

獨逸統一과 憲法問題

張 明 奉*

〈目 次〉

- I. 序 言
- II. 西獨基本法上 統一方式에 관한 論議
 - 1. 第 23 條의 編入方式
 - 2. 第 146 條의 新憲法制定方式
 - 3. 第 3 의 方式
- III. '統一條約'과 基本法改正
 - 1. '國家條約'과 '統一條約'의 採擇
 - 2. 編入과 관련한 基本法의 改正
- 3. 獨逸統一에 따른 聯邦憲法 裁判所의 主要 判決
- IV. 統一 以後의 憲法改革論議
 - 1. '統一條約'과 憲法改革論議
 - 2. 憲法改革論議過程
 - 3. 獨逸基本法 第 146 條의 適用問題
 - 4. 새로운 國家目標條項의 追加
 - 5. 論議되는 憲法改革의 對象
- V. 結 語

I. 序 言

獨逸統一은 分斷狀態로 남아 있는 우리에게 커다란 충격과 감동을 주었고, 韓半島統一과 관련하여 東西獨의 統一政策과 統一過程에 대한 보다 많은 관심을 불러 일으켰다. 그에 따라 獨逸統一에 대한 研究도 더욱 활발해졌다.

아다시피 獨逸統一은 西獨基本法 제23조의 編入(Beitritt)方式에 의한 吸收統一로 이루어졌다. 그러나 東西獨은 統一을 위해 이른바 '國家條約'¹⁾

* 法學科 敎授·憲法

1) 이 條約의 정식명칭은 "東西獨間의 通貨·經濟·社會統合 創設을 위한 條約"이다. 이 條約은 일반적으로 줄여서 '國家條約'(Staatsvertrag)이라 불린다. 이 條約의 全文은 *Der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der BRD und der DDR: Erklärungen und Dokumente*(Bonn: Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, 1990), SS. 73~96; *Die Verträge zur Einheit Deutschlands*(München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1990), SS. 1~24.

과 ‘統一條約’²⁾을 체결하는 등 統一이 급속도로 추진되는 가운데에서도 法的·制度的 節次와 方法에 의해 統一을 완성하여 規範의 統一의 先例를 보여주었다. 이러한 獨逸統一은 東獨의 西獨으로의 編入으로 이루어졌지만, 이는 東獨住民이 선택한 결과였다. 獨逸統一의 全過程을 볼 때, 獨逸統一은 모든 法體系의 統一으로 완성되었고, 특히 憲法的 觀點에서 준비되었음을 알 수 있다. 여기에는 東西獨의 分斷狀況 및 統一當時의 狀況을 적절하게 法的 論理로 결합시킨 獨逸法學者들의 洞察力과 努力이 뒷받침되었다는 점을 주목하여야 할 것이다.

현재 獨逸에서는 統一후 統一宣布 당시 예기치 못했거나 또는 예상보다 심각한 統一後遺症이 나타나고 있다. 法的 分野에서도 그러한 현상이 나타나고 있는데, 특히 ‘統一條約’에 의한 基本法改正 및 憲法改革(Verfassungsreform)³⁾에 관한 論議가 가열되고 있다. 이를 두고 獨逸에서 統一問題는 해결되었지만, 統一과 함께 憲法問題가 새롭게 대두하였다고 말하고 있다.⁴⁾ 그러나 獨逸에서의 憲法改革論議는 철저하게 기존의 憲法秩序의 基礎위에서 憲法理論 및 政策面에서 접근하고 있으며, 또 實定法의 조화로운 解釋에 중점을 두고 이루어지고 있다.

이러한 獨逸統一過程에서의 基本法에 의거한 統一方式과 統一 후의 憲法改革論議에서 韓半島統一과 관련하여 우리에게 주는 敎訓과 示唆點을 찾는 일은 意義있는 일이다. 獨逸의 憲法狀況과 南北韓의 그것과는 많은 차이가 있지만, 獨逸에서의 統一을 전제한 憲法的 論議過程 및 內容은 南北韓統一을 위한 法的 對備面에서 중요한 資料를 제공해 주는 것이다.

2) 이 條約의 정식명칭은 “獨逸統一·實現을 위한 東西獨間의 條約”이다. 이 條約은 일반적으로 줄여서 ‘統一條約(Einigungsvertrag)’이라 불린다. 이 條約의 全文은 *Der Vertrag zwischen der BRD und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands Einigungsvertrag*, Bulletin, Nr. 104(Bonn: Presse-und Informationsamt der Bundesregierung, 1990), SS. 877~1120; *Die Verträge zur Einheit Deutschlands*, a. a. O., SS. 43~569.

3) 현재 獨逸에서 진행중인 憲法改正對象의 範圍가 광범하여 憲法改正 보다 憲法改革이라고 일컫는 것이 一般的이다. Dirk Heckman, “Verfassungsreform zwischen Staat und Volk,” *Deutsche Verwaltungsblatt(DVBl)*, 15. August 1991, S. 848.

4) Dieter Blumenwitz, “Wie offen ist die Verfassungsfrage nach der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands?”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, 29. November 1991, S. 4.

本稿에서는 獨逸統一 후의 憲法改革論議를 考察하되, 그에 앞서 西獨基本法上 統一의 方式을 두고 나타난 見解를 살펴본다. 이는 統一후의 憲法改革論爭에도 일부분 그대로 재현되고 있기 때문이다. 이어 '統一條約'과 基本法改正의 關係를 알아보고, 아울러 憲法改革論議의 過程과 獨逸統一을 위한 聯邦憲法裁判所의 主要 判決을 一瞥한다. 다음에 獨逸憲法改革論議의 내용을 기술하고, 끝으로 獨逸에서의 憲法改革問題를 전망한 후, 이에 비추어 본 韓半島統一에의 示唆點에 관하여 언급한다.

II. 西獨基本法上 統一方式에 관한 論議

주지하는 바와 같이 1990년 당시 東西獨統一推進 상황은 東獨의 西獨聯邦에로의 吸收統一이라는 형태로 전개되었다. 舊蘇聯 및 東歐社會主義國家들의 改革·開放政策에 영향을 받은 東獨住民들의 平和革命은 東獨政權의 崩壞를 가져 왔으며, 나아가 궁극적인 獨逸統一을 가능케 하였다. 이러한 統一過程에 있어서 統一方式에 대한 法的 論議가 활발히 행해졌지만, 결국 吸收統一이라는 現實狀況을 반영하여 憲法狀況도 東獨의 西獨聯邦에로의 編入이라는 상황으로 전개될 수밖에 없었다. 아무튼 統一方式과 관련한 法的 論議로서는 吸收統一과 관련한 國際法的인 問題, NATO條約과의 관계 등이 있었으며, 對內的 問題 가운데에서는 西獨基本法上の 제23조에 의한 統一方式과 제146조에 의한 統一方式에 대한 문제에 論議가 집중되었다.⁵⁾

다음에 獨逸統一의 方式과 관련하여 西獨基本法 제23조의 方式과 제146조의 方式, 그리고 제3의 方式에 관한 論議에 대해 간략하게 살펴본다.

1. 第 23 條의 編入方式

基本法 제23조에 의한 統一方式은 獨逸의 다른 부분이 그 주민의 自己決定(Selbstbestimmung)에 따라 연방에 編入하여 그들의 憲法으로서의 基本法의 적용을 받는 것이다. 西獨聯邦憲法裁判所는 東西獨基本條約의 判決에서 基本法 제23조의 統一方式으로서의 機能을 인정한 바 있

5) Wolfgang Binne, "Verfassungsrechtliche belegungen zu eine 'Beitritt' der DDR nach ART. 23GG," *Juristische Schulung(JuS)*, Juni 1990, S. 446 참조.

다.⁶⁾ 또한 基本法 制定 이후 이 조항에 따라 1957년 1월 1일 Saarland 가 西獨聯邦에 編入한 前例가 있다.⁷⁾

基本法 제23조에 의한 吸收統一方式을 주장한 사람들⁸⁾은 法學者, 특히 보수적인 憲法學者들과 基民黨, 基社黨의 政策路線을 따르는 者, 西獨聯邦政府閣僚의 대부분으로 이들의 論據는 다음과 같다.

첫째, 獨逸統一의 현실성을 강조하였다. 東西獨住民의 統一念願을 충족시키기 위해서는 이 방식이 가장 合理的이며 現實的인 유일한 길이라는 것이다. 제146조에 의해 國民投票로 新憲法을 제정하고 新憲法에 의해 東西獨이 통합하는 것은 國家統一形態에 대한 교섭과 새로운 全獨逸憲法의 內容에 관한 論難으로 統一을 지연시킨다는 것이다.⁹⁾ 즉, 이 방식에 의하면 西獨基本法이 東獨地域에도 效力을 미치는 것이 되고, 이는 곧 統一을 의미하는 것이 된다. 동시에 東獨은 소멸하게 되고, 東獨의 消滅은 法的으로 分離運動(Sezessionsbewegung)의 실패라고 평가할 수 있다는 것이다.¹⁰⁾

둘째, 分斷 이후 40년동안 基本法은 상당한 정도로 正當性(Legitimität)과 憲法的 合理性(Verfassungsrechtlicher Rationalität)을 획득하였다는 점을 들었다.¹¹⁾ 따라서 新憲法制定의 필요성은 배제되었다.

셋째, 이 방식은 東獨에게 獨逸의 다른 지역에 있는 시민을 위해서는 '憲法契約'(Verfassungsvertrag)이라고 할 수 있는 '基本法에 의해 창설된 秩序'에 編入하도록 일방적인 행사의 選擇權을 부여한 것이다. 이러

6) BVerfGE 36, 1(285).

7) Saarland州의 西獨聯邦編入에 관한 內容에 관해서는 「獨逸 法律·司法統合概觀」(法務部, 1992), pp. 75~76.

8) 대표적인 인물은 Günter Dürig, Wilhelm Grewe, Rupert Scholz 등을 들 수 있다. 박성조·양상철, 「독일통일과 분단한국」(경남대 극동문제연구소, 1991), p. 61; Klaus Kinkel, "Deutsch Rechtseinheit-eine Standortbestimmung," *Neue Juristische Wochenschrift(NJW)*, Heft 6(1991), SS. 340~343(Vortrag anlässlich der Jahresversammlung der deutsch-deutschen juristischen Vereinigung am 9 Nov. 1990 in Postam).

9) Wolfgang Binne, a.o.O., S. 447.

10) Ebenda, S. 447.

11) Rudolf Steinberg, "Die Deutsche Einheit 1990, Verfassung und völkerrechtliche Voraussetzungen und Aspekt der Herstellung der deutschen Einheit am 3. Oktober 1990," 「北韓法律行政論叢」, 第8輯(高麗大 法學研究所, 1990), p. 244.

