

인문사회연구회  
협동연구총서 2002-12

●  
남북한 법통합 및 재산권문제  
해결 방안 연구

조은석(한국형사정책연구원)  
김광준(한국형사정책연구원)  
제성호(중앙대학교)  
김병기(아주대학교)

통일연구원

# 요약

본 보고서는 『인문사회연구회 2002년 협동연구사업』의 일환으로 연구회 산하 7개 국책연구기관과 2개 외부단체가 협동으로 수행한 연구과제 중 하나입니다.

본 보고서에 수록된 내용은 집필자의 개인적인 견해이며 당 연구원의 공식적인 의견을 반영하는 것이 아님을 밝힙니다.

본 연구보고서는 그 동안 통일연구원이 주관하여 실시한 인문 사회연구회 소속 기관들의 통일문제 협동연구 중 주로 법제도 분야에 관한 연구결과의 하나이다.

지난 2000년부터 3년간 시행된 이 연구는 점진적인 남북한 법통합구상에 대한 비전 및 바람직한 통일국가(특히 완전한 법공동체)의 미래상을 구체화하려는 목적에서 추진되었다.

1차년도인 2000년에는 ‘남북한 교류협력 활성화를 법제도적 개선방안 연구’라는 주제로 현단계에서 남북한이 실시하고 있는 교류협력을 더욱 확대하고 활성화시킬 수 있는 법제도적 방안과 과제 등을 다룸으로써 대북포용정책의 법제도적 뒷받침을 모색하였다.

2차년도인 2001년에는 ‘남북한 평화공존과 남북한연합 추진을 위한 법제정비방안’을 강구·제시하였다.

금년도는 마지막 제3차년도에는 앞서의 연구성과를 바탕으로 하여 통일국가단계에서 실현될 법통합의 분야별 과제와 세부적인 실천방향을 모색하는 한편, 구체적인 법통합문제로서 재산권 문제(토지·건물 등)의 해결방안을 심층적으로 분석·고찰하였다.

## I. 서론

분단국내에서 서로 대립하고 경쟁하는 2개의 분단실체를 하나의 국가로 통일하는 작업은 종국에 있어서는 상이한 2개의 법질서 통합으로 귀결되게 된다. 동서독의 통일은 이와 같은 당연한 사실을 새삼 깨닫게 해 준 사건이었다. 독일의 예가 웅변적으로 말해 주듯이 남북한의 통일도 결국 엄격한 법적 기준과 절차에 따라 이루어지게 될 것이다. 법적 안정성과 예측가능성을 위해서는 마땅히 그래야 한다.

## II. 남북한의 법통합 방안

### 1. 법통합의 기본방향

통일한국의 이념적 가치를 인권과 평화라고 할 때 통일한국의 법질서는 총체적으로 이 두 가지 가치의 구현을 목표로 해야 한다. 남북한의 법통합은 남북한 주민들의 인권보장과 평화 유지를 목표로 하여 구체적으로 다음 몇 가지의 방향성을 가지고 추진할 수 있을 것이다.

첫째, 통일한국의 법질서는 ‘인간존중주의’에 바탕을 두어야 한다. 인간의 존엄과 가치의 존중, 즉 통일한국을 구성하는 개개인의 인격발현을 보장하는 법질서이어야 한다. 그리고 남북한간의 법통합은 자유민주주의와 사회적 법치국가질서에 입각해서 추진해야 한다.

둘째, 현재 남한법은 자본주의사회를 기반으로 하는 개인주의적인 법이고, 북한법은 사회주의를 기반으로 하는 주체사상의 법으로서 서로 상극적인 관계에 있다. 남북한 법통합 추진시 이러한 법체계의 이질성 속에 최대한 한국적 공통성을 찾으려 노력해야 한다.

