

통일독일에서의 구 재산권 회복문제  
-독일 연방헌법재판소의 '토지개혁 판례(Bodenreform Urteil)' 를 중심으로

Legal Issue of restoring former property rights confiscated during the early German Division Era in the Unified Germany - focused on the so-called 'land reform judgement' of the German constitutional court (BverfGE 84, 90)

박규환  
Park, Kyu-hwan

마틴루터대학 법학박사  
Martin-Luther-University Dr. iur.

[목차]

제 1 장 서론

제 2 장 판례의 배경과 내용

- I. 소련 군정하의 토지개혁
- II. 동독 정부에 의한 토지개혁
- III. 청구사실
- IV. 주요쟁점
  1. 청구인의 주장
  2. 관계기관의 의견내용
    - 1) 연방정부의 의견서
    - 2) 연방최고법원장의 의견서
    - 3) 연방행정재판소장의 의견서
  3. 판례의 주요 내용

V. 판례의 평가

1. 법정정책적 평가
2. 법이론적 평가

VI. 판례의 시사점

VII. 연방헌법재판소 판례의 동향

제 3 장 결론

주요단어: 공용수용, 보상, 재산권보장, 토지개혁, 통일조약,

**통일독일에서의 구 재산권 회복문제**  
**-독일 연방헌법재판소의 ‘토지개혁 판례(Bodenreform Urteil)’ 를 중심으로**

**제 1 장 서론**

1990년 10월 3일 독일 통일의 결과로 정치·경제·사회·문화적 영역에서 많은 변화들이 수반 되었다.<sup>1)</sup> 이제 통일 후 14년이 경과되고 있지만 아직도 독일사회는 동서갈등이 해소되지 않고 있다. 동서갈등의 주요요인으로서 경제적 격차를 꼽을 수 있고 경제적 격차를 발생시킨 근본적 토대는 통일 후 재편된 토지소유권과 그 토지의 이용권과 관계된 소득흐름의 편중성에서 찾을 수 있다.

본 연구는 이러한 문제의식에서 출발한다. 통일 후 북한지역경제개발의 핵심축이 될 토지문제와 관련하여, 토지소유권 회복에 관해 기본권 규정을 판결의 근거로 도입하지 않고 일반적 헌법원리인 법치국가원리<sup>2)</sup>와 사회국가원리<sup>3)</sup>를 그 근거로 도입함으로써 입법자의 입법재량권의 범위를 폭넓게 인정해 준 1991년의 독일 연방 헌법재판소의 판결내용<sup>4)</sup>을 깊이 있게 살펴보고 또 소개함으로써 향후 우리에게 발생할 재산권 회복소송에 관한 공법적 측면<sup>5)</sup>의 법리적 대비를 위한 시사점을 찾고자 하는 것이 이 연구의 목적이다. 토지소유권 회복에 관한 법리적 토대가 명확하게 마련되지 않는다면 북한 경제 재건이라는 현실적인 측면에서의 국가적 과제 추진과, 재산권에 대한 불법적 침해의 제거라는 법치주의국가 질서내의 法的正義 사이의 가치의 충돌이 발생할 뿐 아니라 정치로부터 독립된 법조인들의 법적정의를 향한 법학적 양심의 고뇌가 계속적으로 대두될 것이기 때문이다.

- 
- 1) 통일로 인한 구동독의 대규모 집단농장체제의 변화와 그 생산 및 소유형태에 대한 변화에 관해서는 김수석. 1996. “독일의 농지임대차제 연구”. 농업경제연구 제 37 집 1권 : p250이하 참조
  - 2) “법치주의는 법우선의 원칙에 따라 국가공동생활에서 지켜야 할 법규범을 마련하고 국가작용을 이에 따르게 함으로써 인간생활의 기초가 되는 자유·평등·정의를 실현하려는 국가의 구조적 원리를 뜻한다.”, 허영. 2004. 한국헌법론. (서울 : 박영사) : p.141.; 법치주의원리(법치국가원칙)에 대한 자세한 내용은 허영. 2002. 헌법이론과 헌법. (서울 : 박영사) : 방주 409 이하 참조.
  - 3) 사회국가원리가 내포하는 핵심적 내용은 형식적인 자유와 평등의 보장이 아닌 실질적인 자유와 평등의 실현이다. 사회국가원리에 대한 자세한 설명은 허영. 2004. 한국헌법론. (서울 : 박영사) : p.149면 이하와 허영. 2002. 헌법이론과 헌법. (서울 : 박영사) : 방주 437 이하 참조.
  - 4) 재산권질서에 관한 독일 연방 헌법재판소 판례에 관한 논문으로는 이덕연. 1992. “통일후의 미결 재산권문제”. 사법행정 92.10. : p.13 이하; 전광석. 1991. “동서독통일조약에서의 재산권문제”. 한림대학교 논문집 제 9 집 : p165 이하.
  - 5) 사법(私法)적 측면에서 토지소유권과 토지이용권에 대한 연구에 관해서는 윤기택. 1995. “독일통일 후 구동독과 물권관계의 정리에 관하여”. 청주대 법학연구소 법학논집 10 : pp163-195. 참조

남북한 관계는 독일과 비교하여 그 분단의 원인과 과정도 다르고 분단 후의 사회질서구조와 남북한 재산법질서의 형성과정도 다르기 때문에 독일의 통일과정에서 나타난 재산권 질서 회복에 관한 법리를 한반도 통일과정에 그대로 적용하기에는 한계를 가질 수 밖에 없지만, 법치주의구조 속에서의 진행된 독일의 통일 노력은 우리의 통일과정에도 간접적으로 많은 시사점을 줄 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

독일은 편의적 행정조치에 의해 재산권 회복의 문제를 해결하지 않고 철저히 법치국가적 원리에 충실하게 재산권 문제를 처리하였다.<sup>7)</sup> 또 이와 관련하여서 국내<sup>8)</sup>와 독일<sup>9)</sup>에서는 이미 많은 논문이 발표되었기에 이 연구에서는 포괄적인 조사연구 보다는 재산권 회복문제에 관한 독일연방헌법재판소의 대표적인 판결(BVerfGE 84, 90)을 선정해 깊이 있게 고찰하는 방법을 선택하였다.

6) 허영. 1992. “통일 및 통일국가의 법적 문제”. 사법행정 92.10. : p5.

7) 김상용. 1998. “구동독에서의 사회주의적 소유재산의 사유화 경과”. 토지연구 제 9 권 제 1 호 : p88.

8) 강교식. 1990. “독일통일과 토지제도”. 토지연구 제 1 권 제 6 호 : pp90-97.; 전광석. 앞의 논문 : pp157-162.; 허영. 앞의논문 : pp5-10.; 이덕연. 앞의 논문 : pp11-19.; 강태수. 1992. “통독후 법적 동화과정과 문제” 사법행정 92.10. : pp20- 26.; 김민배. 1993. “북한에 의한 토지개혁의 역사적 유산과 통일헌법에서의 법적 과제”. 인하대학교 사회과학연구소 논문집 제11집 : pp305-337.; 이승우. 1994. “남북통일후 북한지역의 재산처리방향”, 인권과 정의 94.8. : pp76-87.

