

## 獨逸統一過程에 있어 法·行政의 統合에 관한 연구

洪 準 亨\* · 金 炳 坎\*\*

-----< 目 次 >-----

I. 머리말	評價
II. 法統合의 理論的 基礎	V. 統一韓國의 法·行政統合에 대한
III. 統一獨逸에서의 法統合	시사점
IV. 統一獨逸에서의 行政의 統合	VII. 맺는 말
V. 獨逸의 法·行政 統合에 대한	

〈要 著〉

통일은 법적으로 분단된 국가가 다시 하나로 합쳐지는 법적·정치적 의미에서의 통일만으로 끝나는 것이 아니다. 그것은 당사자들의 동질성회복을 통한 참여 통합, 그리고 정당한 통일의 내용을 실현하기 위하여 계속 추구되어야 할 일련의 연속적 과정이다. 따라서 우리는 전사회적·내적 통합을 위하여 통일이후 제기되는 법적 문제를 어떻게 해결할 것이며, 또 서로 이질적인 법과 제도를 어떻게 통합할 것인지에 대하여 관심을 기울이고 또 미리 준비하여야 한다. 독일의 법통합과정은 40여년간 유지되었던 근본적으로 이질적인 법질서를 방대한 규모의 작업을 통해 치밀하면서도 신속하게 통합시켰다는 점에서 확실히 하나의 표본적인 모형으로 평가된다. 따라서 독일에서 진행된 법통합과정의 교훈을 살리면서 그 과정에서 나타난 시행착오를 회피할 수 있는 방안을 모색하는 것이 바람직하다.

독일은 통일조약을 통해 급진적·포괄적인 법통합의 원칙을 관철시켰다. 그러나 40여년동안 발전되어 온 구서독 연방의 법질서 전체를 전혀 다른 법질서와 법현실 속에 있었던 지역과 주민들에게 일거에 확장함으로써 많은 문제점과 혼란이 야기되었다. 통일조약 부속서의 방대하고 상세한 규정들은 그같은 문제점을 완화시키려는 시도였지만, 그러한 문제점을 해소하지는 못했다. 특히 새로 운 법을 즉각 적용시키고 공법분야에서의 법통합의 결과를 행정적으로 집행하는

\* 서울大學校 行政大學院 教授

\*\* 亞洲大學教 法學部 教授

데에는 무수한 난관들이 있었다. 독일의 법통합과정에서 발생한 문제점과 부작용들은 대부분이 급진적·포괄적 법통합정책을 추진함에 따라 발생한 것들이었다. 그런 까닭에 법질서의 일시적·총괄적 통합은 가능하지도 않을 뿐 아니라 결코 바람직하지도 않다는 점이 독일통일이 우리에게 주는 가장 큰 교훈이다. 우리의 경우 급진적·포괄적 법통합방안과 점진적·단계적 법통합방안을 모두 강구하면서, 장차 도래하게 될 통일의 구체적 국면에 따라 양자를 적절히 절충·병용하는 방법이 없는지도 함께 검토하는 것이 바람직하다. 이를 위하여 독일의 법통합경험의 긍정적인 측면과 부정적인 측면 모두를 참고하여 활용할 필요가 있다. 우리의 경우 통일이후 법통합이 추구해야 할 궁극적인 방향은 무엇보다도 한민족 모두에게 최대한의 기본적 인권과 인간다운 삶의 기회를 확보해 주고, 북한주민에게 기본적 인권과 인간다운 삶을 보장해주고, 민주주의와 법치주의를 지도이념으로 한 국가적 통합을 이루는 데에서 찾아야 한다. 통일이후 법통합을 위한 기반을 구축하기 위하여는 행정, 사법, 입법 등 국가의 기본조직과 정당제도, 지방자치제도 등과 같은 각종 법제도의 개혁, 그리고 국가기구의 구성원에 대한 인사개혁을 포함하는 전반적인 체제개혁을 단행하는 것이 선결과 제이다.

## I. 머리말

최근 현대그룹 총수의 ‘소몰이방북’ 및 금강산관광사업과 잇단 잠수정 침투사건이라는 서로 성질을 달리 하는 사건들을 통해 나타나듯이, 남북한간의 관계는 불확실성의 안개에 싸여 있다. 한반도 통일에의 길이 쉽게 열리지 않으리라는 관측이 확산되는 것도 바로 그런 까닭에서이다. 남북관계의 상황이 불확실한 것처럼 통일문제와 그로부터 파생하는 법적 문제의 해결에 관한 논의에도 많은 불확실성이 존재하고 있다. 한국의 통일은 정치, 경제, 사회, 문화 등 다른 어느 분야에 못지 않게 법에 대해서도 복잡하고 혼난한 과제를 부과한다. 그러나 통일의 실현과정에서 법이 어떠한 역할을 수행해야 하며, 통일이 지향하는 목적을 달성하기 위하여 법적 부문에서 해야 할 일은 무엇인가, 통일과정에서 제기되는 법적 문제에 어떻게 대처해 나가야 하며, 궁극적으로 통일의 전후과정에서 서로 이질적인 법과 제도를 어떻게 통합시켜 나갈 것인가 하는 문제들이 그것이다.

남북한간의 법통합 및 통일이후 제기될 법적 문제에 대한 논의는 사실 통일의 전망과 내용이 구체화되었을 때 비로소 본격화될 수 있으며, 또한 실제 통일의 과정에서 — 우리의 경험에 비추어 볼 때 — 정치적·정책적 고려에 따라 좌우될 수 있다는 점에서 근본적인 한계를 지닌다. 그러나, 장차 현실적으로 통일이 어

며한 모습으로 달성되든 민주적 기본질서를 전제로 법통합을 위한 대옹방안을 모색하는 일은 충분히 가능하고 유용한 일이다.<sup>1)</sup>

이제까지 통일을 위한 법적 준비는 표면적으로 남북한기본관계에 관한 조약 또는 협정의 체결이나 남북협력교류에 관한 법제의 정비·개선, 또는 개별적인 협력사업에 대한 법적 접근이나 남북교류협력시대에 맞는 헌법·국가보안법·형법 등 현행법제의 개혁 등과 같은 주제에 집중되어 왔다. 이러한 논의가 사전에 통일여건을 조성하기 위한 법적 전략의 문제로서 가치를 지니고 있음은 물론이다. 그러나 궁극적으로 통일 후 남북 양측이 공감하고 공유할 수 있는 실질적 의미에서의 통일을 이루기 위해서는 보다 더 근본적인 문제, 즉 남북한 법제의 통합(Rechtsintegration)<sup>2)</sup>방안 및 정치적 통일 이후에도 상당기간 계속될 통일후과정에서 대두되는 법적 난제들의 해결방안을 모색하는데 더 많은 관심을 기울여야 한다. 법제의 통합은 법통합에 관한 당사자간의 합의 도출과정, 법통합을 위한 제도·조직·재정적 여건의 조성, 통일 이후 제기되는 법적 문제의 해결, 법령·제도의 통합 이외에 상이한 법체계와 법현실에 대한 상호이해의 확보, 법의식·법학교육·법집행양식 등에 관한 법문화적 통합을 포함하는 통일한국의 법적 기반을 구축하는 문제이다.

이러한 과제를 수행함에 있어 독일통일의 경험은 더 없이 유용한 선례가 된다. 독일의 경우 통일은 완수된 것이 아니라 진정한 내적 통합(innere Einheit)을 향한 과정으로서 계속 진행중이다. 하지만, 독일이 통일 이후 사회 전반에 걸친 통합을 달성해 나가는 과정에서 축적한 경험과 ‘노하우’(know-how)는 한반도통일에

1) 이는 곧 통일의 한 당사자인 남한의 의지와 역할이 주도를 이루어야 한다는 고도의 개연적인 상황을 전제로 하는 것이다. 자세히는 김병기, “북한지역 물수재 산권의 원상회복여부에 관한 고찰”, 『행정법연구』 제 1 호(1997), 186-187.

2) 독일의 경우 통일조약(Einigungsvertrag; Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik ber die Herstellung der Einheit Deutschlands vom August 1990, BGBl. II S. 889)은 제 3 장에서 ‘양독의 법질서의 통합을 의미하고 구동독지역의 법을 구서독지역의 그것과 일치시키는 것’을 의미하는 ‘Rechtsangleichung’이란 단어를 사용하고 있다. ‘통합’ 내지 ‘동화’라고 번역되는 이 말 보다는 후술하는 ‘국가승계이론’에 따라 ‘법통일(Rechtseinheit)’ 내지 ‘법일원화’란 용어가 법이론적으로 더 적절한 것이라고 할 수 있다. 다만 통일조약 부속서 I 과 통일조약 제 9 조 등에 나타나는 바와 같이 통일 후에도 상당기간 동독법이 적용되는 경우를 감안하여 ‘Rechts angleichung’이란 용어를 택한 것으로 생각된다.

대해서도 좋은 他山之石이 된다. 특히, 독일의 경우 1972년 동서독 기본조약(Grundvertrag) 이후 비록 통일을 대비한 실정법제 내지 제도적인 노력은 두드러지지 않았으나 공법학자들을 중심으로 통일에 대비한 법적 논의가 축적되어 왔고 이런 노력들이 통일과정에서 이루어진 방대한 규모의 입법을 가능케 하는 기반이 되었다는 사실은 우리에게 시사하는 바가 크다.

## Ⅱ. 法統合의 理論的 基礎

### 1. 국가적 통일 - 헌법적 통일 — 법적 통일: 법통합의 필요성

헌법국가(Verfassungsstaat)에서의 국가적 통일은 헌법의 통일을 전제로 한다. 헌법에 의해 그 정당성의 근거를 두는 국가권력은 통일체로서의 일원화된 헌법질서(Verfassungsordnung)를 필요로 한다. 남북한의 국가적 통일은 북한의 현재의 남한 헌법에로의 편입(Beitritt)<sup>3)</sup>에 의하건 합의에 의한 통일헌법 제정에 의한 통일<sup>4)</sup>이든 간에 헌법의 통일을 이끌게 될 것이다.

나아가 남북한의 국가적 통일과 헌법의 통일은 필연적으로 통일된 헌법질서에서의 근본적인 법질서의 통일 내지 일원화를 요구하게 된다. 법치주의에 바탕을 둔 헌법국가에서는 법이 국민의 자유로운 인격 발현의 결정적인 요소가 된다<sup>5)</sup> 따라서, 법적 통일을 수반하지 않는 국가적 통일은 실질적 의미의 통일을 창출하지 못하게 되어 결국에는 새로운 의미의 분단을 가져올 수도 있다.

또한 후술하는 ‘국가승계이론’에 의할 때 통일한국의 법통합은 북한지역의 법질서가 남한의 법질서에로 동화되는 과정을 통해 이루어질 것이다. 그동안 통일의 방식이나 내용에 관하여는 다양한 시나리오가 제시되어 왔다. 가령 북한정권의 붕괴를 전제로 한 ‘흡수통일’의 구상이나 북한내에서의 혁명 또는 통일·개혁 세력의 정권장악에 따른 남북당사자간의 대등한 지위에서의 통일전망, 또는 장기적인 협상·조정국면을 거친 단계적·점진적 통일방안 등이 그것이다. 현재와 같은 상황下에서 남북당사자가 자발적으로 대등한 지위에서 평화적 방법에 의한 통일을 달성할 가능성은 매우 희박하다. 그러나 통일전망과는 상관없이, 통일이 어

3) 통일전 서독 기본법(Grundgesetz) 제23조 참조.

4) 통일전 서독 기본법(Grundgesetz) 제146조 참조.

5) C. Degenhart, Deutsche Einheit und Rechtsangleichung — Öffentliches Recht, Jus 1993, S.627.

