

東·西獨基本條約과 東·西獨의 法的地位*

金 哲 洙**

《차 례》

- | | |
|------------------------------|--|
| I. 獨逸의 法的地位에 관한 學說 | 관한 聯邦議會의 見解 |
| II. 獨逸의 法的地位에 관한 兩獨政府 見解의 變遷 | IV. 東·西獨基本條約과 獨逸의 法的地位에 관한 聯邦憲法裁判所의 見解 |
| III. 東·西獨基本條約과 獨逸의 法的地位에 | V. 獨逸의 法的地位에 관한 結論的考察 |

I. 獨逸의 法的地位에 관한 學說

獨逸의 法的地位에 관한 學說은 獨逸國內에서 뿐만 아니라⁽¹⁾ 外國에서도 많은 對立을 보여주고 있다.⁽²⁾ 獨逸의 法的地位에 관한 學說對立을 整理해 보면 (1) 獨逸國과의 關係에서 오는 繼續說과 不繼續說의 立場에서 分類할 수도 있고 또 (2) 한개의 國家냐 두개의 國家냐 하는 國際法主體의 數에 따라 나눌 수도 있다.

1. 繼續說과 不繼續說, 分離說

이는 東獨과 西獨이 獨逸國의 繼承國家인가 아닌가에 대한 區分이다. 不繼續說은 이를 斷切說이라고도 할 수 있으며 獨逸國家의 敗戰과 함께 全獨國家는 沒落했다는 學說이고 繼

*이 論文은 產學協同財團研究費에 의한 南北韓不可侵協定の 研究—東·西獨基本條約과 비교하여—의 一部分이다.

**서울大學校 法科大學 教授

(1) 獨逸의 法的地位에 관한 獨逸國內文獻은 이를 枚舉하기 困難을 程度로 많다. 그 中 代表的인 것 몇만 들면 다음과 같은 것이 있다.

Rudolf Schuster, Deutschlands staatliche Existenz im Widerstreit politischer und rechtlicher Gesichtspunkte, 1945~1963. München, 1963. Dieter Blumenwitz, Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland, Berlin 1966. Adolf Arndt, Der Deutsche Staat als Rechtsproblem, Berlin, 1960. Doehring-Kewenig-Ress, Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Deutschland- und Ostpolitik, Frankfurt 1971. Rolf Quist, Ostpolitik, Völkerrecht und Grundgesetz, Starnberg, 1972. Fiedler, Staats- und völkerrechtliche Probleme des Staatsuntergangs, Zeitschrift für Politik 20/1973, S. 150ff.

(2) Gilbert Caty, Le statut juridiques des Etats divises, Paris, 1969. Meister, Stimmen des Auslands zur Rechtslage in Deutschland, in ZöRVR Bd. 13. S. 173.

廉弘喆, 東西獨交流事例와 南北韓의 適用可能性, 國土統一院用役論文.

續說은 獨逸國家가 國際法의 主體로서 繼續維持되고 있다고 보는 學說이다. 이에 대해 分離說은 獨逸帝國이 國際法主體로는 敗戰에도 불구하고 維持되었으나 領土의 同一性을 維持할 수 없어 1945年 이후에는 그 軀體(Rumpf)만이 남아 있다고 보는 說이다. 이는 또 각기 다음과 같이 細分할 수 있다.⁽³⁾

(1) 不繼續說(Diskontinuitätstheorien)

① 沒落說(Debellationstheorie)

이 說은 1945年 5月 獨逸의 無條件降伏으로 인하여 獨逸의 國際法主體性이 沒落했다는 說이다. 이 說은 Kelsen⁽⁴⁾, Nawiasky⁽⁵⁾, Brandweiner⁽⁶⁾, Peck⁽⁷⁾ 등이 主張하고 있다. 이들의 主張은 政治的見解에 立脚하고 있는데 獨逸이 敵國임으로 그 存立을 解消할 것을 要求한 Kelsen의 意見에서 특히 強調되고 있다.

② 解體分解說(Dismembrationstheorie)

이 說은 西獨과 東獨이 國家로 生成하는 過程에서 두개의 새로운 法的으로 平等한 國際法主體가 成立함으로써 過去의 獨逸帝國의 法主體性이 消滅했다고 본다.

不繼續說의 立場에서는 解體分解의 過程에서 獨逸의 國際法主體는 解消되고 따라서 그 權利·義務도 消滅했다고 본다. 이 說은 東獨과 소련이 主張했던 理論이다. 이 理論은 오늘날 繼承說(Sukzessionslehre)과 部分同一說(Teilidentitätslehre)로 變容되고 있다.

(2) 繼續說(Kontinuitätstheorien)

① 部分國家說(Teilstaatslehre)

獨逸國家는 國際法主體로서 行爲可能하며 法的으로 繼續되고 있는데, 傳來的인 獨逸領土 위에 成立한 政治的 法的共同體(西獨과 東獨)가 獨逸國家의 처분(Reichsdach) 밑에 相互共存(nebeneinander)하고 있다고 보는 說이다.

部分國家說은 또 一般的部分國家說(Allgemeine Teilordnungslehre)과 特殊的部分國家說(Spezielle Teilordnungslehre)이 있다. 一般的部分國家說은 繼續的인 全獨國家의 처분 밑에 두개의 事實上的 國家가 存在한다고 본다.⁽⁸⁾ 이에 대하여 特殊的部分國家說은 하나의 部分

(3) Schuster는 Game 理論에 따라 2³=8가지의 地位의 可能性을 論證하고 있다. 그 중요한 基準을 ① 國家의 繼續性與否(Ⅰ) ② 國土의 統一性與否(Ⅱ) ③ 兩個國家의 否認與否(Ⅲ)로 나누어 各學說에 따라 이 combination이 變한다고 보고 있다. Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S.S. 250~261 특히 S. 256 참조.

(4) Kelsen, The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin, AJIL, 39(1945), p. 518ff.

(5) Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, 1950. S. 7ff.

(6) Brandweiner, Die Deutsche Demokratische Republik und das Problem der Staatennachfolge, in Deutsche Aussenpolitik 1(1956), S. 496ff.

(7) Peck, Zum völkerrechtlichen Status der DDR, Berlin(Ost), 1960.

(8) Berber, Friedensrecht, S. 243ff. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Bd. I.

國家—— 주로 西獨을 말한다——가 다른 部分國家에 대하여 特權을 갖는다고 생각한다.⁽⁹⁾

② 同一說(Identitätstheorie)

獨逸國家의 領土위에 成立한 한 政治的 法的 共同體가 獨逸國家와 一致된다고 보는 說이다. 이 說은 西獨이나 東獨 어느 한 國家가 獨逸國家와 一致하는가에 따라 여러가지 理論으로 나누어지고 있다.

西獨이 主張하는 同一說은 西獨만이 獨逸國家의 唯一한 繼承國家로 보고 西獨이야말로 全獨逸의 繼承國家로 본다. 이 說에도 一致說(Kongruenztheorie), 國家核說(Staatskerntheorie), 核心國家說(Kernstaatstheorie), 縮少國家說(Schrumpfstaatstheorie), 內戰說(Bürgerkriegstheorie) 등이 있다. 一致說은 西獨이 獨逸國家의 全領土에 支配力을 가지며 따라서 西獨이 東獨領內에 대해서도 支配權을 가진다고 생각했다. 國家核說은 西獨이 1945년까지의 獨逸國家와 一致하는 法主體라고 보며 다만 西獨의 國家權力이 全獨逸의 領域에까지는 미치지 않는다고 보는 說이다. 核心國家說은 縮少國家說과도 비슷하며 獨逸國家는 西獨聯邦의 領域內로 縮少되었다고 보아 이 核心國家 또는 縮少國家는 全獨逸國家와 一致한다고 보았다. 內戰說은 核心國家說이 事實上的 두개의 國家의 存立을 無視하고 있다고 공격하면서 西獨은 東獨과 冷戰的인 內戰(Kalten Bürgerkrieg) 狀態에 있다고 보고 西獨만이 獨逸國家와 一致한다고 본다.⁽¹⁰⁾ 內戰說에 의하면 西獨만이 法的政府(de-jure-Regierung)이고 東獨은 事實的政府(de-facto-Regierung)라고 하였다.

(3) 分離說(Separationstheorie)

分離說은 獨逸國家가 戰後에도 法主體로서는 存立하였으나 領土의 統合性을 保全하지 못하였기 때문에 傳來된 法主體인 胴體(Rumpf)로서만 존재하고 1945년의 分離로 인하여 새로운 國際法主體를 形成하기 위하여 政治的·法的共同體를 구성했다고 본다. 이에 따르면 西獨이 獨逸國家와 同一한 胴體이며 東獨은 分裂에 의한 新生國家라고 보는 見解와 反對로 東獨이 胴體國家이며 西獨이 新生國家로 보는 二個의 可能性이 存在한다.⁽¹¹⁾

이 分離說(Sezessionstheorie)은 解體分離說(Dismembrationstheorie)과는 달라 國家領域의 一部分의 分割로 인하여 새로운 國家가 成立하더라도 既存國家의 法主體性은 消滅되지 않는다고 보는 것이다. 西獨에서는 西獨을 胴體國家로 보고 東獨을 分離된 新生國家로 보는 說이 많았다.

Berlin 1957, S. 35. v. Laun, The Legal Status of Germany, 45 AJIL, pp. 267ff.

(9) v.d. Heydte, Die Entwicklung der Deutschen Rechtslage, in Jahrbuch für Internationales Recht, (1962) S. 137ff.

(10) v. Bieberstein, Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen. Ein Beitrag zur Diskussion über die Rechtslage Deutschlands, in Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 3, 1959.

(11) Blumenwitz, Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland, S. 73.

2. 一國家說과 二國家說, 三國家說

二次戰後의 獨逸國家는 하나의 國際法主體만이 成立하고 있는가 2 이상의 國際法主體로서 成立되고 있는가 하는데 着眼한 區分方法이다.⁽¹²⁾ 一國家說은 二次戰前의 獨逸領域內에 한개의 國家만이 成立했다고 보는 說이며 二國家說은 그 領域內에 2개의 國家가 成立했다고 보는 說이며 三國家說은 3개의 國家가 成立했다고 보는 說이다.