9) Stern, Klaus(Hrg.). 1991. *Deutsche Wiedervereinigung Bd. I. Eigentum-Neue Verfassung-Finanzverfassung* (Koeln · Berlin · Bonn · Muenchen : Carl Heymanns); Albrecht, Andreas. 1991. *Der Einigungsvertrag in der Praxis des Grundstuecksrechts* (Muenchen : C. H. Beck); Stern, Klaus(Hrg.). 1992. *Deutsche Wiedervereinigung Bd. II. Rundfunkrecht-Stasi-Akten-Wiedergutmachung-Oeffentliche und Private Wirtschaft* (Koeln · Berlin · Bonn · Muenchen : Carl Heymanns); Heldrich, Andreas. 1992. *Das Interlokale Privatrecht Deutschland nach dem Einigungsvertrag* (Berlin · New York : Walter de Gruyter); J. Hahn, Hugo. 1993. *Voraussetzungen und Umfang des Rechtserwerbs nach Art. 21 III Einigungsvertrag und dessen Verhaeltnis zu den Art. 134 und 135 GG* (Bonn : Stollfuss); Muench, Eckehart. 1993. *Die Eigentums- und Vermoegensgemeinschaft* (Baden-Baden : Nomos); Eckert, Lucia. 1994. *Oeffentliches Vermoegen der ehemaligen DDR und Einigungsvertrag* (Bonn : Stollfuss); Prugger, Florian. 1994. *Die Nachfolge in das Vermoegen der ehemaligen DDR* (Frankfurt : Peter Lang); Kloer, Heiko. 1997. *Gestaltung und Bemessung der Entschaedigung bei dem Ausschluss einer Rueckuebertragung von Eigentumsrechten wegen investiver Zwecke* (Berlin : Duncker & Humblot); Bohrisch, Dirk. 1996. *Die sozialistische Grundeigentumsordnung und deren Ueberleitung in die bundesdeutsche Rechtsordnung* (Goettingen); Zahnert, Doreen. 2000. *Das Recht der Bodenreform der sowjetischen Besatzungszone* (Koeln · Berlin · Bonn · Muenchen : Carl Heymanns); Hartwich, Rene. 2000. *Zur Vereinbarkeit der im Gesetz zur Regelung offener Vermoegensfragen* (Goettingen : Hainholz).

먼저 판례의 배경<sup>10)</sup>이 되는 구동독 지역에서 시행되었던 토지개혁에 관한 내용을 간략하게 정리한 후 판례의 내용을 자세하게 살펴보고자 한다. 마지막에는 판례의 시사점 검토와 통일 후 13년간의 연방헌법재판소 판례 동향분석을 통해 향후 남북한 통일세대가 직면하게 될 재산권 문제에 관한 헌법 정책적 과제의 제시를 하고자 한다.

## 제 2 장 판례의 배경과 내용

### I. 소련 군정하의 토지개혁

소련은 사회주의 국가의 이념, 즉 생산수단의 사유화 부정이라는 대 원칙에 따라 구동독 지역에 대한 토지개혁을 실시하였다. 이는 1945년 5월 8일 독일군의 항복에 따라 독일의 통치권이 연합군에게 이관됨으로 말미암은 것이다.

소련의 점령지구로서 구동독지역에서의 토지개혁(1945-1949)은 봉건적 대토지소유를 청산하고 근로농민이 직접 토지를 소유하게 한다는 사회주의국가 원칙에 따른 것이지만 내용적으로는 당시 공산주의에 반대하고 있던 대토지소유자들의 정치적 영향력을 제거하기 위한 것이기도 하였다.

당시 100 ha가 넘는 토지로서 9,800인이 소유하고 있던 330만 ha의 토지가 몰수되었으며, 몰수된 토지는 토지기금(Bodenfonds)으로 적립되었고<sup>11)</sup> 이는 농민에게 토지를 분배할 수 있는 재정적 토대가 되었다.

1945년 8월 2일 베를린 3개국회의는 비나치스화와 경제분야에 있어서 독점해체를 위한 독일관리에 관한 경제원칙을 발표하였고 연합국은 이에 따라 독일의 소유물 및 재산 등록에 관한 조치를 취하였다. 이에 대한 결과로 독일국가사회주의 노동당(NSDAP)과 이의 관계조직이 갖는 재산은 무상으로 박탈되었고, 나치와 전쟁범인으로 낙인이 찍힌 자의 재산을 몰수하는 것이 법에 따라 허용되었다.<sup>12)</sup> 특히 특정한 나치조직에 속하는 자나, 특정한 나치관련 활동이 있었던 자에 대해서는 재산의 전면적 몰수 또는 일부몰수가 허용되었고, 이를 위한 구체적 실행은 연합국의 기관이

10) 구동독의 기본적 재산권 질서와 재산권 관계의 형성과정 및 그 현황에 관해서는 이덕연, 앞의논문 : p11 이하 참조.

11) 류해웅, 1994. “입법과정을 통해 본 구동독 국유재산의 사유화”. 국토정보 제158호: p13.

12) 류해웅, 앞의논문. pp12-13.

나 구동독에 설치된 독일의 행정기관 또는 법원의 재량에 맡겨지게 되었다.<sup>13)</sup>

## II. 동독 정부에 의한 토지개혁

1949년의 구동독 헌법은 공공복리를 위해 필요한 경우에는 법률에 의해 예외적으로 공용수용이 허용되도록 하였고(제 23 조 제 1 항) 광산, 철강, 에너지 관련 기업의 공용수용을 통한 인민소유화를 규정하였으며(제 25 조) 사회화에 적합한 기타 일절의 민간기업을 법률에 의해 공유화하는 것도 또한 규정하였다(제 27 조). 이 경우 법률이 따로 정한 바가 없는 한 적절한 보상이 이루어지도록 하고 있으며, 보상액에 대해서는 법원이 심사하도록 하였다 (제 23 조 제 2 항, 제 3 항).<sup>14)</sup>

1952년부터 시작된 농업생산 조직의 집단화는 1960년까지 전체 농지의 1/3을 농업생산협동조합(Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft: LPG)에 귀속시켰고 농업생산협동조합에 소속된 1 농가는 0.5ha 한도 내에서 사유토지의 소유를 할 수 있었고, 농업생산협동조합에 고용된 고용인은 1인당 0.25ha의 사유토지를 소유할 수 있었다.<sup>15)</sup>

반면에 이전의 50ha 이상을 소유한 대농과 20ha 이상을 소유한 중농은 이 토지개혁에 의해 불이익을 감수해야 했으며 상당수의 대 지주들은 토지를 임의로 포기하거나 구서독으로 피난을 가야 했다. 결과적으로 12,000개 이상의 대규모 혹은 중규모의 경영 농민이 소규모화 되었으며 상당면적의 토지는 농업생산협동조합의 토지소유로 전환되었다.<sup>16)</sup>

## III. 청구사실<sup>17)</sup>

1. 작센안할트(Sachsen-Anhalt)주 내의 토지 소유권자였던 조부의 상속인이 청구한 사건으로 그의 아버지가 나찌돌격대 대장으로 활동하였기 때문에 소련군정하에서 아버지의 상속분이 1946년 수용되었고 1948년에는 조부의 단독소유였던 사업

13) 류해웅. 앞의논문. p13.

14) 류해웅. 앞의논문. p14.

15) 류해웅. 앞의논문. p14.

16) 류해웅. 앞의논문. p14.; 구동독 헌법과 관련하여 구동독정부에 의한 토지몰수에 대한 자세한 내용으로는 류해웅, 앞의논문. p14-15 참조.

17) BVerfGE 84, 90 (102 f.).

용 토지가 수용되었다.(1 BvR 1170/90)

2. 12명의 청구인 중에서 11명은 자신들이 소련점령지역내에 있던 농경지 혹은 토지소유권자의 법정상속인임을 주장하고 있고 1명은 소련군정청(SMAD) 명령 제 124 호에 의해 몰수당한 후 후에 수용된 브란덴부르크(Brandenburg)내의 목재가공소 소유주의 상속인이라고 주장하고 있다.(1 BvR 1174/90)

3. 청구인은 토지개혁으로 인해 수용당한 작센안할트에 소재한 237ha의 농경지의 소유권자라고 주장한다.(1 BvR 1175/90)

#### IV. 주요쟁점

##### 1. 청구인의 주장

1 BvR 1170/90과 1 BvR 1175/90 사건에서는 종래 기본법이 효력을 미치지 못했던 지역에서 발생한 재산의 수용이 취소될 수 없다면 통일조약법 제 1 조<sup>18)</sup>는 헌법에 위반된다고 선언해야 한다고 하며 청구인들은 독일기본법 제 14 조 제 1 항<sup>19)</sup>, 제 19 조 제 2 항<sup>20)</sup>, 제 3 조 제 1 항<sup>21)</sup>, 제 20 조 제 3 항<sup>22)</sup>의 침해를 주장했다. 특히 재산권의 수용과 관련하여 반환청구권과 보상의 완전한 배제는 기본법 제 19 조 제 2 항을 침해하는 것이며 통일조약 부속 의정서 III에 유보된 '조정급부(Ausgleichsleistungen)'가 기본법 제 14 조 제 3 항 제 2 문<sup>23)</sup>에 규정된 보상을 의미하는지가 불분명하다고 한다.

