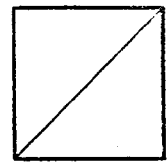


3882  
3601925

국통조76-12-32



分断国 - 調査研究

# 東 · 西独 基本条約에 관한 判例



동서독 함께  
형성된 기본조약

國 土 統 一 院



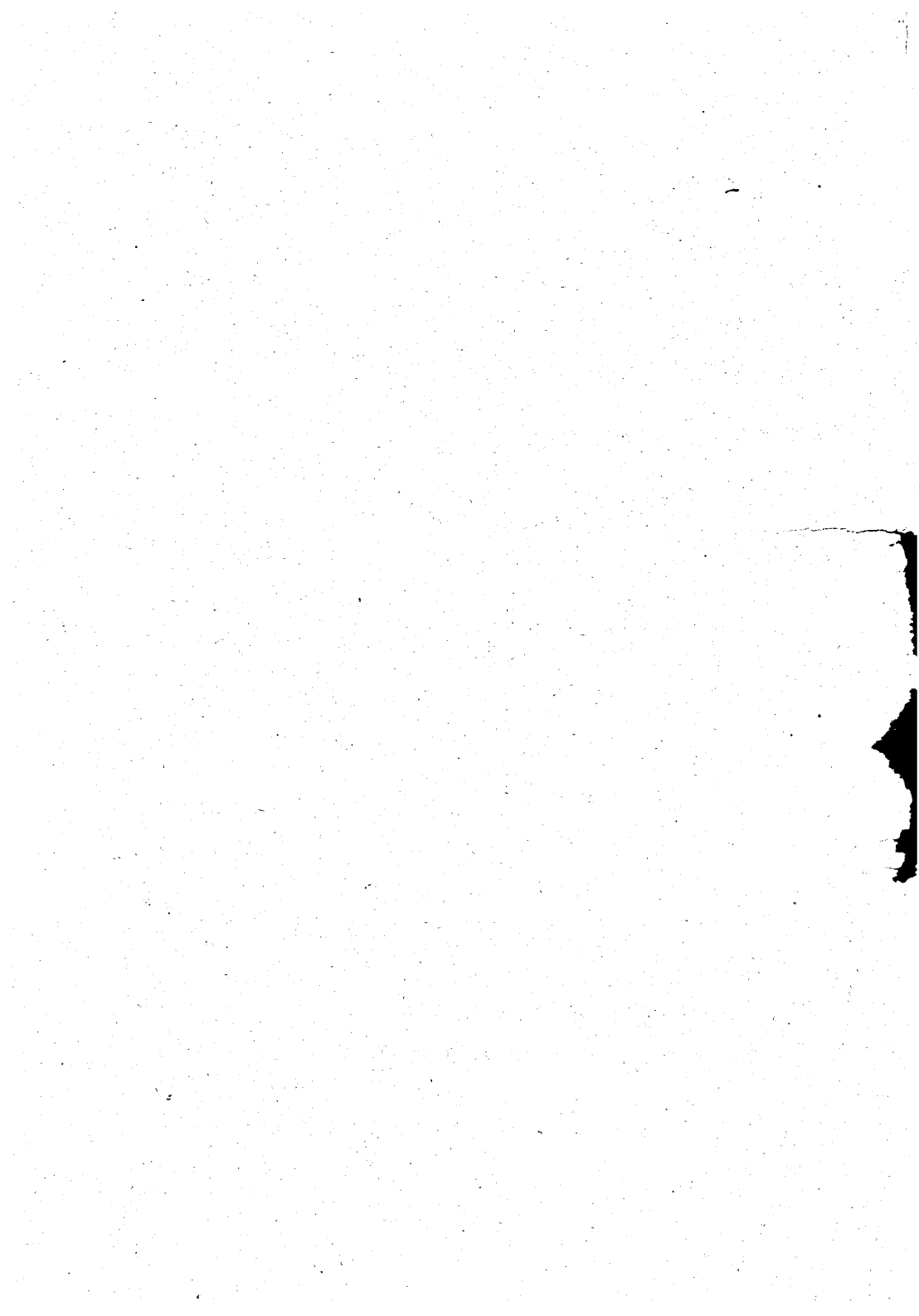
이 冊子는 国土統一院의 政策調査研究計劃에 依拠하여 翻譯出刊한  
分断国關係 文献으로서 統一問題에 關涉된 研究에 參考資料로 提  
供되는 것임

分断国調査研究

東西獨 基本條約에 關한 判例

刊行責任 羅 昌 柱 研究官

国土統一院 調査研究室



独逸聯邦憲法裁判所와 共同으로 公報部 및 情報部 発行.

編輯: 法務部長官 Peter Gielen 과 公報 및 情報部長

Haus Pollmann.









XI. 聯邦法務長官의 1973年6月26日字 書信 .....	575
XII. 1973年7月3日 裁判期日 公告 .....	578
XIII. 1973年7月3日字 獨逸聯邦裁判所 判決文 .....	580
XIV. 1973年7月31日字의 聯邦憲法裁判所 公報處發表 .....	623
D. 聯邦憲法裁判所 裁判官 로트만博士에 對한 바이에른州政府 의 1973年5月28日字의 忌避申請 審査 .....	628
I. 1973年5月28日字의 바이에른州政府의 忌避申請 .....	628
II. 1973年4月28日字의 "Badische Neueste Nachrichten" 新聞記事 .....	630
III. 1973年5月4日字의 Badische Neueste Nachrichten 紙의 讀者欄 投稿 .....	632
IV. "칼스루헤" 自民黨 支部黨委員長 "레벨거" 博士의 讀者의 견지 .....	634
V. 바이에른州政府에 보내는 聯邦憲法裁判所의 書信 .....	635
VI. 1973年5月29日字 바이에른州首相의 書信 .....	637
VII. 1973年5月29日 聯邦憲法裁判所의 決定 .....	639
E. 1973年6月15日字 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士에 對한 바이에른州政府의 忌避申請에 關한 節次 .....	643
I. 1973年6月15日의 바이에른州政府의 申請 .....	643
II. 1973年6月14日字 "Die Welt" 紙의 報道 .....	644
III. 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士가 칼스루헤市議員 구우트만에게 보낸 書信 .....	646

IV.	1973年6月15日의 聯邦法務長官에게 보내는 聯邦憲法裁判所の 書信 .....	650
V.	바이에른州政府에게 보내는 1973年6月15日字의 聯邦憲法裁判所の 書信 .....	654
VI.	1973年6月15日字 獨逸聯邦共和國 法務長官의 書信 .....	655
VII.	1973年6月16日字의 바이에른州政府首相의 書信 .....	657
VIII.	1973年6月16日字 聯邦憲法裁判所 決定 .....	660

## 序 言

西独聯邦憲法裁判所法 第1條1項은 '聯邦憲法裁判所는 모든 他憲法機關으로부터 自主獨立한 聯邦의 裁判所이다' 라고 規定하고 있다. 聯邦憲法裁判所 ( BVerfG; Bundesverfassungsgericht )가 憲法の 守護者로서 獨逸最高裁判所로서의 地位는 特히 그것이 '基本法 ( GG; Grundgesetz )과 聯邦法과의 形式的 實質的 兩立性에 意見 差異나 疑問'을 判決할 때에 뚜렷하게 나타난다 ( GG 第93條1項 2號 ).

그와같은 抽象的 規範統制의 裁判節次가 1973年 春, 바이에른 ( Bayern ) 州政府가 聯邦憲法裁判所에 提起한 西独 ( 獨逸聯邦共和國 ; BOR; Bundesrepublik Deutschland )과 東独 ( 獨逸民主共和國 ; DDR; Deutsche Demokratische Republik )間的 基本關係에 관한 西独과 東独間的 1972年 12月 21日의 條約에 관한 1973年 6月 6日의 法律의 合憲性 與否의 審査請求에 의해서 이루어진 것이다.

1973年 5月 23日 ( 이때까지 立法府의 條約批准法律에 관한 審議는 아직 終了되지 않고 있었으며, 이날 바이에른州政府는 칼스루해 ( Karlsruhe )에 所在하는 聯邦憲法裁判所에 最初의 仮処分申請을 提出하였다 )과 1973年 7月 31日 ( 이 날 聯邦憲法裁判所 法廷에서는 第2部 議長이 條約承認法律의 違憲審査의 結果에 대한 同裁判所의 終局判決을 宣告하였다 )사이는 정말 多事多難한 數週日이라 할 수 있었다. 칼스루해에서 있은 이 判決은 비단 本國에서 뿐만 아니

라 全世界의 耳目을 集中시킨 것이었다. 그리고 裁判所의 本案判決이 있기 以前에 仮処分申請과 裁判所審判員에 대한 忌避申請 등에 관한 몇몇 重要한 判決이 있었다.

지난 날에 聯邦憲法裁判所가 公衆의 非常한 關心을 불러 일으켰던 몇가지 다른 重要한 判決, 즉 예를 들면 聯邦共和國의 유럽防衛 共同体 參加에 관한 判決, 獨逸共產黨禁止判決( KPD-Urteil ), Konkordat 判決 그리고 TV爭訟事件 등에서와 마찬가지로 本件 基本條約의 訴訟에 관한 記錄을 提示하는 것은 옳은 일이라 생각이 든다. 裁判이 끝난지도 상당한 歲月이 지났다. 테이프에 錄音된 內容을 文字化하고, 各種資料들을 編輯하여 이것을 訴訟에 關与했던 여러분들에게 對照하는 데에 꽤 많은 時間이 所要되었다. 이와같은 作業은 基本的인 原則下에서 이루어졌다. 즉 嚴密性을 事實性보다 優位에 두었다는 것이다. 이러한 觀點에 立脚하여 政治에 關心있는 사람들에게나 學界, 또는 各種機關에 이처럼 重要한 訴訟節次에 관한 完璧한 資料를 提示하는 바이다.

本 記錄은 訴訟當事者들이 法院에 提出한 訴狀 및 諸文書, 法院에 提示된 專門學者의 意見, 法院의 訴訟指揮內容, 그리고 法院의 裁判에 대한 公的記錄들을 包含한다. 그 核心的인 部分은 1973年 6月 19日에 있었던 ■頭審理를 錄音으로 담은 테이프를 글로 옮겨 적은 記錄文이라 할 수 있다. 聯邦憲法裁判所의 判決文은 모두 收錄되었으며, 訴訟進行上의 모든 資料는 完全히 記錄化 되었다. 본 ( Bonn ), 1975年 7月 31日 編者

A. 1973年5月22日的 바이에른州政府의  
假処分申請에 관한 裁判節次

I. 1973年5月22日의 바이에른州政府의 提訴

바이에른州政府首相 8월 22 1973年5月22日

Nr. BIII / 2-020004-3-25

聯邦憲法裁判所 貴下

7500 칼스루해 ( Karlsruhe )

카알슈트라세 ( Karlstraße ) 10

案件 : 西獨과 東獨間의 基本關係에 관한 西獨과 東獨間의 1972年  
12月21日의 條約에 관한 承認法律

本件 : 바이에른州政府의 假処分申請

添付 : 本 文書의 50 통의 寫本

바이에른州政府는 基本法 第 93 条 1 項 2 号 및 이와 關聯된 聯邦憲法裁判所法 第 13 条 6 号와 第 76 条 1 号에 依拠하여 西獨과 東獨間의 基本關係에 관한 西獨과 東獨間의 1972 年 12 月 21 日의 條約 (基本條約; Grundvertrag) 에 관한 承認法律의 基本法合致性与否 判斷을 聯邦憲法裁判所에 提訴하기로 決定했다. 本 提訴의 請求趣旨은 基本條約에 관한 條約承認法律이 基本法에 違背되므로 無効確認을 求하는 데에 있다. 本訴의 提起는 立法團體의 條約承認法律의 審理가 終了하는대로 즉시 行해될 것이다. 바이에른州政府는 本案 判決의 保全을 위하여 우선 假處分申請을 提出하는 바이다.

이에 本人은 바이에른州政府의 이름으로 西獨과 東獨間의 1972 年 12 月 21 日의 條約批准法律에 대한 副署 (Gegenzeichnung), 署名 (Ausfertigung), 公布 (Verkündung) 및 基本條約 第 10 条에 따른 批准書의 交換 등 一切의 行爲를, 條約承認法律이 基本法을 違反한 無効의 것임을 確認 받을 때 까지 停止해줄 것을 請求하는 假處分申請을 提出하는 바이다.

바라건대 本 請求에 대한 判決을 立法團體의 審理가 終了되는 直後 그리고 적어도 批准이 行해지기 前까지 내려주기를 懇願한다.

#### 請求原因

A

本 假處分申請 ( e.A.; einstweilige Anordnung )은 許容된다.

1. 本 仮処分申請은 適法하다. 그것은 基本法上 聯邦憲法裁判所に 係屬된 모든 裁判에 있을 수 있다. 聯邦憲法裁判所法 ( BVerfGG; Gesetz über das Bundesverfassungsgericht ) 第32條는 1971年 2月 3日의 判決에 비추어 볼 때 [ 聯邦法律公報 ( BGBI; Bundesgesetzblatt ) II 105面 ] 一般的인 裁判規範이며, 이것은 基本法 第93條一項 2號 및 聯邦憲法裁判所法 第13條 6號, 第76條에 따라 提起된 抽象的規範統制의 訴에도 마찬가지이다. ( BVerfGE 1.85/86 ; 1.281/282; 2.103; 7.367/370; 12.36/39 ) .

2. 바이에른州政府는 仮処分을 申請할 權限이 있다. 同政府는 基本法 第93條一項 2號 및 聯邦憲法裁判所法 第13條 6號, 第76條 1號에 따라 本案判斷을 提請할 權限을 아울러 가지기 때문이다.

3. 本案判斷의 請求가 法院에 係屬되기 以前에 仮処分申請은 提出될 수 있다 ( BVerfGE 3.267/277; 11.339/342; 16.220/226; 27.152/156 ) . 本案請求自体가 聯邦憲法裁判所の 訴訟物로서 成立될 수 있다는 것이 무엇보다도 重要하다. 同法院의 一貫된 判例를 보면 條約批准法律 ( Vertragsgesetz ) 은 基本法 第93條一項 2號 및 聯邦憲法裁判所法 第76條 1號에 規定된 抽象的規範統制의 對象이 될 수 있다고 한다 ( BVerfGE 1.396/410; 4.157/162; 12.281/288 ) . 本案請求는 法院이 이를 認容하는 때에 許容된다. 現在 條約批准法律의 경우에는, 立法團體의 모든 立法筋次가 終結되고 다만 聯邦大統領의 署名과 公布만이 남아있는 그런 경우일 것이 要求된다 ( BVerfGE 1.396/413; 2.143/169; 12.281/288 參照 ) .

4. 仮処分申請은 또한 時期에 適合하다. 仮処分申請은 基本法 第 77 條 2 項 내지 4 項에 따라 聯邦參議院 ( Bundesrat ) 의 參與까지도 包含한 一切의 立法節次라든가 法律에의 署名, 公布行為가 終了될 때까지 그 提請이 可能한 것이다. 聯邦議會 ( Bundestag ) 가 本 條約承認法律案을 議決한 1973 年 5 月 11 日부터 仮処分申請의 時期的要件은 갖추어진 것이다.

2) 万若 批准法律에 대한 立法團體의 審理가 完全히 끝난 뒤 仮処分申請을 提出한다는 것은 不測의 危險 ( unzumutbares Risiko ) 이 따르리라고 本 提訴人에게는 생각이 들었다. 聯邦參議院이 審議委員會의 召集을 要求하고 同委員會가 異議를 提起할 경우 聯邦議會가 이 異議議決을 却下시키는 경우가 바로 그러한 例가 되리라 믿는다. 이때는 提訴하기에는 이미 너무 늦은 感이 있다. 聯邦大統領은 條約批准法律을 立法團體의 最終의인 審議가 끝난 後, 그리고 聯邦首相과 外務部長官의 副署가 끝난 後 遲滯없이 ( 聯邦政府議事規則 第 29 條 1 項 1 文, 1951 年 5 月 11 日, GMB1 137 面 參照, 最近 1970 年 1 月 23 日 改正됨, GMB1 50 面 ) 署名하고 公布할 것이 分明하다. 그와같은 技術的諸節次가 具備되면 條約批准法律은 立法團體의 審議가 終了되는 날자로 聯邦法律公報에 公布되고 그 翌日부터 施行에 들어가게 될 것이다 ( 基本法 § 82 [ 2 ] 1 文 및 基本條約承認法律 § 3 [ 1 ] 參照 ). 이 法律이 發效되면 뒤따라 批准文書의 交換이 있게된다. 그러므로써 拘束力 ( Verbindlichkeit ) 이 發生하고, 此後에는 變更不可能한 既成의 事實로 確定된다. 同時에 本 提訴者



를 憲法的으로 保障해준 規定 ( § 93(1)②GG )은 그것이 基本法과 不一致하는 形式的인 聯邦法의 審査를 要求할 수 있도록 하고 있음에도 不拘하고 이제부터는 不可能하게 되는 것이다.

b) 聯邦議會에서 議決한 法律을 審議하는 聯邦參議院의 會議가 끝난 뒤 即時로 假処分申請을 낸다는 것 또한 不適合하다. 왜냐하면 이때에도 提訴가 너무 늦은 危險이 있기 때문이다. 즉 聯邦參議院이 審議委員會의 召集을 要求치 않는다면 - 이 瞬間이 提訴時期로 꼭 適合한 듯 보일 때이다 - 既述한 바와 똑같은 狀況은 역시 招來할 것이 不可避하다. 즉 條約批准法律에 署名하고 그를 公布하게끔 된다. 提訴時에 이르도록 聯邦參議院이 어떠한 決定을 내릴 것인가 未定이라는 不明瞭性은 결코 提訴를 妨害하지 않는다.

c) 本件은 1952年 5月 15日의 聯邦憲法裁判所判例 ( BVerfGE 1, 281 )의 경우와 勿論 同一하지는 않다. 當時의 假処分申請은 對外政策 担当者로 하여금 國際法上條約의 調印에 있어서 確實한 法的意味를 갖는 內容의 宣言을 義務化시키는 것에 目的을 두고 있었다. 그와같은 請求에 대하여 當法院은 그때까지는 國際法的條約의 調印이라고는 전혀 없었다는 理由로 棄却해버렸다. 그에 반하여 本件은 訴提起의 時期的 要件으로서 批准節次, 聯邦參議院의 參與에 이르기까지의 一切의 立法節次, 大統領에 의한 法律에의 署名 및 그 公布 그리고 基本條約 第10條에 따른 條約批准文書의

交換 등이 모두 끝날 때까지를 포함하고 있는 것이다. 上記判例  
上の 聯邦憲法裁判所の 態度는 立法의 議決된 바에 의하면 즉 本  
案判斷이 있기 以前에 들이킬 수 없는 國際的, 國內法的인 變化가  
發生할 憂慮가 있을 경우에는 假処分으로 防止할 수도 있는 것이  
지만 그 事件 및 其他 여러 條約承認法律에 관한 同裁判所의 判  
決은 適當한 것 같아보인다. 그러나 本件에서는 聯邦政府에 莫重  
한 利害가 걸려있는 關係로 다른 判決이 내려지기 前에 承認法律  
을 낼 수 있는대로 빨리 發効시킬 것이며 批准文書を 交換할 것  
이다.

그러므로 同判決文으로부터 立法團體가 條約承認法律을 承認하기  
以前에도 假処分申請을 할 수 있다는 것도 把握할 수 있게 된다  
( Lechner, BVerfGG, 2. Auflage 1967, Ann 3b Zu § 32 )

d) 假処分申請을 提出할 수 있다는 이 時期에 대한 反問은 그  
만두고라도, 그것은 聯邦憲法裁判所가 許容하는 時期에는 適當한 것  
은 分明하다.

5. 本案判斷 ( Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG 및 § 13 Nr. 6, § 76 Nr. 1 BVerfGG ) 은 條約承認法律이 立法團體의 審議가 아직 未決中이고 따  
라서 時期的으로 不適當하다는 狀況은 假処分申請을 提出하는 べ에  
는 影響을 미치지 아니한다 ( BVerfGE 1, 281/282; 3, 267/272; 8, 42  
/44; 12, 36/39; 16, 220/226 參照 ), 왜냐하면 本案判決은 條約承認法

律이 立法團體의 審議가 終了되었을 때 그것이 適法하며 ( Zulässig ), 明白한 瑕疵가 없지 아니하다면. ( nicht offensichtlich unbegründet ) 可能하기 때문이다.

a) 우선 本案判斷의 請求가 適法하다. 이미 詳述한 바와 같이 ( Nr. 3 ) 條約承認法律은 基本法 第 93 條 1 項 2 号 및 聯邦憲法裁判所法 第 13 條 6 号, 第 76 條 1 号에 의한 節次의 對象이 될 수 있다.

b) 本案判斷의 請求에 明白한 瑕疵가 있지 아니하다. 왜냐하면 基本法 第 93 條 1 項 2 号에 의하면 基本法과 聯邦法과의 形式的·實質的 兩立性에 관한 意見差異나 疑問에 대한 聯邦憲法裁判所의 確認을 求하는 경우, 어느 一方의 當事者도 根拠없다거나 明白히 不法이라고 規定지을 수 없는 것이다. ( BVerfGE 7, 367/371; 8, 42/44; 12, 36/37 ). 이것은 聯邦憲法裁判所가 聯邦憲法裁判所法 第 32 條 1 項에 따른 裁判에 있어서 바이에른州政府가 勝訴할 수도 있다는 可能性에서 出発해야 함을 뜻한다.

6. 提訴의 內容 또한 適法하다. 訴의 目的이 되는 判決은 本案判斷을 미리 求하지도 않고 있으며, 本案判斷의 內容으로서 適合치 않을 內容을 要求하지도 않았다. ( BVerfGE 3, 41/45; 8, 42/46; 11, 306/308; 12, 276/279; 14, 192/193; 15, 77/78; 16, 220/226 參照 ). 그것은 단지 臨時的으로 規律할 뿐이며 결코 普遍妥當한 確定된 것을 創造하지는 않는다.

오히려 現狀態의 仮處分은 數個月間만 持續될 것이다. 그리고나

서 聯邦憲法裁判所에서 本案判決後 條約批准法律을 基本法과 合致된  
다고 判斷하게 되면 東獨과의 條約의 批准은 당상 實現될 것이다  
( BVerfGE 7, 367/374; 12, 36/39, 16, 220/226 參照 )

7. 仮処分申請은 法的保護의 利益을 갖는다. 그밖의 方法으로서  
는 保全의 目的이 達成되지 않는다. 특히 다른 法的手段은 存在하  
지도 않는다( BVerfGE 15, 77/78; 17, 120/122; 21, 50/51 參照 ). 이  
밖에도 聯邦政府는 批准節次를 本案判決이 確定될 때까지 停止하겠  
다는 意思表示도 한 바 없기 때문에 本件의 法的保護의 必要性  
은 이미 存在하고 있다 하겠다.

B.

仮処分申請은 正當한 理由를 갖는다.

聯邦憲法裁判所法 第32條1項은 重大한 損害를 防止하기 위해,  
或은 公共利益을 위한 다른 理由로 緊急하게 必要할 때에는 仮處  
分申請을 提出할 수 있음을 規定하였다.

이와같은 要件이 本件에 存在한다. 同裁判所法 第32條1項이  
要求하는 要件들은 그 性質上 個別的으로 区分지을수는 없으며  
「公共福利」( Zum gemeinen Wohl )란 表現은 나머지 諸要件들을  
包括하는 것이라 할 수 있는 不明瞭性을 갖는다. 이같은 疑問은  
本件에서는 問題가 될 수 없다. 왜냐하면 公共福利라는 要件은

假処分을 申請함으로써 重大한 損害를 豫防할 것을 要求하는 것이기 때문이다.

聯邦憲法裁判所の 判決에 따라 同裁判所法 第32條 1項의 要件을 審査함에는 嚴格한 基準을 設定할 것을 要한다 할 때 假処分을 申請함에는 焦眉의 緊急性이 必要하다. 따라서 批准法律의 基本法 抵触與否가 公共間에 다투어지고 있다가 聯邦憲法裁判所の 本案判決이 끝난 뒤라야만 憲法上 法的不安이 解消될 것이라는 事實만으로서는 假処分申請의 要件을 充足시키지 못한다.

오히려 假処分申請의 理由가 되기 위해서는 모든 豫測可能한 重要性이나 利害의 對立을 考慮한 結果 假処分申請이 緊切히 要求된다는 것이 判斷되어야 한다. 이 경우 聯邦憲法裁判所の 一貫된 判例는 ( 邦 3,34/37;3,41/44;6,1/4;11,102/104;11,306/308;12,276/279;16,220/227;18,34/36,18,151/153;18,157/158 參照 ) 假処分申請이 却下되고, 係爭 批准法律의 本案判斷의 結果 違憲으로 宣言될 경우 隨伴될 모든 結果를 考察한다. 그리고 이것과 批准節次를 本案判斷이 있을 때까지 停止시키는 假処分申請을 認容하였을 때 發生할 損害와 較量해 보는 것이다.

이 때 條約批准法律이 違憲임을 說明하는 理由들은 提訴要件의 考察對象以外의 것이다. 假処分申請節次에 있어서는 裁判의 對象이 된 法規範의 妥當性與否는 審査될 수 없기 때문이다 ( BVerfGE 3,267/281 ff;7,367/371;8,42/44;11,102/104;11,306/308;18,151/153;24,27/31;24,68/74).

提請된 仮処分이 認容되지 않을 경우 招來될 損失이 보다 큰 것일 경우에 다가올 일에 대한 審査와 考慮가 있게 된다.

## I

1. 條約의 批准 ( die Ratifizierung des Vertrages ) 이 行하여짐으로써, 本案判決로서도 다시 回復할 수 없는 既成事實 ( vollendete Tatsachen ) 이 創造되는 것은 聯邦憲法裁判所法 第32條 1項의 重大한 損失 ( schwerer Nachteil ) 에 該當한다.

仮処分을 申請하지 않는 경우, 西獨과 東獨間의 基本關係에 관한 西獨과 東獨間의 1972年 12月 21日의 條約은 批准된다. 基本條約 第10條에 依拠 批准文書의 交換과 더불어 條約은 拘束力을 갖게 되며 施行된다 ( 基本條約 第10條 參照 )

脚註 1. 編者註 ; B R D ( 西獨 ) 을 略稱으로 使用하겠다. 正式名稱은 Bundesrepublik Deutschland 로 表現되고 있다.

批准이 끝난 後에 聯邦憲法裁判所가 本 批准法律이 基本法과 不適合한다고 判示할 경우에 本 條約은 基本法을 侵害하면서 施行된 것이다. 왜냐하면 判決의 確定力은 侵害되어서는 안되기 때문이다.

a) 이것은 基本法 ( GG ) 은 東獨에는 効力이 미치지 않으며 ( Art. 23 GG ), 따라서 聯邦憲法裁判所의 判決은 그쪽까지 拘束力을 갖지 못한다는 前提에서 出發한 것이다. 비록 基本條約이 國內法的 ( Staatsrechtlich ) 인 것이며, 國際法的 ( Völkerrechtlich ) 인 條約이 아니기는 하나 위와 같은 理由 때문에 國際法이 類推

適用되어질 수 밖에 없다. 國際法은 條約의 拘束力은 그것이 當  
事國의 憲法에 背馳되게 締結된다 할지라도 계속 維持된다고 說明  
한다.

이에 대해서 學問的으로 議論의 對立이 있으나 (Berber, Lehrbuch des Völkerrechts Band I, 1960 S.435 參照), 여기에서는 重要  
치 않다. 왜냐하면 西獨의 어느 法院도 基本法에 抵触되는 兩獨間  
의 條約에 대해서 無効判斷할 수 없음은 不動의 事實이기 때문이다. 聯邦憲法裁判所가 이제까지 밝힌 바에 의하면 現在의 國際法  
上에서 볼 때 條約이 締結된 以後에는 追後에 그것이 基本法과  
違背된다는 判斷을 받는 경우라 할지라도 西獨政府는 締結된 條約  
에 國際法的 拘束을 받아야 한다 (표 1,396/412 f; 16,220/227).

이와같은 當院의 判例는 本件 基本條約에 있어서도 마찬가지라  
하겠다.

b) 일단 効力을 갖게되는 경우 (그 후 聯邦憲法裁判所가 本案  
判決의 結果條約의 基本法違背를 判決하는 경우라 하더라도) 已往之  
事는 다시 回復할 수 없게 된다.

一條約의 解除 (Kündigung des Vertrages)는 本條約이 그러한  
條項을 包含하고 있지 않으므로 不可能하다.

一條約의 形式을 밟아 條約을 終止 (解除條約; Auflösungsvertrag)  
시키는 것은 東獨이 條約의 締結과 더불어 갖게된 政治的利益으로

인하여 상상할 수도 없다.

一条約의 撤回 ( Rücktritt vom Vertrag ) 또한 承認된 撤回要件이 存在치 않는 까닭으로 不可能하다.

그러므로 條約의 拘束力이 發生케 되면 聯邦憲法裁判所가 條約의 基本法不合致性を 宣言하는 경우에도 事態는 確定되어 버리고 이들은 追後에 결코 翻復할 수 없는 것이다.

c) 聯邦憲法裁判所는 많은 事例에서 이러한 問題를 取扱한 바 있다. 그때마다 當院은 判示를 통하여 만약 基本法과의 合致性與否가 不確實한 가운데, 事後에는 回復不能의 政治上 重大한 措置를 執行하는 경우는 聯邦憲法裁判所法 第32條1項의 重大한 損害에 該當한다고 하겠다 ( E 7,367/373; 7,374/376; 8,42/45; 11,102/105; 12,35/41 ).

本件은 無比의 重大한 政治的意義가 附帶되고 있기 때문에 前示 當院判例의 경우와 加一層 結付될 수 있다. 이밖에도 本件에서는 그 執行措置의 事前復舊可能性마저도 國際法에 準하는 ( quasi-Völkerrechtlich ) 拘束力을 받고 있는 것이다.

d) 요컨대, 本 假處分申請은 1963年 7月 24日의 聯邦憲法裁判所의 判決 ( E 16,220/226 ) 과 마찬가지로 棄却되어서는 아니될 것이다. 그 判決에서는 獨·和間의 財政條約 ( deutsch-Niederländischer Finanzvertrag ) 에 대한 1962年 5月 14日의 附加協定



( Zusatzabkommen )의承認法律에 대한公布 및批准文書の交換을 (聯邦憲法裁判所の同承認法律에 대한判斷이 있기까지)停止시키는 仮処分申請을 다룬 것이다.結局 그 訴는 拒絶當하고 말았는데, 이에 대한 理由로서 聯邦憲法裁判所는 이 條約의 批准이 있다하여 具體的인 경우에 있어서 ( im Konkreten Fall ) 결코 回復不能의 要件들이 있을 것 같지는 않다는 立場을 밝혔다. 提訴者가 本案判決에서 勝利하고 條約批准法律이 基本法 第14條3項에 違背된다는 判決을 받는다 할지라도 그와 같은 欠缺은 事後에 ( Nachträglich ) 基本法 第14條3項에 따른 補償規定을 통하여 治療될 수 있을 것이라 하였다.

그러나 本件에서는 追後에 다시 基本法과 合致될 수 있는 狀態를 만들 可能性이 不存在한다. 단지 基本法을 改正함으로써만 可能하다. 그러나 이와같은 解決策은 聯邦憲法裁判所に 係屬된 現裁判에서는 考慮될 수 없는 性質의 것이다.

2. 條約批准法律은 根本的 憲法規範 ( fundamentale Verfassungsnormen )과 抵触할 것이므로 聯邦憲法裁判所法 第32條1項의 重大한 損害의 發生이 憂慮된다.

條約의 批准이 行하여짐으로써 本案判決의 結果 提訴人의 勝利로 確定되는 경우에도 回復不能의 重大한 損害가 發生한다 할 경우; 여기에는 우선 根本的 憲法規範의 侵害를 들 수 있다. 勿論 法律의 違憲性與否에 대하여 本案判決에서 取扱할 請求理由는 聯邦憲法

裁判所法 第32条1項의 節次에서는 原則적으로 無視된다 ( BverfGE 前掲判決 參照 ). 그렇다고 그것이 仮如分節次에서는 그러한 理由들이 一考의 餘地도 없다는 것은 아니다 ( BverfGE 7, 175/179 參照 ). 도리어 聯邦憲法裁判所는 本案判決에서 根本的 憲法規範의 解釋을 要求하는 경우, 그와같은 憲法規定을 侵害하는 것은 聯邦憲法裁判所 第32条1項의 公共福利에 대한 重大한 侵害에 該當한다는 것을 認定하였다 ( BverfGE 7, 367/373, 12, 26/39 參照 ). 따라서 여기에서는 本案判決의 對象이 되는 理由들을 낱낱이 檢討하는 데 目的이 있는 것이 아니라, 西獨의 自明性 ( Selbst-Verständnis ) 과 國際法의 地位를 憲法規範적으로 基礎하고 있기 때문에 重要한 意義를 지니는 다음과 같은 憲法規範들에의 侵害에 대하여 考察을 할 計劃이다.

a) 國家統一原理의 侵害 ( Verletzung des Wiedervereinigungsgebot )

聯邦憲法裁判所는 多數의 判決을 통하여 ( E 5, 85/127; 11, 150/160 f; 12, 45/51 ) 基本法의 前文 ( Präambel ) 이 政治的 意義 뿐만 아니라 法의 內容까지도 內抱한다고 밝힌 바 있다. 基本法 前文으로부터 獨逸聯邦共和國의 모든 國家機關은 獨逸의 統一을 위하여 全力을 다하며, 이와 같은 目的에 따라 모든 措置를 志向시키며 이 目的에의 合當与否를 그때그때의 政治的 行爲의 尺度로 삼아야 한다는 憲法的義務 ( Verfassungsrechtliche Verpflichtung ) 를

賦課하게 되었다. 이것은 다시 말하면 憲法機關은 統一을 法的으로 妨害하든지 實際적으로 不可能하게 만드는 一切의 措置를 沮止시켜야 함을 意味한다. 獨逸統一을 促進시키는게 아니라 오히려 分裂을 助長하는 모든 措置는 聯邦共和國의 憲法的秩序와 一致하지 아니한다. 東獨을 独立的·主權의 國家로 承認하는 것 (基本條約의 前文 및 第 6條)과 兩獨逸間의 (beiden deutschen staaten) 國境相互不可侵의 確約과 東獨의 領土保全을 全幅으로 尊重함은 (基本條約 第 3條 2項) 全獨逸統一의 根本原則을 抵触한 것이다. 基本條約은 兩獨이 相互 그들의 現狀態를 保障한다 하여 東獨의 國際法上的 主體的地位를 賦與함으로써 國家統一의 完遂를 引導하는 커녕 分斷을 永久化한 것이다. 1955年 5月 4日의 聯邦憲法裁判所의 判決 (BVerfGE 4, 157/169, 170)에 立脚한 反論 즉 文化的接近이라는 政治的方法은 獨逸國家의 統一로 이끌 수도 있다는 式의 說明은 無益한 말이며 그것은 基本條約은 獨逸의 分斷을 法的으로 拘束시키는 方法으로 固定시키며 따라서 基本法과는 懸絶한 距離를 둔 狀態가 招來될 것이다.

b) 國家의 單一性 (Staatliche Einheit) 의 維持라는 根本原則의 侵害

基本法은 全體獨逸의 國民, 全體獨逸國家領土 그리고 全體獨逸國家權力이라는 前提에서 出發한다. 西獨은 國家로서 다시 組織될 수 있는 全體獨逸의 一命體이고 唯一한 行動可能한 部分이다 (BVerfGE 2, 277). 獨逸國家는 1945年의 敗

戰에 依하더라도 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만을 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 있다 하더라도 獨逸聯邦共和國은 獨逸國家 ( Deutsches Reich ) 와 同一하다 ( BVerfGE 3, 319 f, 6, 338, 363 ). 이것은 基本法 前文 第1文과 第2文의 '民族的·國家的統一을 維持할 것을 決意하며' 라든가 '이 基本法은 參與하지 못한 獨逸人들의 問題도 다루었다' 라는 點에서 그러하다.

이같은 國內法的·國際法的 基本概念으로 볼 때 基本條約은 基本法과 不尙致한다. 그것은

- a) 두 개의 平等한 主權國으로서의 獨逸國家에서 出發하였으며
- b) 本 條約에 있어서 上位에 存在하는 國家의 單一性이라는 言及을 放棄함으로써 獨逸國의 繼續을 否定하였으며 즉 第9條를 통하여 聯合軍 留保權利에로 還元하게 된 것이다.

獨逸國繼續存在理論으로부터의 後退에 대해서 1972年 12月 21日의 獨逸의 單一性에 관한 書翰은 아무 影響도 주지 않는다. 그것은 단지 聯邦政府의 政治的 意圖를 宣揚한 것에 지나지 않기 때문이다.

- c) 獨逸의 各州의 領域의 加入權 ( Beitrittsrecht ) 의 侵害. 基本法 第23條에 의하면 基本法은 우선 本法에 列挙한 諸州의

領域에서만 適用하도록 하였다. '獨逸의 그 밖의 領域에서는' (andere Teile Deutschlands) 그들의 加入後에 効力を 갖는다. 이로부터 BVerfGE 4, 157(174)에 의하면 聯邦共和国의 義務는 '獨逸의 그 밖의 領域'의 加入可能性이 制限되거나 또는 困難하지 않도록 하는데 있다는 것을 推断할 수 있다. 그와 같은 困難의 程度가 明白할 程度에 이르면 聯邦憲法裁判所에 의한 基本法 違背의 確認을 求할 수 있다. 獨逸의 그 밖의 領域(이에는 특히 東獨領域과 그밖의 그곳 地域을 包含한다)의 加入은 兩獨間的 國境不可侵確約과 東獨의 領土의 完全性を 全幅의으로 尊重할 義務를 規定함으로써 이제는 東獨의 同意를 얻은 뒤에만 可能하다. 이같은 同意는 東獨政府의 알고 있는 政策으로 볼 때에 결코 期待할 수가 없다. 따라서 이제까지 加入權에 事實上的 (tatsächlich) 障礙가 놓여왔다면, 基本條約은 그 위에 法的인 (rechtlich) 障礙物까지를 添加시킨 셈이 되었다. 現狀 (Statusquo)을 法的으로 固定化시킨 것은 다른 한便으로는 加入을 막는 事實上的 障礙 要素들을 完全히 못박은 結果가 되었다. 本 基本條約의 結果는 明若觀火하다. 더우기 이것에 대해 聯邦政府는 否認하려고 들지도 않을 뿐 아니라 나아가서는 聯邦政府 自身이 원하듯이 東獨政府가 自立하여 可能한 限 人間的인 平和의 措置를 取해 주기를 目的하고 있는 것이다.

d) 第23條1文의 侵害

基本法 第23条1文에 의하면 基本法은 大베를린 (Groß-Berlin)의 領域에서도 適用되도록 하고 있다. 本 規定은 基本法의 適用 範圍 (Geltungsbereich) 및 또한 或者의 見解를 빌리면 西獨의 領域要件을 規律하는 데에 그 重要性이 있다. 이 規定이 基本條約에 의해 두 가지 點에서 侵害되었다.

aa) 同條約은 基本法 第23条1文上 大베를린 區域이 當時의 네 區域 즉 오늘날의 部分都市인 西베를린, 東베를린과 同一視하는 見解에 立脚하여야 한다고 한다. 이것은 基本法이 成立하던 當時에는 베를린市는 여전히 하나의 都市였었고 分離되지 않았었다는 것으로 부터 나오는 結論이다 (同旨 Demewitz, Bonner Kommentar Art.23 S.2). 그의 見解에 따르면 基本法은 東獨이라 名稱되는 部分의 베를린에도 適用하게 된다.

이 部分은 東獨쪽에서도 마찬가지로 자기의 것으로 主張하는 곳이다. 그들의 主張은 東베를린은 東獨의 首都라고 까지 하고 있다.

現在の 國境을 바탕으로 한 모든 유럽 國家들의 國境不可侵性 및 主權의 尊重이 平和의 基本的 必須條件임을 알아 그리고 歷史的 現實 (historische Gegebenheit) 에서 出發한다는 基本條約은 西獨은 東獨의 主權을 東베를린에 까지 미치는 것을 承認하는 것이다. 그러므로써 基本條約은 基本法의 適用範圍를 奪取한 것이 된다. 따라서 基本法 第23条1項과는 合致될 수 없다.

bb) 1949年5月12日の 聯合國軍政長官의 認准書의 留保下에서 基本法은 大베를린의 領域에서도 適用되었다. 西獨政府에 의한 베를린의 代表權은 認准書에서 淸除되지 않았으며 따라서 基本法 第23條1文을 適用하였다. 聯合三大國의 留保가 反對하지 않는 限 베를린에 관한 基本法의 原則的인 効力에서 모든 結論이 도출되어져야만 했다 (BVerfGE 7, 1/10).

베를린(西部)에 關聯한 兩國의 宣言을 除外한다면 本條約行爲는 베를린에 대한 어떠한 規定도 갖고 있지 않다. 基本條約에는 베를린 條項은 全無하며 따라서 同條約 第2條에 나타나듯 根本的으로 베를린도 除外하지 않는다. 4大聯合國에 留保한 狀態에 관한 問題를 度外視한다면 베를린은 基本法 第23條1項에의 편입이 妥當하다.

cc) 條約批准法律과 결국 같은 趣旨인 베를린(西部)에 관한 兩國의 宣言은 단순히 基本條約 第7條에 立脚한 議定書의 合意와 規律의 擴大로서 隨時의 경우에 있어서 베를린(西部)에 관한 協議가 이루어질 수 있는가에 대하여 規定하였다. 西獨과 東獨間의 베를린(西部)에 관한 協定이 未來에 適用될 것인가는 東獨의 同意에 依存할 뿐이다. 基本法 第23條1文에 의한 西獨의 베를린(西部)代表權 受任은 이러한 式으로 더以上 保障이 不可能하게 되었다. 이러한 까닭에 基本條約은 基本法 第23條1項과 合致될 수 없다 하겠다.

e) 東独居住 独逸人에 대한 保護 및 配慮義務의 侵害.

基本法 第1条에서 保障하는 人間의 尊嚴性의 保護에 관한 基本權 (Grundrecht)은 國家에 대한 防禦權 (Abwehrrecht)을 內包하고 있을뿐만 아니라 例컨대 한 個人이 -그리고 특히 基本法 第116条에 따라 西独이 責任을 져야만 할 數百萬을 헤아리는 團體中的의 하나가 第3者에 의해 (그것이 私人이건, 會社團體이건, 또는 어느 國家이건) 人間의 尊嚴을 侵害받는 경우에는 積極的인 行動을 措施할 義務를 負擔한다 (Maunz-Dürig GG Art.1 RNr.2 參照).

西独에서 行하여지고 있는 基本法 第1条가 保障하고 解釈하는 人間의 尊嚴性이 東独에서도 같이 保障되지는 않고 있다. 東独에서는 人間의 尊嚴性에 대한 侵害가 다반사가 될 程度로 자주 恣行되고 있다. 그런데 基本條約 第6条에서는 東独의 그 領土內에서 의 主權을 認定함으로써 西独은 東独이 基本法 第116条가 規定하는 独逸國民에게 規則的이고 頻繁히 實施되는 人權侵害의 權力行使를 法的으로 承認한 것이다. 그것은 1700萬 独逸人에 대한 人權侵害의 權力行使를 法的으로 委任한 것이다. 基本條約은 이제 까지 西独이 東独의 独逸人에게 事實上 베울 수 있었던 諸 助力를 例컨대 第3国에서 그들을 代理해 준다든가 하는 것들을 將來에 있어서는 完全히 不可能하게 만들어 버렸다.

西独은 東独의 國家權力을 다음과 같은 限度內에서 즉 東独이 東独內의 独逸人으로 하여금 出國을 통하여 共產政權을 벗어날 수도 있게 해 주는 條約上 協定을 肯定하는 限에서 認定했어야 할



것이다. 基本條約은 이와는 반대로 東獨地域을 拋棄함으로써 거기에 居住하는 수많은 獨逸人을 生活의 威脅下에 放置하였다. 基本條約의 締結로서 西獨은 東獨간의 獨逸人에 대한 保護와 配慮義務에 反하였다.

聯邦憲法裁判所의 判決에 따르면 1回的이며 同時に 合憲的이라는 信念下에 행한 根本的憲法規範의 侵害의 可能性은 公共福利에 重大한 損害에 該當한다. 따라서 本 仮処分申請은 正当함이 立証된 勿論 ( Ⅱ 7,367/373 ; 12,36/39 參照 ) 그와 같은 侵害가 憲法秩序에 持續的인 障礙가 될 개연성이 질을 때 그것은 一応 妥當한 것이라 할 수 있다. 本件은 바로 이 경우에 該當한다 하겠다. 만약 條約이 批准되고 聯邦憲法裁判所가 條約承認法律이 基本法과 合致하지 않음을 確認하는 本案判決을 할 경우 한편으로는 根本的 憲法規範上的 拘束을, 다른 한편으로는 國際法的拘束이라는 兩者의 矛盾을 招來할 慢性的狀態에 突入할 것이다. 그와 慢性的狀態는 다 음과 같은 結論의 推理을 可能케 한다.

즉, 西獨은 實効力을 갖게된 이 條約을 實現시킬 것이다. 이 義務는 本案審理의 結果 提訴人의 勝利로 判斷되는 경우에도 存続 될 것이며 따라서 基本法을 繼續 侵害하는 狀態가 發生케 될 것이다.

一 條約이 施行되면, 그것에 대해서 基本法과 合致하지 않는다는 判決이 내려진 다 하더라도 基本法과의 不一致에서 오는 負擔으로 國際

法上 混雜을 빚을 것이 分明하다 ( BVerfGE 1, 396/413 參照 ).

그리하여 兩獨間的 關係를 改善하고자 意圖한 1972年 12月 21日 條約의 目標은 결국 成就될 수 없으며 오히려 兩國間的 關係에 새로운 집단 가져다줄 結果가 될 것이 豫想된다.

3. 要컨대 다음과 같은 思考는 仮処分申請을 正当化한다.

仮処分申請을 하지 않은 채, 聯邦憲法裁判所가 本案判決의 結果 條約의 基本法 不合致性을 宣言한다면, 그 사이에 이미 條約의 拘束力은 發生했을 것이므로 本法院의 判決은 既往의 事態에 束手無策이다. 聯邦憲法裁判所法 第31條 1項에 의한 法律效果를 發揮할 수 없다는 말이다. 이것은 同時에 基本法이 憲法의 保護를 授任한 聯邦憲法裁判所의 地位와도 맞지 않게 된다 ( BVerfGE 7, 367/373 ). 聯邦憲法裁判所는 憲法上 意見이 不一致할 때에 適時에 効力있는 調整을 해 줄 任務를 갖는 때문이다.

## II

本件 仮処分을 申請하지 않은 채, 聯邦憲法裁判所가 本案判決의 結果 條約承認法律이 基本法과 不合致하다는 判決을 내릴 경우 豫期되는 損害에 比하면 仮処分申請을 認容함으로써 隨伴되는 結果는 거의 重要치 않다 하겠다.

1. 條約을 批准할 義務는 條約의 調印 ( *Glnterzeichnung* ) 으로

서 成立하는 것은 아니라는 점을 우선 明白히 할 必要가 있다. 調印이란 단순히 政府間의 意見合致의 한 表現에 지나지 않는다. 調印을 함으로써 그 後 批准을 거쳐 條約에 拘束力을 賦與할 道德的인 義務가 發生할 것인지의 問題는 모르겠다. 그렇지만 締結 當事者는 언제나 調印된 條約을 批准할 것이냐 아니냐에 대하여 自由로운 것이다 (Berber aaO s. 425 參認). 條約의 批准을 하지 않은 것은 결코 違法的態度가 아니라 할진대, 批准節次를 最高의 意味를 지닌 憲法的判斷이 있을 때까지 停止시키는 것 또한 妥當하다 아니할 수 없다.

2. 西獨과 東獨間의 關係가 많은 歲月동안 條約이 없이 지내온 關國에, 批准節次를 이 緊急한 時期에 若干 停止시킨다는 것은 別 問題가 되지 않는다. 勿論 條約相對國인 東獨에게 있어서도 마찬가지이다. 東獨은 이에 條約이 締結된 以後 이 條約이 基本法에 違反될 것이라는 것을 익히 알아왔다. 적어도 1972年 12月 21日 以後에는 基本條約의 基本法違反與否에 관한 是非는 西獨에서는 公共然히 討論된 것이기 때문이다. 이와 關聯된 1973年 2月 2日의 聯邦參議院의 決定이 있었다. 이것은 基本條約에 反對하는 政治的· 憲法的 理由를 提示함으로써 이루어졌다 (聯邦參議院의 389次 會議에 관한 速記錄 S. 2 ff 및 BR-Drucksache 640/72 參照) 또한 聯邦議會 法司委員會의 條約承認法律 審議過程에서도 그렇게 採 扱되었다 (聯邦議 法司委員會 第4次에서 第6次 會議에 관한 速記

錄 參照)。

結論的으로 聯邦憲法裁判所 스스로도 表現하기를 ( E 7,367/372), 條約承認法律의 基本法合致性否가 立法團體에서 激烈히 다루어지는 그러한 狀況이라면, 仮処分申請을 判斷함에 있어서도 考慮되어야 할 것이라고 했다.

3. 條約이 基本法과 合致되느냐의 問題에 대한 聯邦憲法裁判所의 宣言은 條約相對國家의 利益과도 關聯된다. 法院이 條約의 合憲性을 내릴 때, 이 條約의 實現에 障礙要素가 되었을 모든 憲法的 疑心이 除去될 수 있게되며, 이때에 비로소 西獨側에서도 마찰없는 條約의 實現을 保障할 수 있는 것이다.

4. 비록 東獨政府가 基本條約에 關聯하여 保障하기로 公言한 人權의 諸措置들이 적지않게 尊重되어야 한다 할지라도 基本條約의 發效를 약간 遲滯한다는 것이 至大한 影響을 미치지 않을 것이다.

條約이 作成되고 調印된 以後 輕微하나마 약간의 措置가 있었으며, 또한 最近 Nadelstiche 政策을 東獨편에서 挾하기도 하였다.

東獨이 數個月 前부터 國際社會에서 一般的으로 承認을 받은 뒤 부터는 合意한 諸措置에 지금과 같이 檢査 注意를 기울일 것이라고 判斷하는 것이 옳을 것이다. 그러나 여기에서 重要한 것은 家族의 共同居住 ( Familienzusammenführung ) 라든가 非商品性物件去來의 改善 ( Verbesserung des nichtkommerziellen Warenverkehrs)

等 數個의 措施가 基本條約의 施行 以後에 있어서가 아니라 "關係의 正常化過程" ( im Zuge der Normalisierung der Beziehungen )이 있는 뒤로 있었다는 點이다. 다만 広範圍한 國境通行設定 ( Grenzübergangsstellen )의 開始를 基本條約이 施行되는 時期로 잡고 있을 뿐이다. 이미 共同國境委員會 ( Grenzkommision )가 그의 作業을 着手했다. 따라서 東獨과의 關係가 그와 같은 合理的인 根柢下에 批准節次를 停止시킨다 하여 致命的인 打撃을 입을 理由는 하나도 없는 것이라 하겠다.

고 펠

( Dr. h. c. Goppel )

II. 1973年 5月 22日 바이에른州政府 首相의 文書

바이에른州政府首相 8 번째 22, 1973年 5月 22日

Nr. III/2-020004-3-25

聯邦憲法裁判所 貴下

7,500 칼스루헤

카알 슈트라세 10

案件 : 西獨과 東獨間의 基本關係에 관한 西獨과 東獨間의 1972年  
12月 21日의 條約承認法律에 관한 合憲性與否의 審査節次

本件 : 訴訟代理人的 決定通知

開始될 바이에른州政府가 오늘 提起하고 假処分申請으로 上記法律  
의 基本法律의 基本法 合致性 審査節次는 Dr. Dieter Blumenwitz  
教授가 바이에른州政府의 訴訟代理人으로 決定 되었다. Dr. Blume-  
witz 教授의 住所는 下記에 적힌 바와 같다.

아우구스부르크 大學

89 아우구스부르크

헤싱슈트라세 9 .

Dr. h. C. Goppel

### III. 1973年5月23日 聯邦憲法裁判所の 公報

#### 聯邦憲法裁判所の 紙上發表

聯邦憲法裁判所에는 現在 바이에른州政府가 提起한 西独과 東独間의 基本關係에 關한 西独과 東独間의 1972年 12月 21日의 條約( '基本條約' )의 承認法律에 對한 副署, 署名 및 公布 그리고 本 條約 第10條에 對한 批准文書의 交換 等 一切의 行爲를( 本法律이 基本法에 合致될 수 없어 無效라는 確認이 내려질 때까지) 停止시키는 假処分申請이 係屬中이다.

立法團體에서의 條約承認法律의 審査는 빠르면 1973年 5月 25日 金曜日 聯邦參議院의 審査가 끝난 뒤 비로소 締結될 수 있을 것이다. 이것은 바이에른州가 提請한 仲裁委員會의 召集이 拒否된다는 前提下에서의 말이다.

本案判決을 위한 바이에른州政府의 確認의 訴는 아직 開始가 없었다. 그것은 條約承認法律이 國家統一의 原理( 國家의 單一性 維持의 原理, 獨逸의 그밖의 領域의 加入權의 原理, 基本法 第23條 1項, 東独居住 獨逸人에 對한 保護 및 配慮義務 等의 諸原理)에 背馳된다는 것을 理由로 삼고 있다.

聯邦憲法裁判所 第2部는 1973年 5月 28日 月曜日, 訴의 審査를 위하여 召集되었다. 이같은 關聯下에서 아마도 本 確認請求의 訴에 對한 判決 및 本案에 對한 公開審理를 언제 어떻게 開催할 것인가에 對한 問題와 더불어 詳細한 時間이 發表될 것이다.

이에 대한 모든 參加者가 밝혀질 것이다.

칼스루헤, 1973年 5月 23日

IV. 1973年 5月 25日의 聯邦法務部長官의 文書

聯邦法務部長官      53 Bonn, 1973年 5月 25日  
1004B(2321)

聯邦憲法裁判所副所長 兼  
第2部 議長      貴 下

7500 칼스루헤 1

案件：西獨과 東獨間의 基本關係에 관한 條約承認法律의 違憲性與  
否에 대한 바이에른州政府의 訴訟

1973年 5月 23日字 聯邦憲法裁判所公報의 報道를 읽고 本人은  
聯邦憲法裁判所 第2부가 바이에른州政府의 訴의 審理를 하기 위하  
여 1973年 5月 28日字로 集會된다는 것을 알았다.

聯邦政府의 이름으로 本人은



바이에른 州政府가 提請한 假処分申請을 却下시킬 것을 求하는 訴를 提出하는 바이다.

応急策으로서 本人은 本訴를 口頭審理없이 判決해주도록 要請한다. 條約締結의 全過程을 통하여 憲法的 審査를 細密히 해보고 또한 立法団体の 基本條約의 審査가 끝난 뒤 本聯邦政府는 바이에른 州政府가 우려하는 바는 明白히 根拠없는 것이라는 데에 意見を 모으게 되었다.

聯邦政府는 本訴를 提起함에 眞摯하게 理由를 列挙코자 한다. 西獨과 東獨間의 基本關係에 관한 條約의 批准을 遲滯하는 것은 重大한 損害를 招來할 수 있다.

聯邦憲法裁判所가 1973年 5月 28日의 會議에서 最終的인 判決은 내리지 못할 것이라면, 聯邦政府는 假処分申請에 대한 口頭審理를 短時間동안 行해 줄 것을 要請한다. 聯邦政府는 그 代表者를 各自의 訴內容을 充分히 理解케 한 뒤에 聯邦憲法裁判所에 隨時로 派遣할 作定이다.

게르 하르트 안

(Gerhard Jahn)

V. 1973年5月29日의 聯邦憲法裁判所の 公報

聯邦憲法裁判所の 公報

오늘 聯邦憲法裁判所 第2部는 바이에른州政府가 提起한 이른바 基本條約의 承認法律의 違憲審査 要求에 대한 口頭審理의 期日은 1973年6月19日 木曜日 10時로, 그 判決의 宣告날짜는 1973年7月31日 木曜日 12時로 決定하였다.

이밖에도 이에 대한 어느 当事者の 停會要請은 受諾하지 않기로 決定하였다.

칼스루헤,

1973年5月29日

VI. 1973年 5月 30日 聯邦法務部長官의 文書 (텔레타이프受信)

聯邦法務部長官 Bonn, 1973年 5月 30日

1004E(2321)-198/73 14:00時

脚註 本 텔레타이프는 当日 平常文書로써 聯邦憲法裁判所に 送達  
되었다.

聯邦憲法裁判所副所長 兼

第2部 議長 발터 쾨페르트 (walter Seuffert) 氏 貴下

7500 칼스루헤 1

案件 : 西独과 東独間의 基本關係에 관한 條約의 承認法律에 대한  
바이에른州政府의 違憲審査의 訴

尊敬하는 議長께.

聯邦法務長官 얀 (Jahn) 氏의 부름을 받아 本人은 1973年 5月  
29日 長距離通話를 통하여 당신께 말씀드린 바를 다시금 強調하고  
자 합니다.

1. 聯邦政府는 法院에 問題로 係屬되어 있는 바 批准文書의 交  
換을 聯邦憲法裁判所가 本案判決을 宣告토록 되어 있는 1973年 7月  
31日까지 延期한다는 생각은 도무지 상상조차할 수 없음을 밝힙니다.

2. 聯邦政府는 늦어도 1973年 6月 4日까지는 聯邦憲法裁判所에 대하여 1973年 7月 31日以後에 批准文書를 交換할 경우 어떤 重大事由가 發生한 것인가에 대하여 明確한 解明을 할 것입니다.

3. 聯邦憲法裁判所가 1973年 5月 30日 行한 口頭審理는 聯邦政府가 바라는 바가 아닙니다.

頓 首 再 拜

바 알 만

(Bahlmann)

VI. 1973年6月2日의 聯邦法務部長官의 文書

聯邦法務部長官 53 본, 1973年6月2日

1004 E(2321) - 198/73

聯邦憲法裁判所副所長 兼

第2部 議長 貴下

75 칼스루해 1

聯邦政府의 名義로 本人은 1977年5月22日 바이에른 州政府가 提請한 仮処分申請에 대한 立場을 傳達한다.

第III節에서 本人이 聯邦政府의 名義로 밝혔듯이 仮処分申請을 認容한 경우 미치는 重大한 損害의 仔細한 說明이 法院을 說得하는 데에 큰 容与를 하였다고 생각한다. 聯邦政府는 本 內容을 公共然하게 傳達할 수는 없다.

Gerhard Jahn

聯邦法務部長官 53 본 1973年 6月 2日

1004 E(2321) - 198/73

聯邦憲法裁判所副所長 兼

第 2 部 議長 貴下

7 5 칼스루헤 1

案件：西獨과 東獨間的 基本關係에 관한 條約에 대한 바이에른州  
政府의 違憲性審査要請

本件：1973年 5月 22日의 仮処分申請

關係文書：1973年 5月 23日字 貴院의 文書 - z Bv Q 1/73 -

添附：30 통의 寫本

聯邦政府의 名義로 本人은 1973年 5月 22日字 바이에른州政府의  
仮処分申請에 대한 立場을 다음과 같이 表明한다.

聯邦政府의 見解에 의하면 本訴는 적어도 部分的으로는 不適法하  
다(I). 그리고 原因自体에 있어서도 根拠가 薄弱하다(II). 또한 그와  
같은 仮処分申請은 西獨에게 国内外에 걸친 重大한 損害를 招來하  
게 될 것이다. (III).

I.

1. 바이에른州政府가 提起한 仮処分申請 즉 聯邦憲法裁判所로 하  
여금 西獨과 東獨의 1972年 12月 21日의 條約에 관한 承認法律의  
副署, 署名 및 그 公布를 바이에른州가 提訴한 本案判決이 確定될

때까지 停止해 줄것을 要請하는 限 그 申請은 許容될 수 없다.  
( unzulässig ).

이제까지 聯邦憲法裁判所의 判決에 나타난 바에 의하면 聯邦憲法  
裁判所는 國際法上 條約에 관한 批准法律을 基本法 第93條 1項  
2號에 依拠하여 抽象的 規範統制 ( abstrakte Normen Kontrolle )  
를 통하여 그의 形式的·實質的 基本法合致性 與否에 대하여 審査  
할 수 있다 ( BVerfGE 1,396 [410]:4,157[162]:6,290[294];  
12,205 [220]; 12,281 [288]). 原則적으로 聯邦憲法裁判所는 우선  
形式的으로 存在하는 法 ( formell bestehendes Recht )만을 審査  
할 수 있다. 여기에서 다소 벗어나 聯邦憲法裁判所는 國際法上  
條約의 批准法律은 비록 그것이 公布前일지라도 審査가 可能하다는  
立場을 取한다 ( BVerfGE 1,396 [410]). 聯邦의 立法團體에서의 節  
次上的 條約承認法律은 아직도 聯邦大統領에 의한 署名 및 그 公  
布를 必要로 한다는 制限된 意味로 새겨야 할 것이다 ( BVerfG  
aaO. Seite 413). 結局 批准法律의 合憲性 與否를 審査할 責任이  
있는 聯邦憲法裁判所는 聯邦大統領이 法律의 公布를 하고 그러므로  
서 批准이 行하여지기 전에 判決을 내려야만 할 것이다. ( BVerfG  
aaO. Seite 414). 이 같은 根本原則을 考慮해 볼 때 基本  
條約에 관한 批准條約에는 仮處分으로 인한 批准條約에의 副署, 署  
名 그리고 公布를 停止시킴으로써 基本條約의 拘束力 있는 实效性을  
沮止시키려는 原因이나 必要性의 別無한 것이다.

聯邦憲法裁判所는 條約批准法律에 대한 聯邦大統領의 署名이나 公

布 以前에 規範統制를 許容하는 것은 다만 그렇지 않으면 西獨이 國際法上의 義務를 憲法을 侵害하면서 까지 實行하여야 하게 될지도 모를 것이기 때문에 認定하는 것이다( BVerfGE aa0, Seite 413 ). 그것은 批准法律의 署名 및 公布 그리고 條約의 批准은 해당 憲法機關의 責任下에 法節次進行이라는 論旨에서 出發한 것이 分明하다. 이 같은 構成要件이 本件에서는 該當하지 아니한다. 基本條約은 第10條에 따라 批准이 要求되며, 그리고 批准文書의 交換과 더불어 發効하는 것이다. 그리고 聯邦大統領에게는 批准文書의 慣例的交換이라는 것은 없다. 도리어 聯邦政府는 聯邦大統領에 授權하는 形式을 통하여 東獨政府와 批准文書를 交換하도록 前示한 條約 第10條는 規定하고 있다. 그러므로 本件에서는 聯邦大統領에 依한 署名과 公布를 停止시킬 何等의 理由도 없는 것이다. 假如分은 無條件 아주 緊急한 措施에만 局限되어야 할 것이다 ( Leibholz Rnpprecht, BVerfGG, 1968, §32 Randnr.20).

2. 基本條約 第10條에 따른 이미 言及한 批准文書 交換을 假如分節次에 따라 暫定的으로 停止시켜 달라는 訴는 심각한 憂慮가 되지 않을 수 없다. 本訴는 基本法 第93條1項1号에서 規定한 이 基本法과의 形式的·實質的 兩立性에 관한 意見差異나 疑問을 聯邦憲法裁判所가 判斷한다는 法理를 誤解하고 있다.

聯邦憲法裁判所는 여러 경우에 있어서 聯邦憲法裁判所法 第32條에 따라 抽象的 規範統制의 節次 및 判決이 考慮될 수 있다고



表明하였다. 또한 同裁判所는 聯邦憲法裁判所法 第32條의 體系上 位置를 一般的節次規定으로 보고 있다. (BVerfGE 1, 85 [86]). 聯邦憲法裁判所는 더욱 나아가서는 그의 判決을 通하여 聯邦憲法裁判所法 第32條의 適用에 關하여 解決의 基準을 發展시켰으나 그것은 대개는 抽象的規範統制와의 關聯을 지은 것은 아니었다. 특히 聯邦憲法裁判所는 그의 判決에서 결코 條約批准法律과 關聯한 仮如 分の 事例에 대해서는 言及한 바가 없었다.

基本法 第93條1項2號에 의거한 抽象的規範統制에 聯邦憲法裁判所法 第32條를 適用할 경우에는 다음과 같은 事實을 念頭에 두어야 한다. 즉 이와같은 客觀的節次에서 비로소 憲法守護者(Hüter der Verfassung)로서의 聯邦憲法裁判所의 任務가 가장 먼저 나타나게 된다는 것이다(BVerfGE 1, 184 [195]). 그것은 憲法을 保護함에 있어서 主觀的 正当性과는 無關한 客觀的節次이며 또한 단지 憲法이라는 尺度下에서 法律審査에 寄與한다(BVerfGE 1, 396 [407]; 2, 307 [311]; 20, 56 [95]). 그러나 基本法 第93條1項2號 및 聯邦憲法裁判所法 第76條는 聯邦政府, 州政府 및 聯邦議會員 3分之1에게만 聯邦憲法裁判所에 대한 提請을 許容하고 있다. 여기에서 重要한 것은 어떠한 混難도 前提하지 않는 訴訟의 正当性이라 하겠다. 訴訟節次는 原則的으로 訴提起機關이 異議있는 規定에 同意를 하였을 경우에만 開始될 수 있는 것이다. 聯邦憲法裁判所의 審査가 가지는 客觀的의 性格 때문에 抽象的規範統制의 節次는 當事者를 要하지 않으며(BVerfGE 2, 307 [311f.]) 그리하여

예컨대 被告라는 것도 없다 (BVerfGE 1, 208 [220]). 이같은 憲法의 位置는 (그것이 일단 開始가 된 以後에는) 裁判이 經過함에 따라 提訴人의 請求 (Verfügung)가 除去되라는 結論이 나온다. 그리하여 提訴人에 의한 訴의 撤回라는 것은 論理上必然的으로 裁判의 成立에서 影響을 줄 수 없다 (BVerfGE 1, 396 [414]). 이와같은 法的 狀態는 聯邦憲法裁判所法 第32條를 適用함에 있어서 尊重되어야 할 것이다.

하나의 假処分申請이 可能하다 하더라도 抽象的規範統制에 있어서 는 提訴者에 대해서만 臨時的으로 法的保障을 해 주는 것이 問題가 될 수 없으며, 聯邦憲法裁判所는 그것이 憲法의 守護者로서 그에게 賦與한 任務를 成就시키는 過程으로서 判決할 것이 要望된다.

3. 그와같은 法的狀態는 聯邦憲法裁判所에서는 本裁判所가 職務上 假処分申請에 대해서 判斷한다고 할지라도, 그러한 訴提起가 없었을 때의 權限과 하나도 다를 바 없다 (BVerfGE 1, 281 [283]).

假処分申請을 認容하는 데는 많은 結論이 뒤따르게 되므로, 聯邦憲法裁判所는 聯邦憲法裁判所法 第32條1項의 前提에 合致되느냐에 대한 審査를 함에 있어서 하나의 嚴格한 尺度를 마련해 두었다. 法院의 判決을 따르건대 그 結論은 만약 假処分申請이 없었을 경우 그 後에 本案判決의 結果 係屬中の 処分 (Maßnahmen)이나 其他 法規範 (Normen)들이 違憲이라고 判斷될 경우에 到來할 損害 (Nachteil)와 同 処分이나 其他 法規範들이 假処分申請에 따라 일단

停止되었을 경우 發生할 損害와 較量해본다는 것이다 (BVerfGE 12, 276 [297]; 16, 220 [226f]; 18, 34 [36]; 18, 157 [153]; 18, 157 [158f]; 31, 381 [386]).

抽象的 規範統制 특히 條約批准法律이 그 對象이 되고 있는 경우 그 審査는 性質上 매우 重要한 結果로 인하여 聯邦憲法裁判所法 第32條1項에 規定된 公共福利의 原則이라는 嚴格한 尺度에 따라 特別한 方法에 따라 實行되어야 한다. 이에 따라 國內外政策形成의 權限있는 聯邦憲法機關 (Verfassungsorgane des Bundes) 은 그의 憲法的義務를 充足시킬 수 있어야 한다는 것을 考慮下에 두어야 한다. 바이에른州政府의 見解는 그가 提出한 假処分申請을 통하여 볼 때 同條約承認法律이 違憲임을 前提로 出発하고 있으나 聯邦憲法裁判所가 合憲宣告를 내리기 까지에는 相當히 重要한 憲法的 憂慮를 內包하고 있다.

## II.

1. 本件에 있어서 假処分申請은 그 實質上 이것이 公共福利上 切實한 경우에만 단지 一時的 代替性이 認定되며 또한 必要되는 것이다. 聯邦憲法裁判所는 判決에 즈음하여 條約承認法律을 立法的으로 議決할 權限을 受任받은 憲法機關이 決定하게 될 그 根拠를 考慮하여야만 한다.

단지 暫定的인 批准節次의 中斷과 基本條約의 兩國間의 实效性의

현저한 政治的效果는 (이에 대한 詳細한 內容은 Ⅲ以下) 聯邦憲法裁判所의 그밖의 判決의 國家法的 意味를 害침이 없이 前記와 合致될 判決은 '特異한 政治家의 判決의 要素'를 內包하고 있다는 것을 分明히 한다. (Grundmann, Zur Vor greiflichkeit verfassungsgerechlicher Anordnungsentscheidungen, DÖV 1960, 680 [681]). 이와같은 意味에서 憲法機關으로서의 聯邦憲法裁判所는 하나의 判決을 통하므로써 政治的意思形成過程에 있어서 고유한 責任을 承繼받게 된다. 이와같은 責任과 相応하여 聯邦憲法裁判所는 判決에 있어서 假処分申請에 同意 또는 反對의 모든 實質的인 觀點을 可能한 限 審査하여야만 한다. 假処分申請은 다음과 같은 때에 限하여 許可될 수 있다. 즉 基本條約의 基本法과 合致與否에 대한 憂慮가 實際로 받아들여야 하겠다는 充分한 개연성이 存在하는 限에서 可能하다.

同時에 그로부터 聯邦憲法裁判所法 第32條1項에 따른 假処分申請은 이미 聯邦憲法裁判所의 그와 같은 判決이 適合하다고 認定한, 그렇게 重要한 要件들을 包含하고 있어야만 할 것이다라는 結論이 생긴다. 그러므로 抽象的規範統制의 權限을 부여받은 憲法上機關이 充分한 內容 審査를 하지 않은 채 단순히 對象인 法律이 基本法에 抵触할지도 모른다는가 또는 그렇기 때문에 公共福利上 緊切히 要求되는 假処분을 通하여 우선 規範의 停止를 命하여야 한다는 단순한 主張만 가지고는 理由에 適合치 않다.

2. 바이에른州政府는 基本條約의 根本憲法規範과의 合致性에 疑問을 表示하였다. 그는 또한 基本條約이 國家統一이라는 至上原理 (國家的 單一性 維持의 任務, 基本法 第23條 그리고 東獨內 居住 獨逸人에 대한 保護 및 配慮義務 等 一切의 原理)에 違背된다고 主張한다.

이와같은 論旨는 根拠가 되지 못하며 假処分申請을 위해서도 充分한 事由가 될 수 없다. 바이에른州政府는 前記한 審査 및 특히 立法團體에서의 憲法的 問題에 대하여 國家法과 國際法的 文獻上 이미 數年 前부터 支持되어오는 意思形成에 대하여 전혀 아는 바가 없는 것이다.

3. 基本條約은 基本法과 密接히 關聯되는 政策에서 判斷되어야 한다. 聯邦의 政策關係를 規律하는 條約에 대한 憲法的 審査는 그 條約이 成長하여 온 政治的인 基盤 (Politische Ausgangslage) 이라든가 혹은 앞으로 條約이 形成하고 變更시켜야 할 政治現狀 (Politische Realitäten)을 忘却해서는 아니될 것이다. (BVerfGE 4, 157 [168]). 모스크바 (Moskau)와 바르샤바 (Warschau)의 條約을 통하여 聯邦政府는 兩獨接近의 前 段階로서의 유럽에서의 平和的 秩序를 創造했으며 兩獨의 새로운 共存을 目標로 하였다. 基本條約은 最初로 根本的인 方針으로 兩獨의 關係를 規定하였다.

基本條約과 그에 附隨된 政策은 유럽의 平和를 維持 保護하며

또한 그러한 狀況下에서 獨逸에 있어서의 可能的 政治的 緊張緩和 (politische Entspannung)와 接近 (Annäherung)을 實現하는 것을 主目的으로 하였다. 基本條約은 이와 같은 目標 設定을 통하여 우리 憲法秩序 (Verfassungsordnung)의 政治的 法的 自明性이 根柢하고 있는 兩大 基本原則 즉 平和의 原則 (Friedensgebote)과 再統一의 原則 (Wiedervereinigungs gebot)과도 相應한다.

平和를 維持하는 것은 獨逸聯邦共和國 및 그 憲法을 正當化시키는 根本原理이다. ( R. Smend; Der Kampf um den Wehrbeitrag, 2. Hlbd, 1953, S.558 [561]). 平和 原則은 基本法 前文 및 第24條2項, 第26條에 그 基礎를 發見할 수 있다.

4. 基本法 前文에서 볼 수 있는 統一의 原則은 平和維持라는 根柢이 되는 憲法 原理下에서 成立한다. 聯邦憲法裁判所는 政治機關으로 하여금 再統一의 手段과 方法의 選擇에 있어서 広範圍한 政治的 裁量權을 賦與하였다. 1956年의 聯邦憲法裁判所의 判決에 따르면 法官은 한 憲法機關이 發한 措置에 대하여 그것이 國家再統一이라는 憲法原理를 侵害하는 것이 明白하며 또한 그에 대한 見解를 分明히 밝히지 못하는 限 그에 대한 拒否를 할 수 없다고 하였다. ( BVerfGE 5, 85[127f]).

a) 聯邦政府가 行한 條約政策은 統一 原則을 法的으로서나 事實上으로서나 不可能하게 하지는 않았다. 1969年 10月 28日의 政策

宣言 即 独逸 領土위에 두개의 独逸 國家가 存在한다 ( auf dem Boden Deutschlands existierten zwei Staaten ) 는 決斷이라는 同時에 그에 의해서 公式화된 基本條約이 있었다고 하여 統一을 成就시킬 수 있는 法的 事實的 可能性이 排除된 것은 아니다. 이와 反對되는 見解는 独逸國家는 1937年의 國境線과 同一함은 不變의이며 兩獨政府는 独逸國家와 同一하다 ( id entisch ) 는 主張에 基礎를 두고 있다. 이 理論은 独逸의 地位에 관한 相異한 여러 理論들 중의 하나이나, 이것은 独逸의 地位에 관한 國家法 理論이 發展시킨 바 중에서 出衆치 못하는 것에 속한다 할 수 있다. 이미 1955年에 하이데 ( Heydte ) 가 編著한 F.A. 刊 國法学者論誌 ( Staatsrechtslehrer-Tagung von F.A. ) 에는 同一說 ( Identitätstheorie ) 이 외에도 部分國家說 ( Teilordnungstheorie ) 이 法的으로 說明이 可能하며 또한 그것이 本件에서 判決코자하는 政治家들의 見解라는 것이 確認되고 있다 ( Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Bd. 13. 1955, Leitsatz c2, S. 6. ff. ). 部分國家說에 基礎된 独逸政策이라 할지라도 결국 처음부터 再統一 原則과 背馳되지 않으며, 나아가서는 民族과 國家의 單一性을 維持하여야 된다는 基本法 前文의 本旨와도 抵触되지 않는다.

b) 바이에른州 政府의 訴가 西獨과 東獨間에 國境不可侵의 條約으로서 承認한 것과 同時에 東獨의 領土의 主体性을 尊重하는 것은 統一 原理에 背馳되는 것이라는 것을 說得시키려 하는 限,

그것은 基本条約 第3条가 内包하고 있는 内容과 意味를 誤解하는 것이라 단정할 수 있다. 基本条約 第3条 1項은 西独과 東独間에 있어서 武力의 拋棄를 規定한 것이다. 이 規定은 平和 原則을 具体化한 双務的 条約 ( bilateral Vertrag )에 지나지 않는다. 基本条約 第3条 2項에서 宣布한 国境 不可侵의 確認과 領土의 完全性を 尊重하는 것은 武力 拋棄를 實効시키는 限界를 規定한 것이다. 基本条約 第3条 2項은 ( 平和原則의 政策이 감안된 ) 国境의 武力의 變更을 条約을 통한 拋棄를 包含한다. 基本条約 第6条에서 確認하고 있는 兩國은 自國의 領土內에 最高權을 局限한다는 것은 이미 基本法 自体가 그의 適用範圍 ( Geltungsbereich )를 限定하였다는 것과 같이한다. 基本法은 西独이 東独 領域에 까지 그 權力行使를 하도록 要求하지는 않는다. 그 밖에도 지난날 바이에른州가 1972年 5月 26日 西独과 東独間의 往來에 관한 協定 ( der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über Fragen des Verkehrs vom 26. Mai 1972 )에 대하여 1972年 10月 6日 聯邦參議院 385次 會議에서 明白히 同意를 表했던 것을 注意해 보자. 이미 이 条約에서 兩國의 最高權領域 ( Hoheitsgebiet )과 相互 獨立의인 國家에 관한 言及이 있었던 것이다.

西独과 東独間의 国境不可侵에 관한 確認 行為는 全独逸의 總選舉實施 ( Die Abhaltung gesamtdeutscher Wahlen )라든가 또 다른 形態의 統一을 妨害하지 않는다.



c) 第3條, 第6條, 其他 條約의 諸規定 어느 것도 獨逸이 가지는 政治的 目標 즉 獨逸의 統一을 創造하는 것에 矛盾되지 않는다. 그것은 우선 條約 第9條에서부터 發生한다. 거기에는 明白히 앞서 締結된 雙務 또는 多邊 條約이나 協定이 다른 條約 當事國에 何等의 影響을 미치지 않을 것임을 明定하였다. 앞서 締結된 條約에는 1954年 10月 23日 파리 (Paris)에서 調印된 西獨의 變更된 體制內에서 占領軍政의 終結에 관한 議定書 (Protokoll über die Beendigung des Besatzungs regirnes in der Bundesrepublik Deutschland geänderten Fassung) 第1部 (Liste)에 따른 1952年 5月 26日 西獨과 3大國間의 關係에 관한 條約 (獨逸條約 : Deutschlandvertrag)도 包含된다 (BGBI. II. 1955.S.213,305), 西獨과 3大國間에 締結된 獨逸條約 第7條 2項에 規定된 義務가 明示되었다. 즉 平和的 手段을 통하여 獨逸 統一을 實現시킨다는 共同 目標을 위하여 共同 努力한다는 것이다. 基本條約 第9條에 依拠한 1972年 12月 21日의 西獨 首相의 任務를 띤 聯邦長官과 東獨 閣議 (DDR-Ministerrat)의 國家書記와의 書信交換은 本 覚書 (Noten)의 內容을 三國과 蘇聯에 傳達한 바는 西獨과 東獨은 全体 獨逸 및 베를린에 관한 四大國 權利 및 義務의 存在 및 繼承을 認定한다는 것을 明白히 밝혔다. 이 書信 交換중에서 밝힌 確認을 통하여 兩獨逸國은 如前히 四大國의 權利와 義務가 存在함을 認定했다. 基本條約은 四大國의 權利를 否認하지는 않았으며 同時에 講和 (Frieden-

vertrag)나 그와 類似한 解決을 表하지도 않았다.

d) 이미 모스크바 條約 (Moskauer Vertrag) 과 관련하여 聯邦 外務部長官이 蘇聯 外務長官에게 보낸 1970年 8月 12日의 書翰 ("Brief zur deutschen Einheit")이 蘇聯에 대한 關係에서와 마찬가지로 聯邦首相으로부터 特別任務를 받은 聯邦長官이 東獨閣議의 國家書記에게 보낸 1972年 12月 21日의 書翰에서의 東獨과의 關係에서도 西獨으로 하여금 獨逸民族은 自由로운 自己決定 (Selbstbestimmung)으로 統一하려는 政治的 目標을 基本條約의 締結과 同時에 拋棄토록 主張하는 것을 防止하였다. 條約에 關係된 條約當事國들에 依해 採択된 그러한 文書들은 一般的으로 承認된 條約當事國間의 條約慣習法에 따라서 1969年 5月 23日 비인 條約協定 (Wiener Vertragskonvention)에서 合法化되었듯이 (이에 대해서는 Art.31.Abs.2.Ziff.6/2b) 그 意味의 解釋을 할 것이며 그에 羈束될 것이라 하였다. "獨逸統一에 관한 書翰"은 東獨에 의해서 異議없이 受諾되었다. 그것은 (文言이 말해 주듯이) 條約의 締結과 더불어 到達될 書類들과 關聯하여 그리고 條約과 關係 있는 하나의 文書로서 條約當事國에 의해서 採択되었다. "獨逸統一에 관한 書翰"은 基本條約이 西獨의 政治的 目標과 相反되지 않을 뿐만 아니라 自由로운 自己決定을 통하여 統一을 이룩코자 하는 獨逸民族의 努力과도 反對되지 않는다는 것을 알려 주는 解釋法的 指針이라 할 수 있다.

5. 基本條約은 基本法 第23條와 合致할 수 없을 것이라는 바이에른州政府의 推測은 根拠도 없을 뿐 아니라 또한 假処分申請이 表現하고 있듯이 그렇게 充分한 만큼의 內容도 결코 가지고 있지 못하다. 主張되고 있는 基本法 違背性은 明白하여야 할 것임에도 不拘하고 그 論理性을 缺如하고 있음을 否認치 못 할 것이다.

a) 基本法 第23條 2項은 단순히 "獨逸內의 또 다른 地域에서" 라는 表現을 통하여 그들의 加入과 同時에 效力을 갖는다고 規定한다. 基本法은 이 文言을 통하여 西獨은 1937年 現在の 國境線內의 獨逸國과 同一視하는 것을 廻避하였다. 基本法 第23條는 同條에 立脚한 廣範圍한 憲法 委任을 통하여 加入 可能性 (Beitrittsmöglichkeit) 을 認定하지 않는다. 그러므로 基本法 第23條 2項에 規定된 獨逸의 다른 地域의 加入에의 法的可能性은 基本條約의 締結로서 排除된 것도 妨害된 것도 아니다.

그밖에 基本法 第23條에 立脚한 政治的 判決의 審議에 있어서 聯邦憲法裁判所의 宣言은 基本法에 의해 特定地域의 度外視 내지는 排除된 事實의 狀態를 外面하지도 않았다. 어떤 特定の 協定이 그러한 地域을 平和協定이 있을 때까지의 一定 過渡期동안 加入하는 可能性을 事實上 어렵게 만들었는가는 憲法的 判斷을 넘어서고 있는 하나의 政治的인 問題 (eine Frage der politischen Wertung) 인 것이다. 獨逸에 있어서 1972년에 確認된 事實上의 狀態에 비추어 볼 때 그것은 결코 基本法 不合致性的의 確認을 받을 정도로 確實하여 東獨의 基本法에의 事實上 加入可能性을 어렵

게 만든 것은 아니다. 1949年 以來 基本法 第23條 2項에 의해 加入權이 保障되었음에도 不拘하고 東獨은 加入을 宣布하지 않았다. 基本條約의 締結이 있는 後 東獨이 基本法에 加入하더라도 그들의 國家機關의 意思에 反하지는 않더라도 거기에는 加入可能性을 困難하게 만드는 事實上의 隘路事項은 전혀 없다. 왜냐하면 이미 이전부터 東獨政府의 承認없이 是 東獨의 基本法에의 加入은 排除되고 있었기 때문이다.

b) 바이에른州政府가 條約承認法律이 大베를린 (Groß-Berlin) 과 東部베를린 (Ost-Berlin) 과 關聯, 基本法 第23條 1項과 背馳된 다고 主張하는 限, 大베를린은 交涉없이 4大國의 責任下에 存置될 것이라는 意味가 妥當하게 될것이나, 1949年 5月 12日의 基本法에 대한 軍政長官의 認准書에 의한 그에관한, 關係質問이 聯邦憲法裁判所 判決로서 排斥되었다. 그밖에도 1971年 9月 3日의 4大國 協定으로서 (1972年 9月 15日字 Bundesanzeiger 附錄 Nr. 174) 베를린의 地位가 最近獨逸聯邦共和國를 拘束하는 形式으로 確認되었다.

6. 基本條約으로써 東獨居住 獨逸人에 대한 保護 및 配慮義務를 侵害하게 되어 곧 本 條約은 基本法에 違背되는 것이라는 바이에른州政府의 主張은 東獨居住 獨逸人에 대한 義務를 憲法의 次元으로 올려놓은 것이다. 獨逸聯邦共和國이 그와 같은 保護 및 配慮義務를 認定할 것이나 는 道德的, 政治的인 問題이며 결코 基本法上 認

定되고 있는 憲法上義務는 아닌 것이다. 基本法을 適用할 수 있는 範圍가 制限된 關係로 獨逸聯邦共和國은 이미 오래전 부터 東獨居住 獨逸人에 대한 保護 및 配慮義務가 不可能하게 되었다. 獨逸聯邦共和國이 東獨居住獨逸人에게 西獨内の 獨逸人과 똑같이 保護 및 配慮義務를 어떻게 얼마만큼이나 完遂할 수 있는냐는 法的 問題이자 동시에 政治的인 問題라 하겠다. 西獨이 外國의 獨逸人에 대한 保護를 할 수 있는 法的 그리고 事實的 狀況에 依拠하고 있다면 이것 또한 可能하며, 보다 廣範圍하게 實現시켜야 함은 勿論이다. 助力義務 (Hilfeleistung)은 獨逸人國籍 (Staatsangehörigkeit)을 갖출 것을 要하며, 個個人에 대한 保護行爲와 助力行爲는 屬地法 (ortsrecht)에 따르게 된다. 따라서 東獨居住 獨逸人에 대한 助力義務가 適法하여 可能한 것이냐는 基本條約에 의해서가 아니라 (政治的으로) 外國의 西獨과 東獨에 대한 關係가 規定되므로서 비로소 決定되는 問題이다.

### III.

假処分申請이 認容되는 경우의 그 結果에 대하여 本人은 聯邦政府의 이름으로 다음과 같은 見解를 가지고 있음을 알린다.

批准節次가 다만 暫定的일지라도 中斷되는 경우 獨逸聯邦共和國에 内外의 重大한 損失이 招來될 것을 念願하는 바이다. 他國과의 交涉에 있어서 條約에 대한 一方的인 見解에 의한 判斷은 相對國에 는 何等 影響을 미치지 못하는 것이 分明하므로, 스스로 그 地位

를 弱化시키지 말아야 할 것이다. 聯邦政府는 그의 責任上 그와 같은 損害를 防止하여야 할 것이며 비록 詳細한 說明은 해주지 못하였지만 法院이 그 豫測되는 損害를 賢明한 洞察로서 判斷해 주기를 希求하는 바이다.

強大國의 政策이 되도록 緊張緩和를 摸索하는 時期에 있다 하겠다. 여기에 獨逸問題는 明示的 또는 默示的으로 分明 重要한 役割을 占하고 있다. 그러나 거기에는 恒常 이같은 緊張緩和가 持續되는 것을 遲滯시키거나 妨害하려는 勢力이 있기 마련이다. 獨逸 聯邦共和國은 무엇보다도 이에 대한 根拠와 時期를 注意깊게 觀察하여야 한다.

여기에는 獨逸聯邦共和國이 우리의 利害를 저버린채 緊張緩和를 推進시키려는 가에 대한 解明이 期待된다.

오늘날의 國際情勢가 주로 少數의 "頂上會談" (Gipfelgespräch) 이라든가 大規模의 國際會議라는 前段階를 밟아 決定되어진다.

1971年 9月 3日의 協定을 確定시킨 4大聯合國이 이들 會議의 主導權을 잡고 있음은 公知의 事實이다. 따라서 그들의 東西獨逸에서의 國際的 行爲를 制限시키는 것은 獨逸聯邦共和國의 對外政策面을 위 하여서도 상당히 不利한 展望이 따른다 하겠다.

獨逸聯邦共和國의 政策은 4大國協定이 發效한 以後부터 KSZE (Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa)의 準備를 始作하는데 대한 우리들의 結束의 支柱가 되어왔다. 그 밖에도 兩獨逸의 基本條約이 實效化하는 今年 6月 마지막 週間 후

은 7月 첫째 週間에 第1次 外相會議을 可能케 하였다. 따라서 國際會議席上에서 最初로 同等한 地位로 參席케 될 兩獨外相에 혹시라도 發生할 일체의 不透明한 要素들은 除去되어야만 한다.

假使分은 가히 責任을 免치 못하게 될 聯邦政府의 헬싱키에서 開催될 外相會議에의 不參을 招來한다든가(東獨側이 아니라), 혹은 他國家들로 하여금, 과연 兩獨間의 基本條約이 真正으로 成立하였는가에 대한 疑問을 자아내게 될 것이다. 특히 聯邦政府는 獨逸聯邦憲法裁判所에 대한 禮儀上 法院의 終局的인 判決에 대해서는 어떠한 異議를 내세울 수 없는 것이라고 國際적으로 解明하여야만 하는 것이다.

聯邦政府는 恒常 主張하기를, 兩獨의 基本關係(Grundverhältniss)가 相互 不分明한 位置에 처해 있는 限, 兩獨의 UN에의 加入은 이루어지지 않을 것이라 하였다. 그 反面에 東獨側은 그들의 同盟國과 더불어 恒時 유엔에의 先加入을 推進해 왔다. 따라서 假使分이 있게 되는 경우에 東獨은 豫期치 않게 그들의 本來의 目的을 達成케 될 것이다. 그들은 基本條約의 發效與否와는 無關하게 유엔에의 加入을 申請할 수 있기 때문이다.

東獨의 法的狀態에 의거해볼 때 東獨政府는 全人民會議의 決定(Volksgammerbeschluss)이 없이도 유엔加入 申請이 可能하도록 되어 있음을 銘心할 必要가 있다. 兩獨의 유엔加入의 경우에 四大國으로 하여금 既存의 權利와 責任을 宣言케 하려는 聯邦政府의 努力이 成功하고 同時에 그들로 하여금 加入을 支持케 한다면 三

大國이 東獨에 의해 安全保障理事會 ( Sicherheitsrat ) 에 提出된 申請에 대한 拒否權 ( Veto ) 을 充分히 納得시킬 정도로 提示하기 가 어려울 것이다. 그렇게 되면 獨逸聯邦共和國이 東獨과 4 大國에 대하여 왜 同時에 加入申請을 하지 않았는가에 대한 아무런 理由도 붙일 수 없게 된다.

假如分이 있게 되는 경우, 이제는 安全保障理事會가 스스로 東獨의 加入에 대한 票決을 한다거나 혹은 西獨은 이것을 防止키 위해서 基本條約이 最終的으로는 어떻게 判決이 될 것이냐도 잘 모르는 채 궁금하게 될 것이다. 바이에른州政府의 이같은 要請이 受諾되는 경우에는 豫期치 않았던 一方的인 利益이 東獨에게 돌아가게 되는 것이다.

聯邦長官 Bahr 와 國家書記 ( Staatskretär ) Kohl이 5 月 30日 發表한 宣言에서 이루어진 情勢를 살펴보면 이와 같은 切實한 對話를 繼續하기 위한 새로운 期日을 合意하는 것은 成功하지 못하였다. 그러나 이미 合意되었던 스포츠, 保健施設, 通信, 國境委員會, 接境地往來, 새로운 移住 등 여러가지 重要問題들에 관한 對話 期日은 우선 拒否되지 않았다. 聯邦政府가 알고 있는 情報에 의하면 假如分이 있는 경우 이들에 대한 拒否도 免치 못하게 될 것이라 한다.

이러한 事實은 基本條約의 施行의 準備를 最少限 2個月 더 遲延시키게 될뿐만 아니라 例컨대 國境上人的往來 또한 8月1日現在 그 要件이 法的으로 充足되지 아니한 경우에는 결코 實行될 수



없을 것이라는 말로 集約된다. 왜냐하면, 계속 憲法的인 形便으로 事實上 ( de facto ) 그동안은 進行할 수 없었던 協議들이 모두 다시 再開되어야 하기 때문이다. 더우기 仮処분이 있는 경우 이미 生效된 兩獨間の 通行協定 ( Transitabkommen )과 往來條約 ( Verkehrsvertrag )의 部分까지를 危殆롭게 할 念慮도 없지 않으며, 離散家族의 相逢에 悲報를 가져다 준다는 可能性도 無視할 수 없다. 聯邦政府가 豫測키로는 仮処분이 있는 경우 東獨과 這間에 있었던 모든 關係事件이 本案判決이 있기까지는 모두 그 影響을 받게 될 것이라는 점이다.

仮処분이 聯邦共和國과 東獨에 미치게 될 惡影響은 만약 사람들이 基本條約은 틀림없이 違憲일 것이라고 생각하게 되는 경우에는 틀림없이 發生케 될 것이다. 그러나 聯邦憲法裁判所가 支持하듯이 그 判決이 基本條約의 合憲性を 確認하는 경우 仮処분으로 인한 損害를 利益考量 ( Güterabwägung )의 観点下에서 어떻게 政治적으로 合當하게 그리고 責任있도록 할 수 있느냐의 疑問이 提起된다. 그리고 이러한 損害는 判決이 내림과 同時에 사라질 것들은 결코 아니다. 聯邦共和國의 國地的地位에의 侵害가 다만 서서히 除去되어질 수 있을 뿐이다. 前示한 KSZE에서 西獨의 位置에 있어서도 그 損害는 回復할 수 없으며, 國際聯合會의 加入에 있어서도 마찬가지이다. 東獨과의 關聯下에서도 損害가 나타날 것이 分明하다. 그 크기와 期間을 推測하기는 어렵다.

IV. 結論的으로 말하건대 바이에른州政府의 提訴內容은 基本條約이 独逸聯邦共和国의 憲法秩序에 反한다는 充分한 根拠를 提示하지 못하기 때문에 仮処分申請의 모든 前提들은 存在하지 않는다. 聯邦政府의 見解에 따르면 權限있는 國家機關은 그의 憲法的責任과 充分히 合致된다고 생각된다. 基本條約은 基本法の 根本目的을 參酌한 것이다. 仮処分申請은 独逸聯邦共和国에 미치게 될 重大한 國內外의 損失과 密接히 關聯하여 考察하여야만 할 것이다.

게 르 하 르 트 안

Ⅷ. 1973年6月4日의 바이에른州政府 首相의 文書

( 텔레타이프受信 )

바이에른州政府首相 8월헌 1973年6月4日 14:00

聯邦憲法裁判所副所長 兼

第2部議長 貴下

칼스루헤

案件：基本條約承認法律의 違憲審査에 관한 節次 - 2BvQ 1/73 -

本件：假処分申請

聯邦政府의 이름으로서 立場을 闡明한 1973年6月2日의 聯邦長官에 대하여 바이에른州政府는 다음과 같이 意見을 表明한다.

I.

바이에른州政府는 基本條約 第10條에 의거 批准文書의 交換으로써 不可避한 事實이 發生되리라는 것을 明白히 한바 있다. 事情如何에 따라서는 執行되지 않을 法律은 署名과 公布도 되어서는 아니될 것이며 따라서 條約의 副署, 署名 및 公布에 관한 停止를 要請하는 假処分申請을 提出한 것이다.

## II.

假処分申請을 하기 위한 前提條件이 갖추어지지 않았다는 聯邦政府의 唯一한 法的論證은 本案의 訴自体가 根拠없다는데 基礎를 두고 있다. 그러나 假処分申請을 審査하는 데 있어서는 係争規範의 效力与否는 審査對象이 될 수 없는 것이라는 점에 대해서 본 바에른州政府는 1973年 5月 22日의 提訴時에 充分히 밝힌 바 있다. 그러므로 基本條約의 違憲性与否에 관한 疑心이 있는 것으로서는 假処分申請을 할만한 緊切性의 內容을 이루지 못한다고 하는 聯邦政府의 主張은 無益하다. 그밖에도 立法團體에 관한 問題에 대하여 慎重한 審議를 하고 있다는가 國家法的 國內法的 文獻上 數年前부터 쌓여온 意見形成(이에 대해 바에른政府는 아무런 言及을 한 바는 없으나) 을 보건대 聯邦政府의 無根拠性은 充分히 說明된다고 하겠다.

## III.

本 假処分申請이 受諾 아니면 拒絕 당하는 경우 發生될 損害에 대하여 審按해 보면 聯邦憲法裁判所는 事情如何에 따라서는 兩國間의 條約을 基本法을 侵害하면서 實現시켜야 하게 될 것이라는 그 무엇보다도 重要한 事態가 發生하리라는 것을 알게 될 것이다. 다음에 聯邦政府가 主張하고 있는 假処분이 있는 경우에 招來될 것

이라는 損害에 대하여 若干의 意見을 披瀝해 볼 것이다.

1. 聯邦政府는 그의 意見의 源泉이 되고 있는 聯邦의 政策을 國家利益 ( nationale Interesse ) 의 唯一正當한 政策으로 想定시키고 있다. 오히려 그와 反對로 바이에른州政府는 이른바 聯邦政府의 緊張緩和政策은 一連의 重大한 危險을 惹起케 될 것이라는 確信을 가지고 있는 것이다. 따라서 假使分에 隨伴될 利益 또는 損害를 評價하는 데에 있어서 聯邦政府의 政策을 獨逸聯邦共和國 혹은 全獨逸國의 利害의 唯一한 基準으로 삼아서는 아니될 것이다.

2. 聯邦政府가 憂慮하고 있는 바인 政策實現을 위한 國家的 緊急性을 認定해준다 하더라도, 本 假使分이 그들이 主張하고 있는 것처럼 聯邦政府의 行爲能力을 마비시키는 것은 결코 아니다. 또한 聯邦政府는 基本條約과 KSZE와 國際聯合 ( die Vereinten Nationern ) 加入要求 사이에 헬싱키 ( Helsinki ) 外相會議에의 參加나 國際聯合加入要請을 排除시키는 그러한 關係가 存在한다는 것을 밝힌 적이 없다. 그러한 關係는 실로 存在하지 않는 것이다.

3. 國際的 會議上에서 聯邦政府의 位置가 그로 인하여 政府가 會議에서 目的한 바 結果가 때로는 國內法的으로 憲法的 審査를 받아야 한다는 事實을 變更시키는 것은 아니다. 民主主義的 法治國家의 徵表가 되는 이와 같은 聯邦政府의 法的狀態는 締約相對國家

에게도 잘 알려진 것이다. 이렇지 못한다손 치더라도 이러한 事實을 相對國家에 대하여 注意를 喚起시켜야 할 것이다. 그렇지 않으면 兩國은 批准節次上에서 發生한 諸結果를 拒絕한다는 危險負擔까지 覺悟하여야 한다.

4. 聯邦政府는 基本條約이 憲法的審査의 對象이 될 수도 있다는 것에 대해서는 一瞬의 考慮함도 없이 단지 政治的 計劃이란 名目으로 假処分申請을 反對하였다. 國內政策에서 오랫동안 認定되고 있는 바에 따르면 憲法審査는 分明히 可能하다.

5. 獨逸聯邦共和國과 東獨政府와의 對話 (Gespräch) 의 持續시킬 때의 問題로서 基本條約이 全的으로 無效될 경우의 危險과 2個月間 遲滯할 때의 危險을 考慮하여야만 한다.

Dr. h. c. Goppel

IX. 1973年6月4日의 聯邦憲法裁判所의 決定 (Beschluss) —

ZBvQ 1/73—

聯邦憲法裁判所

- ZBvQ 1/73 -

國民의 이름으로

西獨과 東獨間의 基本關係에 관한 西獨과 東獨間의 1972年12月  
21日의 條約에 關해 承認한 法律을 暫定的으로 停止시켜달라는 復  
處分申請을 審査한 節次에 있어서

訴提起人 : 바이에른州政府, 州政府首相의 代理

訴訟代理人 : 부루멘비츠教授 ( Prot, Dr. Blumenwitz ), 아우구스부르  
그, 아우구스부르크大學, 헬싱슈트라세 9 獨逸聯邦憲法裁  
判所 ( 第2部 ) 는

副所長 쇠페르트 ( Seuffert ) 를 議長으로 하고,

슈라브렌도르프 ( Dr. v. Schlaboendorff ),

루프 ( Dr. Rupp ),

가이거 ( Dr. Geiger ),

히르취 ( Hirsch ), 링크 ( Dr. Rinck )

로트만 ( Dr. Rottmann ) ,

반트 ( Want ) 로 構成된 法官의 參席裡에

1973 年 6 月 4 日 ,

本 申請을 棄却하기로 決定했다.

### 判決理由

A .

西獨과 東獨間의 基本關係에 관한 西獨과 東獨間의 1972年 12月21日의 條約 ( 以下 條約으로 略稱 ) 이 調印되었다 ( paraphiert ) . 條約承認法律이 立法團體에 廻附되었다 . 條約批准節次를 終結시키는 것을 妨害하는 것은 아무것도 없었다 .

1973年 5月 22日 바이에른州政府는 訴를 提起하였는 바 ,

西獨과 東獨間의 基本條約을 承認하는 法律에 대한 副署 , 署名 및 公布 및 同 條約 第10條에 따른 批准文書의 交換 등 일체의 行爲에 대하여 聯邦憲法裁判所가 바이에른州政府가 提訴한 條約의 違憲性與否에 대한 判決이 確定될 때까지 暫定的으로 停止시켜 줄 것을 要請하는 假処分申請을 提出하였다 .

本 바이에른州政府는 基本條約은 基本法에 違背된다고 主張하고 특히 再統一의 原則 , 國家的 單一性維持의 原則 , 또 다른 部分의 獨逸의 加入權 , 그리고 基本法 第23條 1項 , 東獨居住 獨逸人에 대한 保護 및 配慮義務 등에 違背된다고 力說하였다 .

假処分申請은 다음과 같은 理由에 의해서 緊急히 受諾되어야 할



것이다. 즉 假處분이 없이는 聯邦憲法裁判所는 條約에 대한 憲法의 審査를 할 餘도 갖지 못하며, 批准文書의 交換과 더불어 國際法的 效果가 發生하므로써, 聯邦政府는 자칫 잘못하면 憲法을 侵害하면서까지 그의 義務를 實行하게 될 수 있게 되리라는 것이다. 만약 條約이 基本法과 合致된다는 判決을 내리는 경우에도 一時的으로 延期되었던 批准節次가 正當하게 될 수 있는 것이다.

이에 대하여 聯邦政府는 假處분을 許容해서는 아니될 것이라는 訴를 提起하였다.

聯邦政府側은 假處분이 條約承認法律에 대한 副署 및 署名 그리고 公布는 停止되어야 한다는 假處分申請은 不適法하다한다. 왜냐하면 基本條約 第10條에 따르면 同 批准文書의 交換이 있는 날 부터 發效한다고 하기 때문이다. 國際法的 條約에 있어서 通常節次와는 反對로 聯邦政府는 條約의 拘束力을 뒷받침하기 위해 獨自으로 努力하여야만 할 것이다.

그밖에도 聯邦政府는 假處分은 根柢없는 것이라고 論駁하였다. 즉 本件에서는 本 被訴된 條約承認法律에 대한 立法府의 議決에 대하여 憲法上 權限있는 機關이 判斷을 해 주기 위해서는 充分한 理由가 提示되어야만 한다는 것이다. 州政側이 主張하는 바 憲法的 憂慮는 立法節次上에서 慎重히 審査되어짐으로써 根柢없는 것이라고 判明되었다.

假處분이 結果할 損害에 대하여 聯邦政府의 意見은 다음과 같이 要約될 수 있다, 즉 이렇게 되면 獨逸聯邦共和國은 對話의 相對

국에 대하여 國際的으로 볼 때 相當히 制約된 行為能力下에서 接觸할 수 밖에 없다. 이와 같은 事態는 이미 始作된 KSZE 準備를 위한 外相會議를 볼 때나 혹은 유엔加入에 대한 兩獨의 計劃을 살펴볼 때 특히 深刻하다. 이렇게 되면 東獨과의 對話의 繼續도 상당히 어려워질 것이며 人權에 관한 諸措置들도 打擊을 받게 될 것이다.

B.

聯邦憲法裁判所는 時間的으로 時急히 要求되는 關係상 口頭審理 (milndliche Verhandlung) 없이 判決하였다 (§32 Abs.2 Satz 1 BVerfGG).

1.

訴提起는 正當하다 (Zulässig). 提訴는 憲法的節次의 係屬 이전에도 可能하다 (BVerfGE 7, 367 [371] u.ö.). 本案判決은 立法團體에서 條約承認法律에 대한 諸 立法節次를 끝낸 다음에야 비로소 可能하다 (BVerfGE 1, 396 [413] u.ö.).

바이에른州政府는 訴提起權을 갖는다 (antragsbefugt) (§76 BVerfGG). 訴의 內容으로 本案을 問題삼지는 않는다.

本案請求가 첫째 不適法하며 둘째 明白한 瑕疵가 있다하여 假如 分申請이 不當하다는 論拠는 採択할 수 없다. 첫째번 異論에 대

하여 本 第2 部는 6:2 로, 둘째번 異論에 대하여는 5:3 으로 否決 하였다.

## II.

1. 4 人의 法官이 다음과 같은 判決을 하였다.

a) 基本條約 第10 條에 따르면 本 條約은 批准을 必要로 하며 批准文書의 交換이 있는 날부터 發效하게 되어있다. 締約當事國에 拘束力을 미치는 最後의 行為는 이번 경우에는 聯邦政府가 '批准文書' 를 交換하는 데 있다. 따라서 本件에서는 聯邦大統領의 條約承認法律에 대한 署名, 혹은 公布를 할 權限을 制限시킬 理由가 당초부터 存在치 않는 것이다.

b) 聯邦憲法裁判所가 이미 알려진 바와 같이 1973 年 7 月 31 日 本案判決을 마치게 된 以後에는 만약 本案判決이 있기 까지 假処分이 있었고 그리고 條約承認法律은 基本法과 合致된다는 判決이 있는 경우에 있을 損害 (Nachteile) 와 假処分이 없었고 그리고 條約承認法律이 基本法에 違背된다는 判決을 받는 경우 닥쳐 올 損害와를 比較考量하여야 할 것이다.

同法院의 오래된 判例를 살펴보면 假処分은 嚴格한 基準 (strenges Maßstab) 의 設定下에서 實施되어야 한다고 한다. 이것은 政治的으로 매우 重大한 意味를 가지는 國際法的의 承認法律인 경우에는 반드시 必要하게 된다. 이리하여 國際法的의 條約에 관한

憲法審査에 關連한 假処分申請이 한번도 그 目的을 達成한 例는 없었다. 그같이 重大한 條約에 대하여 法院은 條約承認法律이 違憲인 것이라는 抽象的인 可能性與否를 考慮하여야 하는 程度로는 그에 미치지 못한다 하였다. 聯邦憲法裁判所法 第32條1項에 따른 審査가 있을 경우 우선 이제까지 알려진 條約承認法律의 違憲性根拠의 程度가 聯邦憲法裁判所가 全般的 혹은 部分的으로 違憲임을 宣言하게 될 蓋然性이 짙을 것이 要求된다.

c) 다음과 같은 思考가 있을 수 있다. 즉 引用한 法院의 判決을 回顧해 볼 경우 (특히 BVerfGE 4, 157 [169, 178]:5, 85 [128] 參照) 本院이 條約承認法律이 基本法과 合致하지 않는다고 (따라서 無效라고) 判斷할 것 같지 않다는 것이다. 審査의 結果가 條約承認法律은 基本法과 단지 어느 일정한 점에서 그리고 特定解釋으로서만 合致할 수 있다고 할 경우에도 條約의 效力가 時間的으로 制限된 다든가 그 実效力을 妨害하는 것은 아니다. 그러므로 假処分申請을 棄却하고 이로써 本案判決이 있기 以前에 條約의 施行에 必要한 批准文書의 交換이 行해진다 하더라도, 比較的 卑小한 損害밖에 發生치 않을 것이다.

다른 한편으로는 假処분을 行함으로써 그것이 비록 法的으로는 1973年7月31日까지로 局限된 것이기는 하나 매우 重大한 損害를 招來할지도 모른다.

本條約은 모스크바條約과 바르샤바條約의 締結이 完了된 以後 聯邦政府가 企圖한 緊張緩和을 위한 東方政策 (auf Entspannung

gerichteten Ostpolitik)의 範圍内에서의 一大進歩를 意味한다. 따라서 本 條約만을 따로 떼어서 생각할 수는 없는 것이다. 批准節次上的 協商은 聯邦政府가 推進하는 諸 東方政策에 直接 影響을 미치게 된다. 條約協商은 條約自体가 目的하고 있는 바 즉 특히 西獨과 東獨과의 關係正常化라든가 兩国内에서의 人權에 관한 諸措置와도 密接히 關聯을 맺고 있다. 基本的인 政治的意義를 지니는 本條約의 締結과 批准을 돌이켜볼 때 聯邦共和國의 政治的 行爲를 召任한 機關은 그의 責任을 銘心하여야만 한다. 法院은 獨自的인 知識으로서는 政治的意味를 充分히 概觀할 수 없는 까닭에 이러한 점을 疎忽히 하지 않았다. 聯邦政府가 이미 說示한 바와 같이 條約批准이 1973年7月31日까지 延期되므로써 國際會議上에서 특히 KSZE의 參加 및 유엔加入 等에서의 獨逸聯邦共和國의 行爲能力이 問題視될 것이다. 그러한 損害는 復旧할 수 없는 性質의 것이다. 그외에도 條約과 附加條項에 따른 諸協定에 관한 協商들이 難關에 부딪힐 것이다. 獨自的으로 成立시킨 接觸과 이미 確實해진 人權措置가 弊를 당하게 된다.

위와 같은 여러가지 理由로 인하여 仮処分申請은 받아들일 수 없음. 本 申請은 公共福利上 緊切히 要求되는 어떠한 理由도 內包하고 있지 않다.

2. 이에 대하여 4 人의 法官은 다음과 같은 見解를 採択하였다.

a) 本 判決理由 3 番에 記述되었듯이 全法官은 提請된 仮処分申請은 現在 ( derzeit ), ' 緊切히 要求 ' ( dringend geboten ) 되지 않는다는 理由로 ( §32 Abs.1 BVerfGG 參照 ) 받아들일 수 없는데 意見의 一致를 보았다. 따라서 지금은 혹시나 또 다른 根拠로 해서 仮処分申請이 棄却될 수는 없었는가라든가 혹은 事態의 추이에 따라서는 또다른 判決도 나올 可能性이 있지 않겠느냐라는 어떠한 質問도 하지 않기로 한다.

b. 現狀態 ( gegenwärtiger Stand der Dinge )로 보아 다음과 같은 說明이 可能하다.

仮処분이 내려지지 않은 채 本案判決이 宣言되기 以前에 條約이 批准文書의 交換과 더불어 發效되는 경우 發生케 될 損害는 以下와 같다.

判決이 說示한 것처럼 法治國家 ( Rechtsstaat )에서 憲法上 條約承認法律의 違憲審查를 할 權限을 保有하는 憲法機關 ( Verfassungsorgan )인 聯邦憲法裁判所가 本案에 대한 判決이 있기 以前에 지금과 같은 方式으로 條約이 發效된다면 그것이 가장 重大한 損害라 할 수 있다. 最高憲法機關들은 憲法에 따라 相互를 尊重하여 야만 한다. 法的으로 要求되고 있는 이러한 事項은 어떠한 政治的 理由에 의해서도 깨어질 수 없다.

그와는 別途로, 本件에서는 우선 大綱 兩者択一 ( Alternative ) 즉 條約承認法律이 基本法과 合致되느냐 혹은 違背되느냐는 方法以

외에도 第3의 方法 즉 과연 條約承認法律이 어떠한 點에서 어떤 特定한 解釋을 通하여 (憲法合致의 解釋; Verfassungskonforme Auslegung) 基本法과 合致될 수 있겠느냐라는 可能性도 存在한다. 그러나 이 表現이 위 兩者拮一을 " 더욱 包括的 "인 意味로 使用하는 경우 이같은 問題는 없을 것이다. 假使分이 行해지지 않고, 假說의이지만 基本條約承認法律이 憲法合致의 解釋方法을 通하여서는 基本法과 合致될 수 있다는 本案判決이 있게될 때 成立되는 損害는 결코 작은 것만은 될 수 없다. 그 損害는 兩國間 批准節次를 拘束시키는 國際法的 段階에서 나타난다. 國內的으로는 모든 憲法上 機關을 拘束하는 聯邦憲法裁判所의 判決은 條約 相對國에게는 그 效果가 미칠 수 없다. 그는 오히려 批准으로 發生케 된 信賴保護를 할 것이 期待된다. 이리하여 基本法上 保護된 保障된 聯邦憲法裁判所의 違憲審查는 條約當事國도 이와 關聯되어져야함에도 不拘하고 空虛하게 되어 버린다.

또한 有力한 根拠가 되는 要件인 " 公共福利 "上 假使分이 緊切히 要求된다는 것은 결국 聯邦憲法裁判所는 憲法的 秩序를 守護한다는 말하자면 基本法에 違背한다는 解釋이 可能한 條約이 施行되지 못하도록 할 수도 있어야 한다는 自身の 機能을 저버려서는 아니 될 것을 의미한다.

法院이 條約은 基本法과 合致된다는 結論에 이르게 될 경우 假使分으로 인한 損害는 容易하게 豫測할 수 없다.

聯邦憲法裁判所는 그의 表現을 통해 批准을 時間的으로 1973年

7月31日까지 遲延시키는 것은, 그동안 國際的會議席에서의 聯邦  
共和國의 行為能力을 현저하게 不利하도록 할 수 있을 것이라고  
認知하였다.

3. 判事全員이 現在 假処分은 "緊切히 要求" 되지 않는다고 見  
解를 合意했다.

Seuffert Dr. V. Schlabrendarf Dr. Rupp

Dr. Geiger Hirsch Dr. Rinck

Dr. Rottmann Wand



## X. 1973年 6月 5日의 聯邦憲法裁判所의 公報

### 聯邦憲法裁判所의 公報

聯邦憲法裁判所 第2部는 1973年 6月 4日 그의 決定을 통해 바 이에른州政府가 提起한 基本條約 第10條에 따른 批准文書의 交換을 法院의 本案判決이 있을 때 까지 停止시켜달라는 仮處分申請을 棄却하였다.

本院은 만장일치로 仮處分申請은 現在 "緊切히 要求" 되지 않는다고 判斷하였다. 그것은 兩國間의 批准節次上에서 批准文書가 任意로 交換되어 질 수도 없는 狀態에 있으며 또한 批准節次를 1973年 7月 31日 ( 本案判決의 宣告期日 ) 까지 延期시킬 것이나 아니면 本案判決確定 以前에 文書交換을 할 것이냐라는 것도 아직 未定狀態에 있기 때문이라는 데에 그의 論旨를 두었다.

4人의 判事는 仮處分申請을 反對하는 見解를 取하였다. 그것은 責任질 수 없을 정도의 重大한 損失을 惹起케 하게 될 것이라는 것에 根拠를 두었다. 즉 條約批准節次의 時間的인 遲滯는 國際會議 例컨대 KSZFE에의 參加, 유엔加入要請에서의 獨逸聯邦共和國의 行為能力을 현저히 不安하게 만들게 될 것이다. 그와 같이 發生한 損害는 回復不可能하다. 이밖에도 條約과 그 附加條項에 따른 附加協定에 대한 協商이 또한 困難을 겪을 것이며, 兩國內에서의 人權保障에 관한 諸措置 또한 被害를 입게 될 것이 다라고 하였다.

또 다른 4人的 判事는 仮処分申請은 現在 緊切히 要求되는 것이 아니라는데 一致를 보고 난 지금 聯邦憲法裁判所法 第32條1項에 따른 仮処分申請要件이 發生하게되는 새로운 事態의 進展이 있을 때까지는 그에 관한 討論을 避하기로 한다는 立場을 밝혔다. 現在엔 回復不能의 損害를 즉 聯邦政府는 仮処분을 拒否하면서 아마도 어떠한 憲法機關도 拘束을 받아야 할 憲法的 根本原則을 損傷시켰다는 것과 聯邦憲法裁判所는 將來 자칫하면 條約締結에 반하여 憲法的 秩序를 實現시킬 수 없게 될지도 모르게 된다.

## B. 1973年 6月 13日의 바이에른州政府의 仮処分申請에 대한 裁判節次

1. 1973年 6月 13日의 바이에른州政府 訴訟代理人의 提訴 (텔레타이프受信)

디터 부르멘빗츠教授 ( Prof.Dr.Dieter Blumenwitz )

아우그스부르크大學 公法 특히 國際法 및 유럽法 ( Europarecht )

講座 担当教授

8900 아우그스부르크 1973年 7月 13日

聯邦憲法裁判所 貴下

7500 칼스 루헤

카알 슈트라세 10

案件：西独과 東独間의 基本關係에 관한 西独과 東独間의 1972年 12月 21日의 條約에 대한 承認法律( Az. ZBvQ 1/73 )

本件：바이에른州政府에 의한 假処分申請

바이에른州政府는 1973年 5月 28日 ① 基本法 第93条 1項 1号 및 聯邦憲法裁判所法 第13条 6号, 第76条 1号에 依拠 西独과 東独間의 基本關係에 관한 西独과 東独間의 1972年 12月 21日의 條約을 承認하는 法律의 憲法合致性与否에 대한 審査를 要求하는 訴를 提起하였다. 그것은 條約承認法律은 基本法에 違背하는 고로 無效임을 確認해 달라는 訴이다. 本案判決의 保障을 위하여 바이에른州政府는 1973年 6月 12日 새로이 假処分을 申請할 것을 決定했으며 이것은 1973年 6月 14日 以後 變化된 事物的, 法的狀態를 특히 考慮하고 있다.

同 裁判節次에 있어서 바이에른州政府의 訴訟代理人으로서 本人은 본州政府가 提起한 바 訴訟에 대하여 聯邦憲法裁判所가 審理한 結果 條約承認法律은 基本法에 違背되므로 無效라는 宣言이 내려질 때까지 基本條約 第10条에 따른 批准文書의 交換을 停止시키는 假処分을 申請하는 바이다.

脚註 1 編者註：文書 C1

II. 1973年6月14日의 聯邦法務部長官의 文書

聯邦法務部長官 53 本, 1973年7月14日

1004 E (2321) - 230 / 73

聯邦憲法裁判所副所長 兼

第2部 議長 貴下

75 칼스 루해 1

案件：西独과 東独間의 基本關係에 관한 西独과 東独間의 1972年12月21日의 條約에 관한 1973年6月6日의 法律의 違憲與否審查를 目的으로 한 바이에른州政府의 提訴 (BGB1, 1973 II S.421)

本件：1973年6月13日에 새로이 提出된 假処分 申請

添附：30通의 文書

聯邦政府의 이름으로 本人은 1973年6月13日 바이에른州政府가 提起한 假処分申請에 대하여 다음과 같이 立場을 表明한다.

다음과 같이 論據에 의하여 本人은 새로이 提出된 假処分申請은 不適法하므로 明白히 根拠없는 것으로서 棄却되어야 함을 要求하는 바이다.

脚註 編者註：文書 B I

I.

바이에른州政府가 줄곧 主張하는 바 基本條約에 대한 批准節次를 中斷시켜달라는 要求는 法的保護란 必要性에서 볼때 何等の 理由가 없다. 1973年 6月 4日 決定이 있는 後 - 2 BvQ 1/73<sup>②</sup> - 聯邦憲法裁判所의 立場에서 볼 때 仮処分申請을 받아들일만한 어떠한 새로운 狀態가 明白한 理由가 될 정도로 發生한 것은 없다.

脚註 編者註：文書 A IX

聯邦憲法裁判所의 仮処分申請에 대한 判決이 물론 實質的인 法力을 갖는 것은 아니다. 그러므로 原則적으로 本 仮処分申請節次에서 聯邦憲法裁判所法 第76條에 따라 새로이 提起된 申請을 다시 금 判斷하지 않으면 안된다. 聯邦憲法裁判所가 詳細한 理由를 붙이면서 棄却決定을 한 뒤 1週日만에 새로이 提起된 仮処分申請에도 또한 嚴格한 要求事項이 갖추어질 것이 必要하다. 한번 棄却당한바 있는 仮処分申請을 例外的으로 다시 正当化시킬 수 있도록 한 경우에 대하여 聯邦憲法裁判所가 宣言한 意味로서 생각할 때 ( BVerfGE 4, 110 [113] : 이밖에도 Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, 1968, §32 Randn.8, 22: Klein in Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, BVerfGG, 1972, §32 Ranen.37: Grundmann, Zur Vargreiflichkeit Verfassungsgerichtlicher Anordnungs-

sentscheidungen, DÖV 1960, 680, 684 : Granderath, Die einstweilige Anordnung im vordem Bundesverfassungsgericht, NJW 1971, 542, 544), 이번의 새로운 理由들 또한 認定하기 困難하다.

1973年6月4日 行한 (B II 1 理由) 聯邦憲法裁判所の 決定論旨는 다음과 같이 要約된다. 즉 仮処分申請을 審査한 結果 本 第2部는 条約承認法律이 基本法과 一致할 수 없다 (따라서 無效이다) 라는 事實을 거의 發見할 수 없었다. 1973年6月4日의 聯邦憲法裁判所の 判決에 따르면 本 仮処分申請은 聯邦憲法裁判所法 第32条 1項의 仮処分申請理由에 따른 公共福利上 緊切히 要求되는 要件을 欠如하고 있다. 1973年5月22日 ' 바이에른州政府의 提請의 理由가 가치는 이같은 欠缺事項은 1973年6月4日의 決定이 있는 以後로도 아무런 變化가 없다.

脚註 編者註 : 文書 C I

## II.

本人이 1973年6月5日 聯邦政府의 立場을 밝힌 바 있는 仮処分으로 말미암아 獨逸聯邦共和國에 미치지될 國內外的 損害(그에 대해서는 III以下 參照)는 只今도 如前히 尙存한다. 이제 本人은 1973年6月2日 當時에 拳示한 理由에 立脚하여 이번 새로이 提起된 仮処分申請에도 對処하려 한다. 그리고 實際적으로 觀

脚註. 編者註 : 文書 A VII

察해 볼 경우 這間에 變化한 것은 以下와 같다.

1973年 6月 12日 東獨은 유엔加入要請을 發表하였다. 1973年 6月 6日의 유엔憲章에 立脚한 獨逸聯邦共和國의 加入에 관한 法律 ( das Gesetz zum Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Charta der Vereinten Nationen vom 6. Juni 1973 ) ( B.G.B.L. II S.430 )이 이미 生效되었고, 또한 1973年 6月 12日 聯邦大統領閣下께서 이미 뉴욕 ( New York )에 보내실 加入에 관한 諸文書에 署名을 끝마친 時, 獨逸聯邦共和國 또한 유엔加入要請을 더 以上 遲滯시킬 수는 없는 것이다. 유엔加入에 관한 우리의 節次가 더 以上 遲延될 수 없기 때문에, 假使分이 있게되면 유엔은 基本條約이 數日만 지나면 生效하리라는 確實性도 없는 가운데 加入申請案을 處理하게 될 것이다. 兩獨의 加入案을 審理할 1973年 6月 21日로 豫定된 유엔安全保障理事會의 召集은 결코 任意로 延期시킬 수 없는 것이다.

1973年 6月 13日 東獨은 基本條約에 관한 國內的立法을 終結시켰다. 1973年 6月 20日에는 東獨과의 批准文書交換이 이루어져야만 한다.

聯邦政府가 聯邦憲法裁判所에 基本立場을 밝힌 以來 또한 1973年 6月 4日 裁判所의 決定이 있는 以來 基本條約의 施行을 延期시킴으로써 나타날 損害에 대하여 또 다른 判斷이 있을 수 있는 事態進展은 결코 없었다 하겠다. 聯邦政府의 立場으로 볼때에도 聯邦共和國에 미칠 損害를 防止하기 위해서는 裁判所側에서 하루

빨리 條約承認法律의 承認과 基本條約의 兩國間 實效에 대한 審理를 해 줄 것에 대해서는 何等の 疑心을 가지지 않는다.

1973年 6月 4日의 決定에서 聯邦憲法裁判所는 비록 時間的으로 緊迫함을 無條件 認定하지는 않았지만 假処分申請의 要件은 없다고 하였다. 이러한 見解는 지금도 마찬가지다. 基本條約의 施行을 遲滯할 경우 나타나게 될 損害는 전과 마찬가지로 매우 深刻한 것이기 때문에 假処分申請은 公共福利上 承認되어질 수는 없는 것이다.

1973年 6月 4日의 決定으로 볼 때 聯邦憲法裁判所는 그의 判決에 대한 새로운 審査가 可能하리라는 示唆는 없었다.

게르하르트 얀

(Gerhard Jahn)

### III. 1973年 6月 15日의 聯邦法務長官의 文書

聯邦法務長官 53 본 1973年 6月 15日

1004 冊 (2321) - 230/73

聯邦憲法裁判所副所長 兼

第二部 議長 貴下

75 칼스루헤 1



案件：西独과 東独間의 基本關係에 관한 西独과 東独間의 1972年 12月 21日의 條約에 관한 1973年 6月 6日의 法律에 대한 바이에른州政府의 違憲審査要請 ( BGB1.1973 II S.421 )

本件：1973年 6月 13日에 새로이 提起된 仮処分申請

關係文書：1973年 6月 14日의 本人의 文書

添附：30通의 寫本

聯邦政府는 새로운 仮処分申請의 內容을 包含하고 있는 바이에른州政府 訴訟代理人的 텔레타이프를 1973年 6月 14日에야 비로소 接受하였는 바 이때는 이미 1973年 6月 14日의 聯邦政府의 文書가 모두 作成되었을 때이었다.

聯邦政府는 바이에른州政府의 見解를 認定할 수 없다. 1973年 6月 4日 行하여진 聯邦憲法裁判所의 理由說示는 여전히 妥當하다. 바이에른州政府는 確實히 1973年 6月 2日 聯邦政府의 文書가 包含하고 있는 理由의 效果를 誤解하고 있다. 이것은 1973年 6月 2日 聯邦政府의 立場을 陳述한 論拠 3番에 明確히 나타나고 있다.

따라서 聯邦政府는 새로운 仮処分申請에 대해서 口頭審理를 해 줄 것을 要請하는 바이다. 聯邦政府는 1973年 6月 2日의 文書 3番에서 그 理由를 充分히 글로써 다 나타낼 수 없다고 밝힌바 있다. 聯邦政府는 이에 대해서 非公開審理를 통해 法院에게 傳達하였다.

게르하르트 안

IV. 1973年 6月 14日의 1973年 6月 16日 18時에 開催될  
口頭審理에의 聯邦憲法裁判所의 召還(텔레타이프)

聯邦憲法裁判所      칼스루헤. 1973年 6月 16日, 13:55

第2部

聯邦法務長官      貴下

본 ( Bonn )

聯邦憲法裁判所 第2部는 1973年 6月 15日의 聯邦法務長官이 傳達한 文書의 內容에 따라 基本條約의 效力發生을 停止시키라는 仮處分申請에 대한 口頭審理를 今日 1973年 6月 16日 18時 칼스루헤 술로스 베찌르크 3에 所在한 聯邦憲法裁判所 法廷에서 開催키로 決定했다.

이 時刻까지 貴下께서는 登院하여야 한다. 訴訟代理人은 그 자리에서 밝히도록 要請하는 바이다.

副議長, 죄페르트 ( Seuffert )

V. 1973年 6月 16日의 口頭審理에 관한 記錄

聯邦憲法裁判所      관스 루해      1973年 6月 16日

第2部の

公開會議

- 2 BvQ. 1/73 -

口頭審理에 관한 記錄

前示한 바 있는 西獨과 東獨間의 基本條約에 관한 批准文書를 停止시켜 줄것을 內容으로 하는 바이에른州政府의 仮處分申請에 대한 裁判節次를 開始함에 있어서,

現在 그 法官들은,

議長에 副所長 Seuffert를 비롯하여 Dr. V.Schlabrendorff, Dr. Rupp, Dr. Geiger, Hirsch, Dr. Rinck, Wand 그리고 本 執行 文書 管理人으로서 行政書記長 Hofel이 맡았다.

議長은 18時에 會議를 召集하고 審理에 들어갔다.