한 編入은 西獨의 同意를 필요로 하지 않으며, 西獨國民의 國民投票도 필요로 하지 않는다. 이는 곧 基本法이 國家的으로 統一된 獨逸憲法이 됨으로써 基本法の 憲法秩序의 同一性을 유지하고 아울러 東獨의 國際法上的 編入要件도 충족시켰다는 것이다.¹²⁾ 또한 東獨이 西獨에 編入되는 것과 동시에 東獨이 유럽共同體에 統合하게 됨으로써 統一前 東獨의 유럽共同體加入問題를 자동적으로 해결할 수 있다는 것이다.¹³⁾

넷째, 兩獨議會가 統一을 위한 특별한 決議 및 選舉를 시행할 필요없이 간단한 節次에 의하여 兩獨이 統合됨으로써 外交政策上 많은 利點을 가져와 獨逸의 외교적 신뢰성을 나타낼 수 있다는 것이다.¹⁴⁾

그러나 이러한 第23條에 의한 統合方式은 그 限界點이 지적되기도 하였다. 첫째로 西獨基本法 제20조 및 제28조에 명시한 憲法原則(聯邦國家的 憲法, 共和的·民主的·社會的 法治國家 原則)에 羈束되어야 하므로 東獨의 國家體制가 西獨의 體制를 受容하지 않는 한 不可能하다는 것이다.¹⁵⁾ 둘째로 東獨의 西獨에로의 編入은 전적으로 一方的인 統合方式이라는 비판이다. 즉, 東獨에게도 統一로 인하여 論하여질 새로이 形成되는 國家形態의 構造에 대하여 단순한 請願者로서의 아니라 同等한 參與者로서의 要求가 있다는 것이다.¹⁶⁾

이에 대하여 이러한 限界는 1990년 3월 18일 西獨 聯邦에로의 編入方式을 지지한 東獨의 自由總選의 결과 解決되었다. 그리고 제23조에 의한 方式을 주장하는 측에서는 東獨의 급속한 崩壞로 인하여 東獨은 憲法的으로 同等하게 參與하지 않았으며, 따라서 새로운 全體獨逸憲法을 共同으로 作成하기 위한 여유를 갖지 못했다고 주장하였다.¹⁷⁾

2. 第146條의 新憲法制定方式

基本法 제146조에 의하여 新憲法을 制定하고 그 新憲法에 의거하여

12) Ingo von Münch, "Deutschlands : gestern-heute-morgen-verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Probleme der Deutschen Teilung und Vereinigung," NJW (1991), S. 865 ff.; Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 6.

13) 박성조·양성철, 前掲書, p. 61.

14) 上掲書, 같은 면.

15) Wolfgang Binne, a.a.O., S. 447; 金哲洙, 「現代憲法論」(博英社, 1980), p. 8.

16) 박성조·양성철, 前掲書, p. 61.

17) R. Steinberg, 前掲文, p. 244.

統一을 이룰 것을 주장했던 자들¹⁸⁾은 非保守系 學者들로서 政治的으로 是 自民黨, 社民黨 등에 가까운 사람들이었다. 그들은 이 方式이 가장 合理的이고 合憲的이라고 하며 그 論據로 다음을 들었다.

첫째, 國民主權國家에서 國民의 意思에 따르기 위해서는 東西獨國民들이 함께 참여하는 이른바 ‘制憲會議’을 구성하여 新憲法을 마련하고 이에 의해 統一을 이룬 후 西獨基本法과 東獨憲法을 폐지해야 한다고 하였다. 더욱이 東獨에는 統一로 인하여 論하여질 새로운 國家形態의 構造에 관하여 단순한 請願者로서가 아니라 동등한 參與者로서의 요구가 있으며, 無血市民革命에 의하여 統一을 쟁취한 東獨民의 자존심을 감안해야 한다는 것이다. 따라서 일방적인 西獨聯邦에의 編入을 東獨에 강요할 수 없다는 것이다.

둘째, 西獨基本法 제23조는 부분적인 編入을 위한 것이고, 獨逸統一의 방법으로는 오직 제146조의 新憲法制定에 의하도록 하였고, 이를 예상하여 基本法이 기초되었다는 것이다.

셋째, 지금까지 성공적인 民主主義의 실적을 公開討論에 의해서 더욱 확립시키자는 것이다. 全國民의 公開討論없이 제23조에 의한 사실상의 東獨合併은 民主主義原則에 위배된다는 것이다.

넷째, 兩獨國民이 동등한 입장에서 함께 政治體制에 관하여 결정하는 것은 基本法 前文의 基本精神이며, 제23조에 의한 方式은 東獨을 마치 植民地化하는 것과 같다고 하였다.¹⁹⁾

3. 第3의 方式

西獨基本法 제23조와 제146조에 의한 統一方式이 논의되는 가운데 이 兩者를 결합하는 제3의 方式이 제기되었다. 그것은 東獨이 우선 基本法에 編入하고 차후 統一獨逸의 新憲法을 制定한다는 것이다.²⁰⁾ 이는 당시

18) 대표적 人物로서 Jürgen Harbertmas, Ernst Tugendhat, Michael Theunissen, Wilhelm Hennis, Oskar Negt, Jürgen Seifert 등을 들 수 있다. 박성조·양성철, 前掲書, pp. 61~62.

19) 1. 掲書, p. 62.

20) Dieter Blumenwitz, a.a.O., SS. 6~7; Peter Häberle, "Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands-Ein wissenschaftlicher Diskussionsbeitrag in Vormärz 1990-", *Juristenzeitung(JZ)*, Heft 8 (20. April 1990), SS. 358~360.

吸收統一論이 우세한 상황에서 제146조에 의한 新憲法制定이 現實性을 결여한 것이라는 전제에서 출발한 것으로서 基本法 제23조와 제146조를 相互補完關係로 보는 입장에 선 것이다. 당시 統一方式으로서 基本法 제146조에 의한 國民投票實施와 新憲法制定을 주장하기 보다 基本法 제23조와 제146조에 의한 統一方式을 相互補完關係로 보는 學者들이 대부분이었다.²¹⁾

한편 東獨에서는 1990년 3월 18일의 自由總選에서 各政黨의 選舉公約을 통해 統獨方式에 관한 論爭이 제기되기도 하였다. 이 選舉의 당초 성격은 獨逸統一의 '可否'에 대한 東獨國民의 심판으로 강조되었으나, 總選直前の 輿論에서 東獨國民의 압도적인 다수가 統一을 지향하고 統一을 기정사실화함으로써²²⁾ 獨逸統一을 둘러싼 爭點은 統一의 可否가 아니라 統一의 '方法과 時期'에 집약되었다.²³⁾

東獨基民黨(CDU)이 주도하고 獨逸社會聯盟(DSU), 民主改革黨(DA) 등이 소속된 '獨逸聯合'(Allianz Für Deutschland)과 '自由民主主義者同盟'(Bund Freieiter Demokraten) 등 東獨의 右翼民主陣營에서는 제23조에 의한 吸收統合·早期統一方式을 주장하였고, 東獨社民黨(SPD), 東獨民社黨(PDS: 社會主義統一黨 <SED>의 후신), 진보적 民主勢力聯合인 '同盟 90'(Bündnis 90), 東獨綠色黨(Grüne) 등 左翼民主陣營과 在野民主勢力은 제146조에 의한 漸進的이며 對等한 統一方式을 주장하였다.²⁴⁾

總選結果는 東獨國民의 다수가 제23조에 의한 吸收統合·早期統一方式을 선택하는 것으로 나타남으로써 東獨이 西獨에 吸收·合併되는 法的 節次로서 '國家條約'과 '統一條約'을 채택하여 이에 의거한 統一의 수순을 단계적으로 밟아 나가게 되었다.

21) 許 營, "獨逸 統一過程에서의 法的 論議", 「司法行政」, 1992년 10월호, pp. 8~9.

22) 1990년 2월 3일 실시한 라이프치히(Leipzig) 輿論調査研究所의 調査에 의하면, 東獨國民은 獨逸統一에 대하여 贊成 84%, 反對 16%로 압도적인 다수가 統一을 念願한 것으로 나타났다. 한편 1990년 2월 9일 실시한 西獨의 알렌스바하(Allensbach) 輿論調査에 의하면, 統一에 대하여 西獨國民의 69%가 贊成, 11%가 反對함으로써, 西獨人은 東獨人보다 훨씬 낮은 贊成率을 보여주었다. 박성조·양성철, 前掲書, p. 43.

23) 白京男, 「독일, 분단에서 통일까지」(江川, 1991), p. 237.

24) 基本法 제23조 또는 제146조에 의한 統一方式에 대해 상세한 것은 Hubert Weis, "Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands," *Archiv des öffentlichen Rechts(AöR)*, Bd. 116, Heft 1 (März 1991), SS. 2~7.

III. '統一條約'과 基本法改正

I. '國家條約'과 '統一條約'의 採擇

西獨基本法 제23조에 의한 統一方式에 의거한 統一을 추진하기 위해 먼저 東西獨은 '國家條約'을 체결하여 貨幣·經濟·社會統合을 이룩하였고, 나아가 '統一條約'을 체결하여 政治·法律制度 등 전반적인 國家統一을 완수하였다. 이 '統一條約'은 東西獨의 法的 統合을 본격화시키는 계기를 마련하여 兩獨間 法的 同化의 출발점이 되었다.

1990년 10월 3일 發效된 '統一條約'은 統一後에도 聯邦法에 상당하는 法律로서의 效力을 가지며, 統獨으로 인한 法的 矛盾을 統一하거나 또는 調整하는데 있어 規範의 指針이 되어 왔다.²⁵⁾ '統一條約'에는 세계의 附屬文書가 포함되어 있는데, 附屬書 I은 '統一條約' 제8조와 제11조와 관련된 "聯邦法の 과도적 適用擴張에 관한 特別規定"이고, 附屬書 II는 '統一條約' 제9조에 관련된 "東獨의 계속 適用되는 法律에 관한 特別規定"이며, 附屬書 III은 "未解決의 財産權問題解決에 관한 東西獨 兩政府의 合同宣言文"이다.²⁶⁾

이 '統一條約'이 發效되는 순간부터 獨逸民主共和國(東獨)이라는 이름의 國家는 소멸되었다. 東西獨의 統一은 '統一條約' 제1장에서 규정한 대로 '東獨의 獨逸聯邦共和國에로의 編入'을 의미하는 것이었다. 모든 編入過程은 이 條約에 따라 進행되었다. 이 條約에 있어서 주목할 사항은 이전에 西獨基本法 및 西獨聯邦憲法裁判所를 위시한 西獨法院의 判決文 등에 자주 등장하였던 '再統·'(Wiedervereinigung)이라는 용어를 사용하지 않았다는 점이다.²⁷⁾

'統一條約'의 대부분의 內容은 東獨의 編入에 따른 全般的인 法秩序

25) 統一條約 第45條 2項.