(1) 一國家說(Einstaatentheorie)

一國家說은 二次戰前의 獨逸領域에 戰後 하나의 國家만이 成立했다는 說이다. 이 경우 獨逸國家의 法主體性이 繼續되는가 斷切되는가를 분지 않는다. 一國家說은 同一說(Identitätstheorie)과 新生國家說에서 주장하고 있다.

① 國家核說(Staatskerntheorie)

國家核說은 西獨의 法的性格에 대하여 西獨은 1945年 以後 4年間 法的으로 行動無能力狀態에 있었던 獨逸國家와 同一하다고 보고 西獨은 獨逸國家의 現代的 體現(Verkörperung)이라고 본다. 따라서 1937年의 獨逸國籍을 가진 國民은 全部가 西獨의 國籍을 가진다고 보고 領土도 1937年의 全領土에까지 미친다고 본다.

② 縮少國家說(Schrumpfstaatstheorie)

縮少國家說은 獨逸國家가 西獨의 11個州의 領域으로 縮少되었다고 하는 說이다.⁽¹³⁾ 다만 西獨國家는 1949年에 住民들이 再編入을 방해당한 1937年의 獨逸 領域에 대한 請求權이 있다고 한다. 이 說에 의하면 東獨은 소련의 事實上的 支配領域일 뿐 無人之地라고 본다.

③ 新生國家說(Neustaattheorie oder Irredentatheorie)

新生國家說은 1945年에 獨逸國家가 斷切되었다는 命題에서 출발한다. 1945年 敗戰後 國家로서가 아니라 民族(Nation)으로서 法主體로 인정되어 왔다고 본다. 그래서 獨逸民族에게는 自決權이 인정되고 있으며 法的인 領域의 限界內에서 새로운 國家를 形成할 權利가 인정되어야 한다고 主張한다. 1949년에는 西獨이 새로운 國際法의 主體로서 獨逸民族의 領土 위에 成立했다고 본다. 따라서 西獨은 獨逸民族의 새 國家로서, 獨逸國家의 法的相續者로서 權利와 義務를 계승하고 全民族을 代表한다고 한다.⁽¹⁴⁾ 이 경우 東獨은 獨逸國民이 살고 있으나 外勢에 의하여 支配되고 있는 곳으로 인젠가는 統合되어야 할 地域이라고 본다.⁽¹⁵⁾

(2) 二國家說(Zweistaatentheorie)

二國家說은 二次戰前의 獨逸의 領域에 두개의 國家가 成立했다는 學說이며 이에는 眞正한 二國家說(Echte Zweistaatentheorie)과 不眞正한 二國家說(Unechte Zweistaatentheorie)

(12) 이 區分方法을 使用하여 獨逸의 法的地位를 說明한 사람으로는 Schuster가 있다. Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S.S. 77ff.

(13) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar S.34.

(14) Rumpf, Aktuelle Rechtsfragen der Wiedervereinigung Deutschlands, Europa-Archiv, 1957. S. 9723 ff.

(15) Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S. 93.

이 있다. 眞正한 二國家說은 獨逸의 領域위에 同種이고 平等同權인 두개의 國際法主體가 成立하고 있다고 보는 說이다. 不眞正한 二國家說은 獨逸領域內에 두개의 國家가 成立하고 있으나 同種이고 平等同權인 것이 아니고 上下服從關係에 있다고 보는 說이다.

① 等價說(Äquivalenztheorie)

이 說은 옛 獨逸國家의 領域에 두개의 法的으로 平等하고 完全한 國際法主體가 成立했다고 보는 說이다. 西獨과 東獨은 獨逸國家의 法的相續者로서 包括相續의 方法으로 沒落한 獨逸全體國家의 權利·義務를 承繼했다고 본다. 따라서 獨逸은 하나의 全體國家로는 組織될 수 없는 것이라고 본다.

② 分離說(Sezessionstheorie)

分離說도 等價說과 같이 東獨을 西獨과 같은 法的으로 同價이고 眞正한 國際法主體로서 인정한다. 그러나 西獨만을 獨逸全體國家의 後繼國家로 보며 東獨은 이에서 分離된 新生國家로 본다.

③ 核心國家說(Kernstaattheorie)

이 說은 Adolf Arndt가 주장한 說로서 全體國家(Gesamtstaat)와 西獨의 兩個의 國家를 인정하고 있다. 全體國家는 國際法主體性은 상실하지 않았으나 行爲能力이 없다고 보고 西獨이 信託理論에 따라 全體國家의 利益을 代表하고 있다고 본다. 西獨政府는 獨逸의 한 政府이기는 하나 全體獨逸의 政府는 아니며 西獨은 國家와 비슷한 性格을 가지나 部分的인 國際法主體일 뿐이라고 한다.⁽¹⁶⁾ 東獨은 西獨과 같은 部分國家性도 가지지 못한다고 본다.

(3) 三國家說(Dreistaatentheorie)

三國家說은 獨逸이 全體國家와 두개의 部分國家로 이루어지고 있다고 보는 說이다. 이 全體國家는 지붕(Reichsdach)이라고 할 수 있으며 그 아래 東獨과 西獨의 두개의 部分國家를 인정하고 있다. 이것이 지붕說(Dachtheorie im eigentlichen Sinne)이 要旨이다.⁽¹⁷⁾ 지붕說은 行爲能力이 없는 全體國家(Gesamtstaat)의 存在를 인정하면서 그 아래에 두개의 部分國家인 東獨과 西獨의 存在를 인정하고 있다. 이 部分國家에 대해서는 이를 眞正한 國家로 인정하는 學說과⁽¹⁸⁾ 必須的인 國民의 要素가 缺乏된 國家의 斷片이라고 보는 學說이 있다.⁽¹⁹⁾ v.d. Heydte는 두 政府中에서 民主的인 正當性이 있는 西獨政府만이 全體國家를 國際法的으로 代表할 수 있다고 보았다. 이에 대하여 Abendroth는 두개의 事實上的 政府가

(16) Adolf Arndt, Der Kampf um den Wehrbeitrag, III, S. 401.

(17) Martin Kriele, Die Zeit vom 28. 12. 1969. 韓譯, 梁榮植, 分斷獨逸의 法的狀況에 관한 15가지 命題, 統一政策 1卷2號 1975. 6. p. 280ff.

(18) von der Heydte, Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither Friedenswarte, S. 22. von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, (Kommentar), S. 35.

(19) Abendroth, Zweispältiges Verfassungsrecht in Deutschland, AöR Bd. 76(1950/51) S. 20. Theodor Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, 3. Aufl. 1956, S. 375c.

일정한 限界內에서 全體國家를 위하여 拘束的으로 行爲할 수 있다고 보고 있다.

이 三國家說은 全體獨逸國家의 지붕아래 두개의 部分國家를 인정하고 있는데, 이 두 部分國家의 全體國家에 대한 關係에 대해서는 이를 所謂 不眞正한 聯邦國家(sogenannte unechten Bundesstaat)로 보는 見解도 있으며⁽²⁰⁾ 英國式인 國家聯合(Commonwealth of Nations)으로 보는 見解도 있다.⁽²¹⁾

II. 獨逸의 法的地位에 관한 兩獨政府見解의 變遷

1. Adenauer 時代의 西獨政府見解

(1) 西獨政府의 主張

獨逸政府는 1955年 9月 22日의 政府宣言에서 「聯邦政府는……唯一하게 合法的으로 구성된 政府이며 全體獨逸을 위하여 發言할 수 있는 權限을 가진 唯一한 政府이다」고 하여 同一說(Identitätstheorie)을 주장하고 있다.⁽²²⁾ 이 同一說理論은 單純代表權(Alleinvertretungsanspruch)으로도 表現되고 있다. 1950年 9月 18日 西方聯合國은 New York에서 있었던 外相會談에서 西獨의 單獨代表權을 인정하고 있다.

1954年 4月 7日에는 聯邦政府는 蘇聯政府가 행한 東獨政府의 主權宣言을 否認하면서 오늘날 沒落하지 않는 全體獨逸을 代表할 수 있는 權利는 오직 西獨聯邦政府만이 가진다고 하고⁽²³⁾ 獨逸에는 오직 하나의 獨逸만이 있었고, 있으며, 앞으로도 있을 것이라고 하고, 그것이 西獨政府임을 강조하고 있다.⁽²⁴⁾ 나아가 「聯邦政府는 1949年의 基本法創造에 參與하는 것이 拒否되었고 오늘날까지 그들의 政治的 意思를 表現할 自由를 갖지 못하는 東獨의 1천 8백만 獨逸人을 위하여 行爲하고 代辯할 수 있는 權利를 가진다」고 했다.⁽²⁵⁾

聯邦議會도 1954年 4月 7日 獨逸國民은 결코 分斷을 감수하지 않을 것이며 두개의 獨逸國家의 存在를 承認할 수 없다고 議決하고, 聯邦政府는 唯一하게 民主的이고 自由롭게 選出된 獨逸政府로서 全體獨逸人을 위하여 發言할 權限을 單獨으로 가진다고 決議하였다.

西獨은 1955年 9월에 소련과 外交關係를 樹立하였는데 이는 「소위 DDR」를 承認하는

(20) Berber, Völkerrecht I §. 18.

(21) Krüger und Rauschnig, Die Gesamtverfassung Deutschlands. S. 17f.

(22) 同一說중에서도 國家核心論(Staatskerntheorie)에 立脚하고 있었다. 상세한 것은 Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S. 152ff. 참조.

(23)daß es nur einen deutschen Staat gibt, gegeben hat und geben wird, und es einzig und allein die Organe der Bundesrepublik Deutschland sind, die heute diesen niemals untergegangenen deutschen Staat vertreten. Daran ändert auch die schmerzliche Wirklichkeit nichts, daß die deutsche Staatsgewalt heute nicht einheitlich in allen Teilen Deutschland ausgeübt werden kann.

(24) Die Auswärtige Politik der Bundesrepublik Deutschland, Köln, 1972. S. 31, S. 253. 2. Bundestag. Stenograp. Bericht Bd. 31, S. 8421 D.

(25) ebendort. 日譯 金森誠也, ドイツ連邦共和國의 外交政策, 鹿島研究所出版會 1973, pp. 381-390.