提訴人인 바이에른州政府側에는 Prof. Dr. Blumenwitz, Dr. Keßler, Bußler, Eberle가, 그 相對方인 聯邦政府側에는 聯邦首相 Jahn, 聯邦長官 Bahr, 그리고 Bahlmann, Dr. Eitel, Bauch가 맡고 있다.

議長은 바이에른州政府의 要請에 따라 Dr. Rotmann을 偏頗의이라는 理由로 忌避시켰음을 알렸다.

바이에른州政府를 代弁하여, Dr. Blumenwitz는 條約承認法律은 基本法에 違背하는 것이므로 따라서 無效이다라는 判決이 내릴 때까지 基本條約 第10條에 따른 批准文書의 交換을 一時的으로 停止시켜달라는 假處分申請을 提出하였다.

聯邦政府側을 위하여서는 聯邦首相 Jahn이 새로이 提起된 假處分申請 또한 正當하지 못하며 따라서 明白한 瑕疵를 가진 것으로 棄却되어 마땅하다고 反駁하였다.

이에 대해서 다음과 같은 決定이 있었다.

裁判은 公開하지 않기로 하였다. 그러나 비슷한 事例를 통하여 本件에 關心있는 第1部の 判事들과 같은 本判決에 關係있는 사람들에게는 參席을 許容하였다.

非公開審理에 있어서 모든 參席者들은 秘密을 維持할 義務를 갖는다는 것을 明白히 밝혔다.

聯邦長官 Bahr는 假處分으로 인하여 基本條約에 관한 批准文書의 交換이 中止되는 경우 招來될 損害에 대하여 陳述하였다.

또한 그는 Prof. Dr. Blumenwitz, Dr. Keßler Busler, Eberle 및 聯邦憲法裁判所法官 Dr. Rinck, Dr. v. Schlabrendorf의 質問에 應하기도 하였다.

그밖에 當事者들은 그들의 文書內容에 대하여 進行을 繼續했다. 다시 會議를 公開하기로 하였다.

議長은 1973年 6月 18日 月曜日 15時 같은 자리에서 判決의

宣言이 있을 것이라는 決定을 했다.

會議는 19時 34分에 마쳤다.

죄 페르트 ( Seuffert )

회 펠 ( Hofel )

VI. 1973年 6月 17日의 바이에른州政府首相의 文書 ( 텔레타이프 )

바이에른州政府首相 8월헌 1973年 6月 17日, 10:00

聯邦憲法裁判所

第2部 貴下

칼스 루헤

案件 : 바이에른州政府의 基本條約의 違憲性審査要請

本件 : 第2次 仮処分申請

1973年 6月 16日行한 口頭審理에서 聯邦政府는 充分한 審査없이 그자리에서 즉각 本 바이에른州政府의 立場을 펴 수가 없는 정도의 演說을 하였던 것이므로 그자리에서는 見解의 披瀝을 拋棄하였 다.

바이에른州政府는 다음과 같은 事項을 聯邦政府에 텔레타이프

伝達하르로서 答弁에 必要한 時間을 確保해 主도록 努力하였다.

VII. 1973年 6月 17日의 바이에른州政府 訴訟代理人的 文書 (텔레 타이프)

Prof. Dr. Blumenwitz      1973年 6月 17日      17:55

바이에른州政府訴訟代理人

1. 聯邦憲法裁判所

第2部 貴下

칼스 루해

2. 본 - 聯邦法務長官

案件: 基本條約의 批准法律에 관한 바이에른州政府의 違憲審査要請

本件: 第2次 仮処分申請

바이에른州政府는 口頭審理가 進行되는 가운데 訴訟代理人으로 하여금 本政府가 提請한 條約承認法律은 基本法에 違背하는 고로 無效라는 判斷을 確認받을 때까지 基本條約 第10條에 따른 批准文書의 交換을 停止토록 法院에 促求하였다.

## 請 求 原 因

73年 6月 16日 非公開로 進行된 口頭審理過程에서 政府가 본 仮処分申請을 論駁할 理由는 納得할만한 것이 아니었음을 밝혀둔다.

1. 聯邦政府는 詳說하건대 西獨과 東獨間의 基本條約에 의해 確立된 '特別한 關係' (besondere Verhältnis)가 條約施行의 延期로 말미암아 打撃을 받게 되리라고 評하였다. 그러나 바이에른 州政府는 基本條約上의 그와 같은 特別한 關係 (國際法的인 拘束力을 갖는다거나 憲法的인 關聯을 갖는 式으로 實現될)는 本案請求를 통해 볼 때 何等의 理由가 없는 것이라고 생각하는 바이다. 聯邦政府가 言及한 4大國의 (全體獨逸에의) 權利와 義務는 東獨과 蘇聯 (Ud SSR)間의 批准文書交換이라든가 書信交換이라는 實現過程속에서 拘束力을 가지지 않는 것이다.

2. 聯邦政府가 推進하고 條約批准文書의 延期로서 回復할 수 없는 政治的 損害의 發生은 거의 믿을 수 없다. 東獨이 유엔加入을 申請을 한 뒤에 곧 基本條約의 批准을 아니 할 明白한 危險은 없는 것이다.

Ⅷ. 1973年 6月 18日의 바이에른州政府首相의 文書

바이에른州政府 首相 8 뮌헨 22 1973年 6月 18日 10:45 發

— 眞實로 火急 —

聯邦憲法裁判所 第2部 貴下

칼스루헤

案件 : 바이에른州政府의 條約承認法律의 合憲性審査에 관한 提請

한편으로 今日 決定된 判決의 앞으로의 意義를 考察하며, 또한 1973年 6月 17日 텔레타이프로 送信했던 바 1973年 6月 16日의 口頭審理에서 聯邦政府의 提請을 充分한 審査도 없이 認定하는 것은 不可함을 窺察하고, 本人은 바이에른州政府를 위해서 再次 假處分申請에 대한 口頭審理를 받아들여 줄 것을 要求하는 바이다.

바이에른州政府首相

고 필



IX. 1973年 6月 18日 宣告期日の 記録

聯邦憲法裁判所

칼 소 루 헤 1973年 6月 18日

第 2 部 의

公開法廷

— 2 BvQ 1/73 —

前示한 바 있는 西獨과 東獨間의 批准文書交換을 暫  
定的으로 停止시켜줄 것을 內容으로 한 바이에른州政府  
의 提訴 審査에 있어서, 이에 관한 判決期日の 公告에  
대한 記録이다.

現在 判事로서는 : 副所長 Seuffert 가 議長을 맡았으며  
Dr. v. Schlabrendorff, Dr. Rupp, Dr. Geiger, Hirs-  
ch, Dr. Rinck, Wand 로 構成되었다. 進行上 文書管理人  
으로서 執行書記長 Höfel 이 選定되었다.

議長은 15時에 開廷하고 事件의 審査에 着手했다.

이 때,

바이에른州政府側을 위해서는 Prof.Dr.Blumenwitz 와 Bußler가  
聯邦政府側을 위해서는 Dr.Leverenz, Bahlmann, Dr.Mahnke, Giel-  
en 이 나와주었다.

議長은 다음과 같은 判決을 公告하였으며 重要한 判決理由를 伝  
하였다.

法廷은 15時 11分에 終了하였다.

죄 페 르 트

회 펠

X. 1973年6月18日字的 聯邦憲法裁判所의 判示

聯邦憲法裁判所

- 2 BrQ. 1 / 73 -

國民의 이름으로 東西獨基本條約 効力停止 假處分申請을 決定한다.

申請者 : 바이에른 州政符 州首相

全權代理人 : 부루멘 教授

被 告 : 聯邦政府 代表 聯邦政府 法務部

關 與 : 聯邦憲法裁判所 合意 2 部  
法 官

副院長兼 裁判長 조위힐트

博 士 훈 슈라브레돌후

博 士 루프

博 士 가이거

힐쉬

博士 링크

반트

1973年 6月 13日字의 仮処分申請은 棄却한다.

理由 ;

A 1972年 12月 21日 東西獨間에 署名한 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 基本關係條約이 西獨憲法에 違背되며 따라서 無効하다는 바이에른 州政府의 主張에 따른 違憲審査 申請이 1973年 5月 29日 當 憲法裁判所에 提出되었다.

兩獨間의 基本條約이 署名되자 聯邦政府는 이 條約効力에 必要한 法的節次 즉 同條約의 批准, 公布 等等의 作業을 完了했다. 基本法에 違背된다고 생각한 바이에른 州政府는 仮処分申請을 提起했으며 이에 대하여 聯邦憲法裁判所는 理由없다고 破棄시킨바 있다.

1973年 6月 13日에는 東西獨基本條約 第10條에 따른 兩獨間의 覺書交換에 對한 仮処分申請을 바이에른 州政府가 새로히 提起했다.

仮処分の 期間은 東西獨基本條約에 對한 違憲與否의 審査가 聯邦憲法裁判所에 依하여 決定날 때까지 였다.

바이에른州政府가 提起한 첫 번째의 仮処分申請이 棄却된後의 法的狀況은 달라졌다. 聯邦政府는 첫 번째의 仮処분이 棄却되자 條約法을 制定 公布했기 때문이다.

이뿐만이 아니라 東獨은 同條約에 對한 人民委員會의 同意를 얻어 黨書交換準備가 다 되어 있는 狀態다.

이에 따라 兩獨代表는 同條約第 10 條에 依拠 1973 年 6 月 20 日 西獨의 首都 本에서 雙方이 黨書를 交換키로 合意를 보고 있다.

東西獨 基本條約의 効力은 1973 年 6 月 21 日字의 假處分申請으로 因하여 停止되었고 裁判部의 決審公判이 延期되었다.

東西獨基本條約이 違憲이라는 判示가 난後에 發生된다면 決審公判以前에 決定된 條約의 批准으로 그에 對한 損失은 커질 것이다. 즉 同條約이 批准된다면 聯邦政府는 同條約을 遵守할 國際法的 義務를 지며 聯邦憲法裁判所가 決定내린 條約相對方의 國際法的義務를 要求할 수 없게 된다.

이 외에도 聯邦憲法裁判所가 同條約의 違憲與否를 決定하기 前에 同條約이 効力을 發生하게 된다면 不安한 狀態에서의 유엔 同時加入 등 여러가지 의심스러운 일이 發生된다. 왜냐하면 同條約은 兩獨의 유엔加入 등을 規定하고 있으나 말이다.

同條約은 家族의 再結合 兩獨間의 旅行, 訪問 등을 容易토록 規定하고 있는데 이에 對한 表現 亦是 不安한 狀態에서 發生된다.

聯邦政府를 代表한 聯邦法務長官은 바이에른州政府의 假處分申請이 不當하다고 主張하면서 이에 對한 決定을 聯邦憲法裁判所가 決定하여 줄 것을 要求해 왔다.

聯邦政府가 假處分에 反對하는 理由는 그로 因하여

聯邦政府의 國內外政策에 至大한 損失을 갖다준다는데 있다.

이는 바이에른 州政府가 첫 假処分申請을 냈을 때의 聯邦政府의 反對意見과 同一한 內容이다. 오늘에 이르러는 兩獨의 U N加入이 目前에 이르고 있다.

萬一 假処分申請이 裁判部에 依하여 認定되고 效果를 發揮하면 東西獨基本條約이 違憲이라도 判示가 나기 以前부터 不確實한 狀態에서 U N加入問題가 U N에서 다루어 지는 것이다.

B.

I.

假処分 申請을 許容한다.

II.

聯邦憲法裁判所に 常設되어 있는 두개의 審判부의 傳統的인 判시원칙에 따르면 한條約이 合憲이라고 判示되고 보니 이미 그 동안에 假処分申請이 發生되고 있었으므로 그로 말미암아 發生된 損失과 이와는 反對로 한條約이 違憲이라고 判示되면 以前에 效力을 나타낸 假処分效力으로 發生된 損失, 다시 간단히 말하여 보자면 두개의 損失에 대한 형평원칙은 다음과같은 結果를 發生한다; 法院의 決定에 따라 假処分申請이 棄却되면은 聯邦共和國과 聯邦政府는 法院의 判示에 따른 憲法的인 侵害強要를 받게 된다;

그것은 無條件 條約을 履行해야 하기 때문이다. 이와는 反對로 違憲이라고 判示가 내려지면은 條約을 履行할 수가 없어 條約違反

이 된다.

聯邦政府의 政策遂行을 支援하고 損失을 막기 위하여는 假處分申請을 棄却해야 한다. 聯邦憲法裁判所가 條約의 違憲與否를 審査하면서 聯邦政府의 權限인 外交政策問題까지 侵害한다는 것은 憲法的인 正當性을 認定받을 수 없는 일이다.

이 原則은 또한 聯邦政府亦是 州政府政策에 關与해서는 안된다는 것이다.

聯邦政府와 州政府는 憲法이 定해 놓은 範圍內에서 各己 自治權을 갖고 있는 것이다.

萬一 聯邦憲法裁判所가 假處分申請을 棄却하면 憲法이 賦与한 權限內에서 聯邦政府는 그의 權限을 行使하여야 한다.

이는 3 權分立의 原則에 따른 것이며 聯邦制度原則에 起因한 것이다.

假處分申請이 認定받으면 이에 따른 政治的 損失은 莫大한 것이다. 最終的인 決定이 내려질때까지 條約의 効力이 發生될 수 없기 때문이다.

基本條約 第10 條를 規定에 따라서 1973 年 6 月 20 日까지는 批准證書가 交換되어야 한다. 왜냐하면 6 月 21 日에는 유엔安全保障理事會가 東西獨의 유엔加入申請을 決定할것이기 때문이다.

이렇게 된다해도 聯邦政府가 獨逸民主共和國을 外國이 아니라는 것에는 變化가 없고, 兩獨關係는 特殊性을 띤 內國關係라는 것이다.

이와같은 사실을 불매 假処分申請이 認定되는경우 이모든것이  
停止되어야 하므로 이에 대한 損失이 莫大하다 하겠다.

따라서 바이에른州政府의 假処分申請을 棄却하는 바이다.

東西独基本条約의 違憲与否에 對한 公判은 곧 開庭되며 이는 独  
逸國家의 法的意義 決定에 重大한 意義를 가질 것이다. 이 決定  
은 모든 關與法官의 滿場一致로 決定한다.

조위헬트

혼슈라브레돌후 博士

루프 博士

가이거 博士

힐쉬

링크 博士

반트



## XI. 公 告

바이에른 州政府가 提起한 仮処分申請을 1973年6月19日 聯邦憲法裁判所가 棄却한다는 聯邦憲法裁判所 公報部の 發表

聯邦憲法裁判所 合意 一部는 바이에른州政府가 提起한 仮処分申請을 1973年6月19日 棄却했다.

同仮処分申請內容은 基本條約 10條規定에 따른 批准覺書交換 効力停止에 관한 것이었다.

原告의 主張은 東西獨基本條約이 基本法 第2條1項 3條3項, 14條1項 16條1項 및 2項의 基本權에 違背되는 條約이라는 것이었다.

獨逸聯邦政府는 同條約에서 避難民의 權利를 留保했다.

그외에도 同條約은 同條約이 効力을 發生하기 以前에 一定한 政治的, 法的 問題를 處理토록 規定하고 있다.

聯邦憲法裁判所는 同條約批准覺書交換 効力停止 仮処分申請을 棄却했다.

棄却理由는 1973年6月18日 本裁判所 合意2部가 내린 理由와 같이 聯邦政府의 政治的損失을 根拠로한 것이다.

1973年6月19日

## C. 바이에른 州政府申請에 關한 規範審査 公判

1. 1973年5月28日字의 바이에른 州政府의 申請

바이에른 州政府首相

1973年5月28日

聯邦憲法裁判所 貴下

案件：1972年12月21日 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間에  
署名한 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 基本條約에 關한 法，  
同條約이 基本法에 違背되며 無効라는 바이에른州政府의 確認  
訴訟에 關한 憲議 公判申請  
提出證據. 50個의 印刷物

바이에른 州政府의 이름으로 本人은 獨逸聯邦共和國 憲法(基本  
法)第93條1項2號 및 1951年3月12日에 制定된 聯邦憲法裁判所  
法 第13條6號와 同法第76條1호에 따라 東西獨逸基本條約이 違憲이  
며 無効라는 確認을 決定내려 주시기를 申請하나이다.

理 由

A.

申請은 許容된다.

1. 바이에른州政府는 憲法 第93條1項2号 및 이와 關聯된 聯邦憲法裁判所法 第76條1項에 依拠 申請資格이 있다.

2. 基本法 第59條2項에 該當되는 條約法은 基本條約 第93條1項 2号 및 이와 關聯된 聯邦憲法裁判所法 第76條1号에 依拠한 規範審査公判 對象이다.

3. 이에 對한 申請은 一定한 時期에 提起되어질 수 있다.

現在 有効한 規範이 規範審査를 위한 基本이 必須의인 原則은 基本法 第59條2項이 말하는 條約法에 適用되는 것이 아니기 때문이다.

立法節次는 聯邦大統領이 署名하고 이를 公布할때 까지 이루어 지는 것이며 그後에 規範審査公判이 이루어 진다.

4. 聯邦憲法裁判所는 基本法 第93條1項 第2号 規定에 依拠 聯邦法과 州法이 基本法에 違背되는지도 審査한다.

따라서 本 申請이 現行憲法規範에 條約法이 制限되었는지에 對하여는 밝힐 必要가 없다.

憲法審議의 尺度는 一般原則에 따라야 한다. 憲法이라는 것은 明文化된 憲法的規定에서 만이 아니라 解釋上 그 憲法規定이 規定하고 있는 一般原則에서 나온것이기 때문이다.

B.

申請은 理由있다.

1972年12月21日 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間에 署名한

東西獨 基本條約 및 이와 關聯된 條約들은 原則的으로 基本法에 違背된다.

東西獨基本條約과 이와 關聯된 條約에 違背되지 않도록 하는 基本法 第79條에 따른 憲法改正은 없었다. 또한 基本法 第79條 1項 2號에 따른 基本法補充法의 制定도 企劃되어 있지 않다.

따라서 同條約들은 全体가 無効다.

同條約들의 違憲理由는 다음과 같다.

I.

東西獨基本條約은 基本法 前文이 要求하는 獨逸統一要求에 違背된다.

1. 基本條約前文은 “民族과 國家의 統一이 이루어져야 한다”고 國民의 意思를 明文化시켰으며 이와 關聯하여 “全獨國民은 自由스런 自決權을 行使하여 獨逸의 統一과 自由를 實現시켜야 한다”고 말하고 있다. 憲法前文이라는 것은 政治的意義를 表現한것은 事實이나 亦是 法的性格도 內包하고 있다는 것이 聯邦憲法裁判所의 判示다. (聯邦憲法裁判所 判示 5.85 (127:11,150/160;12,45/51 참조)

a) 上記憲法前文은 解釈上 獨逸國家의 同一性을 認定하고 있다. 따라서 第3諸國이 滅亡했으나 國際法的으로는 獨逸國家가 消滅한 것이 아니라 同一性이 維持되어 獨逸國家의 存続을 뜻하는 것이다. 이와같은 法理는 獨逸聯邦共和國이 獨逸第3諸國의 相統國家라는 法理를 根拠로 한 것이다.

이같은 同一性의 原則이 基本法前文과 同法 第23條에 明示되어

있는 것이다.

b) 聯邦憲法裁判所の 傳統的인 判示는 “ 1945 年の 敗戰으로 滅亡한 獨逸帝國이 있으나 國際法的 및 國家法的으로 볼 때 獨逸國 自体가 完全 消滅된 것은 아니다 ” 라고 하고 있다. (참조. 聯邦憲法裁判所 判示 5, 126 ; 6, 336, 363)

敗戰으로 因하여 1945 年 5 月 8 日부터 다만 國家機關만이 없어졌을 따름이다. 基本法規定에 따라 組織된 憲法機關이 暫定的으로 滅亡한 獨逸帝國의 一部地域에 局限되어 設立되었다. 해도 獨逸聯邦共和國은 獨逸帝國과 同一性を 維持하고 있는 것이다.

(참조 聯邦憲法裁判所 判示 3, 319 ; 6, 338 및 363) 獨逸聯邦共和國은 全体獨逸國家의 部分行為能力을 가지고 있으며 이 能力에 따라 全体獨逸을 再組織할 수 있는 것이다. (聯邦 憲法判示 2, 277)

2. 東西獨基本條約은 國家法的 基本的見解에 違背된다.

a) 問題되고 있는 條約들속에는 어떠한 곳에도 獨逸諸國이라던가 全体 獨逸 또는 이와 비유할만한 表現이 明示되어 있지 않다.

獨逸帝國의 領土에 있는 兩獨의 基本關係를 規定하고 있는 이 條約속에다가 獨逸諸國은 存続하지 않으며 獨逸聯邦共和國은 獨逸帝國의 相續國家가 아니다라는 兩側의 合意가 있었다는 解釋을 피하기 위하여 充分한 規定이 必要했었다. 그러나 이와같은 것이 없다. 그리고 獨逸帝國이나 또는 全獨이라

는 暗示마저 없으므로 이 條約은 獨逸帝國이 存続하지 않는다던가, 帝國이 消滅되었다던가 또는 同帝國과 同一性이 없다던가 하는 것으로 풀이된다.

따라서 同條約은 東獨이 主張하는 것과 같은 것이며 基本條約에 違背되고 獨逸帝國은 消滅했으며 舊 獨逸帝國領土에 서로 獨立된 主權國家가 建國된 것을 뜻하는 것이다.

수축 國家理論에 따른 條約內容이 獨逸聯邦共和國은 立法者의 立法趣旨가 明示되어 있는 基本法前文에 違背되는 것이다.

b) 兩獨중 어떤 獨逸國家도 他의 獨逸國家를 對外的으로 代表 못하며 他獨逸 國家의 이름으로도 行使할 수 없는 同等한 두개의 主權國家가 있다는 것이 基本條約 4條의 內容이다.

이 條文의 內容을 正確히 말하자면 獨逸聯邦共和國은 앞으로 全獨을 위한 行使를 할 수 없다는 것이다.

基本條約 第4條의 表現은 東獨의 主張과 같으며 基本法에 違背되는 두개의 獨立된 同等한 主權 獨逸國家가 있으며 이들은 獨逸諸國과 아무런 관계가 없다는 것을 말하는 것이다.

3. 獨逸帝國存続의 否定과 全獨行使를 禁止시킨 基本條約 4條는 違憲이다.

a) 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國이 서로 상치되게 해석하고 있는 基本條約의 前文은 獨逸聯邦政府의 法的見解를 保護하지 않고 있다.

基本條約의 前文이 不明瞭하여 兩獨이 雙方에게 有利한 解釋을

할수있겠음 規定한 것은 基本條約第4條가 同等한 두개의 主權國家를 規定함으로써 聯邦共和國政府見解와같은 條約法解釋을 禁止한 것이며 第1條부터 10條까지의 基本條約規定을 볼 때 東獨이 主張하는 國際法解釋을 따르도록 強要하고 있는 것이다.

b) “獨逸統一을 위한書信” 역시 聯邦政府가 主張하는 바와 같은 “國際法上的 同一性原則이 同條約에 反映되어 있다”고 말 할 수 있도록 保障된 것은 아니다.

同書信이 비엔나協定 第31條2号(b)가 내린 條約解釋道具인 것은 事實이다.

그러나 同書信이 “自決權”이라던가 “統一시킬 權利” 등을 明示하고 있지 않으며, 平和의 方法으로 現在의 獨逸形態를 變更시키려는 政治的 目的만을 밝히고 있을 따름이다.

이와같은 政治的 目的은 同書信이 없었다고 하더라도 可能한 것이지만 條約上에서 나오는 法的論理와 法的결어에는 어떤 影響도 주지 못한다.

c) 基本條約第9條와 이와 關聯된 書信交換 亦是 祖国統一要求에 違背된다는 것을 숨길 수 없다.

이 條約의 部分은 第3國과의 締結되는 條約當事者와 어떤關係도 없다고 되어 있다. 이러規定은 1953年 5月 26日 締結된 3大強大國과 獨逸聯邦共和國과의 基本關係條約에 特別한 意味를 안겨 주고 있다.

이 條約은 聯合國의 獨逸全體에 대한 留保權과 責任을 認定한

것이다.

同條約의 留保權은 獨逸統一을 禁止한 것이 아니라 正반대로 되어 있다.

또한 同條約은 聯合國과 獨逸聯邦共和國과의 關係만을 規定한 것이 아니라 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國과의 關係도 規定한 것이다.

오늘날 聯合國이 이 條約을 충실히 履行치 않고 있는 것은 事實이나 이 외에도 聯合國이 同條約의 義務를 完全 拋棄한다면 獨逸統一은 完全히 排除되는 것이다. 憲法의 規定에 따르면 獨逸統一은 留保되어 있는 것 뿐만이 아니라 獨逸聯邦共和國 機關과 法規範속에 繼續 存在하는 것이다.

## II.

### 再統一要求에 違背

1. 基本法前文은 獨逸聯邦共和國의 政治的 모든 機關에 全力을 다하여 統一에 努力하고 이 目的을 위한 對策을 講究하며 이 目的의 實現을 위한 모든 可能手段을 總動員할 것을 要求하고 있다.

他面에서 同前文을 볼때 統一에 障礙가 되는 것은 모든 機關이 參加할 것을 要求하고 있다고 풀이된다. (聯邦憲法裁判所 判示 5,85/128 參照)

a) 內獨法律協助 (兩獨間의 法律問題에 관한 相互協力을 뜻함) 에 關한 問題를 審議한 1960年5月31日字의 聯邦憲法裁判所 判示



에 따르면 (聯邦憲法裁判所 判示 11,150 / 160 參照) 基本法에 規定된 獨逸統一規定에서 祖國統一이 妨害되는 措置는 違憲이라고 判示했다. 또한 이 判示는 獨逸聯邦共和國 憲法機關과 緊張을 招來시키는 對策도 違憲의 處理라고 했던 것이다.

따라서 同 判示는 東西獨의 緊張自体가 違憲임을 밝힌 것이다.

b) 祖國의 統一은 政治的 目的일 뿐만이 아니라 憲法的인 要求라는 것은 基本法 第146條에서도 派生된다.

憲法이 制定되어 効力이 發生될때 까지 이 基本法이 憲法을 代身한다는 上記 條文의 憲法的 規範은 全獨逸國民의 自由스러운 自決權을 規定하고 있으며, 國家將來에 對한 獨逸國民의 最終的 決定權을 나타낸 것이다. (聯邦憲法裁判所 判示 5,05 / 127 參照)

c) 政策機關과 對策은 憲法이 要求한 祖國統一要求에 合致되는가 審議되는 것이다. 이 政策機關의 政治的 自由裁量權은 統一要求條項의 範圍內에서만 認定된다.

따라서 法官은 國家의 政策이 憲法的 要求와 合致되는 가를 審議할 수 있는 것이다.

政治的 裁量의 相當範圍가 立法府에도 주어져 있다. 그러나 立法府가 基本法이 規定한 統一要求에 違背될때는 聯邦憲法裁判所가 이를 規制할 수 있는 것이다. (聯邦憲法裁判所 判示 12,45 / 52 參照)

2. 基本條約은 基本法의 統一要求 規定에 違背된다.

a) 基本條約을 獨逸帝國의 國際法的, 國家法的 存続을 否定할 뿐만 아니라 同條約 4條는 聯邦共和國이 全獨을 代表하는 것도 禁止하고 있으며 同條約 1條, 6條 및 8條는 獨逸民主共和國을 獨逸聯邦共和國과 同等한 獨立된 主權國家라고 하고 있으며, 獨逸聯邦共和國과는 善隣國家며 常設代表部를 相互 交換設置 하도록 되어 있다.

이에 따르면 獨逸帝國의 位置에 두개 主權國家가 建國된 것이며 相互 國家의 存続을 保障하도록 되어 있다.

일 민족 두개의 國家라는 獨逸聯邦政府의 論理는 國際法關係에서 볼때 無意味한 것이다.

이런 規定과 論理는 國際法的으로 두개의 永久 分斷國家가 있다는 것에 不適當한 것이다.

一般國際關係에서 通用되는 用語와는 달리 形式的인 表現上에서 差異點을 나타내고 있는 表現 즉 大使館 設置라는 用語대신 常設代表機構 設置라던가, 또는 覺書交換이라는 말 대신 批准文書 交換이라고 表現되는 등등은 基本條約 2條, 3條, 4條 및 6條 規定에 비해 어떤 比重도 없다.

條約內容은 以外에도 兩獨間的 國境을 保障할 義務를 規定하고 있다.

國境이라는 것은 勝戰國家가 獨逸帝國에 強要한 休戰線이다.

基本條約은 이와같은 休戰線을 兩獨의 國境이라고 規定한 것이다.

獨逸民主共和國에 對한 獨逸聯邦共和國의 關係는 앞으로 外國과의 關係와 同質인 것이며 相互國際法의 主體關係에 不適當하진 않을 것이다.

이와같이 獨逸帝國의 領土를 獨逸聯邦共和國이 一도로 찾지 못하게 規定한 것은 基本法에 違背되는 것이다.

이는 永久的인 分斷을 뜻하는 것으로 違憲이다.

오늘의 現實이 東西獨 統一을 이룰 수 있도록 成熟되지 않았다는 狀況이라 하더라도 憲法의 要求로 統一을 이룩해야 한다는 法的 要求에는 變化가 있을 수 없다.

b) 이러한 法的 要求에는 “統一을 위한 書信” 亦是 어떤 影響을 줄 수 없다.

c) 東西獨基本條約의 內容이 憲法이 要求하는 統一成就와 類似하다는 말을 가지고 그 條約署名의 正當性을 찾을 수 있는 것은 아니다.

aa) 聯邦憲法裁判所의 判例說인 接近理論에 依한다면 憲法的 要求에 接近되어가는 狀態가 올때에 한하여 憲法的 規範의 縮小가 國際條約에 依하여 可能하다는 것이다.

(聯邦憲法裁判所 判示 4, 157 參照)

bb) 聯邦憲法裁判所가 接近說을 利用한 境遇에는 例外規定으로서 占領軍 秩序를 廢棄할 때에 限하였다는 것을 指摘해야 겠다.

이와같은 狀況이 東西獨 基本條約에는 存在하지 않을 것이다.

왜냐하면 條約當事者들이 對等當事者들이며 占領國이나 또는 占領地域과의 關係처럼 되어있지 않기 때문이다.

자르지방事件은 자르지방이 仏蘭西地域에서 離脱되어 나와 獨·仏 講和條約에 따라 獨逸에 편입되는 것이었다.

東獨이 소련에 편입되는 것도 아니며 또한 어떤 共產國家 地域에서 離脱되어 나오는 것도 아니기 때문에 자르事件과는 다르다.

cc) 이와같은 特殊性이 東西獨間에 있는데도 이 경우 역시 자르의 경우와 같다고 본 몇 자 聯邦憲法裁判所의 判例說을 이에 引用할 수는 없다.

왜냐하면 東西獨基本條約이 東獨을 國家로 承認함으로써 東西獨 關係는 完全 分離된 外國의 關係며 이는 基本法 前文이 要求하는 統一要求에 違背되는 것이기 때문이다.

dd) 實質的 政策遂行으로 東西獨의 關係가 改善되고 이리하여 漸次的으로 東西獨이 接近하여 統一의 機會를 成熟시키는 것 보다 東獨을 獨立된 主權國家로 承認하는 것이 果然 옳을 수 있는지는 심히 의심스럽다.

ee) 또한 基本條約이 과도적인 性格만을 갖고 있는 것이 아니라 그條約의 一定한 有効期間이 없기 때문에 聯邦憲法裁判所의 判例說인 接近理論이 適用될 수 없다.

d) 東西獨條約에 明示되어 있는 有益한 점 즉 東西獨人民의 고통을 덜어주고 兩獨政府의 協調 및 平和와 自由를 위하여 緊張을 緩和시킨다는 등등의 條約상의 有益한 點 등은 聯邦憲法裁判所

의 立場에서 考慮할 바가 아니다. 왜냐하면 이것들이 統一과 直接  
的인 關聯이 없기 때문이다.

이런條約上の 規定은 다만 兩獨間의 關係正常化를 말하는것 外에  
아무것도 아니기 때문이다.

兩獨間에 關係正常化한 統一을 永久히 不可能하게 할 따름이다.

兩獨間의 國境을 超越한 商去來 旅行 등등은 相當한 成果인것만  
은 틀림없다.

그러나 이것亦是 統一과는 無關한 것이다. 活潑한 兩獨關係가  
統一을 뜻하는 것은 아니기 때문이다.

이와같은 것은 兩獨의 體制를 固定시키는 結果밖에 안된다.

歐羅巴統一努力에서 나타나는 바와 같이 強力한 統一意慾만이 統一  
에 對한 前提條件이 될 수 있다.

바로 이러한 統一意慾이 東獨에 欠乏되어 있는것이다.

東西獨의 自由往來는 獨逸國民이 떨어져사는 것을 促進시키기만  
한다.

이런意味에서 볼 때 文化의 統一性은 이루어질 수 있다.

國家의 統一은 人間의 고통을 덜어 주고 兩政府間의 協力만을  
가지고 이루어질 수 있는것은 아니다.

이상과같은 理由에서 接近理論을 東西獨 基本條約에 適用시킬수는  
없는 것이다.

### III.

基本條約은 伯林에 關한 基本法規定에 違背된다.

1. 東西獨基本條約 第2條의 伯林約款은 違憲이다.

a) 基本法 第23條1項에 依하면 西獨의 憲法은 西獨의 모든 州와 大柏林(東西柏林)에 그의 効力이 있다고 되어 있다.

1949年 5月 12日 制定된 基本法이 占領軍許可伯林留保規定에 違背되지 않는限 西獨의 基本法이 伯林에 適用된다고 聯邦憲法裁判所의 傳統的 判示도 말하고 있다. (聯邦憲法裁判所 判示 7,1 / 10 參照)

西獨이 外國과의 國際條約을 締結할때는 언제든지 西獨內의 州만을 代表하여 國際條約을 締結하는 것이 아니라 伯林까지도 이에 包含시키고 있으며 이는 3大強國 協定の 留保條項에 抵触되는 것이 아니다.

따라서 聯邦政府가 어떤條約을 締結할 때 聯邦共和國 全体속에서 伯林만을 除外시키고 締結한다면 이는 違憲일 따름이다.

이는 聯邦에 주어진 憲法義務 違反일 따름이다.

聯邦이 伯林을 支配하지 않는다는 留保도 單하나의 伯林約款에서만 例外的으로 나타나고 있다. 즉

“伯林州가 이 法을 適用, 有效하게 하겠다고 確認하면 이 法 亦是 伯林에서 効力이 發生된다.”

國際法의 一般原則은 東獨과의 關係에서도 適用되어야 한다.

왜냐하면 東西獨 基本條約이 國際法的 條約이기 때문이다.

실사 東西獨基本條約이 백보 양보하여 國家法的條約이라 하더라도 그 條約역시 伯林에도 一括하여 効力이 있어야 한다.

聯邦이 東獨과 締結한 條約에서 伯林을 除去시킬 어떤 法的理由도 갖고 있지 않기 때문이다.

他外國과의 關係에서 聯邦이 伯林을 代表하기는 容易하나 이와 같은 原則이 東獨과의 關係에서도 成立시키기란 무척 어렵다는 理由때문에 聯邦政府가 伯林을 除外시켰다는 것은 法的으로 볼 때 容納할 수 없는 事實이다. 이는 憲法的義務를 違背하는 結果밖에 되지 않는다.

b) 基本條約은 앞에서 指摘한 伯林約款만을 違背한 것이 아니라 다음 事項도 違背하고 있다. 즉,

“伯林州”가 이 法이 伯林에서도 有効하다고 確認하는 限 伯林에 關係를 規定한 條約은 伯林에서도 効力이 있다.”

앞으로 締結될 條約에서 伯林問題를 取扱한다는 例外的인 規定을 兩獨이 合意함으로써 東西獨 基本條約이 伯林을 除外시키고 있다.

따라서 東西獨 基本條約이 伯林에 通用될 수 없도록 한 것이다.

이와같은 條約의 풀이는 同條約 第2條의 풀이에서 明白히 나타난다.

c) 伯林的 궁극적인 問題는 3大 또는 UN 強大國이 決定한다는 事實만을 가지고 東西獨條約이 伯林에서 適用되지 않는다는 것

에 대한 正当性을 認定받을 수 없다.

東西獨基本條約이 伯林에 關係되는 것은 聯合國의 留保事項으로 생각한다고 規定하고 있는것은 事實이다.

그러나 이런 條約은 非商品用物品去來에 限하여 適用토록 한것임을 알아야 겠다. 최소한도 同 規定이 基本法에 違背되는 것만은 否定할 수 없다.

## 2. 伯林에 關係되는 兩獨間の 宣言은 違憲이다.

東西獨條約에 反影된바와같은 西伯林에 關한 兩獨의 宣言은 基本條約 補充速記錄 第7條에도 明示된 바와 같이 “條約과 協定을 西伯林에 擴大適用할때는 兩側의 合意에 依한다”고 되어있다.

앞으로 締結될 協定이 西伯林에도 適用될 수 있는지는 東獨의 同意 如何에 달려있다.

獨逸聯邦共和國은 西伯林을 對外的으로 代表한다는 基本法 第23條 1項은 이런 東西獨의 宣言으로 死文化되었다.

東獨과 合意본 모든 條項은 西伯林에도 適用된다는 聯邦政府의 宣言은 憲法違反이다. 왜냐하면 “할수있다”는 規定으로 되어있기 때문이다.

基本條約의 例에서 나타난 바와 같이 과연 聯邦政府가 그들의 約束을 履行할지가 의문스럽고, 他面에서 볼 때 이미 그런規定이 違憲임에 틀림없다.



3. 東獨의 主權承認은 違憲이다.

a) 基本法이 東西伯林인 大伯林에도 通用된다는 基本法 第23條 1項의 規定은 特別한 意義를 지니고 있다.

이 規定은 基本法의 効力範圍를 規定한 것이며 獨逸聯邦共和國의 地域範圍를 宣言한 것이기 때문이다.

基本法 第23條 1項이 말한 大伯林이란 말은 大伯林의 行政統一과 直結되는 것이다.

4大強大國의 合意에 따르면 大伯林이 오늘날에도 法的으로 持續되어 있는 것이다. 그러나 實質的으로는 1948年以來 오늘에 이르기까지 伯林은 分斷되어 있다. 그러나 1948年 9月 처음으로 開院된 制憲議會는 伯林의 分斷을 認定치 않았으며 계속 單一로된 大伯林이라고 했고 이러한 大原則下에서 伯林州라고 했던 것이다.

基本法이 伯林이라고 말한 것도 이 大伯林을 뜻하는 것이다.

基本法 第23條 1項이 “大伯林”이라고 말한 것을 “西伯林” 또는 그냥 “伯林”을 뜻하는 것이라고 누가 풀이 한다면 이는 옳지 않은 것이다.

聯合國의 留保權때문에 基本法이 伯林에 通用될 수 없다는 論調는 옳지가 않다. 그러나 西方聯合國이 基本法을 制定할 當時 그 法의 効力이 西伯林에만 미치도록 한 것도 事實이다.

그렇지만 1949年 5月 12日의 軍政許可령은 基本法의 効力이 全 伯林에 미치도록 했다.

國際法條約締結에 따라 伯林의 法的地位에 變動을 加할 수 있는

지는 決定하지 않았다.

萬一 伯林的 法的地位를 國際條約에 의하여 變更시키면, 그런 경우는 國際法의 一般原則에 起因한 것이 아니며 基本法 第25條에 따른 聯邦法의 一部가 될 수 없다. 한 國家憲法은 基本法第25條를 例外로 하면서 獨立의으로 存在한다.

한 國家 憲法과 다른 國際條約이 있다해도 그 國家의 政府는 그 나라의 憲法에 拘束되는 것이다.

伯林的 法的地位를 國際法의으로 可能케 하는 것도 또한 基本法이 實質的으로 東伯林에서 通用될 수 없다는 事實도 基本法 第23條1項을 無視할 어떤 正當性이 聯邦政府에 있는 것은 아니다.

b) 國境不可侵을 規定하고 있는 東西獨基本條約, 現行分界線을 中心으로 하는 國家主權의 尊重 등이 平和를 위한 것이며 주어진 歷史的 事實을 尊重해야 한다는 基本條約은 (同條約 前文, 2條 및 3條) 東伯林을 包含한 東獨을 主權國家로 承認한것 외에 달리 解釋할 수 없다.

따라서 基本條約이 基本法의 大伯林効力を 剝奪한 것이다.

그렇고로 東西獨基本條約은 基本法 第23條1項에 違背된다.

東伯林을 包含한 東獨의 主權을 承認한 것이 占領法에 抵觸되는 것이 아닌가라는 문제는 여기에서 言及할 性格의 것이 아니다.

왜냐하면 聯邦憲法裁判所가 이에 對한 審議權을 갖고 있지 않기 때문이다.

다만 同條約이 基本法 第23條1項을 實質시켰다는 것이 違憲이될

따름이다.

왜냐하면 基本法 第79條는 어떤 基本法條文을 他法改正이나 制定으로 變質시키는 것을 禁止하고 있으며 變質시킬 때는 반드시 該當條文을 直接改正할 것을 要求하고 있기 때문이다.

#### IV.

東獨內에 있는 獨逸國民에 對한 社會保障義務에 同條約은 違背된다.

1. 基本法 第1條1項2段 및 第16條에 따르면 聯邦政府와 모든 聯邦政府機關은 그의 影響力이 미치지 못하는 곳에 있는 獨逸人의 尊嚴도 保障해야 하며 그들 獨逸人들이 外部로 부터 侵害받거나 攻擊당하는 것을 保護해야할 義務가 있다고 宣言하고 있다.

이같은 聯邦政府의 義務는 그들 獨逸人이 私인에 의하여 侵害당할 時, 어떤 社會團體이건 또는 어떤 國家이건간에 莫論하고 保護해야 한다고 되어있다.

특히나 自國國民을 外部의 侵害로 부터 保護해야 한다는 祖國으로서의 義務는 獨逸憲法의 傳統的인 原則이다.

獨逸民主共和國에 居住하고 있는 國民은 基本法第116條가 말하는 獨逸國民이며 따라서 獨逸聯邦共和國의 保護와 社會保障法의 惠沢을 받을 權利를 갖고 있다.

2. 基本条約締結로 말미암아 独逸聯邦共和国은 独逸民主共和国에  
사는 独逸人の 保護義務와 社会保障義務를 違背한 것이다.

a) 基本条約 第6条는 独逸聯邦共和国의 高權行使는 그의 領土  
에 局限하며 独逸民主共和国의 高權을 認定한다라고 되어있다.  
그리고 이어서 独逸聯邦共和国은 独逸民主共和国의 對外的 國家權力  
行使를 尊重할 義務가 있다고 말하고 있다.

이로서 基本条約은 独逸聯邦共和国의 國民保護權과 社会保障權을  
剝奪한 것이다.

b) 独逸聯邦共和国이 實質的인面에서 볼 때 建国以來 한번도  
独逸民主共和國內에 居住하는 独逸人을 保護하거나 社会保障을 시켜  
주지 못 했다는 事實이 基本条約締結의 正当性이 될 수 없다.

aa) 이러한 事實을 基本条約은 보다 惡化시킨 結果밖에 되  
지 못한다.

過去의 聯邦政府나 또는 法的現實은 一定한 對策을 講究했었다.

그러나 基本条約이 이를 削除 함으로써 앞으로는 不可能 하게  
만들었다.

bb) 東独市民이 外國에 있고 그 外國에 聯邦共和国의 大使  
館이 設置되어 있는 경우는 그 独逸大使館이 東独의 独逸國民을  
實質的으로 保護할 수 있었으며 保護했는데 앞으로는 이런 것을  
考慮할 수 없게끔 基本条約이 만들었다.

基本条約이 効力を 發生하고 第3國에 独逸民主共和国의 大使館이  
設置되어 있는 곳에서는 그 3國에 있는 東独의 独逸軍民을 保護

할 수 없게 됐다.

c) 基本條約締結로 因한 獨逸聯邦共和國의 義務履行은 많은 負擔感을 안겨주었다. 왜냐하면 東獨은 그곳에 居住하고 있는 獨逸人으로서 부터 거의 모든 基本權을 剝奪하고 있으며 이에 따라 그들의 保護範圍가 보다 넓어졌는데도 東西獨 基本條約으로 말미암아 이를 実行에 옮길 수 없게 됐기 때문이다.

3. 基本條約이 東獨內에 居住하는 獨逸人の 國籍에 어떤 影響도 주지 못하게 한 것은 아니다.

基本法 第116條가 規定한 獨逸의 國籍問題는 前과 같이 効力이 있다.

이點만은 獨逸聯邦共和國이 留保함으로써 明白하게 되어 있다.

그러나 그 留保라는 것이 問題된다.

이 留保가 獨逸民主共和國의 高權이 行使되는 地域에 居住하는 獨逸國民에게 무슨 影響을 加할 수 있을까라는 疑問이 發生한다.

모든 國家가 自國國民의 國籍을 決定지을 수 있다는 것은 明白한 事實이다.

基本條約이 東獨을 主權 獨立國家로 認定한限 東獨이 東獨의 高權下에 居住하고 있는 國民을 自國國民이라고 主張할 수 있겠끔한 것으로 풀이된다.

따라서 東獨에 居住하고 있는 國民은 2重國籍을 갖게 된다.

國際法原則에 따라 東獨은 東獨에 居住하는 國民을 自國國民이라고 主張할 수 있다.

또한 東西獨基本條約에 따라 獨逸聯邦共和國이 東獨에 居住하는 國民을 對外的으로 代表할 수 없게끔 했다.

4. 他國家의 高權이 (- 특히 自由民主國家가 말하는 眞正한 基本權이 適用될 수 없는 社會主義 國家-) 獨逸民族의 國籍을 國際法條約締結이라는 手段을 통하여 決定지울려고 하면 獨逸聯邦共和國은 이런 條約을 그런 國家와 締結해서는 안된다.

條約에 의하여 自國國民을 第3國에 讓渡할 수는 없고 다만 國土의 讓步만이 可能할 따름이다. 그리고 이런 경우는 그 讓渡된 國土內에 居住하고 있는 自國國民의 出國이 保障되도록 條約을 締結해야 한다.

基本條約은 出國保障을 規定하고 있지 않다. 東獨에 居住하고 있는 大多數의 獨逸國民의 出國이 禁止되어 있고 그런 경우는 死殺을 한다던가 또는 전기철조망에 걸려 죽게 한다던가, 行政的인 處罰을 加하고 있기 때문에 基本條約은 獨逸聯邦共和國의 基本法 國民保護規定에 違背되는 것이다.

5. 書信交換을 통한 家族의 再結合, 東西獨旅行의 緩和, 非商品用 物品去來의 改善 등등의 緩和가 獨逸民主共和國內에 居住하는 獨逸國民에 對한 獨逸聯邦共和國의 基本法의 保護義務에 接近한다는 接近

理論이 適用될 수 없다.

聯邦憲法裁判所가 接近理論을 開發하면서 “포기할 수 없는 憲法의 原則은 어떤 경우를 莫論하고 損傷되어서는 안된다”고 強調했기 때문이다. (聯邦憲法裁判所 判示 4, 157 L8 4 參照)

이 判示는 基本法 第1條 人間의 尊嚴속에 內包되어 있는 國民에 대한 國家的 社會保障義務가 人間의 尊嚴은 不可侵이라는 말과 同一한 法的 價值를 지니고 있는지에 대하여는 沈黙만을 지키고 있었다.

실사 國民에 對한 社會保障이 基本法 第79條3項에 該當되지 않는다 해도 同義務는 拋棄할 수 없는 憲法的 基本原則임에 틀림없다.

旅行自由保障의 基本法의 要求에 따라 旅行을 自由로이 保障시켜주는 代價로 自國國民을 他國, 特히나 人間의 基本權이 完全히 無視當하고 있는 社會主義國家에 넘어가도록 한다는 것은 人間의 休머니즘을 基盤으로 하고 있는 憲法的 規定에서 볼 때 不當하며 이는 拋棄할 수 없는 憲法的 大原則이다.

名譽博士 金 秉

II. 1973年 5月 29日字

聯邦憲法裁判所 合意2部 裁判長의 書信

聯邦憲法裁判所 1973年 5月 29日 17:30

合意 2部

裁判長

2BvQ 1/73

聯邦法務長官 貴下

案件：東西獨基本條約의 違憲審査에 관한 바이에른州政府의  
申請

聯邦憲法裁判所는 바이에른州政府의 基本條約 違憲審査申請에 對  
한 口頭公判을 1973年 7月 31日 改正할것을 決定 通告하는  
바입니다.

本裁判部는 이期間內에 貴政府가 東獨과 批准文書를 交換하는지에  
對한 貴政府의 見解를 밝혀줄 것을 付託하는 바입니다. 萬一 貴  
下가 이에 對한 答信을 보내주지 않는다면 本裁判部는 이에 對한  
仮処分을 내릴 수 밖에 없다는 것을 밝혀 둡니다.

따라서 本裁判部는 貴政府가 이에 對한 答信을 1973年 6月  
4日까지 보내주실 것을 要求하는 바입니다.



萬一 貴政府가 이에 對한 答弁을 口頭로 하겠다는 意思를 가지  
고 있으시다면 1973年 5月 30日 水曜日까지 通告하여 주시기  
바랍니다.

副院長

조 이 혈 트

Ⅲ. 1973年 6月 5日字의 聯邦法務長官의 書信

聯邦法務長官 1973年 6月 5日

聯邦憲法裁判所 1973年 6月 5日

副院長兼 合憲2部 裁判長 貴下

案件；1972年 12月 21日 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間에  
東西獨基本條約에 關한 違憲審査公判

1973年 6月 19日의 口頭公判에 關한 聯邦共和國의 見解

聯邦政府를 代表하여 本人이 貴下에게 다음과같은 事實을 報告하  
는 바입니다.

貴 裁判所의 口頭公判에는 聯邦政府側에서 다음 人士를 派遣합  
니다.

理 事 官 발만. 聯邦法務部

副 理 事 官 쉬허博士 聯邦內務部

書 記 官 만케博士 聯邦內獨關係省

聯邦政府訴訟全權代理人

외른大學校 教授 크리레博士

弁護士 레베렌즈

聯邦 法務長官

게르하르트 안. 올림

IV. 1973年 6月 19日

口頭公判開催에 對한 聯邦憲法裁判所의 1973年 6月 12日  
字 公告

聯邦憲法裁判所 1973年 6月 12日

合意 2部 裁判長

- 2 BvF 1/73 -

東西獨基本條約에 관한 違憲審査를 위한 口頭公判이 1973年  
6月 19日 火曜日 10時에 聯邦憲法裁判所法廷에서 開催된다.

副院長

조 이 힐 트

V. 第 2 次 바이에른 州政府의 議會에 따른 伯林大學教授

벵그러博士의 書信

教授, 벵그러 博士

1973 年 6 月 12 日

聯邦憲法裁判所

合意 2 部 貴下

案件 ; 東西獨基本條約의 違憲審査

公判

尊敬하는

聯邦憲法裁判所 裁判長 님

바이에른 州政府의 命에 따라 本人은 東西獨 基本條約에 대한  
벵그러教授의 評價書를 8 部 複寫하여 提出하는 바입니다.

博士 요세 후 틃텔 올림

教授 벵그러 博士

바이에른州 政府의 議會에 의하여 東西独基本條約에 對한 法的評  
價書를 本人이 作成하여 聯邦憲法裁判所에 提出하나이다.

### I. 東西独基本條約의 法的性格

法的 拘束力을 갖게하는 近代國際法的契約이 아닌것이 東西  
独基本條約이다.

同條約의 性格上으로 보아 獨逸의 傳統的인 國家法的契約이거나,  
他國家의 國家法的 契約 또는 國際社會에 通用되는 國際法的 條約  
에 該當되는것 같다.

教授 Wilhelm Wengler 博士

憲法과 東部條約에 對한 合憲法의 合憲性

聯邦憲法裁判所에 提出하기 위한 意見書

東部 條約과 合憲法 1, 2의 領土上의 規定分析 1) 2)

2. 모스크바條約의 第三條와 바르샤바條約의 第一條는 “諸國의 國境線”에 關해서 言及하고 있다. 바르샤바條約의 第三條에는 條約當事者 따라서 兩國家에 의하여 Oder-Neiße線이 Potsdam會議의 決議에 記述되어 있는 바와 같이 3) 폴란드의 西部 “國境”을 設定한다는 것을 明示的으로 “確定”하였다. 모스크바條約의 第三條에는 歐羅巴의 모든 國家의 國境은 1970年 8月 12日現在 그어 진데로 “不可侵的” 4) 이라고 看做된다는 聲明과 關聯을 지어 明示 되어있고 同時에 이와 關聯해서 비록 默示的일지라도

註 1) 짧은 時間에 作成한 이 意見書는 東部條約에 對한 가장 最近의 獨逸語文獻을 다만 例外로 引用했으며 더불어 또한 操心스럽게 引用했다는 것을 먼저 말해 두고저 한다.

그 以外에도 같은 方向으로 생각하는 著者들의 引用을 통해서도 또는 달리 생각하는 사람의 見解를 參照해서도 意見은 더 옳지도 않고 틀리지도 않는다.

특히 獨逸政策의 法的 問題에 對한 못마땅한 論議는 벌써 지난 數年 동안 흔히 소홀히 되었다는 非難이 聯邦共和國의 輿論 形成에 잠자코 있지는 않았기 때문에, 現實的인 問題가 現實的인 問題로서 法的 拘束力을 가진다는데 對한 批判的이고 學問的인 思索을 通해서 이루어진 어떤 法的 確信을 이루고 있느냐에 對해서는 問題가 되지 않는다.

이 意見書의 作成者가 1965年 獨逸問題의 "位置와 概念"에 對한 그 當時에는 "어울리지" 않은 研究를 하여 그 論文에서 그 當時의 公的인 見解의 微弱한 點을 批判하여 內獨關係省에 이것을 出版하라고 提供한바 있었는데 內獨關係省은 그것을 받아드릴 수 없다는 것이었다. 그 後에 이 論文은 "獨逸政治와 國際政治誌"의 10年号 336 페이지以下와 426 페이지以下에 印刷된바 있다. 그後 內容에 있어서는 비슷한 命題를 Menzel 教授가 1971年에 "聯邦共和國은 어느만큼 主體的인가"라는 表題로 (1971年 法政治誌 178 페이지以下) 發展시킨바 있지만 1965의 本人의 論文은 아마도 모르고 있는 것 같다.

註2) 條約의 內容 및 條約의 公布에 關한 知識이 이 意見書의 読者에게 있다고 看做될 수 있다.

註3) postdam 協定에서의 오더-나이세線의 記載는 특히 北部에서 事實上으로 存立하고 있는 境界를 짓고 있고 獨逸民主共和國과 폴란드 當局에 의하여 表示된 境界와 반드시 全部가 一

1) 오더-나이세線은 1970年 8月 12日 時點에 存立하는 폴  
랜드의 西部國境을 設定하고 있음과 同時에

2) 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 國境은 不可侵한다고  
宣言한 “歐羅巴國家間의 國境”에 屬한다는 것을 確定했다.<sup>5)</sup>

“國家境界線”이 條約에 依해서 確定된다는 것은 結局 國際法의  
意義에서는 國家領土의 範圍의 確定이어야 한 것이다.

이 境界線은 同時에 이 聯関性에서 明示的으로 일컬어진 어떤 國  
家의 存立을 默示的으로 認定하고 있다. 어떤 國家의 “境界”는  
空間으로서의 國家領域을 가지는 國家의 存立을 概念的으로 前提하  
고 있으며 이 空間안에서는 그 國家만이 合法的으로 領域權을 行  
使할 수 있다. 위에서 概略한 國際法上的 効力을 지니는 國家領

致하지 않는다는 事實은 이 意見書의 目的에는 論議되지 않  
을 수도 있다.

註 4) 이 獨逸말 表現이 全的으로 올바른가에 對해서는 下記 28 頁  
지以下를 參照하기 바람.

註 5) 國際法에 默示된 커다란 意義에 關해서는 Wengler 著, 國際法  
684 페이지 以下 및 707 페이지를 參照하기 바람.

東部條約에 對한 聯邦參議會의 立場宣言에 모스크바條約은 獨逸  
民主共和國의 “國家”임을 그리고 元來의 地域境界線(分界線)  
을 이 國家의 “境界線”으로 認定하고 있다. 말하자면 默示  
的으로 認定하고 있는 것이다. 여기에 對한 外務部長官  
Schell의 答弁에는(公報 官報 246 페이지)이 問題가 全혀  
理解되지 못한것 같이 보인다.



域의 境界는 다음과 같은 “領域의 境界” (限界) 와 區別되고 있으며 이 領域이란 어떤 國家가 權利名義로 或은 權利名義도 없이 軍事的으로 占領만 했거나 그렇지 않으면 軍事的인 占領과 더불어 同時에 다른 國家的 機關을 통해서 “民間的인” 主權을 實際로 行使함을 意味하며 마찬가지로 어떤 國家가 自己國家의 그 어떤 利權의 對象으로 看做하는 그러한 領域의 境界를 意味한다.

歷史의 經過에 따라 이루어지게 된 獨蘇條約들은 條約國 當事者에 依해서 何如間 國際法의 意義에서 合法的이라고 看做된 國家領域의 境界로서의 “國家境界” 와 國家支配權의 空間 사이의 境界의 差異를 強調하고 있다.

條約이 polen 과 獨逸民主主義共和國의 境界를 “事實上으로 存立하고 있는 “境界” 라고 보는 東方條約에 對한 獨逸聯邦國令 決議文은 國際法上 根拠가 없다. 一般 國際法에 依拠한 武力行使禁止는 事實上의 所有權狀況과 正當한 國家境界가 아닌 境界의 侵害를 否認하게 되는 事情은 나중에 論議되어야 할 事情이지만 이 事情은 瓦르샤와 條約의 第一條에 있는 “國家境界” 라는 表現이 앞서 使用한 “境界線” 또는 附加語 없는 “境界” 라는 用語와 反對로 그의 (條約國 雙方의 見解에 따라서) 國際法上 合法的 範圍에서

註 6) 1939年 9月28日의 獨蘇國境 및 友好條約은 “雙方의 國家” “境界” 를 規定했다. 1941年 “11月10日의 條約은 “國家 및 利權境界” 를 “國境과 軍事的인 國境” 에서 區別하고 있다. Munch氏의 本文, 東方條約 第一卷 1971年 參照하라.

어떤 國家領域의 權限境界에 關聯하고 있음을 어찌 할 수 없다?<sup>7)</sup>

萬若에 領域部分이 지금까지 다른 나라에 所屬되지 않았고 그 確定에 參與한 어떤 國家의 恣意로운 意思行爲를 통해서만 國際法上 다른 나라의 合法的인 國家領域이 될 수 있을려면 그런 境遇에는 “國家境界”에 關한 條約에서 어떤 國家에 依해서 다른 國家의 國家領域의 範圍를 確定하는 한가지 處理方法(割讓 乃至는 領域權의 讓渡를 위해서 不可決한 同意)가 있다. 이른바 既存法狀態의 “承認”은 이 法狀態의 正當化에의 處理權으로 바꾸어 解釋된다는 모-든 國法에 熟知된 制度는 法에 따라서 具體的인 法狀態가 承認權者의 處理行爲로서만이 成就될 때에 一般的인 法制度로서 또한 實定國際法인 것이다. 國際法에는 그 위에다 法機關을 통한 具體的인 法狀態에 對한 拘束力 있는 確定的 專担이 없기 때문에 主張대로 다만 確定된 法狀態가 処分行爲없이 成就될 수 없을 때는 國際法上的 條約의 當事者에 의해서 “確定”으로서 보는 合一된 聲明도 또한 処分行爲로 바뀌 解釋될 수 있다.

序頭に 言及한바 polen 乃至는 獨逸民主共和國에 對한 條約의 明示的 或은 默示的 確定은 一般的인 國際法은 여러 國家들이 그들 스스로가 國家權力을 行使 하고저 하고 行使할 수 있는 一定한 領

註7) Skubiszewski 著 「Annales d' Etudes Internationales」3.  
(192) 參照

域을 相互間의 集團條約을 通해서 時時로 特殊한 通商去來라고 밝히고 따라서 併合 및 割讓의 對象이 되어서는 안된다고 決定하는 것을 可能케 하고 있다. 그러나 國際法은 바로 言及한 種類의 拘束을 다시 同意를 얻어서 全的으로 或은 個個의 境遇에 廢止하는 能力을 빼앗는 것들이 國家들에게 可能케 하고 있지는 않다. 4個國 責任 혹은 現存하는 獨逸國家權力自体가 좀 暫定的이고 자 하는 事情은 따라서 獨逸의 國家領域의 割讓이 不可能하다라던가 혹은 暫定的 狀態의 期間에만 可能하다라던가만을 結果로 맺이는 것은 아니다.

와르샤와 條約이 確定한바테로 Odermeiße 線의 東쪽에 놓여 있는 領域이 poland의 國家領域에 歸屬된다는 것은 앞서 說明한바 같이 統一體의 가장 重要한 特性이 다른 國家에 依해서 外國의 領域으로 그리고 무슨 나라없는 땅으로서 看做되지 않아야 된다면 國際法上의 獨逸統一體에의 이 領域의 不歸屬을 同時에 意味한다. 四個國 管理와 四個國에 依해서 元來 이 管理의 實現을 爲해서 要求되었던 \*獨逸에 있어서의 最高의 權力은 元來는 1945年 5月 8日의

註 8) 獨逸에서 四個國에 依한 最高의 國力權力의 引受뿐만 아니라 또한 獨逸國의 領域에 對한 終局的인 処分權의 一方的인

時點에서 獨逸國의 領域과 民族이었던 모든 것에 適用하였다. 再次的 獨逸侵略戰爭의 阻止를 配慮해야 하는 四國管理는 第三帝國에 依해서 接受된 領域內의 獨逸人 또는 그 領域에서 온 獨逸人도 또한 包含했다. 四國管理權은 또한 元來 交戰한 獨逸國家의 모든 領域을 包含했고 獨逸國에의 이 領域의 國際法上的 歸屬은 戰爭동안 敵對國에 依해서 論爭된바 없었으며 이 領域은 敵對國에게 降服時까지 敵國의 軍事的인 占領地域을 意味하고 있었다.

以前에 獨逸國의 敵對國의 立場에서도 獨逸國의 國境이었던 領域의 部分이 全體獨逸의 國家權力에 依한 合法的인 割讓도 없이 그 리고 講和條約前에 國際法上的 獨逸 統一體에서 分離하여 同時에 終局的으로 다른 國家의 國家領域이 될 수 있다는 것은 論爭의 餘地도 없이 Öster-reith 와 Suddetenland에서 보여 주고 있는 바이다. 問題는 國際法上的 獨逸統一體에서의 Oder-neiße 線의 東部 領域의 終局的인 分離를 누가 是認할 수 있었으며 지금도 是認하겠느냐에 있다. 同一性 學說의 絶對的으로 整然한 展開의 뜻에서

纂奪; (註 10을 參照) 元來 國際法에 비추어 許容되었는가에 關해선 많은 사람에 依해서 論難되었다. 聯邦憲法裁判所는 聯邦共和國의 政治機構에 依해서 ( - 지난번에는 東方條約에 對한 覺書交換에서 ) 오늘날에 斐請되는 範圍에서 明白하게 承認한 四國管理의 存立을 疑心해서는 안되었다.

( 뒤에 이점에 다시 돌아오게 됨 ) 獨逸聯邦共和國의 機關이 國際法上의 獨逸統一체를 “爲하여”서도 條約을 맺을수도 있다고 우리가 假定해 본다면 Polen 과의 獨逸聯邦國의 條約에서 Polen 에의 東部領域의 歸屬의 確定은 聯邦共和國의 機關에 依한 秘密의 割讓이 될것이다. 그렇다면 나중에 다시 論議하겠지만은 聯邦共和國의 國際法上의 代表機構를 통한 東方條約에서는 “聯邦共和國를 爲해서”만이 取扱되었고 따라서 이 統一체를 爲해서 後日 形成되는 全体 獨逸國의 國家權力의 拘束力은 除外된다는 結論인 說明은 無意味하다.

四個管理國이 polen 이 主張한대로 1945 年에 polen 에 依한 合併에 承認을 안했었는데 1970 年에도 亦是 單獨으로 獨逸統一體의 領域에 処分行事를 할 수 있다고 9) 假定해 본다면 이 領域은 반드시 polen 과 管理國과의 條約으로 매듭짓게 된다고는 할 수 없다. 다시 말하면 四個國管理國은 處分權이 없는 獨逸의 分割國家의 國家權力에 依한 公的인 또는 秘密의 處분에 承認이 있을 수 있기 때문이다. polen 에 依한 獨逸統一體의 領域의 合併을 國際法上 合法的이고 終局的으로 定하기 위해서 10) 國際法의 뜻에서 國家가 問題가 되는 境遇에는 國際法에 立脚한 一致한 말하자면 條約에 꼭 不可欠 하다고는 볼 수 없는 管理國의 承認과 11) 獨逸

全域에 다시 形成되는 모든 独逸 國家의 承認이 있으면 足하다는 것을 結局 생각할 수도 있다.

와르샤와條約이 polen에의 東部領域의 歸屬性을 現存하고 있다고 確認하고 있지만 聯邦共和國쪽에서는 이 歸屬性은 全体独逸의 國家 權力의 成立이나 講和條約의 締結로 解消하게 制約되었다고 說明하고 있다.

協商에 隨하여 發表한 聲明에 依하면 聯邦共和國은 와르샤와條約의 締結에서 “聯邦共和國을 爲해서만” 論하고 이 條約이 將來의 全体 独逸의 國家權力을 制約하지 않은거라는 것이 國際法上 說明되었다는 見解의 正當性은<sup>12)</sup> 이 聲明에 條約本文의 혹은 署名과 認准時에 發表된 合法的인 留保의<sup>13)</sup> 內容이 되어 있지 않기 때문에 의아롭게 될 수도 있다. 이것은 比較的 最近의 独逸民主共和國의 條約에 再統一의 條項이 나타나 있음으로 해서 事實上 더욱 疑念이 든다. 이러한 疑念은 聯邦共和國이 過去에 이미 將來의 全体 独逸國家는 聯邦共和國쪽에서는 政治的인 意義가 있는 國際法上的 條約에 拘束되지 않는데에<sup>14)</sup> “原則的으로” 立脚하고 있기 때문에 根拠 없을런지 모르겠다.

註 9) 혹은 아무튼간에 一定한 國境을 가지는 独逸이 아닌 어떤 國家가 形成되었던 領域

註 10) 1945年 6月5日의 聲明書에서 “後日에” “独逸의 國境의 혹은 現在 独逸領域의 一部를 形成하고 있는 어떤 領域의

境界를 確定할 것을 四個管理國은 主張했다. 그것은 獨逸 國家權力의 새로운 形成까지의 時日 동안에 四個 管理國에 依해서만이 行使할 수 있는 權限으로 理解되었을 것이다. 이와 같은 일은 1945年 6月5日의 四個管理國의 見解에 따르면 國境의 “確定”은 또한 어떤 條約에서, 特히 講和條約에서 이루어질 수 있다는 것을 排除하는 것이 아니며 이 條約에서는 獨逸을 “爲한” 意思表示가 四個管理國에 依해서가 아니라 獨逸 國家權力에 依해서만이 表明되어야 한다고 했다. 여기서 말하고자 한 것은 있을법한 既能力이 있는 어떤 獨逸國家가 어떤 境遇에도 그의 國境을 隣接國과 單獨으로 規定할 수 없으며 어떤 境遇에도 四個管理國 모두의 承認이 不可欠하다는 것이다. 이 四個國中에서 두나라는 勿論 獨逸國의 隣接國이 全혀 아니었다.

Menzel 教授는 四個管理國의 이 主張을 “一種의 保護國”이라고 이야기 하고 있다.

註 11)이 意味에서의 暗示는 Schmidtjorzig 著, 國家, 1971年 319 ~ 320 페이지에 있다.

註 12) Bds TDs VI / 3157 11, 17 페이지 参照

註 13) 國際法上の 條約法の 뜻에 있어서의 合法的인 留保는 그 留保가 署名時나 認准時에 (혹은 追後의 贊成 혹은 認准에 對等한 “承認”으로) 說明되기를 要求한다. Wien 法典編纂 協定 第19條 参照. 이것은 Wien 協定中에서도 거기에 確定된 秘密期間의 開始때문에 特히 重要하며 그 確定은 一年間 順次的 法典 編纂으로 條約當事者에 對해서만 拘束力이 있다. 留保나 署名이나 혹은 認准과 聯關해서 發表되어야 된다는 것은 벌써 아직까지 編纂되지 않고 있는 國際慣習法에서도 効力を 지니고 있다.

歐洲 經濟 共同體條約의 締結에는 例를 들자면 “獨逸條約”에 있어서와는 다르다. 14) “再統一條項”은 條約本文에 들어 있지도 않고 또 正式의 留保로서도 表明되지 않고 여기에서는 다만 獨逸 全權委員의 聲明이 會議錄에 記載되었을 뿐이며 그 會議錄에 依하면 再統一의 境遇에는 歐洲 經濟共同體 條約의 再檢討가 있어야 한다. 15) 고 되어 있다. 따라서 將來의 全體 獨逸 國家權力의 不拘束性에 關한 聯邦政府의 主張은 와르샤와 條約과 聯關해서 發表한 聲明이 歐洲 經濟共同體에 對한 聲明 같은것 보다 달리 全혀 肯定的으로 表現되지 않았으며 따라서 將來의 全體 獨逸 國家의 拘



東力이 排除되어야 한다는 것 때문에 또한 白紙化 된다는 것은 아니다. 이 聲明이 表現하고 있는대로 보자면 이 聲明의 意圖는 말하자면 聯邦共和國은 獨逸民主共和國을 “為해서”도 管理國을 “為해서”도 議論하지 않겠다는 意圖뿐이라고 하겠다.

poland 國家의 固有의 國家領域으로서의 poland에의 歸屬은 不可避하게 이 領域이 獨逸帝國에서 由來하는 國際法上的 獨逸統一體에, 所屬하지 않는다는 것을 意味하며 이에 對해서는 위에서 論한 바 있다. 16) 이것은 二次大戰에 敗한 國家의 境界는 一般的인 國際法에 依拠해서 講和條約을 通해서 새로히 設定되어야 하고 講和條約에서 單 確定되어야 한다고 17) 말함으로써 論難될 수 없다. 여러 講和條約에서 交戰國의 戰前에 存立한 境界가 變更되고 혹은 戰前境界의 繼續 効力を 承認하고는 있지만 이것은 不可欠한 것은 아니고 領域上的 條項없는 적지않은 講和條約이 있다. 將來에 全体獨逸의 國家權力이 賦與될 獨逸國家와 以前의 交戰國사이에서 “講和”(平和)條約이 締結된다는 것은 絶對적으로 必須의인 것은 決코 아니다.

聯邦共和國 및 獨逸民主共和國을 한便으로 해서 獨逸國과 戰爭 했었던 다른 國家들 사이의 戰爭狀態는 오래前에 다른 方法으로 除去되었다고 聲明되어 버린 다음에는 18) 戰爭狀態를 停戰後에 平和狀態로 代替하는 어떤 “講和(平和)”의 第一義的인 機能을 지니는 條約은 아무튼 間에 不可欠하지도 않고 可能하지도 않다.

獨逸의 往年의 敵對國들과 獨逸聯邦共和國 및 獨逸民主共和國과

區別되어 存統될 全体獨逸國家사이의 戰爭狀態가 繼續된다고 深刻하게 主張하는 사람은 아무도 없다. 따라서 어떤 “講和條約”의 機能은 戰爭으로 因하여 發生한 法律問題의 終局的인 解決을 (例를 들자면 賠償義務, 國籍問題等等) 하는 데만 있다.

그러나 그것도 이러한 個個 問題가 그동안에 이미 다른 方法으로 確定的으로 解決되지 않은 限에 있어서만이 이러한 條約의 問題가 될 것이다.

註 14) 10 條 (聯邦法律公報 1955. II.311)

註 15) 福祉 等等 歐洲經濟共同體 1960 參照

註 16) 그 외에도 이 統一體의 存立은 polen에 依하여 承認되지 않았다.

註 17) 聯邦國會의 決議에 이 條約들은 “講和條約의 規則을 알질르지 않는다” 라는 말로 言及되었든가 혹은 言及되어야 했었는데 對해서는 疑問스럽다. 聯邦國會의 決議는 正確性의 欠乏에서 東方條約과 이에 對한 聯邦政府의 聲明에 뒤떨어지지 않고 있다. 도리히 聯邦政府의 言明 Bds TDs VI / 3157 18 페이지 數字 4 에 上記 本文에 明記된 意義를 言明이 보인다.

註 18) Doehring 와 Mosler 著 二次大戰後 獨逸과의 戰爭狀態의 終結, 1963 年 參照

境界의 終局的인 講和條約上의 規定을 爲한 留保는 1954年 10月 8日의 첫째의 Saar條約과는 反對로 聯邦共和國쪽에서 와르샤와 條約의, 보다 적게는, 모스크바條約의 内容으로 되어 있지 않았다 하나 또는 多數의 獨逸國家에 對한 polen 國境의 終局的인 規定이 어떤 講和條約에 留保되어 있다면 오로지 四個管理國에 移管되어 가고 있는 決定의 點이다.

1960年 8月11日의 美國政府의 polen政府에의 通牒은 postdam決定에 依해서 終局的인 境界規定은 講和條約을 通해서 비로소 이루어진다고 明示의으로 確證하고 同時에 이 講和條約의 前提는 (何如間美合衆國의 見解에 依한다면) 全獨逸民族을 代表하는 政府의 形成이라고 聲明했다. 여기에서 벗어난 美國政府의 言은 그 後日에 없다. 勿論 四個管理國의 모두가 이에 對한 處分權을 가지는限 polen에 依한 東部領域의 合併은 講和條約前에 終局的으로 되어야 한다고 尙今도 一致된 聲明을 發表할 수도 있다. 西方管理國이 이것을 하지 않고 있으며 特히 全體 獨逸政府의 形成前에 안하고 있다는데 對해서 獨逸條約의 第7條에 따른 聯邦政府의 權限의 要求가 있다.

1960年 8月11日의 polen政府에 보내는 美國의 通牒에 獨逸再統一에 協助해 주라는 提議와, 講和條約을 通해서 東部領域에 對한 完全한 領有權을 割當한다는 承諾의 暗暗裡한 連結은 와르샤와 條約에서 聯邦國의 便에 依해서 이미 承認되었고…… 確定된 全領域權의 獲得을 解消하는 條件으로 曲解되어 버렸다.

이것은 polen 쪽 條約當事者에 全体独逸의 國家權力의 形成을 돕지 않은 結果가 되었다. 이 割讓은 相統人을 沒박아서는 안된다. 고 明白한 附則을 붙여서 어떤 사람에게 財產物을 讓渡하는 사람이 (다시 말해서 割讓 또는 그에게 屬한다고 承認함.)

어쨌든間에 將來의 相統人을 不信하게 待하고 있을 때 그 恩惠를 받는者가 可能한限 相對方의 早速한 死亡을 앞당기지 않으려고 애쓰기를 理性的으로 期待할 수 있겠는가. 이와 같은 일이 條約의 憲法上的 判決에 어떠한 意義를 가지는가에 對해서는 아래에 다시 論하게 될 것이다.

다른 方便에서 polen가 그 어떤 根拠에서 賠償請求 같은 것을 내세우고 이 賠償은 東方領域의 割讓으로 補償된다고 나온다면 와르샤와 條約의 一般條項의 文句가 바로 있을 수 있는 將來의 全体独逸政府의 條約에의 不拘束에도 不拘하고 polen에의 東部領域의 國際法上的 歸屬을 問題 삼은 것을 沮害 하고 있다. 独逸聯邦共和國은 와르샤와條約에서 Oder-neiße 線을 따르는 境界線이 polen의 國家領域의 西部境界를 形成한다는 것을 確認하고 있다. polen와 独逸民主共和國의 Görlliz 條約에도 이미 polen의 既存 國家境界로서의 Oder-neiße 線의 確認에 關한 거의 똑같은 말이 있다. 여기서는 勿論 “独逸과 polen”의 國境을 論한다는 附則이 있다. 國境確認은 와르샤와條約의 効力發生의 時点에서 바로소 “溯及効力없이” 聯邦共和國을 拘束한다는

境界의 終局的인 講和條約上的 規定을 爲한 留保는 1954年 10月 8日의 첫째의 Saar條約과는 反對로 聯邦共和國쪽에서 와르샤와 條約의, 보다 적게는, 모스크바條約의 内容으로 되어 있지 않았다 하나 또는 多數의 獨逸國家에 對한 polen 國境의 終局的인 規定이 어떤 講和條約에 留保되어 있다면 오로지 四個管理國에 移管되어 가고 있는 決定의 點이다.

1960年 8月 11日의 美國政府의 polen政府에의 通牒은 postdam 決定에 依해서 終局的인 境界規定은 講和條約을 通해서 비로소 이루어진다고 明示的으로 確證하고 同時에 이 講和條約의 前提는 (何如間 美合衆國의 見解에 依한다면) 全獨逸民族을 代表하는 政府의 形成이라고 聲明했다. 여기에서 벗어난 美國政府의 聲明은 그 後日에 없다. 勿論 四個管理國의 모두가 이에 對한 處分權을 가지는限 polen에 依한 東部領域의 合併은 講和條約前에 終局的으로 되어야 한다고 尙 尙도 一致된 聲明을 發表할 수도 있다. 西方管理國이 이것을 하지 않고 있으며 特히 全體 獨逸政府의 形成前에 안하고 있다는데 對해서 獨逸條約의 第7條에 따른 聯邦政府의 權限의 要求가 있다.

1960年 8月 11日의 polen政府에 보내는 美國의 通牒에 獨逸 再統一에 協助해 주라는 提議와, 講和條約을 通해서 東部領域에 對한 完全한 領有權을 割當한다는 承諾의 暗暗裡한 連結은 와르샤와 條約에서 聯邦國의 便에 依해서 이미 承認되었고…… 確定된 全領域權의 獲得을 解消하는 條件으로 曲解되어 버렸다.

이것은 polen 쪽 條約當事者에 全体独逸의 國家權力의 形成을 돕지 않은 結果가 되었다. 이 割讓은 相統人을, 못박아서 는 안된다 고 明白한 附則을 붙여서 어떤 사람에게 財産物을 讓渡하는 사람이 (다시 말해서 割讓 또는 그에게 屬한다고 承認함.)

어쨌든間에 將來의 相統人을 不信하게 對하고 있을 때 그 恩惠를 받는者가 可能한限 相對方의 早速한 死亡을 앞당기지 않으려고 애쓰기를 理性的으로 期待할 수 있겠는가. 이와 같은 일이 條約의 憲法上的 判決에 어떠한 意義를 가지는가에 對해서는 아래에 다시 論하게 될 것이다.

다른 方便에서 polen가 그 어떤 根拠에서 賠償請求 같은 것을 내세우고 이 賠償은 東方領域의 割讓으로 補償된다고 나온다면 와르샤와 條約의 一般條項의 文句가 바로 있을 수 있는 將來의 全体独逸政府의 條約에의 不拘束에도 不拘하고 polen의 東部領域의 國際法上的 歸屬을 問題 삼은 것을 沮害 하고 있다. 独逸聯邦共和國은 와르샤와 條約에서 Oder-weiße 線を 따르는 境界線이 polen의 國家領域의 西部境界를 形成한다는 것을 確認하고 있다. polen와 独逸民主共和國間的 Görllitz 條約에도 이미 polen의 既存 國家境界로서의 Oder-weiße 線の 確認에 關한 거의 똑같은 말이 있다. 여기서 는 勿論 “独逸과 polen”의 國境을 論한다는 附則이 있다. 國境確認은 와르샤와 條約의 効力發生의 時点에서 비로소 “溯及効力없이” 聯邦共和國을 拘束한다는

獨逸聯邦政府의 主張은 條約에 依한 聯邦共和國의 拘束은 이 時点에서 비로소 發生한다고는 하지만 polen 에의 이 領域의 確定된 帰屬의 開始 時点은 條約本文을 客觀的으로 解釈 해 본다면 더 以前의 時点에 固定된 것으로 보지 않을 수 없는데에서 갈피를 못잡고 있다.

獨逸聯邦共和國은 이미 모스크바條約에서 1970年 8月 12日의 時 點에 polen 의 西部國境은 Oder-Neiße 線을 따라서 이루어지고 있음을 소비에트共和國에 對해서 承認했기 때문에 polen 에의 東部 領域의 帰屬時点은 그 後에 成立된 華沙와條約에 對해서는 後日에 固定 될 수 없는 것이다.

獨逸聯邦共和國이 東部領域이 늦어도 1970年 8月 12日에 polen 에 (乃至는 소비에트共和國에) 帰屬하고 따라서 그로 말미암아 國際法上의 獨逸全體의 領域이 될 수 없다는 確認에 關与했다면 그리고 이 確認이 위에서 言及한 聲明때문에 將來 다시 機能을 發揮할 獨逸全體國家를 拘束하지 않는다면 이것은 polen 에 의하여 自刀을 表現하는 處分權이 없는 第三國에 依한 確認이라고 解釋될 수 있다. 그런데 現代 國際法은 隣接國도 全혀 아닌 第三國에 依한 어떤 國家의 領域存立의 確認은 그 國家의 法的立場을 支持하기 위해서 즐겨 모으고 있음을 나타내고 있다. 1920年 10月 28日의 條約에서 聯合國의 主要國들은 Bessarbien 帰屬을 루마니아의 國家 領土로 承認한 (그 地方住民의 自決權으로 正當化 했다) 일은 有名하다. 露西亞는 關与하라고 要請을 받았고 여기에서 루마니아와

露西亞의 國境도 規定 될 수 있었지만 Bessarbien 에 對한 루마니아의 領域權은 露西亞의 關與에도 不拘하고 더 以上 問題視 되어질 수 없다고 明示的으로 決定 했었다. 最近에는 Kambojba 가 自己領域의 存立에 關해서 隣接國보다는 다른 國家의 確認을 얻으려고 繼續 努力한바 있고 가장 最近에는 北京政府를 代表하는 中國이 台灣의 歸屬을 諸國을 通해서 中國 領域으로 承認 시켰다. 이러한 方法으로 具體的인 領域上의 法的狀況에 關한 支配的인 意見이 造成되었다. 그래서 polen 에 依한 東部領域의 終局的인 獲得에 關한 이러한 “確認” 特히 이제까지의 臨時的인 獨逸國家에 依한 確認이 將來의 全體 獨逸 政府에 부달하게 되리라는 것은 確信을 가지고 期待할 수 있다.

3. polen 의 國家領域으로 一定한 領域의 歸屬의 確認을 言明한 國際法上의 條約에 對한 同意法은 內國의 法主體의 새로운 態度義務가 이와 더불어 獨逸聯邦共和國의 法이 생기지 않을지라도, 다만 “政治的” 條約으로서의 資格으로 聯邦共和國 立法權者의 同意가 必要한 條約이 問題가 될지라도 聯邦共和國의 裁判官과 市民에 對해서 또한 國法의 遵守와 適用함에 있어서 効力을 갖고자 할 것이다. 이 境遇가 어느 程度인가 하는 問題는 이 條約自体가 內國的인 結果를 願하느냐에 于先 달려 있다. polen 의 東部領域의 歸屬에 關한 條約 當事者들의 一致된 確認을 하고 있는 瓦르샤와 條約 第一條는 意味깊게 解釋해 보면 또한 兩國의 義務가 包含되고 있다. 말하자면 國際法의 次元에서 또는 國際法의 執行에 利用되는



獨逸聯邦政府의 主張은 條約에 依한 聯邦共和國의 拘束은 이 時點에서 비로소 發生한다고는 하지만 polen에의 이 領域의 確定된 歸屬의 開始 時點은 條約本文을 客觀的으로 解釈 해 본다면 더 以前의 時點에 固定된 것으로 보지 않을 수 없는데에서 갈피를 못잡고 있다.

獨逸聯邦共和國은 이미 모스크바條約에서 1970年 8月 12日의 時點에 polen의 西部國境은 Oder-neiße線을 따라서 이루어지고 있음을 소비에트共和國에 對해서 承認했기 때문에 polen에의 東部 領域의 歸屬時點은 그 後에 成立된 워르샤와條約에 對해서는 後日에 固定 될 수 없는 것이다.

獨逸聯邦共和國이 東部領域이 늦어도 1970年 8月 12日에 polen에 (乃至는 소비에트共和國에) 歸屬하고 따라서 그로 말미암아 國際法上的 獨逸統一體의 領域이 될 수 없다는 確認에 關与했다면 그리고 이 確認이 위에서 言及한 聲明때문에 將來 다시 機能을 發揮할 獨逸全體國家를 拘束하지 않는다면 이것은 polen에 의하여 自刀을 表現하는 處分權이 없는 第三國에 依한 確認이라고 解釋될 수 있다. 그런데 現代 國際法은 隣接國도 全혀 아닌 第三國에 依한 어떤 國家의 領域存立의 確認은 그 國家의 法的立場을 支持하기 위해서 즐겨 모으고 있음을 나타내고 있다. 1920年 10月 28日의 條約에서 聯合國의 主要國들은 Bessarbien 歸屬을 루마니아의 國家 領土로 承認한 (그 地方住民의 自決權으로 正當化 했다) 일은 有名하다. 露西亞는 關与하라고 要請을 받았고 여기에서 루마니아와

露西亞의 國境도 規定 될 수 있었지만 Bessarbien에 對한 루마니아의 領域權은 露西亞의 關與에도 不拘하고 더 以上 問題視 되어질 수 없다고 明示的으로 決定 되었다. 最近에는 Kambojna가 自己領域의 存立에 關해서 隣接國보다는 다른 國家의 確認을 乞으려고 繼續 努力한바 있고 가장 最近에는 北京政府를 代表하는 中國이 台灣의 屬屬을 諸國을 通해서 中國 領域으로 承認 시켰다. 이러한 方法으로 具體的인 領域上의 法的狀況에 關한 支配的인 意見이 造成되었다. 그래서 polen에 依한 東部領域의 終局的인 獲得에 關한 이러한 “確認” 特히 이제까지의 臨時的인 獨立國家에 依한 確認이 將來의 全體 獨立 政府에 부당하게 되리라는 것은 確信을 가지고 期待할 수 있다.

3. polen의 國家領域으로 一定한 領域의 屬屬의 確認을 言明한 國際法上의 條約에 對한 同意法은 內國의 法主體의 새로운 態度義務가 이와 더불어 獨立聯邦共和國의 法이 생기지 않을지라도, 다만 “政治的” 條約으로서의 資格으로 聯邦共和國 立法權者의 同意가 必要한 條約이 問題가 될지라도 聯邦共和國의 裁判官과 市民에 對해서 또한 國法の 遵守와 適用함에 있어서 効力を 갖고자 할 것이다. 이 境遇가 어느 程度인가 하는 問題는 이 條約自體가 內國的인 結果를 願하느냐에 于先 달려 있다. polen의 東部領域의 屬屬에 關한 條約 當事者들의 一致된 確認을 하고 있는 瓦르샤와 條約 第一條는 意味깊게 解釋해보면 또한 兩國의 義務가 包含되고 있다. 말하자면 國際法의 次元에서 또는 國際法의 執行에 利用되는

國法の 次元에서 polen의 領域의 帰屬이 問題가 될때는 언제나 兩國機關은 條約에 確認된 帰屬을 問題의 領域의 基礎로 삼는다는에 責任을 진다는 義務이다.

여러가지 聯關性에서 獨逸聯邦共和國의 國法の 適用에 있어서 獨逸聯邦共和國 憲法 第25條에서 誘發되는 一般國際法の 適用에 있어서 어떤 場所가 어떤 他國의 國際法上的 國家領域에 있는가 어떤가가 問題가 될 수 있다. 이것은 于先 첫째로 法에 依해서 同意되었든 다른 어떤 國際法上的 條約이 他國의 國家領土에 關係할 때는 언제나 있다. 他方의 條約國家의 領域에서 저지른 犯行때문에 獨逸聯邦共和國의 引渡의 義務를 規定하고 있는 어떤 條約은 그 條約에 相反된 規準이 없기 때문에 “國際法에 準해서” 他國의 領域에 있다는 것에 關聯시킨다. 그런데 와르샤와條約에 있어서와 같이 이 國家領域이 獨逸聯邦共和國과 兩面의 條約에 依해서 固定되어 버렸으면 이 國際法の 國家領域의 定義가 引渡條約의 適用에 있어서도 여기에 對해서 權限이 있는 國家機關에 依하여 基礎가 된다는 것은 條約締結者의 意思임이 分明하다. 獨逸聯邦共和國과 polen間的 어떤條約이 “polen”에서 生産 되지 않은 어떤 物件을 聯邦國에서 polen의 生産地의 이름으로 壳買되는 것을 禁止한다면 마찬가지로 polen의 國家領域의 概念은 이 聯關性에서 와르샤와條約에 依해서 決定되어야 할 것이다.

一般 國際法에 依해서 下位의 國家機關은 公的인 言明에서 國際 條約에 記錄되고 義務를 가진 國際法上的 實情의 確認을 直接 혹은 間接으로 否認하는 것을 配慮하는 義務가 또한 勿論 있으며 거기에 다 또한 이 機關은 國法에 依해서 制裁되어야 한다. 그리고 同意法은 必要한 手段을 行事할 수 있다. 많은 條約에서 國家의 裁判이 條約의 無視 라는 것을 配慮하는 條約國家들의 義務를 規定하는 根拠는 瓦르샤와條約에는 分明히 없다.

그래서 聯邦共和國은 條約의 意味에 따라서 聯邦法에서 變形되고 있는 國際法句節에 國際法上的 領域의 歸屬이 問題가 될 때는 언제나 polen에 東部領域의 國際法上的 歸屬을 是認하는 獨逸의 國家機關은 그 어떤 方法으로 制裁해야 하기 때문에 同意法 自体가 適當한 國家 命令을 獨逸聯邦共和國의 모든 機關에 내리고져 한다고 생각될 수 있다.

그러나 條約上 拘束이 없는 國法도 또한 어떤 國家 法律이 國民의 出生處 表記의 虛偽申告를 禁止하는 境遇 같을 때는 어떤 國家의 國際法上的 國家領域에 對한 어떤 곳(場所)의 歸屬을 끌어 내고 있다. 特히 EGBGB의 國際 私法이 領土上的 連結을 除去하는 限 一定한 場所에 効力を 가지는 法의 適用을 規定 할때, 또한 一定한 場所에 國際法을 違反하고 領土權을 行事하는 어떤 國家의 아마도 事實上 強要된 法이 參酌 될때에도 管轄國과 다음 國家들의

國際法上的 國家領域을 不決斷하게 除去하고 있다.

獨逸法官은 따라서 正規의 國際私法을 適用함에 있어서 別써 他國 領域의 國際法上的 存立에 關해서 調査를 종종 해야 한다.

와르샤와條約에 對한 同意法이 獨逸國法の 執行에 있어서 polen에 의 東部領域의 歸屬을 承認하도록 獨逸 國家機關에 命令하고 polen이 이렇게 되도록 國際法上的 要求를 한다면 同時에 이 同意法과 더불어 polen에 對해서 條約上 拘束力이 없는 獨逸國法이 他國의 國家領土에 어떤 場所의 歸屬을 겨냥하고 있는 곳에서도 이 承認은 또한 行해져야 한다.

國際法에 依해서 國際法上的 歸屬이 問題가 되어 있는 東部領域을 polen의 國家領域으로 取扱하는 義務는 다시 나아가서 他國의 國家領土에의 非歸屬에 根拠하고 있다는 國際法上的 義務가 polen과의 關係에서 成立 되는 곳에서는 東部領域을 他國의 國際法上的 國家領土로서 取扱하지 않는다는 義務를 同時에 意味한다.

聯邦共和國에 効力을 가지는 모든 法規의 解釈에..... 이 法規가 "內陸"이라고 表示한 것을 말할거라는 어떤 領域이 있다고 많이 생각하고 있는데 그것은 勿論 錯誤다. 個個 法律의 뜻에서의 內陸의 概念은 獨逸聯邦共和國의 州의 領域보다 많을수도 있고 적을 수도 있다. 獨逸聯邦共和國은 나중에 다시 說明하겠지만 國法の 態度義務를 밑받침 하는데 言明한 領土權을 獨逸聯邦

共和國에 “만” 行使할 수 있기 때문에 內陸은 獨逸法律의 뜻에서 獨逸聯邦共和國이 領土權을 行使할 수 있는 바로 그 領域에 獨逸聯邦法律이 問題를 삼고져 할때의 獨逸聯邦領域을 말한다.

主觀的 權限과 犯罪庇護를 貰받침 하기 爲해서 內陸概念은 國際法에 依하면 境遇에 따라서는 自己의 國際法上的의 領土權의 空間을 벗어나서 擴大할 수 있다. 따라서 獨逸聯邦共和國은 이 內陸概念을 活用해서 主觀的인 權限과 犯罪庇護를 獨逸聯邦共和國의 權限에 制定하기 爲하여 特히 다시 論하게 될 全体獨逸의, 憲法委任의 遂行에서 四個國管理國의 뜻으로 獨逸帝國 (Reich) 의 領土에의 獨逸 領域에서 連結을 機會로 잡을 수 있다. 이와 같이 獨逸聯邦共和國은 例를 들자면 國際法에 依한 獨逸法律의 뜻에서 獨逸人의 概念을 規定하는데에도 또한 獨逸帝國의 領域과 一致한 “內陸”의 概念을 利用할 수 있다.

그러나 獨逸의 領域上 統一体의 構成要素로서의 어떤 地帶의 特性이 同時에 他國들에 外國의 國家領域으로서 보일 때는 獨逸聯邦共和國에 依해서 이 領域이 他國에 歸屬한다고 承認할 때는 이 領域이 獨逸의 領域上의 統一体에 所屬하지 않으며 乃至는 더 以上 所屬하지 않는다는 承認이 답겨 있다. 獨逸聯邦共和國 法律이 그의 “內陸”이라는 概念으로 一定한 期日이 아니라 時時로 獨逸의 領土上의 統一体의 領域에 屬하는 것을 問題로 삼을려고 할 때는 同意法과 瓦르사와條約에서 polen의 國家領土로서 確定된 領域은 同意法

과 條約認准의 發効後에는 이 意味에서 더 以上 "內陸"일 수 없고 獨逸聯邦 法律의 適用에도 不拘하고 內陸概念은 바꾸어 解釋되지 아니할 수 있다는 結果가 나온다. 와르샤와條約의 內國的 有效適切性은 여기서 또한 論議의 餘地가 없다.

와르샤와條約에 對한 同意法이 獨逸統一體의 領域으로서가 아니라 polen의 國家領域으로서의 Oder-neiße線 東部·領域을 看做하는 것을 正規 獨逸 國際私法의 執行에 別써 命한다면 그것은 더 폭넓은 結果를 갖게 된다. 獨逸聯邦共和國안에 있는 어떤 裁判所가 國際私法에 對해서 決定을 해야할 때 東部領域과 連結되는 權限關係에 關하여 獨逸國籍所持者들間에는 何如間에 polen 國家에 依해서 採択된 polen國法の 遵守가 獨逸人의 權限이 獨逸法官이 없기 때문에 지켜지지 않는 곳에서는 足하다 할지라도 東部領域의 地方法으로서의 獨逸法을 適用할 수 있다고 이 제까지는 생각되어 왔다면 와르샤와 條約에서 polen의 國家 領土가 規定된 後에는 獨逸聯邦共和國의 裁判에 依한 同意法의 意義에서 보자면 이제는 이 領域에 合法的으로 効力を 가지는 國法으로서의, polen의 立法權者에 依해서 制定된 法의 効力에서 나와야 한다. 獨逸과 polen의 協商에서 獨逸聯邦共和國側에서 獨逸聯邦共和國에서 効力を 가지는 權限도 條約으로 因하여 喪失되지 않는다는 聲明이 發表되어 있다면 國際法上 私權에 關한 獨逸法規은 또한 獨逸 法律에 屬하게 된다. 이 法規가 一定한 場所에서 國際

法上 合法的으로 効力を 가지는 權限을 끌어내고 있는 限 獨逸法  
官은 또한 東方領域의 (外國의) 地方的 權限으로서의 polen 의  
法에서 出發해야 한다.

polen에의 東方領域의 歸屬의 確認은 그 以外の polen이 이  
領域과 人間들의 領土上的 連結을 이제는 國際法上 障礙없이 利用  
할 수 있는 機會를 주고 그들에게 polen의 國籍을 承認하는 結  
果를 가져오게 한다. 이 polen의 國籍은 法律이나 또는 條約  
이 polen 國籍의 所有를 끌어 낸다면 이 polen의 國籍은 獨  
逸聯邦共和國에서 또한 尊重되지 않을 수 없다. 獨逸과 polen의  
兩國籍 所有의 境遇에서 後者が 大体로 (언제나 全혀 不可避한 것  
은 아니라 할지라도) 無視되어도 相關없다는 것은 이 事情을 全혀  
變更하는 것은 아니다.

獨逸聯邦共和國안에서 polen의 法의 個個 適用이 그 內容때문  
에 公序條項 (EGBGB第30條)에서 廢棄할 수 있다는 것은 東部領  
域의 地域的인 權限으로서의 polen國家의 權限으로 보아야 하는데  
는 變함이 없다. 獨逸의 國際的인 私法이 地域的인 權限의 適用  
을 規定할때 公序條項의 助力으로 各個 規定을 適用하지 않는다는  
留保로 이 polen의 權限을 東部領域의 地域的인 權限으로 看做  
한다는 獨逸聯邦共和國 裁判官의 義務는 polen人에 대해서 聯邦共  
和國의 國際法의 義務로 되어야 한다.



獨逸聯邦共和國의 立法權者가 polend人에 對하여 條約上 拘束力이 없는 國際私法의 法規를 適用함에 있어서 앞으로 獨逸人의 權限을 東部領域의 地域的 權限으로 看做하도록 西獨의 裁判官에게 明示的으로 權能을 줄것같은 이것은 分明 瓦르샤와條約의 違反이 될 것이다.

獨逸의 內國的 法律이 國際法上 條約의 領土上的 條項을 參照하는 것은 勿論 獨逸 實在法에 있어서 內容으로는 全혀 새로운 態度義務를 마련한 것은 아니다. 그러나 同意法은 例를 들자면 앞서 提示한 바와 같이 獨逸의 矛盾의 法則의 取扱에 影響을 미치고 있다. 이 機能에서 그것은 어떤 國際法上的 條約에 對한 어떤 同意法에 類似한데 그 條約에서는 矛盾의 法則에만 따라서 獨逸의 法官에 依해서 採用되어야 할 獨逸과 外國의 實在法의 適用範圍에 關한 規定이 變化되고 있다. 이 點에서도 또한 同意法이 明確하게 달리 規定되지 않고 있으면 自動的으로 內國的인 作用을 誘發한다는 것을 否定하는 사람은 아무도 없다. 그래서 BVof GB29에서 同意法의 憲法上的 再檢討를 爲해서 提出된 要求들은 條件을 成就하고 있다.

東部領域에 効力을 가지는 權限이 무엇인가 하는 問題의 判決에 있어서 무엇보다도 瓦르샤와條約에 對한 同意法으로 因하여 나타난 變化는 東部領域에 있는 土地 所有權이 問題가 되고 이것은 最終

의 結果에서는 違憲의 沒收을 意味한다는 여러가지 憲法抗告의 主張은 그래서 何如間 論理의이다. 獨逸聯邦共和國의 法秩序를 爲한 發効로 벌써前에 沒收할수도 있었던 占領軍法은 BVerGE와는 달리 없다. 獨逸裁判에 依한 外國法의 適用이 또한 違法이된다는 것은 “西班牙人의 婚姻”의 境遇에 男子쪽 署名人이 벌써 數年前에 言明했던 것에 準해서 憲法裁判所에 依해서 承認되었다.

그런데 또한 獨逸聯邦共和國안에서 裁判을 通한 polen法의 強要된 適用이 公序條項에서 廢棄되리라 보는限 polen立法의 合法的인 有效範圍가 同意法에 依하여 處理된 그 擴大의 承認이 되고 그 執行은 結果的으로는 polen의 裁判에 依하여 아마도 基本權이 侵害될 수 있는 것이다. 獨逸聯邦共和國에 어떤 作爲나, 또 不作爲로 한 獨逸國籍 所持者를 外國의 權力에 내맡기고 外國의 判事裁判에 붙이는 것을 可能케 한다면 獨逸法에 따른 正式 引渡의 結果가 아닐지라도 不引渡에 根拠한 憲法上의 基本權이 侵害되고 있다. 東部領域의 合法的인 地域的인 權限으로서 東方條約의 領域上의 規定으로 誘發된 polen法의 承認에서 polen (乃至는 쾨비 에트) 國家에 依한 財産沒收을 奨勵하는 것이 보인다면은 獨逸法廷은 聯邦共和國에서 polen法의 強要된 適用을 公序條項의 힘으로 如前히 拒否할 수 있다는 事情일지라도 立法權者에 依한 條約에 對한 同意公布는 자칫하면 基本權에 逆行하는 所有權 沒收이 될 것이다.

와르샤와 條約에 對한 同意法으로 因해서 補償없는 財産沒收을 했다는 非難이 밑받침 되었는가 어떤가 하는 檢討는 同意法이 基本 權 侵害의 根拠보다도 다른 根拠에서 벌써 憲法上 無効라고 看做 되어야 하지 않느냐는 檢討가 先行되어야 한다.

4. 여기서는 于先 東方條約의 몇個의 다른 規定을 國際法上的 內容에서 檢討하는 것이 重要하다.

a) 모스크바條約의 第二條와 와르샤와 條約의 第二條에 條約 當事者들은 相互 關係에서 武力의 適用과 武力에 依한 威脅을 中止 할것을 義務로 하고 있다.

東方條約에 對한 모든 政治的 聯邦共和國 機關의 態度는 武力拋棄 라고 말하고 있을지라도 獨逸聯邦共和國쪽에서는 獨逸聯邦共和國이 一般의인 國際法에 따른 條約없이도 行使할 수도 있는 武力適用의 權限을 拋棄않하고 있음이 分明하다. 武力行使禁止 말하자면 侵略的 武力禁止가 어떤 例外에 依해서 違反될지라도 雙方의 條約 없어도 甚之於是 UN憲章없이도 普遍的 國際法이 모든 國家의 法的 論證에 妥當性을 주는 어떤 法規가 있다. Kellogg協정이 以前에는 아무튼 間에 權限要求를 貫徹하기 위하여 그 當時에는 아직도 一般의인 國際法에 根拠를 두고 있던 戰爭勃發에의 權限의 拋棄를 意味했었는데 오늘날에도 UN의 非會員國에게는 侵略的 武力行使의 條約上的 禁止는 不文法에서 나오는 既存 義務의 反復에 不過하다.

東方條約에서 當事國들이 國際法上 禁止 되어 있는 侵略에 對抗한 武力行使로서 一般國際法이 許容하고 있는 防禦權을 拋棄했다는 것은 이 條約이 東方陣營 國家들 사이의 條約과는 反對로 自体防禦의 權利를 明示的으로는 言及하지 않았을지라도 한번 생각 해 볼만 하다.

소비에트 聯邦이 自己쪽에서 모스크바條約에서 例外的 例擧로 拘碍되지 않은 武力行使 禁止를 把握하고 UN憲章 乃至는 四國管理의 條項에 依拠하고 信服할만한 一般 國際法과 合致되는 獨逸聯邦共和國에 對한 武力行使에의 特權을 事實上 默示的으로 拋棄 했는가는 (여기에만 拋棄라는 表現이 들어 맞는다.) 勿論 모두 알고 있는 바와 같이 論難되었지만 여기서는 論議할 必要가 없다.

東方條約에 담아진 一般國際法の 承認으로 또는 反復으로 言明된 武力行使禁止에서 歐羅巴의 모-든 國家들의 領土上的 保存은 오늘의 境界로 無制限 尊重되어야 한다는 條約 當事國의 義務가 모스크바條約에는 何如間 結論으로 提示되어 있는 反面에 워르샤와條約에는 兩條約國 國境의 領土上的 保存을 無制限 尊重한다는 義務에 關한 言明이 一般的인 武力行使禁止에 알세워 지고 있다.

現存 國家境界의 不可侵性에 關한 言明은 벌써 武力禁止의 結果로서 條件付로 말하자면 國家境界가 事實上 妨害 받지 않은 國家權力의 現存範圍의 境界와 符合할 때만이 正當하다.

武力禁止의 違反은 合法的인 國家領域을 侵犯하는 것은 다 다른 狀況에서 말하자면 充分히 일어날 수 있다.

아무데도 侵略의 定義에 關해서 소비에트聯邦의 條約들과 提案에서 보다 더 明白히 表現되어 있는 곳은 없다. 그런데 “國境”의 不可侵性을 爲한 武力禁止의 意義에 對한 問題를 提出하면 다음과 같은 것을 말할 수 있다. 國際法上으로 禁止된 武力行使는 어떤 領域과 그 境界를 越하고 있는데 무엇보다도 이제까지는 問題의 領域에서 國家權力을 行使했던 國家의 어떤 다른 國家의 主權行使에 對한 反抗이 武力으로 겪었다든가 혹은 이 反抗을 武力으로 겪으려고 試圖하리라는 것이 分明히 되었을 때의 境遇다.

“어떤 領域”에 對한 禁止된 武力은 따라서 이제까지 이 領域에 國家主權을 行使했던 國家의 合議欠乏以外에 妨害되지 않은 (“平和로운”) 所有權 狀況을 前提로 한다. 어떤 平和로운 所有權狀況을 武力으로 侵害한다는 것은 이 所有權狀況의 境界線을 侵害함으로써 이루어지고 이 境界線은 合法的인 國家領域의 國際法上的 境界에서 全적으로 相反될 수 있다.

한 國家는 正常的으로 自己에 固有하게 屬하는 領域에만 國家主權을 行使 할 수 있다. 國家는 또한 條約을 혹은 一方的인 行動을 통해서 處理權이 있는 國際法主体에 依해서 權限이 委任되었을 때 혹은 合法的인 “軍事的” 占有를 했을 때 外國 國家領土에 合法的으로 國家主權을 行使할 수 있다.

“外國”의 領域에서 처음에는 合法的인 國家權力行使의 不法的인 繼續이 (軍事的 占領 形態이든 民間的 領土權의 行使와 結合한 軍事的 占領이건) 이들 쪽에서 一般的으로 혹은 어떤 事情에 따라서 禁止된 武力行使를 明示하고 있는가에 對해서는 尙속도 아직 解明되지 못하고 있다. 그러나 무엇보다도 外國領域의 어떤 軍事的 占領者가 占領權의 廢止後에 占領領域을 떠나지 않는다는 境遇는 論議되었었다. 그런데 이런 境遇에 어떤 領域에서의 單純한 滯留가 國際法上 禁止된 武力行使로 解明된다 할지라도 占領者에게 領域을 撤收하도록 強要하는 武力의 試圖가 許容된 武力行使라고 그쪽에서는 看做된다는 結論은 나오지 않는다.

어떤 國家가 다른 國家로부터 法的으로 有効하게 文書上으로 割讓되었거나 또는 法律上 國際法에 依拠해서 歸屬한 領域을 이제까지의 所有權者의 不法的인 主張意志에 對해서 所有하려고 試圖한다면 그것은 論議할 餘地없이 禁止된 武力行使이다.

認定되어 있는바와 같이 國際法の 意義에서 國際間的 境界가 아닌 分境界線과도 비슷한 “境界” 뒤에서 妨害 받지 않은 所有權者狀況이 成就했다면 바로 이 境界線은 武力行使 禁止에 依해서 保護되고 있다. 이 所有權者 地位는 이 線을 넘어서 合法的인 國家 境界線까지 前方으로 移動 하려는 試圖는 武力行使 禁止에 對한 違反者 된다. 이것은 國家間的 平和스러운 關係에 關하여 UN 總會에 依하여 宣稱된 國際原則에 明白히 表現되어 있다. 56)

條約上의 武力行使拋棄는 境遇에 따라서는 파키스탄과 印度間의 Simla 協定の 例에서 처럼 主張되어 왔고 法律上 存立하고 있는 國家 境界에 違反하고 있는 事實上의 所有權者狀況의 그러한 境界를 明示적으로 適用하고 있다.

바로 소비에트政府가 오래前의 機會에 武力行使禁止는 不法的인 所有權狀態에도 利롭게 될 수 있다고 聲明한바 있다.

1928年 8月27日의 戰爭追放條約이 元來의 調印國家의 認准을 通해서 有効力을 發生하기 前에 이 協定은 소비에트政府의 發議로 소비에트聯邦과 루마니아를 包含한 隣接國들 사이의 關係에서

1929年 2月9日의 모스크바議定書에 依해서 地域的 戰爭追放協定으로 앞질러 効力을 發生하게 되었다. 그러면서 소비에트政府는 이 條約으로 루마니아에 依한 Bessarabien 合併의 武力的인 取消을 沮止 할 것이다. 그러나 소비에트政府는 Bessarabien에의 權限을 拋棄하지 않을 것이라고 聲明했다.

b) 誤認할 餘地없이 소비에트聯邦은 모스크바條約에서 事實上의 所有權狀況이 國際法에 一致한 國家領域의 存立으로서 이 機會에 承認되고 다른 한편에서는 獨逸聯邦共和國이 武力的인 方法以外的 다른 方法으로도 소비에트聯邦의 意思에 反하여 歐羅巴國家들의 領域의 이 存立의 變更을 圖謀하지 않는다는 約束을 함으로써 武力行使禁止에 依해서 事實上의 所有權狀況을 (現存하는 實際上的

現勢) 保護하는 承認을 阻止하려는 데 決定的인 價值를 두고 있다.

바로 東歐羅巴의 國際法史에서 첫째의 目標은 全히 새로운 것은 아니다. 一般的인 武力行使禁止와 特殊한 雙方의 不可侵條約에도 不拘하고 어떤 時點에 存立한 所有權狀況에 關心을 가지는 國家들이 어떤 領域狀態의 附則的 承認을 追求하는데 對하여 소비에트聯邦에 對한 루마니아와의 지난날의 政治는 教訓的인 例가 된다. 소비에트聯邦이 1929年後 隣接國들과 Kellogg協定에 依拠해서 相互間의 不可侵條約에 關한 協商을 했을 때 루마니아는 소비에트聯邦에 依한 現在 國境線의 明示的인 承認을 願했다.

소비에트政府는 領域의 紛爭을 武力으로 解決하려는 모-든 試圖를 條約違反이라고 聲明하는 條項에 同意하는데 暫時 用意가 있었다. 그러나 루마니아는 이에 滿足하지 않고 當時 루마니아에 依해서 所有되고 있는 範圍에서 루마니아 國家領域의 保全의 明示的인 承認을 要求했다. 이것이 바로 소비에트聯邦에 依해서 拒否 되었다.

同時에 一次大戰後의 條約史에는 國境의 尊重에 關한 또는 國境의 保障에 關한 條約上의 規定과 聯關해서 어떤 國境의 合法性에 對한 明示的인 承認을 언으려는 試圖가 있었다. 그래서 그 當時 폴랜드는 1921年 3月3日, 1926年 3月26日 그리고 1931年 1月15日의 諸條約에서 當事國들은 그들의 現在의 東部國境 \* 乃至는 그들의 現在의 領土上의 保存에 對한 第三國의 侵略時엔 援助를 約束하면서



Bessaralien의 루마니아屬屬을 默示的으로 承認했다. 그런데  
소비에트聯邦은 Bessaralien에 關한 그의 立場 때문에 이에  
對해서 即刻 抗議 했다. 60)

모스크바와 와르샤의條約에서 條約當事者들은 領域權의 要求가  
없으며 말하자면 自己領域의 撤去나 혹은 領域의 割讓에 對해서  
國際法上 認許되는 要求가 없다고 明示的으로 聲明하고 있다.

Oder-neißa線과 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 現在의  
境界는 폴란드乃至는 獨逸民主共和國의 國境이라는 承認에는 同時  
에 이 境界에 依해서 規定된 國家領域의 國際法上 合法的인 存立  
의 承認을 잇달고 있다. 一般國際法은 領土權의 制定과 더불어  
어떤 國家의 機關은 다른 國家의 國家領土에 屬하는 領土에서 그  
國家의 許可없이 主權行使하는 것을 禁하고 있다.

武力行使禁止는 어떤 國家가 平和로운 所有權 狀況에 對하여  
武力의 適用으로 “外國領域權의 侵害” 可能性을 얻은 것을 다만 補充  
해서 禁止하고 있다.

이에 反하여 一般 國際法에 依하면 어떤 國家가 武力 使用이나  
武力 威脅을 하지 않고 다른 國家에게 이 다른 國家의 國家領土  
에의 屬屬이 現在 國際法上 否定되지 않는 領域을, 既存國家를 爲  
해서건 創建될 國家를 爲해서건 拋棄해 주라고 所望하는 것은 國  
際法을 違反한 行動은 아니다. 이러한 要請은 어떤 領域의 住民  
의 自決權을 내걸고 있는 現代의 國際法에 立脚해서 “認許”

되었다고까지 할 수 있다. 어느程度 乃至는 언제 이貫徹을 爲해서 武力의 使用과 武力의 威脅이 아닌 이러한 壓力이 適用될 수 있는가는 “不分明한 地帶”에 있는데 이 問題를 解明하는데에 많은 國家들이 그다지 關心을 가지고 있지 않다.

他面 어떤國家가 條約을 通해서 어떤 領域變更의 所望을 斷念한다는 것은 全的으로 可能한 일이다. 이와같은 義務는 그러나 어떤 條約상의 “武力行使禁止”에만 默示되어 있는 것은 아니다.

이와같은 約定은 國際法史에 새로운 것은 全히 아니다. 特히 一次大戰後에 當時의 所有權狀況의 旧狀을 固定하기 爲한 鮮명한 意圖를 가지고 一連의 條約이 締結되었었다.

이러한 條約이 어떠한 境遇에도 許容되는가의 問題를 提起할 수 있다. 既存 所有權狀況의 變更을 平和的인 方法으로 沮止하기 爲해서 條約을 締結하는 것이 國際法上 無制限으로 許容 되는가는 다음과 같은 것과 聯關되고 있다. 即 処分權이 있는 國際法상의 主体에 依한 條約을 通해서 國際法을 違反한 行爲로 일어난 所有權狀況의 追後의 正當化를 弁護하는 것이 許容되는가, 所有權狀況의 變更에 對해서 國際法上으로 認許되는 要求를 할 수 있는데 所有權狀況의 不變更을 弁護하는 것이 許容되는가에 聯關되고 있다. 이것은 所有權狀況의 試圖된 條約상의 保障으로 말미암아 強制性있는 一般 國際法을 違反할때는 一般 國際法の 오늘날의 立

場에서 다시금否認되고 있다. 그래서領土上の現況의 保護도 萬若에 只今の 國家에 永統적으로 帰屬함으로써 民族自決權을 明白하게 違反한다면 國際法 違反이라는 意見이 나온다.

이러한 理由에서 포르투갈에게 國家領域으로서의 海外 領域政治를 容易케 하는 影響을 미치는 第三의 支持는 數 많은 아프리카 國家들로 부터 UN憲章에 비추어 第三國의 義務 違反이라고 批判되고 反面에 “植民地兵力”에 依한 解放運動의 彈圧은 國際法上的의 武力行使禁止의 違反이라고 까지 말하여지고 있다.

이러한 背後關係에 直面해서 特히 소비엣聯邦이 스스로 어떤 變更이 아니라 維持에만 關心을 가지는 領域에만 現狀 維持를 爲한 明示的 條約上的 義務를 制限하고자 努力하는 것이 說明되고 同時에 이 努力은 現狀 維持에 對한 條約上的 言明을 武力行使禁止 및 平和安定에 關한 言明과 混同 하는 努力인 것이다.

1967년부터 共產陣營의 國家들 사이에는 一連의 條約이 締結되었는데 이 條約에서 歐羅巴에 있어서 領土上の 現狀維持가 條約國家들에게는 義務的인 政治的 目標로 혹은 條約當事者의 協力義務의 對象으로 宣明되었다. 그러나 現況維持에 對한 規定들이 演繹되어 나왔어야 했던 條約 國家間의 條約上的 武力 “拋棄”라는 이 義務에 先行되지 않고 있다.

이것은 始初에 現状 保護의 措置는 強圧의 變更의 試圖에만 取  
해진다는 方法으로 일어났다. 이러한 規定은 1967年 5月12日의  
쏘비에트와 불가리아條約에 있다. 1967年 3月17日의 獨逸民主共  
和國과 체코間的 條約(64)은 이에 反하여 第二次大戰의 結果의  
修正하려는 “勢力”에 對抗 하는 措置로 雙方이 義務를 지는 關  
係에 서서 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國間的 明示的으로 指摘한  
境界를 包含한 兩國家 國境의 “不可侵性”을 벌써 定立 하고  
있다. 1967年 5月18日의 獨逸民主共和國과 헝가리의 條約 및  
1967年 9月7日의 불가리아의 條約은 비슷한 內容이다.

1968年 5月16日의 polen과 헝가리條約에는 새로운 表現이  
나오는데 이것은 아마도 모스크바條約의 本文에 影響을 주었음이  
分明하다. 여기에서 雙方 條約은 “現存 歐羅巴 國家 國境의  
不可侵이 歐羅巴 安全을 維持하는데 主要한 前提가 된다”는 데  
合意하고 있다. 마찬가지로 相互間的 武力拋棄에 關해서는 全혀  
言及이 없으며 똑같은 慣用文句가 담겨져 있다.

1967年 3月15日의 polen과 獨逸民主共和國間的 條約 第3條  
에는 아주 똑똑하게 兩國의 領土上的 保存”과 더불어, 따라서  
한쪽 條約國家의 領域에 對한 武力使用의 禁止와 더불어, Oder-  
neisse線에 接하는 polen人民共和國의 境界와 아울러 獨逸聯邦共  
和國의 境界가 條約의 獨逸文에는 “不可侵”이라고 表現된 (一

方的인) 保證을 하고 있다.

1972年 5月 12日의 独逸民主共和과 루마니아間的 條約은 境界의 不可侵性은 武力行使禁止의 使用境遇가 아니고 모든 “修正”에 對한 第二次大戰 結果의 確保論의 適用境遇임을 明確하게 보여 주고 있다.

共產陣營國家間的 이러한 條約의 背後關係로 보아서 모스크바條約의 第一章과 마지막 章은 武力行使禁止의 具體化로선 到底히 理解하기 어렵고 따라서 歐羅巴에 있어서의 一方的인 領土上の 現狀變更은 武力以外的 다른 方法으로도 試圖해서는 안되며 他國의 그러한 試圖에 反對하는 것이 共產國家사이의 條約義務가 되어야 한다고 實證되어 있다. 이것은 條約自體의 解釋을 통해서도 符合하고 있다. 卽 모스크바條約 第三條의 마지막 項의 意義에서 보는 國境은 “不可侵하다”라는 말이 條約 當事者들에 對해서 領土權과 武力行使禁止의 概念에서 나온다는 結果의 確證만을 意味하고자 한다면 그것으로서 條約當事者들은 “歐羅巴의 모든 國家의 領土上の 保存은 現尙의 境界에서 無制限 尊重한다”는데 義務를 지고 있다는 用語로서 벌써 前에 分明히 表明되었던 것을 不必要하게 反復한 것이다. 第三條의 마지막 項이 所有權狀況의 暴力에 依한 妨害를 適用하려 하지 않고 바로 武力威脅이 아닌 것으로 提議된 國家變更의 所望도 또한 許容되지 않는다는 것을 表明하고자 함은 條約의 露西亞文이 “Neruschimyj”라는 말을 使用하고 다른 慣例

적인 “neprikosnowennyj” 라는 말을 使用하지 않고 있음으로서 証明되고 있다. 이것은 말하자면 소비에트聯邦이 武力에 依한 國境侵害를 許容하지 않는다는 것을 (다시 말해서 獨逸語 條約文이 恆常 不可侵性이라 했고 仏蘭西語로는 inviolabilité로 表現된 것을) 表明하고자 할때는 例를 들자면 1926年 9月28日의 소비에트와 리타오間 條約의 前文과 第2條에서, 1932年 7月25日의 소비에트와 polen間의 條約 第1條에서, 1933年 9月2日의 伊太利 소비에트條約 第一條에서, 1964年 9月24日의 獨逸民主共和國과 소비에트聯邦間의 第4條에서 그리고 무엇보다도 핀란드와 소비에트間에 이 兩國家間의 國境의 不可侵性을 保障하기 위한 特別措施 (말하자면 國家機構의 武力에 依한 干涉에 對하여) 에 關한 1922年 6月1日의 條約에서와 같이 소비에트聯邦의 以前의 條約에서 使用되었는 用語이다.

武力威脅과 結付되지 않은 國境變更의 要請도 特別히 이 要請에 法的이고 道義的 根拠가 주어지고 이 根拠가 異議없이 受諾되기를 期待할 수 없을때는 國際交易에서 重大한 難題로 思慮되고 있다. 他人 所有權에 對한 單純한 異議나 혹은 國法上 他人 所有權을 讓渡하라는 主張이 境遇에 따라서는 所有權者地位에 對한 侵害로 看做되는 것과 비슷하게 國家間에 領土 割讓과 國境移動에 對한 要請은 別써 國境에 對한 破壞로서 이 國境의 “侵害”로서 따라서 國境의 道義的 “侵害”로서 생각 된다.

이러한 뜻에서 모스크바條約의 第3條 2項도 소비에트의 主權概念을 考慮해서 理解해야 한다. 19)

두 國家가 第三國에 對한 關係에서 또는 第三國들間의 關係에서까지도 領土上의 現狀의 維持를 爲해서 保證의 義務를 질때도 그들이 이 義務에 反하여 處分權者의 同意를 얻은 平和로운 方法으로 成就된 現狀의 變更은 國際法上 絶對적으로 有効하다는 것을 알고 있다. 그들은 그以外에도 바로 後日의 條約이 旧條約에 앞서고 있기 때문에 그들 自力사이에 將來 處理될 現況의 變更은 有効하리라는 것을 알고 있다. 그러기에 소비에트外相은 合議한 國境變更은 모스크바條約으로 妨害 받지 않는다고 言明한 바 있다.

그러나 여기서 聯邦國會의 司法分科委員會의 大多數가<sup>20)</sup> 생각하듯이 모스크바條約은 政治의 用語에서 平和로운 變更으로 (peaceful change) 表現 되고 있는 것을 是認하고 獎勵까지 한다는 結論은 나오지 않는다.

露西亞語와 獨逸語에는 國境에 對한 武力行使의 不許나  
혹은 이보다 더 한것을 表現하기 위한 많은 말이 뜻대로  
되는데 UN의 條約集에 있는 共產陣營의 條約 翻譯에서 보  
이는바와 같이 罗曼語 系統의 言語에는 他國의 國家領域에  
統治權行為의 認可되지 않은 處理나 他國의 國家領域에의  
武力으로 強奪하는거나 또는 어떤 領域을 “問題로 삼은 일  
이 許容안된다는 것을 表現할 수 있는 術語가 아직까지  
形成되지 못하고 있다.

註 19) 모든 歐羅巴 國家의 事實上的 所有權狀況에 對한 第3條의  
마지막 細目項이 아직도 欠如하고 있는 하나가 아닌 國際  
法 基礎를 制定하고자 한다고 聯邦國會 司法分科委員會가  
認定한다면 그것은 너무나 當然한 일이기에 特別한 確言의  
對象이 될 수 없다.

註 20) 第81回 會議 決議錄 11 페이지 參照.

1972年 5月12日의 獨逸民主共和國과 루마니아間的 條約은  
國家의 國境에 對해서 要求되는 不可侵性은 東쪽(共產陣營)  
의 觀點에서는 武力行使禁止의 適用境遇로서가 아니라 “平  
和로운 變更”으로서도 바라지 않은<sup>21)</sup> “修正”에 對하여  
“二次大戰의 結果”를 保障하는 政治的 原則에서 나오는  
結論으로서 把握되고 있다.



그래서 平和로운 變更이 阻止될 수 없었던 歐羅巴 國家의 不時의 새로운 境界는 特異하게도 모스크바條約에 規定된 條約上的 保護에 包含되어 있지 않다.

現在 國境의 侵害만이 條約當事者의 見解에 依하면 第3條 1項의 明確한 原文에 따라서 歐羅巴의 平和를 威脅하는 것이다.

第一條에 이어지는 첫째 細目項은 領土上的 保存의 無制限한 尊重을 오늘날의 境界에만 規定하고 있으며 平和적이고 合法的으로 이루어졌건 萬一의 將來 境界에 對해서는 規定하고 있지 않다.

條約當事者例의 한쪽에 依해서 歐羅巴 境界의 平和로운 變更을 一方的으로 要求한다는 것은 그 當時 第三條의 마지막 項에 依해서 明確하게 否認된 것으로 보았다. 萬若에 條約當事者의 한쪽이 다른 國家를 犧牲하여 어떤 한國家의 國家領域의 縮少뿐만 아니라 一方的으로 한 國家의 다른 國家에의 完全한 合併이나 혹은 하나의 唯一한 새로운 國家에의 多數國家의 融合을 尽力한다면 이와 같이 條約의 意義에서는 否認된 要求를 表示하게 될 것이다.

“再統一”이란 ( 何如間 獨逸聯邦共和國에서 이제까지 想像했던 것처럼 ) 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 境界의 移動뿐만 아니라 完全한 廢止를 意味하게 될 것이다.

獨逸聯邦共和國이 將來에도 領域要求를 하지 않을 것이라 聲明함으로써 소비에트 聯邦의 意思에 反하여 獨逸聯邦共和國의 國家領域의 擴大에 對한 將來의 國際法上 根拠가 있는 要求를 主張하지

않는다는 것을<sup>22)</sup> 何如間 義務 짓고 있다. 獨逸聯邦共和國에 의 다른 한쪽의 獨逸의 合併에 依하여 獨逸人의 完全한 또는 部分的인 自決權의 實現은 따라서 排除 되고 있다.

既述한바와 같이 모스크바條約의 第三條 後章의 目標가 武力에 依한 侵襲와 一方的인 變更 要求에 反하여 歐羅巴에서의 現在의 領土上의 現況의 維持라면 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國의, 따라서 그들사이에 現存하는 境界의 廢止下에 再統一의 現實化를 꾀하는 獨逸聯邦共和國의 一方的인 要求는 모스크바條約과 兩立할 수 없다. 이것은 모스크바 條約이 “再統一”을 永久히 不可能케 하고 어떠한 種類의 再統一도 不可能케 하고자 함을 意味하는 것은 아니다.

註 21) 露西亞人 教授 Blitschenko 는 모스크바條約에 合議된 것으로서의 *frontières* 의 *inviolabilité*와 *immuabilité*를 区分없이 使用하고 있다. *exigite et coopération européennes*. *Aspects Juridiques* 1971年 11 페이지 參照.

註 22) 自決權의 實現化에 對한 要求로서 獨逸聯邦共和國은 領域과 國境의 變更要求를 내걸지 않는다는 東方條約에 對한 聯邦國會決議 聲明은 全的으로는 들어맞지 않다. 獨逸民主共和國內의 獨逸人에게 全體 獨逸國家 權力의 形成 뿐만 아니라 그들이 獨逸聯邦共和國에 혹은 獨逸民主共和國에 所屬되고

실으나의 問題가 提出되어 全体領域의 住民이 前者에 同意  
한다면 自決權 實施의 結果를 實現하자는 獨逸聯邦共和國의  
要求는 아마도 國境變更要求가 될 것이다. 第3條 2項에  
서는 바로 이러한 要求提起를 拋棄하고 있다.

現狀을 保護하자는 條約當事者의 相互間의 約定은 벌써 말한 바  
와 같이 將來에 合議에 따라 具體的인 變動을 얻으려고 尽力 한  
다거나 또는 그들이 処分權이 있는限 實現까지 하는 것을 阻止하  
지 않는다. 따라서 獨逸民主共和國이나 또는 소비에트聯邦 (혹은  
雙方)이 將來에 “再統一”을 願하고 이 再統一이 同時에 獨逸聯  
邦共和國에 依해서 말하자면 소비에트聯邦이 正當하다고 생각하는  
樣式과 條件에서 願해진다던 모스크바條約 第3條는 現況의 合議에  
依한 變更에 何等의 障害가 되지 않는다. 이것은 또한 獨逸  
統一에의 摘要書를 모스크바條約의 現狀條項의 違反으로서가 아니라  
條約에 一致하다고 理解하는 可能性을 준다.