26) 統一條約의 附屬文書 全文은 *Die Verträge zur Einheit Deutschlands, a.a.O.*, SS. 81~569. 특히 東西獨間의 法令調整에 관한 원칙을 정한 附屬書 I·II에 대한 概括的 說明은 「獨逸統·關係法 研究(II)」(法制處, 1992), pp. 39~52.

27) Erik Suy, "The Unification of the two German States: Some International Legal Aspects," *Symposium on the Comparative Analysis of German Reunification and the Korean Case*(International Culture Society of Korea, 1990), p. 4.

(憲法秩序를 포함)의 統一과 調整에 관한 것이다. 여기서는 이 條約의 概略的 內容을 살펴본다.

‘統一條約’은 前文의 “自由로운 自己決定으로 統一完成의 決意와 法治 國家的·民主的·社會的 聯邦國家에서 살고자 하는 念願”과 “獨逸統一이 信賴와 共存으로 다른 유럽平和秩序의 구축에 일조한다는 意志”에서 특히 유럽國家의 領土와 主權을 침해하지 않음을 명백히 하고 이를 바탕으로 東西獨은 ‘統一條約’에 合意하였다고 선언하였다.

第1章은 編入의 效力에 관한 조항으로서 基本法 제23조에 의한 編入을 규정하고(제1조), 獨逸의 首都를 베를린으로 정하였다(제2조). 第2章은 基本法에 관한 조항으로서 基本法의 發效(제3조), 改正問題(제4조), 將來의 憲法問題(제5조) 등을 정하고, 第3章은 法令의 調整條項으로 聯邦法의 過渡期的 適用(제8조), 東獨法令의 繼續適用(제9조), 유럽共同體(EC)法의 適用(제10조) 등을 규정하였다.

第4章에서는 國際法上 條約 및 合意事項을 두어 東西獨의 國際法上 條約들의 效力과 適用에 대하여 合意하고, 第5章에서는 東西獨間의 共同行政과 法律執行에 관하여 公共機關의 存續(제13조), 州政府의 共同機關(제14조), 州政府의 行政의 遡及的 適用(제15조, 제16조), 政治人의 復權(제17조), 그리고 司法審判效力의 持續(제18조) 등의 규정을 두었다.

第6章에서는 公共財産과 負債規定으로 行政財産과 國家財政財産(제21조, 제22조)의 處理問題, 負債(제23조, 제24조), 信託財産(제25조), 東獨의 特別財産(제26조, 제27조)의 處理, 그리고 經濟的 獎勵措置(제28조) 및 對外經濟關係(제29조)의 範圍 등에 대하여 상세히 규정하였다. 第7章(제30조, 제34조)에서는 勞動·社會保障·家族·婦女·保健 및 環境保護에 관한 세부적 규정을 두고, 第8章(제35조, 제39조)에서는 文化·教育·科學 및 體育部分에 대하여 규정하였다. 그리고 第9章(제40조, 제45조)에서는 臨時 및 最終決定規定을 두어 ‘統一條約’의 效力時期와 總選 등에 관하여 규정하였다.

2. 編入과 關聯한 基本法의 改正

1990년 10월 3일 ‘統一條約’의 發效와 함께 東獨이란 國家가 소멸된

것은 물론 東獨의 憲法 또한 效力을 상실하게 되었으나, 西獨의 基本法이 全面的으로 그대로 東獨에 擴大適用되게 된 것은 아니다. 비록 東獨이 西獨에 編入되었다 할지라도 일시에 東獨의 社會主義體制가 西獨의 基本法이 정하는 自由民主主義體制로 조정되지 못하기 때문에, 統一에 따른 基本法의 직접개정과 아울러 일정기간 東獨住民의 生活關係를 규율했던 東獨의 一部 法秩序를 유지시킬 수 있는 憲法的 根據를 마련할 필요가 있었다. '統一條約'은 제4조에서 東獨의 聯邦編入에 따른 基本法의 改正部分을 열거하고, 제5조에서 向後 基本法의 一部 혹은 全部에 대한 改正 또는 補完을 勸告하였다.

'統一條約' 제4조에 의거하여 編入과 직접 관련한 基本法 前文, 제23조, 제51조 2항, 제135a조, 제143조, 제146조 등이 改正되었으며, 向後 基本法의 改正 또는 補完과 관련한 '統一條約'의 勸告條項과 改正된 基本法의 一部條項(특히 제146조)에 대해서 論爭이 계속되고 있다.

다음에 東獨의 聯邦編入과 동시에 基本法 중 統一의 課題를 표현한 暫定憲法的 性格의 條項은 더이상 의미가 없기 때문에 改正 내지 削除된 事項과 東獨法律의 暫定的 維持에 따른 基本法의 改正內容을 살펴본다.

첫째, 基本法 前文의 統一까지의 過渡期的인 內容을 統一의 完成에 따른 內容으로 改正하였다. 즉, "民族的·國家的 統一을 維持하고" 라고 한 부분과 '基本法의 過渡的 性格'에 관련된 부분을 削除하고, 東獨地域을 포함한 各州의 列舉條項을 그 역사적 차이를 불문하고 단순히 알파벳순으로 나열하고, 東獨地域 5개州와 東베를린의 獨逸國民을 포함한 獨逸人들은 自由로운 自己決定으로 獨逸이 統一과 自由를 完成하였다는 것과 基本法이 모든 獨逸國民에게 適用된다는 內容을 명확히 밝혔다('統一條約' 제4조 1호).

둘째, 基本法 제23조를 削除하였다('統一條約' 제4조 2호). 이는 제23조 1항의 各州 열거조항이 基本法 前文과 중복되고, 2항 또한 統一의 完成으로 基本法의 適用領域에 대한 規定은 불필요하게 된 것으로 統一의 당연한 결과이다. 제23조의 削除는 獨逸統一의 根據였던 이 조항이 그 존재목적을 이룩한데 따른 것이며, 동시에 더이상 다른 지역이 編入方式에 의해 獨逸聯邦에 編入될 수 없다는 상황을 명백히 한 것이다.

셋째, 聯邦上院(Bundesrat)의 構成에 관한 基本法 제52조 2항을 一部 改正하였다(‘統一條約’ 제4조 3호). 改正內容은 東獨地域의 州가 人口과 小지역임을 고려하여 기존의 規定에 따르면 東獨地域의 各州가 聯邦上院에 과잉대표될 우려가 있고, 그렇다고 人口비례에 따라 議決權數를 배분할 경우 聯邦國家의 特性을 해칠 정도로 東獨地域의 各州가 과소대표되어 不均衡現象이 야기된다는 背景에 기인한 것이다.²⁸⁾ 이에 따라 議決權配分은 한편으로 기존의 規定을 그대로 두어 各州가 최소한 3개의 議決權을 갖고, 人口 2백만 이상의 州는 4개, 人口 6백만 이상의 州는 5개의 議決權을 부여함으로써 東獨地域 各州의 利害關係를 존중하면서, 다른 한편으로 西獨의 人口밀집지역 州를 배려한다는 의미에서 새로이 人口 7백만 이상의 州는 聯邦上院에서 6개의 議決權을 갖도록 하였다. 이는 聯邦上院에서 小州들의 大州에 대해 항유했던 既得權을 침해하는 것이 아니라, 4個 大州(바덴-뷔르템베르크, 바이에른, 니더작센, 노르트라인-베스트팔렌)들이 다른 모든 州에 대해 憲法改正을 저지하는 이론 바 阻止權(Sperrminorität)을 보장하려는 취지에서 이루어진 것이다.²⁹⁾

넷째, 基本法 제135a조에서 기존의 獨逸帝國의 國家破産에 대한 清算과 관련한 제2차 世界大戰 및 獨逸帝國의 붕괴로부터 생긴 政治的·經濟的 負擔의 衡平化를 규정한 條項을 1항으로 하고, 2항을 新設하여 統一獨逸의 聯邦, 州, 地方自治團體가 인수하는 東獨債務과 財産에 대해서도 1항의 原則을 準用하도록 하였다. 이렇게 하여 東獨의 債務과 財産 등에 관해서도 ‘負擔衡平의 原理’를 적용하고, 특히 ‘東獨의 未解決財産權問題에 관한 兩獨政府 共同聲明’(1990. 6. 15)의 內容이 條約當事者의 意圖에 반하여 違憲問題가 발생하는 등의 法的 混亂을 방지하고자 하였다.³⁰⁾

다섯째, 基本法 제143조를 新設하였다(‘統一條約’ 제4조 5호). 그 內容을 보면, 東西獨間 法秩序의 差異를 인정하여 基本法 제19조 2항(基本

28) 全光錫, “獨逸統一—關聯條約과 獨逸憲法の 發展”, 『한림법학』, 제1권(한림대학교 법학연구소, 1990), p. 23.

29) 『獨逸 法律·司法統合 概觀』, 前掲書, p. 84.

30) 上掲書, pp. 84-85.

權의 本質的 侵害禁止)과 제79조 3항(基本法 改正의 限界)을 위반하지 않는 한 東獨地域에서 시행되는 法律에 대해서는 그 특수한 사정으로 基本法秩序에 완전히 합치하지 않을 때에는 1992년 말까지 基本法規定과의 차이를 인정하였다(제143조 1항). 이에 따라 基本法 第2章(聯邦과 州의 關係), 第8章(聯邦法律의 執行과 聯邦行政), 第8章 a(共同課題) 등도 1995년 말까지 그 適用을 猶豫하였다(제143조 2항). 그러나 '統一條約' 제41조(財産問題에 관한 規定)와 實行規定은 東獨地域에서의 私有財産公有化 措置時의 被害者에 대한 財産返還措置 後에도 존속하도록 하였다(제143조 3항).

여섯째, 제23조와 함께 統一의 한 方法으로 논의됐던 제146조의 改正이다('統一條約' 제4조 6호). 제146조는 "獨逸의 統一과 自由가 성취된 후 全獨逸國民에게 適用되는 이 基本法은 獨逸國民의 自由로운 決定으로 의결한 憲法이 效力을 發生하는 날에 그 效力을 喪失한다"라고 수정되었다. 이것은 "獨逸의 統一과 自由가 성취된 후 全獨逸國民에게 適用되는"이라는 文句를 원래의 條文에 추가한 것이다. 제146조는 기존의 條文에 統一의 課題를 완수함으로써 基本法 適用의 人的 範圍가 확대되었음을 추가했을 뿐 基本法의 臨時法的 性格을 표현하는 內容은 그대로 남아 있어 후술하는 바와 같이 이 부분의 解釋을 둘러싸고 심한 論爭을 일으키고 있다.