떠한 방법에 의해 이루어지든지 — 북한에 의한 무력통일의 가능성을 도외시한다면 — 남북당사자간의 통일에 관한 합의가 성립될 여지가 있고 따라서 통일에 관한 협상이나 협력의 상대방이 존재하게 될 것이다. 그러므로 통일이 이루어질 경우 남북당사자가 시종 자발적으로 대등한 지위에서 평화적 통일을 위한 합의에 이르기를 기대하기는 곤란하다 할지라도 북한주민의 의사를 수렴하고 참여를 동원하기 위한 노력이 불가결한 요청으로 등장할 것이며 어떤 형태로든 북측의 대화상대방을 발견하여 문제를 합의구조로 가져갈 필요가 있을 것이다. 이 점은 법통합과정에서도 마찬가지일 것이다. 어떤 방법을 택하든 간에 통일이 달성된다면 그 후 남북간의 전사회적 통합을 위한 합의가 성립되고 법질서의 통합이 남쪽의 이니셔티브에 의해 진행될 개연성은 매우 크다. 이러한 견지에서 통일한국에서의 법통합의 방향과 과제를 모색함은 통일 이후 남북간의 통합에 관한 합의가 성립하거나 적어도 남측의 주도적 영향하에 추진되는 상황을 전제로 하되, 법통합에 관한 협상이나 협의의 상대방을 원천적으로 배제하는 논의는 한민족 전체의 이익을 위하여 바람직하지 않다는 인식하에 국가적 통합을 통한 한민족 전체의 권익과 인간다운 삶의 보장과 북한주민에 대한 배분적 정의의 실현이라는 대전제를 실현하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

## 2. '國家承繼理論'에 의한 법통합

독일의 경우<sup>6)</sup>와 마찬가지로 남북한 통일과 관련된 법통합문제 역시 근본적으로 '국가승계이론(Die Lehre von der Staatensukzession)'<sup>7)</sup>에서 출발해야 할 것이

6) D. Blumenwitz, *StaatenNachfolge und die Einigung Deutschlands Teil I - Völkerrechtliche Verträge*, Berlin, 1992; F. Prugger, *Die Nachfolge in das Vermögen der ehemaligen DDR*, Würzburg, 1994; R. Wittkowski, *Die Staatensukzession in völkerrechtliche Verträge unter besonderer Berücksichtigung der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands*, Frankfurt a. Main, 1992 usw.

7) 국가승계이론은 Grotius가 국가적 법담지자(Rechtsträger)의 변동하에서 주어진 법적 상황의 계속성 내지 기능적 동일성을 담보하기 위해 로마법에서의 상속권을 국제법에 유추해서 창안한 이론이다. 그러나, 오늘날의 동이론의 기능은 국제사회의 다른 국가들이 피승계국에 대해 가지는 권리의무의 계속성 확보와 승계국의 피승계국에 대한 이해관계 사이에서 발생하는 첨예한 법익의 충돌을 해결하는 데에 있다고 한다. Vgl. F. Prugger, a.a.O., S.13 f.; K. Ipsen, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 1990, §25 Rn 2.

다. 국가승계란 피승계국의 영토고권이 할양(Zession), 분리(Seperation), 병합(Annexion), 합병(Fusion) 등의 원인으로 승계국으로 완전히 이전되는 것을 말한다. 이는 사실적 이전(succession in fact) 과정 뿐만 아니라 승계국의 법질서가 전체로서(in Gesamtheit) 피승계국의 영토에 편입적으로 적용(succession of law) 되는 법적 과정을 일컫는 개념이기도 하다. 이 경우 피승계국은 국제법상의 권리주체성의 상실로 국가로서 존재하지 않는 것이 되어 피승계국의 법질서가 승계국의 그 것으로 일반적으로 대체되는 결과를 가져온다.<sup>8)</sup>

이것은 곧, 남북한 통일방식의 하나로 논의되는 흡수통일의 경우 북한은 전체로서 남한헌법의 효력범위에 편입됨을 의미한다. 이 경우 북한의 편입이 고전적 의미에서의 국가승계사유가 되느냐가 문제될 수 있다. 그러나 흡수통일의 경우, '전체로서의 한국(Gesamtkorea)'<sup>9)</sup>에 대해서는 변화가 없고 민족자결권에 근거한

8) 독일의 경우 상세한 것은 D. Blumenwitz, a.a.O., S. 50 ff.를 참조.

9) '전체로서의 한국' 개념은 한국근대사의 법적 조명과 이를 통한 현재의 남북한 관계의 법적 지위 규명 및 남북한 통일과정에서 대단히 중요한 역할을 한다고 본다. 예컨대, 분단 이후 남북한의 법적 지위와 관련해 다수의 학설 — 不繼續性理論(分割·解體說: Dismemberthistheorie, 承繼說: Sukzessionstheorie, 分離說: Sezessionstheorie), 繼續性理論(部分秩序 내지 지붕說: Teilordnungslehre bzw. Dach-theorie, 同一性說: Identitätstheorie (一致說: Kongurenztheorie), 縮小國家說: Schrumpfstaatstheorie, 國家核心說: Staatskerntheorie, 市民戰爭說: Bürgerkriegstheorie, 部分一致說: Teil identitätstheorie) — 에도 불구하고 남북한 관계에 대한 법적 성질은 최근의 '특수관계(inter-se-Beziehung)' 논의에서 나타나는 바와 같이 '全體로서의 韓國(Gesamtkorea)' 하에서 두 개의 一時的(provisorisch) 한국이 국가적 통일을 위해 협력하는 특수한 관계라 보아야 할 것이다. 이는 곧, 남북한으로의 분단하에서도 '전체로서의 한국'은 존재함을 의미하며 따라서 한반도에서의 통일은 이같이 역사상 — 그것이 1897년 대한제국의 성립, 상해임시정부의 성립 혹은 1919년 3월 1일의 기미독립선언을 근대적 의미의 한민족에 의한 국가의 출발로 간주하건 간에 — 결코 단절되거나 상실된 바 없지만 불행히도 현재 현출되지 못하고 있는 '전체로서의 한국'을 '한민족'의 민족자결권의 행사를 통해 현상화시켜 독일법상의 '재통일(Wiedervereinigung)'이 아닌 국가를 재구성하는 것(Staatliche Reorganization)을 의미한다. 다만, 일본의支配期와 남북으로의 분단 하에서도 국가적 계속성을 상실하지 않은 '전체로서의 한국'을 현 상황에서 누가 대표하느냐의 문제는, 국민의 多數가 居住하고 있으며 자유민주주의 이념하에 국민의 기본권이 보장되는, 上海臨時政府의 法統을 계승한 남한에 그 대표성이 있다고 보아야 할 것이다. 자세히는 G. Teyssen, Deutschlandtheorie auf der Grundlage der Ostvertragspolitik, Würzburg 1987, S.196 ff.,

자유의사에 따른 국가적 재구성 (Staatliche Reorganization) 만이 문제되므로 남한의 북한에 대한 국가승계를 인정할 수 있을 것이다. 부연하면, 편입되는 북한지역은 전과 같이 ‘전체로서의 한국’의 구성부분이며 단지 ‘그들에게는 낯선’ 남한 헌법 질서의 지배를 받는 상황에 놓이게 되는 것이다. 북한의 편입에 따라 남한은 헌법 내지 국제법적 차원에서 ‘전체로서의 한국’의 또 다른 영역을 회복하게 되며 기존의 국가권력과 헌법적 기본질서하에서 분단 이후에도 그 계속성 (Kontinuität) 을 상실하지 않은 ‘전체로서의 한국’을 재구성하게 된다. 따라서, 합의통일의 경우 남한의 법질서는 전체로서 북한지역에 적용되게 되어 결과적으로 기존의 남한 법질서에로의 법적 통합이 이루어지게 될 것이다.

반면, 통일헌법 제정을 통한 합의통일의 경우에는 고전적 의미의 영토고권의 이전이 발생하지 않으므로 국가승계사유가 되지 않는다고 생각할 수도 있다. 그러나, 민족자결권의 행사로 제정되는 통일헌법에 있어서도 기본권 보장, 자유민주주의, 법치주의, 국제평화주의 등 현재 남한헌법의 기본원리 — 이는 헌법개정의 한계를 이루는 요인들이다 — 들은 결코 포기될 수 없는 요소들이다. 그렇다면, 통일한국의 기본질서는 합의통일의 경우에도 원칙적으로 현재 남한헌법에 나타난 국가질서에 상응하는 것이며, 이는 곧 북한체제의 기본원칙을 실질적으로 부인하는 결과가 될 것이다. 따라서, 합의통일의 경우에도 실질적 의미에서의 국가승계는 이루어지는 것이며 남한헌법의 기본질서와 그것에 입각한 현재의 법질서는 포괄적으로 북한지역에 적용된다는 결론에 이르게 된다. 결국 우리는 여기서 통일 후 남북한 법질서의 통합은 실질적으로 남한 법질서의 북한지역에로의 확장적 적용문제라는 것을 인식할 수 있을 것이다.

### III. 獨逸統一에서의 法統合

#### 1. 법통합의 기본적 방법

통독과정에서 통일조약이 체결될 당시 양독지역의 상호 이질적인 법질서를 어떻게 일치·통합시킬 것인가에 대해서는 행정각부 상호간이나 관련국가간 또는 의회정당간에 적지 않은 논란이 있었다.<sup>10)</sup> 당시 서독 내무부 (Innenministerium)는

---

Choong-Gu Kim, Die staatliche Einheit Koreas unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts des koreanischen Volkes, Würzburg 1994, S.88 ff. 참조.

10) 법통합의 기본이념으로는 일반적으로 법치국가이념의 수용, 사유재산제 인정을

원칙적으로 구동독의 법이 존속하도록 하되, 구동독지역에서도 적용되어야 할 연방법률에 대해서는 이를 명시적으로 열거한 목록을 만들어 적용하도록 하자는 점진적 통합론을 제시했다.<sup>11)</sup> 그러나, 최대한으로 광범위하고 근본적인 법통합의 필요성을 주장하는 반대의 견해, 이를테면 급진적 통합론이 다수의 지지를 받게 되었다. 사회주의 국가였던 구동독은 그 본질상 법치국가가 아니었기 때문에 사실 법이라고 부르기조차 곤란한 동독의 법령들을 체계적으로 일일이 조사·검토하는 것은 불가능하다는 것이 그 근거였다.<sup>12)</sup> 이러한 급진적·포괄적 통합론은 구서독지역 뿐만 아니라 구동독지역에서도 많은 지지를 받았고,<sup>13)</sup> 결국 점진적 통합론을 주장했던 내무부장관이 구동독집행부와 공식협상을 개시한 시점에 다수의 견해에 동조함으로써 통일조약은 모든 연방법령을 편입한 지역에도 그대로 적용하되 예외적인 경우를 명시적으로 열거하는 방식을 취하게 되었다. 그 결과 통일조약 제8조는 독일통일과 동시에 모든 구서독의 연방법령이 원칙적으로 구동독지역에도 적용된다고 규정함으로써 급진적·포괄적인 법통합의 원칙을 관철시켰다.

바탕으로 하는 시장경제체제의 확립, 개인의 자유 및 권리의 보장 등이 거론되지만 여기서는 이에 대해詳論하지 않기로 한다.

11) 그 근본적인 이유는 실천가능성 (Praktikabilität) 또는 집행결함 (Vollzugsdefizite)에 대한 고려에 있었다고 한다. 즉, 법적용자로 하여금 연방법률중 어떤 것이 구동독지역에 적용되는지를 명확히 알 수 있도록 해야 할 필요가 있었고, 연방법로서 전체가 일시에 구동독지역에 적용될 경우 발생할 혼란과 신속한 사회경제적 전환과정에서 요구되는 과도기적 융통성의 상실을 우려하지 않을 수 없었다는 것이다. 특히 이러한 사실은 당시 독일통일의 주역이었던 내무장관 Wolfgang Schäuble의 증언으로 잘 나타난다. Vgl. W. Schäuble, Der Einigungsvertrag — Vollendung der Einheit Deutschlands in Freiheit, in: Die Verfassungsdiskussion im Jahre der deutschen Einheit 1991, S.150 f.

12) 가령 당시 법무부장관이었던 Klaus Kinkel은 일시적인 사회주의 법령의 존속에 대해서조차 반대했고, 노동부장관 Norbert Blüm은 구서독지역의 사회적 성취결과를 신속하고 마찰없이 구동독지역에 전수하기 위하여 조속한 연방법의 적용화장을 주장했으며, 재무부장관 Theo Weigel은 연방의 재정 및 조세법을 마찰없이 구동독지역에 정착시키려는 동기에서 역시 같은 주장을 폈다고 전해진다. Vgl. W. Schäuble, a.a.O., S.156 f.