獨逸統一에의 摘要書는 ( 와르샤와條約이 獨逸聯邦共和國을 爲해  
서만 縮結되었다는 聲明과 꼭 마찬가지로 ) 條約原文의, 또는 署  
名과 認准時에 虛偽없이 作成되고 沈黙속에 承認된 留保의 內容도  
아니다. 이러한 것으로서만이 統一摘要書는 條約原文에 對한 異論  
時에 條約原文에 先行할 것이다. 統一摘要가 發表되었는데도 이  
統一摘要書는 條約原文의 解釈을 爲해서 條約原文의 어떤 있는 直  
스러운 說明이 具體的으로 縮譯 되는 限度 內에 , 그러나 또한

그 限度에서만 끌어 넣을 수 있다. 統一摘要書가 말하고 또한 모스크바條約에 따르면 再統一을 可能케 할 수 있다는 “歐羅巴에 平和의 狀態”는 再統一과 그와 더불어 現況打開에 對한 소비에트 聯邦과 獨逸民主共和國의 特有한 實際的인 關心이 發生하고 있다는 데 緣由하고 있을 것이다.

獨逸聯邦共和國이 소비에트聯邦과 獨逸民主共和國自体에 獨逸 再統一의 願望을 일으키는 外交政策과 國內政策을 施行한다면 그것은 勿論 모스크바條約의 第3條와 一致한다. 이것만이 獨逸統一摘要書의 條約에 合致한 意義이며 이 意義만이 또한 摘要書의 複雜한 表現을 解明하고 있다.

이 “再統一”은 그렇게 되면 소비에트聯邦과 獨逸民主共和國의 되풀이 되는 言明에 表現되었듯이 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國의 ( 따라서 그때 그때의 支配權을 가지는, 그래서 予想컨대 소비에트聯邦에 隸屬한 支配權을 가지는 獨逸民主共和國 ) 結合으로 이루어진다. 그것은 兩獨逸國家사이의 融合에 關한 條約이 必要하다는 것이겠다. “再統一”은 따라서 모스크바條約의 第3條 마지막章에 依하면 憲法(基本法)에 있듯이 “自由로운 自決權에 依한 全獨逸民族의 決定에” 依해서가 아니라 獨逸聯邦共和國이란 國家와 獨逸民主共和國이란 國家의 “自決的”인 統一에 달려 있다. 이로서 獨逸聯邦共和國은 ( 四個國管理權을 別途로 치드라도 ) 獨逸民族에 自決權과 自決權에 依한 統一에 對한 要求權限

과 獨逸聯邦共和國은 이 決定을 招來케 하고 아울러 境遇에 따라서는 境界變更이 있을지 모르는 決定의 實現에 對한 要求權을 一方的으로 適用시킬 수 있는 法的地位를 拋棄 해버렸다.<sup>24)</sup>

註 24) 이것은 仏蘭西文獻에 벌써 明白하게 表明되었다.

Meyrowitz, *Annuaire Francais de Droit International*  
1970. 113 페이지 參照.

獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國의 乃至는 소비에트聯邦의 國家權力者들과의 條約上的 合一은, 四個管理國權이 管理權을 拋棄했을 境遇에 또는 四個國權이 어떤 다른 理由에서 ( 特히 UN에의 兩獨逸國家의 無條件 加入을 생각해서 ) 根拠없게 될 境遇에 또는 四個國管理權이 소비에트聯邦의 見解에 依해서 벌써 無根拠하다는 境遇에도 亦是 必要하다.

## II. 憲法의 個個 規定과 東邦條約의 分析된 規定의 合憲性

### 1. 憲法 第97條와 와르샤와條約 第一條의 合憲性

다음아닌 와르샤와條約 第一條가 그 內容을 위의 13에서 詳論한 것에 相應하게 가진것처럼 이러한 內容을 가지는 條約의 內國的 執行은 아마도 條約의 審議에서 아주 看過 되었든 難點을 憲法에 안겨다주고 있다. 이미 提示한바와 같이 國際法上的의 條約에 拘束되지 않은 國際私法의 權限行使指示는 “地域的인” 權限의 (犯罪場所 같은) 調査時에 獨逸法官으로 하여금 어떤 地方이 國際法上 이 國家에 또는 저 國家의 國家領土에 所屬하고 있는가를 確認할 것을 強要하고 있다. 또한 數 많은 다른 規定도 어떤 地方이 어느 國家에 所屬하고 있는가 하는 予備問題를 國際法을 適用해서 解決하도록 獨逸法官에게 마찬가지로 指示하고 있다. 이 目的으로 獨逸法官은 一般 國際法의 規則뿐만 아니라 條約도, 그것도 아마 第三國끼리의 條約까지도 끌어 넣어야 하고 또 (더 넓은 뜻에서) “適用”해야 한다.

裁判官 職權의 獨立性이란 原則으로 부터 獨逸聯邦共和國에서는 많은 다른 나라와는 反對로<sup>25)</sup> 裁判이 內國의 法規定에 있는 指示로, 特히 國際法上的의 予備問題를 다루는 國際法의 適用時에는 어떤 抽象的인 解釋도, 獨逸聯邦政府의 혹은 行政府의 어떤 職位에

서 國際法 法規의 具體的인 影響力에 關한 陳述에도 拘束되지 않는다는<sup>26)</sup> 結論이 演繹된다. 一般 國際法에서는 國際法の 이 部分의 成分과 解釈에 對한 抽象的인 不確切한 問題를 解明하는 것이 獨逸聯邦憲法裁判所에는 留保되고 있다.<sup>27)</sup> 그러나 여기서도 또한 當該正式裁判에서는 抽象的인 法規의 適用은 具體的인 事件에 限추고 있다. 다른 나라의 國際法 適用 結果에 關하여 裁判에 拘束力을 가지는 行政府의 이러한 敎示가 내려져 있는 어떤 法律은 이와같이 違憲의이다.<sup>28)</sup>

註 25) 나의 國際法 821 페이지에 指摘.

註 26) 그것은 自明하기 때문에 便覽에 明白히 이야기 되어 있지 않다. 憲法(基本法) 第 25 條와 100 條 2 項은 이미 一般 國際慣例法이 法廷에 依해서 獨立的으로 다시 말해서 行政府 立場의 拘束없이 適用된다는 것을 前提로 하고 있다.

註 27) 憲法 100 條 2 項.

註 28) 이에 따라서 오스트리아憲法 裁判所는 同文의 憲法規定下에서 어떤 個人의 所屬에 關한 政府의 拘束力 있는 決定을 國際法上 舊領土上의 範圍로 規定한 法律을 無効라고 說明했다.

어떤 個個 土地가, 어떤 마을이 또는 어떤 地方이 國際法上 어떤 國家의 國家領域이 되어버렸는가에 對한 調査는 恆常 領域權의 獲得과 喪失에 關한 抽象的인 國際法の 規範을 具體的인 事件

에 適用하고 있다. 獨逸聯邦共和國 憲法에는 政治的 行動을 裁判할 수 없다는 說은 받아들여지지 않고 있다. 獨逸聯邦共和國 憲法裁判所는 이를 爲한 例證이 必要없다. 따라서 獨逸聯邦共和國의 國法을 爲해서 美國의 判決을 받아들여 領域의 境界가 그어가는데 對한 그리고 그 所屬에 對한 問題는 政治的인 問題이며 이 問題에서는 裁判은 立法府와 行政府의 見解에 拘束 된다는 것은<sup>29)</sup> 있을 수 없다. 一面 國家爲主原則의 法令과 이 原則의 適用에서 오는 行政府가 要求하는 裁判의 免除에 關해서 他面 外部關係의 政治的 問題로서의 國際法上的 問題에 對한 決定을 回避하거나 혹은 아무튼 間에 行政府에 反對하지 않으려는 裁判의 努力으로 말미암아 惹起되는 紛糾가 어떠한가를 法官의 一部가 다른 法官을 政治權力앞에 裁判力이 屈服했다고 非難한 1972年 6月7日의 大法院의 最近判決은<sup>30)</sup> 보여 주고 있는바다. 獨逸聯邦共和國에서 이에 相応한 紛糾가 일어나는것은 憲法과 法이 一定한 法規定을 適用해서 法的인 主眼問題와 予備問題를 判決하도록 指示하는데는 언제나 이 法適用의 個個結果는 自國法이건 外國法이건 또는 國際法이건 全혀 相關없이 그리고 當該 法規가 本質的으로 論爭의 餘地가 있건 없건 또 그 法規가 重大한 政治的 影響을 論爭의 對象이 되건 안되건 間에 全혀 相關없이 法官들에게 行政府로 부터 承認을 받아서는 안된다는데에 붙들고 있을때만 避할 수 있다.



獨逸聯邦共和國의 法官이 國際法에 따라서 이 國家의 또는 저 國家의 國家領域에 屬하는가에 關한 法律에서 立法機關의 証言에 拘束되는 가의 問題가 生길 時 이 証言이 憲法에 또는 單純한 法律에 包含되어 있는가, 이 証言이 自國의 國家領域에의 領域의 歸屬에 關한 肯定的인 証言인가, 이 証言이 自國國家領域에의 不歸屬에 對한 明示的인 或은 默示的인 証言인가, 이 証言이 他國의 國家領域에의 어떤 領域의 歸屬에 關한 肯定的인 또는 否定的인 証言인가가 區別되어야 한다.

憲法自体에 包含된 具體的인 証言은 萬一의 占領軍法 規定을<sup>31)</sup> 假定할지라도 恒常 法官을 拘束하고 있다. 다른 便에서는 憲法 116 條가 1937 年 12 月 31 日의 狀況에 따라서 獨逸國의 領域을 適用하고 있지만은 獨逸國의 領域에 屬하는 것의 範圍에 關한 아무런 肯定的 証言을 하지 않고 있다는 것은 重要하다. 어떤 具體的인 土地가 이 領域에 屬하는가에 對한 論爭이 벌어질 때는 獨逸聯邦共和國의 裁判은 여기에 對해서 스스로 그리고 오로지 國際法에 依해서 決定하지 않으면 안된다.<sup>32)</sup>

憲法은 獨逸의 領域上 統一体의 그때 그때의 範圍에 對해서 四 個管理國보다 할 말이 더 적다.

註 29) Foster 對 Neilson 事件. 2. pet. 253. Jones 對 United states 137 US. 202, 212. 이 立場은 그 밖에

도 美合衆國의 外部境界에 効力を 가지는 것이며 成員州사이의 境界에 効력을 가지는 것은 아니다. 여기에 奇妙하게도 大法院의 決定에서 該當 法規에 따른 境界의 調査는 政治的인 問題가 아니라고 다시 再遍的으로 說明하고 있다. Rhode Island 對 Massachusetts 件. 12 pet 657 參照.

美國 大法院의 判決에 있어서 “政治的 問題에 關한 論과 國際 法上의 問題에의 그의 適用에 關해서 特히 scharpt 著 司法 責任의 限界. Karlsruhe 1965年 15 페이지 以下와 Haller 著 大法院과 U S A에 있어서의 政治. Bern 1972年 194 페이지 以下 參照. 著者들은 美國에서 採用된 立場을 “說明”하고 試圖하고 있지만 獨逸聯邦共和國이나 오스트리아 伊太利같은 나라의 憲法裁判 權에 美國 大法院의 実務를 推挙를 兩者中의 아무도 하지 않고 있다.

註 30) National City Bank 對 Banco National de Cuba 11 International Legal Materials. 811

註 31) 聯邦共和國에의 Berlin의 所屬에 關하여.

註 32) 그래서 例를 들자면 Boden湖의 各個部分의 歸屬에 關한 問題가 解答된다면.

個個 地方의 聯邦領域에의 歸屬에 關한 簡單한 法律의 肯定的인 証言은, 自己便에서 勿論 憲法 第25條에 따라 上位의 一般 國際法에 一致하는가를 檢査해 볼 수는 있다. 어떤 簡單한 法律이 獨逸聯邦共和國의 國家領域에 어떤 地方이 더 以上 屬하지 않는다는 証言을 獨逸聯邦共和國 領域 割讓에 關한 條約에 對한 同意의 形態로 할 수 있으면 이 証言이 法官을 拘束하는 가는 論難되고 있다. 많은 사람이 獨逸聯邦 領域의 割讓을 爲해서 이 領域이 憲法에 直接的으로 또는 間接的으로 쓰여져 있는限 憲法을 改正하는 法律을 要望하고 있다. 33) 讓渡條約에 對한 必要한 手續으로 成就된 同意法이 聯邦領域에의 領域의 非歸屬 또는 더 以上 歸屬치 않는다는데 對한 証言을 含蓄하고 있는限 裁判을 拘束하리라는 것은 分明하다. 이것은 立法權者의 同意를 얻어서 成就된 條約으로 그 領域은 處理되고 處理될 수 있다는데 根拠하고 있다.

法에 依한 領域의 一方的인 動產所有權 拋棄도 裁判에 拘束力이다. 다른 한便에서도 一定한 時點에 一定한 領域에 對한 主權의 “物權的” 讓渡가 獨逸聯邦共和國에서 他國家로 이루어지는 割讓條約에 對한 憲法을 改正한 同意法은 獨逸聯邦領域에, 讓渡된 領域이 더 以上 歸屬하지 않는다는데에 關한 條約法의 証言에 關한限에서는 直接的으로 裁判官을 拘束하고 있다. 이 領域이 一定한 時點부터 어떤 다른 國家에 歸屬한다라는 條約의 証言은 다른 國家가 이 問題의 領域을 第三國에 割讓했을 때는 分明을 裁判官을 拘束 못한다. 獨逸聯邦共和國이 大體로 全혀 關與하지 않은 이 條約은

聯邦法誌에 當然하게 發表될 必要가 없으며 그러므로 裁判官은 同意法에 依해서 承認된 條約에 包含된 이제 갖 取得한 다른 國家에 의 이 領域의 歸屬에 關한 証言에 拘束되지 않고 있다.<sup>34)</sup> 따라서 裁判官은 結局 聯邦領域의 割讓에 있어서 取得國家에 의 割讓된 領域의 歸屬을 全혀 同意法에서가 아니고 이제까지의 領土權 所持者와 他國家의 合併意思에 法効力으로서의 國際法上의 歸屬을 結付시키고 있는 一般國際法에서 直接 끌어내고 있는 것이다.

憲法은 國際法의 뜻에서 他國家의 領域範圍에 關한 어떤 証言을 안하고 있고 또 이러한 規定은 推測컨데 決코 現實的이 되지 못하기에 裁判官이 境遇에 따라서 이러한 憲法規定에 묶이는가의 問題가 남아 있다. 聯邦領域의 割讓에 關한 國際法上의 條約에 對한 同意法에 聯邦領域에 의 어떤 具體的인 地帶의 非歸屬에 關하여 裁判官을 拘束하는 証言以上の 것이 包含되어 있는限 그는 다른 聯邦法으로 그에게 必要한 他國의 國家領土의 範圍를 調査함에 있어서 國際法에 따라서 法律의 이에 關한 証言을 土臺로 삼아야 된다는 뜻에서 簡單한 法律은 何如間 獨逸裁判官을 拘束할 수 없다. 어떤 土地나 어떤 都市나 어떤 地帶가 法에 表示된 他國에 屬한다는 것부터 國際法의 어떤 獨自的인 調査가 始作하지 않고선 裁判官이 國際法에 따라서 어떤 外國의 어떤 場所의 歸屬을 調査하는 境遇에 聯邦法은 어떠한 裁判官도 獨逸聯邦共和國에 속박시킬 수 없다.

外国 國家領土의 存立에 關한 이러한 具體的인 証言으로 立法權者는 法適用範例의 一部를 따라서 典型的인 裁判官의 課業을 憲法第97條에 反해서 自力에게 잡아 당기고 있다. 35)

註 33) 最近 soell 著 公法雜誌 95 (1970) 424 페이지 以下 參照.

註 34) 여기에 나의 著書 國際法 469 페이지. 468 페이지 註 3 의 마지막 줄 參照.

註 35) 個人法에 依한 各條件에 對해서 立法權者의 指示에서의 裁判의 獨立에 關한 文獻의 이제까지의 詳述이 (Bettermann 著. 憲法 第三卷 2.535 페이지 參照) 위의 原文에서 이야기 한 것을 생각했는가는 의심스럽다.

國家의 國際法上的 代理機關에 依해서 締結된 國際法上的 條約에 依해서 國際法에서는 全的으로 承認하는 具體的인 國際法上的 事實의 法律上 有効한 確認은 (國際法에 있어서 裁判의 未發展한 役割을 감안하면 現今에는 가끔 避치 못하고 있다.)

“司法國家”에서는 國法에 있는 同意法으로 直刻的으로 有効하게 雜點이 있다고 나는 다른 곳에서<sup>36)</sup> 示唆한바 있다. 國家領域의 國際法의 歸屬에 關한 確認에는 萬若에 自己國家에의 歸屬 또는 不歸屬에 關한 確認이 이러한 處理에 對한 假裝된 處理이거나 同意라면 事情은 달라진다. 어떤 國家가 어떤 處分權 行爲로 그 領土의 歸屬에 全히 作用할 수 없는 領域에 다른 國家와 條約을 通해서

確認을 하는 境遇에는 司法國家에서는 領域歸屬에 關한 條約規定에도 同意法은 抽象的인 國際法 規範의 具體的인 適用 結果를 裁判의 決定 先行해서 判決해서는 안되고 法的인 予備判決로서 모든 裁判에 義務라고 提示해서는 안된다는 것을 認識시키고 있다.

그래서 이를테면 獨逸聯邦共和國이 印度에 對해서 獨逸聯邦共和國의 모든 機關은 獨逸聯邦共和國에서 適用되는 法에 따라서 領域의 國際法上的 歸屬이 問題될 때는 언제나 全 Kaschmir 地方을 印度에 歸屬한다고 看做하지 않으면 안된다고<sup>37)</sup> 配慮하는데 義務를 지는 國際法上的 條約에 對한 同意法은 違憲이 될 것이다.

그러므로서 獨逸裁判이 印度의 國家領域의 範圍에 關해서 國際法에 依拠해서 處理하는 判決할 때 이에 拘束되어야 한다고 하는限 違憲이다.

註 36) 나의 國際法 805 페이지 參照.

註 37) 著者は 有効한 國際法에 依하여 누구에게 Kaschmir 가 屬하는가 또는 自決權의 確保해서 누구에게 歸屬되지 않으면 안되는가 問題에 對해서 이야기 하고 싶은 意圖는 없다. 따라서 더 넓은 例로서 獨逸聯邦共和國과 파키스탄과의 假想的 條約도 構成될 수 있다. 이 條約에서 條約 當事者들은 Kaschmir 가 “特殊한 政治統一體”임을 確證할 수도 있고 共產陣營쪽에서 그들끼리의 條約에서 자주 西伯林에 關해서

決定하는 確認도 할 수 있다.

## 2. 東部條約의 領域制限과 憲法 第146條 23項 및 그 前文과 의 合議事項

大體로 “再統一告示 (Wiedervereinigigebot) 로 表示되는 裏面에는 聯邦共和國 機構에 原則上 憲法의 明白한 法制委任이 伸張되어 있다. 이 法制委任은 이러한 民族을 包容하는 統一된 國權이 成立될 것인가 하는 問題에 對한 全獨逸民族의 決議가 이 問題에 對한 國民의 自由로운 決議에 適合한 處理 (國民投票 같은) 方法으로 成就되도록 하는데 있다.

여기에 “獨逸民族”의 憲法上 意味의 概念은 憲法 第116條에 依하여 絶對적으로 明白히 定義되는데 그 概念은 憲法制定當時 有效하다고 假定된 獨逸法에 따라서 그 法은 1913年 그 當時 아직 改正되지 않은 國籍法이었다. 그 獨逸國籍을 가지거나 1937年 12月 31日 當時 獨逸帝國領域內에서 “獨逸民族所屬權” (Volkszugehörige) 을 받은 사람들을 包含한다.

憲法에 依하여 옮겨온 이러한 人的範圍의 所屬人들 (Angehörige) 이 全獨逸國權成立을 거부할 수 있다는 것은 憲法上 存立假定된 것 과 같이 한 統一된 獨逸民族의 所屬人으로 느껴지지 못하기 때문이며 이것은 自決權自體의 本質로부터 일어난다.

憲法委任의 國際法合憲性理解는 또한 이 獨逸民族의 어떤 自決이 同一한 國權을 가진 한 國家內에 살지 않으며 聯邦共和國의 機構들에 依하여 考慮되지 않은 것은 除外된다. 그 憲法委任은 無條件 “再統一”에 關한 것이 아니고 우선 “再統一이 되는가 안되는가에 關한 獨逸民族의 自決을 引導하는데 있다.

以上과 같이 理解되는 “全獨法制委任”의 實現은 正確히 말한다면 消滅되지 않으며 그例로선 때때로 同意論의 表明에서 보여지는 것과 같이 聯邦共和國의 唯一合法政府權限, 獨逸民主共和國 (DDR)의 國際法上 國家資格의 부정, 그리고 再統一에 關한 어떤 決意를 引導하고자 政治的 方法의 選舉를 통한 추정활동범위의 強調 등에서 볼 수 있다.

(1) 憲法 (基本法) 立案者는 그에게서 要望되는 <獨逸國民>이 統一된 獨逸國家體制를 이룩하는데 있어 그 國民이 그렇게 될 可能性을 받아들이기만 한다면 絶對多數로 贊成한다는 決定을 내릴 것으로 期待하였고 또 期待할 수 있었기에, 그리고 그 立案者는 비록 그럴 展望은 極히 稀薄하다고는 하지만 이를테면 平和條約에서 말하는 暫定的인 領土分割을 조건부로 하여 이러한 國家가 憲法 (基本法) 第116條에서 獨逸人의 住居地域이라고 부르는 모든 領域을 獨逸人의 國家領域으로 處理하리라는 事實도 予期했기에 그는 憲法 (基本法)에 依해서 形成된 國家組織체로 하여금, 말하자면 憲法 (基本法)의 效用範圍안에서의 그 國家 組織체의 活



動을, 獨逸帝國 領域 위에서 다시 機能發揮할 수 있는 全体 獨逸人 國家에 代身할 權限受託者로서 行使할 것도 아울러 暗示的으로 委任했던 것이다.

(2) 憲法(基本法)으로 해서 創設이 된 國家体制의 空間上的 統治範圍는 憲法(基本法)에서 말하는 獨逸聯邦共和國의 國土로 制限이 되어 있다. 聯邦共和國 創設을 위한 守備權限上的 全体 委任은 聯邦共和國 諸般機構들이 베를린에서는 何等의 行政的 機能을 行使할 수 없다는 拘束力으로 理解되었을 뿐만 아니라 더욱이 獨逸이라고 하는 國際法上 單一領域의 殘餘部分들에 대해서도 이와 同一한 拘束力은 그들 나뉠의 特性을 갖는 西方占領國들의 立場에서 効力이 있었다. 西方占領國들은 獨逸民主共和國과 東獨逸土에 관한 聯邦共和國의 權限을 西伯林에 관한 權限 그 以上으로의 廣範圍한 權限을 分明코 願하지 않았던 것이다.

그러나 憲法(基本法)에 依하면 역시 憲法(基本法)의 統治範圍는 다른 獨逸의 領域과 그 領域의 住民들을 管掌하는 것인데 그 領域이 憲法(基本法) 第2章 第22條대로 編入이 될 때 비로소 그렇게 할 수 있는 것이다. 그러니까 聯邦共和國의 機構들은 聯邦共和國 領域內에서와 그리고 그 限度안에서만 國際法에 따라 個個의 <國家> 權限에 屬하는 領域의 宗主權을 行使하도록 되어 있는 것이다. 그러기 때문에 再論하자면 聯邦共和國 機構들은 領域 宗主權의 義務를 聯邦共和國領土에 限하는 領域宗主權과 相関

시켜서만 創立하도록 되어 있는 것이다. 그렇다면 쯤는 그 機構들은 聯邦共和國 領域에 限하는 領域宗主權에 問題性이 있을 경우에 있어서만은 領域宗主權을 讓渡할 수가 있고 또 讓渡해도 무방한 것이다. 또 다른 一面으로 보면 聯邦共和國은 國際法上의, 그리고 國家法上의 不正을 保證해 주는 경우도 있는데 그런 경우란 그 不正이라는 것이 聯邦共和國 領域에서거나 外國에 駐在하는 聯邦共和國의 機構로 因하여 저질러졌을 때에만 限한다. 또 獨逸聯邦共和國은 憲法(基本法) 116條의 意味에서 모든 獨逸人에 對한 人的 宗主權을 決코 行使해서는 안되고 할 수 있다면 오로지 住居地나 滯留로 因해서 聯邦共和國과 연시 地域的으로 因緣이 있는 獨逸人 이거나 아니면 (獨逸聯邦共和國 外部에 滯留하고 있을 때라도) 自意로 聯邦共和國에 隸屬되어 있다고 告示했던 그런 獨逸人에 限해서만은 人的 宗主權을 行使하도록 되어 있다.<sup>38)</sup>

또 方便 義務的 側面에서 볼때 人的 宗主權의 制限은 聯邦共和國이 憲法(基本法) 116條의 意味에서 犯罪庇護 및 可能할 경우에는 外國에 있는 모든 獨逸人들 利害關係의 保護를 講究한다는 事項을 排除하지는 않는다. 이 事項은 全獨逸規約命令으로 公示되어져 있다.

註38) 西方占領國들도 이러한 入場을 代弁하고 있다는 事實은 경우에 따라서는 聯邦憲法裁判所가 外務部 消息을 引用해서 立証시킬 수 있다.

또 어느 法律에서 <内国>이라는 概念 그리고 <内国的> 또는 <独逸>当局이라는 概念은 그것이 独邦共和国 外部 領域과의 因緣을 바탕으로 해서 強制命令 執行과 無關할 경우에는 独逸聯邦領域 및 聯邦共和国機構 以上の 形便에 따라 意味를 包容한다. 이 事項은 全体 独逸人の 利害關係를 위한 全体独逸人 保護命令의 結果에서 나온 것이다. 여기에서 時時로 聯邦共和国 統治權限의 問題가 생겨왔다는 事實이 事態를 全혀 一變시키지는 못한다.

聯邦共和国의 空間的, 人的인 制限은 唯獨 聯邦共和国의 機構들이, 全独逸國權의 어느 한 機構에 依해서만 認定될 수 있는 그러한 課題로써, 特히 “独逸全般”에 對한 國際法上的 條約締結을 認定치 못하도록 嚮방하는 것이다. 独逸聯邦共和国 諸般機構들이 独逸全般에 對한 統治 및 代表權限을 所有하지 못한다는 것은 1950年 9月 19日字<sup>39)</sup> “解釋上的 時点” (interpretative minute)에 根拠를 두는 것이 아니다. 그것은 憲法(基本法)과 占領國의 立場에서 共히 생겨난, 그리고 如前히 지금도 생겨나고 있는 어떤 事實만을 立証해 주는 것이다.

(3) 憲法(基本法)이 聯邦共和国行政機構에 指示하고 있는 全独逸 受託者(官裁人) 立場은 聯邦共和国만이 오로지 또다시 既能力을 行使할 수 있는 全独逸 國家에 對한 唯一한 受託者일 수 있음을 意味하는 것이 아니다. 萬一 独逸帝國 領土에 또 다른 하나의

臨時國家가 同一한 制度의 受任者로서 創設되어서 合意할 만한 制度의 受任을 實現하려는 일을 그 雙方間의 國家가 오로지 外勢로 因해서 희망을 받았다면 聯邦共和國은 이러한 다른 또 하나의 全獨逸的 受託者를 中間者의 受託者로서 똑같은 값어치로 대우를 해야 옳을 것이다. 領土의 크기나 먼저 國家가 樹立된 事實 自体 만으로는 聯邦共和國이라는 國家에 全獨逸的 代理獨占權이나 또는 獨逸帝國에서 배출된 國際法的 單一國家로서 同一視되는 “合性性” 을 만들어 주지는 못한다. 40)

註 39): “interpretative minute”라는 말은 멘첼 (menzel) 教授가 獨逸大衆을 위해서 發掘해 낸 말이다. 1971年 法律政策誌 (Zeitschrift für Rechtspolitik) 188 페이지 比較要.

註 40): 合議判決 (Konkordatsurteil) 에서 聯邦憲法裁判所는 獨逸帝國이 國家로서 그리고 國際法上 主權國으로 永統하는 것이며 (戰爭으로 因해 消滅이 되어있지 않은 限에서라면) 이 國家의 國際法上 다른 國際法主權國과의 條約은 계속 効用이 있다고 하는 事實에서 出發하는 말이다. 그래서 同憲法裁判所는 聯邦共和國의 諸般條約들이 實行되어야 한다고 말한다. 署名을 받은 相對人은 비록 合議事項이란 國際法上으로 規定되는 條約이 아니라는 事實과 그 合議事項의 終結에 對置해서 國家間의 國際法上 條約과는 個別의

規定이 有効하다는 事實에 意見을 같이 하고는 있지만 上記 結果에도 同意를 表明했다. 그러나 이 結果는 獨逸帝國과 聯邦共和國이 同一視된다는데서 나와서도 안되며 또 나올 수도 없다. 獨逸帝國的 現實的인 國際法上的 條約은 國際法上的 單位가 어떻게 보면 하나의 共同統治 或은 委任統治領과 類似한 單位였을 때에도 1945年 5月 8日 以後 그 領域에 存統하는 國際法上 單位를 拘束할 수 있었다. 그리고 戰爭以前의 諸般條約들이 1945年 5月 8日 以後에도 계속 効力이 있는 限에 있어 그 條約들은 또한 聯邦共和國 創設以前에 누군가에 依해서 獨逸內에서 實現되어야 했다. 野黨은 친히 東部條約에 對한 論駁에서 더 이상 견딜 수 없는 “処身과 概念”이라는 말로 합정을 걸었다. 이러한 処身を 바탕으로 해서 憲法과 東部條約이 合一하고 있음을 指摘하려고 하는 試圖는 더욱 條理가 안서는 效果를 나타내는 것이다. Schmidt-jortzig가 (1971年 “國家論” 318 페이지에서) “同時案 (Identitätskonzept)에 依하면 오더-나이세 領域만이 聯邦共和國의 宗主權에 歸屬되는 것”이고 聯邦共和國은 다른 諸般國家와 相對했을 때 聯邦共和國이 宣布한 同時論과 紐帶關係가 있으며 또 同時論의 問題는 適用이 안되는 것이므로 (聯邦共和國만이 唯獨 獨逸帝國의 짐을 짊어지고 있는 탓으로) 獨逸民主共和國에 障礙가 없는 分離는 受容되어 마땅하다고 辟력하고 있을 때라도 그렇다. 이 著者에게 있어

서는 바르샤와條約 第一條가 唯獨 權利의 効力을 가로막는 폴란드 合併에 對한 獨逸聯邦共和國의 “權利抗議” 課題로 因한 終局的인 處理案件임을 示唆하고 있다. 이에 對한 註解參照.

事實上 獨逸民主共和國은 自由選舉로 이루어진 集團體制를 지니고 있지 않고. 또 그것이 全獨逸國民에 依한 自由로운 自決權의 處理過程에서 생겨난 全獨逸人 國權의 再建集團이 아닌故로 지금까지 그리고 現在에 이르러 獨逸聯邦共和國 政府도 西方占領國이 늘 되풀이해서 表現해 온 바와 같이 國際的인 生活을 하는 “獨逸民族”에 對해서 말 할 수 있는 獨逸이라는 地域的인 單位안에서의, 獨逸人으로 構成된 똑같은 政府인 것이다. 그러나 聯邦領域上에서의 獨逸聯邦共和國 領域宗主權의 法的인 制限撤廢와 國際法的 代表權의 制限撤廢는 上記事項과는 相關이 없다.

(4) 聯邦共和國은 全獨逸人國家에 對한 國權의 受託者라고 함으로써 自由로운 自決權으로 因해서 비로소 設立될 수 있는 全獨逸人의 國權이 必然的으로 留保되어져 있는, 또 權利가 侵害됨으로써 이러한 國權의 形成이 何方이 될지도 모르는 如何한 權利도 감히 주 제념게 自己것이라고 主張해서는 안된다. 그러므로 憲法의 法制受任이 効力을 發生하고 있는 限 그 當時 戰爭을 遂行하던 全獨逸帝國이 代理하던 獨逸의 國境 및 國權의 戰爭 結果의 終局的인

規定은, ( 설령 國際法에 依해서 하나의 “平和”條約이 여러個의 獨逸後統國家가 있을 것이라는 말로 해서 可能視된다고 생각할 수 있다하더라도 ) 留保되어 마땅한 것이다. 그러니까 “獨逸條約” 第 7條의 內容은 全体 獨逸人의 法制委任으로 因해서 公示되어진 것이지 하나의 오직 條約上 紐帶關係로 公示되어진 것은 아니다.

(5) 全獨逸人 法制委任을 根拠로 해서 全獨逸人 國權形成에 對한 獨逸國民의 意思決定이 내려지거나 全獨逸人國權에 依해서 이루어질 수 있는 機能이 아무 目的없이 行使될 때는 그 自体가 聯邦共和의 制限된 領域 및 人的 宗主權의 테두리 안에 內在하는 權限使用은 亦是 許容이 되는 것이다. 이에 反해서 自由로운 國民投票를 實施함으로써 그 票決이 오히려 돌 아니면 그 以上の 獨逸國家를 要求하거나 암을까 하는 問題提起로 하여 憲法이 障害을 招來한다면 몰라도 (資本主義國家이든 共產主義든 간에) 그렇지 않을 境遇에 그러한 國民의 意思決定없이 獨逸을 終局的으로 여러갈래의 國家로 分割하도록 한다는 것은 聯邦共和國 諸般機構가 許容못하는 것이다. 萬一 獨逸國民 多數決에 依해서 認可된 單一國家가 그의 機構를 통해서 單一國家를 願하지 않는 그런 部類의 人士들로 構成된 新生國分離에 同意하도록 權限이 賦與되어질 境遇 이러한 結果를 設할 수 있는 憲法의 法制委任은 聯邦共和國機構에는 許容되지 않는다. 全獨逸人 法制委任은 그러나 이 法制委任을 實現시킬 수 있다고 할 때 그 持續性이 必須不可決한 權限에의 拋棄를

禁한다. 그러므로 全獨逸人 法制委任으로부터는 좀더 持續的인 國際法上 單位를 위한 聯邦共和國의 立場이 必要하다는 結論이 나올 수 있다. 憲法(基本法)은 聯邦共和國의 機構들이 自己의 國權을 結局에는 獨逸이라는 國際法的 單位에 算入시켜야 할 國權으로 行使해야 할 것이라는 事實에서 出發한다. 獨逸民主共和國 自身은 좀더 永統的이라고 看做된 獨逸國家를 “위한” 國權을 行使할 意圖가 있었다고 가끔 云云해 왔다. 이 말은 現在 獨逸民主共和國 에는 適中이 안된다. 위에서 詳述한 바와 같이, 勿論 概念上으로 “獨逸帝國”이라는 概念과 密接한 關係를 짓고있는 “獨逸國民”의 自由로운 自決權을 誘導하는데 있어 具體的인 發展이 주어져 있지 않으면 獨逸聯邦共和國은 全獨逸人 法制委任이라는 意味에 있어서 아직도 存統하고 있는 全獨逸人 점서의 要素를 보다 더 덜 짚어지게 될런지 모른다.

(6) 全獨逸人 法制委任은 聯邦共和國 機構로 하여금 獨逸의 다른 地域에서, 例를 들면 伯林이나 東部領域같은 곳에서 獨逸 以外の 國家의 國權이 効果的으로 行使된다는 事實을 알지못하도록 가로막지 못한다. 法制委任은 또 聯邦共和國外部의 다른 國權의 存在에 對해서 알고져 하는 權利를 褫奪하지 못하며 獨逸聯邦共和國 外部에 있는 이러한 國家權力과 接觸하는 것과 그 國家權力을 相對로 해서 國際法이 効力を 必要로 할 수 있는 限에 있어서 그 國際法을 尊重하거나 하는 權利를 가로막지 못한다.



실제로 獨逸民主共和國은 國際法의 意味에 있어서 하나의 國家의 特性을 지니고 있기 때문에 例를 들면 聯邦共和國은 獨逸民主共和國과 比例해서 權力行使禁止와 領域宗主權을 尊重해야 한다. 現在의 國際法은 한개의 國家의 憲法을 考慮에 두지 않고도 如前히 國家의 特質을 認定하고 있다. 그러나 國家特性의 典型的인 前提條件만이 實現되어 있을 경우, 要件대 國民의 多數가 그러한 國家의 實在을 願하느냐 안하느냐를 考慮하지 않고도 이를 認定하고 있는 것이다. 41)

註 41 : 居住民의 自決權을 無視하고 생겨난 그러고도 機能을 갖춘 國家도 國際法의 意味에 있어서 國家이다. 拙著 : 國際法 569 페이지 參照

또 한便 全獨逸의 法制委任은 獨逸聯邦共和國의 “外部的”關係에 있어서 다른 나라 政治權力이 獨逸民族의 自由로운 自決權을 促進하느냐 안하느냐에 對해서도 留意하도록 公示하고 있다. 憲法委任은 統一이나 아니나하는데 對한 獨逸國民의 自由로운 決議 그 自體를 威脅하려고 하는 聯邦共和國 內外의 那같은 勢力들에 對해서 그런 威脅을 凶謀할 能力을 強化시키는 文件들은 禁止한다. 이點에 있어서 國家의 指導層이 獨逸땅을 基盤으로 하여 自決을 願하는 獨逸人을 統治의 對象으로 삼는 國家나, 아니면 하나의 또 다른 攻擊戰을, 獨逸을 通해서 防止하려고하는 問題를 提起하는 國家

나. 或은 그밖의 國家나 하는데 따라서 差異點을 그을 수 있다.

이 後者의 國家들이 獨逸民主共和國을 形式的으로 承認하고 이와 外交的 關係를 維持하려고 했다면 할슈타인독트린 (Hallsteindoktrin)은 當然히 이러한 國家들을 相對로 外交的 關係를 排除하려고 하였기 때문에 聯邦共和國의 機構들은 이미 行使된 壓力을 받아 國家라고 하는 獨逸民主共和國의 國際法上 実存의 단순한 確認이나 또는 獨逸民主共和國과 다른 國家間의 經濟交流가 妨害乃至 障害를 받았다고 하는 限에서는 國際法上 許容範圍를 넘어서서 行動해 왔다.

그 反對로 聯邦共和國의 政治機構들이 獨逸帝國땅을 基盤으로 하여 成立된 國家類型으로써 (설령 그것이 國際法의 意味에 있어서의 國家性質을 지니는 國家라고 하더라도<sup>42)</sup> 自決權<sup>43)</sup>을 毀損시켰다는 譴責을 받음이 없이 그같은 하나의 國家集團으로 해서 國際機構에 加入하기를 促進한다면<sup>44)</sup> 그것은 憲法에 違背되는 것이다. 國際機構에 있어서 自決權의 尊重은 비록 그것 역시 단지 書面上에 不過하더라도 會員國이 되는 前提條件에 屬한다.<sup>45)</sup>

註 42 : 國際法에 依한 國家類型이 하나의 國家나 하는 問題도 또한 聯邦共和國 法廷 앞에서는 國際法上的 先決問題로 浮上될 수 있을 것이며 또 그 法廷에 依해서 決定이 내려져

야 할 問題임에 틀림이 없다. 法応用指示가 國際法の 応  
 用에 該當된다면 法廷에다 肯定도 否定도 指示할 수는 없  
 을 것이다. 더구나 그런 國家類型은 어느 外國과의 領域  
 歸屬에 關한 國際法上 問題를 判決하는데에도 通用이 될  
 것이라고 하는 똑같은 理由로 해서. 大使職을 歷任한 바  
 있는 Meyer-Lindenberg 教授는 그 當時 이 意見書의 作  
 成者를 非難한 바 있었는데 이 作成者는 憲法에 依하면  
 全혀 根拠가 없는, 兩者를 聯邦共和國과 獨逸民主共和國이  
 라고 並行해서 呼稱함으로써 合法的으로 對等視했다는 것이다.  
 이 意見書 作成者는 Leibholz 記念論文集 941 페이지, 노  
 트 11에서 이러한 非難에 맞서 自身の 意見을 피력한 바  
 있었다. 그는 自己를 批評한 그 批評家의 意見을 “두獨逸  
 國家”에 對한 現在 聯邦政府의 意見으로는 볼 수 없었다  
 는 事實만을 確立시키고 있다.

註 43 : 비록 여러가지 面에서 細部的으로 좀더 廣範圍한 規定을  
 짓고 나서야 비로소 完全性を 期할 수 있겠지만 自決權이  
 란 國際法과 國家의 境界性を 形成하는데 있어서는 그 自  
 體로써 認定된 人定法の 原則인 것이다. 拙著 “國際法”  
 982 페이지 參照  
 聯邦共和國政府는 (自決權이란 有効한 國際法の 部分이라고  
 論議되었던) Saar 紛争 (Mosel 江의 支流)에 關한 聯邦  
 憲法裁判所앞에서의 陳述과 그 後의 陳述(例를 들면

1961年 11月 29日字 政府声明)에서 当然히 矛盾을 들 어내고 있다. Meyrowitz, 112 p., 註釈 67 参照.

註 44. : 諸般 東部條約 自体는 이에 관한 하나의 規定을 內包하고 있지 않다. Bahr - 어쨌든 그의 最終的 項目들은 條約 “解釋”을 위해 引用될 수 없다고 聯邦議會 司法委員會 앞에서 聯邦政府가 解明한 -書面으로 해서 法的 或은 道義的으로 紐帶關係가 있는 一方的인 承諾이 내려졌는지 어찌 됐는지는 未決일 수 밖에 없다. 即 聯邦政府는 合議 法案에 對한 陳述에서 이 法案에 對한 獨逸民主共和國의 國際法的 承認은 重要한 것이 아니라 聯邦共和國과의 獨逸 民主共和國間의 諸般條件들은 “國際法的으로 紐帶”가 있을 수 있으며 “두 獨逸國家”의 同時加入은 “兩國間의 相互 關係를 規定짓는 條約上의 規定을 바탕으로 해서 이루어 질 수 있다”고 解明했다.

그러데 “國際法的 承認”이라는 用語는 完全히 誤導되고 있다. 認定된 國家類型的 國際法的 國家性質을 一方的으로 確認한다는 意味에 있어서의 “承認”이라는 말은 包括的인 承認이라는 말로도 歸結될 수가 있고 獨逸民主共和國과 關聯지을 때는 늦어도 聯邦政府가 政府声明에서 獨逸民主共和國을 하나의 “國家”라는 말로 表現하고 있다는 事實로도 歸結 되어져 있는것이다. 外交的인 關係를 一般國際法的 形式속에 受容할 때는 종종 “外交的인 承認”이라는 名稱

으로도 불리워지고 있는데 이것은 不當한 言語使用인 것이다.  
“國際法的 承認”이라고 하는 表現에 代身할 用語는 決코 하나도 없다. UN憲章이 이를 予示하고 있는 바와 같이 聯邦共和國은 自身과 獨逸民主共和國이 UN機構의 會員국이 됨과 同時에 會員國 相互間의 國際法的 義務는 効力を 發揮할 것이라고 主張할 수는 없을 것이다. 聯邦共和國에 依한 獨逸民主共和國의 “國際法的 承認”이 없는 가답에 兩獨逸 國家間의 國際法的인 義務는 効力を 發揮하지 못하는 것이다. 이에 反해서 또 獨逸民主共和國의 國際法的 承認”은 條約의 署名과는 아문런 連關性이 없기 때문에 1971年 2月 11日付 條約 以前에도 聯邦政府는 海岸에 核武器 設置를 禁止하라는 処事에 對해서 이러한 條約의 “테두리”안에서는 聯邦共和國과 獨逸民主共和國과의 “國際法的인 關係가 없다는 條件을 내세울 수가 있었다. 獨逸民主共和國과 UN憲章과의 國際法的 關係에 關한 適切한 條件은 展望視되지 못했다. 萬一 그러 展望이 생긴다면 UN機構 自体의 機能力이 問題視될 것이기 때문에 아마 從來의 모든 會員國들은 그러한 條件에 同意하지 않을 것이다.

獨逸民主共和國이 國民의 絶對多數에 依한 自決意思에 順應하지 않고 있다는 事實의 條件(留保) 없이 내려진 獨逸民主共和國이라는 國家的 性質의 承認, 그리고 UN機構의

會員국이 되려는 能力承認에 対処할 수 있다는 것은 이미 國際法的인 文獻에 明白히 表現되고 있다.

Meyrowitz, 同掲書, 722 페이지 参照.

聯邦共和國은 獨逸民主共和國에 對한 適切한 措置를 要求하지 못하고 그 나라에서 名目上 促進되었던 自決權毀損 때문에 非獨逸的 國土에 對한 UN機構의 措置에 加担하게 된다면 끊임없는 矛盾 撞着속에 휘말려들어 갈 것이다.

왜냐하면 聯邦共和國은 獨逸民主共和國에 依한 自決權의 毀損을 默認해 왔기 때문인 것이다.

註 45 : 四大占領國責任 및 “獨逸國民”이라는 事實을 暗示하므로 해서 國際法이라는 意味에서의 國家間的 正常的인 關係와 獨逸聯邦共和國 및 獨逸民主共和國間的 關係에서 생기는 偏差를 풀어 보려는 聯邦共和國의 試圖들은 獨逸民主共和國이 自決權을 尊重하느냐 하는 決定的인 要點을 無視하는 것이다.

聯邦憲法裁判所 法律 第11條 第160項과 第12條 第109項에서 聯邦憲法裁判所는 聯邦 및 州政府機構들이 어떠한 方式으로든지 自身の 決議書로 해서 獨逸民主共和國內의 “權力體制”를 支持乃至 援助하는 것은 不可하다고 말해 왔다. 이러한 權力體制에서 생기는 法律은 그것이 “獨逸의 統一”이 아니라 獨逸의 分割에 目標을 두는 限에서 獨逸聯邦共和國의 合憲的 秩序와 一致할 수 없

다는 것이다. 聯邦憲法裁判所가 決定的으로 強調하고 있는 것은 獨逸民主共和國 안에서 實際적으로 通用되고 있는 權利는 獨逸民主共和國에서 살고 있는 獨逸人들의 意思에서가 아니라 獨逸統一社會黨의 意思에서 나왔다는 事實이다. 聯邦政府도 그 事實에는 오늘날까지 아무런 變化가 없었음을 主張해 왔다.

(8) (2)와 (7)에서 論議된 事項에 異議를 提起할 수 없는 事實은 全獨逸的 法制委任을 遂行하는데 있어 政治的인 機構들은 絶對的인 自由裁量을 가진다고 하는 것이다. 廣範圍한 裁量이 存続한다는 事實, 이러한 裁量은 그러나 어디서든지 極端的인 限界를 지닌다는 事實을 이미 聯邦裁判所는 그 前에 數次 發表한 적이 있었다.<sup>46)</sup> 위에서 開陳한 法制委任事項 固有의 이러한 裁量의 限界-(특히 단호한 委任毀損의 禁止)에 대해 지금까지 좀더 詳細한 討論이 없었던 事實은 現 與黨이 認定한 앞서의 “東部政策”을 놓고 詳細한 討論을 할만한 時急한 動機가 없었던 點, 그리고 (또 모든 黨員을 代理하는) 그 同時論 (Identitätstheorie)이 바로 聯邦共和國의 機能을 全獨逸人 國家를 代理하는 暫定的制度的, 그리고 委任受託者의 機能이라는 말로 抹消시켰다는 點과 關係가 있는 것이다.

註 46 : 「新法律週刊誌」(NJW.) 1971年, 拙著 “詳論” 459 페이지

參照

全獨逸人의 法制委任을 遂行함에 있어서 政治機構의 裁量에 正當

한 限界가 그어져야 한다는 말은 結局 이러한 機構에 對한 政治的 統制가 오로지 獨逸의 一部 國民에 依해서만 行使되는 것이 아니라는 事實에서 分明해진다. 이러한 一部國民에서 나온 選舉人들의 所望을 위해서 政治的인 機構들은 全獨逸人의 法制委任을 調整하려는 誘惑에 빠질 수가 있을 것이다. 그러므로 法制委任遂行을 統制함에 있어 聯邦裁判所가 할 일은 그 統制가 敷放을 안주는 範圍內에서 可能하다면 一部國民이 聯邦共和國 社會福祉에 追從하는 일 보다 더욱더 熱狂的으로 憲法 前文에서 말하는 “勸告”에 追從할 그러한 獨逸人들의 關心을 有力視하는 것이다.

全獨逸人 拘束委任을 貫徹함에 있어서 聯邦共和國의 여러 政治機構들이 限界가 없는 裁量을 가질 수는 없다는 것과 또 特히 그 機構들이 長期的인 眼目으로 보면 어찌됐든 再統一은 이루어질 수 있을 것이라는 主張으로서 오로지 再統一에 敵對視되는 勢力들과 아무 條件없이 協定을 해서는 안된다는 것, 이런 事實들은 憲法에 違背되는 黨活動을 沮止시키려는 法制委任과 比較해 봄으로써 들어나는 것이다. 聯邦共和國內에서 憲法에 違背되는 黨에 對해 어떠한 措置를 取해야 하는가 하는 것은 비록 聯邦憲法裁判所만이 그러한 黨의 違憲性을 確認할 수 있다 하더라도 憲法 第21條에 依해서 聯邦法 立案者 或은 聯邦法에 依해 權利委任을 받은 機關이 自己裁量으로 決定해야 하는 것이다. 그러나 憲法에 敵對되는 黨에 對한 措置를 講究하는 政治機構의 裁量에는 限界가 있다.



即 聯邦法을 媒介로 해서 憲法에 違背되는 党에게도 均一하게 財政的인 要求가 憲法에 違背되지 않는 党과 마찬가지로 配分되어야 한다고 指諭이 내려진다면 그것은 確實히 違憲的인 것이다. 聯邦憲法裁判所가 公訴를 履行치 않기 때문에 憲法에 違背되는 党이 選舉人들을 選舉에 參與시키고 또 이 選舉人들은 그 党이 憲法에 違背되는 党인 줄을 전혀 알려고도 하지 않았다는 事實을 選舉人들로 하여금 가리켜 주었다는 事實로 해서 明白히 憲法에 違背되는 어느 한 政党的 解体를 招來케 하는 것이 또한 聯邦政府의 裁量에 있다고 한다면 이러한 兇事는 이미 違憲이라고 밝혀진 한 政党的 對해 許用될 수 없는 일인 것이다.<sup>47)</sup> 이와 相應하는 것이 全獨逸人的 法制委任을 根拠로 해서 自由로운 意思決定에 敵對視된다고 여겨진 그러한 國家에 對해서도 聯邦共和國의 政策과 關聯하여 通用되어야 하는 것이다.<sup>48)</sup>

註 47 : 違憲의 이라고 밝혀진 党이 自己의 目的設定을 合憲的인 目的設定을 바꾸었을 때의 党的 復權 뿐만 아니라 (어떤 點에서 旧党이 新党과 一致될 수 있는가?) 政府가 追後에 党行爲 禁止에 對한 合目的性的 意思를 變更시켰다 하더라도 이미 解体된 党的 復權의 可能性은 있을 수 없다.

(Bernstein, Zweigert 共著, “解体된 政党的 復權” 1972年)

註 48 : 여기에서 이러한 國家의 自由로운 自決意思剝奪은 未來나 現在나 同一할 것이라는 事實에서 出發해야 한다.

여기서도 다른 領域에 關해 受託權을 承認한다는 생각과 比較해 보면 더 쉽게 理解될 것이다.

上記 陳述과 關聯된 第1章 (1973年5月22日付 바이에른州政府의 提訴 原文9페이지) 의 詳論에서 나타난 結論은 다음과 같다.

(1) 모스크바條約 마지막 項目 第3條에서도 그렇거니와 獨逸의 統一을 위한 書信과 關聯해서도 獨逸聯邦共和國이 憲法에서 予示한 “再統一” 与否에 對한 獨逸國民의 意思決定을 제쳐놓고 그 代身 그 領域이 聯邦共和國과 獨逸民主共和國의 廢止와 아울러 國境의 廢止를 必要케 하는 어느 한 나라를 위해 全獨逸의인 國權의 形成이 全獨逸人의 自由로운 自決도, 支配받는 國民의 自決도 顯치 않는. 그리고 條約上 統一의 內容을 自由로운 自決의 表明으로 傳達하지 않겠다는 從來의 主張을 明瞭히 再認識시키는 그러한 國家들과 聯邦共和國이라는 나라를 (契約上) 統一시키자고 要求하도록 속박을 받기에 이른다면 그것은 全獨逸人의 法制委任의 毀損임을 보여주는 것이다.<sup>49)</sup>

註 49 : 憲法 146條에 依해서 万一 憲法이 無効가 될 境遇에는 憲法에 對한 決定与否는 憲法이 갖는 意味에 있어 國家 設立問題를 獨逸國民 自由決議에 맡겨야 한다. 그러나 自由決議로 해서 結局 獨逸이라는 땅명어리 위에 여러個의

國家가 새로 亂立할 境遇에도 憲法은 그 自由決議의 尊重을 排除하지는 않는다. 1968年 獨逸民主共和國 憲法에 依하면 이런 저런 意味에 있어서도 決定의 餘地는 없고 獨逸民主共和國은 거기에 關與된 獨逸人의 意思는 묻지도 않으면서 憲法에 對한 承認 및 言及에는 獨逸 兩國의 統合을 追求하고 있다. 그러니까 獨逸問題 解決을 위해 合議할만한 合憲의인 決定事項에 對해서는 무어라고 云謂할 수가 없는 것이다. 1968年 9月 12日字 蒙古人民共和國과 獨逸民主共和國과의 條約에서 조차도 未來의 統一된 獨逸國家는 오직 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國間의 (國際法上) 合議된 事項의 結果로써만 可能하다고 말하고 있다. 獨逸民主共和國이 自己네 國民에게도 自由로운 自決權을 禁止시키고 있다는 事實에 對해서는 聯邦憲法 第11條 第160項과 第12條 109項參照. 蘇聯과 獨逸民主共和國은 自己네 勢力 範圍圈 밖에 살고 있는 獨逸人들에게도 第23條, 第146條의 憲法이 前提하고 있는 바의 意味에 있어서 自由로운 自決權을 認定하지 않으려는 底意를 獨逸民主共和國이 蘇聯 및 第三國들과 맺은 條約에서 採択한 約款에서도 보여주는 바이다. 이 約款에 依하면 西部伯林은 “自主的인” 或은 “特殊한 政治單位”로 看做한다는 것이다. (1964年 6月 2日付 獨逸民主共和國과 蘇聯邦條約 第6條 및 1972年 5月 12日字 獨逸民主共和國과 루마니아條約

第9条 参照)。 이 같은 事實은 어쩌면 4大 占領國의 責任 및 이들의 存続權限에 根拠를 둔 것이 아닐 것이다. 伯林이 自由市로 要求되었던 노트에는 分明히 그 當時 西部 伯林的 自決權이 注目할만한 것이라고 聲明이 되어 있었다.

四大占領國責任權限을 根拠로 해서 現在 自己自身の 共同權限에 參與하고 있는 蘇聯, 그리고 그의 壓力으로 해서 除去하지 못할 그런 方式의 條約上 紐帶를 蘇聯을 相對로 해서 받아 드릴 때 獨逸聯邦共和國 政治機構의 不適切한 自己抑制는 法制委任을 實現시키는 길을 選擇하기 위한 自己裁量에 있는 것이다. 그러한 方式의 紐帶로 해서 생기는 全獨逸人의 法制委任實現의 難點은 다른 觀點에서 委任目的을 達成하는데 進展이 있었다고 表明해 보았자 그것으로써 그런 難點이 相殺되지는 않는다.

(2) 어느 時點부터는 東部領域이란, 폴란드의 國家領域임을 나타내고 있는 것이지 獨逸이라는 國際法的 單位의 領域을 나타내는 것이 아니지 않느냐 하는 問題에 對한 條約上의 態度表明은 全獨逸國權의 留保條件으로 남아있지 않으면 안되었다. 바르샤와條約에서 獨逸聯邦共和國側 態度表明 指示는 한便 그러한 態度表明을 만듦으로써 將來의 全體 獨逸國權을 가로막고 있는 것이다. 이에 反해서 全獨逸人國權을 形成하는데 對해 表明한 確證과 獨逸聯邦共和國과의 紐帶關係가 貧弱하다는 條件은 再統一阻止에 對한 폴란드人의 關心을 낳게 하는 것이다. 어떤 不法的인 手段을 使用해서 試圖된, 聯邦共和國을 相對로 하여 지금까지 폴란드가 管理해온 領域의

變更에 對해 安全을 期하려는 뜻밖의 慾求는 다른 方途로 充足될 수가 있었을 것이다.

(3) 모스크바條約이 國際法의 意味에서 獨逸民主共和國의 (論難의 餘地가 있을 수 없는) 國家性質을 包括적으로 確認한다는 內容을 內包시키고 있다는 것과 또 그 條約締結에 隨伴하는 聯邦共和國政府의 陳述에서 獨逸民主共和國이란 自由로운 決議의 形式에서 생겨난 國民意思에 順應하지 않는 나라라는 아무런 暗示도 없이 獨逸民主共和國의 UN機構加入을 保證한다는 것은 全獨逸人의 法制委任을 毀損하는 것이다.

### 3. 憲法(基本法)의 法制委任 全般事項과 東部條約들과의 合議點

諸般東部條約을 合憲적으로 批評함에 있어서는 그러나 全獨逸의 法制委任만이 主要한 것은 아니다. 基本法(憲法)에 依하면 政治機構들은 內外政策에서 特히 憲法의 規定, 또 或時는 基本法(憲法)의 다른 諸般項目에서 引用되는 原則 및 限界에서 벗어나도 된다는 말은 아니다. 50) 國際法上 條約을 締結함에 있어 聯邦機構들의 活動에 對하여는 肯定이 가는대로 平和政策(憲法 26條)義務, 國際聯合內에서 主權을 課題로 한 共同作業參與義務(憲法 24條) 歐羅巴統合을 위한 共同協力義務(憲法前文)와 같은 特殊한 對外政策 法制委任이 通用된다. 그러나 또 同時에 獨逸의 聯邦機構들은 國際法上 條約을 締結할 때에도 基本權 및 人權의 承認과 促進을 위한 法制委任을 遵守해야 한다. 條約에 關與함에 있어서 留意해

야 할 이같은 受任事項들의 多様性은 바로 條約을 締結할 때 條約 하나하나에서 그 모든 目的을 同時に 眼目에 새겨두도록, 그리고 條約과 條約間의 適合한 關係를 만들도록 強要하는 것이다. 立法者가 여러가지 相異한 法制委任으로부터 現行法에서는 이러한 간지를, 나중에 생기는 法에서는 저런것을 만들 수 있다고 할 때 個個의 國際法에 있어서 重要視되는 것은 外國과의 広範圍한 條約締結이란 唯獨 獨逸聯邦共和國 任意로 되어지는 것이 아니므로 全體的인 法制問題를 計算에 넣도록 試圖해 보는 일이다. 그러므로 國際的인 共同作業을 위해서 어느 條約에서는 人權이 拋棄되거나 全的으로 度外視되는 일이 있어서는 안되며 51) 또 한便 다른 어떤 平和條約에서는 人權을 保障함에서 위태로운 일이 發生하도록 放置해서도 안되는 것이다. 特히 條約 하나하나에 있어 모든 法制委任의 同時的인 考慮는 다른 나라가 훨씬 나중에 있을 諸般條約에서 留意하지 못한 法制定問題를 또 現實化시키려는 試圖에 아마 집중할구는 異議를 提起하리라고 予見될 때 생기는 일이다.

註 50 : 다른 民主主義國家에서도 “政府의 對外政策”이란 亦是 法制定의 一般原則과 緊密한 紐帶가 있어야 한다”는 事實을 承認하고 있다. (Ersterlaur 著「法律誌」1976年 36 페이지) .

註 51 : Menzel 教授가 法律新聞 (1972年 504号)에서 말한것처럼 對外權의 모든 範圍안에서..... 國民의 權利事項이 外國을 相對로 해서 奏効할 때 그런 權利를 國家의 處分에 맡긴다면 그것은 더욱 더 効用性이 있다.

이러한 觀点에서 볼 때 諸般 東部條約들은 東部領域에 居住하면서 다른 方式으로 그 東部領域과 關係를 맺고 있는 獨逸人들을 度外視한다고 생각할 수 있다. 이것은 特히 東部領域에 滯留하고 있는, 그리고 1913年의 國籍法에 따라 “獨逸國籍”을 所有하고 있는 사람들의 國籍問題에 該當된다. 바르샤와 條約이 締結되었다고 해서 이들이 獨逸國籍을 喪失하지 않는다는 事實은 받아들일 수 있는 問題이다. 폴랜드의 國籍을 賦與함으로써 (폴랜드가 自己에 國籍賦與를 必然的인 것이며 可能的 事實로 看做될 때) 前보다 훨씬 容易하게 獨逸國籍을 이들이 喪失케 된다는 事實은 獨逸憲法에서 合議된 事項이다. 이에 反해서 聯邦共和國이 폴랜드領域 宗主權을 承認함으로써 폴랜드가 그곳에 定着하고 있는 獨逸人들에게 이들 意思에 反하여 當事者들에게 國籍選擇權을 周旋해 주지도 않고서 폴랜드國籍을 賦與해도 좋다고 은연중에 認定했다고도 생각할 수 있는 일이다. 이로써 聯邦共和國은 聯邦共和國에 隸屬하려고 하는, 그러니까 聯邦共和國 國權이 地域的, 人的으로 制限되어 있음에도 不拘하고 外交的 保護權行使가 許容되어 있는 그러한 獨逸人들에게 그러한 保護權을 行使할 수 없게 만들고 있는 것이다.

異論의 餘地가 없는 國際法上 二重国籍 所持者에게는 當然히 段本籍地에 對한 保護權은 完結되는 것이다. 그러나 또 第三國에 對해서 上記人物들은 國際法上 二重国籍者로 通用되는 것이다. 그런데 唯獨 폴란드國籍만은 第三國에 依해서 實効性있는 國籍으로 看做됨으로써 수월하게 獨逸國籍은 否定되는 危險을 안고 있다. 이것은 効用面에서 獨逸國籍喪失이나 다른없는 것이다. 그러므로 當事者가 東部領域과 地理上의 因緣이 있음을 根拠로 해서 폴란드가 國籍이 賦與하는 權限을 默示的으로 承認한다는 것은 憲法 第16條에 違法이 되는 것이다. 同時에 그러한 默示的 承認은 全獨逸人 法制委任이라는 意味에 있어서 하나의 全獨逸人 國家權力에 留保시켜야 했던 一段階 措置의 先取點인 것이다.

그러나 다른 基本權에 있어서도 事實上 “參戰에 委任하는 基本權”이란 存在하지 않겠지만<sup>52)</sup> 아마도 參戰으로 因해 생긴 負擔을 正當하게 調整하는 基本權은



存在할 것임에 틀림이 없다. 53) 上記本文 13에서 指摘했듯이 東部條約의 領域限界는 비록 相當한 國內的 遡及力을 지니고 있을 런지는 몰라도 合議法 發起人은 暫定的인 그 調整問題를 애당초부터 생각해 볼 意圖가 없었음을, 合議法案 54) 에는 “何等의 犧牲이 있을 수 없다.”는 式의 간단한 謬見으로 認識시켜 왔다.

註 52 : Menzel, 同揭書

註 53 : 나치追放者들이, 例를 들면 自己네 憲法때문에 東部領域에서 送還請求權限 밖에 있을 때 그들의 數가 많은 적은간에 參戰者에 對해 共同責任을 지는 그러한 성가신 人物들과는 달리 대우를 받게 된다는 것도 參戰責任者들을 正當하게 調整해 주는 일에 屬한다.

註 54 : 聯邦議會誌 IV卷 3157 參照.

聯邦政府는 또 條約立案者에게 이자가 東部領域에 있는 獨逸人의 沒收된 財産問題라든지 아니면 또 그 값어치의 確認만이라도 條約 規定의 對象으로 삼아보려는 試圖를 企劃해 본 적이 있었으나 하는 問題를 提起하지 않았다. 거기에는 義務不履行으로 인한 非憲法的 財産沒收가 들어있을 수 있는 것이다.

個人과 國民의 自決權은 完全히 無視하고 라도 모스크바條約에서 어느 누구든지 國境을 侵害만 하지 않을 때<sup>55)</sup>에는 歐羅巴의 平和가 유지된다고 하는 自主性의 一方의인 強調는 亦是 人權이라는 것도 現實化될 때에 限해서만은 世界와 歐羅巴에서 實質的인 平和가 保障이 되어져 있다는 事實과는 對立된 立場에 處해질 수 밖에 없는 일이다.

註 55 : 어느 한 條約에서 일컬어지는 特定한 目的들과의 紐帶도 法的인 意味를 지닐 수 있다고 함은 疑心할 나위가 없다. 特定한 政治的 目的에 關해서, 이目的은 또 다른 더욱 抽象的인 內容을 담은 目的實現을 위해서 "必要不可欠하다"는 事實을 또 다시 條約上으로 規定한다는 것은 諸般條約의, 特히 蘇聯邦 國들의 技術問題에 속한다. 그리하여 "平和保存"에 있어서는 地域的인 現狀(status quo)의 保存만이 必要不可欠한 것이 아니라 다른 諸般條約에 依해서도 유럽이 現在 處해있는 狀況 및 "유럽에서 의 安全을 保障"하기 위한, 權利가 같은 正常關係들의 樹立이 要求되어 마땅한 것이다. 1967年 9月7日付 獨逸 民主共和國과 불가리아間의 條約前에도 그렇게 되어있다.

### Ⅲ. 結 論

憲法裁判所가 自己앞에 提示된 個個의 憲法訴願에 關해 어떠한 結論을 내릴 것인가에 對해서 本人은 이러한 모든 憲法訴願의 內容을 近來에 와서 아는 바 없기 때문에 무어라고 表明할 수가 없다. 合議法들이 憲法の 毀損은 고사하고, 或은 合議法 그 하나 하나가, 또 이 하나하나의 合議法과 더불어, 国内的으로 重要視된다고 聲明이 된 諸般條約들의 決定들이 憲法에 合당한 것이 아니고 憲法裁判所가 確定짓는 限에 있어서 (특히 이것은 憲法裁判所의 義務와 關聯하여 플랜드領域의 國際法 歸屬問題들 判決함에서와 꼭 같은 경우이지만) 그 限度内에서는 合議法이란 無効라고 解明할 수 밖에 없다.

이와 同時에 法制委任은 命令的인, 그리고 禁하는 性格을 지닌다. 法制委任은 禁止하는 局面에서 立法者의 實質的인 權限의 制限을 나타낸다. 그러니까 法은 " 決定的인 委任毀損 "이라고 했을 때에도 혹시 無効라고 밝혀질 수 있는 것이다.

이와 同時에 法制委任의 毀損은 補償義務를 그 結果로 가져올 수가 있다.

聯邦憲法裁判所가 合議法の 無効 或은 部分的인 無効라고 하는데 對한 陳述만으로 滿足해 할 수가 있느냐 하는 것은 그동안에

東部條約들이 國際法的인 面에서 批准됨으로 해서 効力を 發生케 되었기 때문에 疑心의 餘地가 있는 것이다. 그러므로 外國의 條約相對者들이 合憲的인 생각에 對한 情報入手가 없었다는 事實에서 그런 結果가 생겼느냐를 혹시 吟味해 볼 必要도 있겠지만 合憲的인 解明을 發顯하기 爲해서 權限을 물려 받은 機構들이 批准以前에 適切한 檢討段階를 泰만히 했다는 事實에서도 그런 結果가 나올 수 있지 않았을까 하고 되새겨 보아야 할 것이다. 追後에 憲法을 改定함으로써 合憲的인 規定을 다시 만드는 일을, 그리고 이와 同時에 거기에서 "어떠한 犧牲도 없다"고 하는 法案의 謬見에 사로잡혀 있을 때와는 다른 結果를 當事者的인 國民을 爲해 招來케 할 処分을 法을 起案하는 사람들에게 우선적으로 내어맡겨야 하느냐 하는 것도 모름지기 생각해 보아야 할 것이다.

특히 公益의 不得已한 原因들이 要求하고 나설 때는 周知하는 바 原則上 憲法이 是認하지 않는 憲法違反이 必要로 할 수 있는 狀況도 없을 수 없음을 本 所見人은 否認하지 않는다. 全獨逸의 法制委任과 憲法 第9條는 憲法 第79條 第3項에서 말하는 不變의 規定에 속하지 않는다. 憲法 第10章a가 말하는 意味에 있어서 緊急事項이 必要치 않는 어느 特定한 狀況에 處하여 憲法을 改正處理하는 過程에 憲法의 犯法事實이, 어느 條約에 合意하기 爲해 생겼을 경우, 그것은 어디까지나 憲法의 "窮極的인" 目的設定에 따를 수밖에 없다. 聯邦政府立場에서 볼 때 諸般條約으로

因해 時急히 어떤 緊張解消을 要하는 56) 聯邦共和國과 東部 여러 國家들間的의 關係狀況이 또 특히 西部伯林의 公開된 것이든 隱蔽된 것이든 間に 交渉의 威脅이 (그 保障은 全獨逸의 法制委任도 숨기고 있다) 權力의 行使와 더불어 이를 審議하고 그에 對해 決定을 지을 만큼의 段階가 必要不可欠한 性格을 지녔는가는 憲法改定의 權限을 받은 機構들 및 그 機構 모든 任員들의 問題事였다. 議會에 대단히 미약한 過半數議席을 차지하고 있는 政府한테는 憲法改定에 必要한 絶對多數를 다른 方式의 讓與로써 取得할 意思가 없었다는 事實과 이와 同時에 野黨은 또 責任에서 기피하려고 하는 利害關係를 그當時 그 歷史的인 憲法立案者는 看破하지 못했을 것이다. 그럼에도 不拘하고 憲法立案者가 非常時에는 法制를 犯해서라도 正當한 多數決로 憲法改正을 必要視했었다면 그는 率直히 말해서 機能을 發揮하고 있는 議會의 立法制度에 對한 信賴와 將來法을 定할 機構會員들의 責任意識을 지니고 있었던 結果이다. 萬一 그가 그런 데서 잘못된 생각을 가졌더라면 “憲法이 갖춘 品位”는 “憲法의 改定없이 관철해 보려는” 努力을 認定함으로 해서 憲法裁判所 立場에서 본다면 講究할 手段이 없게 되는 것이다.

1972年 10月1日

註 56 : 現狀을 強壓的으로 修正하려는 試圖에 對한 憂慮가 먼저 생겨났는지, 그러한 憂慮가 진정 있었던 憂慮인지, 아니면

혹시 그 憂慮가 聯邦共和國 政治家들의 陳述로 해서 더  
高調되어 버린 것인지 하는 問題를 調査하려는 것이 本意見  
書가 하는 일이 아니다. “權力拋棄”라는 常套語가 聯邦共  
和國은 그러한 拋棄없이도 權力行使權을 要求할 것이라는  
見解를 強化했다고 한다면 그것은 非論理的인 말은 아닐  
것이다.

VI. 바이에른 州政府 內閣 首班의 訴答書面

바이에른州政府

8 München 22.1973年 6月 13日

內閣首班

B III 11040 BV 1209-15

聯邦裁判所 副所長兼 第二審議部 部長貫下

75 Karlsruhe

Schloßbezirk 3

案 件 ; 바이에른州政府의 訴請에 따라 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主  
共和國間의 相互關係를 바탕으로 하여 1972年 12月  
21日付로 締結된 條約의 法律上 合憲性 与否를 審議하  
기 위한 處理의 件

- 2 BvQ 1/73 -

全權委任者의 任用

尊敬하는 裁判長 貫下!

猝地에 發生한 疑惑을 排除해드리기 위해서 本人은 1973年  
5月 22日付<sup>1)</sup> 바이에른 州政府長官의 書信과 더불어 行해진 聯邦

憲法 第 22 條에 의한 Dr. Dieter Blumenwitz 教授의 바이에른州政府 全權委任者로의 任用은 本件 處理 및 어느 一件의 暫定的인 規定 公布에 對한 提議의 處理에도 有關하다는 事實을 감히 解明해 드리는 바입니다. Dr. Dieter Blumenwitz 教授는 1973年 6月 19日에 있을 口頭公判에서도 바이에른州政府를 代理할 것이며 그를 支援하기 위해서 豫見컨대 人士 三名이 隨行될 것입니다.

1973年 6月 4日以來로 Dr. Blumenwitz 教授의 現居住地는 다음과 같습니다.

8011 Zorneding, Herzog-Albrecht-Str. 26 .

1973年 6月 19日에 있을 口頭公判時에는 Berlin 居住 Dr. Wilhelm Wengler 가 參與할 것입니다. Wengler 博士는 上記 案件處理에 있어 하나의 法律意見書를 作成했습니다.

Wengler 博士는 自發的으로 發言할 意圖는 없으나 裁判의 不時에 일어날 問題에 對備해서 自己 意見書에 對한 解明을 내릴 것입니다.

頓首再拜

Dr. Keßler

州政府事務局長

註1) 編者의 註解 記錄文書 A II 參照.



VII. 1973年 6月 18日付 바이에른州 長官의 訴答書面

바이에른州長官 1973年 6月 18日 8번째 22

Nr. BIII 11040 BV 1209-19

獨逸聯邦憲法裁判所 — 第二審議部 — 貴中

7500 Karlsruhe

Schloßbezirk 3

案件：獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義共和國間의 國交를 土台로 한  
1972年 12月 21日付 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義共和國 相互間  
에 締結된 條約에 對해서 그 法律의 合憲的 審議에 關한 1973年  
6月 6日付 바이에른州政府의 訴請處理의 件(聯邦法律志 第2卷  
421頁) - 2 BvF 1/73-

附錄：本書文案의 寫本 30部

1973年 5月 28日付 바이에른州政府의 訴請을 基礎·補完함에  
있어 本人은 바이에른州政府의 이름으로 (特히 그間에 行해진  
進展을 감안하여) 獨逸聯邦裁判所に 아래와 같은 事實을 부여  
提示하는 바이다. 그 要點은 다음 質問에 있다.

a) 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義人民共和國 사이의 「特別한 關

係」樹立이 基本條約에서 成功裡에 履行되었는가 ?

b) 바이에른州政府에 依해서 主張된 憲法(基本法)에 對한 違反이 獨逸聯邦憲法裁判所의 判決에서 展開된 妥協論으로 하여 正當視될 수 있는가? 라는 點인 것이다.

基本條約은 國家統一의 維持催告를 發한다.

憲法(基本法)은 國家統一問題에 있어 獨逸國民이 國家의 統一을 持續시키려는 意思를 特히 強調해서 暗示하고 있다. 國家의 統一은 獨逸國家의 存続에 適應하는 것이다. 統一은 獨逸國民 全體를 포용하는 概念이다. 獨逸分斷의 生成과 存続은 獨逸國民이 決定한 結果가 아니다. 國家統一은 第二次世界大戰의 終結과 더불어 勝戰 強大國들의 決定權으로도 또 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義人民共和國의 樹立으로 해서 獨逸 땅에서 消失된 것은 全혀 아니다. 分斷이 되었음에도 不拘하고 다시 하나의 共同國家안에 함께 生存하려고 하는 國民의 意志는 存続하고 있다.

基本法은 條約前文의 基本命題에서 國家統一問題 發令을 許用치 않는다. 이 基本法은 오히려 獨逸國民의 意思에 合당한 國家統一의 再現을 모든 힘을 다해서 進력할 것과 이러한 目的에 對한 措施를 講究하도록 命하도록 命하고 있다.

1. 「基本條約」은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義人民共和國間的 國家統一 및 獨逸內에서의 特別한 狀況을 勘案해야 할 것이다. 이 條約은 相互 獨立된 國際法主題와는 性質이 다른 獨特한 獨逸國內事情에서만 出發해도 無妨할 것이다.

基本條約은 그러나 特異한 國家問題를 否定하고 있다. 이 基本條約은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義人民共和國國民이 서로 相異한 國家間的 國民인 듯한 關係를 바탕으로 規定하고 있다.

2. 1970年 봄 그로미코-바알書信 第6項에서도 이미 그랬고 1970年 8月 12日字 모스크바條約의 署名捺印時 目的說明 第2号에서도 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國 間的 條約上 關係規定은 獨逸을 하나의 全體로써 或은 國民의 統一된 單位로 본다는 말은 한마디도 없이 定立된 것이다. 이와같은 決定的인 會談期間에 獨逸聯邦政府는 代理人을 통해서 會談主要相對國인 쑤비에트聯邦共和國에 對해 獨逸問題에 있어서 基本法이 要求하는 立場의 固守를 拋棄해 버렸다. 注視되었던 協定은 國際法과는 何等의 다른 紐帶가 없는 國際法主題를 위해서 草稿가 作成되었다. 獨逸聯邦政府는 이미 그 當時 獨自의인 標語에 不忠實했다. 1969年 10月 28日字 聯邦共和國首相 브란트는 그의 첫 政府聲明에서 「獨逸內에서의 相互 兩國間的 關係는 오직 特別한 方式일 수 있을 다름이다」라고 宣布했던 것이다.

聯邦共和國首相 브란트는 다음에도 繼續해서 모스크바에서 그와

같은 決定的인 措置를 내린 後에도 1970年 5月 21日字 獨逸民主主義 人民共和國 內閣議長 슈토프와 만났을 때 이른바 20個의 카셀條項中 第1項과 第10項에서 獨逸內에서의 兩國間的 關係를 規定하는 條約은 두國家內에서 生活을 하면서도 한 國民의 一員으로써 理解된 獨逸과 獨逸人의 特別한 狀況에서 出發해야 되는 것임을 聲明으로 밝혔던 것이다.

그러나 이와같은 確證도 그렇고 브란트首相이 어쨌든 카셀에서 上述한 機會에 表現했던 그러한 事實도 基本條約에는 插入이 되지 못했다. 「本人이 이미 에어프르트에서 높이 強調했던 바와 같이 獨逸兩國의 憲法은 國民의 單一體위에 바탕이 두어진 것이다. 우리가 이러한 憲法의 基本原則을 勘察하지 않고서 우리 兩國間的 關係를 相互 합축성있게 定立할 수 없다고 本人은 생각한다」라고.

基本條約에서는 오히려 슈토프가 카셀에서 聯邦首相 브란트에게 答弁했던 事實이 貫徹된 셈이다. 「貴下는 必要한 國際法上的 關係를 놓고 國民의 統一이라는 概念을 여러번 使用하였다. 貴下는 기필코 本人만큼이나 그것이 社会的, 政治的 現實性과는 전혀 調和를 이룰 수 없다는 事實을 잘 理解하실 것으로 믿는다.」

基本條約은 國民의 統一과 特別한 獨逸의 國內的 關係에서 出發하는 것이 아니고 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國間的 關係는 結局 國際法의 規範에 따라서 確立되는 것이기 때문에 條約

의 亀裂은 깊어지는 것이다.

II. 基本條約의 이같은 缺陷은 다른 如何한 方法으로도 治愈될 수가 없다.

1. 獨逸全體와 베르린에 對한 四大強國의 權利 및 責任은 基本條約에서는 獨逸을 위한 正當한 前提라고 부르지 못한다. 第9條의 非接觸約款은 단지 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國, 兩國間에 依해서 일찍이 締結되었던 條約과 協議事項임을 暗示하는 것이다. 거기에는 事實上 獨逸聯邦共和國과 西方側同盟國들 사이에서 締結된 獨逸條約도 예속되지만 그렇다고 前記 強國들이 이들의 協議事項에서 「獨逸을 全體로써 보는」客觀性에는 合議할 수 없다는 事實을 無視한다면 第9條는 아무도움이 될 수 없다.

獨逸聯邦政府의 主張(1973年 6月 2日付 聯邦憲法裁判所에 對한 法務長官의 態度表明 12頁參照)과는 달리 聯邦首相의 特別任務를 代理遂行하는 聯邦長官과 獨逸民主主義人民共和國內閣書記長사이에 오고간 1972年 12月 21日字 書信에서도 上記 兩國은 獨逸全土와 베를린에 關係된 四大強國들의 權利와 責任의 存続을 認定하지 않는다는 事實을 闡明한바 있었다. 이같은 書信往來에서도 그렇지만 1972年 11月 9日字 發表된 基本條約協商과 並行해서 基本條約에 對한 條約相對國 雙方間의 UN機構 同時加入에 對한 四大強國들

의 声明에서도 그러한 權利와 責任의 対象, 即「独逸全土와 베르린」이라는 말은 列挙된 적이 없고 오히려 四大強國들의 抽象的인 「權利와 責任, 그리고 거기에 随伴하는 多様な 協議事項, 議決과 実務的 処事」에 對한 暗示만 있을 뿐이다. 1973年 6月 2日 字 聯邦憲法裁判所에 對한 態度表明에서 独逸聯邦共和國 法務部長官의 答弁을 忌避하는 12頁의 陳述은 그러한 點에 있어서 不當한 것이다.

1964年 6月 12日 字로 소비에트聯邦共和國과 独逸民主主義 人民共和國 사이에 友好 및 援助協定이 締結된 以來로 蘇聯邦은 独逸全土에 對한 正當한 이같은 見解를 否定하고 있다. 蘇聯邦은 高次的인 尺度에서 옛날 勝戰國의 그 權利와 責任을 「独逸聯邦國의 문턱을 向해 一步를 내딛을」 國際法上의 道具로 보고 있는 것이다. 그들의 主觀대로 포츠담會談은 東獨에서 이루어졌다. 이에 反해서 1945年 8月 2日에 있었던 四大強國의 課題가 独逸聯邦共和國 內에서의 武装解除, 脫나찌化, 民主化에 對한 포츠담 會談의 決定을 實現시키려는 것이라고 했다고 하더라도 이에 對한 蘇聯側 意見에 依하면 東獨에서의 西方強大國들의 留保權은 全혀 그 餘地가 없는 것이다.

第9條의 非接觸約款도 또 第9條를 위한 書信往來도 独逸을 위한 正當한 見解 (Klammer)를 提示도 證明도 못하고 있는 것이다.

2. 基本條約에서는 國民의 存統과 特別한 獨逸國內事情의 誇示가 欠如되어 있을 뿐만 아니라 未解決인 平和條約規定에 對한 暗示도 빠져 있다. 이러한 欠陷은 條約 第9項으로 해서도 調整이 안되고 있다.

왜냐하면 獨逸民主主義人民共和國의 指導層과 政府는 平和條約을 몇몇이 理解하려고도 하지 않으며 第9條가 條約相對國인 獨逸民主主義人民共和國와의 協議를 위한 西方側의 留保權을 行使못하게 하고 있기 때문이다.

3. (「國家的인 問題인 多樣한 見解에는 損傷을 加하지 않고」) 條約前文에 쓰여진 指針은 條約自体가 國民의 統一이라는 點에서 出發하는 것이 아님을 強調하는 것이다. 이렇게 固着된 意見의 相衝과 오로지 國際法上的의 規範대로라고 하는 하나의 協議事項으로써의 條約의 全體狀況을 놓고 볼때 獨逸統一을 위해서 「書信」따위는 하나도 病을 治療하는 效果를 지니지 못한다는 것이다. 書信으로써는 基本條約 第2, 3, 4條에서 明示하는 規約의 明白性을 變更시킬 수가 없는 것이다. 비엔나條約法律協商 第31條에 依한 解說機構으로써의 獨逸聯邦共和國政府를 통한 等級区分은 條約의 原文에 何等 도움을 주지 못한다. 어쨌든 書信은 유럽에서 平和를 定立하는 目的에는 有關한 것이지만 持續적으로 効用性있는 國家統一을 나타내지는 못한다.

基本條約 解釋에 要하는 (獨逸統一을 위한 書信) 1972年 12月 21日付 獨逸民主主義人民共和國 內閣書記長에게 보낸 聯邦首相의 特別任務遂行을 代理한 聯邦長官의 書信이 어떠한 意味를 지니고 있는가에 對한 結果는 獨逸民主主義人民共和國에 依한 그 書信의 處理가 가르쳐주고 있다. 條約을 署名하는 날 書記長 코올은 受取人으로써 書信接受를 否定하였다. 獨逸聯邦政府가 獨逸聯邦議會 主務分科委員會에 書信接受確認을 拒絕하고 있다는 觀點에서 보아도 아마 提示될 性質의 것이 못되는 것으로 看做된다. 獨逸民主主義人民共和國 外務部長官 빈저는 1973年 6月 13日付로 그 基本條約이 作成될 當時 「그 條約이나 그 條約附錄文書에서 協商相對國끼리 合議한 것만은 國際法上으로 紐帶關係가 있는 것이고 또 法的으로 는 同等한 形式을 지니는 것으로 認定될 수 있다」고 詳述했을 때 그 書信 역시 公式的인 意思表明으로 看做되었다. (獨逸聯邦共和國 憲法裁判所 [ 13項 ]에 보낸 1973年 6月 2日字 法務長官의 態度表明에서) 獨逸統一을 위한 그 書信이, 獨逸民主主義人民共和國으로 하여금 獨逸聯邦政府가 그 基本條約으로 해서 自己네 政治的 目的을 拋棄하고 獨逸國民을 自由로운 自決權으로 再統一시키려는 義務를 부과받았다고 하는 主張을 못하게 提防하는 것이라는 聯邦政府의 所見은 그 後에 더욱 많은, 獨逸民主主義人民共和國 外務長官의 人民委員會席上에서의 分명한 詳論으로 反駁되었다.

4. 「外交的인 使節」(第 8項) 代身 「常任代表部」라는 人士交流.



또는 常套的인 國際的 條約의 慣例에서 벗어난 批准處理(第10項)와 같은, 말하자면 特別히 獨逸의 內의事情을 設定하는데 寄與할 수 있는 그 밖에 다른 要素들은 基本條約自体만으로는 大端히 不完全하고 또 대단히 未熟하게 形成되었기 때문에 이른바 말하는 所期의 目的 實踐은 이루어지지 못하는 것이다.

獨逸聯邦政府는 條約 自体内에서 雙方間 代表部가 받아들일 수 있는 規定을 못박아 넣었어야 했을 것이다. 그것은 代表部의 設置와 그 地位로 해서 獨逸聯邦共和國으로 하여금 獨逸民主主義 人民共和國을 國際法上 直接的으로 承認케 하는데 도움이 되는 法律要件이 結果로써 생겨나게 된다는 事實을 包含하는 規定인 것이다

外交關係에 관한 비엔나協定에 獨逸民主主義人民共和國이 參與한 以後 東·西獨 會員國 雙方間的 關係가 分裂되는데 對한 防止로써 多樣한 國際法上的 紐帶는 相互間的 關係를 받아들임으로써, 即 雙方間 代表部를 設置하므로써 나타나게 되는 것이다. 이 時點부터 獨逸聯邦共和國은 兩國家가 雙方代表部의 特別한 法的形態, 即 外交的 代表부와 比較해서 하나의 또 다른 法律( Aliud )을 協議하지 않는 限 獨逸民主主義人民共和國의 代表部를 外交的인 地位로 認定해야 하는 任務를 짊어지게 될 것이다.

獨逸民主主義 人民共和國 代表部の 便宜와 優先權, 自由로운 往來

認可에 대한 法律起草案 處理가 아직 現在로서 完結이 안되어 있으므로 그같은 合議事項이 이루어질 것인지, 그러면 어느 方式으로 이루어질 것인지 하는 問題도 또한 確定이 안된 實情에 있다. 이로써 獨逸聯邦政府는 1973年 6月 20日에 내린 裁可로 因해서 이 問題를 미리 부터 憲法에 一致시키는 方式으로 規定짓지 않고 國際法上 效力視하는 処事로써 이 基本條約을 하는 수 없이 받아들이고 있는 것이다.

어쨌든 基本條約 第8條와 第10條의 欠陥이 있는 規定은 條約에서 明白하게 뜻을 박아 分離시킬 要素를 相殺시키는데는 適切한 것이 아니었다. 이 條約의 그러한 規定은 特異한 獨逸國內 事情을 造成하는데 있어서 本質的인 寄与가 없이 그같은 法的要因만으로 위장시키고 있는 것이다.

5. 同時에 基本條約과 관련해서 國籍의 問題가 如何히 處理될 것인가 하는 種類와 方式에 있어서 그 條約에서는 獨逸의 國家分斷의 獨自的 傾向을 짐짓 거짓으로 캄플라즈 하고 있는데 불과하다.

獨逸聯邦共和國이 基本條約에 署名捺印할 當時 調卷로 作成한 바 있는, 이른바 「國籍의 問題가 條約을 통해 規定이 되지 않았다」고 하는 留保聲明은 더구나 基本法 116條 規定의 繼續的인 效力을 明白視해 주고 있는 것이다. 이에 準하여 獨逸民主主義 人民共和國 住民들도 基本法의 意味에 있어서 獨逸人으로 남아있는 것이다.

그러나 이러한 留保는 独逸民主主義人民共和國이 主權領域에서 生存하고 있는 사람들에게 당연히 独逸民主主義人民共和國 國民임을 承認하고 또 国内外에 居住하는 國民의 一員으로써 이들을 必要로 하는 것임을 確保하지 못한다. 独逸聯邦共和國이 基本條約에서 独逸民主主義人民共和國의 主權과 그 独自の인 權力을 認定하고 난 後라면 独逸聯邦共和國은 더 以上 独逸民主主義人民共和國의 그러한 所見을 牽制할 수가 없다. 이렇게 되므로써 独逸聯邦共和國은 基本法의 意味에 있어서 基本法에 準하여 모든 独逸人에게 주어진 監督義務와 社会福祉義務에 對한 法的인 障害까지도 提起해 놓았다.

한편 基本條約에 署名捺印할 때 独逸民主主義 人民共和國에 依해 調査로 作成된 이른바 「上記共和國은 그 條約이 國籍의 問題를 柔和시킬 것이라는 事實에서 出發한다」는 聲明은 이미 独逸民主主義 人民共和國의 目標設定에 相應하는 方向으로 未來가 展開되리라는 것을 暗示하는 것이다.

1973年 6月 23日字 独逸民主主義人民共和國 人民委員會에서 基本條約을 다룰 때 同 外務部長官 빈저는 이미 独逸聯邦共和國을 相對로 基本法 116條의 國民法 改正과 아울러 分斷을 위해서는 独逸內에서의 公民權의 改正도 要求하고 나섰다. 그는 여기에서 다음과 같이 詳述했다.

「關係正常화를 위해서는 独逸聯邦共和國은 國籍問題에 있어서도 違法的이면서 또 實質的으로는 간단하게 履行 못할 諸般構文에서 分離되는 것은 當然한 理致이다. 두個의 主權國이면서 서로 獨立

된 國家가 存立한다는 事實로 해서 또한 相互 種類가 다른 公民 權도 分離될 수는 없는 것이다」라고, 基本條約이 獨逸民主主義 人民共和國에 依해 推進된 이러한 發展을 妨害시키지 않고 그 發展을 더구나 促進시킬 때 그 條約은 이러한 分野에서 獨逸과 獨逸 國民의 分割을 深化시키고 또 分割을 公고히 하는데 寄與할 따름이다.

5. 從來 獨逸國內의 郵便往來制度가 基本條約(第7條에 附錄된 調書 第5號와 관련된 第7項目)에서 마련된 郵便 및 通信協定으로 因해 必然의 結果로 생겨난 國外郵便往來制度에의 탈바꿈은 보다 廣範圍한 獨逸國內의 特殊制度의 하나를 除去하는 處事인 것이다.

獨逸民主主義 人民共和國政府는 自己들이 歐羅巴共同市場과의 間接的인 去來에서 誘致해 오던 利潤의 損失을 막기 위해서 從來까지 施行해 오던 獨逸內國의 貿易行爲만을 基本條約을 通해서 接近시키지는 못했다.

7. 解約豫告權이 없는 基本條約에서 基本權出發의 根源이 되고 있는 獨逸帝國과 獨逸聯邦共和國과의 同質性 및 連關性은 二個의 國家가 現在 存立한다는 事實을 勘案해서 「獨逸內에 二個의 國家」間의 特殊한 內國의 關係를 合法的인 결석로 定立시키지는 않고 拋棄해 버린 것이다. 그 結果가 「二個의 獨逸國家」라고 하

는 合法的인 利得인 것이다. (1973年 2月 15日 独逸聯邦議會에서 行한 州政府長官 Bahr의 말) 独逸聯邦政府가 代弁하는, 이든마 二個의 國家形態가 없으면 흔히 特殊한 國家가 保存될 展望도 없을 것이라고 하는 태제는 基本條約과 그 條約에서 생겨난 東独과의 關係를 위해서 課해질 수는 없는 것이다.

이렇게 됨으로써 역시 法的으로도 基本法과 거리가 먼 狀況이 나타난다. 独逸을 独逸人の 自由로운 自決權으로써 再統一을 達成시키려는 兪事は 막혀 버리게 되는 것이다. 왜냐하면 再統一은 이제부터 合法上 独逸民主主義人民共和國政府와 그 指導層의 意思決定事項이 되어버렸기 때문이다.

独逸에 二個의 國家가 存立한다는 事實을 承認함으로써 하나의 國家의 統一을 이룰 수 있는 迂回路가 容納되지 않는다는 말은 아니다. 그러나 지금까지 東独集團이 生存保存을 理由로 해서, 基本法에서 오로지 明示된 独逸國의 自決權으로써 独逸을 再統一하겠다는 意思의 實質的 障害物이 되어 對抗해 왔다면 基本條約에서 이루어 놓은 國際法上的 規定과 더불어 이제는 거기에 한술 더떠서 独逸의 再統一을 위해서는 法的으로도 要請되는 独逸民主主義人民共和國의 同議가 不可避하다는 形態에서 合法的인 障害物이 되었다는 事實이 더해진 것이다.

이토록 끈질기게 構想된 合法的인 障害는 社會主義的 國際法, 特別히 브레즈네프-독트린을 手段으로 해서 核心的으로는 民主主義的인

自由化를 위해 소위 「社會主義的인 興奮度를 一變시키지 못하게 하거나 아니면 對外政治的, 軍事的 面으로 社會主義 陣營에서 벗어나지 못하도록 東獨集團을 막아버린다면 더욱 더 克服하기가 어려울 것이다.

基本條約의 特徵이란 國際法上的의 意味에 있어서의 限界가 있다는 것이다. 그러기 때문에 또 基本條約의 解約豫告權이 없는 까닭에 第7條에서 明示된 結果라고 하더라도 이 基本條約은 典型的인 條約이 아니라는 點이다.

그러기에 西方外國들의 輿論에서는 獨逸帝國의 沒落은 基本條約때문이었고 그 언더라인은 獨逸의 問題로 해서 그어졌다는 말이 파다하게 퍼지게 되었다. 유감스럽게도 우리가 認識해야 될 것은 基本法에 依해서 獨逸聯邦共和國의 國家組織에 課해진 獨逸國民의 關心事가 獨逸人들 自身에 依해서 보다는 西方世界의 숙한 사람들에 의해서 白眼視當하고 있다는 事實이다.

Ⅲ. 西方世界의 輿論에 나타난 分割條約으로써의 基本條約에 對한 이 같은 廣範圍한 評価는 獨逸民主主義人民共和國政府와 그 政府의 指導層에 依한 明白한 條約解說을 통해 補充이 되고 있다.

1. (1971年 6月) (東獨의) 獨逸統一社會黨 (SED) 第8次 全党大會 以後 共通된 歷史, 文化, 言語 그리고 같은 同族임을 바탕

으로 한 集團으로써의 國民이라는 概念은 否定이 된다. 國民이라는 概念은 獨逸聯邦共和國를 相對했을 때 境界를 긋는 政治와 一致하는 것이다. 人間社會의 모든 生存形式을 改善하기 위해 誘導하는 社會主義的 革命은 國民을 基盤으로 해서도 更新된다는 것이다. 勤勞大衆(플로레타리아階級)이 政治的인 支配權을 爭取하는 同時에는 勤勞大衆은 國民階級으로 昇格되어 그 勤勞大衆 自身들이 國民으로 造成된다는 것이고 庶民的 國民이 永統하고 있는 獨逸聯邦共和國와는 달리 獨逸民主主義 人民共和國 內에서는 社會主義的 國民이 發展되어 왔다는 것이다. 그러니까 社會主義的인 國民과 庶民的인 國民間에는 하나도 共通되는 點이 없다는 것이고 二個의 獨逸國家 內에서의 國民的인 것이라는 말은 그 質이 相異하기 때문에 二 國民의 統一性은 存在할 수 없다고 하는 것이다.

基本條約을 解說함에 있어 獨逸民主主義人民共和國指導層은 國民을 이같은 階級概念으로 表現하는 데서 出發한다. 유엔憲章의 指針인 自主獨立과 領土의 不可侵性, 現在와 未來에 걸쳐 基本條約 2條 및 3條에서 말하는 國境의 不侵犯 따위를 가지고 그들은 獨逸國民의 分割이 承認되는 것으로 評價한다.

2. 이와 類似한 것이 自決權에도 通用된다. 基本條約에서는 獨逸國民의 自決權을 暗示하는 것이 아니라 모든 國家의 主權平等, 自主獨立, 領土의 不加侵性 等等과 관련을 지음에 있어서 自決權이

라는 抽象的 概念을 誘導해 내는데 獨逸民主主義人民共和國指導層과 政府는 獨逸統一社會黨 第8次 全黨大會에서 내린 定義, 即 「獨逸民主主義人民共和國人民은 社會主義 革命을 通해서 自決權을 行使했다」라는 말에서 出發하는 것이다.

3. 獨逸民主主義人民共和國 指導層을 通해서 基本條約에 關해 내려진 解說을 列擧하자면. 특히나 1973年 5月 29日字 獨逸統一社會黨 中央委員會에서 行한 호넛커의 陳述과 內閣會議室에서 基本條約을 作成할 때인 1973年 6月 13日字 同共和國 外務部長官 빈저의 陳述을 引用하지 않으면 안된다.

호넛커는 이미 그前에도 여러번 反復해서 (例를 들면 基本條約 審議中인 1972年 6月 20日 카스트로의 東部伯林訪問을 契機로) 獨逸內國的 關係에는 一言反句도 할 수 없다고 하고서 統一된 國民은 國際法의 規範에 應해서만 擬制과 正常化가 可能視된다고 말해 놓고 1973年 5月 29日에는 基本條約이야말로 兩主權國間의 正常的인 國際法上 條約이라고 評했던 것이다. 그는 繼續해서 말하기를 「그런데도 獨逸聯邦共和國의 수많은 사람들은 如前히 普遍化된 國際法에서 벗어난 東西獨 兩國家 間에 있을 諸般關係의 特殊한 性格을 造成하려 든다면 베를린의 條約이야말로 諸般關係의 바탕을 초월한 決定的 國際法上的 規定이며 따라서 이 條約은 어느 類型的 모방이 아니므로 論理에 비추어도 전혀 未解決의 獨逸問題는 있을 수 없고 그 反對立場을 固守하려는데 高집을 부리는



者は 空연한 時間浪費일뿐」이라고 力說했던 것이다. 國民이라는 말을 引用함에 있어서 그는 言語, 歷史, 文化는 問題視되는 것이 아니라고 말하기도 했던 것이다. 이 概念이 하나의 共通된 國民과 一致하지 않는다는 事實을 英國, 오스트리아, 美合衆國, 奧地利 그리고 瑞西가 證明한 바 있었다. 文化와 관련짓는 말에서는 分明히 獨逸民主主義人民共和國의 社會主義的 國民文化임을 代弁하고 있었다.

4. 人民委員會議長 프리드리히·에버트의 相扶相助하는 陳述의 도움을 받은 東獨의 外務部長官 빈저는 유엔機構憲章의 趣旨와 그 原理를 基本條約에 引用하면서 東西獨 兩國間에 생긴 關係의 國際法上的 性格은 의심할 여지없이 確認되었다고 結論지었다. 그는 條約의 効用性이 無限하다는 點을 分明히 暗示하면서 獨逸民主主義人民共和國은 絶대로 相互關係의 이러한 基盤을 애매모호한 方向으로 끌고가지 않겠다는 말도 덧붙였다. 權力行使禁止는 國境의 相互 紐帶的인 國際法上的 確定과 관련했을 때만은 無制限的인 效果를 行使할 수 있을 것이라고 했고 國境의 「平和的인」 철폐는 있을 수 없을 것이며 條約의 그 基礎가 永久的으로 기한을 두지 않았다는 事實은 이 條約이 人間과 國家 相互間의 契約上 協定 (Modus vivendi) 이 아니고 國際法上 規定의 終局的인 効用性을 招來케 될 것임을 意味하는 點이라고 말했다. 이 條約은 獨逸의 問題를 決코 保留시키고 있는 것이 아닌데 그렇게 말하는 그런 事實은

잘못된 解釋이고 條約締結相對國들은 그들의 相互關係를 最終的으로 規定했으므로 이것이야말로 條約을 解說함에 있어 唯一한 基盤이 되는 것이라고 附言했던 것이다.

5. 여기서 問題視되는 것은 條約의 前文에서 말하는 國民이라는 問題가 異見의 差異를 나타낸다는 意味에 있어서 留保라는 것이 아니고 條約相對國 雙方間의 條約規定의 解說問題인 것이다.

獨逸聯邦政府는 西方世界의 輿論에서 말하는 條約의 解釋에도 그 말고 條約締結相對國으로 因한 그러한 解說에 있어서도 단호하게 對抗해 본 적은 없었다.

IV. 基本條約에서 獨逸民主主義人民共和國이 認定했거나 展望視되었던 人間의 意思疎通과 實質的인 共同協力の 柔和政策이 國民의 人間의 共同協力和 統一을 위한 國民의 意思를 強化시키기에는 미흡하고 그 끈기에 있어서도 別로 確實性이 없는 것이기에 基本條約을 통해서 公開裡에 그 깊이가 더해진 獨逸의 國家的인 分割은 正當하다고 認定될 수가 없다.

平和롭고 自由스럽게 獨逸의 統一을 完遂할 憲法을 委任하는 고초에서 犧牲이 뒤따랐던 事實과 그리고 그 憲法을 有利하게 이룩했던 事實을 깊이 통속해 볼 때 그것은 獨逸聯邦憲法裁判所에 依해서 展開해 놓은 妥協論의 求心點으로 보아 度外視되어서는 절대로 안되는 것이다.

아떠 어떤 事情下에서는 過渡期니까 그 期間에 限해서만은 憲法의 規範을 關대히 制限한다 할 때라도 拋棄하지 말아야 할 憲法의 基本原則들은 또 絶대로 侵害되어서는 안되는 것이다.

모든 措置는 「意志로써 計劃되어야 하는 것이며 政治적으로 할 수 있는 限度內에서는 最小한 程度적으로 憲法에 기초를 둔 狀況에 接近할 수 있는 傾向을 지니고 있어야 하는 것이다」(獨逸憲法 第4條 169項). 더구나 基本條約과 關連해서 이를 통속해 볼 때 重要視되어야 할 事實은 그러한 條約으로 因해서 惹起된 發展의 結果란 特히 條約相對國의 對立된 意圖에 直面했을 때는 숨기지 못한다는 것이다.

1. 이미 發表되었던 東西間의 往來에서 交通의 便宜와 離散家族의 結合, 非商業的인 商品去來의 便宜等等은 아직 確實한 保障을 받지 못하고 있다. 이런 便宜는 條約 속에 採択되지 못하고 東獨의 州長官 諮問委員會에서 發送한 獨逸民主主義人民共和國書記長의 書信을 통해서 獨逸民主主義人民共和國는 條約이 發效된 後에야 相互關係가 正常化되는 課程에서 그 分野에 對한 問題를 規定하기 위한 書類를 作成해 보게될것」이라는 形式으로 通告된 바 있었다. 이로써 獨逸民主主義人民共和國 政府는 그러한 措施의 範圍가 어느 정도나 하는데 對한 周知할만한 責任에 關해서는 論及을 回避하고 있다. 앞으로 좀더 나은 「正常化」라는 書信의 暗示로써 獨逸民主主義人民共和國 政府가 떠맡고 있는 것은 獨逸聯邦共和國 政府의 諸般

組織體들이品行方正하게行動하도록 함으로서 그들이達成할 수 있었던 하나의政治的壓力手段인 것이다. 어쩔 수 없이承認을 해버린條約의基本決議와는正反對로 그一方의인承諾은最小한條約認準의広範圍한懸案問題 때문에撤回할 수 밖에 없다. (차단구역은 제쳐 놓고)境界線에近接해 있는56個區域의獨逸聯邦共和國政府住民들의離散家族訪問可能性이야말로從來까지 있었던東獨으로의旅行可能性을改善시키는措処이기는 하나 아직은交通의一般通路로 머물고 있다.

새로운旅行의可能성과 그 밖에改善될諸般事項들은 이미從來에認定되었던通信可能성의보다나은진척이기는하지만障壁과鐵條網으로因한遮斷措置로해서빚어진狀況의質的인變化는하나도없다.數年來로平均1년에聯邦共和國住民이東獨으로往來한數는百萬에서一百參拾萬名이나된다.덧붙여말하거니와그前에는또해마다東伯林으로旅行을한聯邦共和國住民의數가一百四拾萬이나된적도있었다.여러해前부터는百萬以上の年金生活者가東獨에서西獨으로往來를하게되었다.

四大強國의베를린에對한協定,通過協定 및交通協約과관련해서 생겨난交通의改善은基本條約을評價하는일과는아무런關係를맺을수가없다.

2. 비록 사람의 便宜는 큰 比重을 차지하게 될 수 있다 하더라도 東獨의 政府로 因한 目的設定을 蔑外視해서는 안된다. 사람의 便宜한 條約의 基本決議로 因한 國際法上的 境界設定을 이룩하기 위해 만들어진 制限된 讓步에 不過하지만 또 한便으로는 共產主義集團도 人間의 막혀진 慾求에 對한 換氣를 拋棄할 수 없다는 事實이다. 同時에 獨逸民主主義人民共和國政府는 이와 같은 讓步를 鞏固히 하기 위해서 年金으로 生活하는 旅行者는 除外시키면서 西獨에서 東獨으로 만 旅行이 許諾된 交通統制에 도움이 되는 組織的인 措置를 거이 獨斷的으로 取하고 있다. 從來의 經驗이 보여주는 바로써 強化된 이런 旅行의 可能性은 東獨政府 當局의 조종에 의한 制限된 措置로 해서 어느 範圍에 이르면 다지 泯滅될 展望이 엿보인다.

嚴重한 統制下에 놓여 있는 旅行·往來에 換氣를 불어넣어 주는 일은 條約當事者間的 觀點에서 볼때 역시 시스템을 갖는 作用도 지닐 수가 있다. 이것은 두個의 國家가 並存한다는 事實을 못박기 위한 目的으로 심을 수가 있는 것이다. 그 領域이 擴大된 旅行可能性이 이제까지는 制限된 範圍로 끝났다는 事實과 이와 關連해서 생긴 理念的 境界設定行爲의 激化가 모든 事實을 評價하는데 無視되어서는 안된다. 이데오로기의인 境界設定行爲가 東獨人을 위한 自由化란 意味에 있어서 政治的인 시스템의 制約化를 排除할 수는 없다. 東歐에 있는 그밖의 共產主義 國家에 있어서도 最近에

이르러 激化된 理念的, 政治的 統制를 手段으로 했을 때 内部的으로 對外政治的 開放의 「冒險」이 中立化로 옮겨지게 되었다는 事實을 보여주었다.

3. 基本條約과 그 附錄은, 特히 마지막으로 明示된 最終的인 條約을 보아도 獨逸의 兩斷된 兩地域間의 實質的인 關係와 사람사람들이 서로 對面하게 되는데 對한 어떤 具體的인 可能性을 만들어 줄 何等의 指針이 內包되어 있지 못하다. 더구나 第7條에서 「正常化 過程에서 經濟, 科學과 技術, 交通, 法律의 交流, 郵便 및 通信制度와 保健制度, 文化, 스포츠, 環境保護와 그 밖의 分野에서의 共同協力を 促進시키기 위한 갖가지 展望이 다루어지지 못했다.

그러나 이와같은 処事를 準備함에 있어서도 東獨쪽에서는 具體的으로 期待를 걸게한다고 하는 嚴密한 表現이 없다. 또 尙大한 附錄의 調書에서도 다만 可能的 限度안에서의 共同協力 分野라는 것이 列擧되어져 있다. 이로써 마무리를 짓는 最終的 條約文書에서는 어느 條項을 莫論하고 條約當事國間의 對立된 基本意圖가 많은 적든 深刻한 衝突을 이르게 했기 때문에 認定論의 觀點下에서 慎重히 考慮해야 할 그 條約의 効用에는 反對感情의 兩立이 不可避했던 것이다. 即 이러한 処事는 이미 從來에 있었던, 저나리스트들의 雙方間 作業能力에 對해서 가졌던 會談이나 郵便 및 通信協定에 對한 談判에서의 經驗들이 잘 實証해 주고 있다.

外務部長官 빈저는 內閣會議室에서 基本條約을 作成할 때 境界設定政策에 關係 獨逸民主主義 人民共和國이 意圖로 삼았던 最約的 條約文書의 項目配列을 明白하게 다음과 같이 要約했다.

「如何한 경우를 莫論하고 하나의 共同作業은 重要視될 수 있다 그 作業은 유엔憲章의 基本原則에 따르는 것이다. 萬一 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國 사이의 關係는 特異한 것, 即 兩國의 關係가 第三國과의 關係와는 서로 相違한 것이라고 獨逸聯邦議會가 主張했다면 그것은 하나의 오류이거나 아니면 잘못된 생각일 것이다. 이같은 根拠없는 擬制가 成立한다면 同時에 獨逸民主主義 人民共和國은 결국 獨逸聯邦共和國의 內國이라고 하는 根拠없는 主張도 成立되었어야 했을 것이다. 이러한 主張은 오로지 그같은 <獨逸內的 義務遂行>이 얼마나 非實在的인가를 立證해 줄 뿐이다. 東西兩國間的 相互關係를 基盤으로 하는 베를린條約의 運命은 明明白白한 것이다. 即 獨逸民主主義 人民共和國은 獨逸聯邦共和國의 內國도 아니고 또 獨逸聯邦共和國은 獨逸民主主義 人民共和國의 內國도 아닌 것이다」 이 모든 事實에서 일어나는 結果는 即 基本條約에 들어있는 決定的인 條項들을 公布한다는 事實에 있어서 唯獨 그 條約 自体만으로는 認定論이라는 意味에 있어서 何 등의 正當하다는 見解가 派生될 수 없다는 事實이다.

V. 基本法이 明示하는 意味에 있어서 再統一問題에 對해 獨逸民主主義 人民共和國 外務部長官 빈저가 뒷받침한 말은 1973年 6月

13日 人民內閣會議室에서 基本條約을 作成할 때 그 基本條約 第3項에다 分明히 明示해 놓은 「國境의 平和의 철폐」可能性에 대한 拒絕이었다 (그러나 社會主義的 獨逸民主主義 人民共和國이 資本主義的 獨逸聯邦共和國과 「現存하는 國境의 平和의 철폐」에 대해 協商할 수 있으리라고, 또 하게 되리라」고 믿는다면 그것은 한낱 헛된 所致로 볼 것이다) - 빈저의 陳述引用

한편 獨逸民主主義 人民共和國 指導層과 政府는 同憲法 第8條 第2項에 準하여 再統一, 即 「民主主義와 社會主義」를 바탕으로 하는 統一을 暫定的으로 保留시키고 있다. 비록 獨逸民主主義 人民共和國이 조심스러운 態度로 「共產主義」라는 單語는 回避하고 있지만 東獨側은 그들의 모든 構想대로 그러한 말(「民主主義와 社會主義」)속에서 理解하고 있는 뜻은 「人民民主主義와 共產主義」라는 것이다. 特히 東獨集團이 此後에 내딛을 발걸음은 境界設定이 安定된 作用을 보여주고 나면 第8條가 가리키는 그 目的에 힘을 기울이도록 되어 있는 것이다. 이러한 意味에 있어서 獨逸統一-社會黨 第8次 全党大會에서와 그리고 獨逸民主主義 人民共和國 指導層이 말하는 國民의 概念도 理解될 수가 있을 것이다. 이러한 概念과 더불어 「庶民的 國民」이라는 낱말의 作用은 獨逸民主主義 人民共和國에서는 嚴格히 沮止되어 있는 것이다. 勿論 그 反對일 수 없는 理由는 社會主義的 國民이란 獨逸聯邦共和國 안에서 勞働階級에서 그 補充的인 構成員을 찾고 있기 때문인 것이다.



이러한 着想에 依하면 獨逸聯邦共和國의 勤勞大衆은 社會主義的 國民에 豫속되는 것이다. 「社會主義的 平和政策은 그러니까 革命的인 政策」이라고 하는 確證에 바탕을 두고 호네키는 1973年 5月 29日 獨逸統一社會黨 中央委員會 第9次 會議席上에서 國民이라는 概念을 明示的으로 引用하면서 이렇게 말했다.

「西歐도 獨逸聯邦共和國과 共히 社會主義로 向한 路程을 밟게 했을 때 歐羅巴 國民이 어떠한 形態로 自身들의 共同生活을 形成하게 될 것인가는 닥쳐올 未來가 보여줄 것이다」라고.

獨逸民主主義 人民共和國 政府 指導層이 基本條約과 合議된, 오직 단 한가지 可能視되는 再統一의 形態라고 看做하고 있는, 獨逸民主主義 人民共和國 憲法 第2條 第8項에 依한 統一은 그러나 基本條約과는 矛盾이 된다. 왜냐하면 再統一은 오로지 自由로운 意思裡에 許容이 되는 것이기 때문이다.

基本條約은 再統一의 公示를 毀損시키고 있다. 이 條約은 分斷을 強調함으로써 獨逸問題의 開放을 沮害시키는, 長期的인 터전이 된 合法的 障害物을 만들어 놓았기 때문이다. 이 合法的인 障害物은 基本法 前文의 公示를 毀損시킴으로써 國民의 統一을 持續시켜 自由로히 國家的 再統一을 達成하려고 하는 全体 獨逸民族의 意志를 마비시키는 것이다. 이 條約은 獨逸民主主義 人民共和國 政府와 指導層으로 하여금 合法的으로 將次 歷史的 發展의 意志를 俱現하는 相對者로 만들고 있다.

一方面的으로 주어진 人間의 便宜, 一獨自的으로 觀察해 볼 때—그 것은 비록 歡迎할 바이나 獨逸人의 歷史的 問題안에서의 短點을 一掃시키지는 못하는 것이다. 國民, 또는 獨逸人의 國民意識에 執着해서 政治的인 行動으로써 統一을 促進하는 것은 基本法의 偉大하고 重要的인 戒命인 것이다. 獨逸 땅 위에서 自由가 없는 시스템과 對決하면서도 堅固하고 오래도록 참아가면서 自由裡에 統一을 노리는 慾求에 執着하며 如何한 削除도 許用치 않으려는 戒命에는 어떤 獨逸의 政府든지 屈服하고 마는 것이다. 또 한便 歷史도 獨逸人의 이러한 關心事를 짓밟지는 못할 것이다. 獨逸神聖羅馬帝國에서 그 根源을 가지고 있고 變化무쌍한 그 運命과 더불어 우리의 새로운 歷史의 動的인 要素라고 할 獨逸國民은 하도 높은 資質을 갖추고 있기 때문에 如何한 國家權力도 이러한 資質을 保存시키기 위한 行動에는 匹敵하지 못할 것이다.

基本條約은 獨逸問題를 基本法의 目的에 加一層 接近시키지는 못했다. 人物 및 國家에 의한 契約上 相互協定 (Modus vivendi) 條約은 그러한 方向에의 進一步일 수가 있었을 것이다. 國民의 統一에 反하는 合法的인 障害物에 適應하는 것이 障壁과 鐵條網인 것이다. 障壁과 鐵條網이 繼續 存在할 수 있고 또 이것들이 가장 허무맹랑하고 世界의 가장 非人間的인 限界線의 紀念物으로써 더욱 더 完璧을 기하는 道具가 될 수 있다는데 同調하는 하나의 「基本的인 條約」이 締結된다면 決코 正常化라는 말은 存在하지 못한다.

Dr. h. c. 고평 펠

IX. 1973年 6月 19日付 口頭公判 記錄文書(會議錄)

獨逸聯邦憲法裁判所

第二審議部 公開裁判 칼스루헤 1973.6.19.

- 2 BvF 1/73

獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國 間의 相互關係를 基  
盤으로 하여 1972年 12月 21日付 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義  
人民共和國 間에 締結된 條約이 法律上 違憲의인가 아닌가를 審理  
하기 위한 處理過程의 公開裁判 記錄文書

陪席判事 :

憲法裁判所 副所長 兼 公開裁判 裁判長 조이페르트

폰 슈라브렌돌프博士, 루프博士, 가이, 히르쉬博士, 링크, 반트 博士  
政府首席秘書官 회펠 (文書官)

10時 2分 裁判長이 裁判을 開廷하고 事實審理에 들어간다.

裁判長은 公判狀況을 錄音테이프에 取材하도록 周知시키다.

告訴人側으로써 바이에른州政府를 代理하는 陪席人士 :

訴訟專權委任者 블루멘비쯔 博士兼 教授

州政府 事務局長 케슬러 博士

行政監督官 부슬러

벤 글러 博士 兼 教授

Mr. 디르벳커

聯邦政府側代理被告人

클리이레 博士 兼 教授 ( 켈른 )

레베렌즈 博士 ( 칼스루헤 )

訴訟專權委任者

聯邦政府 事務局長 바알만

行政監督官 쉬퍼 博士, 參事官 마안케 博士

바이에른州政府를 代理해서 Dr. 블루멘비즈教授가 1972年 12月 21日付로 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國間的 相互關係를 基盤으로 하여 同兩國間에 締結된 條約의 法條項이 1973年 6月 6日付로 基本法과 合議될 수 없음을 確認해 달라는 提議를 請求하다 ( 獨逸法律誌 2号, 421頁 )

獨逸聯邦政府를 代理하여 事務局長 바알만은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國間的 相互關係를 基盤으로 한 同兩國間에 締結된 1972年 12月 21日付 條約의 法條項이 基本法과 合議될 수 있음을 確認해 달라는 提議를 請求하다.

告訴人側을 代理해서 바이에른州政府 事務局長 Dr. 켈슬러가 1973年 5月 28日字의 訴答書面을 補充한 1973年 6月 18日字의 訴答

書面을 朗誦하다.

10時 49分 公判은 中斷되었고 11時 8分에 統開되다.

Dr. 블르멘즈教授가 보다 詳細한 提案說明을 하고 특히 國際法上의 問題에 대해 拳論하다.

그가 提示한 証拠申請은 다음과 같다.

1. 獨逸聯邦憲法裁判所는 基本條約의 準備 및 締結에 關係되는 記錄, 文書, 其他의 書類 案들을 獨逸聯邦政府로 하여금 手配, 整理시킬것.

특히 獨逸民主主義 人民共和國 主務部처가 聯邦政府의 陳述대로 「獨逸의 統一」을 위한 書信의 接受를 證明했다고 하는 領收案 整理를 申請함.

2. 聯邦憲法裁判所는 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國과의 相互關係를 規定하는 事項과 베를린 問題를 取扱하는 事項에 該當되는 範圍內에서, 모스크바條約의 準備 및 締結에 關係되는 記錄, 文書, 其他의 書類案들을 聯邦政府로 하여금 手配, 整理시킬 것.

3. 第二号로 名命된 文書에 限하여 모스크바條約 및 基本條約을 위한 諮問과 關係되는 範圍內에서 모스크바條約 및 基本條約과 關係가 있는 獨逸聯邦共和國 上·下議院 各委員會의 會議錄案을 聯邦政府로 하여금 整理시킬 것을 申請함.

4. 獨逸民主主義人民共和國의 主務代表部에 對한 便宜, 優先權 및 行動의 自由를 認定하는데 對한 法律案(聯邦議會印刷物 143号/73)에 關係가 있는 獨逸聯邦上·下議院 各委員會 會議錄案 整理를 申請함.

文書로된 證拋申請案이 法廷에 넘겨지다.

Dr. 블루멘비쯔가 聯邦憲法裁判所判事 히르쉬와 裁判長의 質問에 答弁하다.

公判은 12時 33分에 中斷, 14時 30分에 續開되다.

聯邦政府 事務局長 바달만은 바이에른州政府의 證拋申請을 받아들리려는 立場을 取하다. 그는 質問에 臨하여 聯邦政府는 그 속에 나열된 文書들을 오로지 憲法裁判所의 決定如何에 따라서 提示할 수 있는 것이라고 解明하다.

블루멘비쯔教授는 이 證拋申請이 證拋를 찾아내는 全般的인 可能性을 公式的으로 處理함에 있어 使用하게 되는 法廷에 대한 發議로 理解해야 할 것이라고 解明하다.

Dr. 블루멘비쯔教授는 詳細한 陳述을 부연하면서 특히 憲法上的의 法律的인 質問을 繼統하다.

公判은 15時 53분에 中斷, 16時 29분에 다시 統開되다.

獨逸聯邦憲法裁判所 判事 가이거의 質問에 對한 答으로 獨逸聯邦政府側 事務局長 바알만은 위에서 証換申請 第1, 2號로 提示된 獨逸聯邦政府의 決議書들은 오직 內規로 이루어진 것이며 期限에 對한 協議事項이나 그와 類似한 節次上的 問題와 연관된 書信交換 以外에 條約의 다른 어떤 部分을 協議하기 위해 어느 代理人이나 또 그 밖에 어느 關心의 對象이된 對外勢力과의 書信交換은 없었다고 解明하다.

獨逸聯邦憲法裁判所 判事 Dr. 가이거의 質問에 對한 答으로 告訴人은 바이에른州政府가 信憑할만한 書類라고 認定되는 모든 委員會 調書를 所有하고 있으며 또 同時에 그 調書를 處理하는 高等法院 決審委員會(審議部)의 그러한 書類가 訴訟에서 引用될 때도 何等의 瑕疵가 없다는 事實을 立証하다.

獨逸聯邦政府側으로

事務局長 바알만, Dr. 크리이레教授, 檢事

Dr. 레베렌즈가 意見を 陳述하다.

公判은 19時 13분에 中斷, 21時 8분에 統開되다.

決議事項은 다음과 같다.

聯邦政府는 1972年 12月 21日字 條約에서 論議된 獨逸의 統一을 위한 書信의 受領通知書를 高等法院 決審委員會(審議部)에 提出해야 한다.

事務局長 바알만은 受領通知書를 法廷에 넘겨준다.

裁判長은 受領通知書 原本을 읽다. 訴訟代理人은 그 原本을 檢閱하다.

聯邦政府側 解明은 다음과 같다.

「이 受領通知書는 獨逸의 統一을 위해 交付된 書信과 關係가 있다. 概略的인 것이지, 正確한 內容은 알려져 있지 않은 이 書信의 交付는 條約을 締結調印하는 날 相對方과 協議된 것이다. 이것은 同時에 모스크바條約을 署名할 當時 모스크바에서 그와 相應하는 書信이 交付될 때와 同一한 處理가 되어야 한다는 것이 相對方의 要望이었다」라고.

質問에 對한 答弁:

關議에 보낸 書信의 交付는 條約의 調印과 때를 같이하여 行하여진 것이나 다름없었다. 書信의 提出과 그 原本은 大略 30分 後에 公開되었다.



繼統的인 質問에 對한 答弁:

1972年 12月 21日 獨逸民主主義 人民共和國 書記長 코울 自身은 그런 書信을 아는 바 없고 어떤 聲明도 發表한바 없다고 한 事實에 對하여, 그 時機에 코울이 閣議에 出席하였을 그 書信을 아직 入手치 못했다고 함은 있을 수 있는 일이다.

檢事 레베렌츠는 1972年 11月 8日付 日報(署名日)에서 이미 이러한 書信의 交付가 通告되었음을 指摘하다.

Dr. 벵글러教授, Dr. 키이레, 事務局長 바알만, 參事官 Dr. 만케가 詳細한 陳述을 부연하다.

雙方은 事件過程의 合法的인 評價를 위하여 訴答書面의 猶豫期間을 請求하다.

公判은 21時 37분에 中斷, 21時 45분에 統開되다.

決議事項은 다음과 같이 公表되다.

雙方은 獨逸의 統一을 위한 書信交付 過程의 合法的인 判斷與否에 對한 細部事項을 부연하는데 1週間の 訴答書面 猶豫期間을 받다.

Dr. 디르벤틀커의 質問에 對해서 參事官 만케는 獨逸의 代表團이

署名할 當時 領收証이 提示되었는지는 아직 지금으로써는 答弁할 수 없다고 解明함.

Dr. 벵글러教授, 事務局長 바알만, Dr. 크라이레教授 및 Dr. 블르멘비쯔教授가 더 詳細한 陳述을 부연하다.

裁判長은 公判의 終決을 짓고 다음과 같은 決議事項을 公表하다. 決審公判 日時는 1973年 7月 31日 火曜日, 本法廷에서 行하기로 定하다.

公判은 22時 35分에 閉廷되다.

조이 케르트

회 펠

1973年 6月 19日字 公判記錄文書 附箋 1.

案件: 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國間의 相互 關係를 基盤으로 하여 1972年 12月 21日字 同兩國間에 締結된 條約에의 法律上 違憲性 與否審議를 위한 1973年 6月 6日字 바이에른州政府의 訴請處理에 關하여.

証拠申請

1. 獨逸聯邦憲法裁判所는 基本條約의 準備와 締結에 關係되는 記

録物, 文書, 其他의 書類案들을 獨逸聯邦政府로 하여금 手配, 整理시  
킬 것.

2. 特히 獨逸民主主義人民共和國 主務部처가 聯邦政府의 陳述대로  
「獨逸의 統一을 위한 書信」의 接受를 立証했다고 하는 領收案  
整理를 申請함.

3. 聯邦憲法裁判所는 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國과  
의 相互關係를 規定하는 事項과 未결된 問題를 取扱하는 事項에 該  
당되는 範圍内에서 모스크바條約의 準備 및 締結에 關係되는 記錄  
物, 文書, 其他의 書類案들을 聯邦政府로 하여금 手配, 整理시킬 것.

4. 第2号로 名命된 文書에 限하여 모스크바條約 및 基本條約을  
위한 諮問과 關係되는 範圍内에서 모스크바條約 및 基本條約과 關  
係가 있는 獨逸聯邦共和國 上·下議院 各委員會의 會議錄案을 聯邦  
政府로 하여금 整理시킬 것을 申請함.

5. 獨逸民主主義人民共和國의 主務代表部에 對한 便宜, 優先權 및  
行動의 自由를 認定하는데 對한 法律案(聯邦議會印刷物 143号/  
73年度)에 關係가 있는 獨逸聯邦上·下議院 各委員會 會議錄案 整  
理를 申請함.

## 論 証

1. 本訴請의 引証은 基本條約 = 第1條에서 생긴 結果이다.

2. 聯邦政府가 行한 再統一公判記錄引用은 憲法의 再統一公示(催告)의 完全한 正当性을 保證하는데 必要不可決하다. 聯邦憲法裁判所가 執行했던 바와 같이 再統一公示(催告)가 「自明할」때에만 이에 對한 違反은 認定될 수가 있다. 그러나 聯邦政府自身이 世上에 公開된다는 理由로 陳述을 留保시키므로써 憲法上的 戒告를 고집한다고 主張할 때에 限해서만은 이러한 自明性을 立証하기가 어렵다. 基本條約에서 말하는 再統一公示(催告)에 重大한 約款의 實効는 聯邦政府의 公開的인 聲明으로 보다는 오히려 聯邦政府 스스로 條約의 協商에 對해 行했던 記錄에서 나타난다.

3. 再統一公示(催告)에서와 類似한 事項은 訴訟論題에서 引証이 된다는 法則에도 通用이 된다. 그리하여 憲法에서 拘束力을 갖는 그 基本的인 國家概念의 問題에 對해서, 條約을 자기 나름으로 解釋하는 聯邦政府는 四大強國의 權利와 責任이 繼續 獨逸內에 있는 두個의 國家에 對해 하나의 頂點 口實을 이루는 것이며 하나의 어떤 平和條約이, 마무리될 때까지는 繼續해서 存続하는 것이라고 主張해 온 것이다. 1973年 4月에 獨逸內國의 關係에 對해 결국 聯邦政府內閣이 發行한, 「獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義人民共和國의 相互關係의 進展」이라는 文書에서 基本條約에 對한 聯邦政府 나름의 解釋은, 勿論 上述한 國家概念에 關係되는 解明은 除外시켜놓고

充實한 內容으로 묘사되고 있다.