일곱째, 基本法 第10章 財政制度(Finanzwesen)는 특별한 규정이 없는 한 東獨地域에도 확대적용하도록 하였다.³¹⁾

3. 獨逸統一에 따른 聯邦憲法裁判所の 主要 判決

獨逸統一이 吸收統一方式으로 구체화하는 과정에서 西獨內에서는 몇 가지 違憲問題가 제기되었다. 이에 대해 聯邦憲法裁判所는 統一의 法的 問題를 해결함으로써 獨逸統一의 法的 障礙를 제거하고 統一을 위한 法的 論據를 제공하였다. 다음에 獨逸統一에 따른 聯邦憲法裁判所의 主要 判決을 개괄적으로 살펴본다.

31) 이와 관련하여 統一條約上 財政制度의 特別規定에 관해서는 「獨逸 法律·司法統合概觀」, 前掲書, pp. 85-89.

(1) '統一條約' 第4條의 合憲判決

基民黨과 基社黨의 議員 8명은 '統一條約' 제4조(基本法改正)가 議員의 法律改正案發議權을 침해하고, 基本法의 改正이 基本法 제79조의 절차에 의해서만 가능함에도 불구하고 '統一條約'에 의해 개정된 것은 基本法違反이라는 이유로 違憲審判을 제기하였다.³²⁾ 이에 대해 聯邦憲法裁判所는 ① 西獨政府는 基本法 前文과 제23조에 의한 '再統一命題'(Wiedereinigungsgebot)의 憲法的 根據에 의해 '統一條約' 제4조의 내용을 정하는 權能을 가지며, ② 聯邦政府는 獨逸統一의 역사적인 기회를 활용하기 위한 넓은 政治的 形成裁量權을 갖는 憲法機關으로서 '統一條約' 제4조의 내용을 정한 것은 憲法精神에 반하지 않는다는 논지로 棄却判決을 내렸다.³³⁾

(2) 選舉法 違憲判決

綠色黨(Die Grünen)과 民社黨(PDS), 共和黨(REP), 그리고 두사람의 國民이 東西獨選舉條約(Wahlvertrag, 1990. 8. 3)에 따라 마련된 聯邦選舉法 제6조 6항(5% 沮止條項)과 제53조 2항(제12회기 聯邦議會選舉를 위한 經過規定)이 違憲이라고 주장한데 대하여 聯邦憲法裁判所가 이를 容認한 것이다. 그 論據는, ① 選舉法의 5% 沮止條項(Sperrklausel)을 東獨地域까지 확대 적용하는 것은 西獨의 群小政黨과 東獨의 新政黨들에게 議會進出의 불리한 조건을 만들게 됨으로써 政黨間 機會均等を 해친다는 것이며, ② 群小政黨과 東獨政黨을 위해 예외적으로 도입한 非競爭關係에 있는 政黨間의 '聯合名簿制度'(Listenverbindung)가 오히려 大政黨의 選舉造作의 危險性에 의해 自由·平等選舉原則에 위반된다는 것이었다.

이 判決에 따라 獨逸聯邦議會는 1990년 10월 8일 選舉法을 개정하여 統一 후 最初選舉에서만은 東西獨地域의 政黨別得票을 분리하여 계산한

32) 기실 이것은 基本法 제23조가 삭제됨에 따라 오데르-나이세(Oder-Neisse)線이 폴란드와의 國境으로 확정되는 것을 認定할 수 없다는 民族主義的인 意圖가 내포되어 있는 점이 지적되었다. 許 營, 前揭論文, p. 9.

33) BVerfGE 82, 19. 聯邦憲法裁判所는 '統一條約'이 獨自의인 外交權의 結果가 아니라 國家의 統一達成을 위한 특별한 手段으로 이루어진 것이며, 또한 再統一을 위한 특별한 事情에 대해 치밀한 法理를 구성하여 條約에 의한 基本法의 改正을 거부하기 보다 條約法에 의해 基本法을 改正하는 것을 許容하였다. 「獨逸統一-關係法研究(II)」, 前揭

으로써 5% 阻止條項의 확대로 인한 群小政黨 및 新生政黨의 불이익을 줄이고 이들 政黨들이 원내에 진출하는데 큰 도움을 주었다.”³⁴⁾

(3) 東獨地域의 蘇聯軍政下 沒收財産處理에 관한 合憲判決

東西獨은 1990년 6월 15일 ‘財産權問題規定에 관한 共同聲明’을 통해 東獨政權下의 財産權處理에 관한 基本方針에 의해 東獨政權下에서 不法侵害된 財産權의 경우 返還을 통한 原狀回復을 原則으로 한 반면, 蘇聯軍政下에서 沒收된 財産權에 대해서는 返還請求의 대상에서 제외시켰다.³⁵⁾ 이에 따라 1945년부터 1949년까지 舊蘇聯軍 占領下에 단행된 土地改革으로 沒收당한 財産의 原所有者들은 ‘統一條約’ 제4조 5호에 의해 基本法 제143조 3항에 삽입된 舊東獨地域의 沒收財産의 未返還方針이 基本法上 平等權, 財産權 및 基本法改正 不可事由에 위배된다는 이유로 憲法訴願을 제기하였다. 이에 대해 1991년 4월 23일 聯邦憲法裁判所는 ‘統一條約’ 제4조 5호에 의해 基本法 제143조 3항의 上記 沒收財産의 未返還方針은, ① 基本法 제79조의 基本法改正 不可事由에 해당하지 않으며, ② 當時 西獨의 公權力이 事實上·法律上으로 東獨地域에 미치지 못했다는 점을 감안하여, 당시 蘇聯占領軍이 행한 沒收措置에 대해서도 책임을 질 수 없다는 이유로 基本法 제14조(財産權 保障)에 위배되는 것이 아니라고 하여 合憲判決을 내렸다.”³⁶⁾

IV. 統一 以後의 憲法改革論議

1. ‘統一條約’과 憲法改革論議

改正된 基本法 제146조는 臨時法的 性格이 그대로 남아 있어 統獨後에도 新憲法의 制定可能性을 排除하지 않고 있고, ‘統一條約’ 제5조는 基本法의 改正이나 補完과 관련하여 統一獨逸의 立法機關이 2년내에 “基本法 제146조의 適用과 이에 따른 國民投票의 問題”를 처리할 것을 勸告

書, pp. 27~28.

34) 이에 관해서는 張明泰, “獨逸統一에 관한 序說의 研究- 法的 側面에서 -”, 『법제연구』, 창간호(韓國法制研究院, 1991), pp. 178~179.

35) Anlage III zum Einigungsvertrag, 東獨地域에서의 沒收財産의 處理에 관해서는 獨逸法律·司法統合 概觀』, 前掲書, pp. 509~538.

36) BVerfGE 84, 90.

하고 있다.

이에 따라 獨逸統一 후 基本法이 統一憲法の 留保下에 놓여있다는 基本法 舊 제146조가 가졌던 의미를 新 제146조가 계속 지닐 수 없다는 점에서 新 제146조의 臨時性的의 內容에 관한 解釋上 問題가 提起된다. 이와 관련해 新 제146조의 適用에 따른 國民投票의 시행여부 및 그 節次에 관해서도 政策論的 論議를 불러 일으키고 있으며, 또 解釋論的으로 가장 어려운 問題가 되고 있다.³⁷⁾

이같은 憲法問題의 重點은 “基本法 제146조의 適用問題”가 基本法改正의 問題인가, 아니면 憲法制定의 問題로 이해해야 할 것인가에 있다.³⁸⁾ 이 問題는 한편으로 오늘날에 이르기까지 계속되고 있는 聯邦共和國의 憲政上 正當性的의 결점을 獨逸國民의 自由로운 決定으로 議決된 憲法을 통하여 補完할 필요가 있다는 점에서 肯定的인 측면이 있으나, 다른 한편으로는 違憲의 危險性, 즉 자칫하다가는 수십년간 憲法秩序로서 확증된 基本法을 消滅시킬 危險性을 내포한 데 있다. 다시 말하면 新 제146조의 適用은 새로운 憲法制定의 기회라고 주장³⁹⁾되는 만큼이나, “基本法의 土臺에서의 爆藥裝置”(Sprengladung unter dem Fundament des Grundgesetzes), “憲法箱子안의 時限爆彈”(Zeitbombe in Verfassungsgehäuse), “基本法의 自己犠牲”(Selbstpreisgabe des Grundgesetzes), “合法的 國家消滅”(legalen Staatsstreich)이라고 말해지고 있다.⁴⁰⁾

이같은 基本法 新 제146조를 둘러싸고 統一되기 直前부터 獨逸에서는 憲法論爭이 벌어졌다. 基本法 新 제146조의 適用은 新憲法을 制定할 기회라고 주장하는 견해는 새로운 政治共同體의 形成過程을 통하여 舊東西獨의 市民이 相互 平等한 存在로서 승인받고 그로부터 連帶義務가 발생한다는 점과 獨逸인들이 유럽의 심장부에 統一된 大國家를 形成하게 됨으로써 유럽과 세계에 있어서 獨逸國民의 政治的 役割이 급격히

37) 全光錫, 前掲論文, p. 35.

38) 上掲論文, 같은 편: Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 4.

39) Ulrich K. Preuß, “Die Chance der Verfassungsgebung,” *Aus Politik und Zeitgeschichte*, a.a.O., S. 12 ff.

40) Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 3: Josef Isensee, “Selbstpreisgabe des Grundgesetzes?” *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23. August 1990: Klaus Stern, Bruno Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), *Einigungsvertrag und Wahlvertrag*, 1990, S. 48.

변모되었기 때문에 그에 상응한 憲法の 制定이 이루어져야 한다는 점을 강조한다.⁴¹⁾ 다른 한편 憲法秩序로서 確證된 基本法の 消滅의 危險性を 경계하는 입장에서는 基本法 제146조의 適用을 基本法の 改正 또는 補完에 관한 問題로 이해하고 더 나아가 基本法 제146조의 削除論까지 제기하고 있다.⁴²⁾

2. 憲法改革論議過程

‘統一條約’ 제5조의 勸告에 따라 각 政黨은 憲法改革의 方法에 대해 提案을 마련하였는데, 憲法改革에 대한 입장에 따라 차이를 보였다.⁴³⁾ 먼저 新憲法制定을 주장하는 野黨에서는 憲法制定會議 設置를 통한 憲法改革을 추진하였다.

