는 항고대상이 되지 않는다고 판시하였다.¹³⁰⁾ 또한 한의사자격시험에 응시하기 위하여 북한의 의학전문학교를 졸업하였다는 내용의 허위내용의 이력서와 학력보증 증명서를 제출한 자에 대하여 한의사면허처분을 한 것은 하자있는 처분이므로 그 한의사면허를 취소하는 행정처분은 적법하다고 하였고,¹³¹⁾ 일제시대 북한에서 침구사시험에 합격하여 그 자격을 인정받은 자는 의료법에서 규정하는 의료유사업자자격증의 갱신교부신청을 할 수 있으며 그가 월남할 때 침구사자격증을 북한에 두고 가져오지 못하거나 북한당국에 빼앗겨서 소지하지 않은 경우에 이를 보건사회부 공고에서 말하는 자격증분실자와 같이 볼 수는 없다고 판시하였다.¹³²⁾

1990년 남북교류협력법이 제정된 이후 남북한 사이에 주민의 왕래와

127) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도6484

128) 헌재 2006. 7.27. 선고 2004헌바68

129) 대법원 1996. 11. 12. 96누1221

130) 대법원 1988. 12. 27. 선고 87누547

131) 대법원 1975. 12. 9. 선고 75누123

132) 대법원 1977. 8. 23. 선고 76누315

물품의 교역이 증가함에 따라 이와 관련한 행정법적 쟁점에 대하여 사법적 판단도 증가하고 있다. 대법원은 대한민국 국민은 출입국관리법 제46조에서 규정하는 강제퇴거명령이나 보호명령의 대상이 될 수 없음에도 불구하고 북한주민인 대한민국 국민에 대하여 강제퇴거명령이나 보호명령을 한 경우에는 그 하자가 중대하지만 그가 중국여권을 소지하고 있어 일응 중국국적을 보유하고 있는 자라고 판단할 만한 외관을 가지고 있었던 이상 그 하자가 객관적으로 명백한 것이라고는 할 수 없으므로 당연무효라 할 수 없고, 다만 취소할 수 있을 뿐이라고 판시하였다.¹³³⁾

(3) 민사법 관련: 혼인과 상속관련¹³⁴⁾

남북한은 분단 이후 냉전체제를 거치면서 정치군사적 대결구도가 고착됨에 따라 상대방을 법적으로 인정하지 않았기 때문에 민사법분야에서는 교류협력이 전혀 이루어지지 않았다. 따라서 민사법 분야에서 남북한의 관계와 관련된 판례는 남북한의 교류협력과정에서 발생한 것이 아니라 분단과 6.25 전쟁 과정에서 미수복 지구의 농지개혁과 관련하여 발생한 토지소유권의 정비 등 토지소유권을 확정하기 위한 것과 이산가족의 발생과 관련하여 부재신고와 가호적을 통한 혼인관계의 정비를 위한 것이 대부분이었다. 대법원은 남북한의 분단과 특수성을 고려하여 의미 있는 판결을 하였다. 즉 대법원은 “북한에 거주하여 생사불명인 자를 남한에 거주하다가 행방불명인 것처럼 허위로 주소를 기재하여 공시송달을 통해 확정판결을 받아 소유권이전등기를 경료한 것은 비록 허위의 주소를 기재하였다 하더라도 적법한 공시송달의 방법에 확정판결의 기판력을 갖고 있으므로 재심에 의하여 취소되지 않는 한, 위 판결에 기한 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다.”고 판시¹³⁵⁾하였으며, “1951. 2.경 남북되어 약 17년간 연락도 두절되어 있던 원고가 이 사건 매매계약에 관한 대리권을 수여할 수는 없는 것이고, 그러한 원고 가족의 상황을 잘 알고 있었던 자에게, 당시 원고가 이 사건 매매계약에 관

133) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누 1221

134) 헌재 2010. 7. 29. 선고 2009헌가8

135) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카1958

한 대리권을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 존재하였다고 볼 수는 없다.”고 판시¹³⁶⁾하였다.

대법원은 남북한 주민의 혼인과 상속에 대하여도 많은 판결을 하였으나 그 대부분은 군정법령 제179조에 의한 가호적에 의한 취적과 부재선고 등에 관한 특별조치법의 해석과 적용에 관한 것이었다. 이에 대해 대법원은 “호적법 제120조가 규정하는 법원의 허가에 의한 호적정정은 그 정정할 사항이 경미한 경우에 한하고 그 정정할 사항이 친족법상 또는 상속법상 중대한 영향을 미치는 것일 경우에는 간이한 호적정정절차에 의할 수 없고, 반드시 확정판결에 의하여서만 정정할 수 있다는 것이 당원의 견해인 바(당원 1984. 10. 11자 83스33 결정, 1987. 5. 8.자 86스29, 30, 31 결정 등 참조), 위법한 이중호적을 말소하여 본래의 호적으로 단일화하기 위한 경우에도 그 정정으로 인하여 신분관계에 중대한 영향을 미치는 사항이 정정되는 경우에는 역시 확정판결에 의하여서만 정정될 수 있다고 할 것이다.

현재의 남북관계상황에서는 민사법과 관련하여 남북한 사이에서 발생하는 사안에 대한 사법적 판단은 이산가족의 상봉과 그로 인한 혼인과 상속에 관한 사항에 국한되고 그 밖에는 많지 않을 것으로 예상된다. 그러나 향후 북한의 체제변화 등 남북한관계의 획기적인 변화와 발전이 있을 경우에는 남북한 사이의 민사법 분야에서도 다양한 법적 분쟁이 발생하고 이를 해결하는 과정에서 사법적 판단이 다수 필요할 것이다. 이러한 의미에서 남북한 민사문제에 관한 법률충돌과 남북한 이산가족의 재결합에 따른 혼인 및 상속에 관한 법률분쟁을 해결하는 규범적 기준을 마련할 필요가 있을 것이다.

이와 관련하여 대법원은 최근 남한 주민이 북한에 소재한 토지를 상속받았다는 이유로 소유권확인과 국가 명의의 소유권보존등기의 말소를 청구한 것에 대하여 소송물이 특정되지 않았다는 이유로 기각하였으나 북한에 소재한 토지라도 정당한 법률상 권원이 있고 그 대상 토지를 특정할 수 있으면 그 소유권을 인정할 수 있다고 판단한 것으로 볼 여지도 있어 북한에 소재한 토지와 관련한 법적 권리의 기준을 제시¹³⁷⁾한

136) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다95861.

것으로 평가된다.

또한 서울가정법원이 북한에 있는 자녀들과 남한에 있는 부 사이의 친생자관계를 인정한 것이나 헌법재판소가 중혼취소 소송과 함께 위헌 법률심판제청신청을 통해 중혼취소 청구권자에서 직계비속을 제외한 것이 위헌이라고 결정¹³⁸⁾한 것은 중요한 의미가 있다. 즉, 헌법재판소는 심사기준에서, “이 사건 법률조항은 중혼의 취소청구권자를 규정하면서 직계비속을 취소청구권자에 포함시키지 아니한 것인데, 앞서 본 바와 같이, 중혼의 취소청구권자를 어느 범위까지 포함할 것인지 여부에 관하여는 입법자의 입법재량의 폭이 넓은 영역이라 할 것이어서, 이 사건 법률조항이 평등원칙을 위반했는지 여부를 판단함에 있어서는 자의금지 원칙 위반 여부를 심사하는 것으로 족하다고 할 것이다(헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268, 283-285 등 참조).

…… 따라서 직계존속을 중혼취소청구권자로 규정하면서도 중혼의 취소에 대하여 상속권 등과 관련하여 법률적인 이해관계가 이에 못지않게 크다고 볼 수 있는 직계비속을 중혼취소 청구권자에서 제외한 것은 우리 헌법이 제정 당시부터 헌법적 결단을 통하여 용인하지 않기로 한 가부장적 사고에 바탕을 둔 것으로서 합리성을 인정하기 어렵다고 할 것이다.” 고 판시하였다.

헌법재판소의 헌법불합치결정의 대상사건에서 서울가정법원은 남북한 사이의 섭외적 법률관계에 대하여 국제사법을 그대로 적용할 수는 없지만 실질적 관련성을 고려하여 국제사법의 규정을 유추적용하여 재판관할권과 준거법을 정할 수 있다는 입장을 확인하였으며, 망인의 직계비속이 망인의 남한에서의 제2의 혼인을 취소청구하는 것이 권리남용에 해당할 수 있다고 판결한 것은 남북한 특수관계론의 입장을 구체적으로 적용한 사례라 할 것이다.

5. 남북합의서에 대한 판례

(1) ‘남북기본합의서’의 법적 성격

137) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다87641.

138) 헌재 2010. 7. 29. 선고 2009헌가8.

‘남북기본합의서’에 대하여 대법원과 헌법재판소는 이를 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하며, 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다고 하면서 그 법적 구속력을 인정하지 않았다.¹³⁹⁾ 즉, 헌법재판소는, “청구인은 또 이 사건 법률조항이 남북합의서의 자유로운 남북교류협력조항에 반하여 헌법에 위반된다고 주장하고 있으나, 일찍이 헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인 바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과”하다고 판시하였다.¹⁴⁰⁾ 대법원도 “남북합의서는 ……남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다”고 판시¹⁴¹⁾하여 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다는 것을 명백히 하였다.

남북기본합의서에 대한 이와 같은 사법적 판단은 1972년 동서독이 체결한 동서독기본조약에 대하여 서독연방헌법재판소가 동독과 서독의 내부관계를 규율하는 국제법성 조약으로서의 성격을 인정하여 법적 구속력을 부여한 것과 대비된다.

비록 우리 헌법재판소와 대법원은 남북기본합의서의 체결절차 및 형식과 체결 이후의 현실적 상황 등을 종합적으로 고려해볼 때, 남북기본합의서의 조약으로서의 성격은 인정되기 어렵다고 판시하고 있으나,¹⁴²⁾ 최소한 남북기본합의서는 남북한 당국이 평화통일을 지향하는 과정에서 성실하게 이행하고 준수하여야 할 규범으로서의 성격을 가진다는 점에서 매우 중요한 의미가 있다고 할 것이다.

139) 헌재 2008. 7. 20. 선고 98헌바63, 대법원 1999. 7. 23. 98두14525.

140) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23.

141) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결.

142) 이에 대한 비판으로는 박정원, 이석범, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 『법학논총』. 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011. 8, 145~196면 참조.

(2) 기타 남북합의서의 법적 성격

현재까지 남북기본합의서 이외의 남북합의서에 대하여 헌법재판소나 법원의 판결은 없다. 남북한 사이에 체결된 투자보장·이중과세방지·청산결제·상사분쟁해결절차 등에 대한 '4개 경협합의서'와 그 이행을 위하여 체결된 9개의 후속합의서는 남북한 당국이 법적 구속력을 갖는다는 의사에 따라 체결하였음을 인정할 수 있는 점, 남북한 당국이 조약체결 방식으로 합의를 체결하고 그 후속조치를 취한 점, 남북한이 각각 국회의 동의와 최고인민회의 상임위원회의 결정 등 최고입법기관의 동의 또는 승인을 받는 등 합의서의 효력발생 규정에 따라 발효에 필요한 절차를 거친 점, 법률적 효력이 있다는 것을 전제로 법률제정 절차에 관한 법률에 따라 공포되고 관보에 게재된 점 등에 비추어 법적 구속력이 있는 조약으로서의 성격을 가진다는 점에서는 학설이나 실무상 그 견해가 일치하고 있다.

향후 남북한 사이에 체결되는 각종 합의서 중에서 국민의 권리와 의무에 직접 영향을 미치는 내용이 포함되어 국회의 동의를 받아야 하는 합의서가 증가할 것이며, 남북교로협력의 확대 및 진전에 따라 남북한 간 각종 합의서의 법적 효력에 관한 법적 판단이 요구되는 구체적인 사건도 다수 발생할 것으로 예상된다. 남북한이 체결하는 남북합의서는 헌법과 남북관계발전에 관한 법률에 따라 규율되며, 그 법적 성격과 효력도 그에 따라서 결정될 것이다. 이러한 의미에서 남북한이 체결한 남북합의서는 실체법적으로나 절차법적으로 헌법과 관련 법률규정을 준수하여야 하며, 이와 함께 남북한관계를 실효적으로 규율하는 법규범으로 기능할 수 있도록 남북한에 의하여 제대로 이행되어야 할 것이다. 헌법재판소와 법원도 남북합의서가 이와 같이 실효적으로 기능할 때에야 비로소 구체적 사건에서 법적 효력을 인정할 것이다.

6. 개성공업지구·금강산관광지구 관련 판례

(1) 법률적용에 대한 합의서

개성공업지구와 금강산관광지구는 북한이 실효적으로 지배하는 지역

이며, 남한의 주권적 효력이 실질적으로 미치지 않는 지역이다. 그러나 주로 남한주민이 체류하면서 부분적으로 북한주민과 함께 생활하고 있어 이곳에서 발생하는 각종사건과 법적 분쟁에 대하여 어떠한 법률체계를 적용되는지가 중요한 쟁점이 된다.¹⁴³⁾

개성공업지구와 금강산관광지구의 법률적용과 관련하여 주목할 것은 형사사건에 있어서 남한주민이 북한의 법률을 위반한 경우에는 원칙적으로 북한의 형사사법권을 배제하고 남한의 형사사법권을 적용하도록 하고 있는 것이다. 남북한은 2004년 1월 29일 ‘개성·금강산 출입·체류 합의서’를 체결하였다. 이 합의서는 제2조에서 “인원은 지구에 적용되는 법질서를 존중하고 준수한다.”고 규정하고, 형사법의 적용에 대하여 10조 제1항에서 “북측은 인원의 신체, 주거, 개인재산의 불가침권을 보장한다.”, 제2항에서 “북측은 인원이 지구에서 적용되는 법질서를 위반하였을 경우 이를 중지시킨 후 조사하고 대상자의 위반내용을 남측에 통보하며 위반정도에 따라 경고 또는 범칙금을 부과하거나 남측지역으로 추방한다. 다만 남과 북이 합의하는 엄중한 위반행위에 대하여는 쌍방이 별도로 합의하여 처리한다.”, 제3항에서 “북측은 인원이 조사를 받는 동안 그의 기본적인 권리를 보장한다.”고 각각 규정하여 남한주민의 형사범죄와 신변안전보장에 대하여는 원칙적으로 강제추방을 규정하고 있다. 이는 이른바 속지주의의 예외로서 속인주의를 채택하여 남한이 재판관할권 등 원칙적인 형사사법권에 대한 조사권을 인정함으로써 형사사법권의 집행관할권의 일부를 인정하고 있다. 따라서 이 부분에 대한 구체적인 집행관할권의 범위와 한계 등에 대해서는 형사사법권 행사에 관한 구체적인 절차와 함께 이 남북합의서의 후속합의서를 체결함으로써 해결방안을 마련하여야 할 것이다.

아울러 법무부는 개성공단사업과 금강산관광사업을 추진하는 과정에서 남한 주민의 형사사건이 발생하고 있는 현실적인 상황을 고려하여 2005년 3월 14일 ‘개성공업지구 및 금강산관광지구에서 발생한 형사사

143) 2011년 8월말 기준으로 개성공업지구에서는 총 123개의 입주기업이 가동되고 있으며, 총 12억 달러 이상을 생산하였으며, 남한주민 800여 명과 북한주민 47,000여 명이 함께 근무하고 있다. 한편 금강산관광지구는 1998년 관광사업을 시작한 이후 193만명 이상의 남한주민이 관광을 다녀왔으나, 2008년 7월 이후 현재까지 중단된 상태이다.

건 처리지침'(법무부훈령 제512호)을 제정하여 시행하고 있다.

(2) 판례 분석¹⁴⁴⁾

개성공업지구와 금강산관광지구에서 발생한 사건에 대하여 대법원이나 헌법재판소의 판례는 아직 없다. 하급심에서 판결한 사례도 앞에서 검토한 바와 같이 대부분 형사사건이다. 그러나 개성공단과 금강산관광지구에서 발생한 사안으로서 민사사건으로 남한주민 사이에 발생한 투자금, 임대료, 공사대금, 보험금 등과 관련된 것이 있는데 이러한 것들은 남북한관계에 대하여 직접 판단하지는 않았으나 판결의 이유에서 남북한관계의 특수성이 반영되거나 북한법의 적용 등에 대하여 간접적으로 판단한 것이 있다. 다음에 그 내용을 간략하게 살펴본다.

첫째, 서울중앙지방법원은 개성공단에서 발생한 공장신축공사 도급계약과 관련하여 하도급 공사대금에 대한 채권 양수금 지급소송에서 피고의 주장을 배척하였다. 즉, 당사자들이 모두 국내법인 상법에 의하여 설립되었으며, 계약체결 당시에 국내법의 적용을 배제하고 북한의 개성공업지구 관리위원회가 제정한 건축 준칙을 적용하기로 명시적으로 약정하지 않았다는 것을 근거로 국내법의 적용이 배제되고 관리위원회가 제정한 건축 준칙이 적용된다는 이유로 판단하였다.¹⁴⁵⁾

둘째, 인천지방법원 부천지원은 개성공단에서 공동생산운영계약을 체결한 남한주민들 사이의 기계시설철거를 둘러싸고 발생한 점유·사용방해금지가처분 신청사건에서 채권자의 가처분 신청을 기각하였다. 그 이유는, “보전처분은 통상의 강제집행절차에 따라 집행이 가능할 것을 전제로 하는데, 이 사건 가처분 목적물이 북한에 소재하고 있는 점, 개성공업지구법 제1조가 개성공업지구는 원칙적으로 북한법이 적용되고 있음을 천명하고 있는 점, 우리나라와 북한간에 사법공조가 체결되어 있지 않는 현 상황에서 이 사건 가처분을 발령하더라도 그 집행을 담보할 방법이 없고, 이 사건 신청과 같은 단행적 가처분의 경우 피보전권리는 물론 보전의 필요성에 대한 고도의 소명이 요구되어 채무자의 항변이 인정되지 않는 무조건적 철거청구권의 존재가 명백하여 채무자의 정당

144) 이에 대해서는 이효원, 앞의 논문, 28-31면 참조.

145) 서울중앙지방법원 2010. 12. 16. 선고 2010가합39890.

한 권리가 침해될 가능성을 상정하기 어려운 사정 등이 존재하여야 하는데, 채무자가 채권자의 철거청구에 대하여 다투고 있다는 등의 이유로 보전의 필요성이 인정되지 않는다.”고 판단하였다.¹⁴⁶⁾

셋째, 금강산에서 발생한 교통사고와 관련하여 교통사고를 일으킨 직원이 소속된 회사가 보험회사를 상대로 종합보험계약에 따른 보험금지급을 청구한 사건에서 광주지방법원 목포지원은 재판관할권과 준거법에 대하여는 아무런 언급을 하지 않고, 피해자인 북한주민에 대하여 그 기대여명과 가동연한을 남한주민과 동일하게 인정하고, 군인인 피해자들의 소득은 개성공단 근로자들의 임금을 기준으로 하여 보험금액을 산정하였다.¹⁴⁷⁾

한편 형사사건의 경우에는 남한주민의 범죄에 대하여는 피해자가 북한주민인 경우에도 ‘개성·금강산 출입·체류합의서’에 따라서 남한이 형사사법권을 행사하고 있다. 특히 남한의 법원은 형법의 적용뿐만 아니라 교통사고처리특례법이나 산업안전보건법 등 행정법규의 위반행위에 대하여도 재판관할권을 가지고 그 준거법도 남한의 행정법규의 처벌규정을 적용하였다. 개성공업지구와 금강산관광지구라는 제한된 특정지역이지만, 남한주민이 장기간 또는 정기적으로 왕래하는 북한지역에 있어서 남한주민의 신변안전보장을 위한 기본원칙을 남북한이 법률적 효력을 갖는 합의를 통하여 마련하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 부여할 수 있다. 그러나 이러한 기본적인 원칙규정만으로는 법제도적 안전장치로서 부족하므로 이들에 대한 후속합의서와 후속조치를 통하여 남북한 간 합의내용을 보다 구체적으로 마련하여야 한다.¹⁴⁸⁾

7. 헌법합치적 해석의 필요성

(1) 남북관계에 대한 사법적 판단의 특징

146) 인천지방법원 부천지원 2008. 6. 11. 선고 2008카합369.

147) 광주지방법원 목포지원 2007. 10. 23. 선고 2006가합1539.

148) 예컨대 2008년 금강산관광지구에서 남한주민인 관광객이 피격되었을 때와 2009년 개성공단에 남한주민이 억류되었을 당시에 북한이 합의서의 내용을 준수하였다고 주장하였다. 그러나 그에 대한 구체적인 후속합의서가 마련되지 않아 실질적으로 유용한 법제도적인 장치로 기능하지 못하였다는 점을 고려하여 그 세부적인 후속조치가 시급하게 요청된다.

우리 사법부는 오랫동안 북한을 불법단체 또는 반국가단체로 인정하여 국가보안법의 적용대상으로 판단하였다. 그러나 남북한관계의 변화와 함께 남북한 사이에 교류협력이 확대되고 그와 관련된 법적 분쟁이 발생하게 되자 헌법규범과 현실을 조화롭게 해석하기 위하여 북한에 대하여 이중적 지위를 인정하기에 이르렀다. 이에 따라 사법부는 남북교류협력의 과정에서 발생하는 구체적 사건을 헌법적 가치에 따라서 합리적으로 해결할 수 있는 법률적용의 기준을 모색하게 되었다. 특히 현행 헌법에 의해 헌법재판소가 신설되어 개별적 법률차원이 아니라 헌법적 차원에서 남북한관계를 적실성 있게 규율하는 법률해석의 기준을 제시할 수 있는 제도적 장치가 마련되었다.

분단 이후 현재까지 이루어진 남북한 관계에 대한 사법적 판단은 다음과 같은 특징을 가지는 것으로 평가된다.¹⁴⁹⁾

첫째, 헌법재판소와 대법원은 헌법규범과 모순된 헌법현실에서 발생하는 다양한 법적 분쟁을 해결하는 과정에서 남북한 관계를 정확하게 이해하고, 평화통일을 지향하는 헌법적 가치를 실현할 수 있는 규범적 기준을 제시하여 왔다.

둘째, 대법원과 헌법재판소는 국가보안법과 관련된 사건을 통해 분단 국가의 특성을 고려하여 국가의 안전보장을 통한 자유민주주의를 수호하는 데에 큰 기여를 하였다. 특히 헌법재판소는 대법원과 마찬가지로 북한의 이중적 지위를 인정하면서도 국가보안법상 이적단체의 인정과 이적표현물의 요건에 있어 필요한 이적성의 기준으로 실질적 해악을 증명백한 위험성을 요구하고, 국가보안법의 해석과 적용에 있어서 헌법합치적 한정합헌 결정을 통하여 국가보안법의 남용을 통제하고 있다.

셋째, 남북한 교류협력이 확대됨에 따라서 다양한 분야에서 발생하는 남북한 관계의 법률적 쟁점과 분쟁을 해결하는 과정에서 평화통일의 헌법적 의미를 확인하고, 관련 법령의 해석지침을 제시하고 있다. 민사법 분야와 행정법 분야에서 남북한 관계에 관한 사법적 판단은 매우 적은 것이 현실이나 이산가족의 상봉과 생사확인으로 인한 가족관계와 상속에 관한 분쟁에서 사법부는 북한의 이중적 지위를 바탕으로 북한주민도

149) 이효원, 앞의 논문, 31~32면.

대한민국 국민이라는 것을 적극적으로 인정하면서도 교류협력의 규범영역에서는 북한의 실체를 인정하여 국제법 원칙을 적용하고 있다.

넷째, 개성공단사업과 금강산관광사업의 추진으로 인하여 형사사건을 중심으로 법적 분쟁이 계속적으로 발생하였으며, 이에 대하여는 남북합의서를 체결함으로써 법률충돌과 모순을 해결하고 있다. 그러나 앞서 지적하였듯이 개성공업지구에 대한 법령과 남북합의서는 미비한 실정이다. 또한 금강산관광지구는 2008년 7월 관광객 총격사건 이후 중단된 상태이다. 남북한간의 경험사업으로서 개성공단사업의 성공을 위해서는 법적 분쟁을 신속하고 합리적으로 해결할 수 있는 법제도적 장치가 구체화되어야 한다.

(2) 헌법재판을 통한 사법심사 지침 제시

우리 사법부가 그 동안 제시한 다양한 판례는 향후 남북한 관계의 변화와 평화통일의 과정에 있어서 중요한 판단의 지침과 기준이 될 것이다. 아울러 통일 이후의 사법통합과 법률통합을 실현하는 지침을 제공할 수 있다. 특히 앞으로 남북한 간 교류협력이 더욱 활성화되고 남북합의서가 발효되어 구체적으로 그에 대한 분쟁이 문제가 될 경우, 그 효력 상실의 문제는 북한과의 관계에서 신뢰의 문제를 야기할 수 있다. 이때 그러한 문제를 방지하고 합리적인 해결방안을 찾기 위해서는 합헌적 법률해석을 할 필요가 발생할 것이다.

이에 우리 헌법재판소는 국가보안법 제7조의 위헌여부에 대한 심판에 있어서 상당한 기본권침해의 소지를 확인하였음에도 불구하고 남북의 군사적 대치현실이 존재하고 있는 엄연한 현실을 감안하여 현실적이고 합리적인 판단을 하였다. 즉, 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 각 규정은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소 적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다고 하는 한정합헌을 내렸다. 이는 향후 통일과정이나 통일 이후 헌법재판소의 중요한 사법심사의 지침을 제시하는 것으로 매우 큰 의미를 부여하는 결정¹⁵⁰⁾인 것이다.

150) 헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가113. 이에 관해서는 앞서 설명한 바가 있다.

제 3 장 통일과정상 법적용 영역과 관련한 헌법적 쟁점

제 1 절 통일과정의 합헌성 판단

I. 일반적 고려사항

북한이 체제 내외적 요인으로 인하여 발생할 수 있는 급변사태는 통일의 상황으로 전개될 수 있으며 이에 대한 대응방안을 법제도적인 측면에서도 고려할 수 있다. 이른바 북한의 급변하는 사태로 전개될 수 있는 상황으로 생각할 수 있는 현상은 북한 정권이 주민들에 대한 통제기능을 상실하고, 자체적으로 국가질서를 유지하지 못할 정도로 민중 봉기 등의 상황이 발생하는 것을 예상할 수 있다. 그러나 이러한 상황이 발생하고, 대다수의 북한 주민이 남한으로의 병합을 원한다 하더라도 남한이 직접 개입하여 북한을 병합해서 통일로 연결시킬 수 있는 가능성이 얼마나 될지는 쉽게 예상하기 어렵지만, 그 가능성을 전혀 배제할 수도 없다. 현실적으로 김정일 위원장이 사망하고 김정은 체제가 들어서는 과정에서 김정은 체제의 정치적 불안정은 이러한 예상을 현실화시킬 수 있는 상황으로의 전개가 전혀 불가능하지는 않다는 점에서 일면 우려하면서 이에 대한 대안을 마련하여야 한다.

예상하건대 이러한 위기상황 국면이 현실화되면, 북한 정권이 중국에 군사적 지원이나 개입을 요청할 가능성이 매우 크다 할 것이다. 아울러 그 시점에서 국제사회의 여론이 중국의 일방적인 개입을 반대한다면 중국과 미국을 포함한 유엔이 개입하여 국가질서 유지기능을 담당하다가 북한지역에 새로운 정권을 수립할 가능성도 예상할 수 있다. 이 경우 새로운 정권의 노선에 따라 통일이 단기간에 이루어질 수도 있고, 오히려 더 어려운 상황으로 전개될 수도 있다. 이를 감안하여 이른바 북한의 급변사태가 남북한 통일로 연결되게 하려면 이에 대한 국제사회의 전폭적인 지지를 받을 수 있는 환경 조성을 사전에 다져나아가야 할 것이다.

이러한 어려움 속에서도 급변 사태가 남북통일로 이어질 경우 우리가 법제

통합이 이루어지고 이로 인한 헌법재판의 가능성이 있다는 점을 감안하여 예상되는 헌법적 쟁점에 대해 생각할 수 있다. 이 경우 가장 고려해야 할 요소는 위와 같이 통일한국의 이념과 체제를 자유민주적 기본질서에 부합하도록 하는 것이다. 그 외에 구체적인 통합 작업에 있어서 가장 염두에 두어야 할 것은 잘못된 법제 통합으로 인해 재분단의 위기가 초래되지 않도록 해야 한다는 것이다.

남북한이 통일된 후 재분단의 위기를 초래하지 않으려면 통일 시점에서의 국가안보 및 안정된 질서유지가 이루어져야 한다. 북한의 급변사태는 특히 북한 주민의 대량 탈북 사태로 이어질 가능성이 크다. 그러나 이들을 아무런 대책도 없이 남한 지역으로 유입되도록 하면 사회적으로 큰 혼란이 야기될 수 있다. 반대로 남한 주민의 무분별한 북한 지역으로의 출입도 마찬가지로의 현상을 초래할 수 있다. 따라서 통일 시점과 초기 단계에서는 상당한 수준의 안정을 되찾고, 질서유지 기능이 회복될 때까지 남북한 주민의 거주와 이전의 자유를 제한할 필요성이 제기될 수 있다. 어느 정도 국가안보 및 질서유지 문제가 해결되면, 북한 지역의 경제재건을 통해 북한 주민들의 생활수준이 가급적 빠른 기간 내에 남한 주민의 일정 수준이 되도록 해야만 한다.

통일이 이루어지면 막대한 통일비용이 소요될 것이고, 이 비용은 대부분 남한 주민들의 부담으로 돌아올 것이다. 법제 통합은 바로 이 통일 비용을 남한 주민들이 어느 정도 감내할 수 있는 정도가 될 수 있도록 추진해야 할 것이다. 또한 새로운 법제를 접하게 될 북한 주민들에게는 그들의 인권은 물론 현실적인 문제인 생활수준이 어느 정도 보장될 수 있어야만 한다. 이런 기본적인 사항을 고려하면서 몇 가지 분야 별로 구체적인 법률 통합 방안에 대해 좀 더 살펴보기로 한다.

이러한 방향에서의 검토는 궁극적으로 헌법재판소가 남북의 통일과 법제통합과정에서 법적 판단을 하여야 하는 사항에 해당한다는 점에서 깊은 인식이 요청된다. 이러한 상황인식은 통일문제와 관련한 헌법적 쟁점을 판단하는 데에 있어서도 고려되어 판단하여야 할 사항이다.

II. 정치제도, 행정제도 및 사법제도의 통일관련 법제통합

우리의 법령체제 하에서 현재 입법, 사법, 행정 분야를 망라하여 남한의 정치·행정·사법조직에 관한 법률은 남한 지역에서의 적용만을 염두에 두고 제정된 것이다. 우리 헌법상 영토조항에 의해 북한지역도 우리의 영토로 보고 있지만, 현실적으로 우리의 공권력이 북한지역에 미치지 못하는 상황을 감안하여 정치 및 행정조직등에 관해서는 남한지역에만 적용하는 형태로 법령체제가 이루어져 있기 때문이다. 그러나 남북통일시 이러한 관련 법령들은 남한은 물론 북한 지역에도 모두 적용될 단일 법률체제로 전환되어야 한다. 따라서 이 분야의 법률들은 즉시 개정을 하여 남북한의 정치적 체제 및 행정과 사법조직의 통합을 실시하여야 할 필요가 있다.

다만 이 분야의 통합에 있어서 가장 고려해야 할 사항은 마치 남한이 북한을 점령한 것과 같은 인식을 주지 않도록 배려하여야 한다. 북한 주민이 소외감 내지 심리적 박탈감을 느껴, 남북 주민들 간의 반목과 갈등이 야기되지 않도록 일정 부분 북한 주민의 참여를 받아들이고, 권력 안배에 대한 배려가 필요하다는 점이다.

그러나 이러한 배려에는 내재적인 한계가 있음을 분명히 인식해야만 한다. 주체사상과 사회주의 체제하에 살아왔던 북한 주민들의 정치 참여 보장을 위해 자칫 형식적인 정치통합 체제를 추진할 경우 발생할 수 있는 불안정성에 대한 대응도 필요하다.¹⁵¹⁾ 더군다나 불가피한 상황에 의해 통일이 되는 급진적 흡수 통일의 경우에는 필시 통일에 대한 반대 세력이 생길 가능성이 농후하며, 경우에 따라서는 이들이 무장 세력화될 가능성도 있다. 따라서 통일국가의 체제가 안정될 때까지는 군사 분야는 물론 경찰행정 및 정보 분야 등에 있어서는 확실한 통제권을 행사할 수 있는 방향으로 정부조직이 이루어져야 할 것이다. 그러기 위해서는 현 북한 정권의 지배세력은 어느 정도 배제할 수밖에 없다. 그러나 비록 북한 정권 유지에 참여한 계층이라 하더라도 하위직의 경우에는 자유민주주의 체제 및 시장경제 체제에 대한 신속한 재교육 등을 통

151) 남북예멘은 1990년 5월 통일하여 30개월간의 과도기를 설정하여 통합체제를 구축하여 가는 가운데 정치체제의 불안정으로 인한 재분단사태를 맞고 무력분쟁의 결과로 많은 희생을 초래하였을 뿐 아니라 이로 인하여 평화적 합의 통일이라는 의미가 크게 퇴색하고 말았다. 이에 대해서는 장명봉, 「분단국가의 헌법통합」, 앞의 책, 154~157면.

해 그 인력을 활용할 필요가 있다.

또한 고려해야 할 것은 대략 2대 1의 수준인 남북한 인구의 불균형에 따른 문제이다. 의회나 정부조직 개편 시 이러한 인구비례에 형식적인 안배를 한다면 국정 의사결정과정에서 북한 주민은 늘 소수자가 될 수밖에 없을 것이기 때문이다. 한편 정당과 관련하여 헌법상 보장된 복수정당제는 당연히 인정되어야 하겠지만 사회주의를 지향하는 정당의 인정은 곤란하다고 본다. 북측의 지방자치단체에 고도의 자치권을 부여하는 지방분권주의 등의 문제는 통일 당시의 대내외적 상황을 고려하여 신중한 판단을 요한다. 또한 국가안보에 대한 위협과 재분단의 위험성에 대한 대비책으로 북한 지도세력에 대한 불법청산의 문제에도 철저한 대비가 필요하다.

Ⅲ. 경제제도 관련 법제 통합

남북한의 통일국가가 평화와 번영을 이루기 위해서는 정치체제의 안정 못지않게 경제적인 성장을 이룩해야만 한다. 만일 통일한국이 경제적인 안정과 성장을 이루지 못할 경우에도 역시 재분단의 위험이 초래될 수 있기 때문이다. 이를 위해서 연구와 대비가 필요한 분야가 한두 가지가 아니지만 그중에서도 시급한 법률적 분석과 정책적 판단이 필요한 내용을 살펴본다.

1. 토지의 사유화 문제

남북 통일시 실질적으로 가장 큰 변화가 이루어지는 분야는 경제 분야일 것이다. 특히 사회주의적 계획경제하에 있던 북한 주민들이 자유주의 시장경제질서에 적응하도록 하는 의식 변화의 문제도 있겠지만 현실적으로 사전에 철저한 대비책을 세워야 하는 것은 바로 북한 내 부동산, 그중에서도 토지에 대한 제도의 개편이라 할 수 있다. 토지소유제도의 개편에는 필연적으로 1946년의 실시된 토지개혁에 의해 몰수된 토지의 처리문제가 포함된다.

토지소유제도의 재편과 관련하여서는 그 동안 토지공공임대제를 비롯

한 여러 가지 제안들이 제시되어 있다.¹⁵²⁾ 통일 이후의 토지제도의 통합 방안은 큰 관심의 대상이 아닐 수 없다. 그러나 통일국가의 경제체제가 자본주의와 시장경제를 근간으로 한다는 점에서 본다면, 기본적으로는 남한의 토지제도와 다른 제도를 도입하기는 쉽지 않아 보이므로 결국은 남한의 자본주의 토지소유제도를 이식하는 것이 될 것이다. 남북한의 통일로 북한에 대한 개발이 이루어지는 경우에도 북한 지역 전체에 대한 국토이용 및 개발계획을 수립하고, 이러한 계획들이 신속하게 추진될 수 있는 방향으로 추진되어야 한다. 이 경우 논란의 대상이 되는 부분이 바로 북한의 토지개혁에 의한 몰수토지의 처리문제가 될 것이다. 그 처리방안으로는 당시의 토지몰수를 불법적인 것으로 보고 원 소유자에게로의 반환, 손실보상, 보상없는 북한의 몰수조치의 인정 등의 방법을 생각할 수 있다. 더욱이 보상을 한다하더라도 그 대상과 기준의 제시는 또다른 문제를 야기한다. 이는 통일비용과 밀접한 관련이 있으므로 사전에 충분한 검토를 거쳐 대비책을 세워야 할 것이다.

이에 대한 대부분의 선행연구는 독일의 경험 등을 바탕으로 원상회복에 반대를 하는 의견이 다수를 차지하고 있다. 다만 이 경우에는 법률적으로 위헌 문제의 극복이 가장 큰 과제이다. 위헌 문제 해결은 당시 북한의 토지개혁이 형식적으로는 김일성을 위원장으로 하는 북조선임시인민위원회가 그 주체였지만, 최근의 자료 등에 따르면 실제 주체는 소련군정으로 보아야 할 것이고,¹⁵³⁾ 이 경우 북한 정권 수립 이전의 군정에 의한 토지개혁이므로 점령고권의 이론에 의한 해결이 가능하다고 본다. 이것만으로도 부족할 경우에는 유엔 회원국으로 세계 161개국과 수교를 한 북한의 법적 지위에 대한 보다 긍정적인 해석 등을 통해서도 해결에 큰 어려움은 없을 것으로 보인다. 또 한 가지 간과하지 말아야 할 것은 독일의 경우에는 동독 지역에서만 토지개혁이 이루어졌지만 남

152) '토지공공임대제'에 대하여는 허문영·전강수·남기업, 「통일대비 북한토지제도 개편방향 연구」, 서울: 통일연구원, 2009 참조.

153) 러시아 국방성 문서보관소에서 발견된 당시 소련군 자료에 따르면 토지개혁은 소련군의 치밀한 계획과 모스크바와의 수차례 협의를 거쳐 진행된 것이고, 북한지역의 토지개혁의 내용은 당시의 소련군, 특히 연해주 군관구 정치담당 부사령관(상장)으로 평양에 있던 스티코프에 의해서 이루어졌으며, 토지개혁에 관한 소련군의 기안은 1945년 11월부터 만들어졌다고 한다. 「경향신문」, 2001년 12월 15일자 보도 참조.

북한의 경우에는 양측 모두 토지개혁을 실시하였다는 점이다. 즉 남한 지역에서도 미군정은 1945년 12월 6일 군정법령 제33호로 ‘조선 내에 있는 일본인재산권 취득에 관한 건’을 제정하여 구 일본정부와 일본인 소유의 재산권을 몰수하였다. 이후 ‘반민족행위처벌법’(1948. 9. 22. 법률 제3호)이 제정되어 일제강점기의 반민족행위자에 대한 형사처벌과 재산 몰수를 추진하였으나 1951년 2월 14일 이 법의 폐지로 불법청산을 완료하지 못하였다. 이후 친일 반민족행위자의 후손들의 재산환수소송이 제기되어 문제가 되자 2005년 12월 29일 ‘친일반민족행위자재산의 국가귀속에 관한 특별법’을 제정하여 시행하고 있다.

또한 제헌헌법에 의거하여 농지를 농민에게 적절히 분배함으로써 농가경제 자립과 농업생산력 증진으로 인한 농민생활의 향상 및 국민경제의 균형과 발전에 기여하기 위하여 1949년 6월 21일 법률 31호로 ‘농지개혁법’을 제정하여 실시하였다. 이 법은 북한에서 농지를 무상 몰수하여 농민에게 무상 분배한 농지개혁에 대응하여, 남한에서도 농지개혁을 실시하기 위하여 제정된 법률로 소유자가 직접 경작하지 않는 농토(소작인이 경작하는 농토)에 한하여 정부가 5년 연부보상을 조건으로 소유자로부터 유상 취득하여 농민에게 분배해 주고, 농민으로부터 5년 동안에 농산물로써 정부에 연부로 상환하게 하는 이른바 유상몰수·유상분배의 농지개혁을 실시하였던 것이다.¹⁵⁴⁾ 이처럼 독일의 경우와는 달리 남한에서도 토지개혁이 추진된 점 역시 북한의 몰수토지에 대한 처리방법과 관련한 고려가 있어야 한다.

위의 법리적인 문제 외에도 원상회복은 현실적으로도 불가능에 가깝다고 보아야 한다. 현실적으로 원상회복의 문제점을 다음에 간단히 살펴본다.

첫째, 북한의 관련 공부(公簿)의 소실이나 폐기 등으로 원소유자 확인이 어렵다는 점이다.

둘째, 원상회복을 인정할 경우 분쟁 대상 토지에 대한 투자나 개발의 어려움으로 인해 결과적으로 북한 지역에 대한 경제개발 사업에 큰 지장이 초래된다는 점이다. 원칙적으로 보상원칙을 채택한다 하더라도 원

154) 1994년 12월 22일 「농지법」(법률 제4817호)의 제정으로 대체되면서 폐지되었다.

소유자 확인 작업은 필요하지만, 이 경우에는 투자와 개발이 이루어진 후에도 소유권자 확인을 통한 보상이 가능하므로 경제개발에 큰 어려움이 발생하지 않는다는 장점이 있다.

한편 위와 같은 몰수토지의 원상회복이나 손실보상의 문제에 대한 논의는 결국 북한의 법적지위를 불법단체로 보는데서 출발한다. 북한의 법적 지위에 대한 논의는 대체로 국가안보차원에서의 반국가단체로서의 성격과 교류·협력 분야에서의 대등한 동반자로서의 2중적 지위를 갖고 있는 것으로 논하고 있다. 그러면 통일 시점에서 법적 통합을 하는 과정에서 북한은 어떤 법적 지위에 있게 되는 것인지에 대한 신중한 논의가 필요하다고 본다. 현재 국가만이 회원국이 되는 유엔에 북한 역시 회원국이 되었고, 세계 161개국과 수교를 하고, 남북한 동시 수교국이 158개국이나 되는 상황에 있는 북한의 법적 실체에 대한 규명과 국제법적인 견지에서 남북한의 정권수립과 관련하여 남북한이 모두 일본으로부터 분리된 신생독립국으로 보는 국제사회의 주류적인 시각에 대한 평가 등도 고려되는 사안이라 할 수 있다.

향후 이점에 대하여는 위와 같은 법리적인 문제와 현실적인 문제를 고려한 신중한 법적·정책적 판단을 필요로 하며, 이는 북한 지역의 경제개발 등과 관련된 모든 정책의 선행적 판단을 필요로 하는 과제라 할 것이다. 이에 대해서는 통일관련 헌법적 쟁점과 관련하여 좀 더 논의하기로 한다.

2. 북한 지역의 경제 관련 법률의 제정 방향

실질적인 남북한의 통일을 위해서는 북한 지역의 신속한 경제개발을 통한 남북한의 경제적 측면에서 균형을 맞추어 나아가는 것이 중요하다. 이를 위해서는 복잡한 남한의 경제 관련 법률을 그대로 북한 지역에 확대하여 적용하는 것은 편의적일 수 있지만 북한경제의 현실을 반영하지 못하는 대안이 될 수 있다. 사회주의경제체제인 북한 지역에 즉각적인 자본주의적 경제원리를 그대로 적용하는 것은 결과적으로 북한의 경제개발에 장애를 초래할 가능성이 크다는 점이 지적된다. 우리의

경제개발 관련 법률들은 과거 효율적인 경제개발이 가능하도록 하는 단계를 지나 이제는 환경보전과 균형발전 등을 추구하는 단계로 전환되어 있는 것으로 평가된다. 따라서 현재의 남한 법률을 북한 지역에 확대 적용할 경우에는 오히려 신속한 경제개발을 추진하여 나아가는 데에 장애가 될 수 있다. 따라서 북한 지역에 적용될 경제개발 관련 법률은 신속한 경제개발 추구가 가능하도록 보다 규제를 완화하고 단순화해야 하며, 부족한 개발비용 문제 해결을 위해 해외자본이 보다 쉽게 유치될 수 있는 여건이 되도록 해야 할 것이다. 좀 더 구체적으로는 잠정적으로 북한지역에 사회주의 경제원리와 체제가 유지되는 가운데 자본주의적 원리가 이식될 수 있는 기반을 조성하는 조치가 사전에 필요하다는 점을 유의할 필요가 있다. 이 경우 북한의 사회주의경제 관련 법령의 잠정적 효력을 인정하는 방안이 고려될 수 있다.

IV. 사회 및 문화 분야 법제통합

남북 법제의 통합과정은 정치, 행정, 경제 관련 법률의 통합 문제가 가장 먼저 그 체제를 갖추고 추진되어야 한다. 그러나 남북 주민간의 실질적인 통합 및 동질성 회복을 위해서는 무엇보다도 사회·문화 분야의 통합이 중요하다. 특히 자유민주주의와 시장경제 체제를 경험하지 못한 북한 주민들에게는 체제전환으로 인한 정신적 혼란 및 새로운 체제로의 적응에 많은 어려움이 있다. 남북한 간 사회적 문화적 부문에서의 교류와 협력이 확대되어 상호 상대방을 이해할 수 있는 기회와 시간이 충분하게 확보될 수 있었다면, 심리적 정신적으로 남북한의 통일에 대한 거부감 내지 후유증을 걱정하지 않아도 될 것이다. 그러나 외부로부터 정보가 차단된 북한사회에 급작스런 서방의 사조와 풍토의 유입은 북한주민에게 감당하기 어려운 충격을 줄 수 있다는 점을 감안하여야 할 것이다.

이러한 문제 해결을 위해서는 교육, 보건, 언론, 방송, 통신 등 모든 사회·문화 분야의 법제 통합에 대한 사전적 연구가 더욱 필요하다. 여러 방면에서의 과제가 있을 수 있지만, 통일과정에서 특히 북한 주민의

생존권과 밀접한 관련이 있는 남한의 보건의료체제의 확대는 신속성을 요하며, 북한 주민의 주택 해결 문제도 어려운 과제로 다가설 것으로 예상된다.

그 동안의 남북한 법제 통일에 대한 연구는 주로 정치·경제 분야에 집중되었고, 사회·문화 분야에 대한 연구는 상대적으로 많이 부족했다는 점에서 이 부문에 대한 집중적 고려가 있어야 할 것이다. 이는 법률 전문가들은 이 분야에 대한 이해와 관심도가 부족하고, 사회·문화 분야에 대한 전문가들은 관련 법률에 대한 이해와 관심이 부족하였기 때문인 것으로 보인다. 이 점에서 독일의 통일과정에서 구동독 주민들이 보여주었던 독일통일에 대한 기대와 서독방식으로서의 통일을 선택한 이면에는 구동독 주민의 구서독에 대한 동경과 함께 사회적, 문화적 이해가 갖추어졌던 배경을 알아야 할 것이다. 사회 및 문화부문의 법제통일은 사실상 당대의 시대적 상황에 대한 문화적이고 정서적인 이해가 선행되어야 함은 너무나 당연한 일이다.

제 2 절 통일 과도기의 합법성 판단

I. 통일국가의 법제도통합

1. 통일헌법 제정 시 고려사항

무릇 남북한의 통일은 단순히 두 개의 정치적 실체를 하나로 통합하는 것에 그치는 것이 아니라 새로운 국가공동체를 창설하는 것이므로 통일국가에 적용되는 헌법을 제정하거나 개정하는 것은 필수적이다.¹⁵⁵⁾ 이러한 헌법을 마련하는 방식에 대하여는 통일헌법을 제정하는 방식과 대한민국의 헌법을 개정하는 방식을 상정할 수 있다.¹⁵⁶⁾

통일국가의 기본이념과 체제를 대한민국 헌법적 가치를 바탕으로 할 경우에는 현행헌법의 규범력을 그대로 유지하면서 통합의 일방인 북한 지역에 이를 확대 적용하는 것이 타당하다고 할 것이다. 그러나 현행 헌법은 제3조의 영토조항을 비롯하여 통일국가의 완성헌법을 예정하고 있지만, 동시에 한반도의 분단상황을 인정하여 전문과 제4조의 통일조항 등에서 조국의 평화통일에 대하여 규정하고 있으므로 그 부분에 대하여는 헌법의 개정작업이 필수적으로 요구된다. 다만, 이와 같이 통일국가의 새로운 헌법에 대하여는 국민주권주의에 따라 북한지역의 주민들의 정치적 의사를 통일적으로 반영할 필요가 있다. 그러므로 헌법개정절차에서 국회는 남한의 국회가 아니라 통일국가의 국회를 의미한다는 것을 분명하게 확인할 필요성이 제기된다.

이를 고려하여 “통일국가의 헌법은 대한민국 헌법을 그 개정절차에 따라 개정함으로써 마련한다. 통일헌법을 마련하기 위한 헌법개정절차

155) 이효원, “남북한 통일합의서의 헌법적 쟁점”, 「통일국가의 헌법질서 구축방안」, 서울대학교헌법·통일법센터 2011 학술대회 자료집, 458면 참조

156) 독일은 서독기본법을 그대로 유지하면서 동독지역으로 확대적용하는 방식을 채택하였으며, 예멘은 ‘예멘공화국 선포 및 과도기 조직에 고나한 합의서’ 제10조에서 슈라의회와 최고인민회의에서 위 합의서와 예멘공화국 헌법에 대하여 동의할 경우에는 남북예멘 양국의 기본헌법을 폐지되는 것으로 간주한다고 규정함으로써 새로운 헌법을 제정하는 방식을 채택하였다.

에서 ‘국회’라 함은 통일국회를 의미한다”고 규정할 수 있다. 이외에도 통일헌법의 기본원리 등 실체법적 사항과 통일헌법에 대한 국민투표의 실시 여부, 헌법개정의 기간, 일정 등 절차법적 사항도 규정할 수 있다.

우리의 현행 헌법은 제3조에서 그 규범력이 북한지역을 포함한 한반도 전체에 미친다는 것을 선언하고 있다. 그럼에도 불구하고, 제헌헌법의 제정이 있어서는 북한지역 주민의 정치적 의사가 반영되지 못했다는 태생적 한계가 있는 것도 사실이다. 대한민국의 1948년 제헌헌법은 1948년 5월 10일 남한지역에서의 총선거로 선출된 제헌의회에서 제정된 것으로 비록 100석을 북한지역의 국회의원 의석으로 남겨두기는 하였다. 그러나 실질적으로는 남한주민의 정치적 의사만으로 제정되었고, 그 이후 3차의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 이러한 점을 고려할 때 통일헌법을 개정하는 것은 통일국가의 형성과 유지에 있어서 국민전체의 민주적 정당성을 확보하기 위하여도 반드시 필요한 작업이라고 할 것이다.

이렇게 합의하는 경우 남북한이 사전에 이에 대한 내용을 정하고 이를 문서화하는 작업이 필요하다. 이러한 남북한의 합의는 이른바 ‘통일합의서’¹⁵⁷⁾가 될 것이며, 이는 동서독이 독일통일과정에서 요청되고 합의한 동서독의 법적 동화 내지 통일에 대한 내용을 규정한 ‘통일조약’과 유사한 것이라 할 수 있다.

2. 통일국가의 국회와 정부

통일국가의 국회와 그 구성방법을 명확히 하는 것은 통일국가의 조작과 권력작용에 있어서 새로운 민주적 정당성을 확보하고 통일헌법의 개정 등 헌정운동을 주도할 수 있는 정치권력체를 형성하는 것이다. 그러므로 이에 대해 통일국가의 수립 이전에 합의가 필요하다. 즉, 통일합의서에 통일국회에 대하여 “통일 이후 3개월 이내에 현 대한민국 헌법에 의거하여 한반도 전역에 걸쳐 총선거를 실시하고, 국회의원을 선출하여

157) 명칭은 달라질 수 있으나 남북한이 통일관련 헌법을 비롯한 법령의 제정, 변경 내지 효력범위에 대한 구체적인 내용을 담게 될 것이다. 특히 통일국가의 법령의 효력문제를 규정하고 잠정적용에 대한 경과내용을 담게 된다는 점에서 중요한 합의를 이루고 남북한 간 통일직전 통일국가수립과 관련한 중요한 합의내용을 담게 될 것이다.

국회를 구성한다 (양원제를 채택할 경우에는 양원제에 관한 기본내용을 규정)”라고 규정하는 방안을 생각할 수 있다.¹⁵⁸⁾

통일국가의 국회에 대하여는 단일한 국가체제를 창설함에 있어서 남북한 체제와 이념의 장기간 차이와 인구수의 차이로 인하여 사회통합에 장애가 발생할 수 있으므로 양원제를 채택하는 것도 고려할 수 있을 것이다. 국회의 구성원리로서 단원제를 채택할 것인지, 양원제를 채택할 것인지는 각 나라마다 역사적 전통과 헌정구조에 따라서 헌법정책적으로 선택할 수 있는 사항이므로 국민의 정치적 의사합치에 따라서 양원제도 도입할 수 있으며, 헌법개정을 통하여 조정할 수 있는 것이다. 통일국회를 양원제로 구성할 경우에는 상원에 대하여는 지역대표제로, 하원에 대하여는 인구비례에 따른 다수대표제 등 다양한 방식이 가능할 것이므로 이에 대하여는 보다 구체적으로 검토하여 통일합의서와 통일헌법에 반영할 수 있다.

통일국가의 정부와 그 구성방법에 대하여도 이를 통일합의서에 명확히 규정함으로써 통일국가의 형성과 통일합의서의 후속조치와 관련된 다양한 법률관계를 정합적으로 조정할 수 있을 것이다. 통일국가의 정부를 통일국가의 초기에 있어서 대내외적으로 중요하고도 어려운 과제를 해결해야 할 책무를 부담하게 되므로 효율적이고 신속한 업무처리를 할 수 있도록 하는 동시에 민주적 정당성을 제고할 수 있도록 조율할 필요가 있다.

따라서 통일합의서에 통일정부에 대하여는 “통일국가의 정부는 대한민국 헌법에 의하여 구성되고, 헌법에 규정하는 동일한 권한과 의무를 가진다. 통일정부의 조직과 구성에 대하여는 통일국회에서 제정하는 법률에 따른다.”고 규정할 수 있다. 통일국가에서 처음 구성되는 통일정부는 대한민국 헌법에 의하여 구성하고 그에 규정된 권한과 의무를 가지

158) 독일은 통일국가에서 국회의 새로운 구성을 하는 총선거 등에 대하여는 아무런 규정을 두지 않고 통일조약 제42조에서 동독의 편입 이전까지 동독인민의회는 동독인민회의 구성원의 기초에서 제11대 독일연방의회에 대표로 파견할 144인의 의원과 충분한 후보의원을 선출할 것 등을 규정하였다, 한편, 예멘은 ‘예멘공화국 선포 및 과도기 조직에 관한 합의서’ 제3조에서 과도기 동안 슈라의회 전위원 및 최고인민회의 의원 전원, 그리고 대통령평의회 결의안이 발표하는 31명의 의원으로 구성할 것을 규정하였으며, 의회의 의원들 중 공석이 발생할 경우에는 대통령평의회가 공식중인 의원을 임명한다고 규정하였다.

지도록 할 필요가 있고, 이와 함께 통일정부의 조직과 구성에 대하여는 통일국회가 제정하는 법률에 따르도록 규정함으로써 민주적 정당성의 원리 제고할 수 있다.¹⁵⁹⁾

3. 남북한 법률의 적용

통일국가의 법률은 단일한 국가공동체에서 공통적으로 적용되어야 할 것이므로 남북한의 법률통일과 사법통합이 필수적으로 요구된다. 통일 국가에는 원칙적으로 통일헌법이 마련되고 그에 따라 제정된 법률이 적용되어야 할 것이다. 그렇지만 통일국가의 헌법이 마련될 때까지의 과도기적 상황을 설정하게 될 경우를 생각할 수 있는데, 이 때에도 통일국가의 헌법이념에 부합하는 법률이 적용되어야 한다. 이를 반영하여 통일합의서에는 “통일국가의 헌법이 마련되기 이전까지는 대한민국의 법제도를 통일국가에 적용한다.”고 규정할 필요가 있다. 통일국가에서 남한 법률을 적용하는 것은 통일국가의 헌법이념에 부합하는 것이므로 특별한 문제가 없으나, 북한법률을 통일국가의 헌법이념과 부합하지 않을 것으로 예상된다. 그러므로 북한법률의 적용 여부, 그 범위와 한계가 중요한 쟁점이 될 것을 예상하여 이에 대해 통일합의서에 명확하게 규정할 필요가 있다.

통일국가에서 북한법률을 적용할 것인지 여부는 자유민주주의와 실질적 법치주의라는 헌법이념과 법치주의의 내용인 법적 안정성과 신뢰보호의 보장이라는 가치를 조장하는 것이므로 그 원칙과 예외의 기준을 명확하게 설정하는 것이 필요하다. 즉, 통일합의서에는 “통일합의서가 발효된 때부터 북한의 헌법을 비롯한 모든 법제도는 그 효력을 상실한다. 다만, 북한지역 주민의 생활·관습과 관련한 법제도는 통일국가의 헌법이 마련될 때까지 대한민국의 법제도에 우선하여 적용된다. 여기서

159) 독일은 서독기본법이 동독에 확대 적용되므로 통일정부에 대하여 규정하지 않고 통일 조약 제43조에서 제1조 제1항에 열거한 주(구 동독지역의 주로서 새로이 편입되는 지역)의 구성에서부터 주수상 선출시까지의 주전권대표가 연방상원 위원회에 참석할 것을 규정하였다. 한편 예멘은 ‘예멘공화국 선포 및 과도기 조직에 관한 합의서’ 제5조에서 대통령 평의회가 헌법에 따라 정부에 부여되는 모든 권한을 행사할 예멘공화국 정부를 구성하도록 규정하였다.

두 번째 항의 경우에도 북한의 법제도가 대한민국 헌법질서에 현저하게 위반되는 경우에는 적용되지 아니한다.”고 규정할 수 있다. 통일국가에는 원칙적으로 남한법률이 적용되므로 법률의 충돌을 피하고 법적 안정성을 확보하기 위해서는 북한법률을 적용하지 않아야 한다.¹⁶⁰⁾

통일국가에 북한법률의 적용을 배제하더라도 북한주민의 법적 안정성을 위하여 북한주민의 생활·관습과 관련한 법제도는 통일국가의 헌법이 마련될 때까지 대한민국의 법제도에 우선하여 적용할 수 있을 것이다. 이때 주민의 생활·관습과 관련한 법제도가 구체적으로 어떤 것인지, 누가 확정할 것인지 등 현실적으로 어려운 부분이 있다. 그러나 북한주민의 생활·관습과 관련한 법제도는 그 자체로 지역적 관습법으로서 남한 법제도의 일부를 구성할 수도 있으므로 구체적인 사건에 있어서 법률의 해석과 적용을 통하여 판단할 수 있다. 다만, 이 경우에도 대한민국 헌법질서에 현저하게 위반되는 경우에는 법적 안정성의 고려도 통일국가의 헌법이념과 기본원리를 넘어설 수 없으므로 북한법제도는 적용되지 아니한다고 할 것이다.¹⁶¹⁾

II. 통일국가의 국가작용

1. 북한지역에 대한 특별행정관리 체제의 구축

통일국가의 행정조직은 기본적으로 헌법의 원칙과 체제에 따라야 한다. 이를 구상함에 있어서 남한지역은 현행의 헌법체제에 따라서 운영

160) 이에 대하여는 통일 이후 북한지역에는 독일의 사례와 같이 북한의 법률을 통일국가의 지역법으로 인정하여 그 효력을 그대로 인정하자는 입장도 있을 수 있다. 이는 법률적용의 요건과 범위가 명확하게 확정되고 완전한 통일국가를 달성할 때까지 임시조치로 유효하다는 장점이 있으나, 통일국가의 헌법이념과 기본원리와 부합하지 않는다는 한계가 있다.

161) 독일은 동서독의 법령조정에 대하여 통일조약 제8조~10조에 서독연방법을 동독지역에도 포괄적으로 적용되는 것을 원칙으로 하면서도 동독법령에 대하여는 서독기본법에 위반되지 않는 경우에는 연방법과 주법으로 구분하여 과도기적으로 유효성을 인정하였다. 한편, 예멘은 남북예멘의 법률이 과도기간 동안에는 유효하게 적용되고 대통령평의회의의 결로 소멸하도록 하였으며, 과도기간 동안 양국 각료회의의 분야별 분과위원회가 통일헌법에 부합하도록 관련 법제도를 조정함으로써 통일국가를 선포하기 이전에 법제도를 정비하였다.

되므로 그 직접적인 변화가 없을 것이다. 그러나 북한지역은 새로운 헌법체제에 따라 입법, 행정, 사법 등 국가작용이 결정되고 운영되므로 법률적용과 운영에 있어서 혼란이 발생할 개연성이 높다. 특히 분단이 지속되면서 형성된 법제도 뿐만 아니라 사회문화적인 차이점은 남북한의 통일에 걸림돌로 작용할 가능성이 크다. 북한지역을 자유민주적 기본질서 안으로 원활하게 편입시키기 위해서는 일정기간의 과도기적 상황이 설정이 불가피할 수 있다. 이를 감안하여 북한지역에 대해서는 특별한 행정기관과 감독기관을 설치하는 것에 대하여 적극적으로 검토할 필요가 있다.

북한지역에 특별행정기관을 설치하더라도 이는 동일한 법률체계와 적용을 전제로 행정작용에 대한 특례로만 인정되어야 한다는 한계가 있다. 남북한은 단일국가체제의 통일국가를 상정하고 있으므로 입법과 사법에 관한 조직과 권한은 남북한 지역에 공통적으로 적용되어야 하며, 행정작용에 한하여 북한지역을 특별히 관리할 수 있는 것이다. 그 구체적인 방법으로는 북한지역에 대하여는 행정과 치안업무를 담당하기 위하여 특별행정조직을 설치하는 방안을 검토할 수 있다. 또한 그와 같은 특별행정기관을 설치할 경우에는 그 조직체계, 기능, 권한, 전속기간 등 필요한 사항을 통일국회에서 법률로 정함으로써 민주적 정당성을 확보하는 것이 필요할 것이다.

이러한 경우에는 북한의 공무원의 지위에 대하여도 통일국가의 인력계획에 대한 규범적 기준을 마련하여야 할 것이다. 즉, 통일합의서에 “이 조약의 발효에 따라 새로이 대한민국에 편입되는 북한지역의 행정·치안 업무를 담당하기 위하여 특별행정기관(북한지역특별행정원 등)을 설치한다. 위 제1항의 특별행정기관의 조직체계, 기능, 권한, 존속기간 등 필요한 사항은 통일국회에서 법률로 정한다. 조선민주주의인민공화국 행정기관에 근무하는 자는 소정의 심사 및 교육절차를 거쳐 통일국회가 제정한 법률에 따라 통일정부의 공무원으로 채용할 수 있다.”고 규정하여 그 근거를 마련할 수 있다.

특히 북한 공무원의 법적 지위는 남한헌법의 원리인 민주적인 직업공무원제도를 바탕으로 통일국가의 행정제도와 조직의 통합원리를 조화시

켜야 한다. 이를 위해 통일국가의 특수성을 반영하는 기준과 한계를 명확하게 설정하는 것이 필요하다. 따라서 북한의 행정기관에서 근무하는 공무원에 대하여는 헌법적 관점에서 필요한 소정의 심사와 교육절차를 거쳐 통일정부의 공무원으로 채용할 수 있는 제도적 장치를 마련하여야 할 것이며, 이러한 구체적인 내용과 절차는 통일국회가 제정한 법률에서 명확하게 규정하는 것이 바람직하다.¹⁶²⁾

북한지역에 특별행정기관을 설치하는 것은 통일국가를 달성하는 과정에서 국내외적으로 발생하는 다양한 불안정한 요소를 최소화시키고 북한지역의 주민들과 안정적으로 사회통합을 달성하기 위한 조치이다. 이러한 목적을 달성하기 위해서는 잠정적으로 남북한 주민들의 거주이전의 자유를 제한하는 것도 검토할 수 있다. 즉, 통일합의서에 “이 조약의 발효에 따라 대한민국에 새로이 편입되는 북한지역과 현 대한민국 지역 간의 상호이주는 잠정적으로 제한 한다. 제1항에도 불구하고 양 지역에 거주하는 주민들의 여행목적 방문과 이산가족·친척들 간의 자유로운 방문 및 일정기간의 체류는 전면 보장한다.”고 규정할 수 있다.

현재 남한의 남북교류협력에 관한 법률과 북한의 북남경제협력법음 모두 기본적으로 남북한 주민의 왕래와 접촉에 대하여는 원칙적 금지를 전제로 예외적으로 허용하는 것을 내용으로 하는 승인제도를 채택하고 있다. 그런데 통일국가의 수립하고 효율적이고 안정적으로 관리하기 위해서는 통일국가의 초기 단계에서는 남한주민과 별도로 특별행정조직으로 관리되는 북한지역의 주민에 대한 법적 조치가 요청된다. 그 구체적인 예로는 남북한 주민의 상호 이주를 원칙적으로 제한하는 이주승인제도를 채택하되, 통일국가의 수립과정과 연계하여 점차적으로 그 대상과 범위를 확대하는 조치가 필요할 수 있다. 당연히 향후 완전한 거주이전의 자유를 보장하여야 하며, 제한조치는 잠정적인 것이다. 다만, 남북한 주민들의 여행 목적 방문과 이산가족·친척들 간의 자유로운 방문 및 일

162) 독일은 통일조약 제13조와 제15조에서 연방국가의 원리에 기초하여 연방정부와 서독주 정부가 동독주정부를 지원하도록 하였으며, 통일조약 20조에서 동독의 공공기관에서 근무하던 자들에 대하여 과거의 전력, 전문지식의 소지 등 개별적으로 적격성심사를 통하여 통일정부의 공무원으로 전환하였다. 한편, 예멘은 원칙적으로 기존의 국가조직을 최대한 존중하면서 ‘1:1 대등의 원칙’과 ‘적정안배의 원칙’을 적용하여 공무원의 자격에 대하여 재심사의 과정을 거치지 않고 그대로 법적 지위를 보장하였다.

정기간의 체류는 전면 보장하도록 하는 것이 통일국가의 취지와 목적에도 부합하므로 이러한 내용도 규정하는 것이 필요하다.

이때 남북한이 통일국가를 수립한 경우에 이와 같이 특별행정기관을 설치하는 것과 남북한 주민들의 거주이전의 자유를 제한하는 것은 헌법에서 보장하는 거주이전의 자유를 침해하는 것으로 헌법에 위반된다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 국민의 기본권으로서 거주이전의 자유는 절대적 기본권이 아니라 우리의 현행헌법은 제37조 제2항에 따라서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있는 기본권에 속한다. 따라서 통일국가의 법률로 제한하는 것은 헌법의 규범 조화적 해석에 의하여 허용할 수 있다고 판단된다. 다만, 이러한 기본권의 제한은 통일합의서의 규정만으로는 그 구체적인 내용이 불명확하므로 법치주의 원칙에 따라서 국회가 특별법을 제정하여 제한의 요건, 내용, 범위, 예외 등을 자세하게 규정하는 것이 위헌문제를 피하는 방법이라 할 수 있다.

2. 통일국가의 행정 및 사법작용

(1) 행정통합

통일국가의 행정작용과 관련하여 북한에서 이루어진 행정작용의 효력을 명확하게 규정하여야 한다. 알다시피 북한은 분단 이후 장기간에 걸쳐 각종 행정작용을 해왔으며, 이를 바탕으로 다양한 법률관계를 형성하여 왔다. 이념과 체제를 달리한 북한의 행정작용은 통일국가의 헌법이념과 체제와 부합하지 않는 경우가 많고, 이를 규범적으로 인정한다는 것은 헌법 제3조에 위반한다는 점이 지적될 수 있다. 그러나 북한의 행정작용을 일률적으로 헌법에 위반된다는 이유로 부정할 경우에는 북한주민이 그 동안 형성한 대부분의 법률관계가 부인된다는 결과 그 법적 지위와 법적 안정성이 크게 저해될 수 있음을 고려하여야 한다. 또한 이는 통일국가는 물론 사회통합에도 큰 장애요인으로 작용할 수가 있다. 더욱이 남북한 특수관계론을 전제로 할 경우에는 한반도가 분단되었다는 사실과 남북교류협력의 범위에는 북한이 국가로서의 실체를 가

진다는 것을 인정하고 있으므로 북한의 행정작용에 대하여도 일정한 범위에서 인정할 수 있는 헌법적 근거도 찾아볼 수 있다.

따라서 통일합의서에 “조선민주주의인민공화국이 통일국가의 성립 시까지 처분한 모든 행정행위는 그 처분이 대한민국의 헌법질서에 현저히 위반된 것이 아닌 한 그 효력을 유지한다. 위 제1항에 따라서 효력을 상실하게 되는 행정처분의 내용, 범위, 효력 등에 대하여는 통일국회에서 제정하는 법률로 정한다.”고 규정할 수 있다. 다만, 이러한 경우에도 그 처분이 통일국가의 헌법질서에 현저히 위반되는 경우에는 통일국가의 헌법이념과 부합하지 않으므로 그 효력을 부인할 수 있도록 할 필요가 있다. 이와 같이 그 효력을 상실하게 되는 행정처분의 내용, 범위, 효력 등에 대하여는 법치주의 원칙과 민주적 정당성 확보를 위하여 통일국회에서 정하는 법률로 정하도록 규정하는 것이 바람직하다.¹⁶³⁾

(2) 군(軍)의 통합

한편 통일국가의 행정작용의 효력과 관련하여 북한군대의 재편성에 대한 원칙을 통일합의서에 규정할 것이 요청된다. 남북한은 전쟁을 통해 동족상잔의 비극을 경험하였으며, 북한은 사실상 오랫동안 선군정치 기치 아래 병영국가로 기능하고 있으므로 북한군대의 처리와 재편성은 정치적 통합을 이루는 최소한의 안전장치로서 우선적으로 해결해야 할 과제임에 틀림없다. 통일합의서를 통하여 북한군대를 재편성함에 있어서 고려해야 할 사항은 신속하게 통일국가의 단일한 군대를 조직하여 민주적인 군사조직으로 정착시키는 것과 북한군대의 해체와 재편성 과정에서 부적격자를 심사를 통하여 통일국가의 군대에서 배제하는 것이라고 할 수 있다. 통일합의서에는 “조선민주주의인민공화국의 군대는 이 조약이 발효된 이후 1개월 이내에 무장을 해제하고 대한민국의 국군으로 재편성된다. 위 제1항에 따라 무장해제된 북한군대는 대한민국 국군에 재편성되기까지는 대한민국 국방부에 소속된다”고 규정할 수 있다.

163) 독일은 통일조약 제19조에서 독일통일 효력발생일 이전에 수행한 동독의 행정행위와 행정공문서는 계속적으로 유효하며, 그것이 법치국가적 원리나 통일조약의 규정과 불일치할 경우에는 이를 폐기할 수 있으며, 이러한 경우에도 그 밖에 행정행위의 효력존속에 관한 규정의 적용은 배제되지 않는다고 규정하였다. 한편, 예멘은 통일국가를 달성하기 이전에 분단국가에서 행한 모든 국가작용에 대하여는 그 효력을 그대로 인정하였다.

북한군대의 재편성에 있어서 그 기간을 빠를수록 좋으나 광범위하고 복잡한 절차가 예상되어 최소한의 시간이 필요할 것이므로 통일국가의 달성에 있어서 부작용을 최소화하는 동시에 실질적인 군대통합을 달성할 수 있는 합리적인 기간을 도출하여 조정할 수 있다.¹⁶⁴⁾

(3) 사법(司法) 통합

통일국가에서는 북한의 행정작용과 함께 북한이 판결한 재판 등 사법작용의 효력 인정 여부 및 그 범위와 한계를 설정하는 문제가 제기될 수 있다. 사법작용의 경우에는 행정작용과는 다른 차원에서 그 법적 효력의 부여 여부를 평가할 필요가 있다. 여기서 재판을 포함한 사법작용은 중국으로 분쟁을 해결하는 조치로서 이를 소급하여 무효로 할 경우에는 법적 혼란이 야기될 수 있다.¹⁶⁵⁾

따라서 통일합의서에 사법작용에 대하여도 행정작용의 효력과 동일한 내용을 규정할 필요가 있다. 북한이 통일국가의 성립 시까지 처분한 모든 사법작용의 효력을 통일국가의 헌법이념과 부합하지 않은 경우에는 이를 배제하여야 할 것이다. 이 경우에 그 구체적인 내용은 법치주의 원칙과 민주적 정당성 확보를 위하여 통일 국회에서 정하는 법률로 정하는 것이 바람직하다.¹⁶⁶⁾

3. 경제제도의 통일과 조정

164) 독일은 동독인민군 가운데 적격성 심사를 거쳐 제한된 인력만을 연방군대로 편입시키는 것을 원칙으로 하였다. 이를 목적으로 통일조약 부록 제1 제19장에서는 원칙적으로 인민군 군인은 서독에의 편입과 함께 연방군대의 군인으로 편성되는 것으로 규정하고, 의무복무중인 군인에 대하여 서독의 군인법 (Soldatengesetz)과 병역의무법 (Wehrpflichtgesetz)을 적용하였다. 또한 임시적 군인과 직업군인에 대하여는 기존 급여의 70%의 대기보상금을 지급하면서 휴직상태를 인정하였다가 6~9개월 동안 신분상태의 변동이 없는 경우에는 최종적으로 해고되는 것으로 규정하였다. 한편, 예멘은 통일국가의 군대에 대하여 국가군대 이외의 군사와 준군사조직의 설치를 금지하고 방어중심의 전략군대로 전환하면서도 양국의 군대를 일대 일의 대등성의 원칙하에 그대로 통합하면서 군통수권을 일원화하는 조치를 취하였다.

165) 통일국가의 사법조직의 통합과 인적 재편성에 대하여는 이효원, “남북통일 이후 사법조직의 통합방안”, 앞의 논문, 67~104면.

166) 독일은 통일조약 제17조에서 동독의 공산치하에서 희생된 반법치주의적 불법재판의 희생자들을 복권시킬 수 있는 근거를 규정함으로써 동독의 사법작용에 대한 재평가를 할 수 있도록 하면서도 제18조에서 동독 사법부의 재판이 법치국가원칙에 위반하지 않는 이상 계속적인 효력을 가지고 집행된다는 것을 선언하였다.

(1) 사유제 원칙

통일국가는 정치경제적으로 남한의 자유민주주의·시장경제질서와 북한의 일당독재·사회주의 계획경제질서를 결합하는 것을 전제로 한다. 여기서 경제제도는 북한지역에 대하여 자유시장 경제질서, 사유재산제도, 재산권의 보장, 그리고 경제의 민주화를 이념으로 하는 경제제도로 전환하는 것을 의미한다. 따라서 이러한 기본원칙을 통일합의서에 선언하고 북한지역의 경제재건을 위한 특별대책을 수립하고 시행할 수 있는 근거를 마련할 필요가 있다. 즉, 통일합의서에 “북한지역에 적용되는 경제제도는 사유재산제도와 시장경제질서를 바탕으로 경제의 민주화를 지향하는 제도로 전환하고, 동 지역의 경제재건을 위한 특별대책을 수립 추진한다”고 규정할 수 있다. 특히 경제제도의 근간이 되는 화폐통합과 북한의 국공유 재산권을 사유재산제도로 전환하는 기본원칙을 명확히 선언하여야 할 것이다. 그래야 두 제도의 통합과정에서 발생할 수 있는 부작용을 최소화할 수 있다.

(2) 화폐통합

통일국가의 경제통합은 화폐의 통일이 성공의 관건이 된다. 통일국가의 화폐통합의 방식은 현실적으로 대한민국의 원화를 채택하는 방안과 새로운 법정화폐를 창안하는 방안을 고려할 수 있다. 통일국가의 화폐통합은 남북한의 실질적인 구매력을 정확하게 반영하여 균등화하는 것이 중요하다. 이는 통일의 과정과 통일국가의 경제에 큰 영향을 미치므로 현실적인 실물경제와 경제정책적인 측면을 모두 고려하여 신중하게 결정하여야 할 것이다, 통일합의서는 화폐통합에 대하여 “통일합의서가 발효한 때부터 대한민국의 원화를 통일된 한반도 전 지역의 법정통화로 한다. 조선민주주의인민공화국이 이미 발행한 화폐와 대한민국 원화의 교환비율은 주민생활 안정, 기업도산 방지 등을 고려하여 적절한 범위에서 결정한다”고 규정함으로써 화폐통합에 대한 기본원칙을 선언할 수 있다.¹⁶⁷⁾ 이를 통해 북한의 경제적 안정의 토대를 형성할 수 있으며, 나

167) 독일은 경제통합의 차원에서 급격한 충격요법에 의한 화폐통합을 추진하여 제1차 국가 조약에서 동독 마르크화 서독 마르크의 교환비율을 금여, 임금, 집세, 장학금 등 원칙적으로 1: 1로 정하였으며, 이는 동독경제의 신속한 재건으로 동독주민의 서독이주를 최소화

아가 통일국가의 경제적 안정체제를 조성할 수 있다.

(3) 재산권 조정

통일국가에 있어서 재산권의 조정은 국가·사회적 소유제도에 기초한 모든 재산권을 남한의 사유재산제도와 동일하게 통합하는 것이다. 이 과정에서 북한주민들의 법적 권리와 신뢰를 보호함으로써 법적 안정성을 유지하는 것이 중요하다. 이는 북한에서의 몰수재산의 처리를 포함하는 재산권에 관한 법제도 전체의 재편을 의미한다. 통일국가의 재산권 조정에 대하여는 북한주민이 현재 소유하고 있는 재산권을 최대한 보장하고, 북한의 국공유재산권에 대한 처리가 포함되어야 할 것이다.

첫째, 북한주민의 재산권을 보장하기 위해서는 통일합의서에 “통일합의서의 발효 당시 북한지역 소재 토지 기타 재산권에 관하여 조선민주주의인민공화국의 법령에 따라 소유권, 점유권, 기타의 권리를 가진 자에 대하여는 최대한 그 권리를 보장하되 그 보장의 범위, 정도, 기타의 권리를 가진 자에 대하여는 최대한 그 권리를 보장하되, 그 보장의 범위, 정도, 기타 필요한 사항은 통일국회가 제정하는 법률로 정한다”고 규정할 수 있다.

둘째, 북한의 사회주의제도에 따른 국공유재산권에 대하여는 통일합의서 “조선민주주의인민공화국의 국·공유의 재산에 대해서는 통일국가의 국유재산으로 한다”고 규정하여 통일국가의 국유로 전환한 이후 실질적 경제통합을 완성하는 과정에서 민영화 등의 방법으로 사유재산제도를 재편성하거나, “조선민주주의인민공화국 지육의 조지 등 재산의 소유권 문제는 점유자에 대한 기득권을 보장하는 것을 원칙으로 하되 별도의 전담기구를 구성하여 처리한다”고 규정하여 북한주민의 재산권보호의 원칙만 선언하고 구체적인 방법과 절차 등에 대해서는 별도의 전담기구를 설치하여 처리할 수도 있다.¹⁶⁸⁾

기 위한 정책적 고려도 작용하였다고 한다. 독일의 화폐통합에 대하여는 정치·경제·사회적 측면에서 현재까지 다양한 평가가 나오고 있다. 한편 예멘은 통일헌법 제46조에 남예멘의 사회주의경제제도를 폐지하고 이슬람사회정의에 바탕을 둔 사유재산제도를 인정하였으며, 통일 이전에 양국 각료회의는 단일관세, 예멘중앙은행설립, 화폐통일 등 통합을 진행하였다.

168) 독일의 경우 동서독은 1990년 6월 “미해결재산문제에 대한 양독 정부 공동성명”을 발표하여 동독지역의 토지 등 재산권의 사유화를 위한 기본원칙을 선언하고, 통일조약에 의

4. 대외관계의 조정

통일국가의 대외관계에 관한 조정은 남북한이 각각 외국과 체결한 조약이나 채권채무관계 등에 대한 처리 문제이다. 통일국가의 국제법관계에 대한 문제로서 국가승계와 관련하여 다양한 법적 쟁점이 발생할 것으로 예상된다. 남북한이 창설하는 통일국가의 헌법적 이념과 가치는 현재 대한민국의 헌법이념과 가치를 그대로 공유하게 된다는 것을 전제로 하므로 통일국가의 국제질서에 관한 기본원리도 국제평화주의와 국제법존중주의를 기본원리로 채택하게 될 것이다. 따라서 대한민국이 이미 체결한 국제조약과 협정, 회원으로 가입한 국제기관이나 국제기구의 자격, 그리고 다른 나라와 갖는 대외적인 채권과 채무관계는 그대로 효력을 유지한다. 이 경우에 통일합의서에는 “국제기관 및 국제기구 회원 가입을 규정한 조약을 포함하여 대한민국이 이미 체결한 국제조약 및 협정과 대외적인 채권·채무 관계는 계속 효력을 유지한다. 제1항의 경우에도 개별적으로 조정이 필요한 경우에는 통일국가정부가 해당조약 상대자와 협의하여 결정한다”고 규정하여 국제사회에서의 법적 지위와 권리의무관계를 확정하고, 통일국가의 달성으로 인하여 조정할 필요가 있는 경우를 대비하여 통일국가 정부가 해당조약 상대자와 협의할 수 있도록 규정할 수 있다.

한편 북한이 체결한 대외조약 등에 대하여는 통일국가의 헌법이념과 가치에 위반하는 경우에는 그 효력을 인정할 수가 없는 것이 원칙이다. 그러나 이를 모두 무효화하게 되면 통일국가의 달성이나 국제사회에서 통일국가의 외교관계에 장애로 작용할 수 있다. 따라서 북한이 제3국과 체결한 모든 조약·협정과 채권·채무문제에 대하여는 통일정부가 해당 당사국과 협의하여 통일국가의 헌법원리를 바탕으로 국제법원칙, 신뢰보호의 원칙, 당사국이 이익 등을 고려하여 결정하도록 하는 것이 필요하다.¹⁶⁹⁾ 이를 고려하면, 통일합의서에는 “조선민주주의인민공화국이 제

하여 동독인민위원회가 제정한 “미해결재산처리를 위한 법률”을 연방법으로 인정하여 몰수재산에 대하여 원칙적으로 원소유자나 상속인에게 반환하되, 동독주민의 생활보장, 동독 경제의 부흥과 투자보호 등을 위하여 광범위하게 예외를 인정하였다.

169) 이에 대하여 박상진 검사는 북한이 체결한 조약을 해당 당사국과 협의하는 것은 현실

3국과 체결한 모든 조약 및 협정과 채권·채무의 효력문제는 해당 조약·협정 체결 및 채권·채무 당사국과 통일정부가 협의하여 결정한다. 대한민국이 가입되지 않고 조선민주주의인민공화국만이 가입한 국제기관이나 국제기구에 통일국가가 가입하려고 할 경우에는 통일국가의 정부가 해당 국제기관이나 국제기구와 협의하여 결정한다”고 규정하는 방안을 생각할 수 있다.¹⁷⁰⁾

III. 불법행위 청산

1. 북한의 ‘조선로동당’의 불법행위 청산문제

통일국가를 완성하는 과정에서 북한의 공산당 독재권력이 국가체제를 유지하기 위하여 조직적으로 자행한 불법행위를 청산하거나 또는 극복하는 것이 불가피한 경우가 발생할 수 있다. 북한의 체제 붕괴로 가치 질서와 법률체계가 전환됨에 따라서 비로소 불법으로 평가받게 되는 이른바 ‘체제불법’(Systemunrecht)은 인간은 존엄과 가치 등 입헌주의에 위반되는 과거의 구조적인 불법이므로 이를 극복하지 않고서는 사회통합을 달성할 수가 없을 것이다. 북한이 행한 체제불법을 청산하는 것은 불법행위를 행한 가해자에 대하여 형사상 처벌하는 것과 그 불법행위로 인하여 정치적으로 피해를 입은 자에 대하여 구제하는 것으로 구분될 수 있다. 특히 북한정권이 수립되는 과정에서 자행한 몰수재산의 처리의 문제도 이에 포함된다.

체제불법의 청산에 대하여 우선 그 주체를 누구로 할 것인지가 매우 중요한 쟁점이 될 것이다. 여기서 통일국가를 달성하기 이전에 북한이

적으로 엄청난 시간과 협상력이 필요하고, 개별적인 협상과정에서 새로운 국제적 분쟁이 발생할 수 있는 문제점을 제시하고, 북한의 조약에 대해서는 이를 원칙적으로 무효로 선언하고 조약의 성질이나 구체적 내용에 따라 필요한 경우에는 남북한이 협상을 통하여 승계하거나 당사국과 협상을 통하여 조정의 여지를 남겨두는 방안을 제시하였다.

170) 독일은 통일조약 제11조에서 서독이 체결한 조약과 국제기구 가입 등은 그대로 유효하고, 개별적으로 조정이 필요한 경우에는 통일정부가 해당조약 상대자와 협의를 하도록 하였으며, 통일조약 제12조에서 동독이 체결한 조약과 국제기구 가입 등은 당해 당사국들과 협의하여 계속유효, 조정 또는 효력 상실 여부를 결정하도록 하는 것을 기본원칙으로 하였다.

체제개혁을 하는 것을 전제로 스스로 주체가 되어 청산하는 방안과 통일한국이 북한의 체제불법을 청산하는 방안을 고려할 수 있다. 북한이 주체가 되는 것은 통일국가를 구성하기 전에 북한 스스로 자율적으로 과거의 불법을 청산함으로써 사회통합의 완성에 기여한다는 장점이 있다. 반면에 체제불법 청산의 대상이 스스로 주체가 된다는 점에서 체제불법이 철저하게 이루어지지 않는다는 단점이 나타날 수 있다. 이를 고려하여 통일합의서에 “조선민주주의인민공화국은 통일국가를 달성하기 이전에 과거 공산당 독재정권에서 자행된 반민주적, 반민족적, 범죄행위를 법치주의 원칙에 따라서 청산 한다”고 규정할 수 있다.

한편 통일국가가 청산행위의 주체가 되는 것은 청산작업을 철저히 할 수 있다. 그러나 북한의 입장에서 보면, 남한이 주도하는 정치세력에 의하여 자신의 과거를 평가받아 청산의 대상이 된다는 점에서 사회통합을 저해하는 장애요소가 될 수 있는 가능성이 있다. 이 경우에 통일합의서에는 “통일국가는 과거 공산당 독재정권에서 자행된 반민주적, 반민족적 범죄 행위를 법치주의 원칙에 따라 청산한다. 제1항에 따라서 청산하는 체제불법의 대상, 요건, 절차에 대하여는 통일국회에서 제정하는 법률로 정한다”고 규정할 수 있다.¹⁷¹⁾

2. 정치적 피해구제

통일국가에서의 체제불법으로 인한 정치적 피해구제는 ‘조선로동당’의 독재정권에 의하여 정치적으로 피해를 입은 자들에 대한 사법적·행정적·경제적 복권에 관한 것이 될 것이다. 정치적 피해구제에 대하여도 구제절차의 주체를 누구로 할 것인지가 쟁점이 될 것이다. 그런데 통일 당시의 역사적 현실에 따라서 정책적으로 결정할 수 있을 것이나 최소한 법치주의에 따라 진행되어야 할 것이다.¹⁷²⁾ 다만, 정치적 피해구제는 사법적·행정적·복권뿐만 아니라 금전적 보상을 내용으로 하는 경제적

171) 통일국가가 불법청산의 주체가 되는 경우를 전제로 체제불법범죄에 대한 형사처벌에 대한 법제도적 방안에 대한 논의에 대해서는 이효원, “통일 이후 북한의 체제불법에 대한 극복방안”, 「법학」, 서울대학교 법학연구소, 2010, 12, 94~102면.