條約에 對한 公式的인 解明에서 우선 國家概念과 關連하여 聯邦政府가 取한 態度는 獨逸民主主義 人民共和國를 相對로 하는 協商에서 取한 態度와는 一致하지 않는다는 推測을 남겨놓았다.

4. 案件整理를 위한 義務는 國際法的인 狀況을 考慮해서 생겨난 結果이다. 비엔나條約法協商 第32項에 依하면 條約을 解說할 때는 「그 條約이 締結된 모든 狀況」도 「解辭의 最高手段」으로 考慮되어야 한다는 것이다. 그러 므로 協商記錄의 引用은 基本條約 解說에 있어 必要不可缺한 前提條件인 것이다. 即 基本條約의 解說은 그 條約이 憲法에 妥當한가를 審理하는데 있어서 當然히 考慮되어야 할 하나의 先決問題인 것이다.

5. 聯邦憲法裁判所는 決定에 重大한 影響力을 미치는 事實에 對해서도 하나의 獨自인 判決을 내려야 한다. 그러 니까 事實規定과 法律의 結果確認은 不可分의 方法的인 연관성을 짓고 있다. 그러기 때문에 聯邦憲法裁判所法律의 改正으로 因해서 聯邦憲法裁判所로 하여금 다른 法院의 事實評價와 關連을 짓게 하라는 提案은 違憲이라는 非難을 받게 되었다. 그런데 萬一 聯邦憲法裁判所가 訴訟에서 口頭로 行하는 聯邦政府의 解明에 依存한다면 그 裁判所야 말로 진 혹탕에 빠져버린 結果가 될 것이다.

6. 모스크바條約 協商時에 作成된 記錄文書들도 아울러 끌어 모으려는 必然性은 特히 바알(書面 第5, 6項의 結果로 생겨난 것이다. 蘇聯을 相對로 하는 바알) 書面 第5項에서 獨逸聯邦共和國이 맺은 다른 社會主義國家들, 特히 獨逸民主主義共和國과의 協定은 하나의 統一된 完全性을 이루는 것으로 確認되어져 왔다. 바알 書面 第5項을 가리켜 모스크바條約의 性質이 形式上的 協定(우산協定: umbrella agreement)의 結果에서 나온 外形上的 接近点이라면 獨逸民主主義 人民共和國과 締結해야 할 基本條約에 對한 內容上的 規定들이 바알 書面 第6項에는 나타나 있어야 할 것이다.

事實上 이같은 「브레즈네프-教義(信條)」(國家의 主權에 앞서는 社會主義的 國際主義의 優位性)의 支持를 받아 생겨나는 結果는 基本條約을 解說함에 있어 蘇聯邦과의 雙方의 關係라는 것도 誘導해 낼 수 있다는 事實이다. 이리하여 어쩌면 바알 書面 第6項에 言及이 된 「獨立性的 尊重 및 兩國家의 自主性的 尊重」이라는 概念도 基本條約 第6條에 나타나는 것일 것이다.

그러기 때문에 協商의 記錄內容을 안다는 것은 無條件 必要한 것이다. 왜냐하면 벌써 그 當時에 이미 刊行된 斷片的인, 그리고 그 記錄의 確證을 잡는데 있어서도 意見이 분분했던 刊行物들의 內容에서 條約相對國에 對해 받아들인 獨逸聯邦政府의 態度가 部分的으로는 相當히 獨逸巷間에서 알려졌던 見解와는 동떨어져 있었음이 들어나기 때문인 것이다.

協商記錄에 대해서는 1972年 4月 19日付 一般蔵書( Archiv der Gegenwart ) 細部項目 比較要. 17030頁 参照:

그러나 바알이 그로미코에게 解明한 말은 即 權力行使拋棄條約은 다만 國境條約에 對한 다른 表現에 不過하지만 그래도 그 條約은 權力行使拋棄條約이라고 불러야 마땅한 것이라고 했다고 한다. 베를린의 情勢를 놓고서는 合憲의이나 아니냐하는 생각을 考慮하지 않고 獨逸聯邦共和國과 베를린의 關係는 獨逸民主主義 人民共和國의 關係와 一脈相通하는 것이라고 陳述되었던 것이다.

바알 會面과 이 會面の 基礎를 이루는 協商의 記錄을 參酌해서 高等裁判所 決審委員會(審議部)의 4名의 判事들 見解도 이렇게 陳述하고 있다. 即 거기에서는 基本條約을 「分離시켜 考察할 수가 없고」聯邦政府에 依해 追求된 東部政策 全般의 文脈에서 觀察해야 될 것임을 明示하고 있는 것이라고.

7. 基本條約에 對한 協商記錄의 參酌이 어디까지나 條約을 解説함에 있어 새로운 局面을 만들어 줄 수 있다고 하는 事實은

( 모스크바條約을 위한 調査의 聽問과 比較해 보았을 때와 같이 )

基本條約이 縮結된 後에 條約相對國에 依해서 받아들여진 態度에

대한 통찰력이 어떠한 것임을 보여주는 것이다.

그중에서도 호벳커의 解明은 다음과 같다.

... 「獨逸聯邦共和國內의 數 많은 人士들이 萬一 繼續해서 一般國際法에서 벗어난, 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國 사이의 어느 한가지 「特異한 性格」을 造成하려고 든다면 率直히 그러한 思想의 元祖란 時代의 뒤떨어진 所望에 지나지 않는다...」

「主權國家間의 關係를 確定的인 國際法的 眼目으로 觀察해 볼 때 베를린條約은 決코 人物과 國家에 依한 條約上의 相互協定이 아닌 것」이며 또 그러기에 「論理的으로 보아도 決코 解決못할 獨逸的인 問題는 아닌 것이다...」

「恒時 그 反對事實을 完강하게 高집 하려고 主張하는 사람은 時間만 浪費할 뿐이다」.

獨逸聯邦共和國과 獨逸民主主義 人民共和國 사이의 關係는 大英帝



国과 美合衆国과의 關係로, 또 独逸聯邦共和国과 捷地利 或은 瑞西와의 關係로 對比된다.

8. 「独逸의 統一을 위한 書信」을 受領했다는 領收証을 聯邦政府는, 이것이 어디까지나 條約을 위한 文書의 成分이지 決코 條約이라는 事業自體의 成分은 아니라는 論拠와 더불어 聯邦下院 司法分科委員會에 不法으로 留置시켰다. ( 1973年 3月 20日字 FAZ 比較 參照 )

独逸民主主義 人民共和國 內閣書記長 코울은 1972年 12月 12日 付 東部베를린에서 基本條約에 署名할 當時 記者會見席上에서 이러한 事態에 對해 解明하기를

「그와 같은 確信이 있다고 한다면 - 本人은 그것을 전혀 아는 바 없다 - 그러한 一方的 措置의 正當한 拘束力을 一般이 모를리 없다」라고 했다.

9. 独逸民主主義 人民共和國 常任代表部에 對한 便宜와 優先權과

行動의 自由를 認定하는 法律草案의 資料들을 蒐集할 必然性은 基本條約 第8條에서 이루어진 結果이다. 獨逸民主主義 人民共和國政府와 이 法律을 연관시켜 雙方간의 常任代表部 機構設置 및 法的인 地位에 對해 合議해야 할 事項이라든지 아니면 獨逸民主主義 人民共和國 常任代表부에 對한、便宜, 優先權, 行動의 自由를 認定함에 있어 免除해야 할 法的인 規定은 基本條約의 解釋과 法的인 判斷에 있어서 重要한 意義를 갖는다.

10. 聯邦憲法裁判所를 通해 政府文件들을 끌어 引用하는데 있어서 生기는 不利益은 協議訴訟에 있다. 거기에서 法廷의 指示에 따라 協定の 準備 및 締結에 關係되는 外務部 그리고 首相官房長官의 文件들이 作成되었다. (聯邦憲法裁判所決議書 6卷 323頁: 選集 「協議訴訟」 4卷 1500頁 1502, 1536 및 1567, 1569頁).

IX. 1973年 7月 19日施行 口頭審理中 關係 當事者

代理人의 書面弁論

1. 書面弁論에 대한 發行人註

關係政府의 訴訟全權代理人과 代表者는 口頭審理에서 行할 弁論을 書面으로 準備하여 口頭審理時 聯邦憲法裁判所와 各訴訟相對方에게 傳達하였다. 이 文書는 口頭審理中 行한 弁論內容과 다른 것이다. 口頭審理中에는 一定한 時間에 맞추어야 했고 相對方의 發言을 참작해야 했기 때문이다. 이 書面弁論은 聯邦憲法裁判所가 判決을 내리는데 參작하였으므로 이 文書도 또한 여기에 出版에 不린다.

2. 부루멘뷔츠教授의 書面弁論

아우구스부르크

1973年 6月 19日附 바이에른州 訴訟全權代理人

아우구스부르크大學教授 디터·부루멘뷔츠博士

(서류번호: 0-3304)

1972年 12月 2日 東西獨間에 締結한 東西獨基本條約에 대한

1973年 6月 6日의 批准法律(聯邦法律集 第二部 421面)에

對하여 바이에른州政府가 提起한 違憲審查訴訟에서 바이에른州政府

## 訴訟全權代理人의 弁論

裁判長님, 判事 여러분!

바이에른州政府는 이 訴訟의 提起를 통하여 東西獨間에 締結한 1972年 12月 2日의 東西獨 基本條約에 對한 1973年 6月 6日의 批准法律이 基本法에 違反되며 따라서 無効임을 確認하고자 하는 바이다.

### I.

바이에른州 政府의 提訴는 基本條約을 全体的으로 反對한다. 基本法 秩序는 從來 獨逸(독일)의 國際法的 主体의 存立에 影響을 주는 어떤 聯邦共和國의 條約(締結)도 容納하지 않는다. 東西獨 政府間에 締結된 交通往來協定은 但只 補充的 技術的 協定으로서 事實上的 政府(de facto-Regime)와도 締結될 수 있는 協定인데 反하여, 基本條約은 이제 聯邦共和國(西獨)의 모든 機關(기관)을 拘束하게 되며, 獨逸에 있어서 分離(분리) 및 分割과정의 終結을 法的으로 確認하는 것이다. 이 條約이 規定하고 있는 內容은(특히 第2條, 3條 2項, 4條 및 6條) 舊獨逸國 領土위에 原則的으로 主權의이며 相互獨立된 二個의 國家가 存在함을 分明히 約定하고 있는 것이다. 따라서 이 基本條約의 成立에 直面하여 이 條約中 어느 條項이 原則的으로 憲法에 違反되는가는 別 意味가 있을수 없으며 (本人은 이와 關聯된 特別한 問題에 關하여 後에

다시 言及할 것이다) 오히려 다음과 같은 問題가 提起된다. 즉 이 條約의 어떤 條項이 또한 國際法的으로 容納되는 解釋이 이 條約의 明白한 規定內容을 憲法合致的인 解釋이 아직 可能한 것인 만큼 制限할 수 있는가?

## II. 基本條約의 性格

1) 聯邦政府(西獨政府)는 여러번의 言及에서 이 條約에 賦與된 明白한 國際的 性格을 國內法과 國際法 사이의 不透明한 中間 領域으로 끌어내리는 여러가지 解釋을 通하여 이 條約에 나타난 違憲성을 迴避하려 하였다. 이와같은 論理는 무엇보다도 이 條約과 關聯하여 行한 發言들이 明白(一義的)하지 않다는 데서 그 貫徹力을 喪失하고 있다(例를 들어 보면)

바르(Bahr) 聯邦 長官은 "西獨이 第三國과 締結한 다른 條約과 꼭 마찬가지로의 拘束性"을 갖는다고 이야기하는가 하면, 얀(Jahn) 聯邦 長官은 "獨特한 種類의 條約" 이라고 말하고, 聯邦 上院의 포쎌(Posser) 長官은 "國際法과 類似한 適用"을 말하고, 프랑케(Franke) 聯邦 長官은 "다른 모든 國家間의 協定이나 合意(註)와 마찬가지로 똑같은 國際法的 拘束性"을 갖는다고 말하고 있다. 이와같이 相異하게 力點을 둔 發言들을 여기서 詳細하게 觀察할 必要는 없을 것이다.

a) 이 基本條約과 더불어 規定된 東西獨과의 關係가 形式上 國際法的 性格을 갖지 않아야 한다고 할 것 같으면 그 關係는 우선 國內法的 (憲法的) 關係에 가깝다.

그러나 國內法的 關係는 하나의 法秩序를 다른 法秩序의 下位에 從屬시키거나 共同으로 第三의 法秩序에 從屬시키는 것을 前提로 하고 있다. 前者의 것은 兩 當事자가 모두 基本條約 第4條와 6條 때문에 바라는 바가 아니며, 後者の 것을 聯邦政府가 部分秩序論의 範圍 내에서 贊成할런지 모르나 聯邦政府로서는 (東獨의 獨立과 主權을 文書上으로 確認하고 있는 如地 이므로) 東獨을 이와 같은 獨逸의 法的狀態에 關한 見解에 따르도록 強要할 수가 없는 것이다.

또한 東獨은 同等하게 國際社會에 參與하고 있으므로 第三者側의 "全體獨逸의 지봉밑으로" 歸屬되도록 誘導할 수도 없는 것이다.

b) 끝으로, (모든 理論的 可能性을 公平하게 評價하기 爲하여) 東西獨이 만들어낸 特殊 法秩序를 생각해 볼 수 있을 것이다. 그러나 그와같은 小法圈은 同等한 法的基盤 위에서만 創設될 수 있으며 東獨은 여기서 頑強히 同意를 拒否할 것이다.

c) 基本條約에 對한 特殊性格도 基本條約 第四條가, 이 條約의 批准 및 發効와 關聯하여 適當한 覺醒의 交換을 規定하면서 西獨側 國家元首가 이에 關與해서는 안된다는 狀況下에서는 主張될

수가 없는 것이다.

基本法 第56条 1項 前段에 따라 立法府의 同意를 받도록 提出되는 하나의 條約이 基本法 第59条 1項 後段 規定의 범위내에서 憲法的으로 特別取扱을 받을 수 있을 것인가의 問題는 도의시 할 수 있다. 國際法的으로 볼때 覺書交換에 參與하는 사람이 그 委任을 聯邦政府로 부터 받았느냐 하는 것은 아무런 役割도 하지 못하는 것이다.

마찬가지로 交換하는 文書의 表示를 어떻게 하느냐도 法的으로 아무런 意味도 없는 것이다.

2) 聯邦政府와 (西獨政府) 그를 支持하는 解釋者들이 主張하는 基本條約은 단지 "協助的 生活方法"을 나타내는데 지나지 않는다는 또다른 論拠로 確信을 주지 못한다. 協助的 生活方法이란 이問題의 解答에 決定的인 役割을 하는 國際法에 있어서는 時間的으로 制限되었거나 또는 적어도 制限할 수 있는(法) 規定을 말하는 것이다. 基本條約은 그 對象이나 內容으로 볼때 時間的으로 制限되어 있지 않는 것이다.

위엔나 條約法 協定 第42条는 (이는 이미 通用되고 있는 國際貫習法을 規定에 따르거나 本協定の 該當規定에 따라서만 可能하다고 規定하고 있다. 同協定 第53条는 條約의 期間이나 失効에 關한 規定이 없는 條約에 있어서는, 條約 當事者의 意思가 確認될 수 없거나 條約의 性質上 發生하지 않는

限 條約의 期間이 만료(滿了)되거나 一方的으로 終了시킬 수 없는 것으로 推定되어야 한다고 規定하고 있다.

聯邦政府(西獨政府)에 의하여 主張되는 選擇의 保留는 基本條約이나 그 附屬 文書에서 法的 뒷받침을 찾아볼 수 없으며 기껏해야 政治的 意義를 가질 뿐이며 基本條約에 單純한 協助的 生活樣式의 法的性格을 賦與해줄 수는 없는 것이다.

a) 聯邦政府(西獨政府)가 要請한(提示한) 民族의 統一( Einheit der Nation )에서 부터 아무런 結果도 유도될 수 없는 것이다. 왜냐하면 基本條約 前文 第5項은 이 問題에 關하여 相異한 見解를 規定하고 있기 때문이다. 卽

“歷史的인 與件에서 出發하여 基本的인 諸問題, 그 中에서도 民族의 問題( nationale Frage )에 關한 東·西獨間의 相異한 見解에도 不拘하고” 聯邦政府(西獨政府)는 여기서 “東西獨間의 平等한 關係를 規定하기 爲한 諸原則과 條約의 諸要素” 第10号에 숨어있는 目標을 달성할 수 없었다.

獨逸民族( deutsche nation )은 ( 聯邦政府의 諸報告書에서 언제든지 찾아낼 수 있는 것처럼 ) 基本條約 前文에 따라 바로 歷史的 與件에 屬하지 않는 것이다. 前文 第5項에 相異한 見解가 規定되므로 말미암아 事實上 條約 締結에 미치는 破壞的 作用



이 制限되고 局部化 되고 있는 것이다.

“...을 侵害하지 않고 (unbeschadet)”라는 接統辭는 民族의 問題에 있어서 相異한 見解가 條約原文에 담긴 規定을 侵害하지 말아야 한다는 것을 意味하며 따라서 規定內容의 制限을 前提할 수 없다.

b) 이와 마찬가지로의 現象은 “獨逸統一에 관한 書信 (Brief für Deutsche Einheit)”에도 該當된다. 이와 관련하여 이 文書가 이미 言及한 뷔센나 條約法 協定意味의 解釋文句가 될지, 아널지의 問題는 도외시 될 수 있다. 이 問題는 聯邦政府나 東獨側이 이 書信의 接受를 確認했다는 証明(증거)을 提示할 用意가 있다면 當法廷이 最終的으로 解明할 것이다. 이 書信이 協的의 生活樣式의 意味로 基本條約을 縮小(制限)할 수 있을지 혹은 西獨에 該當되는 諸義務를 緩和할 것인지의 問題는 이 書信의 內容을 參照하기만 하면 充分하다.

即 여기서는 自由로운 自決權이나 再統一의 權利에 關해서가 아니라 단지 政治的 目的에 關해서만 言及되고 있다. 條約締結과 關聯하여 表明되는 政治的 目的은 條約締結의 어느 쪽도 拘束하지 못하는 것이다.

本 條約을 改正하려 할때는 條約當事者의 條約上 權利가 保障된 가운데 平和的 方法으로 行한다는 政治的 目的 역시 條約에

規定된 諸義務에 相反되지 않으며 이 義務들을 制限하지 않는 것도 當然하다. 純粹히 法的으로 볼 때 相對方에게 이와같은 政治的 目的을 通知한다는 것이 必要한 것도 아니다. 그렇기 때문에 例를 들어 東獨側은 그와같은 書信을 포기 하므로서 獨逸國民이 社會主義的 自決原則에 따라 再統一을 達成하려고 歐洲에 있어서의 平和狀態에 作用하는 것을 결코 拋棄하지 않을 것이다.

c) 물론 基本條約 第9條는 法的으로 重大한 意義를 가질 수 있다. 이 條項에 따르면 東·西獨이 이미 締結했거나 東西獨에 該當되는 雙方 또는 多邊的 國際條約이나 合意가 이 條約으로 말미암아 侵害되지 않는다는 것이다. 이는 물론 이 條約 全體의 條項中 가장 興味있는 條項中의 하나인 것이다.

本 弁論은 이 條項이 舊條約에 有利한 優位條項 (Vorrangsklausel) 인지 調和條項 (Vereinbarkeitsklausel) 인지 아니면 無影響條項 (Nichtbrührungsklausel) 인지의 問題까지 다룰 수는 없다. 여러가지 可能性이 이미 研究文獻에서 論議되었으나 (概念規定의 困難性 때문에) 어느정 도나마 確固한 見解조차 짧은 時間內에 形成될 수가 없었다. 本人은 그렇기 때문에 聯邦政府의 主張에 가까운 即 第9條의 見解가 舊條約에 有利한 優位條項이라는 解釋을 옳다고 보고, 以下の 論述에 基礎로 삼을 것이다. 그렇다고 하더라도 聯邦政府의 主張에는 여러가지 困難한 問題가

發生하는 것이다. 卽

〈1〉 聯邦政府가 例를 들어 (1952年 5月 26日에 西獨과 美英仏 3個國과 締結한) 소위 獨逸條項 (Deutschlandvertrag) 第7條 2項의 條約內容을 되돌아보는 경우 다음과 같은 事實이 나타나게 되는 것이다.

“(再) 統一獨逸聯邦共和國 (西獨) 이 갖고 있는 것과 類似한 自由主義憲法을 가져야 하며, 歐洲共同体에 統合되어야 한다”는 것이 第7條 2項에 政治的 目的으로 規定되고 있는데 이 目的은 基本條約의 規定內容에 아무런 影響도 주지 못한다는 것이다.

〈2〉 뿐만 아니라 基本條約 第9條는 東獨側에게도 冷戰時代의 狀態를 主張할 權利를 賦與해줄 수도 있는 것이다.

卽 이 條約이 兩側이 追求하고 있는 關係 正常化와 緊張緩和의 機能을 喪失하고 말 것이라는 主張을 할 수가 있다. (例를 들어 東獨과 蘇聯間에 締結된 1955年 9月 20日의 條約 第5條 2項 및 1964年 6月 12日 東獨과 蘇聯間에 締結된 友好 및 相互防衛條約 第4條 2項과 6項을 根拠로) 끝으로 또한 優位條項으로 解釋하는 境遇 信義誠實의 原則이 問題된다. 條約을 締結함에 있어서 條約 當事者는 相對 當事者가 雙方間에 合意된 規定內容을 無視하고 抽象的인 優位條項을 根拠로 第三者(國)와의 條約으로 부터 權利를 主張할 수 없다는 것을 믿을 수 있어야 할 것이다. 明示的으로 義務를 받아 들이며 同時에 이 義務를 形式的으로 維持하고 있는 特定條約을 根拠로 相對化시키려는 一方의 條約

当事者(당사자)는 새로 合意된 規定內容의 法文書를 통해 相對條約當事者를 여러 가지 可能한 義務의 制限에 對해 不分明한 狀態로 두지 못하도록 해야 하는 것이다. 基本條約과 같이 抽象的으로만 規定된 優位條項은 이와같은 明白性이 欠如되고 있다. 왜냐하면 一方의 條約 當事者가 그 相對方이 條約에 임하는 모든 狀態와 또한 그 相對方이 이 條約을 어떻게 解釋하든지에 關해 모두 알 고 있기를 期待할 수는 없기 때문이다. 그러므로 第9條에 關한 覺書交換에서 具體화된 “四個國 權利와 責任”의 優位만이 實際的 意義를 가질 수 있는 것이다.

3) 聯邦政府는 獨逸政策의 全體的 構想에 있어서 四個國 責任에 決定的 役割을 賦與해 왔다. 이와 關聯하여 이 條約에 對한 聯邦政府의 公式的 解說에 있어서 “獨逸內의 두개 國家라고 할때 팔호를” 붙여 說明하고 있다. 聯邦政府의 解釋家들은 이 解說을 全獨逸의 最高 憲法이라고 멋있게 表現하였다.

a) 우선 基本條約의 基礎로 삼고 있는 四個國 理論事項의 表現이 例를 들어 獨逸條約의 理解事項과 같지 않다는 것은 分明히 認識되어야 한다.

(1) 이 基本條約의 表現가운데는 다음과 같은 것이 欠如되고 있다.

- (再) 統一 目的과의 연결

- 独逸 과의 講和條約에 관한 言及
- 伯林 을 包含하는 独逸全體로서의 關聯對象

(2) 여기에 새로 添加된 것이 1944年과 1955年의 四個國 協定과 함께 처음으로 法的 意義를 알게되는 四個國의 "實行" 이다.

이 戰勝國의 "實行"이 独逸 全體에 대한 共同의 責任에서 漸次 멀어져 갔다는 事實은 여기서 더 이야기 할 必要가 없는 것이다.

워렌나 條約法 協定 第31條 3号에 따라 이와같은 實行은 四個國 責任의 解釋에 適用될 수 있는 것이다. 即

any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding to interpretation.

이와같은 解釋의 重要性은 1972年 11月 9日의 四個國 宣言에서 發生하는데 同宣言은 "四個國의 權利와 責任"과 關聯하여 既存하는 四者의 規定, 決意(意義) 및 實行에 關係 言及하고 있다.

이로써 聯邦共和國의 諸機關은 基本條約과 關聯하여 처음으로 四個國의 地位에 있어서 信託統治的 目的이 表現되지 않는 四個國 見解의 規定을 갖게 되었다.

b) 四國의 權利와 責任의 獨逸關係法의 機能에 관한 聯邦政府의 言及은 따라서 最近에 대단히 素朴하게 나타났다.

1972年 末 基本條約에 關해 憲法의 問題點을 并論하기 爲한 聯邦政府의 解說에서 四國의 責任은 "獨逸內의 二개 國家라는 號"를 붙이고 있으며, "四國"의 責任을 平和條約의 締結時까지 繼續 "存統"함을 明白히 하고 있다.

聯邦內 獨關係省이 發刊한 (1973年 4月)에 刊行物(刊行物)에서 "東西獨關係의 發展은 聯邦政府가 原來 論議하던 것이 그대로 反映되고 있다. 물론 興味있는 例外로서 四國 責任에 對한 號호의 機能(기능)과 平和條約에 關係되는 論及이 欠如되어 있는 것이다 (附屬書類 參照)

本訴訟에서 聯邦政府는 지금까지 二개의 獨逸國家는 이 書信交換에서 確認된 바와 같이 "四國의 權利와 責任은 從前처럼 存在한다"는 것을 認定하고 있다는 式의 發言만을 해왔다 (聯邦法務省 - 1004E (2321)-198 / 731 12 page ) (註 1)

이와 같은 說明도 法的으로 細密하게 檢討하여 볼때 固守될 수가 없는 것이다.

註 1) 發行者, 註, 文書 A. VI.

(1) 条約 当事者の 四個国 (에 對한) 見解를 確定하는 데 있어 決定的인 行為는 書信의 交換이 아니라 이 書信交換에서 豫見하고 있는 (西獨과 西方 三個国 또한 東獨과 蘇聯間의) 覺書인 것이다. 条約 当事者が 相互 양해하고 있는 이와같은 樣式의 節次를 이미 共通 (共同) 의 四個国 (에 對한) 見解가 達成되지 못했다는 것을 明白히 해주고 있는 것이다. 오히려 一面 西獨과 西方國家間의 關係에 있어서의 四個国 (에 對한) 見解와, 他面 東獨과 蘇聯間의 關係에서의 四個国 (에 對한) 見解가 發生하게 되는 것이다. 西獨은 東獨과 蘇聯의 覺書交換에 參與하지 않은 第3者이기 때문에 國際法的으로 볼때 이 覺書를 拘束力있게 解釈할 수 없으며 또는 東獨에 對해 特定の 四個国 (에 對한) 見解를 強要할 處地에는 더욱 있지 못한 것이다.

(2) 東獨側의 四個国責任에 對한 態度는 分명한 것이다. 東獨은 獨逸政策의 어느 局面에 있어서도 西獨側에 對해 四個国의 地位가 東獨에서는 効力을 갖지 못한다는 것을 分명히 해 왔다.

例를 들어 에어푸르트에서 行한 스토프 (stopf) 의 演說을 살펴보면 "四個国 責任이 東獨과 그 首都 伯林 (東伯林) 에도 適用된다는 (西獨에 유포되어 있는) 理論은 根拠가 없는 것이다. 東獨에 關한限 東獨은 四個国 또는 三個国의 權限下에

있지 않은 것이다. 東獨은 獨立의 主權의 社會主義國인 것이다.  
(1970年 3月 20日字 프랑크 푸르크 알게 마이네紙에 게재된  
本文)

東獨과 蘇聯間的 覺書交換이 純粹하게 法的으로 볼때 東獨側에게  
四個國地位가 東獨에서는 적용되지 않는다는 命題에서 벗어나도록  
命命하지는 못한다. 왜냐하면 東獨은 이와 관련된 “實行”을  
내 세우게 될 것이기 때문이다.

實行的 概念은 너무 넓고 추상적으로 理解되고 있어 가령 항공  
교통에서 實施된 관습만이 아니라 西方側의 態度 와는 전혀 다른  
四個國 責任에 關한 東獨의 見解도 이 實行的 概念에 包含된다.  
即 東獨이 理解하는 四個國責任이란 “東獨은 모즈담 協定을  
完全히 履行했기 때문에 東獨에 對한 四個國地位는 時代에 맞지  
않은 낡은 것”이라는 것이다.

이와같은 法的見解는 蘇聯側에 依해 여러번 東獨側에게 條約上으로  
確認되었던 것이다.

c) 基本條約과 關한하여 全體獨逸의 概念에 不滿足스런  
四個國 權利와 責任의 規定은 오늘날 四個國地位를 어떤 形態로든  
지 全體 獨逸國家와 關聯시켜 關할하는 것을 이 이상 許諾하지  
않는다. 四個國 權利를 좀 誇張해서 表現해보면 英國의 王室이



오랫동안 英聯邦에 意味했던 것과같은 환상주의이며 이는 唯一代表  
權의 主張을 훨씬 능가하는 것이다.

이 訴訟에서 聯邦政府가 取하고 있는 部分秩序論에 있어 重要한  
지봉은 멘질 (Menzil)이 "지봉없는 部分秩序論"이라고 그 特性  
을 規定하므로서 充分히 分明하게 診斷한 것처럼 사라지고 말았다.  
그 밖에도 聯邦政府는 全体獨逸에 대한 憲法的 命令을 (聯邦政府  
스스로가 認定하고 있듯이) 어떻게 생각해야 할지도 모를 第三者  
에게 委任하므로서 이 憲法的 命令을 公平하게 遂行할 수도 없는  
것이다. 憲法은 "完全히 自主의이지 않은데서 얻은 惠沢(長點)"  
이란 것을 모르며 그런 惠沢이란 政治的으로도 극단적인 兩面刀의  
性格을 갖게 되는 것이다.

西獨은 四個國의 國際法的 責任을 指摘하므로서 그의 國內法的  
義務에서 벗어날 수 없는 것이다.

만약 西獨이 여러 條約에서 東獨이 現在와 未來에 永久히 모든  
對內 및 對外的 權利를 가진 外國의 領土임을 承認하는 경우  
西獨은 그의 領域에서 또한 內國의 見地에서 (獨逸의) 解体  
및 分離過程의 終結을 위한 모든 條件을 充足할 것이다.

獨逸의 東方政策은 戰勝國의 權利를 一聯의 干渉권으로 格下시켰  
다. 온 世界가 그것을 認定하였고 오직 聯邦政府만이 이를 認定  
치 않고있다.

4) 独逸은 1945年의 敗北와 더불어 滅亡하지 않았다는(繼續說, 소위 沒落說觀의 排除) 理論과 이 條約과의 關係에 관한 限 우선 本 條約은 두개 模型의 어느便도 排除하지 않는다.

- 東獨이 独逸을 1945年 滅亡하였다는 것을 繼續하여 주장하는 것이 禁되지 않는다. 마치 폴란드가 바르샤바 條約과 關係하여 主張한 것 처럼(沒落說)

- 独逸은 그 領土위에 두개의 새로운 國家가 設立되는 時期에 沒落했을 수도 있다. (소위 分割說)

이는 "지붕없는 部分秩序論의 結果이다.

- 独逸은 基本法의 實際的 適用範圍가 縮小되었다. 独逸國家의 領土에서 分離되어 새 國家가 形成되었다 (소위 縮小說). 同一說의 結果이다.

여기서는 이런 理論의 論爭에 너무 깊이 介入할 必要는 없는 것이다. 왜냐하면 어떤 두개 國家 模型이든 基本法이 基礎하고 있는 國家概念과 符合되지 않기 때문이다.

5) 基本條約이 基礎하고 있는 二個國家 模型은 또한 유엔 憲章의 諸原則 특히 自決權으로 말미암아 損傷을 입지도 않는다

것이다.

만약 兩條約 当事者가 그들의 自主國家性을 文書化하고 동시에 自決權을 主張한다면 그들은 法的으로 그들의 行動이 自決權과 符合된다는 것을 表現하는 것이며 이는 中部 유럽에서만 특별한 規定을 必要로 하지 않는 것이다.

6) 裁判長의 許可를 얻어 本人은 뵘글러 (Wengler) 教授의 意見書에서 (註 2) 다음의 것을 引用하기로 한다.

本條約의 國際法的 性格은 聯邦政府가 東獨을 國際法的으로 承認하지 않았고 承認하려 하지도 않는다고 宣言하므로서 消滅될 수 없는 것이다. 東獨을 "國際法的으로 承認하지 않으려는 聯邦政府의 意見에 대한 數없이 많은 發言들을 단지 國際法的 無知의 所産이나 연락작전이 아니라고 보기는 매우 힘든 것이다.

客觀적으로 國際法的 意味의 國家인 國家들이 그들중 한 國家가 그러나 다른 한 國家를 國際法的 意味의 國家로 形式的으로 承認하는 것을 거부하고, 反面 이 國家는 國際法的 意味의 國家性을 주장할 뿐만 아니라 第三國에 의해서 주장할 뿐만 아니라 第三國에 의해서 이 國家性이 承認되는 가운데 이들 國家間에 하나의 條約이 締結되는 경우 다음과 같은 原則이 適用된다.

註 2) 發行者, 註, 文書 C VI 1 參照.

만약 그 條約이 通常 國際法的 條約에서만 볼 수 있거나 그 條約이 國際法的 條約의 內容으로서만 생각할 수 있는 것과 같은 內容이 그 條約에 들어있는 경우 明示의이고 相對方에 의하여 受諾된 留保 卽 이 條約은 國際法 秩序에 包含되지 않으며 "어떤 다른 것"이라는 留保를 必要로 하는 것이다.

條約의 內容이 明白히 國家間의 國際法的條約이 아니라는 兩當事者가 合意한 留保가 存在하지 않는 條約을 締結하는 경우, 한 國家가 相對國家와 常駐外交關係를 유지하지 않겠다고 聲明하므로써 國際法的 條約의 性格이 喪失하지는 않는 것이다.

그러나 兩國이 一方 또는 他方에 所在하는 政府의 常駐代表로 交換할 것에 合議하는 경우 이 代表는 만약 그 代表들에게, 또는 他國家가 一方的으로 取消할 수 있는 法律에 의해서가 아닌 類似外交的 地位가 賦與되었다면 國際法에 規定된 常駐外交官의 特權을 갖지 못한다는 明示的 合議를 必要로 하는 것이다. 그러나 이 경우에도 오늘날 그와 같은 類似 外交的 特權을 가진 常駐代表도 第三國에 있어서는 어느 경우이든 自動적으로 一般國際法에 따라 外交官의 特權이 賦與된다고 보는 것이다. 例를 들어 英聯邦 國家間에 交換되는 高等官 (High Commissioners) 은 接受國의 特別法에 의하여 当地에서 外交的 特權을 享有하도록 보장되고 있으나, 第三國을 通過하는 경우 이들 國家가 이들에게 外交官의 通行地位를 거부할 수 없다는 데는 疑心의 餘지가 없다.

다시 말하면 二個國間に 있어서 相互代表團에 對한 特別規定은 그 代表團이 第三國과의 關係에서 갖는 外交官의 性格을 부인할 수 없으며, 더우기 이와같은 特別規定만 가지고서는 그 規定을 내포하고 있는 條約이 國際法的 條約이 아니라는 것을 證明하기에는 不適當한 것이다. 그렇기 때문에 基本條約 第8條가 정말로 그와같은 特別規定을 豫見하고 있는지의 問題는 도의시 할 수 있는 것이다.

### Ⅲ. 境界保障의 問題에 關하여 (註3)

東西獨間 “既存境界”의 確定과 관련되는 諸問題는 條約內에서 여러번 取扱되고 있다.

- 基本條約 前文 第3項에서 “境界의 不可侵性”은 平和保障의 一般의 原則으로 規定되고 있고

- 第3條 2項은 두개 獨逸國家의 條約上 相互義務에 對한 基本原則을 規定하고 있으며

- 基本條約 附屬 議定書 第1號에서 共同의 境界表示와 文書化에 關한 問題가 規定되고 있는데 境界委員會의 任務는 議定書에 對한

註3) 發行者, 註, 書類 CV (부록) 參照.

宣言에 仔細히 要約되어 있다.

1) 前文 第3項

基本條約 前文 第3項의 規定은 바르샤바 條約前文 第5項의 字句와 똑같이 規定되어 있다. 即

“... (歐洲의 모든 國家가 現在의 境界內에서) 境界의 不可侵性과 領土의 不可侵性 및 主權이 尊重되는 것이 平和의 基本條件임을 意識하여”

內容上으로 볼때 前文의 文章은 모스크바條約 第3條 1項과 마찬가지로 條約 當事者가 歐洲內에 있는 모든 國家의 境界에 대한 不可侵性을 承認하는 것은 이미 모스크바條約 第3條에 대한 討論에서 많은 問題를 야기시켰다. 이 경우 西獨은 유럽內의 모든 國家境界에 關係 聲明을 발표할 權限이 없다는 것과 이로써 西獨이 유럽內에서 蘇聯의 霸權的 地位를 確固히 하는데 기여한다는 것이 지적되었었다. 그러나 그 當時에도 正當하게 主張되었듯이 유럽에 있어서 境界의 不可侵性을 承認한다는 것은 雙務條約의 경우 유럽內에서 國際法에 反하는 領土變更에 作用하지 않을 不作為의 義務만을 包含할 수 있는 것이다. 이것은 獨逸內의 關係에 있어서도 더욱이 必要한 것이다. 모스크바條約과는 反對로 基本條約에 있어서는 유럽의 모든 國家의 領土不可侵性에 關係한 問題가 前文에만 나타나고 이 條約의 施行部分에는 나타나지 않고 있다. 이것은 條約當事者가 이 基本條約을

통해 어떤 政治的 目的을 추구하려는가의 問題와는 相關없이 正當하다고 생각되는데 왜냐하면 두개의 獨逸國家가 그 自身の 領域 밖에서 個別的으로나 共同으로나 유럽에서의 境界에 對한 責任을 질 수 없기 때문이다. 그렇기 때문에 基本條約에서 第3條 2項 以上の 領土 또는 境界保障을 얻어낼 수 없는 것이다. 兩獨逸國家는 유럽에 있어서 모든 暴力的 領土變更이나 境界侵害를 承認하지 않거나 또는 또다른 그 以上の 措置를 取할 계기로 관찰할 義務를 지지 않는 것이다.

東歐와의 諸條約에 있어서와 마찬가지로 基本條約에 있어서도 무엇보다도 領土 不可侵의 尊重原則이 提示되고 있다.

- 이에 反하여 유엔憲章 第2條 第4項에는 “一個國家의 政治的 獨立”의 保障對象과 더불어 政治的 不可侵性이 規定되고 있다. 東歐諸國의 條約 規定에 있어서는 “政治的 不可侵”이란 表現을 使用하지 않기 때문에 브레즈네프 독트린의 傾向과 可能性이 상당한 정도 開放되어 있는 것이다. 東獨이 1968年 8月 捷코슬로바키아에서 自由化運動을 彈壓한 것과 같은 行動은 이 基本條約의 精神과 文句에 反하지 않을 것이다. 왜냐하면 이 侵略은 東歐諸國의 理解에 따르면 捷코의 領土 不可侵性을 損傷하지 않는 것이기 때문이다.

(1968年 8月 21日 蘇聯이 U·N 安全保障理事會議長에게 보낸

蘇聯의 立場에 관한 書翰 參照.

U·N Documents S/8759 및 S/8772)

西獨은 條約規定의 表現을 잘 選擇하므로써 社會主義國家들이 그들의 세력범위 내에서 社會主義的 秩序의 維持를 감시해야 한다는 社會主義國家들의 特別한 責任을 비록 直接 承認하고 있지는 않다. 그러나 西獨側이 基本條約과 더불어 希望하는 東歐圈에서의 政治環境의 自由化를 고려하여 이와 관련된 問題들을 現實的으로 보아야 할 것이다.

- 兩獨逸相互間의 關係에 있어서는 領土不可侵以外에도 政治的 不可侵性이 보장되고 있다. 이와같은 保障은 基本條約 第2條에다 U·N憲章과의 目的과 原則을 規定하므로써 이루어지는데 政治的 不可侵性에 屬하는 主權的 平等, 獨立과 自主性의 尊重등도 除外되지 않고 있다. 바로 여기서 聯邦政府는 全體的 獨逸政策의 構想이라는 観点에서 干涉의 限界를 低下시키는데 對한 關心을 가졌어야 했다. 왜냐하면 人間的苦痛을 경감시켜주고 獨逸의 統一을 達成한다는 것은 (도대체 가능하다면) 東獨의 경우 外部的 壓力없이 이루어지지 못하기 때문이다.

## 2) 基本條約 第3條 2項

領土의 不可侵性과 꼭 마찬가지로 基本條約이 적용되는



地域에서 境界의 不侵害原則이 또한번 반복되며 (對) 西獨關係에 있어서 規定되고 있다.

基本條約 第3條 第2項을 통해 兩側은 他們間的 既存境界線의 不侵害原則을 現在와 未來에 있어서 보장하며 領土不可侵을 無條件 尊重할 義務를 지고 있다. 이미 前文 第3項에서와 마찬가지로 이 規定도 바르샤바條約(第2條 第2項)의 規定과 그 文句가 꼭 마찬가지로이다. 第3條 第2項의 境界規定은 단순한 武力使用의 可能性을 나타내는 것이 아니며(자세한 것은 부싱글러 意見書參照) 이 規定은 “他們間的 既存境界不侵害”이라는 用語로 고쳐 쓰고 있다. (東歐와의 條約에 있어서와 마찬가지로).

“現在와 未來에 있어”라는 文句를 挿入함으로써 未來의 形態도 함께 包含된다는 것이 強調되고 있기 때문에 여기서도 역시 다음과 같은 問題가 提起된다. 卽, 現在와 未來에 있어서의 境界不可侵이라는 것이 境界不變의 의미로 解釋하게 되지 않을까하는 問題가 나타나며 그 結果 境界問題에 있어 平和로운 變更도 제외되며 壤地利와 獨逸間的 關係에서와 비슷하게 두개 獨逸國家의 結合禁止로 나타나게 될 것이다.

이 争點은 訴訟의 結果에는 重要하지 않다. 왜냐하면 境界確定의 存続力은 그것이 일단 成立되는 경우 憲法的으로는 重要하지 않기 때문이다. 境界의 確定을 통해 獨逸은 憲法上으로 그리고 國際法上으로 分斷되었다. 聯邦政府가 내세운 部分秩序論에 따르면 두개의 國家가 새로히 結合하는 것을 基本條約의 前文에 따라 統一이

維持되어야 할 國家와 맞지 않는 새로운 國家의 形成을 의미하게 되는 것이다.

#### IV. 第6條의 法的 內容과 意味.

基本條約 第6條 第2項의 規定은 明確하기 때문에 本人은 이 問題에 關해서 간단히 서술하고자 한다. 本人은 여기서 불행하게도 두개 獨逸國家相互間의 “보다 緊密하고 特別한 關係”를 確認할 수가 없는 것이다. 當法廷은 어제의 判決에서 基本條約의 條文이나 바이에른州政府가 提示한 論題에는 言及함이 없이 그 判示理由에서 이보다 緊密하고 特別한 關係에 重大한 意義를 부여하고 있는 것이다. 本人은 여기서 國際的인 명성을 가진 獨逸의 國際法學者 부싱글러教授의 見解를 裁判長의 許可를 얻어 그의 意見書에서 引用하려고 한다.

“聯邦政府가 基本條約을 締結하여도 東獨을 계속하여 外國으로 간주하지 않겠다고 主張하는 것은 전혀 理解할 수 없는 일이다. 各條約當事者는 자신의 國土內에서만 最高權을 行事할 수 있다고 基本條約 第6條가 規定하고 있다면 이로써 西獨이 東獨地域에 대해 領土를 接統시키므로써 西獨의 民法, 刑法 또는 行政法을 통해 어떤 사람의 行爲義務를 부과할 계기로 삼을 수 없다는 것은 自명한 事實이다. 主觀的인 權利나 特惠를 부여하므로써 경우에 따라서는 外國國土인 個別領土를 內國 即, 自國領土와 마찬가지로 取扱할 수 있을 것이다. 그러나 이와같은 取扱은 東獨에만 該當되는 것이 아니고 非獨逸國家領域에도 該當되는 것이다. 西獨의

法律이 그 領土的 適用範圍을 明示的으로 제한하지 않는다고 하여 東獨의 地域도 內國으로 理解하려고 한다는 것이 西獨의 法律에 一般的으로 該當된다면 그것은 바로 基本條約 第6條의 의미상 容 納될 수 없는 것이다.

#### V.

基本法, 특히 소위 統一維持條項 및 前文의 再統一原則에 있어서의 獨逸概念과 그 規定

이 問題와 關聯하여 重要한 것은 무엇보다도 前文中 다음의 部 分들이다.

第1項; "...民族的 및 國家的 統一을 유지할 意思에 찬"

第2項; "獨逸國民(즉 西獨의 諸州에 屬하는 獨逸國民)은 함께 參與하는 것이 拒否된 저쪽의(東獨의) 獨逸人을 爲해서도 行動하였다.

第3項; 모든 獨逸國民은 自由로운 自決로서 獨逸의 統一과 自由를 成就하도록 當부한다.

前文의 法的性質에 關한 新見解

前文의 法性質에 關하여는 다음과 같은 諸見解가 있다.

- 政治的 告白; 一定한 프로그램 또는 自明한 事項에 對한 國民

의 儀式的 宣布

- 基本法の 解釈에 있어서 지켜야 할 法的으로 重要な 諸確認 및 法的 諸保全

- 모든 國家機關을 拘束하는 法的 義務

聯邦憲法 裁判所는 1956年 8月 17日 獨逸共產黨 禁止裁判에서 憲法前文에 對한 原則的 態度表明에서 모든 解釋 可能性을 考慮하였고 무엇보다도 우선 賦與되는 前文의 "政治意義" 以外에도 法的 內容을 確認하였다. 即 序言도 法的 內容을 갖는 것이다. 이 序言은 基本法の 解釋에 있어서 지켜야 할 法的으로 重要な 諸確認이나 法的 諸保全에만 局限되는 것이 아니다.

이 序言에서 西獨의 모든 國家機關이 負擔할 法的義務가 導出되며, 全力을 다하여 獨逸의 統一을 위해 힘써야 하며 이 目的을 爲해 여러가지 措置를 取해야 하며, 이 目的을 위한 適合性이 모든 國家機關의 政治的 行爲의 基準으로 되어야 하는 것이다(判例集 8 127). 聯邦憲法裁判所는 또한 소위 兵役義務裁判(判例集 第 12卷, 45 page 以下- 특히 51 page)에서도 前文의 法的性質을 確認하고 있는데 "獨逸의 再統一은 물론, 政治的 目的만이 아니라 憲法的 命令이다" 라고 判示하고 있다.

聯邦憲法 裁判所의 見解에 따르면 前文의 法的性質은 全体前文에 해당된다 (判例集 第5卷 127 page)

그와같은 見解는 基本法의 成立過程에서도 表現되고 있다 (슈미드 議員의 發言參照, JÖR 1.1951, S.51); 前文은 하나의 屢속한 序言 以上の 것이다. 前文은 (우리들은 基本法 判定過程에서 무엇이 遂行(發生)되어야 할 것인가는 完全히 意識하면서 進行했던 것이다) 무엇이 形成되어야 하며 또 무엇이 아직 形成될 수 있는가를 말해주며 또한 이미 實現된 構成的 要素들을 보여주고 있는 것이다. 前文은 그러므로 法的으로 重要的 確認, 評價, 法的 保全 및 要請등을 同時에 內包하고 있는 것이다.

前文의 統一維持 및 統一成就條項의 內容

“民族的 및 國家的 統一을 維持할 意思에 찬”이란 前文의 文句는 “統一維持根拠條項” 또는 “統一維持命令”이나 “統一維持 委任”으로 나타난다.

前文 第1項은 (第3項과는 反對로) 法的 命令이나 委任으로 理解되기 보다는 確認으로 理解된다.

그러나 이것은 “단순히” (法的으로 重要하지 않은 動機인) 하

나의 모티브에만 關係된다는 것을 意味하지 않는다.

이에 反하여 모든 不利한 條件과 西方的 國家를 建設함에도 不拘하고 獨逸의 國家的 統一을 固守하려는 憲法制定者의 確認은 同時에 法的內容을 發散할 수 있는 것이다.

a) 憲法制定者의 確認은 命令과 꼭 마찬가지로 法的 拘束力을 가질 수 있다. 規範이 하나의 確認의 形態로 나타나는 命令의 形態로 나타나는 그것은 法技術의 問題인 것이다.

確認의 法的行動半徑은 命令을 오히려 능가하는 것이 一般的이다. 確認이라 하는 것은 대개 相當한 程度의 具體性을 갖고 있으므로 憲法的 命令이 가끔 그러하듯 그때그때 顯하는 解釋을 마음대로 供給할 수는 없는 것이다. 命令이라고 하는 것은 대개 規範의 組織속에 存在하며 法을 適用하는 경우 法益裁量이나 裁量を 通해 廣汎한 自由로운 活動무대를 갖게되는 것이다.

b) 國家的 統一을 維持하려는 意思를 動機로 혹은 法的으로 重要한 確認으로 아니면 法的保全으로 表示하는 그것은 別로 重要한 역할을 하는 것은 아니다. 왜냐하면 動機로 만약 그것이 內的動機로만 머물지 않고 憲法典에 規定되는 경우 法的 意義를 갖게 되는 것이다. 이것은 廣汎한 方針條項의 性格을 띠었던 바이말共和國 憲法에 反하여, 엄격한 規範의 性格을 띤 憲法으로 移行해가는 基本法의 一般的 傾向에 符合되는 것이다.

c) 統一維持條項의 解釋에 있어서 憲法成立 當時에 로 되돌아가면, 이 條項이 상당히 뒤늦게 憲法制定會議(議會評議會)의 討議에 提示된 것을 確認할 수 있다. 이렇게 뒤 늦게 討議에 提示된 理由는 前文에 對한 그 以前의 提案들이 獨逸國家의 繼統的 存在에 對한 見解가 또한 全히 不充分하게 表現되었기 때문이다.

憲法制定會議의 原則規定委員會에서 진(Zinn) 議員은 말하기를 (1946年 10月 6日字 速記錄 參照) :

“결국 우리는 우리의 見解에 따르면 아직도 憲法的으로 存在하는 獨逸의 不可分性에 對한 要請을 즉 바이마르 憲法에 의하여 建設되고 形成된 것과 같은 당시의 獨逸을 拋棄할 수 없다는 데 對해 言及해야 할 것이다.

폴·망골드 議員은 (1948年 10月 7日 速記錄參照)

“새 聯邦國家가 바이마르共和國과 또한 지금까지의 獨逸國家와 繼統性을 갖는다는 것이 前文에 지적되어야 할 것이다.” 또한 그는 (1948年 10月 12日의 速記錄) ; “우리는 事實上에 있어 바이마르共和國의 憲法을 基礎하고 있는 領土의 存立이 侵害되지 않았다는 것을 말하고자 하는 것이다.”

-모든 憲法秩序는 國家概念을 前提로 하는 것이다. 이것은 너무나 당연하여 많은 憲法들이 이 前提된 國家를 仔細히 表現하거나 法的으로 規定하는 것을 拋棄하고 있다. 特別한 規定이

없는限 國家領域과 憲法領域은 같은 것이다. 國家的 自明事項이나 國際社會에 있어서의 地位를 憲法에 規制할 理由도 전혀 없는 것이다. 그러나 基本法의 制定에 있어서는 그 狀況이 달랐다.

1945年을 경과하며 獨逸國家의 繼統性의 問題는 疑心의 餘地가 전혀 없지 않았다. 獨逸軍의 降服當時(1945年 5月 7-8日) 뒤 니츠(Dönitz) 政府의 拘束(1945年 5月 23日), 勝戰國에 의한 獨逸最高國家權力의 引受(1945年 6月 5日), 포츠담(1945年 8月 2日)에서 여러가지 規定이 採択되던 당시 獨逸의 制憲議會는 그때마다 그 地位를 喪失해야 했다.

- 또한 더 나아가 새로 設立하는 國家는 以前의 獨逸國家와의 關係에서 그 量과 質이 決定되어야 했다.

獨逸의 憲法制定에 있어서 우선 解決되어야 할 이 問題에 대한 憲法制定會議의 對答은 前文 第1項에서 찾아볼 수 있으며 또한 基本法의 여러 規定에서도 찾아볼 수 있다(前文 第2項 第3項, 基本法 第23條와 第146條) 憲法條文이 비록 憲法全體를 이해하는데 있어서 매우 重要한 이 問題를 明示的으로 規定하지 않았다 하더라도 이 問題는 解釋을 통하여 解決되어야 할 것이다.

聯邦憲法裁判所는 다른 問題를 取扱하면서 “憲法을 內的統一”을 이루며, “그 全體的 內容으로부터 그 憲法 以前에 存在하는”



여러 가지 原則과 基本的 決斷이 導出될 수 있을 것이다. (判例集 第1卷 227 page 以下 第13卷 56 page) 라고 判示했다. 마찬가지로 問題는 憲法의 基本的 前提인 國家概念의 理解에도 해당된다.

- 獨逸의 國際法의 主體로 繼續 存統하는 것이 客觀的 國際的 狀況에도 相応했는가의 問題는 여기서 論議된 憲法的 問題에는 重要치 않다. 基本法은 그 適用 範圍內에 있어서 憲法的 地位의 國際法的 争點에 對해 結論을 내리며 이 決定에 모든 國家機關을 拘束시킬 수 있는 것이다.

이에 對한 例는 西伯林의 地位에 對한 聯邦憲法 裁判所의 判決에서도 分明히 나타난다 (判例集 第5卷 7面, 第7卷 7面).

(1) 오늘날 支配的인 三元論에 따르면 國際法과 憲法(國內法)은 原則的으로 分離된 二개의 法域을 이루며 이 規範들間에도 相互符合될 必要性이 없는 것이다. 이 例는 1973年 6月 18日 本法廷의 判決에서도 明白히 나타나고 있다 (I BVQ 1/73) (註4)

(一般的 國際法規의 優位와 直接的 適用에 關한 規定인) 基本法 第25條는 비록 二개의 領域內에 調和를 이루려고 努力하기는 하나, 이는

註4) 發行人 註 書類, BX 參照.

1) "一般的 國際法規"에 단 즉 一般的 國際慣習法에만 關聯된다. 이 國際慣習法은 勝戰國이 敵國에 對하여 要求하는 特種 規範 (Normen sui generis) 으로서의 國際法規를 包含하지 않는다.

2) 國際法の 適用이 固定되지 않으며 따라서 國際法規가 適用되는 여러가지 現實을 包含하지 않는다. 國際社會에는 모든 該當事項에 國際法을 拘束의으로 適用할 機關이 아직 存在하지 않으므로 制憲議會는 그에 依하여 設立된 國家를 拘束하는 形態로 紛爭中の 國際法 問題에 對한 態度를 取할 수 있는 것이다.

(2) 이 見解는 東歐와의 諸條約 및 基本條約과 關聯하여 되풀이하여 主張되던 즉 前文의 獨逸概念은 變質되었고 또 獨逸概念은 承認을 領土의으로 縮小되었고, 現狀대로의 承認을 期待할 수 없을 것이라는 또 하나의 論據를 弱화시킨다. 基本法の 成立歷史나 聯邦憲法裁判所 判決에서 獨逸의 國家의 統一이 1937年 12月 31日의 境界로 表現되고 있다는 데에 아무런 의심도 찾아볼 수 없는 것이다. 基本法에 따른 國籍을 定義하고 있으면서도 그 文句 그대로만 본다면 領土高權에 關해서는 아무런 言及도 없는 基本法 第116條 1項은 적어도 하나의 間接証據로 볼 수 있는 것이다. 1937年 12月 31日의 境界에 따른 獨逸 即 基本法の 國家概念은 (基本法 第79條에 따른 合法的 方法이든 革命을 통해서이든) 憲法을 改正될 때까지 拘束力을 갖는 것이다. 이는 本來 勝戰國 意思였기 때문이 아니고, 또한

國際法에서 發生하기 때문에 아니라 오직 憲法制定者들이 이를 願했기 때문인 것이다.

만약 基本法上的 獨逸概念을 領土的으로가 아니라 人間과 關聯시켜 理解한다면 고작해야 基本法의 獨逸概念으로 부터 옛 東部地域을 除外시킨다는 것을 생각해 볼 수 있을 것이다.

이와같은 見解는 고작해야 憲法規範의 “意味變更”이라는 法的形態로 說明될 수 있는 것이다.

이와 같은 “意味變更”은 一般的인 見解에 따르면 實際的인 規範의 適用範圍(“規範領域” “規範分野”)가 變更될때만 나타나는 것이다.

規範의 解釈自体는 變化된 狀況에 適応되어야 한다. 왜냐하면 法的 理性(“規範프로그램”은 마찬가지로 存在하기 때문이다.

東獨을 獨逸의 概念에 끌어 넣는데 反對할 事實上的 根拠들이 이미 1949年의 憲法制定者들도 알고 있었기 때문에 意味變更이라 하는 特別한 根拠는 새로 證明되어야 할것이다. 어쨌든 人間을 基準으로 해서 볼때 東獨의 地域도 獨逸의 概念에 包含되므로 基本條約에 있어서의 意味變更이라는 問題는 重要한것이 못된다.

(3) 規範에만 局限된 意味變更의 制度(事態)와 密接한 關係를 갖고 있는것이 “조용한 憲法變更” 即 政治的 社會的 前提的 見解가 바뀌므로 말미암은 (제한된) 規範變更의 廣範한 制度(事態)인 것이다.

그와 같은 조용한 憲法變更은 基本法 第79條 1項에 規定된

形式的 憲法の 原則外에도 하나의 機能을 갖고 있는 것이다.

그와 같은 變遷은 憲法制定 當時에 比하여 一般的인 政治的 社會的 意識이 變更된 境遇 일지라도 憲法을 生동하는 憲法으로 維持시켜 주는 것이다. 憲法の 歷史的 繼統性을 위하여 어느程度 必要한 그와 같은 "流動的" 觀察 方法은 그러나 基本法 第79條 때문에 일관성 없는 더우기 論爭의 多數에 의하여 政治的 論爭의 여지가 있는 가운데 관철된 法の 改正인 境遇 失敗하고 말 것이다.

키머니히 (Kimminich)도 獨逸의 概念에 있어서 "조용한 憲法의 變遷"을 推定하는데 反對하는 態度를 取하고 있다 (Politische Studien, 特別号 155.(24) 1972年 10月 "Ein Staat auf Rädern 參照).

도처에서 認定되고 있는 "默示的 憲法變遷"이긴 하지만 憲法の 基本原則에는 適用되지 못하는 것이다. 前文 第3項의 소위 再統一規定은 여러가지 變形이 可能 하나 國家概念은 憲法的으로 憲法典밖에서는 改造할 수 없는 憲法の 基本的 構造에 屬하는 것이다.

(4) 國家概念을 憲法的으로 繼統 進展시켜 보면 疑心할 여지도 없이 存在와 當爲秩序間의 緊張關係에 到達하게 되는데 이는 法學者들에게는 널리 알려져 있는 事實이다. (実務 政治家들에게는 아마도 感情을 상하게 하는) 이와 같은 國家概念이 冒險的인 外交 政策에 의하여 處理 되어야 하는 것이다. 國家概念은 적어도

憲法에 의하여 形成된 諸制度와 마찬가지로 保護를 必要로 하는 것이다. 國家의 興亡은 단순히 議會의 多數에 左右될 수 없는 事件인 것이다.

議會評議會(Parlamentarischer Rat)는 "西方的 國家나 獨逸의 統一"이라는 兩者折一의 立場에서 西方國家에 有利하게 決斷을 내린 것이 아니라 이 決定으로 말미암아 從來 獨逸의 國際法的 主体에 影響을 끼치지 않는 만큼 그리고 그 條件下에서 西方國家를 建設한 것이다.

1. 이와 같은 國家의 建設은 두가지 形態로 나타난다.

基本法이 設定한 國家秩序는 全体獨逸國家의 보다 큰 秩序와 同一한 것이다. 卽 이는 核心國家說의 形態로 나타나는 同一說(Identitätstheorie)이다. 이 說은 獨逸에 있어서 오랜동안 支配的 理論이었고 國務의 處理도 이에 符合되었다.

(Vgl. BVerfGE 3, 3195; 6, 309(338, 3635, 366) - Konkordatsurteil; BGHZ 13, 265(294/95); BFH, BSTB I 1952 III, S. 128 ((129).))

國際法主体로서의 獨逸國家는 단지 西獨의 領土만을 包含한다고 하는 縮小國家說(Schrumpfstaatstheorie)이란 것은 보다 広範한 獨逸概念에 適合치 못할 것이다.

2. 基本法에 의하여 設定된 國家秩序는 總統存統하고 있는 全体 國家의 秩序가 아니라 이 全体國家의 秩序를 배려하려 하지 않고

그 秩序 밑에 從屬시키려 하는 것이다 (소위 部分秩序說)

旧獨逸의 國際法的 主体를 繼承하며 東獨과 西獨의 法的 地位가 原則的으로 同等함을 可能케 하여 주는 이 部分秩序說은 아마도 社民黨과 自民黨聯立政府가 東方政策의 初期에 取한 構想의 基礎를 이루고 있다.

憲法制定者는 伝來된 國際法主体에 관하여 規定하므로서 (前文 第 1項) 虛構的 內容을 規定한것이 아니라 同時에 前文 第 3項에서 “獨逸의 統一과 自由를 成就” 하도록 命令하고 있는 것이다.

1. 憲法制定者는 그가 規定한 前文 第 1項의 規範과 戰後獨逸의 實際的 狀況이 다르다는것을 意識하고 있으며 이를 克服할것을 要求하고 있는 것이다. 憲法制定者는 基本條約에서도 明示的으로 規定하고 있듯이 (基本條約 第 1條 第 7條; 모스크바條約 第 1條 第 2項; 바르샤바條約 第 31條 參照) 正常化過程을 要求하고 있는 것이다. 물론 전혀 다른 前兆의 正常化이기는 하나 即

a) 基本條約에 있어서의 正常化란 規範이 事實的 狀況에 適応하는 것으로 理解되고 있다.

b) 基本法의 前文에서는 反對로 實際的 狀況이 規範에 適応할 것을 要求하고 있다. 이와 같은 規定으로 말미암아 現實과 동 떨어진 外交政策이 聯邦政府에 賦與된 것이 아니라 率直하게 外交의 目的을 民主的 節次에 있어서 權限있는 諸機關

에 公開提示하고 必要에 따라서는 基本法의 改正을 誘導할 수 있는 外交政策을 聯邦政府에 賦與하고 있는 것이다.

兩獨逸國家間の "特別한 關係"를 固有한 國際法的 關係로 보려고 하는 것도 問題를 解決하는 適當한 試圖가 되지 못한다. 獨逸의 國際法學者나 政治家들이 以前에 試圖해 보았으나 관찰할 수 없었던 "國民과 領土" (Volk und Ranm)를 固有한 樣式의 國際法概念으로 發展시켜 보거나 "固有한 戰時占領" (occupatis bellica sui generis)으로 規定하려는 試圖들도 適當치 못하다.

2. 基本法의 前文 第1項과 3項은 目的과 手段의 關係인 것이다. 憲法的으로 確固하게 規定되고 傳來된 獨逸의 國際法主體는 適當한 手段을 通해 다시 活動될 수 있어야 한다는 것이다. 이는 모든 國家機關을 拘束하는 義務인 것이다 (聯邦憲法裁判所 判例集 第5卷 127面; 參照).

a) 憲法制定者는 基本法 第3項에다 모든 國家機關으로 하여금 獨逸의 統一과 自由 成就의 目的을 위해 努力하도록 規定하고 있다. 이와 같은 目的 設定으로 부터 特定の 行動을 取하라는 命令이 導出될 수 없고 目的을 위한 方法의 選擇에는 聯邦憲法裁判所가 獨逸共產黨禁止判決에서 (判例集 第5卷 128面) 明白히 判示한것 처럼 廣範한 "政治的 自由 裁量"의 領域이 存在하는 것이다.

前文 第3項의 實際的 裁判規範性에서 볼때 이 規定은 보다 不定的인 事項에 卽 再統一을 저해하는 措施들을 憲法的으로 制限하는데 도움이 되도록 適用한다는 結果가 나타난다. 이것은 專門的 文獻에서 가끔 使用되고 있는 “再統一妨害禁止” 規定이라는 解釋과 다르며 이런 解釋은 憲法制定者의 意思에 꼭 맞는 것은 아니다. 前文 第3項은 獨逸의 統一成就를 위한 適當한 手段으로서 “自由로운 自決”을 指摘하고 있다.

(基本法 第146條도 역시 “獨逸國民의 自由로운 自決로서”라는 文句가 있다). 여기서 本人은 뱁글러(Wengler) 教授의 意見書(28 페이지 以下)를 指摘하고자 한다.

憲法에 規定된 自決條項은 再統一을 위하여 原則적으로 自由롭게 選擇할 수 있는 方法을 단지 制限할 따름이다. 卽 自由를 희생시키는 대가로 統一을 達成하는 境遇의 再統一禁止는 自由로운 再統一의 原則에 對立되는 것이다.

再統一을 實現함에 있어서 西獨의 諸機關에 부여되는 裁量의 範圍는 만약 國家의 統一을 (아직 存在하는 만큼) 維持하라는 이 命令(規定)의 基礎가 國家機關의 어떤 措置로 말미암아 損傷되는 境遇 그 限界를 넘어서게 되는 것이다.

基本條約은 이미 指摘한 憲法的 基準들을 充足시키지 못하고 있다.

- a) 基本條約을 分析해보면 적어도 지금까지 생각해 온 統一의



方式들이 배제되는 결과가 나타난다. 卽 아직까지 存在하는 統一의 法的 的을 固守하며 점차 獨逸内部의 制限을 허물어 버린다는 것인데 이 方式은 또한 다음과 같은 希望과 결부되고 있다.

(自由로운 西유럽에 屬하는 西獨의 經濟的 政治的 발달함과 매력을 발판으로) 東獨의 内部事情이 점차 變할것을 期待하면서 점진적으로 獨逸 전체에 活氣를 불어 넣는다는 것이다. 그리고나서 講和條約을 통해 戰勝國들과의 問題들을 解決하고 그들의 留保權을 代替한다는 것이다. 그러나 이와 같은 方式은 지금에 와서는 基本條約의 前文과 第3條 때문에 (現在와 未來에 있어서 境界의 不侵害性과 現在의 境界의 不侵害를 平和의 基本條件으로 한다는) 不可能하게 되었다.

理論적으로 아직 생각해 볼 수 있는 남이 있는 唯一의 方法은 卽 훗날 戰勝國들과 또한 (基本條約이 締結된 以來) 東獨과도 協議하여 새로운 聯邦의 地位에 관하여 合議를 成立시키는 것이다. 卽 우선은 統一에서 멀리 떨어져 물러섰다가 언젠가 다시 統一에 接近한다는 "迂廻說"을 말한다.

그러나 基本條約自体에는 統一의 目的이 아무래도 規定되지 않고 있다는 事實은 이 迂廻方式에 反對한다는 것을 말하고 있는 것이다. (前文에 規定되고 있는 "民族의 問題에 있어서 相異한 "見解"를 取하고 있다는 事實은 東獨을 이 "民族의 問題"를 承認하고 이를 取扱하도록 強要조차 해볼 수 없는 것이다). 반면에 基本條約自体는 똑똑하고 明白하게 東獨이 对内·外的으로 自主國家

임을 法的으로 確定하고 또 道德的으로 正當化하고 있는 것이다. 이렇게 東獨에게 有利한 條約이 締結되었다는 事實은 다음 例에서 나타난다. 卽 이 基本條約은 實質的으로 아주 커다란 不平等이 存在해 있는 곳에서도 兩側을 平等하게 取扱하고 있는 것이다. 參考로 基本條約 第1條를 보면 "平等權의 基礎위에서 先天的 關係"를 發展시킨다고 되어 있으면서도 발사명령(총을 쏘게하는것)이 善隣關係를 해친다는 事實이 아무데도 規定되지 않고 있다. 또는 記者들의 活動 條件으로 "現行 法秩序의 範圍"를 基礎로 하고 있는 것이다. 다른 分斷國家들(韓國, 越南)에 있어서는 그들의 統一의 問題를 現實的인 問題로 維持하며 거듭 強大國의 支援을 얻어 내는데 成功하고 있는데 反해(最近 베트남에서의 休戰 協定 參照) 基本條約에 따르면 世界는 從來와 같은 "獨逸問題"는 이 以上 存在하지 않는다고 보는 것이다.

(1972年 11月 8日字 타임스誌 參照) 이에 따르면 아무리 外交的 表現을 使用한다고 해도 이 基本條約이 비스마르크가 建設한 獨逸國家를 겨우 百年이 지난後 (完全)分解했다는 事實을 감추지는 못한다. 라고 쓰고 있고 바리칸도 역시 報道에 따르면 西獨主教의 교구에 속하는 東獨의 地域을 그 교구로부터 分離할 것이라는 것이다.

그러므로 "獨逸의 國家的 選擇"은 特殊한 方法으로 開放되어 있다 라고 主張될 수 없으나 아직도 聯邦政府는 비록 "어떤

方法' 인가에 관해서는 言及이 없지만 自由로운 自決으로써 統一을 이룬다는 目的을 固守하겠다고 여러 聲明에서 表明해 왔다.

그 結果는 前文의 法的 內容이 本來의 一般的 見解와는 反對로 公開的으로 宣布한 한 國家機關의 憲法違反이 排除된다는 事實로 되돌아 간다는 것이다.

#### b) 基本法の 國家概念과의 符合性

再統一規定의 問題點보다 훨씬더 複雜한 問題는 基本條約의 縮結로 發生한 國家構造의 變遷이다. 東歐와의 諸條約을 縮結하는 데 있어서 그 綜合的 構想을 보면 우선 "西獨"과 "全獨逸"의 法的 主體를 分離시키는데서 出發하고 있다.

1. 一面에 있어서 西獨과 또한면에 있어서 全獨逸을 分離시키는 것은 以前의 聯邦政府들이 主張해 온 同一說의 基本思想과 모든 면에서 確實히 反對되는 것이다. 그러나 이 同一說에 憲法的 地位를 賦與하지 않는한 聯邦政府는 이 同一說의 見解를 統一成就委任의 範圍內에서 政治的 與件에 따라 變形할 수 있는 것이다. 聯邦政府는 예전에 이미 이런 變形을 단행했던 것이다. (例를 들어 本來 西獨과 西方 3個國間에 縮結된 獨逸條約 第7條 3項에 規定된 條項을 拋棄한것을 參照. 이 條項에 따르면 統一獨逸이 同一說에 따라 이 獨逸條約과 歐洲統合諸條約에서 發生하는 모든 義務에 拘束된다는 것을 예견하고 있었다. 統一이 되는 境遇 改正

條項이 이 規定의 자리에 들어 갔다).

2. 그러나 소위 部分秩序說의 立場에서 본다고 하더라도 憲法的 問題點이 제거되는 것은 아니다.

aa) 우선 聯邦政府가 部分秩序說로 선회하는 것은 적어도 事實上 그리고 政治的으로 별로 믿을만 하지 못하게 보인다. 만약 聯邦政府가 同時에 이 部分秩序說의 見解에 따르면 월전이 되는 (ultra vires) 對象에 대해 條約을 締結하는 境遇인 것이다. (部分秩序說에 따르면 聯邦政府는 하나의 局部的 事實上的 權력이며 그 自身の 勢力範圍內에서만 國際法的으로 拘束力있게 日常의 業務를 規定할 수 있으나 全体獨逸에 관한 事項은 規定할 수 없는 것이다).

bb) 基本條約의 批准과 더불어 部分秩序說도 지금까지는, 그래도 獨逸全体로서의 國際法 主体가 現實的 與件에도 不拘하고 法的으로 繼續 存在한다는 것을 밑받침해 줄 수 있었던 實質的 基礎의 나머지를 喪失하고 마는 것이다. 部分秩序說은 統一獨逸만이 講和 條約을 締結할 수 있다는 前提에서 出發하였다. 그러나 지금에 와서는 講和條約의 모든 基本的 問題가 이미 따로따로 締結된 講和條約에서 解決된 것이다. 獨逸東部地域에 있어서의 領土變更의 正當性은 모스크바條約과 바르샤바條約과 더불어 "現在와 未來에 있어서" 承認되었다 (바르샤바條約 第1條3項; 모스크바條約 第3條) 東西獨逸의 基本的 關係는 境界에 관한한 단지 基本條約에

規定되고 있을 뿐만 아니라 東西獨이 國際政治무대위에도 함께 出現하고 있다. 卽 유엔에의 加入(基本條約의 調印을 契機로 議定書에 관한 聲明 參照), 유럽에서의 安全保障 및 軍備縮小問題等에서의 協調 等を 그 例로 들수 있다. 이로써 部分 秩序說은 講和條約의 지렛대로서 그 核心이 적중한 것이다. 反對로 戰勝國의 政策은 講和條約을 要求하므로써 어디까지나 外國의 理解關係가 걸려 있는 現狀維持에 손을 대려 하지 않을 것이다.

cc) "全體로서의 獨逸"과 그 問題點들 특히 講和條約規定의 締結이 지금까지 四個國留保의 對象을 形成하고 있었기 때문에 基本條約의 締結로서 留保權과 關聯하여 "獨逸"은 이 以上 問題되지 않는다. 오히려 지금에 와서는 四個國의 "權利와 責任" 및 이와 關聯되는 四者의 合意, 決議, 實行等이 問題된다(東西獨과 西方國家 또는 聯邦과의 書信交換 參照).

基本條約自体에 있어서도 "兩獨逸國家"에 관해서만 言及하고 있고 카셀(Kassel)會談의 20個項이나 聯邦政府의 基本條約에 對한 解說에 있어서 처럼 "獨逸內의 二個國家"에 관해서는 이 以上 言及하지 않고 있다. 聯合國의 留保權은 以前부터 갖고 있는 留保權의 對象을 가지고서는 全體獨逸에 對해서 아무런 機能도 갖지 못하게 되었고, (過去의) "獨逸"이 存続한다는 主張을 지탱할 수 없는 것이다. 아직 規定되지 않는 問題들은(國籍法, 財産問題; 該當 議定書에 對한 聲明 參照) "관호의 機能" 때문에 除外된 것이 아니라 舊獨逸國家에 對한 수없이 많은 論爭點중 이

나머지 問題들은 現在로서는 規定하기가 너무 複雜하기 때문에 除外된 것이다. 이 問題들에 관해서 後에 合議할때는 오직 基本條約의 文句와 發展趨勢에 符合되게 合議가 成立하리라는 것은 疑心할 餘地가 없는 것이다.

3. 基本條約 第9條를 ( 모스크바條約 및 바르샤바條約 第4條 ) 통해 지금까지의 獨逸關係法の 基礎가 存続하여 西獨이 聯合國의 留保권때문에 獨逸全體에 對해 큰 影響을 줄 어떤 行動도 取할 수 없기 때문에 순수하게 法的으로 볼때 以前의 狀態에서 아무런 變化도 없다는 대단히 많이 主張되어 온 명제는 確信을 주지 못한다. 이와 같은 명제는 오히려 公理公론적 냄새를 풍기는 虛構의 性格을 띤다는 點에서 過去의 聯邦政府들이 推進한 獨逸政策을 " 假想적 獨逸政策 " 이라고 非難하던것을 훨씬 능가하고 있고 西獨以外에서는 아무도 理解하지 못할 것이다.

이와 같은 事實은 모스크바條約이 成立된 以來 흘러간 짧은 期間에 講和條約留保의 例에서 나타나고 있다. 講和條約의 留保는 그當時 西方三國에 보낸 聯邦政府의 각서에서와 꼭 마찬가지로 그들의 會談에서도 明白히 言及되었고 이는 또한 國內政治的 및 憲法的 討論에 있어서 獨逸政策의 繼續性이 오기되지 않는다고 하는 ( 1972年 5月 10日 聯邦下院의 與野 共同決議 第2條 參照 ) 重要한 要件으로서 功獻했기 때문에 講和條約의 問題는 이 以上 基本條約이나 그 附屬文書에서 明白한 形態로 言及되지 않고

있다. 이와 같은 趨勢는 또한 聯合國의 留保權이 獨逸全體의 問題와 關係를 갖는한 그리고 基本條約에 依해 形成된 法秩序를 相對化 시킬런지도 모른다는 問題에 關한한 聯邦國의 留保權도 비록 聯邦政府가 基本條約에 對한 解說에서 이 留保權을 아직도 “獨逸內의 兩國家라는 判例”로서 強調하고 있기는 하지만 甚지 많아 잊혀지게 될것이라는 것은 明白하다.

基本條約의 批准과 더불어 지금까지의 法的 狀況에 아무런 變化도 일어나지 않는다고 하면 이는 政治的으로 規定된 條約이 되지 못할 것이다. 모스크바條約 당시만 해도 問題가 되었던 이 問題는 (1972年 5月 10日 聯邦下院의 議決 第1号 및 國會의 質疑에 對한 聯邦政府의 答辯 VI/2828 即 協助的 生活樣式이라는) 그當時 이미 聯邦政府가 基本法 第59條 2項에 따라 이 條約들을 立法府에 송부하였고 이것이 단순히 政治的 意思表明에만 關係되는 것이 아니라는 것을 明白히 하므로써 解決되었던 것이다. 基本條約을 둘러싼 國內에서의 政治的 論爭에서 協助的 生活樣式的 概念이 聯邦政府에 依하여 이 以上 言及되지 않았다고 하는 것은 虛構의인 것들을 漸次的으로 (새로) 形成된 法的 狀況에 適應시키는데 注意할만한 것이다.

그렇기 때문에 文句上 “侵害되지 않은” 四個國의 留保權을 비록 基本條約이 締結된 以後에도 四個國에 依하여 潛在的 또는 (蘇聯의 境遇에는) 明示的 政治的 간섭도구로 繼續해서 保存될 것이다. 그러나 兩獨逸國家關係의 規定에 關한 한 文句上 “侵害

될 수 없다"는 데로 後退했다는 것을 基本條約의 規定들에 對한 戰勝國들의 事實上的 同意를 即 留保權의 行使를 은폐하였다는 것이 分明히 나타날 것이다.

4. 以上에서 본 여러가지를 考慮해 볼때 다음과 같은 結果가 나타난다. 基本法이 前提로 하고 있는 國家構造 即 1937年의 境界를 基準으로한 "獨逸" 또는 단지 領土的으로 事實上 獨逸人 이 살고 있는 地域으로 줄어들었고 國際法的 主体로서는 繼續 存在하는 "獨逸"은 國際法的으로도 部分秩序說에 따르면 이 以上 지탱할 수 없다는 것이다. 獨逸의 國家機關들을 基本條約의 縮結로 말미암아 이런 發展에 終止符를 찍었으며 이로써 憲法的 命命과 國際法的 規定間에는 間隔이 存在하는 것이다.

5. 이 憲法規定과 條約에 의해 形成된 法秩序間의 間隔을 소위 接近說을 가지고서도 除去할 수는 별로 없을 것이다.

a2) 이와 같은 憲法的 正當化의 論點을 事件에 따라 약간의 差異가 있기는 하나 자르規定 (Saarstatut) 과 引導條約에 關한 判決에서 聯邦憲法裁判所에 依해 發展되었고 憲法的으로 問題가 있는 規定도 (本來 憲法에 反하는 行爲도) 例外的으로 만약 새로 形成된 狀態가 既存의 狀態보다 "基本法에 가까운" 境遇 憲法的으로 용인 (容認) 될 수 있다는 것이다.

聯邦憲法裁判所가 비록 明白하게 이것을 말하지 않는다고 하더라도



도 그 判決의 근거에는 다음과 같은 思想이 籠여 있는 것이다. 卽 그와 같은 容認은 特別한 狀況 卽 例外的 狀況에서만 생각할 수 있다는 것이다. 接近說의 事發事전에 있어서는 大部分 占領法 秩序의 廢止에 關한 것들이다. 西獨은 主權을 되찾기 위한 效果의 措施를 取하기 爲해서 그 報償으로서 憲法的 양보를 하지 않을 수 없었다. 그 後의 判決에서 占領統治에 服從도록하는 法的 必要의 主張은 完全한 憲法的 狀態로 즉각 복귀하는 境遇 必然的으로 나타날 實際的 結果들(無政府狀態의 無秩序, 國家破産의 지경에 까지 물고 갈 經濟危機等)을 指摘 하므로써 補完되고 또는 代置되었다.

接近說의 適用에 있어서 그 基本原則은 따라서 問題가 되는 規定을 통해 成就된것과 거기서 희생된 憲法的 存立間의 利益較量인 것이다. 그러나 이 較量은 아주 明白하게 行해져서 憲法規定을 嚴格하게 固守하는 것은 "最善이 成就될 수 없으므로 惡은 次善에 따를수 없다" (fiat justitia, pereat mundus)라는 말에서 強調되는 "嚴肅主義"를 意味한다고 하나의 例外的 狀況이라고 말하여질 수 있어야 한다.

基本條約의 境遇 그와 같은 例外的 狀況에 關하여 이야기 할 수 있을런지는 疑問이다. 여기서는 占領法秩序의 廢止를 通하여 漸次로 主權을 회복하자는 것도 아니며 이 條約에 採択된 規定을 拋棄하는 結果는 아주 重大하여 憲法를 固守 하는 것이 自由를 保障해 주며 秩序와 平和를 賦與해 주는 法的 힘에 對한 信念을

뒤흔들어 놓기에 알맞는 하나의 例外的 狀況에 關係 말하여야 하는 것도 아니다.

bb) 接近說을 手段으로하여 基本條約을 正當化하리는데 있어서의 논란성은 이미 憲法이 뒤로 물러나지 않으면 안될만큼 接近이 強力하게 이루어 지느냐의 問題와는 別途로 憲法的 目的에 接近하는 것이 어디에서 可能한가를 確認하는데 있다.

境遇에 따라서는 基本條約에 確定된 國家的 統一을 拋棄하는 代身 “民族的 統一”을 獲得하므로서 보상할 수 있다고 생각할 수 있다. 獨逸의 統一에 關한 이 兩局面이 基本法 前文 第1項에 나타나고 있다. 그러나 基本條約前文 第5項에서는 “民族的 問題”만이 言及되고 있다. 民族的 統一은(1970년 5월 21일 카셀(Kassel) 會談에서의 第1 및 第10号는 아직 이를 言及하고 있음을 參照) 確認되지도 않고 있고 目的으로나 또는 條約當事者의 共同의 問題로서도 認定되고 있지 않다. 이런 表現의 規定은 東獨을 단지 聯邦政府가 아직 民族的 問題를 보고 있다는 것을 認定하도록 強要할 수는 있으나(아직도) 民族的 問題가 存在한다는 것을 認定하도록 強要할 수 조차없는 것이다. 民族的 問題에 있어서 意見不一致의 妥協을 導入하는 “歷史的 与件”과 關聯하여 民族的 統一에 역행하는 原則까지도 承認된다.

獨逸의 統一에 關하여(아직 發効하지 않았고 第4條에 따라 소급효도 갖지 않는) 뷔엔나 條約法協定 第31條 第2号(b)의 範圍內에서만 “法的 페더급” 程度로서 相當히 重要性을 띠는 書信

은 相對方을 이 書信안에 包含된 프로그램에 구속시키지 못하고 있다(政治的 目的의 一方的 聲明으로서 西獨도 이에 拘束되지 않는다). 따라서 이 書信은 接近說의 範圍內에서 報償要素로서 除外된다.

基本法에 基本하고 있으며 또한 基本法에 依하여 繼續 賦課되어 온 民族統一의 目的을 向하여 重要한 進展이 이루어 졌다고 이야기 할 수 없기 때문에(東歐와의 條約締結에 関하여 協商하는 도중에 以前에 獨逸社會主義統一黨(=東獨共産黨)에 依해서도 認定되던 共通性 根拠가 除去되기까지 하였다. 여기에 関하여는 1968年 4月 6日의 東獨憲法 第8條 2項 參照) 도데체 또는 얼마나 民族統一의 問題가 基本法前文의 自由에 對한 見解와 分離될 수 있는가의 問題에 関하여 仔細하게 考察할 必要는 없다.

cc) 接近說에 對하여 길을 열어 주는 唯一의 根拠는 基本條約과 그附屬文書들에서 合議하거나 宣布한 "人間的 고통의 경감"이다. 이 고통의 경감이라고 하는 것은 비록 國家나 民族의 統一과는 分明히 다른 어떤 것과 關係되는 것이며, 또한 聯邦政府에 依하여 使用되는 "民族은 人間이 再會할때 存在한다" 라는 文句는 歷史的으로나 政治的으로 適當하지 못하다. 그러나 接近說은 相異한 憲法目的의 較量을 許諾해 준다. 基本法 第1條에 規定된 最高의 憲法原則은 다른 重要한 憲法의 法益을 뒤로 물러 나도록 하는 契機가 될 수 있는 것이다. "自由로운 統一" 代身에 "統一拋棄下의 自由"가 例外的으로 容認될 수도 있는 것이다.

聯邦憲法裁判所가 以前의 判決에서 이 接近思想을 “拋棄할 수 없는 憲法の 諸原則”의 限界를 設定했다는 것은(聯邦憲法裁判所 判例集 第4卷 157面 170面; 第12卷, 281, 294面; 第14卷 1(5)面; 第15卷 337, 349面) 다만 外形上으로만 위에서 말한 憲法の 最高原則이 다른 重要한 憲法の 法益을 拋棄케 하는 契機가 된다는 事實에 對立되는 것이다. 前文의 諸原則(國家構造에 關한 規定)은 그런 拋棄할 수 없는 諸原則으로 비록 評價될 수 있으나 이 境遇에 두개의 原則이 相互 衝突하게 될 것이다(基本法 第1條, 79條 3項 및 前文) 聯邦憲法裁判所는 그와 같은 경우 스스로 모르는 사이에 자크-判決에서 基本法 第20條 2項(第79條 3項)의 制限을 容認했던 것이다.(憲法裁判所 判例集 第4卷 157面 178面 參照).

dd) 基本法 第79條 1項에 對하여 接近說의 機能的 法的 正当化는 그러나 聯邦憲法裁判所의 判決에서 分明히 또는 推定的으로 나타나고 있는 두개의 또다른 特別한 基準을 固守할 것을 要求한다. 憲法適合性의 損失과 接近間에는 “直接的 關係”가 成立해야 한다. 條約相對方의 반대급부는 接近說의 範圍內에서 “相當한 程度”이어야 한다.

憲法の 目的을 拋棄하는 것이 단지 暫定的이라면 問題性을 띤 規定自体가 法的으로 단지 과도적 性格을 갖게되며 較量하는 境遇를 記帳하며 대단치 않은 程度의 반대급부로 充分하게 된다.

聯邦憲法裁判所는 第8條에 講和條約에 關한 留保條項을 包含하고

있고 따라서 순수히 法的으로 볼때 단지 과도적 性格을 갖고 있는 자르規則의 合議에서 充分한 반대급부를 認定하였다. 卽 그 當時까지만 해도 問題의 地域에 對한 條約相對方의 엄청난 影響이 증성화되어야 했다(重要機能은 한 유럽의 管理에 依하여 行事되도록 하였다). 그 規則은 尙차 締結될 講和條約의 該當 規定과 꼭 마찬가지로 國民投票에 회부되도록 하였다(具體的인것은 判例集 第4卷 170面以下 參照).

ee) 基本條約의 法的 評價는 이 條約이 과도적 性格을 띠고 있지 않으며 또한 修正條項도 갖고 있지 않다는데서 出發해야 한다. 뿐만 아니라 直接性的 原則 때문에 이 條約(第7條를 包含하여)이나 그 부속문서 자체에서 發生하지 않는 모든 반대급부는 考慮될 수 없는 것이다. 그렇기 때문에 內獨關係에 있어서 重要的 "緩和"(Enthrapfung)을 政治적으로 期待하는 것이나 東獨이 基本條約의 締結을 통해 보다 自身을 갖게 될 것이며 그러므로써 오히려 人間的인 面에서 양보를 하게 될 것이라는 希望을 考慮할 수 없는 것이다.

相當한 程度의 接近基準에 充足될 수 있는 반대급부의 評價에 있어서 첫째는 양보의 義務化정도 둘째는 양보의 內容을 考察해야 할 것이다.

離散家族의 會晤을 위한 書信交換, 旅行의 緩和 및 言論人들의 (自由로운) 活動可能性등은 단지 一方的이며 따라서 반복할 수 있는 義務의 宣稱이라는 것은 이미 위에서 指摘되었다.

條約上으로 拘束力을 갖는 것은 더 많은 境界線通過地點의 開設에 關한 書信交換 및 폭 넓은 正常化의 合議에 關한 基本條約 第7條의 規定等이다.

또한 條約上으로 合議한 여러가지 경감은 그 內容으로 말미암아 實際에 있어 部分的으로 가쳐가 減少되고 있다. 가령 第7條(이 條項에 예속된 附屬議定書의 取扱에도 決定的인)는 “正常化過程에서” 및 “兩側의 利益을 위한” 條約이라는 全能的 條項으로 말미암아 또한 條約仲裁機關이 存在하지 않으므로 그 實際的 效果에 있어서 단지 一方的으로 義務를 負擔하는 것과 마찬가지로 段階로 떨어지고 말수도 있다. 家族會合을 위한 書信交換 및 그 밖의 다른 것들도 “正常化過程에서”만 東獨의 또다른 措置를 期待하고 있다.

東獨이 그에게 事實上 賦與된 留保條項을 어떻게 使用하려고 생각하는가는 이미 言論人들의 活動可能性에 關한 書信交換에서 “現行法秩序의 테두리內에서”라는 概念을 解釋하는데서 보여 주었다. 東獨은 命命을 통하여 이 테두리를 아주 좁게 만들었기 때문에 自由로운 報道라는 것은 거의 말할수 없게 되었다. 言論人들은 事實은 악의적으로 變造하는 것이 許諾될 수 없다”라는 規定을 가지고 西獨側의 編輯作業에 影響을 주는 手段(지렛대)으로 使用하려고 시도될 수도 있을 것이다.

또한 대단치 않은 정도로 保障된 人間的(고통의) 경감이라는 것도 法的으로 分析해 볼때(이미 言及한 例가 보여 주듯이 法的

分析家の 會議는 實際에 있어서 証明되고 있다) 손가락 사이로 사라지고 말 정도이기 때문에 基本條約에서 다른 憲法的 考慮가 경시되어야 할만큼 憲法의 目的에로의 接近이 이루어졌다고 事實은 생각할 수 없는 것이다.

그렇기 때문에 基本條約에 規定된 경감이라는 것이 寬대한 解釈과 取扱의 境遇 비록 유엔이 提示한 國家間の 友好關係와 協助에 關한 國際法의 諸原則의 "水準"을 達成되지 못하지만 接近說의 適用에 充分할 것인가의 問題에 關해 仔細히 考察할 必要는 없는 것이다.

위에서 이야기 한바에 따르면 接近說의 憲法的 正当化의 論點을 통하여서도 基本條約과 現行 憲法間的 意見不一致를 解消시키지 못한다는 것이 確認되었다. 이와 같은 意見의 不一致는 除去될 수가 있는데 :

aa) 基本法 第79條 1項 1段에 따른 소위 "明白하게 하는 法律"을 통해서 이다. 이 추후에 追加된 憲法規範은 異論이 많았다. 그러나 오늘날에는 肯定的으로 評價되어야 할 것이다. 왜냐하면 이 規定은 아직 正確하게 解釋을 내릴 수 없는 條約의 境遇에 行政府가 具體적으로 條約의 締結로 말미암아 어느 憲法規範이 또한 어느 程度 損傷되는가를 確定할 必要가 없으므로 여러 가지 長點을 증거해 주기 때문이다. 基本法 第79條 1項 2段은 憲法改正에 있어서 條文에 拘束될 것을 要求하는데 符合되며 그렇다고 이것이 一般化될 必要도 없이 目的에 알맞는 適応可能性

을 賦與해 주는 것이다.

bb) 傳來된 前文의 獨逸이란 1937年 12月 31日의 境界를 基準으로 한 獨逸이 아니라 다른 境界를 갖고 있다고 明白히 밝히는 憲法補完을 通해서이다. 憲法의 改正은 아마도 除外될 것이다. 왜냐하면 前文은 (憲法의 成立史나 聯邦憲法裁判所의 지금까지의 判決에서 結論을 내릴수 있듯이) 묘사된 獨逸의 概念을 前提로 하고 있으나 分明히 言及하고 있지는 않기 때문이다.

1937年 12月 31日의 狀態에 따른 "獨逸國家"概念은 基本法 第116條 第1項에서 나타나고 있으나 여기서는 獨逸의 領土高權의 境界를 定하는데 도움이 되지 못한다 (플렌드가 繼續해서 基本法 第116條의 改正을 要求한 것은 그렇기 때문에 法的으로는 無意味하며 단지 政治的으로만 理解해야 할 것이다).

cc) 새로운 獨逸의 東方政策과 境遇에 따라서는 蘇聯의 西方政策의 全體的 運轉을 再現시켜 보면 우리 憲法體系의 憲法의 前提들을 全面改正하는 것이 오히려 보다 率直하지 않겠는가 하는 問題가 대두된다.

現在의 立法者에게는 이를 위한 힘이 없다고 할것 같으면 一般輿論에 對하여 (바로) "투시" (할수 있도록) 할 勇氣를 내야 하며 또한 以前에는 聯邦下院內의 모든 정당들에 依하여 一致團結하여 支持되어온 獨逸政策의 基盤이 이 以上 存在하지 않으며 四國의 留保權은 自由로운 가운데서의 統一이라는 憲法的 目的의 觀點에서 볼때 아무런 機能도 할수 없게 되었다는 것을 告白해야



할 것이다. 남아 있는 것은 한 묶음의 干涉權이며 이는 憲法의 目的에 機能障害의 일수 있을 것이며 結局 統一政策의 終點에 이르러서는 統一은 이루어지지 않고 自由도 보다 적어지는 狀態가 나타날 수도 있다. 또한 東獨이 自信이 成長함에 따라 唯一한 社會主義的 獨逸 民族國家로서 民族的 唯一代表 要求權을 主張하게 될 수도 있다. 이 用語는 만약 우리 共和國의 精神的 狀態가 最近 展開되고 있는 정도로 繼續해서 희미해 진다면 얼마 안가서 유혹의 힘을 發揮하게 될 수도 있을 것이다(“民主主義는 오직 社會主義內에서만 成就될 수 있다”).

第二次大戰以後 우리 自身の 公로에 依해서가 아니라 休戰線의 設定過程에서 우연히 굴러 떨어진 우리의 基本的 自由에 對한 意識을 西獨內에서 適當한 時期에 強化하는것, 또한 西獨이 民族的 허상을 拋棄하고(統一유럽內에서 타협없는 參與를 通하여) 自由와 團結, 平和와 定義의 價值를 위하여 타협없이 參與 함으로서 決定될 統一유럽內에서의 國際的 地位를 形成하는것 바로 이것들은 東歐條約以後 未來를 指示하는 獨逸政治의 課題인 것이다.

-基本條約을 통한 東獨內의 獨逸人에 對한 保護 및 배려의무의 侵害

基本法에 依하여 宣布된 國家와 人間과의 關係에 있어서의 變遷은 모든 國家權力의 任務는(古典的 自由主義의 意味에서) 基本權領域의 侵害를 자제 한다는 것만이 아니라는 것으로 나타난다.

基本法 第1条 1項 2段에 法的으로 規定된 人間像을 더 나아가 國家로부터 모든 基本權이 歸屬되는 人間의 權利的 核心인 (Herzog) 人間의 尊嚴성을 保障하기 위하여 積極的인 行爲를 要求하고 있다. 이와 같은 國家의 義務는 모든 "獨逸人" (基本法 第116条, 16条)에 該當된다. 엘베강 저편의 獨逸人에게도 自由로운 自決을 可能케하는 憲法의 基本的 決斷은 前文 第2項과 3項에서도 그 規定을 찾아 볼수 있다.

東獨에 있어서의 人權의 地位를 強化하라는 國家機關에 對한 積極的 委任도 分명한 基準에 따라서만 裁判이 될수 있으나 裁判上으로 필선 쉽게 確認할 수 있는 것은 必要한 前提로서 行爲委任에 내재하는 不作為義務에 對한 저촉과 權力機構위에서만 強化된 東獨政權의 強化에 寄與하며 東獨內 獨逸人의 基本的 自由를 위하여는 重要한 前進을 達成하지 못하는 것을 禁止하는 것이다. 이것은 聯邦憲法裁判所가 "자르-判決"에서 發展시킨 "接近說"의 이면에 있는 動機인 것이다. 자르規則에서 自決權을 保障하는 것을 볼때 약간의 國家組織法的 目的이 拋棄될 수 있었다 (判例集 第4卷 178面).

當 法廷은 特別히 東獨의 狀況에 關하여 西獨의 (憲法的) 公的秩序는 聯邦과 支邦의 機關들에게 (當時 아직도 그렇게 불렀던) 동부점령지대의 權力體系를 強化하거나 支援하는것"을 禁止한다고 判示 하였다. 이 判決理由를 가지고 聯邦憲法裁判所는 두개의 "權利救濟判決"에서 (判例集 第11卷 150面以下[160/1]; 判例集

第 12 卷 99 面以下 [109]) 東獨의 刑事判決의 執行可能性에 對한 法院決定을 解除했던 것이다.

유럽의 심장부에서 最少限度 不可避한 技術的 經濟的 協力を 保障하기 爲하여 마치 交通에 關한 條約이나 占領地域間의 貿易協定이 그리했듯이 基本條約에서는 東獨의 體制가 단순히 (不快한 現實로서) “容認”될 뿐만이 아니다. (取用法分野에 있어서 外國 [ 占領國 ]의 高權行為에 對한 憲法的으로 認定되는 “단순한 容認”에 關하여 : 判例集 第 27 卷 253 面以下 및 第 27 卷 326 面以下 參照).

오히려 基本條約을 통해 다음과 같은 事項이 充足되고 있다

a) 오래전부터 東獨과 그 밖의 동구권이 提起한 政治的 要求가 (1964年의 부카레스트宣言, 특히 東獨의 領土的 現狀에 對한 法的 承認과 國際法的 政治的 格상 參考) 充足되었고 東獨內의 獨逸人을 위한 自決權에 本質的이거나 눈에 될만한 보탬이 이루어지지 못한채 政治的 協商條件 (協商領域 = *gelände*) 이 拋棄되었다. “人間的 苦痛의 경감이라고 하는 것”은 무엇보다도 西獨에서 東獨으로 旅行하는것 또는 東獨에서 부터 나이 많은 사람들이 出國하는것 (祖父母나 保護를 必要로 하는 父母가 그 자식이나 손자에서 이사하는 것) 등을 말한다. 그런데 兇射命令의 禁止에 關해서는 아무것도 찾아 볼 수 없으며 出國의 自由 保障도 (단지

部分的으로 밖에) 찾아 볼수 없다. 이런 權利는 中世의 絶對的 独裁自體制度 그 "臣下들"에게 賦与되지 않았던 權利이며 이에 關하여는 크릴레 (Kriele)가 적중하게 指摘하고 있다 (ZRP 제71 卷 261 面 參照).

b) 基本條約의 規定으로 말미암아 (무엇보다도 外國에서) 否定할 수 없는 法的 外樣이 成立되었다. 即 西獨은 實質的으로 東獨의 體制와 화해하고 이를 同等한 價值를 가진 것으로 承認하였다는 것이다. 그렇기 때문에 基本條約 第1條에서 兩國이 "同等한 權利를 갖는 것이" 善隣關係의 基礎임을 確認했다. "同等權"은 그에 따르면 法的 關係에서 消滅되는 것이 아니라 法的인 것을 초월하여 感情的으로 본 "선린적"이라는 말에서 表現되는 것처럼 社會的 人間的 狀況의 評價에도 該當되는 것이다. 基本條約 第2條에서 "無差別"이라고 거침없이 (留保없이) 言及하는것 이라든가 對內(國內的) 事項에 있어서 獨立性的 "尊重" (第6條)이라는 말들은 모두 같은 方向의 目的을 갖고 있는 것이다.

(基本條約과 거기서 發生하는 作為 및 不作為義務에 있어서 西獨의 自由主義的 國家見解를 부인하는 銓衡的인 것은 이미 効力を 發生하는 記者(言論人)交換에 관한 書信交換에서 (記者들의 活動條件에 관한 具體的 規定의 자리에) 形式的이요 同價值性이라는 것을 미끼로 한 "現行 法秩序의 테두리"와 關聯시키는 것이다.)

c) 끝으로 基本條約에서는 西獨이 장차 그의 配屬保護義務 및

債務의 義務를 履行할 수 있을런지도 모를 法的 機構을 削除해 버렸다. 第1條 2條 및 6條 2項은 東獨에게 東獨에 對한 西獨의 人權干涉을 國際무대에 對抗하여 또는 그 앞에서 거절할 수 있을런지도 모르는 法的 根拠를 그 손에 안겨 주었다.

基本條約에서 宣布된 東獨内の 獨逸人에 配慮 義務의 侵害 배후에는 人間的 悲劇이 숨어 있으며 새 東邦政策에 걸었던 期待에서 부터 쓸쓸하게 깨어난후(옛날이나 마찬가지로 드리워진) 철의 장막 건너편의 獨逸人과 對話를 나누어 본 사람은 이 悲劇에 對해 누구보다 더 잘 알 것이다. 이와 같은 事實은 人生一代 以上の 期間동안 아니 未來에 까지 하나의 權力體制에 내버려졌다는 기분을 들게 한다(이와 關聯하여 브레즈네프 獨트린을 事實上 承認하고 있는 바르(Bahr) 文書 第5 및 第6号는 參照).

이와 같은 事實에 直面하여 만약 聯邦政府가 保護義務와 配慮義務를 단지 "道德的 및 政治的 問題"로 評價節下 하므로써 回避하려고 시도한다면 그것을 法的으로만 지탱할 수 없는 것이 아니다(1973年 6月 2日 字 聯邦政府의 文書 15面 參照)(註5)

뿐만 아니라 여기서는 또한 憲法的 作為와 不作為義務는 그 全體에서 비로서 憲法的 平和의 概念을(具體的으로) 形成하게 되는 데 이는 聯邦政府가 방금 言及할 文書에서(9面) 하려는 것 처

註5) 發行者 註: Dokument (문서) A VII.

법 一般的 "平和의 原則"을 指摘하므로써 없애버릴 (überspielen) 수 없다는 것도 問題된다.

保護와 配慮義務의 問題와 密接하게 關聯된 것은 國籍에 關한 法과 外交的 保護에 關한 法의 觀點에서 基本條約을 評價하는 것이다.

聯邦政府는 國籍에 關한 法이 基本條約으로 말미암아 "直接的으로나 間接적으로 侵害되지 않는다"고 생각하고 있다. 그것은 만약 聯邦政府의 議定書籍 宣言 (Protokollerklärung)이 ("國籍의 問題는 條約에 依해 規定되지 않았다") 순수한 (解釋) "留保" (聯邦政府의 基本條約에 對한 回想錄 B 便에서 聯邦政府는 그렇게 보고 있다)이며 그것으로서 條約相對方도 拘束한다면 옳을 것이다.

議定書에 對한 宣言이 순수한 留保로 생각했다면 이 留保는 相對方에 依한 (明示의으로나 默示의으로) 承認을 必要로 했던 것이다. 東獨은 다만 基本條約은 國籍의 規定을 수월하게 할 것이라고만 宣言했으므로 基本條約이 國籍法에 關한 直接的 規定을 包含하고 있지 않다는 것 만큼만 同意가 成立되어 있는 것이다.

이 議定書에 關한 宣言이 聯邦政府의 見解에 따라 條約的 規定 領域 밖에 있는 對象과 關聯되어야 한다면 (聯邦政府는 아마도 그렇게 생각하는 것 같다. 上記 回想錄 參照) "留保"가 아니라 相對方에 依한 수락도 必要하지 않으며 相對方을 또한 拘束하지도 않는 하나의 "法的 保全"이 存在하는 것이다.

東獨이 政治的으로 사용할런지도 모르는 “異見의 活動範圍”가 이 境遇에 더욱 클런지도 모르는 것이다.

그러나 基本條約 第1條 2條 6條自體에서 부터도 基本法에 規定된 統一的 獨逸의 國籍과는 상반되는 國籍問題에 關한 間接的 規定이 나타나게 된다. 即 (東西獨)關係의 基礎로서의 “同等權” “主權的 平等權” “獨立과 自主性的 尊重” “對內外的 事項에 있어서 獨立性的 尊重” 등이 그것이다. 基本條約 第1條 2條 6條는 內容을 確定하는 (그리고 基本條約에 따라 解約할 수 없는) 장차 締結하게 될 諸規定과 장차 條約合致的으로 代替할 수 있는 모든 法的 見解의 原則規範인 것이다.

더우기 基本條約의 締結과 더불어 (이미 詳論한것 처럼) 全獨逸의 國家性的의 나머지는 國籍을 정리하는데 있어서 그 主体로서 전락될 것이다. 國籍에 關한 法도 領土의 法的 狀態와 關係 없 이 繼續하여 存続할 수 없으므로 基本條約 第3條 2項도 여기서 (重要한) 意義를 갖게 되는 것이다.

多數國家性 (Mehrstaatigkeit) 을 可能한 限 막으려고 하는 것은 國際法의 一般的 原則이다. 對內外的 高權을 完全히 承認한 다른 國家의 前 國民을 자기를 위하여 要求한다는 것은 國際法에 반하는 것이다. 舊國家가 滅亡하는 境遇 (全體獨逸의 解體) 또는 承認되고 明白하게 된 新國家가 形成되는 境遇 (東獨의 分離) 舊國籍은 自動的으로 消滅되며 新國家의 國籍 (取得) 에 아무런 法的 障害도 없는 것이다 (1945年 4月 27日 오지리의

의 成立과 더불어 오지리国籍의 成立에 關하여, 聯邦憲法裁判所 判例集 第4卷 322面以下 參照) (註6)

1973年 1月 11日 外務部가 西獨에 駐在하는 모든 外交的 및 領事的 代表部에 보낸 書翰에서도 (文書番号 502-507,00) 東獨이 第3國과 領事條約을 締結하는 것을 이 以上 막을 수 없다는 걱정스런 認識이 나타나고 있다.

基本條約 締結과 더불어 적어도 "間接적으로" 나타나는 国籍에 關한 第1, 2, 3條 2項 및 6條의 結果中 하나는 東獨이 高權의 으로 第3國人에게 賦與한 国籍이 이중 国籍으로 보게되는 것이다. 西獨은 "同等한 價值를 가진 獨立性" (第1條, 6條)을 수락한 이상 이를 막을 수도 없을 것이다. 第3國人の 東獨国籍은 (國際法的으로 容納되는 것이다) 効力を 가진 것으로 볼 수 있기 때문에 基本條約은 적어도 旧 "獨逸国籍"의 部分的 喪失이라는 結果를 가져 오게 된다. 西獨은 東獨의 獨逸人을 外國에서도 이 以上 外交的 保護下에 둘 수 없는 것이다.

基本法 第23條 2段이 保障한 獨逸의 다른 部分이 (西獨基本法에 加入할) "加入權"에 關하여 聯邦政府는 1973年 6月 2日의

註6) 여기에 關하여는 Karl-Heinz Bauer의 아직 發表되지 않은 München 大學 博士學位論文: "獨逸聯邦共和國 (西獨)과 獨逸民主共和國 (東獨)에 있어저의 国籍" 參照. 이는 當 法廷의 要求에 따라 여기서 提示되었다.



文書(14面)(註7)에서(聯邦憲法裁判所の判決에一致하게) 스스로“加入可能性”은 열어 두어야 한다고 지적하였다.

基本法第23条2段은再統一과關係되는 다른憲法規定들의先後關係에서보아야할 것이며(前文,第146条) 또한“獨逸의 다른部分”에 있는住民들이 그의自決權을行使하여再統一을 위해 스스로決定할 수 있는 길을 열어 놓으려고 하는 것이다. 加入可能性에 대한 그와 같은自由로운決定은基本條約에 따르면이以上西獨에依하여(條約에符合되게보아)要求될 수 없게 될 것이다. 왜냐하면境界의變更을 위한對話의相對者是結局“對內外的獨立性を尊重하게될”東獨政府일 것이기 때문이다.(基本條約第1条2条와結合하여第6条2段)基本條約의發効後東獨은基本法第23条2段的意味의“獨逸의 다른部分”이이以上아니며이로써이條項은(특히獨逸法的)意義를喪失하게된다.

더나아가東獨은基本條約을 끌어대어 그와 같은要求를 물리칠 것이다. 基本條約의前文에서(이前文은그限度內에서基本法第2条2項을拘束的으로解釋하고 있다)現狀態에서의境界의尊重이유럽의平和를 위한“基本的條件”으로서強調되고 있기 때문에解約할 수 없는基本條約과一致하여“平和的變更”에作用할西獨의活動의여지는대단히좁은것이다.

註7) 發行者 註: Dokument (文書) A VII.

끝으로 基本條約에 있어서의 伯林의 取扱은 憲法에 反하는 것이  
 다. 伯林은 憲法制定者에 依하여 基本法 第 23 條 1 段에서 다른  
 支邦들과 꼭 마찬가지로 基本法의 適用範圍內에 採択되었다.  
 聯邦憲法裁判所는 ( 基本法 第 23 條 1 段 ( 諸地方… 및 伯林地域에서 )  
 과 第 144 條 2 項 前段의 文句에서 出發하여 ) 繼續되는 判決에서  
 伯林은 하나의 支邦의 資格을 갖는다고 判決하였다. 伯林은 이에  
 따르면 基本法에 依하여 組織된 聯邦共和國의 한 地方 ( 州 ) 인 것  
 이다. 基本法은 伯林에서도 効力을 가지며 다만 그 適用은 占領  
 法의 制限을 받는다 ( 判例集 第 7 卷 10 面 ) 聯邦憲法裁判所는 이와  
 같은 法的 見解를 단지 지나가는 말로서가 ( in obiter dicta )  
 아니라 聯邦憲法裁判所法 第 31 條 1 項에 따라 모든 國家機關을  
 拘束하는 作用을 가진 重要한 決定 ( 判決 ) 理由로서 確認했다.  
 聯邦憲法裁判所는 西方聯合國의 相異한 法的 見解를 알면서도 이  
 觀點을 主張하고 있다. 聯邦憲法裁判所는 伯林의 構成國家資格을  
 부인하는 聯合國 高等委員會 ( AHK ) 가 통고한 見解를 分明히 거부  
 하였다 ( 判例集 第 7 卷 13 面 ) 立法者는 그의 條約法的 伯林條項으  
 로 말미암은 이와 같은 憲法的 狀況에 對하여 지금까지 항상 公  
 平하였다 ( 高소장 14 面 參照 ) ( 註 8 )

聯邦에 있어서 伯林의 地位는 憲法的으로 固定되고 단순한 立法  
 者의 行爲에만 歸屬되지 않기 때문에 그 地位는 原則적으로 司法

註 8) 發行者 註 : Dokument ( 文書 ) C I.

的 判決의 法的 効力에 있어서나 그의 權威에 있어서 다른 國際法的 狀況을 통하여서도 侵害되지 않는다.

基本法에만 連結된 憲法解釋과 伯林은 地方이 아니다라는 聯合國의 見解는 항상 對立되었다. 그러나 西獨과의 어느程度的 연결과 結合은 聯合國의 留保權 行使에 있어서 許諾되었다.

1971年 9月 3日의 伯林에 對한 四個國協定(이 協定에서는 "該当地域"이라고 規定되고 있다) 第2部 B에서 西部占領地域은 "지금까지와 마찬가지로 獨逸聯邦共和國의 構成部分(構成的部分)이 아니며" 앞으로도 聯邦共和國에 依해 統治될 수 없다 라고 끝내 說明되었다.

西方國家들은 물론 過去 聯邦共和國(西獨)의 國家機關들이 西部 伯林을 西獨의 地方(州)으로 表示하는 것을 지금까지 承認해 왔다. 또한 1967年 4月 18日의 書翰에서 上院(Senat)과 하원(Abgeardnetenhaus)은 聯邦憲法裁判所에 對한 態度에서 聯合國의 法的 見解를 考慮해 주도록 간청하였다.

基本法을 덮고 있는 占領法은 基本法과(部分的으로) 衝突되고 있다. 만약 憲法에 規定된 憲法理論의 指導原理가 政治的으로 實現할 수 없을 때는 法的 拘束力을 主張할 수 없다고 法治國家에 對하는 政治의 優위가 優다고 보면(H.H.Mahnke가 그런 見解를 主張한다) 基本法의 完全한 廢棄나 停止를 생각하는 것은 排除된다. 오히려 憲法이나 그 規範力에는 可能的만큼 여유가 주어지게 된다.

占領法과 基本法의 緊張狀態로부터 接近 및 平等化要求가 나타나

게 되는데 이 要求는 國家機關들에게 어떻게든 可能한 限 “마  
치” 伯林이 하나의 地方인 것 처럼 伯林과의 關係를 規定하는  
것을 義務로 賦課하는 것이다. 이는 또한 聯邦에 對한 忠誠의  
原則에도 該當되는데 이에 따르면 聯邦은 그에게 法的으로 賦與된  
根拠 없이는 하나의 支邦을 다른 地方에 對하여 차별할 수 없다  
는 것이다. 이는 또한 外部에 對한 代表에도 該當된다. 어떻게  
든 可能한 限 伯林은 모든 다른 地方과 마찬가지로 國際法的  
條約을 締結하는 境遇 聯邦을 通해 代表되어야 한다.

基本條約에는 伯林에 對한 아무런 論及도 없다. 條約法의 第2  
條는 西獨의 條約에서 보통 볼 수 있는 伯林條項과는 달리 “이  
法은 條約의 規定이 伯林과 關係되는 한 効力を 갖는다...”  
條約法 第2條는 따라서 基本條約을 署名할 當時 兩側의 聲明과만  
關聯된다. 이 聲明에서는 단지 基本條約 第7條에 規定된 正常化  
에 관한 合議를 (西) 伯林에 擴大하는 것은 그때 그때의 境遇에  
合議될 수 있으며 西獨의 常任 代表部는 1971年 9月 3日의  
個國協定에 따라 (西) 伯林의 利益을 代변한다는 것이 確認되었다.  
여기서는 단순한 利益의 代변에 관한 것이며 法的 代변이 아니다.  
條約의 締結과 條約에 있어서 伯林의 代表에는 特別히 聲明 第1  
項이 適用된다.

伯林의 代表는 그때 그때의 境遇에 따라 부여하게 될 東獨의  
양해에 依存되고 더욱기 基本條約 第7條의 範圍內에서 附屬合意에  
局限됨으로서 이미 伯林의 代表에 관한 憲法的 同等化 要求가

充足되지 못하였다.

基本條約自体에 따르면 西伯林은 西獨에 依하여 代表되지 않는다. 다시 말하자면 "東獨과 西獨間의 基本的 關係"와 "東獨과 西伯林間의 基本的 關係"는 相異하다는 것이 수락되는 것이다.

西獨의 同意를 얻어 西伯林은 "独立的 政治單位(統一體)"의 法的 地位를 얻으려고 努力하고 있다. 그런데 이와 같은 努力은 憲法의 要求에 正面으로 對立되는 것이다.

協定을 西伯林에 까지 擴張한다는 데 관한 聲明도 制限된 範圍內에서 예견하고 있는 可能的 代表의 境遇에도 東獨과 西伯林的 上院(Senat)間에 合意된 事項은 侵害되지 않는다고 하는 만큼 역시 基本法에 저촉되는 것이다. 이 一般條項은 基本法 第32條 3項에 依하여 外交的 領域에서 地方들에게 賦與된 權限을 훨씬 넘어서고 있으며 聯邦의 다른 地方들과 伯林的 同等(格)化를 추구하는 것이 아니라 "独立的 政治單位"를 目的으로 추구하고 있는 것이다.

이와 같은 憲法上的 結果는 兩側에 "該當하는 雙方 또는 多邊적 國際條約이나 合議" 및 여기에 包含되는 伯林에 對한 四國國協定을 가르키고 있는 基本條約 第9條에 依해서도 緩和되지 못한다. 왜냐하면 이 協定에서도 西獨에 依한 西伯林的 (部分的) 代表可能性만이 부여되고 있을뿐 自動的 代表를 規定하고 있지는 않다.

이 點에 있어서 基本條約이 憲法에 違反된다는 것을 確認하는

것은 우선 "安全과 地位에 관한 事項"은 侵害되지 않는다는 基本條約의 條項과 關聯된다. (四國協定 第2部 II. D, 부록 IV A 2号 參照) 그러나 四國協定을 올바로 解釋하는 境遇 그와 같은 違憲性的 確認은 基本條約의 地位形成的 規定에도 該當되고 있다.

(西方)三國은 이 協定에서 우선 西伯林의 全体的 代表를 留保領域에 包含시키고 있다. 그리고나서 安全과 地位에 重要하지 않은 問題에 있어서의 代表權은 一般的으로 西獨에 委任하고 있다. 四國協定の 부록 IV, A의 第2号는 三國이 더 나아가 個別的인 境遇 特別한 代表權의 委任을 即 安全과 地位에 關한 問題에 있어서도 단행하는 것을 배제하지 않는다. 留保領域에 있어서의 西獨의 行爲는 "三國의 權利와 責任이 侵害되지 않는다"는 留保下에서 可能한 것이다. 類似한 方法으로 西獨은 基本條約과 앞서의 東歐條約들을 締結할 수 있었다. 이 條約들의 內容은 獨逸條約(Deutschlandvertrag) 第2條에서 制限된 留保領域에 該當된다.

따라서 憲法的으로는 적어도 聯邦政府가 (西方)三國에게서 비록 聯合國의 權利와 責任을 侵害하지 않는다는(形式的 法的) 留保下에서라도 基本條約을 締結할 때 西伯林을 代表할 수 있도록 努力해야 한다는 것이 要請되었다. 마치 聯邦政府가 基本條約에서 또한 東歐條約의 締結時 實質적으로 獨逸法的 規定을 聯合國의 權利를 侵害하지 않는다는 留保下에서 規定할 수 있었던 것과

유사하게 말이다.

1973年 6月 2日字 提出文書에서의 聯邦政府의 立場은 維持될 수 없는 것이다. 聯邦政府는 거기서 伯林에 관계되는 問題는 聯邦 憲法裁判所의 裁判權에서 除外된다는 見解를 主張한다. 이에 反하여 聯邦憲法裁判所에도 適用되는 聯邦에서 伯林을 支配하는 것을 禁止시키는 것은 단지 伯林의 公權行爲에 대한 감사 및 伯林의 管轄機關에 政府行爲를 設定하는것에 該當된다. 聯邦憲法裁判所는 原則적으로 “伯林 事項”에 關하여·아무런 權限을 갖지 못하며 伯林事項에 있어서 伯林의 國家機關의 行爲는 國內領域의 效果를 가지고 判斷된다. 伯林과 關係를 가진 西獨의 公權行爲에 대한 判斷이나 聯邦政府가 憲法에 依하여 賦與된 西伯林을 代表할 義務를 지키고 있는가의 監督은 除外되는 것이다(聯邦憲法裁判所 判例 集 第 20卷 257面 參照).





#### IV. Kriele 教授의 弁論文

東西獨 基本關係에 관한 憲法的 판단을 내리기에 앞서서 우선 무엇보다도 이 條約의 原則과 目的이 基本法의 原則과 目的에 包含되는가의 여부를 알아 볼 일이다. 聯邦政府의 견해는 이 基本條約이 成文憲法典의 個別條文은 勿論 前憲法的인 憲法制定權者가 주장하는 여러 原則 및 基本理念과도 內的으로 연관이 있다는 原告의 견해와 一致하고 있다 ( BVerfGE2, 380 ) 이러한 基本原則과 基本이념은 부분적으로는 法的性格과 연관이 있고 부분적으로는 政治的 信條 내지 統合政策의 프로그램에 대한 호소이다 ( BVerfGE 5, 127 )

이 基本원칙과 基本이념들은 바이말共和國 國家社會主義의 테로정치, 第2次世界大戰, 敗戰 및 그 이후의 독일과 깊은 연관이 있는 歷史的 背景을 갖고 있는 문제이다. 基本法制定者들은 의식적으로 새로운 출발을 원하였다. 이는 다음에서 보듯이 그 制定史에서도 나타난다 :

##### (1) 平和保全의 指向과 國際法上的 親善

이러한 觀念은 基本法 前文에서 프로그램적으로 表現되고 있는바 ( 世界平和에 기여하고…… ) 나아가서 基本法 여러곳에 특히 基本法 第24, 25, 26 條에 憲法規定을 두고 있다.

##### (2) 國家와 政治는 人間을 위하여 봉사하는 것이지 그 반대는 될수 없다는 추상적인 원칙을 요구하는 根本원칙

이 관념도 憲法前文에 프로그램의으로 표현을 두고 있고(神과 人類에 대한 責任을 의식하고……) 나아가서 基本法 第1條와 그밖 에 여러곳에 規定을 두고 있다.

(3) 獨逸은 1945年 國家로서 法的主体가 滅亡된것이 아니고 더욱이 獨逸聯邦共和國의 誕生으로 滅亡되지 않았다는 표상.

나아가서 獨逸聯邦共和國은 道德的인 義務性을 가지며 可能한 한 獨逸帝國 權利·義務를 繼承한다는 표상을 갖고 있다. 이런 觀念은 基本法 前文에 明示되어 있다(國家的 統一을 維持하고……)

(4) 獨逸의 政策은 聯邦共和國의 利益만을 위해서가 아니라 全民族의 利益을 위해서다.

이 觀念도 역시 憲法前文에 明示的으로 나타나고 있다(이 基本法은 參與하지 못하는 獨逸人의 問題로 다루고 있다)

(5) 再統一을 위한 努力에의 추구

이 基本原則은 프로그램의일 뿐만 아니라 나아가서 直接的으로 法的意義도 갖는다. 勿論 이 原則의 重點도 法的으로 보아 基本法 前文에서 연유되고 있다.

一般的으로 聯邦政府의 獨逸政策 또는 東方政策과 이 여러原則과 一致되는 基本條約 및 基本法의 基本理念들을 다음의 두가지 理由로 因하여 原告는 잘못 理解하고 있다:

첫째 基本條約의 內容·目的 및 成果를 오해하고 있고 둘째로 基本法의 이러한 基本原則과 基本理念 및 그의 法的 意義와 相互關係를 基本法 制定史나 基本法條文과 憲法裁判所의 普遍的 견해와

는 달리 임의로 解釋하고 있는데에 問題가 있다.

筆者는 여기서 먼저 基本條約을 明確하게 밝혀둘 必要를 느낀다. 基本條約의 個個規定은 그의 基本原則과 聯関을 가져야만 하고 또 그의 意圖를 正確하게 解釋해야 만 한다.

이점을 基本條約의 締結後의 狀態가 어떠한가, 過去 3年半 동안의 獨逸政策이 万若 없었더라면 어떠했는가 또 万若 이 條約締結이 失敗로 돌아 갔더라면 어떤 結果가 일어났을까 하는 點들을 상상해 보면 事態는 分明해 질 것이다. 그러한 比較는 勿論 假說的 要素가 내포되고 있으나 그러나 매우 實現可能한 結果를 낳게 한다 :

(1) 獨逸의 狀態에 대한 우리에게 負擔이 되는 일들 特別히 그중에서도 오늘날 우리가 가슴아파하는 일은 東方政策이다. 그 다음은 伯林을 가로 지르는 담과 그 다음은 지뢰가 묻혀진 兩獨의 境界線 그 다음은 총격命숨을 들수 있겠다. 아마 그 다음은 東獨의 內部問題로 우리 基本法的인 要求가 투용이 안되고 再統一이 가까운 將來에 實現을 볼수 없는것 들이다.

(2) 우리가 國際社會에서 東獨의 承認을 繼續 지지할수 있었을까 하는 問題를 잠깐 생각해 보면 그 답변은 매우 어려웠을 것이라는 것이 現實이다. 過去 3年동안 우리는 目前에 있는 基本條約을 理由로 들어 많은 나라들이 東獨을 承認하려는 것을 盟誓할수 있었다. 그러나 基本條約에 署名即後 東獨을 承認한 나라들이 쏟아져 나왔다는 점이 이를 証明하고도 남는다.

우리와 國交를 맺고 있는 西方의 여러나라 들이 東獨을 承認하는 問題는 우리는 몇年間은 遲延시킬수 있을것이나 그러나 繼續 저지할 수는 없었을 것이다. 万若 그렇게 봤드라면 우리의 立場은 어떠 했을까? 東獨은 우리의 의사에 反하여 國際社會에서 繼續 承認을 받을 것이고 그렇게 되면 國際社會는 우리의 의사에 反하는 結果를 가져왔을 것이다. 우리의 意思에 反하는 行動을 取한 西歐 國家들에 대한 우리의 位置는 더욱 거북살 스텝게 됐을 것이다. 그렇다면 結果는, 방어할수 없을 바에야 率先하여 展開시키는 것이 賢明할 것이다.

(3) 더욱 우리에게 負擔이 되는 點은 万若 우리가 아직까지 國際社會에서 孤立되어 있었드라면 다음의 狀態에 까지 이르렀을 것이다: 原告의 主張과도 같이 法的 見解는 東歐 여러나라에서 뿐만 아니라 西歐 여러나라에서도 우리는 政治的으로 同格으로 取扱당하거나 또는 不和가 存在하는 地域的인 現狀態의 維持라는 問題로 잘못 理解되고 있을 것이다. 또 西方勢力의 外交政策 特히 北大西洋防衛條約機構는 世界平和를 地域的인 現狀態 維持를 確保한다고 基本政策下에서만 움직였을 것이다.

모든 責任있는 政府의 이에 同意하는 見解로는 聯邦政府의 獨逸政策이 國際社會의 平和를 確保하는데 寄與할뿐만 아니라 事實 이 미 寄與하고 있다는데에 一致된 생각을 갖고 있다.

(4) 基本條約은 두개의 獨逸國家間的 法律關係를 分明하게 하거나 改善케하는 수 많은 要素를 갖고 있다:

(a) 独逸民主共和国은 条約締結로 因하여 兩獨關係의 条約締結에 있어서 國際法上 國家로 認定하는 것이 前提條件이라는 従来の 主張을 더 못하게 되었다.

基本條約의 어느곳에서도 東獨은 國際法上的 認定을 明示的으로나 決定的으로 밝힌바가 없다. 그에 關하여는 Leverenz 氏가 仔細히 說明하고 있다. 나는 여기서 다만 基本條約 第8條(常任代表), 第10條(必要한 通첩문의 交換)와 第9條(國際上 協定の 留保)만을 지적 하겠다.

留保란 무엇보다도 四大強國과 聯關된 內容아겠는데 獨逸이 UN에의 加入은 四大強國의 明示的인 뒷받침이 絶對必要하며 이는 獨逸條約에 있어서도 마찬가지로의 境遇이다. 이점은 四大強國이 全体로서 獨逸에 聯關이 있음을 分明하게 말해주는 것이다. 이점은 三大西方國家가 兩獨의 再統一에 대한 努力이나, 平和의 留保에 關해서도 똑같이 適用되는 問題이다. 그 一例로 獨逸民主共和國과 締結한 書信交換의 協定에서도 부가적으로 밝힌바 四大強國의 權利와 責任性은 아무런 障礙없이 持續되고 있다. 이는 結果的으로 우리가 繼續 "獨逸( Deutschland )"이라는 法概念을 지키며 또 우리가 獨逸人民共和國을 우리의 領土로 보지도 않고 同時에 外國으로도 認定치 않고 있다 하더라도 條約違反이라는 結果를 초래하지는 않는다는 것이다.

(b) 民族의 問題에 있어서는 獨逸民主共和國과 見解를 달리하고 있다. 이 異見은 基本條約에서 言及치 않고 있다. 그러나 이

異見에 대한 어떤 同意가 있었기에 우리의 見解가 条約締結에 障  
害가 되지 않았다.

(c) 独逸国籍에 關해서는 變動이 없다. 国籍에 關한 의문을  
막기 위하여 留保宣言을 通하여 国籍問題는 規定치 않기로 合議를  
보았다.

(d) 財産問題에 關해서도 變動이 없는바 이는 合議된 協定書에  
서 規明 하고 있다,

(e) 兩側의 合議된 声明을 通하여 独逸民主共和國內에 있는 西  
백 립은 独逸聯邦共和國에 依해 代表되고 있다.