社會民主黨은 ‘統一된 獨逸의 憲法을 위한 基本法の 擴大發展’이란 목표로 1991년 4월 24일 120명으로 구성되는 ‘憲法會議’(Verfassungsrat) 設置를 제안했고, 聯邦會議(Bundesversammlung)을 통해 憲法會議를 구성해 聯邦議會와 聯邦上院과는 다른 절차에 의해 憲法制定의 목적을 달성해야 한다고 하였다. 또한 동맹 '90(Bündnis 90)과 녹색당(Die Grünen)그룹도 ‘基本法에서 全獨逸憲法으로’ 라는 기치아래 1991년 5월 31일 160명으로 구성되는 憲法會議의 소집을 제안하고, 國民投票의 節次를 거쳐 확정될 憲法草案 마련을 憲法會議에 위임할 것을 주장하였다.

한편 新憲法制定을 반대하고 필요한 基本法の 改正만을 주장한 與黨인 基民·基社聯合(CDU/CSU)과 自民黨(FDP)은 1991년 11월 28일 聯邦議會에 ‘共同憲法委員會’(gemeinsame Verfassungskommission)의 설치를 제안하였고, 이에 따라 聯邦議會 代表 32명과 聯邦上院 代表 32명의 총 64명으로 同 委員會가 구성되어 立法權者에게 제안될 憲法改正 및 補完內容을 검토하기 시작하였다.

이러한 ‘共同憲法委員會’의 구성으로 野黨에서 주장한 憲法制定會議

41) Ulrich K. Preuß, a.a.O., SS. 12~13.

42) Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 9, S. 11.

43) Fritz Ossenbühl, “Probleme der Verfassungsreform in der Bundesrepublik Deutschland,” DVBl, April 1992, S. 468; 이승우, “독일통일과 헌법개혁논쟁”, 『법과 사회』, 제7호(창학과 비평사, 1993), p. 188.

의 設置案들은 채택되지 못하였다. 현재 이 委員會의 憲法改革問題에 있어서 最大課題로 지적되고 있는 것은 憲法改革과 國民投票의 實施問題와 基本法 제146조의 削除問題라고 하며,⁴⁴⁾ 아울러 憲法改革論議가 시작되면서 國家組織體系는 물론 基本權과 관련한 基本法の 改正論議가 확대되고 있으며, 이러한 論議가 모두 반영된다면 대폭적인 憲法改革이 이루어질 것으로 전망되고 있다.⁴⁵⁾

3. 獨逸基本法 第146條의 適用問題

(1) 基本法 新 第146條의 意義

基本法 舊 제146조는 基本法 前文의 再統一命題를 충족시키기 위해 제23조의 未編入地域의 聯邦編入에 의한 再統一의 方法 이외에 憲法制定行爲에 입각한 再統一의 方法도 열어 놓고 있었던 규정이다. 이 條項은 西獨에서 獨逸統一을 民族自決權 行使에 의한 憲法制定行爲에 의하여 달성할 것을 규정한 것으로 해석하는 것이 일반적인 견해였다. 따라서 舊 제146조에서 예정된 全獨逸憲法은 西獨基本法の 改正이 아니었다.⁴⁶⁾ 基本法에 따르면, 基本法の 改正은 基本法 제79조의 方法에 따라야 하는 것이며 그 限界를 지켜야만 되는 것이었다. 이에 반하여 제146조의 全獨逸憲法은 基本法이 규정하는 완전한 獨立的인 것이요 自由롭게 형성되어야 하는 것이었다. 그것은 西獨基本法과 分離된 獨創的인 憲法이어야 하였다.⁴⁷⁾ 그러나 제146조는 반드시 新憲法の 創造를 義務化하는 것은 아니라고 보는 見解도 있었다. 만일 全獨逸國民이 西獨基本法에 만족해 한다면 基本法을 廢棄할 義務는 없는 것으로 보았던 것이다.⁴⁸⁾

統一후 제146조는 '統一條約' 제4조 6호에 따라 "獨逸의 統一과 自由가 성취된 후 全獨逸國民에게 適用되는 이 基本法은 獨逸國民이 自由로

44) Ebenda, S. 468; Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 9.

45) Dirk Heckman, "Verfassungsreform als Ideenwettbewerb zwischen Staat und Volk," DVBl, 15. August 1991, S. 848.

46) Giese-Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1962, S. 279; 金道熙, "憲法과 國家統一問題", 『法學』, 第8卷 2號(서울大 法學研究所, 1966), p. 37.

47) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz I, 2. Aufl. (Berlin: Franz Vahlen GmbH, 1957), S. 130; 金哲洙, 前掲書, p. 7; Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 6.

48) 金哲洙, 前掲書, p. 7.

은 決定으로 의결한 憲法이 效力을 發生하는 날에 그 效力을 喪失한다”라고 개정되어 존속하게 되었다. 이 基本法 新 제146조는 憲法妥協(Verfassungskompromiß)의 產物로서의 性格이 강하다.⁴⁹⁾ 東獨이 西獨과 ‘統一條約’을締結함에 있어서 후에 新憲法을 制定할 조건으로 제23조 2항에 따른 編入을 결정한 것은 아니며,⁵⁰⁾ 더욱이 그 이전인 1989년 가을에 일어났던 東獨에서의 平和革命도 역시 장래에 가서야 비로소 창설되는 새로운 秩序를 지향한 것이라기 보다는 具體的으로 인식될 수 있는 基本法의 憲法秩序를 지향한 것이었다.

원래 ‘統一條約’ 協議過程에서 西獨政府는 제146조를 削除하려고 하였으나, 社民黨이 지도하는 州政府(특히 Saarland)들의 강력한 주장에 의해 제146조를 존속시켰다.⁵¹⁾ 社民黨의 견해에 따르면, 基本法은 단지 過渡期만을 위해서 制定되었을 뿐이며 결코 獨逸國民이 그들의 憲法制定 權力에 의해서 자유롭게 自己決定에 의해 決議된 것이 아니라는 것이다.⁵²⁾ 이와같이 “憲法問題를 미해결인 채로 놔둘 것”을 요구한 社民黨의 주장으로 존속하게 된 제146조는 본래 再統一條項으로서의 意味가 ‘統一條約’ 제4조 6호에 의해서 변화된 意味를 가지고 재등장하였다.⁵³⁾

이같은 사실을 근거로 基本法이 이제는 全獨逸國民에게 效力이 있다 할지라도 新 제146조의 存續에 따른 基本法의 暫定的이고 流動的인 性格을 새로운 시각으로 볼 수 있다는 주장이 대두하였다. 즉, 東獨의 編入으로 말미암아 제146조가 그 適用對象이 없어졌다는 基本法改正論者들의 見解⁵⁴⁾는 이제 그 기초를 잃게 되었다는 주장이다. 특히 ‘統一條約’ 제5조에서 “제146조의 適用與否”에 대한 勸告는 제146조의 意味를 약화시킨 것이 아니라 오히려 그 暫定性을 확인한 셈이라고 한다. 왜냐하면 제146조는 ‘統一條約’에 정한 2년이란 猶豫期間을 넘어서도 效力을 갖기

49) Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 8.

50) ‘統一條約’의締結當時 基本法 舊 제146조에 따른 全獨逸의 憲法制定에 대한 要求와 憲法草案의 基本原則에 대해 決定을 보자는 東獨의 ‘원탁회의’(Runder Tisch)의 希圖은 實際적으로나 政治적으로 아무런 役割을 하지 못했다. Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 8.

51) Martin Kriele, “Art. 146GG: Brücke zu einer neuen Verfassung,” *Zeitschrift für Rechtspolitik(ZRP)*, Januar 1991, S. 1.

52) Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 9.

53) Ebenda, S. 9.

54) Ebenda, S. 11.

때문이라는 것이다.⁵⁵⁾

한편 基本法 新 제146조는 종래 基本法秩序의 要素로 남아 있으며 점차 '始原的 憲法制定權力'(pouvoir constituant originaire)으로부터가 아니라 基本法의 權能으로부터 유래하는 機關에 의해서 執行되고 適用된다고 보는 견해가 있다. '統一條約'의 憲法妥協은 基本法上的 憲法問題이며, '制度化된 憲法制定權力'(pouvoir constituant institué) 機關으로서 統一후의 立法機關이 基本法 新 제146조의 適用問題와 그 범위내에서의 國民投票問題를 다루도록 勸告하고 있기 때문이라는 것이다.⁵⁶⁾

(2) 基本法의 改正과 新憲法의 制定論議

1) 基本法의 改正論

基本法 新 제146조의 適用問題를 基本法의 改正 내지 補完에 관한 問題라고 主張하는 견해는 근본적으로 '統一條約'의 憲法妥協은 基本法上的 憲法問題라는 前提에서 출발한다.⁵⁷⁾ 다음에 그러한 論據를 간략하게 살펴본다.

첫째, 新憲法에 이르는 過渡規範으로서 基本法 新 제146조는 憲法改革의 過程自體를 규정하고 있지 않으며 그러한 節次가 어떻게 착수되어야 할지에 관한 규정도 포함되어 있지 않다. 基本法 新 제146조의 適用問題를 基本法의 改正·補完의 問題로 보는 견해는 基本法 新 제146조와 '統一條約' 제5조를 統合하여 그러한 節次를 규명하고자 한다. '統一條約' 제5조는 統一獨逸의 立法機關이 基本法 新 제146조의 適用問題를 다루어야 한다고 하였다. 따라서 統一獨逸에서 基本法이 적절한 것인가를 審査하는데 있어서 基本法上的 國家機關(立法機關)은 단지 基本法 新 제79조의 基準에 따라서만 介入할 수 있다는 것이다.

基本法 新 제79조 2항은 基本法의 改正은 聯邦議會와 聯邦上院의 在籍議員 3분의 2 이상의 찬성을 필요로 한다. 게다가 憲法改正의 立法者は 基本法 新 제79조 3항의 限界에 구속당한다. 그러한 이상 基本法 新 제23조 2

55) Martin Kriele, a.a.O., S. 2.

56) 이에 대해 '統一條約' 제5조에서 基本法 新 제146조의 적용에 관하여 統一獨逸의 立法機關이 2년내에 처리할 것을 권고하고 있는 것을 보면 명백해진다고 강조한다. Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 9.

57) *Ebenda*, S. 9.