172) 통일국가가 불법청산의 주체가 되는 경우를 전제로 정치적 피해자의 구제에 대한 법제도적 방안에 대하여는 이효원, 위의 논문, 102~110면.

복권을 포함하게 되므로 북한이 주체가 되는 경우에는 북한이 통일국가를 달성하기 이전에 보상절차까지 완료한다는 것을 기대하기는 어려울 것으로 예상된다. 그러므로 통일국가의 사회적 통합을 위하여 통일국회가 제정하는 법률에 따라서 보상할 수 있는 법적 근거가 필요할 것이다. 이때에는 통일합의서에 “조선민주주의인민공화국은 과거 공산당(‘조선로동당’) 독재정권에서 자행된 반민주적, 반민족적 범죄행위로 인한 정치적¹⁷³⁾ 피해를 법치주의 원칙에 따라서 사법적·행정적·복권 등을 통하여 구제한다. 제1항에 의하여 복권된 자들에 대하여는 통일국회가 제정하는 법률에 따라 금전적으로 보상한다”고 규정하는 방안을 생각할 수 있다.

3. 몰수재산의 처리

통일국가에서 몰수재산의 처리를 어떻게 할 것인지에 대하여는 다음의 방안으로 요약할 수 있다. 원래 소유권자의 권리를 회복시키는 방안, 원래 소유자의 권리를 회복하지 않고 금전적으로 보상하는 방안, 그리고 현재의 상태를 그대로 인정하여 몰수재산에 대하여는 아무런 조치를 하지 않는 방안 등으로 구별할 수 있다. 이는 법치주의에 따라 정의를 회복하는 헌법적 이념과 장기간 분단으로 인하여 발생한 법현실을 법적 안정성과 신뢰보호의 차원에서 인정하는 것에 기반을 둔 것이다. 사회통합을 도모하는 정책적 차원에서 기존의 일부 법 적용상의 현실을 법적 안정성과 신뢰보호의 차원에서 인정함으로써 사회통합을 도모하는 정책적 가치의 대립과 조화에 관한 문제라고 할 수 있다.

한편 몰수재산의 처리에 대하여는 통일 당시의 역사적 현실을 고려하여 결정할 문제이지만, 현재의 관점에서는 원래 소유자의 권리를 회복하지 않고 금전적으로 보상하는 것이 현실적인 방안이라고 판단된다.

173) 독일은 통일조약 제17조에서 동서독은 모든 정치범과 반범치국가적, 위험적 불법재판의 희생자들이 복권될 수 있는 법적 기초를 즉각 마련할 것을 확인하고, 동독의 사회주의 통일당의 불법정부의 치하에서 시달린 희생자들은 복권과 동시에 적절한 보상조치가 행해져야 할 것을 규정하였다. 한편, 예멘은 아랍민족주의, 전통 이슬람율법과 근대법률과의 조화를 기본원리로 채택함으로써 체제와 이념의 차이를 단일한 민족적·종교적 구심점으로 극복하고자 하였으므로 체제불법의 청산문제는 대두하지 않았다.

이때 통일합의서에 “조선민주주의인민공화국에 의하여 재산권이 몰수된 자들에 대하여는 통일국회가 제정하는 법률에 따라 금전적으로 보상할 수 있다”고 규정할 수 있다. 이에 따라서 몰수재산에 대하여는 원래 소유자에게 반환하지 않고, 원래 소유자라는 것이 인정될 경우에 금전적으로 보상함으로써 법치주의와 정의를 회복하고, 그 재산권에 대하여는 통일국가의 재산권 조정을 통하여 해결함으로써 통일국가의 사회·경제 통합을 달성할 수 있다.¹⁷⁴⁾

이에 관해서는 많은 논의가 있는 만큼 후에 좀 더 살펴본다.

4. 경과 및 효력

통일합의서는 일반적인 체제에 따라 전문, 본문, 부칙 등의 형식에 따라 규정할 수 있다. 특히 부칙에서 발효절차, 발효일, 경과조치, 후속조치 등에 대하여 규정하는 것이 바람직하다. 통일합의서의 발효절차와 발효일에 대하여는 “통일합의서는 대한민국과 조선민주주의인민공화국이 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 쌍방 최고당국자가 조인한 날부터 효력을 발생한다”고 규정할 수 있다.¹⁷⁵⁾ 한편 통일합의서가 체결되더라도 발효될 때까지는 일정한 시간이 소요될 것이며, 그 동안 통일합의서가 규율하는 사항에 대하여 적용될 법률관계를 명확하게 선언할 필요가 있다.

통일합의서는 통일국가의 헌법이 마련되기 이전까지는 대한민국의 현행 법제도를 통일된 한반도와 부속도서에 적용하는 것을 전제로 하고 있다. 그러므로 경과조치에서는 통일합의서의 체결부터 발효 시까지에 대하여만 규정하면 될 것이다. 이를 고려하면, 통일합의서에는 “통일합의서를 체결한 민주주의인민공화국의 헌법과 법령이 그대로 적용된다”고 규정하여 통일합의서를 체결하는 당사자로서 동등한 법적 지위를 규정할 필요가 있다.

174) 통일국가가 불법청산의 주체가 되는 경우를 전제로 체제불법에 의한 몰수재산의 처리에 대한 법제도적 방안에 대하여는 이효원, “통일 이후 북한의 체제불법에 대한 극복방안”, 앞의 논문, 110~114면.

175) 이미 남북한은 1991년 12월 13일 ‘남북기본합의서’를 채택하면서 “제4장 수정 및 발효 제25조”에 동일하게 규정하였던 선례가 있다.

이외에도 통일합의서에는 통일국가를 달성하기 위한 기본원칙만을 제시한 것이므로 구체적인 내용은 부속합의서를 통하여 단계적으로 실현하여야 할 것이다. 따라서 통일합의서는 부칙에 “대한민국과 조선민주주의인민공화국은 이 조약을 시행하기 위하여 특별기구를 설치하여 부속합의서를 체결할 수 있다”고 규정하는 것도 필요할 수 있다. 이러한 사항은 통일과정에서의 잠정조치에 따른 법효력에 관한 문제에 대응하는 것이라 할 수 있다.

제 3 절 통일 이후 북한법의 잠정적용에 대한 합헌성 검토

I. 통일 이후 구동독법의 적용 및 해석

1. 구동독법 적용 및 해석문제의 대두

남북한의 통일 이후 필요에 의해 북한법의 잠정적용을 인정하는 경우 그 합헌성 문제를 제기할 수 있다. 이와 관련하여 동서독의 통일사례에서 그 시사점을 찾아볼 수 있다.¹⁷⁶⁾ 독일 통일과정에서 사법관련 각종 법률의 통합과 함께 통일 이후 구동독법의 적용 및 해석에 관한 문제가 필연적으로 대두되었다. 그 유형을 보면 다음과 같다.

첫째, 구동독법이 통일조약 제9조에 의해 통일 후에도 계속 그 효력을 유지하면서 적용되는 경우이다.

둘째, 통일 이후 그 효력을 상실하는 구동독법이 통일 전에 이루어진 법률관계에 적용되는 경우이다.

통일 후 존속하는 구동독법의 적용 및 해석과 통일 후 그 효력을 상실하는 구동독법의 적용 및 해석에는 통일 후 존속하는 구동독법의 대부분이 통일조약이 체결되기 직전에 제·개정되어 서독법과 상당한 유사성을 지니고 있다는 점에서 다소 차이는 있었다. 그러나 근본적인 적용 및 해석의 문제에 있어서는 큰 차이가 없었다. 과거 사회주의체제하에서 제정된 구동독법은 기본적 국가질서가 달라진 상황에 적용하는데 있어서는 통상의 해석방법에 대하여 몇 가지 고려할 사항이 있었다. 또한 그 과정에서는 해당 구동독법이 기본법에 저촉되는지의 여부를 심사하여 그에 합치되도록 해석하여야 하였다.

아울러 통일독일에서 구동독법의 적용과 해석의 문제뿐만 아니라 연방법의 구동독지역에의 확장적용 및 해석과 관련해서는 연방법의 흠결, 구동독지역의 사실인 관습의 적용, 구동독의 거래관행 등을 고려하였다.

176) 「독일통일과 사법통합」, 법원행정처, 1995, 129~134면.

이 때 동독지역에서 서독지역과는 달리 연방법을 적용하고 해석하여야 할 경우가 발생할 수 있다는 점에 유의하였다. 그러나 실무상 문제가 된 경우는 별로 없었다.

2. 통일 후 효력을 상실하는 구동독법의 적용과 해석

(1) 견해 차이

통일독일에서 구동독법은 통일과 함께 그 효력이 상실되었지만 법률관계가 성립했을 시점에는 효력을 가지고 있던 구동독법을 적용하고 해석할 경우가 있었다. 특히 법률관계의 효과가 통일 이후에도 계속되고 있는 경우에는 통일 이후의 법원이 그러한 구동독법을 어떻게 해석 적용해야 할 것인지에 대하여 논의가 있었다.

이에 관해서는 다음과 같은 상이한 견해가 있었다.

먼저 통일 이전에 발생한 사안이고 해당 구동독법이 과거 체제하의 유효한 법이라고 하더라도 현재의 법원이 판결하는 것인 만큼 재판 당시의 법질서를 기준으로 판단해야 한다는 의견이 있었다. 구체적인 판단을 위해 다음의 세 가지 관점이 제시되었다. 첫째로 통일조약 제9조 제1항과 제2항을 유추적용하여 해당 구동독법의 합헌성을 심사하고, 둘째로 독일민법시행법 제6조를 유추적용해 해당 구동독법이 ‘공공의 질서’에 위배되는지를 심사하며, 셋째로 1990년 국가조약에 따라 통일 당시의 구동독에서도 이미 법적 가치기준이 바뀌어 있었다는 점을 고려해야 한다는 것이었다. 이에 대해 구동독법은 현재의 헌법질서 등을 고려할 필요가 없으며 구동독법 그대로 적용해석하면 된다는 반대의견도 있다.

(2) 판례의 태도

판례의 주류적인 태도는 통일로 인해 그 효력이 상실된 구동독법을 통일 이전에 발생하고 성립한 법률관계에 적용하는 경우, 통일 이후의 새로운 법적 가치가 아니라 과거 구동독 지역에서 그 해당법률이 적용되고 해석되던 바가 그 해석의 기준이 된다는 것이었다. 예컨대 “계획경

체제제가 소멸되었다 하더라도 계약 당사자가 과거 계약에 근거한 모든 의무를 이행하지 않아도 되는 것은 아니다”라고 판시한 독일의 연방통상대법원의 판결¹⁷⁷⁾은 위와 같은 주류적인 판례의 태도를 따르고 있다고 할 수 있다.

한편 기본가치 또는 상황의 변화를 고려하거나 독일민법상의 신의성실의 원칙 또는 공고의 질서를 해석적용의 기준으로 원용한 판결도 있었다. 포츠담지구 법원이 통일 이전의 구동독 내무부가 국유토지를 시가보다 훨씬 싼 가격에 구동독 내무부장관에게 매매한 사안에 관해 “고위직 공무원이 공무상 알게 된 정보를 이용하여 국유토지를 현저히 싼 가격으로 매수한 것은 서독 민법상의 신의성실의 원칙에 어긋난다.”고 판시한 것을 예로 들 수 있다. 또한 연방통상대법원이 몇몇의 판결에서 구동독 계약법의 해석이 새로운 경제헌법상의 기본원칙에 따라 이루어져야 함을 선언한 것은 같은 맥락으로 이해될 수 있다. 아울러 드레스덴고등법원이 망명기도를 이유로 자신의 삼촌을 고발해 수감하게 했던 조카가 삼촌으로부터의 손해배상청구를 면하기 위하여 구동독 형법상의 망명관련 조문을 원용한 사건에서 그 형법 조문이 공공의 질서에 위반된다는 이유로 조카의 주장을 배척하는 취지의 판결을 선고한 것이나, 같은 법원이 1987년 구동독지역에서 발생한 교통사고 피해자의 손해배상청구사건에서 통일 이후의 상황의 변화를 이유로 1987년 당시 구동독 법원에서 지급되던 액수보다 두 배 이상의 손해배상금을 지급하도록 판결한 것도 같은 취지의 판결이라 할 수 있다.

3. 통일 후 존속하는 구동독법의 적용과 해석

통일조약 제1, 2 부속의정서에 따라 통일 후 그 효력이 존속되도록 규정된 구동독법은 통일조약 체결 후 제정 또는 개정되어 정비되었다. 그 이전에 제정 또는 개정되었다 하더라도 서독법을 모델로 하여 정비된 것이 많았다. 또한 그 내용에 있어서도 서독법과 비슷한 점이 많았으며

177) 이 판결은 본질적으로 명령과 통제의 기능을 가진다는 점에서 구동독에서 이루어진 계획경제에 입각한 대출이 독일민법 제607조 이하의 소비대차와 다른 것은 분명하지만 그렇다고 해서 국가은행의 영업대출에 대한 변제 의무가 사회주의 경제체제의 종료와 함께 소멸되지 않는다고 판시하였다(BGH, Urt, v. 26. 10. 1993-VI ZR 222/92).

로 통일 후 효력을 상실하는 구동독법의 적용이나 해석에 있어서 보다는 문제가 발생하는 경우는 적었다. 다만, 연혁적으로 해석이 문제되거나 동일한 서독법 조문이 있는 경우 또는 법의 흠결이 있을 때 해당 구동독법을 어떻게 적용하고 해석할 것인지 다소 문제가 되었다.

우선 통일 이후에도 존속하는 구동독법을 해석하고자 할 때, 이를 위한 해석의 연혁적인 기준시점을 해당 구동독법이 그 효력을 존속할 수 있게 된 시점은 편입 효력 발생일인 1990년 10월 3일로 하였다. 왜냐하면 통일조약을 체결하면서 동독정부가 어떤 구동독법을 통일 이후에도 적용시킬 것인지를 결정한 것은 바로 이 시점의 구동독법을 고려한 것이기 때문이다. 여기에 덧붙여 1990년 5월 18일에 체결되고 1990년 6월 21에 발효된 국가조약에 의해 이 통일시점에는 이미 과거 사회주의적 기본가치들이 폐기되고, 서독기본법에 맞는 기본질서가 채택되어 있었다는 사실도 고려하는 것이었다.

또 통일 이후 구동독법은 결국 통일독일의 법에 계승되어 독일의 부분적 연방법 또는 주법이 되었다고 할 수 있으므로 독일의 전체 법질서에 속한다는 것을 유념해 그에 모순되지 않게 해석되도록 요구되었다. 연방통상대법원이 동서독간의 법적 통합이라는 목적을 달성하기 위해 “구동독법이 서독법과 동일한 사안을 규율하고 있고, 법조문도 거의 동일한 경우에는 서독에 적용되던 규범에 상응하게 구동독법을 해석할 수 있다.”고 결정한 것과 코트부스지구법원이 공동채무자에 관한 사건에서 구동독민법전 제434조 제2항 제1호에 대한 종래의 해석에 갈음하여 그에 상응하는 독일민법 제426조 제1항 제1호에 대한 해석을 원용해 판결한 것은 위와 같은 해석론에 기한 것이었다.

그리고 동서독법을 비교할 때, 일반적으로 구동독법은 서독법에 비해 조문의 수가 적고, 규율 내용이 단순하며, 통일과 동시에 폐지된 법률들이 많은 관계로 법의 흠결 보충문제가 흔하게 발생하였다. 이 경우에는 상응하는 서독법의 조문을 원용하는 수밖에 없지만 법률제정 당시에 비하여 상황이 변했을 경우에는 이를 고려하게 되었다. 베를린고등법원이 “통일 이전에 구동독인 부부가 이혼재판과정에서 합의 이혼 후에 지급할 생활비액수에 관해 그 합의금액은 물가와 임금의 변화가 별로 없는

사회주의계획경제 상황을 전제로 책정된 것이므로 통일 이후의 시장경제질서 하에서는 물가와 생활비의 현저한 상승을 고려하여 다시 책정되어야 한다”고 판결한 것은 그와 같은 해석론에 입각한 것이라고 볼 수 있다.

II. 사법통합과정에서 북한법의 잠정적 적용의 필요성

1. 법률통합의 전제

분단 이후 남한과 북한은 각각 이 지역에서 장기간 상이한 법률을 적용하고 사법조직을 운용해 왔으며 이를 바탕으로 다양한 법률관계를 형성하여 왔다. 북한에서 형성된 법률관계는 통일국가의 헌법이념과 부합되지 않는 경우가 많고, 헌법 제3조를 엄격히 적용할 경우 그 법률관계의 효력을 규범적으로 인정한다는 것은 위헌의 소지도 있을 수 있다. 그러나 북한의 행정조치와 사법작용을 일률적으로 그 효력을 부인하는 경우 법적 지위와 법적 안정성이 크게 저해되어 통일국가는 물론 사회통합에도 큰 장애요인으로 작용할 수 있다는 점을 고려할 필요가 있다.

남북특수관계론을 전제로 할 경우 헌법적 근거도 있고 또 현실적인 필요성에 따라 북한에서 형성된 법률관계는 일정한 범위 안에서 그 합헌성과 합법성을 인정할 수 있다. 다만 이러한 경우에도 북한에서 이루어진 처분이나 재판이 통일국가의 헌법질서에 현저히 위반되는 경우에는 그 효력을 부인할 필요가 있고, 그럴 경우 법치주의의 원칙과 민주적 정당성의 확보를 위해 통일국가에서 법률은 그 내용, 범위, 효력 등을 구체적으로 규정해야 한다.

또한 사법조직에 대한 법률통합에 있어서 북한법률의 효력을 인정할 경우에도 그 범위와 한계가 문제될 수 있다. 통일국가의 법률통합에 있어 북한법률의 적용은 원칙적으로 그 적용을 배제하여야 하며, 남한 법률의 효력을 그대로 적용할 것을 예정하고 있는 경우 남북한의 기존의 법률간의 충돌이 야기될 수 있다. 그러나 분단 상황에서의 생활과 법률관계의 안정성, 신뢰보호를 위해 통일의 과정이나 그 이후에 북한지역

에서 일정한 기간 동안에는 북한법률의 효력을 인정하는 것을 고려할 수 있다. 이러한 경우에도 북한의 사법제도와 조직은 통일국가의 헌법 이념과 기본원리에 위반되는 것이 명백한 만큼 그에 관한 법률의 효력을 인정하는 것은 한계가 있다.

2. 통합과정의 특별조치

통일국가에 있어서 법률과 사법조직의 통합은 자유민주적 기본질서와 법치주의를 기초로 하면서 법적 안정성과 신뢰보호를 위하여 일정한 범위에서 특별조치를 인정할 필요가 있다.

다음에 그 배경을 간략하게 살펴본다.

첫째, 통일의 과정에서 일정한 기간을 정하여 과도기적으로 북한의 사법제도와 기능을 인정하는 것이다. 통일국가의 달성에 있어서 사법통합은 전혀 상이한 두 체제의 특성을 반영하여 하나로 통합하는 것인데 남한의 사법제도를 단시일 내에 급격히 이식할 경우 북한주민들 입장에서는 갑작스런 체제변화로 인하여 여러 가지 부작용이 발생할 수 있다. 따라서 사법제도의 공백을 메우기 위하여 북한의 사법조직과 기능을 잠정적으로 인정할 필요가 있다.

둘째, 통일국가를 달성하는 과정이나 그 이후의 일정한 기간 동안에는 특별사법조직을 설치하여 남북통일이라는 특수한 정치적 상황을 규범적으로 반영하여 운영할 필요가 있다. 그러나 북한의 사법조직의 기능과 특별법원의 관할권에 대하여도 북한주민의 신뢰보호와 법적 안정성을 보장하기 위한 것이므로 잠정적으로 특별한 사항에 국한하여 인정되어야 할 것이다.¹⁷⁸⁾

3. 법통합의 원칙과 방향

통일과정에서의 법통합은 통일합의서 등 규범적 근거에 기초하여 장단기적인 계획 하에 추진하되, 특히 통일헌법 제정을 추진함과 아울러

178) 이효원, “남북통일 이후 사법조직의 통합방안”, 「법학」, 서울대학교 법학연구소, 제51권 제1호, 2010. 3, 80~82면.

북한에 자유민주국가 및 법치국가의 근간이 될 법제도를 건설하는데 초점을 맞추어야 한다. 이에 기초하여 다음에 통일국가의 법통합의 방향을 제시할 수 있다.

첫째, 남북한의 통일합의서는 법통합의 기본원칙과 방법, 추진기구, 절차 등을 규정하여 이를 토대로 법률통합이 법치주의의 원칙에 따라 체계적으로 추진되어야 한다. 헌법적 가치질서에 비추어 북한의 법령을 용인하기도 어렵지만, 반면에 신뢰할 만한 입법평가도 없는 상태에서 급격히 남한의 법률을 북한지역에 확장 적용하는 것은 신중하게 접근할 필요가 있다. 마찬가지로의 관점에서 남북한의 사회경제적 차이나 역사문화적 이질성 등에 따라 예상되는 부작용을 회피 또는 최소화하기 위해서는 예외조항과 조정규정 또는 경과규정을 두는 방안이 적극적으로 강구되어야 한다.

둘째, 급진적인 법률통합은 무엇보다도 북한에 실효적인 대의제 제도 및 지방자치 기반을 구축함에 있어 시간적 압박을 가중시키고 북한지역에 확대될 새로운 법이 북한주민들의 생활실정이나 법의식을 충분히 고려하지 못하게 만드는 요인으로 작용할 수 있다. 또 새로이 도입되게 될 법령들이 정치적으로 운영되어 온 사법부와 당의 지시에 따라 좌우되었던 행정관행, 주민들의 무지와 불신 등으로 말미암아 상당한 시행착오를 겪을 수 있다는 점도 충분히 고려되어야 한다.

셋째, 통일과정과 통일한국에서의 법률통합은 한민족 모두에게 기본적인 권과 인간다운 삶의 기회를 보장해 주는 가운데 특히 북한주민에 대한 배분적 정의의 실현에 기여해야 한다. 이를 위해서는 자유민주적 기본질서와 실질적 의미의 법치주의, 사유재산제를 바탕으로 한 시장경제체제의 확립, 개인의 자유와 권리의 보장 등을 확립함과 아울러 공정한 법질서의 운영을 통해 남북한 주민간, 계층간 사회적 통합을 추구하는 것을 법률통합의 지도이념으로 삼아야 한다. 특히 통일과 이에 따른 법률통합은 현대 헌법국가의 공통된 기본원리의 하나인 복지국가와 사회국가의 이념 하에 북한사회와 주민들에 대한 특별 배려를 통해 구체화되어야 한다.

남북한의 법률통합은 궁극적으로 완전한 의미에서의 국가적 통합을

실현하는 것을 목표로 삼아야 할 것이다. 따라서 북한의 반민주적이고 반법치적인 과거청산 못지않게 남한의 법률도 북한주민들에게 자율적으로 수용되기 위해서는 보다 더욱 자유민주적 기본질서와 실질적 법치국가 및 복지국가의 이념을 구현할 수 있도록 하는 지속적인 노력이 병행하여 추진되어야 한다.¹⁷⁹⁾

179) 홍준형, “통일과 법제통합”, 「제563회 정책&지식 포럼」 자료집, 2011. 5. 9, 18~22면.

제 4 절 국제법적 영역에서의 쟁점

I. 국제법상 국가승계에 관한 법리

1. 개념

국가승계(Succession of States)란 일정한 영역에 대한 통치권이 하나의 국가로부터 다른 국가에 인계되는 것을 말한다.¹⁸⁰⁾ 이와 같이 일정 지역의 영역권이 변동되는 경우 일반적으로 전국가(선행국)의 국제법상의 권리·의무가 신국(승계국, 후계국, 후국)에 승계되는가, 승계된다면 어떤 조건과 정도로 승계되는가의 문제가 발생한다. 선행국과 후계국간의 영역 주권간에 법적인 계속성이 인정되는가의 문제가 ‘국가승계’의 문제이다.¹⁸¹⁾

국가승계에 대한 학설과 관행에도 포괄적 승계설과 법적 계속성 부인설의 대립이 있다. 특히 사회주의국가의 출현과 제2차 대전 이후 식민지로부터 독립된 신생국가의 출현에 의하여 국가승계의 다양한 문제가 생겼다. 이리하여 새로운 문제를 UN국제법위원회에서 검토하여 법전화 작업을 진행하였다. 그 결과 우선 “조약에 대한 국가승계에 관한 비엔나 조약”(1978년 8월 22일 채택, 이하 ‘1978년 국가승계조약’이라 한다)을 이어 선행국의 국내법질서에 준거한 조약 이외에 경제적 권익(사유, 국유재산, Concession, 대외채무 등)의 승계에 대해서도 “국가의 재산, 문서 및 채무에 대한 국가승계에 대한 조약”이 채택되었다(1983년 4월 7일, 이하 ‘1983년 국가승계조약’이라 한다).

조약승계에 관한 국제법의 법원은 일반 국제법으로서 국제관습법과 1978년 국가승계조약과 1983년 국가승계조약의 3가지로 나뉜다.

180) 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나협약은 “국가승계란 어떤 영토의 국제관계에 대한 책임이 한 국가에서 다른 국가로 대체되는 것”으로 정의하고 있다 (제2조 제1항).

181) 이장희, “한국통일과 법적 과제”, 「정부수립 60주년 기념 2008 남북법제 특별세미나」 자료집, 북한법연구회, 2008. 9. 25, 81~88면.

2. 조약의 승계

조약의 승계에 있어서 중요한 문제는 선행국이 맺은 조약상의 권리와 의무를 승계국이 승계한다는 ‘계속성의 원칙’을 취하느냐 또는 승계국은 전적으로 백지의 입장이 되어 선행국의 권리의무는 승계국의 의사에 의하지 않고는 승계되지 않는다고 하는 ‘백지의 원칙’을 취하느냐로 귀결된다. 일반적으로 정치적 독립을 강조하는 신생독립국은 백지의 원칙을 지지한다. 1978년 국가승계조약은 제16조에서 신생독립국에 대해서는 ‘clean state’ 원칙을 규정하였다.

조약승계이론에서 ‘계속성의 원칙’은 ‘백지의 원칙’의 예외이다. 예외로 인정되는 계속성의 원칙에 해당되는 특정조약은 다음과 같다. 국제관습법, 국제강행법규, 속지적 성격이 없는 물적 조약이 해당된다. 예를 들면 이전되는 영토에 속지적 의무를 규정한 조약을 말한다(국경획정조약, 영토할양조약, 국제하천조약, 국제수로, 수자원공동이용, 비무장지대화 조약 등). 다시 말해 계속주의가 인정되는 물적 조약에는, 국경제도에 관한 조약, 영토제도에 관한 조약이 있다. 이에 비해 군사기지협정은 예외로 승계가 인정되지 아니한다(1978년 협정 제12조 제3항). 그리고 1978년 협정은 인적 조약에 대해서 승계의 유형에 따라 달리 규정하고 있다. 신생국의 경우 백지주의를 원칙으로 채택하고, 합병 분리독립의 경우 계속주의를 취하고 있다.

3. 조약승계의 방식

조약승계의 방식으로는 크게 두 가지 방식으로 나누는데 하나는 승계협정의 체결방식이고, 다른 하나는 ‘승계협정 불체결에 의한 승계’방식이다. 전자는 승계국인 신생국과 선행국과의 승계협정체결에 의해 조약을 승계하는 방식이고, 후자는 승계협정을 체결하지 아니하고 일정한 유예기간의 경과로 승계 도는 불승계로 보는 방식인데 이를 ‘선택적 승계’라고도 한다. 이에선 승계국이 독립한 후 일정한 유예기간 내에 조약승계협정을 맺지 못한 조약은 국제관습법에 관한 사항을 제외하고는 원칙적

으로 소멸한 것으로 보는 ‘니에레레방식’이 포함된다. 그러나 이 방식은 조약상 권리의무에 대한 자주적 선택권의 인정에 그 특징이 있으나 선행국의 자의에 의해 조약관계의 안전성을 저해할 우려가 있다는 비판이 있다.

4. 조약승계 절차

조약의 승계절차란 조약의 승계국과 그 조약의 타 당사국과의 관계에서 조약승계의 절차를 말한다.

첫째, 국가승계 시 즉시 발효되는 조약의 경우는 선행국의 조약은 승계국에 대해 당연히 효력이 미치는 계속주의가 원칙이며, 이 원칙이 적용되는 경우 통합국과 조약의 당사국간에 특별한 합의를 요하지 아니한다. 그러나 예외적으로 통합국이 그의 의사에 따라 백지주의를 따르기 위해서는 통합국과 당사국간에 합의를 요한다(1978년 조약 제3조 제1항).

둘째, 국가승계 시 아직 발효되지 않은 조약의 경우는 통합국이 그의 일방적인 승계통고만으로 당해 조약의 체약국이나 당사국이 될 수 없다(제32조 제1, 2항).

셋째, 국가승계 시 비준 등 조건부 조약의 경우 통합국은 당해 조약에 서명함이 없이 비준, 수락 또는 승인만으로 그 조약의 체약국이나 당사국이 될 수 있다(제33조).

II. 통일방식에 따른 통일한국의 조약승계

1. 북한의 편입에 의한 통일한국의 국가승계

이것은 동서독처럼 북한이 스스로 결정하여 한국에 편입을 하여 통일한국이 이루어지는 경우이다. 다시 말해 통일한국은 북한이라는 국가적 실체는 소멸하고, 대한민국이 주도하여 이루어진 통일국가를 말한다.

국가승계의 관점에서 볼 때, 북한을 병합한 남한은 새로운 국가를 창

설하는 것이 아니라 법적 동질성이 있는 국제법주체로서 존속하게 되는 통일한국이다. 따라서 남한의 통일 후 피승계국 또는 선행국인 북한이 중국과 체결한 북한과 중국 간 국경조약체계가 북한의 영토를 새로 획득한 승계국인 한국에 대해 그대로 적용되는 가가 문제된다, 이 경우 북한과 중국 간 국경조약체계의 승계문제는 통일한국이 국제법적으로 1990년 동독의 편입에 의한 서독통일과 비슷할 수 있기 때문에 독일의 통일조약에서 시사점을 찾아볼 수 있다. 1978년 조약승계협약 제31조는 흡수통일의 형태를 고려하지 않았기 때문에 기존의 국제관습법이 적용된다고 보는 것이 다수설이다. 독일통일을 전형적인 흡수통일로 보는 독일의 통설에 의하면 국제법위원회의 견해와 달리 흡수통일의 경우에는 이 조항에 규정된 조약의 '법률상 당연 계속의 원칙'이 적용되지 않는다. 이 견해는 독일 통일로 인하여 구동독은 국제법주체로서 소멸되었음에 반하여 구서독은 통일 이후에도 국가적 동일성과 계속성을 유지했다는 사실에 바탕을 두고 있다.

1990년 동서독의 통일조약 제11조 및 제12조 역시 구서독이 국제법주체로 존속함을 기본적인 전제로 한 규정이다. 흡수통일 시 적용되는 국제관습법은 조약경계변동의 원칙이다. 이 원칙에 따르면 한 국가가 다른 국가에 흡수될 경우 흡수된 국가의 조약은 소멸되고 흡수한 국가의 조약이 흡수된 국가의 영역에 적용된다. 따라서 흡수통합의 경우 조약승계조약 제31조가 아닌 영토의 일부할양과 조약경계변동의 원칙을 명시하고 있는 제15조가 유추적용 되어야 한다는 주장이 타당성을 가진다. 독일통일사례를 한국에 원용하면, 선행국인 북한이 중국과 체결한 북한과 중국 간 국경조약체계에 대하여 관련국인 통일한국이 중국과 협의할 수 있는 가능성은 있다. 그러나 북한과 중국간 국경조약체계는 국경조약의 국가승계에 관한 국제법상 관련국인 중국과의 국제적 안정성 유지를 위해 통일한국에도 그대로 적용된다고 볼 수 있다.

이를 종합하여 판단하여 볼 때, 북한의 남한으로의 편입에 의한 통일 한국의 국가승계는 1978년 비엔나협약 제31조를 적용할 수 없으며, 국가승계에 관한 다음의 국제관습법 규칙 및 국가관행을 적용하는 것이 타당하다고 볼 수 있다. 다음에 그 배경을 간략하게 살펴본다.

첫째, 한국이 통일 이전에 체결한 양자조약은 ‘조약국경이동의 원칙’에 따라 북한지역에도 적용된다.

둘째, 북한이 체결한 정치적 성격의 조약은 북한의 소멸에 의해 효력을 상실한다. 또한 경제적 조약일지라도 그 조약이 과거 사회주의권과의 구상무역협정과 같은 정치적 요소를 담고 있는 조약은 통일한국에 그대로 적용할 수 없기 때문에 그 효력을 상실한다. 다만, 경제관계조약의 경우에는 조약의 타방 당사국의 이해관계를 고려 잠정기간 동안 그 효력을 인정할 수 있다.

셋째, 북한이 체결한 쌍무조약 중에 개별적으로 통일이라는 변화된 상황에 맞추어 적용하는 것이 필요한 조약에 대하여는 통일 한국이 조약의 타방 상대방과 협의하여 조약의 계속 적용, 개정 또는 효력 상실 여부를 결정하여야 할 것이다. 그러나 이 경우에도 통일 한국이 타방 당사국과 반드시 합의에 도달할 필요는 없으며, 합의에 이르지 못할 경우에는 1969년 조약법에 관한 비엔나 조약 제62조의 ‘사정변경의 원칙’을 적용하여 조약을 종료시킬 수 있다.

넷째, 북한이 체결한 국경조약이나 속지적 또는 처분적 조약은 관습법 및 1978년 비엔나협약 제11조 및 제12조에 따라 국가승계에 의하여 어떠한 영향도 받지 않으며, 승계국에 그대로 적용된다는 원칙이 확립되었다. 이러한 국경조약이나 속지적 조약은 조약이 체결되면 바로 이행되는 일종의 권리의 양도로서 영토주권의 변동과 관계없이 부속된 영토에 적용되기 때문이다.

다섯째, 다자조약 및 국제기구의 회원국의 지위승계문제와 관련하여 통일이전에 남북한이 모두 가입한 다자조약 및 국제기구의 회원국의 지위는 통일한국에 당연히 승계되며, 통일한국은 단일회원국이 될 것이다. 한국만이 가입한 다자조약이나 국제기구의 회원 지위는 북한지역에 적용되며, 북한만이 가입한 다자조약 및 국제기구의 회원국의 지위는 북한의 소멸로 일단 효력이 상실된다고 보아야 한다. 다만, 통일한국이 북한이 가입한 다자조약 및 국제기구의 회원국의 지위를 승계하고자 할 경우에는 관련 당사국 및 국제기구와 협의하여야 할 것이다. 이 경우에 다자조약의 당사국 및 국제기구의 지위는 북한지역 뿐 아니라 통일한국

영토전체에 적용되어야 할 것이다.

2. 합의에 의한 통일한국의 국가승계

남북한이 합의로 새로운 통일한국을 수립하고, 남북한이 소멸하는 경우 통일한국은 새로운 국제법주체가 탄생하는 것이다. 다만, 이 경우에는 흡수병합에 의한 통일이 아니고 대등한 국가간의 합병형태의 통일이기 때문에 국가승계에 있어서 독일통일의 사례를 그대로 적용할 수 없다. 1978년 비엔나협약 제31조의 적용도 적합하지 않으므로 다음의 경우를 상정할 수 있다.

첫째, 남북 간에 국가승계에 관한 국제관습법 규칙과 국가관행에 따라 이에 관한 합의가 이루어져야 하며, 일종의 승계협정체결이 필요하다.

둘째, 남북한 체결한 정치적 성격의 조약 중에 통일이라는 '사정의 근본적 변경'에 따라 그 적용이 어려운 조약은 효력을 상실한 것으로 보아야 한다.

셋째, 기타 일반조약의 경우에는 간련 당사국들과 협의를 거쳐 조약의 계속 적용, 개정, 종료 등의 여부를 결정하여야 할 것이나, 관련 당사국들과 합의에 이르지 못하더라도 사정변경의 원칙을 적용하여 조약을 종료시킬 수 있다.

넷째, 국경조약이나 속지적 조약의 경우에는 통일한국이 승계됨이 원칙이나 불법, 부당하게 설정되었거나 부당한 체제하에서 획정된 국경 등의 경우에는 추후 관련 당사국과 협의할 수 있다.

다섯째, 다자조약이나 국제기구의 회원지위 승계와 관련하여 남북한 모두가 가입한 다자조약이나 국제기구의 회원국 지위는 통일한국에 그대로 승계되고, 유엔 등 국제기구에는 단일회원국으로 가입하게 될 것이다. 다만, 남북한 중에 어느 1개국만이 가입한 다자조약이나 국제기구의 회원지위는 관련 당사국 및 국제기구와 협의하여 결정하여야 할 것이다.

Ⅲ. 북한의 대외 경제관계 승계문제

1. 북한의 대외채권승계문제

북한이 보유한 대외채권은 국가재산에 포함되는 것이므로 통일한국에 계승되는 것이 원칙이다. 다만, 북한이 현재적 입장에서 대외적으로 보유하고 있는 금전채권 등은 거의 없는 것으로 보여져 논의의 실익은 없다 할 것이다. 그러나 통일국가의 수립 이후 이에 관한 문제가 불거질 가능성이 충분히 있다는 점에서 검토가 필요하다.

북한과 관련하여 대외채권의 승계와 관련하여 문제가 될 수 있는 것은 우선 일제강점에 대한 북한의 대일본 배상청구권 문제를 들 수 있다. 한일청구권협정 체결을 통해 이 문제를 해결한 남한과 달리 북한은 2002년 일본과의 관계정상화 협상과정에서 과거사의 배상과 보상, 청구권문제를 거론했던 것으로 알려졌지만, 그 구체적인 후속협상에 관해서는 알려지지 않았다. 북한의 대일배상청구권의 승계여부에 있어서 중요한 법리적 쟁점은 한국이 체결한 한일청구권협정이 북한을 일방 당사자로 포함하는 것인지의 여부이다. 한일청구권협정에 의한 대일청구권의 해결이 이북 지역의 청구권까지 포함하는가에 관해서는 협정문에 명문이 없다. 한일회담 당시 일본이 청구권의 범위를 대한민국 정부에만 한정시키자는 입장이었다는 점, 일본이 북한과 관계정상화 협상 당시 과거사의 배상과 청구권문제 등에 대한 협상을 벌였다는 점으로 고려하여 볼 때 일본이 한일청구권 협정범위에 북한 및 북한 주민의 청구권이 포함된다고 주장하기는 어려울 것으로 보인다.¹⁸²⁾

2. 북한의 대외채무 승계문제

대외채무의 승계는 우선적으로 채권자 국가와의 협의에 의하여 해결하는 것이 원칙이다. 이러한 점에서 1983년 비엔나협약 제33조는 이러한 채권자 국가와의 협의를 위한 가이드라인을 제공하고 있다. 한편, 국가의 전면 승계의 경우에는 그 근거를 어디에 두었던 간에 승계국이 선

182) 이찬호, “남북통일과 국가승계”, 「통일국가의 헌법질서 구축방안」, 앞의 자료집, 99~104면.

행국의 국가채무를 부담하는 것으로 보고 국제적 관행도 일부 예외를 제외하고는 이를 확인하여 왔다. 뿐만 아니라 남북통일에 있어 국제적 지지가 절실히 요구될 것이라는 정치적, 현실적 고려에 의하더라도 통일한국이 북한의 제3국에 대한 대외채무의 승계를 거부하는 것은 쉽지 않을 것이다. 그러나 북한 정권이 남북대치상황에서 군사적 목적으로 도입한 차관이나 독재 유지 및 국민억압을 위하여 발생한 채무에 대하여 이를 모두 승계하여야 하는 것인지에 대하여 국제법상 ‘유해채무’(odious debt)의 문제가 있다. 이른바 ‘유해채무’는 선행국의 채무가 국제법을 위반하거나 승계국의 기본적 이익에 반하는 목적으로 계약된 부채를 의미한다.¹⁸³⁾

유해채무는 일반적으로 승계국이 이를 인수한다는 것은 부도덕할 뿐만 아니라 불합리하다는 이유를 들어 인수하지 않음을 주장할 수 있다. 이에 따라 1977년 국제법위원회 연간보고서에는 선행국의 채무가 유해채무에 해당할 경우 승계국에 이전되지 않는다는 조항을 제시하였다. 다만 위 조항은 1983년 비엔나협약에는 포함되지 않았다.

통일한국은 북한의 대외채무중 상당부준이 유해채무에 해당된다고 주장하여 그 승계를 거부할 수 있으나 어떤 채무가 군사적 목적이나 독재정권의 유지를 위한 목적으로 부담하게 된 것인지를 구별하기 쉽지 않다는 현실적인 어려움이 있다.

대외채무의 승계에 있어 일본인 납치문제 등에 대한 북한의 배상금문제와 같이 북한의 불법행위로 인하여 발생한 채무도 승계해야 하는지의 문제가 있다. 이에 대하여는 국제 불법행위에 대한 배상청구권은 성격상 개별적이며 인격적인 것으로 가해국의 배상 의무는 승계되지 않는 것이 원칙이라는 견해가 있다.¹⁸⁴⁾ 다만, 북한의 일본 납치자에 대한 배상금 채무문제는 북한의 대일 배상청구권 문제와 함께 청구권 협상에서 논의될 것이 예상되므로 통일한국이 북한의 대일배상청구권을 승계하는

183) 1977년 국제법위원회 연간보고서는 유해채무에 대하여 첫째로 선행국에 의하여 승계국이나 승계대상 영토의 주된 이익에 반하는 목적을 위하여 발생한 모든 채무, 둘째로 선행국에 의하여 국제법이나 UN헌장상의 국제법원칙에 한하는 목적으로 발생한 모든 채무라고 규정하고 있다.

184) 백진현, “한반도 통일시 남북한 체결조약 승계에 관한 연구” 서울대통일평화연구소 통일학연구보고서, 2004. 9, 10면

한 위 배상금채무의 승계를 거부하는 것은 힘들 것이다.

3. 북한과 중국간 경제협력에 관한 양허권 승계문제

최근 북한경제의 악화와 국제적 고립이 심화되면서 북한은 중국과의 경제협력을 강화해 나아가는 과정에서 북한은 중국 정부 또는 중국 기업에 천연자원에 대한 개발권, 철도, 도로, 항만 등에 대한 사용권 등에 대하여 양허권을 부여하고 있다. 북한과 중국은 이를 위하여 2005년 3월 22일 ‘투자 장려 및 혜택에 관한 협정’(이하 ‘북중간 투자보호협정’이라 함)을 체결한 바 있다.

이 문제와 관련하여 향후 통일한국이 북한과 중국 간 투자보호협정이 국가승계에 의하여 그 효력을 상실하게 되는 것을 근거로 중국에 대하여 협정에 규정된 보호조항을 원용할 수 없다는 주장의 여부가 쟁점이 될 수 있다. 이를 검토하면, 우선 국제법은 전통적으로 선행국에 의하여 부여된 양허권은 기득권존중의 원칙으로 승계국에 의하여 존중되어야 한다는 것이다. 국가승계에 있어 기득권 존중의 원칙은 주권의 변경이 그 자체로서 선행국의 법질서 하에서 유효하게 취득된 권리 (특히 재산권)를 소멸케 하는 것은 아니라는 것을 의미한다. 또한 경제관계의 조약의 경우에는 조약이 타방당사국의 이해관계를 고려하여 타방 당사국의 동의가 있어야만 효력이 상실되고, 적어도 상당기간에 있어서는 잠정적으로 그 효력을 유지해야 한다고 보는 것이 신뢰보호의 원칙상 타당하다.

나아가 만약 북한과 중국 간 투자보호협정의 효력이 곧바로 상실된다고 보더라도 즉시 중국의 투자가 보호장치를 상실하게 된다는 것을 의미하는 것이 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 만약 이 협정의 효력이 상실된다고 볼 경우에는 조약승계변동의 원칙에 의하여 한중투자보호협정은 북한영역에도 적용될 것이기 때문에 중국투자자와의 관계에서 큰 차이가 없을 것이다.

제 5 절 남북한 통일과 헌법재판의 기능과 역할의 강화 방향

I. 통일과정에서의 법제 통합의 과제

남북한의 법률 통합과정에서의 고려사항과 함께 사전에 검토하고 대비하여야 할 분야는 적지 않다. 이들 분야의 검토는 통일관련 문제의 헌법재판과 관련하여 의미를 부여할 수 있다. 앞서 언급한 경제 분야에서의 금융 및 화폐통합의 문제, 민사법 분야에서는 이산가족간의 상속과 중혼 등 가족관계 문제를 비롯하여 형사법 분야에서는 앞서 언급한 불법청산 문제 외에도 북한 정권하에서 처벌받은 정치사범들의 복권 또는 사면 문제, 형집행 중에 있는 자들에 대한 재심 등의 문제가 있다. 이들 문제들은 직접적 또는 간접적으로 헌법적 쟁점이 되거나 현행헌법의 원리에 비추어 위헌문제를 검토할 필요가 발생할 수 있다.

한편 국제법적 측면에서도 국가승계에 따른 조약과 북한의 국가책임, 대외적 채권과 채무의 승계 문제가 있다. 그간 상대적으로 연구가 소홀했던 사회·문화 분야에서도 교육제도의 통폐합 및 기존 학력과 각종 자격증 인정 문제 등 구체적인 연구와 검토가 필요한 것은 산적하여 있다고 해도 과언이 아니다. 이들 쟁점들은 단기적으로는 통일과 관련한 정책적 과제로 다가서지만, 궁극적으로 헌법적 검토를 요청한다는 점에서 헌법재판과 연관하여 연구되어야 할 필요가 있다.

기실 통일의 최종단계의 법제도적 통합의 형식은 단일의 법제에 남북한 주민이 합의하는 바에 의해 결정될 것이다. 이는 남북한이 현재 가지고 있는 이념과 체제를 극복하고 단일의 체제에 합치되는 것이 될 것이다. 이를 현재의 남한의 헌법원리와 질서 아래 이룩하는 것을 상정하고 있다. 그렇다고 하더라도 결국 통일에 대비하여 국내에 있는 모든 법령을 검토하여 개개의 법률에 대한 통일을 대비하는 내부적인 법령안을 준비하는 것이 필요하다.¹⁸⁵⁾ 이

185) 현재 국내에 소개된 북한의 법률은 196개 법률과 하위법규 81개 시행규정이 있다. 이에 관해서는 장명봉 편, 「2011 최신 북한법령집」, 북한법연구회, 2011 참조.

이에 비해 남한은 2011년 12월 5일 현재 헌법을 비롯하여 1,233개의 법률, 1,747개의 대통령령, 48개의 총리령, 1,115개의 부령 등 도합 4,130개의 법령이 있다.

많은 법령을 검토하고, 통일 대비 법률안을 준비하는 것은 매우 방대한 작업이 될 것이다. 이 문제를 극복하기 위해서는 남북 법률 내지 법제 통합에 대한 관심과 구체적인 대안마련이 그동안의 정부부처를 중심으로 이루어진 데에서 벗어나야 할 필요가 있다. 실제로 남북한 간의 법제 통합에 관한 업무는 주로 법무부나 법제처, 통일부와 같은 일부 관계부처의 주요 과제로 다루어져 왔다. 정부부처의 소관업무로서 이를 담당하는 것은 당연한 일이지만, 이것이 이들 부처만의 업무라는 자세로부터 벗어날 필요가 있다. 사실상 통일 한국의 법제의 통합 과정은 결국 통일한국이 어떤 제도를 선택할 것인가의 정책적인 판단이 선행될 필요가 있다.

여기서 유의할 점은 통일국가의 제반 관련 제도의 선택 문제는 법률전문가들의 역량만으로 해결할 수 있는 문제가 아니다. 지금까지와 같이 통일 법제에 대한 준비를 법제 정책 및 법률입안을 담당하거나 통일 관련 유관 부서인 법무부나 법제처, 통일부 등 일부 기관만의 업무로 취급되어서는 안된다. 이로부터 헌법재판이 통일과 관련하여 법적 쟁점을 정비하고 다양하게 발생하게 될 법적 문제를 해결하는 데에 중요한 기능과 역할문제를 찾을 수 있다. 다시 말해 통일과 관련한 법적 문제의 사법적 판단기준을 제시하고 국민적 지지를 획득하기 위한 기능과 역할을 담당할 수 있다는 점에서 통일문제에 대한 헌법재판소의 기능과 역할의 강화 문제를 검토할 수 있다.

통일과정에 따라 향후 정부 모든 부처는 자신들의 소관 업무 분야에 대한 통일대비의 필요성을 인식하고 신중하고 철저한 대비책을 강구해 나아가야 할 것이다. 남북한의 통일 과정에서 각 부처별 대비책의 일관성과 실효성을 담보하기 위해서는 각 부처 간의 유기적 업무 연계가 이루어져야 할 것이다. 통일을 위한 구조적이고 유기적인 체제를 갖추는 데에 기여하는 것은 각 분야별 헌법적 쟁점을 예상하여 이에 대한 판단기준을 설정하는 헌법재판이 될 것이다. 헌법재판을 통한 통일관련 헌법적 쟁점에 대한 사법적 판단기준의 제시는 통일국가의 질서를 확립하고 남북한 주민의 실질적인 통합에 기여하는 데에 중요한 역할을 하게 될 것이다.

<http://moleg.go.kr/lawinfo/status/statusReport>. 법률만 비교하더라도 북한보다 6배에 달하여 북한과는 상대적인 비교는 의미가 없다.

II. 통일과정에서의 헌법재판의 과제와 방향

1. 통일과정의 헌법재판의 과제

살펴보았듯이 통일과정에서 발생할 수 있는 헌법적 쟁점은 간단하지 않다. 예상되는 법적 쟁점이 비록 동서독의 경험을 통해 시사를 받는 것이었지만, 남북한의 분단을 극복하고 통일국가를 수립하는 과정에서 많은 문제점이 예상하였거나 혹은 예기치 못한 상황에서 제기될 수 있다. 더욱이 우리의 경우 통일과 관련하여 현행법령 체계상 혼란을 주고 있고, 이중적 해석이 가능하다는 점에서 보다 분명한 사법적 판단의 필요성이 크다는 점에서 헌법재판의 중요성이 강조된다.

다음에 통일 과정 및 이후 헌법재판의 기능과 역할이 강조되는 배경과 필요성을 간략하게 언급해본다.

첫째, 분단과 통일에 대한 보다 분명한 우리의 법체계와 원리를 확고히 하는 기준을 제시하여야 한다. 알다시피 우리의 통일정책과 통일방안이 변화하면서 관련 법령체제도 일부 변경되어 왔지만, 본질적으로 남북관계의 법적 성격에 대해서는 기존의 논리를 기초로 하고 있다. 현행헌법이 통일조항(제4조)를 신설하게 된 배경은 그만큼 우리의 통일 환경의 변화를 반영한 것이지만, 여전히 분단을 헌법적으로 부정한 영토조항(제3조)의 규범적 의미와의 갈등 국면을 완전히 해소하지 못하고 있다. 남북관계의 진전과 통일의 성숙과정과 따라 이원적인 남북관계의 법적 구조를 일원화하는 판단기준을 세우고 이를 기초로 현행법체계도 명확하게 통일 과정과 통일국가의 법적 구조를 담는 것이 바람직하다.

둘째, 남북한의 분단 상황을 반영하고 있는 정책적 평가 내지 입장이 법적으로 명확하게 규명되는 데에 헌법재판의 역할이 필요하다. 예컨대 남북한은 현재의 남북관계의 성격을 이른바 ‘통일 과정에서의 특수한 관계’라고 함의하고 있다. 그러나 ‘남북한의 특수관계’ 내지 ‘분단국의 특수관계’라는 개념은 법이론적으로나 법리적 해석에 있어 아직 분명한 평가를 내리고 있다고 평가하기 어렵다. 동서독의 기본조약상의 평가에서 이른바 ‘내독 특수관계’라는 개념

이 원용되고 있으나 우리와의 상황을 그대로 적용하는 데에는 한계가 있다.

셋째, 한반도의 분단과 통일문제는 세계적으로 유일한 사례인 만큼 이를 해결해 나아가는 데 대한 법제도의 정립과 형성에 헌법적 원리와 정당성에 기초하여야 하며, 이는 헌법재판을 통해 그 기반을 구축할 수 있다. 통일관련 법체계는 현실적으로 법리적 논쟁을 불러일으키고 있으며, 통일 상황에 대해 새로운 법령의 제정의 필요성이 제기되는 만큼 이에 대한 헌법적 평가가 뒤따라야 한다. 예컨대 남북한 간 통합과 관련하여 잠정적 효력을 위한 특례법의 제정 등을 검토할 수 있는데, 이러한 특례법이 현행 헌법의 기본적 원리와 질서에 반하지 않도록 평가하는 것을 헌법재판을 통해 이룰 수 있다.

넷째, 통일 과정 및 이후에 남북한의 주민 간에는 입장에 따라 많은 이해관계가 발생하게 될 것이다. 통일독일에서 법적 동화 내지 통합과정에서 발생한 소송 건수는 우리에게도 충분한 가능성이 있다. 민주주의제도와 자본주의로의 편입되는 통일과정에서 사회주의 원리와 제도 하에 있던 북한 주민에 대한 법제도적 조치들은 한편으로 남한 주민의 권익과도 연관되어 발생하는 사례가 있기 때문이다. 이로부터 발생하는 갈등과 권익의 충돌문제를 법적으로 해결하는 데에 헌법재판의 기준은 중요한 판단근거로 작용할 것임이 분명하다. 일면 북한주민의 신뢰보호와 법적 안정성의 확보와 함께 남한 주민의 관련 법익의 보호문제가 갈등국면을 가져올 것임을 예상할 때, 이에 대한 적극적인 헌법재판의 기능과 역할이 필요하게 된다.

이러한 조치들을 통해 통일국가의 사회적 안정성을 확보하게 될 것이다. 특히 통일국가가 법치적 안정을 통해 국가 및 사회발전을 구가할 수 있다는 점에서 헌법재판을 통한 사법적 판단은 사회발전을 위한 지표를 제공하는 중요한 역할을 발휘하게 될 것이다.

2. 통일과 헌법재판의 기능과 역할 강화의 방향

우리의 통일과정과 통일 이후의 상황을 상정할 때, 현재적 시점에서 헌법재판과 그 제도의 강화방안을 확정하기 어렵다. 본질적으로 현행 헌법과 관련 법령의 근거 하에 이루어져야 하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 우리의 통일과 관련하여 헌법재판의 기능과 역할의 강화를 위한 방향을 설정하여

볼 수 있다.

다음에 개괄적으로 통일과정 및 이후의 헌법재판의 기능과 역할을 강화하는 방향을 전술한 그 과제와 관련하여 언급해본다. 여기서 살펴보는 사항은 통일과 관련한 헌법재판의 기능과 역할을 강화하여 나아가기 위한 선제적 연구 분야에 해당하는 것이다. 또한 이 논의는 현재의 헌법재판제도의 발전적 개선면모도 포함하는 것으로 통일에 대비하여 검토하는 것이 된다.

첫째, 오늘날의 사법관념에 비추어 보면, 사법권력은 헌법재판권을 통하여 실질적인 국가권력의 한 축으로 자리잡고 있다는 점에서 헌법재판권을 당연히 사법권의 개념에 포함하는 것으로 이해되어 왔다. 다만, 헌법재판권을 포함하는 사법권력의 제도하는 국가마다 그 태양을 달리하고 있다. 이를 크게 보면, 미국식의 부수적(비집중형) 사법심사제도와 오스트리아(독일)식의 독립형(집중형) 사법심사제로 나누어 볼 수 있다. 이 유형은 청구권자, 심판기관, 심판방식, 심판대상, 판결의 효력 등에서 차이가 있는데, 현실적으로 서로 접근하는 경향을 보이고 있는 것으로 평가된다.¹⁸⁶⁾ 우리의 경우 보다 오스트리아(독일)식의 집중형 사법심사제를 강화하는 것이 필요하다. 이를 통해 법원을 정치적 사건에 휘말리지 않게 하고, 헌법적 쟁점에 관하여 보다 전문성을 확보하는 것이 필요하다. 통일문제의 경우 정치적 문제가 제기될 가능성이 크다는 점에서 헌법재판소의 독립적 운영을 통해 그 기능과 역할을 제고하는 것이 바람직하다.

둘째, 통일과정과 통일 이후 헌법재판에서 그 판단의 기준과 방침을 어디에 두어야 할 것인가의 문제와 관련하여 현행 헌법의 원리와 질서를 중심으로 한다는 전제로 남북한의 통일을 상정하고 있음을 인식하여야 한다. 물론 사안에 따라서 북한법령의 잠정적 효력을 인정할 수 있는 부분이 있을 수 있으나 북한의 사회주의원리와 제도는 통일국가의 헌법원리와 상반된다는 점에서 배제되어야 한다.

셋째, 법률의 위헌여부를 심사해서 위헌법률의 효력을 상실시킴으로써 헌법의 최고규범성을 수호하는 헌법재판의 핵심적인 제도가 규범통제제도이다. 현재 우리는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에 소송당사자의 신청

186) 이에 대해서는 이현환, “사법제도 개헌 - 사법권력의 정상화를 위하여”, 「국민과 함께 하는 개헌이야기」, 2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 584면.

또는 법원의 직권에 의하여 규범심사를 하는 구체적 규범통제제도를 채택하고 있다. 우리의 통일과정 및 이후의 전개와 관련하여 많은 입법이 행해지고 다양한 법적 쟁점이 발생할 수 있다는 점을 감안하여 추상적 규범통제제도를 채택할 필요가 있을 것이다. 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되지 않은 경우라도 법률의 위헌 여부에 대한 다툼이 생기는 경우에 일정한 국가기관의 신청에 의하여 독립한 헌법재판기관이 이를 심사 결정하는 것이 우리의 통일 상황의 입법과 관련하여 바람직하다 할 것이다. 독일은 이 제도를 성공적으로 운영하여 왔다. 이와 함께 통일과 관련한 입법과 관련하여 규범통제를 법률의 공포 전에 함으로써 위헌법률이 공포 발효됨으로써 발생하는 여러 문제점을 미리 예방하는 방법으로서 이른바 ‘사전적 규범통제제도’의 도입도 검토할 수 있다.

넷째, 현행 헌법소원제도와 관련하여 국가의 공권력에 의해 헌법상 보장된 자유와 권리가 위법하게 침해되었다고 주장하는 국민이 헌법재판소에 직접 권리구제를 신청하는 제도의 취지를 보다 구체화할 필요가 있다. 이 경우 통일 과정 및 이후의 시기에 북한 지역에서의 공권력에 의한 자유와 권리의 침해에 대한 권리구제로서 헌법소원의 인정범위를 확대할 필요가 있다.

이와 관련하여 통일과정 및 이후의 시기에 헌법소원의 제소권자는 당연히 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자의 범위에 북한주민인 자연인과 북한의 법인도 포함되어야 할 것이다.

다섯째, 헌법소원의 청구요건상 보충성의 예외를 인정할 필요성을 검토할 수 있다. 현재 헌법소원의 청구요건은 실정법상 통상적인 사법적 권리구제절차를 밟은 후에 허용되지만, 이러한 절차를 거치게 함으로써 청구권자에게 회복할 수 없는 중대한 불이익이 발생할 것이 확실시되는 예외적인 경우에는 불법적인 공권력작용을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있을 것이다. 우리 헌법재판소도 판례를 통해 헌법소원의 보충성의 예외를 인정한 바 있다.¹⁸⁷⁾ 확정할 수 없으나 통일 상황과 관련하여 신속한 행정처분의 필요에 의해 중대한 불이익이 발생하는 사례가 전혀 없다고 단정할 수 없다는 점을 감안할 필요가 있다.

여섯째, 현재 헌법재판소는 법률에 대한 위헌결정을 한 경우에 위헌으로

187) 헌재결 2003. 3. 27, 2000 헌마 474.

결정된 법률 또는 법률의 조항은 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하지만, 형벌에 관한 조항만은 소급하여 그 효력을 상실하도록 하고 있다. 법률에 대한 위헌결정의 효력은 이론적으로 언제부터 발생하느냐의 구분은 소급무효, 향후무효, 미래무효 등의 헌법정책적 고려를 통해 나눌 수 있다. 이 방법은 각기 장단점이 있을 수 있다. 우리의 현행법은 법적 안정성을 중요시하여 원칙적으로 향후무효의 입장을 견지하면서도 실질적 정의실현이라는 관점에서 현법에 관한 조항은 소급무효의 방법을 택하고 있다. 한편 법률에 대한 위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 내리는 경우에는 현실적으로 미래무효의 효력도 나타내고 있다. 이는 법적 공백상태의 방지를 위한 논거에 의한 것이다.¹⁸⁸⁾

이러한 문제는 현행 헌법재판제도의 문제점을 보완하는 차원에서 거론될 수 있다. 이를 감안할 때, 통일과정 및 이후의 시기에 위헌법률의 효력에 관하여 보다 적극적인 판단을 위해서도 그 개선방안을 찾는 노력과 함께 이루어질 수 있다. 특히 통일과정 및 이후의 헌법재판소의 기능과 역할은 본질적으로 정의실현, 법적 안정성의 확보, 통일이라는 과도적 또는 변화의 시기에 나타날 수 있는 법적 공백상태의 방지 등의 필요성을 파악하여 법령의 효력문제를 다루어야 할 것이다.

188) 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2008, 839면.

제 4 장 독일통일과 독일연방헌법재판소의 역할과 시사점

제 1 절 통일 이전 동서독관계 정립과 독일연방헌법재판소의 판결

I. 동서독관계의 법적 성격에 관한 판결

1. 동서독 기본조약의 의미

‘남북기본합의서’가 체결된 지 20여년이 흐른 시점에 여전히 6·15공동선언 및 10·4 선언의 이행문제를 둘러싸고 남북관계가 표류하고 있는 상황은, 독일이 1972년 ‘동서독기본조약’(이하 ‘기본조약’이라 함)을 체결하고 그로부터 18년 만에 통일을 이룬 것과 대조된다. 독일이 통일을 이룩한 데에 비해 우리는 통일의 기반조차 확고히 하지 못하고 다시 분단의 갈등을 고조시키고 있는 국면이어서 안타깝다. 남북관계를 안정적인 기초 위에 세우는 것과 관련하여 독일의 동서독기본조약은 이에 대한 중요한 시사점을 주고 있다. 1972년 동서독기본조약 체결 당시 야당의 맹렬한 반대가 있었으나, 비준법률안은 연방의회(하원)에서 268 대 217로 통과되어 효력을 발생하였다. 그러나 여기서 끝난 것은 아니었다. 바이에른 지방정부가 연방헌법재판소에 동서독기본조약이 서독기본법(헌법)을 위반하였다는 이유로 위헌 여부를 가려달라고 제소하여 헌법적 판단을 요청하게 되었다. 이에 대하여 연방헌법재판소가 합헌판결을 함으로써 최종적으로 기본조약의 법적 성격에 대한 논란이 종식되었다.

그 후 1982년 서독의 사민당 정권이 기민당 정권으로 교체되었음에도 불구하고 대동독 정책기조는 유지되어 결국 1990년 통일을 이룰 수 있었다. 정권교체에도 불구하고 대동독 정책기조를 유지할 수 있었던 비결은 바로 헌법이 정한 절차에 따라 동서독 관계의 기초를 규정한 동서

독기본조약의 비준법률안이 의회에서 통과되어 헌법적 근거를 확보한 데에 있었다. 1973년 바이에른 주정부는 1972년 동서독 기본조약이 독일연방공화국(서독) 기본법과 일치하지 않기 때문에 무효라고 이의를 제기하였다. 그 주요 내용은 다음과 같이 요약된다.

첫째, 기본조약은 옛 독일공화국(Deutsches Reich)이 멸망하고 그 영토 위에 두 개의 독립한 국가가 새로 설립되었기 때문에 서독이 전체 독일을 대표해서 활동할 수 없다는 전제 위에서 체결되었는데 그러한 입장은 서독 기본법이 취하고 있는 정신에 위배되기 때문에 위헌이라는 것이다.

둘째, 기본조약은 동독을 서독과 동등한 독립적이고 자주적인 국가로 인정하고 그 존립을 보장해 줌으로써 독일분단을 고착시키고 종래의 군사분계선을 두 국가의 국경선으로 만들기 때문에 기본법의 통일명령조항에 위배된다는 것이다.

셋째, 기본조약의 베를린관련조항(Berlinklausel)은 서독 기본법 제23조 제1문의 베를린에 관한 규정과 조화될 수 없기 때문에 위헌이라는 것이다.

넷째, 기본조약은 서독 기본법 제116조에 따라 당연히 독일인으로 간주되어 서독의 보호를 받아야 할 동독거주 주민에 대한 서독정부의 보호의무 내지 간섭권을 법적으로 배제함으로써 제3국에서 서독의 외교기관이 동독주민을 도와주는 데 있어서 어려움을 제기하게 되고, 국적문제를 명확히 규율하지 않아 서독 기본법상의 국적법에도 부정적인 영향을 미치기 때문에 위헌이라는 것이다. 이러한 4가지 이유를 종합하면 기본조약은 동·서독 사이가 하나의 '특별한 관계'라는 것을 설정하는 데 실패했을 뿐 아니라, 민족의 통일성을 확인하지도 않았고, 기한을 정한 것도 아니고 해제조항을 둔 것도 아닐 뿐 아니라, 평화조약에 의한 규율을 유보하지도 않고 있어 독일문제를 기본법이 정하는 목표에 더 가깝게 접근시켰다고 평가할 수 없다는 것이다.

2. 독일연방헌법재판소의 판결¹⁸⁹⁾

189) *BVerfGE* 36, 1; *BayVBl.* 1973, 490; *DÖV*, 1973, 606; *DVBl.*, 1973, 685; *JZ*, 1973,

바이에른 주정부의 위헌주장에 대해서 서독 연방정부는 각 논점마다 반론을 제기하는 외에도 기본조약을 대신할 다른 대안이 없다는 점을 강조하면서 기본조약의 합헌성을 주장하였다. 서독 연방정부가 특히 강조한 내용은 조약이 발효된 후의 상황을 조약이 체결되지 않아 존재할 상황과 비교해 보면 그 이익은 너무나도 명백하다는 것이다. 기본조약이 기본법의 평화보장에 기여하게 되고, 기본조약이 사람들에게 실질적인 이익을 줌으로써 기본법의 인도주의 목표에 기여하게 된다는 것이다. 그리고 기본조약은 서독 기본법의 제정자들과 마찬가지로 독일의 존속을 전제로 하되 다만 서독의 이익이 아닌 전체 독일민족의 이익을 기준으로 독일문제를 개방해 두었다는 것이다. 또한 서독 기본법은 '동일성논리'(Identitätsthese)에 기초하고 있지 않고 서독과 독일을 분명히 구별하고 있는데 기본조약은 범주체로서의 독일의 존속을 포기한 것도 아니고, 동독을 외국으로 평가하는 것을 피하고, 독일민족의 통일성과 독일국적을 고수하면서, 동독을 국제법적인 외국으로 인정하는 것도 아니므로 서독 기본법의 통일명령을 어긴 것이 아니라고 강조한다. 기본조약은 정치적으로 달성할 수 있는 가능한 것을 이룩한 것으로서 법적·실제적으로 통일에 방해가 되는 것이 아니라, 정치적·인간적인 분야에서 개선을 실현하고 앞으로 더 큰 개선을 위한 협정을 체결할 수 있는 권리와 기초를 다지는 것이라고 한다. 기본조약은 아무것도 배제한 것도 최종적으로 정한 것도 없이 오히려 그 반대로 미래의 개선을 위해서 모든 것을 개방해 두고 있으며 그 기초를 다지고 있을 뿐이라고 한다.

(1) 독일제국의 존속 재확인

독일연방헌법재판소는 전체로서 독일제국이 계속 존속하며 동서독 관계가 외국간의 관계가 아니라는 것을 명백히 하였다. 뿐만 아니라 독일제국의 존속을 전제로 기본조약이 해석될 수 있는지 여부를 기본조약의 합헌성 여부를 판단하는 기준으로 삼았다.

기본법은 독일제국이 1945년 패전 후에도 존속하고 있으며 붕괴된 것이 아니라는 데에서 출발하고 있으며 이는 국제법상의 명제만이 아니라

588; *MDR*, 1973, 826; *ROW*, 1973, 226 (7, 32).

기본법 전문과 제16조, 제23조, 제116조, 제146조에서 알 수 있다고 설시하면서 이러한 견해는 독일연방헌법재판소의 계속적인 판례¹⁹⁰⁾임을 확인하였다. 다만, 전체로서 독일제국은 국가기관의 결여로 인하여 행위능력이 없을 뿐이라는 것이다.

(2) 독일제국과 서독의 동일성 여부(서독의 법적 지위)

독일연방헌법재판소의 당해 결정은 서독은 전체로서 독일제국과 동일한가(서독의 법적지위) 문제에 관하여 서독은 독일제국과 부분적으로만 동일하다고 판시함과 동시에 서독의 전체 독일제국의 영토와 전 독일인에 대한 책임을 강조하였다. 서독은 독일제국과 ‘부분적으로 동일’ 할 뿐 독일제국의 전체 국민과 영토에 관한 한 전체 독일제국을 포함하지 못하며, 서독은 독일국과 배타적 동일성을 주장할 수 없다는 것이다.

그러나 한편 서독이 국민과 영토에 관한 한 전체 독일을 포함하지 못한다고 할지라도 전체 독일제국 국민의 통일성과 영토의 통일성을 인식하는 것에 영향을 미치지 않는다고 하였다. 서독은 영토고권을 기본법의 효력 범위 내에 국한시키지만, 전체 독일에 대한 책임을 느낀다는 것이다. 이로써 서독은 전체 독일인에 대한 보호, 전체 독일제국 영토를 포괄하는 조직의 구성으로 표현될 수 있는 통일에 대하여 의무를 강조하고 있는 것이다. 이에 따라 서독은 1972년 기본조약 체결 이후에도 동독의 주권을 인정하면서도 동독을 포함한 전체로서의 독일제국에 대한 책임을 포기하지 아니하였다.

(3) 동독의 국가성(Staatlichkeit) 여부¹⁹¹⁾(동독의 법적 지위)

연방헌법재판소는 ‘두개의 국가 모델’을 상정하고 있다. 즉, 전체로서 독일제국 내에 두개의 국가로서 동서독이 존재한다는 것이다. 그러한 한도에서 동서독간의 경계불가침, 영토의 무제한적 존중의무(기본조약 제3조 제2항), 동서독의 영토고권 및 내정불간섭 원칙(기본조약 제6조)은 기본법에 합치되는 것으로 해석될 수 있다는 것이다.

기본조약 체결과 이에 관한 헌법재판소의 합헌결정에 따라 동독은 서

190) BVerfGE 2, 266(277); 3, 288(319f); 5, 85(126); 6, 309(336, 363).

191) 국제법적으로 동독을 국가로 승인한다는 것과는 다르다.

독으로부터 국가성을 인정받게 되었다. 다만, 전체로서 독일제국 내에 존재하는 국가로서 국가성을 인정받은 것일 뿐이다. 또한 동독이 국제법적으로 국가로 활동하고 있다는 점을 논의하는 것은 제외하고 서독이 국제법적으로 동독을 국가로 승인한 것이 아님을 강조하였다. 따라서 동독은 독일제국 내에 존재하는 국가로서 외국은 아니지만 외국에 준하는 지위를 가지게 되었다.

3. 독일 연방헌법재판소의 기본조약 판결의 의미

연방헌법재판소 결정에 대하여 서독 내에서 격렬한 비판¹⁹²⁾이 제기되었다. 쇼이너(Scheuner)는 납득하기 어려운 개념의 혼재라고 비판하였고, 케베니히(Kewenig)는 일관성이 없다고 비판하였다. 그러나 이 연방헌법재판소 결정은 동서독의 법적 관계에 관한 중대한 평가의 변화를 가져왔다. 헌법재판소 결정의 가장 큰 의미는 동독의 국가성(Staatlichkeit)을 발견하고 이를 인정하고 있는 기본조약을 합헌이라고 본 데에 있다.

기본조약 체결과 연방헌법재판소 결정 이전에는 동독의 국가성이 부정되었고 지역(Lokal)으로 취급되었다. 따라서 통일·외교 측면에서 지역정부에 불과한 동독은 국제법적으로 주권을 가진 국가로서 외교권을 행사할 수 있는 지위는 부정되었고 서독만이 독일제국을 국제법적으로 대표할 수 있다는 할슈타인 원칙이 적용되었으며, 동서독 법률충돌을 해결하는 실무에서는 동독법을 지역법(Lokal Recht)으로 간주하였던 것이다.

그러나 기본조약과 연방헌법재판소 결정에 따라 동서독은 존속하는 독일제국 내에 있는 두 국가로서 서로 외국은 아니지만 동독의 국가성을 발견하고 국가에 준하여 취급하게 됨으로써, 통일·외교 측면에서 할슈타인 원칙이 폐기되고 동서독 유엔동시 가입, 동독의 서방국과의 외교관계가 가능하게 되었고, 동독의 법률은 지역법이 아니라 국가법으

192)Friesenhahn, *ZRP*, 1973, 88; Kewenig, *DÖV*, 1973, 797; Kimminich *DVBl.* 1973, 657; Kriele, *Die Zeit*, Nr.33 vom 10. 8. 1973; Oppermann, *JZ*, 1973, 594; Scheuner, *DÖV*, 1973, 797; Tomuschat, *DÖV*, 1973, 801/ www.zaoerv.de 게재 “Berichte und Urkunde-utsche Rechtsprechung 1973,” S. 768 참조.

로 취급되며 외국법에 준하여 취급하게 되었던 것이다.

두 번째 의미는 동독의 국가성을 인정하면서도, 서독의 동독을 포함한 전체 독일에 대한 책임을 포기하지 않았다는 점에 있다. 전체 독일에 대한 책임은 두 가지로 표현되었다. 하나는 독일제국 영토의 통일성으로부터 도출되는 장래 재통일의 요청과 현재 법적 통일성(Rechteinheit) 유지, 또 하나는 독일국적 단일성 보존 명령으로부터 도출되는 동독 주민 보호 의무이다. 이러한 전체 독일에 대한 책임은 통일을 위한 서독의 노력뿐만 아니라 동독 주민 보호를 위한 다양한 노력, 동서독의 법적 통일성(Rechteinheit)을 위한 법률 해석적 노력들에서 나타나고 있다.

전체적으로 보아서 조약상에 동·서독 관계에의 ‘특수한 관계’를 정립하지 못했다. 민족통일이라는 어휘도 조약문에 들어 있지 않다. 또한 이 조약은 ‘잠정 협정’으로도 해석되지 않는다. 왜냐하면 그 조약은 시한부도 없고 해약고지조항도 없이 체결되었고, 평화조약규정의 유보도 내포하지 않고 있기 때문이다. 따라서 기본조약은 독일연방공화국의 기본법과 일치하지 않는다는 것이다. 이에 대해 독일연방헌법재판소는 다음과 같은 전제 아래 기본법과 합치된다고 판결하였다.

다음에 그 논거를 요약하여 살펴본다.

첫째, 통일은 헌법상의 명제이다. 따라서 독일연방공화국의 어떤 헌법기관도 정치적 목적으로서의 국가통일의 회복을 단념해서는 안 되고, 모든 헌법기관은 통일의 주장을 대내적으로 생생하게 상기시키고, 대외적으로 꾸준히 대변하고 그리고 통일을 좌절시키려고 하는 어떤 일도 해서는 안 된다고 하였다.

둘째, 독일제국의 법 전통을 이어 받아 법주체로서의 독일의 존속을 포기하지 않았다.

셋째, 서독은 동독을 국제법상 외국으로 인정하지 않았다. 기본조약 전문(前文)에서 나오는 동독이 외국이 될 수 없음을 반증한다.

넷째, 일종의 국제법적 조약이나, 독일의 내적관계를 규정한 조약이다.

다섯째, 그것은 분단조약이 아니고, 서독정부가 전력을 다하여 독일민족이 그의 국가적 통일을 다시 조직할 수 있도록 하는 가능성을, 오늘도 장래에도 배제할 수 없는 조약이다.

여섯째, 동서독 사이의 경계선은 국경선으로 인정될 수 없다.

독일연방헌법재판소는 기본조약에 대하여 통치행위라는 이유로 사법적 심사를 배제하는 소극적 태도를 보이지 않고 통치행위의 범위를 축소시키고 국가 활동에 대한 합헌성 심사의 범위를 확대시킴으로써 헌법의 규범적 효력을 강화시켰다. 또한 정치적 분쟁에 대하여 구속력 있는 결정을 내림으로써 소모적인 정치적 논란을 종식시켰다.

4. 교훈 및 시사점

동·서독 기본조약 판결은 기본적으로는 동·서독 간에 기본조약이 체결된 상황 하에서 동독 지역에 대하여 기본법 제10조에 규정된 기본권 규정이 적용될 수 있는가 하는 문제점에 대하여 판시한 것이었다. 독일 연방헌법재판소는 동·서독인들 모두에게 통신의 자유 및 의사표현과 정보교환의 자유가 인정된다고 판단하고, 동독 정부의 결사의 자유 및 의사표현의 자유에 대한 제한시도는 오히려 동·서독 간의 기본조약에 반하는 것이라고 판단하였다. 이는 더 나아가 재산권을 포함한 기본권 보장에 관한 규정이 동독 지역에도 적용될 수 있는 가능성을 연 것으로 평가할 수 있다.

연방헌법재판소가 전원일치로 기본조약에 대해서 합헌적인 해석을 한 내용은 우리가 앞으로 북한과 유사한 성질의 여러 조약을 체결하는 경우에 유념해야 할 많은 헌법적인 내용을 담고 있다.

물론 독일에도 연방헌법재판소의 이 판결에 대해서 비판하는 목소리가 없는 것도 아니고, 특히 명백히 위헌인 조약을 지나치게 기교적인 논리로 정당화시킴으로써 범인식을 했다고 하기보다는 정치적인 판단을 한 것에 가깝다는 비판까지 나와 있다. 그러한 비판에도 불구하고 기본조약에 대한 독일연방헌법재판소의 판결은 서독이 기본법의 테두리 내에서 동독과 교류하고 조약을 체결하는 데에 있어서의 헌법적인 한계를 분명히 밝혔다는 점에서 큰 의미를 갖는다고 할 것이다.

특히 어떠한 경우에도 기본법이 추구하는 근본이념과 기본원리가 통일접근논리에 의해서 왜곡되거나 희생되어서는 아니 된다고 강조한 점은 우리의 대북정책에서도 타산지석으로 삼을 필요가 있다.

연방헌법재판소가 조약의 개별적인 내용만이 아니라 조약을 체결하는 모든 과정과 절차와 상황을 종합적으로 판단의 기초로 삼고 있다는 점은 우리가 북한과 조약체결을 추진하는 경우에도 우리 정부가 취할 태도와 대응책 내지 상황조성에 관해서 중요한 시사점을 준다고 생각한다. 조약체결과 관련해서 조약 상대방에 전달된 서신 하나하나도 조약의 위헌여부 판단에서 중요한 의미를 갖게 된다는 점에 유념해서 서신의 문구작성에도 면밀한 헌법적인 검토가 선행되어야 할 것이다.

무엇보다 중요한 것은 서독의 모든 국가기관이 연방헌법재판소의 판결내용을 존중하는 일관된 동독정책을 통해서 독일통일이 성취된 1990년까지 기본법의 규범적 효력을 훼손하지 않고도 동독과의 관계개선에 성공적으로 노력했다는 점이다. 우리 정부와 북한이 상호간의 관계를 외국간의 관계로 보지 않고 있다는 점에서 연방헌법재판소가 동·서독의 관계에 관해서 취한 입장과 기본적으로 같기 때문에 우리가 북한과 체결하는 조약은 원칙적으로 양면성을 갖게 된다고 평가할 수 있다. 국제조약으로서의 성격과 내부관계를 규율하는 조약으로서의 성격이 바로 그것이다. 이 양면성은 조약의 체결절차와 비준동의의 절차에서 중요한 의미를 갖게 된다. 또한 독일의 경우 4개전승국의 법적인 지위가 기본조약의 내용과 해석에서 중요한 의미를 가졌던 것처럼 우리의 경우도 정전협정과 그에 따른 연합군의 법적 지위가 남·북한 사이의 조약체결에서 충분한 고려와 검토의 대상이 되어야 할 것이다.

이에 비추어 남북한이 채택한 남북기본합의서는 체제안정(남북화해), 군사(남북불가침), 교류협력 등의 주요 영역을 망라한 남북관계의 기본장전에 해당한다. 특히 남북기본합의서는 단순한 합의에 그치지 않고 이행을 위한 남북화해공동위원회, 남북군사공동위원회, 남북교류협력공동위원회 및 남북연락사무소 등의 기구를 구성하도록 함으로써 남북관계의 제도화를 위한 정교한 이행체계를 갖추고 있다. 그럼에도 불구하고 남북기본합의서는 우리 대법원과 헌법재판소에서 신사협정에 불과하다는 판단을 받아 규범력을 인정받지 못했다. 이후 '6·15공동선언'과 '10·4 선언'은 내용적으로는 남북기본합의서의 정신과 일부 규정을 반영하기는 했지만, 남북기본합의서에 대한 언급은 전혀 없고 이후 이행체계도 남북기본합의서에서 설계한 것과는 달리 진행되었

다. 북한도 남북기본합의서를 남북관계의 기본장전으로 인정하지 않고 있고, 이는 북방한계선(NLL)을 부인하는 데서도 확인된다.

여기서 남북기본합의서는 동서독기본조약에 비해 법적 의미를 부여받지 못하였는가에 대한 이유를 살펴볼 필요가 있다. 동서독기본조약이 제10조에서 “이 조약은 양독 의회의 비준을 요하며 비준 후 비준서의 교환과 함께 효력을 발생한다.”고 명시한 것과는 달리 남북기본합의서는 양측 국회의 비준에 대한 아무런 규정도 두지 않았다. 이는 당시 정부가 남북기본합의서에 대해 헌법에 의한 규범력을 부여할 필요성에 대한 인식과 의지가 결여되어 있었음을 보여준 것이다. 남북기본합의서가 체결된 1991년은 남북적대관계가 지속되던 시기였고 특히 남북 간 교류협력이 거의 진행되지 않던 상황이었다. 북한에 대한 정보가 많지 않았고 국민들의 북한에 대한 인식수준 역시 당시 냉전시대의 단편적이고 부정적인 인식을 벗어나지 못하는 상태였다. 남북기본합의서가 규정하는 ‘자유로운 왕래와 접촉 실현’(제17조)이나 ‘이산가족의 자유로운 서신거래, 왕래와 상봉 및 방문과 자유의사에 의한 재결합’(제18조) 등은 당시에는 현재에도 현실이 아니다. 개성공단에서도 자유왕래와 서신왕래는 허용되고 있지 않고 이산가족의 상봉조차 지극히 어려운 형편에 있는 것이다.

이와 같은 사정은 북한도 다르지 않았다. ‘자유로운 왕래와 접촉 실현’이나 ‘이산가족의 자유로운 서신거래, 왕래와 상봉 및 방문과 자유의사에 의한 재결합’ 등은 북한이 현 시점에도 동의하지 않는 내용이다. 이처럼 현실성이 없는 규정에 북한이 합의한 것은 남북기본합의서를 남북관계의 기초로 삼으려는 의지가 없었다는 점을 잘 보여 준다.

남북기본합의서에 대해 국회의 동의를 받았더라면 헌법이 정한 절차에 따라 국민적 합의를 확인한 것이기에 남북기본합의서는 규범력을 인정받을 수 있었고, 또 대법원과 헌법재판소도 신사협정이라는 판결을 하지는 못했을 것이다. 역으로 이런 인식을 가지고 있었다라면 남북기본합의서의 내용은 국회 동의를 받을 수 있도록 보다 신중히 준비되었어야 했을 것이다. 남북기본합의서의 국회동의 여부는 단순한 형식적 절차 정도의 문제가 아니었으며, 국회동의 절차는 해도 되고 안 해도 되는 것이 아니었다. 국민적 합의의 기초 위에 남북기본합의서를 공고하게 세우려면 반드시 밟아야 했던 절차였다. 국회 동의를 거친 남북기본합의서였다면 이후 이를 폄하하거나 부인하려

는 세력의 공격을 충분히 방어할 수 있었을 것이다. 국회동의를 받았다는 헌법적 근거가 남북기본합의서를 보호하는 강력한 방패로 기능하였을 것이기 때문이다.

II. 동서독 간 국적 관련 판례¹⁹³⁾

1. 동독 시민의 독일국적자 여부

기본조약에 대한 1973년 연방헌법재판소 판결¹⁹⁴⁾로서 그 요지는, 기본법은 독일 연방공화국 국민이나 동독국민을 모두 포괄하는 ‘단일한 독일국적’을 토대로 하고 있다.

2. 동독 시민권(die DDR-Staatsbürgerschaft) 취득시 독일국적 취득효과(1) - 긍정(지방법원)

뮌스터 고등행정법원(Oberverwaltungsgericht Münster)¹⁹⁵⁾ 판례로서 그 요지는, 서독 국적법에 의하면 독일국적을 취득하지 못하는 자가 동독의 국적법에 따라 동독시민권을 취득한 경우¹⁹⁶⁾, 원칙적으로 이때(동독시민권 취득시)부터 서독의 기본법 및 국적법상의 독일국적을 취득한 것으로 보아야 한다.

물론 동독의 국적법과 그에 기초한 개별적 처분들이 제한 없이 승인 되는 것은 아니. 연방공화국 법질서의 중요한 목적과 공공질서를 이유로 그 승인이 제한될 수 있다.

193) 이하의 동서독 관계에 관한 판례는 전적으로 「동서독 교류협력 관련 판례집」, 법무부, 2008을 참고하여 작성하였음.

194) *BVerfGE* 36, 1.

195) 1979년 5월 9일 판결. *DVBl.* 1979, S. 429.

196) 구체적 사례는 다음과 같다. 청구인의 아버지는 이탈리아 국적자였으나 동독에 의해 무국적자로 다루어 졌다. 청구인의 어머니는 독일국적자였으나 1940년 무국적자인 청구인의 아버지와 결혼함으로써 당시의 독일제국 국적법에 따라 어머니도 독일국적을 상실하게 되었다. 그 뒤 1944년 청구인의 부모가 이혼함으로써 어머니는 독일국적을 회복하였으나 당시의 독일제국 국적법에 따라 그 효과는 가족에 미치지 않아서 청구인은 독일국적을 회복하지 못하였다. 그 뒤 1954년 청구인은 동독에서 동독 국적법에 따라 동독 시민권을 취득하게 되었다. 서독에서는 독일제국 국적법을 적용하고 있었으므로 청구인은 서독의 국적법에 의하면 독일국적을 취득할 요건을 갖추지 못하고 있었다.