것이 아님을 強調하였다. Adenauer 首相은 1955年 9月 22日 聯邦議會에서 演說하면서 「獨逸의 單獨代表權主張은 1954年 10月 23日의 北大西洋條約機構에서 承認되었고 西獨과 外交關係를 맺고 있는 모든 西方國家들도 이를 默示的으로 承認하고 있다」고 하면서 第3國이 東獨과 外交關係를 맺는 것은 獨逸分裂을 深化하는 非友好的行爲임을 강조하였다. 이것이 Hallstein 原則인데 이는 西獨만이 全獨逸을 代表한다는 原則下에 東獨과 外交關係를 수립하는 國家와는 外交關係를 斷切하는 것이었다. 1957年 10月 19日에는 유고슬라미아가 東獨과 國交를 樹立하였기 때문에 西獨은 國交를 斷切하였고 1963年 古巴에 대해서도 國交를 斷切하였다.

(2) 西獨政策主張의 評價

Adenauer 時代의 이 同一說理論은 ① 聯邦共和國政府가 傳來的인 獨逸國際法主體를 代表한다는 主張과 ② 聯邦共和國政府는 傳來的인 獨逸國際法主體의 領土위에 成立된 唯一한 正統政府라는 主張과 ③ 聯邦共和國만이 傳來的인 獨逸國際法主體의 領土위에 成立된 唯一한 正統的인 獨逸國家라는 主張으로 구분할 수 있다. 그러나 이러한 理論은 學者들에 의하여 많이 批判되었다.⁽²⁶⁾ 그 根據를 들면 ① 代表理論은 同一說理論이 아니기 때문에 西獨政府가 傳來的인 全獨逸政府를 代表한다는 것은 正當化될 수 없다고 한다. 또 ② 民主的인 正統性인으로는 國家共同體의 法主體性을 인정할 수 없다고 한다. 內戰說(Bürgerkriegstheorie)에 의하면 分割되지 않는 獨逸의 全體國家內에 두개의 政府가 相互間 敵對關係에서 있다고 본다. 그런데 西獨政府는 民主的인 正統性 때문에 全體國家의 法的政府(de-jure Regierung)라고 본다.⁽²⁷⁾ 그런데 오늘날 스페인이나 東歐나 蘇聯의 共和國들이 民主的인 正統性이 없으면서도 國際法主體性을 가지고 있기 때문에 이것이 唯一한 根據는 될 수 없다고 한다.⁽²⁸⁾ ③ 1959年 11月 28日 西獨逸 內務部는 獨逸의 傳來的인 國際法主體의 領土위에 있는 唯一한 合法的인 獨逸國家가 西獨聯邦이라고 주장하였는데 이는 傳來的인 獨逸領土위에 다른 非正統的인 國家가 存在한다는 事實을 인정하고 있었다. 그런데 國際法主體에는 嫡子나 庶子와 같은 嫡出國家와 庶出國家의 區別이 없기 때문에 正統性만으로 國際法主體性을 인정할 수는 없다고 한다.⁽²⁹⁾ 그것은 新生國家에 대한 承認의 基準은 될 수 있으나 國家性決定의 契機는 될 수 없다는 理論이 있다.

2. Ulbricht 時代의 東獨政府見解

(1) 東獨政府의 主張

(26) Vgl. Blumenwitz, Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland. S.S. 97ff.

(27) v. Bieberstein, Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen, Schriften zum Öffentlichem Recht. Bd. 3. 1959. SS. 127ff.

(28) 同旨. Martin Kriele, Die Zeit vom 28. 12. 1969. 統一政策 1卷2號 p. 287.

(29) Blumenwitz, Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland. S. 100.

東獨政府는 獨逸의 法的地位에 관하여 그 見解를 세번이나 變更하였다. 1945년부터 東獨이 成立한 1949년까지는 西方側 占領地帶와 마찬가지로 獨逸國家의 繼續說을 主張하였다. 포츠담宣言은 獨逸國家의 單一性을 인정한다고 보았다. 다만 國家權力은 占領軍에게 移讓되었으나 獨逸國家는 敗戰이나 併합에 의하여 滅亡한 것이 아니라고 주장하였다.⁽³⁰⁾ 이 見解는 1949年 10月 7日에 채택된 東獨憲法에도 採擇되고 있었다. 獨逸國家와 東獨間의 關係는 同一說이나 一致說(Kongruenztheorie)에 따라 繼續說을 主張하였다. 즉 獨逸國家는 1945년에 沒落한 것이 아니고 東獨은 國際法的으로 獨逸國家와 同一하다고 하였다.

그러나 이 見解는 1950年에서 1955年 사이에 漸進적으로 變遷되었다. 1953年 以後로 東獨은 두개의 國家論을 주장하였다. 繼續說의 포기는 여러가지 理由에 根據하고 있다. 獨逸國家의 沒落命題는 無條件降伏에 根據시키기도 하고 또 國際法違反的인 行爲에 대한 處罰로서 共同管理委員會가 主權을 剝奪했다고도 하며, 東獨의 階級構造의 根本的인 變化 때문에 Hitler 國家와 東獨과는 同一일 수 없다고 하기도 했다.

1954年 11月 19日, Otto Grotewohl 首相은 政策宣言에서 「獨逸領土위에 두개의 獨逸國家의 存在(Existenz zweier deutscher Staaten auf deutschem Boden)」라고 처음으로 말하였다. 이 說은 「獨逸國家(Deutsches Reich)」라는 共通的인 지붕아래 主權的인 部分秩序로서의 두개의 國家를 인정하는 部分國家說의 立場이었다.

그런데 二個國家論을 결정적으로 主張한 것은 1955年末 부터이다. 그 根據로는 獨逸國家가 1945年 Hitler 政權의 打倒로 沒落하고 最初에는 統治權力을 占領國家들이 行使하고 있었으나 나중에 國際法主體로서 두개의 國家가 새로이 成立하였다고 한다.⁽³¹⁾ 이 理論은 1968年 4月 6日의 新憲法制定으로 確立되었다. 憲法前文은 憲法制定者로서 「獨逸民主共和國의 國民」을 들고 있으며 第8條 2項은 明白히 두개의 獨逸國家와 同權平等을 내걸고 있다. 이 8條 2項은 獨逸統一에의 命題를 내걸고 있는데 이 統一은 民主的이고 社會主義國家로 되어야만 한다고 함으로써 獨逸統一이 共產主義로의 統一만이 可能하다고 본다.

이와 같이 東獨政府는 獨逸國家의 沒落을 주장하면서 두個 國家論을 주장하고 있다.⁽³²⁾ 이 說에 의하면 西獨과 東獨은 다 같은 國際法의 主體로서 相互獨立인 外國이라고 인정하여야 한다는 것이다. 東獨은 1970年代까지 이 說을 고집하여 西獨과의 基本條約의 締結은

(30) G. Czapski, Zur staats- und völkerrechtlichen Lage Deutschlands, in N.J. Jg. 1948, S. 107f. (zitiert nach Nation, Aus den Materialien zum Bericht zur Lage der Nation, 1974, S. 23.)

(31) Peck, Die Völkerrechtssubjektivität der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin(Ost) 1960, S. 61; S. 73. (zitiert nach, Nation, aus den Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974; S. 24)

(32) Schuster는 東獨이 처음에는 Kongruenztheorie를 주장했고 第2段階에는 Zwei-Staaten-Theorie, keine Rechtsnachfolge說을, 第3段階에는 Zwei-Staaten-Theorie, Teilrechtsnachfolge des Deutschen Reichs說을 채택하고 있다고 본다. Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S.S. 164 ~172 참조.

國際法에 근거하여야 한다고 주장하였다.

이 主張은 解體分解說에 따르는 等價說이라고 하겠다 (Dismembrations-Zweistaaten theorie).

(2) 二個國家說에 대한 評價

① 그러나 이 두개의 國家說은 國內法的으로나 國際法的으로 채용할 수 없다. 國內法的으로 본다면 東獨과 西獨의 境界線은 國境線이 아니며 또 國籍도 다르지 않으며, 또한 東獨이나 西獨만의 國民(Staatsvolk)이 없기 때문에 完全國家라고 할 수 없다. 獨逸民族은 不可分이며 그 自體로서 獨自的인 國際法主體性을 가지는 것은 아니라는 것이다.

② 國際法的으로 보더라도 이 두개의 獨逸國家說은 포츠담宣言에 合致되지 않는다. 또 南獨逸國家는 完全한 國際法主體性을 가지고 있지 않다. 東獨과 西獨은 完全한 主權國家가 아니라고 한다.⁽³³⁾ 왜냐하면 戰勝國들이 主權行使에 대하여 留保條項을 두고 있기 때문이다.

3. Brandt 時代의 兩獨政府見解

(1) Brandt의 主張

Brandt 外相은 單獨代表權說을 포기하고 67年 1月 31日에는 Rumania와 國交를 樹立함으로써 Hallstein 原則을 修正하였다. Brandt 首相은 1969年 10月 28日의 施政演說에서 「西獨과 東獨이 成立한 뒤 20년이 지난 지금 우리들은 獨逸民族의 계속적인 分離生活(Auseinanderleben)을 豫防하고, 整序된 併存(Nebeneinander)에서 共存(Miteinander)으로 나아가도록 努力해야만 한다」고 주장하여 東獨이 獨逸內的 또 다른 하나의 國家임을 인정하였다.⁽³⁴⁾ 다만 東獨의 國際法的承認은 고려될 수 없다고 하고 獨逸內에 두개의 國家가 存在한다고 하더라도 상호관계는 外國이 아니고, 相互間的 關係는 獨自的인 性格의 것일 뿐이라고 하였다.⁽³⁵⁾

Brandt 首相은 한 民族 두 國家論(Ein Nation zwei Staaten Theorie)을 주장하여 두개의 國家의 存在는 인정하나 이것은 어디까지나 國內法的인 두개의 國家요, 國際法的으로는 한개의 國家임을 強調하였다.⁽³⁶⁾ Brandt의 이 理論은 三個國家說이나 지붕說(Dachtheorie)과도 비슷하다.

(33) Blumenwitz, Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland. SS. 103ff.