(5) 同条約에는 兩獨에 있는 人間을 爲한 實質의인 改善에 關해  
規定을 두고 있다. 其中 무엇보다도 兩地域內的 經濟·科學·技術  
分野와 交通·法律·郵便·電信制度和 保健·文化·運動·環境保護에  
關한 協定을 締結할 義務를 規定하고 있다(第7條) 이미 独逸民  
主共和國에서 其中 몇가지를, 家族의 結合, 旅行을 쉽게 하고, 商品이  
아닌 物品의 交換과 言論人의 言論活動의 許容을 承諾하였다.

以上の 政治的·法的 및 人間의인 改善은 다른 側面에서보면 두가지  
問題를 이르고 있다: 첫째問題는 独逸民主共和國의 國家性을 認  
定하여 条約을 尊重하는 問題인데 이는 이미 1969年 10月 28日  
의 政府声明에서 밝힌바 있고 또 通行条約의 締結自体가 國家条約  
으로 認定되고 있는 바이다. 原告도 이 國家条約은 聯邦會議에서  
贊成한바 있었는데 그렇다면 이제다시 独逸民主共和國의 國家性에  
대해 異議를 提起한다는 것은 스스로 二律背反的인 行動이 아닐수

없다. 이러한 國家性的 尊重의 問題는 나아가서 現在의 兩獨境界를 ( BVerfGE 18, 353f ) 事實上的 ' 國境 ' 으로 보며 同時에 同等, 自主·獨立과 領土의 不可侵의 原則을 尊重하게 된다. 따라서 여기에는 事實적으로나 人爲적으로 보아 어떤 不利한 點이 있을수도 없다.

둘째 問題는 獨逸民主共和國을 國際社會에서의 承認의 封鎖를 풀어주는 것이다. 封鎖의 解除는 獨逸聯邦政府에 어떤 不利益을 가져 오지는 않는다. 왜냐하면 封鎖는 우리에게도 獨逸에도 獨逸民主共和國에도 다같이 利益을 가져다 주지는 않기 때문이다. 他面 이미 言及한바와 같이 우리는 이와같은 封鎖를 오래 持續시킬수 없는 것이다. 封鎖의 解除는 結局에 가서는 우리를 U N에로의 길을 터주게 만든다. 왜냐하면 U N의 安全保障理事會에서 強大國의 拒否權이 行事되기 때문에 兩獨은 實質적으로나 政治적으로 보아 둘다 U N에 加入하거나 그렇지 않으면 둘다 加入할수 없는 事實이다.

다음은 위에서 言及한 基本法의 다섯가지 基本理念과 基本條約을 한번 比較해 보자 :

(1) 基本條約은 實質적으로 平和保全이라는 憲法의 目的에 寄與하고 있다.

(2) 基本條約은 人間에게 實質적으로 利益을 가져오는 人道主義의 憲法目的에 寄與하고 있다.

(3) 基本條約은 獨逸 ( Deutschland ) 의 繼承存続이라는 基本法制

定者의 뜻과 一致한다.

(4) 基本條約은 基本法制定者의 理念인 獨逸聯邦共和國 만의 利益이 아니라 全國民의 利益을 爲한다는 政策과 一致한다.

(5) 基本條約은 獨逸問題의 解決을 保留하고 있으며 이는 再統一에 害가 되지 않는다.

原告는 이 다섯가지 原則이 그들에게 하등 關聯이 없다고 보고 또 基本條約도 이와 關聯지워 解釋할수 없다고 보기 때문에 基本條約의 憲法上的 位置를 잘못 理解하고 있는 바이다. 또한 個別的인 問題도 그들의 解釋에 따르면 基本法이나 基本條約에 適合치 않고 있다.

#### 第1. 첫번째의 그리고 가장 重要한 訴訟要件:

「獨逸의 國家的 單一性의 保存」이라는 이른바 憲法國政에 關하여

原告는 獨逸聯邦共和國은 獨逸帝國과 同一性을 가진다는 이른바 同一說과 關聯하여 이를 憲法上 認定하고 있으나 그러나 獨逸聯邦共和國의 領土는 基本法의 適用範圍를 넘어서 까지 미칠수 있다는 이른바 「國家核心의 變形 (Staatskernvariante)」 理論을 取하고 있다. 特히 獨逸民主共和國도 獨逸聯邦共和國의 領土위에 存在한다는 主張이다. 聯邦의 機關들은 그곳에서 다만 實質的인 理由 때문에 當分間 國家高權이 미치지 못하고 있을 뿐이라고 본다. 따라서 原告는 獨逸民主共和國을 「國家」로 認定할 수 없고 또한 領土의



不可侵 問題나 独逸民主共和国를 国内 国外 關係에서 尊重할 必要가 없다는 것이다.

原告는 独逸의 領土는 独逸聯邦共和国領土만이 라는 同一說의 '縮少된 國家 變形 ( Schumpfrtaatsvariante )' 說을 完강히 拒否하고 있다.

이 告訴는 國家核心說과의 妥協을 不可避하게 만들었는데 일면은 그 內容에 他面은 憲法上的 問題이다.

### 1. 聯邦政府의 눈에 비친 法的主体로서의 '独逸' 과 聯邦共和國과의 關係

(1) '独逸' 은 1945年 二次大戰의 敗亡으로 滅亡되지 않았다. 이점에 關해서는 原告도 같은 생각이다. 지금까지의 憲法裁判所의 判決도 이를 認定하는 바이다.

### (2) 1945~1949年間的 國際法上 및 憲法上的 發展過程 :

四大占領國의 最高 權威는 '共同으로' 같으나 다만 각기의 占領地區에만 行使된다. 占領權의 撤收는 最初는 地方自治團體에서 始作하여 最高 영역에 까지 미쳐서 '独逸國家權力' 을 되찾게 되었다. 東西獨 紛爭. 1947年 6月 8日의 文獻에서 州國務總理會議의 決裂. 西方占領地域 國務總理들은 각자가 州의 代理人이라는 意識을 갖고 勤務하는바 여기에 代表性이 결여되고 있다. 이제 우리는 全体責任性을 意識하다. 여기서 '代理人' 으로서의 虛弱한 地位는 後에 基本法 前文에 明示의 表現되고 있다. 聯邦共和國 基礎

의 前史 : 非國家性, 非憲法의 制定, 그의 失敗 等 ( BVerfGE 1, 368 參照 )

(3) 聯邦共和國과 獨逸國의 關係 : 우선 國家가 아니라는 問題보다도 國際法上의 問題 : 聯邦共和國이 獨逸帝國의 權利·義務를 繼承한다는데 대한 3가지 方法의 可能性을 생각해 볼수있다 :

(a) 法的 繼承 : 이는 獨逸帝國의 滅亡을 前提로 한다.

(b) 同一性

(c) 代理, 代表, 信託統治, 自發的으로 獨逸帝國의 權利·義務를 聯邦政府에 讓渡, 國家共同體를 통한 獨逸帝國의 權利를 自發的으로 認定

b) 와 c) 사이에는 正確한 區別을 내릴 수 없겠으나 그러나 基本法의 制定을 더듬어 보면 c) 의 解決에 더 接近한다.

外的境界에 關해서는 1950年 5月 19日에 紐-욕에서 行한 外相會議에서 決定을 본바 있다. 獨逸의 統一을 볼때까지는 國際關係에서 聯邦共和國을 " 獨逸을 위한 獨逸民族의 代表 "로 보기로 同意하였다. 同日字 外相 兼 首相인 아테나워氏는 이 決定은 결코 聯邦政府를 法律上 全獨逸의 政府로 認定하는 것이 아니라고 밝혔다. 同一說을 잘못 理解하게 된 原因은 무엇보다도 이 聲明이 1971年에야 公開된데 起因하고 있다.

同一性을 갖느냐 또는 代表性을 갖느냐의 性格을 規定지우는 하나의 妥協은 1952/53年에 있는 런던債務協定時에 決定을 보았다. 聯合軍側의 案에서는 獨裁聯邦共和國을 獨逸帝國의 責任性을 " 委任 "

받았다고 記述하였으나 独逸代表가 이를 拒否해 버려서 妥協된 것이 聯邦共和国은 独逸帝国의 責任性을 "繼續하여" 진다고 하였다.

聯邦共和国에서 代表性과 同一性의 차이와, 独逸에 對해 言及한 權利와 独逸政府로서 行한 權利와의 차이를 抹殺한 듯한 印象을 주었기에 西方三國은 그들의 立場을 再強調한바 있다. 即 1955年 5月 제네바에서 行한 美·英 外相會議에서 決定을 보기를 "國際法上 独逸은 國際法主体로 繼續 존속함이 認定된다. 그러나 独逸 聯邦共和国과 이른바 独逸民主共和國이 하나로 合쳐서 分 나누어서 是간에 独逸로서의 活動과 義務履行이 全独逸의 政府로 行하는 것으로는 認定할 수 없다"

(4) 基本法制定者들은 設想 願하였드라도 이 範圍를 넘으려고는 하지 않았을 것이다. 그들의 主權은 占領國에 의해 制限되고 있었다. 占領國들은 形式上 全独逸에 對해 責任을 지고 있다.

戰領國들은 独逸聯邦共和国이 誕生한 後에도 繼續해서 独逸聯邦共和國이라는 말과 "独逸"이라는 말을 區別하고 있다. 그중에서도 独逸帝国의 國際法主体性의 問題는 後에 再編되야 한다는 見解를 갖고 있다. 이는 例를들면 独逸條約에서도 分明히 밝힌바 있는데 同條約 第2條 및 第7條에서 "独逸"이란 말이 나온다. 여기서 独逸을 再組織된 全獨을 國家로 보고 장래의 平和條約의 當事者라고 보려는 立場인데 反하여 独逸聯邦政府의 見解는 現 独逸聯邦共和國이 當事者라고 못박고 있다.

(5) 따라서 基本法에서는 同一性의 問題에 대해 確固한 規定을 두고 있지 않다.

基本法에서 '獨逸聯邦共和國'과 '獨逸'의 區別은 西方三大國의 見解와 같이 하고 있는바 '獨逸聯邦共和國'은 基本法에서 構成된 西部國家이고 '獨逸'은 國際法主體로서 獨逸帝國을 意味하며, 그의 再編成의 길은 열려있고 또 努力도 하고 있다. 이에 따를것 같으면 聯邦共和國의 領域은 基本法의 適用領域을 말하고 (基本法 前文, 第23條 1項), '獨逸'의 領域은 이를 벗어나고 있다(前文 마지막 句節, 第23條2項, 第116條2項), 獨逸聯邦共和國의 밖은 '獨逸의 다른部分' (基本法 第23條 2項)이지 '聯邦共和國의 다른部分'이 아니다.

(6) 基本法의 어느條文에도 同一性의 問題에 確實히 밝힌곳은 없다. 이에 대해 基本法에서의 規定들을 살펴보자:

前文에서 '民族的 統一을 維持한다'는 말에 대하여 우리는 聯邦共和國에 分離된 國民을 顧치 않으며 오히려 獨逸聯邦共和國에 參加할수 없는 獨逸人도 고려에 넣고 있다. 우리는 單一의 國籍을 堅持한다. 우리는 모든 獨逸人에게 獨逸人에 賦與된 基本權의 保障을 保證한다.

'.....國家的 統一을 維持한다' 우리는 '獨逸'이 1945년에 法的主體性이 消滅되지 않았다고 보며, 獨逸聯邦共和國의 樹立에 의해서는 하등 問題가 될수 없고, 獨逸聯邦共和國은 國家의 聯合이 아니라 하나의 聯邦國家이다.

그밖에 基本法 第 146 條에서 基本法이 全獨逸人에 適用되는 憲法의 制定時까지 適用한다는 過渡期의 問題, 第 116 條에서 單一의 獨逸國籍을 持續시킨다는 點, 第 23 條에서 基本法의 適用에 있어서 獨逸의 各 領域에는 그들의 加入後에 效力이 發生한다는 點과, 第 89 條 90 條에서는 결국 同一性을 實證하는 것이 아니고 오히려 그 反對이다.

万若 同一性이라 믿으면 이 規定을 잘못 理解한 것이겠다. 所有權者란 法的으로 所有權者임을 證明하는 것이다. 所有權의 移轉이란 反對로 同一性이 없음을 말해주는 것이다. 第 134 條는 聯邦과 州의 財産分配에 關해 規定하고 있다. 그 第 1 項에서 帝國에서 聯邦으로 權利의 移轉에 關해 規律하고 있는바 帝國의 財産은 聯邦財産이다가 아니라 帝國의 財産은 聯邦財産이 된다고 分明히 밝혔다.

## 第 2 同 一 說

(1) 原告에 의해 主張되는 同一說은 1950 年代에 널리 알려진 說로서 이는 憲法的인 學說이라기 보다는 國際法的인 學說이다. 이 說은 基本法 施行後에 衰退해 버렸다. 처음엔 代表性이라던지 信託統治와 같은 것을 막기 위해 用語上 단순히 使用되어왔고 根本的으로 생각해보지 않았다. 그러나 세월이 흐름에 따라 주의주장이 되어 버렸다.

(2) 原告가 주장하는 基本法 前文의 '保全條項'에 대한 解釋은 憲法的으로 贊成할수 없다.

### 基本法 前文

(a) 前文은 一般的으로 直接的으로 效力을 미치지 보다는 美麗 辭句의 이고 宣言的이고 또 政治的 프로그램의인 表現으로 다른 모든 法規를 解釋하는데 이에 따르라는 뜻으로 만들어 졌다.

基本法の 前文의 단순한 政治프로그램의인 性格은 聯邦憲法裁判所에서도 分明하게 立場을 밝히고 있고 다만 例外로는 '再統一에의 促求' ( BVerfGE 5, 127 )인바 이는 '保全에의 추구'와는 區別되는 것으로 原告도 이를 認定하고 있다. 聯邦憲法裁判所는 이 例外를 더 擴大하려고 하지 않는데 이점은 基本法制定者의 意圖와 一致하고 있다.

(b) 前文中에는 國家機關의 法的義務를 意味하는 '保全의 許容'이라 理解할 말이 內包되고 있지 않다. 이는 오히려 基本法制定者들이 聯邦共和國이 樹立되더라도 國家的 統一을 바란다는 意圖로 볼수 있겠다.

그렇다면 再統一이라는 말은 法的許容으로 確定된다고 본다 ( BVerfGE 5, 127 )

全体獨逸의 國家權力의 行使가 우선 어떤 制限된 地域에만 行使된다는 認識은 여기서는 단순히 基本法前文의 政治的 意味下에서 본것이다. 따라서 法的으로 確固되고 法的으로 保障되어서 基本法

解釋上 꼭 注意해야만 함 強力한 힘으로 理解될것이 아니다.

(c) 保수의 許容이란 말은 不可能을 要求한 것은 決코 아니다. 基本法制定者들은 國家의 統一을 지킬것을 意識속에 간직하고 있었으나 이를 이룰수가 없었으므로 오히려 反對로 要求하기를 장차 언젠가 統一된 獨逸의 成就를 前提하였다.

原告는 그들이 主張하는 憲法上的 許用을 特定한 學說의 保障을 許用한것 즉 國家核理論의 保障을 憲法上 保障한 것 이라고 보고있다.

基本法 第 23 條는 基本法의 實施되는 州들을 '一部獨逸'로 보는 反面에 '다른 獨逸'이 있음을 豫定하고 있다.

이는 '獨逸'에 對한 獨逸聯邦共和國의 關係는 部分秩序說의 意味에서 이지 同一說에서의 意味가 아니라고 理解하고 있다.

(3) 이른바 國家의 統一에 對한 保障의 憲法上的 許容이라 解釋하는 原告의 見解는 다음에서 보는 넓은 意味의 政治的 結果를 초래하게 된다.

(a) 獨逸民主共和國은 어떤 狀況에 處해 있더라도 獨逸聯邦共和國으로부터 國家權能이 認定되지 못할 것이라는 結果다. 가령 獨逸民主共和國이 西歐의 意味의 自由·民主主義的 憲法을 갖는다 하더라도 또는 어떤 觀點에서 보아도 東獨의 國家性에 아무런 瑕疵가 없더라도 만찬가지라는 結果이다. 그렇다면 우리는 이는 우리領土內에 있는 準반란적인 事實上的 政府로 보아 취야할 憲法上的 義務를 진다고 생각해야 할 것이다. 聯邦共和國이 獨逸民主共和國과

의 再結合이란 獨逸民主共和國을 獨逸聯邦共和國에 統合시킴으로서  
만이 可能하다는 結果이다.

(b) 獨逸民主共和國과의 國家條約은 締結될수 없을 것이다. 基  
本條約이 違憲의일 뿐만아니라 通行條約은 違憲의이라는 結果를 낳  
게 된다. 基本條約 第7條 에서 約束된 條約들은 締結을 볼수 없  
게 되거나 또는 國家條約으로서 締結될 수도 없게 될 것이다.

(c) 나아가서 우리는 國際社會에서 獨逸民主共和國이 承認되는  
것을 막도록 努力해야 할 憲法上的 義務를 지고 있다고 보아야  
할 것이며 또한 이러한 努力이 效果가 없다면 또는 우리의 意  
思에 反하여 獨逸民主共和國이 國際社會에서 認定되고 나아가서 우  
리가 國際社會에서 孤立될지도 모른다는 點도 豫見해야 할 것이다.

위에서 지적한 모든것은 憲法上 許容을 外交政策에 指針이 될  
것이고 聯邦機關의 政治的 裁量은 極限에 到達할 것이다.

原告가 생각하는 '保全의 許容'을 行하게 되면 外交政策上 優  
秀한 計劃이 될수도 있겠으나 이는 分明히 말해 두지만 어리석은  
外交政策이 된다. 이는 憲法上的 意義 및 可能性을 벗어날뿐 만  
아니라 基本法 制定者들이 바라지 않았던 結果를 낳게 하는 것이  
다.

### 3. 聯邦憲法裁判所에서의 이에 관한 지금까지의 判決例

(1) 聯邦憲法裁判所의 同一性問題에 對한 唯一한 分明한 信條는  
'國家와 教會와의 條約에 대한 判決' (Konkordats-Urteil, BVerf



GE 6, 309 )에서 이다. 同判決集 338 面に 보면 ' 만약 基本法에 依하여 構成된 機關들이 臨時로 帝國의 어느 一部에만 適用하는 것으로 局限시키게 된다면 聯邦共和國은 獨逸帝國과 同一時 된다 ' 이러한 見解는 다음과 같은 結果를 가져올 수 있다 :

(a) 이 宣言은 다음의 文章 ' 結果적으로 聯邦共和國은 獨逸帝國에 締結한 契約에 拘束된다 ' 라는 말을 連역케 된다. 이 判決에의 拘束은 그러나 代表性에 根拠한 同一性이나 또는 獨逸帝國의 義務를 기꺼이 繼承한다는 內容을 採択한 것이라고는 볼수 없는 바이다.

(b) 同一性 乃至 代表性을 통한 拘束性이 있을수 있을까 하는 問題에 對해 여기서 聯邦憲法裁判所는 全然 言及치 않았고 또 問題상고 있지도 않았다. 論點은 節次上 帝國의 領域에 미치는 聯邦의 拘束性이 州의 固有權限과 對面케 되는 問題이다. 이 問題에 對해서는 問題삼을 것이 없으며 또 基本法 第123條 2項에서 미리 豫見하고 있는 바이다.

同一性에 對한 根拠는 完全히 부수적인 結果이다.

(c) 同一性에 對한 主張은 國際法的인 立場에서 主張된 것이지 憲法的인 性格을 갖는것은 아니다. 憲法裁判所는 境遇에 따라서는 國際法的인 問題에 對해 言及해야 한다. 그러나 國際法上의 論争 問題에 關해서 決定해서는 안된다.

(d) 同一性에 對한 主張의 唯一한 根拠는 聯邦憲法裁判所判決集 第3卷 319 페이지 以下에서 言及하고 있다. 여기서도 결국 同一

性에 重點的으로 言及한 것이 아니라 다만 1945年 以後에도 全獨逸帝國이 存続한다는 點을 말하고 있을 뿐이다. 이 存続의 問題는 同一說과 一部統治說을 主張하는데 論争點이 될수 없을 뿐이다. 同一性에 對한 存続의 終決은 聯邦憲法裁判所가 그 判決을 내림에 있어서 同一性이나 代表性의 問題를 何等 考慮치 않았다는 데에 있다.

(2) 同一性問題에 對한 聯邦憲法裁判所의 判決은 國家와 教會間의 條約(Konkordats-Urteil)에 對한 判決外에 第1審判部에서 行한 緊急採択에 對한 判決이 있다(BVerfGE 2.267) 이 判決의 陳述은 a) 多義的이며, b) 消滅된 宣言이고, c) 聯邦憲法裁判所의 後의 判決을 통해 이를 變換해 버렸다.

a)에 對하여: 聯邦憲法裁判所는 基本法에서의 見解는 全獨逸國民만을 말하는 것이 아니라 全獨逸의 國家領域 特히 全獨逸의 國家權力 까지 意味한다고 說明하고 있다.

여기서 全獨逸 國家領域을 分明히 基本法의 適用領域보다는 넓게 생각하고 있다. 이는 勿論 一部統治說과 같은 見解이다. 一部統治說을 支持하는 말로서, 聯邦共和國은 權限있고 獨自的 行爲能力을 가진 全獨逸의 一部라고 말하고 있다.

이에 反하여 聯邦憲法裁判所의 見解는 聯邦共和國은 스스로 '全體國家의 國家觀으로서 合法的으로 認定된다고' 보고 있다. 이는 同一說에 對한 認識으로 밖에 볼수 없겠는바, 國家核理論을 위한 全獨逸國家領域에 對한 陳述이라고 말할 수 있다. 他面 '聯邦의

領域"은 分明 "基本法 適用領域"과 同一視하며 蘇聯占領地域과 區別하고 있다 ( BVerfGE 2, 267 ) 이는 結局 다시금 縮小國家說을 말하는 것이 되고 만다.

이 判決을 가지고 3 가지 說을 主張하는 擁護者들은 그들의 說을 支持하는 判決이며 나아가서 다른 두 說에 우선 하는 文書라고 主張하고 있다. 不分明과 不確實한 이時点에서 理論上的 論爭을 벌인다는 것은 時期尙早의 일이다.

(b) 이 決定의 重要性은, 蘇聯占領地區內的 獨逸人이 聯邦共和國 領域內로 移住한 權限은 "一般的이고 永遠한 拋棄"라고 基本法 第11條에 抵触됨이 없이 可能할 것이라고 본다는 點이다. 그 根拠로서는 蘇聯 占領地區內에 있는 獨逸人은 基本法 第116條1項에서 말하는 "獨逸人"이며 따라서 基本法 第11條에 依拠한 基本法의 適用 對象者임이 分明하다. 聯邦憲法裁判所는 이 根拠에다 부가하여 聯邦共和國은 "全體國家의 國家機關"이며 이의 形成과 機能의 原則的인 見解에 對해서는 基本法 第11條 2項이 適用될 수 없다고 보고 있다.

이 判決은 充分치도 또 確實치도 않는 것이기 때문에 이 附加的인 根拠는 아무런 마련없이 芻草시켜 버릴수 있겠다. 따라서 이는 持續시킬 理由가 못되며 消滅된 宣言이고 또한 이에 拘束될 必要도 없다.

이는 우선 聯邦共和國이 全體獨逸의 一部일것 이라는 問題를 支持하기 爲한 全體獨逸領域에 對한 소견에 잘 適用되고 또한 마찬가지로

가지로 聯邦共和國이 '全國家의 國際機關'이라는 소견도 支持하게 된다. 이 問題를 支持하기 爲해서는 國家領域에 관한 示唆을 하지 않았음이 오히려 더 낳았을 것인바 이점에 關해서는 위에서 說明한 바와 같이 混亂만을 惹起시키고 있다. 聯邦憲法裁判所도 이를 認識하고 있는듯 하다: '基本法 第11條를 解釋함에 있어서 基本法에서 規定하고 있는 全獨逸의 國家民族이라는 原則적인 見解뿐만 아니라 全獨逸의 國家領域 特別 全獨逸의 國家權力이라고 原則적인 見解도 갖고 있다 ( BVerfGE 2, 266, 277 )

'特別'라는 말은 國家領域에 對한 소견으로는 分明히 不確實한 뜻이다. 이는 正當하게 定立될 수 있다. 왜냐하면 分明히 全獨逸의 國籍은 다만 全獨逸의 國家權力에 관한 問題이지 領域에 關한 問題가 아니다. 따라서 居住移轉에 對한 基本權은 獨逸人에 適用되는 것이지 '獨逸'이라는 例를들면 南獨 等等의 領域에 關한 問題가 아니라 國家領域에 對한 소견은 그래서 消滅된 宣言이며 이는 나아가서 다른 消滅된 宣言을 낳게되고 따라서 이 소견은 適合치 못하다.

(3) 어떤 學說을 取하는지 分明한 態度를 밝히지 않은것은 獨逸共產黨에 對한 判決 ( KPD-Urteil )에서 인데 여기서 獨逸聯邦共和國을 '場所적으로 우선 制限된 領域위에 全獨逸의 國家權力을 行使'한다고 보고 있다 ( BVerfGE 5, 85, 127 ).

이러한 見解는 一部統治說 乃至 縮小國家說을 意味하는 것이지 어떤 境遇에 있어서도 國家核學說을 뜻하는 것이 아니다. 一部統

治說을 뜻하는 解釈으로서 全獨逸의 國家權力을 '行使' 한다는 말이지 '所有' 한다는 만이 아니다. 이점이 法律的으로 概念上的의 差異가 있을까 하는 것이 의문스럽다 '行使'를 '所有'라고 理解한다면 이 文章은 同一性의 問題를 意味하게 되고 또한 마찬가지로 縮小國家說도 意味하게 되는데 그 理由는 國家核學說에 따르면 獨逸聯邦共和國은 獨逸民主共和國의 統治領域도 支配한다고 본다. 分明히 同一性의 問題에 反對하는 말은 期待되는 國家의 再統一의 節次를 考慮하고 하는 말이다. 여기서 基本法的인 組織은 獨逸民主共和國의 領域에는 미치지 못하고 오히려 全體獨逸國家를 再組織하는 結果가 되었으며 또한 基本法的의 '過渡期'의 性格은 끝났다고 말할 動機에 이르게 된다. 基本法 第146條가 同一性의 問題에 對해 다만 그 機能만을 생각하고 成就될 再統一이 '새로운 全體國家에 對한 門戶'를 열어서는 再統一은 오직 全體獨逸國家의 樹立으로서 이루어 지게 된다. (Vocke, Deutschlands Rechtslage im Spiegel der Lehre und Praxis, 同旨 v. Mangoldt-Klein, S. 37, Schuster, S. 144)

恒常 獨逸共産黨判決(KPD-Urteil)에 對한 소견에서 理解되는 바와같이 이는 하나의 消滅된 宣言이 分明하다. 判決의 重要性은 基本法 前文이 어떤 法的인 再統一의 許容을 賦與했을 것이고 이는 아직 損傷되지 않았을 것이라는 것이다. 再統一의 許容에 對한 根柢와 關聯하여 聯邦憲法裁判所는 基本法은 '當然히 무엇보다도 政治的 意義가 있음'을 말하고 있다. 이 政治的 意義의 예

증은, 우리 政治組織이 基本法 前文의 근거에 놓여있는 '全体独逸의 國家權力의 行使'라는 点이다. 그렇다면 前文의 政治的인 信條일 것이다. 그렇다면 前文은 또한 法的意義를 갖고 있다고 말할 수 있고 또 그렇다면 再統一의 許容은 發展될 것이다. '全体独逸의 國家權力의 行使'에 關한 確定은 決定的인 意義를 갖지 못한다. 오히려 反對로 直接的인 法的인 意義는 없다고 確定된다. 이러한 確定은 연관된 法的遂行을 除去시켜야 한다는 그 背景을 指摘하는데 도움이 된다. 이는 전형적인 消滅된 宣言을 말하는 것이고 如何한 狀況下에서도 연관시킬 수 없다.

(4) 國家核學說을 反對하는 見解는 聯邦憲法裁判所의 테레비콘判決에서 볼 수 있는데, 基本法 第87條 1項의 行政管轄權에 關하여 다음과 같이 說明하고 있다.

'外國人이거나 独逸人에 對해 一括的으로나 圧倒的으로 또 独逸聯邦共和國外의 独逸領域에 사는 사람들에게 放送을 보내는 것은 正當한 權利가 있는 것일 것이다 ( BVerfGE 12, 205, 250 ) 여기서 独逸聯邦共和國의 領域을 基本法의 適用領域으로 限定되었음을 分明히 말하고 있는 바이다. 따라서 이 條文은 一部統治說이나 縮小國家說의 意味를 갖고 있다.

그러나 이러한 學說은 分明치 못한點이 있어서 國家核學說을 主張하는 者들은 이와 같거나 또는 이와 비슷한 條文으로 그들의 主張에 맞게 解釋해 오고 있기 때문이다. 우리는 独逸聯邦共和國를 '그 延長이 全体國家領域에 까지' 미치는 聯邦共和國과 '憲法

上的 領域에만 限하는 '聯邦共和國'으로 區別해 볼 必要가 있다고

R. Schuster는 主張한다. 이는 具體的인 境遇에 있어서는 '두 말 할바 없이 識別이 되는데' 바로 여기에 問題가 있을 것이다. 聯邦憲法裁判所는 테레비콘判決時에 憲法上的 領域을 國家領域과 區別코자 하였는데 이는 쉽게 '識別할 수' 없다. 이에 對해 요즘 와서 Schuster는, 이 文章은 다만 一部統治說의 意味를 內包하고 있다고 分明히 表現하고 있다. (Wilhelm Wolfgang Schutz가 編輯한 獨逸問題에 關하여 '1973, 191面, 201面에서).

테레비콘 判決에 對한 이러한 所見은 다만 어떤 宣言的인 性格을 갖는것이라고 理解해야 할 것이다. 그러나 이러한 宣言은 어떤 境遇라도 同一性問題에 對해 同意하는 聯関性있는 法律觀이라 말 할수는 없다.

(5) 그러나 判決中에는 獨逸聯邦共和國이 獨逸에 對한 關係에 對하여 宣言的 性格이 아니고, 持統的인 判決理由를 내포한 것도 있다. 여기서는 聯邦憲法裁判所가 '聯邦共和國'과 '獨逸'을 區別하고 있고 이는 一部統治說에 가까우며 如何든 同一性問題의 見解에 反對하는 것이 分明하다.

그래서 聯邦憲法裁判所 判決集 12集 150面과 158面에서 同第1審判部의 見解는 蘇聯占領地域은 '獨逸'에 屬하나 이와 獨逸聯邦共和國 과의 關係에 있어서는 外國으로 볼수 없다고 하였다. 마찬가지로 憲法裁判所의 第1審判部는 같은 見解이다 (BVerfGE1,341)

(6) 그러므로 原告가 主張하는 同一性問題의 主張은 憲法上 有效한 것이 못된다.

第1 審判部나 第2 審判部도 상치되는 法律觀을 갖고 있다. 가끔 適用되는 同一性問題는 消滅된 宣言에 不過하다.

結論的으로 말해서 憲法裁判所의 지금까지의 見解는 一部統治說에 더 接近하고 있다.

#### 4. '持統意思'의 內容

憲法自体에는 '持統의 許容'에 관한 아무런 規定이 없고 다만 基本法前文에 基本法制定者들의 '持統意思'가 내포되어 있을 뿐이다. 이것은 프로그램적 性格 乃至 期待的 性格을 가질 뿐이다. 따라서 이러한 期待는 결코 聯邦共和國과 '獨逸'을 同一視하지 않는다. 이 두가지 理由 때문에 이 問題에 關한 憲法抵觸의 問題는 일어나지 않는다. 그럼에도 不拘하고 이 持統에 對한 기대가 어떤 內容을 가지며 基本條約은 完全한 것인가 하는 問題가 전혀 意味없는 것만은 아니다.

基本法制定者들은 法의 主体로서 獨逸의 持統을 主張한다. 法의 主体로서의 獨逸의 存統은 '國家的인 統一의 保全'이라는 말중에 내포되고 있는데 이는 聯邦共和國의 樹立에 依해서도 何等 障害를 받지 않는다고 생각하였다. 이와같은 意思로 부터 將來의 聯邦機關이 그의 存統을 可能케 하고 이에 侵奪되지 않을 것이라는 希冀과 기대가 나오게 된다.



「獨逸의 再組織」이란 基本法制定者들이 우선하여 생각하였든 바의 再統一의 形態로 볼수 있다. 따라서 이의 保全은 憲法上 再統一의 許容에도 利益이 된다.

이는 再統一의 機會에 法的으로나 事實的으로 障礙가 되지 않도록 要求하는 것이다. 그렇다면 獨逸의 存統은 再統一의 機會에 도움이 될것이고 이 存統은 또한 再統一의 許容을 내포하는 것이다.

「持續의 許容」을 이와같이 理解하는 것은 여하튼 再統一의 許容과 同一視하는 것이다. 이런 觀點下에서는 獨逸의 再統一의 機會를 事實 저해할 것인가 아닌가, 좀더 나아질것인가 또는 이 問題가 聯邦政府의 政治的 裁量의 태두리 안에 있고 또 法的으로는 解決될수 없는 問題인가를 審査 할 뿐이다. 이러한 再統一에의 許容에 상관없는 現存하는 持續의 許容은 있을 수 없다. 結局은 基本法制定者들의 프로그램적 기대단이 있을 뿐이다.

이 기대는 그러면 實質的으로 또 政治的으로 보아 어떤 內容을 가질 것인가? 오직 다음의 問題만을 갖는다:

① 「全體로서의 獨逸」로 보는 四大強國의 留保를 西方 三大國도 따라야 한다.

② 法的主体로서 獨逸의 繼續存統은 拋棄되지 않는다.

③ 獨逸民住共和國을 外國으로 認定하는 것을 막는다.

④ 獨逸民族의 單一性을 固守한다.

⑤ 獨逸國籍을 固守한다.

基本條約이 이런 기대에 充分히 寄與하고 있음은 이미 言及하였

다. 基本條約은 우리에게 우리의 法律觀을 繼續 主張 할수 있게 하고 있다. 原告는 基本法이 바라는 點을 달리 解釋하고 있는데, 여기에다 內容을 더 添加시켜서 卽 우리는 獨逸民主共和國과 合意가 안되므로 이 問題를 解決할 수 없다는 것이다.

이는 獨逸民主共和國과 서로 상치되는 法律觀이다. 獨逸民主共和國은 '獨逸'의 存続을 否認하고 있다. 東獨의 배후에 있는 蘇聯은 獨逸의 存続을 否認하며 이 問題에 對해서는 매우 소극적인 態度를 取하고 있다. 聯邦政府는 獨逸民主共和國 및 蘇聯과 協面하여 이 意見上의 不一致를 解決해야 할 것이다.

이와는 反對로 原告는, 聯邦政府가 獨逸民主共和國에게 우리와 같은 法律觀을 갖도록 어떤 條件을 부치거나, 獨逸民主共和國이 우리와 같은 法律觀을 갖도록 強要하거나 또는 基本條約 自体를 破棄해야 한다고 생각하는 모양이다.

万若 그렇다면 여기엔 3가지 큰 오류가 근저에 있게 된다. 첫째는 基本法의 拘束力은 適用範圍 밖으로는 더 나갈수 없다는 點, 둘째로 原告가 말하는 것 처럼 憲法의 要求이겠는데, 政治的 裁量의 自由와 政治的 要求가 不一致한 點이다. 마지막으로 세계로는 國家的 統一은 이 要求를 通하여 決코 그때 그때 필요한 政治를 하도록 許容하고 있지 않는 點이다. 事物의 變證법으로 보아 獨逸의 分斷은 이 方法을 通하여 深化되고 堅固化되고 解決할수 없게 되어 버린다. 原告는 단지 이 學說을 골른것에 불과하고 國家的 統一이란 反對로 산산히 부서지고 말 것이다.

第 2 에 . 对 한 提議文 : ( 再統一에 의 許容 )

(1) 聯邦政府가 憲法上의 ' 持續의 許容 ' 에 对 한 原告의 主張을 否認하는 限 再統一에 의 許容에 对 한 聯邦憲法裁判所의 決定은 ( BVerfGE 5, 85 ff ) 繼續 有效할 것이다. 基本條約은 이 憲法上의 許容에 抵触되지 아니한다.

(2) 再統一에 의 許容은 聯邦憲法裁判所의 判決에 依하면 다음과 같다.

(a) 正確히 말해서 再統一妨害禁止라는 말이다. 왜냐하면 聯邦共和國의 機關이 再統一의 目的에 对 한 어떤 措置를 내린다는 것은 憲法上 ' 分明 ' 不可能하기 때문이다.

(b) 禁止란 그 侵害가 ' 分明 ' 할 때에만 적절한 것이고 措置란 어떤 観点에서 보더라도 正当化 될수 없다 ( 비슷한 境遇가 Saar 判決에서 보여 진다. BVerfGE 4, 157, 174 ). 이와 關聯하여 聯邦憲法裁判所는 不明確한 將來의 發展될 問題를 豫言한다고 強調할수 있다. 分明한 點은 憲法裁判所는 將來의 政治的 發展은 豫言하여 判斷할수 없는 것이다.

(c) 豫則되는 方法

法的인 또는 事實的인 除外로 因하여 再統一에 对 한 不可能한 方法은 憲法에서 考慮되지 아니한다. 왜냐하면 聯邦憲法裁判所의 見解로는 再統一에 对 한 모든 생각할수 있는 길은 열려 있다고 보기 때문이다.

(d) 成就可能性

政治的 裁量의 範圍를 限定지우는데 對한 批判을 聯邦憲法裁判所는 Saar 判決 ( BVerfGE 4, 1547 ff )에서 처음으로 展開시켰는데 이는 基本條約의 判定에 接近하고 있다. 聯邦憲法裁判所는 政治的인 立場을 考慮하였는바 여기서 '政治的으로 可能한것' 以外에는 主張하지 않았다 ( BVerfGE 4, 157, 168f )

(3) 무엇보다도 重要的 問題는 再統一이 基本條約 때문에 障礙가 되는가 좀더 자세히 말하면 法的으로 잘못 되었거나 實際로 実行이 不可能하게 하였는가가 問題이다 ( BVerfGE 5, 130 ) 万若 그렇지 않다면 여러 見解 特히 原告가 主張한 '接近說'에 對해 생각해 볼 必要가 있다.

再統一은 法的으로 不可한것도 아니고 또한 實際로는 不可한 것이 아니다.

(4) 再統一에의 機會가 法的으로 不可한지도 않고 實際로도 不可한게 만들지 않았다면, 어떤 理由때문에 獨逸의 分斷이 '深化'되고, 原告가 말하듯이 分明하게 深化된다는 것일까 앞으로의 發展과 關聯하여 보면 이런 見解는 根拠가 없다. 反對로 사람들이 再統一을 願하기만 한다면 機會는 오는 것이다. 이는 旅行 및 相互法 問議 可能性을 前提하고 있다. 이러한 우리의 所望을 이 基本條約이 滿足스럽게 解決해 주지는 못하나 더 改善되어야 할 것이라는 點이다.

一基本條約은 베를린과 關聯하여서 基本法의 規定에 어긋날 것  
이라는 바이에른 사람들 및 바이에른 政府의 見解에 對하여—  
바이에른 사람들과 그 政府는 이와 關聯하여 세가지 問題를 高索  
하였는데, 이에 對해 잠간 言及할 必要가 있다.  
基本條約과 關聯하여 지금까지 주어진 條件을 넘어서 베를린이 聯  
邦共和國에 密接한 關係를 가질수 있지 않을까 하는 問題이다.  
베를린을 위요한 兩側의 見解는, 獨逸民主共和國內에 있는 聯邦政府  
의 常駐代表 四大強國의 協定과 마찬가지로 베를린의 利益을 代  
表하여 있다는 것이 의심될 여지없이 明白해 졌다. 나아가서 베  
를린에 對한 兩側의 똑같은 見解는, 基本條約 附則 第7條에 의하  
여 再確認된바의 베를린에 對한 四大強國의 協定과 마찬가지로  
聯邦政府는 確實히 베를린에까지도 影響을 미친다는 것이다.  
바로 이點 때문에 基本條約은 法的地位와 安保問題를 除外하고서는  
UN에서 까지도 베를린을 代表한다는 政治的 觀念을 갖게 만들고  
있다.

다음은 異議에 對하여 :

(1) 條約法 第2條는 베를린 問題를 除外시키고 있지 않고 오  
히려 베를린에 關한 諸規定들과 關聯하여 이에 適用시키고 있다.  
이는 第7條에 對한 부수조약에서 보여주는 範圍를 넘어서 例를들

면 家族의 結合을 위한 書信往來, 國籍問題의 留保, 財産問題 等を 取扱하고 있다.

(2) 그러한 法的狀態로 부터는 베를린에 對한 兩側의 說明은 合憲法이라는 結果가 나온다. 그렇다면 바이에른 사람들과 그 政府는 基本條約에 對한 어떤 政治的 要求, 即 基本條約에서 베를린에 對한 問題를 自動的으로 強化시키거나 또는 同協商은 破棄해 버리기를 願하고 있기 때문이다. 그런 行動이란 決코 베를린에 有利할 바가 못된다. 西베를린에 對한 兩側의 說明은, 베를린이 다른 나라들과 맺은 條約들과 마찬가지로 獨逸民主共和國과도 맺어야 한다는 態度를 取함이 分明하다.

(3) 바이에른 사람들과 그들의 政府가 갖는 또다른 생각은 基本條約 第3條 2項에 關해서 이다. 東베를린 境界線의 不可侵에 對한 規定은 獨逸民主共和國의 保護와 關聯한 것이고 이는 東베를린이 基本法 第23條 1項에서 말하는 '大베를린'의 一部라 하더라도 東베를린에 對한 獨逸民主共和國의 主權을 認定하게 되는 것이다. 이러한 問題는 쉽게 解決될수 있는바, 基本條約 第3條 2項에서는 東·西베를린을 똑같이 取扱하고 있기 때문이다. 베를린은 全体가 四大強國의 特別한 責任下에 安保와 地位가 保障되고 있는 것이다. 따라서 聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 이 問題에 對해 條約을 맺을 狀態에는 이르지 않았다.

왜냐하면 社會主義者들은 獨逸聯邦共和國(西獨)의 '勞働者階級'

으로서 補充을 할 수 있기 때문입니다.

이와 같이 생각할때 獨逸聯邦共和國(西獨)의 所謂 無產階級은 社會主義者에 屬합니다. 社會主義平和政策은 바로 革命政策이라는 것을 再確認 하면서 '호네커'는 一九七三年 五月二九日 東獨社會聯合黨(SED) 中央委員會 第9次會議에서 國家의 概念에 關해서 말하기를 '萬若에 獨逸聯邦共和國(西獨)을 包含한 西歐羅巴가 社會主義의 길을 걷는 境遇, 歐羅巴民族들이 어떤 形態로 共存을 할 것이냐 하는 것은 將次 두고 볼 일이다'라고 하였습니다.

獨逸民主共和國(東獨)의 指導層과 政府가, 基本條約과 合致되는 唯一한 可能한 統一方法이라고 보고 있는 東獨憲法 第8條2項에 의한 統一은 그러나 西獨憲法에 어긋납니다. 왜냐하면 西獨憲法은 自由統一만을 許容하고 있기 때문입니다.

基本條約은 法的인 障礙를 초래할뿐만 아니라 獨逸의 分割을 確固히 하므로서 獨逸問題 解決에 害로운 事實을 초래할 것이므로, 그와같은 基本條約은 統一念願과 어긋납니다. 法的인 障礙物은 西獨憲法 專門의 趣旨을 해치므로서, 國民의 單一性을 保存하며 國家의 自由統一을 達成하려는 全獨逸民族의 意圖를 마비시킬 것입니다. 基本條約은 東獨의 政府와 指導層으로 하여금 將次 法的으로 意見을 같이 하도록 할 것입니다.

人間的인 面에서 一方的으로 讓步를 하는 것은 獨逸人들의 歷史的인 問題에 關한 損失을 決코 補償할 수는 없는 것입니다. 國家와 獨逸人民들의 國家意識을 固守하며 나아가 政治的인 行爲를 通해서 國家와 獨逸人들의 國家意識을 獎勵하라는 것은 西獨憲法이 크게 命하는 바입니다.

獨逸領土上에서 不自由體制와 담관을 함에 있어서 獨逸政府는 強靱性을 가지고서 自由統一을 고집해야 될 것이며 決코 滅亡을 許容하여서는 아니됩니다.

그렇지 않는 境遇에는 獨逸의 一部인 東獨을 喪失하는 結果가 될 것입니다. 新성로마帝國에 그 기원을 두고 있고 變化 무쌍한 運命과 함께 近代史에 있어서 모든 變化의 要素가 된 獨逸은 하나의 新성한 영지이므로 모든 國家權力은 이 領地를 保存하기 爲한 行爲를 慎重히 하지 않으면 아니됩니다.

基本條約은 獨逸問題를 西獨憲法의 目的에 接近 시키지 못하고 있습니다. 生存을 爲한 하나의 條約이 바로 그 例라고 볼 수 있습니다. 障壁과 鐵條網(伯林에 있는 것을 뜻함)을 固守하는 것은 國家의 單一性에 背馳되는 法的인 障物에 該當됩니다. 障壁과 鐵條網을 存在하도록 하며 또 그 障壁과 鐵條網을 이세상에서 가장 非合理的이며 非人間的인 境界線의 像徵이 되도록 하는 根本的인 條約을 締結한다는 것은 正常化가 아닙니다.



다시 開廷 하겠습니다.

提案者를 代身해서 브루멘비츠 教授任께서 말씀하시겠습니다. 브루멘비츠 教授님 質問이 있습니다. 基本條約의 어느 條項이 西獨憲法의 어느條項과 어떻게 어긋나는지를 좀더 詳細히 말씀해 주시기를 바랍니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

裁判長님, 本人은 法院의 指示事項에 關해 充分히 말씀 드리겠습니다. 그럼 第1項부터 말씀 드리겠습니다. 本人은 第1項에 關해서 要望하시는데로 짧게 말씀드리고, 또 要約해서 말씀드리므로써 바이에른 州政府首相의 意見口述이 本 法廷의 制限된 時間計劃에 害가 가는 일이 없도록 하겠습니다.

第1項에 關해서 말하자면, 바이에른 州政府의 제의내용은 基本條約을 全体的으로 反對하고 있습니다. 西獨憲法은 獨逸이 國際法上的의 主体로서 이전부터 存立하고 있는 것을 動搖시킬 條約을 獨逸聯邦國(西獨)이 締結하는 것을 許容하지 않고 있습니다. 獨逸聯邦共

和国(西独)政府和 独逸民主共和国(東独)政府間에 締結된 相互往來에 關한 條約과는 달리, 즉 事實上 存在하는 政府와도 締結할 수 있는 다만 하나의 補充的인 條約과는 달리, 基本條約은 이제부터는 独逸聯邦共和国의 모든 機關이 独逸에서 分離 乃至는 解体過程을 밟도록 拘束된다는 것을 確定하고 있습니다.

條約內容에 있어서 特히 第2條 第3條 2項 第4條 및 第6條는 独逸 땅 위에 理論上 2個의 獨立된 主權國家가 存在하는 것을 前提로 하고 있습니다.

따라서 基本條約上의 어느 個別 條項이 違憲이나 하는 것은 疑問의 가치가 적은 것이라고 하겠습니다. 나는 이점에 關해서 더 말하고자 합니다. 오히려 問題가 되는 것은 條約의 어느 條項과 國際法上의 如何한 解釋에 根據하여 合憲인 解釋이 可能하느냐 하는 點입니다.

一連의 發表를 통해서 西独政府는 條約의 國際法的인 性格을 떠나 國際法과 憲法의 中間分野에서 合致點을 求하려는 解釋方式을 통해서 基本條約으로 因해서 發生하는 違憲性を 除去 하려고 企圖 하였습니다.

그러나 무엇보다도 지난 土曜日 이 자리에서 分明히 洞察할

수 있었던 것과 같이, 이에 關係되는 政府의 發表는 一貫性이 없으며 明確하지 않다는데에 바로 正當한 論理的 根拠를 찾기 어려운 점이 있습니다.

이미 公表된 것에 關해서 말씀 드리자면 바르聯邦長官은 "西獨과 第3 國間에 締結된 其他 다른 條約과 統一한 拘束力"을 論理的 根拠로 들고 있고, 야안聯邦長官은 "特殊條約"이라고 하고, 포세長官은 "國際法의 유추적용"을 들고 있으며, 후랑케聯邦長官은 "國家間에 締結된 其他 모든 다른 條約 및 合議와 同一한 國際法上의 拘束力"에 關해서 言及하고 있습니다. 이와같은 表現上의 差異에 關해서는 時間關係上 이 자리에서 더 詳細히 檢討할 必要는 없습니다. 그러나 万若에 基本條約上에 規定된 獨逸民主共和國(東獨)과의 關係가 形式上 國際法上의 性質을 띠지 않는다면, 憲法上의 問題임은 分明합니다. 그러나 이것은 어디까지나 하나의 法秩序를 相對万 法秩序의 下位에 두거나 또는 共同的 法秩序를 第3의 法秩序의 下位에 두는 것을 前提로 합니다. 各 當事者는 前者의 境遇는 第4條와 第6條의 明示의 規定에 根拠하여 別다른 努力을 기우리지 않을 것이나, 後者의 境遇는 西獨政府가 分斷된 法秩序를 理解 하려는 範圍內에서 努力을 傾注할 것인데 이에 關해서는 아마도 크리래氏가 言及을 하시리라고 기대 됩니다. 그러나 그와같은 境遇에도 西獨政府가 東獨의 獨立과 主權을 認定한다면, 西獨政府는 東獨으로 하여금 獨逸을 理解시킬 수는 없을

것입니다. 同等한 待遇를 한 後에는 第3 國도 東獨으로 하여금 全體獨逸의 지분 밑으로 들어와 종족관계에 서도록 할 수는 없읍니다. 이에 關해서도 個別的으로 나의 意見을 말씀 드리겠습니다. 모든 理論的인 可能性을 正當히 取扱하기 爲해서, 마지막으로 생각 되는 것은 西獨과 東獨에 依해서 構成된 特別法秩序 입니다. 그러나 그와같은 종류의 작은 法域은 秉그러씨가 말한 바와 같이 同等한 法的인 土台위에서만 이루어 질 수가 있으며, 東獨은 이에 關해서도 여전히 同意를 하지 않을 것이다.

條約의 비준과 發效에 關한 基本條約 第10條가 該當文書의 相互交換을 하도록 하고 있고, 西獨側에서 國家元帥가 文書交換에 關여하지 않는 狀況下에서도 基本條約의 特殊性은 있을 수 없는 것입니다. 西獨憲法 第59條 第2項 第1節에 따라서 國會의 同意를 받아야 될 條約은 第59條 第1項 第2節의 範圍內에서 憲法上 特別取扱을 받을 수 있는 것입니다. 뿐만 아니라 文書交換을 하는자가 西獨政府로 부터 委任을 받았느냐 또는 國家元帥로 부터 委任을 받았느냐 하는것은 國際法上 아무런 問題가 되지 않을것입니다. 交換될 文書의 名稱도 勿論 法的으로 全히 重要性을 갖는 것이 아닙니다.

西獨政府 및 政府代弁人들이 提示하는 또 하나의 論理的 根拠, 即 基本條約은 生存을 繼續하기 爲함이라는 것도 수긍이 가지 않습니다. 生存을 繼續하기 爲함에 있어서는 問題解決의 標準이 되

는 國際法이란 暫定的으로 通用되고 있거나, 적어도 暫定的으로 通用될 수 있음을 말합니다. 그러나 基本條約은 그 對象이나 內容에서 暫定性을 띠고 있지는 않습니다.

條約에 關한 '원'協定 第42條는 現行 國際慣習法과 마찬가지로 條約의 終了는 條約上 明示的인 規定이 있을때와 同協定上의 該當 規定에 依해서만 可能하다고 規定하고 있습니다. 또 同協定 第53條 '發效期間이나 廢棄에 關한 明示的인 規定이 없는 條約은, 條約의 終了 또는 廢棄를 願한다는 雙方當事者의 意思가 立證될 수 없거나 또는 條約의 性質上 必要한 境遇가 아닌 한, 終了되거나 一方的으로 廢棄되지 아니하는 것으로 주장한다'고 規定하고 있습니다. 西獨政府는 獨逸의 選擇權은 留保되고 있다고 主張하나, 基本條約이나 그 附屬記錄内에서는 法的으로 留保되고 있음을 찾아 볼수가 없으며, 그와 같은 主張은 政治的 意義를 가질뿐, 基本條約에게 살기 爲해서 必要로 하는 條約이라는 法的 性質도 賦與할 수 없습니다.

基本條約 前文 第5節에, 意見의 差異가 있을 수 있다고 하는 것으로 보아 西獨政府가 願하는 國家의 單一性으로 부터는 아무것도 推論할 수가 없습니다.

즉 基本條約 第5節에는 '歷史적으로 주어진 事實에서 出發하여 獨逸聯邦共和國(西獨)과 獨逸民主共和國(東獨)간의 國家的인 問題

를 비롯한 根本的인 問題들에 對한 見解差異를 해치지 않으면서 本條約을 締結한다."고 되어 있습니다.

西獨政府는 이 點에 關한 限 西獨과 東獨間의 대등한 關係를 規定하기 위한 西獨의 基本原則 第10項에 있는 目的을 達成하지 못했습니다. 基本條約의 前文에 關해 強調 하건대 西獨政府의 報告를 通해서 恒常 알 수 있는 바로서는 獨逸은 歷史的으로 주어진 事實의 一部가 아닙니다. 前文 第5條에 "見解差異"라는 表現을 함으로서 條約을 締結할때 發生할 그 條約의 破壞的인 效果는 制限되고 또 局地化 되기도 합니다.

"해치지 않는다"라는 接統辭는 國家的인 問題上에 意見 差異가 있더라도 條約 文句上의 모든 規程은 그대로 存在한다는 것을 뜻합니다.

獨逸統一에 關한 交信에 있어서도 亦是 마찬가지 입니다. 이 問題에 있어서 獨逸統一에 關한 交信文書가 위에서 言及한 "條約에 關한 원 協定"의 適用을 받을지 안 받을지는 確實치 않습니다. 나는 法院으로 하여금 추상적인 國際法上의 論議를 하도록 하지는 않겠습니다. 그러나 法院은 이것을 完全히 구명할 수 있어야 합니다. 즉 西獨政府가 東獨이 그 文書를 接受하였다는 領收証을 提出할 準備態勢가 되었다면, 條約에 關한 원協定の 適用을 받을 問題인지의 與否만은 法院이 구명을 하지 않으면 아니 됩니다.

統一獨逸에 關한 書翰으로 因해 生存權을 爲한다는 基本條約을 要約할 수 있을지 與否와 西獨이 該當義務를 相對的으로 보느냐 하는 問題에 關해서는 오로지 그 書翰內容을 參照하는 것으로서 足합니다. 話題가 되고 있는 것은 自決權이나 獨逸統一에 關한 權利가 아니라 오로지 政治的인 目標(敵)인 것입니다. 條約締結과 關聯하여 表示된 政治的인 目標은 雙方을 拘束하는 것이 아닙니다.

이미 締結된 條約을, 條約에 根拠한 條約相對方의 權利를 保障하면서 平和的인 方法으로 다시 變更하고자 하는 政治的인 目的 또한 條約上의 義務와 모순되는 것이 아니며 또 그와같은 義務를 制限하는 것도 아닙니다. 이 政治的인 目標을 相對方에게 알림으로서, 例컨대 東獨이 該當書翰을 拒否함으로써 自主決定을 通해서 獨逸民族이 統一을 할 수 있는 歐羅巴內의 平和狀態에 影響을 끼치는 것을 絶對로 뒤늦게 하지 않도록 하는 것은 法的으로는 決코 必要한 것이 아닙니다.

특히 基本條約 第9條 即 "西獨과 東獨 雙方이 이미 締結한 條約과 西獨 및 東獨의 參加下에 이미 締結된 國際條約 乃至 合意는 아무런 影響을 받지 않는다"고 規程하고 있는 第9條는 法的으로 意義가 크다고 봅니다. 條約 가운데에서 가장 利害關係가 깊은 條項中의 하나가 確實히 問題가 되고 있습니다. 文

句上 서로 거의 同一한 규정인 모스크바條約 第4條와 '바르샤바' 條約 第4條의 규정도 비슷한 境遇 입니다.

弁論을 하는 가운데, 旧條約의 우선권에 關한 條項, 相互合意에 關한 條項, 第三者의 保護에 關한 條項, 繼續發效与否에 關한 條項等 이 問題가 되느냐 与否에 關해서 言及할 수 없는것이 유감스럽습니다. 아시다싶이 可能한 모든것들이 學問的으로 論議가 되고 있습니다만 確固不動한 意見은 아직 없는것 같습니다.

그러므로 나는 下記 詳論을 爲해서, 第9條를 旧條約의 優先을 定하는 규정으로 보는 解釋을 옳다고 보겠습니다. 그러나 西獨政府의 論理的 根拠에도 어려운 點은 亦是 있습니다.

万若에 西獨政府가 例컨데 獨逸條約 第7條 第2項에 依拠한다면 은, 西獨憲法과 비슷한 自由民主主義憲法을 保有하면서 歐洲共同体에 새로 加入하게 될 統一된 獨逸은, 基本條約의 法的内容과는 關係가 없는 政治的인 目的으로서 成立되었다는 것이 實証될 것입니다. 그 외에도, 本人의 意見으로는 이것은 가장 重要한 것이라고 생각되는 데, 第9條는 勿論 東獨의 境遇에도, 條約이 그것으로서 正常化와 緊張緩和의 道具가 되고 雙方이 추구하는 技能上에 있어서의 意義를 喪失하게 할, 所謂 冷戰의 條約項目을 방패로 삼는 것을 正當化시킬것 입니다. 그러나 나는 이 자리에서 1955年 9月 20日 付의 東獨과 蘇聯間의 關係에 關한 條約 第5條 第2項과 1964年



6月 12月付의 蘇聯과 東獨간의 友好援助條約 第4條 第2項만을 參照하도록 하는 바 입니다.

그런데 폴란드에서는 學問的으로 크게 抬頭되고 있는 것과는 달리, 내가 본바로서는 西獨政府는, 우선 適用與否에 關한 條項을 解沢함에 있어서는 신의성실의 原則이 適用된다는 것을 묵과하고 있는 것 같습니다. 폴란드에서는 '바르샤바' 條約 第4條와 關聯되는 問題를 學問的으로 다루고 있습니다. 條約을 締結하는 境遇 條約當事者들은 이미 合意된 條約內容과는 달리 추상적인 우선적용여부에 關한 條項을 根拠로 하여 第3者와 맺은 條約에 根拠를 둔 權利主張을 할 수 없는 것입니다.

義務를 받아 들이지마는 그 義務를 外形上 규정하고 있는 條項을 相對的인 것으로 보는 條約當事者인 一方은 서로 合意된 규정內容에 따라서, 相對方에게 아다 制約을 받을지도 모른다는 眞상을 알리지 않을 義務가 있습니다. 基本條約에 있어서와 같이 다만 추상적으로 규정된 優先適用條項은 明白히 하기에는 不足합니다. 왜냐하면 條約當事者中 一方에게서 相對方의 條約上的 地位와 자신 의 獨特한 解沢方式에 關해서 조화를 하도록 기대할 수는 없기 때문입니다. 따라서 第9條에 關한 黨書交換을 通해서 實現된 4 大國(美, 英, 仏, 蘇)의 權利義務의 우선권은 特別히 意義를 띄게 되었습니다. 왜냐하면 우리들은 西獨의 條約上的 地位가 아니라

法的地位에 關해서 具體的인 指示를 받고 있으나, 西獨에 關係되는 文書나 合意가 恒常 問題가 되고 있기 때문입니다. 西獨政府는 獨逸의 政策樹立에 있어서 4 大國에게 重要한 役割을 하도록 認定 하였습니다. 西獨政府는 條約에 關한 公式發表를 通해서 獨逸內의 二個의 國家를 위한 共同性에 關해서 言及하였습니다. 西獨政府의 同調者들은 그 共同性을 全体獨逸의 初憲法上에 잘 文字化하였읍니다.

무엇보다도 基本條約에서 基礎가 되고있는 4 大國에 對한 利害表明이, 例컨데 獨逸條約에 있어서의 4 大國에 對한 利害表明과 同一하지 않다는 것을 깊이 認識하지 않으면 아니 됩니다.

4 大國에 對한 利害表明中에는 다음 事項이 빠져 있습니다.

1. 統一目的에 關聯되는 것.
2. 獨逸과의 強化條約에 關한 言及 (이것은 우리의 憲法解釋上 가장 重要한 것임)
3. 全体로서의 獨逸과 '柏林'에 關한 것 (이것은 西獨政府의 權限外의 것임)

새로히 그 表現 가운데 登場한 것은, 1944/45 年度의 4 大國條約과 함께 처음으로 法的意義를 갖게된 4 大國의 '實踐'이라는 것입니다. 그러나 敗戰國이 行한 이 實踐은 獨逸에 對한 連帶責

任으로 부터 漸次的으로 멀어져 갔음을 이 자리에서 더 이상 說明할 必要가 없습니다. 누차 引用한 바 있는 條約에 關한 원 (Wien) 協定 第31條 第36 号에 따라서 이 實踐은 4 大國의 義務를 解譯하는데 使用되었고, 이 규정을 根拠로 하여 다음과 같은 事實은 매우 重大性을 띠니다: "Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation."

이 實踐에 對한 說明의 重要性은 1972年 11月 9日付의 4 大國 宣言에서 由來하는데, 同宣言은 4 大國의 權利 및 義務와 關聯되는 규정 및 決議와 實踐에 關해서 言及하고 있습니다.

西獨의 機關들은 이리하여 基本條約과 關聯하여 처음으로 4 大國의 이해표현을 자신의 所有로 하였으며 4 大國地位의 信託目的은 더 이상 表示되지 않고 있습니다. 4 大國의 權利義務와 獨逸法上 技能 發揮를 하는데 關한 西獨政府의 意思表示는 이에 따라서 近來에 더욱 檢손하게 行하여 지고 있습니다. 나는 証據 申込時에 이 問題로 되돌아 오겠습니다.

口頭審理가 아니라 文書를 통해서 西獨政府가 지금까지 態度를 밝힌 바로서는 二個의 獨逸國은 相互書信交換을 통해서 確認한 바에 따라 여전히 4 大國의 權利義務가 存続한다는 것을 認定하고

있습니다. 그러나 이와같은 詳細한 說明도 유감스럽게도 詳細한 法的檢討를 하지 않은 것입니다. 條約当事者에 對한 4 大國의 同意與否에 關係가 되는것은, 共同書信交換이 아니라, 韓便에서는 西獨의 西方 3 大國에 對한 覺書이고 또 韓便에서는 東獨의 蘇聯에 對한 覺書인 것입니다. 基礎가 되는 것은 말하자면 共同書信交換이 아니라, 그 覺書 自体인 것입니다. 그러나 4 大國을 共同으로 理解할 수 없다는 것은 分明합니다. 韓便에서는 西獨과 西方 3 大國間의 關係에 關係해서 4 大國을 理解해야 되고, 또 韓便에서는 東獨과 蘇聯間의 關係에 關係해서 4 大國에 對한 理解가 이루어져야 합니다. 西獨은 東獨과 蘇聯間의 覺書交換에 參加하지 않은 第三者이기 때문에 國際法上 그것에 拘束을 받지 아니하며 東獨으로 하여금 4 大國의 同意에 拘束시킬 수도 없습니다.

4 大國의 義務에 對한 東獨의 態度는 分明합니다. 東獨은 東獨內에서 4 大國의 協約이 效力을 發生하지 않는다는데 對한 眞상을 알리지 않았읍니다. 나는 지금 이 자리에서 1970年 3月 19日 '슈토프'가 '에어푸르트'에서 行한 演說을 引用하건데, 그는 말하기를 '獨逸民主共和國(東獨)과 수도 伯林에서도 4 大國이 義務를 진다는 西獨側의 主張은 받아 들일 수 없다. 獨逸民主共和國(東獨)은 4 大國의 管理下에 있는 것도 아니고, 3 大國의 管理下에 있는 것도 아니며 主權을 가진 獨立된 社會主義 國家이다' 라고 말했읍니다.

東独과 蘇聯間의 党書交換이 東独으로 하여금, 東独内에서 4大国的 協定이 通用되지 않는다는 東独의 立場을 緩和하도록 하고 있는 것입니다. 왜냐하면 東独은 이미 施行되고 있는 것을 根拠로 하여 自己主張을 할 수 있기 때문입니다. 東独은 누차 蘇聯으로 하여금 포츠담條約의 全面的인 履行을 條約을 통해 確認하도록 했습니다. 全体独逸을 構想하기에 滿足하지 않은, 基本條約과 關聯된 4大国的 權利義務의 具体化는 오늘날 4大国的 地位에 어떤 하나의 形態로 全体独逸의 國家性을 떠맡기는 것을 許容치 않고 있습니다. 英國이 코몬웰스에 對해서 한것과 같이, 4大国的 權利를 高度로 文字化하는 것은 西独만이 单独으로 独逸을 代表한다는 理論과 할슈타인理論을 凌駕하는 환상론입니다. '맨렐'씨가 '지붕없는 分割秩序論'이라고 性格規定을 하면서 예리하게 診斷한 바와 같이, 西独政府가 本訴訟에서 關聯을 시키고 있는 '分割秩序論을 爲한 重要的 지붕'은 消滅되었습니다.

그외에도 西独政府는 무엇을 行해야 될지를 모르는 第3者에게 憲法이 委任하는 바를 代理하게 하는 方法을 取한다고 하더라도, 西独政府가 全体独逸의 憲法을 正当하게 다룬다고 볼수는 없습니다.

그리고 또 다른 憲法上的 理由가 있습니다. 우리가 新聞紙上을 통해서 늘 들을 수 있는 말이지만, 完全한 主權을 가지지 않으므로서 오는 長点이란 憲法上에는 없습니다. 크와같은 것은 政治

의인 面에서 外形上 兩쪽에 날이 달린 칼과 같은 것 입니다. 獨逸의 東歐羅巴政策은 勝戰國에게 많은 간섭을 할 權利를 부여 했습니다. 勝戰國의 그와 같은 權利는 西獨政府뿐만이 아니라 全世界가 認定을 하고 있습니다. 外國法에 關한 研究를 하고 있는 賓그러教授가 詳細히 말씀 드릴수 있으리라고 생각하므로 그 問題에 關해 外國에서의 學問的인 反應이 어떠한 하는 것은 말씀 들이지 않겠습니다.

西獨政府가 東獨政府를 國際法上 承認하지 않았으며 또 承認하려고 하지 않는다고 宣言을 한다고 해서, 基本條約의 國際法的인 性質이 사라지는 것은 아닙니다. 바이엘 地方的인 완고성이 보인다는 印象을 주지 않기 위해서, 諒解하신다면 國際적으로 알려진 獨逸의 國際法 學者이신 賓그러教授님의 意見中 一部를 引用하겠습니다. 賓그러 教授님의 意見書 10 페이지에는

' 西獨政府는 國際法上 東獨을 承認할 意思가 없다는데 關한 많은 發表는 國際法에 關한 무지나 또는 연락전술의 소산이 아니라고 하기는 어렵다 '

고 되어 있고 또 11 페이지에서도 다음과 같은 것을 引用할 수 있습니다.

客觀的인 意味에서 國際法上的 國家인 두 나라中의 一方이 相對方을 形式上 國際法上的 國家로서 承認하는 것을 拒否하는 反面에 相對方은 國際法上的 國家라고 主張을 하며 이 主張이 第3 國에 依해서 認定이 되는 境遇, 兩當事者가 條約을 締結한 다면 다음과 같은 것이 適用된다: 卽 万若에 그 條約이 一般的으로 國際法上的 條約에만 있을 수 있는 內容을 包含하고 있거나 또는 그 內容이 도대체 國際法上的 內容으로 밖에는 볼 수 없다면, 그 條約은, 國際法의 適用을 받지 않으며 좀 다르다 하는 相對方이 受諾하는 明示的인 尤보를 必要로 한다.

언뜻 보기에 國際法上的 條約內容을 內包하고 있으면서도 國際法上的 條約이 아니라는 當事者 雙方의 尤보가 없는 條約을 締結한 境遇, 當事者中 一方이 相對國과 常駐外交關係를 맺지 않겠다고 宣言을 한다고 해서 곧 그 條約이 國際法上的 條約의 性質을 喪失하는 것은 아니다. 그러나 兩國이 兩國의 政府所在地에 '常駐代表'를 駐在시키기로 合意하는 境遇, 將次 撤回할 수도 있는 一方的인 法律에 依해서 그들에게 外交官에 準하는 地位가 주어지지 않는다면, 그 代表는 國際法이 定하는 바와 같은 常駐外交官의 特權에 關여하지 않는다는 明示的인 合意를 또다시 必要로 한다.

그러나 相互合意下에 後者の 方法을 挾하는 境遇에도, 左右間  
準外交官의 特權을 가진 그와 같은 常駐代表는 第3 國에 있어  
서는 國際法에 根拠한 外交官의 特權이 自動的으로 주어지는  
것이다. '커먼웰스'에 屬하는 大部分의 國家들 間에 派遣되  
는 高等관무관의 境遇에는 비록 接受國의 特別法에 依해서 外  
交官의 特權이 保障되지마는, 第3 國을 通過할 때에 該當 第3  
國이 이들에게 通過하는 外交官의 特權을 주는 것을 거절할  
수 없다는 것은 자명하다.

集約하여 表現을 달리 하여 말하건대, 두 나라間에 相互交換되는  
代表에 關한 特別規程까지도 第3 國과의 關係에 있어서 그 代  
表들로 부터 外交官의 性質을 박탈하지 아니한다. 하나의 特  
別規程 만으로서 그 규정을 包含하고 있는 條約이 國際法이  
아니라고 立証하기에는 더욱 適合하지 아니하다. 따라서 그러  
므로 基本條約 第8 條上에 그와 같은 하나의 特別規程을 들지  
는 決定되지 않은채 있다.

이것으로서 내가 말씀 들이고저 하는것 中에서 다음 項目으로  
넘어 가겠는데 1945 年의 滅亡과 同時에 獨逸帝國은 消滅되었다는  
學說과 基本條約과의 關係가 問題가 됩니다. 나의 見解로서는 基  
本條約은 二個의 國家型중 그 어느 하나도 배척하고 있지 않습니  
다. 東獨도 荷蘭드가 와르샤와 條約과 關聯하여 行한 것과 같이



1945年の 独逸帝國이 消滅되었다는데서 出發할지는 東獨의 自由인  
것입니다. 念慮하지 마십시오. 37個나 되는 이 独逸學說을 가  
지고서 여러분들을 괴롭히지는 않고, 지금 이 자리에서는 本質의 인  
것만을 集中的으로 말씀 드리겠습니다.

第2의 可能性에 関한 것이지만은 独逸帝國은 더 늦게 即 独逸  
帝國의 領土위에 二個의 새로운 國家가 成立됨으로서 消滅되었다고  
도 할 수 있습니다. 이것은 所謂 分割論이며 分斷된 法秩序論의  
歸結입니다. 그러나 独逸帝國은 西獨憲法の 現實的인 發效地域으로  
縮少되었다고도 할 수 있습니다. 独逸帝國의 領土로 부터 分割을  
 통해서 하나의 新生國家가 떨어져 나왔다고 하며, 이것이 所謂 國  
家縮少論이며, 國家縮少論은 同一說의 歸結입니다. 이 자리에서는  
무엇보다도 짧게 말을 해야 되므로 나의 意見으로서는 理論上의  
論爭을 너무 깊이 다룰 必要는 없다고 봅니다. 또 너무 깊이  
다루는것은 부질없는 일이라고 생각됩니다. 西獨政府가 너무 성급  
한 態度를 取했으므로 境遇에 따라서는 이 자리의 방청을 禁止시  
켜야 될지도 모릅니다. 이미 때 늦게 어느 것이 더 좋으나고  
속고하는 것, 即 단점을 많이 가진 同一性을 따를것이냐, 또는 全  
體獨逸의 國籍을 위해서 단점이 亦是 많은 分斷된 法秩序論을 따  
를 것이냐 하는 것을 나는 이 곳에서 熟考하고 싶지 않습니다.

나의 意見으로서는 그와같은 二個의 國家型은 西獨憲法の 基礎가

되는 國家概念과 一致되지 않는다는 것을 이 자리에서 確認하는 것이 重要하다고 봅니다. 그리고 여기에서도 理論上의 論争으로 깊이 들어가지 않는 것이 좋다고 봅니다.

또 2項中의 마지막 項目에 關해서 말하자면, 基本條約의 基礎가 되는 二個의 國家型은 UN헌장의 原則 特히 民主自決權을 參考로 하더라도 아무 影響을 받지 아니합니다. 萬約에 二 條約當事者가 自國의 國家的인 獨特性을 表明하고 이에 있어서 民族自決權을 根拠로서 主張을 하는 境遇에는, 그들은 그들의 行爲가 民族自決權과 合致되어 成立되며 中歐羅巴에서는 特別한 具體化를 必要로 하지 않는다는 것을 法的으로 表明할 것 입니다.

자, 그럼 許諾해 주신다면, 이제 亦是 本質的으로 國際法上的 問題와 關聯이 되는 IV項을 끌어 드려서 아주 짧막하게 國境問題에 關해서 말을 하고저 합니다.

獨逸聯邦共和國(西獨)과 獨逸民主共和國(東獨)間에 存在하는 國境確定과 關係되는 問題들은 條約上 여러 곳에서 言及하고 있습니다.

- 우선 基本條約 前文 3節에 平和를 保障하기 爲한 基本原則으로서 「境界線의 不可侵性」을 규정했고

一第3条2項은 이 基本原則을 두 独逸國의 相互條約上의 義務로 具体化 하였고

一附錄陳述書에 境界線委員會의 任務를 더 仔細하게 定해 놓고는, 基本條約 附錄 I 号에 共同境界線의 標識과 表示에 關한 問題를 규정해 놓고 있습니다.

우리는 制限된 짧은 時間內에 이 모든 提起된 問題들 中에 다룰 수는 없습니다. 그러나 兩個의 独逸國이 이 境界를 標識한다는 것을 명심해야 됩니다. 即 앞으로 우리는 独逸과 独逸間의 境界線 確定은 第3者들이 하였다고 弁明할 수는 없습니다. 이제 是의 兩個의 独逸國 자신이 그것을 만든 것 입니다.

다음에는 前文 3節에 關해서 말씀드리겠습니다.

基本條約 前文3節은 文句上 와르샤와 전문 5節에 該當 되는 本 法廷은 이미 이 東歐羅巴條約들의 本質的인 樹齡性和 앞 뒤와의 關係들을 分明히 한바 있는데 그 것을 볼 것 같으면

「國境의 不可侵性和 現在의 國境內에 있는 歐羅巴의 모든 나라들의 領土保存 및 主權尊重이 平和를 維持하는데 가장 重要하다...」고 하므로서 말하자면 平和의 變更이 아니라 現狀維持를 말하고 있습니다.

전문의 句節들은 内容上 모스크바條約 第3條 1項과 一致되고 있습니다. 歐羅巴内の 모든 國家들의 國境線의 不可侵性을 條約當事者들이 認定한것은 모스크바條約 第3條에 關한 討論時에 이미 센 세이손을 일으켰읍니다. 西獨은 歐羅巴内の 모든 國家들의 國境에 關해서 聲明을 發表하지 않으므로서, 西獨은 歐羅巴에 있어서의 蘇聯의 맹주적 地位를 確立하는데 도움을 주었다는 것이 言及되었읍니다.

그렇지만 이미 그 當時에 相互條約을 통해서 歐羅巴内の 國境線의 不可侵性을 認定한 것은 相對方으로 하여금 歐羅巴內에서 國際法에 어긋나는 領土變更에 協助하지 아니 할 不作為義務를 內包한다는 것에 關해서 詳論을 한 것은 내 意見으로서는 옳다고 봅니다. 그와 같은 것은 獨逸과 獨逸間의 關係에도 適用 됩니다. 모스크바條約에서와는 달리, 歐羅巴에 있어서의 國境은 어려운 問題인바, 歐羅巴内の 모든 國家들의 領土保全에 關한 問題는 基本條約에서는 全文에만 나타나 있습니다. 基本條約의 當事者들에게 어떤 政治的 目的이 있느냐의 與否와는 상관없이, 그것은 옳다고 생각 됩니다. 왜냐하면 두개의 獨逸은 자신의 領域外에서는 歐羅巴内の 國境에 對해서 單獨으로는 共同으로는間에 責任을 질 수 없기 때문입니다. 그러므로 3條 2項 以外에 있는 領土 및 境界線保障을 基本條約에서 배낼수가 없는 것입니다. 두개의 獨逸은 歐羅巴內에서 모든 暴力的인 領域變更이나 國境侵害를 認定하지 아니 하거나

그와 같은 行爲를 그 以上の 措置를 取할 動機로서 看做한 義務를 지지 아니합니다. 東方條約에 있어서와 마찬가지로 基本條約에서도 領土保全을 尊重하여야 될 基本原則이 들어 납니다.

한편 유엔憲章 2條4号에는 한 나라의 政治的인 獨立을 保護하기 爲해서 政治的인 不可侵에 關해서 規定하고 있습니다. 東歐羅巴國家들의 表現에서는 政治的인 不可侵性을 아낌으로서 所謂 브레즈네프 독트린의 確實한 귀추와 可能性이 開放되어 있습니다. 東獨은 이미 그 當時 決定的으로 參與한 바 있는 일이지마는, 1968年 8月에 체코슬로바키아의 自由化運動에 對해서 감행한것과 같은 行爲는 條約의 精神이나 文句에 어긋나지 않을 것입니다. 왜냐하면 그것은 東歐羅巴블력國家들의 理解下에 行한 그 침공은 체코슬로바키아의 領土保全을 侵害하지 않았기 때문입니다. 나는 이 자리에서 1968年 8月 21日 安全保障理事會議長에 對한 蘇聯의 意思表明을 指摘하고 싶습니다. 西獨政府는 大端히 恠롱한 表現을 通해, 蘇聯의 勢力圈內에 있는 나라들의 社會主義秩序維持를 爲한 그들 社會主義國家들의 特殊한 義務를 直接 認定을 하고 있습니다. 그렇지만 西獨側에서 基本條約을 通해서 갈망하는 東歐羅巴블력內에서의 政治的인 關係의 自由化를 생각하건데 그와 같은 것은 現實的으로 發生하지 않으면 아니 됩니다. 나는 이 問題에 關해서 다시 말씀 드리겠습니다.

두개의 獨逸國家 相互間的 關係에 있어서는 領土保全外에 政治的인 不可侵性도 그럭저럭 保障되어 있습니다. 이것은 基本條約 第2條에 의한 것입니다. 여기에 있어서는 主權의 平等, 獨立의 保障 等 모든 政治的인 保障을 包含하는 國際聯合憲障의 目的이 아낌없이 活用되고 있습니다.

勿論 바로 여기에 外部의 干섭을 減少시킴에 있어서 西獨政府의 總體的인 政策構想의 意味上 利害關係가 있다고 하겠습니다. 왜냐하면 人間的으로 讓步를 한다거나 國家의 統一을 成就하는 것 등은 東獨에서는 外部로 부터의 分明한 干섭 없이는 實現될 수 없기 때문입니다.

그러면 3條2項에 關해서 :

領土保全에 關한 原理와 마찬가지로 條約의 核心部分에 境界線을 侵害하지 않는다는 原則을 反復함으로서 獨逸과 獨逸間的 關係에 있어서 境界線 問題를 具體化 하였습니다. 第3條2項에 依해서 雙方은 그들 사이에 놓여 있는 境界線의 不可侵性을 現在와 未來에 對해서 再다짐 하고 있으며, 이에 따라서 雙方은 그들의 領土保全을 無制限으로 尊重할 義務를 지고 있습니다. 뱅그러教授의 意見 中에서 가장 核心이 되는 바와도 같이 武力行使禁止를 明示하지 않고 있는 第3條2項上의 境界線에 關한 규정은 文句上 兩

者間에 놓여 있는 境界線의 不可侵性<sup>1</sup>이라고 되어 있습니다. 그 條項은 東歐羅巴條約들과 마찬가지로 "現在와 未來"라는 말을 添付하여 將來의 일을 규정하고 있는 까닭에 解狀上 問題가 되는 것은, 現在와 將來에 있어서의 境界線의 不可侵이란 境界線의 不變을 뜻하는 것으로 解狀되어, 境界線 問題의 平和的인 解決까지는 禁止되거나, 오스트리아와 獨逸間의 關係에 있어서와 마찬가지로 東西獨의 合併까지도 禁止 되느냐 하는 點입니다.

그러나 나는 이에 關해서도 本 法廷에게 解狀上의 짐을 지우고 싶지는 않습니다. 境界線에 關해서 쓰여져 있다는 것을 確認함으로써 足합니다. 그러므로서 憲法上의 價值를 認定하기에 充分합니다. 이 境界線의 存続力은 아마 接近論의 範圍內에서만 속고할 價值가 있을 것 입니다.

나는 이제 마지막 項目으로 넘어감으로서, 아마도 너무 과로를 가져 올 이 國際法上의 陳述을 끝내겠습니다. 第6條에 關한 말씀을 들이겠는데, 나는 이에 關해서 아주 짧게 말씀 들일 수가 있습니다. 이 條項을 잠깐 들여다 보는 것으로 足하겠는데 그 內容을 볼 것 같으면 다음과 같습니다.

<sup>1</sup> 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 統治權을 各己 自己 領域內에 局限시키는 것을 原則으로 하며 內外問題에 關해서 兩國

의 自主性과 獨自性을 尊重한다. '

이 條項中에는 유감스럽게도 實際로 解釈을 해야 될 것이 전혀 없습니다. 나는 또 다시 이에 關한 賓그러教授의 說明을 짧게 引用하고자 합니다 :

'基本條約이 獨逸聯邦共和國(西獨)으로 하여금 앞으로 獨逸民主共和國(東獨)을 外國으로 看做하지 않도록 한다고 主張을 하는 것은 大端히 理解할 수 없는 일이다. 万若에 基本條約 6條上에 條約當事者의 統治權을 자기 자기 領域內에 局限하도록 明示的인 규정을 한다면, 西獨은 東獨領土의 構成要件의 屬地性을 根拠로 하여 西獨의 司法, 刑法, 行政法 등을 通해 他人에게 行動의 義務를 부과할 수는 없다고 할 것이다. 境遇에 따라서는 外國의 領土인 各領域이 西獨에서 立法을 할 때 權利保障面에서 外國과 같이 取扱될 수 있다는 것은 特別한 것이 아닌 것으로서, 東獨에 對해서만 適用되는 것이 아니라 獨逸領土가 아닌 國家領域에 對해서도 適用되는 것이다.

그러나 基本條約 第6條로 미루어 보아 獨逸聯邦共和國(西獨)의 法律에 關해서 다음과 같이 볼 수는 없다. 即 그 法律上에 效力發生의 地域이 西獨地域에 한한다는 明示的인 규정이 없는 한 東獨地域도 內國으로 보려는 것은 잘못이다. '



나는 유감스럽게도 法院이 判決事由中에 條約文句나 이곳 바에에  
은 自由主義가 提示한 理論的 根拠와 論判함이 없이 過去의 判決  
에서 行한것과 같은, 二個의 獨逸國 相互間的 "가깝고 特別한 關  
係"에 關해 確言할 수가 없습니다.

소이피트 副議長 :

브루멘비츠教授님, 콜 (Kohl) 氏와 바르 (Bahr) 氏 間에 1972年  
12月 21日에 있었던 覺書交換이 4大國의 權利를 確定함에 있어서  
意義를 지니는 지를 말씀해 주시기 바랍니다.

教授브루멘비츠博士 :

나는 자초지종을 잘 모르고 있습니다. 証拠力에 關한 異意 입  
니까. 또는 暫定的 措置 宣布 申請에 關한 決定을 하는데 對한  
異意 입니까?

소이피트 副議長 :

아마 "가깝고도 特別한 關係"를 確認함에 있어서 或是 條約  
6條가 特別한 資料라고는 아무도 생각하지 않을 것입니다.

教授 브루멘비츠 博士

이 條約의 規定內容에는 아무것도 內布되어 있지 않다는 것을  
이미 確實히 말씀드렸습니다. 裁判長任께서 万若에 나의 意見陳述

中の 前에서 나를 따르셨다면, 나는……

소이 피트 副議長 :

네, 그런데 브루멘비츠 教授님께서 우리의 過去의 判決을 지적하신다면, 가깝고도 特別한 關係에 因해서 다른 証拠資料를 準備할 수 있었다는 것은 말씀드리고 싶습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

나는 다만 1973年6月18日의 判決에 있어서 條約의 條文 및 特殊記錄 參考가 이상한 감을 준다는 것은 시사하였을 뿐입니다. 勿論 나는 憲法裁判所가 充分히 사물의 價值를 評價하였다고 봅니다. 나는 다만 論理的 根拠를 詳細히 提示하지 않았다는 것을 批判하였을 뿐이며, 아마 核心的인 問題를 判決한 때는 그렇지 않으리라고 봅니다.

神士 淑女 여러분, 이 國際法上的 陳述은 바이에른州政府의 意見에 따라서 다음과 같은 証拠申請을 하는 바입니다.

1. 憲法裁判所는 西獨政府에게 基本條約의 準備와 締結에 關聯되는 모든 關係書類를 提出하도록 命하고, 特히 西獨政府의 말대로 東獨側의 權限있는 官憲이 獨立統一에 關한 書翰을 接受하였음을 確認하는 領收證을 西獨政府로 하여금 提出하도록 할것.

2. 憲法裁判所는 西獨政府에게 모스크바 條約의 準備와 締結에 關聯되는 모든 關係書類中에서 獨逸聯邦共和國(西獨)의 獨逸民主共和國(東獨)과의 關係를 規定하는 것과 關聯이 있는 것 및 伯林 問題에 關聯되는 것을 提出하도록 命할 것.

3. 모스크바條約과 基本條約에 從事한 西獨國會 및 參議院(註: Bundesrat)를 말하며, 韓國에서는 上院으로 많이 알려져 있으나, 이것은 國會가 아니라 立法上的 하나의 協助機關에 不過하다는 것이 現在 西獨에서의 通說임)의 該當分科委員會의 會議錄中에서 모스크바條約과 基本條約에 關한 討論과 關聯되는 것을 提出하도록 할 것.

4. 獨逸民主共和國(東獨) 常駐代表(參議員 會議錄 143/73)에게 特權을 保障하는 立法草案作成에 從事한 西獨國會 및 參議員의 該當分科委員會의 會議錄을 提出하도록 할 것.

나는 이 申請에 關해서 다음과 같이 짧게 理論的인 根拠를 提示하는 바입니다.

(ii) 申請을 할 수 있는 法的根拠는 西獨聯邦憲法裁判所法 26條 1項에 있음

(2) 西独政府에 依해서 이루어진 基本條約協商에 関한 書類를 가져 오도록 하는 것은 憲法의 統一命令에 対한 充分한 司法裁判을 保障하기 爲해서 必要함.

우리는 이 자리에서 司法上의 自제를 할 수 있다고 믿지 않습니다. 그와 같은 것은 憲法裁判所에 関한 法中에 雙方에게 證據를 提示하도록 하는 可能性이 없는데서 오는 것입니다. 憲法裁判所가 說明한 바와 같이 統一命令과의 저촉여부는 그 저촉이 明白할 때에만 確認될 수 있습니다. 그러나 이 자명성이라는 것은 西独政府自身이 公同연한 것과는 다르게 憲法上의 命令을 固守하는 境遇에는 立証되기 어려운 것입니다. 基本條約 中에서 統一命令과 關係있는 條項의 意義는 西独政府의 公式發表에서 보더라도 政府自身이 條約協商過程에 関해 作成한 書類中에서 더 먼저 나타납니다.

(3) 訴訟에 關係되는 다른 法規들의 境遇도 統一命令에 関해서와 비슷합니다. 西独政府는 條約에 関한 言及을 通해 憲法에서 基礎가 되는 國家概念의 問題에 關係되는 것을 主張 했습니다. 4 大國의 權利와 義務는 繼續해서 獨逸에 있는 두 國家(西独과 東独)를 爲한 집계(書類 묶는 집계)를 형성하고 있으며 이것은 強化條約締結時까지 存続 할 것입니다. 1973年 4月에 獨逸國內關係省에 依해서 처음으로 發刊된 冊子인 「獨逸聯邦共和國(西独)과 獨逸民主共和國(東独)間의 關係變遷」을 通해서 基本條約의 內容全体에 関한 西独政府의 解説이 다시 發表되었습니다. 勿論 위에서 말한

바 있는 國家概念에 關係되는 말은 除外되었습니다. 條約에 對한 公式解説을 通해 國家概念에 關係 西獨政府가 取한 態度는 獨逸民主共和國(東獨)과의 協商時에 取한 態度와는 同一하지 않다고 推측이 됩니다.

(4) 書類를 提出하여야 될 義務는 國際的인 考慮에서 由來합니다. 條約에 關한 溫(Wien)協定 32條에 따라서 條約을 解釋함에 있어서는 條約을 縮結한 方式(節次)가 "補充的 解釋方法"으로서 考慮됩니다. 따라서 協商過程에 關係되는 書類를 가져 오도록 하는 것은 基本條約을 解釋하기 爲해 必要한 前提입니다. 基本條約의 解釋은 그 條約의 合憲性을 檢討함에 있어서 꼭 參考해야 될 先결 문제 입니다.

(5) 憲法裁判所는 자신의 判決에 關係가 있는 事實에 對해서도 獨自的인 判斷을 내려야 됩니다. 規定法的結果 確定等은 서로 分離할 수 없는 聯關性이 있는 것 입니다. 얼마전에 聯邦憲法裁判所法을 改正하여 憲法裁判所를 다른 機關의 事實評價에 拘束시키려는 提議, 即 立法府와 결속시키려는 提議이 立法過程에서 違憲이라고 각하된 것은 옳은일 입니다. 憲法裁判所는 事實與否를 確認함에 있어서 政府가 裁判過程에서 구두로 하는 解明에 依拠한다면 聯邦憲法裁判所가 事實與否를 確認할 수 있는 權限은 不完全한 것 입니다. 우리는 聯邦憲法裁判所法上에 binding certificate 制

도를 가지고 있지 않습니다.

(6) 모스크바條約 締結을 爲한 協商過程 中에 作成된 書類도 가져 올 必要性은 特히 바르(Bahr) 覺書 5項과 6項에서 나옵니다. 바르 覺書 5項은 契約에 따라서 蘇聯에 對해 確認하기를, 獨逸聯邦共和國(西獨)이 다른 社會主義國家들과 맺은 條約, 特히 東獨과 맺은 條約은 하나의 統一된 全體를 형성한다는 것을 말하고 있습니다. 憲法裁判所도 그것을 確認한 바가 있습니다. 万若에 바르(Bahr) 覺書 5項이 形式上의 補充條項이며, 이에 따라서 모스크바條約은 性質上 外廓條約이라고 한다면 바르(Bahr) 覺書 6項에는 獨逸民主共和國(東獨)과 締結하게 될 基本條約에 關한 內容上의 規定이 定해져 있습니다. 國家의 主權보다 社會主義의 國際主義가 우선한다는 "브르즈네프-主義"를 떠난 現實的인 協助로 미루어 보아 基本條約을 解釋하는 데는 蘇聯과의 雙務關係 또한 끌어 들여야 된다는 根拠가 나옵니다. 아마 바르(Bahr) 覺書 6項에서 言及한 두 나라의 獨立과 獨自性을 尊重 한다는 생각은 基本條約 6條에 다시 抬頭 됩니다. 協商過程의 書類 內容을 알아야 된다는 것은 絶對로 必要한 것입니다. 왜냐하면 그 當時 알려진 것의 內容을 보면, 西獨政府가 條約當事者에게 對해서 取한 態度에 있어서 一部는 公表했던 것과는 심히 다르다는 것을 알 수 있기 때문입니다.

나는 이 자리에서 1972年 4月 19日자로 發行된 '現代記錄集 (Archiv der Gegenwart)' p.17030a에 複写되어 있는 協商文書 하나를 引用하고자 합니다. 이에 依하건데, 바르 (Bahr)는 크로미코에게 說明하기를 武力拋棄條約이란 國境線에 關한 條約에 不過한데 (解釋上에 있어서 이것은 恒常 重要性을 가짐), 相互立場을 생각하여 武力拋棄條約이라고 부르지 않으면 아니 된다고 하였습니다. 伯林의 地位에 關해서는 憲法上의 問題點을 考慮함이 없이, 獨逸聯邦共和國 (西獨)의 伯林과의 關係는 獨逸民主共和國 (東獨)과의 關係와 同一하다고 했습니다. 나는 이 자리에서 論爭을 즐기고 싶지는 않습니다.

바르 (Bahr) 書翰 및 그 書翰의 基礎가 되는 協商過程에 關한 書類에 對한 担当裁判部의 判事 네분의 見解를 引用하건데도, 基本條約만을 分離해서 考察할 수는 없고 獨逸聯邦共和國 (西獨) 政府의 全體的인 東歐羅巴政策과 聯關해서 보지 않으면 아니 된다고 합니다. 바로 이 前後關係를 밝히기 위해서 証據申請을 全部 받아들여기를 本 裁判部에게 간청하는 바 입니다.

(7) 基本條約締結의 協商過程에 關한 書類를 參考하면 條約解釋에 關한 새로운 觀點이 나온다는 것은, 모스크바條約에 關한 書類檢討 外에도, 우리들로 하여금 基本條約締結後에 相對方이 取한 態度를 살펴 보도록 하고 있습니다.

특히 호네커는 말하기를 ' 独逸聯邦共和国 (西独) 사람들中的 一部가 아직도 独逸民主共和国 (東独) 과 独逸聯邦共和国 (西独) 間的 關係를 一般的인 國際法을 떠난 하나의 特殊性을 띤 關係로 본다면 이는 時代に 뒤떨어진 잘못된 생각이다. 西独과 東独과의 關係는 確定된 國際法上的 關係로 보아야 되므로 백림條約은 生存權을 為한 條約이 아니다. 事理가 이러할진대 独逸問題는 未決된 問題가 아니다. 恒常 反对主張만을 하는 사람들은 時間만을 浪費할 뿐이다' 라고 했습니다. 独逸聯邦共和国 (西独) 과 独逸民主共和国 (東独) 과의 關係는 英國과 美國間的 關係나 独逸聯邦共和国 (西独) 과 오스트리아 間的 關係, 또는 独逸聯邦共和国 (西独) 과 스위스間的 關係나 마찬가지로 되어 있습니다.

(8) 独逸統一에 關한 書翰을 接受하였다는 領收証을 西独政府는 国会法制司法委員會에 提出하여야 됨에도 不拘하고, 그 領收証을 條約書 自体의 一部가 아니라 附屬書類中的 一部라는 것을 理由로 하여, 이를 履行하지 않고 있는바, 이것은 解釈上에 있어서와 書翰의 性質을 規明하는데 重要的 意義를 가집니다. 그 외에도 그와 같은 領收証은 書信이 到着하였을때 發行되는 하나의 正常的인 文書조각이나, 또는 外交上에 기대되는 바와 같이, 独逸統一에 關한 書信에 合當하는 價值가 있는 것이나 하는 것은 興味있는 일입니다. 独逸民主共和国 (東独) 의 콜 (Kohl) 次官은 1972年 12月 21日 東伯林에서 基本條約을 署名하는 機會에 記者會見을 통해서 말하



기를 '나는 그와 같은 輿論에 關係 모르고 있지만, 万若에 그와 같은 輿論이 存在한다면, 一般적으로 알려져 있는 바로서는, 그와같은 一方的인 措施는 法的으로 制限을 받는다'고 말했습니다. 이리하여 우리는 그 領收証을 보자고 主張을 하는 것입니다.

(9) 独逸民主共和国(東独)의 常駐代表에게 特權을 保障하는 法律草案에 關係한 資料를 檢討할 必要性은 基本條約 8條에서 나옵니다. 이 法律과 關係되는 双方의 常駐代表部의 設置 및 法的地位에 關係한 東独政府와의 合意는, 東独의 常駐代表에게 特權을 保障하기 爲해서 制定되는 法規와 마찬가지로 基本條約의 解釈 乃至 法的判斷을 하는데 本質的인 意義를 갖습니다.

(10) 憲法裁判所가 政府의 輿論을 가져 오도록 하는 것은 所謂 교황청과 締結한 條約에 關係한 裁判時 이미 그 先例가 있습니다. 그 때 法院의 命令에 依해서 교황청과 맺은 條約의 批准 乃至 締結에 關係되는 西独外務省 및 제국수상청(2次大戰 終結以前 独逸의 境遇)의 輿論가 提出되었습니다(西独憲法裁判所 判例集 6, p. 313 ; 編纂集 "Der Konkordatsprozess" IV 卷, p. 1500/1502/1536 以下 p. 1567/1569)

감사합니다

소이 퍼트 副議長

証拠申請을 하신다고 하셨지요

教授 브루맨비츠 博士

그렇습니다.

소이 퍼트 副議長 :

西独国会分科委員會 會議錄 提出命수에 關係 무슨 말씀인지 더 말씀해 주십시오, 바이엘른州政府가 갖고 있는 그 會議錄을 다른 訴訟當事者들 처럼 利用하실수가 없습니까? 그와 같은 것을 提出하도록 命命해야 된다니 무슨 말씀이십니까?

教授 브루맨비츠 博士 :

그 會議錄은 機密事項에 屬합니다. 訴訟代理人으로서 本人이 그것을 訴訟關係에 使用할 수는 없습니다.

소이 퍼트 副議長 :

国会分科委員會 會議錄을 提出하도록 해야 된다고요? 그와 같은 것은 一般的으로 쉽게 求할수 있는 것입니다.

教授 브루맨비츠 博士 :

아닙니다. 나는 訴訟代理人으로서 그것을 들춰 볼 수가 없습니다.

소이 퍼트 副議長 :

貴下便에서 그것을 갖고 있지 않습니까? 도대체 왜 아니란 말입니까?,

機密文書라고 생각하세요?

教授 브루멘비츠 博士 :

分科委員會會議錄은 機密에 屬합니다.

소이 퍼트 副議長 :

그렇다면 말씀 좀 해 보십시오! 普通 書類의 境遇에는 우리는 提出을 命할수가 없습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

証拠申請을 함에 있어서 나는 이전 第3帝國 當時의 교황청과 맺은 條約의 境遇에 있었던 先例를 들었습니다. 許容可能한 申請을 한 것입니다. 그 다음 일은 本 法廷의 裁量입니다.

소이 퍼트 副議長 :

교황청과 맺은 條約에 関한 裁判時 國會會議錄 提出을 命하였다고는 나는 상상할 수 없습니다. 國會會議錄 提出을 어떻게든 생각하시는지 說明을 듣고 싶습니다.

바알만 局長 :

裁判長님, 우리는 이미 이 會議錄이 裁判部에 準備되어 있다는 것을 前提로 해서 나가고 있습니다.

소이퍼트 副議長 :

勿論 裁判部가 그 種類를 쉽게 얻을수는 있습니다.

바알만 局長 :

제 생각으로서는 그와 같은 일이 잘못된 일이라고는 생각하지 않습니다.

機密이라는 도장이 찍혔드래도, 아마 그것이 國家가 當事者인 訴訟에 있어서, 當事者인 國家가 그 內容을 探知하고 利用하는 것을 禁止하는 것이라고는 믿지 않습니다.

소이퍼트 副議長 :

勿論 裁判部가 國會會議錄을 容易하게 얻을수는 있습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

그렇다면 이 點에 있어서는 나의 申請이 결말이 난 것입니다.

소이퍼트 副議長 :

그것을 利用해도 좋습니까?

教授 브루멘비츠·博士 :

西独政府가 그 以外의 點에 있어서 이 申請에 同意를 할지는 모르겠습니다.

바알만 局長 :

우리는 裁判部가 国会會議錄 全部를 參考할 수 있도록 할 것이며, 모든 訴訟当事者가 그것을 使用할 수 있도록 하겠습니다.

소이퍼트 副議長 :

訴訟当事者들은 機密書類도 利用할 수가 있다는 것은 當然합니다. 当事者들은 그와 같은 書類를 어떠한 方法으로 使用할 수 있는지를 勿論 알고있습니다. 브루멘비츠 教授님에게 또 다른 質問이 있습니까?

히르쉬 憲法裁判所 判事 :

貴下께서는 이 裁判過程에서와 其他 口頭說明을 통해서, 独逸帝國은 1945年 崩壞와 同時에 消滅되지 않았다는 見解를 펴려하셨습니다. 正確히 말하자면 바이에른州政府의 見解라고도 말할수 있겠습니다마는 이와같은 貴下의 見解는 바이에른州憲法 178 條와 어떻게 調和되는지를 貴下로 부터 알고 싶습니다. 나의 記憶으로서는 그 條文上에 바이에른은 將來의 独逸民主聯邦國에 加入할 것이며 將來의 独逸民主聯邦國은 憲法上的 独自の인 生存의 保障을 받고 있는 独

逸의 各州가 自進하여 結合하는데에 土臺를 두어야 될 것이라고 되어 있습니다. 그리고 貴下도 알고 계신 그에 처한 비할나위 없는 주역서 가운데에는, 獨逸의 單一國家로서의 結合은 대나치스 獨逸帝國의 崩壞後에는 더 以上 存在하지 아니 한다는 見解가 그 条文表現의 基礎가 되며, 따라서 單一國家로서의 獨逸은 이제 再建되지 아니하면 아니된다고, 說明되어 있습니다. 그와같은 見解가 正當한지 與否에 關해 意見을 말하자 않고도, 바이에른 憲法에 拘束되어 있는 바이에른政府는 獨逸帝國이 消滅되지 않았다는 主張은 할 수 없다는 見解가 나올수 있습니다.

教授 브루넨릿츠 博士 :

憲法裁判所判事任, 나는 西獨聯邦憲法을 基礎로 해서 이 裁判을 이끌어 나가고 있습니다. 万若에 내가 바이에른 憲法을 基礎로 해서 裁判을 進行시키고저 한다면 그것은 許容되지 않으리라고 믿습니다. 바이에른自由州는 이 問題에 있어서 남의 말을 듣고 있습니다. 바이에른 自由州는 決코 閉鎖的이 아닙니다. 이것으로서 質問에 對한 答弁이 되겠습니까?

소이퍼트 副議長 :

남의 말을 듣는대구요? 貴下의 생각으로서는 바이에른 自由州는 이 憲法規定에 關해서 그동안에 確信이라도 하기를.....

教授 브루멘비츠 博士 :

나는 이 問題에 關해서 오늘 午後에 더 廣範圍하게 意見을 陳述 하겠습니다. 바이에른自由州는 本來 國際法上的 主体가 아니며, 따라서 國際法上的 主体로서의 存続에 關해 單一國家의 制憲議會를 拘束하는 方法으로 態度를 取할수도 決코 없습니다. 그것은 基礎가 되는 憲法的인 考慮에서 由來하는 것입니다.

소이퍼트 副議長 :

貴下가 玆에 法的인 見解가 바이에른州憲法과 어떻게 調和되는지 與否를 貴下에게 質問한다면, 國際法的으로 깊이 생각해 보는 것이 要點입니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

바이에른州憲法은 部分的으로 非連續的인 名제를 반사하고 있습니다. 그러나 西獨憲法은 이 問題를 다르게, 連續性의 意味로 解決하고 있습니다. 바이에른自由州는 西獨憲法 28 條와 144 條項에 있어서 聯邦과의 連結性을 맺고 있습니다. 西獨憲法 31 條에 따라서 聯邦法은 州法을 包摂합니다. 바이에른 自由主義聯邦에 對한 充實이 이 곳에서 前提가 될 수 있으며, 西獨憲法의 基礎가 되는 判決이 尊重되어야 한다는 것은 自명한 일입니다.

局長 케쓰러 博士 :

그런데, 바이에른州 憲法은 西独憲法을 解釈하기 爲해서 引用될 수 없습니다.

소이퍼트 副議長 :

우리는 다만 教授브루멘릿츠博士任의 意見을 解釈하기 爲해서 바이에른州憲法을 引用한 것입니다.

教授브루멘릿츠博士 :

나는 國際法上의 意見을 陳述했습니다.

하르쉬憲法裁判所 判事 :

教授님, 내가 무슨 質問을 했는지를 다시 말씀 드려도 좋습니까? 바이에른政府가 여기에서 바이에른憲法과 一致되지 않는 見解를 表明하는 것이 바이에른政府의 바이에른 憲法遵守義務과 어떻게 調和되느냐 하는 것을 質問하였습니다. 西独憲法上에는 바이에른憲法 178 條가 廢止되었다는 明示의인 規定이 없습니다.

教授 브루멘릿츠 博士 :

그것은 聯邦法은 州法을 깨트린다는 基本原則에서 由來합니다. 바이에른自由州는 西独憲法에 拘束되어 있습니다. 간단한 聯邦의 法律이나, 간단한 聯邦의 命令이라도 바이에른州의 憲法보다 우선합니다.



허르쉬 憲法裁判所 判事 :

教授님, 그것은 勿論 當然한 일입니다. 本 裁判部에게 그와같은 法律問題에 對해서 가르쳐 주실 必要는 없습니다.

나의 質問을 다시 한번 反復 하겠습니다. 나의 質問의 要旨는 다름이 아니라, 바이에른政府가 내가 생각하는 바와 같이, 여전히 178 條의 拘束을 받음에 따라, 教授님은 教授님의 見解를 178 條와 어떻게 調和시킬수 있느냐 하는 것입니다. 왜냐하면 西獨憲法 上에는 178 條가 廢止되었다는 規定이 없기 때문입니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

유감스럽게도 나는 聯邦法은 州法을 깨트린다는 말을 또 다시 하지 않으면 아니 되겠습니다. 貴下는 바이에른州政府에 對해서, 만약에 이곳에서 바이에른自由州憲法과 西獨憲法間에 衝突이 생기는 境遇, 바이에른州政府는 그 자신의 憲法을 따르리라고 꾸며 대서는 아니 됩니다. 나의 생각으로서는 바이에른自由主義 主体性은 分明히 그렇게 멀리 擴大되지는 않을것 입니다. 나는 이 點에 있어서 貴下에게 몇가지 더 알려 드릴 것이 있습니다. 나는 이미 나비아스키씨에 關해서 말한 바가 있습니다. 아시다시피, 바이에른州憲法은 나비아스키氏와 웨그너氏의 노고를 거슬러 올라 갑니다. 나비아스키씨는 1945 年 以後 獨逸帝國은 消滅되었다는 見解를 피력한 法學者 中의 하나 입니다. 소수들이 있습니다. 나비아스키氏는 이들 學者들에 속하였고, 그의 國家概念을 土臺로 하여 켈센과

마찬가지로 이 成果를 達成했습니다.

소이퍼트 副議長 :

資料에 関한 것이라면, 나도 1945年 以後 나비아스키氏와의 친숙  
을 통해서 다른 資料를 가지고 있습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

나비아스키氏에 関해 即刻 다시 읽어보셔도 좋습니다.

소이퍼트 副議長 :

실제로 그럴수 있습니다. 브루멘비츠教授님, 教授님은 처음에는 말  
씀하시기를, 憲法은 전해 내려오는 權利의 主体인 獨逸帝國의 存続  
을 動搖시킬 條約은 許容하지 않는다는 것을 理由로 基本條約은  
全体的으로 西獨憲法上 違憲이라고 하셨습니다. 다른 部分에 가서  
는 두개의 國家모델은 西獨憲法과 어긋난다고 하셨습니다. 万若에  
東獨의 國家性을 分명한 方法으로 양지하는 條約이 東獨과 締結되  
었다는 단순한 事實이 西獨憲法과 抵触되는 것이라고 한다면, 貴下  
의 見解를 正確히 理解하는 것이겠습니까?

教授 브루멘비츠 博士 :

네, 그것도 오늘 午後 내가 憲法分野에 関해서 말한것 가운데 本  
質的인 部分이 될 것입니다.

쇼이퍼트 副議長 :

다른 部分에서는 말씀하시기를, 4 大國의 權利 가운데에서 獨逸帝國의 單一國家로서의 繼續性を 찾는다는 것은 옳지 못하다. 그와 같은 것은 환상主義에 不過하다 云云 하셨습니다. 어떤 法的 資料로서, 그외의 어떤 構成要件으로서 單一獨逸國家의 法的存続성이 理論的으로 뒷받침될 수 있는지를 말씀해 주실수 있겠습니까?

教授 브루멘비츠 博士 :

獨逸帝國이 들로 分斷됨으로서, 하나의 어떤 새로운 法的組織을 하지 않는 限, 單一國家로서의 存続성을 찾아 볼 수 있는 可能性은 없습니다. 말하자면 全體獨逸의 超憲法이 이와같은 組織中的 하나 일 것입니다.

쇼이퍼트 副議長 :

獨逸帝國의 存続성은 더 以上 理論的으로 뒷받침될 수 없다는 말씀입니까?

教授 브루멘비츠 博士 :

基本條約의 締結後에 있어서는 獨逸帝國의 存続성을 合理化할 수 있는 唯一한 可能性은, 所謂 國家縮少論, 말하자면 獨逸帝國은 西獨憲法の 現實的인 發效地域으로 縮少 되었다는 것입니다.

소이 퍼트 副議長 :

나의 質問은, 貴下의 意見으로서는 基本條約締結以前에 独逸의 單一  
國家로서의 存続性的 法的根拠가 어디에 있었느냐 또는 있느냐 하  
는 것 입니다. 내가 貴下를 理解한 바로서는 4大國의 合意가  
그와같은 法的根拠가 될 수는 없다고 말씀 하셨기 때문 입니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

4大國의 權利를 文書化하는 가운데 單一國家로서의 独逸에 関한  
詳細한 引用이 包含되는 限, 오늘 아마 크리래교수님이 피력하시게  
될 見解. 即, 그와같은 때에는 事實上 独逸帝國에 関한 問題를 4  
大國에게 맡기는 委託關係가 存在하는 것 이라는 見解를 전적으로  
따를 수가 있습니다. 그러나 그와 같은 일은 없을 것입니다.

1970年 8月 6日 外務長官들의 聲明 가운데 "4大國의 權利問題"  
라는 것이 言及되었는데, 西獨政府는 그後 1970年 8月 7/11日字  
로 西方 3大國과의 覚書交換時 이 問題를 "全獨逸과 伯林에 関한  
4大國의 權利 및 義務"라고 自己側의 立場에서 解釈을 한 것은  
모스크바條約上에 있어서 참으로 興味있는 일이 있습니다. 그렇지만  
西獨은 西獨의 東歐羅巴政策에 関한 公式文書上에 있어서는 이 "擴  
大한" 解釈을 관철하지 못했습니다. 내 생각으로서는 늦어도 1972  
年 11月 9日 부터는 4大國의 義務와의 關聯下에 統一獨逸을 建設  
한다는 말은 學問的으로 더 以上 主張할 수 없다고 생각합니다.

소이퍼트 副議長 :

브루멘비츠 教授님, 죄송합니다마는 좀 중단을 해 주십시오. 그리고 여쭙보는 말에 대해서 말씀을 해 주시면 고맙겠습니다. 貴下의 意見으로서 1972年 11月 9日 4大國의 權利를 새로히 文書化 하므로서 單一國家性을 理論的으로 뒷받침하는데 있어서 重大한 變化가 일어났다고 하시는데, 이에 따라서 問題가 되는 것은, 万若에 그 當時 4大國의 權利를 새로히 文書化 함으로서 變化가 일어났다고 한다면, 도대체 무엇이 추가로 基本條約을 통해서 일어났는 말씀입니까?

教授 브루멘비츠 博士 :

西獨政府는 基本條約 9條에 關한 書翰交換을 通해 '하나의 獨逸'이라는 것을 参照함이 4大國의 權利를 文書化 했습니다. 現在까지는 東歐羅巴의 制限된 解釋이 西歐羅巴를 拘束할 수는 없습니다. 國際法上으로 勿論 可能한 일 입니다. 國際法上에는 이곳과 같은 聯邦憲法裁判所가 있는 것이 아니므로……

소이퍼트 副議長 :

万若에 西獨政府가 文書化 하지 않았다면, 그렇다면 어떻게 되지요?

教授 브루멘비츠 博士 :

万若에 西獨政府가 文書化 하지 않았다면, 西獨政府는 '우리는 見

解가 다르다"라고 말할수 있을 것입니다. 나는 오늘 午後에 이  
問題에 關해서 더 詳細히 言及하겠읍니다. 말을 繼續하겠읍니다.  
万若에 國際法이 變更된다면 憲法上의 帰結은 무엇이 겠읍니까?  
그러나 말할 것도 없이 그렇지 않기 때문에, 憲法의 位置는 간단  
하게 變更되어가고 있습니다. 勿論 問題가 되는 것은, 도대체 누  
가 西獨憲法이 憲法規定의 前提가 된다고 보는 國際法的인 關係의  
變化를 確認하느냐 하는 것입니다. 그것은 立法部이겠읍니까? 또  
는 그때 그때 마다 다수파에 依存되어 있는 行政府이겠읍니까?  
나는 이에 關한 說明을 保留하겠읍니다.

소이퍼트 副議長 :

자, 그러면 이제 書類提出에 關한 証拠申請, 特히 領收証提出에  
關해 西獨政府의 立場이 어떠한지, 証拠申請에 關한 西獨政府의 意  
見을 잠시 들어도 좋읍니까?

바알만 局長 :

낮 休息後에 이에 關해 말씀 드리기로 해 주시기 바랍니다. 한  
가지는 이미 說明이 됐다고 생각합니다. 卽 分科委員會 會議錄은 裁  
判部가 이미 使用할 수 있게 되어 있으므로 그 問題에 關해서는  
더 以上 말씀 드리지 않기로 하겠읍니다.

소이퍼트 副議長 :

14時 30分까지 休庭하겠습니다.

( 12時 30分에서 14時 30分 까지 休庭 )

소이퍼트 副議長 :

다시 始作 하겠습니다. 내 생각으로서는 브루멘비츠教授님이 繼續하실 說明은 다른 것 하고도 關聯이 있는 것 같으므로, 될수 있으면 西獨政府側이 証拠申請에 關해서 지금 意見을 말하는 것이 아마 效果의이라고 봅니다.

바알만 局長 :

尊敬하는 判事님, 이 証拠申請이 형식적 要件을 具備 하였는지 一般의인 의구심이 크게 갑니다. 바이에른政府가 提出한 申請書에는 証拠題目이 하나도 明示되어 있지가 않습니다. 그 외에도 個別項目마다 의구심이 가는데 이에 關해서 말씀 드리자면 : 証拠申請 1号, 1箇에 基本條約의 準備와 縮結에 關係되는 書類들을 提出하라고 되어 있습니다.

本憲法裁判所의 判例를 한편 根拠로 하건데 그와 같은 條約을 解釋함에 있어서는 어떠한 解釋原則이 適用될 것이냐하는 것은 分明합니다. 條約을 解釋함에 있어서 그와 같은 書類는 根本的으로 適合한 材料가 아닙니다. 뿐만아니라 바이에른州政府가 보는 程度로

書類가 細分되어 整備되어 있는 것이 아니며, 다만 一方의인 순수한 内部的인 書類들만이 있을 뿐입니다. 万若에 바이에른州政府가 国会나 其他 公開席上에서 發表된 것을 반박하거나 또는 確固히 하는 것으로서, 그들의 申請을 뒷받침하는限, 그와 같은 資料를 提出 하도록 하는 것은 이 裁判의 課題가 아니라는 것을 指摘하지 않을 수 없습니다.

証拠申請 1号, 2項의 領收証에 関해 :

이에 関해서는 条約에 関한 윈(Wien) 協定 31條에 根拠하여, 그와 같은 解狀材料의 到達与否만이 要点이라는 것을 지금 이 자리에서 指摘하는 바입니다. 到達하였다는 것을 特定한 畧類를 통해 追加로 立証하는 것은 國際法上 아무런 問題가 되지 아니 합니다. 그와 같은 것은 國際法이 要求하는 바가 아닙니다.

西独政府는 누차 国会에서 이 問題를 取扱한 모든 委員會에서 独逸統一에 関한 畧類는 締結署名途中에 주고 받았다는 것을 說明한 바 있습니다. 그리고 追加로 다시 또 指摘하고 싶은 것은 그 事實이 独逸民主共和国(東独)에 依해서도 의심을 받고 있지 않다는 것과 그 独逸統一에 関한 畧類가 반려되었다고 發表된 바도 없다는 것을, 바이에른州政府自身도 반박하지 않고 있는 点입니다. 그 畧翰이 반려되었다는 發表는 나올 수도 없었습니다. 왜냐하면 協商過程中에 独逸民主共和国(東独) 代表團이, 独逸統一에 関



한 問題를 取扱한 하나의 書翰이 締結署名 途中에 該當部署에 到  
達된다는 것을 受諾하였기 때문입니다. 바이에른州政府自身도 이와  
같은 사실을 申請書 6面에서 確認하고 있다는 것을 주지 시키지  
않을수 없습니다.

論點이 되고 있는 일은 아니라고 믿읍니다만, 國會分科委員會에서도  
西獨政府에 依한 經過說明에 關해 아무도 의구심을 갖지 않았읍니  
다.

獨逸民主共和國(東獨)의 쿨(Kohl)次官이 한 말은 그 書翰을  
받았느냐 하는데 關한 問題가 아닙니다. 어떻게 到達되었느냐 하  
는 것이 같은 날 發表가 되었읍니다. 쿨(Kohl)氏가 한 말은  
全的으로 政治的 性格을 띠고 있음을 알수 있습니다. 條約에 關  
한 溫(Wien)協定도 要求하지 않는 바와 같이, 東獨은 獨逸統一  
에 關한 書翰內容을 發表하지 않으려고 하였읍니다. 이것이 쿨  
(Kohl)이 한 말의 政治的인 의미입니다. 그 쿨(Kohl)氏의  
말은 法的成分을 지니고 있는 것이 아닙니다.

—申請 2号, 모스크바條約의 準備 및 締結에 關係되는 書類에 關해  
서—

이미 잠간 指摘을 한 바 있는 書類 等에 關해서 말씀 드리자면,  
두 개의 條約은 法的인 面에서 全的으로 獨自性을 띠우는 것으로

서, 獨逸聯邦共和國(西獨)과 獨逸民主共和國(東獨)은 이에 關해서 分明히 말하건데 아무런 意見差異가 없습니다.

그 外에도 바르(Bahr) 轄翰 第5号도 모스크바條約의 構成要素가 아닙니다. 이 5号는 모스크바條約에 들어 가지들 않았으며, 이 所謂 바르(Bahr) 轄翰 5号는 左右間 東歐羅巴政策圈內에 들어 가는 各 個別的인 條約間에 아무런 法的 聯関性을 일으키는 것이 아닙니다. 西獨政府가 오늘 說明한 바와 같이 실은 이러하며, 다만 東歐羅巴政策圈內의 各 個別的인 條約間에는 오로지 政治的인 聯関性만이 있을 뿐 입니다.

그리고 끝으로 말씀드릴 것은, 모스크바條約上에는 基本條約의 對象을 미리 規定한 것이라고 볼 수 있는 條項이 전혀 없습니다. 이와 같은 理由로 因해서, 그에 關한 西獨政府의 内部的인 轄類들을 가져 오도록 하는 것은 不必要한 일이며, 그와 같은 轄類들은 證拠力이 없는 것입니다.

소이퍼트 副議長 :

감사합니다. 證拠申請 1号 및 2号에는 唯一한 畫面, 即 獨逸統一에 關한 轄翰을 받았다는 領收証이 들어 있습니다. 이 轄翰手交가 어떠한 형식으로 어떻게 이루어 졌느냐 하는 것을 裁判部가 重要하다고 보는 境遇에 對備해서, 條約署名 途中 주고 받았다고 말

씀하신 것을 明記해 두겠습니다.

바알만 局長 :

네, 저는 이와 같이 말씀 드릴 수가 있습니다. 제가 말씀 드린 法的 事由로 因해서 西獨政府는 西獨國會의 二分科委員會, 卽 獨逸 國內事情問題担当分科委員會와 法制司法分科委員會에도 提示하지 않았다는 것을 理解하여 주시기 바랍니다.

소이퍼트 副議長 :

말씀하신 가운데 締結署名을 하는동안에 주고 받았다고 하셨는데, 締結署名을 하는 동안에 주고 그리고 또 받았다면, 領收証이 없을 것이 아닙니까?

바알만 局長 :

아닙니다. 領收証이 있습니다. 万若에 裁判部가 이 領收証을 提示하는 것이 必要하다고 보신다면, 当然히 우리는 생각을 다시 해보겠습니다. 나는 다만 法的인 理由만을 말씀 드리고 싶습니다. 條約에 관한 원(Wien) 協定에 따라서 領收証은 바이에른州政府가 생각하는 것과 같은 的의를 갖지는 않습니다.

소이퍼트 副議長 :

條約締結署名에 관한 記錄은 作成되어 있습니까?

바알만 局長 :

아닙니다. 本來 領收証은 獨逸民主共和國 (東獨) 의 中央庁의 郵便物接受所의 領收証 입니다.

소이 퍼트 副議長 :

郵便物接受所의 領收証이라고요 ? 「署名하는 동안」이라고 말씀하셨지 않습니까 ?

바알만 局長 :

締結署名은 柏林에서 했습니다. 獨逸統一에 關한 書翰은 獨逸聯邦共和國 (東獨) 中央庁 建物內에서 인도 되었고, 그리고 郵便物을 받았다는 收領이 證明되었습니다. 따라서 條約에 關한 溫 (Wien) 協定 31 號에 該當하는 接受가 이루어진 것이며, 그 書翰은 基本條約에 關係 되는 것이라고 밝혀 지는 것입니다. 이것이 그 便紙의 文句 內容 입니다.

소이 퍼트 副議長 :

그렇다면. 어찌했던 問題가 되는 書面은 領收証과 同一한 것이 겠습니다.

바알만 局長 :

저는 이 領收証을 提示하라는데 對해서 의구심을 가지지 않을 수

없습니다. 내가 받은 인상으로서는 바이에른州政府는 콜 ( Kohl ) 次官의 말을 논박하기 爲해서 이 領收証 提示가 必要하다고 생각 하는 것 같습니다. 그러나 나는 콜 ( Kohl ) 次官님의 말씀은 아무런 法的인 뜻이 있는 것이 아니라는 것을 西獨政府의 이름으로 分明히 말합니다. 相對便의 한 高官이나 또는 使節團代表가 實際로 받았다고 말하는 內容인 收領宣言 같은 것은, 條約에 關한 溫 ( Wien ) 協定에 따라서 必要하지가 않습니다. 콜 ( Kohl ) 次官님의 말씀에 對해서 지나친 意義를 賦與 할 必要는 없습니다.

소이퍼트 副議長 :

더 以上 質問이 없으면 適當한 때에 그 問題를 다른기로 하겠읍니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

32 條가 意味하는 " 補充的인 方法 " 도 解狀上 使用되어야 합니다. 그런데 西獨政府의 書類들은 例컨데 모스크바條約에 關한 1970年 7月 29日付의 크로미코宣言 같은 것을 解狀하는데 그와 같은 意味에서 法律上 拘束力이 있습니다. 그래서 나는 請하건데, 뱅그려 教授님으로 부터 우선 31條에 關해서 말씀 하시는 것을 듣고, 바알만局長님의 말씀과 關係시켜 領收証의 法的性質에 關한 見解를 말씀 하시도록 하시기 바랍니다.

教授 뱅그러 博士 :

31 條에 따라서 解釈上에 사용될 「記錄」은 相對方 當事者에 依해서 條約에 關係가 있는 記錄으로서 받아 들여 지지 않으면 아니 됩니다. 따라서 領收證內容이 어떻게 되어 있느냐 하는 것이 관심사 입니다. 卽 그 內容이 「우리는 某人으로 부터 基本條約에 關한 記錄으로서 書信을 接受 하였음」하고 되어있느냐, 또는 「우리는 某人으로 부터 書信을 받았음을 確認함」이라고만 되어 있느냐 하는 것입니다.

이와 같은 것은 매우 重要한 일입니다. 왜냐하면 31 條 26 號에 따른 記錄書類의 解釋上 價值는, 32 條에 依해서 解釋에 利用될 記錄書類의 解釋上 가치하고는 다르기 때문 입니다.

소이퍼트 副議長 :

當事者들間에 이 領收證의 意義에 關해서 意見差異가 있는 것이 分明 합니다. 裁判部는 이 問題를 깊이 다루지 않으면 아니 되겠습니다. 바알만氏, 西獨政府는 이 領收證은 法的인 意義를 지니고 있지 않으며, 따라서 重要하지 않다는 意見 입니다. 그렇다면 왜 西獨政府는 提出을 꺼리는지 나로서는 理解가 잘 가지 않습니다.

바알만 局長 :

万若에 裁判部가 그것을 必要로 한다면 우리는 그것을 考慮해 보  
겠다는 뜻을 비쳤읍니다.

소이퍼트 副議長 :

그것이 必要한지 必要하지 않은지를 認識하기 위해서 裁判部가 어  
떠한 決定이나 發表를 할 必要는 없읍니다.

바알만 局長 :

이미 陳述한 理由로 因해서 国会의 二分科委員會에 이 領收証을  
提示하지 않았다는 것은 큰 意味를 지니는 일입니다. 우리가 國  
會에서도 하지 않는 일을, 아무런 法的 必要性도 없으면서 이 자  
리에서 履行하도록 要請을 받는다면 合당한 일이 아니라고 봅니다.  
말씀 드린 바와 같이 接受된 事實을 의심하는 사람은 아무도 없  
었으며, 바이에른州政府自身도 獨逸統一에 関한 이 書翰이 제대로  
接受 되었을 것을 前提로 하고 있었읍니다. 그리고 書翰內容으로  
보아, 이 書翰은 基本條約에 関한 것이라는 것이 分明합니다. 그  
書翰內容의 要旨는 獨逸聯邦共和國(西獨)과 獨逸民主共和國(東獨)  
間의 基本的인 問題에 関한 條約을 오늘 調印함과 關聯하여 獨逸  
聯邦共和國(西獨)政府는 이 條約이 矛盾性을 內包하지 않음……等  
을 確認함을 榮光으로 생각한다는 것입니다. 즉 '오늘 條約을  
調印함과 關聯하여'라고 分明히 되어 있습니다.

郵便物 接受所의 領收証이라고 저는 말씀 드렸읍니다. 郵便物 接

受所에 勤務하는 일개 公務員은 自身이 接受하는 書類의 內容이 具體적으로 어떤 것이라고 說明할 수 있는 資格을 갖고 있지는 않습니다. 그와 같은 公務員이 越權行爲를 할 수는 없는 것입니다. 다시 말씀 드리건데 그것은 받았음을 確認하는 領收証인 것입니다.

教授 브루넨비츠 博士 :

바이에른州政府는 31條가 意味하는 '記錄'과 32條가 意味하는 '記錄'上에는 差異가 있다는 것을 再次 主張하지 않으면 아니 되겠습니다. 서로 關聯性이 있다고 西獨政府가 主張하는 것만으로서는 不足합니다. 그 關聯性이 認定되었다고 西獨政府는 說明할 수 있지 않으면 아니 됩니다.

소이퍼트 副議長 :

내가 바알만氏의 陳述內容을 理解한 바로서는, 이 領收証이 重要性을 띠는지 與否와 그리고 이 領收証이 提示되어야 될지에 關해서 裁判部가 意思表明이나 或은 決定을 할 것을, 바알만氏는 願하고 계신것 같습니다. 그래서 우리는 適當한 때에 이 問題를 處理하기로 하겠습니다. 그리고 証拠申請 3號와 4號에 關係되는 것으로서, 分科委員會會議錄은 本來 訴訟當事者와 裁判部가 現在 이미 使用할 수 있지만은 지금과는 다른 方法으로 利用할 수 있도록 하기 위해서, 本憲法裁判所가 어떠한 命令 같은 것 등을 할 必要



가 있는지를 分明히 밝혀 주기를 오늘 아침 이미 試圖 했읍니다  
어떠한 措施를 取하는 것이 좋겠읍니까?

더르네커 書記官 :

裁判長任, 제가 말씀 드리자면, 이에 關해 証拠申請을 한 理由는,  
바로 西獨国会法制司法分科委員會 基本條約에 關해 20個의 確認同  
意가 委員會의 少数派에 依해서 提起 되었으나, 多数派로 因해서  
否決 되었기 때문입니다. 이 証拠申請을 許容하던지 아니 하던지  
間에, 어느 境遇를 莫論하고 그것은 法的으로 重要한 일입니다.