3. 동독 시민권 취득시 독일국적 취득효과(2) - 부정(연방행정최고법원)¹⁹⁷⁾

1982년 11월 30일 연방행정최고법원(Bundesverwaltungsgericht) 판결¹⁹⁸⁾로서 그 요지는, 국제법의 국경 범위 내에서 모든 국가는 스스로 국적을 정하고 자신의 국적법에 의해 그 취득과 상실을 규율하고 이것은 동서독 관계에서도 마찬가지이다. 기본법에 따른 전체독일 국적(die gesamtdeutsche Staatsangehörigkeit)은 서독의 법제도이지 국제법에 따른 것이 아니다. 서독의 국적법 입법자들은 오히려 반대로 동독법에 의한 국적취득 요건이 연방공화국에서의 독일국적 취득의 결과를 초래하는 것이 아니라는 생각에 기초하고 있다. 기본조약에 대한 연방헌법재판소의 결정도 이와 다른 견해를 표명하지 아니하였으며, 따라서 연방법상 국적취득 요건에 상응하지 아니하는 경우에는 동독 관청의 동독시민권 증명서에 의해 전체독일 국적이 취득될 수는 없다.

4. 동독시민권 취득시 독일국적 취득효과 여부(3) - 긍정(연방헌법재판소)¹⁹⁹⁾

1987년 10월 21일 연방헌법재판소 판결²⁰⁰⁾로서 그 요지는, 기본법상 재통일명령(Wiedervereinigungsgebot)의 규범적 구체화로서의 ‘독일 국적 단일성 보존 명령’(Gebot der Wahrung der Einheit der deutschen Staatsangehörigkeit, 기본법 제116조 제1항, 제16조 제1항)으로부터 독일민주공화국의 국적취득은 독일연방공화국의 법질서상 공서양속에 반하지 않는 범위 내에서 독일 국적취득의 법적 효과가 있다. ‘독일국적 단일성 보존명령’은 기본법 발효 시에 독일국적인 사람들과 국적법

197) 위 윈스터 고등법원 판결에 대한 연방행정최고법원의 상고심 판결이다.

198) *NJW* 1983, 585; *DVBL* 1983, 453 mit Anm. D. Wyduckel, S.460; *BayVBL* 1983, 343; *JZ* 1983, 539 mit Anm. H. v. Mangoldt, S.543; *MDR* 1983, 692; *ROW* 1983, 166 mit Anm. U. Drobnig, S.171; *NVwZ* 1983, 226.

199) 위 연방행정최고법원 판결에 대한 위헌청구 사건에 관한 연방헌법재판소의 판결이다.

200) *BverfGE* 77/ 2; *BvR* 373/83-BayVBL 1988, 80; *DÖV* 1988, 434; *JZ* 1988, 144; *MDR* 1988, 199; *ROW* 1988, 193.

(StAG)에 의하여 독일국적을 취득하였던 자와 앞으로 취득하여야 할 자의 범위에 전적으로 한계 지워지는 것이 아니다.²⁰¹⁾ 기본법 제166조 제1항은 독일국적 문제에 관한 규율을 인적 속성에서 출발하고 “1937년 12월 31일 기준의 독일제국 영역 내”라는 연결점(Anknüpfung)을 기준으로 하고 있다.²⁰²⁾ 따라서 동독 지역을 포함한 전체로서의 독일제국 영역 내를 기준으로 독일국적을 판단하여야 한다. 그러므로 동독 시민권의 획득은 결과적으로, 1913년 독일제국 국적법에 아무런 상응된 구성요건이 없으나, 기본법상의 서독의 국적의 획득을 초래하게 되는 것이다. 서독의 법질서에 대한 이러한 법적 효과는 동독 지역의 법규정에 의하거나 시민권 부여의 개별 처분행위에 의하여 동독의 시민권을 획득한 경우에도 모두 발생하는 것이다.²⁰³⁾

또한 동독국적 취득이 독일국적 취득의 결과에 이르는 것은 일반 국제법이나 독일민주공화국과의 조약에 기한 독일연방공화국 의무와 배치되지 않는다.²⁰⁴⁾

5. 동독주민의 외국국적 취득시 독일국적 상실 여부

슈투트가르트 행정법원 판결²⁰⁵⁾로서 그 요지는, 동독시민이 자신의 신청에 의해 외국국적을 취득한 경우에도 독일 국적은 상실되지 않는다. 독일제국 국적법 제25조²⁰⁶⁾의 목적, 즉 이중 국적금지는 적용되어서는

201) *BVerfGE* 77, 150.

202) 즉 1937. 12. 31. 기준의 독일국 영역은 동독지역을 포함하고, 동독지역을 포함한 전체로서 독일국 영역에서 독일혈통의 망명자, 피추방자, 그 배우자와 비속으로 받아들여진 자도 독일인에 해당하는 것이다. *BVerfGE* 77,150

203) *BVerfGE* 77,151.

204) 이와 관련하여 연방헌법재판소는 결국 동일성 이론과 일치할 수 없었던 것으로 여겨졌던 소위 지붕이론(Dachtheorie)에 접근하고 있다. 연방헌법재판소는 국제법상 독일의 특별한 지위 때문에 동독 시민의 독일국적 취득에 대한 요구는 독일연방공화국의 보호영역에 다다르고 국적취득을 원하는 때에 비로소 현실화(Aktualisierung)될 수 있다고 판시하고 있는 것이다.

205) Urtei vom 1. 2. 1978 (*DÖV* 1978, 657; *BWVP* 1979, 36; *StAz* 1978, 332).

206) 1] Ein Deutscher, der im Inland weder seinen Wohnsitz noch seinen dauernden Aufenthalt hat, verliert seine Staatsangehörigkeit mit dem Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit, wenn dieser Erwerb auf seinen Antrag oder den Antrag des Ehemanns oder des gesetzlichen Vertreters erfolgt, die Ehefrau und der Vertretene jedoch nur, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§ 18, 19 die Entlassung beantragt werden könnte.

2] Die Staatsangehörigkeit verliert nicht, wer vor dem Erwerb der ausländischen

안된다. 독일제국 국적법의 적용에 있어서 동독국적이 상실되지 않는 동독 국적법상 조치들을 고려²⁰⁷⁾하는 것이 기본법 제16조, 제116조의 ‘단일 독일국적’ 원칙을 지키는 것이다. 그리고 이러한 고려는 기본법상 ‘재통일명제’(Wiedervereinigungsgebot)에서도 기인한다.

6. 베를린 시민에게 고유 국적 부여 여부

베를린 지방법원 1978년 1월 16일 판결²⁰⁸⁾로서 그 요지는 다음과 같다. ‘독일 국적’(der Deutschen Staatsangehörigkeit) 개념은 기본법이나 다른 헌법적 규정에서도 다루어지지 않기 때문에, 기본법의 수많은 규정에서 쓰이는 ‘독일인’(Deutschen)이라는 개념은 철회되어야 한다. 기본법으로부터 독일제국이 1945년 붕괴 이후에도 존속한다는 결론이 도출된다. 독일연방공화국내 각 주에서 특수 국적이 도입되지 않았고 기본법 역시 베를린 주에서 유효하기 때문에, 베를린 주 시민에게 고유 국적을 부여할 수 없다. 1955년 5월 22일자 국적법이 베를린 주에서도 적용되기 때문에, 최소한 서베를린에서 1913년 7월 22일자 독일제국 국적법이 적용되는 것이 확실하다. 이와 마찬가지로 동베를린에 동독의 국적법(Gesetz vom 20. 2. 1967; GBl. DDR I, 3)이 적용되는 것은 우연이 아니다. 동독의 국적법은 독일연방공화국에서 유효한 독일제국 국적법을 폐지하지 않고 있었다.²⁰⁹⁾

1971년 9월 3일자 베를린에 관한 4대국 협정(Viermächteabkommen)이 서베를린 주민의 국적법적 지위에 변경을 가하지 않았다. 이 조약에는 국적 분야가 포함된 서베를린과 독일연방공화국간의 결합관계를 보

Staatsangehörigkeit auf seinen Antrag die schriftliche Genehmigung der zuständigen Behörde seines Heimatstaats zur Beibehaltung seiner Staatsangehörigkeit erhalten hat. Vor der Erteilung der Genehmigung ist der deutsche Konsul zu hören.

[3] Unter Zustimmung des Bundesrats kann von dem Reichskanzler angeordnet werden, daß Personen, welche die Staatsangehörigkeit in einem bestimmten ausländischen Staate erwerben wollen, die im Abs. 2 vorgesehene Genehmigung nicht erteilt werden darf

207) 동독의 국적법에는 독일제국 국적법 제25조에 상응하는 규정이 없다.

208) 베를린 지방법원은 베를린의 법적 지위를 특별히 고려한 가운데 독일국적 개념에 대한 견해를 표명하였다. *DÖV* 1978, 79; *DVB.* 1978, 220'

209) 동독 국적법 19장과 관련된 1967년 3월 17일자 인수규정 2장 참조, 대 베를린 관보 I, 345 참조.

장하는 명시된 규정이 없다. 동독과 독일연방공화국간의 1972년 12월 21일자 기본조약을 통해 베를린 주의 법제가 변경되지 않았다는 것을 연방헌법재판소는 1973년 7월 31일자 판결에서 명확하게 확정하였다.²¹⁰⁾ 독일연방공화국은 국적문제가 기본조약을 통해 규정되지 않았다고 하는 점을 부속문서를 통해 명백히 하였다.

III. 동독의 주권적 행위 관련소송의 허용여부 판례

1. 동독관청의 압류, 몰수 관련 대동독회사 금전청구 사건²¹¹⁾

1960년 3월 29일 프랑크푸르트 주고등법원²¹²⁾ 판결²¹³⁾로서 그 요지는 양독의 법적 관계는 국제법적 관계가 적용되고, 국제법적 관계에서는 외국의 고권행사는 국내법원에 의해 점검될 수 없다는 원칙이 적용된다.

1961년 7월 13일 연방일반최고법원(BGH)²¹⁴⁾ 상고심 판결²¹⁵⁾로서 그 요지는 동독 지역의 정부에 의한 고권적 처분에 대한 판단과 평가에 있어서 외국 국가는 국내 법원 관할에 속하지 않는다는 원칙이 적용된다. 이를 유추 적용한 결과로 서독 법원은 위 사건에 대한 관할권이 없다. 이것은 동독 공권력의 행사에 위법성이 있을 때에도 같다.

2. 동독 발권은행 소송 사건

1963년 5월 30일 프랑크푸르트 주고등법원²¹⁶⁾로서 그 요지는 동베를

210) *BVerfGE* 36, 1.

211) 독일연방공화국에 상주하는 한 기업체가 동독의 대외무역업체를 상대로 금전청구 소송을 제기했다. 동서독 기업체간 물품 거래 중 운송허가장이 위조되었다는 이유로 (당시 공식적인 핑계에 불과하였다) 동독 관청의 처분에 의하여 거래물품이 압류, 압수되었던 바, 서독 회사는 동독 회사를 상대로 그 손해 일부를 부담하라는 것이 그 소송의 취지였다.

212) 프랑크푸르트 주 고등법원은 국가이론(State-Lehre)을 적용하여 서독 기업의 위 소송을 각하하였다.

213) *IzRspr*:1960-1961 1a번, 상세사항 298.

214) 이 판결에서는 외국의 주권(Immunität)에 관한 원칙을 분명히 하였다.

215) *IzRspr*:1960-1961 1b번, 상세사항 260, 298f.

216) *IzRspr*:1962-1963 1a번.

린에 있는 독일 발권은행에 대한 소를 각하한다. 외국의 고권적 처분은 국내 법원의 관할에 속하지 않기 때문이다.

3. 동독의 독일제국철도 소송 사건

연방대법원 1961년 7월 13일 연방일반최고법원 판결²¹⁷⁾로서 그 요지는 연방공화국의 법원은 동독에 있는 공공기관에 대하여 어떠한 법원관할권도 없다. 따라서 동독에 있는 독일제국철도에 대한 소송은 허용되지 않는다.

IV. 동서독 간 민사관련 판결

1. 동독 판결의 승인(1956년 연방일반최고법원(BGH) 판례)

남편은 서독 지역에, 부인은 동독 지역에 거주하게 되었던 바, 동독에 있던 부인이 동독 법원에 남편의 유책을 근거로 이혼 소송을 제기하여 양 당사자의 동일한 유책을 이유로 한 이혼 판결을 받게 되자, 남편도 서독 지역 법원에 부인만의 유책을 근거로 이혼 소송을 제기한 사안에 대한 서독 법원의 판결이다.

2. 동독 이혼판결의 효력(1960년 연방일반최고법원 판례)

동독에 살던 남편이 서독으로 망명한 후 동독에 남아 있던 부인을 상대로 이혼소송을 제기하였고, 소송계속 중에 부인도 서독 지역으로 이주하였다. 이에 대해 동독 법원은 이혼의 책임에 대한 판단 없이 이들의 이혼 및 부인에게 자녀의 양육권, 남편에게 양육비 지급을 명하는 판결을 선고하였다. 이에 부인은 서독에서 동독 법원의 판결이 무효라고 주장하면서 부부관계 확인의 소를 제기하고 부가적으로 이혼된 경우에는 이혼에 대한 남편의 책임(부양청구권 행사를 위해) 확인을 청구하

217) *IzRspr.*1960-1961 2번.

였다.

이에 제1, 2심 법원은 동독 법원의 판결이 유효하다는 이유로 원고의 청구를 기각하였으나. 최고법원은 독일연방공화국에도 재판관할권이 있는 경우에는 민사소송법 제328조 제3호(서독 법원이 선고한 판결과 부합하지 않는 외국판결의 불승인)를 유추 적용하여 독일연방공화국 법률에 따라 혼인관계가 계속 존속한다고 인정되는 경우에는 소비에트 법원 판결이 무효라는 이유로 파기 환송하였다.

3. 동독 판결의 서독내 집행(1982년 연방일반최고법원 판례)

동독에 사는 여성이 서독에 살고 있는 남성과 사이에 혼인의 자를 낳았다. 이에 그 여성은 동독 법원에 소를 제기하여 그 자녀와 남성의 부자관계를 확인받고 남성으로부터 자녀 부양비를 지급받을 수 있도록 하는 판결을 얻었다. 그 여성은 위 동독 법원의 판결을 근거로 서독에서 강제집행을 하려 하자 그 남성이 서독 법원에 집행이의 신청을 하였다. 서독의 항소법원은 민사소송법상 제1심법원에 집행이의 관할권이 있으므로 서독법원이 1심법원이 아니어서 재판관할권이 없다는 이유로 집행이의 신청을 기각하였으나 연방일반최고법원은 집행판결의 관할권에 관한 국제사법 규정을 유추 적용하여야 한다는 이유로 집행판결의 관할권이 있는 서독법원에게 집행이의 사건의 재판관할권이 있다고 판시하였다.

4. 이혼 후 부양사건(동서독간 저축법 원리: 연방일반최고법원 판례)²¹⁸⁾

동독에 거주하던 남편이 서독으로 이주한 후, 부인은 동독에서 동독 법원에 이혼소송을 제기하여 이혼판결상속증서 발급의 관할 및 국내

218) 국적의 배제라는 내독간 저축법은 다음과 같은 특별함이 있다고 판시하였다. 즉, 동독 시민이 서독의 보호영역에 들어왔을 때 국민으로 여겨진다는 특별함에 있다는 것이다. 서독에 거주하는 소송의 독일인 당사자는 서독에서 유효한 법질서에 따른 모든 권리를 향유할 수 있다는 것이다. 즉 동독 주민이라고 할지라도 서독 지역에 체류하고 있는 사람은 외국인이라 아니라 서독 주민과 같이 취급된다고 판시하고 있다.

(Inland) 개념의 기능적 해석 관련 1969년 연방일반최고법원 판례를 받았으나 부양문제는 판결에 포함되지 않았다. 그 이후 부인도 서독으로 이주한 후 서독 법원에 남편을 상대로 부양청구 및 이를 위한 재산정보 공개청구 소송을 제기하였다. 본건에서는 동독에서의 이혼판결의 유효 여부는 다투어지지 않았다. 다만, 당시 서독의 국제사법인 민법시행법 제17조에 따르면, 이혼 당시의 부부 쌍방이 속하거나 부부 일방이 속하고 쌍방이 최후에 공동으로 속하는 국가의 법에 따르도록 되어 있어 이를 적용하는 경우 동독의 법률에 따라 부양청구권의 존부와 범위가 결정되는 결과에 이르나, 본판결은 “서독 지역에 들어온 자는 그가 거부하지 않는 한 서독 법률의 보호를 받는다”는 동서독간 특수성을 반영하여 서독 법률에 따라 부양청구권이 결정된다는 결론을 내리고 있다.

즉, 동서독간 저축법의 원리에 관하여 상술하고 있는데, 기본조약의 효력발생 이후에도 동독은 외국이 아니기 때문에 동서독 관계에서 국제사법(Internationales Privatrecht) 규정(Vorschrift)을 직접 적용(unmittelbar Anwendung)하는 것은 불가하다고 한다. 그러나 국제사법적 룰(Regel)을 준용(entsprechende Anwendung)하는 것은 일반적으로 인정된다고 한다. 따라서 기본조약 체결 이후에도 서독에서 연결점(Anknüpfung)으로서의 국적은 배제된다. 결국 동독 국적은 저축법에서 외국 국적으로 다루어지지 않는다는 것이었다.

5. 상속증서 발급 관할 및 국내(Inland) 개념의 기능적 해석(1969년 연방일반최고법원 판례)

동베를린에 최후 주소지를 두었던 피상속인과 관련된 상속증서 발급과 관련하여 일반적인 상속증서를 발급한 것이 아니라 비송사건관할에 관한 법률 제73조 제3항을 유추적용하여 ‘독일연방공화국에 소재하는 재산’으로 한정되는 상속증서만이 발급될 수 있다고 하였다.

6. 서독법원의 서독주민에게 대동독주민 현금지급명령 판결 가능여부

(1952년 연방일반최고법원 판례)

내독간 기금거래의 규율을 위한 동독의 법률(1950년 12월 제정) 제12조 및 제3조는 서독과 서베를린 법원이 동독에 거주하는 피고에 대하여 현금지급 판결을 선고하는 것을 방해하지 않는다고 하였다.

7. 주요 판례 요지

(1) 동서독 민사저촉법의 성격 관련 판례

1) 동서독 기본조약 체결 이후 상속법상 국제사법의 적용 또는 지역간 사법의 원칙적용²¹⁹⁾

판결 요지²²⁰⁾는 독일연방공화국 국적법은 1972년 12월 21일 동서독 기본조약 발효 이후에도 여전히 ‘단일한 독일국적’을 출발점으로 삼고 있다. 따라서 어떤 법이 적용되어야 하는지 여부는 ‘지역간 사법’의 기본 원칙에 따라 결정되어야 한다.

2) 동서독 기본조약 체결 이후 동서독간 민사저촉법의 성격²²¹⁾

판결 요지²²²⁾는 기본조약의 효력발생 이후에도 동독은 외국이 아니기 때문에 동서독 관계에서 국제사법(Internationales Privatrecht) 규정(Vorschrift)을 직접 적용(unmittelbar Anwendung)하는 것은 불가하다. 그러나 국제 사법적 룰(Regel)을 준용(entsprechende Anwendung)하는 것은 일반적으로 인정된다.

3) 동서독간 사법공조가 내국간 사법공조 내지 법원조직법 규정상 공조 여부(1983년 2월 2일 올덴부르크 지방법원)

219) 칼스루에 고등법원 1977년 2월 1일 판결. *Justiz* 1977, 275.

220) 1일 판결에서 동독과의 관계에서 상속법 적용 문제는 국제사법과 달리 국적을 근 법원은 독일연방공화국과 동독의 상이한 법제 발전을 고려하여 항상 실체법을 정하기 위하여 어떠한 저촉법을 적용할 것인지를 결정해야 한다. 칼스루에 고등법원은 1977년 2월로 하지 않는다고 판결하였다

221) 1982년 9월 22일 연방일반최고법원 판결. IV b ZR 304/81- IPRax 1983, 184 mit Anm. C. v. Bar, S.163; *FamRz* 1982, 1189.

222) 1982년 9월 22일 연방일반최고법원은 이혼 후 부양 사건과 관련하여 기본조약 체결 이후 내독간 저촉법(innerdeutsche Kollisionsrecht)에 관하여 판결하였다.

판결 요지는 기본조약의 효력 발생 이후에도 동서독간 사법공조는 내독간 사법공조(innerdeutsche Rechrh lifeverkehr)이지 국제 사법공조(Internationales Rechrhlifeverkehr)는 아니다. 따라서 동독 법원의 사법공조요청은 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz) 규정에 따라 처리되어야 한다. 국내 사법공조에 관한 법률 규정은 동서독간 통일적 국가권력과 법원의 통일성이 없기 때문에 가능한 한도에서 적용된다.²²³⁾

(2) 동독의 내국성격 및 동독주민의 독일인 지위인정 판례

1) 외국인에 대한 소송비용 확보조치 규정상 동독의 국가성 여부

판결 요지는 독일 민사소송법 제110조의 의미에서 동독은 내국이다. 따라서 소송비용을 확보하기 위하여 외국인에게 부과되는 부담은 동독의 독일인에게는 적용되지 않는다.²²⁴⁾

2) 소송법의 관할 규정상 동독의 내국성 포함 여부(1)²²⁵⁾

판결 요지는 사망선고에 관한 법원의 토지관할권에 관한 법률(VerschG 제15조)의 최후 내국 주소지 또는 내국의 최후 상거소 관할 법원에 재판관할권이 있다는 규정의 내국 개념에는 동독이 포함된다.²²⁶⁾

3) 소송법의 법원관할 규정상 내국 개념에 동독이 포함되는지 여부(2)

판결 요지는 유산법원(Nachlaßgericht)의 관할에 관한 FG 73조의 최후 국내 주소지 또는 피상속인의 거소지를 관할하는 법원의 관할권에 관한 규정의 내국 개념에는 동독이 포함된다.²²⁷⁾

4) 가사 사건 관련 관할규정상 동독의 내국성 포함여부(1)

판결 요지는 동독 법원은 민사소송법 제606조의 혼인가사 사건에 있어서 내국 법원으로 간주되지 않는다.²²⁸⁾

223) Landesgericht Oldenburg 5 T 450/82-ROW 1983, 132.

224) BGH, 28. 1. 1958, *IzRspr.* 1958-1959 Nr. 60; KG, 6. 1. 1959, *IzRspr.* 1960-1961 Nr. 163.

225) 개별 절차법상 법원관할규정에 있어서 동독이 내국사법영역에 속하는지가 자주 논의되었는데 이 문제에 대하여 내국으로 보는 경우가 많았다.

226) *BSozG* 연방사회법 1962. 11. 5, E 17, 50 (53) [303]; KG, 1959.10.29, *NJW* 1960. 580 (581); 주 고등법원 Celle 1960.7.6, *RzW* 1960, 521 (522) [311] (KG, 1961.8.31, *IzRspr.* 1962-1963 150).

227) KG, 31. 8. 1961, *IzRspr.* 1962-1963 Nr. 150

228) BGH 1960.11.30, BGHZ 34, 134 (139) [258, 298, 300, 311]; KG 1963.2.28, *NJW* 1963, 1160 [287]; 1964.4.16, *NJW* 1964, 1577 (1578) [258, 상세사항 298]; 쾰른 주 고등법원, 1961.3.3; *IzRspr.* 1960-1961 166번; 뮌헨 주 고등법원, 1960.5.4, *MDR* 1960, 766 [258,

5) 가사 사건 관련 관할규정상 동독의 내국성 포함여부(2)

판결 요지는 민사소송법 제23조의 의미에서 동독은 내국이 아니다. 그러나 동독에 주소를 두고 있을 뿐이고 내국에 주소지가 없으나 내국에 재산을 소유하고 있는 채무자에 대한 소송은 허용된다.²²⁹⁾

6) 동서독간 법적 통일성 부정과 외국 또는 내국의 개념(1)

판결 요지는 1960년까지 만장일치로 독일연방공화국과의 관계에서 ‘독일의 다른 부분(동독 지역)’은 기본적으로 외국으로서 간주되어서는 안 된다는 것이었으나, 동독과 서독은 완전히 다른 법률발전 단계를 밟았으며 따라서 이와는 다른 법률상 견해가 나올 수 있다.²³⁰⁾

7) 동서독간 법적 통일성 부정과 외국 또는 내국의 개념(2)

판결 요지는 동독과 서독에서의 상이한 경제 발전으로 인해 부정경쟁방지법과 상표법에 있어서 법적 통일성(Einheit des Rechtsgebiet)은 더 이상 인정될 수 없다.²³¹⁾

8) 동서독간 법적 통일성 부정과 외국 또는 내국의 개념(3)

판결 요지는 법률적 개념(staatsrechtliche Begriff)이 아니라 각각의 해당 법률에서 ‘외국’ 또는 ‘국내’라는 특별한 개념(효율적 개념), 즉 기능적 개념(funktioneller Begriff)에 따라 내국 여부를 판단하여야 한다²³²⁾.

9) 민사소송법 제110조의 외국인에 동독인이 포함되는지 여부

판결 요지²³³⁾는 외국인에게 있어서 담보의 면제는 국가간 상호보증이 있는지 여부에 달려 있다. 그러나 동독은 독일연방공화국 출신의 독일인에게 담보를 요구하지 않았다. 이러한 면제가 민사소송법 제110조 제

298]).

229) KG, 1964.4.16; 쾰른 주 고등법원, 1961.6.13, FamRZ 1962, 72 [298], FGG 제36, 37조에 따른 후견사건에 있어서도 같다(KG, 1961.1.5; NJW 1961, 884 [303]; 1963.1.9, IZRspr. 1962-1963 145번).

230) 1968년 7월 12일 연방일반최고법원 판결. BGH 12. 7. 1968, E50, 213ff., 218.

231) 1960년 12월 19일 연방일반최고법원 판결(BGH 19. 12. 1960, BGHZ 34, 91 (93f.) [67, 298]).

232) OLG Hamm, 5. 3. 1966, OLGZ 1966, 354 ; 7. 6. 1966, OLGZ 1966, 514. 그외에 1968년 연방일반최고법원 판결(BGH, 26. 2. 1968, Z 49, 379 = NJW 1968, 1047) 외국, 내국의 개념의 고려 없이 직접적으로 법질서의 서로 다른 발전으로부터 법적 결과를 도출하고 있다.

233) 1972년 11월 2일 연방일반최고법원 판결. BGH Urteil vom 2. 11. 1972, Z 59, 392; NJW 1973, 145. 동독인이 민사소송법(ZPO) 제110조 제1항의 의미의 외국인인지에 대한 가능성을 열어두었다.

1항 또는 헤이그(Haager)의 민사 소송협정 제17조에 기인한지는 중요하지 않다.

10) 재산상속 관련 규정상의 ‘독일인’ 또는 ‘내국에 동독 주민 또는 동독이 포함되지는 여부

판결 요지는 동독(DDR)에 거소를 두고 있는 동독의 독일국적자는 단일한 법원조직법과 단일한 소송법, 그리고 단일한 법령에 근거한 재판권의 흠결로 상속사건에 있어서 FGG 제73조 제2항 의미의 ‘독일인’ (내국인)으로 간주 될 수 없으며, 동독도 상속사건 절차에 있어서 FGG 제73조 제2항 의미의 내국(Inland)으로 간주될 수 없다.²³⁴⁾

11) 상속세와 증여세법상 동독의 내국성 여부

판결 요지는 동독은 상속 및 증여세법(1974년 4월 17일자)상 의미에서 국내로 볼 수 없다.²³⁵⁾ 이 법률은 기본조약에 대한 연방헌법재판소 판결의 관점에서 헌법 위반을 미연에 방지할 목적으로 국내와 국내거주자 개념에 대해 정의를 내리는 것을 의도적으로 포기하였다. 연방헌법재판소의 견해에 따르면 동서독의 각 주권이 자국의 국가영토에 제한된다고 하기 때문에 상속세와 증여세법에서도 국내의 개념이 기능적으로 해석되어야 한다. 독일연방공화국이 동독의 영역에도 동 베를린의 영역에서도 주권을 행사하지 않는다고 하기 때문에 동독은 상속세 측면에서는 국내가 아니다.

12) 민사소송법 제203조 제2항에 따라 동독을 외국으로 보아 동독에 거주하는 자에 대한 공시송달이 가능한지 여부

판결 요지²³⁶⁾는 민사소송법(ZPO) 제203조 제2항을 준용하여 동베를린에 거주하는 상대방에 대한 이혼청구의 공시송달이 가능하다. 기본조약에 관한 연방헌법재판소 결정과 위 규정의 준용이 어긋나지 않는다. 왜냐하면 위 연방헌법재판소 결정에 의해 서독은 다른 부분의 독일(동

234) 1972년 2월 29일의 BayObLG의 결정(BayObLGZ 1972, 86); *BGHZ* 52, 123

235) 1988년 1월 21일자 뮌헨 재정법원 판결 [X 74/81 상속세 - EFG 1988, 315

236) 민사소송법(ZPO) 제203조 제2항(현재는 폐지된 상태임)에 따르면 외국(Ausland) 송달시 송달규정의 준수가 불가능하거나 성공을 확신할 수 없을 경우 공시송달(öffentliche Zustellung)이 허용된다. 1983년 당시까지 독일 법원(deutsche Gericht)은 위 규정을 외국(Ausland) 송달시에만 적용하였고 동독에 주소지를 가지는 사람에 대하여는 공시송달을 허용하지 않았다. 그 근거는 동독 지역은 서독과의 관계에서 외국이 아니고 동독 주민은 외국인이 아니라는 데에 있다. 이에 대하여 베를린 최고법원은 이와 다른 판단을 하였다.

독)을 외국과 동일시하고 있기 때문이다. 입법자들은 독일 지역에 두개의 국가가 생길 것이라는 것을 예상하지 못하였고 이러한 법률의 불비의 경우에는 판결에 의해 결정되어야 한다.²³⁷⁾

13) 호적법(Personenstandsgesetz) 제31조 제2항의 외국법에 동독의 법률이 포함되는지 여부

판결 요지²³⁸⁾는 호적법 제31조 제2항의 외국법률에는 동독 법률도 포함된다. 동독을 국법상 외국으로 보아야 하는지에 대해서는 판결이 필요하지 않고, 오히려 표준적으로 독일연방공화국의 법률이 적용되지 않는다는 것을 표명하는 것으로 족하다. 결국 동독법률이 적용될 수 있는 경우에, 기록은 법원에 제출되어야 한다.²³⁹⁾

14) 동독에 거주하는 동안 연금법에 따른 연금이 지급되는지 여부

판결 요지²⁴⁰⁾는 동독 지역은 제국보험법의 효력범위에도 속하지 않고 또한 외국도 아니며, 제국보험법 효력범위 밖의 영역이지만 외국은 아니다. 동독에서 그저 지나가듯 체류한 기간이 아닌 한 동독 체류기간에 대해서는 고아 연금은 지급되지 않는다.²⁴¹⁾

15) 동독의 호적기록을 호적법(Personenstandsgesetz)상 국내 호적기록 인정 여부

판결 요지²⁴²⁾는 1972년 12월 21일 기본조약 이후에도 법적으로 전체로서 독일이 계속 존재하고, 따라서 동독은 서독과의 관계에서 외국으로 간주되지 않는다. 그러나 그러한 명제로부터 서독 법률 해석에 있어서 동독을 항상 국내로 해석해야 한다는 결론에 이르는 것은 아니다.

237) 1983년 7월 13일 베를린 최고법원(Kammergericht Berlin) 판결 [3 WF 2891/83-NJW 1983, 2950]

238) 호적법 제31조 제2항은 호적관서는 부모 없는 아이의 인지에 있어서 외국 법률(ausländische Recht)을 고려하여야 할 때에는 지방법원의 판결에 따라 처리하여야 한다고 규정하고 있다. 여기서 외국 법률에 동독 법률이 포함되는지가 문제되었다.

239) 쾰른 고등법원 1976년 7월 26일 판결. *StAZ* 1977, 15.

240) 연금법 규정에 따르면 청구권자가 동법의 적용 범위 밖에 있는 때에는 그 시기 동안 국가의 연금지급 의무는 중지된다. 동독 지역이 동법의 적용 범위 밖인가가 문제되었다.

241) 연방사회최고법원 1978년 6월 27일자 판결. *BSGE* 46, 293; *NJW* 79, 1064.

242) 연방일반최고법원(Bundesgerichtshof)은 동 판결에서 동독의 호적기록(Personenstands-surkunden)이 호적법(Personenstandsgesetz)상 국내 호적기록(inländische Personen standsurkunden)으로 볼 수 있는지와 관련하여 내국(Inland) 개념에 대하여 판시하였다. 동 법원은 동독의 호적기록이 호적법(Personenstandsgesetz) 제46a조 의미의 “국내 호적기록”으로 간주될 수 있는지 여부와 관련하여 독일연방공화국과 동독의 관계에 대해 숙고하였다.

동서독의 특별한 관계에도 불구하고 동서독의 국가권력과 법질서는 상이하다. 개별 법률에 있어서 국내 개념의 의미는 개별 사안마다 해석되어야 한다. 동독의 호적기록은 외국의 호적기록이다.²⁴³⁾

16) 동독에 있는 서독의 상주대표부의 활동의 분쟁시 연방행정법원의 1심 관할권 인정 여부

판결 요지는 상주대표부의 동독에서의 활동과 관련된 법적 다툼에 관하여 연방행정최고법원은 제1심 관할권이 없다. 연방공화국의 대사관 및 영사관이 포함된 연방에 대한 소송의 관할권에 관한 행정소송법(VwGO) 제50조 제1항 제3호에 따른 관할권이 없기 때문이다. 독일의 다른 지역(동독)은 외국으로 승인되지 않기 때문에, 동독과 관련된 법적 분쟁은 위 규정이 적용되지 않는다. 이는 1972년 12월 21일의 동서독 기본조약에 의해 변경되지 않았다.²⁴⁴⁾

17) 동독 법원에 상소 관할권 인정 여부

판결 요지는 동독 법원은 상소 관할권이 없고, 따라서 동독 법원은 민사소송법 제549조에 의한 법적 통일성 유지를 위한 임무를 보유하지 않는다.²⁴⁵⁾

8. 동독 법원 판결의 승인 및 집행 관련 판례

(1) 동독 법원 판결의 승인

판결 요지는 동독 법원의 판결은 독일연방공화국에서 원칙적으로 승인된다. 이러한 법적 효과는 1956년 5월 9일 연방대법원의 판결²⁴⁶⁾ 이후 발전되었다. 특히 이혼판결 및 임의관할사건에 있어서 그러하다.²⁴⁷⁾

(2) 동독 법원의 판결에 대한 승인요건

243) 연방일반최고법원 1979년 1월 10일 판결. *BGHWarn.* 1979, 1; *NJW* 1979, 1506; *StAZ* 1979, 119; *MDR* 1979, 564.

244) 연방행정최고법원 1976년 12월 14일 판결. *Beschluß vom 14. 12. 1976*; *VerwRSpr.* 28, 1024.

245) *BGH* 14. 6. 1960, *FamRz* 1961, 261 (262) [303]; 1960. 2. 17일자 연방일반최고법원 판결, *ROW* 1961, 209 (210) [68, 299]; 1964. 7. 14일자 연방일반최고법원 판결 42, 99 (상세 사항 100) (258, 261, 298, 314).

246) *BGHZ* 20, 323.

247) *BGH*, 23. 4. 1958; *IzRSpr.* 1958-1959 Nr.174.

판결 요지는 외국과 관계에서 국제법적 원칙은 다른 국가의 법질서를 승인하는 것이다. 민법시행법(EGBGB) 제30조의 유보조항 및 다른 국제사법의 규정들은 각자 자신의 법질서를 보호하기 위한 것이다. 248)

동독 지역과 독일연방공화국의 법질서 사이에서는 국제 사법적 관계와 달리 상호보증 또는 상호동등(Parität)은 부정된다²⁴⁹⁾. 이는 분할된 독일제국의 서로 다른 법적 영역이라는 특별한 법적 지위에 기인하는 것이며 어울리지 않는 사법의 정치화는 아니다.

(3) 동독 법원 판결의 집행

판결 요지는 동독법원의 판결은 서독법원의 집행판결 필요 없이 직접적으로 집행이 허용된다.²⁵⁰⁾

(4) 동독법원의 친권관련 판결(공서양속에 반하여 미승인)

판결 이유는 원칙적으로 독일 어느 지역의 법원이나 집행을 위임받은 관청의 판결, 결정은 독일 내 다른 지역에서도 유효하다. 그럼에도 예외가 없는 것은 아니다. 민사소송법 제328조 원칙의 유추적용에 있어서 소비에트 지역에서 선고된 판결이 근본적으로 자유 법치국가의 공서양속에 반하거나 법치국가의 소송절차 원칙이 적용되지 않은 경우에는 그 판결의 승인은 거부된다.²⁵¹⁾

이는 연방 일반최고법원²⁵²⁾에 의해 이혼판결의 실효성과 관련하여 상세히 조명되었다. 이러한 기본 원칙은 재판에 의한 친권의 부여에 있어서도 동일하게 유효하다(BGHZ 20 S. 323). 소비에트 지역의 법원이 친권에 관한 판결이 자녀의 이익과 관점에 기초하지 아니하고 자녀의 복리와 관계없이 사회주의적 관점에서 독일인의 개조와 사회주의 권력 영

248) BGH, 14. 7. 1964; BGHZ 42, 99 [258, 261, 298, 309]

249) 외국판결의 승인 요건에 대한 규정으로 민사소송법 제328조 제1항의 규정이 있고, 상호보증 관련 규정은 동조 제5호에 규정되어 있다.

250) 브레멘 주 고등법원 1961.8.25, *IzRspr.* 1960-1961 109번; 뒤셀도르프 주 고등법원, 1961.1.13, *NJW* 1961, 1777 (1778); 함부르크 주 고등법원 1959.1.25, *NJW* 1959, 536; 1963.1.10, *NJW* 1963, 720 (721); 함 주 고등법원 1960.3.7, *IzRspr.* 1960-1961 102; 1961.1.10, 107; 1962.4.30, *IzRspr.* 1962-1963 66번; 뉘른베르크 주 고등법원, 1959.9.8, *MDR* 1960, 235 (236); 슈투트가르트 주 고등법원, 1959.7.9, *JZ* 1959, 670.

251) Hamburg 4. 11. 1963. *MDR* 1964, 1005.

252) BGH in *MDR* 1963, 35.

역에 자녀를 머물게 하기 위한 것이었다면 그러한 판결은 서독지역에 살고 있는 친권자에게 강요될 수 없고, 그 판결은 승인될 수 없다.

(5) 동독 민사판결의 서독 승인 절차 없는 집행 여부

판결 요지는 동독 민사법원의 판결은 원칙적으로 승인되며, 따라서 민사소송법 제722조에 따른 집행판결 없이 집행될 수 있다. 다만, 만약 집행절차에서 승인에 대하여 이의를 제기할 경우에는 민사소송법 제328조를 유추 적용하여 승인요건 해당여부를 판단한다.²⁵³⁾ 채무자는 공화국 도주죄로 인하여 직접 이러한 절차에서 자신의 권리를 보장받기 어렵지만 이것이 공서양속 규정(민사소송법 제328조 제1항 제4호)에 반하는 것은 아니다. 왜냐하면 일반적으로 대리인을 통해 주요 사실 및 증거 입증이 가능하기 때문이다.

V. 동서독 형사관련 판결

1. 동독지역의 형법 제3조상 국내 여부(1980년 연방일반최고법원 판례)

2. 동독 지역에서 무면허운전 서독주민에 대한 서독에서의 형사처벌 여부(1981년 바이에른 고등법원 판례)

서독 주민이 운전면허 없이 (서)베를린에서 동독 지역의 고속도로를 통과하여 다시 서독 지역 검문소 직전까지 운전한 사안으로 동독 지역 고속도로에서의 운전 부분을 처벌할 수 있는지 여부에 관한 것으로 보인다.

3. 주요 판례 요지

(1) 독일형법의 적용 범위 관련

253) 1988년 1월 6일 오페르탈(Wuppertal) 지방법원 판결(Urteil des Landgericht Wuppertal vom 6. 1. 1988; 6T 1051/87 - *Der Amtsvormund* 1988, S. 475).

1) 지역간 형법 이론의 적용과 그 제한 - 한케사건

판결 요지²⁵⁴⁾는 동독의 공화국도주죄는 기본법상의 거주이전의 자유를 일반적으로 제한하는 것으로서 인정될 수 없고, 이는 동독 헌법에도 반하며 일반적 법치국가의 원칙상 허용될 수 있는 질서가 아니라 단지 강제 체제를 유지하는 데 기여하는 것이기 때문에 동독의 공화국도주죄 규정의 효력은 인정되지 않으며 동독의 총기사용 규정도 같다. 따라서 동독 탈주자에 대하여 총기발사를 명령하는 것도 위법한 것이므로 탈주자에 대하여 발포하는 것은 살인미수죄로 처벌된다.²⁵⁵⁾

2) 형법 제3조의 내국 개념 해석과 관련 기능적 내국 개념

판결 요지²⁵⁶⁾는 동독은 형법 제3조의 의미에서 내국에 속하지 않는다. 형법에 있어서 소위 기능적 국내 개념(Funktionelle Inlandbegriff)이 적용된다. 기능적 국내 개념(Funktionelle Inlandbegriff)은 고권적 국가권력에 근거하여 형법이 그 법적 기능을 다 할 수 있는 영역만을 국내로 보는 것이다²⁵⁷⁾. 따라서 동독 지역에서 행해진 범죄는 국내 범죄가 아니므로 국제형법상 국외범으로 취급되어 국제형법이 유추 적용되어야 한다.²⁵⁸⁾

3) 동독 거주 동독 주민의 서독형법 제170b조(부양의무위반죄)의 보호 대상 여부(1)

판결 요지²⁵⁹⁾는 서독에 살고 있는 독일인에 의한 동독 거주 자녀에

254) 동서독 국경을 지키던 동독 군인 한케는 국경을 넘어 탈출하는 동독 주민을 향해 총기를 발사한 바 있었다. 그 이후 서독으로 탈주해 온 한케는 위 사건으로 기소되었으며 위 법원은 그를 살인미수죄가 인정된다고 판결하였던 것이다. 이 판결에서 기본적으로 지역간 형법이론에 의하여 동독 형법을 적용하여 처벌하였으나, 법치국가적 기본질서에 반한다는 이유로 동독의 공화국도주죄, 총기사용규정은 그 효력이 인정되지 않았다. 동독의 공화국도주죄나 총기사용 규정이 적법하다면 이에 근거하여 행한 한케의 행위는 위법하다고 할 수 없었다.

255) 1963년 10월 11일 슈투트가르트 지방법원 판결. LG Stuttgart, 11. 10. 1963., *NJW* 1964, 63 [298, 303].

256) 동독 주민이었다가 서독에 살고 있는 사람의 동독에 살고 있는 자녀에 대한 부양의무 위반(Unterhaltungspflichtverletzung, 독일형법 제170b조) 사건에 관하여 판결하였다. 이 판결에서는 동독과의 관계에서 형벌고권(Strafhoheit)의 영토적 범위(Territorial Abgrenzung)에 관하여 판시하였다

257) 전문 번역 판례(BGHSt 30,1)도 동지

258) 983년 12월 14일 라벤부르크(Ravenburg) 지방법원 판례 [Qs 319/83-NStZ 1984, 459]

259) 1985년 3월 25일 프랑크푸르트 암마인 고등법원은 동독에 살고 있는 기본법적 의미의 독일 국적자가 부양의무위반죄의 법적보호 대상이 되는지에 관하여 판결하였다. 서독에 살고 있는 독일인에 의한 동독 거주 자녀에 대한 부양의무위반에 있어서 부양의무 불이행 행위는 국내(Inland)에서 행해진 것이므로 그러한 행위는 형법 제3조에 따라 국내법으로

대한 부양의무위반²⁶⁰)에 있어서 부양의무 불이행 행위는 국내에서 행해진 것이므로 그러한 행위는 형법 제3조에 따라 국내법으로 취급된다. 따라서 동독에 살고 있는 기본법적 의미의 독일 국적자는 부양의무위반죄의 법적보호 대상이 된다.²⁶¹)

4) 동독 거주 동독 주민의 서독형법 제170b조(부양의무위반죄)의 보호 대상 여부(2)

판결 요지는 동독에 피해자가 살고 있더라도 범죄행위가 형법 제3조의 의미에서 국내(서독 내)에서 행해진 경우에는 서독 법원에 의해 서독 형법이 적용된다. 기본조약에 대한 결정에서 연방헌법재판소²⁶²)는 기본법 제116조의 의미에서 모든 독일인에 대한 서독의 보호의무(Schutzpflicht)가 있으며, 다만 서독의 법질서의 효력 범위 내에 있을 경우에 한한다. 이러한 연방헌법재판소의 판결이 동독으로부터 이주하여 서독에 거주하는 독일인만 이러한 보호를 향유할 수 있다는 의미는 아니며, 기본법 제116조의 독일인에 대하여 국내(Inland)에서 행해진 범죄에 대한 서독의 형사처벌도 이러한 보호에 속한다. 피해자가 동독에 거주하고 범죄가 서독에서 행해진 경우로서 이로 인하여 동독의 주권(Souveränität)이 침해되는 것도 아니다.²⁶³)

5) 동독에서 사기죄를 저지르고 서독으로 도주해온 동독 주민의 형사처벌 여부

판결 요지는 동독 주민이 사기죄를 저지른 후 서독으로 도주한 경우 형법 제7조 제2항 제1호를 적용하여 형사처벌을 할 수 있다. 1972년 12월 21일자 기본조약 체결 이후 동독을 더 이상 형법 제3조 의미의 국내로 보지 않는다는 점으로부터 출발한다. 그럼에도 이는 형법 제7조 제2

취급된다는 것이다. 이러한 견해는 1985년 9월 19일 함부르크 고등법원에서도 지지되었다.
260) 독일형법 제170b는 부양의무위반죄를 규정하고 있다.

제170b조 제1항 법률상 부양의무를 이행하지 아니함으로써 피부양권자의 생계를 위태롭게 하거나 도움을 주지 아니하여 다른 위험에 처하게 한 자에 대하여는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

제2항 임부를 부양하여야 할 의무가 있는 자로서 그 부양의무를 비난가능할 정도로 이행하지 아니함으로써 낙태에 이르게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

261) 프랑크푸르트 암마인 고등법원 판결 [1985년 3월 25일자 판결- 1 SS. 616/84 - ROW 1985, 263].

262) BVerfGE 36, 1.

263) 1986년 2월 7일 슈투트가르트(Stuttgart) 고등법원 판결. 1 Ss 17/86-Die Jutiz 1986, 199.

항 제1호의 유추 적용을 배제하지 않는다. 피고인이 동독에서 범죄를 저지르고 (서)베를린으로 도주하여 주소지를 갖게 되었고 이로써 위 규정과 같이 범죄 이후 독일인이 된 자(geworden)에 해당하고, 범죄 당시에는 위 규정상 독일인으로 간주될 수 없다. 피고인의 동독 기관에의 인도(Zulieferung)는 이로 인하여 동독에서 공화국 도주죄 등으로 처벌될 우려가 있기 때문에 고려되지 않는다.²⁶⁴⁾

6) 동독 주민의 정치적 밀고 사건과 관련하여 국제 형법 규정 유추 적용 또는 지역간 형법 이론 적용 여부

판결 요지는 동독 지역은 국내가 아니다. 피고인이 동독에서 국가보안부에 다른 동독 주민의 동독탈출(Republikflucht) 계획을 밀고하여 유죄 판결을 받게 한 후 자신도 나중에 서독으로 이주한 경우 그 피고인에 대하여 독일 형법 제5조 제6항 및 제7조 제2항 제1호의 준용에 의하여 정치적 무고죄 및 체포감금죄로 처벌할 수 있다. 동독은 형법상 국내(Inland)에 포함되지 않기 때문에 국제형법(Internationales Strafrecht)의 원칙이 적용된다. 지역간 형법(Interlokales Strafrecht)은 동일한 국가권력이 미치고 동일한 법원칙이 유효하나 형법상 차이가 있는 여러 지역을 가진 국가에서 적용되는 것이며, 이러한 기본 조건은 동서독간에는 정치적으로나 법적으로 더 이상 존재하지 않는다. 1972년의 기본조약은 동독을 국제법적 의미에서 독립적이고 자주적인 국가로 인식하고 있다.²⁶⁵⁾

7) 동독 지역에서 동독주민이 다른 동독 주민을 정치적 이유로 무고한 경우, 서독에서의 처벌 여부

판결 요지는 동독은 형법 제3조의 “국내”가 아니다. 동독 지역에서 동독인이 동독인에 대하여 행한 정치적 무고죄는 형법 제5조 제6호의 준용을 통하여 처벌할 수 있다. 독일형법 제5조 제6호의 보호대상으로서의 ‘국내에 주소지를 가진 독일인’이라고 할 경우 이때의 국내는 형법 제3조의 “국내”와 달리 동독 지역을 포함한다. 서독은 1972년 12월 21일 기본조약 이후에도 동독 지역에 거주하는 자를 포함한 모든 독일인에 대

264) 1987년 12월 16일 베를린 최고법원 판결. (4) 3 HEs 2/87 (87/87) - JR 1988, 345.

265) 1978년 8월 21일 뒤셀도르프주 고등법원 판결. Beschluß des Oberlandesgericht Düsseldorf vom 21. 8. 1978(NJW 1979, 59; MDR 1979, 155).

한 보호요청을 결코 포기한 적이 없다.²⁶⁶⁾ 서독은 단일한 독일국적으로부터 보호의무(Schutzpflicht)를 부담한다. 따라서 형법(StGB) 제241a조 및 제5조 제6호에 관련된 정치적 무고죄(politische Verdächtigung)의 적용에 있어서 동독 주민이 위 규정의 보호대상에서 제외된다는 것은 이유가 없다. 형법(StGB) 제5조 제6호에 있어서 국내(Inland)의 개념은 형법의 공간적 적용범위(räumliche Geltungsbereich)를 규정한 제3조의 국내(Inland)의 개념과 다른 의미이다.²⁶⁷⁾

형법의 공간적 적용범위를 규정한 형법 제3조의 “국내”에는 동독 지역이 포함되지 않지만, 단일국적주의에 따른 동독주민에 대한 보호의무와 관련된 형법 제5조 제6호의 “국내” 개념에는 동독 지역이 포함된다. 따라서 정치적 약취·유인죄, 정치적 무고죄의 경우에는 형법 제5조 제6호의 “국내에 주소 또는 거소를 둔 독일인”에는 동독인도 포함되며 동독 지역에서 동독 주민에 대하여 행하여진 정치적 약취·유인, 정치적 무고에 대하여는 서독 법원에서 서독 형법을 적용하여 처벌할 수 있다.

8) 엘베강 국경에서 발생한 동독 군인의 총격 사건의 관할법원

동독 장교가 엘베강을 수영해서 서독 지역으로 건너가는 소녀에 대하여 총격을 가함으로써 소녀를 동독 지역으로 되돌아오게 한 사건은 형사소송법(StPO) 제7조 제1항에 따라 사고지역인 엘베강을 관할하는 서독의 법원에 관할권이 있다. 1945년 역사적 발전에 따라 동서독 간 국경은 엘베강 동쪽 강변 540킬로미터가 되었고, 동독장교가 총격을 가했을 때에는 소녀는 이미 강을 수영하고 있었기 때문에 서독의 영역에 들어온 것이며, 따라서 형사소송법의 적용범위 내에 있었고 형사소송법 제7조 제1항에 따라 범죄지 법원의 관할이 되고, 형사소송법 제13a조²⁶⁸⁾의 요건이 갖추어지지 않은 것이다.

본 사안은 관할 흠결의 경우가 아니기 때문에 연방일반최고법원이 관할 법원을 지정할 필요가 없다.²⁶⁹⁾

266) 기본조약에서 국적문제가 다루어지지 않았고 부속의정서에서 표명되었다는 것을 근거로 하고 있다.

267) 연방일반최고법원 1980년 11월 26일 판결. BGHSt 30, 1; NJW 1981, 75; Recht in Ost und West 1981, 75.

268) 형사소송법 제13a조는 형사소송법의 적용에 있어서 관할의 흠결이 있는 경우에는 연방일반최고법원이 그 관할 법원을 정한다고 규정하고 있다.

(2) 동서독간 형사사법 공조 관련 판례(1) -동독 형사판결의 서독에서의 집행 문제-

1) 동서독 사법공조의 성격

판결 요지는 1982년 1월 21일 함 고등법원 판결 요지 : 동서독의 관계는 국가적 관계(zwischenstaatliche Beziehung)로 다루어져야 하므로 사법공조요청(Rechtshilfeersuch)은 국가간 사법공조(zwischenstaatliche Rechtshilfe)의 성격이 적용된다. 1972년 12월 21일 기본조약 제6조는 ‘양국의 고권적 권력은 각자 영역에 제한되며 국내 및 국외문제에 있어서 양국가의 독립성 자주성을 존중한다’고 규정하고 있고, 따라서 동서독은 국가간 관계로 다루어져야 한다.²⁷⁰⁾

1982년 2월 15일 함부르크 고등법원 판결 요지 : 동서독 기본조약 제6조에 따라 동서독간 사법공조는 국가간 사법공조에 준하여 다루어야 한다.²⁷¹⁾

2) 1952년 연방헌법재판소 판결²⁷²⁾

판결 요지는 동독 검찰의 신청에 의거한 동독 형사판결의 집행공조의 승락에 대하여 법원조직법 제162조와 제163조를 직접 적용하여 집행공조를 제공하는 것이 원칙적으로 허용된다. ‘연방 법률 목적에 위배’되거나 ‘법치 국가적 기본 원칙을 침해’하는 경우에는 집행공조가 허용되지 않는다.²⁷³⁾

3) 1960년 연방헌법재판소 판결 - 정치적 또는 경제적 형사처벌법위반과 관련된 동독법원 판결의 서독에서의 집행 여부

판결 요지²⁷⁴⁾는 기본법에 근거한 하나의 독일이라는 전제 조건 때문

269) 1977년 2월 2일 연방일부최고법원. ARs 26/76.

270) 1982년 1월 21일 함 고등법원 판결. Beschluß des Oberlandesgericht Hamm vom 21. 1. 1982; NSzZ 1982, 215; MDR 1982, 602; ROW 1982, 133.

271) 1982년 2월 15일 함부르크 고등법원 판결. Beschluß des Oberlandesgericht Hamburg vom 15. 2. 1982; MDR 1982, 602; ROW 1982, 232.

272) 내독간 형사사법공조법 제2조 제5항(“형벌은 법치국가적 원칙들에 비추어 그 유형과 형량이 적절하고 연방법률의 목적에 반하지 않는 경우에만 집행될 수 있다. 형벌은 보다 더 관대한 유형의 벌로 집행될 수 있다”)에 따라 동독 법원의 형사판결이 법치국가적 원칙과 연방법률의 목적에 반하지 않는 경우 그 집행이 허용되었다.

273) 1952년 6월 13일 연방헌법재판소 판결. BVerfGE 1, 332.

274) 동 판결은 “내독간 형사사건에 관한 사법공조 및 행정공조에 관한 법률(RHG)”의 규정과 독립하여 별도로, 헌법적 관점에서 동독 형사판결의 집행 허용에 관한 일반적 원칙

에 동독 지역에서의 정치권력의 보호 또는 경제시스템의 유지를 위한 형사 처벌 규정의 위반을 이유로 한 동독 법원의 판결에 대한 집행은 허용되지 않는다. 독일연방공화국의 법질서에 반하는 동독의 법률에는 정치적 형사처벌법(die politischen Strafgesetz)과 경제형사처벌법(Wirtschaftsstrafgesetz)이 속한다.²⁷⁵⁾

4) 1961년 연방헌법재판소 판결 - 수입세법 및 외국환법위반과 관련된 동독 법원의 판결이 서독에서 집행될 수 있는지 여부

판결 요지는 동독의 수입세법(Einkommensteuer) 및 외국환법(Devisenrecht)도 독일연방공화국의 법질서에 반하는 법률이다.²⁷⁶⁾

5) 동독군의 탈영죄에 대한 동독 형사판결의 서독에서의 집행 여부

판결 요지는 탈영(Fahnenflucht) 시도를 이유로 한 동독 군인에 대한 형사처벌은 원칙적으로 법치국가위반(rechtsstaatswidrig)이 아니다. 형사처벌을 통해 국방의무를 다하게 함으로써 국방기능을 보장하려는 법률은 원칙적으로 각 국가에게 인정되어야 한다. 탈영에는 자신의 국가 영역을 벗어나려는 목적이 포함되어 있어 더 중한 처벌을 받게 되었다고 하더라도 절대적으로 법치국가위반이 되는 것은 아니다.²⁷⁷⁾

6) 종교적 신념에 따라 군복무를 거부한 동독 주민에 대한 동독법원 유죄판결이 서독에서의 집행여부

결정 요지는 종교적 신념에 의해 군복무를 거부한 동독 주민에 대한 동독의 유죄판결은 서독에서의 집행이 불허된다. 그러한 유죄판결은 기본권과 인권, 즉 시민적 정치적 기본권에 관한 유엔인권문서와 기본법 제4조 제3항²⁷⁸⁾에 위반된다.²⁷⁹⁾

7) 동독의 관세법위반 동독 형사판결의 서독에서의 집행 여부

판결 요지는 동독의 관세법은 독일연방공화국의 헌법질서에 반하지

을 판시하였다.

275) 1960년 5월 31일 연방헌법재판소 판결. *BVerfGE* 31. 5. 1960, E 11, 150 (160 f.) (298, 311, 313).

276) 1961년 1월 24일 연방헌법재판소 판결. *BVerfGE* 24. 1. 1961, E 12, 99 (102 ff.).

277) 1976년 8월 23일 칼스루에 고등법원 판결. OLG Karlsruhe Urteil vom 23. 8. 1976 (*NJW* 1976, 2085; *MDR* 1977, 73).

278) 기본법 제4조 3항 : 누구도 양심에 반하여 집총병역을 강제받지 아니한다.

279) 1982년 7월 6일 쾰른지방법원 최고검찰청 결정(die Generalstaatsanwaltschaft Zweibrücken) (*NStZ* 1982, 524; *MDR* 1982, 957).

않는다. 따라서 라이프찌히 지방법원에서 선고된 관세법위반죄의 형사 판결은 서독에서 그 집행이 허용된다. 자유로운 통화호환성이 없는 외 환통제경제는 권력 조치나 임의적인 조치에 의해 인간의 존엄성을 해치지 않는 범위 내에서 법치국가에서도 가능하다. 280)

(3) 동서독간 형사사법 공조 관련 판례(2) -동독 주민의 동독으로의 범죄인 인도문제-

1) 범죄인인 동독주민의 동독으로의 인도가능 여부와 인도 요건

판결 요지는 기본조약 체결 이후에도 동독은 서독과의 관계에서 외국으로 간주되거나 다루어질 수 없고, 따라서 동독은 독일의 다른 부분이며 동독의 법원은 독일법원이다. 이는 “내독간 사법공조 및 행정공조에 관한 법률(사법공조법)”과 배치되지 않는다. 사법공조법은 동독의 입법과 판결이 서독과 다른 길을 가고 있음을 고려하고 있다. 동서독 법질서 사이의 차이는 내독간 사법 및 행정공조, 특히 형사사건에 관하여 동법 제2조에서 다루고 있다. 그에 따르면 사법 및 행정공조는 연방법률의 목적에 반하지 않는 경우에 한하여 허용되고, 법치국가적 원칙에 부합하는 경우에만 허용된다.281)

사법공조법 제2조 제1항 제2호가 정하고 있는 ‘법치국가의 기본 원리’라는 개념을 합헌적으로 해석하여야 한다. 형사사법공조법에서 규정된 내용 이외에 사법공조 허용조건으로 추가적인 법치주의 국가 원리에 부합하는 조건들이 고려되어야 한다. 동독으로의 범죄인 인도 여부를 결정함에 있어서 관계인이 인적·물적으로 독립된 법관에 의하여 재판을 받을 수 있어야 하고, 공정하게 진행되는 절차에서 이해관계인에게 법적 청문권이 보장되고 실질적인 방어의 기회가 제공되어야 하며, 목적과 목표에 비추어 볼 때 그 형사소추절차가 인간성과 정의의 요청에 부합하여야 하고, 현저하게 정당하지 못한 형벌의 선고나 기본권을 고려하지 않은 형집행과 같은 조치가 배제되어야 하며, 형을 선고받은 자가 수감되어 있는 동안에 서독에 있는 친척 또는 친구와 상당한 정도로 접

280) 1989년 10월 4일 슈투트가르트 고등법원 판결. 3Ws 190/89 - DJ 1989, 485.

281) 1974년 3월 27일 연방헌법재판소 판결 - 브뤼크만 사건(Brückmann-Fall). E 37, 57 = DÖV 1974, 309; DVBl. 1974, 414; MDR 1974, 644; NJW 1974, 893; ROW 1974, 131(19).

축을 유지할 수 있다는 것이 보장되어야 하고, 만약 동독에서 무죄선고를 받거나 복역을 마치면 즉시 서독으로 귀환할 수 있는 권리를 가질 수 있을 것 등의 법치주의 국가의 기본 원리에 부합하는 것일 때만 동독으로의 인도가 허용되며, 인도의 조치가 중대한 건강의 침해 또는 자살의 위험을 가져올 수 있다는 감정인의 감정이 있는 경우에는 인도는 고려되어서는 안된다.

VI. 동서독 인적·물적 교류 관련 판결

1. 동독 주민의 거주·이전의 자유와 탈주지원계약의 효력(1977년 연방일반최고법원 판례)

동독에서 탈주하는 것을 도운 것에 대하여 보수를 지급할 것을 의무화하는 계약은 어떠한 법적 금지 또는 공서양속에도 위배되지 않는다.

2. 동서독간 비상업적 금융거래(1982년 연방헌법재판소 판례)

동서독간 물적 교류의 법적 기초 및 성격을 보면 다음과 같다. 동서독은 기본법적으로나 국제법적으로 계속 존속하는 전체로서의 독일에 속하므로 동서독은 외국간의 관계가 아니다. 따라서 내독간 무역(Innerdeutscher Handel)은 외국 무역이 아니며,²⁸²⁾ 내독간 무역에는 관세법이나 대외무역법이 적용되지 않는다. 1945년 6월 5일 전승 4대국은 포츠담 회담에서 비록 독일제국의 정치조직은 붕괴되었지만 종전과 다름없이 경제단위로서 존속하도록 한다는 데에 합의하였다. 이에 따라 연합국 군정법(MRG) 53호인 외환관리법은 전독일 단일 경제권을 기준으로 점령 지역간 물자 교류와 지불문제를 규율하였다. 1949년 서독이 조직된 후 서독은 위 군정법 53호를 기준으로 내독간 경제관계 규제법

282) *BVerfGE* 11, 150(158), 36.

(Gesetz zur Regelung der innerdeutschen Wirtschaftsbeziehungen)을 제정하였다. 군정법 제53호는 “금지를 원칙으로 하되 일정한 조건하에 허가(Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt)”를 내용으로 하고 있다.

1951년 9월 20일 ‘베를린 협정’(독일마르크 사용지역<서독>과 독일발권은행의 독일마르크 사용지역<동독>간의 통상에 관한 협정)이 체결되어 물품거래 및 용역거래의 절차와 방법, 대금 지급의 방법 등을 규율하였다. 아울러 동서독 기본조약에 관한 연방헌법재판소 결정에서도 동서독 교역은 외국 무역이 아니라는 것을 재확인하면서 추후 동서독 사이의 교역에 관한 합의를 체결함에 있어서도 동서독 무역이 외국 무역으로 취급되어서는 안 되며, 이 경우 어떠한 “관세장벽”도 합의되어서는 안 된다고 결정하였다. 한편 동서독 기본조약 추가의정서 제7조에 대한 부분 제1항 제1문도 “독일연방공화국과 독일민주공화국간의 교역은 기존의 협정의 원칙에 입각하여 전개된다”고 규정함으로써, 위 베를린협정 등 기존의 협정에서 정하고 있는 국내교역으로서의 성격을 확인하였다.

3. 주요 판례 요지

(1) 동서독 간 경협(무역)의 성격 관련

1) 1981년 뒤셀도르프 재정법원 판결

판결 요지는 내독간 무역의 특별한 취급은 오로지 동독에서 생산되거나 취득한 물품에 대하여만 적용 된다.²⁸³⁾ 따라서 동독원산지 증명이 있어야 관세가 면제된다. 제3국 물품을 동독을 통해 수입하는 경우에는 내독간 거래(Innerdeutschen Handel)가 아니며 관세가 부과된다.²⁸⁴⁾

독일제국 관세지역의 특별함(Besonderheit des deutschen Zollgebiets)으로 인하여 서독의 관세부과권은 제3국 물품이 동독 지역으로 수입될 당시에 이미 발생한다. 동독에 의해 통관절차가 완료되었다고 하더라도 서독 입장에서는 법적으로 무효이며, 이는 동독이 서독의 관세고권을 행사할 수 없기 때문이다. 따라서 동독에 의해 관세가 부과되어 수입된

283) 1951년 9월 20일 독일마르크 사용지역과 독일발권은행의 독일마르크 사용지역(동독)의 통상에 관한 협정(일명 베를린협정)

284) 1981년 5월 13일 뒤셀도르프 재정법원 판결. Urteil des Finanzgerichts Düsseldorf vom 13. 5. 1981, *EFG* 1981, 573.

후 다시 서독으로 반입될 때에도 서독은 관세를 부과할 수 있다. 다만, 그 제3국 물품이 동독 내에 그대로 있거나 동독에서 작업되어진 경우에는 관세가 부과되지 않는다.

2) 1982년 연방재정법원 판결

판결 요지²⁸⁵⁾는 독일제국이 계속 존속하고 동서독간 거래가 외국 무역이 아니라는 기본조약에 관한 연방헌법재판소의 결정은 옳다. 관세법상 의미에서의 독일고권지역(das deutsche Hoheitsgebiet)은 1937년 12월 31일 기준의 독일제국 국경 영역이며, 동 관세법의 의미에서 관세지역은 동독 지역을 포함한다.²⁸⁶⁾

3) 1983년 연방일반최고법원 판결 - 동독 관세청이 연방공화국법에 위반되는 면세처분을 한 경우 동서독 관계에 비추어 동독 관세청의 처분을 승인할 의무가 있는지 여부 -

판결요지²⁸⁷⁾는 독일연방공화국이 동독(DDR)의 관세행정관청(Zollverwaltung)에 의한 관세행정처분(Zollverwaltungsakt)을 인정해야 할 의무, 연방공화국에 불법 반입된 재화들에 대한 독일의 두 부분 국가들 간의 특수한 법적 관계에 입각한 관세 당국의 면세처분을 인정해야 할 의무는 없다. 이는 기본조약에 대한 연방헌법재판소의 결정과 상치되지 않는다.²⁸⁸⁾

서독의 제3국 물품에 대한 수입세 처분은 동서독간 경계에서 비로소 부과될 수 있다. 이는 서독의 고권적 권력이 자신의 영역에 한정되고 그 물품이 동독 지역에서 이미 소비되는 경우에는 수입세 부과처분이 불가능하기 때문이다. 그러나 그러한 결론에 의해 동서독간 경계가 관세경계라는 결론에 이르는 것은 아니다.

4) 독일 제품이 서독에서 동독으로 수출되는 경우 수출부담금이 부과

285) 독일고권지역(das deutsche Hoheitsgebiet)과 관세지역(Zollgebiet)에 대하여 판시하였다.

286) 1982년 6월 29일 연방재정최고법원(Bundesfinanzhof). *Berichte und Urkunde-Deutsche Rechtsprechung* 1982 160쪽 제123번.

287) 독일고권과 관세지역과 관련하여 제3국 물품의 부정한 방법에 의한 수입세 포탈 사건을 다루고 있다. 동독 관세관청의 관세처분증서, 즉 동독 관세청이 연방공화국법에 위반되는 면세처분을 한 경우 동서독 관계에 비추어 동독 관세청의 처분을 승인할 의무가 있는가에 관한 사건이었다.

288) 1983년 4월 22일 연방일반최고법원 판결. 3 *StR* 420/82.

되는지 여부

판결 요지는 독일국적의 제품이 서독에서 동독으로 수출되는 되는 경우, Gemeinschaftsrecht에 근거한 수출부담금이 부과될 수 없다. 연방공화국에서 동독으로의 물품수출이 제3국으로의 수출과 같이 다루어진다면 이는 헌법위반에 해당한다.²⁸⁹⁾

(2) 탈주지원계약의 유효성 여부

‘탈주 지원 사적 계약’(ein privatrechtlicher Fluchthilfevertrag)이 민법 제134조²⁹⁰⁾ 및 제138조²⁹¹⁾에 반하여 무효에 해당하는 것은 아니다²⁹²⁾. 동독 법률은 당연히 동독인의 탈주를 금지하고 있으나, (서독)민법(BGB) 제134조의 ‘법률적 금지’(gesetzliches Verbot)에 위반한 법률행위’의 법률적 금지에 ‘동독 법률에 의한 금지’는 포함되지 않는다. 동독이 서독과의 관계에서 외국이 아니지만, 서독과 동독의 법질서의 깊은 차이(Verschiedenheit)를 고려하면 동독의 법률은 그 위반으로 민법(BGB) 제134조에 따라 무효가 되는 국내법(inländische Recht)으로 간주될 수 없다.²⁹³⁾

탈주 지원 계약이 선의의 관습에 위반되는 법률행위로서 민법(BGB) 제138조에 따라 무효인 것은 아니다. 서독으로의 이주는 기본법 제11조(거주 이전의 자유)에 따라 모든 독일인의 자유를 보장하도록 가능하게 하는 것이기 때문에 선량한 관습에 반하는 것이 아니다. 기본법 제116조의 의미에서 모든 독일인, 동독 지역에 살고 있는 사람을 포함한 모든 독일인에게 거주이전의 자유가 있으며, 이는 1972년 12월 21일 기본조약의 체결에 의해 변경되지 않는다.

289) 1977년 3월 8일 함부르크 재정법원 판결. FG Hamburg Urteil vom 8. 3. 1977(*RIW* 경제법전문지 1977, 438).

290) 법적 금지에 위반한 법률행위는 무효이다.

291) 선의의 관습에 위반하는 법률행위는 무효이다.

292) 1977년 9월 29일 독일연방일부최고법원은 “탈주 지원 사적 계약(ein privatrechtlicher Fluchthilfevertrag)”에 대한 중요한 판결을 하였다. 탈주 지원 단체와 탈주자 간에 3건의 탈주 지원 계약의 유효성 여부에 관한 판결이었다. 탈주자가 탈주 지원자에게 5,000DM 내지 45,000DM를 지불하기로 계약하였는데, 2건은 탈주에 성공한 탈주자가 잔금 지불을 거절하여 지원자가 탈주자에게 그 잔금을 청구하는 소송이었고, 1건은 탈주 실패 후 탈주 시도가 지원자에게 이미 지불한 선금 9,000DM를 반환해 달라는 내용이었다.

293) 1977년 9월 29일 연방일부최고법원 판결. *BGHZ* 69, 295; 69, 303; *NJW* 1977, 2358.

Ⅶ. 베를린 문제, 독일동부지역 문제 관련

1. 베를린의 법적 지위 관련

(1) 독일제국 붕괴 이전 베를린과의 관계

점령법에도 불구하고 대베를린은 종전의 자치체 베를린과 동일한 것으로서 간주된다.²⁹⁴⁾

(2) 베를린의 수도 성격 유지 여부

법률관계의 성질 결정의 결과와 관계없이, 베를린은 임시적으로 아직 수도로서 표현된다.²⁹⁵⁾

(3) 베를린에서의 기본법의 효력

베를린은 1946년 5월 12일자 “기본법에 대한 연합사령관의 합의각서 제4호”에 의한 유보에도 불구하고 독일연방공화국의 주(州)이나, 다만 일정한 유보조건하에 있는 특수한 지위(Sonderstatus)에 있다.²⁹⁶⁾

(4) 동서 베를린의 분열

명목상 연방입법기관과 서베를린 입법기관에 의해 허용된 법률들이 베를린의 동부 지역 내에서 통치자에 의해 승인되지 않는 것을 간과해서는 안 된다. 동베를린에서 고유한 법률이 발달한 사실은 또한 추가적으로 고려되어야 한다. 그래서 베를린 지역은 기본법의 효력지역임에도 불구하고 민사소송법(ZPO) 제660조의 법률요건규정에 의거해서 내국으로서 간주되지 않는다.²⁹⁷⁾

(5) 서베를린 역의 법적 지위

서베를린 역에서 서베를린 경찰에 의해 동독 국기를 제거한 사실이

294) 1960년 2월 19일 베를린고등법원 판결. *KG*, 19.2.1960, *JR* 1963,21 (21).

295) 1960년 5월 30일 연방행정법원 판결. *BVerwG* 30. 5. 1960, E 11, 9 (12).

296) 1957년 5월 21일 연방행정법원 판결. *BVerwG* 21. 5. 1957 E 7, 1 (7ff.).

297) 1960. 9. 17일자 BRüG *KG*, *RzW* 1961, 15 (16); *KG*, 28. 2. 1963, *NJW* 1963, 1160 (308).

동베를린에 있는 독일제국철도의 규정에 위배됨에도 불구하고 이는 허용된다. 독일제국 철도에 의해 경영된다고 하더라도, 서베를린 역은 서베를린의 주권영역에 속할 것이고 국외 영역이 아니다.²⁹⁸⁾

(6) 베를린 법률의 통제

독일연방공화국 법원은 베를린에 의해 받아들여진 연방법률의 합법성 여부에 관한 의문에 대해서 판단할 뿐만 아니라, 기본법의 잣대로 자립적인 베를린 주법을 동일한 법통제하에 둘 수 있다.²⁹⁹⁾

(7) 베를린 소재 연방카르텔 관련 분쟁의 연방헌법재판소 관할 여부
연합국에 의한 베를린 유보가 베를린과 관련된 사건에 대한 연방헌법재판소의 모든 활동을 일반적으로 금지하는 것은 아니다. 실제로 연방카르텔감독청은 연방법에 따라 연방권력을 행사하는 연방상급관청이다.³⁰⁰⁾ 연방법에 기인하는 연방의 행정행위에 대한 위헌청구는 베를린-유보(Berlin-Vorbehalt)에 반하지 않는다.³⁰¹⁾

(8) 베를린 지위와 연방헌법재판소의 역할(브뤼크만 사건)³⁰²⁾

독일연방공화국의 재판관할권은 기본법의 공간적인 효력 범위까지 미친다. 베를린은 독일 연방 공화국의 영토이다. 3대 점령국의 베를린-유보로 인하여 연방헌법재판소의 사법권행사가 제한되지 않는 한 범위 내에서 기본법은 베를린 지역에도 유효하다.³⁰³⁾ 베를린-유보로 인해, 베를린과 직간접적으로 관련된 사안에 대하여 연방헌법재판소 활동이 일반적으로 금지되는 것은 아니다.³⁰⁴⁾ 특별히 베를린에서 유효한 연방법률은

298) *BGH*, 14. 2. 1962, *ROW* 1961, 252

299) *BFH*, 22. 1. 1963., E 76, 517 (상세사항 518); 18. 12. 1963, E 79, 57 (65) [18, 22, 25, 87, 290, 295]; *BHG*, 18. 6. 1958, *MDR* 1958, 756 (757); *BVerfG*, 9. 10. 1959., E 18, 150 (151); *BFH*, 22. 6. 1960, *HFR* 1962, 49번 47 (50)번(285, 290).

300) *BVerfG*, 11. 10. 1966, E20, 257; *MDR* 1967, 193; *NJW* 1967, 399; *ROW* 1967, 82 (113).

301) 서독 소재 두 기업이 베를린 소재 연방카르텔감독청의 결정 및 베를린 공동법원 판결, 연방일반최고법원 판결에 대하여 위헌청구를 제기하였다.

302) 1974년 3월 27일 연방헌법재판소 판결. E 37, 57; *DÖV* 1974, 309; *DVBl.* 1974, 414; *MDR* 1974, 644; *NJW* 1974, 893; *ROW* 1974, 131(19).

303) *BVerfGE* 7, 1, 10.

304) *BVerfGE* 19, 377, 384.

제한 없이 연방헌법재판소의 통제 하에 있게 된다.³⁰⁵⁾

(8) 기본법 제100조 제1항³⁰⁶⁾의 베를린에서의 효력 여부

베를린 법원은 어떤 법규가 위헌이라고 판단할 경우에도 기본법 제100조 제1항에 따라 소송을 연기해야 한 후 연방헌법재판소의 판결을 받아야 하는 것은 아니다. 이는 베를린이 연방에 의해 통치되어서는 안 된다는 연합국의 유보(1949년 5월 12일자 연합국 사령관들의 합의각서 제4호에 있는 유보)에 배치되기 때문이다. 결과적으로 베를린 법원들은 법률이 헌법적 규범들에 부합하는지에 대한 심사 자격이 있을 뿐만 아니라, 연방헌법재판소의 판결을 받지 않고서도 위헌으로 판단되는 법규들의 적용을 거부할 수 있다.³⁰⁷⁾

2. 서베를린 주민과 연방병역법 적용 문제 관련 판례

(1) 연방병역법위반 여부(1) - 베를린 이외에 상거소를 두고 베를린에 거소를 두고 있는 자

연방병역법의 적용지역에 상거소를 두고 베를린에 거주하는 자는 병역의무가 있다. 베를린-유보에도 불구하고 독일연방공화국 관청은 베를린에 거주하고 있는 독일국적자에 대하여 법률과 행정행위에 의하여 부과된 국민으로서의 의무를 이행하도록 청구할 권리가 있다.³⁰⁸⁾

(2) 연방병역법위반 여부(2) - 서독 지역에서 징집통지서를 송달받은 후 베를린으로 이주한 자

서독에 거주하던 독일인이 서독에서 징집통지서가 송달받은 후로 병

305) 존속살인미수죄로 서베를린 미겔 교도소에 수감되어 있던 잉그리트 브뤼크만을 “내독간 사범공조 및 행정공조에 관한 법률”에 따라 동독으로 인도하도록 하는 베를린 고등검찰청의 결정 및 이에 대한 베를린 최고법원의 동의판결에 대한 위헌청구에 관하여 판결하였다. 연방헌법재판소는 종래 점령군의 베를린-유보를 이유로 베를린 관청의 행정행위에 대한 위헌청구는 부적법하다고 판결하여 왔다. 그러나 본 판결에서는 간접적인 방법, 즉 베를린 행정행위의 근거가 되는 연방법률에 대한 위헌 여부판단은 적법하다고 한다.

306) 제100조(법률의 위헌성) ① 법원이 재판에서 그 효력이 문제되는 법률을 위헌이라고 생각할 때에는 그 절차를 중지해야 하며, 주헌법의 침해가 문제될 때에는 그 주의 헌법쟁송에 관해 관할권을 갖는 법원의 판결을 구해야 하고, 이 기본법의 침해가 문제될 때에는 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다. 이는 지방법에 의한 기본법의 침해가 문제되거나 연방법률과 지방법률의 불합치성이 문제되는 경우에도 적용된다.

307) 베를린 최고법원 1980년 5월 28일 판결. *NJW* 1980 2419; *FamRZ* 1980, 821.

308) 1967년 5월 24일 연방행정법원 판결. *BVerwG* 24. 5. 1967, *DVBl.* 1967, 736.

무청의 허가 없이 베를린으로 이사한 경우, 1969년 9월 28일 연방병역법(BGBI. I, 1773)에 따르면 병역의무는 이와 같은 경우에 소멸하는 것이 아니다. “기본법에 대한 연합사령관의 합의각서 제4호”에 따라 연방은 베를린과 베를린 주민들에 대해 어떠한 권한도 갖지 않는지 여부³⁰⁹⁾에 대하여 본건의 경우에는 논의할 필요는 없다. 왜냐하면 징집명령이 아직 서독에 있는 병역의무자에 도달한 경우에 말하자면 “병역관계를 베를린으로 갖고 온 것”과 같고, 베를린으로의 이주 이후에 병역의무의 존속에는 불이익이 발생하지 않으며, 누구나 병역의무를 거부할 권리가 있다는 1950년 9월 1일의 베를린 헌법 제21조 제2항과도 배치되는 않는다.³¹⁰⁾

(3) 연방병역법위반 여부(3) - 베를린으로 이주 후 징집통지서를 송달 받은 자

징집통지서가 서독인에게 베를린에서야 송달된 경우, 이 송달은 베를린-유보(Berlin-Vorbehalt)에 위배되기 때문에 송달은 무효이다. 징집통지서의 송달은 국가권력인 연방관청에 의하여 송달장소에서 이루어진다. 그래서 그것은 국가권력의 공간적 범위 내에 있을 때에만 허용된다. 그 장소가 범위 밖에 있을 경우, 국가권력의 행사는 그곳을 지배하는 권력이 이를 허용할 때에만 가능하다. 연방과 베를린의 경우 연합3개국 이 개별적으로 허용하는 경우에는 베를린에서 연방기관에 의한 직접적인 권력행사가 허용되지만,³¹¹⁾ 연합국은 1969년 8월 8일 BK/L(69)29에 의해 연방기관이 베를린에 징집통지서를 송달하는 것을 명백히 금지하고 있다.³¹²⁾

3. 독일동부지역 관련 판례³¹³⁾

309) Finkelnburg, *NJW* 1970, 1257, 반대하여 Döring, *NJW* 1970, 1827

310) 1973년 8월 2일 쉘레스비히(Schleswig) 고등법원 판결. Schleswig *OLG* 2. 8. 1973, *NJW* 1973, 2121.

311) *BVerfGE* 7, 1, 14.

312) 1973년 6월 27일 연방행정법원 판결. *BVerwG*, 27. 6. 1973; *NJW* 1973, 2123.

313) 오더-나이세 동부 지역 문제는 독일(동독)과 폴란드의 국경선 문제로서, 제2차 대전 이후 독일 통일시까지 계속 문제되었다.

제2차 세계대전 이전 독일의 영토는 오더-나이세강 동쪽 10만 3000제곱킬로미터(남한 면적에 육박한다) 달하는 지역을 포함하고 있었으나, 1945년 포츠담회담에서 서방의 반대에도 불구하고 소련의 요구로 잠정적으로 이 지역을 폴란드에 넘겨주기로 하였으며, 그

(1) 오더-나이세 동부지역의 법적 지위(1958년 베를린 최고법원 판결)
1937년 12월 31일자 영토 구획에 의거하여 오더-나이세 국경을 기준으로 동부에 위치한 현재 폴란드 행정 구역에 속한 독일제국 영토는 공법, 민법 상 독일제국에 속한 내국이다.³¹⁴⁾ 이전의 행정구역에서 폴란드로 넘어간 이 영역은 아직 독일국가연합에서 배제되지 않았다. ³¹⁵⁾

(2) 오더-나이세 동부지역의 법적 지위(1975년 연방헌법재판소 판결)
1970년 8월 12일 모스크바 조약(Moskauer Vertrag) 동의법률 및 1970년 12월 7일 바르샤바 조약(Warschauer Vertrag) 동의법률에 대한 합헌여부에 대한 판결이다. 1975년 7월 7일 연방헌법재판소는 독일연방공화국과 소비에트연합 사이의 1970년 8월 12일자 조약에 대한 동의법률, 독일연방공화국과 폴란드 사이의 1970년 12월 7일 바르샤바 조약 동의법률은 청구인의 기본권을 침해하지 않는다. 따라서 청구를 기각한다.³¹⁶⁾ 오더-나이세 동부 지역은 1937년 12월 31일을 기준으로 하는 다른 독일제국 지역과 마찬가지로 전후 승전국에 의해서 합병된 것이 아니다... 포츠담 회담에서 ... 영국, 소비에트연합과 미국은 오더-나이세 동부 지역에 대해 기타 독일제국 지역에 주둔하는 점령군과는 명백히 구별되는 특수 규정을 수락하기로 합의했다. 1945년 8월 2일자 "베를린에서의 3대국 회담 보고서(포츠담 합의서)" VI장과 IX장에 따라 독일 동부 지역은 "영토 관련 문제는 평화협정 체결시 최종적으로 결정한다는 유보 하에" 일부는 소비에트 연합의, 다른 일부는 폴란드의 행정 하에 놓이게 되었다.³¹⁷⁾

이후 소련과 동독에 의해 이 지역이 폴란드에 양도되었고 폴란드는 이 지역에 살고 있는 독일인을 독일본토로 추방하였다.

서독은 독립정책 시기에는 그 국경선을 완강히 거부하였으나(기본법에서 전제하고 있는 1937년 12월 31일 기준의 영토에 비추어도 이 지역은 독일영토이다), 동방정책과 함께 모스크바 조약 및 바르샤바 조약 등 이른바 동방조약을 체결하여 오더-나이세 국경선을 존중하게 되었으나 계속 문제되다가 1990년 8월 동서독 통일조약 체결, 1990년 9월 2+4 조약에 의해 최종 국경선으로 확정되었다.

314) 1958년 5월 5일 베를린 최고법원 판결. *MDR* 1958, 692.

315) 동 법원은 포츠담 조약에 따라 폴란드 행정 구역에 속한 독일 동부지역의 지위에 대하여 판시하였다.

316) 연방헌법재판소는 오더-나이세 지역의 법적 지위와 관련해서 계속되는 바와 판시하였다(E 40, 157-158).

317) 1975년 7월 7일 연방헌법재판소 판결. *BVerfGE* 40, 157ff

3대국은 독일 동부 지역을 소비에트 연합과 폴란드에 최종적으로 넘기는데 동의한 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 소비에트 연합과 폴란드는 전쟁 직후에 오더-나이쎬 동부 지역의 완전한 합병조치를 취하게 되었다.³¹⁸⁾ 청구인들은 ... 동방조약들의 동의법률과 기본법 제14조의 청구인들의 기본권은 관련되지 않는다.

청구인의 재산권은 위 동의법률에 의해 박탈되지 않았다. 동의법률은 오더-나이쎬 동부 지역에 거주하는 독일인의 개인 재산과 관련된 규정을 포함하지 않는다. 오더-나이쎬 동부 지역에 거주하는 청구인들의 재산은 소비에트 연합과 폴란드의 조치로 인해 박탈되었다. 이미 조약들에서 오더-나이쎬 국경 지역 내 독일인의 국적을 변경되는 것에 반대하였다. 모스크바 조약이나 바르샤바 조약 중 어느 조약도 국적과 관련된 규정을 포함하고 있지 않기 때문이다. 또한 이 두 조약에 포함된 국경규정으로부터 추정될 수 없기 때문이다.

VIII. 동서독 교류협력 관련 판례의 시사점

우리와 같은 시기에 분단되었던 서독과 동독은 단계적인 발전과정을 거치면서 착실한 교류협력의 확대를 통하여 분단 45년 만에 평화적 통일을 달성하였다. 그러나 이러한 통일과정은 순탄치만은 않아 수십년간 지속된 교류협력 과정에서 많은 분쟁들이 발생하였고 이를 해결하기 위한 법원리도 판례를 통해 많이 축적되었다. 위와 같이 서독의 연방헌법재판소와 법원들은 대동독 관계에서 발생한 다양한 소송 내지 헌법재판을 통해 사법적 판단을 통한 원칙을 세워왔음을 알 수 있다. 무엇보다 교류협력 과정에서 예상되었거나 예상하지 못하였던 법적 분쟁사항들을 해결하기 위하여 서독내의 법령적용과 동독의 법령의 잠정적 적용문제 등을 검토하여 왔음을 알 수 있다.