항에 따른 獨逸統一이 이루어진 후에는 基本法 제146조와 제79조 2항 사이의 內的聯關이 발생하게 된다는 것이다.⁵⁸⁾ 다시 말하면, 基本法 제146조는 단순히 憲法改正權力을 實定化한 것으로 파악하는 것이다. 이때에는 基本法 제146조는 제79조와 함께 基本法改正의 한 方法을 實定化한 것으로 그 節次와 內容의 制約에 있어서 基本法 제79조의 適用을 받는다는 주장이다. 具體的으로 憲法案이 立法機關에서 議決되기 위해서는 혹은 兩院이 憲法制定會議을 구성할 수 있기 위해서는 基本法 제79조 2항에 규정된 바와 같이 兩院 각각 3분의 2의 찬성이 있어야 하며, 이때 基本法 제146조에 의한 基本法改正에는 改正의 限界條項인 제79조 3항이 適用된다는 것이다.⁵⁹⁾

둘째, 基本法의 正當性을 들어 新憲法의 制定을 반대한다. 基本法은 1949년 國民投票에 根據하여 效力이 發生한 것은 아니지만 各住民에 의해 선출된 支邦議會에 의해서 계속 승인되어 왔고, 40년동안 基本法의 民主主義의 秩序는 비교적 높은 投票率을 보인 각종 投票에서 高度의 承認을 얻었다는 것이다. 결국 基本法이 憲法의 始原的인 國民投票의 正當性보다는 後世代들에 의해서 계속 받아들여졌다는 것이 더 중요하다는 것이다.⁶⁰⁾

셋째, 새로 編入한 支邦들의 住民들도 自由로운 秩序에 의해 基本法에 찬성했음을 상기시키기도 한다. '統一條約' 제5조에서 규정한 基本法 제146조의 適用問題를 基本法의 改正 내지 補完의 問題로 解釋할 뿐만 아니라 제146조의 適用에 따르는 國民投票에 관해서도 회의적이다. 예컨대 만일 西獨住民이 비싼 統一費用의 부담을 회피하려고 東獨住民을 다시 排除해서 그들과의 關係를 청산하려는 目的으로 國民投票을 한다면, 基本法에 의해서 추구하려는 統一是 이루어지기는 커녕 오히려 그 반대의 결과를 초래할 것이라는 경고를 하면서 國民投票의 실시에 대해서도 反對하고 있다.⁶¹⁾

58) Die Denkschrift zum Einigungsvertrag. BT-Drucks. 11/7760, S. 359; Bundesminister Wolfgang Schäuble in der Bundestagsdebatte im 5. September 1990, *Bull.*, Nr. 105, S. 1125; Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 9.

59) Klaus Stern, a.a.O., S. 291.

60) K. Hesse, "Das Grundgesetz in der Entwicklung der BRD: Aufgabe und Funktion der Verfassung," in: *Handbuch des Verfassungsrechts der BRD*, hrsg. v. Ernst Benda, Werner Mayhofer, Hans-Jochen Vogel unter Mitwirkung von

이상과 같은 論據에 의하면, 基本法 新 제146조는 基本法 제23조 2항에 따른 東獨의 編入으로 統一前에 지녔던 특별한 의미가 없고 다만 “舊憲法은 新憲法の 發效로 당연히 그 效力을 상실한다”는 自明한 理致를 밝힌 것에 불과하므로 廢止되어야 한다는 것이다.⁶¹⁾

2) 新憲法の 制定論

基本法 新 제146조의 存在가 憲法制定의 機會라고 주장하는 見解는 대체로 새가지의 論據를 들고 있는데, 이를 다음에 간략히 살펴본다.

첫째, 共同的인 憲法制定過程을 거쳐야 비로소 憲法이 前提로 하는 相互平等한 存在로서 承認하는 市民이 形成되고 그로부터 連帶義務가 발생한다는 것이다.⁶²⁾ 이를 數衍하면, 基本法에 의해서 추구되는 民主主義的 民族國家(demokratische Nationalstaat)는 國民國家(Staatsbürgernation)의 建設, 즉 民衆(Demos)의 國民(Nation)으로서의 自己構成(Selbstkonstitution)을 目標로 한다. 人種(Ethnos)의 단순한 國家的組織 그 자체는, 즉 모든 獨逸人들을 하나의 民族國家로 統一하는 것 자체는 그러한 要件을 充足시키지 못한다. 獨逸地域에 살고 있는 모든 國民들사이에 憲法制定을 통하여 맺어진 社會契約이 이루어져야 비로소 相互間의 連帶義務(Solidarpflichten)가 발생할 수 있다. 獨逸人 全體의 순수한 人種的 特性은 그러한 連帶義務에 대하여 불명확한 政治的 前提를 이룰 수 있을 뿐이다. 國家市民(Staatsbürgertum)의 價值理念은 同一民族이라는 애매한 情誼에 있는 것이 아니라 平等한 存在로서의 市民의 相互承認에 있다는 것이다. 즉, 舊制度에 新參者가 編入되면, 그 編入이 열정적으로 이루어졌다 하더라도 장기적으로 두 범주의 市民을 만들게 됨으로써 憲法思想에 불가결한 市民(citoyenneté)의 理念 자체를 훼손하게 될 것이다. 따라서 수동적인 市民으로서가 아니라 共同的 制度를 창출하려는 자발적인 意志를 통한 政治的 共同體를 형성하는 과정으로서 憲法制定이 필요하다는 것이다.⁶³⁾

Konrad Hesse(1983), S.11: Bernhard Kempen, “Grundgesetz oder neue deutsche Verfassung?”, *NJW*, Heft 15(1991), S: 967; Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 10: Reinhold Zippelius, “Quo vadis Grundgesetz?”, *NJW*(1991), S. 23.

61) Dieter Blumenwitz, a.a.O., S. 9.

62) Ebenda, SS.10-11.

63) Ulrich K. Preuß, a.a.O., S. 12.

64) Ebenda, S. 12.

둘째, 統一에 따른 獨逸國民의 政治的 役割이 크게 변모되었다는 것이다. 즉, 새로 성립된 獨逸民族國家의 市民들은 우선 憲法制定을 통하여 그들의 새로운 政治的 共同體를 形成해야 하듯이 民族國家로 조직된 전체로서의 獨逸國民도 역시 유럽共同體와 世界平和에 기여하는 問題와 관련하여 그들의 地位를 새롭게 定義하여야 한다는 것이다. 東歐社會主義國家에서의 改革·開放은 政治的 變革을 가져왔을 뿐만 아니라 戰後 國際秩序를 근본적으로 變革시켰으며, 基本法 前文에 1949년 규정된 “獨逸國民은 統一된 유럽의 同等한 構成員으로서 世界平和에 기여해야 한다”는 서약은 改正되지 않은 가운데 統一된 獨逸民族國家가 새로이 건설됨으로써 유럽과 세계에서 獨逸人들의 새로운 役割을 파악할 수 있어야 한다는 것이다. 따라서 世界平和에 기여하기 위해서는 新憲法制定이 필요하다는 것이다.⁶⁵⁾

셋째, 이러한 論據는 憲法理念論의 側面이 강하나 憲法解釋論의 側面에서도 基本法 新 제146조는 그 外形上 憲法制定權力의 行使를 實定化한 것이라는 주장도 있다. 이 解釋方法에 따르면, 基本法 新 제146조는 基本法의 臨時的 性格을 표현하는 의미를 가질 뿐만 아니라 이 臨時的 性格은 新憲法制定에 의하여 극복된다는 論理를 갖는다는 것이다. 그 결과 基本法의 全面的인 改革이 基本法上的 基本法改正節次와 改正의 限界를 규정한 基本法 제79조의 범위내에서 이루어지는 것이 아니고 이와는 別個의 憲法改革을 授權하고 있는 基本法 新 제146조의 規定에 그 憲法的 根據를 갖고 있기 때문에 基本法 改革의 節次와 內容은 완전히 開放되어 있다는 것이다.⁶⁶⁾

이와같은 統一후 계속되는 基本法 제146조에 관한 憲法論爭은 근본적으로 基本法 제146조와 ‘統一條約’ 제5조가 서로 모순되는 듯한 內容을 담고 있기 때문이다. 憲法解釋論의 立場에서는 ‘統一條約’ 제5조를 무시하고 基本法 제146조의 外形만을 가지고 憲法制定權力을 實定化했다고 보기에는 다소 무리가 있는 것으로 보여진다. 그래서 基本法 제146조와 ‘統一條約’ 제5조를 統合하여 解釋하려고 하는 노력이 妥當하게 여겨지

65) *Ebenda*, S. 13; Martin Kriele, *a.a.O.*, S. 1; Rudolf Steinberg, *a.a.O.*, S. 248.

66) Bernhard Kempen, *a.a.O.*, S. 964 ff; Martin Kriele, *a.a.O.*, S. 2 ff; 全光錫, 前揭論文, p. 39.

는 것이다. 다만 새로운 統一國家建設에 따라 새로운 歷史的 使命意識을 獨逸民族이 自覺할 때는 新憲法の 制定이 絶실히 필요할 것이다. 그러나 현재 獨逸國民(특히 舊西獨國民)의 意識속에는 既存의 基本法이 지난 40여년간의 正當性을 지녀왔을 뿐만 아니라 統一獨逸의 基本秩序로서도 適合하다는 保守的인 思考가 强하게 作用하고 있는 것으로 보인다.

4. 새로운 國家目標條項의 追加

‘統一條約’은 제5조에서 새로운 國家目標을 基本法에 追加할 것인가에 대한 問題를 統一獨逸의 立法機關으로 하여금 처리하도록 권고하고 있다. 이미 獨逸統合過程에서 東獨의 이론가 ‘圓卓會議憲法草案’⁶⁷⁾에서는 改憲要求事項으로 國民投票權의 保障을 비롯한 環境保護, 國民들의 平和的 共存에 대한 責任性, 多量의 殺傷武器의 生産과 使用의 禁止 등과 같은 國家目標의 設定을 提示한 바 있다.⁶⁸⁾

基本法은 國家行爲의 目的 및 方向에 대하여 구체적이고 세부적인 규정은 피하고 소극적이고 포괄적인 原則的 規定으로 특히 社會國家原理(基本法 제20조, 제28조 등) 조항에서 담고 있다. 이점은 社會的 基本權의 領域을 확대하였던 바이마르憲法과는 큰 차이를 보이는 점이다.⁶⁹⁾ 따라서 基本法의 새로운 國家目標設定과 관련하여 바이마르憲法の 사례가 많이 거론되고 있다.

