

발 간 사

통일법제에 관한 연구는 헌법재판소 헌법재판연구원의 설립취지 중의 하나이다. 이러한 취지에 맞추어 우리 헌법재판연구원은 통일에서의 헌법적 쟁점에 관한 연구결과물을 보고서로 발간해 왔으며, 통일관련 헌법문제를 주제로 하여 매년 통일학술대회를 개최해 오고 있다. 유일한 분단국가로 남아있는 우리의 현실에는 통일의 계기가 늘 잠재되어 있다. 통일을 이룬 모범적인 국가는 독일이라고 할 수 있으며, 1990년 독일의 통일과정은 우리에게 통일의 미래를 예측하고 준비하는데 중요한 자료가 되고 유용한 실례가 될 것으로 평가되고 있다.

이에 우리 헌법재판연구원은 2016년에 독일의 통일과정에서의 헌법적 쟁점연구를 기반으로 하여 이를 반영한 통일연구계획을 세우고 3단계로 진행해왔다. 첫째 1990년 이전 독일의 분단상태 및 통일과정에서 제기되었던 헌법적 쟁점을 연구하고, 둘째 통일과정에서 합의된 헌법구상이 통일 후의 현실 상황 속에서 발생한 헌법적인 문제에 대처하는 데 필요한 헌법적 경험에 대한 연구를 하며, 셋째 우리의 통일과 통합과정에서 참고가 될 수 있는 독일통일관련 헌법재판 및 법원의 판결을 연구하기로 하였다. 우리 연구원은 이러한 연구에 착수하기 위한 과정의 선행 작업으로 독일의 분단 및 통일과 통합과정에서 대표적인 중요 판례를 선정하고 검토하기 위해 판례선정·발간위원회를 구성하였다. 이 위원회에서 약 100여개의 판례를 수집하였으며, 이 수집된 판례들 중에서 통일과 헌법재판 제1권과 제2권에 수록될 대표적인 20개의 판례를 선정하였다. 위원회에서 선정된 판례들에 대해 연구·분석하도록 의뢰받은 외부연구자들이 연구논문형태로 분석한 판례연구가 2016년 ‘통일과 헌법재판’ 제1권으로 출간되었다. 제2권과 제3권 출간에 앞서서, 이어 자료집으로서 상당한 의미의 참고자료로 활용될 수 있다는 점에서 위원회에서 수집 검증한 독일사례 112건의 결정을 담아 ‘통일과 헌법재판’ 제4권을 출간하였다.

제1권에 이어 제2권에 수록될 판례에 대한 연구를 논문형태로 작성해 줄 것을 외부연구자들에게 의뢰하였고 이제 그 연구결과물이 ‘통일과 헌법재판’ 제2권의

ii 발 간 사

로 발간되게 되었다. 통일과 헌법재판연구를 위한 준비작업과 진행의 전 과정에서 판례선정·발간위원회가 큰 역할을 해왔으며, 이 과정에서 중추적인 역할을 해온 전 헌법재판연구원장이셨던 전광석 교수님께 감사의 말씀을 드린다. 또한 외부전문가의 연구가 수집된 후에 특히 제2권 출간을 위해 편집과 교정 등 간행에 이르는 과정에서 공진성 교수와 이석민 책임연구관의 노고가 컸으며 이에 깊이 감사드린다. 판례선정과 발간의 전 과정에서 연구보고서를 작성하는 바쁜 일정에도 불구하고 시간을 들이고 노력과 수고를 아끼지 않았던 판례선정·발간위원회 위원들(허완중 전 책임연구원, 이민열 전 책임연구원, 김환학, 이지효, 이재희, 최규환, 강일신 책임연구원)에게도 감사의 마음을 전한다.

2017년 12월 22일

헌법재판소 헌법재판연구원장 **석인선**

차 례

▣ 독일통일과정에서의 소련점령법 및 점령고권에 의한 수용(1945~1949년)과 해결법리	[표 명 환]
- 토지개혁 결정 - (BVerfGE 84, 90-132. 1991. 4. 23.)	
I. 관련 규정 소개와 배경	1
1. 관련 규정 소개	1
2. 관련 규정 제정 배경	4
(1) 동독체제하의 국유재산의 탈국가화 과제	4
(2) 1945~1949년의 수용과 해결 과정	5
(3) 공동선언의 점령법 및 점령고권에 근거한 수용에 관한 기본방향	7
(4) 통일조약과 기본법	8
II. 사건 개요	10
1. 사건의 개요	10
2. 청구인의 주장	12
3. 연방정부의 주장	14
4. 연방대법원장의 주장	16
5. 연방행정법원장의 주장	16
III. 주요 쟁점	17
IV. 결정 내용	17
1. 결정 요지	17
2. 결정 이유	18
(1) 적법성 판단	18
(2) 본안 판단	19

V. 분석 및 평가	25
1. 결정의 의의	25
2. 학계 평가 및 결정 이후 상황	27
(1) 학계 평가	27
(2) 결정 이후 상황	27
VI. 한국에 대한 시사점	34
1. 북한에서의 소련점령권에 의한 수용	34
2. 북한지역에서의 수용의 분리 해결 가능성?	35
(1) 의의	35
(2) 헌법적 검토: 통일관련 헌법규정 및 북한지역에서의 수용조치 해결 기초	36
3. 통일한국의 보상의무	40
4. 해결방법: 반환원칙 또는 보상원칙	40
(1) 의의	40
(2) 원물의 반환 원칙과 가치에 대한 보상 원칙	41

▣ 통일 이후 구 동독 공직종사자들의 계속고용 등 지위 문제 [이 종 수]

- 독일 연방헌법재판소의 ‘대기자 결정’ -
(BVerfGE 84, 133-160. 1991. 4. 24.)

I. 관련 규정 소개와 배경	45
1. 관련 규정 소개	45
2. 관련 규정들의 제정 배경	48
(1) 통일 이후 구 동독지역의 행정구역 및 공조직 개편의 필요성	48
(2) 기본법상의 민주·법치국가적 공직제도에 부합하는 공직종사자의 충원	50
(3) 관련 규정의 제정	52
(4) 관련 규정의 적용에 따른 이후 행정실무에서의 잠정적 결과	53
II. 사건 개요	54
1. 심판청구사건의 사실관계	54
2. 청구인 및 여러 이해관계인들의 주장	55
(1) 청구인 측의 위헌 주장	55

(2) 연방정부 측의 합헌 주장 57

(3) 독일노동조합총연맹 측의 위헌 주장 58

III. 주요 쟁점 59

1. 적법요건 판단 59

2. 본안판단에서의 여러 쟁점들 60

(1) 근로관계의 개별 통지 흡결 여부 60

(2) 기본법 제79조 제3항 및 제143조 제1항 위반 여부 60

(3) 기본법 제12조 제1항 위반 여부 61

(4) 법률의 명확성원칙 위반 여부 63

(5) 비례성심사 65

(6) 중증장애인, 고령자 및 한부모가정에 대한 특별한 보호 68

(7) 기본법 제14조 위반 여부 70

(8) 평등원칙 위반 여부 70

(9) 인간의 존엄성 위반 여부 71

(10) 효율적인 권리구제를 받을 권리의 침해 여부 71

IV. 결정 요지 72

V. 분석 및 평가 73

1. 결정의 의의 73

2. 학계의 평가 및 결정 이후의 상황 75

(1) 학계의 평가 75

(2) 이 결정 이후의 구 동독 행정인력 통합 현황 78

VI. 한국에 대한 시사점 83

▣ 인간의 존엄성과 형법적 불법청산

[박 경 철]

- 베를린주 헌법재판소의 ‘호네커 결정’ -
(VerfGH Berlin 1993. 1. 12.)

I. 들어가며 87

1. 내독경제지역에서의 충격사살행위의 의미 88

2. 내독경제지역에서의 총격살해행위에 대한 형사처벌의 법적 근거	89
3. 호네커에 대한 형사소추과정	92
II. 사건 개요	94
III. 주요 쟁점	96
IV. 결정 요지	97
1. 베를린주 헌법에서의 인간 존엄성 불가침원칙의 인정여부	97
2. 베를린주 헌법에서 인간의 존엄성을 보호받을 주관적 기본권 인정여부	99
3. 주헌법재판소는 주의 기관이 연방법을 적용하는 과정에서 주헌법이 보장하는 기본권을 침해하였는지 여부를 심사할 수 있는지 여부	100
4. 주법원의 결정이 인간의 존엄성을 존중받을 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부	100
V. 베를린주 헌법재판소의 인용결정 이후의 경과	102
1. 베를린주 지방법원의 구속취소 및 형사재판절차 정지결정	102
2. 베를린주 헌법재판소의 인용결정 등에 대한 연방헌법재판소에의 헌법소원 제기	102
VI. 분석 및 평가	104
1. 논의의 범위	104
2. 인간 존엄성 불가침원칙의 독일 기본법에의 도입배경	106
3. 독일 기본법의 인간 존엄성 불가침원칙의 사상사적 배경	107
4. 독일 기본법 제1조 제1항의 의의와 성격	109
(1) 독일 기본법 제1조 제1항의 인간 존엄성의 의의	109
(2) 독일 기본법 최고의 가치	112
(3) 주관적 기본권으로서의 성격	113
(4) 국가의 존중의무와 보호의무	114
5. 베를린주 헌법재판소의 결정에 대한 평가	116
(1) 쟁점의 정리	116
(2) 인간 존엄성을 존중받을 권리와 다른 개별기본권과의 관계	118
(3) 형사사법절차에서 국가의 의무와 소송장애사유	120
(4) 독일 실무기들과 학계의 평가	124
(5) 결어	126

VII. 한국에 대한 시사점 129

1. 북한정권의 불법성 129

2. 형사적 불법청산의 필요성 130

▣ 임신중절에 대한 결정 [강 태 수]

(BVerfGE 88, 203-366. 1993. 5. 28.)

I. 서론 135

II. 독일통일 이전의 규정상 차이점 136

III. 통일조약과 새로운 통일적 규정 139

1. 통일조약에 따른 이원적 규율 139

2. 통일 후의 새로운 임신중절규정 140

3. 연방헌법재판소의 효력정지가처분결정 142

IV. 임신중절결정의 결정요지와 주문 143

1. 결정요지 144

2. 결정주문 146

(1) 심판대상에 대한 결정주문 146

(2) 경과규정 147

V. 임신중절결정의 쟁점에 대한 고찰 148

1. 태아의 생명권과 보호조치 149

2. 상담조건부 기간규정의 위헌성 151

3. 보호의무의 포괄성과 상담의무 152

4. 의사의 책임과 의무 153

5. 임신중절에 대한 건강보험 및 기타 사회법 등의 급부 154

VI. 결정에 대한 비판적 고찰 156

1. 기본권 보호의무와 입법형성권 156

2. 납득가능성통제 158

3. 태아의 생명권 159

4. 임신중절의 위법성조각사유	161
VII. 한국에 대한 시사점	163
▣ 독일 통일 후 공무원 특별해고요건의 실질적 이유판단 [신 옥 주]	
- 특별해고 판결을 중심으로 - (BVerfGE 92, 140-157. 1995. 2. 21.)	
I. 관련 규정 소개와 배경	168
1. 관련 규정 소개	168
(1) 통일조약	168
(2) 기본법	170
2. 관련 규정 제정 배경	170
II. 사실관계	172
1. 동독에서의 헌법소원심판청구인 이력	172
2. 통일 후 해고과정과 보호소송의 경과	173
III. 주요 쟁점	175
IV. 결정 요지	176
1. 보충성원칙을 중심으로 살핀 재판소원의 적법요건 판단	177
2. 통일조약 제4항 등의 위헌여부 판단	178
(1) 직장선택자유 보호	178
(2) 공무담임권과 관련하여 합헌적 직장선택의 자유 제한	179
3. 베를린주노동법원판결을 통한 헌법소원심판청구인의 기본권침해	180
(1) 재판소원에서 헌법재판소의 판단범위	180
(2) 베를린주노동법원판결의 직업의 자유침해	181
V. 분석 및 평가	185
1. 결정의 의의	185
2. 현재결정 이후 구 동독지역 판사, 변호사 등에 대한 주요 판결들	185
(1) 변호사허가취소 판결에 대한 연방헌법재판소 결정	185

(2) 구 동독법관의 배제에 대한 연방행정법원의 판결	186
(3) 구 동독시기 범죄의 공소시효에 관한 연방최고법원 판결	187
(4) 구 동독시기 부당한 판결에 대한 법원의 복권판결에 대한 연방헌법재판소 결정	188
VI. 한국에 대한 시사점	189

▣ 구 동독 간첩 판결에 대한 평석 [이 부 하]
(BVerfGE 92, 277-365. 1995. 5. 15.)

I. 관련 규정 소개와 제정 배경	191
1. 관련 규정 소개	191
2. 관련 규정 제정 배경	193
II. 사건 개요	193
III. 주요 쟁점	195
IV. 결정 주문 및 요지	196
V. 분석 및 평가	197
1. 결정의 의의	197
2. 결정에 대한 평가	198
(1) 구 독일민주공화국(동독)에서 간첩죄나 이적죄 등의 범죄를 행한 자들에 대한 형사소추를 포함하고 있는 형법도입법 제315조 제4항이 독일 기본 법 제3조 제1항에 위반되는지 여부	198
(2) 간첩죄 등의 범죄를 이유로 형사소추나 형사처벌을 금지하는 국제법의 일반원칙이 존재하는지 여부	204
(3) 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 행한 간첩죄나 이적죄 등의 범죄를 이유로 통일 이후 형사소추나 형사처벌을 하는 것이 형벌소급금지의 원칙에 위반되는지 여부	207
(4) 간첩죄 등의 범죄를 이유로 통일 이후 형사소추나 형사처벌하는 것이 비례성원칙에 반하는지 여부	214

(5) 이 결정 이후 상황	218
VI. 우리나라에 대한 시사점	220
1. 평등원칙의 심사기준에 있어서 시사점	220
(1) 우리나라 헌법재판소의 평등원칙의 심사기준의 문제점	220
(2) 평등원칙의 심사기준 모색	222
2. 소급효 구분 기준에 있어서 시사점	223
(1) 소급효의 개념과 종류	223
(2) 우리나라 헌법재판소의 소급효 구분	223
(3) 평가	226

▣ 동독 체제불법의 형법적 과거청산에 있어서 법치국가적 한계 [한 수 응]

- 독일 연방헌법재판소 국경수비대 결정에 대한 판례평석을 곁하여 -
(BVerfGE 95, 96-143. 1996. 10. 24.)

I. 사건 개요	231
1. 사건의 배경	231
2. 동독 국방위원회 위원들의 헌법소원심판청구	233
(1) 베를린 지방법원의 판결	233
(2) 연방대법원의 판결(BGHSt 40, 218 ff.)	234
(3) 청구인들의 주장	236
3. 동독 국경수비대 소속 군인의 헌법소원심판청구	236
II. 주요 쟁점 및 관련 규정	237
1. 동독의 체제불법에 대한 형법적 청산에 있어서 법치국가적 문제	237
2. 국경수비대 결정의 주요 쟁점	238
3. 관련 규정	239
(1) 헌법상 형벌불소급원칙의 근거규범	239
(2) 구 동독 범죄에 대하여 적용되는 형법규범	239
(3) 동서독 국경에서의 총격 살인행위의 근거규범	240
4. 결정 이후의 상황	241

III. 결정 요지 및 주요 결정 이유	243
1. 결정 요지	243
2. 주요 결정 이유	243
(1) 동독 헌법기관 구성원에 대한 형사소추는 일반적으로 승인된 국제법규에 위반되지 않는다.	243
(2) 형벌불소급원칙의 의미와 규범적 내용	244
(3) 위법성조각사유도 기본법 제103조 제2항의 형벌불소급원칙에 의하여 보호된다.	245
(4) 절대적 소급효금지는 체제의 유보 하에 있다.	246
(5) 연방대법원의 판결은 헌법에 부합한다.	248
IV. 분석 및 평가	250
1. 연방대법원의 견해	250
2. 연방대법원의 판례에 대한 비판	252
(1) 라드브루흐 공식 및 국제법상 인권의 적용에 대한 비판	252
(2) 동독법의 인권합치적 해석에 대한 비판	253
3. 연방헌법재판소의 견해	255
4. 연방헌법재판소의 결정에 대한 비판	257
(1) 판시내용에서 논증의 단계	257
(2) 체제 유보의 사고에 의한 절대적 소급효금지의 상대화	258
(3) 자연법이 형벌을 구성할 수 있는지의 문제	260
5. 범치국가적 대안으로서 헌법 개정에 의한 소급적 처벌가능성의 도입	264
6. 국경수비대 군인과 그 배후자가 처벌받아야 하는지의 문제	266
V. 한국에 대한 시사점	269

▣ 동독 농업생산협동조합과 그 승계기업의 구 채무에 관한 독일 연방헌법재판소의 원칙판결에 대한 평석 [방 승 주]
 (BVerfGE 95, 267-322. 1997. 4. 8.)

I. 관련 규정 소개와 배경	273
1. 서론	273

2. 관련 규정 소개	275
(1) 구 동독 대출보장과 사회주의적 경제의 은행통제에 관한 명령-대출명령	275
(2) 구 동독 농업생산협동조합법 개정법률과 농업조합의 지원에 관한 법률	278
(3) 국가조약 부서	279
(4) 구 동독 농업전환법	281
(5) 통일조약	282
(6) 민법시행법	283
(7) 독일마르크개시결산법	283
(8) 농업기업의 채무감면을 위한 업무지시	285
3. 관련 규정 제정 배경과 효과	286
II. 사건 개요	290
III. 주요 쟁점	295
1. 청구인의 주장	295
2. 이해관계인들의 의견	297
(1) 연방정부의 의견	297
(2) 주정부의 의견	299
(3) 독일 영농인협회, 브란덴부르크, 작센-안할트, 작센 주 영농인협회, 메클렌 부르크-포어폼머른과 튀링겐 영농인협회의 의견	301
(4) 독일 시의회의 의견	302
(5) 독일 곡식, 사료 그리고 비료상회 중앙협회의 의견	302
(6) 기타	302
IV. 결정 요지	303
1. 적법요건에 대한 판단	303
2. 본안에 대한 판단	304
(1) 기본법 제14조 제1항의 재산권 침해 여부	304
(2) 직업의 자유의 침해 여부	305
(3) 기본법 제2조 제1항 침해여부	307
V. 분석 및 평가	327
1. 결정의 의의	327

2. 학계 평가 및 결정 이후 상황 328
 (1) 학계의 평가 328
 (2) 결정 이후의 상황 336

VI. 한국에 대한 시사점 340

▣ 연금전환법의 재산권 및 평등권 침해 여부 [이 준 일]

- 독일 통일 과정에서 연금전환과 관련된 다섯 가지 결정에 대한 평석 -
 (BVerfGE 100, 1-59. 1999. 4. 28; 100, 59-104. 1999. 4. 28; 100, 104-137. 1999. 4. 28;
 100, 138-195. 1999. 4. 28; 111, 115-146. 2004. 6. 23.)

I. 동독의 연금보험제도와 통일조약 346
 1. 동독 연금보험제도 개관 346
 2. 관련 통일조약과 심판대상 법률조항 349

II. 사건의 개요 356
 1. 제1차 연금전환결정(BVerfGE 100, 1-59. 1999. 4. 28. 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95) 356
 2. 제2차 연금전환결정(BVerfGE 100, 59-104. 1999. 4. 28. 1 BvL 22/95, 34/95) 357
 3. 제3차 연금전환결정(BVerfGE 100, 104-137. 1999. 4. 28. 1 BvR 1926/96, 1 BvR 485/97) 359
 4. 제4차 연금전환결정(BVerfGE 100, 138-195. 1999. 4. 28. 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97) 361
 5. 제5차 연금전환결정(BVerfGE 111, 115-146. 2004. 6. 23. 1 BvL 3/98, 9/02, 2/03) 362

III. 주요 쟁점 363
 1. 제1차 연금전환결정(BVerfGE 100, 1-59. 1999. 4. 28. 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95) 363
 2. 제2차 연금전환결정(BVerfGE 100, 59-104. 1999. 4. 28. 1 BvL 22/95, 1 BvL 34/95) 364
 3. 제3차 연금전환결정(BVerfGE 100, 104-137. 1999. 4. 28. 1 BvR 1926/96, 485/97) 364

4. 제4차 연금전환결정(BVerfGE 100, 138-195. 1999. 4. 28. 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97)	364
5. 제5차 연금전환결정(BVerfGE 111, 115-146. 2004. 6. 23. 1 BvL 3/98, 9/02, 2/03)	365
IV. 결정 요지	365
1. 제1차 연금전환결정(BVerfGE 100, 1-59. 1999. 4. 28. 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95)	365
2. 제2차 연금전환결정(BVerfGE 100, 59-104. 1999. 4. 28. 1 BvL 22/95, 1 BvL 34/95)	366
3. 제3차 연금전환결정(BVerfGE 100, 104-137. 1999. 4. 28. 1 BvR 1926/96, 485/97)	367
4. 제4차 연금전환결정(BVerfGE 100, 138-195. 1999. 4. 28. 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97)	367
5. 제5차 연금전환결정(BVerfGE 111, 115-146. 2004. 6. 23. 1 BvL 3/98, 9/02, 2/03)	368
V. 분석 및 평가	368
1. 분석	368
(1) 재산권 침해 여부	368
(2) 평등권 침해 여부	375
2. 평가	381
(1) 연금청구권 및 연금기대권의 재산권으로서의 성격	381
(2) 연금청구권 및 연금기대권에 대한 제한	382
(3) 연금청구권 및 연금기대권과 평등원칙	383
(4) 경과규정	385

▣ 손실보상 및 조정금부법에 대한 헌법소원

[홍 강 훈]

(BVerfGE 102, 254-346. 2000. 11. 22.)

I. 관련 규정 및 대상 규정의 소개와 배경	387
1. 관련 규정의 소개	387

2. 헌법소원의 대상법률	389
(1) 손실보상법의 내용	389
(2) 조정급부법의 내용	392
(3) 나치피해자손실보상법의 내용	393
II. 사건 개요	394
III. 주요 쟁점	395
IV. 결정 요지 및 결정 주문	396
1. 결정 요지	396
2. 결정 주문	396
V. 결정 이유 요약	397
1. 심사기준의 선택	397
2. 심사기준으로서 사회국가 및 법치국가원칙과 자의금지원칙	397
3. 손실보상법에 대한 판단	398
(1) 손실보상법 제7조 제1항에 대한 4인 재판관의 합헌의견	400
(2) 손실보상법 제7조 제1항에 대한 4인 재판관의 위헌의견	402
4. 조정급부법에 대한 판단	403
5. 나치피해자손실보상법에 대한 판단	405
VI. 분석 및 평가	407
1. 소위 분리이론 및 경계이론	407
(1) 연방대법원의 입장(소위 경계이론-Schwellentheorie)	407
(2) 연방헌법재판소의 분리이론(Trennungstheorie)	409
(3) 자갈채취판결 후의 현재 독일의 학설 및 연방대법원 판례에 따른 재산권 침해보상	411
(4) 분리이론 경계이론에 따른 본 결정사안의 분석	412
2. 감액보상에 대한 재산권 조항의 적용 배제	413
VII. 한국에 대한 시사점	413
사항색인	417

독일통일과정에서의 소련점령법 및 점령고권에 의한 수용(1945~1949년)과 해결법리

– 토지개혁 결정 –

(BVerfGE 84, 90-132. 1991. 4. 23.)

표 명 환*

I. 관련 규정 소개와 배경

1. 관련 규정 소개

1991년 4월 23일 독일 연방헌법재판소의 제1차 토지개혁결정은,¹⁾ 1990. 8. 31. 「독일통일 실현에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 조약」(통일조약, Vertrag Zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands: Einigungsvertrag)을 위한 1990. 9. 23. 동의법률(Einigungsvertragsgesetz: 통일조약법)을 심판대상으로 하고 있다.²⁾ 즉 연방헌법재판소는 「통일조약법」 제41조 제1항에 따른 통일조약 부속

* 제주대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 이하의 독일 연방헌법재판소의 여러 결정문에 대하여는 다수의 번역자료가 있다. 평석의 주대상이 되는 제1차 토지개혁결정에 관하여는, 헌법재판소, 독일통일관련 독일연방헌법재판소판례번역집, 1997, 41-74면 이하의 번역내용을 토대로 하였고, 그 외 본문에서 다루어진 연방헌법재판소의 결정내용은, 헌법재판소 헌법재판연구원, 통일과 헌법재판 4, 2017.에서 번역된 내용을 참조하거나 재인용하였음을 밝혀둔다. 또한 독일통일과정에서 성립된 공동선언, 통일조약 및 기본법개정조항 등 여러 규정에 대하여는, 김철수, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004; 법무부, 통일독일·동구제국 몰수재산처리 개관, 1994.에서 번역된 내용을 토대로 하거나 재인용하였음을 밝혀 둔다.
- 2) 통일조약은 “서독과 동독은 -평화와 자유에 입각하여, 국제사회의 정당한 일원으로서 자유로운 자결권 행사를 통해 독일의 통일을 완성하겠다는 결의하여, 법치주의에 입각한 민주적 및 사회적인 연방국가에서 함께 평화와 자유를 누리며 살고자 하는 양독 국민들의 염원에 따라,

의정서 III에서 채택된 1990년 6월 15일의 미해결재산문제의 처리를 위한 동서독 정부의 공동선언 제1호 “점령법 및 점령고권에 근거하여 이루어진 수용조치 (1945~1949년)는 취소되지 아니한다. 소련 및 동독정부는 당시의 수용조치를 반복할 수 없다. 서독정부는 과거의 이러한 조치들을 역사적 사건이라는 관점에서 인식한다. 서독정부는 향후 시행될 국가의 조정급부에 관한 중국결정을 전체독일 의회의 결정에 유보한다”³⁾는 규정을 심판대상으로 하였다.

이 사건 헌법소원심판절차에서는 다음의 「통일조약」상의 규정들이 중요하게 관련되었다:

제3조(기본법의 발효)

가입의 효력발생과 동시에 연방법률공보 제3부 목차번호 100-1로 공포되고 1983. 12. 21.의 법률(BGBI. I S.1481)에 의하여 최종 개정된 독일연방공화국 기본법은 본 조약 제4조에 정한 개정사항과 함께, 본 조약이 달리 정하지 아니하는 한 브란덴부르크(Brandenburg)주, 메클렌부르크-포어폼머른(Mecklenburg-Vorpommern)주, 작센(Sachsen)주, 작센-안할트(Sachsen-Anhalt)주와 튀링겐(Thüringen)주 및 지금까지 기본법이 적용되지 않았던 베를린(Berlin)주의 일부 지역에도 효력을 발생한다.

제4조(가입조건으로서의 기본법 개정)

독일연방공화국 기본법은 다음과 같이 개정한다:

1.-3.(생략)

4. 종래의 제135a조의 문언은 제1항으로 한다. 제1항에 이어 다음 항을 신

평화적 방법으로 자유에의 돌파구를 마련해 준 이들과 독일통일성취에의 사명을 고수하여 이제 이를 완성하는 이들에게 감사와 존경을 표하면서,

독일 역사의 지속성을 인식하고, 인권과 평화를 존중하는 독일의 민주발전을 위하여 과거에서 비롯된 특별한 책임의식을 가지고 독일통일을 통해 유럽이 통합과 국경선 구분없이 모든 유럽민족들이 서로 신뢰하며 공존할 수 있는 유럽 평화질서의 구축에 일조를 하겠다는 의지에서,

유럽 모든 국가들의 기존국경과 영토상의 통합 및 그 주권을 침해하지 않음이 평화를 위한 전제조건임을 인식하면서- 독일의 통일달성에 관한 조약을 다음과 같이 체결하기로 합의하였다.”로 출발한다.

- 3) “Die Enteignungen auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage(1945 bis 1949) sind nicht mehr rückgängig zu machen. Die Regierungen der Sowjetunion und der Deutschen Demokratischen Republik sehen keine Möglichkeit, die damals getroffenen Maßnahmen zu revidieren. Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland nimmt dies im Hinblick auf die historische Entwicklung zur Kenntnis. Sie ist der Auffassung, daß einem künftigen gesamtdeutschen Parlament eine abschließende Entscheidung über etwaige staatliche Ausgleichsleistungen vorbehalten bleiben muß.”

설한다:

“(2) 제1항은 동독 또는 그 법인의 책임에 대해 동독의 재산이 연방, 주 및 지방자치단체에 양도되면서 발생하는 연방이나 다른 공법상의 단체와 영조물의 책임에 대해, 그리고 동독 또는 그 법인의 조치로 인한 책임에 대해 이를 준용한다.”

5. 기본법에 다음의 제143조를 신설한다:

“제143조

(1) 「통일조약」 제3조에 열거된 지역의 법이 상이한 여건으로 인하여 기본법 질서에 완전히 적응하지 못하는 경우에는 그러한 한도내에서 1992년 12월 31일을 시한으로 이 기본법의 규정과 합치되지 않을 수 있다. 그러나 그러한 불합치가 기본법 제19조 제2항에 위배되어서는 아니되며, 기본법 제79조 제3항에 규정된 기본원칙들과 합치되어야 한다.

(2) 제2장, 제8장, 제8a장, 제9장, 제10장 및 제11장과의 불합치는 1995. 12. 31.까지 허용된다.

(3) 제1항 및 제2항에도 불구하고 「통일조약」 제41조와 그 시행규정들은, 그것이 동 조약 제3조에 열거된 지역에서의 재산권침해에 대해서 더 이상 취소되지 않는다고 정하더라도, 효력을 갖는다.”

제41조(재산문제의 처리)

(1) 1990. 6. 15. 「미해결재산문제의 처리를 위한 동서독 정부의 공동선언」(부속의정서 III)은 본 조약의 구성부분이다.

(2) 특정 토지 또는 건물이 긴급하고 구체적인 투자목적에 위하여 필요한 경우, 특히 그것들이 기업체의 설립에 제공되고 또한 그 투자결정의 시행을 국민경제적 차원에서 촉진할 필요가 있고 특히 고용기회를 창출하거나 이를 보장하는 때에는, 특별한 법률로 정하는 기준에 따라 해당 토지 또는 건물의 소유권은 반환되지 아니한다. 투자자는 투자계획의 요지를 명시한 계획서를 제출하여야 하고 또는 그 계획서에 기초하여 계획을 실행할 책임을 진다. 그 법률에서는 구 소유권자의 보장에 대하여도 규정하여야 한다.

(3) 그 밖에 독일연방공화국은 제1항에서 언급한 공동선언에 위반되는 어떠한 법규도 제정하지 아니한다.

이상의 규정들과 더불어 청구인들의 평등원칙 위반과 관련해서는, 「통일조약 부속의정서」 II 제3장 B영역 제1절 제5호에 포함된 「미해결재산문제의 처리를 위한 법률」(Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen: 이하 「재산법」[VermG]이라 한다)⁴⁾과 관련된 1990. 6. 15. 「미해결재산문제의 처리를 위한 동서독 정부의 공동선언」 제3호 이하에 의거하여 그 성질상 수용된 재산의 반환이 불가능하지 아니하거나 또는 과도기에 자연인들이 공정한 방법으로 소유권이나 물적 이용권을 획득한 경우에는, 수용된 재산은 반환된다는 원칙을 규정하고 있는 「재산법」 제3조 제1항, 제4조가 특히 관련되었다.

2. 관련 규정 제정 배경

(1) 동독체제하의 국유재산의 탈국가화 과제

독일의 통일과정에서 동독지역에서의 국유화된 재산을 어떻게 해결할 것인가의 과제가 중요하게 대두되었고, 마찬가지로 당시 체제전환국인 헝가리 및 체코 공화국 등에서도 이 문제가 중요하게 다루어졌다.

공산주의 국유재산의 탈국가화와 관련하여 다음의 문제가 선결적 과제로 드러나게 되었다:

첫째, 과거의 소유권자가 누구였는가? 둘째, 현재의 소유권자가 누구인가? 그리고 미래의 소유권자가 누가 될 것인가 하는 것이 그것이다. 이들 과제 중에서 법치국가적 관점에서 가장 중요하게 규명되어야 할 것은 과거의 소유권자가 누구인가 하는 것이다. 이는 곧 미해결재산문제, 동구유럽국가에서는 재사유화(Reprivatisierung)의 문제로 다루어졌다.⁵⁾

이와 관련하여 문제되었던 것이 과거 소유권자가 규명된 경우, 그 다음은 어떠한 방법으로 침해된 재산에 대하여 원상회복할 것인가 하는 것이었다. 즉 원물에 의한 반환원칙을 채택할 것인가 아니면 보상의 원칙을 취할 것인가 하는 문제였다.

당시 독일에서는, 정의의 관념에 따라 수용된 재산은 원소유자에게 원물로 반

4) BGBl. 1990 II S. 1159.

5) G. Brunner, Privatisierung in Osteuropa, in: H. Schack(Hrsg.), Gedächtnisschrift für A. Lüderitz, München 2000, S. 63 ff.(79).

환되어야 한다는 주장이 있는가 하면, 투자를 촉진시켜 국가경제를 재건하고자 하는 국가경제적 측면이나 소유권관계의 복잡성 및 현소유권자의 심리적인 문제를 고려할 때 보상원칙이 타당하다는 견해도 있었다.⁶⁾

두 번째 문제로서 현재의 소유권자가 누구인가 하는 것은 현재의 소유권자의 확정없이는 어떠한 재산도 양도할 수 없기 때문에 중요한 의미를 가진다. 특히 이 문제의 해결을 위해서는 관련 소유권이 어떻게 획득되었는지의 법적 원인에 대한 확정이 선행되어야 한다. 그것은 공산화과정에서 국유재산화는 매우 다양한 법적 원인, 예컨대 이전 국가와 주의 승계형식이나 또는 불법적 수용 등 다양한 원인에 의하여 형성되었기 때문이다.

그리고 세 번째의 미래의 소유권자가 누구인가 하는 것은 곧 국유재산을 어떻게 사유화할 것인가 하는 과제와 연결된다. 즉 공산주의체제하의 국유재산을 어떻게 사적 소유권으로 전환할 것인가 하는 것이다.⁷⁾ 이러한 문제를 해결하기 위하여 독일에서는 다수 법률이 공포되었으나, 이 법률의 제정과 관련하여 당시 미 해결재산문제와 이와 같은 사유화가 어떠한 관련이 있는가 하는 논의가 있었다.⁸⁾ 즉 사유화가 미해결재산문제의 출발점인가 하는 논의가 있었으나, 독일은 공동선언을 통하여 ‘원물에 의한 반환’을 원칙으로 채택함으로써 미해결재산의 문제의 해결이 사유화의 전제가 되는, 즉 사유화 이전의 반환의 결과를 가져왔다.

다른 한편, 공동선언은 1945~1949년 동독지역에서의 소련점령법 및 점령고권에 근거한 수용에 대하여는 ‘조정보상금부’라는 다른 해결방법을 채택하였다.

(2) 1945~1949년의 수용과 해결 과정

독일 통일 이전 동독지역에서는 광범위한 재산몰수 조치가 자행되었다. 그 중 해결되어야 할 과제 중의 하나로써 1945년부터 1949년까지의 이른바 ‘민주적 토지개혁’을 통한 수용조치가 있다. 이 수용조치는, 소련 점령군에 의해 설치된 주 관청과 지방관청들이 1945년 9월에 실질적으로 동일한 내용의 것으로 공포했던 규정을 근거로 하여 시행되었다.⁹⁾ 토지개혁에 관한 이들 규정은 그 전문에서 밝

6) N. Horn, Markt und Recht, Der Übergang der DDR in die Marktwirtschaft, Köln, 1991. S. 9.

7) G. Brunner(각주 5), S. 63 f.

8) H. Roggermann, Wandel der Eigentumsordnung in Osteuropa, ROW, 1993, S. 321 ff. (325 f.).

9) BVerfGE 84, 90 (96 f.).

히고 있듯이 토지개혁으로써 공정한 토지분배에 의하여 현업농부들의 요구를 충족시키고, 봉건적·호족적인 대소유지를 해체시키며, 동부의 이주민들을 포함하여 소유토지가 없거나 적은 농부와 농장근로자들에게 토지를 분배해 주고자 하는 것을 목적으로 하였다.¹⁰⁾ 그 결과 1948년 말에 이르기까지 다음의 영농사업과 토지가 국가토지기금(후에 인민소유토지기금)에 귀속되었다:

사업의 종류	사업의 수	토지면적(단위:ha)
100ha 이상의 사유지	7,112	2,504,732
100ha 이상의 사유지	4,278	123,868
국가소유토지	1,203	329,123
국유이주단체와 기관	129	18,321
국유림과 삼림	373	161,269
기타 소유토지	604	88,051
계	13,699	3,225,364

그리고 1948년 당시 산업생산의 약 40%를 차지하던 7천여 개의 대기업들이 몰수되었다.¹¹⁾

이와 같은 수용을 포함한 동독지역에서의 보상없는 수용에 대한 처리문제는 국민들의 개인적 이해관계와 직결되어 있고 또한 경제·사회적인 영향력이 지대한 것이었으므로 이에 대한 원칙결정이 이루어지기까지 많은 논란과 갈등이 있었다.¹²⁾ 당시 서독의 집권여당인 기민당·기사당(CDU/CSU)연립정부는 원소유자에 대한 ‘반환원칙’을 주장한데 대해, 야당인 사민당(SPD)은 통일 후의 조속한 경제재건을 위하여 ‘보상원칙’에 의한 처리를 주장하였다. 서독 집권당의 반환원칙에 대하여, 동독 총리 메이지르는 동독주민들의 생활기반상실을 우려하여 반대하였고, 소련점령법 및 점령고권에 기한 수용의 원상회복에는 소련의 명백한 반대입장이 있었다.¹³⁾

이러한 국내외의 논란과 갈등으로 동독지역에서의 보상없는 재산에 대한 수용

10) BVerfGE 84, 90 (96 f.).

11) 법무부(각주 1), 92면.

12) 법무부(각주 1), 80면 이하.

13) 법무부(각주 1), 80면 이하.

에 대하여, 1990. 5. 18. 『동서독간 화폐·경제 및 사회통합을 위한 국가조약』(Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion)에서 최종적인 결정을 내리지 못하고 미해결 문제(Offene Frage)로 남겨두었다. 이후 서독 집권당의 정치·외교적 노력으로 1990. 6. 15. 『미해결재산문제의 처리를 위한 동서독 정부의 공동선언』(Gemeinsame Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen vom 15. Juni 1990)에서 그 해결 방안이 마련되었다.¹⁴⁾ 동·서독 정부는 이 문제를 해결하기 위하여 공동선언을 통하여 미해결재산문제의 처리원칙을 발표하였다.

(3) 공동선언의 점령법 및 점령고권에 근거한 수용에 관한 기본방향

1990. 6. 15. 『미해결재산문제의 처리를 위한 동서독 정부의 공동선언』은 다음과 같은 취지에서 출발하였다:

“동독으로부터 서독으로의 인구이동을 수반한 독일의 분단 및 양독간 다양한 법규의 차이는 많은 동서독 주민들이 관련된 여러 가지 재산권상의 문제들을 야기하였다.

양독정부는 노정된 재산문제를 해결함에 있어서 다양한 이해관계들이 사회계약적으로 조정되어야 한다는 점을 전제로 하였다. 법적 안정성, 법적 명확성 및 소유권에 관한 법은 양독정부가 재산문제 해결의 지침으로 삼은 기본원칙들이다. 이를 통해서만 향후 독일에서의 법적 평화가 영속적으로 보장될 수 있다.”

양독정부는 다음과 같은 기본방향에 관하여 합의한다.

1. 점령법 또는 점령고권에 근거하여 행해진 보상없는 수용조치(1945~1949)는 취소되지 아니한다. 소련 및 동독정부는 당시의 수용조치를 반복할 수 없다. 서독정부는 과거의 이러한 조치들을 역사적 사건이라는 관점에서 인식한다. 서독정부는 향후 시행될 국가조정급부에 관한 중국결정을 전체독일의회에 결정에 유보한다.
2. 생략

14) 법무부(각주 1), 81면 이하.

3. 보상없이 수용되었던 토지재산은 원칙적으로 다음 a) 및 b) 소정의 사례를 고려하여 원소유권자 또는 상속인에게 반환한다.
 - a) 토지 및 건물이 특히 공동사용, 집단주택 및 주택단지의 건설 또는 산업적 이용에 제공되었거나 새로운 기업단위로 흡수됨으로써 그 이용방법 또는 용도가 변경된 경우에는 당해 토지 및 건물의 소유권에 대한 반환은 조리상 불가능하다.

이 경우 동독주민에게 적용되었던 규정에 따른 보상이 이루어지지 아니한 경우 보상한다.
 - b) 동독주민이 반환대상인 부동산에 관한 소유권 또는 용익물권을 선의로 취득한 경우 원소유권자에 대한 사회계약적 조정은 동일가치의 토지로의 교환 또는 보상을 통하여 이루어진다.

이는 국가의 신탁관리인에 의하여 제3자에게 양도된 토지재산의 경우에도 적용한다. 상세한 사항은 추후 명확히 규정한다.
 - c) 원소유권자 또는 그 상속인에게 반환청구권이 귀속되는 경우 당사자는 반환청구 대신 보상을 선택할 수 있다.

가치변동에 따른 조정문제는 별도로 규정한다.

4.-14. 생략

(4) 통일조약과 기본법

1990. 8. 31. 통일조약의 체결과 함께 서독정부는 기본법 제59조 제2항에 따라 동의법률인 통일조약법률안을 연방의회에 제출하였으나, 당시 여당인 기민당/기사당(CDU/CSU) 연합 소속의 의원 8인이 기관쟁의를 제출하여 이 조약의 무효와 본안 결정이 날 때까지 심의를 중지시킬 것을 내용으로 하는 가처분을 신청하였다.¹⁵⁾ 위 청구인들은 「통일조약」 합의와 그 처리 과정이 기본법 제38조, 제42조, 제76조, 제79조와 「연방의회운영규칙」(Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages: GOBT) 제82조가 부여한 청구인의 참여권을 침해한다고 주장하였다. 즉 청구인들은, 기본법은 국가조약에 대한 단순한 동의를 통해서가 아니라 기본법 제79조 제1항 제1문에 따라서 기본법 문언을 명시적으로 수정하거나 보완하는 ‘독자적

15) BVerfGE 82, 316-321.

인' 법률을 통해서만 개정될 수 있다고 주장하였다. 따라서 「연방의회운영규칙」 제82조 제2항에 따라 청구인이 법안수정신청을 할 수 있는 입법절차에서 제정되는 특별한 기본법개정법률이 필요하다고 주장하였다. 그러나 기본법 제59조 제2항에 근거한 조약에 대해서는 「연방의회운영규칙」 제82조 제2항에 따라 수정신청이 허용되지 않으므로, 「통일조약」 제4조에 기본법 개정을 포함하는 것은 청구인의 참여권을 침해한다고 주장하였다. 나아가 청구인은 「통일조약」 제4조의 내용은 그 표제처럼 단순히 동독의 연방 가입과 관련된 기본법개정만을 다루는 것도 아니라고 지적하였다. 또한 동독인민회의의 가입선언은 「통일조약」 협상 당시 기본법에 따른 것이지 그 결과 개정된 기본법에 따른 것도 아니라고 하였다. 마지막으로 청구인은 통일조약 형식은 기본법상 통일의 과제를 실현하는 유일한 방안이 아니고, 기본법 제23조 제2문에 따른 법률만 제정하면 된다고 주장하였다.

이 사건에서 쟁점이 되었던 것은, 「통일조약」의 내용이 기본법개정을 요구하면 반드시 기본법 제79조의 개정절차에 따라서 기본법을 개정하여야 하는지 여부에 관한 것이었다. 이에 대하여 연방헌법재판소는 “「통일조약」에 규정된 기본법 개정을 위하여 연방정부 및 연방의회가 취한 절차는 청구인의 권리를 침해한 것이 아니다. 즉 연방정부는 ‘가입에 따르는 기본법개정(통일조약 제4조)’을 「통일조약」에 포함시킬 권한을 가지고 있으며, 이에 따라 연방의회에 있어서는 기본법 제79조 제2항을 준수하면서 기본법 제59조 제2항에 따른 동의법률의 형식으로 판단하지 않으면 안 된다는 것이 그 이유이다. …

따라서 연방정부가 연방공화국이라는 민주적 법치국가에 있어서 독일통일을 창출하는 그 헌법상의 의무를 이행함에 있어서 가입에 따르는 헌법개정을 통일조약의 대상으로 하는 것이 허용된다고 한다면, 연방의회는 이러한 조약비준의 일부로서 헌법개정에 대해서는 동의법률의 형식으로 결정하지 않으면 안 되며, 이에 대응하여 「연방의회운영규칙」 제82조 제2항에 따른 수정동의를 제출할 수 없다는 것이 귀결된다.”라고 하여 기각 결정을 하였다.¹⁶⁾

이에 따라 서독연방의회는 찬성 440, 반대 47, 기권 2로써 가결하였고, 9월 21일에는 연방참사원의 전원일치로 통일조약에 동의함으로써 「통일조약법률」(Einigungsvertragsgesetz)로 성립되었다.¹⁷⁾ 동독인민회의도 9월 20일 찬성 299,

16) BVerfGE 82, 316.

17) BGBl. II S. 885.

반대 80, 기권 1로써 이를 채택하였다.¹⁸⁾

이러한 절차를 통하여 성립한 「통일조약법」은 위 1990. 6. 15. 「미해결재산문제의 처리를 위한 동서독 정부의 공동선언」을 조약의 일부로서 하였다(제41조). 그리고 동독의회는 1990. 9. 23. 공동선언의 반환원칙에 의하여 수용된 재산의 처리에 관한 구체적 절차를 규율하는 「미해결재산문제의 처리를 위한 법률」(Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen)을 제정하였고, 이 법률은 「통일조약 발효」 이후 통일독일의 법률의 일부가 되었다.¹⁹⁾

나아가 「통일조약」 제4조에 따라 기본법의 일부 개정이 있었는데, 기본법 제 23조가 삭제되고, 전문, 제51조 제2항, 제135a조 제2항, 제143조 등이 수정되거나 신설되었다.²⁰⁾

II. 사건 개요

1. 사건의 개요

독일통일 실현에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 조약(통일조약)의 일부로 편입된 1990. 6. 15. 「미해결재산권문제의 처리를 위한 동서독정부의 공동선언」과 관련하여 3건의 헌법소원심판이 청구되었다. 이 사건 헌법소원심판에서 1 BvR 1170/90의 청구인은, 자신이 사촌과 함께 작센-안할트(Sachsen-Anhalt)주 소재 토지의 소유권자였던 조부의 상속인이라고 주장하는 자로서, 그 토지에서 청구인의 조부와 아버지가 의상점을 경영하였는데, 1945. 10. 30. 소련군정청(SMAD)의 명령 제124호를 근거로, 나치돌격대(SA)의 대대장이었던 청구인의 아버지의 상속분이 1946년에 수용되어 인민소유로 넘어가 버렸다고 한다. 그리고 그것은 그 후 1948. 4. 17. 소련군정청(SMAD) 명령 제64조의 지침을 근거로 기업 전체와—조부의 단독소유로 남아 있던—사업용토지가 수용에 편입되었다고 한다.

18) 김철수(각주 1), 320면.

19) K. Friauf, Rechtsfolgen der Enteignung von Grundbesitz und Wohngebäuden in der ehemaligen DDR zwischen 1949 und 1990, Stuttgart 1993, S. 113. Fn. 2.

20) 이승우, 동서독통일과 불법청산문제, 허영 편, 독일통일의 법적 조명, 박영사 1994, 148면 이하.

그리고 1 BvR 1175/90의 청구인은, 토지개혁으로 수용된 작센-안할트(Sachsen-Anhalt)주에 소재한 237ha의 농경지의 소유자라고 주장한다.

1 BvR 1170/90 및 1 BvR 1175/90의 청구인들은 「통일조약」 제3조, 제41조 및 부속의정서 III과 관련된 제4조 제5호에 포함된 규정이²¹⁾ 기본법 제14조 제1항, 제19조 제2항, 제3조 제1항 및 제20조 제3항을 침해하는 것으로 위헌이라고 주장한다.

1 BvR 1174/90의 1) 내지 10)의 청구인들 및 12)의 청구인은, 자신들이 소련 점령지역 내에 있던 농경지 또는 토지소유권자의 법정상속인으로서 토지개혁의 진행 중 행해진 수용에 관련되어 있음을 주장하고 있고, 11)의 청구인은, 자신이 소련군정청(SMAD) 명령 제124호에 의해 몰수 당한 후에 수용된 브란덴부르크(Brandenburg)주 내의 목재가공소 이전 소유주의 상속인이라고 주장한다. 이들 청구인들은 「통일조약법」 제1조에서 다음의 규정들이 동의되어진 한에서 이들 규정에 의하여 기본법 제1조, 제20조, 제79조 제3항과 관련한 기본법 제3조 제1항, 제14조, 제2조 제1항에 규정된 기본권이 침해되었다고 주장한다:

- (1) 「통일조약」 제45조(Protokoll I 4)와 관련된 동 조약 제4조 제4호(기본법 제135a조 보충)
- (2) 「통일조약」 제45조(Protokoll I 4)와 관련된 동 조약 제4조 제5호(기본법 제 143조, 특히 기본법 제143조 제3항 삽입)
- (3) 1990. 6. 17. 「신탁법」과 관련된 「통일조약」 제25조(여기에서 신탁공사가 동조로써 인민소유의 기업을 사유화하는 것을 위임받은 범위내에서임)
- (4) 「통일조약」 제41조(재산문제의 규율)
- (5) 「통일조약」 부속의정서 II 제4장 B 영역 제2절 제1호(1990. 7. 22. 동독 법률의 유지)와 관련된 「통일조약」 제45조;
- (6) 「통일조약」 부속의정서 II 제3장 B 영역 제1절 제1호(특별투자에 관한 법률의 유지)와 관련된 「통일조약」 제45조;
- (7) 「통일조약」 부속의정서 II 제3장 B 영역 제1절 제2호(미해결재산문제의 규율에 관한 법률)와 관련된 「통일조약」 제45조;
- (8) 1990. 9. 6. 「복권법」 제3장 제6호(GBI. I Nr. 60 S. 1459)가 부가협정에서 기준으로 유지되는 한, 1990. 9. 18.의 부가협정

21) 통일조약 제4조 제5호는 “기본법에는 다음의 제143조가 삽입된다: 제143조 ….”고 규정하고 있다.

2. 청구인의 주장

(1) 이들 청구인들은 다음과 같이 주장한다²²⁾: 「통일조약을 위한 동의법률」의 발효로써 법제상으로는 1945년과 1949년 사이의 토지수용이 최종적인 것으로 명백히 인정되었고, 그 결과 청구인들은 현 권리주체 또는 국가에 대하여 반환청구권을 행사하는 것이 어렵게 되었다. 이로 인하여 기본법 제14조 제1항의 청구인의 권리가 침해되었다. 비록 청구인들의 수용이 동서독정부의 성립에 앞서 이루어졌다고는 하나, 「통일조약을 위한 동의법률」의 발효시점에는 청구인들이 그 수용에 대응하는 능력있는 법적 지위가 인정되어 있었다. 수용은 사회주의의 건설과 당시까지 존재했던 사회적·경제적 구조의 완전한 전복에 이바지하였으며, 소련 점령군의 이익이 아니라 추정컨대 독일인의 이익을 위하여 행해진 것이다. 어느 경우든 전쟁결과와 간접적으로 관련되었던 것이기 때문에, 그 상태는 연방헌법재판소에 의해 전쟁결과로 인정된 비상상황과는 비교될 수 없는 것이다. 이 점은 수용된 재산가치의 반환이 실제로 가능하면 할수록 더욱 그러하다. 「통일조약」 부속의정서 III에 유보된 조정급부가 기본법 제14조 제3항 제2문 소정의 보상에 해당하는 것으로 생각할 수 있는지의 여부는 분명하지 않다. 반환 및 수용의 완전한 배제는 기본법 제19조 제2항과 합치되지 않는다. 따라서 헌법개정입법기관들이 기본법 제143조 제2항을 새로이 삽입함으로써 선행조치의 합헌성을 독자적으로 확인한 것은 권력분립의 원칙을 침해한 것이다. 그 밖에 이 사건 대상규정은 점령법 또는 점령고권 근거에 따른 재산에 대한 수용과 동독기관의 국가적 처분에 기한 수용을 서로 차별함으로써 평등원칙을 침해한다.

(2) 이 사건 청구인들은 위 청구인들의 주장과 일치하지 않는 범위에서 다음과 같이 주장한다²³⁾:

1) 위 문제된 규정은 “역사적 발전”으로서의 토지개혁에 따른 공산주의의 불법적·자의적 행위를 연방공화국의 법치국가체제에서 판단을 받도록 넘겼고 나아가 이를 헌법상 확고히 하고자 하였다. 그러한 한도에서 이 규정은 기본권

22) BVerfGE 84, 90 (103 f.).

23) BVerfGE 84, 90 (105 f.).

적 지위를 근본적으로 포기하는 것을 내용으로 한다. 토지개혁의 과정에서 행해진 보상없는 수용은 결코 완성된 사실의 경과는 아니었다. 수용은 습득 또는 불법영득이 완료되고 적당한 보상이 이루어진 경우에 비로소 종결되는 것이지, 단순한 몰수만으로는 완료되지 않는다. 수용목적이 실현될 수 없거나 또는 위법하다면, 그 수용은 취소되어야만 한다. 현존구조의 파괴를 통해 사회주의적 공동체 질서를 형성한 것이, 그 목적의 측면이나 (개인적 소추라는) 그 수단의 측면에서 볼 때 항구적 성질을 갖는 복지라는 것에 의해 덮어질 수 있는 것은 아니다. 또한 소유권의 반환 배제는 「통일조약」 성립의 전제조건으로서 정당화될 수는 없다. 이는 지금까지 사후집행할 수 있는 것으로 주장되지도 않았고 또 동독과 소련측의 협상파트너가 그러한 한도에서 완고했었던 것으로 확인되지도 않았다. 그에 반해 연방공화국은 그들의 입장을 단순히 인식만 하고 있었다고도 한다. 그리고 또한 토지개혁 대상토지의 약 70%가 여전히 인민소유 또는 조합소유로 남아 있기 때문에, 당장 이전 소유권자에게 반환될 수 있을 것이다.

수용은 단지 대지주와 자영농부에 대한 투쟁에만 기여하였다. 소유권이 이런 방식으로 투쟁수단으로서 도구화된다면, 개인은 국가에 의한 지배의 대상으로 되고 만다. 이에 따르면 헌법소원대상인 위 제3호, 제4호, 제5호 및 제6호에 기재된 토지개혁조치의 합법화제도도 역시 기본법 제14조 제1항에 위반된다. 그리고 비록 반환청구권의 배제가 합헌적인 것을 요구하지만, 단순히 조정급부만 심사함에 그치고 완전한 보상이 보장되지 않는 규정은 어느 경우든 기본법 제14조 제3항에 위반하는 것이다.

2) 기본법 제3조 제1항의 침해를 다투는 경우에, 위 제4호, 제7호 및 제8호에서 언급한, 단순히 어느 그룹을 위하여 반환청구권과 보상청구권을 예상한 법률규정들도 헌법소원의 대상이 된다. 구 동독에서의 제1차 농업집단화단계(1945~1949)에서 소유권을 상실한 토지소유권자들은 어떠한 반환청구권도 보장되지 않았다. 이들은 장차 조정급부를 받게 된다. 그에 반해 그 후의 농업집단화단계에서 소유권을 상실한 토지소유권자들에게는 일정한 요건을 갖춘 후에 반환청구권이 인정되었으나, 대개의 경우 보상청구권이 승인되었다. 사업체소유자의 경우에 있어 이러한 차이는 아주 명백하다. 이러한 부당한 차별의 취급에 대하여 이를 정당화할 어떠한 근거도 없다. 어느 경우든 재산권 박탈을 통한 무력적인 강제추방조치로 엄청나게 불평등한 처우를 당했던 위 제1차 농업집단화단계

의 해당자들이 어떠한 이유로 제2차 농업집단화단계의 해당자들에 비해 나은 대접을 받지 못한 것인지에 대하여 의문이 있다. 위 차별취급은 1949년 가을 제2 독일국가의 성립으로서도 정당화될 수 없다. 구 동독에서의 최종적인 농업집단화 완료시점에는 중부독일의 소련군에의 귀속에 있어서 단계적 차이는 있지 않았다.

3) 「통일조약법」이 기본권침해의 문제를 헌법개정으로써 해결하고자 시도한 것인 한, 그 헌법규정이 문제시된다. 토지개혁조치는 바로 「통일조약」을 통해 그것을 유지함에 있어서 관계인들을 단순한 국가지배의 객체로 만들어 놓은 불법행위였다. 따라서 「통일조약」 제41조 제1항 및 제3항과 관련된 기본법 개정안 제143조 제3항은 기본법 제79조 제3항의 ‘영원한 보호’에 속한 기본법 제1조 제1항의 핵심규정을 침해하여 무효가 된다. 마찬가지로 「통일조약」 제4조 제4호의 헌법개정도 헌법에 위반된다. 헌법의 통일은, 본 관련 사안에서 보상청구권이 배제되고 또 어느 경우든 조정급부가 보장된다는 의미에서 기본법 개정안 제135a조 제2항의 수권을 해석하도록 강제하는 것이다. 그에 관련된 기본권 침해들은 기본법 제143조 제3항의 규정과 마찬가지로 동일한 한계에 부딪힌다

3. 연방정부의 주장²⁴⁾

(1) 통일독일의 재건을 위한 협상에서, 1945~1949년까지 행해진 수용의 불가침은 동독정부는 물론 소련정부도 이는 교섭대상이 아니라 협상의 전제조건임을 처음부터 확고히 하였다. 먼저 동독정부가 어떠한 경우의 수용이든 그에 대한 소유권의 회복에 대하여 원칙적으로 거부하였고, 금전보상의 방법으로 회복하는 조정방식을 고려하여 왔다. 이러한 입장은 당시 모르도프(Modorw) 수상이 콜(Kohl) 연방수상과 소련의 고르바초프(Gorbatschow)에게 보낸 1990. 3. 2. 서한에서 밝혔고 그 이유에 대하여 상세한 설명이 있었다.

동독정부는, 원상회복원칙의 일반적 거부가 관철될 수 없다는 것이 협상의 진행과정에서 명백해진 이후에 비로소, 어느 경우든 국제법적 관점에 기초하여 1945~1949년까지 소련점령군에 의하여 행해진 수용은 두 독일 국가의 처분에 있

24) BVerfGE 84, 90 (109 f.).

지 않다는 입장을 견지하였다. 소련정부는 동독정부의 이러한 입장에 동의하였고, 1990. 3. 27. 공포된 선언과 모스크바 주재 독일대사에게 전달된 1990. 4. 28. 외교각서(Aide-mémoire)에서 그들의 견해를 분명히 했다.

점령법 또는 점령고권에 근거한 수용에 대한 불가침은 2+4회담에서도 중요한 논의의 대상이었다. 회담의 마지막 단계까지 강하게 주장되었던 소련의 요구를 절충하고 그로써 최종규정에 대한 소련의 동의를 확보하기 위하여 양독 외무상은 공동문서에서 점령법 또는 점령고권에 근거한 수용의 불가침에 대한 확정문서를 승인하였다.

(2) 기본법 제14조 및 제2조 제1항을 침해한다는 주장은 부적법하며, 또한 이유없다.

구 소련 점령지역 당시의 수용이 연방공화국으로 전환되었다는 청구인의 주장은 명백히 받아들일 수 없다. 현재까지 확대된 과정으로서의 수용에 대한 판단은 실제 사건을 자의적으로 해석했음을 보여준다. 문헌에서 주장된 견해에 의하면, 재통일된 독일에서의 기본법 제14조의 재산권보장은 새로운 주들에 대하여도 소유권제도를 법치국가적으로 형성하고, 또한 이와 관련하여 발생한 불법을 적절히 조정하라는 헌법의 지시를 입법권자로 하여금 준수하도록 할 수는 있다고 한다. 그러나 소유권제도에 있어서의 어떠한 체계변경을 위한 지침을 입법권자로 하여금 정하도록 요구하는 것까지 기본법 제14조에서 허용되는 것으로 본다면 그것은 무리한 요구라고 할 것이다. 독일 분단의 결과를 극복하고자 하는 것은 어떠한 경우든 그 기능상 방어권으로서의 기본권이라는 주제로써 다를 것이 아니라 객관적 가치판단으로서의 문제로써 인식하여야 할 것이다.

그 밖에 기본법 제143조 제3항은 재산권보장을 기본법 제79조 제3항에 반하지 않도록 내용에 수정을 가하였다. 동 규정은 재산권보장의 체계를 변경하는 규정을 포함한 것이 아니라 단지 과거에 뿌리를 둔 특수상황만을 극복하고자 하는 것이다. 헌법소원심판청구인들이 주장하는 원상회복청구권은 기본법 제79조 제3항에 의거하여 보호되는 재산권의 헌법적 최소보장의 구성부분이 아니다.

이 사건 심판절차에서는 ‘조정금부’를 어떻게 이해하여야 할 것인가는 문제되지 않는다. 입법권자가 이에 대하여 견해를 표현하지 않는 한, 기본권 침해를 소송으로 다룰 수 없다. 통일조약안에서의 기본법 제135a조 제2항의 규정은 기본법 제135a조의 원 초안과 관련하여 보아야만 한다. 이 규정은 민족사회주의 체제의

재정상 실정을 헌법적으로 청산할 수 있도록 하기 위하여 필수적인 것이다. 통일으로써 입법권자는 조화를 이룰수 있는 과제에 직면하게 된다.

(3) 평등원칙은 침해되지 않는다. 1945~1949년에 행해진 수용을 제2차 농업집단화단계의 수용과 다르게 취급하는 것은, 곧 1945~1949년까지의 수용의 불가침이 연방정부가 통일이라는 고도의 헌법 목표를 위하여 받아들여야만 했던, 즉 교섭대상이 아닌 통일의 전제조건이었다는 사실로써 정당화된다. 이로부터 구 소련 점령지역에서의 수용된 재산에 대하여 동독지역에서의 제2차 농업집단화단계의 수용에 대한 ‘원물에 의한 반환원칙’으로서의 원상회복방법과 달리 반환원칙을 전적으로 배제하는 결과를 가져오는 차별적 해결방법이 정당화된다.

4. 연방대법원장의 주장²⁵⁾

연방대법원장은 제3민사부 및 제5민사부 재판장의 견해를 자신의 견해로 대신하여 다음과 같이 주장하였다:

제3민사부는 소련 점령지역에서의 수용의 문제를 해결하기 위하여, “분리사회”(Spaltgesellschaft)의 문제점과 관련하여 견해를 밝혔다. 이에 의하면, 동독지역의 수용조치가 서독지역에 소재한 재산객체에 영향을 미친다는 것은 속지주의의 적용에서는 인정되지 않는다.

제5민사부는 1946년 소련점령군에 의해 점령군의 숙영(宿營)을 위한 토지징발이 있었는지 또는 그러한 징발을 해제시키는 행위를 독일기관이 행하지 아니한 것이 기본법 제14조 소정의 수용이었는지 여부의 문제에 대하여 입장을 밝혔다. 제5민사부는 기본법 제14조의 보호는 재산권에 대한 고권적 기능에 근거한 독일기관의 침해를 전제조건으로 한다는 이유로 이를 부정하였다.

5. 연방행정법원장의 주장²⁶⁾

연방행정법원장은 다음과 같이 주장하고 있다. 기본법의 발효 이전에 행해진

25) BVerfGE 84, 90 (111 f.).

26) BVerfGE 84, 90 (112 f.).

수용, 특히 구 소련 점령지역에서의 수용에 관한 규정들에 대한 판단은 기본법 제14조로는 적절하지 않다. 독일연방공화국이 통일조약에서 역수용(반환) 또는 보상에 관한 규정을 정할 의무가 있었는지 여부는 다른 근거로부터 결정될 수 있다. 이러한 연방공화국의 의무와 관련하여서는 기본법 제3조 제1항 또는 이에 포함된 일반적 정의관념이 고려될 수 있다. 연방공화국인 소련과 동독의 정부가 1945~1949년 사이에 점령법 또는 점령고권의 근거에 따라 재산에 취해졌던 수용 조치들을 검토할 가능성이 전혀 없다고 보았다면, 이러한 정치적인 특수상황에 있는 연방공화국이 통일독일의 신속한 축진이라는 이익에서 조정급부에 관한 최종적 판단을 전독일의회에 유보하도록 한 것은, 자의로부터 자유로울 수 있고 또한 일반적 정의관념에도 합치될 것이다.

III. 주요 쟁점

이 사건 헌법소원심판에서 연방헌법재판소는, 점령법 또는 점령고권에 근거하여 이루어진 수용조치(1945~1949년)에 대하여 원상회복을 배제하는 내용을 구성 부분으로 하고 있는 「통일조약」 제41조가 위헌인지 여부를 쟁점으로 하였다.²⁷⁾ 나아가 연방헌법재판소는 기본법 제143조에 따라서 「통일조약」 제41조가 헌법적 효력을 갖게 되었으므로 기본법 제143조가 기본법개정의 한계를 정하고 있는 기본법 제79조 제3항에 위반되는지 여부에 대하여도 판단하고 있다.

IV. 결정 내용

1. 결정 요지

(1) 「통일조약」 제4조 제5호에 따라 개정된 기본법 제143조 제3항은 기본법 제79조 제3항에 합치한다.

27) 통일조약 제41조는 재산권문제의 처리에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다: (1) 1990년 6월 15일 발표된 미해결재산문제의 처리를 위한 동서독정부의 공동선언(부속의정서 III)은 본 조약의 구성부분이다.

(2) 기본법 제79조 제3항은 기본법에 구속되는 입법자가 인정할 수 없는 것으로 정한 외국 국가권력의 수용조치에 대하여 수용된 재산의 반환을 요구하지는 않는다.

(3) 외국의 국가권력에 의한 수용조치는, 그것이 비록 자국의 헌법질서와 불합치하는 경우일지라도 독일의 국제적 수용법에 따라 원칙적으로 유효한 것으로 간주되는 때에는, 기본법을 근거로 이를 다룰 수 없다.

(4) 기본법 제3조 제1항은 입법권자가 「통일조약」 부속의정서 III 제1호 소정의 점령법 또는 점령고권에 근거한 수용에 대하여도 보상규정을 제정하는 것을 허용한다.

2. 결정 이유

(1) 적법성 판단²⁸⁾

1) 국제법상 조약이 직접 개인의 권리영역을 침해하는 규정을 포함하는 경우에는, 당해 조약에 대한 동의법률을 헌법소원으로 다룰 수 있다.²⁹⁾ 기본법상의 권리라는 점에서 비추어 볼 때, 동독이 외국은 아니었다고 하더라도 동서독 간의 조약들에 대한 동의법률의 경우에도 마찬가지로 헌법소원으로 다루는 것이 가능하다.³⁰⁾

2) 청구인들이 본 사건에서 주장하는 것에 의하면, 이들은 모두 이 사건의 대상규정과 관련이 있다. 청구인들이 주장하는 것에서의 수용은 점령법 또는 점령고권에 근거한 재산에 대한 수용으로서의 성질을 갖는다. 문제된 규정은 소련점령군에 의해 직접 개시된 수용뿐 아니라 토지개혁 진행 중에 있었던 수용도 포함한다. 그리고 그 밖에 공동선언 제1호 제1문에서 정한 시간적 범위(1945~1949)는, 행해진 수용을 구분해 보면 그것이 전후 첫해에 행해졌는지 여부에 결정적으로 좌우되는 것은 아니다.

그것보다는 오히려 훨씬 후인 동독정부 수립시까지의 시대에 이루어진 수용까

28) BVerfGE 84, 90 (113 f.).

29) BVerfGE 6, 290 (294 f.); 40, 141 (156).

30) BVerfGE 36, 1 (13, 17, 23).

지 포함하는 것이 당연하다. 이것은 당해 법적 근거가 과도하게 해석되거나 또는 법치국가적 기준에서 볼 때 자의적으로 적용된 수용조치 그 자체에 대해서도 마찬가지이다. 그리고 그 수용조치가 비록 독일기관에 의하여 직접 실행된 것이라도 그것은 당시 최고 통치권력을 가진 점령군의 점령고권에 근거한 것으로서 여기서의 수용에 포함된다.³¹⁾

(2) 본안 판단³²⁾

1) 공동선언 제1호 제1문(「통일조약」 부속의정서 III) 과 관련된 통일조약 제41조 제1항의 규정, 즉 점령법 또는 점령고권의 근거에 따른 재산의 수용(1945~1949)는 더 이상 취소되지 아니한다는 내용의 규정은 청구인의 기본권을 침해하지 않는다. 위 규정은 「통일조약」 제4조 제5호에 따라 기본법에 삽입된 기본법 제143조 제3항을 통하여 헌법상 존속력있는 것으로 명백히 선언되었다. 따라서 위 규정은, 기본법 제143조 제3항의 규정 자체가 무효가 되는 경우에만 헌법 또는 청구인이 침해되었다고 주장하는 기본권을 침해하게 될 수 있을 것이다.

기본법 제143조 제3항의 규정이 무효인가에 대한 판단은 헌법개정의 형식적 관점과 내용적 관점에서 판단된다.

① 형식적 관점과 관련하여, 연방헌법재판소는 다음과 같이 결정하였다:³³⁾

「통일조약」에서의 “가입조건으로서의 기본법 개정” 규정(제4조)에 대하여, 연방하원이 기본법 제59조 제2항에 의한 동의법률의 형식으로 동의한 경우에 인정될 수 있는 것으로써 합의한 연방정부에 의해 취해진 절차는, 기본법의 재통일 원칙과 관련된 개정 전 기본법 제23조 제2항에 그 법적 근거를 두고 있는 것으로 이에 대해서는 헌법적으로 아무런 의문이 없다.³⁴⁾ 그리고 헌법개정권자는 기본법 제143조 제3항을 추가하는 방법으로 개정하였으므로, 기본법 제79조 제1문에서 요구되는 명시적 문언개정을 통하여 헌법개정이 가능하다는 원칙을 침해하지

31) 그 밖에 적법성판단과 관련하여 직접성(BVerfGE 84, 90 [116]) 및 보충성의 원칙(BVerfGE 84, 90 [116 f.])에 관하여 판단하였다.

32) BVerfGE 84, 90 (117 ff.).

33) BVerfGE 84, 90 (118).

34) BVerfGE 82, 316 (320).

않았다.³⁵⁾ 즉 기본법 제143조 제3항의 신설은 기본법상의 본문을 수정 또는 보완하여야만 한다는 기본법 제79조 제1항의 요구를 충족하고 있다.

나아가 기본법 제143조 제3항은 일정한 규정이 기본법의 발효 전에 편입지역에 편입되었던 한정된 사례군에 관하여는 계속 존속한다고 하는 헌법개정권력자의 결단을 포함하고 있다. 이 규정으로써 편입지역에 있어서의, 과거에 발생했던 특정 사안에 대한 기본법 발효의 효력범위만은 확정된다. 이에 대하여 헌법개정권자는 권력분립의 원칙에 의해 방해받지 않는다. 따라서 기본법 제143조 제3항에 의하여 권력분립의 원칙도 침해되지 않는다.

② 연방헌법재판소는 기본법 제143조 제3항에 대하여 기본법 제79조 제3항을 기준으로 하여 다음과 같이 실제적으로 심사하고 있다³⁶⁾:

i) 기본법 제79조 제3항은 기본법 제1조 및 제20조에 정한 원칙을 침해하는 헌법개정을 금지하고 있다.³⁷⁾ 여기서 기본법 제1조는 인간의 존엄성의 원칙(제1항)뿐만 아니라 인격공동체, 평화 및 정의의 기초로서의 불가침이며 양도할 수 없는 인권에 대한 인식(제2항) 또한 중요하게 규정하고 있다.³⁸⁾ 그리고 제3항에서의 “다음에 따르는 기본권의 지정”과 관련하여,³⁹⁾ 그 기본권을 지정하는 것을 보장하는 것은 기본법 제1조 제1항 및 제2항에 합당한 질서의 유지를 위하여 포기할 수 없는 한도 내에서는 원칙적으로 제한이 될 수 있다.

또한 헌법개정에 있어서 근본적인 정의의 요청을 무시하여서는 아니된다. 법적 평등의 원칙과 자의금지가 이에 속한다. 그리고 기본법 제20조 제1항

35) 기본법 제79조 제1항 제1문은 “기본법은 본문을 명시적으로 수정 또는 보완하는 법률에 의하여 개정할 수 있다.”라고 규정하고 있다(Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt).

36) BVerfGE 84, 90 (121 f.).

37) 기본법 제79조 제3항은 “연방의 새로운 분할 편성한 입법에 있어서는 주의 참여 또는 제1조와 제20조에 규정된 기본원칙에 저촉되는 이 기본법의 개정은 허용되지 아니한다.”고 규정하고 있다(Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig).

38) 기본법 제1조는 제1항에서 “인간의 존엄성은 침해되지 아니한다. 모든 국가권력은 이 존엄성을 존중하고 보호할 의무를 진다.”라고 규정하고 있고, 제2항에서 “그러므로 독일국민은 이 불가침·불가양의 인권을 세계의 모든 인류공동체, 평화 및 정의의 기초로 인정한다.”라고 규정하고 있다.

39) 기본법 제1조 제3항은 “다음에 열거하는 기본권은 직접 적용되는 법으로서 입법권·행정권·사법권을 구속한다.”라고 규정하고 있다.

및 제3항에 명시된 법치국가원리 및 사회국가원리의 근본적인 요소들도 존중되어야 한다.⁴⁰⁾

- ii) 공동성명 제1호 제1문의 규정은 수용을 무효로 처리하는 것을 금지하며 또한 나아가 수용된 목적물의 반환을 통해 그 결과를 포괄적으로 청산하는 것을 배제한다. 반면에 이 규정은 이미 입은 침해의 조정을 재산적 가치로써 행하는 것을 금지하고 있지는 않다. 최고액이 확정되지 않은 그러한 ‘조정’은 오히려 공동성명 제1호 제4문에서 입법권자에게 명시적으로 유보되어 있다. 이와 같은 규정을 헌법개정권자가 헌법상 존속력있는 것으로 선언하고 있는 기본법 제143조 제3항은 다음과 같은 이유에서 위 기본법 제79조 제3항에서 규정하고 있는 한계에 반하지 않는다:

- a) 만약에 있을지 모를 국제법상에 근거한 청구권이 고려되지 않는 경우에는, 입법자가 문제된 규정으로써 침해하게 될 관계인의 법적 지위는 존재하지는 않는다는 것이다. 누구에게 특정한 법적 지위가 귀속되는지 여부는 구체적인 법제도를 검토하는 것으로부터 판단할 수 있다. 사안에서의 과거 소련 점령지역과 그 이후의 동독지역에서의 법상태에 따르면, 그러한 법적 지위는 수용조치를 집행한 후에는 더 이상 존재하지 않았다. 당시의 수용조치는 소유권자에게서 그 법적 지위를 완전히 그리고 최종적으로 박탈하는 것이었다. 그리고 이러한 수용조치는 소련점령하에서나 그 후의 동독국가질서 내에서 적법한 것으로 간주되었다. 또한 소련의 점령지역에서의 수용은, 그 수용이 직접 소련점령군에 의해 야기되었는지 혹은 점령군에 의해 설치된 독일기관에게 그에 대한 고유한 결정여지가 귀속되었는지 여부와는 별도로, 이러한 수용조치는 기본법의 준수 의무가 있는 서독 국가권력의 책임으로 귀속되지 않는다. 서독기본법 제23조 제1항은 서독의 국가권력을 실제로 뿐만 아니라 국가법적으로도 연방공화국의 지역내에 한정하고 있다. 따라서 소련 점령지역에서의 독일 국가권력에 의한 위법·위헌적인 조치에 대한 서독의 책임은, 외국 국가권력의 조치에 대한 경우와 같이 그에 대한 책임이 존재하지 않는다.

40) 기본법 제20조 제1항은 “독일연방공화국은 민주적이고 사회적 연방국가이다.”라고 규정하고 있고, 동조 제3항은 “입법은 헌법질서에, 행정 및 사법은 법률 및 권리에 구속된다.”라고 규정하고 있다.

그리고 서부 점령지역과 후에 연방공화국에 존재했던 법상태에 의하면, 재산적 가치가 있고 처분능력이 있는 어떠한 법적 지위도 관계인들에게는 남아 있지 않는다. 독일의 국제적 수용법에 따르면, 보상없는 수용조치를 포함한 제3국의 수용은 그 국가가 자신의 국가권력의 한계 내에서 행사한 것인 한 원칙적으로 유효한 것으로 간주된다. 즉 수용은 그 국가의 고권지역 내에 있어서 효력을 미치며, 수용을 행하는 국가의 영토고권하에 있는 재산을 대상으로 한다. 이와 같은 속주주의의 효력은 국제질서에 의한 것이고, 연방공화국 헌법질서 역시 그 국제질서에 따라야 할 의무가 있다.

청구인들이 주장하듯이, 문제된 수용조치가 처음부터 사회주의적 질서라는 의미에서 공동체 관계의 변혁을 지향했다고 보더라도 결과는 크게 다르지 않다. 충분한 보상을 해주는 경우에는 목표로 한 사회변혁이 수포로 돌아갈 수 있으므로, 사회변혁을 위하여 보상이 전혀 없거나 또는 아주 적은 보상만이 제공되더라도 이는 공동체질서의 변화의 본질로 이해되어야 한다. 그 변혁의 영향이 제3국에서 문제되는 경우, 그 변혁을 당해 제3국이 수인할 것인지에 대하여 그것이 고유한 국내적 헌법질서와 합치하는지 여부의 문제는 독일의 국제적 수용법에 의하든 그 밖의 국가간의 법적 교류에 있어서든 결정적인 것으로 간주되지 않는다.

- b) 국제법상 원칙에 따를 때 점령군에 의한 수용조치에 대하여 각 관계인들의 청구가 어느 정도까지 반환을 예정할 수 있는지 그리고 입법자에 의하여 그러한 청구권이 배제되었는지 여부에 대하여 판단을 요하지 않는다. 이러한 유형의 청구권은 관계규정 없이는 관철될 수 없고, 실제적으로 무가치하다. 따라서 입법권자는 높은 수준의 헌법적 목표와 명령을 정하고 있는 기본법 제143조 제3항이 없더라도 국가적 통일독일의 달성을 위하여 이러한 종류의 청구권의 배제에 동의할 수 있다.
- c) 과거 불법의 사후적 조정이라는 관점에서 보더라도, 이 사건에 있어서 수용된 재산이 구 소유권자 또는 그 권리승계자에게 반환되어서는 안 된다고 하는 것은 기본법 제79조 제3항에 반하지 않는다. 그것은 소련 점령군에 의한 수용이었고, 수용대상이 된 재산이 연방공화국의 영향권에서 벗어나 있었다는 것에서 기인한다.

연방헌법재판소는 전쟁결과법에 대한 판결에서,⁴¹⁾ 점령에 의한 손해 및 전쟁에 의한 배상손해의 변제에 대한 규정들을 심사함에 있어 다음과 같이 판시하였다: “연방공화국의 입법권자는 기본법의 가치질서에 따라서, 특히 기본법 제20조 제1항에 명시된 사회국가원리의 관점에서 그 정도의 내국적 부담조정을 예견하여야만 한다. 그러나 입법권자는, 그 손해가 연방공화국의 국가기관들에 의해 초래되었던 것과 같은 것으로 인식해서는 아니된다. 입법권자는 부담조정규정을 정함에 있어 광범위한 형성영역을 가지며, 절박한 과제를 위한 기타의 부담과 재정적 필요를 고려하여 가능한 기준에 따라 조정급부를 결정하여도 무방하다.”⁴²⁾ 연방헌법재판소의 이러한 원칙들은 현행 부담조정법의 규정들로서 충분하지 않는 한, 공동선언 제1호 제4문에 유보된 조정규정(Ausgleichsregelung)을 통해 충분히 고려될 수 있다.

이에 따르면, 기본법을 준수할 의무가 있는 입법권자는 다른 법질서에 기초한 정치제도로부터 국가권력을 인수받은 후 법치국가적 기준에 비추어 수인할 수 없는 것으로 인정된 과거의 조치에 대하여 일반적 부담조정을 넘어서는 원상회복을 통해서 조정하는 것을 고려할 수 있을 것이다.

여기서 이와 같은 과거의 조치로써 수용에 대하여 원상회복조치를 취할 입법자의 헌법적 의무가 어느 정도까지 존재하는가 하는 것이 문제될 수 있으나, 본 사안과 관련하여서는 판단을 요하지 않는다. 그것은 기본법 제79조 제3항에 의하면 어느 경우든 그와 같이 수용된 재산에 대하여 반환을 통한 원상회복은 성질상 인정되지 않기 때문이다. 다른 국가권력이 책임져야 할 과거의 불법을 원상회복시키는 규정에 있어서 입법권자가 특히 광범위한 형성의 여지를 가진다는 것은 이미 일반화되어 있다. 이것은 원상회복의 종류의 관점에서도 또한 마찬가지이다.

공동선언 제1호에 의거한 원상회복의 배제에 대한 헌법상 평등원칙의 침해 문제는, 이 규정에 의하지 않는 보상없이 수용된 재산에 대하여 예정된 반환에 관한 규정으로부터 야기되지 않는다.⁴³⁾ 즉 기본법 제79조 제3항에 의거한 불가침

41) BVerfGE 27, 253; 41, 126.

42) BVerfGE 27, 253 (270, 283 ff.); 41, 126 (150 ff.).

43) 미해결재산문제의 규율을 위한 법률(제3조 제1항, 제4조)과 관련된 공동선언 제3호 이하에 의거하여 그 성질상 수용된 재산의 반환이 불가능하지 않거나 또는 과도기에 자연인들이 공정한 방법으로 소유권이나 물적 이용권을 획득한 경우에는, 수용된 재산은 반환된다는 원칙이 그것이다.

인 평등원칙의 본질적 요소들은 이로부터 침해받지 않는다. 문제된 규정에서의 원상회복의 배제는, 이 규정의 시행을 동독과 소련이 주장하였고 또한 연방정부는 독일통일의 달성을 위한 이러한 조건에 대한 의무적 평가를 거친 후에야 개입했던 점을 통하여 충분히 정당화된다.

2) 공동선언 제1호 제4문과 관련된 「통일조약」 제41조 제1항에 포함된 조정급부에 대한 판단이 입법권자에게 유보되어 있다는 내용의 규정은 다음과 같은 이유로 평등원칙을 침해하지 않는다: 공동성명 제1호 제1문의 규정이 적용되지 않는 보상없는 수용에 대하여 입법권자는 수용된 재산의 반환을 원칙으로 하는 원상회복 규정을 두었다.⁴⁴⁾ 이와 같은 해결방법을 선택한 입법자는 점령법 또는 점령고권의 근거에 따라 보상없이 수용된 재산에 대하여도 원상회복에 관한 규정을 두어야 한다. 이에 공동성명 제1호 제4문은 원상회복의 방법으로써 입법자에 의한 조정급부를 규정하고 있다.

한편 이미 전술한 바와 같이 이 규정은 조정급부의 상한기준을 정하고 있지 않다. 그러나 여기서 문제된 수용에 대하여 조정급부로서 완전보상이 기본법에서 나오는 것이라고는 할 수 없다.

원상회복에 대한 급부를 측정함에 있어서 입법권자는 원래 자기에게 속한 형성의 여지의 범위 안에서 기타 국가책무를 고려하여 국가가 어느 정도의 재정적 능력을 가지고 있는지에 대해서 고려하는 것도 가능하다. 또한 입법권자는 원상회복시켜 주어야 할 손해의 총량을—재산손해만 여기에 속하는 것은 아니다—고려할 수 있다. 입법자는 재산손해의 정도를 평가함에 있어서 문제된 시기에 다른 재산들—대체로 생명, 건강, 자유 및 직업적 장래성 등이 그에 해당한다.—또한 침해받았다는 것을 염두에 두어야 한다. 나아가 입법권자는 새로이 편입된 주들을 재건함에 있어서 초래되는 새로운 과제의 충족에 대한 고려도 있어야 한다.

국가의 경제적, 재정적 상태와 개개의 국가책무의 비중을 평가함에 있어서 특히 광범위한 판단영역이 입법권자에게 귀속된다. 당시 예상할 만한 재정형편에 의하면, 이미 수천억 마르크에 이르는 보조금을 요하는 새 편입주의 절망적인 경

44) 공동선언 제1호의 규율을 받지 않는 통일조약 제3조에 열거된 지역에서의 보상 없는 수용에 대해서는, 통일조약 부속의정서 II 제3장 B영역 제1절 제5호에 포함된 미해결재산문제의 규율을 위한 법률과 관련된 공동선언 제3호에 의거하여 그 성질상 수용된 재산의 반환이 불가능하지 아니하거나 또는 과도기에 자연인들이 공정한 방법으로 소유권이나 물적 이용권을 획득한 경우에는 수용된 재산은 반환된다는 원칙이 적용된다.

제상태를 고려할 때, 그 가치상 원상회복에 버금가는 (시원적인) 헌법상 복구의 무는 존재하지 않는다. 물론 입법권자는 전체 원상회복 규정을 정함에 있어서 기본법 제3조 제1항을 고려하여야만 한다.

이와 관련하여 수용된 재산의 일부가 공기관의 소유로 되어 있다는 상황으로부터는 청구인들은 다른 상황에 처해있는 소유권자와 다른 그 어떠한 요구도 할 수 없다. 즉 이전 소유권자는, 바로 그 재산이 아직 처분 가능한 것이라는 우연을 근거로 해서 원상회복에 있어서 다른 수용된 재산 또는 다른 종류의 손해를 야기한 불법적 조치의 희생자에 비하여 그 가치에 있어 우대를 요구할 수는 없다.

V. 분석 및 평가

1. 결정의 의의

(1) 연방헌법재판소는 독일통일과정에서 정치적·외교적으로 가장 중요한 문제가 되었던 소련점령법 및 점령고권에 근거한 수용에 대한 처리지침을 제시한 공동선언 및 이를 구성부분으로 하는 「통일조약」 나아가 그 해결의 존속력을 인정한 기본법 제143조와 관련한 판단에서 통일의 완성(재통합)이라는 국가적 사명을 고려하여 기본법에 위배되지 않는 것으로 결정하였다. 이러한 결정은 통일과정에서의 동서독 및 소련 등의 제2차 대전 승전국의 외교적 결단을 존중하고 통일과정에서의 이들 문제로부터 야기되는 혼란을 최소화하였다는 것에 중요한 의의가 있다.

(2) 나아가 연방헌법재판소의 토지개혁결정에서는 다음과 같은 법이론적 의의도 있다:

1) 「통일조약」 제4조에 따른 개정기본법 제143조가 기본법 제79조에 위반되는가 하는 것에 대하여, 기본법 제79조의 규정내용을 기준으로 하여 개정절차적 측면과 내용적 측면에서 각각 심사하고 있다.

2) 적법성 심사에서 국제법상 조약이 직접 개인의 권리영역을 침해하는 규정을 포함하는 경우에는, 그 조약이 아니라 당해 조약에 대한 동의법률을 헌

법소원으로 다룰 수 있다는 점을 재확인하고 있다.

3) 1945~1949년 수용에는 소련점령군에 의하여 직접 개시된 수용이나 토지개혁 진행중에 있었던 수용도 포함하며, 또한 그 보다 훨씬 후인 동독정부수립시까지의 수용을 포함하고 있다.

4) 1945~1949년 소련점령법 및 점령고권에 근거한 수용은 법치국가적 헌법에 비추어 흠결이 있더라도 점령군 및 동독지역의 국가권력에 의하여 적법한 것으로 간주되는 규범에 근거한 조치에 의한 것으로서, 그로부터 그 상대방의 법적 지위는 완전히 박탈되어 존재하지 않는다.

5) 그리고 위 수용에 대하여, 기본법 제23조 제1항이 서독의 국가권력을 연방공화국의 당시 지역에 한정시키고 있다는 것을 전제로, 이에 대한 서독의 책임을 인정하지 않았다. 이를 규범적 전제로 하면서, 그 수용에 대하여 제3국의 수용이라고 하며 그에 대하여는 그 국가가 자기 권력의 한계 내에서 행사한 것인 한 원칙적으로 유효한 것으로 간주된다고 하였다.

6) 동독지역에서의 다른 수용과 구별하여 그 처리에 대하여 규정하고 있는 1945~1949년 소련점령권에 의한 수용에 대하여, 다른 국가권력이 책임져야 할 과거의 불법을 처리하는 경우에 있어서 입법권자가 특히 광범위한 형성의 여지를 가진다고 하여, 입법자에 유보된 조정보상급부에 대한 입법자의 형성을 인정하였다.

7) 조정보상급부의 범위와 관련하여, 조정보상은 완전보상을 의미하는 것이 아니고 나아가 기본법 제79조로부터도 완전보상의 명령이 주어지지 않는다고 하여, 조정보상의 범위에 관한 지침을 제시하였다. 나아가 그 보상의 헌법적 근거로서 법치주의 및 사회국가원리를 제시하고 있다.

(3) 동독지역에서의 수용조치를 구별하여 해결하는 것에 대하여, 연방헌법재판소는 기본법 외적 요인으로서 정치·외교상황을 고려하였는데, 즉 통일의 헌법적 가치와 통일 협상과정상의 외교정책적인 이유, 소련과 동독이 통일조약 체결의 조건으로서 해당 재산권처리문제를 연계시키고 있다는 점 등을 판단의 기준으로 원용하여 차별의 정당성을 이끌어 냈다.⁴⁵⁾

45) 이승우(각주 20), 149면.

2. 학계 평가 및 결정 이후 상황

(1) 학계 평가

통일독일은 통일과정에서 동독지역에서의 보상없는 수용조치들 중에서 1945~1949년 소련점령에 의한 수용을 분리하여, 이에 대한 해결을 통일독일의 입법자에게 유보된 조정보상급부방법을 채택하였다. 이에 대하여, 연방헌법재판소는 ‘제1차 토지개혁결정’에서, 여기에서의 ‘조정’은 재산가치에 대한 완전보상을 의미하는 것이 아니며 나아가 기본법 제79조로부터 이러한 완전보상에 대한 입법자의 의무가 도출되지도 아니한다고 하였다. 그 조정은 전후 여러 사정 및 손해의 총량을 고려하여 입법자에 의하여 정해지는 것으로 하였다. 나아가 이러한 차별적 해결과 관련하여, 연방헌법재판소는 통일에 대한 헌법적 가치 및 당시의 정치적·외교적 상황 등을 고려하여 합리적인 이유가 존재하는 정당한 것이라고 하였다.

이와 같은 연방헌법재판소의 입장에 대하여, 기본법 제23조를 고려할 때, 1945~1949년 소련점령에 의한 수용이나 그 이후 동독정부에 의한 수용이나 기본법이 적용되지 않는다는 것에는 차이가 없다고 하고, 그럼에도 불구하고 통일과정에서 동독지역에서의 수용을 분리하여 취급하는 것은 여전히 그 근거가 불명확하다는 비판이 제기되었다.⁴⁶⁾

(2) 결정 이후 상황

연방헌법재판소의 ‘제1차 토지개혁결정’이 있는 후, 소련점령지역에서의 수용과 관련하여 두 건의 헌법소원심판이 청구되었다. 1996. 4. 18. ‘제2차 토지개혁결정’과 1996. 5. 12. ‘토지취득결정’이 그것이다.

1996. 4. 18. 제2차 토지개혁결정은, 「통일조약」이 1945년부터 1949년까지의 기간 동안 소련점령지역에서 점령법이나 점령고권에 근거하여 이루어진 보상없는 수용에 대해 더 이상 회복할 수 없는 것으로 규정한 것 및 이와 관련한 연방헌법재판소의 ‘제1차 토지개혁결정’을 다룬 사건이었다.⁴⁷⁾ 이 사건에서는 1945~1949

46) 대표적으로, P. Badura, Der Verfassungsauftrag der Eigentumsgarantie im wiedervereinigten Deutschland, DVBl., 1990, S. 1260 ff.

47) BVerfGE 94, 12-49.

년까지의 점령법 및 점령고권에 근거한 보상없는 수용에 대한 보상면책이 헌법에 합치되는지 여부를 쟁점으로 하였다. 이에 대하여 연방헌법재판소는 ‘제1차 토지개혁결정’을 다시 확인하여, 다음과 같이 결정하였다:

1. 기본법 제143조 제3항에서 그 효력을 갖도록 규정하고 있는 1945~1949년까지 점령법 및 점령고권에 근거한 수용에 대한 보상면책규정은 헌법상 다룰 수 없다.
2. 헌법개정법률의 입법자가 헌법개정을 위하여 필요한 정족수를 충족하여 기본법 제143조 제3항과 같은 내용을 규정하였다면, 연방헌법재판소는 그 개정조항이 기본법 제79조 제3항을 위반하였는지 여부만을 심사할 수 있다.
3. 이 경우 기본법 제3조 제1항과 제14조는 직접 적용되는 심사기준이 아니며, 두 조항은 해당 기본권의 핵심요소가 기본법 제1조와 제20조의 기본원칙에 해당하여 헌법개정의 한계에 부딪히는 경우에 한하여 심사기준이 될 수 있다.
4. 이 사건에서 문제된 통일조약 규정 등은 기본법 제79조 제3항에 따라 불가침인 평등원칙의 핵심요소를 침해하지 않는다.

이상의 이유로 연방헌법재판소는 이 사건 심판청구를 기각하였다.

1996. 5. 21. ‘토지취득결정’에 있어서는 공동선언 제4조 제1문의 1945~1949년 점령법 및 점령고권에 근거한 수용에 대하여 통일독일 의회에 유보된 조정보상 급부규정에 따라 제정된 「보상급부법」(Ausgleichsleistungsgesetz)과 관련된 것이다.⁴⁸⁾

이 사건은, 소위 ‘민주적 토지개혁(독일 내 소련점령지역에 있던 농업 지역에서의 수용)’에 대하여 이해당사자가 제기한 가처분 신청사건으로서, 청구인은 그 당시 국가의 신탁행정하에 있던 토지와 임업용 토지의 취득에 관하여 규율하고 있던 보상급부법 제3조가 집행되지 않도록 하는 것을 목적으로 하였다. 「보상급부법」 제3조는 1996. 10. 1. 당시 주민이 소유하고 있던 것으로서 신탁관리청에 의해 사유화절차가 이행되어야 하는 토지라도 이를 오랜 기간 경작하고 있던 자가 있는 경우에는 그 자가 해당 토지를 취득하는 것으로 규정하고 있다.

이에 대하여 연방헌법재판소는, 다음과 같이 결정하였다⁴⁹⁾:

48) 통일독일 입법자는 1994. 9. 27. 미해결재산처리법에 따른 보상 및 점령고권에 근거하여 이루어진 수용에 대한 보상을 규정한 보상급부법 제정하였다.

49) BVerfGE 94, 334-351.

1. 이 사건 가처분신청이 인용되는 경우, 이후 「보상급부법」 제3조와 관련된 헌법소원심판에서 심판청구인이 패소하더라도 현재 법상태의 수혜자뿐만 아니라 일반적 공익에도 심각한 손해가 발생할 수 있다. 이 사건 가처분으로 인해 「보상급부법」 제3조에 따른 혜택을 받을 수 있는 스스로 경작하고 있는 임차인의 해당 토지를 취득할 권리가 잠정적으로 봉쇄될 것이고, 이와 동시에 동독의 각 주에서 가능한 한 신속한 경제적—특히 여기서는 농업과 임업의—재건에 관한 공익이 지속적으로 영향을 받게 될 것이다. 결국 이 사건 가처분은 새로 편입된 주의 농업과 임업에 있어서 입법자가 촉진하고자 하는 투자활동을 억제시키고, 문제가 된 토지의 사유화가 과연 지속될 것인지에 관해 불확실성을 불러일으킬 것이다.
2. 특히 이 사건 가처분신청 대상 토지의 이전 소유자였던 헌법소원심판청구인이 해당 토지를 돌려받을 수 없는 상황일지라도, 이러한 손실을 형량할 때에는 다음과 같은 사실이 고려되어야 한다. 즉 입법자는 토지개혁의 희생자에게 수용된 재산의 가치를 반환하는 형태로 보상을 해 주어야 할 의무가 없다는 사실이다.
3. 결과적으로 이 사건 가처분신청을 인용하는 경우 토지프로그램을 중지함으로써 발생할 손해가 헌법소원심판청구인이 입게 될 손실보다 큰 것으로 볼 수 있다

이상의 이유로 연방헌법재판소는 이 사건 가처분신청을 기각하였다.

이후 2000년 11월 22일 「손실보상법」 및 「보상급부법」과 관련하여 연방헌법재판소의 결정이 있었다.⁵⁰⁾ 이 사건은, 구 동독지역에서 나치의 박해를 원인으로 하거나 소련의 점령권에 의해서 또는 동독의 책임으로 인해서 재산을 잃은 자 또는 그 승계인으로서 자연인 또는 법인이 구 동독지역에서 본인들의 재산을 규율하는 관련법의 각각의 보상액 산정기준이 위헌이라고 주장하여 헌법소원심판이 청구된 사건이다.

이 사건에서, 동독지역에서 재산이 박탈된 사례를 시기별로 동독치하와 소련점령기 그리고 나치시대로 나누어 재산상 손실보상에 관한 법률로 각각 「손실보상법」(Entschädigungsgesetz), 「보상급부법」(Ausgleichsleistungsgesetz), 「나치박해

50) BVerfGE 102, 254-346.

보상법』(NS-Verfolgtenentschädigungsgesetz)하였는데, 이들 각각의 보상액 산정 기준이 헌법에 합치되는지 여부가 쟁점이 되었다.

이에 대하여 연방헌법재판소는, 다음과 같이 결정하였다:

1. 기본법에 구속되지 않는 국가권력에게 책임이 있는 재산상 손실에 대해 이를 회복시킬 독일연방공화국의 의무는 개별 기본권에서 도출될 수 없다. 이 의무는 사회국가원리에서 도출될 수 있다. 개별적으로 회복에 관한 내용을 결정할 때 법치국가원리와 자의금지라는 의미의 평등원칙을 준수해야 한다.
2. 헌법상 심사척도와 관련하여 기본법 제14조의 재산권보장을 다른 국가의 불법에 대한 보상심사의 기준으로써 원용할 수 없다. 「손실보상법」 규정의 합헌성은 기본법 제20조 제1항, 제3항의 사회국가 및 법치국가 원리와 제3조 제1항의 자의금지에 근거하여 심사하여야 한다.
3. 사회국가원리를 근거로 그러한 부담을 자동적으로 국가에 전가시키거나, 국가에 완전보상의 책임을 지울 수는 없고, 법률규정에 따라 부담을 분배할 의무만 인정된다. 그러한 보상에 관해 입법자는 특히 광범위한 형성여지를 갖는다. 사회기반시설의 건설과 실업해소 등 우선적인 임무를 위한 재정수요를 고려할 때 비로소 가능한 부담의 분배 정도가 그 척도가 된다.
4. 「손실보상법」에 대한 심사
 - (1) 「손실보상법」 제1조(보상기금의 채권을 2004년부터 5년간 분할하여 지급하는 보상에 대한 청구권)와 제3조 제1항(손실 발생 이전 재산의 가치를 재산의 종류에 따라 여러 단계로 구분하여 평가하는 규정)은 기본법에 합치한다. 손실에 대한 완전보상을 해야 하는 것은 아니며, 동 규정에 따라 산정된 보상이 사회국가 및 법치국가원리에 위반할 정도로 낮은 것도 아니다. 또한 원상회복지원자와 손실보상청구권자를 동등하게 다룰 필요는 없다.
 - (2) 「손실보상법」 제7조 제1항(손실보상의 대상이 되는 재산의 가액에 따라 그 가치의 30%에서 95%까지 삭감하는 규정)은 자의금지원칙에 위배되지 않는다. 다른 요소 즉 자유나 건강, 재산의 침해를 입은 다른 사람들과의 형평, 통일에 따른 재정분배, 특히 사회 인프라와 실업대책 등 공공복리에 대한 재정적 우선 수요가 인정된다는 점을 고려하면, 문제의 보상은 재정적으로 부담할 수 있는 정도로 축소되어야 한다(4인의 법정

의견). 이에 반해 반대의견(4인)은 자의금지원칙에 위배된다고 한다. 원상회복과 손실보상은 동일한 불법을 해소하는 것이며, 동일한 생활영역에 속하므로, 원상회복만큼은 아니더라도 박탈되어 회복될 수 없게 된 사실상의 가치와 실제적인 관련성은 있어야 한다는 점을 고려할 때, 1990년 10월 통일 당시 거래가의 50% 이상을 감액하는 것은 자의금지원칙에 부합하지 않는다고 보았다.

5. 「보상급부법」에 대한 심사

법인에 대한 손실보상을 배제한 「보상급부법」 제1조 제1항 제1문의 규정은 사회국가원리에 합치한다. 법인에 대한 손실보상까지도 인정한 「손실보상법」과 동등하게 취급할 필요는 없다. 「손실보상법」은 성질상 재산가치의 회복 청구권이 존재하는 때를 다루지만, 1945년에서 1949년 사이의 점령법이나 점령고권에 근거한 수용의 회복은 원칙적으로 불가능하기 때문이다.

6. 「나치박해보상법」에 대한 심사

손실 직전 부동산 가치의 4배를 보상하는 「나치박해보상법」 제2조 제2항도 자의금지원칙에 위배되지 않는다. 동법은 구 동독지역에서 이루어지는 보상을 서독에서와 같이 1956. 4. 1.을 기준으로 한다. 이 보상은 이자를 고려하여 4배로 한 것이고 동등취급이라는 관점에서 타당하다. 동법에 따른 보상이 「손실보상법」에 따른 보상을 상회할 수 있고, 현재가치에 미치지 못하더라도 「손실보상법」 제7조에 대한 실시에서 볼 수 있듯이, 헌법상 완전보상이 필요한 경우도 아니며, 반대의견(4인)이 제시한 1990년 10월 당시 기준 거래가의 최소 50%라는 기준에 비추어 보더라도 문제가 없다.

이상의 이유로 연방헌법재판소는 심판청구 중 4건에 대하여는 기각하고, 1건에 대하여는 기간도과로 부적법 각하결정을 하였다.

2004. 10. 26. ‘제3차 토지개혁결정’에서는 점령법 및 점령고권에 근거한 수용과 관련하여 두 건의 헌법소원심판청구가 제기되었는데, 이 사건에서 청구인은 1945~1949년 사이에 소련 점령지역에서의 토지개혁으로 보상없이 수용된 부동산 소유자의 상속인들로서, 원상회복을 신청하였으나 거부되었고, 그 거부처분에 대하여 행정소송을 제기하였으나 패소하자 헌법소원심판청구를 제기하였다. 이 사건에서 쟁점이 되었던 것은, 소련 점령지역의 토지개혁으로 보상없이 수용된

부동산에 대하여 통일 후 원상회복을 배제하는 것이 재산권 등 기본권을 침해하고 국제법을 위반하는 것인지 여부였다.⁵¹⁾

이에 대하여 연방헌법재판소는 다음과 같이 결정하였다:

1. 소련의 점령체제와 같이 국제법적으로 정당한 법질서를 통해서 소유자와 소유의 대상이 분리된 경우, 수용을 통한 재산권 박탈의 적법성 여부와 관계없이 공식적인 소유자로서의 법적 지위가 종료된다. 기본법의 시간적 또는 공간적 적용범위를 벗어나 수용이 발생한 경우, 이전 소유권자는 기본법 제14조의 재산권보장을 근거로 그 회복을 청구할 수 없다.
2. 기본법에 따라 국가는 영토 내에서 국제법의 기본원칙이 훼손되지 않도록 보장하고, 국제법이 위반된 경우 국제법질서에 합당한 상태를 실현할 의무가 있다. 그러나 그로부터 1945~1949년까지 국가의 책임영역 외에서 보상 없이 수용된 재산권에 대한 원상회복의무가 도출되지는 않는다. 원상회복의 배제는 유럽인권재판소가 실시한 유럽인권협약의 보장 기준, 특히 재산권보장과 관련된 유럽인권협약 추가 의정서 제1조 제1항의 기준에도 위반되지 않는다.

이상의 이유로 연방헌법재판소는 이 사건 심판청구를 기각하였다.

이상의 1945~1949년 점령법 및 점령고권에 근거한 수용과 달리 취급한 1949~1989년 동독지역에서의 수용에 대하여, 1992년 공포된 미해결재산문제의 처리를 위한 법률과 관련하여 브란덴부르크(Brandenburg)주는 이 규정의 합헌성을 다투기 위해 추상적 규범통제를 청구하였다. 이 사건에서는 미해결재산처리법 제4조 제2항이 기본법 제14조의 재산권보장에 합치하는지 및 동 조항이 평등원칙에 위배되는지 여부가 쟁점이 되었다.⁵²⁾ 이에 대하여 연방헌법재판소는, 다음과 같이

51) BVerfGE 112, 1-49.

52) 미해결재산처리법 제3조는 동독에서 법치국가원리에 반하는 방식으로 재산권을 박탈당한 자에게는 반환청구권이 있다는 것을 규정하고, 동법 제4조 제2항은 이 반환청구권을 특정한 경우에 배제시키는 것을 규정하고 있다. **미해결재산처리법 제3조(원칙)** (1) 제1조 소정 조치에 의하여 국유재산으로 이전되거나 제3자에게 양도된 재산가치는 본법에서 반환을 배제하지 아니하는 한 신청에 의하여 권리자에게 반환되어야 한다. 반환 또는 보상에 관한 청구권은 양도, 질권설정 또는 압류의 대상이 될 수 있다; ... 제4조(반환의 배제)

(1) 반환이 조리상 불가능한 경우 재산가치에 대한 소유권 또는 기타 권리의 반환은 배제된다. 조업이 중단되고 합리적인 상인의 판단에 의할 때 조업 재개를 위한 실질적 요건이 결여된 경우에 한도에서 기업의 반환은 배제된다. ...

판단하였다⁵³⁾:

1. 「미해결재산처리법」 제4조 제2항 규정은 수용에 해당하지 않고, 기본법 제14조 제1항 제2문이 보장하고 있는 재산권의 내용과 제한에 관한 규정으로써 기본법의 재산권보장에 합치한다.
2. 1989년 말과 1990년 초 대규모로 이루어진 취득행위로 말미암아 입법자는 이와 같은 ‘상당한 방식의 취득’을 제한하지 않으면 반환의 기본원칙이 중대한 손상을 입을 것이라는 우려를 가졌고, 기준일을 통해 이 ‘상당한 방식의 취득’의 가능성을 제한할 필요가 있다고 판단하였다. 이 날을 기준일로 택한 것은, 이 날이 동독 역사의 분기점이 된다는 점에서 납득할 수 있다. 결과적으로 매수인이 등기한 경우와 계약만 체결하고 등기하지 않은 경우를 차별취급하는 경우가 발생하지만, 이는 그 대항력과 당사자의 기대, 제3자의 신뢰에 비추어 평등원칙에 반하지 않는다.
3. 「미해결재산문제의 처리를 위한 법률」 제4조 제2항에서 규정한 ‘상당한 방식의 취득’이 있는 경우 반환청구권 배제와 그에 대한 제한은 기본법에 합치한다.

이상의 이유로 연방헌법재판소는 1992년 공포된 「미해결재산문제의 처리를 위한 법률」 제4조 제2항은 기본법에 합치한다고 판시하였다.

「미해결재산문제의 처리를 위한 법률」과 관련하여 또 하나의 결정이 있었는데, 2001. 10. 10. 연방헌법재판소의 ‘제2차 미해결처리법결정’이 그것이다. 이 사건에서는, 「손실보상법」 제1조 제3항이 기본법 제14조 제1항(재산권보장) 내지 제3조 제1항(일반적 평등원칙)에 위반되는지 하는 것이 쟁점이었다.⁵⁴⁾

(2) 나아가 자연인, 종교단체 또는 공익재단이 1945년 5월 8일 이후 정당한 방법으로 재산가치에 대한 소유권 또는 물권적 이용권을 취득한 경우에도 반환이 배제된다...

(3) 원칙적으로 다음과 같은 경우의 권리취득은 정당하지 아니한 것으로 본다.

- (a) 당해 권리취득이 당시 동독에서 유효하게 적용되었던 일반적인 법규, 절차원칙 및 합법적인 행정실무에 부합하지 아니하고, 취득자가 이를 알았거나 알 수 있었던 경우, 또는
- (b) 당해 권리취득이 취득자의 부정부패 또는 직권남용을 통하여 취득시점, 취득조건 또는 취득대상의 선택에 영향을 미친 결과에 기인한 경우, 또는
- (c) 당해 권리취득이 취득 당시 취득자 스스로 또는 제3자에 의하여 야기된 강박상태 또는 소유권자의 피기망상태를 이용한 결과에 의하여 영향을 받은 경우

53) BVerfGE 101, 239-274.

54) 미해결재산처리법에 따르면, 동독에서 법치국가원리에 반하는 방식으로 재산권을 박탈당한 자에게는 반환청구권이 있다(제3조 제1항). 그런데 자연인이나 종교단체, 공익재단이 그 재산가치에 상당한 방식

이에 대하여 연방헌법재판소는 다음과 같이 결정하였다:

1. 「손실보상법」 제1조 제3항에 의해서는 재산적 가치가 있는 법적 지위가 침해될 수 없기 때문에, 동 조항이 기본법 제14조 제1항에 위반되는 것은 아니다. 이 기본권 조항으로부터, 독일민주공화국과 같이 기본법에 구속되지 않는 국가권력의 책임으로 발생한 재산의 손실을 독일연방공화국이 보상해야 할 의무가 도출되는 것도 아니다.
2. 그러나 「손실보상법」 제1조 제3항은 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙에 반한다. 동 조항에 관련된 권리자는 다른 구 소유권자에 비해 두 가지 점에서 차별을 받는다. 첫째, 「미해결재산처리법」 제1조 제1항 및 제3항의 요건에 해당하는 경우 재산의 반환이 불가능하다면 「손실보상법」 제1조 제1항 제1문에 따라 보상을 청구할 수 있지만, 「손실보상법」 제1조 제3항이 적용되는 경우에는 청구권이 인정되지 않는다. 둘째, 「미해결재산처리법」 제1조 제2항의 적용범위 내에서도 차별이 발생하는데, 동 항의 요건 하에 국유화된 부동산이라도 반환될 수 없는 경우, 채무초과로 수용된 경우 「손실보상법」 제1조 제1항 제1문에 따라 보상권자가 되는 반면, 채무초과로 소유권의 포기 또는 증여, 상속포기를 거쳐 국유화된 경우에는 보상청구권이 배제된다는 점에서 차별을 받는다.

이상의 이유로써 연방헌법재판소는 「손실보상법」 제1조 제3항은 기본법 제3조 제1항에 합치되지 않아 무효라고 결정하였다.

VI. 한국에 대한 시사점

1. 북한에서의 소련점령권에 의한 수용

북한지역에서의 수용조치는 소련점령하의 토지개혁(1946년 3월)과 중요산업의

으로 소유권이나 용익물권을 취득한 경우(이하 ‘상당한 방식의 취득’)에는 동법 제4조 제2항 제1문에 따라 이 반환청구권이 배제된다. 이처럼 부동산이 반환될 수 없는 경우에는 원칙적으로 미해결재산처리법에 따른 손실보상에 관한 법률(Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen: EntschG) 제1조 제1항에 의하여 “미해결재산처리법에 따른 반환이 불가능하거나 권리자가 보상을 선택한 경우, 보상청구권이 존재한다.” 그러나 동법 제1조 제3항은 “미해결재산처리법 제1조 제2항의 부동산에서는 보상이 인정되지 않는다.”는 예외를 규정하고 있다.

국유화(1946. 8. 10.) 그리고 북한정권수립(1948. 9. 9.) 이후부터 시작하여 1953~1972년까지 행해진 모든 생산수단의 국유화 및 사회화조치로 구분될 수 있다.⁵⁵⁾

이러한 구분은 통일독일에서 동독정부 수립 이후 수용조치와 그 이전 소련점령법 및 점령고권에 근거한 수용조치를 구분한 것과 유사하다. 다만 구동독의 소련점령군은 전시점령군으로서 점령군의 법령 및 점령고권에 근거하여 직접 수용조치를 취한 것에 반해, 북한지역에서의 소련점령군은 보호점령으로서 「소련점령군 사령관 명령서」 제2호의 명령⁵⁶⁾에 따른 북조선 토지개혁에 대한 법령과 동년 3월 8일에 시행된 토지개혁에 관한 세칙에 근거하여 행해졌다는 것에서 구별된다.⁵⁷⁾

그러나 구동독에서 소련점령권에 의한 수용조치를 동독헌법으로 추인한 것처럼 북한정권도 1948년 그들의 헌법으로 이를 추인하였다는 점에서는 차이가 없다.⁵⁸⁾

2. 북한지역에서의 수용의 분리 해결 가능성?

(1) 의의

북한지역에서의 수용조치를 구별하여, 독일에서와 같이 소련점령하의 토지개혁과 중요산업의 국유화조치를 다르게 해결하는 방법이 가능한가?⁵⁹⁾

55) 이와 같은 구분에 관하여는 정영화, 평화통일과 경제헌법, 법원사, 1999. 389면 참조.

56) 소련군사령관 명령서 제2호는 다음의 내용을 지시하고 있다.(이하 내용은 정영화[각주 55], 392면에서 재인용 한 것임):

“북조선 내 토지면적 조사진행에 대하여 북조선 각도에 있는 토지면적 및 가축 수를 통계하며, 동시에 토지사용에 대한 성질을 정할 목적으로 좌와 여히 명령함.

1. 전 농호를 각각 조사하여 각종 토지사용자들의 소유지(농민, 소작농, 지주, 사원 소유지, 기타)와 일체 국유지, 이전 일본인 소유지를 세밀히 조사 등록할 것.

2. 농림국장과 각도 인민정치위원장은 각 조사진행과 각도에 의한 합계 작성을 1946년 2월 15일 전에 완료함을 보장할 것.

3. 각도 군경구사령관은 조사진행을 정기에 완료하도록 각방으로 협조할 것“

57) 북한지역에서의 토지개혁은 소련점령권의 북조선주둔 소련군사령관의 명령서 제2호(1946. 1. 2.)에 의해서 명령되었으며, 이에 따라서 임시정권기구인 ‘북조선임시인민위원회’가 1948. 3. 5. 시행한 북조선 토지개혁에 관한 법령과 동년 3. 8. 시행된 토지개혁에 관한 세칙에 근거하여 1946년 3월 31일에 완료되었다(정영화[각주 55], 390~391면).

58) 정영화[각주 55], 391면.

59) 독일과 유사하게 체제전환국인 헝가리도 제1차보상법률(Gesetz Nr. XXV/1991 zur Regelung der

그 수용이 전시점령으로부터 행해진 것인지 또는 보호점령으로부터 취해진 것인지에 대한 논의는 그 보상방법 등과 관련된 것으로 볼 수 있고, 독일과 같이 분리하여 해결의 실마리를 마련할 수 있는가 하는 문제는 정치·외교적인 측면과 헌법적 차원에서 검토될 수 있을 것이다.

정치·외교적 측면에서는 그 수용에 대하여 소련 및 북한정권(통일의 상대방)과의 합의에 의하여 그 유효성 등의 확정에서 독일에서의 경우는 시사하는 바 있다고 본다.

다만, 헌법적 차원에서 그러한 수용의 유효성 논의를 받아들일 수 있는가 하는 것에는 통일과 관련하여 당시의 서독기본법과 다른 구조의 내용을 가지고 있는 우리 헌법차원에서는 중요한 검토가 요구된다.

(2) 헌법적 검토: 통일관련 헌법규정 및 북한지역에서의 수용조치 해결 기초

남북한 통일에 대하여, 헌법은 제4조에서 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”라고 하여, 통일의 목표와 방향 및 질서를 규정하고 있다. 나아가 헌법은 제3조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”라고 하여 헌법의 적용범위에 대하여 명확하게 하고 있다. 특히 헌법 제3조는 제헌헌법 이래 줄곧 헌법에 규정되어 헌법의 효력범위를 명확하게 규정하고 있다.⁶⁰⁾

헌법 제4조에 따를 때, 남북한의 통일국가는 평화적 방법으로 그리고 자유민주

Eigentumsverhältnisse und über die teilweise Entschädigung für Schäden, die dem Eigentum von Staatsbürgern durch den Staat ungerechterweise zugefügt worden sind)의 범위를 1949년 6월부터 1987년까지 행해진 자연인의 소유재산에 대한 불법적 수용만을 대상으로 하여 보상으로 해결하는 방법을 시도 하였다. 그러나 당시 헌법재판소가 “제1차보상법률이 단지 1949년 6월 이후의 법령에 의하여 발생한 손해만을 보상의 범위로 하고 있는 한 위헌”이라고 판시하였고, 이에 따라 1939년 5월 1일부터 1949년 6월8일까지 공포된 법령에 의하여 야기된 손해에 관한 부분적인 보상을 규정한 제2차 보상법률Gesetz Nr. XXIV/1992 zur Regelung der Eigentumsverhältnisse und über die teilweise Entschädigung für Schäden, die der Staat dem Eigentum von Staatsbürgern unter Anwendung von in der Zeit zwischen dem 1. Mai 1939 und dem 8. Juni 1949 erlassene Rechtsvorschriften ungerechterweise zugefügt hat)이 제정되었다. 형가리는 비록 분리하여 처리하되, 양자에 대한 원상회복방법을 동일시 했다는 점에서 독일의 경우와 구별된다.

60) 헌법상의 영토조항의 취지는 대한민국 헌법이 서독 기본법과 같이 통일시까지지만 효력을 가지는 잠정헌법이 아니라 한반도 전체에 적용되는 완성된 헌법으로서 성립하였음을 의미한다(심경수, 영토조항의 통일지향적 의미와 가치, 헌법학연구 제7권 제2호[2001], 142면).

적 기본질서를 근간으로 하는 국가로 성립하여야 한다. 통일국가의 근간이 되는 자유민주적 기본질서에 대하여, 헌법재판소는 “자유민주적 기본질서… 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지…로서 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 …으로 풀이할 수 있을 것이다”라고 판시하고 있다.⁶¹⁾ 이에 따르면, 통일국가의 헌법은 자유민주적 기본질서를 구현하기 위한 법적 기초로서 국민주권의 원리, 그리고 국민의 자유와 권리보장, 대의제 및 민주적 선거제도보장, 복수정당제도 보장, 권력분립 및 법치주의 확립, 사유재산보장과 시장경제질서 확립, 사법권의 독립 등을 헌법의 기본내용으로 수용하여야 한다.⁶²⁾

이에 따라서 통일국가는 자유민주적 기본질서에 입각하여 이전 북한지역에서의 반법치주의적 불법행위를 청산할 의무를 진다. 그러나 이러한 청산의무는 대한민헌법의 제정 전후로 구분되어 그 해결의 실마리를 찾을 수 있다. 이러한 구분에 의한 해결은 독일의 경우에서처럼, 기본법 이전의 소련점령법 및 점령고권에 의하여 행해진 수용조치에 대하여, 기본법의 적용을 배제하고 있는 것에서 시사하는 바 크다.

즉 북한지역에서의 공산주의 불법청산의 중요한 부분을 차지하는 토지재산 등에 대한 보상없는 수용조치의 문제는 제헌헌법의 효력시점에 따라 제헌헌법 이전의 소련점령군 등에 의하여 행해진 수용과 그 이후의 북한정권 등에 의한 수용조치로 구분하여 해결할 수 있을 것이다.

대한민헌법의 효력이 발효된 시점인 1948년 7월 17일 이후의 북한정권에 의한 보상없는 수용조치의 해결은 헌법 제3조의 헌법의 적용범위에 관한 규범력에 따라 대한민헌법상의 재산권 규정이 중요한 의미를 가진다.⁶³⁾ 여기서 북한정권 등에 의한 몰수조치는 독일에서와 같이 동독 국가에 의한 것이 아니라 헌법 제3조에 따른 ‘불법단체’에 의한 것으로서 수용조치의 성질을 달리 한다. 따라서

61) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113.

62) 통일헌법의 기본내용과 관련한 기본이념에 관하여는 국순옥, 통일국가의 헌법과 기본적 인권의 체계, 공법연구 제21집(1993), 57면 이하; 최용기, 통일헌법, 창원대학교 출판부, 1996, 80면 이하.

63) 이와 달리 서독 기본법 제23조 제1항은 서독의 국가권력은 연방공화국의 당시 지역에 만 그 효력이 한정하고 있다.

독일의 경우처럼 ‘국가공권력에 의한 보상없는 수용’이 성립될 수 없으며, 단지 ‘불법단체인 사인에 의한 재산권의 침해문제’로 다루어져야 한다. 결국 이러한 해결의 근간은 북한공산주의의 몰수조치의 해결방법에 중요한 의미를 가진다. 이러한 경우, 이에 관한 해결은 일차적으로 통일국가의 입법자의 해결의무로 귀착된다. 이때의 입법자는 기본권 보호의무에 따른 보호수준을 충족하는 보호입법을 마련하여야 한다. 기본권 보호의무에 따른 입법자의 보호수준에 대하여, 헌법재판소는 “권력분립의 관점에서 소위 ‘과소보호금지원칙’을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.”고 하여,⁶⁴⁾ 과소보호금지의 원칙에 따른 심사를 기준으로 하고 있다. 이에 더하여 헌법재판소는, “헌법재판소는 원칙적으로 국가의 보호의무에서 특정조치를 취해야 할, 또는 특정법률을 제정해야 할 구체적인 국가의 의무를 이끌어 낼 수 없다. 단지 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단일 경우에만 입법자의 광범위한 형성권은 국가의 구체적인 보호의무로 축소되며, 이 경우 국가가 보호의무이행의 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에는 헌법재판소는 보호의무의 위반을 확인하게 된다.”고 하여,⁶⁵⁾ 기본권 보호의무로부터 특정한 조치를 취해야만 침해된 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단의 경우에는 그 유일한 수단인 특정조치의 존부에 따라 보호의무위반을 심사하는 기준을 제시하고 있다.

이에 따라서 보면, 대한민국헌법의 효력에 따른 북한지역에서의 불법단체인 사인에 의한 재산권의 침해에 대한 보호의무로부터 통일의회의 입법자는 불법단체인 사인에 의하여 침해되고 있는 재산권에 대한 침해배제의 조치를 취하여야 하고 그에 대한 조치는 기본권 보호의무로부터 요구되는 유일한 입법자의 보호수단이라고 할 수 있다.

64) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등.

65) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등.

이러한 법적 기초에 따라 입법자는 기존 재산권에 대한 온전한 가치에 대한 보호에 구속되어 소유권자에 대하여 원소유물을 반환하거나 또는 예외적으로 보상을 통한 보호조치를 취할 수 있을 것이다.

다른 한편, 이상의 해결과 달리 대한민국 헌법 제정 이전에서의 소련점령군 등에 의한 무상몰수조치에 대한 해결은 연방헌법재판소의 ‘제1차 토지개혁 결정’에서 기본법 이전의 소련점령권 및 점령고권에 의한 수용조치에 대한 해결법리가 시사하는 바 크다고 본다. 즉 서독기본법 제23조 제1항에 따라 기본법의 적용이 배제되는 동독지역에서의 소련점령에 의한 수용은 기본법의 효력에 따라 다룰 수 없다는 논리는, 마찬가지로 대한민국 헌법이 제정되기 이전의 북한지역에서의 소련점령군에 의한 무상몰수조치는 대한민국헌법에 따라 다룰 수 없다는 것으로 전개될 수 있다. 그러나 제헌헌법 부칙 제100조가 “현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 않는 한 효력을 가진다.” 라고 규정하고 있음에 따라 그 해결의 실마리는 다르게 전개된다. 즉 제헌헌법 부칙 제100조가 이 헌법에 저촉되는 현행법령은 효력이 없다는 의미로 해석될 때,⁶⁶⁾ 소련점령군에 의한 무상몰수조치의 법령적 근거는 이 헌법에 저촉되는 것이므로 그 효력이 없고, 따라서 그 당시의 무상몰수조치는 효력이 없는 법령에 근거한 타국가기관의 행위로서의 성질을 갖는다. 그에 대한 북한헌법의 추인은 어떠한 의미도 없다. 이러한 논리는 독일 연방헌법재판소가 기본법이 미치지 않는 1949년 이전의 소련점령법 및 점령고권에 의한 무상몰수에 대하여 그 판단의 기준을 당시의 수용의 근거가 된 법령이 점령군에 의해서든 소련점령지 및 그 후의 동독지역의 독일 국가권력에 의해서든 충분히 적법한 것으로 간주된다고 하여 수용의 존속력을 인정하는 것과는 다르다.⁶⁷⁾

마찬가지로 그 해결방법 또한 달리 한다. 즉 독일의 경우처럼 기본법 제정 이전의 소련점령법 및 점령고권에 의하여 행해진 무상몰수조치는 수용의 존속력이 인정되며, 또한 적법한 것으로 인정하는 한, 수용에 대한 재산가치에 따른 보상은 인정되지 않을 수 있다.⁶⁸⁾

그러나 통일한국의 경우, 무상몰수조치가 헌법에 반하는 무효인 법령에 근거한

66) 대법원은 여러 사건에서 이와 같이 해석하고 있다(대표적으로 대법원 1955. 3. 4. 선고 4285형상114 판결; 대법원 1995. 3. 4. 선고 4287형상101 판결; 대법원 1955. 5. 6. 선고 4287형상84 판결 등이 있다).

67) BVerfGE 84, 90 (121 f.).

68) 독일의 경우 수용의 존속력을 인정하면서, 공동선언에서 향후 통일독일의회에 의한 조정보상 급부를 유보하고 있다.

것이므로 독일에서처럼 입법자에 유보된 조정급부의 방식이 아니라 그에 대한 반환이 정의 관념에서 가장 적합하며 더불어 다른 한편 반환에 상응하는 보상을 통한 해결도 가능할 수 있을 것이다.

결론적으로 통일한국의 경우, 북한지역에서의 수용조치는 어떠한 경우이든 사인에 의한 불법적인 행위에 의한 것으로 분리하여 처리하는 것은 타당하지 않다.

3. 통일한국의 보상의무

북한지역에서의 수용조치에 대하여 통일한국의 헌법상 보상의무가 존재하는가? ‘제1차 토지개혁결정’에서 연방헌법재판소는 이에 대한 판단은 본 사안과 관련하여 판단을 요하지 아니한다고 하여, 이에 대한 판단을 하지 않았다.⁶⁹⁾ 이러한 연방헌법재판소의 논리는 점령법 및 점령고권에 근거한 수용은 기본법의 적용 밖에 있다는 전제에서 전개된 것이라고 볼 수 있다. 즉 점령법 및 점령고권에 근거한 수용은 기본법의 적용을 받지 않기 때문에 기본법에 구속되는 입법자가 그 수용으로부터 해결해야 할 기본법상의 의무는 주어지지 않는다는 것이다.

그러나 통일한국에서는 이와 달리 그에 대한 해결의무가 입법자에게 주어진다 고 보아야 한다. 그것은 북한지역에서의 수용조치가 대한민국 헌법제정 이후인 경우, 헌법의 규범력에 의하여 그리고 그 이전의 경우에는 제헌헌법 제100조의 규범력에 따라서, 헌법에 구속되는 입법자가 해결하여야 할 헌법적 의무가 있는 과제가 된다.

4. 해결방법: 반환원칙 또는 보상원칙

(1) 의의

북한지역에서의 사인에 의한 불법적 수용에 대하여 통일의회의 입법자는 어떠한 보호수단을 통하여 침해된 재산의 회복을 강구할 것인가 하는 것이 중요한 과제로 대두된다. 이에 대하여는, 동구유럽에서 시도된 방법들이 시사하는 바 크다. 통일독일, 체제전환국인 헝가리공화국 및 체코공화국이 각각 채택하였던 방법이

69) BVerfGE 84, 90 (126).

그것이다. 통일독일의 경우에는 비록 1945~1949년의 소련 점령에 의한 수용을 분리하여 조정보상급부의 방법을 채택하였으나, 이를 제외한 동독지역에서의 수용에 대하여는 원물의 반환을 원칙으로 하고, 반환원칙으로부터 야기된 여러 문제를 해결하기 위하여 투자우선을 가미하는 복합모형을 채택하였다. 통일독일의 영향을 받은 체코공화국도 원물에 의한 반환을 원칙으로 채택하였고, 이와 달리 헝가리공화국은 보상증서를 통한 보상을 원칙으로 하였다.⁷⁰⁾

이와 같은 해결모형들은 공산주의체제하에 형성된 국유재산을 어떠한 방법으로 탈국가화할 것인가 하는 것과 관련하여 중요한 의미를 가진다. 즉 과거 원소유자문제를 우선적으로 규명하고 그 다음 단계로 국유재산의 사유화를 채택하는 경우에는 원소유자의 규명문제를 탈국가화의 출발로 한다. 반환원칙을 취하였던 독일이나 체코공화국의 경우가 이에 해당한다. 이와 달리 국유재산의 사유화를 우선적 과제로 하는 경우에는 국유재산의 선사유화가 출발이 되고 그와 동시 또는 그 후에 원소유자의 규명의 문제가 뒤따를 수 있다.

통일한국에서도 이러한 고려가 필수적이다. 즉 북한지역의 불법단체에 의하여 소유권이 박탈되어 불법단체 및 그 하부단체의 소유로 이전된 이들 재산(북한을 국가로 인정하지 않는 헌법 제3조에 따라 국가소유의 재산이라는 용어는 적절치 않고 ‘불법단체의 소유재산’이라고 하는 것이 타당할 수 있다)의 해결을 위하여 ‘원물에 의한 반환’을 원칙으로 할 것인지 아니면 ‘보상 원칙’을 채택할 것인지 하는 것에 대한 선택을 북한지역의 경제재건 및 불명확한 소유권 증빙문서 등을 고려할 때 가장 중요한 과제 중의 하나라고 할 수 있을 것이다.

이러한 의미에서 이하에서는 반환원칙과 보상원칙의 장단점을 비교하여 본다.

(2) 원물의 반환 원칙과 가치에 대한 보상 원칙

1) 반환의 원칙의 장단점

반환의 원칙은 공산주의체제하에서 수용된 재산에 대하여 원물로 반환하는 방

70) 헝가리는 제1차보상법률(Gesetz Nr. XXV/1991 zur Regelung der Eigentumsverhältnisse und über die teilweise Entschädigung für Schäden, die dem Eigentum von Staatsbürgern durch den Staat ungerechterweise zugefügt worden sind) 및 제2차 보상법률(Gesetz Nr. XXIV/1992 zur Regelung der Eigentumsverhältnisse und über die teilweise Entschädigung für Schäden, die der Staat dem Eigentum von Staatsbürgern unter Anwendung von in der Zeit zwischen dem 1. Mai 1939 und dem 8. Juni 1949 erlassene Rechtsvorschriften ungerechterweise zugefügt hat)에서 이를 규정하고 있다.

법을 말한다. 이 원칙은 ‘각자의 것은 각자에게’라는 정의 관념에 가장 충실한 것으로 평가된다. 즉 이 방법은 이전의 소유권자의 재산을 원물로 반환함으로써 ‘원물’에 투여된 소유권자의 모든 이익을 보장하는 결과, 가장 충실하게 재산을 보장하는 순기능적인 측면이 있다.⁷¹⁾

그러나 다른 한편, 반환원칙은 투자 촉진을 통한 경제재건이라는 경제적 측면이나 소유권의 복잡성 및 현재 소유권자의 심리적 불안 야기 등으로부터 오는 문제점이 내포되어 있다.⁷²⁾ 특히 원소유자 규명에 따른 시간적 소모는 투자지연으로 이어지고 그 결과 경제재건에 가장 큰 걸림돌이 될 수 있다는 것이 가장 큰 단점의 하나로 지적될 수 있다.⁷³⁾

2) 보상 원칙의 장단점

보상원칙은 공산주의 수용재산에 대하여 그 가치를 금전 등으로 보상하는 방법을 말한다. 보상원칙은 법적 관념에서 원물에 의한 반환원칙에 비해 정의에 충실하다고 볼 수 없으며, 이전의 원소유자의 재산권보장에 미흡하다는 점 등이 비판되어질 수 있다.⁷⁴⁾

그러나 다른 한편 보상원칙은 복잡한 소유권관계의 규명에 따른 시간적 소모로 인한 투자장애요소를 제거할 수 있다는 장점이 있다. 즉 이 방법은 투자를 위한 미래의 재산권자가 누가 될 것인가 하는 문제와 과거의 재산권자가 누구였는가의 문제를 분리하여 처리함으로써 투자에 필요한 관계 재산을 공여할 수 있어 투자촉진에 적합한 모델이라 평가될 수 있다.

3) 결론

북한지역에서의 불법단체에 의한 수용의 문제를 어떠한 방법으로 해결할 것인가의 방법론적 선택을 위해서는 여러 가지 요인들이 고려되어야 한다. 그것은 우선적으로 헌법적 차원에서 검토되어야 하고 이와 더불어 통일 이후의 통일한국의 사회·경제적인 여러 문제 또한 중요하게 고려되어야 한다.

통일한국에서 북한지역의 낙후된 경제재건과 국유화과정에서 복잡하게 형성된

71) 표명환, 통일한국에서의 재산권보장의 헌법적 과제, 토지공법연구 제39집(2008), 627면.

72) Brunner(각주 5), S. 79.

73) 표명환(각주 71), 627면.

74) 표명환(각주 71), 628면.

소유권관계, 소유권을 증빙할 자료의 부족과 그로부터 소유권관계를 규명하기 위하여 소모되는 시간, 나아가 통일비용 등을 고려할 때, 보상원칙이 타당하다고 할 것이다. 나아가 보상의 원칙에 의하는 경우에도 그것은 금전적 보상이 아니라 보상증서 등을 통한 보상의 방법을 강구하는 것이 통일에 소모되는 비용 등을 고려할 때 더욱 타당할 것으로 본다.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 김철수, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004.
법무부, 통일독일·동구제국 몰수재산처리 개관, 1994.
정영화, 평화통일과 헌법, 법원사, 1999.
최용기, 통일헌법, 창원대학교 출판부, 1996.
헌법재판소, 독일통일관련 독일연방헌법재판소판례번역집, 1997.
헌법재판소 헌법재판연구원, 통일과 헌법재판 4, 2017.
Friauf, Karl Heinrich, Rechtsfolgen der Enteignung von Grundbesitz und Wohngebäuden in der ehemaligen DDR zwischen 1949 und 1990, Stuttgart 1993.
Horn, Nobert, Markt und Recht, Der Übergang der DDR in die Marktwirtschaft, Köln, 1991.

○ 논 문

- 국순옥, 통일국가의 헌법과 기본적 인권의 체계, 공법연구 제21집(1993).
심경수, 영토조항의 통일지향적 의미와 가치, 헌법학연구 제7권 제2호(2001).
이승우, 동서독통일과 불법청산문제, 허영 편, 독일통일의 법적 조명, 박영사 1994.
표명환, 통일한국에서의 재산권보장의 헌법적 과제, 토지공법연구 제39집(2008).
Badura, Peter, Der Verfassungsauftrag der Eigentumsgarantie im wiedervereinigten Deutschland, DVBl., 1990.
Brunner, Georg, Privatisierung in Osteuropa, in: H. Schack(Hrsg.), Gedächtnisschrift für A. Lüderitz, München 2000.
Roggermann, Herwig, Wandel der Eigentumsordnung in Osteuropa, ROW, 1993.

통일 이후 구 동독 공직종사자들의 계속고용 등 지위 문제

– 독일 연방헌법재판소의 ‘대기자 결정’¹⁾ –

(BVerfGE 84, 133-160. 1991. 4. 24.)

이 종 수*

I. 관련 규정 소개와 배경

1. 관련 규정 소개

○ 기본법(Grundgesetz)

제6조 제4항

모든 어머니는 공동체의 보호와 부조를 청구할 수 있다.

제12조 제1항

모든 독일인은 직업, 직장 및 직업교육장을 자유로이 선택할 권리를 갖는다. 직업의 행사는 법률에 의해서나 법률에 근거해서 규율될 수 있다.

○ 통일조약(Einigungsvertrag)

제13조 (기구의 이전)

제1항: 제3조에 언급된 지역(구 동독지역)에 있는 행정기구 및 기타 공행정 기관이나 사법기관은 그것이 소재하는 주정부에 소속된다. 여러 주들에

* 연세대학교 법학전문대학원 교수

1) 연방헌법재판소가 내린 일부 주요결정들을 두고서 언론과 학계 등에서 쉽게 인용되게끔 짧은 별칭을 붙이곤 하는 독일에서 이 결정의 별칭은 ‘Warteschleifen-Urteil’이다. 직역하자면 ‘대기리본결정’이다. 혼잡한 민원창구 앞에서 기다리는 많은 사람들이 늘어선 긴 대기줄이 마치 이리저리 꼬인 리본모양으로 형성된 모습을 본따서 붙인 표현이다. 따라서 ‘대기줄 결정’으로 번역 표현하는 게 보다 타당하다고 여겨지지만, 이미 국내에서 ‘대기자 결정’으로 많이 소개되었기에 이 표현을 그대로 따르기로 한다.

걸쳐서 영향력이 있는 기관은 해당 주들의 공동 주체에게로 이양된다. 해당 기관이 자신의 업무를 독립적으로 수행할 수 있는 여러 하부기관들로 구성되어 있는 경우에 이 하부기관들은 자신이 소재하는 주의 정부에 소속된다. 주정부가 이전 또는 청산을 관리한다. 1990년 7월 22일에 제정된 개별주의 시행을 위한 법률(Ländereinführungsgesetz) 제22조는 이에 영향을 받지 아니 한다.

제2항: 제1항 제1문에서 열거된 기관이나 하부기관이 편입의 효력발생 전까지(통일 전까지) 기본법상의 관할규정에 따라 연방이 수행하는 일을 떠맡은 경우에 이들 기관은 관할 최상급 연방행정청으로 소속된다. 이 최상급 연방행정청이 이전 또는 청산을 관리한다.

제3항: 제1항과 제2항에 따른 기관들에는 1. 문화, 교육, 학문 및 스포츠 기관, 2. 법적 주체가 공행정기관인 라디오 및 TV 방송 기관이 속한다.

제20조 (공적 근무에서 법적 관계)

제1항: 편입 시점까지의 공무원자들의 법적 관계에 대해서는 부속서 I에서 합의된 경과규정이 적용된다.

제2항: 공적 과업의 수행(기본법 제33조 제4항의 의미에서 고권적 권한에 속하는)은 가능한 한 빨리 정규의 공무원들(Beamte)에게 이양되어야 한다. 부속서 I에서 합의된 규정들에 따라서 공무원법이 적용된다. 기본법 제92조는 여기서 적용되지 않는다.

제3항: 군인법(Soldatenrecht)은 부속서 I에서 합의된 규정들에 따라서 적용된다.

○ 통일조약 부속서 I 제19장 사항영역 A 제3절 제1호

- 공공부문 노동자들의 법적 관계

(1) 편입의 효력발생 시에 지금까지는 기본법이 적용되지 않은 베를린 지역을 포함한 동독의 공행정에 종사한 노동자들에 대해서는 이 조약상의 기준, 특히 제2항부터 제7항까지의 기준과 함께 편입의 효력발생 전일까지 적용된 근로조건이 계속 적용된다. 이 조약상의 기준에 반하거나 벗어나는 규정들은 적용되지 않는다. 기타 연방주(서독)에 적용되어온 공적 근무상의 근로조건은 노사가 이에 합의하는 경우에 비로소 적용된다.

- (2) 조약의 제13조 제2항에 따라서 기관의 전부 또는 일부가 연방으로 이전 되는 경우에 그곳에서 종사하는 제1항에 의거한 노동자는 연방과의 근로관계에 있으며, 이는 연방직속 단체, 공법상의 시설 및 재단으로 이전 되는 경우에도 준용된다. 그 외 노동자들의 근로관계는 편입의 효력발생일로부터 정지된다. 제2문에 따라 근로관계가 정지되는 동안에 노동자는 직전 6개월 평균 월급의 70%에 해당하는 대기수당수급권을 가지며, 이 때 일회성 지급과 특별수당은 여기에 산입되지 않는다. 고용주는 노동청과 협력하여 이들이 계속 고용될 수 있게끔 필요한 계속교육 또는 직업전환사업을 장려한다. 필요하다면 다른 행정 분야에서라도 가능한데, 해당 노동자가 6개월 이내에 고용되지 않는 경우에 이 기한이 만료됨으로써 근로관계는 종료되며, 편입의 효력발생일에 노동자가 만 50세 이상인 경우에 이 기한은 9개월이다. 정지기간 동안 다른 방법으로 취득한 근로소득이나 임금대체급부는 이 소득과 대기수당을 합하여 대기수당 산정기준을 초과하는 경우에만 대기수당에 산입된다. 제1문 및 제5문과는 무관하게 퇴직연령에 도달하면 근로관계가 종료된다.
- (3) 제2항은 지금까지 기본법이 적용되지 않은 주들과 동베를린 지역의 업무를 수행하는 기관 또는 기본법 제91b조에 따른 (주와 연방의) 공동과업을 수행하는 노동자들에게 준용된다.
- (4) 아래 각 호에 해당하는 경우에도 공행정 근로관계의 정식 해고가 허용된다.
1. 노동자가 전문적 자격 또는 개인 적성의 부족으로 요건에 부응하지 못하거나,
 2. 인력 수요의 부족으로 노동자가 더 이상 고용될 수 없거나,
 3. 기존의 근무처가 대체 없이 해체되거나 합병, 편입 또는 대규모 변경으로 과거와 같이 고용되거나 다르게 고용되는 것이 더 이상 불가능한 경우.
- 대기수당이 지급되지 않고 제2호와 제3호에 해당하는 경우에는 경과수당이 지급될 수 있으며, 이는 제2항의 월별 대기수당의 액수와 지급기간에 준한다. 해고통보기간은 1990년 6월 22일자 「노동법전 개정 및 보완에 관한 법률」(GBL. I Nr. 35 S. 371)을 통해 최종 개정된 1977년 6월

16일자 동독 노동법전 제55조 (GBL. I Nr. 18 S. 185)에 따른다. 통일 조약 부속서 II 제19장 사항영역 B 제3절 제2호 b의 기준은 내무부 및 관세행정청에서의 해고 시 해당규정에 적용된다. 이 조항은 편입의 효력발생 2년 후에는 효력을 상실한다.

(5) 특별해고에 해당하는 중대한 사유는 특히 아래에 해당하는 경우에 있다고 보는데,

1. 노동자가 인도주의 또는 법치국가의 원칙을 위반한 경우, 특히 1966년 12월 19일자 시민권 및 정치권에 관한 국제협약에서 보장한 인권이나 1948년 12월 10일자 일반인권선언에 포함된 원칙을 위반한 경우 또는

2. 과거 국가공안부(MfS/AfNS; 아래에서는 ‘슈타지(Stasi)’로 약칭함)에서 근무했고

따라서 근로관계를 유지하는 것이 기대불가능해 보이는 경우에

(6) 제2항과 제3항에 해당하는 경우에도 제4항과 제5항에 따라서 해고할 수 있다.

(7) 판사와 검사에 대해서는 제3장 사항영역 A 제3절 제2호에 따른 특별규정이 적용된다.

이 규정의 제2항 제2문은 아래의 내용을 담은 각주 2)를 통해 보완 설명되고 있다. “즉 편입의 효력발생일까지 제13조 제2항에 따른 결정이 불가능한 경우에는 제2문에 따른 기준시점을 3개월까지 연장하도록 규정할 수 있다. 이 시점까지는 제1문이 적용된다.”

2. 관련 규정들의 제정 배경

(1) 통일 이후 구 동독지역의 행정구역 및 공조직 개편의 필요성

지난 1990년 동·서독간의 역사적인 재통일³⁾에 즈음해서 법제통합, 보다 세부적으로는 행정구역 및 공조직의 개편 그리고 인적 구조조정과 과제가 함께 주어졌

2) ‘슈타지’에 대해 자세한 내용은 아래 각주 11번 참조.