이에 비추어 남북한 간 교류협력도 그 동안 꾸준히 확대 발전되어 왔고, 또한 그 과정에서 민·형사 등 다양한 분쟁이 발생하고 있다. 저작권 등 지적재산권 보호와 관련하여 북한 주민이 남한 법원에 소송을 제

318) 판결 166-169쪽에서는 다음에 계속되는 내용과 같이 위 동방조약들(Ostverträge)에 공용수용 내용이 들어있는지에 대해 논의되었다.

기하기도 하였고 남한 주민이 개성공단에서 교통사고를 일으켜 형사처벌을 받기도 하는 등 남북한 주민 사이의 민·형사 사건이 다수 발생하고 있고 앞으로 이러한 분쟁은 더욱 증가할 것으로 예상되고 있다.

동서독 간 교류협력과 관련하여 판단된 법적 문제에 대한 독일의 판례들은 분단 및 통일이 유사한 남북한 간 법적 문제 해결에 있어서 우리에게 많은 시사점을 줄 수 있다. 그러나 동서독의 교류협력과 관련한 사법적 판단은 우리 통일의 법적 문제에 많은 영향을 미침에도 불구하고 이에 대한 연구는 매우 미미한 실정이다. 구체적인 분쟁사례에 대한 동서독의 판례들은 동서독 간 법적 문제 및 그 해결방안을 분석하게 함으로써 남북한 간 교류협력 과정에서 발생하는 각종 법적 문제들과 통일 관련 법제 정비에 대한 구체적 시사점을 찾는 데에 도움이 된다.

잘 알다시피 교류협력 단계의 동서독은 양자관계가 법적으로 확정되지 않은 가운데 협력관계를 조성하거나 발전시켜 나아가기 위한 여러 사안들이 발생하게 되었다. 이와 관련하여 헌법적 쟁점이 나오고 이를 독일연방헌법재판소가 해결하고자 하는 노력을 경주하였다. 민사상, 형사상 문제를 포함한 다양한 분야에서 제기된 법률적 문제를 해결하기 하는 과정에서 집적된 독일 연방헌법재판소의 판례는 결과적으로 통일을 위한 법적 근거로 제시된 것이었음을 알 수 있다. 독일의 연방체제는 우리의 체제와는 뚜렷하게 구별되는 차이점이지만 양독간 인적·물적 교류와 관련하여 발생한 법적 문제를 연방헌법재판소가 적극적으로 판단하고 있는 자세를 유의하여 볼 필요가 있다.

동서독 간의 법적 관계가 확정되지 않은 시점에서 헌법적 쟁점이 되는 사안에 대해 적정한 판단을 한 독일의 연방헌법재판소의 기능과 역할은 독일통일의 법적 문제를 해결하는 데에 큰 기여를 하였다. 이를 계기로 하여 동서독은 향후 양독 사이의 교류협력관계의 설정은 물론 그 확대발전을 위한 판단근거를 제시하여 주었다. 이러한 논의를 거치면서 독일통일은 법적 기반을 형성하는 발판을 마련함으로써 통일을 이루었다고 말할 수 있다.

제 2 절 독일통일 관련 독일연방헌법재판소 주요 쟁점 및 판결

독일통일이 흡수통일방식으로 구체화하는 과정에서 서독 내에서는 몇 가지 위헌문제가 제기되었다. 이에 대해 독일연방헌법재판소는 통일의 법적문제를 해결함으로써 독일통일의 법적 장애를 제거하고 통일을 위한 법적 논거를 제공하였다. 다음에 독일통일에 따른 헌법적 쟁점과 연방헌법재판소의 주요 판결을 개괄적으로 살펴본다.

I. 동서독 화폐의 가치평가

독일 통일 이전 1990년 5월 18일에 체결된 ‘통화와 경제 및 사회공동체의 창설에 관한 국가조약’(Staatsvertrag)(이하 ‘국가조약’이라고 함)은 본래 시간적으로 1990년 8월 31일에 체결된 ‘통일조약’(Einigungsvertrag)에 앞서 체결되었다. 이 조약의 일부 합의내용은 연방헌법재판소의 내부에서 논쟁의 대상이 되기도 했다. 당시 서독의 한 시민은 국가조약상의 통화가치평가규정에 대해서 이의를 제기하였다. 이 조약상 규정에 따르면, 구동독의 중앙은행에 예치되어 있는 그의 예금이 원칙적으로 단지 2: 1의 비율로써만 교환되고, 반면에 동독에 거주하고 있는 주민의 예금은 특정한 한도액까지는 1: 1로 교환하게 된다는 것이었다. 이는 재산권의 침해라는 이유로 기본법에 위반된다는 이유로 헌법소원을 제기하였다. 이와 관련하여 1998년 8월 8일의 결정³¹⁹⁾을 근거로 하여 연방헌법재판소 제2재판부의 지정재판부는 충분한 소이익에 대한 전망이 없다는 이유로 동 헌법소원을 각하시켰다.

당해 지정재판부는 여기서 국가조약이 기본법 제3조 제1항(평등원칙)과 기본법 제14조(재산권보장)도 침해되고 있지 않다는 사실을 확정하였다. 다시 말해 금융기관에 예치되어 있는 예금이 동독시민을 위해서 특정한 한도액의 범위 내에서 1: 1의 비율로 교환되는 한, 국가조약의 합의내용에 따라 독일의 사회공동체의 형성을 위한 규정들이 완전하게 마련될 때까지 동독시민의 화폐교환권을 보장하는 것은 합헌적이라는

319) 2 BvR 924/90.

것임을 보여준다. 이를 위한 국가조약의 규정을 통해 화폐교환에 대한 특별규정은 합당하다는 것이다. 이러한 취지에 비추어 볼 때, 각기 동독의 내·외부에서 거주지를 가진 사람들 간의 본질적인 차이를 두고 있다는 점을 명백히 한 것이라고 할 수 있다.

II. 통일조약에 관한 합헌판결

1. 통일조약의 법적 성격

1990년 8월 31일 체결된 통일조약은 그 자체로서 그 고유한 성질상 국제법적 그리고 헌법적 문제점들을 제기하였다. 서독은 단 한번도 공식적으로 동독을 국제법상으로 승인한 적이 없었고, 동독지역은 연방헌법재판소의 결정상으로도 외국영토로 보지 않았다.³²⁰⁾ 연방헌법재판소는 1972년 12월 21일에 선고되었던 이른바 ‘기본조약’(Grundlsgenvertrag)에 관한 결정에서 이미 서독과 동독 간에 체결되는 모든 조약의 성격에 관해서 논의했고, 그 이유를 상술한 바 있었다.³²¹⁾

연방헌법재판소 제2재판부의 제3지정재판부는 독일통일이 완성되기 전인 1990년 9월 5일³²²⁾ 통일조약을 대상으로 한 헌법소원심판청구의 채택여부를 결정해야 했을 때, 위의 재판부결정을 지지할 수 있었다. 서독의 한 시민은 위의 헌법소원을 통해서 통일조약상의 규정들에 이의 제기하였다. 동 규정들에 따르면 현재 동독지역의 영토 내의 재산권수용이 특수한 경우에는 더 이상 소급되지 않도록 정하고 있었다. 지정재판부는 헌법소원이 허용되지 않는다고 결정했으며 1990년 8월 31일에

320) *BVerfGE* 11, 150, 158.

321) “동독은 국제법상의 의미에서 국가이고, 그 자체 국제법상의 주체이다. 이러한 확정은 연방공화국에 의한 동독의 국제법상의 승인과는 무관하다. 연방공화국은 그 같은 승인을 단 한번도 공식적으로 행한바가 없었을 뿐만 아니라, 그 반대로 재차 반복해서 분명하게 그러한 사실을 부인해 왔다. ... 이 기본조약은 특수성은 그것이 이에 대해서 국제법상의 규정이 적용되고, 어느 다른 국제법상의 조약들처럼 실효력을 가지는 두 국가간의 쌍방적인 조약이긴 하지만, 비록 하나의 단일한 국민들로 구성된 전체독일로 제조직되고 그리고 아직 포괄적인 국가 아니어서 행위능력이 없긴 하지만 완전한 하나의 부분들로 여전히 존재하고 있는 두 국가간의 조약이라는 데에 있다. 그 한계에 관해서 보다 상세하게 규정하는 것은 더 이상 필요치 않다고 보인다. ...“ *BVerfGE* 36, 1, 22 ff.

322) 2 *BvR* 1150/90.

체결된 통일조약은 헌법소원의 적절한 대상이 아니라고 판단하였다. 동 조약은 국가간의 차원에서 규정들을 다루고 있고, 그 유형상 국제법상의 조약에 해당되는 것으로 보았다.³²³⁾ 이러한 조약의 체결은 어떠한 국내법적인 효력을 야기하지 않는다. 그러한 국내법적 효력은 국가내의 법 적용명령을 발하는 조약에 대한 동의법률(Zustimmungsgesetz)을 통해서 비로소 나타나게 된다. 따라서 통일조약은 이를 통해서 헌법소원인 자신의 기본권 내지 기본권유사적인 권리들을 현실적으로 침해할 수 있는 가능성이 있는 공권력작용으로 보이지 않는다. 헌법소원 청구인은 위의 동의법률 자체가 직접적 그리고 현재적으로 자신에 부담을 주고 있는 경우에 그리고 그러한 한에서 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다.

2. 통일조약에 대한 의회 심의

1990년 9월 18일자의 결정³²⁴⁾을 통해서 제2재판부는 의회에서 1990년 9월 23일에 동의법률로 의결될 예정인 입법절차를 다루었다. 여기서는 연방의회와 연방정부를 상대로 한 연방의회 소속의 8명의 의원들이 제기한 권한쟁의심판을 다루고 있다. 이들 의원들은 입법절차상 소외자(Vertriebene)들의 관심사를 주장할 수 있는 가능성이 줄어들었다고 느꼈다. 동 조약의 제4조가 기본법의 개정을 포함하고 있다는 관점에서 헌법상 권한쟁의심판은 통일조약의 성립이나 의회심의에 있어서의 의원의 법적 지위를 문제삼고 있다. 연방정부에 의한 통일조약의 협의절차와 이에 뒤따르는 의회의 심의과정이 그들 의원들에게 기본법상 그리고 연방의회사무규칙상으로 부여된 참여권이 침해되었다는 것이 심판청구인들의 견해였다. 왜냐하면 그들은 연방의회에서 국제법상의 조약에 대한 수정안을 제안할 수 없다는 것이었다. 그들의 견해에 따르면 기본법은 국가조약에 관한 단순한 동의의 범주에서가 아니라, 기본법상의 문구를 명백하게 가정하거나 보충하는 ‘고유한 법률’(eigenständiges Gesetz)에 의해서만 개정이 허용된다는 것이었다.

제2재판부는 (연방헌법재판소법 제24조에 따른 절차에서) 전원일치의

323) BVerfGE 36, 1, 23 f.

324) BVerfGE 82, 316.

결정을 통해서 명백히 이유 없는 것으로 동 권한쟁의심판청구를 기각하였다. 그 이유로서 재판부는 연방정부에게는 통일조약 제4조에서 ‘기본법의 편입조건적인 개정’을 포함시킬 권한과 연방의회에게 동의법률의 형식으로 기본법개정에 요구되는 2/3의 다수결을 고려하는 가운데 결의한 것을 제안할 권한이 있기 때문에, 심판청구인들의 의원으로서의 권리는 침해되지 않았다고 밝혔다. 여기서 조약절차의 선택에 관한 연방정부의 권한은 외교사항에 관한 연방정부의 권한으로부터 도출되는 것이 아니라, 연방정부는 그 같은 권한의 헌법적 토대를 기본법상의 통일요청과 결합된 기본법 제23조 제2절에서 가진다고 보았다, 이로써 심판청구일들로부터 제기된 문제, 즉 연방정부가 외교사항의 처리에 관한 그 권한의 범위 내에서 국제법상의 조약 속에서 기본법의 개정을 합의할 수 있는지의 여부의 문제는 전혀 다루어 지지 않았다. 동독은 독일의 한 부분이고, 따라서 통일조약에 관한 협상과 체결은 비록 이 조약에 대해서 국제법상의 규정들이 적용되고 의회가 동의법률의 형식으로 참여하고 있다하더라도 외교권의 행사로 간주되지 않는다는 것이었다. 이러한 이유로 연방정부가 여기서 그에게 주어진 광범한 형성재량에 근거해서 자신의 의무에 합당한 평가에 따라서 독일통일의 성취를 위한 역사적인 기회를 포착함에 있어서 기본법의 편입조건적인 개정을 동독과의 조약합의의 대상으로 삼은 사실은 헌법상 문제되지 않는다고 보았다. 연방정부가 제안한 바와도 같이 이러한 조약합의는 두 독일국가 간에 그리고 외교세력들 간에 수행된 합의가 진행됨에 따라서 동독의 편입을 준비하기 위해서 필요한 것으로 입증되었다.

여기서 연방정부는 주어진 국가적 내지 국제적인 정치역학에 비추어 보아서 두 독일국가간의 합의가 현재 최우선적으로 이러한 방법으로 성취될 수 있다는 사실을 고려했어야 했다. 즉 연합국의 권리가 여전히 현재적으로 유효하고, 이상의 합의는 그러한 연합국의 권리를 감안하지 않고서는 달성될 수 없었다. 이로부터 전체조약의 일부를 구성하는 즉 통일조약 속에서 합의된 헌법개정에 관해서는 연방의회로부터 동의법률이 형식으로 결정되어야 하고, 따라서 수정안이 연방의회에서 제안될 수 없을 것이라는 사실이 도출된다. 이렇듯 1990년 9월 23일에 의결

된 동의법률은 일종의 폐기지법률(Paket)로서 기본법 개정요구에 요구되는 2/3의 다수결로 성립되었다.³²⁵⁾

3. 통일조약 제4조에 대한 판결

기민당과 기사당의 의원 8명은 ‘통일조약’ 제4조(기본법개정)가 의원의 법률개정안발의권을 침해하고, 기본법의 개정이 기본법 제79조의 절차에 의해서만 가능함에도 불구하고 ‘통일조약’에 의해 개정된 것은 기본법위반이라는 이유로 위헌심판을 제기하였다.³²⁶⁾ 이에 대해 1990년 9월 18일 연방헌법재판소는 ① 서독정부는 기본법 전문과 제23조에 의한 ‘재통일명제’(Wiedervereinigungsgebot)의 헌법적 근거에 의해 ‘통일조약’ 제4조의 내용을 정하는 권능을 가지며, ② 연방정부는 독일통일의 역사적인 기회를 활용하기 위한 넓은 정치적 형성재량권을 갖는 헌법기관으로서 ‘통일조약’ 제4조의 내용을 정한 것은 헌법정신에 반하지 않는다는 논지로 기각판결을 내렸다.³²⁷⁾

III. 선거법에 관한 위헌판결

독일 통일 이후 동독의 민주주의로의 편입과정에서 정치적 측면에서 중요한 것은 동독내 정치적 민주주의의 확립이었다. 그 가운데 통일 이후 처음 치러지는 총선거와 관련하여 발생한 헌법적 쟁점이 있었다. 다음에 몇 가지 헌법적 쟁점과 관련한 연방헌법재판소의 판결을 살펴본다.

325) 통일조약상의 개별 규정들에 동의하지 않은 의원들은 단지 독일연방의회사무규칙 제31조의 규정에 따라서 보다 광범위한 범주 속에서 무엇이 행해지고 있는지에 관한 개인적인 ‘표결을 위한 해명’(Erklärung zur Abstimmung)만을 행할 수 있을 뿐이었다.

326) 기실 이것은 기본법 제23조가 삭제됨에 따라 오데르-나이제(Oder-Neisse)선이 폴란드와의 국경으로 확정되는 것을 인정할 수 없다는 민족주의적인 의도가 내포되어 있는 점이 지적되었다. 허영, 앞의 논문, 9면.

327) *BVerfGE* 82, 19. 연방헌법재판소는 ‘통일조약’이 독자적인 외교권의 결과가 아니라 국가의 통일달성을 위한 특별한 수단으로 이루어진 것이며, 또한 재통일을 위한 특별한 사정에 대해 치밀한 법리를 구성하여 조약에 의한 기본법의 개정을 거부하기 보다 조약법에 의해 기본법을 개정하는 것을 허용하였다. 「독일통일관계법연구(II)」, 앞의 책, 27~28면.

1. 5% 저지조항의 문제³²⁸⁾

연방헌법재판소의 제2재판부는 1990년 9월 29일의 결정³²⁹⁾에서 1990년 12월 2일에 실시예정인 독일 연방의회의 구성을 위해서 독일 전역에 걸쳐서 최초로 치러질 총선을 위한 선거법의 형성에 관한 문제를 다루었다. 연방정부와 동독정부는 1990년 8월초에 서명된 조약에서 이상의 총선의 준비와 실시에 관하여 합의하였다.

독일 연방의회는 이러한 선거법조약을 8월말에 동의했고, 연방선거법의 여러 개정사항들을 의결하였다. 총선이 행해질 선거일인 1990년 12월 2일을 불과 몇 달 전에 전체 독일이 형성되었다는 사실을 고려할 때에 연방선거법상의 5% 저지조항은 군소정당들에게 편입지역에서의 심각한 어려움을 예상하고 있었다. 통일 이후 동독지역에서 결성된 정당들과 단체들도 총선에서 5% 이상을 획득하는 정당들만이 의회의석을 배분받을 수 있기 때문에, 그 정치적 영향범위가 서독지역 내지 동독지역에만 한정된 군소정당들에게는 사실상 그 요건을 충족하기에는 부족한 역량을 가지고 있었다. 더욱이 서독의 자매정당(Schwesterpartei)과 합당하지 않았거나 광역선거구의 대략 300% 까지 그 외연을 확장하지 않았던 동독지역의 정당들에게 이는 넘어설 수 없는 장벽을 의미하는 것이었다. 확대된 전체 선거구에 저지조항을 적용할 것을 고수하는 입장에 반대해서 세 정당들, 즉 공화당(Republikaner), 녹색당(DIEGRÜNEN)과 좌익연합/독일사회당(Linke liste/PDS)은 소위 권한쟁의심판을 청구했고, 두 명의 입후보예정자들은 헌법소원을 제기하였다.

연방헌법재판소의 제2재판부는 이러한 권한쟁의심판청구와 헌법소원을 받아들였고, 문제시되고 있는 법규정들이 기본법을 침해하고 있음을 판결하였다. 결정이유에서 법원은 입법자가 전체 선거구의 제2투표(정당명부 투표)가운데에서 5%이상을 확보하지 못한 정당들에게 의석배분을 배제한다면, 이는 정당난립으로 인한 폐해로부터 의회의 기능을 보호하

328) 역자 주:이 문제를 보다 상세하게 다루고 있는 국내문헌으로는 정연주, “동서독 통일과 선거법”. 허영 (편저), 「독일통일의 법적 조명」, 박영사, 1994, 109~137면 참조.

329) BVerfGE 82, 322.

기 위한 것으로서 원칙적으로 문제시되지 않는다. 물론 특별한 상황 속에서 다른 평가가 요청될 수도 있다. 그러한 특별한 상황이 전 독일지역을 대상으로 최초로 실시되는 선거에서 전제되고 있다고 볼 수 있다. 이 선거에서 군소정당들이 처한 특별한 어려움을 입법자는 저지조항의 적절한 개정 방법을 통해서 고려해야만 한다. 이러한 고려 속에서 입법자에 의해서 선택된 정당명부결합(Listenverbindungen)의 허용이라는 해결방안은 위헌적이라고 하였다. 왜냐하면 결정이유에서 상세히 밝히고 있는 바와 같이 그러한 해결방안은 평등선거권과 기회균등권을 침해하기 때문이다. 이러한 결정이유로부터 어떻게 헌법적으로 하등 문제시되지 않는 규정이 다시 재조명되는지가 선거에서 제2투표의 5%를 획득해야만 하는 정당 정치단체들에게 이 저지조항은 전혀 문제시될 것이 없다는 것이었다.

연방헌법재판소는 스스로 집행명령을 통해서 1990년 12월 2일로 예정된 선거실시를 위한 법적 기초를 형성할 수 있는 가능성을 가졌었다고 보여진다. 그러나 1990년 9월 26일에 있었던 구두심리절차에서 연방의회(Bundestag)와 연방참사원(Bundesrat) 그리고 연방정부는 ‘의지와 현 상황’을 적절하게 고려한 결정을 통해서 연방대통령에 의해서 결정된 선거일인 1990년 12월 2일에 앞선 적절한 시기에 필요한 연방선거법개정을 행할 것임을 밝혔다.

2. 후보자추천서명 정족수(Unterschriften-Quorum)의 문제

통일 독일에서 최초로 실시된 연방의회선거와 관련해서 5% 저지조항만이 헌법소송적인 논쟁의 대상이었던 것이 아니라, 후보자추천서명 정족수도 논쟁의 대상이었다. 독일통일의 완성을 이루고, 1990년 9월 29일 체결된 선거법조약을 위한 법률규정을 통해서 전 독일에 걸쳐서 단일한 선거구를 형성하는 과정에서 서명정족수규정에 관한 연방선거법상의 규정들이 연방에 새로이 편입된 구 동독지역의 5개의 주들에게도 적용되게 되었다.

1990년 12월에 예정된 독일 전역에 걸친 최초의 연방의회선거를 위한

후보자명부제출기한 마감일은 요구되는 정족수를 채운 후보자추천서명서 제출에 대해서와 마찬가지로 1990년 10월 29일이었다. 독일 전역에 걸친 최초의 선고에 있어서 그 같은 후보자추천서명 정족수를 요구하고 있고, 이로 인해서 불이익을 당하고 있다고 생각하는 몇몇 정당들은 연방헌법재판소에 권한쟁의 심판을 청구하였다.

1990년 10월 12일과 16일에 제출된 심판청수에서 이들 정당들은 그 같은 후보자추천서명정족수는 어떠한 경우라도 선거가 임박해 있다고 하는 특수한 조건하에서는 그네들의 기회균등권과 평등선거권을 침해하고 있다고 주장하였다. 왜냐하면 시간적 촉박성 속에서 그들은 새로운 편입주 들에서 필요한 조직을 구축할 수가 없으며, 후보자명부제출을 위해서 요구되고 있는 후보자추천서명 정족수를 기한 내에 충족시키는 일은 연방공화국의 서독지역에 있어서 보다 불평등한 더 큰 어려움을 예정하고 있기 때문이라고 하였다. 또한 그들이 임명되어 있는지의 여부도 잘 모르겠지만, 만일 임명되어 있다고 하더라도 구 동독지역에서는 지역선거구와 선거관리위원장의 이름과 주소도 여태껏 단지 부분적으로만 알려진 상황이라는 것이었다.

후보자명부제출을 위한 기한만료일까지 남아있는 짧은 시간 속에서 권한쟁의심판에 관한 중국결정이 가능하지 않았기 때문에, 1990년 10월 17일에 연방헌법재판소는 구 동독지역에서의 선거준비상황에 관한 연방선거관리위원장과 연방내무부장관의 의견을 구한 이후에 독일 전역에서 최초로 실시되는 선고에 있어서 후보자추천서명정족수의 개별적인 사항들을 가처분(einstweilige Anordnung)을 통해서 규율할 것을 결정하였다³³⁰⁾ 이에 따라 위 선고의 경우에 다음과 같이 적용되었다. 즉 새로이 편입된 5개의 구 동독주에 있어서 지역후보자명부(Kreisqahlvorschläge)와 주정당명부(Landesliste)을 위해서 모든 정당과 정치단체 그리고 명부연합체(Listenverbindung)들은 어떠한 후보자추천 서명서를 제출할 필요가 없다. 기존 서독주들에서의 지역후보자명부와 주정당명부의 제출을 위해서는 이미 주의회, 연방의회 또는 구 동독의 인민의회(Volkskammer)내에 진출해 있는 정당들을 제외하고서 1987년에 행해진

330) BVerfGE 82, 353.

지난연방의회선거에서 5%저지조항과는 무관하게 단 하나의 의석이 라도 획득한 정당들은 후보자추천서명서의 제출요구로부터 면제된다. 여기에는 75,000표 이상의 득표를 확보한 모든 정당들이 해당되었다.

제2재판부는 자신의 결정이유에서 결정된 가치분명령의 교부는 문제시되고 있는 법률규정에 기초한 선거실시가 결과할 특별하게 어려운 불이익을 방지하기 위해서 요청되고 있다고 밝혔다.

3. 새로운 정당명칭의 문제

독일 전역에서 최초로 치르지는 선고와 더불어서 연방헌법재판소의 제1재판부 역시 여러 상이한 사안들을 다루었다. 즉, Bonn에 본부를 두고서 1190년에 창당된 독일사회연합당(Deutsche Soziale Union : ASU)은 Köln고등법원의 판결에 대해서 헌법소원을 제기했다. 동 판결에서는 구동독에서 활동해 왔던 독일사회연합당-Leipzig(DSU-Leipzig)의 청구에 기해서 독일사회연합당에게 정당명칭의 사용을 금지시켰다. 두 정당 모두가 임박해있는 독일 전역에서 실시될 선거에 참여하고자 의도하긴 했지만, 헌법소원청구인은 단지 구 서독지역에서만, 그리고 전심절차의 원고는 단지 구 동독지역에서만 선고에 참여하고자 하였다.

제1재판부의 제3지정재판부는 1990년 9월 26일에 선고된 결정³³¹⁾을 통해서 특히 성공의 전망이 결여되어 있음을 이유로 헌법소원심판청수를 받아들이지 않았다. 민사법원에서의 판결에서 어떠한 헌법적 침해가 전제되고 있지 않는다는 것이었다. 동일한 정당명칭을 가진 두 정당의 분포지역이 중복되지 않음에도 불구하고, 법원이 이해의 상충을 수용했다는 사실이 전혀 문제시되지 않는다고 밝혔다. 금번의 선거뿐만 아니라 이와 유사한 선거가 문제시되고 있고, 따라서 두 정당이 서로 동일시되거나 혼동될 수도 있는 위험성을 배제할 수 없다고 보았다. 또한 DSU-Leipzig가 이미 결성되고, 어느 정도 상당히 알려진 시점에 헌법소원을 제기한 정당의 창당이 뒤늦게 이루어졌기 때문에, 헌법소원 청구인이 자신의 정당명칭의 포기를 강제당하는 것도 문제시되지 않는다

331) 1 BvR 1060/90.

고 보았다.

또한 물론 이러한 금지가 선고를 목전에 둔 헌법소원 청구인에게 다소 가혹하긴 하지만, 그 같은 정당명칭사용의 금지가 비례성원칙에 위배되지 않는다고 보았다. 독일통일을 염두에 두고 있는 상황임에도 불구하고 헌법소원 청구인이 이미 동독에서 널리 알려진 정당의 명칭을 선택함으로써 스스로 떠맡은 위험부담의 결과이기도 하다고 보았다.

마지막으로 연방헌법재판소는 연방의회선거가 치르진 날에 베를린에서 행해졌던 연방선거관리 위원장에 의한 선거의 최종개표결과 공표를 다루었다. 이 개표결과의 공표가 연방의회의사당건물의 전광판에 게시될 예정인 바로 그 시점에, 그 것에서 한 예술창작그룹이 그네들의 예술작품을 공연하고자 했다. 그들에게 그러한 예술작품의 공연이 허가되지 않자, 그들은 예술의 자유가 침해되었다고 느꼈고, 시간적 급박성을 이유로 연방헌법재판소에 가처분신청을 제기했다. 제1재판부는 선고의 최종개표결과공표를 위한 준비가 이미 상당히 진척된 상황이라는 이유로 가처분 신청을 기각하였다.³³²⁾

4. 각하된 심판청구들의 문제

선거법에 관한 일련의 결정들이 독일통일의 과정에 큰 도움이 되었다는 사실은 연방헌법재판소에게 여러 차례 증명되었다. 이러한 결정들은 새로운 편입주의 주민들에게 그들이 법치국가에 발을 들여놓고 있음을 보여주었다. 이와 동시에 새로운 편입주들에 대한 연방헌법재판소의 위상을 강화시켜주기도 했다. 그러나 또한 확실히 헛된 기대를 부추기기도 했다. 예컨대 다음에서 살펴보는 바와도 같이 PDS(구동독공산당인 SED의 후신정당)는 연방헌법재판소에 본질적으로 성공적이지 못한 채 종결된 두 개의 심판청구를 제기하였다.

(1) 첫 번째 심판청구

PDS는 첫 번째 심판청구를 통해서 그네들 정당의 재산에 관한 신탁집행(Treuhandverwaltung)을 취소시키고자 하였다. 통일조약은 구 동독

332) *BVerfGE* 83, 158.

의 인민의회에서 1990년 6월에 통과된 정당법을 부분적으로 수용하는 가운데 PDS의 재산은 PDS가 실질적인 법치국가적 원칙에 따라서 의 입증을 제시하지 않는 한, 이 정당과 연결된 정당과 조직들의 재산에 대해서와 마찬가지로 신탁집행하에 두게 하였다. 그러나 신탁행정청(Treuhandanstalt)에 의해서 당해 재산을 정당한 이익을 가진 자들에게 다시 되돌려 주거나, 이것이 가능하지 않는 경우에는 공익의 목적으로 처분케 하는 기준을 통해서 신탁행정청이 집행하도록 규정하였다.

1991년 7월 1일에 행해진 전원일치의 결정³³³⁾을 통해서 위 심판청구는 허용되지 않는 것으로 각하되었다. 재판부는 특히 당해 권리제한적인 규정을 통해서 권한쟁의심판의 절차에서 주장될 수 있는 심판청구인의 권리를 침해할 수 없다는 사실을 통해서 특히 자신의 결정을 근거지웠다. 기실 기본법상 보호되는 정당의 헌법적 지위 속에는 법률에 의한 제한 속에서 국가적 통제로부터 자유롭게 정당의 수입과 재산을 처분할 수 있는 권리가 포함되긴 하지만, 기본법 제21조 제1항(역자 주 : 정당조항)의 보장영역은 1989년 10월 7일 이전의 시간대에서 구동독에서 활동하는 정당의 재산을 신탁집행 하에 두는 것에는 전혀 해당되지 않는다. 그 정치적 질서가 자유로운 결성과 국가로부터 독립적이고 동등한 정당의 성립을 통해서 형성되는 민주국가의 정당으로서의 심판청구인의 현재의 헌법적 지위는 그에게 양수이유에 관한 사전심사 없이 그가 과거에 구 동독공산당(SED)으로서 획득했다고 주장하는 당해 재산물의 처분과 이용에 관한 권리를 모든 경우에 있어서 보장하고 있지는 아니다. 구동독에서 심판청구인은 정당들의 국가로부터 독립성과 기회균등의 원칙을 부정하는 가운데 존재해 왔던 국가정당의 지위를 지녔었다. 이제 심판청구인 기본법 하에서 정당들 간의 자유로운 정치적 경쟁 속에 진입해 왔기 때문에, 자유민주주의에서 모든 정당의 재산양수에 대해서 적용되는 실질적 법치국가적 원칙에 따라서 당해 재산이 정당하게 취득되지 않은 한, 당해 재산은 어찌든 기본법 제21조 제1항의 보장밖에 놓여있다고 밝혔다.

333) BVerfGE 84, 290.

(2) 두 번째 심판청구

PDS는 두 번째 심판청구를 통해서 연방의회에서 원내교섭단체(Fraktion)로 승인받고자 하는 목적을 추구하였다. 연방의회의 사무규칙은 한 원내교섭단체에 대해서 전체 의원수의 5%이상의 의원들이 결합될 것을 요구하고 있었다. PDS/좌익연합은 도합 17명의 의원들만을 가진 채로 위 조건을 충족시키지 못하였다. 그럼에도 불구하고 PDS는 그들이 새로운 편입주 영역에서 5% 저지조항선을 넘겼다는 주장을 하였다. PDS는 상임위원회에서의 교섭단체의 권리, 즉 모든 소위원회에서의 의원배정청구권, 대정부 현안질의를 할 수 있는 무제한한 시간배정을 요구할 수 있는 권리가 보류되었고, 기본법 제53a조의 규정에 따라서 공동위원회에의 의원배정이 고려되지 않았으며, 그것이 본래 교섭단체의 크기와는 무관한 것임에도 불구하고 그네들에게 단지 교섭단체기본예산액(Fraktionsgrundbetrsg)의 절반만이 배정되는 등의 방법으로 교섭단체의 의회내 참여권에 있어서 불이익을 당하고 있다고 주장하였다. 제2재판부는 다만 PDS가 소위원회들에서 계속해서 참여하고 있고, 상임위원회들에서 어느 정도 의회사무규칙에 따른 권한을 가지고 있는 한, 이 심판청구가 허용되는 것으로 결정하였다. 그 밖에 위 심판청구는 기각되었다.³³⁴⁾

5. 선거법 판결의 의미

녹색당(Die Grünen)과 민사당(PDS), 공화당(REP), 그리고 두 사람의 시민이 동서독선거조약(Wahlvertrag, 1990. 8. 3)에 따라 마련된 연방선거법 제6조 6항(5% 저지조항)과 제53조 2항(제12회기 연방의회선거를 위한 경과규정)이 위헌이라고 주장한데 대하여 1990년 9월 29일 연방헌법재판소가 이를 용인한 것이었다. 그 논거는, 첫째로 선거법의 5% 저지조항(Sperrklausel)을 동독지역까지 확대적용하는 것은 서독의 군소정당과 동독의 신생정당들에게 의회진출의 불리한 조건을 만들게 됨으로써 정당간 기회균등을 해친다는 것이었다. 둘째로 서독 군소정당과 동

334) BVerfGE 84, 304.

독 정당을 위해 예외적으로 도입한 비경쟁관계에 있는 정당간의 ‘연합 명부제도’(Listenverbindung)가 오히려 대정당의 선거조작의 위험성에 의해 자유·평등선거원칙에 위반된다는 것이었다.

이 판결에 따라 독일연방의회는 1990년 10월 8일 선거법을 개정하여 통일 후 최초선거에서만 동서독지역의 정당별득표를 분리하여 계산함으로써 5% 지지조항의 확대에 의한 군소정당 및 신생정당의 불이익을 줄이고 이들 정당들이 원내에 진출하는데 큰 도움을 주었다.³³⁵⁾

IV. 기본권보장 문제

다음에서는 독일통일에 관한 국가적 측면보다는, 기본권영역에서의 개별 시민의 측면에서 문제시되고 있는 연방헌법재판소의 결정들을 살펴본다.

1. 의약품가격의 문제

1990년 구서독과 구동독의 주영역들에서 운영되고 있는 다수의 제약회사들은 새로운 독일 주들에 적용될 의약품가격에 관해서 통일조약에서 정해놓은 규정에 대해서 헌법소원을 제기하였다. 동 규정은 다음과 같은 내용을 포함하고 있었다. 즉 1991년 1월 1일부터 구 동독지역의 소비자들에게 판매되고 있는 약국판매지정의약품의 가격규정의 의미에서 생산자 판매가격이 대략 55%정도까지 인하되게 되었다. 동 규정의 규범적 효력은 여기에 별도의 집행행위를 필요로 함이 없이 바로 법률상 직접적으로 전개되었다. 여기서는 구 동독지역 뿐만 아니라 구 서독지역에서 운영되고 있는 제약회사들의 장래의 영업수익의 가능성이 전적으로 문제시되고 있었다. 입법적 명령은 동독에 소재하는 제약회사들에게 5개의 새로운 주영역에 대해서 그네들의 기존판매가격을 법규정의 실시일부터 55% 인하할 것을 직접적으로 강제한 것은 아니었다. 오히려 문제시되고 있는 규정은 당사자들에게 독일 전역을 대상으로 한 생산자

335) 이에 관해서는 장명봉, “독일통일에 관한 서설적 연구- 법적 측면에서-”, 「법제연구」, 창간호, 한국법제연구원, 1991, 178~179면.

판매가격을 새로이 산출하고, 그런 연후에 이 가격을 구동독지역에서 55% 인하할 수 있는 가능성을 허용하고 있었다. 이는 구동독지역에 소재하고 있는 헌법소원 청구인들이 지금까지 그들이 그 곳에서 적용해왔던 가격을 대략 100: 45의 비율로 평가절하된 DM(독일 화폐단위)에 따라서 새로운 생산자판매가격을 형성할 수 있다는 사실을 의미하였다.

만일 이 가격이 대략 55%정도 인하된다면, DM으로 환산된 판매총액은 전과 동일한 가격이 될 것이었다. 위와 마찬가지로 이로써 제약회사들은 입법적 명령을 충분히 이행하게 되는 셈이기도 했다. 5개의 구 동독주들에 소재한 제약회사들이 생산자 판매가격에 관한 그네들의 새로운 산출을 입법적 명령대로 행하는지 또는 행하지 않는지의 여부는 그네들의 경영결정에 맡겨져 있다. 물론 이로써 구서독 주영역에서 의약품가격이 2.22배 상승했고, 당사자들은 새로운 부분시장(역주: 구 서독지역을 의미)에의 진입이 어려워졌다. 또한 서독의 의약품생산업체들에게 있어서도 그네들의 새로운 부분시장(구동독을 의미)에로의 진입이 상당히 어려워졌다. 문제시되고 있는 규정은 만일 제약회사들이 그네들의 상품을 각기 구 서독지역이나 구 동독지역의 새로운 부분시장에 내다 팔고자 한다면, 비로소 이로써 불이익적인 영향을 끼치게 될 것이다. 서독의 제약회사들은 이윤이 거의 남지 않거나 심지어 손실을 가져올지도 모를 종전대비 대략 55%쯤 되는 판매가격으로 의약품가격을 인하시켰다.

위 규정의 목적은 의약품에 대한 법정의료보험비 지출에 있어서의 절감효과를 위한 것이었다. 의약품판매에 있어서 이윤상실과 아마도 심지어 손실까지 의도하는 그러한 가격인하조치는 재정균형과 분배에 영향을 미치고자 한 것은 아니었다. 오히려 새로운 연방주들에서 세전소득액의 12.8%에 달하는 상태로 법정의료 보험료율을 그대로 유지하고자 한 것이었다.

이러한 규정화의 배경에는 명시적으로 드러나지 않은 다음과 같은 두가지의 고려할 사항이 개재되어 있었다.

첫째, 구동독지역에서 그간 의약품조달과 이에 따른 치료가 어느 정도 제대로 기능해 왔고, 따라서 새로운 연방주지역에 환자치료를 위해서

상대적으로 비싼 서독제의의약품이 투입되는 것이 무조건적으로 필수적인 것으로는 생각되지 않았다는 상황이었다.

둘째, 서독 소재의 개별 제약회사들이 서독 소재의 다른 경쟁제약회사들에 앞서서 시장점유율을 확보하기 위해서 아마도 낮은 가격대로 의약품을 공급할지도 모른다는 기대가 고려되었다. 왜냐하면 위 규정은 본래 3년을 한시기한으로 정하고 있었고, 할인비율이 55%에 달할 때까지 매년 점차적으로 낮아지도록 정하고 있었기 때문이다.

연방헌법재판소의 제1재판부의 제3지정재판부는 1990년 12월 20일에 선고된 결정에서³³⁶⁾ 부분적인 청구적법성의 결여와 기타 충분한 성공가능성의 결여를 이유로 헌법소원을 각하하였다.

위 규정이 재산권의 보장에 반하고, 따라서 기본법 제14조 제1항(역주: 재산권조항)을 침해하고 있다는 주장은 허용되지 않는 것이었다. 연방헌법재판소의 결정에 따르면 한 시민에게 자신의 책임 하에 행사토록 맡겨진 모든 사적인 권리들은 기본법 제14조 제1항의 재산권 보호 속에 놓여있다. 그러나 이는 권리주체에게 이미 켜져 있어 있는 법적 지위들에 대해서만 적용된다. 단순한 기회와 수익가능성은 이에 해당되지 않는다. 그러나 여기서는 바로 이 점들만이 문제시되고 있다. 우리는 기본법 제14조의 보호가 단지 재산 그 자체가 아니라, 개별적인 법적 지위만을 파악하고 있다는 사실을 덧붙일 수 있다. 이러한 사실은 민사법학자들에게 이에 상응하는 독일민법(BGB) 제823조 제1항(역주: 불법행위로 인한 손해배상의무규정)의 문제상황을 상기시킬 것이다. 동 규정은 전체적인 의미에서의 재산에 대해서가 아니라, 단지 개별적인 법익에 대해서만 불법행위로부터의 보호를 보장한다. 이러한 원칙은 물론 ‘설치되어서 운영 중인 영업행위에 관한 권리’가 독일민법 제823조 제1항의 법익에 포함된다는 사실을 통해서 상당히 완화되었다. 그러나 연방헌법재판소는 설치되어서 운영 중인 영업행위에 관한 권리를 기본법 제14조의 보호영역 속에 단 한번도 포섭시킨 적이 없었고, 이러한 문제가 주변적인 역할을 수행하는 새로운 결정들에서 자못 회의적인 견해를 표명했을 뿐이었다.

336) 1 BvR 1418/90 und 1442/90.

그러나 우리는 의약품가격에 관한 문제로 다시 돌아가기로 하자. 제3지정재판부의 견해에 따르면 가격할인규정은 직업수행의 자유에 대한 입법적 침해를 구성하고, 따라서 기본법 제12조 제1항(직업수행의 자유)의 보호영역을 건드리고 있다는 것이었다. 그렇기 때문에 헌법소원제기인의 이에 상응하는 주장은 허용되지만, 실질적으로는 이유없다고 보았다. 결정들에서 우선 다음과 같은 심사기준이 제시되었다. 즉, “직업수행에 관한 규정들은 이 규정들이 충분한 공익적 이유들을 통해서 정당화된다면, 입법자에 의해서 결정되도록 허용된다. 입법자에 의해서 선택된 수단들은 추구하는 목적을 달성하기에 적합하고, 필수적이며, 이 수단들을 통해서 나타나는 제한들이 당해 기본권주체에게 수인가능한 것이어야 한다.”는 것이었다.

여기서는 독일연방헌법재판소가 자유권에 대한 모든 제한에 있어서 심사기준으로서 적용하는 비례성원칙이 다루어지고 있다. 이러한 심사기준을 적용함으로써 전제된 사건에서는 다음과 같은 결론이 나타났다.

첫째, 동 규정은 공익상의 합리적인 이유에 기여한다. 법정의료보험의 재정적 안정성의 확보는 상당히 중요한 공익적 과제이다.

둘째, 추구되는 목적을 달성하기 위해서 문제시되고 있는 규정은 적합한 것이다. 여전히 앞으로도 서독 소재의 의약품생산업자들의 상품은 구 서독지역들에서의 생산자판매가격에 대해서 55%정도 싸게 유지된다. 희망되고 있는 의료보험지출비용절감의 성공은 어쨌든 촉진된다. 추구되는 목적을 달성하기에 적합하기 위해서 마찬가지로 적합한 또 다른 수단들이 고려될 수 있는지의 여부는 전혀 중요하지 않다.

셋째, 문제시되고 있는 규정은 법적의미에서 의료보험지출비용절감의 성공을 달성하기 위해서 필수적이다. 단지 입법자가 동일하게 효과적인 그러나 기본권을 보다 덜 제한하는 또 다른 수단을 선택할 수도 있었다면 사정은 달라질 것이다. 그러나 이는 그러한 사안이 아니었다. 입법자는 이른바 할인모델(Rabttmodell)을 도입할 것을 전혀 고려하지 않았다. 이 할인모델의 경우에 의약품에 대한 공제총액이 사후적으로 여러 상이한 수익총액에 상응하는 비율로 응당 낮아져야 했다. 할인모델에 있어서 법정의료보험에 부담을 주지 않는 약국판매지정의약품에 대해서 어

떠한 가격할인이 뒤따르지 않을지는 몰라도, 다른 한편으로는 이러한 모델이 구동독지역에 적용되는 경우에 부분적으로 상이한 가격시스템이 도입될지도 모를 일이기도 했다.

넷째, 동 규정은 의약품생산업자들에게 수인할 수 있는 한도 내의 부담을 지웠다. 동 규정은 결과적으로 동독지역의 제약회사들뿐만 아니라 서독지역의 제약회사들에게도 그네들의 기존의 시장에서의 지위에 제한을 초래하지 않을 것이었다. 각기 이로써 종전 시장에서의 매출액과 이익이 제한되지 않았다. 오히려 어려움은 가격형성에 있어서의 광범위한 제한을 통한 새로운 부분시장의 개방에 있었다. 이러한 제한은 높은 진입장벽뿐만 아니라 비수익성을 초래할 수 있었다. 결국 두 독일국가가 통일된 결과로, 각기 새로운 수익시장을 확보할 수 있게 된 제약회사들에게 이러한 기회를 포착함에 있어서 잠정적인 이익포기가 요구되어졌다. 이는 5개의 새로운 주들에서의 법정의료보험의 안정성이라고 하는 상위의 목적을 통해서 정당화 되었다. 다른 수많은 산업업종들의 경우와 마찬가지로 통일은 제약산업에도 하나의 기회이자 위험부담을 의미하였다. 법정의료보험영역을 위한 의약품생산업자들의 위험부담은 시스템조건상 미미한 것이었다. 이러한 사실은 다른 이들, 즉 법정의료보험의 가입자들로부터 재원이 조달되고 있는 급부시스템과의 결합에 근거하고 있다. 이러한 시스템상의 장점으로부터 의약품생산업자들이 이익을 얻고 있다면, 그들은 다른 한편 이 시스템의 재정적 안정성이 위험해지는 경우에 국가가 행하는 가격형성에 있어서의 제한을 수인해야만 한다.

그러나 통일조약상의 규정은 연방헌법재판소에서 제약산업 측에 의해서 문제시되지는 않았지만, 이와 동시에 언론과 방송 등에서의 상당히 광범한 캠페인과 서독 소재 회사들의 배송 보이코트를 수반하였다. 결국 정치적 타협이 이루어졌고, 그 결과 제약산업 측은 일괄적으로 상당한 액수의 금액을 동독지역의 법정의료보험의 적자를 메우는 데에 지불했고, 서독 소재의 의약품배송업자들은 대금결제시에 위 금액을 상회하는 할인율을 동독의 의료보험공단측에 보장하기로 하였다. 이러한 할인을 통해서 민영보험가입환자들은 아무런 혜택을 얻을 수 없게 되었고,

이들은 다시 위헌적인 방법으로 불이익을 당하고 있다고 여기게 되었다. 이에 따른 헌법소원이 연방헌법재판소에 제기되었으나, 지정재판부의 결정을 통해서 동 청구는 받아들여지지 않았다.

2. 소련점령 시기의 몰수재산에 대한 독일의 반환배제원칙

(1) 점령고권 및 점령당국법(Besatzungshoheit bzw. Besatzungsrecht)에 의한 재산권 몰수

1945년 5월부터 동독헌법 발효일, 즉 1949년 10월 7일까지 소련군행정당국(SMAD/Sowjetische Militäradministration)은 명령(SMAD-Befehl) 형식으로 동독지역 부동산 및 기타재산에 대한 몰수조치를 감행해 사회주의적 소유권질서의 기초를 확립하게 된다. 특히 문제되는 것은 1945년 봉건적 지주제 철폐를 기치로 내건 소위 ‘민주적 토지개혁’으로 이를 통해 100 ha 이상의 토지와 면적과 관계없이 전범자, 나치 추종자의 부동산 및 기타 재산이 무상으로 몰수되었다. 그 결과 당시 농지의 약 1/3에 해당하는 320만 ha의 토지가 ‘토지기금(Bodenfonds)’로 귀속되어 그 중 220만 ha가 무산계급, 즉 농민에게 무상으로 분배되고 나머지는 공공재산으로 분류되어 점령당국의 소유로 되었다.

(2) 원상회복불가원칙(Restitutionsausschlußgrundsatz)의 연혁

독일통일 과정에 있어서 소련점령군에 의해 몰수된 재산권에 대한 원상회복불가의 움직임은 이미 국가조약(Staatsvertrag) 비준 전인 1990년 4월 28일 구소련 정부가 소련주재 서독 대사관에 보낸 외교각서에서 처음 나타난다.³³⁷⁾ 1990년 6월 15일의 공동성명(Gemeinsame Erklärung

337) "Nichts im Vertragsentwurf zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR darf dazu berechtigen, die Gesetzlichkeit der Maßnahmen und Verordnungen in Frage zu stellen, die die Vier Mächte in Fragen der Entnazifizierung, der Demilitarisierung und der Demokratisierung gemeinsam oder jede in ihrer ehemaligen Besatzungszone ergriffen haben. Die Rechtmäßigkeit dieser Beschlüsse, vor allem in Besitz- und Bodenfragen, unterliegt keiner neuerlichen Überprüfung oder Revision durch deutsche Gerichte oder andere deutsche Staatsorgane." Text: Arbeitsgemeinschaft für

g)³³⁸⁾ 제1호에서 양독 정부는, 비록 당시로는 정치적 선언에 불과했지만 SBZ(Sowjetische Besetzte Zone)에서의 몰수재산권 처리에 대한 합의된 공식입장을 천명하게 된다. 즉, “점령당국법 내지 점령고권에 근거한 재산권 수용(1945-1949)은 원상회복되지 않는다. 통독의회는 이에 대한 국가적 조정급부에 힘써야 한다. (Die Enteignungen auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage sind nicht mehr rückgängig gemacht zu machen. Sie ist der Auffassung, daß einem künftigen gesamtdeutschen Parlament eine abschließende Entscheidung über etwaige staatliche Ausgleichsleistungen vorbehalten bleiben muß.)”고 하였다.

1990년 10월 3일, 즉 통일조약(Einigungsvertrag)³³⁹⁾의 시행과 더불어 공동성명은 동 조약 제41조³⁴⁰⁾에 의해 제3통일조약부속합의서에 편입되고 동시에 원상회복불가원칙도 법적 효력을 발하게 된다. 나아가 동조 제3항은 공동성명의 내용에 배치되는 법령제정의 금지를 명문으로 규정하게 된다. 원상회복불가원칙의 헌법적 차원에서의 규율은 통일조약에 근거해 기본법에 새로 편입된 제143조 제3항에 나타나게 된다. 즉, 기본법 제143조 제3항에 의하면 “통일조약 제41조 및 그 시행과 관련한 규정들은 이들 규정이 편입지역에서의 재산권침해가 원상회복될 수 없다고 규정하는 한 계속 효력을 보유한다.”고 규정하고 있다.³⁴¹⁾ 기본법 제

Agrarfragen in der DDR, 10-Punkteerklärung zum Memorandum der Sowjetunion vom 28. 4. 1990, Pressemitteilung vom 8. 6. 1990.

338) Gemeinsame Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen ‘공동성명’은 통일조약의 일부가 됨으로써 조약당사자, 즉 양독 정부 간에 법적 효력을 발하게 된다. 이러한 법적 효력은 국가승계이론에 따라 동독이 서독에 편입함으로써 초래된 동독의 국제법상의 국가성 상실에 영향을 받지 아니한다. 또한, 재산법(Vermögensgesetz)등의 특별법(lex specialis)에 의해 공동성명의 구체적 적용 여지는 축소되었지만 재산법등의 개별 전환규범에 대해 해석상 다툼이 있을 때에는 그 해결을 위한 지침(Auslegungsrichtlinie)으로서의 가치는 크다고 본다.

339) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. 8 1990, *BGBI.* II S. 889.

340) Art. 41 Abs. 1 EVertr : “Die von der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Deutschen Demokratische Republik abgegebene Gemeinsame Erklärung vom 15. Juni 1990 zur Regelung offener Vermögensfragen ist Bestandteil dieses Vertrages.”

341) Art. 143 Abs.3 GG : “Unabhängig von Absatz 1 und 2 haben Artikel 41 des Einigungsvertrags und Regelungen zu seiner Durchführung auch insoweit Bestand, als sie vorsehen, daß Eingriffe in das Eigentum auf dem in Artikel 3 dieses Vertrags

143조 제3항은 재산법(Vermögensgesetz)³⁴²⁾ 제1조 제8항 a 상의 SBZ에서의 몰수재산권에 대한 원상회복불가원칙에 의해 재확인되고 구체화되게 된다.

(3) 독일연방헌법재판소의 ‘토지개혁판결(Bodenreform- Urteil)’³⁴³⁾

소련점령당국에 의해 몰수된 재산의 원상회복불가원칙을 규정한 입법들에 대한 위헌성 논의는 ‘2+4 조약’³⁴⁴⁾에 대한 소련측 조약초안 등에 의해 당시 서독정부의 주장, 즉 구소련이 독일 통일을 해당 재산권몰수조치의 원상회복불가를 전제로 해서 동의하였다는 주장이 의문시 되면서 시작되었다.

독일연방헌법재판소는 1991년 4월 23일의 소위 ‘토지개혁판결’에서 SBZ에서의 재산권몰수조치의 피해자, 즉 원소유자의 원상회복청구권을 부인함으로써 통일조약의 합헌성을 인정하였다. 동 판결주문에 의하면 1945년에서 1949년 사이에 동독지역에서 수용된 소유권은 원상회복될 수 없으며, 이에 대한 손실보상도 인정될 수 없다고 한다. 따라서 피해자는 단지 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정되는 조정급부에만 의존할 수밖에 없었다. 동 판결에서 주로 문제된 논점은 다음의 세 가지로, 아래에서는 이들에 대한 연방헌법재판소의 견해를 요약해서 정리한다.

1) SBZ에서의 재산권몰수조치에 대한 서독정부의 법적 책임 여부

“SBZ에서의 재산권 수용행위에 대해서는, 직접 소련의 점령권에 의해 서건 혹은 점령권의 위임에 의한 독일기관의 행위이나의 여부에 관계없이, 기본권에 종속하는 독일연방공화국의 책임으로 돌릴 수는 없다.” 점령당국법(Besatzungsrecht) 내지 점령고권(Besatzungshoheit)은 원래 전쟁법상의 개념이다. 점령고권은 피점령국 영토의 전부나 일부가 점령국

genannten Gebiet nicht mehr rückgängig gemacht werden.”

342) Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, *BGBI.* I S. 3610.

343) *BVerfGE* 84, 90 ff. vom 23. April 1991, *NJW* 1991, S. 1597 ff. mit Anm. J. Wasmuth, *VIZ* 1991, S. 26 f.

344) Zwei-Plus-Vier Vertrag, Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland vom 12. 9. 1990, *BGBI.* II S. 1318.

의 실질적 영향력 하에 있다는 의미에서의 영토고권(Gebietshoheit)을 의미하므로 점령당국법에 대한 상위개념이라 본다. 점령고권은 헤이그 육전조약(Haager Landkriegsordnung) 제43조에 의하면, 임시적 영토고권이며 전쟁국제법상 영토고권규정에 의한 제한을 받게 된다. 점령고권은 구체적 법제정행위의 일환이라기보다 점령권에 기한 개별행위 내지 결정, 점령재판소의 판결 등을 의미한다. 이에 비해 점령당국법은 점령권에 기한 구체적 법제정(rechtsetzende Tätigkeit der Besatzungsmacht)을 의미한다. 따라서 점령당국법에 의한 재산권 수용은 구체적 법령(예컨대 각종 SMAD-Befehl)에 의한 경우와 (Enteignungen durch Besatzungsrecht) 이들 법령에 의거한 재판기관 내지 집행기관에 의한 수용(Enteignungen aufgrund Besatzungsrechts)을 포함하는 개념이라고 본다.

독일연방헌법재판소는 자신의 판결에서 소련에 의한 재산권 몰수행위에 대해 명시적으로 점령고권 내지 점령당국법에 의한 수용이라 표현하지 않고 단순히 전후처리규정(Kriegsfolgeregelung)이라 간주하고 있다. 그리고 점령권에 의한 피해 내지 수용행위는 ‘외국의 고권력’에 기인했음을 강조하고 있다. 즉, 이러한 재산권 수용행위는 구기본법 제23조 제1문이 독일의 국가권력은 서독지역에 국한된다고 규정했던 한, 독일연방공화국의 규범적 행위에 귀속할 수 없다고 한다. 기본법 전문(前文)상의 ‘전체독일에 대한 책임’ 내지 동독민의 전체독일국민 개념에로의 포함여부와 관계없이, 당시 재산권 수용행위는 더구나 양독 정부 수립 전 행위이며 이에선 독일연방공화국의 국가권력이 개입할 여지가 없음을 강조하고 있다. 또한 이 같은 수용행위가 소련과 동독정부에 의해 합법적으로 사후추인 되었음도 강조하였는데, SBZ와 구동독의 법 상황에 의하면 구소련에 의한 재산권몰수조치는 법적으로 유효한 재산권 침해행위로 추인 받게 된다. 비록 구소련이 자신의 결정³⁴⁵⁾으로 점령행정당국(SMAD)의 모든 명령과 지시를 취소하게 되지만, 이는 구 동독법에 의해 계속되는 침해상태에는 영향을 미치지 않는다. 왜냐하면, 동 결정들

345) Ministerratsbeschuß der UdSSR vom 20. Sep. 1955, Text in : von Münch, *Dokumente des geteilten Deutschlands*, S. 331.

은 점령고권에 의해 야기된 사실적·법적 변화를 원상회복하지 않고 다만 장래효만 보유하기 때문이다. 한편, 1968년의 구 동독헌법(GBl. I S, 432) 제12조 제1항과 1974년의 개정헌법도 전체로서의 인민소유의 절대적 우위를 규정함으로써 구소련에 의한 재산권침해조치의 불가쟁성을 간접적으로 확인하고 있다. 또한 1975년의 동독민법 제20조 제1항도 사회주의적 소유의 불가침성을 명문으로 규정하고 있다. 따라서 구동독에 있어서 재산권몰수조치 완료 후에는 더 이상 원소유자에게 소유권자로서의 지위는 존재하지 않았다고 봄이 타당하다.

2) SBZ에서의 재산권 몰수행위의 통일독일에서의 효력 문제

“보상 없는 재산권 몰수를 포함해서 다른 나라에 의한 재산권 수용조치는 그 재산적 가치가 서독에 존재하지 않는 한 비록 서독의 헌법질서와 일치하지 않는다 하더라도 원칙적으로 유효하다고 인정됨에는 이론이 있을 수 없다.” 독일민법시행법(EGBGB) 제6조에 의하면, 외국의 법규나 법률행위 등은 독일의 법질서 특히 국민의 기본권 보호원칙 등 공서양속(ordre public)에 합치할 경우에만 유효하다고 규정하고 있다. 그러나 동 재판소는 이 문제에 대해 더 이상의 깊은 논의 대신에, 재산권 몰수에 대해 국제사법의 규정에 비추어 충분한 ‘현재성(Gegenwartsbezug)’과 ‘국내성(Inlandsbezug)’이 결여된 것으로 판단하였다.

3) 원상회복불가를 규정한 통일조약 제41조 제1항이 인간의 존엄성 및 평등원칙 위반 문제

“공동성명과 통일조약 제41조 제1항에 규정된 SBZ에서의 재산권 몰수조치에 대한 원상회복불가원칙은 현 기본법 상의 원고의 기본권을 침해하는 것은 아니다. 위 규정은 통일조약 제4조 Nr. 5에 따라 기본법에 편입된 제143조 제3항에 의해 명시적으로 헌법적 효력을 보유한다. 따라서 통일조약 제41조 제1항 등은 기본법 제143조 제3항이 무효로 인정될 경우에만 기본권을 침해하느냐 여부를 따질 수 있는 것이다.” 연방헌법재판소는 통일조약 제41조에 근거한 기본법 제143조 제3항의 헌법

개정의 한계에 관한 기본법 제79조 제3항에 대한 저축 여부도 문제되지 않는다고 판시하였다. 과거의 불법에 대한 회복은 분명 기본법상의 법치국가원리에 속하는 것으로서 입법자가 존중하여야 하는 기본적인 가치이지만, 여기서의 몰수에 대한 법치국가적 대응이 반드시 원상회복에만 한정하는 것은 아니라고 하였다. 더구나 재산권의 수용에 대한 보상의 방법과 범위, 기준 등에 대해서는 광범위한 입법 형성의 자유가 인정되는 것에 비추어 볼 때에도,³⁴⁶⁾ 인간의 존엄성을 실현하기 위한 전제조건으로서의 재산권 보장의 핵심적 영역을 침해하였다고 볼 수 없다.

공동성명에서 밝히고 있는 것처럼 소련군정에 의해 수행된 재산권의 몰수와 동독 정권이 수립된 후의 재산권 몰수를 분리하여 취급하는 것은 기본법 제3조에서 규정하고 있는 평등원칙에 반하는 자의적 조치라는 주장에 대하여, 독일연방헌법재판소는 통일을 성취하기 위한 협상과정에서 있었던 외교적인 이유를 들어 논증하였다. 구소련과 동독은 통일조약과 재산권 처리문제를 연관시켜 임했기 때문에, 불평등 취급을 통일을 위한 통치행위의 관점에서 불가피한 것으로 판단한 것이다. 나아가 반환불가원칙과 더불어 조정금부청구권을 피수용자에게 인정함으로써 평등원칙에 대한 근본적 침해는 아니라고 실시하였다.

(4) 독일에서의 예외적 손실보상의 채택

‘원상회복을 통한 정의 관념에의 요청(Gerechtigkeitsgebot durch Restitution)’은 다음과 같은 중요한 법적 가치에 의해 통독의 입법과정에서 ‘손실보상에의 요청(Gebot für Entschädigung)’으로 상당부분 수정되게 된다.

첫째, 대부분의 재산가치가 당시의 침해행위 후 현저한 상태변화를 경험했다는 사실이다. 기업 내 공장의 현저한 증·개축, 나대지 위의 건조물 건축 등의 경우에, 몰수되었던 부동산을 현재 상태로 원상회복할 경우 또 다른 의미에서의 ‘정의요청’에 위반되는 결과가 발생할 수 있다³⁴⁷⁾. 이 경우 몰수재산의 현격한 가치증대 여하에 따라 원상회복 여부

346) *BVerfGE* 13, 31; *BVerfGE* 13, 39(42); *BVerfGE* 27, 253(270, 283ff.); *BVerfGE* 41, 126(150ff.).

를 결정함은 헌법상 평등원칙에 위반할 소지가 없지 않으나, 기본법의 지배원리인 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip) 내지 공동연대사회(Solidargemeinschaft) 관점에서 볼 때 이는 합리적 차별로 보아 위헌이 아니라고 봄이 일반적인 견해이다.

둘째, 몰수재산에 대한 원상회복원칙은 구동독주민의 존속보호에의 요청으로 수정받지 않을 수 없다. 대부분의 동독주민들은 몰수되었던 부동산을 이용함으로써 자신의 생계기반으로 삼았으므로, 만일 이에 대해 예외 없는 원상회복원칙을 고수할 경우 통일 후 구동독주민의 재산권 형성을 위태롭게 하여 또 다른 의미의 실질적 분단을 초래할 수도 있는 것이다. 이러한 점을 고려하여 재산법은 취득자가 당해 재산가치를 정당히 취득한 경우 원권리자의 반환청구를 배제하고 손실보상청구권으로의 전환을 규정하고 있으며(재산법 제4조 제2항), 제2차 재산법개정법은 토지개혁토지(Bodenreformland)에 대한 이주농가(Siedlungsbauer)의 재산적 권리를 보장하고 있다.³⁴⁸⁾ 한편, 재산법제에 대한 실무를 살펴볼 때 위와 같은 반환배제에 해당하는 경우가 순수 원상회복의 경우보다 상대적으로 훨씬 많음에도 불구하고 재산법이 손실보상원칙이 아닌 원상회복원칙을 견지하는 이유는, 그러한 수적인 불균형에도 불구하고 반법치국가적 재산권몰수조치의 결과에 대한 법적인 회복, 즉 원상회복이 전체적으로 볼 때 거역할 수 없는 정의 관념에 합당하다는 인식 때문이라고 한다.

셋째, 원상회복원칙에 대한 또 하나의 수정원리는 경제적 고려에서 나온다. 통일은 경제적으로 볼 때 국토전체의 균형 있는 개발과 이를 통한 경제적 정의에 기여해야 하며 이는 구체적으로 편입지역의 경제재건을 요체로 한다고 볼 수 있다. 그러나 원상회복청구소송의 남발로 인한 소유권관계의 불명확성은 투자가의 투자심리 위축요소로 작용하여, 현실적으로 볼 때에도 투자예상 부동산·기업 등의 매각을 통한 투자가 원활하게 이루어지지 못하는 실정이다. 투자저해요소를 제거하기 위해 통독입법자들은 소위 투자우선법제를 마련하였으며, 특히 투자우선법

347) 재산법 제4조, 제5조 참조.

348) Gesetz zur Änderung des Vermögensgesetzes und anderer Vorschriften (Zweites Vermögensrechtsänderungsgesetz - 2. VermRÄndG) vom 14. 07. 1992, *BGBI.* I, S. 1257.

(Investitionsvorranggesetz) 제2조 및 제3조의 요건을 충족하는 경우 원권리자의 소유권회복은 배제되며 손실보상청구권 내지 매각대금지급청구권으로 만족해야 하는 경우가 발생하는 것이다. 투자적격 재산가치에 대해 원권리자가 투자가와 동등한 자력을 담보하여 투자의사를 표명한 경우, 일정 요건 하에 원권리자로서의 원상회복과 그에 의한 투자조치가 인정되는 경우(동법 제5조 제2항 제1문)도 있는 바, 이는 원상회복이라는 정의 관념과 투자우선을 통한 경제개발, 즉 합목적성이라는 법의 이념 사이에서 입법자가 고민한 흔적을 보여주는 것이라 하겠다. 그러나 이 같은 세부적 노력에도 불구하고 투자우선목적에 위한 원권리자의 원상회복청구권의 일반적 배제는 법논리적으로 이미 성립한 원상회복청구권을 희생한다는 점에서 재산권 보장을 규정하고 있는 기본법 제14조와 관련하여 위헌의 소지가 농후함을 주의하여야 한다.

넷째, 금전지급에 의한 보상방법은 불법으로 확인된 재산권침해조치에 대해 앞서 살펴본 이유로 인해 원상회복 될 수 없는 경우를 위한 대안으로 제시됨이 원칙이지만(Rückgabe vor Entschädigung), 원권리자가 자신의 소유권회복을 포기하고 금전적 보상을 원하는 경우에도 당연히 인정하여야 할 것이다(재산법 제8조에 의한 선택권). 구체적인 보상액의 산정에 있어서는 당해 재산가치와의 합리적 등가성이 문제되는데, 이에 대한 구체적 해결은 재산법의 특별법인 ‘손실보상법 및 조정금부법’³⁴⁹⁾의 규정에 의한다.

3. 노동관계에서의 제한의 문제

(1) 공무원의 취업제한

통일독일에서는 통일조약의 합의사항에 따라서 (이른바 ‘대기선(待期線)규정’(Warteschleife-Regelung)에 의해서) 구동독의 수많은 공직종사자(공무원)들이 대기상태에 놓여졌다. 당시 대략 200,000명에서 250,000

349) Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen vom 27. Sep. 1994, *BGBI.* I, S. 2624 / Gesetz über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können vom 27. Sep. 1994, *BGBI.* I, S. 2624.

명쯤으로 추산되었다. 대기상태에서 그들은 종전 봉급의 70%만을 받게 되었다. 관련당사자들이 재배치되지 못하면 1991년 4월 내지 7월까지 그들의 노동관계가 종료되게 되었다. 이 같은 ‘대기선규정’이 300명의 관련당사자들에 의해서 헌법소원의 방법으로 이의제기 되었다. 그들은 무엇보다도 기본법 제12조에 의해서 보장되고 있는 직업의 자유 그리고 이와 더불어서 재산권보장과 그들의 인간의 존엄성을 주장하였다.

1991년 4월 24일에 제1재판부는 이 사건에 관한 결정을 선고하였다.³⁵⁰⁾ 여기서 동 헌법소원은 기각되었다. 그러나 이와 동시에 이 규정이 법률상 규정되고 있는 모성보호(Mutterschutz)를 침해하는 경우에는 위헌무효임을 확정하였다. 여기서는 1945년과 1949년 사이의 재산수용에 있어서와 마찬가지로 문제시되고 있는 규정의 효력발생시점에서 제한되고 있는 관련당사자들의 법적 지위가 존재하는지의 여부가 문제시되었다. 연방헌법재판소는 이 점을 부인하였다. 관련당사자들의 노동관계는 단지 동독에 대해서만 존재하는 것이었고, 동독은 1990년 10월 2일 24시를 기점으로 사라져버렸다. 논리적 사고에 따르면, 그들의 노동관계는 통일조약상으로 그들에게 주어진 형상 속에서, 즉 대기선 규정에 저당히 잡힌 채로 본래부터 부담이 지워진 형상 속에서 1990년 10월 3일 정각 0시에 다시 근거를 지워졌다고 볼 수도 있다. 그러나 재판부는 이 같은 논리를 따르지 않았다. 노동관계는 본래의 조약파트너인 동독의 배제를 통해서 종결되었다. 통일조약 자체에서 연방과 주는 기존의 노동계약들 속에 편입되도록 정하고 있었다. 그러한 한에서 이로써 서독은 구동독의 양수인이었다.

헌법소원 청구인들과 독일노총(DGB)은 문제시되고 있는 규정이 실무상 자의적으로 적용되었음을 주장하였다. 당사자들은 상당수의 공적 기구들이 그 과업이 사실상 계속해서 수행되고 있음에도 불구하고 ‘청산’되었음을 지적했다. 그네들의 견해에 따르면 많은 경우에 있어서 사회적 곤경을 고려함이 없이 그리고 노동법상의 해고보호규정을 우회적으로 회피하면서까지 일반적인 인원감축을 위해서 문제시되고 있는 규정이 남용되었다는 것이었다. 연방헌법재판소는 이 점에 대해서 더 이상

350) *BVerfGE* 84, 133.

입장을 밝히지 않았다. 왜냐하면 그 같은 남용으로부터 문제시되고 있는 규정의 불명확성이 바로 도출되지 않는다고 보았기 때문이었다. 기구청산의 실질적인 조건들은 이러한 개념 자체로부터 그리고 규정들 간의 전체적인 관련성 속에서 결정되도록 하여야 한다. 기구의 청산(Abwicklung)은 즉 기구의 해체(Auflösung)를 전제로 한다. 이는 법적인 언어관용에도 부합한다. 이에 따라서 청산은 규정에 합당한 종료(Beendigung)와 거의 동일함을 의미하였다.

이 사건에서 문제되고 있는 규정은 기본법 제12조에 의해서 보호되는 일자리(또는 직업장)선택의 자유에 대한 제한을 의미하는 것이었다. 그 같은 제한은 다만 비례성원칙에 합치될 때에만 합헌적이다. 이 사안은 바로 그러한 경우에 해당하는 것이었다.

문제규정은 압도적으로 중요한 공익에 대한 위협의 방지에 기여한다. 동독의 편입에 따라서 가능한 한 신속하게 법치국가적 기준 속에서 작동되는 현대적이고 효율적인 행정이 구축되어야만 한다. 연방과 새로운 주들의 재정적 급부능력은 급격한 인적 구조조정이 없이는 전적으로 과부하의 상태에 놓여있었다. 다른 한편 구동독에서의 공행정상의 일자리는 편입이라는 상황에 앞서서 결코 우선적으로 보장되는 것이 아니라, 동독의 경제적 몰락에 의해서 위태롭게 되었다. 철저한 개혁과 대규모의 인적 구조조정은 어쨌든 불가피한 것이었다. 이러한 상황에 직면해서 입법자는 몇 개월 동안의 대기발령 이후에 일자리의 일반적인 종료를 예정할 수 있었다. 법률상의 모성보호가 기본법 제6조 제4항(“모든 어머니는 공동체의 보호와 배려에 관한 청구권을 가진다.”)의 헌법적 과제를 충족하도록 규정되고 있다는 점을 감안해서, 이러한 모성보호를 향유하는 여성들에게는 물론 동 규정이 적용되어서는 아니 된다. 이로써 모성보호에 관한 법률상의 규정들이 헌법적 지위로 격상되지 않는다. 비례성 심사의 3번째 단계, 즉 기대불가능성과 협의의 의미에서의 비례성에서 비로소 이러한 관점은 대기선규정의 헌법적 의문성으로 이끌어진다.

이로써 협의의 의미에서의 비례성이 유지되고, 그 밖에도 새로운 고용주는 특별히 중증장애자, 노령의 근로자, 아동을 단독으로 양육하고 있

는 부 또는 모(Alleinerziehende)와 같은 관련당사자들에게 공직에 있어서의 새로운 일자리에 관한 근거가 있는 전망을 제공하도록 그리고 신규고용에 있어서 이들을 적절하게 배려하도록 의무지우고 있다. 또한 그네들의 노동관계가 종료된 이후에도 지속적인 직업교육과정과 전직교육과정을 제공함으로써 노동생활에로의 재편입을 위한 그들의 노력을 도와주어야만 한다. 단지 이렇게 함으로써만이 그들의 직업의 자유에 대한 일도양단적인 제한이 모두에게 모두 수궁할 수 있을 정도로 완화될 수 있다. 그들이 인간성(Menschlichkeit) 또는 법치국가성의 원칙을 침해하면서 활동했고, 이러한 활동이 그들의 부담으로 확정되는 경우이나 또는 그들이 과거의 국가보안청(Nibisterium für Staatssicherheit, 구 동독에서 주민들에 대한 인권탄압 등으로 악명이 높았던 정보기관)을 위해서 활동했던 경우에는 물론 일자리의 배정에 있어서 특별히 심각하게 제한된 관련당사자들의 우선성이 탈락되었다. 그러나 독일연방헌법 재판소의 결정은 독일통일과 결부되어서 논의된 문제점들의 처리가 어떻게 기본권 이론에 충실하게 기초하고, 얼마나 기본권 이론을 보다 풍부하게 만드는지를 보여주고 있다. 자유로운 일자리의 선택에 관한 기본권이 처음으로 다루어지고 있는 경우에, 그러한 한에서 여기서 우리는 헌법의 새로운 개척지대로 진입해야만 한다. 기본법 제12조 제1항을 통해서 보호되고 있는 직업선택과 직업수행의 자유들에 관해서는 이미 상당히 광범한 헌법 판례들이 존재하고 있지만, 자유로운 일자리의 선택에 관해서는 그렇지 못했다. 그렇기 때문에 자유로운 일자리의 선택의 자유에 관한 기본권이 직장보장에 관한 기본권과 동일시되는 경우가 발생하는 경우에, 특히 오해의 여지를 미리 없애기 위해서 자유로운 일자리의 선택의 자유의 보호영역을 대강이나마 정하고, 그 경계를 설정하는 것이 필요했다. 독일연방헌법재판소의 재판부는 이점에 관해서 다음과 같이 밝혔다.

즉, 자유로운 일자리의 선택에 관한 기본권의 대상은 우선적으로 구체적인 고용가능성을 선택된 직업 속에서 파악하고자 하는 개개인의 결단이다. 즉 종속적 고용의 경우에 있어서 계약당사자의 선택과 이에 필수적인 모든 전제조건들도 이에 해당되고, 특히 노동시장에로의 진입 또

한 해당된다. 자유로운 직업선택이 한 직업을 받아들이는 결정 속에서 그 역할을 다하지 아니하고, 한 직업의 계속적 유지와 종료를 포함하는 것과 마찬가지로, 구체적인 고용을 위한 결정과 더불어서 자유로운 일자리의 선택은 이를 유지하거나 포기하는 개개인의 의지에 관련되어 있다. 따라서 이러한 선택의 자유를 제한하는 모든 국가적 조치들에 대해서 기본권은 그 보호를 전개한다. 즉 국가가 개개인에게 그들 자신의 처분에 맡겨진 일자리의 취득을 방해하고, 그들에게 어떤 특정한 일자리를 받아들일 것을 강요하거나 또는 한 일자리의 포기를 요구하는 경우가 특히 바로 여기에 해당되는 경우이다. 그 반면에 자신의 고유한 선택에 따라서 특정한 일자리가 미리 마련되어 있을 것을 주장하는 청구권과 한번 선택된 일자리의 존속보장에 관한 청구권은 선택의 자유와 결합되어 있지 아니하다. 마찬가지로 기본권은 사적인 자의적인 처분에 따른 한 특정한 일자리의 상실에 대항하는 직접적인 보호를 제공하고 있지 아니하다. 그러한 한에서는 국가는 단지 기본법 제12조 제1항으로부터 도출되는 보호의무에 기속된다. 따라서 국가는 현행의 해고규정들을 충분히 고려하게 된다. 그러나 기존의 노동관계에 대한 국가의 직접적인 제한은 언제나 일자리의 자유로운 선택에 관한 기본권에 의해서 가늠되어야만 한다.

(2) 구동독 학술원 사례

구동독의 학술원(Akademie der Wissenschaft)이 관련되고 있는 통일 조약상의 또 다른 규정이 위와 유사한 문제점들을 제기하고 있다. 이 학술원은 그곳에서 대부분의 연구기관들의 담당주체였다. 이 학술원은 1991년도 말에 폐쇄되었다. 따라서 그곳에서 일해 왔던 직원들의 노동관계도 이 시점에서 종료되었다. 한 연구소가 계속해서 유지된다면, 새로운 고용이 행해진다. 그러나 단지 관련당사자들의 일부만이 이를 희망할 수 있었다. 관련당사자들 중의 수백명이 자신들의 노동관계의 자동종료에 대한 헌법소원을 제기했다.

1992년 3월 10일에 선고된 결정³⁵¹⁾에서 연방헌법재판소의 제1재판부

351) BVerfGE 85, 360.

는 ‘대기선규정’ 속에 그려진 선을 추적하였다. 문제시되고 있는 규정이 원칙적으로는 의문의 여지가 별로 없는 것이긴 하지만, 모성보호법상으로 해고되어서는 아니 되는 여성들을 당해 규정이 포함하고 있는 경우에는, 그러한 한에서 무효라고 재차 결정하였다. 통일조약에서 예정되고 있는 학술위원회(Wissenschaftsrat)에 의한 동 학술원 산하의 학문연구기구들에 대한 평가작업과 이로부터 지지되어야만 하는 기구들의 해체, 구조조정 또는 계속적 유지에 관한 결정들이 부분적으로 적시에 이루어지지 않았다는 사실로부터 독일연방헌법재판소는 또 다른 제한들에 관한 필요성을 파악하였다. 계속적인 재취업을 위해서 노력하긴 했지만 비로소 1991년 11월 30일 이후에 자신들에게 어떠한 재취업의 가능성도 더 이상 존재하지 않는다는 사실을 경험한 이들 학문연구기구의 종사자들은 문제시되고 있는 규정에 의해서 수인할 수 없을 정도로 너무 가혹한 입장에 처해 있었다. 이로써 다른 유관직종에의 재취업을 위해서 노력하기 위하여 그들에게는 불과 한달도 채 안 되는 시간만이 주어졌었다. 이러한 이유로 재판부는 이미 이전에 가처분³⁵²⁾을 통해서 형성된 규정을 확인하였다. 동 규정에 따르면, 언급되고 있는 노동자들의 노동관계는 한달의 기간이 만료될 때에 앞으로의 계속적인 고용이 고려되지 아니한다는 통지와 더불어서 종료된다는 것이었다.

또한 이 결정은 특히 학문의 자유와 관련해서이긴 하지만, 기본권 이론이 앞으로도 지속적으로 형성된다고 하는 언명을 포함하고 있다. 관련노동자들뿐만 아니라 즉 학문기관 자신도 헌법소원을 제기하였다. 이 헌법소원은 학문과 연구에 봉사하는 공적 기구가 자유로운 학문적 활동에 불리한 한에서 자신의 조직구조에 대한 제한에 대해서 방어할 수는 있지만, 자신의 계속적 존속을 위해서는 원칙적으로 어떠한 기본권 보호도 주장할 수 없다는 이유로 기각되었다.

VI. 낙태법에 관한 위헌판결

352) Urteil vom 19. Dezember 1991, BVerfGE 85, 167.

1. 기한모델과 지표모델

독일 통일 이전 동서독의 낙태규정의 상이함은 단적으로 낙태가 임신부의 권리인가 아니면 범죄인가에 대한 논의에 기초한다. 서독에서는 낙태가 형법상 ‘생명에 대한 범죄’로서 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다. 허용되는 낙태는 임신부의 동의 외에 형법 제218조 a에 규정된 4가지 지표(Indikation)를 전제로 한다. 즉, 임신부의 생명이나 육체적·정신적 건강 상태에 심한 위해를 초래할 위험이 있을 때(의학적 지표), 태아가 분만 전에 제거할 수 없는 건강 상태의 손상이 있을 때(사회적 지표)에 낙태는 처벌되지 아니한다. 여기에서 결정적인 것은 낙태를 허용하는 지표(Indikation)이기 때문에 소위 지표규정 또는 지표모델이라 불리운다. 이 지표들은 일반적으로 위법성조각사유로서 이해된다. 한편 지표들과 관계없이 수태 후 22주가 경과하지 않았으며 의사의 자문을 거쳤다면 낙태를 한 임신부는 처벌받지 아니한다(형법 제218조 2항). 낙태를 한 의사의 처벌에만 관련되는 이 조항은 사실상 서독의 지표규정을 상대화시키고, 22주 이내라는 기한을 합법적인 낙태의 기준으로 만들고 있어서 주된 비판의 초점을 이루어 왔다.

이에 반해 동독에서는 1992년 이래로 ‘임신중절법’(Gesetz Über die Unterrechnung der Schwangerschat)에 의해 임신부는 12주 이내에 낙태를 할 수 있는 권리를 가진다(제1조 1항). 수태 후 12주가 경과했어도 광범위한 의학적·사회적 지표에 해당하는 한 임신부의 신청에 의해 낙태가 허용된다(동법 제2조 1항, 동법 시행규정 제5조 3항). 허용되는 낙태의 사전준비부터 사후치료는 노동법 및 사회보장법상 질병의 경우와 같이 취급된다(동법 제4조 1항). 이 법률에 위반하여 낙태를 한 자는 형벌에 처하는데 임신부는 여기에서 제외되었다.

동독의 낙태권의 기준이 수태후 12주라는 기한이기 때문에 이를 기한규정(Fristenregelung) 또는 기한모델이라 부른다. 독의 기한규정의 목적은 교육·직업·결혼·가족 등 제반영역에서 여성차별의 철폐와 남녀평등의 보장이라는 차원에서 여자의 낙태권을 보호하려는 데에 있었

다.

2. 독일연방헌법재판소의 낙태판결

낙태규정에 대한 입법자의 형성의 자유는 이미 서독연방헌법재판소의 판결에 의해 무제한하지 않다. 1974년 연방의회는 제5차 형법개정법률을 의결했다. 이 법률에 의하면 수태 후 13일후부터 낙태를 한 자는 3년 이하의 징역이나 벌금에 처하나, 12주가 경과하기 이전에 임신부의 동의와 함께 의사에 의해 행해진 낙태는 허용되었다.

그러나 이 법률에 대한 바덴-뷔르템베르크 주 정부의 효력정지가처분 신청이 연방헌법재판소에 의해 받아들여졌고 8개월 후에 열린 추상적 규범통제의 본안판결에서 동법률은 기본법 제1조 1항(인간의 존엄)과 제2조 2항 1문(생명권)에 위배되므로 무효라고 선언되었다(낙태판결 : Schwangerschaftsabbruchurteil). 동재판소는 태아가 기본권능력을 갖는지의 여부나 생명의 정의를 다루지는 않았다. 이 판결에 따르면 낙태에 대한 형법적 제재는 생명권의 객관적 가치질서에서 도출되는 국가의 보호의무(Schutzpflicht) 및 인간의 존엄을 보호하는 국가의 의무에서 요구된다. 국가는 스스로 태아의 생명을 침해해서 안될 뿐만 아니라, 나아가 적극적으로 타인이 -임산부도 포함- 침해하는 것을 저지해야 한다. 결론적으로 연방헌법재판소는 태아의 생명보호가 임신부의 개성신장의 자유 및 자기결정권에 우선한다고 확정하였다.

3. 통일조약과 새로운 입법

(1) 통일조약에 의한 법적 동화와 기본법 제143조

통일조약 제3장은 양독의 법적 동화를 대상으로 하였다. 서독의 연방법은 동독지역에 유효하다는 원칙하에(제8조), 이전되는 연방법의 원활한 기능을 위해 동서독의 사회·경제적인 상이함을 고려하여 부록(Anlage) I 은 많은 개정 및 적용기준조항을 포함하였다. 나아가 동독법 가운데서 부록 II에 명시된 개별 법률규정들은 기본법과 직접적인 효력을 갖는 유럽공동체법에 합치되는 한에서 계속 유효하다고 하였다(제9

조2항).

이에 따라 동독의 기한규정은 일부조항의 삭제후에 동독지역에 계속 유효하므로 통독후 동서독 지역은 상이한 낙태규정이 적용되었다. 이에 상응하여 동독법이 기본법에 상위할 수 있다는 현재 基本法 제143조가 편입되었다(통일조약 제4조 5호). 제143조 1, 2항은 실제로 헌법정지(Verfassungsdurchbrechung)를 의미하였다. 하지만 독일연방헌법재판소는 자르란드 주의 가입과 관련된 판결에서 헌법규범의 제한이 합법적인 상태에 더욱 근접하기 위한 규정들과 직접적인 연관성을 맺고 있다면 과도기를 위해 용인될 수 있다고 하였고, 학설상 다수의견도 기본법 제143조 1, 2항의 합헌성을 인정하고 있었다.

동독의 기한모델의 존속에 대한 위헌론은 한편 연방헌법재판소의 낙태판결과 기본법 제143조 1, 2항을 근거로 제기되었다. 기본법 제143조 1항에 의하면 동독법의 기본법의 상위는 기본권의 본질적 내용과 기본법 제79조 3항의 원칙들-인간의 존엄을 포함-에 상충되어서는 안된다.

그리고 통독 후 입법자는 통일조약 제31조에 따라 1992년 12월 31일까지 태아의 보호와 임신부의 갈등을 합헌적으로 해결할 수 있는 동서독지역에 같이 적용될 규정을 만들어야 하는데, 만약 이 법률이 이때까지 만들어지지 않는다면 각기 양독지역의 상이한 규정들이 계속 유효하게 되었다. 이 통일조약 제31조는 동독법은 1993년 1월 1일부터 1995년 12월 31일까지는 통치구조의 일부규정에만 벗어날 수 있다고 한 기본법 제143조 2항에 상충된다. 하지만 올해 말까지 통일된 법률을 만든다는 예상하에 규범통제의 신청은 자제되었다.

(2) 임신부 및 가족보조법

통일조약 제31조가 '가족과 여성'이라는 제7장에 소속되어 있고, 장래의 통일된 법률에 대해 형법상의 재판대신에 사회적 보조 및 자문을 언급함으로써 이미 사회정책적인 조치가 낙태문제를 해결하는데 고려의 중점에 놓이게 될 것이라는 점을 예시하였다.

각 정당들은 작년에 각기 낙태에 대한 법률안을 제출하였다. 예를 들어 자민당(FDP)은 의무적인 자문을 거친 후에 수태후 12주 내의 낙태

허용안을, 사민당(SPD)은 자문의무를 포함하지 않는 기한모델을, 연합 90/녹색당은 노민당(PDS)과 유사하게 원칙적으로 기한에 상관없는 낙태의 합법화안을 제시했다. 단지 기민 . 기사당(CDU/CSU)의 공동법률안만이 수태 후 3개월 이내에도 임신부의 어떤 결정권도 부인하는 지표규정안이었다. 대부분의 법률안들은 자문 . 계몽 . 피임수단의 보급 . 유아시설의 확충 . 경제적 원조 및 조세감면 등 임신부가 태아를 위한 결정을 스스로 내리게 여성과 가족을 위한 제반 사회국가적인 급부를 포함하고 있어 그 시행을 위해서는 막대한 비용을 필요로 하였다.