13) 당시 구동독집행부의 협상대표는 연방법의 단계적 적용을 주장했으나 협상의 조속한 타결을 회망했기 때문에 연방법의 포괄적 승계를 수용했다고 한다. Vgl. H. Schneider, Die Einführung des Bundesrechts in die neuen Bundesländer, in: Für Recht und Staat, Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag, S.157 ff.

## 2. 聯邦法의 擴大適用

통일조약 제 8 조에 의해 구동독의 구서독에의 편입과 동시에 원칙적으로 모든 구서독의 연방법률은 — 구서독의 특정 주 또는 주의 특정지역에서만 효력을 갖는 법률을 제외한 — 동조약 부속문서 I에 다른 규정이 없는 한 편입된 지역에 효력을 가진다. 통일조약 부속문서는 연방장관의 업무영역에 따라 각 장으로 구분되어 있으며, 각 장은 다시 3개 절로 나뉘어 있다. 각 장 제 1 절에서는 연방법령 중 편입지역에 효력을 미치지 않는 것이 규정되어 있고, 각 장 제 2 절에는 법통합을 위하여 폐지·개정·보충되는 연방법이 규정되어 있으며 각 장 제 3 절에는 편입지역에 적용하기 위한 연방법의 필요한 변경내용들이 명시되어 있다.<sup>14)</sup>

통일조약 제 8 조에 근거하여 편입지역에 발효될 연방법률은 편입지역에 적용되기 위한 특별한 형식을 요하지 아니하며 편입당시 연방법률의 형식 그대로 편입지역에 적용된다. 그리고 계속 적용되는 연방법의 개정 등은 원칙적으로 연방입법기관의 재량사항에 속한다. 따라서, 통일조약 부속문서 I의 각 장 제 3 절의 법규정이 어떠한 형식으로 편입지역에 효력을 발하게 되는지는 전혀 문제가 되지 않는다. 예컨대, 일부 법령이 특정한 형식으로 편입지역에 효력을 발한다면 이것은 일면 연방입법기관의 권한을 어느 정도 제한하게 되며, 특히 통일조약의 서명 이후 행해진 관계 법규정의 개정은 편입지역에 자동적으로 적용되지 아니한다는 해석도 가능하다. 그러나 통일조약 부속문서 I의 각 장 제 3 절은 일정한 기준에 따라 편입지역에 효력을 발하는 연방법은 그때그때의 기준에 따라 편입지역에서 효력을 발한다고 규정하고 있다. 따라서 연방입법기관은 원칙적으로 편입지역에서 효력을 발하는 연방법을 개정할 수도 있으며 동조약 서명 이후 행해진 법규정의 개정도 편입지역에서 직접 효력을 발하게 된다.

## 3. 구동독법령의 효력 유지

### 1) 州法으로서 효력 유지

구동독은 구서독과는 달리 연방국가가 아니었기 때문에 연방법과 주법의 구분

14) 제 2 절과 제 3 절이 정하고 있는 사항의 차이점은, 제 2 절에서 열거된 것들은 법령의 실질적인 내용을 변경하는 것인 반면, 제 3 절의 규정들은 단지 구동독지역에 적용되기 위해 그 지역에 맞게 최소한의 수정을 가할 수 있도록 되어 있다.

이 없었다. 그런데 통일과 함께 구동독은 국가승계이론에 따라 연방국가의 일부가 되었기 때문에 구동독법도 그에 상응하여 기본법에서 정하고 있는 원칙에 따라(GG §§70-75) 연방법과 주법으로 구분하여야 한다. 이에 따라 통일조약은 구동독법을 연방법에 속하는 것과 주법에 속하는 것을 구분하여 그 효력의 존속여부를 정하고 있다. 동조약 제9조 제1항에 의하면 이 조약체결당시 유효한 동독법령 중 기본법상 권한배분규정에 따라 주법에 해당하는 구동독법령은 주법으로서 효력을 유지하며(1문), 기본법상 권한배분규정에 따라 연방법에 해당되지만 연방전체를 통일적으로 규율하지 않는 규정인 경우에는 연방입법기관이 최종적인 입법조치를 할 때까지 주법으로서 효력을 유지한다(2문)고 규정하고 있다. 그러나 주의 전속적 규율사항이더라도 — 주법으로서 효력을 보유하더라도 — 구동독의 법령이 아무런 여과장치 없이 바로 편입지역에 적용되는 것은 아니다. 왜냐하면, 주의 법질서도 기본법이 정하는 자유민주주의적 법질서에 종속되기 때문에 연방의 법질서와 모순되는 법규정의 효력을 존속시킬 수는 없기 때문이다.<sup>15)</sup> 따라서 동조약 제9조는 기본법, 연방법 및 국내에 직접 적용되는 EC법에 어긋나지 않는 경우에 한하여 효력을 유지한다고 규정하고 있다.<sup>16)</sup>

한편 모든 구동독법을 기본법에 저촉된다는 이유로 당장에 폐지해 버린다면 이에 근거해 생활관계를 유지해 온 편입지역의 법질서에 큰 혼란을 가져올 수 있다. 인식하에서 독일의 입법자들은 과도기적 조치로서 통일조약에 의해 기본법 제134조를 추가함으로써 기본법에 저촉되는 구동독법이 주법으로서도 일정기간 효력을 유지하도록 하였다. 그러나, 통설은 기본법 제134조에 근거하여 효력이 유지되는 구동독법은 통일조약 제9조 제2항과 제3항에 따라 부속서Ⅱ에 명시적으로 열거되어 있거나 양독간에 특별히 합의된 것에 한정된다고 한다.<sup>17)</sup>

15) K. Löler, *Die öffentlichen Rechte im Einigungsvertrag*, NVwZ 1991, S.133 f.

16) 한편, 통일조약 부속서Ⅱ에 나타난 약간의 규정을 제외하면 주법으로서 효력이 계속 유지되는 구동독법은 명시적으로 나열되어 있지는 않다. 따라서 구체적인 경우 동조약에 규정되어 있지 않은 한, 어떤 구동독법이 주법으로서 계속 효력이 유지되는 지의 여부는 개개의 경우에 기본법·연방법·EC법 등에의 저촉 여부에 따라 결정되게 된다.

17) 이러한 해석은 예외적 구동독법령의 효력유지에 관한 기본법 제134조가 기본법 질서에 부합되는 구동독법령 만의 효력유지를 규정한 통일조약 제9조 제1항의 회피수단이 되어서는 안된다는 공감대에서 비롯한다고 한다. Vgl. H. Brunner, *Was bleibt übrig vom DDR-Recht nach der Wiedervereinigung?*, JuS 1991, S.353 ff.

## 2) 聯邦法으로서 효력유지

통일조약 제9조 제2항에 의하면 부속서Ⅱ에 열거된 구동독법은 그 곳에서 정한 기준에 따라 구동독지역에서 계속 적용된다. 이 경우 구동독법이란 통일 이전에 이미 구동독지역에서 적용되었던 것만을 의미하는 것이 아니라 통일과 동시에 처음으로 구동독지역에 효력을 발생하는 것까지도 포함한다. 물론 계속 적용되는 구동독법률은 기본법과 국내에서 적용되는 EC법과 모순될 수 없으나, 통일조약 제45조에 따라 추가된 기본법 제143조에 따라 과도적 조치로서 일정한 범위 내에서 기본법에 저촉되는 것이 허용된다.<sup>18)</sup> 이러한 구동독법이 주법 또는 특별연방법(혹은 '부분연방법')으로 효력을 유지하는지 여부는 후술하는 바와 같이 동조약 제9조 제4항에 의한다.

## 4. 통일조약 서명 후 제정된 구동독법

통일조약은 일반조약과 마찬가지로 서명과 동시에 바로 효력을 발생한 것이 아니었다. 동조약은 1990년 8월 31일에 체결되고 구서독(1990년 9월 21일)과 구동독(1990년 9월 20일)에서 각각 의회의 동의를 거쳐 양독의 국내절차가 완결되었다는 것을 통지한 1990년 9월 29일 발효된 것이다. 즉, 동조약의 서명 후 발효될 때까지의 기간 동안에도 구동독은 나름대로의 입법활동을 계속했으며 이 기간동안 제정 또는 개정된 구동독법의 효력에 관한 규율이 필요했던 것이다.<sup>19)</sup> 통일조약 제9조 제3항은 이에 관해, 동조약 서명 이후 제정된 것을 이유로 하여 부속서Ⅱ에 규정될 수 없었던 규정도 양독의 합의에 따라 그 효력 유지가 가능하게 되었다. 이에 따라 양독은 통일조약 제9조 제3항을 충족시키기 위해 1990년 9월 18일 '통일조약의 시행 및 해석에 관한 합의서'<sup>20)</sup>를 채택하였으며, 동조약 체

18) 이와 관련하여 통일조약 제9조 제2항의 "unter Berücksichtigung dieses Vertrages(이 조약을 고려하여)"라는 표현에 유의하여야 한다. 즉, 동조약 제9조 제1항에서는 "ohne Berücksichtigung des Art. 143(기본법 제143조와 상관없이)"라고 함으로써 과도기 없이 반드시 기본법에 합치하도록 하여 그 조건이 엄격하다는 점을 주의하여야 한다.

19) 환언하면, 구동독지역에서 효력이 유지되어 계속 적용되는 구동독법은 통일조약의 서명시점을 기준으로 구동독에 적용되던 법을 기준으로 하기 때문에(동조약 제9조 제1항 1문), 동조약 서명 후 구동독의회에서 제정된 구동독법은 조약당사자들로서는 인식할 수 없었으며 따라서 부속서Ⅱ에도 명시될 수 없었던 것이다.

결 이후 제정된 구동독법 중에서 통일 이후에도 계속 유효하게 적용되는 법률은 이 합의서 제3조에 열거되어 있다. 한편, 동조약 서명 이후에 제정된 구동독법의 경우에도 그것이 통일 이후 편입지역에 계속 적용되기 위해서는 동조약 제9조 제2항에서 정한 요건, 즉 기본법이나 EC법에 저촉되지 않아야 한다.

## 5. 소위 特別聯邦法으로서 효력 유지

통일조약 제9조 제4항은 동조약 제9조 제2항과 제3항에 따라 통일 이후에도 계속 유효하게 적용되는 구동독법이 연방법이나 주법 중에 어느 것으로서 존재할 것인 지의 문제에 대해 정하고 있다. 제1문에 의하면 구동독법의 규율내용이 연방의 전속적 입법권에 속한 것인 경우에는 그 구동독법은 연방법으로서 존재하게 된다. 반면에 그 규율내용이 경합적 입법사항이나 개요입법의 대상인 경우에는 그러한 사항에 대하여 구서독지역에서 연방법으로 규율되고 있는 경우에 한하여 당해 구동독법은 연방법으로서 존속한다(2문).

위에서 설명한 대원칙하에 통일조약은 그 부속서를 통하여 법제통합 및 조정을 위한 방대하고 상세한 규정을 둠으로써 통일독일을 법질서의 통합을 통하여 현실화하기 위한 규범적 기초를 구축하게 된다. 그러나 통일조약에 의하여 이러한 법통합의 원칙들이 수립되었다고 해서 법통합과정이 완성된 것은 아니었다. 동조약 체결은 이후 진행된 복잡하고 무수한 어려움을 수반한 법통합과정 및 이에 따른 법률문제의 해결 — 예컨대 물수재산권의 반환문제 — 의 시작에 불과했다. 법통합은 아직도 적지 않은 미해결의 과제와 함께 진행 중에 있는 과제인 것이다.

## IV. 統一獨逸에서의 行政의 統合

### 1. 州의 재건

1989년 평화혁명 이후의 자유선거에 의해서 구성된 구동독정부는 1951년 폐지된 주를 1990년 7월 27일 주 선거법 (Länderwahlgesetz)과 州導入法 (Ländereinführungsgesetz)을 제정하여 재건하게 된다<sup>21)</sup> 한편 통일조약은 구서독

20) Die Vereinbarung zwischen der BRD und DDR zur Durchführung und Auslegung des am 31. 8. 1990 in Berlin unterzeichneten Vertrages zwischen der BRD und DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 18. 9. 1990(BGBI. II, S.1239)

의 기존 주정부와 연방정부로 하여금 구동독의 주행정재건시 행정적 지원을 제공하도록 하고 있다.<sup>22)</sup> 연방이 전문업무수행시 행정적 지원을 제공하는 경우에 업무수행에 필요한 財源도 제공하게 되며, 이에 사용된 재원은 통일기금이나 수입세·부가가치세의 각 주의 할당배분액으로부터 공제처리한다(통일조약 제15조 제2, 3, 4항).