3) 1990년의 동·서독간 통일은 지난 1871년 프로이센의 빌헬름 1세가 독일제국의 황제로 추대됨으로써 완성된 첫 번째 독일통일에 이어서 두 번째의 통일이라는 의미를 갖는다.

다. 이와 관련해서 분단 이후 1949년에 제정된 서독 기본법은 각 연방주(Land)들로 구성되는 연방국가원리(Bundestaatsprinzip) 그리고 분권지향적인 지방자치제도(Kommunalverwaltung)를 채택하였다. 따라서 공행정은 크게 연방행정(Verwaltung des Bundes), 주행정(Landesverwaltung), 지방자치행정(Kommunalverwaltung)의 세 가지 층위로 구분되었다.

반면에 동독은 분단 직후에 5개 주로 유지되다가 소비에트점령시기였던 1952년 7월 25일에 실시된 행정구역 개편에 따라서 기존의 주(Land)가 해체되고서 15개의 Bezirk, 27개의 Stadtkreis, 189개의 Landkreis 7,565개의 Gemeinde로 재편되면서, 권위주의적·중앙집권적인 행정체제로 재구축되었다. 1990년 동·서독간의 통일이 당시 서독 기본법 제23조의 편입조항에 따른 이른바 ‘흡수통일’이었고, 이후 새로운 헌법의 제정이 없었기 때문에 기본법상의 연방국가원리와 지방자치제도에 충실하자면 구 동독지역의 행정구역 개편과 이에 따르는 공조직의 개편이 또한 불가피했다. 이러한 가운데 「통일조약」이 체결되기 하루 전에 동독은 동독의 「Gemeinde와 Landkreis의 지방자치에 관한 법률」을 그리고 1990. 10. 14.자로 발효일이 명기된 「동독의 주(Land) 구성을 위한 조직법」을 제정하기도 했다.

통일 직전인 1989년 동독에서는 전체 16백만 명 이상의 주민들 가운데 약 9백만 명이 경제소득활동에, 특히 이들 가운데 2백만 명이 공공부문에 종사했는데 체제유지를 위한 경찰·보안 분야에서만 무려 3십만 명이 일했다고 알려져 있다.⁴⁾⁵⁾ 당시 서독의 공공부문 종사자들이 전체 경제활동인구의 7%였던 반면에 동독에서는 약 14%로 두 배에 달했다. 예컨대 1991년을 기준으로 구 동독의 지방자치단체에 근무하는 공직종사자의 수는 주민 1천명당 42명으로 구 서독의 21명에 비해서 두 배가 많았다.⁶⁾ 이로써 「통일조약」 체결 시점에 이미 동독의 행정분야에서의 과도한 인력에 부수되는 재정 부담과 행정 비효율성이 인식되었으며, 이로써 공조직 및 해당 인력의 구조조정 필요성이 강하게 지적되었다.

4) Keller/Henneberger, Beschäftigung und Arbeitsbeziehungen im öffentlichen Dienst der neuen Bundesländer, 1992, S. 332.
 5) 그리고 이들 공식적인 종사자 이외에 슈타지 등 구 동독의 정보기관에 협력해서 활동했던 이가 2백만 명에 달한다고 한다.
 6) 박해육, 통일이후 구 동독의 행정이행과 인력통합을 위한 인사정책: 남북한 통일에 대비한 인력통합의 모색, 한국행정연구 제11권 제4호(2002, 겨울호), 190쪽 참조.

(2) 기본법상의 민주·법치국가적 공직제도에 부합하는 공직종사자의 총원

통일 직전 동독의 국가운영시스템은 사회주의국가의 전형적인 한 형태로서 자유민주적이고 법치국가적인 서독의 시스템과는 전적으로 달랐다. 당시 동독의 상황은 프롤레타리아독재를 천명한 가운데 나타나는 민주주의의 계급적 성격, 국가조직원리로서의 민주적 중앙집중제, 권력의 분립이 아닌 권력의 통합현상 및 당(黨)의 최고우위성 그리고 도구적인 법이해 등으로 요약될 수 있었다.⁷⁾ 이러한 가운데 행정조직과 이를 담당하는 구 동독의 공직종사자들에게는 공직수행과 관련하여 중립성과 불편부당성에 입각한 서독 공무원제도의 전형적인 특질이 결여되어 있었고, 직업공무원제도(Berufsbeamtentum)가 부르주아적인 법치국가의 낡은 유물쯤으로나 여겨졌다. 따라서 구 동독에서 공직종사자들은 처음부터 단지 기계와도 같은 도구일 뿐이고, 그들의 일은 근무관계(Dienstverhältnis)가 아닌 노동관계(Arbeitsverhältnis)에 의해 규정되며, 따라서 공무원법이 아니라 노동법에 그 법적 토대를 두고 있었다.⁸⁾ 이러한 가운데 구 동독의 행정체계는 소위 군대식의 획일적인 ‘兵營行政’(Kaderverwaltung)으로 표현되었다. 그러므로 중앙집중적인 국가운영시스템 하에서 일관성과 합리성이 결여된 채로 형성되어온 구 동독의 공직조직은 통일국면에서 그간 기본법 하의 서독에서 형성·유지되어온 틀에 따라서 대대적인 재편을 겪을 수밖에 없었다. 이는 단순히 행정의 민주화라는 개념으로 설명할 수 없는 완전히 새로운 법률문화 내지 행정체계의 확립을 뜻하는 것이었다.⁹⁾ 특히 연방국가원리와 지방자치제도는 공직조직의 통합을 위한 중요한 형식적인 틀이었고,¹⁰⁾ 내용적으로는 법치국가원리가 작용했다고 평가된다.

이러한 가운데 과거 동독에서 체제유지를 위한 감시·보안기구에서 공식적으로나 비공식적으로 활동했던 이들을 통일 이후 공직에 그대로 임용하는 것이 기본법이 요청하는 민주법치국가적인 공무원상(像)에도 그리고 이들로부터 피해를 겪은 많은 이들을 함께 살아가야 하는 동독지역 내부의 과거청산의 관점에서도

7) 이에 대해 보다 상세하게는 H. H. Trute, *Organisation und Personal der DDR*, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts Band IX*, Heidelberg, 1997, §215 Rn. 5 ff. 참조.

8) H. H. Trute(각주 7), §215 Rn. 52 참조.

9) 허영(편지), *독일통일의 법적 조명*, 박영사, 1994, 95쪽 참조.

10) 특히 지방자치제도에 입각한 지방행정체계를 조속히 구축하는 것이 구 동독지역의 측면에서는 통일국면에서 향후의 공직조직통합과 인사개혁에 관한 주도권을 일부라도 확보하기 위해서는 시급한 과제이기도 했다. 이러한 이유로 구 동독지역에서는 지방자치와 민주행정의 토대를 마련하기 위해서 통일조약의 체결 이후 1990년 5월 17일에 지방자치조직법(Kommunalverfassungsgesetz)을 제정하였다.

합당하지가 않다는 인식이 독일사회에서 보편적이었다. 예컨대 동독 사회주의통일당(SED)의 비밀경찰에 해당하는 ‘슈타지(Stasi)’에¹¹⁾ 25만 명의 정식 요원들과 60만 명의 비공식 요원들이 소속되어서 매우 광범위하게 주민감시활동을 해왔다고 알려져 있다. 특히나 이들을 통일 이후 공직에 그대로 받아들이는 것은 도저히 용납할 수 없다는 인식이 지배적이었다.

특히 통일 이전 서독에서는 지난 1970년대 이래로 공직임용에 있어서 이른바 ‘헌법충실심사’(Prüfung der Verfassungstreue)를 적용해왔다. 서독에서 모든 공직종사자들은 ‘헌법충실의무’(Pflicht zur Verfassungstreue)를 부담한다는 것이다. 즉 기본법상의 자유롭고 민주적인 기본질서(freiheitliche demokratische Grundordnung)를 긍정하고 또한 이를 옹호하기 위해 적극 가담하는 자만이 독일에서 공직에 종사할 수 있다는 원칙이 줄곧 적용되어 왔으며, 이는 공직임용에 있어서 적성(Eignung) 요건이자 동시에 공직 유지를 위한 근무법상의 의무로 이해되어왔다.¹²⁾ 이러한 가운데 서독의 연방과 각 주들에서는 통일 이전에도 모든 공직종

11) 원래 명칭은 ‘국가공안부’(Ministerium für Staatssicherheit: MfS)인데, 흔히 약칭해서 ‘슈타지(Stasi)’로 불린다. 1950년에 구 동독에서 창설된 이 기구는 정보기관과 비밀경찰을 겸하는 조직으로서 구 동독의 집권정당인 독일사회주의통일당(SED)의 권력유지수단으로 기능해왔다. 이 기구를 통한 주민들에 대한 광범위한 감시·사찰활동은 2006년에 독일에서 제작되어서 우리나라에도 소개된 ‘타인의 삶(Das Leben der Anderen)’이라는 영화에서 소재로 잘 다루고 있다. 슈타지는 수백만 명 동독 주민들뿐만 아니라 서독 및 기타 국가들의 주민들의 신상자료를 비밀리에, 특히 수십만 명의 비공식요원, 즉 첩자들을 동원해서 수집·관리해왔다. 이를 통해 요시찰대상자들의 사생활뿐만 아니라 직업적 경력에도 적극 관여했다고 한다. 이로써 슈타지는 시민들의 기본권뿐만 아니라 의사의 직업적 묵비권, 은행의 비밀과 우편·통신비밀, 주주의 불가침성 등을 침해해왔다. 이 기구는 1989년 11월 동독에서의 가을혁명과 함께 ‘국가공안청’(Amt für Nationale Sicherheit: AfNS)으로 개칭되었으나, 구 동독 시민위원회의 압력으로 12월초부터 그 활동이 중지되었고, 1990년 3월에 완전히 해체되었다.

통일 이후 과거사진상조사 차원에서 이 기구가 남긴 방대한 문서들을 관리·조사하기 위하여 ‘연방슈타지기록물보존관리청’(Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik: BStU)이 1990년에 설치되었고, 1991년 12월 29일에 근거 법률로 「슈타지기록물법」(Stasi-Unterlagen-Gesetz)이 제정되었다. 이 기구의 초대 장(長)을 맡은 요아힘 가우크(Joachim Gauck)의 이름을 따서 처음에는 약칭 ‘가우크 행정청’(Gauck-Behörde)으로 불렸다. 현재 슈타지기록물로는 3천9백만개의 카드자료, 무려 111 km에 달하는 방대한 자료가 보관·관리되고 있다. 2011년 말까지 총 6,68,934건의 자료열람신청이 있었으며, 이 가운데 개인이 신청한 자료열람이 2,830,094건, 구 동독 공직종사자들의 계속고용 여부의 심사를 위한 신청이 1,754, 521건이었다고 한다. 구 동독 사회주의 독재에 관한 자료 및 문서공개에 광범위한 접근을 바탕으로 1990년 이래 16,000편 이상의 간행물과 6,000권의 도서 및 학술 특수논문들이 출간되었다. 구 동독 공직종사자들의 재임용 내지 채용과 관련한 심사에서 가우크 행정청의 신원조회 및 과거사에 대한 접근이 법적으로는 2006년 12월 31일까지만 유효했으며, 그 이후부터는 특별한 경우와 고위관료들에 관련한 업무에 대해서만 제한적으로 허용되었다.

12) 이 헌법충실의무(정치적 성실의무)는 당시 독일공무원법(BBG) 제77조, 공무원법운관법률(BRRG) 및 각 연방주의 공무원법에서 동일하게 규정하고 있는데, 이 헌법충실의무에 위배되는 공무원의 행위는 근무의무의 위반을 구성하고, 이로써 형식적인 징계절차에 의한 해당 공무원의 파면을 가능케 한다. 또한 공직지원자에게 헌법충실에 의심이 있는 경우에는 장차 자유롭고 민주적인 기본질서를 지키기

사자들의 임용에 있어서 원칙적으로 연방과 각 주들에 설치된 ‘헌법보호청’(Verfassungsschutzämter)에의 ‘정규신원조회’(Regelanfrage)를 적용해왔다. 따라서 체제유지를 위한 목적으로 설치되어서 감시·사찰 및 체포와 고문 등으로 주민들에 대한 인권 탄압을 주도했었던 슈타지 등에서 근무하면서 인도주의원칙과 법치국가원칙을 위반한 구 동독 공직종사자들에 대해 별도로 특별해고를 정하고 있는 관련 규정이 그리 새삼스러운 입법은 아니었다고 판단된다. 그러나 다른 한편 피심사자인 동독주민이나 특히 심사탈락자의 입장에서는 흡수통일에 따라서 일방적으로 불이익한 차별의 문제로 느껴지는 측면도 있었을 법하다. 결과적으로 통일국면과 더불어서 이 헌법충실원칙의 르네상스시대가 다시 시작된 것이다.¹³⁾

(3) 관련 규정의 제정

동독과 서독 정부는 1990년 8월 31일에 「통일조약」에 서명했다. 연방의회(Bundestag)와 연방참사원(Bundesrat)은 1990년 9월 23일자 법률(「통일조약법률」)¹⁴⁾을 통해

위해서 적극적으로 가담할 헌법충실의 보장을 제공하지 않는다고 보아서 해당 지원자의 채용을 거부할 수 있도록 정하고 있기도 하다. 그리고 정규의 공무원(Beamte)이 아닌 기타 사무직 및 노무직 공직종사자들(Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst)에 대해서도 위와 유사하게 §8 Absatz 1 Satz 2 BAT(연방사무직공직종사단체협약)와 §9 Absatz 9 Satz 2 MTB/MTL II(연방과 주의 노무직공직종사단체협약)의 규정에 따라서 정규의 공무원과 거의 동일한 내용으로 헌법충실의무 내지 정치적 성실의무가 요구되고, 해당직의 지원자들에게도 이러한 의무이행의 보장을 요구하고 있다. 이 ‘헌법충실의무’에 근거한 공직임용거부는 1970년대에 독일 학계에서 크게 논란되었으며, 일각에서 헌법상 허용되지 않는 일종의 ‘직업금지(Berufsverbot)’라고 비판되기도 했다. 이에 관한 독일 연방헌법재판소의 원칙결정이 이른바 ‘급진주의자결정(Radikalen-Beschluß)’ 판례인데, 여기서 연방헌법재판소는 “이 충실의무는 국가와 헌법개정의 방법으로 개정이 가능한 한에 있어서 그 현행의 헌법질서를 긍정할 것을 명령하고 있으며, 이러한 긍정은 그저 말로써가 아니라 특히 직업적 활동에 있어서 공무원이 현행의 헌법적, 법률적 규정들을 존중하고 이를 이행하며, 또한 그의 말은 바 직책을 이들 규정의 정신에 비추어서 수행함을 통해서 이루어진다. 정치적 성실의무는 단지 형식적으로만 올바르게, 여타의 부분에서는 무관심하고 냉정하고 또한 내심적으로 국가와 헌법에 대해서 거리를 두고 있는 행동 그 이상을 요구한다. 정치적 성실의무는 이 국가와 그 합헌적 기관과 현행의 헌법질서를 공격하고, 이에 대해서 싸우고 또한 비방하는 집단과 이러한 시도들로부터 거리를 둘 것을 공무원에게 요구한다. 즉 공무원에게서 그가 이 국가와 그 헌법을 최상의 긍정적인 가치로 인식하고, 이를 인정하며 또한 이 가치를 지키기 위해서 적극적으로 가담하는 것이 자신에게도 유익하다고 생각할 것을 기대하고 있다. 정치적 성실의무는 공무원이 국가를 위한 당사자의 입장에서 직접 나설 것이 요구되는 이른바 위기 시와 심각한 갈등국면에서 입증된다.”고 실시하면서 해당 헌법소원을 기각했다. BVerfGE 39, 334 ff. 이 ‘헌법충실의무’에 관한 보다 상세한 내용은 이종수, 헌법충실원칙의 적용에 관한 독일연방헌법재판소의 해석론과 그 비판, 헌법판례연구(2), 박영사, 2000, 105쪽 이하 참조.

13) 이종수, 독일통일과정에서의 공직조직의 통합과 공직적격성심사, 공법연구 제31집 제3호(2003. 3.), 306쪽 참조.

14) 독일의 입법과정에서는 조약체결에 대한 의회동의나 헌법개정안에 대한 의회 의결과 관련해서 각각

이 조약과 조서, 부속서 I부터 III 및 1990년 9월 18일에 본과 베를린에서 서명된 합의에 동의했다.

동독의 공행정기관과 사법기구의 이전은 「통일조약」 제13조에서 규정되었다. 그리고 「통일조약」 조서(Protokoll)에서 조약 체결 당사자들은 이들 규정에 대해 아래와 같이 부연 설명을 덧붙였다.

- 제13조에 대하여:

앞으로는 공행정기관이 더 이상 수행하지 않게 되는 업무를 편입이 효력을 발생할 때까지 수행해온 기관과 하부기관들은 다음과 같이 청산된다.:

- (1) 공적 업무와의 사항관련성이 있는 경우에 한하여 이 기관이나 하부기관은 이 공공업무의 주체에 의해 청산된다(연방, 주, 여러 주들이 공동으로).
- (2) 그 외 경우에 기관과 부분기관은 연방에 의해 청산된다.

불명확한 경우에는 해당 주 또는 연방이 연방과 여러 주들에 의해 공동으로 구성되는 기구를 설치할 수 있다.

- 제13조 제2항에 대하여:

기관이 전부 또는 일부 연방으로 이전되는 경우에 업무수행 필요성에 부합되는 적합한 인원을 적절한 규모로 인수한다.

또한 통일조약 제20조 제1항에는 편입시점의 공무종사자의 법적 관계에 대해서는 합의된 경과규정의 부속서(Anlage) I을 참고할 것을 정하고 있다. 부속서 제19장 사항영역 A 제3절 제1호가 이를 정하고 있다.

(4) 관련 규정의 적용에 따른 이후 행정실무에서의 잠정적 결과

논란되는 「통일조약」과 그 부속서의 관련 규정에 따라서 구 동독의 행정조직들에 대한 통합, 청산 및 인력 구조조정이 진행되었다. 구 동독의 공직종사자들에 대한 고용지침은 통일 이후에도 계속해서 존속하는 행정에 한해서 적용되고, 청산 등으로 행정조직이 폐지되면 이들 구 동독의 공직종사자들은 ‘시한부 대기자’ 상태가 되었으며, 6개월 이내에 재고용되지 않으면 자동적으로 고용관계가 종료, 즉 해고된다.

조약동의법률안, 헌법개정법률안의 형식으로 의회가 이를 처리한다.

해고는 일반해고와 특별해고로 구분되는데, 일반해고는 개인적성의 부적합, 전문지식의 결여, 행정수요의 소멸, 근무지의 해체 등의 사유가 발생할 때에 적용되는데, 근로관계가 중지되면서 대기 상태로 있는 공직종사들에 대해서 50세 미만인 경우 6개월 동안, 50세 이상인 경우 9개월 동안 과거 보수의 70%에 해당하는 대기수당을 지급하도록 정하였다. 통일조약에서는 이 조항이 통일 이후 2년이 경과한 후에 효력을 상실한다고 정하고 있었으나, 해고처리의 복잡성과 과도한 시간 소요로 인해 1993년 12월 말까지 적용시한이 연장되었다.

특별해고는 인도주의나 법치국가원칙을 위반하였거나 과거에 슈타지에서 종사하거나 협력하였던 전력(前歷)이 있는 자들이 그 대상자인데, 설령 이후에 공직에 임용되더라도 과거의 전력이 드러나면 언제든지 해고될 수 있도록 하였다. 그래서 과거의 이 같은 전력을 지닌 자들이 공직에 임용되는 일이 가급적 없게끔 특별해고의 적용기간을 제한하는 규정을 의도적으로 두지 않았다. 특히 슈타지 등에서 근무하거나 협력했던 과거 전력자들에 대한 임용심사를 위해 1991년에 설치된 연방슈타지기록물보존관리청(Gauck-Behörde)에¹⁵⁾ 1999년 5월까지 해당 관련자에 대한 조사 신청이 총 1,544,108건이 있었으며, 이 가운데 1,526,987건이 처리되어서 각 기관에 통보되었다고 한다. 상당수의 과거 슈타지 전력자들이 이 특별해고를 통해 기존의 고용관계가 종료되었다.¹⁶⁾

II. 사건 개요

1. 심판청구사건의 사실관계

이 사건과 관련한 헌법소원을 제기한 청구인들은 모두 304명이고, 이들이 각각 제기한 헌법소원은 모두 이 사건 심판에서 병합심리로 다루어졌다. 이들은 1990

15) ‘슈타지기록물보존관리청’에 대해서는 앞의 각주 11번 참조.

16) 과거 슈타지 전력 관련자들의 특별해고에 관한 통계는 박해욱(각주 6), 192쪽 <표 2: 슈타지 관련 특별해고자의 수> 참조. 이 표를 통해서 경찰청, 내무부 및 재무부에서 근무한 자들 가운데 슈타지에 협력했던 전력이 드러난 경우에 특별해고되는 경우가 상당히 많았던 반면에, 문화부의 경우에는 슈타지에 협력한 과거 전력이 입증되더라도 특별해고의 기준이 엄격하게 적용되지 않았다고 추론되고 있다. 문헌에 따르면 과거 슈타지 종사자들 가운데 17,233명이 현재 동독에서 다양한 공행정 분야에서 근무하고 있다고 한다.

년 10월 2일까지 동독의 여러 공행정기관들에서 근무하고 있었으며, 이 기관들은 통일조약 제13조에 따라서 청산되었다. 청구인들 모두가 이후 더 이상 고용되지 않았고, 현재 이들은 실직상태이다.

다수의 청구인들로부터 헌법소원이 제기되고서 1991년 3월 12일에 연방헌법재판소 제1재판부(Erster Senat)에서 관련 사건의 구두변론이 행해졌다. 그리고 결정 선고는 1991년 4월 24일에 행해졌고, 기각결정 및 일부무효결정이 행해졌다.

2. 청구인 및 여러 이해관계인들의 주장

(1) 청구인 측의 위헌 주장

청구인들은 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항, 제3조 제1항, 제12조 제1항, 제14조, 제19조 제4항, 제20조 제1항과 제3항, 제33조 제2항, 제72조 및 제75조의 위반 여부를 다투는 헌법소원을 제기하면서, 「통일조약」 제1조에서 「통일조약」 부속서I 제19장 사항영역 A 제3절 제1호 제2항 제2문과 제5문, 제3항의 규정에 동의한 것을 문제 삼고 있다.

「통일조약」 제13조 및 부속서상의 관련 규정에 근거해서 행해진 자신들에 대한 고용 거부가 기본법상 자신들에게 보장되는 여러 기본권을 침해한다는 청구인들의 주장은 아래와 같다.

“문제의 규정은 청구인들의 근로계약을 침해하고 따라서 기본법 제12조와 제14조의 보호영역을 침해한다. 이 규정은 근로관계에서 인정되는 강화된 존속보호를 무시하고 있고, 따라서 기본법상의 사회국가요청에도 위배된다. 근로관계의 지속은 직업선택보다 더욱 보호받아야 한다. 「통일조약」은 민간에서 자율적으로 형성된 계약관계를 침해한다. 이런 침해는 그 어떤 것으로도 정당화될 수 없다. 인력감축이 불가피했다고 하더라도 이는 개별사례심사를 통한 해고로도 능히 이행될 수 있었다. 반면 문제의 규정은 이에 대해 아무런 구별이 없다. 이 규정은 청구인들의 생계의 기반이 되는 근로계약이 규정대로 체결되었으며 직업이 인격의 일부라는 점을 무시하고 있기 때문에 비례성원칙에 위배된다. 뿐만 아니라 해당 근로자의 모든 법적 보호를 박탈하고 있다. 이는 기본법 제19조 제4항에도 위배된다.”

“청구인들의 근로관계는 온전히 기본법의 적용영역에 도달했다. 이는 「통일조약」 부속서의 관련 각주 2를 통해서 도출된다. 구 동독 주민들은 편입 이전에 국가로부터 부양의무를 받고 있었기 때문에 독일정부는 청산되는 기관의 모든 근로관계를 자동적으로 소멸시키는 규정에 동의해서는 안 되었다. 그 밖에 독일정부는 「통일조약」 제23조 제6항에 따라 동독의 채무에 대한 책임을 떠맡았고 따라서 급여도 전부 떠맡았다.”

“문제되는 규정의 적용영역이 불명확하기 때문에 법치국가원칙에도 위배되었다. 법률의 제정 이유에 따르면 해당 규정은 모든 공행정분야에 적용된다. 구 동독과 서독에서 공직은 동일한 범위가 아니었다. 기관의 청산에 대한 규정도 너무나 모호하다. 청산이 가능한 조건도 구체적으로 언급되지 않았다. 또한 청산에 대한 결정이 어떤 형식으로 내려지는 지도 불명확하다. 실제로는 업무를 그대로 수행하고 있는 기관들도 종종 ‘청산’되었다. 전반적으로 관련자들을 차별적으로 처리하는 객관적인 이유도 충분하지 않았다. 따라서 기본법 제3조 제1항, 제33조 제2항에 위배된다.”

“연방이 이 사항에 대한 입법권한이 없었기 때문에 기본법 제72조와 제75조에도 위배된다. 특히 공행정기관들은 주들로부터 인수되었다. 기본법 제75조에 의거하여 연방에게는 기껏해야 이에 대한 윤곽만을 지시할 수 있는 권한만이 인정된다. 그런데도 연방은 완전한 전체 규정을 마련했다. 문제의 규정이 「통일조약」의 일환으로 공포되었다고 하더라도 이 사실로부터 연방의 입법권한이 도출되지는 않는다.”

“기본권에 대한 제한은 「통일조약」의 헌법개정규정을 통해 정당화되지 않는다. 기본법 제143조 제1항은 존속되는 동독법에만 적용되고 이전된 연방법에는 적용되지 않는다. 「통일조약」을 통해 직접 마련된 법률은 여기에 포함되지 않는다. 기본법 제143조 제1항은 특수 상황의 조건을 갖춘 경우에 한해서만 기본법에서 이탈되는 것을 허용한다. 구 동독의 행정청들이 더 이상 쓸모가 없어졌다는 사실은 제2차 세계대전 이후에 전개된 여러 상황에 기인한 것이라고 볼 수 없다. 부득이한 인위 감축이라도 관련자들의 기본권을 지키면서 시행될 수 있다. 노동법에는 대량해고와 관련해서 본 상황에도 적용할 수 있는 특별한 장치가 마련되어 있다. 뿐만 아니라 통일조약에는 구 동독지역의 상황에 특별히 맞춰져 있는 추가적인 해고이유가 규정되어 있다.”

“또한 기본법 제23조 제2항에 의거하여 독일의 다른 지역(동독)에서도 기본법이 즉시 효력을 발생해야하기 때문에 기본법 제143조 제1항은 위헌적이다. 기본법 제79조 제1항이 준수되지 않았다. 문제의 규정은 기본법 제12조와 제2조 제1항의 기본권의 본질적 내용에 대한 위반이고 기본법 제79조 제3항에도 위배된다.”

(2) 연방정부 측의 합헌 주장

연방정부는 이 헌법소원이 어떤 경우라도 이유가 없다고 보았다.

즉 “청구인들의 기본권은 침해되지 않았다. 1990년 10월 3일까지 그 효력을 가졌던 동독이라는 국가는 사라졌고, 동시에 청구인들의 고용주로서의 자격이 소멸되었다. 이로써 이들의 근로관계는 종료되었다. 통일조약에는 근로조건의 존속에 대해서만 거론되고 있다.”

“연방정부는 동독의 법적 계승자가 아니다. 행여 그렇다고 하더라도 청구인들의 기본권은 침해되지 않았다. 기본법의 적용영역은 1990년 10월 2일까지는 서독지역에만 국한되었고 서독의 국가권력만이 기본권에 기속되어 있었다. 청구인들은 1990년 10월 3일에 이미 「통일조약」을 통해 변경된 근로계약과 함께 기본법의 적용영역안으로 들어왔다. 따라서 기껏해야 정지된 근로계약 정도만 기본법의 기준에 따라서 평가될 수 있다.”

“문제의 규정에 대해 연방은 자신의 입법권한을 벗어나지 않았다. 연방은 기본법의 통일요청과 결합된 기본법 제23조 제2항에 의거하여 「통일조약」의 체결 권한을 가지고 있었다. 연방과 연방주의 행정과 공무에 대해 통일된 원칙을 유지하는 것은 객관적으로 피할 수 없었다. 따라서 연방의 권한은 상황적 맥락, 부속서 또는 사건의 특성으로부터 도출된다.”

“문제의 규정들은 법치국가적 명확성요청을 충족한다. 「통일조약」이 일목요연하지 않은 것은 소재의 복잡성에서 기인한 것이다. 물론 서독과 구 동독의 공직의 활동범위가 동일하지는 않았던 것은 사실이다. 하지만 규정의 목표나 내용은 충분히 명확하다.”

“어떤 경우에도 기본법 제143조 제1항과 관련한 헌법소원은 받아들일 수 없다. 공직과 관련되는 문제의 규정들은 이 조항에 의해 적용규정 또는 과도규정으로 서 정당화된다. 이 점을 차치하고서라도 헌법위반이 확인되지 않는다. 기본법 제

14조 제1항은 취득된 것, 활동의 결과물을 재산으로 보호하지만 소득이나 활동 자체를 보호하지는 않는다. 기본법 제12조 제1항은 노동자가 선택한 직업에 지속적으로 고용되는 것을 보장하지 않을 뿐만 아니라 일할 권리나 기존의 특정 근로관계의 지속도 보호하지 않는다. 사회국가원리와 결부시켜 보더라도 기본법 제12조를 통해 해고권과 철회권이 일반적으로 배제된다고는 볼 수 없다. 기본법 제12조 제1항 또한 근로관계에 대한 특수한 존속보호를 보장하지는 않는다. 기본법 제1조 제1항은 재산권적 관점에서 기껏해야 인간으로서의 최저 생계권을 보장하며, 이는 여기서 근로계약 종료 후에도 실업수당, 실직자지원금 또는 기초생활보장을 통해 보장되고 있다.”

(3) 독일노동조합총연맹 측의 위헌 주장

독일노동조합총연맹(DGB)은 이 헌법소원이 이유가 있다고 보았다.

즉 “기본법 제143조 제1항은 문언상으로 그리고 입법이유에서 보더라도 통일 조약의 규정에 직접 적용할 수 없다. 그렇지 않으면 기본법 제79조 제1항 제1문을 침해하는 헌법위반에 해당한다.”

“해당 규정은 사회국가원칙과 결합된 기본법 제12조 제1항에 위배된다. 근로관계는 이전되었다. 이와 비교할만한 과거 유사 사례(자르란트[Saarland] 주의 편입, 바덴-뷔르템베르크[Baden-Württemberg]주의 구성, 기초지방자치단체의 개혁)에 있어서도 근로관계가 새로운 법적주체로 이전되었다고 보았다. 사회국가원리와 인간존엄적인 사고로부터 특정 수준의 존속보호에 대한 본질적인 최소한을 유추할 수 있다. 뿐만 아니라 기본법 제12조 제1항은 근거 없고 객관적으로 정당하지 않은 인원감축을 금지하고 있다.”

“문제가 된 인원감축은 보다 더 온건한 방식으로, 즉 해고보호법적 규정을 통하여 도달할 수도 있었을 것이므로 해당 규정은 불필요했다고 본다. 중증장애인들이 다른 근로자들보다 훨씬 더 어려운 처지에 놓이게 되는데 이들에 대한 특별 해고보호를 배제한 것은 기본법 제3조 제1항과 결합된 제12조 제1항에 위배된다. 중증장애인들은 새로운 일자리를 찾기가 더욱 어렵고 건강 문제나 능력부족으로 해고될 위험이 크기 때문에 이로 인해 보다 더 큰 위험에 처해진다. 임신 중이거나 수유(授乳)중인 여성들의 특별해고 보호에 있어서 아무런 대안이 없는 삭제는

기본법 제6조 제4항과 결합해서 제12조 제1항에 대한 위반이다.”

“민간경제부문의 종사자들에 비해 구 동독 공무종사자들에게 불공평한 고용정책과 관련해서 특별한 희생이 요구되기 때문에 기본법 제3조 제1항에도 위배된다. 물론 입법자에게 공무종사자와 민간경제 종사자를 구별하는 것이 금지되지는 않았다. 하지만 불공평한 대우와 합당한 이유가 상호 적절한 관계에 있어야 한다. 하지만 여기서는 그렇지 않았다. 정치적 이유로 인해 공직이 불리한 차별을 받는 일은 있을 수 없다. 2백여만 명의 공무종사자들을 보안위협 가능등급으로 분류하고서, 이로 인해 이들에게 기존의 업무지속성에 대한 제한적 적합성만을 인정하는 일은 있을 수 없다. 소위 비용문제 때문에 인원감축이 불가피해서 구조조정을 용이하기 위함이라는 이유도 공직과 민간경제 간의 차별을 정당화할 수 없다. 개별 분야의 초과고용은 공직에만 특수한 사항이 아니다. 서독의 인구수와 공무종사자를 비교해서 상황을 살펴보면 동독에서의 공직 고용상황이 특별히 과도하다는 사실을 확인할 수 없다. 구 동독의 경제활동참여율이 57.07%로 서독의 44.1%를 크게 웃돌고 있었기 때문이다. 특히 과도기에 행정관련 업무가 특히 많다.”

“근로계약으로부터 비롯하는 관련 노동자들의 재산적 가치가 있는 모든 권리가 박탈되었기 때문에 기본법 제14조 제1항에도 위배된다. 임대차관계에 대한 연방통상법원(BGH)의 판례에 따르면 근로계약에 따른 법적 지위도 기본법 제14조 제1항에 의해 보호되는 현재의 재산적 가치로 볼 수 있다. 이 법적 지위를 전부 박탈하는 것은 수용(Enteignung)에 해당한다. 대기수당은 적절한 보상이라고 볼 수 없다.”

“관련자들이 자신을 방어할 수 있는 방법을 확인할 수 없으므로 기본법 제19조 제4항에도 위배된다. ‘공적 근무’라는 개념 정의가 불명확한 것은 법치국가원리를 침해한다.”

III. 주요 쟁점

1. 적법요건 판단

이 헌법소원의 적법심사에 있어서 연방헌법재판소는 아래와 같이 판단하면서,

헌법소원심판의 청구에 있어서 요구되는 모든 적법요건을 충족했다고 보았다.

직접 「통일조약법률」을 대상으로 제기된 이 헌법소원은 허용된다(BVerfGE 6, 290 [295] 참조). 이 헌법소원이 보편적인 중요성을 지니기 때문에 연방헌법재판소는 권리구제수단을 모두 거치기 전에 결정할 수 있다(§90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG). 이 헌법소원은 기본법 제12조 제1항의 보호영역에 대한 원칙적인 헌법적 질문을 제기하고 있다. 그 밖에 이 결정은 다수의 동일한 사건에 대해서도 명확성을 마련해준다(BVerfGE 19, 268 [273] 참조). 자신의 근로관계의 지속 여부에 대한 많은 노동자들의 불안이 이 결정을 통해 해소될 수 있다. 기본권침해의 가능성은 충분히 설명되었다(§23 Abs. 1 Satz 2 und §92 BVerfGG). 그리고 연방헌법재판소법(BVerfGG) 제93조 제2항에서 정하고 있는 청구기간이 준수되었다.

2. 본안판단에서의 여러 쟁점들

독일 연방헌법재판소는 이 사건의 본안심리에서 아래와 같이 판단하였다.

(1) 근로관계의 개별 통지 흠결 여부

청구인들은 자신의 근로관계가 관련 규정들에 의해 제한되고 있다는 사실을 충분히 소명했다. 또한 이들이 근로관계가 정지된다는 사실을 개별적으로 통지 받지 못했다고 해서 이 사실이 통지되지 않았다고 볼 이유는 없다. 그리고 연방 정부나 청구인들의 이전 근무지 관할 연방주 모두 이와 관련해서는 아무런 문제점을 표명하지 않았다.

(2) 기본법 제79조 제3항 및 제143조 제1항 위반 여부

연방헌법재판소는 이 헌법소원에서 관련 규정들이 기본법 제143조 제1항에¹⁷⁾

17) 기본법(GG) 제143조 제1항—“통일조약 제3조에 열거된 지역에서의 법은 상이한 여건 때문에 기본법상의 질서에 완전히 합치될 수 없는 경우에는 1992년 12월 31일까지 기본법의 규정과 달리 적용될 수 있다. 이러한 상이한 규정은 제19조 제2항에 위반하여서는 아니 되고, 제79조 제3항에 열거된 원칙들과 합치해야 한다.”

해당하는지 그리고 이 헌법규정이 기본법 제79조 제3항과¹⁸⁾ 합치하는지에 대한 물음에 대해 판단을 내릴 필요는 없다고 보았다. 즉 이 규정은 헌법개정 규범이 없이도 본질적으로 기본법과 합치한다. 헌법위반이 확인된다고 하더라도 양 독일 국가의 상이한 상황의 결과라는 점이 기본법으로부터의 이탈을 정당화해주지 않기 때문에 기본법 제143조 제1항에는 해당되지 않는다고 판단하였다.

(3) 기본법 제12조 제1항 위반 여부

연방헌법재판소는 다루어지는 관련 규정이 본질적으로 기본법 제12조 제1항과 합치한다고 판단하였다.

기본법 제12조 제1항 제1문은 직업 선택의 자유 외에도 일자리(직장) 선택의 자유를 보장한다. 직업 선택에서는 어떤 분야에서 직업을 행사할 것인지에 대한 개인의 결정이 달린 문제인 반면에, 일자리 선택은 어느 직장에서 자신이 선택한 일을 하고 싶은지에 대한 결정의 문제이다. 따라서 일자리 선택은 직업 선택 이후에 행해지는 사안이고, 이로써 선택된 직업을 구체화한다. 이와는 반대로 일자리 선택은 자신이 선택한 일자리에서 행해지는 직업 수행 이전에 처리되어야 할 문제이다. 이 때 일자리라는 개념은 공간적으로만 또는 공간을 최우선으로 하여 이해되어서는 안 된다. 일자리 선택은 오히려 구체적인 활동가능성이나 특정 근로관계에 대한 결정이다. 따라서 일자리 선택의 자유라는 기본권의 대상은 우선은 자신이 선택한 직업에서 제공된 구체적인 고용기회를 움켜쥐겠다는 개인의 결심이라고 볼 수 있다. 예컨대 고용된 노동자의 경우에 여기에는 특히 노동시장에의 진입 조건을 포함하는 모든 필요한 전제조건과 함께 근로계약 상대방에 대한 선택도 포함된다. 직업선택의 자유가 한 가지 직업을 시작하려는 결정에서 끝나는 것이 아니라 해당 직업을 지속하고 종료하는 것까지 포괄하는 것처럼, 일자리 선택의 자유도 구체적인 고용에 대한 결정 외에도 이 일자리를 보유하거나 포기하는 것에 대한 개인의 의사에도 관련된다. 따라서 기본권은 이 선택의 자유를 제한하는 모든 국가적 조치로부터 보호한다. 이는 특히 개인이 자신에게 제공된 일자리를 취득하는 것을 국가가 저지하거나 특정 일자리를 수락할 것을 강요하

18) 기본법(GG) 제79조 제3항—“연방이 여러 주들로 편성되는 것과 입법에 있어서 주들의 원칙적인 협력 그리고 제1조 및 제20조의 기본원칙을 침해하는 기본법 개정은 허용되지 아니한다.”

거나 또는 특정 일자리를 포기할 것을 요구하는 경우에 그러하다. 반면 선택의 자유는 자신이 선택한 일자리의 제공이나 한 번 선택한 일자리의 존속보장을 요구할 수 있는 권리와는 무관하다. 마찬가지로 이 기본권은 개인의 사정으로 인한 실직에 대해 직접적인 보호를 제공하지 않는다. 이런 점에서 국가는 기본법 제12조 제1항에서 도출되며 현행 해고보호규정에도 충분히 반영되어 있는 보호의무를 부담한다. 하지만 국가가 기존의 근로관계를 직접 침해하는지의 여부는 반드시 일자리 선택 자유의 기본권이라는 기준을 근거로 측정되어야 한다.

이는 공무원상의 일자리에도 적용된다. 물론 이 영역에서 기본법 제33조에¹⁹⁾ 기댄 특별규정이 제12조 제1항에서 도출되는 기본권의 효력을 후퇴시킬 수는 있다. 특히 일자리 수는 국가의 조직권력의 통제를 받는다(BVerfGE 7, 377 [398]; 39, 334 [369 f.]; 73, 280 [292]). 하지만 이로부터 일자리 선택의 자유의 보호영역이 제한될 수 있다고 유추할 수는 없다. 앞서 설명한 바와 같이 기본법 제12조 제1항이 일자리를 마련하거나 유지할 것을 요구하는 권리를 보장하지는 않는다. 따라서 공적 주체인 고용주의 조직권력은 이에 영향을 받지 않는다. 여기서도 연방이나 주의 조직권력의 행위를 문제 삼고 있지 않다. 청구인들은 헌법소원을 통해 자신이 일해 온 기관이 청산된다는 결정을 문제 삼고 있지 않다.

「통일조약」상의 규정은 청구인들이 자유롭게 일자리를 선택할 수 있는 기본권을 제한하고 있다.

연방정부의 주장처럼 기본법이 동독지역에서 효력을 발생한 시점에 이미 청구인들이 일자리를 잃은 상태였다고 보더라도 제한이 없는 것은 아니다. 본래의 근로계약 상대방, 즉 구 동독이 사라졌기 때문에 근로관계가 소멸한 것은 아니다. 통일조약을 살펴보면 연방과 연방주들이 기존의 근로계약에 진입한다는 사실을 바로 알 수 있다(부속서 I 제19장 사항영역 A 제3절 제1호 제2항). 따라서 이 점에 있어서 독일은 구 동독의 법적 계승자이다.

문제의 규정이 근로계약을 정지시키고 특정일 이전에 계속고용이 제안되지 않으면 계약이 종료된다는 사실이 기본권의 제한에 해당한다. 실직은 법률에 따른 기관청산결정의 직접적인 결과로써 발생한다.

하지만 이 제한은 본질적으로 기본법에 합치한다.

19) 특히 평등한 공무원임권을 규정하고 있는 동 조 제2항이 다루어진다. “모든 독일인은 그 적성, 능력 및 전문성에 따라 모든 공직에 동등하게 참여할 수 있다.”

비록 기본법 제12조 제1항 제2문에서는 직업 행사에 대한 규정만을 명시하면서 직업 선택과 일자리 선택에 관한 규정을 따로 규범화하고 있지 않지만 일자리 선택도 직업 선택과 다름없이 적용된다. 일자리 선택도 기본법 제12조 제1항에 규정된 선택의 자유에 우선순위를 반영해야 한다는 법적 제한을 받는다(vgl. BVerfGE 7, 377). 따라서 법률은 기본권을 제한하는 법률들에 대해 요구되는 일반적인 요건들만 충족해서는 안 된다. 만일 해당 규정이 직업 선택의 자유에 있어서 객관적인 사유에 기한 면허제한과 동등한 효과를 가진 채 자유로운 일자리 선택을 제한하는 경우에, 이 같은 제한은 단지 면허제한에 상응할 정도로 중대한 공익을 지키기 위해서 그리고 비례성원칙이 준수되는 가운데서만 허용된다.

(청구인이 주장하는 것처럼) 연방이 관련 규정에 대한 입법권한이 없다고 해서 그 제한이 헌법에 위반되는 것은 아니다. 기본법 제72조와 결합된 제75조 제1호에 의거하여 이와 같은 권한이 존재하는지는 대답할 필요가 없다. 연방입법자는 기본법 제23조 제2문에 의거하여 구 동독의 편입을 위한 조건을 마련해야 했다(BVerfGE 82, 316 [320 f.] 참조). 이로 인해 법률 제정이란 과업이 생겨나는 것은 불가피하고 또한 미룰 수도 없기 때문에 사안의 성격상 이를 처리할 수 있는 입법권한이 동시에 생성된다고 볼 수 있다.

본 사례가 여기에 해당한다. 공무종사자들의 고용관계가 시급히 정리되어야 했다. 구 동독지역의 주들은 아직 입법기구도 없었고 따라서 행위능력이 없었기 때문에 적절한 기간 내에 이를 처리할 수 없었다.

(4) 법률의 명확성원칙 위반 여부

문제의 규정이 불명확하다고 해서 이 제한이 헌법에 위반되는 것은 아니다. 이 규정은 결과적으로 법치국가원리에서 비롯하는 규범의 명확성 요건을 충족한다(BVerfGE 60, 215 [230]; 81, 70 [88] 등 참조). 이 명확성요청은 정확히 파악할 수 있는 특징을 통해 사안의 구성요건을 서술할 것을 입법자에게 강제하지 않는다. 규범이 추구하는 목적을 고려하면서 규율해야 할 사안의 고유한 특성에 따라서 가능한 만큼만 명확하면 이로써 족하다. 특정 규정에 대해 추가적인 해석이 필요하다고 해서 명확성이 결여되는 것은 아니다. 관련자들이 법적 상황을 나름 파악하고 그리고 이에 따라서 자신의 처신을 맞출 수 있을 정도면 족하다(BVerfGE

78, 205 [212] m.w.N.).

관련 규정은 구 동독 기관들에 대한 연방과 연방주들의 관할을 충분히 자세하게 확정하고 있다. 구 동독에서 여러 국가기관들이 수행했던 모든 일을 기본법의 관할규정에 따라서 정리할 수가 없기 때문에 개별적으로 정확한 역할 구분에 문제가 있을 수는 있다(『통일조약』 제13조 제2항). 하지만 이 문제는 계획경제에 입각했던 중앙집권적 국가의 특성상 피할 수 없고, 어쨌든 『통일조약』을 사항합당하게 해석하는 방법으로 해결할 수 있다. 이는 구 동독과 서독에서 다른 의미로 사용되어온 ‘공적 근무’ 개념의 모호성에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 이 점에 있어서도 해석이라는 수단을 통해 충분히 분명해질 수 있다.

문제는 『통일조약』에서 어떤 조건하에서 기관이 청산될 수 있는지를 언급하지 않고 있다는 점이다. 『통일조약』 제13조에서는 단지 연방이나 해당기관을 관할하는 연방주가 “이전 또는 청산”을 관리한다고만 규정하고 있다. 실제로 이 규정은 청산이나 존속이 새 주체의 임의에 달려있다고 해석되는 경우에는 실제로 너무 모호할 수 있다. 한 기관의 주체가 그 기관이 청산되어야 한다고 결정하는 경우에 이 결정은 그곳 종사자들에게는 직접적인 법적 효력을 발생한다. 즉, 이들의 근로관계는 정지되고 기한이 정해진다. 이와 같은 제한을 가하기 위해서는 내용, 목적 및 범위가 충분히 결정된 법적 근거가 필요하다(BVerfGE 8, 274 [325]; 9, 137 [147]).

청구인들과 독일노동조합총연맹은 관련 규정이 실제로 자의적으로 처리되고 있다고 주장한다. 이들은 다수의 기관들에서 실제로 업무가 계속 수행되고 있는데도 청산되었음을 구체적으로 지적하고 있다. 이들의 견해로는 많은 사례들에 있어서 해당 규정이 열악한 사회적 상황을 고려하지 않은 채 일반적인 인원감축과 노동법상 해고보호를 회피하는 데에 악용되고 있다는 것이다. 하지만 이 내용을 더 자세하게 설명할 필요는 없다. 이 같은 악용으로부터 바로 해당 규정의 모호함을 도출할 수는 없기 때문이다. 청산을 할 수 있는 실질적 조건은 청산의 개념과 규정의 맥락으로부터 결정되어야 한다.

한 기관이 청산(Abwicklung)되기 위해서는 해체(Auflösung)가 선행되어야 한다. 이는 법적인 언어관행과도 일치한다. 법적 언어관행에 따르면 청산은 대체로 규정에 따른 종료를 의미한다. 상법상의 회사는 해체된 이후에 청산 또는 해산된다(vgl. §145 Abs. 1, §161 Abs. 2 HGB; §66 Abs. 1 GmbHG; §264 Abs. 1 AktG).

기본법에서도 청산이라는 개념을 이러한 의미로 사용한다. 기본법 제130조 제1항 제2문에 따르면 서독정부 수립 시에 인수한 ‘공행정기관 또는 사법기구’는 이전, 해체 또는 청산되어야 했다. 이로써 세 가지 결정가능성이 주어져 있는 것이 아니라는 사실은 쉽게 파악된다. 사전에 해체된 이후에 이전되거나 청산되는 양자택일 가능성 밖에 없다(vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 130 Rdnr. 25). 통일조약은 이와 같은 어법을 차용한 것이다. 「통일조약」에서 해체를 청산의 필수적인 사전단계로 특별히 거론하고 있지는 않지만 기본법 제130조 제1항과 동일한 것을 의미한 것임이 분명히 파악된다.

한 기관을 해체하는 것을 어떻게 이해해야 하는지도 나름 충분히 규율되고 있다. 어쨌든 그 기관이 조직단위로서는 더 이상 존속하지 않는 결과로 이어진다. 따라서 다른 고권주체로 이전되는 것은 그 기관이 실제로 유지된다면 해체로 이해될 수 없다. 이에 대해서도 의미대로 해석할 경우에 아무런 의문이 생길 수 없다. 마찬가지로 ‘기관’(Einrichtung)이라는 개념도 ‘관청’(Behörde)과 동일시 할 수 있는 것이 아니라, 조직적으로 구별될 수 있는 기능단위라면 하위단위도 여기에 포함될 수 있다는 점도 분명하다. 개별적으로는 명확한 설명이 필요할 수는 있다. 특히 ‘기관’이라는 개념을 정확하게 규정하는 일이 어려운 상황이 발생할 수 있다. 하지만 이 문제는 행정청이나 법원이 기존의 해석방법을 적용해서 해결할 수 있다.

끝으로 「통일조약」과 그 부속서에 청산결정의 형식, 공포 및 절차에 대한 아무런 규정이 없다는 점도 해당 규정의 명확성에 문제를 야기하지 않는다. 「통일조약」에서는 특히 편입과 함께 바로 행정절차법이 발효되었기 때문에 절차문제는 별도로 규정할 필요가 없었다(Anlage I Kapitel II Sachgebiet B Abschnitt III Nr. 1).

(5) 비례성심사

해당 규정은 매우 중대한 공익에 대한 위협을 방어하기 위한 목적이다. 이와 같은 목적을 위해서라면 입법자는 심지어 직업선택의 자유에 대한 객관적인 면허제한을 통해서도 개입할 수 있다(BVerfGE 7, 377 [407 f.]). 따라서 일자리 자유의 보호를 더 낮은 단계로 보아야 하는지에 대한 설명이 필요 없다. 동독이 편입된 이후에 그곳에서 가능한 한 빨리 현대적이고 효율적인 그리고 법치국가적

기준에 따라 일하는 행정시스템이 구축되어야 한다. 이런 시스템이 없이는 수월한 인프라가 구축될 수도 없고 경제가 건전해질 수도 없다. 기존의 행정기관들 다수는 더 이상 필요가 없다. 이와 관련하여 연방정부가 실시한 표준평가에 따르면 인력이 지나치게 과잉 고용되어 있었고 인원감축이 없이는 연방과 연방주의 재정이 과도한 부담을 지게 될 것이었다(볼프강 쇼이블레 연방재무장관의 연방하원 「통일조약법률」 제1차 독회 참조 <본회의 조서 Plenarprot. 11/222, S. 17493>). 이러한 상황을 회피하는 것이 너무도 중대한 목표이다. 위험이 과장되지 않았다는 사실도 쉽사리 파악된다. 그리고 예산은 빠듯했다. 다가올 몇 년 동안 구 동독 지역의 현대적인 인프라 구축, 경제 육성 및 사회복지 대책을 위한 엄청난 공공자금이 마련되어야 할 것이다. 경제계와 납세자들에게 부담을 주지 않으려면 이 과제는 공공자금을 절약하는 방법으로만 해결할 수 있다. 이런 상황이 일자리 선택의 자유를 제한하는 것을 원칙적으로 정당화한다.

관련 규정은 헌법합치적으로 해석할 때에 비례성원칙에서 비롯하는 여러 요건들을 본질적으로 충족한다.

관련 규정이 그 목적을 달성하기에 적절하다는 사실은 의심의 여지가 없다. 연방과 구 동독의 연방주들은 개별적인 해고를 통보하고 경우에 따라서는 소송에서 변호할 필요 없이 구 동독에서 더 이상 필요 없는 공공행정기관들을 폐쇄할 수 있는 여건에 놓이게 된다. 이로써 새로운 질서가 보다 더 신속하고 저렴한 비용으로 시행될 수 있다.

관련 규정은 반드시 필요하다. 추구하는 목적을 동등한 효과로 촉진할 수 있는 보다 더 완화된 수단은 없다. 근로관계를 즉시 중지시키지 않고서는 더 이상 불필요한 기관들을 그토록 신속하고 효과적으로 청산할 수가 없었을 것이다. 그곳 종사자들의 일자리에 대한 그 어떤 근소한 제한도 매우 복잡하고 비용도 많이 들었을 것이다. 해고 요건이 갖춰지기 위해서는 개별심사가 선행되어야 했을 것이다. 이에 필요한 행정능력이 아직 구축되지도 않은 상태였다. 이로 인해 상당한 시간이 소요되고 추가적인 인건비 부담을 피할 수 없었을 것이다. 그 이후에 해고되더라도 관련자들이 권리구제수단을 사용한 이후에나 확정적으로 효력을 발생하는 경우도 많았을 것이다. 특히나 구 동독지역에 아직 효율적인 노동법원체계가 구축되지 않은 상태에서 소송의 정체도 피할 수 없었을 것이다.

이 규정이 추구하는 공익과 기본권 제한의 중대성을 형량해 보더라도 관련 규

정은 일반적으로 적절하다.

물론 법률상의 규정이 청구인들에게는 심각한 부담이다. 구 동독이 존속했다라면 실제로 이들의 근로관계가 어느 정도의 생존보장을 제공했을 것이다. 법적으로 평생고용이나 합법적으로 관철할 수 있는 해고보호는 없었지만, 해고를 피하는 쪽으로 노동법이 마련되어 있었고(vgl. Nägele, BB 1990, Beilage 9, S. 실제로도 일자리 보호가 효율성 측면보다 우선되었던 것은 분명해 보인다. 공직의 과잉고용은 달리는 설명할 방법이 없다.

그러나 다른 한편 일자리들은 동독의 경제적 쇠퇴를 통해 통일 이전에 이미 위협받고 있었다. 늦어도 1989년 말에는 전반적인 개혁이 시행되어야 한다는 사실이 분명했다. 동독의 구 행정시스템이 전체 직원들 모두를 계속 고용할 수는 없었을 것이다. 따라서 1990년 5월 18일자 동독과 서독간의 화폐·경제 및 사회통합을 위한 국가조약 제26조 제3항에서 이미 인력감축이 예정되어 있었다(BGBI. II S. 537). 이런 점에서 구 동독 공무종사자들은 자국민의 일반적인 운명에 동참한다. 즉, 기업들에서도 이미 통일 이전에 여러 일자리들이 채산성이 없으며 장기적으로는 유지될 수 없다는 사실이 그 운곽을 드러내기 시작했다. 실업은 상업분야에서도 극적인 수준에 이르렀다. 해체되고 있는 구 동독에서는 수많은 주민들의 생계가 위협받고 있었다.

이 같은 상황에 비추어 볼 때 입법자가 더 이상 필요가 없는 기관의 종사자들에 대해 사회적으로 열악한 상황이 완화되었을 때 수개월간 근로관계를 정지시킨 연후에 이를 종료하도록 규정한 것은 문제가 없다. 따라서 아래에 설명된 조건들이 제공된다는 조건 하에 당사자들은 이 조치를 감수해야 한다.

여기서는 당사자들의 처지를 완화시켜주는 여러 대책을 통일조약이 스스로 예정하고 있었다는 사실이 중요하다. 대기수당이 이 대책에 속한다. 심지어 이는 실업수당이 전액 지급되지 않는 개별적인 사례에도 적용되는데, 대기수당을 받는 동안은 실업으로 간주되지 않아 실업의 시작 시점이 뒤로 미루어지고 그 결과로 실업수당이 더 오래 지급될 수 있기 때문이다. 또한 다른 경로로 얻은 소득이 대기수당과 합산하여 과거의 소득을 초과하는 경우에만 대기수당에 산입된다는 점도 장점이다. 계속교육이나 직업전환교육방안도 장려되고 있다. 청산업무와 같이 임시로 고용될 가능성이 있으면 적어도 한시적인 근로계약이 체결되도록 하였다. 그 외에도 공공부문에 한시적인 일자리 창출 방안이 예정되어 있다. 집중적인 상

담, 관리 및 중재활동을 보장하기 위해 노동청의 직원들과 관련 조직도 보장되었다. 수요가 있다면 공행정 내부에도 직업교육 프로그램을 설치하도록 하였다(『통일조약』 부속서 I 제19장 사항영역 A 제3절 제1호에 대한 설명 <BTDrucks. 11/7817, S. 180>). 원칙적으로 이들 대책만 보더라도 문제의 규정이 기대가능해 보이기에는 나름 충분하다.

(6) 중증장애인, 고령자 및 한부모가정에 대한 특별한 보호

물론 관련 당사자들이 일부에게 이 규정이 매우 가혹한 영향을 미칠 수 있다. 즉 중증장애인, 고령자 그리고 한부모가정 등이 여기에 해당한다. 이들이 새 일자리를 찾을 확률은 매우 낮다. 어린이보육시설이 충분히 마련되지 않는 한에서 한부모가정은 더욱 그러하다. 관련 규정은 이들에 대한 아무런 배려를 하지 않고 있다. 이들 인적 집단을 생각하면 관련 당사자들이 다시 직업세계에 편입될 수 있도록 국가가 특별한 노력을 행하는 경우에만 이 규정을 받아들일 수 있다. 계속교육이나 전환교육 프로그램만으로는 부족하다. 이들을 해고하고 그로 인한 직업의 자유의 제한은 (『통일조약』 부속서 I 제19장 사항영역 A 제3절 제1호 제5항에 따른 해고이유에 해당되지 않는 경우에) 이들이 공공부문에서 새로운 일자리를 얻을 수 있다는 정당한 전망이 있을 때에만 비로소 기대가능하다. 따라서 이 점은 공직 채용 시에 적절히 고려되어야 한다.

많은 당사자들을 특히 힘들게 하는 것은 이들이 지금까지의 자격을 인정받지 못한다는 점이다. 업무와 목표가 다른 법치국가의 행정 분야에서 계속 일할 수 있기 위해서는 이들은 전직(轉職)을 위한 재교육을 받아야 한다. 이들 중 많은 사람들은 자유경제시장에서 일자리를 구하는 것 이외에 다른 방법이 없다. 이를 위해서는 더욱 근본적인 전환이 필요하다. 실업과 생계를 위협받고 있는 상황에서 이러한 강요를 이겨내는 일이 더욱 힘들게 느껴진다. 이런 강제는 자신감과 인격에 손상을 끼칠 수 있다. 관련 규정으로 인한 이 같은 결과는 관련자들이 자신의 상황을 잘 극복할 수 있는 효과적인 지원이 시행될 때에만 허용될 수 있다. 따라서 해직자의 계속교육과 직업전환교육 프로그램이 근로계약의 만료와 함께 종료되어서는 안 된다. 청산기관을 관할하는 고권주체는 직업세계에 다시 편입되려는 이들의 노력을 지원하는 과제를 계속적으로 수행해야 한다. 이렇게 해야만 일자

리의 자유에 대한 중대한 제한의 결과를 합리적인 수준에서 완화시킬 수 있다. 그 밖에도 앞으로 적용되는 법에 따라서는 정식 자격을 증명할 수 없는 사람들에게 대해서는 이들의 능력, 지식 또는 경력에 따라서 책임성 여부가 판단되어야 한다. 이 과정이 개별적으로 어떤 절차에 따라 진행될 것인지는 관할 고권주체가 정해야 한다.

관련 규정은 모성보호법 영역의 해고보호규정을 위반하였다는 점에서 기본법 제6조 제4항과 결합된 제12조 제1항과 합치하지 않아서 무효이다. 임신부와 출산 후의 여성들에게 해당 규정은 과잉적인 조치에 해당한다. 해당 규정이 보호하고자 하는 것이 설령 중대한 공익이라 할지라도 이들에게는 그 같은 제한이 정당화될 수 없다. 이들은 특별한 보호가 필요한 자들이다. 기본법은 제6조 제4항에서 이들에게 공동체의 보호와 부조(扶助)를 요구하는 청구권을 보장하고 있다(vgl. BVerfGE 32, 273 [277]; 52, 357 [365]). 입법자는 이들의 근로관계를 별다른 이유 없이 종료시키고 어느 날 갑자기 실업과 유사한 상황에 처하게 해서는 안 된다.

기본법 제6조 제4항에 따른 보호 과업과 관련해서 현행 모성보호법은 해고금지를 통해 배려하고 있다. 이에 대립하는 고용주의 이해관계는 멀찍이 뒤로 후퇴해야 한다(vgl. BVerfGE 52, 357 [367]). 이 규정들이 헌법상 어디까지 세부적으로 요청되는지는 여기서 별로 중요하지 않다. 어떤 경우라도 임신부와 산모들이 효율적인 노동법상의 해고보호를 받지 못하는 상태에 있어서는 아니 된다. 이러한 사실은 기본법 제6조 제4항에서 요청되고 있다.

연방입법자는 공공재정의 극심한 부담과 구 동독 공행정의 획기적인 구조조정 필요성을 핑계로 이 같은 요청을 무시할 수 없다. 임신부와 산모들의 일자리 보호는 원칙적으로 또한 기업의 어려운 경제적 여건에서도 고용주에게서 기대가능하다. 연방과 연방주들도 이 의무에서 벗어날 수 없다. 이로 인해서 공공재정의 과도한 추가 부담이 발생하지는 않는다. 기본법 제143조 제1항은 이 같은 결론과 충돌하지 않는데, 기본법으로부터의 이탈이 확인되기는 하지만 서독과 구 동독의 다른 상황을 고려하면 별다른 문제없이 피할 수 있겠기 때문이다.

해당 규정의 일부가 무효로 판명되었고 따라서 모성보호법에 의거하여 근로관계가 정지되어 해고되지 않아야 하는 여성의 근로관계는 해당 규정에 포함되지 않는다. 따라서 기준일은 1990년 10월 3일 또는 해당 규정의 제2항 제2문에

대한 각주 2)에서 도출되는 그 이후의 시점이 된다. 「모성보호법」은 「통일조약」의 기준과 함께 적용된다(Art. 8 EV i.V.m. Anlage I Kapitel VIII Sachgebiet A und Anlage II Kapitel VIII Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 b 참조).

(7) 기본법 제14조 위반 여부

그 외에 기본법 제14조도²⁰⁾ 침해되지 않았다. 이 조항은 여기서 사항연관성이 더 많은 기본권인 기본법 제12조 제1항에 의하여 후퇴된다. 기본법 제14조 제1항은 취득된 것, 노동의 결과를 보호하고, 반면 제12조 제1항은 취득, 활동 자체를 보호한다. 공권력의 행위가 개인의 생계능력과 활동능력의 자유를 침해할 경향이 큰 경우에는 기본법 제12조 제1항의 보호영역이 침해되었고, 기존 재산의 소유와 사용을 보다 더 제한하는 경우에는 제14조의 보호대상이 된다(BVerfGE 30, 292 [334 f.]; 31, 8 [32]; 65, 237 [248]; 81, 70 [96]). 청구인들은 자신의 일자리를 유지하기 위해 투쟁하고 있으며 따라서 개인의 생계능력의 자유를 위해 다투고 있다. 기본법 제14조 제1항은 이에 대한 심사기준의 대상이 될 수 없다.

(8) 평등원칙 위반 여부

관련 규정은 일반적 평등원칙(기본법 제3조 제1항)에 위반되지 않는다. 이에 따르면 입법자가 여러 인적인 비교집단들 간의 법적 관계를 차별적으로 규정할 때에는 두 비교집단 사이에 불평등한 대우를 정당화하는 특성과 중대성이 있는 차이가 존재할 때에만 특정 집단의 규범수신자들을 다른 규범 수신자들과 달리 취급할 수 있다(vgl. BVerfGE 55, 72 [88]; 82, 126 [146] m.w.N.). 이 사건에서 불평등 취급은 관련자들이 일하는 기관의 존속 또는 소멸과 관련되어 있다. 이전 되는 기관에 종사하는 피고용인들이 계속고용되는 객관적인 이유는 그곳에서는 노동활동이 계속해서 필요하다는 데에 있다. 어느 한 노동력에 대한 수요가 지속되는가 또는 중단되는가 하는 것은 근로관계를 유지하느냐 또는 종료하느냐 여부를 결정짓는 객관적인 근거이다. 이 수요는 그 중대성이나 영향력의 관점에서

20) 독일기본법 제14조는 재산권조항이다.

도 차별을 정당화하기에 적절하다고 볼 수 있는데, 특정 노동활동에 대한 수요는 근로관계에 경제적인 의미를 부여하기 때문이다.

관련 규정이 공직종사자에게 부당하게 불이익을 주기 때문에 기본법 제3조 제1항에 위배된다는 주장도 타당하지 않다. 공행정의 특수한 과업, 특히 시급한 구조조정과업을 신속하게 처리해야 하는 핵심적인 역할은 직원관리제도를 달리 운영할 수 있는 충분히 중대한 사유가 된다.

기본법 제3조 제1항의 평등대우원칙은 입법자에게 경우에 따라서는 본질적으로 같지 않은 상황들을 차별적으로 취급할 것을 명령할 수 있다(vgl. BVerfGE 13, 46 [53]). 청구인들의 주장처럼 사회적으로 어려운 여건에 있는 특정집단에게도 이를 요청할 수 있는지는 상황별로 달리 판단되어야 할 문제이다. 청산되는 기관의 모든 근로관계를 일률적으로 종료시킨 데에 기본법 제3조 1항의 관점에서 문제를 제기한 것과 관련해서는 이미 앞서 제12조 제1항과의 연관성 속에서 판단하였다. 평등대우원칙이 더 이상의 보호를 보장하지는 않는다.

(9) 인간의 존엄성 위반 여부

청구인들의 인간 존엄성도 침해되지 않는다. 예견되는 실직이 이들에게서 인간 존엄성을 빼앗는 것은 아니다. 이들의 최저생계가 위협받는 것도 아니다. 계약이 종료된 후에 이들은 당분간 실업수당을 받고 그 이후에는 비상시에 실업지원금이나 기초생활지원금을 받을 수 있다. 이들이 일자리를 잃음으로써 곧바로 인간 존엄성이 침해되었다고 볼 특별한 이유가 확인되지 않는다(BVerfGE 45, 187 [227 f.] 참조).

(10) 효율적인 권리구제를 받을 권리의 침해 여부

청구인들의 효율적인 권리구제를 받을 권리도 역시 침해되지 않았다.

이와 관련해서 이들은 자신들의 개별적인 권리가 해당 법률을 통해 직접 침해되었으며, 이로 인해 이 침해에 대항하는 사법적 제소가 불가능해졌다고 주장한다. 이 같은 주장도 이유가 없다. 행정관청과 법원에서의 개별 심사를 통해서만 기본권이 지켜질 수 있을 때에 기본법 제19조 제4항이 개인의 권리에 대한 직접

적인 법적 침해를 금지하는지의 여부는 여기서 더 논란될 여지가 없다(이 점에 있어서는 BVerfGE 24, 367 [401 ff.]; 45, 297 [333 f.] 참조). 왜냐하면 앞서 설명한 바와 같이(해당 결정문 III 3 d bb) 관련 규정은 그가 누구인지 여하를 불문하고 일자리의 자유로운 선택권을 제한하는 경우에도 청구인의 여러 기본권과 합치하기 때문이다. 이러한 여러 관점은 여기서 또한 법률을 통한 근로관계의 종료와 이로 인한 권리보호의 축소를 정당화한다.

끝으로 해당 기관의 청산 사실을 자신들에게 규정대로 통보하지 않은 것이 자신의 권리보호에 대한 제한이며 허용되지 않는다고 보는 것과 관련해서도 통일조약에 흠결이 있다고 볼 수 없다. 물론 고권행위가 국민들에게 직접 또는 규정된 형식에 따라 공개적으로 공표될 때에 비로소 법적인 효력을 발생할 수 있음이 맞기는 하다. 이는 기본법 제20조 제3항의 법치국가요청 속에 자리 잡은 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙으로부터 도출되며(BVerfGE 30, 392 [403] 참조), 게다가 또한 일반법률상으로도 확정되어 있다 (§§41, 43 행정절차법[VwVfG] 참조). 「통일조약」에서는 이와 같은 일반적인 절차규정을 반복할 필요가 없었다. 이에 대해서는 이미 앞서 다른 맥락(해당 결정문 III 3 b)에서 지적한 바가 있다.

IV. 결정 요지

1. 기본법 제12조 제1항에서 보장하고 있는 자유로운 일자리 선택에 관한 기본권은 개개인에게 자신이 선택한 직업에서 구체적인 고용가능성을 취득, 유지 또는 포기할 수 있는 결정을 보호한다. 반면에 이 선택의 자유가 자신이 선택한 일 자리를 제공해 줄 것을 청구하는 권리와 결부되지는 않는다.

2. 객관적인 사유에 기한 면허제한이 직업선택의 자유를 제한하는 것과 동등한 효력으로 특정 규정이 일자리 선택의 자유를 제한하는 경우에 이 규정은 면허제한에 상응할 정도로 중대한 공익을 보호하기 위한 목적으로만 그리고 비례성원칙이 준수되는 가운데에서만 허용된다.

3. 청산되는 공공기관 종사자들의 근로관계를 중지시키고 만료기한을 정하고 있는 「통일조약」의 규정은 「모성보호법」의 해고보호규정을 위반한 점에서 기본법

에 합치하지 않으며 무효이다. 중증장애인, 고령노동자, 한부모가정 등 그밖에 이와 유사 관련자들이 처해 있는 특수한 정황이 공직 채용 시에 고려되어야 한다.

이 사건 결정주문은 다음과 같다.

이 헌법소원은 이유가 없는 것으로 기각된다. 다만 「통일조약」 부속서 I 제19장 사항영역 A 제3절 제1호 제2항과 제3항은 이 규정이 「모성보호법」에 따라 근로관계가 정지되어 있었던 시점으로 해고되지 않아야 하는 여성들에게도 해당된다는 점에서 기본법에 합치하지 않는다. 그 밖에 관련 규정들은 헌법합치적으로 해석할 때에 기본법과 합치한다.

V. 분석 및 평가

1. 결정의 의의

연방헌법재판소의 이 결정과 함께 독일통일을 전후해서 공직통합 및 인적 통합과 관련하여 불거졌었던 여러 법적 논란이 큰 틀에서 종결되었다. 이후 개별적인 근로관계의 해지 등과 관련해서 제기된 많은 사건들이 여러 노동법원들에서 다루어졌다. 만일 독일통일이 실제 벌어진 것처럼 동독지역의 서독 기본법 질서에로의 편입에 따른, 즉 흡수통일이라는 형식과 과정이 아니었다면 아마도 관련 상황은 사뭇 달랐을 것이다. 따라서 문제사안과 관련해서 흡수통일이라는 특수한 상황도 한편 고려되어야 하지만, 기본법하의 법질서가 동독지역으로 그 적용범위와 효력을 확장하는 가운데 동독지역의 주민들 또한 이를 수인해야할 당위성과 필요성도 함께 주어졌다고 본다.

연방헌법재판소는 「통일조약」과 그 부속서 등에 따른 조항에 근거해서 구 동독 공무종사자들의 기존 근로계약을 정지시키고서 일정한 액수의 대기수당이 지급되는 가운데 특정일 이전에 계속고용이 제안되지 않으면 근로관계가 최종적으로 종료되는 것이 해당 법률에 의거한 기관청산결정의 직접적인 결과로 발생하는 기본권의 제한에 해당되며, 이는 기본법 제12조 제1항 제2문이 보호하는 일자리 선택의 자유를 제한한다고 판단하면서 이어서 비례성심사를 통해 제한의 정당성 여부를 판단하였다. 이어진 본안심사에서 연방헌법재판소는 구 동독에서 여러 공

행정의 조직과 체계가 비민주적이고 비대(肥大)했던 가운데 통일 이후에 이들 조직의 청산·통합 등의 조직개편 그리고 이에 따르는 인적 구조조정이 나름 불가피하다고 보면서, 해당 규정에 따른 기본권 제한이 정당하다고 판단하였다. 연방 입법권한 및 명확성원칙의 위반 그리고 인간존엄성과 재산권의 침해 등 청구인들의 기타 여러 주장은 각하되었다.

다만, 연방헌법재판소는 실직 이후에 제공되는 계속교육이나 직업전환교육 등을 통해 새 일자리를 찾을 가능성이 희박한 중증장애인, 고령자 및 한부모가정 등의 사회적 취약집단에 대한 특별한 배려를 실시하면서, 특히 임신부와 수유중인 여성을 따로 배려하지 않고서 실직하게끔 하는 것은 기본법 제6조 제4항과 결합해서 기본법 제12조 제1항과 합치하지 않는다고 판단하였다.

기본법 제6조 제4항이 보장하는 ‘모성(母性)의 보호 및 배려 청구권’은 주관적 공권이자 동시에 객관적 가치질서로서 이로써 입법자에게 특별한 과업을 부여하고 있다고 이해된다. 이 조항은 임신과 출산에 따른 생애적 모성과 관련되는 특별한 부담을 상쇄하며,²¹⁾ 이러한 한에서 사회국가원리에 대한 특별법(*lex specialis*)으로서 보장된다.²²⁾ 따라서 이 기본권의 주체는 아이를 키우는 모든 어머니가 아니고 임신 및 출산 그리고 수유 및 회복 시기에 있는 여성인데 특히 이에 따르는 경제적, 직업적 불이익을 방지가 그 보호취지이다.²³⁾ 기본법 제6조 제4항의 보호 요청에 따라서 독일의 기존 모성보호법은 이들에 대한 해고금지를 통해 배려하고 있으며, 통일 시점에서 이미 「통일조약」과 함께 「모성보호법」이 함께 적용되기 때문에 통일 이후 구 동독에서의 어떤 어려운 조건 하에서도 임신부와 산모들의 일자리 보호가 특별히 배려되어야 한다고 연방헌법재판소는 판단하였다.

1991년 4월 24일자 연방헌법재판소의 이 결정과 함께 「통일조약」 부속서 I 제 19장 사항영역 A 제3절 제1호의 일부 규정이 위헌 무효로 선언되었다. 그리고서 1992년 8월 20일자 개정 법률을 통해 해당 규정의 후단 부분이 다음과 같이 변경되었다. “이 부분 문구(Satz)는 1993년 12월 31일자로 효력을 상실한다.”

21) BVerfGE 60, 68 (74).

22) BVerfGE 32, 273 (279).

23) Jarass/Pieroth, GG-Kommentar Art. 6 Abs. 4 Rn. 45 f; BVerfGE 32, 273 (277); 60, 68 (74).

2. 학계의 평가 및 결정 이후의 상황

(1) 학계의 평가

연방헌법재판소의 이 대기자 결정에 대해 이후 독일 학계의 평가가 그다지 우호적이지 않다. 그러나 학계에서 판결을 옹호하는 판례평석이 드문 반면에, 판례평석의 대부분이 비판적인 논조인 것이 통례임을 또한 감안할 필요가 있다. 대체로 통일 이후 구 동독의 행정조직 통합과 해체 및 인력구조조정을 위해 마련된 규정들과 이들 규정에 대한 연방헌법재판소의 이 사건 결정이 통일에 직면한 국가이성(Vereinigung-Staatsraison)의 관점에서 행해졌고, 통일된 독일에서 새로운 관계의 적정화(Anpassung)에 기여했다고 평가된다.²⁴⁾ 즉 연방헌법재판소는 구 동독의 행정조직에서 인적 구성이 상당히 과잉상태였고, 불필요한 기구 청산과 인적 구조조정이 없이는 연방과 주의 재정적 급부능력에 전적으로 과부하가 걸릴 것이라고 판단하는 가운데 헌법소원을 기각하면서도, 다만 해고를 통해 기본법상의 모성보호규정이 침해되거나 중증장애인과 고령노동자 및 한부모가정을 적극 배려해야 하는 예외적인 경우를 적절하게 밝혔으며 나름 긍정적으로 평가된다.

그러나 반면에 비판적인 입장에서는 먼저 기본법이 요구하는 법치국가원리에 충실하자면 일괄해결방식(Pauschale Lösung)이 아니라 개별심사원칙(Einzelfallprüfung)이 보다 철저하게 관철되었어야 했다고 지적한다. 즉 구 동독에서 전체 기구 내지 부분기구의 청산과 개별 공직종사자들의 해고를 보다 엄밀하게 구별해서 실시했어야 마땅하다는 주장이다. 특히 과거에 슈타지에 종사했던 재임용 대상자 내지 공직지원자들에 대해 일괄적으로 재임용이나 채용을 거부하는 일괄해결방법이 아니라, 개개인의 구체적인 활동과 그 동기 등을 토대로 개별적으로 심사해서 보다 신중하게 판단했어야 했다고 강조한다. 예컨대 슈타지에 소속하면서도 소극적으로 업무를 수행했던 직원도 있을 수 있고, 슈타지 관련 활동을 하게 된 동기에 있어서 불가피한 경우도 있을 수 있기 때문이다. 과거에 맡았던 고위직책이나 주된 당 활동이 비록 헌법충실을 의심케 하는 하나의 단서가 될지언정 개별심사 자체를 대체할 수는 없다는 주장이다.

연방헌법재판소가 이 사건 결정에서 나름 위 준별론에 근거했음에도 불구하고,

24) W. Weidenfeld/K.-R. Korte(Hrsg.), Handbuch zur deutschen Einheit 1949-1989-1999, 1999, S. 128 f.

모두를 전적으로 만족시키지 못했다고 비판된다.²⁵⁾ 요구되는 개별심사원칙에도 불구하고 예컨대 작센(Sachsen)주에서는 과거 슈타지에서 공식적 내지 비공식적 협력자로 활동한 전력이 입증된 경우에 주행정기구에서의 고용을 원칙적으로 배제시켰고,²⁶⁾ 이 작센주의 해결방식이 이후 다른 동독주들에게도 하나의 준범으로 적용되었다고 한다. 그러나 구 서독출신의 공직지원자들에게도 슈타지와 관련한 협력적 활동 여부에 관한 석명서 제출이 동일하게 요구되었다는 점에서 헌법상 평등원칙에 합치하며, 인적인 과거청산을 바라는 구 동독주민들의 희망과도 부합된다며 이를 옹호하는 견해도 제기된다.²⁷⁾

개별심사는 주로 질문서(Fragebogen)의 작성을 토대로 이루어지는데, 기존의 공직종사자 내지 공직지원자는 재임용 내지 신규채용에 앞서서 이를 제출해야 한다. 이와는 별도로 적어도 특정한 공직의 지위에 있었던 모든 공직종사자 내지 공직지원자의 경우에는 부담스러운 전력이 존재하는지의 여부에 대해 슈타지 활동과 관련한 방대한 자료를 보존·관리하고 있는 이른바 ‘가우크 행정청’(Gauck-Behörde)에의 정규조회가 행해졌다. 그러나 이 경우에도 소장 자료상의 활동만으로는 해당자의 문제시되는 전력을 확정짓기에 불충분하고, 이에 관한 입증책임은 고용행정청이 부담함이 마땅하다는 주장이 제기되었다.²⁸⁾ 따라서 관철된 ‘차별화된 개

25) U. Berger-Delhey, Das sog. Warteschleifenurteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Folgen, ZTR 1991, S. 418 f.

26) 작센주에서는 주의회에 소속한 특별위원회의 권고결정에 따라서 과거 구 동독 공산당정권 하에서 아래에서 열거되는 기능을 담당한 자들의 공직채용이 거부되었다. 즉 정치국의 구성원, 공산당중앙위원 및 후보자, 장관 및 차관, 각 부의 국장, 당지부장 및 부지부장, 내무성 과장 및 직원, 국가운영기업, 콤비나트, 국가기관 및 이에 상응하는 기구의 책임자, 전투부대의 지휘관 및 정치담당책임자, 보안관련기구의 책임자, 장학관, 총장 및 부총장, 민병대의 상근책임자, 국가보안청 및 국가안보국을 위해서 활동한 자, 학장 및 부학장, 국제협력파트의 책임자, 시장, 각 정당의 상근간부, 군사기구의 책임자, 노동조합의 상근간부, 자치단체소속의사, 군의관, 양로원 및 의료기관의 책임자, 고위 군간부 및 당간부, 문화관련기구의 상근간부, 체육관련기구의 상근간부, 고위직 관세공무원, 국경통제소직원, 사법 및 형사집행기구의 책임자, 대외통상관련기구의 책임자, 대사관직원 및 외교 및 대외통상파트의 관련 직원, 민병대간부, 심사를 통과하지 못한 법관 및 검사, 인민전선의 상근간부 등이 해당된다. 이에 관해서 보다 상세하게는 L. Kathke, Verfassungstreueprüfung nach der deutschen Wiedervereinigung -dargestellt anhand einiger Beispiele, in: Zeitschrift des Beamtenrechts 1992, S. 347 Fußnote 36 참조.

27) H. Goerlich, Anmerkung, in: Juristenzeitung 1995, S. 901. 구 동독지역에서 진행된 헌법충실심사의 문제점에 관한 보다 상세한 논의는 L. Kathke(각주 26), S. 344 ff. 참조

28) Vgl. Säcker/Oetker, Münchner Kommentar zum BGB, Ergänzungsband, Zivilrecht im Einigungsvertrag, 1991, Rn. 1021; Lansnicker/Schwirtzek, Der Beweiswert von Stasi-Unterlagen im Arbeitsgerichtsprozeß, in: DtZ 1994, S. 162; 베른하르트 슐링크(권상희 역), 과거의 죄, 시공사, 2015, 66쪽 참조. 관련 절차상으로도 인사위원회나 윤리위원회가 설치되어 신상질의서나 가우크행정청으로부터의 회신답변에서 부담스러운 관련사항들이 드러나면, 해당 재임용대상자나 공직지원자를 청문하고서, 여기서 자신의 입장을 표명할 수 있는 기회가 부여되었다고 한다.

별심사원칙'은 그 자체로 이미 행정관청의 소명(Erklärung)을 요구하고 있는 것으로 보였으나, 실제로는 근로관계의 유지가 더 이상 기대할 수 없는 것으로 '보이는지'(erscheint)의 여부를 행정관청이 구체적인 상황 속에서 형량해야 하는 것으로 나타났다.²⁹⁾ 그러나 여기서 '보이는지' 여부를 두고서 고용관계의 지속 여부를 결정하는 데에는 상황이 실제로 어떠하냐가 중요하지 않고 상황이 어떻게 보이느냐가 중요하고, 그래서 누군가는 계속 일하는 것이 수용 가능한데도 불구하고 나쁜 이미지 때문에 해고될 수 있고, 누군가는 계속 일하는 것이 수용 불가능한데도 좋은 이미지 때문에 고용이 지속되면 안 된다는 의미로 이해되었는데, 이 같은 해석·적용이 헌법과 합치하지 않는다고 지적된다.³⁰⁾

구 동독 주민들의 입장에서는 통일 이후의 새로운 법질서 속에서 어느 누구도 개인의 지속적인 발전과 새로운 지향을 위한 의지가 부득이한 과거의 불행한 전력으로 인해서 박탈되어서는 아니 된다는 데에 공감대를 형성했다고 보인다.³¹⁾ 따라서 구 동독정권 하에서의 근무상의 활동을 근거로 현재 요구되고 있는 근무법상의 충실의무를 소급해서 적용하는 것은 비역사적이고, 위헌적이라는 의견이 일각에서 제시되었다.³²⁾

이러한 가운데 연방노동법원은 통일 이후 공직조직의 통합과정에서 해고된 구 동독 공직종사자들이 제기한 소송들에서 독일통일의 형성이라고 하는 특수한 상황 속에서는 개별심사원칙이 아니라 오히려 일괄해결방안이 보다 타당하고, 심지어 그것이 적극 요청되고 있다는 입장을 피력했다. 즉 구 동독의 공직은 정치적

29) 이와 관련해서 연방노동법원은 '보이는지(erscheint)'의 여부라고 하는 징표 속에서 특별한 강조점을 인식했다. 동 법원은 통일 이후 공직조직의 통합과정에서 임용이 거부된 후 제기된 일련의 소송들에서 통일조약 부록서에서의 해고에 관한 규정이 내부적으로 추측되는 상황이 아니라 해당공직자가 행정청에서 수행한 외관을 판단기준으로 삼아서 적용된다는 입장을 밝혔다. BAGE 70, 309 (319); 70, 323 (329 f.). 이에 관해서 보다 상세한 것은 R. Ascheid, Aktuelle Rechtsprechung zum Einigungsvertrag, in: NZA 1993, S. 102 참조.

30) 베른하르트 슐링크(권상희 역)(각주 28), 67쪽 이하 참조. 이 책의 저자인 슐링크 교수는 저명한 헌법학자 이면서, 우리에게는 특히 2008년에 영화로도 제작된 그의 소설 <The Reader: 책 읽어주는 남자>를 통해 잘 알려져 있다. 그는 여기서 보다 진지하고 면밀한 개별심사원칙을 옹호하면서 구 동독 주민들이 과거 슈타지 활동에 대한 판단을 개별화해야 하고, 그것이 다루어지고 있는 판결에서 훨씬 더 개별화해야 한다고 보고 있다고 강조한다. 베른하르트 슐링크(권상희 역)(각주 28), 73쪽 이하 참조. 과거사 청산과 관련해서 구 동독의 슈타지 활동에 대해 그가 옹호하는 이 같은 진지한 개별심사원칙이 나치체제 하에서의 유대인수용소에서 근무했던 소설 The Reader의 여주인공이 전법재판에서 혼자서 모든 잘못을 뒤집어 쓰고서 마지막에 자살로 삶을 마감하는 억울한 사연과도 겹친다.

31) W. Loschelder, Verwaltung, Armeen, Gerichte, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band IX, 1997, §217 Rn. 61.

32) H. Goerlich, Hergebrachte Grundsätze und Beitrittsbeamtenentum, in: Juristenzeitung 1991, S. 75 ff.

으로 구 동독공산당의 노선에 합치하는 충성스러운 시민들로만 지나치게 많이 차지된 상태여서 이 같은 포화상태가 이제 과감하게 축소되어야 하고, 따라서 그 간 정치적으로 구 동독공산당과 노선을 같이 하지 않았던 시민들에게도 새로이 공직에의 접근기회를 열어주어야 한다는 입장을 밝혔다.³³⁾ 이러한 연방노동법원의 판결에 대한 헌법소원에서 연방헌법재판소는 여기서 요청되는 개별심사원칙과 보다 면밀한 정황이 노동법원의 판결에서 충분할 정도로 심사되지 않았다고 보면서 헌법소원을 부분적으로 인용하는 결정을 내리기도 했다.³⁴⁾

이어서 연방헌법재판소가 그간 국제조약의 합헌성심사 등에 사용해왔던 이른바 ‘사법자제의 원칙’을 이 사건에 적용하지 않았다는 비판, 대기줄의 남용에 대한 비판 그리고 통일조약 제13조에서 확정된 ‘청산’(Abwicklung)개념과 관련해서 이로써 자유로운 일자리 선택의 자유라는 기본권 제한이 “본질적으로 기본법과 합치한다”. “규범의 명확성에 관한 법치국가적 요청을 충족해야 한다”는 연방헌법재판소의 설시는 환영하지만, 문제의 규정들이 실제로는 자의적으로 다루어지고 있다는 점에 대해 우려가 제기되었다.³⁵⁾

(2) 이 결정 이후의 구 동독 행정인력 통합 현황

1) 일반적 현황

1989년 9월 30일 당시 전체 230만 명이었던 동독 공무원들 중에 약 30만 명이 통일 이전에 퇴직하는 등 1993년까지 이미 74만 명이 해고되었으며, 그 이후에도 35만 명의 해고가 진행됨으로써 총 1백만 명 이상의 해고가 진행되었다고 한다.³⁶⁾³⁷⁾ 이로써 1995년 현재 동독지역의 행정인력은 150만 명 수준으로 크게 감축되었다.³⁸⁾ 특히 구 동독의 중앙부서에 근무하던 56만 명 가운데 86%가 감축되

33) BAGE 70, 309 (320); 70, 323 (330).

34) BVerfGE 92, 140; 96, 152.

35) U. Berger-Delhey(각주 25), S. 418 ff. 여기서는 통일조약 법문상의 ‘청산’(Abwicklung) 개념이 해석방법론상 주관론이 아닌 객관론에 따르면 연방헌법재판소가 이해하듯이 반드시 ‘해체’(Auflösung, Liquidation)를 뜻하지는 않는다고 주장된다.

36) F. Henneberger, Personalentwicklung in den öffentlichen Verwaltungen der neuen Bundesländer, in: Deutschland-Archiv 1995, S. 394 ff.; M. Osterland, Kommunale Demokratie in den neuen Bundesländern, Eine Bilanz, Aus Politik und Zeitschrift, B 50(1996), S. 41 ff.

37) 문헌에 따라서는 통일 직전 구 동독 행정인력수를 210만 명으로 소개하기도 하는데, 이는 구 동독 공직 종사자들의 인적 범주를 어떻게 파악하느냐에 따라서 빗어지는 차이로 이해된다.

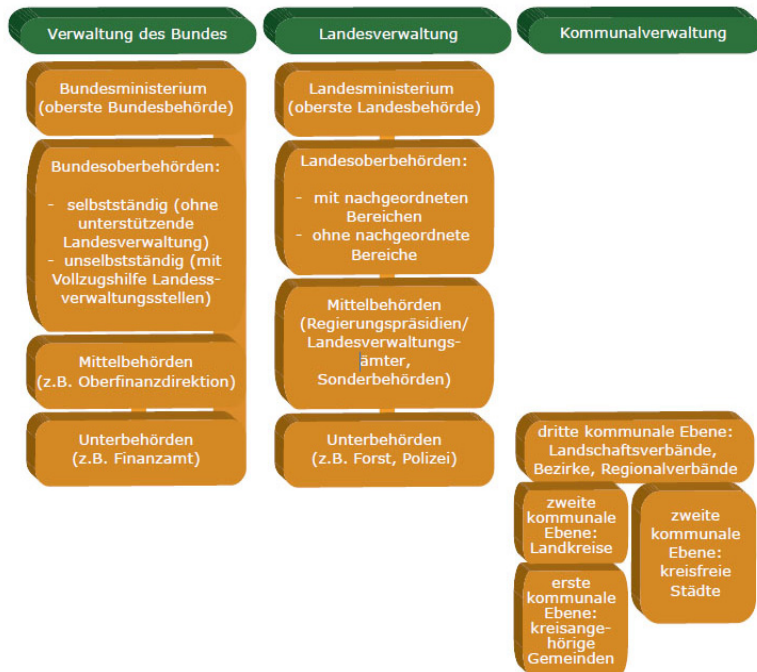
38) K. König/V. Messmann, Organisations- und Personalprobleme der Verwaltungstransformation in Deutschland,

었는데, 그 이유는 행정기관의 폐지, 고용계약의 해지, 은퇴 및 공공분야의 민영화 등이라고 한다.³⁹⁾ 그리고 새로운 여러 자리에 상당수의 서독출신 공무원들이 임명되어서, 1993년까지 동독지역 행정기관들에 배치된 서독 출신 공무원들이 총 3만5천 명에 달한다고 한다(연방업무 1만5천 명, 주 및 지방업무 1만 명, 기타 1만 명).

통일 이후 구 동독의 새로운 연방주들에서는 기존 서독에서와 같이 아래 <그림>에서와 같이 연방행정(Verwaltung des Bundes), 주행정(Landesverwaltung) 및 지방행정(Kommunalverwaltung)으로 나뉘는 세 단계의 행정구조로 재편되었다.

■ Verwaltung der Länder in Ostdeutschland

Die öffentliche Verwaltung – Dreistufiger Behördenaufbau



Quelle: Gabriel/Holtmann 2005, S. 352
Lizenz: Creative Commons by-nc-nd/3.0/de; Bundeszentrale für politische Bildung, 2010, www.bpb.de

[그림: 통일 이후 변경된 동독지역 연방주들의 행정체제]

1995, S. 36.

39) 박해욱(각주 6), 192쪽 참조.

2) 개별 영역에서의 현황

○ 사법과 경찰 영역⁴⁰⁾

1990년 말에 동독지역에서 주의회선거가 실시되고서 형성된 새로운 연방주들에게 가장 중요한 과업의 하나가 사법권을 새로운 구성하는 것이었다. 『통일조약』에서는 그간 서독에서 적용되어오던 여러 사법관련법률을 과도기에 완화된 수준으로 구 동독에 적용하기로 했었다. 그러나 법원과 검찰의 인적 개혁은 이들 기관과 그 인적 구성원들의 과거 구 동독정권 하에서의 체제밀착성과 인권탄압 등의 전력으로 인해 구 동독 주민들에게서 크게 불신 받는 상황에서 더욱 특별한 관심 속에 놓여 있었다. 실제로 구 동독 출신의 법관과 검사들 중에서 적어도 1/3 이상이 물러나는 대폭적인 인적 청산이 필요하다는 의견이 강하게 주장되었다.⁴¹⁾

1990년 7월 22일에 행해진 법관선출위원회의 구성과 활동에 관한 구 동독의 인민회의 결정이 계속해서 적용되었다. 동 위원회는 인민회의 의원 6인 그리고 법관들 가운데 선출된 4인으로 구성되었다. 새로운 연방주가 구성된 이후에 6개 연방주에서 총 6명의 위원이 선출되었다. 새로운 관계에서 계속해서 근무하고자 하는 법관들과 검사들은 자유롭고 민주적이며, 연방주의적, 사회적 그리고 친환경적으로 지향된 법치국가에 그들이 합당한지의 여부가 심사되었고, 더 나아가 도덕적, 정치적 통합, 전문적인 적성과 향후 직업윤리적 태도와 재교육을 위한 준비자세 등이 심사되었다.

심사에서 거부된 이들에게는 단지 예외적으로 권리구제가 허용되었다. 작센(Sachsen)주에서 임용이 거부된 법관들에게 법관직무재판소에의 제소가 가능한지 여부가 논란되는 사건이 연방헌법재판소에 제기되었다. 연방헌법재판소는 1992년 7월 8일에 법관직무재판소의 위헌제청에 따른 두 개의 심판사건을 결정했는데,⁴²⁾ 임용거부에 대한 사법적 심사가 행정법원의 관할이라고 밝혔다. 왜냐하면 여기서의 근무를 위한 흠결 여부를 다투는 절차가 아니라 법관(또는 검사)의 근무관계에서의 고용이 문제시되기 때문이라고 보았다.

40) 아래 내용은 W. Weidenfeld/K.-R. Korte(각주 24), 131쪽 이하 참조.

41) 이에 대해서는 R. Wassemann, Zwei Drittel bleiben, ein Drittel muß gehen, in: Deutsche Richterzeitung 1991, S. 244; D. Majer, Die Überprüfung von Richtern und Staatsanwälten in der ehemaligen DDR, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1991, S. 171 f.; W. Pripke, Die politische Treuepflicht des Richters, in: DRiZ 1991, S. 4 ff. 참조.

42) BVerfGE 97, 68 (95).

변호사와 공증인 직업군에 대해서는 이들이 ‘권리구제기구’로서 적합한지 여부가 이후 별도로 심사되지는 않았다. 이로써 법관과 검사직에 더 이상 적합하지 않은 많은 법조인들이 변호사나 공증인으로 도피하는 데에 성공했다고 한다. 이들과 기존에 이미 허가받은 변호사들은 더 이상 심사대상이 아니었다. 연방입법자들은 이후 1992년 7월 24일에 『변호사개업허가, 공증인 및 명예직법관 임용 심사에 관한 법률』을 제정해서 이 같은 법적 흠결을 보완하였다. 동 법률에 따르면 1990년 9월 15일 이전 시기를 기점으로 변호사나 공증인이 허가된 이후에 해당 직업을 수행하기에 부적합하거나, 자신의 행동에 책임이 있다면 변호사나 공증인으로서의 허가가 취소될 수 있도록 했다. 이 법률에 따르면 변호사나 공증인이 ‘특히 슈타지에서 주된 직책을 맡았거나 비공식적 협력자로서 활동한 관계에서 인도주의나 법치국가의 기본원칙을 침해한 경우’에 이에 해당한다.

○ 구 동독의 대학교원 및 연구자

베를린 고등행정법원(OVG)은 명시적으로 연방헌법재판소의 대기자 결정을 언급하면서 교육부장관에게 훔볼트대학의 특정 학과의 청산을 거부하는 판결을 내렸다. 여기서 행정법원은 해당 과업이 종료된 것이 아니라 이 학과의 대체 없는 폐지가 다투어지는 가운데 그러한 한에서 기존 기능영역의 범주 내에서 구조적 변경만이 문제될 뿐이라고 보았다.⁴³⁾ 이 대기자 결정의 변형으로 동베를린의 독일과학아카데미(Deutsche Akademie der Wissenschaften in Ost-Berlin)에 대해 연방헌법재판소가 1992. 3. 10.에 내린 결정이⁴⁴⁾ 또한 언급된다. 통일조약은 베를린 아카데미와 같은 전통적인 석학자들의 협회(Gelehrtensozietät)를 여느 일반 연구기구들과 분리하면서, 이들 연구기구는 1991년 말을 기한으로 청산되도록 정하고 있었다. 이에 대해 33명의 관련자들이 헌법소원을 제기했는데, 해고가 추후 통지되는 경우에 사후기간이 보장되는 한에서 이 헌법소원은 허용되었다. 이후 연방헌법재판소는 구 동독지역 대학들의 적정화문제를 재차 다루었다. 즉 1997년 2월 26일자 결정(BVerfGE 95, 193)에서 연방헌법재판소는 관계된 일련의 여러 헌법소원심판사건을 결정했는데, 구 동독법에 따른 교수들은 그네들의 개인적인 적성과 전문적 능력이 공식적인 절차에서 확인되더라도 서독법상의 교수로 받아들이지 못한다고 보았다. 그리고 작센-안할트(Sachsen-Anhalt)와 베를린에서

43) 이에 대해서는 Beschluß vom 6. 6. 1991- OVG 8 S. 76, 91: ZTR Heft 8, S. 339 f. 참조.

44) BVerfGE 85, 360.

행해진 것과는 달리 연구자(Wissenschaftliche Mitarbeiter)의 지위로도 소급적용이 허용되지 않는다고 판단하였다.

○ 구 동독의 군대와 병사 부문

통일국면에서 구 동독의 인민군 병력의 제한된 인력만이 새로운 연방군대로 편입될 것은 처음부터 분명한 사실이었다. 그러나 「통일조약」 부록서 I 제19장 사항 영역 B 제2절 제2호 §1에서는 원칙적으로 인민군 군인들은 편입과 더불어서 연방군대의 군인으로 편성될 것으로 정해졌다. 즉 의무복무중인 군인의 경우에 계속해서 서독에서 적용되어온 「군인법」(Soldatengesetz)과 「병역의무법」(Wehrpflichtgesetz)이 적용되고, 임시직군인과 직업군인의 경우에는 기존 봉급의 70%의 대기보상금이 계속적으로 지급되는 가운데 휴직상태로 있게 하되, 6~9개월 동안 신분 상태에 변동이 없는 경우에는 최종적으로 해고된 것으로 규정되었다. 개별 군사기구와 조직들이 앞으로 계속해서 존속되는 것으로 연방국방부장관이 결정하는 경우에는 근무관계가 적극적으로 지속될 수 있게 되었다. 이에 관해서 장관은 편입된 임시직 내지 직업군인이 잠정적으로 어떠한 계급을 부여받게 되는 지를 정하게 되었다.

○ 구 동독에서의 연금 부문

다루고 있는 대기자 결정과 관련하여 이 긴 ‘대기줄(Warteschleifen)’의 끝에는 재고용, 해고 또는 연금지급의 가능성이 남아있다. 통일 이후 구 동독에서 그간 기득권의 하나로 간주되어온 연금 관련 소송이 빈번하게 제기되었다. 중요한 새로운 규정이 연금법 영역에서 행해졌는데, 여기서 핵심 쟁점은 50세 이상의 자에게 구 동독에서 적용되던 추가연금과 특별연금을 어떻게 새로이 파악하느냐 하는 것이었다. 이 점과 관련하여 「통일조약」은 서독의 부담금 한계치를 고려하는 가운데 구 동독에서의 평균소득의 70%를 상한선으로 정하면서 특히 연금수혜자가 ‘법치국가와 인도주의의 기본원칙’을 침해한 경우에 삭감을 예정하고 있었다. 지난 1999년 4월 28일자 결정에서 연방헌법재판소는 관련 규정들이 부분적으로 헌법에 합치하지 않는다고 판단하였다.⁴⁵⁾ 그리고 최근 과거 슈타지 종사자들에게 대해서 연금지급액 삭감과 별도 상한액을 정하는 법 규정에 대해 제기된 헌법소원심판에서 2016년 연방헌법재판소는 제한규정이 헌법과 합치한다고 판단하면서

45) 사건번호 1 BvR 11/941; 1 BvR 1926/96.

기각결정을 내렸다.⁴⁶⁾

통일 이후 동독지역에서 가장 고무적인 분야가 이 연금 부문이라고 한다. 동독은 서독보다 정년이 길어서 연금 납부를 할 수 있는 근로연한이 길며, 여성의 경제활동이 일반화되어 있기 때문에 동독 근로자는 서독의 근로자들보다도 평균 9% 많은 연금을 수령한다고 한다. 따라서 서독 측의 막대한 자금 이전에 의해 지급되는 이 연금 수령자들이야말로 통일 이후 금전적으로 수혜 받는 유일한 집단이라고 평가된다.⁴⁷⁾

VI. 한국에 대한 시사점

결코 자발적이지 않은 상황에서 수십 년 동안 분단되고서 그간 체제와 문화 등을 달리 형성해온 두 나라가 새로이 하나가 되는 통일이라는 형식과 과정을 거치면서 법제통합, 공공영역에서의 기구 및 인적 통합 그리고 더 나아가 사회통합 등 주어진 여러 과제의 성공적인 수행이 쉽지만은 않다. 통일이 구체적으로 논의되는 시점에서 당사자인 두 나라가 대등한 지위에서 충분한 시간을 갖고서 머리를 맞대고서 이를 논의한다 해도 그 결과가 모두를 만족시키기는 어려울 것이다. 더욱이 동독지역의 서독에로의 편입, 즉 흡수통일로 귀결된 1989년 가을부터의 상황은 결코 그렇지 못했다. 이웃국가들을 중심으로 동·서독의 통일에 결코 우호적이지 않은 국제 정세가 존재하는 가운데 향후의 상황적 가변성에 따르는 위험부담을 최소화하기 위해서라도 이 호기(好機)를 놓치지 않고서 통일을 완수해야 할 급박성과 당위성이 분명한 시점이었다. 여기서 다루는 동·서독간의 통일조약과 2+4조약은 통일을 위한 이 같은 당위성과 필요성의 결과로 평가된다.

독일통일이 기본법을 정점으로 하는 규범질서 안에서의 흡수통일이었기 때문에 편입된 동독지역에 기존하는 기본법이 예정하고 또한 기본법에 반하지 않는 새로운 질서가 마련되는 것이 불가피했고, 또한 이는 과거청산의 의미도 함께 지닌다. 특히 구 동독이 서독과는 전혀 다른 사회주의체제였기에 그간 공직부문의 인적 과잉에 따른 적정화 그리고 슈타지 활동 등으로 체제에 적극 협력하면서 동

46) 2016년 11월 7일 선고결정, 사건번호 1 BvR 1089/12 등.

47) H. Schmidt(오승우 역), 독일통일의 여정에서, 시와 진실, 2007, 144쪽 이하 참조.

독주민들의 인권을 침해한 공직종사자들의 인적 청산 또한 불가피한 과업이었다고 본다. 이런 측면에서 「통일조약」상의 관련 규정 그리고 이를 대상으로 제기된 사건에서 연방헌법재판소의 결정은 대체로 타당했다고 평가된다.

그러나 민주법치국가로부터 비롯하는 여러 원리들에 비추어보면 특히 인적 청산과 관련해서는 일괄해결의 방식, 특히 기구의 청산이나 해당 기구에의 소속 여부보다 개개인의 구체적인 활동을 중심으로 재고용 여부를 판단하는 개별심사원칙이 보다 엄밀하게 관철됨이 바람직했다고 본다. 그리고 구 동독의 행정, 사법 등 공적 기구들이 재편성되면서 서독출신들이 많은 자리를 차지한 것이 상황논리상 한편 이해되지만, 이들이 마치 소위 ‘점령군’으로 비추어짐으로써 동·서독 간 사회통합의 측면에서는 나름 큰 후유증을 남겼다.

지난 9월에 실시된 제19대 독일연방의회 선거에서 극우성향의 독일대안당(AfD)이 전체 12.6%, 특히 동독지역에서만 무려 22%를 득표해서 처음으로 게다가 원내 제3당으로 연방의회에 진출하였다. 이는 통일 이후 30여년이 흐른 시점인데도 그간 동독지역에서 제기되었던 여러 불만들에 편승해서 행해진 포퓰리즘적인 선동의 결과로 평가된다. 어쨌든 이러한 사실이 통일 이후 사회통합이 그리 성공적이지 못하였음을 단적으로 드러내는 증좌인 것은 분명해서 한편 유감스럽고, 우리의 경우에도 결코 강 건너 남의 일이 아닐 것이라고 우려된다.

통일에 당면해서 행해진 독일에서의 관련 입법 등 여러 조치들과 그 결과는 마찬가지로 같은 분단 상황에서 통일에 대비해야 할 우리에게 유용한 지침 또는 반면교사의 여러 시사점을 제공하고 있다. 특히 여기서 다루는 대기자 결정은 매우 민감한 공공부문에서의 일자리 문제를 건드리고 있다. 최근 우리사회에서 여러 공공기관들에서 행해진 부당한 청탁에 따른 취업이 공정성의 측면에서 크게 문제로 불거져 있다. 따라서 향후의 남북통일에 대비하기 위해서라도 공공기관의 효율성을 제고하고, 특히 인사 공정성 문제가 더 이상 불거지지 않도록 우리 내부의 문제를 먼저 해결해야 할 필요성이 더욱 커져 있다.

참 고 문 헌

○ 단행본

베른하르트 슐링크(권상희 역), 과거의 죄, 시공사, 2015.

허영(편저), 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994.

H. Schmidt(오승우 역), 독일통일의 여정에서, 시와 진실, 2007.

Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 8. Aufl., 2006.

Keller/Henneberger, Beschäftigung und Arbeitsbeziehungen im öffentlichen Dienst der neuen Bundesländer, 1992.

König, K./Messmann, V., Organisations- und Personalprobleme der Verwaltungstransformation in Deutschland, 1995.

Säcker/Oetker, Münchner Kommentar zum BGB, Ergänzungsband, Zivilrecht im Einigungsvertrag, 1991.

Weidenfeld, W./Korte, K.-R., (Hrsg.), Handbuch zur deutschen Einheit 1949-1989-1999, 1999.

○ 논 문

박해육, 통일이후 구 동독의 행정이행과 인력통합을 위한 인사정책: 남북한 통일에 대비한 인력통합의 모색, 한국행정연구 제11권 제4호(2002, 겨울호).

이종수, 헌법충실원칙의 적용에 관한 독일연방헌법재판소의 해석론과 그 비판, 헌법 판례연구(2), 박영사, 2000.

이종수, 독일통일과정에서의 공직조직의 통합과 공직적격성심사, 공법연구 제31집 제3호(2003. 3.).

Ascheid, R., Aktuelle Rechtsprechung zum Einigungsvertrag, in: NZA 1993.

Berger-Delhey, U., Das sog. Warteschleifenurteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Folgen, ZTR 1991.

Goerlich, H., Hergebrachte Grundsätze und Beitrittsbeamtenentum, in: Juristenzeitung 1991.

Goerlich, H., Anmerkung, in: Juristenzeitung 1995.

Henneberger, F., Personalentwicklung in den öffentlichen Verwaltungen der neuen Bundesländer, in: Deutschland-Archiv 1995.

- Kathke, L., Verfassungstreueprüfung nach der deutschen Wiedervereinigung –dargestellt anhand einiger Beispiele, in: Zeitschrift des Beamtenrechts 1992.
- Lansnicker/Schwirtzek, Der Beweiswert von Stasi-Unterlagen im Arbeitsgerichtsprozeß, in: DtZ 1994.
- Loschelder, W., Verwaltung, Armee, Gerichte, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band IX, 1997.
- Majer, D., Die Überprüfung von Richtern und Staatsanwälten in der ehemaligen DDR, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1991.
- Osterland, M., Kommunale Demokratie in den neuen Bundesländern, Eine Bilanz, Aus Politik und Zeitschrift, B 50(1996).
- Priepke, W., Die politische Treuepflicht des Richters, in: DRiZ 1991.
- Trute, H. H., Organisation und Personal der DDR, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band IX, Heidelberg, 1997.
- Wassemann, R., Zwei Drittel bleiben, ein Drittel muß gehen, in: Deutsche Richterzeitung 1991.

인간의 존엄성과 형법적 불법청산

– 베를린주 헌법재판소의 ‘호네커 결정’ –

(VerfGH Berlin 1993. 1. 12.)

박 경 철*

I. 들어가며

독일연방공화국(Bundesrepublik Deutschland: BRD, 아래에서는 통일이전의 독일연방공화국을 ‘서독’이라고도 함) 베를린주(Berlin) 헌법재판소의 소위 ‘호네커 결정(Honecker-Beschluss)’은 1990년 10월 3일 독일 통일직후 구 독일민주공화국(Deutsche Demokratische Republik: DDR, 이하 ‘동독’이라고 함)의 독일사회주의통일당(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands: SED) 정권에 있었던 체제불법¹⁾에 대한 청산과정에서 구 동독정권에서의 대표적인 인권유린행위로 평가되던 베를린장벽과 동서독경계지역에서 있었던 동독탈출자에 대한 구 동독군인들의 총격살해행위를 지시한 독일사회주의통일당 지도부와 정부 국방위원회 국방위원에게 베를린장벽 등에서의 살인행위에 대한 책임을 묻기 위하여 제기된 형사소송에서 청구인 에리히 호네커(Erich Honecker: 1912. 8. 25~1994. 5. 29)가 주장한 구속 취소 및 형사재판절차 분리 및 정지 신청에 관한 베를린주 법원 결정에 대한 베를린주 헌법재판소의 결정에 관한 것이다. 이 사건 결정의 분석하기에 앞서 내독경계지역에서의 총격사살행위의 의미와 형사처벌의 법적 근거 그리고 에리히 호네커에 대한 형사소추과정에 관하여 먼저 간단히 살펴본다.

* 강원대학교 법학전문대학원 교수

1) 여기에서 체제불법(Systemunrecht, Regime-Unrecht)이란 자의적이고 폭력적 지배를 바탕으로 하는 국가나 정부가 체제유지를 목적으로 국가기관 또는 그 하수인을 통해서 자행한 모든 불법행위를 총칭하는 개념으로 정의할 수 있다. 김하중, 통일한국의 과거청산, 나남, 2013, 60면 이하; 방승주, 통일과 체제불법청산, 통일법연구 제1권(2015.10), 191면 참조.

1. 내독경계지역에서의 총격사살행위의 의미

국경수비대총격살인사건은 미국을 중심으로 하는 자유주의진영과 소련을 중심으로 하는 공산주의진영이 첨예하게 대립하던 냉전시기인 1961년 8월 13일 동독 정부가 동독주민의 서독으로의 이주 및 여행을 제한하기 위하여 동서베를린의 경계선과 동독과 서독지역의 경계에 장벽 기타 철책과 함께 초소 및 자동사격장치와 폭발장치 등을 설치하고 동독 또는 동베를린을 탈출하는 동독주민들을 국경수비대원들이 조준사격하거나 자동발사장치에 의하여 사살하거나 지뢰 등에 의하여 폭사시키도록 지시하고 이를 실행함으로써 다수의 인명을 살상한 행위이다.

동독정권이 동서독의 경계지역에 장벽과 철책을 설치하고 탈출자에게 총격행위를 한 것을 계기로 동독정권의 인권침해행위를 기록하고 사후 형사처벌을 위한 증거자료를 확보하기 위하여 서독 니더작센(Niedersachsen)주 최고검찰청 산하기관으로 설치한 중앙법무기록보존소(Zentrale Erfassungsstelle)²⁾의 1991년의 보고서에 의하면 1961년 8월 13일 베를린 장벽건설 이후 1989년 11월 9일 장벽이 붕괴될 때까지 내독경계지역에서 109명, 베를린장벽에서 78명 등 총 187명이 사살되거나 지뢰폭발 등에 의하여 사망하였다고 한다.³⁾ 1991년의 보고서에서는 1961년 8월 13일 이전에 발생한 내독경계지역에서의 사망자수에 관한 자료는 없었는데, 2년 후에 발간된 보고서에 따르면 1949년 이후부터 1989년까지 내독국경지역에서 160명, 그리고 1961년부터 1989년 사이에 베를린장벽지역에서 114명, 모두 총 274명이 사살되거나 지뢰폭발 등에 의하여 사망하였다고 한다.⁴⁾

동독탈출자에 대한 사살행위는 동독체제를 유지하기 위해서 동독정권이 행한 가장 상징적인 인권유린행위중의 하나로서 그에 대한 책임추궁은 베를린장벽이

2) 1961년 10월 25일 서독의 각 주의 법무장관과 서베를린의 법무장관 그리고 연방 법무부장관은 합동회의를 개최하고 여기에서 동독정권의 인권침해행위를 기록하고 사후 형사처벌을 위한 증거자료를 확보하기 위하여 동독과 가장 긴 국경을 가진 니더작센주 최고검찰청 산하기관으로 중앙기록보존소를 설치하기로 결의하였다. 1961년 11월 24일 부장검사를 소장으로 하여 검사보 1명과 검찰사무관 1명으로 업무를 시작하였다. 중앙법무기록보존소의 설치 경위와 조직, 활동에 관하여 자세한 것은 김하중(각주 1), 165면 이하 참조.

3) H. Sauer/H. Plumeyer, Der Salzgitter Report – Die Zentrale Erfassungsstelle berichtet über Verbrechen im SED-Staat, 1991, S. 16, 255–305.

4) H. Sauer/H. Plumeyer, Der Salzgitter Report, 2 Aufl., 1993, S. 255-317, H. Hertle/ G. Sälter, Die Todesopfer an Mauer und Grenze, Deutschland Archiv 39, 2006. H. 4, S. 669에서 재인용.

설치될 당시부터 동서독주민 모두의 주된 관심사였다.⁵⁾

2. 내독경계지역에서의 총격살해행위에 대한 형사처벌의 법적 근거

동독정권시절의 인권유린행위에 대한 사법적 청산의 법적 근거로 우선 동독과 서독이 1990년 8월 31일 체결하고 같은 해 10월 1일부터 발효된 「독일통일 실현에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 조약」(「통일조약」, Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands: Einigungsvertrag) 제17조를 들고 있다. 그런데 「통일조약」 제17조에서는 “조약당사국은 정치적인 동기에 의한 형사소추나 반법치국가적이고 위헌적인 법원 재판의 희생자가 된 모든 사람들이 복권될 수 있게 하는 법률적 토대를 즉각 마련할 것을 확인한다. 독일사회주의통일당 불법정권의 희생자들의 복권에는 적절한 보상규정을 두어야 한다.”⁶⁾고 규정하여 희생자에 대한 복권(Rehabilitation)과 보상(Entschädigung)에 관해서만 규정하고 있을 뿐이고 가해자에 대한 법적 책임 추궁에 관해서는 전여 언급이 없다. 그렇지만 구 동독의 독일사회주의통일당의 지배체제를 불법체제(Unrechtsregime)로 규정하고 있고, 법치국가원리에 위배되거나 위헌적인 조치의 희생자에 대한 복권과 보상규정은 가해행위 규명과 가해자 처벌과 불가분의 관계로 인식되었다. 그에 따라 동독 불법체제를 청산하는 작업은 가해자 처벌과 피해자 구제를 중심으로 하였다.⁷⁾

동서독간의 법률통합의 일반원칙은 「통일조약」 제8조와 제9조에서 규정하고 있

5) 중앙법무기록보존소는 이와 관련하여 증거를 수집하였는데, 중앙법무기록보존소가 증거를 수집하여 처벌하여야 할 범죄행위로 설정한 기준은 통일후 동독 정권범죄에 대한 불법청산의 기준이 되었다. 중앙법무기록보존소의 설치에 대한 국민의 의지를 나타내는 것이며, 통일 이후의 구 동독체제의 형사적 불법청산이 정치적 필요에 따라 이루어진 것이 아니라 통일전부터 동독정권의 불법행위에 대한 책임을 추궁하겠다는 법치국가원리의 당연한 요구였음을 보여 준 것이라는 평가가 있다. 김하중(각주 1), 164면 이하 참조.

6) Art 17(Rehabilitierung) Die Vertragsparteien bekräftigen ihre Absicht, daß unverzüglich eine gesetzliche Grundlage dafür geschaffen wird, daß alle Personen rehabilitiert werden können, die Opfer einer politisch motivierten Strafverfolgungsmaßnahme oder sonst einer rechtsstaats- und verfassungswidrigen gerichtlichen Entscheidung geworden sind. Die Rehabilitierung dieser Opfer des SED-Unrechts-Regimes ist mit einer angemessenen Entschädigungsregelung zu verbinden. 허영(편저), 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994, 293면 참조.

7) 김하중(각주 1), 122면.

으며, 이 원칙에 따라 연방형법이 원칙적으로 동독지역에 적용되며, 예외조항은 「통일조약」 제1부속의정서와 제2부속의정서에서 규정했다. 다만 행위시법, 재판시법, 집행시법이 다른 경우에는 원칙적으로 경한 법률이 우선적용되지만, 「통일조약」 발효 이전에도 연방형법이 적용되었던 범죄에 대해서는 경한 법률여부에 관계없이 연방형법이 적용되었다. 이것은 기본적으로 동독체제하에서의 범죄행위에 대해서는 원칙적으로 행위시법인 동독법에 따라 처벌하되 다만 재판시법인 통일 이후의 형사법이 피고인에게 더 유리한 경우에는 유리한 신법을 적용한다는 것이기 때문에 이것은 죄형법정주의와 형사소급입법금지원칙을 준수하기 위한 것으로 평가된다.⁸⁾

내독국경에서의 총격사살행위는 살인행위이고, 이에 대해서는 동독과 서독 형법이 모두 처벌규정을 두고 있으므로 이를 형사처벌하는 것은 별 문제가 없다. 그런데 동독형법에서는 국경침범행위를 처벌하는 규정을 두고 있고(제213조), 「동독 국경법」(Gesetz über die Staatsgrenze)에서는 신체에 대한 실력행사가 아무런 효과가 없거나 없음이 확실히 예상되는 경우에는 국경수비대원들이 총기를 사용할 수 있음을 규정하고 있었다(「동독 국경법」 제27조). 따라서 국경수비대 병사들이 국경탈출자들에 대해서 행한 사살행위는 동독 국경법에 따른 행위로서 정당행위에 해당하여 위법성 조각사유가 될 수 있는가 하는 것이 문제되었다.⁹⁾ 이에 관해서는 독일연방대법원과 연방헌법재판소는 그 논거는 달리 하면서도 위법성 조각사유로 인정될 수 없다고 판시하였다.¹⁰⁾ 이에 따라 국경수비대원들의 총격

8) 김하중(각주 1), 198면 이하 참조.

9) U. Wesel, Recht, Unrecht, Gerechtigkeit, C. H. Beck, 2003. S. 224.

10) 독일 연방대법원은 동독이 1948년 12월 10일 제3차 국제연합(UN) 총회에서 채택된 세계인권선언(Universal Declaration of Human), 1950년 11월 4일 유럽심의회(Council of Europe)에서 채택된 유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), 1966년 12월 16일 국제연합 총회에서 채택된 “시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)” 등과 같은 국제조약에 가입하고 이를 비준하였는데, 이들 조약에서는 생명권과 거주 이전의 자유를 보장하고 있음에도 불구하고 국경법으로 이를 제한하는 것은 이들 국제조약에 위배되어 효력이 없고, 따라서 국경법조항이 정당화사유가 될 수 없다고 판시하였다(BGH Urteil vom 3. 11. 1993, -5 StR 370/92.). 반면에 독일 연방헌법재판소는, 국가권력이 범죄적 불법행위를 할 것을 조장하여 국제사회에서 널리 인정되는 인권을 중대한 방법으로 경시하는 경우에는 이와 같은 행위가 규범에 근거한 행위라고 하더라도 그와 같은 규범에 소급효 금지를 주장할 수 있는 특별한 신뢰의 근거가 될 수 없다고 판시하여 국경법관련조항에도 불구하고 처벌할 수 있다고 판시하였다. BVerfGE 95. 96. 자세한 내용은 헌법재판연구원, 통일과 헌법재판 제4권, 2017, 191면 이하 참조. 이와 관련하여 동독의 군인 등이 동독법에 따라 행한 사살행위를 통일 이후에 연방대법원이나 연방헌법재판소의 법해석을 통하여 소급하여 처벌하는 것은 죄형법정주의의 소급효금지원칙에 위반되므로 통일조약이나 통일헌법에서 이를 명확히

살인혐의에 대하여 연방대법원은 호네커에 대한 형사재판절차가 개시된 직후인 1992년 11월 3일(BGH Urteil 5 StR 370/92, 소위 제2차 국경수비대사건), 그리고 1993년 3월 25일(BGH Urteil 5 StR 418/92: 제1차 국경수비대사건) 등 각각 유죄 판결을 선고하였다.¹¹⁾

또한 호네커, 국방위원회 위원, 국경수비대병사들은 자신들의 행위에 관해서 자신들의 행위는 통일 이전에 전세계 135개국과 외교관계를 맺고 국제연합에 가입하는 국제법의 주체이고 또 서독과는 기본조약을 체결하기도 한 외국의 국가기관으로서 자국내의 고권행위이므로 외국의 법원이 그 적법성을 판단해서는 아니 된다는 주장(국가행위론)을 하였으나, 연방대법원은 이를 받아들이지 않았다.¹²⁾

호네커의 경우 외국의 국가원수나 외교관처럼 그 나라를 대표하는 자 그리고 그 수행원에 대해서 국제관습법상 인정되는 면책특권과 1984년 7월 17일 「독일 연방법원조직법」(Gerichtsverfassungsgesetz)의 개정으로 추가된 “독일의 재판권은 독일연방공화국의 공식초청으로 본법이 적용되는 영역내에 체류하고 있는 타 국가의 대표자 및 그 수행원에게도 미치지 아니한다”¹³⁾는 규정을 근거로 통일 독일의 법원이 자신에 대한 재판권한을 가지고 있지 않으며, 1987년 동독을 대표하여 서독을 방문하였던 자신을 통일 이후에 법원에 기소하는 것은 소급효금지원칙에 위반된다고 주장하였다.¹⁴⁾ 그러나 이런 주장에 대해서 연방법원조직법 제20조 제1항은 독일연방공화국의 직무상의 공식초청으로 독일에 있는 외국의 대표자 등에게 인정된다는 점에서 1992년 현재 재판을 받고 있는 호네커는 공식초청에 의하여 독일연방공화국을 방문하는 동독의 국가원수가 아니라는 점에서 호네커에 대한 형사재판은 「연방법원조직법」 제20조 제1항에 위반되지 아니 하며, 국제법상의 면책특권에 관한 동조 제2항은 국가원수 등 국가를 대표하는 지위에 있을 때에만 인정된다는 점에서 국가를 대표하는 직위를 상실한 후에 법원에 기

하는 것이 바람직하다는 비판이 있다. H. Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: JZ 1997, S. 431ff.; B. Pieroth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatliche Vergangenheit, VVDStRL 51(1992), S. 91ff.

11) 이에 관하여 자세한 것은 법무부, 통일독일의 구동독 체제불법청산 개관, 1995, 515면 이하 참조.

12) BGH Urteil vom 3. 11. 1992. S. 10, 이에 관한 자세한 것은 법무부(각주 11), 464면 이하 참조.

13) Gerichtsverfassungsgesetz §20 (1) Die deutsche Gerichtsbarkeit erstreckt sich auch nicht auf Repräsentanten anderer Staaten und deren Begleitung, die sich auf amtliche Einladung der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten.

14) 이에 관하여 자세한 것은 법무부(각주 11), 462면 이하 참조.

소하는 것이 소급효금지원칙에도 위배되지 아니한다는 반론이 주장되었다.¹⁵⁾

3. 호네커에 대한 형사소추과정

에리히 호네커는 1958년 구 동독 독일사회주의통일당(SED)의 정치국원이 되었고, 당중앙위원회의 안보담당 비서로서 1961년 8월 13일 시작된 베를린장벽 설치작업을 총지휘하였으며, 1971년 5월 3일 동독 독일사회주의통일당 서기장이 되었고, 1976년 10월 29일 국가평의회 의장이 되어 국가원수가 되었다. 1971년 5월 3일부터 1989년 10월 18일 실각할 때까지 18년간 동독 최고권력자로서 동독을 통치하였다. 그러나 구 소련에서 고르바초프(Mikhail Gorbachev)가 소련 공산당서기장으로 취임하여 개혁과 개방을 주장하면서 동유럽 공산국가에서도 개혁, 개방 등 민주화를 요구하는 시민의 요구가 높았으나 호네커는 이를 거부하는 정책으로 시민들의 반발을 불러일으켜 1989년 10월 2일 동독 라이프치히(Leipzig)에서 독일사회주의통일당 불법체제 청산 및 새로운 법치국가건설을 주장하는 시위가 발생하였다. 이런 상황에서 1989년 10월 7일의 동독건국 40주년 기념행사에서 소련 공산당서기장 고르바초프가 호네커의 정책을 비판하면서 호네커는 독일사회주의통일당내에서의 지도력을 상실하여 1989년 10월 18일 독일사회주의통일당 중앙위원회의 결정에 의하여 동독의 모든 공직으로부터 축출되었다.¹⁶⁾

1989년 11월 22일 동독내에서 공직자의 권한남용과 개인적 치부와 임무해태 등의 범위반행위를 조사하기 위하여 시민들로 이루어진 시민위원회(Volkskammer)가 구성되어 독일사회주의통일당 지도부에 관한 수사가 개시되었다.¹⁷⁾ 1990년 1월 동독 군검찰은 동독 국경수비대의 지휘관에 대하여 국경을 넘는 자에 대한 총격 및 살해행위를 이유로 수사를 개시하였다. 그 후 동독 공산정권은 국민여론을 잠재우기 위하여¹⁸⁾ 호네커에 대해서 1990년 1월 15일 반역, 직권남용 및 횡령혐의로 그에 대한 수사를 개시하였고, 같은 해 1월 29일 신장종양제거수술을 받은 호네커를 퇴원과 동시에 하루동안이기는 하지만 구속하기도 하였다.

15) 이에 관하여 자세한 것은 법무부(각주 11), 463면 이하 참조.

16) 같은 해 12월 4일 호네커에 대한 동독주민들의 비판여론 때문에 호네커는 당에서도 제명되었다.

17) F.-Ch. Schroeder, Zehn Jahre strafrechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts, NJW 2000, S. 3017.

18) 같은 취지: F.-Ch. Schroeder(각주 17), S. 3017.

1990년 3월 18일 동독지역에서 자유총선거가 실시되어 민주적인 인민의회를 구성하였고, 인민의회는 독일사회주의통일당 일당독재체제의 불법 청산, 자유민주주의적 입헌주의의 구현 그리고 서독과의 통일을 추진하였다. 그리하여 베를린장벽 및 내독국경에서의 총격, 지뢰 등에 의한 구 동독 탈출자에 대한 살해혐의에 관한 수사를 개시하는 한편, 자유총선거를 통하여 구성된 민주정부가 서독 정부와 1990년 8월 31일 「통일조약」을 체결하였고¹⁹⁾ 앞에서 설명한 것처럼 「통일조약」에서는 불법청산의 당위성을 명확하게 선언하지 아니하였지만 「통일조약」 제17조의 피해자 복권은 가해행위에 관한 진상규명과 가해자 처벌을 전제로 하는 것임을 이유로 통일독일 정부는 「통일조약」을 바탕으로 체제불법에 대한 청산작업을 추진하였다. 이런 점에서 통일독일의 동독체제불법 청산은 동독주민들의 요구에서 비롯된 것이고, 동독 5개주가 서독에 편입되면서 통일 독일정부가 된 서독 정부는 이를 바탕으로 불법청산작업에 나서게 되었다.²⁰⁾ 이에 따라 동독 독일사회주의통일당독재체제의 불법청산은 혁명적 방법에 의한 과거청산이 아닌 법치국 가원리에 입각한 불법청산이 가능하게 되었다.²¹⁾

통일 독일은 통일조약이 발효된 당일 베를린주 최고검찰청내에 정권범죄특별수사본부(Arbeitsgruppe Regierungskriminalität)²²⁾를 설치하고 구 동독정권에서의 인권유린행위에 관한 조사 및 수사에 착수하였다. 같은 해 11월 30일 베를린주 법원은 소련군 병원에 은거중인 호네커와 그의 배우자 마고 호네커(Margot Honecker)에 대해 살인혐의로 구속영장을 발부하였다. 1991년 3월 소련군병원에 은거중인 호네커는 소련군용기로 모스크바로 탈출하였으나, 1992년 7월 29일 호네커는 독일로 송환되고 당일 22시경에 베를린 모아비트(Moabit) 교도소에 수감

19) 독일의 통일과정에서 통일의 방법에 관한 헌법적 논의에 관해서는 전광석, 동서독 통일의 방법론에 대한 헌법논의, 허영(편), 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994, 11면 이하 참조.

20) 이런 이유로 서독 내지 통일독일에 의한 형사책임추궁에 대해서 승리자의 법정(Siegerjustiz)이라는 비판은 사실을 왜곡하는 것이라는 비판이 있다. F.-Ch. Schroeder(각주 17), S. 3018.

21) 법무부(각주 11), 73면.; 김하중(각주 1), 119면. 이점에서 동독의 불법청산과 기타 동유럽 공산국가에서의 불법청산의 방법에 차이가 있다. 이에 관하여 자세한 것은 김하중(각주 1), 141면 이하 참조.

22) 여러 차례 동독정권범죄에 관한 수사 및 기소를 전담하기 위한 중앙기관의 설치가 주장되었으나 주법무부장관들의 반대로 무산되었다. 정권범죄특별수사본부는 베를린주 검찰청에 설치되었고, 1994년 제2베를린지방검찰청으로 확대되었다. 통일독일은 동독체제의 불법을 형사법적으로 청산하기 위하여 결코 어떤 특별기구를 설치한 바 없고 통상적인 형사사법기관의 과제로서, 즉 새롭게 연방에 편입된 주의 검사들에 의하여 처리하였다. 그렇지만 구 독일사회주의통일당 중앙당사와 중앙정부가 있던 베를린 검찰청이 수사를 주로 담당하게 되었다. 동독 정권범죄수사를 위한 기관의 구성과 발전에 관하여 자세한 것은 F.-Ch. Schroeder(각주 17), S. 3018 참조.

되었다.

II. 사건 개요

81세의 호네커는 동독의 사회주의통일당의 서기장이자 국가평의회 의장(Vorsitzender des Staatsrats)이자 국방위원회 위원장(Vorsitzender des Nationalen Verteidigungsrates)으로서 다른 네 명의 공동피고인²³⁾과 함께 국방위원회의 위원으로서 동독주민의 서독 탈출을 막기 위하여 서베를린과 동서독 경계지역에 장벽 내지 철책 등 서독으로 가는 것을 막는 장애물을 설치할 것을 명령함으로써, 특히 1961년 8월 13일²⁴⁾ 이후 1962년과 1980년 사이에 자동사격장치 설치 내지 지뢰 매설 등의 탈출방지장치를 갖춘 철책의 설치를 명하고, 그리고 국경 탈출을 방지하기 위하여 장벽과 철책을 따라 감시장소 및 사격장소를 설치하고, 탈출을 감시하는 다양한 조치를 명령하고 서독으로의 탈출행위에 대해서 주저없이 사격을 하여야 하고 사격을 성공적으로 수행한 부대를 표창하도록 지시하는 등의 방법으로 국경수비대 병사들이 1961년 8월 12일부터 1989년 2월 5일까지 68건의 구 동독 탈출자에 대한 사살행위를 하도록 하여 54명을 살해하고 19명에 대한 살인미수의 행위를 하였다는 죄목으로 베를린주 최고검찰청(die Staatsanwaltschaft bei dem Kammergericht)에 의하여 중형사범죄를 다루는 베를린주 지방법원 중형사재판부(Schwurgericht)²⁵⁾에 1992년 5월 12일 기소

-
- 23) 호네커와 함께 형사재판의 피고인이 된 사람은 구 동독 독일사회주의통일당(SED) 중앙위원회 정치국원이자 국방위원회 위원으로서 국가공안부 장관 에리히 밀케(Erich Mielke), 각료회의 의장이자 국가평의회 부의장인 빌리 슈토프(Willi Stoph), 국방장관 하인츠 케슬러(Heinz Kessler) 그리고 전 국방위원회 서기 프리츠 슈트렐레츠(Fritz Strelez) 및 국방위원회 위원으로서 Suhl 지구위원회 위원장인 한스 알브레히트(Hans Albrecht) 등 총 6명이었다. 슈토프의 심장발작이 있는 후 슈토프에 대한 공판은 분리되어 재판절차가 정지되었으며, 밀케는 다른 사건의 재판을 이유로 재판절차 분리 및 일시 정지가 되었다. 호네커, 밀케, 슈토프를 제외한 국방위원회 위원들에 대한 재판은 계속되어 연방대법원은 1994년 7월 26일 케슬러, 슈트렐레츠 및 알브레히트에 대하여 살인의 간접정범으로 유죄판결을 선고하였다(BGH Urteil vom 26. 7. 1994-5 StR 98/94). 법무부(각주 11), 407면 이하, 435, 489면 참조.
- 24) 동독정권이 동독 주민들의 서독으로의 탈출을 막기 위하여 베를린의 동서독 경계지역에 장벽을 설치하기 시작한 날이다.
- 25) 중형사부는 2심제로 운영되며, 집중심리원칙에 따라 공판을 진행하며, 3명의 직업법관과 2명의 참심법관이외에도 동수의 직업법관과 참심법관이 공판기일에 항상 공판정에 출석하여 심리과정을 파악하게 하고 있다. 이것은 담당 판사중 1인이 사고나 질병, 제척 등으로 공판에 계속 관여할 수 없는 사태가

되었다.

호네커 등에 대한 형사소추에 대해서 베를린주 지방법원은 제27형사재판부 (Strafkammer 27 des LG Berlin)에 사건을 배당하였고, 제27형사재판부는 1992년 10월 19일 형사재판 개시허가 결정을 하면서 68건의 심판대상사건을 사건의 행위에 따라 분류하여 56개의 사건에 대한 심리를 분리하는 결정을 하고,²⁶⁾ 제1, 2차 국경수비대상건²⁷⁾을 포함한 나머지 12건의 사건에 대한 심리를 위하여 구속의 필요성이 존재한다고 판단하여 청구인 호네커의 중병, 특히 고령의 나이에 광범위하게 진행된 악성종양으로 형사재판절차가 종료될 때까지 생존할 수 없다는 점 등을 이유로 신청한 구속 취소 및 형사재판절차의 분리 및 정지신청에 대해서 기각결정을 하였다.

제출된 여러 서면감정서에 의하면 행위무능력상태의 발생이 예측가능하다는 평가는 더욱 농후하게 되었지만, 베를린주 형사재판부는 국경탈출자에 대한 총격 사살행위가 지니는 행위비난가능성의 의미와 정도 그리고 행위의 비난가능성에서 헌법적으로 주어지는 국가의 형사소추의무의 비중이라는 관점에서 볼 때 행위무능력상태 발생의 예측은 항상 너무 불확실하며, 그래서 즉각적인 구속 취소 및 형사재판절차의 분리 및 정지는 부득이 한 것으로 보이지 않는다고 판단하면서 1992년 12월 21일 기각결정을 하였다.²⁸⁾

구속취소신청에 대한 기각결정에 대해서 제기된 청구인 호네커의 항고²⁹⁾에 대해서 주최고법원(Kammergericht)은 1992년 12월 28일 기각결정을 하였다. 주최고법원은 호네커에 대한 1심 재판절차는 1993년 4월까지 종결할 수 있을 것으로 보지 않고, 오히려 적어도 1993년 말까지 계속 될 것으로 보면서, 의학전문가의 확신에 찬 소견에 근거할 때 결국 호네커는 악성종양 때문에 심중팔구(mit hoher

발생하더라도 재판을 중단하고 다시 진행해야 하는 문제점을 예방하기 위한 것이다. 법무부(각주 11), 413면 참조.

26) 이는 담당 재판부가 68건의 공소사실을 모두 심리하려면 최소한 1년 이상이 소요될 것으로 예상되는데다가 당시 말기암환자였던 호네커가 심리종결전에 사망할 것을 우려하여 공소사실을 12건으로 감축하였다고 한다. 법무부(각주 11), 410면.

27) 제1, 2차 국경수비대상건이라는 것은 베를린 장벽 등의 내독경계지역에 근무하는 동독 국경수비대 소속 군인들이 동독을 탈출하려는 동독주민들에게 총격을 가하여 이들을 살해하거나 미수에 그친 행위에 대해서 베를린주 검찰청에서 살인죄와 살인미수혐의로 형사재판을 청구한 사건이다. 이에 관하여 자세한 것은 법무부(각주 11), 518면 이하 및 538면 이하 참조.

28) BerlVerfGH. Beschluß v. 12. 1. 1993, NJW 1993, S. 515 ff.

29) 형사재판절차의 분리 및 정지 신청에 대한 기각결정은 소송진행에 관한 중간재판에 해당하기 때문에 독립한 불복이 허용되지 않는다.

Wahrscheinlichkeit) 1심 재판절차가 종결될 때까지 생존할 수 없고, 그렇기 때문에 항구적인 행위무능력이라는 절차방해요소의 존재 때문에 청구인에 대한 절차가 법률적으로 방해되는 것으로 보았다. 그렇지만 형사재판절차의 정지여부에 관한 결정은 오로지 재판을 담당하는 법원에 의하여 판결로 선고되어야 한다는 「연방형사소송법」(Strafprozeßordnung: StPO) 제260조 제3항³⁰⁾에 근거하여 절차장애요소의 존재여부에 관하여 담당 재판부가 결정하기 전에는 청구인에 대한 구속영장의 효력을 폐지할 수는 없다는 이유로 청구인 호네커의 항고를 기각하였다.³¹⁾

이에 대해서 호네커는 중대한 질병으로 죽음에 임박한 상태에 있는 자신에 대한 구속영장의 취소와 자신에 대한 형사절차의 분리 및 정지를 요구하는 신청을 기각하는 베를린주 지방법원(Landgericht)의 1992년 10월 19일과 같은 해 12월 21일의 결정에 대해서 그리고 주최고법원(Kammergericht)의 1992년 12월 28일의 기각결정에 대해서 베를린주 주헌법이 보장하는 ‘인간의 존엄성을 존중받을 권리(das Grundrecht auf Achtung seiner Menschenwürde)’를 침해하는 것이라고 주장하면서 같은 해 12월 29일 베를린주 헌법재판소에 헌법소원을 청구하였다.

Ⅲ. 주요 쟁점

1. 베를린주 주헌법에는 인간 존엄성 불가침원칙에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 인간 존엄성 불가침원칙을 인정할 수 있는지 여부
2. 인간 존엄성 불가침원칙으로부터 개인의 주관적인 권리로서 인간의 존엄성을 존중받을 권리가 인정되는지 여부
3. 주헌법재판소는 주의 기관이 연방법을 적용하는 과정에서 주헌법이 보장하는 기본권을 침해하였는지 여부를 심사할 수 있는지 여부
4. 중대한 질병으로 죽음에 임박한 상태임을 이유로 형사피고인 호네커가 제기한 형사재판절차에서 구속명령취소신청과 형사재판절차 분리 및 정지신청에 대해서

30) Strafprozeßordnung Art. 260 (3) Die Einstellung des Verfahrens ist im Urteil auszusprechen, wenn ein Verfahrenshindernis besteht.(공판절차의 진행에 장애가 있는 경우 판결로 공판절차의 정지를 선고한다.)

31) BerlVerfGH. Beschluß v. 12. 1. 1993, NJW 1993, S. 516.

베를린주 지방법원의 기각결정과 구속명령취소신청에 대한 베를린주 지방법원의 기각결정에 대한 항고를 기각한 주최고법원의 기각결정이 베를린주 주헌법이 보장하는 청구인 호네커의 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 침해하는지 여부

IV. 결정 요지

중대한 질병으로 죽음에 임박한 상태임을 이유로 제기한 형사피고인 호네커의 형사재판절차에서 구속명령취소 신청과 형사재판절차 정지신청에 대해서 베를린주 지방법원의 기각결정과 이에 대한 항고를 기각한 주최고법원의 기각결정이 베를린주 주헌법이 보장하는 청구인 호네커의 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 침해하는지 여부를 심사함에 있어서 베를린주 헌법재판소는, 독일연방의 기본법 제1조 제1항이 인간 존엄성 불가침원칙과 이를 존중하고 보호하여야 할 국가권력의 의무에 관하여 규정하고 있는 것과 달리 베를린주헌법의 본문은 물론이고 전문에서도 인간의 존엄성 존중 내지 불가침원칙에 관한 명문의 문구가 없음³²⁾에도 불구하고 인간의 존엄성 불가침원칙이 인정되는지 여부, 인간의 존엄성 존중 내지 불가침원칙으로부터 개인의 주관적인 인간의 존엄성을 존중받을 권리가 인정되는지 여부, 주헌법재판소는 주의 기관이 연방법을 적용하는 과정에서 주헌법이 보장하는 기본권을 침해하였는지 여부를 심사할 수 있는지 여부, 형사피고인 호네커의 중대한 질병으로 죽음에 임박한 상태임을 이유로 계속중인 형사재판절차에서 구속명령취소 신청과 형사재판절차 정지 신청에 대해서 베를린주 지방법원의 기각결정과 이에 대한 항고를 기각한 주최고법원의 기각결정이 베를린주 주헌법이 보장하는 청구인 호네커의 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 침해하는지 여부를 순서대로 검토하고 있다.

1. 베를린주 헌법에서의 인간 존엄성 불가침원칙의 인정여부

베를린주 헌법재판소는, 베를린주 헌법의 본문에는 물론이고 헌법의 전문에도

32) 1995년부터 발효된 개정 베를린주 헌법에서는 인간 존엄성 불가침원칙과 국가의 존중 및 보호의무(제6조)를 명시적으로 규정하고 있다.

인간의 존엄성에 관한 명문의 문구가 없음에도 불구하고 연방헌법인 기본법과의 관계에서 그리고 베를린주헌법에 규정된 기본권들과의 관계에서 베를린주 헌법에서도 인간 존엄성의 불가침 및 인간 존엄성을 존중받을 기본권을 포함하고 있다고 판시하고 있다.