법률안들에 대한 내용상의 문제 외에 한편 헌법절차법상의 의문이 제기되었다. 즉, 연방헌법재판소가 한 규범의 위헌결정을 내린 후에 입법자가 그 규범과 내용상 비슷하거나 일치하는 법률을 다시 제정할 수 있는가에 대한 여부문제이다. 구체적으로 말하면, 낙태판결 후에 입법자가 다시 기한모델을 따르는 법률을 의결할 수 있는가의 문제이다. 이미 규범통제제도 자체가 입법자가 연방헌법재판소판결을 존중해야 함을 전제로 하고 있고, 동 재판소는 판례집 1권에서부터 법규의 무효선언은 연방헌법재판소법 제31조 1항에 의해 모든 연방의 헌법기관을 기속하며, 따라서 입법자가 같은 내용의 연방법을 다시 논의, 의결하거나 이를 연방대통령이 공포할 수 없다고 확정했다. 학설상 이런 규범반복금지론의 범위를 두고 다투어 왔지만 이 이론은 다수의견에 의해 인정되어 왔다. 그러나 연방헌법재판소는 과거의 입장과는 달리 1987년 연방헌법재판소법 제31조(기속력과 법률적 효력)와 규범을 파기하는 연방헌법재판소판결의 기판력은 입법자가 동일하거나 비슷한 내용의 새로운 법률을 의결하는 것을 저지하지 못한다고 하여 규범반복금지론을 부인했다.

법치국가적·사회국가적 민주주의에 일치될 수 없는 법제발전의 경직화를 예방하며, 법을 변화하는 법제발전의 경직화를 예방하며, 법을 변화하는 사회적 요구와 사회적 질서관에 따라 적응시키는 것이 바로 입법자의 책임이라는 것이다. 이에 대하여 입법자의 형성의 자유와 법질서의 원활한 적응력을 제고한다는 찬성론과 법적 안정성과 연방헌법재판소의 권위의 경감이라는 반론이 대립되고 있지만, 사회적 요구나 질서관의 변화는 상당한 시간의 경과를 요하기 때문에 단기간 사이에 새

로운 법률을 다시 제정하거나 연방헌법재판소의 판례가 변할 소지는 적다고 여긴다. 연방의회는 심한 논의 끝에 지난 7월 27일 연방참사원의 동의를 얻어 전체 독일에 시행될 ‘임산부 및 가족보조법’(Schwangeren- und Familienhilfegesetz)를 통과시켜 8월 4일 공포하였다. 동 법률 제 13조 1호에 의해 새로운 형법 제218조에서 제219조 d가 지금까지의 형법규정 및 법규를 대신하게 된다. 이 법률은 낙태를 한 자는 3년이하의 징역이나 벌금에 처한다는 원칙하에, 수태 후 12주가 경과하지 않은, 그리고 임산부의 요구와 자문의무를 거친 후 의사가 한 낙태는 위법하지 않다(동법 제218조 a)는 기한모델을 따르는 규정을 포함하고 있었다.

한편으로 동독의 기한모델은 낙태를 가족계획의 한 수단으로 제공하고 있으며, 충분한 자문기회를 보장하지 못하여 위헌의 여지가 많다. 다른 한편으로는 서독의 지표모델은 태아의 보호를 실현시키는데 실패했다. 외국의 경험에서 보듯이 기한모델은 낙태율은 증가시키지 않고, 오히려 낙태율을 저하시켰다. 예를 들어 네덜란드는 기한모델을 채택하면서도 피임도구의 적절한 사용 및 그 무료배급 및 계몽 등으로 유럽에서 가장 낮은 낙태율을 기록하고 있었다.

이 법률의 가장 중요한 출발점은 임산부의 의사에 반하는 태아의 보호는 현실적으로 비효과적이며 불가능하다는 데에 있다. 이런 인식은 상이한 낙태규정 하에서 축적된 동서독의 경험 및 비교법적 연구에서 얻어진 것이다. 그래서 현재의 국민경제수준을 고려하여 임산부가 분만의 결정을 스스로 내리도록 성교육과 자문기회의 개선, 임신과 출산으로 인한 직업생활의 어려움과 경제적인 부담을 최소한으로 줄이고자 제반조치가 강구되었다. 예를 들어 육아휴가의 연장, 독신자를 위한 사회부조, 직업교육상의 개선, 유치원 . 유아원 시설확장, 가사활동을 직업활동으로 인정하는 등 사회정책적 급부행정이 보장되었다. 이런 포괄적인 사회적 조치들은, 한편 동독의 영향도 있었음을 부인할 수 없다. 권리로까지 보장한 기한모델의 배후에는 여성과 아이를 위한 광범위한 노동법적·사회보장법적인 복지정책이 실제로 높지 않은 낙태율을 보여주었던 것이다.

동서독은 ‘통일조약’ 제31조 4항에서 통일독일의 입법기관에 1992년

12월 31일까지 임신부가 직면하는 양독의 헌법상의 모순을 조화롭게 해결하도록 입법의무를 지우고 이에 의한 입법이 이루어질 때까지 동서독 지역에서 각각 기존의 낙태규정을 적용하기로 하였다. 동서독의 낙태규정의 차이를 간단하게 살펴보면, 서독에서는 형법에서 이른바 적용사유(Indikationslösung)방식에 따라 의사에 의한 낙태만을 허용한데(서독형법 제218조~제219d조) 비하여 동독에서는 형법(제153조~제155조)과 임신중절법(Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft)에 의해 이른바 기한사유(Fristenlösung)방식을 채택하여 12주 이내 의사와의 상담을 거쳐 산부인과에서 시술하는 경우 어떠한 사유로든지 낙태를 허용함으로써 부녀의 낙태에 대한 자기결정권을 광범위하게 인정하였다.³⁵³⁾ 이러한 동서독간의 낙태규정의 차이는 통일협상에서 낙태행위에 대한 처벌문제에 있어서 행위지법원칙(Tatortprinzip)과 주거지법원칙(Wohnsitzprinzip)의 적용에 대한 이견이 좁혀지지 않았고, 이 문제는 통일 후에도 각 정당의 견해가 첨예하게 대립하여 심각한 정치현안으로 대두되었다.³⁵⁴⁾

독일 연방의회에서 각 정당은 낙태에 관한 법률안을 제출하였고, 이에 관한 논쟁을 벌이다가 동독식의 기한사유방식을 주장하는 사민당(SPD) 안에 자민당(FDP)이 동조함으로써 연방의회는 1992년 7월 27일 연방상원의 동의를 거쳐 이른바 ‘임산부 및 가족부조법’(Schwangern-und Familienhilfegesetz)을 채택하였다. 이 법률 가운데 낙태에 관한 규정(제13조 I)에 의해 독일헌법상 낙태에 관한 규정(제218조~제219d조)이 대체되어 낙태에 관한 기한사유방식이 도입되었고, 이 법률은 1992년 8월 4일 공포되기에 이르렀다.

그러나 같은 날 연방헌법재판소가 낙태에 대한 기한사유방식을 반대한 기민·기사연합(CDU/CSU)에서 제기한 이 법률의 위헌법률심판청구와 그 효력정지 가처분신청을 받아들임으로써 이 법률은 시행되지 못하였다. 그리고 연방헌법재판소는 1993년 5월 28일 이 법률의 효력정지가 처분 후 본안판결에서 위헌결정을 내리고 무효를 선언함으로써 개정형

353) 「독일통일관계법(II)」, 앞의 책, 124~125면.

354) 「독일법률·사법통합개관」, 앞의 책, 201~202면.

법의 기한사유방식의 낙태규정(제218a조, 제219조)은 무효가 되었다.³⁵⁵⁾ 이 판결은 이미 1975년 서독연방헌법재판소의 이른바 ‘낙태판결’³⁵⁶⁾에서의 이유와 거의 동일한 논거를 내세우고 있다. 그것은 낙태가 독일기본법상의 인간의 존엄(제1조 1항)과 생명권(제2조 2항 1호)에 위배된다는 것이다. 그리고 낙태에 관한 형법상 제재는 생명권의 객관적 가치질서에서 도출되는 국가의 보호의무 및 인간의 존엄을 보호하는 국가의 의무에서 요구되는 것이며, 태아의 생명보호는 임신부의 개성신장의 자유와 자기결정권에 우선한다는 것이다.

독일 연방헌법재판소의 ‘임산부 및 가족부조법’에 대한 위헌 판결에 따라 동 법률의 새로운 규정이 마련될 때까지 연방헌법재판소에서 마련한 경과규정이 1993년 6월 16일부터 적용되었다. 이에 따르면, 낙태는 12주 이내에 임신부의 요구에 의해 의사가 행했을 경우에는 처벌되지 않는다는 것이다. 이때 임신부는 의사에게 최소한 낙태시술 3일전에 공인된 상담소에서 발행한 증명서를 제시하도록 하였다.

이어서 각 정당은 새로운 ‘임산부 및 가족부조법률안’을 마련하였다. 연방의회에서는 1995년 2월 10일 각 정당이 제시한 법률안에 대한 제1독회 이후 소위원회를 구성하여 법률안 개정에 관한 논의를 계속하였다.³⁵⁷⁾ 각 당의 개정안은 낙태시술에 대한 ‘상담규정’(Beratungsregelung)과 ‘기간규정’(Fristenregelung), 그리고 낙태의 비용에 관한 보험회사의 부담에 관한 규정간에 차이가 있었다.³⁵⁸⁾ 연방의회에서의 논의 결과 1995년 8월 21일 새로운 ‘임산부 및 가족부조개정법’(Schwangers-und Familienhilfeänderungsgesetz: SFHÄndG)³⁵⁹⁾이 채택되어 낙태 문제에 대한 논의가 종결되었다³⁶⁰⁾

355) *BVerfGE*, Urt. v. 28. 5. 1993(*BVerfGE* 88, 203). 이 판결에 관해서는 *NJW*, Heft 28(1993), S. 1751~1779.

356) *BVerfGE*, Urt. v. 25. 2. 1975(*BVerfGE* 39, 1 ff).

357) 각당이 제시한 법률안에 대한 연방의회에서의 논의는 Herbert Tröndler, "Das Schwangers-und Familienhilfeänderungsgesetz", *NJW*, Heft 46 (1995), S. 3012 ff 참조.

358) 낙태시 보험회사의 보험금 지급에 관한 자세한 논의는 Ulrich Pallasch, "Entgeltfortzahlung bei Schwangerschaftsabbruch", *NJW*, Heft 46 (1995), S. 3025 ff 참조.

359) *BGBI.* I 1050.

360) 생명권과 관련한 낙태문제에 대한 헌법적 논의는 Gerhard Leibholz/Hans-Justus Rinke/Dieter Hesselberger, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland-Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 7. Aufl.,

개정법률의 핵심사항은 형법상의 낙태죄에 관한 규정을 개정한 것이다. 즉, 형법 제218a조를 개정하여 낙태죄를 규정하고 있는 제218조의 구성요건에 다음의 경우는 해당되지 않도록 하였다. 이를 보면, ① 임신부가 낙태를 요구하고 의사에게 낙태시술 3일 이전에 형법 제219조 2항 2문에 의한 증명서를 제출하고, ② 낙태가 의사에 의하여 시술되며, ③ 임신 후 12주가 넘지 않는 경우이다.³⁶¹⁾ 그리고 임신부의 승낙에 의해 의사가 행한 낙태는 의학적·사회적 사유가 있는 경우(의학적·사회적 사유: medizinisch-soziale Indikation)와 12주 이내에 행해졌을 경우(기한사유: Fristenlösung)에는 처벌하지 않도록 규정하였다. 이밖에도 개정법률은 낙태에 따른 임신부 보호 및 가족에 대한 공공부조에 관한 관련법률의 개정에 대하여 규정하고 있다.

VII. 구동독 불법청산의 내용과 시사점

1. 주요 내용

독일의 불법청산은 제2차 세계대전 후의 뉘른베르그 재판과는 차별되었다. 전후의 뉘른베르크 재판은 죄형법정주의를 거부하고 국제법적 원칙들을 국내법보다 앞세운 국제전범재판이었다. 이에 비해 독일 통일 이후의 과거청산은 철저히 법치국가원칙에 의거하여 진행되었다. 뉘른베르그 재판에서는 죄형법정주의에 대한 고려없이 실제 재판에서도 전범피고인에 대하여 자신의 죄가 자국정부의 명령에 의하여 범하여졌거나 범행 당시의 국내법에 따랐다는 이유로 면책되지 아니한다는 원칙이 확립되었던 것이다.³⁶²⁾

구동독지역에서 법치국가적 질서의 구축은 구동독 지역의 새로운 사법제도의 구축과 구동독 체제불법의 청산을 통하여 달성될 수 있었으며, 그중에서 특히 체제불법의 청산은 불법조치의 피해자의 구제와 구동독 공산정권 담당자 및 체제범죄의 가해자의 처벌이 필수적 과정이었

Bd. 1(Köln: 1993), Art. 2, Rn. 465 # 참조.

361) *SFHÄndG* 제8조 참조.

362) 법무부, 「통일독일의 구동독체제 불법청산 개관」, 앞의 책, 93면.

다. 그러나 전체주의 체제의 과거청산과 법치국가원칙은 근본적으로 서로 갈등을 일으킬 수밖에 없었고, 이러한 갈등은 특히 가해자처벌과 관련하여 여러 가지 복잡한 법률적 문제를 야기하였던 것이다. 왜냐하면 과거체제에서 부당하게 대우받았거나 처벌받은 사람들에 대한 복권을 법리적으로 뒷받침하는 일은 과거의 법률에 의하여 허용되었거나 명령된 행위들을 체제전환 이후에 형사적으로 처벌하는 것을 근거짓는 것보다 용이한 작업이기 때문이다.

2. 과거청산시 법치국가원칙 적용의 당위성

사회주의 체제하에서 법은 독자적 의의와 정의의 이념을 추구하는 것이 아니라 당의 철학과 이념을 실행하는 수단에 불과하였다. 그 결과 광범위한 탈법치주의와 당의 이념을 위한 자의적 행정, 국민들에 대한 기본권침해가 일상적으로 자행되었던 것이다.

여기서 이러한 비법치주의 국가의 과거청산을 반드시 자유민주적 법치국가질서에 따라 진행할 필요가 있는가라는 의문이 있을 수 있다. 즉 국외이주희망자들에 대한 총격은 피살자의 법률이전의 천부적 자유권과 인간의 존엄을 폭력적 방법으로 박탈하는 것으로서 이에 대해서는 어떠한 형태의 위법성조각사유도 인정할 수 없다는 견해,³⁶³⁾ 법적 안정성과 신뢰보호는 근본적으로 법치국가 내에서 유효한 원칙이고 구동독 법률의 폐지로 법체계가 전환된 통일독일의 입법자들은 구동독의 법률에 기속되지 아니하므로 신뢰보호원칙을 구동독 거주자들에게 적용할 필요가 없다는 입장,³⁶⁴⁾ 혹은 정권범죄의 효과적 처벌에 장애가 되는 경우 소급효금지원칙의 적용이 회의적이라는 입장,³⁶⁵⁾ 혹은 행위시법이자 행위지법인 구동독의 형법과 위법성조각사유를 원칙적으로는 인정하되 구체적인 경우에 들어가서 법치국가원칙 하에서 용납할 수 없는 것인지를 개별적으로 심사해야 한다는 입장³⁶⁶⁾ 등이 그러하다.

363) J. Hruschka, in : Roggemann, *Flagen und Wege zur Rechtsidee in Deutschland*, S. 220.

364) B. Pieroth, *a.a.O.*, S. 220.

365) B. Schünemann. *a.a.O.*, S. 220.

366) G. Grünwald/G. Küper, *a.a.O.*, S. 221.

그러나 법치국가의 형사사법의 이념은 국가형벌권의 확립을 통한 사회보호이지 복수나 응보가 아니며 비법치국가적 불법의 청산에도 법치국가적 원칙은 지켜져야 하므로 구동독의 과거청산은 법치국가적 원칙에 입각해야 한다. 이것이 구동독 민주화혁명의 목표이며, 이러한 전제조건이 결여될 과거청산은 정치적 보복에 지나지 아니하며, 이미 통일조약 제17조는 법치국가원칙에 어긋난 과거조치들의 시정을 통일독일에 요구하고 있다.

기본법적 관점에서 볼 때에도 동독의 체제범죄의 처벌에서 기본법의 법치국가원칙을 배제하는 것은 독일연방헌법재판소에 의하여 확립된 모든 동독시민들에 대한 보호의무원칙에 위배되는 것이기도 하다. 통일전에도 기본법에 의하여 동독시민은 독일연방공화국의 국적을 보유하고 있었으며(구서독기본법 제116조), 동독시민은 서독연방공화국의 보호영역 내에 이르면 언제나 서독 법원에 의하여 기본법상 보장된 모든 기본권의 보호를 받을 수 있고, 서독의 모든 국가기관은 보호를 요청하는 동독시민에 대하여 기본법상의 보호의무를 다할 책임을 지는 것이 연방헌법재판소가 확립한 헌법원칙이었다.³⁶⁷⁾ 이같이 통일 전에도 동독주민들은 서독 기본법의 보호를 받을 수 있었는데, 통일 후에 기본법의 적용을 배제하는 것은 연방헌법재판소의 판례에 명백히 위배되는 것이다.³⁶⁸⁾ 더 나아가 통일 전에도 확립된 이러한 원칙인 통일이후 구동독이 독일연방에 가입함으로써 더욱 강화되어야 한다는 점을 고려할 때 이러한 관점의 당위성은 더욱 분명해진다.

3. 법치국가원리의 구체적 내용

법치국가를 분류하는 가장 기본적인 두 갈래의 개념은 법치국가에 있어서 법의 개념을 형식적인 것으로 파악하느냐 실질적인 것으로 파악하느냐에 따른 형식적 법치국가개념과 실질적 법치국가개념이다. 동독도 1949년 제정된 헌법에 따라 조직된 국가조직 아래 체계적 성문법을 구비한 형식적 의미의 법치국가였기 때문에 두 개념의 구별은 매우 중요

367) *BVerfGE* 2 BvF 1/73.

368) Roggemann, *a.a.O.*, S. 221.

한 의미를 갖는다.

법치국가에 있어서 법의 개념을 형식적으로 파악하는 형식적 법치국가이론에 의하면 법치국가원리를 법률의 지배원리로 이해함으로써 법치국가와 법률국가를 동일시하여 입법권은 법률의 제정절차를 따르고 법률의 형식을 취하는 한 무엇이든지 제정할 수 있다는 논리가 성립하고 법률의 내용이나 '정의관념' 같은 것은 처음부터 고려의 대상이 되지 않는다. 이와 같은 형식적 법치국가개념 아래에서는 법률의 형식으로 이루어지는 불법통치현상도 법치국가로 볼 수밖에 없고 구동독 또한 명백히 법치국가였던 것이다.

반면에 실질적 법치국가개념 아래서 법치국가는 법률만능의 법률국가가 아니고 자유와 평등과 정의를 실현시키는 실질적인 법의 국가를 의미하고 합법성보다는 정당성이 중요시되는 실질적인 법치국가를 의미한다. 이러한 실질적 법치국가개념은 법의 이념을 인간생활의 불가결한 기초가 되는 자유·평등·정의를 실현시키는 국가의 구조적 원리로 파악하고 인간의 존엄성과 자유의 가치를 인정하고 국가활동의 목적과 내용을 언제나 객관적인 가치와 결부시킴으로써 국가의 기능이나 조직형태를 통하여 국민생활의 자유·평등·정의를 실현시키려는 것이다. 이러한 점에서 실질적 법치국가개념은 자유·평등·정의를 실질적인 내용으로 하는 민주국가개념과 불가분의 상관관계가 있으며 오늘날 법치국가개념이 자유민주적 법치국가개념으로 통용되는 것도 이 때문이다.³⁶⁹⁾⁹⁾

이와 관련하여 자유민주적 법치국가의 내용은 통일독일의 기본적인 원리를 이루고 있다. 독일 기본법은 제21조 2항에서 규정한 자유민주적 기본질서의 내용에 대해 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다. 이를 보면, 자유민주적 기본질서는 모든 폭력적 지배나 자의적 지배를 배제하면서 당시의 다수의사에 의한 국민의 자결 그리고 자유와 평등에 기초하는 법치국가적 지배질서를 창출하는 질서를 말한다.³⁷⁰⁾ 그리고 자유민주적 기본질서의 바탕이 되는 원칙에는 적어도 기본법에 규정된 인권, 특히 생명권 및 자유로이 발전할 인격권의 존중, 국민주권, 권력분

369) 허영, 「헌법이론과 헌법」(상), 박영사, 1991, 267~278면

370) BVerfGE 1, 51.

립, 책임정부, 행정의 법률적합성, 법원의 독립, 복수정당제원리 및 다수결원칙과 합헌적으로 설립되고 반대파로서 활동할 권리를 가진 모든 정당에 대한 기회균등이 포함된다. 이러한 기본법의 법치국가원리에는 합치원리(Einigungsprinzip)와 다수결원리, 국민의 직접적 정치의사형성, 국민의 다수에 의한 지배의 정당화, 소수자의 균등한 기회와 그 보호, 정치과정의 자유와 개방성, 질서요인으로서의 법의 최고성을 들 수 있고, ‘법의 최고성’은 다시 법치행정, 입법작용의 헌법 및 법률기속성, 헌법침해 및 기본권의 공동화금지, 법관의 물적 및 인적 독립, 특별법원의 금지, 법률이 정하는 법관, 청문권의 보장, 죄형법정주의 등으로 나누어질 수 있다.³⁷¹⁾

이 가운데 죄형법정주의의 내용인 형벌불소급과 일사부재리원칙은 형사 사법적 측면에서의 핵심적 법치국가원리이고, 그 밖에 가해자처벌과 관련된 법치국가로서는 법적 안정성의 원칙, 법앞의 평등, 상당성, 재판에 있어서의 법정심문권과 적정한 절차의 보장, 성문법과 자연법, 국제법과 내국간형법의 적용구분 등을 들 수 있을 것이다.³⁷²⁾ 또한 법의 최고성에서 유래하는 법우선의 원칙에서 국가작용의 한계로서 작용하는 과잉금지 내지는 비례성의 원칙이 도출되는데, 이 원칙은 다시 사항의 합당성(Sachgerichtigkeit), 방법의 적정성, 필요성, 수범자의 기대가능성 등으로 나누어진다.³⁷³⁾

VIII. ‘통일연대세’ 합헌판결³⁷⁴⁾

이 판결은 독일의 주 사이의 수평적 재정조정을 특징으로 해 온 독일의 연방재정조정제도가, 독일 통일을 계기로 그 성격을 크게 바꾸고 있는 점, 즉 종래의 수평적 재정조정에 더해, 수직적 조정의 역할이 확대되어 온 것의 헌법적 기초를 재확인한 것이다. 그 배경에는 재정력이 크게 다른 구동독의 모든 주를 새로이 재정조정 제도에 편입한 것에 따른 불가피성을 들 수 있다. 구동독 주를 재정조정제도에 받아들이기 위

371) K. Hesse(계희열 역), 「서독헌법원론」, 박영사, 1987, 88~141면.

372) Roggemann, .a.a.O., S. 220

373) 허영, 「헌법이론과 헌법」(상), 앞의 책, 280~282면.

374) FG Niedersachsen, 25. 11. 2009 - 7 K 143/08 BVerfG, 2 BvL 3/10 vom 8.9. 2010

해서, 구서독 모든 주, 연방의 재정 부담이 높아지게 되었다. 그 제도조정 과정의 과정에서, 연방의 역할이 강화되는 사태를 헌법적 틀 안에서 수용한 것이다.

1990년 8월 31일 조인된 통일조약 제7조에 근거하여 구서독의 연방주의 원리에 근거한 재정·조세제도가 통일 독일에 확대되었다. 다만, 연방·주 간 재정조정에 관해서 1994년 12월 31일까지 구동독 주는 수평적 재정조정에서 제외된다. 대신 수평적 재정조정을 대신하는 것으로서 ‘독일 통일기금’³⁷⁵⁾이 도입되었다. ‘독일 통일’기금은 1990년부터 1994년의 5년간 총 1150억 마르크를 각출하였고, 그 재원에 관해서는 200억 마르크는 통일로 불필요하게 된 경비에서 충당하며, 나머지 950억 마르크는 공채 발행으로 보충하고, 원리상환을 연방과 주에서 절반씩 부담한다. 그러나 그 후 구동독 경제의 붕괴에 의해 재정수요가 거듭 발생하여, 통일조약 패키지를 수정하였다. 1992년 및 1993년에 기금의 적립 증가가 행해지고, 총액에서 1600억 마르크나 되었다. 이 같은 ‘독일통일’기금 도입에 의한 이행과정에서, 연방이 구동독 지역으로의 재정이전으로 인한 주의 부담을 경감함으로써, 신 재정조정제도에서의 수직적 조정 강화의 기초가 형성되었다. 그리고 ‘독일 통일’기금은, 이행 조치 때문에 1995년 종료되었고, 그 이후에는 전 독일에 대한 재정조정이 행해졌다. 따라서 1995년 이후 전 독일을 대상으로 한 재정조정 시스템 구축을 결정한 것이 1993년 6월 23일 성립된 연방정리계획법이다.

연방정리계획법에서, 연방과 주의 공동세인 매출세가 주에 유리하게 수정되었다. 1993. 63: 37이었던 연방대비 주의 매출세 배분이, 1995년부터는 56: 44로 변경되었고, 구 서독주는 매출세 중 주 취득분의 25%를 구동독 주에 우선 배분하게 된다. 연방은 구 동독주의 인프라 정비특정 재원으로써 66억 마르크의 공공투자 보조금을 교부하였다. 이리하여 전체적으로는 1995년부터 구동독 지역을 재정조정의 제도에 전면 편입하는 대신 매출세 배분을 주에 유리하게 배분하는 형태로 과도기의 연착륙 방안을 채택되었다.

375) ‘독일통일’ 기금이란, 구동독 공공부문의 재정적자를 연간 500억 마르크라고 추산하고, 그것을 동독 정부, 서독 연방, 서독 주의 3자가 3등분하여 부담하기 위해서 설치된 기금이다.

현행 제도에 구 동독주를 편입하고자 하는 연방정리계획법은, 현행 세수 격차를 전제로 한다면 현저하게 구 서독주에 불리한 것이었다. 이 부담을 경감하기 위하여 연방 차원의 재원으로서 특별수요연방교부금이 창설되었다. 새로운 재정조정제도의 특징은, 종래의 주 간 수평적 조정에서 발생한 이해대립을 연방의 개입으로 해결하려고 한 것이었다. 즉, 새로운 연방재정조정은, “구 동독주들의 재정력 강화를 주요 기능으로 하는 방향으로 그 모습을 변모시킨다.”는 목적을 달성하고자 한 것이다. 이러한 변화는, 각 주가 연방에 대해 재정적으로 자립성을 확보하는 것을 목적으로 한 종래의 재정조정 틀 안에서는, 독일 통일을 계기로 구동독 주에 들어가는 비용 부담 문제를 해결할 수 없었기에 불가피했던 것으로 평가된다.

이 같은 통일 비용의 부담이 종래의 수평적 재정조정에 의해서 행해지지 않고, 수직적 조정으로 행해진 이유는 무엇보다도 구동독 지역과 구서독 지역의 세수격차가 그 배경에 있다. 지역 간 세수 격차가 수평적 재정조정으로 인해 서독주에 과중한 부담을 주었기 때문에, 그 회피수단으로서 연방의 부담을 증가시키는 타협적 제도 변화를 초래하였다. 그러나 1990년대 후반이 되면서 이러한 상황은 바뀐다. 경제성장의 중심에 있던 건설업이 후퇴하고, 통일에 의한 쇼크, 국영 기업의 민영화 등 사정에 의해 축소되고 있던 제조업이 안정적인 성장을 계속하게 된다. 생산성이 낮은 동독 산업의 시장경제로의 전환은, 과잉 고용을 현저하게 표면화 시켰다. 통일 후의 설비투자를 통해서도 과잉 고용을 완전히 흡수하지 못하여 한층 고용 정리의 필요성이 대두되었다. 경제의 서비스화가 진행되었지만, 이 역시 완전한 고용 흡수로는 진행되지 못하였다. 즉 생산성이 상승되어 수출 증대 등으로 연결되고는 있지만, 고용 증대로 이어지지 않는 못하였기 때문에, 구동독주의 경제력을 전제로 하는 주 재정력 강화로는 연결되지 못한 것이다.

구동독 지역의 경제적 정체는, 연방 평균에 대한 1인당 세수의 비율이, 구동독지역 전체에서 1995년에는 47.9%, 2001년에는 33.4%에 불과하다. 수평적 재정조달 단계에서 이 값을 95%까지 높이는 경우, 구 서독주에 대한 부담이 지나치게 커지게 된다. 구서독 시대의 수평적 관계

를 중심으로 한 재정조정제도는, 연방을 구성하는 주체가 어느 정도 경제력의 균질성을 갖추고 있음을 조건으로 하는 것이었다.

그리고 당초 독일 통일기금 도입함으로써 1995년까지의 이행 기간을 두고 구동독 지역의 경제성장을 기다리면, 정식으로 수평적 재정조정제도 안에 구 동독주를 편입할 수 있을 것을 예상하였으나, 사유화의 결실은 그러한 수준에 이르지 못하였다. 그리하여 ‘독일 통일’기금의 적립 증가나, ‘연대세’ 도입에 따른 구서독 지역을 대상으로 한 증세, 1995년부터의 신 재정조정제도에서의 특별연방보충교부금의 확충 등, 연달아서 재정조정제도의 집권화적 해결을 피하게 된 것이다. 본건에서 독일 연방 헌법재판소는 2010년 9월 23일 통일연대세(Solidaritätszuschlag)에 대한 니더작센주의 위헌심판청구를 받아들이지 않았다. 독일의 니더작센주 재정법원은 2010년 8월 25일 구동독 지원을 위해 징수되고 있는 연대세가 기본법에 저촉된다는 판단을 내렸다. 내용을 보면, “통일연대세는 통일 비용을 충당하기 위한 보완세인데도 실제로는 장기적인 세금으로 변질됐기 때문에 위헌”이라고 판결하고 헌법재판소에 위헌심판을 청구했다. 1954년 현재 판례에 따르면 통일연대세와 같은 보완세는 일시적 예산 수요가 있을 때만 도입할 수 있다. 그러나 독일 헌법재판소는 “1972년 보완세에 시한을 정할 필요는 없다는 헌법재판소의 결정이 있었고 조세심판소도 새로운 판결이 왜 필요한지 보여주지 않았다”면서 이에 따라 위헌심판청구를 받아들이지 않는다고 밝혔다.

독일은 소득세 또는 법인세의 7.5%였던 통일연대세를 1992년 1년 만에 폐지했다가 1995년 재도입해 지금까지 시행하고 있다. 세율은 1997년부터 소득세 또는 법인세의 5.5%로 낮아졌다. 통일 이전에는 별도의 세금이 없었지만 서독정부는 1969년 빌리 브란트 총리 집권 후 실시한 동방정책을 통해 통행료, 동독 방문 비자 수수료, 폐기물 처리비 등 갖가지 명목으로 동독에 대한 예산 지원을 실시했다. 1951년부터 통일 직전인 1989년까지 서독 정부가 분단 상황으로 인해 지출한 경비만 해도 4000억 마르크로 추산된다.

베를린 장벽 붕괴 이후에 독일 연방정부가 동독 재건을 위해 투입한 비용은 2조유로 가량이다. 1990년부터 매년 1000억~1400억 유로가 재

정지원 등의 형태로 구동독 5개주로 이전됐다. 하지만 이 같은 막대한 지원액 중 통일연대세로 거둬들인 재원은 연 평균 110억 유로, 지금까지 총 1850억 유로에 불과했다. 통일연대세 부과는 최소한 2019년까지 지속될 예정이다. 독일이 이처럼 구동독 지원에 막대한 예산을 쏟아 붓고 있는 것은 이 지역의 생활·소득 수준이 기대보다 빨리 향상되지 않아 완전한 ‘내적 통일’이 이뤄지지 않고 있기 때문이다. 하지만 통일연대세가 장기적으로 지속되면서 납세자들의 불만도 커지고 있다. 독일 납세자연맹도 니더작센주 재정법원의 이 같은 판결을 지지한다고 밝혔다. 그렇지만 이 건은 통일연대세가 내적 통일을 완성하기 위해 불가피하다는 의견에 동의한 결과를 보이고 있다.

제 3 절 독일통일에 대한 독일연방헌법재판소의 역할과 시사점

I. 독일통일과 독일연방헌법재판소의 역할

독일통일 후 논쟁을 불러일으킨 헌법개혁문제는 ‘통일조약’에 정한 2년의 기간을 넘긴 시점에서 해결방안이 확정되지 않고 있었다. 기본법개정과 신헌법제정의 문제를 두고 40여년간 정당성을 확보해온 기본법의 테두리 내에서 통일에 따르는 기본법의 제한된 범위 내에서의 개정 내지 보완(새로운 국가목표의 설정문제를 포함하여)에 그쳐야 한다는 주장은 대체로 기민당(CDU), 기사당(CSU)과 자민당(FDP) 등 보수적인 정치집단과 그 지지자들에 그 기반을 두고 있었다. 이에 반해 사민당(SPD), 민사당(PDS: 구동독공산당의 후신), 동맹 90(Bündnis 90) 및 녹색당(Die Grünen) 등 혁신야당과 그 지지자들은 신헌법의 제정과 국민투표의 필수적 실시에 대하여 대단한 열정을 보였다.

이러한 헌법개혁논쟁에 관해 살펴보면, 그것은 결국 기본법에 대한 독일국민의 인식과 통일과정에서 소외되었던 집단의 요구를 어떻게 반영할 것이며, 유럽의 통합과정에서 새로이 창설된 독일의 역할에 대하여 독일국민 스스로 어느 정도의 의미를 부여할 것인가에 달려 있는 것이었다.

확실히 기본법은 국내외적으로 그 정당성과 규범력을 인정받아 왔다. 독일의 흡수통일이 단지 서독의 우월한 경제력에 의해서만 가능했던 것이 아니라 기본법의 정당성과 규범력이 동독에까지 미친 결과라고 보지 않을 수 없다. 그것은 ‘통일조약’이 그 전문에서 “법치국가적·민주적 및 사회적 연방국가에서 함께 평화와 자유를 누리며 살고자 하는 양독국민의 염원에 따라……”라고 하여 통일을 성취했음을 선언한 것을 보면 명백하다. 기본법의 확증된 정당성과 규범력을 근거로 기본법의 틀 내에서의 개정 내지 보완은 이러한 관점에서 설득력이 없지 않았다.

그러나 한편으로 새로운 통일국가는 현재 세계무대에서 새롭게 획득한 지위에 따라 독일인들이 준비할 수 없었던 역할을 부여받게 되었다.

이에 따라 독일인들은 그러한 역할을 담당할 것을 요구받고 있고, 이 점과 관련해 세계평화에 기여하는 방향으로 헌법문제를 다루어야 할 것이라는 점이 강조되었다. 예컨대 통일 후 다시 대두되고 있는 극우화경향은 바이마르시대의 혼란을 재현할 가능성도 배제할 수 없다는 점에서 과거에서 유래된 독일인의 특별한 책임의식이 그 어느 때보다도 강조되었던 것이다. 결국 독일 사회의 동일성(Identität)의 변화에 따른 독일인의 새로운 자기인식·자기정체성의 요구는 정치적 자기구성의 계몽된 형식으로, 즉 헌법제정의 형식으로 나타날 수 있었을 것이다.³⁷⁶⁾ 그렇게 되면 통독과정에서 소외되었던 집단으로 하여금 새로운 정치공동체에 참여할 수 있는 기회를 제공하고 헌법의 통합적 기능이 강화되는 계기를 마련할 수 있었을 것이다.

생각건대 독일의 통일과정에서 연방헌법재판소는 공식적으로 독일통일이 선포된 1990년 10월 3일 이전인 1990년 여름에 이미 헌법재판소원심판 내지 권한쟁의심판과 이에 관련된 다른 청구들로 인해서 여러 차례에 걸쳐서 소집되었다. 오늘날까지도 상당수의 그 같은 청구들이 계류 중에 있다. 이로써 연방헌법재판소의 두 개의 재판부(Senat)와 헌법소원의 사전심사를 위한 목적으로 각 재판부에서 3명의 재판관으로 구성되는 지정재판부(Kammer)가 분주해 졌다. 우선은 독일통일과 관련된 문제들을 다루는 일은 무엇보다도 제2재판부의 소관사항이었다. 왜냐하면 제2재판부는 국제법, 권한쟁의심판, 선서소송을 담당하고 있기 때문이다. 그러나 곧 특히 기본권침해에 관해서 결정을 내리는 제1재판부도 편입지역에서 제기되는 일련의 청구들을 다루게 되었다. 아래에서는 이 글에서 요청되고 있는 간결성을 고려해서 일련의 순서 속에서 사항의 복잡성에 따라 중요한 소송들을 다루고자 한다. 즉 이 같은 복잡성은 시간적으로 연방헌법재판소의 결정대상화되어 있기 때문이었다.

독일의 통일 이후 독일의 각급 법원을 통하여 내려진 판결들을 검토하면 경제조직의 자유화에 대한 주목과 관심은 단지 입법부를 통한 법률의 제정 및 개정에만 있어서만 이루어진 것이 아니라, 미묘한 이해관계의 대립을 내포하고 있는 개별 사안에 대한 사법기관 즉 헌법재판소와

376) Ulrich K. Preuß, *a.a.O.*, S. 14.

법원의 판결을 통하여도 발견할 수 있다.

II. 독일통일의 남북한 통일에 주는 시사점

독일통일과정과 통일 후의 헌법개혁논의를 통해 한반도통일과 관련한 시사점을 우리는 얻을 수 있다. 물론 서독기본법의 잠정헌법적 성격과 다른 우리의 헌법상황을 독일과 비교하기가 어렵지만, 전체적인 면에서 독일의 선례는 우리에게 많은 점에서 교훈을 주고 있다. 다음에 그 시사점과 교훈에 대하여 간략하게 언급한다.

첫째, 독일통일이 서독기본법의 확고한 정당성과 규범성에 의해 법적으로 완성되었다는 점에서 통일문제는 단순히 정치의 문제로 돌릴 수 없으며 바로 법적 문제라는 점을 잘 알 수 있다. 따라서 이제 우리도 통일문제에 대한 법적 접근의 필요성을 새삼 인식하지 않으면 안된다. 우리 헌법은 서독기본법과 같이 잠정헌법적 성격을 갖고 있지 않기 때문에 독일에서와 같은 헌법개혁문제가 제기되기 어려운 면이 있다. 그럼에도 현행헌법 하에서 통일지향노력을 규정한 평화통일 조항(제4조)의 효력 확보를 위해 영토조항(제3조)에 대한 검토도 통일지향적 방향으로 이루어져야 할 것이다. 아울러 통일관계법령을 남북관계의 현실에 맞추어 정비하는 것도 통일정책추진을 위한 법적 뒷받침이 되는 것이다.

둘째, 독일통일의 헌법적 방식을 한반도통일에 원용해 본다면, 서독기본법 제23조에 의한 방식보다는 제146조에 의한 방식을 택하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 전자가 흡수통일 방식이라면 후자는 합의통일 방식이다. 북한은 흡수통일에 대해 강력히 거부하고 있으며, 남한 또한 이 방식의 통일을 공식적으로 배제하고 있다. 우리의 통일정책은 ‘민족공동체 통일방안’에 의한 평화적 합의통일을 추구하고 있다는 점에서 통일헌법의 제정을 통한 통일을 예상한 서독기본법 제146조에 의한 통일방식이 우리에게 더욱 적합하다고 할 수 있다.

셋째, 우리가 흡수통일을 배제하는 데에는 독일에서와 같은 흡수통일을 이룸으로써 야기된 통일후유증을 감당할만한 능력이 충분치 못하다

는 점도 고려되고 있다. 특히 통일비용과 동서독주민간의 사회적·심리적 갈등에 비추어 볼 때, 서독과 같은 경제적 능력이 없으며 동서독간에 지속된 것과 같은 교류·협력의 기반이 조성되지 못했다는 점에서 남북한의 흡수통일은 큰 혼란을 초래할 수 있기 때문이다. 그러므로 우리는 민족동질성 회복에 바탕을 둔 합의통일을 위한 법적·제도적 기반을 착실히 다져 나가야 할 것이다.

넷째, 우리의 통일이 합의통일에 의해 실현되는 것이 보다 바람직하므로, 서독기본법 제146조에 의한 통일방식의 논거에 보다 주목할 필요가 있다. 남북의 궁극적 통일이 통일헌법에 의해 달성된다는 것은 남북이 대등한 자격을 가지고 새로운 통일국가에 대한 합의를 전제로 하는 것이며, 또 통일 국가의 이념과 체제를 정하는데 있어서도 통일의 주체인 민족성원 전체의 의사를 반영해야 한다는 것을 말한다. 따라서 이를 고려할 때, 흡수통일방식 보다는 합의통일방식에 의한 통일헌법제정으로 통일을 이루는 것이 보다 적합한 방법이 된다고 할 수 있다.

이런 면에서 남북한의 통일과정을 ‘화해·협력단계’ - ‘남북연합단계’ - ‘통일국가단계’의 3단계로 설정한 정부의 공식 통일 방안인 이른바 「민족공동체 통일방안」을 보면, 우리가 추구하는 통일은 곧 남북의 합의통일을 말하는 것이며, 법적·제도적 접근에 의해 통일을 달성할 것이란 의지를 표명한 것이라고 할 수 있다. 이처럼 남북통일의 단계적 통일방식의 추진을 상정할 때, 우선 첫 단계에서 남북이 이미 채택·발효시킨 「남북기본합의서」 및 「부속합의서」의 구체적 실천은 매우 중요하다. 이것은 점차 발전된 통일단계로 나아가는 기초가 되는 것이며, 궁극적으로 단일국가로의 통일을 이루는 법적 규범으로서의 ‘통일헌법’을 마련하는 토대를 형성하는 일이기 때문이다. 이제 우리도 통일의 기반조성과 더불어 통일을 위한 법적 준비를 착실히 해나가야 할 것이며, 특히 통일헌법에 관한 심도있는 연구를 해나가야 할 것이다.

통일독일의 기본법개혁은 결과적으로 기본법개정으로 통일조약에 따른 통일조건을 충족하게 되고, 앞으로 통일독일의 헌법인 기본법은 통일과 관련된 개정은 더 이상 논의될 필요가 없게 되었다는 여당의 주장을 대부분 반영하는 방향에서 이루어졌다. 그러나 독일의 통일 후의 상

황이 동서독의 갈등을 완전히 해소하지 못하고 있는 현실을 감안할 때, 통일된 국가질서와 함께 여전히 존재하는 구동독과 구서독의 사회적 갈등을 극복하기 위해서는 계속해서 광범한 기본법 차원에서 내적 단일화를 추구하여야 한다는 야당의 주장에 주목할 필요가 있다.

통일 이후 동서독주민간의 경제적·사회적 문제는 이른바 통일후유증을 불러 일으켰으며, 사회적 분열현상마저 가져왔다. 따라서 중요한 과제는 40년을 넘긴 분단상황에서 형성된 이념과 체제의 차이에서 온 갈등을 치유하여 실질적 사회통합을 이루는 일이다. 이는 새로운 헌법의 제정을 통해 그 해결방향을 모색할 수 있는 일이었다. 새로운 독일헌법의 제정은 구동독주민에게 새로운 국가적 기본질서의 형성에 독일국민으로서 동등하게 참여하도록 함으로써 서독주민에 대한 열등감을 해소하고 국민적 통합을 이룩하는데 크게 기여할 수 있었을 것이다. 그러나 독일은 기본법개정을 통해 그러한 부분들을 해결하려 하였다.

이러한 독일에서의 기본법개정의 과정과 내용은 남북통일과 관련하여 우리에게 그 시사하는 바가 크다. 독일의 기본법개정을 통한 통일의 규범적 완성은 남북의 통일과 관련하여 일면 헌법정책적 방향을 제시하고 있다. 우리의 '민족공동체통일방안'은 점진적·단계적 통일과정을 거쳐 평화적인 합의통일을 전제로 하고 있다. 여기서 최종적인 통일국가의 완성은 민족공동의 생활권을 바탕으로 정치공동체를 실현하여 남북의 두 체제를 완전히 통합하는 것으로서 1민족·1국가의 단일국가로의 통일을 달성하는 것이다. 이것은 통일헌법을 제정하여 이에 의거하여 평화통일을 이룩한다는 것이다.

현실적으로 남북의 통일헌법의 제정은 남북의 헌법체제의 이질성을 극복하여 헌법체제의 가치적 공감대를 형성하게 될 때 가능한 것이다. 그 길은 남북이 이념과 체제의 차이를 극복하고 점차 서로 대립된 헌법체제하에서 하나의 가치체계에 합의함으로써 열리게 될 것이다. 더욱이 이러한 가치세계의 공통범위의 확대는 우리의 통일이 국가체제의 결합이기보다 민족의 결합, 즉 형식적인 통일보다 실질적인 통일을 충족시키는 방향에서 이루어져야 한다는 점에서 중요하다.

'민족공동체 통일방안'에 의하면, 남북의 통일은 먼저 경제적·사회

적·문화적 공동체로의 통합을 이룬 후 이를 토대로 정치적 공동체로의 통합을 완성한다는 점진적인 통일기반의 형성을 통하여 단계적인 통일 과정을 거치도록 되어 있다. 이런 점에서 남북의 통일헌법은 단순한 제도통일을 넘어서 실질적 민족통합을 이룰 수 있는 내용을 담아야 한다. 따라서 그러한 목표에 상응하도록 통일헌법의 제정방향과 내용을 설정할 필요가 있다. 아울러 통일헌법의 내용과 함께 그 절차도 중요함을 간과해서는 안된다.

Ⅲ. 독일 연방헌법재판소의 통일관련 판례의 의미와 시사점

분단되었던 서독과 동독은 한걸음 한걸음씩 착실한 교류협력의 확대를 통하여 분단 45년만에 평화적 통일을 달성하였다. 그러나 이러한 통일과정은 순탄치만은 않아 수십년 간 지속된 교류협력 과정에서 많은 분쟁들이 발생하였고 이를 해결하기 위한 법원리도 판례를 통해 많이 축적되어 있다. 이에 비추어 남북한 간 교류협력도 그 동안 확대 발전되어 왔고 그 과정에서 민·형사 등 다양한 분쟁이 발생하고 있다. 저작권 등 지적재산권 보호와 관련하여 북한 주민이 남한 법원에 소송을 제기하기도 하였고 남한 주민이 개성공단에서 교통사고를 일으켜 형사 처벌을 받기도 하는 등 남북한 주민 사이의 민·형사 사건이 다수 발생하고 있고 앞으로 이러한 분쟁은 더욱 증가할 것으로 예상되고 있다. 이는 남북한의 통일 이전의 교류협력시기에 충분히 예상되는 문제이고 이를 해결하한 사법적 노력이 필요한 이유도 여기에 있다.

동서독 간 법적 문제에 대한 독일의 판례들은 남북간 법적 문제 해결에 있어서 우리에게 많은 시사점을 줄 수 있음에도 불구하고 이에 대한 연구는 미진한 실정이다. 특히 헌법재판소가 남북의 분단과 통일과 관련한 판례를 축적하고 있는 가운데 독일연방헌법재판소의 사례와 사법적 판단은 많은 점에서 우리에게 주는 시사점이 많다고 볼 수 있다.

독일통일의 문제점들에 관한 연방헌법재판소의 결정들에 대해서 앞에서 개략적으로 살펴보았다. 이러한 개관은 몇 가지 중요한 문제영역에 국한되어 있다. 독일의 상황과 다른 남북한의 통일과정 및 그 이후의

전개과정에서 많은 헌법적 쟁점 사항이 불거질 수 있는 가능성이 있는 만큼 이에 대응한 헌법재판의 대비의 필요성을 강조할 필요가 있다.

독일의 통일과정에서 헌법적 접근으로부터 얻는 교훈의 하나는 통일 국가의 미래에 대한 구체적인 제시가 있었다는 점을 주목하여야 한다. 이런 점에서 강조할 것은 남북의 통일헌법에는 무엇보다 남북의 사회적 갈등을 해소할 수 있는 헌법질서를 세우는 규범적 근거를 포함하여야 한다는 점이다. 독일의 경우 동서독간의 이질성의 극복을 위한 헌법질서의 조정은 기본법개정을 통하여 추진되었지만, 남북은 새로운 헌법의 제정으로 민족적 합의를 도출하는 절차를 상정하고 있다. 우리의 통일이 독일의 경우와 그 과정과 방식 면에서 다른 만큼 남북의 통일헌법은 남북의 규범적 통일만이 아니라 실질적인 사회적·국민적 통합을 이룰 수 있는 국가적 기본질서를 창출하여야 할 것이다. 독일의 통일 후 수 년여에 걸친 기본법개정이 시사하는 바와 같이 국가기본질서형성에 소외되는 국민계층이 없도록 배려하는 것은 중요하다. 앞으로 남북은 분단의 장기화로 말미암아 그 이질성이 독일보다 심화되었다는 점에서 우리의 통일과 관련하여 보다 체계적이고 심도있는 법통합 연구의 필요성이 증대되고 있다.

요컨대 독일연방헌법재판소의 독일통일에 대한 기여도를 판단해볼 수 있다. 동서독의 분단상태의 법적 성격을 규명하고, 새로운 동서독관계를 형성하는 과정에서 제기된 헌법적 쟁점을 해소한 독일연방헌법재판소의 입장과 법적 근거를 평가해 볼 수 있다.

대표적으로 동서독기본조약의 법적 성격에 대한 독일연방헌법재판소의 관례의 의미와 우리에게 주는 시사점을 분석한다. 특히 통일을 지향하는 미래적 상황을 전제한 독일연방헌법재판소의 판단이 현실적으로 구서독의 통일정책 및 통일방안과의 법적 연관성을 어떻게 규명하고 있으며, 결과적으로 독일통일에 미친 영향을 논급할 수 있다.

첫째, 동서독간 통일 합의 문서의 법적 효력의 인정문제를 들 수 있다. 동서독간 합의문서의 법적 구속력의 확보를 위해 양독간 합의문건에 대한 법적 의미를 부여하는 독일연방헌법재판소의 관례는 독일국민들에게 통일에 대한 규범적 통제를 가능하게 하였다. 동서독은 1990년

통일직전 이른바 ‘국가조약’과 ‘통일조약’을 채택하였는데, 이들 합의문서에 대한 헌법적 적합성과 현실적 구속력을 인정하는 데 있어 독일연방헌법재판소의 판단을 중요한 의미를 부여할 수 있다.

통일조약의 기본법 저촉문제에 대해서도 연방헌법재판소는 적극적인 해석을 통해 기본법상 원칙을 해치지 않는다는 논거를 제시함으로써 통일을 저해할 수 있는 반대논리에 의한 분쟁을 방지할 수 있었다. 결과적으로 이러한 연방헌법재판소의 태도는 단기간의 독일통일을 완성할 수 있는 기반을 조성하는 데에 크게 기여하였다.

둘째, 독일 통일과정에서의 정치적 행위에 대한 법적 근거를 제시하였다. 통일독일을 완성해 나아가는 데에 있어 많은 법적 문제점이 제기되었으며, 그 가운데에는 구동독의 독일연방체제로의 편입과정에서 새로운 정치적, 경제적 기반을 구축하는 제도와 관련한 헌법적 쟁점이 중심이 되었다. 특히 구동독의 정치적 복수주의의 기틀을 형성하기 위한 법적 준비로서 정당법의 적용문제와 선거제도의 확립을 위한 잠정적 조치의 허용문제 등이 헌법적 쟁점으로 등장하였다. 독일의 정치통합과정에서의 정당제도와 선거제도 등의 헌법적 쟁점의 해결논리는 사회주의사회에서 민주주의사회로 진입하는 제도를 마련하는 과정에서 남북통합과정에도 많은 시사점을 주는 사안이므로 독일사례의 비교분석은 매우 의미 있는 일이다.

셋째, 동서독이 통합하는 과정에서 중요한 대목 중 하나는 서독시민과 동독시민의 권익을 보호하는 데에 중점을 둔 점이었다. 독일통일 후의 동서독 시민의 진정한 통합을 완성하기 위해서는 정서적 문화적 결합이 필요한데, 구동독지역의 재산권반환문제에 대해 갈등국면을 초래한 사안에 대해 독일연방헌법재판소의 판결이 갖는 의미와 시사점을 분석해 볼 수 있다.

넷째, 독일 통일의 국제적 보장을 위한 법제도적 접근방안을 마련하였다. 독일통일은 동서독간의 통합을 말하지만, 독일의 주변국과 국제사회의 동의와 보장이 없이는 불가능하다는 점에서 독일통일의 국제적 보장을 위한 법리적 관점과 구체적인 제도적 장치마련에 따른 헌법적 대응도 우리에게 많은 시사점과 교훈을 주고 있다.

제 5 장 통일과 헌법재판의 기능과 역할 강화

우리의 통일과 관련한 헌법재판의 기능과 역할의 중요성에 비추어 통일의 단계에 따른 헌법재판소의 위상을 높이는 방안을 살펴본다. 근본적으로 헌법재판소의 위상을 높이기 위해서는 헌법의 개정을 포함한 광범위한 관련법령의 정비를 통해 입법적 해결방안을 마련하여야 한다. 이를 고려하여 우리의 통일과정 및 이후의 헌법재판의 기능과 역할을 제고하기 위하여 발전적인 관점에서 현행 헌법재판소가 안고 있는 헌법상 구조의 한계를 극복하는 차원에서 개선면모를 찾아보고, 궁극적으로는 통일국가의 헌법적 재편을 통한 헌법재판소의 기능과 역할을 강화하는 방안을 검토해본다.

제 1 절 통일과정상 헌법재판의 기능과 역할의 제고

I. 통일과정의 헌법재판의 역할의 중요성

전술하였듯이 통일 과정 및 이후 발생이 예상되는 헌법재판 사건들은 쟁점에 따라 산적한 과제를 제기할 수 있다. 이 과정에서 헌법재판소의 기능과 역할은 보다 강화되어야 한다. 통일과정에 발생이 예상되는 법적 쟁점은 간단하지 않으며, 이 문제는 헌법적 쟁점을 내포하고 있다. 예상하건대 통일과정에서 헌법적 검토와 판단을 필요로 하는 사안은 매우 많다. 더욱이 민주주의와 자본주의의 이념과 체제가 다른 북한체제와의 통일을 전제한 우리의 통일과정은 통일의 시간적 간극의 확보라는 현실적 배경과 법적 안정성의 확보와 신뢰보호라는 법리적 차원의 보호 조치를 요청하는 본질적 배경이 교차함으로써 법이론적 내지 법해석적 방법의 접근을 필요로 하게 된다.

그러나 현실적으로 통일과정에서 헌법적 쟁점이 불거지고 정책의 추진과정에서도 갈등이 야기되어 오히려 통일의 후유증이 더 커짐으로써 분단의 갈등보다 더한 정서적 분열을 초래할 가능성이 있다. 이는 우리

가 통일로 얻고자 하는 결과와 가치와는 동떨어진 것이다. 이를 방지하기 위해서는 신속하고도 합리적인 사법적 판단을 통해 정치적 대립을 막고 남북한 주민간의 정신적 통일을 이루도록 하여야 한다. 바로 여기에 통일과정에서의 헌법재판의 역할이 강조되는 것이다. 이미 앞서 통일과 관련하여 헌법재판이 중요한 배경과 그 필요성에 대해서는 논의한 바 있다.

우리의 통일에 대한 국민적 합의도출, 정치적 사건에 대한 사법적 판단, 많이 제기될 법적 쟁점에 대한 기준설정, 통일관련 정책추진과 관련하여 발생하게 될 기본권침해의 구제를 위한 소송건수의 증가 등³⁷⁷⁾에 더하여 통일관련 헌법재판의 중요성을 살펴본다. 이러한 중요성에도 불구하고 현실적으로 기존의 헌법재판제도를 단기간에 변경하는 것은 불가능하다. 무엇보다 현재의 헌법재판소는 기본적으로 헌법개정을 통해 바뀔 수 있기 때문이다. 현실의 헌법재판소의 구성이나 관할범위, 대법원 등 다른 헌법기관들과의 관계를 고려할 때, 통일과정 및 그 이후의 중대한 헌법적 쟁점들에 대해 판단을 하기 위한 위상을 갖추려면 이러한 관계를 개선하는 헌법개정문제를 우선적으로 고려하여야 할 것이다.

기실 헌법재판소의 조직과 권한에 관한 기본사항들은 모두 헌법에 규정되어 있다. 그래서 아무리 통일 과정에서 헌법재판의 중요성이 강조된다고 하더라도 헌법재판소의 조직 권한에 관한 헌법개정은 쉽지 않을 것으로 예상된다. 그러나 독일통일과정에서 보았듯이 남북한의 통일과정 및 이후의 법제도적 통합을 위한 이른바 ‘통일합의서’를 채택하면서 헌법개정 사항에 관한 합의를 하게 되면, 여기에 헌법재판소와 관련한 사항을 포함시킬 수 있다. 여기에 헌법재판소 구성과 권한 등에 관한 문제를 포함하는 것을 생각해 볼 수 있다. 그러나 헌법재판제도 문제는 남북한 통일의 실현과 직접적 연관성이 약하고, 다른 해결하여야 할 많은 논점들에 비추어 배제될 가능성이 있다는 지적³⁷⁸⁾에도 불구하고 우

377) 이에 대해서는 이 보고서의 제3장 제5절 참조.

378) 독일의 경우도 통일 당시 통일조약 등에 의하여 헌법재판제도를 변경하는 일은 이루어지지 않았다. 다만 독일의 통일조약 제1부속의정서(법무·사법편) F부문 헌법재판제도 제3절에서는 연방법(연방헌법재판소법)은 구동독지역에 시행됨을 규정하고 있으며, 독일법관법에 의하여 자격을 취득하지는 아니하였으나 동등의 자격이 인정되는 구동독의 직업법관에게도 연방헌법재판관으로 선출될 수 있는 길을 열어주고 있다. 법무부, 「독일 법률·사

리의 통일과정에서의 헌법재판의 중요성을 간과할 수 없다.

이를 고려하여 통일과정에서 헌법재판소의 기능과 역할의 중요성을 감안하여 통일합의서를 채택하는 과정에서 사전에 헌법재판소의 강화를 위한 조직 및 구성에 대해 개선방안을 강구하여야 한다. 앞서 지적하였듯이 헌법재판소의 권한 및 기능강화를 위해서는 헌법개정이 요청된다는 점을 고려하여 이를 위한 제도적 조치를 취할 수 있도록 통일과정에서부터 이를 관철하기 위한 노력을 경주하여야 한다.

II. 통일 과정의 헌법재판의 구조와 한계

1. 현행 구조

통일 과정에서의 헌법재판의 기능과 역할을 제고하기 위한 방안을 모색하는 데에 있어 특별한 배경과 필요성을 현실적으로 제시할 여지는 작다. 역시 현실의 헌법재판제도의 구조적 모순과 한계를 극복하는 것은 통일과정을 포함하여 헌법재판의 역할을 강화하는 방안이 되는 것이다. 이에 통일과 관련한 헌법재판의 기능을 살펴보기 위해서는 현행 헌법재판제도의 구조와 한계를 살펴보는 것이 우선되어야 할 것이다.

알다시피 현행헌법은 헌법재판소를 두면서도 헌법 제107조 제2항을 존치하여 헌법재판기관을 이원화하고 있다. 즉, 헌법재판소를 두어 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산심판, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판에 관한 사항을 관장토록 하고 있다(헌법 제111조 제1항). 한편으로는 헌법 제107조 제2항에서 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 하여 법원도 일부 헌법재판을 담당하게 하고 있다.

또한 헌법 제5장에서는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 하고(제101조 제1항) 대법원을 최고법원으로 하고 있다. 그리고 헌법재

법통합 개관」, 법무자료 제165집, 1992, 727면.

판소에 관하여 제5장 법원과 독립한 별개의 기관으로 제6장에서 규정하고 있다. 이러한 규정형식은, 우리의 헌법재판소가 독일의 경우와 달리 법원이 하나가 아니며 헌법재판소와 법원이 상호 독립한 기관임과 동시에 각자 자신의 관할범위 내에서 헌법을 해석하고 재판함을 의미한다. 이러한 구조와 관련하여 헌법재판소법은 제68조 제1항에서 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다.

또한 현행헌법은 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”라고 규정 하여 법원에 포괄적인 사법권을 부여하고 있다. 따라서 헌법 기타 법령에 특별한 규정이 없는 한 법원은 사법권을 행사한다. 한편, 헌법은 제111조에서 헌법재판소가 특별히 관장할 심판사항을 규정하고 있으므로 법원은 헌법재판소의 심판 사항에 대하여는 사법권을 행사할 수 없다는 제한을 받게 된다. 아울러 헌법은 제107조 제1항에서 이를 구체화 하여 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”라고 규정하여, 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여는 법원 스스로 판단할 수 없도록 정하고 있다. 따라서 법원의 법률해석권은 법률내용에 대한 ‘위헌심판권’이 제외되어 있는 법률해석권을 의미하게 된다. 법원은 구체적인 사건에서 법률을 해석하여 적용함에 있어서 다음의 원칙을 지켜야 할 것이다.

첫째로 법률내용이 헌법에 위반되지 아니하도록 해석하여 적용할 것이다. 둘째로 법문에 따라 법률을 해석하여 일정한 법률내용을 적용하려고 할 때, 그 법률내용이 위헌이라고 의심되는 경우에는 재판절차를 정지하고 그러한 해석으로 인하여 도출된 법률내용이 헌법에 합치하는지의 여부를 먼저 헌법재판소에 심판제청한 뒤, 헌법재판소의 결정에 따라 재판하여야 한다. 헌법재판소가 일단 특정한 법률내용에 대하여 위헌이라고 선언한 경우에는, 헌법재판소법 제47조에 따라 당해 법률내용이 법률로서의 효력을 상실하고, 법원은 헌법재판소의 위헌결정에 기속되어 위헌 선언된 법률내용을 구체적인 사건에서 적용할 수 없게 된다.

헌법재판소의 헌법소원심판절차는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하

여 기본권을 침해받은 자를 구제하는 절차이다. 따라서 헌법소원심판은 행정청의 위법한 처분 그밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하는 행정소송법상의 소송절차와 마찬가지로 빚을 가능성이 있다. 이에 헌법재판소법은 제68조 제1항에서, 헌법소원심판을 청구할 때 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없도록 규정하여 보충성 원칙을 정하고 있다. 여기에서의 ‘다른 법률’에 행정소송법이 포함됨은 물론이므로, 행정소송절차에 의하여 구제될 수 있는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여는 먼저 행정소송절차를 통하여 구제받게 된다. 따라서 헌법재판소는 행정소송법 기타 다른 법률에 의하여 구제되지 아니하는 사항에 대하여만 헌법소원 심판권을 바로 행사하게 된다.

또한 헌법재판소법은 제68조 제1항에서 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있으므로, 헌법재판소는 법원의 재판에 대하여도 헌법소원 심판권을 행사할 수 없다. 다만, 이 때의 법원의 재판에는 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판이 포함되지 아니하므로³⁷⁹⁾ 헌법재판소는 이러한 한도 내에서 법원의 재판에 대하여 심판할 수 있고, 이러한 범위 안에서 법원의 사법권은 제한을 받게 된다.

이러한 제한성은 결과적으로 통일과정에서 헌법재판의 기능과 역할을 현저하게 저하시키는 요인이 될 수 있다. 따라서 현행 헌법재판소 제도의 구조적 모순현상을 해소하는 일은 궁극적으로 통일과정에서의 헌법재판의 기능과 역할을 높이는 방안이 된다.

2. 문제점 및 한계

이러한 현행헌법상 헌법재판구조는 기본적으로 다음의 문제를 야기하고 있다. 즉, 헌법재판기관을 이원화하면서 양 기관간의 헌법해석의 불일치가 있을 수 있음에도 그 통일을 확보하기 통로를 두고 있지 않다는 점, 두 기관 간에 일정사항에 관해 관할분쟁이 일어날 우려가 있다는

379) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842

점, 헌법 제107조 제2항의 존재와 헌법소원에 있어 보충성의 원칙, 그리고 법원의 재판권을 헌법소원대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항과 관련하여 헌법소원제도의 왜곡이 야기된다는 점이 지적되고 있다.

(1) 헌법해석의 통일성문제

한 국가의 법체계는 헌법을 정점으로 하여 일련의 위계질서로 구성되어 있다. 한 국가의 법질서는 통일성을 가져야 하며 하나의 국가에 두 개의 헌법이 있을 수 없다. 그런 점에서 헌법의 통일성의 보장은 국가법질서의 통일성을 확보하기 위하여 무엇보다 중요한 과제가 아닐 수 없다. 따라서 최종적으로 헌법을 유권적으로 해석할 수 있는 기관은 하나로 통일되지 않으면 안된다. 헌법재판제도 중 집중형의 경우 최종적 헌법재판기관을 헌법재판소로 일원화함으로써 헌법해석의 통일성을 확보토록 하고 있고, 비집중형의 나라에서는 법원의 심급구조와 선례구속성의 원칙을 통해 헌법해석의 통일성을 확보하고 있다. 그러나 우리의 현행제도는 헌법재판소를 두고 있다는 점에서는 헌법재판에 관한 입법 유형 중 집중형에 속하는 것으로 보이나 한편으로 헌법 제107조 제2항에 따라 사법심사제를 병용함으로써 이원적 헌법재판제도를 채택하고 있다. 그러면서 두 기관의 헌법해석이 상이할 경우 이를 조정할 통로를 열어 놓지 않고 있다.

현실적으로 헌법재판과 관련하여 사용하는 용어를 보면 우리에게 익숙한 ‘위헌법률심판’ 또는 ‘위헌법률심사’란 용어보다 ‘규범통제’라는 용어를 더 많이 접할 수 있다. 원래 규범통제는 헌법재판의 가장 중요한 작용³⁸⁰⁾으로서 하위규범이 상위규범에 위반되는지의 여부를 심사하고 통제하는 제도를 말한다. 이는 법률이 헌법에 위배되는지의 여부를 심사하는 위헌법률심판과 명령·규칙·조례 등이 헌법이나 법률에 위배되는지의 여부를 심사하는 사법심사³⁸¹⁾를 모두 포함하는 개념이다. 이렇듯

380) 김운용, 「위헌심사론」, 삼지원, 1998, 241면.

381) 이는 미국의 사법심사가 일반소송을 진행하면서 부수적으로 심사되는 것과 달리 진행되던 소송과 별도로 선결문제로서 다루어지기 때문에 다르다고 할 수 있다. 이 선결문제에 대해서는 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2007, 143면 참조.

국민의 기본권보장을 위해 중요한 우리나라의 규범통제제도는 1948년 헌법 제81조³⁸²⁾의 규정처럼 이원적으로 출발하게 되었다.³⁸³⁾

이렇게 출발한 헌법재판의 구조는 현시점의 갈등국면을 초래할 수 있는 가능성을 내포하고 있었다. 제3공화국 때처럼 사법부가 위헌심사권 전체를 가지고 있었을 때에는 아무런 문제가 없었고, 제1공화국부터 제5공화국까지 유명무실하였던 ‘헌법위원회’가 헌법재판기관이었을 때에도 알력과 충돌은 일어나지 않았다. 그러나 현행 헌법에 근거하여 창설된 헌법재판소가 헌법재판기관으로 기능하게 되면서 대법원과의 갈등국면이 불거져 나오기 시작하였다. 특히 1990년 10월 15일 법무사법 시행규칙 제3조 제1항에 대한 헌법소원³⁸⁴⁾을 계기로 헌법재판소와 대법원의 불협화음은 표면화하기도 하였다. 여기에 대해 근원적인 해결방안으로서 헌법 개정과 법 개정을 통하여 위헌심사의 이원적 구조를 깨뜨리는 방법 밖에 없다는 주장³⁸⁵⁾도 제기되었다.

(2) 헌법소원제도의 한계

이러한 헌법재판제도에 있어 특이한 구조는 헌법재판소와 법원과의 관계에서 관할의 범위를 둘러싸고 분쟁을 야기할 소지를 제공하고 있다. 특히 헌법 제111조 제1항 제5호의 헌법소원심판은 헌법 제107조 제2항과 관련하여 헌법재판소와 법원의 헌법재판 관할권에 있어 어려운 문제를 제기하고 있다. 그러한 문제로서 헌법 제107조 제2항과 관련하여 명령이나 규칙, 처분에 대해서도 헌법소원을 제기할 수 있느냐 하는 점과 헌법과 헌법재판소법 해석상 보충성의 원칙의 예외가 인정될 수 있는가 하는 점을 들 수 있다.

현행 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있는 헌법소원심판은 ‘헌법재판의 꽃’³⁸⁶⁾이라고 표현될 정도로, 전체 헌법재판에서 차지하는 비중이 상

382) 1948년 헌법 제81조는 “대법원은 법률의 정하는 바에 의하여 명령·규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있다. 법률이 헌법에 위배되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”고 규정하였다. 법제처, 「역대헌법 및 외국헌법비교」, 1980년, 644면.

383) 이러한 위헌심사제도의 이원적 구조에 대한 자세한 설명을 위해서는 김운용, 앞의 책, 109~111면 참조.

384) 헌재 1990. 10. 15. 89헌마178

385) 김운용, 앞의 책, 111면.

386) 이시윤, “한국의 헌법재판제도”, 「헌법재판의 이론과 실제」, 헌법재판자료 제3집, 헌

당하다. 이는 일단 헌법재판소의 통계수치만을 보더라도 쉽게 알 수 있다.³⁸⁷⁾ 이는 우리 헌법재판소에 큰 영향을 미친 독일연방헌법재판소의 경우도 마찬가지라고 할 수 있다.

이렇게 중요한 헌법소원제도는 우리 헌법과 헌법재판소법에 수용되는 과정에서 다소 기형적인 모습으로 적용되어 문제점을 노출하고 있다. 즉, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 ‘법원의 재판’³⁸⁸⁾은 헌법소원의 대상에서 제외되어 있다. 이는 대법원과 헌법재판소의 권한다툼에서 비롯하는 것으로 갈등의 요인이 되고 있다는 점을 부인하기 어렵다.

현행헌법은 제111조 제1항 제5호에 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라 규정하여 헌법소원심판의 내용의 형성을 법률에 유보하고 있다. 이에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원을 제기할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 동 조항에서 법원의 재판을 헌법소원 대상에서 제외함으로써 헌법소원제도의 왜곡문제가 생기고 있다. 이로 인하여 법원의 재판만이 헌법소원의 대상에서 제외되는 것이 아니라 헌법소원에 있어서 보충성의 원칙과 헌법 제107조 제2항과 관련하여 법원의 재판의 대상이 되는 공권력의 행사나 불행사는 헌법소원의 대상에서 제외된다고 하거나, 특히 헌법 제107조 제2항과 관련하여 명령이나, 규칙, 처분은 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 주장이 제기되고 있는 것이다.

이러한 해석은 법원의 재판 자체는 물론이고 법원의 재판의 대상이 되는 사항까지 모두 헌법소원의 대상에서 배제될 수 있다. 또한 보충성의 원칙의 예외를 인정하지 않음으로써 이러한 사항에 대해서는 사법적 구제절차에 의해 헌법상 기본권보장의 목적을 달성할 수 없는 경우까지도 헌법소원에서 배제하는 결과를 가져와 헌법소원 제도를 두고 있는

법재판소, 1990. 12, 74면.

387) 2011년 12월 31일까지의 통계에 의하면, 전체 접수된 사건 21,621건 중에서 헌법소원사건은 무려 20,773건이나 되며, 전체 처리된 사건 20,823건중에서 처리된 헌법소원사건은 20,011건이다. http://www.ccourt.go.kr/home/bpm/statistic_list.jsp의 사건통계 편 참조.

388) 독일연방헌법재판소가 행하는 헌법소원 중에서 법원의 판결에 대한 헌법소원이 다수를 차지하고 있다. 이에 대해서는 Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 3 Auflage, Muenchen: Verlag C.H.Beck, 1994, SS.162~164 참조.

취지를 사실상 상실하게 하는 결과를 초래할 수 있다. 이는 국가권력의 기본권기속성을 보장하고 헌법상 보장된 국민의 기본권의 침해를 구제하며 이를 통해 객관적 헌법질서의 유지, 보장기능을 가진 헌법소원제도의 취지에 비추어 헌법소원제도를 도입한 취지를 심히 왜곡하는 문제를 낳고 있다. 물론 이러한 문제에도 불구하고 헌법재판소 심판사건 중 헌법소원심판사건이 가장 많은 부분을 차지하고 있으며 법원의 재판의 대상이 되지 않는 공권력의 행사나 불행사에 해당하는 것도 많지만 기본권침해의 위험성이 큰 행정작용의 대부분과 사법작용이 헌법소원대상에서 제외되는 기현상을 낳고 있는 것은 문제라고 할 수 있다.

Ⅲ. 개선방향

헌법재판제도 중 어떤 모델을 선택할 것인가는 중요한 정책적 선택으로 헌법재판기관의 관할사항, 청구요건이나 절차, 결정의 효력, 재판관의 자격과 임명절차 등과 관련되어 있다. 이와 관련한 개선방향의 모색은 결국 통일과정과 그 이후의 헌법재판의 기능과 역할을 높이는 방안으로 제시될 수 있다.

첫째, 헌법재판소를 폐지하고 대법원의 헌법재판부로 운영하자고 하는 주장도 있으나 이러한 주장은 바람직하지 않다. 즉, 과거 제3공화국에서의 사법심사제가 성공적이지 못하였고, 아무래도 민사사건이나 형사사건, 행정사건을 주로 담당하는 법원이 헌법재판을 전담하는 헌법재판소보다 헌법재판에 대한 관심이나 전문성에 있어 부족할 가능성이 많다. 그런 점에서 비집중형을 채택하는 일본의 경우 헌법재판이 활성화되지 못하고 있는 현실을 직시할 필요가 있다. 더욱이 헌법재판의 특성이 제대로 반영되기 어렵고, 미국형의 비집중형 헌법재판제도는 대륙법계국가에는 적합지 않다는 지적도 고려하여야 한다. 무엇보다 이제 시행한 지 20년도 채 안된 시점에서 헌법재판소제도를 폐지하고 사법심사제로 이행하는 것은 헌법재판소제도에 대한 평가를 폄훼하는 것으로 적절하지 않다.

둘째, 헌법재판소형을 유지하는 경우 우리나라 현행헌법상 헌법재판제

도가 가지고 있는 문제, 즉 헌법해석의 통일성의 확보, 헌법재판기관 간의 관할분쟁을 불식하기 위해서는 다음 두 가지 기본 모델 중에서 하나를 택하고 그에 따라 논리적 일관성을 가지고 헌법재판제도를 구성할 필요가 있다. 즉, 하나는 독일식으로 헌법재판소를 법원의 하나로 하고 헌법재판에 있어서 다른 법원에 대하여 최고법원으로서 지위를 가지도록 하는 방안이다. 이러한 구조에서는 헌법해석의 불일치나 헌법재판소와 법원간의 관할분쟁이 일어날 가능성은 매우 낮아진다. 또한 논리적으로는 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하더라도 문제가 없으나 다만 남소의 폐해를 막기 위해 이를 제한하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.

또 다른 하나는 오스트리아 식으로 헌법재판소를 일반법원과 다른 기관으로 하되 헌법재판에 관해서는 헌법재판에 관해서는 헌법재판소가 독점적으로 관할토록 하는 것이다. 이 경우 법률 뿐 아니라 명령이나 규칙, 처분의 위헌 여부에 관해서도 행정재판소나 일반법원이 아니라 헌법재판소가 관할권을 가지는 것을 의미한다. 말하자면 법원이 독자적으로 헌법재판을 하는 것은 인정하지 않고 명령, 규칙의 위헌 여부에 대해서는 헌법재판소에 제청하여 그 결정에 따라 재판하여야 하며 위헌적 행정처분에 의한 권리침해에 대해서는 헌법재판소가 관할하도록 하는 것이다. 이는 헌법재판을 헌법재판소가 전담토록 하여 양기관간의 헌법해석의 불일치나 관할분쟁을 막자는 것이다. 이렇게 하는 경우 재판에 대한 헌법소원에 대해서는 상대적으로 필요성이 줄어들고, 헌법재판소와 법원이 독립한 기관이므로 이를 인정하여야 할 논리적 이유가 독일식 모델보다는 강하지 않다.

이 두 모델 중 기본적으로 헌법해석의 통일성확보와 헌법재판소와 법원의 관할분쟁여지의 축소라는 점에서는 독일식 모델이 보다 채택가능성이 크다 할 것이다. 오스트리아식은 헌법해석의 통일성이라는 측면에서는 독일식보다 미흡하고 헌법재판소가 일정범위의 행정재판까지 하여야 하는 문제가 있다고 보여진다. 다만, 독일식을 채택한다 하여도 헌법재판소의 부담축소와 남소의 폐해방지, 법원의 독립성 보장의 측면에서 법원의 재판에 대한 헌법소원은 제한적으로만 인정하는 것이 바람직하

다.

셋째, 이것이 어렵다면 장기적으로는 두 기관을 분리하되, 헌법 제107조 제2항을 삭제하여 헌법재판소로 헌법재판기능을 집중시키고 헌법재판소의 위헌법률심판권과 그 결정이 가지는 기속력 확보, 그리고 헌법해석의 통일성보장을 위해 법원의 재판이 헌법재판소의 기속력 있는 결정에 위배하여 재판함으로써 국민의 기본권을 침해하는 경우 예외적으로 재판소원을 인정하는 방안도 고려할 필요가 있다.

넷째, 헌법재판의 핵심제도는 규범통제제도이다. 법률의 위헌여부를 심사해서 위헌법률의 효력을 상실시킴으로써 헌법의 최고규범성을 수호하는 기능을 헌법재판소가 담당하고 있기 때문이다. 알다시피 현재 우리의 헌법재판소는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에 소송당사자의 신청 또는 법원의 직권에 의하여 규범심사를 하는 구체적 규범통제제도를 채택하고 있다. 그러나 우리의 통일과정 및 이후의 전개와 관련하여 많은 입법이 행해지고 다양한 법적 쟁점이 발생할 수 있다는 점을 감안하여 추상적 규범통제제도를 채택할 필요가 있을 것이다. 다시 말해 통일 상황의 시급성 내지 필요성에 의해 특례법 등의 제정이 다양한 분야에서 이루어지게 되는 경우를 감안하여 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되지 않은 경우라도 위헌심사를 할 수 있는 것이 바람직하다. 재판의 전제가 되지 않은 경우에 법률의 위헌 여부에 대한 다툼이 생기는 경우에 일정한 국가기관의 신청에 의하여 독립한 헌법재판기관이 이를 심사하여 위헌성 판단을 결정하는 것은 우리의 통일 상황의 입법과 관련하여 바람직하다 할 것이다. 이와 관련하여 독일은 이 제도를 성공적으로 운영하여 왔다고 볼 수 있다. 아울러 통일과 관련한 입법과 관련하여 규범통제를 법률의 공포 전에 하는 방안도 생각할 수 있다. 이렇게 함으로써 위헌법률이 공포 발효되어 발생하는 여러 문제점을 미리 예방할 수 있을 것이다. 이러한 방법은 이른바 '사전적 규범통제제도'를 도입하는 것으로 이를 통일과정에서 도입하는 것을 검토해볼 수 있다.

다섯째, 사법작용도 하나의 국가권력 행사로서 개인의 기본권을 침해할 수 있는 속성을 지니고 있고, 위헌적 법률을 적용할 가능성을 완전

하게 배제할 수 없다. 그럼에도 불구하고 이에 대한 사법판단에 대한 헌법소원이 모두 배제되어 있는 것은 문제이다. 또한 재판소원이 금지되어 있는 상황에서 재판을 거친 행정처분(원행정처분)도 헌법소원의 대상에서 제외되고 있다. 이를 감안하면, 헌법소원의 대상은 입법작용과 법원의 재판도 될 수 없는 공권력작용에 한정되는 결과가 된다. 결과적으로 헌법소원에 재판을 제외한 것은 헌법소원의 본질을 형해화하는 것이다.

이를 개선하기 위해서는 재판소원을 인정하여 현재의 헌법소원이 제약적 관할대상에서 벗어나야 한다. 재판소원이 도입되면, 법원은 보다 기본권의 효력을 구현하기 위한 노력을 배가할 것이고, 보다 신속한 재판이 가능하게 되어 인권보장을 위한 실질적 개선을 이룰 수 있다. 모든 행정처분에 대한 헌법재판소의 위헌심사가 가능해지고 규범통제의 통일성이 보다 확보될 것이다.

이러한 헌법재판제도의 개선방향은 현행 헌법재판제도를 개선하는 의미를 가지는 것은 물론 통일과정 및 이후의 헌법재판의 기능과 역할을 강화하는 길과 무관하지 않다. 결국 현재 지적되는 헌법재판제도의 개선방안은 궁극적으로 통일과 관련한 헌법재판의 기능과 역할의 제고방안이 될 수 있다.

제 2 절 통일 이후 헌법재판소의 위상 제고

통일 이후 헌법재판소의 체제강화 내지 헌법재판의 기능과 역할의 강화는 본질적으로 역시 헌법의 개정문제 또는 새로운 헌법의 제정문제와 연계되어 있다. 앞서 지적한 통일과 관련하여 헌법재판의 기능과 역할을 강화하기 위해서는 기존의 헌법재판제도와 관련하여 그 문제점과 한계를 극복하는 차원에서 헌법의 개정 내지 신헌법의 제정을 통하여 이루어질 수 있다. 요컨대 그 방안은 헌법재판소제도의 권한과 위상을 강화하는 방향에서 검토되어야 한다.

I. 통일헌법과 헌법재판소 제도

1. 남북한 헌법통합의 방향과 과제

남북한의 헌법통합은 남북의 헌법체제의 이질성을 극복하여 두 헌법체제의 가치적 공감대를 형성하게 될 때 이룰 수 있다. 헌법통합의 길은 남북이 이념과 체제의 차이를 극복하고 점차 서로의 공통범위를 넓혀나감으로써 열리게 되는 것이다. 그러나 남북이 서로 대립된 헌법체제하에서 하나의 가치체계에 합의하기란 쉽지 않다. 헌법통합은 남북의 정치적 통합을 전제하는 것으로 남북의 상이한 이념과 체제의 통합을 이루어야 가능한 것이다.³⁸⁹⁾ 따라서 통일헌법에 관한 논의는 그 자체가 이상적으로 비쳐질 수 있고 그 현실적 필요성이 왜곡될 수도 있을 것이다. 그러나 이제 남북통일은 당위론을 벗어나 현실문제로 다가선 만큼 그에 대한 실제적 준비가 필요한 때이다.³⁹⁰⁾ 그런 준비의 일환으로 헌법통합문제와 함께 통일헌법체제의 구상이라는 점에서도 이에 관한 논의

389) 이상우, “한민족공동체 : 정치통합의 과제”, 『한민족공동체의 모색 - 제22차 전체세미나』, 행사자료, 대통령자문 21세기위원회, 1991. 9, 15면.

390) 통일헌법에 관한 제정논의의 필요성을 강조한 논문으로는 김철수, “통일헌법을 생각한다”, 『헌법이 지배하는 사회를 위하여』, 고시계, 1986, 450~455면; 같은 필자, 『한국헌법사』, 대학출판사, 1988, 409~441면; 장명봉, “통일헌법을 위한 남북한헌법 비교”, 『북한연구』, 제1권 2호, 대륙연구소, 1990 겨울, 88~89면; 같은 필자, “남북한 통일헌법의 원리”, 서원대 통일문제 학술세미나 발표문, 서원대 사회과학연구소, 1992. 5 등을 들 수 있다.

가 필요하다.

물론 이러한 통일헌법 문제는 매우 어려운 일임에 틀림없다. 조금 구체적으로 보면, 헌법통합을 위해서는 국호, 국가형태, 정치이념, 정부형태, 대내외정책의 기본방향, 권력구조 등에 대한 문제에 대해서도 합의가 도출되어야 한다. 합의도출과정에서 남북 양측의 참여한 대립에 따른 많은 난관이 예상된다.

이를 염두에 두면서 여기서는 통일헌법의 최고원리, 그 제정방향을 간략하게 언급하고, 통일헌법의 권력구조에 대해 헌법재판소를 중심으로 헌법재판의 기능과 역할을 제고하는 방안을 살펴본다.

2. 통일헌법의 최고원리

일반적으로 헌법은 일정한 가치체계를 표현한다. 헌법에는 각기 그 특유의 이념과 가치질서를 내용으로 포함하기 마련이다. 즉, 헌법은 역사적 발전단계와 시대적 상황에 상응하는 이념과 가치를 그 내용으로 한다. 오늘날 현대 민주국가의 헌법에서는 그 최고의 이념 및 가치로서 인간의 존엄과 가치의 존중을 들 수 있다. 인간의 존엄과 가치는 사회구성원 모두의 공감대를 이루는 것으로 이른바 ‘가치의 세계’를 징표하고 있다. 인간의 존엄성은 초국가적인 자연법적 원리로서 양도하거나 파괴할 수 없는 인간이 갖는 고유의 가치인 동시에 헌법상 최고원리이며, 인권보장의 이념적 출발점인 것이다. 그래서 우리 헌법도 인간의 존엄과 가치를 핵심적 내용으로 이를 선언하고 있다(제10조). 오늘날 인간의 존엄과 가치존중은 현대 민주국가에서 가치적 공감대를 이루며, 따라서 이를 헌법의 이념적 기초로 삼고 있다.

그리하여 통일헌법에 있어서도 최고의 가치는 인간의 존엄과 가치의 존중에 두어야 한다. 이것은 우리의 통일방안에서 제시하고 있는 ‘자유·복지·인간존엄성이 보장되는 선진민주국가’라는 통일국가의 미래상과 관련하여 볼 때도 합당한 이념과 가치인 것이다. 요컨대 통일헌법은 인류문명의 기준에 입각한 보편성에 합치되어야 한다는 점에서도 인간의 존엄과 가치존중의 이념은 통일헌법의 최고원리가 되어야 할 것이

다.³⁹¹⁾ 따라서 통일헌법의 제정방향과 기본질서도 이러한 최고원리를 구현할 수 있어야 한다. 이러한 통일헌법상의 최고원리는 현행 헌법의 기본원리와 질서와 배치되지 않는 것으로 궁극적으로 통일국가의 헌법적 쟁점을 파악하고 사법적 판단의 근거와 기준으로 작용하게 될 것이다.

3. 통일헌법의 제정방향

우리의 ‘민족공동체 통일방안’은 통일국가의 미래상으로 남북한의 민족구성원이 모두 주인이 되며, 민족구성원 개개인의 ‘자유’와 ‘복지’와 ‘인간존엄성’이 보장되는 선진민주국가를 제시하였다. 그러나 헌법상 기본질서에 있어 남한은 자유민주주의에 기초하고, 북한은 사회주의에 기반을 두어 서로 상반된 헌법질서 하에 있는 상황에서 통일헌법체제의 합의를 찾기란 쉽지 않다.