## 2. 行政組織의 再建을 위한 支援

### 1) 行政지원제도

1990년 5월 18일에 체결된 제1국가조약에 따라 구동독은 이미 법의 통합 뿐만 아니라 행정조직에 있어서도 기본법상의 질서와 유럽공동체질서에 맞도록 조정하도록 되어 있었다. 이에 따라 우선 연방내무부에는 구동독지역의 행정조직 개편을 지원하기 위하여 연방·주 중개기구(Bund-Länder-Clearingstelle)가 설치되었다. 이 기구의 활동으로 약 1,000개에 이르는 구동독의 중앙조직이 기본법상의 권한배분원칙에 따라 연방과 주의 조직으로 개편되었다. 또한, 개편된 조직의 임무를 담당할 능력있고 적합한 공직자의 부족 현상의 해결을 위해 구서독지역의 주와 지방자치단체로부터 다수의 공직자를 이주시킬 필요성이 대두되자 연방내무부는 1991년 베를린에 공동인력중계소(Gemeinsame Personalbörse)를 설립하여 구서독지역의 지원자들을 신설 주들의 지방자치단체에 알선하는 역할을 수행하게 하였다.

한편, 연방내무부는 1991년 초부터 1992년 말까지 본과 베를린에 신설주지원부를 설치·운영하여 신설주, 특히 주내의 지방자치단체를 집중 지원하게 되는데,

약에서 통일시점인 10월 3일로 그 효력시기를 앞당기게 된다. 이에 의해 구동독 지역에는 5개의 주가 1990년 10월 3일자로 신설되게 된다.

22) 구서독지역의 주와 연방은 구동독지역의 주정부가 구성되기 전에는 물론이고 그 뒤에도 구동독지역의 재건을 위하여 많은 지원을 제공하였다. 연방에서는 행정각부에서 파견된 공무원이 주 행정각부를 구성하는데 지원하였고, 구동독지역의 각 주와 結緣을 맺은 구서독지역의 주들은 사법·조세행정분야를 중심으로 공직자를 장기간 파견하여 상담, 교육, 연수 등을 함으로써 인적인 지원을 제공하였다. 연방은 주행정에 공직자를 파견하는 것 이외에 행정지원을 위한 조직정비기관(Die Clearingstelle für die Verwaltungshilfe) 등과 같은 기관을 설치하여 주로 조정적인 임무를 담당케 하기도 하였다. Vgl. Bundesregierung, Materialien zur Deutschen Einheit und zum Aufbau in den neuen Bundesländern, 1993, S.76 f.

이는 연방내무부가 주관했던 지방자치단체회의와 함께 지방자치단체의 장에게 긴급히 수행해야 하는 업무의 숙지, 연방의 지원대책에 대한 설명, 각종 정보의 제공 등의 방법으로 편입지역의 행정조직 재건에 큰 역할을 담당했다고 평가되고 있다.<sup>23)</sup>

## 2) 人的 支援

연방정부는 구서독지역의 공직자가 신설주에 가서 행정·사법의 개혁을 지원하는 것은 공직자의 자발적인 지원에 따른다는 원칙을 택하였다. 구서독의 공직자가 구동독지역에서 공직을 수행하는데는 여러가지 어려움이 많기 때문에 공직자 자신의 자발적인 결정과 의지가 반드시 필요했던 것이다. 따라서, 연방과 주정부로서는 구동독지역에서 근무하려고 하는 '공직자에게 그로 인해 야기되는 경제적 부담을 보상하고 자발적인 결정을 촉진하는 많은 조치를 취하게 된다.'<sup>24)</sup>

연방과 주가 제공한 행정지원 이외에도 약 2,000개의 지방자치단체가 구동독지역의 지방자치단체들과 자매결연을 맺어서 지원을 하였고, '自助를 향한 支援 (Hilfe zur Selbsthilfe)'라는 모토하에 주로 자치단체의 재정확보문제, 채무의 借換 (Konversion), 지역경제의 재조정 등에 대해 전문가 풀을 형성해 자문지원을 하였다.

## 3. 職業公務員制度의 確立을 통한 公職制度의 改編

### 1) 직업공무원관계의 성립

현대국가는 고전적 국방기능과 치안유지기능 뿐만 아니라 개인의 복지를 위해 급부행정의 다양한 과제도 수행하고 있다. 특히, 기술적·사회적 및 문화적 사회기반설비와 환경보호라는 현대국가의 기본적 공공책무에 의해 미래세대의 생활도 대가 보장되어야 한다는 것을 염두에 둘 경우, 통일시점까지 40여년간 일당지배 하에 놓여 있었던 편입지역(구동독지역)에서 통일후 공행정에 대한 엄청난 수요

23) Bundesregierung, a.a.O., S.119 f.

24) 구서독 공직자의 편입지역 근무지원을 유도하기 위하여, 예컨대 보수상의 혜택으로서 현재의 직급보다 높은 직급의 행정업무를 수행하는 경우 그 직급에 상응하는 보조금을 지급하고, 생활근거지의 이전에 대하여 직급에 따라 생활비용을 보상하고, 과전공직자의 경우 귀향에 따른 여행경비와 별거수당을 지급하며, 경력평정상 가산점을 부여하여 승진상의 혜택을 부여하였다. J. Hoesch, Probleme des Verwaltungsaufbaus in den neuen Bundesländern, DtZ 1992, S.140 f.

가 표출되었다는 것은 당연한 결과였다. 문제는 구동독지역에서 어떻게 하면 가장 효율적이고 능률적인 공직조직을 편성하여 시민에게 자유민주주의적 사회적 법치국가의 신뢰성을 심어줄 수 있는가 하는 것이었다. 이를 위해 통일독일이 택한 방법은 — 구동독지역의 행정적 지원 이외에 — 전문지식으로 국가기능에 봉사하는 직업공무원제도를 확립하여 계속적 국가기능을 수행하게끔 하는 것이다.

이에 따라 통일조약 제20조 제2항은 “공공업무(기본법 제33조 제4항상의 고권적 권한)는 가능하면 빠른 시일 내에 공무원이 수행하도록 하여야 한다.……”고 규정하여, 전술한 법통합의 실제에서 살펴본 것처럼 연방공무원법(BBG)을 편입지역에 시행한다는 것을 간접적으로 천명하였다. 그러나 편입지역에서 연방공무원법을 시행함에 따라 직업공무원제도의 확립이 자동적으로 이루어지는 것은 아니었다. 왜냐하면, 구동독지역에서 공무에 종사했던 사람들은 거의 대부분 연방공무원법상의 적성, 능력, 자격, 직렬 등에 관한 규정을 충족시킬 수 없었고, 그렇다고 해서 구동독지역에서 행정의 조직적·인적 개혁이 완료될 때까지 공무원의 임명을 미룰 수도 없었기 때문이다.<sup>25)</sup> 따라서 구동독지역에서 그동안 공공업무에 종사하던 사람들도 통일 이후 계속해서 기본법 제33조 제4항상의 고권적 권능을 행사하는 공무원으로 남기 위해서는 개별적으로 심사를 받아야 하게 되었다. 즉 동조약 제20조는 구동독지역에서 그동안 공직에 종사하고 있던 사람을 해임하는 것을 원칙으로 하는 것이 아니라 개별적 심사를 거쳐서 임용하는 것을 대전제로 하는 것이다. 또한 통일조약 제20조 제2항 2문은 “공무원법은 부속서 I에 합의된 규정의 기준에 따라 시행한다”고 하여 공무원에 관한 모든 연방법은 1990년 10월 3일부터 구동독지역에 적용하되 일부 내용이 개정되거나 일정한 기준에 따라 적용되도록 하였다. 그 내용은 통일조약 부속서 I 제19장 업무영역 A 제2절 제1호 내지 제3호 및 제3절 제2호 내지 제14호에서 규율하고 있다.

## 2) 공무원관계 설정에 관한 특별규정

직업공무원제도의 성공을 위해서는 공무원의 임용을 위한 객관적 기준을 정하는 공무원법의 규정이 중요하다. 연방공무원법 제15조 내지 제25조는 연방공무원에 대해 공무원으로 임명되기 위하여 경력심사를 위한 예비교육 및 전문교육의 결과를 증명할 수 있어야 하는 바 이러한 현법상 요구되는 직업공무원제의 편입

---

25) H. J. Niksch, Die Einführung des Berufsbeamtenstums im Gebiet der früheren DDR nach dem Einigungsvertrag, DtZ 1990, S.342 f.

지역에서의 완전한 실시를 위해서는 현실적으로 과도기적 규율이 필요하게 되었다. 즉, 통일조약 부속서 I 제19장 업무영역 A 제3절 제3호에 의해 연방공무원법은 1996년 12월 31일까지의 연방공무원 임명에 관한 특별조항으로서 수습공무원에 관한 규정을 두고 있는 바 그 대강은 다음과 같다.

첫째, 구동독지역에서 행정업무에 종사하고 있는 자는 연방공무원법 제4조의 기준에 따라 수습공무원 (*Beamte auf Probe*)으로 임명될 수 있다. 연방공무원법 제4조에서 언급하고 있는 업무는 공무원에게만 수행하도록 하여야 하고, 그러한 공무원이 되기 위하여는 각 직렬에 맞는 예비교육 및 전문교육 등을 받은 자격 있는 자만이 공무원에 임용될 수 있었기 때문에 그러한 자격을 갖추지 못한 구동독의 공직자는 일단 수습공무원으로 임용하도록 한 것이다.

둘째, 수습공무원은 원칙적으로 최하위직에 임용된다.

셋째, 수습기간은 원칙적으로 3년이며 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 연방인사위원회는 수습기간을 2년으로 단축할 수 있다.

넷째, 수습기간 동안 교육 내지 연수를 받는 기회를 제공함으로써 공무원의 직렬에 맞는 지식을 습득하도록 하여야 한다. 동기간 동안 공무원으로서의 능력을 증명했는지의 여부에 관한 결정은 각 업무 분야 별로 관할 최고위 행정청이 내린다.

다섯째, 과거 공무원이 아니었던 자가 공무원을 지원한 경우도上述한 바가 적용된다.

여섯째, 수습공무원도 보통의 공무원의 해고요건에 따라 해고될 수 있다.

일곱째, 공무원 지원자가 임용시점에 만50세인 경우에는 공무원으로 임용될 수 없다.

구동독지역에서 1991년 1월부터 위 기준에 따라 개인의 적성, 자격, 전문능력에 관한 개별적인 심사를 거쳐 공무원의 임용이 실시되었다. 그런데, 그 실시과정에서 심각한 문제가 생기게 된다. 즉, 기본법 제33조 제5항과 연방공무원법 제72조 제1항 제2호 및 제52조에 따라 공무원은 기본법상의 자유민주적 기본질서를 존중하여야 하는데, 과거 구동독지역에서 행정을 담당했던 자는 거의 전부 구동독의 SED 당원이거나 국가보위부 (*Ministerium für Staatssicherheit*)를 위해 임무를 수행하였기 때문에 그 요건들을 충족할 수 없었기 때문이다. 이 경우 행정실무상 과거 행적을 개별적으로 심사하여 과거 인도주의원칙에 반하는 행위를 직접 행했거나 국가보위부의 직원으로서 직접 근무한 경력이 판명된 자들은 공직에서 배제되었다고 한다.<sup>26)</sup> 한편 연방정부의 발표자료에 의하면, 성실하고 품행이

---

26) H. J. Niksch, a.a.O., S.343.