(34) Regierungserklärung vom 28. Oktober, 1969. Die Entwicklung der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, Ein Überblick, S. 19.

(35) "Ein völkerrechtliche Anerkennung der DDR kann nicht in Betracht kommen. Auch wenn zwei Staaten in Deutschland existieren, sind sie doch füreinander nicht Ausland; ihre Beziehungen zueinander können nur von besonderes Art sein."

(36) 이 Brandt의 理論에 대해서는 Martin Kriele, »Ist die Einheit noch zu retten?, 15 Thesen zur Rechtslage im geteilten Deutschland《 Die Zeit vom 28. 12. 1969 u.a. 韓譯, 梁榮植, 分斷獨逸의 法的狀況에 관한 15가지 命題, 統一政策 1卷2號(1975.6) pp. 280~291 참조. Martin Kriele

(2) Honecker의 主張

東獨은 Ulbricht가 退陣하고 Honecker가 登場하여 獨逸의 法的地位에 關하여 상당한 變遷을 보였다. 1968年の 憲法은 2個國家論을 主張하였으나 民族의 單一性을 否認하지는 않았다. 그런데 Honecker 以後에는 2個國家論에서 2個民族論(Zwei-Nationen-Theorie)으로 變遷하고 있는 것 같다. 民族概念에서도 社會主義的 民族概念을 내세워 市民的 民族概念과 對立시키고 있다. 西獨은 市民的 民族國家이며 東獨은 社會主義的 民族國家라고 하여 民族概念에서의 階級對立을 강조하고 있다.

이에 따라 Honecker는 機會있을 때마다 東獨이 新生國家로서 國際法上の 主體임을 強調하였다. 그는 1972年 6月 7日의 記者會見에서⁽³⁷⁾ 伯林에 關한 4大國協定에서 東獨이 主權國家로서 西方側의 承認을 받았음을 聲明하고 또 東獨과 西獨間의 關係는 國內關係가 아니고 國際關係임을 申明하고 있다. 나아가 大獨逸國家(Großdeutschen Reich)의 建設을 否定하고 東獨과 西獨의 獨立國家性을 強調하고 있다. 그는 統一的인 民族 國民의 概念을 否認하고 東獨의 建國이 民族自決權의 行使라고 주장하였다.⁽³⁸⁾

Honecker는 獨逸의 철저한 分斷을 지향하면서 分斷은 이미 돌이킬 수 없는 歷史的事實로 굳어졌다고 말하였다. 「歷史는 이미 統一된 獨逸보다 兩分된 獨逸을 받아들이기로 결정을 내렸으며 獨逸땅에 두개의 主權國家가 존재하는 것이 世界平和를 위해 有益하다」고 함으로써 두개의 國家論을 現實化하고 있다. 그는 Ulbricht가 主張했던 國家聯合論까지도 否定하면서 東獨의 國際法主體性을 주장하고 있다.⁽³⁹⁾

Ⅲ. 東·西獨基本條約과 獨逸의 法的地位에 關한 聯邦議會의 見解

1. 東·西獨基本條約의 內容

兩獨의 基本立場은 위에서 보는 바와 같이 相異하였지만 오랫동안의 協商 끝에 1972年 11月 8日 Bonn의 首相官邸에서 歷史的인 假調印을 보게 되었다. 그러기에 兩獨基本條約은 兩獨主張의 折衷인 점이 특색이다.⁽⁴⁰⁾ 이 基本條約(Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik)은 前文에서 「國家問題(Nationale Frage)를 포함한 基本的 問題에 대한 兩獨의

教授는 Brandt의 이 理論을 Teilordnungslehre로 파악하고 있다. 그는 「하나의 獨逸은 未發動의 冬眠狀態」에 있다고 본다.

(37) Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 11, S.S. 41ff.

(38) Honecker, DDR leistet aktiven Beitrag zur Festigung des Friedens, Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 11, SS. 85ff.

(39) 東獨의 國際法主體性에 關한 文獻에 關해서는 Mampel, Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. Frankfurt/Main SS. 108/109 참조.

(40) 이 基本條約의 成立過程에 대해서는 金哲洙, 分斷國獨逸, 金哲洙·金芝雲 共著, 分斷國의 問題 pp. 166~173 참조.

意見差異에도 불구하고 歷史的인 現實에서 출발하여 兩獨逸國家가 相互關係에 있어서 武力의 威嚇나 使用을 禁止하여야 한다는 認識에서 출발하여……兩獨逸內의 人間的 福利를 增進하려는 希望에 따라 兩獨間의 協力을 위한 前提를 創設하기 위하여 다음과 같이 合意하였다」고 하고 있다. 前文과 10個條로 된 이 條約은 西獨에서는 總選舉를 통한 信任을 얻은 뒤에 正式 署名되었다.

이 條約은 兩獨이 重要한 係爭問題에 대해서는 意見一致를 보지 못하면서도 일종의 暫定措置(modus vivendi)로서 條約을 締結한 것이었다. 基本條約의 本文에서도 東獨이 요구한 東獨의 國際法的 承認에 관해서는 言及하지 아니하고 또 大使館이 아닌 常駐代表部를 설치하게 한 것은 西獨側의 主張이 받아들여진 것이라고 하겠다. 反面에 第6條에서 兩國의 主權을 인정하고 상호간 獨立과 主權을 존중하기로 하고 第1條에서 相互平等한 國家로 인정하고 있으며, 第3條에서 領土의 保全을 全幅的으로 존중하고 있는 점에서 現實的인 두 國家의 存在를 法的으로 인정한 것이다. 이는 西獨이 否認해 왔던 東獨의 法的存在를 인정하고 國際法的인 承認은 아니라고 하더라도 國內法的인 「한 民族의 두 國家」를 인정한 것으로 중요한 意義를 가진다. 또 兩國은 雙方國家가 체결한 雙務條約, 多邊條約, 및 雙務協定, 多邊協定 등이 계속 効力을 가짐을 宣言하고(제9조), 單獨代表權을 포기했으며(제1조), 相互間 減軍, 核武器와 大量破壞武器의 減縮 등을 규정하고 있다.

2. 東·西獨基本條約의 批准同意法律의 制定

이 東·西獨基本條約은 第10條에서 兩獨議會의 批准同意를 要하며, 批准同意後, 批准書의 交換과 함께 發效하도록 하고 있었다. 그런데 이 條約의 批准法律의 制定은 많은 難關에 봉착하였다. 새로이 選舉된 聯邦議會(下院)에서는 社民黨과 自民黨이 多數를 차지하고 있었으나 聯邦參議院에서는 野黨인 基民黨과 基社黨이 多數를 차지하고 있었다.

1973年 2月 2日, 聯邦參議院(上院)은 이 批准法律案을 討議한 뒤 否決하였다. 上院內獨關係委員會의 報告에 따르면 6個州의 代表者들은 이를 贊成하였고 5個州의 代表者들은 이 條約에 反對하였다.⁽⁴¹⁾ 法司委員會는 6:5로 基本條約에 反對하지 않기로 결정하였다.⁽⁴²⁾ Bayern 州政府는 이에 앞서 法的 또는 憲法的 根據에서 이 條約의 批准에 대해 反對할 것을 提案하였으나 可否 同數로 否決되었다. 法司委員會는 이 條約의 批准에 上院의 同意를 要하지 않는다는 데 萬場一致로 合意하였다. 法司委員會는 批准으로 말미암아 東獨의 國際法的 承認이 結果될 것이 아닌가 하는 意見이 있었으나 批准은 곧 國際法的 承認을 가져오는 것이 아니라는 것이 多數說이었다.⁽⁴³⁾

(41) Ministerpräsident Dr. Stoltenberg, Bericht an den Bundesrat, Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 12. SS. 86ff.

(42) 이 條約에 反對하는 州는 Baden-Württemberg, Bayern, Rheinland-Pfalz, Saarland와 Schleswig-Holstein이었다. 이 州들은 CDU와 CSU가 州政府를 구성하고 있었다.

(43) Senator Dr. Heinsen, Bericht an den Bundesrat 2. Februar 1973. Texte zur Deutschlandvertrag

1973年 2月 2日 聯邦議會에서는 熱띵 討論이 行해진 뒤 基本條約 批准法律에 對한 反對意思를 表示하였다. (44) 그 理由는 條約이 民族의 單一性과 獨逸人의 自決權을 爲하여 何等 도움이 되지 않는다는 것이다. 그 中에서도 聯邦政府가 西獨의 單獨代表權을 포기하고 있으며, 또 東獨內에 居住하는 住民들에 對한 保護權을 포기하고 있다는 것이다. 이에 反하여 西獨의 UN加入承認法律은 上院을 通過하였다. (45)

聯邦議會(下院)에서도 基本條約批准法律案이 討論되었는데 73年 2月 15日부터 始作된 討論은 5月 11日에 通過時까지 계속되었다. (46) 野黨은 이 條約이 西獨의 單獨代表權을 侵害하여 二國家論을 公認하여 統一에의 妨害가 된다고 主張하였다. (47) 內獨關係常任委員會에서도 여러차례 審議하였는데 그 結果도 與黨과 野黨間에 深刻한 意見의 對立을 보 있었다. 與黨의 多數意見은 基本條約은 可能한 限 最大의 것을 이루었다고 하고 條約批准法律의 通過를 요청하였다. (48) 多數意見은 民族(Nation)이라는 말이 政治的인 概念이라고 보고, 그것이 基本條約前文에 明確하게 규정되지 않았다고 하더라도 「獨逸의 單一性」에 對한 書翰에 의하여 適憲法的인 目的이 명확히 규정되고 있다고 보았다.

이에 反하여 野黨의 少數意見은 이 基本條約이 獨逸의 統一이나, 國籍이나, 東獨의 承認問題에 있어 하나도 有利한 것이 없으며 基本條約이 東獨의 地位를 向上시켜 주고 獨逸統一을 어렵게 만든다는 점에서 이에 反對하고 있다. (49) 聯邦議會는 3日間의 熱띵 討論을 벌였는데 Brandt 首相, Scheel 外相과 Wehner 社會民主黨 院內總務, Strauss 基社黨 黨首, Kiesinger 前首相등의 攻防戰이 있었다. (50)

聯邦議會는 1973年 5月 11日, 485名의 議員과 22名의 伯林代表議員이 參席한 가운데 呼名 投票로 268名의 議員과 13名의 伯林代表議員의 贊成과 217名의 議員과 9名의 伯林代表議員의 反對로 兩獨基本條約批准法律을 通過시켰다. 이 法律은 第1條에서 1972年 12月 21日에 署名한 兩獨基本條約에 同意한다고 하고, 第3條에서 이 法律은 公布日부터 効力을 발생한다고 하고 있다.