하지만 여기서 통일국가의 바람직한 모습은 인류보편의 가치와 역사발전 방향에 따라 그 지향하는 바가 결정되어야 할 것이다. 그런 의미에서 통일국가의 미래상은 ‘자유와 평등이 조화되는 민주복지국가’로 상정할 수 있다. 민주복지사회란 국가구성원 간에 자유와 평등이 골고루 배분되도록 보장하는 사회를 말한다. 돌이켜 보건대, 분단 하에서 남한은 정치적 자유를 귀중한 가치로 삼았기 때문에 경제적 불평등을 필요악으로 당연시해 왔다. 반면 북한은 경제적 평등을 표방하고 표면상 평등을 배타적으로 추구함으로써 정치적 자유의 보장에 소홀하였다. 이 점에서 통일국가는 이러한 남북의 경험을 바탕으로 구성원 모두의 공감을 얻는 가치체계로서 민주복지국가를 바람직한 통일국가의 미래상으로 생각할 수 있다.³⁹²⁾

이에 따라 통일헌법의 기본질서는 이를 실현하는 방향에서 설정되어야 한다. 여기서는 인간의 존엄과 가치가 최대한 존중되고 인간다운 삶이

391) 박정원, “통일헌법의 이념과 기본질서에 관한 일고”, 『헌법학연구』, 제3집(한국헌법학회, 1997), 625~626면.

392) 장명봉, “통일헌법초안에 관한 시론”, 『한민족공동체 통일방안’의 이념과 실천』, 제4회 통일문제종합 심포지움 결과보고서(국토통일원, 1990. 3. 30), 187면; 한배호, “통일한국의 미래국가상”, 광복 50주년 기념 종합학술대회 발표논문(학술진흥재단, 1995. 8. 10), p.56; 박정원, 위의 논문, 617~618면.

충실히 보장되는 복지사회건설이란 목표의 지향이 중심을 이룬다. 이는 현대국가의 이상으로서 인류보편의 가치를 실현하는 것이기도 한 것이다. 자유와 평등이 조화되는 민주복지사회를 실현하는 국가를 수립한다는 점에 비추어 볼 때, 남북의 헌법체제의 차이에도 불구하고 통일헌법의 기본질서에 대한 합의점을 찾을 여지가 있을 것이다. 바로 민족의 소망과 이익이라는 특수성과 인류문명의 기준에 입각한 보편성을 합치시킬 수 있는 내용에 중점을 두고 통일헌법체제의 구상에 임한다면 남북의 공통점을 모색할 수 있다.

말할 나위없이 통일헌법의 제정작업은 남북의 정치적 통합을 전제로 하는 것이므로 많은 시간과 노력을 필요로 하는 매우 어려운 일이다. 기실 통일이란 남북한의 기존 이념과 체제의 극한 대립상황을 극복하고 정치적·경제적·사회문화적 공동체를 완성하여 하나의 민족공동체를 이룩하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 헌법통합의 방향은 남북 간 이질화된 이념과 체제를 포용하는 방향으로 접근하여야 할 것이다. 상극적인 체제 간에는 사회통합·경제통합·정치통합이 이루어질 수 없으므로, 두 체제간의 체제상용성을 높이기 위해 상이한 체제를 수용할 필요가 있다.

이런 면에 비추어 통일헌법의 제정방향에 관해 다음과 같이 언급할 수 있다.

첫째, 통일국가는 개인과 국가, 자유와 평등, 자율과 통제 등을 조화시키는 통합원리를 구현하여야 하며, 새로운 민족공동체의 삶에 필요한 가치체계를 창조하여야 할 것이다.³⁹³⁾ 이에 따라 통일헌법은 이러한 내용을 추구하는 방향으로 모색되어야 한다. 다시 말해 통일헌법은 통일국가 수립이라는 새로운 시대상황에 상응하는 이념과 가치를 담아야 하며, 그러한 이념과 가치를 정립하는 일은 통일국가를 진정한 민족공동체로서 바람직한 삶의 터전으로 만드는 중요한 과제이다.

둘째, 남북한이 추구하는 통일국가의 목표와 과제는 인간의 존엄과 가치가 최대한 존중되고 인간다운 생활의 보장과 삶의 질의 향상을 도모

393) 진덕규, “이데올로기 통합의 과제”, 『한민족공동체의 모색 I』(대통령자문 21세기 위원회, 1991), 21~22면.

하는 민주복지사회의 건설이라 할 수 있다. 이는 현대국가가 지향하는 이념인 동시에 인류보편의 가치구현인 것이다. ‘민족공동체 통일방안’은 통일조국의 모습을 하나의 민족공동체로서 민족구성원 모두의 자유·복지·인간존엄성이 보장되는 선진민주국가라고 밝히고, 또 통일국가형태는 ‘1민족·1국가·1체제·1정부’의 단일국가라고 하여 통일국가의 미래상을 제시하였다. 이것은 한마디로 ‘자유와 평등이 조화되는 민주복지국가’의 건설을 통일국가의 미래상으로 정한 것으로 볼 수 있다. 따라서 우리가 먼저 생각할 수 있는 통일헌법의 체제도 이러한 통일국가의 미래상을 구현할 수 있는 것이어야 한다.

셋째, 남북한의 통일은 한민족의 목표이며 전체민족의 평화와 번영을 위한 조건으로 추진되고 민족전체의 자유·평등·복지를 향상하는 과정을 통해 한국민족주의의 틀 안에서 모색되어야 한다.³⁹⁴⁾ 이 한국민족주의는 단순히 과거로 돌아가는 ‘복고적 통일’이 아니라 새로운 민족국가 건설과정을 통해 미래의 역사를 창조하는 ‘미래지향적 통일’을 추구하는 통일이념으로 되어야 하고, 마땅히 이것은 통일헌법에도 반영되어야 한다. 결국 통일국가는 우리 민족의 미래를 가장 잘 보장할 수 있어야 한다.³⁹⁵⁾

넷째, 구소련 및 동구 사회주의국가들에서의 변혁과정에서 사회주의체제의 모순은 역사적 경험을 통해 실증되었다. 또한 동서독통일과 남북예멘의 통일과정에서도 사회주의체제의 자본주의체제에로의 흡수통합방식으로 통일이 완성된 상황을 볼 수 있다. 이러한 점에서 보면, 통일국가의 체제는 현실적으로 상대적인 우월성이 입증된 자본주의체제에 귀결되는 형태를 띠는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 통일국가의 바람직한 체제유형으로는 합의에 의한 자유민주주의와 자본주의에로의 통일을 상정할 수 있다.³⁹⁶⁾ 그러나 구소련 및 동구사회주의국가들의 붕괴가 바로 자본주의 내지 자유민주주의의 완전 승리를 의미하는 것은 아니다. 그런 면에서 통일국가의 체제와 이념은 자본주의의 모순과 자유민

394) 조 민, 「한국민족주의 연구」, 민족통일연구원, 1994, 161~165면.

395) 황병덕, 「통일한국의 정치이념」, 민족통일연구원, 1994, 4~5면.

396) 김영작, “통일조국의 미래상 : 체제관에 관한 사상사적 고찰을 중심으로”, 통일에 관한·독 비교연구세미나 발표논문, 국민대 사회과학연구소·동북아문화연구원, 1993. 11. 12, 37면; 황병덕, 위의 책, 2면.

주주의의 한계를 극복할 수 있는 가치체계를 이루는 것이어야 한다.

II. 통일헌법의 기본질서

통일국가의 미래상으로서 자유와 평등이 조화되는 민주복지국가의 건설을 상징하고 진술한 통일헌법의 제정방향을 고려하여 다음에 정치적·경제적·사회문화적인 면과 국제적인 면에서의 기본질서에 관하여 살펴본다.

첫째, 정치적인 면에서의 기본질서로는 자유민주주의를 근간으로 하되, 형식적 자유주의의 한계를 극복하고 실질적 평등과 복지의 실현을 도모하는 것이어야 한다. 또한 그것은 인권이 보장되고 모든 국민에게 동등한 민주적 참여의 기회가 보장되는 것이어야 한다. 이러한 기본질서는 정치적 다원주의에 입각한 것이다.³⁹⁷⁾ 알다시피 자유민주주의의 핵심적인 가치이념은 자유와 평등이다. 이 가치이념을 보장하기 위한 제도로서 국민주권주의와 기본권존중주의에 기초하여 의회주의, 법치주의, 권력분립주의 등을 채택하고 있다. 여기서는 다원주의와 민주주의를 옹호하고 권력분립을 통해 국민의 기본권 보호를 최우선의 가치로 삼는다.

이런 면에서 집단주의원리에 의해 ‘민주주의적 중앙집권제’에 입각하여 권력분립을 부정하는 북한체제는 통일국가의 정치체제로서 배격된다. 통일국가의 정치질서는 북한의 ‘조선로동당’ 1당지배체제와 ‘수령의 1인지도체제’와는 양립할 수 없는 것이다. 이점에서 공산당 1당 독재에서 탈피하여 복수정당제에 입각한 의회민주주의제도를 채택하여 민주화를 이룬 여타 사회주의국가들의 체제변혁은 북한체제의 변화와 관련하여 의미하는 바가 크다.

둘째, 경제적인 면에서의 기본질서로는 시장경제질서를 기초로 하고 사회주의경제체제의 장점을 가미하여 사회정의의 실현과 균형을 이루는 국민경제의 발전을 지향하는 것으로서 일종의 혼합경제체제를 취하는 것을 생각할 수 있다.³⁹⁸⁾ 남한은 자본주의적 시장경제질서의 형태로 발

397) 이상우, 앞의 논문, 18~19면.

398) 성낙인, “남북한통일의 경제질서와 사회정의”, 『아·태공법연구』, 제2집, 아세아·태평

전해온 반면, 북한은 사회주의적 계획경제질서를 고수해온 상황에서 사회주의경제체제의 몰락과 북한경제체제의 실패는 남한 경제체제의 상대적 우월성을 입증하고 있다. 오늘날 선진국가들과 동구 사회주의국가들의 경제개혁을 보면, 자본주의경제체제는 계획경제의 원리를 도입하여 활용하고 사회주의경제체제는 시장원리를 수용함으로써 두 체제 간의 조화 경향을 보이고 있다.

이런 면에서 통일헌법상 경제적 기본질서는 시장과 계획이 조화되는 경제체제로의 발전을 도모하여야 할 것이다. 여기서의 기본가치로는 경제적 자유보장, 분배적 평등의 실현, 복지경제체제의 구현 등이 될 것이다. 생산수단의 사적 소유와 경제적 배분결정에 있어서 시장경제질서를 바탕으로 경쟁시장경제하에서 결정된 가격은 공정하게 평가되고, 정당한 경제활동에 의해 얻는 소득은 개인의 정당한 권리로 받아들여진다. 이를 통해 궁극적으로 사회복지를 실현함으로써 복지국가를 이루는 것이다. 이러한 경제질서는 바로 ‘사회적 시장경제원리’를 그 이념적 기반으로 하는 것이다.³⁹⁹⁾ 그 실천방안으로서 사회주의경제원리에 시장경제원리를 도입하여 경제발전을 모색하고 있는 여타 사회주의국가들의 경제개혁의 모델은 북한에도 적용될 수 있다.⁴⁰⁰⁾

이와 관련하여 앞서 살핀 북한의 사회주의 헌법에서의 외국인의 합법적인 권익보장(제16조)과 외국 법인 또는 외국인과의 기업합영·합작장려(제37조) 조항은 선진국의 자본과 기술도입의 헌법적 근거를 마련한 것이다. 이를 통해 북한의 경제부문에서 개방을 모색하는 자세변화는 남북의 경제통합과 관련하여 시사를 주는 바가 크다. 이것은 제한적이거나 북한의 사회주의 계획경제원칙의 변화라고 볼 수 있다.

셋째, 사회·문화적 통합인 면에서의 기본질서로는 통일국가가 남북의

양공법학회, 1993, 139~141면; 김성수, “남북한 통일헌법의 경제질서문제”, 『공법연구』, 제21집, 앞의 책, 101~102면; 김대환, “통일경제체제와 국가의 역할”, 『한반도 통일국가의 체제구상<경제부문>』, 한겨레신문사·학술단체협의회, 1995. 7. 8, 20~21면; 정중재·황병덕, “통일한국의 이상적 정치 및 경제체제의 모색”, 『통일한국의 경제체제와 정책기조』(성균관대학교 한국산업연구소 심포지엄 발표논문, 1995. 11. 17), 39~45면.

399) 김영윤, 『통일한국의 경제체제』, 민족통일연구원, 1994, 86~129면.

400) 사회주의경제체제의 개혁에 비추어 본 북한경제체제의 변화방향에 관해서는 이종원·김창권, “남북한 경제체제 통합방안 -자유화 방안을 중심으로-”, 『통일한국의 경제체제와 정책기조』, 앞의 논문집, 51~79면.

이질적 체제의 결합임을 고려하여 전체주의를 배격하고 다원적 의회민주주의를 기반으로 다양성이 보장되는 가운데 선의의 경쟁을 통한 발전을 도모하는 것이어야 한다. 그것은 의회민주주의의 토대 위에서 실질적 평등의 실현을 위해 노력하며, 궁극적으로 인간의 존엄과 가치가 존중되고 민족구성원이 모두 민족사의 주체로서 개개인이 자신의 능력을 최대한 발휘할 수 있음을 의미한다. 이에 따라 통일헌법은 남북주민이 통일국가의 가치체계와 문화체계, 생활양식에 있어서 이질성을 극복하여 일체감을 이루도록 하여야 한다.⁴⁰¹⁾ 실제로 남북의 통일로 발생할 수 있는 혼란과 위기의 극복은 무엇보다 인간의 존엄성 보장을 통한 인간다운 삶을 실현함으로써 가능하다. 남북의 사회적·문화적 이질성에 따른 부조화와 갈등은 민족공동체의 의식과 서로의 이질적 환경을 인정하는 다원주의적인 자세를 가짐으로써 치유할 수 있다. 여기서 인간존중의 사회를 만드는 것은 무엇보다 중요하다.

독일의 경우 통일 이후 사회적·심리적 갈등에 의한 통일의 후유증이 심각하게 발생하였으며, 예멘의 경우 남북 정치세력간의 갈등은 결국 양주민간의 불신을 증폭시켜 무력충돌에 의해 재분열되는 사태를 한 때 맞기도 하였다는 데에서 교훈을 얻어야 할 것이다.

넷째, 국제적 기본질서는 국제평화주의와 국제협조주의를 확립하고, 국제법 존중주의에 입각하여 세계의 모든 국가와 우호협력관계를 정립하는 것이다. 통일국가는 자주적 민족국가로서 대외관계에 있어 자주적 대외정책의 기본원칙 하에 상호 주권존중 및 호혜평등의 원칙에 의해 대외활동을 수행한다. 특히 통일국가는 냉전체제하의 대결과 반목에서 화해와 협력으로 국제질서가 재편되고, 군사력과 이데올로기의 대결에서 경제력과 실용주의가 강조되는 세계사적 변화에 대응하여야 한다. 또한 통일국가는 한반도를 둘러싼 새로운 국제질서와 안보환경을 조성하게 될 것이다. 이 경우 통일국가는 동북아와 아태지역의 평화를 정착시키는 동시에 자주외교에 바탕한 국익을 도모하여야 할 것이다.⁴⁰²⁾ 이

401) 장경섭, “통일 한민족국가의 사회통합”, 『남북한 이질화의 현황과 통합모델의 모색』, 남북한 통합모델 학술회의 발표논문, 세종연구소, 1995. 8. 15, 16~17면; 전상인, “남북한 체제내 사회갈등과 사회통합 비교연구”, 『남북한 이질화의 현황과 통합모델의 모색』, 남북한 통합모델 학술회의 발표논문, 세종연구소, 1995. 8. 15, 34~35면.

402) 강원식, 『통일한국의 등장에 따른 동북아 안보구조변화 대응책』, 서울: 민족통일연구원,

와 관련하여 북한은 1992년 헌법을 통해 국제정세의 변화를 반영하여 1972년 헌법 제16조에서의 마르크스-레닌주의와 프롤레타리아국제주의에 입각한 대외정책의 기본이념과 원칙을 ‘자주·평화·친선’으로 변경하였다(제17조). 이는 사회주의체제의 붕괴에 따라 과거 사회주의국가간의 국제적 연대가 무너진 상황에서 북한의 입장변화를 보여주는 것이다. 아울러 북한은 대외관계에서 자주성을 강조하고 있다. 대외정책에서의 자주성은 국제평화주의의 원리 하에 민족적 자존을 유지·강화하는 차원에서 통일국가의 국제적 기본질서로서 강조될 필요가 있다.

Ⅲ. 통일헌법의 통치구조와 헌법재판소

남북통일국가의 구성과 운영은 이른바 통일헌법에 의해 확정되는 만큼 통일헌법의 구성원리와 내용은 매우 중요하다. 더욱이 통일헌법상 헌법재판소의 기능의 강화를 예정하는 경우 통일국가에서의 헌법재판소의 기능과 역할을 강화할 필요가 있다.

통일헌법상 통치구조의 원리로서 권력분립주의 하에서 헌법재판제도의 기능과 역할에 대한 검토가 요망된다. 이른바 통일헌법상 사법제도에서의 헌법재판소와 기존의 법원과의 관계 설정문제도 재고하여 판단할 필요가 있다.

통일헌법의 기본원리를 구현하고자 할 때, 헌법재판소의 효용성을 고려한 판단이 요청된다. 현재의 헌법재판소 제도의 개선 내지 발전방안이 마련되어야 할 것이다. 남북한 간 구체적인 합의가 있는 경우와 일방의 방식에 의한 통일의 경우를 나누어 보더라도 관련 헌법적 쟁점을 도출하여 논급한다. 남북한의 법제도 통합 내지 동화과정에서의 헌법적 분쟁의 가능성을 검토하여야 한다.

아울러 우리의 체제에 북한의 체제가 흡수되는 경우에도 예상되는 헌법재판소의 기능과 역할의 제고 방안을 살펴본다. 통일국가의 헌법재판소는 통일헌법이 지향하는 기본원리에 따라 인간의 존엄을 위한 기본권 보장과 사회통합기능의 최고·최후의 보루이므로 현행 헌법재판소의 제

1994, 88~104면.

도적 한계를 개선함으로써 통일시대에 시급히 대처할 필요와 그 위상을 확고히 할 필요가 있다.

1. 조직원리

통일헌법의 통치구조의 조직원리로는 국민주권의 원리, 대의제의 원리, 권력분립의 원리 등을 들 수 있으며, 아울러 국민의 기본권보장을 위한 법치주의의 원리는 그 기본바탕이 될 것이다. 통일국가의 통치구조는 국민적 합의에 따른 민주적이고 정통성이 확보된 토대위에 마련되어야 한다. 그것은 국민의 정치적 참여가 보장된 가운데 다원주의 사회를 지향하는 통치구조를 의미한다. 무엇보다 통일국가의 통치구조는 남북한의 정치적·지역적 갈등을 해소할 수 있는 화합적이고 안정적인 구도를 도모할 수 있어야 한다. 이는 통일국가에서 통치기능의 효율성을 확보하는 차원에서 중요하다.

이 면에서 북한의 통치조직의 기본원리로서 ‘민주주의중앙집권제’는 통일헌법의 통치조직의 원리로서 적합하지 않다. 북한이 말하는 민주주의란 이른바 인민의 창발성이나 주체성은 무시되고 있으며, 중앙집권이란 노동당의 ‘유일지배체제’와 ‘수령의 1인지배체제’를 뒷받침하는 것으로 권력분립주의와 배치된다는 점을 감안할 때 이를 채택하기는 어렵다. 다시 말해 권력분립의 원리와 수령과 ‘당의 령도’가 강조되는 북한의 이른바 ‘당-국가체제’의 특징을 이루는 정부형태는 배치되므로 통일헌법에서 받아들일 수 없다.

2. 통일국가의 정부형태와 헌법재판소

통일국가의 권력구조는 남북의 상이한 권력체제의 통합을 전제로 하는 것으로서 합의통일의 핵심을 이룬다. 통일국가에서 남북의 기존 정치세력의 기득권유지라는 차원에서 침해한 대립에 의한 갈등국면이 예견된다. 따라서 통일국가의 권력구조는 어느 일방의 인적·물적 배분의 독점으로 인한 정치적 소외에 대한 우려를 해소하는 것으로 남북한의 정치적 갈등구조를 융합할 수 있는 것이어야 한다.

통치구조의 원리에서 남북한은 권력분립주의와 중앙집권주의로 대립하였으며 이에 의한 정치관행의 차이는 통일국가의 권력구조상 갈등요인이 될 소지가 많다. 또한 통일 후 사회통합의 과정에서 분출되는 국민들의 정치참여의 욕구는 증대할 것이고, 사회통합과 가치에 대한 합의를 모색하는 과정에서 다양한 요구가 나타나게 될 것이다. 이러한 사회적·정치적 갈등에 대한 합리적이고 효율적인 해소방안은 통일국가의 권력구조의 모습과 밀접한 연관성을 가지고 있다.⁴⁰³⁾ 이런 면에서 통일국가의 권력구조는 남북한의 지역적 갈등을 해소하고 정치적·사회적 통합을 통한 국민통합을 이루는 데에 중점을 두어야 한다.⁴⁰⁴⁾

통일국가의 정부형태는 통일 후의 시대적·정치적 요청을 충족시키는 것으로서 통치권의 구성체계와 운용형태를 고려하여야 한다. 이제까지 통일국가의 효율성과 화합성이란 관점에서 일반적으로 통일국가의 정부형태로서 대통령중심제⁴⁰⁵⁾와 의원내각제⁴⁰⁶⁾의 채택에 관한 논의가 전개되어왔다.

먼저 대통령제의 경우 강력한 리더쉽에 의해 정치적 안정을 이루고 정국운영에 효율성을 기할 수 있다. 그러나 남북한 일방의 권력독점을 인정하는 것으로 남북한의 어느 일방의 양보만을 기대하는 것은 어렵다. 더욱이 대통령제는 권력집중에 의해 독재화의 우려가 높으며, 정국안정이라는 면에서도 권력투쟁으로 인해 그 목적달성에 저해요소가 있다.

다음 의원내각제의 경우 통일국가의 화합을 이룬다는 차원에서 강조된다. 이는 통일국가의 정치적 안정을 전제로 한다. 의원내각제가 정립되려면, 이에 상응하는 선거제도, 정당제도 등이 정비되어야 하고 더욱

403) 라종일·강량, “통일한국을 대비한 권력구조”, 『통일한국을 대비한 권력구조 - 대통령중심제와 내각책임제-』, 국제평화전략연구원, 1996. 12. 10, 26~28면.

404) 박정원, “통일헌법에 관한 골격구상”, 『공법연구』, 제27집 제1호, 한국공법학회, 1998, 321~322면.

405) 변해철, “남북한 통합과 통치구조 문제”, 『공법연구』, 제21집, 앞의 책, 83~86면; 최용기, “통일헌법상의 권력구조에 관한 연구”, 통일원 학술용역보고서, 통일원, 1992, 118~121면; 김동한, “남북 통일방안과 통일시대의 권력구조에 대한 법적 접근”, 『통일방식과 통일시대의 권력구조』, 1994년도 춘계 통일시대 학술토론회 자료집, 통일시대연구소, 1994. 5. 4, 22면.

406) 김철수, “한국통일과 통일헌법제정문제”, 앞의 논문, 166~167면.

이 정치적 성숙도가 높아야만 그 가능성을 말할 수 있다. 의원내각제의 운영이 미숙한 실정에서 통일국가의 권력구조로 이를 채택하는 것은 많은 시행착오를 겪을 수 있으며, 오히려 정국의 혼란을 가져올 우려가 있다.

이에 여기서는 남북의 갈등을 극복하고 합의통일이라는 가능성을 보다 더 확보할 수 있는 권력구조로서 선택할 수 있는 여지가 많지만, 통일국가의 정부형태를 확정하기 어렵다는 점을 고려하여 헌법재판소의 설치와 그 기능과 역할의 제고방안만을 중심으로 언급한다. 통일국가의 권력구조는 그 제도에 의해 국가의 성패를 좌우하는 것은 아니지만, 두 정치체제의 결합 내지 통합을 통해 권력체제를 형성한다는 점에서 중요한 요소이다. 이 경우 북한의 입장에서 북한의 정치세력을 배제하지 않는 권력의 분점을 통한 통일국가의 정부형태를 구상하는 것이 필요하다.

남북한통일은 민족의 통일을 이루는 것이어야 한다. 통일국가의 권력구조는 이질적인 남북한의 두 체제의 결합이라는 특수성에 비추어 다수결에 의한 권력독점의 허용 보다 합의에 의한 권력분점의 길이 열려 있는 제도의 모색이 바람직하다. 이질적인 두 체제의 결합과정에서 정파간의 이념 및 정책의 차이가 크고 정권이양도 쉽게 이루어질 수 없는 상황에서 다수의 의사에 따르는 다수결모델의 권력구조보다 소수의 거부권이 인정되는 합의모델의 도입은 합리적인 대안이 될 수 있다.⁴⁰⁷⁾ 그래서 인구 및 경제력 면에서 남한체제로의 통합을 상정하는 경우라도 북한주민에 대한 정치적 상실감을 덜고 동등성에 입각한 통일이라는 대전제를 충족하여야 할 것이다.

3. 통일국가의 사법기관으로서 헌법재판소

통일국가의 사법제도는 무엇보다 그 독립성을 보장하여 민주주의와 인권보장의 보루로서의 기능을 다하여야 한다. 이를 위해 법원과 법관

407) Arend Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven: Yale Univ. Press, 1984, pp.23~30; 최진욱, 「통일한국의 권력구조」, 민족통일연구원, 1994, 98~100면.

의 재판상 독립이 보장되어야 하며, 심급제를 확고히 보장하여 인권보장에 만전을 기해야 한다. 그리고 재판의 전문성을 확보하기 위하여 노동·교통·세무 등 특별법원을 설치할 필요가 있다. 아울러 사법의 민주화와 관련하여 사법제도의 개선을 위한 방법으로 사법에 민간이 참여할 수 있는 방안을 모색할 수 있다.

통일국가의 사법제도와 관련하여 헌법재판소의 설치에 필요하다. 국가기구의 방만함을 이유로 헌법재판소의 설치를 부정하는 견해⁴⁰⁸⁾도 있으나, 위헌법률심사와 헌법에 관한 소송사건을 심판하기 위하여 헌법재판소를 설치하여 헌법재판기관으로서 국민의 기본권보장, 헌법보호와 권력통제, 자유 및 정치적 평화보장 등의 기능을 담당하도록 하여야 한다.⁴⁰⁹⁾ 북한은 헌법재판제도를 채택하지 않고 있으나 구소련 및 동구 사회주의국가들은 사법개혁을 통해 헌법재판제도를 도입하였다는 점도 고려될 수 있다.

통일국가에서의 헌법재판소의 존재근거에 대한 설득력을 확보하여야 한다. 헌법재판소의 기능과 역할이 보다 적극적으로 검토되어야 하며, 이 과정에서 나타나게 되는 이른바 통일을 저해하는 법률 및 행위 등에 대한 성찰과 사법적 판단이 요청된다. 헌법재판제도가 없었던 북한에 헌법재판제도를 통한 통일법제 완성을 위해서 보다 적극적인 헌법재판소의 활동이 요구되는 점을 감안하여 남북 간의 협의 내지 합의를 통해 도출되는 통합기구의 구성과 운영에 대한 헌법적 논리를 제공하여야 한다.

북한주민의 권익보호라는 견지에서 기존의 북한지역에서의 북한주민의 기득권을 인정 내지 보호하는 영역이 존재하는 경우 남한 내 법익충돌의 여지를 판단할 수 있다. 예를 들면, 토지 및 재산권의 반환문제, 국영기업소의 민영화 등의 조치와 관련하여 제기될 수 있는 문제이다. 이러한 논의를 통해 통일국가에서의 헌법재판소의 바람직한 구성과 운영 방안을 찾아볼 수 있다. 통일헌법의 제정으로 헌법재판소의 위상을 확고히 하는 방안을 마련하여야 한다.

408) 김동한, 앞의 논문, 23면.

409) 김철수, “한국통일과 통일헌법제정문제”, 앞의 논문, 167면.

제 3 절 통일국가의 헌법재판소의 구성과 조직의 개선

I. 통일과 헌법재판소의 조직의 개선

통일국가의 미래상을 전제할 때, 통일국가의 국민의 기본권보호의 최후보루기관으로서의 헌법재판소의 역할을 극대화하는 방향에서 헌법재판소의 발전방안을 논급한다. 통일헌법의 기본원리가 기본적으로 우리의 자유민주주의질서를 근간으로 하되, 현실적으로 제기되는 문제점을 보완하는 방향에서 그 기본원리와 기본질서의 보장이 이루어질 수 있다. 무엇보다 국민주권주의하의 국민의 기본권존중주의가 핵심원리로 정해진다는 점을 고려할 때, 새로운 통일국가에서도 헌법재판소의 기능과 역할을 강화되어야 한다.

대통령중심제 또는 의원내각제 형태의 정부형태를 고려하더라도 헌법재판소가 본질적으로 국민의 기본권 보장기관으로서의 역할과 기능을 높일 수 있도록 하는 방안을 탐색한다. 특히 통일후 남북주민간의 실질적인 통합을 위한 방안으로 사회통합기반을 조성하고 확충하여야 하는 국가적 과제를 실천하는 데에 있어 헌법재판소가 기여할 수 있는 건설적 방안을 도출한다.

통일을 실현하는 과정에서 헌법재판 제도는 현재의 제도에 비추어 어떤 모습을 할 것인가에 대해서는 헌법재판소의 조직과 구성문제를 생각할 수 있다. 통일과정에서의 헌법재판소의 역할을 강화하기 위한 조직구성과 함께 통일국가의 수립과 함께 헌법재판소의 개선 문제를 제기할 수 있다.

통일 이후 헌법재판 제도의 개선에 대해서는 많은 논의가 있어 왔다. 이는 현행의 헌법재판소 제도의 개선 내지 개혁 차원에서 논의될 수 있다. 이 문제는 실제로 통일문제와의 관련성이 부족하고 단지 통일이라는 상황을 계기로 한 통일국가의 수립과 관련한 국가체제의 개편과정에서 헌법재판소 제도의 개선에 대한 논의에 머물러 있다는 한계가 있다. 다시 말해 여기서 다루어지는 논제에는 헌법재판소의 구성원의 확대 등

의 범위를 넘어서 헌법재판소의 권한을 재설정하는 문제, 특히 법원의 재판에 대한 헌법소원 인정, 명령규칙에 대한 헌법심사권의 통일, 법원의 법률해석권의 존중 문제 등 헌법재판소와 법원 간의 권한과 위상 재조정의 문제가 포함되고 나아가 사법부를 일원화할 것인지 이원화할 것인지 등의 기본적 문제까지 다루고 있다. 그러나 이러한 쟁점들은 모두 기존의 우리의 현행 헌법재판제도의 운영과 관련하여 이미 드러난 사안들로서 특히 통일을 계기로 해서 나오는 문제점이라고 말하기는 어렵다. 이들은 헌법재판에 관하여 드러나는 모든 제반 상황을 점검하여 충분한 토론과 논의를 거쳐서 신중하게 판단될 문제에 해당한다고 볼 것이다. 그래서 현행 헌법재판소 제도의 개선방안에 속하는 문제라고 할 것이며, 통일이라는 상황을 계기로 하여 지나친 연계성을 강조할 필요는 없다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 통일 상황의 전개가 헌법재판소의 개선과 개혁을 위한 매우 유용한 계기가 될 수 있다는 점도 간과하기 어렵다.

통일 상황을 계기로 하여 헌법재판소의 기능강화의 배경을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 통일로 인하여 남북한 주민이 통합됨으로써 인구규모가 크게 증대함으로써 헌법재판소가 다루어야 할 사건은 대폭 늘어날 것은 당연하다. 이를 예상하여 헌법재판소의 조직을 확대할 필요는 시급한 과제로 제기된다. 이 점에서 헌법재판제도는 직접적인 통일관련성을 가지게 됨을 알 수 있다. 생각건대 통일 이후 우리나라는 인구규모의 면에서 통일독일과 비슷한 위치를 가지게 된다. 이를 독일의 통일상황에 비추어 보면, 형식적으로 독일의 연방헌법재판소의 조직과 동등한 규모의 헌법재판소의 조직을 구성할 필요가 있다.

이를 테면 독일의 연방헌법재판소가 재판관 8명으로 구성된 2개의 독립된 부(Senat)로 구성되어 도합 재판관 16인의 조직을 가지고 있다는 점을 고려할 때, 우리 헌법재판소도 재판관 정수를 2배로 확대하고 단일전원재판부를 벗어나 서로 다른 관할을 가지는 두 개의 부를 설치하는 것을 염두에 둘 수 있다.⁴¹⁰⁾ 이는 통일한국의 인구규모에 비추어 적절성을 적극적으로 판단할 여지가 있다고 본다. 물론 헌법재판관의 정

410) 김승대, “헌법재판과 남북한 통일”, 앞의 논문, 259면.

수를 확대하거나 변경하기 위하여서는 헌법 개정의 방법을 통해서만 가능하다는 점에서 통일 이후 충분한 토론과 논의를 거쳐서 국민적 공감대를 형성하는 가운데 추진되어야 할 것이다. 이는 통일국가의 수립과 관련하여 통일헌법의 제정문제와 연계되어 있다. 이를 감안하여 헌법재판소의 기능과 역할의 강화의 필요성을 적극적으로 논의하여 나아가야 할 것이다.

II. 헌법재판관의 자격과 임명

1. 헌법재판관의 자격 범위 확대

생각건대 우리의 통일은 남북한의 인구와 지역의 통합이라는 점에서 헌법재판소도 그 관할의 확장을 예정하게 된다. 이로부터 많은 헌법적 재판을 통한 판단의 여지가 많이 발생하게 될 것이다. 그렇다고 하여 급작스레 재판관의 수를 증가시키거나 조직을 확대하는 등의 조직변화를 완성하고 통일과 관련한 헌법문제에 대한 결정에 임할 수는 없을 것이다. 이러한 분석은 현행 헌법재판소 제도인 재판관 9인의 단일재판부에 의하여 제기되는 시급하게 제기되는 통일과정과 이후의 발생하는 헌법재판을 모두 완성해 내어야 한다는 것을 의미하게 된다. 이와 관련하여 헌법재판관 외에 헌법연구관 등 연구인력의 확충을 통해 통일관련 헌법재판 사건들에 대한 집중적 연구역량을 강화하는 가능성을 생각할 수 있다. 그러나 이는 비상적, 임시적인 연구인력의 보강계획에 불과할 것이다. 이는 결국 재판보조인력의 보강에 불과한 것이며, 헌법재판소는 통일의 결정적 시기에 기존의 재판부의 규모로서 대처하여 나갈 수밖에 없다는 사정에는 본질적 차이가 없다고 할 것이다.

우리의 현행 헌법은 제111조 제2항은 헌법재판관의 자격으로 법관의 자격을 가질 것을 요구하고 있다. 이에 따라 헌법재판관은 실무법조인으로 충원되고 있다. 현행 헌법재판소제도의 제일 큰 문제의 하나는 헌법재판관으로 임명된 법조인이 헌법재판에 대해 전문성을 가지지 못한 상태에서 임명된다는 것이다. 그런 점에서 이 조항은 다음의 측면에서

문제의 소지가 있을 수 있다. 특히 통일문제와 관련하여서는 다양한 분야에서의 판단이 필요하다는 점을 고려할 때, 다양한 관점에서 통일관련 헌법문제를 다루는 데에 있어 제한적인 헌법재판관의 자격은 확대될 필요가 있다.

먼저 헌법재판이 가지는 민사·형사재판이나 행정재판과 다른 특성이 고려되지 않았고, 법조실무가와 법학계가 이원화되어 있는 우리나라의 현실을 고려하지 않았다는 점에서 제한성이 있다. 헌법재판은 헌법이 가지는 정치성, 개방성, 미완성성 등과 관련하여 민사 및 형사재판 등과 같은 전통적 사법작용과는 다른 특성을 가지고 있다. 그런 점에서 헌법재판이 사법작용이나, 입법작용이나, 제4의 국가작용이나 하는 논쟁도 있고, 그것이 법의 영역에 있는지, 아니면 정치의 영역에 있는지를 둘러싸고도 논란이 되고 있다. 이러한 헌법재판의 특성에 비추어 민사 및 형사재판만을 주로 전담해 온 법조실무가만으로는 헌법재판을 담당하게 하는 것은 헌법재판에 제약성을 가져올 수 있다.

또한 법조실무가와 법학교수가 이원화되어 있는 우리나라의 특유한 현실에서는 정작 헌법에 전문적 지식을 가진 학자들은 헌법재판에서 배제되는 문제를 낳고 있다. 즉, 주로 민사·형사재판이나 행정재판에 관여해 온 판사와 검사, 변호사출신의 재판관은 헌법이나 헌법재판에 대해 전문적 지식이나 충분한 경험을 가질 기회를 가지지 못하는 것이 일반적이다. 이 점은 독일의 경우에도 법관의 자격을 요하나 대학교수가 거의 대부분 법관자격을 가지고 있는 것이 우리와 다르며 그래서 독일 연방헌법재판소재판관에는 상당수의 교수출신이 임명⁴¹¹⁾되는 것과도 비교된다.

독일의 경우 법관의 자격을 요하나 오스트리아나 이탈리아, 스페인 등은 법학교수 등도 재판관이 될 수 있게 하고 있다. 일부국가의 경우 법률가에 한정하지 않는 나라도 있다. 헌법재판관자격을 법률가에 한정할 것인가도 논쟁거리이지만 헌법재판에 대해 상대적으로 전문성을 가진 법학교수의 참가의 필요성을 적극 검토할 필요가 있다.

411) 현재 16인중 11인이 교수출신 또는 명예교수가 헌법재판관으로 임명되어 있다.

2. 헌법재판관의 임명방식 개선

현행헌법상 헌법재판소는 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대통령이 임명토록 하고 있다(제111조 제2항). 재판관 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 대통령이 임명토록 하고 있다. (제111조 제3항). 이러한 임명방식은 몇 가지 측면에서 문제의 소지를 안고 있다.

먼저 재판관중 국회에서 선출되는 3인을 제외하고는 대법관의 경우와 달리 그 임명에 국회의 동의절차가 없고 대통령이나 대법원장의 지명에 의해 사실상 아무런 견제 없이 임명되는 문제가 있다. 헌법재판소 재판관이 대법관보다는 정치성이 더 강하다고 할 수 있음에도 대법관 임명절차에는 국회의 동의를 얻도록 하면서 헌법재판관 임명에는 국회의 동의절차를 거치지 않도록 한 것은 그 배경을 이해하기 어렵고 그 임명에 있어 민주적 정당성에도 문제가 제기될 수 있다. 뿐만 아니라 독임기관인 대법원장이 3인의 재판관을 지명토록 한 것은 그 임명의 민주성에도 문제가 있을 뿐 아니라 헌법재판소가 사법부와 별도의 조직으로 되어 있는 현행헌법의 체계에서는 대법원과 헌법재판소의 위상다툼에 이용되거나 법관인사의 맥락에서 이루어지게 될 위험성은 작지 않아 보인다.

헌법재판관선출에는 의회선출형과 의회와 정부에 의한 선출형, 의회와 정부, 법원에 의한 선출형, 기타형이 있다. 독일의 경우 16인의 재판관중 각 8인씩 연방하원과 연방참사원에서 선출한다. 이에 비해 오스트리아의 경우 행정부와 연방상원, 연방하원이 각각 일정수의 재판관과 예비재판관을 제청하고 이에 따라 대통령이 임명한다. 이태리와 스페인의 경우 의회와 정부, 사법부가 참여하는데 사법부가 참여하는 경우에도 우리나라처럼 대법원장에 의한 지명이 아니라 회의체에서 선출하도록 하고 있다.

헌법재판소의 헌법재판관 임명에 있어 모두 국회의 동의를 얻도록 하는 것이 타당하다고 여겨진다. 사법부에 의한 재판관임명에의 관여가 필요하다면, 대법원장의 지명에 의해서가 아니라 사법부내에서의 민주

적 절차에 의한 선출 또는 추천방법을 통하여 이루어지는 것이 바람직하다.

아울러 헌법재판관의 수도 늘리는 방안을 검토할 수 있다. 이는 통일 과정 및 이후의 상황에서 나타나는 법적 분쟁이 급속하고도 많이 발생할 것을 예상할 때, 헌법재판의 수요에 대처하는 방안이 될 것이다. 앞서 살펴본 9명의 헌법재판관으로는 통일의 헌법적 쟁점에 대한 효과적인 운영이 어려울 것이라는 점을 판단하여 헌법재판관의 수를 늘리는 방안도 고려할 필요가 있다.

Ⅲ. 헌법재판관의 임기 연장과 단임제문제

현행 헌법상 헌법재판관의 임기는 6년으로 하되 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다. 재판관의 임기는 다른 외국의 입법례에 비하면 짧은 편이고 연임을 허용하는 것도 이례적이다. 이탈리아의 경우 재판관의 임기는 9년, 단임제이며, 독일의 경우 재판관의 임기는 12년, 연임을 허용되지 않는다. 스페인의 경우도 임기는 9년이며 연임되지 않고, 프랑스의 경우도 임기는 9년이며 단임제이나 재임한 기간이 3년 미만인 경우 다시 재판관으로 임명될 수 있다. 오스트리아의 경우 임기를 두지 않고 정년제를 두고 있으며 미연방대법관은 종신직이다.

재판관의 연임에 대해서는 연임을 의식하여 재판에 영향을 미칠 우려가 있고 재판의 내용을 이유로 인사권자가 연임 여부를 결정하게 되어 재판관의 독립성보장측면에서 문제가 있다는 측면에서 부정적 의견이 많다. 헌법재판의 안정적 운영과 전문성제고를 위하여 임기를 보다 장기로 하자는 의견도 있다. 연임을 인정하지 않는 대신 임기를 늘리는 방안을 고려할 수 있다.

현행헌법이나 헌법재판소법상 헌법재판소장의 임기와 중임허용 여부에 관한 명시적 규정이 없다. 그리하여 헌법재판소장은 재판관 중에서 임명하므로 기존의 재판관 중에서 소장을 임명하는 경우 그 임기가 재판관의 잔여임기가 되는지 아니면 새로 6년이 시작되는지 여부가 문제될 수 있다. 또한 헌법재판소장이 임기중간에 사망, 또는 사퇴 등으로

결워된 경우 새로 임명된 소장의 임기는 전임소장의 잔여임기이지, 아니면 새로 임명된 소장의 재판관으로서 남은 임기인지, 아니면 새로 6년이 시작되는지 등도 문제될 수 있다.

그리고 대법원장의 경우 중임할 수 없음을 헌법이 명문으로 규정하고 있으나, 헌법재판소장에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 외국의 입법례를 보면, 헌법재판소장의 임기를 단기로 하는 경우 연임을 허용하는 예가 많다. 예컨대 이태리의 경우 임기가 3년이며 연임이 가능하되 그의 재판관 임기를 초과할 수 없도록 하고 있고, 스페인과 헝가리의 경우도 임기가 3년이며 연임이 가능하다. 독일의 경우 소장의 임기에 대한 규정이 없으나 재판관으로 재임하는 동안 소장직을 가지는 것으로 보는 것이 통설이며 당연히 연임은 허용되지 않는다. 독일처럼 소장임기는 재판관 재임기간으로 하고 연임은 허용되지 않는 것으로 하는 것이 헌법재판소의 독립성을 보장하기 위한 방안으로 그 타당성을 검토할 수 있다.

IV. 헌법재판소의 헌법상 지위 제고

우리 학계에서는 통일한국의 통일헌법에 대한 여러 가지 구상들⁴¹²⁾이 있어서 통일을 대비하는 적극적인 모습을 보여주고 있었다. 하지만 대부분의 구상들은 현행 헌법재판소제도를 다소 수정하여 유지하자는 주장들이다. 특히 통일한국의 헌법재판 모델을 헌법재판소 제도로 채택해야 한다는 주장이 많다. 즉, “사법제도와 관련하여 헌법재판소의 설치 필요하다. 국가기구의 방만함을 이유로 헌법재판소의 설치를 부정하는 견해도 있으나 위헌법률심사와 헌법에 관한 소송사건을 심판하기 위하여 헌법재판소를 설치하여 헌법재판기관으로서 국민의 기본권보장, 헌법보호와 권력통제, 자유 및 정치적 평화보장 등의 기능을 담당하도록

412) 김철수, “한국통일과 통일헌법제정문제”, 「헌법논총」, 제3집, 헌법재판소, 1992; 박정원, “통일헌법에 관한 골격구상”, 「공법연구」, 제27집 제1호, 한국공법학회, 1998.12.; 국순옥, “통일국가의 헌법과 기본적 인권의 체계”, 「공법연구」, 제21집, 한국공법학회, 1993; 변해철, “남북한 통합과 통치구조문제”, 「공법연구」, 제21집, 한국공법학회, 1993; 장명봉, 「분단국가의 통일헌법연구」, 국민대 출판부, 1998; 최용기, “통일헌법상의 권력구조에 관한 연구”, (92)북한·통일연구논문집, 1992); 김형성, “한반도통일의 헌법적 과제”, 「헌법학연구」, 제4집 2호, 한국헌법학회, 1998. 10 등을 참조.

하여야 한다.”⁴¹³⁾는 논의가 대부분을 차지하고 있다.⁴¹⁴⁾

결국 이러한 논의들은 통일한국의 헌법재판제도는 현행 헌법재판소제도를 기본적으로 유지하면서 아래와 같은 단점들을 해소하자는 데에 초점을 맞추고 있다고 할 수 있다. 이러한 논의를 간추리면 다음과 같다.

첫째, 통일 후의 정치적인 고려 때문에 결정이 지연되는 것은 시정되어야 한다고 한다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 3인의 재판관으로 구성되는 ‘지정재판부’ 외에 아예 4인 또는 5인의 재판관으로 구성되는 ‘헌법소원심판 전담부’⁴¹⁵⁾를 설치하자는 것이다. 통일문제가 바로 정치문제를 중심으로 제기된다는 점을 고려한 것이다.

둘째, 통일 후의 정치적인 안정을 위해 변형결정이 남용되는 것을 방지할 필요가 있다는 것이다. 이는 전면 위헌결정에 따른 혼란을 막기 위한 대책의 하나라고 이해할 수 있다. 다시 말해 통일관련 사안들이 비교적 정치적 대립적 상황에서 비롯하고 그 쟁점 또한 고도의 정치적 판단을 필요로 하기 때문에 이로부터 발생하는 정치적 충돌을 막고, 통일국가의 정치적 안정을 도모하기 위하여 통일관련 헌법재판의 중요성을 분석함으로써 가능하다고 할 것이다.

셋째, 헌법재판소 재판관의 자격요건을 통일 후 법학교수에게도 개방하여야 한다는 논의이다. 이 논의의 근거는 전 세계에서 거의 유일하게 헌법재판소 재판관 자격요건에서 법학교수를 제외하고 있는 나라는 우리나라 밖에 없다는 사실에 기인한다.⁴¹⁶⁾ 이와 함께 전술하였듯이 통일관련 문제에 대해서는 다양하고도 전문적인 헌법적 지식과 경험이 필요하다는 점에서 법학교수의 역할이 헌법재판에도 기여하는 것이 바람직하다는 견해에서 그 타당성을 말할 수 있다.

넷째, 통일 후 대법원과 헌법재판소가 위헌심사에서 충돌하는 경우가 발생할 때에는 일정 숫자의 대법관과 헌법재판소 재판관으로 구성되는 ‘합동법원’을 신설하여 운영하는 방안이 논의될 수 있다.⁴¹⁷⁾ 아니면 오스

413) 박정원, 위의 논문, 330면.

414) 독일이 통일조약에 의해 서독의 연방헌법재판소제도를 그대로 유지하게 되었다는 사실에 근거하여 동일한 논의를 펴고 있다. 김효진, 앞의 논문, 266~271면.

415) 이상규, “헌법재판 10년의 공과와 개선방향”, 헌법재판의 회고와 전망, 1998, 116면 참조

416) 조병륜, “헌법재판 10년의 공과와 개선방향”, 헌법재판의 회고와 전망, 1998, 148면.

417) 박홍우, “대법원과 헌법재판소의 권한배분”, 헌법재판의 회고와 전망, 1998, 279면 참

트리아와 같이 헌법재판소를 일반법원과 완벽하게 구분하여 법률이나 명령, 규칙의 위헌여부 뿐만 아니라 행정처분의 위헌여부까지도 헌법재판소에 전담시키는 방안을 제기하고 있다.⁴¹⁸⁾ 이 논의는 현재 헌법재판소와 법원의 헌법재판에 대한 이원적 기능을 가지고 있는 현행제도의 개선방안의 제시차원에서 제기되고 있다.

이러한 논의에 비추어 현행 헌법재판소제도가 위헌심사의 이원적 구조로 인하여 가져온 헌법재판소와 대법원의 일부나마 갈등국면의 해소 방안은 헌법재판의 기능과 역할의 강화로 논의될 수 있다. 아울러 이미 언급하였듯이 법제적으로도 재판소원을 배제하고 있는 현실을 고려한다면, 기존 헌법재판소제도의 수정보다는 헌법재판소의 단일적 구성과 운영을 위한 방안으로 개선하는 것이 바람직하다. 이는 소극적인 헌법재판소 제도의 수정에서 더 나아가 통일 후 일원화된 사법심사제도를 강화하여 나아가는 것이 보다 효과적인 제도개선이 될 것이다.⁴¹⁹⁾

V. 헌법재판소의 기능과 역할 강화

1. 사법부 관련 헌법적 불비사항의 조정

앞서 논의된 통일관련 헌법재판소의 기능과 역할을 제고 또는 강화 방안은 기본적으로 현행 헌법상의 헌법재판소 제도의 개선을 전제로 한다. 이를 감안하여 헌법재판소의 기능과 역할을 강화하는 방법으로 제시할 수 있는 사안을 살펴본다. 현행헌법은 사법부와 관련한 규정을 제5장 법원과 제6장 헌법재판소 편에 두고 있다. 우리 헌법은 사법부를 대법원을 정점으로 하고 있는 일반법원과 헌법재판소의 두 축으로 나누

조.

418) 김문현 교수는 “...이것이 어렵다면 양 기관을 분리하되 헌법 제107조 제2항을 삭제하여 헌법재판소로 헌법재판기능을 집중시키고 헌법재판소의 위헌법률심판권과 그 결정이 가지는 기속력 확보, 그리고 헌법의 통일성보장을 위해 법원의 재판이 헌법재판소의 기속력 있는 결정에 위배하여 재판함으로써 국민의 기본권을 침해하는 경우 예외적으로 재판소원을 인정하는 방안도 고려할 필요가 있지 않을까 생각한다.”고 전망하고 있다. 김문현, 위의 논문, 70면 참조.

419) 김형성, “통일한국의 헌법재판제도에 대한 전망”, 「헌법학연구」, 제14권 제2호, 한국헌법학회, 2008, 521~522면.

고 있다. 여기서 문제를 야기하고 있는 것은 일반법원의 최고법원인 대법원의 대법원장에게 행정적이고 정치적인 권한을 편중되어 대법원장이 제왕적 지위를 차지함으로써 나타나고 있다는 점이다.⁴²⁰⁾ 이미 헌법은 대법원장에게 전국 법관의 인사권과 보직권을 독점하도록 하여 제왕의 지위를 부여하고 있는 동시에 헌법재판소 재판관 3명, 중앙선거관리위원회 위원 3명에 대한 지명권을 부여함으로써 필요이상의 권한을 부여하고 있다. 이는 헌법상 삼권분립의 정신과 원리를 넘어서는 일이라는 비판이 있다.⁴²¹⁾

이러한 대법원장의 사법에 대한 막강한 권한으로 말미암아 전국 법원을 철저한 위계질서 아래 놓여 있는 실정이며, 이로부터 법관인사의 불공정성, 재판의 관여 등 적지 않은 부작용 현상이 나오는 문제를 안고 있다. 이와 함께 헌법재판소 재판관의 임명에 있어서는 국회에서 선출하는 3인 이외의 6인에 대해서는 국회의 동의없이 헌법재판관에 임명될 수 있게 한 것도 헌법적 불비사항의 하나로 문제점이 지적된다. 더욱이 살펴보았듯이 헌법재판소의 권한에 있어서도 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있고, 탄핵심판을 헌법재판소의 결정 하나로 종료하게 하여 탄핵기각결정이 내려졌을 경우 탄핵소추권을 남용한 국회를 제재할 수 있는 방법이 봉쇄되어 있다는 사실도 문제점으로 제기되고 있다.

무엇보다 새로운 헌법질서 하의 사법부의 진일보한 모습을 찾는 데에는 이러한 우리 헌법상 현실적인 불비점을 보완하여 일반적으로 지적되는 이른바 ‘사법 관료화’, ‘국민위에 군림하는 사법’, ‘권력의 시녀로서의 사법부’ 등에 대한 부정적인 비판을 벗어나는 것이 우선되어야 한다. 그리고 국민의 인권보장의 최후보루로서의 사법부를 이루어내기 위해서는 진정한 국민의 사법부로 거듭하는 계기를 만들어 나아가는 데에 중점을 두어야 한다. 이는 헌법재판소의 권위와 위상을 제고하는 것과 직접 연관되어 있다. 이러한 헌법재판 제도의 개선문제는 남북한의 통일과정에

420) 임지봉, 「사법적극주의와 사법권 독립」, 서울: 철학과 현실사, 2004, 288~323면. 임지봉교수는 이를 두고 이른바 ‘제왕적 대법원장’이라고 하고 있다. 임지봉, “사법부와 관련된 개혁쟁점 검토”, 「국민과 함께 하는 개혁이야기」, 제2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 591면.

421) 위의 논문, 같은 면.

서의 헌법재판의 기능과 역할문제를 제기하면서 그 발전방안을 현실화시킬 수 있다. 결국 시기적으로 우리의 통일상황의 전개과정 및 그 헌법적 쟁점의 해결을 위한 헌법재판의 강화필요성에 대한 논의는 현재의 헌법재판제도의 불비점과 모순적 상황을 타개하는 과정을 통해 이루어질 수 있다.

2. 대법원과 헌법재판소 통합방안의 부당성 검토

현행 헌법재판제도의 문제점을 근본적으로 해결하는 방안으로는 헌법재판권을 포함한 모든 사법권의 종국적 행사기관을 일원화하는 방안이 제기된다. 이는 대법원과 헌법재판소를 통합하는 방안으로 상정되었고, 이를 통해 새로운 사법기관을 신설하는 경우 헌법재판권을 관장하는 헌법재판부는 헌법재판권 이외의 나머지 재판권을 관장하는 일반재판부와 분리하여 별도로 설치할 수 있다는 방식이다. 또는 상고제도의 개혁을 전제로 한 헌법재판권을 포함한 모든 재판권을 하나의 전원합의부에서 관장하도록 하는 방안을 채택할 수 있을 것이라는 것이다.⁴²²⁾ 이러한 논의는 사법기관 사이의 불필요한 갈등을 방지하고 사법예산을 절약하는 동시에 전문성을 제고하는 취지로서 이상적일 수 있다.

그러나 이는 본질적으로 헌법재판의 의미와 가치를 이해하지 못한 논리를 근거로 하고 있다. 현실적으로 헌법재판의 양과 질에 비추어 보면, 대법원의 사건부담 현황에서 보듯이 헌법재판 까지 대법원이 담당하기에는 불가능하다. 대법원이 권리구제법원에서 이른바 ‘정책법원’으로 전화한다고 하더라도 헌법적 전문성과 고도의 정치성이 요구되는 현재의 헌법재판소의 권한을 수행하는 데에는 현실과 부합하지 않은 면이 많다. 현행 헌법재판소의 신설은 대법원이 정치적 소송돌이에 휩싸이는 것이 부적절하다는 취지에서 헌법재판권을 받지 않겠다고 하여 독립된 헌법재판소 설립을 지지한 배경에는 시대적 상황에 따른 것이기 보다는 보다 구조적인 내용에 있음을 인식하여야 한다.

일반적으로 대륙법계 법체제에서는 의회와의 관계에서 상대적으로 위

422) 이에 대해서는 김소영, “새로운 헌법하에서의 헌법재판”, 「국민과 함께 하는 개헌 이야기」, 제2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 621~622면.

상이 약한 일반법원이 민사재판 및 형사재판이 아닌 ‘정치적’ 사법심사를 하는 것이 구조적으로 부적절하고, 선례구속의 원칙이 적용되지 않는 법제에서 일반 법원에 헌법재판권을 주는 경우 법원들 간에 특정 법률조항에 대한 위헌여부에 대한 판단이 달라짐으로 해서 발생하는 법적 혼란을 방지하기 위하여 단일한 헌법재판기관을 구성하고 있다.⁴²³⁾ 이러한 구조적 사법체계에 따라 유럽식 대륙법계 국가에서는 일반법원과 독립된 헌법재판소를 두고 있는 것이다.

이와 함께 현실적으로 우리의 헌법재판소가 현행헌법에 의해 설치된 후 괄목할 만한 성과를 이루고 사법선진국의 성공사례로 제시될 수 있는 공헌을 이루고 있다는 점도 고려하여 헌법재판 제도의 발전을 구가하여야 한다. 헌법재판소가 헌법적 쟁점에 대하여 포괄적 관할권을 보유하여 보다 선진적인 헌법재판제도의 발전을 이루어 국민의 신뢰를 받아야 한다. 이를 위해서는 통일문제와 관련하여 헌법재판소의 기능과 역할이 크게 기대되며, 아울러 통일 과정 및 이후의 헌법재판 활동을 통해 헌법재판소의 위상을 높이는 계기를 마련할 수 있다.

423) 이명웅, “헌법재판소와 관련된 개헌쟁점”, 「국민과 함께 하는 개헌 이야기」, 제2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 643~644면.

제 6 장 통일관련 헌법 재판과 쟁점 검토

통일 상황에서 발생할 수 있는 헌법적 쟁점을 확정하여 논의하기는 어렵다. 그렇지만 통일 상황을 단계적으로 실현하는 과정을 고려하여 보면, 단계별로 발생할 것이 예상되는 쟁점들을 도출할 수 있다. 예컨대 남북한이 통일국가를 수립하는 법제도적 절차와 내용을 합의하고 이를 문서화하는 이른바 ‘통일합의서’의 채택과 관련한 합헌성 판단이 제기될 수 있다. 아울러 통일국가의 정치질서의 재편으로 북한의 통일국가 정치체제로의 진입을 위한 민주적인 절차를 생각할 수 있다. 이러한 사안들을 헌법적 쟁점화를 예상하여 그 헌법재판으로의 판단가능성을 검토할 수 있다.

제 1 절 통일 관련 헌법재판의 고려사항

I. 통일문제에 대한 일반적 심사기준의 설정 필요성

통일 과정 및 이후 발생하는 헌법적 쟁점에 관하여 합헌 혹은 위헌 여부를 결정짓는 기준은 당연히 우리의 현행 헌법이 된다. 통일문제를 실제로 다룰 당시의 우리나라의 실정법으로서 효력을 가진 헌법은 헌법재판의 판단근거가 되어야 한다. 즉, 통일 상황과 관련한 헌법재판은 우리의 헌법에 의거하여 합헌성 심사가 이루어져야 한다. 그러나 통일은 남한과 북한의 합의에 의한 호혜적 체제 통합에 의하여 이루어지므로 통합되는 남북한 중 어느 한쪽의 헌법만을 일방적으로 적용한다는 인식을 주게 되면 논리적 법적 정당성은 유지 또는 확보될 수 있다. 그러나 이 과정으로부터 소외된 많은 정치집단은 불만을 갖게 되고 이로부터 불만을 사서 안정성을 해치게 되면, 오히려 통일의 정치적 정당성을 그만큼 약화시킬 수 있다. 그렇게 되면 헌법재판은 통일 과정에서 발생하게 되는 중요한 분쟁들을 종식시키는 분쟁해결기능을 상실하고 오히려 새로운 정치적 투쟁과 갈등을 촉발시키는 요인으로 작용할 위험이 있

다.

이러한 점에서 자칫 통일상황에서 이루어지는 헌법재판은 통일을 촉진하고 완결시키는 긍정적 역할을 수행하는 것이 아니라 오히려 통일과정에 새로운 장애요인을 조성할 빌미를 제공하게 될 수도 있음을 감안하여야 한다. 그러므로 통일문제에 관한 헌법재판은 다른 정치적 사안에서의 헌법재판과는 달리, 기존의 실정헌법을 적용한다고 하더라도 이를 보편성을 갖출 수 있는 원칙을 제시할 필요가 있다.⁴²⁴⁾ 물론 실정헌법의 규범을 무시한 자연법적 헌법원칙에 의한 재판을 할 수는 없다. 그러나 기존의 우리 헌법의 규범적 영역에서 벗어나 있던 북한을 대상으로 이 헌법재판의 결과가 적용된다는 점에서 그들을 납득시켜야 신뢰를 확보할 수 있다. 이를 위해 통일 관련 헌법재판의 특성을 감안하여 우리의 헌법규범을 일방적으로 강요한다는 인식을 북한주민이 갖지 않도록 하는 배려차원에서도 일반적 심사기준을 제시할 필요가 있다.

II. 통일과정의 자유민주적 기본질서

법치주의 내지 법치국가를 제외한 상황에서 통일문제를 통할하는 보편적 헌법원칙을 발견하여야 한다면 그 대안은 ‘자유민주적 기본질서’가 되어야 할 것이다. 헌법적 국가질서의 한 형태를 의미하는 이 개념이 특히 북한주민들에게 다소 생소하다면 이는 보다 쉽게 ‘자유민주주의’라고도 말할 수 있다.

우리 헌법은 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있다. 이에 따라 모든 통일과정의 판단기준이 ‘자유민주적 기본질서’가 되어야 함은 이미 우리 헌법의 규정상 명확히 제시되어 있는 것이다. 헌법원칙으로서의 의미를 강조하기 위하여 이를 줄여서 자유민주주의 혹은 더 줄여서 민주주의라고도 칭할 수도 있지만 어떤 명칭을 사용

424) 오늘날 헌법심사원칙은 각국의 실정 헌법의 내용과 관계없이 보편화하는 경향이 있다. 법을 통한 민주주의 유럽위원회(베니스위원회)에 의한 각국 헌법적 상황에 대한 검토 작업이 성공적으로 진행되는 것은 이러한 보편화 경향의 보여주는 것이라고 평가할 수 있다. 베니스위원회의 보편적 헌법원칙에 의한 제 국가의 헌법적 쟁점 판단과 연구에 대하여서는 http://www.venice.coe.int/site/main/Documents_F.asp 참조

하든지 상관없이 그것이 포함하는 내용은 같은 것으로 보아야 한다. 이는 통일과정의 분쟁 해결의 기본원칙으로서의 이러한 자유민주적 기본질서 개념의 중요성은 더욱 강조된다.

우리 헌법상의 자유민주적 기본질서의 의미는 이론상 혹은 판례상으로 이미 잘 정립되어 있다. 헌법재판소는 국가보안법 조항들의 위헌 여부와 관련한 판례에서 자유민주적 기본질서를 ‘모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 …… 일인독재 및 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치국가적 통치질서’라고 표현한 바가 있다. 또한 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등을 의미한다고 하였다.⁴²⁵⁾ 이러한 개념 정의는 사실 한국 헌법 이론의 토양에서 자생적으로 발전한 것은 아니며 독일 헌법재판소의 판례이론을 그대로 수용한 것이기도 하다. 어쨌든 그 개념에는 정치형태로서의 민주주의와 법치주의의 최소성립 요소들이 모두 포함되어 있는 점에서 보편적 타당성을 가지며 남북한 통일과 같은 이질적 정치체제를 통합하는 기본원칙으로 삼기에도 적합한 내용을 모두 포괄하고 있다.

따라서 통일 관련 헌법적 분쟁에 대한 판단에 있어서는 남북한을 통할한 전체 한반도 지역에서 자유민주적 기본질서를 새로이 정립한다는 기본정신에 입각하여 헌법심사가 이루어져야 하며, 보다 세부적으로는 국민 주권의 원칙, 기본적 인권과 자유의 존중에 관련된 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙, 죄형법정주의의 원칙, 법치주의에서 유래하는 신뢰보호의 원칙 등이 중요한 심사기준으로 실제적 유용성을 가지고 많이 활용되어질 것이라고 본다. 이러한 심사를 함에 있어서 적용될 구체적 심사방법론은 이미 우리 헌법재판소가 발전시켜 온 바가 있으므로 종래의 판례이론을 적용하면 될 것이며 남북한 통일을 계기로 하여 통일문제에만 독특하게 적용되어야 할 새로운 헌법이론이나 헌법원칙을 찾을 필요는 없다.

425) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 제2권, 49, 64.

Ⅲ. 법치국가 원칙의 적용

통일과정 전체를 지배할 보편적 헌법원칙으로서 가장 먼저 고려될 수 있는 것이 법치국가의 원칙(Rechtsstaatsprinzip) 내지 법의 지배의 원칙(rule of law)일 것이다. 독일 통일의 과정에서 법치국가 원칙은 모든 통일 관련 헌법적 쟁점들을 판단하는 기본원칙으로 기능하였던 점을 본받아 우리 통일의 경우에도 법치국가 원칙이 동일한 기능을 하도록 할 수 있으며, 이는 통일과정에서의 합리성을 중시하고 소수자인 북한주민의 이익이 부당하게 침해되는 일이 없어야 한다는 메시지를 주는 장점이 있다고 생각된다. 독일의 경우 서독은 이전 나찌의 불법체제에 대한 반성으로, 동독은 동독공산당의 경찰국가 체제에 대한 염증과 반발로 이와 같은 독일 영토 전반에 걸친 법치국가의 건설이라는 공통된 과제가 통일의 주요한 기준이 되어야 함에 이견이 없었고 양측 주민들도 이러한 법치국가의 건설의 의미와 필요성에 대하여 거부감이 존재하지 아니하였다. 그리하여 1989과 1990년의 짧은 기간에 동구권 전반에 걸쳐서 사회주의 체제가 붕괴되는 정치적 변동 상황이 조성되자 동서독 양측의 국민은 그 의미를 충분히 이해하고 특히 동독주민들이 법치국가 원칙에 의하여 통일과정에서 발생하는 모든 헌법적 분쟁을 해결하기를 원하였다.

그러나 법치국가의 이해 면에서 우리나라의 헌법현실은 독일과 같지 않다. 물론 서구법학에 의하여 개발되고 세계적으로 보편화되어 있는 법치국가 원칙의 개념은 우리 헌법학에도 충실히 반영되어 있다. 또한 법치국가의 의미가 우리나라의 헌법재판의 판례상 특별히 불명확하게 이해되고 있다고 볼 수도 없다. 하지만 실제 사회에서는 법치국가, 특히 법치주의의 의미는 헌법 강학상의 그것과 전혀 다른 의미로 흔히 사용되고 있다. 해방 이후 60여년간 근대헌법이 운용되었음에도 불구하고, 국가의 공권력이 국민의 대표기관인 의회가 만든 법률에 반하여서는 안되며 국민이 기본권을 제한함에 있어서는 반드시 법률에 근거를 두어야 한다는 법치주의의 헌법적 의미는 아직도 국민들에게 생소한 측면이 존

재한다. 일면 법치주의에 대한 의미를 일부 국민들은 “국민이 국가에서 만든 법률을 준수하여야 하고 이를 위반한 국민은 예외없이 법률에 의하여 처벌하여야 한다.”는 취지로 그릇되게 이해하고 있기도 하다.

따라서 독일과 같이 통일에 즈음하여 법치주의 원칙에 의한 통일을 강조하면서 통일과정의 헌법적합성 여부를 따져나갈 경우 민주주의에 대한 교육과 경험이 일천한 북한주민들 뿐만 아니라 남한주민까지 그 의미와 정신을 오해할 것이 우려된다. 특히 북한주민들은 우리의 헌법 재판소가 강조하는 법치국가 내지 법치주의의 원칙이 ‘남측 법률을 북측에 강요하겠다고 하는 노선’을 말하는 것으로 받아들여질 수 있으며, 이와 같이 왜곡된 법치국가의 개념은 우리 통일 과정에 화합과 안정의 요인으로서가 아니라 분열과 혼란의 요인으로 작용하게 될 것이다.

또한 통일은 여러 측면에서 접근될 수 있다. 즉, 국가질서의 재편이라는 면에서는 법적인 것이지만, 이질적 사회의 융합이라는 면에서는 정치적, 사회적 현상이며 국민의 통일감정에 의하여 그 정당성이 좌우되는 감성적, 심리적 현상이기도 하다. 이러한 상황에서 발생한 분쟁에서 헌법학에 입각한 법전문가로서의 견해를 단지 평면적으로 순수한 의도에서 내세우는 것은 예상하지 못한 사회적 역반응을 초래할 수 있다. 특히 통일과정을 주도할 정치가·외교관 등 정부관리·군사전략가 등 다수의 통일전문가 집단은 통일에 있어서 법치주의의 강조가 법률가 집단이 자신들의 고유영역을 무단히 침범하려는 오만한 기도로 받아들여서 이에 저항할 수 있는 상황도 예상할 수 있다. 이들은 법치국가를 ‘법률가가 다스리는 국가’에 다름 아니라고 인식할 것이기 때문이다. 이러한 현상이 발생한다면 통일 관련 헌법재판의 실효성은 크게 떨어질 수 있음을 경계할 필요가 있다.

따라서 우리 통일과정의 헌법문제를 해결함에 있어서 지나치게 헌법학적 법치국가 원칙을 강조하는 것은 부정적 결과를 초래할 수 있다는 점을 염두에 두어야 할 것이다. 이 점은 독일의 통일 경험을 배우고 우리 통일에 이를 응용하여 적용하고자 하는 우리 법률가들이 빠질 수 있는 함정의 하나일 수 있다. 이러한 점에 유의하여 보아야 하는 이유는

우리 국민과 독일 국민들은 법치주의를 둘러싼 일반적 인식의 정도가 전혀 다른 상태에 있기 때문이다. 통일에 관한 헌법판단은 독일과는 다른 한반도의 이러한 헌법적 현실을 무시하여서는 안될 것이다. 특히 통일과정에서 판단되는 헌법재판의 논지는 그 당시의 국민의 법의식 수준에 의하여 즉각적인 반향을 불러올 것인 점을 고려할 때 일반 국민들이 보기에 현학적이기만 한 헌법이론을 전개하는 것은 그 순수한 취지가 국민과 사회에 수용되지 않고 왜곡되어 뜻하지 아니한 혼란을 가져올 수 있음을 고려하여야 한다.

통일 상황에서 발생할 수 있는 헌법적 쟁점을 확정하여 논의하기는 어렵다. 그렇지만 통일상황을 단계적으로 실현하는 과정을 고려하여 보면, 단계별로 발생할 것이 예상되는 쟁점들을 도출할 수 있다. 예컨대 남북한이 통일국가를 수립하는 법제도적 절차와 내용을 합의하고 이를 문서화하는 이른바 ‘통일합의서’의 채택과 관련한 합헌성 판단이 제기될 수 있다. 아울러 통일국가의 정치질서의 재편으로 북한의 통일국가 정치체제로의 진입을 위한 민주적인 절차를 생각할 수 있다. 이러한 사안들을 헌법적 쟁점화를 예상하여 그 헌법재판으로의 판단가능성을 검토할 수 있다.

제 2 절 통일 과정의 헌법적 쟁점사안

I. 통일비용의 합헌성

1. 통일비용의 의의와 유형

일반적으로 통일비용이란 통일 이후 남북한 간의 경제력격차를 해소하고 실질적 통합을 이룩하기 위해 필요한 비용을 말한다. 통일비용은 협의와 광의로 나눌 수 있는데, 전자는 순수정부부담분인 재정지출만을 의미하며 단기적 측면에서 지출되는 비용에 한정되는 개념이고, 후자는 두 체제가 통합되면서 중장기차원에서 북한지역의 경제 및 복지생활 수준을 남한의 적정 수준으로 끌어 올리는데 필요한 총비용을 말한다. 그러므로 통일비용을 어떻게 정의하느냐에 따라 통일비용에 상당한 차이가 발생하나 대체로 후자의 의미로 사용해도 무방하다.

통일비용은 지출되는 목적과 시기에 따라 위기관리비용, 체제전환비용, 경제투자비용 등으로 구분되고, 통일비용을 통일이 이루어짐에 따라 투입되지 않으면 안될 비용 내지 자금이라고 보는 견해도 이와 유사하다. 통일비용은 지출의 내용과 성격에 따라 인도지원, 제도통합, 경제재건의 3가지로 분류될 수 있는데 인도지원비용은 북한지역 주민에 대한 긴급구호 및 취약계층의 기초생계문제를 해결하기 위한 경제적 지원(식량 및 생필품, 의료보건 지원)에 드는 비용을, 제도통합비용은 정치, 경제, 사회, 군사 등 분야별 제도통합을 위한 비용을, 경제재건비용은 북한 경제를 재건하기 위한 비용으로 남북경제의 균형발전과 경제력격차를 해소하기 위한 투자(에너지, 교통, 통신, 농업 및 산업시설 가동을 위한 지원 및 투자)에 드는 비용을 말한다.

통일비용의 지출내역을 세분화해보면 다음과 같이 분류해볼 수 있다.

첫째, 통일과정에서 가장 긴급하게 소요되는 직접비용(군대해산으로 인한 퇴직금비용, 기업 민영화나 토지사유화추진 비용, 북한지역의 화폐교환비용, 각종 통일 및 체제전환과정 운영에 필요한 비용, 남북한 간 출입제한비용, 북한의 외채승계비용 등)이다.

둘째, 직접 기초 생활비 보조 등 사회보장비용(기초생활보장비, 의료 비용, 임금보조금 등)이다.

셋째, 정부기구 유지비용(경찰 등 공공질서 관련 행정, 교육행정, 지방 행정, 기타 일반 공공행정을 유지하기 위한 비용으로 정부서비스 제공을 위한 재정)이다.

넷째, 사회인프라구축비용(철도, 도로, 항만, 공항, 에너지, 통신, 환경정화 등 사회간접자본 부문에 소요되는 비용)으로 구분할 수 있다.

최근 연구결과에 따르면, 통일비용은 약 72조원 대에서 6,000조원 대까지 다양하게 추산되고 있다. 이와 관련 국가안보전략연구소에서는 당장 북한에 급변사태가 발생할 경우 약 30년간에 걸쳐 총 2,525조원(2조 1,400억달러)에 달할 것이라는 주장이 있다.⁴²⁶⁾

2. 통일재원 법제화방안

(1) 통일세 징수의 법제화 방안

우리 헌법은 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 하여 조세법률주의를 규정하고 있다.⁴²⁷⁾ 따라서 통일재원의 조달방안의 일환으로 통일세를 부과할 경우 조세법률주의에 충실하게 법률로써 하여야 한다.

이른바 통일세법에는 다음과 같은 내용을 담아야 할 것이다. 이를 통해 통일세에 대한 위헌적 문제를 벗어날 수 있다.

첫째, 법안의 목적에 관한 규정을 두어야 하는데, 한반도통일이 현실화되는 상황에서 “남북간의 체제통합 및 북한의 신속한 경제재건에 필요한 재원을 확보함을 목적으로 한다.”는 정도의 규정이 바람직해 보인다.

둘째, 남북한 간 체제통합 등에 필요한 재원을 확보하기 위하여 통일세의 부과대상을 명시하여야 한다. 통일세의 부과방식은 기존세목을 인상하는 방안과 별도세목을 신설하는 방안으로 대별된다. 국회에 제출된

426) 김유찬, “통일비용의 산정과 절감방안” 「바람직한 통일준비와 추진방향」, 국가안보전략연구소, 2010. 11. 22, 86~90면

427) 조세법률주의란 법률의 근거없이 국가가 부과, 징수할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구당하지 않는다는 원칙을 말한다.

법안은 후자의 방식을 따르고 있다.

셋째, 납세의무자에 관한 규정을 두어야 한다.

넷째, 과세표준을 분명하게 명시하여야 한다. 이는 조세의 종목을 법률로 정한다는 조세법률주의에 의한 당연한 요청이다. 그러나 직접세를 기준으로 할 경우 과세표준은 소득세법에 따른 소득세액, 법인세법에 따른 법인세액, 상속세 및 증여세법에 따른 상속세액 및 증여세액에 따라야 한다고 규정하고, 간접세도 포함시킬 경우 부가가치세법에 따른 부가가치세도 아울러 명기해야 할 것이다.

다섯째, 과세표준에 대하여 부과할 세율을 종목별로 각각 명시하여야 한다. 소득세액의 2%, 법인세액의 0.5%, 상속세 및 증여세액의 5%로 한다는 것이 그런 예이다.

여섯째, 납세자에 관한 조항을 규정하여야 한다. 통일세의 납세자는 소득세법 제6조, 법인세법 제9조 및 상속세 및 증여세법 제6조를 준용한다는 식의 규정을 둔다. 만일 부가세를 포함시키고자 한다면 부가가치세법 제4조를 준용한다는 규정을 두면 될 것이다.

일곱째, 그 밖에 신고와 납부에 관한 조항, 부과와 징수에 관한 방법과 절차에 관한 조항, 원천징수 및 가산세에 관한 조항, 분납과 환급에 관한 조항도 두어야 한다.

여덟째, 통일세법의 부칙에서는 이 법의 시행일과 통일세 부과개시 시기, 다른 법률의 개정 등이 명시되어야 한다.

이 밖에 통일세 부과기간을 한시적으로 정하여 명시할 것인지에 관한 논란이 있다. 여하튼 이러한 규정의 명시는 통일세 도입에 대한 헌법적 근거를 분명히하는 방식이라 할 수 있다.

(2) 통일기금 조성의 법제화 방안

1) 남북협력기금에 통일계정을 신설하는 방안

이 방안은 별도의 통일기금을 설치하지 않고 현행 남북협력기금에 통일계정을 신설하여 통일재원을 마련하는 방안이다. 이를 뒷받침하기 위해서는 남북협력기금법을 전부 또는 일부 개정하는 조치가 필요하다. 이와 관련하여 국회 외교통상통일위원회에 ‘남북협력기금법 전부개정법

를안'이 제출⁴²⁸⁾되기도 하였다. 남북협력기금법을 개정하여 통일기금을 조성하는 경우 그 핵심적인 사안을 다음에 살펴본다.

첫째, 기금을 종래의 남북협력 계정과 북한비핵화계정 이외에 통일계정을 추가하고 이를 각기 구분하여 운용토록 해야 할 것이다.

둘째, 통일계정의 용도를 구체적으로 명시하여야 한다. 이와 관련해서 북한 민간기업 사업환경 개선, 북한노동자 임금수준 보전, 북한사회간접 자본 시설확충, 북한주민의 기본생활 보장, 북한주민의 교육지원, 이주민 대책, 그 밖에 통일 후 북한사회의 안정을 위하여 필요하다고 인정하는 것으로서 대통령령으로 정하는 사업 등을 명시할 수 있다.

셋째, 통일재원의 재원마련방법에 관하여 규정하여야 한다. 통일계정의 재원은 일반회계로부터의 전입금, 기금의 운용수익금, 남북협력계정의 잉여금, 해당 회계연도의 세제잉여금으로 구성할 수 있다. 그리고 매년 예산에는 전전연도의 내국세 총액의 1%에 해당하는 금액이 위의 '일반회계로부터의 전입금'으로 계상한다는 규정을 두어야 한다.

넷째, 통일계정의 사용시점을 명시하여야 한다. 예컨대 통일계정의 기금은 “남북한이 통일을 합의한 시점부터 사용한다.”거나 혹은 “남북이 그 해당사업에 관하여 합의가 있을 때 사용한다.”는 내용으로 규정할 수 있다.

다섯째, 기금운용계획의 수립절차를 수정할 것인지의 여부를 검토하여야 한다. 기금관리주체와 기금운용계획 주체를 분리하자는 의견도 있지만 양 기금의 연계성을 고려하여 통일부장관이 남북협력기금과 통일기금의 운용계획마련과 기금관리를 담당하는 것이 합리적이다.

여섯째, 이 밖에 기금 외 목적의 사용금지 원칙을 별도로 명시할 필요가 있다. 이는 기금을 목적 외의 용도에 사용한 경우 기금을 환수할 수 있도록 하기 위한 규정이라고 할 것이다.

2) 통일기금을 별도로 설치하는 방안

이 방안은 기존의 남북협력기금에 통일계정을 신설하기 보다는 별도의 통일기금을 설치하는 방안으로 가칭 '통일기금법'의 제정이 필요하다.⁴²⁹⁾ 다음에 통일기금법에 명시될 그 주요 내용을 살펴본다.

428) 송민순, 정의화, 김충환의원이 대표 발의하였다.

첫째, 법의 목적에 관한 조항을 두어야 한다. 둘째, 통일기금의 설치에 관한 조항을 두어야 한다. 셋째, 통일기금의 재원에 관한 조항을 두어야 한다. 넷째, 통일기금의 용도에 관한 조항을 두어야 한다. 다섯째, 통일기금의 운용·관리는 통일부장관이 하도록 한다. 여섯째, 기금의 운용·관리와 관련된 심의기구로 통일기금운용위원회의 설치 및 구성, 권한에 관한 규정을 둔다. 일곱째, 통일기금의 운용계획수립의 주체를 통일부장관으로 할 것인지 기획재정부장관으로 할 것인지를 정하여야 한다. 여덟째, 통일기금의 회계기관, 통일기금의 운용상 필요할 경우 한국은행이나 그 밖의 금융기관으로부터 자금의 일시차입, 통일기금의 여유자금의 운용, 기금의 결산에 따른 이익 및 결손의 처리, 기금운용·관리와 관련된 위탁사무에 대한 통일부장관의 감독 및 명령 등을 규정할 수 있다.

이 밖에 통일기금을 지원받은 자는 정해진 목적 외에 사용할 수 없고, 목적 외의 용도로 사용하면 지원행위를 취소하고 환수한다는 규정을 두어야 한다.

3) 통일세 등 통일재원을 통합관리하는 특별회계법안⁴³⁰⁾ 마련의 경우 이 법안은 통일세 징수와 통일기금조성을 병행할 경우 통일재원의 효과적인 투입·활용을 확보하고, 방만한 사용을 방지하기 위한 제도적 장치라는 점에서 의미가 있다.

첫째, 한반도 통일, 곧 남북한 간 체제통합 및 신속한 북한경제 재건 과정에 필요한 재원을 마련하기 위하여 통일세법에 의한 통일세액 및 매 회계연도에 내국세 총액의 100분의 1에 해당하는 일반회계로부터의 전입금 등에 의하여 조성된 재원을 효율적으로 활용하기 관리하기 위하여 통일세관리 특별회계를 설치하고, 그 관리·운용에 관한 사항을 규정한다.

둘째, 통일세관리 특별회계의 세입은 전입금, 차입금, 잉여금, 전년도 이월금, 기타 수익금등을 세입재원으로 충당하고, 세출은 북한주민의 생활개선, 국회동의를 요하는 사항으로 민족공동체 회복 및 북한지역의 안정과 발전을 위하여 대통령령으로 정하는 사업 등으로 정한다.

429) 이명수의원이 통일기금법안을 대표발의하였다.

430) 김충환의원이 통일세관리특별회계법안을 대표발의하였다.

셋째, 이 회계의 세출재원이 부족할 때에는 국회의 의결을 얻은 범위 내에서 차입할 수 있는 근거를 두고, 예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산 초과지출을 충당하기 위하여 예비비로서 상당한 금액을 세출 예산에 계상할 수 있는 근거를 둔다.

4) 기타 방안

채권을 발행하는 경우와 국제기구 및 국제협력을 통한 자원조달의 경우를 생각할 수 있다.

3. 통일재원 법제화의 장애요인과 극복방안

(1) 추가적인 조세부과에 따른 문제점과 대응방안

1) 통일세 도입 등 세금인상시 조세저항 발생가능성

현재 세대로부터 다음 세대로의 소득이전이 발생하기 때문에 조세저항이 발생할 가능성이 있다. 이에 대한 해결책으로 통일세에 대한 부담만 초래하는 것이 아니라 상당한 통일편익을 가져온다는 점을 국민들에게 인식시키고, 고통분담을 감수할 수 있는 자세를 함양하는 방안이다. 이러한 점에서 통일세 신설 및 확대 추진시 사전에 충분한 국민적 공감대와 사회적 합의를 이루는 절차가 필요하다. 이와 관련하여서는 통일세 자원조달의 원칙을 분명히 밝히고 정책결정과정의 투명성을 확보하는 것이 필요하다.

2) 조세법률주의, 특히 과세요건 명확주의의 충족

통일세라는 특별목적세를 신설하는 경우 조세법률주의에 따라 별도의 법률을 제정하여야 한다. 여기서 조세법률주의는 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 그 내용으로 한다. 과세요건 법정주의란 조세는 국민의 재산권을 침해하는 것이기 때문에 납세의무자, 과세물건, 과세기간, 세율 등 과세요건과 조세의 부과, 징수절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로서 규정해야 한다는 것이다.⁴³¹⁾

과세요건 명확주의란 과세요건에 고나한 법률규정의 내용이 지나치게 추상적이거나 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적인 해석과 집행

431)헌재 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 결정

을 초래할 우려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것을 의미한다.⁴³²⁾

3) 통일세 부과방법 및 납세자 차별(평등권침해)의 문제

통일세를 어디에 부과할 것인지를 문제는 국민들의 경제적인 이해관계와 직접관계가 있기 때문에 신중한 접근이 필요하다. 통일세 설치와 관련하여 '소득행위'에 부과하는 직접세로 부과할 것인지 '소비행위'에 부과하는 간접세로 부과할 것인지는 간접세 방식을 취한 독일의 사례에 비추어 볼 때 매우 어려운 정책결정의 문제이다.

이와 관련하여 헌법재판소가 '이유있는 정당한 차별'이 평등개념과 배치되지 않는 것으로 판단하고 있어 큰 문제가 되지 않는다.

(2) 사전적 통일기금 조성에 대한 반대론 극복

사전조성 찬성론은 독일의 경우와 같이 막대한 비용이 소요될 것이기 때문에 사전에 미리 적립해놓을 필요가 있다는 견해이고, 반대론은 통일기금조성자체가 현재의 부를 통일의 시점으로 이전시키는 것을 의미하는 것이므로 분산투자의 포기에 따르는 기회비용을 발생시킨다.

그러나 회수가능시점의 불확실은 통일문제가 안고 있는 본질적인 내재적 한계이므로 투자회수시점을 분산시키면 어느 정도 해소할 수 있다는 점에서 반대론을 설득하는 노력이 필요하다.

(3) 채권발행과 해외자본도입의 문제점

국내자본시장에서의 채권발행은 부득이 이자율 상승을 초래할 것이기 때문에 성장률저하를 야기하고 조세수입의 감소를 유발한다. 또한 해외자본을 차용 또는 유치하는 방안은 국민경제의 부담을 줄이는 좋은 방안이기는 하나 이미 상당한 수준의 외채를 보유하고 있다는 점에서 한계가 있고, 상당한 수익이 보장되는 경우 외자의 직접투자방안이 비교적 가능성이 있다.

(4) 북한지역 재산 국유화 및 매각시문제점과 해결방안

북한지역 재산을 국유화하고 매각을 통해 점차 이를 사유화하는 조치

432) 헌재 1992. 12. 24. 선고 90헌바21 결정

가 북한 경제의 재건 및 신속한 체제전환을 위해 유용한 방안으로 연구되어 왔다. 하지만 이 방안은 ‘대가없는 몰수’를 배격하는 법치주의원리에 반하고, 또 원소유자들이 국유화에 반발, 재산권침해소송을 제기함으로써 북한지역 투자를 지연시킬 가능성이 많다. 또한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 헌법재판소에 제기할 가능성도 상존한다.