1 BvR 1174/90 사건에서는 기본법 제 3 조 제 1 항, 제 14 조, 제 2 조 제 1 항<sup>24)</sup>이 제 1 조<sup>25)</sup>, 제 20 조, 제 79 조 제 3 항<sup>26)</sup>과 관련하여 청구인의 권리가

18) 제 1 조는 통일조약과 부속의정서 I,II,III 에 대한 법적동의에 대해 규정하고 있다.

19) 제14조 제1항: “재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”

20) 제19조 제2항: “기본권의 본질적 내용은 절대 침해되어서는 안된다.”

21) 제3조 제1항: “모든 인간은 법 앞에서 평등하다.”

22) 제20조 제3항: “입법은 헌법질서에 구속되고, 집행권과 사법은 법률과 법에 구속된다.”

23) 제14조 제3항 제2문: “공용수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 행하여진다.”

24) 제2조 제1항: “누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 가진다.”

침해되었다고 주장하였다. 토지개혁과 관련된 일련의 사후관계 정립을 위한 법률규정들은 공산주의의 불법행위와 자의적 행위를 독일연방공화국의 법치국가 원칙 안으로 끌어들이었을 뿐 아니라 헌법적으로 확정지으려고 했다고 하면서 이런 규정들은 기본권적 지위를 포기하는 것을 그 내용으로 한다고 주장했다. 더구나 기존질서의 파괴를 통해 사회주의적 공동체질서를 형성한 것이 목적의 측면이나 수단의 측면에서 공공복리라는 이름아래 덮여질 수는 없다고 한다. 즉 소유권 반환 배제는 통일조약의 성립조건으로서 정당화 될 수 없다고 한다. 반환청구권의 배제가 합헌적이기 위해서는 단순히 ‘조정금부’라는 방법을 사용해서는 안되고 완전한 보상이 이루어져야 하며 그렇지 않다면 이는 기본법 제 14 조 제 3 항을 침해하는 것이 될 것이라고 한다.

또한 평등권과 관련하여 소련군정하(1945-1949)에서의 토지개혁의 피해자들에게 소유권 회복을 위한 어떠한 반환청구권도 보장하지 않은 채 단지 ‘조정금부’만을 보장한 것은 동독정부하의 토지개혁의 피해자들이 일정한 요건을 갖춘 후에 반환청구권을 행사할 수 있는 것에 비교하여 차별적 조치라고 한다.

통일조약법이 기본권 침해를 단순히 헌법개정을 통해서 해결하려고 했다면 이 경우에는 '위헌적 헌법규범(verfassungswidrige Verfassungsnormen)'이 될 것이라고 한다. 단순히 통일조약법이라는 법률의 제정을 통해 토지개혁의 불법성을 덮으려 한다면 이는 결국 국민을 단순히 국가 통치행위의 대상으로 전락시켜 버릴 것이며 통일조약 제 41 조 제 1 항<sup>27)</sup>과 제 3 항<sup>28)</sup>의 결과로 신설된 기본법 제 143 조 제 3 항<sup>29)</sup>은 결국 기본법 제 79 조 제 3 항에서 헌법의 영구불변가치(Ewigkeitsteil des Art. 79 Abs. 3 GG)로 언급한 기본법 제 1 조 제 1 항<sup>30)</sup>을 무의미 하게 만들

25) 제1조: [인간존엄의 보호]

26) 제79조 제3항: “연방의 질서를 각 주로 적용하는 헌법개정에 있어서 각 주의 입법에 대한 원칙적 참가 또는 제 1 조와 제 20 조에 규정된 원칙에 저촉되는 내용은 허용되지 않는다.”

27) 통일조약 제 41 조 제 1 항: “재산권 문제 규정에 관한 동서독의 1999년 6월 15일 공동성명은 이 조약의 구성 부분이다.”

28) 통일조약 제 41 조 제 3 항: “그 밖의 경우 독일연방공화국은 공동선언 제 1 호와 배치되는 법률을 제정하지 않는다.” 제 2 항에서는 투자목적일 경우 부동산과 건물에 대한 반환의 예외를 규정하고 있다.

29) 기본법 제 143 조에서는 구 동독지역에서의 기본법 효력발생의 유예기간에 관해 규정하고 있으며 제 3 항에서는 재산권에 관해 1,2항과는 독립된 특례("nicht mehr rueckgaengig gemacht werden")에 대해 규정하고 있다.

30) 제1조 제1항: “인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

것 이라고 한다.

## 2. 관계기관의 의견내용<sup>31)</sup>

### 1) 연방정부의 의견서

동독정부는 소유권회복에 관해 금전보상으로 갈음하는 방식을 견지하였고 1945년부터 1949년까지 소련점령군하의 수용은 국제법적 관점에서 볼 때 양 독일 국가의 권한아래 속하지 않는다고 하였다.

재산권과 인격권과 관련하여 기본권이 침해 되었다는 청구인의 주장은 이유가 없다. 또한 소련점령지역에서의 수용이 독일연방공화국의 사안으로 전환(umgesetzt) 되었다는 주장역시 받아들일 수 없다. 통일 독일의 기본법 제 14 조의 재산권 보장은 입법자에게 새로운 연방주 내에서 법치국가적 원리에 따라 재산권질서를 형성하고 이전에 발생한 불법(Unrecht)상태를 적절한 방법으로 회복하는 것을 제시하고 있을 뿐이다. 기본법 제 14 조가 입법자에게 재산권영역에서 경제체제전환에 따른 극복방안의 전반적 지침을 제시해야 하는 의무를 부과한다고 해석한다면 이는 과도한 의무를 입법자에게 지우는 결과가 될 것이다. 독일의 분단 상황으로 말미암아 발생했던 여러 사안들을 기본권의 방어적 기능의 측면에서 다루어서는 안되고 기본권의 객관적 가치질서의 성격의 측면에서 다루어야만 한다.

평등원칙 또한 침해되지 않았다. 구동독에서의 수용과 달리 소련점령당시의 수용에 대해 반환청구를 인정하지 않는 것은 연방정부가 통일이라는 최고의 헌법가치를 달성하기위한 정치적 결정이었다는 것에서 정당화 된다. 반환청구 배제의 문제는 독일통일과정에서 협상할 수 있는 전제조건이 아니었다.

### 2) 연방최고법원장의 의견서

속지주의의 원칙에 따라 동독 내에서 발생한 수용조치의 효력은 서독내의 재산질서에 영향을 미치지 못하며 기본법 제 14 조의 재산권 보호규정의 적용을 위해서는 독일 공권력의 재산에 대한 침해가 전제조건이 되어야 한다.

---

31) BVerfGE 84, 90 (108 ff.)

### 3) 연방행정재판소장의 의견서

수용에 관한 규정의 심사로서 기본법 제 14 조의 적용은 적절치 못하며 독일연방 공화국이 다른 이유로 인해 통일조약에서 반환청구권이나 보상에 관한 규정을 정할 수 있었는지 여부에 따라서 기본법 제 3 조 제 1 항의 평등권과 이 조항에 포함된 일반적 정의 관념이 고려될 수 있을 뿐이다.