1975年 5月 25日에는 聯邦參議院에서 이 條約承認法律을 다시 審議하게 되었다. 聯邦參

Bd. 12, S.S. 90ff.

(44) Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zum Grundlagenvertrag, Texte zur Deutschlandvertrag, Bd. 12, S.S. 128/129.

(45) Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zum Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Charter der Vereinten Nationen, Texte zur Deutschlandpolitik, Bd.12. S. 135.

(46) 상세한 것은 Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 12, SS. 139~562 참조.

(47) Rainer Barzel, Rede vor dem Deutschen Bundestag, Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 12. S.S. 149ff.

(48) Rolf Heyen, Bericht an den Deutschen Bundestag, Texte zur Deutschlandpolitik. Bd, 12, S.S. 275ff.

(49) Claus Jäger, Bericht an den Deutschen Bundestag, Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 12, S.S. 284ff.

(50) 상세한 것은 Texte zur Deutschlandpolitik. Bd. 12, S.S. 312~560 참조.

議院 內獨關係委員會는 Bayern州 政府가 요구한 上下兩院調停委員會의 開催要求를 反對 1 票 棄權 4票로 否決하도록 권고하였다. Bayern州 政府는 聯邦議會를 通過한 兩獨基本條約承認法律은 獨逸統一의 基本法命題와 獨逸의 單一性에 관한 憲法原則을 侵害하는 것이라고 하여 이에 反對하였다. 그러나 聯邦參議院은 1973年 5月 25日의 票決에서 Bayern州 政府의 提案을 否決하였다. 이로써 批准同意法律은 確定되게 되었다.

Bayern州 政府는 이에 承服하지 않고 聯邦憲法裁判所에 提訴하여 이 法律의 副署와 公布를 停止하는 假處分申請을 하였다.⁽⁵¹⁾ 1973年 6月 4日 聯邦憲法裁判所는 이 假處分申請을 棄却했다.⁽⁵²⁾ 그러나 Bayern州 政府는 6月 13日 다시 條約의 批准書交換을 本案判決이 있을 때까지 中止시키 달라는 假處分申請을 提出하였다.⁽⁵³⁾ 聯邦憲法裁判所는 다시금 이 假處分申請을 1973年 6月 18日에 棄却하였다.⁽⁵⁴⁾

1973年 6月 20日, Bonn에서 批准書가 交換됨으로써 兩獨基本條約은 미르소 效力을 발생하게 되었다. 이 兩獨基本條約의 効力은 발생하였으나 Bayern州 政府의 聯邦憲法裁判所에 대한 提訴가 있어 그 合憲性與否가 계속 論難되게 되었다.

IV. 東·西獨基本條約과 獨逸의 法的地位에 관한 聯邦憲法裁判所의 見解

1. Bayern州 政府의 提訴理由

앞서 본 바와 같이 Bayern州 政府는 1973年 5月 兩獨基本條約의 合憲性與否에 관한 訴訟을 提起하였는데 그 중 獨逸의 法的地位에 관한 提訴理由는 다음과 같다.⁽⁵⁵⁾

「1. 基本法의 前文은 獨逸의 民族的 및 國家的 單一性을 維持하여야 한다고 表現하고 全獨逸國民은 自由로운 自決權을 통하여 獨逸의 單一性과 自由를 完成하도록 요청되고 있다고 함으로써 獨逸國民의 意思를 表現하고 있다. 前文은 물론 政治的意義를 가지고 있다. 그러나 同時에 法的意義도 가지고 있다(VerfGE S. 85/127, 11, 150/160, 12, 45/51).

(a) 이 前文에서 보면 基本法의 起草者들은 미록 制限되기는 하였으며 獨逸國家의 單一

(51) Antrag der Bayerischen Staatsregierung an das Bundesverfassungsgericht, Texte zur Deutschlandpolitik, Bd.12. S.S. 576ff.

(52) Beschluß des zweiten Senats des Bundesverfassungsgericht vom 4. Juni 1973. 2 BvQ 1/73 Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 12, S.S. 681ff.

(53) Antrag der Bayerischen Staatsregierung an das Bundesverfassungsgericht auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung vom 13. Juni 1973. Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 12, S.S. 697ff.

(54) Urteil des Bundesverfassungsgerichts über den Antrag der Bayerischen Staatsregierung auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung vom 18. Juni 1973. 2BvQ 1/73, Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 12. S.S. 775ff.

(55) Antrag der Bayerischen Staatsregierung an das Bundesverfassungsgericht auf Feststellung der Unvereinbarkeit des Grundvertrages mit dem Grundgesetz vom 28. Mai 1973. Texte zur Deutschlandpolitik, Bd. 12. S.S. 27ff. 또 Dokumentation der Bayerischen Staatsregierung.

性的 繼續에서 출발하고 있다.⁽⁵⁶⁾ 이 根本的 表象의 보다 상세한 形成은 憲法에 根據하고 있다. 그 指導理念은 獨逸의 國家的 單一性的 繼續은 獨逸國家(Deutsches Reich)의 繼續의 形態이며 獨逸聯邦共和國은 이 獨逸國家의 繼承國家라는 說에 根據하고 있다. 이 聯邦共和國의 同一性論은 一聯의 憲法條文, 例를 들면 基本法 前文 第2項과 第33條에서 論證되고 있다.

(b) 聯邦憲法裁判所는 聯邦共和國의 自明性(Selbstverständnis)을 다음과 같이 具體化하였다. 獨逸國家는 1945年の 敗戰에 의하더라도 國內法主體와 國際法主體로서 沒落한 것은 아니다(BVerfGE 5. 126; 6. 336, 363). 1945年 5月 8日 以後 獨逸國家는 國家組織・機關 喪失하였다. 基本法에 의하여 創設된 組織이 臨時的으로 獨逸國領土의 一部에 制限되어 있다고 하더라도 獨逸聯邦共和國은 獨逸國家(Deutsches Reich)와 同一하다(BVerfGE 3. 319f; 6. 338, 363)⁽⁵⁷⁾. 獨逸聯邦共和國은 國家로서 다시 組織될 수 있는 全體獨逸의 召命되고 唯一한 行動可能한 部分이다(BVerfGE 2. 277).

2. 이 國法的인 根本見解에 基本條約은 合致되지 않는다.

a) 全條約文書에 獨逸國家라던가 全體獨逸이라던가 이와 비교될 수 있는 表現은 言及되지 않고 있다. 獨逸國家의 領土위에 成立한 두개의 獨逸國家의 關係의 根據를 設定하는 條約에서 獨逸國家는 滅亡하였고 獨逸聯邦共和國은 獨逸國과 同一한 것이 아니라는 것이 締約當事者間에 意見이 一致되었다는 解釋을 回避하기 위하여서는 不可避하게 규정되어 있을 것이다. 獨逸國家나 全體獨逸에 관한 言及이 없기 때문에 이 條約은 獨逸國家의 沒落이나 不繼續에서 출발했다고 볼 것이며 이는 獨逸聯邦共和國이 獨逸國家와 不一致(Nicht-Identität)하거나 相異하다는 데에서 출발했다고 理解하여야만 할 것이다. 이로써 이 條約은 東獨에 의하여 主張되고 基本法의 指導理念과는 一致되지 않는 獨逸國家의 沒落說과, 옛 獨逸國家의 領土위에 두개의 獨立된 國家가 新生되었다는 理論에 근거하고 있다. 條約內容으로 보아 아마도 可能할지도 모를 所謂 縮小國家說(Schrumpfstaattheorie)의 形態로서의 聯邦共和國의 獨逸國家와의 同一性理解는, 基本法의 現實的인 效力範圍를 조일하는 國家概念을 確固히 維持하고 있는 前文에 表現된 憲法定定者의 意思에 合致되지 않는다.

b) 基本條約 第4條는 어떤 나라도 다른 나라를 國際적으로 代表하거나 다른 나라의 이름

(56) 基本法의 制定理由에 관해서는 Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge Bd. I 1951. 참조. 특히 前文의 制定理由와 經과에 관해서는 그 중 S.S. 20-41 참조. 특히 前文의 內容에 관해서는, W. Abendroth, Deutsche Einheit und europäische Integration in der Präambel des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland, Europa Archiv. 1951 SS. 4385-4389 참조. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. SS. 42/43.

(57) 獨逸聯邦憲法裁判所의 1957年 Konkordatsurteil에서 "Das Deutsche Reich, welches nach dem Zusammenbruch nicht zu existieren aufgehört hatte, bestand auch nach 1945 weiter; wenn auch die durch das Grundgesetz geschaffene Organisation vorläufig in ihrer Geltung auf einen Teil des Reichsgebiets beschränkt ist, so ist doch die Bundesrepublik Deutschland identisch mit dem Deutschen Reich."라고 하고 있다.

으로써 行動할 수 없는 두개의 平等한 主權國家에서 출발하고 있다. 이 條項의 文章이 明確히 表現하고는 있지 않으나 이는 獨逸聯邦共和國이 將來에 있어서는 全體獨逸을 위하여 行動할 수 없다는 것을 뜻하는 것 같다. 基本條約 第4條의 文章은 東獨에 의해서 代表되고 基本法에는 合致되지 않는, 沒落한 獨逸國家와는 何等關係가 없는 두개의 主權的인 獨逸國家의 存立이라는 命題에 立脚하고 있다.