방정하며 일관성이 있는 자로서 시민들이 그가 공직자로 활동하더라도 행정의 공정성이 보장되고 법치주의의 실현에 지장이 없으리라고 믿을만한 경우, 그 개인은 공직에 종사할 자격이 있는 것으로 인정되었다.<sup>27)</sup>

#### 4. 地方自治制度의 확립을 위한 地方財產法의 制定

편입지역에서 지방자치제도의 확립을 통한 행정개혁을 위해서는 제도적 뒷받침과 인적 지원도 중요했지만, 무엇보다도 자치단체의 재정적 독립을 위한 법적 장치의 마련이 시급하게 요구되었다.<sup>28)</sup> 즉, 이들에게 건물이나 토지의 소유권을 인정할 필요가 있었으며 이를 위해 제정된 법이 1990년 7월 6일의 지방재산법 (Kommunalvermögensgesetz)이다. 이 법률에 의하면 인민소유의 재산 중에서 지방자치단체의 행정업무와 公共役務에 필요한 것은 지방자치단체에 무상으로 양도된다. 이 법률은 지방자치행정의 모든 영역에 걸쳐 적용되므로 스포츠시설, 양로원, 학교, 병원, 수영장, 유치원 등이 지방자치단체의 재산으로 되었다. 그런데, 동법이 제정될 무렵에는 이미 에너지 공급시설과 같은 일부시설은 사유화되어 주식회사의 형태로 변경되었다. 따라서 동법 제4조 제2항에서는 “이 법이 정하는 원칙에 따라 지방자치단체의 재산으로 양도되어야 할 사업이나 시설이 이미 주식회사로 변경된 경우에는 당해 회사의 주식은 지방자치단체의 재산으로 된다”고 규정하여 자치단체의 재정확보를 용이하게 하였다. 이 법률은 통일조약에 의해 통일 후에도 계속 유효한 법률로서의 지위를 보유하며, 나아가 통일조약 제21조 제22조도 행정재산과 재정재산의 귀속에 관한 특별규정을 두어 지방자치단체의 재정적 독립을 제도적으로 뒷받침하였다.<sup>29)</sup>

27) Bundesregierung, a.a.O., S.113.

28) 구동독지방자치법 제48조는 지방자치단체의 재산소유권을 인정하고 있지만 구동독에서의 모든 재산이 원칙적으로 인민소유 (Volkseigentum), 즉 국유재산이었음을 고려한다면 토지와 건물에 대한 물권적·채권적 이용권만이 가능했다고 보는 것이 옳을 것이다.

29) 상세한 것은 김병기, “통독 후 구동독 국영기업의 사유화와 공공재산의 귀속”, 『서울대학교 법학』 제37권 2호, 1996, 388면 이하를 참조.

## V. 獨逸의 法·行政 統合에 대한 評價

독일의 법·행정의 통합과정은 40여년간 유지되었던 근본적으로 이질적인 법질서와 이에 따른 제도를 방대한 규모의 작업을 통해 치밀하고도 신속하게 통합시켰다는 점에서 확실히 표본적인 모형으로 평가된다. 역사상 유례를 찾아보기 힘든 속성입법을 통하여 독일의 법치국가적 저력과 법적 문제해결 능력이 여실히 드러난 것이다. 그러나 독일의 법·행정의 통합과정에 전혀 문제가 없었던 것은 아니다. 사실 구동독지역에 도입된 연방법의 적용이나 시행과정에서 나타난 오늘 까지도 해결을 보지 못하고 또 상당한 시간이 지나서야 해결가능한 것으로 판명된 문제점들은 신속하고 포괄적인 효력확장을 통한 법·행정의 통합과정에 대한 다각적인 비판<sup>30)</sup>을 불러일으키는 요인이 되었다. 특히 문제점으로 지적되는 것은 새로운 법을 즉각 적용시키고 공법분야에서의 법통합의 결과를 행정적으로 집행하는데 따르는 어려움이었다. 주지하듯이 구동독의 행정조직은, 지방자치는 물론 어떠한 형태의 자치행정도 허용하지 않았고 그 조직관행상으로도 업무수행의 창발성 결여, 책임회피, SED 간부들에 대한 지나친 의존, 비밀경찰의 위협으로 인한 위축된 분위기가 고질화되어 있었다. 법적 지식과 경험을 갖춘 행정공무원이나 유능하고 자유로운 법조직능이 결여되어 있었고 무엇보다도 새로운 법질서의 즉시적용과 실효적인 집행을 가능케 할 행정과 사법제도가 마련되어 있지 않았다. 이러한 상태에서 단행된 신속하고 포괄적인 법통합조치가 많은 문제점을 야기시켰다는 것은 어찌면 불가피한 일이기도 했다.

아래에서는 독일통일과정에서의 법·행정통합에 대해 학계와 실무상 논의되는 문제점을 크게 두 가지로 나누어 설명하기로 한다.

첫째, 독일의 법·행정통합은 그 시행과정에서 법수용 또는 법제도에 대한 신뢰의 약화현상을 초래했다. 그러한 부작용을 발생시킨 가장 주된 요인은 통일조약 제8조에 의한 법통합원칙에 있었다. 비록 통일조약 부속서 I에 의하여 구서

---

30) 그 중 특히 중요한 것은 과거의 계획경제체제를 시장경제질서로 전환시킨 과정의 방식과 속도에 대한 비판, 법통합이 구동독지역의 설정을 고려하지 않은 채 급속하고 일률적으로 단행됨으로써 생긴 규범과 현실의 괴리, 집행결합, 그리고 그로 인한 법에 대한 신뢰상실 등이 그것이다. Vgl H. Goerlich, Legislative Vollzugsdefizite und ihre Kontrolle am Beispiel der deutschen Vereinigung, ZG 1992, S.302 ff.

독지역과 구동독지역간의 현저한 사회·경제적 차이를 고려하여 필요한 예외조항과 경과규정이 마련되었을지라도, 이러한 급속한 법통합의 결과, 한편에서는 전 독일지역에 대한 광범위한 법동화가 이루어지고 구동독의 법들이 새로운 법치국 가원칙에 의한 법들로 대체되었으나, 다른 한편에서는 당시 구동독지역에서 싹트고 있던 사회적·법적 발전과정이 의도적으로 단절 내지 좌절되었을 뿐만 아니라 새로운 사회관계를 형성하려는 자생적 시도까지도 모두 좌절시키는 결과를 가져왔다. 1989년 10월이래 단 1년 사이에 진행된 급속한 법·행정의 통합과정은 결국 구동독지역에서 자생적으로 진행되기 시작했던 창조적인 법발전의 가능성을 제약하고 말았다.

둘째, 통일 이후 구동독지역의 주들이 추진한 방대하고 급속한 입법활동에 따라 새로운 법제들이 대거 도입되었으나, 법치국가적 입법절차를 구축하기 위한 구서독 파트너주들의 협조에도 불구하고 이들이 일종의 ‘후견(Bevormundung)’ 또는 ‘꼭두각시놀음(Gängelei)’과 같은 역할을 수행하게 되는 결과가 야기되었다. 또한 이들의 협조를 통해 도입된 새로운 법제도들이 각 지역의 특수한 실정을 충분히 고려하지 않은 채 무분별하게 채용됨으로써 결국 주민들의 불신을 조장하는 결과를 낳고 말았다. 이와 아울러 구동독지역의 주들이 연방과 구서독의 파트너주들의 막대한 지원을 받은 결과 그 재정적 의존성이 심화되고 그 결과 이제 막 만들어진 주나 그에 속한 지방자치단체들의 역사단적 지위가 크게 약화되는 결과도 발생했다. 특히 심각한 것은 이들 새로운 주에서 싹트고 있었던 연방 및 지방의 자치의식과 관행이 결여됨으로 말미암아 연방과 파트너주들에 대한 정치, 인사 및 재정에 있어서의 주민들의 반감이 확산되었다는 것이다.<sup>31)</sup> 여기에는 물론 급속한 통일과정이 구동독체제에서 실효적인 지방자치와 주의 기능을 구축하는데 필요한 시간을 허락하지 않았다는 요인이 작용했다.

결과적으로 통일조약상의 법·행정의 통합에 관한 규정들은 그 예외규정 및 경과규정에도 불구하고, 법적 토대를 근본적으로 전환시킴으로써 적용된 구서독의 법이 새로운 주들의 주민들의 의식과 그들의 현실적 생활사정에 부합되지 않게 되는 결과를 막을 수 없었고, 그 결과 구동독지역 주민들의 법에 대한 신뢰의 상

31) 이에 대해 동독출신의 학자인 Seibel은 “편입지역의 새로운 주들과 지방자치단체는 구동독시절의 중앙집권 보다 더 교묘한 ‘중앙집권적 의존성’에의 학대를 견뎌내기 어려웠다”라고 풍자하고 있다. W. Seibel, Verwaltungsintegration im vereinigten Deutschland, in: Verwaltungsreform und Verwaltungspolitik im Prozeß der deutschen Einigung, S.13.

실현상이 나타나게 되었다. 이는 단순한 법·제도에 대한 신뢰상실 뿐만 아니라 경우에 따라서는 통일과 관련된 법적 문제들이 일련의 법외적 요인들(극우파의 대두, 외국인에 대한 적대의식, 실업문제 등)과 상호작용하여 결국 법치국가적 질서를 위태롭게 하고 사회를 질식시키는 결과를 가져올 수도 있다는 점에서 우려되고 있다. 결국, 현단계에서는 구동독지역에 적용이 확대된 새로운 법과 이에 따른 행정제도가 주민들의 생활실정과 법의식을 제대로 고려하고 있지 못하며 따라서 주민들로부터 외면당하거나 충분한 이해를 받지 못하고 있다고 지적된다.

## VI. 統一韓國의 法·行政統合에 대한 시사점

### 1. 두 가지 법통합 방법

통일 후 남북한의 법질서 통합은 원론적으로는 남한의 법체계가 전체로서 북한 지역에 적용되어 현재 존재하는 북한의 법질서의 전면적 부정으로 나타난다고 할 수 있다. 그러나, 단일화된 통일한국의 법질서 실현을 위해서는 구체적으로 다음의 두 가지 방법을 생각할 수 있을 것이다.<sup>32)</sup>

우선, 현재 남한 법질서에 대한 효력범위의 급진적인 북한지역에의 적용이 그 것이다. 이러한 급진적인 방법은 북한법제의 포괄적 포기를 통해 장기간 유지되었던 근본적으로 이질적인 법질서를 방대한 규모의 작업을 통해 치밀하면서도 신속하게 통합시킬 수 있다는 점에서 확실히 하나의 표본적 모형으로 평가될 수 있을 것이며 통일한국의 법치국가적 저력과 법적 문제해결능력을 여실히 드러낼 수는 있을 것이다. 그러나, 독일통일 과정에서 확인해 드러나듯이 40여년 동안 발전되어온 구서독의 연방적 법질서 전체를 전혀 다른 법질서와 법현실 속에 있었던 지역과 주민들에게 일거에 확장함으로써 많은 문제점과 혼란을 야기했음을 주시할 필요가 있다. 특히 우리의 경우에도, 법을 즉각 적용시키고 공법분야에서의 법통합의 결과를 행정적으로 집행하는 데에는 무수한 난관들이 있다. 주지하듯이 북한의 행정조직은 지방자치는 물론 어떠한 형태의 자치행정을 허용하지 않고 있고 그 조직관행상으로도 업무수행의 창발성 결여, 책임회피, 노동당간부들에 대한 전면적 의존, 비밀경찰의 위협으로 인한 위축된 분위기가 고질화되어 있다. 법적 지식과 경험을 갖춘 행정공무원이나 유능하고 자유로운 법조직등이 결여되

---

32) 상세한 것은 김병기, “통일국가의 바람직한 법제도”, 1997년 7월 국가정부연수원 주최 학술대회 “바람직한 통일국가의 모형” 발표문을 참조.