먼저 베를린주 헌법재판소는, 독일 연방헌법재판소가 반복하여 선언하고 있는 것³³⁾처럼 연방국가의 구성주의 헌법은 성문의 주헌법전(Landesverfassung)에만 국한되는 것은 아니고, 주헌법전과 주헌법전에 효력을 미치는 연방헌법(Bundesverfassung)이 공동으로 주의 헌법을 구성한다고 판시하고 있다. 그런데 기본법 제1조 제1항은 인간 존엄성의 불가침을 선언하고 국가권력은 인간의 존엄성을 존중하고 보호하여야 할 의무가 있음을 규정함으로써 연방헌법은 인간으로서의 존엄을 기본권적 가치질서의 중심에 놓고 있으며, 기본권체계에서 최고의 가치로 올리고 있다.³⁴⁾ 그렇기 때문에 기본법 제1조 제1항은 주헌법에 효력을 미치므로 주의 헌법합치적 질서의 구성적 요소에 해당한다고 판시하고 있다.³⁵⁾

따라서 주헌법에 인간 존엄성의 불가침에 관한 명문의 규정이 없는 경우에도 인간의 존엄성 보장은 불문의 헌법원칙(ungeschriebener Verfassungsgrundsatz)이며, 국가권력의 인간의 존엄성 존중과 보호의무는 베를린주 헌법이 베를린주의 모든 권력에게 부과하는, 불문의 헌법의무이다. 베를린주의 헌법질서에서 이와 같은 의무는 기본법의 효력에 근거하는 것이기 때문에, 이 의무는 기본법 제1조 제1항이 연방헌법의 효력으로 국가권력에게 부과하는 의무와 같은 내용을 가진다.

둘째로 베를린주 헌법재판소는, 베를린주 헌법에서는 인신의 자유(Freiheit der Person, 제9조), 법앞의 평등(제6조), 의사표현의 자유(제8조), 거주이전의 자유(제11조), 신앙의 자유(제20조 제1항)를 보장하고 있는데, 이와 같은 자유는 연방헌법재판소에 의하여 인간의 존엄성과 관련하여 이해되고 있다는 점에서,³⁶⁾ 베를린주 헌법의 기본권들이 기초하는 인간상은 인간의 존엄이 불가침(Unantastbarkeit der Menschenwürde)하다는 것을 전제로 하는 것이며,³⁷⁾ 그의 인격적 자유와 의사표현과 신앙의 자유, 거주이전의 자유, 평등한 취급을 받을 권리가 헌법의 보호하에 놓여 있는 인간상이며, 베를린주 헌법은 제20조, 제21조, 제62조, 제69조

33) BVerfGE 1, 208 (232); 27, 44 (55); 66, 107 (114).

34) BVerfGE 35, 366.

35) BerlVerfGH. Beschluß v. 12. 1. 1993, NJW 1993, S. 516 ff.

36) Vgl. etwa BVerfGE 27, 1; BVerfGE 71, 81; BVerfGE 32, 98 (108); BVerfGE 39, 1 (41).

37) BerlVerfGH. Beschluß v. 12. 1. 1993, NJW 1993, S. 517.

등에서 “헌법의 정신(Geist der Verfassung)”을 반복하여 선언하고 있으며, 그렇게 함으로써 베를린주 헌법은 헌법전의 문언이상의 의미를 가지는데, “헌법의 정신”에는 인간의 존엄성의 고백을 포함하고 있는 것이라고 한다.³⁸⁾

앞에서 살펴본 것처럼 인간 존엄성의 불가침원칙과 국가권력으로부터 존중받을 권리는 한편으로는 주헌법에 효력을 미치는 인간의 존엄성에 관한 기본법적 인식에서, 다른 한편으로는 베를린주 헌법의 기본권이 기초하는 인간상으로부터 도출된다는 점에서 베를린주 헌법은 불문의 헌법규정으로 인간의 존엄성에 대한 인식과 모든 국가권력의 인간의 존엄성을 존중하고 보호하여야 할 의무를 그 내용으로 하고 있다는 것이다.

2. 베를린주 헌법에서 인간의 존엄성을 보호받을 주관적 기본권 인정여부

베를린주 헌법재판소는, 인간 존엄성 불가침원칙으로부터 인간의 존엄성을 보호받을 주관적 기본권이 인정되는지 여부에 관하여 인간의 존엄성을 존중하고 보호하여야 한다는 것은 인간 존엄성 불가침의 원칙으로부터 각인되는 객관적 헌법질서의 표현으로 베를린주 헌법에 속하는 요청이며, 더 나아가 인간은 자신의 인간의 존엄성을 침해하는 국가작용으로부터 실효적으로 보호받아야 한다는 점에서 인간의 존엄성에 대한 헌법적 보장은 동시에 개인적인 주관적인 기본권(individuelles Grundrecht)의 보장을 의미하며, 특히 인간 존엄성의 헌법적 보장으로부터 베를린주의 모든 공권력은 인간의 존엄성을 존중하고 보호하여야 할 의무가 있다고 한다. 따라서 베를린주의 모든 공권력에 대하여 인간의 존엄성 보장을 요구할 개인의 권리가 나오며, 베를린주 헌법재판소법 제49조 제1항³⁹⁾에 따라 이와 같은 권리의 침해에 대해서 헌법소원을 제기할 수 있다고 판시하고 있다.⁴⁰⁾

38) BerlVerfGH. Beschluß v. 12. 1. 1993, NJW 1993, S. 517.

39) VerfGHG §49 (1) Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt des Landes Berlin in einem seiner in der Verfassung von Berlin enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof erheben, soweit nicht Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben ist oder wird(누구든지 연방헌법재판소에 헌법소원을 이미 제기하였거나 제기하려고 하는 경우에는 베를린주 헌법에 포함되어 있는 권리가 베를린주 공권력에 의하여 침해되었다고 주장하면서 베를린주 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 없다).

40) BerlVerfGH. Beschluß v. 12.1.1993, NJW 1993, S. 517.

3. 주헌법재판소는 주의 기관이 연방법을 적용하는 과정에서 주헌법이 보장하는 기본권을 침해하였는지 여부를 심사할 수 있는지 여부

이 사건 심판대상인 베를린주 지방법원과 주최고법원의 결정은 연방형사소송법에 근거하여 이루어진 것이다. 하지만 베를린주 헌법에서 보장하는 기본권은 주헌법 제23조 제1항41)에 따라 주의 사법권력도 구속한다. 주헌법에서 보장하는 기본권은 기본법 제142조42)와 기본법 제31조43)의 한계속에서, 즉 내용적으로 기본법의 기본권에 내용적으로 부합하는 범위에서 존재하며, 이 범위내인 경우 베를린주의 사법권력에 의하여 보호되어야 한다. 그에 따라 베를린주 헌법재판소는 「베를린주 헌법재판소법」 제49조에 따라 주법원이 연방법을 적용함에 있어서 기본법 제1조부터 제18조까지의 기본권에 부합하는 베를린주 헌법에 규정된 기본권을, 여기서는 역시 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 준수하였는지 여부를 심사할 수 있다고 한다.

이런 점에서 베를린주 헌법재판소는, 주법원의 결정이 기본법 제1조 제1항 제2문에 내용적으로 부합하는 주헌법에 의하여 보장되는 청구인의 인간으로서의 존엄을 존중받을 기본권을 척도로 하여 심사할 권한이 있다고 판시하고 있다.

4. 주법원의 결정이 인간의 존엄성을 존중받을 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부

베를린주 헌법재판소는, 중하고 치료할 수 없는 질병을 앓고 있고, 죽음이 목전에 와 있는 사람에게 대해서 구금을 계속 유지하는 것은 인간의 존엄성 존중의 요청

41) Verfassung von Berlin 1950 Art. 23. (1) Die durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte sind für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung verbindlich(헌법에 의하여 보장되는 기본권은 입법, 집행, 사법을 구속한다).

42) GG Art. 142 Ungeachtet der Vorschrift des Artikels 31 bleiben Bestimmungen der Landesverfassungen auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Artikeln 1 bis 18 dieses Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten.(기본법 제31조의 규정에도 불구하고 주헌법의 규정은 기본법 제1조부터 제18조까지의 기본권규정에 합치하여 기본권을 보장하는 한 효력을 갖는다.) 헌법재판연구원, 국가별 법령집(독일기본법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙), 2016, 207면.

43) GG Art. 31 Bundesrecht bricht Landesrecht(연방법은 주법에 우선한다). 헌법재판연구원, 국가별 법령집(독일기본법, 헌법재판소법, 헌법재판규칙), 2016, 43면 참조.

에 부합하지 아니한다고 판시한 바 있는 독일 연방헌법재판소의 결정(BVerfGE 72, 105 [116])을 원용하면서 주최고법원은 담당 재판부가 이미 수집한 감정서와 기타 의학적 전문가의 평가를 설득력있는 것으로 간주하고 이를 바탕으로 판단했을 때 빨라도 1993년 말에 1심 형사재판절차가 종료될 것으로 평가하면서 급속히 진행되는 간암으로 청구인이 1심 형사재판절차 종결때까지 거의 틀림없이 (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) 살아 있을 수 없다는 결론을 내리고 있는데, 이와 같은 상황에서 청구인에게 제기된 형사재판절차는 절차에 존재하는 법적 목적, 즉 기소된 범죄혐의를 받고 있는 행동에 대한 해명 그리고 경우에 따라서는 재판과 형벌 집행 등 국가공동체의 정당한 요구를 완수하게 하는 것을 더 이상 달성할 수 없고, 마찬가지로 이런 상황에서는 형사재판절차의 진행을 보장하고 형벌집행을 담보하고자 하는 구속의 목적을 달성할 수 없으므로 이처럼 중하고 치료할 수 없는 질병을 앓고 있고 죽음이 목전에 와 있는 상황에서의 구속의 유지는 청구인을 형사재판의 단순한 객체로 만들어 청구인의 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 침해한다고 판시하고 있다.

베를린주 헌법재판소는, 주최고법원이 1심 재판절차가 끝나기 전에 피고인이 사망할 것이 거의 확실하다고 인정하면서도 형사재판절차의 정지에 대한 지방법원의 기각결정에 대한 항고에 대해서 주최고법원에게 이를 파기할 권한이 없다는 이유로 청구인의 항고를 기각하였다고 하더라도 주최고법원의 결정은 헌법적으로 주장될 수 없는 것이며, 베를린주 지방법원 담당 재판부의 결정에 대해서는 법원에 의학적 감정서 등이 제출되었고 따라서 법원이 청구인의 형사재판절차정지 신청과 구속영장취소 신청에 관하여 결정함에 있어 청구인의 인간의 존엄성을 존중받을 기본권이 구속의 계속과 공판의 계속진행으로 침해될 것인지 여부에 관한 문제를 검토하는 것이 담당 재판부에게 요구되었지만, 담당 재판부는 기본권적 관점(grundrechtliche Gesichtspunkte)을 대체로 고려하지 아니하고 오히려 범죄자에 대한 형사책임을 추궁하기 위하여 국가기관에게 헌법적으로 주어지는 의무만을 고려하고 있는 것으로 보이는데, 이와 같은 담당 재판부의 태도는 청구인의 인간으로서의 존엄성을 존중받을 기본권을 침해하는 것으로 판단하여 법원의 결정을 취소하였다.⁴⁴⁾

44) BerlVerfGH. Beschluß v. 12. 1. 1993, NJW 1993, S. 517.

V. 베를린주 헌법재판소의 인용결정 이후의 경과

1. 베를린주 지방법원의 구속취소 및 형사재판절차 정지결정

베를린주 헌법재판소가 담당 재판부나 주최고법원을 대신하여 구속취소 및 재판절차 정지를 결정하는 것은 허용되지 아니하여, 「연방헌법재판소법」 제95조 제2항에 따라 베를린주 헌법재판소는 사건을 베를린주 지방법원에 환송하였고, 베를린주 제27형사재판부는 주헌법재판소의 결정이 선고된 당일 오후 주헌법재판소 결정의 기속력을 규정한 「베를린주 헌법재판소법」 제30조에 따라 호네커에 대한 형사재판절차 정지 및 구속취소 결정을 하였다.⁴⁵⁾ 그런데 검찰은 이런 사태를 대비하여 이미 1992년 12월 21일 국고형령 및 직권남용혐의로 호네커에 대한 구속영장을 베를린주 지방법원으로부터 발부받았으면서 이 혐의에 대해서도 법원에 공소를 제기하였었다. 그렇지만 국고형령 및 직권남용혐의에 관한 형사사건을 배당받은 제14형사재판부 역시 「베를린주 헌법재판소법」 제30조에 따라 같은 해 1월 13일 국고형령의 등에 대한 형사재판절차 정지 및 구속취소 결정을 하였다. 그리하여 호네커는 당일 석방되었고, 같은 날 칠레(Chile)로 떠났다.⁴⁶⁾

2. 베를린주 헌법재판소의 인용결정 등에 대한 연방헌법재판소에서의 헌법소원 제기

호네커에 대한 형사재판과 관련하여 베를린주 헌법재판소의 인용결정이 있기 전에도 주지방법원에 의하여 구속 취소 및 형사재판절차 정지결정을 염려하여

45) 베를린주 제27형사재판부는 재판장의 부적절한 처신으로 1993년 1월 5일 재판장이 변경된 후 호네커의 소송수행능력이 제한적이라는 이유로 주헌법재판소의 결정이 선고되기 전인 1993년 1월 7일 호네커에 대한 형사재판절차를 분리하는 결정을 하였다.

46) 그 후 호네커는 칠레에서 1994년 5월 29일 간암으로 사망하였다. 그런데 독일연방형사소송법 제229조에 의하여 형사소송에서 절차중지는 30일 이내로 제한하고 있었기 때문에 담당 재판부는 2월 8일 공판기일을 지정하여 주칠레 독일 대사관을 통하여 칠레에 체류중인 호네커에게 소환장을 발부하였으나, 호네커는 변호인을 통하여 건강상의 이유로 출석할 수 없다는 통보를 하였고, 이에 담당 재판부는 기일지정을 취소하였다. 그리고 같은 해 4월 담당 재판부는 연방형사소송법 제229조와 제231조 제2항에 따라 형사재판절차 정지결정을 하였고, 이에 대해서 검찰이 항고하지 않아 사건은 이로써 법적으로 종결되게 되었다. 이에 관하여 자세한 것은 법무부(각주 11), 456면 참조.

총격사건의 피해자측에서는 주법원이 호네커에 대한 재판절차 분리 및 정지결정이 자신들의 재판받을 권리를 침해하는 것이라고 주장하면서 헌법소원을 제기하면서 주법원이 재판정지 신청을 인용하는 경우 이에 대해서 항고를 제기할 수 있도록 하는 가치분신청을 연방헌법재판소에 제기한 바 있다. 이에 대해서 연방헌법재판소는, 독일 기본법은 제3자의 형사처벌을 국가에 요구할 수 있는 권리를 기본권으로 인정하고 있지 않으며, 기본법 제103조 제1항은 법정청문권 내지 법관의 재판을 받을 권리에 관해서만 규정하고 있으므로 소송절차의 정지에 대한 즉시항고의 가능성이 있으면 법정청문권 내지 법관의 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아니며, 주소송인 헌법소원이 인용되기 어려운 경우 가치분명령을 발할 수 없다고 하면서 배척하였다.⁴⁷⁾

그리고 베를린주 헌법재판소의 인용결정에 대해서도 이와 같은 인용결정은 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄성 불가침, 국가의 인간의 존엄성 존중 및 보호의무)과 제2항, 제2조 제1항(일반적 인격권), 2항(생명과 신체를 훼손당하지 아니할 권리), 제3조(일반적 평등권), 그리고 기본법 제33조(모든 주에서 평등한 처우를 받을 권리)를 침해하며 법치국가원칙에 위반되며, 따라서 청구인 호네커에 대한 형사소추절차를 계속 수행하여야 한다고 주장하는 헌법소원이 연방헌법재판소에 제기되었으나, 연방헌법재판소는 1992년 12월 17일과 1993년 1월 21일의 결정에서 밝힌 것과 동일한 이유로 국가에 대하여 제3자에 대한 형사소추절차를 진행할 것을 요구하는 것은 헌법적으로 기본권 내지 기본권유사의 권리로 인정되지 아니하기 때문에 1993년 1월 12일 선고된 베를린주 헌법재판소의 결정으로 청구인의 기본권 내지 기본권 유사의 권리를 침해될 여지가 없다고 판시하였다.⁴⁸⁾

또한 베를린주 헌법재판소가 권한있는 연방헌법재판소를 대신하여 관할권없이 재판하였고 그래서 ‘법률이 정하는 법관에 의한 재판을 받을 권리’를 규정한 기본법 제101조 제1항 제2문에 위반된다는 주장에 대해서도 베를린주 헌법재판소의 결정들은 기본법 제101조 제1항 제2문을 침해하는 것이 아니라고 판시하였다.⁴⁹⁾ 이를 통하여 주의 기관이 연방법을 적용하는 과정에서 주헌법이 보장하는 기본권을 침해하였다고 주장하면서 주헌법재판소에 헌법소원이 제기된 경우 주

47) BVerfG Beschl. v. 17. 12. 1992-2BvQ 26/92=NJW 1993, S. 915; BVerfG Beschl. v. 21. 1. 1993-2BvQ 1/93=NJW 1993, S. 915.

48) BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 31-03-1993-2 BvR 236/93.

49) BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 31-03-1993-2 BvR 236/93.

헌법재판소가 이를 심사할 권한이 있는지 여부와 관련된 베를린주 헌법재판소의 관할범위에 관한 논란에서 연방헌법재판소는 주헌법재판소가 이를 심사할 수 있음을 긍정하였다.

VI. 분석 및 평가

1. 논의의 범위

호네커사건에 대한 베를린주 헌법재판소 결정에서의 주요쟁점은 베를린주 헌법에 인간의 존엄성 불가침. 국가의 인간의 존엄성 존중 및 보호의무, 또는 인간의 존엄성을 존중받을 권리 등에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 인간의 존엄성 불가침과 국가의 인간의 존엄성 존중의무와 보호의무가 인정되고, 이에 근거하여 개인의 인간으로서의 존엄성을 존중받고 보호받을 권리가 기본권으로 인정되는가 하는 문제와 더불어 이 사안에서 베를린주 헌법재판소의 주장처럼 인간 존엄권이 침해되고 있는 것인지 아니면 다른 개별기본권이 침해되고 있는지 여부가 문제되며, 주법원이 1심재판 종결전까지 사망할 것이 거의 확실한 말기암환자에 해당하는 청구인에 대하여 형사재판절차를 진행한 것이 과연 주법원이 인간의 존엄을 보호해야 할 의무를 위반하여 청구인의 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 침해하는 것인가 하는 문제와 더불어 연방국가에서 주헌법재판소가 주의 기관이 연방법을 적용하는 과정에서 주헌법이 보장하는 기본권을 침해하는지 여부를 심사할 권한이 있는지 여부이다.

그런데 마지막 쟁점의 경우 베를린주 헌법재판소의 이 사건 결정에 대한 헌법소원심판사건에서 연방헌법재판소가 주헌법재판소의 심판권한을 인정하였을 뿐만 아니라⁵⁰⁾ 본 논문의 취지가 호네커사건에 대한 베를린주 헌법재판소의 결정이 한국의 통일과정이나 통일 이후에 문제될 북한체제의 불법청산과 관련하여 어떠한 시사점을 제공할 수 있는가에 있다고 판단되고, 또한 이 문제는 연방국가에서 연방과 이를 구성하는 주에 모두 헌법재판소가 설치된 독일의 특수한 상황

50) BVerfG Beschl. v. 17. 12. 1992-2BvQ 26/92=NJW 1993, S. 915; BVerfG Beschl. v. 21. 1. 1993-2BvQ 1/93=NJW 1993, S. 915.

에서 제기되는 문제라는 점에 본 논문에서는 다루지 아니한다.⁵¹⁾

첫 번째 쟁점의 경우에도 이 사건 결정에서 베를린주 헌법재판소가 주장한 바처럼 베를린주 헌법에 명문의 규정은 없지만, 주헌법의 효력의 근거이자 해석의 기준이 되는 연방헌법인 기본법 제1조 제1항에서 인간 존엄성의 불가침과 국가의 인간 존엄성의 존중과 보호의무를 규정하고 있다는 점에서⁵²⁾ 그리고 무엇보다도 베를린주 헌법에 규정된 각종 기본권들은 인간의 존엄성을 전제로 하고 있다는 점에서 베를린주 헌법에서도 인간의 존엄성의 불가침성과 주 기관의 인간 존엄성의 존중 및 보호의무가 인정된다고 판단된다.⁵³⁾ 또한 인간의 존엄성 불가침에서 개인의 주관적 권리로서 인간 존엄성의 존중을 요구할 권리 내지 인간의 존엄성을 존중 받을 권리가 인정된다고 하더라도 인간의 존엄성을 존중받을 권리는 포괄적, 일반적 성격으로 인하여 인간의 존엄성을 실현하기 위한 개별 기본권과의 관계에서 보충적 의미를 가진다는 점에서 큰 실익이 있는 것은 아니다라는 비판이 있지만,⁵⁴⁾ 인간 존엄성의 불가침이 실효적으로 보장되기 위해서는 베를린주 헌법재판소가 지적하는 것처럼 국가권력의 침해에 대하여 침해배제를 요구할 수 있는 주관적 기본권이 인정되는 것으로 이해하는 것이 타당하다.

이 논문에서 1심재판 종결전에 피고인이 사망할 가능성이 거의 확실한 경우에 형사재판절차를 진행하는 것이 피고인의 인간의 존엄성을 침해하는 것인지를 중심으로 이 사건에서 동독체제의 불법청산의 일환으로 제기된 호네커에 대한 형

51) 이 문제는 주법원의 재판에서 주로 발생한다. 주헌법재판소의 심판권한의 범위에 관하여 주마다 다소 차이가 있다. 연방국가에서 주헌법재판소가 주의 기관이 연방법을 적용하는 과정에서 주헌법이 보장하는 기본권을 침해하는지 여부에 관하여 심사할 권한이 있는지 여부에 관하여 베를린주 헌법재판소는 이런 경우 적극적인 반면에, 헤센주(Hessen) 헌법재판소와 바이에른주(Bayern) 헌법재판소는 소극적이라는 평가가 있다. 연방으로의 권한집중의 정도 내지 주의 자치권한의 범위에 관하여는 주마다 다른 태도를 취하고 있다. 따라서 연방헌법인 기본법이 허용하는 범위내에서 각 주가 주의 입법으로 자율적으로 주헌법재판소의 심판범위를 정할 수 있는 것이고, 주의회가 법률로 정하지 아니하는 경우에는 각 주헌법재판소가 자율적으로 결정할 수 있다고 이해하는 것이 타당하다. 주의 법원에 의한 연방법의 적용 과정에서 기본법상의 기본권과 동일한 내용의 주헌법상의 기본권이 침해되었는지 여부가 쟁점이 된다면 주헌법재판소가 이를 심사할 수 있다는 견해로는 Ch. Degenhart, Staatsrecht I, RN. 851, 871, Ch. Degenhart(홍일선 역), 독일헌법총론, 피앤씨미디어, 2015, 546, 561면.

52) 이에 대해서 주헌법에 효력을 가지는 기본법의 규정이 주헌법재판소의 헌법소원심사에서 심사의 척도가 될 수 없지만, 주헌법에 효력이 미치는 기본법이 보장하는 기본권은 주헌법재판소의 헌법소원심사에서 기준이 될 수 있다는 견해도 있다. Ch. Pestalozza, Der "Honecker-Beschluß" des Berliner Verfassungsgerichtshofs, NVwZ 1993, S. 341 ff.

53) 같은 취지: Ch. Pestalozza(각주 52), S. 341 ff.

54) H. Dreier, Art. 1. Abs. 1, Rn. 67, in: H. Dreier(hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1996.

사재판에서의 구속취소 신청과 형사재판절차 분리 및 정지 신청에 대한 베를린주 법원의 결정과 베를린주 헌법재판소의 결정의 타당성에 관하여 검토하고자 한다. 이를 위하여 독일 기본법에서 인간 존엄성 불가침원칙과 국가의 인간 존엄성 존중, 보호의무가 도입된 배경, 특히 기본법 제1조 제1항에 규정한 배경 그리고 기본법에 수용된 인간 존엄성 불가침의 규범적 의미를 명확히 하기 위하여 인간의 존엄성 불가침원칙의 이념적, 사상적 배경을 살펴보고, 이를 바탕으로 인간의 존엄성 불가침원칙과 국가의 인간 존엄성 존중의무와 보호의무의 규범적 의미를 살펴본다. 마지막으로 이를 바탕으로 독일에서 형사사법절차에서 인간의 존엄성 불가침원칙 및 국가기관의 인간 존엄성 존중의무와 보호의무를 어떻게 평가하고 실현하고 있는가를 연방헌법재판소의 관련 결정례의 분석을 통해서 살펴보고 이를 바탕으로 베를린주 헌법재판소 이 사건 결정의 타당성을 검토하고자 한다.

2. 인간 존엄성 불가침원칙의 독일 기본법에의 도입배경

독일 기본법은 제1조 제1항에서 “인간의 존엄성을 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”⁵⁵⁾라고 규정하고 있다. 그런데 1949년의 기본법 제정 이전에 1918년에 제정된 독일 헌법, 소위 ‘바이마르헌법(Weimarer Verfassung)’ 제151조 제1항 제1문에서는 “경제생활의 질서는 모든 이의 인간으로서 존엄한 생존의 보장을 목적으로 하는 정의의 원칙에 부합하여야 한다.”⁵⁶⁾고 규정하여 바이마르헌법에서 처음으로 ‘인간의 존엄’을 언급하였다. 하지만 바이마르헌법에서의 표방하는 인간의 존엄은 경제생활의 질서와 관련된 표현이라는 점에서 국가, 개인, 기업, 노동자 등의 관계에서 경제주체 특히 사회적, 경제적 약자의 생존을 보장하기 위한 것에 불과하였고, 전체 헌법질서에서 개인과 국가권력의 관계를 의미하는 것은 아니었다는 점에서 한계가 있었다. 이러한 한계 때문에 바이마르헌법하에서 ‘국가와 민족공동체가 전부이고 개인은 무가치하다(der Einzelne sei nichts, der Staat [oder Gemeinschaft] alles)’는

55) GG Art 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

56) WRV Art. 151 Abs. 1 Sat. 1 Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.

아돌프 히틀러(A. Hitler: 1889. 4. 20~1945, 4, 30)의 국가사회주의노동자당(Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei: NSDAP)의 지도이념이 공공연하게 주장되었고 다수 독일 국민의 지지를 받아 히틀러는 전쟁을 일으키고 참혹한 인권유린을 자행하였다.

인간 존엄성의 불가침과 국가권력의 존중 및 보호의무를 규정한 독일 기본법 제1조 제1항은 독일이 제2차세계대전에서 패전한 이후 히틀러 독재체제에서 국가나 민족 등 공동체의 목적을 내세워 인간의 존엄성을 극도로 침해한 것에 대한 독일민족의 반성과 결의를 대내외적으로 표현하는 것으로 국가사회주의노동자당의 지도이념에 명백히 반대하고 새로운 기본법질서의 기본방향을 명확히 하기 위하여 도입되었다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 이로써 독일낭만주의시기부터 강조되던 국가와 민족공동체에 대한 숭배를 포기하고,⁵⁹⁾ 1776년의 미국 버지니아주 인권선언과 1789년의 프랑스 인권선언에서 강조된 자유주의적 국가사상 즉 “국가에 대한 인간 우선사상(Vorrang des Menschen vor dem Staat)”을 전 독일 차원에서 명확히 하였다고 평가된다.⁶⁰⁾

3. 독일 기본법의 인간 존엄성 불가침원칙의 사상사적 배경

기본법에 규정된 인간 존엄성의 불가침원칙과 국가의 인간 존엄성 존중 및 보호의무가 유명무실한 것으로 되지 않게 하려면 기본법에서 가장 중요한 지위에 놓여있는 ‘인간의 존엄성’을 내용적으로 확정하는 것이 필요하다.⁶¹⁾

“인간의 존엄성”이란 무엇인가 하는 것은 개인의 세계관이나 사조 또는 철학적 논리에 따라 다양하게 이해되고 정의될 수 있다. 그런데 헌법이란 국가라는 정치공동체의 구성원 대부분이 공감하는 기본적 가치에 입각하여 구성원의 기본적인 법적 지위와 이를 실현하기 위한 국가권력의 조직과 행사에 관한 기본원칙을 정한 한 나라의 최고규범을 의미하는 것으로 이해할 때 헌법에 규정된 인간

57) H. Jarass, Art. 1. Abs. 1, RN. 1, in: H. Jarass/ Piroth, GG Kommentar, 2007; Ch. Starck, Art. 1, Rn. 1, in: Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 1999.

58) 기본법에 앞서 제정된 1946년 12월의 바이에른주(Bayern) 헌법, 1946년 12월 헤센주(Hessen) 헌법, 1947년 10월의 브레멘주(Bremen) 헌법, 1947년 5월의 라인란트팔츠주(Rheinland-Pfalz) 헌법에서는 인간의 존엄성 보장을 규정하고 있었다.

59) H. Jarass(각주 57), Rn. 1.

60) Ch. Starck(각주 57), Rn. 1.

61) Ch. Starck(각주 57), Rn. 1.

존엄성의 불가침은 단순한 철학적 논제가 아니라 국가공동체에서 인간과 국가의 관계 내지 국가공동체에서의 개인의 법적 지위를 의미한다는 점에서 특정 철학적 관점에 따라 논리일관되게 정의되고 해석되어야 하는 것은 아니라고 할 것이다.⁶²⁾

또한 헌법은 특정한 역사적 상황속에서 성립되는 역사적인 산물이기 때문에 역사성을 띤 규범으로 평가된다. 이런 점에서 인간에 관한 존재론적이고 인류학적 기초에서 서유럽에서 인간 존엄성개념이 형성, 발전되어온 과정을 살펴보는 것이 필요하다.⁶³⁾ 서유럽에서 인간의 존엄성개념은 기독교의 인간상에서 초기 맹아가 형성되었고, 인문주의와 계몽주의 등을 통한 세속화과정을 거쳐 철학적으로 형성되었고⁶⁴⁾ 시민혁명을 통하여 법적으로 보장되게 된 것으로 평가된다.⁶⁵⁾

서양문명에서는 다른 문명에 비하여 신, 사회 또는 국가와의 관계에서 개인에 대하여 높게 평가하고 있다.⁶⁶⁾ 이것은 기독교신앙에서 인간은 신의 형상으로 창조되었고, 인간 영혼의 불멸성(Unsterblichkeit)과 신에 대한 자신의 책임을 강조하여 인간은 신과 개인적 관계를 가지고 있다는 것에 근거한다. 기독교사상의 핵심개념으로서 인간의 자유(die Freiheit des Menschen)는 개인의 자유(Individualfreiheit)이다. 그렇지만 인간은 유한한 존재(Unfertigkeit)면서도 여러 가지 가능성을 가진 개방적 존재(Offenheit)이기도 하다. 그렇기 때문에 개인의 자유가 바로 원죄(Sühne)와 책임(Verantwortung)의 전제조건인 것이다.⁶⁷⁾ 즉 이것은 인간은 자유의지를 가지고 여러 가지 선택을 할 수 있지만 전지전능하지 않기 때문에 자신의 행위에 대하여 타인은 물론이고 신에 대해서 책임을 져야 한다는 것을 의미한다.

한편, 신학적이고 종교지향적인 자유개념과 존엄개념은 인문주의(Humanismus)와 계몽주의(Aufklärung)를 거치면서 신에 대한 개인의 자유의지에서 세속적인 공동체에서의 개인의 자유의지가 강조되면서 개인의 존엄성 개념은 세속화되었다.⁶⁸⁾ 오늘날까지도 영향을 미치고 있는 고전적인 세속적 인간 존엄성의 개념은

62) Ch. Starck(각주 57), Rn. 3; H. Dreier(각주 54), Rn. 13.

63) Ch. Starck(각주 57), Rn. 7; H. Dreier(각주 54), Rn. 16.

64) Ch. Starck(각주 57), Rn. 5 ff.

65) 국가공동체에서 인간 존엄성의 불가침을 바탕으로 하여 형성된 개인과 국가와의 관계를 잘 나타내는 것이 바로 근대시민혁명기의 인권선언 특히 1776년의 미국 버지니아주 인권선언과 1789년의 프랑스 인권선언 등이다. 자세한 것은 허영, 한국헌법론, 박영사, 2017, 214면 이하 참조.

66) Ch. Starck(각주 57), Rn. 4.

67) Ch. Starck(각주 57), Rn. 4.

68) Ch. Starck(각주 57), Rn. 5.

칸트(Immanuel Kant, 1724-1804)에 의하여 완성되었다고 평가된다.⁶⁹⁾ 칸트는 인간의 도덕적 자율성(sittliche Autonomie)을 인간 존엄성의 근거로 이해하면서 인간의 자유는 도덕법칙의 존재근거이고 도덕법칙은 자유의 인식근거로 이해하였으며, 인간은 자신의 의지에 따른 고유한 입법자이므로 타인의 존엄을 존중해야 할 의무가 있으며, “인간이 단순한 수단으로서 다루어진다면 그는 인간일 수 없다. 어떤 때이든 인간은 목적으로 취급되어야 한다. 그 속에서 인간 존엄(인격성)이 존재한다.”⁷⁰⁾라고 설파하여 인간 존엄성을 근거지우는 핵심적 요소와 개념정의의 제공하고 있다.

그리고 인간의 존엄성은 19, 20세기 노동운동의 요청속에서 정치사회적 차원에서 문제의식의 방향이 변화되었고, 20세기 전체주의정치질서를 겪은 후에 변화된 인간 존엄성 관념은 더 이상 다룰 수 없게 되었고, 국가권력으로부터 어떻게 개인(Individuum)을 보호할 것인가가 중요한 과제로 남게 되었다고 평가된다.⁷¹⁾

4. 독일 기본법 제1조 제1항의 의의와 성격

(1) 독일 기본법 제1조 제1항의 인간 존엄성의 의의

독일 기본법 제1조 제1항의 인간 존엄성의 불가침으로 보장하고자 하는 것은 개개의 인간은 국가공동체에서 목적이고 수단으로 취급되어서는 아니된다는 것, 인간의 존엄성을 실현하기 위하여 개인의 자기결정권과 자유가 보장되어야 하며, 법질서에서 자유를 향유하고 의무를 부담함에 있어서 평등하여야 함을 의미한다.

먼저, 인문주의와 계몽주의에서 비롯되는 인간의 존엄성은 개개의 인간을 공동체의 목적을 위한 단순한 수단으로 하는 모든 주장을 거부한다. 단순히 공동체의 발전을 위한 유용한 수단으로서의 인간은 목적달성을 위한 수단으로 전락한 것이며, 인간의 존엄성이 박탈당한 인간이다.⁷²⁾ 이런 점에서 인간 존엄성의 불가침과 모든 국가권력의 인간존엄성 존중 및 보호의무를 규정하고 있는 기본법 제1조 제1항이 의미하는 바는 기본법하에서의 독일이라는 국가공동체에서는 인간이

69) H. Dreier(각주 54), Rn. 11.

70) E. Kant, *Metaphysik der Sitten*(1797), *Tugendlehre* §38, Ch. Starck(각주 57), Rn. 5에서 재인용.

71) H. Dreier(각주 54), Rn. 16.

72) Ch. Starck(각주 57), Rn. 7.

우선이고 국가는 개개인의 인간으로서의 존엄을 존중하고 보호하기 위한 수단적 존재라는 것이다.⁷³⁾ 즉 국가는 개인을 위하여 존재하고, 개인은 국가를 위하여 존재하지 아니한다. 따라서 국가 그 자체가 결코 목적이 될 수 없고, 오히려 국가의 존립이유 내지 정당성은 오로지 국가가 인간의 존엄성이 보장될 수 있도록 봉사하는 것에서 나온다.⁷⁴⁾ 이는 인간은 주체이지 결코 객체가 되어서는 아니됨을 의미한다.⁷⁵⁾ 이런 점에서 인간의 존엄성은 모든 국가권력의 한계 내지 상대화를 의미한다.⁷⁶⁾

둘째, 인간의 존엄성은 인간의 자기결정권을 전제로 하는 것이다. 따라서 개인의 삶과 행동은 자신이 스스로 자유롭게 결정할 수 있어야 하며, 개인의 삶에 영향을 미치는 공동체와의 결정에 자유롭게 참여하고 자유롭게 결정할 수 있는 자유가 보장되어야 한다. 그렇지 아니한 국가에서 개인의 존엄성은 보장될 수 없다. 이런 점에서 자유의 보장은 인간의 존엄성 보장의 필수적 내용이다.

그런데 기본법 전문에서는 “신과 인류에 대한 자신의 책임(Verantwortungen vor Gott und den Menschen)을 인식하는 독일국민은 ……기본법을 제정한다”고 규정하고 있는데, 이와 같은 표현은 인간의 존엄성을 해석하는데 있어서 중요한 의미를 가진다. 왜냐하면 ‘신에 대한 책임’은 엄격한 의미에서 법적으로 주장할 수 있는 것이 아니라 종교 등 형이상학적 차원의 문제이고, ‘인류(타인)에 대한 책임’ 역시 그 내용이 확정되어 있지 아니하여 법률적으로 주장될 수 없다. 이런 이유로 기본법 전문의 ‘신과 인류에 대한 자신의 책임’이라는 표현은 ‘형이상학적 뿌리를 가지는 인간상’을 독일기본법이 전제로 하고 있음을 표시한 것으로 평가된다.⁷⁷⁾ ‘신과 타인에 대한 책임’이 의미하는 바는 자신의 자유의지에 따른 행동에 대한 책임, 즉 이것은 개인의 자기결정권에 기초한 책임을 의미하는 것이다.⁷⁸⁾ ‘신과 타인에 대한 책임’을 전제로 하는 ‘인간의 존엄성’은 사회와 유리된

73) H. Jarass(각주 57), Rn. 1; M. Herdegen, Art. 1 Abs. 1, Rn. 1, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar 79. EL, Dezember 2016; Ch. Starck(각주 57), Rn. 1.

74) H. Jarass(각주 57), Rn. 1; 유사한 취지: P. Häberle, §22 Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft Rn. 66, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl., 2004.

75) BVerfGE 30, 1 (26); 50, 166 (175).

76) Ch. Starck(각주 57), Rn. 6.

77) Ch. Starck(각주 57), Rn. 6. 그 외에도 Ch. Starck는 기본법 제4조 제1항에서 종교의 자유를 보장하고 있으며, 제7조 제2항과 제3항에서는 공립학교에서의 종교교육과 그 한계를 규정하고 있으며, 제56조와 제64조 제2항에서 연방대통령과 연방수상 및 각료의 취임선서문구 말미에서 “신이시여, 저를 도우소서!”라고 명시하고 있는데, 이들 규정들도 인간의 형이상학적 관계를 증명하고 있다고 주장한다.

78) 독일기본법 전문에서도 ‘책임’에 상응하여 ‘세계평화에 이바지하려는 의지(Wille)’와 ‘자유로운 결정(in

인간의 자기결정을 의미하는 것이 아니라 오히려 ‘다른 사람을 포함하는 모든 개 개인의 고유한 개성의 기초위에서의’ 자기결정을 의미한다.⁷⁹⁾ 이러한 자기결정권을 가진 인간상을 전제로 개개의 인간에게 존엄을 부여하고 법적으로 보호하는, 즉 국가로 하여금 존중하고 보호하도록 하는 것이다. 이런 점에서 인간 존엄성은 자기 자신과 다른 사람에 대한 믿음의 기초이며, 자신의 현존과 개인성(Personalität)과 사회연대성(Solidarität)의 공존에 기초를 두고 있는 것이라고 평가된다.⁸⁰⁾

셋째, 인간의 존엄성을 인정한다는 것은 모든 사람은 같은 가치를 가지는 개성을 지닌 존재로 인정한다는 것을 의미한다.⁸¹⁾ 이런 점에서 인간의 존엄성은 평등을 전제로 한다.⁸²⁾ 모든 인간은 자신의 개성, 업적, 사회적 지위에 관계없이 인간의 존엄성을 가진다. 즉 비록 사실적으로는 인간 상호간에 차이가 있을지라도 모든 인간을 원칙적으로 평등하게 처우하여야 한다. 때문에 다른 사람과 비교하여 차별을 받게 되면 인간의 존엄은 침해되게 된다. 특히 종교, 인종, 계급이나 신분, 성별에 따라 차별하여 법적인 평등에서 중대한 침해가 있는 경우에는 인간의 존엄성을 침해하는 것이다.⁸³⁾

인간 존엄성의 보장은 적어도 인간 실존 때문에 인간에게 인정되는 사회적 가치를 인정하고 존중할 것을 요구하는 의미이다.⁸⁴⁾ 그렇기 때문에 인간의 존엄은 생물학적 개념으로서 생존하는 한 보호되어야 한다.⁸⁵⁾ 여기서 자연인은 출생한 인간만을 의미하는 것이 아니라 연방헌법재판소의 판례에 따르면 자국내에서의 착상단계의 수정란도 기본법 제1조의 완전한 보호를 받는다.⁸⁶⁾ 그리고 인간의 존엄은 인간의 죽음으로 끝나는데, 주관적 기본권으로서의 인간의 존엄성은 권리주체의 부재로 소멸된다. 그렇지만 원칙으로서의 인간의 존엄성을 사자에게도 여전

freier Selbstbestimmung)’이라는 표현을 사용하고 있다.

79) Ch. Starck(각주 57), Rn. 4. Starck는 바로 여기에서 인간의 자유와 평등 그리고 박애(Brüderlichkeit)의 근거가 나온다고 주장한다.

80) Ch. Starck(각주 57), Rn. 6.

81) BVerfGE 45, 187 (228).

82) H. Jarass(각주 57), Rn. 6; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV/1, 2006, S. 54.

83) H. Jarass(각주 57), Rn. 2.

84) BVerfGE 87, 209 (228).

85) H. Jarass(각주 57), Rn. 6.

86) BVerfGE 88, 203 (251); BVerfGE 39, 1 (37).

히 존중되어야 한다는 것이 연방헌법재판소의 태도이다.⁸⁷⁾

인간의 존엄성은 현실의 구체적 인간, 자연인에게만 인정된다. 자연인인 한, 그가 외국인, 어린이에게도 인정된다. 주체가 이런 존엄을 인식하고 있는지 여부, 그리고 그 자신이 이를 지킬 수 있는지 여부는 중요하지 않다.⁸⁸⁾ 그리고 행위자가 인간의 존엄을 침해하는 비인간적인 범죄행위를 하였다고 하더라도 그 자신의 인간의 존엄성 자체가 상실되는 것은 아니다.⁸⁹⁾ 따라서 인간의 존엄성을 존중받을 권리는 범죄행위자에게도 인정된다.

(2) 독일 기본법 최고의 가치

인간의 존엄성은 기본법 제1조 제1항의 형성배경에 상응하게 기본법 최고의 헌법적 가치(*oberster Verfassungswert*)⁹⁰⁾로 그리고 기본법의 가장 중요한 가치결단(*wichtigste Wertentscheidung*)⁹¹⁾으로 평가되고 있다. 기본법 제1조 제1항의 인간 존엄성의 불가침과 국가권력의 보호의무 규정은 헌법의 핵심적 구성원칙으로서 인간 존엄성의 불가침은 모든 법규범의 근본규범이자 지도규범으로서 기능한다.⁹²⁾

인간 존엄성의 보장은 기본법에서의 최고의 가치로서 결코 제한가능성이 없으며, 다른 헌법규범이나 다른 헌법적 이익을 위하여 제한할 수 없으며, 오히려 헌법의 다른 규범의 해석을 조정한다.⁹³⁾ 기본법 제79조 제3항의 규정에 의하여 헌법개정의 경우에도 제1조 제1항에 규정된 인간 존엄성 불가침의 원칙을 침해하는 개정은 금지된다.

그리고 연방헌법재판소는 기본법 제1조 제1항을 모든 기본권의 뿌리로 평가하고 있다.⁹⁴⁾ 독일 기본법은 인간의 존엄성을 보다 넓게 그리고 실질적으로 실현하기 위하여 인격의 자유로운 발현권(제2조 제1항), 생명신체를 훼손당하지 아니할

87) BVerfGE 30, 173 (194).

88) H. Jarass(각주 57), Rn. 8.

89) BVerfGE 87, 209 (228).

90) BVerfGE 109, 279 (311); 54, 341(357); 96, 375 (398); 102, 370 (389); M. Herdegen(각주 73), Rn 4f; P. Kunig, Art. 1, Rn. 4, in: I. v. Münich/ P. Kunig, Grundgesetz-Kommentar Bd. 1, 2000; H. Jarass(각주 57), Rn. 2.

91) H. Jarass(각주 57), Rn. 2.

92) BVerfGE 87, 209 (228); 109, 133 (149). K. Stern(각주 82), S. 9.

93) P. Häberle, a.a.O., RN. 11.

94) BVerfGE 93, 266 (293).

자유(제2조 제2항), 일반적 평등권(제3조 제1항), 신앙, 양심과 신념의 자유(제4조), 의사표현의 자유(제5조), 혼인의 자유(제6조 제1항), 집회의 자유(제8조), 결사의 자유(제9조), 통신의 자유(제10조), 거주이전의 자유(제11조), 직업의 자유(제12조), 주거의 자유(제13조), 재산권 및 상속권의 보장 및 손실보상청구권(제14조), 국적을 박탈당하지 아니할 자유(제16조), 망명권(16a조), 청원권(제17조), 법률이 정하는 법관에 의한 재판을 받을 권리(제101조 제1항) 등의 개별기본권들을 보장하고 있다. 또한 기본법 제1조 제1항은 자기책임의 원칙(Schuldprinzip) 등 개별 법원칙의 헌법적 근거가 되기도 한다. 이런 점에서 제1조 제1항은 개별 법규범의 형성이나 해석, 적용에서 항상 고려되고 준수되어야 한다는 것이다.

그리고 인간의 존엄성 요청은 최고의 가치로서 직접적으로 사인에게도 적용된다.⁹⁵⁾ 그렇지만 연방헌법재판소는 사법관계에서는 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성이 직접 적용되는 것이 아니라 사법의 해석과 적용의 경우 제1조 제1항의 방사효(Ausstrahlungswirkung)를 존중하여야 한다고 판시하고 있다.⁹⁶⁾

(3) 주관적 기본권으로서의 성격

다수의 학자들은 기본법 제1조 제1항은 객관적 가치질서로서의 의미뿐만 아니라 주관적 기본권을 포함하고 있는 것으로 이해하고 있다.⁹⁷⁾ 특히 기본법 제1조 제1항 2문의 국가의 보호의무로부터 인간의 존엄성은 주관적 권리로서의 성격을 가진다.⁹⁸⁾ 하지만 연방헌법재판소는, 방론으로 이를 인정하는 취지의 몇몇

95) P. Kunig(각주 90), Rn. 27; K. Stern(각주 82), S. 66; H. Jarass(각주 57), Rn. 4; M. Herdegen(각주 73), Rn. 74; Ch. Starck(각주 57), Rn. 28. 이에 대해서 인간의 존엄성은 기본권이 아니라 기본법의 근본원칙이라는 점에서 사인 간에 직접 적용될 수 없고 방사효가 미칠 뿐이라는 반대견해도 있다. H. Dreier(각주 54), Rn. 40 ff.

96) BVerfGE 96, 375 (398).

97) M. Herdegen(각주 73), Rn. 29; K. Stern(각주 82), S. 61; Ch. Starck(각주 57), Rn. 24; H. Jarass(각주 57), Rn. 3; Ch. Pestalozza, a.a.O., S. 342. 반대견해 H. Dreier(각주 54), Rn. 67 ff; G. Dürig, Art. 1 Abs 1. Rn. 71ff in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 1958. Dürig은 인간의 존엄성의 주관적 권리로서의 내용은 개별기본권으로 표현되어 있으며, 게다가 기본법 제19조 제2항의 본질적 내용 침해금지 조항으로 인한 기본권의 본질적 내용이 보장되고 있음을 이유로 기본법 제1조 제1항은 헌법원칙으로서의 의미를 가질 뿐이라고 주장한다. Dreier는 기본법에 대한 문언적 해석방법과 체계적 해석방법에 의할 때 제1조 제1항은 헌법의 구성원칙이자 기본법의 핵심보장으로 국가권력 행사에 대한 생각가능한 최고의 심사적도이고 다양한 방법으로 기본권의 이해에 영향을 미치기 때문에 제1조 제1항의 인간의 존엄성은 헌법의 최고의 원칙이고 기본권은 아니라고 주장한다.

98) K. Stern(각주 82), S. 103; H. Jarass(각주 57), Rn. 14.

결정⁹⁹⁾을 하였지만 기본법 제1조 제1항에 대해서 명시적으로 주관적 기본권으로서의 성격을 인정한 바 없다고 평가된다.¹⁰⁰⁾

그런데 인간 존엄성의 불가침원칙과 국가의 보호의무로부터 직접 주관적 권리를 인정한다고 하더라도 그것의 실질적 의미는 제한되어 있다. 왜냐하면 기본법은 인간의 존엄성을 보장하기 위하여 개인의 다양한 자유와 권리를 개별기본권으로 보장하고 있기 때문이다. 즉 비록 제1조 제1항이 주관적 권리로서의 성격을 가지고 있다고 하더라도 인간 존엄성을 존중받을 권리는 자유권, 평등권을 포함하는 다른 개별기본권과의 관계에서 포괄적이고 일반적인 법원칙적인 성격을 가지고 있고, 설사 인간의 존엄성이 주관적 권리로서의 성격이 없다고 하더라도 관련당사자는 개별기본권의 침해와 더불어 제1조 제1항의 침해도 간접적으로 주장할 수 있기 때문이다.¹⁰¹⁾ 개별기본권과 인간의 존엄권이 침해되었다고 주장되는 경우 연방헌법재판소의 지적처럼 개별기본권이 구체적 규범으로써 우선적으로 심사되어야 한다.¹⁰²⁾ 다만 개별기본권을 해석할 때 인간의 존엄성 보장이 충분히 고려되어야 한다. 일반적으로 다른 개별기본권이 침해되는 경우에는 그에 따라 대체로 기본법 제1조 제1항이 침해된다고 할 수 있다.¹⁰³⁾ 기본법 제1조 제1항은 단지 핵심보호를 의미하며,¹⁰⁴⁾ 이런 점에서 기본법 제1조 제1항은 제한의 제한형식(Schranken-Schranken)으로 작용한다고 평가된다.¹⁰⁵⁾

(4) 국가의 존중의무와 보호의무

기본법 제1조 제1항 2번째 문장은 국가에 의한 인간 존엄성의 존중 및 보호의무를 규정하고 있다. 인간의 존엄성을 보호하는 방법에는 침해가 발생한 경우 이를 효율적으로 구제할 수 있는 권리구제수단을 두는 것과 침해의 발생을 예방할

99) BVerfGE 1, 322 (343); 15, 249 (255); 61, 126 (137).

100) H. Jarass(각주 57), Rn. 3; H. Dreier(각주 54), Rn. 74; M. Herdegen(각주 73), Rn. 74; Ch. Starck(각주 57), Rn. 28.

101) H. Dreier(각주 54), Rn. 67 ff.

102) BVerfGE 51, 97 (105); 53, 257 (300); 56, 363 (393); K. Stern(각주 82), S. 81; P. Kunig(각주 90), Rn. 69; H. Jarass(각주 57), Rn. 5. 이것이 보충성을 의미하는 것은 아니라고 한다. 유사한 취지: H. Dreier(각주 54), Rn. 96.

103) P. Kunig(각주 90), Rn. 69.

104) M. Herdegen(각주 73), Rn. 41; H. Jarass(각주 57), Rn. 7.

105) H. Jarass(각주 57), Rn. 5.

수 있는 제도적 장치를 마련하는 것도 필요하다. 여기에서 국가의 보호의무는 국가권력이 인간의 존엄성을 침해하여서는 아니 되는 방어권적 기능과 타인이나 단체, 외국 등에 의한 인간의 존엄성 침해로부터 이를 보호해야 하는 보호적 기능이 도출된다.

기본법 제1조 제1항 2문은 인간 존엄성의 보장을 ‘모든 국가권력’에게 의무지우고 있다. 여기에서의 ‘모든 국가권력’은 같은 조 제3항에서의 사용되는 ‘입법, 행정, 사법’을 의미한다.¹⁰⁶⁾ 국가기관에게 인간의 존엄성을 침해하려는 의도가 있었는가 여부는 그 자체로 결정적이지 않다. 비인격적이고 비인간적인 성격의 행동이 그에 상응하는 의도를 드러낼 수 있지만, 행위자의 의도나 목적 등은 상대적으로 알기 어렵기 때문이다. 기본권의 포기가 허용되지 아니하는 것처럼 관련당사자의 동의가 있었다고 하더라도 인간의 존엄성을 침해하는 것이 용인되지 아니한다. 인간 존엄성의 보장에서 개개의 사건의 의미 내지 상황이 중요하다.¹⁰⁷⁾

기본법 제1조 제1항 제2문의 방어권적 의미란 국가는 인간의 존엄성을 침해하는 행위를 금지한다는 것을 의미한다.¹⁰⁸⁾ 만약 국가가 법률로써 또는 사실적 권력행사로 굴욕을 주거나 낙인찍기를 하거나¹⁰⁹⁾ 추방 내지 파문 등의 방법으로 인간의 주체성이 의문에 들게 된다면 또는 인간을 단순히 국가권력적 행위의 객체로 만들게 된다면 인간의 존엄성에서 나오는 주체성을 침해하는 것이 된다.¹¹⁰⁾ 또한 노예제도(Sklaverei), 농노제도(Leibeigenschaft) 등을 비롯한 신분제도는 인간의 존엄성을 침해하는 것이므로 금지된다. 그리고 고문 등의 방법으로 인간의 육체적 완전성과 정신적 동일성을 침해한다면, 그리고 잔혹하고 비인간적인 또는 모멸감을 주는 처우나 형벌은 인간의 존엄성을 침해하는 것이다. 연방헌법재판소는 가석방가능성이 없는 종신형은 인간의 존엄성을 침해하는 형벌이라고 판시하였다.¹¹¹⁾ 또한 인간의 존엄성은 사생활의 핵심영역이 관찰되고 도청된다면 침해된다.

국가는 인간의 존엄성을 보호하기 위하여 이에 대한 침해의 발생을 예방할 수 있는 제도적 장치를 마련하여야 한다. 이런 점에서 국가는 인간의 존엄성을 침해

106) K. Stern(각주 82), S. 97.

107) H. Jarass(각주 57), Rn. 13.

108) H. Jarass(각주 57), Rn. 11.

109) BVerfGE 102, 347 (367); 107, 257 (284).

110) BVerfGE 87, 209 (228); 96, 375 (399); 109, 133 (150); 109, 279 (312).

111) BVerfGE 63, 332 (337).

하는 것을 방지하는 공법과 사법의 규정을 제정하여야 한다.¹¹²⁾ 이때 국가는 광범위한 입법형성의 재량을 가진다. 또한 국가는 사인이나 단체 등에 의한 침해로부터 그리고 외국의 국가기관의 침해로부터 국민의 인간의 존엄성을 보호하여야 한다.¹¹³⁾

개인의 자기결정권 내지 자율성(Autonomiegebot)을 바탕으로 하는 기본법 제1조 제1항의 취지에 비추어볼 때 사법관계에서는 원칙적으로 관련당사자의 의사에 반하는 보호는 필요적이지 않다.¹¹⁴⁾ 다만 사법관계라고 하더라도 인간의 존엄성을 침해하는 불법적인 내용을 담고 있는 경우에는, 예컨대 여자, 아동 등을 대상으로 인신매매를 하는 경우, 개인의 프라이버시에 해당하는 사항에 관한 도찰과 도청을 하거나, 인간의 존재를 상업화하는 경우 인간 존엄성의 침해를 방어하기 위하여 국가가 개입하여 인간의 존엄성을 보호하여야 한다.

이외에도 국가의 인간의 존엄성 보호의무로부터 국가의 급부의무를 인정할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 연방헌법재판소에 의하면 기본법 제1조 제1항은 기본법 제20조 제1항의 사회국가원칙의 관계에서 생활수단없는 시민들에 대하여 인간다운 생존에 필요한 최소한 전제조건을 보장하기 위한 헌법적 근거를 형성한다.¹¹⁵⁾ 구체적인 급부의 수준은 일반적인 생활수준에 좌우된다.

5. 베를린주 헌법재판소의 결정에 대한 평가

(1) 쟁점의 정리

베를린주 헌법재판소는 호네커의 구속취소 신청과 형사재판절차 분리 및 정지 신청에 대한 주법원의 기각결정이 주헌법에 효력을 미치는 기본법 제1조 제1항의 효력과 베를린주 헌법의 관련 기본권규정의 이념적 전제로서 인정되는 인간 존엄성을 존중받을 권리를 침해하였음을 이유로 위헌이라고 하여 취소하는 결정을 하였다.

베를린주 헌법재판소의 호네커 결정 당시의 시대상황을 고려할 때, 즉 1989년

112) M. Herdegen(각주 73), Rn. 74.

113) H. Jarass(각주 57), Rn. 14; P. Kunig(각주 90), Rn. 33.

114) BVerfGE 61, 126 (137); M. Herdegen(각주 73), Rn. 75; P. Kunig(각주 90), Rn. 34.

115) BVerfGE 82, 60 (85); M. Herdegen(각주 73), Rn. 114; H. Dreier(각주 54), Rn. 94.; H. Jarass(각주 57), Rn. 15.

10월부터 동독주민들에 의하여 요구되어온 독일사회주의통일당(SED) 불법체제 청산 및 새로운 법치국가 건설의 요청이 1990년 10월 3일 통일과 동시에 본격적으로 구 동독체제에서의 정권범죄에 관한 수사와 구 동독체제에서의 피해자의 신원회복 및 피해구제라는 모습으로 진행되고 있던 과정에서 호네커의 구속 및 기소가 이루어진 것이라는 점을 고려할 때 구 동독정권시절의 인권유린행위에 대해서 정치적으로나 법적으로 최종책임을 지는 지위에 있었던 호네커에 대한 베를린주 헌법재판소의 결정은 독일인뿐만 아니라 세계가 주목하고 있었다. 특히 이런 시대적 상황과 관련하여 구 동독정권시절의 인권유린행위에 대해서 최종책임을 지는 지위에 있었던 호네커를 석방시키는 결정에 대해서 피해자단체와 동독불법청산을 위한 시민단체와 실무법조인들의 반발뿐만 아니라 헌법, 국가법, 형사법학자들의 많은 비판을 받았다.

베를린주 헌법재판소의 호네커결정을 검토함에 있어서는 구동독의 불법청산 요구가 강했던 시대적 상황이나 호네커의 정치적 지위 및 그에 대한 국민여론 등은 배제하고 오로지 법적 관점에서 타당성이 있는지 검토하는 것이 타당하다.

베를린주 헌법재판소의 이 결정에 대한 평가에 있어서는 인간의 존엄권의 침해여부와 관련된 문제와 연방국가에서 주헌법재판소의 권한범위에 관한 문제로 분리하여 검토할 필요가 있으며,¹¹⁶⁾ 앞서서도 지적한 것처럼 전자의 문제에 중심을 두고 검토하고자 한다.

베를린주 헌법재판소의 이 결정에서 주법원의 기각결정으로 인간의 존엄권이 침해되었다고 판시하고 있는데, 과연 이 사안에서 문제되는 기본권이 무엇인지에 관해서 검토가 필요하다. 즉 베를린주 헌법재판소의 주장처럼 인간 존엄권이 제한되고 있는 것인지 아니면 다른 개별기본권이 제한되고 있는지 여부가 문제된다. 이 문제는 인간존엄성을 보장받을 권리와 개별기본권의 관계를 어떻게 이해할 것인가와 밀접한 관계에 있다, 두 번째 문제는 과연 암세포가 급속도로 성장하고 있는 말기암환자인 청구인 호네커의 건강상태에 비추어볼 때 구속취소 및 형사재판절차 정지를 요구하는 청구인의 신청을 기각한 주법원의 결정으로 청구인 호네커의 기본권이 침해되었다고 판단하는 베를린주 헌법재판소의 결정이 법리적 설득력이 있는지 검토가 필요하다. 즉 질병으로 인하여 독일형사소송법 제

116) 같은 취지: E. Benda, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1995, S. 171 ff.

206조a의 소송장애사유가 발생하였다고 판단하는 기준이 무엇인지 하는 것을 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여서는 독일연방헌법재판소가 질병 등으로 인하여 형사재판절차를 정지하여야 하는지 여부가 문제된 사건에서 1979년 7월 19일 선고한 결정(BVerfGE 51, 324)을 기준으로 검토하고자 한다.

(2) 인간 존엄성을 존중받을 권리와 다른 개별기본권과의 관계

호네커사건에서 주법원의 구속취소신청기각결정과 형사재판절차 분리 및 정지 신청 기각결정을 하고 형사재판절차를 일주일 2번, 각각 3시간씩 진행하여 말기 암 환자인 호네커가 적절한 치료와 휴식을 취하지 못하고 병세가 악화되고 사망 시기가 점차 앞당겨지는 것으로 인하여 인간적 모멸감 내지 인간으로서의 존엄성이 훼손되고 있다고도 할 수 있으나, 보다 직접적으로 제한되는 기본권이 무엇인지 진지하게 살펴볼 필요가 있다.¹¹⁷⁾ 주법원의 기각결정으로 직접적으로 제한되는 청구인의 기본권은 국가로부터 인간으로서의 존엄성을 존중받을 권리라기 보다는 구속으로 인한 신체의 자유의 제한 또는 구속 및 형사재판절차의 진행으로 적절한 치료를 받지 못하여 생명과 신체를 훼손당하지 아니할 자유(구 베를린주 헌법 제9조 제1항) 내지 일반적 행동의 자유(구 베를린주 헌법 제21조 제1항) 이라고 할 수 있다. 국가기관에 의하여 신체의 자유 등 개별기본권이 제한되는 경우 이로 인하여 인간의 존엄성을 존중받을 권리가 침해되었다고 판단할 수도 있으나 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 직접적으로 침해되는 기본권은 신체의 자유 내지 생명과 신체를 훼손당하지 아니할 자유로 판단된다.

그리고 누군가가 인간으로서 존엄하지 아니한 상황에서 살고 있다고 하더라도 그것으로 바로 인간 존엄성 내지 인간의 존엄성을 존중받을 권리가 침해되는 것은 아니다. 따라서 개별기본권과 인간의 존엄권이 침해되었다고 주장되는 경우 연방헌법재판소의 지적처럼 개별기본권이 구체적 규범으로써 우선적으로 심사되어야 한다. 이런 점에서 베를린주 헌법재판소의 결정은 개별기본권의 침해와 더불어 인간 존엄권의 침해가 주장될 때 개별기본권을 우선적으로 검토하여야 함

117) 유사한 취지: Ch. Pestalozza(각주 52), S. 341, Pestalozza는 형사소송절차에서 인간의 존엄성이 무엇을 의미하는지 불분명하고, 베를린주 헌법재판소가 인간의 존엄성에 관한 일반적 정의도 없이 비인간적인 사례에서 인간의 존엄성을 정의하고자 한다고 비판하고 있다.

을 간과하고 있다. 개별기본권의 침해와 더불어 인간 존엄성 내지 인간의 존엄성을 존중받을 권리의 침해를 주장하는 것에 대해서 비록 인간 존엄성의 원용이 많은 사건에서 적합하고, 정서적으로 강한 울림을 가지고 있다고 하더라도 인간 존엄성의 보장을 ‘작은 동전’(kleine Münze)으로 만들어서는 아니 된다는 비판이 있다.¹¹⁸⁾

베를린주 헌법재판소가 이 사건 결정에서 원용하고 있는 연방헌법재판소의 BVerfGE 72, 105 결정에서도 연방헌법재판소는 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 기준으로 심사한 것이 아니고 기본법 제2조의 일반적 인격권을 기준으로 심사하고 있다. 즉 연방헌법재판소의 BVerfGE 72, 105 결정은 54회의 살인을 저지르고 종신형을 선고받아 22년 8개월을 복역하고 있고, 1985년 7월 주최고법원의 결정당시 87세에 이른 고령의 수형자가 독일형법 제57조의a 제1항에 근거하여 제기한 종신형집행정지신청에 대해서 수형자가 행한 범죄의 중대성(다수의 살인 행위)을 고려하여 이를 기각한 주최고법원의 결정에 대해서 제기된 헌법소원사건에 관한 것으로, 이 사건에서 독일 연방헌법재판소는, 종신자유형의 경우라도 속환이나 죽음에 거의 이른 경우에 자유를 다시 누릴 가능성이 없다면 이는 인간의 존엄에 부합하지 아니하는 것이라고 하면서도 수형자의 특별히 중한 책임때문에 최소복역기간을 넘어서는 형의 집행이 요구되고, 또 수형자가 형집행도중 나이가 아주 많아 종신자유형이 문언그대로 삶의 전기간 동안 집행되게 되는 경우라도 그것이 헌법 때문에 근본적으로 배제되는 것은 아니라고 하여¹¹⁹⁾ 주최고법원의 기각결정이 청구인의 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성과 결합된 기본법 제2조에서 나오는 기본권을 침해하지 않았으며, 자의적인 공권력 행사도 아니라는 이유로 기각결정을 하였다.¹²⁰⁾

118) H. Jarass(각주 57), Rn. 7; H. Dreier(각주 54), Rn. 35. 다른 견해로는 P. Kunig(각주 90), Rn. 8. Kunig는 정치적 맥락에서이든 법률적 맥락에서이든 인간 존엄성 논쟁이 자주 제기되는 것이 국가나 국가기관으로 하여금 기본법 제1조 제1항에 규정된 자신들의 의무를 항상 재인식하게 한다는 점에서 전체적으로 볼 때 단점보다 장점이 더 많다고 주장하고 있다.

119) BVerfGE 72, 105 (117).

120) 연방헌법재판소의 BVerfGE 72, 105 결정은 이미 법원으로부터 종신형의 유죄확정판결을 선고받고 장기복역중인 고령의 수형자가 청구한 종신형집행정지신청에 대한 주최고법원의 기각결정에 대한 헌법소원사건에 관한 것이라는 점에서 재판진행중인 피고인에 대한 형사재판절차의 정지여부가 문제되는 호네커 사건과는 유사성이 부족하며, 이 사건에 대해서 연방헌법재판소가 기각결정을 하였다라는 점에서 베를린주 헌법재판소가 기각결정에서의 방론을 내세워 자신 결정의 설득력을 뒷받침하는 결정으로 원용한 것은 부적절했다는 비판이 있다. Ch. Pestalozza(각주 52), S. 342 ff.; Ch. Starck(각주 57), Rn. 59.

그리고 독일 연방헌법재판소는, 중병으로 인하여 재판에 출석하는 것이 피고인의 생명이나 신체에 중대한 위협을 야기할 수 있음을 이유로 신청한 재판절차정지 신청을 기각한 주최고법원의 결정에 대한 헌법소원심판사건에서도 주최고법원의 기각결정으로 침해되는 기본권으로 기본법 제2조 제2항 제1문에 규정된 “생명과 신체를 훼손당하지 아니할 권리”임을 전제로 판단하고 있다.¹²¹⁾

기본법 제1조 제1항은 누군가가 인간으로서 존엄하지 아니한 상황에 처해있다는 것만으로 주장할 수 있거나 적용되는 것이 아니라 인간 존엄성의 핵심을 보호하는 것에 그 목적이 있으며, 그러한 이유로 제한적으로 해석하여야 한다.¹²²⁾ 그렇지 아니할 경우 ‘일반조항으로의 도피’¹²³⁾ 내지 인간 존엄성 조항의 통속화(Trivialisierung)의 위험성과 더불어 남용과 자의를 초래할 위험성이 있다.¹²⁴⁾ 이런 이유로 국가공권력에 의하여 개별기본권과 더불어 인간의 존엄성을 존중받을 권리가 침해되었다고 주장하는 경우에는 개별기본권을 중심으로 기본권의 침해여부를 검토하는 것이 타당하다.

그런데, 개별기본권이 침해되는 경우에 인간의 존엄성도 침해되었다고 할 수 있으므로 베를린주 헌법재판소의 결정이 아주 논리적이고 설득력있는 논증은 아니지만, 그렇다고 결론이 아주 잘못되었다고 할 수는 없다고 판단된다. 베를린주 헌법재판소가 주법원의 기각결정으로 인간의 존엄성을 존중받을 권리가 침해되었다고 실시한 것은 그 당시 베를린주 헌법의 기본권목록이 체계적이지 못하고 주헌법에 명시되지 아니한 기본권 등이 있는 등 불완전한 부분이 있었고,¹²⁵⁾ 독일 기본법질서에서 인간의 존엄성이 가지는 중요성을 다시 한 번 강조함으로써 자신들의 결정의 정당성을 부여하려는 의미로 이해된다.

(3) 형사사법절차에서 국가의 의무와 소송장애사유

1) 형사사법절차에서 국가의 의무

베를린주 헌법재판소는, 형사재판절차는 그 자체가 목적이 아니라 범죄혐의를

121) BVerfGE 51, 324 ff. 참조.

122) H. Jarass(각주 57), Rn. 7. 유사한 취지: M. Herdegen(각주 73), S. 52 ff.

123) 유사한 취지: H. Dreier(각주 54), Rn. 33, 35.

124) M. Herdegen(각주 73), S. 52 ff.; H. Jarass(각주 57), Rn. 7.

125) 베를린주는 1995년 6월 8일 주의회가 헌법개정안을 의결하고, 1995년 10월 22일 주민들의 투표로 주헌법개정안을 확정하였다. 1995년 개정된 베를린주 헌법은 기본권목록을 보다 체계적으로 정비하였다.

받고 있는 행위에 대한 진상규명, 그리고 형사재판절차의 진행을 보장하고 뒤따르는 형벌집행을 담보하는 등 국가공동체의 정당한 요구를 수행하기 위한 것인데, 청구인은 말기암으로 인하여 1심 재판절차가 종결될 때까지 생존할 수 없음이 거의 확실함에도 불구하고 주법원이 형사재판절차를 계속 진행하고 계속 구금하는 것은 청구인을 형사재판의 단순한 객체로 전락시키는 것으로 청구인의 행위에 따르는 특별히 중대한 책임에도 불구하고 이로 인하여 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 침해하는 것이라고 판시하고 있다.

베를린주 헌법재판소의 지적처럼 형사재판절차 내지 형사소추절차는 그 자체가 목적이 아니라 미리 법정된 절차에 따라 범죄행위의 진상규명, 행위자 조사, 행위자의 책임 확정 그리고 형벌 집행을 통하여 공동체의 법적 평화를 확보하기 위한 것이다. 형사사법제도의 형성을 통한 법적 평화의 확보는 오래전부터 국가 권력의 중요한 과제이다. 따라서 국가기관이 범죄혐의가 있는 행위를 발견하였을 때에는 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 수사기관은 이를 수사하고, 검사는 기소하여 유죄입증을 위하여 노력하여야 하고, 판사는 유죄의 심증을 형성하였을 때에는 유죄판결을 선고하여야 할 의무가 있는 것이다. 다만 이와 같은 국가의 과제는 법치국가원리에 입각하여 수행되어야 한다.

그런데 법치국가는, 범죄행위자가 법률에 따라 재판을 받고 적정한 형벌이 부과되는 것이 확립되어 있을 때 실현될 수 있을 뿐만 아니라 형사소추절차에서 기소된 자들을 모두 평등하게 처우할 때에만 실현될 수 있다. 이런 이유로 형사재판절차를 정지하여야 할 소송장애사유는, 그 중에서도 피고인의 소송수행능력은 엄격히 해석하여야 한다.

2) 질병으로 인한 형사재판절차 정지에 관한 독일 연방헌법재판소의 태도

독일 연방헌법재판소는 1979년 7월 19일에 선고한 결정(BVerfGE 51, 324.)에서 피고인의 질병 등으로 인한 형사재판절차 정지의 기준을 밝히고 있다.

독일 연방헌법재판소의 이 결정은, 70세의 청구인이 고협압과 동맥경화증 등 신체변형을 초래할 수 있는 혈액질환을 앓고 있으며, 과도하게 혈압이 상승하는 경우에는 뇌동맥 파열이 초래될 수 있으며, 연속하여 즉각적인 의식상실과 지속적인 활동능력상실 그리고 상황에 따라서는 대량의 출혈로 인하여 사망의 결과

에 이를 수 있다는 의사들의 감정의견에 따라 형사재판절차 정지 결정을 한 함부르크주 지방법원의 결정을 기각하고 형사재판절차 개시결정을 한 함부르크주 최고법원의 결정에 대해서 제기된 헌법소원사건에 관한 것으로 이 사건에서 독일 연방헌법재판소는, 의사들의 감정의견을 무시하고 형사재판절차개시결정을 한 함부르크주 최고법원의 결정은 청구인의 기본법 제2조 제2항 제1문에 규정된 “생명과 신체를 훼손당하지 아니할 권리”를 침해하였다고 판시하였다.¹²⁶⁾

독일 연방헌법재판소는 이 결정에서 연방형사소송법(StPO) 제206조의a 제1항¹²⁷⁾의 소송장애사유의 하나로 피고인의 질병 등으로 인한 형사재판절차 정지의 기준을 밝히고 있다. 이 결정에 따르면 ‘형사재판절차의 진행으로 인한 건강상의 침해가 전적으로 일시적인 성격에 해당하거나 장래에 치료 내지 개선 가능성이 있는 경우처럼 사망이나 건강저하의 단순한 가능성만으로는 법원이 형사재판절차의 진행을 중단시키는 것은 정당화될 수 없고, 형사재판절차의 진행이 헌법소원청구인에게 중대하고 회복할 수 없는 건강상의 불이익이나 심지어 죽음의 결과를 초래할 것이라는 것이 확실하게 예측될 때에만 기본법 제2조 제2항 제1문에서의 기본권(생명과 신체를 훼손당하지 아니할 권리)의 의미와 중요성에 부합하지 아니하는 위험이 초래된다고 할 것이고, 이런 경우에는 형사재판절차의 진행을 정지하여야 한다는 것이다.¹²⁸⁾

3) 베를린주 헌법재판소 결정의 타당성

유사한 사례에서의 독일 연방헌법재판소의 앞선 결정을 고려할 때 베를린주 헌법재판소 결정의 타당성은 호네커의 건강상태를 어떻게 평가하는가와 밀접불가분의 관계에 있다.

호네커의 경우 1992년 5월 12일 베를린주 검찰이 공소를 제기할 당시 이미 80세가 넘었으며, 이미 1990년 1월 10일 동베를린 국립병원에서 신장종양 제거수술을 받은 바 있으며, 1992년 11월 16일 열린 형사재판절차에서 법원에 제출된 의사들의 감정서에 의하면 “피고인은 일주일에 두 번, 한 시간씩만 재판을 받을

126) BVerfGE 51, 324/ NJW 1979, S. 2349 ff.

127) “Stellt sich nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein Verfahrenshindernis heraus, so kann das Gericht außerhalb der Hauptverhandlung das Verfahren durch Beschluß einstellen(형사소송절차의 개시 이후에 소송장애가 명백히 판명되는 경우에는 법원은 재판절차외에서 결정으로 소송절차를 중지할 수 있다).”

128) BVerfGE 51, 324/ NJW 1979, S. 2362 ff.

수 있으며,¹²⁹⁾ 피고인의 간암이 급속히 진전되고 있으며, 피고인이 1993년 중반까지 살 수 있을 것이라는 의견이 있었고,¹³⁰⁾ 또한 변호인들은 암세포의 증식속도가 매우 빠른 점을 지적하고 호네커는 말기암환자로 사망이 임박하였다는 점을 강조하였다.¹³¹⁾ 같은 해 12월 17일 열린 재판에서 제출된 또 다른 감정서에 의하면 “호네커의 간암은 매우 빠른 성장속도를 가진 악성종양이며, 여명이 3개월 내지 6개월 정도에 불과하며, 형사재판이 계속된다면 그런 결과는 다가오는 봄에 발생할 수 있다.”는 감정 의견이 제시되었다.¹³²⁾ 여러 감정 의견을 종합하면 호네커는 간암말기에 해당하여 1심 재판종결시점까지 살 수 없을 것으로 의사들에 의하여 판단되었다. 독일 연방헌법재판소의 선례와 호네커의 병력과 건강상태에 관한 감정서 등 제반상황을 종합적으로 살펴볼 때 형사재판절차를 계속하게 되면 피고인에게 직접적으로 중대하고 회복할 수 없는 건강상의 불이익을 주거나 심지어 죽음의 결과를 초래할 것이라는 것이 확실하게 예측할 수 있는 경우로 보는 것이 타당하지 않을까 판단된다.

특히 독일 연방헌법재판소는 1979년 6월 19일 선고한 BVerfGE 51, 324 결정에서 개개의 사안에서 형사재판절차를 진행하는 경우에 야기되는 피고인의 신체의 불가침에 대한 침해가 너무 커서 절차를 정지하여야만 하는가 하는 문제는 판사가 사건의 모든 상황을 고려하여 결정하여야 하는데, 판사는 기본법의 규범과 원칙을 적용함에 있어서 결정에 영향을 미치는 여러 요소들의 경중을 고려하여 비교형량하여야 하고, 특히 건강상태에 관한 판단이 중요한 의미를 가지는 경우에는 개개 사건의 모든 본질적인 개인적이고 사실적 상태에 대한 평가는 법원에 제출된 사실상태에 관한 감정서의 평가에 더 큰 비중을 둘 수 있다고 판시하고 있다.¹³³⁾

이런 관점에서 볼 때 베를린주 헌법재판소가 베를린주 지방법원의 담당 재판부에 제출된 감정서 등을 종합하여 호네커의 건강상태에 관한 의사들의 감정의견들을 수용하면서도 법률적으로 베를린주 담당 재판부의 결정을 취소할 권한이

129) 당시 호네커 사건을 배당받은 베를린주 담당 재판부는 일주일에 2번, 3시간씩 재판을 진행하였다. U. Wesel, Der Honecker-Prozeß—ein Staat vor Gericht, 1993, S. 50.

130) U. Wesel(각주 129), S. 54 ff.

131) 호네커가 1992년 7월 29일 소련에서 송환되어 독일에 왔을 때의 암세포의 크기는 5센티미터였으나 10월에는 8센티미터 이상이 되었다고 한다. U. Wesel(각주 129), S. 56.

132) U. Wesel(각주 129), S. 96 ff. 이 감정서를 제출한 의사는 지난 11월 초에 제출한 감정서에서는 여명이 1년 6개월 정도된다는 의견을 제시하였고, 베를린주 담당 재판부는 이 감정의견을 기초로 하여 재판절차정지신청을 기각하는 기초자료로 활용하였다. U. Wesel(각주 129), S. 92.

133) BVerfGE 51, 324/ NJW 1979, S. 2366 ff.

주최고법원에게는 없다는 이유로 호네커에 대한 구속과 형사재판절차를 유지하기로 한 주최고법원의 결정과 구속취소신청을 기각한 주지방법원의 결정을 취소하는 결정을 한 것은 타당하다고 판단된다.¹³⁴⁾

(4) 독일 실무가들과 학계의 평가

이 결정에 대해서 실무법조인들의 반발¹³⁵⁾뿐만 아니라 다수의 헌법 및 국가법, 형사법학자들의 비판을 받았고 받고 있다.¹³⁶⁾ 이 사건결정에 대한 비판의견은 사건의 실제적 측면에서의 비판, 소송진행측면에서의 비판, 그리고 연방국가구조에서 주헌법재판소의 심판권한의 범위라는 측면에서의 비판으로 나누어 볼 수 있다.

사건의 실제적 측면에서의 비판은 베를린주 헌법에는 인간의 존엄성에 관한 명문의 규정이 없기 때문에 베를린주 헌법재판소는 인간의 존엄성을 근거로 위헌심사를 할 수 없다거나 죽음에 임박한 피고인에 대해서 형사재판을 진행하는 것이 인간의 존엄성을 침해하는 것이 아니고 따라서 호네커의 건강상태에도 불구하고 원칙적으로 형사재판절차를 계속하였어야 했다고 비판한다.

그런데 베를린주 헌법재판소가 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 베를린주 헌법에서 도출하는 과정에서 ‘주헌법에 대한 기본법 제1조 제1항의 파급효력(die in Landverfassung hineinwirkenden Bestimmungen der Bundesverfassung)’과 ‘헌법의 정신(Geist der Verfassung)’이라는 이례적 용어를 사용하고 있기는 하지만, 이와 같은 베를린주 헌법재판소의 태도가 자의적이라고 평가하는 것은 적절하지 않으며 법률적으로 충분히 주장할 수 있는 것이며,¹³⁷⁾ 주헌법에 명문의 규정이 없다고 하여 주헌법에서는 인간의 존엄성 불가침과 인간의 존엄성을 존중받을 권리가 없다고 해석하는 것은 법조문의 자구에 입각한 지극히 형식적 해석이며 이로

134) 같은 취지: U. Wesel(각주 129), S. 108 ff.; F.-Ch. Schroeder(각주 17), S. 302f.

135) 특히 베를린법조인들의 반발이 격렬하였다. 당시 베를린주 검찰총장(Dieter Neumann)은 주헌법재판소의 결정은 지극히 사리에 맞지 않는 결정이라고 비판하였고, 당시 베를린주 법무장관(Jutta Limbach)은 반박성명과 더불어 베를린주 각급 법원장들의 집단항의를 제안하기도 하였다. 그리고 구 동독 정권범죄의 철저한 청산을 주장하던 독일미션(Deutsche Mission)이라는 사회단체는 베를린주 헌법재판소 재판관 전원을 법률왜곡죄 및 범죄은닉죄를 범하였음을 이유로 검찰에 고발하였다. 자세한 것은 법무부(각주 11), 44면 이하 참조.

136) 베를린주 헌법재판소의 이 결정과 관련하여 1993년에 발간된 논문 11편중에서 8편이 이 결정에 반대하는 의견을 제시하였다고 한다. U. Wesel(각주 129), S. 108.

137) U. Wesel(각주 129), S. 110.

인하여 국민의 인권보장에 역행하는 결과를 초래한다는 점에서 베를린주 헌법재판소의 태도는 개별헌법조문의 자구에 입각한 해석이 아니라 주헌법이 추구하는 기본가치와 개별기본권규정 상호간의 관계 등을 종합적으로 고려한 체계적 해석에 따른 것이며, 이를 통하여 국민의 기본권보장에 기여하는 설득력있는 해석이라고 판단된다.¹³⁸⁾ 이런 점에서 이 사건 결정에서 핵심적인 것은 과연 호네커의 건강상태를 고려할 때 형사재판절차를 정지하고 구속 취소결정을 하는 것이 타당했나 하는 점이라고 판단된다.

소송진행측면에서의 비판은, 호네커와 공범간의 형사재판절차를 분리하고 공소사실을 축소하거나 재판기일을 늘리면 호네커가 사망하기 전에 재판을 끝낼 수 있는데, 베를린주 헌법재판소는 이를 간과하였다거나¹³⁹⁾ 사실인정과 법률의 해석, 적용은 원칙적으로 일반법원의 권한사항이므로 주헌법재판소는 사실심인 일반법원의 사실인정을 더 존중했어야 했다는 비판이다.¹⁴⁰⁾

연방국가구조와 관련된 비판은, 기본법이 채택하는 연방주의원칙에 비추어볼 때 주의 기관이 연방법을 적용하는 과정에서 주헌법이 보장하는 기본권을 침해하더라도 주헌법재판소가 주의 기관의 행위의 위헌여부에 대해서 심사할 수 있는 관할권이 없음에도 불구하고 베를린주 헌법재판소가 이를 심사한 것은 월권행위이라는 것이다.¹⁴¹⁾

특히 호네커의 건강상태에도 불구하고 원칙적으로 형사재판절차를 계속하였어야 했다는 주장을 살펴보면, 슈타르크(Ch. Starck)는 인간의 존엄성보장조항이 죽음에 임박한 피고인에 대한 형사재판절차의 정지를 명령하는 것은 아니며, 형사사법절차는 행위자의 과거의 행동에 대한 책임을 확정하는 것이며, 또한 판결내용을 집행할 수 없다고 하더라도 판결에 이르는 것이 국가의 평화기능 내지 질서유지기능에 기여하는 것이라는 주장을 하고 있다. 이런 전제에서 슈타르크는 형사재판절차에서의 유일한 한계는 피고인의 소송행위능력인데, 소송행위능력이 재판이 열리는 하루에 몇 시간 정도라도 존재하는 한, 법치국가적 형사사법절차

138) 유사한 취지: U. Wesel(각주 129), S. 108.

139) U. Wesel(각주 129), S. 108, 111에서 재인용.

140) Ch. Pestalozza(각주 52), S. 343.

141) Jörg Berkemann, Ein Landesverfassungsgericht als Revisionsgericht – Der Streitfall Honecker, NVwZ 1993, S. 409 ff; Dieter Wilke, Berlin Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Einheit des Bundesrechts – Bemerkungen aus Anlaß des Honecker-Beschlusses des Berliner Verfassungsgerichtshofs, NJW 1993, S. 887 ff.

의 관철이 피고인의 인간의 존엄성을 침해하는 것은 아니라고 비판하고 있다.¹⁴²⁾

헤르데겐(M. Herdegen)은 인간의 존엄성 조항의 남용 내지 오용가능성을 지적 하면서 베를린주 헌법재판소의 결정은 형사사법절차의 평화기능을 완전한 간과한 결정으로서 죽음에 임박한 피고인에 대해서 형사재판절차를 관철하면 인간의 존엄성을 침해하는 것이라는 구성은 일종의 허구적인 침해주장(phantasievollen Verletzungsbehauptungen)이라고 비판하고 있다.¹⁴³⁾

(5) 결어

호네커의 건강상태에도 불구하고 형사재판절차를 계속 진행하였어야 했다는 주장은 형사사법절차의 평화보장기능 내지 질서유지기능에 주안점을 두고 있는 견해이다. 사실 인간의 존엄성은 인간의 자기결정권 내지 개인의 자율성을 전제로 하는데, 앞에서 설명한 것처럼 ‘인간의 존엄성’은 개인성과 사회연대성의 공존에 기초를 두고 있는 것이다. 따라서 자신의 행위, 특히 반사회적 범죄행위에 대해서는 자기책임을 이행하여야 한다. 그리고 반사회적 범죄행위를 한 자에 대해서는 그 책임을 명확히 확정하여야 법을 통한 평화확보도 가능하다는 점에서 이런 비판을 쉽게 무시할 수는 없다. 특히 고령의 말기암환자라고 하더라도 구동독체제에서의 대표적인 인권유린행위로 평가되던 베를린장벽과 동서독경계지역에서의 동독탈출자에 대한 동독 군인들의 총격살해행위를 지시한 최고책임자의 형사법적 책임을 명확히 하고 이에 따른 형벌을 집행하는 것은, 그리고 형사사법절차에서 누구나 평등하다는 것을 명확히 하기 위하여 현장에서 인권유린행위를 실행한 사람뿐만 아니라 이를 지시한 동독의 최고지도자를 단죄하는 것은 법치주의 확립이라는 관점에서 바람직하다고 할 수 있다.

사실 피고인이 중병을 앓고 있다고 할지라도 의식이 있고 재판에 임할 수 있는 신체적 상태에 있다면, 그리고 수술을 포함한 치료를 받을 수 있는 상황에서 구속이나 재판을 계속하였다면 과연 법원의 구속취소신청과 형사재판절차 정지신

142) Ch. Starck, Der Honecker-Beschluß des Berliner VerfGH: Anwendung von Bundesprozeßrecht durch Landesgerichte unter Kontrolle der Landesverfassungsgerichte?, Juristenzeitung 5. März, 1993(Bd. 5), S. 231-234; Ch. Starck(각주 57), Rn. 59.

143) M. Herdegen(각주 73), S. 52.

청에 대한 기각결정이 명백히 인간의 존엄성을 존중 받을 권리를 침해하였다고 할 수 있을까 하는 의문이 없지는 않다.

하지만 베를린주 헌법재판소의 결정이 있기 전에 독일 연방헌법재판소가 1979년 6월 19일 고혈압과 동맥경화증환자로 2번의 뇌졸중경력이 있고 재판진행이 피고인의 건강상태 내지 생명을 위협할 수 있다는 의사들의 감정의견을 무시하고 피고인에 대해서 재판절차개시를 명령한 주최고법원의 결정을 취소한 결정례(BVerfGE 51, 324)를 고려한다면 호네커의 경우에만 달리 취급해야 할 이유는 없지 않은가 판단된다.

제2차세계대전 이후 인간의 존엄성 보장을 헌법의 최고의 가치로서 규정한 독일 기본법의 기본정신은 인간은 목적이고 국가권력의 수단 내지 대상이 되어서는 아니된다는 것을 의미하는 것이다. 그런데, 독일 연방헌법재판소의 결정례(BVerfGE 51, 324)가 있음에도 불구하고 말기암환자로서 죽음이 목전에 있는 사람을 대상으로 재판을 진행한다면 이는 법치주의의 실현 내지 법적 평화의 확보를 위하여 인간을 단순한 절차의 객체로 전락시키는 것이고, 인간을 법질서 확립의 수단으로 취급하는 것이라는 평가를 받을 수 있다.

호네커와 여타 공동피고인들의 형사재판절차를 분리하고, 심리하는 사건수를 줄이고 대신 형사재판기일을 늘림으로써 호네커가 죽기 전에 재판을 마칠 수 있음을 이유로 베를린주 헌법재판소의 이 결정을 비판하는 견해¹⁴⁴⁾ 역시 법적 평화의 확보를 위하여 인간을 단순한 절차의 객체로 전락시키는 문제와 더불어 이런 비판은 기본적으로 호네커가 유죄임을 전제로 하는 주장이라는 점에서 무죄추정의 원칙에 위배될 여지가 있으며, 동독체제의 인권유린행위를 반드시 처벌해야 한다는 정의감에서 나온 것이든 피해자의 보복 내지 응징 의지에 호응한 것이든 ‘비정한 승자의 사법’ 내지 ‘냉혹한 정치보복’이라는 비판을 면할 수 없었을 것이다.

비록 그가 중하고 참을 수 없는 방법으로 헌법의 가치질서가 보호하는 것을 부정하는 행위를 하였다고 하더라도 인간의 존엄성을 존중받을 권리는 범죄행위자에게도 인정된다.¹⁴⁵⁾ 특히 인간 존엄성의 불가침을 최고의 헌법적 가치질서로 규

144) 이런 비판은 기본적으로 헌법재판소의 심사범위 내지 심사권한을 벗어난 주장이다. 소송진행은 담당재판부의 권한이고 주헌법재판소가 주법원의 소송진행을 지시, 명령할 수 있는 권한을 가지고 있지 않기 때문에 주헌법재판소는 헌법소원이 제기된 당시까지의 주법원의 재판진행과 피고인의 건강상태를 고려하여 주법원의 결정이 기본권을 침해하고 있는지 여부만을 심사하면 되는 것이다.

145) BVerfGE 72, 105 (115).

정하고 있는 독일헌법질서에서 호네커가 행한 범죄에 대한 진상규명이나 처벌여부보다 호네커가 말기암환자이고 여명이 얼마 정도인지 여부를 더 중요하게 평가한 베를린주 헌법재판소의 결정은 타당하다고 판단된다.

주헌법재판소는 헌법재판을 담당하는 만큼 전문법원의 사실인정과 법률해석을 존중해야 한다는 관점에서 전문법원(Fachgericht)의 사실인정을 존중했어야 했다는 견해가 있는데,¹⁴⁶⁾ 이 사건의 경우 이미 주최고법원은 의사들의 감정결과에 동의하면서도 자신들에게는 형사재판절차를 정지할 권한이 없음을 이유로 청구인의 항고를 기각하는 결정을 하였다는 점에서 베를린주 헌법재판소가 전문법원인 주법원의 사실인정을 존중하지 아니하였다는 비판 역시 적절하지 아니하다고 판단된다.

이 사건 결정의 논증이 침해받은 기본권이 무엇인지와 관련하여 인간의 존엄성을 존중받을 권리로 설정하고 논의를 전개하고 있다는 점에서 오류가 있지만, 호네커의 병력과 건강상태에 관한 감정의견 등을 종합적으로 고려할 때 주법원의 재판 계속과 구속 계속은 생명과 신체를 훼손당하지 아니할 자유를 침해하고 있으며 이로 인하여 인간의 존엄성을 존중받을 권리를 침해받고 있다고 할 수 있다는 점에서 주헌법재판소 결정의 정당성 자체를 부정할 정도는 아니라고 판단된다.

동독의 독일사회주의통일당의 집권기간 동안 법치국가원리를 부정하고 법률과 권력을 내세워 자의적으로 공권력을 행사하여 국민의 자유와 권리를 제한하고 침해하였던 동독의 최고지도자였던 호네커에게 인간의 존엄성을 존중받을 기본권을 인정하여 구속 취소 및 형사재판절차 정지를 요구하는 헌법소원을 베를린주 헌법재판소가 인용한 것에 대해서 법리적인 문제점을 지적하는 견해가 적지 않지만, 국가사회주의독재체제에서의 참혹한 인권유린에 대한 반성으로 1949년 서독 기본법의 최고의 가치로 도입된 인간 존엄성의 불가침의 정신에 부합하는 결정으로 평가할 수 있다. 베를린주 헌법재판소의 이 결정은 형사재판절차에서 소송절차정지사유에 관한 연방헌법재판소의 기존 선례에 따라 법리적으로 판단함으로써 독일 기본법이 추구하는 법치주의는 법적 평화의 확보 내지는 형사사법의 정의 실현을 위하여 범죄자 처벌을 통한 법질서 확립을 더 중시하여 범죄자의 인권을 외면하는 맹목적 법치주의가 아니라 비록 범죄혐의로 유죄판결이 확

146) Ch. Pestalozza(각주 52), S. 343.

정되어 복역하는 수형자도,¹⁴⁷⁾ 그리고 중하고 참을 수 없는 방법으로(in schwerer und unerträglicher Weise) 헌법의 가치질서가 보호하는 것을 부정하는 행위를 한 혐의로 기소된 범죄행위자도 인간의 존엄성을 가지고 있으며 국가권력으로부터 인간 존엄성을 존중받을 권리가 있음을 다시 확인하는 결정으로 독일 기본법이 추구하는 법치국가의 지향을 분명히 하는 것이라고 평가할 수 있다.

VII. 한국에 대한 시사점

1. 북한정권의 불법성

북한정권은 자유민주주의와 자유민주주의국가에서의 법치주의의 기본요소를 전혀 구비하고 있지 아니다. 북한의 정치체제에서는 보통·평등·직접·비밀·자유선거의 원칙, 선거를 통한 정권교체의 가능성, 공정하고 합리적인 선거제도, 기본권 보장, 특히 언론·출판·집회·결사의 자유와 정당의 설립과 활동의 자유의 보장, 권력분립, 사법권의 독립, 효율적인 권리구제제도, 죄형법정주의, 연좌제 금지 등이 보장되지 못하고 있다. 뿐만 아니라 북한은 정권 수립당시부터 오늘에 이르기까지 정치적 반대파를 제거하고 시민사회의 저항능력을 무력화시키기 위하여 국가기관에 의하여 각종 인권유린행위를 조직적이고 일상적으로 그리고 잔혹하게 실행하고 있다. 예를 들어 정치적 반대파나 탈북자 등에 대한 재판없는 처형, 공개처형, 고문, 연좌제, 출신성분에 따른 차별대우, 거주이전 및 여행의 자유 제한, 강제수용소 운영,¹⁴⁸⁾ 강제노동, 암살, 납치 등의 테러행위 등이 국가기관에 의하여 일관되게 자행되고 있다.

특히 1990년 이후의 경제난으로 인하여 탈북자들이 늘어나면서 북한정권은 체제유지를 위하여 국경단속과 주민감시체제를 강화하면서 북한주민들의 인권도 심각하게 침해하였다.¹⁴⁹⁾ 이와 같은 인권상황이 국제인권단체인 국제사면위원회(Amnesty International)와 프리덤하우스(Freedom House) 등을 통하여 국제사회에

147) BVerfGE 72, 105 (115).

148) 현재 북한에는 6개 이상의 정치범 수용소에 약 20만명 정도가 수용되어 있고, 지난 30년간 약 40만명이 상이 수용소에서 사망하였다고 한다. 김하중(각주 1), 436면.

149) 김하중(각주 1), 420면 이하 참조.

널리 알려지면서 국제연합(The United Nations: UN)에서도 북한의 인권상황에 관심을 가지게 되었다. 그에 따라 국제연합 인권소위원회에서 1997년에, 인권위원회에서 2003년에 각각 처음으로 북한 인권상황에 관한 세계적인 관심을 촉구하는 동시에 북한정권에 인권상황의 개선을 촉구하는 북한인권결의안을 채택하였다. 국제사회의 요청에도 불구하고 북한정권은 인권상황을 개선하기는커녕 김일성-김정일-김정은 3대세습체제를 실현하기 위하여 정치적 반대파를 숙청하고 공개처형하고 주민 감시를 더욱 강화하는 등 북한의 주민의 인권은 더욱 더 열악한 상황에 처해졌다. 2013년 유엔 인권이사회¹⁵⁰⁾는 북한인권상황을 조사하기 위한 특별기구의 설립을 주된 내용으로 하는 「북한인권결의안」을 채택하였고, 2014년에는 북한인권조사위원회(COI)가 제출한 보고서를 바탕으로, 북한에 대해서는 인권 침해를 즉각 중단하고 조사위원회의 권고를 이행할 것 그리고, 강제송환금지원칙 존중 등 탈북자 보호를 촉구하고 있으며, 유엔에 대해서는 ‘인도에 반한 범죄’ 등 인권 침해에 대한 책임규명을 위해 유엔 총회가 조사위원회의 보고서를 유엔 안전보장이사회에 제출할 것과 후속조치를 담당할 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)내에 특별조직 설치를 권고하였다.¹⁵¹⁾ 2016년 유엔 인권이사회는 북한인권특별보고관의 권고에 따라 북한 정권의 인권 침해에 대한 책임 규명과 처벌 문제 그리고 피해자들을 위한 진실과 정의를 구현할 실질적인 절차를 다루기 위한 전문가그룹을 만들기로 결의하였다.¹⁵²⁾ 이처럼 국제사회에서는 북한정권의 인권침해에 대한 책임 규명과 처벌문제와 구체적인 절차에 관해서 논의하고 있다.

2. 형사적 불법청산의 필요성

현행 헌법 제4조에서 ‘대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 추진하여야 한다.’고 규정하고 있는데, 이는 남

150) 유엔(UN) 인권위원회(The United Nations Commission on Human Right: UNCHR)는 2006년 3월 15일 유엔 총회에서 ‘유엔 인권이사회(The United Nations Human Rights Council: UNHRC)’로 발전하였다.

151) <http://www.mofa.go.kr/webmodule/htsboard/template/read/korboardread.jsp?typeID=6&boardid=235&seqno=349812>(접근일 2017. 11. 1).

152) 유엔 인권이사회는 전신인 유엔 인권위원회가 처음 결의안을 채택한 지난 2003년 이후 2017년 11월 현재까지 15년 연속 북한인권결의안을 채택하고 있다. 유엔 총회는 2005년 이후 2017년 12월까지 북한인권결의안을 13년 연속하여 채택하고 있다.

북한의 통일은 자유민주주의이념과 방법에 기초한 것이어야 하고, 통일한국의 헌법도 자유민주주의이념을 추구하고 자유민주주의적 방법으로 제정되어야 한다는 것을 의미한다.¹⁵³⁾ 헌법재판소는, 자유민주적 기본질서의 의미에 관하여 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본 원칙에 의한 법치주의적 통치질서”라고 평가하면서 구체적으로는 “기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립”을 전제로 하는 통치질서임을 밝히고 있다.¹⁵⁴⁾ 이는 조선노동당 일당 독재에 바탕을 둔 일인 독재, 사회주의통제경제, 물리력에 입각한 폭력적 지배를 바탕으로 개인의 인권을 부정하는 북한정권과는 상반되는 요소들이다.

그리고 현행헌법에 따르면 북한주민은 대한민국의 국민이며,¹⁵⁵⁾ 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 지고 있고 있다. 이런 점에서 자유민주주의와 법치주의를 바탕으로 하는 우리 헌법질서에서 남, 북한이 통일이 되는 경우, 불법청산의 주체가 북한체제내부에서 형성된 자유민주정부에 의해서 이루어지느냐, 아니면 통일 한국 정부에 의해서 실행되느냐의 차이가 있을지언정,¹⁵⁶⁾ 자유민주주의와 법치주의를 부정하고 북한주민에 대해서는 물론이고 남한의 주민 그리고 외국인에 대해서 자행한 북한정권의 인권유린행위에 대한 형사적 불법청산은 불가피하다고 판단된다.¹⁵⁷⁾ 형사적 불법청산은 불법체제에서의 과거의 인권유린행위 등의 범죄행위에 대한 실제적 진실규명에 적합하고,¹⁵⁸⁾ 수사와 재판과정을 통해서 통일된 한민족이 함께 공유하는 역사적 교훈과 더불어 공통의 법의식이 형성될 수 있으며, 이를 통하여 법치주의의 정신을 고양할 수 있게 될 것이다.

다만 불법체제에서의 인권유린행위에 대한 형사처벌이 형식적인 법규범에 입

153) 같은 취지: 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2017, 269면; 도희근, 남북관계의 현실과 국가의 평화통일 의무, 공법연구 제39집 제2호(2010. 10), 172면; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2016, 203면; 한수용, 헌법학, 법문사, 2016, 355면; 허영(각주 65), 183면; 표명환, 한반도 통일과 반법치국가적 불법청산의 과제, 공법연구 제40집 제3호(2012. 2), 148면. 이와 같은 주장이 흡수통일을 전제로 하는 것은 아니며, 그리고 이와 같은 주장이 평화통일원칙과 모순되는 것도 아니다. 같은 취지: 전광석(각주 153), 205면.

154) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 63.

155) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결.

156) 이는 동독과 서독의 통일과정에서 추진되었던 구 동독정권의 체제불법청산과정에서도 잘 나타난다.

157) 방승주(각주 1), 194면.

158) 김동울/최성진, 체제불법의 형법적 과거청산의 당위성에 대한 연구, 동아법학 제66호, 2015, 471면 참조.

각한 기계적인 법적용과정이 되지 아니하도록 하기 위하여, 그리고 불법체제에서의 인권유린행위에 대한 형사처벌과정이 ‘승자의 사법’ 내지 피해자의 보복감정이나 국민 여론에 편승하여 일방적이고 가혹한 형사사법절차가 되지 않도록 하기 위하여 수사와 재판과정에서 피의자, 피고인 등의 형사사법절차에서의 절차적 기본권 등이 보장되어야 할 것이다.¹⁵⁹⁾ 이를 통하여 피고인이나 피의자들이 형사사법절차의 객체가 아니라 주체로 대우받도록 하여야 한다. 특히 베를린주 헌법재판소의 ‘호네커 결정’이 시사하는 것처럼 불법체제에서의 인권유린행위에 대한 형사처벌과정에서 형사사법절차에서의 절차적 기본권과 생명 및 신체를 훼손당하지 아니할 자유 등이 인간 존엄성의 불가침에 기초하여 실질적으로 보장될 때 통일한국의 법치주의는 구성원 모두의 인간의 존엄성이 보장되는 바탕에서 실질적으로 실현될 수 있을 것이다.

159) 같은 취지: 방승주(각주 1), 220면.

참 고 문 헌

○ 단행본

김하중, 통일한국의 과거청산, 나남, 2013.

김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2017.

전광석, 한국헌법론, 집현재, 2016.

한수용, 헌법학, 법문사, 2016.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017.

허 영(편저), 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994.

법무부, 통일독일의 구동독 체제불법청산 개관, 1995.

헌법재판연구원, 국가별 법령집(독일기본법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙), 2016.

헌법재판연구원, 통일과 헌법재판 제4권, 2017.

Benda, E., Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1995.

Degenhart, Ch.(홍일선 역), 독일헌법총론, 피앤씨미디어, 2015.

Sauer, H./Plumeyer, H., Der Salzgitter Report – Die Zentrale Erfassungsstelle berichtet über Verbrechen im SED-Staat, 1991.

○ 논 문

김동울/최성진, 체제불법의 형법적 과거청산의 당위성에 대한 연구, 동아법학 제66호 (2015).

도회근, 남북관계의 현실과 국가의 평화통일의무, 공법연구 제39집 제2호(2010. 10).

방승주, 통일과 체제불법청산, 통일법연구 제1권(2015. 10).

전광석, 동서독 통일의 방법론에 대한 헌법논의, 허영(편), 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994.

표명환, 한반도 통일과 반법치국가적 불법청산의 과제, 공법연구 제40집 제3호(2012. 2).

Berkemann, J., Ein Landesverfassungsgericht als Revisionsgericht – Der Streitfall Honecker, NVwZ 1993, S. 409–419.

Dreier, H., Art. 1. Abs. 1, in: H. Dreier(hrsg), Grundgesetz Kommentar, 1996.

Dreier, H., Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: JZ 1997, S. 421ff.

- Dürig, G., Art. 1 Abs 1, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 1958.
- Häberle, P., §22 Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: J. Isensee/ P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl., 2004.
- Herdegen, M., Art. 1 Abs. 1, Rn. 1, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar 79. EL, Dezember 2016.
- Hertle, H./Sälter, G., Die Todesopfer an Mauer und Grenze, Deutschland Archiv 39, 2006. H. 4.
- Jarass, H., Art. 1. Abs. 1, in: H. Jarass/ B.ieroth, GG Kommentar, 2007
- Kunig, P., Art. 1, in: I. v. Münich/ P. Kunig, Grundgesetz-Kommentar Bd. 1, 2000.
- Pestalozza, Ch., Der “Honecker-Beschluß” des Berliner Verfassungsgerichtshofs, NVwZ 1993.
- Pieroth, B., Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatliche Vergangenheit, VVDStRL 51(1992), S. 92ff.
- Schroeder, F.-Ch., Zehn Jahre strafrechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts, NJW 2000.
- Starck, Ch., Art. 1, in: Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Bd.1, 1999.
- Starck, Ch., Der Honecker-Beschluß des Berliner VerfGH: Anwendung von Bundesprozeßrecht durch Landesgerichte unter Kontrolle der Landesverfassungsgerichte?, Juristenzeitung 5. März, 1993(Bd. 5).
- Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV/1, 2006.
- Wesel, U., Der Honecker-Prozeß – ein Staat vor Gericht, 1993.
- Wesel, U., Recht, Unrecht und Gerechtigkeit, C.H.Beck, 2003.
- Wilke, D., Berlin Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Einheit des Bundesrechts – Bemerkungen aus Anlaß des Honecker-Beschlusses des Berliner Verfassungsgerichtshofs, NJW 1993.

○ 인터넷 자료

<http://www.mofa.go.kr/webmodule/htsboard/template/read/korboardread.jsp?typeID=6&boardid=235&seqno=349812>(접근일 2017. 11. 1).

임신중절에 대한 결정

(BVerfGE 88, 203-366, 1993. 5. 28.)

강 태 수*

I. 서론

인간 실존의 특수성 가운데 하나는 성생활과 후손을 출산하려는 희망 사이에 엄연한 간극이 있다는 점이다. 그리고 대부분의 국가에서 이런 불일치의 결과를 오직 여성이 부담하고 있다.¹⁾ 1990. 10. 3. 독일 통일 이전 동독과 서독의 임신중절규정²⁾의 상이함은 단적으로 임신중절을 임신부의 권리로 보는가 아니면 범죄로 취급하는가의 여부에 있다. 법적 통일이 매우 어려운 일이라는 것은 1871년에 건국된 제2독일제국이 통일된 민법전을 발효시키기까지(1900년) 30여년이 소요됐다는 역사적 사실을 보더라도 가히 짐작할 수 있다.

동독이 서독 기본법 구 제23조 2문에 따라 서독에 가입함으로써 흡수통일이

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 독일 민법 제1615I조는 생부가 출산 6주 전부터 출산 8주 후까지 미혼모에 대하여 부양의무를 지도록 명시하고 있으며 임신부가 영리활동을 하지 못하는 경우에는 원칙적으로 자녀가 3살이 될 때까지 미혼모에 대한 부양의무를 부담하도록 규정하고 있다.
- 2) 현행법상 ‘낙태(Abtreibung)’와 ‘임신중절’이라는 용어는 명확하게 구분되지 않고 있다. ‘낙태’란 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해하는 행위로서(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결) 형법상 낙태죄로 처벌된다. 이에 대하여 모자보건법상 “인공임신중절수술”이란 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다(제2조 제7호). 태아가 분만기에 앞서서 죽어서 나오는 것을 유산이라고 한다면 유산에는 인공유산과 자연유산이 있다. 우리 형법상 처벌대상인 낙태는 인공유산에만 국한되며 임신중절은 합법적인 인공유산이라고 할 수 있다.

현행 독일 형법 제218조는 임신중절을 3년 이하의 징역이나 벌금으로 처벌하고 있지만, 의사의 상담을 거친 수태 후 12주 이내의 임신중절(Schwangerschaftsabbruch)을 형법의 구성요건에서 배제하고 있다(제 218a조). 또한 일정한 의학적, 윤리적(범죄적), 사회적 사유가 있는 경우에는 위법성이 조각된다. 이하 독일 형법 원문에 따라서 “태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해하는 행위”를 그 위법성 여부와 무관하게 사용한다.

이루어졌기 때문에, 서독법이 주축이 되어서 법적 통일이 되는 것은 예견된 사실이었다. 그렇다고 동서독이 분열된 후 수 십년이 지나면서 공고해진 이념적인 편차와 상이한 생활관계 및 가치관을 무시하고 서독이 일방적으로 기존의 서독법을 동독지역에 적용하는 것은 오히려 동독인들의 내적 불만만 격화시키고 진정한 가치적·정신적 통합을 저해할 것이 분명하였다. 따라서 법적 통일의 기본적인 출발점은 서독법의 동독지역으로의 일방통행적인 확장은 전혀 바람직하지 않다는 것이다.

이미 임신중절은 1975년에 서독에서 가장 첨예하게 헌법적 가치가 대립했던 사안이었고 연방헌법재판소의 결정에 의하여 법적 해결책을 찾았지만, 통일 전후로도 가장 첨예하게 논쟁중인 쟁점이었다.³⁾ 통일 독일의 의회는 동독과 서독 사이에 법규정과 법의식의 차이를 극복하고 임신중절에 관한 형법, 사회법 등을 개정하였지만, 연방헌법재판소의 위헌결정과 잠정명령으로 거쳐서 새로운 법질서가 형성되었다.

II. 독일통일 이전의 규정상 차이점

1990. 10. 3. 독일통일 이전의 구 동독과 구 서독의 법규범 가운데 극명하게 상반된 가치관을 내포하면서 서로 융합하기 어려운 모순된 내용을 담고 있었던 부분이 임신중절에 대한 규정들이다.⁴⁾ 서독에서 임신중절은 형법 제6장의 ‘생명에 대한 범죄’(Straftaten gegen das Leben)에서 모살죄(Mord) 및 고살죄(Totschlag)와

3) 연방헌법재판소는 이미 1974. 6. 18. 태아의 생명에 대한 국가의 기본권보호의무의 논거에서 새롭게 임신중절에 관한 규정을 개정한 형법이 위헌이라는 결정을 내렸다. 즉, 수태 후 12주 이내에 의사에 의하여 행해지는 임신중절은 “처벌되지 않는다(nicht strafbar)”는 구형법 제218a조는 임신중절을 가벌성에서 제외시키는 한, 기본법에 저촉되며 무효라는 결정을 내렸다. 연방헌법재판소는 이런 기간규정은 태아의 생명을 보호하여야 하는 국가의 보호의무에 저촉되며 임신중절은 원칙적으로 불법이라고 파악하여야 한다고 판시하였다. 이를 제1차 임신중절결정이라고 부르고 통독 후 1993년에 내린 본고의 결정을 제2차 임신중절결정이라고 칭하기도 한다. 1976년 독일 연방의회는 기간규정 대신에 정당화 사유규정으로 임신중절규정을 개정하였다. 본고에서 특별한 언급이 없는 한, 임신중절결정이란 통일 후에 내린 소위 제2차 임신중절결정을 뜻한다.

4) 임신중절에 관한 연방헌재의 결정 및 분석은 필자가 1994년에 발표한 “강태수, 인공임신중절에 관한 규율, 허영 편저, 통일독일의 법적 조명, 박영사, 1994”를 토대로 그 사이에 나온 참고문헌을 참조하여 전체적으로 수정·보완하였다.

함께 규정되어 있었다. 임신중절은 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처해지며 임신부 자신의 임신중절행위(자기낙태)는 형을 완화하여 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처해졌다(형법 제218조). 단, 형법 제218a조에 해당하는 의학적 사유(Medizisniche Indikation), 우생학적 사유(Embryopathische Indikation), 윤리적(범죄적) 사유(Kriminologische Indikation) 및 사회적 사유(Soziale Indikation)가 있는 경우에는 처벌하지 않았다.

정당화사유에 근거한 임신중절은 형법상 “처벌되지 아니한다(nicht strafbar)”라는 규정에도 불구하고 일반적으로 위법성조각사유로서 파악되었다. 이 위법성조각사유는 사회보장법상 ‘위법하지 아니한(nicht rechtswidrig)’ 임신중절수술은 건강보험의 급여대상에 포함된다는 규정과 연결되었고 매년 약 30만 건의 임신중절이 건강보험제도를 통하여 이루어졌다.⁵⁾ 구 서독 형법 제218a조와 같이 임신중절을 원칙적으로 처벌하고 예외적으로 일정한 정당화사유가 있는 경우에 처벌을 면제하는 규정을 (정당화)사유규정(Indikationsregelung)이라 부른다.⁶⁾ 이 규정은 서독의 연방헌법재판소(이하 연방헌재)가 수태 후 12주가 경과하기 이전에 임신부의 동의를 얻어 의사가 행한 임신중절은 처벌되지 아니한다는 1974년의 제5차 형법개정법률을 1975년에 위헌으로 결정한 이후에 사민당(SPD)과 자민당(FDP)에 의해서 만들어진 조항이다.⁷⁾

5) 이에 대한 문헌과 비판은 다음을 참조. Eser, §218a, in: Schönke/Schröder, StGB, Rn. 5 f.; Philipp, Bei Fristenregelung weder Abtreibung auf Krankenschein noch Lohnfortzahlung, MDR 1991, S. 3; BayOBLG, NJW 1990, S. 2338.

6) 임신중절을 형법상 제재하는 방식으로는 크게 (정당화)사유규정과 기간규정으로 구분된다. 사유규정을 적용규정 또는 지표규정이라고 부르기도 한다. 사유규정이란 임신중절을 원칙적으로 처벌하지만, 의학적 사유(임신부의 생명과 건강의 보호), 우생학적 사유(본인이나 배우자가 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우 태아에게 나타날 질환의 방지), 윤리적 사유(강간 등 범죄로 인한 임신), 사회적 사유(임신의 계속 또는 출산에 의한 임신부의 사회적·경제적 궁박상태의 방지) 등이 있는 경우에 위법성을 조각하는 방식이다. 이에 비하여 수태 후 일정한 기간 이내의 임신중절을 허용하는 방식을 기간규정이라고 한다. 서독의 임신중절규정은 사유규정을 채택하면서 우생학적 사유가 있는 경우에는 수태 후 22주까지의 임신중절을, 윤리적(범죄적) 사유 내지 사회적 사유가 있는 경우에는 수태 후 12주까지의 임신중절을 허용하고 있었다.

7) 1974. 6. 18. 제5차 형법개혁을 위한 법률은 통일적인 규정이 미비하였고 단지 판례와 학설에 의존하였던 임신중절의 현실을 고려하여 수태 후 13일이 경과한 태아의 임신중절을 처벌하면서 수태 후 12주까지의 임신중절은 의사의 상담을 거치는 한, 처벌에서 배제하는 기간방식을 도입하였다. 독일 연방헌재는 수태 후 12주까지의 임신중절을 형사처벌에서 제외하는 개정법률 조항인 형법 제218a조는 국가의 태아에 대한 생명보호의무에 위배된다는 이유로 위헌결정을 내렸다. 연방의회는 연방 헌재의 위헌결정의 내용에 따라서 원칙적인 임신중절의 금지와 함께 예외적인 정당화 사유의 요건을 예전보다 더 넓고 상세하게 규정하는 1976. 5. 18. 제15차 형법개정법률을 통과시켰다. 이 정당화사유에는 형법개정 이전의 의학적,

이에 반하여 구 동독에서는 1972년에 제정된 「임신중절에 관한 법률」(Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft)에 의해서 임신중절이 여자의 권리로서 인정되었다. 즉 구 동독의 「임신중절에 관한 법률」은 여자의 건강과 가족제도의 보호 및 아이에 대한 사랑을 장려한다는 취지에서 임신부는 수태 후 12주 이내에 조산시설 내지 산부인과 시설에서 임신중절수술을 받을 권리를 가지며(동법 전문 및 제1조), 수태 후 12주가 경과했어도 의학적·사회적 사유가 넓게 인정되어 임신중절이 허용되었다(동법 제4조 제1항). 이 사유의 존재 여부에 관하여는 전문의로 구성된 위원회가 결정한다.

임신부는 합법적인 임신중절을 받으며 건강보험의 혜택을 받았고 결근을 하는 경우에도 노동법상의 임금을 지급받을 수 있었다. 「임신중절에 관한 법률」에 위반하여 임신중절을 시행한 자는 형사처벌을 받지만, 임신부는 여기서 제외되며 단지 수술에 필요한 비용만을 스스로 부담해야 했다(형법 제153조 이하, 임신중절에 관한 법률 시행령 제9조). 구동독의 인공임신중절에 대한 규정을 수태 후 12주라는 기간이 기준이 되기 때문에 이를 기간규정(Fristenregelung)이라 부른다.

양독의 임신중절에 관한 규정의 차이는 명확하다. 구 서독에서는 태아의 생명권을 여자의 자기결정권보다 더 중히 여기고 임신중절을 원칙적으로 불법이라는 판단에서 출발하였지만, 구 동독은 임신으로 인한 사회 각 분야에서의 여성의 불이익을 철폐하고 나아가 각종 사회보장제도를 통해 여성의 직업활동과 가족생활이 조화를 이루도록 여성의 낙태권을 보장했다. 즉, 구 동독은 여자의 자기결정권을 태아의 생명권보다 우위에 두면서 탁아소, 유치원 등의 시설과 양육비, 출산휴가 등의 광범위한 국가보조정책으로 임신한 여성이 스스로 출산을 결정하도록 유도하였다.⁸⁾

우생학적, 윤리적 사유에 더하여 임신부가 임신상태의 지속으로 인하여 겪는 사회·경제적 어려움과 같은 사회적 사유로 인한 정당화사유를 추가하였다. 이에 관하여는 다음을 참조. 김승환, 임신중절(낙태)의 기간에 의한 해결방식의 위헌성, 전북대 법학연구 제21집(1999), 61 이하; 홍완식, 독일연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰, 강원법학 제10집(1998), 541 이하.

8) 양독의 사회정책적 조치에 대하여는 다음을 참조. Oberlies, Ist die DDR-Fristenregelung wirklich verfassungswidrig?, ZRP 1992, S. 265 f.

Ⅲ. 통일조약과 새로운 통일적 규정

1. 통일조약에 따른 이원적 규율

임신중절이라는 동일한 행위에 관하여 서독은 원칙상 생명에 관한 범죄로 보는 반면에 동독은 여자의 권리로 파악하여 양체제의 가치관적 차이는 쉽게 극복하기가 어려웠다. 그래서 서독과 동독이 체결한 통일조약(『독일통일 실현에 관한 독일 연방공화국과 독일민주공화국 간의 조약』 <Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands>: Einigungsvertrag) 제31조 제4항은 잠정적으로 동서독의 이원적 법질서를 유지하고 1992. 12. 31.까지 동·서독지역에 통일적으로 적용될 새로운 규정을 통독 후 새로운 입법자가 제정하도록 하였다.

통일 독일의 입법자는 상담 등의 방법을 통해서 태아의 생명권과 임신부의 자기결정권이 상충하는 기존의 임신중절규정을 서독 기본법에 모순되지 않도록 개선할 의무를 담당하였다. 1992. 12. 31.까지는 서독의 기본법에 명백히 위배되는 동독의 『임신중절에 관한 법률』과 동법 시행령 가운데 일부 조항은 삭제되었고 수태 후 12주 이내의 임신중절은 허용된다는 기간규정은 잠정적으로 존속하게 되었다(Anlage II Kapitel III Sachgebiet C Abschnitt I Nr.4 및 Nr. 5). 통일된 후에도 동·서독 지역에서는 임신중절에 관하여 각기 다른 규정들이 적용되었다.⁹⁾

이 구 동독의 규정에 대한 위헌성 논쟁¹⁰⁾ 외에 현실적으로 제기된 논의는 과연 한 국가 내에서 상이한 형법규정이 어떤 원칙에 따라서 적용될 것인가에 있다. 즉 동독 주민이 동독지역에서 행한 임신중절은 구동독법에 따라서 처벌받지 않지만, 서독인의 동독지역에서의 임신중절이 처벌되느냐의 여부가 문제이다. 이에 대해서는 『통일조약』상 명확한 일반 규정이 없다. 본래 서독의 형법은 국내의 모든 행위에 적용된다는 원칙하에(제3조) 특별처벌규정(Sonderstrafbarkeit)으로 외국에서

9) 통독 후 법질서 통합에 대한 일반적 고찰은 다음 참조. Drobning, Überlegungen zur innerdeutschen Rechtsangleichung, DtZ 1990, S. 116 ff.; Roggemann, Von der interdeutschen Rechtsvergleichung zur innerdeutschen Rechtsangleichung, JZ 1990, S. 363 ff.

10) 동독의 기간규정이 위헌이라는 주장은 특히 연방헌재의 제1차 임신중절결정과 기본법 제143조 제1항을 토대로 제기되었다. 기본법 제143조 1항에 의하면 동독법은 기본법상 기본권의 본질적 내용과 인간의 존엄성에 위배되어서는 안 된다. 강태수, 통독 후 법적 동화과정과 문제-낙태에 대한 헌법상의 논의를 중심으로, 사법행정 제33권 제10호(1992. 10), 22 이하.

행한 임신중절도 행위자가 독일인이고 그 생활근거를 형법의 효력범위에 두고 있는 한 서독 형법이 적용된다(제5조 제9호). 기본적으로 행위지원칙(Tatortprinzip)을 채택하면서 임신중절 등의 행위에는 거주지원칙(Wohnortprinzip)을 보충적으로 두어 엄격하게 규제하였던 것이다.

하지만 서독 형법은 「통일조약」에 의하여 일반적으로 동독지역에도 적용되지만 임신중절 규정과 이에 관한 보충적인 거주지원칙 규정은 예외적으로 배제되었다(Anlage I Kapitel III Sachgebiet C Abschnitt III 1). 그래서 동독 주민은 동독지역에서는 물론 외국에서 행한 임신중절로 처벌을 받지 아니한다. 만약 서독 출신의 여성이 동독지역에서 임신중절을 한다면 동독지역은 더 이상 외국이 아니므로 서독 형법상의 보충적인 거주지원칙 규정이 적용되지 않으며 단지 행위지원칙이 적용되는데, 동독지역에서는 서독 형법상의 임신중절규정이 유효하지 아니하므로 처벌받지 않게 된다.¹¹⁾ 즉 서독 출신의 여성이나 의사는 정당화사유가 없는 한 서독지역은 물론 외국에서의 임신중절행위로 처벌을 받지만 동독지역에서 하면 허용이 되는 결과를 초래하였다.

「통일조약」이 체결되기 전에 동독지역으로의 ‘낙태여행(Abtreibungstourismus)’을 예방하기 위하여, 조약 초안은 생활근거를 서독에 두고 있는 사람에게는 서독 형법이 적용된다는 거주지원칙을 명시하였지만 본 조약에서는 삭제되었다. 이런 불합리한 이원적 법질서는 통일 후 연방헌재의 임신중절결정 이후에도 계속되었다.¹²⁾

2. 통일 후의 새로운 임신중절규정

통일독일의 입법기관은 통일조약이 정하는 바에 따라 동·서독 지역에 각기 적용되는 잠정적인 이원적 법질서를 극복하고 새로운 단일 규정을 1992년 12월 31일까지 제정해야 했다. 많은 법률안이 제출되었지만, 동독의 낙태규정과 유사하게 임신중절을 합법화하려는 동독지역의 민사당(PDS)안 등은 처음부터 연방의

11) Wilms, Rechtsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs im vereinten Deutschland, ZRP 1990, S. 474. 이에 대한 논쟁은 다음에 인용된 문헌들을 참조. Schneiders, Kontrovers(2); Schwangerschaftsabbruch und interlokales Strafrecht, MDR 1991, S. 585.

12) Reis, Offene Fragen zum Einigungsvertrag: Verfassungsrechtliche Implikationen der DDR-Fristenregelung, NJW 1991, S. 665. 또한 서독출신 여성은 건강보험재정을 이용하여 동독에서 임신중절을 할 수 있었다.

회에서 큰 주목을 끌지 못했다. 격심한 논쟁과 토론 끝에 야당인 사민당(SPD)이 연방의 연립내각에 참여하고 있는 자민당(FDP)과 여당인 일부 기민당(CDU) 의원들과 어렵게 타협점을 찾아서 형법개정법률인 「임신부 및 가족지원법」(Schwangeren- und Familienhilfegesetz)¹³⁾을 제출하였고 연방의회는 동법률안을 기명표결에 부쳐서 657명의 의원 가운데 357명의 찬성으로 의결하였다. 연방참사원은 기본법 제84조 제1항에 따라 연방의회가 의결한 법률안에 동의하였고 1992. 7. 27. 동법이 공포되었다. 이 법률은 통일된 독일에 적용될 새로운 임신중절에 대한 규정을 담고 있었고 이를 ‘협의 또는 상담조건부 기간규정’(Fristenregelung mit Beratungspflicht)이라고 하였다.

그 주요 내용은 당시 서독 형법전의 내용을 수정하여 새롭게 손질한 상담을 조건으로 하는 기간규정이었다. 즉, 원칙적으로 임신중절은 3년 이하의 징역이나 벌금에 처하며(제218조) 임신부가 임신중절을 한 때에는 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다. 가장 핵심적인 개정형법 제218a조 제1항에 의하면 임신부가 수태 후 12주 내에 법률이 인정하는 상담소에서 상담을 거쳤다는 증명서를 의사에게 제출하여 이루어진 임신중절은 ‘위법하지 않다(nicht rechtswidrig)’라는 것이다. 제218a조는 의학적, 우생학적, 윤리적(정당화)사유 이외에 사회적 사유까지 담고 있었다. 상담은 태아의 생명과 임신부의 자기결정이라는 가치를 수궁하면서 임신부에게 조언과 도움을 주어서 생명보호에 기여하여야 한다. 상담은 임신부의 희망에 따라서 익명으로 행해지고, 임신부는 양심적으로 결정을 내리는 데 필요한 의학적, 사회적, 법률적 정보를 얻은 후에 즉시 증명서를 얻게 된다(동법 제219조). 개정형법은 임신한 여성에게 사실상 12주 내에 합법적으로 임신중절을 할 수 있게 하였다. 이외에도 의학적 우생학적, 윤리적(범죄적), 사회적 사유에 의한 임신중절은 서독의 구형법 규정처럼 수태 후 22주까지 허용되었다.

「임신부 및 가족지원법」은 ‘형벌 대신 도움(Hilfe statt Strafe)’의 기본원칙에서 임신부의 사회보장 및 사회부조적 지원을 촉진하는 정책이 불법적 임신중절을 줄이고 태아의 생명보호에 기여한다는 사고를 담고 있었다.¹⁴⁾ 이에 따라 동법은

13) 이 법률의 원제목은 “아직 태어나지 않은 생명을 보호하고, 아동에 우호적인 사회를 조성하며, 임신갈등상황에 도움을 주기 위해서, 그리고 임신중절을 규율하기 위한 법률”(Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs)이다. 이하 ‘임신부 및 가족지원법’으로 칭한다.

14) 임신중절결정에 대한 내용과 평석은 다음을 참조. 홍완식(각주 7), 545 이하; 김학태, 독일과 한국에서의 낙태의 규범적 평가에 관한 비교법적 고찰, EU연구 제26권(2010), 311 이하.

형법개정뿐만 아니라 사회부조법, 직업교육법, 주택건설법, 공공지원을 받은 주택의 관리에 관한 법률 등을 개정하는 포괄적인 임신부 지원책을 담고 있었다. 가령 피보험인은 임신중절에 관한 문제에 대해서 의사의 상담을 받을 권리를 가지고, 20세까지의 피보험인은 의사의 처방이 있는 한도 내에서 피임약을 지급받을 권리를 가진다(사회법전 제5편 제24a조). 그 외에 피보험인은 의사에 의해 시술된 위법하지 않은 임신중절에 있어서 건강보험 청구권을 가진다(사회법전 제5편 제24b조).

3. 연방헌법재판소의 효력정지가처분결정

1992. 7. 14. 가톨릭 교세가 강한 바이에른(Bayern) 주정부와 248명의 여당의원(기민당과 기사당 의원)들은 『임신부 및 가족지원법』에 대하여 독일의 연방헌재에 추상적 규범통제와¹⁵⁾ 함께 효력정지가처분신청을 제기하였다.¹⁶⁾ 청구인들은 우선 수태 후 12주까지의 의사 상담을 거친 임신중절행위는 위법하지 않다는 개정 형법 제218a조 제1항과 공박상태(Notlage)에 처해 있는 임신부가 책임의식을 가지고 태아의 생명을 보호하기 위한 양심적 결정을 내리도록 도움을 주는 상담에 관한 규정인 제219조 및 연방통계의 폐지규정 등이 위헌이라고 주장하였다. 또한 청구인들은 임신부가 처한 공박상태로 인한 정당화사유(사회적 사유)에 근거하여 임신중절을 형벌로 처벌하지 않는 것은 기본법에 저촉되지 않지만, 이 경우에 임신부에게 건강보험의 급부청구권을 부여한 것은 공박상태라는 요건을 무한정 넓히는 계기가 되며 임신중절을 저지하는 버팀목을 근거에서 무너뜨리게 된다고 주장하였다.¹⁷⁾

연방헌재는 주로 두 가지 이유에서 가처분신청이 이유가 있다고 하여 새로운 임신중절규정에 대한 효력을 본안심판 때까지 정지시키는 결정을 내렸다. 우선 이익형량의 관점에서 연방헌재는 본안심판이 적법하게 제기되지 않았거나 명백

15) 독일 기본법 제93조 제1항 제2호와 연방헌법재판소법 제76조에 따라서 연방정부, 주정부 또는 연방의회의원의 3분의 1의 이상의 찬성으로 연방법 내지 주법의 위헌 여부 또는 다른 연방법과의 위반 여부를 청구할 수 있다.

16) BVerfG 86, 390; 연방헌재의 가처분결정에 관한 평석은 다음을 참조. 허영, 낙태자유를 위한 형법개정법을 제218a 조에 대한 독일연방헌법재판소의 효력정지 가처분결정, 사법행정(1992. 9), 81 이하.

17) BVerfG 88, 203 (233).

하게 이유가 없지 않는 한,¹⁸⁾ 가치분신청을 받아들여 새로운 임신중절규정의 효력을 정지시켰다가 나중에 본안심판에서 새 임신중절규정이 합헌으로 결정되었을 때 나타나는 불이익과 가치분신청을 기각하고 나중에 새 임신중절규정이 위헌이라고 결정되었을 때 발생할 불이익을 서로 비교하여 이익형량을 하였다. 연방헌재는 가치분신청을 기각하고 난 후에 새 임신중절규정이 위헌이 된다면 그 사이에 침해되는 태아의 생명권이 훨씬 중대하다고 판단하였다.

또한 연방헌재는 법적 안정성의 존중이라는 이유에서 가치분신청을 받아들였다. 동서독이 통일되면서 임신중절의 문제만큼 동서독 국민의 법적·도덕적·종교적 가치가 정면으로 충돌하는 것은 없었다. 경제적 차원을 떠나서 임신중절에 관한 규정은 통일독일의 가장 예민한 사안이었고 이를 몇 개월 사이에 개정하고 또 다시 개정될 여지를 남기는 것은 국민의 법적 안정성이 심각하게 침해될 가능성이 높았다.

연방헌재는 통일적인 새 임신중절규정인 「임신부 및 가족지원법」이 발효되기 하루 전인 1992. 8. 4. 원고측의 주장을 받아들여서 8인의 재판관 전원일치의 의견으로 ‘임신부 및 가족지원법’의 효력을 본안심판의 결정까지 잠정적으로 정지시키는 결정을 내렸다. 구 동독과 구 서독 지역은 당분간 각기 기간규정과 사유규정이 그대로 적용되게 되었다. 결과적으로 본안심판의 결정에 의한 잠정명령이 시행되기 전인 1993년 6월 15일까지는 동·서독 지역에서는 상이한 이원적 임신중절규정이 존속하게 되었다.

IV. 임신중절결정의 결정요지와 주문

1993. 5. 28. 연방헌법재판소 제2원은 바이에른 주정부와 248명의 여당의원이 제기한 추상적 규범통제의 본안심판에서 통일독일의 입법기관이 제정한 「임신부 및 가족지원법」의 일부 조항을 위헌·무효로 결정하고 잠정명령을 내렸다.¹⁹⁾ 연

18) 우리 헌법재판소도 본안심판의 승소가능성은 원칙적으로 가치분결정에서 고려의 대상은 아니지만, 본안심판이 명백히 부적법하거나 명백히 이유가 없는 경우에는 가치분을 명할 수 없다는 입장이다(헌재 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264; 2000. 12. 8. 2000헌사471, 판례집 12-2, 381). 이미 본안소송의 결과가 정해진 상태이기 때문에 가치분에 의한 잠정적 권리보호가 필요 없기 때문이다.

19) 연방헌법재판소 결정문의 요약문은 NJW, 1993, S. 1751-1779, 참조; 국내 완역문과 요약문은 다음을

방헌재는 1975년의 제1차 임신중절결정과 같이 임신중절이 원칙적으로 불법임을 밝히면서도 임신 초기단계에 상담(협의)을 거친 인공임신중절을 허용하는 타협적인 절충안을 냈다. 동시에 연방헌재는 위헌결정이 내려진 일부 조항을 보완하기 위해서 연방헌법재판소법 제35조²⁰⁾에 근거하여 1992. 6. 16.부터 새로운 입법이 있을 때까지 동서독지역에 통일적으로 적용될 포괄적인 경과규정인 잠정명령을 발하였다. 이 잠정명령은 법률의 효력을 갖는다.

이 판결은 단순히 인공임신중절에 대한 형법적 문제뿐만 아니라 이와 관련된 질병보험 및 노동법상의 영역과 태아의 생명을 위한 헌법상의 국가의 보호의무(Schutzpflicht)등이 중첩된 아주 복잡한 쟁점을 내포하고 있다. 이를 반영하듯이 8명의 재판관 중 뵈켄퓌르데(Böckenförde)의 반대의견과 마렌홀츠(Mahrenholz) 및 쉰머(Sommer)의 반대의견이 있었다. 특히 통일된 독일의 입법기관이 동·서독의 이질적인 가치관과 법의식을 극복하고자 개정한 법률에 대하여 연방헌재가 내린 최초의 결정이라는 측면에서, 결정주문의 선고가 TV로 중계될 정도로 여론의 비상한 관심을 끌었다.

1. 결정요지

(1) 기본법은 태아를 포함하여 인간의 생명을 보호할 의무를 국가에게 지우고 있다. 국가의 보호의무는 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄)에 그 근거를 두고 있으며 보호의무의 대상과 범위는 제2조 제2항(생명권과 신체불가 훼손권)에서 도출된다. 태아도 인간존엄성을 누리며 태아의 생명도 인간의 생명이다.

(2) 국가의 보호의무는 원칙적으로 입법자가 태아의 어머니에 대하여 분만 일까지 임신중절을 금지하고 임신 상태를 유지할 법적 의무를 부과하는 경우만 가능하다. 임신중절은 임신 전 기간 동안 원칙적으로 불법(Unrecht)으로 파악되며 따라서 법적으로 금지되어야만 한다.

국가는 태아의 생명을 적절하고 효율적으로 보호하기 위하여 과소보호금지

참조. 헌법재판소, 독일통일관련 독일연방헌법재판소 판례번역집, 1997, 75-198; 헌법재판소, 헌법재판연구원, 통일과 헌법재판 4, 2017, 143-147.

20) “연방헌법재판소는 그 재판에서 재판을 집행할 자를 지정할 수 있고, 경우에 따라서는 집행의 방법을 정할 수 있다.”

에 따라서 규범적·사실적으로 충분한 조치를 취해야만 한다. 특히 입법자는 태아의 생명권과 임신부의 생명권, 신체불가 훼손권 및 인격권(기본법 제2조 제1항)을 고려하여 구체적인 보호 범위를 규정하여야 한다. 단, 임신부는 임신중절로 인한 태아의 생명박탈에 대하여 기본법 제4조(신앙 및 양심의 자유)가 보장하는 법적 지위를 주장할 수 없다. 과소보호금지원칙은 입법자가 자유롭게 인간의 생명에 대한 형법적 개입을 포기하는 것을 용납하지 않는다.

(3) 임신부의 기본권적 지위는 단지 일정한 기간 동안이라도 출산을 할 그 법적 의무를 해소할 정도의 효력을 가지지 못한다. 임신부에게 출산이란 법적 의무를 면제하는 것은 임신부의 생명희생을 요하는 것과 같은 예외적인 불가피한 경우에 국한된다. 입법자는 그런 예외적인 구성요건들을 ‘기대불가능성의 척도’(das Kriterium der Unzumutbarkeit)에 의하여 개별적으로 확정한다.

(4) 개정법률이 마련한 12주 이내 상담조건부 기간규정은, ‘임신의 전기간 동안’ 임신중절은 불법이며 법적으로 금지되어야 한다는 원칙에는 반하지만, 여자가 출산 강제로 인하여 겪게 될 상황을 고려하면, 위 기간규정을 준수한 자를 처벌하지 않는 것은 합헌이다. 상담규정에 따른 정당화사유를 확인하지 않으면서 임신중절이 ‘위법하지 아니하다(nicht rechtswidrig)’고 간주되어서는 아니 된다.

(5) 상담의무에 대한 기준은 엄격하여야 한다. 상담의무 내용과 상담기관 조직에 관한 규정인 개정형법 제219조는 태아의 생명보호에 충분한 기준을 제시하지 못하므로 위헌무효이다. 임신부로부터 태아의 생명권을 보장하고, 예외적인 때에 한하여 임신중절이 허용된다는 사실이 명확하게 전달되어야 하며, 임신부의 갈등상태를 해결하도록 노력하여야 하고, 이를 위해서는 임신부가 임신중절을 원하는 명확한 이유를 밝혀야 하며, 상담증명서는 제1차 상담이 끝난 직후에 교부되어서는 안 되고, 상담을 받은 사람이 상담이 완료되었다고 보는 최종기일에 신청에 의해 발부되어야 한다.

어떠한 형태로든 임신중절로 경제적 이익을 얻는 사람(임신중절 하는 의사를 포함)이 상담의 상대방이 되어서는 안 되고, 태아의 생명유지를 위해서 임신부와 가까이 있는 사람들, 부모, 태아의 아버지, 친구 등이 상담에 참여하여야 하는지 가 고려되어야 하고 상담에는 여자가 받을 수 있는 여러 사회정책적 배려, 양육

비, 출산휴가 등과 장래에 원하지 않는 임신을 예방하는 조치가 포함되어야 하며 국가는 이러한 상담절차의 시행을 감독하고 상담소 활동을 효과적으로 통제할 의무를 진다.

(6) 합법성(Rechtmäßigkeit)이 확인되지 않은 임신중절에 대하여 건강보험에서 급부청구권을 보장하는 것은 기본법에 위반된다. 그러나 상담조건부 기간 규정에 따라서 형벌로 위하되지 않는 임신중절에 대하여 경제적 지원의 필요성이 인정된다면, 임금계속지급제도와 같이 사회부조(Sozialhilfe)의 혜택을 주는 것은 위헌이라고 할 수 없다.

2. 결정주문

연방헌법재판소의 주문은 일반적인 주문과 달리 두 부분으로 구분된다. 즉 심판대상인 조항에 대한 판단 이외에 연방헌법재판소법 제35조에 근거하여 위헌·무효로 결정된 현행 형법규정을 잠정적으로 대신하는 경과규정을 밝혔다.

(1) 심판대상에 대한 결정주문

1) 1992. 7. 27. 제정된 「임신부 및 가족지원법」의 내용인 현행 형법 제218a조 제1항은 동 규정이 언급하는 전제조건 아래 이루어진 임신중절을 위법하지 않은 것으로 명시하고, 기본법 제2조 제2항 제1문과 결합된 제1조 제1항의 헌법적 요청을 동 규정 제1호가 충분하게 수용하지 않는 상담을 규율하고 있는 한, 헌법에 합치되지 아니한다. 동 규정 전체는 무효이다.

2) 현행 형법 제219조는 기본법 제2조 제2항 제1문과 결합하여 판단하자면 기본법 제1조 제1항에 합치되지 않으며 무효이다. 그러나 사회법 제5권 제24b조는 기본법 제2조 제2항 제1문과 결합하여 기본법 제1조 제1항에 합치된다.

3) 현행 「제국보험법」(Reichsversicherungsordnung) 제200f조와 제200g조는, 동 규정이 1976. 5. 18. 공포된 제15차 형법개정법률상 형법 제218a조 제2항

제3호²¹⁾에 따른 임신중절에 대하여 건강보험급여를 지급하는 한 기본법 제2조 제2항 제1문과 결합된 제1조 제1항에 합치된다.

4) 「임신부 및 가족지원법」 제15장 제2호는 동 조항에 따라서 현재 제5차 형법개혁법률 제4조에 포함된 임신중절에 관한 연방의 통계와 관련된 규정이 폐지되는 한 기본법 제2조 제2항 및 제1조 제1항에 합치되지 않으며 무효이다.

5) 1976. 5. 18. 공포된 제15차 형법개정법률상의 형법 제218b조 제1항 제1문과 제2항 그리고 제219조 제1항 제1문의 헌법적 심판과 관련된 2 BvF 2/90 사건의 절차의 청구들은 본안종료를 선언한다.²²⁾

6) 연방헌법재판소법 제35조에 따라 1993년 6월 13일부터 새로운 법률조항이 효력을 발생할 때까지 적용될 임시규정을 명한다. 즉 수태 후 12주 안에 공인된 상담소의 상담을 거친 후 의사가 한 임신중절은 형법 제218조가 적용되지 않아서 처벌되지 않는다.

(2) 경과규정

연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제35조에 따라 다음과 같이 명한다.

1) 1992. 8. 24. 연방헌재가 내린 효력정지가처분결정에 의하여 지금까지 효력을 가지는 현행 법규정은 1993. 6. 15.까지만 적용된다. 그 이후부터 새로운 법률이 발효하기까지는 본 재판소가 내리는 잠정명령(*Anordnung*)과 결정주문에서 무효로 선고되지 않은 범위 내에서 보충적으로 「임신부 및 가족지원법」이 효력을 가진다.

2) 임신중절이 수태 후 12주 이내에 의사에 의해서 시술되고 임신부가 허가 받은 상담소에서 상담을 받은 경우에는, 임신중절을 처벌하는 형법 제218

21) 사회적 사유 즉, 임신부에게 임신지속을 기대할 수 없는 공박상태의 위험을 방지하기 위한 임신중절은 처벌하지 않는다. 이는 수태 후 12주 이내에만 국한한다.

22) 1992. 7. 14. 바이에른 주정부와 248명의 여당의원(기민당과 기사당 의원)들이 제기한 효력정지가처분신청 사건을 의미한다(BVerfG 86, 390).

조는 적용하지 않는다. 임신중절의 원칙적인 금지는 이러한 경우에도 영향을 받지 아니한다.

3) 상담소는 태아의 보호를 위해서 임신부에게 책임 있고 양심적인 결정을 하도록 조력해야만 한다. 태아는 임신부 자신에 대해서도 고유한 생명권을 가지고 있고 임신중절은 아주 예외적인 상황에서 임신부에게 임신지속을 기대할 수 없는 경우에만 고려될 수 있다는 것을 임신부가 인식하도록 상담이 진행되어야 한다. 상담소는 임신과 관련하여 생기는 갈등상황을 극복하고 궁박상황을 제거하는데 기여하여야 한다.