소이퍼트 副議長 :

네, 會議錄들은 이미 가지고 있습니다. 무슨 措施를 必要로 하시  
는지 그것만을 말씀 하십시오.

더르네커 書記官 :

우리는 會議錄을 가지고 있습니다. 바이에른州政府는 그것을 가지  
고 있습니다. 그러나 그것은 機密文書 입니다.

소이퍼트 副議長 :

万若에 貴下의 意見이, 우리가 이 자리에서 機密을 公開 하여야  
한다는 것이라면, 우리가 그것을 할 수 있느냐가 의문이고, 또 어  
떤 機密이 되는 것을 公開하라는 것인지 分明히 말씀하셔야 됩니

다. 나는 도대체 이 자리에서 우리가 機密을 公開할 수 있는지  
없는지 모르겠습니다. 會議錄提示를 命令하라는 申請을 나는 理解  
하지 못하겠습니다.

디르네커 書記官 :

우리 意見은 이러합니다. 西獨國會에서 確認同意가 이루어졌다 할  
지라도, 이 確認同意가 社会民主党과 自由民主党으로 成立된 聯合  
多数派에 依해서 否決되었다는 事實은 곧 條約에 関한 解釈을 逆  
으로 할 수 있음을 뜻하는 한, 西獨國會와 參議員의 委員會에서의  
討論過程을 알아보는 것이 條約解釈上 必要하다는 意見입니다.

소이퍼트 副議長 :

裁判部가 必要하다고 보는 限, 裁判部는 會議錄을 閱覽할 것이라고  
確信을 하셔도 좋습니다. 그런데 그 會議錄의 어느 特定한 部分  
을 指摘하셨다면 할 수도 있었을지 모르겠습니다. 그렇지만 會議  
錄 提示에 対한 決議는 必要하지 않습니다.

디르네커 書記官 :

말씀드릴 바와 같이 그것은 機密文書입니다. 그런데 제가 보기에  
는, 그것은 裁判所에 없는것 같습니다.

소이퍼트 副議長 :

必要할 때에는 우리는 언제라도 그것을 使用할 수 있다는 뜻에서  
가지고 있는 것이나 다름바 없습니다.

憲法裁判所判事 教授 가이거 博士 :

한가지 물어 보겠습니다. 貴下의 생각으로서는, 貴下가 이 곳에서  
機密文書를 行使할 수 없기 때문에, 機密文書가 이 곳에 提示되지  
않으면 貴下의 利益保障上 支障이 있다고 보십니까?

더르네커 書記官 :

바로 그렇습니다. 우리는 우리들 自身이 이 公開裁判을 하는 곳  
으로 그 會議錄을 가져 올 수는 없습니다.

소이퍼트 副議長 :

그런데, 貴下는 모든 委員會의 會議錄 全部에 關해서 말씀 하셨지,  
機密에 속하는 會議錄만을 指摘해서 말씀 하시지 않았습니까. 따  
라서 어떤 會議錄이 提示되기를 願하는지 잘 알수가 없습니다.

더르네커 書記官 :

裁判長님, 다시 말씀 드리는데, 國會分科委員會의 會議錄들은 機密文  
書라고 저는 백퍼센트 確信 합니다. 獨逸國內事情問題担当分科委員會  
를 말하는 것이며, 外務分科委員會와 法制司法分科委員會도 一部 關  
係 됩니다. 總會의 會議錄과는 差異가 있습니다.

소이 퍼트 副議長 :

어떻게 생각하십니까. 이 자리에서 機密性을 없이 할 것입니까, 또는 機密로 그에 關한 心理를 해야만 되겠습니까?

디르네커 書記官 :

国会의 分科委員會의 議事進行過程에서 느낀 바로서는, 委員會의 議事도 証拠採擷을 爲한 事實調査에 包含시킬 必要가 있다고 봅니다.

憲法裁判所判事 教授 가이거 博士 :

万若에 裁判部가, 그와 같은 種類의 모든 文書가 裁判部에게 使用할 수 있도록 되어 있으며, 參考로 하기 爲해 가져 오는 것이 訴訟上 理由 있다고, 分明히 表現을 한다고 하면 足하다고 생각하십니까?

디르네커 書記官 :

나는 이 자리에서 公式的인 訴訟代理人의 權利를 조금도 侵害하고 싶지 않습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

좋습니다. 그런데 또 말씀 드릴 것이 있습니다. 그 會議錄들로부터 나올 結論에 關해서, 亦是 機密로, 우리들이 通報 받을 수 있도록 해 주시기 바랍니다.

소이 퍼트 副議長 :

結論에 関해서는 아마 判決時에 아시게 될 것입니다. 여러분들!  
조용히들 해 주십시오. 떠드시면 안됩니다.

반트 憲法裁判所判事 :

제가 貴下의 말씀을 理解한 바에 依하면, 貴下의 말씀은 貴下가  
내용을 알고 계신 그 機密會議錄을 이 口頭審理를 爲해서 들어오  
도록 하되, 万若에 必要한 境遇에는 非公開心裡로 해야 된다는 것  
이지요. 貴下의 申請內容을 이렇게 보면 되겠습니까?

教授 브루멘빗츠 博士 :

勿論입니다. 証拠를 發見하기 爲해서는 모든 可能한 方法을 다 使  
用해야 된다는 것입니다.

소이 퍼트 副議長 :

그러면, 브루멘빗츠 教授님 말씀을 더 계속하시겠습니까?

教授 브루멘빗츠 博士 :

나는 西獨政府에게 對해서, 내가 午前에 言及한 部分에 関해서 어  
떻게 생각하든지 意見陳述을 하도록 부탁했습니다. 西獨政府側에서  
그것을 해주시면 고맙겠습니다.

바알만 局長 :

다시 反復하여 말하건대, 이 자리에서는 憲法裁判을 하고 있으므로, 當然히 憲法上的의 問題가 重点이 되는 것입니다. 그러므로 우리는 國際法上的의 問題에 關해서 성급하게 意見陳述을 하고 싶지는 않습니다. 우리는, 本憲法裁判所가 判決上 國際法的 問題를 必要로 하는 境遇에만 國際法上的의 問題에 對한 答覆을 하고자 합니다. 이것은 憲法上的의 問題들입니다. 우리는 바이에른州政府가 憲法上的의 問題에 對한 意見陳述을 한 後에 우리의 意見을 陳述 하고자 하는 바입니다.

소이퍼트 副議長 :

말하자면, 지금 當장 브루멘비츠 教授님의 演說內容에 關여하고 싶지는 않으시다는 말씀이지요. (브루멘비츠 教授를 向해) 말씀을 繼續 하십시오.

教授 브루멘비츠 博士 :

裁判長任, 憲法裁判所判事 여러분, 저의 말을 繼續 하겠습니다. 지금 말씀드리고자 하는 것은 本來 憲法에 關係되는 問題인 " 獨逸 " 이라는 概念에 關한 것입니다.

獨逸이라는 概念과 이것의 憲法上的의 規定, 특히 西獨憲法前文內的 所謂 單一性保障 條項 및 統一命令 條項 內에 表示되어 있는 것

이 내가 지금 함及하고자 하는 것입니다.

憲法前文 1節에는 이에 關係서 '國民的, 國家的 統一性을 保存하기 위한 意志에 拘束된' 라고 確言되어 있고,

2節에는 '그들(西獨內의 各州의 獨逸民族)은 參與가 拒否된 獨逸人들과도 協議했다'고 되어 있고,

3節에는 '모든 獨逸民族은 自由로운 自由決定으로서 獨逸의 統一과 自由를 成就할 것을 命令받는다'고 되어 있습니다.

먼저 前文의 法的性格에 關係서 간단히 주석을 달자면, 다음과 같은 概要를 그 中에서 찾아 볼수가 있습니다.

即 :

1. 政治的 信條, 特定한 計劃에의 國家民族의 嚴肅한 호출
2. 法的 重要性을 먼 確認 乃至 憲法을 解釋함에 있어서 유의하여야 될 法的保障,
3. 모든 國家機關에 關係되는 義務, 等 입니다. 西獨憲法裁判所는 1956年 8月 16日 共産黨에 關한 判決時 憲法前文에 關한 基本的인 見解를 辟력함에 있어서 모든 解釋可能性을 全部 考慮하였으며, 憲法前文의 政治的 意義外에 法的인 成分까지도 確認하였음

니다. 그것을 引用 하자면, 前文은 法的인 成分도 갖고 있는 것이며, 憲法을 解釈함에 있어서 유의하지 않으면 아니 될 法的으로 重要性을 띠는 確認이나 法的保障만을 하고 있는 것이 아닙니다. 憲法前文 으로 부터는 더 나아가 獨逸聯邦共和國의 모든 政治的인 國家機關間의 法的義務가 발생되는 바, 이 義務란 모든 힘을 다하여 獨逸의 統一을 達成하기 爲해서 努力하여야 될 義務, 이 目標을 爲해서 國家機關이 措施를 取하여야 할 義務 및 이 目標을 爲한 行爲를 그들의 政治的 行動의 標準으로 承認할 義務等 을 말합니다.

憲法裁判所는 憲法前文의 마지막 구절의 法的性質을 所謂 兵役義務에 關한 判決을 통해서도 確認한 바가 있는데 그것을 引用하자면 "獨逸의 統一은 政治的인 目標일 뿐만 아니라, 憲法上의 命令이다" 라고 되어 있습니다.

憲法裁判所는 前文全體에 關해서 法的性格을 說明하고 있습니다. 憲法制定沿革上에서도 그것을 찾아 볼수가 있습니다. 國會議員 슈밀博士가 한 말을 引用하겠습니다. 그는 말하기를 "憲法前文은 훌륭한 序文에 不適當한 것이 아니라, 創設的인 原動力을 表示하는 것으로서, 그 前文에는 法的으로 重要性을 띠는 確認, 評價, 法的保障 및 請求權 등이 함께 包含되어 있다" 고 하였습니다.



前文中의 統一保障 乃至 統一達成條項의 內容이 제가 말씀 드리고  
저 하는 다음 項目 입니다.

「國民的, 國家的 單一性을 保存하기 위한 意志에 高무된」이라는  
前文의 말은 「統一保障動機規定」 또는 「統一保障命令」 乃至  
「委任」이라고 말합니다.

前文 1節은 3節과는 달리 法的인 命令이나 委任으로서가 아니라  
確認으로서 理解됩니다. 그러나 이것은 動機만이 問題가 된다는  
것을 意味 하는 것은 아닙니다. 모든 反對되는 狀況과 하나의  
西方國家의 創設에 구애됨이 없이 獨逸의 國家的인 統一을 固守한  
다는 獨逸의 憲法制定者의 確認은 法的 成分을 展開시키는 것입니  
다. 制憲者의 確認은 命令이나 마찬가지로 法的 拘束力을 갖는  
것입니다. 規範이 外形上 確認이나 또는 命令이나 하는 것은 가  
술상의 問題에 不過 합니다. 「確認」의 法的인 行動반경은 一般  
的으로 命令의 행동반경을 증가하는 것입니다.

國家의 統一을 保障하려는 意志를 「動機」로 表現하느냐, 또는 法  
的으로 重要한 「確認」으로서, 即 法的保障으로 表現하느냐 하는  
것은, 아무런 問題가 되지 않을 것 입니다. 왜냐하면 「動機」가  
内部的인 움직임의 原因으로만 머무르지 아니 하고, 憲法전에 明示  
되는 境遇에는, 「動機」도 法的意義를 取扱하기 때문입니다. 이와

같은 것은, 프로그램식으로 明示的 規定을 두었던 와이말憲法에 있어서와는 달리, 西獨憲法의 一般的인 傾向과도 合致되는 것입니다.

統一保障條項을 解釋함에 있어서 그 制定내력을 살펴보면, 이 條項은 比較的 늦게 國會에서 論議가 되었음을 確實히 알 수가 있는데, 뒤늦게나마 이것이 論議가 된 理由는 憲法前文에 關한 二項 제안들, 卽 獨逸國家의 繼續存在를 強調하는 見解가 表現하기에 부적합하였었기 때문이 었습니다. 모든 憲法에 따른 法規는 國家概念을 前提로 합니다. 이것은 當然한 事實이기 때문에, 많은 憲法들은 前提가 되는 國家에 關한 세부적인 規定을 두지 않고 있습니다. 特別한 規定이 없는 限, 國家法分野와 憲法分野는 同一한 것입니다.

그러나 西獨憲法을 制定한 後에는 狀況이 다릅니다. 1945年以後에 있어서 獨逸國의 繼續性에 關한 問題는 의심이 가지 않는 것은 아닙니다. 1945年 5月 7/8일의 獨逸軍의 항복, 1945年 5月 23日의 뒤니츠(Dönitz) 內閣의 逮捕, 1945年 6月 5日 付의 聲明을 통한 勝戰國의 獨逸에서의 最高國家權力的 接受 및 1945年 8月 2日의 포스담條約의 規定內容 等に 關해서, 獨逸의 憲法制定者는 分명한 意見陳述을 하지 않으면 아니 되었습니다.

뿐만 아니라, 새로히 세워지는 國家의 量과 質이, 그 전의 獨逸國

과 比例하여 정의가 내려지지 않으면 아니 되었습니다. 이와같은 獨逸의 憲法制定의 先決問題에 關한 議會의 答은, 憲法前文의 1節을 敍고, 西獨憲法前文 2節과 3節 및 本章 23條와 146條 같은, 일련의 憲法上의 다른 規定을 解明 하는 것이 있습니다. 그러나 憲法條文이 이와 같은 總體的으로 憲法을 理解함에 있어서 重要的 先決問題를 지나쳐 버리고 規定을 하지 않았다면, 그와 같은 先決問題는 解明의 길을 通해서 찾지 않으면 아니 되었습니다. 憲法裁判所는 다른 것과 關聯하여 말하기를, 憲法은 하나의 內的인 統一體이며, 이 內的인 統一體의 總體的인 內容으로 부터는 原則과 基本的인 判斷이 나온다고 했습니다. 憲法의 基本前提의 境遇도 亦是 비슷 합니다.

國際法上의 主体인 獨逸의 存続性이 客觀的인 國際法의 地位에서 發源하느냐의 여부는, 이곳에서 言及한 憲法的인 問題에 對해서 別로 重要的 일이 아닙니다. 이것은 하나의 重要的 계달음 입니다. 西獨憲法은 그 憲法의 發效地域에 關한 國際法上 論爭이 되는 問題를 憲法的인 位階로서 解決할 수가 있으며 모든 國家機關을 이 解決에 결부 시킬 수가 있습니다. 히로쉬 憲法裁判所判事님, 勿論 聯邦憲法制定者는 바이에른州 憲法의 基本的인 決定에 拘束을 받지 않습니다. 兩者의 關聯性에 關해서는 이미 言及을 하였으며, 本人은 바이에른自由州의 代表로서, 判事님께서 바이에른 憲法 또한 이곳 憲法裁判所의 心理尺度로 삼기를 考慮하고 계신것을, 기쁘게 생

각하는 바입니다.

오늘날 지배적인 法世界の 二元的인 構想에 따라서, 國際法과 憲法은 두개의 理論上 분리된 法域인 것이며, 이 두 法域의 규범(基準)이 서로 一致해야 될 必要가 있는 것은 아닙니다. 이와 같은 것은 本 裁判部도 暫定的인 措施에 關한 判決時에 감수 하였던 바가 있습니다. 西獨憲法 25條上的 「國際法上的 一般的인 規定의 우선권 및 直接的인 效力發生」이라는 것은 말할자면 두 法域의 調和를 企圖 하는 것이며, 勝戰國이 敵國에게 要求한 國際法上的 規定을 包含하지 않는 國際慣習法에 關係되는 것이며 國際法上的 構成要素를 國內法の要素로 포섭하는 것을 뜻합니다. 무엇보다도 모든 當事國들을 國際法上 拘束시키는 國際機關이 있는 것이 아니기 때문에, 憲法制定者는 自身이 만든 國家制度와 關係되는 形態로 國際法上 論爭이 되는 問題에 關해서 態度를 取할 수 있는 것이며, 또 態度를 取하지 않으면 아니 됩니다.

이와 같은 洞察은, 基本條約과 關聯하여 늘 말하여 지고 있는 또 다른 하나의 理論的 根拠를 相對的으로 보도록 하는데, 그 理論的 根拠란, 憲法前文上的 獨逸이라는 概念은 變化 되었다. 卽 領土가 縮小 되었으며 現實認定과도 對立되지 않는다는 것을 內容으로 합니다. 西獨憲法의 成立은 憲法裁判所의 判例와 마찬가지로, 獨逸統一이란 1937年 12月 31日 現在의 國境을 標準으로 한 獨逸의

再現을 말한다는 것을 의심할 여지가 없는 것입니다. 憲法上 國籍에 關한 問題를 정의할 뿐, 法文上으로 보아 領土權에 關한 規定이 아닌 西獨憲法 116條 1項은 여기에 적어도 증빙으로서 끌여 당겨질 수가 있습니다. '1937年 12月 31日付의 國境線內的 獨逸'이라는 憲法上的 國家概念은 憲法이 改正될 때 까지는 拘束力을 가질 것 인데, 이것은 本來 勝戰國 意圖이거나 또는 國際法上的 規定에서 由來하는 것이 아니라, 오로지 憲法制定者의 意圖이 었는 것입니다.

이 規定을 領土에 關係되는 것이 아니라, 사람에 關係되는 것이라고 理解할 때, 어찌 하였든 이전 동부지역이 西獨憲法上的 獨逸이라는 概念에서 除外되는 것으로 생각됩니다. 이와 같은 見解는 憲法規範의 '意味變化'로 因해 解明을 必要로 합니다. 規範이 事實上 發効되는 領域, 即 '規範領域' 또는 '規範地域'이 變更되면, 이 獨逸이라는 概念이 새로 始作된다는 것이 一般的인 見解이며, 規範의 解沢自体도 變化된 狀態에 適応되지 아니 하면 아니 되겠습니다.

獨逸民主共和國(東獨)을 獨逸이라는 概念에 包含시키지 않는 實際的인 理由를 이미 1949年에 憲法制定者가 알고 있었기 때문에, 意味變化에 對한 特別한 根拠가 立証되지 않으면 안되었습니다. 左右間 사람에 關係되는 獨逸이라는 概念은 獨逸民主共和國(東獨)

地域을 포함하기 때문에, 基本條約上的 意味變化問題는 後退를 하게 됩니다.

規範과는 境界가 지어져 있는 意味變化制度와 關聯되는 것으로서, '憲法이 묵시적으로 變하는 制度' 即 政治的, 社會的 觀念의 變化나 憲法보다 下位에 있는 法の 變更을 통한 規範變化라는 더 廣範圍한 制度가 있습니다.

그와 같은 憲法의 묵시적 變化는 西獨憲法 79條 1項에 規定된 原理 外에도 口實을 갖고 있습니다. 西獨憲法 79條 1項은 憲法制定 當時와는 달리 一般의인 政治的, 社會的 認識이 비록 달라졌다고 하더라도, 살아있는 組織體로서의 憲法을 維持 하도록 하고 있습니다. 憲法의 歷史的인 繼續性을 爲해서 必要로 하는 流動的인 考察方法은 西獨憲法 79條에 따라서, 國會의 多數派에 依해서 政治的으로 論爭의 여지가 있게 通過된 當돌한 法的變更이 問題가 될 때는 許容되지 않습니다.

여기 저기서 確認한 '묵시적인 憲法變化'는 憲法上的 基本原理 앞에서 停止를 합니다. 이렇게 해서 前文 3節에 있는 所謂 統一命令은 變態下에 놓이게 됩니다. 그렇지만 國家概念은 憲法典外에서는 憲法的으로 改造될 수 없는 憲法의 基本構造에 屬하게 됩니다.

國家概念을 憲法上으로 明示함에 있어서는 말할 것도 없이 現在의 規定 未來의 規定間의 衝突問題가 생깁니다. 이것은 恒常 法曹家들이 겪는 經驗이며, 이것은 많은 現役政治人들에게는 激憤을 가져오며, 대담한 外交政策에는 하나의 障礙物을 가져다 줍니다. 國家概念은 憲法을 통해 마련된 制度와 같은 保護를 받습니다. 國家의 생성과 滅亡은 議會內의 多數決에 依해서 일어날 수 있는 事件이 아닙니다.

西方國家나 또는 獨逸統一이나 하는 兩者択一을 두고 議會는 단순히 西方國家를 択하지는 않았고, 전해오는 獨逸의 國際法上的 主体性이 影響을 받지 않는것을 條件으로 그 限度 內에서 하나의 西方國家를 建設하였던 것입니다.

이것은 이중의 方法으로 說明될 수가 있습니다. 나는 오늘 아침 國際法的으로 아주 짧게 그것에 關해서 言及한 바가 있습니다. 지금은 憲法學的인 귀결에 對해서 말씀 드리겠습니다. 西獨憲法에 規定된 國家에 關한 規定은 全体獨逸國에 關한 規定과 同一합니다 (核心國家論의 形態를 取한 同一說). 이 學說은 長期間 獨逸에서 判例上的 統率이 있으며, 이 憲法裁判所의 判例와도 一致 합니다.

다만 獨逸國은 國際法上的 主体로서도 獨逸聯邦共和國(西獨)의 領域만을 포용하는 것이라는 縮小國家論의 形態를 따른 同一說은 廣

範圍한 獨逸國家概念을 正當히 取扱하지 못할것 입니다.

西獨憲法上에 規定된 國家에 關한 規定은, 存続되고 있는 全體獨逸에 關한 것은 아닙니다. 그렇지만 全體獨逸의 것을 排除하지는 아니하고, 오히려 그 밑에 종속시키려 하고 있습니다. 이것이 所謂 法秩序分割論인데, 이 學說은 國際法上의 主體로서의 이전 獨逸의 存続性을 可能하게 하며, 또 獨逸聯邦共和國(西獨)과 獨逸民主共和國(東獨)을 法的으로 同等한 位置에 두는 것을 可能하게 하는데, 社會民主黨과 自由民主黨이 이끄는 聯合派가 東歐羅巴政策을 構想할 때 基礎가 되었읍니다.

憲法制定者는 傳해져 오는 國際法上의 主體를 規定하므로써 허황된 의제만을 한 것은 아니고, 兼하여 同時에 憲法前文 3節에 '獨逸의 統一과 自由를 成就' 할 것을 명하고 있습니다.

憲法制定者는 自身에 依해서 1項에 規定된 規範과 戰爭後의 獨逸에 있어서의 現實이 서로 상충된다는 것을 알고 있으며, 이것을 克服할 것을 要求하고 있습니다. 憲法制定者는 東歐羅巴國家들과의 條約에 關聯하여 要請을 받는 것과 같이, 서로 相衝되는 두 境遇의 正常化를 要求하고 있습니다.

基本條約에 있어서는 規範을 現實에 調和시키는 것으로 解釋이 갑



니다.

그러나 西逸憲法은 前文에서 그와는 달리 反對로 現實을 規範에 調和시키기를 要求하고 있습니다.

憲法前文의 1項과 3項은 目的과 方法間的 關係에 있는 것입니다. 憲法上에 明記된, 傳해져 오는 獨逸의 國際法上的 主体가 適當한 方法을 통해 다시 活動시켜 지지 않으면 아니 됩니다.

憲法前文 3項에서는, 憲法制定者는 國家의 機關들에게 對해서 獨逸의 統一과 自由를 成就할 目標을 設定하고 있습니다. 그런데 目標設定으로 부터 特定한 行爲를 하라는 命令이 발생되지는 아니며, 目標을 達成하는 方法選擇은 憲法裁判所가 共産黨裁判時에 判示한 것과 같이 '政治的 自由裁量'에 속합니다.

前文 3項에 對한 判例를 살펴보면, 이 項目은 統一을 阻害하는 措施를 憲法上 저지하는데 適用하므로서, 말하자면 소극적인 意義를 더 지니고 있음을 알 수 있습니다. 뿐만 아니라 憲法制定者의 意圖와 전적으로 一致되지 않을지도 모르지만, 이에 關해서는 學說上 '統一妨害禁止'라는 말이 많이 使用되고 있습니다. 獨逸의 統一을 達成하기 위한 適當한 方法으로서는, 前文 3項은 '自由로운 獨自的 決定'을 말하고 있습니다. 이와 같은 것은 西獨逸憲法

146條가 「獨逸民族의 自由로운 決定云云……」하는 것과도 같읍니다. 뵈그러 敎授님이 이에 關해서 詳細히 말씀 하실 것이기 때문에, 本人은 이에 關해서 간단히 말씀 드리 고져 하는바 입니다.

憲法上에 있어서 自主決定에 關한 條項은 根本的으로 自由로히 選擇할 수 있는 統一方法에 대한 限界에 關해서 言及하는 것 입니다. 統一이 自由를 犧牲하면서 이루어 질 때에는, 統一命令에 위배되는 것으로서, 이는 統一禁止를 뜻하는 것 입니다. 現在까지 東歐羅巴政策을 가장 具體化하고 있는 基本條約은 말씀 드린 바와 같은 憲法上의 基準에 未達하는 것 입니다.

本人이 오늘 午前에 이 자리에서 基本條約을 分析하여 본 바로서는, 統一을 成就하기 爲해서 지금까지 取한 길은 잘못된 것이 있다고 아니할 수 없읍니다.

이와 같은 것들이 統一命令과 우리 憲法에서 基礎가 되는 獨逸의 國家概念에 對한 本質的인 點 입니다.

자, 그러면 지금부터는 基本條約이 獨逸民主共和國(東獨)內에 있는 獨逸人들에 對한 保護義務를 侵害한 것에 對해서 말씀 드리 겠읍니다.

國家와 人間間的 西獨憲法을 통한 關係變化는, 典型的인 自由主義라  
는 뜻에서 人間의 基本權 範圍를 侵害하지 말아야 된다는 것만이  
모든 國家權力의 任務가 아니라는 것을, 必然的으로 同伴합니다.  
西獨憲法 1 條 1 項 2 節에 法的인 根拠를 가지고 있는 憲法上에 있어  
서 的 人間象은 國家로 하여금 더 나아가, 모든 基本權의 土台가  
되는, 말하자면 人權分野의 核心인 人間의 尊嚴性을 保護하기 爲한  
積極的인 行動을 할 것을 要求하고 있습니다.

國家의 이 義務는 大端히 特別한 方法으로 모든 獨逸人들에게 適  
用됩니다 (西獨憲法 116 條 및 16 條). 西獨憲法前文 2 節과 3 節에  
서는, 兪배강 건너편에 있는 獨逸人으로 하여금 自由로운 自主決定  
을 可能하게 하지 않으면 아니될, 基本的인 憲法上의 根拠도 亦是  
찾을 수가 있습니다.

獨逸民主共和國 (東獨)에 있어서 人權을 強化하라는, 國家構成員들에  
對한 積極的인 委任 또한 法的으로 自명한 根拠를 찾는다면, 行爲  
委任의 必要한 前提로서 內在하는 不作為行爲에 어긋난다는 것을,  
即 말하자면 獨逸民主共和國 (東獨)內에 있는 獨逸人들의 基本自由  
를 爲해 本質的인 措施를 取하려고 努力함이 없이 다만 自身の  
權力機關에 依해서 強化된 獨逸民主共和國 (東獨) 政權을 強化하는  
데에 献身하여서는 아니 된다는데에 위배된다는 것을, 裁判部는 쉽게  
確認할 수 있습니다. 이와 같은 것이 亦是 '자아르 (Saar)

裁判<sup>1</sup> 時에 憲法裁判所에 依해서 說明된 接近論<sup>2</sup> 뒤에 있는 動機인데, 이 接近論에 關해서는 州政府首相任 께서 이 자리에서 口頭로 陳述을 하는 가운데 말씀 하신 바가 있습니다.

特別히 獨逸民主共和國(東獨)內的 地位에 關해서, 担当裁判部는 說明하기를, 獨逸聯邦共和國(西獨)의 憲法은 獨逸聯邦共和國의 聯邦과 州의 各機關이 東部地帶(當時는 이렇게 불렀음)의 權力體制를 強化하거나 또는 支援하는 것을 禁止한다고, 하였습니다. 이와 같은 것을 理論的 뒷받침으로 하여, 憲法裁判所는 獨逸民主共和國(東獨)의 刑事問題에 對한 判決의 執行에 關한 法院의 判決을 解除한 바 있습니다.

基本條約에서는 獨逸民主共和國의 體制는, 歐羅巴의 심장부분에서 工業과 經濟上의 共同作業을 하기 爲한 어길수 없는 最低尺度를 保障하기 爲해서, 相互往來條約과 이전의 東西獨間 通商條約에 있어서 처럼 그와는 다른 現實로서만 單純히 받아 드러지고 있는 것은 아닙니다 (外國統治權에 依한 行爲, 例컨데 占領軍의 行爲 같은 것을 憲法上 받아드리는 것에 關해서는, 27 卷에 있는 判例를 指摘하고 싶습니다)

獨逸民主共和國은 現實로서만 받아 드러지기는 커녕, 첫째로 基本條約을 通해, 獨逸民主共和國과 다른 東歐羅巴 블력國家들은 오랫동안 主張한 政治的 要求를 成就 했읍니다 (例컨데 1966年

의 '부카레스트-宣言', 特히 地域的 現狀維持의 法的認定, 獨逸民主共和國의 國際法的, 政治的 資格引上 参照). 獨逸民主共和國內에 있는 獨逸人의 自主決定權을 爲해서 本質的이고도 두드러진 푸러스가 되는 것은 達成하지 못한채, 政治的 지형은 拋棄했습니다.

'人間的인 緩和'란 경우 特히 西에서 東으로 가는 旅行이나 나 이 많은 사람이 獨逸民主共和國에서 나오는 것, 祖父母 및 子女들 을 돌보아 주어야 할 父母가 그들의 子女나 孫子에게로 이사해 가는 程度입니다.

東獨官憲의 發給命令의 解除나 또는 出國的 自由를 部分的으로만 保障하는 것을 解除하였다는 것을 볼 수 없습니다. 크리레씨가 指摘한 바와도 같이 中世紀의 絶對的인 獨裁者가 自己의 臣下에게 주지 않고 留保하였는 것과 같은 權利는 볼 수 있습니다.

2. 基本條約을 통해서 무엇보다도 外國에서는 反駁할 餘지가 없 을 法的現狀이 이루어 졌으니, 그것은 獨逸聯邦共和國이 實質的으로 獨逸民主共和國體와 妥協을 하고, 그 獨逸民主共和國體制를 自身과 同等한 것으로 認定하게 된 것입니다. 이와 같아 해서 條約 1條는 兩國의 '平等'을 '善良한 이웃'關係의 基礎로서 確定하였습니다. 따라서 '平等'은 法的인 關係에서 끝나지 않고, 法的인 面을 넘어서는 '善良한 이웃'이라는 말이 表現되는 것과 같이, 社會的, 人間的인 狀態의 評價에 關係하게 되었습니다. 第2條에 있는 '무차별'과 內部問題에 있어서 自主性의 '尊重'(6條)같

은 留保없는 宣言도 同一한 方向을 目標로 합니다. 基本條約에 있어서 西獨이 自由國家利를 부인하고 또 그로 因해서 作為義務와 不作為義務가 由來된 類型은, 이미 發效된 記者交換에 關한 書信交換에 있어서 記者의 勤勞條件의 內容規定部門에서 形式的이고도 同等한 價值를 顯赫시키는 것으로 보이는 '現行法規의 배두리' 引用에서도 그 例를 찾아 볼 수가 있습니다.

結局 基本條約에 있어서는, 獨逸聯邦共和國이 將次 그들의 保護義務를 履行하는데 使用 할 法的機構가 削除 되었습니다. 基本條約 1條, 2條, 6條 2項 등은, 獨逸聯邦共和國이 國際輿論 안에서 獨逸民主共和國으로 하여금 人權을 尊重하도록 중재하는 것을 못하도록 하는 法的根拠를, 事實上的 理由가 아닌 法的根拠를, 獨逸民主共和國에게 주고 있습니다.

獨逸民主共和國에 있는 獨逸人을 爲한 保護義務를 基本條約을 통해 破棄하므로써 人間의 悲劇이 招來될 것인 바, 이 悲劇에 關해서는 누구보다도, 새로운 東歐羅巴政策에 걸었는 期待에서 깨어나 여전히 鐵의 帳幕 저쪽에 있는 獨逸人들과 함께 즐거워 하고 있는 사람이 잘 알 것 입니다.

万若에 西獨政府가 6月2日付로 提出한 文書 P.15에서 처럼 道德的이며 政治的인 問題라고 口實을 부치면서, 保護義務를 回避하려

고企圖 한다면, 그것은 法的으로만 받아 드릴 수 없는 일이 아  
닙니다.

憲法上的 平和概念을 가장 具體的으로 構成하는 것이라고 보이는,  
憲法上的 作為義務 및 不作為義務가, 西獨政府가 上記文書를 通해서  
企圖하는 것 처럼, 그저 一般的인 '平和要望'이라는 것으로 因해  
서 履行되지 않는 것은 不當합니다.

國籍에 關한 權利 및 外交上的 保護에 關한 權利에 關聯하여 基  
本條約의 價值評價는 保護義務에 關한 問題와 密接한 關聯을 맺고  
있습니다.

西獨政府는 國籍에 關한 權利는 基本條約을 通해서 '直接的으로나  
間接적으로나 影響을 받지 않는다'고 생각하고 있습니다. '國籍에  
關한 問題는 條約에 規定되어 있지 않다는' 西獨政府의 記錄解說이  
西獨政府가 基本條約에 關한 建議書 B편에서 말한 것 처럼, 하나  
의 參된 解釋留保이고, 따라서 條約相對方을 拘束한다면 옳은 일일  
것이라고 생각합니다.

記錄에 關한 說明이 參된 留保라고 생각한다면, 이것은 明示的이든,  
默示的이든, 相對方의 同意를 必要로 합니다. (이에 關해서는 條約  
에 關한 協定을 參考할것). 獨逸民主共和國은 단지 말하기를, 基

本條約은 '國籍에 관한 規定을 緩和한다'고만 했기 때문에, 그 基本條約이 國籍에 관한 直接的인 規定을 包含하지 않고 있다는데 關한限, 認定이 艱難합니다. 行路는 分明합니다마는, 이에 關해서는 本法廷에서 말 할 必要는 없습니다. 獨逸民主共和國은 自己便 사람들의 獨逸國籍의 自動的인 喪失을 主張할 것입니다. 獨逸民主共和國은 아마도 西獨政府가 이 境遇에 생각하고 있는 것 처럼, 二重國籍이 成立된다고 생각하지는 않을 것 입니다.

人間의 利害關係上 國籍選擇의 規定을 主張하지 않으면 아니 될 것입니다. 西獨政府가 아마도 그 建議書에서 말한것 처럼, 記錄解說이 西獨政府의 見解上 條約上의 規定權 밖에 있는 對象에 關한 것 이라면 '留保'가 存在하는 것이 아니라, 拘束을 받지 않는 相對方의 受諾을 必要로 하는 '法の 保障'이 存在하는 것입니다. 獨逸民主共和國이 政治的으로 利用할 수 있는 '意見相異의 領域'은 이 境遇에 더 크다고 봅니다. 基本條約 1條, 2條, 6條로 부터도, 西獨憲法上에서 固守되고 있는 單一獨逸國籍과는 다른 國籍 問題에 關한 直接的인 規定이 派生됩니다. 基本條約 1條, 2條, 6條上의, 相互關係의 基礎로서의 '主權과 平等', '獨立과 自主性의 尊重', '內外問題에 있어서의 自主性의 尊重' 등은 將次 定해 질 모든 規定 및 將次 계상에 따라 主張할 法的見解에 關해, 內容을 規定하며 또 基本條約에 따라서 解除할 수도 없는 基本的인 規範 입니다.



이와는 상관없이, 獨逸民主共和國은 恒常 世界 모든 나라에서 領事 條約을 締結할 수 있는 가능성을 갖고 있는데, 이 條約上에서는 西獨政府가 國籍問題를 理解하기 爲해서 行하였든 것과 같은 解狀은 排斥 됩니다. 基本條約 締結로 因해서 '直接' 發生할, 基本條約 1條, 2條, 3條 2項 및 6條의 國籍에 關한 結果中의 하나는, 西獨政府가 '同等한 獨立'을 受諾한 後라도 法的으로 저지하지 않는 限, 獨逸民主共和國이 自己領域內에서 賦與한 市民權을 第3國은 二重國籍으로 보게 된다는 것입니다. 獨逸民主共和國의 市民權을 第3國들은 國際法上 有效한 것으로 許容될 수 있다고 볼 수 있기 때문에, 基本條約은 이전 獨逸國籍의 部分的인 喪失과 같은 結果가 됩니다. 그러므로 獨逸聯邦共和國은, 獨逸民主共和國이 妨害를 하는 境遇, 獨逸民主共和國에 住所를 가진 獨逸人을 外國에서도 더 以上 外交的인 保護下에 둘 수가 없습니다.

西獨憲法 23條 2項에 依해서 保障되고 있는 獨逸의 다른 地域을 爲한 加入權'에 關해서 西獨政府는, 1973年 6月 2日付로 提出한 文書를 통해 憲法裁判所의 判例와 一致되게, '加入可能性'이 開放되지 않으면 아니 된다고 했습니다. 西獨憲法 23條 2項은 다른 條項들과의 前後 關係上으로 보아 統一에 關係되는 憲法 規定으로 보입니다.

이미 말한 바도 있지만, 아마도 憲法前文과 146條는, 亦是 獨逸의 國家概念이 前提가 되는 바이지만 다른 地方의 住民들이 그

들의 自主決定權을 使用해 統一에 關해서 스스로 決定할 수 있는  
길을 열고자 합니다. 西獨政府는 그와 같은 있을 수 있는 加入  
에 關한 自由로운 決定을 基本條約 以後에는 條約에 따라서 더  
以上 主張할 수 없습니다. 왜냐하면 國境變更에 贊同해야 될 對  
話 상대는 自身の 對外·對內的인 獨立性を 尊重하고 있는 獨逸民主共  
和國政府이기 때문입니다.

獨逸民主共和國은 그것을 넘어서 基本條約을 根拠로 하여 그와같은  
무리한 要求를 拒絶할 수 있을 것입니다. 基本條約 2條2項과  
結付 시켜서 解釈해야 될 基本條約前文에서는 現在狀態 그대로의  
國境을 尊重하는 것이 "歐羅巴에 있어서 平和를 爲한 基本條件"  
으로 되어 있으므로, 解除할 수 없는 基本條約과 맞추어 平和的  
變更에 影響을 줄 裁量의 範圍는 獨逸聯邦共和國에게는 外見上 狹  
小함이 分明합니다.

基本條約에서 "백림"을 取扱한 것도 違憲입니다. 바이에른自由州  
는 獨逸聯邦의 다른 州를 爲한 特別한 義務感은 이 자리에서 表  
示하지 않을 수 없습니다. "백림"은 西獨憲法 23條 1項을  
根拠로 하여 憲法制定者에 依해서 다른 州들 처럼 西獨憲法의 究  
效地域으로 編入되었읍니다. 憲法裁判所는 西獨憲法 23條 1項  
( "백림……… 등의 州領域內" )과 144條 2項 1節에 根拠하여, 判  
例를 通해서, "백림"은 聯邦의 한州의 性質을 띠는 것을 確認

한바 있습니다. 이에 따라서 "伯林"은 憲法에 依해서 組織된 獨逸聯邦共和國의 한 州인 것입니다. 西獨憲法은 伯林에서도 效力을 發生합니다. 다만 그 適用이 占領當局이 制定한 法에 依해서 制限을 받을 뿐입니다.

西獨憲法裁判所는 聯邦憲法裁判所法 31條에 따라서 效力上 拘束力이 있는 判決事由를 通해서, 모든 國家機關에 對해 이 法的見解를 確立한 것입니다. 憲法裁判所는 하나의 論爭이 되고 있는 問題, 國際法上으로도 論爭이 있는 問題를 判決한 것입니다. 憲法裁判所는 西方3大國의 法的見解가 다르다는 것을 알고도 이 見解를 力한 것입니다. 이와같이 憲法裁判所의 見解는, 伯林은 西獨의 한 州가 아니라는 AHK의 見解와는 달랐습니다. 立法者는 條約에 依한 伯林-약관을 通해서, 憲法의 地位를 正當히 取扱했습니다.

"伯林"의 地位는 聯邦의 憲法上 根拠가 있는 것이지, 單純한 法律에 根拠를 두는 것이 아니기 때문에, "伯林"의 地位는 根本的으로 法的인 效果面에서나 司法府의 裁判에 對한 標準이 되는 면에서, 다른 國際法上의 狀況에 依해서도 影響을 받지 아니 합니다.

聯合軍의 意見은 西獨憲法에 關係되는 憲法解釋과는 달라서, 그들은 "伯林"은 獨逸聯邦共和國의 한 州가 아니라고들 말합니다마는, 그러나 獨逸聯邦共和國과의 確實한 結속이 그들의 留保權行使를 通해

서 許容되었읍니다.

1971年 9月 3日付의 '伯林'에 關한 4大國條約 II B편을 通해 서 (條約自体에서는 '伯林'은 다만 '當該領域'이라고 분리워 졌음) 結局에는 '西伯林'은 '前과 마찬가지로 獨逸聯邦共和國의 構成部分이 아니며 '獨逸聯邦共和國에 依해서 앞으로도 統治될 수 없다고 宣言되었읍니다. 勿論 西方3大國(美, 英, 仏)은 지난날 지금까지, 獨逸聯邦共和國의 國家機關들이 西部'伯林'을 獨逸聯邦共和國의 州라고 부르고, 또 1967年 4月 18日付의 書翰을 通해서 西'伯林'의 行政府와 立法部에 對해서 憲法裁判所에 對한 意見表明時 聯合軍側의 法的見解에 순응하도록 간청하는 것을 참아 왔던 것입니 다.

西獨憲法과 屬을 이루고 있는 占領當局이 制定한 法은 이 點에 있어서 하나의 部分的인 衝突을 하고 있습니다.

万若에 憲法에 明示된 憲法理論上的 指針이 政治的으로 實現될 수 없으므로서 아무런 法的拘束力을 請求하지 못하는 方法으로서, 法治國家에 어긋나는 政治의 優位에 忠誠을 盟誓하려고 한다면, 西獨憲法의 全的인 廢止나 停止를 받는 것은 免할것입니다. 그러나 오히려 그러느니보다 憲法과 그 憲法의 規範的 힘에게 可能的 限 넓게 空間이 주어져야 합니다.

이에, 따라서, 占領當局이 制定한 法과 西獨憲法間의 不和狀態로 부

터 하나의 憲法學的인 接近 乃至 同等化命令이 派生 되는 바, 이와같은 接近 乃至 同等化命令은 可能한 限 限度內에서 '伯林'이 하나의 獨逸聯邦共和國의 州인것 처럼 '伯林'과의 關係를 規定할 것을 國家機關에게 義務로서 賦課하는 것입니다. 말하자면 聯邦忠誠의 原則(聯邦의 立場에서 親州의 行動을 하는 原則)이 通用될 것인데, 이 原則에 따라서 聯邦은 法的으로 到底히 避할수 없는 事由가 없이는, 한 州을 다른 州과 差別할 수 없는 것입니다. 對外的인 代表問題에 關해서도 亦是 그렇습니다. 되도록이면 '伯林'은 다른 州들 처럼 國際法上的 條約締結에 있어서 聯邦에 依해서 代表되지 않으면 아니 됩니다.

基本條約上에는 '伯林'에 對한 參照가 결여되어 있습니다. 條約法 2條는 獨逸聯邦共和國의 其他 條約上에 있어서 一般화된 '伯林' 條項과는 달리 「條約의 規定이 '伯林'에 關係되는 것안 한, 이 法은 效力을 發生한다」고 規定하고 있습니다. 條約法 2條는 말하자면 基本條約調印時에 있었던 兩側의 宣言에만 關係될 수 있는데, 그 宣言을 通해서 確定된 것은 다만, 7條에서 알려진 正常化合意를 '西伯林'으로 伸長하는 것은 그때그때마다 合意될 수 있고 또 獨逸聯邦共和國의 常駐代表部는 1971年 9月 3日付의 4大國條約과 一致되는 限度에서 '西伯林'의 利益을 代表한다는 것 뿐입니다.

이미 '伯林'의 代表는 條約上 그때그때마다 獨逸民主共和國의 同意에 依存하도록 하고 그 외에도 7條의 範圍內的 結果合意에 制限되도록 하므로써, '伯林'에 關한 憲法上的 同等化命令을 滿足시키지 못하고 있습니다.

基本條約自体를 爲해서는 '西伯林'은 獨逸聯邦共和國에 依해서 代表되지 않습니다. 即 이것은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國關係의 基礎는 獨逸民主共和國과 '西伯林'關係의 基礎와 全히 다를수 있다는 것을 認定하는 것입니다. 獨逸聯邦共和國의 同意下에 '西伯林'의 法的地位는 '自主的·政治的 單一體'로 표류하는 바 이것은 바로 憲法の 命令과 어긋나는 것입니다. 條約은 '西伯林'으로 伸張하는데 關한 聲明도, 制限된 範圍內에서 規定에 따라 代表하는 境遇에 까지 獨逸民主共和國과 '西伯林'政府間的 合意가 그대로 있어야 되는 限, 西獨憲法에 어긋납니다. 이 一般條項은 西獨憲法 32條 3項에 依해서 州에게 주어진 涉外關係에 關한 權限을 심히 초과하는 것이며, 또 '伯林'과 聯邦의 다른 州들과의 同等化를 目標로 하는 것이 아니라, 自主的, 政治的 單一體라는 特殊位置를 目標로 하는 것입니다.

이 憲法學的인 歸結은 基本條約 9條에 依해서도 달라질 수 없을 것인데, 이 基本條約 9條는 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國 雙方에 關係되는 雙方間的 條約과 合意 및 雙方에 關係되는 여러나라

간의 國際條約과 合意 外에도 獨逸聯邦共和國에게 '西伯林'을 代表할 수 있는 部分的인 可能性만을 줄뿐, 自動的인 代表權을 주지 않는 4 大國條約을 지키도록 命하고 있는 것입니다.

이 點에 있어서 基本條約의 違憲性 確認은, 基本條約가운데 '安全 및 地位에 關한 일'이 取扱되지 않은 條項과 關聯이 됩니다.

3 大國은 條約上에 있어서 우선 '西伯林'을 代表하는 것 全體를 그들의 留保分野에 包含시키되, 安全 및 地位와 重要性이 적은 問題에 있어서는 一般的으로 代理權을 獨逸聯邦共和國에게 委任시키고 있습니다 (4 大國條約 附錄 1va, 2 號). 이 規定은 3 大國이 거기서 더 나아가 個別的인 境遇에, 말하자면 安全과 地位에 關한 問題에 있어서도 代表權을 特別히 委任하는 것을 排斥하는 것이 아닙니다. '3 大國의 權利와 義務가 侵害되지 않는다'는 것을 條件으로 留保分野內에서 獨逸聯邦共和國는 行動할 수가 있습니다. 비슷한 方法으로 獨逸聯邦共和國는 그 內容이 왕왕 獨逸條約 2 條에 依해서 限界가 지어진 留保分野에 속하는 基本條約 및 그 이전의 東歐羅巴條約을 締結할 수 있었습니다.

말하자면 憲法學的으로 적어도 要望되는 것은, 獨逸聯邦共和國政府는 비록 聯合國의 權利義務 不可侵이라는 形式上的의 法的留保下일지라도, 基本條約締結에 있어서도 '伯林'을 代表할 수 있도록 3 大國側에

對해서 努力을 해야 된다는 것입니다. 即 基本條約과 東歐羅巴條約에 있어서 聯合國의 權利를 侵害하지 않는다는 條件下에 實質的인 獨逸法的인 規定을 定하였던 것과 비슷한 措施가 要望됩니다.

1973年 6月 2日付의 文書( P15 )에서 表明한 西獨政府의 見解는 納得할 수 없습니다. 거기에 表明된 西獨政府의 見解에 依하면, '伯林'에 關係되는 問題에 對해서는 西獨憲法裁判所는 裁判權이 없다고 합니다. 그러나 이와는 달리, 알려진 바에 依하면, 憲法裁判所에 對해서도 適用될, 聯邦에 依한 '伯林'統治의 禁止는 다만 '伯林'의 權力機關의 行爲를 再審하는 것, 即 '伯林'의 權限 있는 當該機關에 代身하여 政府(伯林)의 行爲를 調整하는 것에 局限되는 것입니다. '伯林'에 關係되는 獨逸聯邦共和國의 國家機關의 行爲에 對해서 判決을 내리며 또 獨逸聯邦共和國政府가 憲法에 依해서 委任 받은 바 있는 '西伯林'을 代表할 義務를 履行하도록 調整함에 있어서, 西獨逸聯邦憲法裁判所의 裁判權이 排斥되는 것은 아닙니다.

大端히 感謝합니다.

소이퍼트 副議長 :

判事님들中에 質問 없으십니까? 브루넨빗츠教授님께 몇가지 더 質問해도 좋겠습니까?



教授 브루맨비츠 博士 :

잠시 休息을 取하는 것이 좋지 않겠습니까 ?

소이퍼트 副議長 :

곧 休息으로 들어 갈 터인데요

教授 브루맨비츠 博士 :

나는 벌써 거의 3 時間이나 演說을 하였습니다.

소이퍼트 副議長 :

좋습니다. 그러면 休息後에 質問을 드리겠습니다.

잠시 休廷하겠습니다.

( 15 時 53 分에서 16 時 29 分까지 休廷 )

소이퍼트 副議長 :

다시 始作하겠습니다.

우리는 우선 証拋申請에 關해서 몇 가지 質問이 더 있습니다.

憲法裁判所判事 教授 가이거 博士 :

바알만 局長님, 몇 가지 더 質問을 드리겠습니다. 証拋申請中에서

1 号를 볼 것 같으면, 基本条約의 準備와 締結에 關係되는 書類  
等을 提示하도록 命命하여야 된다고 합니다. 万若에 本 裁判部가,  
이 書類들은 他人에게 送付할 수 있도록 되어 있는 것이 아니라  
어디까지나 内部的인 書類로서 西独政府의 수중에 있는 것이라고  
본다면 正確하겠습니까?

바알만 局長

그렇습니다. 憲法裁判所判事任, 그것은 순수한 内部的인 書類로서,  
비망록 程度에 지나지 않습니다.

憲法裁判所判事 教授 가이저 博士 :

내가 보기에는 申請人側에서 말하는 書類들은 西独政府和 条約当事  
者인 相对方側의 어느 代表나 或은 중재자간, 또는 西独政府和 其  
他 利害關係가 있는 外部機關間의 實質的인 文書內容을 内包하지  
않고 있다고 보는데요

바알만 局長 :

바르 ( Bahr ) 氏와 콜 ( Kohl ) 氏 間에 時日決定 等에 關해서 書  
信往來가 있기는 하였던 것으로 생각됩니다. 그러나 어디까지나  
条約에 關해서, 協商過程이라든가 討論時에 있었던 聲明 等에 關해  
서, 비망록 程度로 우리側이 一方的으로 作成해 놓은 内部的인 書  
類들인 것입니다.

憲法裁判所判事 教授 가이거 博士 :

그와 같은 書信往來라면, 그 書信交換에서 要点이 되는 것은 節次上的의 問題나 表現 같은 것에 지나지 않는 것이 아니겠습니까?

바알만 局長 :

바로 그렇습니다. 말하자면 書面協商은 없었고 바루 ( Bahr ) 氏와 쿨 ( Kohl ) 氏間에 20 회에 걸친 口頭協議가 있었습니다. 모든 것에 關해 그 두분과 兩側 代表團間의 口頭討論을 根拠로 해서 協議가 進行되었습니다. 이것에 關해서 一方的인 内部的인 書類만을 가지고 있을 따름입니다.

憲法裁判所判事 教授 가이거 博士 :

大端히 感謝합니다. 그러면, 申請人側에게 하가지 문겠습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

네

憲法裁判所判事 教授 가이거 博士 :

바이에른州政府는 現時點에서 바이에른州政府가 內容을 이미 알고 있는 그 會議錄의 內容을 口頭陳述을 통해 說明할 必要가 있다고 보거나, 또는 이 內容을 알고 있는 會議錄을 拔萃해서 가져오게 해야 滿足하시겠습니까?

裁判部는 그 會議錄을 保有하고 있습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

다 좋다고 생각합니다.

憲法裁判所判事 教授 가이저 博士 :

브루멘비츠教授님, 아까 말씀하신 것에 대해서 몇가지 質問이 더 있습니다. 제가 듣기에는, 自由를 犧牲시키는 統一과 獨逸民主共和國体制의 實質의인 人情排斥을 말씀하시면서, 基本條約은 西獨憲法上 違憲이며, 特히 統一命令에 抵触된다고 하셨습니다. 基本條約 1條의 善良한 이웃關係에 關해서 言及된 것과 一致되지 않는 것으로 생각됩니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

네, 나는 이에 關해서 뱁그러教授님의 詳細한 說明을 듣기로 하겠습니다.

소이 퍼트 副議長 :

알고 계신 바와 같이 善良한 이웃關係를 所望하는 것은 西獨國會의 共同決議에서 부터 始作되었습니다. 그런데 貫下께서는 그것이 잘못이라고 하시는데, 즉 다시 말해서 善良한 이웃關係를 받아 드리는 것이 合憲이라고 본 이 共同決議가 잘못이라고 말씀하셨습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

저의 말씀은 다름이 아니라, 東獨政權에 대해서 分명한 間隔을 두어야 될 義務가 있다는 것입니다.

소이 퍼트 副議長 :

그러나 獨逸聯邦共和國國회의 共同決議를 引用하여 본다면, "獨逸聯邦共和國 緊張緩和와 善良한 이웃의 原理를 獨逸의 兩地域內의 人類 및 團體相互間의 關係에 全的으로 適用함을 原則으로 한다"고 分明明히 되어 있습니다.

그런데도 貴下께서는, 그 當時 바로 이 善良한 이웃關係가 憲法에 合致되는 것으로 받아 드린 것을 옳지 못하다고 하십니까?

教授 브루멘비츠 博士 :

나의 見解로서는 바이에른州政府의 代表가 이 자리에서……

차이 트러 \* 博士 :

잠간 말씀드리고저 하는데, 그 國회의 共同決議內에는 한편 또 4 大國의 分명한 義務와 強化條約의 留保가 指摘되어 있습니다.

소이 퍼트 副議長 :

그렇다면 더 말씀드리겠는데, 내가 보기에는 貴下께서 國회의 共同

決議와 憲法의 뜻에서 關係正常化를 說明하시는 것이 너무 지나친 것으로 믿어지는데요.

教授 브루멘비츠 博士 :

本人은 이 자리에서 西獨憲法에 包含된 正常化規定을 全般的으로 說明할 수도 있습니다. 本人의 생각으로서는, 西獨國會의 共同決議는 이곳에서 心理의 尺度가 아니 된다고 봅니다. 本人은 오로지 西獨憲法만을 이 자리에서 基本으로 하겠습니다. 바이에른自由州는 論證을 提起할 수 없는 것이 아닙니다.

어떠한 時間上의 壓力과 또 어떠한 政治的인 壓力下에서 이 國會의 決議가 이루어졌느냐 하는 것은 누구나 다 알고 있는 事實입니다. 本 法廷이 이 典型的인 政治的 行爲를 判決의 尺度로 삼는 것이 잘못이라고 생각합니다. 西獨憲法上의 正常化規定에 있어서는 事實을 規範에 調和시켜야 됩니다. 이것은 잘못된 것이 아닙니다. 非法的으로 이루어진 事實에 規範을 調和시키는 것은 다릅니다. 이것은 規範分野에서 늘 볼 수 있는 바와 같이, 힘과 法의 問題입니다.

소이퍼트 副議長 :

貴下에게 다만 周知시키고 싶은 것은 善良한 이웃關係의 判斷에 關한 共同決議가 憲法에 依해서 착안되고 또 이루어 졌을 때, 그것이, 貴下가 이 問題에 關해서 여기에서 말씀하셨고 또 모순성이 있다고 確認하신 것과 같이, 모순된다는 意見이거나 또는 모순된다

는 意見일 수도 있다는 點입니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

矛盾性은 實際로 存在합니다. 그래서 이 共同決議는 바이에른自由州에서는 全的인 同意를 받고 있지는 못합니다. 國家의 單一性을 떠난 獨逸民主共和國과 善良한 이웃關係는 根本的으로 政權의 體制 安定化만을 뜻하는 것입니다.

소이퍼트 副議長 :

그렇다면 質問이 더 있습니다. 貴下께서는 條約 2條도 違憲이라고 말씀하셨습니다. 이와 같은 質問에 關係서는 어떻게 答弁하시겠습니까? 그러나 생각해 보십시오. 지금 現在 두 國家는 國際聯合加入을 通해 國際聯合憲章에 따를 義務를 지고 있고 相互間의 關係의 土台를 그것에 두고 있지 않습니까?

教授 브루멘비츠 博士 :

그 問題는 마지막 質問의 問題點과 一致합니다. 바이에른自由州는, 이 條約의 一部 個別的인 條項들이 違憲이거나 또 違憲의 始點이 된다고 말한 것이 아니라, 條約全体가 違憲이라고 말한 것입니다.

万若에 두개의 獨逸國이 自主決定權을 公表하는데서 부터 이 條約

이 出發한다면, 다른 規定들과의 關聯性으로 보아 獨逸에 있어서 自主決定權의 實現化를 權利로서 許諾된다는 것을 가로 막는 結果가 됩니다. 獨逸統一에 關한 書翰中에는 많건 적건 간에 拘束力이 없는 政治的인, 目標만이 言及되고 있습니다. 나는 이 點에 있어서 西獨政府를 저절로 評價하고 싶지는 않습니다. 그러나 客觀的으로 보건데, 國家間의 涉外的인 分野에 있어서 政治的인 目標라는 것은 大概 많건 적건 間에 拘束力이 없는 것 같이 보입니다.

소이퍼트 副議長 :

브루멘비츠教授님, 나의 質問의 뜻은 이렇습니다. 즉 貴下의 말씀을 따른다면, 獨逸民主共和國도 同時에 加入한다는 前提下에 獨逸聯邦共和國이 이미 國際聯合會에 加入하였고, 이에 따라서 國際聯合憲章上 相互間의 義務나 또는 獨逸民主共和國과의 關係에 있어서의 獨逸聯邦共和國의 義務가 派生되니, 이미 이 加入이 違憲이라는 見解가 될수 있지 않으나 하는 것입니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

可能할지는 모르지마는, 万若에 本人이 國際機構加入이 그 機構 構成員 相互間의 存立關係에 繼續 아무런 影響을 주지 않는다는 見解를 피력할 수 있다면, 적어도 그 限度內에서는 西獨政府와 見解를 같이 할 수 있다고 생각하는 바입니다.



소이퍼트 副議長 :

大端히 感謝합니다.

디르네커 書記官 :

裁判長님, 잠간 말씀드리고저 하는데, 이것을 洞察하셔야 됩니다.

브루멘빗츠博士께서는 두 나라間的 善良한 이웃關係에 關해서 法律的인, 專門的인 用語로서 大端히 깊이있게 말씀하셨지마는, 所謂 이 西獨國會의 決議 가운데는, 政治的으로 널리 使用되고 있는 바와도 같이, 다만 一般的으로, "이웃정신에 立脚하여" 라고 表現되어 있을 따름입니다.

소이퍼트 副議長 :

그러면, 브루멘빗츠博士님, 더 부탁을 드리고저 하는데, 本人이 貴下의 말씀을 理解한 바로서는 貴下의 말씀은, 獨逸聯邦共和國이 "伯林"을 代表하는 것에 關한 協定은 施行面에 있어서 獨逸民主共和國의 決定如何에 달려 있다고 하셨습니다. "伯林(西部)"에 關한 兩側의 이 聲明으로 부터 정말 그와 같은 것을 推論할 수 있겠습니까?

教授 브루멘빗츠 博士 :

獨逸聯邦共和國이 "伯林"을 代表하는 것은 特別히 合意되지 않으면 아니 됩니다. 말하자면 여기에서는 적어도 國家의 領域은 條

約의 領域과 同一하지 않습니다. 理論上 國際法上에 있어서 國家의 領域과 條約의 效力發生地域은 區別됩니다.

소이퍼트 副議長 :

貴下께서는, 獨逸聯邦共和國이 '柏林'을 代表하는 것은 特別히 合意되지 않으면 아니 된다고 말씀하시지마는, 그러나 문구상에는 「獨逸民主共和國內에 있는 獨逸聯邦共和國常駐代表는 1971年 9月 3日付의 4大國協定과 合致되는 範圍內에서 '柏林(西部)'의 利益을 代表할 것이다」라고 되어 있습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

우리에게 關聯이 되는 것은 條約, 即 무엇무엇을 할 수 있다는 規定인데, 如何한 範圍內에서 이곳 '柏林'이, 獨逸聯邦共和國이 獨逸民主共和國과 締結할 條約에 包含될 것이냐 하는 것은 第1項에 속합니다.

소이퍼트 副議長 :

現行條文 1項은, 條約과 規定들을 '柏林'으로 伸張하는 것은, 그때 그때마다 境遇에 따라서 合意될 수 있다는 것입니다. 獨逸聯邦共和國이 '西柏林'을 代表하는 것에 關해서는 第2項만이 關聯이 됩니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

네, 그런데 저로서는……

소이퍼트 副議長 :

第1項은 勿論 貴下가 말씀하시는 것과 같이 '合意될 수 있다'는 것이 그 内容입니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

第1項에는, 條約과 그리고 第7條에 關한 附錄文書에 規定된 規定들을 '伯林'으로 伸張하는 것은 個別的인 境遇에 따라서 4 大國 條約 等과 合致되는 範圍內에서 合意될 수 있다는, 合意가 이루어져 있습니다.

소이퍼트 副議長 :

勿論입니다. 그러나 '伯林'을 代表하는데 關해서는 第2項만이 關聯이 되며, 그 第2項에는 '代表할 것이다'라고 最終적으로 確定되어 있습니다.

教授 브루멘비츠 博士 :

네, 그러나 本人이 거기에 의심을 하지 않을 수 없는 理由는 다름이 아니라, 그 條項上에 陳情한 代表에 關한 言及은 없고, 다만 利益에 關한 言及만이 있기 때문입니다. 말하자면 어떤 사소한

利益을 代表하는 것과 참된 代表間에는 큰 差異가 있는 것입니다.

소이퍼트 副議長 :

大端히 感謝합니다. ( 西獨政府의 代表들을 向해서 ) 자, 그러면  
여러분側에서 弁論을 하실 차례가 되겠습니다. 여러분들이 알고  
계신 바와 같이 여러분들은 우리에게 이미 注文을 提出하셨습니다.  
注文全體에 關해서 말씀을 하시든지 또는 摘要해서 말씀을 하시든  
지 여러분의 判斷에 맡기겠습니다.

바알만 局長 :

裁判長님, 이미 提出된 事實을 參酌하여 좀 要約해서 말씀을 드리  
고저 하는 바입니다.

裁判長님, 判事여러분!

이제 브루멘비츠教授任의 詳細한 陳述을 根拠로 하여 裁判段階가  
한層 더 進行되었지만, 本人은 몇가지 先決問題를 말씀드리겠습니다.  
이것은 裁判狀況에서 由來되는 것이며, 이 裁判이 獨逸聯邦共  
和國에게 對해서 當然히 하나의 큰 意義를 가지며, 또 本 憲法裁  
判所에게는 이 裁判으로 부터 하나의 큰 責任이 由來되기 때문에,  
이것은 必要로 하는 것입니다.

暫定的인 措施 宣布問題에 對한 過去의 判決은, 政治的인 分野에

있어서도 法的으로 納得이 가는 判決이 可能하다는 것을 立証하였  
읍니다. 그래서 本人은 바이에른州政府의 批判과 關聯하여 이에  
關해서 말을 하여야 될 것으로 믿읍니다.

重要한 問題의 裁判에 있어서는, 本裁判部の 質問도 그와 같은 것  
을 分明히 하였듯이 協議의 意味의 本來의 憲法學的인 考察外에,  
더 広範圍한 檢討를 必要로 합니다. 即 基本條約의 全般的인 法  
的·政治的 背景, 1949年以來에 있었던 憲法規定의 變遷過程, 西獨  
憲法의 制定過程, 그리고 東歐羅巴條約 및 基本條約의 議會에서의  
政治的 取扱 等도 檢討해 보지 않으면 아니됩니다. 이것들은 再  
檢査問題에 있어서 큰 權限을 가지며 또 이것을 土臺로 하여 憲  
法의 發展過程에 決定的인 役割을 할, 憲法裁判所의 任務입니다.

그러므로 本人은 本來의 問題에 關해서 法的인 陳述을 하기 前에  
이것에 關해서 몇말씀 드리고저 합니다.

基本條約은 이미 오늘날 東歐羅巴條約, "伯林"에 關한 4 大國合意  
및 獨逸國內의 往來條約 等を 通해 우리의 平和 및 正常化政策의  
表現으로서 하나의 大端히 重要한 意義를 갖는 그런 條約中의 一  
部 입니다. 뿐만 아니라 이 基本條約은 더 나아가 이미 本質的  
으로 緊張緩和政策의 한 部分이 되었으며, 또 오늘날 이미 우리의  
西方側 友邦에 對해서도 獨逸聯邦共和國의 國際的인 新의를 爲해

큰 重要性을 띠고 있습니다. 獨逸의 두 部分을 漸次 더 隔理시키고 또 境界를 그으로서 國家의 統一을 再現시키려는 理念을 全的으로 固守하는데서 形成된, 지난 25年間 獨逸에서의 變遷過程만을 오로지 參酌하여, 基本條約은 輿論을 理解하는 쪽으로 強力히 밀고 나갔습니다. 基本條約은 勿論 지난번 獨逸聯邦共和國 國會議員選舉에 있어서 하나의 重要한 問題였습니다. 最近에 있었던 바로 比重이 큰 野黨政治人들의 여러 相異한 聲明을 根拠로 하거나 또는 西獨國會와 參議院에서의 結論을 根拠로 하건데, 基本條約은 獨逸聯邦共和國內에서 앞으로의 政治的 發展을 爲한, 西方側을 한덩어리로 묶었던 境遇에 있어서와 같이, 政治的 힘을 分裂시키는 것이 아니라, 基本條約을 통해 定해진 그 目標과 結付시키는 土臺로서 內部的으로 오늘날 받아 드러치고 있음이 分明하다는 것을 말씀드릴 수 있습니다.

이 基本條約自体는 무엇보다도 政府高位層에 있어서, 그리고 또 兩側代表團의 細部的인 協商을 土臺로 한 大端히 오랜 努力의 結果입니다. 그러나 또 한편 이 基本條約은, 유감스럽게도 자주 잊혀지고 있는 일이지마는, 우리의 同盟國과의 하나의 大端히 세부적인 調整節次的 所産인 것입니다. 큰 블럭들의 政治的 한 部分으로서 이 基本條約은, 歐羅巴 심장부에 있어서의 政治的 狀態와 關聯하여 世界政治上 獨逸問題가 自然的으로 가지고 있는 意義를 參照하건데, 國際的인 變遷過程에서 이미 오늘날 存在하지 않는

것으로 생각할 수는 없는 것입니다. 우리들 自身에 對해서도 基本條約은, 獨逸의 二部分의 組織的인 公존을 이룩하고, 國民의 單一性을 생기있게 保存하며, 獨逸聯邦共和國을 西方側의 緊張緩和政策에 參與시키고, 獨逸民主共和國에 있는 市民들을 위한 具體的이고도 本質的인 緩和를 達成하는 外에도, 國際機構에 있어서 二 獨逸國家의 協力을 可能하게 할 것을 目的으로 하는, 重要한 다음 措施의 前提가 되는 것입니다.

이와 같은 方法으로 統一에 關한 問題는 保留만 되어 있는 것이 아니라, 더 나아가 주어진 狀況下에서, 비록 統一이 아마도 歐羅巴의 事情이 變更되었을 때에만 이루어질지도 모르지마는, 事前에 統一에 이르는 길을 편편히 닦을 수 있는 政治的 可能性 또한 保障되고 있는 것입니다. 이와 같이 해서 基本條約은 우리의 憲法規定上의 基本的인 目的과 基本原則과 一致된다고, 獨逸聯邦共和國政府는 確信하는 바이며, 本人은 이것을 바이에른州政府代表의 言及과 關聯하여 이 자리에서 힘주어 다시 한번 強調하지 않으면 아니 되겠습니다.

憲法上으로 要望되는 것을 分明히 保障하여야 된다는 것이 重要한 政治的 觀點外에, 基本條約의 準備過程이나 그 協商過程에 까지 언제나 獨逸聯邦共和國政府의 特別히 重要한 관심사 었습니다. 새로운 政策의 導入이 그렇게도 詳細하게 憲法이나 國際法 等 獨立性을

면 學問分野에서 事前準備가 된 것은 아마도 드문일이 있으며, 條約과 關聯된 憲法學的인 研究가 지금 이 자리에서와 같이 獨逸聯邦共和國內에서 議會의 討論期間동안 크게 行하켜진 적은 일찌기 없었습니다. 우연한 일이 決코 아닙니다. 이것은 심히 緊急한 必要에 依한 것이며, 公營상의 要求와 一致하는 것입니다. 獨逸政治에 對한 國內外에서의 信賴가 如何한 境遇에도 動搖되어서는 아니 되겠습니다. 바로 이 基本條約이 모스크바條約과 瓦르샤와條約에 關한 알려진 바와 같은 討論을 參照하건데 緊急한 것입니다.

本人은 이 자리에서, 9名으로 構成된 獨逸聯邦共和國의 協商代表團에만해도 職業上 이 問題하고는 上관도 없는 3名의 憲法專門家가 參與하였다는 것을 周知시키고 싶습니다. 特히 強調하고자 하는 것은 獨逸聯邦共和國政府內의 2개의 課가 上설기관으로서 協商過程에 關여하였다는 것이며, 또 2名의 長官이 直接 責任을 지고 있다는 것입니다.

獨逸聯邦共和國政府는 그렇게 하므로서, 바로 이와 같은 憲法裁判의 方法을 통한 條約의 憲法學的 再檢討가 가져올지도 모를 廣範한 結果를 參酌하여, 이미 本來 모든 保障策을 講究하였던 것입니다. 따라서 本人의 생각으로서는, 이미 그렇게 함으로서 廣範圍한 權限에 依해서 이루어질 憲法裁判의 結果가 部分的으로 成就되었다고 생각됩니다.



우리나라에 있어서와 같이 広範圍한 憲法上の 再檢討의 可能性이 있는 나라는 없습니다. 그리고 外國의 境遇 広範圍한 憲法裁判이 可能한 나라에 있어서도 알려진 바에 의하면 그와 같은 重要한 條約의 境遇에는 政治問題로서 取扱하여 처음부터 憲法再檢討委員會 (憲法委員會)로 회부됩니다.

우리는 그와 같은 制度를 가지고 있지는 아니 하지만, 많은 사람들이 그와 같은 制度를 歡迎하리라고 저는 믿습니다. 獨逸聯邦共和國에는 그와는 對照的으로, 憲法裁判所가 憲法制定者에 依해서 심사 숙고된 事由를 根拠로 하여 그와 같은 條約의 境遇에도 하나의 法的으로 重要한 共同責任을 지도록 되어 있습니다. 그러나 前後關係를 살펴보면, 이 憲法裁判所의 広範圍한 權限으로 因해서, 國際政治問題에 있어서, 當該 國家機關이 그들의 憲法上の 任務를 履行할 수 있도록 또한 保障되고 있는 것입니다. 對外關係를 恒常 觀察해야 되는 것은 勿論 政府가 할 일입니다. 그리고 또한 條約協商에서 부터 調印하여 議會로 옮기기 까지에 있어서도 獨逸聯邦共和國政府는 주도권을 行使합니다. 그것으로부터 對外關係를 考察함에 있어서 政府와 議會의 行爲能力에 關한 事後法的調整의 限界가 結局 由來하는데, 여기에서는 民主政府體制의 固定化라는 관점에서, 그 政府를 保護하여야 된다는 것이 問題가 됩니다.

憲法裁判所의 広範圍한 權限으로 보아, 憲法裁判所는 가장 最上의

法理論을 土臺로 하여 우리의 民主社會秩序를 完成하는 裁判을 最終的으로 行하며, 또 그렇게 하므로서 憲法分野에서 政治的으로 일어난 일의 역학관계에 直接 參與하는 것 입니다. 그러므로 憲法裁判所는 判決을 함에 있어서, 法院만으로 하여금 判決을 할 수 있도록 하는 法的 規範의 拘束을 받는 것입니다.

지난날의 判決을 살펴 보건대, 憲法裁判所는 순수한 政治的인 紛爭을 解決하는 것은 憲法裁判所의 任務가 아니라는 것을 恒常 認定해 왔읍니다. 憲法裁判所는 憲法上的 分명한 規範에 의해서 資格이 認定되고 있으며, 憲法裁判所가 再檢討할 國家의 行爲를 單純히 政治的으로 價值評價 하는 것은 憲法裁判所에게 許容되어 있지 아니 합니다. 그러나 判決의 政治的인 影響도 考慮하고 또 憲法上的 法規를 政治的인 現實과 意義있게 關聯시키는 것은 憲法裁判所의 課題에 속합니다. 이에 따라서 憲法裁判所는 또한 恒常 그의 廣範圍한 任務와 다른 憲法機關의 機能尊重의 必要性 사이에서 交替作用을 하여 왔으며, 또 政治와 法 사이의 恒常 流動的인 境界를 憲法裁判所의 不可欠한 기능을 爲해서 利用하고 있습니다.

그런데 바로 規範調整過程上에서 特殊性들이 由來합니다. 왜냐하면 이 訴訟上에 있어서 憲法裁判所는 말하자면 어떤 當事者들의 主觀적인 權利나 또는 實質的인 利益에 關해서 判決을 하여야 되는 것이 아니라, 全的으로 訴訟의 主人 即 憲法에 따른 秩序의 唯一

한 監視者 役割을 하기 때문입니다. 그러므로 亦是 바이에른州政府에 依해서 提起된 憲法的인 의구심도 憲法裁判所에 對해서 確實히 重要한 것이나, 그러나 結局은 判決의 範圍內에 있어서의 單純한 材料에 지나지 않습니다. 뿐만 아니라 그것은 첫째로 條約에 關해서 直接 責任을 지는 憲法機關들의 協議나 숙고가 問題가 되는 것이기 때문에 重要한 材料은 아닙니다. 對外 및 獨逸國內政策의 責任은 條約에 關한 議決權과 마찬가지로 全的으로 聯邦의 憲法機關에게 있기 때문에 바이에른州政府 申請을 通해 表明된 聯邦의 한 州의 政府見解는 또한 過大評価될 수도 없습니다. 이와 對照的으로 오히려 決定的으로 重要性을 띠는 것은, 그 申請이 憲法問題에 對한 더 깊은 討論을 根拠로 하여 國會의 3分之2 以上の 多數와 다른 獨逸聯邦共和國의 다른 州들과 共同으로 提起되지 않았다는 점입니다. 本人은 그 가운데에서, 우리나라에서 考察되지 않으면 아니될 政治的인 憲法上的 現實에 속하는 事情을 엿볼 수가 있습니다.

万若에 獨逸聯邦共和國의 一個 州가 가지고 있는 申請權이 條約의 政治的 完成에 對한 參與權으로서 理解되거나 또는 그 方向으로 잘못 기능을 發揮한다면, 이것은 根本的으로 그와 같은 權利를 濫用하는 것이라고 하겠습니다. 本件의 境遇, 그렇지 않다는 印象을 받을 수 없기 때문에, 本人은 이것을 分明히 말하는 바입니다. 모든 다른 憲法機關과 國民의 多數에 依해서 이루어진 政治的인

진화를 이와 같은 方法으로 抑制하려고 하는 것은 하나의 의아스러운 企圖라고 하겠읍니다. 뿐만아니라 더 나아가 이 申請의 內容과도 같이, 憲法裁判所를 除外한 모든 聯邦의 다른 憲法機關에게 對해서 基本的인 憲法理論을 깨트렸다고 힐란하는 그와 같은 申請은, 本人의 意見으로서는 오히려, 自己自身側에서 먼저 憲法規範을 尺度로 하여 身分을 證明하지 않으면 아니 될 하나의 憲法上的 事實이라고 봅니다.

바이에른州政府는 外形上으로는 基本條約의 無效宣言을 主張하고 있지만, 實은 이와 같은 規範調整<sup>整頓</sup>次를 통해서는 許容될 수 없는 그들의 本來의 意圖는, 다른데 있는 것입니다. 바이에른州政府가 企圖하는 것은 이 訴訟上에 있어서 좌절되지 않으면 아니 됩니다. 條約當事者로 하여금 한편으로는 그 條約을 통해 自身들의 目標를 達成하도록 하며 또 한편 그 條約當事者들을 本來 希望한 程度 以上으로는 拘束시키지는 않는 것 같이 보이는 이 大端히 重要한 國際法上的 條約을 解釋하는데 對한, 바로 이 憲法裁判所에 依해서 確立된 尺度를 參酌하여, 그와 같은 企圖는 좌절되지 않으면 아니 됩니다. 모호하게 表現되었다고 생각되는 解釋方法은 度外視 되지 않으면 아니 됩니다. 本人이 바이에른州政府의 申請과 說明을 觀察해 보건데 그 論證의 大部分이 거리가 먼 것임을 알 수 있습니다.

特定한 사람들만의 解釈을 最高法院의 判決을 통해 確定짓는 것, 특히 独逸聯邦政府和 条約에 関여한 議會內 多数派의 權威있는 說明과 背馳되는 그러한 解釈은 이에 따라서 不可能 합니다.

그렇지 않는 境遇에는 条約의 成立과 議會의 同意에 對해서 責任을 지는 그 憲法機關들의 任務를 侵害하게 될 것입니다.

그 외에도 解釈上에 있어서는, 本 基本条約에서는 서로 社会秩序가 다르며 過去에는 서로 緊張狀態下에 있었던, 두 条約當事者의, 다른 条約과는 比較할 수 없는 高度의 政治的인 道具가 要点이 된다는 것이 参照되어야 됩니다. 社会秩序가 서로 다른 두 國家사이애 이와 같은 種類의 条約은 거의 없다고 本人은 確信 합니다. 兩側은 특히 独逸의 政治的 狀況과 國民의 單一性 問題에 있어서 決코 一致되지 않는 理念과 政治的 目標設定을 알 수 있을 程度로 결부시키기 때문에, 그와 같은 高度의 政治的인 条約에 있어서는 条約目的의 設定이 經驗한 바와 같이 적지아니 어려운 것 입니다. 그러나 本人은 独逸民主共和國의 目標設定이 標準的으로 基礎하고 있는 解釈을 基礎로 하여 憲法上의 再檢討를 하는 것은 通用되지 않는다고 생각합니다.

独逸民主共和國은 그들의 政治的 見解에 依하여 본다면, 基本条約을 그들의 國家的인 自主性的 確認이라고 評價하며 現狀維持의 保障이라고 까지 보고 있습니다. 独逸聯邦共和國政府는 独逸問題 解決을

爲한 새로운 길도 또한 찾고 있습니다. 그러나 二個의 獨逸國家 사이에 가로 놓여 있는 부자연성을 解決하고 共存方向으로 가는 正常化節次를 밟는다는 目的은 서로 一致하고 있습니다. 이에 따라서, 條約當事者들을 拘束하는 모든 政治的 價值評價와 目的觀念이 基本條約의 解釋을 爲해서 重要한 것은 아니고, 무엇보다도 말하고 싶은것은 첫째로 條約當事者들이 一致하여 條約을 가지고서 뒤쫓고 있고 또 그 條約當事者들이 條約文句上 表現한 그 目的이 重要한 것입니다. 勿論 雙方은 거기에서 더 나아가, 서로 다른 社會秩序 가운데 存在하는고로 서로 差異가 나는 政治的인 目的과 條約自體內에 表示되지 않은 政治的 目的을 가지고 있습니다. 各當事者가, 始作한 正常化節次의 끝에 가서 達成되기를 希望하는 目的觀念은 그러므로 直接的인 條約의 對象이 아닙니다. 本人은 그 限度內에서 解釋될 수 있는 對象이 아니라고 보지마는, 그것은 拘束力있는 解釋을 통해서 一方을 쓸어트릴 수도 없습니다. 많은 衝突要素가 쌓여있는 緊張關係를 解除하려고 企圖하는 바로 시초에는, 進行 途中에 그때 達成할 수 없었던 解決이 아마도 이루어질 수 있다는 希望아래, 特定한 法的問題를 과시하지 않는 것이 意義있는 일입니다. 基本條約은 앞으로 展開될 過程을 가로채어서는 아니 됩니다. 基本條約은 오로지 오래 걸릴 正常化節次를 위한 道具입니다. 卽 이제 始作段階에 있는 道具이지, 結末段階에 있는 道具가 아닙니다.

反對로 條約當事者들은 條約에 直接規定되어 있는 以上으로 法的拘

束을 받으리라고 생각할 수도 없습니다. 特히 基本條約이 여러가지 뜻을 가지고도 誤解할 수 없도록 이루어진 한, 一方이 條約으로 因해 어떤 地位를 拘束力 있는 方法으로 拋棄하였다는 것을 前提로 할 수는 없습니다. 그 條約은 혹시 獨逸帝國의 法的存続의 法的判斷이나 獨逸民主共和國의 國際法上的 認定問題에 關係되기도 합니다. 그러나 基本條約은 이미 열린 보기에 부정적인 答을 내리고 있습니다.

特히 雙方에 依해서 지금까지 主張된, 全的으로 基本的이며, 法的인 地位에 關한 問題는 그렇지만 아마도 分명한 確定을 必要로 합니다. 條約에 依해서 始作된 正常化節次에 있어서는, 卽 戰爭後의 가장 複雜한 世界的인 政治的, 軍事的, 經濟的 및 理念上的 情勢속에 끼어있고 또 歐羅巴에 있어서의 全体的인 東西關係에 對한 影響의 結果를 隨伴하는 그러한 條約에 있어서는 雙方의 모든 事實上의 또는 法的인 地位가 協商의 價值를 지니는 것이며, 아마 새겨서 말하건대, 法的인 限界를 지을 價值가 있는 것입니다.

그와 같이 평형을 이루고 있는 條約에 있어서는, 万若에 一方이 相對方에 對해서 特定한 解釈을 事後에 떠맡기려고 企圖하는 境遇에는, 하나의 敏感하고도 狀況에 따라서는 重大한 損害까지도 가져올 混亂이 있게 됩니다. 이에 따라서 獨逸聯邦共和國政府는, 條約內容의 改正을 가져올, 條約의 憲法에 따른 解釈의 必要性은 考慮

될 수 없다는 見解이고, 또 그와 같은 必要性은 着手한 緊張緩和  
節次에 對한 重大한 影響의 結果를 隨伴할 것이라는 見解입니다.  
本人은 이 자리에서 暫定的인 措施에 關한 첫번째 決定을 通해  
피력한 本裁判部의 法的 見解를 指摘하고 싶습니다.

可能한 合憲的인 解釈에 關한 바이에른州政府의 見解와 마찬가지로,  
獨逸民主共和國은 合憲性이 결여될 때에는 새로운 協商에 들어가리  
라는 意見 또한 기이한 일입니다. 이와 같은 일은 그와 같이  
조심껏 準備되었으며 數個月間이나 折衝을 하였던 條約의 境遇에는  
特別히 複雜한 世界政治的인 獨逸國內의 狀態를 考慮해 보면은 손  
혀 없으리라고 보입니다. 그와 같은 일이 있을 때에는, 두 獨逸  
國家 사이에 條約이 없었을 때와 같은 以前狀態가 再現될 것입니  
다. 即 基本條約을 通해서 이룩한 人間的인 緩和가 白紙化 될 것  
이며, 우리의 國際聯合加入이 危殆로워지거나 不可能해질 것이며, 獨  
逸聯邦共和國과 東歐羅巴間의 條約網 가운데 重要한 部分의 하나에  
우리의 對外的인 政治關係上 大端히 危險한 구멍을 뚫을 것입니다.  
뿐만아니라 西方側의 緊張緩和政策面에 있어서도 獨逸聯邦共和國은  
核心役割을 못하는 結果가 될 것입니다.

獨逸聯邦共和國政府가 그렇게 하겠지만서도, 法的으로 抹消시켜야 될  
그와 같은 廣範圍하게 影響을 끼치는 일을 參酌하여 憲法裁判所도  
判例上에 있어서 恒常, 條約의 境遇에 있어서와 같은 對外的인 高



度の 政治的 分野에 있어서는 特殊한 尺度가 適用된다는 것을 恒常 認定하여 왔습니다. 이것은 말하자면, 國家사이의 國際的인 共同作業에 있어서는 自國의 생각을 一方的으로 貫徹할 수 있는 나라는 없고, 同盟國이나 다른나라들의 意見을 參酌하지 않으면 아니 된다는 事實에 順應한 것입니다. 그리고 바이에른州政府의 意見으로서, 一般的인 國際法上的 特定한 理論을 適用하는 것이 때로는 許容되지 않는다는 것을 本人은 이 자리에서 確認할 수 있습니다. 本裁判部가 이미 過去의 判例에서 確認한것 처럼, 司法上的 자체가 이 分野에서 正當한 자리를 차지하고 있습니다.

憲法裁判所가 過去의 判例를 通해 一般的으로 有效한 形態로 發展시킨 一連의 解沢原理를 이 자리에서 밝혀야 되겠습니다.

憲法裁判所는 자르 ( Saar ) 判決에서 이미 言及한 바 있는 國際法上的 條約에 關한 解沢原則外에도, 條約이 成熟하게된 政治的 出發點과, 그 條約이 이룩하거나 變更시키고져 企圖하는 政治的 現實도 參酌되지 않으면 아니 된다는 것을 認定하였습니다. 本人은, 브르멘비츠教授님께서 國家를 現實에 適應시켜서는 아니되고 反對로 現實을 부연하는 것이 任務라고 말씀 하시는 것을 커다란 興味를 가지고 들었습니다.

특히 共産黨裁判에서는, 政治機關의 措施는 그 措施로 因해서 統一

에 관한 憲法上的 命令이 顯著히 侵害되었고, 또 그 措施가 아무런 關係에서도 合理化 되지 않을 때에만 違憲으로 處理될 수 있다고 說明되었습니다. 이 顯著할 때에 한한다는 主義는 直接 責任을 지는 國家機關의 行爲能力을 參照해 보면 國家間的 對外政治 分野에서 하나의 커다란 意義를 가지는 것입니다.

統一命令과 關聯하여 憲法裁判所는 共産黨裁判을 通해 그 외에도, 獨逸聯邦共和國이 어느 方法을 統一成就上, 政治的으로 正當하고 合目的의라고 보느냐 하는 判斷은, 그 政治的 行爲를 하는 獨逸聯邦共和國의 憲法機關에게 委任되어 있다고 하므로서, 審査熟考한 尺度를 確立하였습니다. 여전히 法的으로 重要한 判決이지마는 統一을 法的으로 妨害하거나 또는 實質的으로 不可能하게 하는 措施만이 排除되었습니다.

兵役義務法에 관한 判決에서도 統一과 關聯하여, 立法機關의 政治的 裁量의 範圍가 크다는 것을 또 다시 分明히 하였습니다.

우리의 憲法上的 體制 範圍內에서 "政治問題主義"를 構成하는 몇 개의 要素를 派生시키는, 이 恒常 通用되며 또 中心이 되는 判例를 通해서, 憲法上的 分明한 規範을 證明하는데 關한 裁判, 即 檢討할 條約의 分明한 價值評價에 關한 裁判이 커다란 意義를 가진다는 것이 分明해 집니다. 바로 言及한 判例들은 特別히 對外的인

措処를 裁判을 通해 再檢討할 資格에 對한 分明한 尺度를 提供하고, 또 行爲를 하는 憲法機關과 監督을 하는 憲法機關 사이의 責任領域을 分明히 区分하는 것 입니다.

이 基本原則들을 바이에른州政府의 申請에 適用하면, 獨逸聯邦共和國政府의 意見으로서 이미 그 理論的 根柢를 參照하여 보면 처음부터 大端히 커다란 의구심이 갑니다.

의례히 國家사이의 重要한 國際協議를 하기 前에 그와 같은 協商을 하는 동안에 權限을 가진 該當國家機關은 該當憲法上의 問題를 細心히 檢討하기 마련입니다. 이와 같은 點도 하나의 國家機關이 바이에른州政府가 한 것과 같은 申請을 할 때에 憲法上의 再檢討에 對한 嚴格한 前提를 提示하는 憲法裁判所의 判例上에 있어서의 上述한 基本原則과 마찬가지로 參酌하지 않으면 아니됩니다. 그러므로 바이에른州政府가 한 市民의 權利를 褫奪하려는 것은 아니지만, 對內外的인 政治分野에 있어서 重要한 問題와 關聯되는 國家의 裁判에 있어서 처음부터 期待되는 것은 그 申請이 獨逸聯邦共和國政府和 議會가 審査熟考한 것을 어떤 方法으로든지 認識하고 또 憲法과의 抵触이 眞正하게 考慮된다는 說得力을 갖추어야 된다는 것입니다. 國家間的 國際法上의 措処를 再檢討함에 있어서는 高度의 正義가 要求되고 자명성이 事後檢討를 爲한 基本前提라는 것이, 申請 가운데에 識別될 程度로 參酌되어야 합니다.

万若에 바이에른州政府가 내놓은 것 같은 申請이 이와 같은 國家의 裁判에서 左右間 갖추어야 될, 絶對 不可欠한 條件을 갖추지 못하였다면, 오히려 더 憲法을 주시함에 있어서 政府 및 立法府에 依해서 준수된 細心性이 立証될 수 있습니다. 그리고 憲法上으로 熟考한 것이 거기서 더 나아가 憲法裁判所의 現在까지의 判例의 土台위에서 獨立된 學問分野의 憲法專門家들에 依한 科學的인 檢討를 根拠로 하여 確實하다고 보여질 수 있다면, 申請은 憲法裁判所를 통해 行하여질 事實檢討에 내놓을 要求를 滿足시키지 못할 것입니다. 申請은 그와 같은 境遇 무엇보다도 分明히 理論的인 뒷 받침을 받지 못합니다.

議會의 討議期間中과 마찬가지로 獨逸聯邦共和國政府는 "크리레" 教授님과 弁護士 "래버랜츠" 博士님의 說明을 통해 본 法廷에게 對해서 合當한 立証을 할것 입니다. 獨逸聯邦共和國政府는, 바이에른 州政府의 申請은 個別的인 問責點上에 있어서 다음 事由로 因해서 棄却되지 않으면 아니 된다는 것을 分明히 할 것인 바, 그 事由는 다음과 같습니다.

1. 바이에른州政府는 그들의 순수한 政治的인 생각을 憲法과 결부시키고 있습니다. 憲法을 잘못 解釋하거나, 또는 擴大解釋을 하는 그와 같은 평계로 삼는 規範의 테두리로 부터 많은 의구심이 나옵니다.

2. 바이에른州政府는 基本條約을 解釈함에 있어서도 그들의 政治的 價值評価를 甚히 一方的인 方法으로 하고 있습니다. 憲法裁判所가 判決을 해서도 아니 되고 基礎가 될 수도 없는 그와 같은 代替할 수 없는 價值評価는 하나의 憲法問題로 通합니다. 그런데 이 憲法問題는 勿論 純理論的이고 學問的 입니다. 왜냐하면 基本條約이 議會에 依해서 通過된 것 처럼, 바이에른州政府가 생각하는 것과는 다른 것이기 때문입니다.

3. 바이에른州政府는 政治的인 出發狀況을 全然 度外視 함으로서, 現實에 背馳되게도, 더 힘주어 協商하였다면 政治的으로 더 有利한 規定을 達成할 수 있었거나 아니면 合意를 全然 하지 말았어야 한다는 印象을 불러 이르고 있습니다.

4. 바이에른州政府는 基本條約을 가지고 獨逸聯邦共和國憲法의 目的과 一致되게 行한 意圖를 條約의 分명한 內容에 어긋나게도 처음부터 否認 하였습니다.

바이에른州政府側의 主張이 理論的으로 成立되지 않는다는 것은 特別히 천신부호로서 使用한 表現인 '分裂條約' 이라는데서 立証됩니다. 本人은, 이 表現이 오늘 있었던 바이에른州政府의 말 가운데에서 別로 많이 反復되지 않은 것을 歡迎합니다. 그러나 이 點에 關한 限 바이에른州政府의 見解는 여전히 推定이 갑니다. 그런데

이와 같은 말은 大端히 간단히 부정될 수 있음을 말하고저 합니다.

1. 議會의 討論結果에 依하건데, 理解하기 困難한 이 價值評價를 憲法上 正當하다고 認定하도록 가장하기 爲해서, 바이에른州政府는 무엇보다도 獨逸帝國의 領域위에 다른 하나의 獨逸國家를 받아들리는 것이 獨逸聯邦共和國憲法에 依해서 要求되는 國家의 單一性和 相衝된다는 憲法規定을 내 세우고 있습니다. 여기에서는 獨逸聯邦共和國는 獨逸民主共和國의 領域에도 擴大되며, 獨逸聯邦共和國의 統治權을 그 地域에서 다만 實際적으로 行使할 수 없을 뿐이라는, 獨逸의 法的地位에 關한 法理論이 基礎가 되어 있으나, 이것은 分明히 獨逸聯邦共和國憲法과 合致되지 않는 理論이라는 것을 憲法裁判所에 對해서 分明히 말할 수 있습니다. 여기에서는 무엇보다도 標準이 되는 法的土台가 共產黨裁判에서 解明되었듯이 誤認되고 있습니다. 왜냐하면 이 判決은 獨逸聯邦共和國憲法前文으로 부터 모든 政治的 國家機關에 對해서 全力을 다하여 獨逸의 單一性を 達成하고자 努力할 義務를 推論하였으며 또 統一을 法的으로 저해하거나 또는 實際로 不可能하게 하는 措施만이 違憲이라고 判示하였기 때문입니다. 分明히 말씀 드리건데, 바이에른州政府는 이 分明한 判決을, 統一委任과 그 自身이 가정하는 獨逸의 單一性 保障에 關한 法的命令을 直接 결부 시킴으로서, 우회할 수 있다고 믿고 있습니다. 그렇지만 이미 獨逸聯邦共和國憲法前文에 따라 獨立의인

두 公言間에는 大端히 큰 法的인 差異가 있습니다. 왜냐하면 統一命令과는 對照的으로 保障委任은 具體的으로 把握할 수 있는 法規를 表現하는 것이 아니며, 左右間 바이에른州政府가 생각하는 것과 같은 範圍內的 表現의 뜻을 가지고 있는 것이 아닙니다. 保障命令에 있어서는 憲法的인 위계에 있는 政治的인 目的觀念이 要點이 되는 것입니다. 國民과 國家의 單一性은 獨逸聯邦共和國憲法를 制定할 때는 保障할 때는 保障할 수 있는 狀態가 아니었습니다. 그렇기 때문에 우리는 統一命令을 받고 있는 것입니다. 그 외에도 主張한 바 있는 政治的 狀態를 率直하게 分明히 해주는 憲法前文 또한 다르고, 言及한 바와 같이 統一委任이란 法的으로 全혀 理解할 수 없는 것입니다.

2. 이와 같은 이미 憲法上 尙當하지 않은 基本的인 생각外에도 바이에른州政府는 基本條約의 解狀을 옳지 못하게 하고 있는 바, 그 解狀에 따르면 基本條約은 獨逸帝國은 消滅되었으며 獨逸帝國의 領土위에는 두개의 獨立된 國家가 새로히 成立되었다는 獨逸民主共和國이 主張하는 理論의 結果라고 하고 있습니다. 그러나 基本條約을 살펴보는 사람은 그 條約上에는 그와 같은 方向의 規定이 없다는데서 바이에른州政府의 主張에 疑義를 禁하지 못할 것입니다. 그 條約上에는 그와 같은 面에 關한 조그마한 根拠도 없습니다. 왜 이겠습니까? 그 根拠는 간단합니다. 왜냐하면 基本條約은 두개의 獨逸國家와 存続하고 있는 獨逸帝國間의 關係를 完全히 整理

하는데 그 목적이 있는 것이 아니라, 獨逸에 對한 強化條約이 締結될 때 까지, 같이 뭉치는 方向으로 共存하도록 하는데 그 목적이 있기 때문인 것 입니다. 基本條約은 그 外에도 두 獨逸國家는 서로 外國이 아니라는 基本原則과도 合致되는 바, 이 點에 對해서는 詳細한 說明이 더 있을 것 입니다.

그 外에도 條約當事者들은 獨逸帝國이 存統하느냐 또는 消滅되었느냐 하는데 關해서는 規定을 할 수가 없었습니다. 왜냐하면 이 問題는 獨逸과의 強化條約締結時까지 繼續될 4 大國의 責任範圍에 속하기 때문입니다. 始終一貫하여 基本條約은 獨逸民主共和國을 國際法上으로 承認하는 것도 內包하고 있지 아니합니다. 바이에른州 政府가 생각하는 것과 같은 "同一說"에 關한 課題나 또는 "縮小國家論"의 認定도 基本條約의 對象이 아닙니다. 이와 같은 基本條約上에서는 學術的인 理論은 取扱되지 아니 합니다. 거기에서는, 條約上에 規定될 수는 없고 다만 前提가 되는, 獨逸聯邦共和國의 憲法上 및 政治的인 自己理解에 關한 問題가 要件이 됩니다. 그 外에도 勿論 獨逸聯邦共和國憲法으로 부터 獨逸帝國과의 同一性에 對한 憲法上의 義務를 찾을 수는 없습니다. 特히 獨逸民主共和國의 國家性을 認定하지 않는 方向에서 그와 같은 것을 찾을 수는 없습니다. 또한 憲法裁判所도 여러가지 判例中에 있어서, "同一性"과 一致되는 것은 아니나, 同一性의 概念에 對해서 이전에 學問上에서 때때로 主張되었던 意義를 賦與하지는 않았고, 特히 교황청과의 條約에 關한 裁判을 通해 全的으로 結論 짓기를, 獨逸聯邦共和國은 獨逸帝國의 條約上 및 그 이외의 權利와 義務를 繼承한다고



하였습니다. 말하자면 憲法裁判所는 權利의 主体面에 있어서 同一性を 原則으로 하였으나, 統治權이나 領域面에 있어서 同一성을 말한 것은 아니었습니다. 獨逸聯邦共和國憲法은, 獨逸聯邦共和國에 依해서 이루어진 國家의 秩序는 帝國領土의 一部分에 局限된다고 明示하고 있습니다.

3. 바이에른州政府는 分裂條約이라는 論難이 되고 있는 言及外에도 더 나아가, 獨逸民主共和國은 時間이 흐름에 따라서 確固한 支配體制를 가진 古有의 國家性을 갖추게 되었다는 것을 否認할 수 없는 政治的인 出發點을 誤認하고 있습니다. 그것은 事實입니다. 基本條約은 이것을 基準으로 하여 特히 獨逸에는 서로 外國이 아닌 二個의 國家가 存在한다는 方向에서, 正常化하려는 利害關係上 必要한 結論을 내립니다.

國家의 統一을 爲한 서로 一致되는 公言을 얻는 것이 비록 이루어지지 않았으면서, 獨逸問題는 말하자면 保留되어 있는 것입니다. 그리고 基本條約이 서로 다른 理念 블럭에 속하는 같은 國民의 國家들 사이에 하나의 土台를 세우려고 企圖하기 때문에, 우리는 왜 可能하지 않은지를 알고 있습니다. 基本條約의 合憲性에 關해서 決定的 役割을 하는 것이, 條約相對方을 獨逸帝國의 存続에 關한 分명한 宣言과 統一問題 및 國民의 單一性 등으로 움직이는 것이 이루어졌느냐 또는 얼마나 이루어졌느냐 하는 것도 아닙니다.

브루넬릿츠教授님의 意見은 다른 것 같지마는, 獨逸民主共和國의 條約上의 行動을 獨逸聯邦共和國憲法으로 측정할 수는 없고, 오로지 獨逸聯邦共和國自身の 當該國家機關의 行動만이 獨逸聯邦共和國憲法으로 測定될 수 있습니다. 그러나 이 獨逸聯邦共和國의 國家機關들은, 平和와 自由를 바탕으로 한 統一政策은 基本條約과 合致된다는 것을 必要한 方法으로 保全하고 있습니다.

네번째로 由來되는 것은, 바이에른州政府는 獨逸聯邦共和國憲法の 基本目的과 合致되는 限度內에서 基本條約을 가지고서 遂行한 것을 그 條約의 分명한 內容과는 어긋나게도 否認을 한다는 것입니다. 基本條約은, 正常化政策, 即 共存을 爲한 政策을 遂行하고, 또 그렇게 하므로써 두개 獨逸國家와 人類의 繼統的인 分裂을 防止하고저 하는 것입니다. 統一에 關해서 말을 한다면, 첫째로는 繼統的인 分裂을 防止하고, 또 人類의 共同成長의 可能性을 이룩할 것이 要望됩니다. 비록 分明明히 그러하기 때문에 獨逸民主共和國은 反對로 輿論上 그들의 政治的 異議를 提起할지라도, 그와 같은 方法으로 憲法과의 合憲性이 獨逸統一에 關한 書翰을 통해서 確實히 保障되어 있는, 平和와 自由를 基本으로 한 政策 또한 長期間에 걸쳐서 可能해질 것 입니다.

이 統一이라는 核心問題에 있어서는 어느 때를 莫論하고 獨逸聯邦共和國의 政治團體間에 意見差異가 없었으며 또 있어서도 아니되므

로, 바이에른州政府 또한 基本條約을 '分裂條約' 이라고 評價하지 않기를 期待하면서 本人의 말씀을 그치고저 합니다. 統一에 이르는 方法에 關해서는 分明히 意見差異가 있었으며 또 있습니다. 그것은 이 問題가 우리에게 그렇게 重要的 限 그럴것입니다. 그러나 이 問題는 憲法上的 問題가 아니라, 하나의 순수한 政治問題인 것입니다.

소이 퍼트 副議長 :

感謝합니다. 바알만氏

質問 또 없습니까?

반트 憲法裁判所 判事

아까 우리에게 말씀하시기를, 이 條約과 그 添加物에 關해서 獨逸聯邦共和國政府에는 다만 内部的인 書類들만이 있을 뿐이지, 그 以外에도 없다고 하셨습니다. 이렇게 말씀 하셨지요?

그런데 또 말씀하시기를, 基本條約의 協商過程은 우리의 同盟國들과의 緊張된 調整節次를 걸쳤다고 하셨습니다. 本人이 알고 싶은 것은 다름이 아닙니다. 이 모든 것이 口頭로만 行하여 졌습니까?

바알만 局長 :

그것에 關해서 正確히는 말씀드릴 수가 없습니다마는, 分明히 書信 交換이 있기는 있었다고 생각합니다. 그러나 本人이 가이거博士님

의 말씀을 理解한 바로서는, 要点이 되는 것은 独逸聯邦共和國과 独逸民主共和國의 代表團간의 協商이……

반트 憲法裁判所判事 :

아닙니다. 그 말씀이 아니라, 本人이 알고 싶은 것은, 다만 内部的인 메모만이 있느냐, 또는 꼭 條約相對方 하고만은 아니더라도, 말하자면 第3者하고라도 어떤 種類의 書信交換이 있었느냐 하는 것입니다.

바알만 局長 :

제가 다만 말씀드릴 수 있는 것은, 協商이 繼續되는 全体期間동안에 걸쳐서 이 問題를 專担하여 調整하기 爲해서 同盟國과 우리 側間에 常駐作業班이 하나 構成되었었다는 것입니다. 그 問題에 關해서 文書나 書信交換 같은 것이 있었다고는 생각해 볼 수 없습니다. 遺憾스럽게도 이렇게 밖에는 생각이 가지 않습니다. 本人 自身이 이 種類의 記錄文書를 가지고 있지 않기 때문에, 더 以上 直接 알 수가 없습니다.

반트 憲法裁判所判事 :

혹시 貴下께서는 이와 같은 點에 關해서 어떻게……

소이퍼트 副議長 :

그런데, 이 証拠申請에서 말하는 條約의 準備나 締結에 関한 書類  
等은 무엇을 뜻합인지 解明될 수만 있다면 좀 正確히 規定지어  
져야 되겠습니다. 勿論 그렇습니다. 말씀하신 바와 같이, 外交上  
의 折衝이란 近來에 와서 보면 왕왕 書面으로도 되어 갑니다.  
우리에게 標準이 되는 것은 條約의 解釈上 重要한 書類, 即 條約  
當事者와의 關係와 條約相對方에 對한 條約의 發效 등에 意義가  
있는 書類 등이 있지요.

바알만 局長 :

裁判長님, 저의 答弁은 바로 그것 입니다. 저로서는 더 보고 드  
릴 것이 없습니다. 그 調整은 普通 同盟國이나 友邦하고 重要한  
일을 할 때와 같은 方式이 있습니다.

소이퍼트 副議長 :

勿論 近來에 全體的인 條約이나 外交政策을 準備하거나 管轄하는데  
使用된 그런 書類를 말하는 것이 아닙니다.

바알만 局長 :

法的으로 어떤 可能한 解釈上의 價值를 갖는 書類는 分明히 가지  
고 있지 않습니다. 그 協商은 우리의 政策을 우리의 同盟國들의  
政策과 調整하는 協商이었습니다. 그것은 同盟政策에 関한 것이  
었습니다. 基本條約成立과 關係가 있는 政策이 아닙니다.

반트 憲法裁判所判事 :

本人을 誤解하지 마십시오, 메모의 範圍를 넘는 書類로서 그 條約  
文書에 合綴되지 않은 書類가 있느냐, 基本條約과 關係가 있는 第  
3 者와의 關係나 또는 陳述을 對象으로 하는 書類가 있느냐 하는  
것을 分明히 알고져 하는 것입니다.

바알만 局長 :

解訳上의 材料가 될 수 있는 것이 全혀 아닙니다.

반트 憲法裁判所判事 :

알고 있습니다.

소이퍼트 副議長 :

中斷시키려는 것이 아니라, 이렇게 하는 것이 어떻겠습니까? 獨逸  
聯邦共和國의 弁論을 繼續하기 前에 우선 다른 質問을 더 하기로  
하지요.

반트 憲法裁判所判事 :

質問이 더 없습니다.

소이퍼트 副議長 :

그러면 獨逸聯邦共和國政府의 弁論을 繼續 하기로 하겠습니까. 자,

그러면 크리래 教授님!

教授 크리래 博士:

判事여러분! 本人은 여러분들에게 提出한 陳述書를 크게 줄여서 말씀드리겠습니다. 빠진 部分은 口頭 訊問時에 參照해 주시기를 付託 드립니다.

基本條約의 憲法上的 判斷은 무엇보다도 이 條約의 基本原則 및 目的을 獨逸聯邦共和國憲法の 原則 및 目的과 比較하여 볼 것을 必要로 합니다. 獨逸聯邦共和國政府는, 憲法の 個別的인 條項만을 考慮할 것이 아니라, 憲法制定者의 憲法以前의 全體的인 形상을 構成하는, 憲法과 結付되고, 內的으로 關聯이 있는 一般的인 基本原則과 指導理念도 勿論 考慮되어야 한다는 點에서는, 바이에른州政府側과 意見이 一致되고 있습니다. 이와 같은 것을 考慮함에 있어서 獨逸聯邦共和國憲法の 條文과 制定時로 부터 特別히 다음과 같은 基本原則과 指導理念을 찾아볼 수가 있습니다.

1. 平和保障의 目的 및 國際法尊重의 目的.

이 思想은 憲法前文에 '世界平和에 이바지 함'이라고 明記되어 있으며, 여기에서 더 나아가 一連의 積極的인 規定들이 明示되어 있습니다 ( 憲法 24 條 乃至 26 條 ).

2. 國家와 政治는 人類에게 奉仕하지 않으면 아니 된다는 基本原則과, 反對로 人類는 추상적인 原理를 爲해서 犧牲되어서는 아니 된다는 原則.

이 思想도 憲法前文에 「神과 人類앞에서 責任을 認識하며」라고 表現되어 있으며, 더 나아가 제1條와 個別的인 基本權 가운데에 規定되어 있습니다.

3. 權利의 主体로서의 獨逸은 1945年에 消滅되지 않았으며 獨逸聯邦共和國의 建國을 통해서도 消滅될 수 없다는 理念과, 더 나아가 獨逸聯邦共和國은 獨逸帝國의 道德的인 義務와 可能한 限, 그 의 權利·義務를 繼承한다는 理念. 이 思想도 憲法前文에 「國家의 單一性을 保障하기 爲한 意志에 고무되어」라고 되어 있는데서 그 表現을 찾아 볼수 있습니다.

4. 獨逸의 政策을 獨逸聯邦共和國의 利益만을 爲해서가 아니라, 全獨逸國民의 利益을 爲해서 集中시킨다는 原則, 이 思想 또한 憲法前文 가운데의 「參與가 許容되지 않은 獨逸人들을 爲해서 行한다」는 表現이 그 根拠입니다.

5. 國土統一을 達成하고자 努力하는 目的. 이 思想은 비록 憲法前文에서 어려운 點을 찾을 수도 있지만, 莫然히 順序에 따라서 적혀 있는 것이 아니라, 더 나아가 直接 法的 意義를 지니고



있습니다.

一般的인 面에 있어서도 그렇지만, 特히 基本條約上에 있어서 獨逸聯邦共和國政府의 獨逸政策과 東歐羅巴政策은 獨逸聯邦共和國憲法上의 이 基本原則 및 指導理念과 合致됩니다. 바이에른州政府는 두개의 面에서 이것을 誤認하고 있습니다:

첫째로 바이에른州政府는 基本條約의 內容, 目的 및 效果 自体를 曲해하고 있습니다.

또 한便 바이에른州政府는 獨逸聯邦共和國憲法上의 基本原則 및 指導理念의 內容, 法的意義, 相互關係 등을, 憲法制定過程, 憲法의 明示的 規定 및 憲法裁判所의 判例 등에 따라서 解沢하지 아니 하고, 完고하게 自己意思대로만 解沢을 하고 있습니다.

우선 基本條約에 關해서 몇가지 點을 밝히고저 합니다. 基本條約上의 個個의 規定들은 그 基本條約上의 基本原則 및 그 條約의 意圖 등과 關聯해서 正確히 解沢하지 않으면 아니 됩니다. 이 基本條約上의 個個의 規定들은, 지난 3年 半間의 獨逸政策이 遂行되지 않았을때, 卽 獨逸의 政策이, 結局에 가서는 失敗로 끝났을 非現實的인 要請대로 遂行되었을 때에 存在할 狀況과 比較하여, 基本條約 發效後의 狀況이 如何하냐 하는 것을 생각하여 보면 쉽

게 說明될 수 있습니다.

이와 같은 比較는 勿論 하나의 加算적인 要素를 지니는 것이나, 일의 狀況에 따라 比較的 高度의 加算성에 依해서 다음과 같은 것을 찾아 볼 수 있습니다.

1. 우리가 오늘날 겪고 있는 이 獨逸狀態는 基本條約締結과 東歐羅巴政策施行以前에 發生하였습니다. 그리고 나서 또 障壁이 쌓여졌고, 또 境界線이 저퇴, 모지, 殺人武器 등으로 둘러 쌓여졌으며, 兇砲命令도 내려 졌습니다. 獨逸民主共和國 内部事情은 우리의 憲法이 要求하는 것을 滿足시키지 못하였으며, 統一은 展望할 수 없었습니다.

2. 우리가 獨逸民主共和國에 對한 國際的인 承認을 永久히 막을 수 있다고 가정하는 것은 現實性이 稀薄합니다. 지난 3年間 우리는 힘겨울게 그리고 다만 박두한 基本條約만을 口實로 하여 많은 나라들로 하여금 獨逸民主共和國을 承認하지 않도록 할 수가 있었습니다. 基本條約 調印後 첫번째 承認과도는 3年間 繼續된 狀況期間中에도 比較的 靑습니다. 그렇지만 우리는 우리의 西方側 同盟國을 包含한 一連의 다른 國家들이 獨逸民主共和國을 承認하는 것을 몇年間 더 저지할 수 있습니다. 그러나 永久히 沮止할 수는 없습니다. 우리의 狀況이 어떠하였을까요? 獨逸民主共和國은

우리의 意思와는 어긋나게도 그들의 國際的인 承認을 받았을 것입니다. 世界는 우리의 意思를 초월하였을 것입니다. 우리의 意思에 관심은 가지지 않는 西方側 國家들에 對한 우리의 位置에는 欠陥이 생겼을 것 입니다. 避할수 없는 일이라면, 그 일을 스스로 이끌고 나가는 것이 오히려 賢明하다고 봅니다.

3. 國際的인 孤立까지 招來할지도 모를 또 하나의 負擔이 되는 일이 있습니다. 바이에른州政府가 主張하는 것과 같은 法的 見解는, 東歐羅巴에 있어서 뿐만 아니라, 西方側에 있어서 까지, 領土上的 現狀維持를 將次 非平和的으로 問題를 삼으려는 見解로 解釈되거나, 政治的 影響은 同一하겠지만, 그와 같은 見解로 誤解될 것이라고 봅니다. 西方強大國 뿐만 아니라 特히 北大西洋條約機構의 外交政策은, 世界平和는 領土上的 現狀維持의 土台 위에서만 保障된다는 것을 原則으로 하고 있습니다. 世界平和에 對한 義務를 지고 있는 모든 나라들은, 獨逸聯邦共和國政府의 獨逸政策은 國際平和保障을 위한 寄與를 暗示하는 程度가 아니라, 實際로 하나의 그와 같은데 寄與하는 行爲라는데 意見의 一致를 보고 있습니다.

4. 基本條約은 두개의 獨逸國家間的 法律關係를 解明하거나 또는 改善하는 一連의 要素를 內包하고 있습니다.:

첫째로 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國關係의 特殊性은 우선關係의 改善를 爲해서는 하나의 그와 같은 UNG대한 條約을 必要로 한다는

事實만으로서도 알 수 있습니다.

뿐만 아니라 獨逸民主共和國은 基本條約을 締結하면서 부터, 國際法上의 承認이 두 나라間의 關係를 規定하는 前提라는 그들의 要求를 더 이상 하지 않고 있습니다. 基本條約은 明示的으로나 解釋上으로나 國際法上의 承認을 內包하고 있지 아니 합니다. (이것에 關係서는 '래버랜즈' 씨께서 더 상세히 말씀하실 것입니다) 本人은 이 자리에서 다만 獨逸統一에 關한 書翰에 關해, 8條(常駐代表), 10條(該當 覺書交換) 및 9條(國際合意의 留保) 등 만을 말씀드리겠습니다. 留保條項은 무엇보다도, 獨逸條約과 마찬가지로 우리의 際聯合加入時 4 大國에 의해서 明示的으로 뒷받침이 된 4 大國의 權利와 關聯이 됩니다. 이 獨逸條約은, 4 大國의 權利가 總體的인 獨逸에 關係된다는 것을 명료하게 하고 있습니다. 獨逸條約은 西方 3 大國에게 우리의 맞은편에서 獨逸統一을 達成하도록 努力할 義務를 부과하고 있으며, 또 앞으로 있을 強化條約을 뒷받침하고 있습니다. 獨逸民主共和國 行한 書信交換은 그외에도, 4 大外의 權利와 義務는 變함없이 存続한다는 것을 分明히 하고 있습니다. 그러므로 万若에 우리가 '獨逸'이라는 法的概念은 固守하고 또 그렇게 하므로서 獨逸民主共和國을 內國이 아니라고, 그렇다고 해서 外國도 아니라고 본다고 하더라도, 違憲일 수는 없습니다.

國內問題에 있어서는 實은 獨逸民主共和國과의 意見差異가 있습니다.

이 意見差異도 基本條約以前에 發生하였읍니다. 그러나 '意見이 다르다는데 同意한다'는 것과 같이 적어도 意見差異에 對한 同意가 確認되어 있기 때문에, 우리의 見解를 따르는 것이 條約違反으로 解釈될 수는 없읍니다. 넘기 어려운 意見差異에 있어서는 그 意見差異를 許容한다는 共同確認이 比較的 有利한 解決입니다. 말하자면 이와 같은 解決은, 意見差異가 政治的으로 感覺된다는 것, 即 그 意見差異는 規定의 길을 가로막지 않는다는 것을 意味하는 것입니다. 이 可能性은, 万若에 그 意見差異이가 遲滯된 형식상의 折衝으로 因해서 은폐되거나, 그 意見差異가 規定의 對象이 되지 않았을 때에는, 成立되지가 않읍니다.

獨逸人の 国籍은 아무런 影響을 받지 아니 합니다. 이 問題에 關한 모든 의혹을 풀기 위해서, 国籍에 關한 問題는 規定되지 않았다는 것을, 留保宣言을 通해서 固守하고 있습니다. 獨逸民主共和國은 聲明을 通해서, 基本條約은 国籍問題에 關한 規定을 緩和할 것이라는 希望을 表示하면서, 獨逸民主共和國은 国籍問題는 變함없이 그대로 存続한다는 것을 確認하여 있습니다.

하나의 合意메모가 確認하는 바와 같이, 財産問題에 있어서도 마찬가지로 아무런 變함이 없읍니다.

雙方이 合意下에 發表한 한 聲明은 獨逸民主共和國內에 있는 '西

伯林"이 独逸聯邦共和国을 通해서 代表된다는 것을 固守하고 있습니다. 그 밖에도 후속될 條約들은 "西伯林"으로 까지 伸張될 수 있다는 것이 規定되어 있습니다. 이와 같이 해서 独逸民主共和国이, 都市의 根本的인 地位로 因해서 独逸聯邦共和国은 "伯林"을 全혀 代表할 수 없다는 見解를 正当하지 못하다고 보았기 때문에, 하나의 決定的인 突破를 한 것 입니다.

5. 此外에도 基本條約은 独逸의 두 地域에 있는 人類들을 위한 改善策을 內包하고 있습니다. 첫째로 그 條約은, 經濟, 科學技術, 往來, 法的交流, 通信, 保健, 文化, 體育, 環境保護 및 其他 分野에 있어서 條約을 締結할 義務를 包含하고 있습니다(7條). 独逸民主共和国은 이미 벌써 家族結合, 旅行緩和, 非商業的인 物品交流 및 言論人的 活動可能性 分野에서 이미 同意를 하였읍니다.

이 모든 政治的인, 法的인, 그리고 또 人間的인 改善을 向해 맞은 便에서 두가지가 마주 보고 있습니다.

첫째로 独逸民主共和国의 國家性을 條約上 尊重하는 點입니다. 이것은 本來 1969年 10月 28日付의 政府聲明을 通해서 이루어졌고, 하나의 國家條約인 相互條約을 通해서 確認되었읍니다. 그런데 이 條約에 對해서는 바이에른州政府는 參議院에서 明示的으로 同意를 하였읍니다. 万若에 바이에른州政府가 이제와서 独逸民主共和国의

國家性을 解除하려고 한다면, 이것은 分明히 모순되는 行動이 아닐 수 없습니다. 國家性을 尊重한다는 말로 부터는 무엇을 推論할 수 있느냐 하면, 現在 存在하는 統治境界線을 '境界線'으로서 尊重할 것이며, 또 그렇게 하므로서 原則的인 平等, 獨立, 自主性 및 領土의 不可侵性을 尊重하여야 된다는 것입니다. 勿論 이 尊重한다는 것은 境界線을 雙方 合意下에 없애거나, 또는 境界線의 性質을 變更하는 것을 하지 못하도록 하는 것은 아닙니다. 本人은 이 자리에서, 獨逸民主共和國 外相 '빈처'氏가, 서로 反對되는 두 社會秩序를 가진 두개의 國家가 統一을 한다는 것은 不合理하다고 말하는 것은, 境界線의 法的 性質이나 境界線을 解除할 수 있는 法的 可能性에 對해서 아무런 影響을 미치지 않는, 하나의 政治的인 發言이라는 것을 말씀드리고 싶습니다. 同一한 問題가 이미 以前에 '모스크바 條約' 3條와 關聯하여 일어난 적이 있으며, 여기에서도 蘇聯 外相 '크로미코'의 聲明이 分明히 밝히기를, 雙方 合意下에 境界線을 解除하는 것은 境界線不可侵을 規定하는 條約規定에 어긋나지 않는다고 하였습니다. '모스크바條約'과 關聯하여 그 外에도 自明性으로 부터 由來되는 것은, 이 條約規定들은 말하자면 雙務的이며, 따라서 萬約에 '모스크바'가 어느 隣接國家와 合意下에 國境變更를 決定하려고 할 때, 우리에게 항의할 수 있는 權利를 認定하지 않으려는 것 이었습니다.

짧게 말하건데, 實際의 이거나 또는 人間的인 聯關關係에서 어떤 損

험가 오는 것은 아니며, 더 詳細히 말씀드리겠지만, 統一可能性이  
훼손된 것이 아닙니다. 이 첫번째 반대급부, 卽 國家性的 尊重으로  
因해서 變更된 것은 아무 것도 없습니다.

둘째로 獨逸民主共和國에 對한 國際的인 承認의 封鎖解除에 關해서  
말씀드리자면, 이것은 實際로 우리의 重要한 反對 급부입니다.  
그러나 이 封鎖解除 또한 獨逸聯邦共和國에게 對해서 損害를 意味  
하지는 않습니다. 왜냐하면, 우선 承認을 封鎖하는 것이 우리들에  
게나 獨逸民主共和國에 있는 獨逸人民들에게 封鎖를 하므로서 期待  
하였던 利益을 가져 오지 않았읍니다. 뿐만아니라, 이미 말씀드린  
바와 같이, 우리는 그것을 언제까지나 無制限으로 持續할 수도 없  
었습니다. 그래서, 國際聯合安全保障理事會에 있어서 強國들이 가  
지고 있는 拒否權으로 因해서 獨逸聯邦共和國이 國際聯合에 加入하  
는 길은 獨逸民主共和國과 共同으로 하든가, 아니면 加入하지 않는  
것이 있기 때문에, 封鎖를 解除하므로서, 우리가 國際聯合에 加入할  
길이 열린 것 입니다.

万若에 우리가 基本條約을 이미 言及한 獨逸聯邦共和國憲法상의 다  
섯개의 指導理念으로 測定한다면, 우리는 다음과 같은 것을 確認할  
수 있습니다 :

1. 첫째로 基本條約은 實際的으로 平和保障이라는 憲法上的의 目的



에 도움이 됩니다.

2. 두번째로 基本條約은 人間에게 추상적인 理論의 재물이 되었을 實際적인 利益을 가져오며, 박애주의라는 憲法上的 目的에 도움이 됩니다.

3. 세번째로, 基本條約은 우리에게 獨逸聯邦共和國憲法과 一致되게 獨逸의 存統을 固守하는 것을 許容하고 있습니다.

4. 네번째로, 基本條約은 獨逸聯邦共和國憲法制定者の 理念에 따른, 獨逸聯邦共和國의 利益뿐만 아니라, 全体國民의 利益을 目標로 하는 政治에 대한 하나의 記錄文書인 것 입니다.

5. 다섯번째로, 基本條約은 獨逸問題를 保留해 놓고 있으며, 統一命令에 關해서는 個別的으로 더 말씀드리겠지만, 統一命令을 害치는 것이 絶對로 아닙니다.

바이에른州政府는 이 다섯개의 原理를 제대로 보지 않았고 또 基本條約을 이것과 關聯시켜서 解釋하지 않으므로서, 이미 그것으로 因해서 憲法的인 問題를 誤認하고 있음이 分明합니다. 뿐만 아니라 個別的인 問題에 있어서도 바이에른州政府의 解釋은 獨逸聯邦共和國 憲法과 基本條約을 正當히 取扱하고 있지 않습니다.

申請書의 個別的인 項目에 關해서 말씀드리다면 :

우선 1項에 關해서 :

먼저 첫번째 것이고 또 重要한 申請事項인, 國家의 統一性(單一性)이 存在할 것을 前提로 하여, 바이에른州政府가 두개의 獨逸國家가 存在할 수 없다고 추론하는 根拠가 되는, 申請書 가운데 陳述되어 있는 '獨逸의 國家의 統一性的 保障'에 關한 憲法上的 命令에 關해서 말씀드리겠습니다.

이에 關해서 바이에른州政府는 本來 申請書 가운데 하나의 理論的 根拠를 提示한 바 있는데, 바이에른州政府의 訴訟代理人은 이것을 이제는 分明히 더 以上 견지하지 않으려 하고 있습니다. 卽 바이에른州政府가 提示한 理論的 根拠는, 獨逸聯邦共和國의 領土는 獨逸聯邦共和國憲法의 效力發生地域보다 넓은 것으로서, 이 擴大된 獨逸聯邦共和國는 獨逸帝國과 同一하다는 所謂 '國家核心論'의 다른 表現인 同一說에 關한 것으로서, 바이에른州政府는 申請書 가운데 이 理論에게 憲法上的 위계를 賦與하였습니다. 이 理論에 따르면, 獨逸民主共和國는 獨逸聯邦共和國의 國家領土위에 存在한다는 理念이 成立되게 되며, 따라서 獨逸聯邦共和國의 機關은 獨逸民主共和國의 地域에서 단지 事實上的 事由로 因해서 現在 獨逸聯邦共和國의 統治權을 行使할 수 없다는 것을 뜻하게 됩니다. 그러므로 이것을 根拠로 하여 바이에른州政府는, 獨逸民主共和國에게 國家성을

認定할 수 없으며 또 獨逸民主共和國의 對內外問題에 있어서의 獨立性과 마찬가지로 領土의 不可侵權도 尊重될 수 없다고 추론하였던 것입니다.

이제는 바이에른州政府의 訴訟代理人은 獨逸聯邦共和國憲法은 '同一說'을 根拠로 하여 確立된 것이 아니라는 것을 認定하고 있습니다. 바이에른州政府의 訴訟代理人은 '分轄秩序論'의 土台위에서 있습니다. 그러나 바이에른州政府의 訴訟代理人은 생각하기를, '분할질서론'의 立場에 서는 境遇에도 獨逸內的 兩個의 國家라는 것은 認定될 수 없으며, 獨逸民主共和國은 獨逸帝國의 망위에 存在하고 있으므로, 그와 같은 것도 또한 違憲이라고 합니다. 本人이 바이에른州政府의 訴訟代理人의 言及을 理解한 바로서는, 同訴訟代理人은 始終一貫하여, 바이에른州政府가 忌避하고 있는 '縮小國家論'의 立場을 그가 받아 드리지 않는 限, 獨逸聯邦共和國 또한 完全한 國家로서 通用될 수 없다고 생각하고 있음에 틀림이 없는 것 같습니다.

獨逸聯邦共和國과 獨逸帝國間의 關係에 있어서 理論上 어떠한 立場을 取하느냐도 問題이지마는, 左右間 問題가 되는 것은, 바이에른州政府側이 생각하는 것과 같은 內容을 가진 '國家的 統一性의 保障'에 關한 命命이 憲法上 도대체 存在하느냐 하는 것 입니다. 말하자면 '保障命命'을 '同一說'과 결부시켜서 解釋을 하여야

할 것인지, 또는 이 '保障命令'을 '同一說'과는 区分을 하여야 할지, 우리는 独逸聯邦共和国憲法の 前文에 있는 保障條項이 正確히 무엇을 意味할 수 있을지를 생각해 보지 않으면 아니 됩니다.

独逸聯邦共和国과 權利의 主体인 独逸과의 關係에 關해서 그와 같은 것으로 부터 結論을 얻어 내는 것이 아마 옳은 일일 것 입니다. 独逸聯邦共和国과 權利의 主体인 独逸과의 關聯은 一次的으로 憲法上의 問題가 아니라 國際法上의 問題이며, 独逸聯邦共和国이 独逸帝國의 權利와 義務를 繼承할 수 있느냐의 與否와 또 어떻게 繼承하느냐 하는 것이 問題가 되는 것입니다. 이에 關해서 本人의 意見으로서, 本質적으로 세가지 유형으로 分離해서 考察하지 않으면 아니 되겠습니다. 卽 첫째로는 法的承繼인데, 이것은 独逸帝國의 消滅을 前提로 할 것이나, 独逸聯邦共和国政府나 바이에른州政府 모두가 이와 같은 見解를 따르고 있지 아니 합니다. 그리고 두번째로는 独逸聯邦共和国이나 独逸帝國은 同一하다는 것을 根拠로 하여 權利義務의 繼承을 主張할 수가 있겠고, 세번째로는 代表說을 들을 수가 있겠는데, 이것은 独逸聯邦共和国이 独逸帝國을 '代表' 한다는 것으로서, 말하자면, 代表, 代理, 信託, 独逸聯邦共和国에 依한 独逸帝國의 權利義務의 自進引受, 國家共同社會에 依한 独逸帝國의 權利의 自進認定 등을 뜻합니다.