이러한 점에서 북한지역 국유화 및 매각을 통한 통일재원 조달방안이 현실화되기 위해서는 국유화조치의 위헌성논란을 극복해야 한다. 이를 위해서는 통일 당시 북한지역 재산권에 대해서는 현행 헌법상의 사유재산권보장 조항의 엄격한 적용을 배제할 수 있도록 헌법을 개정하거나 이러한 내용을 헌법 부칙에 명기하여야 한다. 이러한 헌법적 근거에 기초하여 ‘북한지역 재산국유화조치 및 통합관리에 관한 특별조치법’(가칭)을 제정한 후 사유화 대상 재산의 매각을 통하여 통일재원을 마련하는 방안을 검토할 수 있다.⁴³³⁾

II. 북한주민의 대량탈북에 따른 강제수용의 문제

1. 북한이탈주민의 수용에 관한 국내법과 정책

한국은 국내법상(즉, 대한민국헌법, 국적법 등)으로는 북한이탈주민을 대한민국 국민으로 인정하면서도 중국과 러시아 등과의 외교관계와 정치적 목적을 위하여 북한이탈주민에 대한 보호를 사실상 포기하고 있는 실정이다. 최근 우리 정부의 북한이탈주민에 대한 정책은 지나치게 선별적인 색채를 띠고 있다는 지적을 받기도 한다. 특히 종래의 귀순북한 동포보호법을 대체하여 1997년 7월부터 시행하고 있는 ‘북한이탈주민의 보호및정착지원에관한법률’(이하 ‘탈북자지원법’이라고 함)은 그 입법취지가 북한이탈주민들의 사회화를 통한 한국사회에 대한 적용에 초점을 맞추고 있다고 하나, 실제적으로 ‘귀순 보상 정책’의 포기과 선별적인 보호 및 제3국 체류 북한이탈주민의 사실상의 보호 배제(즉, 국내 입국 불허)를 그 내용으로 하고 있다는 비판을 받고 있다.

433) 제성호, “통일한국의 토지정책 방향: 불법몰수토지 처리를 중심으로”, 202-203면

한편 독일통일의 과정은 동독인들의 국외탈출에서부터 시작하였다. 우리나라의 경우 독일과는 여러 가지 다른 사정이 있기는 하나, 현재 북한주민들의 북한탈출이 지속적으로 이루어지고 있다. 또한 독일의 경우와 같은 대량국외탈출이 예측되기도 한다. 따라서 북한주민들의 국외탈출의 문제는 우리나라의 통일과정 속에서 분석되고 평가되지 않으면 안될 것이다. 가상 시나리오이기는 하나 북한 내부의 급작스런 사태 전개에 의해 북한주민들의 대량탈출이라는 사태가 발생할 경우를 대비하여 우리 정부로서는 미리 그 대책을 마련하여야 할 것임은 당연하다.

우리 정부는 과거 동구권의 붕괴와 같이 북한의 급속한 붕괴가 발생하는 경우 북한이탈주민들의 대량국내유입, 특히 제3국을 통한 귀순은 기존의 귀순동포보호법으로 감당할 수 없다고 판단하고, 탈북자지원법을 제정하여 1997년 7월 14일부터 시행하고 있다. 이 법은 장차 대량탈북사태가 발생할 경우 우리 정부의 부담을 최소화함과 아울러 중국이나 러시아 등 제3국과의 외교적 마찰을 회피하고자 하는 취지에 따라 제정된 것이다. 과거 귀순동포보호법이 북한이탈주민들에 대한 보상이라는 소극적 처리방식에 머무른 데 비해, 이 법은 북한이탈주민들의 사회화를 통한 한국사회에의 적응에 초점을 맞춘 것이라고 할 수 있다. 그리고 탈북자지원법에 의하면 통일부내에 북한이탈주민에 관한 정책을 협의, 조정하고 보호대상자의 보호정착지원에 관한 사항을 심의하기 위하여 북한이탈주민대책협의회를 구성하도록 하고 있다(동법 제6조). 그리고 보호대상자의 생활안정과 자립, 정착을 지원하기 위하여 법인체인 북한이탈주민후원회를 설치하도록 하고 있다(동법 제30조). 위와 같은 법규정에 따라 우리 정부는 통일부 등 19개 관련부처가 참여한 북한이탈주민대책협의회를 구성하였고, 또한 북한이탈주민후원회도 설립되어 활동 중에 있다.

그러나 이법은 그 자체의 내용과 시행과정에 있어서 여러 가지 문제점을 내포하고 있다.

첫째, 탈북자지원법에 의하면, 그 적용대상이 대한민국의 보호를 받고자 하는 의사를 표시한 북한이탈주민으로서(제3조) 재외공관 기타 행정기관의 장에게 원칙적으로 본인이 직접 보호신청을 하도록 하고(제7조,

시행령 제10조), 보호결정은 원칙적으로 통일부장관이 하도록 규정하고 있다(법 제8조). 그런데 보호결정기준에 관하여 '체류국에서 상당한 기간 동안 생활근거지를 두고 있는 자'(법 제9조 제4호), 그리고 '보호결정시 정치, 외교적으로 대한민국에 중대한 어려움을 야기할 것으로 예상되는 자'(법 제9조 제5호, 시행령 제16조) 등에 대하여는 보호대상자에서 제외할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라 중국, 러시아 등 제3국에서 대한민국으로의 귀순의 날만을 기다리며 상당한 기간 동안 체류하고 있는 탈북자들은 사실상 국내 입국 자체가 원천적으로 봉쇄당할 심각한 위험에 처하게 되었으므로, 위 법 제9조 제4호는 반드시 폐지되어야 한다는 비판이 제기되고 있다.

둘째, 사실상 귀순보상정책의 포기과 선별적인 보호 및 제3국 체류 북한이탈주민의 사실상의 보호배제(즉, 국내입국불허)의 문제이다. 북한이탈주민보호법의 시행과정에 있어서 우리 정부의 기본적인 정책은 북한의 붕괴로 발생하는 대량 탈북자 발생이나 유혈사태 등이 한반도 안정에 결코 도움이 안된다는 입장을 가지고 있다는 것이다. 이에 따라 탈북자들을 우리가 무분별하게 수용함으로써 북한주민의 대량 탈북을 의도적으로 조장해서는 안된다는 것이다. 즉, "북한이 사람이 살 수 없는 땅이라고 모두 탈출하고 북한 땅이 비워진 상태에서 이뤄지는 통일은 바람직하지 않다."는 것이다. 이러한 기본입장에서 우리 정부는 제3국에 체류하는 북한이탈주민들에 대한 보호의 사실상 포기과 선별적인 국내유입의 허용이라는 정책을 취하여 왔다.

위와 같은 우리 정부의 기본적인 정책이 북한주민의 대량국외탈출이라는 사태를 어느 정도로 예방할 수 있을 것인지 알 수는 없다. 어쨌든 이것은 과거 서독정부가 동독을 탈출한 동독인들에 대하여 선별없는 전원 수용, 탈출노력의 적극 지원, 자구노력에 바탕을 둔 정착 지원 등을 실시한 것과는 매우 상반되는 것은 명백하다. 특히 중국 등 주변 국가들의 북한당국과의 외교적인 마찰을 고려하여 불법체류 탈북자들에 대한 보호시설에의 격리 및 강제송환을 적극적으로 추진하고 있는 현실에서 우리 정부가 제3국 체류 중인 북한이탈자의 국내 입국을 거부하는 것은 결국 동인들을 국가적 차원에서 유기하는 것에 다름 아니며, 그것

은 곧 변명의 여지가 없는 반인도적인 것으로 비난받아야 마땅하다는 비판도 제기되고 있다.

셋째, 탈북자지원법에 의하면 통일부장관으로 하여금 보호대상자에 대한 보호 및 정착지원을 위하여 정착지원시설을 설치, 운영하도록 하고 있다(법 제10조). 이에 따라 통일부는 하나원을 설치 운영하고 있다. 그러나 위와 같은 소규모의 정착지원시설의 건설만으로 북한주민들의 대량탈출이라는 사태에 충분히 대처하기 어렵다고 판단된다.

이상과 같이 탈북자지원법의 제정과 시행은 북한주민들의 대량탈출사태에 대응하고자 하는 본래의 입법취지에 과연 어느 정도로 부합되는지 매우 의문이다. 생각건대, 현행의 탈북자지원법은 현재와 같은 개별적인 혹은 소규모적인 북한지역을 탈출한 난민의 국내적 수용과 보호라는 입법목적에 유지하는 것에 적합하다.

현행의 탈북자지원법은 개별적인 혹은 소규모적인 북한이탈주민의 국내적 수용을 그 목적으로 하고, 향후 북한주민의 대량국외탈출이라는 사태를 대비한 입법방안을 검토할 수 있다.⁴³⁴⁾

2. 대량 탈북사태 시 고려사항

특히 북한의 급변사태와 관련한 정책은 상황의 예측가능성이 약하기 때문에 정책목표의 설정과 추진전략은 규범적·당위적 차원에서 설정할 수밖에 없을 것이다. 이런 관점에서 북한의 급변사태시 남한지역으로의 대량탈북하는 북한주민들을 강제수용하는 조치를 북한 지역의 안정과 발전을 지원하는 노동정책 목표달성을 위한 기본적인 추진전략으로 접근한다면 이를 위해 고려할 사항은 다음과 같이 살펴볼 수 있다.

첫째, 북한 급변사태 시 남북한의 안정과 발전을 위한 노동정책에 대한 남북한 전체주민이 공감할 수 있는 가치의 개발과 홍보 전략이 필요하다. 북한의 급변사태를 전후하여 남북한주민은 노동 분야와 관련하여 직업안정 문제 또는 직업능력개발 영역에서 상호 자신들의 이익만을 생각하게 되어 자칫 역기능과 불만에 의한 불안정한 사회를 만들 수 있음

434) 이와 관련해서는 1980년경 독일의 소위 '분단난민법'(인도적고려에의해수용된난민을위한조치에관한 법률)과 유사한 별도의 법률을 제정하는 방안을 검토할 수 있다.

을 경계하여야 한다. 예컨대 노동정책에서 민족의 동질성 회복, 북한주민에 대한 동포애 교육, 남북한주민의 인력통합에 따른 시너지 효과와 국가경쟁력 제고 가능성 등을 제시하여 남북한 주민이 모두 새로운 노동정책에 공감할 수 있도록 한다.

둘째, 북한의 안정과 발전을 지원하는 데에 전 국민의 자발적인 참여 유도 및 자율성 강화를 통한 정책의 효과성을 제고하는 전략이 필요하다. 북한의 급변사태를 전후한 노동정책은 각 분야에서 정부의 일방적인 강요보다는 자율성을 강조하여 우리 사회의 구성원 모두 자발적인 참여를 유도하여 정책의 효율성과 효과성을 극대화하도록 한다. 특히 자율성을 강조함으로써 정책추진의 원활성·정당성·실현가능성 등을 확보할 수 있다. 또한 민간부문의 참여유도는 자율성을 강조했을 때 기업체·종교단체·봉사단체 등의 참여를 극대화할 수 있다.

셋째, 노동정책의 다양성과 탄력성을 확보하여 노동 환경의 변화에 능동적으로 대처하는 전략적 접근이 필요하다. 북한 급변사태를 대비한 노동정책은 관련 정책 환경의 변화를 예측하기 어렵기 때문에 많은 경우의 수를 고려해야 하는 어려움이 있다. 국내 통일 환경은 물론이고 국제적이 변수도 고려해야 되기 때문에 정책예측성이 떨어질 수밖에 없다. 따라서 북한 급변사태를 대비하는 노동정책은 다양성과 탄력적 운영을 바탕으로 추진되어야 할 것이다.

넷째, 북한 급변사태 대비 노동정책의 형평성과 합목적성을 고려한 정책과정이 필요하다. 급변사태를 전후한 노동정책은 남남주민 및 북북주민과 북한·남한주민간의 이해관계가 얽혀 있는 문제이므로 모두의 불만을 최소화해야 하는 어려움이 있다. 특히 북한주민에 대한 정책적인 배려는 남한지역의 소외계층 주민의 불만을 초래할 수 있다. 따라서 북한 지역의 안정과 발전을 위한 노동정책은 형평성과 합목적성을 고려한 신중한 정책이 이루어져야 할 것이다. 즉, 탈북자와 북한주민뿐만 아니라 남한지역의 실업자와 소외계층 주민을 배려하여 최대한 형평성을 기초로 하는 정책추진전략이 필요하다.

다섯째, 통일국가의 발전을 위한 미래 지향성 제시가 중요하다. 북한 급변사태를 대비한 노동정책은 시간적·공간적으로 단기적이거나 기존

의 제한된 지역이 아니다. 즉, 정책적 특성상 시간적으로 장기적이며, 공간적으로 남북한은 물론 국외 한인을 포함한 광범위한 정책적 비전을 제시하여 미래 국가발전의 방향을 생각하는 거시적 차원을 고려해야 할 것이다. 따라서 북한 급변사태를 대비하는 노동정책은 통일국가의 7천만 인구와 북한을 포함한 한반도 전역과 중국 및 러시아의 조선족까지 고려하는 노동정책으로 미래지향적 인력양성 및 고용정책으로 추진되어야 한다.

여섯째, 다른 정책과 상호 보완하는 교호성 확보 전략이 필요하다. 즉 북한 급변사태 시 북한 지역의 안정과 발전을 지원하는 노동정책은 상위 정책의 영향을 받고, 동시에 주변 정책 환경의 영향을 받기 때문에 정책간 상호 유기적인 협력이 필요하다. 따라서 정책의 개방성을 확보하여 끊임없이 바뀌는 환경을 고려한 정책간 상호 교호성을 바탕으로 정책을 추진하는 전략이 필요하다.

3. 대량탈북시 강제수용과 헌법상 거주이전의 자유와의 상충문제

우리 헌법은 인간의 존엄과 가치를 경제생활영역에서도 실현하고 경제적인 개성 신장을 촉진시킴으로써 모든 국민에게 인간다운 생활을 할 수 있는 경제적인 자립터전을 마련해주기 위해서 국민의 경제활동을 보호하는 차원에서 거주·이전의 자유(헌법 제14조)를 보장하고 있다.⁴³⁵⁾ 합리적인 경제정책은 곧 효과적인 사회복지정책이라는 논리가 가능하다.⁴³⁶⁾

통일국가에서는 언제나 국가에게 의식주를 해결해 달라고 요구하는 것이 아니라, 자율적인 국민 각자의 생활설계에 의해서 헌법상 시장경제질서라는 큰 틀 내에서 자립적인 생활을 영위해 나가도록 법적 인프라를 뒷받침해 주는 역할이 필요하다. 이를 위한 가장 효과적인 방법은 국민에게 자유롭고 창의적인 경제활동을 보장하는 것이다.⁴³⁷⁾ 따라서 거

435) 국민의 경제적인 개성 신장은 합리적인 경제 질서를 전제로 해서만 가능하기 때문에 국가는 개인과 기업의 경제상의 자유를 존중한다는 차원에서 개인의 거주·이전의 자유를, 기업 및 법인 설립에 있어 거주·이전의 자유를 보호하는 것이라고 할 수 있다(헌법 제119조 참조).

436) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 앞의 책, 645면.

주·이전의 문제는 통일 이후 경제생활과 밀접한 관련성이 있으므로 거주·이전 자유의 보장과 제한의 경계선은 포괄적 접근을 통해 이루어져야 할 것이다.

남북한 통일이 된다 하더라도 대한민국 헌법상 거주·이전의 자유의 본질적 내용을 법률로써도 제한할 수 없다는 것이 대법원의 기본적 해석이다.⁴³⁸⁾ 따라서 거주·이전에 대한 허가제 등을 규정하는 법률은 위헌이 될 소지가 크다⁴³⁹⁾ 하더라도 현재 남북관계는 특수한 관계에 있다는 점을 상기할 필요가 있다. 따라서 이른바 ‘남북한 주민의 남북한 지역간 거주·이전에 관한 특례법’(가칭) 제정을 통해 통일국가 완성 시까지 한시적으로 운용될 필요성이 있다. 따라서 원만한 남북한 사회통합을 위해 사회학적 차원에서 인구이동 문제와 경제적 차원에서 남북한 지역의 균형발전이라는 로드맵 구성이 필요하다.

다음에 이 특례법의 골격에 대하여 간략하게 살펴본다.

첫째, 헌법상 자유권적 기본권 차원에서 거주·이전의 자유를 인정하되, 국민경제활동을 보호하는 차원에서 거주·이전의 자유가 인정되어야 한다.

둘째, 인도적 차원에서 이산가족 간의 친인척 방문 및 실향민들에 대한 남북한 지역의 거주·이전에 대한 특례를 적용해야 할 것이다.

셋째, 통일 후 북한지역에 계속 거주하는 주민에 대해서는 특별거주지원금을 지원해야 할 것이다. 이러한 지원금 제도는 낙후된 북한지역을 떠나 남한으로 거주지를 옮기려고 하는 북한주민들에 대한 특별지원금으로서 남한지역으로의 인구집중 현상을 예방하고 북한지역에 대한 균

437) “구 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것)상의 종합부동산세의 과세는 단순히 지방세법이 정하고 있는 지방세법에 대한 특례세율을 정하고 있는 것이 아니라 별도의 입법목적 아래 부과되는 국세로서 그 세목, 과세대상 등이 다르므로 종합부동산세의 과세가 조세특례제한법 제3조 제1항에 위반된다고 할 수 없고, 구 종합부동산세법 부칙에서 정하는 적용대상의 범위, 위 법률 시행 전에 토지 및 주택을 보유하고 있던 사람이 가지고 있던 신뢰의 내용과 보호가치, 그 입법목적 및 재산권 침해의 정도, 입법자가 가지는 재량권의 범위 등에 비추어 볼 때, 종합부동산세의 과세가 헌법상 소급입법에 의한 재산권 박탈 금지 원칙, 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙, 권력분립의 원칙, 사회적자치의 원칙 등을 위반하거나 헌법상 거주·이전의 자유, 경제활동의 자유, 행복추구권, 지방자치단체의 재정자치권 등을 침해하여 위헌이라고 할 수도 없다”하여 거주·이전의 자유와 관련하여 경제활동에 대한 판례의 일관된 입장을 참고할 필요가 있다. 서울행법 2007.6.8. 선고 2006구합30546 판결(종합부동산세등과세처분취소).

438) 대법원 2008.1.24. 선고 2007두10846 판결(여권발급거부취소).

439) 김철수, 「헌법학신론」, 앞의 책, 520면.

형발전 차원에서도 필요하다.

넷째, 중국, 러시아, 동남아 등 제3국에 거주하는 탈북자들에 대한 국내적 수용문제이다. 여기서 국내의 범위는 통일국가인 상태이므로 북한 지역이나 남한지역이 될 수 있다. 따라서 탈북자의 거주·이전의 의사를 존중하되 선택적으로 지역 간 이동을 통해 정착할 수 있도록 해야 할 것이다.

다섯째, 제3국에 거주하는 탈북자들에 대한 법적 지위를 대한민국 국민으로 인정하고 탈북자의 체류국에 체류보조금 내지 정착지원금을 지원해야 할 것이다.

통일 후 남북한 사회적 혼란 야기를 방지하기 위해 위의 특례법 제정을 통해 통일국가 완성 시까지 운용되어야 할 것이다. 따라서 특례법은 한시법적 성격으로 남북한 통일완성 시까지 운용되는 것이며, 통일국가로 편입되는 시점에서 효력을 다하는 것으로 해야 할 것이다.⁴⁴⁰⁾

우리 헌법은 인간의 존엄과 가치를 경제생활영역에서도 실현하고 경제적인 개성 신장을 촉진시킴으로써 모든 국민에게 인간다운 생활을 할 수 있는 경제적인 자립티전을 마련해 주기 위해서 국민의 경제활동을 보호하는 차원에서 거주·이전의 자유를 보장하고 있다(제14조). 분단국가인 남북한의 경우, 향후 통일을 상정할 경우 통일과정에서 남북한 주민의 거주·이전이 사회적 논란이 될 수 있다. 거주·이전의 문제는 통일 이후 경제생활과 밀접한 관련성이 있으므로 거주·이전 자유의 보장과 제한의 경계선은 포괄적 접근을 통해 이루어져야 할 것이다.

통일국가에서는 언제나 국가에게 의식주를 해결해 달라고 요구하는 것이 아니라, 자율적인 국민 각자의 생활설계에 의해서 헌법상 시장경제질서라는 큰 틀 내에서 자립적인 생활을 영위해 나가도록 법적 인프라를 뒷받침해 주는 역할이 필요하다. 이를 위한 가장 효과적인 방법은 국민에게 자유롭고 창의적인 경제활동을 보장하는 것이다. 따라서 이 부분은 법정책적으로만 판단해서 제한할 것이 아니다. 적어도 인도적 차원에서 이산가족의 거주·이전의 문제를 해결할 필요가 있다.

440) 최은석, “통일 후 북한지역 주민의 남북한 경계선 이탈과 거주·이전의 자유 및 제한에 따른 문제”, 「2011년 남북법제연구보고서」, 법제처, 2011, 46-47면.

남북한 통일 이후 북한지역은 대부분 빈곤지역이 될 것이다. 따라서 남한에 상당한 재산가를 둔 북한주민들의 경우 상대적으로 북한주민에게 우월한 경제적 지위에 있게 될 수도 있으며, 반면 남북한 간 경제적 격차의 급격한 차이로 남북지역 간 갈등을 불러올 수도 있다. 이를 해결하기 위해 남북한 지역 간의 여러 가지 기본권 부여 문제와 경제적·사회적·문화적 격차 해소를 줄일 수 있는 방안을 모색해야 한다. 이에 대하여 헌법재판소는 헌법상 기본권인 거주이전의 자유와 통일 후 야기되는 사회경제적 정책과의 상충문제에 대한 헌법적 쟁점을 사전에 연구 대처하는 것이 필요할 것이다.

Ⅲ. ‘통일합의서’(가칭)의 합헌성 검토

1. 남북한 통일합의서의 헌법적 쟁점

(1) 문제의 제기

남북통일은 남북한의 분단이전의 상태로 되돌아가는 것이 아니라 현재의 분단을 극복하고 새롭고 단일한 국가를 형성하는 창조적인 과정이다. 남북한이 정치적 통일과 경제·사회적 통합을 달성하기 위해서는 그 과정과 결과에 있어서 법제도의 통합의 필수불가결한 요소이며, 이는 통일국가의 조직과 규범체계에 관한 사항으로서 헌법규범의 문제이다. 통일국가의 헌법적 가치는 평화통일을 달성하는 수담임과 동시에 통일의 방법과 절차를 규율함으로써 법적 정당성을 부여하는 규범적 기준이 된다. 남북통일의 형식과 내용은 통일의 방식에 따라 다양한 시나리오를 상정할 수 있다. 남북한의 합의에 의한 방식으로 진행되든지 북한의 급변사태에 의한 붕괴와 남한 헌정체제의 확대의 방식으로 진행되든지 남북한이 통일합의서를 체결하는 것이 현실적으로 필요한 것으로 예상된다.⁴⁴¹⁾

실제로 ‘합의통일’을 달성한 예멘의 경우나 이른바 ‘흡수통일’을 달성한 독일의 경우나 모두 통일과정에서 합의서(조약)를 체결하여 법제도

441) 이효원, 「통일국가의 헌법질서 구축방안」, 앞의 자료집, 3~11면.

의 통합을 달성하였다는 점에 유의할 필요가 있다. 통일합의서는 대한민국 헌법에 따라 자유민주주의와 법치주의를 바탕으로 한 통일을 전제로 하며, 통일과정을 통하여 남북한이 새롭게 창조하는 국가공동체의 이념과 국가작용의 기본원리를 제시하고 구체화하는 것이다. 통일합의서가 제시하는 실체법적 내용과 절차법적 형식에 대한 규범적 기준은 남북교류협력은 물론 평화통일을 준비하는 과정을 규율할 뿐만 아니라 통일 이후의 남북한 법률 및 사법통합을 위한 지침을 제공함으로써 신속하고 효율적인 남북통합의 완성에 기여할 수 있다.

(2) 통일합의서의 규범적 의미

1) 남북한특수관계와 통일합의서

남북한이 평화통일을 달성하는 과정에서 통일합의서를 체결하는 것을 상정할 경우에 그 통일합의서의 법적 효력을 이해하기 위해서는 북한의 법적 지위를 중심으로 남북한관계의 규범적 의미를 해명하여야 한다. 남북한관계는 국내법적으로 평화통일을 위하여 교류협력을 추진하면서도 현실적으로 정치적 이념과 체제에 의하여 상대방을 규범적으로 실체를 가지고 국제법의 주체로서 활동하고 있어 헌법을 비롯한 국내법을 국제법적 규범영역에 그대로 적용할 수도 없다.

남북한 관계의 법적 성격은 기본적으로 북한의 법적 지위와 성격에 의하여 확정되는데, 북한의 법적 지위에 대하여는 헌법 제3조와 제4조의 해석을 둘러싸고 많은 논란이 있으나 남북한특수관계론에 따라서 헌법규범과 헌법현실, 남북한의 국내법적 지위와 국제법적 지위의 모순적 괴리현상을 합리적으로 설명할 수 있다.⁴⁴²⁾ 현실적으로 북한은 국내법적으로는 헌법상 불법단체 또는 국가보안법상 반국가단체로서의 지위와 동시에 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 지위를 이중적으로 가진다.⁴⁴³⁾ 한편 북한은 국제법적으로도 규범적 또는 현실적으로 대

442) 남북한특수관계론에 대하여 이효원, 「남북교류협력의 규범체제」, 경인문화사, 2006, 13~164면.

443) 북한의 법적 지위에 관해 판례로는 대법원 2010. 7. 23. 2010도1189, 2004. 11. 12. 2004도4044, 2004. 8. 30. 2004도3212, 2003. 5. 13. 2003도604, 1999. 12. 28. 99도4027, 1999. 10. 8. 99도2437, 1998. 7. 28. 98도1395, 헌재 2005. 6. 30. 2005헌바114, 2003. 5. 15. 2000헌마66, 2000. 7. 20. 98헌바63, 1997. 1. 16. 92헌바6·26 및 93헌바34·35 등.

한민국의 일부분으로 대한민국과 함께 단일한 국가성을 가지나, 현실적으로 국제사회에서 독립된 주권을 가진 국가로서 인정받고 활동하고 있는 점을 고려하여 독립된 국제법상 주체로서 인정되고, 한반도에 사실상 두 개의 국가가 존재하고 있는 것으로 평가하여야 한다.

남북한특수관계론에 따라서 북한의 법적 지위를 판단할 경우에 그 규범영역을 명확하게 구분하는 것은 매우 어려운 일이다, 즉, 다양한 분야에서 이루어지는 남북한관계의 실제에 있어서는 북한의 지위와 입장이 국제법적 영역과 국내법적 영역, 그리고 불법단체 또는 반국가단체로 활동하는 영역과 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 영역으로 획일적으로 구분되지 않거나 여러 규범영역에 복합적으로 관련되는 경우가 많다. 특히 북한은 대남관계에 있어서 통일전선전술을 구사하고 있어 그 실체를 위장하는 경우도 있어 그 규범영역을 구분하기가 어려우며, 그 규범영역의 범위와 정도도 구체적 사안에 따라서 다양하게 나타나기 때문에 법적 지위를 명확하게 분하기는 어려우나 쟁점이 되는 구체적 사안에 적용되는 법률체계를 결정하기 위해서는 가장 핵심적이고 직접적으로 관련된 사안의 성격에 따라서 규범영역을 결정하여야 할 것이다.

2) 통일합의서와 관련성

남북한이 평화통일을 달성하는 과정에서 통일합의서를 체결하는 것을 상정할 경우에 그 통일합의서의 법적 성격과 효력을 이해하기 위해서는 남북한특수관계론에 따라서 그 규범영역을 설정함으로써 북한의 법적 지위와 적용 법률을 명확하게 이해해야 한다. 남북한이 통일합의서를 체결하는 것은 비록 국제법원칙을 적용하는 것을 그 내용으로 포함한다고 하더라도 이는 민족자결의 원리에 따라서 남북한이 자율적으로 통일을 달성하기 위하여 남북한 사이에 적용되는 것이므로 기본적으로는 국제법적 영역에 속하는 것이 아니라 국내법적 영역에 속하는 것이다.

남북한이 통일합의서를 체결하는 것은 북한이 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서 활동하는 규범영역에 해당하고, 이때에는 북한의 실체를 규범적으로 인정하고 있으므로 원칙적으로 국제법원칙이 적용되어야 한다. 즉, 이 경우에는 국가보안법의 적용이 배제되고, 헌법 제3조

와 제4조에 근거를 두고 제정된 남북관계발전에 관한 법률, 남북교류협력에 관한 법률 등 국내법률과 각종 남북합의서도 통일합의서를 규율하는 법률체계로 인정되어야 할 것이다. 그런 통일합의서에는 남북한관계만을 규율하는 내용이 포함되는 것이 아니라 통일의 과정이나 통일 이후에 규율되는 국제관계를 규율하는 내용도 포함되므로 일정한 범위에서는 국제법적 규범영역도 포함된다고 할 수 있다.⁴⁴⁴⁾

(3) 통일합의서의 법적 성격

1) 법적 성격

남북합의서는 앞에서 검토한 바와 같이 법적 효력이 인정되는 조약과 법적 효력이 없는 신사협정으로 대별되며, 조약은 다시 국회의 동의를 필요로 하는 조약과 국회의 동의가 필요 없는 조약으로 구별된다. 조약으로서 상격을 갖는 남북한합의서의 효력은 일반 조약의 법적 효력과 동일하고, 법적 효력을 갖는 신사협정이라도 전혀 규범력이 없는 것이 아니라 남북한의 책임 있는 당국자들이 합의하고 서명한 것으로서 남북한 사이에 성실하게 이행·준수되어야 하므로 당사자 사이에는 금반언의 법적 효과가 발생한다고 할 수 있다⁴⁴⁵⁾. 위와 같은 기준에 따르면 남북한이 체결하는 통일합의서는 정치적 신사협정이 아니라 조약으로서 성격을 가지며, 남북한 국정의 최고책임자가 체결하는 것으로 국가작용의 기본사항의 국민의 기본권에 관하여 중대한 영향을 미치는 입법사항을 포함하는 것이므로 헌법 제60조 제1항 또는 남북관계발전에 관한 법률 제21조 제3항에 따라서 국회의 동의를 거쳐야 할 것이다.

현행 헌법은 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다”고 규정하고 있다. 조약의 국내적 효력에 대하여는 국제법상 일원론과 이원론의 입장이 있다.⁴⁴⁶⁾ 우리 헌법 제6조 제1항은 조약의 국내적 효력에 대하여

444) 통일국가의 국제관계를 조정하기 위해서는 남한 또는 북한이 외국과 체결한 조약 등의 효력과 남북한의 국가성이 통일국가에 승계되는 법률문제는 그 법적 효과가 관련되는 국가에 직접적으로 미치므로 이러한 사안에 대하여는 국제법적 규범영역으로 인정하여 국제법원칙에 따라야 할 것이다

445) 제성호, “6.15 남북공동선언과 후속문서의 법적 성격과 효력”, 「저스티스」, 통권 60호, 2001, 4, 198~199면

446) 이한기, 앞의 책, 120~128면; 김대순, 앞의 책, 195~263면

명백하게 표현하고 있지는 않으나, 일반적으로는 일원론에 따라서 헌법상 적법하게 체결된 조약은 공포만으로 국내법의 일부로 수영되어 국내적 효력이 발생한다는 것으로 해석되고 있다.⁴⁴⁷⁾ 즉, 조약과 국내법의 효력우위에 대하여는 조약과 국내법 어느 일방의 우위가 아닌 동등한 효력을 가지고 있어 신법우선의 원칙, 특별우선의 원칙에 따라야 하며, 헌법에 대하여는 헌법이 조약에 대하여 우월한 효력을 가진다고 해석하고 있다. 헌법재판소도 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력이 있다고 판단하여 위헌법률심판의 대상이 법률에는 조약도 포함된다고 결정하였다.⁴⁴⁸⁾

남북관계발전에 관한 법률도 남북합의서의 효력범위 등에 대하여 규정하면서 별도의 입법적 조치가 필요하다는 점에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 있어 일원설의 입장에 따른 것으로 판단된다. 한편, 조약의 성격을 갖는 남북합의서를 체결하는 경우에도 이를 직접 국내에 적용하기가 적당하지 아니하여 새로운 법률의 제정이 필요하거나 법령의 정비 등 개정이 필요한 경우가 있으나, 이는 남북합의서 자체의 효력 문제가 아니라 합의사항을 이행하는 과정에서 이루어지는 후속조치에 관한 문제이므로 그 본질을 달리한다. 따라서 남북한이 체결하는 통일조약은 우리 헌법체제에 비추어 볼 때, 별도의 이행법률을 제정해야 그 효력을 발생하는 것이 아니라고 할 것이다. 다만, 통일조약은 통일국가 달성에 있어서 기본적인 중요사항에 대해서만 그 원칙과 기준을 제시하는 것이므로 이를 구체적으로 실현하기 위해서는 하위 법률의 제정이 반드시 필요하다고 하겠다.⁴⁴⁹⁾

2) 규범적 효력

통일합의서는 남북한의 국가적 실체가 새로운 단일한 정치공동체를 창설하는 것을 내용으로 하므로 통일국가의 기본적 국가형태 등 헌법사항을 물론 헌법개정사항도 포함할 것으로 예상된다, 따라서 통일합의서는 실질적 의미의 헌법으로서 우리 헌법의 내용과 부합하는지 여부에

447) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2011, 303~304면 : 이한기, 앞의 책, 143면 : 김대순, 앞의 책, 245~250면.

448) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 2001. 9. 29. 2000헌바20 등.

449) 남북합의서에 대한 효력과 이행법률의 필요성 여부에 대해서는 이효원, 앞의 책, 256~257면 참조.

대하여 통일 이후의 헌법제정 또는 개정과 함께 체계정합성의 문제가 제기될 수 있다. 즉, 통일합의서에 포함되는 국가기구의 변화 등은 통일 헌법의 제정이나 헌법의 개정을 통하여 정합성을 유지하는 것이 바람직 하지만 통일합의서가 기속력을 가지고 그 내용에 부합하도록 헌법개정 등을 강제할 수 있는지가 문제된다. 또한, 통일합의서에도 불구하고 통일헌법의 제정이나 개정이 없이 그대로 존속하는 경우에는 두 규범이 모순되고 충돌되는 상황이 발생하게 되는데, 통일조합의서의 위헌성 여부가 문제될 수가 있다.

통일합의서가 헌법 제60조에 의한 국회의 동의를 받게 되면, 헌법 제6조 제1조에 따라 일단 국내법과 동일한 효력을 갖게 된다. 이때 국내법에는 그 내용에 따라서 헌법, 법률, 명령 등으로 구분될 수 있으므로 헌법적 사항을 포함하는 경우에는 헌법적 효력을 갖는다고 해석할 수 있다는 입장이 있고, 이와 반대로 여기의 국내법은 헌법을 제외한 법률 또는 명령만을 의미한다는 입장도 있다.⁴⁵⁰⁾ 통일합의서에 대하여 헌법적 효력을 인정할 경우에는 우리 헌법은 그에 따라 제정 또는 개정되어야 하며, 우리 헌법과 모순되거나 충돌되는 규정은 특별법우선의 원칙과 신법우선의 원칙에 따라서 통일합의서의 규정이 헌법보다 우월한 효력을 갖게 될 것이다. 이와 반대로 통일합의서에 따라서 제정 또는 개정되어야 하는 것이 아니며, 우리 헌법과 모순되거나 충돌되는 규정은 상위법우선의 원칙에 따라 위헌법률이 될 것이다.

한편 통일합의서에 대하여 헌법적 효력을 인정하지 않고 법률적 효력만을 인정할 경우에도 현행 법률과 충돌이 발생할 수 있는데, 통일합의서에 구체적인 효력에 대하여 규정을 두지 않는 경우에는 법률해석의 원칙으로서 상위법우선의 원칙, 특별법우선의 원칙, 신법우선의 원칙에 따라 해결할 수 있다. 통일합의서의 경우에는 대부분 남북한의 통일에 관한 사항을 특별한 분야에서 잠정적으로 규율할 것이므로 특별법우선의 원칙에 따라서 다른 법률에 우선하여 적용되는 것으로 해석될 가능

450) 이러한 입장에 따르면이라도 통일합의서를 실질적으로 의미의 헌법으로 분류할 수도 있다, 즉, 국회법, 공직선거법 등과 같이 그 규범형식은 법률이지만, 그 내용에 헌법사항을 포함하고 있는 것을 실질적 의미의 헌법이라고 하면 통일합의서에 대하여 법률적 효력을 인정하더라도 실질적 의미의 헌법에 포함된다고 할 수 있다.

성이 크다. 그러나 이러한 해석원칙만으로 통일합의서의 모든 규정의 효력을 명확하게 설정하기는 어려우며, 통일합의서가 발효된 이후에 국회에서 제정 또는 개정된 법률과 모순되거나 충돌되는 경우에는 법률해석만으로 쉽게 해결되지 않을 수도 있다.

해석론으로는 우리 헌법은 국제법과 국내법의 관계에 대하여 일원론의 입장을 채택하고 있고, 조약의 효력은 헌법에 의하여 체결됨으로써 인정되는 점, 헌법부칙 제5조에서 “이 헌법시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정하고 있는 점, 헌법개정을 위해서는 국회 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 요구하는 특별의결정족수와 국민투표를 요구하고 있는 점에 비추어 대통령이 체결하고 국회의 일반의결정족수에 따른 동의만을 경료한 통일합의서가 헌법사항이나 헌법과 모순되는 내용을 포함하는 경우에 그 효력을 그대로 인정할 수는 없다. 그러나 이러나 이러한 입장은 남북한이 체결하는 통일합의서는 헌법사항을 포함할 것이 예상되는데, 이러한 통일합의서가 우리 헌법에 위반된다거나 헌법적 조치를 취할 수가 없다면 통일국가를 건설하는데 치명적인 장애가 될 것이다. 따라서 통일합의서에 대하여는 그 내용에 헌법사항이 포함되는 경우에는 헌법적 효력을 부여하도록 하여야 할 것이며, 이를 위해서는 그 규범적 근거로서 통일합의서의 경우에는 헌법개정에 준하는 절차에 따르도록 하여야 할 것이다.⁴⁵¹⁾ 즉, 남북관계발전에 관한 법률을 개정하여 남북합의서 가운데 통일합의서에 대하여는 그 체결과 발효절차에 있어서 헌법개정과 같이 국회 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 요구하는 특별의결정족수와 국민투표를 거치도록 규정함으로써 민주적 정당성을 강화하는 것이 바람직하다고 판단된다.⁴⁵²⁾

451) 현실적으로 국제사회에서 헌법의 효력을 제약하는 조약이 체결될 수 있다는 것을 전제로 이에 대한 위헌여부심판을 실질화하기 위해서는 헌법의 효력을 제약하는 조약을 체결하기 이전에 구속적인 국민투표를 거치게 하여 그 결과에 따라 체결여부를 결정하도록 하는 것이 바람직하며, 이를 제도화하기 위해서는 헌법개정이 필요하다는 의견도 있다. 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2011, 265면

452) 프랑스의 경우에는 헌법 제11조에 법률안에 대한 국민투표제도를 마련해두고 있는데, 이러한 국민투표에서 채택된 법률(*loi adoptée par référendum, loi référendaire*)은 ‘국민주권이 직접 표현된’(*expression directe de la souveraineté nationale*) 법률이므로 프랑스 헌법위원회도 이 법률에 대한 적헌성 심사를 할 권한이 없다는 점을 분명히 하고 있다(C.C Décision du 6 novembre 1962). 성낙인, 「프랑스헌법학」, 법문사, 1995, 709면.

3) 통일합의서의 효력범위와 효력정지

남북관계발전에 관한 법률은 남북합의서에 대하여 그 효력범위와 효력정지에 대하여 특별한 규정을 두고 있는데, 규범적으로는 통일합의서도 남북합의서에 해당하므로 그 효력범위가 제한되거나 효력정지가 될 수도 있다고 하겠다.⁴⁵³⁾ 남북관계발전에 관한 법률에 따르면 남북합의서는 남한과 북한사이에 한하여 적용하는데(제23조 제1항), 이는 일반적인 양자조약의 경우에 적용되는 원칙을 선언한 것으로 해석된다. 만약 통일합의서에서 규정한 사항들에 대하여 이를 주변국에도 확장시키고자 할 경우에는 독일의 ‘2+4조약’의 경우와 같이 별도의 조약 등을 체결하는 것이 국제법의 기본원칙이라고 할 것이다.

남북관계발전에 관한 법률에 따르면 대통령은 남북관계에 중대한 변화가 발생하거나 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하다고 판단될 경우에는 기간을 정하여 남북합의서의 효력의 전부 또는 일부를 정지시킬 수 있으며, 대통령은 국회의 체결·비준 동의를 얻은 남북합의서에 대하여 위에 따라 그 효력을 정지시키고자 하는 때에는 국회의 동의를 얻어야 한다(제23조 제1항 및 제2항). 통일합의서는 조약으로서 법적 성격을 가지며, 남북관계발전에 관한 법률에서 규정하는 남북합의서로서 그 법률의 적용을 받는다고 할 수 있으므로 일정한 경우에는 효력정지가 가능하다고 할 것이다. 다만, 통일합의서가 스스로 효력의 범위와 정지에 대하여 규정을 하는 경우에는 그 내용에 따라 효력의 범위 등이 결정될 것이지만, 통일합의서가 남북관계발전에 관한 법률의 적용대상이 되므로 위와 같은 규정이 적용될 것이다.

2. 통일의 방식과 통일합의서의 내용

남북한이 통일을 실현하는데 있어서 우리 헌법은 평화적 방법에 의한 것을 요구하고 있다. 따라서 남북한의 어느 일방이 다른 일방의 의사를 억압하고 강요하는 형태, 특히 전쟁 기타 무력행사에 의하는 방법이 통

453) 남북관계발전에 관한 법률 제4조 제3호는 “남북합의서라 함은 정부와 북한 당국간에 문서의 형식으로 체결된 모든 합의를 말한다”고 규정하고 있어 남북한이 체결하는 통일합의서도 위 법률의 적용대상이 된다고 해석된다.

일을 위한다는 명분으로 하여 사용될 수 없다. 결국 남북한 양측 당국의 평화적 합의에 의한 통일만이 우리 헌법에 비추어 합헌적이다. 아울러 통일은 헌법이 요청하는 국가적 구조변화로서 통일에 의하여 헌법의 동일성이 파괴되어서는 안될 것임은 당연하다. 따라서 통일을 계기로 민주주의 헌법의 동일성은 유지되어야 하며 자유민주주의 정치체제를 선택한 우리 국민의 근본결단은 지켜져야 한다. 이와 같은 기준을 충족하면서 남북한 당국이 통일합의서를 체결하고 각자의 범규범에 따라 필요한 발효절차를 이행함으로써 통일이 실현될 수 있다. 통일합의서에 관한 헌법재판을 논하기 위해서는 우선 통일합의서의 구조와 내용에 대한 이해가 필요하다. 여기서 규율되어야 할 사항은 크게 대별하여 법질서의 통합과 국가조직의 통합이 되어야 한다.⁴⁵⁴⁾

1) 법질서의 통합

국가법질서의 최상위에는 헌법이 위치하며 그 아래에 민법, 상법, 형법, 민사소송법과 형사소송법 등의 기본법을 포함하여 다양한 법률들이 존재한다. 또한 이들 법률의 하위에는 법률에 의하여 위임받은 사항이나 그 밖의 고유한 영역을 규율하는 명령·규칙이 있다. 남북한의 통일은 실무적으로는 이러한 양측의 법질서를 단일화하는 작업이 된다. 물론 그 중 헌법의 통합이 통일의 기본골격을 이루는 내용을 포함할 것이라는 점에서 핵심적 중요성을 가지게 될 것이다. 통일한국에 적용될 헌법은 양측 주민들을 대표한 양측 정부의 합의에 의하여 구체화되어야 하겠지만 그 전제는 역시 자유민주주의에 입각하여 전체한국의 정치적 생활을 규정하는 기본 틀이 되어야 한다는 데에 있다. 따라서 당장 통일작업을 실현하여야 할 상황에서는 자유민주주의 체제를 수용하고 있는 기존의 우리 헌법의 기본원칙들을 남북한 양 지역에 확대 적용하는 방법에 의하는 것이 가장 실용적인 방법이 될 것이다. 물론 새로운 헌법으로 통일헌법을 제정하는 것은 과도한 시간이 소요되며 비효율적인 작업의 가능성이 크다. 우리 헌법의 질서에 의하든지 새로운 헌법을 제정하든지 간에 남북한이 통일을 완성하기 위해서는 남북한 양측에 공히 적용될 헌법의 기본적 내용들에 대한 타결을 이루어야 한다. 그리고 이

454) 김승대, 앞의 논문, 242~248면

러한 사항을 ‘통일합의서’에 규정하여야 한다.

이렇게 볼 때 남한의 헌법은 이미 자유민주주의 체제에 입각한 것으로서 통일을 계기로 하여 그 원칙적 사항을 변경할 것이 거의 없다고 할 것이다. 다만, 분단을 전제로 하여 통일에 관하여 언급하고 있던 조항들, 예컨대 헌법 제4조 등은 더 이상 존재할 이유가 없어지므로 이들을 수정, 삭제할 필요성이 제기된다. 반면 체제의 근본적 전환이 필요한 북한은 기존의 헌법으로는 자유민주주의에 기초한 새로운 헌법질서를 수용할 수 없으므로 일부 수정된 우리 헌법의 효력확장을 받아들이는 합의를 하는 것이 불가피할 것으로 보인다.

나아가 법률의 통합을 위한 작업이 필요한데, 이는 민법·상법·형법과 민사 및 형사소송법 등 기본법과 그 밖의 모든 특별법 등 전체 법령에 대하여 사항별로 대안을 생각할 수 있다. 이를 나누어 보면, 법령 통합의 내용은 통일로 인하여 잠정적 혹은 최종적으로 북한지역에 확대 적용될 남한의 법령, 통일로 인하여 잠정적 혹은 최종적으로 남한지역에 확대 적용될 북한의 법령, 통일을 계기로 전체지역에 적용될 새로운 법령 등으로 나누어 정리할 수 있다. 이는 통일로 인한 남북한의 법적 동화 내지 통합내용을 담는 것으로 통일합의서의 주요내용이 될 것이다. 따라서 그 내용을 포함하는 양은 방대하기 때문에 통일합의서의 부속서의 형태로 담을 수 있다.⁴⁵⁵⁾ 이는 독일의 통일조약의 형태와 내용과 유사한 것이다.

2) 국가조직의 통합

통일국가의 국가조직의 통합은 입법부, 행정부와 사법부의 통합을 의미한다. 이는 양자 간의 합의로 통합원칙을 정하여 구체화하게 될 것인데, 그 통합원칙의 기본사항은 본문에서, 세부사항은 부속서에서 규율함

455) 독일의 통일조약의 내용을 보면, 헌법통합의 내용은 조약본문에 존재한다. 일반법의 통합은 원칙에 해당하는 기본사항은 본문에 있고 예외에 해당하는 구체적 사항들은 부속서(Anlage)에 수록하였다. 통일조약은 제8조에서 부속서에 특별한 규정이 없는 한 연방법을 구동독지역에 확장적용하고, 제9조에서 일정한 조건 하에서 계속 적용되는 구동독법률을 정하였다. 따라서 통일조약은 연방법으로서 동독지역에 적용되지 않는 부분이나 동독법으로서 잠정 적용되는 부분 등에 관한 방대한 내용을 다루고 있다. 우리나라의 경우에도 남한법의 북한지역에 대한 확장 적용을 원칙으로 하여 이는 통일합의서의 본문에서 규정하고 부속서에서는 구체적 범영역과 법적 쟁점에 따라 북한 법의 북한지역에 대한 잠정 적용, 혹은 북한법의 전 지역에 대한 전면적 확장 적용, 혹은 새로운 절충적 입법의 제정 적용 등 예외사항들을 규정하는 것이 입법기술상 명료하고 체계적이라 할 수 있다.

이 적절하다. 또한 국가조직의 통합에는 제도의 통합과 별도로 인적 통합이 필요하다. 즉 북한의 기존 공무원을 그대로 통일한국의 공무원으로 채용할 것인가 하는 문제가 발생한다.

통일한국은 자유민주주의를 기반으로 하는 헌법국가로서 출범하므로 그 공무원은 이러한 가치에 대한 충성의무를 부담하게 된다. 따라서 북한체제의 구 공무원들에 대하여서는 자의에 의하여 공무원 조직에 남을 수 있는 기득권을 존중하되 자유민주주의적 가치체계에 적합한 소양을 가진 것인지 여부에 대한 심사를 거치게 하는 방안이 실행되어야 할 것이다. 이러한 심사는 전문적 식견을 가진 북한출신 인사를 포함한 독립위원회에서 담당하도록 할 수 있다. 이와 같이 통일합의서는 북한의 구 공무원에 대한 재임용의 기본적 제도를 정하게 될 것이다. 그런데 그 내용이 과도하고 편파적이어서 합리성을 결여하고 있는 경우라면 헌법상 과잉금지 원칙, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것이 되어 위헌의 소지를 안게 될 수 있다.⁴⁵⁶⁾

3. 통일합의서의 내용과 헌법재판

통일합의서의 내용은 나라를 새로 수립하는 데에 필요한 법률체계 전체를 다루는 방대한 양이 될 것이다. 실제로 독일의 통일조약은 그 부속서를 포함하여 볼 때 하나의 대법전(大法典)에 해당하는 내용을 담고 있다. 이러한 내용에는 그 수범자들의 불만을 사는 점들이 포함될 수 있다. 이 경우 이들 불만을 해소하는 데에 활용할 수 있는 구제방법으로서 가장 효율적이고 실효적인 것이 바로 헌법재판이 될 것이다. 그렇다면 통일합의서가 체결되고 그 내용이 공개될 시기에 그 개별적 내용의 위헌을 따지는 수많은 헌법재판이 제기될 수 있다. 여기에 더하여 통일합의서의 위헌여부는 통일의 향방을 결정지우는 문제이므로 헌법재

456) 독일의 경우 공산정권이 붕괴된 후 구동독은 이미 법관법을 제정하여 사임하지 아니하는 판·검사에 대한 임용심사를 받도록 하였고 이 법률은 통일조약에 의하여 통일 이후에도 효력을 유지하였다. 이에 따라 통일을 전후하여 구동독의 판검사의 약 3분의 1이 사퇴하고 잔존인원에 대하여서는 재임용절차가 진행되었다. 그 임용기준은 주로 법치국가 원칙 준수에 대한 의지와 이에 어긋난 과거전력의 여부가 기준이 되었다. 「통일독일의 구 동독 체제불법청산 개관」, 앞의 책, 138~139면.

판소로서도 그 심리과정을 일반의 사건처럼 오랜 기간 동안 진행하기 어렵다. 사건이 접수되면 통일의 제반 일정을 감안하여 합헌이든 위헌이든 신속한 결정을 내리는 것이 통일과정 및 이후의 전개과정에서 주요한 일이 된다.

그러나 통일에 즈음하여 통일합의서에서 새로이 다룰 사항에 관련되어 나오는 헌법문제를 모두 사전에 예상하여 대응방안에 대해 검토를 하여두는 것은 애당초 불가능한 일이다. 그러한 상황이 발생하였을 때 헌법재판소가 적절히 연구인력을 보강하고 문제된 합의내용에 대한 집중적 심리를 함으로써 대처할 수밖에 없다. 이점에서 헌법재판소의 구성과 조직에서 통일과 관련한 준비문제가 제기된다.

(1) 통일합의서의 헌법재판 대상성

통일합의서는 남북한 당국 사이에 두 체제의 통합에 관하여 법적 효과를 가진 합의를 맺는 것으로서 국제조약은 아니지만 조약에 준하는 성질을 가진다. 따라서 그것이 국내법적 효력을 가지는 범위에서는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 ‘공권력의 행사’에 해당하여 헌법소원의 대상이 된다고 볼 것이다. 즉, 헌법소원의 대상성의 측면에서 통일합의서는 다른 남북한 간의 합의서와 마찬가지로 조약에 준한 해석⁴⁵⁷⁾을 하는 것이 적절할 것이다.

다만, 통일합의서는 남북한 양 체제를 통합하는 결과를 가져오는 만큼 이 합의가 발효됨으로써 우리 헌법조항 중 통일관련 조항들은 실효되어야 하는데, 이는 합의서의 법적 효과 중에 필연적으로 헌법적 효력을 가지는 부분이 혼재함을 의미한다. 나아가 통일합의서에는 북한정권의 과거청산이나 몰수재산권의 처리에 관한 헌법적 규율을 포함할 수도 있다.⁴⁵⁸⁾ 이와 같이 통일합의서는 부분적으로 헌법적 합의의 성격을 가지므로 그 헌법적 규범의 변화 부분에 대하여서는 헌법재판의 대상성을 인정하기 곤란하다. 이는 사실상 헌법개정이며 헌법개정규범에 대하여

457) 조약의 헌법소원 대상성을 인정한 판례로 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등 판례집 13-1, 676, 692.

458) 독일의 통일조약에서처럼 통일합의서에서는 무엇이 헌법개정사항인지 여부를 본문에서 별도의 장을 마련하여 분명히 하여야 할 것이며, 이 부분은 헌법의 개정절차와 동등한 절차에 의하여 발효되어야 할 것이다.

서는 헌법소원이 인정될 수 없기 때문이다.⁴⁵⁹⁾

(2) 발효 전 통일합의서에 대한 헌법재판 가능성 대비

남북한 간 합의서와 국제조약의 규범적 유사성을 고려할 때 발효전의 통일합의서에 대한 헌법소원이 인정될 것인지의 문제도 발효전의 국제조약에 대하여 헌법소원을 인정할 수 있는지 여부의 문제에 준하여 판단함이 적절하다고 생각된다. 따라서 국제조약에 관하여 판단할 때, 먼저 국제법과 국내법이 준별되는 범구조에서는 국내적 발효절차를 거치지 아니한 국제조약은 헌법소원의 대상이 될 수 없음이 원칙이다. 그러나 조약이 ‘공포절차’를 거쳐 발효된 후에만 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 한다면 이미 국제법적으로 발효된 조약을 심사하는 결과가 되어 국내법과 국제법이 충돌함으로써 서로 조화가 이루어지지 아니하는 바람직하지 아니한 상태를 야기할 수 있으므로, 비록 아직 공포되지 아니한 단계의 국제조약이라고 하더라도 그 내용이 확정된 것이면 이를 헌법심사의 대상으로 미리 삼을 필요가 있다. 이러한 취지에서 독일에서도 일반법률과는 달리 조약동의법률의 경우에는 그 공포 이전에 헌법소원의 대상이 되는 것으로 하고 있다. 다만 국회의 동의를 요하는 조약의 경우에는 의회의 조약동의권한을 존중하고 동 절차이전에는 아직 국내법적 발효가 명백하지는 아니한 점 등을 고려하여 국회의 동의절차가 완료된 이후부터 헌법소원의 대상성이 인정된다고 보는 것이 상당하다고 판단된다.⁴⁶⁰⁾

4. 통일합의서의 발효절차와 헌법재판

헌법은 통일합의서를 발효시키는 절차에 관하여 직접 규정하고 있지는 않다. 그러나 ‘남북관계발전에 관한 법률’(법률 제7763호, 2005. 12. 29. 제정)에 의하면, 입법사항에 관하여 남북한 당국간에 체결된 합의서는

459) 통일합의서 내의 헌법개정사항에 대하여 헌법개정절차를 이행하게 되면 그 부분에 한하여 통일합의서의 내용은 헌법개정규범으로서의 성격을 가지게 된다. 따라서 이에 대하여서는 헌법재판의 대상이 될 수 없다고 보아야 정당하다. 헌법개정규범의 헌법소원 대상성을 부정한 판례로는 헌재 1996. 6. 13. 94헌바20, 판례집 8-1, 475 ; 1998. 6. 25. 96헌마 47

460) 김승대, 앞의 논문, 245면.

조약과 유사한 점을 고려하여 국회의원 과반수 출석에 과반수 찬성에 의한 국회의 동의를 받아서 발효되도록 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 통일합의서는 그 내용에 헌법개정사항을 담게 된다. 통일합의서의 발효에 관하여 헌법이 정한 절차는 존재하지 아니하지만 통일합의서의 헌법개정적인 성격에 비추어 헌법개정절차에 준하는 절차를 필요로 한다고 보아야 할 것이다. 따라서 조약동의절차로는 부족하고 국회의원 2/3 이상의 찬성을 얻고 국민투표까지 거쳐야 할 것으로 본다. 그러나 아직 이 절차에 관하여 제대로 된 논의조차 없는 상태에 있으므로 실제 상황에서 통일합의서가 어떠한 절차를 거쳐 발효될 것인지에 대하여서는 확정되어 있지 않아 알 수 없다. 그래서 일차적으로는 정부의 정책적 판단에 달려있다고 할 수밖에 없다. 그러나 정부가 선택한 절차에 대하여 국민들의 반대가 있고 헌법재판이 제기된다면 헌법재판소의 최종적 판단에 의할 것이다.

독일의 경우 기본조약 등 동서독 간 합의의 처리절차에 관하여 일반 조약과 같이 국회의 동의절차를 이행하였다. 그러나 통일조약만큼은 그 헌법조약으로서의 특성을 감안하여 헌법개정의 절차를 적용하여 이에 따른 발효절차를 이행하였고 연방헌법재판소도 이러한 절차의 합헌성을 인정하였던 점은 우리 통일합의서의 경우에도 참고가 될 만한 재판 사례가 된다.⁴⁶¹⁾

461) *BVerfGE* 82, 316, 320~321. 참조

제 3 절 통일 이후 정치체제 확립 관련 헌법재판

I. 남북한 총선거 관련 헌법재판

1. 개 설

남북한의 통일이 현실로서 가능하게 된 상황에서는 먼저 남북한 총선거를 실시하는 것이 필요하다. 분단된 국가를 하나로 통합하는 작업은 결국 두 개 국가의 국가기관들을 각 기관 별로 하나의 통일된 조직으로 재편하는 것이 되는데, 이는 구체적으로는 입법부와 행정부 및 사법부의 통합이며, 그 중 국민의 대표기관인 입법부를 통합된 조직으로 새로 구성하는 것은 남북한 총선거의 실시라는 과정에 의할 수밖에 없기 때문이다. 여기서 통일 전에 존재하던 남북한 양측의 의회인 남한의 국회와 북한의 최고인민회의를 물리적으로 합치는 것은 통일에 즈음한 남북한 주민들의 정치적 의사를 통일한국의 입법부 구성에 제대로 반영하는 것이 되지 않는다.

남북한의 인구는 서로 인구가 비슷하지 않아서 남북 양측의 입법부의 국민대표성에 관한 비중을 균등하게 볼 수 없을 뿐만 아니라 북한의 기존 입법부가 북한주민의 정치적 의사를 진정하게 대표하는지 여부에 대하여서도 부정적으로 판단되기 때문이다. 결국 이는 국민의 자기결정에 따른 통일을 실현하는 것이 되지 못하므로 국민주권과 민주주의 원칙에 위반된다. 오직 남북한 전체를 한 단위로 하여 새로이 동시에 실시되는 총선거에 의하여서만 전체 국민들의 정치적 의사가 왜곡되지 않은 채 정확히 반영된 국민대표기관을 정당하게 형성할 수 있다고 할 것이다.

남북한 총선거에 관련하여서는 첫째로 통일의회 구성을 위하여 실시되어야 할 총선거는 통일의 발효와 전후하여 시기선택의 문제, 둘째로 총선거의 시기에 관련하여 남북한 의회 구성원의 임기조정문제, 셋째로 총선거의 실시를 위한 선거법의 개편 내용 등이 헌법적 쟁점이 될

것이며, 이에 대한 헌법재판에 대한 대비가 필요하다.

2. 통일의 완성과 총선거의 시기

남북한 총선거로서의 국회의원 선거가 통일이 법적으로 발효되기 이전 또는 이후의 두 가지의 경우를 나누어 고찰할 수 있다.

먼저 북한이 통일이 발효되기 전에 이미 민주적 체제개혁을 거치면서 자유, 보통, 평등, 비밀선거의 대원칙에 입각한 자유민주주의적인 선거제도를 스스로 형성하여 북한지역 내에서만 독자적인 선거를 실시하고 민주적 대표성을 가진 새로운 의회를 이미 구성하고 있는 경우이다. 다음 북한이 체제의 개혁을 이루기는 하였으나 아직 독자적인 민주선거를 실시하지 못하고 의회의 기능이 상당부분 상실된 상태에서 정치적 상황이 유동적인 경우이다. 이때에는 북한의 최고인민회의가 명목상 유지되고 있을 것이다.

전자의 경우라면 일응 북한주민을 정당하게 대표하는 의회가 구성되어 있으므로 통일합의서의 발효 이후 상당한 시간을 가지면서 총선거를 실시하여도 무방할 것이다.⁴⁶²⁾ 그러나 후자의 경우에는 북한주민을 대표할 국회의원들이 선출되지도 아니한 상태에서 선(先)통합만이 이루어진다면 이러한 통합은 헌법상 국민주권의 원칙에 반할 우려가 크다.

국민주권의 원칙에 비추어 북한주민은 통일에 즈음하여 그 정치적 생활형태를 스스로 결정할 자기결정권이 존중되어야 함에도 불구하고, 북한주민의 정치적 의사를 대변할 대표기관을 형성하여 통일작업에 그 정당한 역할을 할 기회를 주지도 아니한 채 통일을 실현시켜버리는 것은 북한주민의 정치적 자기결정권을 침해하는 것이 되기 때문이다. 그러므로 이 경우는 반드시 통합 이전에 총선거의 실시가 이루어져야 통일의 헌법적 정당성이 훼손되지 않을 것이다.⁴⁶³⁾

462) 통일합의서의 체결 당시에 북한에 민주적 선거에 의한 의회가 구성되어 있지 아니하면 통일합의서의 발효를 위하여 필요한 국민동의 절차를 이행할 주민대표기관이 존재하지 아니하여 통일합의서의 발효의 절차적 정당성이 문제될 수 있다. 따라서 북한주민의 진정한 통일의를 확인하기 위하여서는 통일 전 북한에 일단 민주적 의회가 구성되도록 하든지 아니면 통일 전 남북한 총선거를 실시한 후 그 통일국회에서 통일합의서를 의결하도록 할 수 있다.

463) 독일의 경우 동독은 민주혁명 이후 1990. 3. 18. 독자적인 의회선거를 치렀으며, 동서독

3. 국회의원의 임기와 총선거의 시기

총선거의 시기와 기존의 국회의 의원임기가 불일치하는 경우 동 의원들의 임기는 단축, 혹은 연장하여 총선거에 맞추어야 하는 문제가 발생한다. 남북한 간의 합의 예컨대 ‘통일합의서’의 체결에 의하여 총선거의 시기를 결정함으로써 기존의 국회의원의 임기가 단축 혹은 연장되는 결과를 가져오게 할 수 있다. 이 선거합의서는 국회의 동의를 얻어 발효될 것이므로 법률과 같은 효력을 가지게 될 것이다. 생각건대 기존의원 임기의 기간을 단축하는 것은 가능하겠지만, 연장하는 것은 헌법위반의 문제를 발생시킨다.

우리 헌법 제42조는 국회의원의 임기는 4년으로 한다고 동 기간을 명확히 한정하고 있고 헌법상 인정되는 자유민주주의, 법치주의 및 의회주의의 제 기본원리에 비추어 보더라도 임기를 연장하는 것은 헌법개정 방식을 취하더라도 위헌 논란이 없어질 수는 없다. 국회의원은 헌법규정에 따라 4년마다 선출되고, 동 선출된 기간 동안만 민주적 정당성을 가진다. 또한 시간적으로 한정된 위임을 받은 것이므로 기간이 연장된 국회는 민주적 대표성을 상실하여 그러한 기관이 입법기관으로서 존속하는 것은 민주주의의 원칙에 정면으로 위배된다. 그러나 법률적 효력을 가진 남북한 간 합의서의 발효에 의하여 진행 중인 선거기간을 단축하는 것은 각 의원이 개별적으로 그 위임을 언제든지 포기할 수 있는 점에서 기존의 국회가 일괄하여 위임을 포기하고 사직하는 것에 다르지 아니므로 민주주의 원칙에 반한다고 보기 어렵고 따라서 헌법위반도 되지 아니한다.⁴⁶⁴⁾

II. 총선거에 대한 선거법의 합헌성 판단

남북한 총선거에 관련하여 선거법의 구체적인 내용은 통일합의서를

총선거는 통일조약이 발효된 이후 1990. 12. 2. 실시되었다. 「독일 법률·사법 통합 개관」, 앞의 책, 65면

464) 독일의 경우 기존 의회의 의원의 임기를 단축시키면서 전독일의 총선거 기일을 정하였다. 위의 책, 64면.

통하여 남북간 정치적 타결의 대상이 될 수 있다. 여기서 남북한을 통합하는 선거구의 책정, 그 투표방법 및 대표제 등을 새로이 정할 수 있고 그 합의 내용에 있어서 민주선거의 제 원칙이 모두 지켜져야 할 것이다. 특히 평등선거의 원칙이 중요하게 기능하며, 소멸 당사자에 해당하는 북한의 지역주민들에게 불합리한 차별이 있어서는 안될 것이다.

1. 소선거구제의 관련 문제

선거구 인구불평등의 문제에 있어서 종래 우리 헌법재판소는 합헌의 기준으로서 인구편차에 관한 일정한 비율을 제시하고 이를 점차 엄격히 하는 방향으로 판례를 진전시켜 왔다. 그런데 남북한 통합의 경우에도 소선거구제를 그대로 채택하게 되는 경우에 종래 남한지역의 정치적 판도에서 적용하여 온 이러한 인구편차의 최종적 기준을 그대로 적용하여야만 할 것인가 하는 문제가 발생한다. 판단건대 통일의 시점에서 민주정치를 전개할 남북한의 정치적 사회적 발전상황은 서로 큰 격차를 보일 것이고 인구수의 면에서 북한이 남한의 절반에도 미치지 못함을 고려할 때 남북한 지역의 선거구에 같은 인구편차기준을 적용하는 것은 합리적이지 못한 측면이 있다.

남북한이 서로 정치적으로 대등한 관계에서 호혜적으로 통합되어야 한다는 점에 대한 배려도 필요하기 때문이다. 따라서 이 경우 심사의 기준이 되는 선거구의 평균 인구수 산정에 있어서 남북한을 각각 별도로 하여 계산하는 방식이 있을 수 있으며 헌법적으로 허용되는 편차비율도 다르게 정하여 질 수 있다고 생각된다. 이러한 방식에 의하여 북한주민의 투표가치가 남한주민의 그것에 비하여 다소 높게 실현된다거나 남북한 전체의 평균인구수를 기준으로 한 계산에서 선거구 인구 편차가 보다 크게 벌어지는 일이 발생하여도 통일과 남북한 화합이라는 특수한 사정에 의하여 정당화될 수 있다는 탄력적 판단이 필요하다고 본다. 그러나 북한지역의 선거구 수가 전체 통일한국의 선거구 수의 3분의 1 미만의 수준이 되도록 하는 것은 통일한국에 대한 북한주민의 정치적 대표성을 불합리하게 과소하게 정하는 것으로서 평등 원칙에 위

반될 것이다. 이는 북한주민의 이익을 대표하는 북한출신 국회의원들로부터 헌법개정에 대한 저지권을 박탈하는 것이 되므로 북한주민의 정치적 자결권을 과도하게 침해한다는 측면에서도 위헌이라고 보아야 할 것이다.⁴⁶⁵⁾

2. 비례대표제의 관련 문제

남북한 간의 선거합의서에 의하여 비례대표제를 도입하여 남북한 총선거에서도 실시하게 되는 경우 의원정수 배분에 참가할 수 있는 최소한의 득표율 등 소위 저지조항(Sperrklausel)의 내용을 어떻게 정할 것인가 하는 문제가 발생한다. 판단컨대 총선 당시 북한 측에 근거를 둔 정당은 민주정치와 선거에 대한 경험이 일천하고 보다 큰 인구를 가진 남측지역에는 그 정치적 기반이 전무할 것이므로 저지조항의 충족여부 판단에 있어서 보다 완화된 기준을 적용 받을 수 있도록 하는 규정을 설치하는 것도 고려될 수 있다.

정치적 기반이 취약한 북한 지역의 자생정당에 대하여서는 의원정수 배분에 참가할 수 있는 득표율 달성 여부를 판단함에 있어서 전체 한국을 기준으로 할 것이 아니라 북한지역만을 기준으로 산정하는 특칙을 두는 것이 가능하다. 이러한 조치로 인하여 비례대표제 의원 배분에 대한 정당참여 진입의 측면에서 북한지역 주민의 투표가치가 남한지역 주민의 투표가치에 비하여 다소 높게 평가되는 효과가 발생할 수 있다. 그러나 이는 민주적 정당정치의 발전 정도에서 현격한 차이를 보이는 남북한 정당간의 실질적 평등을 실현시키기 위하여 필요한 조치이기 때문에 입법목적의 합리성이 인정될 수 있다. 또한 남북한의 정당간의 현격한 차별을 조성하는 다른 불합리한 사정이 발견되지 않는다면 평등원칙의 침해문제는 발생하기 어렵다고 볼 수 있다.⁴⁶⁶⁾

465) 선거구 인구 편차 관련 헌법재판소의 판례는 우리 사회의 정치적 발전에 따라 점차 허용편차의 폭을 줄이는 방향으로 변화하고 있다. 1995. 12. 27. 95헌마224 결정에서는 국회의원 선거구의 전국 선거구 평균인구수의 상하 60%까지의 편차가 허용되었으나 2001. 10. 25. 2000헌마92등 결정에서는 상하 50%의 편차로 허용의 폭이 축소되었다. 구체적인 정치상황을 참작하는 판례의 이러한 경향에 비추어 북한지역에 대하여서도 통일 당시 그 고유한 정치적 풍토를 고려하여 선거구 인구편차의 허용 폭이 판단될 필요가 있다.

466) 동서독 선거조약에 의한 1990. 8. 3. 연방선거법은 5퍼센트 저지조항을 양독의 전체 선

III. 북한 정권의 과거청산과 헌법재판

1. 개설

남북한의 통일 이후 ‘조선로동당’의 실질적 지배하에 있었던 북한의 정권범죄에 대한 과거극복 문제는 헌법적 쟁점으로 야기될 가능성이 크다. 독일통일의 경험을 통해 이러한 과거청산문제는 우리의 통일 상황에도 발생할 수 있음을 충분히 예상할 수 있다. 북한으로부터 오랜 기간 격리되어 왔던 남한의 주민들에게 보다는 오히려 북한의 주민들에게 더욱 절실한 문제이기 때문에 북한주민들에 의하여 그 철저한 해결을 더욱 강하게 요구받을 수 있다. 따라서 통일 직후 그 해결과정에서 헌법재판 사건이 다수 발생할 것이 예상된다. 과거청산의 조치에 대한 헌법재판에서는 주로 형사처벌의 합헌성이 문제되는 만큼 죄형법정주의와 법치국가의 과생원칙인 신뢰보호 원칙은 헌법재판에서 중요한 심사의 기준으로 작용하게 될 것이다.

북한의 과거 정권범죄는 크게 북한주민에 대한 정치적 박해행위, 남한주민에 대한 납치·살해 등 테러행위, 그리고 남한에 대한 간첩행위로 크게 나누어 살펴볼 수 있다. 이 문제들은 각각 고유한 헌법적 쟁점들을 지니고 있고 헌법재판에서는 이러한 쟁점들에 대한 판단이 필요한 사안들이다.

2. 북한주민에 대한 정치적 박해행위

북한주민에 대한 박해행위는 여러 가지 형태가 있을 수 있다. 대표적으로 거론될 수 있는 문제는 이른바 정치범에 대한 강제수용소의 운용 과정에서의 각종의 반인권적 행위와 북한이탈주민(탈북자)의 납치귀환

거구를 기준으로 적용하되 비경합 정당간의 명부결합을 인정하였는바, 연방헌법재판소는 최초의 전체 독일 선거에서 이러한 규정을 적용하는 것은 동독 정당들에게 불리하고 동독의 소정당은 적절한 명부결합 상대 파트너 정당을 구하기도 어려울 것이라는 취지에서 전체 독일을 기준으로 한 5퍼센트 저지조항의 적용은 선거에서의 기회균등에 반하여 위헌이라고 판시하였다. *BVerfGE* 82, 322, 338, 349.

과 이들에 대한 박해 등을 들 수 있다. 그러나 그 정확한 실상은 통일을 즈음하여 북한의 정치생활의 현실이 밝혀지고 관련 정보가 공개되어야만 제대로 파악될 수 있으나, 최근 이를 대비한 조사와 자료축적이 이루어지고 있다.⁴⁶⁷⁾

죄형법정주의의 원칙에 비추어 북한정권담당자의 북한주민에 대한 정치적 박해행위에 대하여서는 그 행위당시의 법률인 북한형법이 적용되도록 함이 상당하다. 그러나 재판당시의 법률은 통일한국의 형법이 될 것이고 이 법은 남한의 형법이 될 가능성이 크다. 그러므로 경한 형의 우선적용 원칙에 의하여 만약 통일한국의 형법(재판시법)이 북한형법(행위시법)보다 경미하다면, 그 경우에는 통일한국의 형법이 적용될 것이다. 또 북한형법이 적용된다고 하더라도 그 조문을 문리상 의미대로만 적용할 것이며 사회주의 형법의 해석원리까지 도입하여 유추적용을 허용할 수는 없을 것이다.⁴⁶⁸⁾

그러나 실제 재판에서는, 행위 당시 사회주의 형법제도 하에서 형법의 조문 보다 지도자나 당의 지시가 우월한 효력을 가지므로 비록 형법의 규정에 위반되더라도 지도자나 당의 지시라면 적법하다고 보고 어쩔 수 없이 행위를 한 경우를 들 수 있다. 이 경우 위법성에 대한 인식이 없었으며 그렇지 않다고 하더라도 다른 행위를 할 기대가능성이 없었다는 주장이 있을 수 있다. 형법상 위법성이나 책임성 면제의 판단을 하지 않는다면, 이러한 재판은 헌법적으로는 법치국가의 파생원칙인 신뢰보호의 원칙에 반한다고 볼 수 있다. 더욱이 사회주의 형법을 자유주의적 형법원리에 의하여 재해석하여 처벌하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 반하여 헌법위반이라고 주장할 수도 있다.

이러한 경우에 대해 헌법재판소는 결국 북한형법을 통일한국의 법원

467) 민간단체로서 북한인권정보센터 등의 탈북자 등을 통한 북한정권의 인권침해에 대한 조사자료의 축적이 그러하다.

468) 독일의 경우 연방헌법재판소는 슈타지 간첩행위 사건에서 구동독에서의 범죄행위의 처벌문제를 통일조약에 의하여 개정된 형법시행법률 제315조의 해석에 의하여 해결하고 있다. 이에 따르면 구동독에서 실행되고 처벌되지 아니한 범죄에 대하여서는 형법 제2조의 행위시법 적용 및 처벌이 경한 법률 우위의 원칙이 적용된다고 보게 된다. 그러나 통일조약에 의하여 신설된 형법시행법률 제315조 제4항에 따라서 구동독에서의 범죄라고 하여도 서독형법이 당초부터 적용될 수 있었던 범죄에 대하여서는 형법 제2조를 적용하지 아니하고 항상 구서독형법이 적용되도록 해석하였다. *BVerfGE* vom 15.5. 1995. SS. 46~49; 「통일독일의 구동독 체제불법청산 개관」, 앞의 책, 288-292면. 참조

으로 적용하는 것이 우리 헌법의 원칙에 부합하는 것인지의 여부에 관하여 유권적 헌법판단을 할 필요가 있다. 행위 당시에 북한 형법에 처벌의 규정이 존재하지 아니하면 모르나 처벌규정이 존재하는 이상 위법성에 관한 착오의 문제에서 다른 견해를 가지고 판단하는 것은 죄형법정주의나 신뢰보호의 원칙에 반하지 않는 것으로 해석할 수 있다. 그러나 그와 반대되는 견해를 예상할 수 있으며 그러한 견해가 헌법재판소의 결정으로 될 수 있다. 이 경우에 헌법재판소는 결과적으로 북한정권의 북한주민에 대한 정치적 박해행위에 대하여 사면하는 효과를 부여하게 된다는 점을 유의하여야 한다. 어떠한 결정을 하는 경우이든 헌법재판소의 결정은 통일한국의 초기에 커다란 정치적, 사회적 파장을 가져오게 된다는 점을 인식하여야 한다.⁴⁶⁹⁾

3. 남한주민에 대한 테러행위

북한정권의 범죄행위 중 남한주민을 상대로 하였던 각종의 테러행위에 대하여서는 바로 남한의 형법 등 처벌규정이 행위시법으로서 적용될 수 있다. 그러므로 통일한국의 형법이 주로 남한의 형법체계를 이어받을 것으로 보는 한도 내에서 행위시법과 재판시법의 동일성이 유지된다. 물론 행위자에게 적용되는 행위시법으로서 북한형법의 적용도 통일한국의 법원에게는 선택적으로 가능할 것이다. 그러나 북한형법의 적용

469) 독일의 경우, 구동독 국방위원회 위원들인 알브레히트와 케슬러 및 슈트렐레츠는 동 국방위원회가 장벽탈출자에 대한 총격사살명령을 내린 데에 대한 책임으로 살인죄등으로 기소되어 유죄판결을 받았으나, 피고인들에 대한 유죄판결은 기본법 제103조 제2항의 죄형법정주의의 요구에 위반된다는 이유 등으로 위헌이라고 주장하면서 연방헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구하였다. 이에 대하여 연방헌법재판소는 1996. 10. 24. 동 헌법소원을 기각하는 결정을 하였는바, 그 이유로서 소원청구인들은 국가행위이론(Act of State)을 적용하여야 할 것을 주장한다. 그러나 이는 영미법의 영역에서 발전하여온 논리로서 아직 국제법의 확립된 원칙으로 수용되었다고 할 수 없다. 독일 통일조약에서 일정한 경우 동독의 반법치국가적 조치를 파기할 수 있도록 이미 규정하고 있어서 이러한 이론을 받아들이지 않는 것을 전제로 하고 있다. 특정의 국가가 중대한 범죄에 대한 구성요건을 법률로 규정하고 있지만, 그 국가가 오히려 법규범을 초월하여 불법을 조장하고 장려하며 이에 따라 국제사회에서 승인된 기본권을 심각히 침해하면서 가벌성을 배제하고 있다면 이러한 불처벌에 대한 신뢰의 기초는 더 이상 존재하지 아니하게 될 것이다. 이러한 특수상황에서는 국제법적으로 인정된 인권을 수용하는 실질적 정의에 대한 요구에 따라 상기 정당화 사유는 적용이 배제되고 불법월경의 저지를 인간의 생명권보다 우위에 두는 정당화사유는 정의의 기본적 명령과 국제법적으로 보호되는 인권에 대한 중대한 위반이므로 효력을 인정할 수 없다는 점 등이 판단논거로 제시되어 있다. 1996. 10. 24. BVerfGE 95, 96 결정.

과 해석에 관하여서는 앞서 본 바와 같은 보다 많은 논란이 제기될 수 있으므로 불필요·부적절한 측면에 있고, 남한의 형법을 우선 적용함이 무난할 것이다. 그런데 남한의 형법체계에 의하면 살인 등 가장 중한 범죄의 경우에도 25년의 공소시효가 적용된다.⁴⁷⁰⁾ 그러나 북한의 테러행위에 대해서는 그 시점에 따라 15년의 공소시효가 적용되게 된다.⁴⁷¹⁾

그러나 이러한 테러행위는 현재 기준으로 모두 15년 이상된 사건들이라는 점을 감안할 필요가 있다. 이와 같은 상황에서 통일 이후 이전의 북한의 테러행위에 대한 완전한 과거청산을 위하여 공소시효의 적용을 배제하는 내용의 입법이 실현될 소지가 없지 않다. 독일은 통일된 이후 구동독의 정권범죄에 대한 과거청산을 위하여 공소시효의 정지를 정하는 특별법을 제정한 바가 있다.⁴⁷²⁾ 우리의 경우에도 이와 같은 취지의 특별법이 실현될 가능성이 있다.

이러한 특별법의 제정에 있어서는 소급입법의 합헌성 여부가 헌법상의 쟁점이 될 수 있다. 요컨대 공소시효의 정지 여부는 전적으로 범죄의 가벌성(Strafbarkeit) 여부에 관한 문제는 아니며 원칙적으로 소추가능성(Verfolgungsmöglichkeit)에 관한 문제에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 시효이익을 박탈하는 것은 법치국가 원칙에서 파생하는 신뢰보호의 원칙에 위배하는 문제의 평면에서 검토되어야 하는 것이며 죄형법정주의의 위배여부와는 관계가 없다. 그런 의미에서 시효에 관한

470) 2007. 12. 21. 개정된 형사소송법에 의하면 사형 해당죄의 공소시효는 25년으로 연장되었다. 그러나 부칙조항에 의하여 동 조항의 발효 전 이미 범하여진 범죄에 대하여서는 종전의 공소시효 규정이 적용되도록 하였으므로 발효일인 2007. 12. 21. 이전의 범죄에 대하여서는 여전히 15년의 공소시효가 적용된다. 관련 조항은 다음과 같다.

형사소송법 제249조(공소시효의 기간) ① 공소시효는 다음 기간의 경과로 완성한다. <개정 1973. 1. 25., 2007. 12. 21.>

1. 사형에 해당하는 범죄에는 25년

2. 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 15년(이하 각 호 생략)

② 공소가 제기된 범죄는 판결의 확정이 없이 공소를 제기한 때로부터 25년을 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주한다. <신설 1961. 9. 1., 2007. 12. 21.>

부칙 제3조 (공소시효에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.

471) 남북한 간의 대결구조는 분단 이후 수십년 간 지속되면서 북한의 대남테러는 이른바 남조선혁명을 촉발하겠다는 차원에서 계속되었다. 대표적인 사례로서 KNA기납치사건, 청와대습격사건, 울진삼척무장공비사건, 아웅산사건, KAL기폭파사건, 동진호납치사건, 기타 남한주민 납치사건 등을 들 수 있다.

472) Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten(VerjährungsG) vom 26. märz 1993, *BGBl*, 1993, I, S. 392.

특별법의 문제는 범죄 행위 이후에 사후적으로 구성요건을 설정하는 문제와는 본질적 차이를 가지는 것이다. 특별법이 이미 공소시효가 완성된 행위에 대하여 그 시효의 중지를 정한다면 이는 진정소급효에 관한 입법이 될 것이다. 또한 진행 중인 시효가 아직 지나지 아니한 상태에서 그 시효중지를 정한다면 이는 불진정소급효에 관한 입법이 될 것이다. 부진정소급효에 관한 입법은 원칙적으로 합헌일 것이나 진정소급효에 관한 입법은 원칙적으로 피의자와 피고인에 대한 법적 신뢰를 침해하는 것으로 위헌이 된다고 하지 않을 수 없다. 그러나 이는 어디까지나 원칙의 문제이며 예외적 허용이 불가능한 것은 아니다. 북한의 정권적 불법행위에 관련하여 그 행위자의 시효에 대한 법적 이익은 전체적으로 경미한 반면 처벌함으로써 실현될 공익은 압도적 중요성을 가진다고 판단한다면 비록 진정소급효를 가지는 경우라고 하더라도 시효이익을 박탈하고 시효의 정지를 정하는 것이 합헌적일 수 있다.⁴⁷³⁾

4. 북한정권의 간첩행위

통일 후 북한의 대남 정탐·첩보행위의 처벌 가부에 관하여서도 헌법적 문제가 제기될 수 있다. 독일의 경우 동독의 대서독 첩보수집을 담당하던 국가공안부(슈타지) 요원들은 통일후 간첩죄로 기소되었으나 연방헌법재판소는 이들의 처벌이 법치국가에서 파생되는 신뢰의 원칙과 평등원칙을 위배하는 것으로 위헌이라고 판단한 바가 있었다.⁴⁷⁴⁾

우리의 경우에도 테러행위를 포함하지 아니한 순수한 정탐·첩보행위는 상호주의와 평등의 원칙과의 위배여부가 크게 다투어질 우려가 있을 수 있다. 이에 대하여 북한측의 비인도적 범죄를 청산하는 한 인명에 대한 침해를 수반하지 아니하는 단순 첩보행위의 경우 분단을 극복하고 통일이 실현된 시점에서는 특별히 처벌할 가벌성도 크지 않게 될 것이

473) 이러한 입법의 합헌성 여부에 관하여는 헌법재판소의 5·18특별법 관련 헌법소송의 결정이유에서 이미 상세한 이론전개가 이루어진 바 있다. 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7·13(병합) 5·18민주화운동등에관한특별법 제2조 위헌제청 등 14건 헌재공보 14, 195-211면 참조.

474) 특히 서독측의 대동독간첩행위는 처벌의 대상도 되지 아니하면서 동독측의 서독에 대한 간첩행위만 처벌하는 것은 평등원칙에 위배된다고 보았다. 1995. 5. 15. *BVerfGE* 2 BvL 19/91, 2 *BvR* 1206/91, 1584/91, 2601/93

므로 이를 굳이 처벌하는 것은 평등의 원칙과 신뢰보호의 원칙을 침해하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 나아가 북한의 대남 정탐행위가 이른바 ‘남조선혁명’의 실현을 위한 것으로 일반적으로 국가가 행하는 정보수집행위의 범위를 넘어선 공격적 도발행위에까지 이르고 타인에 대한 실제 피해를 야기한 경우에는 이러한 행위까지 헌법상 신뢰보호의 원칙이나 평등의 원칙에 의하여 보호되어야 한다고 볼 수 없다. 결국 통일 이후 북한 내의 대남간첩행위 관련자에 대한 처벌은 각각 구체적 사건의 내용에 따라 그에 상응한 헌법적 평가가 이루어져야 할 것이다.

제 4 절 북한지역 몰수토지처리 관련 원소유자 확정 및 토지 이용관계

I. 원상회복 논의의 규범적 의미: 국유재산 해체 수단

1. 국유재산 해체의 목적

국가사회주의(Staatssozialismus) 경제질서의 근간은 전체로서의 인민 소유, 즉 국가소유의 절대적 우월성에 기인하지만, 국가에 의해 조종되는 사회주의 경제체제는 이미 대외 경쟁력을 상실했음을 여러 경로를 통해 확인할 수 있다. 통일 후 북한지역의 경제적 재건은 한반도 통일에 있어 중요한 해결과제의 하나이며, 이는 기업적 사유재산권을 근간으로 하는 시장경제체제로의 전환을 통해서만 가능하다. 구체적으로는 대한민국 민법전 상의 자유주의적 소유권 개념이 북한지역에 도입되어야 하며, 이에 따라 국가소유의 해체는 피할 수 없는 명제라 할 것이다.

독일에서의 이러한 노력은 국가조약⁴⁷⁵⁾의 체결에서 처음으로 반영되는데, 동 조약 제1조 제3항은 사유재산권 인정으로 대표되는 사회적 시장경제를 양독 경제통일체의 기본 경제질서로 규정하게 된다. 과거 국영기업, 콤비나트의 존속보호 측면에서도 국유재산의 사유재산으로의 전환은 불가피했으며, 이는 곧 구 사회주의적 경제단위, 예컨대 국영기업, 콤비나트의 자본회사(Kapitalgesellschaft)로의 전환으로 구체화 되었다. 이와 병행해서 과거 국영기업, 콤비나트 점유 하에 있던 부동산의 자본회사로의 소유권 이전은 자본재 확충을 통한 편입지역 기업의 존속 보호에 직결되는 것으로 간주되어 이에 대한 많은 입법적 노력이 있게 된다.