셋째, 통일 후 민족구성원이 7,000만명 이상으로 늘어나게 되는 바, 통일한국의 법질서는 7,000만 겨레에 대하여 최대다수의 최대행복(인권보장)을 구현하는 것이 되어야 한다. 이는 자유와 평등이라는 두가지 법의 목적을 적절하게 조화시키면서 최대한의 효율성을 만들어낼 때 가능한 것임은 두말할 필요도 없다.

넷째, 통일한국의 법질서는 분단의 상처를 치유하고 실질적인 민족통합(유·무형의 내적 통합)을 이룩하면서도 통일후유증을 최소화하는 것이어야 한다. 이는 법질서가 남북한 주민간은 물론 이해집단간의 사회적·심리적 갈등을 줄임으로써 통일한국의 평화와 안정, 질서에 이바지해야 한다는 것을 말한다.

다섯째, 남북한 법통합은 반세기 이상에 걸친 남북한 주민들간의 적대 의식 심화와 민족이질화, 그리고 법체계의 상위성을 고려할 때 점진적이고 단계적으로 추진하도록 하는 것이 보다 현실적이다. 이는 남북한 법통

합시 과도기의 설정이 필요함을 의미하는 것이다. 그러나 동시에 상호 모순되는 이야기이지만 점진적으로 법통합을 실시하더라도 전체적으로 그 기간(과도기)은 최대한 단축하여 신속하게 추진해야 할 것이다.

## 2. 세부적인 법통합방안

### 가. 헌법·정치분야

남북한 헌법의 통합방향은 자유민주주의와 대의제(의회민주주의), 정치적 다원주의와 복수정당제, 사회적 시장경제질서, 분배적 평등과 복지경제체제, 국제평화주의와 국제협조주의를 근간으로 이루어져야 한다.

남북통합의 과정에서 헌법적으로 고려해야 할 사항으로 다음 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 북한주민의 대거 월남에 따른 주택 부족, 실업사태, 범죄 증가, 사회보장 및 보호문제 발생과 같은 후유증을 줄이기 위해서 일시적으로 군사분계선 통과규제 등 남북한간에 거주이전의 자유를 제한할 필요가 있다는 것이다. 둘째, 북한주민의 삶의 터전과 생존권을 보장하고 북한경제 재건을 우선적인 국가목표로 설정할 경우 북한지역 내의 토지·건물에 대한 실향민의 사유재산권 보장(반환 또는 보상) 요구에 대해서도 일정한 제한을 가할 필요가 있다는 것이다. 이와 관련, 통일한국은 헌법에 기본권 행사에 대한 예외 내지 특칙을 명기할 수 있을 것이며, 이에 근거하여 「군사분계선 통과에 관한 특별조치법」이나 「북한지역 국유재산관리에 관한 특별조치법」 등을 한시법으로 제정할 수도 있을 것이다.

한편 북한의 각급 인민회의 대의원선거법은 폐지하고 남한의 각종 선거관련 법령을 북한지역에 적용하되, 선거구 조정이나 북한정당에 대한 국고지원 등에 있어서 특별한 배려는 필요할 것으로 생각된다.

### 나. 민사법분야

통일 후 원칙적으로 남한민법을 북한지역에 확장 적용하고 통일 이전 북한지역에서 성립된 법률관계는 그대로 유지하는 것이 바람직하다. 다만

몇 가지의 경우에는 특별경과규정이 필요할 것으로 보인다. 예컨대 거래의 안정 등 법적 안정성과 북한주민의 법감정을 고려하여 통일 전에 북한 민법상 성인이 되었다면 남한 민법상 성인으로 간주한다는 경과규정 등을 두는 조치가 필요하다.

소유권에 있어서는 북한 민법상의 국가소유권 및 협동단체소유권, 국가 재산이용권, 살림집 이용권 등을 어떻게 처리할 것인가가 주로 문제될 것이다. 또한 북한민법상 개인 소유권에 대한 남한민법 적용여부, 북한의 소유권 중 남한민법상 등기를 요하는 물건의 처리문제라든지, 장기간 남북분단으로 인한 취득시효와 관련된 문제점도 발생할 수 있다. 이에 관해서는 특별법의 제정을 통해 해결하는 방안을 고려할 필요가 있다. 살림집 이용권은 일종의 특수 용익물권 또는 소유권으로 그 이용권을 보호하는 특별경과규정을 설치할 수도 있을 것이다.