독일연방공화국은 당시 통일의 시급한 요구라는 정치적 특수 상황을 처리하여야 했기 때문에 보상이나 반환에 관한 ‘조정급부’라는 내용의 최종판단을 통일 독일 국회에 유보한 것이다. 이는 자의금지에 반하지 않을 뿐 아니라 일반적 정의 관념에도 합치한다.

### 3. 판례의 주요 내용

#### 1) 통일조약 부속 의정서 III. 공동성명 제 1 호 제 1 문<sup>32)</sup>과 통일조약 제 41 조 제 1항은 기본권을 침해하는가?

통일조약의 체결은 90년 당시 독일 통일의 성공적 진행을 위한 전제조건을 조성했다. 당시 연방정부는 소련과 동독의 입장을 고려하며 조약의 내용을 확정했고 그것은 통일의 달성이라는 고도의 헌법적 과제의 완수를 위한 연방정부의 헌법적 의무에 기인한다[BVerfGE 36, 1 (18); 77, 137 (149) 참조].<sup>33)</sup>

#### 2) 권력분립의 원칙이 침해 되었는가?

통일조약 제 3 조<sup>34)</sup>와 관련하여 기본법 제 143 조 제 1 항과 제 2 항에서 기본법

32) 통일조약 부속의정서 III. ‘재산문제규율을 위한 동서독정부의 공동성명(Gemeinsame Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen vom 15. Juni 1990)’ 제 1 호: “점령법적 혹은 점령 고권적 상태(1945 부터 1949)에서의 수용은 더 이상 취소되지 아니한다. 소련정부와 동독정부는 당시 발생한 조치들을 변경할 수 없다고 본다. 서독정부는 이런 견해를 역사적 발전이라는 관점에 따라 인식한다. 어느 정도의 보상에 관한 국가차원의 조정급부(Ausgleichsleistungen)에 관한 최종판단은 미래의 통일 의회에 유보되어야만 한다는 입장을 갖는다.” Stern, Klaus und Schmidt-Bleibtreu. 1990. *Einigungsvertrag und Wahlvertrag* (Heidelberg : C. H. Beck): p823.

33) BVerfGE 84, 90 (118).

34) 통일조약 제 3 조는 서독 기본법의 효력발생에 관해 규정하고 있다.

규정의 효력발생 시점에 관한 경과규정을 둔 것과는 별도로 제 3 항에서는 구동독 지역에서 이미 발생한 재산권 침해에 대한 부분은 기본법의 적용을 배제한다고 규정하였다. 이는 헌법개정권력의 결단에 속하는 부분으로 권력분립원칙에 의해 제한되지 아니한다. 35)

### 3) 청구인들에게 재산적 가치와 처분능력이 있는 법적 지위가 남아 있는가?

과거 소련점령지역과 동독 시절의 수용 조치는 소유권자의 법적 지위를 완전하고도 종국적으로 박탈하였다. 이러한 수용의 규범력은 소련군정이나 소련군정하의 독일 기관 그리고 동독국가질서 내에서 적법한 것으로 간주되었다. 이 수용은 그러나 독일연방공화국의 책임범위에 포함되지 아니한다. 왜냐하면 독일 연방공화국은 오랜 기간 동안 기본법 전문에 따라 전 독일 영토에 대해 책임을 지고 있다고 선언해 왔지만 기본법 제 23 조 제 1 항에는 우선 서독지역에서만 책임을 가지며 나머지 지역에서는 나머지 연방주들이 가입한 후에 책임을 진다고 명시하고 있기 때문이다. 소련점령지역내에서 독일 공권력에 의해 행해진 위법·위헌적 처사에 대해 서독정부가 책임을 져야 한다는 견해는 외국국가권력이 행한 조치에 대해 독일연방공화국이 책임을 질 필요가 없는 것에 견주어 질 수 있다. 36)

### 4) 공동성명 제 1 호 제 4 문의 규정이 단지 '조정급부'를 규정함으로써 헌법상 보장된 '완전보상'의 원칙을 침해하는가?

입법자는 보상의 정도를 정함에 있어서 광범위한 입법형성의 재량권을 가진다. 이는 또한 입법자에게 다른 국가적 과제의 고려 하에서 재정적 능력을 고려하게 만든다. 입법자는 원상회복손해의 총량에 따라 보상의 정도를 판단하여야 하며 단순히 재산적 손해만 평가하는 것이 아니라 당시에 발생한 삶, 건강, 자유, 직업적 전망 같은 다른 법익들을 함께 평가하여야 한다[BVerfGE 27, 253 (285) 참조]. 동시에 입법자는 신연방주들의 재건이라는 측면을 함께 고려해야 한다. 경제적 재정적 영역에서의 평가와 개개의 국가적 과제의 비중을 고려하는데 있어서는 특히 광범위한 판단재량이 주어지게 된다[BVerfGE 13, 39 (43) 참조]. 이런 관점에서 원상회복과 같은 가치를 가지는 보상은 입법자에게 의무 되어지지 않는다. 물론 입법자는 이 경우에도 전체적 보상의 평가에 있어서는 기본법상의 평등원칙에 따라야 한다. 37)

35) BVerfGE 84, 90 (120).

36) BVerfGE 84, 90 (122 f.)

5) 기본법 제 79 조 제 3 항은 외국의 권력(fremden Staatsgewalt)이 행한 수용조치의 원상회복에 관해 수용된 목적물을 반환 할 것을 요구하지 않는다. 이 수용조치가 기본법에 따라 의무를 지는 입법자에게 받아들여지지 않을 경우에도 같다.

6) 다른 국가에 의한 무보상 몰수라는 수용조치는 비록 그 조치가 국내 헌법질서에 합치하지 않는다고 하더라도 '독일 국제 수용법'에 따라 원칙적으로 그 재산이 외국(fremden Staates)의 영토 안에 있는 한 효력을 발생한다. 이는 헌법적으로 다룰 수 없다.

7) 기본법 제 3 조 제 1 항에 따라 입법자는 통일조약 부속의정서 III 제 1 호의 규정에서의 점령법적 혹은 점령고권적 상황 하에서의 수용에 대해 조정적 보상규정(Ausgleichsregelung)을 제정하여야 한다.

## V. 판례의 평가

### 1. 법정정책적 평가

수용에 의해 상실된 소유권 회복 문제에 관한 논의는 단순히 이 사건 청구인 뿐 만 아니라 수많은 잠재적 관련자들을 위해서도 명확하게 결론이 제시되어야 했다. 또 이는 새로운 연방주들내의 경제 재건이라는 긴급한 목표를 달성 하는 데에도 중대한 영향을 미쳤다. 소유권 관계가 확정되지 않는다면 경제회복의 기초가 되는 토지이용과 관련된 여러 관계인들이, 불확정한 상태 속에 존속하는 토지의 취득이나 이용을 기피 하게 되고 결국 경제회복의 동인이 될 경제인들의 투자심리를 위축시키게 되기 때문이다. 이는 결국 구동독지역의 낙후된 경제를 다시 악순환의 굴레 속으로 끌어들이는 해악을 초래할 것이다. 이런 의미에서 현저하게 빠른 속도로 진행되어진 독일연방헌법재판소의 토지개혁과 관련된 토지 소유권회복에 관한 판결은 주목할 만한 것이다. 이 판결은 결국 신연방주내의 경제재건이라는 국가적 과제쪽에 손을 들어 주었다.

연방헌법재판소는 통일의 실현 이라는 고도의 헌법적 가치가 재산적 기본권의 가치보다 우선한다는 논리를 사용하였다. 이는 너무 포괄적인 논리이므로 재산적 기본권의 본질적 내용보장을 위해 통일비용을 우선적으로 고려하는 범위 내에서 장기적·단계적 보상의 실현으로 논리를 추가하는 것이 바람직하다고 본다.