두번째 可能性과 세번째 可能性에 關해서, 즉 '同一說'과 '代表

說에 關해서 獨逸聯邦共和國憲法은 正確한 決定을 내리지 않았읍니다. 그러나 本人이 보기에는 獨逸帝國을 代表한다는데로 憲法上의 根本理念이 分明히 기울고 있는 것 같습니다.

獨逸聯邦共和國憲法制定當時 아직도 存在하고 있었던 聯合國共同管理委員會에서 制定한 法의 位置로 因해서, 더 以上은 不可能 하였습니다.

獨逸聯邦共和國이 獨逸帝國을 代表할 수 있는 外部的인 限界는 1950년 5월 19日에 '뉴욕'에서 있었던 外相會議에서 다시 한번 明確히 밝혀졌습니다. 그 當時 西方側 外相들은 獨逸이 統一될 때 까지 獨逸聯邦共和國은 國際的인 問題에 있어서 '獨逸을 爲한 獨逸民族의 代表者로서' 發言할 權限을 갖는다는 것을 確認하였습니다. 그리고 같은 날 西方側 外相들은 解釈的인 覺醒을 통해서 '아베나위' 獨逸聯邦共和國首相에게, 이 確認이 獨逸聯邦共和國政府를 全體 獨逸의 政府로서 承認하는 것을 意味하는 것은 아니라는 것을 通報하였습니다. '同一說'에 關한 誤解는 무엇보다도 이 聲明이 獨逸聯邦共和國에서 1971年까지 公開되지 않았었던데서 오는 것 입니다.

50年代 初期에 獨逸聯邦共和國에서 代表와 統一性間의 差異, 即 獨逸을 爲해서 代弁할 수 있는 權利와 獨逸의 政府로서 行動하기

爲해서 獨逸이 存在한다고 主張하는 權利間的 差異가 消滅되었을 때, 西方強大國들은 그들의 見解를 재천명 하였습니다. 1955年 5月에 있었던 '제네바外相會談'에서 北美合衆國外相과 對英帝國外相은 聲明을 통해서, '國際法上 獨逸이라는 主体는 繼續存在한다..... 獨逸聯邦共和國와 所謂 獨逸民主共和國은 各己 單獨으로든 또는 共同으로든 間에 獨逸이라는 國際法上的 主体로서 行動을 하고 義務를 負擔할 權限을 갖는 하나의 全体獨逸의 政府를 이루지 아니한다'고 밝히고 있었습니다.

獨逸聯邦共和國憲法制定者는 이 範圍를 法的으로 넘을래야 넘을 수가 없었습니다. 獨逸聯邦共和國憲法制定者의 主權은 聯合國共同管理委員會에서 制定한 法에 의해서 그 점에 關한 限制限을 받았습니다. 占領當局들은, 비록 聯合國共同管理委員會에서 分離해서 가지고 있었지만서도, 全体獨逸에 對한 4大國 義務를 外形上 固守하였습니다. 獨逸聯邦共和國 樹立을 발기한 1948年 6月 7日付의 '6大國推薦'은 동6대국은 決코 此後에 있을 獨逸問題에 關한 4大國條約을 排斥하지는 않은 것이며, 反對로 緩和할 것이라는 留保條項을 包含하고 있었습니다. 동6대국추천은 獨逸에서 現狀態 아래서 일어나고 있는 問題들을 解決하고자 하는 것이었습니다.

占領當局들은 獨逸聯邦共和國 樹立後에도 獨逸聯邦共和國와 그들이 獨逸帝國의 國際法上的 權利의 主体라고 본, 權利의 主体인 '獨逸'

을 恒常 區別하였읍니다. 예컨대, 獨逸條約 같은 것을 보면, 그 2條와 7條에, 國家로서 再組織될 全體獨逸이며 將次 앞으로 있을 強化條約의 條約當事者의 뜻으로 '獨逸'이라고 言及되어 있습니다.

獨逸聯邦共和國憲法은 따라서 '同一說'에 高착되어 있는 것이 아닙니다. 獨逸聯邦共和國憲法은 概念上으로 볼때, '獨逸聯邦共和國'과 '獨逸'을 西方強大國들이 생각하는 것과 같이 區別하고 있음을 알수 있습니다. '獨逸聯邦共和國'이란 獨逸聯邦共和國憲法을 통해서 構成한 西方國家의 이름이고, '獨逸'이라 함은 그 再組織이 希望되고 또 추구되는 國際法上의 主體인 獨逸帝國의 이름인 것 입니다. 이에 따라서 獨逸聯邦共和國의 領土는 獨逸聯邦共和國憲法의 效力發生地域에 局限되는 것이고, 獨逸의 領土는 그 보다 더 擴大되는 것입니다. 獨逸聯邦共和國 밖의 地域은 '獨逸의 다른 部分'일뿐이지, '獨逸聯邦共和國의 다른 部分'이 아닌 것 입니다.

獨逸聯邦共和國憲法의 個別的인 規定들로 부터도 '同一說'에 관한 根拠를 찾을 수는 없습니다. 이에 關해서는 바이에른州政府의 訴訟代理人도 더 以上 言及을 하지 아니 하고 未決로 두고 있으므로, 本人은 個別的인 項目에 關해서는 말씀드리지를 않기로 하겠습니다. 그러나 어느 說을 따르느냐 하는 것과는 別途로 하고, 바이에른州政府가 獨逸聯邦共和國憲法前文의 保障條項에 對해서 하는 것과 같은 解釋은 憲法上 到底히 容納되어 질 수 없는 일인 것

입니다.

다음에는 獨逸聯邦共和國憲法前文의 法的 性質에 關해서 말씀드리고  
저합니다.

憲法前文은 大概 直接 拘束力이 있는 法的義務를 創造하는 것이  
아니라, 그보다는 憲法上 다른 直接的인 規定을 解釋하는데 利用될,  
낭송적이거나 또는 政治的인 發言의 意義를 가지는 것입니다. 獨  
逸聯邦共和國憲法裁判所도 獨逸聯邦共和國憲法前文이 다만 政治的이며  
프로그램 順序에 따르는 性質을 띠운다는 것을 確認한 바 있으며,  
獨逸聯邦共和國憲法裁判所는, 保障 命令과는 區別되고, 또 바이에른州政  
府에 依해서도 區別이 되는 國土統一命令에 對해서만 하나의 例外  
를 認定하였던 것 입니다. 獨逸聯邦共和國憲法裁判所는 지금까지 이  
例外를 擴大한 일이 없는데, 이와 같은 것은 獨逸聯邦共和國憲法制  
定者의 意圖하고도 一致되는 것 이라고 봅니다.

문구상으로 보아도, 獨逸聯邦共和國憲法前文은 國家機關의 義務를 意  
味하는 뜻으로 "保障 命令"이라고 되어있지는아니 합니다. 獨逸聯邦  
共和國憲法前文은 단지 獨逸聯邦共和國 樹立에 拘碍됨이 없이 國家  
의 統一性을 保障하려는 獨逸聯邦共和國憲法制定者의 意圖를 記錄한  
것으로서, 다만 "國家의 統一性을 保障하려는 意志에 高무되어 獨  
逸民族은………云云" 하고 있을 따름입니다.



制憲議会の 原則分科委員會委員長이 었던, ' 폰·망골트' 博士는 그의 見解를 피력 하기를, ' 獨逸聯邦共和國憲法前文은 全体的인 精神과 歷史的인 關係를 再現하고, 그 點에 關해서 하나의 明確한 法的 意義를 가지는, 하나의 단순한 入門에 불과 합니다. 本來의 法的規定은 獨逸聯邦共和國憲法本文의 各個別的인 條文上에 包含되어 있는 것이다' 라고 하였습니다. 이 獨逸聯邦共和國憲法前文에 關한 주 역서들도 亦是同一한 解釋을 하고 있습니다. 그러나 獨逸聯邦共和國憲法裁判所는 共產黨裁判을 통해서 알려진 바와 같이, 獨逸聯邦共和國憲法前文은 우선 政治的이며, 또 프로그램 순서에 따른 性質을 가지는 것이나, 거기에서 더 나아가서 獨逸聯邦共和國憲法前文 가운데에 있는 統一命令은 請求的 性質을 가지는 法的命令인 것이다 라고 確認을 하였던 바가 있습니다.

地域上 制限된 領域內에서 全体獨逸의 國家權力을 行使하도록 承認하는 것은, 말하자면, 分明히 獨逸聯邦共和國憲法前文의 단순한 政治的 意義에 포괄되는 것 입니다. 그와 같은 承認에게, 獨逸聯邦共和國憲法 解釋上 그 外에도 考慮되지 않으면 아니될, 法的으로 重要한 確認 및 法的의 保管 以上으로 더 強力한 힘을 認定하여서는 아니되는 것 입니다.

그 外에도, 保障命令이 그 어떤 不可能한 것을 要求할 수 있는 것이 아닙니다. 모든 法規들은 不可能한 것을 要求하여서는 아니

됩니다. 獨逸聯邦共和國憲法制定者는 참으로 國家의 統一性을 保障 하라는 의지에 고무되었습니다. 그러나 그 獨逸聯邦共和國憲法制定者는 國家의 統一性이 결여되어 있다는 것을 부인한 것이 아니라, 反대로 國家의 統一性의 결여를 獨逸의 統一을 完遂하라고 要求하는 前提로 한 것 입니다. 바이에른州政府는 國家의 統一性에 依해서 이루어진 憲法上的 命令을, 國家의 統一性에 関한 어느 特定한 理論保障을 爲한 命令으로 解釋을 하고 있습니다. 卽 同一說이든 분할질서론의 한 特定한 다른 表現이든 間에 國際法的인 理論保障을 爲한 憲法上的 命令으로 解釋하고 있습니다.

X. 바이에른 州政府訴訟代理人的 1973年 6月 25日字  
書信

發 信 人

아우구스대학교 公法研究所 所長

Dieter Blumenwitz 教授 (1973.6.25)

受 信 人

獨逸聯邦憲法裁判所

合議 第2部 貴下

75. Karlsruhe

Schloßbezirk 3.

案 件; 1972年 12月21日 獨逸聯邦共和國(西獨)과 獨逸民主  
共和國間에 締結된 兩獨 基本條約에 對한 違憲審査  
文件

答信題目; "獨逸統一을 위한 書信"에 對한 國際法的性格에  
關한 書面對答과 獨逸聯邦政府에 의하여 1973年 6月  
19日 口頭審議會 提出된 "受領證明"에 關한 國際法  
的 性格에 對한 答信(註. "獨逸統一을 위한 書信"  
이라는 것은 西獨聯邦共和國이 東獨과 基本條約 文書를

交換할때 同條約에 대한 앞으로의 解釋에서 發生될지도 모르는 紛爭을 避하기 위하여 西獨側의 解釋見解를 밝힌 것이며 "受領證明"이라 함은 同 書信을 東獨이 受領했다는 證明書를 뜻함).

I. 1973年 6月19日 하이델베르그에 있는 Max-Planck 國際法 및 外國公法研究所 所屬 Karl Doehring 教授와 Georg Ress 博士는 裁判部에 出頭하여 口頭審議에 應하여 그들의 國際法的 見解를 밝힌바 있다.

바이에른州政府는 이들의 主張과 上記 "獨逸統一을 위한 書信" 및 이와 關聯하여 西獨聯邦政府가 1973年 6月19日 提出한 "受領證明" 등에 對한 國際法的 審議를 要請했다.

이어서 同州政府는 獨逸聯邦州政府가 上記 "受領證明"은 1969年 5月23日 締結된 비엔나協定과 같은 法的意義를 갖고 있으며 同證明이 "兩獨間의 基本條約" 解釋에 指針이 된다고 主張하고 있는데 이 역시 國際法的으로 어떠한 가를 審議하여 달라고 提起해 왔다. 此外에도 다음에 對하여 特別한 問疑가 있었다.

1. 비엔나協定 31條 2項(b) "條約關係"라는 明文에 一致되며 同條約關係를 정상화 하기 위한 것으로서 條約當事者에게 上記文書를 受交시킨 것으로 充分한가?

2. 1973年 6月19日 西獨聯邦共和國이 口頭審議때 提出한 "受領證明"이 同協定 第31條 2項(b)에 明示된 "條約解釋指

針文書"로서 必要하며 條約当事者에 의하여 받아들인것 自体로서 條約關係가 증명되어졌다고 할 수 있는가?

"受領證明"은 다음과 같이 쓰여져 있다;

3. 東獨政府國務次官 Michotl Kohl 은 1972年 12月 21日

受領했음. 서명. 읽지않았음( 고무인으로 찍혀있음).

國務委員事務處

4. 日字와 署名은 볼펜으로 쓰여 있음. "受領證明"書의 양

식은 젤라틴판 印刷機로 事前 印刷되어 있었던 것임.

受取人의 이름은 타자로 찍혀 있음.

3. a) 上記書信( 즉 獨逸統一을 위한 書信)의 發信人의 姓名이 上記 "受領證明"에 밝혀져 있지 않으며

b) 外交文書 거래처럼 되어있지 않고

c) 國家間의 關係속에서 重要書信 交換인지가 不分明하게 되어있고,

d) 官厅의 직인도 찍혀있지 않으며, 受領行為를 했다는

確認할만한 官吏의 官職이 밝혀져 있지않고 따라서

國際私法 거래형식의 證明文書로서 되어 있지 않지

않는가 라는 疑問과 더불어 이상과 같은 疑問을 갖

고 있는 "受領證明"이 어떤 法的 뜻을 갖고 있는지?

4. 契約当事者가 獨逸聯邦共和國政府가 넘겨준 文書( 즉

1972年 12月 21日 "獨逸統一을 위한 書信"을 聯邦政府가 東獨

國務委員 事務室에 전달한 것을 뜻함)을 受交한 것이 獨逸聯邦

政府의 見解와 一致된 見解라고 할 수 있는지? 또는 이미 契約 当事者が 聯邦政府의 條約解釋의 見解를 알고 있었다면 그런 書信을 東獨側에 넘겨줄 必要는 없었지 않았는가? 이와같은 疑問이 提起되는 理由는 條約締結當時 東獨側이 西獨의 法的論이 見解를 알고 있었다는 것이 속기록에 記載되어 있기 때문이다.

5. 西獨政府 刊行物 Nr. 155.S. 1853 (聯邦 文公부 Bulletin에 該當) 書信內容과 동문서를 東獨政府에 受交시켰다는 報導가 어떤 法的性格을 갖고 있는지?

특히나 東獨이 동조약을 國際法的으로 重要視 하지 않는다는 것과 西獨政府가 동조약에 대한 議定書 作成을 하지 않겠다는 것과 關聯하여 上記 의문은 어떤 法的性格을 갖고 있는지?

6. 제네바 協定 第31條 2項(b)에 條約의 解釋原則이 明文으로 規定되어 있다.

“獨逸統一을 위한 書信”을 國際法的으로 解釋함에 있어 條約當事者를 除外하고 聯邦政府 單獨으로 解釋하는 것이 同條文에 違背되지 않는지?

7. 東獨이 상기 書信에 對하여 침묵지킨 것이 어떤 法的意義를 갖고 있는지?

이와 關聯하여 다음사항을 어떻게 評價할 수 있는지?

a) 兩獨正常化 基本條約을 署名한 東獨政府全權代理는 “獨逸統一을 위한 書信”이 무엇인지 전혀 아는바 없다고 宣言했다.

b) 모스크바 條約때 條約当事者에게 手交한 書信과는 달리 이 "統一을 위한 書信"은 東獨이 東西獨基本條約을 비준할때 議會에 상정도 하지 않았으며 條約記錄書의 添加物로도 利用치 않았다.

c) 東獨外相 Otto Winzer가 1973.6.13日 人民委員會에서 다음과 같은 發言을 했다.;

... 獨逸聯邦政府代表 Egon Bahr氏가 1973年 2月 26日 東西獨基本條約을 마음대로 解釋하려는 시도를 東獨政府가 阻止시켰다.

兩獨의 基本條約解釋이 法的으로 有効하며 國際法的으로 구속력을 갖는것은 兩 條約当事者가 事前에 合意한 分野에 국한 하는 것이다.

바로 이점이 條約解釋의 基本이 되는 것이다.

d) 1973年 5月 29日 東獨의 黨機關紙 Neues Deutschland 3面은 東獨의 獨逸社會統一黨(共産黨) 中央委員會에서 다음과 같이 發言했다고 報導했다.;

完全自主獨立된 두개의 獨逸國間에 체결되는 國際法的 兩獨正常化條約은 永久分斷條約이며 兩獨間의 잠정적 內國條約이 아니며 同條約에 따라 獨逸統一問題는 영원히 사라진 것이다.

이러함에도 불구하고 계속적으로 獨逸統一問題를 主張한다면 이는 잠꼬대 같은 소리며 時間만을 浪費하는데 不過할 것이다.

e). 이상외것 이외에도 州政府가 聯邦憲法裁判所에다가 裁判에 必要한 증거서류를 더 提出할 必要가 있는지?

즉 1973年 2月 26日의 Bahr 와 Kohl氏간의 會談때 作成된 記錄書 같은 것들을 말하는 것이다.

II. 1973年 6月 24日자로 作成된 Karl Doehring 教授와 Georg Ress 博士의 法的 見解에 의한다면 "獨逸統一을 위한 書信"과 "受領證明"이 비엔나協定 第31條 2項(b)에 따른 國際法的 條約 解釈의 指針이 될 수 없으며 따라서 西獨聯邦政府의 法的 見解와 상치된다고 밝히고 있다.

이어서 필자들은 그와같이 될 수 없는 理由가 양측이 上記文書를 交換하면서 이렇다할 明確한 合意가 없었기 때문이라고 主張하고 있다.

明確한 양측의 합의가 없다는 根拠는 상기서신이 교환되었다던가 또는 동서신의 內容등이 協商會議錄에 속기되어 있지 않기 때문이라고 밝히고 있다. 또한 東獨이 默示的으로 手交한 것에 대하여도 東獨側이 그후 어떤 言及도 하지않고 있으며 兩獨基本條約을 비준할때 이를 完全 무시했다는 데서 앞의와 같은 見解가 옳다고 말 하고 있다 (참조 1973年 6月 13日의 東獨外務相 Otto Winzer 氏의 演說 및 東獨黨 第一書記 Honecker 氏의 演說).

이와같은 事實을 미루어 볼때 바이에른 州政府은 聯邦政府가 繼續 어떤 다른 記錄書를 証拠物로 提出할 必要도 없다고 본다. 호네커와 빈저氏의 演說에 의한다면 上記 書信에 대한 默示的인 手交가 비엔나協定 第31條 2項(b)가 말하는 手交("acceptance")에 該當될 수 없다고 되어 있다.



Ⅲ. 上記書信과 受領証이 제네바協定 第32條가 말 하는 條約文  
書解釋의 “補充的 意味 ( Supplementary means of interpre-  
tation ) 에 該當될 수 있는지의 問題는 不確實하다.

바이에른 州政府가 1973年 6月 13日 구두 심의때 主張한 말  
에 의한다면 “獨逸統一을 위한 書信”은 法的으로 어떤 뜻도 없  
다는 것이며 따라서 동서신이 兩獨基本條約을 解釋하는데 있어서  
어떤 영향도 줄 수 없다는 것이다.

바이에른 州政府 訴訟代理人

Blumenwitz 教授

◇

Karl Doehring 教授 하이델베르크 1973.6.24.

Georg Röss 博士

바이에른 州政府 主張에 대하여 다음과 같이 答辯한다.

題 目 ; 兩獨間에 締結된 東西獨基本條約과 關聯된 “獨逸統一을  
위한 書信”에 對한 國際法的 評價

I. 上記文件에 對한 法的 評價를 내림에 있어서 다음과 같은  
方法을 취해야 한다.

1972年 11月 8日 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 東西獨

基本条約을 締結했다. 同条約이 締結되자 西独文公部는 동부에서 発行하는 官報 Bulletin을 통하여 (Nr 155/S 1841ff) 동조약을 報導했으며 이어서 1853面에다가 다음과 같은 內容을 報導했다;

西独聯邦共和国政府는 東西独基本条約을 署名하기전에 東独共產政府에 "祖國統一"에 對한 內容이 담긴 書信을 수교시켰다. 이어서 西独政府는 東西独基本条約이 西独 基本法(憲法)精神과 일치한다고 밝혔다. (註 西独基本法 前文은 東西独이 統一되어야 한다고 明示되어 있다).

西独政府를 代表한 Bahr氏와 東独政府를 代表한 Kohl氏가 同条約을 各各 署名할 때 (1972年 11月 8日) 發表된 聲明(文公部 官報 Bulletin Nr 1561S. 1860 ff. 1972年 11月 10日字) 속에는 法的으로 이렇다할 內容이 없었다. 1972年 12月 21日 東伯林에서 西独政府를 代表한 Bahr長官이 同条約에 署名할때 다음과 같은 세가지의 書信이 東独政府에 手交 시켰음이 明白히 밝혀지고 있다;

- 즉 1. 離散家族의 相面과 再結合
2. 東西独 通行緩和
3. 基本条約 第9條와 關聯된 西独政府의 見解가 밝혀진 書信과 東西独 通行路 擴張開放

그러나 이때도 역시 東西独 獨逸에 關한 "祖國의 問題"는 일체

言及되어 있지 않다. 이는 西独側의 Buhr長官만이 아니라 東独  
을 代表한 Kohl次官 역시 同一했다(參照. Bulletin Nr 171/S  
2009ff. 1972年 12月22日字)

“独逸統一을 위한 書信”은 1972年 12月22日字 Bulletin  
(Nr.171/S 2012)에 公報되었다. 동서신은 다음과 같은 内  
容을 내포하고 있다(聯邦政府法律官報 1973.Ⅱ.425도 同一內容  
報導).

聯邦首相室 特別課題聯邦長官

본 1972年 12月21日

独逸民主共和国 國務委員室 次官

Michael Kohl 次官 貴下

東伯林

親愛하는 Kohl氏!

独逸聯邦共和国과 独逸民主共和國間에 合意본 東西独基本條約을 오  
늘날 署名하는 것과 關聯하여 独逸聯邦共和国 政府는 同條約의  
精神이나 內容이 西独基本法(憲法)에 明示된 “統一成就” 精神에  
위배되지 않으며, 聯邦共和国의 統一成就 政策에 모순이 없음을  
밝힙니다.

또한 同書信은 구라파 平和政策에 기여하고자 하는 西獨政府政策  
目的과도 일치하고 東西獨의 統一을 위한 手段으로 民族自決主義를  
표방한 憲法精神과도 같은 것임을 밝히는 바 입니다.

賣下의 健闘를 빌면서

Bahr. 올림.

“統一을 위한 書信”이 東獨政府에 手交되었으며 이에 대한  
“수령증명”을 東獨政府로 부터 받았다고 聯邦政府가 主張하면서  
同受領證明書를 聯邦憲法裁判所에 証拠로서 提出했다.

紙上報導에 따르면 (參照 Frankfurter Allgemeine 紙 등등) 聯  
邦수상실 전권대리인은 同基本條約을 署名하기 전에 “統一을 위한  
書信”을 東獨側에 傳達했다고 되어 있다.

聯邦憲法裁判所가 審議에 必要한 証拠物로 接受한 物件은 다음과  
같다 ;

1. 証拠物 ; 吸水우편지
2. 形式 ; DIN A 5
3. 內容 ; 東獨國務委員室 次官 미샤엘 코홀 受領

1972年 12月 21日 佰林

내용을 읽지 않았음

(서명)

고무인 국무위원室

우편물 접수처

4. 受領日字와 署名은 불펜으로 되어 있음. "受領證明"에는 官印이 찍혀 있지않음. 同用紙의 書息은 事前에 印刷된 것으로서 젤라리판 印刷機로 되어 있음.

手交人의 姓名은 타자기로 名記되어 있음.

◇

西独聯邦政府는 東西独基本條約에 대한 聯邦政府見解를 同條約비준을 위한 議會에 다음과 같은 內容을 提出했다.

... 西独聯邦政府는 東西独統一을 達成코자 繼續 努力할 것이라는 것을 東独政府와 東西独基本條約協商에서 繼續 뚜렷하게 밝힌바 있다.

以外에도 東独政府가 同條約을 署名할때 東独政府에 統一에 對한 의지를 明白히한바 있다.

또한 여기에다가 添加하여 西独聯邦政府는 "統一을 위한 書信"을 作成 東独政府에 傳達했다.

1973年 6月6日字의 ...法 第1條에 따르면 独逸聯邦共和國과 独逸民主共和國間에 1972年 12月21日 締結한 東西独基本條約속에는 1972年 12月21日 西独政府가 東独政府에 傳達한 "独逸統一을 위한 書信"도 包含된다고 밝히고 있다...

그러나 이와는 反對로 東独이 同條約을 東独人民委員會에 上程시키면서 이를 밝히지 않고 있다.

東独人民委員會는 1972年 12月 21日 伯林에 署名한 同條約을 確認한다는 法을 1973年 6月 13日 通過시켰다(東独官報 1973 II, 25 參照). 그러나 이를 發表한 東独官報는 條約全文, 이에 대한 속기로 보충속기록(國民의 財産問題 및 国籍問題에 대한 東独側 見解만을 報導했다.

이곳에는 앞에서 말한 세 가지 晝信이 밝혀 있지 않을뿐더러 (1972年 12月 21日 字) 東西伯林에 関한 協商에 대하여도 沈黙시켜지고 있을 따름이다.

또한 独逸民主共和国 人民委員會에서의 討議 때도 同晝信에 對하여 單 한마디의 討議도 없었다.

그러나 東独 外務相 오토빈저(Otto Winzer)는 1973年 6月 13日 人民委員會에서 다음과 같이 말했다.

“独逸聯邦共和国政府는 東西独基本條約이 東西独統一問題를 留保하고 있다고 상투적인 言辭를 最近에 되풀이 했다.

이와같은 西独의 自의적인 條約解釋의 시도는 1973年 2月 26日 西独의 首都 본에서 東独 국무위원장 차관 Kohl이 西独 聯邦長官 바르나를 만났을때 일축했던 것이다.

本人은 이곳에서 独逸民主共和国의 이름으로 再次 다음과 같이 申明하는 바이다.

独逸民主共和国과 独逸聯邦共和国는 各各 獨立된 主權 國際法的 主体이다.

이와같은 國際法的 意義에서 양국이 1972年 12月 21日 國際條

約인 東西独基本條約을 署名한 것이다.

兩國이 獨立된 主權 國家며 國際法의으로 對等하다는 大 前提下에서 兩國의 關係는 정상화 되는 것이다.

이와 關聯하여 本人은 東独의 最高國民代表機關인 人民委員會에서 다음과 같은 事實을 밝힌다.

國際法的인 구속력을 갖고 있으며 法的有効가 있는 것은 兩獨間의 條約協商때 條約當事者間에 明示的으로 合意된 事項이며 이와 關聯된 속기록이다.

바로 이것이 條約解釋의 唯一한 基本이다. 東独政府는 條約內容에 따른 完全한 履行과 徹底한 履行 그리고 同條約과 關聯하여 合意된 보충속기록의 內容履行을 遵守할 것이라는 것을 수차 申明하는 바이다.

또한 東独政府는 西独政府로 부터 同一內容의 遵守가 있기를 기대 疑心치 않는다. (參照. 東独黨 機關紙 Neues Deutschland 1973年 6月13日字 基本條約에 對한 演說文 및 同一內容 外務政策報道 Nr 24 V. 1973年 6月15日字 S 182ff. 東独外務省 公報課 發行).

東西独基本條約은 1973年 6月20日 西独議會에 의하여 本에서 비준되었다.

이는 同條約 第10條에 따른 각서교환에 의하여 이루어진 것이며 同각서 內容이 무엇인가가 밝혀지지 않았다.

覺書交換에 있어서 西独의 Babr 長官이나 東独의 Winzer

外相을 莫論하고 “獨逸統一을 위한 書信”에 대하여 한마디의 言及도 없었다.

“獨逸統一을 위한 書信이 基本條約과 關聯하여 어떤 法的 意義를 갖고 있는가를 究明해야 한다.

이 問題에 對하여 本格的인 論難을 하기에 앞서 同書信에 對한 “受領證明”에 對한 法的性格을 다음과 같이 말할 수 있다.

同 “受領證明”의 內容을 볼것 같으면 이는 순수한 郵便書信을 受領했다는 確認書에 不過하다.

이 證明書가 確認한 것은 東西獨 國務委員室 Michael Kohl 次官이 “受領 했다”는 것 뿐이다.

同書信이 “到達되었다”는것 外에 發信人이 누구며 그 書信의 內容이 무엇인가에 對하여는 밝혀져 있는바가 없다. 이러한 “受領 證明” 가지고는 同 書信이 1972年 12月 21日 몇時에 到達되었는지를 確認할 수가 없다.

UN이나 國際裁判所 또는 內獨關係取扱所(後에 設立된다면...)에 東獨이 상기서신을 問題삼는다면 同書信이 反證의 對象이 될 수 없는 것이다.

다만 어떤 書信이 傳達되었다는 것만은 手交者인 Egon Bohr와 受領者인 東獨의 國務委員室 郵便物接受處의 証言에 依하여 立証될 따름이다.

東獨의 國家機關이 “獨逸統一을 위한 書信”을 정말로 受領했는



지에 대하여 어떤 方式으로 단지 一切 言及이 없기 때문에 과연 同 書信이 事實로 傳達되었는지를 먼저 밝혀야 한다.

東獨이 發行한 郵便物受領確認証에 發信人의 名義가 밝혀져 있지 않음으로 同 證明書가 內國間의 去來 公文書로 無條件 認定될 수는 없다.

그러나 發信人이 누구인가에 대한 問題는 도의시 하고도 證明書가 法的證明力を 發揮할 수 있는 "公文書"가 될 수 없는가 라는 疑問이 提起된다.

受領確認書가 法的 効力を 나타낼 수 있는가에 대한 問題는 그때 그때의 契約 또는 條約內容에 따라 決定되어야 할 問題임으로 國際法的 法律行爲을 위한 特殊한 國際法的 効력을 갖고 있다고 一般的으로 말 할수는 없다.

이와같은 確認이 없는 경우보다는 實際運營에 있어 큰 効력을 나타내고 있으나 그러나 國際法的 影響은 별로 없는 것이다.

(參照 F.Honig 國際法的 法律行爲, 國際法事前 Ⅲ권 1272. S.11 ).

여기에서 疑心할 必要없는 것은 西獨聯邦政府가 "獨逸統一을 위한 書信"을 東獨에 傳達 하므로서 重要的 法的 意思를 表示했다는 것이다.

國家間의 外交關係에서 때때로 覺書로 認定되는 이와같은 書信은 法的効력이 있는 國際法的 公文書로 認定된다.

이런 覺書의 交換으로 因하여 비준서의 交換, 條約에 對한 聲明書 交換 및 속기록 交換때와 같이 決定的인 것이 終結되어지기 때문이다.

(參照 L.Bittner 國際法條約文書에 關한 研究 1924, S.300)  
獨逸聯邦共和國이 國際去來에 있어서 그의 意思表示를 할 수 있다는 點은 疑心할 餘地가 없다.

타면에 있어서 그와같은 서신의 傳達이 一方的이고 相對方이 침묵만 지키고 있는 境遇란 거의 보기 드문 境遇다.

覺書가 傳達되면은 相對便이 그 書信의 內容을 確認했다고 되어 있고 同內容을 檢討하며 次後에 그에 對한 답신을 보내겠노라고 되는 것이 正常的이기 때문이다.

그러나 東獨이 確認한 "受領證明"속에서는 그와같은 것을 찾아 볼 수가 없다.

따라서 同 書類가 國家間의 法的去來에 對한 主要文書로 認定될 수 없다.

모든 國際法의 意思表示와 마찬가지로 聯邦政府의 覺書는 受領必要性을 갖고 있다 (參照 G Dohn, 國際法 III 1961, S.4.)

郵便到達의 表示는 實質的으로 한 書信이 그의 內容과 함께 到達되었다는 것을 말 하는 것이다.

그러기 때문에 이는 法的 證明力을 갖고 있는 것이다.

國際法의 去來에 있어서 比較的 이러한데 對한 一定한 양식이 없으나 그러나 그와같은 文書는 一定한 法的證明力을 갖는다.

이런 文書의 法的瑕疵 問題도 그때 그때의 境遇에 따라 決定될 問題다.

條約에 對한 署名과 書信到達과의 關聯이 法的證明力を 높이는 것은 아니다.

東西獨基本條約과 關聯된 "獨逸統一을 위한 書信"이 어떠한 法的 效力이 있는가라는 問題는 同書信의 內容과 同 書信이 어느 程度 條約에 拘束力을 갖고 있는가에 달려 있다.

다음에 論議하고자 하는점은 이問題에 對한 點에 局限되며, 同書信이 條約解釋에 法的으로 重要的 補充書가 될 수 있는가에 對하여는 論하지 않기로 한다.

同 書信內容은 蘇聯外務省에서 모스크바條約을 署名할때 聯邦政府가 전달한 書信內容과 同一하기 때문에 聯邦政府가 의도하는바가 무엇인가가 뚜렷하다.

1. 1969年 5月 23日 체결된 條約法에 對한 協定은 有効한 國際慣習法에 대한 內容이다.

실사 聯邦共和國과 獨逸民主共和國이 同協定을 비준하고 있지 않다 하더라도 同 條約內容에 따라 解釋한다.

同 協定은 一般的인 解釋規定과 補充的 解釋方法을 同協定 第31條와 32條에 각기 달리 規定하고 있다.

補充的 解釋方法은 同協定에 따르면 一定한 한정된 경우에만 適用되도록 되어 있다.

즉 31條 規定에 따라 그 條約이 내포하고 있는 法的意義을 確認하거나 또는 이중적인 의의나 不確實한 점을 確實視하는 것이다.

그러나 이는 條約文 規定이 賢明치 못 하게 規定되어 있을 때를 前提로 한다. 이에 비하여 條約文書가 明確하며 賢明치 못한 점이 없을 때는 同協定 第31條에 따라 再確認의인 解釋만이 용납될 따름이다.

이런말은 다음과 같은 구체적인 意義를 갖는다.

兩獨間에 締結된 基本條約規定이 明確하면, 상기 協定 第31條를 근거로한 解釋을 再確認 시키기 위하여 同協定 第32條를 근거로 "獨逸統一을 위한 書信"을 解釋해야 한다는 것이다.

따라서 同書信이 補充的 意義를 가질수 없으며 再確認에 不過하다는 結論이 내려질 수 있을 것이다.

이와같이 前提하여 놓고 볼때 同書信의 內容이 同協定 第32條가 말하는 "條約解釋의 補充的意義"를 갖는가 또는 第31條가 뜻하는 條約解釋 一般的 規定"에 該當되는가를 먼저 確認해야 한다.

第31條가 規定한 一般的 條約解釋原則에 따라 條約解釋의 目的이 무엇이며 條約原文은 무엇이며, 條約前文과 附則 等等이 무엇인가가 確定된다. 이와같은 確定은 條約解釋에 커다란 뜻을 지닌다.

(條約解釋方法으로 그 條約全體가 考慮되어야 한다는 것은 判示로서 認定받은 原則이다).

同協定 第31条 1項에 의하면 條約解釋은 信義誠實原則을 따르게 되어 있다.

本評價書作成者들이 問題視하고 있는 "獨逸統一을 위한 書信"이 東西獨基本條約의 前後關係와 關聯된 것이 라면, 獨逸聯邦共和國의 意思表示決定에 중요성을 갖고 있으며 條約解釋에 있어서 절대적으로 參照되어야 한다.

2. 同協定 第31条 2項에 의하면 "前後關係" 成立이라는 것과 이와 關聯하여 "擴大解釋 될 수 있다"는 두가지의 可能性이 있다. 즉

a) 條約締結과 關聯하여 條約當事者間에 合意된 內容과 條約에 關係되는 合意事項에 의하거나

b) 또는 條約締結과 關聯된 條約 當事者間에 作成한 文書等이다.

同條文이 agreement relating to the treaty라고 밝히고 있는 것은 條約內容과 條約과 關聯된 條約締結의 全体精神을 뜻하는 것이다.

條約과 關聯된 條約當事者들의 合意는 書信交換으로 이루어질 수도 있다. 즉 東西獨基本條約 第9條와 關係된 1972年 12月 21日字의 書信交換은 雙方間의 "合意"로 評價될 수 있다.

"獨逸統一을 위한 書信"에 대하여 東獨側은 다만 受領이라는 確認만을 했다. 그러나 東獨은 同書信內容과 關聯된 條文에 對하여 "理解가 갔다"는 어떤 意思表示도 한적이 없다.

이러한 事實을 액면 그대로 解釋할때 東獨이 西獨의 意思表示인 同書信內容을 전혀 同意하지 않았거나 또는 同意할 意思가 없음을 말 하는 것이라고 풀이할 수 있다.

제네바協定 第31條 2項에 該當되는 경우는 앞에서 말한 경우와 다른 意義를 갖일수도 있다.

이런 경우란 覺書交換의 境遇며 이는 明示的으로 同覺書內容을 理解했다는 경우도 될 수 있으며 또는 그때 수교의 意義에 따라 동각서와 關聯시켜 該當條約을 解釋하겠다는 것을 認定하겠다는 의사로 풀이될 수 있다는 境遇다.

그러나 이와같은 方法을 통한 意思의 合意가 兩獨間에 이루어 지지는 않았다. 이런 合意의 要件이 東獨側에 없었다. 모스크바條約에도東西獨基本條約에도 이런 書信이 交換되며 따라서 그에 대한 合意가 雙方間에 있었다는 것이 없다.

Steinberg氏가 말한바와 같이 "獨逸 統一을 위한 書信"이 있으며 이는 모스크바條約을 根拠로 한 것이고 蘇聯과 事前에 合意된 것이라고 말 할수도 없다. 東西獨基本條約締結 當時 이와같은 書信을 通하여 西獨聯邦政府의 意思表示가 있을 것이라는 豫側이 있었는지 또는 없었는지에 對하여는 論할 必要가 없다. 설사 그와 같은 豫側이 可能했다 하더라도 이것이 實質的인 同意가 될 수 있는 것은 아니며 다만 그런 意思表示가 東獨側에 의하여 처음부터 手交도 하지않고 拒否當할것이 라는 것만은 아니라는 同意에 不過하다.

이와같은 合意 역시 "related to the treaty"에 該當된다.  
그러나 이는 書面形式에 極限된 것이지 그의 內容까지를 말 하는  
것은 아니다.

意思表示의 內容은 合意에 따라 이루어지는 것이다.

3. 東獨이 受領한 "統一을 위한 書信"이 同協定 第31條  
2項이 뜻 하는 條約解釋基本指針이라고 評價할 수도 있다.

獨逸聯邦政府는 東西獨基本條約締結과 關聯하여 同書信을 作成했다.  
따라서 同書信이 同協定 第31條 2項 (b)의 前提要件을 充足하  
고 있음을 의심치 않는다.

問題가 되는 것은 두번째의 문구다.

즉... "條約과 關聯되어 作成된 文書가 文書가 될 수있는 것은  
第3者로 부터 認定받아야 한다".

第31條 2項 (b) 역시 條約當事者들의 意思의 合意를 요구하고  
있다.

實質的인 同意를 必要로 하지 않는다는 데서 同條同項 (a.)와의  
차이가 (b)에 있다. 따라서 一方的으로만 文書를 作成하고 상  
대방이 아무말 없이 公文서를 接受만 하는것 가지고 31條 2項 (b)  
가 말하는 條約解釋의 基本指針書. 라고 말할수는 없는 것이다.

同條同項 (b)에 該當되는 條約解釋指針이 되기 위하여는 相對方  
이 그를 是認하는 자세속에서 그의 文書를 接受해야 한다. 是認  
이란 반드시 明示의 일 必要는 없지만 적어도 그러기 위한 단정적  
인 태도는 있어야 한다.

즉 이 文書가 條約과 關聯한 法的 性格을 갖고 있으며 條約解  
釈에 重大性을 띠고 있다는 等等의 단정적인 態度가 있어야 한다  
는 것이다.

一方의 意思表示가 他方の 意思表示와 合致 不될때도 있다.

이런 境遇는 一方의 意思表示가 條約解釈에 어떤 影響도 주지  
못한다.

問題가 되고 있는 "獨逸統一을 위한 書信"이 意思의 不一致  
속에서 전달되었는지는 의심스럽다.

"受領證明書"를 東獨側이 發行했기 때문이다. 그렇다고 하여  
完全한 의사표시의 同意라고 말하기도 곤란하다.

만일 그렇지가 않다고 解釈한다면 一方的으로 意思表示를 하고  
전달하면 "수락"이라는 말로 理解되기 때문이다.

"수락"이라는 말은 모든 國際條約의 意思表示가 말 하듯이 수락  
을 必要로 하는 特別한 意思表示다.

이와 같은 意思表示가 郵便物接受處에 到達했다는 確認만 가지 고는  
충분치 못하다.

郵便物 接受處에서 郵便物을 接受하는 公務員이 國際法이 要求  
하는 "수락"의 意思表示를 할 資格이 없다는 것을 無視해서는  
안된다.

또한 그 公務員이 接受한 書信內容을 豫測 못한다는 것도 당연  
한 귀결이다. 따라서 東獨이 西獨聯邦政府의 書信 "獨逸統一을  
위한 書信"을 接受했다는 것이 西獨側의 意思를 承諾한 것이라고



말 못 하는것은 당연하다.

그러므로 이는 第31條 2項(b)가 말하는 境遇에 該当될 수 없다. 그러나 Steinberger는 西獨政府가 모스크바 條約을 締結할 當時 蘇聯側에 傳達한 書信을 31條 2項(b)에 該当되는 意思表示라고 말했다.

그에 대한 理由로서 "수락"이라는 것은 實質인 承諾만이 아니라, "條約과 關係" 되면은 될수 있기 때문이라고 말 했기 때문이다.

이는 옳은 見解다. 그러나 東獨側에 傳達된 境遇는 郵便物 接受處 라는에서 모스크바 條約의 境遇와 判이하게 다르다.

4. 그러나 이 必要한 意思表示에 대한 結論은 여러가지 다른 事項으로도 내려질 수 있다.

또다른 각도에서 檢討 되어야 할점은 東獨側의 沈黙이 法的으로 重要한 價值가 있는것이 아닌가 이다.

만일 兩當事者들간에 이 書信에 對하여 論議가 있었다면 一方的인 發送이 되었거나 또는 수락이 될수도 있었을 것이다. 만일 이런 境遇가 兩獨間에 있었다면 어떠한 形式으로든지 속기록에 記錄되어 있었을 것이다.

그렇게 되어 있었다면 이는 東獨이 "수락"한 것으로 풀이될 수도 있고 이에 따라 法的으로 論難할 余地조차 없다고 말 할수 있다.

그런데 실제에 있어서 그런 論議가 雙方間에 있었는지에 대하여

알려져 있지 않다. 오히려 同條約을 署名하는 當日 東獨의 Kohl 次官은 이를 否定만 하고 있었을 따름이다.

이러함에도 불구하고 西獨聯邦政府가 그런 論議라 雙方間에 있었다고 一方的으로 繼續 主張한다면 이를 뒷받침할만한 증거를 提出해야 할 것이다.

이와같은 提出이 없더라도 實質적으로 雙方間에 論議가 있었을 수도 있다.

아무리 雙方間에 論議가 있었다. 하더라도 聯邦政府의 法的見解가 옳은것은 아니다.

書信에 대한 모든 內容을 재공포하지는 않았으나 東西獨基本條約을 署名하던 날인 1972年 11月 8日 聯邦共和國 文公部는 自體에서 定期的으로 發行하는 官報 Bulletin에다가 書信을 發表했다. 이 書信을 作成한 聯邦政府는 同書信을 東西獨條約에 署名하는 同日에 東獨政府에 傳達했던 것이다.

따라서 西獨政府는 어떤의도하에서 東西獨基本條約을 풀이 할 것인가에 대하여, 東獨側에 明確히 했으며 東書信이 基本條約의 解釈에 어떤 役割을 할 것인가를 分明히 했다.

Bernhardt 教授가 主張하는 바와 같이 여기에서 다음과 같은 의문이 제기된다.

相對方이 明確한 반대의사를 내 놓지 않고 있는 他方의 一方的 意思表示는 相對方에 의하여 '수락'된 것이라고 解釋할 수 있는가?

이는 신의성실의 原則에 따라 判斷할 問題라는 것이 國際法の 支配說이다.

一方的인 國際法行爲에 對한 他方の 침복은 (일정한 期間이 經過하도록) 法律的損失일뿐 아니라 나아가서 "承諾"으로 간주된다. 또한 長時間을 두고 침복만 지키고 이에 對한 反對意思表示가 없을 때도 역시 同一한 結果가 發生한다.

또한 條約이 締結되기전에 一方이 一方的으로 앞으로 締結될 條約은 어떻게 解釋되는 것이라고 의사를 表示했음에도 他方이 이를 反對하지 않고 있다가 條約이 締結 되었으면 이는 "수락"에 該當된다.

5. 앞에서 말한 原則에 따라서 東獨이 一定한 時間內에 그들의 意思表示(즉 西獨側의 一方的 意思表示에 反對한다는 意思表示)를 해야 한다는 國際法的義務가 있다고 前提해 놓고 볼때 상기 善信을 침복으로서 받아 드린 것이 "수락"이라는 法的效果를 갖고 왔다고 말 할수는 없다.

그러나 만일 東獨이 繼續 침복을 지키고 있다면 이問題에 對한 對答은 아직 내릴수 없는 것이다.

1972年 12月 21日字의 東獨 Kohl 次官의 演說은 이와關聯하여 어떤 意義도 갖다 주지 못한다.

왜냐하면 Kohl의 主張은 西獨의 意思表示를 "拒否"한다는 것이 아니라 "무엇인지 아는바 없다"로 되어 있기 때문이다. 이에 비하여 東獨의 Winzer 外務相의 말은 明確한 反對意思表示

였다. 그는 이어서 條約当事者間에 合意본 것만이 條約解釋의 指  
針이 될 수 있다고 밝혔다.

이와같은 말을 Winzer가 하므로서 東獨은 西獨의 意思表示에  
正面으로 反對하고 나온 것이다.

西獨이 東獨에 傳達한 問題의 書信이 條約과 關係되는 解釋의  
資料가 될수도 있다. 이런말은 東獨이 침묵을 지키므로서 그 書  
信을 文書로 認定한 것이라는 評價도 可能할지 모른다는 것이다.  
그러나 東獨이 상기 書信을 文書로 認定하기를 拒否했다는 것은  
條約解釋의 基本의原則을 明確하게 限定되었다는 事實로서 分明하다.

그 書信이 明確히 밝혀지 않았지 않았는가. 라는 疑問이 發生될  
수 있다.

그렇게 되었다라면 東獨의 外相演說이 國際法的으로 무엇을 뜻  
하는 것이었는지가 聯邦政府에 不確實 했을 것이다.

西獨이 發送한 書信에 對하여 침묵을 지킨 東獨의 態度는 東獨  
에게 損失이 가는 行爲라고 東獨이 損失가도록 解釋한다면 國際法  
去來의 신의성실의 原則에 따라 同書信은 條約解釋의 基本이 되며  
따라서 東獨의 拒否는 不當하다는 結論이 내려질 수 있다.

東獨外務相 Winzer의 演說이 直接的으로 西獨에 가해진것은 아  
니다.

그의 演說은 人民委員會에서 行하여진 것이며 이는 東獨自體  
內部에 對하여 가해진 演說이다.

그러나 그의 演說問 前後를 살펴볼때 東獨內에서만 그치는 것이

아니라 더 나아가서 西獨聯邦政府에도 加하여진 것으로 評價되어진다. 따라서 法的으로 重要効力を 나타낸다.

自国内 國家機關에서 行하여진 發言이라 하더라도 그것이 自国内에서만 効果를 나타내는 것이 아니라 그 發言內容과 關聯된 外國에게 까지 効力を 나타낸다는 事實은 國際法去來에서 왕왕 있는 일이다.

이미 1969年 10月 28日 聯邦政府가 強調한 바와같이 宣言的인 政治的演說이 外國에 對한 政治的 프로그램이라고 認定되고 있는 것이다.

그러나 法的의 效果를 겨냥한 意思表示가 明確하게 나타나고, 이것이 國際社會에 公公然히 알려졌을때야 비로소 國際社會法 去來에서 法의 重要性을 갖는다.

各國의 國際關係에서 종종사용 되는 비망록등과는 달리 自由國民에게 보낸 宣言이 外務政策的인 性格을 갖고 있고 그리고 이것이 간접적으로 國際社會에 알리는 性格을 지니고 있는한 國際法的인 性格을 나타낸다는 F.Berber教授의 主張을 옳은 見解다 (參照 Lehrbuch des Völktrtrchts I.1960. S.288 ).

그러나 이런 宣言은 直接的일 수도 있고 間接的일 수도 있다.

Winzer의 發言이 앞에서 말한바와 같은 國際法的인 性格을 갖고 있는지 또는 그렇지 않은 지는 客觀的으로 判斷할 問題다.

東獨 Winzer 外務相의 發言要旨는 獨逸聯邦政府가 基本條約을 東西獨統一을 단념한 條約이 아니라는 解釈에 정면으로 反對하는

발언이다.

그의 발언중에서 明確히 나타난 重要한 発言은 "東独共產政府의 이름으로 明確히 밝히고자 하는점은 東西独基本條約解狀에 있어 基礎가 되고 基本이 되는 점은 兩独間에 合議本 條約文書와 이와 關聯된 보충속기록이다" 라고 한점이다.

이런 內容의 發言은 즉시 東独黨機關紙 Nevez Deutschland 에 報道되었으며 聯邦政府가 認識토록 했다.

이는 바로 "獨逸統一을 위한 書信"에 對한 反對答信이며 對 西独聯邦政府를 向하여 行한 發言이라는 것을 獨逸聯邦政府는 認識해야 한다.

"對 聯邦政府에 行하여진 發言"이라고 評價하여 놓고 볼때 問題는 明確해진 것이다.

以外에도 무시못할점은 Winzer가 그의 發言中 1973年 2月 26日의 東独 代表 Kohl과 西独代表 Bahr 간에 주고 받은 發言과 關聯하여 그의 意思를 밝혔다는 점이다.

Bahr과 Kohl의 上기일자의 會談에서 東独의 Kohl은 西独政府의 見解를 반박했다. 이와같은 Kohl의 主張은 國際法的으로 볼때 西独政府의 見解를 東独政府가 明示的으로 反對한것이라는 評價가 내려질수 있으며 그렇게 생각할 수도 있다.

그러나 不幸하게도 兩代表의 會談이 明確히 알려져 있지 않다. 問題되는 것은 이 알려지지 않은 상태하에서의 Kohl의 發言이 東独政府가 "統一을 위한 書信" 內容中 어느 部分은 同意하고

어느 部分은 反對하는가에 대한 決定이다.

따라서 西獨聯邦政府는 이에 대한 資料를 提供해야 한다.

만일 西獨政府가 必要한 資料를 提出치 않는다면 또는 提出할 수 없다면 國際法의 신의성실의 原則에 따라 東獨이 繼續 "침묵" 만을 지키고 있다 라는 主張은 存在할 수 없다.

그의 根拠는 Winzer 東獨外相의 發言이 西獨政府의 意思表示에 正面으로 反對하는 意思表示로 評價되어지기 때문이다.

1973年 6月 20日 兩獨이 東西獨 基本條約을 비준했다는 비준각서를 交換하므로써 法的 評價問題가 境遇에 따라서 약간 달라졌다고 主張할 根拠도 없는 것은 아니다.

비준각서의 內容이 어떠한 것인지도 지금까지 알려져 있지 않다.

獨逸聯邦政府가 1973年 6月 20日의 批准覺書에다가 "獨逸統一을 위한 書信" 內容과 同一한 內容을 記錄했는지도 불명확하다.

만일 聯邦政府가 "統一을 위한 書信" 內容을 批准覺書에다 밝히지 않았다면, 그렇다면 이는 問題化되고 있는 "獨逸統一書信"이 제네바協定 第31條 2項(b)에 該當될 수 없다.

東獨政府가 이를 反對했으며, 그 書信內容을 認定치 않았기 때문이다.

聯邦政府가 基本條約批准文書外에 다른 形態의 文書속에 上記 書信의 內容을 담어 傳達했다면 즉 1973年 6月 6日 西獨聯邦議會가 立法한 法條文(BGBl. II 421-429)을 傳達했다면 이를 東獨이

手交하므로서 問題의 "書信"이 제비바協定 第31條 2項(b)에 該當되는 것이라고 評價될 수도 있다.

그러나 이問題에 對하여는 그렇게 간단히 結論을 내릴 수 없다. 이런狀況下에서도 답을 내린다면 東獨이 먼저는 "書信"을 認定치 않았으나 此後에 상기 法條文을 手交하므로서 東獨이 다시 한번 그 法條文에 對한 反對의 意思表示를 해야 할 法的義務가 있다고 結論 내릴 수도 있다.

獨逸聯邦政府가 東獨에게 手交하는 東西獨基本條約 批准文書속에 어떤 內容이 담겨져 있는지에 對하여 東獨政府가 알고 있었다는 것은 事實이다.

東獨政府代表가 批准書 즉 條約締結에 對하여 反對했어야 한다는 다시 말하여 보자면 問題되는 그 部分을 수락하기를 拒否했어야 한다는 主張도 可能하다.

타면에서 볼때 東獨 外相 Winzer가 基本條約의 擴大解釋을 明示的으로 反對한것도 생각해야 한다.

이와같은 發言으로 東獨은 이미 批准書를 交換하기전에 西獨이 一方的으로 "獨逸統一書信"을 發送하고 條約을 擴大하는 것에 反對한다는 意思表示가 明確히 있었다고 主張되어 질수도 있다.

이와같은 어려운 상황하에서 聯邦政府가 批准文書를 아무런 意義 없이 東獨이 수락한것은 "獨逸統一을 위한 書信"을 "수락"한 것으로 생각하고 있다는 評價가 가하여진다.

批准文書를 交換할때도 兩獨의 見解는 過去와 같았고, 또한 양측



이 서로 다른 見解를 갖고 있다는 것도 잘 알고 있었던 처지였으므로 상기 "書信"은 東獨이 "接受"했다는 것 以外에 아무런 變化가 없다는 結論이 따른다.

바로 이런 結論의 明確性은 本評者들이 자신할 수 없다.

時間的 여유도 없고 充分한 資料도 없다는 것이 솔직한 심정이기 때문이다. 重要한 法的 結論을 내리기 위하여는 보다 많은 決定的 資料가 必要하다.

특히나 Bahr 西獨聯邦長官과 Kohl 東獨 次官의 會談內容이 어떠한지 어떠한 方式과 狀況下에서 上記 問題의 書信이 전달되었는가 라는 資料가 本 法的問題를 解決하는데 열쇠가 되어 있는 것이다. 이 外에도 必要한 資料로서는 1973年 2月 26日 Kohl 博士가 Bahr 聯邦長官에게 어떤 內容의 말을 했으며 基本條約 第10條에 따른 批准文書의 內容이 어떠한지가 라는 것이다.

以上 作成者

教授 Karl Doehring 博士

Georg Ress 博士,

2. 1973年 6月 14日字, 東獨 黨機關紙 Neues Deutschland는 다음과 같이 報道 했다.

- 條約은 政策에 有益토록 作用할 것이다. -

獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 基本關係에 관한 條約締結에  
대한 獨逸民主共和國 Otto Kxinzer 外相의 演說

의장님!

親愛하는 議員여러분!

1972年 12月 21日 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦政府間에 署名한  
兩獨間에 基本條約에 관한 法律 草案이 여러분들에게 提出되었습니  
다.

이는 同條約을 確定짓기 위한 마지막 作業입니다.

獨逸民主共和國 國務委員會의 委任을 받아, 同草案 理由를 說明하  
고자 하는 本人의 發言을 許容해 주시기를 바라는 바입니다.

1972年 12月 21日 獨逸民主共和國 수도 백림에서 兩獨이 署名  
한 基本條約은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國에 한하여 歷史의인  
큰 意義를 갖는것이 아니라 보다 나아가서 구라파의 平和外에도  
全世界 平和를 위하는 뜻을 갖고 있는 것입니다.

따라서 同條約의 締結이 世界的으로 환영 받고 있는 것입니다.

平和를 사랑하는 人間은 社會主義와 資本主義가 直接的으로 代置  
되어 있다는 現實下에서 國家間의 關係正常化를 위한 基本的인  
條約的規定은 커다란 意味를 내포하고 있다는 것을 잘 알고 있습니  
다.

兩獨間에 어떤條約規定도 없었던 20여년간의 關係는 구라파의  
政治風土에 많은 負擔感을 안겨 주었습니다.

구라파국가들의 國家社會秩序가 서로 相異하여 平和協力이 상치되어 있고 國際機構의 休메니즘活動이 沮害당하고 있었다는 것은 커다란 숙제였습니다. 오늘날까지 解決치 못한 여러가지 問題는 이제 부터 解決되어 질수 있으며 이는 同條約을 署名하는 兩獨의 努力으로서만이 아니고 구라파 모든 國家들의 努力에 의하여 解決될수 있겠음 되었다는 것입니다.

兩獨間의 關係正常化의 始作은 구라파국가들의 相互協力과 理解, 그리고 政治的 분위기에 많은 影響이 가리라는 것을 疑心치 않는바입니다.

- 持續的인 平和를 위한 真正한 前提條件 -

獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國間에 基本條約의 締結은 구라파 政治風土의 새 時代의 始作일뿐만 아니라 구라파 政治發展의 양성적인 變化에 크게 寄與하는 것입니다. 蘇聯共產黨 中央委員會 第一書記 브레즈네프는 東獨을 親善訪問한 자리에서 구라파는 冷戰에서 緊張緩和로 變化하고 있다고 말했습니다.

이같은 구라파 政治風土變化는 獨逸民主共和國이 持續的인 平和政策과 會談成果에 주도권을 쥐었기 때문에 발생된 結果라는 것을 부정할 수 없습니다. 따라서 이에 대한 커다란 功獻은 당연히 東獨에 돌아와야 한다고 감히 東獨이 主張할 수 있습니다.

國際社會內的 힘의 關係는 平和를 위하여 變化하고 있습니다.

여기에서 決定的인 役割을 하는것은 蘇聯国力의 신장이며, 東獨 역시 永遠히 그리고 불가분적 要素로서 包含되어 있는 社會主義 國家共同體의 国力增強입니다.

우리國民의 희생적 努力은 우리共和國을 強力한 國家로 만들었습니다.

그리하여 東獨이 구라파내에서 社會主義平和政策을 遂行하는데 커다란 功獻을 할수 있겠음 했으며, 世界平和의 原動力으로서 커다란 役割을 하도록 했고 구라파의 安全과 世界의 安全에 기여토록 했습니다.

따라서 우리政府는 모든 우리國民에게 感謝를 들이며 이를 認定하는 바입니다.

우리가 살고 있는 世紀동안만 해도 破壞的인 世界大戰이 두번이나 이구라파를 戰場으로 만들었습니다.

이같은 구라파大陸上에 持續的인 平和와 安全의 保障을 위한 前提條件이 兩獨間의 基本條約 締結로 인하여 탄생된 것입니다.

평화공존정 책은 서구라파政府와 社會로 부터 認定되어 지고 있는 現實입니다.

보다 改善 되어야 한다는 風土는 구라파國民의 意志와 希望에 의하여 이루어지고 있습니다. 그리하여 구라파는 보다 安全化 되어가고 있으며, 第三次 世界大戰은 事前에 豫防되어 지고 있다는 것입니다.

구라파의 길이 冷戰에서 緊張緩和로 變하게된 決定的인 標石은

蘇聯과 獨逸民主共和國에 締結된 條約, 와르샤와條約 및 獨逸聯邦共和國과 폴란드人民共和國間에 締結된 條約의 効力 입니다.

모스크바條約은 獨逸聯邦共和國과 社會主義國家들과 締結된 條約의 母體로 評價됩니다.

이條約의 核心은 國境不可侵과 國家間의 完全主權의 不可侵 및 社會政策變化의 不可侵에 對한 구속력있는 國際法的 認定입니다.

이는 2次大戰의 終結과 구라파에서의 前後 變遷에서 나온 結果와 같은 것입니다.

이미 滅亡은 했으나 그러나 아직까지도 존재하고 있는 나치 보복주의 자들을 점차적으로 索出키 위한 길을 이 條約들이 開放시켜 놓은 것입니다.

잘못된 西獨의 지난 政策이 좌초되었고 世界政策發展의 現實主義가 멸시될 수 없다는 것을 西獨의 브란트-웰政府가 느꼈음이 분명합니다. 西獨이 社會主義歐羅巴와 國交를 정상화시킬 절호의 機會가 바로 오늘 날입니다.

비로서 西獨政府는 西獨國民의 平和와 安全에 對한 소리에 일체 감을 갖다주었습니다. 와르샤와條約과 모스크바條約은 歐羅巴政治 상황변화에 決定的 役割을 하고 있습니다. 이 둘의 條約이 西伯 林에 對한 4大強大國協定을 可能토록 했습니다.

兩獨間의 基本關係에 對한 백담條約은 이들 協定과 一致합니다.

兩獨基本條約은 西方側이 賢明토록 하는데 커다란 畧與를 했습 니다.

兄弟国家共同体에 確固하게 豫속되어 있는 社会主义國家 東独은 고립이라는 대가를 원치 않는한 이 條約을 보이콧하지 않을 것입니다.

明確한 事實을 뚜렷이 밝혀두어야 겠읍니다 즉 東西独基本條約은 明確한 條約體制를 갖추고 있다. 또한 구라파 安全에 기여하는 堅固한 초석이다.

이런 점을 根拠로 党中央委員會 第9次會議에서 党 第1書記 Erich Honecker 동무는 다음과 같은 좋은 이야기를 했습니다 이 條約의 批准과 効力發生으로 말미암아 兩独間의 正常化의 새로운 章이 열렸다.

이 條約이 구라파 政治風土에 보다 強한 기여를 할것에 疑心치 않는다고…….

独逸聯邦共和國과 체코간에 進行되고 있는 協商이 成功的으로 끝날 것이며, 다음날에는 兩國間의 條約이 締結될 것이라는데 充分한 期待를 접니다.

나치政權에 의하여 最初로 희생당한 체코國民들이 犯罪的인 뮌헨 協定の 無効를 独逸聯邦共和國에 要求한 것은 정당요구였으며 우리 東独政府가 재차 支持하는 바입니다.

이모든것이 歐羅巴協力과 持續的인 平和形成에 根本的으로 功獻한 것입니다. 우리의 친구이며 蘇聯共產黨 第一書記 브레즈네프는 다음과 같이 皮력했습니다.

“數百萬의 人命을 희생시켰으며 거대한 破壞를 가져왔던 侵略

戰爭을 되풀이 치렀던 歐羅巴는 영원한 過去에 예속되어야 한다.  
戰爭으로 인한 破壞대신 새로운 大陸이 形成되어야 하며 平和의  
大陸, 相互 信賴하는 大陸, 모든 國家間에 相互 利益이 되도록  
協助하는 大陸이 이루어지기를 우리는 熱望 하는 바이다.

親愛하는 議員여러분!

5 個項目에 達하는 歐羅巴平和를 위한 計劃을 東獨 統一社會黨  
第 8 次 全党大會에서 採択되었는데 이를 獨逸民主共和國이 充實이  
履行하는데 커다란 功獻을 했습니다.

獨逸民主共和國政府는 國際法을 根拠로 하는 西獨과의 關係正常化  
樹立의 委任을 받았습니다.

1972年 4月18日 獨逸사회통일당 당수 호네커氏가 소피아를  
禮訪했을때 이런 任務를 獨逸民主共和國이 實現할 것을 申明했었던  
것입니다.

그리하여 호네커씨는 “獨逸聯邦共和國이 폴란드 人民共和國 및  
蘇聯과의 條約을 비준한후 우리와의 關係正常化를 위한 意見을  
交換해야 하며 이를 위하여는 必要한 國際法의 合意에 到達해야  
한다”고 말했다는 것입니다.

이와같은 호네커氏의 提議는 歐羅巴의 法的 및 政治的 現實에  
合致합니다.

1945年 滅亡한 獨逸諸國의 땅위에 國家社會秩序가 各己 反對되  
며 서로서로 完全獨立된 두개의 主權獨逸國家가 樹立된 것입니다.

따라서 兩國間의 關係는 友好的인 隣接國家로서 正常的인 國際法  
的 關係가 樹立될수 있느냐에 달려 있는것 입니다.

### 東獨國務委員會의 主導權行使

이와같은 根本을 바탕으로 獨逸民主共和國의 國務委員會는 兩獨基  
本條約 탄생에 主導的 行使를 했으며 이에 對한 協商을 이끌고  
나갔던 것입니다.

이때 우리政府는 양성적결과를 成就하려고 많은 努力을 했습니다.  
獨逸聯邦共和國政府가 蘇聯 및 폴란드와 條約을 締結한後 우리의  
關係正常化를 위한 努力을 했기 때문에 東西獨 基本條約이 탄  
생된 것입니다.

東西獨基本條約과 이와 關聯된 속기록 및 補充的속기록 등은 하  
나의 훌륭한 對어푸레이의 산물입니다.

이들은 兩側의 合理的인 理解의 反應입니다. 또한 이들 條約은  
國家社會秩序가 서로 相異한 國家들간의 어렵고 複雜한 問題들을  
平和的共存에 依하여 解決할 수 있다는 것을 立証한 사례라 할  
수 있습니다.

兩獨間의 基本條約은 相互 獨立된 主權 國家간의 關係正常化를  
위한 國際法的인 正常化 條約입니다.

지난 수십년동안 國家社會秩序가 서로 판이 하다고 하여 冷戰의  
對峙만이 있었던 것입니다. 그러나 結果는 오늘날과 같은 關係正



常化를 不可避 하게 갖다주었던 것입니다.

戰後 30 餘年이 지난 오늘에 이르러 비로소 西獨側에 現實主義가 나타난 것입니다. 두개의 동등한 國際法 主体로서의 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國는 國際法的으로 구속력있는 관계정상화조약을 締結했습니다. 이條約의 기둥은 同條約 第 2 條에 規定된 義務입니다.

유엔憲章에 規定된 바와같은 條約의 目的과 原則을 遵守한다는 것이 同條約 第 2 條의 內容입니다. 以外에도 兩獨이 主權的인 同等性を 갖고 있다는 原則 입니다. UN 總會는 1970 年 10 月 24 日 다음과 같이 宣稱했습니다. 이에 따르면 主權的 同等原則을 뜻 한것입니다. 모든 國家는 法的으로 同等하다 즉 모든 國家는 他國家의 國際法主体를 尊重할 義務를 갖고 있다 領土의 不可侵性과 國家의 政治的 獨立性은 不可侵이다.

基本條約締結에 따라 條約当事者인 東獨과 西獨이 履行해야 할 主權同等性에 該當되는 것은 國際法 原則의 宣稱에 따른 것이며 나아가서 모든 國家의 權利와 政治的 社會的 經濟的 및 文化的 體制를 선별하고 發展시키는 것입니다.

유엔 憲章의 目的과 原則에서 兩獨間의 條約이 國際法的인 性格을 갖고 있다는 것은 疑心할 必要없이 明약관화한 것입니다.

獨逸民主共和國는 백립條約 第 2 條에서 合議本 바와같이 西獨과의 關係 正常化 基本原則을 絶對的으로 遵守했으며 앞으로도 遵守 할 것입니다.

## 領土不可侵의 絶對的尊重

基本條約 第3條는 兩國間의 武力衝突 및 危脅에 대한 拋棄를 規定한것 외에도 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國間의 現存하는 國境不可侵의 強化를 要求하고 있으며 앞으로는 兩獨間의 絶對的 領土不可侵을 宣稱하고 있습니다.

따라서 백림條約은 論難여지도 없겠음 明確히 規定하고 있습니다. 이에 따르면 武力行使 禁止의 合意는 無限定으로 效果를 나타내겠음 되어 있는 것입니다.

同條約 第3條와 前文을 다음과 같습니다. ...國境의 不可侵과 國境不可侵의 尊重 및 現國境線 속에서 歐羅巴 모든國家의 主權에 대한 尊重은 平和를 위하여 基本的인 前提條件이다 라고 되어 있는데 이는 모스크바 條約 第3條와 워르샤와條約 第1條와 一致되는 것입니다.

上記 3個條約 當事國들이 오늘날 存在하고 있는 歐羅巴 各國의 國境을 尊重하겠다는 宣稱은 國際法的 承認이며 主權의 安全을 保障하는 것입니다.

協商을 통한 合意에 따라 現國境線의 平和的 變動이 可能하다는 獨逸聯邦國內에서의 指導層의 主張은 政治的 現實主義를 무시한 처사입니다.

오늘날 獨逸聯邦共和國內에서는 우리 東獨과의 合意에 따라 現在의 兩國間의 國境을 없앨수 있다고 믿는사람이 많이 있는듯

합니다.

國際法的으로 정 반대되는 國家秩序와 社會秩序를 갖고 있는 兩國間에 이뿐만이 아니라 서로 다르며 상치되는 군사동맹체에 加入하고 있는 兩國間에는 完全히 不可能한 것입니다.

平和共存原則에 一致되는 關係正常化와는 西獨의 의도가 完全히 벗어나는 것이며 그와같은 試圖는 또한 合意에 到達할 수 없는 것입니다.

獨逸民主共和國은 基本條約 第5條를 보다 重要視합니다.

第5條는 歐羅巴 심장부에 있는 兩獨의 歷史的責任을 明白히한 것입니다.

이는 전구라파의 協力과 安全을 위한 것입니다. 여기에는 이상의 것 외에도 앞으로 다가올 헬싱키 歐羅巴安全會議와도 直接的인 關聯을 맺고 있는 것이며 나아가서는 비엔나에서 開催될 歐羅巴 軍備縮小會談과도 關連되어 있는 것입니다.

獨逸民主共和國은 앞으로도 오늘날과 마찬가지로 軍備縮小을 위한 모든 世界的 努力을 繼續 支援할 것입니다.

实体없는 "內獨" 義務

親愛하는 議員 여러분!

우리 獨逸民主共和國의 立場에서 물론 平和共存이라는 것이 戰爭을 防止하기만을 위한 手段은 아닙니다.

平和共存이라는 것은 그 이상의 것을 內包하고 있습니다.

이 平和共存이란 말은 相互利益을 토대로한 國家間的 平和的 協力を 뜻 하는 것입니다.

이런 原則下에서 獨逸民主共和國은 獨逸聯邦共和國을 대할 것입니다.

이와같은 原則이 백립조약 第7條와 그에 對한 보충속기록에 反映되어 있습니다. 關係正常化는 實質的인 人道主義的 問題를 規定할때만 可能한 것입니다. 經濟分野, 學術과 科學技術, 交通, 法律去來, 通信, 保健, 文化와 體育 公署 및 其他 다른 關心있는 分野 등의 協定을 締結할 수도 있습니다.

자명한 事實은 이모든 協定의 締結이 共同協력이 可能하다는 前提에 놓여 있어야 한다는 것입니다.

이는 유엔憲章과도 一致되는 말입니다. 우리가 오래동안 獨逸聯邦共和國에 期待하고 努力한바와 같이 相互有益을 위한 平和的協력이란 主權同等性의 原則, 領土不可侵의 原則 및 誹謗禁止原則을 철저히 遵守한다는데서만이 可能한 것입니다.

基本條約 第7條에는 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國이 雙方이 이미 第3國과 締結한 國際協定과 같은 性格의 共同協력에 관한 協定을 締結토록 되어있습니다.

東西獨의 關係는 第3國과의 關係와 같은 것이 아니며 어떤 特殊 關係라고 獨逸聯邦共和國 聯邦議會가 말하고 있는데 이는 하나의 錯誤이거나 또는 國家를 잘못 이끌고 가는 것입니다.

이같은 不當한 前提에서 東獨이 西獨의 일부다라는 不當한 主張이 나오고 있는 實情입니다. 이는 바로 “實體없는 內獨義務”을 뜻하는 것입니다.

兩獨間의 關係基本에 관한 백림條約의 規定은 明確하고 뚜렷하게 나타나 있습니다. 즉, 獨逸民主共和國은 獨逸聯邦共和國의 一部가 아니며 또한 反對로 獨逸聯邦共和國 역시 獨逸民主共和國의 一部가 아니라고…….

兩獨間의 關係正常化를 위하여는 西獨이 東獨國民은 西獨國民이 아니라는 明確한 態度를 취하고 오늘날까지 使用하고 있는 不法的인 國籍法을 없애야 한다는 것은 絶對的인 것입니다.

두개 主權國家, 獨立國家가 서로 다른 두개의 國民을 갖고있다는 屢연한 事實을 獨逸聯邦共和國이 앞으로도 繼續 無視할 수는 없는 것입니다.

東獨代表團은 이런 意味에서 協商速記錄을 作成할때 말한 것입니다. 즉 “獨逸民主共和國은 東西獨基本條約이 國籍問題를 넘어준다고 解釋한다” 라고.

앞으로의 協商에 依하여 解決될 이 國籍規定이야말로 兩條約當事國의 利益과 그들 國民들의 利益을 위한 平和的 協力を 眞正으로 促進시킬 것입니다.

唯一合法性의 主張은 現實主義를 破壞



第一書記 브레즈네프가 東獨을 親善訪問했을때 友情的 共同커뮤니큐에를 發表했던 것입니다. 이는 歷史的 意味를 特別히 確認하는 것이 있습니다.

이에 따르면 다음과 같습니다. “獨逸民主共和国의 國際的 承認은 歐羅巴에서 成功的으로 이끌고나가 社會主義政策이 後退되지 않았음을 立証하는 것이며 社會主義 獨逸國家에 對한 外交的 孤立政策이 無意味하다는 것을 立証한 것이다” 라고.

獨逸民主共和國은 모든國家에게 感謝를 드리는바입니다.

여기에는 蘇聯과 社會主義共同體에 속하는 다른 國家들이며 이들은 國際的 同等權을 成就하려는 우리 獨逸民主共和國의 鬪爭을 끝까지 支援한 國家들입니다. 이들 國家들에 感謝를 드린다는 것이지요. 이들 國家들은 獨逸民主共和國의 政策을 支援하므로써 國際 緊張緩和에 지대한 功獻을 한 것입니다. 東西獨이 같이 第3國家들과 國交正常化를 갖는다는 것은 世界平和를 促進시키며 緊張을 緩和하는데 가장 適切한 手段이라도 獨逸民主共和國의 數次에 걸친 主張이 現實的으로 옳다는 立証을 한 것입니다.

東西獨의 關係는 國際法的으로 拘束力을 가진 規定이다.

親愛하는 議員여러분!

獨逸聯邦共和國 홀트라인 베스트 화렌주 首相 쿤씨는 獨逸聯邦共和國 上院에서 다음과 같이 말 했습니다;

東西獨基本條約은 獨逸前後歷史를 終止符시켰습니다. 獨逸戰後歷史의 終止符 라는것은 過去에 우리 聯邦政府가 끈질기게 主張해 온 唯一合法主張 즉 할슈타인原則, 國際法理論의 國家 同一性의 原則 등등입니다.

이것이 바로 獨逸聯邦共和國의 戰後歷史였다는 것은 옳은 表現이 있습니다.

이와같이 쾨 주정부수상이 말 했다고 해서 獨逸聯邦共和國의 政策이 完全無欠하다고 생각해서는 안될 것입니다.

그들은 繼續 分斷國의 理論인 東西獨의 特殊關係를 主張하고 있으니깐요.

이러한 獨逸聯邦政府의 見解에 對하여 獨逸民主共和國은 兩獨間의 關係正常化基本과 平和의 共存은 暫定的이 될 수 없으며, 永久的인 基本이며 永久的으로 남을 것이라는 것을 主張하는 바입니다.

兩獨間의 關係의 持統的인 國際法的 拘束力을 갖고 있는 規定은 歐羅巴安全을 爲하여 永久不滅의 것입니다.

兩獨基本條約 自体가 永久的으로 되어 있습니다. 兩獨이 合意를 國際法的 條約規定이 언젠가는 중지부를 찍는다는 內容의 條文은 條約어느 구석에서도 찾을수 없습니다.

東西獨基本條約은 無期限的이며 어떤 時期에는 解約된다는 條件이 없습니다.

獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國間의 締結한 基本條約을 비준하는 議會 회기말에 獨逸聯邦共和國 外相 쉘氏 역시 모스크바條約,



와르샤와 條約, 서백림에 관한 4 大國協定 및 東西獨基本條約들은 單一의 全體性을 形成했다고 즉 同一하다고 말했습니다.

以外에 쉘 外相은 注目할만한 發言을 했는데, 그것은 "오늘날의 國際政治 조류의 주류인 緊張緩和趨勢속에서 兩獨間의 關係만을 凍結시키고 유엔에서 우리의 자리를 拋棄한다는 것은 바보같은 짓" 이라고 했던 것입니다.

우리 獨逸民主共和國은 이같은 發言에 전적으로 찬동하는바 입니다.

우리 政府는 이같은 主張을 한지가 이미 오래되었습니다.

유엔憲章이 規定한 目的과 原則을 절대 준수한다는 의도를 갖고, 백림條約이 規定한대로 우리 獨逸民主共和國은 유엔會員國이 될 것입니다.

黨 中央委員會 第9次會談때 黨 第1書記 호네커氏가 말 한바와 같이 獨逸聯邦共和國은 20年前부터 NATO의 會員國이 있으며 西歐羅巴同盟體의 加盟國이었습니다.

指導的인 位置에 있는 본의 정치가들은, 이들중에는 물론 西獨聯邦首相과 聯邦外相도 包含되는 것으로서, 最近에 다시금 다음과 같은 인상적인 말을 했습니다. "北大西洋軍事同盟機構와 西歐羅巴共同體에 獨逸聯邦共和國이 繼續 머물러 있을 것이며 繼續 이 機構를 發展시킬 것입니다."

그들이 繼續 NATO에 머무른다는 것은 社會主義國家, 여기에는 東獨도 包含되는 것으로서에 對抗하는 政策을 繼續 밀고 나가겠다는 것을 뜻 하는 것입니다. 우리는 이러한 엄연한 事實을 간단

히 넘겨버릴 수 없는 것입니다.

獨逸民主共和國은 蘇聯이 核心이 되어 있는 社會主義國家共同體의 發展에 지대한 功獻을 세웠습니다.

호네커 동무가 말 한바와 같이 資本과 勞動, 諸國主義와 社會主義로 對峙 되어있는 두개의 獨逸國家가 오늘날 存在하고 있습니다.

歐羅巴安全과 平和의 理解속에서 平和共存의 原則에 따라 兩獨關係가 規定되어 있다고 우리는 主張하는 바입니다.

資本主義와 社會主義는 對峙 되어 있는 狀態이긴 하나 이것이나 저것이어서 한다는 極端的인 것은 아니라는 레닌의 原則은 繼續 實行되고 있는 것입니다.

獨逸聯邦政府는 東西獨基本條約이 獨逸統一問題를 유보해놓고 있는 것으로 解釋하려고 最近에도 재차 시도했습니다.

이와같은 자의적인 條約解釋의 시도는 1973年 2月 26日 西獨의 首都 본에서 바-르 聯邦長官과 만났을때 우리 政府의 國務委員室 次官 쿨博士에 의하여 拒否당했습니다.

獨逸民主共和國의 이름으로 이 자리에서 내가 이問題에 對하여 明確히 다시 한번 強調 하겠습니다. 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國은 두개의 主權 國際法的 主體다. 이런 意圖에서 兩獨은 1972年 12月 21日 東西獨基本條約에 署名된 同條約은 이와같이 國際法的으로 規定되어 있다. 基本的인 歷史的 事實은 前獨逸帝國 國土위에 두개의 獨立된 主權 國家가 建立되었으며 이 두개의 國家는 根本的으로 各己 다른 國家秩序를 갖고 있다. 이런 兩國家

의 關係 發展을 위하여 모든 國家의 主權同等原則이 저체없이 尊重되어 져야한다는 것은 決定的인 前提條件이다.

### 徹底한 履行과 死守

이와 關聯하여 本人은 獨逸民主共和國의 國民의 最高代表機關에서 다음과 같은 事實을 確固히 하는바 입니다 ;

國際法的으로 拘束力이 있으며 法的으로 有效한것은 東西獨基本條約과 그의 補充速記錄이 作成될때 條約當事者들이 合意본 事項이다.

바로 이점이 條約解釋에 唯一한 基本이 된다. 獨逸民主共和國은 누차 強調하노니 우리 政府는 이原則을 徹底히 지키며 履行할 것이다.

그리고 우리 政府는 이 條約과 補充速記錄에서 나오는 義務를 充實히 履行할 것이며 거기에서 認定한 權利를 充實히 行使하고 또한 獨逸聯邦政府도 同一할 것이라는 것을 期待한다.

이렇게 될때에 비로소 平和共存의 原則에 따라 兩獨間의 協力이 可能할 것이며 兩獨國民의 利益에 功獻할 것이다.

親愛하는 의원여러분!

獨逸民主共和國은 國際聯合機構의 意義를 特別히 높이 評價하는 바입니다.

이 機構는 유엔속에서 히틀러 反共주의와 그를 따른 戰犯들에 對한 反共主義鬪爭을 成功的으로 이끌고 나갔으며 同時에 平和的

共同協力, 國家의 獨立, 世界平和의 維持를 위한 2次世界大戰의 희생자들에 대한 保護 等等에 관한 義務도 成功시켰던 것입니다.

社會主義 獨逸國家로서 獨逸民主共和國은 滅亡한 獨逸諸國의 諸國主義的 占領政策의 잔해를 完全 滅亡 시켰던 것입니다.

戰爭의 재앙하에서 신음할지도 모르는 우리의 後世代를 保護하기 위한 우리政府의 努力은 유엔의 노고이며 이를 우리는 해를 넘기고 날을 거듭하면서 強力히 支援 했던것입니다.

基本條約에 관한 協商과 더불어 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國은 UN會員국이 되는데 必要한 措置를 취할 것에 合意 보았던 것입니다.

유엔加入에 必要한 書信交換이 兩獨代表에 依하여 1972年 11月 8日 署名되었읍니다.

獨逸民主共和國은 어제인 1973年 6月 12日 유엔安保理事會에 加入申請을 提出 했읍니다. 역시 獨逸聯邦共和國도 加盟申請을 提出할 것입니다.

우리는 UN安保理事會가 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國의 加入申請을 즉시 審査하고 UN總會에 이 두 中歐羅巴 國家들의 加入을 推薦하기를 希望하는 바 입니다.

UN加盟國 會員의 커다란 政治的意義

蘇聯, 英國, 美國 그리고 仏蘭西政府는 1972年 11月 9日 獨逸民

主共和国과 独逸聯邦共和国이 UNO에 加入하는 것을 全的으로 支援하겠다는데 合意 보았습니다.

유엔總會는 独逸民主共和国과 独逸聯邦국의 加入에 對해 9月会期가 始作되면서 부터 取扱할 것이 豫想됩니다.

유엔機構에 独逸民主共和国을 加入시킨다는 것은 國際法과 政治的 큰 意義를 뜻하는 것이 될 것입니다.

우리는 그날을 큰기대속에서 맞이 할 것입니다. 그날이 되면은 独逸民主共和国은 同等權의 UN會員國으로서 유엔機構의 目的과 原則을 이행하는데 가장 有効한 寄與를 할수 있을 것이며 戰爭의 참화앞에서 모든 人間을 구출하기 위하여 反ฮิต러集團과 鬪爭할 것을 주저치 않을 것입니다.

歐羅巴의 安全問題, 國際政治속에서 가장 核心이 되는 體制가 相異한 國家間的 相互協力問題를 보다 強化시켜야할 時期속에서 兩獨의 UN加入이 이루어져야할 것입니다.

兩獨의 UN加入은 緊張緩和에 對한 世界的인 趨勢와 蘇聯을 위시로한 社會主義國家共同體의 위대한 平和프로그램을 實現시키는데 絶對的인 役割을 할 것입니다. 独逸民主共和國 國務委員會議 이룸으로 本人은 独逸民主共和國 國民代表 最高機構에 영광스럽게 다음과 같이 호장을 하는 바입니다. 独逸民主共和國은 UN加盟國으로서 全世界의 平和維持와 現存하는 紛爭除去, 軍備縮少, 植民政策에 對한 鬪爭支援, 人種差別 政策 및 아파타이트 政策에 對한 鬪爭等等에 積極的으로 參與함을 宣言하는 바입니다.

親愛하는 議員여러분!

東西獨基本條約이 公布後에 그의 完全한 効力을 가져올 것이라는 것은 明確한 事實입니다.

따라서 獨逸民主共和國은 처음부터 이에 대한 批准을 서두르는 것입니다. 具體的인 例를 들어 보자면 條約이 發効해야 비로소 양쪽간의 交通往來와 親族訪問이 개선되는 것입니다.

東獨國境地帶에 居住하는 獨逸聯邦共和國의 國民들에게 一定한 東獨地域에 限定하여 訪問機會가 열릴것입니다.

東西獨基本條約이 効力을 發生하고난 後에 兩獨 代表들이 모여 保健에 關한 協力問題를 協商할 豫定이 있으나 이를 지체없이 즉시 論하자고 獨逸民主共和國이 獨逸聯邦共和國에게 今年 3月에 提議했습니다.

그리고 通信協定을 締結키 위하여 이미 數個月前부터 具體的인 協商이 進行中입니다. 그리고 1月부터는 兩獨國境線의 표시문제 및 境界地域과 關聯된 分界委員會가 兩側에서 나와 協議에 임하고 있습니다.

以外에도 獨逸民主共和國은 兩獨間의 法律協助問題를 6月中旬부터 論議할 準備를 갖추고 있습니다.

오늘날까지 兩獨關係에 負擔을 주었던 모든問題에 대하여 新실주의가 자리를 차지했다는 것은 자명한 것입니다.

解決될 수 있는 이 어려운 問題를 어느누구도 과소평가해서는 안될 것입니다.

兩獨間의 國際法的 正常關係가 兩獨 國民의 利益에 功獻한다는 것이 이미 立証되었읍니다.

獨逸民主共和國이 東西獨基本條約을 條文이 明示한 名詞과 條約精神에 立脚하여 充實히 履行할 것이라는 것을 나는 여러분들 앞에서 明白히 宣言하는 바 입니다. 獨逸民主共和國은 善意와 合理性을 가지고 條約을 履行할 것이며 또한 獨逸聯邦共和國도 그와같은 応答를 우리에게 보내올 것이라는 것이 期待 되는바 입니다.

社會主義體制와 合致될 수 없다는 것을 認定 하면서도 좋은 隣接國과의 同等權의 關係를 樹立시키기 위한 前提條件이 있다는 것을 強調 하는바 입니다.

平和共存의 政策은 오늘날까지 적대관계에 있던것에 중지부를 찍고 兩國間의 平和의으로 規定된 相互關係를 樹立하기 위한 門호를 開放한 것입니다.

바로 이런 平和共存을 할 準備가 獨逸民主共和國에 되어 있는 것입니다.

獨逸民主共和國은 正常關係와 좋은 隣接國家가 될려고 努力할 것입니다.

이는 백립조약의 精神이기도 합니다.

獨逸民主共和國은 獨逸聯邦共和國政府가 同一하게 할 것이라는 期待를 갖고 있습니다. 이와같은 것은 國際社會發展의 課題와 完全一致되는 것이며 持續的인 平和 및 좋은 隣接國家끼리의 相互協力의 새 時代를 위한 歐羅巴大陸에 存在하는 것입니다.

우리政府는 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國이 安全과 協力에 관한 全歐羅巴會議에 絶對的인 寄與를 할 것이라는 것을 期待하는 바 입니다.

이런것은 平和의 大陸, 相互信賴의 大陸, 및 相互有益한 共同協力の 大陸이 歐羅巴가 될수 있기 때문입니다.

國務委員會의 委任에 따라 本人은 尊敬하는 議員여러분들에게 東西獨基本條約을 批准하여 달라고 간청하는 바 입니다. ( 끝 ).

社會統一黨 第8次全黨大會決議에 對한 實踐의 持續的인 前進

( 1973年 5月29日日字 黨 機關紙 Neues Deutschland 報道 )

黨中央委員會 第9次 會議에 對한 政治局의 報告

親愛하는 여성동무, 남성동무!

第8次 中央黨大會에서 세웠던 우리의 課題는 第9次 全黨大會가 이루어지는 때와 같이 하여 우리의 주도하에 이루어 졌습니다.

며칠이 지나면 우리의 主導的役割은 3年째로 들어 섭니다.

1973年 11月1일부터 1974年 2月17日까지의 黨選舉는 지금 까지 成就시킨것을 다시금 点檢하고 第8次 全黨大會에서 決議한



내용의 實踐을 위한 적절한 對策을 確固이할 機會가 우리에 주어  
진 것입니다.

이렇게 됨으로서 國內外的인 中央委員會의 政治活動을 論議할 때가  
되었습니다.

모든 이 問題는 根本的인 檢討가 必要로 하고 있습니다.

이 問題는 武力으로 解決할 수 없는 것입니다.

蘇聯共產黨의 平和프로그램은

共同行動의 프로그램이다.

重要한 國民經濟課題를 解決키 위한 決定的인 時期인 오늘이 벌써  
第8次全黨大會가 樹立한 課題 施行의 第3次年度가 되었습니다.  
第3次年度가 된 오늘날 우리는 獨逸民主共和國內의 發展的인 社會  
主義社會形成을 위한 內外的인 條件을 현저히 改善시켰다는 것을  
確認할 수 있습니다.

外務政策的으로 두드러지게 나타난 것은 第8次全黨大會가 2年이  
經過한 오늘날 獨逸民主共和國이 82個 國家와 外交關係를 맺고 있  
다는 것입니다.

이 中에는 폴란드, 영국, 이태리, 일본 모든 스칸디나비아 國家들  
및 거의 모든 西歐羅巴國家들이 包含되어 있습니다.

역시 마찬가지로 많은 아프리카 國家 南美諸國 및 濠洲, 그러니  
까 이지구상의 모든國家들과 外交正常化를 시켰다는 것입니다.

美國과의 國交正常化도 時間問題 입니다. 獨逸聯邦共和國과 獨逸

民主共和國과의 常設代表部交換도 문전에 임박해 있습니다.

獨逸民主共和國은 유엔에 代表部를 設置했습니다.

獨逸民主共和國은 UN의 여러 뜻있는 特別機構의 同等權의 會員國입니다.

유엔加入 역시 獨逸聯邦共和國과 함께 時間 問題로 되어 있습니다.

우리를 가로지른 장막은 完全히 사라졌습니다.

勞働者 農民의 社會主義國家로서 獨逸民主共和國의 國際的 地位는 強化되었으며 어느 누구도 무시 못 하게 되었습니다.

國際生活에 있어서의 東獨의 同等權의 參與는 保障되었습니다.

이와같은 發展은 獨逸民主共和國의 모든 國民을 자부케 만들었습니다.

또한 이는 社會主義國家로서의 獨逸民主共和國의 모든면의 強化와 社會主義共同體에 當然한 예측서인 東獨國民의 利益을 위한 絕對的인 담보며 平和保障을 위한 利益이라는 第8次 全黨大會의 決議를 再 確認한 것입니다.

親愛하는 여성동무, 남성동무 여러분!

歷史의 發展을 繼續 指針하는 平和와 社會主義의 前進은 社會主義 生活의 利益, 社會主義의 幸福한 現在, 미래, 그리고 앞으로의 展望을 위한 國民의 鬪爭을 開放시키고 있다.

우리全體 社會主義 國家同盟體의 確固한 團結 蘇聯의 強力한

国力 및 強力한 指導力이 數十年 동안 解決되지 못 했던 國際問題를 解決하는 決定的인 原因이 된다는 것은 날이 갈수록 보다 뚜렷해지고 있다.

### 蘇聯과의 友好關係

第24次 蘇聯全黨大會에서 決議한것을 實現시키고 있는 蘇聯共産黨 中央委員會의 主導的이며 原則이 確固한 政策으로 말이며 우리가 決定的인 結果를 가져 올수 있었다는 것을 감사해야 한다. 蘇聯共産黨의 平和促進計劃은 社會主義 共同體의 行動計劃과 共産主義 世界運動을 保障했고 모든 問題에 대한 現實的인 解決을 갖다 주는 基本이다.

이와같은 事實은 우리 獨逸民主共和國이 第8次 黨大會때 確定지은 外交政策을 實踐에 옮기는데 주도적인 役割을 하고 있다.

歐羅巴가 平和大陸이 되어야 한다는 위대한 目的을 達成하기 위하여 우리 社會主義 兄弟同盟國家의 모든 黨의 努力과 발을 맞추어 獨逸民主共和國도 그런 노선에 가담하는 바이다.

蘇聯共産黨 第一書記 브레쉬네브의 親善訪問은 지금 現存하고 있으며 그리고 앞으로 繼統發展 되어갈 형제적관계에 대한 위대한 表現이다.

社會主義의 미래와 현재에 대한 保障이며 基本인 蘇聯과의 友好關係가 우리의 고통하는 짐강이라는 것이 우리 國民들에게 그 어느때 보다도 強力하게 느껴지고 있는 것이다.

蘇聯과의 友好關係가 보다 緊密해지며 두터워진다는 것은 世代에서 世代로 이어나갈 하나의 課題다.

브레즈네프동무와 같이 우리가 한 會談은 兩側의 広範圍한 利害關係였으며 좋은 분위기에서 行하여졌다.

社會主義共同體의 모든 國家들의 형제적 盟邦關係를 모든面에서 繼續 發展시키며 團結을 보다 強化하는 것이 첫번째이며 가장 重要한 課題라는 것을 그 會談에서 再確認했다.

前進發展의 決定的인 方法으로서 社會主義經濟의 全體企劃을 實現시키며 우리 兄弟兩國의 國民經濟를 向上시키고 社會主義 勞動分割의 우선과 協同을 最大로 利用한다는 것에 우리는 完全合意 보았다. 이렇게 됨으로서 우리는 全體社會主義 共同體의 國民들의 權益에 기여 하는 것이며 國際的發展의 저울대속에서 우리를 社會主義의 一비층을 높이는 것이다. 우리들의 단호한 결의와 단결의 과시, 모든分野의 政策을 共同으로 成功시킨 結果, 이모든것이 社會主義의 작성된 영향력의 決定的 原動力이 된다는데 疑心치 않으며 平和와 社會主義를 위한 힘의 變更에 決定的 原因이 된다는데도 疑心치 않는다.

우리黨과 獨逸民主共和國이 蘇聯共產黨 中央委員會와 브레즈네프동무 個人에게 24次 全黨大會가 決議한 平和프로그램의 實現을 위한 鬪爭에 確固한 政策과 賢明한 政策을 갖다준것을 높이 評價한다고 말했다.

蘇聯共產黨 中央委員會의 4月總會의 決議에 나타난 評價와

結論은 우리의 成果를 절대 支持한 것이다.

歐羅巴가 冷戰에서 緊張緩和로 가겠음한 變化는 實存하는 社會主義가 人民의 社會主義的 解放의 過程일뿐 아니라 戰爭의 참화앞에서의 解放을 促進시키는 證據다. 이와같은 成功的인 結果를 通하여 歐羅巴平和가 눈에 띄일정도로 나타났으며 브레즈네프 동무가 말 한바와 같이 앞으로의 世代가 平和의 發展의 열매를 거둘수 있도록 하기 위하여 確固하고 安全해야 한다는 것이다.

우리의 단호한 政策에 의하여 國際政治속에서 陽性的인 變化는 後退시킬수 없는 것이며 第 24次 全黨大會에서 決議한 平和프로그램 實踐에 박차를 가하여야 한다는 것은 未來에 對한 커다란 寄與가 될 것이다.

이와 關聯하여 平和, 安全, 緊張緩和에 對한 外交政策이 完璧해야 한다는 것이다. 共產主義와 社會主義의 建設을 위하여 좋은 條件을 만들어야 한다는 것은 重大한 前提 條件이다.

얼마나 많은 해를 거듭하면서 社會主義가 侵略主義에 對抗했으며 數없는 手段을 강구했는지……, 戰爭의 結果를 克服키 위하여 얼마나 많은 代價를 支払 했던가!

오늘에 이르러는 모든것이 克服되어 좋은 時期가 되었다.

30餘年동안 이歐羅巴에 平和가 支配 했다는 것은 새로운 참화앞에서 우리大陸의 모든 人民을 救出 保護 했으며 社會主義의 위력을 膨脹시켰다. 社會主義的인 平和政策은 革命政策이다. 이 社會主義 政策은 發展的인 社會主義 社會를 形成시키며 勞動者들의

鬭争속에서 資本主義國家에 社會主義의 寺光을 찬란히 비춰주는 것이며 新生國家의 發展을 強化하고 帝國主義의 活動範圍를 좁히는 可能性을 말 하는 것이다.

지난 時期의 結果를 돌이켜 본다면 어떤 政策과 經濟와 道德의 힘을 社會主義가 갖고 있는가를 생각하기가 어렵지 않다. 더구나 우리 社會主義國家 共同體가 앞으로의 3次年度, 4次年度에 平和 5個年計劃을 얼마라도 成功的으로 이끌수 있다는것도 자명한 사실이다.

蘇聯 共產黨의 平和實踐計劃과 모든 兄弟國家들의 平和外交政策의 土臺가 되는 平和共存에 對한 레닌의 政策이 모든 人類를 위한 歷史的意義가 된다는 것을 表示하는 것이다.

- 우리는 團結했다 -

親愛하는 女性동무, 남성동무 여러분!

第8次全黨大會를 開催한지 2년이 지났습니다. 그동안 우리의 努力은 陽性的인 發展을 거듭했다고 評價 됩니다.

다급한 問題를 프롤레타리아의 國際主義에 依하여 解決했습니다.

우리는 團結했으며 團結을 과시했습니다. 英雄的인 鬭争을한 越盟民族은 勝利 했습니다. 美國의 侵略은 10餘年の 殺人的 戰爭에 終지부를 찍었습니다. 파리에서는 베트남民族의 戰爭終結과

平和再建을 위한 協定이 署名 되었습니다.

이 協定의 實現이 여러가지로 沮害된다 하더라도 커다란 意義가 있는것 만은 事實입니다.

우리는 蘇聯과 其他 다른 社會主義 國家들과 더불어 모든 鬭爭 속에 있는 베트남 兄弟들을 支援했습니다.

베트남 民主共和國內에 社會主義가 建設되고 印度支那 國民들의 正當한 國家的 希望이 이루어 지도록 正當한 行爲를 한것이 우리 들입니다.

獨逸 社會統一黨 中央委員會 政治局과 獨逸民主共和國 國務委員會는 黨 中央委員會에 베트남 동무들의 希望에 일치되며 完全破壞된 都市의 再建에 우리民族은 그들을 支援한다는 團結의 表現으로 그들을 돕는다는 것을 提議하는 바입니다.

歐羅巴 大陸위에 歐羅巴의 永久的 平和와 安全 및 共同協力을 위하여 蘇聯, 폴란드 및 獨逸民主共和國이 獨逸聯邦共和國과 함께 일연의 條約을 締結한 것은 平和, 安保를 위한 前提條件이 었읍니다.

이런 條約들은 國境不可侵의 原則을 承認한 것이며 歐羅巴 모든 國家들의 州不可侵도 承認한 것입니다.

또한 이는 獨逸民主共和國이 國際法的으로 獨立된 主權國家라는 것을 承認한 것입니다.

獨逸民主共和國에 對한 이런 폭넓은 國際的承認은 歐羅巴大陸에 展開되고 있는 社會主義運動을 拋棄해서는 안되며 獨逸社會主義國家를

國際社會로 부터 고립시킬려는 政策이 東獨의 前進을 妨害할 수 없었다는 것을 立証한 것입니다.

여러분들이 잘 알다시피 獨逸民主共和國과 獨逸聯邦共和國은 兩獨基本條約 締結을 위한 協商을 進行中입니다.

무한獨裁의 無効와 違法性이 시인되는 合意가 兩獨間에 이루어지리 라는 것이 期待됩니다.

따라서 條約內容에는 重要한點이 反映될 것입니다.

정상적이며 조용한 發展이 西伯林地域에 이루어 지기 위하여 西伯林市와 獨逸民主共和國間에 協定이 締結 되었고 또한 同一한 內容의 協定이 2年前에 4大國間에 締結되었습니다. 西伯林에 관한 이 複雜한 協定과 合意는 參與當事者들의 賢明한 利害關係의 明형을 이루었습니다.

西伯林은 ( 資本主義의 섬, 獨逸民主共和國의 特別地域 ) 어떤 國家의 一部도 아닙니다. 이와같은 前提下에서 合意 對象의 問題가 規定지어 졌습니다.

이런 合意에 對한 徹底한 理解만이 西伯林에 관한 問題에 理解를 갖고있는 側의 賢明性 입니다.

西伯林과 關聯하여 提起되는 實質的 모든 問題解決을 위한 基本이 바로 이점인 것입니다.

獨逸民主共和國에 該當되는 것은 우리가 正確히 完全히 履行할 것이라는 것은 잘 알려져 있는 事實입니다.

다른 側에서 우리와 같이 그들의 할바를 充實히 履行할 것이라



는 것을 우리는 期待하는 바 입니다.

過去어느때 보다도 独逸民主共和国의 國際的位置는 確固하다.

親愛하는 女性동무 男性동무여러분!

第8次 党大会가 지난지 2년이 되는 오늘날 다음과 같은 것을 確認할 수 있습니다. 独逸民主共和国의 國際的 地位는 過去 어느 때보다도 確固하다는 것입니다. 이는 우리 社会主义國家의 勞動者 農民의 자랑이며 모든 社会分野上의 主導的役割의 자랑입니다.

또한 이는 独逸聯邦共和國과의 關係에서 繼統的인 政治的發展이 있었음을 말하는 것입니다.

이것은 兩側이 다 얻은것 뿐이지 損失은 없었다는 것을 뜻 하는 것입니다.

이미 알려져 있는바와 같이 수주전에 独逸聯邦議會는 東西独基本 條約을 비준 했습니다. 이 條約의 비준과 施行 公布로서 兩独逸 國家間的 關係에 새로운 章이 펼쳐졌습니다.

이는 歐羅巴 政治불위기를 造成하는데 좋은 效果를 나타낼 것입니다. 내가 또 다시한번 되돌이 하는데 基本條約은 體制가 다른 두개 獨立된 主權國家間에 締結된 國際法的 條約이라는 것입니다. 이러한 性格의 條約은 平和共存 原則과 一致하며, 이와같은 條約 內容을 우리는 條約의 表現文句와 精神에 따라 遵守 할 것입니다.

우리外에 相對가 있다는 것은 자명한 事實입니다. 相對方도 우리와 같이 同條約을 遵守할 것이라는 期待가 갑니다.

만일 獨逸聯邦共和國의 內에 살고있는 많은 사람들이 一般國際法原則을 無視하고 東西獨基本條約이 "特殊性格"의 것이라고 主張한다면 이는 남은 世代들의 主張과 같은 것임을 指摘해야 겠습니다.

兩獨基本條約은 明白하며 뚜렷하게 規定되어 있습니다. 卽 獨逸民主共和國은 獨逸聯邦共和國의 一部가 아니며 또한 獨逸聯邦共和國도 獨逸民主共和國의 一部가 아니라는 것입니다.

두개의 主權國家間的 關係를 國際法的으로 明白히 規定한 同條約은 分斷狀態를 認定하는 暫定的 規定이 아닙니다.

이와같은 合理的인 解釈은 獨逸問題가 유보되었다는 結論이 나올 수 없음을 말 하는 것입니다.

이와 正反對 되는 主張을 아직까지도 繼續 主張하는者가 있다면 그는 時間만을 浪費할 따름입니다.

#### 새로히 確認된 平和共存 原則

基本條約이 批准되기전에 이미 우리는 重要的 前進을 거듭했습니다.

누구나 確認할수 있는바와 같이 이 前進은 歐羅巴平和 安全에 有益하고 人間的 福祉에 寄與하고 있습니다.

兩獨間的 關係正常化가 兩國의 平和와 國民에게 有益하다는 것이 앞으로 보다 뚜렷 하여질 것입니다.

본의 一部層에서는 東西獨基本條約을 자기들에게 有益하도록 解釋 할 것이라는 것을 우리가 조심해야 하겠습니다.

西歐羅巴의 報道機關 특히나 聯邦共和國의 放送과 新聞, 雜誌가 그렇게 떠들석 할 것이라는 것은 秘密이 될수 없습니다. 이뿐만 이 아니라 經濟的 利益도 作用할 것입니다 즉 獨逸民主共和國의 主權活動範圍를 좁히려는 시도가 經濟政策으로 나타날 것이라는 것을, 누구나 잘 알고 있는 것입니다.

이런 모든것에 대하여 다음과 같이 말 할수 있습니다 獨逸聯邦政府가 25年間 펼쳐온 冷戰政策이 중국에 가서는 좌초당하고 말았습니다.

지금은 平和共存 政策이 履行되고 있는 것입니다. 歷史的 큰뜻 이 있는 政治的으로 重要한 成果를 우리가 이루었습니다. 歐羅巴 우리大陸의 平和的 未來를 保障하는 實質的인 對策을 講究하고 있으며 이에 대한 合意를 볼 모든參與國家의 安全과 共同協力에 對한 會議를 進行키 위한 作業이 안장입니다.

이는 바로 國境不可侵의 原則과 關聯되어 있고 선량한 隣接國家間的 關係를 개선하고 平和的共同協力を 目的으로 하는 對策입니다.

우리는 헬싱키 會談에서 이렇다할 結果가 나오기를 바라며 와르샤 條約國家들의 件에서 모든手段을 總動員하여 이全體 歐羅巴會談을 成功的으로 이끌고 나가기를 바라는 바입니다.

中心歐羅巴의 가장 重要한 課題인 軍備縮小會談이 核心을 이룰것입니다.

여성동무, 남성동무 여러분!

브레즈네프동무의 獨逸聯邦共和國 訪問은 美國訪問豫定과 함께 緊張緩和 過程과 國際的發展에 지대한 寄与를 할 것입니다.

獨逸聯邦共和國 首都에서 브레즈네프의 4日間에 걸친 會談結果에 對한 西獨과의 共同聲明은 다음과 같은 것을 뚜렷이 했습니다.

蘇聯共産黨 第24次 全党大會는 蘇聯의 平和計劃을 實踐키위한 보다큰 前進를 가 했습니다.

브레즈네프 동무는 獨逸聯邦共和國 텔레비죤을 通하여 聯邦共和國 國民들에게 兩國間的 關係를 위하여 蘇聯이 努力할 것이라고 말 했습니다.

蘇聯의 數百萬의 國民들은 히틀러가 蘇聯을 侵攻하고 무서운破壞와 人命被害를 갖다준 지난戰爭을 생생하게 記憶하고 있습니다.

우리는 브레즈네프 동무가 이와關聯하여 우리와 蘇聯間的 兄弟的 同盟關係를 堅固히 하고 있다는 것을 明確히 한점에 높이 평가 하는 바 입니다.

그는 強調 하기를 우리의 盟邦 獨逸社會主義國家와 蘇聯은 보다 堅固한 友好關係를 오래전부터 맺고 있다고 했습니다.

어느누구도 이런事實을 疑心할 수 없으며 이런 國家間的 關係가 世界平和에 至대한 影響을 주고 있습니다.

이런原則은 體制가 다른 國家間的 關係에도 適用되는 것입니다.

레-닌이 말한 國家間的 平和共存原則을 施行하는 것을 蘇聯共産黨 中央委員會는 지난 4月 會議때 世界 政治속에서 좋은 政治趨

勢에 대한 擴張과 堅固를 위한 重要한 前提條件이라고 말 했던 것입니다.

따라서 우리는 브레즈네프 동무가 獨逸聯邦共和國를 訪問하여 이 平和共存 原則을 再 確認시킨 結果가 되므로 환영하는 것이다.

그의 訪問은 社會主義와 資本主義 國家間的 좋은 隣接國과 關係를 樹立시키는 結果가 되고 있다.

우리가 높이 評價하는 共同聲明속에 蘇聯과 獨逸聯邦共和國間的 쌍방의 利害關係改善을 하겠다고 말 한점만이 아니라, 繼續하여 歐羅巴의 緊張緩和를 구축하고 平和의 未來에 對한 大陸, 相互信賴 및 雙方間的 利益에 對한 共同協助의 길을 摸索한다는 점을 환영하는 바입니다.

이러한 摸索은 兩側이 相互對立되어 있는 觀念을 無視하지 않고 明確한 限界를 세웠기 때문에 現實主義이며 가장 賢明性을 나타낸 것이라 할수 있다.

브레즈네프의 訪問이 또한 東西獨의 關係를 개선시키는데 좋은 影響을 줄것이라는데 疑心할 餘地가 없다.

政經問題가 分離될 수 없다는 것이 蘇聯과 獨逸聯邦共和國間的 協定에 지난週 反映되어 署名되었다.

相互有益을 위한 經濟關係 개선의 發展은 自國國民에 對한 커다란 利益이며 平和를 위한 絶對的인 土臺가 되는 것입니다. 이것은 永遠한 平和를 定着시키기 위하여 社會主義國家共同體와 蘇聯의 基本 目標에 合致되는 것입니다.

이런 方法에 依하여 이루어진 意義있는 成果는 蘇聯共産黨 第 24 次 全党大會 때 決議한 平和政策計劃처럼 레닌政策의 表現입니다.

무한한 기쁨을 금치 못하며 西獨 본에 位置한 共産黨에게 敬意를 表하는 바 입니다. 본에 있는 勇敢한 階級동무들은 과감한 方法으로 蘇聯, 폴란드와 緊密한 紐帶를 맺으면서 平和共存을 諍示했던 것입니다.

이 偉大한 共産主義者들과 이들과 密接한 紐帶를 맺고 있는 獨逸聯邦共和國內的 進歩主義의 勢力은 冷戰時代에 個人의 犧牲을 무릅쓰고 平和共存政策을 위한 鬪爭을 했으며 항상 偉大한 蘇聯과의 密接한 兄弟關係를 立証했던 것입니다. 第 8 次 全党大會에서 証明한 바와같이 우리 獨逸民主共和國이 蘇聯과 兄弟同盟을 持續시키며 社會主義 國家同盟體를 보다 強化시키는 政策을 遂行해 나갈 것이라는 것은 自明한 事實입니다.

바로 이러한 點이 우리가 平和共存 原則과 함께 緊張緩和의 過程을 促進하는 政策이 되는 것입니다.

오늘날의 國際平和를 危脅하는 侵略的 NATO 勢力의 움직임을 방관만 하지 않는다는 것은 明白한 事實입니다.

帝國主義的인 軍事同盟블력은 競爭的인 軍備強化를 繼續하고 있습니다.

國際政治에의 急進的인 變化는 全世界政治狀態를 비참한 方向으로 돌릴수도 있습니다. 따라서 前과 마찬가지로 항상 이에 對備할 것이 要求됩니다.

獨逸聯邦共和國內에서는 새로운 獨逸民主共和國像이 形成되고 있다.

親愛하는 女性동무, 男性동무 여러분!

獨逸聯邦共和國 國民들과의 對話에서 그들 多數 國民들이 最近 새로운 獨逸民主共和國의 상을 갖고 있다는 것을 느낄 수 있었음을 기쁘게 생각하는 바입니다.

獨逸聯邦共和國內의 여러 輿論調査所는 體制가 相異한 兩獨의 存在는 必要한 것으로 나타나고 있습니다.

이는 無視할 수도 없고 無視할 意思도 없는 現實主義의 反映인 것입니다.

兩獨間의 基本條約은 우리時代의 現實主義와 歷史的인 發展에 따라 必要한 結果로서 파생된 것입니다.

브란트-헬政府가 國際關係속의 새로운 것을 認識하고 모스크바, 와르샤워 및 백림조약과 함께 非現實的인 位置에 처해있는 獨逸民主共和國의 政策을 修正코저한 功勞입니다.

獨逸聯邦國 共和國內에서 새로운 獨逸民主共和國像이 形成되고 그러한 運轉이 繼續 뚜렷하여져 간다는 것은 歷史的 意義의 前進입니다.

勞動者 農民의 社會主義國家로서의 獨逸民主共和國의 生存問題가 獨逸聯邦共和國 指導層의 눈의 가시로서 存在할 것이라는 것을 우리는 넘겨버리지는 않을 것입니다.

이 支配層은 항상 分열의 感情속에 사무쳐 있을 것입니다.

그들은 또한 獨逸民主共和國의 끊임없는 國際的 地位의 確保를 簡單히 참고 넘기지 못 할 것입니다.

이런 意味에서 볼때 오늘의 조류가 그들에게 適切하지는 않은 것 입니다.

他面에 있어서 그들은 兩獨間的 隣接國家關係 개선이 兩國의 主權 承認과 尊重을 前提로 한다는 事實을 만류하지도 못할 것입니다.

#### 東西獨의 상반되는 社會的構造

社會統一黨이 獨逸歷史의 共通點과 言語, 文化 等等의 單一性을 歪曲 變質시키고 있다는 정당치 못한 主張을 하면서 獨逸民主共和國의 새로운상을 強力히 阻止시킬려는 獨逸聯邦共和國에 있으나 東獨 國民들의 自覺이 強力하기 때문에 그리 슬픈일은 아닙니다.

누가 누구에게서 도망가고 있는지에 대하여는 말하고자 하지 않습니다.

우리의 歷史와 文化는 獨逸聯邦共和國 指導層의 歷史와 文化와 다른 것입니다.

20世紀의 偉大한 人道主義者들 그러니깐 Thomas Mann이라던가, Heinrich Mann, Arnold Zweig, Lion Feuchtwagner, Bertolt Brecht, Johannes R. Becher 및 Anna Seghers 등과 같은 사람들이 우리 獨逸民主共和國의 樹立을 새로운 歷史의 始作이라고



했으며, 지난 과거의 反動分子들에 對한 決定이고, 하나의 變化로서 慶祝할만 하며 支援할만한 것이라고 말하여 하나의 政治体制에서 나온 不可避한 結果라고 말 할수 있습니다.

그들이 우리를 支援하고 찬양한 것은 社會를 發展시키고 平和的인 勞動과 自由속에서 人間의 尊嚴이 있었기 때문입니다.

2次世界大戰이 終結된後인 지난 數十年을 돌이켜 보는자는 東獨과 西獨의 樹立 歷史를 생각하는자는, 東獨의 發展을 본자는 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 文化, 言語의 차이는 相反되는 政治体制에서 나온 結果라는 것을 알수 있을 것입니다.

獨逸民主共和國은 社會主義다. 즉 獨逸民主共和國은 私有財産制度를 폐기시켰습니다. 獨逸聯邦共和國은 資本主義다. 즉 私有財産이 生産手段이다. 그리고 前과 마찬가지로 人間에 依하여 人間이 약탈 당하고 있습니다.

兩獨의 相反된 体制下에서 兩獨을 混合할 수 없다고 누차 強調한 브란트의 말은 이問題에 대한 좋은 對答이 될수 있습니다.

言語單一과 現實主義와는 다른 것입니다.

言語單一性和 國家의 同一性과도 다릅니다.

英語가 母國語로 되어있는 美國, 英國, 濠洲等에서 이런 事實이 立証되고 있을뿐만 아니라, 獨逸語가 母國語로 되어있는 오지리와도 같은 것입니다.

그러니깐 東西獨의 關係역시 기이할 것이 아무것도 없습니다.

勞働者階級の 指導下에

있는 社会主義國家

東西獨의 歷史와 文化가 같다는 것을 確認하려고 지난세월 깊숙히 파고 들어갈 必要를 느끼지 않습니다.

다른 모든 國民들의 그것과 같이 獨逸歷史는 항상 階級鬭爭의 歷史였습니다.

問題가 되는 獨逸歷史는 國家的인 形態입니다. 階級鬭爭, 數十年을 넘은 反應과 前進의 鬭爭. 이러한 속에서의 國家的鬭爭입니다.

오지리를 核心國家로 하는 獨逸의 조그마한 君主國자들은 비스마르크가 武力으로 統一 시킬때 까지 26個의 君主國자로 分열되어 있었습니다.

만일 西獨에서 主張하는 바와같이 우리 獨逸民主共和國이 獨逸歷史로 부터 "逃走하고 있다"고 繼續 主張한다면, 이것은 獨逸의 大부루조아를 위한 말에 不過한 것입니다.

獨逸歷史는 히틀러 反社會主義와의 鬭爭에서 붉은軍隊와 反히틀러 同盟體가 勝利한후 成功시킨 革命이 두려워 많은 諸國主義國家들과 결속하면서 1949年 5월에 西獨제헌회의로 하여금 西獨의 基本法 (憲法)을 制定 公布케 하고 1949年 9월에는 獨逸聯邦共和國을 樹立한것이 바로 獨逸의 歷史입니다. 따라서 獨逸의 歷史는 東西獨의 分斷으로 부터 始作되는 것입니다.

獨逸歷史의 評價는 兩獨이 獨逸語를 使用하고, 文化의 傳統이 있다는 것을 가지고 君主國가시대 부터였다. 또는 비스마르크가

統一시킨 후 부터였다. 등등으로 말을 해서 안 됩니다.

오지리 國民, 스위스 國民, 獨逸民主共和國 國民, 獨逸聯邦共和國의 國民이 同一民族이 였었다고 하는 強要는 안 되는 것입니다.

Nation 이란 말이 그 國家, 國家에 따라 개념이 달리 使用되고 있다는 것은 잘 알려져 있는 事實입니다.

그에 대한 實例를 들어보자면 美國의 여러 나라들 특히나 라틴아메리카들입니다. 西歐羅巴, 이곳에는 西獨도 包含 하는 것으로서, 社會主義路線을 否定하고 있으나 앞으로 어떻게 될지에 對하여는 未來가 말 하여 줄 것입니다.

獨逸民主共和國은 獨逸歷史에서 가장 傳統的인 國家形態를 挾하고 있습니다.

즉 中世紀의 동부중요시대의 歷史, 1848 年의 革命民主鬪爭時代, 맑스-엥겔스의 時代, 베벨과 리브크네히트가 이룬 獨逸勞動者運動, 반뫼쇼鬪爭에서의 英雄의 行爲者들 等等의 歷史가 바로 獨逸民主共和國의 歷史입니다.

獨逸民主共和國內에서는 勞動者階級の 指導하에 社會主義 民族國家가 發展하고 있는 것입니다.

우리 共和國의 社會主義的 民族文化속에는 새로운 것이 되고 있는 것입니다. 우리 民主共和國에는 資本主義的 歷史와 文化가 完全 두절 되어 있는 것입니다. 즉 우리 國家는 農民層과 結속한 勞動者階級이 支配하며 其他 다른 勤勞者層과 紐帶한 勞動者 階級이 支配합니다.

우리의 社會主義國家는 蘇聯을 核心으로하는 社會主義國家共同體에서 分離될 수 없겠음 發展했습니다.

남은 우룡을 새로운 우룡으로 補充 말라!

兩次世界大戰에서 發生된 社會的構造로 되어 있는것이 獨逸聯邦共和國이라는것은 이미 歷史家에 한한 秘密이 아닙니다. 資本家들의 호주머니와 여기에서 成長한 政治的權力層의 호주머니가 經濟力을 獨占한 資本主義의 支配가 人間에 依하여 人間을 搾取하는 原泉이며, 이支配가 바로 人間의 生活을 持續的으로 危脅하고 밖으로는 擴大主義, 侵略主義를 育成하고 있는 것입니다.

獨逸聯邦共和國은 20年 前부터 NATO에 加盟했으며 西歐羅巴共同體의 一部입니다.

指導的 本의 政治家들은 最近에도 다시금 獨逸聯邦共和國이 繼續的으로 이들의 盟邦이 될것이라고 宣言했습니다. 이런말은 그들 역시 核武器共同保有國이 되겠다는 말입니다.

基本的으로 體制가 다른 두개의 獨逸國家가 있습니다. 이는 勞動과 資本, 諸國主義와 社會主義로 되어 있는 두개의 相異한 獨逸國家 입니다.

歐羅巴 平和와 安全의 關心속에서 平和共存의 原則을 따르라고 우리가 그들에게 말 하는바 입니다.

資本主義와 社會主義와의 상호존립이 過去의 冷戰時代와 같지 않은

것이기 때문에 平和共存에 對한 레닌의 原則은 現在 實現되고 있습니다.

平和共存은 非戰爭입니다. 平和共存이란 賢明하고 共同으로 일을 하는 것이며 모든 可能한것을 共同으로 利用하는 것입니다.

그리고 이는 體制가 相異한 國家間의 關係正常化입니다.

平和共存은 어떤 體制도 무시하지 못하는 것이며 相對國의 世界觀 역시 認定해야 하는 것입니다.

社會主義아니면 資本主義여야 한다. 階級的 区分을 하며 冷戰으로 이끌었던것이 아데나워時代 였습니다.

歷史의 수레 바퀴는 뒤로 구르는 것이 아닙니다.

獨逸民主共和國의 民族의 觀心과 一致하는 政策을 持續시킬 수 있다는 것은 우리가 82個國家와 外交關係를 맺고 있기 때문입니다.

冷戰에 對한 米련을 버리지 못하고 西獨은 繼續 우롱하고 있습니다.

낡은우봉을 새로운 우봉으로 바꾸려는 西獨의 態度는 아무런 意義가 없는 것입니다. 앞으로의 發展을 주시하는 바 입니다.

XI. 聯邦法務長官의 1973年 6月 26日字 書信

聯邦法務長官

1004E(2321)-252 / 73

53 본 . 1973. 6. 26.

-575-

聯邦憲法裁判所

副 院 長 貴下

( 合議第2部裁判長 )

75. 칼스루해 1.

案件 : 1972年 12月 21日 署名한 東西獨基本條約에 관한 法

一. 1973年 6月 19日 聯邦憲法裁判所 命書에 關하여 一

2 Bvf 1/73.

위에 表示한 聯邦憲法裁判所의 命書에 따라 本人은 다음과 같은  
意見書를 提出합니다.

獨逸民主共和國側에서 "獨逸統一을 위한 書信"을 接受했다는  
"受領證明"을 發行했는지에 대한 與否는 "獨逸統一을 위한 書信"  
에 關한 法的性格을 규명함에 어떤影響도 없습니다.

그런고로 "受領證明"의 形式이 어떠한지는 어떤役割도 못  
합니다.

問題가 되고 있는 "獨逸統一을 위한 書信"은 1972年 12月  
2日 兩獨間에 署名한 基本條約에 관한 1973年 6月 6日 字의 法  
第1條에 正確히 明示되어 있습니다.

또한 이런 事實이 協商때부터 獨逸民主共和國에 잘 알려져 있었

던 것입니다 즉

1. 書信의 內容은 모스크바書信에 對한 解釋이었으며,
2. 그書信은 同條約 署名前에 傳達되었고
3. 問題의 書信이 接受되었다는 確認書가 우리 代表들의 手중에 오기전에는 同條約에 署名하지 않았습니다.

이와 동일한것이 1972年 12月 21日 東伯林에서 行하여 졌읍니다.

즉, 어떤目的下에서 獨逸聯邦共和國 政府가 條約을 署名할 것이라는 것이 獨逸民主共和國에 事前에 잘 認識되어 있었던 것입니다. 그에 對한 目的은 條約解釋을 東獨側이 獨逸民族의 自決權의 原則에 違背되도록 해서는 안된다는 것이었습니다.

同書信의 法的效力은 條約에 對한 우리들의 同意의 性質속에 있는 것입니다.

다시말하여 보자면 同書信에 違背되는 條約이 締結된것은 아니라는 것입니다.

(參照 H.Steinberger ZaöR, 1971, S. 63 ff. S. 113)

同書信은 1969年 5月 23日 締結된 條約法에 關한 비엔나協定 第31條 2号(b)의 條約解釋의 器具에 該當됩니다. 同協定의 規定은 國家間의 慣習法을 明文化한 것입니다.

同條文은 國家間의 條約 解釋에는 條約締結과 關聯하여 当事者나 또는 여러 當事자들이 傳達한 모든 文書와 關聯시켜야된다고

되어 있습니다.

달리말하여 보자면 同條文이 말한 "accepted"란 말은 어떤 一定한 形式을 거칠 必要도 없이 兩當事者國家들에게 條約과 關聯된 것이면 充分하다는 것입니다. 同條約規定이 말하는 解釈機構로서의 書信性格은 그書信이 條約과 關係되어져 있고 이런 事實이 協商때 이미 東獨側에 通告되어 있었고 그리함에도 不拘하고 東獨이 同書信을 接受한다는 것으로서 發生되는 것입니다.

同書信은 自由스러운 自決原則에 따라 統一을 成就하겠다는 獨逸民族의 努力에 違背되지 않는것이 本 條約이다 라고 明白히 記述되어 있습니다.

이러한 內容의 書信은 重大性を 認우므로 聯邦政府는 條約法 1條에다가 다시금 그 書信의 內容을 明文化 시켰으며 立法部에 提出한 것입니다.

따라서 同條約解釋에 있어 同書信이 參照되어야 합니다.

以上과 같은 見解를 明白히 밝히는 바입니다.

聯邦法務長官

Gerhard John.

XII. 1973年 7月 31日 裁判期日 公告



聯邦憲法裁判所

칼스루헤 .1973.7.31.

合議 2 部 公開裁判

- 2BvF 1/73 -

公 告

東西獨 基本條約法에 對한 違憲審查期日을 公告한다.

担当法官

當院 副院長 Seuffert 를 裁判長으로 하고 Schlabrendorff  
博士, Rupp 博士 Geiger 博士, Hirsch, Rinck 博士 및 Wand  
를 裁判官으로 한다.

裁判開庭時間 12時

裁判參與者

바이에른 州政府 訴訟全代理人

原告側代表 Blumenwitz 教授

理事官 Keßler 博士

副理事官 Bußler

聯邦政府를 代理하여

被告側.

Kriele. Köln 大教授

弁護士 Leverenz 博士

} 全權代理人

理事官 Bahlmann

副理事官 Schiffer 博士

書記官 Mahnke 博士

書記官 Neuser.

裁判長은 判決文을 낭독했다.

裁判은 12時 51分에 끝났다.

Seuffert

記錄人 Höfel

### XIII. 1973年 7月 31日字 独逸聯邦憲法裁判所 判決文

1. 独逸聯邦共和国 基本法 第59条第2項에 따라 聯邦의 政治關係를 規定하거나 또는 聯邦의 立法事項에 關係되는 一切의 條約은 締約当事國이 基本法規定으로 보아서 外相이거나 아니거나를 막론하고 国会의 同意에 관한 法律에 의거하여 国会의 監督을 받아야 한다.

2. 司法上的 自制原則은 憲法이 다른 憲法機關에 부여한 諸般事項이 政治적으로 自由로히 形成될 수 있도록 開放하여 두는 것을 그 目的으로 한다.

3. 行政府가 聯邦憲法裁判所에 관한 節次問題를 侵犯하는 것은 憲法裁判所의 관장사함에 관한 基本法의 規定에 違反되는 것이다. 基本條約의 境遇와 같이 한條約이 行政府의 見解로 보아 憲法上節次가 完了되기 以前에 例外的으로 기필코 發効되어야 할 境遇에는

該當憲法機關이 그 結果에 대하여 責任을 진다.

4. 統一課業이란 어떠한 憲法機關도 國家의 統一性을 再確立하는 政治的目的을 포기해서는 안된다. 모든 憲法機關은 各者의 政策을 通하여 前記한 政治的 目的達成을 위해 努力해야 한다. 內的으로는 統一에 대한 念願을 고취시키고 外的으로는 이러한 主張을 관철시키기 위한 努力도 여기에 包含된다. 그리고 統一을 저해하는 모든 措置는 中斷되어야 한다.

5. 憲法은 獨逸聯邦共和國이 統一을 追求하고 自決權을 行事하는 手段으로서 利用할 수 있는 基本法上的 權利를 포기하거나 基本法과 一致하지 아니한 權利를 創作하거나 또는 統一目的遂行을 위한 勞力에 反하는 權利의 設定에 參加하는 것을 禁止한다.

6. 基本條約은 二重機能을 兼하고 있다. 즉, 이 條約은 一種의 國際法上的 條約이며, 또한 條約의 特殊한 內容으로 보면 自体 内部關係를 規定하는 條約이다.