4) 상담소는 임신중절을 시술하는 기관과 조직적 경제적 이해관계로 결부되어 있어서는 아니 되며 임신중절을 시술하는 의사는 상담사가 되지 못한다. 연방의 각주는 거주지에 가까운 상담소를 충분히 제공하여야 한다.

5) 「연방사회부조법」 제37a조의 규정은 형법 제218조가 적용되지 않는 ‘수태 후 12주 안에 공인된 상담소의 상담을 거친 의사에 의한 임신중절’에도 적용한다. ‘수태 후 12주 안에 공인된 상담소의 상담을 거친 의사에 의한 임신중절’이란 전제조건이 충족되고 임신이 범죄에 의한 결과라는 윤리적(범죄적) 사유가 존재한다는 판명이 있다면, 피보험자는 건강보험의 급부를 받을 수 있다.

V. 임신중절결정의 쟁점에 대한 고찰

임신중절결정의 가장 핵심적인 쟁점은 태아의 생명권과 임신부의 자기결정권 사이의 충돌관계에서 국가의 기본권보호의무의 범위와 방식이 어느 정도로 요청되며 허용될 수 있는가에 있다. 기본권 보호의무란 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위협으로부터 기본권적 법익을 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는데, 이는 국가의 보호의무 없이는 개인의 신체나 생명 등 법익이 타인에 의하여 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다.

기본권은 전통적으로 우선 주관적 공권으로서 개인에게 국가의 작위, 부작위,

수인, 급부 등을 요구할 수 있는 헌법상의 권리를 부여한다. 그러나 기본권이 주관적 공권에 불과하다면 제3자의 기본권침해에 대하여 국가는 어떤 책임이나 행위무가 없다. 독일 연방헌재는 이미 1974년 제1차 임신중절결정에서 태아의 생명을 보호할 국가의 보호의무를 객관적 가치질서로서의 기본권의 성격에서 도출하였다. 당시 연방헌재는 원칙적으로 태아의 생명은 임신의 전기간을 통하여 임신부의 자기결정권에 우선하며 임신중절은 위법하다고 하였다.²³⁾

제1차 임신중절결정을 내린 후 거의 20년 만에 연방헌재는 다시 임신부와 태아의 사이에 형성되는 “단일체 속에서의 이중성(Zweiheit in Einheit)”이라는 특수한 결합관계(Verbindung)에서도 국가의 생명보호의무는 임신부를 포함한 제3자의 침해로부터의 보호를 의미하며 필요한 경우에 형벌이라는 수단을 사용할 의무가 있다고 판시하였다.²⁴⁾ 여기서 국가의 보호의무의 범위는 서로 상충하는 양쪽의 기본권을 고려하여 정해진다. 즉 한편으로는 태아의 생명권과 다른 한편으로는 임신한 여자의 생명권, 신체불가 훼손권 및 인격권이 고려된다. 여자의 기본권은 출산의무가 일반적으로 폐지되는 정도로 넓게 미치는 것이 아니다. 원칙적으로 임신중절의 금지와 출산의무는 헌법상 요청되는 보호의무의 두 가지 불가분한 요소이다.

1. 태아의 생명권과 보호조치

연방헌재가 피력한 가장 핵심적인 결정의 내용은 한편에서 태아의 생명권과 다른 한편에서 임신부의 생명권, 신체불가 훼손권 및 인격권이라는 상반된 법익을 형량하여 임신 초기의 12주 동안에 상담 후에 의사에 의하여 이루어진 임신중절이 위법하지 않다는 개정형법 제218a조 제1항이 위헌이라는 것이다.²⁵⁾ 연방헌재

23) BVerfGE 39, 1 (43 f.).

24) BVerfGE 88, 203 (253).

25) 연방헌재는 제1차 임신중절결정에서 생물학적·심리학적 견지에서 수정란이 자궁에 착상하는 수태 후 14일부터 생명이 시작된다고 하였다(BVerfG 39, 1, 37). 동시에 태아가 기본권 주체인지 또는 기본권능력이 결여되어서 단지 헌법의 객관적 규범에 의해서만 그 생명권이 보호되는지의 여부는 중요하지 않다고 하였다(BVerfGE 39, 1, 36 ff.). 그러나 통일 후에 내린 임신중절결정에서는 인간생명의 시작을 연방헌재가 확정할 필요성이 없다고 하였다. 연방헌재는 개정형법 제218조 제1항 제2문에서 규정되어 있는 수정된 난자가 자궁착상을 종결하는 시점—일반적으로 수정 후 13일을 경과하는 시점—이후의 임신중절만을 처벌하는 규정에 대한 위헌성 여부만을 검토하였다(BVerfGE 88, 203, 251). 우리 헌법재판소도 수정이 되었다고 하여 수정란이 정상적으로 자궁에 착상할 가능성이 아주 높은 것은 아니며, 그 단계에서

에 의하면 임신중절은 원칙적으로 헌법상 금지되는 행위로서 불법이다. 국가는 인간의 생명을 보호할 의무를 진다. 즉 국가는 태아의 생명을 스스로 침해해서도 아니 될 뿐만 아니라, 임신부를 포함하여 제3자의 침해에 대하여도 그 생명을 보호하고 장려해야 할 의무를 진다. 연방헌재는 태아가 생명권의 주체가 될 수 있는지의 여부에 관하여 직접적으로 논증하여 판단하지는 않았다. 그러나 주문과 결정문 전체에 걸쳐서 태아의 생명권은 인간의 존엄으로부터 나오는 기본적인 불가양의 권리이며 태아는 임신 전체기간 동안 그 어머니에 대하여도 생명권을 누린다는²⁶⁾ 점을 역설하였다. 따라서 임신부의 기본권적 지위는 태아의 생명이라고 하는 기본권적 지위보다 우위에 있을 수 없다. 어머니로부터의 태아의 보호는 입법자가 그녀의 임신중절을 원칙적으로 금지하고 그녀에게 원칙적으로 아이를 분만할 법적 의무를 부과할 경우에만 가능하다.

헌법은 태아의 생명보호라는 목적을 제시하고 있지만, 이를 이행하는 구체적인 수단에 대하여는 어떤 언급도 하고 있지 않다. 구체적인 국가의 보호조치의 유형과 범위를 결정할 권한은 입법자에게 위임되어 있는 것이다. 우선 입법자는 과소금지의 원칙(Untermaßverbot)에 따라서 국가의 보호의무의 이행을 위하여 ‘효과적이고도 충분한 규정’을 발하여야 한다. 과소금지의 원칙은 입법자가 태아의 생명을 보호하기 위하여 형벌적 수단을 포기할 것을 요구하는 것이 아니다. 형법은 그 침해적 성격이 가장 크기 때문에 국가의 보호의무의 우선적 수단은 아니지만 “최후 수단(ultima ratio)”으로서 특히 사회적으로 해악의 정도가 강하고 공동체의 존립과 양립할 수 없는 행위에 대하여는 마지막 단계에 고려될 수 있는 수단이다.²⁷⁾ 여기에 속하는 전형적인 행위가 타인의 생명을 박탈하는 행위이다.²⁸⁾ 태아도 생명을 가지며 태아의 생명을 박탈하는 임신중절은 형법상 전체 임신기간에 걸쳐서 원칙적으로 불법으로 취급되며 법적으로 금지되어야 한다.²⁹⁾

태아의 생명권을 보장하면서 임신부에게도 임신중절권을 인정하는 조화로운 조정은 불가능하다. 왜냐하면 임신중절은 항상 태아의 생명을 살해하는 것이기 때문이다. 그러나 예외적으로 임신부의 기본권에 의하여 임신중절이 인정되는 경

는 임신 여부를 확인하기도 어려우므로, 수정 후 14일 경에 수정란이 자궁에 착상한 이후의 태아를 낙태죄의 객체로 삼는 것이 합리적이라는 입장이다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402, 판례집 24-2상, 471, 481).

26) BVerfG 39, 1 (17).

27) BVerfGE 88, 203 (258).

28) BVerfGE 88, 203 (257).

29) BVerfGE 88, 203 (255); BVerfGE 39, 1 (44) 참조.

우가 있다. 이런 예외는 임신부의 생명에 대한 심각한 위협의 경우나 임신부의 건강에 대한 심각한 침해가 우려되는 의학적 사유에 국한되지 않는다. 윤리(범죄)적 사유, 우생학적 사유 및 사회적 사유도 임신중절에서의 위법성 조각사유로 인정된다.

2. 상담조건부 기간규정의 위헌성

연방헌재의 다수의견은 수태 후 12주 이내에 상담 후에 의사에 의하여 이루어진 임신중절이 ‘위법하지 않다(nicht rechtswidrig)’는 개정형법 제218a조 제1항이 위헌이라고 결정했다. 그 이유는 임신부의 자유로운 자기결정권을 보장하는 임신중절행위의 위법성조각사유를 규정하였기 때문은 아니다. 오히려 ‘위법하지 않다’라는 문구로 인하여 임신중절이 헌법상 정당한 행위라고 사회구성원에게 비춰지고 건강보험법 등 다른 법영역이 규정한 여러 혜택을 누릴 가능성이 높기 때문이다. 즉, 일반인은 형법상 정당화사유를 형법에만 국한하여 이해하는 것이 아니라, 형법을 넘어서 모든 법영역에서도 정당한 행위로 이해할 위헌성이 높다. 실제로 형법개정에 직접 참여하였던 연방의회 의원들의 구두변론에서도 드러나듯이, 입법자는 제218a조 제1항을 통하여 ‘위법하지 않은 임신중절’의 경우에 임금계속지급법, 영업법, 직업훈련법, 사회법, 연방사회부조법 다른 법영역에서도 정당한 행위로 분류하여 다양한 혜택을 누릴 수 있게끔 의도한 것이었다.³⁰⁾

연방헌재의 다수의견은 임신중절은 헌법상 금지된 행위라는 것을 사회구성원이 명확히 인식할 수 있어야 하며 나아가서 임신중절이 특수한 예외적 사유에 의하여 형법상 허용된다고 하여도 이런 예외가 비형법적 영역에서도 정당한 행위라고 인식되어서는 아니 된다는 입장이다. 다수의견은 ‘수태 후 12주 이내에 임신중절이 위법하지 않다’는 문구를 통하여 모든 법영역에서 정당한 행동으로 간주되는 것은 위헌이고 차라리 이를 범죄구성요건에서 배제하는 것이 타당하다고 하였다. 범죄구성요건에서 배제되는 일정한 임신중절은 단지 형벌로만 위하되지 않는다는 것만을 의미하고 다른 법영역에서의 합법성 여부는 입법자의 구체적인 결정에 맡겨져 있는 것이다.³¹⁾ 1975년의 제1차 임신중절결정에서 연방헌재는 수

30) BVerfGE 88, 203 (300 f.).

31) BVerfGE 88, 203 (274); Lenckner in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, Vorbem. zu

태 후 12주 내의 임신중절을 처벌하지 않는다는 기간규정이 위헌이라고 판단했지만 이번에는 임신한 여자가 12주 내에 상담을 거친 뒤에 하는 임신중절을 범죄구성요건에서 배제하는 경과규정으로서 잠정명령을 내렸다.

나아가서 다수의견은 개정형법 제218a조는 헌법적 요청을 충족시키지 못하고 있는 제219조의 상담을 전제로 하고 있기 때문에, 기본법상 생명권과 신체의 자유와 결부된 인간의 존엄성에 저촉되어 위헌이라고 결정하였다.

3. 보호의무의 포괄성과 상담의무

국가의 태아의 생명에 대한 보호의무는 제3자로부터의 침해를 방지하는 조치에만 국한되어서는 아니 된다. 국가는 임신기간 동안뿐만 아니라 출산 후에도 임신부에게 발생할 수 있는 사회적·경제적 어려움을 제거하여야 한다. 이는 자녀양육비, 양육휴가 및 생계보조비 등에 그치지 않는다. 양육과 소득의 조화로운 병립, 직업활동의 재개와 승진기회의 보장 등 국가의 보호의무는 공·사법 영역을 넘어서 포괄적인 법적·사실적 조치를 포함한다. 국가는 임신중절에 관한 법률을 일회적으로 제정함으로써 그 의무를 이행한 것이 아니라 시간의 흐름에 따라서 지속적으로 교정 및 개선의무를 담당하여야 한다. 특히 개선의무(Nachbesserungspflicht)는 합헌이었던 법률이 사실관계의 변화로 추후에 오류가 드러나서 위헌으로 되는 경우에 중요한 의미를 가진다.³²⁾

연방헌재는 국가의 보호의무 가운데 특히 상담의무에 대한 엄격한 기준을 요구하면서 상담의무의 내용과 담당기관의 조직을 규정한 개정형법 제219조가 헌법이 요청하는 태아의 생명보호수준에 미달하여 위헌이라고 결정하였다.³³⁾ 상담은 ‘결과 및 목적중립적(ergebnis- und zieloffen)’이 아니라, 태아의 생명보호를 지향해야 하며 상담의 목적은 개정형법 제219조에 명시되어 있어야 했다. 형법상 임신부에게 부과되는 상담의무는 궁박한 갈등상황에 처해 있는 임신부도 임신의 유지나 중절에 대한 책임 있는 결정을 내릴 수 있다는 전제에서 출발한 것이다. 따라서 상담은 임신부가 결정을 내리는데 필요한 지식과 정보를 매개하는 데 적합해야 한다. 국가는 임신부에게 태아의 생명권이 보장되며 예외적인 경우에만

§§13 ff. Rdnr. 18; Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, Nr. 9, Rdnr. 41.

32) BVerfGE 88, 203 (310).

33) BVerfGE 88, 203 (270 f.).

임신중절이 허용된다는 사실을 명확하게 전달하여야 하며 임신중절을 선택하지 않도록 임신부의 갈등상태를 해결하도록 노력하여야 한다.

또한 상담증명서는 제1차 상담이 끝난 직후에 교부되어서는 아니 되며, 상담을 받은 여자가 상담이 완료되었다고 보는 최종기일에 신청에 의해 발부되어야 한다. 임신중절수술을 하는 의사를 포함하여 임신중절로 경제적 이익을 얻는 어떤 사람도 상담의 상대방이 되어서는 안 된다. 상담에는 여자가 받을 수 있는 양육비, 출산휴가 등의 사회정책적 배려와 장래 원하지 않는 임신을 예방하는 조치가 포함 되어야 한다. 국가는 이러한 상담절차의 시행을 감독하고 상담소의 활동을 효과적으로 통제할 의무를 진다.

4. 의사의 책임과 의무

연방헌재는 국가의 보호의무에 의하여 의사에게 태아의 생명보호에 기여하도록 일정한 책임과 의무를 부과하였다. 의사는 임신중절에 대한 상담의무를 지며 이미 직업윤리와 직업법에 의하여 원칙적으로 인간의 생명, 그리고 태아의 생명의 유지를 위해서 중사해야 할 의무가 있다.³⁴⁾ 임신중절에 관여하는 의사는 형벌이 배제되는 전제조건을 확실하게 인식하고 있어야 한다. 여기에는 임신중절을 원하는 여자가 이미 상담소의 상담을 거치고 상담과 임신중절 사이에 충분한 냉각기간을 가졌는지의 여부와 함께 초음파검사 등에 의해서 수태 후 12주의 기간 내에 있는지의 검사가 포함된다. 만약 의사가 이런 직무상의 책임을 수행하지 못하였다면, 즉 임신중절이유를 확인이나 상담의무, 임신기간의 측정 등을 태만히 하였다면 형사적 제재가 부과된다. 또한 의사는 임신부가 처해 있는 정신적 궁박상태를 고려하면서 임신중절은 인간의 생명을 박탈하는 행위라는 점을 명백히 알려야 하며 태아의 성별을 이유로 임신중절을 하는 행위를 예방하기 위해 임신 초기에 성별을 직무와 관련된 사람 이외에 가르쳐 줘서는 안 된다.

연방헌재는 12주이내의 상담을 거친 임신중절을 범죄구성요건에서 제외하는 자신의 결정으로 이윤추구를 위하여 전문적으로 임신중절을 시술하는 병원이 나타날 위험성을 지적하였다.³⁵⁾ 이를 예방하기 위한 구체적인 조치는 장래 입법자

34) BVerfGE 88, 203 (289).

35) BVerfG(FN 10), S. 30.

의 임무라고 하면서 프랑스가 취한 제도의 도입을 제시하였다. 각 병원의 전체 의료행위 중 임신중절비율의 한계를 정한 제도의 도입도 고려될 수 있다는 것을 언급하고 있다. 프랑스는 임신중절의 횟수를 의사의 전체 의료행위의 일정한 지분에 국한시키고 또한 임신중절에 대한 의료수가를 통일적으로 균등하게 규정하였다.³⁶⁾

의사는 실패한 임신중절수술이나 출생시의 의료과실로 인한 장애아의 출산 등으로 인하여 여자가 겪는 정신적 손해에 대하여 민사상 정당한 손해배상을 지불할 의무를 진다. 물론 태아의 출산으로 인한 태아에 대한 부양의무를 손해로 인정하는 것은 기본법상 인간의 존엄성에 반하기 때문에 위헌이다.

5. 임신중절에 대한 건강보험 및 기타 사회법 등의 급부

연방헌재에 의하면 「임신부 및 가족지원법」에 따라서 도입된 사회법전의 규정 즉, 위법하지 않은 임신중절을 건강보험의 급부대상에 포함시키는 것은 태아의 생명에 대한 헌법적 보호의무에 저촉되지 않는다.³⁷⁾ 의학적, 우생학적, 윤리적(범죄적) 사유는 임신중절을 정당화하는 사유로서 임신부의 건강의 회복 내지 건강의 위협방지를 위하여 건강보험에서 의료비용을 부담하는 것이 타당하다. 연방헌재는 상담을 거친 수태 후 12주 내의 임신중절은 범죄구성요건에서 제외하였지만, 이런 임신중절에 대하여 건강보험에서 임신중절을 위한 의료비용을 부담하는 것은 헌법에 저촉되며 무효이다.³⁸⁾ 왜냐하면 범죄구성요건에서 제외된 임신중절은 단지 형벌의 위하를 받지 않는 행위이지 정당한 행위로서 그 합법성을 확인한 행위가 아니기 때문이다. 그런 행위에 사회보장법적 급부를 보장한다면 태아의 생명을 보호하여야 하며 임신중절은 원칙적으로 불법이라는 국민의 법의식은 심각한 손상을 입게 된다. 사회보장의 급부요건은 전문가의 감정서가 보여 주듯이, 전체 국민의 90%에게 중요한 의미가 있고 국민의 가치관에 미치는 영향이 매우 크다는 것을 간과해서는 아니 된다.³⁹⁾

36) BVerfGE 88, 203(295); Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil I Europa, 1988, S. 520 f.

37) BVerfGE 88, 203 (325).

38) BVerfGE 88, 203 (312).

39) BVerfGE 88, 203 (319). 술린(Schulin) 교수의 감정서 참조.

법치국가는 단지 태아의 살해행위를 정당화시킬 수 있는 위법성조각사유가 있는 경우에 한해서만 임신중절에 재정적인 도움을 줄 수 있다는 것이다. 물론 상담조건부 기간규정에 포함되는 임신중절 가운데 임신부가 처한 사회적·경제적 궁박상태를 고려하여 임신중절의 사회적 사유가 인정되는 경우가 있을 수 있다. 그러나 상담을 통한 임신중절에 있어서는 임신부가 처해 있는 궁박상태의 유무를 확인할 수 있는 절차가 없다. 국가가 합법적이지 않은 임신중절행위를 건강보험의 급부대상으로 하는 것은 국가가 직접 태아를 살해하는 것은 아니지만 결국 태아의 살해행위에 참여한 것이나 다를 바 없으며 국가는 태아의 생명을 보호할 헌법상의 의무를 해태한 것이다. 그러므로 연방헌재의 다수의견은 상담조건부 기간규정에 의한 임신중절은 보험혜택을 받을 수 없다고 한다.

연방헌재는 합법적이지 않은 임신중절에 대하여 국가의 재정적인 도움은 허용될 수 없지만, 「연방사회부조법」 제37조에 의한 사회부조(Sozialhilfe)를 허용하는 것은 위헌이 아니라고 한다.⁴⁰⁾ 의사에 의한 인공임신중절만을 허용하는 까닭은 여자의 건강과 함께 태아의 생명을 보호하려는데 있다. 임신중절을 원하지만 중절비용이 없는 여자는 불법적인 방법을 모색하게 되어서 건강을 해칠 뿐만 아니라 의사의 상담을 통한 태아의 생명을 구제할 기회도 주어지지 않는다. 결과적으로 국가는 위법한 살해행위에 재정적 원조를 하는 예외적 상황을 인정할 필요가 있다는 것이다.

다수의견에 의하면 개정형법 제218조의 형벌구성요건으로부터 배제되는 12주 이내의 상담을 거친 임신중절로 인한 노동불능에 대하여 임금계속지급법의 급부에서 배제하는 것은 정당하지 않다.⁴¹⁾ 「임금계속지급법」(Lohnfortzahlungsgesetz) 제1조 제1문은 노동자가 자신의 과실 없이 발생한 질병으로 근무를 할 수 없는 경우에도 6주 동안의 임금청구권을 보장한다. 만약 위법하지 않은 임신중절수술로 인한 결근이 유책한 행위가 아니라면, 여성근로자는 임금을 받을 수 있다. 그렇다면 원칙적으로 위법하지만 처벌을 하지 않는 상담조건부 기간규정에 따른 임신중절에서 여자가 임금지급을 요구하려면, 자신이 임신중절을 정당화할 수 있는 궁박한 상태에 있다는 사실을 입증해야 할 것이다. 그러면 상담을 받는 여자는 솔직하게 상담에 임하지 않을 것이며 상담을 통한 태아의 생명보호라는 상담의

40) BVerfGE 88, 203 (321).

41) BVerfGE 88, 203 (322).

취지에도 어긋난다. 더욱이 상담제도는 임신부가 제3자에게 임신중절근거를 밝힐 필요가 없다는 것이 전제이다. 연방헌재는 임신부가 사용자에게 임신중절의 정당성 여부를 다룰 이유가 없게끔 임금지급청구권이 인정되어야 한다고 결정하였다.

VI. 결정에 대한 비판적 고찰

연방헌재는 통일 후 임신중절결정에서 임신중절이 원칙적으로 불법으로서 금지된다는 1975년의 제1차 임신중절결정의 원칙을 따르면서, 통일 후에 개정된 상담조건부 기간규정에 의한 임신중절을 범죄구성요건에서 제외하였다. 사실상 수태 후 12주 이내의 임신중절에 대한 비범죄화(Entkriminalisierung)의 길을 열어놓은 것은 임신중절을 여성의 당연한 권리로 인식하였던 동독의 법규범과 동독인의 법의식을 고려한 타협적인 결론을 내린 셈이다. 그런 과정에서 연방헌재의 논증에 대하여 비판의 목소리도 상당히 대두되었다. 특히 연방헌재는 기본권 보호의무론에서 출발하면서 입법자의 입법형성의 자유를 과도하게 침해하여 헌법적 사법국가로의 길을 열었다는 비판도 있다.

연방헌재의 법정의견에는 두 개의 반대의견이 있었는데 둘 다 엄격한 상담제도를 지지하는 견해이다. 마렌홀츠(Mahrenholz)와 좀머(Sommer)는 다수의견이 위헌이라고 본 상담조건부 기간규정은 국가의 기본권 보호의무에 근거한 입법자의 입법형성권에 속하는 제도로서 합헌이라고 주장하였다. 반면에 뵈켄퓌르데(Bökenförde)는 다수의견과 같이 상담조건부 기간규정을 위헌으로 파악하지만, 건강보험에 대해서는 다른 견해를 피력하였다.

1. 기본권 보호의무와 입법형성권

전통적으로 기본권은 일차적으로 대국가적 방어권이었고 국가는 잠재적인 기본권침해자였다. 기본권을 국가에 대한 주관적 공권으로만 파악한다면 제3자의 기본권침해에 대하여 국가에게 의무를 부여할 수 있는 이론적 근거를 찾기가 매우 어렵다. 태아의 생명을 침해하는 자는 국가가 아니라 일차적으로 임신부이기

때문이다. 기본권 보호의무론은 기본권이 주관적 공권에서 그치는 것이 아니라 민주주의나 생명보호와 같은 객관적 원칙 내지 질서를 형성하는 역할을 담당하므로 국가는 기본권적 보호법익을 제3자의 침해로부터 보호할 의무를 진다는 것을 의미한다. 임신중절에서 보듯이 태아의 생명을 침해하는 자는 국가가 아니라 임신부를 비롯하여 불법적 시술을 시행하는 제3자이고 국가는 적극적으로 태아의 생명보호를 위하여 법제정 등의 보호의무를 이행하는 기본권보호자이다. 기본권의 객관적 가치질서에서 도출되는 국가의 보호의무는 태아에 대하여는 보호의 측면을, 동시에 임신부에 대하여는 기본권제한적 징표라는 이중적 성격을 가지는 삼각관계(Dreiecksverhältnis)의 구조를 가진다. 대표적으로 임신중절행위에 대하여 형벌을 부과하는 것은 임신부에 대한 가장 강력한 기본권제한적 조치이다.

태아의 생명을 보호하는 국가의 보호의무는 임신중절에 대한 형사적 제재를 비롯한 상담의무, 건강보험상의 급부, 사회부조법상의 급여, 양육비지원 등 여러 법영역에 걸쳐서 다양한 형태로 나타난다. 임신부, 태아와 국가 사이의 삼각관계에서 기본법상 부과되는 태아의 생명에 대한 보호의무는 임신부가 대상이 아니고 국가이며 특히 입법자는 태아에 대한 보호의무와 임신부의 기본권적 지위를 서로 비례성 있게 조절하여 구체적인 조치를 취하여야 한다. 기본법은 이러한 조절 내지 정서를 규정하고 있지 않다.

다수의견도 지적하고 있듯이 입법자는 태아의 생명보호의 차원에서는 과소금지원칙에 의하여 보호의무를 행사하며 보호의무의 구체적인 내용과 범위는 입법자의 형성의 자유에 속한다. 만약 구체적인 보호조치를 법률을 매개로 하지 않고 헌법에서 직접 이끌어 내서 타인(여기서는 임신부)의 기본권 침해를 정당화시키는 수단으로 사용하는 것은 법치국가에서의 법률유보원칙 내지 의회유보의 원칙에 저촉된다.⁴²⁾ 그러므로 국가의 보호의무는 일반적으로 입법자가 제정하는 법률에서 구체화되며 입법자는 여자와 태아 양자의 기본권적 지위를 비례적으로 형량하여 구체적 보호조치를 취할 입법재량을 가진다.

연방헌재는 보호의무론에서 출발하였으면서도 입법자의 형성의 자유를 무시하고 직접 기본법에서 임신중절의 헌법적 금지를 선언하였고 직접 구체적인 보호

42) Wahl/Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 557 f.; Preu, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, JZ 1991, S. 268 f.; 임신중절에서 과잉금지 원칙과 과소금지 원칙의 관계는 다음 참조. Starck, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens, JZ 1993, S. 817.

조치를 명령하였다. 이렇게 입법자에게 주어진 형성의 영역을 침해하는 태도는 연방헌재가 이전에 내린 판례나 문헌의 입장, 즉 입법기관이 취한 구체적인 보호조치가 명백하게 부적합하거나 효력이 없을 때에만 헌법재판에서 심사될 수 있다는 견해에 모순된다.⁴³⁾ 임신중절규정에서 헌법상의 보호의무는 실질적인 효력을 갖는 보호형태를 요구하므로 입법자가 법적인 금지나 다른 사회정책적 조치를 선택할 수 있다. 어떤 것을 취하든 헌법상의 과소금지 원칙에 어긋나지 아니한다. 그런데도 연방헌재는 두 가지 수단을 스스로 선택하면서 나아가 구체적인 시행방법을 지시했다. 또한 입법자가 결정한 위법성을 조각하는 상담조건부 기간규정보다 연방헌재가 내린 특정 임신중절에 대한 범죄구성요건의 배제 및 건강보험상 급부금지가 더 효과적으로 태아를 보호한다는 근거를 결정문에서 찾아보기 어렵다.

마렌홀츠와 줌머의 반대의견도 개정형법에서 규정한 상담조건부 기간규정은 입법자가 가진 형성의 자유에 속하는 것이므로 위헌이 아니라는 견해였다. 반대의견에 의하면 입법자는 태아의 생명보호에 대해서는 과소금지의 원칙이, 임신부의 기본권제한에 대해서는 과잉금지의 원칙이 적용되어서 입법자는 이 사이에 형량 및 형성의 자유를 갖는다. 개정형법에 의한 임신중절규정은 태아에게 최소한의 보호조치 이상을 보장하면서 임신부의 자기결정권을 과도하게 침해하지 않았고 태아와 임신부의 기본권적 지위를 적절하게 비례성 있게 정서하였으므로 합헌이다. 또한 상담 후의 임신중절에 대하여 건강보험청구권을 인정하는 사회법 규정도 합헌이다.

2. 납득가능성통제

입법자의 입법형성권을 더욱 제한한 것은 연방헌재의 다수의견이 심사밀도에 관한 기준으로 채택한 납득가능성(타당성)통제에서도 드러난다. 즉, 연방헌재는 태아의 생명보호의무에 대한 심사기준으로 과소보호금지의 원칙에 따라서 ‘적절하고 효율적인 조치(ein angemessener und als solcher wirksamer Schutz)’를 취하여야 한다. 연방헌재의 다수의견에 의하면 태아의 생명보호를 위한 조치를 취하

43) 국가의 보호의무에 대한 판례와 문헌은 다음을 참조. Hermes/Walther, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, NJW 1993, S. 2339; Wahl/Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 557.

는 경우에 입법자의 추정, 평가 및 형성의 자유(Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum)가 인정되지만, 입법자의 예측과 평가가 ‘납득할 만하게(in vertretbarer Weise)’ 행하였는지의 여부에 대하여는 연방헌재가 헌법적 심사를 한다.⁴⁴⁾

연방헌재는 임신중절결정 이전이나 이후에는 과소금지원칙에 대한 심사밀도로 입법자의 입법형성의 자유를 넓게 인정하는 명백성통제를 더 빈번하게 사용하였다. 명백성통제란 기본권 보호의무를 위한 국가의 공권력행사가 전혀 없거나 국가가 행사한 보호조치가 보호의무를 이행하는데 ‘완전히 부적합하거나 또는 완전히 불충분한’ 조치인 것이 명백한 경우에만, 기본권 보호의무위반이라고 확인하는 것이다.⁴⁵⁾ 연방헌재가 채택한 납득가능성통제의 구체적인 내용에 대하여는 상세한 설명이 없지만, 연방헌재는 국가의 보호조치가 입법사실에 대한 조사를 근거로 타당한 예측과 평가를 하였는지 심사하겠다고 선언한 것이다. 결과적으로 납득가능성통제를 통하여 입법자의 재량은 축소되고 연방헌재가 적극적으로 입법권에 관여하는 헌법재판소국가로의 길이 열린 것이다.

3. 태아의 생명권

연방헌재는 태아가 생명권이라는 기본권의 주체(Grundrechtsträger)라는 점을 직접 논증하지는 않았다. 그러나 이미 결정요지부터 태아가 그 어머니에 대하여도 생명권(Lebensrecht)을 가진다는 것을 명시하여 태아가 단순히 헌법상 보호되는 ‘독립적인 法益’(selbstständiges Rechtsgut)⁴⁶⁾의 차원을 넘어선 생명권의 주체라는 것을 시인했다.⁴⁷⁾ 하지만 연방헌재의 다수의견은 태아가 기본권 주체로서 완전한 기본권 능력을 가진다고 인정하지 않고 있는 듯하다. 태아가 이미 인간으

44) BVerfGE 88, 203 (262).

45) 정문식, 형성중인 생명에 대한 국가의 기본권보호의무, 전남대 법학논총(2008), 397.

46) Frommel, Strategien gegen die Demontage der Reform der §§218 ff. StGB in der Bundesrepublik, ZRP 1990, S. 352은 태아가 기본권 능력이 없고 단지 기본권의 객관적 가치질서에 의해 보호되는 ‘독립적 법익’이라고 한다; 미국연방대법원은 여자의 낙태권을 사생활에 대한 권리로 보면서 태아의 생명권 주체성을 부인한다. 단지 주정부는 ‘잠재적 생명’(potential life)인 태아를 보호할 법적 이익이 있다고 한다. 이에 대하여는 다음 참조. Roe v. Wade 410 U.S. 113(1973).

47) 헌법재판소는 ‘수정 후 착상 전의 배아’의 기본권주체성을 부인하였지만(헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346), 형성 중의 생명인 태아도 헌법상 생명권의 주체가 된다고 판시하였다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81).

로서 온전히 생명권의 주체라면 태아의 생명권은 신체불가훼손권이나 인격권 등 다른 기본권보다 우월적 지위를 가지므로, 임신부의 생명을 구하기 위한 경우에만 임신중절의 위법성 또는 책임조각사유로 인정되어야 한다.⁴⁸⁾ 임신중절에 대한 정당화사유는 의학적 사유 가운데 임신부의 생명보호라는 목적에만 국한되며 임신부의 건강에 대한 위해예방은 정당화사유로 인정될 수 없다. 생명의 등가성 원칙에 따라서 생명권의 침해는 단지 다른 생명을 보호하기 위한 경우에만 국한되므로, 여자의 생명과 직접 관련이 없는 우생학적,⁴⁹⁾ 윤리적(범죄적), 사회적, 윤리적(범죄적), 사회적 사유는 임신중절의 정당화사유가 될 수 없다.

연방헌재는 태아의 생명보호가 원칙적으로 여자의 자기결정권에 우선한다고 하면서도 처음부터 광범위하게 임신중절사유를 허용하였다. 이러한 태도는 태아가 완전한 생명권의 주체가 아니라 단지 헌법상 독자적인 법익이거나 제한된 기본권 능력을 갖고 있다는 논리적 전제하에서만 가능하다. 물론 생명권도 절대적 권리가 아니다. 그러나 태아의 생명권을 인정하면서 임신중절사유를 광범위하게 인정하는 것은 오히려 생명권을 너무 상대적인 권리로 폄하하는 결과를 초래하였다.⁵⁰⁾ 태아는 완전한 생명권의 주체가 아니라 다만 생명권의 객관적 원칙 내지 질서라는 성격상 국가가 보호해야 하는 독자적 법익이라는 주장이 더 논리적이란 것이다.

이런 견지에서 보면, 마렌홀츠(Mahrenholz)와 쉘머(Sommer)의 반대의견처럼 실효성이 있는 조치를 구체적으로 정할 권한은 입법자가 가진다는 것을 시인하고 입법자가 최소한의 보호조치를 규정한 이상 상담조건부 기간규정을 합헌이라고 결정했어야 했다. 임신부와 태아는 ‘범죄자’와 ‘희생자’로 대립하는 관계에 있지 않고 ‘단일체 속에서의 이중성’(Zweiheit in Einheit)⁵¹⁾이라는 특수한 관계를

48) 강간 등의 범죄로 인한 임신중절도, 태아의 생명권과 임신부의 인간존엄성이 충돌하는 상황에서 태아의 생명권이 더 중요하므로 허용되어서는 아니 된다는 의견은 다음을 참조. 홍성방, 낙태와 헌법상의 기본 가치, 서강법학 제3권(2001), 46; 허영, 인공임신중절과 헌법, 공법연구 제15집(1977), 90.

49) 우생학적 사유는 장애아의 생명권을 경시하며 신체적 장애의 위험이 생명보호를 완화하는 사유가 되어서는 아니 된다는 비판을 받았다. 서독은 1995년 형법개정을 통하여 우생학적 사유를 폐지하였다. 이인영, 출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실, 페미니즘연구 제10권 제1호(2010), 63 이하.

50) 우리 헌법재판소도 태아의 생명권을 인정하면서 “법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다”는 입장이다. “사람이 아니고 사람으로 되는 과정에 있는 존재에게 기본권의 주체성을 인정하고 있는 셈이다. 더 나아가서 ”동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다“(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 105)고 판시하였다.

51) BVerfGE 88, 203 (253).

맺고 있다. 태아의 생명의 효과적인 보호는 어머니에 ‘대하여서가’ 아니라, 어머니와 ‘함께’ 해야(nur mit der Mutter, nicht aber gegen sie) 가능한 것이다.⁵²⁾ 특히 임신의 초기 단계에서는 새로운 생명은 전적으로 어머니에게 종속되어 있으며 개정형법은 임신초기의 제한된 기간 동안에 임신부에게 갈등상황을 결정할 수 있는 가능성을 부여함으로써 임신부의 기본권적 지위를 고려하였으므로 헌법에 위배되지 않는다고 결정했어야 했다.⁵³⁾

4. 임신중절의 위법성조각사유

연방헌재의 다수의견은 임신중절의 위법성조각사유로서 의학적, 윤리적(범죄적), 우생학적 사유를 인정하고 이에 해당하는 임신중절은 건강보험상 급부청구권이 있다고 한다. 의학적 사유와 같이 임신부의 생명이나 건강에 대한 심각한 위험을 예방하기 위한 임신중절은 법질서와 모순된 반가치적 행위라고 평가할 수 없으므로 위법성이 조각된다고 할 수 있다. 그러나 윤리적(범죄적) 사유나 우생학적 사유로 인한 임신중절은 임신부에 대한 기대불가능성 원칙에 따라 허용한다는 개정형법 제218a조나 연방헌재의 견해는 형법체계상 위법성의 문제가 아니라 책임의 영역에 속한다. 즉 개개의 임신부가 처한 구체적 상황에 따라 임신의 지속을 요구하기 힘든 경우에 행위자에 대한 기대가능성이나 비난가능성에 초점을 두어 임신중절을 허용하는 것은 범죄체계상 책임조각사유에 해당한다고 보는 것이 합당하다.⁵⁴⁾

연방헌재가 윤리적(범죄적) 사유와 우생학적 사유를 위법성조각사유로 파악한 것은 법질서의 통일이란 관점에서 형법상 정당화사유가 다른 법영역에 미치는 소위 일관성(Durchschlagskraft)⁵⁵⁾ 문제에서 기인한다. 즉, 형법의 위법성조각사유

52) BVerfGE 88, 203 (341).

53) 뷔켄퓌르테도 반대의견을 냈지만, 다수의견의 중요한 결정사항인 ‘상담을 거친 12주 내의 임신중절은 ‘위법하지 않지만’, 허용되는 것으로 간주되어서는 안 된다’고 하는 의견에는 같은 의견이었다. 그에 의하면 상담을 거친 12주 내의 임신중절에는 정당화된 임신중절과 정당화되지 않는 임신중절이 같이 섞여 있다.

54) Kaufmann, Straffloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßiger was?, JZ 1992, S. 982; Langer, Verfassungsvorgaben für Rechtfertigungsgründe, JR 1993, S. 5; 신동운/최병천, 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1991, 13 및 109.

55) BVerfGE 88, 203 (273).

는 그 효력이 형법 안에서만 국한되는 것이 아니라 전체법질서에서 일관성을 가지고 있기 때문에 노동법, 사회법, 사회부조법 등의 다른 법영역에서도 합법과 불법 사이의 경계를 짓는다는 것이다. 연방헌재는 위법성조각사유에 해당하는 윤리적(범죄적) 사유와 우생학적 사유를 위법성조각사유라 보고 임신부에게 노동불능으로 인한 임금계속청구권 및 건강보험지급청구권을 보장하였다.

그러나 연방헌재가 중요하다고 판단하는 형법상 정당화사유의 일관성에 대하여는 납득하기 어려운 측면이 있다. 연방헌재의 다수의견이 판단하는 바와 같이 형법상 정당화사유, 즉 위법성조각사유가 이와 연관된 개별 법영역에서 통일적으로 적법하다는 결정이 내려지는 것이 타당한가? 법질서의 통일원칙(*das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung*)은 법질서 내에서 가치적 모순을 방지한다는 점에 그 의미가 있는 것이다. 그 원칙은 각기 상이한 목적과 내용을 담고 있는 개별적 법영역에서 합법성 판단을 획일적으로 판단하는 기준이 되어서는 아니 된다.⁵⁶⁾ 예를 들어 형법과 사회보장법은 다른 목적을 추구하며 형벌과 급부라는 상반된 국가행위의 수단과 관련되어 있다. 형법상 구성요건에 해당하지 않거나 정당한 행위도 형법 이외의 영역에서는 허용되지 않는 것으로 평가될 수도 있다. 이런 위법성의 상대화는 개별적 법영역의 목적과 고유법칙성이 다르다는 데에서 연유하는 것으로 원칙적으로 법질서의 통일과 모순되는 것이 아니라고 할 수 있다. 따라서 위법한 임신중절이라도 입법자가 노동불능으로 인한 임금지급청구권과 건강보험급부청구권을 인정하는 것은 헌법에 위배되지 않는다고 할 수도 있다.

한편, 상담 후의 임신중절이 위법하지 않다는 규정이 위법성이론에서 본다면 연방헌재의 결정과 달리 합헌이라는 주장도 있다.⁵⁷⁾ 형법상의 위법성조각사유에는 당사자의 이해뿐만 아니라 법치국가 원칙도 고려되어야 하는데, 국가가 상담소와 상담절차를 통제하고 의사에 의해 임신중절을 시행하게 하면서도 상담 후의 임신중절을 위법이라고 하는 것은 법치국가 원칙에 적합하지 않다는 것이다. 반대의견을 펼친 마렌홀츠 등은 형법 이외의 개별 법영역에서 법적 금지를 표방한다고 태아의 생명보호를 위한 국민의 법의식이 더욱 공고해지는 것은 아니며

56) Isensee, Abtreibung als Leistungstatbestand der Sozialversicherung und der grundgesetzliche Schutz des ungeborenen Lebens, NJW 1986, S. 1645.

57) Hermes/Walther(각주 43), S. 2341; 일정한 법적 조건하에서 임신중절을 한 여자에게 불법행위자라고 비난하는 것을 막기 위하여 적법과 위법 사이의 제3의 범주를 설정하는 것이 금지되지 않는다고 주장하는 논문은 Kaufmann(각주 54), S. 981 ff.

상담을 거친 12주 이내의 임신중절에 대하여 건강보험재정에서 비용을 지급하는 것은 기본법에 저촉되지 않는다고 하였다. 통일 전에 정당화사유만 허용하였던 서독의 형법 하에서도 서독은 임신중절에 대한 형사소추와 판결이 거의 없었고 서독인 중 2/3가 임신중절이 허용된다는 법의식을 가지고 있다는 보고도 여러 차례 있었다.⁵⁸⁾ 건강보험법 등의 해석은 임신중절을 불법이라고 인식하는 국민의 법의식과 직접적인 관계가 없다는 것이다.

또 다른 반대의견을 표명한 뵤켄피르데 재판관은 상담조건부 기간규정에 대하여는 다수의견과 같이 위헌이라고 보았다. 그러나 위법하거나 위법할 가능성이 있는 임신중절에도 건강보험재정상에서 급부를 제공할 것인지의 여부는 기본법 해석의 문제가 아니라 입법자의 관할에 속하는 사안이므로 위헌으로 결정해서는 아니 된다는 입장이었다.⁵⁹⁾ 즉, 수태 후 12주 이내에 상담을 거친 임신중절에는 임신부가 처한 사회적·경제적 궁박상태 때문에 정당화될 수 있는 임신중절이 포함되어 있다. 그럼에도 불구하고 이를 모두 불법으로 취급해서 건강보험의 지급대상에서 배제하는 것은 기본법이 요청하는 보호조치에 해당하지 않는다.

VII. 한국에 대한 시사점

통일 전 동서독의 헌법적 가치와 법질서가 가장 첨예하게 대립하였던 사안이 임신중절이었다. 서독은 임신중절을 생명에 관한 범죄로 보았지만 동독은 여자의 권리로 파악하였다. 독일 연방헌법재판소는 태아의 생명권을 인정하고 생명권이 임신부의 다른 기본권보다 우월하며 태아의 생명을 박탈하는 임신중절은 불법이라는 전제에서 출발하였다. 그러나 잠정명령을 통하여 12주 이내의 상담을 거친 임신중절을 범죄구성요건에서 배제하여 사실상 낙태의 자유를 보장한 결과를 가져왔다. 서독이 동독을 흡수통일 하였지만, 기존에 있던 동독의 법규범과 동독인이 가지고 있던 법의식을 완전히 도외시킬 수는 없었다. 물론 연방의회에 보고된 여론조사에 의하면 임신중절이 법적으로 허용된다고 믿는 서독인이 3분의 2를 넘었고 임신중절로 고소되거나 처벌된 사례가 거의 없었다는 사실도 큰 요인으

58) BVerfGE 88, 203 (273).

59) BVerfGE 88, 203 (359 ff.).

로 작용하였을 것으로 추정된다.

통일 전 동서독의 상이한 법규정과 법의식과 같이 남북한의 낙태규정은 비슷하게 닮았다. 남한은 원칙적으로 낙태죄를 처벌하고 있지만, (정당화)사유규정에 따른 위법성조각사유를 두고 있다. 현행 형법상 임신한 부녀가 약물을 이용하거나 기타 방법으로 스스로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다(형법 269조 1항). 부녀의 촉탁을 받거나 또는 그 승낙을 받아 낙태하게 한 사람도 같은 형벌을 받게 되며, 그로 인하여 부녀를 치상한 때에는 3년 이하의 징역, 치사한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다(동법 제269조 2·3항). 단, 「모자보건법」 제14조는 ① 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, ② 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우, ③ 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, ④ 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우, ⑤ 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우에 한하여 본인 또는 배우자의 동의를 조건으로 낙태를 허용하고 있다.

남한에서 임신중절은 원칙적으로 범죄이며 예외적으로 정당화사유가 있으면 위법성이 조각된다. 통일되기 전의 서독 형법의 정당화사유와 비교하자면, 현행 「모자보건법」은 “혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우”를 정당화사유로 인정하고 있지만, 서독 형법이 인정하였던 사회적 사유는 허용하지 않고 있어서 상당히 엄격한 규제를 가하고 있다.

북한은 형법을 포함하여 임신중절을 규제하는 규정을 전혀 두고 있지 않다.⁶⁰⁾ 북한에서의 임신중절 실태조차 전혀 알려진 것이 없다. 북한은 1948년 분단 이후 거의 70여 년 동안 임신중절을 합법적 행위로 취급하였고 사회주의적 남녀평등, 일과 가정의 병립이라는 가치관 속에서 여성의 낙태의 자유를 인정하여 왔던 것으로 추정된다. 남한은 임신중절을 낙태죄로 처벌하고 있고 정당화사유도 매우 좁게 인정하고 있지만, 인구제한의 방법으로 국가가 낙태를 조장한 바도 있었고 현재 낙태죄는 거의 사문화된 규정으로 전락하고 있다. 남한에서 낙태에 대한 최초의 정부조사인 2005년 보건복지부 통계조사에 의하면, 1년간 약 35만 건의 낙태가 이루어졌다.⁶¹⁾ 2010년에는 낙태행위가 약 17만 건에 달한 것으로 보고되어

60) 북한은 1950년 형법 제120조에 낙태강요죄를 규정하고 있었지만, 이 조항은 1974년 형법개정시 삭제되었다. 김영희/장영아, 통일대비 여성관련 법제 연구, 한국여성개발원, 2000, 52 이하.

61) 2008년을 기준으로 7건이 기소되었고 정식재판으로 4건, 벌금형으로 3건이 처리되었다. 임신중절의 실

서 전 세계에서 인구대비 낙태행위가 가장 많이 자행되는 나라이다. 낙태가 불법이고 의사도 처벌대상이므로 사실상 정부조사에서 누락된 사례가 많을 것으로 추정된다.

남북한이 현행 헌법이 규정하고 있는 자유민주적 기본질서에 입각하여 통일이 되었다고 하여도, 임신중절에 대하여 다른 가치관과 법의식을 북한주민에게 일반적으로 남한의 법질서를 그대로 적용하는 것은 법적 통일에 기한 가치적·정신적 통일을 구현을 더욱 요원하게 만드는 하책이다. 오히려 임신중절에 관한 남한의 실태나 북한의 법규범을 고려한다면, 기존의 형법상 낙태죄와 모자보건법상의 정당화사유를 개정하여 보다 진정한 가치관적 내적 통일로 나아가는 계기를 만들어야 한다.

의학적으로 완전한 피임법은 없기 때문에 원하지 않은 임신을 형사적 제재로만 규율하는 것은 임신부의 인권을 침해한다는 비판을 모면하기 힘들다. 이미 세계보건기구(WHO)는 안전하고 합법적인 임신중절을 여성이 가져야 할 ‘근본적인 권리’로 보고 있다. 경제협력개발기구(OECD) 회원국 중 한국, 영국, 일본 등 9개 나라를 제외한 25개 국가는 임신부 본인의 요청에 따라 임신중절을 허용하고 있다.⁶²⁾

태에 관하여는 다음을 참조. 이인영(각주 49), 73 이하.

62) http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/810607.html.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 김영희/장영아, 통일대비 여성관련 법제 연구, 한국여성개발원, 2000.
신동운/최병천, 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1991.
허완중, 독일통일과 연방헌법재판소의 역할, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2011.
헌법재판소, 독일통일관련 독일연방헌법재판소판례번역집, 1997.
헌법재판소 헌법재판연구원, 통일과 헌법재판 4, 2017.

○ 논 문

- 강태수, 통독 후 법적 동화과정과 문제-낙태에 대한 헌법상의 논의를 중심으로, 사법행정 제33권 제10호(1992. 10).
강태수, 인공임신중절에 관한 규율, 허영 편저, 통일독일의 법적 조명, 박영사, 1994.
김학태, 독일과 한국에서의 낙태의 규범적 평가에 관한 비교법적 고찰, EU연구 제26권(2010).
김승환, 임신중절(낙태)의 기간에 의한 해결방식의 위헌성, 전북대 법학연구 제21집(1999).
이인영, 출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실, 페미니즘연구 제10권 제1호(2010).
정문식, 형성중인 생명에 대한 국가의 기본권보호의무, 전남대 법학논총(2008).
지규철, 미국과 독일의 낙태판결에 관한 비교법적 고찰, 공법학연구 제9권 제1호(2008).
홍성방, 낙태와 헌법상의 기본가치, 서강법학 제3권(2001).
홍완식, 독일연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰, 강원법학 제10집(1998).
허 영, 인공임신중절과 헌법, 공법연구 제15집(1977).
허 영, 낙태자유를 위한 형법개정법률 제218a조에 대한 독일연방헌법재판소의 효력정지 가치분결정, 사법행정(1992. 9).
Drobning, Überlegungen zur innerdeutschen Rechtsangleichung, DtZ 1990.
Eser, §218a, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 25 Aufl., C. H. Beck, 1997.
Eser/Koch, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1 Europa, 1988.

- Hermes/Walther, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, NJW 1993.
- Isensee, Abtreibung als Leistungstatbestand der Sozialversicherung und der grundgesetzliche Schutz des ungeborenen Lebens, NJW 1986.
- Kaufmann, Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?, JZ 1992.
- Langer, Verfassungsvorgaben für Rechtfertigungsgründe, JR 1993.
- Oberlies, Ist die DDR-Fristenregelung wirklich verfassungswidrig?, ZRP 1992.
- Philipp, Bei Fristenregelung weder Abtreibung auf Krankenschein noch Lohnfortzahlung, MDR 1991.
- Preu, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, JZ 1991.
- Reis, Offene Fragen zum Einigungsvertrag: Verfassungsrechtliche Implikationen der DDR-Fristenregelung, NJW 1991.
- Roggemann, Von der interdeutschen Rechtsvergleichung zur innerdeutschen Rechtsangleichung, JZ 1990.
- Schneiders, Kontrovers(2); Schwangerschaftsabbruch und interlokales Strafrecht, MDR 1991.
- Starck, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens, JZ 1993.
- Wahl/Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990.
- Wilms, Rechtsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs im vereinten Deutschland, ZRP 1990.

독일 통일 후 공무원 특별해고요건의 실질적 이유판단

– 특별해고 판결을 중심으로 –

(BVerfGE 92, 140-157. 1995. 2. 21.)

신 옥 주*

I. 관련 규정 소개와 배경

1. 관련 규정 소개

(1) 통일조약

1990. 8. 31.에 체결된 「독일통일의 실현에 관한 독일연방공화국(Bundesrepublik Deutschland: 이하 독일이라 함)과 독일민주공화국(Deutsche Demokratischen Republik: 이하 ‘동독’이라 함) 간의 조약」(통일조약, Einigungsvertrag: EV)은 독일에 동독이 가입(Beitritt)하는 전제조건과 그 결과들에 대하여 규정한다. 연방의회와 연방참사회에서는 1990. 9. 23.에 동 조약, 프로토콜, 부속서 I-III 및 1990. 9. 18. 본과 베를린에서 서명된 합의에 대하여 법률-「통일조약법」(BGBl. II S. 885)-로써 동의하였다. 가입지역인 동독에서 공공업무를 담당하였던 사람들의 법률관계를 위하여 통일조약 제20조 제1항에 따라 「통일조약」 부속서 I 에서 확정한 경과규정들이 유효하다. 그 구체적 내용은 「통일조약」 부속서 I XIX장 A영역 III절 1.에서 규정하고 있다.

○ 통일조약 제20조¹⁾

* 전북대학교 법학전문대학원 교수

1) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag), Ausfertigungsdatum: 31.08.1990

Art 20 Rechtsverhältnisse im öffentlichen Dienst

- (1) 가입시점에 공공업무 종사자들의 법률관계를 위하여 부속서 I에서 합의한 경과규정이 유효하다.
- (2) 공적 과제(기본법 제33조 제4항의 의미에서의 고권적 권한)의 수행은 가능하면 빨리 공무원에게로 이전된다. 부속서 I에서 합의한 규정의 조치에 따라 공무원법이 도입된다.
- (3) 부속서 I에서 합의한 규정의 조치에 따라 군인법이 도입된다.

○ 통일조약 부속서 I XIX장 A영역 III편

1. 공공업무 담당 노동자의 법률관계

(1) (독일민주공화국이 독일연방공화국으로)²⁾ 가입이 유효하게 될 당시에 그때까지 기본법이 유효하지 않았던 베를린 일부를 포함하여 동독의 공공행정기관에서 근무했던 노동자를 위하여 그들에게 가입이 전에 유효하던 노동조건들이 이 조약의 조치들, 특히 제2항부터 제7항까지의 조치들과 함께 유효하다. 이 조치들에 반하거나 이 조치들과 다른 규정들은 적용될 수 없다. ...

(2)와 (3) ...

(4) 공공행정에서 노동관계의 정상적 해고는 다음의 경우에도 역시 허용된다.

1. 노동자가 전문적 자질 또는 개인적 적격(Eignung)의 결여 때문에 요청에 부합하지 않을 때 또는
2. 수요결핍 때문에 노동자가 더 이상 사용될 수 없을 때 또는
3. 지금까지의 근무장소가 대체없이 해체되었을 때 또는 ...

이 조문은 가입이 유효하게 된 후 2년이 경과하면 효력을 상실한다.

(5) 비상적 해고를 위한 중요한 근거는 특히 노동자가 다음과 같은 경우

(1) Für die Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes zum Zeitpunkt des Beitritts gelten die in Anlage I vereinbarten Übergangsregelungen.

(2) Die Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben (hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Artikel 33 Abs. 4 des Grundgesetzes) ist sobald wie möglich Beamten zu übertragen. Das Beamtenrecht wird nach Maßgabe der in Anlage I vereinbarten Regelungen eingeführt. Artikel 92 des Grundgesetzes bleibt unberührt.

(3) Das Soldatenrecht wird nach Maßgabe der in Anlage I vereinbarten Regelungen eingeführt.

2) 이해를 돕기 위하여 필자가 부기함.

에 존재한다.³⁾

1. 인간성(Menschlichkeit)의 원칙이나 법치국가원칙에 반하였을 때, 특히...
2. 이전의 국가비밀국/청(Staatssicherheit/Amt)에서 국가안보를 위한 업무를 하였고 이로 인해 근로관계에 계속 남아있는 것을 상정하기 어려운 것으로 보이는 때

(2) 기본법

제3조 (1) 모든 사람은 법 앞에 평등하다.

(3) 어느 누구도 성, 출신, 종족, 언어, 고향, 출신, 신념, 종교관 및 세계관 때문에 차별을 받거나 우대를 받아서는 안 된다. 어느 누구도 장애 때문에 차별받아서는 안 된다.

제12조 (1) 모든 독일인은 자유롭게 직업(Beruf), 직장(Arbeitsplatz), 직업교육장소(Ausbildungsstätte)를 선택할 권리를 갖는다. 직업수행(Berufsausübung)은 법률을 통해, 혹은 법률적 근거에 따라 규율될 수 있다.

제33조 (1) 모든 독일인은 모든 나라에서 동등한 국민적 권리와 의무를 가진다.

(2) 모든 독일인은 적격, 자격, 전문적 능력에 따라 모든 공직에 대하여 동등하게 접근을 할 수 있다.

(3) 시민적, 국민적 권리의 향유, 공직에 대한 접근 및 공공 직무상 획득한 권리들은 종교적 신조는 무관하다. 어느 누구도 종교적 신조 또는 세계관에 속하거나 혹은 속하지 아니하였다는 점으로부터 차별이 발생되어서는 안 된다.

2. 관련 규정 제정 배경

「통일조약」에는 구 동독에서 공공업무를 담당하였던 공무원들에 대하여 독일의 공무원으로 그대로 인수할 수 있는 근거조항과 더불어 특별해고를 할 수 있는

3) BVerfGE 92, 140 (141); BVerfGE 92, 140 (142).

규정을 마련하고 있다. 부속서 I XIX장 A영역 III절 1. 제4항에서는 정상적 특별해고에 관한 사항을, 그리고 제5항에서는 비정상적 특별해고 규정을 두고 있다(이하 「통일조약」 제4항과 5항으로 인용함). 특별해고의 구성요건은 동독의 공공 업무를 독일의 업무로 변환하는 것과 깊은 관련이 있다. 한편으로 특별해고의 구성요건은 동독에서의 공공업무 노동관계가 동독이 독일로 가입한 시점을 넘어서 존재할 것을 요구하고 있고, 다른 한편으로는 노동관계를 위한 통일조약 제4, 5항에서 특별해고의 구성요건을 규정하고 있다. 이러한 조치들은 조약체결 국가들이 동독의 공무담당 노동자들의 상당한 부분이 독일의 공적 업무에서 과제를 인지하기 위한 자질이 부족하다고 인식한 점에서 출발한다. 이러한 인식에는 동독의 구조가 완전히 달랐던 점, 특히 정치적 기준들로 각인이 된 선발원칙들을 보면 충분한 동기가 있다.⁴⁾

원래는 가입한 동독지역에서 독일의 공공업무에 해당하는 국가업무를 담당했던 노동자 전체의 노동관계를 종료시키려고 하였다. 협상이 진행되는 동안 통일조약에서 특별해고 조치들 할 수 있는 규정들을 마련하고 독일내에서 노동계약을 전환하는 쪽으로 확정되었다.⁵⁾ 동독에서 공공업무의 법적 관계에 대한 통일조약의 전체 규정을 보면 통일조약 협상자들이 명백하게 동독의 공공 근무자들을 계속해서 독일연방공화국의 공공업무에 통합시키려고 하는 시각을 기저에 두고 있음을 알 수 있다.⁶⁾ 「통일조약」 초기에 고려되었던 전체 노동관계의 종료는 조약의 협상과정에서 일반적으로 인수를 하고, 개별사안에서 후발적인 공무원 적격심사를 통하여 공직담당여부를 하도록 변경되었다. 「통일조약」에서 명확한 점은 한 노동자가 동독에서 수행하였거나 담당하였던 기능과 지위만으로 노동관계를 해소하는 것은 예정하고 있지 않다는 것이다.

「통일조약」 제5, 6항에 담겨있는 비상적인 특별해고 규정들은 동독에서 지금까지 담당한 공공업무가 법적인 구조나 그 범위가 경우에 따라 독일에 부합하지 않는다는 인식에 근거한다. 동 규정은 근무자 수의 축소 외에도 가입지역에서 공공행정은 기본법 제33조 제2항을 통해 성립된 구조에 대한 지향을 확보해야 한다는 의미를 담고 있다.⁷⁾ 이를 위해 비상적인 해고를 위한 특별한 근거로서 「통일

4) BVerfGE 92, 140 (151 f.).

5) Vgl. Erläuterungen, BTDrucks 11/7817, S. 179.

6) Vgl. BTDrucks 11/7817, S. 179.

7) Denkschrift zum Einigungsvertrag, BTDrucks 11/7760, S. 355 (364).

조약」 제5항 각호 2.와 1.에서는 국가안전을 위하여 국가보안부/국가보안청을 위한 활동과 인간성 또는 법치국가원칙 위반활동만을 언급하고 있다. 이 근거들은 개별사안들에서 확정이 되어야 하고 그에 따라 노동계약의 유지가 기대할 수 없다고 보이는 경우에만 해고를 정당화한다. 그 외의 경우에는 「통일조약」 제4항 각호 2.와 3.에서 규정하고 있는 수요결핍이나 직장해소의 경우를 제외하고, 기본법 제33조 제2항이 공직지원자의 채용을 위해 정립한 전제조건들의 충족 하에서만 이루어지는 정상적인 해고를 허용한다.

II. 사실관계

1. 동독에서의 헌법소원심판청구인 이력

1942년에 태어난 헌법소원심판 청구인은 1961년부터 동독의 인민경찰 소속원이었다. 전략순찰대 경비소장(Wachmeister)에서부터 인민경찰 대장으로 승진했다. 1963년부터 기업보호를 위해 투입되었는데 먼저 쇠네펠트(Schönefeld) 비행장의 기업보호청에서, 그리고 1983년부터 더 적은 보수를 받고 베를린 인민경찰 위원회(Präsidium der Volkspolizei)의 기업보호부서에 투입되었다.

헌법소원심판청구인은 1965년부터 1990년 2월 말까지 독일사회주의통일당(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands)의 당원이었으며 다양한 대중조직의 회원이었다. 그는 1989년까지 정당정치적인 참여를 하였다. 먼저 그는 자유독일 청소년의 분과장⁸⁾이었다. 그는 1967년 기업보호청의 분과정치조직의 회원이 되었고 기업보호부대의 청소년분과 서기가 되었다. 1972년부터 1974년까지 근무처에서 정당조직의 명예서기로 선출되었다. 1976년 조직변화를 통해 헌법소원심판 청구인이 이끄는 독일사회주의통일당의 당원이 120명으로 증가한 후, 그는 1976년부터 1983년까지 쇠네펠트 비행장의 기업보호청에서 주업으로 기초조직의 정당서기 기능을 수행하였다. 그는 1983년부터 1989년까지 인민경찰위원회에서 명예직으로 주로 간부양성작업을 하는 기업보호 분과정당조직의 대변인으로 활동하였다.⁹⁾

8) Gruppenleiter der Freien Deutschen Jugend (FDJ).

9) BVerfGE 92, 140 (142 f.).

그는 독일사회주의통일당의 특별학교에서 3개월간의 수학과정을 졸업했고, 중간장교로서 경력을 쌓는 동안 방송통신으로 “빌헬름스 픽(Wilhelm Pieck)” 장교 전문학교를 마쳤으며, 계속해서 방송통신수학으로 “프리드리히 엥겔스(Friedrich Engels)”지역정당대학을 졸업했다.

헌법소원심판청구인은 다양한 업무평가에서 노선에 충실한 간부이며 원칙에 확실히하고 근무처의 모든 근무자들이 예외없이 계급과제를 실행하도록 독려하는 노동자계급문제에 충실한 충성스러운 동지로서 묘사되었다. 그는 기초조직의 서기로써 활동하던 시기에 당조직의 전투능력을 제고하는데 근본적인 기여를 하였다. 매일의 교육절차에서 그는 오류적인 견해와 맞붙어 논쟁하였고 결함과 방해에 대하여 어떠한 타협도 없이 대항하였다. 1960년에 불법적으로 동독을 떠났던 그의 어머니와는 어떠한 접촉도 하지 않았다. 그는 1983년 누나와의 관계를 단절하였는데, 이는 그 누나가 어머니와 접촉을 했기 때문이었다. 그는 항상 당의 결정, 명령, 지침의 실현을 위하여 열성적으로 투신하였다.

2. 통일 후 해고과정과 보호소송의 경과

통일 후 베를린주의 경찰청장은 헌법소원심판청구인을 인수하였으며 그를 무엇보다도 구 동독 경찰그룹을 독일내로 편입하기 위한 담당관으로 임명했다. 그는 1992년 구 인민경찰 소속원들을 위한 기본지시업무(Grundeinweisung)를 부여받았다. 1992년 9월에 발부된 한 증명서에 따르면, 그는 업무에서 ‘우수’부터 ‘매우 우수’까지의 평가를 받았다. 자유롭고 민주적인 근본질서에 대한 그의 헌신에 대해서는 전 기간동안 어떠한 문제제기도 없었다.¹⁰⁾

독일은 헌법소원심판청구인을 포함하여 인민경찰 11,000명 이상을 인수받았다. 그중 약 10,000명의 업무관계들이 「통일조약」에 따른 특별해고요건에 해당하는지를 심사받아야 했다. 경찰청장은 이 심사를 위하여 인력선발위원회(Personalauswahlkommissionen)를 구성했으며, 이 위원회에서는 설문을 토대로 하여 1992년 초까지 1,133건들에 대하여 해고권고를 하였다. 헌법소원심판청구인은 자신이 동독에서 수행한 당직들을 공개하였다. 인력선발위원회는 그에 대하여 1991년 3월에 해고를 제안하였고, 1992년 7월 피청구인인 베를린주는 결여된

10) BVerfGE 92, 140 (143 f.).

개인적 적격을 이유로 그를 해고하였다.

헌법소원심판청구인의 해고보호소송은 제1심에서 승소하였다. 노동법원은 주의 해고권의 효력을 상실시켰다. 동 법원은 헌법소원심판청구인은 주가 그의 해고 근거를 1년 이상이나 알면서도 근로를 계속시켰고 그의 노동에 대하여 긍정적으로 평가를 한 후에는 그는 그의 노동관계가 존속된다는 신뢰를 할 수 있었을 것이라고 보았다. 그 외에도 독일사회주의통일당의 정당기구나 기타 사회조직의 소속은 해고의 사유가 되지 않는다고 판단했다.

베를린주의 항소에 근거하여 베를린주노동법원은 헌법소원심판청구인의 해고 보호요청을 거부하고 주의 해고권은 효력을 유지한다고 판결하였다. 동 법원은 「통일조약」 제4항 각호 1.에 따른 해고의 유효성이 헌법소원심판청구인이 현재 독일경찰업무의 활동을 함에 있어서 기본법에 충성하는지 여부에 달린 것은 아니라고 보았다. 결정적인 것은 오로지 그의 이전의 정치적 부담으로 인해 법치국가적 기준에 따라 업무를 보는 행정, 특히 경찰업무에서 활동을 하는 것이 적합하다고 볼 수 있는지 여부라고 파악했다. 동 법원은 시민들이 법치국가적 원칙에 따라 근무하는 신뢰할 수 있는 경찰행정을 요청할 수 있다고 하면서, 수년간 주 업무로 당서기로서 활동을 하였고 독일사회주의통일당 내부와 그 청소년조직(FDJ)에서 다양한 기능들을 담당했으며, 이를 통해 다양한 방법으로 자신을 독일사회주의통일당과 동독과 동일시하였던 사람에게는 이러한 신뢰가 존재할 수 없을 것이라고 판단했다.¹¹⁾

동 법원은 헌법소원심판청구인의 전체적인 이력 및 표창과 평가로부터 그가 독일사회주의통일당의 불법시스템을 용인했고 지원했으며 독일사회주의통일당의 구호실현에 적극적으로 동참했다는 점이 도출된다고 보았다. 그가 담당했던 다양한 기능들은 특별히 독일사회주의통일당의 목표들에 대한 고백을 요구하는 것이고, 그는 국가기구 및 정당기구와 연결이 되어 있었기 때문에 책임이 있다는 것이다. 동 재판소는 헌법소원심판청구인처럼 단순한 독일사회주의통일당 당원을 넘어서 장기간동안 특별한 방법으로 독일사회주의통일당 국가의 목표와 자신을 동일시한 사람은 그가 독일헌법의 근본가치를 믿음직하게 중재하고 대변할 수 있을지에 대한 의심을 일깨운다고 실시하고 있다. 동 법원은 항상 요구되는 이익형량을 해도 다른 결과는 도출되지 않는다고 보았는데, 노동관계의 종료와 헌법

11) BVerfGE 92, 140 (144 f.).

소원심판청구인을 경찰근무에서 단절시키는 피청구인 주의 이익이 더 크다는 것이다. 따라서 동법원은 주의 해고권은 그 효력을 상실하지 않았다고 판단하였다. 또한 동법원은 청구인의 동독에서 수행한 기능 때문에 그를 더 이상 해고할 수 없다고 하는 그의 주장을 인용할 수 있는 어떠한 신뢰관계도 피청구인 주가 형성하지 않았다고 하면서, 인력선발위원회를 통한 심사의 범위에서부터 피청구인이 1992년 7월에 「통일조약」에 따른 해고권의 적용을 사후적으로 사용하는 것이 정당화된다고 보았다.

Ⅲ. 주요 쟁점

첫째, 보충성원칙의 충족여부가 문제된다. 헌법소원심판청구인은 먼저 제기한 항소·상고불허에 대한 소(Nichtzulassungsbeschwerde)¹²⁾를 철회한 후 헌법소원심판청구를 하였다. 피청구인 베를린주는 법적 구제방법이 소진되지 않았기 때문에 헌법소원심판청구는 허용되지 않는다는 견해를 피력했다. 즉 베를린주노동법원은 1993. 3. 18.자 연방노동법원의 판결¹³⁾에서 벗어나서 판결을 하고 있으므로 헌법소원심판청구인은 그의 항소·상고불허에 대한 소를 철회하면 안 되고 먼저 이 소송을 진행하여야 한다는 것이다.¹⁴⁾

둘째, 「통일조약」 제4항 각호 1.의 특별해고요건이 독일기본법에 위반되지 여부가 문제된다.

셋째, 베를린주노동법원의 판결을 통해 헌법소원심판청구인의 기본권 특히 기

12) Die Nichtzulassungsbeschwerde ist ein Rechtsbehelf im Recht Deutschlands gegen die Nichtzulassung einer Berufung, Revision oder Rechtsbeschwerde.

Für die Zivilgerichtsbarkeit ist sie im 2. Abschnitt des 3. Buches der ZPO in §544 ZPO geregelt. Nach derzeitiger Regelung bis zum 30. Juni 2018 setzt die Nichtzulassungsbeschwerde voraus, dass der Wert der Beschwer 20.000 Euro übersteigt; Rechtsgrundlage dafür ist §26 Nr. 8 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung (EGZPO).

Für verwaltungsgerichtliche Verfahren ist die Nichtzulassungsbeschwerde in §133 VwGO geregelt, für das arbeitsgerichtliche Verfahren in §72a ArbGG, für das sozialgerichtliche Verfahren in §160a SGG, für das finanzgerichtlichen Verfahren in §116 FGO und für das kartellrechtliche Verfahren in §75. (in: <https://de.wikipedia.org/wiki/Nichtzulassungsbeschwerde>)

13) AP Nr. 12 통일조약 부록 I XIX장.

14) BVerfGE 92, 140 (147 f.).

본법 제33조 제2항과 결부된 제12조 제1항상의 직업의 자유가 침해하였는지 여부이다.

헌법소원심판청구인은 기본법 제3조 제1, 3항,¹⁵⁾ 제33조 제2항과 제3항¹⁶⁾ 및 제12조 제1항¹⁷⁾의 권리침해를 주장하였지만 연방헌법재판소는 제33조 제2항과 결부된 제12조 제1항의 권리침해가 인정되므로 다른 주장은 살펴보지 않는다고 하고 있다.

IV. 결정 요지

연방헌법재판소는 적법요건의 판단에서 보충성원칙이 충족되어 헌법소원심판청구가 허용된다고 판단하였다. 실제적 판단에서 헌법재판소는 헌법소원심판청구가 이유있다고 결정했다. 먼저 「통일조약」 부속서 I XIX장 A영역 III절 1. 제4항의 규정이 헌법에 반한다는 의심이 전혀 없다고 보고 있다. 연방행정법원장이 연방헌법재판소에 제출한 항소2부의 설명에서도 「통일조약」 제4항 각호 1.에 대한 헌법적 의심은 존재하지 않는다고 표명하고 있다. 이 규정은 명백하게 기본법 제33조 제2항¹⁸⁾에 합치하는 「연방공무원법」 제31조 제1항 1.¹⁹⁾에 따른 임시공무원

15) Art. 3

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

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

16) Art. 33

(1) Jeder Deutsche hat in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.

(3) Der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte, die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sowie die im öffentlichen Dienste erworbenen Rechte sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis. Niemandem darf aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnisse oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen.

17) Art. 12 (1) 1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. 2) Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

18) Art. 33 (2) Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.

19) Bundesbeamtenengesetz(BBG) §31 Entlassung kraft Gesetzes

(1) Beamtinnen und Beamte sind entlassen, wenn

1. die Voraussetzungen des §7 Abs. 1 Nr. 1 nicht mehr vorliegen und eine Ausnahme nach §7 Abs. 3 auch nachträglich nicht zugelassen wird,

(Probebeamter)의 해고에 대한 규정에 상응한다는 것이다. 그러나 동 재판소는 헌법소원심판청구 대상결정은 헌법소원심판청구인의 기본법 제33조 제2항과 결부된 제12조 제1항상의 직업의 자유를 침해한다고 판단했다.

1. 보충성원칙을 중심으로 살핀 재판소원의 적법요건 판단

연방헌법재판소는 헌법소원심판청구가 허용된다고 판단하였다. 항소·상고불허에 대한 소가 승소가능성이 없기 때문에 헌법소원심판청구인은 헌법재판소법 제90조 제2항²⁰⁾에 따른 법적 구제절차를 소진하였다는 것이다. 연방헌법재판소는 동 소를 위한 전제가 헌법소원심판청구 대상결정이 노동법원법 제72 a조 제1항²¹⁾과 제72조 제2항 각호 2.²²⁾에 따라 ‘상이성(Divergenz)’이 존재해야 한다는 점이라고 하면서, 확고한 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht)의 판결에 따르면 상이성은 취소된 판결이 그 결정을 지탱하는 추상적 법문(Rechtssatz)이 인용된 1993. 3. 18.자 연방노동법원의 판결에서 언급된 추상적 법문으로부터 벗어나서 양자가 서로 다를 때 존재한다고 파악하고 있다.²³⁾ 또한 동 재판소에 따르면 상이한 법문들은 인용된 결정처럼 취소되는 판결자체에서 직접적으로 나타나야 하고 어떤 법문을 이 결정에서 제시했는지에 대한 의심이 없을 정도로 명확하게 파악될 수 있어야 한다.²⁴⁾

연방헌법재판소는 베를린주노동법원의 결정에 반대되는 상이함이 1998. 3. 18.

20) BVerfGG §90 (2) 11st gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. 2Das Bundesverfassungsgericht kann jedoch über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

21) ArbGG §72a Nichtzulassungsbeschwerde (1) Die Nichtzulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht kann selbständig durch Beschwerde angefochten werden.

22) §72 Grundsatz

(2) Die Revision ist zuzulassen, wenn

2. das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht oder

23) BAG, AP Nr. 3 zu §72 a ArbGG 1979-Divergenz.

24) BAG, AP Nr. 11, 15 zu §72 a ArbGG-Divergenz.

자 연방노동법원의 결정속에 존재하지 않는다고 보았다. 그 결정속에는 당사자의 적격에 대한 의심이 있는 경우 부적격이 해고시점에 존재하는지 여부에 대하여 개별사안에서 심사가 필요하다는 법문이 들어 있고 이를 위한 중요한 기준은 그 당사자가 이제는 기본법상의 가치에 들어있다는 결론을 지을 수 있는 구체적인 상황일 것이라고 말하고 있지만, 헌법소원심판청구 대상결정이 그 판결의 기반이 이 법문과 상이성에 기초하고 있다는 점을 충분히 명백하게 확정할 수 없다는 것이다. 즉, 한편으로 동법원이 헌법소원심판청구인이 수행한 이전의 기능이 시민들로부터 감수되지 못한다고 판단하였기 때문에 통일 이전의 헌법소원심판청구인의 태도에만 초점을 두고 있어서 이 관점에서 보면 통일 이후에 나타난 상황들은 처음부터 판단을 위해 중요한 것이 아니었을 것이라고 볼 수 있어 상이성을 생각할 수 있지만, 다른 한편으로 동 법원은 헌법소원심판청구인이 독일사회주의 통일당의 목적과 자신을 동일화 했던 이전의 정체성이 그가 독일의 헌법의 근본 가치를 신뢰할 만하게 대변할 수 있는지에 대한 의심을 일깨운다고 하고 있어서 상이성이 인정되지 않는다는 것이다.²⁵⁾ 연방헌법재판소는 단지 여러 논거중 하나에서 나타나는 상이성은 연방노동법원의 판결에 따라 상고허용청구의 인용이라는 결과를 가져오지 못한다고 결론짓고 있다.²⁶⁾

2. 통일조약 제4항 등의 위헌여부 판단

(1) 직장선택자유외의 보호

기본법 제12조 제1항은 무엇보다도 자유로운 직장선택을 보호한다. 이것은 구체적 직무를 위한 결정 외에도 직장을 유지하려고 하는 개개인의 의지도 역시 포괄한다. 기본권은 선택의 자유를 제한하는 모든 국가적 조치에 대하여 보호한다.²⁷⁾ 물론 자신의 선택을 위한 직장을 만들어 줄 것에 대한 청구나 한번 선택한 직장을 위한 존속보장이 결부되어 있지는 않다. 더욱이 이 기본권은 직장상실에 대한 직접적 보호를 해 주는 것도 아니다.²⁸⁾ 그러나 국가에게는 기본법 제12조

25) BVerfGE 92, 140 (149 f.).

26) BAG, AP Nr. 3 zu §72 a ArbGG 1979-Divergenz.

27) BVerfGE 84, 133 (146).

28) BVerfGE 92, 140 (150 f.).

제1항으로부터 유효한 해고문서를 통하여 보호를 해 줄 의무가 부과된다.²⁹⁾

공적 업무의 노동관계에 관한한, 기본법 제33조 제2항은 보충적 규정에 해당된다. 동 조항은 공공기관을 둘러싼 지원자의 채용을 특별한 적격요청과 결부하고 이에 대한 균일한 적용을 요청하고 있다. 기본법 제33조 제2항의 의미에서 어떤 사람이 신체적, 심리적, 성격적 관점에서 지향하는 관직에 성숙하였을 때만이 적격이다.³⁰⁾ 여기에는 직무상 과제를 헌법의 기본원칙에 따라 수행할 수 있는, 특히 시민의 자유권을 보장하고 법치국가적 규정을 준수할 능력과 내적 준비성도 역시 포함이 된다.

(2) 공무담임권과 관련하여 합헌적 직장선택의 자유 제한

직장선택도 역시 법을 통하여 제한될 수 있다. 기본법 제12조 제1항에서 규정하는 직업, 직장, 직업교육 장소 등의 개별적 보장들 사이에 명확한 한계를 짓는 것은 불가능하다. 한편으로 동 규정은 단일하게 직업의 자유를 규정하고 있는데, 직업수행의 자유보다 직업의 선택과 직장선택의 자유에 대한 제한에 대해 더 높은 요청을 한다고 이해된다.³¹⁾ 직업선택의 제한을 위해서는 공공복리를 위한 필수적 근거를 필요로 하는데, 연방헌법재판소는 이 사안에는 그러한 근거가 있다고 보고 있다.

동 재판소에 따르면 특별해고의 구성요건은 동독의 공공업무를 독일연방공화국 내의 업무로 변환하는 것과 깊은 관련이 있다. 따라서 한편으로 특별해고의 구성요건은 동독에서의 공공업무 노동관계가 동독의 독일가입, 즉 독일통일의 시점을 넘어서 존재할 것을 요구하고 있고, 다른 한편으로는 노동관계를 위한 특별해고의 구성요건을 규정하고 있는 것이다. 동재판소는 업무변환을 위해 동독 공직업무담당자를 일반적으로 인수하면서도 「통일조약」상 이러한 특별해고장치를 마련한 배경에는 조약체결 국가들이 당해 동독 노동자들의 상당한 부분이 독일의 공적업무에서 과제를 인지하기 위한 자질이 부족하다고 본 인식이 있으며, 동

29) Vgl. BVerfGE 84, 133 (146 f.); Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 7. Auflage, S. 211 ff.; hersg. Horst Dreier(hrsg), Grundgesetzkommentar, 2. Auflage, Band I, S. 1073 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage, S. 1341 ff.

30) Michael Sachs(hrsg), Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage, S. 1025 ff.

31) Vgl. BVerfGE 7, 377 (400 ff.).

독의 구조가 완전히 달랐던 점, 특히 정치적 기준들로 각인이 된 선발원칙들을 보면 이러한 인식에는 충분한 동기가 있다고 본다.³²⁾ 연방헌법재판소는 「통일조약」 제4항 각호 1.의 특별해고구성요건은 고용주에게 제33조 제2항상의 적격요청을 사후적으로 유효하게 적용하는 것을 가능하게 만든다고 이해한다. 그럼으로써 독일민주공화국에서 정치적 근거로 인해 공직에 대한 접근을 전혀 하지 못하였던 새로운 지원자에게도 기회가 주어진다는 것이다.

연방헌법재판소는 「통일조약」 제4항의 위헌성을 판단하기 위하여 비례원칙에 따라 다음과 같이 심사하고 있다: “동 규정의 목적은 적법하다. 공직의 전문적 자질과 민주적 신뢰는 현저하게 중요한 공동체자산이다. 헌법원칙들이 일상에서 보장되는지 여부가 이 자산에 달려있다. 따라서 독일민주공화국의 공공업무를 독일 연방공화국 안으로 편입함에 있어서 이 요청에 대한 유지는 포기될 수 없다. 이 규정은 그 목적을 달성하기 위하여 적합하고 필요한데, 왜냐하면 “적격(Eignung)” 개념과 기본법 제33조 제2항이 직접 결부되어 있고, 그럼으로써 모든 공직 종사자가 확립된 이 요청에 묶이게 되기 때문이다. 이러한 요청은 또한 당사자에게 해고권한의 실현에 있어서 전환의 가능성을 고려하고 사회적 이해와 신뢰보호의 관점을 고려한다는 점도 추측케 하는 것이다.”

3. 베를린주노동법원판결을 통한 헌법소원심판청구인의 기본권침해

(1) 재판소원에서 헌법재판소의 판단범위

이 사안에서처럼 노동법원의 결정이 직업의 자유와 공직에 대한 평등한 접근을 다루는 것이면, 기본법 제12조 제1항과 제33조 제2항은 법원에게 중요한 규정들의 해석과 적용에 있어서 이 조항상의 권리들을 계산에 넣을 것이 요구된다.³³⁾ 연방헌법재판소는 법원의 재판에 대한 헌법소원심판청구의 범주에서³⁴⁾ 대상판결이 기본권의 의미와 효력범위, 특히 보호범위의 정도에 대한 원칙적으로 부정확한 견해를 근거로 한 오류가 있었는지를 심사하도록 하는데 그친다고 실시하고 있다.³⁵⁾ 동 재판소는 공공업무에서 노동법상의 해고규정의 해석과 적용에 관한

32) BVerfGE 92, 140 (151 f.).

33) Vgl. BVerfGE 7, 198 (206 f.).

34) BVerfGE 92, 140 (152 f.).

35) BVerfGE 18, 85 (92 f.); 86, 122 (128 f.); stRspr.

것이라면, 법원은 기본법 제12조 제1항이 어느 정도로 보장되는지에 대한 보호에 주의를 기울여야 하고, 공공업무에 대한 접근이나 공직유지가 동시에 문제되는 경우에는 여기에 부가하여 기본법 제33조 제2항이 보충적으로 적용된다고 하면서, 법원에 의해 노동법상의 규정의 해석과 적용에 있어서 그 의미와 적용범위가 잘못 이해되었을 때 이들 규정상의 권리들이 침해된다고 보고 있다. 이에 반해 법원이 개별사안에서 단순 법률을 근거로 ‘어떻게(wie)’ 그 보호를 보장하는지, 그리고 법원의 해석이 최고의 보호를 확보해 주는지 여부를 통제하는 것은 연방 헌법재판소의 업무가 아니라고 한다.³⁶⁾

(2) 베를린주노동법원판결의 직업의 자유침해

연방헌법재판소는 대상판결은 기본법 제12조 제1항을 침해한다고 결정하였다. 주노동법원이 「통일조약」 제4항 각호 1.의 해석과 적용에 있어서 직장의 자유로운 선택에 대한 기본권의 의미와 효력범위 및 제33조 제2항의 기준들을 잘못 이해하였다는 것이다. 동 재판소는 대상판결이 근거로 하고 있다고 볼 수 있는 두 개의 이유설시(Begründungsansätze)에 있어서도 「통일조약」 제4항 각호 1.의 해석과 적용에 있어서 마찬가지로의 오해가 발견된다고 하고 있다. 자세히 살펴보면 다음과 같다.

1) 연방헌법재판소는 직장의 자유로운 선택에 대한 기본권의 의미와 효력범위와 베를린주노동법원의 다음과 같은 견해, 즉 「통일조약」 제4항 각호 1.에 의한 해고의 효력에 대한 문제에 있어서 헌법소원심판청구인이 독일에서 경찰업무에 종사하면서 기본법에 대하여 충성하는 태도를 가지는지 여부는 심사하지 않는 것이고, 그가 “구 독일민주공화국의 불법국가에서 그가 담당했던 정당정치적 기능과 수행한 업무상 지위에 근거하는 이전의 정치적 부담 때문에 법치국가적 기준에 따라 작업하는 행정, 특히 민주적 법치국가의 경찰업무를 담당할 수 있는지 여부”만이 유일한 기준이 된다고 하는 동 법원의 견해는 헌법에 합치하지 않는다고 판단하고 있다. 「통일조약」은 이와 같이 광범위한 기본권의 제한을 위하여 어떠한 토대도 제공하고 있지 않다는 것이다. 동 재판소는 특히 「통일조약」

36) BVerfGE 89, 276 (286).

제4항은 기본법 제33조 제2항을 통해 정립된 요청들을 ‘전문적 자질’과 ‘개인적 적격’의 개념으로 계수하고 있는데 베를린주노동법원이 그의 법적 논리들로 이 부분을 가리고 있다고 비판한다.³⁷⁾

연방헌법재판소에 따르면 동독의 공공업무의 법적 관계에 대한 통일조약의 총규정은 전체적 노동관계를 종료시키려했던 처음의 계획에서 일반적 인수와 후발적 개별심사로 변경되면서 분명하게 근무자들을 계속해서 독일연방공화국의 공공 업무에 통합시키려고 하는 시각을 기저에 두고 있다.³⁸⁾ 「통일조약」은 한 노동자가 동독에서 수행하였거나 담당하였던 기능과 지위만으로 노동관계를 해소하는 것은 예정하고 있지 않다. 국가안전을 위한 국가보안부/국가보안청을 위한 활동과 인간성 또는 법치국가원칙 위반만을 통일조약 제5항 각호 2.와 1.에 따라 비상적인 특별해고근거로 언급하고 있고, 이 근거들은 개별사안들에서 확정이 되어야 하고 그에 따라 노동계약의 유지가 기대할 수 없다고 보이는 경우에만 해고를 정당화한다. 그 외의 경우 「통일조약」은 통일조약 제4항 각호 2.와 3.에서 규정하고 있는 수요결핍이나 직장해소의 경우를 제외하고는 기본법 제33조 제2항이 공직을 위한 지원자의 채용을 위해 정립한 전제조건들의 충족 하에서만 이루어지는 정상적인 해고를 허용한다.

연방헌법재판소는 「통일조약」 제4항 각호 1.에서 정상적 해고를 위하여 제시한 근거가 공직을 위한 한 노동자의 부담이 전적으로 동독의 위계질서에서 그의 지위와 독일사회주의통일당 국가와의 동일성에 따라 판단하기 위한 어떠한 가능성도 열어두고 있지 않다고 강조하고 있다. 동재판소는 기본법 제33조 제2항에서 주어진 구조를 지향하는 공공행정을 가입지역에서도 형성하려고 하는 목표는 개별사안에 따라 전문적 자질과 개인적 적격을 통해서 이루어져야 한다고 보았다.³⁹⁾

연방헌법재판소는 사용자가 「통일조약」 제4항을 통해 기본법 제33조 제2항의 고려하에서 채용되지 않을 동료들로부터 분리를 하는 위치에 있어야 하지만⁴⁰⁾ 이 전제조건들은 단지 해고의 시점에 확정될 수 있을 때에만 의미가 있다고 본다. 한 노동자가 그 업무를 위해 요청되는 전문적 자질을 이미 동독의 독일가입

37) BVerfGE 92, 140 (153 f.).

38) Vgl. BTDrucks 11/7817, S. 179.

39) BVerfGE 92, 140 (154 f.).

40) So auch BAG, AP Nr. 12 Einigungsvertrag Anlage I Kapitel XIX [B III 1]; NZA 1994, S. 25 (26); AP Nr. 18 Einigungsvertrag Anlage I Kapitel XIX [B III 2]; stRspr.

이전에, 혹은 비로소 가입 이후에야 갖게 된 것인지 여부는 기본법 제33조 제2항에 결부된 공공행정을 위하여 중요한 것이 아니라는 것이다. 따라서 동 재판소는 동독의 독일가입시에는 기본법 제33조 제2항에 결부된 자질이 아직 존재하지 않았으나, 독일가입 사이에 얻게 된 자질 때문에 그를 해고하는 것은 기본법 제33조 제2항의 원칙들에 반한다고 판시하고 있다.

연방헌법재판소는 개인적 적격을 판단하기 위해서는 예측에 근거하여 구체적이고 개별사건에 관계하여 그의 전체적 인격에 대한 평가가 전제된다는 점은 인정하고 있다.⁴¹⁾ 동독의 독일가입 이전의 헌법소원심판청구인의 태도와 입장은 베를린주노동법원이 본 것처럼 근본적으로 그에 대한 인식의 원천을 제공한다는 점은 인정하고 있는 것이다. 그러나 동 재판소는 당사자가 그 시기에 수행하고 담당하였던 국가와 정당에서의 지위는 그 직의 고위와 이와 결부된 영향력의 기준에 따라 동독의 통치체계에 대한 지속적인 내적 결속을 위한 단초를 제공할 수 있지만, 그의 전체적 태도의 평가를 위해서는 중요한 것이 아니라고 하고 있다. 인간의 내적 태도는 변할 수 있고 독일민주공화국의 시민이 가입과 더불어 갖게 되고 그 이후 발전을 시키게 된 경험과 식견은 이러한 변화에 기여를 할 수 있으므로 해고시점에서 최종적 적격판단에서 그가 동독의 독일가입 이후에 취하였던 발전을 무시해서는 안 된다는 것이다. 따라서 베를린주노동법원은 인력선발위원회의 권고와 해고 사이에 발생한 헌법소원심판청구인의 종합적인 경험을 무시해서는 안 된다는 것이다.⁴²⁾

독일 연방헌법재판소는 종합적으로 볼 때 「통일조약」은 동독으로부터 인수받은 노동자들에게 베를린주노동법원이 여기서 언급한 바와 같은 해석에서 인정한 것보다는 더 유효한 해고보호를 보장한다고 판단한다. 그에 따라 동 재판소는 통일조약 제4항 각호 1.에 대한 이러한 베를린주노동법원의 해석은 기본법 제12조 제1항과 제33조 제2항의 관점에서 받아들일 수 없다고 결정하고 있다.

2) 연방헌법재판소는 베를린주노동법원이 헌법소원심판청구인에게 기본법 제33조 제2항상 원칙들에 중심을 둔 공직수행을 위한 보장을 개인적으로 제공하지 못한다는 점에 그의 결정을 기초하고 있는 한, 그의 결정도 또한 기본법 제12조 제1항과 제33조 제2항의 심사를 견뎌내지 못하고 위헌이라고 판단한다.

41) Vgl. BVerfGE 39, 334 (353).

42) BVerfGE 92, 140 (155 f.).

동재판소는 「통일조약」의 규정이 동독의 공공업무 종사자들을 독일로 광범위하게 통합하는 데에 목표를 두고 있기 때문에, 그리고 동독에서 공공 업무를 담당하기 위하여 사회주의적 사회질서에 대한 고백과 독일사회주의통일당의 목표와 동일화가 전제이기 때문에 입법자로부터 주어진 규정에 따라 그곳에서 공공업무에서의 존속과 승진을 위하여 필요하고 일상적인 충성과 협조를 한 것만으로는 공무원적격의 결핍을 위한 이유로 삼을 수 없다고 보고 있다. 이것들이 물론 가치에 대한 유지와 태도의 정형들과 결부되는 것이기는 하지만 기본법 제33조 제2항에서 전제하는 원칙에 모순된다는 것은 여전히 유효하다는 것이다. 연방헌법재판소는 소위 급진자 결정⁴³⁾에서 지원자의 연방공화국 헌법충성을 판단하기 위하여 발전시켰던 원칙들을 동독의 공공업무에서의 태도에 대하여서 적용될 수 있다고 하면서 동독의 공공업무 담당자들의 공직적격 결핍은 무엇보다도 특별한 상황들로부터 나오는 근거가 있어야만 한다고 판시하고 있다.⁴⁴⁾

연방헌법재판소는 베를린주노동법원이 헌법소원심판청구인에 대하여 광범위하게 심사를 진행하지 아니 하였다고 비판한다. 즉, 「통일조약」이 기본법 제12조 제1항에서 직장선택의 자유보호를 예정한 것처럼 개인적 적격에 대한 심사는 해고시점에서 인식할 수 있는 모든 상황들에 대한 고려가 전제되므로 주노동법원은 헌법소원심판청구인이 제출한 그의 해고자료들을 살펴보았어야 했음에도 불구하고 살펴보지 않았으며, 왜 그렇게 하지 않았는지의 이유를 주노동법원의 해당판결에서는 찾아볼 수 없다는 것이다. 베를린주노동법원이 헌법소원심판청구인의 해고이의자료가 불충분하였기 때문에 살펴보지 않은 것 이라고 항변하지만 헌법소원심판청구인의 이의제기가 이를 위해 충분하게 실증된 것인지에 대한 베를린주의 문제제기에 대해서는 연방헌법재판소가 결정할 수 없다고 명확하게 선을 긋고 있다. 즉, 경우에 따라 상응하는 단서들을 통해서 완전한 사실증명 쪽으로 작용하도록 하는지 여부를 심사하는 것은 온전히 전문법원인 베를린노동법원의 업무라는 것이고 동 법원이 이를 하지 않았다는 것이다.

43) BVerfGE 39, 334.

44) BVerfGE 92, 140 (156 f.).

V. 분석 및 평가

1. 결정의 의의

첫째, 「통일조약」 제4항에 따른 동독 공공업무담당자의 정상적 특별해고 조치를 심사함에 있어서 기본법 제33조 제2항과 결부된 제12조 제1항이 엄격하게 적용되어야 한다는 점을 명확히 하고 있다. 직업의 자유의 보장과 적격, 자격, 업무 능력에 따른 공직접근의 동등한 보장은 동독 공공업무 담당자에게도 인정되는 것이며, 공직에 대한 적격은 동독 시기에서 담당하였던 지위나 기능만으로 판단하면 안 되고 동독의 독일 가입 후 「통일조약」 제4항에 따른 특별해고 심사시점에 적격이 있는지 여부를 종합적으로 판단해야 한다는 점을 명확히 하고 있다.

둘째, 재판소원에 있어서 헌법재판소는 “대상판결이 기본권의 의미와 효력범위, 특히 보호범위의 정도에 대한 원칙적으로 부정확한 견해를 근거로 한 오류가 있었는지를 심사하도록 하는데 그친다”고 명확하게 정하고 있다.

셋째, 보충성원칙을 실질적인 관점에서 판단하고 있다. 헌법소원심판청구인이 권리구제방법을 소진한 후 헌법소원심판청구를 해야 한다는 보충성원칙을 강조하게 되면 형식적으로 항소·상고불허에 대한 소를 먼저 제기해야 하는 것이나, 연방헌법재판소는 베를린노동법원이 언급한 연방최고법원의 판결과 베를린노동법원의 판결의 범문이 일부 상이하다고 할 수 있으나, 일부 상이성이 인정되지 않고 그러한 경우 연방대법원은 판례에서 상이성을 인정하지 않아 항소·상고불허에 대한 소가 승소할 가능성이 없기 때문에 보충성원칙이 충족되었다고 보고 있다.

2. 현재결정 이후 구 동독지역 판사, 변호사 등에 대한 주요 판결들⁴⁵⁾

(1) 변호사허가취소 판결에 대한 연방헌법재판소 결정

구 동독 변호사허가 취소와 관련하여 살펴보면 연방헌법재판소는 「변호사허가,

45) Volker Röben, Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, in: http://www.mpil.de/de/pub/publikationen/archiv/rechtsprechung-voelkerrecht/r00.cfm?fuseaction_rspr=act&act=r95_52#1550.

공증인 및 명예법관 임용심사에 관한 법률」(이하 변호사허가법)⁴⁶⁾ 제1조에 따른 변호사허가 취소에 대한 헌법소원심판을 하였다.⁴⁷⁾ 동 조항은 다음과 같다: 1990. 9. 15. 이전에 입단승인을 통해 혹은 동독 법무부장관을 통해 1990. 9. 15. 이전에 허가를 받은 변호사허가는 그가 인간성 또는 법치국가원칙에 반하는, 특히 주업으로 혹은 부수적으로 국가보안청의 활동가로서의 관련이 있어 변호사로서의 태도가 변호사직업을 수행하기에 적합하지 않게 비치는데 책임이 있다고 파악이 되면 허가를 받은 이후에 취소될 수 있다.

연방헌법재판소는 결정에서 헌법소원심판청구가 이유있다고 판단하고 대상 결정을 파기했다. 직업법원(Berufsgericht)은 헌법소원심판청구인에게 변호사허가법 제1조의 규정을 근거로 하여 변호사허가를 취소하였으며, 최종심인 연방최고법원도 법원의 이와 같은 결정에 대하여 인용하였다.

연방헌법재판소는 먼저 「변호사허가법」 제1조가 헌법에 합치된다고 판단했다. 그러나 연방최고법원이 동규정을 너무 광범위하게 해석하여서 헌법소원심판청구인의 기본법 제12조 제1항의 권리를 침해한다고 결정했다. 즉, 연방최고법원은 구 동독의 변호사가 동독의 전체적 강압적 정권의 지원을 위하여 소위 IM(정보원)으로서 자발적이고 목적적으로, 특히 다른 사람의 사적 영역을 침입하고 개인적 신뢰를 오용함으로써 동료 변호사와 시민들의 정보를 수집하고 동독에서 억압적이고 인간성을 무시하는 활동을 하는 것으로 알려진 국가보안부처를 위하여 그 수집된 정보를 전달하고, 그 경우 이 정보가 밀고된 사람에게 불리하게, 즉 인권과 자유권의 억압을 위해 사용될 수 있을 것이라는 점도 감수한 것이 이미 정보수집대상자의 인간성 침해 또는 법치국가원칙의 침해라고 보았는데, 이러한 개념정의는 너무 광범위하여서 IM의 첩보원활동의 예외들을 파악하지 못하고 있다는 것이다.

(2) 구 동독법관의 배제에 대한 연방행정법원의 판결

연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)은 1995. 11. 6. 법관선발위원회

46) Gesetz zur Prüfung von Rechtsanwaltszulassungen, Notarbestellungen und Berufungen ehrenamtlicher Richter (RRNPG).

47) 1995. 8. 9. 1 BvR 2263/94 u.a. - NJW 1996, 709.

(Richterwahlausschuß)로부터 독일연방공화국에서 그의 업무를 인수하는 것이 적합하지 않다고 판정된 구 동독 법관의 상고에 대하여 다음과 같이 결정을 하였다.⁴⁸⁾ 동 법원은 결정에서 먼저 법관업무인수를 위한 전제조건을 실시하였다. 통일조약과 동독의 법관법 규정은 이전에 구 동독에서 업무를 수행을 하였던 법관들이 자유롭고 민주적인 독일연방공화국에서 법관직을 수행하는 것에 대하여 일률적으로 부적격으로 본 것이 아니라고 이해했다. 이 점은 구 동독에서의 활동이 기본법상의 법관상에 반한다는 점을 고려하는 경우에도 역시 같다는 것이다. 그러나 한편으로 동법원은 「통일조약」에서 현재 활동중인 법관이 적격이 있어 독일에서 법관관계에서 그 직을 이어갈 수 있을지를 심사하는 것을 예정하고 있다고 파악하고 있다.

연방행정법원은 구 동독 법관의 법관임명에 대하여는 행정행위를 통하여 관할 법무부장관이 결정하였는데, 구 동독 법관을 기본법에 따른 법관관계 속으로 임명하는 것은 기본법상 독립성을 갖는 법관이 되고 법치국가원칙에 따라 법을 판단하려는 그의 명확하고 설득력 있는 의지와 능력과 필요로 한다고 보았다. 동 법원은 동독 법관들이 가졌던 다양한 법적 지위와 기능에도 불구하고 「통일조약」에 따라 그 법관들에 대하여 기본법의 유효영역에서 일반적으로 이러한 의지와 능력이 없다고 판단되어서는 안 된다고 보았다. 따라서 법관선발위원회는 구 동독 법관들이 이전에 국가와 정당을 위한 필요하고 일반적인 정도로 투입되었다고 해서, 예컨대 실질적으로 모든 법관이 속했던 독일사회주의통일당에서 공동업무를 담당했다고 해서 바로 그 구 동독 법관들의 인수를 위한 전제조건들을 부정하면 안 된다는 것이다. 심판대상 사안에서 동 법원은 지역적 관할의 법관선발위원회가 재량을 가지고 개별사안의 법관적격심사에서 3/4의 가중다수로 이러한 전제조건을 인정할 수 있으며, 그러한 한 동 위원회가 청구인이 구 동독의 “정치적 형법”에 대하여 내렸던 판결들을 고려한 점은 잘못이 없다고 판단했다.

(3) 구 동독시기 범죄의 공소시효에 관한 연방최고법원 판결

연방최고법원은 1995. 3. 10. 밀케(Mielke) 사건과 관련된 결정의 범주 내에서 분단동안 형법적 시효기간의 도과와 관련된 사항을 다루어야 했다. 동 법원은

48) 1995. 11. 6. 2 C 21/94-DtZ 1996, 118.

1931년 빌로플라츠(Bülowplatz)의 살인 행위로 기소된 사건의 시효가 도과하지 않았다고 결정하였다. 원래 피고에 대하여 이루어진 수사절차는 형법 제205조에 따라 피고가 구 소련으로 도주한 1934년에 중지되었다.

동 법원은 이 사건의 절차는 최소한 동독이 독일에 가입한 날인 1990. 10. 3.에 동독법원에 계류중인 것이고 아직 시효가 완성되지 않은 것이라고 판단했다. 「통일조약」 부속서 I III장 A영역 III편 각호 28g는 「통일조약」을 통하여 이 사건의 절차를 속행할 수 있다는 것이다. 동 법원은 이 절차가 그 시점에 독일 연방공화국의 법원에도 계류중인 것이었는지, 그리고 그 시점에 독일 연방공화국의 법에 따라 범죄에 대한 수사와 기소가 이루어지지 않았는지 여부는 중요하지 않다고 보았다.

연방최고법원은 동독 법원을 통해 판결을 받은 사람의 형법적 복권(strafrechtliche Rehabilitierung) 문제도 역시 판단해야 했다. 동 법원은 먼저 「통일조약」 제18조 제1항에 따라 통일 이전에 동독 법원을 통해 내려진 판결들은 유효하다고 하면서, 동시에 「통일조약」 제17조는 정치적 동기로 형사조치를 받았던 희생자 또는 기타 법치국가위반이나 헌법위반 결정의 희생자가 된 모든 사람의 복원을 위하여 지체 없이 법적 토대를 마련할 것을 예정하고 있다고 판시하고 있다.

(4) 구 동독시기 부당한 판결에 대한 법원의 복권판결에 대한 연방헌법재판소 결정

입법자는 「통일조약」상 형법적 복권을 실현하라는 명령을 형법적 복권법을 통하여 이행하였는데, 입법자는 법에서 동독 판결의 법치국가위반에 대한 독자적 평가를 하고 있다.

연방헌법재판소는 1995. 5. 3. 결정⁴⁹⁾에서 복권결정의 기초에 대하여 언급하고 있다. 헌법소원심판정구는 복권절차에서 동독 시기로부터 나오는 자백의 평가에 대한 것이었다. 연방헌법재판소는 「복권법」이 판결의 기저에 놓여 있는 사실과 절차의 관점에서의 복권이 더 이상 동독 법원에 구속되지 않겠다는 동기를 가지고 있다고 보았다. 그렇기 때문에 법원은 그의 복권결정을 위하여 중요한 사실들을 직접 조사해야만 한다는 것이다. 동 법원은 복권결정을 위하여 동독 수사기관

49) 2 BvR 1023/94 – VIZ 1995, 518.

과 법원에서 한 이른바 자백이 어떻게 이루어졌는지 하는 것도 중요한 사실이 될 수 있다고 보았다. 만일 판결이 근본적인 절차상 원칙들의 위반 하에서 성립이 되었고 실질적 정의의 관점에서 총체적으로 법치국가에 반하는 것으로 나타난다면, 그러한 판결은 자유롭고 법치국가적인 질서의 근본원칙들에 합치되지 않을 수도 있다는 것이다.

VI. 한국에 대한 시사점

이 판결은 첫째, 통일을 대비하여 「통일조약」에 공공업무 근로관계에 관한 내용과 이에 대한 해석을 위하여 중요한 시사점을 주고 있다. 「통일조약」에서 북한지역에서 공무를 담당하고 있는 사람들의 통일 후 완전 배제를 할 것인지, 혹은 통합을 원칙으로 일반적으로 근로관계를 승인하면서 사후적 적격심사를 하면서 공무원관계로 전환할 지의 결정은 독일의 예에서도 나타나듯이 종합적 관점에서 나오는 정책적 판단이다. 만일 독일의 예에 따른 「통일조약」과 공무원관계를 규정하는 부속서를 갖게 된다면, 일단 공공영역에서 근로관계를 계속할 수 있게 하고 사후적으로 공무원 적격심사를 통해 특별해고가 가능하게 될 것이다. 이때 당사자의 사전적 지위와 기능만을 가지고 판단기준으로 삼아서는 안 되고 적격심사를 하고 해고를 하는 사이의 전 과정에서 변화를 살펴야 하며, 해고시점에서 적격이 있는지가 기준이 되어야 할 것이다. 또한 이를 위하여 장차 재판소원의 인정문제에 대한 심도 있는 고민이 필요하다. 독일 연방헌법재판소의 본 판결과 후속적 중요 판결들에서 보듯이 공무원, 법관 등의 근로관계의 계속을 위하여 적격심사가 이루어지고 이에 대한 이의는 법원의 판결로 종결되는데, 법원의 판결에 대한 헌법소원이 향후 계속해서 인정되지 않는다면, 통일과 관련되어 나타나는 특별한 사안들에서 기본권침해가 구제받지 못하는 문제가 발생할 우려가 크다.

둘째, 보충성원칙에 대한 실질적 이해를 확대할 필요가 있다. 동 판결에서 연방헌법재판소가 판시하고 있듯이 법령과 판례를 근거로 하여 승소가능성에 대한 구체적이고 실제적인 이해를 전제로 보충성원칙이 적용되어야 한다. 승소가능성이 없는 경우 권리구제방법이 존재한다고 하여 그 소진을 요구하게 된다면 헌법재판소를 통한 권리구제가 어렵게 될 우려가 크다.

참 고 문 헌

○ 단행본

Dreier, Horst(hrsg), Grundgesetzkommentar, 2. Auflage, Band I.

v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz Kommentar 4. Auflage.

Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 7. Auflage.

Röben, Volker, Deutsche Rechtssprechung in völkerrechtlichen Fragen 2000, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, in:
http://www.mpil.de/de/pub/publikationen/archiv/rechtssprechung-voelkerrecht/r00.cfm?fuseaction_rspr=act&act=r95_52#1550.

Sachs, Michael(hrsg), Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage.

구 동독 간첩 판결에 대한 평석

(BVerfGE 92, 277-365, 1995. 5. 15.)

이 부 하*

I. 관련 규정 소개와 제정 배경

1. 관련 규정 소개

독일연방공화국(서독) 형법 제94조에서는 ‘이적죄’를, 제99조에서는 ‘간첩죄’를 규정하여 형사처벌하고 있었다. 이러한 서독 형법상 규정은 형법 제3조에 의해 국내에서 행한 범죄에 적용되고, 형법 제5조 4호에 의해 이적죄와 간첩죄의 경우에는 외국에서 행한 범죄에도 적용되도록 규정되어 있었다. 이러한 범죄의 행위에 관해서는 형법 제9조에 의해 정해지게 되었다.

○ 독일연방공화국(서독) 형법

제3조 【국내범죄에의 적용】

독일 형법은 국내에서 행한 범죄에 대하여 적용된다.

제5조 【국내법익에 대한 외국범죄】

독일 형법은 행위지법과는 독립하여 외국에서 행한 다음과 같은 범죄에 적용한다.

4. 이적죄 및 대외적 안전을 위협하는 행위(제94조에서 제100조의 a)

제9조 【행위지】

(1) 범죄는 정범이 행위를 하였거나 또는 부작위범의 경우에는 행위를 하였어야 하는 장소 또는 구성요건에 해당하는 결과가 발생하였거나 또

* 영남대학교 법학전문대학원 교수

는 행위자의 의사에 따라 결과가 발생하였어야 할 장소에서 행해진 것이다.

② 공범의 범죄는 범죄가 행하여진 (본범의) 장소뿐만 아니라 공범이 행위한 장소 또는 부작위범의 경우에는 행위를 하였어야 할 장소나 공범의 의사에 따라 본범이 행해져야 하는 장소에서 행해진 것이다. 국외범에 대한 공범이 국내에서 행위한 경우에는 그 행위가 행위지법에 의하여 처벌되지 않는 경우에도 공범에 대해 독일 형법이 적용된다.

제94조 【이적죄】

① 국가기밀을

1. 타국 또는 그 정보요원에게 전달하거나
2. 독일연방공화국을 불리하게 하기 위해 또는 타국을 이롭게 하기 위해 기타 권한없는 자에게 전달하거나 공연히 공표하고, 이로 인하여 독일연방공화국의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다.

② 특별히 중대한 경우 형벌은 무기형 또는 5년 이상의 자유형에 처한다.

특pecially 중대한 경우란 행위자가

1. 특별한 국가기밀유지의무를 지는 지위를 남용한 경우나
2. 그 행위로 인하여 독일연방공화국의 외적 안전에 특히 중대한 해를 끼칠 위험을 초래한 경우이다.

제99조 【간첩죄】

① 1. 타국의 정보부를 위해 독일연방공화국에 대하여 사실, 물건 또는 정보를 알리거나 전달하는 것을 목표로 하는 간첩활동을 하거나 2. 타국의 정보부나 그 요원에 대하여 그러한 행위를 할 용의가 있음을 표명한 자는 그 행위가 제94조 또는 제96조 제1항, 제97조의 a 또는 제97조의 b 및 제94조 또는 제96조에 의하여 형벌을 받고 있지 아니한 경우에 5년 이하의 자유형이나 벌금형에 처한다.

② 특별히 중대한 경우 형벌은 1년 이상 10년 미만의 자유형에 처한다.

특pecially 중대한 경우란 행위자가

1. 특별한 국가기밀유지의무를 지는 지위를 남용한 경우나

2. 그 행위로 인하여 독일연방공화국에 중대한 해를 끼칠 위험을 초래한 경우이다.

③ 제98조 제2항을 준용한다.

○ 헤이그 전쟁협약 제31조

“일단 소속군에 복귀하였다가 후에 적에 의하여 포로가 된 간첩은 전쟁포로로 다루어져야 하며, 과거에 행한 간첩행위에 대하여 책임을 추궁당하지 아니한다.”

2. 관련 규정 제정 배경

독일연방공화국 1968년 6월 25일 제8차 형법개정법률에서는 1957년 6월 11일 제4차 형법개정법률 제7조에서 규정한 형법 제93조에서 제97조까지, 제98조에서 제100조까지(또한 이와 관련된 범위에서 제101조와 제101조의 a)의 보호대상을 독일 국내뿐만 아니라, 북대서양조약기구의 가맹국 및 독일에 주둔하고 있는 군대에까지 적용을 확장하였다.

II. 사건 개요

1. 그로스만(Großmann)은 1967년 9월 1일부터 1975년 10월 31일까지 구 독일 민주공화국(동독) 국가보안부 정보국의 제1과장이었다. 정보국 제1과에서는 독일 연방공화국의 국가기관에 관한 정보획득을 관할하였다. 그로스만은 정보국의 상세한 정보자료들을 소련정보부의 제후장교에게 전달하는 임무를 수행하였다. 1975년 11월 1일부터 1986년 11월 중순까지 정보국의 부국장직을 수행하였다. 이 직을 수행하면서 독일연방공화국에서 회동하던 다른 중요 정보국 요원들과도 회합하였다. 1986년 11월 15일부터 1990년 3월 31일까지 그로스만은 정보국의 장으로서 독일연방공화국에 관한 모든 첩보활동을 지휘하였다. 그로스만은 정보국의 장으로서 중요 자료를 전달했던 정보요원들과 독일연방공화국 이외의 지역에서 접선하였다.

독일 연방검찰총장은 1991년 6월 10일 과거 동독 국가보안부 정보국 소속이었던 장교들인 그로스만 등에 대하여 이적죄, 간첩죄, 뇌물공여죄의 혐의로 공소제기하였다. 이에 베를린 주고등법원은 「통일조약에 근거한 형법도입법」(Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch) 제315조 제4항이 구 독일민주공화국(동독)에서 간첩활동, 이적행위, 간첩활동과 연관되어 행한 뇌물공여를 한 죄로 형사소추를 하는 한, 독일 기본법 제3조 제1항에 위반된다는 이유로 독일 기본법 제100조 제1항에 의한 위헌법률심판을 제청하였다.

또한 베를린 주고등법원은 독일연방공화국 군인으로 귀대한 간첩에 대하여 그 이전에 행한 간첩활동에 대한 책임을 물을 수 없다는 전시에 적용되는 헤이그 전쟁협약 제31조의 국제법상 일반원칙을 위 그로스만 등에 대하여 준용할 수 있는지의 여부도 독일 기본법 제100조 제2항에 의거해 연방헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 데보익(Devaux)은 그로스만의 후임자로서 1984년 8월 15일부터 1986년 8월 31일까지 구 동독 국가보안부 정보국의 제1과장이었다. 그는 관할사항과 활동역할 면에서 전임자인 그로스만의 것과 일치하였다. 특히 데보익도 정보요원들과 독일연방공화국 이외의 지역에서 접선하였고, 정보요원의 보수지급에 대한 책임이 있었다.

3. 쇼름(Schorm)은 1960년 4월 19일부터 1972년 3월 31일까지 본(Bonn) 소재의 독일연방공화국 외무부와 해외공관에 대한 정보탐지의 책임을 맡고 있었던 구 동독 국가보안부 정보국 제1과 제2계장이었다. 쇼름은 계장으로서 연도계획을 수립하였는데, 이 연도계획은 직상급자의 재가를 받게 되면 그 익년의 업무계획이 되었다. 그는 이 업무계획에 의거하여 작전의 종류, 시기, 범위 및 기타 세목에 이르는 구체적 사항을 확정하는 작전계획을 수립하였다. 쇼름은 2,500 DM 이하의 작전비 및 정보요원의 보수지급에 관한 사항을 결정하였고, 어떠한 정보를 상급자에게 직무경로를 통해 전달할 것인지를 결정하였으며, 정보국의 제1과 제2계 직원들에게 그 작전과 관련한 지시를 내렸다. 이러한 지시활동은 여러 유명한 간첩사건들을 발생시켰다. 쇼름은 독자적인 간첩작전을 지시했으며, 독일연방공화국 내의 접선에도 참여하였다.

쇼름은 1973년 9월 1일부터 1990년 2월 28일까지 구 동독 국가보안부 정보국의 제1과의 차석이었다. 이 기간 동안 쇼름은 제2계 이외에도 연방수상관서의 탐지를 과제로 했던 제1과를, 1988년 7월/8월까지 독일연방공화국 외무부 정보요원의 포섭과 잠입을 관할하였던 제3계를, 추가적으로 지휘하였다. 쇼름은 계장들의 각 연도계획 및 각 계 직원들의 작전투입계획의 재가를 하였으며, 그 휘하에 있었던 계의 정보활동 및 그 요원들의 보수지급에 관한 책임을 맡았다. 쇼름의 지휘 아래 여러 유명한 간첩을 독일연방공화국에 침투시켰다.

III. 주요 쟁점

1. 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 구 독일민주공화국(동독)에서 간첩죄, 이적죄, 뇌물공여죄 등의 범죄를 행한 것을 이유로 1990년 10월 3일 독일 통일 후 그 생활의 근거를 구 독일민주공화국(동독)에 두고 있었던 자들에 대한 형사소추를 포함하고 있는 「통일조약」에 근거한 형법도입법 제315조 제4항이 독일 기본법 제3조 제1항(평등원칙)에 위반되는지 여부

2. 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 독일연방공화국이나 북대서양조약기구회원국에 대하여 행한 간첩죄, 이적죄, 뇌물공여죄 등의 범죄를 행한 것을 이유로 형사소추나 형사처벌을 금지하는 국제법의 일반원칙¹⁾이 존재하는지 여부

3. 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 독일 통일 이전에 독일연방공화국이나 북대서양조약기구회원국에 대하여 행한 간첩죄, 이적죄, 뇌물공여죄 등의 범죄를 행한 것을 이유로 통일 이후 형사소추나 형사처벌을 하는 것이 독일 기본법 제103조 제2항에 근거한 형벌소급금지의 원칙에 위반되는지 여부

1) 독일 기본법 제25조 (연방법의 구성부분으로서의 국제법) “국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 그것은 법률에 우선하고, 연방의 영역 내의 주민에 대하여 직접 권리와 의무를 발생시킨다.”

4. 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 독일 통일 이전에 독일연방공화국이나 북대서양조약기구회원국에 대하여 행한 간첩죄, 이적죄, 뇌물공여죄 등의 범죄를 행한 것을 이유로 통일 이후 형사소추나 형사처벌을 하는 것이 비례성원칙에 위반되는지 여부

IV. 결정 주문 및 요지

1. 베를린 주고등법원의 위헌법률심판제청은 「형법도입법」 제315조 제4항을 위헌법률심판 청구의 대상으로 하는 한 부적법하다.

2. 국가의 위임을 받아 그 국가의 영토에서 간첩활동을 하였는데, 이후 간첩활동을 위임한 국가가 간첩활동의 대상이 된 국가에 편입되어 통일된 경우, 이러한 간첩행위를 한 자를 형사처벌할 수 없다는 국제법의 일반원칙은 독일 기본법 제25조상 ‘연방법의 구성부분’이 아니다.

3. 1991년 12월 23일의 뒤셀도르프(Düsseldorf) 주고등법원의 판결(IV-22/91-[17/91 VS-Vertr.]) 및 1993년 9월 24일의 연방최고법원의 결정(3 StR 199/92)은 II. 1.의 헌법소원 청구인의 독일 기본법 제2조 제2항 제2문, 제33조 제2항, 제38조 제2항으로부터 나오는 기본권 및 법치국가원칙에서 근거하는 비례성원칙을 위반한다.

위 판결은 파기한다. 이 사건은 뒤셀도르프 주고등법원으로 환송한다. 독일연방공화국은 헌법소원 청구인 II. 1.에게 소송비용을 보상하여야 한다.

4. 1991년 2월 28일의 슈트트가르트(Stuttgart) 주고등법원 판결(4 OJs 11/90)은 법승계선언(Rechtsfolgenausspruch)에서 II. 2.의 헌법소원 청구인의 독일 기본법 제2조 제2항으로부터 나오는 기본권 및 법치국가원칙에 근거하는 비례성원칙을 침해한다. 1991년 7월 3일의 연방최고법원의 결정(3 StR 226/91)은 법승계선언(Rechtsfolgenausspruch)과 관련한 상고를 기각하고 있는 한, 헌법소원 청구인의 기본권을 침해한다.

위 판결은 파기한다. 이 사건은 파기된 범위내에서 슈트트가르트 주고등법원으로 환송한다. 독일연방공화국은 헌법소원 청구인 II. 2.에게 소송비용의 절반을 보상하여야 한다.

5. 헌법소원 청구인 II. 3.의 헌법소원청구는 기각한다.

V. 분석 및 평가

1. 결정의 의의

(1) 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 구 독일민주공화국(동독)에서 간첩죄, 이적죄, 뇌물공여죄 등의 범죄를 행한 것을 이유로 독일 통일 후 그 생활의 근거를 구 독일민주공화국(동독)에 두고 있었던 자들에 대한 형사소추를 포함하고 있는 「통일조약에 근거한 형법도입법」 제315조 제4항은 독일 기본법 제3조 제1항(평등원칙)에 위반되지 않는다고 독일 연방헌법재판소는 판시하였다. 이 결정에서 독일 연방헌법재판소는 독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙의 심사기준으로 ‘새로운 공식’(die neue Formel)을 적용하였다.

(2) 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들은 국가의 위임으로 구 동독 영토에서 간첩활동을 하였는데, 그 이후 간첩활동을 위임한 국가가 간첩활동의 대상이 된 국가에 편입되어 통일된 경우, 이러한 간첩행위를 한 자를 형사처벌할 수 없다는 헤이그 전쟁협약 제31조는 독일 기본법 제25조의 ‘국제법의 일반원칙’에 해당되지 않아 ‘연방법의 구성부분’이 아니라고 독일 연방헌법재판소는 판시하였다.

(3) 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 독일 통일 이전에 독일연방공화국이나 북대서양조약기구회원국에 대하여 행한 간첩죄, 이적죄, 뇌물공여죄 등의 범죄를 행한 것을 이유로 통일 이후 형사소추나 형사처벌을 할 수 있느냐의 문제와 관련하여, 그러한 형사소추나 형사처벌은 구 동

독의 서독으로의 편입(통일) 후에도 서독 형법의 관련 규정이 계속 유효하게 미치기 때문에 (즉, 이는 형벌의 소급적용 문제가 아니라, 서독 형사재판권이 구 동독 지역으로 확장되는 것이기 때문에) 독일 기본법 제103조 제2항에 근거한 형벌소급금지의 원칙에 위반되지 않는다고 독일 연방헌법재판소는 판시하였다.

(4) 구 독일민주공화국(동독) 국민에 의한 서독 및 서독의 동맹국에 대한 가별적 간첩행위는 그것이 구 동독 영토에서 행해졌고 통일 시점에도 그들의 생활근거지가 구 동독 지역에 있는 경우에는 독일 기본법 제2조 제2항 제2문(신체의 자유), 제33조 제2항(공직취임권), 제38조 제2항(선거권 및 피선거권)으로부터 도출되는 기본권과 법치국가원칙에서 도출되는 비례성원칙을 위반한다고 독일 연방헌법재판소는 판시하였다. 이는 구 동독 국민이 구 동독 지역이 아닌 제3국에서 간첩행위를 하고, 통일시에 생활근거지가 구 동독 지역에 있는 경우에도 동일한 이유로 동일한 결론에 이른다.

2. 결정에 대한 평가

(1) 구 독일민주공화국(동독)에서 간첩죄나 이적죄 등의 범죄를 행한 자들에 대한 형사소추를 포함하고 있는 형법도입법 제315조 제4항이 독일 기본법 제3조 제1항에 위반되는지 여부

독일 연방헌법재판소는 평등원칙의 심사기준으로 전통적으로 ‘자의금지원칙’을 사용하여 왔다. 그러다가 1980년에 독일 연방헌법재판소 제1재판부는 평등원칙 심사기준으로서 ‘새로운 공식’(die neue Formel)을 제시하였다. 그 이후 1993년에 독일 연방헌법재판소 제1재판부는 ‘제2차 성전환자’ 판결²⁾(Transsexuelle II)에서 ‘가장 새로운 공식’을 내놓았다.

1) 자의금지원칙

‘자의금지원칙’은 본질적으로 평등한 것을 자의적으로 불평등하게 또는 본질적

2) BVerfGE 88, 87 ff.

으로 불평등한 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것을 금지하는 원칙이다.)³⁾ 차별취급에 있어서 합리적이고 정당한 근거를 제시할 수 없을 경우, 일반적 평등 원칙에 위반된다.⁴⁾

독일 연방헌법재판소는 “법률에 예정된 차별이 합리적인 근거, 즉 사물의 본성에서 도출되는 근거 또는 객관적으로 명백한 근거를 발견할 수 없어서 자의적이라고 판단되어질 때, 평등원칙에 위반된다.”⁵⁾고 판시하였다. 이러한 ‘자의금지원칙’은 전통적인 평등원칙 위반 여부의 심사기준이다.⁶⁾ ‘자의’를 구체화하는 권한은 원칙적으로 입법자에게 부여되어 있다. 자의금지원칙에서 의미하는 ‘자의’는 입법자에 의하여 의도적으로 불합리하게 행해진 차별이라는 의미의 ‘주관적 자의’가 아니라, 차별에 의해 규율하려는 사실관계에 있어서 차별의 명백한 불합리성을 의미하는 ‘객관적 자의’(objektive Willkür)를 의미한다.⁷⁾ 즉, ‘객관적 자의’ 통제는 구체적인 비교대상과 무관한 ‘정의’의 통제를 의미한다.⁸⁾ 헌법재판소가 평등원칙 위반 여부를 심사함에 있어서 ‘자의금지원칙’을 사용하게 되면, 입법자의 입법형성권 행사의 한계 준수 여부에 대한 통제권한이 약화된다. 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 취급하지 않은 경우, 그러한 차별취급이 헌법상 합리적인 이유가 없는 경우, 즉 ‘자의’적인 경우 평등원칙 위반이 된다.⁹⁾

자의금지원칙에 의하면, 비교집단간의 차별취급의 상태를 판단하는 것이 아니라, 잘못된 법률적용을 심사하게 된다.¹⁰⁾ 이러한 판단양식은 헌법해석의 방법들을 위반하게 된다.¹¹⁾ 일반적 평등원칙의 원칙적 심사기준인 자의금지원칙의 취지와는 달리, 평등원칙 심사의 범위가 불분명하게 된다.¹²⁾ 또한 입법자가 자의금지원칙으로 평등원칙을 심사하게 되면 입법자에게 광범위한 입법형성권을 부여

3) BVerfGE 1, 14 (52); 18, 38 (46); 49, 148 (165); 93, 319 (348).

4) BVerfGE 51, 295 (300); 90, 226 (239); 109, 96 (123); 115, 381 (389).

5) BVerfGE 1, 14 (52); 11, 245 (253); 14, 142 (150); 18, 38 (46); 18, 121 (124); 21, 6 (9); 23, 50 (60); 25, 101 (105); 46, 224 (233); 54, 11 (25 f.); 64, 158 (168 f.).

6) 평등권과 관련한 자의금지를 설명하는 논문으로는 한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 헌법논총 제9집(1998), 41면 이하; 박진완, 자의금지와 비례성의 원칙, 헌법판례연구 5(2003. 11), 박영사, 103면 이하; 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 헌법논총 제11집(2000), 431면 이하 참조.

7) BVerfGE 2, 266 (281); 42, 64 (72 ff.).

8) BVerfGE 42, 64 (72 ff.).

9) BVerfGE 37, 121 (129). 이부하, 헌법상 평등원칙에 대한 심사기준, 법학연구 제19권 제2호(2011. 8), 270면.

10) K. Hesse, Diskussionsbeitrag, S. 77.

11) St. Huster, Rechte und Ziele, S. 51.

12) G. Müller, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), S. 37 (42).

하게 되고, 헌법재판소는 당해 법규범에서 합리적인 이유만 있으면 위헌을 선언할 수 없게 되는 기준으로 작용한다. 따라서 자의금지원칙의 적용은 입법자의 판단이나 입법결과에 대해 헌법재판소의 매우 약한 통제기준으로 작동하게 된다.¹³⁾ 즉, 자의금지원칙의 적용은 평등원칙 심사에 있어서 헌법재판소가 ‘사법적 자제’ 내지 ‘사법소극주의’ 경향을 띠게 할 가능성을 높인다. 또한 자의금지원칙을 사용하게 되면, 이미 정해진 기본권의 유형이나 적용 사실에 따라 헌법재판소에게 폭넓은 재량을 부여하게 된다.¹⁴⁾

2) 새로운 공식(die neue Formel)

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 평등원칙 심사기준으로서 ‘새로운 공식’(die neue Formel)을 개발하여 제시하였다. ‘새로운 공식’에 의하면, 자유권 심사와 유사하게 일반적 평등원칙의 심사에 있어서 ‘비례성원칙’ 심사를 한다.¹⁵⁾ ‘새로운 공식’의 적용에 있어서 ‘인(人)관련적 차별’과 ‘사물관련적 차별’간 구성요건적 이분화를 전제한다.¹⁶⁾ 이 양자 간에 있어서 상이한 심사기준을 적용함으로써 상이한 법적 효력이 나타나게 된다. 즉, ‘인(人)관련적 차별’의 경우에는 인적 집단들 간의 차별취급을 정당화할만한 정도로 ‘성질’과 ‘비중’에 있어서 차이가 없음에도 불구하고 법규범의 수범자들 중 특정 인적 집단을 다른 집단과 다르게 취급한다면, 엄격한 ‘비례성원칙’ 심사기준을 적용하게 된다. 반면, ‘사물관련적 차별’의 경우에는 완화된 ‘자의금지원칙’을 적용하게 된다.¹⁷⁾ ‘새로운 공식’에 의하면, 법적 차별을 정당화하는 이유로서 ‘존재하는 사실상의 차이’뿐만 아니라, 입법자가 차별취급을 통해 실현하려는 ‘입법목적’이 존재해야 한다. 이를 확인하기 위해 ‘새로운 공식’에 의하면, ‘성질과 비중에 따른 차별’이 존재하는가 여부를 판단한다.¹⁸⁾

‘새로운 공식’을 적용하게 되면, “두 인적 집단 간에 불평등취급을 정당화할 수 있는 ‘성질’과 ‘비중’에 따른 차이가 없음에도 불구하고, 법규범 수범자 중 하나

13) St. Huster, Rechte und Ziele, S. 59.

14) 한수웅(각주 6), 57-58면; 이부하(각주 9), 271면.

15) BVerfGE 74, 28 (30); 118, 79 (100 f.).

16) BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (133 f.); 74, 9 (24).

17) BVerfGE 55, 72 (88); M. Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, S. 125 f.

18) 이부하(각주 9), 271-272면.

의 집단이 다른 범규범 수범자와 비교하여 달리 취급할 경우” 평등원칙 위반이 된다.¹⁹⁾ 이러한 성질과 비중에 따른 차별이 존재하고, 차별이 불평등취급을 정당화할 수 있는 경우에는 ‘비례성원칙’ 심사기준을 사용하게 된다. 즉, ‘정당화’의 개념과 ‘성질’과 ‘비중’에 따른 차별이 발견되는 경우, ‘비례성원칙’ 심사를 하기 위해 ‘새로운 공식’을 만든 것이다.²⁰⁾ ‘새로운 공식’에 의하면, 평등원칙의 심사에 있어서는 ‘사물관련적 차별’의 경우에는 전통적인 ‘자의금지원칙’의 심사기준을 사용하는데 반해, ‘인(人)관련적 차별’ 영역에는 ‘비례성원칙’의 심사기준을 사용함으로써 기존 자의금지원칙 기준의 방법적 문제점과 기능법적 측면의 문제를 해결할 수 있는 방안이 되었다.²¹⁾

‘새로운 공식’에 의하면, ‘사물관련적 차별’이면서 간접적으로 ‘인(人)관련적 차별’ 효과를 가져오지 않는 경우와 명백히 오만한 법원의 판결 등에는 ‘자의금지원칙’의 심사기준을 사용하는 반면, ‘인(人)관련적 차별’이거나 ‘사물관련적 차별’이면서 간접적으로 ‘인(人)관련적 차별’ 효과를 가져오는 경우에는 ‘비례성원칙’ 심사기준을 사용한다.²²⁾ 이러한 ‘새로운 공식’의 적용은 평등원칙 위반 여부의 심사에 있어서 ‘비례성원칙’을 확대 적용하는 결과가 되므로, 이전까지 사용하여 왔던 자의금지원칙의 심사기준에만 의존하지 않고, ‘비례성원칙’ 심사기준을 적극적으로 활용한다는 의미를 지닌다.²³⁾

‘새로운 공식’은 ‘인(人)관련적 차별’과 ‘사물관련적 차별’의 명확한 구분을 전제로 사용가능한 공식이다. 그런데 ‘새로운 공식’에 의하면, 범규범의 구성요건이 사물관련적으로 규정되어 있다고 하더라도 결국에는 그러한 법적 효과는 인적 주체에게 미칠 가능성이 높다.²⁴⁾ ‘새로운 공식’을 활용하는 경우, ‘인(人)관련적 차별’과 ‘사물관련적 차별’ 간에 구별이 실질적으로 명확히 가능한지 여부가 불확실하다.²⁵⁾

또한 ‘새로운 공식’의 근본적인 문제점은 자유권에 적용되는 ‘비례성원칙’ 심

19) BVerfGE 55, 72 (88).

20) Vgl. G. F. Schuppert, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 47 (1989), S. 98.

21) M. Sachs(각주 17), S. 124 f.; 이부하(각주 9), 272면.

22) H. D. Jarass, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG, NJW 1997, S. 2545 (2547 f.).

23) 한수웅(각주 6), 65면; 이부하(각주 9), 272면.

24) M. Sachs(각주 17), S. 124 (128); Bryde/Kleindiek, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999, S. 36 (40).

25) Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 1, Art. 3, Rn. 9; 김주환, (각주 6), 460면; 홍강훈, 평등권의 심사원칙 및 강도에 관한 연구, 공법연구 제41집 제1호(2012. 10), 260면.

사기준을 평등원칙 심사에 그대로 적용할 수 없다는 것이다. 이는 자유권과 평등권의 구조적인 차이점이 있다. 즉, 자유권에 있어서는 국민과 국가간 2자 관계가 존재하며, 비례성원칙에 의해 사익의 제한과 공익의 실현 간의 균형성을 판단한다. 이에 반해, 평등원칙 심사에 있어서는 국민들간 수평적 관계에 국가가 관여되는 3자 관계가 존재한다.²⁶⁾ 따라서 평등원칙 심사에 있어서 불평등취급의 정당성 여부 판단은 목적-수단의 관계 구조하에서 판단하는 ‘비례성원칙’ 심사기준을 적용할 수 없게 된다.²⁷⁾

3) 가장 새로운 공식(die neueste Formel)

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 ‘제2차 성전환자’ 판결²⁸⁾(Transsexuelle II)에서 ‘가장 새로운 공식’을 제시하였다.²⁹⁾ ‘가장 새로운 공식’에 의하면, 인적 집단을 차별하는 경우, 엄격한 심사기준이 적용된다. 인적 집단의 차별이 독일 기본법 제3조 제3항의 “성별, 가문, 인종, 언어, 출생지와 혈통, 신앙, 종교적 내지 정치적 견해”라는 차별표지에 근접하면 할수록, 이러한 인적 관련 특징에 의한 사회적 약자(소수자)의 차별취급을 가져올 위험이 더욱 커진다.³⁰⁾ 이 경우 엄격한 심사기준을 적용한다.³¹⁾ 반면, 인적 집단의 차별이라도 인적 관련 특징이 차별기준으로 사용되지 않는다면, 자의금지원칙과 엄격심사기준 사이의 중간단계의 심사가 이루어진다. 행위 관련적 차별에 있어서 당사자가 자신의 행위에 의해 차별기준이 된 징표(표지)를 실현하는데 어느 정도 영향을 미칠 수 있는가에 따라, 입법자의 입법형성권의 범위가 달라진다. ‘가장 새로운 공식’에 의하면, 인적 집단의 차별을 가져오는 경우와 인적 관련 특징에 의해 소수자의 차별취급을 가져올 위험이 높은 경우에는 엄격심사 기준을 적용하고, 그 이외의 경우에는 자의

26) Georg Müller, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), S. 37 (41); Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, 2000, §124 Rn. 161 ff. Jörn Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 754.

27) W. Heun, in: Dreier, GG I, 2004, Art. 3 Rn. 27; M. Sachs(각주 17), S. 124 (129); K. Odendahl, Der allgemeine Gleichheitssatz: Willkürverbot und „neue Formel“ als Prüfungsmaßstäbe, JA 2000, S. 170 (172).

28) BVerfGE 88, 87 ff.

29) ‘새로운 공식’과 ‘가장 새로운 공식’을 구별하는 견해(김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호[2008. 8], 216면 이하)와 동일시하는 견해(정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 부산대 법학연구 제51권 제1호[2010. 2], 8면)가 있다.

30) BVerfGE 88, 87 (96).

31) 이부하(각주 9), 273면.

금지원칙 기준을 적용한다는 것이다.³²⁾

4) 이 결정에서 평등원칙의 심사기준

독일 연방헌법재판소는 “독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙은 복수의 인적 집단들 간에 차별 취급을 정당화할만한 차이가 존재하는 경우에는 입법자가 그 인적 집단들을 불평등하게 취급할 수 있다.”³³⁾ 구 동독 간첩 판결에서 독일 연방헌법재판소는 평등원칙의 심사기준으로서 ‘새로운 공식’을 적용하였다.

이러한 차별 취급은 ‘동독을 위해 독일연방공화국에 대하여 간첩활동을 한 사람’과 ‘독일연방공화국의 비밀정보부를 위하여 동독을 정탐한 사람’ 간에 존재한다. 이러한 차별은 「국가보호법」(Staatsschutzrecht)의 규율대상의 특성으로부터 나온다.

독일연방공화국을 보호할 목적으로 외세의 이익을 위해 국가기밀활동을 한 사람에 대해 형사처벌하는 것은 필요하다.³⁴⁾ 독일연방공화국의 우방인 외국의 정보부 활동도 독일연방공화국의 보호에 기여한다. 이러한 정보부를 창설하고 지원하는 국가는 그 소속 직원과 요원들을 그 정보활동을 이유로 형사처벌할 수 없다. 이러한 관점에서 독일연방공화국에 대해 외세를 위한 간첩활동을 한 직원과 요원들에게는 이러한 이론이 적용되지 않는다. 따라서 「국가보호법」(Staatsschutzrecht)은 외세의 간첩활동에 대해 자국을 보호할 뿐만 아니라, 일정한 동맹국을 이러한 보호대상에 포함시키는 것이다. 반면, 자국의 보호와 이익을 위해 활동하는 자국의 정보부의 활동을 처벌대상에서 제외하는 것이 국가보호법의 사리(事理)에도 부합한다.³⁵⁾

모든 「국가보호법」에 내재하는 사리(事理)는 독일 통일 후에도 독일 기본법 제3조 제1항에 위반되지 않는 충분한 차별근거가 존재한다. 독일연방공화국 정보부 직원들에게 적용될 수 있었던 동독 형법 규정의 폐지는 독일연방공화국의 법질서에 부합한다. 다른 한편, 과거 동독을 위해 행한 간첩활동이 동독의 서독 편입(통일)으로 인해 독일연방공화국에 유해한 활동이나 위태로운 활동으로 그 성격이 변화하는 것은 아니다. 이는 과거에서부터 줄곧 상이한 형법적 규율을 정당화

32) 김주환(각주 6), 463면 이하; 이부하(각주 9), 273면.

33) BVerfGE 82, 126 (146); BVerfGE 92, 277 (322).

34) BVerfGE 57, 250 (262 ff.).

35) BGHSt 37, 305 (312 f.).

한다.

(2) 간첩죄 등의 범죄를 이유로 형사소추나 형사처벌을 금지하는 국제법의 일반원칙이 존재하는지 여부

1) 국제법의 일반원칙 개념

독일 기본법 제25조에 규정된 ‘국제법의 일반원칙’이란 구체적으로 무엇인가? 독일 기본법 제25조에서는 “국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 이는 법률에 우선하고, 연방의 영역 내의 주민에 대하여 직접 권리와 의무를 발생시킨다.”라고 규정하고 있다.

독일 연방헌법재판소의 일관된 판례³⁶⁾와 학계의 통설³⁷⁾에 의하면, ‘국제법의 일반원칙’(allgemeine Regeln des Völkerrechts)이란 “보편적인 국제관습법과 일반적인 실재와 그에 상응하는 법적 확신에 근거하여 대다수 국가에서 지속력있는 국제법 규범을 포함한다.”³⁸⁾고 설명한다.

유력설에 의하면, 국제 조약법과 국제법상 조약은 독일 기본법 제25조의 의미에서 ‘국제법의 일반원칙’에 해당하지 않는다.³⁹⁾ 국제법적 조약은 독일 기본법 제59조 제2항에 의해 연방법률의 형태로 하는 동의나 협력을 필요로 한다.⁴⁰⁾ 독일 기본법 제59조 제2항에 의거하여 독일 연방의회가 연방법률의 형태에 동의하게 되면, 국제법적 조약의 서열은 연방법률과 동등하게 된다.⁴¹⁾

구체적으로 어떠한 국제법 규범이 이에 해당되는지가 문제된다.

첫째, ‘보편적인’ 국제관습법이 국제법의 일반원칙에 해당된다는 것에는 이견이 거의 없다.⁴²⁾

36) BVerfGE 23, 288 (317); BVerfGE 96, 68 (86).

37) Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung, 37. Ergänzungslieferung (Stand: August 2000), Art. 25 Rn. 19; Heinegg, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.03.2015 (Edition 25), Art. 25 Rn. 19.

38) Heinegg(각주 37), Rn. 19 m.w.N.

39) BVerfGE 94, 315; Heinegg(각주 37), Rn. 22.

40) Herdegen(각주 37), Rn. 20.

41) M. Nettesheim, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung, 54. Ergänzungslieferung (Stand: Januar 2009), Art. 59 Rn. 181 ff.; Streinz, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 59 Rn. 63 f. m.w.N.

42) 남북현, 헌법 제6조 제1항의 구체적 의미, 한양법학 제23집(2008. 6), 200면 이하 참조.

둘째, 그 국가가 체결당사국이 아닌 조약이라도 국제사회에서 일반적으로 법규범성이 인정된 조약을 들 수 있다. 예컨대, 「세계우편연합규정」, 「제노사이드 금지」, 「포로에 관한 제네바협정」, 「부전조약」⁴³⁾(不戰條約) 등을 들 수 있다.⁴⁴⁾ 특정 국가가 가입하거나 체결하지 않은 조약이라도, 일정한 조약은 국제사회의 절대적 다수의 지지를 바탕으로 비체결국에 대하여도 일부 내용이 국제관습법으로 규범력을 갖게 된다. 특정 국가가 가입하지 않은 조약도 ‘국제법의 일반원칙’에 해당된다.⁴⁵⁾ 우리나라 헌법재판소는 우리나라가 비준한 바 없는 협약은 우리나라 헌법적 효력을 갖는 일반적으로 승인된 국제법규로 보지 않고 있다.⁴⁶⁾

셋째, ‘법의 일반원칙’이 국제법의 일반원칙에 해당된다는 견해가 있다.⁴⁷⁾ 법의 일반원칙은 조약이나 국제관습법의 흠결을 보충하는 기능을 갖는다는 것이다. 그러나 법의 일반원칙은 국제법질서 또는 국제사회의 구조에서 파생된 원칙으로 이해한다면, 이는 집행력이 없다. 법의 일반원칙은 헌법 제6조 제1항의 일반적인 국제법규의 적용범위에 속하지 않게 되고, 또한 국내법률과 동등한 효력을 인정할 필요성이 없다.⁴⁸⁾

독일 연방헌법재판소가 독일 기본법 제25조의 의미에서 ‘국제법의 일반원칙’으로 인정한 사례와 부정한 사례를 정리하면 다음과 같다.