어 있고, 무엇보다도 새로운 법질서의 즉시적용과 실효적인 집행을 가능케 할 행정과 사법제도를 기대하기란 어려울 것이다. 이러한 상태에서 단행되는 신속하고 포괄적인 법통합조치가 많은 문제점을 야기하리라는 것은 독일의 경험을 통해 여실히 증명된 바 있다.<sup>33)</sup> 또한, 북한지역의 실정을 고려하지 않은 급속하고 일률적인 계획경제체제의 시장경제체제로의 급진적인 전환은 규범과 현실과의 괴리로 이어져 법에 대한 신뢰상실 내지 북한주민의 법에 대한 수용태도 (Akzeptanzschwäche)의 약화현상을 초래할 가능성이 큰 것이다.<sup>34)</sup>

여기서 우리는 점진적 법통합방안의 긍정적 가치를 발견할 수 있을 것이다. 점진적 법통합은 독일의 경우에서처럼 기본법 제71조 내지 74a 상의 권한재분배 (Kompetenzneuverteilung)의 문제가 아니라<sup>35)</sup> 구체적 상황하에서 경제적·정치적 상황을 고려한 사회계약적 (sozialverträglich) 방법에 의한 남한 법질서의 적용을 의미한다 할 수 있다. 그러나 이러한 논의에서도 어떠한 북한의 개별 법제가 통일한국의 구북한지역에 (잠정적이나마) 효력을 보유할 것인가와 개별 법영역의 적용속도에 대한 구체적 해답은 제시될 수 없다. 다만 독일의 경우를 고려해 볼 때,<sup>36)</sup> 사회경제적인 분야에서의 상대적으로 신속한 시장경제체제로의 전환 내지

33) 독일의 경우 신속한 법통합에 관한 Schulze의 자초 섞인 비판은 우리에게 시사하는 바가 크다고 본다: “…… 3년이 지난 후; 이제 실망의 상처가 얼마나 컸는지, 그리고 그 상처가 영영 아물지 않을 것이라고 말해야만 할까요? 이제까지 내가 겪은 가장 큰 실망은 「본」공화국의 기준의 모습을 간단없이 계속시키려는 시도, 그 어느 때보다도 더 서쪽의 규범성 (Normativität des Westens)을 결단코 주장하려는 시도가 방대한 규모로 이루어져 왔다는 데 있습니다. 확실히 동독의 체제는 경제적으로, 정치적으로 그리고 도덕적으로 붕괴했고 서독의 체제가 우월했음은 실증되었습니다. 이러한 사정은 따라서 분명한 것입니다. 그러나 그것이 하나의 완전한 승리였을까요? 그렇다면 누구의 승리였던가요? 또 누구에 대한 승리였던가요? ……”. Vgl. C. Schulze, Probleme der Akzeptanz der Gesetze in den neuen Bundesländern, ZG 1993, S.120 ff.

34) Vgl. W. Fiedler, Die Rückgliederung des Saarlandes an Deutschland — Erfahrungen für das Verhältnis zwischen Bundesrepublik Deutschland und der DDR?, JZ 1990, S.168 ff.

35) Vgl. H. Roggemann, Fragen und Wege zur Rechtseinheit in Deutschland, Berlin 1994, S.25 f.

36) 독일의 경우 특히, 신탁법 (Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens — Treuhandgesetz — vom 6. Juli 1990, GBl. I S. 300) 상에 나타난 기업 전환에 관한 규정들은 구동독인민경제의 사법적 구조로의 신속한 적용을 피했던 통일입법자들의 의지가 뚜렷이 드러난 대표적 입법이라고 평가된다. 또한 신

적용은 필요하다고 본다. 왜냐하면 북한지역 계획경제체제의 신속한 시장경제체제로의 전환은 투자자들의 투자심리 증대를 통해<sup>37)</sup> 낙후된 북한지역의 빠른 경제재건과 남북한간 균형있는 경제규모의 형성으로 이어질 것이며 이는 곧 고용창출·안정을 통한 북한주민의 최저생존권보장으로 직결될 것이기 때문이다.

## 2. 법통합의 기본원리

아래에서는 통일 후 민주적 법치국가를 건설하기 위하여 그 법적, 정치적, 경제적 조건을 새로이 구축하고 이를 통한 법질서 통합작업을 추진해 나가야 한다는 요청을 바탕으로 법통합과정에서 특히 유의해야 할 점을 개괄적이나마 제시해 보기로 한다.

첫째, 법통합에 관한 내용을 담은 남북한간의 조약 기타 입법에는 남한지역과 북한지역의 현저한 사회·경제적 차이를 고려하여 필요한 예외조항과 조정규정 내지 경과규정이 마련되어야 할 것이다. 이는 곧, 기본적으로는 한반도 전역에 대한 광범위한 법동화가 이루어지고 북한지역의 법들이 새로운 법치국가원칙에 의한 법들로 대체되어가면서도 통일과정에서 북한지역에서 싹틀 사회적·법적 발전과정과 새로운 사회관계를 형성하려는 자생적 시도가 의도적으로 배제되거나 좌절되지 않아야 함을 의미한다.

둘째, 통일 이후 추진될 방대하고 급속한 입법활동에 따라 북한지역에 새로운, 주로 남한의 법제들이 대거 도입될 것으로 예상되나, 법치주의를 구축하기 위한 남한의 협조적 노력에도 불구하고 통일의 파트너인 북한지역의 주민들이 일종의 후견 또는 꼭두각시놀음과 같은 결과가 야기되어서는 안될 것이다. 또한 이들의 협조를 통해 도입된 새로운 법제도들이 각 지역의 특수한 실정을 충분히 고려하지 않은 채 무분별하게 채용됨으로써 결국 주민들의 불신을 조장하는 결과를 초

탁법 전문도 사적경제로의 구조변환을 강조하고 있으며, 국가의 경영적 활동을 통한 신속하고도 광범위한 사유화 내지 민영화와 고용창출, 보장에 직결되는 기업의 경쟁력 확보를 법제정 목적으로 삼고 있다. Vgl. C. Sieverts, Der Übergang ehemals volkseigener Grunstücke auf Treuhandunternehmen oder Gebietskörperschaften, 1994, S.48 ff.; W. Försterling, Recht der offenen Vermögensfragen, 1993, Rn 60 ff.; J.-P. Lachmann, Das Treuhandgesetz, DtZ 1990, S.238 f.

37) 독일의 경우 투자우선법 (Gesetz über den Vorrang für Investitionen bei Rückübertragungsansprüchen nach dem Vermögensgesetz — Investitionsvorranggesetz — vom 14. Juli 1992, BGBl. I S.1268) 참조.

래해서도 아니 될 것이다. 또한 구북한지역이 통일한국의 중앙정부의 막대한 지원을 받은 결과 그 재정적 의존성이 심화되고 이제 막 새로 개편된 지방자치단체들의 지역단위적 지위가 약화됨도 경계해야 할 것이다. 특히 심각한 것은 이들 새로운 지방자치단체들에서 짹트고 있을 자치의식과 관행이 결여됨으로 말미암아 중앙정부와 남한지역 자치단체들에 대한 정치, 인사 및 재정에 있어서의 지나친 의존성에 대한 주민들의 반감이 확산됨을 방지해야 하는 것이다. 이와 관련해 급진적이면서도 신속한 법통합방안은 통일과정까지 존속하던 구북한체제하에서 실효적인 지방자치와 지방자치단체의 새로운 자치적 기능을 구축하는데 필요한 시간을 허락하지 않을 가능성이 놓후하다는 점을 다시 한 번 지적할 수 있는 것이다. 즉, 급진적이고 신속한 법통합에 기인한 북한지역에 확대적용되는 새로운 법은 북한주민들의 생활실정이나 법의식을 제대로 고려할 수 없을 것이며,<sup>38)</sup> 새로운 법이 그 구조 및 내용의 복잡성, 현실과의 괴리, 정치적으로 운영되어 온 사법부와 그때그때 사안별로 당의 지시에 따라 좌우되는 행정관행에 젖어 행정결정에 대한 법적 쟁송수단에 대한 무지와 불신 등으로 말미암아 구북한지역의 법의식에 뿌리를 내리지 못할 것이 분명하고, 만일 남한지역의 주민들이 하루아침에 전혀 다른 새로운 법체계에 적용해야 하는 사태에 처했다면 어떤 영향을 받을지도 생각해 보아야 할 것이다. 물론 통일 시점에서의 국제정치적 상황, 통일추진 과정에서의 현실적 불가피성과 법적 통일의 조기정착에 대한 희망을 들어 급속한 법통합이 바람직하다는 견해에도 전혀 일리가 없는 것은 아니다. ‘만일 포괄적이고 급속한 법통합과정에서 발생한 문제점들을 단계적·점진적 법통합이 추진되었을 경우 발생할 문제점들과 비교해 본다면 통일조약이 택한 길이 훨씬 나은 길이었다’는 것이 독일의 교훈이기 때문이다. 그러나, 독일에서의 법통합과정을 살펴볼 때 그 과정에서 발생한 대부분의 문제점과 부작용들은 실은 급진적·포괄적

38) 독일의 경우 Mühlmann은 채권법분야에서의 법통합과정을 예로 삼아 법규법과 주민들의 법인식의 괴리를 지적하고 있다. 즉 법통합과정에서 역사적으로 형성된 법적·물질적·정신적 특수성을 법적 관습과 함께 고려한 장기적인 접근이 거의 시도되지 않았고, 그 결과 구동독지역의 주민들에게는 이미 통화, 경제 및 사회통합이 단행되었을 때부터 낯선 법질서에 적응할 수 없었다고 지적한다. 그러한 낯선 법질서의 핵심을 이루었던 민법영역에서도 이렇다 할 적용이 이루어졌다고 말할 수 있다면 고작해야 주택 및 상가임대계약과 토지이용계약 등 극히 제한된 사례에 불과했다고 한다. Vgl. M. Mühlmann, Zur Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Schuldrechts, Jahresschrift für Rechtspolitologie 1992, S.109 ff.

법통합정책을 추진함에 따라 발생한 것이라 할 수 있다.<sup>39)</sup> 그러므로 ‘법질서의 일시적·총괄적 통합은 가능하지도 않을 뿐더러 결코 바람직하지도 않다는 점’은 독일의 경험으로부터 얻을 수 있는 중요한 교훈이라 할 수 있다.

셋째, 통일과정과 통일한국에서의 법통합은 무엇보다도 한민족 모두에게 최대한의 기본권보장과 인간다운 삶의 기회를 확보해 주는 가운데 특히 북한지역의 주민에 대한 배분적 정의의 실현에 기여해야 할 것이다. 이를 위해서는 자유민주적 기본질서와 실질적 의미의 법치주의원리가 더욱 확고해지는 법질서의 운영을 통한 남북한 주민간, 계층간의 사회적 통합이 법통합의 지도이념이 되어야 할 것이다. 정치적으로 볼 때 북한주민들은 북한정권 수립 후 정치적 의사결정과정으로부터 철저히 배제당한 채 소위 ‘주체사상’의 완전한 실현이라는 미명하에 일방적인 정치의사 내지 정책결정의 수용만을 강요당해 왔고 이를 통해 현대 헌법국가에서 당연히 보장되고 있는 ‘인간으로서의 기본권(Menschenrecht)’의 하나인 ‘자유로운 인격 형성 및 발현권’이 완전히 말살되고 있음은 주지의 사실이다. 따라서, 통일과정에서의 법통합은 그 내용적 정당성 못지 않게 절차적 정당성, 즉 북한주민의 법통합에 관한 동의 내지 합의를 전제로 해야 할 것이다. 법통합에 관한 합의는 구체적으로 독일의 경우처럼 남북당사자간의 합의를 통일조약의 체결로 문서화시켜 법통합의 추진일정과 방법을 정하거나 통일조약 내지 협약과는 별도로 남북당사자가 법통합에 대한 협정을 체결하는 방식, 또는 통일 이후 법통합을 위한 별도의 입법의 형식을 취할 수도 있을 것이다. 어떤 형식을 취하던 간에 북한주민의 참여를 통한 당사자간의 합의를 도출하고 그 합의에 의거하여 법통합을 추진해야 할 것이다. 한편, 경제적으로 볼 때에도 북한주민은 최근의 극심한 식량난이 말해주듯이 최소한의 인간으로서의 생존권조차 국가로부터 보장받지 못하는 비참한 지경에 놓여 있다. 따라서 통일과 이에 따른 법통합은 현대 헌법국가의 공통된 기본원리의 하나인 복지국가 내지 사회국가원리의 이념하에 북한사회와 주민에 대한 경제적 특별배려를 통해 구체화되어야 하며 사회적 기본권을 보장한 헌법과 이를 실현하기 위한 각종 법령과 제도들이 이러한 특별배려의

39) 이런 견지에서 점진적이고 부분적인 통합에 따른 과도기적이고 이원적인 법상태의 존재가 불가피하며, 평등통일의 경우 더더욱 법질서 통합의 과도기가 길어질 수 밖에 없고 법질서의 이원화에 따른 파생적인 문제들도 훨씬 많아질 것이므로, “우리 민족 특유의 「조급함」을 버리고 「인내심」을 가지고 법질서 통합문제에 접근해야 할 것”이라는 견해(허영(편저), 독일 통일의 법적 조명, 1994, 107면)는 타당하다고 본다.