---

37) BVerfGE 84, 90 (130 f.)

## 2. 법이론적 평가

연방헌법재판소는 소련점령시절과 구동독시절 발생한 법치국가원리에 반하는 재산권 몰수의 원상회복(Die Wiedergutmachung)에 대한 근거를 개별 기본권 조항과의 관련성 측면에서 제시하지 않고 법치국가 원칙과 사회국가 원칙(im Rechts- und Sozialstaatsgedanken)에서 찾았다.<sup>38)</sup> 이러한 판례의 법이론적 접근은 매우 의미가 있다고 생각된다. 왜냐하면 재산권에 관한 기본권 조항인 기본법 제 14 조에서 그 근거를 찾게 되면 원상회복과 관련된 입법자의 입법형성권의 재량의 범위가 제 14 조가 지니는 헌법적 내용의 범위내로 한정되게 되기 때문이다. 즉 재산권 조항인 제 14 조가 함유한 헌법적 원리들에 의해 제약을 받게 된다.

입법자는 원상회복과 관련된 입법조치를 함에 있어 원소유자의 권리를 보호하기 위한 법치국가적 고려뿐 아니라 동시에 새로운 연방주들의 낙후된 경제여건들을 회복하기 위한 사회국가적 고려도 함께 하여야 한다. 판례의 입장처럼 원상회복에 관한 근거를 법치국가 원칙과 사회국가 원칙에 두게 된다면 입법자는 제 14 조가 지니는 헌법적 내용원리의 제한을 벗어나 전체 헌법질서의 통일성과 동시대 국가공동체 구성원 개개인의 합의(Konsens)를 바탕으로 한 광범위한 입법형성권을 확보하게 된다. 즉 가치형량에 따른 구체적 법제정에 직면하게 되는 입법자는 몰수된 재산권의 원상회복 청구자들과, 한정된 국가재정을 가지고 시급히 새로운 연방주들의 경제 발전을 이루어야 하는 국가공동체의 시대적 과제 사이에서 보다 많은 입법형성권의 재량을 확보하게 되는 것이다.

또한 기본법 제 143 조 제 3 항과 관련된 권력분립 원칙의 침해 가능성에 대해서는 헌법개정권력의 결단이라는 논리로 침해가 아니라고 하였지만 이는 고권적 이미지를 줄 수 있는 헌법개정권력의 결단으로 보기보다는 동시대의 국가 공동체 구성원 개개인의 합의(Konsens)의 바탕에 따른 기본법 규정이기에 정당성이 부여된다는 논리구성이 전체 기본권 질서와 또한 21세기에 더욱 강화 되고 있는 국민의 동등한 참여, 즉 참여권의 보장을 위해 더 적절한 논리구성이라고 보여 진다.

## VI. 판례의 시사점

---

38) BVerfGE 84, 90 (126).

연방헌법재판소는 정치적 결정이었던 통일조약 제 41 조를 법적으로 인정하였다. 이는 구 동독지역의 경제개발과 국가의 재정부담 경감이라는 긍정적 측면을 제시하여주었지만 한편으로는 구 동독지역에서 있었던 사실상의 힘과 규범력을 인정해준 결과가 되었고 이는 곧 공산주의정권아래 진행되었던 反法治國家的 행위들과 그 정권의 불법성을 완전히 제거하지 못하게 되는 결과를 초래하고 말았다.<sup>39)</sup> 하지만 법치주의 국가 원리 하의 재산적 기본권의 내용을 존중한다면 원소유자에 대한 보상을 전혀 하지 않을 수 없기 때문에 통일조약 부속의정서 III 제 1 호에서는 正義의 관점에서 통일의회가 제정하는 법률로써 조정보상(조정급부)을 할 수 있도록 규정하였다.<sup>40)</sup> 이것은 현재 대한민국의 헌법질서를 고려 할 때도 타당하다.

독일이 통일과정에서 보상 없이 몰수된 재산권 원상회복을 위한 방법으로 도입한 '조정급부(Ausgleichsleistungen)'라는 방식은 향후 남북한 통일 과정에서 발생할 재산권 회복에 관한 논의에 참고가 되어질 수 있을 것이다. '조정급부(Ausgleichsleistungen)'라는 단어에는 단순히 보상이라는 의미 외에 완전한 가치적 회복이 이루어질 수 없다는 의미까지 함축하고 있다. 수용된 재산의 보상, 특별히 토지에 관한 조정급부에서는 일반적인 평등의 원칙이 반드시 고려되어야 한다. 조정급부에 따라 수익을 보게 되는 집단과 독재와 전쟁으로 인한 희생자 집단사이에서의 평등원칙의 조망은 더욱 중요하다. 이런 의미에서 자기 부담 없는 반환이나 보상은 이루어 질 수 없다. 또한 원상회복을 위한 원물반환이 가능할지라도 공공의 이익이나 경제재건을 위한 투자목적과 관련되어있을 경우에는 조정급부의 방식이 적용되어야 한다.<sup>41)</sup>

한편 독일은 소유관계를 규명할 수 있는 문서(등기부 등)들이 잘 보관되어 있었기에 소유권 반환 소송이 급증했고<sup>42)</sup> 그로 인해 동독지역의 투자 장애요소가 되었지만 북한은 현재 부동산 등기 제도를 폐지하였을 뿐 아니라<sup>43)</sup> 기타 토지문서가 있더라도 강제로 폐기되었거나 전쟁으로 멸실되었을 것이라는 주장이<sup>44)</sup> 있기에 반

39) Leisner, Walter. 1991. "Das Bodenreform-Urteil des Bundesverfassungsgerichts". *NJW* 1991 : p1573 참조.

40) 같은 시각으로는 이승우. 앞의논문. p87.

41) Badura교수도 그의 논문 곳곳에서 이런 의견을 제시하고 있다. Badura, Peter. 1990. "Der Verfassungsauftrag der Eigentumsgarantie im wiedervereinigten Deutschland". *DVBl.* 1990

42) 미결재산처리 현황과 문제점에 관해서는 이덕연. 앞의논문. p.18 참조.

43) 법원행정처. 1997. 북한의 부동산제도. (서울 : 법원행정처) : p.345.

44) 이승우. 앞의논문. p85.

환우선의 원칙을 채택한다 하더라도 우리의 경우에는 소송의 증가로 인한 큰 혼란이 없을 수도 있다. 그럼에도 불구하고 조정급부의 방식은 역시 남북한 미결재산 문제 처리를 위한 필요한 해결방법이 될 것이다.

연방헌법재판소가 제시한 법치국가 원리와 사회국가원리도 결국은 국민의 기본권을 최대한 보장하기 위한 원리이기 때문에 양 원리를 통해 다시 기본권의 본질적 내용이 침해되어 저서는 안된다. 연방헌법재판소의 논리가 향후 남북한 통일에 응용된다면 입법자는 광범위한 입법재량권을 가지게 될 것 이지만 바로 이점과 관련하여 입법자의 재량권은 제한 받게 되어질 것이다. 이는 또한 재산권회복에 관련된 입법과 관련하여 기본권의 기속을 받아야만 하는 입법자에게는 매우 힘겨운 부담을 안겨주는 부분이 되어질 것이다.<sup>45)</sup>

## VII. 연방헌법재판소 판례의 동향

토지개혁 판결 이후 약 7개월이 지난 후, 1991년 4월 18일에 개정된 미결재산권에 관한 법 (Gesetz zur Regelung offener Vermoögensfragen, -Vermoögensgesetz- BGBl. I S.957)의 적용여부에 관한 사안인 동베를린지역의 토지에 대한 반환소송에서 연방헌법재판소는 원토지소유권자의 개인적 이익(die privaten Interessen)보다 신연방주에서의 투자행위와 관련된 공공의 이익 (ein oeffentliches Interesse)이 더 고려되어야 한다고 판결하였다.<sup>46)</sup> 이후 재산권의 회복문제와 관련되어서 제기된 소송에 관한 판결에서 연방헌법재판소는 토지개혁판결 (Bodenreform Urteil: BVerfGE 84, 90)의 내용을 계속해서 재인용<sup>47)</sup>하였으며