▶ ‘국제법의 일반원칙’으로 인정(認定)한 사례

- 외교업무 수행에 필요한 대사관 토지와 관련한 외국의 면책특권(BVerfGE 15, 25)
- 외국 여권의 압수 금지

43) 전쟁포기에 관한 조약의 속칭이다. 1928년 8월 27일 파리에서 서명되었으며 1929년 7월 24일에 발효하였다. 전문과 3조로 구성된 간단한 조약으로 국가정책 수단으로서 전쟁을 포기할 뿐만 아니라 분쟁해결을 위한 전쟁이 불법임을 선언하고(동 조약 제1조), 조약국간의 일체의 분쟁 및 사태의 해결은 평화적 수단에만 의할 것을 규정하고 있다(동 조약 제2조). 부전조약은 체결 당시 프랑스의 외상 브리앙과 미국의 국무장관 켈로그가 주도하였으므로 켈로그·브리앙 조약이라고도 한다.

44) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 245면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 178면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 224면; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 143면.

45) 정인섭, 헌법실무연구 제5집, 571면.

46) 헌재 2007. 8. 30, 2003헌바51등, 공131, 936, 945; 헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971 등, 판례집 20-2하, 666, 700 “국제노동기구 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)에 대하여는 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없”다고 한다.

47) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 183면.

48) 남북현(각주 42), 202면.

- 주권자의 동의 없이 외국 영토에서 통치권 행사의 금지
- 외국이 송환을 요구할 때 외지로부터 강제로 데려온 사람들에 대한 유죄 판결 금지(BVerfG, EuGRZ 2003, 749)
- ▶ ‘국제법의 일반원칙’으로 부정(否定)한 사례
 - 비고권적 행위와 관련된 외국의 면책특권(BVerfGE 16, 27)
 - 권리능력있는 국가 공기업의 은행계좌와 관련한 면책특권(BVerfGE 64, 1)
 - 구 동독 간첩에 대한 면책특권(BVerfGE 92, 277)
 - 국가비상사태에 지급불능으로 인해 국채의 사적 소유자에 대한 지급 거절에 대한 국가의 권한(BVerfGE 118, 124)

2) 국제법의 ‘일반원칙’의 구체적 내용

독일 기본법 제25조에서는 ‘국제법의 일반원칙’이라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘일반’의 의미가 무엇인지 파악해야 한다. 여기서 ‘일반’의 의미는 그 인적 효력범위에 따라 판단할 것이지, 그 규율대상에 따라 판단할 것은 아니다. 어떠한 국제법규를 대다수 국가가 승인하였다면 일반성이 있다고 할 것이다.⁴⁹⁾ 모든 국가가 그 국제법규를 승인해야만 하는 것은 아니고, 준보편성으로도 충분하다.⁵⁰⁾

그런데, 국가가 어떠한 국제법 규범을 직접 승인해야만 하는지, 다시 말해서 국제법의 일반원칙에 해당하려면, 국가의 ‘승인’이 필요한지가 문제된다. 이에 관해 독일 연방헌법재판소는 “어떠한 국제법 규범이 독일에 의해 반드시 승인되어야만 하는 것은 아니고, 다수의 국가가 승인한 것이라면 독일 기본법 제25조에 규정한 의미의 ‘일반’에 해당한다는 것”이라고 판시하였다.⁵¹⁾

3) 이 결정에서 ‘국제법의 일반원칙’에 해당되는지 여부

독일 연방헌법재판소는 이 결정에서 국제법의 일반원칙은 “관련되는 행위가 법적으로 정당하다고 판단되는 법적 확신에 기초하여, 국가들이 행해온 일반적이고 확고한 관행으로부터 도출된다.”고 판시하였다.⁵²⁾

49) BVerfGE 15, 25 (34).

50) 나인균, 헌법재판과 국제법규범, 헌법논총 제4집(1993. 12), 506면; 남북현,(각주 42), 203면.

51) BVerfGE 16, 27 (35).

52) BVerfGE 66, 39 (64); 68, 1 (83).

독일 연방헌법재판소는 “일반적 국가 관행이 존재하지 않는 ‘헤이그 전쟁협약」 제31조’를 평화적인 국가결합이나 조약으로 합의한 국가결합의 경우에도 유추적용해야 한다는 것은 이치에 맞지 않는다. 『헤이그 전쟁협약』은 전쟁에 관한 특별법이며, 1904/5년까지 관습법으로 발전해온 전쟁관습을 명문화한 것이다.⁵³⁾ 독일 연방헌법재판소는 이러한 『헤이그 전쟁협약』들을 평화시 간첩활동에 유추적용하는 것이 가능한지, 그리고 어느 정도까지 유추적용해야 하는지에 대해서 판단할 필요가 없다. 독일 연방헌법재판소는 단지 이러한 유추적용을 할 협약이 독일 기본법 제25조상의 ‘국제법의 일반원칙’에 해당하는지 여부만 판단하면 된다. 이러한 판단은 『헤이그 전쟁협약』 제31조의 준용이 국가 관행에 의해 확인된 국가의 법적 확신에 기초한다는 것을 전제한다. 그런데 주고등법원과 당해 사건의 당사자들도 이러한 증거를 제시하지 못했다.”고 판시하고 있다.

그 국가가 체결당사국이 아닌 조약이라도 국제사회에서 일반적으로 그 법규범성이 인정된 조약(협약)은 독일 기본법 제25조상의 ‘국제법의 일반원칙’에 해당된다. 그런데 독일 연방헌법재판소는 국가 관행과 국가의 법적 확신이 결여되어 ‘국제관습법’에 해당되지 않는다고 했다. 그러나 『헤이그 전쟁협약』은 국제관습법에 해당되지 않아도 국제사회에서 일반적으로 그 법규범성이 인정된 조약(협약)에 해당되어 독일 기본법 제25조상의 ‘국제법의 일반원칙’에 해당된다고 보아야 한다.

(3) 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 행한 간첩죄나 이적죄 등의 범죄를 이유로 통일 이후 형사소추나 형사처벌을 하는 것이 형벌소급금지의 원칙에 위반되는지 여부

독일 연방헌법재판소는 “구 독일민주공화국의 이익을 위하여 실행한 간첩활동의 가별성이 행위 당시에 효력을 가진 독일연방공화국 법률에 의해 결정된다는 사실은 독일 기본법 제103조 제2항에 근거한 형벌소급금지의 원칙에 위반되지 않는다.”고 판시하였다.

53) Vgl. Schneider, Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Erster Band, 1960, S. 739 ff.

1) 독일 기본법 제103조 제2항의 형벌소급금지의 의미

독일 기본법 제103조 제2항⁵⁴⁾에서는 형벌의 소급처벌금지를 규정하고 있다. 이는 독일 기본법 제103조 제2항에서는 ‘소급적인 형벌의 제정’과 ‘소급적인 형벌의 가중’을 금지하고 있는 것이다.⁵⁵⁾ 사후 개정된 법률이 행위의 불법적 내용 평가를 행위자에게 불리하게 소급하여 변경하는 것을 금지하는 취지이다.⁵⁶⁾ 독일 기본법 제103조 제2항은 형벌의 예견가능성, 즉, 형벌의 예측가능성을 보장하고 있다.⁵⁷⁾ 즉, 독일 기본법 제103조 제2항의 취지는 ‘새로운 형벌조항의 도입’과 ‘현존하는 형벌의 강화’는 장래를 향해서만 효력이 있다는 의미이다.⁵⁸⁾

독일 헌법상 소급처벌금지는 다음의 기능을 수행하고 있다. 첫째, 언제 특정한 행위가 처벌되고 어떻게 처벌될 수 있는지를 사전에 행위자가 알 수 있도록 개인의 주관법적 ‘신뢰 보호’에 기여한다.⁵⁹⁾ 둘째, 독일 기본법 제103조 제2항의 소급효금지는 입법자의 자의를 배제함으로써 ‘법적 안정성’을 보장하고 있다.⁶⁰⁾

독일 기본법 제103조 제2항의 절대적 소급효금지는 ‘형법’ 영역에 적용된다는 것이 일반적 견해이다.⁶¹⁾ 당사자의 보호가치있는 신뢰와의 형량이 필요한, 그리고 진정소급입법과 부진정소급입법 간 구분에 입각한 판단이 필요한 일반적인 소급효금지와는 달리, 독일 기본법 제103조 제2항의 형벌의 소급효금지는 형량

54) 독일 기본법 제103조 제2항 “행위가 행해지기 전에 가벌성이 법률에 규정되어 있는 경우에만 처벌될 수 있다.”

55) BVerfGE 25, 269 (285); 26, 41 (42); 46, 188 (193); 81, 132 (135); 95, 96 (131); G. Nolte, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Bd. 3, Art. 103 Abs. 2 Rn. 119; H. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG III, Art. 103 Abs. 2, Rn. 42; Ch. Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 103 Rn. 73; H. Hill, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR VI, §156 Rn. 67; P. Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 417; B. Pieroth, in: Jarass/ders., GG, Art. 103 Rn. 52; H. Rüping, in: BK, Art. 103 Abs. 2 Rn. 56; E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 2, Rn. 235.

56) BVerfGE 46, 188 (193); 95, 96 (131).

57) Vgl. V. Götz, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Chr. Starck (Hrsg.), BVerfG und GG Bd. II, 1976, S. 421 (431).

58) Ph. Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 417; E. Schmidt-Aßmann(각주 55), Rn. 239; 이부하, 헌법상 소급효금지의 원칙과 예외, 세계헌법연구 제17권 제1호(2011. 4), 4면.

59) Vgl. H. Hill(각주 55), Rn. 59; P. Kunig, in: v. Münch/ders., GG III, Art. 103 Rn. 21; E. Schmidt-Aßmann(각주 55), Rn. 236.

60) BVerfGE 64, 389 (394); Ch. Degenhart(각주 55), Rn. 50; H. Schulze-Fielitz(각주 55), Rn.11; 이부하(각주 58), 4면.

61) V. Epping, in: Der Staat 34 (1995), S. 243 (261); H. Hill(각주 55), Rn. 67; H. Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: HStR IV, 3. Auflage 2006, §79 Rn. 59; P. Kunig(각주 59), Rn. 34; E. Schmidt-Aßmann(각주 55), Rn.238.

유보하에 있지 않는 ‘절대적’ 소급효 금지로 평가되고 있다.⁶²⁾ 독일 연방헌법재판소 판례에서도, 절대적 소급효금지는 일반 법규범 전체에 적용되는 것이 아니라, ‘형법’에만 적용된다고 한다.⁶³⁾ 독일 기본법 제103조 제2항의 소급효금지가 징계법상 처분 및 군법상 처분에 적용되는지 여부에는 논란이 있다.⁶⁴⁾ 또한 독일 형사소송법상 공소시효나 기소조건 등 형사소추의 전제조건은 독일 기본법 제103조 제2항상 의미의 형법에 포함되지 않는다고 한다. 즉, 독일 기본법 제103조 제2항은 소급효의 일반적 금지를 의미하지 않는다.⁶⁵⁾

소급효 문제와 관련하여, 독일 연방헌법재판소는 소급효와 관련한 첫 번째 판례⁶⁶⁾에서 형법을 제외하고 소급효를 금지하는 실정법상 어떠한 규정도 존재하지 않는다고 판시하였었다. 연방헌법재판소의 이 판결에서는 형법의 소급효금지의 특별한 지위를 인정한 것이었다.⁶⁷⁾ 그러나 독일 연방헌법재판소는 국경수비대 결정(BVerfGE 95, 96)⁶⁸⁾에서 절대적 소급효금지원칙을 파기하면서 “독일 기본법 제103조 제2항의 절대적 소급효금지의 예외는 헌법 자체에서 허용하고 있다”고 판시하였었다.⁶⁹⁾ 즉, 독일 연방헌법재판소 판례의 변경에 의해, 독일 기본법 제103조 제2항의 절대적 소급효금지는 형벌의 소급효금지로 축소되었다.⁷⁰⁾

2) 독일 연방헌법재판소 제1재판부의 소급효 구분기준

신법이 이미 종료된 사실관계나 법률관계에 작용되는(과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는) ‘진정소급입법’과 신법이 현재 진행 중인 사실관계나 법률관계에 적용되는 ‘부진정소급입법’으로 구분된다.⁷¹⁾ ‘진정소급입

62) Ch. Degenhart(각주 55), Rn. 72; H. Schulze-Fielitz(각주 55), Rn. 43, 47 ff.; E. Schmidt-Aßmann(각주 42), Rn. 177, 238.

63) BVerfGE 2, 237 (265); 7, 89 (95); 26, 186 (203 f.).

64) Ch. Degenhart(각주 55), Rn. 54; H. Schulze-Fielitz(각주 55), Rn. 16; E. Schmidt-Aßmann(각주 55), Rn. 196.

65) F. Klein/G. Barbey, Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen, 1964, S. 9; E. Schmidt-Aßmann(각주 55), Rn. 238; Karl-Peter Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 20, Rn. 284; H. Maurer(각주 61), Rn. 59; 이부하(각주 58), 4-5면.

66) BVerfGE 2, 237 (265).

67) BVerfGE 30, 367 (385).

68) BVerfGE 95, 96 ff.

69) BVerfGE 95, 96 (132).

70) B. Schlink, in: FS für A. Podlech, 1994, S. 55 (62, 64); 이부하(각주 58), 5-6면.

71) 이부하, 헌법상 신뢰보호원칙에 대한 고찰, 한양법학 제21권 제4집, 2010. 11, 159면.

법'은 헌법상 원칙적으로 허용되지 않고 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용되는 반면, '부진정소급입법'은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호 요청 사이의 교량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 입법형성권에 일정한 제한을 가하게 된다.⁷²⁾

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 신법이 적용되는 사실관계나 법률관계의 시점을 기준으로 하여, 완성된 사실관계나 법률관계에 적용되는 경우 '진정소급입법'으로 보며, 신법이 현재 진행 중인 사실관계나 법률관계에 적용되는 경우 '부진정소급입법'으로 구분하여 판단하고 있다.⁷³⁾

진정소급입법은 원칙적으로 금지된다. 이는 입법자의 입법형성권 보다 당사자의 구법질서에 대한 신뢰보호 및 법적 안정성을 보장하기 위해, 특단의 사정이 없는 한 구법에 의해 이미 획득한 법적 권리를 신법에서도 그대로 존중할 의무가 있기 때문이다.⁷⁴⁾ 반면, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용된다.⁷⁵⁾ 다만, 부진정소급입법에 있어서는 소급효가 가지는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 간에 비교형량을 통해, 신뢰보호가 입법자의 입법형성권에 제한을 가하게 된다.⁷⁶⁾ 부진정소급입법에 있어서는 기본권 제한 입법의 위헌 여부 판단 문제에서 형량이 중요한 판단기준이 된다.⁷⁷⁾

3) 독일 연방헌법재판소 제2재판부의 소급효 구분

① '법효과의 소급적용'과 '구성요건적 소급연결'

독일 연방헌법재판소 제2재판부는 사법공조조약 판결⁷⁸⁾에서 '법효과의 소급적용'과 '구성요건적 소급연결'이라는 새로운 개념을 제안하였고, 연방헌법재판소

72) BVerfGE 13, 261 (271 f.); 30, 392 (402 f.); 57, 361 (391); 68, 287 (306); 95, 64 (86); 101, 239 (262 f.). 현재 1989. 3. 17. 88헌마1, 17-18; 1996. 2. 16. 96헌가2등, 84-89; 1999. 4. 29. 94헌바37등, 318; 현재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 884; 현재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 43; 현재 2003. 4. 24. 2002헌바9, 판례집 15-1, 406, 415; 현재 2007. 10. 25. 2005헌바68, 판례집 19-2, 447, 461; 현재 2011. 7. 28. 2009헌바311, 판례집 23-2상, 77, 88; 현재 2014. 7. 24. 2012헌바105, 판례집 26-2상, 23, 27; 현재 2016. 6. 30. 2014헌바365, 판례집 28-1하, 516, 526.

73) BVerfGE 95, 64 (85 f.); BVerfGE 101, 239 (263 f.); 이부하(각주 71), 319면.

74) BVerfGE 30, 272 (285 f.).

75) BVerfGE 72, 200 (257 f.); 97, 67 (78).

76) BVerfGE 43, 291 (391); 67, 1 (15); 75, 246 (280). 현재 1989. 3. 17. 88헌마1, 17-18; 1996. 2. 16. 96헌가2등, 84-89; 1999. 4. 29. 94헌바37등, 318; 2002. 7. 18. 99헌마574, 43.

77) 이부하(각주 71), 159면.

78) BVerfGE 63, 343 (353).

제2재판부는 이러한 소급효 구분 기준을 계속하여 사용하여 왔다.⁷⁹⁾ 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 소급효 문제를 사실관계의 완성 여부 문제로 판단하지 않고, 형식적 기준으로 판단하였다.⁸⁰⁾ 이러한 의미에서 ‘법효과의 소급적용’과 ‘구성요건적 소급연결’은 법치국가원칙에 부합하는 기준이라고 연방헌법재판소 제2재판부는 설명하였다.⁸¹⁾ 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 법규범의 법효과가 법규범의 공포시점 이전에 영향을 미치는가(‘법효과의 소급적용’) 아니면, 법효과가 법규범의 공포 이후에 발생하는가(‘구성요건적 소급연결’)를 구분기준으로 삼아 판단하였다.⁸²⁾

‘법효과의 소급적용’은 구성요건에 해당하는 사실관계가 발생한 후 개정된 법률의 법효과가 과거 상황이 존속할 것이라고 신뢰한 국민의 신뢰보호에 영향을 미치는 문제와 관련된다. ‘법효과의 소급적용’은 일반적인 법치국가원칙, 특히 신뢰보호원칙, 법적 안정성원칙에 기반하여 판단하게 된다.⁸³⁾ 이러한 법치국가원칙들과 관련하여, 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 사후에 부담적 내용의 법률 개정의 효과가 기본권의 보호영역을 제한하기 때문에 해당되는 각각의 기본권을 고려해야 한다고 판시하고 있다.⁸⁴⁾

‘법효과의 소급적용’은 법규범의 시간적 영역에 해당하는 반면, ‘구성요건적 소급연결’은 물적 영역에 해당한다.⁸⁵⁾ 또한 ‘법효과의 소급적용’은 원칙적으로 금지되지만, ‘구성요건적 소급연결’은 원칙적으로 허용된다.⁸⁶⁾ 법률의 공포 전에 ‘개시된’ 사실관계를 법규범의 구성요건에 포섭하는 당해 법규범은 법률의 공포 후 비로소 그 법효과를 발생시키게 된다.⁸⁷⁾ ‘구성요건적 소급연결’은 법효과의

79) BVerfGE 72, 200 (241 f.); 72, 302 (321 f.); 76, 256 (345 ff.); 87, 48 (60 f.); 92, 277 (343 f.); 97, 67 (78 f.); 109, 133 (181).

80) K. Vogel, Rückwirkung: eine festgefahrene Diskussion. Ein Versuch, die Blockade zu lösen, in: FS für Martin Heckel, 1999, S. 875 (876 f.); ders., JZ 1988, S. 837 f.; J. Fiedler, NJW 1988, S. 1624 (1626); B. Pieroth, JZ 1990, S. 280 f.

81) BVerfGE 63, 343 (353 f.); 72, 200 (241 f.); 72, 302 (321 f.); 76, 256 (345 ff.); 87, 48 (60 f.); 92, 277 (343 f.); 97, 67 (78 f.).

82) BVerfGE 61, 1 (15); 63, 343 (353); 72, 200 (241 f.); 72, 302 (321 f.); 76, 256 (345 ff.); 105, 17 (37 f.); 109, 133 (181); 이부하, 소급입법의 구분과 새로운 소급효 개념, 공법연구 제40집 제2호(2011. 12), 322-323면.

83) BVerfGE 45, 142 (167 f.); 72, 200 (242); 97, 67 (78 f.); 109, 133 (181).

84) BVerfGE 72, 200 (242); 이부하(각주 82), 323면.

85) BVerfGE 72, 200 (241 f.); 97, 67 (78 f.).

86) BVerfGE 97, 67 (78 f.); 이부하(각주 82), 323면.

87) BVerfGE 31, 275 (292 ff.); 72, 200 (242); 97, 67 (79); 105, 17 (37 f.); 109, 133 (181).

발생이 법규범의 공포 이전 시간적 상황에 좌우되는 구성요건들은 기본권을 우선적으로 다루고, ‘법효과의 소급적용’ 보다 덜 엄격한 적용을 한다.⁸⁸⁾ 기본권 심사에 있어서 신뢰보호원칙, 법적 안정성원칙, 그리고 비례성원칙 등 일반적인 법치국가원칙들은 실질적인 법의 문제와 관련하여, 기본권의 해석과 적용시 부수적으로 심사하게 된다.⁸⁹⁾ 독일 연방헌법재판소 제2재판부의 ‘법효과의 소급적용’과 ‘구성요건적 소급연결’간 구분은 과거의 ‘사건’ 중심의 시각에서 과거에 적용되는 ‘법규범’으로 그 시각을 전환시켰다.⁹⁰⁾

② 독일 연방헌법재판소 제2재판부의 소급효 구분에 대한 비판

독일 연방헌법재판소 제2재판부의 소급효 구분은 소급효 규범의 형식적 구조가 명확해지고, 구성요건의 완성성이라는 불분명한 기준을 제거했다는 데에 의의가 있다.⁹¹⁾ 그러나 독일 연방헌법재판소 제2재판부의 소급효 구분의 이론구성은 문제점이 많다.⁹²⁾ 최광의의 소급효라는 상위개념하에⁹³⁾ ‘법효과의 소급적용’과 ‘구성요건적 소급연결’간에 어떠한 질적 차이가 있는지 의문시하게 한다. 이러한 최광의의 소급효라는 상위개념으로부터 어떠한 헌법적 기준도 도출해 낼 수 없다.⁹⁴⁾ 결국 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 선박건조계약 판결에서 개념적으로 ‘법효과의 소급적용’을 ‘진정소급효’와 동일하며, ‘구성요건적 소급연결’을 ‘부진정소급효’와 동일하다고 판시하였다.⁹⁵⁾

독일 연방헌법재판소 제2재판부의 소급효 구분기준은 일도양단으로 명확하게 양자간을 구분할 수 없고, 결국 양자의 헌법적 소급효 기준을 임의대로 적용할 수 있도록 사법부에게 재량을 부여하게 된다.⁹⁶⁾ 독일 연방헌법재판소 제2재판부의 소급효 구분의 문제점은 소급효의 개념이 ‘법효과의 본질로부터’ 정해진다는 점에 있다.⁹⁷⁾ 따라서 법효과의 소급적용은 엄격히 보면 불가능한 일이다. 왜냐하

88) BVerfGE 31, 275 (292 ff.); 72, 200 (242); 97, 67 (79); 109, 133 (181).

89) BVerfGE 72, 200 (242 f.); 109, 133 (182); 이부하(각주 82), 323면.

90) T. Rensmann, Reformdruck und Vertrauensschutz, S. 169.

91) T. Rensmann(각주 90), S. 171.

92) Vgl. W. Leisner, in: FS Berber, 1973, S. 271 (284 ff.); St. Muckel, Kriterien, 1989, S. 68 ff.; B. Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981, S. 79 ff.

93) BVerfGE 72, 200 (243).

94) E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl., 2004, §26 Rn. 86; St. Muckel, JA 1994, S. 13 (14).

95) BVerfGE 97, 67 (78 f.); 이부하(각주 82), 324-325면.

96) T. Rensmann(각주 90), S. 169.

97) K. Vogel, Rückwirkung: eine festgefahrene Diskussion. Ein Versuch, die Blockade zu lösen, in: FS für

면, 법률의 효력을 시간적으로 선일자로 두는 것은 불가능하기 때문이다.⁹⁸⁾ 연방 헌법재판소 제2재판부가 범규범의 시간적 및 물적 적용간의 구분을 중요하게 고려할 경우, 범규범은 개념논리적으로 장래를 향하여 효력을 발휘하고 범규범의 효력이 시간적으로 선일자로 발생하도록 정할 수 없게 된다.⁹⁹⁾

입법자가 법률의 효력을 법률의 공포 이전 내지 이후로 법에 규정함으로써 임의적으로 조작할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 자신이 고안한 양자의 기준을 가지고 법률효력의 발생 시점을 자의적으로 설정할 가능성이 높다.¹⁰¹⁾ 현재와 과거를 연결하는 형태는 매우 다양하고 복합적인 법적 규범구조가 존재하여, 이러한 모든 영역에 대해 중간단계를 설정함 없이 또는 더 상세한 구분을 하지 않고 ‘법효과의 소급적용’과 ‘구성요건적 소급연결’이라는 양자로 모든 경우를 포섭하기는 어렵다는 문제점이 있다.¹⁰²⁾

4) 이 결정에서 형벌소급금지원칙의 적용 여부

독일 연방헌법재판소는 “독일연방공화국의 사법권의 확장은 법치국가원칙(독일 기본법 제20조 제3항, 제28조 제1항 제1문)에 비추어 평가되어야 한다. 구 독일민주공화국(동독) 영토까지 사법권을 확장하는 것은 본 심판사건과 관련된 당사자들에게 ‘구성요건적 소급연결’¹⁰³⁾(tatbestandliche Rückkanknüpfung)의 경우에 해당될 수 있는지 여부에 대한 판단은 또다시 논의가 필요한 일이다. 이는 상대적으로 보호가치있는 이익형량에 따라 즉, 비교형량에 의해 결정되는 한계가 있다.¹⁰⁴⁾ 결국 이러한 한계는 헌법상 법치국가원칙에 근거를 둔 비례성원칙에서 도출된다. 독일 분단의 극복과정에서 발생한 상황에서 형법 제94조 및 제99조의 구성요건에 기초를 둔 형벌권이, 1990년 10월 3일자로 독일 통일의 효력이 발생한 시점에 자신의 생활근거를 구 독일민주공화국(동독) 영토에 가지고 있었고, 오로

Martin Heckel, 1999, S. 875 (877).

98) St. Muckel(각주 92), S. 73; ders., Die Rückwirkung von Gesetzen, JA 1994, S. 14.

99) St. Muckel(각주 92) S. 73; ders.(각주 98), Die Rückwirkung von Gesetzen, S. 14; 이부하(각주 82), 325면.

100) P. Kirchhof, Rückwirkung von Steuergesetzen, StuW 2000, S. 221 (223); A. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, S. 484.

101) St. Muckel(각주 92), S. 73.

102) B. Pieroth(각주 80), S. 279 (280 f.); 이부하(각주 82), 325면.

103) Vgl. BVerfGE 72, 200 (242).

104) Vgl. BVerfGE 76, 256 (356); 78, 249 (284).

지 구 독일민주공화국(동독) 영토에서 과거에 간첩행위로 인해 강제구인 뿐만 아니라, 형사처벌을 한다면, 이러한 형벌권 행사는 비례성원칙을 위반하게 될 것이다. 그러므로 이러한 경우에 처한 국민들을 위해서 헌법에 직접 근거를 둔 형사소추 장애사유가 발생한다.”고 판시하였다.

독일 연방헌법재판소는 이 사건에서 구 독일민주공화국(동독) 국가보안부 소속 직원이나 요원들이 독일 통일 이전에 독일연방공화국이나 북대서양조약기구회원국에 대하여 행한 간첩죄 등의 범죄를 이유로 통일 이후 형사소추나 형사처벌하는 것이 ‘법효과의 소급적용’에 해당하는지 아니면, ‘구성요건적 소급연결’에 해당하는지 여부에 대한 판단은 유보하였다. 독일 연방헌법재판소는 어떠한 소급효 인지에 대한 판단 대신 비례성원칙에 의한 심사를 해야 한다고 설시하고 있다.

(4) 간첩죄 등의 범죄를 이유로 통일 이후 형사소추나 형사처벌하는 것이 비례성원칙에 반하는지 여부

1) 이 결정에서 판시내용

“국가의 형벌은 법규범 차원에서 형벌부과 및 위하된 형량, 형벌인식 차원에서 책임의 정도 및 형벌 필요성의 정도에 따른 양형 등 여러 단계에서 법치국가원칙으로부터 요구되는 비례성 심사를 받게 된다. 또한 그 가운데 놓여 있는 형사소추에 대한 결정도 비례성 심사를 거쳐야 한다.”¹⁰⁵⁾

“형벌의 목적 달성의 관점에서, 형사소추의 적합성과 필요성은 기본적으로 형법상 구성요건에 해당해야만 비로소 형벌의 목적을 달성할 수 있다. 여기서는 비례성원칙의 세 번째 단계인 좁은 의미의 비례성원칙 심사가 본래적인 의미를 갖게 된다. 좁은 의미의 비례성 심사 단계에서 적합하고 필요하다고 인식되어 선택된 형사소추 및 형벌부과라는 수단이 이러한 형사조치와 관련된 당사자에 대한 기본권 제한을 고려하여, 선택된 수단을 통해 달성할 수 있는 보호법익과의 사이에 적절한 관계에 있는지 여부를 심사하게 된다. 만약 선택된 수단이 관련 당사자의 권리를 부적절하게 침해하는 결과를 가져온다면, 경우에 따라서는 정당하게 추궁된 보호법익이 후퇴되어야 하는 상황이 발생할 수 있다.”¹⁰⁶⁾

105) BVerfGE 92, 277 (325).

106) BVerfGE 90, 145 (185); BVerfGE 92, 277 (326).

“좁은 의미의 비례성원칙은 기본권을 제한함으로써 추구되는 공공복리와 이를 통해 당사자의 법익에 대한 불리한 영향 간에 비교형량을 한다. 상호간에 관련되어 있고, 형량되어야 하는 상반된 이익들 간의 중요성으로 인해, 각각의 이익들에 전제가 되어 관련된 제한규정들의 조건과 영향의 상호작용 속에서 평가해야 할 필요성이 있다. 좁은 의미의 비례성원칙은 그 자체로는 국가의 제한에 의해 발생하는 어떠한 조건과 영향을 비교형량함에 있어서 고려해야 하는지, 어떠한 경우에 그 수단이 비례적인지 아니면 반비례적인지에 대한 대답을 줄 수 있는 내용적 요소를 가지고 있지 않다.¹⁰⁷⁾ 따라서 각각의 개별적 사건에서 헌법적 가치 판단에 입각한 결정이 요구된다. 이는 또한 형법 영역에서 국가의 제한의 경우에도 동일하게 적용된다. 형사처벌의 위하나 형벌의 대소 등에 대한 비례성원칙 판단에 관한 한, 행위자에게 가해지는 형사처벌 대상 행위의 결과가 법익침해 및 개별책임의 정도와 상응하는 관계에 있을 것을 요구하는 책임의 기본원칙은 형사처벌을 제한하는 효과면에서 헌법상의 비례성원칙과 일치한다고 볼 수 있다.¹⁰⁸⁾ 그에 반해, 다른 형법상의 조치에 대한 판단은 다른 조건들이 고려되어야 한다.¹⁰⁹⁾ 만약 통일과정에서 발생한 전례가 없고 반복될 수 없는 유일무이한 국가법적 내지 형법적 상황에서 이와 같은 특별한 사건이 발생하면, 그 자체로는 형벌목적에 관철하기 위해 적합하고 필요한 형사처벌의 대상이 되는 특정 행위에 대한 형사소추가 관련 당사자의 법적 지위를 심각하게 침해하는 결과를 가져와서, 이러한 침해결과가 형사소추를 통해 달성할 수 있는 보호법익 보다 월등하게 큰 비중을 차지하지 않을까 의문이 든다.”¹¹⁰⁾

“만약 독일민주공화국 시민이 독일민주공화국 영토에서 간첩활동을 하였고, 독일연방공화국이 이러한 범행자에 대한 형벌권을 자신의 국가권력에 의해 구 독일민주공화국 영토까지 확장하여 행사한다면, 이러한 간첩죄의 특수성은 비례성원칙의 심사에 있어서 특수하게 고려되어야 하는 계기가 된다. 이러한 간첩죄의 특수성으로 인해 형사처벌의 대상이 되는 다른 범죄행위와 구별되게 간첩활동에 대한 형사소추는 관련 당사자에게 매우 심각한 영향을 준다. 따라서 독일연

107) Vgl. Georg Ress, in: Rechtsstaat in der Bewährung, Band 15, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäischen Rechtsordnungen, 1985, S. 5 (21 f.); Hanack, Leibziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1992, §62 Rn. 8.

108) Vgl. BVerfGE 50, 205 (215).

109) Vgl. §62 StGB, §121 Abs. 1 StPO; Dreher/Tröndle, Kommentar zum StGB, 47. Aufl., 1995, §62 Rn. 1.

110) BVerfGE 92, 277 (327).

방공화국이 자신에 대하여 범한 간첩활동에 대해 형사소추를 통해 얻을 수 있는 이익은 후퇴 내지 포기되어야 한다.”¹¹¹⁾

2) 이 결정에서 비례성원칙에 대한 평가

독일 연방헌법재판소는 목적에 대한 수단의 비례성 여부에 관해 “각각의 개별 적 사건에서 헌법적 가치판단에 입각한 결정”¹¹²⁾이 요구된다고 판시하고 있다. 그러나 비례성 심사 중 좁은 의미의 비례성원칙 심사에서 헌법재판소가 어떠한 가치판단에 입각해야 하는지에 대한 구체적인 제시가 없었다.

비교형량에 있어서 ‘양 법익의 균형’을 어느 정도로 엄격하게 인정할 것인가 여부에 따라 심사강도는 달라질 수 있다. 그런데 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유를 전제로 하여, 입법자의 법익형량이 자의적이거나 일관성이 결여되거나 균형이 파괴된 것이 명확한 경우로서 기본권 주체에게 과도한 부담이 되는 경우, 비례성원칙을 위반한 것이라 판단할 수 있다.

좁은 의미의 비례성원칙을 ‘상당성’ 원칙 또는 ‘균형성’ 원칙이라고도 일컫는데, 개별 사건의 경우에 무엇이 상당한가 또는 균형적인가를 판단해야 한다. 그러나 좁은 의미의 비례성원칙은 형량해야 할 이익간의 문제¹¹³⁾로 귀결되고 형량에 사용할 합리적이고 기속력있는 구체적인 기준이 부재하다는 문제점을 지니고 있다.¹¹⁴⁾ 좁은 의미의 비례성원칙에 의해 구체적으로 판단할 때, 명확한 기준이 결핍되어 있기 때문에 판단주체인 법원이나 헌법재판소의 주관적인 판단과 선입견이 개입할 가능성이 높다.¹¹⁵⁾

독일 연방헌법재판소의 이러한 비교형량 심사를 지지하는 입장에서는 헌법에는 특정한 법익이 명확히 우월하다는 규정이 없다고 한다. 그럼에도 불구하고 유

111) BVerfGE 92, 277 (328).

112) BVerfGE 92, 277 (327).

113) 슈테른(Stern) 교수는 법익형량이란 두 개의 상충하는 법익간의 중요도를 평가하는 것을 목표로 불가피하게 충돌하는 법익의 서열을 비교하는 것이라고 정의한다. 구체적으로 (1) 헌법적 지위를 가지는가 단순한 법률상의 지위를 가지는가, (2) 헌법상 법익간 상위의 가치 확정가능성, (3) 고유한 평가범주의 필요, (4) 기본권 법익의 경합, (5) 특정한 기본권이 다른 기본권을 전제로 하는 것, (6) 주변영역이 침해될 뿐이 기본권, (7) 연방헌법재판소에 의한 추상적·구체적 우월성의 인정, (8) 법익형량과 비례성 원칙 등의 원칙을 제시하고 있다(K. Stern, Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, §84).

114) B. Schlink, in: Festschrift für 50 Jahre BVerfG, 2001, Bd. II, S. 445, 460 ff.

115) 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 제13권 제2호(2007. 6), 286면.

연하게 법익간의 법질서를 확립하고 있다고 한다. 즉, 연방헌법재판소 예단의 체계화 방법으로 구체적인 사안에서 특정 원칙이나 가치에 의해 우월한 법익 판단을 한다는 것이다.¹¹⁶⁾ 이는 비교형량을 하나의 논거 모델 또는 논증 모델로 이해하는 것이다. 그러나 각각의 사건마다 정확히 하나의 답을 제대로 도출해 낼 수 없는 경우가 많다.

이러한 비교형량에 대해 비판하는 입장에서는 독일 기본법으로부터는 경우에 따라 제한과 제한의 목적 간에 선호되는 법규정을 도출할 수 있을 뿐이지, 비교형량의 기준으로 기능하는 ‘헌법적 가치’의 전체적인 우선순위를 도출해 낼 수 없다. 비교형량은 법적인 토대를 제공하지 못할 뿐만 아니라, 합리적이고 기속적인 기준을 제공하지 못하며,¹¹⁷⁾ “사건의 시각에서의 혼합과 언어적 암시, 설명되지 않는 선이해”¹¹⁸⁾에 불과하다. 또한 비교형량을 사용하는 것은 정치 시스템을 활용하는 것이다.¹¹⁹⁾ 그리고 주관적인 가치 판단의 일반화 위험성 및 해당 법조문을 간과할 위험성,¹²⁰⁾ 수많은 기본권 제한을 감추는 위험성,¹²¹⁾ 법적 안정성의 감소 위험성,¹²²⁾ 개별 사건에서 법익형량의 반도그마틱적 성격의 위험성¹²³⁾ 등을 지니고 있다.

비례성원칙에서 사용하고 있는 헌법적 형량은 정확한 기준이 없고, 헌법재판소의 임의적 판단에 의해 좌우되는 결과에 이른다. 이는 당연히 헌법재판관들이 명확한 기준을 설정함 없이 주관적·임의적 판단에 의해 결론을 내리는데 기인한다. 사익과 공익간의 중요성을 지닌 비교할만한 가치가 없거나 형량 관련성이 없거나 희박할 뿐만 아니라, 확실할만한 중요성 기준과 비교 기준을 찾아내는 것이 불가능하다.¹²⁴⁾

116) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 138 ff., 143 f., 504 ff.; R. Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989, S. 18 ff., 23 ff.

117) B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 127 ff.; Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 20. Aufl., Rn. 310 ff., 314 ff.

118) F. Müller, *Einheit der Verfassung*, 1979, S. 199.

119) B. Schlink(각주 117), S. 153, 157, 190.

120) F. Müller, *Normstruktur und Normativität*, 1966, S. 208 ff.; ders., *Juristische Methodik*, 7. Aufl. 1997, Rn. 71 f.

121) B. Schlink(각주 117), S. 47, 200 ff.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg, 1995, Rn. 72.

122) F. Ossenbühl, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit(Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte*, *Jura* 1997, S. 617 (621).

123) H.-M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 2. Aufl. 1991, Rn. 50 ff.

124) B. Schlink(각주 117), S. 214 ff.

슬링크(Schlink) 교수는 독일 연방헌법재판소 판례에서 좁은 의미의 비례성 원칙이 중요한 역할을 수행해 왔다는데 이의를 제기했다. 왜냐하면, 이러한 좁은 의미의 비례성원칙의 심사는 최소한의 보장과 관련된 수단의 적합성 또는 필요성의 관점으로 다시 환원되어질 수 있기 때문이다. 정당한 목적을 위한 수단의 적합성과 필요성을 논증할 때, 당해 이익들간의 비중이나 형량 문제는 관련성이 없다. 그러나 독일 연방헌법재판소 판례에서 수단의 적합성과 필요성 심사는 실질적 의미를 가지지 못하고, 형식상 형량심사만 수행하고 있다고 비판하고 있다.¹²⁵⁾

(5) 이 결정 이후 상황

독일 연방헌법재판소 제2재판부는 이 구 동독 간첩(DDR-Spione) 결정 이후 소급효의 구분기준으로 계속하여 ‘법효과의 소급적용’과 ‘구성요건적 소급연결’ 양자로 구분하는 방식을 사용하고 있다. 이 결정은 통일 후 서독 형법의 구 동독 지역 적용과 관련한 국경수비대 결정(BVerfGE 95, 96)에 인용되었고, 큰 영향을 미쳤다.

독일 연방헌법재판소는 국경수비대 결정에서 다음과 같이 결정요지를 실시하고 있다. “독일 기본법 제103조 제2항의 소급효금지원칙은 절대적이며, 엄격한 공식화를 통해 법치국가적 및 기본권적 보장 기능을 수행한다. 또한 형사소송 당시에 범죄에 해당되지 않는다면, 범죄시 법률적으로 규율된 정당화 근거가 적용될 수 있다. 또한 독일 기본법 제103조 제2항이 불문의 정당화 근거의 존속에 대한 신뢰를 보호하는지 여부와 어느 정도 보호하는지는 결정되지 않았다. 독일 기본법 제103조 제2항의 엄격한 소급효금지원칙은 기본권에 기속된 민주적인 입법자에 의해 제정된 형법이 부여하는 특별한 신뢰의 기초 위에 법치국가적 정당성을 갖는다. 가장 심각한 범죄적 불법 영역에 대해 국가 공권력이 성문법 규범을 넘어서서 불법을 요구함으로써 국제 사회에서 일반적으로 인정되는 인권을 심각하게 무시함으로써, 그 정당성 근거에 의해 형벌을 배제하는 경우 그러한 특별한 신뢰의 기초는 흠결된다. 독일 기본법 제103조 제2항에 의한 엄격한 신뢰보호는 인정되지 않아야 한다.”고 판시했다.¹²⁶⁾

125) B. Schlink(각주 117), S. 75, 206; Pieroth/Schlink(각주 117), Rn. 316.

126) BVerfGE 95, 96 (133).

독일 연방헌법재판소는 구 동독법을 인권친화적 관점에서 해석함으로써, 독일 기본법 제103조 제2항에서 요구하는 형벌 규정의 명확성원칙을 강조하는 연방최고법원의 견해를 무시했다. 또한 형벌의 소급효 논증을 임시변통으로 얼버무렸다. 독일 연방헌법재판소의 국경수비대 결정은 한편으로, 해석방법의 완전한 교체를 통해 새로운 실체법 해석과 법제정 간의 한계를 넘어섰다.¹²⁷⁾ 다른 한편으로, 비(非)역사적 주장으로 과거청산의 관점에서 해석을 했다. 이 결정에서는 법적용의 문제로 본 것이 아니라, 법시스템 왜곡 관점에서 국제적 인권보호 요구에 일치시키는 듯한 모양으로 법적 문제의 본질을 은폐하고, 구 동독의 법시스템의 문제로 전가시켰다.¹²⁸⁾

독일 연방헌법재판소는 구 동독 정권의 불법에 대한 처벌은 독일 기본법 제103조 제2항의 소급효금지원칙을 위반할 경우에만 고려될 수 있다고 판시하였다. 독일 연방헌법재판소는 구 동독법의 정당화 근거로서 소급효를 고려하지 않음에 대한 정당성을 두 가지로 논증하고 있다. 첫째, 소급효금지원칙의 절대성은 민주적 정당성을 지니고 법치국가적으로 훈련된 입법자를 기속함으로써, 독일 기본법 제103조 제2항에 명확히 규정된 소급효금지원칙은 실질적 정의 원칙과의 형량을 위해 개방되어 있다. 둘째, 국제법적으로 보장된 인권 보장은 불법국가에서 소급효금지원칙에 의해 매개되는 신뢰보호의 한계를 정하기 위해 요구된다.

첫 번째 논거에 대한 반론으로, 독일 기본법 제103조 제2항의 절대적 소급효금지원칙의 상대화에 대해 이의를 제기할 수 있다. 법적 안정성과 실질적 정의 간에 상충 문제를 형벌권의 성문법에의 엄격한 기속을 위해 독일 기본법 제103조 제2항에서는 소급효금지원칙을 규정한 것이라고 한다.¹²⁹⁾

독일 기본법 제103조 제2항의 형벌의 소급효금지는 독일 기본법의 특별한 규범적 문맥에서 해석되어야 한다는 독일 연방헌법재판소의 견해에 동의할 수밖에 없다.¹³⁰⁾ 소급효금지의 엄격한 공식화는 그 한계가 설정되어야 한다. 엄격한 소급효금지와의 충돌에 있어서 이는 필연적으로 헌법 내용과 관련되어 있다. 국경수비대 결정의 본질적인 문제점은 헌법상 ‘명확성원칙’과 독일 기본법 제103조 제2항의 ‘소급효금지원칙’의 퇴보에 있다.

127) J. Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, Bd. IX, §202, Rn. 160.

128) G. Jakobs, in: J. Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 37 (53).

129) H. Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1997, S. 421 (432); J. Isensee(각주 127), Rn. 162.

130) K. Stern, Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1999, S. 2118 ff.

독일 연방헌법재판소는 형벌의 소급효금지를 통해 보장하는 ‘법적 안정성’과 ‘실질적 정의’ 간에 상충 문제를 명확하게 판단했어야 했다. 국경수비대와 그들의 지휘관이 독일 내 경계에서 망명자(피난민)들을 사살할 것은 국제법상 범죄로 인정되어질 수 있으므로, 구 동독법에 의하면 처벌되지 않더라도 독일연방공화국 법원에서 소송되어질 수 있다.

VI. 우리나라에 대한 시사점

1. 평등원칙의 심사기준에 있어서 시사점

(1) 우리나라 헌법재판소의 평등원칙의 심사기준의 문제점

우리나라 헌법재판소는 평등원칙 위반 여부를 심사함에 있어서 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법 형성권의 범위에 따라 달라지게 될 것¹³¹⁾이라고 한다. 또한 우리나라 헌법재판소는 평등위반 여부를 심사함에 있어, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(즉, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특별히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우)와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 ‘엄격한 심사척도’가 적용되어야 하고, 그렇지 않은 경우에는 ‘완화된 심사척도’에 의한다는 기준을 적용하고 있다.¹³²⁾

첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우이다.¹³³⁾ 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는

131) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787; 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626, 판례집 21-1상, 211, 227; 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 453; 헌재 2011. 6. 30. 2010헌마542, 판례집 23-1하, 545, 563; 헌재 2013. 9. 26. 2011헌바272, 판례집 25-2상, 683, 690.

132) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 770, 787; 헌재 2007. 3. 29. 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335, 346; 헌재 2008. 12. 26. 2005헌바34, 판례집 제20권 2집 하, 594, 607; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마 870, 판례집 제21권 2집 상, 348, 361-362; 헌재 2013. 9. 26. 2011헌바272, 판례집 25-2상, 683, 691.

133) 헌재 2008. 12. 26. 2006헌마1192, 판례집 20-2하, 787, 805; 헌재 2010. 4. 29. 2007헌바144; 헌재 2011. 11. 24. 2010헌바2; 헌재 2013. 11. 28. 2011헌마437, 공보 제206호, 1725, 1730; 헌재 2015. 11. 26. 2014헌바299, 판례집 27-2하, 218, 229.

영역을 제시하고 있다면, 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다고 한다.

헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우로는 헌법 제11조 제1항, 헌법 제36조 제1항, 헌법 제41조 제1항, 헌법 제67조 제1항 등이다. 이 경우 헌법 제11조 제1항의 ‘사회적 신분’에 어떠한 신분이 이에 해당되는지가 불분명하다. 또한 이러한 헌법 규정에 해당하기만 하면, 무조건 ‘엄격한 심사척도’(비례성원칙)가 적용되어야 하는지도 불분명하다.

둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우이다. 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 입법형성권이 축소되어 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다고 한다.¹³⁴⁾

여기서 기본권에 대한 ‘중대한 제한’의 판단이 문제된다. ‘중대한 제한’이라는 기준은 ‘중대한’이라는 제한의 정도에 대한 판단이 필요하다. ‘중대한 제한’이라는 불명확한 잣대를 가지고 평등원칙 위반 여부를 심사에서 엄격한 심사기준을 사용하게 되면, 헌법재판소가 자의적이고 주관적인 판단을 할 가능성이 높다.¹³⁵⁾ 왜냐하면, 기본권에 대한 중대한 제한이라는 기준으로 기본권의 제한 정도를 세분화하여 판단하기 어렵고, 기본권 유형별로 기본권의 중대한 제한을 구체화하기도 어렵기 때문이다.¹³⁶⁾

헌법재판소가 ‘기본권에 대한 중대한 제한’이라는 심사기준을 사용하기 위해서는 미리 이에 대한 구체적인 하위기준들을 마련해야 한다. 우리 헌법재판소는 평등원칙 심사에 있어서 미리 결론을 정해 놓고 자의금지원칙(완화된 심사척도)과 비례성원칙(엄격한 심사척도) 중 하나의 평등원칙 심사기준을 선택하는 과정을 전개하고 있다. 평등원칙 심사에 있어서 인(人)관련적 차별이나 사물관련적 차별이나를 먼저 판단한 다음, 이러한 판단에 따라 비례성원칙을 적용해야 하는지 아니면 자의금지원칙을 적용해야 하는지를 판단하는 것이 체계적인 평등원칙 심사과정이라 생각된다.¹³⁷⁾

134) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 749; 헌재 2010. 4. 29. 2007헌바144; 헌재 2011. 11. 24. 2010헌바2; 헌재 2015. 11. 26. 2014헌바299, 판례집 27-2하, 218, 229.

135) 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 법학연구 제51권 제1호(2010. 2), 39면.

136) 이부하(각주 9), 275면.

137) 이부하(각주 9), 276면.

(2) 평등원칙의 심사기준 모색

일반적 평등원칙은 비교대상간에 평등한 취급을 하라는 원칙으로서, 법적으로 주어진 상황에서 차별없이 취급해야 함을 요구한다. 평등한 취급을 하라는 것은 두 개의 비교가능한 대상 간의 차별적 취급을 전제로 한다. 헌법적으로 관련된, 즉 헌법적 정당성을 필요로 하는 경우는 본질적으로 동일한 것을 차별취급을 하는 경우이다.¹³⁸⁾

우리나라 헌법 제11조 제1항 제2문의 성별·종교·사회적 신분(이하 '성별·종교·사회적 신분')에 해당하느냐 아니면 해당하지 않느냐를 형식적으로 판단하게 되면 그에 따른 적용결과상 또 다른 차별을 유발하게 된다. 평등원칙의 심사에 있어서 어떠한 심사기준을 적용할 것인가는 그 차별영역의 실질적 내용을 기준으로 판단해야 한다. 인(人)관련적 차별취급에 해당하느냐 아니면 오직 사물관련적 차별취급에 해당하느냐를 실질적으로 판단하여 상이한 심사기준을 적용해야 한다. 우리나라 헌법재판소가 종래에 사용하는 평등원칙 심사기준에 입각하여 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우이거나 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에 엄격한 심사기준을 적용한다면, 해석·적용자의 의도에 의한 자의적인 결과가 도출될 가능성이 높다. 어떠한 경우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우인지가 명확하지 않다.¹³⁹⁾

독일 연방헌법재판소가 고안한 '자의금지원칙'은 사물관련적 차별취급의 경우에 심사기준으로 작용한다. 자의금지원칙에 의하면, 의도된 차별을 위한 어떤 합리적이고 실질적인 근거를 제시할 수 없을 때, 그러한 차별취급은 평등원칙을 위반하는 것이다. 반면, 인(人)관련적 차별취급에는 '새로운 공식' 내지 '가장 새로운 공식'이 적용된다. 이러한 공식들에 의하면, 상이하게 취급되는 인적 집단 간의 차별은 차별을 정당화하는 '성질'과 '비중'의 차이가 법문에 표현되어야 한다. 따라서 독일 연방헌법재판소가 개발한 평등원칙 심사기준들을 적용함에 있어서는 입법이 '사물관련적 보호영역'¹⁴⁰⁾에 해당하느냐 아니면 '인(人)관련적 보호영역'¹⁴¹⁾에 해당하느냐를 판단하는 것이 중요하다.¹⁴²⁾

138) BVerfGE 49, 148 (165).

139) 이부하(각주 9), 278면.

140) 기본권이 '누구'를 보호하느냐(기본권보유능력)의 문제이다.

141) 기본권이 '무엇'을 보호하느냐(보호법익)의 문제이다.

142) 이부하(각주 9), 281면.

2. 소급효 구분 기준에 있어서 시사점

(1) 소급효의 개념과 종류

법률은 제정 후 그 효력이 발생한 경우 장래에 대해서만 적용되는 것이 원칙이다. 그러나 새로이 제정·개정된 법률이 그 공포·시행 이전에 완성된 사실관계 내지 법률관계에 적용하는 경우가 있는데, 이를 법률의 ‘소급효’라 말한다. ‘소급효’는 특정 법규범이 유효하게 시행되기 전에 그 법규범의 시간적 적용 시점을 과거에 돌으로써 발생한다. 소급적 법률은 과거를 향해 효력을 미치고 현존하는 법상태를 새로이 제정된 법에 의해 규율한다. 우리나라 대부분의 학설에서는 소급입법의 유형에 관해, ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분하는 입장을 고수하고 있다.¹⁴³⁾

(2) 우리나라 헌법재판소의 소급효 구분

우리나라 헌법재판소는 독일 연방헌법재판소 제1재판부가 제시한 소급효 구분과 같이, 소급효를 진정소급입법과 부진정소급입법으로 구분하고 있다.¹⁴⁴⁾ 우리나라 헌법재판소는 ‘사법처사법 시행규칙에 관한 헌법소원’ 사건에서 소급효를 ‘진정소급효’와 ‘부진정소급효’로 구분했다.¹⁴⁵⁾ 우리나라 헌법재판소는 진정소급효와 부진정소급효 간의 구분을 법해석학적 이론을 가지고 제시한 것은 아니었다. 우리나라 헌법재판소는 이 결정에서 진정소급효가 허용되는지 여부, 진정소급효가 언제 그리고 어떠한 조건하에서 허용되는지 여부는 미해결인 채로 남겨두었다.

헌법재판소는 이 결정에서 소급효 구분과 관련하여 “과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상

143) 권영성(각주 44), 564면; 성낙인(각주 44), 254면; 한수용, 법률개정과 신뢰보호: 부진정소급효에 관한 헌법재판소 판례 평석을 겸하여, 인권과 정의 250(1997. 6), 77면.

144) 이에 관련한 독일의 논의를 소개한 논문으로, 김승환, 독일과 한국의 헌법판례에 비추어 보는 법률불소급의 원칙, 헌법학연구 제13권 제3호(2007. 9), 317면 이하 참조.

145) 현재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9.

으로 하는 이른바 부진정소급입법을 상정할 수 있다고 할 것이다. 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적안정성을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법을 하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할 것이나, 후자의 경우에는 구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다고 할 것이다.”¹⁴⁶⁾고 판시하였다.

우리나라 헌법재판소는 진정소급효와 부진정소급효의 원칙과 예외를 다음과 같이 설명하고 있다. “우리 헌법은 제13조 제2항에서 ‘모든 국민은 소급입법에 의하여 …… 재산권을 박탈당하지 아니한다.’라고 규정하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있는데, 일반적으로 과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양을 ① 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 ‘진정소급입법’과, ② 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 ‘부진정소급입법’으로 구분하고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며, 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다는 것이 우리 재판소의 판례이다.”¹⁴⁷⁾

우리나라 헌법재판소는 일관되게 “기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원칙에 의하여 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이지만, 특단의 사정이 있는 경우, 즉 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 정당화될 수 없는 경우에는

146) 헌재 1989. 3. 17, 88헌마1, 판례집 제1권, 9, 17-18.

147) 헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 457-459; 헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680-681; 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318; 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 195; 헌재 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869, 884; 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 633, 638; 헌재 2003. 9. 25, 2001헌마93, 319, 356-357.

예외적으로 허용될 수 있다. 그러한 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우에는 일반적으로, 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다. 이를 대별하면 진정소급입법이 허용되는 경우는 구법에 의하여 보장된 국민의 법적 지위에 대한 신뢰가 보호할 만한 가치가 없거나 지극히 적은 경우와 소급입법을 통하여 달성하려는 공익이 매우 중대하여 예외적으로 구법에 의한 법적 상태의 존속을 요구하는 국민의 신뢰보호이익에 비하여 현저히 우선하는 경우로 크게 나누어 볼 수 있다.”¹⁴⁸⁾고 하여 진정소급입법의 4가지 예외를 실시하고 있다. 그러나 이는 형식적으로 독일 연방헌법재판소에서 판시하고 있는 진정소급입법의 예외를 모방하여 나열한 것에 불과하다. 진정소급입법의 구체적인 예외사유가 특정 사건에서 어떠한 의미를 지니는지를 인식하지 못하고 예외사항만 나열한 것에 불과하다.¹⁴⁹⁾

우리나라 헌법재판소는 「조세감면규제법」 부칙 제13조 등 위헌소원 결정에서 다음과 같이 실시하고 있다. “독일판례의 영향을 받은 우리재판소나 대법원의 판례에 따르면 소급입법에 관하여 진정·부진정 소급효의 입법을 구분하고 있으며 우리재판소의 판례상으로는 불명하나 대법원 판례에 따르면 이 사건 규정은 부진정소급입법에 해당하는 것으로 보인다.¹⁵⁰⁾ 이와 같이 소급입법을 진정·부진정으로 나누는 척도는 개념상으로는 쉽게 구분되나 사실상 질적 구분이 아닌 양적 구분으로, 단순히 법기술적 차원으로 이루어질 가능성이 있으므로 이와 같은 구분의 기준에 관하여 이견이 있을 수 있다. 이 사건 규정과 같이 과세년도 도중에 법이 개정된 경우, 세법상 과세요건의 완성이 과세년도 경과 후에 이루어지며, 그 법의 시간적 적용시점이 과세년도 경과 후이기 때문에 진정 소급효는 아니라고 한다면, 이는 과세요건의 완성을 과세연도 종료 후로 하는 것 자체는 세무회계 내지 조세행정상의 편의성 때문이므로, 사실상 법기술적 차원의 구분에 불과

148) 현재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9; 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 87-88; 현재 1998. 9. 30. 97헌바38, 판례집 10-2, 530, 539; 현재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 193-194; 현재 2011. 3. 31. 2008헌바141 등, 판례집 23-1상, 276, 305; 현재 2013. 8. 29. 2010헌바354 등, 판례집 25-2상, 382, 402; 현재 2013. 9. 26. 2013헌바170, 판례집 25-2상, 761, 781.

149) 이부하(각주 82), 331-332면.

150) 대법원 1983. 4. 26. 선고, 81누423; 1983. 12. 27. 선고, 81누305 판결 참조.

하다.”¹⁵¹⁾

우리나라 헌법재판소가 인정하고 있듯이, 소급입법을 진정소급입법과 부진정소급입법으로 구분하는 것은 질적 구분이 아닌, 양적 구분이다. 이러한 구분 기준에 의해 양자가 명확하게 구분되지 않는다. 진정소급입법과 부진정소급입법 간의 구분은 단순히 법기술적 차원으로 이루어질 가능성이 높다.

(3) 평가

우리나라 헌법재판소는 판례에서 진정소급입법과 부진정소급입법 간 구분의 어려움을 자백하고 있으며, 이러한 양자의 구분이 사건 해결에 적합하지 않음을 시인하고 있다. 왜냐하면, 법률이 이미 완성되고 과거에 속한 행위와 관련되는지 또는 이러한 행위로부터 기인하여 현재 아직까지 지속되는 상태와 관련되는지 여부는 단지 법기술의 문제이기 때문이다. 입법자가 사건이 발생한 이후에 제·개정된 법규범에 의해 그 법적 효과를 좌우하는 전제조건을 설정하고 동시에 새로운 법규범이 이전의 사실관계를 규율하도록 규정하는 경우가 빈번하다. 입법자의 행위에 의해 자의적으로 소급입법의 허용성에 대한 법적 평가기준이 조작될 수 있다는 위험이 항상 존재한다는 것이다.¹⁵²⁾

독일 연방헌법재판소 제1재판부처럼 사실관계나 법률관계의 완성성 여부로 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’로 구분하는 것은 문제점이 많다. 특히 부진정소급입법과 관련하여, 소급효를 가진 법률은 즉시 효력을 발휘하는 것이 일반적이다. 따라서 부진정소급입법은 본질적 의미에서 소급입법이라고 할 수 없다.¹⁵³⁾

우리나라 헌법재판소가 소급입법을 구분함에 있어서 구성요건의 완성 여부를 기준으로 진정소급입법과 부진정소급입법으로 구분하는 것은 소급입법의 적절한 구분 기준이 될 수 없다. 진정소급입법과 부진정소급입법으로의 구분은 소급입법의 개념이 불명확할 뿐만 아니라, 실제 사건에서 소급입법 구분 기준으로 사용하기에 부적절하다. 구성요건의 완결성이란 기준은 매우 불명확하며 소급입법의 효과 발생을 구성요건의 완결성에 두는 것은 국민의 신뢰보호를 침해하며 불완전한 결과를 초래하고, 구성요건의 완결성 시기 판단에 있어서 법적용상의 자의가

151) 현재 1995. 10. 26, 94헌바12, 판례집 제7권 2집, 447, 457.

152) 이부하(각주 82), 333면.

153) V. Götz, in: FS BVerfG und GG Bd. II, 1976, S. 421 (424); 이부하(각주 82), 328면.

행사될 위험이 높다.¹⁵⁴⁾

우리나라 헌법재판소가 구체적인 사건에 실질적 해결책을 제시하지 못하고 구성요건의 완결성 여부에 의해 진정소급입법과 부진정소급입법 양자로 구분하는 것은 형식적인 구분이라 할 수 있다. 우리나라 헌법재판소가 취하는 소급입법 구분에 있어서 진정소급입법의 경우, 원칙적인 불허용과 예외적 허용이라는, 부진정소급입법의 경우, 원칙적인 허용과 예외적인 불허용이라는 원칙 대(對) 예외 관계에 합당한 헌법적 기준이 부재하다.¹⁵⁵⁾

154) 박종수, 조세법률의 소급효와 신뢰보호, 세무학연구 제24권 제2호(2007. 6), 86면.

155) 이부하(각주 82), 333면.

참 고 문 헌

○ 단행본

- Albert, Markus, Vertrauensschutz und rückwirkende Besteuerung, Bonn 2005.
- Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1986.
- Dechsling, Rainer, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, München 1989.
- Hey, Johanna, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Köln 2002.
- Huster, Stefan, Rechte und Ziele—Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993.
- Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983.
- Klein, Friedrich/Barbey, Günther, Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen, Bonn 1964.
- Kunig, Philip, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986.
- Leisner, Anna, Kontinuität als Verfassungsprinzip, Tübingen 2002.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988.
- Muckel, Stefan, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, Berlin 1989.
- Müller, Friedrich, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966.
- Müller, Friedrich, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte—Staatsrecht II, 24. Aufl., Heidelberg.
- Pieroth, Bodo, Rückwirkung und Übergangsrecht, Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung, Berlin 1981.
- Podlech, Adalbert, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971.
- Schlink, Bernhard, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- Weber-Dürler, Beatrice, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983.

○ 논 문

- 김승환, 독일과 한국의 헌법판례에 비추어 보는 법률불소급의 원칙, 헌법학연구 제 13권 제3호(2007. 9).
- 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호 (2008. 8).

- 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 헌법논총 제11집(2000).
- 나인균, 헌법재판과 국제법규범, 헌법논총 제4집(1993. 12).
- 남복현, 헌법 제6조 제1항의 구체적 의미, 한양법학 제23집(2008. 6).
- 박종수, 조세법률의 소급효와 신뢰보호, 세무학연구 제24권 제2호(2007. 6).
- 박진완, 자의금지와 비례성의 원칙, 헌법판례연구 5(2003. 11), 박영사.
- 이부하, 헌법상 소급효금지의 원칙과 예외, 세계헌법연구 제17권 제1호(2011. 4).
- 이부하, 소급입법의 구분과 새로운 소급효 개념, 공법연구 제40집 제2호(2011. 12).
- 이부하, 헌법상 신뢰보호원칙에 대한 고찰, 한양법학 제21권 제4집(2010. 11).
- 이부하, 헌법상 평등원칙에 대한 심사기준, 법학연구 제19권 제2호(2011. 8).
- 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 제13권 제2호(2007. 6).
- 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 부산대 법학연구 제51권 제1호(2010. 2).
- 한수웅, 법률개정과 신뢰보호: 부진정소급효에 관한 헌법재판소 판례 평석을 겸하여, 인권과 정의 250(1997. 6).
- 한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 헌법논총 제9집(1998).
- 홍강훈, 평등권의 심사원칙 및 강도에 관한 연구, 공법연구 제41집 제1호(2012. 10).
- Brüning, Christoph, Die Rückwirkung von Legislativakten, NJW 1998.
- Bryde, Brun-Otto/Kleindiek, Ralf, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999.
- Depenheuer, Otto, Vertrauensschutz durch Eigentum, in: P. Albrecht/H.-J. Bartels/H. Heiss (Hrsg.), Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft, Karlsruhe, 2007.
- Fiedler, Jürgen, Neuorientierung der Verfassungsrechtsprechung zum Rückwirkungsverbot und zum Vertrauensschutz?, NJW 1988.
- Fischer, Kristian, Die Verfassungsmäßigkeit rückwirkender Normen, JuS 2001.
- Götz, Volkmar, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Chr. Starck (Hrsg.), BVerfG und GG Bd. II, 1976.
- Heinegg, Wolff Heintschel von, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.03.2015 (Edition 25), Art. 25.
- Herdegen, Matthias, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung, 37. Ergänzungslieferung (Stand: August 2000), Art. 25.
- Hesse, Konrad, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, FS für Peter Lerche, 1993.
- Hesse, Konrad, Diskussionsbeitrag, in: Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, 1981, Baden-Baden, 1982.

- Heun, Werner, Freiheit und Gleichheit, in: Merten/Papier, HGR, Bd. II, 2006, §34.
- Isensee, Josef, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999.
- Isensee, Josef, Das Grundrecht als Abwehrrecht und die staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, §111.
- Jarass, Hans D., Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG, NJW 1997.
- Kirchhof, Paul, Rückwirkung von Steuergesetzen, StuW 2000.
- Kirchhof, Paul, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, §124.
- Maurer, Hartmut, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl., Heidelberg, 2006, §79.
- Müller, Georg, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989).
- Nettesheim, Martin, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung, 54. Ergänzungslieferung (Stand: Januar 2009), Art. 59.
- Ossenbühl, Fritz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit(Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, Jura 1997.
- Pieroth, Bodo, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1990.
- Rensmann, Thilo, Reformdruck und Vertrauensschutz, JZ 1999.
- Ress, Georg, in: Rechtsstaat in der Bewährung, Band 15, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäischen Rechtsordnungen, 1985.
- Sachs, Michael, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997.
- Schaumburg, Heide, Rückwirkung und Planungssicherheit im Steuerrecht, DB 2000.
- Schlink, Bernhard, Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit, FS für Adalbert Podlech, Baden-Baden 1994.
- Schoch, Friedrich, Der Gleichheitssatz, DVBl. 1988.
- Schuppert, Gunnar Folke, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 47 (1989).
- Streinz, Rudolf, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 59.
- Vogel, Klaus, Rückwirkung: eine festgefahrene Diskussion. Ein Versuch, die Blockade zu lösen, in: Kästner, K.-H., u.a. (Hrsg.), Festschrift für Martin Heckel zum 70. Geburtstag, 1999.
- Wernsmann, Rainer, Grundfälle zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Gesetze, JuS 1999.

동독 체제불법의 형법적 과거청산에 있어서 법치국가적 한계

- 독일 연방헌법재판소 국경수비대 결정에 대한 판례평석을 겸하여 -
(BVerfGE 95, 96-143. 1996. 10. 24.)

한 수 응*

I. 사건 개요

1. 사건의 배경

(1) 1949년부터 1961년 중반까지 약 250만 명의 구(舊) 동독 거주자가 구 동독에서 서방으로 탈출하였다.¹⁾ 1961년 세계정치상황의 변화로 인하여 탈출자의 수가 크게 증가함에 따라 1961년 8월 구 동독 각료회의는 구 소련 및 바르샤바조약 회원국들과의 회담 후 동서독 국경을 완전히 폐쇄하기로 결정하였다. 1961년 8월 12일 밤에서 13일 아침에 이르기까지 베를린지역 국경은 가시 철조망과 바리케이드로 차단되었고, 그 후 베를린장벽과 지뢰, 자동발사장치 등이 설치되었으며, 나머지 국경에서도 동독인의 탈주를 방지하기 위한 안전장치가 강화 또는 구축되었다. 이로 인하여 국경을 넘고자 하는 많은 탈주자들이 지뢰, 자동발사장치, 국경수비대원의 총격으로 인하여 사망하였다.

(2) 1989. 11. 9. 동서독을 가로막던 장벽이 무너지기까지 동서독 국경에서 최소한 270명이 동독에서 서독으로의 탈주를 시도하다가 사망하였다.²⁾ 그

* 중앙대학교 법학전문대학원 교수

1) 1994. 7. 26.의 BGH 판결, JZ 1995, S.45; 법무부, 통일독일의 구동독 체제불법청산 개관, 1995, 475면, 500면 이하, 513면 참조.

2) Rensmann, BVerfGE 95, 96-Mauerschützen, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung,

중에서 단지 일부의 살인 사건만이 연방헌법재판소의 ‘국경수비대 결정’의 사실관계를 구성하지만, 연방헌법재판소의 객관적이면서도 지나라한 사실관계의 서술에서, 단순한 통계수치로는 도저히 전달할 수 없는 국경수비체제의 잔혹함이 드러나고 있다.³⁾

동독을 탈출하고자 하는 젊은이들이 지뢰를 밟아 그 신체가 찢겨나가고 국경수비대의 연발사격 속에서 무참하게 쓰러졌다. 부상을 입은 탈주자에 대해서는 의료조치를 거부함으로써 부상자는 과다출혈로 사망하였다. 중상을 입은 한 탈주자는 충격이 있는 지 20분이 지나서야 다리를 잡아끌어 안전지대로 옮겨졌고, 그 이후 2시간이 지나서야 병원으로 이송되었으나, 그곳에서 곧 숨을 거두었다. 29세의 동독 청년은 동·서베를린을 가르는 스프레 강(江)을 헤엄쳐 서베를린으로 탈주하고자 시도하다가 국경수비대 군인의 연발사격에 의하여 사망하였다. 사망한 탈주자의 미망인은 4주 동안이나 남편의 생사에 관한 불확실성 속에서 불안에 떠는 다음에야 국가로부터 ‘사망자가 자살을 하였으며 시체는 화장하였음’을 통고받았다. ‘국경수비대 결정’에서 언급된 가장 최근의 사건은 장벽이 무너지기 불과 반 년 전에 발생한 사건이었다. 1989. 2. 6. 당시 20세였던 한 동독 청년은 베를린 장벽을 넘으려고 시도하다 국경수비대에 의하여 사살되었다. 탈주자를 사살한 국경수비대 군인은 탈주자를 제거하라는 직무명령을 모범적으로 수행하였다는 이유로 훈장과 포상의 형식으로 표창을 받았다.

(3) 독일 통일 후, 동서독 국경에서 살인사격을 한 국경수비대 소속 군인과 동독 국경수비체제(Grenzregime)에⁴⁾ 대하여 주된 책임을 지는 국방위원회(Nationaler Verteidigungsrat) 위원에 대하여 형사절차가 개시되었다. 이 사건은 공동의 심리로 병합된 4개의 헌법소원심판청구로서, 동독의 국방위원회 위원 및 동독 국경수비대소속 군인이 동서독 국경에서 서독으로 탈출하려는 동독인을 살해한 것에 대하여 처벌할 수 있는지의 문제에 관한 것이다.

2011, S. 611. 사망자의 수는 이를 파악하고자 하는 기준과 목적에 따라 큰 차이를 보이고 있으나, 위 수치(數値)는 동독 체제범죄를 담당하는 베를린 검찰이 언급한 것이다.

3) Vgl. BVerfGE 95, 96, 98 f.(아래 2. 심판청구 관련), 118 f.(아래 3. 심판청구 관련).

4) ‘Grenzregime’은 ‘국경관리체제’로 번역되기도 하나, 여기서는 ‘국경수비대 사건’의 명칭에 부합하게 ‘국경수비체제’로 번역하기로 한다.

2. 동독 국방위원회 위원들의 헌법소원심판청구

(1) 베를린 지방법원의 판결

이 사건 헌법소원심판의 청구인들은 3인의 동독 국방위원회 위원들이다. 베를린 지방법원(Landgericht)은 1993. 9. 16. 구 동독 전(前) 국방장관인 케슬러(Kessler) 및 전 인민군 참모총장인 슈트렐레츠(Streletz)에게는 살인교사죄로, 전 독일사회주의통일당(SED) 지구위원회 제1서기인 알프레흐트(Albrecht)에게는 살인방조죄로 유죄판결을 선고하였는데, 케슬러에게는 7년 6월의 자유형을, 슈트렐레츠에게는 5년 6월의 자유형을, 알프레흐트에게는 4년 6월의 자유형을 각 선고하였다.

1) 베를린 지방법원이 확인한 사건 개요에 의하면, 동서독 국경에서의 총기사용을 포함하여 동독 국방부에서 내리는 모든 중요한 결정은 국방위원회의 의결에 기인하는 것이었다.⁵⁾ 동독 헌법 제73조에 의하면, 국방위원회는 국가방위의 조직에 있어서 국가평의회(Staatsrat)의 보조기관으로서,⁶⁾ 사실상 국방의 영역에서 최고 헌법기관의 지위를 보유하고 있었다. 이로써 국방부의 명령은 사실상 국방위원회의 명령으로서 국방위원회에 귀속시킬 수 있는 것이었다.

총기사용에 관한 국경수비대의 권한은 1968년 이후 법률에 규정되었는데, 특히 이 사건 범행기간인 1971년부터 1989년까지 국방부는 국방위원회의 의결에 근거하여 국경에서 총기사용에 관한 법률조항을 구체화하고 보완하는 다수의 명령과 직무규칙을 발하였다. 동독 국경법이 제정된 1982년까지는 동독 인민군은 군사적 감시과제를 이행함에 있어서 동독 국방부가 발한 규정에 따라 「동독 인민경찰법」(VoPoG)에 규정된 권한을 행사할 수 있었는데, 「동독 인민경찰법」 제17조 제2항은 임박한 범죄행위의 실행을 방지하기 위하여 총기사용을 허용하고 있었다. 1982년 제정된 「동독 국경법」(GrenzG)은 국경수비대의 총기사용에 관하

5) 동독 국경수비체제 및 국경수비대의 명령체계에 관하여 법무부(각주 1), 474면 이하 참조.

6) 국가평의회는 동독 의회이자 최고국가권력기관인 인민의회(Volkskammer)에 의하여 5년마다 선출되는 집단적 국가원수(Kollektives Staatsoberhaupt)로서 외국에 대하여 국가를 대표하는 기능을 담당하였다. 국가평의회는 형식적으로는 인민의회에서 선출되었으나, 실제로는 독일사회주의통일당(SED)에 의하여 구성되었다. 가령, 1980년대 국가평의회 의장은 에리히 호네커(Erich Honecker)였다. 구동독체제의 구조에 관하여 자세하게 법무부(각주 1), 16면 이하 참조, 동독에서 국가와 독일사회주의통일당의 관계에 관하여 24면 이하 참조.

여 규율하였는데, 임박한 범죄행위의 실행을 방지하기 위한 총기사용은 허용되는 것으로 규정하였다(제17조 제2항).

1962년도 국방위원회의 의결에 의하면, 동서독 국경에서의 총기사용에 관한 국방부의 명령과 직무규칙은 국경수비대 군인에게 ‘그들이 자신에게 배정된 위치에서 전적으로 국경의 불가침성에 대한 책임을 지고 있으며 국경을 침범하는 월경자를 적으로 간주하여 필요하다면 제거해야 한다’는 것을 명확하게 주지시키기 위한 것이었다. 1962년 이후에도 국방부는 여러 차례에 걸쳐 유사한 내용의 명령과 직무규칙을 발하였는데, 청구인들은 이러한 명령을 발하는 데 참여하여 결정적으로 기여하였다.

2) 청구인들은 지방법원이 확인한 사실관계를 전반적으로 인정하였지만, 모든 명령과 직무규칙을 발함에 있어서 동독의 법을 준수하였다는 점을 강조하면서 국방위원회는 국경에서의 살인사건에 직접적으로 기여하는 어떠한 결정도 내린 바 없다고 주장하였다.

3) 베를린 지방법원은 영미법상의 정치문제이론(Act of state doctrine)에 근거한 소송장애사유(Verfahrenshindernis)는 연방대법원의 판례(BGHSt 39, 1 [5 ff.])에 따라 존재하지 않는다고 하면서, 청구인들의 행위를 살인죄의 교사범 또는 방조범으로 판단하였다.

청구인들 행위의 위법성은 동독 형법상의 정당방위나 긴급피난 등에 의하여 조각되지 않으며, 동독 국경법 제27조 제2항도 연방대법원의 견해에 의하면(BGHSt 39, 1 [15 ff.]) 정의의 기본요청과 국제법상 보호되는 인권에 명백하고 중대하게 위반되기 때문에 위법성조각사유로 인정되지 않는다고 판시하였다.

(2) 연방대법원의 판결(BGHSt 40, 218 ff.)

베를린 지방법원의 판결에 대하여 피고인 측과 검찰 측에서 모두 연방대법원(BGH)에⁷⁾ 상고하였고, 연방대법원은 검찰의 상고를 받아들여 1994. 7. 26.의 판결에서 3인 피고인의 범죄가담형태를 방조범이나 교사범이 아니라 간접정범으로

7) 독일에서 민형사 사건에 관한 최고법원인 ‘Bundesgerichtshof’(BGH)는 연방대법원, 연방통상법원, 연방 민형사법원 등으로 번역되나, 여기서는 ‘연방대법원’으로 번역한다.

변경하여 유죄판결을 선고함으로써 지방법원의 원심판결을 일부 파기하였다.

1) 연방대법원은 판결이유에서 우선, 국경에서 직접 총기사용의 명령을 실행한 국경수비대원과 마찬가지로 그러한 명령을 내린 국방위원인 청구인들에게도 위법성 조각사유가 인정되지 않는다고 확인하였다. 연방대법원은 이와 관련하여 1992. 11. 3.의 판결(BGHSt 39, 1 ff.)에서 상세하게 밝힌 원칙을 다음과 같이 인용하였다.

『동독 국경법』 제27조 제2항에 규정된 위법성 조각사유는 ‘무장도 하지 않고 일반적으로 인정된 법익을 위해함도 없이 단지 국경을 넘고자 하는 사람’에 대한 고의적 살인행위를 비호하고자 하는 목적을 가진 것이었다. 허가 없이 국경을 넘는 것을 금지하는 명령을 관철하는 것이 인간의 생명권보다 우위에 있었다. 이러한 특수한 상황에서는 동독의 국가실무에서 인정된 위법성 조각사유는 법의 적용에 있어서 고려되어서는 안 된다. 물론, 서독 연방형법 제2조 제3항의 적용에 있어서, 행위 당시 유효한 동독법상의 위법성 조각사유가 서독의 공서양속(ordre public)에 위반되었다는 것만으로는 적용을 배제하기에 충분하지 않다. 정의와 인권의 기본사고에 대한 명백하고 중대한 위반이 표현되는 경우에만 상위의 법에 대한 위반으로 인하여 위법성 조각사유가 인정되지 않을 수 있다. 그 위반은 모든 국가에서 공통적으로 인정되고 있는, 인간의 존엄과 가치에 관한 법적 확신을 침해할 정도로 중대한 것이어야 한다. 정의에 대한 실정법의 모순이 참을 수 없는 정도에 이르렀기 때문에, 불법으로서의 법이 정의에 양보해야 한다. 라드브루흐 공식(Radbruch'sche Formel)에서 표현된 이러한 기준은 나치정권에서 범한 범죄를 판단하기 위하여 연방대법원의 판례에서 고려된 바 있는데, 물론 동서독 국경에서의 살인행위가 나치정권에서 범한 대량학살과 동일시될 수는 없지만, 이 사건에서도 마찬가지로 유효하다.

오늘날 라드브루흐 공식의 기준과 관련하여 구체적인 심사기준이 마련되었다. 국제법상의 인권협약은, 국가가 언제 국제사회의 법적 확신에 따라 인권을 침해하는지에 관한 기준을 제시하고 있다. 이 사건에서 중요한 의미를 가지는 것은 동서독에서 모두 1976년 가입한 1966년의 『시민적·정치적 권리에 관한 국제협약』(Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 이하 ‘IPbpR’) 제12조 제2항(출국의 자유) 및 제6조 제1항(생명권)이다. 동독의 국경수비체제는 위 국제협약에서 보장된 인권을 침해하였다.』

2) 나아가, 연방대법원은 형벌불소급원칙을 규정하는 기본법 제103조 제2항도 위반되지 않았다고 판단하였다.

『물론, 위법성 조각사유가 기본법 제103조 제2항의 보호범위에서 일반적으로 배제되는 것은 아니다. 그러나 위 기본법규정으로 인하여 상위의 규범에 위반되는 위법성 조각사유가 피고인들에게 불리하게 무시되어서는 안 된다는 견해는 따를 수 없다. 기본법 제103조 제2항에서 결정적인 것은 행위 당시에 가벌성이 법률상 규정되어 있었는지 여부인데, 행위 시의 동독법을 인권에 부합하는 방향으로 제대로 해석한다면, 행위 당시에 가벌성이 이미 법률상 규정되어 있었다. 『동독 국경법』 제27조 제2항을 법문의 범위 내에서 동독 헌법의 정신에 비추어, 그리고 동독도 가입한 국제법상의 구속에 비추어 제대로 해석한다면, 이미 행위 시에 그러한 살인행위에 대한 위법성 조각사유는 존재하지 아니한다. 소급효금지원칙은 행위 시 유효하였던 법의 존속에 대한 신뢰를 보호함으로써 피고인을 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 보호하고자 하는 것인데, 행위 시의 법이 장래에도 그대로 적용되어서 인권에 위반되는 위법성 조각사유가 인정되리라는 신뢰는 기본법 제103조 제2항에 의하여 보호할 가치가 없는 것이다.』

(3) 청구인들의 주장

청구인들은 위 지방법원의 판결 및 연방대법원의 판결에 대하여 위 판결들이 헌법상 소급효금지원칙에 위반되어 자신의 신체의 자유 등 기본권을 침해한다고 주장하면서, 연방헌법재판소에 각 헌법소원을 제기하였다.

3. 동독 국경수비대 소속 군인의 헌법소원심판청구

네 번째 헌법소원은 동독 국경수비대 소속 군인이 제기하였다. 위 군인은 1972년에 발생한 스프레 강(江) 탈주자에 대한 살인 혐의로 기소되어,⁸⁾ 1993. 6. 17. 베를린 지방법원에서 소년형(Jugendstrafe) 1년 10개월의 집행유예가 선고되었다. 청구인은 ‘지방법원이 자신에게 유리한 위법성조각사유를 고려하지 않은 것은 헌

8) 사실관계에 관하여 위 I. 1. (2) 부분 서술 참조.

법상 소급효금지원칙에 위반된다’고 주장하면서 위 판결에 대하여 상고하였고, 연방대법원은 1994. 7. 26. 위 상고를 기각하는 판결을 선고하였는데(BGHSt 40, 241 ff.), 그 판결이유는 위 2. (2) 부분에서 서술한 연방대법원의 판결이유(BGHSt 40, 218 ff.)와 근본적으로 동일하다. 청구인은 지방법원과 연방대법원의 판결에 대하여 ‘위 판결들이 기본법상 소급효금지원칙에 위반되어 자신의 신체의 자유 등 기본권을 침해한다’고 주장하면서 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

II. 주요 쟁점 및 관련 규정

1. 동독의 체제불법에 대한 형법적 청산에 있어서 법치국가적 문제

동서독 간의 장벽이 무너지고 분단된 독일이 통일되면서, 독일연방공화국(BRD, 이하 ‘독일’)은 그의 현대사에서 나치 불법에 대한 청산에 이어 두 번째로 불법국가의 과거를 법치국가적으로 청산하는 과제에 직면하게 되었다. 동독 체제불법의 법적 청산은 통일 후 근 10년간 독일 법학계에서 가장 많이 논의된 주제에 속한다.⁹⁾ 과거청산의 논의의 중심에 있는 것은, 무엇보다도 동서독 국경에서 발생한 살인행위에 대한 법적 평가의 문제이다.

법치국가는 한편으로는 통일된 독일에게 동독의 사회주의적 국가체제에 의하여 자행되고 용인된 불법을 청산해야 하는 부담을 지우고 있다.¹⁰⁾ 그러나 다른 한편으로는, 형사법적 과거청산은 법치국가원칙에 의하여 큰 제약을 받고 있다. 독일 헌법인 기본법 제103조 제2항은 행위 당시에 형벌이 법률로써 규정된 경우에만 범죄에 대한 처벌을 허용하고 있다. 이로써 행위의 가벌성을 판단하는 기준

9) ‘체제불법’(Systemunrecht) 또는 ‘체제범죄’(Systemkriminalität)란 특정한 정치조직체 내에서 법에 근거하거나 또는 허용되거나 명령된 행위로서 적어도 그 체제가 유지되는 동안은 체제 내부적으로 위법하지 않은 것으로 평가되는 행위, 결국 그 체제의 가치질서가 붕괴되지 않고서는 위법한 것으로 평가될 수 없는 행위를 말한다. 따라서 체제내부적으로 가벌성이 도출되는 경우에는 그 범죄는 체제범죄에 해당하지 않는다. 과거청산에서 법적으로 문제되는 체제범죄는 이러한 의미의 체제범죄를 말한다. 이에 관하여 법무부(각주 1), 202면 이하 참조.

10) Vgl. Starck, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51(1992), S. 11.

은 원칙적으로 행위 당시에 효력을 가졌던 동독의 형법이다. 이러한 법적 상황은 『통일조약』에서도 명시적으로 규정하고 있다.

동독의 불법체제에서 중대한 인권침해가 처벌을 받지 않았고 오히려 국가에 의하여 용인되고 심지어 명령되었다. 통일과 함께 동독이 법치국가로 전환되면서, 인권침해의 장본인들이 자신의 행위의 근거가 된 반인권적인 동독의 법과 실무를 자신에게 유리하게 주장할 수 있는지, 형벌불소급원칙이 그러한 범죄행위의 처벌을 금지하는지의 문제가 제기되었다. 동독에서 국가에 의하여 명령되고 조장된 불법은 동독 체제의 기준에 의하면 법적으로 허용되고 나아가 요청되는 것이었고, 이로써 언제나 위법성조각사유에 의한 보호를 받는 것이었으므로, 국가적 체제불법에 대한 형사소추는 기본법 제103조 제2항에 의하여 설치된 형벌불소급원칙의 장벽에 부딪히게 되었다. 여기서 제기되는 핵심적인 문제는 헌법상의 형벌불소급원칙이 불법국가에 의하여 자행된 인권침해에 대한 처벌을 금지하는지 여부이다. 바로 이러한 상황에서, 형법상의 신뢰보호와 법적 안정성이라는 법치국가적 요청과 실질적 정의라는 법치국가적 요청이 서로 대치하고 있다.

2. 국경수비대 결정의 주요 쟁점

(1) 동서독 국경에서의 살인혐의로 기소된 국경수비대 군인과 국방위원회 위원들은 형사재판에서 월경자에 대한 총기사용을 허용한 『동독 국경법』(DDR-GrenzG) 제27조 제2항을 위법성조각사유로 주장하였다. 그러나 연방대법원은 ‘라드브루흐 공식’(Radbruch’sche Formel)에 기초하여 ‘위 위법성조각사유가 정의의 핵심적 요청과 국제법상 보호되는 인권에 위반되기 때문에, 위 위법성조각사유가 적용될 수 없다’고 판단하였다. 청구인들은 연방대법원의 판결에 대하여 헌법소원심판을 청구하면서 ‘위 판결이 독일 헌법상의 형벌불소급원칙(기본법 제103조 제2항)에 위반된다’고 주장하였다.

(2) 독일 연방헌법재판소는 국경수비대 사건이 있기 전까지 ‘실정법적 불법’(gesetzliches Unrecht)의 문제를 단지 형법 외의 영역에서만 다루었다.¹¹⁾ 형법 외의 영역에서 연방헌법재판소는 ‘라드브루흐 공식’을 원용하여 ‘실정법이

11) BVerfGE 95, 96 (134); 아래 III. 2. (5) 참조.

수인할 수 없을 정도로 정의와 모순되는 극단의 예외적인 경우에는 처음부터 실정법적 규범에 대하여 복종을 거부할 수 있다'는 것을 원칙적으로 인정하였다.

한편, 연방헌법재판소는 종래의 결정에서 형벌불소급원칙을 예외가 허용되지 않는 절대적인 것으로 파악하였는데, 국경수비대 사건은 연방헌법재판소에게 '라드브루흐 공식'이 절대적인 형벌불소급원칙도 극복할 수 있는지 여부를 판단해야 하는 기회를 부여하였다.

(3) 국경수비대 결정의 주요쟁점은 첫째, 기본법 제103조 제2항의 형벌불소급원칙이 어떠한 상황에서도 예외를 허용하지 않는 절대적인 효력을 가지는지 여부, 둘째, 라드브루흐의 공식에 기초한 '실정법적 불법의 사고'와 '국제법적으로 보호되는 인권'에 근거하여 청구인들이 주장하는 위법성조각사유를 무효로 판단함으로써 위법성조각사유를 인정하지 않을 수 있는지 여부에 관한 것이다.

3. 관련 규정

(1) 헌법상 형벌불소급원칙의 근거규범

독일 기본법(Grundgesetz) 제103조 ② 범죄는 그 행위가 실행되기 이전에 법률에 의하여 가벌성이 규정된 경우에 한하여 처벌할 수 있다.¹²⁾

(2) 구 동독 범죄에 대하여 적용되는 형법규범

독일 통일을 계기로 「통일조약」¹³⁾ 제8조에 따라 개정된 「형법시행법」 제315조

12) Art. 103 (2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

13) 1990. 8. 31. 동서독 정부는 '독일통일 실현에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 조약'(통일조약)을 체결함으로써, 동독 지역의 5개 주(州) 및 동베를린이 서독 연방의 주로 가입하는 형식으로 독일통일의 과정을 종결하였다. 동 조약은 같은 해 10. 3. 발효되었는데, 이 날은 '독일 통일의 날'로 선포되었다. 통일조약은 제8조와 제9조에 법통합의 일반원칙에 관한 규정을 두었다. 법무부(각주 1), 202면 이하 참조.

는 과도기적 규정으로 동독에서 범한 구(舊) 범죄에 대하여 어떤 형법을 적용해야 하는지를 규정하고 있다. 「형법시행법」 제315조 제1항은 구 범죄에 대하여 연방형법 제2조를 적용하도록 규정하고 있으므로, 「연방형법」 제2조 제1항 및 제3항에 의하여 동독에서 범한 범죄에 대해서는 서독의 형법이 피고인에 대하여 유리하게 작용하지 않는 한, 원칙적으로 행위 시의 법률인 동독의 형법이 적용된다.

1) 「통일조약」 제8조(연방법의 확장 적용) 법률이 그 적용범위를 독일연방공화국의 특정 주 또는 주의 일부로 제한하지 아니하거나 본 조약, 특히 제1부속의정서에서 달리 규정하고 있지 아니하는 한, 연방법은 가입 발효와 동시에 본 조약 제3조 소정지역(구 동독 지역)에 적용한다.

2) 「독일 형법시행법」(EGStGB)¹⁴⁾ 제315조 ① 연방형법 제2조는 가입 발효 이전 독일민주공화국(DDR) 내에서 실행된 범죄에 적용하되, 당해 범죄가 행위 시 적용되던 독일민주공화국 법에 의하여 자유형, 집행유예부 유죄판결 또는 벌금형에 처해지지 아니하였을 경우 법원은 형벌을 면제한다. [이하 생략]

3) 「연방형법」 제2조(시적 적용) ① 형벌 및 그 부수효과는 행위 시의 법률에 의하여 정한다.

② [생략]

③ 범죄 종료 시의 법률이 재판 이전에 변경된 경우에는 가장 경한 법률을 적용하여야 한다.

④, ⑤, ⑥ [생략]

(3) 동서독 국경에서의 총격 살인행위의 근거규범

1) 「동독 국경법」 제27조 ① 총기의 사용은 인간에 대한 물리력행사의 최후적 수단이다. 보조수단을 사용한 또는 사용하지 아니한 신체적인 물리력행사가 아무런 성과가 없거나 또는 명백하게 성과가 없을 것으로 예상되는 경우에만 총기사용은 허용된다. 인간에 대한 총기사용은 사물이나 동물에 대한 총기사용

14) 일부 문헌에서는 ‘형법도입법’으로 직역하기도 하나, 그 실질적 기능은 형법의 시행에 관한 것이므로, ‘형법시행법’으로 번역하기로 한다. ‘형법시행법’으로 번역한 문헌으로 법무부(각주 1), 239면 이하.

을 통하여 목적을 달성할 수 없는 경우에 비로소 허용된다.

② 범죄 상황에 비추어 중범죄(Verbrechen)에 해당하는 범죄행위의 임박한 실행이나 계속을 저지하기 위하여 총기를 사용하는 경우, 그 위법성이 조각된다. 중범죄를 범한 현저한 혐의가 있는 범인을 체포하기 위하여 총기를 사용하는 경우에도 그 위법성이 조각된다.

③, ④, ⑤ [생략]

2) 「동독 형법」 제213조 제1항에는 동독 국경선을 침범한 행위를 자유형 2년 이하의 처벌이 가능한 경범죄(Vergehen)로 규정하고 있고, 동조 제3항에서는 그 행위가 인간의 생명 또는 건강을 위협하거나, 행위 시 무기를 휴대하거나 위협한 수단 또는 방법을 사용하였거나, 특별히 강도 높게 실행되었거나 또는 다른 사람과 함께 행하여졌거나 그 행위자가 이미 국경침범죄로 처벌받은 전력이 있는 때에는 중한 경우에 해당한다고 하여, 자유형 1년부터 8년까지 처벌이 가능한 가중사안을 규정하고 있다. 특히, 동조 제3항 제3호 제3목에서 ‘불법월경이 특별히 강도 높게 실행된 경우’도 가중사안으로 규정함으로써 거의 모든 월경이 특별한 가중사안이 될 수 있고, 이로써 중범죄가 될 수 있었다.¹⁵⁾

4. 결정 이후의 상황¹⁶⁾

(1) 연방헌법재판소는 1996. 10. 24. 국경수비대 결정에서 청구인들의 심판청구를 기각함으로써, 일단 국경수비대 군인과 그 배후자에 대한 형사처벌의 문제를 둘러싼 논쟁에 종지부를 찍었다. 1997. 7. 21. 연방헌법재판소 제2재판부 제2지정재판부는 위 국경수비대 결정의 취지에 따라 다른 국방위원회 위원들이 청구한 헌법소원심판을 전원재판부에 회부하지 않기로 결정함으로써 심판청구를 모두 각하하였다. 이로써 베를린과 포츠담 지방법원에 계류 중인 400개 이상의 형사재판이 재개되었다.

15) 법무부(각주 1), 550면 이하, 589면 이하 참조.

16) Vgl. Sendler, Strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit oder Amnestie?, NJW 1997, 3146 ff.; Rau, Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt?, NJW 2001, S. 3008 ff.; Roellecke, Egon Krenz post portas, NJW 2001, S. 3024 f.; Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 2001, S. 3001 ff.

(2) 독일 검찰은 1995년 3월 동독의 마지막 공산당 총서기이자 국가평의회 의장인 에곤 크렌츠(Egon Krenz)를 비롯한 다른 6명의 정치국원에 대하여 동서독 국경에서의 살상행위와 관련하여 살인 및 살인미수죄로 기소하였고, 연방대법원은 동서독 국경에서의 살인행위에 대한 책임을 물어 크렌츠에게 자유형을 선고하였다. 크렌츠는 연방대법원의 판결에 불복하여 유럽인권재판소에 제소하였는데, 유럽인권재판소(EuGH)는 2001. 3. 22. 그의 청구를 기각하는 판결을 내렸다.¹⁷⁾

유럽인권재판소는 독일 연방대법원과 유사한 취지로, “동독은 그의 국경수비 체제를 통하여 명백하게 국제법상의 의무, 즉 출국의 자유 및 생명권을 준수해야 할 의무를 위반하였다. 이러한 의무위반으로부터 직접 국경수비대 군인과 그의 배후자에 대한 형법적 책임이 나오는 것은 아니지만, 동독의 형법은 국제법상 인권을 침해하는 경우에 형법상의 위법성조각사유를 주장하는 가능성을 스스로 명시적으로 배제하였다.”고 판시함으로써, 동독의 법을 인권합치적으로 해석하는 경우에는 동서독 국경에서의 탈주자 살인행위는 동독의 법에 의해서도 그 위법성이 조각되지 않는다는 것을 주된 이유로 하여 국경수비대 군인과 그 배후자에 대한 처벌이 유럽인권협약 제7조의 형벌불소급원칙에 부합한다고 판단하였다.¹⁸⁾

이로써 베를린 지방법원이 국경수비대 사건과 관련하여 첫 번째 판결을 내린 지¹⁹⁾ 9년이 지나서야, 유럽인권재판소가 독일 사법기관의 판결을 지지함으로써, 동서독 국경에서의 살인행위에 대한 사법적 청산작업이 종결되었다. 독일의 정치권과 여론은 유럽인권재판소의 판결을 한 목소리로 환영하였다. 한편, 독일 학계에서는 ‘승자의 재판(Siegerjustiz)’이라는 오해를 불식시키는 판결로서 독일 법치 국가의 국제적 승리’라고 환영하는 일부 견해도 있었으나, ‘유럽인권재판소는 국경수비대 결정이 던지는 법적 문제에 대하여 설득력 있는 답변을 제시하지 못하였으며, 독일 사법기관의 판결을 지지한 것 외에는 법이론적으로 아무 것도 변경하거나 해명한 것이 없다’고 비판하는 견해가 다수를 차지하였다.²⁰⁾

17) EGMR Streletz, Kessler, Krenz ./. Deutschland, Urt. v. 22. 3. 2001, NJW 2001, 3035; ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제협약’의 준수여부를 감시하는 인권위원회(Menschenrechtsausschuss)도 독일 연방대법원과 연방헌법재판소의 판결을 지지하는 결정을 하였다(Menschenrechtsausschuss, Baumgarten ./. Deutschland, 19. 9. 2003, EuGRZ 2004, 143).

18) Vgl. Rau(각주 16), S. 3008 ff.; Roellecke(각주 16), S. 3024 f.; Rensmann, BVerfGE 95, 96-Mauerschützen, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 2011, S. 614.

19) LG Berlin, JZ 1992, S. 691.

20) 비판적인 견해로는 대표적으로 Roellecke(각주 16), S. 3024 f.; Rau(각주 16), S. 3008 ff.

Ⅲ. 결정 요지 및 주요 결정 이유

1. 결정 요지

(1) 기본법 제103조 제2항의 형벌불소급원칙은 절대적인 것이며, 엄격한 형식화를 통하여 법치국가적·기본권적인 보장기능을 수행한다.

행위 시에 법적으로 규정되었던 위법성조각사유가 형사절차의 개시 시점에 없어졌다면, 기본법 제103조 제2항은 위법성조각사유가 계속 적용될 것을 요청한다. 불문법상의 위법성조각사유가 존속하리라는 것에 대한 신뢰도 기본법 제103조 제2항에 의하여 동일하게 보호되는지 여부 및 어느 정도로 보호되는지의 문제에 대해서는 이 사건에서 최종적으로 판단하지 않는다.

(2) 형법이 기본권의 구속을 받는 민주적 입법자에 의하여 제정되는 경우에 형법을 지탱하는 특별한 신뢰의 근거가 인정될 수 있는 것이고, 이러한 특별한 신뢰의 근거에 기본법 제103조 제2항의 절대적 소급효금지도 그 법치국가적 정당성을 두고 있다.

(3) 국가권력이 실정법의 규범을 넘어서 불법을 요구하고 이를 조장하며 이러한 방법으로 국제사회에서 일반적으로 인정된 인권을 심각하게 경시함으로써, 중대한 형법적 불법의 영역에서 위법성조각사유를 통하여 처벌을 배제하는 경우에는 이와 같은 특별한 신뢰의 근거가 존재하지 않는다. 그렇다면 기본법 제103조 제2항에 의한 엄격한 신뢰보호는 주장될 수 없다.

2. 주요 결정 이유

(1) 동독 헌법기관 구성원에 대한 형사소추는 일반적으로 승인된 국제법규에 위반되지 않는다.

동독 국방위원회 위원이었던 청구인들은 “독일민주공화국(DDR, 이하 ‘동독’) 전직 고위 관료이자 헌법기관의 구성원인 자신들에 대한 형사소추는 아직도 지속되는 불체포특권으로 말미암아 일반적으로 승인된 국제법규에 위반된다.”고 주

장하였으나 헌법재판소는 다음과 같은 이유로 이러한 주장은 이유 없다고 판단하였다.²¹⁾

『동독은 서독에 의하여 국제법적으로 인정되었는지 여부와 관계없이 국제법의 의미에서 국가이며 그 자체로서 국제법상의 주체이다. 그러므로 동독과의 관계에 있어서 기본법 제25조에서 언급하는 ‘일반적으로 승인된 국제법규’가 고려될 수 있다. ‘일반적으로 승인된 국제법규’에는 무엇보다도 범세계적으로 유효한 국제관습법이 속하고, 승인된 일반적 법원칙에 의하여 보완된다. 범세계적인 국제관습법이 생성되기 위해서는 모든 국가가 예외 없이 명시적으로 또는 묵시적으로 국제법규에 동의할 것을 요구하는 것은 아니지만, 이러한 행위가 타당하다는 법적 확신에 기초한 다수 국가의 일반적이고 확립된 관행에 국제관습법은 기인해야 한다.

청구인들이 주장하는 영미법상의 법적 사고인 “act of state doctrine”은 비영미법계 국가에서는 인정되고 있지 않기 때문에, 일반적으로 승인된 국제법규로 간주할 수 없다.

나아가, 당사자가 속한 국가의 존속을 넘어서 불체포특권이 존재하지 않는다는 것은 국제법의 문헌에서 일반적으로 인정된 견해이다. 청구인들에 대한 형사소추가 국제법상의 주체인 동독의 주권을 침해하기 때문에 기본법 제25조에 위반된다는 견해는 이러한 이유로 타당하지 않다.

동독 국가기관 구성원의 행위가 형사소추로부터 제외되어야 한다는 것은 1990년 서독과 동독 간에 체결된 ‘통일조약’으로부터도 도출될 수 없다. 통일조약은 이 문제를 명시적으로 규율하고 있지 않으나, 제17조 및 제18조에서 조약을 체결하는 양 당사국이 ‘동독 국가기관의 반(反)법치국가적이고 위헌적인 조치와 행위’가 존재한다는 것을 전제로 하여 통일 후에는 적어도 이에 대한 명예회복이나 보상 등 조치가 취해져야 한다는 것을 인식케 하고 있다. 형법시행법(EGStGB) 제315조 이하의 규정도 구 동독 국가기관 구성원의 범죄에 대하여 예외를 두고 있지 않다.』

(2) 형벌불소급원칙의 의미와 규범적 내용

연방헌법재판소는 형벌불소급원칙의 의미와 규범적 내용에 관하여 다음과 같이 일반적으로 서술하였다.²²⁾

21) BVerfGE 95, 96 (129).

22) BVerfGE 95, 96 (130 f.).

『기본법 제103조 제2항은 법치국가원리의 구체적 표현이다. 법치국가원리는 법적 안정성을 보장하고 국가권력을 법률에 구속시키며 개인의 신뢰를 보호함으로써, 자유권의 행사를 뒷받침한다. 법치국가원리는 헌법의 지도적 이념의 하나로서 실질적 정의에 대한 요청도 포함한다. 형법의 영역에서 실질적 정의의 요청은 ‘책임 없이 형벌 없다’는 원칙에 수용되고 있다. 형법상 책임원칙은 동시에, 헌법에 의하여 보호되는 인간의 존엄성과 자기책임성에 기초하고 있으므로, 입법자는 형법의 구체적 형성에 있어서 인간의 존엄성과 자기책임성을 존중해야 한다. 형법상 책임원칙은 기본법 제103조 제2항에서도 그 바탕을 이루고 있다.

기본법 제103조 제2항은 법률이 범죄에 대하여 그 행위 시에 법적 구성요건을 통하여 충분히 명확하게 형벌을 규정하고 있는 경우에만 처벌을 허용함으로써, 법치국가적 목표를 보장하고 있다. 나아가, 기본법 제103조 제2항은 행위 시 법적으로 규정된 형벌을 넘어서 형벌을 강화하는 것으로부터도 보호한다. 국가형벌권이 개인의 인격발현가능성을 매우 중대하게 침해하는 형법의 영역에서 오로지 입법자만이 처벌되어야 하는 법익침해를 규정해야 하는데, 기본법 제103조 제2항은 법적 안정성과 정의의 관점에서 이러한 측면도 보장한다. 기본법 제103조 제2항에서 이러한 측면은 법치국가적 법률유보가 엄격한 의회유보로 강화됨으로써 표현되고 있다. (한편, 국민과의 관계에서) 기본법 제103조 제2항은 행위 시의 법률에 의하여 범죄를 구성하는 행위만이 국가에 의하여 소추된다는 것에 대한 신뢰를 국민에게 제공한다. 이로써 국민은 자신이 처벌받지 않도록 자신의 행위를 이에 맞출 수 있는 근거를 얻게 된다. 형법의 소급효금지절대적인 것이다. 소급효금지의 원칙은 엄격한 형식화를 통하여 법치국가적·기본권적인 보장기능을 수행한다. 이는 법치국가적 보장의 특징이다.』

(3) 위법성조각사유도 기본법 제103조 제2항의 형벌불소급원칙에 의하여 보호된다.

이어서, 연방헌법재판소는 위법성조각사유도 기본법 제103조 제2항의 형벌불소급원칙에 의하여 보호된다는 것을 확인하였다.²³⁾

『기본법 제103조 제2항은, 행위의 불법적 내용에 대한 평가가 사후적으로 본인에게 불리하게 변경되는 것으로부터 보호한다. 그러므로 행위 시에 법적으로

23) BVerfGE 95, 96 (132).

규정되었던 위법성조각사유가 형사절차의 개시 시점에 없어졌다면, 기본법 제 103조 제2항은 위법성조각사유가 계속 적용될 것을 요청한다. 물론, 위법성조각사유의 경우에는 구성요건이나 형벌과는 달리, 엄격한 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다. 형법상의 위법성조각사유는 관습법적으로 또는 법원의 판례에 의하여 효력을 가질 수 있다. 행위 시에 인정되었던 불문법상의 위법성조각사유가 사후적으로 인정되지 않는다면, 불문법상의 위법성조각사유가 존속하리라는 것에 대한 신뢰도 기본법 제103조 제2항에 의하여 동일하게 보호되는지 여부 및 어느 정도로 보호되는지의 문제가 제기된다. 그러나 이러한 문제는 이 사건에서 최종적으로 판단하지 않는다. 이 사건에서는 기본법 제103조 제2항의 절대적 소급효금지에 대한 제한을 헌법상 허용하는 특수한 상황 하에서 위법성조각사유가 주장되고 있기 때문이다.』

(4) 절대적 소급효금지는 체제의 유보 하에 있다.

연방헌법재판소는, 독일헌법상의 형벌불소급원칙은 민주적, 법치국가적 법질서라는 특정한 체제에 기인하는 것으로, 체제의 유보(Systemvorbehalt) 하에 있다는 사고를 통하여 피고인의 처벌가능성을 논증하고자 시도하였다.

첫째, 이러한 ‘체제 유보’의 사고에 의하면, 헌법상의 형벌불소급원칙은 민주적, 법치국가적 법질서라는 특별한 신뢰근거에 기인하는 것이므로 오로지 이러한 체제에서만 절대적인 효력을 가지는 것이고, 이러한 체제유보의 요건을 충족시키지 못하는 예외적 상황에서는 그 절대적 성격을 상실한다고 판시하면서, 둘째, 기본법 제103조 제2항은 그 정당성을 특별한 신뢰의 근거에 두고 있는데, 국가권력이 국제법상 인정된 인권을 중대하게 침해하는 경우에는 그러한 특별한 신뢰의 근거가 존재하지 않는다고 확인한 다음, 셋째, 이러한 특수한 상황에서 청구인은 엄격한 신뢰보호를 주장할 수 없으며, 실질적 정의의 요청은 위법성조각사유의 적용을 금지한다고 판단하였다.²⁴⁾

『기본법 제103조 제2항은 헌법의 기본정신을 준수하여 제정된 서독의 실제적 형법의 적용범위 내에서 범죄가 행해지고 판결이 내려지는 상황을 일반적인 경우로 예정하고 있다. 이러한 정상적인 상황에서 민주주의, 권력분립 및 기본권의

24) BVerfGE 95, 96 (133).

준수라는 조건 하에서 제정됨으로써 실질적 정의의 요청을 원칙적으로 충족시키는 ‘형법’은 기본법 제103조 제2항에 의하여 보장된 절대적이고 엄격한 신뢰보호의 법치국가적 근거를 제공한다.

독일 통일을 계기로 통일조약에 의하여 합의된 형법시행법 제315조에서 동독에서 범한 범죄에 대해서는 동독의 형법이 적용된다는 것을 법적으로 규정하였다면, 기본법 제103조 제2항의 전제조건은 더 이상 무제한적으로 충족되지 않는다. 형법시행법 제315조는 서독이 동독의 영역 내에서의 형사사법(strafrechtspflege)을 인수한 결과이다. 동독의 주민이 행위 당시에 유효한 동독의 형법에 의하여 재판을 받고 서독의 형법은 범인에게 유리한 경우에만 적용되기 때문에, 형법시행법 제315조는 기본법 제103조 제2항에 부합한다. 물론, 서독이 민주주의, 권력분립 및 기본권을 실현하지 않았던 불법국가의 형법을 근거로 하여 국가형벌권을 행사한다는 법적 상황은 헌법상 포기할 수 없는 법치국가적 요청과 기본법 제103조 제2항의 절대적 소급효금지 사이에 충돌을 야기할 수 있다. 이미 언급한 바와 같이, 형법이 기본권의 구속을 받는 민주적 입법자에 의하여 제정되는 경우에 형법을 지탱하는 특별한 신뢰의 근거가 인정될 수 있는 것이고, 이러한 특별한 신뢰의 근거에 기본법 제103조 제2항의 절대적 소급효금지는 그 법치국가적 정당성을 두고 있다. 국가가 실정법의 규범을 넘어서 불법을 요구하고 이를 조장하며 이러한 방법으로 국제사회에서 일반적으로 인정된 인권을 중대하게 경시함으로써, 비록 중대한 형법적 불법을 범죄로 규정하였으나 부분적으로 위법성조각사유를 통하여 처벌을 배제하는 경우에는 이와 같은 특별한 신뢰의 근거가 존재하지 않는다. 이러한 방법을 통하여 국가권력은 극단적인 국가적 불법(extremes staatliches Unrecht)을 범하였는데, 이러한 불법은 이에 대한 책임을 져야 할 국가권력이 존재하는 경우에만 유지될 수 있는 것이다.

이와 같이 완전히 특수한 상황에서, 국제법상 인정된 인권의 준수도 요구하는 실질적 정의의 요청은 그러한 위법성조각사유의 적용을 금지한다. 그러한 상황에서 기본법 제103조 제2항에 의한 엄격한 신뢰보호는 실질적 정의에 양보해야 한다. 만일 그렇지 않다면, 서독의 형사사법은 자신의 법치국가적 전제와 모순에 빠지게 된다. 따라서 현재 독일 국가권력의 지배를 받는 국민은 그러한 위법성조각사유를 주장할 수 없다. 그 외의 경우에는 행위 시 법률에 의하여 처벌받는다는 것에 대한 신뢰가 보장된다.』

(5) 연방대법원의 판결은 헌법에 부합한다.

1) 우선, 연방헌법재판소는 실정법적 불법의 문제를 해결하기 위하여 형성된 그 동안의 판례를 확인하였다.²⁵⁾

『나치의 정권 하에서 범한 불법을 판단함에 있어서 이미 유사한 충돌상황이 등장한 바 있다. 이와 관련하여 영국 점령지역 관할 최고재판소와 이를 따르는 연방대법원(BGH)은 ‘상위의 법원칙에 대한 중대한 위반을 이유로 법규범의 효력을 부인함으로써 사후적으로 처벌할 수 있는지’의 문제에 관하여 입장을 밝힌 바 있다. 위 법원들은, ‘국가에 의한 인정 여부와 관계없이 효력을 가지는 상위의 법원칙’에 실정법이 위반되는 경우, 법적으로 규정되었음에도 법적 성격을 박탈해야 하는 규정이나 명령이 있을 수 있다는 견해를 밝혔다. 따라서 그러한 규정에 따라 행동하는 사람은 처벌을 면할 수 없다는 것이다. 연방대법원은 그러한 경우에 범인의 행위는 나중에 비로소 일반적 효력을 획득한 기준에 의하여 판단되지 않는다고 하면서, 범인지 아니면 불법인지의 문제를 행위 시에 아직 또는 더 이상 유효하지 않은 기준을 근거로 판단해야 하는 것은 범인들에게 기대할 수 없다고 판시하였다. 그러나 범인들이 법의 불가침적인 핵심영역에 속하는 원칙으로서 인간의 공동생활에 있어서 불가결한 중대한 원칙을 행위 시에 이미 알지 못하였다고 볼 수 없다고 판시하였다(BGHSt 2, 234 [239]).

한편, 연방헌법재판소는 지금까지 ‘실정법적 불법’의 문제를 단지 형법 외의 영역에서만 다루었다. 연방헌법재판소는 실정법이 정의와 참을 수 없을 정도로 모순되는 경우에는 법적 안정성의 원칙을 실질적 정의의 원칙에 비하여 보다 적게 평가할 수 있다는 것을 인정하였다. 연방헌법재판소는 이와 관련하여 라드브루흐(Gustav Radbruch)의 서술, 특히 소위 ‘라드브루흐 공식’(Radbruch’sche Formel)을 언급하였다(BVerfGE 3, 225 [232 ff.]; 6, 132 [198 f.]; 6, 389 [414 f.]). 연방헌법재판소는 실정법의 무효는 극단적인 예외적 경우에 한정되어야 하며, 부당한 입법이라 할지라도 ‘단지 부당한 입법’은 그에 내재하는 질서유지적 요소에 의하여 법적 효력을 획득하고 이로써 법적 안정성에 기여할 수 있다는 것을 여러 차례 강조하였다. 그럼에도 불구하고 나치의 불법지배는, 입법자가 중대한 불법을 제정할 수 있으며 정의에 중대하게 모순되는 규범에 대해서는 처음부터 복종을 거부해야 한다는 것을 보여주었다고 판시하였다.』

25) BVerfGE 95, 96 (134).

2) 연방헌법재판소는, ‘연방대법원이 라드브루흐의 공식에 기초한 ‘실정법적 불법’의 사고와 국제법적으로 보호되는 인권에 근거하여 청구인들이 주장하는 위법성조각사유를 무효로 판단함으로써 위법성조각사유를 인정하지 않은 것은 헌법에 부합한다’고 아래와 같이 간결하게 확인하였다.²⁶⁾

『연방대법원은 동독의 체제 하에서 범한 소위 체제범죄의 판단에 있어서 자신의 판례를 더욱 발전시켰다. 연방대법원의 판례는 이 사건 심판대상판결들에서도 그 바탕을 이루고 있다. 연방대법원의 판례에 의하면, 위법성조각사유가 비무장의 월경자(탈주자)에 대한 고의적 살인을 보호한다면, 그러한 위법성조각사유는 법의 적용에 있어서 고려되어서는 안 된다. 인간의 생명권에 대하여 ‘탈주방지’의 관철에 우위를 부여하는 그러한 위법성조각사유는 정의의 기본적 요청 및 국제법상 보호되는 인권에 명백하고 중대하게 위반되기 때문에 무효이다. 그 위반은 너무 중대하여 모든 국가에 공통적으로 존재하는, 인간의 존엄과 가치에 관한 법적 확신을 침해한다. 그러한 경우, 실정법은 정의에 양보해야 한다.

연방대법원은 ‘이러한 기준의 이론적 바탕을 이루고 있는 라드브루흐 공식’과 ‘국제법상 보호되는 인권’의 관계에 관하여, 국제적인 인권조약이 ‘언제 국가가 범세계적인 법공동체의 확신에 따라 인권을 침해하는지’를 판단하기 위한 지침을 제공하기 때문에, 불명확성으로 인하여 적용하기 어려운 라드브루흐 공식의 기준에 구체적인 심사기준이 추가되었다고 서술하고 있다.

연방대법원의 이러한 판단은 기본법에 부합한다. 이러한 판단은 1973. 7. 31.의 동서독 기본조약(Grundlagenvertrag)에 대한 연방헌법재판소의 결정과도 부합한다. 연방헌법재판소는 위 결정에서 동독의 국경수비체제가 비인간적이며, 장벽·철조망·사살구역의 설치 및 총격명령은 동독이 기본조약에서 부담한 계약상 의무와 부합하지 않는다는 것을 확인한 바 있다(BVerfGE 36, 1 [35]).

탈주자에 대한 살인을 보호하는 위법성조각사유가 ‘극단적인 국가적 불법’으로서 무효라고 하는 법원의 판단에 대하여, 청구인들은 ‘생명권과 거주이전의 자유는 국제법상 인권조약의 규정에 의하면 무제한적으로 보장되지 않으며, 서구의 민주적 법치국가도 법률규정을 통하여 특정한 조건 하에서는, 특히 범인의 추적과 체포의 과정에서 총기사용을 명시적으로 허용하고 있다’는 이의를 제기할 수 없다. 국경에서 총기사용을 규율하는 동독의 법률조항이 그 법문에 있어서 직접강제의 적용에 관한 독일의 규정과 일치한다는 주장은 옳다. 그러나 이 사건 심판대상판결들에서 확인한 바와 같이, 동독의 실정법적 규정이 국가의 명

26) BVerfGE 95, 96 (135-137).

령에 의하여 보완되었는데, 이러한 명령은 비례의 원칙에 따라 총기사용을 제한할 수 있는 어떠한 여지도 허용하고 있지 않으며, 탈주가 다른 방법으로 방지될 수 없다면 탈주자를 제거해야 한다는 동독 국방위원회의 견해를 현장에 있는 국경수비대 병사들에게 전달하는 것이었다. 개인의 생명권보다 탈주의 방지라는 국가이익에 우위를 부여한 것은 정치적 합목적성을 위하여 실정법을 무시하는 결과를 초래하였다. 이는 실체적으로 중대한 불법이다.

청구인들은 ‘위법성조각사유가 무효라고 하더라도 이러한 전제만으로는 위법적 행위가 처벌될 수 있는지, 어떠한 조건 하에서 처벌될 수 있는지에 관한 해답을 연방대법원에게 전혀 제시할 수 없다’고 주장하나, 이러한 이의도 법원의 판결에 대하여 제기할 수 없다. 이 사건에서 처벌가능성을 논증하기 위하여 초실정법적 법원칙의 도움을 받을 필요가 없으며, 동독도 스스로 자신의 형법규정의 기초로 삼은 가치판단이 처벌의 근거가 될 수 있다. 동독의 형법전은 고의적 살인에 대한 형법적 금지규정을 담고 있었고, 중한 형벌을 통하여 살인행위의 중대한 불법적 내용을 표현하고 있었다. 살인에 대한 위법성조각사유가 사라진다면, 형법에 규정된 구성요건해당성이 살인의 위법성을 시사하고 있고 살인의 가벌성을 구성하고 있다.』

IV. 분석 및 평가

1. 연방대법원의 견해

(1) 나치정권 하에서 자행된 국가적 불법을 법적으로 청산함에 있어서, 연방대법원은 법적 안정성과 실질적 정의라는 두 가지 법치국가적 요청이 충돌하는 문제를 ‘라드브루흐 공식’(Radbruch’sche Formel)을 통하여 해결하고자 시도하였다.²⁷⁾ ‘라드브루흐 공식’에 의하면, 실정법이 정의에 모순되는 것이 수인할 수 없을 정도에 이르렀기 때문에 불법으로서의 실정법이 정의에 양보해야 한다면, 법적 안정성과 실질적 정의 사이의 충돌은 예외적으로 정의에 유리하게 해결되어야 한다.

한편, 동독에서의 체제 불법을 형법적으로 판단함에 있어서, 연방대법원은 위

27) Vgl. Papier/Möller, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, NJW 1999, S. 3291 f.

판례를 유지하면서도 이를 한 단계 발전시키고 있다. 여기서도 그 출발점은 ‘라드브루흐 공식’이지만, 그러나 막연히 자연법을 주장함으로써 야기된 논증의 약점은, 오늘날 자연법적 사고와 정의 기준이 ‘국제법상 보호되는 인권’에 의하여 구체화되었다는 명제를 통하여 보완되었다.

(2) 「통일조약」은 통일 전에 동독에서 범한 범죄에 대해서는 서독의 형법이 피고인에 대하여 유리하게 작용하지 않는 한, 원칙적으로 동독의 형법이 적용된다는 것을 규정하고 있다. 이로써 국경수비대 사건에서 피고인에게 적용되는 형법을 찾는 문제는 첫째, 동서독의 국경에서 탈주자에 대한 살인의 경우 동독의 법에 따라 위법성이 조각되는지 여부 및 둘째, 위법성조각사유가 행위시에 존재하였다면, 서독의 법원에서 위법성조각사유가 인정될 수 있는지 여부의 문제였다.

우선, 연방대법원은 고의적 살인의 의도를 가진 지뢰의 설치와 총기의 사용이 동독의 법에 의하면 성문의 위법성조각사유와 불문의 위법성조각사유가 혼재함으로써 이에 근거하여 위법하지 않은 것으로 간주되었다는 것을 확인하였다.²⁸⁾ 그러나 연방대법원의 견해에 의하면, 동독법상의 위법성조각사유의 효력은 서독의 법원에서 인정될 수 없다. 연방대법원은 그 이유로 ‘라드브루흐 공식’을 고려하였고, 라드브루흐 공식의 의미에서 실정법에 의하여 변경되거나 폐지될 수 없는 정의의 요청은 오늘날 국제법상 인정되는 인권에 의하여 구체화되었다고 판시하고 있다. 이러한 국제법상 기준에 의하면, 비무장의 탈주자에 대한 고의적 살인을 허용함으로써 ‘동독으로부터의 탈주 방지’를 관철하는 공익을 ‘인간의 생명권’보다 우선시 하는 위법성조각사유는 정의의 요청과 국제법상 보호되는 인권(생명권과 출국의 자유)에 대한 명백하고도 중대한 위반이기 때문에 무효이다.²⁹⁾

(3) 나아가, 연방대법원은 “동독은 항상 국제법상의 인권을 지지한다는 것을 표명하였다. 1976년 동독이 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약」에 가입한 이래, 동독은 인권을 준수해야 할 의무를 부담하였다. 그러므로 동독에서도 효력을 가지는 국제법합치적 및 인권합치적 해석원칙에 의하면, 위법성조각사유는 ‘탈주 금지를 관철하기 위하여 비무장 탈주자를 고의로 살인하는 경우에

28) BGHSt 39, 1 (9 ff.).

29) BGHSt 40, 219 (232); 40, 241 (244).

는 그 위법성이 조각되지 않는다’는 의미로 제한적으로 해석되어야만 한다.”고 하여, 동서독 국경에서의 탈주자에 대한 고의적 살인의 경우, 동독의 법을 인권에 부합하는 방향으로 타당하게 해석하였다면 동독의 법에 의해서도 그 위법성이 조각되지 못하고 처벌을 받는다고 판시하고 있다.³⁰⁾

연방대법원은 이러한 논증을 통하여 ‘형벌규정의 소급적용’이라는 비난을 무력화시키고자 하였다. 이러한 견해에 의하면, 동독의 법을 제대로 해석하는 경우에는 위법성조각사유가 존재하지 않기 때문에, 기본법 제103조 제2항의 의미에서 형벌이 이미 행위 시에 법률로써 규정되어 있었다.

2. 연방대법원의 판례에 대한 비판

(1) 라드브루흐 공식 및 국제법상 인권의 적용에 대한 비판

연방대법원은 라드브루흐 공식으로 논증하는 어려움, 즉 라드브루흐 공식의 불확실성을 국제법의 도움을 받아 해결하고자 시도하였다. 라드브루흐 공식의 의미에서의 정의의 요청은 오늘날 ‘국제법상 인정되는 인권’에 의하여 구체화되었으므로, 실정법상 범규범의 국제법상 인권의 위반은 곧 자연법 위반이라고 판단하였다. 연방대법원은 결국 동독의 국경수비체제는 정의의 요청에 반하므로 동독법상의 위법성조각사유는 인정될 수 없다는 자연법적 사고에 기초하고 있다. 자연법에 근거한 논증의 문제점에 관하여는 아래 헌법재판소결정에 대한 비판에서 상술하기로 한다.³¹⁾

연방대법원의 판례에 대해서는 형법 학계를 비롯하여 다수의 학자들에 의하여 다양한 내용의 비판이 제기되었다.³²⁾ 우선, 나치정권에서의 범죄와 동서독 국경에서의 살인행위 사이에는 불법의 중대성에 있어서 부인할 수 없는 근본적인 차이가 존재한다는 이유로 다수의 학자들이 ‘라드브루흐 공식’을 동독의 국경수비체제에 적용하는 것의 문제점을 지적하였다.³³⁾ 라드브루흐는 오로지 극단적인

30) BGHSt 39, 1 (23 ff.).

31) 아래 IV. 4. (3) 참조.

32) 형법 학계에서의 논란에 관하여 Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil Bd.I, 4. Aufl. 2006, §5 Rn. 54, Fn. 93, 94.

33) 대표적으로 vgl. Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, S. 81;

불법의 경우에만, 즉 오늘날의 관점에서 보면 국제형법상의 ‘인간성에 대한 범죄’에 해당하는 경우에만 지극히 예외적으로 자신의 공식을 적용하고자 의도한 것이었는데, 연방대법원은 라드브루흐 공식을 확대 해석함으로써 동독의 국경수비체제도 극단적인 불법에 해당하는 것으로 판단하였다고 비판하였다.

나아가, 동독법상의 위법성조각사유는 인권, 특히 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약」(IPbpr)에 위반되므로 무효라는 연방대법원의 판시내용에 대해서도, ‘국제법상 인권을 기준으로 삼아 처벌가능성을 인정한 것은 형벌불소급원칙에 반한다’는 비판이 제기되었다.³⁴⁾ 헌법상 형벌불소급원칙은 범죄인에게 불리하게 작용하는 모든 법규범이 행위 시에 효력을 가질 것을 요청하는데, 이러한 법적 효력은 조약을 단지 체결·비준하는 것으로부터 나오는 것이 아니라 조약의 내용을 국내법으로 변형시키는 경우에만 인정될 수 있는 것이다.³⁵⁾ 그러나 동독은 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약」을 체결·비준하였으나 위 국제협약은 동독의 국내법으로 변형되지 않았기 때문에 단지 당사국인 동독에게 위 국제협약에 언급된 인권을 존중해야 할 의무, 즉 인권에 반하는 위법성조각사유를 제거해야 할 의무만을 부과할 뿐, 동독에서 적용되는 유효한 실정법이 아니었다.³⁶⁾ 국내법으로 수용되지 않은 국제법상 조약으로부터 직접 개인의 처벌가능성을 이끌어낼 수 없다.

(2) 동독법의 인권합치적 해석에 대한 비판

연방대법원은 동독의 법을 ‘인권에 부합하는 방향으로’ 해석하는 경우에는 처음부터 위법성조각사유가 인정되지 않기 때문에 헌법상 형벌불소급원칙에 위반되지 않는다고 판시하였는데, 이에 대해서는 다음과 같은 타당한 비판이 제기되

Dannecker/Stoffers, Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ 1996, S. 491 f.; Dannecker, Jura, 1994, S. 585, 590; 학계의 비판에 대하여 자신의 입장을 해명하는 연방대법원의 판시내용에 관하여 vgl. BGH NJW 1995, S. 2728, 2731.

34) 대표적으로 vgl. Dannecker/Stoffers(각주 33), S. 492.

35) 독일의 다수견해에 의하면, 국제법이 국내에서 유효하기 위해서는 국제법은 국가의 법률행위에 의하여 국내법으로 변형되어야 한다. 이에 관하여 자세하게 한수웅, 헌법학, 2017, 341면 이하 참조.

36) Vgl. Schmidt-Assmann, in: Maunz/Dürig, GGK, Art. 103 II(1992), Rn.255; Dannecker/Stoffers(각주 33), S. 492; Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, 2014, S. 367 f.; Pieroth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51(1992), S. 98, Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Bd.3, 2003, Art. 103 Rn. 34.

고 있다.

1) 헌법상의 형벌불소급원칙에 비추어, 특수한 해석방법에 의한 실정법의 해석은 이미 행위 시에 그러한 해석이 가능했고 국민이 이를 예측할 수 있었던 경우에만 고려될 수 있다. 오늘의 관점에서 수치스러운 동독의 체제 범죄도 행위 당시에는 대부분의 경우 실제로 유효한 실정법에 근거한 것이었다. 물론, 사후적으로 실정법에 대하여 법의 왜곡이나 불법 또는 무효를 주장할 수 있으나, 그러한 행위가 그 당시에 합법적이었다는 사실은 달라지지 않는다.³⁷⁾ 동서독 국경에서의 살인행위는 체제 내적인 관점에서 합법적이었다. 동독의 국경수비체제가 잔혹한 것이라 하더라도, 동독 체제의 관점에서는 탈주자는 범법자인 것이다. 독일사회주의통일당의 일당독재는 봉쇄되고 감시되는 국경의 존재 하에서만 유지될 수 있었다. 동독법에서 탈주자에 대한 사살행위를 처벌해야 한다고 규정하는 것은 곧 자기 자신의 생존조건을 위법으로 선언해야 한다는 것을 의미하였다.³⁸⁾ 현재 시점에서 법치국가적 관점으로 동독법을 보는 것은 허용되지 않으며, 소급효금지원칙에 위반되는 것이다.

사회주의국가의 법질서는 서독의 법질서와 근본적으로 상이하였다.³⁹⁾ 국가는 마르크스-레닌주의에 봉사하는 것이었고, 법은 국가에 봉사하는 것이었다. 법은 사회주의정당의 강령을 실현하기 위한 도구였으며, 법의 실현은 곧 사회주의정당의 강령 실현을 의미하는 것이었다. 이러한 상황에서 동독의 법은 오로지 사회주의정당의 목표를 실현하는 방향으로 해석되고 적용되었으며, 동독에서 이러한 해석방법은 행위 시의 지배적인 해석방법이었다. 그러나 사회주의국가의 법과 그에 대한 이해를 사후적으로 법치국가의 관점에서 소위 ‘인권합치적 해석’의 이름으로 재구성하는 것, 즉 불법국가의 법을 사후적으로 법치국가의 시각에서 바라보는 관점의 변경은 형벌의 예측가능성을 보장하고자 하는 헌법상의 형벌불소급원칙에 정면으로 반하는 것이다.⁴⁰⁾

헌법상 형벌불소급원칙의 요청에 부합하기 위해서는, 처벌가능성을 판단함에 있어서 전적으로 동독의 법과 동독에서의 해석방법이 판단의 기준으로 고려되어

37) Vgl. Pieroth(각주 36), S. 113.

38) 법무부(각주 1), 599면 이하 참조.

39) Vgl. Starck(각주 10), S. 17; Pieroth(각주 36), S. 97; Werle(각주 16), S. 3004; 법무부(각주 1), 95면.

40) Vgl. Dannecker/Stoffers(각주 33), S. 492.

야 하며, 이에 따라 피고인들에 대해서는 행위의 위법성이 인정되지 않으므로 서독의 형사법원은 무죄판결을 선고해야 한다. 만일 이러한 무죄판결이 실질적 정의를 실현하고자 하는 법 감정에 반한다면, 입법자는 헌법 개정을 통하여 형벌불소급원칙을 제한하는 방법을 강구해 볼 수 있다. 그러나 연방대법원의 ‘인권합치적 해석’은 해석의 관점을 완전히 변경함으로써 ‘법의 해석’의 경계를 넘어서 ‘법의 창설’의 영역으로 들어섰으며, 해석을 통하여 그에게 귀속되지 않는 입법권(헌법개정권력)을 행사한 것과 다르지 않다.⁴¹⁾ 연방대법원은 현실을 무시하는 해석을 통하여 헌법이 금지하는 ‘은폐된 소급효’를 도입할 수 없는 것이다.

2) 나아가, 연방대법원의 인권합치적 해석은 동독의 법적·사실적 상황을 전혀 고려하고 있지 않다. 동독에서는 전혀 생소하였고 현실에서 아무런 역할도 하지 못하였던 ‘국제법상 인권’의 기준에 따라 동독의 법을 인권에 부합하게 해석하는 것은 동독에서의 사실상의 법적 상황을 완전히 왜곡하는 것이고, 전체주의 국가의 법체계를 무시하는 것이다.⁴²⁾ 동독의 법이 인권 친화적이었던 것이 아니라 인권에 반하였다고 하는 것은 엄연한 역사적 사실이다. 동독의 국경수비 체제 및 이로 인한 국경에서의 탈주자 살인에 대한 허용은 동독의 법을 잘못 해석한 결과가 아니라 동독 법질서 그 자체이다.

이와 같이 역사적 현실을 무시하는 연방대법원의 견해는 과거청산의 관점에서 도 문제를 제기한다.⁴³⁾ 이러한 견해는 마치 동독의 정치체제가 국제적 인권보호의 요청에 부합하는 법제도를 갖춘 것 같은 인상을 제공함으로써, 동독의 헌법 현실을 미화하고 동독에서는 ‘법적용’뿐만 아니라 ‘법제도’ 자체가 비정상적이고 불법적이었다는 엄연한 사실을 가리고 있다.

3. 연방헌법재판소의 견해

(1) 연방헌법재판소는 연방대법원의 견해가 그 결론에 있어서는 기본법 제 103조 제2항에 부합한다고 판단하였다. 그러나 연방헌법재판소는 연방대법원이 취한 해결방법 중에서 ‘동독 법의 인권합치적 해석’의 방법을 수용하지 않았다.

41) Vgl. Dannecker/Stoffers(각주 33), S. 493 f.; Rensmann(각주 2), S. 615.

42) Vgl. Dreier(각주 36), S. 372 f.; Werle(각주 16), S. 3005.

43) Vgl. Rensmann(각주 2), S. 615.

대신, 연방헌법재판소는 헌법상의 형벌불소급원칙이 일정한 요건을 충족시키는 정치체제 하에서만 절대적인 효력을 가지는 것으로 이해하여 형벌불소급원칙을 ‘체제의 유보’(Systemvorbehalt) 하에 둬으로써 이를 상대화하였는데, 그 바탕에 깔린 사고는 다음과 같다.

형벌불소급원칙은 그의 엄격한 표현을 통하여 법치국가적·기본권적 보장기능을 이행하고 이로써 절대적인 효력을 가짐에도 불구하고, 불법국가체제에서 법치국가로 이행하는 체제 과도기라는 완전히 특수한 상황에서는 상대화되고 그 효력에 있어서 제한될 수밖에 없다. 서독의 헌법 하에서는 형법이 민주적으로 조직되고 기본권의 구속을 받는 입법자에 의하여 제정됨으로써 실질적 정의가 보장되기 때문에, 바로 이러한 이유에서 형벌불소급원칙에 내재된 ‘법적 안정성과 실질적 정의 사이의 긴장관계’는 법적 안정성에 유리하게 소급적 형벌구성이 절대적으로 금지된다는 의미로 해결될 수 있다. 기본권의 구속을 받는 민주적 입법자에 의하여 제정된 형법은 특별한 신뢰의 근거를 형성하며, 이로써 형벌불소급원칙의 엄격하고 절대적인 성격을 정당화한다.

그러나 서독이 동독 지역의 형사사법을 인수한 결과로서 동독의 법을 근거로 하여 국가형벌권을 행사해야 한다면, 헌법상 형벌불소급의 원칙은 제한을 받게 된다. 동독의 헌법 현실은 민주주의나 권력분립 또는 기본권보장 등 그 어느 것에도 부합하지 않기 때문에, 형벌불소급의 원칙에 있어서 예정된 법적 안정성과 실질적 정의 사이의 균형은 더 이상 보장되지 않는다. 물론, 동독에서 범한 범죄의 경우에도 행위 시 법률에 의하여 처벌을 받는다는 것에 대한 개인의 신뢰가 원칙적으로 존재한다. 그러나 형벌불소급의 원칙이 법치국가에서 포기할 수 없는 정의의 핵심적 요청과 충돌하는 경우에는 실질적 정의에 양보해야 한다. 이러한 특수한 상황에서 개인은 엄격한 신뢰보호를 요구할 수 없다.

(2) 연방헌법재판소는 무엇이 ‘포기할 수 없는 정의의 핵심적 요청’에 해당하는지를 판단하기 위한 기준으로서 헌법상 실질적 정의의 요청을 수용한 ‘국제법상 인정된 인권’을 고려하였다. 그러므로 동독의 법이 ‘국제사회에서 일반적으로 인정된 인권을 중대하게 침해하는 형법적 불법’을 위법성조각사유를 통하여 처벌로부터 배제하는 경우에는 그러한 위법성조각사유는 적용되어서는 안 되며, 탈주자에 대한 살인을 보호하는 위법성조각사유는 ‘극단적인 국가적 불법’으로 무효라고 판시하였다.

4. 연방헌법재판소의 결정에 대한 비판

(1) 판시내용에서 논증의 단계

일단, 연방헌법재판소는 위법성조각사유를 소급적으로 제거하는 것은 피고인에게 미치는 불리한 효과에 있어서 범죄구성요건을 소급적으로 도입하는 것과 다르지 않다는 점에서, 위법성조각사유도 기본법 제103조 제2항의 형벌불소급원칙에 의하여 보호된다고 확인하였다. 따라서 연방헌법재판소는 동독의 체제불법에 대한 처벌은 오로지 형벌불소급원칙에 대한 예외를 인정함으로써만 가능하다고 판단하였고, 어떠한 이유에서 동독의 법에서 행위 시에 인정되었던 위법성조각사유를 소급적으로 인정하지 않을 수 있는지에 관하여 몇 단계로 논증을 시도하였다.⁴⁴⁾

첫째, 연방헌법재판소는 기본법 제103조 제2항에 규정된 형벌불소급원칙의 ‘절대적 성격’을 ‘민주적으로 정당화되고 법치국가적으로 구속을 받는 입법자에 의한 입법’이라는 조건에 결부시킴으로써, 형벌불소급원칙의 절대성을 자유민주주의적 법질서라는 체제에 유보시키고 있다. 따라서 이러한 체제를 형성하는 특정한 요건을 충족시키지 못하는 경우에는 형벌불소급의 원칙은 절대성을 상실한다. 형벌불소급의 원칙이 그 절대적 성격을 상실한다는 것은 다른 법익과의 교량을 통하여 상대화될 수 있다는 것을 의미한다. 이로써 연방헌법재판소는 ‘실질적 정의’와의 법익교량을 통하여 형벌불소급원칙을 상대화할 수 있는 가능성을 열어 놓았다.

둘째, 연방헌법재판소는 언제 행위 시 법률에 의하여 처벌받느냐는 것에 대한 개인의 신뢰보다 실질적 정의가 우선하는지, 즉 어떠한 경우에 형벌불소급원칙에 의하여 보장되는 신뢰보호의 한계가 인정되는지를 판단하였는데, 신뢰보호의 한계를 확정하기 위한 기준으로서 ‘국제법상 보장된 인권의 준수’를 요구하면서 인권을 중대하게 침해하는 경우에는 신뢰보호를 요구할 수 없다고 판단하였다.

셋째, 연방헌법재판소는 ‘국제법상 보장된 인권의 준수’라는 기준을 이 사건의 사실관계에 적용함으로써, 동서독 국경에서의 살인행위가 국제법상 인권에 대한 중대한 위반의 범주에 속하는지 여부를 판단하였다.

44) Vgl. Rensmann(각주 2), S. 615.

(2) 체제 유보의 사고에 의한 절대적 소급효금지의 상대화

연방헌법재판소는 논증의 첫 번째 단계에서 헌법에 절대적으로 표현된 형벌불소급원칙을 ‘체제 유보’를 통하여 상대화하였는데, 헌법상 형벌불소급원칙이 체제유보의 사고에 의하여 상대화될 수 있는지 여부에 대해서는 찬반의견이 갈리고 있다.⁴⁵⁾

1) 체제 유보의 사고를 지지하는 견해는, 형벌불소급의 원칙은 독일 헌법의 특수한 규범적 연관관계에서 해석되어야 하며, 형벌불소급원칙의 엄격한 형식성은 법치국가에서 포기할 수 없는 헌법적 핵심과 충돌하는 경우에는 제한되어야 한다고 주장한다.⁴⁶⁾ 기본법 제103조 제2항은, 독일 기본법이 규정하는 바와 같이, 법치국가적 입법의 범주 내에서 효력을 가지는 것으로, 위 헌법조항은 비민주적 불법체제에서 범한 국가적 범죄에 대한 처벌을 방지하고자 하는 목적이나 의미를 가질 수 없으며, 헌법상 소급효금지는 국가권력의 지배를 받는 국민을 보호하기 위한 것이지, 인권을 침해하는 불법국가와 그 하수인을 보호하는 방패가 아니라고 주장한다. 나아가, 인권침해가 국제법상 범죄에 해당하는 경우에는 국내법적 상황과 관계없이 처벌을 허용하는 「유럽인권협약」(Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK) 제7조 제2항도 이러한 방향을 시사하고 있다고 한다.⁴⁷⁾

2) 반면, 연방헌법재판소의 ‘체제 유보의 사고’에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기된다.⁴⁸⁾

연방헌법재판소는 헌법상 형벌불소급원칙을 해석함에 있어서 법치국가를 구성하는 양대(兩大) 요소인 ‘정의’와 ‘법적 안정성’을 서로 대치시키고 극단적인 불법의 경우에는 예외적으로 정의가 법적 안정성보다 우위를 차지하므로 형벌불소급원칙이 양보해야 한다고 판시하고 있다.⁴⁹⁾ 그러나 이러한 판시내용은 헌법상 형벌불소급원칙의 핵심적 기능을 오해하고 있다.

45) 헌법재판소결정에 대하여 비판적인 견해로 대표적으로 Dreier(각주 36), S. 354 ff.; Dreier, JZ 1997, 421 ff; 지지하는 견해로는 Starck, Anmerkungen, JZ 1997, S.147 ff.

46) 헌법재판소의 판시내용에 동조하는 견해로는 vgl. Roxin, 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts, in: Häberle(Hg), 60 Jahre deutsches Grundgesetz, 2011, S.89; Rensmann(각주 2), S. 616.

47) 유럽인권협약 제7조의 소급효금지원칙에 관하여 vgl. Werle(각주 16), S. 3006 f.

48) Vgl. Dreier(각주 36), S. 387 ff.; Kunig(각주 36), Rn. 34.

49) Vgl. BVerfGE 95, 96 (130 f., 132 f.)