基本法은 그 制定當時부터 經濟 및 社會秩序의 構成을 立法者에게委任하고, 立法者의 政治的 形成의 自由(politische Gestaltungsfreiheit)만을 法治國家의 傳統과 社會的 正當性의 根本的인 自由와 保障에 拘束시키고 있다. 社會國家條項은 바이마르憲法の 方針(Programme)과 生活

67) Helmut Simon, "Vom deutschen Volk in freier Selbstbestimmung...", Die geeinte Nation Braucht ihre Verfassung, *Die Zeit*, Nr. 29 (13. Juli 1990), SS. 8-9; Dieter Grimm, "Das Risiko Demokratie, Ein Plädoyer für einen neuen parlamentarischen Rat," *Die Zeit*, Nr. 33 (10. August 1990), S. 34.

68) Peter J. Opitz, "獨逸統一過程에서의 憲法和 國際問題", 『統一問題研究』(國土統一院, 1990), pp. 189-190; Andreas Heldrich, Harst Eidenmüller(河野俊行 譯), "ドイツ再統一をめぐる法的諸問題", 『ジュリスト』, No. 967 (1990. 11. 15), p. 67.

69) Peter Badura, "Staatsaufgaben und Teilhaberechte als Gegenstand der Verfassungspolitik," *Aus politik und Zeitgeschichte*, a.a.O., S. 24.

秩序 대신에 民主主義의 産業社會의 중요한 國家의 課題를 특징지우기 위하여 基本法內에 수용되었다. 거기에는 신중한 留保의 時間的 고려뿐만 아니라 가능한 憲法的 權利的 實現에 있어서 바이마르憲法の 경험을 통해 얻은 통찰력이 나타나 있다.⁷⁰⁾

한편 基本法과 비교하여 州憲法은 바이마르憲法을 많이 승계하여 課題規範(Aufgabennormen)과 社會的·經濟的 權利와 義務의 目錄을 수용하였다. 예컨대 바이에른州憲法은 제3조 2항에서 “國家는 自然的 生活 根據 및 文化的 傳統을 보호한다”고 하고, 제166조 2항에서 “누구든지 勞動에 의해 生計를 維持할 權利를 갖는다”고 하였다.⁷¹⁾

民主主義的 福祉國家에 要求되는 課題는 憲法內에서의 특별한 規範化를 필요로 하지 않고 政治的 節次의 所與에 의해 발생한다. 그러나 政治的 節次는 憲法을 통해서 秩序와 方向 등을 유지하게 되며, 法的 拘束과 法規에 服從한다. 또한 國家作用의 일정한 目的과 課題는 國家의 目的과 課題에 관한 憲法規範에 의해 정립될 수 있다. 그래서 獨逸의 再統一은 國家作用에 관하여 많은 要求를 불러일으켰다. 漸進的이며 社會의 契約的인 全獨逸內에 均등한 生活狀態의 성취는 國家의 中心課題이다.⁷²⁾ 이런 觀點에서 憲法政策에 관하여 ‘統一條約’은 일련의 규정속에서 國家의 課題 및 立法의 委任을 規範化하였다. 그중에서 중요한 것으로 勞動과 社會保障(제30조), 家族과 婦女(제31조), 環境保護(제34조) 및 文化·教育(제35조) 등을 들 수 있다.

그리고 憲法이 國家의 課題를 규정하거나 國家目的에 관한 규정이 憲法에서 削除될 때에는 課題實行의 方法, 財政 및 期間이 政治的 決斷의 問題로 된다. 즉, 새로운 國家目的에 관한 規定의 利益과 損害를 판단할 수 있는 憲法政策의 基準은 國家目的에 관한 규정이 과연 計劃으로서의 憲法의 未來指向的인 機能과의 一致與否, 課題實行能力, 經濟的 成就能力 및 國庫의 財政的 負擔能力에 달려 있다고 할 수 있다.⁷³⁾

결국 統一獨逸의 憲法政策의 問題로서의 새로운 國家目標設定問題는 위와 같은 基準에 의거하여 論議될 것이다.

70) Ebenda, S. 24.

71) Verfassungen der deutschen Bundesländer, 4. Aufl (München : dtv, 1991), SS. 89~121.

72) Peter Badura, a.a.O., S. 25.

73) Ebenda, S. 26.

5. 論議되는 憲法改革의 對象

‘共同憲法委員會’가 당면한 憲法改革은 ‘統一條約’ 제5조의 勸告에 따른 基本法の 改正·補完의 범위를 넘어 각계의 다양한 요구에 의해 그 대상이 확대되고 있다. 다음에 이러한 논의에 기초하여 그 主要論點을 몇가지 간략하게 살펴보기로 한다.

첫째, 基本法改正의 대상으로 國際關係와 관련하여 다음 事項이 검토되고 있다.⁷⁴⁾

① 유럽統合과 관련한 것으로 基本法 제24조(集團安全保障體制에의 加盟)의 改正問題가 제기되고 있다. 즉, 聯邦主義의 維持 및 強化問題로서 國際機構에 高權(Hoheitsrecht)을 양도하는 것과 관련한 聯邦의 결정에 州들의 참여가 가능하도록 하자는 것이다. 아울러 유럽統合을 전제할 경우 外國人에 대한 地方自治選舉權의 認定問題가 대두되고 있다.⁷⁵⁾

② 統一獨逸이 世界平和維持에 기여하기 위해 이른바 PKO(UN平和維持活動) 참여를 위한 聯邦軍의 海外派兵에 따른 基本法 補完의 問題가 제기되고 있다.⁷⁶⁾

③ 基本法 제16조의 亡命權(Asylrecht) 保障條項은 統一후 제3세계로부터 大量의 難民의 流入으로 말미암은 問題에 대처하기 위해 與野合意로 이를 규제하는 방향으로 基本法을 改正하기로 하였으며,⁷⁷⁾ 이에 따라 獨逸議會는 1993년 6월 26일 入國制限과 迅速審査節次 賦課를 骨子로 한 政治亡命에 관한 새 法律을 마련함으로써 종전에 無制限 보장하던 政治亡命과 관련한 基本法을 개정하여 1993년 7월 1일부터 事實上 政治亡命을 許容하지 않고 있다.⁷⁸⁾

④ 승인되지 않은 軍需物資 및 戰鬪裝備의 輸出과 大量破壞武器 生産

74) Fritz Ossenbühl, a.a.O., S. 434.

75) Ebenda, S. 474: 「東亞日報」, 1992년 9월 21일, p. 5.

76) 平和維持의 유엔역할에 어떻게 참여할 것인가의 문제와 관련하여 獨逸聯邦軍의 海外派兵問題에 대한 논란이 있는 가운데 1993년 6월 23일 聯邦憲法裁判所는 獨逸軍이 UN平和維持軍(PKF)으로 소말리아에 남아있을 수 있다고 判決함으로써 獨逸聯邦軍의 완전한 平和維持軍 參與의 길을 열었다고 한다. 「東亞日報」, 1993년 6월 25일, p. 7 및 1993년 7월 26일, p. 5.

77) 「中央日報」, 1992년 12월 8일, p. 9.

78) 「東亞日報」, 1993년 6월 30일, p. 7; 「中央日報」, 1993년 6월 30일, p. 7.

의 憲法的 禁止問題가 걸프전을 계기로 대두되고 있다.

둘째, 國家組織體系와 관련한 基本法の 改正論議이다.⁷⁹⁾

① '統一條約' 제5조는 베를린과 브란덴부르크의 再編成 可能性에 관해서만 언급하고 있지만, 基本法 제29조의 聯邦領域(州)의 再編成에 관한 要件 및 節次에 대한 폭넓은 再檢討가 요청되고 있다. 아울러 과거부터 州들 사이에서 논란이 되어 왔던 '財政憲法'에 대한 問題도 거론되고 있다.

② 基本法上 聯邦과 州사이의 關係改善의 問題가 전반적인 면에서 제기되고 있다. 즉, 基本法 제72조의 聯邦과 州와의 競合的 立法事項(konkurrierende Gesetzgebung) 領域에서의 州의 立法權限擴大 및 聯邦과 州사이의 權限에 대한 基本法管轄事項의 再檢討, 基本法 제24조의 國際機構에의 主權讓渡에 있어서 聯邦上院의 介入權 強化, 基本法 제32조의 國際關係에서의 州의 權限擴大 등이며, 아울러 國家賠償法 및 生殖醫學分野 등과 같이 聯邦의 統一의 規律이 필요한 사항에 대해 聯邦의 權限이 강화되어야 한다는 점이 제기되고 있다.⁸⁰⁾

③ 현재 州 및 地方自治團體에서 잘 발달된 直接民主主義制度가 聯邦次元에서도 도입되어야 한다는 것이다. 특히 州에서 행해지는 바와 같이 國民이 직접 立法過程에 참여하는 國民立法(Volksgesetzgebung)이 憲法에 반영되어야 한다고 주장되고 있다.⁸¹⁾

④ 聯邦鐵道, 郵便, 航空安全運航 등의 交通通信 部門의 民營化가 財政的 必要에 의해 제기됨에 따라 이에 관한 基本法の 改正이 시도되고 있다.

셋째, 基本權과 관련한 基本法の 改正問題이다. 基本權의 擴大問題는 이데올로기와 결부되어 論爭의 소지가 많고, 國家委任範圍와 관련하여 國家財政問題와 직결되어 있어 對立이 심한 부분이다.⁸²⁾

① 기본적으로 社會的 基本權의 擴大問題로서, 예를 들어 職場提供請求權, 住居의 配慮權 등이 요구되고 있으며, 나아가 이에 대한 訴求權의

79) Fritz Ossenbühl, a.a.O., S. 474.

80) 「獨逸 法律·司法統合 概觀」, 前掲書, p. 94.

81) Degenhart, "Direkte Demokratie in den Ländern-Impulse für das Grundgesetz?", *Der Staat*, 1992 : 이승우, 前掲論文, pp. 201~202.

82) Fritz Ossenbühl, a.a.O., S. 474.

認定問題까지도 거론되고 있다.

② 女性の 시각에서 基本法上 男女同等權의 保障強化가 제기되고 있다.

③ 基本法 제6조의 婚姻·家族條項에서 婚姻으로부터 家族概念을 분리하고 非義務的 教育에 관한 父母의 憲法的 義務를 부여하자는 논의가 있다.