수단으로 조율되어서 북한주민이 상대적으로 ‘이등시민’으로 전락하는 것을 방지해야 할 것이다. 그렇지 않으면 남북한 통일은 북한주민의 상대적 소외감과 이로 인한 상대적 박탈감과 이질감의 증대를 초래하여 또 하나의 분단으로 이어질 가능성이 크다.

마지막으로, 남북한 법통합은 궁극적으로 완전한 의미에서의 국가적 통합의 실현을 지상목표로 삼아야 할 것이다. 전술한 바와 같이 점진적·단계적 통합방안을 추진할 경우 일시적·잠정적으로 남북한간에 상이한 법제도가 공존하게 되고 이원적 법상태가 나타나게 되겠지만, 그렇더라도 법통합의 궁극적 목표는 어디까지나 국가적·전사회적 통합에 두지 않으면 안된다. 통합에서 오는 충격에 대한 완충장치는 필요한 최소한도에 그쳐야 하며 이를 위해서는 법통합이 완전한 의미의 국가통합의 실현을 위해 보다 고차원적인 국가조직이념 내지 법원리에 의해 지도되어야 한다. 여기서 우리는, 자유민주주의와 실질적 법치주의에 의해 향도되고 완전한 의미의 국가통합을 지향하는 법통합과정의 성공적 수행을 위해서는 북한의 반민주적·반법치적 과거청산작업 못지 않게 남한에서의 자체적인 법체제의 정비와 개혁이 시급하다는 사실을 알 수 있다. 그동안 정치·사회의 민주화과정에서 사회 전반에 걸친 개혁을 통해 인권이 신장되고 공정한 기회와 경쟁이 보장되는 사회를 실현하기 위한 노력이 경주되었으나, 아직까지도 개혁의 성과가 미진한 영역들이 많고, 특히 법개혁에 대한 국민적 합의가 제대로 이루어지지 못하고 있는 실정이다. 이 점을 고려할 때 바람직한 남북한법통합을 위해서는 남한 측의 자기중심적 오만과 우월감에서 벗어나 자체적 법적 부문에서의 자기혁신을 위한 실천적 노력이 수반되어야 한다는 결론에 이른다.

### 3. 법제도의 구체적 통합방안

통일 이후 법통합을 위한 기반의 조성을 위하여 요구되는 선결과제는 행정, 사법, 입법 등 국가의 기본구조와 정당제도, 지방자치제도와 같은 법제도의 개혁, 그리고 국가기구의 구성원에 대한 인사개혁을 포함하는 전반적인 체제개혁을 단행하는 일이다. 이러한 전반적인 제도개혁은 물론 통일헌법에 대한 구체적 합의가 이루어져 이를 토대로 한민족 전체가 자유롭게 참여하는 의사결정에 의해 통일헌법이 마련된 후 그 헌법에 따라 이루어지는 것이 가장 바람직하겠지만 통일헌법 제정 전이라도 통일에 관한 당사자간의 합의를 바탕으로 추진되어야 할 것이다. 또한, 법통합과 이로 달성되는 전반적 제도개혁의 과제는 남한지역에도 해

당되는 것이지만 주로 북한지역에서 통일과정에서 합의된 통일헌법과 정치제도에 관한 구상에 따라 수행되어야 할 것이다.

### 1) 인민대표기구의 구성

북한지역에서 민주적 선거등 자발적 합의를 통하여 새로운 인민대표기구가 구성되어야 한다. 인민대표기구는 독일의 ‘원탁회의(Rund-Tisch)’처럼 체제전환을 이끄는 중추기관으로서 통일여건을 조성하기 위한 작업에 착수하여야 하며, 통일 이후 남북통합의 합의가 성립될 때까지 과도기 동안 일시적으로 존속하도록 해야 할 것이다. 이는 곧, 통일 이후 남북통합에 관한 합의가 성립하면 다시 선거를 통하여 북한주민의 대표를 선출하여 통일한국의 국회구성에 참여하도록 함으로써 단일한 국민대표기관으로 통합되어야 할 것이다. 이 경우 북한주민의 배분적 정의 실현의 관점에서 선거구제도 및 대표자수에 관하여는 산술적 인구비례원칙이나 남한의 현행 선거구제를 기준으로 하기보다는 반세기 동안 전체적 국가의 사형 성과정에서 철저히 배제되어 왔던 북한주민의 처지를 고려하여 최대한의 정치적·입법정책적 재량에 의해 남한과 대등한 수준에 이를 수 있는 수준으로 정하는 것이 바람직할 것이다.<sup>40)</sup>

### 2) 구북한법의 계속적용문제

통일 후 구북한법의 효력을 계속 유지시키는 문제는 흡수통일의 경우 남한헌법과, 합의통일의 경우에는 통일헌법과 저촉되는 법을 어떻게 처리할 것인가 하는 문제와 직결된다.<sup>41)</sup> 우선, 모든 북한법을 남한헌법 내지 통일헌법에 저촉된다는 이유로 당장에 폐지할 수는 없을 것이다. 따라서, 과도기적 조치로서 당사자간의 합의에 의한 통일조약이나 개별 입법을 통해 남한헌법 내지 통일헌법에 저촉되는 구북한법이 일정 기간 효력을 유지하도록 하는 법적 근거를 마련하여야 할 것이다. 그러나, 다른 한편으로는 모든 북한법을 남한헌법 내지 통일헌법에 저촉됨에도 불구하고 조약이나 개별입법에 의해 일정 기간 동안 효력을 유지하게 할 수도

40) 법제처, *독일통일관계법연구*, 1992, 11면 이하 참조.

41) 앞서 살펴 본 ‘국가승계이론’에 의한다면 통일방법에 상관없이 통일한국의 헌법 질서에는 포기할 수 없는 기본원리들이(예컨대, 자유민주주의, 법치주의, 사유재산제보장 등) 존재하는 것이고 이는 대부분 현행 남한 헌법상의 기본원리와 일치할 것이므로 실질적으로 통일방법에 상관없는 결과가 될 것이다. 자세히는 김병기, “북한지역 물수재산권의 반환여부에 관한 고찰”, *행정법연구* 1997, 196면 이하를 참조.

없는 것이다. 따라서, 효력이 유지되는 북한법은 그 근거법령에 명시적으로 열거되어 있거나 남북한간에 특별히 합의된 것에 국한되어야 할 것이다.<sup>42)</sup>

한편 통일 이후에도 존속하는 북한법을 해석·적용함에 있어서는 다음과 같은 사항을 고려해야 할 것이다.<sup>43)</sup>

첫째, 계속 적용되는 북한법을 해석함에 있어서는 우선 그것을 연혁적으로 이해할 필요가 있다. 북한법을 연혁적으로 이해하기 위해서는 그 기준일을 해당 북한법이 계속 적용되게 된 시점인 남북한통일일로 해야 한다. 왜냐하면, 합의에

- 42) 독일의 경우 구동독법의 계속적용의 문제는 대략 다음과 같은 규율체계를 가지고 있다. 동독은 서독과 달리 연방국가가 아니었기 때문에 연방법과 주법의 구분이 없었다. 그런데 통일로써 동독은 연방국가의 일부가 되었기 때문에 동독법도 그에 상응하여 기본법에서 정하고 있는 원칙에 따라(기본법 제70조 내지 제75조) 연방법과 주법으로 구분을 하여야 한다. 통일조약은 동독법을 연방법에 속하는 것과 주법에 속하는 것을 구분하여 그 효력의 존속여부를 정하고 있는 것이다. 통일조약 제9조 제1항은 주법에 속하게 된 동독법의 효력문제를 정하고 있는 일반조항이다. 이에 의하면 동독법 중에서 주법에 속하게 되는 것은 일정한 한계내에서 원칙적으로 계속 적용된다. 연방법이 되는 경우와는 달리 주법으로서 효력이 계속 유지되는 동독법은 부속서Ⅱ에 간혹 나열되어 있지만 동조항에서는 명시적으로 나열되어 있는지는 않다. 그래서 구체적인 경우 조약에 규정되어 있지 않는 한 어떤 구동독법이 주법으로서 계속 효력이 유지되는 것인지의 여부는 개개의 경우에 기본법·연방법·유럽공동체법 등에의 저촉여부에 따라 결정되게 된다. 그러므로 계속 적용되는 동독법은 부속서Ⅱ에 열거된 것에 한하지 않는 것이다. 예컨대, 동독민법 제323조 이하는 부속서Ⅱ에 명시되어 있는 않지만 통독 이전의 행위에 관하여는 주법으로서 계속 적용된다. 독일민법(BGB) 제823조 내지 제853조는 통일조약 제8조에 따라 그 동독지역에도 적용된다. 한편, 통일 이전에 발생한 사법상의 권리·의무에 대해서는 통일조약에 의해 추가된 독일민법시행령(EGBGB) 제230조 내지 제236조에서 규율하고 있다. 이에 의하면 과거의 사법상의 권리의무는 1990년 10월 2일 까지는 원칙적으로 동독법이 적용된다. 1990년 10월 3일 이후까지도 지속되는 법률관계에 대해서는 대체로 두 가지 방식으로 해결하고 있다. 짧은 기간 지속되는 법률관계에 대해서는 동독법이 적용되도록 하고 있다. 반면 법률관계의 효력이 오랫동안 지속되는 것(예컨대, 가족법, 물권법, 지속적 채무관계)에 대해서는 통일 이후에는 연방법이 적용된다고 하고 있다. Vgl. Anlage I, Kap. III, Sachgebiet B; Bürgerliches Recht Abschnitt II Nr. 1, Art. 232 §10, Art. 233 §§ 1, 2 I, Art. 234 §1 EGBGB.

- 43) 통일 후에도 계속 적용되는 북한법은 거의 사회주의 체제하에서 제정된 것이므로, 이를 국가의 기본질서가 바뀐 상태에서 적용할 경우 통상의 법해석 방법론을 그대로 사용하는 것이 부적절한 경우가 많을 것이기 때문이다.

의한 통일조약 내지 협정을 체결하면서 어떤 북한법을 통일 이후에도 계속 적용할 것인가의 여부는 그 시점의 북한법을 염두에 두고 결정할 것이기 때문이다. 또한 북한법의 연혁적 의미를 탐구할 때에는, 통일 이전에 이미 북한지역의 인민 대표기구 등이 자생적 노력에 의해 과거의 사회주의적 가치들을 폐기하고 자유민주적 현정질서에 부응하는 기본질서를 채택하였을 때에는 이를 고려해야 할 것이다.<sup>44)</sup>

둘째, 북한법을 연혁적으로 이해한 다음에 법의 체계적 분석과 목적탐구를 통해 해석하여야 한다. 계속 적용되는 북한법은 통일 이후에는 통일 한국의 법에 계수됨으로써 북한법으로서의 성격이 소멸되고 통일한국의 법이 되는 것이다. 따라서 북한법을 체계적, 목적론적으로 해석하는데 있어서는 북한법이 통일한국의 전체 법질서에 속한다는 것을 유념하여 이와 모순되지 아니하도록 해야 할 것이다. 독일의 경우 연방최고법원은 목적론적으로 동독법을 해석하면서, 양독간의 법적 동화라는 목적을 위해서는 동독법이 서독법과 동일한 사안을 규율하고 있고 법조문도 거의 동일한 경우에는 서독에 적용되던 규범에 상응하게 동독법을 해석할 수 있다고 판시하였다.<sup>45)</sup>

셋째, 북한법은 남한법에 비해서 일반적으로 조문이 적고 규율내용이 단순하다. 또한 통일과 동시에 대다수의 법들이 폐지될 것이다. 따라서 통일 이후에 북한법을 계속 적용하는데 있어서는 법의 흡결의 문제에 부딪히는 경우가 많게 될 것이다. 북한법에 적합한 조문이 없는 경우에 이를 보충하는 방법은 원칙적으로 남한의 법조문을 원용하는 수밖에 없을 것이다.<sup>46)</sup> 또한, 통일 이전에 발생한 사안을 해결하기 위하여 적용해야 할 법이 통일과 동시에 폐지된 경우가 문제된다. 비록 통일과 더불어 폐지되었지만 사안이 발생할 시점에는 효력이 있었던 것으로 해당 북한법을 적용하여야 함은 논리상 당연하다. 그러나 과거의 사안이라 할지라도 그 효과가 통일 이전에 이미 종결된 것도 있고 또는 그 효과가 통일 이후에도 계속되는 것이 있을 것이다. 특히 후자에 해당하는 사안을 판결하기 위해 통일한국의 법원이 구북한법을 어떻게 해석·적용해야 할 것인가가 의문시된다.