형벌불소급원칙은 형법의 영역에서 이미 정의와 법적 안정성 간의 충돌에 대한 최종적인 해결책을 제시하고 있다.⁵⁰⁾ 헌법은 제103조 제2항에서 법적 안정성과 실질적 정의 사이의 충돌을 ‘국가형벌권이 실정법에 의하여 엄격한 구속을 받는다’는 방향으로 확정적으로 결정하였다. 소급효금지란 정의의 반대법익이 아니라, 국가형벌권을 행위 시의 실정법에 엄격하게 구속시킴으로써 실질적 정의를 실현하는 것이며, 이로써 곧 정의의 표현이다. 그러므로 소급효금지는 절대적인 효력을 가져야 하며, 신뢰보호원칙과는 달리 더 이상 실질적 정의의 관점이나 신뢰의 보호필요성 판단에 의하여 제한되거나 상대화되어서는 안 된다.⁵¹⁾

연방헌법재판소는 “절대적인 소급효금지는 그의 정당성을 특별한 신뢰의 근거에 두고 있다.”고 하여 형벌불소급원칙이 민주적 범치국가라는 체제의 유보 하에 있다고 판시하고 있는데, 이러한 판시내용도 타당하지 않다. 헌법상 형벌불소급원칙이 오로지 범치국가적 헌법질서 내에서 생활한 개인에게만 소급효금지의 완전한 보호를 제공한다는 견해는 헌법사에 대한 몰이해에 기인하는 것이다. 헌법사에서 형벌불소급원칙은 이미 민주적 범치국가의 성립 이전에 생성되었다. 형벌불소급원칙의 엄격한 효력은 형법이 민주적 입법자에 의하여 제정되었는지 여부에 달려있지 않다. 민주적 헌법국가의 발생 이전까지 미치는 형벌불소급원칙의 역사적 성립과정에 비추어, 형벌불소급원칙에 의한 국가형벌권의 엄격한 구속은 국가권력이 비민주적으로 조직되었고 기본권의 구속을 받지 않는다 하더라도 마찬가지로 적용되어야 한다.⁵²⁾ 오히려 비민주적 입법자에 대하여 형법질서의 존속에 대한 개인의 신뢰가 보호되어야 할 필요성은 민주적 입법자와의 관계에서 보다 더욱 크기 때문에, 형법이 비민주적 입법자에 의하여 제정되는 경우 자유보장의 기능을 하는 소급효금지는 더욱 특별한 의미를 가진다.

뿐만 아니라, 독일 정부가 소급효금지를 국제적으로 규율하는 「유럽인권협약」 제7조를 비준하면서, 국제법상의 범죄에 해당하는 경우에는 소급효금지에 대한 예외를 허용하는 제7조 제2항에 대해서는 독일 기본법상의 소급효금지원칙과의 충돌을 우려하여 비준하지 않았다는 사실도 기본법 제103조 제2항의 절대적이고 엄격한 성격을 말해주고 있다.⁵³⁾

50) Vgl. Dreier(각주 36), S. 388.

51) Vgl. Pieroth(각주 36), S. 168.

52) Vgl. Krajewski, Mauerschützen und Menschenrechte, JZ 1997, 1054; Dreier(각주 36), S. 389.

53) Vgl. Dannecker/Stoffers(각주 33), S. 492; Sendler(각주 16), S. 3146.

(3) 자연법이 형벌을 구성할 수 있는지의 문제

1) ‘라드브루흐 공식’에 기초한 헌법재판소결정의 판시내용

연방헌법재판소는 결정이유 어느 곳에서도 명시적으로 라드브루흐 공식을 언급하지 않았다. 그러나 연방헌법재판소는, ‘연방대법원이 라드브루흐의 공식에 기초한 ‘실정법적 불법’의 사고와 국제법적으로 보호되는 인권에 근거하여 청구인들이 주장하는 위법성조각사유를 무효로 판단함으로써 위법성조각사유를 인정하지 않은 것은 헌법에 부합한다’고 확인하면서, 나아가 동독의 국경수비체제는 극단적인 국가적 불법에 해당하므로, 이에 기초하는 위법성조각사유는 인정되지 않는다고 판시하고 있다.⁵⁴⁾ 여기서 ‘극단적인 국가적 불법’은 라드브루흐 공식을 달리 표현한 것에 지나지 않으므로,⁵⁵⁾ 헌법재판소의 결정에서도 라드브루흐 공식이 그 이념적 기초를 이루고 있다.⁵⁶⁾

2) ‘라드브루흐 공식’의 내용과 의미

나치정권의 전범에 대한 형사재판에서 피고인들은 실정법인 나치 법률과 그에 근거한 명령의 효력과 구속성을 신뢰하였다고 주장하였다. 라드브루흐(Radbruch, 1878-1949)는 1946년 ‘남독일 법률신문’(Süddeutsche Juristenzeitung)에 기고한 작은 논문인 ‘실정법적 불법과 초실정법적 법’(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)에서 ‘법적 안정성과 정의의 관계를 어떻게 결정할 수 있는지’에 관한 문제를 다루면서 다음과 같이 서술하였다.⁵⁷⁾

“정의와 법적 안정성 사이의 충돌은 다음과 같이 해결될 수 있을 것이다. 정의에 대한 실정법의 모순이 참을 수 없을 정도에 이르렀기 때문에 불법으로서의 실정법이 정의에 양보해야 하는 것이 아닌 한, 실정법이 비록 내용적으로 부당하고 불합리하더라도 정의에 대하여 우위를 차지한다. ‘실정법적 불법’과 ‘부당한 내용’에도 불구하고 유효한 법’ 사이에 보다 명확한 선을 긋는 것은 불가능하다. 그러나 다음과 같은 경계는 매우 명확하게 그어질 수 있다. 즉, 정의를 전혀 지향하지

54) BVerfGE 95, 96 (134).

55) Vgl. Kaufmann(각주 33), S. 84.

56) Vgl. Sendler(각주 16), S. 3147.

57) ‘법률적인 불법과 초법률적인 법’으로 번역되기도 한다. 위 논문의 번역으로 윤재황(역), 라드브루흐, 법률적 불법과 초법률적 법, 2000; 김영환, 법철학의 기본문제, 2006, 379면 이하.

않는 곳, 정의의 핵심을 이루는 평등을 실정법의 제정에 있어서 의식적으로 부정하는 곳에서, 법은 단지 ‘부당한 법’에 그치는 것이 아니라 법적 성격을 가지지 않는다.”⁵⁸⁾

위 서술내용은 오늘날 ‘라드브루흐 공식’으로 불리우고 있는데, 아마도 20세기 법철학에서 가장 유명하고 가장 많이 인용된 구절일 것이다. 라드브루흐는 극도의 불법적 내용을 가진 실정법의 규범은 ‘부당한 법’일 뿐만 아니라 법적 성격을 상실한다는 것을 지적함으로써 나치 정권의 불법체제에 대한 그 당시 문명세계의 정당한 혐오를 매우 적절하게 표현하였다. ‘라드브루흐 공식’의 매력은 나치 독재의 반인륜적 범죄에 대한 전후 법철학의 적절한 대답이었다는 것에 있다.⁵⁹⁾

3) 라드브루흐 공식의 적용에 의한 처벌가능성

통일 독일의 사법기관은 동독법에서 인정된 위법성조각사유를 인정하지 않음으로써 처벌을 가능하게 하였는데, 위법성조각사유의 불인정은 궁극적으로 라드브루흐 공식의 적용, 즉 자연법에 기초하고 있다. 그러나 라드브루흐 공식을 적용하여 처벌가능성을 인정한 것에 대하여 다음과 같은 비판이 제기된다.

① 라드브루흐 공식은, 실정법에서 정의에 반하는 특정한 개별규범의 효력을 상실케 하면서 그 규범이 위치하는 규범체계는 그대로 유지시키는 방법으로 작용하고 있다. 이를 국경수비대 사건에 적용한다면, 동독법에서 인정되었던 위법성조각사유는 정의에 반하는 것으로 무효이고, 위법성조각사유가 사라진 다음에는 처벌의 대상인 범죄행위에 대해서는 살인죄를 처벌하는 동독법이 그대로 적용된다. 이로써 자연법이 형벌을 구성하는 역할을 하게 된다.

여기서 자연법이 형벌을 구성할 수 있는지의 문제가 제기된다.⁶⁰⁾ 자연법의 역사를 살펴보면, 지금까지 자연법은 주로 개인의 양심과 국가의 불법 사이에서 문제되었고, 국가의 불법이 개인의 양심에 반한다는 이유로 법에 대한 복종을 거부하는 경우에 비로소 실정법에 대한 불복종을 정당화하는 데 기여하였다. 그러나 지금까지 어떠한 경우에도 자연법이 형벌을 구성하기 위한 근거 또는 행위의 가

58) Vgl. Radbruch, in: Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Bd. 3, 1990, S. 83 ff.

59) Vgl. Dreier(각주 36), S. 361.

60) Vgl. Dreier(각주 36), S. 377 f.; 자연법은 실정법을 비판하는 지렛대에 불과하며, 독자적으로 불법을 구성할 수 없다는 견해로 김영환(각주 57), 18면 이하.

벌성을 논증하기 위한 근거로 사용된 적은 없다.

나아가, 실정법이 자연법에 위반되는 경우, 자연법은 실정법의 폐지를 의도하지 않으며, ‘실정법의 무효’라는 직접적인 형성적 효과를 초래하지 않는다.⁶¹⁾ 자연법은 실정법이 규범화되는 단계에서 ‘잠재적인 법’ 또는 ‘실정법을 비판하고 감시하는 법’으로 존재하면서 입법자에게 정의에 부합하는 입법을 요청할 뿐, 이에 반하는 실정법을 직접 폐지하지 않는다. 자연법에 위반되는 실정법은 무효가 아니라 입법자에 의하여 개선되어야 할 ‘나쁜 법’, 악법일 뿐이다.

뿐만 아니라, 자연법 적용의 가장 큰 문제점은 바로 자연법 자체의 불명확성이다.⁶²⁾ 자연법의 역사에서 자연법의 다양성, 내용적 상이함과 포괄성은 자연법의 특징적 요소이다. 시대에 따라서는 심지어 노예제도, 여성의 정치적 참여 배제도 자연법을 주장하여 정당화되었다. 라드브루흐 자신도 바로 이러한 자연법의 불명확성과 자연법 적용의 위험성을 의식하였기 때문에, 초실정법적 자연법사상은 지극히 한정적으로 적용되어야 한다고 주장하였고, 나치 불법을 사실상 인류역사에서 유일한 적용례로 삼고자 의도하였다.⁶³⁾ 자연법을 법적 판단의 기준으로 삼을 경우에는 기준의 모호성으로 인하여 법적으로 논증하는 것이 불가능하고 이념적 논증이라는 의심을 벗을 수 없다.⁶⁴⁾ 체제불법의 청산에서 무엇이 불법인지를 명확히 밝히지 못하면 구 동독의 과거청산은 그야말로 정치재판으로서 승자의 심판으로 전락하게 될 우려가 있다. 불법청산은 명확한 법이론의 토대 위에서 이루어져야 한다. 그렇다면 자연법을 주장하여 형벌을 구성할 수 없다.⁶⁵⁾

② 물론, 연방헌법재판소도 자연법의 불명확성을 인식하여 ‘실질적 정의’라는 막연한 자연법적 발상으로는 이론적 기반을 다질 수 없다고 판단하였다. 이에 따라, 연방헌법재판소는 ‘라드브루흐 공식이 국제법상 인권에 의하여 구체화될 수 있다’는 연방대법원의 견해에 동조하여, 동독의 국경수비체제가 극단적인 국가적 불법에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 국제법상 인정된 인권을 기준으로 삼았다.

헌법재판소의 판시내용에 의하면, 국경수비대 형사재판과 관련하여 문제되는

61) Vgl. Dreier(각주 36), S. 379.

62) Vgl. Dreier(각주 36) S. 380; 김영환(각주 57), 20면.

63) Vgl. Kaufmann(각주 33), S. 82.

64) Vgl. Alwart, Die Vernünftigkeit des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2000, S. 228 f.

65) Vgl. Piroth(각주 36), S. 103.

중요한 인권이자 라드브루흐 공식의 구체적인 표현은 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약」 제6조의 생명권과 제12조 제2항의 출국의 자유이다. 그러나 여기서 문제는, 1980년대 말에 이르러서야 비로소 ‘무엇이 불가양의 인권에 속하는지’에 관하여 범세계적으로 합의가 이루어졌다고 볼 수 있으며, 이로써 인권의 범세계적인 국제법적 효력을 언급할 수 있다는 점이다.⁶⁶⁾ 1989년 독일 통일 이전에는 그러한 범세계적인 합의가 인정되기 어렵다. 그렇다면, 동서독 국경에서의 살인행위의 형법적 판단에 있어서 그 행위 시인 1963년부터 1989년 사이에 형성된 국제법상 인권에 대한 범세계적인 이해와 효력을 판단의 기초로 삼아야 한다. 특히 동서독 양국이 1976년에 비로소 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약」에 가입하였다는 점을 감안한다면, 1976년 이전에는 인권을 ‘국제사회에 의하여 일반적으로 인정된 권리’로 보기 어렵다.

③ 나아가, 20세기의 자연법을 본질적으로 ‘인권의 관점’에서 이해함으로써 국제법상의 인권을 자연법의 구체화된 형태로 파악하더라도, 자연법에 관한 범세계적 합의는 ‘인권의 보장내용’의 차원에서만 형성되어 있을 뿐, 언제 어떠한 경우에 자연법의 위반이 존재하는지에 관한 ‘인권침해의 차원’에서는 합의가 이루어져 있지 않다.⁶⁷⁾ 언제 실정법이 자연법에 위반되기 때문에 무효인지의 경계가 자연법 개념과 마찬가지로 불명확하다.⁶⁸⁾ 국제법상 인권보장의 다양성과 포괄성에 비추어 어떠한 권리가 침해당한 경우에 ‘극단적인 국가적 불법’을 성립시키는지, 나아가 이러한 권리의 침해가 어느 정도의 강도에 도달해야 하는지 등 모든 것이 불명확하다.⁶⁹⁾ 헌법재판소는 이와 관련하여 단지 ‘국제사회에서 일반적으로 인정된 인권이 중대하게 침해되어야 한다’는 불명확한 기준만을 제시하고 있을 뿐이다.

④ 또한, 라드브루흐 공식에 따라 법질서에서 한 부분만을 분리하여 사후적으로 법적 성격을 부인함으로써 그 효력을 상실케 하는 것이 과연 ‘불법체계에 대한 과거청산’이라 할 수 있는지 의문이 제기된다. 법질서에서 비난의 여지가 있는 일부 법규범의 효력을 상실케 하고 나머지 법규범의 효력을 유지함으로써, 라

66) Vgl. Krajewski(각주 52), S. 1055.

67) Vgl. Dreier(각주 36), S. 381.

68) Vgl. Roggermann, Systemunrecht und Strafrecht, 1993, S. 62.

69) Vgl. Rensmann(각주 2), S. 616.

드브루흐 공식은 자연법의 기반 위에서 부분적이거나 소급적으로 법체계를 재편성하는 효과를 가진다.⁷⁰⁾

전체 법질서에서 위법성조각사유만을 폐기시킴으로써 동독법에 따라 가별성을 인정하는 것은 동독의 불법체계를 인정하는 것일 뿐만 아니라 이를 미화하고 동독의 전반적인 인권침해적 상황을 은폐하는 것이다.⁷¹⁾ 동독 국경수비체제와 그에 근거한 살인행위의 용인과 허용은 단지 ‘국가 내에서의 불법’이 아니라 그 자체로서 ‘국가적 불법’이다.

5. 법치국가적 대안으로서 헌법 개정에 의한 소급적 처벌가능성의 도입

연방헌법재판소결정의 판시내용을 비판하는 견해는, ‘연방헌법재판소가 라드브루흐 공식을 적용하여 처벌가능성을 인정한다 하더라도, 동서독 국경에서의 살인행위에 대한 처벌은 헌법상의 형벌불소급원칙으로 인하여 불가능하다’고 하면서, ‘기본법 제103조 제2항이 처벌을 막고 있다면 이러한 장애물은 헌법 개정을 통하여 극복될 수 있다’고 하여, 대안으로서 헌법 개정을 제시하고 있다. 그 주된 이유는 다음과 같다.

통일에 의하여 변화된 현실은 헌법규범의 해석과 적용에도 영향을 미칠 수 있으나, 이러한 변화는 법치국가원칙 앞에서 멈춰야 한다. 동독에서의 법치국가의 건설이 전체 독일에서 법치국가의 축소를 초래해서는 안 된다.⁷²⁾ 법치국가는 한번 정립되면 자신에게 충실해야 한다. 법 감정이 명시적인 법치국가적 헌법규범을 무시하고 밟고 지나가서는 안 된다. 체제범죄청산의 목적이 법치국가이념의 완성이므로, 법치국가의 완성을 위한 과거청산이 법치국가원리에 입각해야 함은 필연적이다.⁷³⁾ 그러한 전제조건이 결여된 과거청산은 정치적 보복이나 피해자의 복수에 지나지 않는다. 더욱이 승자의 재판이라는 오해를 면하기 위해서도 법치국가원칙에 의한 과거청산은 필수적이다.

한편, 국경수비체제의 불법이 처벌받지 않는다는 결과가 명백히 법 감정에 반한다면, 실질적 정의를 실현해야 한다는 법감정을 승리로 이끌 수 있는 유일한

70) Vgl. Dreier(각주 36), S. 385.

71) Vgl. Dreier(각주 36), S. 386.

72) Vgl. Pieroth(각주 36), S. 104.

73) 법무부(각주 1), 97면.

법치국가적 가능성은 헌법 개정을 통하여 기본법 제103조 제2항에 ‘반인륜적 범죄에 대한 예외조항’을 삽입하는 것이다.⁷⁴⁾ 법적 안정성과 신뢰보호는 원칙적으로 오로지 헌법 내의 법치국가적 체계 내에서만 보장된다. 헌법 자체는 형벌불소급원칙의 구속을 받지 않으므로, 새로운 헌법질서는 과거의 법질서와의 관계를 자유롭게 결정할 수 있으며, 과거를 달리 평가할 수 있다.⁷⁵⁾

따라서 입법자는 형법을 통한 과거청산의 문제를 사법부로 하여금 형벌불소급원칙의 무리한 해석을 통하여 해결하도록 사법부의 판단에 맡겨둘 것이 아니라, 스스로 헌법 개정을 통하여 해결해야 한다. 이러한 방법이 법치국가적 명확성의 관점에서 보다 바람직할 뿐만 아니라 국가공동체의 중요한 결정을 입법자로부터 기대하는 민주주의원칙에도 보다 부합한다.⁷⁶⁾ 형법적인 과거청산은 자연법적 사상을 주장하여 있었던 법을 없었던 것으로 만드는 방식이 아니라, 실정법적으로 헌법개정을 통하여 소급효를 도입하는 방식을 통하여 이루어져야 한다.⁷⁷⁾

명시적인 헌법 개정은 법치국가적 법적 명확성의 장점을 가질 뿐만 아니라 그 내용에 있어서도 「유럽인권협약」(EMRK)에 부합한다. 「유럽인권협약」에 의하면, 문명국가에서 일반적으로 인정되고 형법적으로 보호되는 법원칙에 위반되는 행위를 처벌함에 있어서 소급효금지하는 방해가 되지 않는다(제7조 제2항). 제2차 세계대전의 전승국들은 이러한 방법으로 뉴른베르크 군사재판절차를 명시적으로 정당화하고자 하였다. 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약」(IPbPR)도 행위 시에 국제사회에 의하여 일반적으로 인정된 법원칙에 따라 처벌될 수 있었던 행위에 대한 처벌은 배제되지 않는다는 「뉴른베르크조항」(Nürnberger Klausel)을 삽입하였다(제15조 제2항). 나아가, 그러한 내용의 헌법 개정은 헌법의 기본결정에 반하지 않으므로, 헌법개정금지사항을 명시적으로 규정한 기본법 제79조 제3항에도 위반되지 않는다.⁷⁸⁾

74) Vgl. Isensee, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 51(1992), S. 136; Dreier(각주 36), S. 391; Pieroth(각주 36) S. 104; 또한 사법부가 아니라 입법자(헌법개정자)가 처벌여부에 관하여 판단해야 한다는 견해로 Sendler(각주 16), S. 3147; Dannecker/Stoffers(각주 33), S. 494.

75) Vgl. Pieroth(각주 36), S. 100.

76) Vgl. Sendler(각주 16), S. 3147.

77) 김영환(각주 57), 36면 이하.

78) Vgl. Dreier(각주 36), S. 391; Pieroth(각주 36), S. 104.

6. 국경수비대 군인과 그 배후자가 처벌받아야 하는지의 문제

동서독 국경에서의 살인행위에 대한 처벌을 가능케 하는 명시적인 헌법 개정 은 뉴른베르크 전범재판에서와 유사한 정도의 불법성을 전제로 한다. 따라서 남은 문제는 국경수비대 군인과 그 배후자들이 반드시 처벌받아야 하는지, 헌법 개정을 통하여 이들을 처벌하기 위한 길을 터야 하는지의 문제이다. 이와 관련하여 다수의 학자가 처벌을 반대하는 다양한 관점을 아래와 같이 제시하고 있다.

(1) 연방대법원은 국경수비대 판결에서 동독 국경수비대 군인에 대하여 ‘명백한 극도의 불법을 인식할 수 있음에도 인식하지 못하였다’고 비난하고 있으나, 과연 전체주의 체제의 실상에 비추어 ‘명백한 극단적인 불법’을 이야기 할 수 있는지 불확실하다. 우선, 전체국가적 지배 하에서의 일반적인 생활조건 및 전체주의 체제에서 군대라는 집단의 특수한 상황을 고려한다면, 국경수비대 군인은 범인이자 동시에 동서 냉전 체제의 희생자라고 할 수 있다.⁷⁹⁾

체제경쟁에서 열세에 있었던 동독이 장벽을 건설하고 이를 지키려 한 것은 동독 입장에서는 체제유지를 위한 방어적 조치였다. 국경에서의 사살명령은 냉전기간 중 일반적 현상이었다. 게다가 1972년 동서독 기본조약의 체결을 통하여 동독의 통치권과 법질서를 광범위하게 인정하였으므로, 국가의 존속을 유지하기 위한 동독법을 집행하였을 뿐인 피고인들의 처벌은 부당하다. 국경수비대 사건에서의 살인행위는 국가 내에서 행위자에게 귀속될 수 있는 개인적 불법이 아니라 국가에게 귀속되어야 하는 ‘국가의 불법’이다. 구동독에서 범해진 체제불법에 대한 형법적 청산은 동독법의 관점에서 동독법을 침해한 과잉행위에 한정하여 이루어져야 한다.⁸⁰⁾

(2) 동독 정권은 나치 정권과 비교할 때, 오늘날의 법치국가적 질서 및 정의에 대한 모순이 수인할 수 없을 정도에 이르지 않았고, 그 비인간성에 있어서도 현저하게 적은 불법을 보인다고 말할 수 있다.⁸¹⁾ 국제법의 관점에서 불

79) Vgl. Schulze-Fielitz, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, DVBl 1991, S. 893 ff.; Isensee(각주 74), S. 134 f.

80) 법무부(각주 1), 599면.

81) Vgl. Papier/Möller, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, NJW 1999, S. 3297.

때, 동서독 국경에서 탈주자에 대한 살인행위가 ‘국제법상의 범죄’의 성격을 가지고 있는 경우에만, 즉 ‘인간성에 대한 범죄’로 규정될 수 있는 경우에만, 동독의 법에 따라서는 처벌할 수 없음에도 불구하고 헌법 개정 등을 통하여 사후적으로 처벌될 수 있다. 그러나 동독의 국경수비체제가 의문의 여지없이 잔인하였다는 것을 인정한다 하더라도, 인권침해의 정도와 그 목적성에 있어서 ‘인간성에 대한 범죄’(반인륜적 범죄)로 규정하기 위한 강도와 높은 문턱을 넘었는지는 의문이다.⁸²⁾ 이러한 상황에서 동독의 실상이 국제법상의 ‘인간성에 대한 범죄’의 정도에 이르렀다고 주장할 수 없을 것이다.

게다가, 동서독 국경은 수십 년 간 지속된 동서 냉전 체제의 경계를 의미하였고 이곳에서 일상적으로 작은 대리전쟁이 치러졌다는 것을 감안한다면, 이러한 역사적·세계정치적 대립상황을 형법적 수단을 가지고 청산해야 하는지도 의문이다. 동독 체제에 동조하고 체제의 유지에 기여하면서 그 과정에서 서독의 관점에서 볼 때 비교적 경미한 범죄를 범한 다른 체제지지자들과의 관계에서도 국경수비대 군인에 대한 처벌은 ‘대리처벌’(Stellvertretende Verurteilung)이라는 인상을 지울 수 없다.⁸³⁾ 동독의 지도부와 그 하수인들만이 동독의 이념과 체제를 지지한 다른 모든 사람들로부터 분리되어 정치적 이념전쟁의 패배에 대한 속죄양의 역할을 하는 것은 아닌지 의문을 가지게 한다.⁸⁴⁾ 이러한 관점에서, 형법적 수단을 통한 동독정권의 과거청산은 결국 ‘정치적 소송’(Politische Prozesse)의 성격을 가지고 있음을 부인할 수 없다.⁸⁵⁾

(3) 과거청산의 과제를 부담하였던 다른 국가들의 경험을 보더라도, 형법적 처벌이 과거청산의 필수적 수단이 아님을 보여주고 있다.⁸⁶⁾ 형법적 수단을 택하지 않은 이유는 각국마다 다양하지만(가령, 정권이양의 조건으로 형의 사면을 약속받거나, 구 불법정권에 의하여 제정된 사면법이 새로 탄생한 민주국가에 의하여 존중되거나 또는 체제 전환 이후 국민의 화해와 통합의 관점에서 사실상 형사소추를 포기하는 등), 단지 일부 국가만이 형사소추의 수단을 채택

82) Vgl. Rensmann(각주 2), S. 617.

83) Vgl. Dreier(각주 36), 2014, S. 393 f.

84) Vgl. Roellecke(각주 16), S. 3026.

85) Vgl. Sendler(각주 16), S. 3147.

86) Vgl. Werle(각주 16), S. 3025; Sendler(각주 16), S. 3147. 이러한 과거청산에 관한 조감을 제공하는 것으로 Eser/Arnold, Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Bd. 1, 2000, S. 27 ff.

함으로써 증대한 인권침해에 대한 형법적 과거청산은 오히려 예외적 현상에 속한다.

오랜 기간에 걸쳐 증대한 인권침해가 누적되었던 남아연방의 경우, 형법을 통하여 과거를 청산하는 방법을 피하고 ‘진실규명위원회’의 작업을 통하여 성공적으로 과거의 불법을 청산한 바 있다. 또한, 동독과 유사한 상황에 있었던 동유럽 국가들의 경우에도 보다 냉정하게 그리고 보다 실용적으로 과거청산의 과제에 대처함으로써, 정권수뇌부에 대한 기소나 처벌은 거의 이루어지지 않았다. 그렇다면 형사처벌을 통한 독일의 과거청산 방법에 대해서는, 독일식의 치밀함을 가지고 과거청산의 기술에 있어서도 ‘세계적인 장인(匠人)’이 되고자 하는 것은 아닌지 의문이 제기된다.

(4) 따라서 형법적 사고의 영향권에서 벗어나 다른 해결책, 즉 자유민주주의의 승리와 평화적 통일을 사면을 통하여 봉인하는 것도 고려해 보아야 한다.⁸⁷⁾ 동독 체제불법에 대한 형법적 청산으로 인하여 동독 주민의 대다수는 정의실현의 만족보다는 불법체제의 집단적 공범자로 느끼고 있으며, 통일 독일에서 2류 국민으로 전락한 느낌을 받고 있는 것은 아닌지, 독일 통일이 완성된 지 10년이 지나서도 형사재판을 계속 진행하는 것보다 더 중요하고 시급한 것은 없는지, 정치적 재판의 진행과 그 결과가 동서독간의 화합을 저해하고 있는 것은 아닌지 생각해 보아야 한다.

물론, 이러한 사면이란 동독 체제 하에서 범한 불법을 덮어버리고 미화시키고 용서하는 사면이 아니라, 단지 형법적으로 마침표를 찍는 사면이다. 체제불법에 대한 사면은 동독의 불법체제의 희생자에 대한 조롱이자 1989년의 평화적 무혈혁명을 욕되게 하는 것이라는 우려의 목소리도 있으나, 법치국가에서 사면이란 정의의 부정이 아니라 단지 새 출발과 화해를 위하여 정의를 한 번 넘어서는 것이다.⁸⁸⁾

87) Vgl. Isensee(각주 74), S. 136 f.; Dreier(각주 36), S. 394; Rau(각주 16), S. 3014; 독일 통일 후 사면 논의에 관하여 법무부(각주 1), 755면 이하 참조.

88) Vgl. Sendler, *Strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit oder Amnestie?*, NJW 1997, S. 3148.

V. 한국에 대한 시사점

헌법은 국가에게 통일의 과제를 부과하면서, 통일의 목표를 어떠한 방법을 통하여 실현해야 할 것인지에 관하여는 원칙적으로 국가기관의 광범위한 형성권에 위임하고 있다. 그럼에도, 헌법은 제4조에서 통일과 관련하여 조국통일은 평화적인 방법에 의하여 실현되어야 할 뿐만 아니라 자유민주적 기본질서에 입각하여 이루어져야 한다는 방법적 지침을 제시함으로써 국가기관을 구속하고 있다. 인류가 역사적으로 수천 년에 걸쳐 획득한 현대 민주국가의 보편적 가치이자 동시에 우리 헌법의 정치적 기본질서를 포기하면서까지 통일이 이루어질 수 없다는 것을 헌법은 명백히 밝히고 있다.

북한은 1949년 조선민주주의 인민공화국을 수립한 이후 주체사상과 공산주의를 기본이념으로 하는 1인 독재의 전체주의 국가체제를 유지하고 있다. 비록 남북한 국경지역이나 중국과의 국경지역에서의 탈주자에 대한 총격살인에 관해서는 잘 알려져 있지 않지만, 북한 정권은 지난 60여 년간 체제유지를 위하여 정치범에 대한 고문과 살인, 정치범 수용소에의 강제수용과 강제노동, 탈북자에 대한 가혹행위, KAL 기 폭파를 비롯하여 선박과 남한주민의 납치행위 등 다양한 불법행위를 광범위하게 자행한 것으로 확인되고 있다. 체제불법에 있어서 북한 정권과 동독 정권은 여러 면에서 유사하지만, 동독의 1당 독재체제와 비교할 때 북한의 1인 독재체제는 전체주의적이고 자의적인 국가의 성격이 보다 강하며 형사법을 비롯한 전반적인 법질서가 현저하게 반법치주의적 성격을 보이고 있다는 점에서, 북한의 체제불법은 동독의 체제불법에 비하여 그 불법성의 정도에 있어서 보다 크다고 평가할 수 있다.⁸⁹⁾

한반도의 통일이 언젠가 실현되는 경우, 우리 헌법상의 법치국가원리는 통일된 한국에게 북한에서 자행된 체제불법의 청산을 요청한다. 그러나 법치국가의 완성을 위한 과거청산은 필연적으로 법치국가원리에 따라 이루어져야 한다. 법치국가의 기반을 벗어난 과거청산은 정치적 보복에 불과하다. 법치국가원리에 의한 과거청산을 담보하는 헌법적 원칙은 소급효금지원칙이다. 헌법상의 형벌불소급원칙(제13조 제1항)은 행위 시에 형벌이 법률로써 규정된 경우에만 범죄에 대한 처

89) 이효원, 통일 이후 북한의 체제불법에 대한 극복방안, 서울대학교 법학, 제51권 제4호(2010. 12.), 89면 이하.

벌을 허용하고 있으며, 그 효력에 있어서 구성요건의 단계뿐만 아니라 위법성조각사유의 단계에까지 미친다.

통일을 계기로 북한의 불법국가가 법치국가로 전환된 후에는 소급효금지원칙이 체제불법에 대한 형사소추를 금지하는지의 문제가 필연적으로 제기된다. 북한의 체제불법의 청산에 있어서, 자유민주주의 체제의 기준으로는 불법이었던 것이 전체주의 체제에서는 적법한 것으로 허용되었다는 것에 ‘법에 의한 과거청산’의 딜레마가 있다. 북한의 독재국가에서는 중대한 인권침해가 처벌을 받는 것이 아니라 오히려 국가권력에 의하여 허용되고 심지어 명령되었다. 여기서 제기되는 문제는 무엇보다도 중대한 인권침해의 장본인이 구 불법체제에서 적용되었던 인권침해적 법질서와 이를 용인한 국가실무를 자신에게 유리하게 고려해 줄 것을 주장할 수 있는지 여부이다.

따라서 우리의 경우에도 독일과 마찬가지로, 통일과 더불어 북한 체제불법의 형법적 청산이 헌법적으로 가능한 것인지, 나아가 형법적 수단에 의한 과거청산이 바람직한 것인지에 관한 논의가 본격적으로 전개될 수밖에 없다. 통일된 한반도에서 북한 체제불법에 대한 청산을 형법적으로 또는 정치적으로 할 것인지, 만일 체제불법에 대한 형법적 청산이 불가피하다면 소급효금지원칙을 사법기관의 해석을 통하여 아니면 형벌불소급원칙에 대한 예외를 허용하는 명시적인 헌법개정을 통하여 극복할 것인지 등의 근본적인 문제가 제기될 것이다.

바로 이러한 문제와 관련하여 독일 연방대법원의 국경수비대 판결과 연방헌법재판소의 국경수비대 결정 및 독일통일을 계기로 또는 독일 최고사법기관의 판결을 계기로 독일 학계에서 벌어진 다양한 논의는 우리에게 많은 것을 시사하고 있다. 특히, 위에서 살펴본 바와 같이, 연방대법원과 연방헌법재판소가 취한 논리는 많은 헌법 이론적 문제점을 안고 있음을 확인할 수 있다. 나아가 보다 본질적인 문제로서, 남한정권이 오래 전부터 사실상 북한의 국가적 실체를 인정하고 한반도 평화유지와 남북한 관계 개선 등의 명목으로 대북지원을 하는 등 북한체제가 유지되는 데 직·간접적으로 기여하였으며, 지금까지도 북한의 잔혹한 인권침해 상황을 외면하고 국가적 차원에서 무관심으로 일관해 온 것을 고려한다면, 남한정권이 통일 후 북한체제를 불법체제로 규정하고 체제불법에 대한 형법적인 과거청산을 단행할 수 있는 자격과 도덕적 우위를 가지고 있는지도 의문이다.

참 고 문 헌

○ 단행본

- 김영환, 법철학의 기본문제, 홍문사, 2006.
법무부, 통일독일의 구동독 체제불법청산 개관, 1995.
한수용, 헌법학, 법문사, 2017.

Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Bd. 3, 1990.
Roggermann, Systemunrecht und Strafrecht, 1993.
Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl. 2006.

○ 논 문

- 성영훈, 제2차 동독 국경수비대사건, 법조 제42권 제10호/제11호(1993. 10/1993. 11).
이종영, 통일국가의 과제로서 불법체제의 청산과 그 방안, 중앙법학 창간호(1999).
이효원, 통일 이후 북한의 체제불법에 대한 극복방안, 서울대학교 법학 제51권 제4호(2010. 12).
최호진, 조직에 있어서 배후자의 형사처벌 가능성 -국경수비대사건에서의 국방위원회
회의 형사책임에 대하여-, 비교형사법연구 제6권 제2호(2004).

Alwart, Die Vernünftigkeit des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2000.
Degenhard, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 103.
Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: Idee und Gestalt des freiheitlichen
Verfassungsstaates, 2014.
Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1997.
Dannecker/Stoffers, Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der
Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ 1996.
Isensee, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 51(1992).
Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen
Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht,
NJW 1995.
Krajewski, Mauerschützen und Menschenrechte, JZ 1997.
Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Bd. 3, 2003, Art. 103.
Papier/Möller, Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und

nach 1989, NJW 1999.

Pieroth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51(1992).

Rau, Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR—Hat der Rechtsstaat gesiegt?, NJW 2001.

Rensmann, BVerfGE 95, 96—Mauerschützen, in: Menzel/Müller—Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 2011.

Roellecke, Egon Krenz post portas, NJW 2001.

Roxin, 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts, in: Häberle(Hg), 60 Jahre deutsches Grundgesetz, 2011.

Schmidt—Assmann, in: Maunz/Dürig, GGK, Art.103 II(1992).

Schulze—Fielitz, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, DVBl 1991.

Sendler, Strafrechtliche Aufarbeitung der DDR—Vergangenheit oder Amnestie?, NJW 1997.

Starck, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51(1992).

Starck, Anmerkungen, JZ 1997.

Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 2001.

동독 농업생산협동조합과 그 승계기업의 구 채무에 관한 독일 연방헌법재판소의 원칙판결에 대한 평석

(BVerfGE 95, 267-322, 1997. 4. 8.)

방 승 주*

I. 관련 규정 소개와 배경

1. 서론

이 사건 헌법소원은 과거 농업생산협동조합(LPG)이 독일민주공화국(동독)에서 “농업과 식품산업 국립은행”으로부터 얻었던 대출(소위 구 채무)에 대하여 변제할 의무가 있는지의 문제와 관련되었다.¹⁾

농업생산협동조합은 독일민주공화국(동독)에서 영농의 기본적 형태를 띠고 있었다. 1952년에 시작된 집단화가 1960년에 종료된 이후, 약 19,000개의 농업생산협동조합 중 약 85%에 해당되는 경작가능 농토들이 경작되었고, 6%가 국영기업, 즉 소위 인민고유재산(Volkseigene Güter: VEG)이 되었다. 이 외에 원예생산협동조합(GPG), 그 밖의 사회주의적 기업과 소위 기타 기업들이 있었다.²⁾

이러한 발전은 70년대에 농업의 산업화와 일정한 생산기업의 특수화에 기여한 집단화과정과 더불어서 계속되었다. 조합은 식물경작조합(LPG P)과 그리고 동물사육조합(LPG T)으로 나뉘었다. 나아가 일련의 조합간기구들이 설립되었다. 농업생산협동조합의 수는 이에 따라 급감하였던 데 반하여, 개별 농업생산협동조합

* 한양대학교 법학전문대학원 교수

1) 이하 I.~IV.까지는 독일 연방헌법재판소의 BVerfGE 95, 267 판결에 대한 필자의 번역을 기초로 필요에 따라 직접인용과 간접인용, 그리고 인용부호를 생략한 번역문을 병행하여 이 판례를 소개하는 내용으로 구성하였음을 밝힘.

2) BVerfGE 95, 267 (268).

의 경작가능한 토지들은 급격히 대규모화하였다. 독일 통일시점에는 약 4,000개의 농업생산협동조합이 탄생하였다. 그 평균크기는 4,538 헥타르에 달하였으며, 인민고유재산(VEG)의 평균크기는 5,031헥타르에 달한데 비하여, 서독의 주요 영농기업의 평균크기는 29헥타르에 지나지 않았다.³⁾

농업생산협동조합의 법적 지위는 「농업생산협동조합법」(LPG-G), 즉 최후의 것으로서는 1982년 7월 2일 독일민주공화국(동독) 법률(GBI I S. 443)에 규정되어 있었다. 농업생산협동조합법 제1조 제1항은 농업생산협동조합을 “사회주의적 협동생산을 위하여, 그리고 자신들의 실질적이고 문화적인 필요를 계속적으로 보다 더 낮게 충족시키기 위하여, 그리고 인민들에게는 식품으로, 공장에는 자연 식재료로 항시 보다 나은 서비스를 위하여 노력하는 농민과 원예민 그리고 기타 인민들의 자의적 결사체”라고 정의하고 있다. 「농업생산협동조합법」 제9조에 따라 농업생산협동조합은 권리능력 있는 법인이 되었다. 내부적인 관계는 각료회의(Ministerrat)에 의하여 법규정(Rechtsvorschriften)으로서 발하여지고 법률공보에 공포되었던, 기본규약(Musterstatuten)에 기초를 두고 있는 규약(Statuten)에 의하여 전반적으로 규정되었다.⁴⁾

농업생산협동조합은 조합 재산권의 주체였는데, 이 재산권은 이러한 특별한 주체성으로 인하여 인민재산에 비하여 사회주의적 재산의 완화된 형태로 통용되었다. 조합은 농업생산협동조합재산의 지분이 없는 공동소유권자로서 다루어졌으며, 이 농업생산협동조합재산은 구성원들의 자산기여, 국가의 출자, 민법적 취득의 산물과 노동생산으로 이루어졌다. 이에 반하여 농업생산협동조합법 제19조 제1항에 따라 반입된 토지는 구성원의 재산으로 남아 있었다. 하지만 농업생산협동조합법 제18조에 따라서 전체적인 이용권은 계속해서 농업생산협동조합으로 넘어갔다. 구성원은 토지를 양도하고 상속할 수 있는 권리에 국한되었으며, 조합의 이용권은 이에 영향을 받지 아니하였다.⁵⁾

농업생산협동조합은 재산권의 사용에 있어서 자유롭지 아니하였다. 1968년 독일민주공화국(동독) 헌법 제9조 제3항에 따르면 인민경제와 그리고 그 밖의 모든 사회적 영역에 대하여 계획과 지도의 원칙이 적용되었다. 인민경제는 “사회주의적 계획경제”였다. 이에 따라서 「농업생산협동조합법」 제4조 제1항에서는 사

3) BVerfGE 95, 267 (268).

4) BVerfGE 95, 267 (268).

5) BVerfGE 95, 267 (268 f.).

회주의적 영농기업으로서 농업생산협동조합은 통일적인 사회주의 인민경제의 구성부분이며, 또한 국가에 의하여 확인된 계획을 기초로 하고, 또한 필요한 사업 계약의 체결을 통하여 그 사업활동을 조직한다고 규정하였다. 국가에 의하여 운영되고 지도되는 인민경제와의 결속으로 인하여 농업생산협동조합은 파산에 이를 수 없었다. 조합의 재산권은 특히 강제집행으로부터 보호를 받았다.⁶⁾

이러한 체계를 관철함에 있어서는 국가에 의하여 조직된 대출제도(Kreditwesen)가 중요한 역할을 수행하였다. 이 기업이 자기의 사업으로 벌어들인 금전을 향유할 수 있는 것은 단지 작은 규모에 불과하였다. “이윤(Gewinn)”은 계획 가운데 이미 정해져 있었으며, 또한 비록 이윤이 계획액수에 미달하였다 하더라도, 계획액수만큼 걷어갔다(abführen). 또한 계획초과이윤도 이 기업이 원칙적으로 보유할 수 없었다. 자연적 그리고 경제적 여건들이 상이하다 보니 이러한 차이를 조정하기 위해서 1985년 5월 10일 사회주의적 농업경영을 위한 조세법(GBl Sonderdruck Nr. 1111/6)에 따라 기타 납세의무가 존재하였다. 투자와 통상적인 지출을 위하여 필요한 재원은 이 기업이 국립은행이 제공하고 주로 저축금으로부터 자금을 지원하는 대출(Kredite)을 통해서 조달해야만 했다.⁷⁾

이 대출제도의 법적 기초는 독일민주공화국(동독)의 1982년 1월 28일 「대출보장과 사회주의적 경제의 은행통제에 관한 명령」-대출명령(GBl I S. 126-KreditVO)-과, 같은 날 동 시행규정(Durchführungsbestimmung: GBl I S. 133)이었다. 독일 연방법원(BGH)이 이 사건 헌법소원으로 다루어진 판결에서 근거로 삼았던 기본적 규정은 다음과 같다.⁸⁾

2. 관련 규정 소개

(1) 구 동독 대출보장과 사회주의적 경제의 은행통제에 관한 명령-대출명령 (GBl I S. 126-KreditVO)

제2조 (은행 그리고 콤비나트와 기업의 원칙적인 권리와 의무)

① 인민경제계획과 승인된 대출총액을 기초로 하여 은행은 계획적인 재생산

6) BVerfGE 95, 267 (269).

7) BVerfGE 95, 267 (269 f.).

8) BVerfGE 95, 267 (270).

과정의 재정조달을 위하여 콤비나트와 기업에 생산성 제고와 효율성 향상을 목적으로 하는 대출을 보장한다. 은행은 독일민주공화국(동독) 마르크(Mark)를 통하여 엄격한 통제를 행사한다. 은행은 그 활동을 통해서 인민경제에서의 비용과 효과간의 관계를 결정적으로 개선하기 위하여 적극적으로 기여하여야 하며, 방대한 과학기술의 발전을 기초로 하는 경제성장의 질적 요인들을 계속해서 보다 잘 활용할 수 있도록 지원하여야 한다.

② 은행은 인민경제계획에 부응하여, 국가에 의하여 규정된 규범과 규범적인 것, 그리고 결산에서 차지하는 비중, 할당량과 한계 그리고 특히 과학-기술적 과제, 투자, 물자소비와 에너지소비를 위한 유동성과 비용을 위한 기타 규범들과 경제적 목적설정들의 준수에 방향을 맞추어서 대출을 보장해야 한다. 은행은 이 규범들과 목적설정들을 그 법규정에 부합하게 정리하고 개선하여 주도록 요구할 수 있다.

③ 콤비나트와 기업들은 대출을 계획에서 확정된 성과목표와 효율성목표에 부합하도록 사용하여야 한다. 대출은 실제 필요를 충족하여야 하며, 상환되어야 하고, 이자를 지불하여야 한다.

④ 콤비나트와 기업들은 대출의 보장을 위하여 다음과 같은 일반적인 전제조건들을 갖추어야 한다.

- 성과향상과 효율성향상을 위한 국가의 계획목록의 준수.
- 주민과 인민경제의 공급 및 수출 그리고 기간과 분류에 부합하는 계획과 계약의 이행을 위한 수요에 부합하는 생산과 순환의 보장.
- 계획상 실질적, 재정적 기금의 일치, 확정된 자기자본참여의 준수 그리고 지급능력의 보장.

⑤ 콤비나트와 기업들은 최고로 효율성 있게 대출을 실행하여야 한다. 콤비나트, 기업 그리고 국가기관의 수장은 대출의 계획과 대출요구에 대한 통제를 자기책임 하에 있는 지도활동에 포함시켜야 한다.

⑥ 콤비나트와 기업들은 대출을 계획하여야 하며, 대출의 계획을 은행과 합의 하고, 또한 이 경우 국가의 계획목표에 대한 준수를 입증하여야 한다. 계획안의 작성과정에서 은행은 대출합의의 결과를 콤비나트와 기업들에게 확인하여야 한다. 은행은 필요한 경우 특히 다음과 같은 경우에 대출합의에 조건을 붙인다.

- 성과목표와 효율성목표의 보장.
- 이미 실행된 구상과 조치들의 계획 가운데에 전체적인 이용효과를 반영하는 것.
- 아직 결여되어 있는 그 밖의 대출조건의 충족.

상당한 이유가 있는 경우에는 은행은 계획된 대출의 한도를 줄이거나 또는 대

출보장을 거부할 수 있다. 콤비나트와 기업들은 계획안과 계획에 나타나 있는 범위 내에서만 은행의 동의를 있는 경우에 대출을 수용할 수 있다. 콤비나트와 기업들은 실질적 및 재정적 계획과 관련하여 대출합의의 결과들을 기초로 삼아야 하며, 또한 은행과의 합의를 상급 기관에게 제시하여야 한다.

⑦ 감축된 범위 내에서 계획하고 있는 기업들에 대하여는 계획과 대출의 정산과 관련한 요구가 간소하게 이루어져야 한다.⁹⁾

이자율도 계획목표를 달성하는 데 도움이 될 수 있도록 책정되었다. 5%의 통상 이자율은 대출명령 제3조 제2항에 따라서 계획이 초과 달성된 경우에는 인상, 그리고 미달된 경우에는 인하될 수 있었다. 대출명령 제3조 제6항에 따라서, 초과된 비용과 손실을 충당하기 위한 대출은 허용되지 않았다.¹⁰⁾

대출은 순환자금대출(Umlaufmittelkredite)과 기본자금대출(Grundmittelkredite)로 나뉘어졌다. 순환자금대출은 반복되는 지불을 위한 상시 유동성을 보장하는 것이었다. 그리고 기본자금대출은 계획에 따른 투자의 재정적 지원을 위한 것이었다. 그 가운데에는 일 년 이상 고용되는 모든 노동수단의 조달도 포함되었다. 나아가 기본자금대출을 통해서 기업들이 자신의 독자적인 생산과제 외에, 전국적으로 사회시설의 개선을 위해서 투입해야 했던 투자에 재정지원이 되었다. 주택 건설과 또한 도로건설 그리고 특히 발전소, 변전소, 문화센터, 청소년회관과 유치원의 설립과 유지 등이 여기에 속하는 것이었다.¹¹⁾

특수한 대출보장들은 규정되지 않았다. 하지만 대출명령 제4조에 따라 계획에 합치되는 대출이용의 보장을 위해서 은행에 방대한 통제권한이 부여되었다. 은행대출은 단지 그 재정지원기능에 머무르지 않고, 동시에 분배와 경기부양(Stimulierung) 그리고 통제의 수단이 되었다.¹²⁾ 대출관계로부터 발생하는 분쟁에 대해서는 일반 법원도 또는—예외를 제외하면—국가계약법원(die staatlichen Vertragsgerichte)도 관할권이 없었다는 것도 바로 이러한 맥락에서였다. 대출명령 제18조에 따르면 대출보장과 관련한 분쟁의 경우 은행이 결정하였다. 은행의 결정에 대해서 기업은 이의를 제기할 수 있었으며, 이에 대하여는 상급 은행기관이 결정하였다.¹³⁾

9) BVerfGE 95, 267 (270 f.).

10) BVerfGE 95, 267 (271).

11) BVerfGE 95, 267 (271 f.).

12) Das sozialistische Finanzwesen der DDR, 2. Aufl. 1980, S. 109 f.를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (272).

13) BVerfGE 95, 267 (272).

대출관계가 내용적으로 계획과 법률에 의하여 광범위하게 규정되어 있었지만, 대출명령 제14조에 따르면 모든 대출보장을 통해서 은행과 기업 간에 하나의 계약이 체결되었다. 하지만 대출계약은 민법전의 의미에서의 계약으로 간주되지는 않았다. 대출계약은 1982년 3월 25일의 계약법에 따른 경제계약과 같이 독자적 성격의 법제도로서 간주되었다. 이 독자성은 다음과 같은 데에 있었다. 즉 이 대출계약은 대출기관이 소재하는 지역에서 개별적으로 당사자들에게 구속력이 있는 국가의 계획내용의 실행을 구체화하였다는 점이다.¹⁴⁾

대출계약의 내용이 자유로이 협상되기 힘들었던 것과 같이, 계약상대방에 대한 자유로운 선택도 가능하지 않았다. 농업생산협동조합에 대한 대출은 오로지 독일 민주공화국(동독)의 “농업과 식품산업 국립은행”(BLN)만이 보장할 수 있었다. 이 은행은 영농주민들의 저축수입까지도 관리하였다. 1975. 10. 23. 각료회의(Ministerrat)에 의하여 의결된 규약에 따르면 은행은 “농업, 산림, 식품산업의 영역에서 당과 정부에 의하여 의결된 금융정책의 실현을 위한 각료회의의 중심적 기관”이었다. 이 사건에서 그 존재가 문제 되고 있는 농업생산협동조합에 대한 전체적인 구 대출(Altkredite)은 농업에 대한 국가적 재정지원의 차원에서 ‘농업 및 식품산업 국립은행’(BLN)에 의하여 보장되었다.¹⁵⁾

(2) 구 동독 농업생산협동조합법 개정법률과 농업조합의 지원에 관한 법률

「농업생산협동조합법」의 개정은 이미 호네커의 붕괴 이후의 단계에서 모드로브 정부 하에서 일련의 법률을 통하여 시작되었다. 1990년 3월 6일의 「농업생산협동조합법 개정법률」(GBl I S. 133)은 농업생산협동조합에게 “자신의 사업결과”에 대한 처분권을 부여하였으며(제1조), 또한 조합구성원들에 의하여 반입된 토지에 대하여 구성원의 처분권을 확대하였고, 농업생산협동조합에게 조합지분을 배분할 수 있는 권한을 부여하였다. 조합원자격의 종료도 가능해졌다. 나아가 같은 날 「토지개혁으로 인한 토지소유자의 권리에 관한 법률」(GBl. I S. 134)은 이 토지들을 민법전의 적용 하에 두었으며, 그리고 이에 반하는 모든 처분권의 제한을 해제하였다.¹⁶⁾

14) Wirtschaftsrecht. Lehrbuch, 1985, S. 320)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (272).

15) BVerfGE 95, 267 (273).

16) BVerfGE 95, 267 (273).

입법자는 구 대출의 문제도 염두에 두었지만, 포괄적으로 규정하지는 않고, 국가적 규제에 의하여 많은 대출의 부담을 떠안았던 『농업조합의 지원에 관한 법률』만을 마찬가지로 1990년 3월 6일에 제정하였다(GBI I S. 135 이하 “지원법”이라 함). 이 법 제1조에 따라서 지역에 적합하지 않은 생산에 관한 국가의 규정을 근거로 과도하게 많은 대출의 부담을 지고 있는 농업생산협동조합은 부담완화를 받을 수 있었다. 의회논의에서의 설명에 따르면, 이러한 기관들에는 500개의 농업생산협동조합(LPG), 원예생산협동조합(GPG), 그리고 다른 협동기구¹⁷⁾가 해당되었다. 그것들에게는 해제, 감면 또는 국가예산으로부터 이자지불을 위한 재정 지원이 이루어졌다.¹⁸⁾

그 밖의 법개정은 1990년 3월 18일 인민의회 선거 이후에 그리고 1990년 3월 18일 『통화연합, 경제연합 그리고 사회연합에 관한 국가조약』(BGBI II, S. 537, 이하 ‘국가조약’)의 협상과 밀접한 관련 하에 드메이지에르 정부가 구성된 후에 이루어졌는데, 이것은 1990년 6월 30일에 발효되었다. 이미 1990년 6월 17일의 헌법원칙이 “경제적 활동의 자유”를 도입하고, 같은 날 『인민재산의 사유화와 재정비에 관한 법률』(신탁법)(GBI. I S. 300)이 인민재산의 사유화를 명령했던 이후, 이 국가조약은 독일민주공화국(동독)의 경제체제에 관하여 사회적 시장경제를 천명하였다.¹⁹⁾

(3) 국가조약 부서

통화전환에 관해서는 국가조약 부서 I에서 다음과 같이 규정하였다.²⁰⁾

제6조 금융기관에 있는 잔고의 전환

- ① 독일민주공화국(동독)에 거주지를 두고 있는 자연인은 자신들의 계좌를 개설한 하나의 금융기관에서 다음에서 열거하는 독일민주공화국(동독) 마르크에 의한 액수에 이르기까지 독일민주공화국(동독)의 1 마르크는 1 독일마르크(DM)로 환산하여 지급할 것을 청구할 수 있다.

- 1976년 7월 1일 이후에 태어난 자연인은 2,000 마르크

17) 동독 인민의회 속기록, 9. WP, Band 25, S. 532를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (273).

18) BVerfGE 95, 267 (273).

19) BVerfGE 95, 267 (273 f.).

20) BVerfGE 95, 267 (274).

- 1931년 7월 2일부터 1976년 7월 1일 사이에 태어난 자연인은 4,000 마르크

- 1931년 7월 2일 전에 태어난 자연인은 6,000 마르크

이 청구는 하나의 금융기관에서 한번만 이루어질 수 있다.

② 제1항에서 열거된 독일민주공화국(동독) 마르크에 의한 액수를 넘는 자연인의 잔고와 또한 법인이나 그 밖의 기관의 잔고는 독일민주공화국(동독) 2 마르크 당 1 독일마르크(DM)로 환산한다.

③과 ④...21)

제7조 독일민주공화국(동독)의 마르크로 표현되어 있는 채무와 채권의 독일마르크(DM)로의 전환; 독일마르크-개시결산(DM-Eröffnungsbilanz)

§1

① 제2항과 제3항의 규정을 유보로 1990년 7월 1일 전에 성립되거나 또는 이 규정의 발효 전에 효력이 있었던 규정들에 따라서 독일민주공화국(동독)의 마르크로 지불되어야 했던, 독일민주공화국(동독)의 마르크로 표현되어 있는 모든 채무와 채권은 채무자가 채권자에 대하여 독일민주공화국(동독) 2마르크에 대해서 1 독일마르크(Deutsche Mark: DM)를 지불하여야 하는 효과로써 독일마르크로 전환된다.

②와 ③22)

「국가조약」 부서 I 제8조 §1에 따르면 동 조약 부서 I, 제7조 §1은 대출기관에 대해서도 적용된다. 상이한 전환과정에 의해서 발생하는 상환부족분의 조정을 목적으로 국가조약 부서 I, 제8조 §3 제4항에 따라서 국가의 조정기금을 설립하여야 했는데, 이에 대해서는 은행들이 「국가조약」 부서 I, 제8조 §4의 내용에 따라서 이자청구권을 가졌다.²³⁾

부서 III, 제I호 4에서는 독일민주공화국(동독)은 대출의 분야에서 통화연합에 반하는 모든 법률과 법규정들을 폐지하거나 개정할 의무를 졌다. 동시에 채권자에게는 대출에 대한 이자를 채무자에 대한 일방적 선언에 의하여 통상적인 마르크에 의한 액수로 확정할 권리가 부여되었다. 이러한 의무의 이행의 일환으로 독

21) BVerfGE 95, 267 (274).

22) BVerfGE 95, 267 (275).

23) BVerfGE 95, 267 (275).

일민주공화국(동독) 각료회의는 1982년 1월 28일자 대출명령을 폐지하였다(1990년 6월 28일 법규정의 개정이나 폐지에 관한 명령 제13조, GBl I S. 509). 동 명령 제14조에 따르면 대출계약은 1990년 7월 1일부터 효력이 있는 요건에 맞추어 조정될 수 있었다.²⁴⁾

나아가 독일민주공화국(동독)은 국가조약 부서 I, 제7조 §3에서 독일 마르크에 의한 개시결산(Eröffnungsbilanz)에 관한 법률을 제정할 의무를 받아들였다. 하지만 이 법률은 통일조약과 함께 비로소 제정되었다. 1990년 6월 30일 독일민주공화국(동독) 마르크에 의한 부기의 종료에 관한 규정을 근거로 모든 조합들은 1990년 8월 31일까지 독일민주공화국(동독)의 마르크에 의한 부기의 종료를 실행할 의무를 졌다(GBl I S. 593; 이하 *SchlußbilanzAO* 종료결산명령). 이 부기의 종료는 전체 자산과 채무의 재고를 기초로, 독일민주공화국(동독) 마르크에 의한 종료대차대조표(결산)와 손익계산으로 구성되었다.²⁵⁾

(4) 구 동독 농업전환법

계획경제적 여건 하의 농업을 시장경제적 여건으로 전환하는 것은 국가조약의 발효 전에 이미 통과된 1990년 6월 29일 독일민주공화국(동독)의 「농업의 사회적 및 생태적 시장경제로의 구조적 전환에 관한 법률」(이하 *LwAnpG*: ‘농업전환법’)이 이끌었다. 이 법률은 농업에서 토지에 대한 사적 재산권을, 그리고 그것을 기초로 하는 경영을 다시금 회복시켰다(§1). 제2장에서 이 법률은 농업생산협동조합에 대해서 통·폐합의 가능성을 인정하였다(§4 ff.) 나아가 이 법률은 제4장에서 농업생산협동조합의 등록조합형태로의 전환을, 그리고 제5장에서는 해체를 그리고 제6장에서는 개별 조합원들에 의한 조합원자격의 해지를 규정하였다. 나중에는 인적 회사나 자본회사로의 전환도 허용되었다.²⁶⁾

「농업생산협동조합법」은 1992년 1월 1일자로 효력을 상실하였다. 그때까지 전환되지 않은 농업생산협동조합은 「농업전환법」 제69조 제3항에 따라 이 시점에 법률상 등록조합으로 구조적으로 전환되었으며, 또한 앞으로 반년 내에 설립요건을

24) BVerfGE 95, 267 (275).

25) BVerfGE 95, 267 (275 f.).

26) BVerfGE 95, 267 (276).

충족하지 못하는 경우에는 해체되도록 되었다. 여기에서 쟁점이 되고 있는 구 대출에 대해서 「농업전환법」은 제12조에 있는 분배규정 외에는 아무런 규정을 두고 있지 않았다. 하지만 인민의회는 1990년 3월 6일의 지원법은 여전히 효력을 유지한다고 간주하였다.²⁷⁾ 「농업전환법」 제49조 제3항은 이에 대하여 언급하고 있다.²⁸⁾

경제체제 구조전환의 차원에서 은행제도도 독일연방공화국(서독)의 은행의 모델에 따라서 전환되었다. 독일민주공화국(동독)의 “농업과 식품산업 국립은행”(BLN)을 대신하여, 1990년 4월 1일에 새로이 설립된 베를린조합은행(GBB)이 그 전체자본을 독일민주공화국(동독)이 참여하고 있는 공법인으로서 출범하였다. 농업과 식품산업 국립은행(BLN)의 구 대출은 베를린조합은행으로 넘어갔다. 베를린조합은행은 자기의 지점은행영업권과 시설재산권 그리고 사무비품을 이미 통일 전에 수많은 라이파이젠뱅크(Raiffeisenbank)와 폭스뱅크(Volksbank)로 양도하였다. 1990년 9월 10일의 조약을 통하여 베를린 사무소의 은행업무와 개별 지사의 중앙 은행업무는 독일조합은행(DG Bank)으로 넘어갔다. 인수의 차원에서 베를린조합은행의 155억 DM(그 가운데 구 채권 61억 DM은 농업생산협동조합 채무)에 달하는 구 대출로부터 나오는 청구권도 독일조합은행으로 넘어간 것이다.²⁹⁾

(5) 통일조약

통일의 과정에서 농업생산협동조합의 구 대출의 운명에 대한 명시적 규정은 이루어지지 않았다. 「통일조약」 자체는 제25조 제3항 제3문과 제4문에 있는 신탁재산과 관련해서 다음과 같은 규정만을 담으로써, 이 문제에 관하여 간접적으로 다루고 있을 뿐이다.³⁰⁾

농경제의 구조전환의 차원에서 신탁관리청의 수익금은 개별적으로 농업기업을 위한 채무감면조치를 위해서도 사용될 수 있다. 그 전에 신탁관리청의 독자적인 재산적 가치가 확정되어야 한다.³¹⁾

27) 인민의회, 속기록 10, WP, Band. 28, S. 779를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (276).

28) BVerfGE 95, 267 (276 f.).

29) BVerfGE 95, 267 (277).

30) BVerfGE 95, 267 (277).

31) BVerfGE 95, 267 (277).

나아가 통일조약 제25조 제7항에서는 다음과 같이 규정하고 있다.³²⁾

독일마르크(DM) 개시결산이 확인될 때까지 1990년 6월 30일 전에 이루어진 대출에 대한 이자지급과 원금상환(Tilgung)은 배제된다. 해당되는 이자지급은 신탁관리청이 독일 신용은행 주식회사(Deutsche Kreditbank AG)와 다른 은행에 이행한다.³³⁾

(6) 민법시행법

구 채권에 대하여 언급을 하지 않은 채 「통일조약」에 의하여 민법시행법에 도입된 제232조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.³⁴⁾

[채무관계에 대한 일반 규정]

가입이 발효하기 전에 성립된 채무관계에 관련해서는 통일조약 제3조에서 열거된 지역에 대해서는 지금까지 효력을 가지고 있는 법을 준거로 한다.³⁵⁾

「통일조약」이 통일된 독일에서의 계속효력을 명령하고 있지 않은 독일민주공화국(동독)법의 경우도 마찬가지이다. 그러한 한 폐지된 대출명령(Kreditverordnung)도 계속해서 준거가 된다.³⁶⁾

(7) 독일마르크개시결산법

「통일조약」으로 수용되고, 「통일조약」과 함께 동시에 효력을 발한 「독일마르크에 의한 개시결산과 자본경정에 관한 법률」(독일마르크개시결산법³⁷⁾—DMBiG; BGBl. 1990 II S. 1169 = GBl DDR 1990 I S. 1909)은 1990년 7월 1일에 독일민

32) BVerfGE 95, 267 (277).

33) BVerfGE 95, 267 (277).

34) BVerfGE 95, 267 (277).

35) BVerfGE 95, 267 (278).

36) BVerfGE 95, 267 (278).

37) 황선훈, 독일통일과정에서 국유재산처리에 관한 공법적 연구, 중앙대학교 대학원 박사학위논문 2016, 177쪽과 송강, 통일 후 북한 기업의 사유화에 관한 연구, 고려대 대학원 박사학위 논문, 2017, 87쪽은 독일 마르크(도이치 마르크) 개시대차대조표법으로 번역하고 있다.

주공화국(동독)에 거주하고 있었던 모든 기업들에게 개시결산(Eröffnungsbilanz)을 독일마르크로 작성할 의무를 부과하였다. 독일마르크개시결산법 제1조 제2항 제3호에 따르면 이것은 또한 농업생산협동조합에도 적용되었다. 채권과 채무는 동법 제3조 제4항에 따라서 특별한 목록으로 파악할 수 있어야 하며, 이 경우 국가에 대한 채무와 은행에 대한 채무가 구분되었다. 「독일마르크개시결산법」 제4조 제2항은 결산은 상법 제264조 제2항 제1문의 의미에서 “사실적 상황에 부합하는 자산상황”을 보여주어야 한다고 규정하였다.³⁸⁾

채권과 채무는 「독일마르크개시결산법」 제13조 제1항 및 제16조 제1항에 따라서 원칙적으로 2:1의 비율로 평가되었다. 채무는 「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항에 따라 만일 채권자가 문서로 연간흑자(Jahresüberschuß)로부터 상환할 수 있을 경우에 한해서 청구하겠다고 서면으로 선언하고, 그리고 해산, 지급불능이나 또는 기업의 과잉채무의 경우에 대해서 그러한 선언을 하지 아니한 모든 채권자들보다 후순위가 될 것에 대하여 동의한 경우에만, 결산(대차대조표)에 수용하지 않아도 된다(소위 ‘결산 차원의 부담경감’).³⁹⁾

채권과 채무와는 달리 「독일마르크개시결산법」 제7조 제1항에 따른 자산들은 새로운 가치로 평가되어야 하는데, 이것은 물론 시가보다 상회해서는 안 되며, 기술적 발전을 따라잡지 못하는 물건들의 감가상각을 고려해야만 했다. 한편으로는 금전채권과 금전채무 그리고 다른 한편 물건의 상이한 평가를 통하여, 독일마르크에 의한 결산에서 보통 농업생산협동조합에 불리하게 작용하고, 또한 많은 경우에—신탁기업의 경우와는 달리(「독일마르크개시결산법」 제24조)—신탁관리청에 대해서 아무런 조정청구권이 인정되지 않은, 잘못된 액수에 도달할 수밖에 없는, 그러한 차이가 발생하였다. 잘못된 액수가 은행의 순위양보(Rangrücktritt)에 의해서도 제거되지 않는 경우, 이것은 기업이 시장경제에서 과잉한 채무를 부담하고, 그리고 1990년 6월 6일의 「도산법」 제1조 제1항에 따라서 청산이 무산되는 결과를 초래하였다.⁴⁰⁾

이에 반하여 「독일마르크개시결산법」 제40조는, 국가조약 부서 I, 제8조 §4에서 합의되었듯이, 독일민주공화국(동독)의 은행들과 그 승계자들에 대해서 통화전환 조정기금에 대한 법률상 청구권을 규정하고 있다. 즉 채무와 순위양보

38) BVerfGE 95, 267 (278).

39) BVerfGE 95, 267 (278).

40) BVerfGE 95, 267 (278-279).

채무(Rückstellung)가 자산을 초과하는 경우에 적용된다. 이 규정은 은행들이 의심의 여지가 있는 구 채권들에 대하여 가치전환을 하거나, 또는 독일마르크개시결산법 제16조 제3항에 따른 선언(순위양보)을 표한 경우에도 적용된다. 독일 조합은행(DG Bank)은 농업생산협동조합의 구 채무에 대한 주채권자로서 이러한 규정의 혜택을 누리고 있다.⁴¹⁾

이에 따라 농업생산협동조합의 구 채무의 경감을 위해서는 두 가지 가능성이 존재한다. 통일조약 제25조 제3항 제3문에 따른 신탁관리청을 통한 채무감면과 그리고 「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 채권자은행(최종적으로는 조정기금)에 의한 ‘결산 차원의 부담경감’⁴²⁾이 그것이다. 자세한 것은 법률에 규정되어 있지 아니하다. 오히려 조치의 실행을 위한 원칙들은 나중에 연방재무부장관에 의하여 업무지시로 제시되었지만 공포되지는 않았다.⁴³⁾

(8) 농업기업의 채무감면을 위한 업무지시

「통일조약」 제25조 제3항 제3문에 따른 채무감면에 대해서는 신탁관리청에 대한 “농업기업의 채무감면을 위한 업무지시”가 적용되었다. 신탁관리청의 입장에서는 채무인수와, 그리고 보충적으로는 이자지급과 원금상환이행(Tilgungsleistung)의 인수를 통해 이루어지는 채무감면의 전제조건은, 기업이 최대 3년 내에 경쟁력을 갖출 수 있게 될 것이라고 기대할 수 있게 하는 회생(Sanierung)계획과 발전계획의 제출이었다. 채무감면의 대상은 (1) 1990년 6월 30일에 존재하였고, (2) 독일민주공화국(동독)의 지방자치단체가 주도하고 또한 기업성과를 위해서 아무런 적극적 기여를 하지 못하는 조치들을 위해서 사용되었던, 그리고 (3) 영농기업이나 또는 개별 기업 일부의 현저한 상태개선을 초래하지 못하였던, 법률행위로 성립된 그러한 채무들이었다. 환경보호나 서독기업들 자체에 의해서도 재정지원이 되어야 했던 노동안정을 위한 채무들은 인수되지 않았다. 이 채무감면은 기업이 기업의 목적에 직접적으로 기여하지 않는 자산의 매각을 통해서도 스스로 채무로부터 벗어날 수 없는 정도 내에서만 고려되었다. 채무감면조치를 위해서 140억 DM의 상한선(Plafond)이 확정되었다.⁴⁴⁾

41) BVerfGE 95, 267 (279).

42) BVerfGE 95, 267 (279). 위 11쪽 참고할 것.

43) BVerfGE 95, 267 (279).

44) BVerfGE 95, 267 (279 f.).

「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 결산 차원의 부담경감은 “연방 식품영양농림장관의 양해 하에 농업기업의 결산 차원의 부담경감을 위한 조치에 대한 연방재무부장관의 업무지시”를 근거로 이루어졌다. 부담경감을 위한 전제조건은 기업이 1990년 7월 1일까지 「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 순위양보가 없이는 과도한 채무를 지고 있거나, 또는 부담경감이 없이는 기업의 존립이 보장되지 않을 것이며, 그리고 회생계획과 발전계획에 의거하는 기업의 회생능력에 대한 진술서가 바로 그것이다. 부담경감은 채권자가 「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 서면에 의한 의사표시를 제출함으로써 이루어졌다. 순위양보는 회생의 범위 내에서만 이루어질 수 있었으며, 기업이 경영에 필수적이지 않은 자산이나 기업재산의 매각을 통해서 스스로 채무로부터 벗어날 수 있는 경우에는 허용되지 않았다. 기업은 순위양보와 관련되는—청산인여금이 나 장래의 연간흑자로부터 나오는—청구권을 관리하여야 한다. 하지만 이 채무는 연간흑자의 20%로 국한된다. 순위양보와 관련되는 청구권에 대해서는 3개월 FIBOR(프랑크푸르트 시중은행간 이자율) 이자율로 이자가 새로이 지급된다. 이자의 이자는 계산되지 않는다. 지불기간유예(Stundung)에 대해서는 은행이 채무자에 대하여 전체액의 0.25%에 달하는 행정비용총액과 5,000 DM의 체결비용을 요구한다.⁴⁵⁾

3. 관련 규정 제정 배경과 효과

이러한 규정들을 둔 배경은 바로 이 규정에 따른 조치들의 효과를 살펴봄으로써 역으로 추론할 수 있으므로 그 효과를 살펴보기로 한다.

이러한 조치의 효과에 대해서는 연방의회에서의 대정부 세 가지 소질문 그리고 한 가지 대질문에 대한 연방정부의 답변을 통해서 알 수 있다.⁴⁶⁾

이에 따르면 통화연합, 경제연합 그리고 사회연합을 구축할 당시에 76억 DM에 해당하는 농업조합의 구 채무가 존재하였는데, 그 가운데서 독일조합은행이 61억 DM에 해당하는 청구권을 인수한 데 반하여, 나머지는 라이프라이젠뱅크와

45) BVerfGE 95, 267 (280 f.).

46) Antwort vom 23. Februar 1993, BTDrucks 12/4410; Antwort vom 6. April 1995, BTDrucks 13/1081; Antwort vom 19. Juli 1995, BTDrucks 13/2034; Antwort vom 26. Juni 1996, BTDrucks 13/5064)를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (281).

폭스방크로 넘어갔다. 이 청구권은 2년 반 후에 1,942개의 기업으로 분산되었다. 이 가운데서 340개는 13.6억 DM에 해당하는 대출총액으로 청산(Liquidation)되었고, 179개는 7.4억 DM의 대출총액으로 도산처리(Gesamtvollstreckung)되었으며, 또한 21억 DM의 구 채무부담을 가지고 있던 519개의 기업의 경우, 통화전환 조정기금의 조정의 방법으로 독일조합은행에 지급을 이행하였다.⁴⁷⁾

전체 청구액 가운데는 1991년 6월 28일의 신청기간이 경과될 때까지 채무감면을 위하여 약 42억 DM가 통일조약 제25조 제3항 제3문에 따른 신탁관리청에 신고되었다. 그 가운데 42.3%(이것은 약 18억 DM에 해당)가 해결가능한 것으로 받아들여졌다. 14억 DM에 해당하는 확정된 대출상한액에 비추어 볼 때, 해결률은 78%에 달하였다. 이에 대하여 추가적으로 신탁관리청은 1991년 4월 1일 이후의 이자를 떠안았다. 약 1,400기업들이 이와 관련되기 때문에 독일에서 혜택을 받은 모든 기업들은 평균적으로 1만 DM에 해당하는 채무감면을 받은 셈이다. 이러한 정책은 1992년 3월에 종결되었다.⁴⁸⁾

거의 비슷하게 많은 기업들이 「독일마크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 결산 차원의 부담경감의 혜택을 받았다. 3,100개의 청구 가운데 1,530개 기업들이 이 조치에 포함되었다. 그렇게 다루어진 채무의 총계가 28억 DM에 달한다. 1995년 5월까지 200개 기업들의 지불이 유입되었다. 61억 DM에 해당하는 청구권을 인수하였던 독일조합은행의 시각에서 보면, 이 독일조합은행이 지금까지 8억 6,160만 DM을 신탁관리청의 채무감면지불금으로, 그리고 2억 2,990만 DM는 신탁관리청의 대출이자로, 그리고 46억 7,600만 DM는 통화전환 조정기금으로부터 나오는 잠정적 배당금으로서, 그리고 3억 3,200만 DM는 대출을 받은 자 자신으로부터 지급받았다는 것을 의미한다.⁴⁹⁾

구 대출은 농업생산협동조합에게만 부담을 지운 것은 아니다. 구 채무의 문제는 농업 분야에서 국유재산인 인민고유재산(VEG)의 경우에도 제기된다. 나아가 기업경영도 관련된다. 여기에는 주택사업 그리고 끝으로 지방자치단체 부문도 관련된다.⁵⁰⁾

47) BVerfGE 95, 267 (281).

48) BVerfGE 95, 267 (281 f.).

49) BVerfGE 95, 267 (282).

50) Vgl. dazu den Bericht des Bundesrechnungshofs über die Abwicklung von Altkrediten der ehemaligen DDR vom 27. September 1995 sowie die Antwort der Bundesregierung vom 26. Juni 1996 auf die Große Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BTDrucks 13/5064 BVerfGE 95, 267 (282).

인민고유재산(VEG)은 통화연합, 경제연합 그리고 사회연합에 가입할 당시에 21억 DM의 구 채무(Altschulden)를 가지고 있었다. 이 대출(Kredite)은 1990년 9월 5일 지금까지 구 채무를 가지고 있었던 인민고유기업들의 채무감면을 위한 조치에 관한 명령을 근거로 회생가능한 기업의 경우에는 전액 감면되었다. 신탁관리청은 이를 위해서 18억 DM을 지출하였다. 나머지 채무는 인민고유재산(VEG)의 부담으로 청산재산과 지방자치단체가 반환청구를 제기한 물건들 가운데 존재한다.⁵¹⁾

독일민주공화국(동독)의 경업기업들은 대부분 국유기업인 인민고유기업(Volkseigene Betriebe)인데, 시장경제로의 진입 당시에 1,500억 DM의 구 대출을 가지고 있었다. 이 기업들은 신탁법 제11조에 따라서 자본회사로 전환되었는데, 그 회사지분은 신탁법 제12조에 따라서 신탁주식회사가 소지하고 있었다. 이 신탁주식회사는 신탁법 제8조에 따라서 회생능력이 있는 기업들을 영업지분이나 자산지분의 매각(Veräußerung)을 통해서 사유화하고 회생불능기업들은 정지시켜 그 자산을 처분하는 과제를 가지고 있었다.⁵²⁾

구 대출로부터의 부담경감(Entlastung)은 인민고유재산(VEG)의 경우와 같이 채무감면명령에 따라서 이루어졌다. 구 대출로부터의 부담경감은 해산(Abwicklung), 청산(Liquidation) 또는 도산(Gesamtvollstreckung) 중에 있지 않는 그러한 기업들에만 해당되었다(법 제1조 제2항). 채무감면(Entschuldung)의 전제조건은 회생이나 구조전환 그리고 기업의 경쟁력의 촉진이었다(법 제2조 제2항). 이 채무감면은 신탁관리청이 자본업무와 이자업무를 인수하는 방법으로 이루어졌다. 그 밖에 「통일조약」 제28조 제2항은 기업의 채무감면을 위한 프로그램을 허용하였다. 나아가 「독일마르크개시결산법」 제24조에 따라 과잉채무의 조정가능성이 있었는데, 하지만 이것은 마찬가지로 단지 회생능력이 있는 기업들만 청구할 수 있었으며, 또한 동법 제26조에 따라 최소자본보유의 보장가능성이 존재하였다.⁵³⁾

채무감면을 위해서는 두 가지 기본사례가 구분되었다. 즉 구 소유권자로의 반환과 투자자로의 매각이 그것이다. 반환되는 기업은 전반적으로 채무감면을 한 상태로 반환되었다. 매각되는 기업은 대부분 채무감면을 받았다. 채무감면이 없

51) BTDrucks 13/1081, S. 5, und 12/4410, S. 10를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (282).

52) BVerfGE 95, 267 (282 f.).

53) BVerfGE 95, 267 (283).

는 경우나 또는 작은 경우는 매각가격에 반영되었다. 1994년 12월 31일 활동을 종료할 때까지 신탁관리청은 722억 DM에 해당하는 경영기업의 구 채무를 인수 하였다. 청산이나 도산 가운데 있는 기업의 경우에 또는 지불불능의 청구권에 대해서는 1991년 독일민주공화국(동독) 은행의 후계은행이 300억 DM에 달하는 가격조정을 단행하였는데 이것은 조정기금의 부담이 되었다.⁵⁴⁾

주택제도의 영역에 있는 구 대출의 경우 한편으로 사적 주택건설을 위한 대출⁵⁵⁾과 다른 한편으로 주택건축조합과 주택건축기업에 대한 대출로 나누어진다. 조합에 의한 그리고 국영 인민고유주택기업에 대해서는 통화연합에의 가입 당시에 합계 320만 주택⁵⁶⁾에 대해서 365억 DM에 달하는 구 대출이 존재하였다.⁵⁷⁾

주택조합은 관련 법률의 시행명령을 통해서 1990년 8월 15일 「독일민주공화국(동독)의 주택조합을 위한 독일연방공화국 영리조합 및 사업조합과 관련한 법률의 시행을 위한 명령」(GBI I S. 1072)을 통하여 서독 법에 따른 조합으로 전환되었다. 조합에 의하여 이용된 인민고유의 토지는 「통일조약」 제22조를 근거로 지방자치단체의 재산으로 전환되었고, 또한 지방자치단체에 의하여 목적에 합치되게 조합으로 양도되어야 했다. 인민고유의 주택경영기업은 중간문서(1990. 7. 22. 「주택사업전환법」-GBI I S. 901)에 따르면 마찬가지로 「통일조약」 제22조 제4항에 따라서 지방자치단체의 재산권으로 전환되었다.⁵⁸⁾

이 기업들은 자신들의 높은 채무와 월세인상의 법률적 제한으로 인하여 자본 서비스를 이행할 수 없었다. 따라서 채권자 은행은 1991년 3월 22일에 1993년 말까지 해당 이자지불의무 및 원금상환의무의 유예를 할 준비가 되어 있다고 선언하였다. 당도한 이자를 포함하여 지불유예된 대출의 크기는 이 시점까지 500억 DM까지 치솟았다. 이어서 연방의회는 연방과 주의 소위 연대협정의 차원에서 합의된 1993년 6월 23일의 「구채무구조법」(BGBI I S. 986)을 통과시켰다. 이 구채무구조는 1994년 1월 1일부터 1995년 6월 30일까지의 기간 동안의 이자에 대하여 연방과 주가 각각 반씩 수용하고 또한 주택크기와 관련되는 구 채무의 일부를 1995년 7월 1일부터 승계채무상환기금(Erblastentilgungsfond)이 인수하는

54) BVerfGE 95, 217 (283).

55) BVerfGE 88, 384를 참조하며, BVerfGE 95, 217 (283).

56) 주거사업의 전체단위의 수, FAZ vom 4. September 1992를 인용하며, BVerfGE 95, 217 (283).

57) BVerfGE 95, 217 (283 f.).

58) BVerfGE 95, 267 (284).

방법으로 이루어졌다. 전제조건은 구채무가 법적으로 유효한 대출청구권으로 인정될 것이었다.⁵⁹⁾

대출을 통하여 재정지원을 받은 사회시설들 가운데는 특히 유치원과 그와 유사한 시설들이 있다. 1990년 7월 1일에는 50억 DM에 달하는 대출이 교부되었다. 이것은 주택기업의 대출에 대한 은행의 지불유예선언에 포함되지 않았으며, 또한 「구채무구조법」의 적용대상에 해당되지도 않았다. 「통일조약」 제22조 제4항에 대한 설명에 따르면 이 시설들은 구 채무와 함께 지방자치단체 재산권으로 전환되었다.⁶⁰⁾

계획경제의 재정시스템을 종료하도록 되어 있었던 1993년 4월 22일의 독일민주공화국(동독) 「재정청산법」(BGBl I S. 463)은 독일민주공화국(동독)의 예산과 다양한 경영기업들간의 채무관계를 포함시키지 않았다. 이 법률의 이유에서 입법자는 채무관계를 유지하고자 하였다고 하는 결론이 나온다. 왜냐하면 그것은—계획경제 하에서 성립되었다 하더라도—저축예금의 사용에 근거하고 있었기 때문이다.⁶¹⁾

II. 사건 개요

1. 쉘란슈테트(Schlanstedt) 농업생산협동조합(T) “통일(Einheit)”은 1979년부터 1990년까지 “농업과 식품산업 국립은행”(BLN)으로부터 기본자금대출과 순환자금대출을 받았었다. 1990년 3월 6일 지원법을 근거로 하는 채무감면신청이 1990년 7월에 거부된 후, 동 조합은 청산개시청구를 하였다. 1990년 9월 24일에 동 조합의 자산에 대한 가압류 명령이 이루어졌고, 1990년 10월 11일에 청산절차가 개시되었다. 그 대출총액은 당시 시점 기준으로 통화연합, 경제연합 그리고 사회연합의 발효 이래로 적용된 이자를 포함하여 2,821,012.83 DM에 달하였다. 당해 사건의 원고로서 독일조합은행은 농업과 식품산업 국립은행(BLN)의 법적 승계자였던 베를린조합은행(GBB)의 법적 승계자로서 이 청구권을 도산법(GesO) 제 11조에 따른 목록에 수용해 줄 것을 신청하였다. 청구인은 청산관재인으로서 농업

59) BVerfGE 95, 267 (284).

60) BVerfGE 95, 267 (285).

61) BTDrucks 12/3345, S. 7를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (285).

과 식품산업 국립은행(BLN)의 대출은 법적인 의미에서 하등의 대차(Darlehen)가 아니라, 사회주의적 계획경제의 일환에서 이루어지는 국가의 조종수단 및 통제수단에 해당한다는 이유로 이 청구의 적격성에 대하여 다투었다.⁶²⁾

2. (1) 마그데부르크(Magdeburg) 제1심법원(Kreisgericht)은 독일조합은행이 신청한 청구권이 자신에게 인정됨을 확인해 달라고 하는 소를 1991년 11월 5일 판결로 인용하였다. 이유에서 동법원은 이 청구권이 법률상 인정된다고 판시하였다. 이것은 도산법 제17조의 의미에서의 청구권이라는 것이다. 독일민주공화국(동독)에서의 대출이 구 연방주들에 있어서와 다른 기능을 수행하였다는 것은 타당할 수도 있지만, 「유한회사법」 제32a조의 적용을 위한 여지는 전혀 없다는 것이다. 즉 그와 같은 입법자의 의사가 결여되어 있다는 것이다. 필요한 자기자본이 없을 경우에 서독 기업들도 통상적으로 해 왔던 바와 같이 투자를 위한 대출이었을 뿐이라는 것이다.⁶³⁾

(2) 청구인의 항소에 기하여 마그데부르크 제2심법원(Bezirksgericht)은 1992년 11월 4일 판결로 1심 법원의 판결을 변경하고 1,939,877.83 DM의 가액으로 소를 인용하였다. 이유에서 동 법원은 다음과 같이 판시하였다⁶⁴⁾:

독일민주공화국(동독)에서의 시장경제적 상황의 창설은 물론, 「독일마르크개시결산법」 제40조에 따른 조정청구의 할당 역시 농업생산협동조합으로 하여금 상환의무로부터 면제해 주는 것은 아니다. 대출은 또한 자기자본 대체적 기능을 수행하는 것도 아니기 때문에, 유한회사법 제32a조의 적용은 배제된다. 하지만 독일조합은행은 그 조합이 계획구상을 근거로 국가은행에서 대출을 실행할 필요가 있었던 기간 동안 부담을 해야 했던 이윤상납을 정산했어야 한다.

동 법원은 이러한—법관법의 형성의 방법으로 발견한—해결을 위하여 다음과 같이 이유를 설시하였다⁶⁵⁾:

사법적으로 이해된 대출의 보장과 공법적인 납부의무간의 엄격한 구별은 농업 생산협동조합이 계획경제체제에 편입되어 있었다는 사실에 부합하지 않는다. 농

62) BVerfGE 95, 267 (285 f.).

63) BVerfGE 95, 267 (286).

64) BVerfGE 95, 267 (286).

65) BVerfGE 95, 267 (286).

업생산협동조합의 경제적 활동은 포괄적으로 국가에 의하여 결정되었으며, 대출의 실행은 물론 이익창출도 조종수단으로서 투입되었다. 계획내용의 범위 내에서만 행위의 자유가 있었다. 이윤과 대출의 상환은 계획에 의하여 결정되었다. 조세의 부과와 그리고 대출의 제공은 직접적인 상호관계 하에 있었다. 국가는 농업생산협동조합을 보다 잘 통제할 수 있기 위하여, 충분치 않은 자기자본확보상태를 의도적으로 초래하였다(국가예산정확주의, Prinzip der knappen Dotierung). 이러한 과세는 기업과 관련되는 조세와 동일시될 수도 없다. 오히려 그것은 계획초과이익의 수거(Abschöpfung)에 해당되었다. 그러한 한 이 과세에는 몰수적 요소가 내재한다.⁶⁶⁾

그러한 사실관계를 다룸에 있어서는 법률적 규정도 법관법도 존재하지 않는다. 그 해결의 출발점은 계획경제의 폐지와 시장경제의 도입일 수밖에 없다. 이러한 변천으로 농업생산협동조합을 포함하는 경제단위가 처음으로 파산의 위험에 처하게 되었다. 그때까지 국가는 그 기업의 존재를 보장하였다. 파산으로부터의 보호는 바로 국가예산정확주의와 그리고 계획경제에 있어서 강제대출에 대한 불가피한 보완으로 간주된다. 파산위험이 존재한 이래로 국가예산정확주의로부터 나오게 되는 결과를 받아들이기 위한 기초는 소멸되었다. 이러한 결과 중의 하나는 시장경제로의 진입에 있어서 기업들의 채무감면이다. 따라서 그것은 다음에 대한 사실상의 추정을 말해준다. 즉 1990년 7월 1일에 아직 변제되지 않은 대출은 기업들이 동시에 이윤을 상납하여야만 하는 그러한 범위 내에서는 단지 국가예산정확주의라고 하는 사회주의 원칙의 표현에 불과하였다. 시장경제의 여건 하에서 채권자는 원래 대출채권의 이러한 부분을 원용할 수는 없다. 그러한 한 상환청구권의 기초는 소멸되었다.⁶⁷⁾

(3) 독일조합은행의 상고에 기하여 연방법원(BGH)은 심판대상이 되고 있는 1993년 10월 6일의 판결로써 제1심법원 판결을 다시 복원시켰는데 그 내용은 다음과 같다.⁶⁸⁾

독일조합은행에게는 신청한 청구권이 전면적으로 인정된다. 대출상환청구권의 근거는 대출명령 제1조와 제2조 제3항 제2문이다. 이 명령은 그 시행규정과 그리고 보충적으로 적용되는 계약법규정에 의하여 1990년 6월 28일의 「독일민주공화국(동독) 법률의 개정 또는 폐지에 관한 법률」(GBI I S. 483) 제4조와 그

66) BVerfGE 95, 267 (287).

67) BVerfGE 95, 267 (287).

68) BVerfGE 95, 267 (288).

리고 동 시행령 제13조에 의한 폐지와 상관없이 민법시행법 제232조 제1항에 따른 구 채무에 대해서 계속 적용가능하다. 채무관계는 성립요건이 실현되던 당시에 효력이 있었던 그 법을 기준으로 판단하여야 한다. 그것은 대출명령의 경우에도 마찬가지이다.⁶⁹⁾

통화연합, 경제연합 그리고 사회연합이 창설되었다고 하여 상환의무가 소멸하는 것은 아니다. 계획경제에 있어서 대출은 기본적으로 민법 제607조에 따른 금전대차와는 다르기는 하다. 대출을 제공하는 은행들은 동시에 독일민주공화국(동독)의 각료회의의 기관이었다. 대출제공은 인민경제계획을 기초로 해서 이루어졌으며, 또한 국가에 의한 통일적 경제운영에 기여하였다. 대출은 따라서 분배기능, 통제기능 그리고 조정기능을 가졌다. 기업들은 대출을 받아들여야만 했다. 왜냐하면 기업의 재정수요는 계획에 의하여 주어졌던 것이고 계획목적을 달성하기 위하여 국가가 가지고 있는 재원은 갖추어지지 않았기 때문이다.⁷⁰⁾

그러나 대출의 계획경제적 관련성에도 불구하고 상환의무는 사회주의 경제체제의 종료와 더불어서 소멸하지 않았다. 경제체제의 전환이 구법에 따라 성립된 채무에 대하여 어떠한 효과가 있는지에 대한 결정은 통일입법자의 사항이었다. 통일입법자는 이러한 채무를 대출을 받은 기업들이 변제하여야 하는 채무로 다루었다.⁷¹⁾ 국가조약 제7조 §1 제1항에 따르면 독일민주공화국(동독) 마르크에 의한 채권과 채무는 원칙적으로 독일 마르크(DM)에 대하여 2:1의 비율로 전환되었다. 특별규정은 규정되지 않았기 때문에, 이것은 사회주의 기업의 국가은행에 대한 대출채무에 대해서도 효력이 있다.⁷²⁾ 통일조약은 제25조 제7항 제1문에서 다음과 같이 규정하고 있다. 구 대출에 대한 상환과 이자지불은 독일마르크 개시결산이 확정될 때까지 정지된다. 이와 더불어서 대출의 존속에 전제된 수많은 규정들이 존재한다. 즉 독일마르크개시결산법 제56e조는 이러한 대출에 대하여 유한회사법 제32a조와 제32b조의 적용을 배제한다. 독일마르크개시결산법 제24조는 회생능력이 있는 인민고유기업들에 대해서는 과잉채무의 경우에 이자조건부 조정청구를 열어 놓았다. 1991년 6월 24일 대출계약의 시장여건에의 적용에 관한 법률(이하 이자조정법: ZinsAnpG) 제1조 제1항에 따라서 대출은행들은 구 대출에 대한 이율을 일반적으로 시장조건에 맞출 수 있었다. 우선 연방법률로 계속 효력을 유지하였던 채무감면명령은 제2조 제2항에서 회생능력 있는 인민고유기업에 대해서는 구 채무로부터 전부 또는 일부 면제하도록 규정하고 있다.

69) BVerfGE 95, 267 (288).

70) BVerfGE 95, 267 (288).

71) BVerfGE 95, 267 (288).

72) BVerfGE 95, 267 (288 f.).

「구채무구조법」에 따라서 주택기업들은 구채무의 일부를 감면받을 수 있었다.⁷³⁾

이에 따르면 농업생산협동조합을 위한 예외에 대해서는 아무런 언급이 없다. 오히려 「통일조약」 제25조 제3항 제3문에 따라 신탁관리청의 수익(Erlöse)은 농업기업의 채무감면을 위해서 사용될 수 있다. 「농업전환법」(LwAnpG) 제12조 제1항은 명시적으로 다음과 같이 규정하였다. 즉 생산조합의 분할을 위한 절차에서 대출의 배분에 대한 결정이 이루어지기 전에 관할 대출은행이 입장표명을 하여야 한다는 것이다. 따라서 농업기업의 채무를 가지고서 사인이나 다른 조합 또는 외국인들에 대해서 존재하는 그러한 것만 생각할 수는 없다. 농업생산협동조합의 구 채무에 대하여 아무런 특별규정을 내리지 않은 입법자의 근본결단에 대하여 헌법적 의심의 여지는 보이지 않는다.⁷⁴⁾

구 채무로부터 상납된 이윤이 공제될 수 있다고 하는 제2심법원의 견해는 타당하지 않다.⁷⁵⁾ 적용가능한 것으로 남은 독일민주공화국(동독)의 법은 대출채무에 대하여는 이윤상납(Gewinnabführung)의 정산을 허용하지 않았다. 「통일조약」 제25조 제3항과 「독일마크개시결산법」 제16조 제3항에도 나오는 바와 같이, 입법자가 이윤납부(Gewinnabgabe)의 존재를 전혀 몰랐던 것은 아니다. 여전히 독일민주공화국(동독)법에 따라서 판단되어야 하는 법률관계도 민법 제242조로부터 나오는 법률관계의 기초상실에 관한 규정의 적용을 받기는 한다. 하지만 민법 제242조를 원용하는 것은 법률관계에 대한 결정적인 변경이 당사자들의 계약을 유지하는 것을 기대할 수 없게 하는 경우에만 고려될 수 있다. 경제체제의 전환은 그와 같은 결정적인 법률관계의 변화를 초래하지는 않았다. 이미 독일민주공화국(동독)에서 이 조합들은 경영으로부터 얻은 수익을 대출의 변제를 위해서 사용할 수 없었다. 이것은 시장경제라고 하여 바뀐 것은 아니다. 제2심 법원에 의한 계약변경은 체제전환기 이전 시대에 대한 법상황에 대하여 소급적 변경을 초래한다.⁷⁶⁾

또한 현재 존재하는 파산위험도 광범위한 계약변경을 정당화하지 않는다. 제2심법원은 오히려 법관의 법형성의 한계를 유월하였다. 구 채무가 파산위험을 근거로 이윤상납의 정산(Anrechnung der Gewinnabführung)을 통하여 면제되어야 하는지의 문제는 독일민주공화국(동독)의 전체 경영기업에 대해서 제기된다. 그렇게 방대한 범위의 문제는 입법자만 결정할 수 있다. 법원은 민법 제242조를 원용하여 개별사건의 특수성으로부터 나오는 그러한 변형만을 가할 수 있다. 입

73) BVerfGE 95, 267 (289).

74) BVerfGE 95, 267 (289).

75) BVerfGE 95, 267 (289 f.).

76) BVerfGE 95, 267 (290).

법자는 그러한 문제를 간과한 것이 아니라, 회생가능한 기업들에 대해서 통일조약 제25조 제3항과 「독일마르크개시결산법」에 표현되어 있는 다른 감경정책을 선택하였다. 이에 반하여 제2심법원과 같은 해결은 독일마르크개시결산법 제40조의 조정기금에 대한 조정청구의 인상을 초래하게 될 것이다. 그러나 입법자는 바로 그와 같이 국가예산의 부담이 되는 결정을 피하고자 하였다.⁷⁷⁾

III. 주요 쟁점

1. 청구인의 주장

청구인은 자신의 헌법소원으로 연방법원의 판결에 의하여 기본법 제14조 제1항, 제12조 제1항, 제3조 제1항 및 제2조 제1항의 기본권이 침해되었다고 주장하고 있다.⁷⁸⁾ 그 주장의 내용은 다음과 같다.

연방법원은 그의 결정의 법적 기초를 기본권에 비추어 심사하는 것을 간과하였다. 이 법적 기초는 그러한 심사를 할 경우 유지될 수 없다. 왜냐하면 구 채무 정책은 위헌이기 때문이다. 이 법적 기초는 농업생산협동조합의 기본권과 그리고 간접적으로 그 조합원의 기본권을 침해한다.⁷⁹⁾

우선 기본법 제14조 제1항이 침해되었다. 이 기본권은 채무자도 원용할 수 있다. 통일입법자가 농업생산협동조합에게 그가 만들지 아니한 채무를 부과하였기 때문에, 이 기본권이 침해되었다. 구 채무는 대출이 아니라 계획경제 체제 내의 회계단위(Rechnungseinheiten)일 뿐이다. 시장경제체제 하에서의 대출로 전환을 함으로써, 존재하고 있는 채무가 유지되는 것이 아니라 새로이 창설된 것이다. 여기에 그 파괴적 효과로 인하여 재산권보장을 침해하는 자의적 행위가 존재하는 것이다.⁸⁰⁾

과거의 법은 대출에 대한 법적 기초로서 끌어들여질 수 없다. 그것은 독일민주공화국(동독)의 몰락과 함께 소멸되었다. 독일민주공화국(동독)과 통일된 독일 간에는 하등의 법적 계승성이 없다. 독일민주공화국(동독)은 국가가 아니었고,

77) BVerfGE 95, 267 (290).

78) BVerfGE 95, 267 (291).

79) BVerfGE 95, 267 (291).

80) BVerfGE 95, 267 (291).

독일민주공화국(동독)의 법은 법이 아니었으며, 그 사법부는 법관의 독립이 결여되었기 때문에 사법부가 아니었다. 따라서 거기에는 오늘날까지 채무가 도출될 수 있는 법률관계가 생성될 수 없었다. 이러한 이유에서 「민법시행법」 제232조 제1항도 구 채무에 대해서는 적용될 수 없다. 그것은 채무관계의 존재를 전제로 한다. 하지만 모든 구 법률관계는 사라졌다. 한 지역의 헌법과 함께 전체 법률관계도 사라진 것이다.⁸¹⁾

통일입법자는 독일민주공화국(동독)의 국가은행과 국가기업 사이의 관계를 사후적으로 법률관계로 평가할 수 없었다.⁸²⁾ 농업과 식품산업 국립은행(BLN)의 유사청구권(Quasi-Forderung)은 1989년에 무가치하게 되었다.⁸³⁾ 연방독일입법자는 이것을 변경할 권한이 없었다. 그것은 자기책임하의 채무인수의 요소가 결여된 하나의 강제대출이었다. 따라서 이 대출은 민법 제607조의 의미에서의 어떠한 대차의 성격을 갖지 못한다.⁸⁴⁾

채무의 부과를 위한 정당화사유가 보이지 않는다. 유일한 목적은 연방예산의 부담경감이었다. 이것은 정당하지 않은 목적이다. 채무의 부과는 또한 기대가능하지 않다. 왜냐하면 농업생산협동조합이 파산에 이르게 된 채무였기 때문이다. 구 채무의 새로운 설정은 기껏해야 다음과 같은 경우에 합헌적이라고 할 수 있다. 즉 마치 주택건설대출의 경우에 그러하듯이 동시에 지원(Hilfestellung)이 동반되는 경우에 그러하다. 이에 반하여 「통일조약」 제25조 제3항 제3문에서 가능하게 되어 있는 신탁관리청을 통한 농업생산협동조합의 채무감면은 기본권침해를 완화시키지는 않는다.⁸⁵⁾

게다가 「민법시행법」 제232조 제1항은 소급효금지의 원칙을 침해한다. 소급효금지에 의하여 보호되는 신뢰는 혁명이 독일민주공화국(동독)에서의 강압적 상황을 종식시켰다고 하는 사실과 관련된다. 이러한 신뢰는 구채무규정에 의하여 실망시켜지게 된다. 구채무입법은 “과거회귀적 소급효”의 경우이다. 혁명으로 폐지된 상황이 다시 살아나게 된 것이다. 소급효금지원칙에 대한 침해는 기본법 제14조 제1항을 침해한다.⁸⁶⁾

나아가 기본법 제2조 제1항에 규정되어 있는 공정성의 원칙(Fairnessprinzip)이 침해되고 있다. 구 채무로부터 나오는 청구권을 은행들에 양도하는 것은 명백하게 도덕률에 반한다. 그것은 농업생산협동조합의 기본법 제2조 제1항으로부터

81) BVerfGE 95, 267 (291).

82) BVerfGE 95, 267 (291).

83) BVerfGE 95, 267 (291 f.).

84) BVerfGE 95, 267 (292).

85) BVerfGE 95, 267 (292).

86) BVerfGE 95, 267 (292).

나오는 일반적 행동의 자유를 침해하는 것이다. 이 일반적 행동의 자유는 국가로부터 은행으로 채권자 전환을 하는 것이 청구권의 성격을 변경하게 되는 경우, 그러한 채권자 전환으로부터 시민들을 보호한다.⁸⁷⁾

일반적인 평등의 원칙이 침해된다. 왜냐하면 농업생산협동조합은 정당한 사유가 없이, 「이자조정법」과 「구채무구조법」이 규정하고 있는 주택사업기업들과 그리고 다른 경영기업들에 비하여 다르게 취급되고 있기 때문이다. 이러한 기업들과 달리 농업생산협동조합은 그들이 회생능력이 있는 경우에만 부조를 받는다.⁸⁸⁾

구채무규정은 끝으로 기본법 제12조 제1항으로부터 나오는 직업행사의 자유에 위반된다. 왜냐하면 그것은 파탄에 이르게 하는 효과를 가지며 이로써 직업의 계속적 수행을 불가능하게 하기 때문이다.⁸⁹⁾

2. 이해관계인들의 의견

다음의 기관들이 의견을 표명할 기회를 이용하였다. 연방정부를 위해서 연방재정부장관, 작센-안할트 주정부, 구 독일민주공화국(동독) 주의 영농인협회와 의견을 같이하여 독일 영농인협회, 그 가운데 작센-안할트와 튀링겐 영농인협회는 별도의 의견서를 제출하였다. 다음 기관들이 의견서를 제출하였다. 즉 독일 시의회, 독일 곡식, 사료와 비료상회 중앙협회, 농업기업의 구 채무의 부담경감을 위한 이익단체와 2인의 변호사이다.⁹⁰⁾

(1) 연방정부의 의견

연방정부는 헌법소원이 이유 없다고 보고 있는데⁹¹⁾ 그 내용은 다음과 같다.

「민법시행법」 제232조 §1은 합헌이다. 연방헌법재판소 역시 그와 같이 보고 있다. 이 규정의 해석과 적용은 민사법원의 사항이다. 다루어지고 있는 결정은 문제될 것이 없다.⁹²⁾

87) BVerfGE 95, 267 (292).

88) BVerfGE 95, 267 (292 f.).

89) BVerfGE 95, 267 (293).

90) BVerfGE 95, 267 (293).

91) BVerfGE 95, 267 (293).

92) BVerfGE 95, 267 (293).

재산권침해도 존재하지 않는다. 이미 제한이 존재하지 않는다. 대출이 다른 사회질서와 경제질서의 범주 내에서 보장되었다고 하는 것은 아무런 의미가 없다. 청구인은 또한 독일민주공화국(동독)이 불법정권이었다고 하는 것을 원용할 수 없다. 독일민주공화국(동독)의 불법적 조치들이 독일연방공화국에서 인정될 수는 없다. 하지만 ‘농업과 식품산업 국립은행’(BLN)에 의한 대출교부는 농업생산협동조합의 상환의무와 마찬가지로 구체적 불법조치와의 관련성을 가지고 있지 않다. 농업생산협동조합이 이제 파산위험에 처해 있다고 하는 것은 다른 판단을 가져다주지 않는다.⁹³⁾ 특히 민법 제242조는 독일민주공화국(동독) 당시에 농업생산협동조합이 지불한 이윤납부를 계약변경을 통하여 대출채무에 정산하도록 강제하지는 않는다.⁹⁴⁾

농업기업들이 가지고 있는 구 채무로 인한 경제적 부담을 고려하는 제반 전환법률들이 존재하기는 하나 당사자들의 정당한 이익을 적정한 방법으로 감안하는 것으로 족하다. 구 채무는 통화전환에 의하여 「국가조약」 부서 I, 제7조 §1 제1항과 관련하여 제10조 제5항 제3호(Astrich)에 따른 통화전환에 의하여 절반으로 되었다. 1990년 7월부터 1991년 1월까지의 기간 동안 2억 DM에 해당하는 이자지원이 구 채무의 이자지불의무의 부분적인 균등화를 위하여 보장되었다. 회생능력이 있는 농업생산협동조합은 「통일조약」 제25조 제3항에 따라 14억 DM에 달하는 신탁감면의 혜택을 받았다. 「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 결산 차원의 부담경감은 지금까지 42억 DM에 달한다.⁹⁵⁾

구채무규정이 기본법 제2조 제1항, 제3조 제1항, 제12조 제1항 그리고 제20조 제3항에 위반된다고 하는 주장은 마찬가지로 근거가 없다. 「민법시행법」 제232조 §1은 기본법 제12조 제1항을 침해하지 않는다. 그것은 직업규율적 성격을 보여주지 않고 있다. 마찬가지로 일반적 평등원칙도 침해되지 않는다. 다른 구성요건에 대해서 적용되는 경과규정들(구채무구조법과 이자조정법)은 농업을 위한 구채무규정과 비교할 수 있는 것이 아니다. 신탁관리청에 의한 기업의 사유화의 경우에 기업매수자가 평등에 위반되게 특혜를 받은 것이 아니다. 매각대금의 기준이 된 것은 원칙적으로 구 채무의 포함 또는 배제 하에서의 거래가였다. 회생능력이 있는 기업들로 채무면제조치를 국한시킨 것은 합리적이다. 끝으로 「민법시행법」 제232조 §1은 하등의 헌법위반적인 소급효를 초래하지 않는다. 대출명령에 의하여 설정된 상환의무의 정지에 대한 신뢰는 존재하지 않았다.⁹⁶⁾

93) BVerfGE 95, 267 (293).

94) BVerfGE 95, 267 (293 f.).

95) BVerfGE 95, 267 (294).

96) BVerfGE 95, 267 (294).

(2) 주정부의 의견

주정부는 헌법소원이 이유 있다고 보고 있다. 왜냐하면 기본법 제12조 제1항, 제14조 제1항과 제3조 제1항에 대한 위반이 존재하기 때문이라는 것이다.⁹⁷⁾

독일민주공화국(동독)에서의 대출계약은 독일연방공화국에서의 대출계약과는 다른 법적 성격과, 다른 경제적 기능을 가졌다. 대출은 국가의 조종, 기획내용의 실현을 위한 수단으로서 기능해 왔다. 농업생산협동조합은 대출수용에 법적으로 의무가 있으며 경제적으로 강제되었다. 그 수익은 농업생산협동조합이 작은 부분에 이르기까지 국가예산으로 환원시켜야 했다. 대출의 수용을 불필요하게 할 수 있는 자기자본의 형성은 이러한 상황 하에서는 불가능하였다.⁹⁸⁾

농업생산협동조합은 특별히 불리한 조건 하에 시장경제에 편입되었다. 모든 결산의무가 있는 기업들은 대출명령에 근거하여 성립된 채무를 2:1의 비율로 전환해야 한 데 반하여, 농업생산협동조합은 그 자산을 「독일마르크개시결산법」 제6조부터 제12조에 따라서 재조달가치(Wiederbeschaffungswert)로 그리고 아무리 높아도 시가를 넘지 않게 평가될 수밖에 없었다. 그로부터 발생하는 잘못된 액수에 대해서 농업생산협동조합은 「독일마르크개시결산법」 제24조에 따른 인민고유기업들의 경우와는 달리 신탁관리청에 대하여 아무런 조정청구권을 얻지 못했다. 그들은 오히려 인상된 채무의 변제와 이자지급을 단지 장래를 향해서 유예해 줄 뿐인 결산 차원의 부담경감에 관한 일반적 규정들이 적용될 뿐이었다.⁹⁹⁾

농업생산협동조합의 승계기업들의 채무감면을 위해서는, 「채무감면명령」이나 또는 「구채무구조법」과 비교할 수 있는 어떠한 법률적 규정도 제정되지 않았다. 채무감면은 오로지 「통일조약」 제25조 제3항 제3문에 의거하는, 독일조합은행과 다른 채권자은행에 대한 연방재정부장관의 내부적 업무지시에 규정되어 있을 뿐이다. 그에 따르면 농업생산협동조합 승계기업들은—그 밖의 기업들과는 달리—사회적 시장경제의 여건 하에서 경쟁력을 형성할 수 있는가의 관점 하에서 채무감면되지 않았다. 채무감면을 위한 기준은 그 대신에 구 채무의 유래였다.¹⁰⁰⁾

또한 「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 순위양보의 절차에 대해서도 아무런 법률적 규정이 제정되지 않았다.¹⁰¹⁾ 그것은 다시금 채권자은행에

97) BVerfGE 95, 267 (294). 이하 간접화법을 직접화법으로 바꿈.

98) BVerfGE 95, 267 (295).

99) BVerfGE 95, 267 (295).

100) BVerfGE 95, 267 (295).

101) BVerfGE 95, 267 (295).

대한 연방재무장관의 업무지시에 규정되어 있을 뿐이다.¹⁰²⁾ 순위양보에 의하여 구 채무가 결산에 드러나지 않고 또한 연간흑자의 20%의 범위 내에서만 가능하였다 하더라도, 그것은 지속적으로 농업생산협동조합의 승계기업들의 경제적 활동가능성을 침해하였다. 구 채무는 신용가치를 하락시켰고, 지불유예금의 형성을 어렵게 하였으며, 그리고 대부분의 경우에 긴요하다고 할 수 있는 책임 있는 새로운 자기자본의 획득에 대한 장애가 되었다.¹⁰³⁾

구채무규정은 기본법 제12조와 합치하지 않는다. 이 규정은 충분한 법률적 근거를 가지고 있지 않으며 또한 직업행사의 자유를 과도하게 제한한다. 구채무규정에 존재하는 금전지급의무는 직업행사에 영향을 미친다. 왜냐하면 그것은 농업생산협동조합 승계기업들의 경제적 활동가능성과 발전가능성을 침해하기 때문이다. 그들 가운데 대부분은 등록 조합이거나 인적 회사로 조직되어 있기 때문에, 직업행사규정의 인적 요소들이 이 사건에서 높게 평가되어야만 한다.¹⁰⁴⁾

내용적으로 더 이상 구체화되지 않은 「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항과 그리고 「통일조약」 제25조 제3항 제3문의 규정들은 실무에서는 연방정부에 대한 순수한 형식적 수권규정으로서 기능할 뿐이다. 따라서 새로운 연방주들에 있어서 농업의 중심적 문제중의 하나에 대한 규정, 농업생산협동조합-승계기업의 구 채무의 청산(Abwicklung)은 행정부의 독자적인 재량으로 넘어갔다. 의회는 가입지역의 농촌 영역에서의 가장 중요한 구조문제 중 하나의 해결에 대하여 전혀 참여를 하지 않았다. 새로운 연방주들은 이러한 규정의 형성에 동참할 수 있는 아무런 가능성을 갖지 못했다. 이것은 헌법적으로 충분하지 않다.¹⁰⁵⁾

그리고 내용에 있어서도 이 규정은 기본법 제12조와 합치하지 않는다. 이 규정이 근거하고 있는 공익의 요소로서는 단지 연방예산의 부담경감이 고려될 뿐이다. 하지만 이것은 기본권에 의하여 보호되는 농업생산협동조합의 승계기업들의 이익들에 비하여 하등의 우월성을 요구할 수 없다.¹⁰⁶⁾ 구채무규정은 특히 직업행사의 자유를 중대하게 제한하고 있다. 왜냐하면 그것은 우선적으로 보호되어야 하는 직업의 자유의 인적 요소들에 대하여 직접적인 효과를 가지기 때문이다. 연방예산의 부담경감이라고 하는 관점은 이에 비하여 그 비중이 덜하다.¹⁰⁷⁾

농업생산협동조합의 승계기업들에 대한 구채무규정은 나아가 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등의 원칙에 합치하지 않는다. 왜냐하면 그것은 자의금지원칙

102) BVerfGE 95, 267 (295 f.).

103) BVerfGE 95, 267 (296).

104) BVerfGE 95, 267 (296).

105) BVerfGE 95, 267 (296).

106) BVerfGE 95, 267 (296).

107) BVerfGE 95, 267 (296 f.).

을 침해하기 때문이고 또한 그것은 인간의 기본권행사의 영역에서의 차별의 경우에 준수되어야 하는 엄격한 비례원칙의 요청을 침해하기 때문이다.¹⁰⁸⁾

전체적으로 세 가지의 불평등취급이 확인된다. 첫째, 구채무규정은 단지 가입 영역에서 농업생산협동조합의 승계기업들에 대해서만 부담을 주고 있으며, 이에 반하여 크고 작은 연방주 내의 다른 농업적 영리기업들에 대해서는 그렇지 않다. 둘째 구채무규정에 있어서 농업생산협동조합 승계기업들이 가입지역에서의 그 밖의 영리기업들의 그룹들에 비하여 심대하게 불리하게 취급을 받고 있다. 이 기업들은 그들이 경쟁력이 있는 것으로 보이는 만큼 구 채무로부터 면제를 받은 데 반하여, 농업생산협동조합 승계기업들은 이러한 기준에서가 아니라, 구 채무의 유래라고 하는 기준에 따라서 부담경감을 받았다. 끝으로 그들이 책임을 진 바도 없었음에도 불구하고 구 채무의 부담이 상이한, 서로 다른 농업생산협동조합 승계기업들 상호간에도 불평등취급이 존재하고 있다.¹⁰⁹⁾

이것은 보다 중대한 기본권제한이라고 할 수 있다. 왜냐하면 그것은 지속적으로 그리고 앞을 알 수 없는 기간 동안 구체적 개인과 개인집단의 직업적인 발전 가능성을 제한하기 때문이다. 이에 반하여 세분화를 위해서 들어진 사유들에는 단지 비교적 작은 중요성만이 인정될 뿐이다. 불평등취급에 대해서는 도대체 하등의 합리적 사유가 보이지 않거나 그것은—연방예산에 수익을 창출하려는 목적과 같이—실무에 있어서는 단지 작은 중요성 밖에 없는 것이다.¹¹⁰⁾

재산권보장을 도입하기는 하지만, 최소한 구 채무와 관련되는 농업생산협동조합의 경우에는 단지 그 효과를 거부하는 것은 기본법 제14조 제1항과 합치하지 않는다.¹¹¹⁾

(3) 독일 영농인협회, 브란덴부르크, 작센-안할트, 작센 주 영농인협회, 메클렌부르크-포어폼머른과 튀링겐 영농인협회의 의견

독일 영농인협회는 브란덴부르크, 작센-안할트, 작센 주 영농인협회, 메클렌부르크-포어폼머른과 튀링겐 영농인협회와 의견을 같이 하여 의견서를 제출하였다. 동 협회는 사실적 발전을 기술하고 있으며 「통일조약」에 근거하는 구채무규정이 헌법에 위반된다고 하는 견해를 표하고 있다.¹¹²⁾¹¹³⁾

108) BVerfGE 95, 267 (297).

109) BVerfGE 95, 267 (297).

110) BVerfGE 95, 267 (297).

111) BVerfGE 95, 267 (297).

112) BVerfGE 95, 267 (298).

113) 이하도 간접화법을 직접화법으로 바꿈.

전 농업생산협동조합의 구 채무의 부담경감은 인민고유기업(VEB)과 그리고 주택사업기업에 대한 구채무규정에 훨씬 미치지 못하고 있다. 이것은 농업생산협동조합과 그 법적 승계자에 대한 불평등취급이다. 이 규정은 재산권을 과도하게 제한한다. 이것은 구 채무를 2:1의 비율로 도식적으로 전환한 점, 그리고 여기에는 물적 설비와 거래수단 등에 있어서는 그에 상응하는 하등의 반대가치가 존재하지 않는다는 점, 그리고 이자의 부담이 분조합 농업의 수익조건에 비하여 과도하게 인상된 데 따른 것이다. 나아가 유럽연합 시장경제적 여건에의 적응 가운데 존재하는 생산능력과 수익가능성의 저하, 그리고 보다 불리한 가격비용 관계가 중요한데, 이 때문에 기업들의 수익능력에 비추어 볼 때 기업들의 구 채무로 인한 부담이 과도하게 높다.¹¹⁴⁾

(4) 독일 시의회의 의견

독일 시의회는 독일민주공화국(동독) 지방자치단체의 사회적 제도들에 대하여 소위 구 채무의 반환청구에 대하여 법적 전문가의견서를 제출하였는데 이것은 지방자치단체장 협회와 그리고 베를린 시의 위임 하에 제출되었으며, 부분적으로 농업생산협동조합의 구 채무와 그리고 이 사건 헌법소원에 대해서도 다루고 있다.¹¹⁵⁾

(5) 독일 곡식, 사료 그리고 비료상회 중앙협회의 의견

독일 곡식, 사료 그리고 비료상회 중앙협회는 구 채무의 문제에 대해서 농업과 그리고 독일민주공화국(동독) 지방자치단체 뿐만 아니라, 또한 구 농업기업과 신생 연방주에 존재하는 오늘날의 농촌서비스(Agro-Service)기업들도 관련된다고 하는 점을 지적하고 있다.¹¹⁶⁾

(6) 기타

구 채무의 이해관계단체들은 작센-안할트와 브란덴부르크에 존재하는, 구 채무

114) BVerfGE 95, 267 (298).

115) BVerfGE 95, 267 (298).

116) BVerfGE 95, 267 (298).

를 보유하고 있는 82개의 농업생산협동조합의 법적 승계자에 대한 연구보고서를 제출하였으며, 이 대출은 사회주의적 계획경제의 법적 제거, 그리고 채권자은행의 몰락으로 인하여 소멸되었고, 최소한 그 가치의 지속은 비현실적이라고 하는 의견을 제출하였다.¹¹⁷⁾

IV. 결정 요지

1. 적법요건에 대한 판단

헌법소원은 적법하다. 특히 청구인은 법적 성격상 도산관재인으로서 청구적격을 갖는다. 「통일조약」 부서 II, 제III장 사항영역 A, 제II절 제1호를 근거로 가입지역에서 연방법률로서 계속 효력이 있는 「도산법」(Gesamtvollstreckungsordnung)에 따른 그의 법적 지위는 연방독일의 파산법에 따른 파산관재인의 법적 지위에 준한다. 「도산법」(GesO) 제5조에 따르면, 채무자는 개시결정에 의하여 자신의 재산을 처분할 권리를 상실한다. 이 권리는 「도산법」 제8조 제2항에 따라 이 재산을 점유하고 있기도 한 관재인에게 넘어간다. 연방헌법재판소는 「파산법」의 이와 유사한 규정을 합헌으로 본 바 있으며(vgl. BVerfGE 51, 405 [408 f.]), 이 규정들로부터 공동채무자는 또한 헌법소원심판에서의 청구적격을 잃는다고 하는 결론을 도출하였다(BVerfGE 65, 182 [190]). 도산관재인에 대해서도 달리 적용되지 않는다.¹¹⁸⁾ 이러한 법적 성격에서 청구인은 그의 재산에 대해서 도산절차가 개시되지 않는다면, 농업생산협동조합이 원용할 수 있는 기본권을 주장할 가능성만을 가진다.¹¹⁹⁾ 그의 청구서에 의할 때에 그가 침해되었다고 주장하는 모든 기본권들에 대해서 이것이 가능하다.¹²⁰⁾

117) BVerfGE 95, 267 (298 f.).

118) BVerfGE 95, 267 (299).

119) BVerfGE 95, 267 (299 f.).

120) BVerfGE 95, 267 (300).

2. 본안에 대한 판단

(1) 기본법 제14조 제1항의 재산권 침해 여부

위에서 보았듯이 독일 연방법원은 독일조합은행에게 농업생산협동조합에 대한 대출관계로부터 청구권이 인정된다고 판결하였는데, 이러한 연방법원의 확인은 파산관재인으로서 농업생산협동조합의 대리인인 청구인의 재산권과 관련(침해) 되지 않는다고 하는 입장을 가지고 있다.¹²¹⁾

이러한 논리를 전개함에 있어서 독일 연방헌법재판소는 국가에 대한 어떠한 금전급부의무는 목을 죄는 정도의 소위 교살적인 예외적인 경우를 제외하고는 재산권 자체를 침해하지 않는다고 하는 종전의 자신의 재산세 관련 판례¹²²⁾를 원용하면서 금전급부의무 자체가 재산권을 침해하는 것은 아니라고 하고 있다.¹²³⁾

연방헌법재판소는 우선 대출관계로부터 나오는 채무면제의 지위는 기본법 제 14조 제1항의 의미에서의 재산권적 지위라고 할 수 없다고 보고 있다. 채무는 재산에 부담을 주는 것은 사실이지만, 구체적인 재산의 재산권주체에 대한 귀속에 영향을 미치는 것도 아니고, 또한 그와 결부되어 있는 사적 유용성과 처분권을 약화시키는 것도 아니라는 것이다.¹²⁴⁾ 청구인은 구 채무가 독일민주공화국(동독)과 함께 소멸하였으며, 그리고 「통일조약」에 의하여 새로이 창설되었다고 하고 있는데, 이러한 주장은 기본법 제14조 제1항과 관련해서 의미가 없다는 것이다. 그리고 비록 그러한 가설이 맞는다 하더라도 금전지급의무의 강제부과에 있어서는 재산권은 원칙적으로 상관이 없는 점은 여전하다는 것이다.¹²⁵⁾

다음으로 그렇다면 예외적으로 소위 ‘목을 죄는 정도의 효과’라고 하는 관점에서 재산권제한이 존재하는지를 심사하면서 역시 그러한 관점에서도 재산권제한은 존재하지 않는다고 연방헌법재판소는 부인하고 있다.¹²⁶⁾ 다만 연방헌법재판소는 이 경우 대출채무의 유지가 국가에 의하여 부과되는 금전지급의무와 동일시될 수 있는가 하는 문제와 관련하여 이는 결정할 필요가 없다고 유보하고 있다.

121) BVerfGE 95, 267 (300).

122) BVerfGE 93, 121, 특히 137과 그 밖의 문헌들.

123) BVerfGE 95, 267 (300 f.).

124) BVerfGE 95, 267 (301).

125) BVerfGE 95, 267 (301).

126) BVerfGE 95, 267 (301).

왜냐하면 그것이 인정된다 하더라도 목을 죄는 정도의 효과는 존재하지 않기 때문이라는 것이다. 금전지급의무가 특수한 상황으로 인하여 개별 기업들의 운영을 불가능하게 한다고 해서 그러한 목을 죄는 정도의 효과가 존재하는 것은 아니라고 보았다. 금전지급의무에 있어서는 이러한 효과가 보통이며, 또한 그 적용에 있어서 그러한 효과를 일반적으로 야기할 수밖에 없다는 것이다. 그리고 자신의 구 대출을 변제해야 하는 농업생산협동조합의 의무는 그러한 효과를 미치는 것이 아니라고 하였다. 구 채무를 유지하기로 한 것은 구 채무의 부담을 진 농업생산협동조합의 경제적 파탄을 저지하기 위한 채무감면가능성을 통하여 우회적으로 이루어졌다는 것이다. 그리고 그 전제는 어쨌든 독일 통일의 완성 이후에 구 채무를 고려하지 않고서 판단해야 했던, 농업생산협동조합이 회생능력이 있는지 여부였다는 점을 지적하였다. 즉 이미 그 구 채무와 상관없이 회생능력이 없었던 농업생산협동조합의 경우 이 대출의무와 경제적 파탄 간에는 아무런 인과관계가 없었다는 것이다.¹²⁷⁾

(2) 직업의 자유의 침해 여부

연방헌법재판소는 직업의 자유의 기본권도 연방법원의 판결에 의하여 마찬가지로 침해되지 않았다고 보고 있다.¹²⁸⁾

1) 우선 연방헌법재판소는 어떠한 국가적 조치가 직업규율적 성격을 갖는지를 판단하기 위한 전제조건에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

“기본법 제12조 제1항은 직업 활동의 자유를 보장한다. 이 기본권의 보호는 직업선택, 직업교육장과 직장의 선택 그리고 직업행사라고 하는 언급이 보여주고 있듯이 한편으로는 포괄적으로 설정되어 있다. 하지만 다른 한편 그것은 바로 이 직업활동과 관련되는 그러한 침해들로부터만 보호하는 것이다. 즉 어떠한 법규범이나 그 적용이 일정한 상황에서 직업활동에 대하여 소급적으로 효력을 미친다고 하는 것만으로는 충분하지 않다. 이것은 많은 규정들의 경우에 그러하다. 오히려 직업의 자유에 대한 기본권제한은 이 조치가 근거하고 있는 규정이 직업규

127) BVerfGE 95, 267 (301).

128) BVerfGE 95, 267 (302).

율적 성격을 가지는 경우에 비로소 존재하는 것이다.”¹²⁹⁾

“물론 이것은 직업활동이 직접 관련되어야 한다는 것을 말하는 것은 아니다. 오히려 직업활동의 규정 자체가 관계되지는 않지만 직업에 비추어 볼 때에 그 직업이 행사될 수 있는 기본적 조건을 변경시키는 경우에 이것이 인정될 수 있다. 이러한 경우 직업관련성은 존재한다. 이것은 또한 법률적으로 부과된 금전지급의 무의 경우에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 만일 법률적으로 부과된 금전지급의 무가 그 구체적 내용상 어떠한 직업의 행사와 밀접한 관련을 가지고 객관적으로 직업규율적 성격을 가지는 경우에 기본법 제12조 제1항을 침해할 수 있다.”¹³⁰⁾

2) 이러한 전제조건에 비추어 살펴 볼 때 구 채무규정은 아무런 객관적인 직업규율적 성격을 가지지 않는다고 보고 있다.¹³¹⁾ 연방헌법재판소의 판시를 인용하면 다음과 같다.

“그것은 기업으로 하여금 계획경제적 조건 하에서 발생되고 그리고 시장경제 체제 하에서 자신의 직업활동의 계속적 영위를 저해할 수 있는 그러한 채무에 구속되도록 하는 한에서 직업활동에 영향을 미치기는 한다. 하지만 거기에는 아무런 직업규율이 존재하지 않는다. 구 채무를 변제해야 할 의무가 오로지 영농기업에게만 존재하는 것은 아니다.¹³²⁾ 독일민주공화국(동독)에서 생성된 대출관계를 포함하는 채무관계를 해제하지 않기로 한 입법자의 근본결단은 오히려 전체 사업부문(Wirtschaftszweige)과 나아가 또한 국가경제영역 밖에 존재하는 모든 개인적 대차와도 관련되는 것이다.¹³³⁾ 따라서 경제적인 전환과정을 위한 보편적인 기반이 문제되는 것이다. 그리고 독일민주공화국(동독) 법의 효력 하에서 성립된 채무관계에 대하여 독일민주공화국(동독)의 법이 계속적으로 기준이 된다고 선언하고 있는 민법시행법 제232조 제1항의 규정도 이와 마찬가지로 입장이다.”¹³⁴⁾

또한 독일 연방헌법재판소는 「통일조약」과 「독일마르크개시결산법」의 채무감면규정과 관련해서 살펴 보아도 마찬가지로 결론에 이르고 있는바 그 내용을 인용하면 다음과 같다.

129) BVerfGE 70, 191 (214)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (302).

130) BVerfGE 13, 181 (186); 37, 1 (18)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (302).

131) BVerfGE 95, 267 (302).

132) BVerfGE 95, 267 (302).

133) BVerfGE 95, 267 (302 f.).

134) BVerfGE 95, 267 (303).

“하지만 「통일조약」 제25조 제3항 제3문과 「독일마크개시결산법」 제16조 제3항에 채무감면규정을 포함시킴에 있어서도 다른 결론이 나오지 않는다. 이것은 구 채무는 계속 존속한다고 하는 일반적으로 적용되는 근본결단의 영역별 수정을 포함하기는 하지만, 그렇다고 해서 이를 통하여 직업규정으로 바뀌는 것은 아니다. 채무감면조치가 회생계획의 제출에 좌우되었다고 해서 이 점이 바뀌는 것은 아니다. 회생계획은 농업생산협동조합의 직업적 처분권을 침해하는 것이 아니고, 단지 회생능력이 존재하는지 여부에 대한 판단에 기여할 뿐이다. 국가에 의한 결정전에 직업활동에 필요하지 않은 모든 자산들이 채무변제를 위해 투입되어야 했다는 그 밖의 조건은, 이러한 조치가 직업과 무관한 목적물에 국한되었기 때문에, 마찬가지로 직업규율적 성격을 갖는다고 할 수 없다. 이 조건은 기업의 유동성(Liquidität)을 높여주는 하지만 그로부터 경영재원을 박탈하지는 않는다.”¹³⁵⁾

(3) 기본법 제2조 제1항 침해여부

독일 연방헌법재판소가 농업생산협동조합의 구 채무와 직접 관련되는 기본권으로 본 것은 독일 기본법 제2조 제1항으로부터 나오는 일반적 행동의 자유와 계약의 자유라고 할 수 있다.¹³⁶⁾ 하지만 이 기본권이 침해되지는 않았다고 보고 있다.¹³⁷⁾

1) 기본권보호영역의 관련성(제한)

물론 연방헌법재판소는 이 기본권의 보호영역이 관련 또는 제한되고 있다고 보고 있다. 우선 이 기본권의 보호영역과 관련하여 다음과 같이 설명한다.

① “기본법 제2조 제1항은 인격의 자유로운 발현을 보호한다. 인격의 자유로운 발현권은 일반적인 인격권과 더불어서 또한 일반적 행동의 자유를 포함한다 (BVerfGE 6, 32 [36 ff.]; 80, 137 [152 f.]). 경제적 활동의 자유와 그리고 다시금 그 테두리 내에서의 계약의 자유는, 특별한 기본권의 보호를 받지 못하는 모든 인간의 활동을 포함하는 이러한 포괄적 보장의 일부이다.¹³⁸⁾ 기본법 제2조 제1항

135) BVerfGE 95, 267 (303).

136) BVerfGE 95, 267 (303).

137) BVerfGE 95, 267 (303).

138) BVerfGE 8, 274 (328)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (303).

은 개인에게 원칙적으로 자신이 원하는 대로 계약을 체결할 권리를 보장할 뿐만 아니라 또한 이미 체결한 계약을 공권력이 사후적으로 변경하는 것으로부터도 개인을 보호한다.”¹³⁹⁾

② 기본권의 제한

다음으로 연방헌법재판소는 독일조합은행에게 농업생산협동조합과의 대출관계로부터 나오는 청구권이 인정된다고 하는 연방법원의 확인이 기본법 제2조 제1항의 기본권을 제한한다고 보고 있다.¹⁴⁰⁾

“독일민주공화국(동독) 내에서 체결된 대출계약은 자유로운 협약의 결과가 아니었다거나, 극히 제한적으로만 그러하였다고 하는 사실은 이러한 입장에 반하지 않는다. 독일 통일의 완성으로써 농업생산협동조합은 계약의 자유라고 하는 기본권보호를 받게 되었다. 통일 당시에 인정되었던 모든 계약 당사자의 법적 지위들은 이러한 보호를 받는데, 이 법적 지위들이 어느 정도까지 자기결정의 표현이었는지 또는 독일연방공화국의 법질서 내에서와 동일한 형식과 내용으로 그와 같은 법적 지위가 가능했겠는지와 상관없이 그러하다.”¹⁴¹⁾

독일 연방헌법재판소는 통일 후 독일 국가기관이 구 동독에서 체결된 대출관계의 존재를 확인하는 것 자체가 당사자 자신의 행위와 상관없이 새로이 다른 법적 의미가 부여된 계약에의 구속을 의미하는 것이기 때문에, 그 자체로 기본법 제2조 제1항의 계약의 자유에 대한 제한을 의미한다고 새겼다.

“대출관계존재의 확인을 통하여 농업생산협동조합은 그 사이에 자신의 행위와 상관 없이 다른 법적 의미를 얻게 된 하나의 계약에 구속을 받게 된다. 사회주의적 대출관계는 특히—이 대출관계가 존재하는 목적이기도 한—계획수행에 대한 국가적 이익에 의하여 결정되어 있었다. 대출이 농업생산협동조합의 행위를 통하여 그 경제생활 가운데서 자체적으로 이루어졌거나 또는 농업생산협동조합의 기업적 결단을 통하여 자체적으로 결정된 자금수요로 인하여 이루어지는 것은 극히 작은 범위 내에서일 뿐이다. 대출은 대부분 국가에 의하여 정해진 가격과 그리고 국가의 이윤수거(Gewinnabschöpfung)에 의하여 결정되었는데 바로 이것을 통하여 농업생산협동조합의 독립성 자체를 가로막고자 했던 것이다. 대출은 시장

139) BVerfGE 89, 48 (61)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (303 f.).

140) BVerfGE 95, 267 (304).

141) BVerfGE 95, 267 (304).

경제적 대출과 마찬가지로 상환되어야 했고 이자가 부과되었다. 하지만 이러한 의무는 다시금 폐쇄된 사회주의적 경제체제의 여건 하에서 효력이 있었으며, 또한 이행되지 않을 경우에는 어쨌든 그 기업의 도산을 초래하였다.”¹⁴²⁾

독일 연방헌법재판소는 종전 대출관계의 법적 의미가 통일 후 변경되었음을 인정하기를 하였다.

“농업생산협동조합과 은행 간의 법률관계로부터 국가가 빠지게 된 것, 그리고 그 배후에 존재하는 경제단위의 사영화와 그 법률관계로 인하여 대출계약의 의미는 변화되었다. 첫째, 대출계약은 대출수용과—이윤수거와 그리고 기업과는 무관한 계획에 대한 투자의무를 포함하는—계획이행의 조건적 관계로부터 분리되었다.¹⁴³⁾ 은행과의 관계에서 오히려 그 체결 원인은 아무런 역할을 수행하지 못한 채, 단지 순수한 대출채무만 남게 되었다. 둘째 국가의 경제조종에는 전혀 구속되지 않는 사적 은행을 위한 대출은 더 이상 계획의 실행 수단이 아니라, 이윤추구의 수단이었다. 이에 상응하여 또한 불이행에 대한 제재도 바뀌었다. 대출채무를 변제하지 않는 농업생산협동조합에 대해서는 이제 강제집행이나 도산(Gesamtvollstreckung)의 위험이 따랐다.”¹⁴⁴⁾

그러나 이러한 계약의 법적 성격의 변동은 이미 통일 전부터 동독 정부에 의하여 시작되었으며, 통일 후 이러한 내용을 어떻게 구체화시킬 것인지는 연방입법자의 책임에 속한 것이라고 보았다.

“전술한 변동은 이미 독일 통일의 완성 전에 기본법 하에 있지 않은 독일민주공화국(동독) 입법자에 의하여 이미 시작되었다. 하지만 통일조약과 그 결과로 발하여지고 받아들여진 규정들은—국가조약의 협상에서 독일연방공화국에 의하여 영향을 받은—이 변화와 연계되었으며, 또한 이 규정들을 계속 형성하거나 변환시켰다. 특히 농업생산협동조합의 구 채무로부터의 부담경감문제가 그러하였다. 이것은 이미 독일민주공화국(동독) 입법자가 1990년 3월 6일의 지원법을 통하여 착수하였던 것이다. 하지만 『통일조약』과 『독일마르크개시결산법』의 채무감면규정들을 통하여 통일된 독일에서 그러한 규정들을 계속 구체화하는 것은 연방입법자의 고유한 책임 하에 이루어졌다.”¹⁴⁵⁾

142) BVerfGE 95, 267 (304).

143) BVerfGE 95, 267 (304 f.).

144) BVerfGE 95, 267 (305).

145) BVerfGE 95, 267 (305).

그리고 연방헌법재판소는 이 규정들이 그 법적 의미가 변화된 대출채무로 인한 농업생산협동조합의 부담을 유지하기로 한 것이고, 또한 신탁채무감면은 동독의 그것과는 달리 기업외적 투자를 위해서 사용되었거나 또는 기업의 수익을 개선할 수 없었던 대출에만 국한되었으며, 그리고 결산 차원의 부담경감 역시 구채무의 해체가 아니라, 계속 이자를 지불해야 하는 조건부 유예에 지나지 않았던 것이고, 끝으로 이러한 혜택마저도 단지 회생능력이 있는 것으로 평가된 농업생산협동조합 승계기업들에게만 돌아갔다는 점도 모두 인정하였다.¹⁴⁶⁾

2) 기본권제한의 정당화

하지만 독일 연방헌법재판소는 이러한 제한은 헌법적으로 문제될 것이 없다고 보았다.¹⁴⁷⁾

“기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유로부터 나오는 계약의 자유는 유보 없이 보장되는 것은 아니다. 계약의 자유의 한계는 오히려 기본법 제2조 제1항에 따라 특히 헌법적 질서 내에 존재한다. 헌법적 질서는 형식적 그리고 실질적으로 헌법에 합치하는 모든 법규범으로 이해된다(vgl. BVerfGE 6, 32 [38]; 확립된 판례). 계약의 자유를 침해하는 법원의 판결은 따라서 그것이 그 나름대로 합헌적이며 특히 비례의 원칙을 준수하는 법률적 기초에 근거하고 있다고 할 수 없는 경우, 또는 이러한 요건을 충족하는 규정이 합헌적인 방법으로, 즉 특히 제한된 기본권의 준수 하에서 해석되고 적용되지 않고 있을 경우에만 기본법 제2조 제1항을 침해한다(vgl. BVerfGE 7, 198 [206]). 이러한 요청들이 여기에서는 지켜지고 있다.”¹⁴⁸⁾

① 연방법원판결의 기초가 되고 있는 법률적 규정들의 위헌여부

독일 연방헌법재판소는 연방법원의 판결의 기초가 되고 있는 법률적 규정들은 기본법과 합치한다고 보았다.¹⁴⁹⁾

i) 기본권제한을 위한 법률적 근거유무

독일 연방헌법재판소는 해당 규정들이 이 기본권제한을 위한 충분한 법률적

146) BVerfGE 95, 267 (305 f.).

147) BVerfGE 95, 267 (306).

148) BVerfGE 95, 267 (306).

149) BVerfGE 95, 267 (306).

근거가 되고 있다고 보았다.¹⁵⁰⁾

“농업생산협동조합의 구 채무가 독일 통일의 완성 이후에도 계속 존재한다는 데 대한 명시적인 법률적 규정은 결여되어 있기는 하다. 하지만 연방법원은 이것을 자신의 일련의 견해에 따라서 구 채무의 계속적 존속을 전제로 하고 있으며, 또한 이러한 전제 하에서 의미가 있는 것으로 보이는 법률적 규정들로부터 이러한 흠결을 보충하고 있다. 간접적으로 표현되어 있는 입법자의 의지가 제한의 근거로서 충분하다고 인정한 것과 마찬가지로 이러한 해석은 헌법적으로 문제될 것이 없다. 만일 구 채무가 독일민주공화국(동독)의 몰락과 더불어서 소멸되었다고 할 수 있을 경우에는 이와 다른 결론이 나올 수 있을 것이다. 하지만 청구인의 주장과는 달리 그것은 타당하지 않다.”¹⁵¹⁾

이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 청구인이 주장하는 동독의 몰락과 함께 그 헌법과 그리고 그 안에서 체결된 모든 계약관계도 모두 효력을 상실한다고 하는 주장을 배척하고 있다. 즉 “독일민주공화국(동독)에서는 법치국가에 있어서 받아들일 수 있을 만한 법률관계가 도대체 생성될 수 없었다고 하는 견해도 타당하지 않을 뿐만 아니라, 한 지역의 헌법과 더불어서 또한 그 안에서 존재하는 법률관계가 소멸한다고 하는 것도 옳지 않다”¹⁵²⁾는 것이다. 그리고 “헌법이 교체되는 경우에 오히려 새 헌법에 의하여 직접 창설되지 않은 법률관계의 연속성이 일반적인 데 반하여, 그 폐지는 명시적으로 명령되는 것이 보통이다. 연방법원이 확립된 판례로 인정하고 있는 것과 같이 경과적 사법(私法)도 이러한 입장에서 출발하고 있다”¹⁵³⁾는 것이다.

이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 새로운 헌법이 성립되었다고 하여 그 전에 존재하던 모든 법률관계가 다시 새로 성립되어야 하는 것은 아님을 강조하고 있다. 즉 “독일민주공화국(동독)의 법질서가 독일연방공화국의 그것과 지도이념과 표현에 있어서 근본적으로 차이가 있다고 하는 사정은 마찬가지로 혼인, 친족관계, 노동관계, 임대차관계, 단체구성원신분 등과 같은 전체적인 법률관계들이 종료되고, 또한 새로운 조건 하에서 다시금 새로이 성립될 필요가 있다고 하는 결과를 수반하는 것은 아니다. 이것은 체계중립적인 법률관계에 대해서 뿐만

150) BVerfGE 95, 267 (306).

151) BVerfGE 95, 267 (306).

152) BVerfGE 95, 267 (306 f.).

153) BGHZ 10, 391 (394); 120, 10 (16)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (307).

아니라, 또한 독일민주공화국(동독)내의 사회주의적 법체계의 표현이라고 할 수 있을 뿐, 독일연방공화국에서는 발생할 수 없는 그러한 형태를 띠고 있기는 하지만, 특별히 과거질서의 불법내용의 표현이라고 할 수는 없는, 그러한 법률관계의 경우에도 마찬가지이다. 농업생산협동조합과 ‘농업과 식품산업 국립은행’(BLN) 간의 대출관계는 후자와 같은 경우라고 할 수는 없다.”¹⁵⁴⁾

ii) 채무감면규정들의 법률유보원칙 충족여부

독일 연방헌법재판소는 또한 구 채무의 존속과 직접적인 관련 하에 있는 채무 감면규정들은 법률유보의 요청들도 충족한다고 보았다.¹⁵⁵⁾ 이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 이 판결에서 법률유보의 원칙에 오늘날 많이 거론되고 있는 소위 의회유보의 원칙의 성격을 강조하고 있음을 볼 수 있다. 즉, “법률의 유보는 기본권제한을 위한 법률적 기초에 대한 요청에 머무는 것은 아니다. 그것은 오히려 모든 본질적인 결정이 의회 자신에 의하여 결정되고 다른 규범제정자들에게 위임되어서는 안된다는 것을 요구한다.”¹⁵⁶⁾ “이러한 방법으로 의회 야당(반대파)의 참여가 보장되고, 또한 당사자와 대중에게 자신들의 견해를 형성하고 주장할 수 있는 기회가 보장되며 그러한 규정들이 투명성을 특징으로 하는 절차들을 통하여 형성될 수 있도록 보장되는 것이다.”¹⁵⁷⁾라고 하는 판시가 바로 그것이다.