7. 基本法 第23條는 聯邦政府가 獨逸의 他方(東獨)을 法律的 側面에서 單獨으로 受容하지 못하고 오로지 어떠한 締約當事國과의 合意에 의해서만이 受容할 수 있는 國際法的 隸屬關係에 따지는 것을 禁止한다.

8. 基本法 第16條는 基本法 第116條 1項에 規定된 “獨逸國籍”이 獨逸聯邦共和國의 國籍을 意味한다는 것을 前提로 하고 있다.

따라서 基本法이 規定한 獨逸國籍所有者는 聯邦共和國의 國民만을 뜻하는 것은 아니다.

9. 獨逸人은 何時를 막론하고 獨逸聯邦共和國의 國家秩序의 保護  
領域에 存在하는限 獨逸聯邦共和國政府의 全幅의 保護와 基本法에 規  
定된 基本權의 保障을 要求할 수 있다.

獨逸聯邦憲法裁判所의 判決文

宣告日：1973年 7月31日

1972年 12月21日의 獨逸基本條約에 관하여 1973年 6月6日  
에 制定된 (聯邦法律官報 2部 420項) 關係法律 (以下 基本條約法으로  
略稱함)의 合憲性에 대하여 聯邦憲法裁判所 第二合議部는 1973年  
6月 19日의 口頭公判을 根拠로 하여 合憲的임을 國民의 이름으로  
宣言한다. 聯邦憲法裁判所 第二合議部의 構成은 다음과 같다.

裁判長：쑤이펠트 (聯邦憲法裁判所 副院長)

陪席判事：슈라부렌돌프博士

루프博士

가이거博士

힐슈法官

링프法官

반트法官

原告：바이엘州政府

代表：州政府首班

法定代理人：教授 디이터 부루멘비츠博士

參加者：獨逸聯邦政府

代表：聯邦法務相

法定代理人：教授 말틴 크리레博士 弁護士베른하르트 레베렌스博士

1972年 12月 21日에 署名된 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國 사이에 締結된 基本條約에 關하여 1973年 6月 6日에 制定된 基本條約法은 다음에 열거한 法的根拠에 比추어 보아 基本法과 一致된다.

法的根拠

A.

I.

獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國 사이에 合意를 거친 基本條約은 1972年 11月 8日에 批准되었다. 基本條約은 聯邦政府가 “基本條約을 署名하기에 앞서 國家的 次元의 問題에 있어서 聯邦政府의 目的을 解明한 公한을 獨逸民主共和國政府에 發送한다”는 內容을 일련의 附屬文書와 함께 聯邦官報 155 号에 公表하였다.

基本條約 原文은 다음과 같다.

第1條 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 平等原則에 立脚하여 善隣友好關係를 增進한다.

第二條 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 모든 國家의 獨立과 主權平等, 獨自性, 領土保存 및 自決權과 人權尊重, 또는 無差別 등과 같은 國際聯合憲章의 諸原則과 目的을 雙方關係의 基準으로 삼는다.

第三條 國際聯合憲章에 따라 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 모든 紛爭을 全的으로 平和의인 方法에 依하여 解決하며,

폭력에 의한 危脅이나 또는 폭력의 使用을 삼가한다.  
雙方은 現在에 있어서나 未來에 있어서나를 불문하고 境界線의 不可侵性을 遵守하고 領土保存을 無制限으로 尊重한다.

第 4 条 独逸聯邦共和国과 独逸民主共和国은 兩國間에 어느 一方도 他方을 國際적으로 代表할 수 없으며 自身の 명의로 行動하지 못한다.

第 5 条 独逸聯邦共和国과 独逸民主共和国은 歐洲諸国과 平和의인 相互關係를 增進하며 歐洲安保와 相互協力에 功獻한다.  
雙方은 歐洲에 있어서 關係國의 安保를 害치지 않고 軍事力減少와 軍縮을 위한 努力을 支援한다. 独逸聯邦共和国과 独逸民主共和国은 効果의으로 國際監視를 받는 보편적이고도 완전무결한 軍備縮小를 目的으로 特히 核武器와 大量虐殺武器의 軍備制限과 軍備縮小를 위한 努力을 支援하여 國際安保에 奉仕한다.

第 6 条 独逸聯邦共和国과 独逸民主共和国은 兩國의 主權이 自己領域內에만 限定됨을 原則으로 한다. 雙方은 相互間에 國內政治나 國際政治에 있어서 獨自性을 尊重한다.

第 7 条 独逸聯邦共和国과 独逸民主共和国은 相互關係를 正常化함에 있어서 實際의이고 人道的인 事項을 調節한다. 兩國은 基本條約의 原則에 立脚하여, 그리고 雙方의 利益을 위하여 經濟, 科學, 技術, 交通, 法律, 通信, 保健, 文化, 體育,

環境保護와 其他分野에 있어서의 協力を 도모하고 增進시키기 위하여 協定을 締結한다.

具體的 問題는 附屬議定書에 規定한다.

第 8 条 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 常設代表部를 交換한다. 同代表部는 相對方首都에 設置한다. 代表部設置에 關係되는 現實的인 問題는 추가해서 調節한다.

第 9 条 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 雙方이 以前에 締結하였거나, 또는 雙方이 現在 關係되는 雙務的 또는 多邊的 國際條約과 合意事項에 基本條約이 저촉할 수 없다는 데에 合意한다.

第 10 条 本條約은 認准을 必要로 하며 特別覺書를 交換한 그 翌日부터 發効한다. 基本條約은 1972年 12月 21日 締約當事國의 全權委任代表에 依하여 伯林에서 署名되었다. 基本條約에는 雙方이 合意한 附屬議定書와 그외에도 基本條約과 關聯된 下記附屬文書가 添付되어 있다.

가) 財産問題에 關해 法的地位가 相異한 關係로 因해 基本條約을 통해서 調整되지 못한 議定記錄書

나) 議定書에 關한 二개의 聲明書

○ 獨逸聯邦共和國側 聲明書

獨逸國籍問題는 基本條約에도 規定하지 않는다.

○ 獨逸民主共和國側 聲明書

獨逸民主共和國은 基本條約이 國籍問題의 解決에 기여할

경로 간주한다 \*

- 다) 國際聯合加入申請을 위한 議定書에 대한 두개의 聲明書
- 라) 境界問題委員會의 任務事項審議書에 관한 兩側 使節團長의 聲明書
- 마) 行政事務에 관한 獨逸民主共和國 使節團長의 聲明書
- 바) 協定과 規定을 (西) 伯林에도 擴大 適用하는 데에 대한 兩側 聲明書
- 사) "政治會談"에 관한 兩側 聲明書
- 아) 言論活動用 通信에 關係되는 議定書에 대한 聲明書
- 자) 商品以外의 貨物輸送條件 및 施行條件의 改善과 가족상봉에 관한 1972年 12月 21日字로 交換된 공한
- 차) 新設 4個越境管理所의 開設에 관해 1972年 12月 21日字에 交換된 공한
- 카) 基本條約 第9條에 대한 獨逸聯邦共和國의 西方3國에 대한 覺書와 獨逸民主共和國의 蘇聯에 대한 覺書의 原文手交를 위한 1972年 12月 21日字 공한
- 타) 通信制度에 관한 공한
- 파) 國際聯合加入 申請에 관한 공한
- 하) 言論人活動에 관한 공한

基本條約署名直後 統一性問題에 대해 1972年 12月 21日字 獨逸聯邦共和國의 공식서한이 獨逸民主共和國政府에 手交되었다. 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國사이의 1972年 12月 21日字 基本條約에



관한 1973年 6月6日字의 基本条約法은 該当立法機關의 審査過程을 거쳐서 宣布되었다.

基本条約法 第1条는 다음과 같다.

下記文書를 包含하고 있는 1972年 12月21日字의 基本条約에 대하여 同意한다.

下記文書란 다음과 같다.

- 가) 独逸統一性에 관하여 独逸聯邦共和国政府가 独逸民主共和国政府에 보낸 1972年 12月21日字 공한
- 나) 基本条約에 대한 附屬議定書
- 다) 財産問題에 관한 議定記錄書
- 라) 商品以外的 貨物輸送條件 및 施行條件의 改善과 가족상봉에 관해 1972年 12月21日字로 手交된 공한
- 마) 独逸聯邦共和国의 国籍問題에 관한 留保事項記錄書
- 바) 新設 越境管理所의 開設에 관해 1972年 12月21日에 手交된 공한
- 사) 基本条約 第9条에 관해 独逸聯邦共和国政府가 仏蘭西共和国 및 英国과 美合衆国政府에, 그리고 独逸民主共和国政府가 社会主义소바에트共和国政府에 覚書原文을 手交하기 위하여 交換된 1973年 12月21日字의 公翰
- 아) (西) 伯林에 관한 声明書

基本条約과 공한 및 附屬議定書, 議定記錄書, 留保事項記錄書 및 交換된 공한 声明書는 추후 發表한다.

基本條約은 「본」에서 獨逸聯邦共和國政府와 獨逸民主共和國政府間에 1973年 6月 20日에 覺書가 交換된 1973年 6月 21日에 發効하였다.

## II.

1. 「바이에른」州政府는 1973年 5月 28日에 聯邦憲法 第13項 第6号 및 第76項第1号와 關聯된 基本法 第93条 第1項 第2号에 따라 下記事項에 대해 確認하여 달라고 提訴하였다.

### 確認事項

“獨逸聯邦共和國와 獨逸民主共和國사이의 1972年 12月 21日字의 基本條約에 關한 基本條約法은 基本法과 부합되지 않으므로 無効다.”

「바이에른」州政府는 提訴根拠로서 法院의 司法權을 引用하였다. 訴訟理由는 다음과 같다.

基本條約은 獨逸國家의 統一性を 維持하여야 한다고 하는 要請을 위반하고 있다. 基本條約은 舊獨逸帝國이 滅亡한 後 그 領土에 두개의 國家가 樹立되었다는 것을 基本法이 부인하고 있는데, 이렇게 부인된 法的見解에 根拠하고 있다. 聯邦共和國는 獨逸全體를 代表할 수 없는 것이며, 獨逸의 統一성에 關한 公한은 自決權이나 統一權을 지칭하는 것이 아니고, 現狀打破는 平和的인 手段을 통하여 이루어져야 한다는 政治的目的을 意味하는 것으로 前記要旨와는 無關한 것이다. 基本法에 따르면 獨逸의 統一성은 聯合國의 留保權과 獨逸聯邦共和國의 法律規範과 各機關에 존속하고 있는 것이다. 基本條約은 基本法이 規定한 統一課業을 違反하고 나아가서는 獨逸

民主共和國를 獨逸聯邦共和國과 同等한 獨立國家로서 認定하고 있다. 基本條約은 舊獨逸帝國에 代身하여 樹立된 두개의 主權國家가 존속하도록 保障하고 있으며, 自意로 條約을 締結하여 現在의 休戰線을 國境線으로 代置하여 獨逸을 分斷하도록 合意한 것이다. 基本條約은 이와같이 現수의 分斷狀態를 惡化시킴으로써 統一課業을 違反한 것이라고 할 수 있다. 따라서 基本條約이 造成한 새로운 狀態가 基本條約이 締結되기 以前의 狀態에 比하여 더 “基本法에 合당한 것”이라고 변명하는 것은 不當하다. 基本條約은 베르린에 관한 基本法規定에도 違反된 것이다. 基本條約法上的 伯林條項은 一般法律의 形式과는 상이하다. 이 伯林條項은 伯林州가 基本條約法이 伯林에도 適用된다는 것을 確認하며 條約規定이 伯林州에 관한 範圍內에서 基本條約法이 伯林에도 有効하다고 規定하고 있다. 이렇게 볼때 伯林條項은 (西)伯林에 관한 兩側聲明만을 取扱하고 있는 것이다. 그러나 基本條約은 商品以外의 貨物輸送條件의 改善과 같은 伯林의 地位에 關係없는 問題를 取扱하고 있으며, 그밖에도 基本條約法이 伯林을 폐놓을 수 없는데도 伯林을 폐놓고 있는데 이것은 不當한 것이라 하지 않을 수 없다. (西)伯林에 관한 聲明 역시 憲法違反이다. 왜냐하면 附屬議定書 第7條의 規定은 경우에 따라서 (西)伯林에 擴大 適用될 수 없다고만 合意되었는데 이 規定은 尙차 獨逸民主共和國이 동의해야만 適用될 수 있는 것으로 保障되어 있는 것이 아니라고 볼 수 있다. 따라서 基本法第23條第1項을 違背하고 있다. 이 規定은 또한 (東)伯林에

관한 獨逸民主共和國의 主權의 인정과도 一致하지 않을 것이다. 基本條項은 獨逸民主共和國에 있는 獨逸人에 對한 基本法上의 保護條項마저도 違背하고 있다. 獨逸民主共和國에 거주하는 者는 基本法 第116條에 의한 獨逸國民이다. 그러나 基本條約 第6條는 獨逸聯邦共和國이 獨逸民主共和國出身 獨逸人을 위하여 介入하는 것을 法的으로 禁止하고 있으므로 第3國에 駐屯하는 獨逸聯邦共和國 公館이 獨逸民主共和國出身 獨逸人을 收容할 境遇에는 곤란한 일 이 생긴다. 基本條約이 실사 國籍問題를 未決로 두었다 할지라도 基本條約은 基本法의 國籍條項과 無關할 수 없는 것이다. 어쨌든 獨逸民主共和國 國民이 獨逸民主共和國을 떠나 獨逸聯邦共和國으로 旅行할 수 있는 最少限의 台憲性이 義務적으로 保障되어 있을 때 에만 獨逸民主共和國과 條約을 締結할 수 있다고 보아야 할 것이 다. 綜合하여 보건대 基本條約은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國 사이의 特別한 關係를 制度面에서 確定짓지 못하였고 國家의 統一性마저도 確立시키지 못하였다. 基本條約에도 또한 解約期限이나 廢棄條件도 設定되어 있지않고 講和條約에 관한 留保條項도 없으므로 이것을 暫定協定이라고도 볼 수 없다. 또한 基本條約으로 “獨逸問題”가 基本法의 目的에 맞도록 조금이라도 解決되었다고 할 수 없다. 基本條約은 條約發効에 關聯하여 환영할 價值가 있는 人道的인 안일책단을 規定하였으므로 獨逸問題가 이로 말미암아 解決되었다고도 볼 수 없는 것이다. 「바이에른」州政府는 上記見解의 正當性을 強調하기 위해서 伯林의 벵글러教授의 法律意見書를

첨부하였다.

2. 聯邦政府는 獨逸聯邦共和國와 獨逸民主共和國사이에서 1972年 12月 21日에 署名된 基本條約에 關係 1973年 6月 6日에 制定된 基本條約法이 基本法과 一致하다는 것을 確認하여 달라고 提訴하였다. 理由는 本質적으로 다음과 같다. 國際條約을 憲法規定에 따라서 檢討할 때에는 聯邦憲法裁判所의 司法權에 따라야 하며 訴狀이 條約가 있어야 한다. 「바이에른」州政府의 訴狀도 例外일 수는 없다. 즉, 「바이에른」州政府는 聯邦政府의 意圖와 聯邦議會의 討議結果를 신중히 檢討하여 基本條約이 어떻게 해서 憲法를 違反하였는가를 立證하여야 할 것이다. 國際法的 措置나 國家間的 措置를 檢討할 때에는 高度의 正當性과 確認이 있다고 하는 것을 訴狀에 明白히 記錄하여야 한다. 만약에 聯邦政府나 立法機關이 憲法를 주의깊게 遵守하였는데도 提訴者가 上記한 불가결한 憲法的 要請에 反應하지 못하였다면 提訴狀은 聯邦憲法裁判所의 審査를 要請할 前提條件을 充足시키지 못하였다고 할 것이며 따라서 確實히 根拠가 없다고 보아야 할 것이다. 「바이에른」州政府는 순수한 政治的主觀을 法律的論題아래 基本法에 無理하게 맞추어서 解釋하고 自身の 政治的 評價를 條約解釋을 위하여 一方的으로 適用하고 基本政策을 考慮하지 않고 나아가서 基本法의 根本目的과 一致한 基本條約의 의도를 明白한 基本條約의 內容에 反해서 부인하고 있기 때문에 「바이에른」州政府의 提訴는 부당한 것이다. 基本條約을 代身할만한 방도는 없다. 基本條約發効以後에 定立되어지는 國際關係를 基本

條約이締結되지 않았더라면 發生할 수도 있는 不幸한 事態와 比較할 때 우리는 비로소 基本條約의 優越性을 認定할 수 있을 것이다. 基本條約은 平和保存이라고 하는 憲法目的에 事實上 부합하는 것이며, 人間에게 實質적으로 도움을 줌으로써 人間性을 規定한 憲法目的을 위하여 奉仕하는 것이다. 基本條約은 立法精神에 따라 獨逸의 존속을 認定하고 聯邦共和國만의 利益을 위한 것이 아니라 獨逸全體의 関心에 부응하는 政治文書이며, 基本條約은 “獨逸問題”를 未解決狀態로 남겨 두는 것이다. 基本法은 “同一性命題”에 관해서 確固한 言及을 회피하고 다만 獨逸聯邦共和國과 獨逸만을 區別하여 놓고 있다. 基本條約은 統一課業에 逆行하는 것이 아니다. 왜냐하면 西方三大強國은 四大強國의 留保事項을 獨逸全體에 擴大適用할 義務를 繼續 가지고 있기 때문이다. 基本條約은 法律自體로서 존속하는 獨逸을 포기한 것이 아니고 獨逸民主共和國을 外國으로 規定하는 것을 회피하고 있을 따름이다. 基本條約은 獨逸의 統一성과 國家性을 고수하고 있으나 獨逸民主共和國을 國際法의 承認한 것은 아니다. 基本條約은 政治적으로 이룩할 수 있는 것을 이룩한데 지나지 않으며, 統一遂行方法에 구애됨이 없이 統一展望을 實際적으로나 法律的인 側面에서도 消滅시키지 않고 있다. 基本條約은 政治的인 側面에서나 人道的인 側面에서 많은 改善이 있을 것이며 나아가서는 그以上の 改善을 目的으로 하는 協定締結을 위한 根柢를 提供하기 위한 것이다. 基本條約은 어느 事項을 完結지은 것이 아니며, 最終적으로 規制한 것도 또한 아니다.

基本條約은 오히려 將來의 改善策에 대한 可能性과 그것에 必要한 기반을 마련하고 있는 것이다. 伯林의 地位는 四大強國合意事項가 운데 規定되어 있어서 締約當事者는 伯林의 地位에 關係서 如何한 變更도 加할 수 없으므로 基本條約은 伯林의 地位改善에 介入치 않고 있다고 보아야 할 것이다. 聯邦政府는 基本法에 따르면 獨 逸民主共和國領域內에서 그곳에 常住하는 獨逸人을 保護하고 돌보아 주어야 할 義務는 없다. 基本條約은 外國에 가 있는 獨逸人을 위한 聯邦機關의 保護權 및 救護權에 關係서 法的으로나 實際的으로 아무런 變更을 加한 일이 없고 모든 獨逸人에게 獨逸民主共和 國으로 부터 出國할 수 있는 自由를 부여하느냐? 하는 問題는 人間關係의 改善을 위하여 奉仕하여야 할 合意事項의 憲法的 前提 條約과는 無關係한 것이다.

3. 基本條約에 關係되는 立法機關의 審議事項에 대한 議定書는 이미 裁判所에 提出되어 있다. 此外에도 獨逸統一性에 대한 公한 接受에 關係되는 文書가 口頭公判時에 提出되었는데 이 文書에 대 한 書類도 公判參加者에게 양도된 후 裁判所에 提出되어 있다.

B.

1. 聯邦憲法裁判所의 司法權에 따르면 提訴狀을 받아 들여야 한다 (聯邦憲法附屬法律 4. 157(1617)).

이와같은 義務條項은 獨逸民主共和國이 基本法에 비추어 設사 外 國이 아니라고 하더라도 適用되는 것이다. 그 理由는 基本法 第59條 第2項에 의하면 聯邦의 政治關係를 調整하는 條約과 또는

聯邦立法事項에 關係되는 條約은 締約當事國이 外國이건 아니건 상관없이 同意法에 의한 議회의 制裁를 받아야 한다고 規制하고 있다.

C.

1. 1973年 6月6日의 基本條約法 및 基本條約과 附屬議定書는 規範規制의 대상이 되는 것이다. 이 部分은 基本條約의 全体的인 評價를 위해서는 貴重한 것이며, 基本條約의 解釈을 위한 資料로서 참고될 수 있는 것이다. 法第1條에 言及된 餘他記錄과 留保事項記錄書 및 聲明書와 書信들이 規範規制의 對象이 되느냐하는 問題는 아직 未決問題로 남아 있을 수 있다. 그 理由는 이러한 資料가 基本條約과 相互依存關係에 있으며 部分的으로는 聲明書內容만이 들어있고 그외에도 內容으로 보아서 다음과 같은 基本條約에 대해 法的인 側面에서 考察하여 볼 수 있는 바와같이 基本法과 一致될 수 없기 때문이다. 그러나 이러한 資料는 基本法前文과 마찬가지로 基本法의 解釋을 위해서는 重要한 資料인 것이다.

2. 그 規範規制節次上 重要한 尺度는 基本法이다. 基本法을 最終적으로 解釋하는 것은 聯邦憲法裁判所의 課題이다. 이러한 原則에서 考察하여 보면 現存憲法秩序가 하나의 條約에 의하여 變更될 수 있다고 하는 思考方式이 止揚될 수 있는 緊張關係는 政治的 現實과 憲法秩序사이에는 없다. 條約은 實質的憲法을 創造할 수 없고 基本法의 解釋에 參考가 될 수도 없다. 오히려



反對立場이 妥當할 수 있다고 볼 수 있다. 憲法에 違反되는 條約은 相當한 憲法改正을 通해서만이 憲法上의 基本權과 一致하게 될 것이다. 이렇게 假定하여 보면 聯邦憲法裁判所가 基本法을 가진 自由民主主義國家에서 다른 憲法機關의 責任을 考慮하여 一般的으로 發展시킨 根本原則은 한 條約을 憲法規定에 비추어 檢討할 때에도 通用되는 것이다. 즉 많은 解釋가운데서 基本條約이 合憲的이므로 영속적일 수 있다고 하는 한가지 解釋을 採할 수 있다는 것이다 (聯邦憲法 附屬法律 第4條 및 第157條).

이 외에도 聯邦共和國과 第三國과의 關係에 관한 憲法規定을 解釋함에 있어서 政治的形態造成을 위한 여유를 남겨주어야 한다는 制約的 側面을 考慮하지 않으면 안 된다고 하는것은 條約이 合憲的이나 하는것을 檢討할 때 必要한 重要한 解釋原則에 속한다. 이러한 점에서 基本法은 外交分野에 있어서도 모든 政治權力을 法律적으로 拘束할 수 있다. 이와같은 原則은 基本法에 의하여 確立된 法治國家秩序의 本質인 것이다. 聯邦憲法裁判所는 이러한 憲法秩序를 最終적으로 終局的으로 責任지고 施行하여야 한다.

聯邦憲法裁判所가 法的自制原則을 採択한다면 이것은 憲法裁判所의 上述한 機能을 단축하거나 弱화시키는 것을 意味하는 것이 아니라 오히려 憲法이 制定하여 놓은 自由로운 政治形態의 領域에 干섭함으로써 政治를 拋棄하는 것을 意味하는 것이며, 憲法이 다른 憲法機關을 위하여 保障한 관장규범을 政治形態가 自由로써 形成될 수 있도록 開放하여 두는것을 目的으로 하고 있다. 이렇게 생각

하여 볼 때에 條約에 關係되는 規範節次에 있어서의 決定이 條約 發効以前에 내려진다고 하는 것은 대단히 重要하다고 볼 수 있을 것이다. 모든 憲法機關은 憲法이 規制한 根本關係에 相応하여 그 條約에 따라야 하는 것이다. 이것은 곧 聯邦憲法裁判所가 憲法上의 檢討를 可能한 限度內에서 빨리 끝나야 한다는 것을 意味할 뿐만 아니라 다른 憲法機關도 聯邦憲法裁判所의 審査權을 條約 認准과 關聯된 節次를 執行할 때 考慮하여 聯邦 憲法裁判所로 하여금 適期에 効果인 職務執行을 곤란하게 하거나 不可能하게 만드는 일은 곧 中斷하지 않으면 안된다고 하는 것을 意味한다. 行政府가 聯邦憲法裁判所에 繫屬되어 있는 節次問題에 대해서 越權을 하는 것은 包括的인 憲法的 司法權을 위한 基本法의 決定에 違背되는 것이다. 基本條約의 境遇처럼 行政府의 見解로 憲法裁判所의 節次가 完了되기 以前에 條約이 發効되어야 한다는 境遇가 例外的으로 일단 發生하게 되면 該當憲法機關이 만약의 境遇 發生할 事態에 대하여 責任을 져야 하는 것이다 (1973年 6月16日 字判例).

### Ⅲ.

基本條約은 獨逸聯邦共和國와 獨逸民主共和國사이의 基本關係를 規定하고 있는 것이다. 따라서 基本條約을 判斷하기 위해서는 獨逸의 法的地位에 대한 基本法의 規定을 分析할 必要가 있다.

1. 基本法은 國際法學說이나 國家法學說의 命題에 따르면 基本法 前文이나 또는 基本法第16條, 第23條, 第116條와 第146條에서

볼 수 있는 바와 같이 獨逸帝國이 1945年의 敗亡을 넘어서서 存続하는 것이며, 獨逸의 항복이 聯合國의 獨逸占領 또는 聯合國에 의한 獨逸主權代理行使등에 의하여 消滅되지 아니하였다는 前提에서 出發하고 있다. 이러한 基本姿勢는 裁判部가 승복하여야 할 聯邦憲法裁判所의 司法權에 符合되는 것이다. 獨逸帝國은 永続하며 (聯邦憲法附屬法律 2.266[277]; 3. 288[319]; 5. 85[126]; 6. 309[336.363]) 從前과 다름없이 權利能力을 保有하고 있으나 國家機關이 組織되어 있지 아니하므로 特別 制度的으로 必要한 諸機關이 欠乏되어 있으므로 行爲能力을 갖고 있지 못할 것이다. 基本法에도 全体獨逸의 國家民族과 全体獨逸의 國家權力이 存在한다는 見解가 僻力되어 있다 (聯邦憲法附屬法律 2.226[277]). 全体獨逸에 대한 責任은 四大強國에 있다 (聯邦憲法附屬法律 I. 351 [362, 367]).

獨逸聯邦共和國이 設立되었다고 해서 새로운 西獨國家가 樹立된 것이 아니라 獨逸의 一部가 새로히 組織되었다고 하는 것뿐이다 (聯邦議會 第6會期에 있어서의 "칼 슈미트"의 發言). 따라서 獨逸聯邦共和國은 獨逸帝國의 法的인 後繼者가 아니라 다만 國家로서 特別 領土面에서 部分的으로나마 獨逸帝國과 一致한다고 볼 수 있으나 이러한 領土의 一致性도 絶對的인 것은 아니다. 國家民族과 國家領土라고 하는 側面에서 보면 獨逸聯邦共和國이 不可分的인 部分으로서 自國의 國民이 屬하는 獨逸(獨逸帝國)이라고 하는 國際法的 主体로서의 劃一的 國家民族을 認定하느냐 또는 不可分的

部分으로서 自國의 國家領土가 屬하는 獨逸(獨逸帝國)이라고 하는 劃一的 國家領土를 認定하느냐 하는 問題와는 相關없이 獨逸聯邦共和國이라고 하면 獨逸全體를 指칭하는 것은 아니다. 獨逸聯邦共和國의 主權은 國家法律의 見地에서 보면 基本權의 効力이 미치는 範圍에 局限되어 있으나(聯邦憲法附屬法律 3.288[319]; 6.309[388. 366]) 獨逸全體에 대하여 責任이 있다고 생각하고 있다(基本法前文).

現在의 獨逸聯邦共和國은 基本法 第23條에 열거되어 있는 諸州와 伯林으로 構成되어 있다. 聯邦共和國의 伯林州의 地位는 縮小되어 있을 뿐만아니 이렇게 縮小되어 있는 地位는 四大強國의 辦務官의 이른바 留保權에 의하여 制約되어 있다(聯邦憲法 附屬法律 7.1[7]; 19.377[388]; 20.257[266]). 獨逸民主共和國은 原則적으로 獨逸에 屬하는 것이며, 따라서 獨逸聯邦共和國과의 關係를 檢討하여 볼 때 獨逸民主共和國을 外國으로 간주할 수 없다(聯邦憲法附屬法律 11.150[158]). 그러므로 例컨데 東西獨의 交易이나 이에 준하는 商易은 對外貿易이 아닌것이다(聯邦憲法附屬法律 18.353 [354]).

2. 聯邦裁判所는 基本法의 統一課業과 自決權을 認定하지 않으면 안되었거니와 本 裁判部도 거기에 따르고 있는 것이다. 基本法의 첫머리는 政治的인 意味만을 갖고 있는것이 아니라 法的인 內容도 兼備하고 있는 것이다. 統一은 聯邦憲法의 至上의 課業이다. 이러한 課業을 政治的으로 어떻게 追求하는 것이 合理的이며

正當하나 하는 問題는 該當 聯邦共和國 機關이 決定하여야 한다.  
하나의 憲法的인 措置가 統一遂行을 法的 側面에서 阻害하고 妨害하고 또는 事實上 不可能하게 만들고 있으므로 이 措置가 中斷되어야 하나나 하는 問題는 基本法에서 自由民主的 基本秩序와 制度를 守護하도록 受任한 機關이 決定할 問題이다. 立法機關만이 廣範圍한 政治的 裁量權을 갖고 있다. 聯邦憲法裁判所는 立法機關이 自身の 裁量權의 限界를 넘어섰다고 하더라도, 그리고 또한 立法機關의 措置가 法的으로나 또는 實際적으로 自由統一原則에 確實히 어긋났다고 하더라도 立法機關과는 對立할 수 없는 것이다 (聯邦憲法附屬法律 5.85 [126]; 12.45 [51]) 確實히 알기 위해서는 더욱 자세한 說明이 必要할 것이다. 統一課業의 論理는 다음과 같다. 즉 獨逸聯邦共和國의 憲法機關은 政治目的으로서의 國家統一性의 目的을 拋棄하여서는 안되며, 政策上의 目的을 達成하기 위하여 努力할 義務를 갖고 있다. 憲法機關은 內的으로 統一意慾을 부각시키고 外的으로 統一의 當爲性을 主張하여야 하며, 統一遂行에 反對되는 措置는 곧 中斷시켜야 한다. 聯邦政府은 어떠한 政治的인 手段을 通하여 어떠한 方法으로 基本法이 要求하는 統一課業을 遂行하며, 이 目的에 어떻게 接近하나나 하는 問題를 스스로 自身の 責任下에 決定하여야 한다. 政策을 決定하는 機會를 査定하는 것은 聯邦政府의 任務이며 同時에 聯邦政府을 構成하는 議會多數黨의 任務이다. 法院은 여기에 對하여 批判을 할 수도 없으며 政策遂行全盤에 대하여 自身の 意見도 發揮할 수 없다. 이에 관한 政治的責任은 政治機關만이 가지고 있는 것이다.

憲政國家 또는 法治國家로서의 獨逸聯邦共和國에서 聯邦裁判所가 設定하거나 劃定할 수 있는 한가지 限界는 獨逸聯邦共和國이 統一을 이룩하고 自決權을 行使하는데 必要한 手段으로서의 基本法의인 權利名義(法的地位)를 포기하는 것을 憲法이 禁止하고 있다는 데에 있다고 하겠고 뿐만 아니라 聯邦共和國이 基本法에 違背되는 權利名義를 制定하거나 혹은 이러한 目的을 위하여 努力할 때 反對될 수 있는 權利名義에 參加하는 것을 憲法이 禁止하는데서도 찾아볼 수 있다고 하겠다. 權利名義가 効力を 喪失할 危險이 發生하지 않는한 政治的으로 權利名義를 利用하지 않는것과 權利名義를 가지고는 政治的인 實効를 거둘수 없으니 權利名義는 現在에나 未來에 있어서도 無用한 것이라고 생각하는 것과는 差異가 있으며, 法的意味의 權利名義를 拋棄하는 것과는 差異가 있다. 이러한 見地에서 볼 때 우리는 現實과 政治的으로 타협할 수 있는 것이다. 現在나 未來에 있어서 統一을 위한 努力을 促進하는 論題를 提供할 수 있는 權利名義는 基本法에 根拠를 두고 있는 것이며, 基本法은 이러한 權利名義가 희생되지 않도록 要求하고 있다. 이와같은 論理는 反對의 境遇에도 通用되는 것이다. 政治的 態度는 後에 가서 "誤算한 結果"라고 判明될 때도 있는것이다. 聯邦政府의 統一을 위한 努力도 政治的側面에서 反對에 부딪칠 수 있다. 憲法裁判所가 註解를 달 수 없는 이러한 事實은 獨逸聯邦共和國이 하나의 法律機關의 協助를 받아서 統一을 위하여 努力할 때 第3者에 의하여 兩者가 相互 對立할 수도 있는 것이라고

하는 事實과는 根本적으로 差異가 있다. 이와같이 볼 때 우리는 獨逸聯邦共和國政府의 明白한 法的地位를 認識할 수 있으며, 우리는 基本法이 前提하고 定立한 우리의 獨逸(全體) 國家民族과 하나의 (全體) 獨逸國家權力을 갖고 있는 全體獨逸이라는 存在를 우리 論理의 출발점으로 삼아야 할 것이다. 오늘날 獨逸全體를 包括하는 意味로 獨逸國이라고 부를 때 이것이 獨逸國家民族에 대한 동의어로 使用되었고 그때에 上記한 法的地位가 수호되어 있는데도 다만 政治的 배려에서 이와같은 하나의 다른 語句가 使用되었다면 何等의 異議를 提記할 수 없는 것이다. 獨逸國이라고 하는 새로운 語句가 獨逸國民意識 가운데 存在하는 言語上的 單一性이나 文化上的 單一性이라고 하는 概念을 內包하고 있다면 法的으로 이것은 拋棄될 수 없는 法的地位가 解決하여야 할 課業인 것이다. 後者は 聯邦政府가 허락된 手段으로 追求할 目的으로서의 統一이란 要請에 反對되는 것이다. 四大強國의 責任이 聯邦政府의 統一을 위한 努力의 基本的法律原則을 國際法으로나 또는 國家法律的으로 이루고 있는 것은 聯邦政府가 確信하고 있는 바와 같이 合憲的이다. 聯邦 憲法裁判所는 單獨代表權의 政治的 命題에 대하여 한번도 言及한 적이 없다. 聯邦 憲法裁判所는 獨逸聯邦共和國의 獨逸全體에 대한 單獨代表權이 法的 側面에서 보아 基本法에서 正當한 論據를 誘導할 수 있는지 없는지를 檢討하거나 決定할 必要는 없는 것이다.

3. 基本條約은 따라서 上述한 基本法의 要旨와 反對되는 方向으로 解釋되어서는 안된다. 獨逸聯邦共和國內에서의 公式發言을 基本條約과 關聯시켜서 解釋할때 上記한 憲法的 根拠를 度外視하여서는 안된다.

#### IV.

1. 基本條約은 廣意의 關係에서 考察할 때는 法的인 側面에서 論히 評價되어야 한다. 基本條約은 하나의 包括的인 政策이며, 聯邦政府가 緊張緩和를 추구하기 위한 東歐政策의 一部인 것이다. 이러한 政策 가운데서 "모스크바"條約과 "바르샤바"條約이 가장 特출한 것이라고 하겠다. 이 두개의 條約은 基本條約締結을 위한 前提였고 基本條約은 前記한 두개의 條約을 締結함으로써 이룩하고자 했던 聯邦政府의 目的이었다. 이러한 點으로 보아 基本條約은 "모스크바"條約이나 "바르샤바"條約과 같이 基本的 意義를 지니고 있는 것이다. 基本條約은 一般的인 政策的 措置와 마찬가지로 任意로 수정할 수 없는 措置인 것이며, "基本"이란 語句가 指摘하듯이 하나의 새로운 長期政策의 基調를 이루고 있으므로 時間을 定할 수도 없는 것이며 어떠한 解約期限을 設定할 수도 없는 것이다. 基本條約은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國사이의 關係가 새로이 形成되어지는 歷史的 轉換點을 이루고 있는 것이다. 이러한 關聯性은 基本條約을 法的側面에서 判斷할 때에는 대단히 重要한 것이다. 基本條約은 基本法과 마찬가지로 (基本法 前文, 第23條 및 第146條) 獨逸問題를 위한 最終的인 解決策이 될 수가 없다.



그럼에도不拘하고 基本條約을 兩國間의 關係를 후일에 最終적으로 규정할 때까지의 하나의 단순한 過渡期的 解決策이라고 규정할 수도 없고 또한 가까운 장래에 兩國間의 關係를 조절하는 어떠한 다른 原則적인 새 規定에 의해서 代置될 수 있는 合意를 본 暫定協定이라고도 볼 수 없다. 이러한 基本條約은 締約當事者가 法的으로 自由로운 相互合意下에 該當法律原則에 따라서 變更 또는 補完할 수 있느냐 하는 問題와는 상관없이 兩國 相互間의 關係規定을 위하여 眞心으로 바라던 새로운 原則인 것이다.

以上과 같은 基本條約의 政治的 意味와 關聯하여 다음에는 基本條約의 法律的 側面을 考察하여 보기로 한다.

基本條約은 두개의 獨立國家間의 關係를 위한 새로운 根本原則으로서 尙차 甚코 많은 法律的 並存關係와 相關關係를 具體적으로 發展시킬 것이다(基本條約 第7條). 그러나 尙차 取할 法的인 措置는 基本法과도 合致하여야 하며 基本條約과도 合致되어야 하는 것이다. 基本條約을 引用하여 앞으로 取해지는 法的 措置와 관련된 모든 事件은 條約上의 基本原則에 대하여 憲法的 見地에서 異議를 제기할 수 없으므로 法的으로 合當하지 않다는 것을 오늘 確實히 하여 둘 必要가 있다. 그러므로 이러한 規範規制節次에 있어서는 將來의 合意와 타협을 거쳐서 基本條約을 活用하도록 憲法上의 限界를 개관할 수 있는 限 明白히 提示하여야 하는 것이다.

2. 基本條約은 基本條約을 法的으로 평가할 때 주의하여야 할 包括的이고 特別한 法律關係 가운데에 연계되어 있는 것이다.

이와같은 側面은 우리가 基本條約 第2條, 第3條에 있는 國際聯合 憲章에 관한 部分을 참고하면 明白히 알 수 있고 締約当事者가 이미 締結하였거나 또는 締約当事者가 現在 關係하고 있는 雙務의 혹은 多邊的 國家條約이나 合意事項이 基本條約에 저촉되지 않도록 第9條의 規定을 보아도 또한 明白히 알 수가 있다. 特別히 獨逸聯邦共和國이 "西方側과 이미 締結한 條約"은 基本條約의 저촉을 받지 않는다. 즉 聯邦共和國이 西方三大強國과 "平和的 手段으로 그들의 共同目的 達成"을 위하여 中絶과 같이 相互協力 할 義務가 있다고 (第2項) 규정한 獨逸條約 第7條는 저촉되지 않는 것이다. 이때에 그들의 共同目的이란 聯邦共和國의 憲法과 같은 自由主義的 憲法을 채택하고 유럽共同体에 統合된 獨逸을 의미한다. 또한 "모스크바"條約과 "바르샤바"條約도 마찬가지로 저촉되지 않으며, 獨逸全体에 관계되는 四大強國의 合意事項과 그리고 獨逸全体에 관계되는 範圍內에서 獨逸民主共和國과 「폴란드」 人民共和國사이의 締結된 國境條約 및 友好條約도 또한 저촉받지 않는 것이다. 이와같은 基本條約 第9條의 意義는 兩側의 會談代表들이 仏蘭西, 英國, 美合衆國 및 蘇聯大使에게 각각 보낸 覺書에 관하여 상호연락하기 위하여 交換한 書信이나 伯林에 대한 1971年 9月 3日字의 四大強國協定에 關係되는 兩側聲明書에서도 찾아 볼 수 있다.

3. 上述한 內容을 檢討하여 보면 兩國間에 現存하는 特別關係라고 하는 表現과 “基本條約은 例外的인 狀況에 따르는 特別條約이다”라고 하는 表現이 어떠한 의미를 가지는지를 알 수가 있다. 獨逸民主共和國은 國際法的 의미에 있어서 하나의 國家이며 또한 國際法的 主体인 것이다. 이러한 見解는 聯邦共和國이 獨逸民主共和國을 國際法的으로 승인하느냐 하는 問題와는 하등의 상관이 없다. 獨逸聯邦共和國은 獨逸民主共和國을 國際法上 正式으로 承認한다고 表現한적이 한번도 없다. 오히려 國際法上的의 승인을 繼統的으로 거부하여 왔던 것이다. 獨逸聯邦共和國이 緊張緩和政策을 추구함에 있어서 獨逸民主共和國에 取한 태도를 특히 獨逸民主共和國과 締結한 基本條約을 事實上的 承認으로 評價한다고 하면 이러한 事實上的 承認은 特別한 種類의 것이라고 解釋하여야 할 것이다. 基本條約은 一般國際法의 規定이 適用되는 雙務條約이며, 따라서 다른 國際條約과 같은 効力を 갖고 있으나 基本條約의 特徵은 비단 劃一的인 國家民族을 소유하던 全体獨逸이란 國家가 存在하지만 아직 再組織되어 있지 않으므로 行爲能力이 없는 國家이기 때문에 國境을 明白히 규제할 必要가 없는 二個部分 사이에 맺어진 條約이라고 하는 점에 있다고 하겠다. 이러한 理由로 말미암아 두개의 國家가 相互協力하여야 하는 독특한 法的接近性이 대두되는 것이며, 따라서 兩國이 相對國 政府所在地에 大使를 交換하지 않고 常駐代表部를 交換한다고 하는 第8條의 規定이 나온 것은 지극히 當然하다고 하겠다. 같은 理由로 聯邦 大統領의 全權委任

에 의한 批准書의 交換으로 批准節次가 이루어지는 것이 아니며, 特別覺書의 交換이 必要하게 된 것이고 이러한 特別覺書 가운데 하나를 獨逸聯邦共和國이 作成하였던 것이다. 같은 理由로 接境을 넘는 人間關係의 改善이라고 하는 目的을 위하여 가능한 한 긴밀하게 協助하여야 한다는 條約의 一般의 傾向이 강조되었다(基本條約前文 第6條, 第7條와 附屬議定書). 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國사이의 交易은 現存 協定에 依拠하여 推進한다는 基本條約 第7條에 의한 附屬議定書의 첫째번 規定은 前記한 交易이 外國과의 對外交易이라고 간주할 수 없다는 것을 특별히 강조한 것이다. 基本條約의 特性은 基本條約이 "自體內部關係"를 調整한다고 한 文句에서도 찾아 볼 수 있다. 그러나 基本條約은 全的으로 特別關係만을 조정한 것이 아니므로 一般國際法의 범주를 벗어나는 것이 아니다. 따라서 基本條約은 自體의 特性에 依하여 創出된 特別法의 범주나 혹은 法對象에 의하여 制約을 받는 特別法의 범주에도 屬하지 않는 것이다. 이렇게 特別範圍에 屬하지 않는다고 하는 것은 締約當事國의 關係에는 根本的으로 國際聯合憲章을 適用한다고 明白히 規定한 基本條約 第2條 및 第3條에서 由來된 것이다. 따라서 基本條約은 二重的 特性을 所有하고 있다. 즉, 이 條約은 國際法上的 條約임과 同時에 自體內部關係를 調節하는 特別한 內容을 가지고 있는 條約이다. 國際條約에 있어서 自體內部調節이란 基本條約의 境遇와 같이 하나의 國家가 完全히 存在하지 못하기 때문에 하나의 完全한 國家秩序가 機能을 發揮하지

못할 때에 必要한 것이다. 聯邦國家內部에서 조차도 만약 聯邦憲法에 構成州間의 相互調整策이 없을 경우에는 一般國際法規定이 適用되는 것이다(獨逸帝國 國家裁判所判決 第178号 및 第207号와 基本法에 따르는 後繼條項 및 聯邦憲法 附屬法律1.14[51]; 34. 216[230]). 따라서 “二國家論”이란 見解는 基本法秩序와 一致하지 않는다”고 하는 主張은 正當하지 못한 것이라고 보아야 할 것이다.

#### V.

具體的으로 基本條約을 憲法的 見地에서 判斷할 때에는 다음과 같은 자세한 考察이 必要한 것이다.

1. 上述한 바와 같이 國家機關의 裁量權은 基本法の 統一課業에 依하여 憲法的 側面에서 制約을 받고 있는 것이다. 환언하면 獨逸國民의 自由스러운 自決原則에 의한 統一을 위하여 봉사할 수 있는 基本法으로 부터 由來되는 法的地位도 포기되어서는 안되며, 聯邦政府의 統一을 위한 努力에 反對되고 基本法과 一致되지 아니한 法律機構는 獨逸聯邦共和國의 憲法機關이 參加하는 가운데 設立되어서는 안 되는 것이다. 이러한 見地에서 高찰할 때, 獨逸統一性에 관하여 聯邦政府가 獨逸民主共和國에 보낸 공한의 意義있는 것이라 하겠다. 공한서의 本質的 內容은 會談이 完了되기 이전에 傳達되었고 相對方의 回答이 基本條約의 署名直前에 傳達되었다고 하는 것은 1973年 6月 19日의 口頭公判結果, 確實히 認定할 수 있다. 뿐만 아니라 基本條約은 獨逸國民이 自決權에 따라 統一性を

되찾게 될 歐羅巴의 平和狀態를 위한 聯邦共和國의 政治的 目的<sup>7</sup>  
 과 상반되지 않는다고 하는 것도 判明되었다. 獨逸聯邦共和國의  
 上記 공항은 따라서 상술한 憲法의 內容에 準하여 理解되어야 하  
 는데, 이 공항은 上述한 바 있는 基本條約의 解釈結果 自体를 再  
 確認하고 있다고 볼 수 있다. 基本條約 前文에는 “獨逸聯邦共和  
 國과 獨逸民主共和國사이의 國家的 次元의 問題를 包含한 根本問題  
 에 관한 見解差異와는 상과없이”라고 적혀 있다. “國家的 問題”  
 란 具體的으로 獨逸聯邦共和國에 대해서는 “獨逸國民의 國家統一性  
 의 維持”에 關係되는 基本法上의 統一課業을 意味하는 것이다.  
 이렇게 볼때 基本條約 前文은 基本條約 全體의 解釈을 위한 決定  
 的 役割을 하는 중요한 문장인 것이다. 이 前文은 基本法의 統  
 一課業과 一致한 것이라고 볼 수 있다. 聯邦政府는 基本條約을  
 締結함으로써 獨逸民主共和國과의 關係를 包含한 모든 國際關係에  
 있어서 중견과 같이 자유스러운 自決權에 依拠하여 獨逸國民의  
 國家的 統一성을 要求할 수 있는 權利名義를 상실한 것이 아니다.  
 또한 聯邦政府는 基本條約을 締結함으로써 政策面에서 平和的 方法  
 으로 國際法의 一般原則에 따라 前記한 自身の 目的을 위하여  
 努力할 權利名義를 상실한 것도 아니다. 基本條約은 分斷을 深化  
 시키는 條約도 아니다. 基本條約은 獨逸國民의 國家의 統一성을  
 再組織할 수 있도록 聯邦政府가 全力을 추구해야 한다는 當爲性을  
 현재나 미래에 있어서도 배제하지 않고 있다. 基本條約은 國際法  
 界에 널리 알려진 하나의 聯盟의 變體에서 끝나는 장구한 과정속의

첫째번 措置인 것이다. 즉 하나의 國家 가운데서 獨逸國民의 再統一을 實現키 위한, 다시 말해서 獨逸의 再組織을 達成키 위한 措置인 것이다.

2. 基本條約 第3條 第2項은 締結當事者의 境界線이 現在나 未來에 있어서도 不可侵的인 것이라는 것을 確認하고 있으며, 締結當事者가 그들의 領土的 保全을 絶對的으로 相互尊重할 義務가 있다고 規定하고 있다. 法的으로 보면 여러가지로 相異한 種類의 境界線이 있다. 行政区劃線, 休戰線, 影響圈劃定線, 基本法 効力境界線, 1937年 12月 31日 現在의 獨逸帝國國境線과 國家法律로 定한 境界線 또는 國家全體를 둘러싼 境界線이나 하나의 全體國家內部에 있는 小單位構成國家(例컨대 獨逸聯邦의 州政府)를 相互分離시키는 境界線이 있다. 第3條第2項은 하나의 國家法律에 의한 境界線을 意味하고 있다고 하는 事實은 基本條約의 第1, 2, 3條 第1, 4, 6項의 內容으로 보아서도 알 수 있다. 兩國의 境界線은 國境線으로 認定하는 것이 基本法과 一致하느냐 하는 問題에 대하여 두개의 國家사이의 國家法律에 의한 境界線이라고 規定하는 것은 대단히 重要한 것이다. 이러한 두개의 國家사이의 國家法律에 의한 境界線의 "特徵"은 그것이 "全體로서의 獨逸"이란 存在하는 國家의 基반위에 存在한다고 하는데에 있으며 獨逸聯邦共和國 構成州의 境界線과 같은 國家法律에 의한 境界線이라고 하는데에 있다. 境界線을 이와같이 規定하면 兩國이 "正常的이고 善隣의인 相互關係를 平等原則에 입각하여" 發展시킨다고 하는(基本條約 第1條)

타협이 통용되며 兩國은 國際聯合憲章의 모든 主權國家는 平等하다는 平等原則에 따른다는(基本條約 第2條) 타협도 통용되고 또한 兩國의 主權은 自身の 國家領土에 局限되고 兩國이 相對國의 內政과 外交의 獨立성과 自主성을 尊重한다는(基本條約 第6條) 타협도 통용된다. 또한 基本條約 第3條 第3項의 國境線의 定義는 獨逸國民의 國家的 統一性成就라고 하는 國家的 問題를 未決로 두어야 한다는 基本法의 要請과도 一致하는 것이다. 基本條約 第3條 第2項의 "確認"이라고 하는 用語로 부터 國境線에 國家法律에 依한 國境線의 特徵을 부여한 "모스크바"條約의 規定이 여기에 適用되었다고 하는 結論을 유도할 수는 없다. 즉 條約規定에 設權의 意義를 부여할 수 없다는 結論을 算出할 수 없다는 것이다. 國境線으로서의 境界線은 條約上 여러가지로 認定하고 保障할 수 있는 것이다. 이와같은 傾向은 法的으로 意義있는 것이라고 하겠다. 그 理由는 條約上 여러가지로 認定한다고 하는 것은 여러가지 結果를 가져올 수 있기 때문이다. "모스크바"條約의 相應한 規定이 어떠한 法的인 意味를 갖느냐 하는 것을 調査할 必要도 없이 基本條約 第3條 第1項은 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國사이의 境界線을 새로히 추가해서 條約上 認定하고 이 境界線을 設權의으로 保障한다는 뜻을 內包하고 있다. 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國사이의 境界線은 이와같이 定義함으로써 만이, 그리고 또한 다만 이러한 資格을 가짐으로써만이 基本法과 一致하게 定義될 수 있는 것이다. 基本條約 第3條 第2項의 境界線의 存立과



進路에 관한 合意事項은 基本條約에 適用된 國際法規定에 따라서  
앞으로도 相互合意하여 變更될 수 있다고 하는 것은 自명한 이치  
이다.

3. 締結當事者는 第6條에서 自身の 主權을 自身の 國家領土에  
局限되며 締結當事者는 相對方의 內政 및 外交에 있어서의 獨立性  
과 自立性을 尊重한다는 原則에서 出發한다는데 合意하고 있다.  
이러한 合意事項은 獨逸聯邦共和國이 基本條約을 締結할 수 있는  
根拠가 基本法에 規定되고 있는 바와같이 獨逸이 組織되지 않아서  
行爲能力을 所有하고 있지 못하지만 하나의 國家로서 存続하고 있  
다고 하는데 있으며 全體獨逸國家의 部分的 一部로서 並存하고 있  
다는 特別한 사정으로 말미암아 兩國의 主權은 自身の 國家領土에  
만 局限되고 兩國은 相對方의 內政과 外交에 關한 獨立성과 自主  
性을 尊重하여야 한다고 보아야지만 비로소 基本法과 一致되는 것  
이다.

4. 基本法 第23條는 “基本法이 當分間 獨逸聯邦國家의 諸州  
에만 有効하며 獨逸의 다른 部分(東獨)에는 聯邦에 加入된 後에  
만 비로소 効力이 發生한다”고 規定하고 있다. 이러한 規定이  
統一課業과 긴밀한 關係를 갖고 있다고 하는 것은 確實하나 그와  
같은 것이 問題가 된것은 아니다. 이 規定은 規定自体로서 뜻을  
가지고 있고, 그 內容으로 보아서도 基本法의 特徵을 이루는 重要  
한 規定이라고 볼 수 있다. 이 規定에 依하면 獨逸聯邦共和國은  
領土의으로 不完全한 것이다. 따라서 獨逸聯邦共和國은 獨逸의

다른 部分(東獨)이 獨逸聯邦共和國에 편입할 의사가 있어서 편입할 수만 있다면 上記 憲法의 規定에 따라서 可能한 限 빨리, 必要한 措置를 取할 義務를 가지고 있다. 獨逸聯邦共和國은 자신이 원하는 바와 같이 獨逸의 다른 部分(東獨)이 聯邦에 屬하게 될 때, 비로소 "完全"한 것이 되며 또한 그렇게 되기를 바라고 있다. 獨逸聯邦共和國이 그간 성숙한 狀況에 對하여 "法律的 側面"에서 門戶를 開放하고 있는것은 "다른 部分(東獨)이 聯邦에 편입하기로 決定하면 즉시 受容할 것을 단독으로 決定할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이러한 規定은 獨逸聯邦政府가 法律的 側面에서 다른 部分(東獨)을 단독으로 편입시킬 수 없으므로 相對方의 양해하에 수용할 수 있다는 條約上 하나의 의존관계에 따지는 것을 事前에 금지하기 위한 것이다. 이와같은 事前禁止措置는 獨逸의 다른 部分(東獨)이 그간 異質的 政體를 갖는 國家로서 組織되었으나 "受容"에 必要한 要件을 구비하게 되었을 때는 즉각 수용할 機會를 포착하여야 할 聯邦政府의 政治的 또는 事實的 義務와는 약간 다른 것이다. 基本法 第23條는 그간의 政治的 變化로 말미암아 無用하게 된것도 아니고 어떠한 法律的 理由로 廢止된 것도 아니다. 이 條文은 여전히 有効하다. 獨逸의 다른 部分(東獨)도 그간 獨逸民主共和國이라고 하는 하나의 國家로 發展하였고, 國家組織을 가지므로써 憲法을 갖게 되었으며 따라서 自身의 憲法에 의거해서만이 聯邦共和國과의 統合("편입")에 對한 의사를 밝힐 수 있는 것이다. 統合實現에 있어서 難題는

獨逸聯邦共和國이 獨逸民主共和國 内部의 國家法律의 發展過程에 아무런 法的인 影響을 줄 수 없다고 하는데 있다. 이러한 狀況은 獨逸의 다른 部分(東獨)을 受用할 수 있도록 門戶를 開放하고 있는 基本法 第23條의 憲法上的 義務에는 저촉되지 않는 것이다. 基本法 第23條의 門戶開放이라는 憲法的 規定은 금번의 基本條約에 있어서도 변경되지 않고 있다. 환언하면 獨逸의 다른 部分(東獨)을 受用할 때에는 獨逸民主共和國의 法的 意思에 따른다는 基本條約의 規定은 獨逸의 다른 部分(東獨)이 獨逸民主共和國이라고 하는 한 國家내에 組織된 後 合法的인 것을 再確認한 것에 불과하다. 이것은 모든 基本條約規定이 基本法 第23條의 義務를 履行할 聯邦政府의 法的 態勢가 條約違反의인 態度라고 解釈되어서는 안 된다고 하는 것을 의미한다. 獨逸聯邦共和國은 基本條約이 發効된 후에도 法的으로 하나의 自由로운 獨逸國家로서 남아있어야 하는 것이다. 獨逸의 다른 部分(東獨)을 이와같은 自由로운 獨逸國家에 受容하여야 한다고 하는 것은 基本法의 法的 見解인 것이다. 이것은 獨逸이 尙차 共產主義에 의해서 統合되어야 한다고 하는 獨逸民主共和國의 政治的 信念과는 反對되는 것이라 하겠다.

5. 基本條約이 基本法 第16條와 第116條 第1項의 國籍에 관한 條項과 일치한다고 하는 것을 알기 위해서는 다음과 같은 考察이 必要하다. 聯邦共和國은 議定書에 基本條約이 “國籍問題는 저촉하지 않는다”고 천명하고 있다. 그러나 國籍問題가 “解決”되지 않았다는 것으로 基本條約이 基本法 第16條와 第116條

第2項의 国籍規定에 “영향”을 주느냐 또한 준다면 어떠한 영향이 前記한 基本法의 規定에 위배되느냐 하는 등의 問題가 배제되었다고는 볼 수 없는 것이다. 基本法 第16條는 基本法 第116條 第1項에도 언급된 “独逸国籍”이란 独逸聯邦共和国의 国籍을 의미한다고 規定하고 있다. 이 말은 独逸国籍이란 独逸聯邦共和国의 国民만을 意味하는 것이 아니라는 뜻이다. 独逸聯邦共和国은 他國에 의한 国籍의 剝奪을 認定하지 않고 있다. 独逸聯邦共和国을 또한 他國에 의한 国籍의 박탈을 法的으로 인정하여서는 안될 것이다. 国籍의 박탈은 独逸聯邦共和国의 見地에서 보면 아무런 效力도 없는 것이다. 基本法에 規定한 独逸国籍을 所有한 基本法에 따른 独逸人의 地位는 如何한 措置에 의해서도 減少되거나 減縮되어서는 안되는 것이므로 独逸聯邦共和国도 이 規定에는 저촉될 수 없다. 이러한 独逸人의 地位는 故國이 自國民을 保護하여야 한다는 義務에서 유래된 것이다. 独逸國民은 그가 独逸聯邦共和国의 法에 따라서 法廷에서 자기의 權利를 찾기 위하여 努力하는 것을 拋棄하지 않는한 그가 何時라도 独逸聯邦共和国의 國家法律에 의한 보호를 받을 수 있다는 것도 故國의 보호의무에 속하는 것이다. 따라서 聯邦憲法裁判所는 外國이 아닌 独逸民主共和國의 法院의 判決에 대해서도 公共秩序를 적용시키도록 하였던 것이다 (聯邦憲法附屬法律 11,150[160]). 이와같은 논리는 다른 事項에도 適用될 수 있어야 하는 것이다. 어느경우를 막론하고 独逸民主共和國 國民이 基本法 第16條 및 第160條 第1項에 규정한 独逸人으로

취급되어서는 안된다는 방향으로 基本條約을 解釈하여야 한다면 基本條約은 確實히 基本法에 위배된다고 보아야 옳을 것이다. 그러므로 獨逸民主共和國은 基本條約이 發効된 後라고 할지라도 獨逸聯邦共和國에 대하여 外國이 아니라고 解釈되어야 基本條約은 合憲的이라고 하는 結論이 나올 수 있는 것이다. 또한 獨逸聯邦共和國은 獨逸民主共和國의 國籍法에 구애받지 않고 獨逸民主共和國 國民이 獨逸聯邦共和國의 保護區域(領土)이나 獨逸聯邦共和國의 憲法의 効력이 미치는 곳에 있을 때에는 基本法 第116條 第1項과 第16條에 따라서 獨逸民主共和國 國民을 獨逸聯邦共和國 國民과 똑같이 취급하여야만 基本條約의 合憲성이 인정될 수 있는 것이다. 그러므로 獨逸民主共和國國民은 基本法의 効력이 미치는 곳에서는 獨逸聯邦共和國의 司法權의 保護를 公적으로 향유하고 基本法 第14條의 基本權을 包含한 基本法에 규정된 모든 基本權의 保障도 향유할 수 있는 것이다. 만약 基本條約이나 또는 基本條約을 수행하기 위한 어떠한 合意事項이 基本法이 부여하는 憲法的保護를 감축한다면 이것은 분명히 基本法을 위반한 것이라고 간주되어야 하는 것이다.

6. 基本權은 또한 "財産問題에 대한 相異한 法的地位때문에 基本條約에 의해서 조정될 수가 없다"고 하는 議定書의 記錄도 같은 意味로 해석되어야 한다.

7. 聯邦政府가 基本法 第116條 第1項에 규정된 모든 獨逸人을 保護하고 돌보아야 한다고 규정하고 있는 基本法의 義務規定이

基本條約에 위배되지 않는것도 基本條約의 上述한 特性에서 추리할 수 있는 것이다. 聯邦政府는 基本法의 効力이 미치는 범위에서 자신의 海外公館을 통하거나 혹은 聯邦共和國이 加入한 國際機構를 통하여 發言하고 영향력을 행사하고 “獨逸國”의 利益을 위하여 介入한 權能을 所有하고 있으며 나아가서 基本法 第116條 第1項에 規定된 獨逸國民이 그들의 權利와 基本權의 效果的인 保護를 받기 위하여 獨逸聯邦共和國의 官庁을 찾아왔을 때에는 도와줄 수 있는 權能도 中絶과 다른없이 소유하고 있는 것이다. 이점에 있어서 獨逸聯邦國으로서 본래에 있어서도 獨逸聯邦共和國國民과 “다른 獨逸國民” 사이에는 아무런 法的 차이가 없는 것이다. 基本條約의 特性은 基本條約이 “根本原則的 條約”으로써 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國사이의 특별한 法律關係를 設立한 中絶의 여러가지 法律原則(消滅하지 않았지만 아직까지 再組織되지 아니한 獨逸全體의 法律事項과 獨逸全體에 대한 四大強國의 責任事項과 더불어 獨逸內에 있는 두개의 國家를 다른 어떠한 兩國間的 正常的 國際條約보다 더 緊密하게 相互關聯 지우는 하나의 새로운 法律原則)을 추가해서 이루고 있다고 하는데 있다.

8. 伯林的 法的地位는 예로부터 獨逸聯邦下院과 聯邦上院 및 聯邦政府와 州政府 그리고 聯邦憲法裁判所가 基本法을 援用하여 고수하였던 바 基本條約도 이러한 伯林的 地位를 변경시킬 수 없다. 基本法은 미래에 있어서도 聯邦이나 各州의 憲法機關에 이러한 法的地位를 無조건 守護하고 그를 위하여 介入할 義務를

부여하고 있다. (西)伯林에 관한 兩側의 聲明도 오로지 이러한 관점에서 解釋하고 理解하여야 할 것이다. 聲明書 第1項의 양해 사항은 附屬議定書 第7條의 協定과 規定이 1971年 9月3日의 四大強國協定에 따라 (西)伯林에 擴大 適用될 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 이 양해 사항도 聯邦共和國을 위하여 행동하는 모든 機關의 基本法上的 義務를 絶대로 제한할 수 없는 것이다. 이때에 基本法上的 義務라고 하는 것은 内容上 伯林州와 伯林州民에 擴大 適用될 수 있는 協定과 合意事項을 獨逸民主共和國과 締結할 때에는 이러한 協定과 合意事項이 伯林에 擴大適用되어야 한다고 주장하고 伯林에 관한 聯合國의 留保事項을 보류해두고 "1971年 9月3日의 四大強國協定에 따라서" 基本法의 効力範圍에 해당하는 法的地位에 대한 伯林과 伯林住民의 法的地位가 감소되어서는 안된다고 주장하여야 할 義務를 의미하며 이러한 主張이 관철될 때에만 前記 協定과 合意事項을 獨逸民主共和國과 締結할 義務를 지칭하는 것이다. 獨逸民主共和國內에 있는 獨逸聯邦共和國의 常駐代表部가 (西)伯林的 "利害關係도 代理行使하여야 한다고 하는 第2項의 合意事項도 同一한 法理論的 根拠에 의거하고 있다. 第3項에 암시된 "獨逸民主共和國과 西伯林州政府間의 合意可能性에 관한 規定"은 伯林州가 基本法에 따른 法律秩序를 준수하여야 한다고 하는 것을 끝으로 明白히 밝혀둔다.

9. 지금까지 基本條約의 해석을 위해서 上述한 것은 모두 附屬議定書 第7條에 언급되어 있고 그리고 基本條約實施를 위한

獨逸民主共和國과의 後統條約이나 合意事項의 締結時에도 의 미상으로 보아서 해당되는 것이다. 例컨대

a) 附屬議定書 第7條 第5號에 言及된 通信協定도 獨逸聯邦共和國 및 獨逸民主共和國國民의 자유를 제한하거나 감축할 수 없다. 附屬議定書 第7條 第1號에 언급된 現存協定에 따른 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 交易은 앞으로 이 文易이 진척될 때라도 對外貿易으로 變質되어서는 안된다. 환언하면 이 交易에 대하여 對外貿易에 부과되는 關稅의 障壁이 合意되어서는 안된다는 것이다.

b) "프로그램"作成時 政府의 영향을 받지않는 텔레비와 라디오에 관해서도 基本條約이 영향을 미쳐서는 안되며 獨逸民主共和國이 원치 않은 방송을 法的인 조치나 行政的인 措置를 통해서 저지하기 위한 法的根拠를 提供하여서는 안된다고 하는 것을 確實히 밝힐 必要가 있다. 방송국 自体의 一般의 요강에 따라 現存 放送機構에 의하여 獨逸聯邦共和國內에서 방영되는 방송은 基本條約에 위배된다고 볼 수 없는 것이다. 獨逸聯邦共和國은 방송기구의 자유를 제한하는 어떠한 合意事項도 받아들여서는 안되는 것이다. 환언하면 基本法 第5條의 基本權은 締約當事者中 어느 一方이 相對方의 어떠한 방송프로그램이 자기의 內政을 간섭하는 것이므로 基本條約의 義務履行上 금지되어야 한다고 主張할 때라도 하등 제한되어서는 안된다.

c) 結社의 자유에 대한 基本權도 마찬가지이다. 어떠한



団体の 綱領이 締約相手方の 기호에 맞지 않는다고 하여도 이  
団体が 基本法에 입각한 질서를 준수한다면 실사 締約相手方이 이  
団体の 目的과 宣伝이 基本條約의 내용과 정신에 위배된다고 비난  
하면서 이 団体が 独逸民主共和国의 内政에 간섭하므로 이 団体を  
締約義務를 이행하기 위하여 금지하여 달라고 요구하더라도 基本法  
第 5 條의 基本權은 制限되어서는 안되는 것이다.

a) 聯邦政府와 聯邦 및 各州의 모든 公共機關은 独逸聯邦  
共和國과 独逸民主共和國사이 에 存在하는 共通點에 대해서 뿐만 아  
니라 生活秩序와 法律秩序의 側面에 있어서의 世界觀的인 政治的인  
또는 社会的인 差異點에 대하여서도 대중인식을 작성시켜야 할 憲法  
上의 義務를 가지고 있다. 基本條約은 前記 公共機關의 이러한  
義務를 면제시켜 준다고 해석되어서는 안된다. 上記 分野에 있어  
서의 聯邦政府의 自由와 聯邦政府의 自由民主秩序를 위한 憲法的  
活動을 独逸民主共和國에 대한 内政干渉으로 간주하고 基本條約의  
내용과 정신에 위배되며 따라서 基本條約 違反이다 라고 主張하면  
서 制限하려고 시도한다면 이것은 곧 反憲法的인 처사라고 보아  
야 할 것이다.

e) 결국 独逸聯邦共和國과 独逸民主共和國사이의 境界上에서  
일어나고 있는 事件 즉 장벽, 철도망, 死線과 사격명령등과 같은  
사태는 전적으로 基本條約에 위배된 것이라고 하는 것을 여기서  
명백히 밝혀둔다.

## VI.

끝으로 本判決을 論證하기 위해서는 다음과 같은 몇 가지 해명이 必要한 것이다.

1. 上述한 論述은 基本條約을 마치 聯邦立法府가 制定한 하나의 法律처럼 취급하고 있으며 條約의 해석에는 특별한 한계점이 있다고 하는 것을 도의시하고 있다. 그러나 도의시된 한계점은 基本條約前文에 明示되어 있는 바와같이 “國家的 次元의 問題”에 관하여 締約當事者는 意見의 一致를 보지못하였다고 하는데에 合意하였다는 根本的 問題에 관한 의견차이에 비추어서 모든 基本條約에 대한 合憲的인 해석을 檢討하여야 한다고 하는 事實을 고려하면 보충될 수 있을 것이다. “國家的 次元의 統一性問題”에 合意를 못보았다고 하는 것은 이와같은 問題를 包含한 모든 根本問題에 대한 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國間의 의견차이는 문제시하지 않는다는 것을 意味한다. 이와같은 見解는 獨逸聯邦共和國이 締約當事者로서 基本法에 따라서 요구하여야 할 結論을 判決이 基本條約에 대한 異見으로 부터 도출한다면 이 경우에는 條約의 解釋에 관한 特別規定에 相當한 措置인 것이다.

2. 上述한 설명을 고려하여 보면 實踐을 目的으로 한 하나의 條約으로서의 基本條約은 存在하고 있다고 하는 事實으로서도 그리고 그 내용으로 보아서도 뿐만 아니라 장래의 後統條約에 대한 基本的 윤곽을 제시하고 있다는 점으로 보아서도 法律的 側面에서 대단히 중요한 것이다. 基本條約의 내용에 전적으로 관계되지 않는 설명

이라고 할지라도 判決理由에 관한 진술은 모두 聯邦憲法裁判所의 司法權이라는 견지에서 보면 必要的 것이고 또한 그러한 진술은 判決을 내릴 때에 必要的 理由의 일부를 구성하고 있다고 보아야 할 것이다.

3. 獨逸民主共和國은 基本條約이 發効(1973年 6月20日)되기 전에 聯邦憲法裁判所에 계류중인 公判에 관하여 양지하고 있었으며 聯邦政府와 모든 憲法機構, 聯邦 및 各州의 法院과 官庁이 聯邦憲法裁判所의 判決에 승복하여야 한다는 것을 양지하고 있었고 立法時 聯邦政府의 法的陳述內容이 本質에 있어서 이 判決로 拘束力을 갖게 된 法的見解와 모순되지 않는다는 것을 알게 되었으며 그리고 基本條約 批准時 通告된 獨逸의 統一性에 관한 공한을 包含한 基本條約法의 聯邦法律官報에 公告된 全文을 알고 있었다. 獨逸民主共和國은 聯邦政府로 부터 聯邦政府가 基本法과 一致하는 범위내에서 基本條約을 縮結할 수 있다는 통고를 받았는데 그때에 아무런 反對意見도 제출하지 아니하였던 것이다. 이러한 사태발전은 國際法的인 側面에서 分析·檢討함에 있어서도 基本法에 따라 必要的 基本條約의 설명을 條約相對方에게 알려주는 데 적합한 것이다. 이와같은 일은 만고에 例外的으로 한 締約當事者가 締約相對方에게 條約이 어떠한 解釈에 있어서 國內憲法에 反對된다고 하는 것을 인정할 수 있었고 認定하지 않으면 안되었지 않느냐 하는 것이 問題가 된다면 國際政治現實에 있어서 意義를 가질 수 있는 一般 國際慣習法의 命題와 一致한다고 할 수 있다.

VII.

이 判決은 全員一致로 決定한 것이다.

判事 ; 쏘이펠트法官, 슈라프렌들루博士, 루프博士, 가이거博士, 락슈法官, 링커博士, 반트法官.

XIV. 1973年 7月31日字의 聯邦憲法裁判所

公報處 發表

發 表 文

聯邦憲法裁判所 合議 第2部는 오늘 判決文에서 밝힌바와 같이 東西獨基本條約이 基本法에 違背되지 않는 合憲이라고 判示했다.

이 判決文은 全文이 6章으로 되어 있다.

第1章에는 聯邦의 政治問題나 또는 聯邦立法府에 속하는 對象이 東西獨基本條約에 規定되어 있으므로 聯邦議會의 批准을 必要로 한다고 했다.

第2章은 聯邦憲法裁判所의 權限을 밝혔다. 이에는 '規範審議로서 條約과 關係되는 事項이 違憲인가에 對한 것이다.

이와 關係하여 聯邦憲法裁判所와 其他 다른 憲法機關과의 基本法的 關係도 闡明했다. 소위 法院의 自體制限은 同判決文에 따르면 自由스런 政治의 形成權을 위하여 憲法的 裁量範圍를 認定해야 한다는 것이다. 즉 憲法이 許容하는 範圍內에서 政治的 活動範圍은 憲法裁判所가 干涉할바가 아니며 이는 政治的 裁量범위에 속한다는 것이다.

第3章은 基本法 規定에 따른 獨逸의 法的地位였다.

이에 의한다면 1945年 멸망한 獨逸은 戰爭으로 인하여 法的으로

完全 消滅한 것이 아니라 滅亡을 극복하고 國際法的 主体를 持續시키고 있다는 것이다. 그러나 全体國家로서는 制度的 瑕玼 때문에 國際法的 行為能力이 없다는 것이다. 이 全体獨逸이 獨逸國民을 갖고 있는 것이다. 이와같은 全体國家 全体國民에 의하여 獨逸聯邦共和國는 不可分의 一部이며, 聯邦共和國의 地域 역시 全体獨逸 地域에 一部에 屬하는 것이라고 밝혔다. 이어서 同判決文은 獨逸聯邦共和國는 全体獨逸과 部分的으로 同一性을 유지하며 獨逸의 一部分이 재조직되었다는 것에 어떤 影響도 주지 못한다.

獨逸聯邦共和國는 그의 高權行使에 있어 基本法이 効力을 미치는 곳에, 限定시켰으나 그의 책임은 全獨逸에 미친다. 獨逸民主共和國 역시 全体獨逸에 屬한다. 그리고 聯邦共和國 獨逸과의 關係에서 外國이 아니다.

基本法의 再統一要求는 獨逸聯邦憲法機關이 政治的으로 統一을 拋棄해서는 안되며 모든 憲法機關은 이 目的을 達成하는데 그들의 政策이 作用하고 이런 目的을 위하여 統一의 要求를 內的으로 작성유지 해야하며 外的으로는 積極的으로 이를 主張하고 統一을 沮害하는 것은 行하지 말아야 한다는 義務를 밝히고 있다.

이런 憲法的 要求속에서의 政治적계량의 範圍가 憲法的으로 무엇이냐에 對하여는 聯邦政府가 基本法에서 派生되는 權源을 拋棄해서는 안되며 그 權源이란 獨逸民族自決權과 統一이라고 했다.

이외에도 또한 聯邦政府의 政策이 基本法에 違背되는 根源을 만들어서도 안된다고 했으며 이런 目的을 向하여 政策을 樹立해서

도 안된다고 했다.

第4章에서는 다음과 같이 判決理由를 밝혔다;

條約에 나타난 보다는 政策과 關聯하여 基本法規定과 마찬가지로 유사한 方法으로 獨逸統一問題가 最終적으로 解決될 수 없다는 논조가 나온다. 실사 그것이 과도적인 規定이 아니고 兩獨關係에 對한 規定을 위한 새로운 基本이라 하더라도……

同條約은 二重的 性格을 지니고 있다. 즉 그의 性格으로 볼때는 國際法的 條約이다.

條約의 特殊性에 따라 볼것 같으면 內國 關係다.

第5章은 다음과 같이 말 하고 있다(가장 긴 章임),

同條約은 基本法의 再統一要求에 違背되지 않는다. 즉, 그條約은 分斷條約이 아니다.

獨逸國民이 그國民의 統一國家를 다시금 組織할 수 있다는 可能性을 聯邦共和國이 오늘이다, 또는 미래다 하고 規定하고 있지 않다.

基本法은 統一을 即時 이루라고 規定된것이 아니라 長期的過程을 통하여 점진적으로 獨逸民族의 自決權의 原則을 바탕으로 成就되어야 한다고 되어있다.

2. 條約 第3條 3項은 特殊性을 갖고있는 國境을 保障하고 있다.

이곳에서 말 하는 特殊性이란 獨逸聯邦共和國의 各州들의 國境과 같은 그런 國境의 保障이다.

3. 同條約 第6條의 規定은 自國의 地域과 相對國獨立의 尊重,

國內外問題의 各國의 自治權등에 行使되는 自國의 高權行使의 自主  
制限權은 兩獨이 全體獨逸의 一部分으로서 特殊關係를 갖는다고  
되어 있다.

4. 基本法 第 23 條는 獨逸聯邦共和國이 他獨逸國에 예속되는  
것을 禁止하고 있다. 獨逸聯邦共和國이 獨逸民主共和國에 어떤 영  
향도 가 하지 않는다는 條約 規定이 基本法 第 23 條를 위배한  
것은 아니다.

5. 基本條約 第 16 條에 따르면 獨逸國籍은 同時에 獨逸聯邦共和  
國 國籍이라고 되어 있다.

基本法이 뜻 하는 獨逸國籍은 獨逸聯邦共和國의 國民만을 말 하  
는것은 아니다. 獨逸國籍을 가진자가 他國家를 認定치 않는다고  
해서 聯邦共和國國籍을 喪失 하는것은 아니다.

어느境遇가 西獨의 基本法이 말하는 獨逸國民이어야하면 獨逸聯邦  
法에 따라서 자기의 基本權을 憲法裁判所 법정앞에서 請求할 수  
있고 基本法이 規定한 모든基本權의 請求를 主張할 수 있는 位置  
에 到達했을때가 獨逸國民인 것이다 (註 外國人の 基本權은 西獨內  
에서 制限되어 있음).

6. 獨逸聯邦共和國政府는 前과 마찬가지로 모든 獨逸人을 基本  
法 第 116 條 1 項에 따라 保護해야 하며 最小의 生活을 保障해야  
한다. 즉 基本法의 効力이 미치는 範圍안에서, 그러니깐 外國駐在  
獨逸公館內의 獨逸人, 國際機構內의 獨逸人 등이며, 이리 한곳에 基本  
權의 영향이 가도록 積極性을 띄어야 한다.



7. 東西独基本条約은 伯林의 法的位置에 어떤影響도 주지 않았다.

8. 基本条約을 모체로한 부수적 条約規定도 역시 위헌이 아니다.

東西独의 새신헌정이 独逸聯邦共和国內의 独逸人이나 独逸民主共和國內의 独逸人, 어느누구의 基本權 즉 基本法 第10条가 規定한 通信의 自由가 制限받지 않았으며 第5条가 規定한 言論의 自由도 制限하지 않았다.

東西独의 상거래는 外國을 相對로 하는 貿易去來가 아니다.

条約의 解釈上 一定한 放送에 限하여 東西独이 相互 방영하겠다는 規定 역시 基本法 第5条 言論의 自由에서 派生되는 放送자유의 原則을 制限한 것은 아니다.

이와 同一한것이 결사의 自由다.

憲法機關은 一定한 憲法的 義務가 주어져있다. 이러한 憲法機關의 憲法的 義務가 基本条約規定때문에 없어졌다고 東西独基本条約을 해서는 안된다.

基本条約이 東独의 主權行使와 國境을 承認한것은 앞장에서 밝힌 바와 같이 憲法的問題가 없으나 同条約이 東独의 장벽, 철조망 및 西独으로 越境하는자에 對한 東独側의 死殺權 등을 認定하는 것은 違憲이다.

第6章에서 条約內容과 關係없는 判決理由도 聯邦憲法裁判所로서 關聯지어야 하는 것이기 때문에 이를 判決理由로 採択했다고 明白히 밝혔다.

이 判決文은 이어서 이判決文이 独逸民主共和國에 對하여 國際法

的으로 어떤 意味가 있는가도 밝혔다.

칼스루헤 1973.7.31.

D. 聯邦憲法裁判所 裁判官 로트만博士에 對한 바이에른  
州政府의 1973年 5月 28日字의 기피신청심사

I. 1973年 5月 28日字의 바이에른 州政府의 忌避申請

(테렉스)

바이에른州政府首相

문헌 1973.5.28.

聯邦憲法裁判所

合議 2部 貫下

75. 칼스루헤

案 件 ; 1972年 12月 21日 署名한 東西獨基本條約에 對한 法の  
違憲審査에 關한 審議

法官忌避

1973年 5月 22日 基本條約의 効力에 對한 假處分申請을 한바  
있는 바이에른 州政府는 聯邦憲法裁判所法 第 19條에 依奭 聯邦憲法  
裁判所 判事 Joachim Rottmann 博士가 裁判에 "편견"적일 우려가

있기 때문에 공정한 判決을 위하여 그를 裁判官으로 任命한것을 忌避하는 바 입니다.

理由 ; 地方新聞報道에 따르면 (Badische Neueste Nachrichten 1973年 4月 28日字) 로트만 判事는 自民黨 칼스루헤 市 地区黨에서 東西獨 基本條約에 関한 講演會를 가진바 있다고 되어 있다. 이는 中立을 지켜야 할 裁判官으로서 裁判前에 自己의 意見을 示했었다는 것을 裁判에 重大한 影響力이 갈 念慮가 있다 하겠다.

新聞에 報道된 그의 講演內容에 따르면 아데나워首相이 當時의 現實主義를 認定한 나머지 獨逸分斷을 認定한 바와 같이 브란트-셸 政府 역시 現實을 勘案하면서 東西獨基本條約을 締結한 것이라고 되어 있다. 이어서 그는 東西獨은 서로가 獨立된 主權國家라고 했으며 兩獨間의 關係는 國際法에 따른다고 했다. 또한 그는 基本條約이 “大使”交換이라는 外交의 문구를 示했다 해도 同條約의 國際法的 性格에는 어떤 影響도 주지 못하며 따라서 基本條約은 完全한 外交關係를 豫상한것이 라고 했다. 結論에 이르러 同 演士는 聯邦政府의 東方政策을 歐羅巴 平和에 眞正하고 重要한 기여를 한 것이라고 評했다.

上記 演士의 發言의 重點을 政治的인 것이었기 때문에 聯邦憲法 裁判所法 第18條 3項 2號의 例外構成要件을 充足한 것이 아니다.

名譽博士 判事 고펜

新聞記事

聯邦憲法裁判所 判事 로트만 博士;

東西獨을 同等權의 國家

自民黨支部黨은 獨逸政策에 關하여 로트만 博士와 討議하다.

1947年에 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國이 새로이 樹立됨으로서 實質的 面에서 볼때 늦어도 이때는 滅亡한 獨逸諸國은 國家法의 으로도 역시 이때 消滅한 것이다. 單一國家라는 國家意識이 兩獨間에 存在하지 않기 때문이다.

이와같은 法的見解를 聯邦憲法裁判所 判事 로트만 博士가 칼스루헤 自民黨 支部黨이 주재하는 講演場席上에서 東方條約締結後의 獨逸에 對한 法的狀況에 關하여 라는 題目에 對하여 演說했다.

칼스루헤 自民黨 支部黨委員長이며 市長인 Renberger 博士로부터 환영을 받은 로트만 判事는 그의 講演初에 前後 獨逸問題 變遷에 對한 觀望도 對하여 演說했다.

東歐軍事同盟의 一員이며 蘇聯과 함께 西伯林을 占領하려고 시도하는 東獨이 있는가 하면 타면에 있어서 東獨을 蘇聯의 支配領域에서 離脫시키도록 시도하는 獨逸聯邦共和國이 있다는 것이 歐羅巴 平和安全을 위해 얼마나도 위험한 것이냐고 말했던 것이다.

東西獨이 戰爭도 하지않고 아무도 원하지 않는 分斷狀態를 維持

하고 이렇다할 變化도 없이 冷戰만 거듭하는 것이 獨逸國民을 위하여 얼마나 슬픈일인가 라고 말했다. 이어서 그는 그러나 현 브란트 政權이 東方條約을 締結한 것은 이러한 고통을 다소나마 減少시키기 위한 것으로서 1949年 부터 1963年 동안 政權을 지워온 아테나워政府가 分斷을 기정사실로 認定하여 現實主義政治를 하여온 바와 같은 現實政策이다 라고 했다. 로트만 博士는 率直한 法的見解를 밝혔다. 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國는 相互主權國家처럼 代置되어 있다. 그들의 法的關係는 國際法에 마르고 있다. 基本條約이 "大使"라는 用語를 避하고 "代表"라는 用語를 使用하고 있으나 이로서 條約의 國際法的 性格을 變質시키지 못 하는 것이기 때문에 同條約에 따라 完全한 外交關係가 樹立된 것으로 豫想된다고 했다.

演士는 結論에 가서 聯邦政府의 東邦政策은 歐羅巴 平和를 위한 進境하고 重要한 기여라고 評했다.

同條約締結로 말미암아 兩獨間의 國境 紛爭은 解消되기 시작했다. 西伯林의 國際法的인 安全과 西伯林 通路의 自由通行, 東伯林 및 東獨旅行의 緩和는 兩獨國家에 居住하는 國民에 對한 意義있는 發展이라는 것이 로트만 判事의 要旨였다.

Ⅲ. 1973年 5月4日字의 Badische Neueste Nachrichten

紙의 독자란 투고

政府는 統一政策을 確固히 維持하고 있다.

東西獨이 同等權의 國家라는 1973年 4月28日字의 貴紙報道에 의하여 독자들은 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士의 法的見解를 잘 읽었습니다.

이에 따르면 獨逸諸國은 國家法的으로 볼때 消滅했으며 東西獨基本條約締結로 인하여 兩獨間의 完全한 外交關係가 예상된다고 했습니다.

로트만 博士의 見解는 聯邦政府外相과 自民黨見解와도 다른 것입니다.

또한 聯邦憲法裁判所의 과거판시와도 상치됩니다. 오늘날까지의 法的支配說은 獨逸帝國이 消滅된것은 아니라고 했습니다. 로트만 博士는 單一獨逸國家 認識이 없다고 했습니다.

이같은 判斷은 과연 東西獨의 國民이 그렇게 생각하고 있는지에 對한 具體的인 認識을 前提로 하는 것입니다.

연사가 獨逸軍民이 分斷을 現實的인 問題라고 생각하고 있다고 주장하기 전에 그는 구체적인 資料를 내어 놓았어야 했습니다.

兩獨間의 戰爭없이는 分斷狀態의 變化가 있을수 없다고 한것은 統一의 可能性을 부정한 말입니다.

遼逸聯邦共和國는 武力에 의한 統一을 거부하고 있습니다.

解放後 어떠한 聯邦政權도 統一을 政策을 確固히 하고 있으며 잘 알려져 있는바와 같이 憲法前文 역시 이를 明文化 하고 있습니다.

基本條約에는 東西獨의 完全한 外交關係를 規定한 것이 아니라, "特殊性의 關係" 라고 못 박고 있는 것입니다.

아마도 로트만 博士가 그렇게 말함으로써 自己黨을 위하여는 좋은 일이었는지 모르겠습니다.

어느정도 이해할 수도 있겠지요.

가장 잘못된 것은 그가 基本條約에 對한 違憲與否判斷을 내려야 할 判事로서 이와같은 말을 했다는 것입니다.

라이프홀츠 教授는 黨財政支援에 對한 判示를 내려야 할 때 判示以前에 學說論難에서 이問題에 對한 論文을 發表했다고 해서 편견우려를 理由로 忌避당했습니다.

이같은 事實이 로트만 判事에게도 잘 알려져 있을 것입니다. 따라서 다음과 같은 세가지를 質問합니다.

1. 이미 裁判官으로서 忌避당할 것이라는것을 確信했기 때문에 그같은 發言을 했는가?
2. 그는 그렇게 말을 하므로써 그의 態度와 法院이 不信을 당하고 그의 명예가 損傷되리라는 것을 알지 못했는가?
3. 또는 自己가 公開席上에 나타나는 것이 政治家로서의 出筭이라고 생각하면서 나타난 것인가?

以上과 같은 공공연한 發言이 얼마나도 危險한 장난인가는 내일 이면 社民黨所屬 聯邦憲法裁判所 裁判官이 社民黨支部黨에서 講演을 할 수 있고 (社民黨支部黨이 主權하는 講演場에서) 또 다음날은 기민黨 所屬裁判官이 똑같은 일을 할 수 있으니 말이다. 이렇게 되는 境遇 結果는 뻔한 것이며 聯邦憲法裁判所는 終止符를 찍어야 한다.

Gerold Benz

IV. 칼스루헤 自民黨 支部黨 委員長 레벨거博士의 說者의 원지

(Badische Neueste Nachrichten 紙 1973.5.8 日字)

“法的으로 옳지않다는 것을 알고 있는가”

칼스루헤 出身 國會議員 Benz 는 지난 金曜日版 說者의 난을 通하여 로트만 判事의 講演要旨을 통박했다.

이에 대하여 칼스루헤 自民黨支部黨 委員長 레벨거 博士가 意見を 피력하고자 한다.

벤즈너는 우리黨이 主權하는 公開席上에서 聯邦憲法裁判所 判事が 最高의 論難거리인 法的問題를 피력했다고 독자난을 통해 야유했다.

만일 聯邦憲法裁判所가 이問題를 取扱한다면 이는 裁判官 기외에 該當될 것이라고 했다.

이러한 그의 主張은 聯邦議會 國會議員으로서 法的 無知를 나타낸 것이다.



1970年議會는 該當事件審議에 對한 學問的인 見解 發表는 法官忌避要件인 “전견”에 該當되지 않는다고 立法했기 때문이다.

以外的 問題는 즉 獨逸帝國이 國家法的으로 오늘날까지 存続하고 있는가라는 法的問題는 벤즈議員 自身이 憲法學을 공부해서 判斷하는 것이 좋을 것이다.

그렇게되는 境遇는 自작적인 學問的 見解가 나오지 않을 것이다.

한法官이 公開席上에서 法的問題를 외력하므로서 聯邦憲法裁判所가 被害를 입었을 것이라는 主張은 옳지 않다고 생각한다. 過去에도 이런일은 있었고 그로말미암아 裁判所의 名譽가 毀損된적이 없기 때문이다.

聯邦國會議員으로서 그런 말을 한것이 오히려 聯邦憲法裁判所에 被害를 갖다준 것이다.

칼스루헤 自民黨支部黨 委員長

Horst Rehberger 博士

V. 바이에른州政府에 보내는 聯邦憲法裁判所의 書信

1973年 5月 28日

聯邦憲法裁判所

1973.5.28.

합의 2부

2 BvQ1 / 73

바이에른州政府

首相 貴下

문 헌

案 件; 1972年 12月 21日 署名한 東西独基本条約法에 對한  
違憲審査

- 仮処分申請 -

1973年 5月 28日 字의 바이에른 州政府의 忌避申請에 對하여  
聯邦憲法裁判所 判事 로트만 博士는 다음과 같은 公的見解를 밝힌  
다.

내가 輿見이 있었다고 느끼지도 않으며 輿見인적도 없습니다.

1973年 4月 27日 本人은 非公開 自民黨 칼스루헤 支部黨大會  
에서 基本條約의 內容과 西伯林에 對한 4大強大國協定에 關한  
講演을 가진바 있습니다.

伯林에 對한 4大強大國協定 內容에 關하여는 本人이 이미 지난  
學期에 기센大學校에서 講義한 바도 있습니다.

上記 黨大會에서 基本條約의 違憲여부에 對하여는 전혀 말 한바  
가 없습니다.

내가 또한 그런 강연을 했다면 시청자 自体도 흥미가 없었을  
것입니다.

主權者の 希望에 對하여 本人은 내가 聯邦憲法裁判所 判事이며  
합의 2 부의 裁判官이기 때문에 基本條約의 違憲與否에 對하여는 事  
前에 發설 할 수 없다는 것을 明白히 上기시켰읍니다.

忌避申請人이 들고나온 新聞報道는 나의 講演內容과 一致되는 것  
이 아닙니다.

많은 청중들의 見解가 討論을 通하여 옳다고 생각도 했읍니다.  
그러나 나의 말이 新聞에 報道될 어떤 理由도 없었읍니다.

貴下의 忌避申請이 어떻게 될지는 내일 火曜日 10 時까지 기다  
려야 겠읍니다.

副 院 長

Seuffert.

VI. 1973 年 5 月 29 日 字 바이에른 州首相의 書信

바이에른州首相

1973.5.29 9 時 30 分

聯邦憲法裁判所 副院長兼

第 2 合議部 裁判長 貴下

案 件 ; 仮処分申請과 基本條約法 違憲與否審査에 對한  
法官忌避申請

AZ.2 BvQ1/73 1973.5.28 서신에 대한 답신

바이에른 州政府은 로트만 判事의 問題의 發言에 對한 情報을  
앞서 指摘한 新聞紙上과 이와 關聯된 国会議院 벤즈 및 그의  
意見을 통박하는 自民黨 칼스루해 支部黨 委員長 레해벨그氏 等의  
讀者投告欄을 通하여 알았을 따름입니다. 따라서 우리의 忌避申請  
은 이같은 事實에 立脚한 것이며 이와 關聯된 로트만 判事의 公的見  
解에는 言及할 必要를 느끼지 않는바 입니다.

新聞의 報道와 이를 부정치 않았던 事實로 미루어 보아서 로트  
만 博士가 獨逸聯邦政府의 동방정책에 對한 國際法的 및 憲法的  
結論을 내렸으며 이는 過去憲法裁判所 判示가 憲法的으로 용납되는  
것이 아니라고 했으므로 忌避申請을 낸 것입니다.

타면에 있어서 그는 東邦政策을 公開的으로 변호 했으며 환영하  
여 政治的으로 호의적 評을 다 했읍니다.

東西獨基本條約은 聯邦政府의 東邦政策의 基本的 政策이기 때문에  
그와같은 聯邦憲法裁判所 裁判官으로서의 見解는 "원견"이 念慮  
된다고 보는 것입니다.

바이에른州政府 首相

名譽博士 남펠

VII. 1973年 5月29日 聯邦憲法裁判所の 決定

- 2 BvQ 1/73 -

聯邦憲法裁判所

- 2 BvQ.1/73 -

審議件

國民의 이름으로 1972年 12月2日 署名한 東西獨基本條約에  
對한 仮処分申請과 關聯된 로트만 裁判官에 對한 忌避申請을 處理  
한다.

忌避理由 "편견"이 念慮됨

聯邦憲法裁判所 合議2部

關與判事

當裁判所 副院長兼 合議

2部 裁判長 Seuffert

關與 判事

博士 V. Schlabrendorff

博士 Rupp

博士 Geiger

Hirsch

博士 Rinck

Wand

1973年 5月29日 決定

忌避申請은 理由없다.

理 由

I.

1. 바이에른 州政府는 로트만判事가 裁判에 参与하는 것은 裁判決定에 "편견"이 있을 우려가 있다고 하여 1973年 5月28日 그를 忌避했다.

忌避理由는 다음과 같다;

1973年 4月28日字 Badische Neuesten新聞에 依한다면 上記法官이 自民黨 칼스 루해 支部黨이 招請한 講演에서 東邦條約에 따른 獨逸의 法的狀況에 關係 意見을 闢력했다는 것이다.

그의 意見이 裁判에 "편견"이 있을 우려가 있다는 것이다.

1949년부터 1963年 까지의 政治가 獨逸分斷을 實質적으로 承認하므로서 分斷의 基本이 된 것이며 이것 역시 當時의 現實政策인 것처럼 오늘 締結된 東邦 역시 마찬가지로 現實政治다 라고 그가 主張했다는 것이다.

이어서 그는 獨逸聯邦共和國과 獨逸民主共和國은 서로서로 主權國家다. 兩獨關係는 國際法的關係다. 基本條約에는 完全한 外交關係를 맺도록되어 있다.

聯邦政府의 東方政策은 歐羅巴 平和를 위한 기여다. 以上과 같은 發言의 核心은 政治的인 面이기 때문에 聯邦憲法裁判所法 第18條3項 第2號의 例外構成要件에 저촉되지 않는다.

2. 忌避당한 法官은 忌避申請에 對하여 다음과 같은 要旨를 말 했다.

그는 上記 講演場所에서 基本條約內容과 西伯林에 관한 4大強大國協定에 對한 紹介講演을 했다. 이 問題가 憲法에 저촉되는지에 對하여는 한마디도 하지 않았다. 主体者의 干渉이 있었으나 그에게 자기는 聯邦憲法裁判所 合意2部裁判官으로서 그에 對한 見解를 裁判前에 發설하는 것은 禁止라고 뚜렷이 밝혔다. 신문지상보도 內容은 自己의 發言과 거리가 멀다. 新聞에 보도된 內容의 一部는 그곳에 參與한 傍聽者과의 討論에서 있었던 일이다. 그러나 나와는 關係가 없다.

本裁判部는 바이에른州政府에게 이판시에 對한 見解를 發見할 機會를 부여한다.

II.

申請은 理由없다.

1. 한法官의 中立性이 의심스러울만한 合理的 理由가 있을 때는 聯邦憲法裁判所法 第19條에 따라 忌避는 効力を 발생시키는 것이다.

忌避당한 法官이 實質的으로 中立의이 되지 못하거나 또는 편견  
적이어야 함을 必要로 하는 것은 아니다.

또한 자기 자신이 스스로 편견이 있다고 하기를 꾀하는 것도  
아니다.

決定的인 것은 法官의 客觀的이며 事前發言이 아니라는 疑心이  
갈만한 原因이 되었는데에 달려 있다.

2. 이와같은 價值評價에서 聯邦憲法裁判所法이 構成要件을 規定  
할때 特別한 測定을 前提로 한것인가에 對하여도 考慮 해야 한다.  
즉 가문도 어떤 一定한 정당소속도 그리고 立法當時에 立法에 參  
與한 境遇도 또는 學問的인 發言의 境遇도 그 法官을 제척시킬 正  
當性이 없다(聯邦憲法裁判所法 第18條 2項 및 3項). 이原則은  
역시 "편견"이 우려되는 境遇도 適用된다.

3. 聯邦憲法裁判所法에 따라 한 法官이 忌避當할때는 審判에  
影響이 간다. 즉 8名의 法官에 依하여 審判해야 하기 때문이다.  
結果的으로 이는 審判決定에 있어 多數決議에 影響을 준다.

8名의 法官이 있었다라면 즉 한명이 기피당 하지 않았다면 다  
른 結果가 나왔을지도 모른다는 結果가 된다.

그것은 欠員된 法官의 수를 補充할 수 없기 때문이다.

聯邦憲法裁判所와 그에 屬하는 法官은 特別한 知識을 要하고  
議會에서 選出된 憲法裁判所의 法官은 政治的으로 中立性을 要한다.

憲法과의 關係를 專門的으로 取扱하는 憲法裁判所의 法官은 信任  
이 두터운 것이 豫想되고 편견의 우려가 적을 것으로 期待된다.



4. 이상 3의 要件이 認定되면은 바이에른 州政府가 主張하는 바와 같은 見解은 있을수 없다.

忌避申請을 받은 法官은 自己는 基本條約의 違憲性 与否에 對하여는 말을 한적이 없다고 主張했다.

基本條約에 對한 紹介정도에 불과하고 政治的 發言이 核心이 되어 있는 法官의 講演을 가지고 "見解"이 있을 念慮가 있다고 判斷할 程度는 되지 않는다.

E. 1973年 6月 15日字 聯邦憲法裁判所 判事 로트만 博士에 對한 바이에른 州政府의 忌避申請에 關한 節次

1. 1973年 6月 15日의 바이에른 州政府의 申請

바이에른 州政府首相

1973.6.15

14時 50分

聯邦憲法裁判所

合議 第2部貴下

案 件 ; 基本條約의 違憲 与否에 關한 審議申請

- 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士에 對한 忌避申請誌件 -

日刊紙 "Die Welt" 1973年 6月14日字에 依하면 聯邦憲法  
裁判所 判事 로오트만 博士가 1973年 5月7日 칼스루해市議員  
구트만에게 自己는 判例에 影響이 甚 程度의 發言 한적이 없다는  
書信을 發送한 것으로 되어 있다.

州政府는 "편견"이 있다고 생각하는 바 입니다.

名譽博士 고펜펠

바이에른 州政府首相

II. 1973年 6月14日字 "Die Welt" 紙의 報導

憲法裁判所 判事 로오트만博士가 新聞記事를 確認 했음.

문헌 6月13日

裁判에 "편견"이 있을 念慮가 있다는 理由로 聯邦憲法裁判所  
判事 로트만박사가 바이에른 州政府에 依하여 忌避당한 바 있는데  
오늘까지 알려져 있지 않은 로트만 博士의 書信에 依하여 새로운  
판에 빠졌다.

1973年 5月末에 로오트만 判事가 忌避당한 理由는 칼스루해  
自民黨支部黨에서 基本條約에 關한 講演때 분이였으며 이런 事實이  
그地域에서 發刊되는 Badische Neueste Nachrichten 紙가이를  
報道한데 緣유했다. 同紙의 보도에 의한다면 로트만博士가 여러가지

말중 問題가 된 것은 東西獨은 相互 主權國家다.

東西獨의 法的關係도 國際法的이다 등이었다. 聯邦憲法裁判所는 로오트만 判事가 자기는 基本條約의 違憲性 與否에 대하여 말한적이 없다는 공식적 견해를 듣고 바이에른州政府의 忌避申請을 기각했다.

1973년 5월 7일 칼스루헤 市議員 구트만씨에게 로트만判事는 그의 發言 全文을 作成하여 發送했다.

이書面에서 자기는 자기발언에 對한 個個問題에 對하여 論評할 勇의가 있다고 말하고 獨逸諸國이 國際法的으로 어떤狀態에 있는가 에 對하여, 한國家의 存続에 對한 決定은 法院이 決定하는 것이 아니라 國際國家共同體가 判斷하는 것이라고 말했다. 이어서 그는 15년 내지 20년전에 나온 法律理論은 유감스러우나 政治的 現實主義에 따라 主張되었다고 말 했다.

繼續 그는 기민당과 사민당은 1949年부터 獨逸問題에 對하여 국민앞에 政治的事實을 隱蔽시켰다고 말하면서 그는 그러나 사민당은 이런짓을 斷念했다. 자민당도 사민당과 유사하나 그러나 자민당이 野黨이기 때문에 아직 不確實하다.

分斷된 兩獨逸은 固定化된 것이다.

獨逸이 統一되어야 한다는 부르짖음가지고는 兩獨의 永久分斷을 막을 수는 없다고 結論을 맺었다.

Ⅲ. 聯邦憲法裁判所 判事 구트만 博士가 칼스루헤 市議員 구우트

만에게 보낸 書信

구트만 貴下

1973. 5. 3.

75. 칼스루헤

尊敬하는 구트만씨!

祖國의 問題는 나처럼 貴下에게 關係되는 것이기 때문에 1973年 4月 28日字의 貴下의 片紙에 對하여 事實을 確認할 뿐만이 아니라 자세히 答변도 하겠습니다. 新聞報道 內容은 完全히 옳은 것은 아닙니다. 나는 2時間에 걸쳐 講演을 했으며 新聞報道 보다 조심스러히 했던 것입니다.

新聞報道는 어느정도 事實입니다.

神話와 같은 소리를 먼저 하겠습니다.

診斷을 한結果 암이라는 結論을 내리고 가족들에게 希望이 없다는 말을 한 의사는 슬프게 하는 것입니다. 이때 家族을 슬프게 한 사람은 의사입니다. 그러나 嚴格한 意味에서 볼때 여기에 의사가 무슨 責任이 있습니까?

내가 왜 이렇게 말하는지 貴下는 理解하리라고 믿습니다.

國家法 理論을 根拠로 國家를 診斷해 보니깐 그 國家의 生命이 없어져 죽었다는 結論은 곧 그 國家가 죽기를 원하는 것도 아니

였으며 그렇다고 하여 統一政策을 거부하는 것도 아니라는 것은 明確한 事實입니다. 우리가 살고있는 오늘날의 國內外情勢속에서 생각하여 볼때 東獨의 國家秩序를 없애버리고 그 東獨을 聯邦共和國속에 흡수시켜 統一을 이룬다는 것은 不可能하다는 結論을 내렸다 해서 이것이 바로 그렇게 되기를 바라지 않는다는 말과 같은 뜻은 아닙니다.

나는 貴下의 見解를 尊重합니다.

貴下의 質疑內容은 聯邦議會議院 벤즈氏가 說者欄을 通하여 質疑한 內容과 같습니다. 그 內容은 政治的希望 事項입니다. 貴下의 書信內容이 말하는 政治的 希望 事項을 1949年 부터 자민당과 사민당이 실천에 옮겼습니다.

이런 政治的 結果는 國民을 冷戰속으로 휘말리게 하여 國民들을 참화속으로 이끌고 갔으며 따라서 國民에게 연막전술만을 썼던 것입니다.

그후 사민당은 이런 政策을 斷念했습니다.

기민당 역시 사민당이 斷念한것과 유사하게 斷念한것 같습니다. 그러나 자민당이 야당이된 後이기 때문에 아직까지 不確實합니다. 다음의 몇가지는 理解해 주시기 바랍니다;

東獨을 흡수하는 前提下에서 統一을 이루겠다는 聯邦政府와 같은 國家는 獨逸聯邦共和國를 除外하고 이 지구상에 없습니다.

伯林條約의 当事者인 4大 強大國 역시 東西獨의 통일을 원하지 않습니다.

드골대통령이 아메나위首相時節에 가장 절친한 친구였으나만은 그 역시 分断은 明確한 事實이라고 했습니다.

아메나위時代의 基督教民主黨은 美國을 위시로 하는 친서방정책을 썼습니다.

이에 反對하는 사민당의 정책을 뿌리친 아메나위는 이런政策만이 東西獨의 統一을 可能케 한다고 主張했던 것입니다.

따라서 친서방정책이 곧바로 統一政策이 있습니다. 東獨의 實力者들이 統一을 眞情으로 원한적이 없습니다.

두개의 分断國家는 보다 견고히 되어갔고 雙方이 敵對關係에만 놓여 있었습니다. 이런狀況下에서 아무리 統一을 부르짖어 보았자 兩獨의 分断을 解決하지 못 하는 것입니다.

이러함에도 不拘하고 이를 認定치 않고 獨逸統一을 부르짖는자가 있다면 그것으로서 充分치 않다는 것을 먼저 알아 져야 합니다. 진정으로 統一을 원한다면 먼저 分断의 固定化를 緩和시켜야 합니다. 바로 이것이 東方政策입니다.

이 政策의 結果는 過去 어느때보다도 西伯林의 安全을 갖다주었으며 獨逸聯邦共和國과 西伯林을 위한 國際的 지위 主張을 보다 용이하게 했습니다.

그러나 이것만으로 充分한 것은 아닙니다. 獨逸民族의 國家的 危險除去와 獨逸國家의 法的地位에 關係 充分치가 못하겠음 타협되어 있으니깐요.

끝으로 實下의 書信에 對하여 몇가지 말씀 올릴까 합니다.

우리의 祖國을 統一시켜야 할 歐羅巴의 義務는 없습니다. 獨逸國土가 도둑당한것은 國際政治上에서 볼때 敗戰에 대한 예로부터 내려오는 傳統的인 刑罰입니다.

히틀러는 폴란드를 分離시켰습니다. 分離시킨 폴란드의 國土를 히틀러는 獨逸에 合併시켰습니다.

이와같은 히틀러의 行爲는 폴란드 國民의 自決權을 無視하고 단행한 처사입니다. 이와같은 히틀러의 처사가 그로부터 始作하여 그로 끝나는 것이 아니라 國際政治에서는 左右로 왔다갔다 하는 것입니다. 바로 이러한 振子는 우리를 강타 했습니다. 그러니깐 우리가 역습을 당한 것이지요.

歷史적으로 보아서 바이마르共和國時代에 負擔을 갖다준 "포기政策"이란 말은 낡고 병든 政策이기었기 때문에 우리가 使用해서는 안됩니다. 이는 바로 統一을 拋棄하는 拋棄政策을 써서는 안된다는 말입니다. 우리國家의 이해를 위하여 이를 實現키위한 努力을 繼續해야 한다는 것입니다.

聯邦憲法裁判所의 機能을 위해 한마디 하겠습니다. 獨逸帝國이 持續되어 있다 지속되어 있지 않다는 聯邦憲法裁判所의 判示가 世界政治를 變動시키지는 못 합니다.

한 國家의 存続의 決定은 한 法廷이 하는 것이 아닙니다. 國家의 存続은 國際國家社會가 決定하는 것입니다. 보다 뚜렷이 말씀 올리겠습니다. 한法廷의 判決은 15년 20년전에 나온 法理論을 根拠로한 것입니다.

이 넓은 理論은 政治的 現實의 發展에 따라 유감스러우나 아무런  
효과도 나타 내지 못합니다.

以外에도 나와같이 繼續 討議 하실려고 한다면 줄거리 討議에  
應하겠습니다.

貴下의 健闘를 빌면서

S. 로트만 올림.

IV. 1973年 6月 15日의 聯邦法務長官에게 보내는 聯邦憲法裁判  
所의 書信

聯邦憲法裁判所

1973 . 6. 15. 19時 50分

合議 第2部

2 BvQ1/73 과 2 BvF1/73

聯邦法務長官 貴下

본

案 件 ; 基本條約法에 關한 違憲審査 申請

- 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士의 忌避申請誌件 -

1973年 6月 15日字의 바이에른州政府의 忌避申請 理由書

1973年 5月 28日字의 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士의

功續見解에 關한 書信



聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士가 구트만氏에게 發送한  
書信

聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士는 1973年 6月 15日字의 바이에른州政府 忌避申請에 對하여 다음과 같은 見解를 밝혔다 ;

判事忌避의 理由인 "偏見"이 있다고 할지 안할지에 對하여 合議部가 審議하여 달라는 1973年 6月 15日字의 바이에른州政府의 書信에 對하여 다음과 같은 見解를 本人은 밝힌다.

1. 1973年 5月 28日 本人이 言及한 말은 全적으로 正當하다.
2. 1973年 5月 7日 구트만氏에게 發送한 나의 書信은 公적 이 아니라 私적인 書信으로서 1973年 4月 28日字의 구트만氏의 私信에 對한 답신이다 (두편지 모두가 合議部에 提出되어 있음). 나는 구트만氏의 政治的 見解에 上반되는 書信을 作成 그에게 發送 했다. 同書信은 獨逸諸國의 國際法的 存統與否에 對한 구트만氏의 非難에 對한 答信이 었다.

내가 公적으로 나의 見解를 밝힌 書信에서 問題된 新聞의 記事는 내가 行한 講演內容과 一致하지 않는다고 말했다.

나는 長時間을 두고 伯林協定과 基本條約의 內容에 對하여 이야기했고 新聞紙上에 報道된 內容은 討議에서 나온 말에 不過하다.

구트만氏는 나의 講演을 指導않고 歪曲된 新聞報道를 믿으면서 나에게 非難의 書信을 보낸것은 不當하다. 내가 다시 한번 強調 하고자 하는 것은 同講演場에서 憲法과 關係되는 부분은 일체

言及한바가 없고 取扱도 하지 않았다는 点이다.

合議部の 要請에 따라 나에게 던진 質疑에 다음과 같은 答信을 보낸다.

4大強大国 伯林協定과 基本條約內容에 對한 나의 講演을 어떻게 생각하는가?

나는 한시간 반에 걸쳐 1945年 부터 4大強大国伯林協定이 締結될 때까지의 伯林的 變遷過程에 對한것, 4大強大国協定後의 伯林的 法的地位, 獨逸聯邦共和國과 西伯林과의 關係, 東獨과 關係되는 東伯林的 法的地位 등에 對하여 講演을 했다. 이때 나는 4大強大国協定에 따른 西伯林安全保障에 對한것과 새로운 協定에 따른 伯林과 關係되는 政治的關係 및 獨蘇와 獨일 폴란드간에 締結된 條約에 對하여 말을 했다.

東西獨往來에 對한것을 重點으로 하는 兩獨과의 關係를 1949年 부터 오늘에 이르기까지의 現況에 對해 說明한바 있다.

이 말을 하는 도중 이것과 關聯도 基本條約內容과 同條約에 나타난 東西獨往來去來에 對해도 言及했다.

2. Badische Neueste Nachrichten 紙가 1973年 4月 28日에 報道한 內容은 내가 말한것이 아니라 그곳에 參加한 청중들이 討議席上에서 한 말을 내가 한것처럼 報道한 것이다.

合議部가 나에게 내준 質疑는 1973年 5月 28日字의 나의 見解와 아무런 關係가 없는 것이다. 1973年 5月 28日字의 나의 公式的見解는 오늘 나에게 주어진 質問과 다르다.

1973年 5月28日 다음과 같이 言及했다 ;

問題된 同新聞의 記事內容은 내가 말한 것이 아니라 聽衆들의 討議에서 聽衆들이 말한 것이라고 말을 했다.

나의 講演內容과 新聞報道의 相致는 제일질문에 對한 다음과 같은 答弁이 된다.

新聞의 報道內容은 나의 講演과 無關하며, 記事取扱者의 關心있는 部門만 報道한 것이며 내가 말한 점은 거의 기사화 하지 않았다는 점에서 옳지가 않다.

新聞이 記事化한 어떤部門은 나의 말과도 關係가 있으나 그러나 청중들의 討議內容과 混合시켜 擴大시킨 글이다.

新聞記事의 題目은 내가한 말이다.

첫文章과 마지막文章은 청중들의 討議에서 나온 말이다.

나는 事實만을 말했으며 어떤 結論도 내린바 없다.

3. 내가 구투만씨에게 쓴글을 어떻게 생각하는가에 對한 1973年 5月28日字의 나의 見解表明에 對하여 말을 하자면 다음과 같다.

新聞의 記事는 옳지 않다. 그 記事는 나의 講演內容과 다르며 청중들이한 말을 記事化한 것이다.

이問題에 對하여는 나의 첫번째 公式 解明에서 이미 밝힌바 있다.

구투만氏는 나의 講演을 들은바 없다. 그는 新聞報道를 토대로 나에게 質疑했다. 이런 質問에 對하여 내가 答弁할 必要는 없었

으나 新聞報道를 토대로 내가 答弁했다.

私信에 對한 私의 答信을 公적전해에 關聯시켜 質問을 한다는 것은 正當치 못하다고 생각한다.

審判이 進行되도록 나는 質問에 答弁했다. 또다시 한번 強調하고 싶은 것은 나의 私의 領域의 問題를 가지고 質問을 擴大하여 問題삼는다는 것은 正當치 못하다고 생각하는 바다.

博士 로트만.

여기에 對한 말을 할 수 있는 機會는 1973年 6月 16日 오전 8時 (土曜日) 까지 입니다.

副 院 長

Seuffert.

V. 바이에른 州政府에게 보내는 1973年 6月 15日 字의 聯邦憲

法裁判所의 書信

聯邦憲法裁判所

合議 第 2 部

1973年 6月 15日 21時 10分

2 BvQ 1/73 및 2 BvF 1/73.

바이에른 州政府 首相 貴下

문 헌

案 件； 東西獨基本條約의 違憲審査에 關한 바이에른州政府의 申請

- 聯邦憲法裁判所 判事 로오트만博士의 忌避申請 -

聯邦憲法裁判所 判事 로오트만博士는 1973年 6月 15日字의 忌避申請에 對하여 다음과 같은 見解를 記述했음 (앞의 EIV에서 紹介했음).

이에 對해 答弁할 機會는 1973年 5月 16日 午前 8時 土曜日 까지임.

副 院 長 Seuffert.

VI. 1973年 6月 15日字 獨逸聯邦共和國 法務長官의 書信

聯邦法務長官 1973年 6月 15日 23時 50分

聯邦憲法裁判所 副院長兼  
合議 第2部 裁判長 貴下  
칼스루헤

案 件；基本條約의 違憲審査

- 1973年 6月 15日 22時 15分의 書信에 對한 答信 -  
( 앞의 E IV 에 紹介되어 있음 )

獨逸聯邦憲法裁判所는 1973年 5月 29日의 決定에서 聯邦憲法裁判  
所의 判事는 政治的으로 争点이 되는 問題를 처리하는 것이기 때  
문에 事前的 偏見이 있어도 안되며 이리 한자는 同裁判所의 判事가  
될 資質을 갖추고 있지 못하다는 原則을 세웠다. 바이에른州政府  
에서 제기한 判事의 忌避申請理由는 充分치가 못 하다.

한 法官이 合議部에서 除斥當하므로 因한 合議部의 人的결함은  
結果的으로 判示決定에 至大한 影響을 준다는 結論은 相當한 신중  
성을 나타내는 것이며 “偏見”이 무엇인가에 對한 決定을 내리는  
때 가장 適切한 定義라 하겠다 (參照 Friesenhan 論文 JZ 1966,  
704,706). 이것은 憲法的인 基本秩序問題를 決定함에 重要한  
客觀的 方法으로 通한다.

獨逸聯邦共和國政府는 로트만判事의 事前偏見行爲 與否를 審議함  
에 있어서 앞의 原則이 最大로 適用되어야 한다는 것과 로트만判  
事의 問題의 發言은 이에 該當될 수 없다고 主張하는 바이다.  
上記判事는 1973年 5月 7日 구트만氏에게 보낸 書信속에서도 基  
本條約의 違憲與否에 關한 法的問題는 일체 다루지 않았다고 評價  
한다.

잘 알려져 있는 바와같이 政治的으로 말 했을 따름이다. 그의  
書面을 全体的으로 볼때 이와 같은 것은 하나도 發見할 수 없다.  
그는 上記書信이나 또는 問題된 新聞記事에서 具體的인 個別問題를  
다룬것이 아니라 全体的인 흐름을 處理한 것이다. 따라서 그의  
演說中 어느部門만을 잘라내어 問題를 삼는다면 이는 不當하기

작이 없는 것이다.

이런 評價方法은 相當한 조심을 해야 하며 삼가해야 한다.

로트만判事가 基本條約의 違憲問題에 對하여 結論내렸다고 생각하  
는 것은 容納할 수 없는 事實이다.

그와같은 評價 方法에 對하여 獨逸聯邦政府는 反對한다.

政治的發言權은 判事에게도 賦與된 權利다.

구투만氏에 보낸 書信은 1973年 5月 28日字의 로트만判事의  
공무상의 선서다. 그때 그는 基本條約의 違憲與否에 對하여는 말  
한바가 없다고 했다.

同書翰 역시 忌避申請 理由가 되지 못한다. 同書翰에서 極히  
적은 一部分을 발췌하여 마음대로 기사화한다는 것은 新聞法的으로  
볼때 의심스러우며 憲法審議와는 無關하고, 全體的인面에서 볼때  
"偏見"이 라는 것이 成立될 수 없다.

바이에른 州政府의 主張은 不當한 非難에 不遜하다.

Gerhard Jahn.

VII. 1973年 6月 16日字의 바이에른 州政府首相의 書信

바이에른州首相

1973年 6月 16日 1時 45分

聯邦憲法裁判所

合議 第2部 賁下

칼스루해

案 件 ; 基本條約法의 違憲審査에 對한 바이에른州政府의 申請  
- 聯邦憲法裁判所 로트만判事에 對한 忌避申請 -

1973年 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士의 講演에 對하여 本人  
은 다음과 같은 見解를 밝힙니다 ;

1. 구투만씨에게 보낸 1973年 5月7日字의 聯邦憲法裁判所  
判事 로트만 博士의 書信을 순수한 사적서신이라고 생각지 않습니  
다.

a) 同書信은 공공집회와 關聯되었으며 그 集會에서 聯邦憲  
法裁判所 判事 로트만 博士가 演說한 것이며 그의 講演內容은  
Badische Neueste Nachrichten紙의 것과 같고 이에 對하여 說  
者欄에서도 指摘된바 있습니다.

b) 同書信에는 發信의 住所가 聯邦憲法裁判所의 住所와 個人  
의 住所가 모두 記載되어 있습니다.

2. a) 1973年 5月28日字의 聯邦憲法裁判所 判事 로트만  
博士의 公的 書翰에도 同新聞이 자기講演內容과 "가까울지가 않  
다"고 再次 主張했습니다.

b) 오늘에 이르러 聯邦憲法裁判所 判事 로트만 博士가 明  
確히 말을 하고 있는데... 新聞에 報道된 內容中 一部는 틀리지  
않았다. 그 內容은 나의 말과 청중들의 討議內容을 합쳐 擴大한



것이다 라고...

一般的으로 認定되는 事實을 부인한다는 것은 法官의 信賴만을 추락시키고 (參照 1973.5.29. Nr BvQ 1/73). 이로 인하여 "偏見"이 念慮된다는 理由成立에 充分성이 있다.

c) 上記新聞의 編輯局은 1973年 5月29日字의 바이에른州 政府에 보내는 書翰에서 다음과 같이 記述했다. 즉 新聞報道內容은 나의 講演要旨과 같지 않으며 그報道의 內容은 聽衆들의 討議에서 나온말과 같다는 聯邦憲法裁判所 判事 로트만의 말에 正面으로 반박할 必要를 느끼지 않는다. 이는 우리의 항변이 없다 하더라도 客觀적으로 明白한 事實이다. 客觀적인 判斷이란 레벨거博士와 벤즈 議員의 投稿內容이다.

自民黨 칼스루해 支部長이며 칼스루해市長인 레벨거博士도 그의 본지 投稿欄에서 "正確히 報道한 同記事는..." 했다. 또한 1973年 5月4日字의 本紙 投稿欄에 聯邦議會 國會議員 벤즈씨가 演說의 發言에 對하여 攪란한 비판과 質問을 가했는데도 이에 對한 答信이 一切 없었다는 것은 이를 立証한다 "...

3. 그가 政治的 發言을 했다고 하더라도 그런 發言이 청중의 心情을 굳혀 준것으로서 "偏見"이 있다고 充分히 말 할수 있다.

4. 바이에른 州政府는 새로운 어떤 証據를 가지고 偏見을 主張을 하고 싶은 생각은 없다.

다만 한가지가 더 있다면 그것은 한번 공공연하게 法官의 信賴가 疑心스럽다고 抬頭된 以上 그것만으로도 充分히 "偏見"이

있다는 念慮에 該當될 수 있다고 본다.

5) 바이에른 州政府는 聯邦憲法裁判所가 正當한 判示를 해 줄것을 期待한다.

바이에른 州政府首相

名譽博士 고펠

VIII. 1973年 6月16日字 聯邦憲法裁判所 決定

- 2 BvQ 1/73, 2BvF 1/73 -

聯邦憲法裁判所

國民의 이름으로

1942年 12月21日 東西獨問에 署名한 基本條約批准効力에 對한 仮処分申請과 違憲審査申請을 심의함에 있어 이와 關聯하여 바이에른 州政府가 제기한 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士에 對한 忌避申請을 決定한다.

관여判事

副院長兼 裁判長

Seuffert

博士 r. Schlabrendorff

博士 Rupp

博士 Geiger

Hirsch

博士 Rinck

Wand

로트만 判事에 對한 忌避申請은 理由 있다.

理 由

1. 聯邦憲法裁判所는 1973年 5月 29日 判示를 통해 바이에른 州政府가 提起한 聯邦憲法裁判所 判事 로트만博士에 對한 忌避申請을 理由없다고 파기 한적이 있다.

2. 1973年 6月 15日 바이에른 州政府는 로트만博士가 1973年 5月 7日 구트만씨에게 發送한 書信內容을 理由로 再次 忌避申請을 했다.

同書信은 Badische Neueste Nachrichten 紙의 報道內容을 事實과 다르다는 理由를 들어 否定한 것과는 달리 어느 程度 시인 되어 있는 書信이었다.

同書翰의 重要骨字는 다음과 같다.

本人도 貴下가 念慮하는 것처럼 國家問題에 對하여 念慮하는 바 이므로 貴下의 書信에 對하여 자세히 答弁할까 합니다. 問題된 新聞記事의 部分的 보다는 옳지 않다고 생각하는 바입니다.

나는 두시간에 걸쳐 講演을 했으며 따라서 相當히 조심했던 것 입니다.

어느부분에 있어서는 新聞報道の 內容이 나의 主張과 一致되는 部分도 있습니다.

내가 우화같은 소리 한마디 하지요.

醫師가 한 환자를 診斷하여 보니 암이라는 것을 발견했다고 합니다. 그런데 이醫師가 診斷의 結果를 그 患者의 家族에게 알리면서 希望이 없다고 말 했다면 그의 家族들이 슬픔에 빠져 있는 것은 당연 합니다.

그 醫師는 암에 어떤 責任도 질수 없습니다. 그以上の 것이지요 즉 그醫師가 암이었기를 希望한것도 아니지요. 本人이 왜 이와같이 말씀 올리는지 貴下가 理解해 주시기를 바랍니다. 法理論에 따라 独逸第3帝國이 滅亡했다는 말은 하나의 診斷입니다.

이것이 그 独逸帝國이 滅亡하기를 希望한 것이라고 붙이 해서는 안됩니다. 그리고 또한 独逸統一政策이 있어서는 안된다고 하는 것도 아닙니다.

独逸民主共和國을 滅亡시키고 그東獨을 西獨이 吸收하여 統一을 成就시키겠다는 오늘날의 政策은 不可能 하다는것이 이런 政策을 환영하고 싶지않다는 말이 아닙니다.

本人은 貴下の 高見를 尊重합니다.

벤즈國會議員이 나를 반박하는 投稿記事에서 말한 政治的 希望과 같은 그런 希望을 貴下께서도 갖고 있는데 이에 對해 本人은 反對하는 바입니다.

그와같은 政治的 希望은 1949年부터 基督教民主黨과 社會民主黨이

가지고 있었던 것입니다. 그리고 이런 政治的 希望속에서 政治를 했으나 結果는 國民을 참화로 이끌었고 안개속으로 이끌고 간 것 뿐입니다.

그러나 얼마전 부터 각성을 한 사민당은 이런 政策을 斷念했읍니다. 60年代에 이르러 기민당도 사민당과 같이 斷念한듯 합니다. 그러나 기민당이 야당이 된후 부터였다는 것을 생각할때 아직 야당으로 남아있는한 不確實 합니다.

몇가지점에 對하여 理解해 주시기 바랍니다. 獨逸聯邦共和國이 獨逸民主共和國를 吸收하는 前提下에서 統一을 하겠다는 나라는 獨逸聯邦共和國를 除外하고 이地球上에 또 없읍니다.

伯林協定の 当事者인 4大強大國 역시 東西獨의 統一을 希望하지 않고 있다는 것을 아셔야 겠읍니다.

슬픈 일이나 東西獨의 統一은 希望事項에 不適當하다고 仏蘭西의 大統領 드골이 말했읍니다.

그가 當時에 아메나워首相과 가장 절친한 사이였다는 것은 잘 알려진 事實이지요.

東獨은 統一을 진정으로 원한적이 없읍니다. 아메나워政府는 親西方 일변도의 政策을 써 왔읍니다. 그것이 統一의 길이라고 생각했지요.

兩獨의 分斷은 보다 堅固해져만 갔읍니다. 아무리 統一을 할려는 努力과 希望이 있어보았자 分斷을 막을길이 없었읍니다. 希望事項 가지고는 어쩔수 없었다는 것에 대한 실증이지요.

獨逸은 統一되어야 한다는 主張만 가지고는 充分치 못하다는  
것입니다.

結論적으로 말 하여보자면 獨逸을 統一시킬 歐羅巴의 義務는 없  
습니다.

敗戰하면 國土를 빼앗긴다는 것이 傳統的인 國際政治刑罰입니다.  
히틀러 역시 勝戰의 대가로 폴랜드의 땅을 빼앗아 獨逸帝國에 합  
併시켰습니다.

聯邦憲法裁判所の 任務는 法的診斷입니다. 이는 15年 내지  
20餘年前에 나온 舊은 理論을 基반으로 합니다.

한法院이 國家의 消滅이 있다고 해도 國際政治가 그렇지않다고  
하면 實質적으로 國家는 存在하는 것입니다. 따라서 法理論이란  
별로 問題가 되지 않는 것입니다.

以外에도 貴下가 繼續 討議할 용의가 있다면 즐거히 應하겠습니  
다.

忌避당한 로트만博士는 州政府의 見解에 對해 다음과 같은 答信  
을 했다 (앞에 紹介했음).

Ⅱ. 上記判事의 發言內容을 볼때 반드시 政治的 問題에 局限시킬것  
이 아니라 法的 問題도 言及되었다는 것이 上記書信에 依하여 確認  
되었다. 그의 法的 部門이 될만한 事項은 다음과 같다.

獨逸諸國은 國際法的으로 完全 消滅했고 東西獨은 서로가 主權國  
家로서의 新生國家다.

兩獨關係는 國際法的關係에 놓여 있으며 完全한 外交關係樹立이 豫想된다. 이와같은 發言은 裁判에 影響을 줄 "偏見의 念慮"가 있겠다고 볼 수 있다.