475) *Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik(Staatsvertrag)* vom 18. Mai 1990, *GBI* I S. 332, *BGBI* II S. 537.

2. 국유재산 해체를 위한 구체적 방법

(1) 전환(Umwandlung)

사회주의적 소유권은 우선적으로 ‘전환’이라는 입법적 노력의 대상이 된다. 전환은 사회주의적 소유권의 공통된 특징인 ‘처분불가’와 ‘일반적 사법규정의 적용배제’라는 사회주의적 법질서의 폐지를 의미한다. 전환을 위한 독일에서의 입법적 시도는 이미 통일 전 구 동독에 의한 경과 입법들로 시작되어⁴⁷⁶⁾, 구동독의 편입과 통일조약에 의한 기본법과 서독 민법전(BGB)의 편입지역에의 효력 창출로 완성되게 된다. 중요한 전환 규범으로는 신탁법 제11조와 “동독법률개정 및 폐지에 관한 법률(Gesetz über die Änderung und Aufhebung von Gesetzen in der DDR)” 제7조 제6호를 들 수 있는데, 전자를 통해 신탁청의 사적 지분이 자분회사로 전환되고 이에 따라 창출된 사적 소유권은 자분회사의 경영재산으로 된다. 또한 후자는 농업협동조합(LPG)의 권리와 관련해, 사회주의적 소유관계에 근거한 동 조합의 광범위한 토지이용권을 철폐하게 된다. 그러나 국유재산의 일반적 사법관계로의 편입과 병행해서 공법적 목적에 직·간접적으로 기여하는 행정·재정재산은 특별규정에 의해 규율됨을 주의해야 한다.

(2) 새로운 권리주체로의 귀속(Zuordnung)

남북한 통일과정에 있어 재산권 문제 해결을 위한 입법자의 두 번째 과제는 ‘전환’된 소유권을 사법상 소유권자로 귀속하는 것이었다. 독일

476) 구동독에서는 1990년에 사회주의적 소유권의 해체와 이의 사적 주체로의 이전, 그리고 이를 통한 불명확한 소유권관계의 규명을 위한 일련의 입법들이 있게 된다. 이 과정에서 각 법령 간에 상충하는 규정들이 많이 발견되는데, 이는 구동독의 단일화 되지 않은 소유권 개념(예컨대, 전체로서의 인민소유, 협동조합적 소유, 기타 사회단체적 소유), 다양한 권리행사와 그 조직 그리고 무엇보다도 소유권에 대한 정교한 법기술적 규율의 결여 등에 기인한다고 한다. 또한, 1990년 3월의 민주총선 전의 입법들은 그때마다의 정치적 목적에 의해 좌우되었음도 부인할 수 없다고 한다. ‘전환’을 위한 구동독의 입법들로는 1990년 3월 7일의 “국유건물의 매각에 관한 법률(Gesetz über den Verkauf volkseigener Gebäude)”, 동 년 3월 1일의 “기업전환령(Umwandlungsverordnung)”, 동 년 6월 17일의 “헌법상 기본원칙(Die Verfassungsgrundsätze)”과 “신탁법”, 동 년 7월 6일의 “지방자치단체재산법(Kommunalvermögensgesetz)”, “농업적응법(Landwirtschaftsanpassungsgesetz)”, “농지평가법(Landwertungsgesetz)” 등을 들 수 있다.

민법시행법(EGBGB) 제233조 §2 제2항에 의하면 소유권자 내지 국유재산의 신 처분권자의 지정은 국유재산 해체에 관한 특별규정에 의한다고 한다. 이에 따라 공법상의 행정·재정재산은 통일조약 제21조와 제22조에 의해 규율되며, 국영기업 등은 통일조약 제25조와 신탁법에 의해 신탁청에 일단 귀속된다. 그러나 여기서의 귀속은 신탁청이 해당지분의 매각 등을 통해 최종적인 사적 소유권자를 발견해야 한다는 점에서 소유권의 신탁청으로의 완전한 귀속을 의미하지는 않는다.

(3) 사유화(Privatisierung)

광의의 사유화는 사회주의적 소유권의 전환과 이의 일반적 사법관계에 의한 귀속을 의미한다. 한편, 협의의 사유화는 사회주의적 소유권의 사적 소유권자, 즉 개인, 자본회사, 공법상의 자치단체와 구별되는 사법상의 법인 등에게로의 이전을 의미한다.⁴⁷⁷⁾ 따라서 공법상의 행정재산은 사유화가 전혀 문제되지 않지만, 재정재산의 경우에는 지방자치단체가 해당 부동산 등을 적합한 투자를 위해 매각할 수 있다는 점에서 사유화가 의미를 가질 수도 있다.

(4) 원상회복(Restitution)

통일 독일의 경우 1949년 이후, 즉 동독정부 수립 후 몰수된 재산적 가치는 재산법 상의 규정에 따라 원칙적으로 원소유자 내지 그 법적 승계인에게 반환된다. 몰수재산권의 원상회복은 구 사회주의적 소유권이 결과적으로 사인에게 이전된다는 점에서 협의의 사유화의 일종이라 볼 수 있다. 전술한 사회주의적 소유권의 ‘전환(Umwandlung)’과 ‘새로운 권리주체’에로의 귀속(Zuordnung)’은 ‘원상회복’에 선행하는 개념으로 원칙적으로 이와 구별되어야 한다. 즉, 독일 신탁법 제24조 제1항에 의하면 “동법에 의한 사유재산으로의 전환(광의의 사유화)은 사인에게로의 재산권 양도를 통한 재사유화, 즉 재산법상의 원상회복(협의의 사유화)에 영향을 미치지 않는다.”고 규정하고 있다. 그러나 경우에 따라서는 ‘전환’, ‘귀속’, ‘원상회복’ 등은 법효과에 있어 중첩적인 결과를 낳기도

477) 학자에 따라서는 협의의 사유화를 재사유화라 칭하기도 하지만, 재사유화는 몰수재산권의 원소유자 내지 법적 승계인에로의 원상회복을 일컫는 개념이라 봄이 타당할 것이다.

하는데, 예컨대 농업협동조합의 광범위한 토지이용권의 폐지는 자동적으로 조합원의 과거 강제적 출연재산의 반환을 의미하고, 공법상 행정·재정재산의 귀속을 규정하고 있는 통일조약도 과거 지방자치단체 간의 보상 없는 재산권 수용조치의 우선적 원상회복을 규정하고 있는 것이 그것이다(통일조약 제21조 제3항, 제22조 제1항 제7문, 재산귀속법 제1조 제4항).

II. 북한지역 몰수재산에 대한 원상회복 여부

1. 재산권 몰수조치(토지개혁)에 대한 연혁적 고찰⁴⁷⁸⁾

북한에서는 해방 직후 반제반봉건 민주주의 혁명의 일환으로 농업부문에서 철저한 토지개혁이 실시되게 된다. 북조선임시인민위원회 명의로 공포된 ‘북조선토지개혁에 관한 법령’에 따라 1946년 3월 5일부터 불과 20여일 만에 토지에 대한 몰수 및 분배사업이 완수된다. 동 법령에 의하면 일본 내지 일본인, 일본인단체, 민족반역자, 부일 한국인, 도주자

478) 북한에서의 재산권 몰수와 이에 따른 부속조치들은 원칙적으로 북한정부 수립 전에 이미 완료되었다고 볼 수 있다. 이를 요약하면 다음과 같다. (자료출처, 북한법령집, 대륙연구소 1989; 농지개혁사 자료집, 한국농촌경제연구원 1984)

- * 북조선토지개혁에 관한 법령(1946. 3. 5) : 적산토지, 소작토지의 무상몰수 무상분배
- * 토지개혁실시에 관한 임시조치법(1946. 3. 5) : 북조선토지개혁에 관한 법령 공포 이후의 주택, 가축, 농업기계 등 토지부속물의 처분금지
- * 토지개혁법령에 관한 세칙(1946. 3. 8) : 토지개혁을 준비하고 실시할 농촌위원회의 조직·임무 등 토지개혁에 관한 법령의 시행에 필요한 사항의 보완
- * 농업현물세에 관한 결정서(1946. 6. 27) : 수확고의 25%를 농업현물세로 징수
- * 농업현물세에 관한 결정 위반자 처벌 규칙(1946. 7. 22) : 농업현물세의 납부 해태자에 대해 2년 이하의 징역 등 형사처벌
- * 토지개간법령(1946. 11. 1) : 경지면적의 확장과 식량증산을 위해 토지개간허가제 및 개간 토지의 매매, 저당 등 처분금지
- * 산업 및 상업발전에 관한 법령(1946. 11. 25) : 상업발전의 장려라는 명분하에 민족반역자로 확정된 자의 개인재산 몰수
- * 산림에 관한 결정서(1947. 3. 22) : 산림보호와 농촌경리 향상 위해 묘지 및 집터에 부속된 소산림을 제외한 전 산림 무상 국유화
- * 대지 및 잡종지에 관한 결정서(1947. 3. 22) : 타인에게 대여한 대지를 대차인에게 무상분여하고, 대여한 공장, 기업소 등 공공건물의 대지 및 일체의 잡종지를 몰수 국유화
- * 몰수재산 관리에 관한 규정(1948. 12. 16) : 국고에 귀속시키는 몰수재산의 대상 및 동 재산의 관리
- * 민족반역자들의 몰산을 등록하여 이를 처분하는데에 관한 결정서(1951. 1. 5) : 1950. 9. 28 - 1951. 1. 4 기간 동안 월남 등 북한을 도주한 민족반역자들의 일체의 부동산 및 동산 몰수

의 토지, 5정보 이상의 조선인 소유 토지, 소작하는 토지 등은 무상으로 몰수되어 고용농민, 토지 없는 빈농 등에게 무상으로 분배되었다. 그 결과 백 만여 정보의 토지가 몰수되어 거의 대부분이 무산계급에 분배되었고 나머지는 임시인민위원회 소유로 된다. 비록 북한에서의 사유재산권 불인정으로 대표되는 사회주의적 소유권 질서가 1960년대에 완료된 협동농장화로 완성되기는 하지만 실질적으로 볼 때 토지개혁을 통해 그 기초가 공고히 되었음은 부인할 수 없다.

2. 재산권 몰수조치에 대한 법적 평가의 기준

재산권 몰수조치에 대한 법적 평가에 있어 우선적으로, 어떤 기준에 의해 그 같은 평가가 이루어져야 하는가가 문제된다. 왜냐하면, 재산권 몰수가 형식적으로는 북조선임시인민위원회의 법령 공포로 그 근거가 마련되었지만, 소련점령당국의 실질적 영향력을 도외시 할 수 없기 때문이다. 이는 곧 몰수조치에 대한 법적 평가가 국내법에 의해서 이루어져야 하는지 혹은 점령권의 행사라는 국제법상의 문제인지와 직결된다.

통설⁴⁷⁹⁾에 의하면 점령권의 행사는 직접적 점령권(unmittelbares Besatzungsrecht)과 간접적 점령권(verstecktes Besatzungsrecht)으로 나뉜다. 직접적 점령권은 고권행위의 원천성 내지 받기인(Urheberschaft)에 착안해서 점령당국의 직접명의로 인한 법령공포행위 내지 법집행을 가리킨다. 이에 반해 간접적 점령권이란 형식적으로는 피점령국의 자체기관에 의한 법제정 내지 법집행이지만 실질적으로 이들이 '외부의 의사(fremde Wille)'에 의해 조종되고 종속되는 경우를 말한다. 더 나아가 피점령국 기관에게 상당 범위의 재량권이 주어지더라도 이것이 상위권력보유자(Inhaber der obersten Regierungsgewalt), 즉 점령당국의 수권에 의하고 이에 따른 법령 내지 법집행에 대한 재판통제장치가 결여된 경우에는 간접적 점령권의 행사라고 보는 것이 일반적 견해이다.

479) Schmoller/Maier/Tobler, Handbuch des Besatzungsrechts Bd. 1, 1957, §24a, S. 46 ff.; T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1959, S. 365 f.; H. Maier, Verstecktes Besatzungsrecht, JZ 1953, S. 367 ff.

위 논의에 따라 북한에서의 재산권 몰수조치를 평가한다면 이는 구소련에 의한 간접적 점령권의 행사라고 봄이 타당할 것이다. 비록 몰수와 관련된 법령들이 북조선임시인민위원회 명의로 공포되었지만 당시 점령당국에 의해 하달된 각종 지침, 확인서, 훈령 등을 살펴 볼 때 재산권몰수법령 및 그 집행은 실질적으로 점령당국의 치밀한 계획과 지시 하에 기획되고 실시되었다고 보아야 할 것이다.⁴⁸⁰⁾ 더욱이 종전 후 동유럽에서의 재산권 몰수사례를 살펴보면, 그 구체적 시행절차, 기간 등에는 차이가 있을 수 있다. 그렇지만 기본적 이념, 즉 마르크스주의의 피점령국에서의 완전한 실현이라는 대전제 하에 사유재산이 구소련의 의도에 의해 몰수되었던 점은 북한의 경우와 크게 다르지 않고 매우 유사한 면이 있다는 점을 고려하여야 할 것이다.

3. 몰수재산의 원상회복 배제를 위한 몇 가지 논점

(1) 배분적 정의의 실현

몰수재산의 반환문제는 크게 보아 통일 후 남북한 법질서의 통합과 관련된 개별 법 문제의 일종이라 할 수 있다. 구체적 통일 방법과 상관 없이 통일한국의 법질서는 자유민주주의, 법치주의, 시장경제질서 등 현행 대한민국 헌법의 기본원리가 중심 되는 것이어야 함에는 이론의 여지가 없다. 통일 후 북한 지역에 법치주의가 식재되는 과정에서 과거 반법치주의적 결과의 척결은 무엇보다 우선시되는 과제라는 점도 명약관화하다. 그러나 법원리에만 충실한 결론, 즉 예외 없는 몰수재산의 반환이 반드시 우리가 달성하고자 하는 통일한국의 비전에 완전히 부합하는가의 문제는 시각을 달리하여 판단하여야 한다.

우선, 원상회복 원칙의 관철은 논리적 경쾌함에는 일조할 수 있지만

480) 토지개혁으로 대표되는 북한지역에서의 재산권 몰수에 대한 소련점령당국의 의도는 종전 직후 공포된 ‘북조선지배지침서’에서 처음 발견된다. 계속해서 소련점령당국은 1946년 1월 2일 공포된 ‘소련점령군사령관 명령 제 2 호’에서 고용농민과 빈농을 위한 토지개혁의 필요성을 지적하고 있으며, 토지개혁이 동 년에 시행되어야 함도 의무화 하고 있다. 더 나아가 북조선임시인민위원회 설치에 관한 법령 제10조 내지 제12조에 의하면 동 위원회가 제정하는 모든 법령 내지 법집행은 사전에 점령군사령관에게 제출되어 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 북한지역에서의 재산권 몰수행위는 구소련의 실질적 영향력 하에서 이루어졌다고 봄이 타당할 것이다.

북한 주민을 고려한 완전한 통합 이념에는 배치될 우려가 있음을 지적한다. 통일 후 동서독 주민들이 상호 'Wessi', 'Ossi'라 칭하며 갈등을 야기한 국면을 상기하지 않더라도, 극명한 격차를 보이는 남북한 주민의 경제수준을 고려하건대 원상회복을 견지할 경우 토지나 주택의 이용권에 터 잡은 북한주민의 최저 생존권이 근본적으로 침해될 수 있음을 간과해서는 안 된다. 북한 정부 수립 시부터 정치적 의사 결정에서 소외된 북한 주민들은 통일 과정에서 폭발적인 민주적 의사결정에의 참여를 원할 것인바, 그들이 염원했던 민주적 의사결정이 그 결과에 있어 원상회복원칙에 따른 주택 임차권 박탈 등 최저 생존권 보장도 담보할 수 없는 것이라면 차라리 계획경제시대의 그것 보다 낡을 것이 없다는 자조를 양산할 가능성이 농후하며, 이러한 결과는 정치적 통일과는 무관한 또 하나의 정신적 분단을 초래할 것임을 염두에 두어야 한다.

더불어 통일한국의 전체적인 미래상과의 조화도 고려하여야 한다. 주지하다시피 북한의 경제구조는 폐쇄적 상황을 벗어나지 못하고 있으며, 국가인프라를 포함한 경제수준과 환경수준도 매우 열악한 정도에 그치고 있다. 따라서 통일한국의 우선적 과제는 북한지역을 최대한 단기간 내에 남한의 제반 수준에 근접시키는 것이라 할 수 있다. 북한 경제의 재건을 위한 투자 촉진, 환경문제의 해결을 위한 국가 차원의 일관된 노력 등 그 구체적 과제는 과거 우리가 경험하지 못한 모습으로 현출될 가능성이 높다. 그 과정에서 토지 등의 계획적 이용은 필수적 전제조건으로 등장할 것인바, 불명확한 소유권 관계를 둘러싼 사적 분쟁의 범람은 국가적 명제로서의 북한지역의 균형 있는 개발, 대규모 투자 유치 등의 대역사에 커다란 걸림돌로 등장할 것임은 독일의 예에 비추어 쉽게 상정할 수 있다.

(2) 원상회복 배제를 위한 법리적 논거

배분적 정의에 입각한 통일한국의 건설이라는 법정정책 이념에도 불구하고 과연 반환배제원칙이 법원리에 부합하는가의 문제는 여전히 우리의 발목을 잡을 수 있다. 결국 현행 헌법상의 재산권 보장 원칙이 문제될 것인데, 그와 관련하여서는 독일연방헌법재판소의 '토지개혁판결'이

준거로 작용할 수 있다.

우선, 재산권 몰수행위가 북한정부 수립 후 법적으로 추인되었음에 주목하여야 한다. 1948년 9월 8일의 북한헌법 제5조 내지 제7조는 명시적으로 점령기의 재산권몰수조치와 이로 인한 북한에서의 새로운 소유권 질서를 승인하고 있다. 1972년 12월 28일과 1992년 4월 9일의 북한헌법, 1990년 9월 5일 제정된 북한민법전 제3조와 제37조도 인민소유(Volkseigentum)의 불가침 선언을 통해 과거 재산권몰수조치를 간접적으로 추인하고 있다. 소련점령군의 몰수행위에 대해 북한 정부가 이를 추인하였음은 통일 후 구소련의 행위에 대한 법적인 평가를 어렵게 하는 요인이라 할 수 있다. 물론 원상회복 여부가 불법행위에 대한 무가치를 확인하는 것이 아니라 반법치주의적 불법결과를 청산함에 있다 하더라도, 이는 선결문제로서 행위무가치를 전제하는 것이라 할 것이므로 국제법상 강행규정 위반으로 보아 무효로 보기에 상당한 난점이 수반된다.

통일 과정에서 남북한 정부가 통일조약 등을 통해 몰수재산 반환불가 원칙에 합의하고 이를 헌법규범화 할 경우 위헌의 문제를 논할 수 없음도 감안하여야 한다. 독일의 경우가 그러하듯이 반환배제원칙에의 합의를 법제화 한 후 이를 헌법에 편입한다면, 동 조항은 헌법전의 일부로서 재산권 보장을 규정한 제23조와 동등한 가치를 지니는 것으로 보아야 한다. 헌법 상위에 존재하는 근본규범으로서의 인간의 존엄성 원칙에 위반된다는 지적에 대해서도, 민족적 과업으로서의 통일의 실현에서 불가피한 통치행위라 간주할 수도 있다.

보다 근본적으로 재산권 보장이 반드시 존속보장에 한정되는가의 의문도 제기된다. 헌법 제23조 제1항에 의한 재산권 보장의 범위에 대해서는 논란의 여지가 있지만, 다수설에 의할 때 동항은 존속보장과 더불어 가치보장, 즉 손실보상의 방법에 의한 재산권 보장을 포함하는 개념으로 해석하고 있다. 환언하면, 과거 불법행위에 기한 반법치주의적 결과의 청산으로서의 재산권 보장이 반드시 원상회복이라는 존속보장에만 한정되는 것은 아니라는 입론에 이르게 된다. 현행 헌법 제23조 제3항도 공공필요에 의한 재산권의 존속 박탈을 보상이 행해짐을 요건으로

허용하고 있음을 고려할 때 포괄적인 공공필요, 즉 북한지역의 경제적 재건, 북한주민의 최저 생존권 보장 등에 입각한 몰수토지에 대한 수용은 현행의 헌법 내지 행정법 이론에 의하더라도 충분한 논증이 가능할 것이다. 물론 현행 법제가 ‘사인에 의한 수용(Enteignung zugunsten Privaten)’을 광범위하게 인정함에 비추어, 원소유자가 충분한 자격을 소명하여 사업시행자의 지위를 취득할 경우 간접적으로 원상회복의 효과를 창출할 수도 있을 것이다.

(3) 원상회복의 현실적 난점

동독 정부 수립 후에 행해진 몰수재산에 대하여 반환원칙을 천명하고 있는 독일의 경우와 다른 우리의 특수성도 반환원칙의 채택을 어렵게 만드는 요인에 해당한다. 독일과는 달리 남북한은 한국전쟁을 경험했음을 우선 지적할 수 있다. 이를 통해 원소유자의 소유권을 입증할 수 있는 제반 문서가 상당부분 소실되었음은 굳이 실증적 통계를 들지 않더라도 자명한 일이다. 더구나 북한의 경우 토지 등의 등기제도가 존재하지 않음도 문제라 아니할 수 없다. 분단기간의 장기화도 반환원칙의 불가에 힘을 실어 준다. 즉, 이미 분단 1세대의 다수가 사망한 상황에서 소유권 입증이 용이하지 않음은 소유권 입증을 위한 소위 보증인을 선임하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다. 또한, 원소유자로서의 원상회복을 고집할 경우 1907년 토지조사령 등에 따라 일본에 의하여 강압적으로 소유권을 상실한 소위 원시적 원소유자의 권리보호도 고려해야 하는 큰 어려움에 봉착하게 된다.

Ⅲ. 북한지역 국유재산의 전환 및 사유화 검토

1. 국유재산 사유화의 의의

사회주의 토지정책의 목적은 궁극적으로 부동산의 국가재산으로의 편입이다. 그들에게 국가재산은 다른 소유권 형태에 비해 우월하며 처분의 대상이 될 수 없다. 독일의 경험으로 비추어 볼 때 50여년을 지탱해

은 북한의 재산권 몰수 정책은 통일 후 수많은 원소유자들의 몰수재산권 원상회복청구를 야기해 소유권 질서의 큰 혼란이 초래될 것임은 충분히 예상할 수 있다.

한편, 우리가 통일과정에서 결코 포기할 수 없는 자본주의적 시장경제 질서는 논리상 당연히 북한 국가(국유)재산의 시민법적 의미에서의 사적 소유 내지 공법상 단체의 소유를 요구하게 될 것이다. 이러한 사유재산권의 창출 내지 사유화 정책에서 북한주민이 무산계급임을 우선 고려하여야 한다. 이는 곧 북한주민의 최저 생존권이 보장되어야만 전체 한국민의 자유의사에 의한 진정한 의미에서의 평화적 통일이 달성됨을 의미하는 것이다. 그렇지 않을 경우 통일의 후유증은 또 다른 분단을 초래할 지도 모른다. 따라서 북한지역의 즉각적인 시장경제적, 자유주의적 소유권 질서의 확립을 위해 사유화 정책은 우선적으로 원소유자와 형식상 현처분권자와의 소유권 귀속관계를 명확히 하는데 기여하여야 한다. 더 나아가 사유화 정책은 외부자본 유치와 이에 따른 경제 부흥 및 수익금 배분 등을 통해 북한주민의 재산형성도 고려해야 한다. 경제구조 개편을 위한 투자장애요소의 제거 및 주민분배의 극대화를 통한 사회적 정의 실현도 사유화를 통해 달성해야 할 목표가 될 것이다.

사유화 형태와 관련하여, 이해관계의 대립으로 인해 법적으로 어려운 문제가 - 예컨대 법적 보호를 구하는 원소유자의 요청과 적절한 국유재산의 분배, 관리를 통한 경제발전을 요구하는 거시적 측면 - 발생함도 예상할 수 있다. 이에 대한 해결은 원칙적으로 헌법상의 제 원칙에 부합하여야 한다. 따라서 사유화 정책의 척도는 헌법상의 정의개념, 사회적 형평, 평등원칙 및 공공복리원칙 등이 될 것이다. 사유화 대상이 생산수단일 경우에는 북한주민이 자기의사에 반해서 50년 이상 정치적 형태에 관해 결정할 기회가 없었고 따라서 사회경제적으로 볼 때 재산권 몰수정책의 희생자였다는 점을 고려하여 그들의 사유재산을 어떻게 보장할 것인가 하는 문제가 특히 중요하다. 이런 의미에서 북한 주민의 소유권 형성 내지 생존권 보장은 ‘인간으로서의 기본권(Menschenrecht)’ 문제로 다루어져야 한다.

2. 북한 국영기업의 사유화

(1) ‘국유재산관리청’(가칭)의 설립과 그 임무

북한 국영기업을 자본회사 형태로 전환하고 이를 통해 북한경제를 시장경제구조로 적응시키기 위해서는 - 독일의 경우를 참조한다면⁴⁸¹⁾ - 사유화 업무를 전담하는 공법상 기구의 설립이 필수적이라 할 것이다. 이를 여기서는 ‘국유재산관리청’(가칭)이라 부르기로 한다.

국유재산관리청의 우선과제로는 북한기업의 시장경제적 조건에 맞는 구조적응을 통한 사유화⁴⁸²⁾와 거대한 콤비나트의 현대적 경제구조에 합당한 중소기업으로의 분할을 들 수 있다. 사유화의 실행은 최대한 신속히 이루어져야 하며, 이를 위해 국유재산관리청은 자신의 영업지분을 최대한 빨리 매각해야 할 것이다. 매각 결정을 함에 있어서는 경쟁력 향상, 고용창출 및 보장을 고려하여야 한다. 사유화가 국유재산의 사적 경제단위로의 전환을 의미한다면, 사유화 과정에서 공법상의 단체가 참여할 수 있느냐가 문제될 수 있는데, 사유화의 궁극적 목표가 북한 국가계획경제의 시장경제질서로의 완전한 편입임을 고려한다면 해당 법률의 규정에 비추어 필요한 경우 이를 인정하여야 한다.

북한경제의 낙후성에 비추어 볼 때 모든 국영기업이 사유화 적격상태는 아닐 것이다. 따라서 해당 국영기업에 대한 즉각적인 사유화, 즉 투자자에게로의 매각이 불가능 할 경우에는 국유재산관리청은 이들 기업이 사유화 적격상태가 되도록 경쟁력 제고를 통한 기업체질개선(Sanierung)에 힘써야 할 것이다. 이 경우 기업체질개선은 현상유지 차원이 아닌 재정적 위기에 처한 기업의 회생을 위한 - 예컨대 재정적 조치뿐만 아니라 기업 내 구조, 조직의 개편 등 - 가능한 모든 조치를 포

481) 독일에 있어서 신탁청의 역할, 임무 등에 관해서는 M. Balz, Rechtseinheit-Wirtschaftseinheit : Die Rolle der Treuhandanstalt, *VIZ* 1992, S. 41 ff.; R. Bärwaldt, Die Treuhandanstalt nach dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages, *DtZ* 1990, S. 347 ff.; Busche, in: Brunner, *Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR*, §11 TreuhG, S. 8 ff. 참조.

482) 독일의 경우 신탁법이 정하는 신탁청의 사유화 임무는 단순히 신탁청에 부여된 권능이 아니라 법률상의 의무라 본다. Vgl. M. Kerber/W. Stechow, *Das Treuhandaußenrecht*, *DZWiR* 1991, S. 105 ff.

함한다.

국유재산관리청 설립의 목적은 일반적으로 즉각적인 사유화를 추진함에 있다 할 것이다. 해당 기업이 처음부터 경쟁력을 보유해 사유화 적격상태일 경우에는 매각 대상자를 찾는데 별 어려움이 없을 것이다. 그러나 해당 국영기업이 기업체질 개선대상일 경우 국유재산관리청은 ‘사유화를 통한 체질개선’과 ‘사유화를 위한 체질개선’, 즉 사유화와 기업체질개선 중 하나를 우선적으로 선택하여야 한다. 매각을 통한 사유화가 대부분의 경우 기업체질개선을 위한 최상의 방법이지만 이것이 곧 모든 희생을 치른 사유화를 의미할 수는 없다. 환언하면, 국영기업은 전체 경제적 이익형량, 특히 고용확대의 사회적 측면에서 필요할 경우에 우선적 사유화 대상이 되어야 한다. 생각건대, 통일 후 예상되는 북한 지역의 높은 실업률을 고려할 때 고용기회 상실과 직결될 지도 모를 매각에 의한 즉각적 사유화 보다는 전체 북한경제의 구조적 적응에 적합한 체질개선 노력에 보다 큰 중점이 놓여야 한다.

한편 국유재산관리청의 임무를 독일의 경우와 비교해서 요약·나열하여 보면 다음과 같다.

첫째, 전환 자본회사의 설립과정에서의 협력 및 감독(신탁법 제15조 제3항, 제16조 제20조),

둘째, 개별기업의 매각 등을 통한 거대 콤비나트의 해체(신탁법 제2조 제6항 제2문, 제8조 제1항, 제12조 3항),

셋째, 전환기업의 재정적 경쟁력 제고를 위한 신용창출 및 부채경감(국가조약 제27조, 통일조약 제25조 제4항, 신탁법 제2조 제7항),

넷째, 기업의 구조적응을 위한 자본재 및 인적 자원의 보존 및 적정분배(통일조약 제25조 제5항, 신탁법 제5조),

다섯째, 경영지분 내지 기업재산의 매각을 통한 국영기업의 사유화(신탁법 제2조 제6항 제1문, 제8조 제1항),

여섯째, 사유화 미적격기업의 해체 및 잔여재산에 대한 가치평가(신탁법 제8조 제1항).

(2) 사유화의 실행

국영기업 사유화의 궁극적 목적은 해당기업의 자본회사로의 전환을 통해 국가의 독점적 기업경영 내지 감독을 제거함으로써 북한지역 경제가 시장경제질서에 적합하도록 재구성하는 것이다. 이러한 국영기업의 자본회사로의 전환, 즉 사유화는 기업 내 사법적 조직의 창출, 충분한 자본재 구비, 투자가에로의 매각을 의미하고, 이때의 전환은 북한기업의 낙후성, 전체 경제적 이익을 고려할 때 법률에 의한 전환이 바람직하며, 전환된 자본회사는 독일의 경우와 같이 공시적 요청에서 특별한 명칭이 부여되어야 한다. 국유재산관리청은 전환된 자본회사의 자본적 지분의 소유자가 될 것이며, 해당기업의 자본재 확충을 위해 - 이는 곧 투자자를 유인하는 결정적 요소가 될 것이다 - 국영기업이 점유·이용하던 부동산은 전환된 자본회사 소유가 되어야 한다. 이와 더불어 북한 내 거대한 콤비나트 형태의 기업인 경우에는 사유화 과정에서 거대기업의 중소기업으로의 분할도 필요하다. 그렇지 않을 경우 영업지분의 제3자에로의 매각을 통한 북한지역 기업의 대중 참여도 증대라는 국유재산관리청의 또 하나의 목표는 실제 상당한 어려움에 봉착할 것이다.

3. 북한 공공재산의 귀속

(1) 국가승계이론 (Staatusukzessionstheorie bzw. Staatennachfolgetheorie)

독일의 경우와 마찬가지로 남북한 통일 후 재산권 문제에 관한 한 국가승계이론에서 부터 출발하여야 한다.⁴⁸³⁾ 통일방식의 하나로 논의되는 흡수통일의 경우, 북한은 전체로서(in Gesamtheit) 남한 헌법의 효력범위에 편입됨을 의미하는 것이다. 이 경우 북한의 편입이 고전적 의미에서의 국가승계사유가 되느냐가 문제될 수 있다.⁴⁸⁴⁾ 흡수통일의 경우 ‘전

483) 국가승계이론은 Grotius가 주창한 것으로 원래 국제법상의 개념이다. 국가승계란 피승계국의 영토고권이 할양(Zession), 분리(Seperation), 병합(Annexion), 합병(Fusion)등의 원인으로 승계국으로 완전히 이전되는 것을 가리킨다. 이 경우 피승계국은 국제법상의 권리주체성의 상실로 국가로서 존재하지 않는 것이 되어 당해 국가재산은 전체로서 승계국으로 이전된다. 자세한 K. Ipsen, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 1990, §25 Rdnr. 2; F. Prugger, *Die Nachfolge in das Vermögen der ehemaligen DDR*, 1994, S. 13 ff. 참조.

484) 독일의 경우 통일을 구동독 국민의 자유의사에 의한 서독에로의 편입이라는 형식을 통한 ‘전체로서의 독일’의 재구성으로 보아 국가승계를 인정하고 있다. 자세한 G. Teyssen, *Deutschlandtheorien auf der Grundlage des Ostvertragspolitik*, 1987, S. 220

체로서의 한국'에는 변화 없이 자유의사에 따른 국가의 재구성만이 문제되므로 남한의 북한에 대한 국가승계를 인정할 수 있다. 편입되는 북한 지역은 전과 같이 '전체로서의 한국'의 구성 부분이며 단지 그들에게 낯선 남한의 헌법질서 하에 놓이게 되는 것이다. 북한의 편입에 따라 남한은 헌법 내지 국제법적 차원에서 '전체로서의 한국'의 또 다른 영역을 회복하게 되는 것이며, 기존의 국가권력과 헌법적 기본질서 안에서 분단 이후에도 그 계속성을 상실하지 않은 '전체로서의 한국'을 재구성하는 것이다. 따라서 흡수통일의 경우 북한의 국가재산은 국가승계이론에 따라 남한에 귀속되게 될 것이다.

한편, 통일헌법 제정을 통한 합의통일의 경우에는 고전적 의미의 영토고권의 이전이 발생하지 않으므로 국가승계 사유가 되지 않는다고 일응 생각할 수 있다. 그러나 민족자결의 행사로 만들어 지는 통일헌법에 의해서도 시장경제질서, 법치주의 등의 기본원리는 포기될 수 없다. 그렇다면 통일한국의 국가기본질서는 원칙적으로 현재 남한의 국가기본질서에 상응하는 것이며, 이는 곧 북한체제의 기본원칙을 실질적으로 부정하는 결과가 된다. 요컨대 합의통일의 경우에도 실질적 의미에서의 국가승계는 이루어지게 되며 북한의 국가재산은 '전체로서의 한국'에 이전된다.

(2) 북한 국가(공공)재산의 통일 후 귀속

전술한 북한국가재산의 '전체로서의 한국'에로의 이전 이론과 공공재산의 고전적 이분론에 입각한다면, 공공재산의 분배 내지 귀속은 우선적으로 개별법상 권한배분에 의한 '기능적 적합성 원칙'에 충실히 근거해서 규율되어야 한다. 또한, 북한의 철도·채신기업 등에 대한 특별규정도 독일의 입법을 참고해서 마련되어야 할 것이다.

1) 행정재산

공공재산의 고전적 이분법에 의할 때, 특정의 행정 목적에 직접 기여하는 북한의 행정재산은 통일 후 국가승계이론에 따라 법률상 당연히(ipsa iure) 남한 내지 '전체로서의 한국'에 이전된다. 행정재산의 개념적

ff. 참조.

범위에는 행정업무상의 사용관계, 공공목적을 위한 사용관계, 북한주민에 의한 기관적 특별이용관계 등에 있는 모든 재산적 가치를 포함한다.

목적규정에 의할 때 직접적으로 중앙정부의 행정적 임무에 이용되던 행정재산은 업무의 계속성 유지 차원에서 통일 후에도 중앙정부에 귀속되어야 한다. 그 외의 경우에는 법률상의 관할규정에 따라 해당 재산적 가치와 행정목적에 대해 관할권 있는 지방자치단체에 소유권이 인정된다. 이는 곧 통일 후 북한 지역의 원활한 행정 운용에도 기여할 뿐더러 남북한의 균형 있는 지방재정상의 재원 확보에도 도움이 될 것이다.

2) 재정재산

재정재산의 귀속은 독일의 경우를 볼 때 우리의 경우에도 쉽지 않은 부분이 될 것이다. 재정재산의 국고적(國庫的) 성격으로 말미암아 행정재산과는 달리 특정한 행정목적이나 공행정상의 권리주체와의 연관이 용이하지 않기 때문이다. 독일의 경우를 참조할 때 자본적 가치 내지 수익을 통해 간접적으로 행정상 재원 충족에 기여하는 공공(재정)재산은, 당해 재산에 관한 직접적 사유화 규정이 없는 한, 중앙정부의 신탁적 관리대상이 되어야 할 것이다. 그러나 지방지역단체가 당해 재산에 대해 장부상의 형식적 소유자인 경우나 계약적 이용관계에 의해 직접 점유하는 경우에는 예외적으로 그 행정단체의 소유권이 인정되어야 한다.

더불어, 최근 들어 활발해진 북한의 대외무역과 합작기업의 증가를 고려할 때 통일입법에는 반드시 대외무역 과정에서 발생하는 서방국가에 대한 채권, 부채 등의 청산에 관한 규정이 포함되어야 한다. 왜냐하면 통일은 북한 국가재산과 관련된 제3국의 물권적 법질서에 직접적 영향을 끼칠 것이기 때문이다.

IV. 소 결

몰수재산처리의 문제는 통일 후 북한의 체제전환을 위한 탈국유화 작업의 최초 국면인 사유재산제도 구축 과정에서 발생하는 문제로서, 과거 사회주의체제 확립 과정에서 몰수되어 국유화된 재산적 가치들을 어

떠난 방식으로 원소유자에게 원상회복 시킬 것인가의 문제, 즉 재사유화의 문제를 말한다.

반법치주의적 불법 결과의 청산이란 측면에서 통일 후 북한지역 몰수 재산에 대해서는 그 규범적 평가가 수반하여야 하지만, 그것이 곧 반환 원칙에 기한 원상회복만을 의미하는 것은 아니다. 반환원칙이 헌법상 재산권보장의 고전적 의미에는 충실하지만, 재산권의 사회적 기속성이 강조되는 현실을 고려하건대 고용창출과 경제재건을 위한 ‘반환불가-보상원칙’도 헌법상 허용된다는데 이론의 여지가 없다. 개인의 재산권은 공공복리를 위해 필요한 경우에는 제한이 가능하므로 몰수된 재산가치 자체의 반환에 갈음하여 원소유자에게 적절한 보상을 행함으로써 소유권 관계의 불명확이란 투자 장애 요소를 제거하여 국내외의 신규 투자를 유발하고 이를 통해 고용창출 및 경제 활성화를 달성하는 것이 기능적으로 가장 적절한 재사유화 방안이 될 수 있다. 특히 체제와 개발 정도가 상이한 분단국이 자유민주적 시장경제질서로 통합하는 과정에서는 통합 당시의 이용권자에 대한 생활 보장적 배려와 이를 통한 양 지역 주민들 간의 생활기준의 균등화를 가능하게 하기 위해서라도 국가가 당해 재산 가치의 처분권을 확보하는 ‘반환불가-보상원칙’의 타당성은 입증된다.

통일의 시기가 다가오면 북한정권에 의하여 몰수된 북한지역의 재산권의 회복이 주요 문제로 부상할 것이고 남북한 당국은 통일합의서에서 이에 대한 해결원칙을 분명히 할 것으로 예정할 수 있다. 이에 관한 정책결정의 주요한 사례로서는 통일당시 독일이 취한 방식이 주요한 입법례로 꼽히면서 우리나라에서도 집중적으로 연구된 바가 있다. 그 중 독일의 해결방식은 원소유자에게로의 반환을 원칙으로 하였다. 그러나 수십년이 지난 후 원소유자에게 토지 등을 반환하도록 하는 것은 반환소송의 소송사태를 몰고 온 바와 같이 통일 직후의 동독지역의 토지소유권 관계를 극도의 불안정상태로 몰아넣었다.⁴⁸⁵⁾ 이는 시급히 복구되어야

485) 독일에서는 통일 직후 몰수재산반환청구권자들로부터 반환신청을 받은 사건 수가 무려 120만건이 넘었고, 이를 대상 재산별 분쟁 수로 파악하면 270만건이 넘어섰다. 더욱이 1994년 3월 기준으로 해결 비율도 약 35%에 불과한 것으로 나타났다. 통일 직후 이러한 재산관계의 혼란이 구동독지역의 경제발전을 지연시키는 주요한 원인이 되었다. 김승대, 「통일헌법이론」, 법문사, 1996, 333면.

할 동독지역의 경제에 대한 투자가 제대로 이루어지지 못하게 함으로써 동독의 재건을 어렵게 하는 원인이 되었다. 또한 이러한 원물반환의 원칙에 대한 예외적 입법조치로서 일정한 경우에는 투자우선의 원칙을 인정하여 원소유자에게 원물을 반환하지 아니하고 금전배상을 하도록 하는 입법을 하기도 하였으나 그러한 예외조치의 적용을 위한 절차에 시간이 소요되고 또한 보상에 막대한 국가재정이 투입되어야 함에 따라 강력한 경제력을 가진 서독에게도 감당하기 어려운 부담이 되었고 그 여파로 통일독일은 한동안 경제적 침체를 벗어나지 못하였다.

이에 비하여 사회주의 국가에서 민주주의국가로의 체제전환을 한 헝가리가 취한 조치는 독일의 경우와 비교된다. 헝가리는 공산당에 의한 몰수재산은 반환하지 않는다는 원칙 하에 불법적 수용에 대한 보상만을 규정하였다. 나아가 보상의 방법에 있어서는 금전보상을 채택하지 아니하고 사유화되는 국유재산에 대하여 그 지분을 취득할 수 있는 권리를 화체한 보상증서를 통한 보상이 이루어지도록 하였다. 헝가리의 이러한 법제는 체제전환 후 토지 재산권 관계의 법적 안정성이 유지되도록 함과 동시에 취약한 헝가리의 경제에 부담을 주지 않고 보상문제를 해결하는 데에 기여하였다.⁴⁸⁶⁾

현재 우리나라에서의 논의는 위 헝가리식 해결방안이 적절하고 독일식의 해결방안은 남북한의 정치적 경제적 사정에 적합하지 않다는 방향으로 기울어지고 있다.⁴⁸⁷⁾ 독일이 취한 원소유자 반환 원칙은 동독재건의 기반이 될 토지소유관계에 혼란을 가져온 원인이 되어 독일인들 스스로도 실책이었다고 하는 비판적 평가를 받는 만큼 독일보다 경제가 훨씬 취약한 한국에서 모방되기 힘든 조치라는 점에 동의하지 않을 수 없다. 이러한 상황을 고려할 때 통일 이후 남북한 당국은 원물반환의 원칙을 택하지 아니하고 보상증서에 의한 보상의 원칙에 의하여 이 문제의 해결을 도모할 수 있는 가능성은 충분하다. 따라서 남북한 통일 시 이와 같은 조치가 있을 것을 전제로 하여 논의 범위를 축소하여 검토할 수 있다.

486) 표명환, 앞의 논문 323-330면 참조: 김승대, “헌법재판과 남북한 통일”, 앞의 논문, 253면.

487) 정영화, 앞의 논문, 486-488면, 표명환, 위의 논문 331~333면 등 참조.

제 7 장 결 론

I. 통일국가 수립과 헌법재판 논의의 중요성

기실 남북한의 통일문제와 관련하여 헌법재판의 문제는 통일문제에 대한 법적 연구 분야에서 다소 관심 밖의 과제로 여겨져 왔다. 그 이유의 하나는 헌법재판이 극히 현실적으로 제기되는 헌법적 쟁점을 중심으로 이루어지는 속성에 따른 판단에 기인한 것이었다. 또한 다른 이유로는 남북한의 통일문제에서 법제도적 접근방법이란 통일의 확정적 단계를 상정하여 논의되어 왔다는 점에서도 찾아볼 수 있다. 그런 점에서 남북한의 법제 통일과 관련한 연구와 논의는 통일국가의 법적 기초로서 이른바 통일헌법의 제정문제를 중심으로 진행되어 왔다. 통일문제와 관련한 법적 문제는 통일의 중국적 상황에서 새로 만들어지는 헌법의 원리와 구조 등을 포함한 내용을 중심으로 하여 전개되어 온 것이었다. 그래서 통일이 실현되는 시기로서 통일 과정 및 통일 이후에 발생될 수 있는 헌법적 쟁점에 대한 분석은 소홀히 다루어져 왔다. 이를 헌법재판의 관점에서 보면, 통일헌법의 제정과 그 내용에서 헌법재판문제는 하나의 일부분의 논의에 불과한 것으로 극히 초보적인 논의에 국한되어 있었다.

통일과 관련한 헌법문제에 대한 연구의 경우에도 비록 통일국가의 수립과 함께 적용되는 새로운 헌법에 대한 논의는 활발하게 전개되었지만, 통일 과정에서 발생할 수 있는 법적 문제에 대한 고민은 미비하였다. 그렇지만 실제로 통일의 과도기적 상황에서 발생할 수 있는 헌법적 문제의 해결을 위한 연구는 시급한 과제로 제기되고 있다. 물론 통일국가의 새로운 헌법의 제정과 관련하여 그 헌법의 내용이 어떠한지 간에 현실적으로 보편적으로 준수되는 헌법원칙은 남북관계의 법적 성격과 통일문제에 대한 관례가 축적되어 있다는 점에서 당장의 문제점을 가지고 있다고 할 수 없다. 어느 정도 예상되는 통일 상황에 비추어 통일문제의 판단에 있어 그 기준을 제시하는 것은 어렵지 않다고 할 수

있다. 이 점에서 통일헌법의 제정 문제 보다는 통일 과정에서 발생할 수 있는 헌법적 쟁점에 대한 탐색과 분석이 더욱 중요하다 할 것이다.⁴⁸⁸⁾

따라서 통일과 관련한 헌법연구는 통일헌법의 제정 문제⁴⁸⁹⁾ 보다는 통일을 실현하는 과정에서의 헌법적 쟁점과 함께 헌법재판에 관한 연구의 중요성이 강조된다. 이를 통해 통일의 법적 문제의 판단은 보다 실질적인 헌법적 문제를 다루게 될 것이다. 아울러 통일관련 법적 문제에서 헌법재판과 관련하여 논의될 수 있는 쟁점에 대한 현실적이고 심도 있는 탐구가 이루어져야 한다. 이 점에서 이 연구는 통일과정과 통일 이후 헌법적 쟁점을 파악하고, 이에 대한 헌법재판소의 예상되는 판단 문제를 상정해보고, 이를 해결해 나아가는 데에 필요한 헌법재판의 중요성과 함께 헌법재판소의 기능과 역할문제를 고찰해보았다. 그 과정을 통해 궁극적으로 헌법재판소는 통일문제에 대한 국민적 공감대를 형성하기 위한 법적 판단의 근거와 기준을 제시하여야 한다는 점에서 그 기능과 역할의 중요성이 거듭 강조되지 않을 수 없다.

앞서 살펴본 바와 같이 우리의 통일과 관련한 헌법적 쟁점과 사례검토는 다양하게 접근되고 있다. 더욱이 이러한 논의가 한낱 연구서첩에 머무는 것이 아니라 현실로 다가서고 있다는 점은 북한의 김정일 국방위원장의 사망을 계기로 하여 가시화될 수 있다는 공감대를 형성하게 된다. 독일의 통일과정에서 나타난 독일연방헌법재판소의 중요한 역할

488) 김승대, 앞의 논문, 228~229면.

489) 통일헌법에 대해서는 많은 논의가 있어 왔다. 통일헌법에 관한 연구는 오랜 기간 폭넓게 진행되어 왔다고 생각된다. 이에 대한 많은 연구물이 있다. 최용기, “통일헌법상의 입법부”, 「헌법학연구」, 제2권, 한국헌법학회, 1996. 12., 277면; 박정원, “통일헌법의 이념과 기본질서에 관한 일고”, 「헌법학연구」, 제3권, 한국헌법학회, 1997. 10., 615면; 박정원, “구동독의 헌법개혁과 남북한 통일헌법 구상”, 「공법연구」, 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997. 8., 574면; 김병록, “통일헌법의 국가형태에 관한 연구”, 「공법연구」, 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997. 8., 622면; 최용기, “통일헌법의 기본원리”, 「헌법학연구」, 제4권 제2호, 한국헌법학회, 1998. 10., 313면; 박정원, “통일헌법에 관한 골격구상”, 「공법연구」, 제27집 제1호, 한국공법학회, 1998. 12., 317면; 강현철, “남북한 통일헌법상의 정부형태에 관한 연구”, 「외법논집」, 제9집, 한국외대 법학연구소, 2000. 12., 481면; 도회근, “헌법의 영토와 통일조항 개정론에 대한 비판적 검토”, 「헌법학연구」, 제12권 제4호, 한국헌법학회, 2006. 11., 35면; 성낙인, “통일헌법상 권력구조에 관한 연구”, 「공법연구」, 제36권 제1호, 한국공법학회, 2007. 10., 453면; 이희훈, 남북한 통일 헌법상 바람직한 통치구조에 대한 연구, 「중앙법학」, 제10권 제2호, 중앙대 법학연구소, 2008, 9면 등이 있다. 이러한 연구들은 대부분 통일국가의 권력구조, 정부형태론을 중심으로 논의하고 있으며, 통일상황에 따른 헌법적 쟁점에 관하여 논의한 것은 드물다.

과 독일기본법 등에 나타난 독일헌법의 통일에 대한 규범과 통일 상황의 전개에 따른 헌법변화 등의 사례는 우리의 통일에서의 헌법적 쟁점의 전개에 법리적 관점은 물론 통일의 현실적응의 측면에서 많은 시사점과 교훈을 얻을 수 있다. 독일의 경험에서 우리의 통일과정에서의 헌법재판소의 기능과 역할을 중요성을 깨우치는 한편 우리의 고유한 통일 상황에 직면하여 발생하는 헌법적 쟁점에 대한 해결방안을 마련하여야 하는 과제를 깨달아야 할 것이다.

II. 통일과 헌법재판소 위상 강화의 과제

이 연구에서 논의된 통일과정 및 이후의 헌법재판소의 기능과 역할을 강화하기 위한 방안은 다음의 내용을 중심으로 요약해볼 수 있다.

첫째, 헌법재판소는 통일관련 법적 문제를 해결하는 데에 있어 우선 남북관계 및 북한의 법적 지위문제에 대한 법적 판단을 해야 할 것이다. 현재 헌법재판소는 남북관계의 성격을 이른바 ‘남북한의 특수관계론’에 입각하여 남북관계가 국가 간의 관계가 아니라 민족내부의 관계에 있다는 남북한 간의 합의사항에 기초하여 다루고 있다. 이로부터 북한의 지위는 일면으로 남북교류협력의 상대방, 미래지향적인 통일의 동반자의 성격과 동시에 또 다른 일면으로 여전히 우리의 자유민주적 기본질서를 전복하려는 반국가단체로서의 성격을 가지는 이중적인 성격으로 규정되고 있다. 통일 이전의 현 단계에서는 이러한 헌법재판소의 판단은 남북관계의 본질적인 변화가 오지 않는 한 지속될 것이며 이와 관련한 판례의 입장은 크게 변할 수 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 남북관계의 여건 및 상황이 전개되는 추이에 따라 통일을 위한 헌법적 쟁점이 대두될 경우 헌법재판소는 남북관계의 발전과 남북한의 통일을 위하여 북한의 법적 지위문제를 포함하여 남북관계의 법적 성격에 대해서 보다 긍정적인 관점에서 적극적인 판단을 하여야 할 상황에 대응할 필요할 필요가 있다.

둘째, 독일통일 과정에서 독일연방헌법재판소의 판결이 당시 독일에서 통일관련 법적 문제 해결을 위한 기준을 제시하고 국민적 분열을 방지

할 수 있었던 경험에서 큰 교훈을 찾아볼 수 있다. 비록 독일에서와 동일한 헌법적 쟁점이 그대로 우리에게 일어나지 않겠지만, 독일의 사례로부터 남북한의 경우에도 발생할 것으로 예상되는 헌법적 쟁점을 도출하여 볼 수 있다. 예상되는 헌법적 쟁점에 대한 탐색과 분석은 통일과정 및 통일 이후의 상황에 비추어 우리의 헌법재판소가 행할 수 있는 사태를 진단하고 그 대안을 마련하게 한다. 특히 남북한의 첨예한 이념과 체제의 대립적 상황을 극복하고 통일을 완성하는 경우의 통일국가의 이념과 체제를 확정하기 어려우나 대체로 민주체제와 자본주의 방식의 경제 통일을 예상하는 것에 비추어 헌법적 쟁점사항을 검토할 수 있다. 이에 비추어 독일통일의 사례에서 구동독이 구서독체제로의 편입을 이루는 과정에서 발생한 헌법적 쟁점사항과 그 해결내용은 우리에게 주는 시사점이 매우 많다 할 것이다. 특히 우리 체제로의 편입되는 상황을 고려하면, 사회주의경제 원리와 체제가 시장경제 원리와 체제로의 전환을 이루는 과정에서 나타날 수 있는 법적 쟁점을 끌어내어 생각해볼 수 있다. 특히 독일통일과정에서 나타난 재산권의 회복 및 사유화문제, 과거청산문제, 통일비용의 부담에 따른 재원확보문제, 동독법의 일시적 적용문제 등을 둘러싼 독일인들의 헌법적 논쟁과 헌법재판소의 판단은 우리에게도 충분히 예상되는 문제인 만큼 독일의 논의로부터 우리의 판단을 이끌어낼 수 있는 여지를 확보하여야 한다.

셋째, 이러한 연구과정을 통해 통일문제와 관련하여 예견되는 헌법적 쟁점을 파악하여 그 문제점과 대안을 찾는 일은 남북통일의 과정에서 나타날 수 있는 갈등국면을 해소하고 통일의 법적 걸림돌을 신속하게 해결할 수 있는 사전적 조치의 의미를 가지게 된다. 통일의 법적 문제를 해결하기 위한 방안은 결국 헌법재판소의 기능과 역할을 제고하는 방안과 결부되어 있으며, 때문에 통일 과정 및 통일 이후의 단계에서 헌법재판소의 발전방안과 위상 확립을 선제적으로 연구하는 것이 의미가 있다고 하겠다. 실제로 통일문제와 헌법재판의 관계는 통일 상황과 방법이 확정되지 않고 미래의 불확정적인 내용을 전제로 하기 때문에 확정적 논의와 결과를 말하기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 통일 과정 및 통일 이후의 통일국가의 상황을 감안한 헌법적 쟁점을 분석하는 일

은 현행 헌법의 평화통일정책의 추진과 관련하여 매우 중요한 것임을 깊이 인식하여야 한다. 사법의 판단이 실정법을 뛰어 넘어 앞서 나가기 어렵지만, 통일 상황을 고려한 헌법적 쟁점사안의 분석과 함께 현행 헌법재판소 제도의 발전적 기반을 확충하기 위해 필요한 연구이다. 헌법재판소는 통일과 관련하여 보다 적극적인 판단을 위한 자세를 견지할 필요가 있다.

넷째, 현행 헌법재판제도가 안고 있는 모순과 문제점은 학술적 견지 또는 실무적 차원에서 그 개선방안에 대한 논의가 시도되어 왔다. 통일과정 및 이후의 상황과 결부하여 살펴 볼 때, 헌법재판제도의 개선면모는 현실적으로 현행 헌법재판제도가 가지고 있는 한계적 상황의 극복 내지 개선과 밀접하게 연계되어 있음을 인식하여야 한다.

예상하건대 통일과 관련하여 발생하게 될 헌법적 쟁점은 현행헌법에서의 통일관련 조항의 상충문제 등을 포함하여 많이 제기될 수 있다. 통일과정에서도 남북한이 이념과 체제의 대립상황에서 하나의 체제로 통합하는 과정에서 비롯되는 헌법적 문제에 대한 구체적인 판단을 필요로 하게 될 것이다. 남북관계의 법적 성격 내지 북한의 법적 지위에 대한 판단을 기본으로 하여 남북한 간의 합의사항의 헌법적 근거의 확보 등에 대한 판단은 헌법재판소의 통일에 대한 과제로 제기될 것으로 보인다. 그러한 경우가 발생할 때 헌법재판소는 이러한 쟁점에 대한 판단을 회피할 수 없다. 무엇보다 남북한의 통일이 법제도적 기반위에서 순조롭게 진전되도록 하기 위해서도 헌법재판소는 그 기능과 역할을 강화하여 그 위상이 제고되어야 할 것이다.

우리가 통일을 상정할 때, 북한지역 토지의 사유화문제, 남북한 주민의 통합에 따른 가족관계 및 상속의 문제, 북한정권의 과거 불법행위에 대한 청산문제, 남북한 간 합의의 법적 효력문제, 통일 후 북한의 국제법상의 채권채무 이관 문제 등의 국제법적 쟁점들에 대해서도 해소하여야 할 과제가 많다. 아울러 예상하지 못한 법적 쟁점에 대해서도 다루어 나아가야 할 것이다.

끝으로 통일과 관련한 헌법재판소의 과제는 자칫 통일로 인한 분열과 갈등을 방지하고 국민적 공감대를 형성해 나아가는 데에 중추적인 기능

과 역할을 하여야 한다는 것이다. 그러기 위해서는 헌법재판소는 현재보다 발전되어야 하며, 현실적으로 지적되는 헌법재판소의 문제점을 해소함으로써 헌법적, 입법적으로 그 위상이 강화되어야 한다. 궁극적으로 헌법과 입법론적인 과정을 통해서 해결되는 과제이지만, 현실의 대법원과의 관계를 재정립하되 헌법재판소의 위상이 구체적으로 강화되는 방안이 마련되어야 한다. 이렇게 되면 헌법재판소의 조직과 구성 등의 대안은 부수적으로 해결될 사안이 된다. 강조하건대 우리에게 통일이 중차대하고, 통일이 법제도적으로 완성되는 경우 완전한 통일을 달성하게 된다는 점에서 헌법재판소가 통일과 관련하여 하여야 할 일은 매우 많고 중요하다는 점을 고려하고, 통일 이후 통일국가의 기틀을 세우고 진정한 민주화와 법치주의를 구현하기 위하여 헌법재판소의 위상을 강화하는 것은 당연할 일이다. 통일 과정 및 이후의 헌법재판 활동은 바로 헌법재판소의 기능과 역할을 바로 세워 나아가는 기회가 될 수 있다.

<참고문헌>

(국내 및 북한 문헌)

「2002 통일백서」, 통일부, 2002, 17면.

「2004 통일백서」, 통일부, 2005, 21~22면.

「독일통일과 사법통합」, 법원행정처, 1995, 129~134면.

「독일통일관계법연구(II)」, 앞의 책, 27~28면.

「동서독 교류협력 관련 판례집」, 법무부, 2008.

「로동신문」(조선로동당 중앙위원회 기관지), 1998년 9월 6일, 7~8면.

「민주조선」, 1998년 9월 6일, 7~8면.

「민주조선」(조선민주주의인민공화국 정부기관지), 1998년 9월 6일, 4면.

「분단국가의 통일과 헌법 -독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료-」, 국민대출판부, 2001.

「사회주의강성대국건설사상」(조선 평양, 2000).

「우리 당의 선군정치」(평양: 조선로동당출판사, 2006).

「주체의 사회주의헌법리론」(평양: 사회과학출판사, 1977), 47면.

「통일독일의 구동독 체제불법청산 개관」, 앞의 책, 138~139면.

<한국경제신문, 2011년 12월 19일(월) 오전 11:43>

「독일법률·사법통합개관」, 법무부, 201~202면.

「통일법」, 사법연수원, 2003.

김유찬, “통일비용의 산정과 절감방안” 「바람직한 통일준비와 추진방향」, 국가안
보전략연구소, 2010. 11. 22, 86~90면

강경근, 「헌법학」, 법문사, 1998, 102면.

강원식, 「통일한국의 등장에 따른 동북아 안보구조변화 대응책」, 서울: 민족통일연
구원, 1994, 88~104면.

강현철, “남북한 통일헌법상의 정부형태에 관한 연구”, 「외법논집」, 제9집, 한국의
대 법학연구소, 2000. 12., 481면.

계희열, 「헌법학(상)」, 박영사, 2004, 163면.

고성준 외, 「전환기의 북한사회주의」(대왕사, 1992), 46~50면.

고초봉, 「선군시대 혁명의 주체」(평양: 평양출판사, 2005).

광주지방법원 목포지원 2007. 10. 23. 선고 2006가합1539.

국순옥, “통일국가의 헌법과 기본적 인권의 체계”, 「공법연구」, 제21집, 한국공법
학회, 1993.

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 1999, 122면.
- 金道昶, “分斷國憲法과 統一關係條項”, 「法學」, 제8권 제2호, 서울대 법학연구소, 1966, 44면.
- 金道昶, “憲法과 國家統一問題”, 「法學」, 제8권 제2호, 서울大學校 法學研究所, 1968, 42~47면.
- 金哲洙, 「독일통일의 정치와 헌법」, 博英社, 2004 참조.
- 金哲洙, 「憲法概說」, 博英社, 2001, 50면.
- 김경현, “사회주의법무생활을 강화하는 것은 선군시대 혁명과 건설의 중요한 요구”, 「김일성종합대학학보: 력사 법학」, 제55권 2호 (평양: 김일성종합대학출판사, 2009), 104~105면.
- 김대환, “통일경제체제와 국가의 역할”, 「한반도 통일국가의 체제구상<경제부문>」, 한겨레신문사·학술단체협의회, 1995. 7. 8, 20~21면.
- 김동한, “남북 통일방안과 통일시대의 권력구조에 대한 법적 접근”, 「통일방식과 통일시대의 권력구조」, 1994년도 춘계 통일시대 학술토론회 자료집, 통일시대 연구소, 1994. 5. 4, 22면.
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2007, 143면 참조.
- 김명기, “남북기본합의서의 법적 성격”, 「국제문제」(1992.4), 16~18면.
- 김명기, “북한 붕괴시 흡수통일 과정에서 북한 영역에의 적용법”, 「국제문제」, 국제문제연구소, 1998. 5, 333면 참조.
- 김병록, “통일헌법의 국가형태에 관한 연구”, 「공법연구」, 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997. 8., 622면.
- 김봉호, 「위대한 선군정치」 (평양: 평양출판사, 2004).
- 김성수, “남북한 통일헌법의 경제질서문제”, 「공법연구」, 제21집, 한국공법학회, 10 1~102면.
- 김소영, “새로운 헌법하에서의 헌법재판”, 「국민과 함께 하는 개헌 이야기」, 제2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 621~622면.
- 김승대, “헌법재판과 남북한 통일”, 「헌법논총」, 제19집, 헌법재판소, 2008, 227면.
- 김승대, 「통일헌법이론」, 법문사, 1996, 333면.
- 김승환, “방송법사건과 헌법질서”, 프레시안, 2009. 11. 11.(수).
- 김영운, 「통일한국의 경제체제」, 민족통일연구원, 1994, 86~129면.
- 김영운, “통일정책의 교류·협력적 과제 -대북 경제협력의 정책방향과 추진전략-”, http://www.kinu.or.kr/home/pds/pds_read.asp?tb=yukim&home=&idx=23, 통일연구원 사이트, 검색일자 2004. 10. 25).

- 김영작, “통일조국의 미래상 : 체제관에 관한 사상사적 고찰을 중심으로”, 통일에 관한 한·독 비교연구세미나 발표논문, 국민대 사회과학연구소·동북아문화연구원, 1993. 11. 12, 37면.
- 김용현, “북한체제 군사화의 정치·사회적 기원: 1990, 1950년대를 중심으로”, 『통일문제연구』 제13권 1호 (평화문제연구소, 2001년 상반기호), 255면.
- 김운용, 「위헌심사론」, 삼지원, 1998, 241면.
- 김인옥, 「김정일장군 선군정치리론」 (평양: 평양출판사, 2003).
- 김재호, 「김정일강성대국건설전략」 (평양: 평양출판사, 2000).
- 김철수, “통일헌법을 생각한다”, 「헌법이 지배하는 사회를 위하여」, 고시계, 1986, 450~455면.
- 김철수, “한국통일과 통일헌법제정문제”, 「헌법논총」, 제3집, 헌법재판소, 1992.
- 김철수, 「한국헌법사」, 대학출판사, 1988, 409~441면.
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2004, 104면.
- 김철수, 「헌법학개론」, 제19전정신판, 서울: 박영사, 313~314면.
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2009, 520면.
- 김철우, 「김정일장군의 선군정치」 (평양: 평양출판사, 2000).
- 김형성, “통일한국의 헌법재판제도에 대한 전망”, 헌법학연구, 제14권 제2호, 한국헌법학회, 2008, 521~522면.
- 김형성, “한반도통일의 헌법적 과제”, 「헌법학연구」, 제4집 2호, 한국헌법학회, 1998. 10.
- 도회근, “남북관계법제의 발전과 한계”, 「헌법학연구」, 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008. 9, 159~188면.
- 도회근, “북한주민의 헌법상 지위에 관한 연구”, 「헌법학연구」, 제4집 제2호, 한국헌법학회, 1998, 339면 이하 참조.
- 도회근, “헌법 제3조의 해석”, 「헌법규범과 헌법현실」, 권영성교수정년기념논문집, 법문사, 1999, 849면.
- 도회근, “헌법의 영토와 통일조항 개정론에 대한 비판적 검토”, 「헌법학연구」, 제12권 제4호, 한국헌법학회, 2006. 11., 35면.
- 독일통일관계법(Ⅱ)」, 법제처, 124~125면.
- 라종일·강 량, “통일한국을 대비한 권력구조”, 「통일한국을 대비한 권력구조 - 대통령중심제와 내각책임제-」, 국제평화전략연구원, 1996. 12. 10, 26~28면.
- 박정원, “남북 법제통합 기반조성의 과제”(시론), 「월간 법제」, 2011. 1호, 법제처, 2011, 4~7면.

- 박정원, “북한의 2009년 개정헌법의 특징과 평가”, 「憲法學研究」, 제15권 제4호, 한국헌법학회, 255~283면.
- 박정원, “통일법제 연구 동향과 향후 과제”, 「統一과 法律」, 창간호, 법무부, 2009, 150~195
- 박정원, “통일헌법에 관한 골격구상”, 「공법연구」, 제27집 제1호, 한국공법학회, 1998, 321~322면.
- 박정원, “통일헌법의 이념과 기본질서에 관한 일고”, 「헌법학연구」, 제3집(한국헌법학회, 1997), 625~626면.
- 박정원, 이석범, “남북기본합의서의 법적 성격에 관한 비판론적 검토”, 「법학논총」. 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011. 8, 145~196면.
- 박정원, “구동독의 헌법개혁과 남북한 통일헌법 구상”, 「공법연구」, 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997. 8., 574면.
- 박홍우, “대법원과 헌법재판소의 권한배분”, 헌법재판의 회고와 전망, 1998, 279면 참조.
- 방승주, “헌법재판소와 법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가”, 「통일의 공법적 문제-독일통일의 회고와 한국 통일의 전망」, 제157회 국제학술대회 (2010. 10. 8.) 자료집, 한국공법학회, 2010, 352~364면.
- 배재식, “남북한의 UN가입과 법적 문제”, 「한국통일정책연구논총」, 제2권, 한국통일정책연구소, 1993, 12~14면.
- 배재식, “남북한의 법적 관계와 통일방안의 비교고찰 -연방제에 관한 소고”, 「현대공법의 이론」, 학연사, 1982, 20~21면.
- 백진현, “한반도 통일시 남북한 체결조약 승계에 관한 연구” 서울대통일평화연구소 통일학연구보고서(2004. 9), 10면
- 법무부, 「독일 법률·사법통합 개관」, 법무자료 제165집, 1992, 727면.
- 법무부, 「통일독일의 구동독체제 불법청산 개관」, 93면.
- 법제처, 「역대헌법 및 외국헌법비교」, 1980, 644면.
- 변해철, “남북한 통합과 통치구조 문제”, 「공법연구」, 제21집, 한국공법학회, 83~86면.
- 변해철, “남북한 통합과 통치구조문제”, 「공법연구」, 제21집, 한국공법학회, 1993.
- 서울중앙지방법원 2010. 12. 16. 선고 2010가합39890.
- 서울행법 2007.6.8. 선고 2006구합30546 판결(중합부동산세등과세처분취소).
- 성낙인, “남북한통일의 경제질서와 사회정의”, 「아·태공법연구」, 제2집, 아세아·태평양공법학회, 1993, 139~141면.
- 성낙인, 「프랑스헌법학」, 법문사, 1995, 709면.

- 성낙인, 「헌법학」, 제5판, 법문사, 963면.
- 성낙인, “통일헌법상 권력구조에 관한 연구”, 「공법연구」, 제36권 제1호, 한국공법학회, 2007. 10., 453면.
- 신지호, 「북한의 개혁·개방」, 한울, 2000.
- 신평, 이국문, “헌법재판소에 다시 한번 기회를”, 한겨레신문, 2009. 11. 8.(일).
- 아태평화재단, 「김대중의 3단계 통일론 -남북연합을 중심으로-」, 아태평화출판사, 1995.
- 안병진, 노무현과 클린턴의 탄핵정치학, 2004.
- 유병화, “남북기본합의서의 법적 성격”, 「고려대 법학논집」, 통권 제27호, 고려대 법학연구소, 1992, 72~74면.
- 俞鎭午, 「憲法解義」, 明世堂, 1949, 22~23면.
- 윤중섭 외, 「조선헌법」(평양: 고등교육도서출판사, 1963), 12면.
- 이규창 외, 「남북 법제통합 기본원칙 및 가이드라인」, 통일연구원, 2010. 10 참조.
- 이동복, “남북기본합의서 무엇이 문제인가”, 「통일」(1992.8), 22~23면.
- 이명웅, “Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점”, 「헌법논총」, 제16집, 헌법재판소, 2005, 353~397면.
- 이명웅, “헌법재판소와 관련된 개헌쟁점”, 「국민과 함께 하는 개헌 이야기」, 제2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 643~644면.
- 李伯圭, “남북한 왕래에 관련된 법적 문제점”, 앞의 논문, 279~280면.
- 이상규, “헌법재판 10년의 공과와 개선방향”, 헌법재판의 회고와 전망, 1998, 116면.
- 이상우, “한민족공동체 : 정치통합의 과제”, 「한민족공동체의 모색 - 제22차 전체세미나」, 행사자료, 대통령자문 21세기위원회, 1991. 9, 15면.
- 李聖煥, “大韓民國 國民의 範圍”, 「法學論叢」, 第9輯, 國民大 法學研究所, 1997, 272~273면.
- 이시윤, “한국의 헌법재판제도”, 「헌법재판의 이론과 실제」, 헌법재판자료 제3집, 헌법재판소, 1990. 12, 74면.
- 이장희, “남북합의서의 국제법적 성격”, 「국회보」, 대한민국국회, 1992.3, 132~133면.
- 李長熙, “독일통일이 남북한통일에 주는 법적 의미”, 「國際法學會論叢」, 第36卷 第2號, 大韓國際法學會, 1991, 54면.
- 이장희, “한국통일과 법적 과제”, 「정부수립 60주년 기념 2008 남북법제 특별세미나」 자료집, 북한법연구회, 2008. 9. 25, 81~88면.
- 이종원·김창권, “남북한 경제체제 통합방안 -사유화 방안을 중심으로-”, 「통일한국의 경제체제와 정책기조」, 앞의 논문집, 51~79면.

- 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 특수사법제도연구위원회 제6차 회의 발표논문.
- 이찬호, “남북통일과 국가승계”, 「통일국가의 헌법질서 구축방안」, 앞의 자료집, 99~104면.
- 이현환, “사법제도 개헌 - 사법권력의 정상화를 위하여”, 「국민과 함께하는 개헌 이야기」, 2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 584면.
- 이효원, “남북통일 이후 사법조직의 통합방안”, 「서울대학교 법학」, 서울대학교 법학연구소, 제51권 제1호, 2010.3, 80~82면.
- 이효원, “남북한 통일합의서의 헌법적 쟁점”, 「통일국가의 헌법질서 구축방안」, 서울대학교헌법·통일법센터 2011 학술대회 자료집, 4~58면.
- 이효원, “남북한관계에 대한 관례의 분석”, 「서울대학교 법학」, 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011. 9. 1~36면.
- 이효원, “통일 이후 북한의 체제불법에 대한 극복방안”, 「서울대학교 법학」, 서울대학교 법학연구소, 2010, 12, 94~102면.
- 이효원, 「남북교류협력의 규범체제」, 경인문화사, 2006, 13~164면.
- 이효원, 「통일국가의 헌법질서 구축방안」 자료집, 앞의 논문, 3~11면.
- 이희훈, 남북한 통일 헌법상 바람직한 통치구조에 대한 연구, 「중앙법학」, 제10권 제2호, 중앙대 법학연구소, 2008, 9면
- 인천지방법원 부천지원 2008. 6. 11. 선고 2008카합369.
- 임용순, “남북한 유엔동시가입과 평화공존체제의 확립방안”, 「유엔가입과 통일의 공법문제」, 한국공법학회, 1991. 12, 14~15면.
- 임지봉, “사법부와 관련된 개헌쟁점 검토”, 「국민과 함께 하는 개헌이야기」, 제2권, 국회미래한국헌법연구회, 2010, 591면.
- 임지봉, “헌법재판소에 대한 국민의 민주적 통제”, 「세계헌법연구」, 제13권 1호, 223면.
- 임지봉, 「사법적극주의와 사법권 독립」, 서울: 철학과 현실사, 2004, 288~323면.
- 장경섭, “통일 한민족국가의 사회통합”, 「남북한 이질화의 현황과 통합모델의 모색」, 남북한 통합모델 학술회의 발표논문, 세종연구소, 1995. 8. 15, 16~17면.
- 장기봉, “남북한 평화통일의 기초조건”, 「國際法學會論叢」, 第35卷 第1號, 大韓國際法學會, 1990, 26면.
- 장명봉 편, 「2011 최신 북한법령집」, 북한법연구회, 2011 참조.
- 張明奉, “한민족공동체 통일방안’의 法的 構造에 관한 考察”, 「統一問題研究」, 第1卷 第4號, 國土統一院, 1989, 235~259면.
- 張明奉, “「南北關係發展基本法」(案)에 관한 고찰”, 「國際法學論叢」, 제48권 제3호, 大

- 韓國國際法學會, 2003, 338면.
- 장명봉, “남북한 통일과 통일헌법의 구성원리”, 「아·태공법연구」 제2집(아시아·태평양공법학회, 1993), 117면.
- 장명봉, “남북한 통일헌법의 원리”, 서원대 통일문제 학술세미나 발표문, 서원대 사회과학연구소, 1992. 5.
- 장명봉, “남북한기본관계 정립을 위한 법적 대응”, 「유엔가입과 통일의 공법문제」 (한국공법학회, 1991), 132면.
- 張明奉, “南北韓基本關係 定立을 위한 法的 對應”, 「유엔加入과 統一의 公法問題」, 韓國公法學會, 1991.12, 131~134면.
- 장명봉, “독일통일에 관한 서설적 연구- 법적 측면에서-”, 「법제연구」, 창간호, 한국법제연구원, 1991, 178~179면.
- 장명봉, “북한의 1998년 사회주의헌법개정의 배경·내용·평가”, (공법연구 제27집 제2호, 1999. 6), 81면.
- 張明奉, “北韓憲法 50年 : 變化와 持續”, 「憲法學研究」, 제4권 제1호(韓國憲法學會, 1998. 6), 259~290면.
- 張明奉, “統一政策과 憲法問題”, 「法學論叢」, 앞의 논문, 82~85면; 權寧星, 「憲法學原論」, 法文社, 1995, 121~122면.
- 張明奉, “統一政策과 憲法問題”, 「法學論叢」, 제3집, 國民大 法學研究所, 1991, 7면.
- 장명봉, “통일헌법을 위한 남북한헌법 비교”, 「북한연구」, 제1권 2호, 대륙연구소, 1990 겨울, 88~89면.
- 장명봉, “통일헌법초안에 관한 시론”, 「‘한민족공동체 통일방안’의 이념과 실천」, 제4회 통일문제종합 심포지움 결과보고서(국토통일원, 1990. 3. 30), 187면.
- 張明奉, “憲法上 領土條項과 北韓住民의 法的 地位問題”, 「法學論叢」, 第10輯, 國民大 法學研究所, 1998, 82~84면.
- 장명봉, 「분단국가의 통일헌법연구」, 국민대 출판부, 1998.
- 전상인, “남북한 체제내 사회갈등과 사회통합 비교연구”, 「남북한 이질화의 현황과 통합모델의 모색」, 남북한 통합모델 학술회의 발표논문, 세종연구소, 1995. 8. 15, 34~35면.
- 정연주, “동서독 통일과 선거법”. 허영 (편저), 「독일통일의 법적 조명」, 박영사, 1994, 109~137면.
- 鄭永和, “남북평화변영을 위한 헌법적 과제 -남북한 통합정책에 관한 헌법정책론의 검토-”, 동아시아의 평화·변영과 공법질서의 변화, 제122회 학술발표회 발표문, 韓國公法學會, 2005. 5. 28, 5면.

- 鄭永和, 「평화통일과 경제헌법 -북한주민의 재산권 형성방안-」, 法元社, 1999, 374면.
- 정용길, “통일의 기본철학과 통일원칙,” 「‘민족공동체 통일방안’의 이론체계와 실천방향」, 민족통일연구원, 1994, 31면.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2011, 265면
- 정중재·황병덕, “통일한국의 이상적 정치 및 경제체제의 모색”, 「통일한국의 경제체제와 정책기조」(성균관대학교 한국산업연구소 심포지엄 발표논문, 1995. 11. 17), 39~45면.
- 제성호, “6.15 남북공동선언과 후속문서의 법적 성격과 효력”, 「저스티스」, 통권 60호, 2001, 4, 198~199면
- 제성호, “분단과 통일에 관한 주요 법적 쟁점”, 「중앙법학」, 제6집 2호, 2004; 張明奉, “통일문제와 관계법의 괴리 -통일정책과 헌법문제를 중심으로-”, 「사상과 정책」, 1989 가을호, 6~7면 참조.
- 제성호, “통일한국의 토지정책 방향: 불법몰수토지 처리를 중심으로”, 202-203면
- 제성호, “헌법상 통일관련 조항의 개폐문제”, 「통일연구논총」, 창간호, 민족통일연구원, 1992, 275~276면.
- 제성호, 「남북한 특수관계론」, 한울 아카데미, 1995, 13면.
- 조 민, 「한국민족주의 연구」, 민족통일연구원, 1994, 161~165면.
- 조병륜, “헌법재판 10년의 공과와 개선방향”, 헌법재판의 회고와 전망, 1998, 148면.
- 조선민주주의인민공화국 사회과학원 법학연구소 편, 「법학사전」(평양: 사회과학출판사, 1971), 681면.
- 진덕규, “이데올로기 통합의 과제”, 「한민족공동체의 모색 I」(대통령자문 21세기 위원회, 1991), 21~22면.
- 최대권, “남북합의서와 관련된 제반 법문제 -특히 특수관계의 의미를 중심으로-”, 「법학」, 제34권 3·4호, 서울대 법학연구소, 1993, 11면.
- 崔大權, 「統一의 法的 問題」, 法文社, 1990, 45면.
- 최대권, 「헌법학 강의」, 박영사, 2001, 104면.
- 최용기, “통일헌법상의 권력구조에 관한 연구”, 통일원 학술용역보고서, 통일원, 1992, 118~121면.
- 최용기, “통일헌법상의 입법부”, 「헌법학연구」, 제2권, 한국헌법학회, 1996. 12., 277면. 박정원, “통일헌법의 이념과 기본질서에 관한 일고”, 「헌법학연구」, 제3권, 한국헌법학회, 1997. 10., 615면.
- 최용기, “통일헌법의 기본원리”, 「헌법학연구」, 제4권 제2호, 한국헌법학

- 회, 1998. 10., 313면.
- 최은석, “통일 후 북한지역 주민의 남북한 경계선 이탈과 거주·이전의 자유 및 제
한에 따른 문제”, 「2011년 남북법제연구보고서」, 법제처, 2011, 46-47면.
- 최은석, “통일단계에서 잠정적으로 적용할 필요성이 있는 북한법령의 범위와 적용
방안”, 법무부 제37차 남북법령연구 특별분과위원회 학술회의 발표문, 법무
부, 2010. 12. 21.
- 최진욱, 「통일한국의 권력구조」, 민족통일연구원, 1994, 98~100면.
- 한명섭, “남북 법률통합의 기본원칙과 고려사항”, 「독일통일의 경험과 남북법률통
합」, 강연 및 세미나 자료, 법무부, 2011. 5. 26, 19면.
- 한배호, “통일한국의 미래국가상”, 광복 50주년 기념 종합학술대회 발표논문(학술진
흥재단, 1995. 8. 10).
- 許 營, 「韓國憲法論」, 博英社, 1995, 184~185면.
- 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2008, 839면.
- 허문영·진강수·남기업, 「통일대비 북한토지제도 개편방향 연구」, 통일연구원,
2009.
- 허영, 「헌법이론과 헌법」(상), 박영사, 1991, 267~278면
- 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2002, 46면.
- 홍준형, “통일과 법제통합”, 「제563회 정책&지식 포럼」 자료집, 2011. 5. 9, 18~22
면.
- 황병덕, 「통일한국의 정치이념」, 민족통일연구원, 1994, 4~5면.

(판례)

- 헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가113.
- 헌재 1990.4.2, 89헌가113, 헌재 1991.3.11, 91헌마21 등.
- 헌재 1992. 12. 24. 선고 90헌바21 결정
- 헌재 1993. 7. 29. 선고 92헌바48 결정.
- 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23.
- 헌재 1997. 1. 16. 선고 89헌마240, 92헌바6 결정
- 헌재 1997. 1. 16. 선고 89헌바240.
- 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842

헌재 1999. 1. 28. 선고97헌마253·270(병합).
헌재 2000. 8. 31. 선고 97헌가12
헌재 2000. 8. 31. 선고 97헌가12.
헌재 2003. 3. 27, 2000 헌마 474.
헌재 2003. 9. 29. 선고 2000헌바66 결정.
헌재 2004. 4. 29. 선고 2003헌마814 결정.
헌재 2005. 6.30. 선고 2003헌바114.
헌재 2006 11.30. 선고 2006헌마679
헌재 2006. 7.27. 선고 2004헌바68
헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644·2005헌마360(병합).
헌재 2008. 7. 20. 선고 98헌바63, 대법원 1999. 7. 23. 98두14525
헌재 2010. 7. 29. 선고 2009헌가8

대법원 1975. 12. 9. 선고 75누123
대법원 1977. 8. 23. 선고 76누315
대법원 1983. 3. 22. 선고 82도3036 판결
대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1784 판결
대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카1958
대법원 1988. 12. 27. 선고 87누547
대법원 1991. 11. 22. 선고 91도2341
대법원 1995. 5. 23. 선고 93도1750.
대법원 1996. 11. 12. 96누1221
대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1226.
대법원 1997. 4. 17. 선고 81도874 판결.
대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결.
대법원 2002도 5. 31. 선고 2002도1006 판결.
대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도6484
대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도7281 판결
대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결과 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결.
대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다95861
대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다87641
대판 1990.9.25, 90도1451, 대판 1990.9.28, 89누6396.

대판 1992.7.24, 92도1148, 대판 1992.8.14, 92도1211

(외국문헌)

Arend Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven: Yale Univ. Press, 1984, pp.23~30.

BGH, Urt, v. 26. 10. 1993-VI ZR 222/92.

BVerfGE 2, 266[277]; 3, 288[319f]; 5, 85[126]; 6, 309[336, 363]

BVerfGE 36, 1, 23 f.

BVerfGE 36, 1; BayVBl. 1973, 490; DÖV, 1973, 606; DVBl., 1973, 685; JZ, 1973, 588; MDR, 1973, 826; ROW, 1973, 226 [7, 32].

BVerfGE 36. 1.

BVerfGE 77, 150.

BVerfGE 82, 322.

BVerfGE 82, 353.

BVerfGE 83, 158.

BVerfGE 84, 290.

BVerfGE 84, 304.

BVerfGE 82, 316.

Friesenhahn, ZRP, 1973, 88; Kewenig, DÖV, 1973, 797; Kimminich DVBl. 1973, 657; Kriele, Die Zeit, Nr.33 vom 10. 8. 1973; Oppermann, JZ, 1973, 594; Scheuner, DÖV, 1973, 797; Tomuschat, DÖV, 1973, 801/ www.zaoerv.de 게재 “Berichte und Urkunde-utsche Rechtsprechung 1973,” S. 768.

Gerhard Robbers, in: Umbach/Clemens/Dollinger(Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl., Heidelberg, 2005, Kapitel A, I, Rn. 1.

K. Hesse(계희열 역), 「서독헌법원론」, 박영사, 1987, 88~141면.

K. Ipsen, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 1990, §25 Rdnr. 2; F. Prugger, Die Nachfolge in das Vermögen der ehemaligen, G. Teyssen, *Deutschlandtheorien auf der Grundlage des Ostvertragspolitiks*, 1987, S. 220 ff.

Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., München, 1997, Rn. 106.

M. Balz, Rechtseinheit-Wirtschaftseinheit : Die Rolle der Treuhandanstalt, *VIZ* 1992, S. 41 ff.; R. Bärwaldt, Die Treuhandanstalt nach dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages, *DtZ* 1990, S. 347 ff.; Busche, in: Brunner, *Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR*, §11 TreuhG, S. 8 ff. 참조.

M. Kerber/W. Stechow, Das Treuhandaußenrecht, *DZWiR* 1991, S. 105 ff.

Siehe Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1, Heidelberg, 1987, § 13, Rn. 62.

BverfGE 77/ 2; *BvR* 373/83-*BayVBL* 1988, 80; *DÖV* 1988, 434; *JZ* 1988, 144; *MDR* 1988, 199; *ROW* 1988, 193.

NJW 1983, 585; *DVBL*. 1983, 453 mit Anm. D. Wyduckel, S.460; *BayVBL*. 1983, 343; *JZ* 1983, 539 mit Anm. H. v. Mangoldt, S.543; *MDR* 1983, 692; *ROW* 1983, 166 mit Anm. U. Drobniig, S.171; *NVwZ* 1983, 226.

연구자 약력

[박정원]

국민대학교 법과대학 및 동 대학원 법학과 졸업(법학박사)

국민대학교 법학연구소장 역임

(현) 국민대학교 법과대학 교수, 북한법연구센터 소장

(현) 통일부 정책자문위원

(현) 법무부 남북법령연구특별위원회 자문위원

(현) 법제처 남북법제위원회 위원

[김병기]

서울대학교 법학과 및 동 대학원 법학과 졸업

독일 Würzburg대학교 법학과(법학박사)

아주대학교 법과대학 교수 역임

(현) 중앙대학교 법학전문대학원 교수

(현) 통일부 정책자문위원

(현) 법무부 남북법령연구특별위원회 자문위원

[김충구]

국민대학교 법학과 및 동 대학원 졸업

독일 Würzburg대학교 법학과(법학박사)

한국자치경영개발원 연구위원 역임

충북발전연구원 연구위원 역임

(현) 국민대학교 법과대학 한국법교육센터 초빙교수

[이석범]

서울대학교 법학과 졸업

국가정보원 법제사법담당관 역임

국민대학교 대학원 법학과 박사과정 수료

(현) 변호사

(현) 대한변협 통일문제연구위원회 위원