여기에서 독일 연방헌법재판소는 기본권실현을 위해서 중대한 의미를 가지는 규정들은 본질적이라고 보고 있다.¹⁵⁸⁾ 이어서 연방헌법재판소는 “농업생산협동조합이 채무감면의 혜택을 받을 수 있는 전제조건과, 그리고 채무감면이 보장될 수 있는 범위는 구 채무의 존속과 밀접한 관계 하에 있다. 왜냐하면 기본권침해의 강도는 바로 여기에 좌우되기 때문이다. 이러한 이유 때문에 채무감면은 덜 엄격한 법률적 요건 하에 놓이는 단순한 시혜로 간주될 수는 없다. 그것은 오히려 기본권제한과 밀접한 관계에 있으며, 또한 비례의 원칙의 의미에서 수인할 수 있는 한계 내에서 기본권제한을 유지해야 하는 과제를 가진다.”¹⁵⁹⁾고 강조하고 있다.

독일 연방헌법재판소는 이러한 전제조건 하에 관련 법률조항들의 구체적 근거

154) BVerfGE 95, 267 (307).

155) BVerfGE 95, 267 (307).

156) BVerfGE 83, 130 (142, 152)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (307).

157) BVerfGE 85, 386 (403)을 인용하며 BVerfGE 95, 267 (307 f.).

158) BVerfGE 61, 260 (275)을 인용하며 BVerfGE 95, 267 (308).

159) BVerfGE 95, 267 (308).

규정이 결여되어 있음을 인정하면서도, 통일이라고 하는 예외적인 상황 하에서 채무감면의 수요가 어느 정도로 필요한지에 대하여 모두 조망할 수 없었다고 하면서 의회유보원칙의 위반을 부인하고 있다. 즉, “이 사건에서 입법자는 『통일조약』 제25조 제3항 제3문(신탁채무감면)과 『독일마크개시결산법』 제16조 제3항(결산 차원의 부담경감)에서의 채무감면가능성을 도입하였다. 하지만 법률은 채무감면의 가능성을 두는 것에 그치고 있다. 이에 반하여 채무감면의 전제조건, 범위와 그리고 절차는 법률 자체에도 그리고—법률적 수권을 근거로 하는—법규 명령에도 규정되어 있지 않고, 오히려 채무감면을 담당하는 관청과 은행들에 대한 공포되지 않은 연방재정부장관의 업무지시에서 발견될 뿐이다. 하지만 이것이 통일이라고 하는 특별한 조건 하에서 구채무규정의 위헌의 결과를 초래하지는 않는다. 규정의 형식은 헌법적으로 오히려 예외적으로 인정될 수 있다. 왜냐하면 입법 당시에는 어떠한 채무감면의 수요가 존재하였으며, 그리고 이를 위한 얼마만큼의 재원이 조달 가능하였는지에 대해서 조망될 수 없었기 때문이다.”¹⁶⁰⁾

iii) 입법자의 입법목적의 헌법적 정당성

연방헌법재판소는 입법자의 입법목적은 헌법적으로 문제될 것이 없다고 하고 있다.¹⁶¹⁾ 즉 “구채무규정은 인민재산과 국가의 조종에 기반을 둔 계획경제를 사적 재산권과 개인적 자유에 기반을 둔 시장경제로 전환한 것, 그리고 가입지역이 독일연방공화국의 경제질서로 편입된 것과 보다 밀접한 관련을 가지고 있다.¹⁶²⁾ 이와 관련하여 입법자는 사회주의적 재산권을 사유화하는 과제를 가지고 있었을 뿐만 아니라 계획경제적으로 형성된 여건들을 시장경제적 여건으로 전환시켜야만 했다. 이러한 과제를 해결함에 있어서 입법자는 어떠한 역사적 전례도 참고할 수도 없었고, 또한 충분한 경험을 쌓을 때까지 기다릴 수도 없었다. 그 결과 입법자가 가지고 있는 이러한 과제와 그리고 이 과제를 수행해야 하는 시간적 압박이 전례가 없었다는 점을 고려할 때, 경제정책적 영역에서 통상적으로 인정되는 것보다(BVerfGE 50, 290), 훨씬 더 넓은 형성의 자유가 인정되었다.”¹⁶³⁾고 판시하였다.

독일 연방헌법재판소는 이러한 체제전환에 있어서 입법자가 추구할 수 있는

160) BVerfGE 95, 267 (308).

161) BVerfGE 95, 267 (308).

162) BVerfGE 95, 267 (308 f.).

163) BVerfGE 95, 267 (309).

정책이념 내지 방향을 과거지향적 및 미래지향적 방법의 두 가지로 파악한 후, 입법자가 이것 중 어느 것도 선택하지 않았고, 오히려 두 가지를 조화시키고자 하였음을 강조하면서, 이러한 수단이 가장 합목적적이었는가에 대한 심사는 헌법 재판소의 권한이 아니라고 하는 결론을 내리고 있다.

즉 “입법자는 그 체제전환과 관련하여 독일연방공화국 법질서에서라면 받아들일 수 없는, 그러한 독일민주공화국(동독)의 조치들의 효과를 조정하는 관념에 초점을 맞춘, 과거지향적인 경과개념(Überleitungskonzept)을 선택해도 되었다. 하지만 입법자가 헌법적으로 그렇게 해야 할 의무를 진 것은 아니다. 왜냐하면 독일연방공화국은 기본법의 효력지역 외에서 자신의 행위와 상관없이 발생한 상황들에 대해서 마치 그것이 기본법 하에서 평가될 수 있는 것과 같은 책임을 져야만 하는 것은 아니었기 때문이다.¹⁶⁴⁾ 오히려 입법자는 사회주의적인 경제체제의 해체 하에서 독일민주공화국(동독)경제의 완전한 새로운 체제개편으로 이행될 수 있는, 순수히 미래지향적인 관념을 실현해도 되었던 것이다.”¹⁶⁵⁾

“입법자는 이러한 방법 중에 어느 것도 택하지 않았다. 입법자는 그 대신 두 가지 요소들을 서로 조화시키고자 하였다. 한편으로 입법자는 사회주의적 경제체제 하에서 당한 피해들에 대한 소급적으로 적용되는 조정가능성에 보다 가까이 접근하기 보다는, 오히려 미래와 관련되는 관념을 선택하였던 것이다.¹⁶⁶⁾ 하지만 다른 한편 입법자는 독일민주공화국(동독)에서 발생한 경제체제로부터 출발하였으며, 또한 이것을 가능한 한 빨리, 그리고 가능한 한 효과적으로 시장경제로 이행시키고자 하였다. 단지 변화된 조건 하에서 더 이상 생존가능성이 없었던 기업들은, 부족한 공적 재원들이 시장경제적 여건의 조성을 위해서 더 이상 기여할 수 없는 곳에 쓰이지 않도록, 그 전환에서 배제되도록 하였던 것이다.”¹⁶⁷⁾

이어서 독일 연방헌법재판소는 “사회주의적 계획경제의 상이한 단위들 간에 존재하는 법률관계들에 대해서 이러한 입법자의 근본결단은 그러한 법률관계들이 전반적으로 폐지되는 것이 아니라, 전환(Transformation)에 있어서의 기초가 되도록 하고, 또한 시장경제적 여건들에 적응하도록 하는 것을 의미하였다”고 보았다. 그리고 “이것은 가령 근로계약, 도급계약, 매매계약과 임대차계약 등과 다

164) BVerfGE 84, 90 (122 f.)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (309).

165) BVerfGE 95, 267 (309).

166) BVerfGE 95, 267 (309).

167) BVerfGE 95, 267 (309 f.).

르지 않고 대출계약에 대해서도 마찬가지”였으며, 또한 “그러한 한 입법자는, 현재의 채권과 채무가 우선적으로 유지되고, 새로이 평가되며 또한 이어서 사영화와 경쟁력을 위해서 필요에 따라 교정될 경우에 이 전환이 가장 별다른 탈 없이 수행되어야 한다는 점을 출발점으로 삼은 것”임을 강조하였다.¹⁶⁸⁾

그러면서 독일 연방헌법재판소는 “입법자가 이와 관련하여 가장 합목적적인 해결을 선택하였는지 여부는 연방헌법재판소가 판단할 사항이 아니다. 이것은 구 두변론에서 전문가들에 의해서 주장된 다음과 같은 견해, 즉 폐쇄된 사회주의적 국가관리경제 내에서 생성된 모든 재산과 청구권을 계산해 내어서, 공적 재원들로부터 그 결손을 충당하고, 한편으로는 국민의 저축으로부터 그리고 다른 한편으로는 독일민주공화국(동독)의 대외거래관계로부터 나오는 그러한 외부적 청구권들만을 유지하도록 하는 것이 경제적으로 보다 의미 있고, 재정적으로 보다 유리하다고 하는 그러한 견해도 마찬가지이다. 헌법적으로 입법자가 그러한 길을 선택하는 것이 금지되는 것은 아니다. 하지만 헌법이 바로 그러한 길만 선택할 것을 요구하지도 않았다.”¹⁶⁹⁾고 보았다.

iv) 입법자가 선택한 수단의 기대가능성

독일 연방헌법재판소는 “입법자가 선택한 해결방법은 결산 차원의 부담경감이 그 목적을 달성한다고 하는 전제 하에서 농업생산협동조합과 그 법적 승계자에게 결코 기대불가능한 부담이라고 할 수 없다¹⁷⁰⁾”고 강조하였다.

독일 연방헌법재판소는 동독에서의 대출과 시장경제체제 하에서의 대출이 현저하게 다름을 인정하였다. 즉 “물론 이것은 이미 연방정부가 생각하듯이 ‘농업과 식품산업 국립은행’(BLN)의 농업생산협동조합에 대한 대출과 시장경제적 은행대출 간에 아무런 본질적 차이가 없었다는 점으로부터 나오는 결론은 아니다.¹⁷¹⁾ 오히려 계획경제적 대출은 시장경제적 대출과 다음과 같은 경우에만 동일시될 수 있다.¹⁷²⁾ 즉 우리가 그것을 그 각각의 전제조건들로부터 분리시켜서, 한 기업이 어떠한 은행으로부터 이자와 함께 원금상환을 해야 하는 금전총액을 얻게 되는 과정만을 주목할 경우에 그러하다. 하지만 그러한 시각은 사실적 상황에

168) BVerfGE 95, 267 (310).

169) BVerfGE 95, 267 (310).

170) BVerfGE 95, 267 (310).

171) BVerfGE 95, 267 (310).

172) BVerfGE 95, 267 (310 f.).

부합하지 않을 것이다. 실제에 있어서 이 대출들은—전술한 바와 같이—전제조건, 기능과 그리고 책임의 결과에 따라 경우 양자는 현저하게 구별된다”¹⁷³⁾는 것이다.

연방헌법재판소는 부담경감 조치가 전혀 없이 경제적 활동의 자유를 제한하는 것은 비례의 원칙에 위반될 수 있음¹⁷⁴⁾을 지적하고 있지만 결론적으로 입법자는 부분적인 채무감면으로 만족할 수 있었음을 강조하고 있다.¹⁷⁵⁾ 즉 “청구인이 필요하다고 생각하는 바와 같은 구 채무로부터의 완전한 부담경감은 헌법적으로 요구되지 않는다. 이 부담은 다른 사람이나 일반에게 전가될 수밖에 없었을 것이다. 대출관계가 존재하였던 경제적 관계로부터 이러한 결론이 나온다. 농업생산협동조합의 대출채무의 이면은 다시금 ‘농업과 식품산업 국립은행’(BLN)에게 저축계좌와 이체계좌를 통해서—1989년에 독일민주공화국(동독) 마르크로 130억 마르크에 해당하는데—대출금지급에 필요한 재원을 조성하여 준 농민들에 대한 채무에 상응하는, 은행측의 변제청구권을 형성하였다”¹⁷⁶⁾는 것이다.

“이러한 관계는 통화전환을 통해서 바뀌었다. 은행대출은 2:1의 비율로 전환된 데 반하여, 주민들의 개인 잔고의 전환에 대해서는 전환비율이 1:1이었다.¹⁷⁷⁾ 따라서 은행은 농업생산협동조합에 대한 대출로부터 나오는 청구권은 반 밖에 갖지 못하게 되었고, 저축고객의 잔고로부터 나오는 자신의 채무는 전체적으로 변함이 없었다.¹⁷⁸⁾ 통화전환 조정기금이 설립된 원인이기도 한, 이러한 정치적 계기에 의한 차이는, 이 농업생산협동조합이 대출을 통하여 조성된—그 사이에 대부분 가치가 하락한—자산을 대부분 그대로 보유할 수 있었음에도 불구하고, 농업생산협동조합의 구 채무로부터 나오는 청구권을 전적으로 무효화하는 경우에는 더욱 더 커지게 될 판이었다.”¹⁷⁹⁾

독일 연방헌법재판소는 “채무감면의 구체화는 입법자의 사항이었다. 원칙적으로 구 채무규정의 합헌성을 보장하는 신탁채무감면과 결산 차원의 부담경감을 연결시키는 것만으로 충분하였다. 입법자는 채무감면도 회생능력이 있는 농업생

173) BVerfGE 95, 267 (311).

174) BVerfGE 95, 267 (311).

175) BVerfGE 95, 267 (311).

176) BVerfGE 95, 267 (311).

177) BVerfGE 95, 267 (311).

178) BVerfGE 95, 267 (311 f.).

179) BVerfGE 95, 267 (312).

산협동조합에게만 국한시킬 수 있었다”¹⁸⁰⁾고 판시하였다.

a) 「통일조약」 제25조 제3항 제3문에 따른 신탁채무감면의 비례의 원칙 위반여부

독일 연방헌법재판소는 「통일조약」 제25조 제3항 제3문에 따른 신탁채무감면은 비례의 원칙을 충분히 고려하고 있다고 판시하였다.¹⁸¹⁾

즉 “물론 입법자는 농업생산협동조합이 농경지역에서의 사회시설의 개선을 위하여 활동해야 했지만, 그렇다고 하여 이러한 방법으로 조성된 재산적 가치 중 다시금 그들의 재산권으로 환원되지 않았던 투자들에 대한 채무지분을 인수할 헌법상의 의무를 원칙적으로 지지 않는 것은 아니라고 보았다. 이와 관련하여 이것은 시장경제적 대출에 있어서는 전적으로 낮은 부담이라고 할 수 있다. 그 반대가치는 오늘날 일반적으로 공공부문의 재산권에 존재하고, 또한 상응하는 지역의 주민들에게 전체적으로 수익이 된다. 하지만 농업생산협동조합이 이러한 투자를 위해서 진 구 채무에 대해서도 구속되는 경우, 여기에는 상당히 기대가능성이 없는 부담이 안겨지게 된 것이다.”¹⁸²⁾

이에 반하여 연방헌법재판소는 회생능력이 있는 농업생산협동조합은 연방재무 장관의 업무지시에 따를 때 채무감면이 가능한 대출지분들로부터 완전히 면제시켜주는 것이 아니라 22%의 범위 내에서 일부 축소만을 감수하지 않으면 안 되게 한 것은 기본법에 합치한다고 보았다. 즉 이러한 감축은 신탁관리청이 농업생산협동조합의 채무감면을 위한 금전수요를 너무 낮게 책정하였으며, 그리고 14억 DM으로 규정된 가액을 추후에 더 이상 인상할 수 없게 된 데에 그 이유가 있다는 것이다.¹⁸³⁾

그러나 이와 상관없이 이러한 감축은 기본법 제2조 제1항을 침해하지 않는다고 보았다. 왜냐하면 기업과 무관한 투자들에 사용된 대출지분들을 넘어서까지 채무감면을 해야 할 헌법적 의무는 존재하지 않았기 때문이라는 것이다. 물론 감축을 근거로 하여 개별 농업생산협동조합이 기업과 무관한 투자에 해당하는 대출지분들에 대해서도 아무런 완전한 조정금을 받지 못한 경우가 전혀 배제되는 것은 아니나, “이것은 연방재무부장관의 규정이 기업외적 목적을 위해서 사용된,

180) BVerfGE 95, 267 (312).

181) BVerfGE 95, 267 (312).

182) BVerfGE 95, 267 (312).

183) BVerfGE 95, 267 (312).

헌법상 감면의무가 있는 대출지분과, 그리고—기업내적으로 사용되었기는 하지만 아무런 실질개선의 효과를 발휘하지 못했던—어쨌든 헌법상—감면의무가 없는 대출지분을 구별하지 않은 데 따른 것”¹⁸⁴⁾이라고 보았다.

그럼에도 불구하고 감축된 조정에 도달할 수밖에 없을 경우에 이것은 통일이 라고 하는 특수한 상황을 근거로 감수하지 않으면 안 된다고 보았다. 전반적으로 예측가능성이 없는데다가 동시에 신속하고 효과적인 행동에 대한 압박이 지배하고 있던 이러한 상황에서 보다 세분화된 규정은 기대할 수 없었다는 것이다. 하지만 이로 인하여 예외적으로 헌법적으로 요청되는 채무감면이 개별 사례에서 하한을 넘을 수 있었다는 사정은 그 당시로서는 예상할 수 없었으며 또한 그렇다고 하여 전체 규정이 문제될 정도로 중대하지도 않았다고 하였다.¹⁸⁵⁾

b) 「독일마르크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 결산 차원의 부담경감 규정의 위헌여부

「독일마르크개시결산법」에 따른 결산 차원의 부담경감 규정과 관련하여 연방 헌법재판소는 이것이 판결 당시에는 헌법적으로 문제될 것이 없었으나 입법자는 통제 의무 그리고 경우에 따라서는 개선의무를 진다¹⁸⁶⁾고 확인하였다. 연방헌법재판소는 그 이유를 다음과 같이 설명하였다.

“전술한 바와 같이 농업생산협동조합과 그 승계자의 경제적 활동의 자유에 대하여 구 채무규정을 통하여 제한을 가한 입법자는 헌법적으로 이러한 결정의 효과를 완화할 의무가 있었다. 입법자가—기업외적 투자를 위하여 사용된 대출지분의 채무감면 외에—어떠한 조치를 취했어야 하는가는 그의 기속재량에 속했던 것이다.¹⁸⁷⁾ 헌법적으로 문제가 되는 것은 선택된 조치가 사실상 충분한 부담경감의 효과를 발휘함으로써 구 채무를 가지고 있는 다수의 농업생산협동조합이 통상적인 경영활동을 통하여 적정한 시간 내에 이를 변제할 수 있는가일 뿐이다.¹⁸⁸⁾ 결산 차원의 부담경감의 경우도 마찬가지로 이러한 기대와 연관되어 있다. 부담경감의 효과가 실제로 나오고 있는가는 아직 예측할 수 없다.”¹⁸⁹⁾

입법자의 통제 및 개선의무와 관련하여 연방헌법재판소는 계속 다음과 같이

184) BVerfGE 95, 267 (313).

185) BVerfGE 95, 267 (313).

186) BVerfGE 95, 267 (313).

187) BVerfGE 95, 267 (313).

188) BVerfGE 95, 267 (313 f.).

189) BVerfGE 95, 267 (314).

덧붙이고 있다. 즉 “지금까지 기껏해야 소수의 기업들만이 자신들에게 유예되어 있던 채무들을 갚을 수 있었다. 가까운 장래에 만일 변제가 이루어지지 않는 경우, 이 채무들이 기업의 결산에, 그리고 또한 이 채무에 따르는 이자가 손익계산에 부담을 끼쳐 구 채무 하나만을 이유로 해서 어떠한 한 기업이 도산에 이를 수는 없는 것이다. 하지만 구 채무는 기업의 지불능력(Bonität)이라는 측면과 그리고 그때그때 연간흑자로부터 그것을 변제해야 한다는 점에서는 그 기업에 대한 투자가능성을 하락시킨다. 끝으로 현재의 규정에 따를 때 비록 어떠한 농업생산협동조합이 경제적으로 성공적이며, 또한 그 연간흑자 중 20%만이 구 채무를 갚기 위해서 쓰여진다 하더라도, 이자지불로 인하여 구 채무가 증가하는 것을 배제할 수 없다.”¹⁹⁰⁾

연방헌법재판소는 결산 차원의 부담경감의 효과는 이러한 상황에서는 여전히 불확실하다고 인정하고 있다. 하지만 그렇다고 하여 이러한 불확실성이 입법자에게 부담이 되는 것은 아니라는 것이다. 즉, 장래의 경제적 발전을 판단함에 있어서 입법자는 평가의 우선권(Einschätzungsprärogative)과 또한 예측판단의 자유를 갖는다.¹⁹¹⁾ “이 규정이 개별 농업생산협동조합에 대해서 뿐만 아니라, 전 범위에 걸쳐서 그 목적설정으로부터 잘못되게 될 것인지 그리고 이로 인하여 과도한 부담을 초래하게 될 것인지 여부에 대해서 『독일마르크개시결산법』의 제정 당시에는 예측할 수 없었다. 구두 변론에서 모든 당사자들에 의해서 강조되었듯이, 1990년에는 농업의 경제적 어려움의 정도에 대해서 단지 고도로 불완전한 예상(Vorstellung)만 지배할 따름이었다. 이러한 상황에서는 입법자는 신탁채무감면을 넘어서는 그 밖의 채무감면을 동시에 추진해야 할 의무를 지는 것은 아니었다. 오히려 입법자는 우선적으로 결산 차원의 부담경감으로 만족할 수 있었던 것이다.”¹⁹²⁾

그러나 연방헌법재판소는 입법자가 목적달성의 불확실성을 감안하여 앞으로의 발전에 대하여 계속적으로 관찰하고 경우에 따라서는 규정의 개선을 도모하여야 한다¹⁹³⁾고 강조하고 있다. 즉 “이와 관련하여 입법자에게는 규율대상의 복잡성으로 인하여 경험을 축적할 수 있는 적절한 기간이 주어질 수 있다.¹⁹⁴⁾ 입법자의

190) BVerfGE 95, 267 (314).

191) BVerfGE 50, 290 (331 ff.)을 인용하며 BVerfGE 95, 267 (314).

192) BVerfGE 95, 267 (314).

193) BVerfGE 25, 1 (13); 49, 89 (130); 50, 290 (335); 57, 139 (162 f.)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (314).

194) BVerfGE 43, 291 (321); 45, 187 (252)를 인용하며 BVerfGE 95, 267 (314 f.).

생각에 따를 때 상당수의 사례에서 그 안에 채무변제가 이루어져야 한다고 보는 약 20년이라고 하는 기간을 고려할 때, 독일 통일 후 10년의 기간과 그리고 결산 차원의 부담경감의 도입 기간 등으로서 이는 적정하다고 보인다. 이러한 기간이 경과한 후에 달성하고자 한 목적이 선택한 방법으로 그 이상의 10년 후에 도달될 수 있는지 여부에 대한 심사가 이루어져야 한다. 이와 관련하여 법상황의 개정을 위한 필요성이 나오게 되는 경우 이를 위해서는 장관 차원의 업무지시 정도로서는 충분하지 않을 것이다. 오히려 개정은 법률유보와 의회유보의 요청을 충족시켜야 할 것이다.”¹⁹⁵⁾

c) 회생능력이 없는 농업생산협동조합을 채무감면으로부터 배제한 것의 위헌 여부

한편 연방헌법재판소는 회생능력이 없는 농업생산협동조합을 채무감면으로부터 배제한 것은 헌법적으로 문제될 것이 없다¹⁹⁶⁾고 보았다.

“입법자는 농업생산협동조합의 경제적 활동의 자유를 제한함에 있어서 기대가 능한 한계를 준수할 헌법상의 의무가 있다. 입법자는 농업생산협동조합이 경영과 무관한 투자에 사용해야 했던 대출에 대하여는 채무를 면제해야 했다. 하지만 구 채무를 면제하여도 회생가능성이 없었던 농업생산협동조합에 대해서까지 채무감면을 해야 할 의무는 존재하지 않았다. 이것은 체제전환의 특수성으로부터 나온다.”¹⁹⁷⁾

“통일의 과정에서 입법자는 이미 독일민주공화국(동독)이 시작한 사회주의적 계획경제의 사회적 시장경제로의 전환을 계속 수행해야 할 필요성을 가지고 있었다. 이와 관련하여 입법자는 전술한 바와 같이 과거의 경제체제가 초래하였던 결과들에 대한 배상이 아니라, 가입지역에서의 시장경제적 상황의 조속한 형성에 초점을 맞추는 전환관념을 기초로 할 수 있었다. 이러한 관념을 실현하기 위해서 입법자는 제한된 공적 재원을 구 채무의 부담을 진 모든 농업생산협동조합에 동일하게 분배하는 것을 지양할 수 있었다. 입법자는 오히려 생존능력이 있다고 평가된 농업생산협동조합에 집중을 할 수 있었다.”¹⁹⁸⁾

“따라서 입법자는 전환(Transformation)이라고 하는 특별한 여건 하에서는 농

195) BVerfGE 95, 267 (315).

196) BVerfGE 95, 267 (315).

197) BVerfGE 95, 267 (315).

198) BVerfGE 95, 267 (315).

업생산협동조합으로 하여금 최소한 경영외적 투자를 위해서 저야 했던 그러한 구 채무를 면제해 줄 헌법적 의무보다는, 회생능력이 있는 기업의 구조원칙에 우위를 둘 수 있었다. 이러한 배제는 관련된 농업생산협동조합에 대해서도 기대가 가능하다. 왜냐하면 이 농업생산협동조합은 채무감면조치에 포함된다 하더라도 자신의 생존을 보장할 수 없었을 것인데 반하여, 생존능력 있는 기업들에게는 제한된 재원을 고려할 때 채무감면재원을 빼앗기게 되는 결과가 초래되어, 결과적으로 더 적은 기업들만 살아남을 수밖에 없게 될 것이기 때문이다.”¹⁹⁹⁾

v) 구채무규정의 그 밖의 헌법적 질서의 테두리의 준수여부

이어서 연방헌법재판소는 구채무규정이 그 밖의 헌법적 질서의 테두리를 유지하고 있다고 보았다.²⁰⁰⁾

a) 기본법 제3조 제1항의 평등원칙 위반여부

연방헌법재판소는 구채무규정이 기본법 제3조 제1항의 평등원칙에 위반되지 않는다고 보았다.²⁰¹⁾

aa) 일반적인 평등원칙으로부터 각 규율대상과 차별의 표지들에 따라서 자의금지로부터 비례의 원칙에 대한 엄격한 구속에 이르는, 입법자에 대한 상이한 한계들이 도출된다. 이 요청들의 단계는 기본법 제3조 제1항의 문구와 의미 그리고 이 조항의 다른 헌법규정들과의 관계로부터 나온다.²⁰²⁾

모든 인간은 법 앞에 평등하다고 하는 원칙은 우선적으로 인간에 대한 정당화되지 않는 차별취급을 금지하는 것이기 때문에, 입법자는 인적 집단들에 대한 불평등취급에 있어서는 일반적으로 엄격한 구속 하에 놓이게 된다.²⁰³⁾ 하지만 이 엄격한 구속은 인간과 관련되는 차별에만 국한되는 것은 아니다. 오히려 사항(사실관계)에 대한 불평등취급이 간접적으로 인적 집단의 불평등취급을 야기하는 경우에도 엄격한 구속이 적용된다. 단지 사항관련적인 차이가 있는 경우에 이 구속의 정도는 당사자가 차별되고 있는 표지의 실현에 자신의 행위를 통해서 어느 정도까지 영향을 미칠 수 있는지에 달려 있다.²⁰⁴⁾ 나아가 인간 또는 사항에 대한

199) BVerfGE 95, 267 (316).

200) BVerfGE 95, 267 (316). 이하의 내용 역시 이 사건 독일 연방헌법재판소 판결의 번역을 기초로 한 것이며, 편의상 특별히 따옴표를 붙이지 않고서 판결내용을 그대로 인용하기로 한다.

201) BVerfGE 95, 267 (316).

202) BVerfGE 88, 87 (96)를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (316).

203) BVerfGE 55, 72 (88)를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (316).

204) BVerfGE 55, 72, (89)를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (316).

불평등취급이 기본권에 의하여 보호되고 있는 자유의 행사에 보다 강하게 불리한 영향을 미칠 수 있으면 있을수록, 입법자의 형성의 자유에는 그만큼 보다 엄격한 한계가 주어진다.²⁰⁵⁾

헌법재판소의 심사에 있어서 단계화된 통제강도는 입법자의 형성의 자유의 상이한 범위에 따라 달라진다. 만일 자의금지만이 심사기준으로서 고려되는 경우 기본법 제3조 제1항에 대한 침해는 차별의 불합리성이 명백할 경우에만 확인될 수 있다.²⁰⁶⁾ 이에 반하여 연방헌법재판소는 인적 집단들을 상이하게 취급하거나 기본권의 행사에 불리하게 영향을 미치는 규정들에 있어서는 개별적으로 규정된 차등에 대하여 그러한 불평등한 법적 효과를 정당화해 줄 수 있을 만한 성격과 비중을 가지고 있는지를 개별적으로 심사한다.²⁰⁷⁾

법인의 경우 이러한 스펙트럼에 어떻게 정렬될 수 있을 것인지에 대해서 연방헌법재판소는 아직까지 결정해 본 적이 없다. 법인은 물론 기본법 제19조 제3항의 기준에 따라서 기본권의 주체가 될 수 있다. 많은 법인들은 자연인들의 집합체 외에 다른 것이 아니다. 이것은 법인의 불평등취급을 처음부터 사항관련적인 것으로서 다루어서는 안 됨을 말해 준다. 공권력 행위에 의한 개별 법인의 관련성의 정도는 집합체의 법적 형태와 크기에 따라서도 아주 상이하게 다루어질 수 있다. 심사기준을 정함에 있어서는 이 점을 유의해야 한다. 농업생산협동조합에 대한 조치들에 의하여 그 구성원들이 비교적 강력하게 관련된다. 이에 따라 이 사건의 심사에 있어서 한편으로는 인적 관련성을 고려하며, 다른 한편으로는 하지만 법률적 규정이 단지 처음부터 합헌적 질서의 범위 내에서 이루어져야 하는 일반적 행동의 자유라는 기본권만을 침해하고 있고, 또한 입법자에게 경제질서의 전환에 있어서 특별히 넓은 형성의 자유가 주어져 있다고 하는 점을 고려하는 기준이 기초로 되어야 한다.²⁰⁸⁾

bb) 이에 의거할 때 한편으로 농업생산협동조합과 다른 한편 구 채무의 부담을 진 독일민주공화국(동독)의 기업이나 시설들의 상이한 취급은 정당화된다.²⁰⁹⁾

205) BVerfGE 60, 123 (134); 82, 126 (146)를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (316 f.).

206) BVerfGE 55, 72 (90)를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (317).

207) BVerfGE 88, 87 (96)를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (317).

208) BVerfGE 95, 267 (317).

209) BVerfGE 95, 267 (317 f.).

aaa) 농업생산협동조합과 인민고유기업(VEB) 그리고 인민고유재산(VEG)의 관계에 있어서는 채무감면이 채무의 부담을 진 기업의 회생능력을 전제로 하고 있는 한에서 불평등취급은 없다. 이러한 원칙은 인민고유의 경제에 대해서도 타당하다. 인민고유의 기업들이 회생능력이 있는 것으로 평가되지 않을 경우 그것은 해체되며 그 자산 가치는 가능한 한 매각된다.²¹⁰⁾

하지만 그 밖의 인민고유의 기업들은 농업생산협동조합과는 달리 신탁관리청에 의한 구 채무의 인수에 의하든지 또는 매수자측의 채무인수—이는 보통 매매가에 반영되었는데—에 의하든지 보통 완전히 채무가 면제되었다. 하지만 이러한 불평등취급은 그 근거가 재산관계의 상이성에 있다. 인민고유기업(VEB)과 인민고유재산(VEG)은 독일 통일의 완성 후에 경제적으로 연방재산으로 된 데 반하여, 농업생산협동조합은 구성원들의 사적 소유로 넘어갔다. 이러한 차이는 채무감면의 상이한 취급을 정당화한다. 인민고유의 경제 영역에서는 연방이 한편으로는 기업들의 소유자로서 구 채무의 부담을 안았고, 다른 한편 채무감면조치의 주체이기도 하였다. 이러한 상황에서는 채무감면에 있어서 혜택을 받는 자와 부담을 받는 자가 모두 하나의 주체로 귀착되는 그러한 순전한 정산과정에 지나지 않는다. 이에 반하여 사적 재산권에 존재한 농업생산협동조합의 채무감면은 사적 소유자의 부담경감과 그리고 연방의 부담을 의미하였을 것이다.²¹¹⁾

bbb) 농업생산협동조합과 그리고 주택사업기업간의 관계에 있어서도 마찬가지로 불평등취급이 발생하였다. 왜냐하면 주택사업기업은 회생능력이 있고 없고 여부로 구별되지 않았으며, 그리고 구채무구조법에 의하여 상호 동등하게 그리고 농업생산협동조합에 비하여 보다 강력한 정도로 부담경감을 받았기 때문이다. 하지만 이러한 불평등취급은 사실적인 차이에서 그 정당화사유를 가진다.²¹²⁾ 회생능력은 문제되지 않는다. 왜냐하면 주택건설회사들은 사영화되지 않고서 지방자치단체 재산으로 넘어갔기 때문이다. 승계채무면제기금(Erblastentilgungsfonds)에서 구 채무에 대한 이자와 그리고 일부 구 채무 자체를 인수한 것은, 주택사업이 동시에 시장여건으로 전환되지 못하고, 나름 채무변제의 불가능에 일조하였던 임대료의 구속(동결)을 사회적 이유에서 상당한 정도로 감수하지 않으면 안 되었다는 데에 그 이유가 있는 것이다. 주택사업의 보다 높

210) BVerfGE 95, 267 (318).

211) BVerfGE 95, 267 (318).

212) BVerfGE 95, 267 (318).

은 그리고 균등한 채무감면은 이러한 상황에서—농경제적 가격형성에 있어서는 그러한 전례가 없었던—연방법으로 부과된 의무(Bindung)에 대한 배상의 취지에 그 이유가 있는 것이다.²¹³⁾

ccc) 통일입법자가 농업생산협동조합의 책임이 전혀 없거나 부분적으로만 책임이 있는, 구 채무의 그러한 상이한 이유와 상이한 액수와 상관없이 모든 농업생산협동조합으로 하여금 그들의 각각의 구 채무에 구속시켰다고 하는 사정은 마찬가지로 아무런 헌법위반의 사유가 되지 못한다. 자연적 그리고 환경적으로 상이한 여건들의 제한적 조정을 위해서는 이미 독일민주공화국(동독)에서 1985년 5월 10일의 사회주의적 농업기업에 대한 조세법에 따른 조세가 기여를 하였다. 특히 그러나 상이한 구성요건들에 대한 평등취급의 정당성은 미래 지향적 구조전환의 취지가 헌법적으로 문제될 것이 없다고 하는 점으로부터 나온다. 전술한 바와 같이 통일입법자는 과거지향적 조정을 선택할 수 있었지만 그것이 반드시 그랬어야 하는 것은 아니다.²¹⁴⁾

ddd) 희생능력이 있는 농업생산협동조합과 희생능력이 없는 농업생산협동조합을 구별하는 것도 헌법적으로 아무런 문제가 없다. 희생능력이 있는 기업만 부담경감을 하기로 하는 통일입법자의 결단이, 위에서 확인된 바와 같이 나름대로 헌법적으로 문제될 것이 없다면, 그것은 농업부문에서의 차별을 위한 충분한 근거로서도 기능한다.²¹⁵⁾

eee) 또한 농업생산협동조합 T와 그리고 농업생산협동조합 P에 대해서 통화연합을 위한 확정일자가 추수 전이었고, 그리고 농업생산협동조합 P에 대한 높은 채무상태의 시점에 있었다고 하는 상황으로부터 나오게 되는 불평등한 부담은, 오로지 정치적으로 판단되어야 하는 통일과정의 필요성에 그 원인이 있다.²¹⁶⁾ 이러한 불평등한 효과를 완화시켜야 하는 연방입법자의 의무는 헌법으로부터 나오지 않는다.²¹⁷⁾

b) 농업생산협동조합 구성원의 기본권 침해 여부

연방헌법재판소는 구채무규정이 농업생산협동조합원의 기본권 침해로 인하여

213) BVerfGE 95, 267 (319).

214) BVerfGE 95, 267 (319).

215) BVerfGE 95, 267 (319).

216) BVerfGE 95, 267 (319 f.).

217) BVerfGE 95, 267 (320).

헌법에 위반되는 것도 아니라고 보았다.²¹⁸⁾

기본법 제12조 제1항과 제3항 제1문과 관련하여 구 채무에 대해서는 농업생산협동조합에 대해서와 마찬가지로 적용된다. 재산권과 관련해서도 농업생산협동조합의 구성원들의 기본권이 침해되지 않고 있다. 그들에게는 농업생산협동조합의 경우와 같이 기본법 제14조 제1항에 의하여 보호되는 법적 지위가 결여되어 있다. 단지 재산에 부담을 주는 대출채무와는 달리 조합원권은 기본법 제14조 제1항의 의미에서의 재산가치가 있는 법적 지위이다. 하지만 이러한 권리들은 그 자체로서 원칙적인 유지와 그리고 구 채무의 제한된 완화와는 아무런 상관이 없다. 이러한 권리들이 가치상실을 입게 되는 한에서 그것은 헌법적으로 문제가 없는 농업생산협동조합에 대한 제한의 결과이다. 조합원권의 그러한 가치저하에 대해서 기본법 제14조 제1항이 보호해 주는 것은 아니다.²¹⁹⁾

물론 농업생산협동조합과 그 법적 승계자에 있어서와 같이 구 채무 규정은 농업생산협동조합원들의 경제적 활동의 자유를 제한한다. 조합원들이 농업생산협동조합을 전환된 형태로 계속 유지하는 경우에 그들의 이윤은 줄어든다. 조합원들이 농업생산협동조합을 해체하거나 그로부터 탈퇴하는 경우, 그 보상금(Abfindung)은 줄어들 것이다. 하지만 이러한 결과가 이 규정의 위헌성을 초래하는 것은 아니다.²²⁰⁾

이것은 회생능력이 없는 것으로 판정되고, 따라서 채무감면으로부터 전적으로 배제된 농업생산협동조합의 구성원들의 경우도 마찬가지이다. 회생능력이 없는 농업생산협동조합의 구성원은 구 채무의 책임이 없는, 그들에 의하여 반입된 농지들은 보유하지만, 그러나 그들의 자산기여분(Inventarbeiträge)은 상실된다. 따라서 그들은—자유의사이든 강제적이든—농업생산협동조합으로의 가입 당시와 같은 완전한 농업기업에 대한 그 이상의 처분권을 가지지 못한다.²²¹⁾ 그러나 그들은 독일민주공화국(동독)에서 토지나 생산수단에 대한 사적 소유를 보유하고있다가 이제 반환을 통해서 이것을 다시 받게 된 그러한 사람들과 똑같은 운명을 겪게 되는 것이다.²²²⁾ 또한 가령 임대소득이 너무나 적어서 그들이 그 소유를 더 이상 유지할 수 없었고, 피폐한 상태에서 그 재산권을 시장경제로 가져온 그러한

218) BVerfGE 95, 267 (320).

219) BVerfGE 95, 267 (320).

220) BVerfGE 95, 267 (320).

221) BVerfGE 95, 267 (320).

222) BVerfGE 95, 267 (320 f.).

가옥소유자들과 또한 그들의 영업자산을 채우는 없지만 아주 낡거나 또는 심하게 훼손된 상태로 반환받은 그러한 사람들도 여기에 속한다. 그러한 비교들이 경제적 손실의 기대가능성에 대하여 중요한 비중을 가진다고 하는 점은 독일 연방헌법재판소 제1재판부가 이미 1991년 4월 23일의 토지개혁결정에서 강조한 바와 같다.²²³⁾

회생능력이 있는 농업생산협동조합의 보다 나은 처지의 구성원들에 대해서도 달리 적용되지 않는다.²²⁴⁾

② 연방법원의 구채무규정의 해석과 적용의 위헌여부

연방헌법재판소는 연방법원의 구채무규정에 대한 해석과 적용은 문제될 것이 없으며, 헌법적인 해석의 흠결은 청구인에 의해서 제시되지도 않았고 달리 보지도 않는다고 밝히고 있다.²²⁵⁾

“민사법원들이 일반적인 행동의 자유를 합헌적인 방법으로 제한하는 어떠한 법률을 해석해야 하는 경우, 기본법 제2조 제1항의 보호영역의 불확정성으로 인하여 이를 오인할 여지는 매우 적다. 특히 법원들은 만일 민법 제242조의 교정을 통해서 입법자의 의도가 저해될 수 있는 경우에는 이를 끌어들여야 할 헌법상의 의무가 없다. 만일 입법자가 그의 규정을 구체적인 적용사례에서 판단되어야 하는 그러한 사정을 관련시킨 경우에는 이와 같이 한다고 하더라도 헌법에 위반되는 것은 아니다. 입법자에 의해서 생각되지 않았던 사후적 상황변화나 법원의 견해에 따를 때 이 규정이 미리 구상하지 못했던 예외사례에 대해서는 민법의 일반조항의 적용이 열려져 있다.”²²⁶⁾

“독일 통일의 완성에 있어서 입법자는 농업생산협동조합을 그 구 채무에 구속시켰으며 또한 살아남을 수 없는 기업들은 채무감면가능성으로부터 배제하고자 하였다.²²⁷⁾ 모든 형태의 채무감면은 기업, 은행과 국가 간의 관계망으로 인하여 오로지 공적 부문에 부담을 전가하기 때문에, 그것은 제2심법원(Bezirksgericht)에 의해서도 인정된 대출채무에 대한 이윤의 정산과도 관련된다, 헌법이 여기에서 합헌적인 법률의 적용결과의 수정을 명한다고 하는 것을 암시할 수 있는 상황은

223) BVerfGE 84, 90 (131)를 인용하며, BVerfGE 95, 267 (321).

224) BVerfGE 95, 267 (321).

225) BVerfGE 95, 267 (321).

226) BVerfGE 95, 267 (321).

227) BVerfGE 95, 267 (321).

보이지 않는다.”²²⁸⁾

V. 분석 및 평가

1. 결정의 의의

이 결정은 우선적으로 구 동독의 농업생산협동조합과 그 승계기업들의 구 채무를 유지하기로 한 구채무규정들과 이를 기초로 대출을 해 줬던 동독 농업과 식품산업 국립은행(BLN)의 승계은행들의 청구권을 인정한 민사판결의 합헌성을 인정한 연방헌법재판소의 원칙 판결이라는 점에 우선적인 의미가 있다.

전술한 바와 같이, 회생가능기업과 회생불능기업을 기준으로 하여 회생가능기업들에게만 채무감면의 혜택을 부여하는 구채무규정들에 대하여 입법자의 형성의 자유가 극도로 넓게 인정된다는 것을 전제로 연방헌법재판소는 합헌으로 보았다. 여기에서 연방헌법재판소는 입법자의 평가의 우선권을 인정하였으며, 경제영역에 관하여 통상적으로 입법자가 넓은 형성의 자유를 가지는 것이 보통인데, 체제전환과 통일과 관련하여 극복해야 할 막중한 입법과제 앞에 놓여서 구 채무에 대하여 어느 정도까지 그리고 어떠한 방법으로 감면규정을 마련하여야 할 것인지에 대하여 예측가능성이나 조망가능성이 없었음을 고려할 때, 이러한 입법자의 형성의 자유는 훨씬 더 넓게 인정된다고 하는 논리를 펼쳤다.

다만 결산 차원의 부담경감의 경우에 채무변제의 기간을 20년 정도로 보고, 통일 후 10년 후에는 입법자가 과연 농업생산협동조합 승계기업들이 채무를 다 변제하고 있는지 여부 등, 법률효과에 대하여 계속해서 관찰하고 필요한 경우에는 개선입법을 할 것을 권고하고 있다.

비록 사회주의적 계획경제 하에서 이루어진 대출계약이며, 그것은 일종의 국가 지도부에 의하여 강제로 이루어지고, 또한 이 대출을 통한 사업에 의하여 얻은 수익도 국가에 모두 납부하여야 하는 등 자본주의 경제체제 하에서 이루어지는 대출계약과 완전히 다른 성격의 것이었음에도 불구하고, 동독에서 이루어진 통상적인 계약으로 간주한 후, 이러한 통상적인 계약들은 통일 이후에도 여전히 효력

228) BVerfGE 95, 267 (321 f.).

을 가지는 것으로 한 통일조약과 민법시행법 등 관계 법률을 해석하고 적용한 독일 연방대법원의 판결이 청구인의 기본권을 침해하는 것은 아니라면서, 구 채무에 관한 규정은 물론 독일 연방법원의 판결도 모두 헌법에 위반되지 않는다고 최종적으로 승인을 해 준 판결이라고 할 수 있다.

특히 기본권과 관련해서 본다면 구 채무규정과 이에 따른 독일 연방법원의 판결이 청구인이 주장하는 바와 같이 재산권과 직업의 자유에 대한 제한은 아니라고 보았으며, 다만 독일 기본법 제2조 제1항에서 나오는 일반적 행동의 자유와 계약의 자유에 대한 제한으로 보았으나, 이 기본권을 침해하지 않았다고 보았다.

또한 그 밖의 국유기업이라고 할 수 있는 인민고유기업과 국유재산이라고 할 수 있는 인민고유재산 그리고 주택사업과의 차별 등과 관련해서도 국유기업과 국유재산의 경우에는 연방소유로, 그리고 주택사업의 경우는 지방자치단체의 소유로 넘어가는 등 농업생산협동조합의 경우와 다름을 인정함으로써, 기본법 제3조 제1항의 평등원칙에 위반되는 것도 아니라고 보았다.

요컨대, 독일 연방헌법재판소는 동독 농업생산협동조합의 승계기업의 구 채무를 유지하기로 하는 구채무규정들과 그리고 이에 기초하여 동독 국립은행을 승계한 은행들의 청구권을 인정한 독일 연방법원의 판결들에 대하여 합헌으로 인정하였으나, 구 채무로 인한 부담으로부터 승계기업들이 제대로 벗어나는 법률효과가 발휘되고 있는지 여부에 대하여 입법자가 계속하여 관찰하고, 필요한 경우에는 입법개선을 해야 함을 판시함으로써, 이는 필자가 종전부터 주장하여 왔던 일종의 소위 경고결정²²⁹⁾에 해당하는 판결 중의 하나라고 할 수 있다.

2. 학계 평가 및 결정 이후 상황

(1) 학계의 평가

이 결정에 대한 독일 학계의 반응은 대체로 찬성하고 수긍하는 의견도 있지만 그에 대하여 비판하는 견해 역시 적지 않게 나온 바 있다. 이에 대하여 살펴보면 다음과 같다.

229) 방승주, 독일연방헌법재소에 의한 경과규정, 공법학의 지평, 심천계획열박사화갑기념논문, 1995, 436쪽 이하; 같은 이, 독일 연방헌법재소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법논총 제7집(1996), 299쪽 이하.

1) 뤼케/물란슈키(Lücke/Mulansky)

우선 뤼케/물란슈키(Lücke/Mulansky)는 연방헌법재판소가 거듭 제기되었던 구 채무규정의 위헌성에 대한 문제에 대하여 이를 기각하였다고 소개하면서, 입법자가 사회적 계획경제를 시장경제체제로 전환하는 입법을 형성함에 있어서 넓은 형성의 자유가 주어진다고 하는 연방헌법재판소 판결의 주요 이유에 동의한다고 쓰고 있다.²³⁰⁾

2) 안드레아스 분트슈(Andreas Bundschuh)

분트슈(Andreas Bundschuh)는 농업생산협동조합에 대한 연방헌법재판소의 결정은 법학적 해석방법을 기초로 하여 문제가 되고 있는 헌법규정의 침해여부에 대하여 세밀한 심사를 진행하고 있는데, 어쨌든 이것은 법학적으로 수궁이 가능한 결론에 이르고 있다고 쓰고 있다.²³¹⁾ 여기에서 분트슈는 연방헌법재판소의 이 사건 판결에서 나오는 농업생산협동조합의 구 채무의 이월이 합헌이라고 하는 판시가 어느 정도까지 동독 주택기업들의 “구채무논의”에 대해서도 적용될 수 있을 것인지의 문제가 제기된다고 지적하고 있다. 이러한 문제와 관련해서 연방헌법재판소가 이 판결에서 이미 농업생산협동조합과 주택기업들의 구 채무의 문제가 서로 다르기 때문에 달리 규율할 수 밖에 없다는 점을 강조하고 평등원칙 위반에 대한 주장을 배척하였는데, 분트슈는 이러한 연방헌법재판소의 입장에 대하여 타당하다고 보았다.²³²⁾

3) 미하엘 작스(Michael Sachs)

작스(Michael Sachs)는 독일 연방헌법재판소의 이 사건 판결에서의 평등원칙 위반여부의 심사에 대하여 그 판례의 발전의 측면을 예리하게 관찰하고 있다. 다시 말해서 연방헌법재판소가 발전시켜온 인적 관련성이 있는 경우 보다 엄격한 심사척도를 동원하는 법리가 그것이다. 이 사건에서 연방헌법재판소는 농업생산

230) Wolfgang Lücke/Thomas Mülansky, Zur Verfassungsmäßigkeit der Altschuldenregelung für Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften, EWIR 1997, S. 797 f.(798).

231) Andreas Bundschuh, Verfassungsmäßigkeit der Aufrechterhaltung von Altschulden der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften der DDR, VIZ 1997, S. 706 ff.(706).

232) Andreas Bundschuh(각주 231), S. 706 ff.(708).

협동조합이 법인으로서의 성격을 갖는다고 해서 바로 인적 관련성이 부인되는 것은 아니라고 하는 점을 강조한 바 있다. 즉 연방헌법재판소는 전술한 바와 같이 법인은 결국 인간의 집합이라고 하는 점, 그리고 특히 여기에서 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유 내지 계약의 자유가 관련되고 있다는 점을 종합적으로 고려한 끝에 평등원칙에 위반되지 않는다고 하는 결론을 내렸는데, 작스는 독일 연방헌법재판소가 평등심사와 관련하여 한편으로는 인적 관련성의 구분, 그리고 다른 한편으로는 기본권 관련성의 구분이라고 하는 평등원칙 심사척도에 있어서의 두 가지 기초를 강화하고 있다고 지적한 외에 결정에 대한 찬반의견 자체는 분명하게 밝히고 있지는 않다.²³³⁾

4) 로제마리 빌(Rosemarie Will)

평석들 가운데는 비판적 의견도 제시되고 있음을 간과할 수 없다. 훔볼트 대학의 빌(Rosemarie Will)은 이 판례를 자세하게 소개하면서 다음과 같은 의미 있는 비판적 의견도 제시하였다. 즉 사회주의적 계획경제 체제 하에서의 대출관계를 자본주의적 시장경제 체제 하에서의 대출관계로 전환함에 있어서, 그러한 대출관계의 전환의 합헌성심사가 구체적이지 않다는 것이다. 계획경제적 상황의 변경에 대한, 결정 이유에서 일반적으로 발견되는 심사척도들이 채무관계의 변동에 대한 심사척도로 구체화되지 않고 있다는 것이다. 그러나 이 결정이 설득력 있으려면 바로 이 점을 분명하게 했어야 했다는 것이다. 이러한 상황에서 입법자의 넓은 형성의 자유에 대한 막연한 지적은 상당히 목표지향적이며 결과지향적이라고 하는 의심을 떨칠 수 없는, 일반적 고려 이상의 것이 아닌 것으로 보인다. ²³⁴⁾

한편 빌(Will)은 통일이 입법자로 하여금 예외적인 상황으로 내몰았다고 하는 것은 논란의 여지가 없다고 하면서도, 그러나 그렇다고 해서 그러한 상황에서 예외적으로 입법자가 정상적인 법치국가적 기준으로부터 하향적으로 벗어나도 되었다는 결론을 내리는 것은 설득력이 없다고 비판하고 있다.²³⁵⁾ 또한 보다 결정

233) Michael Sachs, JuS 1998, S. 172 ff.(174). 작스는 연방헌법재판소의 판결을 간결하게 축약하여 소개하면서 개인적 의견은 거의 달고 있지 않으나 대체로 찬성하는 의견인 것으로 비추어진다.

234) Rosemarie Will, Das LPG-Altschulden-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1997, S. 338 ff.(343).

235) Rosemarie Will(각주 234), S. 338 ff.(343).

적인 비판으로 보이는 것은 “특히 과잉채무, 회생가능성, 그리고 채무감면 전제 조건의 관계와 관련하여 명확성의 원칙이 충족되려면, 그에 관하여 입법자 스스로가 규정하였어야 된다”는 지적이다.²³⁶⁾ 그리고 연방헌법재판소가 행한 회생불능 농업생산협동조합의 배제를 포함하는 모든 기대가능성 심사는 매우 불명확하다고 하고 있다. 다시 말해서 법적으로 보호되는 농업생산협동조합의 이익과 ‘농업과 식품산업 국립은행’(BLN)의 이익에 대하여 엄밀한 형량을 하고, 또한 이러한 이익들을 법치국가적 전환에 관한 공익과 연관을 짓는 그러한 비례원칙심사가 결여되어 있다는 것이다.²³⁷⁾

그리고 대출관계의 당사자들에 대한 상이한 취급은 완전히 간과되고 있다는 것이다. 독일 연방헌법재판소의 비례원칙 심사에서, 공적 재원에 어떠한 부담을 주게 될 것이며, 또한 농업생산협동조합의 승계자들에 대한 구채무규정의 제한이 어느 정도까지 기대가능한지에 대해서는 해명이 되고 있으나, ‘농업과 식품산업 국립은행’(BLN)의 승계은행들의 법익이 어느 정도까지 침해되고 있는지는 논의되지 않고 있다는 것이다. 또한 빌은 “하지만 비례의 원칙 위반여부 심사에 있어서 중요한 것은 변제 의무의 규정을 통하여 산더미 같은 채무와 그리고 이를 통해서 우회하려고 하는 구 채무에 대한 위협을 분산시키는 것이 법률의 목적을 달성하기 위하여 적합하고, 적정하며 또한 필요성이 있는가 하는 것이다.”라고 지적을 하면서 “전문가의 의견서에 의하면 은행들은 농업생산협동조합에 비하여 더욱 방대한 부담을 진다는 점을 알 수 있다. 『독일마르크개시결산법』 제16조 제3항을 근거로 하는 농업생산협동조합의 부담경감이 그 은행들에 대하여 손해를 야기할 우려가 있는 한에서, 은행들은 이러한 손해에 대하여 통화전환 조정기금과 승계채무변제기금에 대한 청구권을 통하여 보상을 받을 수 있다. 게다가 은행을 사영화하는 과정에서 매각대금을 적정하게 조정하고 또한 통화전환에 따른 손실을 공적 재원이 떠안음에 따라, 새로운 채권자들에게는 채무인수에 따른 어떠한 위험도 발생되지 않았다. 농업생산협동조합의 변제불능의 경우, 발생하는 해당 이자는 공적 재원에 의해서도 인수되었다. 연방헌법재판소는 이것에 관하여 합목적성의 관점에서 논의하였다. 하지만 합목적성을 이와 같이 넓게 이해하게 되면 비례의 원칙심사는 유명무실하게 된다.”고 비판하고 있다.²³⁸⁾

236) Rosemarie Will(각주 231), S. 338 ff.(343).

237) Rosemarie Will(각주 231), S. 338 ff.(343).

238) Rosemarie Will(각주 234), S. 338 ff.(344).

만일 입법자가 이 사건 채무감면규정과 같이, 공적 재원이 결국에는 높은 액수를 지불해야 하는 결과를 초래하는 경제적으로 말도 안 되는 규정을 제정한다면, 이것은 곧 헌법위반이라는 것이다. 우리가 채무감면규정이 입법목적(상당한 공적 재원투자에 의한 사영화)를 달성하기 위해서 적합하다고 본다 하더라도 좁은 의미에서의 비례의 원칙의 차원에서 입법자가 추구하는 목적과 이러한 과정에서 관련되는 기본권주체들에 대한 부담을 놓고 정확한 형량을 해야만 한다는 것이다.²³⁹⁾

빌은 “입법자의 입법목적-여기에서는 채무감면을 위한 공적 재원의 효과적인 투입-과 그리고 농업생산협동조합의 기본권제한 및 채권자의 기본권제한이 상호 균형 잡힌 관계에서 있다고 하는 사실이 이 사건에서 확인되지 않는다”고 결론을 짓고 있는데, 결국 입법자의 채무감면규정은 비례의 원칙에 위반되어 위헌이라는 입장으로 보인다.²⁴⁰⁾

하지만 평등원칙 위반여부의 심사에 대해서는 연방헌법재판소의 의견에 찬성하고 있는 것으로 보인다.²⁴¹⁾ 다만 여기에서도 연방헌법재판소가 구채무규정의 심사에 대하여 느슨한 헌법적 심사척도만을 취하고 있어 그것이 영향을 미치고 있다고 보고 있다. 그렇지만 연방헌법재판소가 기본법 제3조 제1항의 심사척도와 관련하여 한번 넓은 입법자의 형성의 자유가 인정된다고 보는 관점에서 헌법위반이 확인될 수 없다고 본 한에서 이러한 입장은 따를 수밖에 없다고 하고 있다.²⁴²⁾

종합적으로 빌은 다음과 같이 자신의 입장을 요약하고 있다. “연방헌법재판소의 입법자의 구채무규정에 대한 심사에 있어서의 공은 본질적으로 다음에 있다. 즉 경제적 영역에서 적용되는 입법자의 넓은 형성의 자유는 통일이라고 하는 특수한 상황을 고려하여 더욱 넓게 확장된다는 점이다. 이에 따라 입법자는 헌법적으로 이러한 영역에서 사실상 심사할 수 없는 대상이 되고 있다. 이것은 매우 실망스러울 수밖에 없는데, 왜냐하면 여기에서는 (입법자에게 넓은 형성의 자유가 인정되는 그 밖의 경우와 같이) 기본법의 경제정책적 중립성과 이와 관련한 개방성이 문제가 되고 있는 것은 아니기 때문이다. 경제정책적 질서의 중립성과 개방

239) Rosemarie Will(각주 234), S. 338 ff.(344).

240) Rosemarie Will(각주 234), S. 338 ff.(344).

241) Rosemarie Will(각주 234), S. 338 ff.(345).

242) Rosemarie Will(각주 234), S. 338 ff.(345).

성은 구채무규정을 둘러싼 논쟁과는 무관하다. 오히려 여기에서는 상이한 사적재산권 주체들간의 이익과 그리고 공공이익간의 이익조정이 문제될 뿐이다. 이와 관련하여 연방헌법재판소의 해석의 공이 단지 입법자의 형성의 자유를 넓힌 데에 있을 뿐이라는 점은—연방헌법재판소에 의한 기본법의 해석과 적용의 통상적인 수준에 비추어 보면—너무나 작다.”

5) 토마스 라우셔(Thomas Rauscher)

다음으로 라우셔(Thomas Rauscher)는 이 결정의 가장 주된 문제는 연방헌법재판소가 이 문제를 오로지 기본권차원에서만 다루고 있는 데서 찾고 있다. 대출채무 전환의 헌법적 관련성에 대한 출발점은 은행과의 관계에서 순수히 대출채무만 남게 만든, 대출계약관계로부터 국가가 빠진 것이어야 한다는 것이다. 이것이 청구인의 계약의 자유(기본법 제2조 제1항)와 관련되는지는 의심스러워 보인다는 것이다.²⁴³⁾

어쨌든 입법자가 그의 근본결단을 통하여 법원으로 하여금 민법 제242조의 수정을 그러한 계약에 대해서는 적용하지 않아도 되도록 하였다고 인정하는 연방헌법재판소의 법리가 오히려 계약의 자유를 침해할 수도 있다는 것이다. 민법 제242조와 관련된 것은 독일 연방법원이나 연방헌법재판소의 입장을 따를 수는 없다고 보았다. 독일 연방법원은 대출관계가 전적으로 사영화된 것으로 보면서도, 법률관계의 기초의 소멸을 원용하는 것은 일관성 없게도 입법자에 의하여 배제된 것으로 보고 있다는 것이다.²⁴⁴⁾

라우셔는 이 문제를 독일 민법 제242조로 해결할 수 있다고 보고 있다. 즉 “독일 민법 제242조는 시장에서의 채무감면의 위험을 분산시키고 그 밖의 시장참여 자들에 대한 채무감면의 기대가능성에 대한 문제를 제기하게 될 것이다. 그렇다면 이러한 방식에 의한 농업생산협동조합의 부담경감은, 국가에 의하여 명령되지도 않았고 또한 승계채무변제기금으로 전가되지도 않는 것이기 때문에, 은행의 입장에서는 저축 잔고의 안정성에 대한 원격적 영향을 미치는 가운데 은행의 수동적 입장을 초래하게 될 것이 틀림없다. 우리가 사법으로 개별사례에 있어서의 조정을 추구하거나, 납세자를 동독 채무의 변제자로서 다룰 것인지 여부는 결국

243) Thomas Rauscher, Verpflichtung von ehemaligen LPG zur Tilgung ihrer Altschulden, WuB I E 1 Kreditvertrag 6.97, S. 615 ff.(616).

244) Thomas Rauscher(각주 243), S. 615 ff.(617).

「독일마크개시결산법」이 원칙적으로 인정한 정치적 문제이다. 왜냐하면 이 법은 채무는 0:2가 아니라 1:2의 비율로 전환하고 있기 때문이다. 이것은 기본권과 관련되는 문제가 아니다”는 것이다.²⁴⁵⁾

라우셔가 그럼에도 불구하고 가장 긍정적으로 본 것은 연방헌법재판소가 회생능력이 있는 농업생산협동조합에게만 채무감면을 해 주었다는 점이다. 만일 그렇게 하지 않고서 회생불능의 농업생산협동조합에게도 모두 채무감면을 해 주는 경우 이것은 고스란히 납세자의 공적 재원에 대한 부담으로 돌아간다는 것이다.²⁴⁶⁾

하지만 연방헌법재판소의 시각은 문제가 있다고 보고 있다. 왜냐하면 결산차원의 채무감면을 받은 회생가능한 농업생산협동조합들에 대하여 장래를 향한 의무를 입법자에게 부과하고 있기 때문이다. 독일마크개시결산법 제16조 제3항과 결부된, 지불이 유예되고, 또한 결산에 반영되지 않는 채무들을 통일 후 10년 후에는 변제할 것에 대한 기대가 표시되지 않은 한에서 입법자는 개선을 해야만 한다는 것이 연방헌법재판소의 입장이다. 그런데 라우셔는 이러한 전제가 불필요하였다는 것이다. 왜냐하면 이 사건이 과거에 회생능력이 있는 것으로 분류된 농업생산협동조합들의 운명에 대해서 돌이켜보아야 할 계기를 준 것은 아니기 때문이라는 것이다. 즉 상당히 의심스럽고 바람직하지 않은 헌법재판관의 법정책에 지나지 않는다는 것이다.²⁴⁷⁾

또한 라우셔는 연방헌법재판소의 판시는 내용적으로 잘못되었다고 본다. 즉 입법자가 회생능력이 있는 기업들에 대하여 기업과 무관한 투자로 흘러들어간 채무를 면제해 줄 헌법적 의무가 있었다 하더라도, 이를 넘어서 이러한 투자에 대하여 공공에 부담을 지우면서까지 채무감면을 해 주지 않으면 안 되었던 것은 아니라는 것이다. 연방헌법재판소는 다른 곳에서 입법자는 오로지 동독의 불법의 결과만을 조정하는 “과거지향적 경과개념”을 택할 수 있었다고 하는 완전히 옳은 판시를 하였다. 토지재산권의 박탈이 계속 효력을 미치고 있음에도 불구하고 연방헌법재판소는 유감스러운 수용결정(BVerfGE 84, 90)에서 아직까지 이것을 한번도 예외없이 요청된다고 본 적이 없다는 것이다.

결론적으로 라우셔는 연방헌법재판소의 이 사건 결정이 두 가지의 분열된 기

245) Thomas Rauscher(각주 243), S. 615 ff.(618).

246) Thomas Rauscher(각주 243), S. 615 ff.(618).

247) Thomas Rauscher(각주 243), S. 615 ff.(618).

분을 남겨주고 있다고 하고 있다. 즉 이 결정은 어려운 정치적 환경에서 매우 올바른, 하지만 정치적 형성의 자유가 없는 곳에서, 정치적인 형성을 하려고 하고 있다는 것이다. “많은 동독 주민들은 체제전환 후에 계획경제의 재난을 의식하지 못했을지도 모른다. 왜냐하면 1990년 7월 1일의 저축 잔고가 자신들의 통화의 실제적 외부가치의 몇 배로 높게 평가되었기 때문이다. 이 사건 판결과 같은 사건들은 이러한 환상에서 깨어난 시기에 벌어졌다”는 것이다.²⁴⁸⁾ 라우서는 “연방헌법재판소가 마치 독일민주공화국(동독)의 계획경제에 대한 독일연방공화국(서독)의 소급적 재정지원을 의미할 법한 그러한 요구들을 따른 것은 아니다. 하지만 연방헌법재판소는 유감스럽게도 독일연방공화국에게 동독이 통일 전에 국민경제에 끼쳤던 엄청난 손해에 대하여 공동책임을 부과하였다”고 결론을 짓고 있다.

6) 로프 슈테딩(Rolf Steding)

슈테딩(Rolf Steding)은 이 사건 헌법소원의 대상이 된 독일 연방법원의 판결 자체에 대하여 비판을 하면서 동시에 독일 연방헌법재판소에 대한 비판을 다음과 같이 가하고 있다. 독일 연방법원의 판결은 일어나서는 안될 것이 일어나지 않도록 방지하기 위하여 구성된 법학적인 오류에 해당한다는 것이다. 하지만 농업생산협동조합과 그 승계기업들에게 부담을 끼치면서 대출채무의 존속을 이 판결들이 인정한 것은 설득력 있게 논증되지 못하였다고 보고 있다.²⁴⁹⁾

그럼에도 불구하고 슈테딩은 결론적으로는 연방헌법재판소의 이러한 결정은 다른 대안이 없는 불가피한 결정이었다고 평가하는 것으로 보인다. 즉 연방헌법재판소에 대한 평가가 다양하게 나오고 있는 것은 이 판결이 구 채무 문제에 얽혀 있는 많은 모순들에 대하여 기본법에 합치되는 평가를 하려고 노력한 재판부의 진지한 시도를 반영한다는 것을 입증해 줄 뿐이라는 것이다. 구 채무를 완전히 면제해 주는 다른 결정은, 그로 인하여 자기자본이 폭발적으로 증가하게 될 것임을 고려할 때 농업기업들 목전에서 산사태와 같은 엄청난 재산분쟁이 벌어지게 될 것이라는 것을 제외하고는 처음부터 기대하기 힘들었다는 취지가 그것이다.²⁵⁰⁾

248) Thomas Rauscher(각주 243), S. 615 ff.(618).

249) Rolf Steding, Das LPG-Altschulden-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes – eine janusköpfige Botschaft an die LPG-Nachfolger, BuW 1997, S. 384 ff.(384).

250) Rolf Steding(각주 249), S. 384 ff.(384).

(2) 결정 이후의 상황

독일 연방헌법재판소의 이 사건 판결 이후 벌써 20년이 지났다. 그런데, 연방헌법재판소는 이 판결에서 구 동독 농업생산협동조합의 승계기업들이 자신들의 구 채무를 모두 변제하기까지 20년 정도를 잡았고, 입법자는 이와 같이 결산 차원의 채무경감 등의 방법이 제대로 효과를 발휘하였는지 등에 대해서 계속해서 관찰하고 필요한 경우에는 개선의무를 이행해야 한다고 판시한 바 있음은 전술한 바와 같다.

이와 관련하여 과연 독일 입법자들이 연방헌법재판소가 부과한 관찰의무 및 경우에 따른 개선의무를 이행해 왔는지 여부를 확인하기 위하여 자료를 검색해 본 결과, 현재까지 독일 연방의회의 대정부 질문에 대한 연방정부의 답변형식을 통하여 연방정부가 답변한 내용을 획득하였고, 그 내용을 잠시 살펴본 후 입법자의 개선의무의 이행에 대해서 고찰해 보면 다음과 같다.

즉 “연방정부는 구 채무의 부담을 진 구 동독기업들의 부담경감을 위해서 어떠한 정책을 추구하고 있는가?”²⁵¹⁾라고 하는 민주사회주의당(PDS – Partei des Demokratischen Sozialismus)의 대정부 대질문(大質問)에 대한 연방정부의 답변²⁵²⁾에서 연방정부는 다음과 같이 간단하게 답변하고 있다.

연방정부는 현재 연방헌법재판소가 1997년 4월 8일의 원칙판결에서 제시한 과제에 따라서 구 채무에 대한 학문적 연구를 수행하게 하고 있고, 이 연구는 2001년 초에 종료될 예정이라고 하면서 그러므로 이 구 채무에 대한 연구의 결과 기업들의 다수가 언급된 전제조건 하에서 채무변제를 할 수 없다고 하는 결론이 나오는 경우에만, 입법자는 결산 차원의 부담경감에 관한 구 채무규정을 검토하고 필요한 경우에는 수정하여야 한다고 밝히고 있다. 연방정부의 견해에 의하면 만약 수년간의 시간에 걸친 데이터에 대한 확실한 사실적 근거가 이 연구의 범위 내에서 확보되는 경우에 비로소 현행 구 채무규정의 검토에 관한 결정이 내려지게 될 것이라고 하였다.²⁵³⁾

그후 연방정부는 연방농림부(BML)가 발주한 것으로 보이는 연구용역에 대한 결과보고서²⁵⁴⁾를 기초로 하여 농업기업의 구 채무규정에 관한 개정법률안을 2003년

251) BT-Drucks. 14/860.

252) BT-Drucks. 14/2622 vom 31. 01. 2000, S. 34.

253) BT-Drucks. 14/2622 vom 31. 01. 2000, S. 34.

254) Bernhard Forstner/Norbert Hirschauer, Wirkungsanalyse der Altschuldenregelungen in der Agrarwirtschaft,

10월 9일에 연방의회에 제출하였다. 연방의회는 이 법률안에 대하여 2004년 3월 22일의 공청회를 거쳐 2004년 4월 29일 의결하였으며, 그리하여 2004년 6월 25일 「농업기업 구 채무에 관한 개정법률」²⁵⁵⁾이 공포되었는데, 바로 이 법률로 입법자는 독일 연방헌법재판소가 요구한 관찰의무와 필요시 개선의무를 이행한 것으로 보인다. 이 법률안의 이유에서 제시되고 있는 법률안의 내용을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

우선 이 법률의 목적은 농업 기업들의 경제적 이행능력에 상응하여 그들의 구 채무를 조속히 상환하게 하는 것이라고 밝히고 있다. 그리고 이를 위해서 현행 규정들을 구 채무의 관리를 위해서 조정하고 또한 통일적인 상환절차를 규정하도록 하였다.²⁵⁶⁾

그리고 연방정부의 입법안은 연방헌법재판소의 이 사건 판결이 바로 이 개정 법률을 제정하게 된 계기가 되었음을 여러 군데에서 분명하게 밝히고 있다. 즉 “신생 주에 존재하는 농업 기업들이 새로운 시장여건에 구조적으로 적응하기 시작한 후 10년 이상 대부분의 기업들이 경제적으로 안정되어 왔다. 또한 농업관련 구 채무에 관한 1997년 4월 8일의 연방헌법재판소 판결(BVerfGE 95, 267 [314 f.])을 배경으로 해서 당시에 내려진 구호조치의 지원의 강도를 사실상의 수요에 맞게 조정하고 동시에 기업들에게 구 채무를 적정한 조건으로 상환할 수 있는 가능성을 제시하도록 할 필요가 생겼다”는 것이다.²⁵⁷⁾ 그러한 지적을 몇 군데 더 살펴보면 다음과 같다.

“연방헌법재판소는 1997년 4월 8일의 원칙판결(BVerfGE 95, 267 [314 f.])에서 해당 구채무규정의 합헌성을 인정하였다. 하지만 동시에 연방헌법재판소는 결산차원의 부담경감이라고 하는 목적달성과 관련하여 관찰의무와 경우에 따라서는 개선의무를 부과하였다. 입법자는 따라서 우선 결산차원의 부담경감이 관련 기업들에 대하여 충분한 부담경감효과를 발휘하였는지 여부, 즉 약 20년이라고 하는 시간 내에 구 채무의 변제가 다수의 기업들이 정상적인 경영수행을 하는 경우에 달성될 수 있는지 여부를 관찰하여야 한다. 이를 위해서 연방헌법재판소는 독일 통일의 완성부터 시작해서 10년이라고 하는 관찰기간을 입법자에게 부여하여 주

Abschlußbericht, 2001.

255) BGBl. I S, 1383.

256) BT-Drucks. 15/1662 vom 9. 10. 2003, S. 9.

257) BT-Drucks. 15/1662 vom 9. 10. 2003, S. 9.

었고 결산 차원의 부담경감의 도입을 승인하여 준 것이다. 이 기간의 경과 후에는 채무변제라고 하는 입법목적이 다수의 사례에서 그 이후 10년 내에 달성될 수 있을 것인지에 대한 심사가 이루어져야 한다.”²⁵⁸⁾

“연방헌법재판소가 확정한 통제 의무를 이행하기 위하여 연방정부는 1998년 한편으로는 구 채무에 대하여 그리고 다른 한편으로는 구채무규정으로부터 나오는 경영상의 효과에 대한 학문적 연구용역을 위탁하였다. 예상되는 상환기간과 관련하여 이 연구는 다음과 같은 결론에 이르렀다. 즉, 기업들 가운데 약 5%만이 2010년도까지 그들의 구 채무를 완전히 상환하게 될 것이라는 것이다. 전체적으로 기업들의 구 채무의 평균액수는 이 시점까지 분명히 증가하게 될 것이다. 하지만 그렇다고 해서 감정인의 시각에서도 구채무규정이 농업생산협동조합의 승계기업들을 위하여 개선되어야 한다는 결론이 나올 수는 없다. 2010년까지 상환할 수 있는 기업의 수가 적은 까닭은 오히려 구채무규정의 극도로 유리한 상환조건 때문이다. 따라서 합리적 기업운영의 경우에는 상환능력을 지향하는 것이 아니라, 오히려 구 채무에 책정되어 있는 이자지분을 그 액수와 기간의 면에서 유리한 이자를 지불할 수 있도록 하고, 또한 단지 피할 수 없는 지분만을 이행하도록 할 필요가 있다. 높은 구 채무의 상태 내지는 매우 장기간 동안의 상환기간이 반드시 부담을 적게 주는 것은 아니라는 것이 (과거에 투자촉진 수단에 속하던) 2%의 변제 의무에 의한 농업대출과 비교해 보면 분명히 알 수 있다. 아무도 적은 변제율로 늘어난 50년간의 상환기간을 불리한 것으로 해석하지는 않을 것이다. 비록 그 경우에 변제기간은 보통 대출로 지원된 자산의 이용기간을 상회함에도 불구하고 그렇다.”²⁵⁹⁾

“만일 구채무기업들에게 가치를 유지할 수 없는 대출지분은 면제하지만 동시에 그 이상의 부담경감조치를 배제함으로써, 그 기업을 구 채무가 없는 기업과 동일시하는 경우에는 이 구 채무기업들은 기업경영상 더욱 불리하게 취급을 받게 될 것이다. 이러한 초과보상의 결과는 자기의 채무에 대한 이자와 원금상환을 수익상황과 상관없이 계속해서 자기의 수입으로부터 이행하여야 하는 그러한 농업 기업들에 대한 부담을 초래할 것이며, 또한 초과보상의 액수만큼 연방예산에 대하여 정당하지 않은 부담이 될 것이다.”²⁶⁰⁾

258) BT-Drucks. 15/1662 vom 9. 10. 2003, S. 9 f.

259) BT-Drucks. 15/1662 vom 9. 10. 2003, S. 10.

260) BT-Drucks. 15/1662 vom 9. 10. 2003, S. 10.

이러한 논리에 의하여 연방정부는 다음과 같이 구채무규정을 개정할 필요가 있다고 보았다.

입법자의 목적은 관련 농업기업들의 구 채무로부터의 부담을 시간적으로 그리고 내용적으로 적정하게 하는 것이었으며 현재에도 그러하다. 입법자는 이에 상응하여 미래지향적 정책을 선택할 수 있었다. 그 안에서 규정된 사회주의적 계획경제체제 하에서 겪은 고통과 부담에 대한 포괄적 부담경감은 연방헌법재판소에 의해서 명시적으로 승인되었다. 확실한 보상을 해 주어야 할 의무를 입법자는 이행하여 왔다. 보다 더 세분화된 규정을 할 필요는 그러한 한에서 없다(BVerfGE 95, 267 [309 ff.]).

장래를 향해서는—연방헌법재판소가 판시한 과제(BVerfGE 95, 267 [315])에 부합하여—이제 다수의 사례에서 시간적으로 그리고 내용적으로 적정한 구 채무의 변제가 실제적으로도 달성되도록 하는 것이다. 이와 관련하여 지금까지의 규정들을 계속 유지하는 경우에 이루어지게 될 구 채무의 완전한 변제에 이르기까지 걸리는 기간이 일반적인 기준이 될 수는 없다. 연방헌법재판소가 명한 검토의 결론은 지금까지의 규정들을 계속 존치하는 경우 조세 효과를 고려할 때, 결국 단지 당해 이자를 포함하여 구 채무의 약 7%에 해당하는 현금 가치만 상환될 것이라는 것이다. 동시에 상환기간은 2020년을 훨씬 더 넘기게 될 것이다. 이것은 장기간의 상환기간이 해당 기업들의 높은 부담과 같은 의미를 갖는다는 것을 보여준다. 다수 사례에서의 채무변제의 목적은 그 채무가 기업들에 의하여 가능한 범위 내에서 변제될 경우에 그리고 그러한 한에서만 달성될 것이다. 연구보고서의 확인에 의하면 이것은 과거에는 그렇지 않았으며 그리고 지금까지의 규정을 기초로 할 경우에는 앞으로도 가능하지 않을 것이라는 점이다. 이로부터 상환의 조속화의 필요성이 나온다. 개정규정은 이러한 목적을 추구한다. 이 경우 중요한 것은 한편으로는 기업들의 부담과 그리고 채무변제를 위한 기업들의 가능성을 적정하게 고려하는 것이며, 다른 한편으로는 또한 농업 기업들 상호간의 경쟁에 대한 침해를 피하고 또한 공적 재원의 효율적인 투입의 원칙을 고려하는 것이다. 이것을 위한 전제가 이 법률에서 제정된 규정들이다.”²⁶¹⁾

전술한 입법목적을 달성하기 위하여 선택한 해결방법으로 이 법률안은 두 가지 방향을 제시하고 있다.

261) BT-Drucks. 15/1662 vom 9. 10. 2003, S. 10.

첫째, 조속한 상환목적으로 농업분야 구 채무에 대한 상환조건을 개정함.

둘째, 구 채무의 후순위 변제에 관하여 체결한 계약을 적정한 상환액의 지불을 대가로 하여 종료시키도록 농업기업에게 제시함.²⁶²⁾

그리하여 결국 2004년 6월 25일에 「농업기업의 구 채무에 관한 규정과 기타 법률의 개정을 위한 법률」²⁶³⁾이 공포되어 주요 규정들은 이 날부터 발효하였다.

그 이후에도 동 법률의 적용결과에 대해서 연방의회에서 계속하여 추적하고 관찰하는 사실을 발견할 수 있다. 즉 2007년 4월 25일 독일 연방의회에서 연방의회의원 한스-미하엘 골드만(Hans-Michael Goldmann) 외 다수 의원들의 대정부 소질문²⁶⁴⁾에 대하여 2007년 5월 15일 연방정부가 답변²⁶⁵⁾을 하고 있다. 이 답변서에서 연방정부는 다음과 같이 요약하고 있다. 2004년 4월 29일 독일 연방의회는 「농업구채무법」(das Landschafts-Altschuldengesetz)을 의결하였다. 연방정부는 이 법률이 구 채무의 가속화된 해결을 가져다 줄 것이라는 기대를 가졌다. 연방정부는 이 법률의 적용 결과 추가적인 6억 유로(Euro)에 해당하는 수입을 예상하였다. 3년 후에 이러한 기대는 충족되지 않았다고 하는 징후들이 증가하고 있다.²⁶⁶⁾

VI. 한국에 대한 시사점

동독의 농업생산협동조합과 그 승계기업의 구 대출채무의 처리와 그 처리에 대한 사법부의 판단이 한국의 통일에 어떠한 시사점을 줄 수 있을 것인가를 생각함에 있어서는, 첫째, 동독의 농업생산협동조합에 견줄만한 북한의 농업생산협동조합으로서 어떠한 단체가 있는가²⁶⁷⁾, 둘째, 동독의 ‘농업과 식품산업 국립은행’(BLN)에 해당한다고 할 수 있는 북한의 국립은행은 무엇이 있는가, 셋째, 과연 북한의 농업생산협동조합에 해당하는 단체가 동독에 있어서와 마찬가지로 국

262) BT-Drucks. 15/1662 vom 9. 10. 2003, S. 10.

263) BGBl. I S. 1383.

264) BT-Drucks. 16/5163 vom 25. 4. 2007.

265) BT-Drucks. 16/5356 vom 15. 5. 2007.

266) BT-Drucks. 16/5356 vom 15. 5. 2007. 이 법의 3년간의 시행의 결과에 대한 연방정부의 답변내용은 이 답변서를 참조할 것.

267) 이와 관련하여 북한에는 농업기업소 등의 기관이 존재한 다는 점에 대한 지적으로 송강(각주 37), 142쪽.

립은행으로부터 기업내적 또는 기업외적 목적을 위하여 지속적으로 대출을 받아 왔으며, 이 추세로 보았을 때 장래에 이루어질 가능성이 있는 통일 시점에 막대한 규모의 채무가 누적될 가능성이 있는가, 넷째, 대출이 실행된 이후 그 대출금의 변제를 위하여 북한의 농업생산협동조합에 준하는 단체가 실질적으로 어떠한 의무를 부담하고 있는가, 다섯째, 과연 동독과 같이 농업생산협동조합이 그 대출금으로 얻은 수익에 대하여 국가가 모두 회수해 감으로 인하여 채무가 누적될 수밖에 없었던 구조였는가에 대하여 먼저 병렬적으로 비교하여 볼 필요가 있을 것이다.

그 다음으로 비교하고 견주어 보아야 할 내용은 다음과 같은 사정들이다. 즉 통일 독일의 경우는 이러한 농업생산협동조합과 그 승계기업에 대하여 통일조약, 독일마크개시결산법, 관련 구 채무규정을 통하여 일단 과거 동독의 계획경제체제 하에서의 국립은행과 농업생산협동조합을 자본주의 경제체제 하에서의 일반 은행과 또한 사기업으로 전환하기로 하고, 그 채무는 그대로 유지하기로 하되, 회생능력이 있는 농업생산협동조합과 그 승계기업들에 대해서는 「통일조약」 제25조 제3항 제3문에 따른 신탁관리청을 통한 채무감면과 그리고 「독일마크개시결산법」 제16조 제3항에 따른 채권자은행(최종적으로는 조정기금)에 의한 ‘결산차원의 부담경감’을 실행하였는 바, 이러한 입법자의 조치에 대하여 독일 연방법원의 경우 농업생산협동조합의 승계기업의 은행에 대한 채무의 존재를 인정하였을 뿐 아니라, 그에 대한 승계기업의 헌법소원심판 청구에 대하여 독일 연방헌법재판소는 입법자의 구채무규정 뿐만 아니라, 독일 연방법원의 판결이 청구인의 기본권을 침해하지 않으며, 또한 헌법에 위반되지 않는다고 합헌으로 선언하였다. 다만 승계기업들이 채무를 변제하는 기간을 20년 정도로 보고, 통일 후 10년 후에는 입법자가 선택한 방법으로 승계기업들이 채무변제를 제대로 다 하고 있는지 여부에 대하여 계속 관찰하고 필요한 경우에는 개선할 의무가 있다고 확인함으로써 입법자에게 입법개선 의무를 부여하였는데, 입법자 역시 이러한 헌법재판소의 개선의무를 이행하기 위해서 연방의회에서 통일 이후 농업관련 구 채무의 문제를 지속적으로 관찰하고, 이에 대하여 전문가에게 연구용역을 맡길 뿐만 아니라, 그에 입각하여 앞으로의 발전가능성에 대해서까지 예측하고 그에 맞게 관련 법률을 개정함으로써, 헌법재판소가 부여한 입법개선 의무를 나름대로 실행하기 위하여 노력하고 있다고 보인다.

이러한 사실들은 통일 독일의 경우에는 이미 발생한 사실에 해당하지만, 한국의 경우에는 아직 발생하지도 않았을 뿐만 아니라, 앞으로 통일에 관하여 남북당국이 논의를 하게 될 경우에, 동서독이 선택했던 바와 같이 우선 북한에서 민주혁명이 일어나고 먼저 북한의 국영기업이나 국영재산에 대하여 사유화하기로 하며, 이를 담당할 기관으로 신탁관리청이 설립되어 이와 같은 국영기업 내지 국영재산의 사유화 작업이 먼저 진행될 것인지, 그리고 통일조약을 통하여 북한이 남한의 헌법에 가입할 것을 승인하고, 그러한 차원에서 독일과 같이 통화연합, 경제연합 그리고 사회연합과 같은 체제전환의 틀이 북한 내에서 사전에 구축될 것인지, 그에 따라 북한의 각종 국영재산과 기업들을 민영화하기 위한 조직으로서 신탁관리청이 어떠한 업무를 어떠한 법률에 따라서 계속 이행하게 될 것인지, 아니면 동독에서 일어났던 민주혁명은 기대하기 힘든 현재의 상황(물론 앞으로 구체적으로 어떠한 사건이나 역사가 이루어지게 될 것인지는 아무도 모르는 것이 독일 통일에서 독일 국민이 겪었던 경험이기도 하다)을 고려 할 때, 독일의 경우와는 달리 남한의 자유민주주의 정부와 북한의 사회주의 정부가 통일에 관한 협상 테이블에 마주 앉아, 가령 낮은 단계의 연방제국가를 거쳐서 최종적으로 통일국가에 이르게 될 것인지 등에 대해서는 현재로서는 아무도 그 어떠한 방향으로도 정확하게 예측할 수 없다. 그러므로 통일 독일이 경험한 구체적인 현실을 아직 일어나지 않은 한국의 통일을 가정하면서 구체적으로 비교하기는 용이하지 않은 것이 현실이다.

그러나 그럼에도 불구하고 앞으로 일어나게 될 자유민주주의 체제 하에서의 통일이 반드시 이루어지게 될 것이라고 하는 확신을 가지고, 통일을 대비하여 동서독 통일의 경험에 비추어 현재의 북한의 사실적 상황에 대하여 더욱 면밀하게 조사·연구하며, 통일을 대비해야 할 필요가 있고, 학계와 정부기관에서는 이러한 작업들을 계속해서 진행하고 있다고 생각된다.

다만 이 평석과 관련되는 동독 농업생산협동조합과 그 승계기업의 구 채무의 처리문제에 대한 연구는 사실상 거의 이루어지 않은 것이 학계의 현실인 것을 이번 연구과정을 통해서 확인하게 되었다. 다시 말해서 동서독의 통일과정에서 이루어진 국영기업이나 국영재산의 민영화의 문제를 행정법적²⁶⁸⁾, 민·상법적²⁶⁹⁾

268) 가령, 김병기, 통일 후 북한지역 국유재산 해체를 위한 법적 방안, 행정법연구 제32호(2012년 4월), 55-81쪽; 황선훈(각주 37).

269) 가령, 김익성, 구동독 국영기업의 회사전환에 관한 법적 연구, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 2013;

각도에서 다른 선행연구들은 더러 있기는 하지만, 대부분 재산문제를 단순히 적극재산의 측면에서만 다루었을 뿐, 동독의 국영기업 내지 농업생산협동조합 등이 가지고 있던 소극재산 다시 말해서 소위 구 채무의 문제를 어떻게 처리하고 그 부담을 분배했는가의 문제에 대한 연구는 그동안 우선순위에서 밀리지 않았는가 하는 것이 필자가 지금까지 수행한 연구 끝에 얻은 소회이다.

이러한 학계의 지금까지의 연구상황을 기초로 할 때, 우선 북한 국영기업과 또한 여러 재산권의 사유화의 문제를 다룸에 있어서는 소극재산인 채무의 문제까지 더욱 구체적으로 조사·연구하여 그 부담을 어떻게 배분하고 해소해 나가야 할 것인지에 대한 더욱 진지한 접근이 필요하다고 하겠다. 이를 위해서는 북한의 현실에 대한 보다 구체적인 연구가 선행되어야 할 필요가 있다. 앞에서 지적한 여러 문제제기들에 대한 답변이 먼저 이루어져야 할 것인데, 지금까지 남북한의 통일과 관련한 연구에서는 바로 이러한 문제에 대한 해답이나 어느 정도의 방향을 제시해 줄 만한 연구는 찾아보기가 힘들었던 것이 사실이다.

다음으로 그러한 사실확인을 하고 나면, 동서독과 남북한의 관계를 서로 비교하고 견주어 가면서, 통일 독일이 취했던 그러한 방식의 채무의 처리의 방법을 취해야 할 것인지 아니면 그 밖의 다른 방법을 취해야 할 것인지에 대하여 보다 면밀하고 한국의 특수한 사정을 반영하는 나름대로의 독창적인 해결방법을 모색 하되, 동서독의 경험을 받아들일 것은 지혜롭게 받아들여 가면서 통일 후 북한의 채무의 처리의 문제에 대하여 접근해 나갈 필요가 있겠다.

그리고 또한 독일 연방헌법재판소의 이 사건 판결의 경우가 보여 주고 있듯이, 구 채무의 처리의 문제는 그 자체로도 여러 가지 기본권침해의 가능성, 특히 계약의 자유와 평등권 침해 여부의 문제가 제기될 가능성이 있기 때문에, 이러한 기본권제한이 법치국가원리의 여러 가지 하부 원칙에 위배되지 않는 범위 내에서 합헌적으로 이루어질 수 있도록 입법자가 지혜를 모아야 할 필요성이 있으며, 또한 독일 연방헌법재판소가 판시하였듯이 통일이라고 하는 극도의 비상적 상황에서는 입법자가 평상시에 가지고 있었던 것보다 훨씬 더 넓은 형성의 자유를 가진다고 하는 점을 한편으로 주목할 필요가 있다고 생각된다. 그 말은 통일과 그 이후의 통합을 완성해 나감에 있어서는 민주적으로 정당화된 입법자가 국민의

송강(각주 37); 오미진, 북한지역의 주택사유화와 그 이후 주택임차인 보호에 관한 연구, 제주대학교 대학원 박사학위 논문, 2017.

뜻을 모아서 법률로 해결해 나감에 있어서, 아주 광범위한 형성의 자유를 가지게 된다는 점을 강조한다는 뜻이다. 헌법재판소로서는 그야말로 사후적 통제자로서의 기능을 하면서, 필요한 경우에 입법자에게 관찰의무와 개선의무를 부과하는 정도의 기능을 수행하는 모습을 이 판결에서 볼 수 있는 것이다. 따라서 앞으로 통일이 이루어지게 되면 그 이후에 많은 법적 분쟁 특히 헌법소원이 청구될 것인데, 우리 헌법재판소는 독일 통일의 과정에서 독일 연방헌법재판소가 보여 준 헌법적 지혜와 경험들을 교훈 삼아 무엇을 어떻게 판결해야 할 것인지를 미리 미리 준비하고 예비해 나가야 할 것이라 생각되며, 이 사건 독일 연방헌법재판소 판결(BVerfGE 95, 267)에 대한 본 평석 역시 바로 이러한 작업에 나름대로 일조할 수 있게 되기를 바라면서 글을 맺는다.

참 고 문 헌

○ 단행본

송 강, 통일 후 북한 기업의 사유화에 관한 연구, 고려대 대학원 박사학위 논문, 2017.
황선훈, 독일통일과정에서 국유재산처리에 관한 공법적 연구, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2016.

Forstner, Bernhard/Hirschauer, Norbert, Wirkungsanalyse der Altschuldenregelungen in der Agrarwirtschaft, Abschlußbericht, 2001.

○ 논 문

방승주, 독일 연방헌법재소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법논총 제7집 (1996).

방승주, 독일연방헌법재소에 의한 경과규정, 공법학의 지평, 심천계희열박사화갑기념 논문, 1995.

Bundschuh, Andreas, Verfassungsmäßigkeit der Aufrechterhaltung von Altschulden der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften der DDR, VIZ 1997.

Lücke, Wolfgang/Mülansky, Thomas, Zur Verfassungsmäßigkeit der Altschuldenregelung für Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften, EWiR 1997.

Rauscher, Thomas, Verpflichtung von ehemaligen LPG zur Tilgung ihrer Altschulden, WuB I E 1 Kreditvertrag 6.97.

Sachs, Michael, JuS 1998.

Steding, Rolf, Das LPG-Altschulden-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes—eine janusköpfige Botschaft an die LPG-Nachfolger, BuW 1997.

Will, Rosemarie, Das LPG-Altschulden-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1997.

○ 기 타

BVerfGE 95, 267.

BT-Drucks. 14/2622.

BT-Drucks. 14/860.

BT-Drucks. 15/1662.

BT-Drucks. 16/5163

BT-Drucks. 16/5356

연금전환법의 재산권 및 평등권 침해 여부

- 독일 통일 과정에서 연금전환과 관련된 다섯 가지 결정에 대한 평석 -
(BVerfGE 100, 1-59. 1999. 4. 28; 100, 59-104. 1999. 4. 28; 100, 104-137.
1999. 4. 28; 100, 138-195. 1999. 4. 28; 111, 115-146. 2004. 6. 23.)

이 준 일*

I. 동독의 연금보험제도와 통일조약

1. 동독 연금보험제도 개관

독일민주공화국(Deutsche Demokratische Republik: 이하 ‘동독(DDR)’으로 약칭)에서 연금보험은 기본적으로 **의무적 사회보험(Sozialpflichtversicherung)**¹⁾과 **자율적 추가연금보험(Freiwillige Zusatzrentenversicherung)**²⁾으로 구성되어 있었다. 전자는 모든 국민이 가입하는 통합된 의무보험이고, 후자는 이러한 의무보험을 보충하는 기능을 수행하였다. 의무적 사회보험의 경우에 임금의 10퍼센트를 보험료로 납부하고(사용자는 12.5퍼센트 부담), 연금으로 매달 600마르크(매년 7,200 마르크)를 최고한도로 근속연수와 성과에 따라 정해진 일정 금액을 수령한다. 반

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 동독의 의무적 사회보험은 소득활동을 하는 거의 모든 사람을 아우르고 있었는데 두 개의 영역으로 구분되어 있었다. 하나는 노동자(Arbeiter/Angestellte)를 위한 사회보험으로 비독립적인 피고용인(Beschäftigte) 및 자유노동조합연맹(FDGB) 가입자가 가입대상이었고, 또 하나는 동독국가보험(Staatliche Versicherung der DDR)으로 자영업자와 조합가입자(Genossenschaftsmitglieder)가 가입대상이었다.
- 2) 자율적 추가연금보험은 의무적 사회보험이 적절한 노령연금의 수요를 충족시키지 못하자 1968년부터 도입된 제도다. 의무적 사회보험에 의해 보장되는 최대금액을 초과하는 부분의 소득을 사회보험으로 보장함으로써 노령연금의 액수는 개인마다 각각 달리 결정되었다. 자율적 추가연금보험에 가입할 수 있는 자격은 의무적 연금보험에 가입해야 하는 모든 사람들로 소득이 의무보험의 최대한도를 초과하는 사람들에게 주어졌다.

면 자율적 추가연금보험의 경우에 임금이 매월 600마르크 초과 1,200마르크 미만인 경우에 임금의 10퍼센트(사용자도 10퍼센트 부담)를 보험료로 납부하고, 매년 600마르크를 초과하는 평균소득의 2.5퍼센트를 수령한다. 이처럼 의무적 사회보험을 기본으로 하면서도 이를 보완하기 위한 자율적 추가연금보험을 병존시키는 것이 동독 연금보험제도의 근간을 이루었다.

그리고 이러한 연금제도를 보완하기 위하여 다양한 형태의 **추가급여제도**(Zusatzversorgungssystem)도 존재했다.³⁾ 추가급여는 연금보험에서 지급되는 연금을 고려하여 최종 소득의 일부를 급여로 보장함으로써 서독의 공무원들에게 보장되었던 노령연금 및 추가급여와 동일한 기능을 수행하였다. 이러한 추가급여 제도는 1971년 1월 29일에 동독 각료회의에서 의결된 「정치기관 소속 직원(Mitarbeiter des Staatsapparates)에 대한 추가노령연금 관련 행정명령」(FZAO-StMitarb)을 법적 근거로 삼았다. 추가급여제도의 경우에 자발적 가입을 원칙으로 하면서 월 소득 700마르크 이하인 경우에는 매월 5마르크, 700마르크 초과 1,500마르크 이하인 경우에는 매월 600마르크를 초과하는 소득의 5퍼센트, 1,500마르크를 초과하는 경우에는 매월 총소득의 3퍼센트를 보험료로 납부한다. 보험료에는 상한이 없고 보험료는 봉급에서 공제되며 매년 공제된 보험료에 상응하는 액수를 국가재정에서 보험료로 지출한다. 의무가입연수는 원칙적으로 10년이며 15년의 대기기간이 지나면 월 총수입 1,500마르크 이하인 경우에는 일반연금과 순수입의 90퍼센트 간 차액을 추가급여로 지급하고, 월 총수입 1,500마르크를 초과하는 경우에는 연금에 추가하여 총수입의 50퍼센트를 추가급여로 지급한다. 1990년 6월 1일을 기준으로 추가급여제도에서 연금을 수령하고 있는 수급자의 숫자는 55,069명에 달했다.

그밖에도 군인, 경찰, 소방관, 교도관, 세무공무원, 국가안보부(Ministerium für Staatssicherheit: MfS) 및 국가보위청(Amt für Nationale Sicherheit) 소속 직원에게는 **특별급여제도**(Sonderversorgungssystem)가 보장되었다. 원칙적으로 퇴직 직전 순수 월급의 90퍼센트가 급여로 지급되었고, 최고한도액은 600마르크로 연금보험과 비교했을 때 급여 액수가 상대적으로 높았다. 연금통합이 이루어진 1992년 1월 1일 기준으로 특별급여제도 가입자의 숫자는 61,256명에 이르렀다. 예컨

3) 동독 체제에서 존재했던 추가급여제도는 60개도 넘었는데 각각 특정한 인적 집단만이 가입할 수 있었고, 연금보험의 급여를 훨씬 초과하는 급여를 보장함으로써 연금보험을 보완하는 기능을 수행하였다.

대 경찰의 경우 월급 중 600마르크를 초과하는 금액의 10퍼센트가 공제되었고, 내무부와 경찰청이 그에 상응하는 보험료를 사용자로서 부담했다. 급여는 적어도 동일한 유형의 사회보험 연금과 동일한 액수가 지급되어야 하기 때문에 의무가입기간⁴⁾의 월평균 급여의 75퍼센트가 지급되었다.

특히 연금전환 당시 국가안보부 및 국가보위청 소속 직원을 위한 특별급여를 지급받는 사람은 11,000명을 넘어섰는데 1990년 6월 29에 공포된 폐지법률(Gesetz über die Aufhebung der Versorgungsordnung des ehemaligen Ministeriums für Staatssicherheit/Amtes für Nationale Sicherheit: “Aufhebungsgesetz” 혹은 “AufhebG”으로 약칭)에 의하여 국가안보부 및 국가보위청 소속 직원을 위한 특별급여제도는 1990년 6월 30일부터 폐지되었다. 이러한 특별급여제도에 따라 취득한 청구권과 기대권은 1991년 1월 1일부터 비로소 연금보험으로 전환되기 때문에 그때까지 적용될 경과규정이 필요했다. 이에 따라 도입된 경과규정에 따라 1990년 7월 1일부터 495마르크를 초과하는 금액의 50퍼센트가 감액되었고, 최대한도는 990마르크로 제한되었다. 하지만 추가급여제도 및 특별급여제도에서 보장된 급여는 1990년 7월 1일부터 1,500마르크까지만 축소되기 때문에⁵⁾ 국가안보부 및 국가보위청 소속 직원은 상대적으로 불리한 대우를 받게 된다.

또한 학문, 예술, 교육, 의료 기관에 종사하는 고급지식인에 대한 추가적 급여를 위하여 1988년부터 독자적인 추가급여제도가 도입되었다. 이에 따라 의사들은 자발적인 추가연금보험제도에 가입해야 했고, 1,500마르크를 초과하는 소득에 대해서는 10퍼센트의 보험료를 납부해야 했다. 연금 최고한도가 800마르크로 상향되어 대체로 평균 월소득의 90퍼센트가 연금으로 보장되었다. 개업의사인 경우에도 1959년부터 독자적인 추가급여제도가 도입되었다. 이에 따라 수입의 2퍼센트를 보험료로 납부하고, 1990년 1월 1일부터 시행된 새로운 결의에 따라 매월 800마르크로 인상된 연금을 받을 수 있었다. 1990년 6월 1일을 기준으로 이러한 추가급여제도의 수급권자는 1,147명에 이르렀다.

4) 독일경찰의 특별급여제도는 1954년 7월 1일에 내무부장관과 경찰청장이 발한 행정명령(공식적으로 공포되지 않음)을 법적 근거로 하는데 이에 따르면 의무가입기간은 근속기간의 최종 12개월, 만 50세가 되기 직전 12개월 또는 가장 유리한 10년의 연속된 근속기간 중 하나를 선택하면 된다(동명령 제4편 III. 2, 3 및 IV. 2).

5) 연금조정법(Gesetz zur Angleichung der Bestandsrenten an das Nettorentenniveau der Bundesrepublik Deutschland und zu weiteren rentenrechtlichen Regelungen: “Rentenangleichungsgesetz”으로 약칭) 제23조 제2항 및 제24조 제4항 참조.

독일이 통일된 이후에 동독 연금수급권자는 독일 사회법전(Sozialgesetzbuch) 제6편⁶⁾에 편입되어 계속적으로 연금보험의 혜택을 받았는데 1992년 1월 1일 공식적으로 편입되는 시점에서 4,053,878명의 동독연금수급권자가 편입되었으며 그 가운데 추가급여에 관한 청구권을 가진 사람은 240,400명에 이르렀다.

2. 관련 통일조약과 심판대상 법률조항

1990년 5월 18일 동서독은 「화폐·경제 및 사회통합을 위한 국가조약」(Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik: Staatsvertrag—이하 ‘국가조약’으로 약칭)을 체결하였다.⁷⁾ 이에 따라 동독의 사회보험제도는 서독의 사회보장법 질서 안으로 편입되면서 동독마르크(DDR Mark)와 서독마르크(Deutsche Mark)의 화폐가치는 1 대 1의 비율로 변환되었을 뿐만 아니라(국가조약 제10조 제5항) 서독의 연금수준에 맞게 동독의 연금액수가 조정되었으며 동독의 추가급여제도 및 특별급여제도는 1990년 7월 1일부로 폐지되었는데 관련된 조항은 다음과 같다.

6) 독일 사회법전은 다음의 12개 편으로 구성되어 있는데 연금보험은 제6편에서 규율된다.

제1편 총강(Allgemeiner Teil)

제2편 고용보험(Grundsicherung für Arbeitsuchende)

제3편 고용지원(Arbeitsförderung)

제4편 사회보험 일반조항(Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung)

제5편 건강보험(Gesetzliche Krankenversicherung)

제6편 연금보험(Gesetzliche Rentenversicherung)

제7편 산업재해보험(Gesetzliche Unfallversicherung)

제8편 아동 및 청소년 수당(Kinder- und Jugendhilfe)

제9편 장애인 재활 및 참여(Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen)

제10편 사회보장절차 및 사회보장정보보호(Sozialverfahren und Sozialdatenschutz)

제11편 사회서비스(Soziale Pflegeversicherung)

제12편 공공부조(Sozialhilfe)

7) 국가조약(Staatsvertrag)은 1990년 5월 18일에 서독과 동독의 재무부장관이었던 테오도르 바이겔(Theodor Waigel)과 발터 롬베르크(Walter Romberg) 사이에 체결되었고, 1990년 7월 1일부터 발효되었다. 이 국가조약의 가장 중요한 부분이었던 화폐통합에 따라 원칙적으로 동독마르크(DDR Mark)는 서독마르크(Deutsche Mark: DM)와 1:1로 교환되었다. 실제로는 연령과 여건에 따라 교환한도가 달리 정해졌는데 60세 이상의 동독주민은 6,000동독마르크까지, 60세 미만의 성인은 4,000동독마르크까지, 14세 이상의 아동은 2,000동독마르크까지 화폐교환이 허용되었다.

[국가조약] 제20조

(1) 독일민주공화국은 그 연금법이 임금 및 보험료 연계성 원칙에 기반하고 있는 독일연방공화국 연금보험법에 부합할 수 있도록 모든 필요한 조치를 취한다. 이 경우에 5년의 경과기간 동안은 연금수급연령에 가까운 사람들에게는 신뢰보호원칙이 고려된다(Die Deutsche Demokratische Republik leitet alle erforderlichen Maßnahmen ein, um ihr Rentenrecht an das auf dem Grundsatz der Lohn- und Beitragsbezogenheit beruhende Rentenversicherungsrecht der Bundesrepublik Deutschland anzugleichen. Dabei wird in einer Übergangszeit von fünf Jahren für die rentennahen Jahrgänge dem Grundsatz des Vertrauensschutzes Rechnung getragen).

(2) 연금보험은 단지 재활, 폐질, 노령, 사망과 관련하여 부과된 과제를 이행하기 위해서만 이용할 수 있는 수단을 사용한다. 기존의 추가급여제도 및 특별급여 제도는 원칙적으로 1990년 7월 1일에 종료된다. 현재까지 취득한 청구권 및 기대권은 연금보험으로 이전하되 그 급여는 특별규정에 근거하여 부당한 급여를 폐지하고 과도한 급여를 감액하기 위한 목적에서 심사를 받는다. 연금보험의 이전으로 발생한 추가지출은 국고에서 부담한다(Die Rentenversicherung verwendet die ihr zur Verfügung stehenden Mittel ausschließlich zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben bei Rehabilitation, Invalidität, Alter und Tod. Die bestehenden Zusatz- und Sonderversorgungssysteme werden grundsätzlich zum 1. Juli 1990 geschlossen. Bisher erworbene Ansprüche und Anwartschaften werden in die Rentenversicherung überführt, wobei Leistungen aufgrund von Sonderregelungen mit dem Ziel überprüft werden, ungerechtfertigte Leistungen abzuschaffen und überhöhte Leistungen abzubauen. Die der Rentenversicherung durch die Überführung entstehenden Mehraufwendungen werden ihr aus dem Staatshaushalt erstattet).

[국가조약] 제23조

(1) 1990년 6월 30일까지 지급된 연금과 추가급여는 1990년 7월 1일부터 연금보험으로 이전될 때까지 계속해서 지급된다. 제1절에 따른 연금보험 상의 연금금액은 적용되지 않는다. 사회보험에는 추가급여의 지급에 관한 규정이 없으므로

사회보험의 연금이 증액되는 한 증액된 액수의 지급은 유보된다(Die bis zum 30. Juni 1990 gezahlten Renten und zusätzlichen Versorgungen werden ab 1. Juli 1990 bis zur Überführung in die Rentenversicherung in unveränderter Höhe weitergezahlt. Eine Erhöhung der Renten der Sozialversicherung gemäß den Bestimmungen des Ersten Abschnittes erfolgt nicht. Soweit Bestandsrenten der Sozialversicherung erhöht werden, weil der Sozialversicherung keine Unterlagen über den Bezug einer zusätzlichen Versorgung vorliegen, erfolgt die Zahlung des erhöhten Betrages unter Vorbehalt).

(2) 1990년 7월 1일부터 정당, 사회단체 및 스포츠와 기술 단체의 주요 구성원, 국가기관의 구성원, 총감독 및 그에 준하는 경제기관장을 위한 연금제도에 따른 추가급여 및 전 국방부 내지 국방부와 내무부의 특별급여제도에 따른 급여액은 1,500마르크를 초과하는 경우에 최대한도 1,500마르크까지 지급된다(Zusätzliche Versorgungen aus Versorgungssystemen für hauptamtliche Mitarbeiter von Parteien, gesellschaftlichen Organisationen und der Gesellschaft für Sport und Technik, für Mitarbeiter des Staatsapparates, Generaldirektoren der zentral geleiteten Kombinate und ihnen gleichgestellte Leiter zentral geleiteter Wirtschaftsorgane sowie Versorgungsbezüge aus den Sonderversorgungssystemen des ehemaligen Ministeriums für Nationale Verteidigung bzw. des Ministeriums für Abrüstung und Verteidigung und des Ministeriums des Innern, die den Betrag von 1500 M übersteigen, werden ab 1. Juli 1990 maximal in Höhe von 1500 Deutsche Mark gezahlt).

한편 국가조약을 구체화하기 위하여 동독 정부는 1990년 6월 28일에 「연금조정법」(Gesetz zur Angleichung der Bestandsrenten an das Nettorentenniveau der Bundesrepublik Deutschland und zu weiteren rentenrechtlichen Regelungen: “Rentenangleichungsgesetz” 또는 “RAnGlG”으로 약칭)을 제정하였다. 여기에는 추가급여제도와 특별급여제도에서 도출되는 연금청구권과 연금기대권이 연금보험으로 전환되는 과정에서 필요한 경과규정이 포함되어 있었다. 이에 따라 기존 연금은 1990년 7월 1일부터 편입될 때까지의 경과기간 동안 그대로 지급되었다. 또한 이 법률은 이 과정에서 발생하는 연금청구권이나 연금기대권의 축소가능성

도 규정하고 있었는데 그 내용은 다음과 같다(동법 제27조 제1항).

[연금조정법] 제27조

(1) 추가급여제도에서 도출되는 청구권과 기대권은 그 권리주체가 상당한 정도로 자신의 지위를 본인에게 유리하거나 타인에게 불리하게 남용한 경우에 축소될 수 있다. 이러한 축소로 인하여 권리주체가 자신이 지급받았던 급여에 상응하여 사회보험을 통해 지급받게 되는 것보다 전체적으로 적은 연금을 받게 되는 것은 허용되지 않는다(Ansprüche und Anwartschaften aus zusätzlichen Versorgungssystemen können gekürzt werden, wenn der Berechtigte in schwerwiegendem Maße seine Stellung zum eigenen Vorteil oder zum Nachteil anderer mißbraucht hat. Die Kürzung darf nicht dazu führen, daß der Berechtigte insgesamt weniger Rente erhält, als er entsprechend seinen gezahlten Beiträgen durch die Sozialversicherung erhalten würde).

한편 1990년 8월 31일에 독일통일을 실현하기 위한 「통일조약」(Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag: EV)이 체결되었다.⁸⁾ 여기에는 추가급여제도와 특별급여제도를 법적 연금보험으로 전환시킬 때 입법자가 기초로 삼아야 하는 아래와 같은 기본원칙이 규정되어 있었다. 이에 따라 추가급여제도 및 특별급여제도는 1991년 12월 31일에야 비로소 완전히 전환되기 때문에 1990년 10월 3일 동독이 서독에 편입되어 마침내 독일통일이 완료된 후에도 사회법전 제6편이 시행되는 1992년 1월 1일까지는 여전히 동독지역과 서독지역에 달리 적용되는 각각의 연금법이 존재했다.

[통일조약] Anlage II Kapitel VIII Sachgebiet H Abschnitt III Nr. 9 Buchst. b

b. 생산능력감소, 노령, 사망으로 인하여 취득한 청구권 및 기대권은 이러한 원

8) 통일조약에 따라 동독은 해체되어 서독에 편입되었는데 1990년 9월 20일 같은 날에 서독의 연방의회(Bundestag)와 동독의 인민회의(Volkskammer)에서 각각 실시된 비준투표에서 통일조약이 통과됨으로써 마침내 독일의 통일은 완성된다. 통일조약의 주요내용으로는 우선 1990년 10월 3일 동독이 서독에 편입되는 시점부터 구 동독의 주들(Länder)은 서독의 주들에 편입된다는 점, 그리고 서독 헌법인 기본법이 구 동독 지역에도 효력을 발생한다는 점이다.

인들이 아직 발생하지 않았다면 1991년 12월 31일까지 연금보험으로 전환된다. 연금전환 시까지 각각의 급여제도에 따른 법적 규정은 이 조약, 특히 다음의 규정에 달리 규정하지 않는 한 계속해서 적용된다(Die erworbenen Ansprüche und Anwartschaften auf Leistungen wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, Alter und Tod sind, soweit dies noch nicht geschehen ist, bis zum 31. Dezember 1991 in die Rentenversicherung zu überführen. Bis zur Überführung sind die leistungsrechtlichen Regelungen der jeweiligen Versorgungssysteme weiter anzuwenden, soweit sich aus diesem Vertrag, insbesondere den nachfolgenden Regelungen, nichts anderes ergibt).

청구권과 기대권은 이미 전환되었거나 각각의 급여제도가 이미 폐지되지 않는 한(Ansprüche und Anwartschaften sind, auch soweit sie bereits überführt sind oder das jeweilige Versorgungssystem bereits geschlossen ist),

1. 그 청구권과 기대권의 유형, 근거 및 범위에 따라 사회보장에 관한 일반 규정에 의하여 이 조약 제3조에 열거된 영역에서 각각의 급여액을 고려하여 조정되어야 하되 부당한 급여는 폐지되고 과도한 급여는 감액되며 다른 공적 급여제도에 따른 비교될 수 있는 청구권이나 기대권과 비교하여 유리한 대우는 허용되지 않는다. 그리고(nach Art, Grund und Umfang den Ansprüchen und Anwartschaften nach den allgemeinen Regelungen der Sozialversicherung in dem in Artikel 3 des Vertrages genannten Gebiet unter Berücksichtigung der jeweiligen Beitragszahlungen anzupassen, wobei ungerechtfertigte Leistungen abzuschaffen und überhöhte Leistungen abzubauen sind sowie eine Besserstellung gegenüber vergleichbaren Ansprüchen und Anwartschaften aus anderen öffentlichen Versorgungssystemen nicht erfolgen darf, und)
2. 수급권자가 인간성 및 법치국가의 원칙을 침해하였거나 심각한 정도로 자신의 지위를 자신에게 유리하거나 타인에게 불리하게 남용한 경우에는 그 이상으로 축소되거나 박탈될 수 있다(darüber hinaus zu kürzen oder abzuerkennen, wenn der Berechtigte gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen hat oder in schwerwiegendem Maße seine Stellung zum eigenen Vorteil oder zum Nachteil anderer mißbraucht hat).

1990년 10월 3일에 수급권을 가지고 있는 사람들의 경우에 제3문 제1호에 따른 조정을 하면서 1990년 7월 1일자로 사회보장과 급여제도에서 도출되는 금액 미만으로 감액될 수는 없다. 1990년 10월 4일부터 1995년 6월 30일 까지의 시점에 수급권을 가지게 되는 사람들의 경우에는 제3문 제1호에 따른 조정을 하면서 1990년 7월 1일에 급여원인이 발생한 경우에 1990년 7월에 사회보장과 급여제도에서 도출되었을 금액 미만으로 감액되지 않는다 (Bei Personen, die am 3. Oktober 1990 leistungsberechtigt sind, darf bei der Anpassung nach Satz 3 Nr. 1 der Zahlbetrag nicht unterschritten werden, der für Juli 1990 aus der Sozialversicherung und dem Versorgungssystem zu erbringen war. Bei Personen, die in der Zeit vom 4. Oktober 1990 bis 30. Juni 1995 leistungsberechtigt werden, darf bei der Anpassung nach Satz 3 Nr. 1 der Zahlbetrag nicht unterschritten werden, der für Juli 1990 aus der Sozialversicherung und dem Versorgungssystem zu erbringen gewesen wäre, wenn der Versorgungsfall am 1. Juli 1990 eingetreten wäre).

앞서 언급한 것처럼 1992년 1월 1일에야 비로소 동서독의 연금법은 완전한 통합이 이루어졌는데 그 사이에 1990년 12월 14일 「연금조정에 관한 제1차 행정명령」(Erste Verordnung zur Anpassung der Renten in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet – 1. Rentenanpassungsverordnung: 1. RAV)이 제정되어 연금액수가 적은 가입자를 위한 연금조정이 이루어졌고 1990년 7월 1일부터 소급적으로 적용되었다.⁹⁾ 또한 1991년 6월 19일 「연금조정에 관한 제2차 행

9) 제1차 행정명령에 따라 추가급여가 없는 연금보험의 연금은 1991년 1월 1일부터 15퍼센트가 인상되었고, 추가급여가 있는 연금보험의 연금은 제6조에 의해 다음과 같이 규정되어 있었다.

- (1) 연금조정법 제23조 제1항에 따른 추가급여와 관련되어 조정될 수 없었던 연금은 추가급여가 없는 근로자에게 적용되는 행정명령규정에 따라 확정되며 연금조정법 제1장 및 제2장의 규정에 따라 조정된다(Renten, die wegen Bezugs einer Zusatzversorgung nach §23 Abs. 1 des Rentenangleichungsgesetzes nicht anzugleichen waren, werden nach den für Arbeitnehmer ohne Zusatzversorgung geltenden Bestimmungen der Rentenverordnung festgesetzt und nach den Bestimmungen des Ersten und Zweiten Abschnitts des Rentenangleichungsgesetzes angeglichen).
- (2) 1991년 1월 1일을 기준시점으로 제1항에 따라 발생하는 증가분은 동일한 유형의 추가급여의 금액을 초과하는 경우에만 한해서 수급권자에게 추후에 지급된다(Für Bezugszeiten vor dem 1. Januar 1991 wird an die Berechtigten ein sich nach Absatz 1 ergebender Erhöhungsbetrag nur insoweit nachgezahlt, als er den Betrag einer gleichartigen zusätzlichen Versorgung übersteigt ...).
- (3) 생략

정명령」(Zweite Verordnung zur Anpassung der Renten und zu den maßgeblichen Rechengrößen in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet (2. Rentenanpassungsverordnung—2. RAV)이 제정되어 다시금 연금액수가 적은 가입자에게만 유리한 연금조정이 이루어지게 된다.¹⁰⁾ 이로써 완전한 연금통합이 이루어지기 전까지는 동독 주민에게 불리하게 연금제도가 운영되고 있었던 것이다.

마침내 1991년 7월 25일이 공포되어 1992년 1월 1일부터 시행된 「연금전환법」(Gesetz zur Herstellung der Rechtseinheit in der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung: “Renten-Überleitungsgesetz” 또는 “RÜG”으로 약칭)에 따라 완전한 연금통합이 이루어지고, 사회법전 제6편이 모든 독일영역에 효력을 발생하게 된다. 연금전환법 제3조는 추가급여제도 및 특별급여제도의 전환에 관한 세부적인 내용을 담고 있는데 이것이 바로 「청구권 및 기대권 전환법」(Gesetz zur Überführung der Ansprüche und Anwartschaften aus Zusatz- und Sonderversorgungssystemen des Beitrittsgebiets: “Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz” 또는 “AAÜG”으로 약칭)이다. 이 법률 제5조 제1항에 따라 추가급여제도 및 특별급여제도에 가입된 기간은 그대로 법적 연금제도의 의무납부기간으로 인정된다. 그리고 이 기간 동안의 산정된 연금액수는 근로수입에 따라 법정최대حد도까지 인정된다. 다만 각각의 급여제도별로(bereichsspezifisch), 그리고 직능별로(funktionsspezifisch) 수많은 예외가 인정되었다. 이 법률은 1993년 6월 24일에 제정된 「연금전환보충법」(Gesetz zur Ergänzung der Rentenüberleitung: “Rentenüberleitungs-Ergänzungsgesetz” 또는 “Rü-ErgG”으로 약칭)에 의해 개정되

10) 제2차 행정명령에 따르면 1991년 7월 1일을 기준시점으로 의무적 사회보험과 자율적 추가연금보험의 급여가 추가로 15퍼센트 인상되었다. 추가급여의 경우에는 연금과 추가급여의 총액이 조정을 거쳐 일정한 한도를 초과하는 경우에만 인상된 금액이 적용되었다.

추가급여가 있는 연금(Renten mit Zusatzversorgung)

- (1) 제4조 및 제5조에 따른 조정금액은 연금 및 동일한 유형의 추가급여의 기존 금액을 합하여 제2항에 따른 한도를 초과하는 금액만큼 동일한 유형의 추가급여에 추가된다(Anpassungsbeträge nach den §§4 und 5 werden auf gleichartige zusätzliche Versorgungsleistungen in Höhe des Betrages angerechnet, um den sie zusammen mit den bisherigen Zahlbeträgen der Rente und der gleichartigen zusätzlichen Versorgung den nach Absatz 2 maßgebenden Grenzwert überschreiten).
- (2) 한도는 다음과 같다(Die Grenzwerte betragen für)
 1. 피보험자(Versicherte) 1,500 DM,
 2. 배우자(Witwen oder Witwer) 900 DM,
 3. 부모가 모두 사망한 아동(Vollwaisen) 600 DM,
 4. 부모 중 일방이 사망한 아동(Halbwaisen) 450 DM.

어 법정 최대한도가 2,010마르크로 인상되었다. 청구권 및 기대권 전환법은 다시 1996년 11월 11일에 공포된 이 법률의 개정법(Änderung und Ergänzung des Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetzes: “AAÜG-Änderungsgesetz” 또는 “AAÜG-ÄndG”으로 약칭) 및 2001년 7월 27일에 공포된 이 법 제2차 개정법으로 1997년 1월 1일부터 적용되는 임금구간의 상향의 효력은 1993년 7월 1일로 소급되었다.

II. 사건의 개요

1. 제1차 연금전환결정(BVerfGE 100, 1-59. 1999. 4. 28. 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95)

1923년생인 청구인 남성은 훔볼트대학교에서 1988년 정년할 때까지 비뇨기학과 교수로 활동하였다. 정년 직전인 1987년 2월부터 1988년 1월까지 그가 받은 연봉은 55,440마르크로 평균 4,620마르크를 월급으로 받았다. 1971년부터 최종 평균임금의 60 내지 80퍼센트를 받는 규정을 적용받게 되었으며 최대한도 800마르크의 적용도 배제되었다. 1988년 9월부터 청구인은 추가급여로 매월 3,696마르크의 연금으로 받았고, 노령연금으로 370마르크를 지급받았다. 통일조약에 따라 1990년 7월 1일부터 청구인의 연금은 서독 화폐 기준으로도 그대로 4,066마르크가 되었다. 하지만 「연금전환법」(Renten-Überleitungsgesetz)에 따라 1991년 8월 1일부터 2,010마르크로 감액되었고, 나중에 이 시점으로 소급해서 2,700마르크로 인상되었다. 이에 청구인은 사회법원에 소송을 제기했으나 기각되고 다시 연방사회법원에 항소하였으나 부분적으로만 인용되자 연방헌법재판소에 헌법소원을 청구하였다.

청구인은 기본법 제14조(재산권)와 제3조 제1항(평등권) 및 제20조 제3항¹¹⁾에서 도출되는 자신의 기본권이 침해되었다고 주장하였다. 청구인의 주장에 따르면 「제1차 및 제2차 연금조정 행정명령」(Rentenanpassungsverordnung)으로 자신의 권

11) 기본법 제20조 제3항: 입법권은 헌법질서에, 집행권 및 사법권을 법률과 법에 구속된다(Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden).

리는 물가에 연동되어야만 하며 동독 체제에서 지급받았던 연금은 소비와 지출의 증가에 따라 정기적으로 증액되어야 한다는 것이다. 추가급여에서 도출되는 청구권이 축소되고 종국적으로 형해화되면 단지 기본급여만 보장되고 말 것이고, 노령급여와 관련하여 제2, 제3의 노령연금을 지급받는 구 서독 주민과 달리 구 동독 주민들은 단 하나의 청구권만이 인정되어 지속적인 급여의 결핍이 발생할 것이라고 주장하였다.

또한 청구인은 사회법원이 연금조정법을 잘못 해석하여 적용했고, 통일조약에 포함된 행정명령 수권규범의 내용과 목적을 오해했다고 주장하였다. 행정명령 수권규범은 행정명령을 통한 추가급여의 축소를 위임하지 않았으며 통일조약은 신뢰보호원칙에 위반하여 추가급여제도에 따른 연금을 감액하는 어떤 다른 행정명령 수권규범도 포함하고 있지 않다는 것이다. 또한 청구인의 주장에 따르면 추가급여의 축소는 통일조약과 국가조약의 규정에 위반되는 것이며 통일조약에 의한 금액보장을 침해하는 것이라고 한다. 변화하는 생활비용에 따라 조정되지 않은 연금금액은 정적인 크기로서 헌법에 위배되는 것이기 때문이라는 것이다. 한편 연금조정 행정명령은 자율적인 추가보험 가입자에게 불리하게 작동하는데 통일에 따른 재정적 비용은 소수의 국민만 부담해야 하는 것이 아니라 모든 국민이 부담해야만 한다는 것이 청구인의 주장이다.

2. 제2차 연금전환결정(BVerfGE 100, 59-104. 1999. 4. 28. 1 BvL 22/95, 34/95)

(1) 1 BvL 22/95: 1928년생인 청구인 남성은 1993년 9월 1일부터 연금수급자가 되었다. 그는 고등학교 졸업 후 1950년부터 1964년까지 법원공무원(Justizinspektor, Rechtspfleger, Sekretär)으로 일했으며 1964년부터 1971년까지는 국립 공증소(Notariat)에서 공증인으로 활동했다. 같은 시기에 원격교육으로 법학을 공부하면서 1971년 대학을 졸업하고 지방법원에서 재판연구원으로 활동하던 청구인은 1976년부터 법관으로 활동하였다. 청구인은 1971년부터 정치기구 소속 직원을 위한 자율적 추가노령연금에 가입하여 본인에게 가장 유리한 10년 동안의 평균 순임금이 1,987.50마르크로 그 50퍼센트인 993.75마르크의 추가급여에 대한 기대권을 가지고 있었다. 1990년 10월 3일 통일이 이루어

진 후에도 청구인은 법관으로 활동하였고 65세 정년이 되는 1993년 8월말에 퇴직하였다. 추가급여제도에 가입된 시기는 처음으로 정치기구에서 일하던 1950년 1월 1일부터 시작하여 1990년 6월 30일까지로 계산되었고, 각 시기마다 수행하던 업무에 따라 차등적으로 상한선이 설정되었다. 그는 법관으로 활동했기 때문에(AAÜG 제6조 제3항 제7호) 1978년 1월 1일부터 11월 30일까지, 1986년 1월 1일부터 1987년 11월 28일까지 및 1990년 1월 1일부터 6월 30일까지의 기간은 별표 5의 적용을 받고 나머지 기간은 별표 5와 별표 4의 중간에 해당하는 금액으로 평가되었다. 이에 대한 청구인의 이의신청이 받아들여져 1990년 3월 18일부터 6월 30일까지의 기간은 별표 3의 적용을 받게 되었다. 이에 대해 청구인이 법원에 제기한 소송에서 주장하는 바는 1971년 6월 1일부터 1990년 3월 17일까지의 기간에 대해서는 관련 법률조항(AAÜG 제6조 제1항 제1문)에 따라 최대상한선(별표 3)까지의 사실상 벌어들인 임금 및 근로소득을 수입으로 삼아야 한다는 것이다. 실제로 개정된 법률이 시행됨에 따라 1997년 1월 1일부터는 연금산정기간 동안 청구인이 사실상 벌어들인 수입이 최대상한선까지 고려되도록 변경되었다.

(2) 1 BvL 34/95: 1929년생인 청구인 남성은 1990년 2월 1일부터 연금수급권자가 되었다. 1950년부터 경찰공무원으로 봉직한 그는 퇴직할 때까지 특별급여제도에 가입되어 있었다. 연금개시 직전 12개월(1989년 2월부터 1990년 1월까지) 동안의 급여는 29,160마르크이고, 월 평균으로 계산하면 2,430마르크였다. 이에 따라 그는 1990년 2월부터 이 평균임금의 75퍼센트에 해당하는 1,823마르크를 연금으로 받았다. 1990년 7월 1일부터 국가계약에 따라 동일한 액수의 서독 마르크에 해당하는 연금이 보장되었으나 1992년 7월 1일부터 법적 연금제도에 편입되면서 연금액수가 1,947.69마르크로 증액되었다. 관련 법률조항(AAÜG 제8조 제2항)에 따라 동독경찰을 위한 특별급여제도에 가입된 기간은 연금산정에서 사실상 벌어들인 수입 및 제6조 제2항에 따라 고려될 수 있는 임금이 기준이 되므로 사실상 벌어들인 수입은 일부는 별표 5(동독지역에서의 평균임금), 또 다른 일부는 별표 5와 별표 4 사이(평균임금의 140퍼센트)로 제한되었다.

3. 제3차 연금전환결정(BVerfGE 100, 104-137, 1999. 4. 28. 1 BvR 1926/96, 1 BvR 485/97)

(1) 1 BvR 1926/96: 1919년생인 청구인 여성은 1964년까지 병원에 고용된 의사로 일했으며 그 후 1984년까지 개인병원을 개업하여 비노기과 전문의로 활동했다. 그녀는 1964년부터 의사 및 치과의사를 위한 노령연금에 가입되어 있었으며 1971년부터는 자율연금에 추가로 가입했다. 이에 따라 연금연령에 도달한 1984년부터 의무연금에서 지급되는 497마르크의 연금과 자율연금에서 지급되는 204마르크의 연금이 보장되었다. 그밖에 법령에 따라 보장된 연금을 포함하여 청구인은 총 1,631마르크의 연금이 보장된 상태였다. 하지만 연방연금청(Bundesversicherungsanstalt für Angestellte)은 1992년 1월부터 시행되는 새 연금법에 따라 연금이 서독 마르크로 변경되고 금액도 조정될 것이라고 통보했는데 「사회보장법」 제6편 제307b조 제5항에 따르면 1,200.90마르크가 지급되도록 규정되어 있었다. 이에 따라 「사회보장법」 제6편 제307b조 제3항 제2문에 따라 원래 지급되었던 1,631마르크가 잠시 동안 계속해서 지급되었으나 이후에는 조정되었다. 물가에 연동시키면 연금액은 1992년 1월 1일부터 1,735.93마르크가 되어 지금까지 지급받았던 1,631마르크보다 높았다. 이에 연방연금청은 사회법원(Sozialgericht)에 소송을 제기했으나 기각되었고, 다시 지방사회법원(Landessozialgericht)에 항소했으나 역시 기각되었다. 상고심을 맡은 연방사회법원은 기존의 연금수급자가 단지 부분적으로만 추가급여제도 및 특별급여제도에 따른 연금청구권을 주장할 수 있다고 하더라도 오로지 「사회보장법」 제6편 제307b조에 따라서만 구 동독 주민의 연금이 서독 마르크로 변환되고 새롭게 산정된다고 판시했다.

(2) 1 BvR 485/97: 1931년생인 청구인 여성은 1959년 3월부터 시립병원에서 내과의로 봉직했고, 1990년 2월 28일 퇴직했다. 그녀는 학문, 예술, 교육, 의료기관의 전문직 노령연금에 가입되어 있었고, 1988년 7월 1일부터 국립 보건 및 사회복지시설의 의사, 치과의사, 약사 및 그 밖의 고등교육기관 전문직을 위한 추가급여에 가입되어 있었다. 매월 수입 중 1,500마르크를 초과하는 부분에 대해서만 추가연금보험금으로 공제되었다. 보험원인이 개시되기 직전 최종 12개월(1989년 3월부터 1990년 2월까지)의 월평균 총수입은 3,046마르크

이고, 순수입은 2,508마르크였다. 청구인은 1990년 3월부터 연금으로 매월 2,198마르크를 지급받았다. 여기에는 의무보험에서 지급되는 675마르크와 추가급여로 지급되는 1,523마르크(최종 월평균 총수입의 50퍼센트)가 포함되어 있었다. 국가조약에 따라 1990년 7월 1일부터 연금 전액이 서독마르크로 전환되었고, 「제1차 및 제2차 연금조정 행정명령」(Rentenanpassungsverordnung)에 따라 각각 1991년 1월 1일 및 1991년 7월 1일을 기점으로 동일한 연금총액으로 확정되었다. 추가급여는 증액된 금액을 조정하는 과정에서 1990년 7월 1일부터는 1,411마르크, 1991년 1월 1일부터는 1,301마르크, 1991년 7월 1일부터는 1,175마르크로 소급적으로 감액되었다. 청구인은 1992년 1월 1일부터 시행된 새로운 연금법(「사회보장법」 제6편 제307b조 제5항)에 따라 노령연금으로 통합된 연금을 지급받았는데 1991년 12월의 연금이 새로운 연금법에 따른 연금(940.21마르크)보다 많아 금액보장을 근거로 원래의 연금액(2,198마르크에서 아동수당을 제외한 2,138마르크)이 계속해서 지급되었다.

(3) 청구인들은 재산권과 평등권을 침해당했다고 주장한다. 청구인들의 주장에 따르면 연금조정 행정명령에 따른 추가급여 축소는 생활의 영위를 불리하게 제약하는 기본권침해라고 한다. 동독 체제에서도 존재했던 사회적 계층화는 통일과정에서도 완벽하게 제거될 수는 없으며 급여청구권이 통일된 연금제도로 편입되는 과정에 불가피하게 발생했다는 것이다. 또한 동독 체제에서 추가급여제도로부터 획득된 청구권에 대해서도 축소금지원칙(Auszehrungsverbot)이 적용된다고 한다. 최대한도를 초과하는 임금이나 근로소득의 경우에 어떤 체제에서 연금보험으로 보장받는지 중요하지 않다고 한다. 노령보험의 두 번째 안전장치가 형해화되면 특히 더 이전 세대를 피폐하게 만드는 결과를 초래할 것이라는 주장이다.

한편 청구인들은 「사회보장법」 제6편 제307b조를 적용받음으로써 제307a조의 적용을 받는 사람들보다 불리하게 대우받았다고 주장한다. 추가급여제도에서 도출되는 청구권이 연금통합 과정에서 적절하게 고려되지 않았기 때문이다. 따라서 한편으로 서독 주민들과 비교하여 불리하게 대우받을 뿐만 아니라 또 한편으로 의무보험제도와 자율적 추가보험제도에 가입한 동독 사람들과 비교해서도 위헌적인 불리한 대우가 존재한다는 것이다. 추가급여 및 특별급여 수급자의 노령연금액이 「사회보장법」 제6편 제307b조의 적용을 받음으로써 충분한 근거 없이 의무

보험제도 및 자율적 연금보험제도에 가입되어 「사회보장법」 제6편 제307a조의 적용을 받는 사람들의 노령연금액과 비교하여 차등적 대우를 받고 있다는 것이다. 「사회보장법」 제307b조 제5항에 따라 연금액이 낮게 책정된 이유는 청구권 및 기대권 전환법에 따라 “국가에 근접한(staatnah)” 것으로 분류된 연금수급자에게 허용된 연금액은 초과되어서는 안 된다는 생각이 기본적으로 깔려 있기 때문이라는 것이다. 이로써 법적 연금제도가 보장하는 액수보다 적은 액수가 지급되고, 매월 1,600마르크를 초과하지 않는 연금이 지급되어 청구인들의 생활의 질에 대한 제약으로 발생하는 손해가 나중에 회복될 수 없을 지경에 이르렀다는 주장을 하였다.

4. 제4차 연금전환결정(BVerfGE 100, 138-195. 1999. 4. 28. 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97)

(1) 1 BvL 11/94: 1939년생인 청구인은 1959년부터 주로 국가안보부(MfS) 및 국가보위청(AfNS)에 근무했고, 1990년 2월 28일에 퇴직했다. 그가 최종적으로 근무했던 1년(1989년 3월부터 1990년 2월까지) 동안의 연봉은 33,750마르크로, 월평균 2,812.50마르크를 급여로 받았다. 그는 1953년에 도입된 국가안보부 및 국가보위청 직원을 위한 특별연금제도에 가입되어 있었고, 1990년 3월부터 월평균 급여의 75퍼센트인 2,110마르크를 연금으로 받고 있었다. 1990년 7월 1일부터 통일조약에 따라 동일한 액수의 서독 마르크로 연금을 받았으나 일시적으로 990마르크로 감액되었으며 1991년 8월 1일부터는 「연금전환법」에 따라 연금액수가 다시 802마르크로 감액되었고, 1992년 7월 1일부터는 872.20마르크로 약간 증액되었으며 1993년 7월 1일부터는 다시 1056.03마르크로 증액되었다. 청구인은 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제10조 제2항 제1문 제1호가 공익에 근거하여 비례성원칙을 고려한 제한이 아니므로 기본법 제14조를 위반하여 재산적 가치가 있는 법적 지위를 침해하고 있다고 주장한다.

(2) 1 BvL 33/95: 1933년생인 청구인 여성은 1973년부터 1989년 10월 31일까지 직업군인으로 복무했다. 국가안보부에서 퇴직하기 직전 최종 12개월(1988년 11월부터 1989년 10월까지) 의무보험 적용 근로수입은 23,040마르크로

월평균 1,920마르크였다. 그녀가 국가안보부에서 근무하는 동안은 국가안보부(MfS) 및 국가보위청(AfNS) 소속 직원을 위한 특별급여제도에 가입되어 있었다. 1989년 11월부터 그녀는 연금으로 매월 1,440마르크(월평균 임금의 75퍼센트)를 지급받았다. 1990년 7월 1일부터는 동일한 서독마르크로 지급받았고, 「연금조정법폐지법」(AufhebG)에 따라 일시적으로 968마르크(495마르크를 초과하는 금액의 50퍼센트 감액)로 연금이 축소되었다. 1991년 8월 1일부터는 다시 802마르크로 축소되었고, 1992년 1월 1일부터 통합된 연금제도에 편입되었다.

(3) 1 BvR 1560/97: 1933년생인 청구인은 국가안보부 소속 대령으로 퇴역했는데 그의 복무기간은 1951년부터 1990년 3월 1일까지였다. 그의 최종 12개월 의무보험 적용 근로수입은 46,500마르크로 월평균 3,875마르크였다. 1990년 4월 1일부터 그는 경과기간 연금으로 매월 1,454마르크(월평균 근로수입의 75퍼센트인 2,907마르크의 50퍼센트)를 지급받았다. 1990년 7월 1일부터 국가계약에 의하여 그의 급여액은 서독마르크로 전환되었고, 「연금조정법폐지법」(AufhebG)에 따라 경과기간 연금은 495마르크로 축소된 뒤 1990년 12월 1일부터 990마르크가 지급되었다.

5. 제5차 연금전환결정(BVerfGE 111, 115-146. 2004. 6. 23. 1 BvL 3/98, 9/02, 2/03)

(1) 1 BvL 3/98: 청구인 남성은 1953년 소위로 군에 들어와 1968년 대령으로 진급한 뒤 1990년까지 국군지도제작소에서 근무했다. 청구인의 1953년 연봉은 10,400마르크, 대령으로 진급했을 때 연봉은 22,560마르크, 1989년 연봉은 34,200마르크였고, 특별급여제도에 가입되어 있었다. 1990년 퇴역한 뒤 9월 1일부터 매월 2,010마르크를 연금으로 받고 있다. 1995년 정부는 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제6조 제2항에 따라 임금을 제한적으로만 고려한다는 결정을 한다.

(2) 1 BvL 9/02: 청구인은 박사학위를 소지한 변호사로 특허청에서 일하면서 동시에 대학에서 겸임교수로 활동하며 연평균 수입으로 1956년부터 최소 33,120마르크, 1962년부터 최소 42,000마르크를 벌었다. 1991년 2월 퇴직하면

서 매월 2,049마르크를 연금으로 받고 있었다. 그런데 1991년 8월부터 연금이 2,010마르크로 감액되었고 사회법전으로 연금이 완전히 통합된 후에도 동일한 연금을 받았다. 1994년 결정으로 1951년부터 1990년까지의 근로수입이 다시 산정되면서 별표 8에 따라 감액이 이루어졌다.

(3) 1 BvL 2/03: 청구인은 1967년부터 동독 건설부의 도시계획과 책임자로 근무하기 시작했고 1990년 6월 30일에 퇴직하였다. 그는 1963년 6월 1일부터 기술전문직을 위한 추가급여제도에 가입되어 있었고, 월수입은 1,880마르크였다. 1971년 3월 1일부터는 정치기구 소속 주요 직원을 위한 추가급여제도에도 가입하였다. 1995년 7월 급여가입기간을 산정하면서 일정한 기간이 별표 4를 초과하여 별표 5로 축소되었다. 1996년에 제정된 「연금전환법 개정법률」(AAÜG-Änderungsgesetz)에 따라 1997년에 급여가입기간이 조정되었고, 이에 따라 1971년 3월 1일부터의 임금이 단지 제한적으로만 고려되었으며 1997년 1월 1일부터만 급여기간으로 고려된다는 단서도 추가되었다. 2001년에 제정된 제2차 개정법률에 따라 1997년에 확정된 내용은 1993년 7월 1일부터의 급여기간에도 적용되도록 개정되었다.

III. 주요 쟁점

1. 제1차 연금전환결정(BVerfGE 100, 1-59. 1999. 4. 28. 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95)

(1) 동독 체제에서 추가급여제도 및 특별급여제도에 근거하여 발생한 청구권과 기대권이 기본법 제14조 제1항 제1문에 따른 재산권보장을 적용받는지 여부

(2) 동독 체제에서 존재했던 추가급여제도 및 특별급여제도를 폐지하고 그에 근거하여 발생한 청구권과 기대권을 법적 연금제도로 전환하는 것이 헌법에 합치하는지 여부

(3) 잠정적 금액한도에 관한 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제10조 제

2항 제1문의 규정이 기본법 제14조 제1항에 위배되는지 여부

(4) 동독 체제의 추가급여제도와 특별급여제도에 따른 청구권과 기대권을 법적 연금제도로 전환할 때까지 연방법으로서 효력을 가지는 「연금조정법」(RAnGlG) 제23조 제1항의 규정 및 연금조정명령(RAV) 제6조 제1항 및 제8조 제2항의 경과규정이 기본법에 합치하는지 여부

2. 제2차 연금전환결정(BVerfGE 100, 59-104. 1999. 4. 28. 1 BvL 22/95, 1 BvL 34/95)

(1) 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제6조 제2항 및 제6조 제3항 제7호가 헌법에 합치하는지 여부

(2) 동독 체제에서 추가급여제도와 특별급여제도에 가입된 사람들의 연금을 통일된 독일의 법적 연금제도로 전환하면서 특정한 급여제도에 가입된 사람들 및 특정한 직무를 수행하는 사람들의 연금의 경우에 최대한도 미만인데도 사실상 획득한 임금이 아니라 그보다 적은 액수의 연금을 지급하는 것이 기본법 제3조 제1항이 요구하는 평등원칙의 관점에서 허용되는지 여부

3. 제3차 연금전환결정(BVerfGE 100, 104-137. 1999. 4. 28. 1 BvR 1926/96, 485/97)

사회법전에 따른 연금을 산정하면서 동독에서 특정한 급여제도에 가입된 사람들 또는 특정한 직무를 수행하는 사람들의 임금이나 근로수입이 최대한도 미만인 경우에조차 이를 입법자가 고려하지 않는 것이 헌법에 위반되는지 여부

4. 제4차 연금전환결정(BVerfGE 100, 138-195. 1999. 4. 28. 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97)

(1) 국가안보부 및 국가보안청 소속 직원의 특별급여 산정에서 평균임금의

70퍼센트로 한정된 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제7조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부

(2) 국가안보부 및 국가보안청 소속 직원의 특별급여 금액을 802마르크로 한정된 연금전환법 제10조 제2항 제1문 제1호가 재산권을 침해하는지 여부

(3) 국가안보부 및 국가보안청 소속 직원의 특별급여제도를 폐지하는 동독의 법률이 계속해서 효력을 갖는 연방법으로서 이 제도에서 도출되는 급여를 전반적으로 축소하는 것이 헌법에 합치하는지 여부

5. 제5차 연금전환결정(BVerfGE 111, 115-146. 2004. 6. 23. 1 BvL 3/98, 9/02, 2/03)

1996년 11월 11일에 공포된 「청구권 및 기대권 전환법 개정법」(AAÜG-ÄndG) 및 2001년 7월 27일에 공포된 「청구권 및 기대권 전환법 제2차 개정법」(2. AAÜG-ÄndG)으로 개정된 1991년 7월 25일에 공포된 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제6조 제2항 및 제6조 제3항 제8호가 추가급여제도 및 특별급여제도 가입자의 임금 및 근로소득을 법적 연금제도에서 고려하도록 규정하고 있는데 이것이 기본법 제3조 제1항에 합치되는지 여부(연방헌법재판소 결정 BVerfGE 100, 59 관련)

IV. 결정 요지

1. 제1차 연금전환결정(BVerfGE 100, 1-59. 1999. 4. 28. 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95)

(1) 동독 체제에서 추가급여제도 및 특별급여제도에 근거하여 발생한 청구권과 기대권은 「통일조약」에 따른 조치를 통해 전체 독일의 법질서 안에서 인정 받은 법적 지위로서 기본법 제14조 제1항 제1문의 재산권보장을 적용받는다.