V. 結 語

(1) 獨逸統一 후 論爭을 불러일으키고 있는 憲法改革問題는 '統一條約'에 정한 2년의 기간을 넘겼음에도 불구하고 그 解決方案이 확정되지 않고 있다. 基本法改正과 新憲法制定의 문제를 두고 40여년간 正當性을 확보해 온 基本法의 테두리 내에서 統一에 따르는 基本法의 제한된 範圍內에서의 改正 내지 補完(새로운 國家目標의 設定問題를 포함하여)에 그쳐야 한다는 主張은 대체로 基民黨(CDU), 基社黨(CSU)과 自民黨(FDP) 등 保守的인 政治集團과 그 지지자들에 그 기반을 두고 있다. 이에 반해 社民黨(SPD), 民社黨(PDS:舊東獨共產黨의 後身), 同盟'90(Bündnis 90) 및 綠色黨(Die Grünen) 등 革新野黨과 그 지지자들은 新憲法의 制定과 國民投票의 必須的 實施에 대하여 대단한 열정을 보이고 있다.

이러한 憲法改革論爭에 관해 전망하면, 결국 基本法에 대한 獨逸國民의 認識과 統一過程에서 소외되었던 集團의 要求를 어떻게 반영할 것이며, 유럽의 統合過程에서 새로이 창설된 獨逸의 役割에 대하여 獨逸國民 스스로 어느 정도의 의미를 부여할 것인가에 달려 있다고 할 것이다.

확실히 基本法은 國內外的으로 그 正當性과 規範力을 인정받아 왔다. 獨逸의 吸收統一이 단지 西獨의 우월한 經濟力에 의해서만 가능했던 것이 아니라 基本法의 正當性과 規範力이 東獨에까지 미친 結果라고 보지 않을 수 없다. 그것은 '統一條約'이 그 前文에서 "法治國家的·民主的 및 社會的 聯邦國家에서 함께 平和와 自由를 누리며 살고자 하는 兩獨國民의 念願에 따라..."라고 하여 統一을 成就했음을 宣言한 것을 보면 명백하다. 基本法의 확증된 正當性과 規範力을 根據로 基本法의 틀 내에서의 改正 내지 補完은 이러한 觀點에서 설득력이 없지 않다.

그러나 한편으로 獨逸人들의 새로운 統一國家는 현재 世界舞臺에서 새롭게 획득한 地位에 따라 그들이 준비할 수 없었던 役割을 부여받게 되었다. 이에 따라 獨逸人들은 그러한 役割을 담당할 것을 요구받고 있고, 이 점과 관련해 世界平和에 기여하는 方向으로 憲法問題를 다루어야 할 것이라는 점이 강조되고 있다. 예컨대 統一後 다시 대두되고 있는 極右化傾向은 바이마르時代의 혼란을 재현할 可能性도 排除할 수 없다는 점에서 과거에서 유래된 獨逸人의 특별한 責任意識이 그 어느 때보다도 강조되는 것이다. 결국 獨逸社會의 同一性(Identität)의 變化에 따른 獨逸人의 새로운 自己認識·自己定義의 要求는 政治的 自己構成의 계몽된 형식으로, 즉 憲法制定의 形式으로 나타날 수 있을 것이다.⁸³⁾ 그렇게 되면 統獨過程에서 소외되었던 集團으로 하여금 새로운 政治共同體에 參與할 수 있는 기회를 제공하고 憲法的 統合的 機能이 강화되는 계기가 될 수 있을 것이다.

(2) 獨逸統一過程과 統一후의 憲法改革論議를 통해 韓半島統一과 관련한 示唆點을 우리는 얻을 수 있다. 물론 西獨基本法的 暫定憲法的 性格과 다른 우리의 憲法狀況을 獨逸과 비교하기가 어렵지만, 전체적인 면에서 獨逸의 先例는 우리에게 敎訓을 주고 있다.

첫째, 獨逸統一이 西獨基本法的 확고한 正當性和 規範性에 의해 法的으로 완성되었다는 점에서 統一問題는 단순히 政治的 問題로 돌릴 수 없으며 바로 法的 問題라는 점을 잘 알 수 있다. 따라서 이제 우리도 統一問題에 대한 法的 接近의 必要性을 새삼 인식하지 않으면 안된다. 우리 憲法이 西獨基本法上的 暫定憲法的 性格을 갖고 있지 않기 때문에 獨逸에서와 같은 憲法改革問題가 제기되기 어려운 면도 있겠지만, 現行 憲法下에서 統一指向 노력을 규정한 平和統一條項(제4조)의 效力確保를 위해 舊時代的 對決論理에 입각하고 있는 領土條項(제3조)에 대한 검토가 統一指向의 方向에서 이루어져야 할 것이다. 아울러 統一關係法令을 南北關係의 現實에 맞추어 整備하는 것도 統一政策推進을 위한 法的 뒷받침이 되는 것이다.

둘째, 獨逸統一의 憲法的方式을 韓半島統一에 원용해 본다면, 西獨基

83) Ulrich K. Preuß, a.a.O., S. 14.

本法 제23조에 의한 방식 보다는 제146조에 의한 방식을 택하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 前者가 吸收統一方式이라면, 後者は 合意統一方式이다. 北韓은 吸收統一에 대해 강력히 거부하고 있으며, 南韓 또한 이 방식의 統一을 공식적으로 배제하고 있다. 우리의 統一政策은 「한민족공동체 통일방안」에 의한 平和的 合意統一을 추구하고 있다는 점에서, 統一憲法の 制定을 통한 統一을 예상한 西獨基本法 제146조에 의한 統一方式이 우리에게 더욱 적합하다고 할 수 있다.

셋째, 우리가 吸收統一을 배제하는 데에는 獨逸에서와 같은 吸收統一을 이룸으로써 야기된 統一後遺症을 감당할만한 能力이 충분치 못하다는 점이 고려되고 있다. 특히 統一費用과 東西獨住民間의 社會的·心理的 葛藤에 비추어 볼 때, 西獨과 같은 經濟的 能力이 없으며 東西獨間 지속된 것과 같은 交流·協力の 基盤이 造成되지 못했다는 점에서 南北韓의 吸收統一은 큰 혼란을 초래할 수 있기 때문이다. 그러므로 우리는 民族同質性 回復에 바탕을 둔 合意統一을 위한 法的·制度的 基盤을 착실히 다져 나가야 할 것이다.

넷째, 우리의 統一이 合意統一에 의해 실현되는 것이 보다 바람직하므로, 西獨基本法 제146조에 의한 統一方式의 論據에 보다 주목할 필요가 있다. 南北의 궁극적 統一이 統一憲法에 의해 달성된다는 것은 南北이 동등한 資格을 가지고 새로운 統一國家形成에 대한 合意를 전제로 하는 것이며, 또 統一國家의 理念과 體制를 정하는데 있어서도 統一의 主體인 民族成員 全體의 意思를 반영해야 한다는 것을 말한다. 따라서 이를 고려할 때, 일방적인 吸收統一方式 보다는 合意統一方式의 憲法制定會議에 의한 統一憲法制定으로 統一을 이루는 것이 적합한 방법이 된다.

우리의 文民政府는 統一政策의 推進에 있어 기존의 「한민족공동체 통일방안」의 基調를 유지하면서, ‘今世紀內 統一된 先進民主國家建設’에 目標을 두고 ‘國民의 合意·共存共榮·民族福利’를 統一政策의 基本方向으로 한다고 천명하였다.⁸⁴⁾ 이는 韓半島統一에 있어 吸收統一方式의 排除와 段階的 統一方式을 밝힌 것으로 볼 수 있다. 이와 관련하여 金泳三大統領은 수차 北韓을 吸收統一할 생각이 없으며 결코 北韓의 孤立을 원

84) “統一政策推進方向과 懸案問題에 대한 立場”(統一院, 1993. 4. 1), p. 1.

치 않는다는 점을 강조하였다.⁸⁵⁾ 그리고 金大統領은 1993년 5월 24일 제 26차 太平洋經濟協議會(PBEC) 總會의 基調演說에서 새 政府의 外交基調로 선언한 '新外交'의 내용 가운데서 새로운 統一觀을 밝혔다. 여기서 南北韓은 더 이상 競爭者가 아니라 共同繁榮을 위한 同伴者라는 점과 統一로 가는 過程을 '和解·協力段階', '南北聯合段階', '統一國家段階'로 나누어 3段階를 제시하였다.⁸⁶⁾

이를 기초로 金泳三政府는 이른바 '3段階·3基調'에 입각한 統一政策을 정립하였다. 즉, 金泳三大統領은 1993년 7월 6일 第6期 民主平和統一諮問會議 開會辭에서 '和解·協力段階', '南北聯合段階', '1民族·1國家의 統一段階'의 3段階 統一方案과 '民主的 節次的 尊重'(國民的 合意), '共存共榮의 精神', '民族福利의 精神'이란 統一政策의 세가지 基調를 재천명하였다.⁸⁷⁾

이것은 우리가 추구하는 統一은 곧 南北의 合意統一을 말하는 것이며, 法的·制度的 接近에 의해 統一을 달성할 것이란 意志의 表明이라고 할 수 있다. 이렇듯 南北統一의 段階의 合意統一方式의 推進을想定할 때, 우선 첫단계에서 南北이 이미 採擇·發效시킨 「南北基本合意書」 및 「附屬合意書」의 구체적 실천은 매우 중요하다. 이것은 점차 발전된 統一段階로 나아가는 기초가 되는 것이며, 궁극적으로 單一國家로의 統一을 이루는 法的 規範으로서의 '統一憲法'을 마련하는 土臺를 형성하는 일이기 때문이다. 이제 우리도 統一의 基盤造成과 더불어 統一을 위한 法的 準備을 착실히 해 나가야 할 것이며, 특히 統一憲法에 관한 심도 있는 研究를 해 나가야 할 것이다.

85) 金大統領은 헬무트 콜(Helmut Kohl) 獨逸總理와의 會談(1993. 3. 1)에서 "北韓의 開放과 漸進的 變化를 유도하기 위해 對北說得을 계속 추진할 것"이며(『東亞日報』, 1993년 3월 2일, p. 1), 프랑스의 르몽드紙와의 會見(1993. 4. 6)에서도 "北韓을 吸收統一에 獨逸과 같은 經路를 밟는 것은 원치 않는다"는 점을 분명히 하였으며(『東亞日報』, 1993년 4월 7일, p. 1), 그 외 日本의 主要放送·新聞 등 外信과의 會見에서도 동일한 要旨의 意志를 밝힌 바 있다(『한겨레신문』, 1993년 2월 28일, p. 1; 『世界日報』, 1993년 5월 28일, p. 1).

86) "金大統領 '新外交推進'意味", 『東亞日報』, 1993년 5월 25일, p. 3; "金大統領이 밝힌 新外交 統一路線", 『中央日報』, 1993년 5월 24일, p. 4.

87) "第6期 民主平和統一諮問會議 開會辭"(民主平和統一諮問會議, 1993. 7. 6.), pp. 3~6; "새 政府 統一政策", 『中央日報』, 1993년 7월 6일, p. 4.