3. 獨逸國家의 繼續性의 否認과 基本條約 第4條의 全體獨逸을 위한 行爲의 禁止는 基本法에 合致되지 아니한다.

a) 西獨과 東獨間의 國家의 問題에 관한 意見差異를 표시한 基本條約 前文의 言及도 이미 말한 바와 같은 基本條約의 基本法과 合致되지 않는 解釋을 豫防하지는 못한다. 前文의 이 條項은 意見의 差異만을 말하고 있으며 또 法的으로 不明確한 概念인 國家의 問題(Nationale Frage)란 말만을 사용할 뿐이다. 그러나 基本條約 第4條는 聯邦共和國이 法的으로 明確하고 拘束的인 方法으로 全體獨逸을 위하여 行動하는 것을 禁止하였으며 基本條約 第1條에서 第10條까지의 全體構造를 보더라도 東獨이 주장한 國際法原則을 承諾한 것을 알 수 있다.

b) 「獨逸의 單一性」에 관한 書翰도 聯邦共和國이 獨逸國家와 同一하다는 理論에 適合하게 基本條約을 解釋하는 것을 保障하지 않는다. ……

c) 基本條約 第9條와 그에 부속된 交換覺書들도 獨逸國家의 單一性의 維持라는 命題에 대한 違反을 호도할 수 없다. ……」

2. 聯邦憲法裁判所判決의 內容

聯邦憲法裁判所 第二部는 Bayern 州政府의 提訴에 대하여 여러차례 決定과 判決을 하였다. Bayern 州政府는 1973年 5月 29日에 基本條約法의 違憲審査를 요구하였는데 이에 앞서 5月 23日에는 假處分申請을 제출하였다. 이 假處分申請에 대하여 聯邦憲法裁判所는 6月 4日 棄却處分을 하였는데 그 理由는 假處分決定이 緊急히 요구되는 것이 아니라는 理由였다. 73年 6月 13日의 假處分申請에 대해서는 73年 6月 18日 棄却決定을 내렸다. 그 이튿날인 6月 19日에는 本案에 관한 口頭審理가 行해졌다. 73年 7月 31日에는 聯邦憲法裁判所判決이 宣告되었는데⁽⁵⁸⁾ 그 中 國家地位問題에 관한 것을 要約해 보면 다음과 같다.

Ⅲ

『基本條約은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 關係의 基礎(Grundlagen)를 規律하고 있다. 이의 評價를 위해서는 獨逸의 法的地位에 관한 基本法의 文言을 分析·整理할 必要가 있다.

(58) 判決文은 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 32 BvF 1/73. Dettmar Cramer, Deutschland nach dem Grundvertrag, S.S. 145-166. NJW. Jg. 1973. S. 1542ff. 季刊 統一政策 1卷2號 (1975. 6) pp. 254-279.

1. 基本法은——國際法論의 命題뿐만 아니라 國法論의 命題에 의하더라도——獨逸國家가 1945年の 崩壞(Zusammenbruch)를 넘어서서 繼續되고 있으며 降伏이나 聯合占領國에 의한 獨逸內的 外國國家權力の 行使에 의해서도 沒落하지 않았다는 立場에서 出發하고 있다. 이는 基本法前文과 第16條, 第23條, 第116條, 그리고 第146條에 明示되고 있다. 이 見解는 聯邦憲法裁判所의 一貫된 判例와도 一致하며 當部도 이 判例를 固守하고 있다. 獨逸國家는 繼續存在한다(BVerfGE 2, 266[277]; 3, 288 [319f]; 5, 85 [126]; 6, 309 [336, 363]). 또 從前과 같이 權利能力을 가지고 있으나, 全體國家로서는 組織의 缺如 특히 制度化된 機構의 不存在로 말미암아 行爲能力을 가지지 못한다. 基本法도 全獨逸國民과 全獨逸國家權力이 存在한다고 하는 見解에 根據하고 있다(BVerfGE 2, 266 [277]). “全體로서의 獨逸(Deutschland als Ganzes)”에 대한 責任은——또한——4大國이 지고 있다(BVerfGE 1, 351 [362f. 367]).

獨逸聯邦共和國의 設立으로 새로운 西獨國家가 創設된 것이 아니고 獨逸의 一部가 새로이 組織된 것이다.(Carlo Schmid의 議會評議會 第6次會議發言 參照. 速記錄 70面) 獨逸聯邦共和國는 獨逸國家의 「法的 繼承者(Rechtsnachfolger)」가 아니고 國家로서는 獨逸國家(Deutsches Reich)와 同一하다. ——그러나 그 領土的 外延에 있어서는 部分的으로 同一하다(teilidentisch). 그리하여 領土에 있어서는 獨占의인 同一性을 주장하지는 않는다. 獨逸聯邦共和國는 그 國民과 領土에 관한 限 全獨逸을 總括하는 것은 아니다. 聯邦共和國이 비록 獨逸(獨逸國家)의 統一的인 國民을 西獨의 住民과 不可分離의 關係에 있다고 한다든가, 獨逸(獨逸國家)의 統一的인 領土를 不可分離 不可讓의 領域部分에 屬한다고 승인하는가의 興否에 관계없이 全獨逸을 포섭하는 것은 아니다. 獨逸聯邦共和國는 國法的으로 그 統治權力을 「基本法の 適用範圍」(Geltungsbereich des Grundgesetz)에 限定하고 있다(BVerfGE 3, 288[319f]; 6, 309 [338, 363] 참조). 비록 全體獨逸에 대하여 責任을 느끼고 있지만(基本法 前文 참조) 現在의 獨逸聯邦共和國는 伯林을 포함하여, 基本法 第23條에서 列擧된 支邦만으로 구성되고 있다. 聯邦共和國의 伯林支邦의 地位는 西方側高等辯務官의 所謂 留保에 의해서만 弱화되고 또 義務를 지고 있을 뿐이다(BVerfGE 7, 1 [7f]; 19, 377 [388]; 20, 257 [266]). 獨逸民主共和國는 獨逸에 屬하여 聯邦共和國와의 關係에 있어서 外國으로 看做될 수 없다(BVerfGE 11, 150[158]). 그러므로 例를 들면 兩國間의 交易(Interzonenhandel)은 獨逸內的인 交易이며 결코 外國貿易(Außenhandel)이 아닌 것이다(BVerfGE 18, 353 [354]).

3. ……單獨代表權(Alleinvertretungsanspruch)의 政治的 命題에 대해서는 聯邦憲法裁判所는 한번도 言及한 적이 없다. 基本法이 獨逸聯邦共和國의 全體獨逸에 대한 單獨代表權을 法的으로 根據지우고 있는가에 대해서 當裁判所가 審查하고 決定할 何等의 契機가 現在에도 存在하지 않는다. ……

IV

3. 上記한 諸聯關을 고려하던 政治的 議論에서 使用된 「兩國間에 存立하는 特殊한 關係」라든가, 「이 條約은 이러한 特殊關係에 相應하는 하나의 特殊한 性格을 가지고 있다」는 慣用語(Formel)의 意味가 明確해 진 것이다. 즉 獨逸民主共和國은 國際法의 意義에서의 國家이며 그러한 것으로서의 國際法主體이다. 이러한 陳述은 獨逸聯邦共和國에 의한 獨逸民主共和國의 國際法의 豫想과는 無關한 것이다. 獨逸聯邦共和國은 그러한 承認을 公式的으로 表明하지 아니하였을 뿐만 아니라, 그와는 反對로 계속적으로 그리고 明文的으로 拒否해 왔던 것이다. 緊張緩和政策의 遂行過程에서의 獨逸民主共和國에 대한 獨逸聯邦共和國의 態度를, 특히 이 基本條約의 締結을 事實的인 承認(faktische Anerkennung)으로 評價한다고 하더라도 이는 특별한 性格의 事實的인 承認으로 理解되어야만 할 것이다.

基本條約의 特性은 그것이 一般國際法의 原則이 適用되고 또 다른 國際法條約과 같은 效力을 가진 두 國家間의 二邊條約이기도 하나, 單一한 國民과 領域을 가지고 組織化되지 않았기 때문에 行爲能力을 가지지 않으나 아직도 繼續 存立하고 있는 全體 獨逸國家의 部分인 두 國家間의 條約이란 점이다. ……이 점에서 이 條約은 二重的인 性格을 가지고 있다. 이는 그 本性에서 보아 國際法的條約이며 그 特殊한 內容에서 보면 무엇보다도 國家自體內의 關係를 規律하는 條約이다. 國家自體內의 關係를 國際法的인 條約으로 規律하는 것은 여기서 보는 바와 같이 全體國家의 非組織化에 의하여 國內法秩序가 欠缺된 경우에는 필요하다. 聯邦國家에 있어서도 聯邦憲法의 規定이 없는 경우에는 構成支分國家間의 關係는 國際法의 原則에 따라 測定되어지는 것이다(Entscheidung des Staatsgerithofes für das Deutsche Reich, Lammers-Simons, 1. 178ff.; 207ff. 基本法에 따른 繼續的인 發展에 대해서는 BVerf GE 1, 14 [51]; 34, 216 [230ff]). 따라서 어떠한 두 國家模型 (jedes “Zwei-Staaten-Modell”)도 基本法秩序와 一致되지 않는다는 見解는 正當하지 못하다.

V

……基本條約의 前文은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間에 根本的인 問題들 그 中에는 國家的問題(Nationale Frage)를 포함한 相異한 見解에도 不拘하고……라고 규정하고 있다. 國家的問題란 獨逸聯邦共和國에게는 「獨逸民族의 國家的 單一性의 維持」를 目的으로 한 基本法의 再統一命題를 具體的으로 말한 것이다. 그렇게 읽어질 때 前文은 「基本條約은 基本法上의 再統一命題의 矛盾되지 않는다」는 全條約의 解釋을 위한 決定的인 文章이 되는 것이다.