(2) 동독 체제에서 존재했던 추가급여제도 및 특별급여제도를 폐지하고 그에 근거하여 발생한 청구권과 기대권을 법적 연금제도로 전환한다고 해도 헌법적으로 문제가 있는 것은 아니다. 하지만 금액보장에 관한 「통일조약」의 규정은 기존의 연금수급권자에게 보장된 금액이 1992년 1월 1일부터 임금 및 소득의 진행상황에 따라 조정되어야 한다는 의미로 헌법합치적으로 해석되어야만 한다.

(3) 잠정적 금액한도에 관한 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제10조 제2항 제1문의 규정은 기본법 제14조 제1항에 위배되어 무효다.

(4) 동독 체제의 추가급여제도와 특별급여제도에 따른 청구권과 기대권을 법적 연금제도로 전환할 때까지 연방법으로서 효력을 가지는 「연금조정법」(RAnGlG) 제23조 제1항의 규정 및 「연금조정명령」(RAV) 제6조 제1항 및 제8조 제2항의 경과규정은 기본법에 합치한다.

2. 제2차 연금전환결정(BVerfGE 100, 59-104, 1999, 4. 28, 1 BvL 22/95, 1 BvL 34/95)

(1) 1993년 6월 24일 공포된 「연금전환보충법」(Rü-ErgG)으로 개정된 1991년 7월 25일 공포된 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제6조 제2항(이 조항과 관련된 별표 4, 5 및 8) 및 제6조 제3항 제7호는 1993년 6월 24일부터 기본법 제3조 제1항 및 제14조 제1항에 합치하지 않는다.

(2) 사회법전에 따른 연금을 산정하면서 동독에서 특정한 급여제도에 가입된 사람들 또는 특정한 직무를 수행하는 사람들의 임금이나 근로수입이 최대한도 미만인 경우 이 점이 입법자에 의해 고려되지 않는다고 해도 노동이나 성과와 관련이 없는 경우, 즉 과도하게 높은 경우에는 헌법에 위배되지 않는다. 하지만 기본법 제3조 제1항에 따른 평등의 요청을 충족시키기 위하여 증액요건에 관한 규정 및 이와 관련된 근로수입의 고려에 대한 효과는 사실관계에 부합해야만 한다.

(3) 입법자는 2001년 6월 30일까지 헌법에 합치하는 규정을 제정할 의무를 부담한다.

3. 제3차 연금전환결정(BVerfGE 100, 104-137. 1999. 4. 28. 1 BvR 1926/96, 485/97)

(1) 1991년 7월 25일 공포된 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제6조 제1항 제1문은 헌법에 합치하지 않는다. 개인의 임금 기준점을 찾기 위해 동독의 추가연금제도 및 특별연금제도에 가입된 시점부터의 기존 연금을 새롭게 계산하면서 전체 보험가입기간 동안의 근로수입을 기초로 삼으면서 반면에 그 밖의 기존 연금은 20년을 기준으로 하는 것은 기본법 제3조 제1항의 평등원칙에 위반되기 때문이다.

(2) 동독의 추가급여제도 및 특별급여제도 상 기존연금의 새로운 산정에서 전체 보험가입기간 동안과 관련된 실제 임금 및 근로수입에 기초하는 한 1991년 7월 25일에 공포된 「연금이전법」(RÜG) 제1조 제133호에 의해 삽입된 사회법전 제6편 제307b조 제1항은 기본법 제3조 제1항에 합치되지 않는다.

(3) 2001년 6월까지 헌법합치적 규정이 제정되어야 한다.

(4) 헌법소원심판청구 1 BvR 1926/96은 기각한다.

(5) 1996년 12월 6일자 연방사회법원 판결(13 RA 1/95) 및 1994년 12월 27일자 베를린 지방사회법원 판결(L 2 An 19/93)은 기본법 제14조 및 제3조 제1항에 규정된 청구인의 기본권을 침해한다. 이 판결들이 사회법전 제6편 제307b조 제1항에 따라 산정된 연금과 관련되어 있는 한 이를 취소한다. 사안은 지방사회법원으로 환송한다.

4. 제4차 연금전환결정(BVerfGE 100, 138-195. 1999. 4. 28. 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97)

(1) 국가안보부 및 국가보안청 소속 직원의 특별급여 산정에서 평균임금의 70퍼센트로 한정된 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제7조 제1항은 연금산정의 기초가 되는 평균임금이 동독에서의 평균임금 미만인 한에서 평등권과 재산

권을 침해하여 무효다.

(2) 국가안보부 및 국가보안청 소속 직원의 특별급여 금액을 802마르크로 한정된 「연금전환법」 제10조 제2항 제1문 제1호는 재산권을 침해하여 무효다.

(3) 국가안보부 및 국가보안청 소속 직원의 특별급여제도를 폐지하는 동독의 법률이 계속해서 효력을 갖는 연방법으로서 이 제도에서 도출되는 급여를 전반적으로 축소하는 것은 헌법에 합치한다.

5. 제5차 연금전환결정(BVerfGE 111, 115-146. 2004. 6. 23. 1 BvL 3/98, 9/02, 2/03)

(1) 1996년 11월 11일에 공포된 「청구권 및 기대권 전환법 개정법」(AAÜG-ÄndG) 및 2001년 7월 27일에 공포된 「청구권 및 기대권 전환법 제2차 개정법」(2. AAÜG-ÄndG)으로 개정된 1991년 7월 25일에 공포된 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제6조 제2항 및 제6조 제3항 제8호는 기본법 제3조 제1항에 합치되지 않는다.

(2) 입법자는 2005년 6월 30일까지 헌법에 합치하는 규정을 입법할 의무를 부담한다.

V. 분석 및 평가

1. 분석

(1) 재산권 침해 여부

연방헌법재판소에 따르면 동독체제에서 취득한 뒤 「통일조약」에 근거하여 독일 전체의 법질서에 따른 법적 지위로 인정받은 청구권과 기대권은 기본법에 따른 재산권(기본법 제14조 제1항 제2문)으로 보장받는다.¹²⁾ 연금청구권과 연금기대권

12) BVerfGE 100, 1, Rn. 119 참조.

은 헌법적으로 보호받는 재산권의 사회적 기능과 본질적 표지를 모두 가지고 있기 때문이다. 다시 말해 연금청구권과 연금기대권은 재산법 영역에서 자유영역을 보장하고 자기책임적 생활형성을 가능하게 할 뿐만 아니라 권리주체에게 전속되어 있으며 사적 이용과 처분이 가능하고 보호범위가 일정한 금액으로 결정되어 있어 재산권적 지위로 인정받을 수 있는 자기기여와 관련되어 있음으로써 존속 보장에 기여하는 것이다.

동독체제에서 취득하였고 서독으로 편입되는 시점에 추가연금제도 및 특별연금제도로부터 도출되는 연금청구권과 연금기대권도 다른 연금청구권이나 연금기대권과 마찬가지로 재산권의 성격을 갖는다는 것이 연방헌법재판소의 입장이다.¹³⁾ 우선 기본법은 통일 전의 동독 영역에는 효력이 발생하지 않고 「통일조약」으로 비로소 동독 영역에 효력이 미치기 때문에 동독이 편입되기 전에 취득한 연금청구권과 연금기대권은 기본법에 의한 재산권보장을 받지 못하고, 통일조약에 의하여 편입 이전으로 소급적 효력이 발생하지도 않지만 「통일조약」으로 다른 재산적 가치가 있는 법적 지위와 마찬가지로 기본법에 의한 재산권보장이 인정된다는 것이다. 「통일조약」도 이 조약이 체결될 때까지 여전히 폐지되지 않았던 동독 연금제도는 1991년 12월 31일자로 폐지되지만 연금제도에서 유래한 연금청구권과 연금기대권은 소멸되지 않는다고 규정하고 있다. 또한 사적 이용과 처분가능성 및 자기기여가 존재하는 사회보장법적 지위에 대해 일관되게 재산권의 성격을 인정해온 연방헌법재판소에 따르면 이러한 연금청구권과 연금기대권도 거기에 사적 이용과 처분가능성이 존재하고 근로자와 사용자가 근로자의 소득을 기준으로 보험료의 형태로 지불한 자기기여가 존재하므로 재산권적 성격을 인정받을 수밖에 없다.

하지만 연방헌법재판소에 따르면 이러한 연금청구권과 연금기대권은 통일조약에 의해 구체화된 형태로만 보장받을 수 있다고 한다.¹⁴⁾ 재산권보장의 구체적 범위는 재산권의 내용과 한계가 정해짐으로써 비로소 결정될 수 있고, 그것은 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 입법자의 권한에 속하기 때문이다. 물론 입법자가 재산권의 내용과 한계를 정할 때 무제한적으로 자유로울 수는 없으며 재산권에 포함된 사적 유용성과 처분권을 비례성원칙을 위반하는 정도로 제약할 수는 없

13) BVerfGE 100, 1, Rn. 123 참조.

14) BVerfGE 100, 1, Rn. 132 참조.

다. 동독체제에서 취득한 연금청구권과 연금기대권의 경우에도 통일조약에 따라 기본법에 의한 재산권보장을 받지만 통일조약을 비준하는 입법자는 기본법에 구속되기 때문에 그 내용과 한계를 정할 때 재산권보장에 포함된 내용을 침해할 수 없다는 것이다.

연방헌법재판소에 따르면 입법자에게는 동독의 노령연금제도를 통일 후에도 그대로 유지해야 할 의무가 부과되지 않는다고 한다.¹⁵⁾ 다시 말해 입법자는 서독의 법적 연금제도에 적합한 형태로 추가급여제도와 특별급여제도를 편입시킬 수 있고, 이것만으로 동독 시민에 대한 헌법적 보장이 약화되는 것은 아니라고 한다. 다만 이러한 편입 과정에서 기존에 연금청구권과 연금기대권을 취득한 시민들에게는 기본법 제14조 제1항 제1문의 재산권보장이 고려되어야 한다고 한다. 그렇다고 하더라도 동독 시민의 권리는 절대적 권리가 아니므로 편입되는 과정에서 서독 법질서에 적합하게 조정될 필요가 있다는 것이다. 특히 입법자는 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 기본권의 내용과 한계를 정할 때 제14조 제2항에 따른 재산권의 사회적 의무를 고려해야 하고, 이미 취득한 법적 지위를 변경할 때도 마찬가지라고 한다. 다만 당사자에게 비례성원칙에 반하여 재산에 관한 법적 지위를 축소시키는 행위는 허용되지 않는다고 한다. 따라서 입법자가 연금청구권과 연금기대권을 법적 연금제도로 편입시키는 과정에서 기존에 보장되었던 추가적 보장을 생략하거나 보장수준을 낮춘다고 해도 위헌의 문제는 발생하지 않으므로 기존의 연금제도를 해체하는 것이 아닌 한 연금액수의 최대한도를 기존의 급여로 확대하는 것도 가능하다는 것이다.¹⁶⁾ 또한 「통일조약」에 따라 금액보장(Zahlbetragsgarantie)이 이루어짐으로써 편입 과정에서 보장금액이 낮아지는 사람들에게 유리한 조치가 취해지고 있으므로 비례성원칙에 위반되는 감액은 아니라고 본다. 특히 추가급여와 특별급여로 고액의 연금을 수령했던 사람들의 경우에 금액보장으로 일단은 연금의 감소가 발생하지 않지만 장기적으로는 물가상승 등으로 연금이 감소할 수 있더라도 「통일조약」의 금액보장은 일시적인 경과조치에 지나지 않으므로 통일조약의 의도에 부합하지는 않을 것이라고 한다. 「사회보장법」 제6편은 1992년 1월 1일부터 효력이 발생되었기 때문에 그때까지 기존의 연금수급권자가 감내해야 하는 손해는 예상가능한 것이라고 한다. 하지만 1991년 12월

15) BVerfGE 100, 1, Rn. 141 ff. 참조.

16) BVerfGE 100, 1, Rn. 144 참조.

31일까지 계속된 경과기간이 지나면 입법자에게 보장된 형성의 자유는 사라진다고 한다.

우선 연방헌법재판소는 다음과 같이 규정하고 있는 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제10조 제1항의 위헌 여부에 대해 검토한다.

별표 1 제2호, 제3호 또는 제19호 내지 제27호 및 별표 2 제1호 내지 제3호에 규정된 연금보험에 따른 동일한 유형의 연금과 추가급여제도의 급여를 합한 총액 또는 제4조 제2항 제1호 및 제2호에 규정된 총액은 배우자수당을 포함하여 이 법률이 공포된 후의 첫 달 1일부터 다음의 최대금액으로 제한된다(Die Summe der Zahlbeträge aus gleichartigen Renten der Rentenversicherung und Leistungen der Zusatzversorgungssysteme nach Anlage 1 Nr. 2, 3 oder 19 bis 27 sowie die Zahlbeträge der Leistungen der Sonderversorgungssysteme nach Anlage 2 Nr. 1 bis 3 oder die Summe der Zahlbeträge der Leistungen nach §4 Abs. 2 Nr. 1 und 2 werden einschließlich des Ehegattenzuschlags vom Ersten des auf die Verkündung dieses Gesetzes folgenden Kalendermonats an auf folgende Höchstbeträge begrenzt):

1. 피보험자 연금의 경우 2,010마르크(für Versichertenrenten auf 2010 DM),
2. 배우자 연금의 경우 1,206마르크(für Witwen- oder Witwerrenten auf 1206 DM),
3. 부모가 모두 사망한 아동의 경우 804마르크(für Vollwaisenrenten auf 804 DM und),
4. 부모 중 일방이 사망한 아동의 경우 603마르크(für Halbwaisenrenten auf 603 DM).

이처럼 잠정적으로 연금액의 최대한도를 정하고 있는 심판대상 법률조항은 재산권을 침해한다고 한다.¹⁷⁾ 우선 이 법률조항은 그 근거가 되고 있는 통일조약 조항의 근본결단에 위배되어 위헌이 되는 것은 아니고, 오히려 헌법합치적 해석을 통해 기본법에 합치할 수 있다고 한다. 하지만 이와는 별도로 이 법률조항은 일정한 추가급여제도에 속하는 연금보험과 급여에 따른 연금의 보장된 금액을

17) BVerfGE 100, 1, Rn. 117 ff. 참조.

1991년 8월 1일을 기준시점으로 매일 최대 2,700마르크로 제한함으로써 기본법 제14조가 보장하는 재산권을 침해한다고 한다.¹⁸⁾ 더욱이 「통일조약」에 규정된 금액보장은 일반적 연금보험의 최대한도를 초과하는 연금청구권과 연금기대권을 보호하겠다는 취지로 신뢰보호를 우선시키고 있으므로 이러한 신뢰보호를 배제 할만한 새로운 사정이나 인식이 추가되지 않는 한 재산권을 침해한다고 한다.¹⁹⁾

연방헌법재판소에 따르면 법적 연금보험제도를 통일 이후의 변화된 여건에 적응시키기 위한 공익적 목적으로도 연금액의 최대한도 제한은 정당화될 수 없다고 한다. 연금의 전환으로 발생하는 지출은 법적 연금보호제도가 아니라 연방과 구 동독지역의 주들이 부담하기 때문이다. 그리고 연금액의 최대한도 제한으로 국가재정의 부담을 감소시킬 수 있다는 공익적 목적도 국가재정의 전체지출을 고려할 때 그로 인한 절감액이 그다지 크지 않다는 점에서 정당화되기는 어렵다고 본다. 그밖에도 1991년 8월 1일로 소급하여 연금액의 최대한도를 제한하는 것도 기본법 제143조 제1항에 의해 정당화될 수 없어 재산권을 침해한다고 한다.²⁰⁾ 기본법 제143조 제1항 제1문은 1992년 12월 31일까지의 경과기간 동안 동서독의 상이한 사정들로 인하여 동독 지역의 법을 기본법 질서 속으로 완벽하게 편입시키는 것이 곤란한 경우에 한하여 기본법을 준수하지 않을 수 있도록 예외를 인정하고 있다. 하지만 연금액의 최대한도 제한은 이러한 예외를 인정할 수 있는 사항, 즉 편입에 필수적인(*beitrittsbedingt*) 사항에 해당하지 않기 때문이다.

「통일조약」의 근본결단과 구분되어 「연금전환법」 제10조 제1항 제2문은 재산권을 침해한다는 것이 연방헌법재판소의 입장이다.²¹⁾ 기본법 제135a조 제2항의 재정유보는 「연금전환법」의 제정에서 근거로 삼을 수 없기 때문이다. 또한 입법자는 기본법 제135a조 제2항을 사용할지 여부를 결정해야 한다. 하지만 입법자는 연금전환법을 제정하면서 한 번도 이와 같은 결정을 한 적이 없다. 그런데 「연금전환법」 제10조 제1항 제2문은 1991년 8월 1일부터 금액보장의 최대한도를 2,700마르크로 제한하였다. 이에 따라 청구인은 「통일조약」의 금액보장에 따라 4,066마르크와 최고한도인 2,700마르크 사이에서 일정 부분이 유보되는 것이다. 이처럼 최대한도의 제한으로 청구인이 입는 피해는 중대하다.²²⁾ 또한 「통일조약」의 금액보장은

18) BVerfGE 100, 1, Rn. 172 참조.

19) BVerfGE 100, 1, Rn. 179 참조.

20) BVerfGE 100, 1, Rn. 183 ff. 참조.

21) BVerfGE 100, 1, Rn. 166 참조.

22) BVerfGE 100, 1, Rn. 173 참조.

사회정책적 고려 속에서 한 급부약속이 아니고 「연금전환법」의 형태로 구체화되어야 한다. 이로써 금액보장은 일반적인 연금제도의 최대한도를 초과하는 금액의 청구권과 기대권의 보장에 기여한다. 하지만 통일조약제정자는 최대한도의 몇 배를 초과하거나 특권그룹이 생길 것이라는 것을 예상하지 못했기 때문에 신뢰보호는 우선할 수밖에 없다.²³⁾ 법적 연금제도의 유지라는 공익도 연금의 감액을 정당화할 수 없다. 연금전환으로 증가된 비용은 구 동독지역이 분담하기 때문이다. 또한 국가재정부담을 줄인다는 공익도 최대한도의 설정을 정당화될 수 없다. 최대한도의 설정으로 절감되는 비용은 전체 재정에서 차지하는 비중이 크지 않기 때문이다.

연방헌법재판소에 따르면 비록 기본법 제143조 제1항이 1992년 12월 31일까지의 경과기간 동안 기본법을 회피하는 법률을 허용하고 있더라도 1991년 8월 1일부터 소급적으로 재산권을 침해하는 법률은 이 조항에 의해 정당화될 수 없다고 한다.²⁴⁾ 왜냐하면 기본법 제143조는 통일 과정에서 동서독의 여러 상황적 차이를 고려하여 동독이 서독에 편입되면서 적용하는 과정이 필요하여 삽입된 규정이므로 그 목적에 부합하는 경우에만 기본법을 회피하는 소급입법이 허용되기 때문이다. 따라서 동서독의 상황적 차이를 근거로 하지 않는 채 소급입법을 통해 재산권을 침해하고 있는 「연금전환법」 제10조 제1항 제2문은 기본법 제143조에 의해 정당화될 수 없다. 특히 「통일조약」에 따라 금액보장이 도입됨으로써 이미 기본법질서 속으로 완벽한 적용이 이루어졌다는 점에서 기본법 제143조는 적용될 수 없다.

특히 연방헌법재판소에 따르면 특정집단을 과도하게 고액인 연금을 수령하는 집단으로 규정하여 그들의 연금을 누적적으로 감액시키는 「연금전환법」 제6조 제2항은 재산권을 침해한다.²⁵⁾ 추가급여제도와 특별급여제도에서 도출되는 청구권과 기대권은 동독 체제에서 획득하여 「통일조약」으로 인정된 것으로 기본법이 보장하는 재산권에 속하기 때문이다. 따라서 평균임금의 140퍼센트를 초과하는 연금을 과도하게 고액인 것으로 규정하는 것은 평균임금과 연금상한액 사이에 있는 근로수입을 고려하지 않은 것으로 재산권을 침해한다. 물론 입법자는 재산권의 내용과 한계를 정할 수 있지만 그것은 공공복리를 위하여 연금이 노동이나 성

23) BVerfGE 100, 1, Rn. 179 참조.

24) BVerfGE 100, 1, Rn. 참조.

25) BVerfGE 100, 59, Rn. 110 참조.

과와 관련이 없어 과도하다고 판단되는 경우에만 허용된다.

다음으로 연방헌법재판소에 따르면 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제6조 제2항의 경우에 「사회보장법」 제6편에 따른 연금을 산정하면서 근로수입이 평균 임금의 140퍼센트를 초과할 때 임금과 근로소득을 평균임금과 최대한도 사이에서 전부 또는 일부를 고려하지 않음으로써 재산권을 제한한다고 한다.²⁶⁾ 이 법률 조항의 입법목적은 공공복리에 기여하기는 한다. 입법자는 임금 또는 근로소득이 근로나 성과와 상관이 없어 과도하게 평가된 경우에 특정한 급여제도에 가입된 사람들의 임금이나 근로소득을 연금을 산정할 때 고려하지 않도록 규정할 수는 있는 것이다. 하지만 이 법률조항은 이러한 공익 목적을 실현하는 데 적합하지 않기 때문에 비례성 원칙에 위배된다. 이 법률조항에 포함된 과도한 평가라는 구성 요건을 좀 더 상세하게 구체화하면서 그것만으로는 과도하게 평가된 임금을 나타내는 징표들로 충분하지 않은 표지들을 사용했기 때문이다. 따라서 오로지 사실상 과도하게 평가된 임금을 지급받았던 사람들만이 감액이 된다는 점을 확보하지 못함으로써 기본법 제14조 제1항 제2문을 침해하였다.²⁷⁾

또한 동독의 국가안보부 및 국가보위청 소속 직원이 가입되어 있던 특별급여 제도와 관련하여 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제7조 제1항(고려될 수 있는 임금의 제한: *Begrenzung des berücksichtigungsfähigen Entgelts*)은 다음과 같이 규정하고 있었다.

1990년 6월 30일까지 국가안보부 및 국가보위청의 급여제도에 가입되어 있는 기간 동안의 규준적인 임금 또는 근로소득은 별표 6에 열거된 각각의 금액을 최고한도로 정해진다. 국가안보부 및 국가보위청의 주요 소속 직원으로 비밀리에 활동한 기간 동안의 임금 또는 근로소득에도 그렇게 비밀리에 활동하는 기간 동안 별표 2 제4호에 따른 특별급여제도에 가입되어 있지 않은 경우에 제1문이 그대로 적용된다. 저임금에 적용되는 최소임금에 관한 사회보장법전 제6편의 규정은 적용되지 않는다(Das während der Zugehörigkeit zu dem Versorgungssystem des ehemaligen Ministeriums für Staatssicherheit/Amtes für Nationale Sicherheit bis zum 30. Juni 1990 maßgebende Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen wird

26) BVerfGE 100, 59, Rn. 111 ff. 참조.

27) BVerfGE 100, 59, Rn. 112 참조.

höchstens bis zu dem jeweiligen Betrag der Anlage 6 zugrunde gelegt. Satz 1 gilt auch für das während einer verdeckten Tätigkeit als hauptberuflicher Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit/Amt für Nationale Sicherheit bezogene Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen, wenn während der Zeit der verdeckten Tätigkeit eine Zugehörigkeit zu dem Sonderversorgungssystem nach Anlage 2 Nr. 4 nicht bestand. Die Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch über Mindestentgeltpunkte bei geringem Arbeitsentgelt sind nicht anzuwenden).

이 규정 중 제1문에 대하여 연방헌법재판소는 관련되는 사람들의 재산권을 침해한다고 설시했다.²⁸⁾ 동독 지역에서 취득한 연금청구권 및 연금기대권은 재산권적 보호를 받는데 그러한 청구권과 기대권을 법적 연금제도로 전환시킨 후에도 완벽한 사회보장적 삶에 따른 “공핍으로부터 해방된 안전(bedürftigkeitsunabhängige Sicherung)”이라는 목적을 실현하는 급여의 안정성은 여전히 견지되어야 하기 때문이라고 한다.²⁹⁾ 그럼에도 불구하고 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제7조 제1항 제1문은 공핍으로부터 해방된 노령연금을 보장하지 못하여 다른 사회적 급여를 필요로 하게 한다고 한다. 국가안보부 및 국가보위청 소속 직원들에 대한 연금을 802마르크로 제한함으로써 공공부조 수준에도 미치지 못하기 때문이다. 또한 과도하게 평가된 근로수입을 법적 연금제도에서 고려하지 않았다는 정당함 목적을 고려한다고 해도 연금을 감액할 때 동독지역의 평균임금에는 미달하지 않을 것이 요구된다고 한다.

(2) 평등권 침해 여부

한편 연방헌법재판소에 따르면 연금청구권과 연금기대권의 내용과 한계를 정하는 입법자는 평등권을 침해해서도 안 된다. 즉 모든 인간을 법 앞에서 평등하게 대우하라는 기본법 제3조 제1항의 평등원칙을 준수해야 한다. 물론 평등은 모든 차등적 대우를 금지하는 것은 아니라고 한다. 여기서 평등은 본질적으로 동일한 대상을 동등하게 대우하고 본질적으로 상이한 대상을 차등적으로 대우하는

28) BVerfGE 100, 138, Rn. 165 ff. 참조.

29) BVerfGE 100, 138, Rn. 166 참조.

것을 의미한다는 것이다. 따라서 입법자가 본질적으로 동일한 대상임에 불구하고 차등적 대우를 하면서도 그것을 정당화할 수 있는 근거가 존재하지 않는다면 평등권 혹은 평등원칙을 침해하게 된다.³⁰⁾

연금전환제도가 동독 체제에서 고액을 수령하던 연금수급권자에게 불리하게 작동하는 것과 관련하여 헌법합치적 해석을 통해 평등권에 합치할 수 있다고 한다.³¹⁾ 서독에서 연금청구권을 가지게 된 사람들과 동독에서 연금청구권을 가지게 된 사람들은 근로영역, 대상범위, 자격요건 등에서 차이가 있다. 특히 서독의 연금수급권들은 상당히 높은 액수의 보험료를 납부했다. 또한 계속해서 소득활동이 가능한 사람들과 비교해서도 평등권 침해는 발생하지 않는다. 따라서 통일 이후에 기존의 연금수급권자에게 유리하게 작동한 금액보장을 1995년 6월 30일로 한정하더라도 평등권을 침해하지 않는다.³²⁾ 하지만 동독 체제에서 고액의 소득을 얻었던 사람들에게 금액보장을 하면서도 장기 또는 영원히 금액의 조정을 해주지 않는다면 이러한 불평등한 대우는 헌법적 문제를 발생시킨다. 편입 과정에서 추가연금이나 특별연금을 받았는지 여부, 연금 최대한도를 초과하는 수입이 있었는지 여부는 반드시 고려되어야 하는 것이다. 이러한 원칙은 금액보장으로 최고금액을 보장받는 사람들이 사회법전 제6편에 따라 보장받을 수 있는 금액보다 더 많은 금액을 받는 경우에도 그대로 적용된다. 따라서 연금액의 조정이 이루어짐으로써 금액보장이 실질가치의 보장으로 이해되는 한에서만 금액보장은 평등원칙에 부합할 수 있다.

하지만 연방헌법재판소에 따르면 「청구권 및 기대권 전환법」(AAÜG) 제6조 제2항은 평등권을 침해한다.³³⁾ 해당 법률조항 및 동조 제3항과 제4항의 내용은 다음과 같다.

- (2) 임금이 별표 8에 따른 각각의 금액 이하와 관련되는 별표 1의 제2호 및 제3호 또는 제19호 내지 제27호 또는 별표 2의 제1호 내지 제3호에 따른 급여제도 가입기간의 경우에 의무가입기간의 기초가 되는 것은 소득으로서 최대 별표 4에 따른 각각의 금액 이하에서 임금이요. 별표 8에 따른 각각의 금액을 초과하는 임금이 관련되는 때에는 제1문의 경우에 의무가입기간의 기초가 되는

30) BVerfGE 87, 1 (36); 92, 53 (68 ff.); 95, 143 (153 ff.); 96, 315 (325) 참조.

31) BVerfGE 100, 1, Rn. 155 ff. 참조.

32) BVerfGE 100, 1, Rn. 161 참조.

33) BVerfGE 100, 59, Rn. 88 ff. 참조.

것은 소득으로서 별표 4에 따른 각각의 금액에 해당하는 임금이 별표 8에 따른 각각의 금액을 초과하는 부분의 두 배가 공제되었을 때 발생하는 금액이 되, 최소한 별표 5에 따른 각각의 금액이며 이 경우에 별표 3에 따른 각각의 금액은 고려될 필요가 없다(Für Zeiten der Zugehörigkeit zu einem Versorgungssystem nach Anlage 1 Nr. 2, 3 oder 19 bis 27 oder Anlage 2 Nr. 1 bis 3, in denen ein Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen bis zu dem jeweiligen Betrag der Anlage 8 bezogen wurde, ist den Pflichtbeitragszeiten als Verdienst das erzielte Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen höchstens bis zu dem jeweiligen Betrag der Anlage 4 zugrunde zu legen. Wurde ein Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen über dem jeweiligen Betrag der Anlage 8 bezogen, ist in den Fällen des Satzes 1 den Pflichtbeitragszeiten als Verdienst der Betrag zugrunde zu legen, der sich ergibt, wenn das Doppelte des den jeweiligen Betrag der Anlage 8 übersteigenden Teils des erzielten Arbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens von dem jeweiligen Betrag der Anlage 4 abgezogen wird, mindestens jedoch der jeweilige Betrag der Anlage 5; hierbei sind die jeweiligen Beträge der Anlage 3 nicht zu berücksichtigen).

- (3) 제2항은 다음의 직책에서 수행한 직무나 활동의 기간에만 적용된다(Absatz 2 gilt auch für Zeiten, in denen eine Beschäftigung oder Tätigkeit als
1. 지배인(Betriebsdirektor, soweit diese Funktion nicht in einem Betrieb ausgeübt wurde, der vor 1972 in dessen Eigentum stand),
 2. 국영기업의 전문관리자(Fachdirektor eines Kombinats auf Leitungsebene oder einer staatlich geleiteten Wirtschaftsorganisation),
 3. 전문직역의 관리자 또는 책임자(Direktor oder Leiter auf dem Gebiet der Kaderarbeit),
 4. 보안책임자 또는 그에 상응하는 직무의 책임자(Sicherheitsbeauftragter oder Inhaber einer entsprechenden Funktion, sofern sich die Tätigkeit nicht auf die technische Überwachung oder die Einhaltung von Vorschriften des Arbeitsschutzes in Betrieben und Einrichtungen des Beitrittsgebiets bezog),
 5. 정당의 주요책임자(hauptamtlicher Parteisekretär),
 6. 교수 또는 강사(Professor oder Dozent in einer Bildungseinrichtung einer Partei oder der Gewerkschaft FDGB),
 7. 법관 또는 검사(Richter oder Staatsanwalt),
 8. 정치기구 또는 정당 내 시, 군, 구 수준의 주요 선거업무책임자(Inhaber

einer hauptamtlichen Wahlfunktion auf der Ebene der Kreise, Städte, Stadtbezirke oder Gemeinden im Staatsapparat oder in einer Partei sowie Inhaber einer oberhalb dieser Ebene im Staatsapparat oder in einer Partei ausgeübten hauptamtlichen oder ehrenamtlichen Berufungs- oder Wahlfunktion ausgeübt wurde).

- (4) 제2항은 별표 2에 열거된 사람들에게는 적용되지 않는다(Absatz 2 ist für die in Anlage 7 genannten Personen nicht anzuwenden).

이 법률조항에 따르면 청구인이 속하는 인적 집단은 연금의 산정에서 단지 연금의 최대한도에 의해서만 감액되는 인적 집단과 비교할 때 불리한 대우를 받는다. 그럼에도 불구하고 이러한 불리한 대우에 정당한 근거를 찾을 수가 없다는 것이 연방헌법재판소의 입장이다.³⁴⁾ 우선 동독에서 고액의 임금을 수령하던 인적 집단에게 완전한 연금보장을 하지 않음으로써 사회보장제도를 지속시키려는 목적은 정당하다. 과도하게 높은 급여의 폐지는 「통일조약」에도 명시되어 있던 것이기 때문이다. 하지만 연금의 최대한도를 정함으로써 고액이거나 과도하게 고액인 연금은 축소되었다. 평균소득의 140퍼센트까지인 경우에는 연금의 축소가 없는 반면에 평균소득의 140퍼센트 초과 160퍼센트 이하인 경우에는 140퍼센트로 축소되었고, 평균소득의 160퍼센트 초과인 경우에는 누적으로 축소되었던 것이다. 이처럼 특정한 급여제도에만 연금의 축소를 적용하는 것은 거기에 가입된 사람들을 오로지 정치적 동기로부터 높은 소득을 올린 것으로 추정하는 것이므로 타당하지 않다.³⁵⁾ 입법자는 집단을 구분하면서 거기에 속하는 사람들의 성과는 전혀 고려하지 않은 채 그들이 단지 정치적 이유로 과도한 고액 연금을 수령한다고 일반화를 하고 있기 때문이다. 더욱이 140퍼센트라는 기준 자체가 실질과 부합하지(sachgerecht) 않는다.³⁶⁾ 입법자는 연금상한액인 평균임금의 180퍼센트를 기준으로 그 중간인 140퍼센트를 임의로 설정한 것이다. 특히 평균소득의 160퍼센트를 초과하면 왜 과도하게 고액인 연금인지를 충분한 근거를 가지고 설명하지 못한 채 누적적 감액을 부과하고 있다. 같은 맥락에서 영역별(bereichsspezifisch) 특별규정인 제6조 제2항뿐만 아니라 업무별(funktionsspezifisch) 특별규정인 제6조

34) BVerfGE 100, 59, Rn. 94 참조.

35) BVerfGE 100, 59, Rn. 105 참조.

36) BVerfGE 100, 59, Rn. 108 참조.

제3항도 평등권을 침해한다.³⁷⁾ 입법자는 오로지 해당 업무가 동독 체제를 유지하는 데 지도자적 업무인 것으로 평가된다는 이유만으로 연금을 감액했기 때문이다. 다시 말해 그러한 업무를 수행하는 사람들의 연금이 과도하게 고액인 이유는 제시하지 못한 것이다.

또한 「사회보장법」 제6편 제307b조는 평등원칙을 침해한다. 연금액을 결정하면서 추가급여제도 및 특별급여제도에 가입된 사람들에게 불리한 대우를 하였기 때문이다. 최종적인 연금확정시점, 월 연금액수의 결정에서 보험가입기간의 고려 및 금액보장과 관련하여 추가급여제도 및 특별급여제도 가입자에게 불리한 차이가 존재하는 것이다.³⁸⁾ 우선 추가급여제도 및 특별급여제도의 연금액수는 잠정적으로 결정되는 반면에(「사회보장법」 제6편 제307b조) 연금보험의 연금액수는 확정적으로 결정된다(동법 제307a조). 이에 따라 최대 연금한도인 600마르크를 초과하는 근로수입은 잠정적으로 연금액수가 확정되는 경우에 불리한 결과를 초래한다. 특히 통째로 연금액수를 확정하는 방식에 따라 고액의 연금을 수령하는 사람에게 상대적으로 더 불리하게 작동한다.³⁹⁾ 또한 추가급여제도 및 특별급여제도에 가입된 기간은 연금액수의 계산에서 모두 빠짐없이 고려되는 반면에 그 밖의 연금에 가입된 기간은 20년만 고려됨으로써 평균수입의 산정에서 후자의 연금에 가입된 사람들에게 유리한 결과를 초래한다.⁴⁰⁾ 마지막으로 새롭게 산정된 연금액수에서 차이가 발생함으로써 추가급여제도 및 특별급여제도에 가입된 사람들은 불리한 대우를 받게 된다. 연금보험의 경우에 연금조정법에 따라 변동된 연금액수가 고려되는 반면에 추가급여제도 및 특별급여제도는 그렇지 못하기 때문이다.

하지만 연금액수가 잠정적으로 확정된다고 해도 최소한 1994년 1월 1일로 소급하여 연금액수가 새롭게 확정되고 그 차액이 사후에 지급된다는 점에서 평등원칙에 위배되지 않는다.⁴¹⁾ 또한 추가급여제도 및 특별급여제도에 가입된 사람들이 다소 불리한 대우를 받는다고 해도 그 사람들은 종래에 다른 연금보험가입자들보다 경제적으로 더 나은 상황에 있었다는 점에서 그러한 불리한 대우는 정당화될 수 있다. 그러나 추가급여제도 및 특별급여제도에 가입된 사람들은 전체

37) BVerfGE 100, 59, Rn. 117 ff. 참조.

38) BVerfGE 100, 104, Rn. 76 참조.

39) BVerfGE 100, 104, Rn. 78 참조.

40) BVerfGE 100, 104, Rn. 79 참조.

41) BVerfGE 100, 104, Rn. 86 참조.

가입기간을 연금산정 기준으로 하는 반면에 추가급여나 특별급여가 없는 연금제도에 가입된 사람들은 20년의 가입기간만을 연금산정 기준으로 삼는다는 점은 평등원칙에 위배된다.⁴²⁾ 우선 추가급여나 특별급여가 없는 연금제도에 가입된 사람들에게 20년의 가입기간만을 연금산정의 기준으로 삼은 것은 400만이 넘는 기존의 동독 연금수급권자가 새롭게 편입되었을 뿐만 아니라 동서독의 연금제도가 각각 기초하고 있는 이념에 차이가 존재하는 데 이유가 있다. 하지만 추가급여제도 및 특별급여제도에 가입된 사람들이 동독 주민들에게 유리한 연금산정 방식에 참여하지 못하게 한 것은 평등원칙에 위배된다. 이 경우에는 경과규정에 따른 일시적인 불이익이 아니라 지속적인 불이익이 발생하기 때문이다. 연금수령시기에 가까운 소득을 연금산정의 기준으로 삼는 것이 상대적으로 유리한 것이다.

한편 연방헌법재판소는 「연금조정법」 제23조 및 「연금조정 행정명령」(RAV) 제6조 제1항과 제8조 제2항이 재산권이나 평등권을 침해하지 않아 헌법에 합치된다고 실시하였다.⁴³⁾ 왜냐하면 1990년 10월 3일부터 1992년 1월 1일에 법적 연금제도로 전환될 때까지 전체 연금금액을 조정하지 않은 입법자의 결정이 비례성 원칙을 위반하여 기본권을 침해한 것은 아니기 때문이라고 한다.⁴⁴⁾ 재산권의 내용과 한계를 결정할 수 있는 입법자가 1992년 1월 1일 전의 추가연금을 헌법이 보장하는 재산권에 포함시킬 것인지 여부는 자유로운 형성의 영역에 속하기 때문이다. 또한 통일조약에 따른 행정입법위임은 구체적 위임을 요구하고 있는 기본법 제80조 제1항을 위반하지 않는다.⁴⁵⁾ 내용적으로도 연금조정에 관한 시행령은 비록 소급입법의 기산점을 1990년 7월 1일로 규정하면서 소급적으로 조정되는 연금의 범위를 이 시행령에 따른 법적 연금으로 제한함으로써 연금금액의 축소가 발생한다고 해도 권리의 박탈은 발생하지 않고 단지 연금금액에 일정한 수정이 가해질 뿐이다. 또한 연금금액의 증액으로 상대적으로 고액의 연금을 수령하던 사람들에게 발생하는 연금의 감소는 공익을 실현하기 위하여 불가피한 조치다. 그리고 비록 입법자가 1992년 1월 1일까지의 경과기간 동안 추가연금제도나 특별연금제도에 가입된 사람들보다 일반 연금제도에 가입된 사람들을 우대했

42) BVerfGE 100, 104, Rn. 89 참조.

43) BVerfGE 100, 1, Rn. 187 참조.

44) BVerfGE 100, 1, Rn. 188 ff. 참조.

45) BVerfGE 100, 1, Rn. 192 참조.

다고 해도 그들 역시 「연금조정법」에 따라 연금액수가 증가하였다. 더욱이 상대적으로 많은 액수의 연금을 받았던 사람들에게 대한 불리한 대우에는 합리적 근거가 존재한다. 상대적으로 적은 액수의 연금을 받았던 사람들에게 대한 보호가 필요하기 때문이고 한다.⁴⁶⁾

2. 평가

(1) 연금청구권 및 연금기대권의 재산권으로서의 성격

연방헌법재판소는 통일 전 동독 체제에서 취득한 연금청구권 및 연금기대권에 대해서 헌법이 보장하는 재산권의 성격을 인정하였다. 1980년 2월 28일 결정⁴⁷⁾ 이후로 취하고 있는 연방헌법재판소의 일관된 입장에 따르면 헌법(기본법)이 적용되는 범위 내에서 취득한 연금청구권 및 연금기대권은 재산권으로 헌법적 보장을 받는데 그 이유는 그러한 법적 지위의 보장이 재산권보장의 과제와 동일한 사회적 기능을 수행하고 헌법이 보장하는 재산권의 필수적 표지를 포함하고 있기 때문이라고 한다. 우선 재산권보장은 재산법의 영역에서 자유영역을 보장함으로써 본인의 삶에 대한 자기책임적 형성을 가능하게 만드는 과제를 수행하는데 현대사회에서 근로수입 및 이와 연계된 노령연금은 역사적으로 재산권적 보장과 밀접하게 연관되어 있는 사적 재산과 마찬가지로 개인의 실존을 보장하므로 연금보험에서 도출되는 권리들은 동일한 재산권적 보장을 받는다는 것이다.⁴⁸⁾ 또한 연금청구권과 연금기대권은 권리주체에게 전속되어 있으며 사적인 이용이 가능하고 처분도 가능할 뿐만 아니라 자신이 납부한 보험료의 범위에서 그 범위를 결정할 수 있다는 점에서 재산권의 본질적 표지를 포함한다는 것이다.

같은 맥락에서 동독 체제에서 추가급여제도 및 특별급여제도에 근거하여 취득한 급여청구권 및 급여기대권도 헌법이 보장하는 재산권의 성격을 가진다고 한다.⁴⁹⁾ 기본법의 효력은 통일 이전에 동독 지역에 미치지 않고 통일 이후에도 동독 지역에 소급적으로 발생하지 않아 동독 체제에서 취득한 연금청구권과 연금

46) BVerfGE 100, 1, Rn. 200 참조.

47) BVerfGE 53, 257 (289 ff.) 참조.

48) BVerfGE 100, 1, Rn. 122 참조.

49) BVerfGE 100, 1, Rn. 123 참조.

기대권은 기본법에 의한 재산권보장을 받지 않지만 통일조약을 통해 인정받음으로써 재산적 가치가 있는 다른 법적 지위와 마찬가지로 재산권의 보호영역 안으로 들어오게 되었다는 것이다.⁵⁰⁾

한국의 경우에도 남북통일이 이루어진다면 통일 전에 북한 체제에서 취득한 다양한 연금청구권과 연금기대권이 존재할 수 있다. 통일 전 서독의 기본법과 달리 대한민국헌법은 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 규정하고 있으므로(헌법 제3조) 그 효력이 북한지역에도 미친다. 따라서 북한은 대한민국헌법에 따르면 반국가단체이고, 이러한 반국가단체 체제에서 취득한 다양한 연금청구권과 연금기대권은 통일 후 통일된 연금제도에 편입되더라도 그대로 법적 효력을 인정받을 수는 없다. 따라서 독일과 유사한 형태의 통일조약의 제정이 필요하고, 여기에 북한 체제에서 취득한 연금청구권과 연금기대권의 법적 효력이 통일 후에도 그대로 인정된다는 조항을 삽입할 필요가 있다. 그렇게 되면 북한 체제에서 취득한 연금청구권과 연금기대권도 흡수통일을 전제로 했을 때 통일된 한국의 헌법에서 보장하는 재산권의 보호영역에 포함될 수 있을 것이다.

(2) 연금청구권 및 연금기대권에 대한 제한

사회주의 체제였던 동독은 자신의 체제에 부합하는 연금제도를 설계할 수밖에 없었을 것이다. 이에 따라 사회주의 체제의 유지를 위하여 체제 유지에 필수적인 특정집단에 유리하게 그들의 연금액이 과도하게 높게 책정되는 방향으로 연금제도를 설계했을 수 있다. 이에 따라 동독 체제의 연금제도를 통일된 독일의 연금제도 안으로 편입시키는 과정에서 일정한 조정이 가해질 수밖에 없었다. 이 과정에서 연금청구권이나 연금기대권이 헌법적 재산권보장의 보호영역에 포함되는 이상 공익적 목적을 위한 재산권제한에서 요구되는 비례성원칙이 준수되어야 했다. 따라서 연방헌법재판소는 연금제도의 편입과정에서 불가피하게 요구되는 조정의 필요성 때문에 동독 체제에서 취득한 연금청구권이나 연금기대권에 대한 제한이 필요하다고 해도 비례성원칙의 준수 여부에 따라 그러한 조정을 위한 입법의 합헌성 여부를 달리 판단했다.

한국의 통일 과정에서도 북한 체제에서 취득한 연금청구권이나 연금기대권의

50) BVerfGE 100, 1, Rn. 124 참조.

조정이 불가피할 수 있으나 그러한 권리들이 통일된 한국의 헌법(흡수통일의 경우에 대한민국헌법)이 보장하는 재산권의 보호영역에 편입될 수밖에 없으므로 재산권제한에서 요구되는 비례성원칙이 준수되어야 한다. 예컨대 북한 체제에서 취득한 연금청구권이나 연금기대권의 구체적인 연금액수를 산정하면서 최대한도를 설정한다든지 연금액수의 산정에서 핵심적 기준이 되는 매년 혹은 매월 북한에서 벌어들인 소득을 계산할 때 그 대상기간에 차이를 두면 재산권에 대한 제한이 발생하게 된다. 이 경우에 비례성원칙, 특히 재산권을 포함한 자유권에 적용되는 과잉금지원칙에 따라 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 각각 적용하여 연금청구권이나 연금기대권에 대한 제한이 헌법적으로 허용되는 범위 내에 있는지 여부를 심사해야 한다.⁵¹⁾

(3) 연금청구권 및 연금기대권과 평등원칙

동독 체제에서 취득한 연금청구권과 연금기대권은 통일된 독일의 연금제도 안으로 편입되면서 일정한 조정이 필요했다. 하지만 이러한 편입과정에서 헌법이 요구하는 평등원칙이 준수될 필요가 있었다. 독일 연방헌법재판소는 동독 체제에서 취득한 연금청구권과 연금기대권이 편입되는 과정에서 불가피하게 요구되는 조정의 필요성에도 불구하고 특정한 집단 혹은 특정한 연금제도에 가입된 사람들을 불평등하게 대우하는 경우에 합리적 이유가 없다면 헌법이 요구하는 평등원칙에 위배된다고 판시했다. 연방헌법재판소에 따르면 평등권에 근거하여 입법자에 대해서 모든 차별행위(Differenzierung)는 금지된다.⁵²⁾ 비교대상인 두 개의 집단들에 대한 불평등한 대우(Ungleiche Behandlung)를 정당화할 수 있을 정도의 그러한 유형과 비중에 가진 차이(Unterschied)가 두 집단들 사이에 존재하지 않음에도 불구하고 하나의 집단을 다른 집단과 비교하여 달리 대우하는 것은 평등권을 침해하게 된다는 것이 연방헌법재판소의 일관된 입장이기 때문이다.⁵³⁾ 연금제도 통합과 같이 대규모의 집단이 관련되는 현상을 규율하는 경우에 일반

51) 재산권의 제한과 관련된 비례성원칙의 적용에 대해서는 이준일, 재산권에 관한 법이론적 이해—규칙/원칙 모델(rule/principle model)을 중심으로, <공법학연구>(한국비교공법학회), 제7권 제2호(2006), 209면 이하 참조.

52) BVerfGE 100, 59, Rn. 89 참조.

53) BVerfGE 87, 1 (36); 92, 53 (68 ff.); 95, 143 (153 ff.); 96, 315 (325 ff.) 참조.

화(generalisierend), 유형화(typisierend), 통합화(pauschalierend)하는 방식의 규율이 필요하지만 이와 관련된 엄격성 때문에 일반적 평등원칙에 위배될 수 없고, 이러한 엄격성은 단지 곤란한 사정이 있는 경우에만 회피할 수 있으므로⁵⁴⁾ 비교적 소수의 집단이 관련되어 있고 평등권에 대한 침해의 정도가 매우 심각하지 않는 경우에만 허용된다는 것이 연방헌법재판소의 입장인 것이다.⁵⁵⁾ 연방헌법재판소에 따르면 ‘유형화’는 “본질적 요소에서 동일한 유형에 속하는 생활관계들 (Lebenssachverhalte)을 규범적으로 종합하는 것”을 의미한다.⁵⁶⁾ 그리고 사실상 존재하는 특수성은 ‘일반화’ 과정에서 무시될 수 있으며 행정적 단순화의 목적으로 일정 범위에서 상향하거나 하향하는 방식으로 ‘통합화’하는 과정에서 유리한 대우(Begünstigungen)나 불리한 대우(Belastungen)가 결정될 수 있다고 한다. 다만 유형화를 통한 집단의 구별은 사실적인 연관점이 규범목적 속에 존재하는 경우에만 가능하고, 그러한 유형화와 관련된 엄격성이 특별히 크지 않고 곤란한 사정이 있어야만 회피될 수 있는 경우에만 허용된다는 것이다.⁵⁷⁾

통일된 대한민국의 경우에도 북한 체제에서 취득한 연금청구권과 연금기대권을 기존의 남한 연금제도에 편입하는 과정에서 일정한 조정이 필요할 수밖에 없다. 특정한 집단이나 특정한 연금제도에 가입된 사람들의 연금액이 과도하게 높게 산정되어 있을 수 있기 때문이다. 원칙적으로 연금액은 임금이나 근로소득과 연계되어 책정된 보험료에 따라 산정되어야 하는데 북한의 체제를 유지하기 위하여 특정한 집단이나 특정한 연금제도에 가입된 사람들에게 임금이나 근로소득과 관련 없이 일정한 특혜를 주는 연금제도가 설계되었을 수 있는 것이다.

헌법에 요구하는 평등은 상대적 평등으로 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 대우할 것을 요구한다.⁵⁸⁾ 본질적으로 동일한 대상은 동등

54) BVerfGE 84, 348 (360); 87, 234 (255 ff.) 참조.

55) BVerfGE 63, 119 (128); 84, 348 (360) 참조.

56) BVerfGE 111, 115, Rn. 64 참조.

57) BVerfGE 111, 115, Rn. 64 참조.

58) 평등원칙과 관련된 최근의 문헌으로 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호(2008), 201면 이하; 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 모형, 세계헌법연구 제19권 제2호(2013), 173면 이하; 김해원, 평등권'인가 '평등원칙'인가, 헌법학연구 제19권 제1호(2013), 223면 이하; 김해원, 일반적 평등원칙의 심사구조와 심사강도, 공법학연구 제14권 제2호(2013), 175면 이하; 박진완, 불평등대우의 헌법적 정당화심사기준으로서 일반적 평등원칙: 독일의 경우를 참조해서, 세계헌법연구 제15권 제3호(2009), 201면 이하; 이부하, 헌법상 평등원칙에 대한 심사기준, 경상대 법학연구 제19권 제2호(2011), 263면 이하; 이준일, 평등원칙, 안암법학 제8호(1998), 1면 이하; 이준일, 법적 평등과 사실적 평등-‘제대군인 가산점 제도’에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -, 안암법학 제12호

하게 대우하고, 본질적으로 상이한 대상은 차등적으로 대우해야 하는 것이다. 따라서 만약 본질적으로 동일한 대상을 차등적으로 대우하거나 본질적으로 상이한 대상을 동등하게 대우하는 경우에는 합리적 근거가 제시되어야 하고, 합리적 근거가 제시되지 못하면 평등원칙을 위배하여 헌법에 위배되는 것이다. 통일 후 북한 체제의 연금제도를 편입시키는 과정에서 연금의 재산성이 불가피한데 그 과정에서도 평등원칙은 반드시 준수되어야 한다. 따라서 특정집단 또는 특정직무에 종사하는 사람들만이 가입할 수 있는 연금제도의 경우에 종래에 연금액이 과도하게 높게 책정되어 있다고 하더라도 이것을 조정하는 과정에서 이 사람들에게 합리적 근거 없이 불리하게 작동하는 연금 재산성은 헌법의 평등원칙에 위배될 수 있다.

(4) 경과규정

독일의 통일 과정은 「국가조약」과 「통일조약」의 체결을 거쳐 완성되었다. 하지만 만 마침내 1990년 10월 3일 통일이 완성된 후에도 「통일조약」에서 합의된 연금제도 통합이 1992년 1월 1일에야 비로소 실현될 때까지는 일정한 기간이 필요했다. 따라서 통일 이후 연금제도 통합까지를 잠정적으로 규율하는 경과규정의 도입은 불가피했다. 이러한 경과규정의 필요성에도 불구하고 연방헌법재판소에 따르면 경과규정 역시 헌법이 보장하는 재산권이나 평등권과 같은 기본권을 침해할 수 없다는 점은 마찬가지다.

한국의 경우에도 어떤 식으로 통일이 이루어질지 불확실하지만 만약 독일과 같이 「국가조약」이나 「통일조약」을 체결하는 형태로 흡수통일이 이루어지더라도 연금제도의 통합을 위해서는 일정한 기간이 필요할 것이고, 이 기간을 규율하는 경과규정의 도입이 요구될 것이다. 하지만 구제도와 신제도의 완벽한 결합이라는 공익적 목적을 위하여 불가피하게 요구되는 경과규정이라고 하더라도 헌법이 보장하는 기본권을 침해할 수 없다. 무엇보다도 연금제도와 불가분의 관계를 맺고 있는 재산권이나 평등권을 침해하는 내용이 경과규정에 포함될 수는 없다.

(2001), 1면 이하; 이준일, 소수자(minority)와 평등원칙, 헌법학연구 제8권 제4호(2002), 219면 이하; 이준일, 헌법재판의 법적 성격 - 헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로, 헌법학연구 제12권 제2호(2006), 313면 이하; 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호(2012), 333면 이하 참조.

참 고 문 헌

○ 논 문

- 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호(2008).
- 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 모형, 세계헌법연구 제19권 제2호(2013).
- 김해원, ‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가, 헌법학연구 제19권 제1호(2013).
- 김해원, 일반적 평등원칙의 심사구조와 심사강도, 공법학연구 제14권 제2호(2013).
- 박진완, 불평등대우의 헌법적 정당화심사기준으로서 일반적 평등원칙: 독일의 경우를 참조해서, 세계헌법연구 제15권 제3호(2009).
- 윤영미, 재산권 보장과 헌법재판소의 역할, 헌법학연구 제21권 제3호(2015).
- 이부하, 헌법상 평등원칙에 대한 심사기준, 경상대 법학연구 제19권 제2호(2011).
- 이부하, 헌법상 경제질서와 재산권보장, 공법학연구 제7권 제3호(2006).
- 이준일, 평등원칙, 안암법학 제8호(1998).
- 이준일, 법적 평등과 사실적 평등 - ‘제대군인 가산점 제도’에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로 -, 안암법학 제12호(2001).
- 이준일, 소수자(minority)와 평등원칙, 헌법학연구 제8권 제4호(2002).
- 이준일, 헌법재판의 법적 성격 - 헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로, 헌법학연구 제12권 제2호(2006).
- 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호(2012).
- 이준일, 복지국가와 복지수급권의 보장: 신뢰보호원칙과 재산권보장을 중심으로, 헌법학연구 제20권 제1호(2014).
- 정극원, 재산권보장에 있어서 기본권이론의 적용, 헌법학연구 제13권 제4호(2007).
- 차진아, 재산권 보장의 상대화와 입법자의 역할 - 헌법 제23조 제1항의 해석에 관한 시론 -, 고려법학 제76호(2015).
- 표명환, 헌법상 재산권의 내용규정과 헌법재판소의 보장 범리에 관한 고찰 - 입법자의 역할과 헌법재판소의 통제를 중심으로, 한국법학회 법학연구 제46권(2012).

손실보상 및 조정급부법에 대한 헌법소원

(BVerfGE 102, 254-346. 2000. 11. 22.)

홍강훈*

I. 관련 규정 및 대상 규정의 소개와 배경

1. 관련 규정의 소개

독일의 통일과정에서는 동·서독 양국 모두가, 그리고 동독이 서독으로 편입된 후에는 통일된 독일이, 새로이 편입된 지역¹⁾에서 자행된 국가적 불법을 보상해줄 과제를 우선적으로 부담하게 되었다. 1990년 6월 15일의 『미확정재산문제의 규율을 위한 독일연방공화국(서독) 정부와 독일민주공화국(동독-DDR) 정부 간의 공동선언』(이하 공동선언[GemErkl]이라 칭함²⁾)에는 이미 그에 관한 본질적인 계산(概算)가치(Eckwerte)가 포함되어 있다. 공동선언(GemErkl) 제3번에는 동독의 책임 하에 수용된 고정재산(Grundvermögen)은 원칙적으로 다시 반환되어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 사안의 성질상 반환이 불가능하거나 제3자가 부동산을 정당하게 획득한 경우에는 원소유자는 원상회복대신 금전적 손실보상을 받아야만 한다. 반면에 1945년부터 1949년 사이의 점령시대의 법과 점령통치권³⁾에 근거한 수용은 취소될 수 없다.⁴⁾ 공동선언(GemErkl) 제1번⁵⁾에 따르면 구 소련정부

* 단국대학교 법과대학 교수.

1) 구 동독지역을 말함.

2) Gemeinsame Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen Vom 15. Juni 1990, BGBl. II S. 1237.

3) 제2차 세계대전에서 나치독일이 패망한 후 구 동독지역에서 주둔한 구 소련이 행사했던 신탁통치권을 말한다. 구 서독지역은 마찬가지로 미국·영국·프랑스가 분할 점령하여 신탁통치를 행했다. 이러한 분할 점령에 의한 신탁통치는 이후 한국과 똑같이 독일이 그 상태 그대로 동·서독의 분단국가로 고착되게 된 결정적 계기가 된다.

4) 즉, 수용목적물의 반환을 통한 원상회복을 인정하지 않겠다는 것이다.

5) 1990년 동·서독정부간 공동선언(GemErkl)

와 동독정부는 그 당시 행한 조치를 변경할 수 있는 가능성이 없다. 서독정부는 이를 “역사적 발전의 관점(im Hinblick auf die historische Entwicklung)”에서 인식하고 동시에 다음과 같이 자신의 견해를 표명했다. 즉, 국가적 보상급부에 대한 최종적 판단은 미래 통일독일의 의회에 유보되어야 한다는 것이다. 이러한 공동선언은 1990년 8월 31일의 「독일통일 실현에 관한 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독) 간의 조약」(이하 통일조약[EV]이라 칭함)⁶⁾의 부칙 III에 편입되었다(「통일조약」 제41조 제1항).⁷⁾

이러한 공동선언의 개산(概算)가치(Eckwerte)는 원래 구 동독의 법률로서 발효되어 1990년 10월 3일⁸⁾ 이래 통일독일의 연방법률로서 계속 유효한 1990년 9월 23일의 「미확정재산문제의 규율을 위한 법률」(이하 재산법[VermG]이라 칭함)⁹⁾에 우선 이식되었다(「통일조약」 부칙 II. III장. B. I절. 제5번). 「재산법」(VermG)에 따르면 2차 세계대전의 패망으로 독일이 분단된 후 동독의 새로운 재건에 따라 동독지역에서 이루어진 법치국가에 반하는 재산권박탈은 취소(원상회복)된다는 것이 원칙이다(「재산법」 제1조 제1-3항).¹⁰⁾ 이러한 원칙은 나치박해에 근거한 재산권손실의 복구에도 적용된다. 그러한 원칙은 공동선언(GemErkl)에서는 언급되어 있지 않지만 「재산법」(VermG)에 규정되어 있다(「재산법」 제1조 제6항). 만약 사안의 성질상 목적물의 반환이 불가능하다면, 예를 들어 어떠한 부동산 혹은 건물이 주상복합건물로 사용되기 때문에(「재산법」 제4조 제1항, 제5항) 또는 만약 자연인, 종교단체 혹은 공익재단이 1945년 5월 8일¹¹⁾ 이후 정당한 방법으로 재산적 가치 있는 소유물 혹은 물권적 사용권을 획득한 경우(「재산법」 제4조 제2, 3항), 예외적으로 목적물의 반환(원상회복)은 배제된다. 소련점령시대의 법 또는

1. “1945년부터 1949년까지 점령시법 및 점령통치권에 근거한 수용은 더 이상 취소될 수 없다. 소련정부와 동독정부는 그 당시 행한 조치를 변경할 가능성이 없다. 서독정부는 이것을 역사적 발전의 관점에서 인식한다. 이는 국가적 조정급부에 대한 최종적인 판단은 미래의 통일된 의회에 유보되어야만 한다는 견해이다.”

6) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag-EV), BGBl. II S. 889.

7) Vgl. BVerfGE 102, 255 f.

8) 1990년의 통일조약(EV)에 따른 독일통일의 날(Tag der Deutschen Einheit). 공식적으로 독일통일의 기점이 되는 날이다.

9) Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen(Vermögensgesetz-VermG), BGBl. II S. 1159.

10) 재산권 박탈이 취소된다는 것은 그 재산권을 다시 반환하여 원소유자에게 원상회복시키는 것이 원칙이라는 뜻이다.

11) 나치독일의 제2차 세계대전 패전일.

소련점령통치권에 근거한 수용은 「재산법」(VermG) 제1조 제8항 a호에 따라 본 법의 적용영역에 포함되지 않는다. 한편, 「재산법」(VermG) 제8조에 따라 목적물의 반환을 통한 원상회복 대신에 금전에 의한 손실보상이 선택될 수 있다.¹²⁾

2. 헌법소원의 대상법률

본 헌법소원의 대상법률인 1994년 9월 27일의 「미확정재산문제의 규율을 위한 법에 따른 손실보상과 점령시법 혹은 점령통치권에 근거한 수용을 위한 국가적 조정급부에 관한 법」(이하 「손실보상 및 조정급부법」[EALG]이라 칭함)¹³⁾은 구 동독지역의 손실보상등에 관련된 여러 개별 법률의 통합법이다. 이 법은 제1조에 「미확정재산문제의 규율을 위한 법에 따른 손실보상에 관한 법률」(이하 「손실보상법」[EntschG]이라 칭함),¹⁴⁾ 제2조에 「더 이상 취소(원상회복)될 수 없는 점령시법 혹은 점령통치권에 근거한 수용을 위한 국가적 조정급부에 관한 법」(이하 「조정급부법」[AusglLeistG]이라 칭함),¹⁵⁾ 제3조에 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG)¹⁶⁾ 등을 명시하고, 제13조 제2문에서 이들 법률들이 모두 1994년 12월 1일 발효됨을 통합하여 규정하고 있다.¹⁷⁾

(1) 손실보상법의 내용

「손실보상법」(EntschG)은 구 동독지역에서 동독정부의 책임으로 자행된 재산상 손실 중 원상회복이 성질상 배제되거나 또는 청구권자가 금전적 손실보상을 선택한 경우에 그 손실보상을 규율하는 법이다(「손실보상법」 제1조 제1항). 손실보

12) Vgl. BVerfGE 102, 256 f.

13) Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen und über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage (Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz-EALG), BGBl. I S. 2624; 1995 I S. 110.

14) Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen(Entschädigungsgesetz-EntschG), BGBl. I S. 1658.

15) Gesetz über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können(Ausgleichsleistungsgesetz-AusglLeistG), BGBl. I S. 1665.

16) NS-Verfolgtenentschädigungsgesetz(NS-VEntschG), BGBl. I S. 1671.

17) Vgl. BVerfGE 102, 257.

상의 크기는 「손실보상법」 제2조의 계산기준액(Bemessungsgrundlage)에 따라 정해진다. 고정자산(Grundvermögen), 농·임업용재산 및 기업재산을 위한 계산기준액의 세목은 손실보상법 제3조, 제4조에 규정되어 있다. 「손실보상법」 제3조 제4항에 따른 개별적인 경우에 따른 책임, 「손실보상법」 제6조에 따라 인수된 반대급부(Gegenleistung) 혹은 손실보상, 그리고 손실보상법 제7조에 따라 순차적으로 분류된 감축액은 다시 감액된다.¹⁸⁾

표준가격(Einheitswert)¹⁹⁾이 존재하는 경우에 계산기준액(Bemessungsgrundlage)은 박탈당한 재산가치의 손실 전에 최종 확정된 표준가격에서부터 출발하며, 그러한 계산기준액은 각각의 재산종류에 따라 상이하게 매겨진 배수(Multiplikator)를 통하여 표준가격이 배가되는(vervielfältigt) 방법으로 산출된다(「손실보상법」 제3조 제1항 제1문, 제4조 제1항 제1문). 동시에 계산기준액은 편입시점(통일시점)인 1990년 10월 3일 당시의 각각의 재산목적물의 전체 시장가격에 맞추어져야 한다. 「손실보상법」 제7조에 따른 계산기준액의 감액은 단계별로 이루어진다. 10,000마르크 이상 20,000마르크 이하의 금액의 경우 30% 감액에서 시작해서, 100,000마르크 이상 500,000마르크 이하의 금액의 경우에는 80% 감액에 이르고, 3백만 마르크 이상의 금액의 경우에는 95% 감축으로 끝난다. 「부담조정법」(Lastenausgleichsgesetz)²⁰⁾에 따라 보상될 수 있는 재산손실에 대해 청구권자 또는 그의 포괄적권리전임자(Gesamtrechtsvorgänger) 즉, 원소유자가 받은 주된 손실보상(Hauptentschädigung)은 「손실보상법」 제7조에 따라 감축된 계산기준액으로부터 다시 감액되어야만 한다(「손실보상법」 제8조). 남아있는 손실보상청구권은 「손실보상법」 제1조 제1항 제2~4문에 따라 양도 가능한 채권배당을 통해 충족된다. 그 채권은 2004년부터 5년간 매년 균등하게 지불되어 말소되고 6%의 연이자가 지급된다.²¹⁾

「손실보상법」 제9조에 따라 손실보상금은 연방의 권리능력 없는 특별자금(nicht rechtsfähige Sondervermögen)으로서의 소위 손실보상기금(Entschädigungsfonds)으로부터 지급된다. 손실보상기금의 수입은 「손실보상법」 제10조가 규정하고 있다. 그리고 손실보상기금은 「손실보상법」 제10조 제1항 제1문 제13호에 따라 2004년

18) Vgl. BVerfGE 102, 258.

19) 우리나라의 공시지가와 유사한 개념이다.

20) Gesetz über den Lastenausgleich (Lastenausgleichsgesetz—LAG), BGBl. I S. 845; 1995 I S. 248.

21) Vgl. BVerfGE 102, 258 f.

1월 1일부터 연방예산의 보조금으로 존재한다.²²⁾

아래 ‘VI. 결정이유 요약’에서 직접 언급되는 중요한 「손실보상법」의 원문규정은 다음과 같다:

【손실보상법(Entschädigungsgesetz-EntschG)】

제1조 (손실보상의 원칙들)

- (1) 미확정재산문제의 규율을 위한 법률(재산법[VermG])에 따라 원상회복(Rückgabe)이 배제되거나(재산법 제4조 제1항, 제2항, 제6조 제1항 제1문) 혹은 청구권자가 손실보상을 선택한 경우(재산법 제6조 제7항, 제8조 제1항), 손실보상청구권이 존재한다. 그러한 손실보상청구권은 손실보상기금(재산법 제9조)의 양도 가능한 채권의 배당을 통해 충족된다. 그 채권은 1,000마르크 또는 그 몇 배의 액면가액이 기재되어 있고 2004년 1월 1일부터 매년 6%의 연 이자가 지급된다. 그 이자는 2005년 1월 1일부터 매년 만기가 도래한다. 그 채권은 2004년 1월 1일의 최초의 추첨을 통해 2004년부터 5년간 균등하게 매년 지불되어 말소된다.

제3조 (고정자산 및 농·임업재산을 위한 손실보상의 계산기준액)

- (1) 건물소유권을 포함한 고정자산 및 농·임업재산을 위한 손실보상의 계산기준액은 손실 이전에 최종적으로 확정된 표준가격의
1. 농·임업 용지의 경우 3배
 2. 2가구 이상의 임대부동산의 경우 4.8배
 3. 50% 이상을 주거용으로 사용하는 주상복합부동산의 경우 6.4배
 4. 상업용부동산, 2가구의 임대부동산, 3호에 해당하지 않는 주상복합부동산, 1가구주택, 특별히 건축된 부동산의 경우 7배
 5. 건물이 없는 대지의 경우 20배이다.

제7조 (감축액)

- (1) 계산기준액으로부터 어떠한 청구권자의 몫이 된 액수 그리고 본법 제3조 제4항, 제4조 제4항 및 제6조에 따른 감축액이 10,000마르크를 초과하는 경우 손실보상은 각각 다음의 액으로 감축된다:
- 10,000마르크부터 20,000마르크까지의 금액에 대해서는 30%
 - 20,000마르크부터 30,000마르크까지의 금액에 대해서는 40%

22) Vgl. BVerfGE 102, 259.

- 30,000마르크부터 40,000마르크까지의 금액에 대해서는 50%
- 40,000마르크부터 50,000마르크까지의 금액에 대해서는 60%
- 50,000마르크부터 100,000마르크까지의 금액에 대해서는 70%
- 100,000마르크부터 500,000마르크까지의 금액에 대해서는 80%
- 500,000마르크부터 1,000,000마르크까지의 금액에 대해서는 85%
- 1,000,000마르크부터 3,000,000마르크까지의 금액에 대해서는 90%
- 3,000,000마르크 초과 금액에 대해서는 95%

(2) 조정급부법(Ausgleichsleistungsgesetz-AusglLeistG)의 내용

「조정급부법」(AusglLeistG)은 1945년부터 1949년까지의 소련점령영역에서 점령시법 혹은 점령통치권에 근거하여 자행된, 보상없이 이루어진 수용에 대한 재산상 손실의 보상을 규율한다(「조정급부법」 제1조 제1항 제1문). 본법은 1990년 공동선언(GemErkl) 제1번 제4문의 유보에 따라 1994년에 제정된 것이다.²³⁾ 오직 자연인에게만 허용된 손실보상을 위한 「조정급부법」 고유의 계산기준액(Bemessungsgrundlage)에 대해서는 「조정급부법」에 규정이 없다. 이는 「조정급부법」 제2조에서 「손실보상법」(EntschG)의 해당규정을 준용하도록 규정하고 있다. 조정급부법 제3조, 제4조는 특정인적집단이 유리하게 구 동독지역의 농·임업용지를 획득할 수 있는 가능성을 보장해주는 소위 용지획득프로그램(Flächenerwerbsprogramm)에 대해 규정하고 있다. 또한 「조정급부법」 제5조는 동산(bewegliche Sache)의 반환과 특히, 공개된 전시를 위한 문화재인 경우 공익목적 혹은 연구목적에 위한 공적 용익권에 관해 규정하고 있다.²⁴⁾

아래 ‘VI. 결정이유 요약’에서 직접 언급되는 중요한 「조정급부법」의 원문규정은 다음과 같다:

【조정급부법(Ausgleichsleistungsgesetz-AusglLeistG)】

제5조 (동산의 반환)

(2) 특정문화재의 공개를 위한 전시를 위해서 20년간은 무료로 공익 혹은 연

23) 공동선언(GemErkl) 제1번에 대해서는 위 각주 7) 참조.

24) Vgl. BVerfGE 102, 263.

구의 사용목적을 위하여 증정되어야 한다(무상의 공적용익권). 그 무상 용익권자는 적당한 비용을 주고 용익권의 계속을 요구할 수 있다...

(3) 나치피해자손실보상법(NS-Verfolgtenentschädigungsgesetz-[NS-VEntschG])의 내용

「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG)은 나치의 박해로 인하여 오늘날 편입된 지역(구 동독지역)에서 자행된 재산상 손실을 위한 금전적 보상을 규율한다. 그 보상은 원상회복을 통한 보상이 배제되거나 청구권자가 금전적 보상을 선택한 경우이어야 한다(「나치피해자손실보상법」 제1조 제1항). 금전적 손실보상의 크기는 「나치피해자손실보상법」 제2조 제1문에 따라 원칙적으로 1957년 7월 19일의 「독일 제국²⁵⁾ 및 대등한 주체의 반환법상의 금전책임의 규율을 위한 연방법」(이하 「연방반환법」[BRüG]이라 칭함)²⁶⁾의 규정에 따른다. 그러나 표준가격(Einheitswert)이 확정되어 있는 재산목적물의 경우에는 이와는 달리 손실 전에 최종 확정된 표준가격의 4배로 금전적 손실보상의 크기가 결정된다(「나치피해자손실보상법」 제2조 제2문). 장기간의 책임은 「나치피해자손실보상법」 제2조 제3문에 따라 계산 기준액(Bemessungsgrundlage)으로부터 제한적으로 감액된다. 반면에 이미 지급받은 부담조정액(Lastenausgleich)은 여기에 산정되어야만 한다(「손실보상법」 제8조와의 관련 하에 「나치피해자손실보상법」 제3조 제1문). 손실보상액의 단계적 감축에 대해서는 「나치피해자손실보상법」에 규정이 없다. 손실보상액의 만기는 연기될 수 없다.²⁷⁾

아래 ‘VI. 결정이유 요약’에서 직접 언급되는 중요한 「나치피해자손실보상법」의 원문규정은 다음과 같다:

【나치피해자손실보상법(NS-VEntschG)】

제2조 (손실보상의 크기)

손실보상에는 연방반환법(BRüG)의 제16조 제2항 제2문을 제외하고, 제16조

25) 히틀러에 의해 출범한 나치독일의 제3제국을 말함.

26) Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger(Bundesrückerstattungsgesetz-BRüG), BGBl. I S. 734.

27) Vgl. BVerfGE 102, 268 f.

내지 제26조가 적용된다. 표준가격이 확정된 재산목적물의 경우에 손실보상의 크기는 손실 이전에 확정된 표준가격의 4배로 결정된다....

II. 사건 개요

2000년 11월 22일 연방헌법재판소 제1부는 「손실보상 및 조정급부법」(EALG) 제1조(「손실보상법」-EntschG), 제2조(「조정급부법」-AusglLeistG), 제3조(「나치피해자손실보상법」-NS-VEntschG)에서 명시하고 있는 세 개의 법률의 개별조항 대해 진행되어오던 5개의 헌법소원을 병합하여 결정을 내렸다. 즉, ① 1 BvR 2307/94 사건은 「손실보상법」(EntschG) 제1조 제1항 제1문, 제3조, 제4조, 제7조 제1항, 제8조와 「조정급부법」(AusglLeistG) 제2조에 대한 헌법소원. ② 1 BvR 1120/95 사건은 「나치박해자손실보상법」(NS-VEntschG) 제2조에 대한 헌법소원. ③ 1 BvR 1408/95 사건은 「손실보상법」(EntschG) 제1조 제1항, 제3조, 제4조, 제7조, 제8조와 관련된 「조정급부법」(AusglLeistG) 제1조, 제2조와 「조정급부법」 제3조, 제5조 그리고 「손실보상법」(EntschG) 제8조와 관련된 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG) 제3조에 대한 헌법소원. ④ 1 BvR 2460/95 사건은 「조정급부법」 제2조 제1항 제1문에 대한 헌법소원. ⑤ 1 BvR 2471/95 사건은 「조정급부법」 제1조 제1항 제1문에 대한 헌법소원이다.²⁸⁾ 이들 다섯 개의 헌법소원을 병합한 것이 본 결정의 사안인 것이다. 그 중에서 ⑤ 1 BvR 2471/95 헌법소원사건은 헌법소원 제소기간을 어겼다는 이유로 부적법각하결정을 하였고 그 외의 나머지 4개의 헌법소원사건들은 (① 1 BvR 2307/94, ② 1 BvR 1120/95, ③ 1 BvR 1408/95, ④ 1 BvR 2460/95) 기각하였다.

본 사안의 헌법소원청구권자들은 오늘날 편입된 지역(구 동독지역)에서 나치박해에 근거하여, 소련점령군의 책임에 의하여, 또는 독일민주공화국(DDR) 즉, 동독의 책임에 의해 재산상 손실을 당한 자연인과 법인의 본인 또는 전권리자(Rechtsvorgänger)²⁹⁾들이다.³⁰⁾

예를 들어 ① 1 BvR 2307/94 사건의 다섯 명의 헌법소원심판청구인 중 첫 번

28) Vgl. BVerfGE 102, 254 f.

29) 원소유권자를 말함.

30) Vgl. BVerfGE 102, 269.

째 헌법소원심판청구인은 빌라소유권자의 권리승계인(Rechtsnachfolger)으로서 1978년 31,900 동독마르크(Mark/DDR)로 표준가격(Einheitswert)이 확정된 자이다. 빌라의 원소유권자는 동독으로부터 서독으로의 출국허가를 얻기 위해 어쩔 수 없이 자신의 빌라를 25,000 동독마르크(Mark/DDR)에 팔았다. 그 빌라의 구매자는 독일이 통일된 후인 1992년에 다시 그 빌라를 745,000 마르크(DM)에 다른 사람에게 재 매각했다. 빌라 원소유권자의 권리승계인(상속인)이 독일통일 이후에 신청한 빌라에 대한 원상회복청구는 「재산법」(VermG) 제4조 제2항³¹⁾에 따라 정당한 취득을 이유로 거절되었다. 그러자 그 권리승계인이 헌법소원을 청구한 사건이다. 그 외의 헌법소원심판의 청구인은 나치에 의해 기업을 수용당한 사람, 동독정부가 실시한 토지개혁(Bodenreform)으로 농업용지, 농업용 재산 또는 농업 기업을 수용당한 사람, 동독정부가 실시한 토지개혁으로 임업용지 또는 임업용 재산을 수용당한 사람, 동독정부가 실시한 토지개혁으로 기사영지(Rittergut)의 재산을 수용당한 사람, 나치의 비밀경찰에 의해서 재산을 몰수당한 사람, 소련점령군에 의해 재산을 수용당한 사람 등이다. 이들은 침해된 재산의 원상회복이나 완전보상을 요구했으나 본 심판의 대상법률에 의해 좌절된 사람들이다.³²⁾ 이에 대하여 당사자들이 본 대상법률들은 기본법 제20조 법치국가의 원칙, 기본법 제3조 제1항 자의금지의 원칙 및 기본법 제14조의 완전보상의 원칙에 위배된다는 이유로 헌법소원심판을 청구한 사건이다.

Ⅲ. 주요 쟁점

본 사안에서 특별히 의미를 가지는 문제는 나치정부, 1945년에서 1949년 사이의 소련점령군 및 분단 후의 동독정부에 의해 법치국가에 반하는 방법으로 자행된 재산권의 수용에 있어서, 박탈된 재산 가치를 어느 정도 원소유자에게 금전적으로 보상해야 하는지 아니면 원상회복을 해야 하는지 아니면 반환하지 않아도 되는지 여부이다. 특히 감액된 보상을 규정하고 있는 헌법소원 대상법률들이 기본법 제14조의 재산권보장의 원칙에 반하지 않는지, 반하지 않는다면 그 근거가

31) 앞의 I. 관련규정 및 대상규정의 소개와 배경 1. 관련규정의 소개 부분 참조.

32) Vgl. BVerfGE 102, 270 ff.

무엇인지, 특히 기본법 제20조 제1항 및 제3항의 사회국가 및 법치국가의 원칙, 기본법 제3조 제1항 자의금지의 원칙에는 반하지 않는지가 본 사안의 핵심쟁점이다.

IV. 결정 요지 및 결정 주문

1. 결정 요지

(1) 기본법에 기속되지 않는 국가권력이 책임져야만 하는 재산상 손실의 회복에 대한 독일연방공화국의 의무는 개별 기본권으로부터 도출될 수 없다. 오히려 이것은 기본법의 사회국가의 명령으로부터 나온다. 개별적인 손실회복의 형성에 있어서 법치국가원칙과 자의금지로서의 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등조항은 준수되어야만 한다.

(2) 「손실보상법」(Entschädigungsgesetz), 「조정급부법」(Ausgleichsleistungsgesetz), 「나치피해자손실보상법」(NS-Verfolgtenentschädigungsgesetz)에 따른 재산상 손실의 회복에 이 원칙들을 적용하기 위함.

(3) 법률에 대한 직접적인 헌법소원의 제기를 위한 「헌법재판소법」 제93조 제3항의 제소기간은 민법 제187조 이하 규정들에 따라 산정되어야 한다. 그에 따라 침해법률이 애초에 효력이 발생하고 있었다면 민법 제188조 제2항과의 관련 하에 제187조 제2항 후단에 따라 그 다음해의 마지막달의 날이 경과함으로써 그 제소기간은 종료된다. 그 날은 그것의 명명(Benennung)이나 수(Zahl)에 의해서 그 제소기간의 기산일에 적합한 날보다 선행한다.

2. 결정 주문

1 BvR 2471/95 사건 헌법소원청구인의 헌법소원은 부적법 각하한다.

그 외 헌법소원은 기각한다.

V. 결정 이유 요약

본 BVerfGE 102, 254 헌법소원심판 결정문 원문은 93쪽에 달하는 방대한 양의 결정문이다. 따라서 아래에서는 이를 그대로 소개하는 대신 결정 이유의 중요 핵심부분을 간추려서 소개하기로 한다.

1. 심사기준의 선택

연방헌법재판소는 우선 본 헌법소원에 대한 헌법상의 심사기준과 관련하여, 기본법 제14조의 재산권 보장규정은 다른 국가³³⁾의 불법적 수용 등에 대한 보상의 심사에는 원용될 수 없는 기준이라고 확정하였다. 『손실보상 및 조정급부법』(EALG)의 규정들을 통해서 본 사건의 당사자들은 본법의 발효 시까지 발생할 수 있었던 재산적가치의 법적 지위가 축소되지 않는다. 1990년의 공동선언(GemErkl)³⁴⁾과 『재산법』(VermG) 제9조³⁵⁾ 어느 것도, 제2차 세계대전 직후 소련 점령군과 동서독 분단 후 동독(DDR-독일민주공화국)에 의해 불법적 수용을 당한 자가 기본법 제14조 제1항의 보호를 누릴 수 있는 구체적 청구권을 정당화하지 않는다. 따라서 『손실보상 및 조정급부법』(EALG)의 규정들은 오로지 기본법 제20조 제1항 및 제3항에 의한 사회국가 및 법치국가원칙과 기본법 제3조 제1항의 자의금지원칙에 의해서만 합헌성심사를 받아야 한다.³⁶⁾

2. 심사기준으로서 사회국가 및 법치국가원칙과 자의금지원칙

기본법 제20조 제1항의 사회국가원칙은 일반적으로, 전체사회가 함께 짊어져야만 하는 운명으로부터 발생한 부담 그리고 다소간 우연히 개별국민 혹은 국민의 특정그룹에게 지워진 부담을, 국가공동체가 함께 짊어질 것을 요구한다. 그러나

33) 2차 세계대전 직후 동독지역을 점령했던 구 소련과 독일분단 이후의 동독(DDR)을 말함. 통일된 독일의 입장에서 동독을 실제로 지배했던 구 소련과 동독은 다른 국가이다.

34) 앞의 각주 2) 참조.

35) 앞의 각주 9) 참조.

36) Vgl. BVerfGE 102, 297.

사회국가원칙으로부터 그러한 부담의 국가로의 자동적인 책임전가, 즉 국가에게 직접적으로 완전한 보상의 의무를 부과하는 효과가 도출되는 것은 아니다. 오히려 이 원칙에는 단지 법률적 규율에 따른 부담분배의 의무가 존재할 뿐이다. 이러한 사회국가원칙은 우선 피해자 각각의 구체적인 보상청구권(Ausgleichsansprüche)을 정당화한다. 그러한 보상의 형성에 있어서 입법자는 보상의 방법뿐만 아니라 보상의 범위를 위한 특별히 광범위한 입법형성의 자유를 가지게 된다. 입법자는 그 외의 부담과 재정적 필요를 고려하면서, 우선적인 과제를 위해 무엇이 가능한가에 따라서 손실보상을 결정할 수 있다. 또한 법치국가의 근본요소와 법치(Rechtsstaatlichkeit), 특히 실체적 정의(materielle Gerechtigkeit)의 관념은 온전히 지켜져야만 한다. 이 경우 자의금지의 의미로서의 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등의 원칙도 똑같이 존중되어야 한다. 그에 따라서 본질적인 점에서 동일한 사실관계의 자의적인 차별대우는 입법자에게 금지된다. 어떠한 사실관계의 요소가 중요하여서 그 차이가 불평등대우를 정당화하는지는 일반적으로 입법자의 판단에 맡겨져 있다. 차별대우가 정의사상을 기준으로 한 고찰방식과 더 이상 일치하지 않는 곳, 달리 말해서 법적 차별에 대해서 사물의 본질(Natur der Sache)로부터 나오는 이유를 제시할 수 없거나 혹은 실질적으로 명확한 이유를 댈 수 없는 곳에서 입법자의 입법형성의 자유는 종료된다.³⁷⁾

3. 손실보상법에 대한 판단

연방헌법재판소 제1부는 만장일치로 「손실보상법」(EntschG)제1조³⁸⁾와 제3조 제1항³⁹⁾은 기본법에 반하지 않아 합헌이라고 결정했다. 즉, 「손실보상법」(EntschG)제1조와 제3조 제1항은 법치국가의 원칙과 사회국가의 원칙에 반하지 않는다. 이들 조항에 근거해서 산출된 감액된 금전보상이 사회국가 및 법치국가원칙에 반할 정도로 적은 수준이지 않는 한 손실의 완전한 보상은 요구되지 않는다.⁴⁰⁾

자의금지로서의 기본법 제3조 제1항의 평등권조항도 침해되지 않는다. 손실보

37) Vgl. BVerfGE 102, 298 ff.

38) 앞의 I. 2. (1) 손실보상법(Entschädigungsgesetz-EntschG)의 내용 중 【손실보상법(EntschG)】 원문규정 참조.

39) 앞의 I. 2. (1) 손실보상법(Entschädigungsgesetz-EntschG)의 내용 중 【손실보상법(EntschG)】 원문규정 참조.

40) Vgl. BVerfGE 102, 301.

상청구권자가 원상회복청구권자에 비해 차별대우를 받는 것, 특히 실제의 시장가격을 보상산출의 기초로 삼는 대신에 「손실보상법」(EntschG) 제3조 제1항의 기준에 따라 발생하는 보상산출의 차별에는 충분한 객관적 이유가 존재한다. 즉, 새로이 독일에 편입된 구 동독 주들의 지역에서 이성적으로 분배되고 사적으로 유용한 재산권구조를 재정립하기 위한 목적을 실현하기 위해 그러한 차별적 보상이 유용하기 때문이다. 원상회복이 아니라 단지 손실보상만이 고려되는 곳 즉, 구 동독 지역에서는 보상산출 시에 국가의 재정적 가능성 특히 재건의 실행(Aufbauleistung)이 고려될 수 있다. 결국 통일과정의 역동성(Dynamik)으로부터 이미 원상회복권자와 손실보상권자의 차별대우의 필요성이 도출되는 것이다. 1990년의 동·서독 공동선언⁴¹⁾의 발표당시에는 독일민주공화국(DDR) 즉, 동독이 좀 더 오랜 시간 독립국가로서 존재하리라는 일반적인 기대가 지배적이었다. 이럴 경우 동독의 부동산시장이 완만하게 발전할 것이라는 기대가 존재했던 것이다. 만약 그랬다면 부동산을 원 소유주에게 다시 반환하거나 보상해주는 것이 낮은 수준에서 시장가치와 일치할 수도 있었을 것이다. 그러나 이러한 예상은 실제에 있어서는 통일 후 구 동독지역의 부동산 가격의 급격한 상승으로 보기 좋게 빛나갔다. 이러한 상황 하에서 시장가치에 따른 보상은 재정상황상 불가능해졌다. 이를 통해 연방재정에는 과도한 부담이 지워졌고 재건프로그램은 중단위기에 처해졌다. 그러한 이유로 원상회복청구권자와 손실보상청구권자간의 차별대우는 수용가능하다. 마지막으로 연방헌법재판소는 원상회복청구권자조차도 때때로 시장가치에 따른 원상회복이 불가능할 수 있음을 지적했다. 이는 개별부동산의 상태에 따라 시장가치의 감소가 있을 수 있고, 원상회복청구권자는 「편입지역에서의 물권해결에 관한 법」(SachenRBerG)⁴²⁾의 적용대상인 재산에 대해 상당한 가치손실을 수용해야만 한다.⁴³⁾

2004년을 기점으로 해서 시기별로 차등화 된 채권배당을 통한 손실보상청구권의 충족은 보상의 연기를 초래한다. 그러나 이것은 국가이익과 보상청구권자 이익간의 적절한 타협으로써 수용가능하다. 그 채권은 상속가능하고 거래가 가능하기 때문에 그러한 규정에 따른 당사자의 손해는 과도한 것이 아니다. 「손실보상법」

41) 앞의 각주 2) 참조.

42) Gesetz zur Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet(Sachenrechtsbereinigungsgesetz-SachenRBerG), BGBl. I S. 2457.

43) Vgl. BVerfGE 102, 302 ff.

(EntschG) 제3조 제1항⁴⁴⁾에 따른 손실보상의 계산기준액은, 부동산의 종류에 따른 구별의 관점에서뿐만 아니라 최종 표준가격확정과 서로 다른 배수를 통해 도달되는 1990년 10월 3일의 시장가치라는 가상의 시장가치로의 연결의 관점에서, 입법자의 객관적 고려를 통해 이루어지므로 자의적으로 확정된 것이 아니다.⁴⁵⁾

「손실보상법」(EntschG) 제7조 제1항⁴⁶⁾에 따른 손실보상액의 감축과 관련하여 기본법 제3조 제1항 상의 자의금지원칙위반에 대해서는 연방헌법재판소 재판관 사이에서 가부동수의 결정이 나왔다. 「손실보상법」(EntschG) 제7조 제1항에 따르면 손실보상청구권은 금액이 증가할수록 그에 비례하여 가중적으로 축소된다. 10,000마르크에서 20,000마르크까지의 손실보상청구권의 경우 30%를 감축하는 것에서 시작해서, 100,000마르크에서 500,000마르크 사이의 금액에 대해서는 80%를 감축하고, 3,000,000마르크 이상의 금액에 대해서는 95%의 감축까지 도달한다.⁴⁷⁾

(1) 손실보상법 제7조 제1항에 대한 4인 재판관의 합헌의견

연방헌법재판관 쿨링(Kühling), 예거(Jaeger), 호만-덴하르트(Hohmann-Dennhardt), 호프만-림(Hoffmann-Riem)의 견해에 따르면 「손실보상법」(EntschG) 제7조 제1항은 자의금지원칙에 반하지 않는다. 입법자는 손실보상의 최고액에 있어서 잃어버린 재산의 시장가치를 지향해야 할 의무는 없다. 입법자는 다른 요소를 고려할 수 있다. 예를 들어 이러한 재산의 손실보상과 다른 손실보상과의 관계 및 이러한 재산의 손실보상과 손해배상급부(Wiedergutmachungsleistung)와의 관계를 고려할 수 있다. 특히 입법자는 손실보상청구의 입법에 있어서 원상회복청구권자를 유일하고 결정적인 비교집단으로 간주해서는 안 된다. 입법자는 자유, 건강 혹은 재산이 침해된 다른 사람들도 자신의 손실보상개념에 포함시킬 것이 요구된다.⁴⁸⁾

또한 입법자는 국가재정자금의 분배 시에, 필수적인 것으로 간주되는 독일 통일의 재건작업을 고려해야만 한다. 교통, 정보, 건축분야 및 실업퇴치를 위한 공

44) 앞의 I. 2. (1) 손실보상법(Entschädigungsgesetz-EntschG)의 내용 중 【손실보상법(EntschG)】 원문규정 참조.

45) Vgl. BVerfGE 102, 307 ff.

46) 앞의 I. 2. (1) 손실보상법(Entschädigungsgesetz-EntschG)의 내용 중 【손실보상법(EntschG)】 원문규정 참조.

47) Vgl. BVerfGE 102, 310.

48) Vgl. BVerfGE 102, 310.

공인프라 재건과 같은 공공복리를 위한 우선적 재정지원은 공공복리 지향적인 사회국가적 정의의 관념에 부합한다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 입법자는 손실보상청구권자에게 흘러들어가는 재정자금의 총액이 재정지원이 가능한 정도 내에서 이루어지도록 하여야 한다. 이러한 결정에 있어서 입법자는 그가 원래 스스로 가치차이를 줄이고자 힘썼다는 것에 의해서 구속되지 않는다. 처음 추구했던 초안, 즉 비용에 상관없이 원상회복청구권자에게 자산을 반환함으로써 보상을 달성하려던 계획은 입법과정에서 무엇보다도 법적 고려 때문에 좌초되었다. 입법자가 오판으로 형성한 계획을 회피하는 것을 저지당한다면 국가적 입법형성 여지의 참기 어려운 제한을 초래할 것이다. 전체적으로 가용 가능한 재정자금의 유한성 때문에 입법자가 애초에 추구했던 초안의 고수는 구 서독지역(오래된 주)과 구 동독지역(새로이 편입된 주)간의 생활수준의 평준화를 손실보상청구권자의 특권부여를 위해서 지연시키는 결과를 초래할 것이다.⁴⁹⁾

그 외에 「손실보상법」(EntschG)에 따른 재정적 손실보상의 크기를 다른 불법을 위한 손실보상을 가지고 평가하는 것은 중대한 정의관념에 부합한다. 여기에는 구 동독법에 따라 적법하게 이루어진 수용뿐만 아니라 자유, 건강 혹은 직업적 승진의 기회에서의 손해도 포함된다. 물론 이러한 법익은 헌법을 통해서 보호되지만, 재정적 손실보상은 비교적 좁은 한계를 가진다. 결국 구 동독의 계획경제 시스템 속에서 그리고 구 동독의 전체적인 직업생활의 구체적 관계에서 상당한 정도의 사적재산을 취득할 수 없었다는 것 때문에, 거의 모든 구 동독주민들은 구 서독주민들에 비하여 현저한 재산법상의 중대한 불이익이 증대되었다. 그러한 불이익은 구 동독의 체제하에서는 보상될 수 없었다. 그러한 불이익은 오직 국가적 자금이 조달되는 재건의 수행을 통해서만 대처할 수 있다. 그러한 재건의 수행을 통해서 전체 연방영역의 동등한 생활조건과 생활기회에 영향을 미치게 된다. 독일 통일의 결과로 등장한 평준화 및 분배의 문제를 고려할 때 재산을 상실한 자를 위한 손실보상을 「손실보상법」(EntschG) 제7조에 규정된 정도로 맞추는 것은 자의적이라고 볼 수 없다.⁵⁰⁾

입법자는 손실보상급부의 감경에 대한 헌법적 정당화를 사회국가의 명령으로부터 찾는다. 즉 입법자는 「부담조정에 관한 법」(이하 「부담조정법」[LAG]이라 칭

49) Vgl. BVerfGE 102, 311 f.

50) Vgl. BVerfGE 102, 312 f.

함)⁵¹⁾의 경우에서처럼 덜 부유한자는 부유한자보다 필연적으로 적은 재산손실을 당하지만 좀 더 강한 피해를 당하고, 따라서 국가공동체의 더 큰 연대책임이 필요하다라는 것에서 헌법적 정당화를 도출한다.⁵²⁾

(2) 손실보상법 제7조 제1항에 대한 4인 재판관의 위헌의견

연방헌법재판소 부소장 파피어(Papier), 연방헌법재판관 하스(Haas), 회미히(Hömig), 슈타이너(Steiner)의 견해에 따르면 손실보상법(EntschG) 제7조 제1항의 규정은 자의금지의 요구를 모든 면에서 만족시키는 것은 아니다. 원상회복과 손실보상이 가치적으로 완전히 일치해야한다는 것은 헌법상의 명령은 아니다. 헌법상 필수적인 것은 오히려 손실보상이 빼앗긴 것의 실제 가치와 진정한 관련을 가져야 한다는 것과 더 이상 반환될 수 없는 재산목적물이 존재해야한다는 것이다. 원상회복과 손실보상은 동일한 불법을 제거한다. 양자의 토대가 되는 재산상의 손해는 동일한 생활영역에 속한다. 따라서 양자는 원칙적으로 동일하게 다루어야 한다. 이것은 1990년 10월 3일⁵³⁾의 관점에서 「손실보상법」(EntschG) 제3조 제1항이 헌법적으로 문제없이 행해진 바와 같이, 시장가치에 따른 손실보상이 더 이상 원상회복될 수 없는 재산목적물을 겨냥하고 있다는 것을 전제조건으로 한다. 뿐만 아니라 전형적인 보상사건들의 집단속에서 손실보상과 그것의 시장가치사이에 실제로 인식 가능한 시장가치에 부합하는 관계가 존재할 것도 요구된다. 만약 이러한 경우의 손실보상이 입법자가 채택한 시장가치의 50%보다 적을 경우는 이러한 전제조건을 충족시키지 못한다. 반대로 전형적인 손실사건들의 영역에 있어서 손실보상의 50%까지의 감축은 객관적으로 납득할 수 있으며 따라서 헌법적으로 문제없는 것으로 간주된다.⁵⁴⁾ 이는 자연스러운 반환을 통한 보상이 아니라 「손실보상법」(EntschG)에 따른 일반적인 가치에 맞는 금전보상의 후퇴를 모든 관점에서 충분히 고려한 것이다. 이러한 손실보상의 크기는 오직 가벼운 손실사건과 중간정도의 손실사건의 집단에서 고려되어야만 하며, 그러한 손실보상의 정당성은 사회적 이익형량, 즉 가난한 사람들에 대한 높은 보호가치에 존재한다.⁵⁵⁾

51) Gesetz über den Lastenausgleich(Lastenausgleichsgesetz—LAG), BGBl. I S. 845; 1995 I S. 248.

52) Vgl. BVerfGE 102, 314.

53) 각주 8) 참조.

54) 즉 손실보상은 적어도 실제시장가치의 50% 이상이어야 한다는 것이다.

55) Vgl. BVerfGE 102, 314 ff.

그에 따라서 「손실보상법」(EntschG) 제7조의 손실보상액의 단계적 감축비율에 대해서는 손실보상청구액이 약 90,000마르크 이하인 경우에는 반대하지 않는다. 90,000마르크 미만의 영역에서는 1990년 10월의 시점에서 그 감축된 배상액이 부분적으로 시장가격의 절반을 상회하고, 약 90,000마르크에서는 그 감축된 손실보상청구액이 1990년 10월 3일의 시장가격의 절반을 압도적으로 상회하기 때문이다. 동일하게 이미 언급한 사회적 이익형량의 이유에서 500,000마르크 이상의 손실보상청구액의 감축에 대해서는 반대하지 않는다. 그러나 90,000마르크에서 500,000마르크 사이의 손실보상청구권 영역에서는 당사자의 감축비율에 따른 배상액의 급격한 감액을 합법화할 만한 객관적으로 명백한 이유가 존재하지 않는다. 이러한 원 손실보상청구액과 감축된 액의 차액에서는 무엇보다도 한 가구 혹은 두 가구 주택이나 작은 임대주택처럼 전형적인 손실보상사례의 대다수를 형성하는 재산권의 가치가 감소한다. 이런 경우 발생한 손실을 현저한 손실보상급부를 통해서 보충할 것이 사회적 연대책임의 이유에서 헌법적으로 요구된다. 따라서 여기에서도 그 감축된 손실보상액이 1990년 10월 3일을 기점으로 승인된 시장가치의 절반을 밑돌아서는 안 된다. 만약 그런 일이 발생한다면 그러한 보상규범은 사회적으로 측정된 보상의 목적을 상실한 것이고 정의 관념에 더 이상 일치하지 않는 것이다. 그러나 그와 반대로 90,000마르크에서 500,000마르크 사이의 손실보상청구권 영역에서의 사건이 특히 그 수가 많고 따라서 헌법합치적인 새로운 규정을 발령하는 경우 재정적 관점에서 큰 부담이 초래된다면 이의를 제기하지 않겠다.⁵⁶⁾

4. 조정금부법에 대한 판단

「조정금부법」(AusglLeistG)에 대해서 연방헌법재판소 제1부는 입법자가 「조정금부법」(AusglLeistG)상의 조정금부를 자연인에게만 허락하고 법인을 배제한 것은 사회국가원칙에 근거하여 정당화된다고 확인하였다. 「손실보상법」(EntschG)에 따른 손실보상청구권자의 경우 평등대우는 요구되지 않는다. 왜냐하면 「손실보상법」(EntschG)은 원칙적으로 재산가치의 반환청구권이 원래부터 존재하였지만, 반환이 불가능하거나 반환을 원하지 않는 개별적인 경우에만 적용되기 때문이다.

56) Vgl. BVerfGE 102, 317 ff.

「조정급부법」(AusglLeistG)의 적용영역에서는 그와 같은 여건이 처음부터 결여되어 있다. 왜냐하면 1945년부터 1949년 사이의 소련 점령시대의 법 혹은 점령통치권에 근거하여 행해진 수용의 취소는 원칙적으로 1990년의 공동선언(GemErkl) 제1번⁵⁷⁾에 의해 처음부터 이미 배제되어 있기 때문이다. 연방헌법재판소는 「조정급부법」(AusglLeistG)에 따른 손실보상청구권자를 다른 인적집단에 비하여 개별적으로 다양하게 차별 대우하는 것이 애초에 당시 사정이 다양했기 때문에 정당화될 수 있음을 설명한다. 그에 해당하는 「손실보상법」(EntschG)의 적용과 함께 「조정급부법」(AusglLeistG)에 따라서 확정된 보상의 크기에 대하여 연방헌법재판소는 손실보상급부와 조정급부(Ausgleichsleistung)의 방법과 크기를 동일한 원칙에 따라 규율하는 것이 헌법적으로 고려되지 않았음을 확인하였다. 손실보상의 가치산정에 있어서 하나의 부동산 위에 부과된 부담들을 완전히 다 산입하는 것은 7인의 재판관의 견해에 따르면 자의금지원칙에 반하는 것은 아니다. 반면에 원상회복청구권자에 의해 지불되어야만 하는 반환부동산에 부과된 부담을 위한 정산금액(Ablösebetrag)이 마르크화에서 2:1의 비율로 환산되는데⁵⁸⁾ 이는 정당한 것이다. 왜냐하면 여기에는 다음과 같은 차이가 존재하기 때문이다. 즉, 원상회복청구권자는 그 금액을 실제로 조달해야 함에 반하여 조정급부청구권자의 경우 실제손해를 확정하기 위한 산출의 기초금액이 될 뿐이기 때문이다.⁵⁹⁾

「부담조정법」(LAG)⁶⁰⁾에 따른 주된 손실보상을 손실보상액에 산입하는 것은 기본법 제3조 제1항에 반하지 않는다. 그것은 원상회복청구권자의 주된 손실보상의 반환청구에서와 같이 동일한 원칙들을 따른 것이다. 또한 지체된 주된 손실보상에 대한 지연이자의 산입은 6인의 헌법재판관의 견해에 따르면 자의금지원칙에 반하지 않는다. 왜냐하면 여기에서는 단지 주된 손실보상청구권의 부속물(Annex)이 문제될 뿐이기 때문이다. 그러한 이자가산금은 원상회복 혹은 다른 방식의 보상을 통한 사후적 손해조정의 경우에 있어서 주된 손실보상의 최종기본 기여액(Endgrundbetrag)의 법적 운명을 가르게 된다. 그 외에 경우에 있어서의 이러한 이자가산금의 공제는 객관적으로 정당화된다. 왜냐하면 그러한 이자가산금의 공제가 없다면 「부담조정법」(LAG)에 따라 청구권을 가지는 자와 부담조정을

57) 앞의 각주 5) 참조.

58) 즉, 원상회복청구권자가 지불해야 하는 정산금액은 동·서독 간 화폐의 환율에 따라 그 부담이 반으로 경감된다.

59) Vgl. BVerfGE 102, 319 ff.

60) 앞의 각주 51) 참조.

청구할 수 없는 구 동독지역주민 간의 격차가 더 커질 수도 있기 때문이다.⁶¹⁾

나아가 연방헌법재판소는 소위 용지획득프로그램(Flächenerwerbsprogramm)은 법치국가원칙과 자의금지원칙 어디에도 반하지 않는다고 한다. 이 프로그램을 통해서 입법자는 두 가지 상이한 목표를 추구했다. 첫째로 1945년에서 1949년까지의 소련점령 당시 그리고 구 동독치하에서 농업재산 또는 임업재산을 법치국가원리에 반하여 빼앗긴 사람들에 대하여 그들의 농·임업 경영의 재건을 위한 특권부여적 조건을 가능하게 한다. 둘째로 용지획득프로그램(Flächenerwerbsprogramm)은 구 동독지역의 새로이 편입된 주에서의 농·임업경영에서의 재산형성을 쉽게 해주는, 농·임업을 위한 독자적 촉진프로그램을 의미한다. 입법자는 이러한 두 가지 목표를 합법적으로 추진할 수 있었다. 용지획득프로그램을 통해 이득을 본 원토지소유자는 다른 것들은 배제된 채 농지 또는 임야의 국고보조를 통한 재획득 형태의 손실보상을 해달라는 청구권을 행사할 수는 없다. 그리고 헌법소원에서 다루어진 그 외의 용지획득프로그램의 규정들은 법치국가원칙과 기본법 제3조 제1항에 합치된다고 결정했다.⁶²⁾

한편, 「조정급부법」(AusglLeistG) 제5조 제2항 제1문⁶³⁾에 의하면 특정문화재의 공개전시를 위하여 그 문화재가 원소유자에게 반환된 후에도 20년간은 구 동독 지역의 박물관에 공개를 위한 사용을 위하여 무료로 위탁되어야만 한다. 6인의 헌법재판관의 견해에 따르면 「조정급부법」(AusglLeistG) 제5조 제2항 제1문 또한 법치국가원칙과 자의금지원칙에 반하지 않는다. 또한 「조정급부법」(AusglLeistG) 제5조 제2항 제2문에 규정된 20년 이후의 위탁사용기간의 연장은 그 이후부터 적절한 보상이 지불된다면 헌법적으로 아무런 문제가 없다고 연방헌법재판소는 판단했다. 그러나 그 조항은 그 위탁기간의 연장이 원소유자의 의지에 반하여 요구되어질 수는 없다는 방향으로 헌법합치적으로 해석되어야 한다.⁶⁴⁾

5. 나치피해자손실보상법에 대한 판단

「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG)에 대한 헌법소원청구인의 위헌 주장은

61) Vgl. BVerfGE 102, 321 ff.

62) Vgl. BVerfGE 102, 332 ff.

63) 앞의 I. 2. (2) 조정급부법(Ausgleichsleistungsgesetz-AusglLeistG)의 내용 중 【조정급부법(AusglLeistG)】 원문규정 참조.

64) Vgl. BVerfGE 102, 338 ff.

연방헌법재판소 제1부에의해 기각되었다. 그 위헌의견은 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG) 제2조 제2문⁶⁵⁾에 대한 것이었다. 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG) 제2조 제2문에 따르면 나치에 의해서 피해를 본 부동산에 대한 손실보상의 크기는 손실 이전가격의 4배를 기준으로 해서 최종 확정된 표준가격에 따라 결정된다. 이 규정은 본법 발효 이전에 이미 손실보상청구권자에게 귀속되어 있었던 손실보상청구권자의 재산가치적 법적지위를 침해하지 않는다.⁶⁶⁾

또한 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG) 제2조 제2문은 기본법 제3조 제1항의 자의금지원칙에도 합치된다. 나치피해자손실보상법의 목적은 구 동독지역의 새로이 편입된 주에 사는 나치피해손실보상청구권자의 손실보상을, 구 서독에서 1956년 4월 1일에 발효되어 시행된 서독지역 나치피해자손실보상에 관한 법인 「연방반환법」(BRüG)⁶⁷⁾에 따른 박탈재산의 손실보상의 반환가격과 같은 수준으로 맞추는데 있다. 이러한 목적은 손실보상의 기준이 되는 표준가격의 배가(Verdopplung)를 통해 달성된다. 나아가 손실 이전가격의 4배에 이르는 표준가격의 추가적 배가는 이자발생을 고려한 것이다.⁶⁸⁾

이러한 표준가격의 산정규정은 평등의 관점에서 이의가 있을 수 없다. 그러한 규정은 4배라는 단일한 배수로 인해서 예를 들어 건축물이 없는 토지의 경우 「손실보상법」(EntschG)의 규정에 따를 때의 손실보상액보다 현저히 낮게 평가되는 결과를 초래한다. 또한 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG)에 따른 손실보상이 회복 가능한 재산목적물의 실제 시장가치보다 낮은 경우도 배제할 수 없다. 그러나 위 두 경우 모두 객관적인 이유를 통해서 충분히 정당화된다. 즉, 「손실보상법」(EntschG)과 「조정급부법」(AusglLeistG)에 따른 손실보상청구권자와 달리 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG)에 따른 손실보상청구권자는, 특히 그들의 손실보상청구권이 단계적으로 축소되는 상황에 결코 놓이지 않는다는 것을 통해서 현저히 우대 받기 때문이다. 또한 개별적인 이전의 책임(Altverbindlichkeit)의 계산에 있어서 손실보상청구권자를 위한 유리한 형성(Gestaltung)이 적용된다. 최종적인 효과로 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG)에 따라 지불될 수 있는 손실보상액은 대개의 경우 「손실보상법」과 「조정급부법」에 따른 손실보상청구액

65) 앞의 I. 2. (3) 나치피해자손실보상법(NS-Verfolgtenentschädigungsgesetz-[NS-VEntschG])의 내용 중 【나치피해자손실보상법(NS-VEntschG)】 원문규정 참조.

66) Vgl. BVerfGE 102, 341.

67) 앞의 각주 26) 참조.

68) Vgl. BVerfGE 102, 342 f.

에 비하여 본질적으로 높게 나온다. 개별적인 경우에 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG)에 따른 손실보상액이 반환될 수 없는 재산목적물의 실제 시장가치에 미치지 못하더라도 그럼에도 불구하고 그것은 위헌적인 것은 아니다. 「손실보상법」(EntschG) 제7조의 손실보상액의 단계적 감축비율에 대한 설명에서 이미 나온 바와 같이, 완전한 손실보상이 헌법적으로 강요되는 것은 아니다. 일부 연방 헌법재판관의 견해에 따라 요구되는 1990년 10월 당시 시장가치의 50% 이상이어야 한다는 손실보상액의 한계는 「나치피해자손실보상법」(NS-VEntschG)에 따라 규율되는 사안의 경우 언제나 이를 충족한다.

VI. 분석 및 평가

1. 소위 분리이론 및 경계이론

(1) 연방대법원의 입장(소위 경계이론-Schwellentheorie)⁶⁹⁾

독일 기본법 제14조는 바이마르헌법 제153조를 모델로 하여 제정되었으므로 양자는 본질적으로 서로 일치한다.⁷⁰⁾ 따라서 연방대법원(BGH)은 기본적으로 제국법원의 판례에 따른 확장된 수용개념을 계승하였다. 그러나 연방대법원은 공용수용개념을 점점 확대하였다. 그 시초는 수용유사침해로의 확장이었다. 수용유사침해가 최초로 인정된 판례는 소위 「주택법」(Wohnungsgesetz)사건⁷¹⁾이었다. 연방

69) 홍강훈, 분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석, 공법연구 제42집 제1호(2013), 620쪽 이하의 내용을 그대로 게재함.

70) 그럼에도 불구하고 간과할 수 없는 근본적인 3가지 차이는 다음과 같다. Art. 14 GG는 “법률에 의해(durch Gesetz)”라는 말을 넣음으로써 제국법원판례에 의해 인정되어오던 입법수용(Legislativenteignung)을 명시적으로 포함시켰고, 수용법을 자체 내에 보상규정을 둘 것을 명하였으며(소위 불가분규정-Junktinklausel), 제국법에서 달리 정한다면 배제될 수도 있었던 입법자에 의한 보상배제가능성을 차단하여 반드시 보상하도록 규정하였다(vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, S. 293 Fn. 2).

71) BGHZ 6, 270 = NJW 1952, 972. 본 사건의 개요는 다음과 같다. 제2차 세계대전에 패망한 독일은 극심한 주택난에 시달리게 되는데 이를 타개하기 위해 소위 주택법을 제정하여 주택청(Wohnungsamt)에 주거공간을 등록하게 하고 주택청이 세입자에게 이를 할당할 수 있는 권한을 가지도록 하였다. 그러나 이 법의 시행은 일부 문제점을 노출하게 되는데 등록된 주거공간이 세입자를 할당 받지 못하고 비어있거나, 할당 받고 들어온 세입자가 집세를 지불할 능력이 없어 집주인이 집세를 받지 못하는 피해가 속속 발생하게 된 것이다. 이에 피해를 본 임대인들이 보상을 요구하며 소송을 제기한 것이다. 이 경우 공무원에게는

대법원은 이 사건에서 「주택법」을 통해 일반적으로 명령된 재산권의 내용적 기속과 제한은 재산권의 사회적 기속을 넘어선 것으로서 이는 입법행위를 무효로 하며, 무효인 입법행위의 위법한⁷²⁾ 개개의 집행은 수용유사적으로(enteignungsgleich) 작용할 수 있으며 이는 보상되어야 한다고 판시하였다.⁷³⁾ 또한 그 보상의 근거로서 기본법 제14조 제3항의 적법한 수용이 보상되어야 한다면, 적어도 같은 정도의 주택관청의 “위법한”, 그 내용이나 효과가 수용과 다를 바 없는 침해 또한 당연히(erst recht) 보상되어야만 한다는 점을 들었다.⁷⁴⁾ 한편, 「주택법」 사건 판결이 내려진 후 10여년이 흐른 뒤에 연방대법원은 또다시 수용개념을 확장하여 ‘수용적 침해보상’을 인정하는 일련의 중요한 판결들을 하게 되는데 소위 부쉬크룩다리(Buschkrugbrücke)사건⁷⁵⁾이 그 시초이다. 이 사건에서 연방대법원은 자영업을 하는 사람에게 있어 도로로의 통행은 영업에 필수불가결한 것이며, 만약 행정청의 행위가 보호된 법익의 본질적 핵(Wesenskern)을 침해한다면 그 행정청은 경우에 따라서는 “수용적 침해를 이유로(wegen enteignenden Eingriffs)” 보상을 해야만 한다고 판시하였다.⁷⁶⁾ 수용유사침해와 수용적 침해는 그 개념상 수용과는 성질이 다르므로 원칙적으로는 기본법 제14조 제1항 제2문의 보상의무가 없는 재산권의 한계 즉 사회적 기속의 영역에 해당한다고 볼 수 있다. 즉, 수용유사침해는 위법한 침해이고, 수용적 침해는 비전형적이고 예측할 수 없는 부수적 결과를 통한 침해라는 점에서 기본법 제14조 제3항의 보상의무 있는 공용수용과는 본질적 차이를 가진다. 그러나 연방대법원이 이들 두 개의 개념으로까지 수용의 범위를 확장하여 보상을 결정함으로써 바이마르시대와 마찬가지로 어떠한 기준을 통해 보상의무 없는 재산권 한계(기본법 제14조 제1항 제2문)와 보상의무 있는 수용유사침해 및 수용적 침해(기본법 제14조 제3항 제2문)를 구분할 것인가가 문제

아무런 고의 과실이 없어서 처음부터 (독일 민법 제839조 및 기본법 제34조에 근거한) 국가배상의 가능성은 배제되었었다(vgl. Lege, Enteignung und „Enteignung“, NJW 1990, 864 [866]).

72) 이 경우 집행의 위법성은 법률의 위헌성으로부터 도출된다고 한다(vgl. Lege[각주 71], 864 [866 f.]).

73) BGHZ 6, 270 (279) = NJW 1952, 973.

74) BGHZ 6, 270 (290) = NJW 1952, 974. So auch BGHZ 7, 296; 13, 88; 32, 208; 37, 44.

75) BGH, Urteil vom 5. 7. 1965, NJW 1965, 1907. 본 사건의 개요는 다음과 같다. 베를린 부쉬크룩거리에 한 영화관이 있었는데 도로 및 지하철 공사로 인하여 부쉬크룩다리가 폐쇄되게 되었다. 이로 인해 부쉬크룩거리 또한 폐쇄되었고 그 폐쇄가 오래 지속되자 점점 그 영화관의 단골고객이 줄어들게 되었고 결국에는 영화관이 망하게 되었다(vgl. Lege[각주 71], 864 [868]). 이 후 이와 유사한 판결로서 프랑크푸르트 지하철 건설사건(BGHZ 57, 359); 교통소음사건(BGHZ 64, 220); 시 쓰레기하치장 사건(BGH, NJW 1980, 770) 등이 계속해서 판시되었다.

76) BGH, NJW 1965, 1908.

되게 되었다. 이에 연방대법원은 제국법원의 개별행위이론(Einzelakttheorie)을 기반으로 하고 평등원칙을 연결시켜 특별희생이론(Sonderopfertheorie)⁷⁷⁾을 발전시켰다.⁷⁸⁾ 이러한 형식적 기준에 대해 학자들은 실질적 기준으로 사적효용이론,⁷⁹⁾ 목적위배이론⁸⁰⁾ 등을 전개했다. 이후 연방대법원은 실질적 기준을 결합하여 재산권의 소재지와 상황에 따른 사회적 기속을 기준으로 하는 상황기속성이론(Theorie von der Situationsgebundenheit)을 발전시켰다.⁸¹⁾ 소위 경계이론으로 불리는 연방대법원의 광의의 수용개념⁸²⁾은 모든 재산권 침해를 기본법 제14조에서 빠짐없이 포섭하였다. 즉, 모든 재산권의 침해(재산권의 전면적·부분적 박탈, 위법한 침해, 비의도적·부수적 제한 등)는 보상의무 없는 재산권의 한계(기본법 제14조 제1항 제2문) 또는 보상의무 있는 공용수용(기본법 제14조 제3항 제2문) 둘 중 하나에 포섭되며, 수용유사침해와 수용적 침해의 성립에 있어서 보상의무 없는 재산권의 한계와 보상의무 있는 공용수용 사이의 경계를 확정하는 것이 특별희생이론이다. 위법한 재산권 침해(수용유사침해)의 경우 국민은 그 위법한 침해를 취소소송을 통해 행정법원에서 취소하든지 아니면 그 침해를 받아들이고 일반법원에서 보상을 주장할 수 있는 선택권을 가지고 있었다.⁸³⁾

(2) 연방헌법재판소의 분리이론(Trennungstheorie)⁸⁴⁾

연방헌법재판소는 1981년 7월 15일의 소위 자갈채취판결(NaBauskiesungsbesch-

77) 특별희생이론을 최초로 밝힌 것은 이미 언급한 주택법 사건에 관한 연방대법원(BGH)의 판례이다. 이에 따르면 “수용의 경우…법적으로 허용되고 강제적인 국가의 재산권 침해가 문제된다. 이것은 박탈 혹은 부담의 형태로 해당 개개인 혹은 단체들에게 다른 개개인 및 단체들과 비교할 때 불평등하고 특별한 피해를 주고, 이들에게 특별한 다른 이들에게는 수인할 수 없는 공공을 위한 희생을 강요한다…(BGHZ 6, 270 [280]).”

78) Vgl. Heinz/Schmitt, NVwZ 1992, 513 (514 f.); Maurer(각주. 70), S. 299.

79) Vgl. Reinhardt, in: Reinhardt/Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S. 12 ff.

80) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., München 1973, S. 344.

81) Vgl. Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2011, §39 Rn. 5; Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Göttingen 2009, §18 Rn. 26; Maurer(각주 70), §27 Rn. 19; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., München 2010, §72 Rn. 44.

82) 연방대법원(BGH)의 광의의 수용개념은 주지하다시피 i) 적법한 재산권 침해로서의 협의의 공용수용, ii) 위법한 재산권 침해로서의 수용유사침해, iii) 적법한 행정작용에 의하여 수용적으로 작용하는 부수적 결과인 수용적 침해의 3가지로 이루어져 있다.

83) Vgl. Maurer(각주. 70), §27 Rn. 25.

84) 홍강훈(각주 69), 623쪽 이하의 내용을 그대로 게재함.

luss)⁸⁵⁾에서 보상규정 없는 수용법률은 위헌이고 따라서 이에 근거한 수용적 조치는 위법하며 이 경우 당사자는 보상규정이 없으므로 보상을 요구할 수는 없고 행정법원에서 그 취소를 구해야 한다고 판시하였다. 이는 수용유사침해보상을 인정하지 않음으로써 이 경우 인정되던 취소와 보상의 선택권을 부정한 것이었다.⁸⁶⁾ 달리 말하면 이는 이차적 권리보호(가치보장)에 대한 일차적 권리보호(존속보장) 우선의 원칙이 적용됨을 의미한다. 즉, 연방헌법재판소는 연방대법원(BGH)의 광의의 수용개념을 협의로 축소하여 보상의무 있는 공용수용(기본법 제14조 제3항 제2문)개념에서 수용유사침해와 수용적 침해를 추방하였다. 이러한 협의의 수용개념설정은 자갈채취판결 이전에 이미 몇몇의 연방헌법재판소의 판례⁸⁷⁾에서 등장하였는데 자주 인용되는 것이 작은정원판결(Kleingartenentscheidung)이다. 이 판결에서 연방헌법재판소는 “기본법 제14조 제3항의 공용수용이란 개인의 재산권에 대한 국가적 침해이다. 그 목적에 따르면 공용수용은 기본법 제14조 제1항 제1문에 의해 보장되어지는 구체적 주관적 법적지위의 전면적 혹은 부분적 박탈(Entziehung)을 의미한다”⁸⁸⁾고 판시하였다. 연방헌법재판소는 이러한 형식적 협의의 수용개념을 그 이후에도 계속 유지하고 있다.⁸⁹⁾ 한편, 연방헌법재판소는 자갈채취판결 하루 전인 1981년 7월 14일에 또 하나의 중요한 의미를 가지는 판결을 하였다. 이것이 소위 의무납본판결(Pflichtexemplarentscheidung)⁹⁰⁾이다. 이 판결에서 소위 ‘보상의무 있는 내용결정(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)’이라는 새로운 법제도가 발전되었다. 본 판결에서 연방헌법재판소는 헤센주 언론법 제9조에 따르면 헤센주의 모든 출판사는 주(Land)중앙도서관에 새 출판물 중 1개의 견본을 납부할 의무를 부담하는데, 이는 기본법 제14조 제3항의 공용수용이 아니라 기본법 제14조 제1항 제2문의 재산권의 내용결정규정에 속하며, 고가의 출판물에 대한 이러한 예외 없는 무료납본의무는 비례원칙과 평등원칙에 반한 과도한 부담으로서 헌법에 위반된다고 하면서 만약 출판사가 이 경우 상응하는 보상을 받는다면 법에 규정된 납본의무에 대해 이의를 제기할 수 없다고 판시

85) BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, 745.

86) BVerfGE 58, 300 (324) = NJW 1982, 745 (746 f.).

87) Deichordnungsurteil vom 18. 12. 1968(BVerfGE 24, 367 [394]); BVerfGE 42, 263 [299]; 58, 300 [330 f.]; Fischereientscheidung vom 19. 6. 1985(BVerfGE 70, 191 [199 f.]).

88) Kleingartenentscheidung vom 12. 6. 1979(BVerfGE 52, 1[27]).

89) Z. B. Fischereientscheidung vom 19. 6. 1985(BVerfGE 70, 191 [199 f.]). vgl. Maurer (각주 70), S. 303 ff. 90) BVerfGE 58, 137.

하였다.⁹¹⁾ 이러한 (조절적)보상의무 있는 내용결정에 의해서 연방대법원의 광의의 수용개념이 실질적으로 기본법 제14조 제1항 제2문의 범위에서 다시 부활되었다고 평가된다. 왜냐하면 보상의무 있는 내용결정은 사실상 수용적 침해보상과 그 적용영역이 상당부분 겹치고, 보상의무 없는 단순한 재산권의 내용결정이 무엇을 기준으로 과도한 부담으로 평가되어 보상의무 있는 내용결정으로 변하는가에 관해서는 기존의 경계이론에서 사용되었던 특별희생이론 등의 경계설정이론이 다시 사용될 수밖에 없기 때문이다.⁹²⁾

(3) 자갈채취판결 후의 현재 독일의 학설 및 연방대법원 판례에 따른 재산권침해보상⁹³⁾

자갈채취판결 후 초기 독일 학계의 반응은 수용유사침해보상과 수용적 침해보상은 그 존재기반을 상실하여 더 이상 인정될 수 없다는 쪽으로 모아졌지만, 곧 약간의 변화는 필요할지라도 이들 제도의 포기는 득보다 실이 많다는데 공감을 이루어 그 존속을 지지하는 방향으로 기울었다.⁹⁴⁾ 연방대법원(BGH) 또한 연방헌법재판소의 협의의 공용수용개념을 받아들였지만 역시 수용유사침해보상⁹⁵⁾과 수용적 침해보상⁹⁶⁾의 계속적 성립을 선언하게 된다. 그러나 협의의 수용개념을 인정하면 이들 두 제도의 법적근거를 더 이상 기본법 제14조 제3항에서는 찾을 수 없게 되므로 연방대법원의 이러한 태도는 필연적으로 법적근거의 모순을 초래한다. 따라서 연방대법원은 이들 두 제도의 법적근거를 새로이 판례법(Richterrecht) 나아가 관습법(Gewohnheitsrecht)으로서의 「프로이센 일반란트법」 총강 제74조 제75

91) Vgl. Kleinlein, DVBl. 1991, 365 (366); Heinz/Schmitt(각주 78), 513 (514, 519); Maurer, DVBl. 1991, 781 (782 f.).

92) Vgl. Maurer(각주 70), §27 Rn. 81, 108.

93) 홍강훈(각주 69), 624쪽 이하의 내용을 그대로 게재함.

94) Vgl. Maurer(각주 70), §27 Rn. 33, 34. 그 외에 수용유사침해보상과 수용적 침해보상의 존속을 지지하는 견해로는 대표적으로 Ossenbühl, NJW 1983, 1 ff.; Bender, BauR 1983, 1 ff.; Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, Berlin 1983, S. 37; ders., JuS 1983, 104 ff.; Götz, AgrarR 1984, 1 (4, 6); Papier, NVwZ 1983, 258 ff.; Hendler, DVBl. 1983, 873 (881); J. Ipsen, DVBl. 1983, 1029 ff. u. a.

95) 수용유사침해보상의 계속적 존립을 최초로 인정한 판결로 모래채굴(Sandabbau)판결(BGHZ 90, 17 [29 ff.])이 있다.

96) 수용적 침해보상의 계속적 존립을 최초로 인정한 판결로 정화시설을 통한 환경오염(Immissionen durch Kläranlage)판결(BGHZ 91, 20 [26 ff.])이 있다.

조의 ‘일반적 희생사상’(allgemeine Aufopferungsgedanken)으로 변경하게 되었다.⁹⁷⁾ 이로써 연방대법원(BGH)은 먼 길을 돌아온 재산권 침해보상을 그 출발점인 프로이센 일반란트법으로 회귀시켰다. 결과적으로 현재 독일의 재산권 침해에 대한 보상제도는 기본법 제14조 제3항에 근거한 i) 공용수용보상, 일반적 희생사상에 근거한 ii) 수용유사침해보상 및 iii) 수용적 침해보상, 연방헌법재판소 판례에 의해 인정된 iv) (조절적)보상의무 있는 내용결정의 네 가지로 이루어져 있다.

(4) 분리이론 경계이론에 따른 본 결정사안의 분석

본 결정의 사안은 나치와 구 소련점령군 그리고 구 동독정부에 의해 자행된 불법적인 수용에 대한 보상의 문제를 다루고 있다. 이러한 불법적인 수용에 대한 보상은 소위 수용유사침해보상의 대상이 된다. 위에서 언급한 연방대법원(BGH)의 경계이론에 따르면 불법적인 수용은 원래 기본법 제14조 제1항의 재산권의 한계에 속하므로 보상이 필요 없지만, 그 수용이 특별한 희생을 초래한다면 기본법 제14조 제3항의 공용수용으로 변하여, 제14조 제3항에 근거하여 직접 보상을 해주게 된다. 이 경우 그 침해가 위법이면 이미 그 자체로 특별한 희생으로 보고 있음도 간과해서는 안 된다.⁹⁸⁾ 결과적으로 불법적인 수용을 당한 국민은 위법한 수용처분에 대한 취소소송을 제기하여 그 수용처분을 취소하거나, 아니면 그 침해를 받아들이고 기본법 제14조 제3항을 근거로 일반법원에서 보상을 주장하는 두 가지 방법 중 하나를 임의로 선택할 선택권이 있다. 반면에 연방헌법재판소의 소위 분리이론에 의하면 불법적인 수용은 단지 기본법 제14조 제1항의 재산권의 한계에 속하므로 보상을 청구할 수는 없고 국민은 위법한 수용처분에 대한 취소소송을 제기하여 그 수용처분을 취소할 수 있을 뿐이다. 따라서 이 경우 국민은 침해의 취소와 보상사이의 선택권이 없다는 것이다.⁹⁹⁾ 이를 소위 이차적 권리보호(금전보상)에 대한 일차적 권리보호(취소소송을 통한 현상유지)우선의 원칙이라고 한다.¹⁰⁰⁾ 이러한 연방헌법재판소의 소위 자갈채취판결에서 비롯된 분리이론

97) Vgl. Scherzberg, DVBl. 1991, 84 (85); von Arnald, VerwArch. 93 (2002), 394 (395); Lege(각주 71), 864 (869); Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., München 2011, Rn. 1135.

98) Vgl. Maurer(각주 70), §27 Rn. 20 ff.

99) Vgl. Maurer(각주 70), §27 Rn. 26 ff.

100) Vgl. Maurer(각주 70), §27 Rn. 31.

의 천명 후 연방대법원은 위법한 수용에 대한 수용유사침해보상의 근거를 기본법 제14조 제3항이 아닌 「프로이센 일반란트법」 제74조 및 제75조의 일반희생사상에서 찾았다. 그리고 자신이 취하고 있던 취소와 보상사이의 선택권을 포기하고 먼저 위법한 침해에 대하여 취소소송을 제기해야 하고 그럴 수 없는 경우에만 일반희생사상에 근거한 보상을 인정하게 되었다.¹⁰¹⁾

2. 감액보상에 대한 재산권 조항의 적용 배제

연방헌법재판소의 분리이론의 영향에 따라 본 결정의 사안도 원칙대로라면 먼저 취소소송을 제기해서 원상회복하는 것이 우선이고 그것이 불가능할 때에 비로소 수용유사침해보상을 청구할 수 있다. 이러한 논리는 이미 앞에서 언급한 대상법률에도 반영되어 있다. 그런데 연방헌법재판소는 기본법에 기속되지 않는 국가권력 즉 외국에 의한 불법적 수용에 대한 책임은 기본법 제14조에서 도출될 수 없다고 선언함으로써 위 분리이론의 적용을 회피하고 있다. 따라서 이 문제는 이제 기본법 제14조의 재산권의 문제가 아니라 사회국가 및 법치국가원칙과 자의 금지원칙을 그 심사기준으로 삼게 된 것이다.

이에 따라 기본법 제14조의 완전보상에 반하는 대상법률의 보상금감액조항에 대하여 합헌결정을 내리고 있는 것이다. 즉, 통일 후 동독지역의 재건이라는 우선적 과제와 정부재정의 과도한 부담을 고려할 때 동독지역의 재건을 위해서는 불법적 수용을 당한 자들이 감액된 보상을 받더라도 헌법에 위반되는 것이 아니라는 것이다.

VII. 한국에 대한 시사점

본 결정은 우리의 통일에 많은 시사점을 주고 있다. 미래에 통일이 될 경우 본 사안과 마찬가지로 일제, 소련점령군, 북한정권에 의해 자행된 불법적 수용에 대한 보상의 문제가 동일하게 대두될 것이다. 이 경우 보상에 관한 법률을 제정할

101) Vgl. Maurer(각주 70), §27 Rn. 36.

때 현재의 시장가치를 완전히 반영한 완전보상을 해주게 된다면 북한지역의 재건에 들어갈 막대한 자금을 고려해볼 때 그 비용은 상상을 초월하게 될 것이다. 따라서 이러한 재건을 위한 통일비용을 고려하여 우리도 제한적인 보상을 해주는 법률을 만들 수 있을 것이고, 이는 우리 헌법 제23조의 재산권 조항의 적용이 아니라 법치국가원칙 및 자의금지원칙에 근거하여 정당화될 수 있음을 본 결정은 시사하고 있는 것이다.

참 고 문 헌

○ 단행본

- Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., München 2011.
- Erbguth, Wilfried, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München 1973.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011.
- Reinhardt, Rudolf/Scheuner, Ulrich, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954.
- Schwerdtfeger, Gunther, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, Berlin 1983.
- Wallerath, Maximilian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Göttingen 2009.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., München 2010.

○ 논 문

- 홍강훈, 분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석, 공법연구 제42집 제1호(2013).
- Götz, Volkmar, Der enteignungsgleiche Eingriff, AgrarR 1984.
- Heinz, Kersten/Schmitt, Klaus, Vorrang des Primärrechtsschutz und ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums, NVwZ 1992.
- Hendler, Reinhard, Zur bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie, DVBl. 1983.
- Ipsen, Jörn, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, DVBl. 1983.
- Kleinlein, Kornelius, Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung – eine Alternative zur Enteignung?, DVBl. 1991.
- Lege, Joachim, Enteignung und „Enteignung“, NJW 1990.
- Maurer, Hartmut, Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums, DVBl. 1991.
- Ossenbühl, Fritz, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW 1983.
- Papier, Hans-Jürgen, Zum Schicksal des enteignungsgleichen Eingriff, NVwZ 1983.
- Scherzberg, Arno, Die Subsidiarität des enteignungsgleichen Eingriffs, DVBl. 1991.
- Schwerdtfeger, Gunther, Eigentumsgarantie, Inhaltsbestimmung und Enteignung – BVerfGE 58, 300 („Nassauskiesung“), JuS 1983.
- von Arnould, Andreas, Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff heute, Verwaltungsarchiv 93 (2002).

사항색인

ㄱ

가우크 행정청	76
가장 새로운 공식	202
간첩죄	191
개별심사원칙	75
객관적인 사유에 기한 면허제한	72
건강보험청구권	158
경계이론	407
경과규정	147
계약의 자유	307
공무담임권	179
공무원 적격심사	189
공산주의 불법청산	37
공소시효	187
공직적격	184
과거청산	231
과소(보호)금지원칙	38, 150
교정 및 개선의무	152
구 동독 간첩	191
구 동독 간첩(DDR-Spione) 결정	218
구 동독 공직종사자	45
구 동독 행정인력 통합	78
구 채무	273
구성요건적 소급연결	210
국가보안부	197
국가보호법	203
국가의 보호의무	144
국가조약	349
국경수비대 결정	218, 232
국경수비대사건	88, 91
국제관습법	204

국제법상 인권	251, 252
국제법의 일반원칙	204
권력분립의 원칙	20
근본적인 정의의 요청	20
급진자 결정	184
기간규정	138
기관의 청산	64
기대불가능성의 척도	145
기본권 보호의무	38, 156
기본법개정의 한계	17

ㄴ

나치박해보상법	29
나치피해자손실보상법	393
납득가능성통제	158
농업생산협동조합	273
농업생산협동조합법	278
농업전환법	281
농업조합의 지원에 관한 법률	278

ㄷ

대기자 결정	45
대리처벌	267
대출명령	275
대출보장과 사회주의적 경제의 은행 통제에 관한 명령	275
독일과학아카데미	81
독일마르크개시결산법	283
독일제국 및 대등한 주체의 반환법상의 금전책임을 규율하기 위한 연방법	393

독일통일 실현에 관한 독일연방 공화국과 독일민주공화국 간의 조약	89, 139, 168, 388
동독 공공업무담당자	185
동독 국경법	240
동독 국방위원회	233
동독 불법체제	89
동서독(내독)경계지역	87, 88

ㄹ

라드브루흐 공식	250, 252
----------	----------

ㄴ

명확성원칙	63
모성보호법	69, 72
모성의 보호 및 배려 청구권	74
무상몰수조치	39
무죄추정의 원칙	127
미해결(미확정)재산문제의 처리(규율)를 위한 동서독정부의 공동선언	2, 387
미해결(미확정)재산문제의 처리(규율)를 위한 법률	4, 388
미확정재산문제의 규율을 위한 법에 따른 손실보상과 점령시법 혹은 점령통치권에 근거한 수용을 위한 국가적 조정급부에 관한 법	389
민법시행법	283

ㄷ

반환원칙	4, 40
법관선발위원회	186
법률유보원칙	312
법률통합	89
법의 일반원칙	205

법질서의 통일원칙	162
법치국가와 인도주의의 기본원칙	82
법치국가원리(원칙)	21, 237, 397
법효과의 소급적용	210
베를린장벽	87
변호사(개업)허가, 공증인 및 명예법관 임용 심사에 관한 법률	81, 186
변호사허가법	186
병영행정	50
보상규정	18
보상금부법	28
보상원칙	5, 40
보상의무 있는 내용결정	410
보충성원칙	175, 177
부담조정	23
부진정소급입법	209, 226
북한인권결의안	130
북한정권에 의한 보상없는 수용조치	37
북한정권의 불법성	129
분리이론	407, 409
불체포특권	243
비례성심사	65
비상적인 특별해고	182

ㄹ

사물관련적 차별	200
사법공조조약 판결	210
사회국가원리	21
사회부조	155
상담규정	145
상담의무	145, 152
상담조건부 기간규정	141, 145, 151
새로운 공식	200
성전환자 판결	202
소급처벌금지	208

소련점령법에 의한 수용	1
소송장애사유	121
손실보상 및 조정급부법	387, 389
손실보상법	29, 389
수용조치	2
슈타지	51
신탁관리청	294
신탁채무감면	317
실정법적 불법	248

○

연금기대권	369
연금전환법	346
연금전환보충법	355
연금조정법	352
연금조정에 관한 제1차 행정명령	354
연금조정에 관한 제2차 행정명령	355
연금청구권	369
연방반환법	393
연방사회부조법	148
연방슈타지기록물보존관리청	54
연방의회운영규칙	8
완전보상	24
외국 국가권력의 수용조치	18
용지획득프로그램	405
원물에 의한 반환원칙	5
원상회복조치	23
유럽인권협약	32, 258
의무납본판결	410
의무적 사회보험	346
이적죄	191
인(人)관련적 차별	200
인간 존엄성의 존중 및 보호의무	114
인간의 존엄성	20, 71, 87, 98, 109, 120
인간의 존엄성을 보호받을 주관적 기본권	99

일괄해결방식	75
일반적 행동의 자유	307
일반조항으로의 도피	120
일반해고	54
일자리(직장) 선택의 자유	61, 65, 72
임금계속지급법	155
임신부 및 가족지원법	143
임신중절	135
임신중절권	150
임신중절에 관한 법률	138
임신중절의 위법성조각사유	161
입법형성권	156

ㄷ

자갈채취판결	411
자유민주적 기본질서	37, 51
자율적 추가연금보험	346
자의금지원칙	198, 397
재사유화	4
재산권	304, 368, 395
재산법	4
재통일 원칙	19
전쟁결과법	23
점령고권	2
점령고권에 근거한 수용	1, 18, 19, 25
점령법	2, 18
정상적 특별해고 조치	185
제국보험법	146
조약에 대한 동의법률	18
조정규정	23
조정급부	24
조정급부법	392
조정보상급부	5, 27
중증장애인	68
직업선택의 자유	65, 72
직업의 자유	176, 305

직장선택의 자유	179
진정소급입법	209, 226

ㄷ

차별화된 개별심사원칙	77
청구권 및 기대권 전환법	355
체제 유보	246, 258
체제불법	87, 231
추가급여제도	347
추상적 규범통제	32

ㄹ

타당성통제	158
태아의 생명권	149, 159
태아의 생명에 대한 보호의무	152
토지개혁	5
토지개혁결정	1, 27, 31
토지취득결정	27
통일독일 실현에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 조약을 위한 동의 법률	1
통일조약	19, 139, 168, 282, 352, 388
통일조약 부속의정서	2, 18, 19
통일조약법(률)	1, 52, 168
특별급여제도	347
특별해고	54

특별해고요건	175, 179
--------	----------

ㅍ

편입지역에서의 물권해결에 관한 법	399
평등권	375
평등원칙	23, 70, 321
평등원칙의 심사기준	220

ㅎ

해고금지	69
해고보호	69, 72
헌법개정	19
헌법충실심사	51
헌법충실의무	51
형벌 대신 도움의 기본원칙	141
형벌불소급원칙	239
형법도입법	198
형법시행법	240
형법적 복권	188
형법적 불법청산	87
형사적 불법청산	130
호네커 결정	87
화폐·경제 및 사회통합을 위한 국가조약	7, 67, 349
효율적인 권리구제를 받을 권리	71

필자약력

표명환

제주대학교 법학전문대학원 교수
독일 쾰른(Köln)대 법학박사

이중수

연세대학교 법학전문대학원 교수
독일 콘스탄츠(Konstanz)대 법학박사
헌법재판소 연구위원 역임

박경철

강원대학교 법학전문대학원 교수
연세대학교 법학박사
강원대학교 법학전문대학원장 역임

강태수

경희대학교 법학전문대학원 교수
독일 본(Bonn)대 법학박사
헌법재판소 연구위원 역임

신옥주

전북대학교 법학전문대학원 교수
독일 마르부르크(Marburg)대 법학박사
헌법재판소 헌법 및 헌법재판제도 연구위원회 위원

이부하

영남대학교 법학전문대학원 교수
독일 쾰른(Köln)대 법학박사

한수웅

중앙대학교 법학전문대학원 교수
독일 프라이부르크(Freiburg)대 법학박사
헌법재판소 헌법연구관 역임

방승주

한양대학교 법학전문대학원 교수
독일 하노버(Hannover)대 법학박사
헌법재판소 헌법연구위원 역임

이준일

고려대학교 법학전문대학원 교수
독일 킬(Kiel)대 법학박사
헌법재판소 연구위원 역임

홍강훈

단국대학교 법과대학 교수
독일 튀빙겐(Tübingen)대 법학박사
헌법재판연구원 책임연구관 역임

판례선정·발간위원회

위원장	석인선 헌법재판연구원장
	전광석 前 헌법재판연구원장 (2016.1.15.~2017.6.15.)
간사	공진성 교 수
	허완중 前 책임연구원 (2016.1.15.~9.1.)
부간사	이석민 책임연구원
위원	강일신 책임연구원
위원	김환학 책임연구원
위원	이지효 책임연구원
위원	이재희 책임연구원
위원	최규환 책임연구원
위원	이민열 前 책임연구원 (2016.5.1.~10.24.)

판 권
소 유

통일과 헌법재판 2

2017년 12월 26일 인쇄

2017년 12월 30일 발행

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사

〈비매품〉