45) 재산권 회복을 위한 법규의 제정에 있어서 입법자가 가지는 의무에 대해 바두라 교수는 재산권 보장의 헌법적 과제는 기본권적 보호와 보장을 헌법적 질서에 맞추어 규정해야 하는 입법자의 의무에 속하며 따라서 재산권 보호에 관한 입법이 절대적으로 방치되어 있거나 법치국가적 재산권질서의 보장이 명백하게 결여되어 있을 경우에는 당사자가 이러한 입법자의 의무에 근거해서 기본권 침해를 주장할 수 있다고 하며 보상 없는 수용으로 인한 재산권 침해의 경우에 있어서, 입법절차를 통해 불법의 청산이라는 과제가 배상원칙을 통해 합의될 수 있고, 법치국가적 재산권 질서에 따라 직접적으로 당사자가 회복청구를 할 경우 그 보상내용의 확정과 평가는 입법자의 힘겨운 숙제가 되어 질 것이라고 한다. Badura, Peter. 앞의논문 : p1262 u. 1263.

46) BVerfGE 85, 130 (133).

47) BVerfG, 1 BvR 1871/96 (2001.1.9), Rn. 7; BVerfG, 1 BvL 6/00 (2001.1.9), Rn. 22; BVerfG, 1 BvR 2307/94 (2000.11.22), Rn. 236; BVerfG, 2 BvR 36/00 (2000.10.4), Rn. 7 그리고 11; BVerfG, 1 BvR 1448/99 (2000.1.11), Rn. 13 그리고 17; BVerfG, 1 BvR 1268/99 (2000.1.10), Rn. 8 ; BVerfG, 1 BvF 1/94 (1999.11.23), Rn. 92 그리고 129; BVerfG, 1 BvR 2471/94 (1999.9.8), Rn. 18; BVerfG, 1 BvR 1422/92 (1999.2.17), Rn. 23; BVerfG, 1 BvR 179/94 (1998.10.21), Rn. 43; BVerfG, 1 BvR 1730/98 (1998.10.20), Rn. 12; BVerfG, 1 BvR 2339/95 (1997.12.30), Rn. 11 그리고 19, BVerfG, 1 BvR 1611/94 (1997.12.9), Rn. 29, 35

이런 연방헌법재판소의 입장은 최근 판결<sup>48)</sup>에 까지 이어지고 있다.

### 제 3 장 결론 - 남북한 헌법질서로의 응용

어떠한 형식으로 통일이 이루어질지는 모르지만 “그 형태는 계획경제질서와 시장경제질서를 좌우의 축으로 하였을 때 그 사이에서 존재할 수 있는 혼합형 경제질서들 중 어느 하나에 해당할 수 있다”.<sup>49)</sup> 그리고 통일이 이루어진다면 어떠한 형식으로든 간에 분단전의 재산권 원상회복에 관한 문제들이 대두될 것이다.<sup>50)</sup>

재산권 회복 문제와 관련된 중요한 헌법적 과제는 헌법이 수권하고 있는 입법자의 광범위한 입법형성재량권이 오랫동안 독재와 가난에 허덕여온 대다수 북한주민의 기본적 생활과 생존수준을 최단 시간 내에 대한민국과 동등한 정도로까지의 발전을 시키기 위해 최대한 최선으로 노력해야하는 방향으로 우선 설정되어져야 한다는 것이다.<sup>51)</sup> 독일 통일 과정에서 나타난 문제점은 구동독 주민들의 권익보호 보다는 구서독에서 생활했던 구동독 소재 토지나 건물의 소유자나 그 상속인 혹은 그 상속인의 상속인에게 주어진 권리에 지나치게 호의적 이었다는 것에 있다. 그 이유는 독일 통일의 주도세력으로서의 구서독사람들이 주도권을 가지고 정책을 이끌고 있었기 때문이다.<sup>52)</sup> 이는 독일통일이 흡수통일방식<sup>53)</sup>을 선택하였기 때문인 것으로 보여

그리고 37: 자료출처는 독일연방헌법재판소 홈페이지 참조 (www.bverfg.de).

48) BVerfG, 1 BvR 933/99 (2001.5.16), Rn. 11, (www.bverfg.de).

49) 김성수. 1992. “남북한 통일헌법의 경제질서 문제(상)”. 사법행정 92.11. : p.40.; 김성수 교수는 교류와 협력을 통한 통합적 경제질서의 구상이라는 제목아래 제 1 단계 교류와 협력의 확대단계, 제 2 단계 경제정책의 통합단계, 제 3 단계 경제통합의 완성단계를 제시하고 있다. 이는 정치적 통일을 무리하게 서두름으로 발생할 수 있는 오해와 갈등을 최소화하기 위한 것이다, 김성수. 1992. “남북한 통일헌법의 경제질서 문제(하)”. 사법행정 92.12. : p.4 이하; 통일헌법상의 경제질서에 대한 구상으로는 최용기. 1996. 통일헌법. (창원 : 창원대학교 출판부) : p.257 이하참조.

50) 전광석. 앞의논문 : p.170.; 류해웅. 앞의논문 : p.20.

51) 독일도 공동선언(통일조약 부속의정서 III) 전문에서 동독지역 주민의 40년간 지속된 생활이나 경제의 기반이 미결재산권 처리문제로 인해 흔들려서는 안된다는 것을 다음문장을 통해 우회적으로 표현 하고 있다. “상이한 사회적 이익의 조화로운 실현 (ein sozial vertraglicher Ausgleich unterschiedlicher Interessen zu schaffen)”, 같은 의견으로 전광석. 앞의논문. p.161.

52) Ossenbuehl, Fritz. 1997. "Eigentumsfragen". *Handbuch des Staatsrechts Bd. IX. Die Einheit Deutschlands -Festigung und Uebergang-* : p570.; 한편 동독법 중에서는 서독법보다 우수하게 평가되어지는 법도 있다, 강태수. 앞의논문 : p20 참조.

53) 독일식 흡수통일이 아닌 한국식흡수통일에 따른 북한지역의 재산문제처리 현황에 관해서 이승우 교수는 다음과 같은 의미 있는 의견을 제시한다. “북한지역의 모든 생산수단을 원소유자에게 반환하거나 보상할 것이 아니라 전체 북한주민의 공유로 평가하고 이를 공평하게 북한주민에게 분배함으로써 사유화가 진행되어야 한다.”, 이승우. 앞의논문. p.86.

진다. 하지만 이 때문에 서독기본법상의 법치국가원칙과 사회국가원칙에 충실하게 통일정책이 시행될 수 있었던 것 또한 부인할 수 없는 사실이다.