獨逸聯邦共和國은 이 條約으로써 獨逸民主共和國과의 關係를 포함한 모든 國際關係에 있어서 從前과 같이 自由로운 民族自決權의 方法으로 獨逸民族의 國家的 單一性을 추진할 것과 이 目的을 위해 그의 政策을 平和的方法和 國際法의 一般原則에 一致하여 추진할 權利名義(Rechtstitel)을 喪失한 것은 아니다. 基本條約은 分割條約(Teilungsvertrag)이 아니고,

聯邦政府가 獨逸民族의 國家的 單一性을 再組織할 수 있는 모든 可能性을 다 追求할 수 있는 것을 現在나 將來에 있어서 排除하고 있지 않는 條約이다. 이 條約은, 우선은 國際法上에서 알려져 있는 國家聯合(Konföderation)의 한 變態(Variante)로 끝나는 긴 過程中的의 第 一步이다. 즉, 獨逸民族이 하나의 國家로의 再統一 ——獨逸의 再組織——을 實現시키는 方向으로의 第一步이다. ……」』

3. 聯邦憲法裁判所判決의 意義와 評價

(1) 意義

위에서 본 바와 같이 獨逸聯邦憲法裁判所는 獨逸의 法的地位에 대하여 繼續說을 채택하고 있다. 이 경우에도 同一說을 채택하되 完全同一說이 아닌 部分同一說을 취하고 있다. 獨逸聯邦共和國이 獨逸國家의 法的繼承者가 아니고 獨逸國家와 同一하나 組織에 있어서 部分的 同一하다고 하여 西獨의 唯一合法性을 고집하지 않고 있다. 나아가 東獨과 西獨과의 關係를 全體國家內의 二個의 國家로 봄으로써 지방理論(Dachtheorie)에 立脚하고 있는 것 같다. 어떠한 二個의 國家理論도 憲法에 矛盾된다는 理論을 排斥하고 全體國家內에 部分秩序로서의 二個의 國家를 인정하고 있다.

(2) 評價

이러한 聯邦憲法裁判所의 獨逸의 法的地位에 관한 判決은 不分明한 점이 많아 論難의 對象이 되고 있다. (59) U. Scheuner는 이를 “먹을 수 없는 概念的 죽”(unbekömmlichen begriffen Brei)이라고 혹평하고 있다. (60) 事實에 있어서도 法的地位에 관한 聯邦憲法裁判所의 判決은 獨逸의 國法的地位에 대한 正確한 概念으로 結論을 내리지 못했다. 一面에 있어서 裁判所는 獨逸聯邦共和國이 獨逸國과 同一하다고 하고는 곧 組織的外延에 있어서는 部分的同一하다고 하고 있다. Kewenig가 말한 것처럼 部分同一性(Teilidentität)은 形式論理的으로도 인정될 수 없으며 또 國際法과도 一致되지 않는다고 본다. (61) 事實, 同一性和 非同一性和의 中間段階는 存在하지 않는다고 보아야 할 것이다.

聯邦憲法裁判所는 東獨이 獨逸에 속한다고 하고 獨逸聯邦共和國과의 關係는 外國이라고는 看做할 수 없다고 했다. 同時에 東獨은 國際法的意義의 國家로서 國際法主體라고도 하고 있다. 따라서 東獨과 繼續되고 있는 獨逸國家와의 關係는 不明確하다.

끝으로 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國 二 國家는 全獨逸國家의 部分國家라고 하고 있

(59) Mahnke, Der Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik und der DDR. Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Deutschland Archiv 1973, 11. S. 1170.

(60) U. Scheuner, Dokumentation der Bayerischen Staatsregierung zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Grundvertrages durch das Bundesverfassungsgericht, München, 1973, S. 583.

(61) Kewenig, Deutschlands Rechtslage heute, Vortrag vom 15. Oktober 1973. zitiert nach Mahnke, Deutschland Archiv, 1973, 11. S. 1170.

다. Scheuner는 同一性의 命題는 理念的으로 繼續되고 있는 國際法主體인 獨逸과는 合致될 수 없다고 指摘하고 있다.⁽⁶²⁾ 萬若에 同一性이 인정된다고 한다면 領域的으로 縮少된 核領域內에 成立하고 있는 1867年의 古國家의 繼續이외의 또 다른, 理念的으로 덮고 있는 概念지붕은 併存할 수 없다.《

W. Kewenig는 聯邦憲法裁判所가 同一說이나 部分國家說 즉 지붕類型說을 擇一하려고 한 것이 아니고 이 두 類型을 同時에 累績的으로 건설한 것 같다고 推定하고 있다. 이로써 두개의 相容할 수 없고 相互 排他的인 前提에서 나오는 類型을 相互間 結合한 것으로 볼 수 있다.

어쨌든 獨逸聯邦憲法裁判所의 判決은 獨逸의 法的地位에 관한 限 明確性을 缺如하고 있으며 理論上의 混迷를 加중하고 있다.⁽⁶³⁾

V. 獨逸의 法的地位에 관한 結論的考察

1. 結論的考察

獨逸의 法的地位에 대한 考察은 그것이 純法律的으로만은 解決될 수 없는 難點을 제공하고 있다.⁽⁶⁴⁾ Schuster가 適切히 指摘한 바와 같이 可能한 모든 學說은 西獨의 法的地位를 優先시킬 것이냐 東獨의 法的地位를 認定할 것이냐의 目的論的 解釋에 불과하다. Schuster는 獨逸의 法的地位에 관한 論爭은 西獨과 東獨間의 關係이며 또 이 兩者가 所屬되어 있는 Block間의 問題로 보고 있다. 그는 이는 國際法的인 問題이기 보다는 東西 兩브록의 「勢力間의 關係」의 全體系間의 部分問題로 보고 있다.⁽⁶⁵⁾ 그런데 그는 이 「勢力間의 關係」(intermächte Beziehungen)를 規律하는 普遍的인 國際法이 成立하지 못하고 있다고 본다. 따라서 獨逸의 國際法的地位에 관한 論爭을 正確하게 測定하여 兩側에 拘束的인 決定을 내릴 수 있는 兩側에 合致되는 國際法規範은 없다고 본다.

Schuster는 獨逸國家의 法的運命에 관한 問題에 대한 法律的인 解答은 發見할 수 없다고 한다.⁽⁶⁶⁾ 왜냐하면 「勢力間의 關係」에 대한 法的共通分母가 없기 때문에 不可能하다고 한다. 다만 政治的 決斷의 問題로서는 可能하다고 보고 있다.⁽⁶⁷⁾ 法律家は 政治人에게 問題의 可能한 解答들을 提示하는 것만으로 그 任務는 다 했다고 본다. 그는 獨逸聯邦共和國이

(62) U. Scheuner, a.a.O., S. 583.

(63) 同旨. Mahnke, Deutschland Archiv, 1973, 11, S. 1173.

(64) Schuster는 Die Grenzen juristischer Lösungen, Deutschlands staatliche Existenz, SS. 209-249에서 法的解決의 限界를 잘 說明하고 있다. 그는 ① 一般的으로 拘束的인 國際法의 成立에 관한 問題, ② 現代國際法의 二重的인 性格, ③ 本質的으로 動的인 現象으로서의 現代國際法의 觀點에서 國際法의 解決의 限界를 이야기하고 있다.

(65) Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S. 250.

(66) Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S. 259.

(67) Martin Kriele 教授는 科學的으로 正確한 國家의 定義는 존재하지 않는다고 보고 東獨이 하나의 國家인가 國家가 아닌가 하는 것은 政治的 問題이며, 理論的 問題는 아니라고 하고 있다.

法的地位를 새로이 決定하는 것은 眞正한 憲法改正이라고 보며, 따라서 憲法改正의 方法으로써 可能하다고 한다.

東獨은 이제 獨逸國家와의 繼續性を 否認하고 領土의 統一性を 否認하며 同等한 兩國의 成立을 主張하고 있기 때문에 그 態度의 變更은 不可能하다고 본다.⁽⁶⁸⁾ 이에 反하여 西獨은 獨逸國家와의 繼續性を 承認하고 領土의 統一性を 強調하며 兩個 國家의 成立을 反對해 왔는데 이 理論단이 變更可能하다고 한다. 따라서 西獨側에 대한 國內外에서 오는 壓力이 強했다.

이에 Brandt 首相은 Hallstein-Doktrin⁽⁶⁹⁾을 포기하고 獨蘇條約과 獨波條約에서 1937年의 領土를 포기하고 한 民族의 二 國家論을 主張했던 것이다. Brandt 首相의 讓步로 東西獨對話는 可能했으며 東獨의 妥協으로 東·西獨基本條約의 締結은 可能했던 것이다. 이 점에서 西獨政府는 同一說을 포기하고 지방國家說 내지는 部分國家說(Teilstaatslehre), 分離說(Sezessionstheorie)을 채택하게 될 것이라고 볼 수 있다. 지방說(Dachtheorie)은 獨逸國家의 繼續性を 主張하며 領土의 統一性を 主張하나 兩個의 平等한 獨逸國家의 存立을 인정하고 있다. 이 지방說은 二個國家說과 密接한 關係를 가지고 있다. 지방說은 獨逸國지방(Reichsdach)과 東·西獨의 三個國家를 인정하고 있다고도 볼 수 있을 것이다.⁽⁷⁰⁾

聯邦憲法裁判所判決은 過去부터 내려오는 同一說에 근거한 判例를 變更할 수 없어 同一說과 部分同一說, 二個國家說 등을 綜合하고 있는데 이는 論理的으로는 相互矛盾된다고 볼 것이다. 그러나 이러한 理論은 지방說에 의해서 說明될 수도 있을 것이다.⁽⁷¹⁾ 지방說의 立場에서 獨逸國家는 계속되거나 그 領域內에 兩個의 國家가 成立했는데 西獨단이 領土的으로는 部分同一하고 國際法主體로는 同一하여 將來에 特殊한 聯邦의 形態로 統合될 것이라는 것을 前提로 하고 있는 것 같다.⁽⁷²⁾

西獨에서 지방國家說이 인정되고 있는 理由는 獨逸國家가 沒落하지 않았다고 보고 이 獨逸國의 지방(Reichsdach)은 聯合國의 責任下에 계속 維持되고 있다고 보는 것이다. 四大強國의 獨逸統一에의 責任을 강조하고 獨逸統一을 實現하려는 意志가 지방說의 요체인 것이

Martin Kriele, "Ist die Einheit noch zu retten? 15 Thesen zur Rechtslage im geteilten Deutschland" Die Zeit, Jg 24, Nr. 52/25, Nr. 1.

(68) Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S. 261~280 참조.

(69) 간단한 解說로는, Schuster, Die "Hallstein-Doktrin", Ihre rechtliche und politische Bedeutung und die Grenzen ihrer Wirksamkeit, Europa-Archiv, 1963, S. 675ff.

(70) 이에 관해서 상세한 것은 Blumenwitz, Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland, S.S. 116-123. 三個國說은 前述 參照.