44) Vgl. H. Drobina, Anwendung und Auslegung von DDR-Recht heute, DtZ 1994, S.88.

45) BGH, NJW 1993, S.1593 f. 또한 Cottbus지방법원은 공동채무자에 관한 판결에서 해당 조문인 동독민법 제434조 제2항 제1호에 대한 과거의 해석을 배제하고 그에 상응하는 조문인 서독의 연방민법 제426조 제1항 제1호에 대한 해석을 원용하여 판결하였다(BezG Cottbus, DtZ 1992, S.290).

46) 독일의 경우에는 H. Drobina, a.a.O., S.89 참조.

생각건대, 통일 이전에 발생한 사안이고 해당 북한법이 과거체제하의 법이라 하더라도 판결은 통일한국의 법원이 하는 것이므로 해당 북한법의 합헌성 여부와 공서양속(ordre public)에의 위배여부,<sup>47)</sup> 북한지역에서 통일전이라도 자생적인 법적 가치기준의 변화가 발생할 가능성이 있음 등을 고려하면서 통일 시점의 남한의 법질서를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

넷째, 통일한국의 법원들은 계속 적용되는 북한법을 해석하는데 있어 원칙적으로 통일 이후의 법적 가치와 질서를 기준으로 하는 것이 아니라 과거 북한에서 해당 법령이 실제로 어떻게 해석되었고 적용되었는지를 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다. 그러나 전술한 바와 같이 통일분위기의 성숙과 더불어 북한내의 자생적 변화에 따라 과거 사회주의적 기본가치들은 폐기되고 남한의 기본가치가 도입되며 그에 맞게 법질서도 재조정될 수도 있을 것이다. 따라서, 이 경우에는 북한의 어떤 법에 대한 해석과 이해도 변화된 기본가치에 적합하지 아니하는 한 그대로 유지될 수 없는 경우도 있을 것이다. 그리고, 비록 통일 이전에 발생한 사안이라 할지라도 통일 이후에 현저히 상황이 변하였을 경우에는 오늘날 법일반 원리의 하나인 사정변경의 원칙에 따라 변화된 상황에 맞게 판단해야 할 경우도 있을 것이다.<sup>48)</sup>

47) 독일의 경우 이같은 논의는 명문의 규정으로 해결되었다(“외국의 어떤 법규범을 적용하게 되면 독일법상의 본질적인 원칙에 명백하게 저촉되는 결과가 초래되는 경우에는 그 법규범을 적용하여서는 않된다. 특히 그 법규범을 적용하는 것이 기본권에 저촉될 때에는 그 규범을 적용하여서는 않된다.”; EGBGB 제6조). 동원칙에 따른 판결을 예를 들면, 과거 동독에서 어떤 조카가 자신의 삼촌이 망명을 하려 한다고 공안당국에 고발하였다. 그로 인해 삼촌은 2년간 감옥생활을 하였으며 이에 조카에 대해 8만 마르크의 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 이에 조카는 구동독의 형법조문을 근거로 하여 자신의 행동의 합법성을 변호하였다. 그러나 법원은 해당 동독형법조문은 공서에 반하는 것으로 이를 원용할 수 없다고 하였다(OLG Dresden, DtZ 1993, S.345).

48) 독일의 경우 예컨대, 베를린상급법원(Kammergericht)은 통일 이전에 구동독인 부부가 이혼하면서 합의를 통해 이혼 후에 지급할 생활비를 확정하였다고 하더라도 이는 물가와 임금의 변화가 별로 없는 사회주의의 계획경제하에서 정한 것이기 때문에, 통일 이후에 시장경제질서하에서 물가와 생활비가 현저히 상승하였으므로 이를 고려하여 다시 정하여야 한다고 판결하였다(KG, DtZ 1992, S.396 ff.). 또한 연방최고법원(BGH)은 1987년에 발생한 교통사고 피해자에 대한 보상금 결정에 대한 판결에서 사고 당시에 구동독에서 지급되던 액수보다도 두 배 이상을 지급하도록 판결하였다. 이유는 통일 이후 구동독지역의 상황이 많이 바

### 3) 행정조직과 지방자치제도의 개혁

비교적 순수한 행정기능을 담당했던 북한의 중앙행정조직들은 적어도 과도기 동안에는 북한주민의 복리와 통상적인 행정과업의 수행을 위하여 기존의 편제대로 존속하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 궁극적으로는 이들 행정조직을 지방자치의 단위로 재편해야 하며 이때 북한의 현행행정구역제의 개편과 관련해 통일이 되었다고 하여 막바로 남한의 이북 5도청을 당해 지역에 파견해 관할권을 회복하는 등의 조치는 현지 주민의 엄청난 반발을 초래하는 결과가 될 것이므로 바람직하지 않다. 또한 북한행정조직의 중추라 할 수 있는 각종 주민통제조직(예컨대, 사회안전부, 국가보위부 등의 비밀경찰조직)은 통일 후 북한지역에서의 질서유지를 담당할 새로운 민주경찰조직으로 개편되어야 할 것이다.

한편, 북한지역에 지방자치제도를 도입하기 위해서는 특별법의 제정이나 현행 지방자치법이나 통합선거법에 의하여 지방행정구역을 개편하고 그에 따라 지방자치단체의 장과 지방의회의원을 선거에 의해 선출하는 전반적인 지방자치선거제의 확립이 선행되어야 하나 과도기적 조치로서 기존의 지방행정구역을 지방자치의 단위로 존속시키면서 지방자치단체의장을 현지인중에서 임명하는 방안도 국민화합의 차원에서 고려해 봄직하다.

이와 더불어 북한지역의 행정재건과 지방자치제도의 도입을 위해서는 통일한국의 법제가 인적·재정적 지원을 아끼지 않는 제도적 장치를 마련하여야 한다. 북한지역에는 자유민주적 기본질서에 적합한 능력있는 공직자가 부족할 것임은 자명하기 때문에 통일 후 우선적으로 남한의 중앙행정조직과 지방자치단체로부터 북한지역으로 공직자를 이주시킬 필요는 절실할 것이다. 전술한 바와 같이 독일의 경우 인적 지원과 관련해 연방정부는 서독지역의 공직자가 신설주에 가서 행정·사법개혁을 지원하는 것은 공직자의 자발적인 의사에 따른다는 원칙을 택하였다. 그러나, 일반적으로 볼 때 — 특히 우리의 경우는 더욱 심하다고 판단되지만 — 현재 남한의 공직자가 북한지역의 공직을 수행하는 데는 여러가지 어려움이 예상되므로 자발적인 의사에 의한 지원을 기대하기란 — 예컨대, 적체된 대학교수 인사 부문 등을 제외하고는 — 상당히 어려울 것이다. 따라서, 통일한국정부는 구북한지역에서 근무하려고 하는 공직자, 즉 공무원, 판사, 군인, 공직근로자 등에게 그로 인해 야기되는 경제적, 인적 부담을 보상하고, 자발적인 결정을 촉진하는 복지후생분야에서의 지원대책을 세워야 할 것이다. 그 외에 북한지역에 신설되는 지방자치단체를 지원하기 위해 독일의 경우처럼 평양, 해주 등 주요도시에 가칭 ‘신설자치단체지원부’를 설치해서 일반행정문제와 토지문제 등에 대한

자문을 하고 인력을 알선하는 역할을 담당하게 함도 고려해 볼만한 일이다. 그러나, 장기적으로 북한지역의 원활한 행정 및 지방자치제도의 운영을 위해서는 북한의 이념과 체제하에서 교육을 받고 공직에 종사했던 사람들이 자유민주주의와 법치주의에 따라 행정업무를 수행할 수 있도록 하기 위하여 전반적인 재교육이 시행되어야 할 것이다.

#### 4) 사법제도의 개혁

통일 이후 북한지역에서의 사법제도 개혁은 무엇보다도 사법부에 대한 인사개혁을 선행시켜야 하겠지만, 다른 분야에서처럼 기본적으로 북한에서 실시되어 온 사법제도의 성격과 내용을 정확히 파악하여 추진해야 할 것이다. 구체적으로는 전술한 행정조직의 개편과 마찬가지로, 재판소의 심급별·지역별 조직에 관하여 存續保護의 原則에 의하여 일정 기간 종래의 재판소 조직을 유지시키면서 남측 사법부에 의한 인적·재정적 지원을 바탕으로 점진적으로 남한의 그것과 일치시키는 과정이 바람직하다. 또한, 통일 후 소유권관계의 불명확에서 오는 법률관계의 불안정성과 투자심리의 위축으로 인한 북한지역 경제재건의 자체를 방지하기 위해 부동산등기제도의 도입을 서둘러야 할 것이다.

#### 5) 인사개혁

마지막으로 법통합을 통한 중요한 개혁과제는 인사문제일 것이다. 여기서는 상론할 여유가 없으므로 그 기본방향만을 제시하면 다음과 같다. 즉, 통일 이후에도 북한지역 공직근로자의 근로관계가 소정의 재교육을 통해 계속 유지된다는 근로계약 존속의 원칙에 입각하되, 입법부나 법관·검찰, 그 밖의 일반행정공무원 및 군부의 구성 등 모든 분야에서 적법절차에 의한 자격심사를 통하여 다음의 하나에 해당할 경우에는 공직으로부터 배제하는 방향으로 인사개혁이 이루어져야 할 것이다.

첫째, 근로자가 재교육에도 불구하고 전문능력이 부족하거나 적성이 맞지 않아 업무를 원활히 수행할 수 없는 경우,

둘째, 근로자를 고용할 인적 수요가 없는 경우,

셋째, 조직의 감축이나 개편등으로 인하여 어떤 근로자가 그동안 담당했던 직책이 소멸한 경우나 달리 고용할 필요가 소멸된 경우,

넷째, 근로자가 인도주의 및 법치주의원칙에 심각히 위반되는 반인륜적 행위를 한 적이 있는 경우,

다섯째, 근로자가 과거 정권의 하수인으로 사회안전부, 국가보위부 등에 종사한 적이 있는 경우 등.

## VII. 맷는 말

1990년 10월 3일 독일은 1989년 동독에서 일어난 시민혁명을 계기로 「우리는 한민족이다(Wir sind ein Volk)」라는 구호아래 금세기 최대의 세계사적 변혁이라 일컬는 통일을 달성하였다. 아직도 민족간 반목과 갈등을 해소하지 못한 채 분단의 아픔을 감내해야 하는 우리의 입장에서 독일통일 후 약 7년이 지난 지금 그들을 부러워하고만 있을 수는 없다. '법의 통일'이 국가통일의 핵심이라는 사실을 직시하여 독일의 경험을 냉철하게 되씹어 보고 법통합에 대한 실천적 전략을 구체화시키려는 진취적인 자세가 필요하다. 특히 독일통일에서 나타난 부작용만을 강조한 나머지 독일통일의 교훈, 특히 법통합의 교훈을 도외시하려는 태도는 경계되어야 한다. 법의 통합은 통일한국의 새로운 국가구조의 기축이며 민족국가 내지 '전체로서의 한국'의 형성을 보증하는 수단이기도 하다. 이러한 의미에서 법통합과정에서 발생할 수 있는 손실과 고통은 장차 법통합이 이루어지고 남북한이 다시 건강한 국가적 통일체로 탄생할 때에 기대되는 수익과 성과를 위한 비용이라고 볼 수 있다. 이 비용을 미리 미리 현명하게 줄여나갈 수 있는 방안을 모색하는 일, 그것이 법통합논의인 것이다.