한국적 상황을 고려하면서 반환우선원칙이 채택되고<sup>54)</sup> 불법적인 자의적 집행으로 인한 수용이 명백하게 입증된 경우라 할지라도, 그 대상물이 국가나 지방자치단체에 부분적으로든 전체적으로든 귀속되어 있거나, 이미 제 3 자의 소유로 재 사유화가 진행되어져 있는 경우에 있어서는 그 이전의 소유권자나 그 상속인에게로의 부동산이나 동산의 반환을 제한하여야 한다.<sup>55)</sup>

또한 대부분 “그 부모나 선조에게 가해진 불법으로부터 현재의 이익을 얻으려고 하는”<sup>56)</sup> 상속인들이 보상내지 반환청구권을 행사하게 될 것 이라는 점을 생각해 본다면 정신적·재산적 기본권 침해를 당한 피해자 본인이 아닌 상속인의 보상청구권을 일정기간동안 유예하는 방법도 한정된 재원을 가지고 북한의 경제재건을 신속히 이룩해야할 헌법적 과제를 효과적으로 현실화 시키는 방안이 될 수 있을 것이다.<sup>57)</sup>

통일 후 독일은 동독경제의 재건을 위한 새로운 기업의 설립과 유치 등 투자를 촉진할 수 있는 투자촉진법의 제정과 개정 등 많은 노력을 기울였다.<sup>58)</sup> 하지만 이러한 조치에도 불구하고 새로운 투자는 토지거래상의 불이익과 토지취득관계의 불확정성으로 인해 어려움을 겪고 있다.<sup>59)</sup>

남북한 통일에 있어서 불확실한 토지소유관계가 장기간 지속된다면 북한지역 경제

54) 국내 학자들의 견해로는 반환원칙설, 보상원칙설, 전면적 보상설, 반환·보상 불요설의 4가지 견해가 있다. 이에 대한 자세한 내용은 법원행정처, 1997. 북한의 부동산제도. (서울 : 법원행정처) : p.324 이하.

55) 비슷한 취지의 의견으로는 Badura, Peter. 앞의 논문 : p1263. 참조.

56) Ossenbuel, Fritz. 앞의 논문 : p583.

57) 오센뵐(Ossenbuehl) 교수는 다음과 같이 주목할 만한 법 정책적 접근을 시도하였다. “물수로 인해 권리침해를 당한 권리주체는 개인일 뿐이지 가족이 아니며 불법적 수용에 대한 보상의 목적은 역사의 바퀴를 거꾸로 돌려 모든 상태를 반백년 전의 상태로 돌리는 것이 아니라 현존하는 실제의 피해자들이 보상을 통해 만족을 받게 하는데 있다(Ossenbuel, Fritz. 앞의논문 : p579)....그 부모나 선조에게 가해진 불법으로부터 현재의 이익을 얻으려고 하는 사람들은 적어도 우선 보상대상에서 제외 되어야 하며 나중의 적절한 시기가 이를 때 보상이 되어져야 한다(Ossenbuel, Fritz. 앞의 논문 : p583).”

58) 투자촉진을 위해 반환우선 원칙의 예외를 인정하면서 보상을 규정하였다. 1992년 7월 1일 독일 연방재무성은 보상원칙과 보상기금 재원마련에 대한 기본입장을 밝혔다. 이에 대한 자세한 내용은 이승우, 1994. “동서독통일과 불법청산문제”. 독일통일의 법적조명 : p152 이하.

59) 강교식. 앞의 논문 : p.97.

개발을 위한 투자의 기회를 가져올 것이고 이는 결국 통일비용을 증대시키면서 남북한 국민 쌍방의 불만을 누적시켜 결국은 진정한 내적통합의 길을 상당히 지연시킬 것이다.<sup>60)</sup> 독일과는 다른 역사적 발전과정과 경제력의 차이 때문에, 법치국가적 사회국가적 토대위에 이루어진 독일의 통일과정을 응용하면서 한국은 더 발전된 형태의 한국식 통일방법을 모색해야한다.<sup>61)</sup> 예를 들면 6.25 전쟁기간 중 월북한 사람은 30만명으로 추정되고 있고<sup>62)</sup> 이들이 역으로 토지문서를 근거로 남한 쪽의 토지에 대한 반환청구를 주장할 수도 있다. 또 남한정부가 수립되기 이전, 즉 헌법성립(1948.7.17) 이전의, 더 구체적으로는 농지개혁법(1949.6.21 공포)<sup>63)</sup> 실행 이전의 1945년-1949년 소련군정 하의 북한토지개혁문제와 6.25 전쟁 중에 북한이 남한지역에서 실시했던 토지개혁의 처리문제는 평등의 원칙과 관련하여 복잡한 문제를 야기할 수 있다.<sup>64)</sup>

한국헌법의 전체적 통일성의 유지라는 관점에서 본다면 북한지역의 토지에 관해서는 (예외적인 경우에 조정급부방식(Ausgleichsleistungen)을 도입하는) 반환원칙설을 채택하되 재산권의 보장내용인 사용·수익·처분권 중에서 우선 토지사용권만을 인정하고 북한 지역경제의 균형발전을 고려하여 단계적으로 토지수익권을 허용한 후 결국 종국적으로는 토지처분권을 인정해 주는 방법이 한국헌법이 함유하고 있는 헌법적 시장경제 질서를 존중하면서도 통일비용을 절감할 수 있는 중립적 해결책이 될 수 있다고 생각한다.<sup>65)</sup> 이러한 논리의 정당성의 근거는 헌법에 따라 통일국가를 이루어야 할 현세대 책임과 형성된 통일국가를 세계무대 속에서 발전시켜 나가야 할 책임을 진 다음세대간에서 도출되는 “세대간의 책임<sup>66)</sup> (eine

60) 같은 의견으로는 김민배. 앞의 논문 : p.336.

61) 같은 의견으로는 이승우. 앞의 논문 : p.87, 김민배. 앞의논문 : p.336.

62) 월북자 문제에 관해서는 김민배. 앞의 논문 : p.314 이하 참조.

63) 농지개혁법과 관련한 자세한 내용으로는 이승우. 앞의 논문 : p. 81 이하 참조.

64) 이에 관한 연구로는 김민배. 앞의 논문 : p.315 이하 참조.

65) 예를 들어 공익목적 등으로 이미 토지가 사용되고 있는 경우에는 세대간의 책임에 근거하여 일정 기간 토지 사용권을 유예한 후 북한지역경제발전의 단계에 맞추어 일정시점에서 토지임대료를 토지 사용자에게서 토지소유권자가 받도록 허용한 후 다시 일정시점을 기준 (법정지상권 내지 지상권을 고려하여)으로 임대료를 계속 받을 것 인지 아니면 토지소유권의 한 내용인 토지 처분권을 행사할 것인지를 토지 소유권자가 선택하도록 하여야 한다. 즉 토지 사용·수익·처분권의 단계적 허용방안이다. 물론 이런 원칙을 세운다 하더라도 예외적인 경우 (회복된 토지소유권자가 최저생계를 유지하기 힘든 상황에 처해있어 급히 토지를 처분해야 하는 경우 등)에는 독일식의 조정급부방식이 도입될 필요가 있을 것이다. 필자의 생각으로는 독일통일의 경우를 참고할 때 통일 후 진정한 내적 통합이 이루어지기까지는 적어도 3세대간 이상의 교체기가 필요하므로 토지처분권까지의 회복을 위해서는 통일 후 약 75년 정도 (한 세대를 25년이라고 볼 경우)의 시간이 필요할 것으로 예상된다.

generationenuebergreifende Verantwortung fuer die nachgehende Generation)”)에 두고 있다.

## 참고문헌

### [국내 단행본]

법원행정처. 1997. 북한의 부동산제도. 서울 : 법원행정처.

최용기. 1996. 통일헌법. 창원 : 창원대학교출판부.

허 영. 2004. 한국헌법론. 서울 : 박영사.

허 영. 2002. 헌법이론과 헌법. 서울 : 박영사.

허 영 (편저). 1994. 독일통일의 법적조명. 서울 : 박영사.

### [국내논문]

강교식. 1990. “독일통일과 토지제도”. 토지연구 제 1 권 제 6 호 : pp90-97.

강태수. 1992. “통독후 법적 동화과정과 문제” 사법행정 92.10. : pp20- 26.

김민배. 1993. “북한에 의한 토지개혁의 역사적 유산과 통일헌법에서의 법적 과제”. 인하대 학교 사회과학연구소 논문집 제11집 : pp305-337.

김상용. 1998. “구동독에서의 사회주의적 소유재산의 사유화 경과”. 토지연구 제 9 권 제 1 호 : pp71-89.

김성수. 1992. “남북한 통일헌법의 경제질서 문제(상)”. 사법행정 92.11. : pp33-41.