(71) Blumenwitz, Die völkerrechtliche Stellung des deutschen Gesamtstaates und seiner Teilordnungen in Hinblick auf den Anschluß eines Friedensvertrages mit Deutschland, Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland, SS. 129-133.

(72) Vgl. Berber I. §18 insbesondere S.144 聯邦憲法裁判所判決도 東西獨基本條約에 관한 判決에서 같은 뜻을 말하고 있다.

다.⁽⁷³⁾ 이 지붕說은 獨逸國지붕이 行爲能力이 없다고 보고 또 領土의統一性이 不可變으로 維持되고 있다고 보는 全獨國家를 否認한다면 等價說의인 二國家論으로 發展할 수도 있다. 또 이 지붕理論은 分離說로 發展할 수도 있다. 分離說은 東獨이 獨逸國家에서 分離했다고 보고 事實上 行해진 Oder-Neisse 以東地域의 併合을 承認함으로써 이루어지는데 이 경우 나머지 領域은 西獨의 領域과 一致하며 그 점에서는 部分同一하다고 할 수 있다.⁽⁷⁴⁾

西獨은 明示的으로 東獨의 國際法的承認을 拒否했기 때문에 西獨과 東獨間의 關係는 特殊한 國內法的關係로 남아 있다.⁽⁷⁵⁾ 그러나 東獨은 二國家論을 主張하여 世界各國과 外交關係를 樹立하여 國家로서의 承認을 얻었기에 國際法의存在로서 機能하고 있는 것이다. 兩獨은 유럽에 同時加入하였으나⁽⁷⁶⁾ 座席을 隣接케 함으로써 二個 國家性을 強調하지 않고 있다. 따라서 對獨講和條約이 締結되지 않고 國家聯合이 이루어지지 않는 限 二個 國家로서 對어질 可能性도 있지 않다.

2. 獨逸의 國際法的地位에 관한 論議의 韓國에서의 適用與否

韓國의 國際法的地位에 관한 詳論은 避하고 獨逸의 國際法的地位에 관한 論議에 焦點을 맞추어 結論만 간추려 보기로 한다.⁽⁷⁷⁾

大韓民國은 建國後 계속 同一說을 채택해 왔다. 70年代에 들어와 7·4共同聲明, 6·23宣言, 1·18 南北不可侵協定提議 등이 있었으나 이는 北韓을 國家로 承認한 것은 아니었다.⁽⁷⁸⁾ 이 점에서 大韓民國은 大韓帝國의 繼續國家이며 그 領土는 大韓帝國의 領土인 韓半島와 그 附屬島嶼인 것이다.⁽⁷⁹⁾ 그런데 이러한 領土中 一部에는 北韓傀儡政權이 反國家團體로서 成立되어 存立하고 있다.

北韓傀儡政權도 同一說을 主張하며 南北聯邦制를 主張하고 있는데⁽⁸⁰⁾ 이는 마치 初期의

(73) 상세한 것은 Die Grundelemente der Deutschlandpolitik: Die Verantwortung der Vier Mächte und die Einheit der Nation, Nation, a.a.O., SS. 19-25 참조.

Caty도 獨逸國家의 繼續性的의 根據로 四大國의 責任을 強調하고 있다. G. Caty, Le Statut Juridique des Etats Divises, 1969. p. 71.

(74) Schuster, Deutschlands staatliche Existenz, S. 258.

(75) Edzard Schmidt-Jortzig, »Gleichberechtigte« und »besondere« Beziehungen der beiden deutschen Staaten durch den Grundvertrag, Deutschland Archiv, 1973, 11, S. 1146ff.

(76) 상세한 것은 金哲洙, 分斷國家의 對 UN아프르치, 政經研究 1973年 8月號.

(77) 獨逸方式의 韓半島適用可能性與否에 대해서는, 金哲洙, 韓半島의 境遇와 獨逸의 境遇, 月刊中央 1975年 2月號 pp. 100-118, 禹근식, 동서독관계와 남북한관계의 비교, 독립연방공화국, 사실과 의견, 1975, pp. 89-103. 尹謹植, 韓國統一에 있어서 獨逸方式의 適用上의 問題點, 東亞日報社編 東西獨과 南北韓, pp. 523-553 참조.

(78) 韓亨健, 不可侵協定에 대한 國際法的 評價, 北韓, 1974. 3月 pp. 63-71. 襄載湜·白忠鉉, 休戰協定에 署名하지 않은 大韓民國 主權下의 南北韓의 平和關係設定問題, 國土統一院 用役研究報告書, 1973, pp. 1-56. 金明基, 南北共同聲明과 國際法 1975.

(79) 南基煥, 分斷韓國의 國際法的 性格과 韓民族의 統一問題, 平和統一研究所, 季刊 統一政策 1卷 2號, 1975. 6. pp. 68-84.

(80) 北傀의 高麗聯邦共和國案은 6·23宣言에 대하여 反對하기 위한 宣傳用으로 주장되었던 것이다.

東獨의 立場과 비슷하다고 하겠다. 東獨은 初期에는 同一性說을 주장하다가 二國家論으로 變更하였는데 北傀는 아직도 一國家論을 주장하고 있는 것이 特色이다. 北韓도 國際的으로 劣勢에 몰리면 二國家論을 主張하게 될 것으로 보인다.⁽⁸¹⁾

大韓民國에서는 6.23 宣言을 契機로 一民族, 一國家, 二政府(一法的政府(大韓民國), 一事實上政府(北韓傀儡政權))論으로 變更한 것처럼 보인다.⁽⁸²⁾ 그런데 이는 核心國家說, 縮少國家說 내지는 國家核說의 立場이라고 보겠다. 이 점에서 東西獨基本條約締結後의 平等한 二個國家를 建제하는 非國家說의 採擇은 우리 政府로서는 時期尙早하다고 하겠다.

二國家說이 주장되고 他國을 國際法的으로 承認하는 경우에는 統一은 內政干渉으로 비추어 질 수도 있다.⁽⁸³⁾ 平和的 統一의 포기는 우리 憲法에 違反되기 때문에 等價說의 立場에 다른 二國家說은 禁物이라고 하겠다.⁽⁸⁴⁾

(81) 北韓傀儡政權은 1972年의 新憲法에서 社會主義國家임을 明白히 하고 있으며 首都를 平壤으로 定하는 등 統一에는 큰 意義를 부여하지 않고 있다.

(82) 1973年 6月 26日 金總理는 國會質疑答辯에서 獨逸의 경우와 구별하여 「獨逸은 한 民族 二 國家 二 政府이지만 우리는 한 民族 한 國家 二 政府라 표시할 수 있을 것」이라고 말하였다. 1973年 6月 27日 夕刊新聞들 참조.

(83) 東獨이 二國家論을 主張한 政治的背景은 西獨이 東獨을 統合하려는 것을 막기 위하여, 統一要求를 內政干渉으로 묻기 위한 것이라는 說도 있다. Schuster, Deutschlands staatliche Existenz 참조.

(84) 이 論文에서 兩獨統一의 法的 問題와 韓半島統一의 法的 問題가 당연히 論議되었어야 할 것이나 이는 이 論文의 續篇에서 다루기로 한다.

Zusammenfassung

Die Rechtslage Deutschlands nach dem Grundvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik

Tscholsu Kim*

Inhaltverzeichnis

- I. Die Theorienstreiten über die Rechtslage Deutschlands
- II. Die Auffassungen der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik
- III. Die Auffassungen des Bundestages und des Bundesrates über die Rechtslage Deutschlands und den Grundvertrag
- IV. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über die Rechtslage Deutschlands und den Grundvertrag
- V. Schlußbemerkung

Zusammenfassung

Seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges ist die Rechtslage Deutschlands in der staats- und völkerrechtlichen Literatur häufig erörtert worden nicht nur in Deutschland als auch in Ausland. Diese kurze Arbeit behandelt sich vornehmlich auf die Frage nach dem gegenwärtigen Zustand der staatlichen Existenz Deutschlands. Diese Arbeit ist zu der Ansicht gelangt, daß auf die Frage nach der gegenwärtigen Rechtslage Deutschlands eine eindeutige Antwort nicht mehr erteilt werden kann. Soweit man dem Grundsatz der Effektivität den beherrschenden Platz einräumen will, wird man kaum mehr umhin können, die vollzogene Teilung Deutschlands und die Existenz zweier deutscher Staaten anzunehmen. Gesteht man dagegen dem Prinzip der demokratischen Legitimation den Vorrang zu, so kann die These der Bundesregierung vom rechtlichen Fortbestehen der staatlichen Einheit Deutschlands der tatsächlichen Lage gerecht werden. Die allgemeine

* Ordentliche Professor, Juristische Fakultät, Universität zu Seoul

Teilordnungslehre erkennt unter dem fortbestehenden gesamtdeutschen "Reichsdach" zwei faktische Teilordnungen an. Diese quasi-bundesstaatliche Ordnung kann folgerichtig nur zu einer grundsätzlichen Gleichberechtigung der beiden neu entstandenen Gemeinwesen führen; ihre Existenz berührt den völkerrechtlichen Status des überkommenen deutschen Staates nicht; durch die Errichtung der BRD und der DDR kann demnach bestenfalls ein Dismembrationsprozeß eingeleitet, keinesfalls aber abgeschlossen worden sein. BRD und DDR genießen nur soweit Völkerrechtssubjektivität, als dies der fortbestehende Gesamtstaat zuläßt.

Die Begründung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts über die Vereinbarkeit des Grundvertrages mit dem Grundgesetz läßt denn auch erkennen, daß die Position der Bundesregierung im wesentlichen bestätigt worden ist: "Der Vertrag ist kein Teilungsvertrag, sondern ein Vertrag, der weder heute noch für die Zukunft ausschließt, daß die Bundesregierung jederzeit alles ihr mögliche dafür tut, daß das deutsche Volk seines staatliche Einheit wieder organisieren kann. Er kann ein erster Schritt sein in einem langen Prozeß, der zunächst in einer dem Völkerrecht bekannten verschiedenen Varianten einer Konföderation endet, also ein Schritt in Richtung auf die Verwirklichung der Wiedervereinigung des deutschen Volkes in einem Staat, also auf die Reorganisation Deutschlands."