김성수. 1992. “남북한 통일헌법의 경제질서 문제(하)”. 사법행정 92.12. : pp4-10.

김수석. 1996. “독일의 농지임대차제 연구”. 농업경제연구 제 37 집 1권 : pp247-278.

류해웅. 1994. “입법과정을 통해 본 구동독 국유재산의 사유화”. 국토정보 제158호: pp12-22.

윤기택. 1995. “독일통일 후 구동독과 물권관계의 정리에 관하여”. 청주대 법학연구소 법학 논문집 10 : pp163-195.

이덕연. 1992. “통독후의 미결재산권문제”. 사법행정 92.10 : pp11-19.

이승우. 1994. “남북통일후 북한지역의 재산처리방향”. 인권과 정의 94.8. : pp76-87.

이승우. 1994. “동서독통일과 불법청산문제”. 독일통일의 법적조명 : pp139-159.

전광석. 1991. “동서독통일조약에서의 재산권문제”. 한림대학교 논문집 제 9 집 : pp157-162.

허 영. 1992. “통일 및 통일국가의 법적 문제”. 사법행정 92.10. : pp5-10.

---

66) 세대간에 발생하는 정의의 실현에 대한 문제에 대해서는 Rawls, John. 1998. " Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice)". Suhrkamp, 10. Aufl. : p.319 이하; 문화헌법적 관점에서 세대간의 책임에 대한 접근으로는 Haerberle, Peter. 1995. "Die Menschenwuerde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft". in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. I. 2.Aufl. : §20 Rn. 55.

## [해외단행본]

- Albrecht, Andreas. 1991. *Der Einigungsvertrag in der Praxis des Grundstuecksrechts*. Muenchen : C. H. Beck.
- Bohrisch, Dirk. 1996. *Die sozialistische Grundeigentumsordnung und deren Ueberleitung in die bundesdeutsche Rechtsordnung*. Goettingen.
- Eckert, Lucia. 1994. *Oeffentliches Vermoegen der ehemaligen DDR und Einigungsvertrag*. Bonn : Stoffuss
- Hartwich, Rene. 2000. *Zur Vereinbarkeit der im Gesetz zur Regelung offener Vermoegensfragen*. Goettingen : Hainholz.
- Heldrich, Andreas. 1992. *Das Interlokale Privatrecht Deutschland nach dem Einigungsvertrag*. Berlin · New York : Walter de Gruyter
- J. Hahn, Hugo. 1993. *Voraussetzungen und Umfang des Rechtserwerbs nach Art. 21 III Einigungsvertrag und dessen Verhaeltnis zu den Art. 134 und 135 GG*. Bonn : Stoffuss.
- Kloer, Heiko. 1997. *Gestaltung und Bemessung der Entschaedigung bei dem Ausschluss einer Rueckuebertragung von Eigentumsrechten wegen investiver Zwecke*. Berlin : Duncker & Humblot.
- Muench, Eckehart. 1993. *Die Eigentums- und Vermoegensgemeinschaft*. Baden-Baden : Nomos.
- Prugger, Florian. 1994. *Die Nachfolge in das Vermoegen der ehemaligen DDR*. Frankfurt : Peter Lang.
- Rawls, John. 1998. *Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice)*. Frankfurt : Suhrkamp.
- Stern, Klaus und Schmidt-Bleibtreu, Bruno. 1990. *Staatsvertrag zur Waehrungs-, Wirtschafts- und Sozialunion*. Muenchen : C. H. Beck.
- Stern, Klaus und Schmidt-Bleibtreu. 1990. *Einigungsvertrag und Wahlvertrag*. Heidelberg : C. H. Beck.
- Stern, Klaus(Hrg.). 1991. *Deutsche Wiedervereinigung Bd. I. Eigentum-Neue Verfassung-Finanzverfassung*. Koeln · Berlin · Bonn · Muenchen : Carl Heymanns.
- Stern, Klaus(Hrg.). 1992. *Deutsche Wiedervereinigung Bd. II. Rundfunkrecht-Stasi-Akten-Wiedergutmachung-Oeffentliche und Private Wirtschaft*. Koeln · Berlin · Bonn · Muenchen : Carl Heymanns.
- Zahnert, Doreen. 2000. *Das Recht der Bodenreform der sowjetischen Besatzungszone*. Koeln · Berlin · Bonn · Muenchen : Carl Heymanns.

## [해외논문]

- Badura, Peter. 1990. "Der Verfassungsauftrag der Eigentumsgarantie im wiedervereinigten Deutschland". *DVBl.* 1990 : pp1256-1263.
- Haerberle, Peter. 1995. "Die Menschenwuerde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft". *Handbuch des Staatsrechts Bd. I. 2.Aufl.* : §20.
- Leisner, Walter. 1991. "Das Bodenreform-Urteil des Bundesverfassungsgerichts". *NJW* 1991 :

pp1569-1575.

Ossenbuehl, Fritz. 1997. "Eigentumsfragen". *Handbuch des Staatsrechts Bd. IX. Die Einheit Deutschlands -Festigung und UEbergang-* : pp521-585.

#### ABSTRACT

Legal Issue of restoring former property rights confiscated during the early German Division Era in the Unified Germany - focused on the so-called 'land reform judgement' of the German constitutional court (BverfGE 84, 90)

Park, Kyu-hwan

keywords: compensation, contract of reunification, expropriation, guarantee of property, land reform

The 3rd of October was the day of the German reunification. The contract of reunification had an important position in those days. It consisted of 45 articles, 9 chapters, a protocol of clarification and 3 attachments. The law of the contract of reunification was enacted September 23rd and went into force on September 29th.

On June 15th 1990 the governments of both German states gave a common declaration for the regulation of open questions of law related to the negotiations of the joining of the German Democratic Republic to the Federal Republic of Germany. This declaration is part of the contract of reunification.

The contract of reunification from August 31st 1990 is the object of complaints of unconstitutionality. It contains regulations saying not to undo expropriation done under occupying forces law or enacted under occupying power in the time of 1945 to 1949.

The constitutional court brought some important issues related to the problem of compensationless expropriation by saying that compensation doesn't result from some certain basic rights but has its roots only in the idea of a constitutional and social state.

By saying this the constitutional court gave the legislator a wide scope of how to undo past injustice. The legislator, however, the court several times pointed out, must pay attention to Article 3 Paragraph 1 GG (Grundgesetz = German Constitution), because of the

limited amount of dividable land resources.

The following opinion of Ossenbuehl shows an important perspective in relation to the ruling of the constitutional court. It says: 'The task of undo injustice can't be reached by turning back the wheel of time. Rather it has to bring satisfaction to still living victims of injustice.'

Central themes of the ruling are:

- 1) Article 143 print 3 GG in conjunction with Art. 4 No. 5 contract of reunification is compatible with article 79 print 3 GG.
- 2) Article 79 print 3 GG does not demand, that for compensation of expropriation acts done by a foreign power and not appearing acceptable for the legislator obligated to the GG, the expropriation has to be undone.
- 3) It is not unconstitutional that according to german and international laws of expropriation the act of expropriation done by another state including the compensationless confiscation, even if this does not accord to the own constitution, is basically coming into force, as long as it concerns fortune on soil of the foreign state.
- 4) Article 3 print 1 GG demands, the legislator must create a rule of compensation in the sense of attachment III No. 1 contract of reunification also for expropriation done under occupying forces law or enacted under occupying power.

The ruling could become important for further korean problems. So Korea could benefit from the experience of the German reunification process, especially in the field of open and unclear questions of property.

As a legal and political solution for open and unclear questions of possession Ossenbuehl says: ' Those, who would like to profit from the injustice done to there parents and ancestors should be first of all postponed to a later date.'

The shown opinion by Ossenbuehl could have great importance and the meaning, that we, south and north Korea, should prepare the reunification especially in the field of legal problems of property.