#### 다. 형사법분야

형법은 남한형법의 원칙적 확장 적용과 일부 적용유보, 일부 북한형법 규정의 한시적 효력인정 등을 인정하는 방향에서 법률통합을 추진해야 할 것이다. 먼저 북한형법과 남한형법 사이에 서로 대응되는 규정이 있는 경우에는 원칙적으로 남한형법을 북한지역에 확장 적용하겠지만, 북한 형법 규정 중 그대로 두는 것이 바람직한 부분이 있는지를 면밀히 검토해 보아야 한다. 예를 들면 미성년자의 강간죄 행위객체를 북한 형법은 15세 미만으로 보고 있고, 우리의 형법은 13세 미만으로 규정하고 있는 것과 같이 약간의 차이가 있는 경우가 많다.

남한형법에만 규정된 사항의 경우 원칙적으로 북한지역에 확장 적용하는 것이 타당하다고 하겠다. 예컨대 심신상실의 형사책임 무능력자, 법률상 감경, 벌금형제도, 선고유예, 형의 실효, 친고죄, 반의사불벌죄, 친족관계로 인한 형의 면제 또는 감경 등과 같은 것은 남한형법에만 규정이 있는데 이는 북한에도 확장·적용해야 될 것이다. 다만 북한주민의 법적 안전성보장 차원에서 예컨대 간통죄, 낙태죄, 혼인빙자간음죄 등의 규정은 북한형법에 규정이 없는데, 이런 것에 대해서는 바로 적용하기는 어렵

고, 유보기간을 두는 것이 필요하다고 하겠다.

북한형법에만 규정된 사항도 있다. 이들 중 자유민주적 기본질서나 법치국가주의, 사회적 시장경제원칙에 위반되는 제반 규정을 폐지함이 마땅하다. 예를 들면 형법의 임무라든가 유추해석 허용, 사회주의 분배주의원칙 위반죄, 신소청원 목살죄, 국가기관의 국위훼손죄, 불량자적 행위죄 등이다.

통일 전 북한지역에서의 범죄행위에 대한 경과조치에 관한 법률제정도 필요할 것으로 보인다. 또 '행위시법 주의'의 원칙을 적용하는 것이 타당하다. 통일 전 북한지역에서 저질러진 범죄행위를 통일 후 재판하게 될 경우 우리 형법 제1조에 따라 원칙적으로 행위시 법률인 북한형법을 적용해야 될 것이다. 물론 북한형법에만 처벌규정이 있는 경우에는 범죄 후 법률의 변경에 의해 행위가 범죄를 구성하지 않는 경우에 해당한다고 볼 수 있기 때문에 북한형법의 적용을 배제해야 할 것이다.

## 라. 행정법분야

### (1) 지방자치

통일한국은 남북간 행정통합의 차원에서 북한지역에 지방자치제도(교육자치제도를 포함)도입·정착시켜야 한다. 이를 위해서는 지방행정조직법과 지방자치법을 제정·시행해야 한다. 현행 북한의 행정구역은 통일 후 과도기 동안에는 잠정적으로 기존의 편제대로 유지시키되, 이를 단순한 지방행정의 구역이 아니라 지방자치의 단위로 재편하는 것이 바람직하다. 그리고 비교적 순수한 행정기능을 담당했던 지방행정조직들은 북한주민들의 복리와 통상적인 행정과업의 수행을 위해 존속할 수 있도록 해야 한다. 그러한 과도기가 종료한 후에는 그간의 지방자치 운영실태와 문제점 등을 충분히 감안하여 남북한에 단일화된 통일지방자치법을 제정·시행해야 할 것이다.

한편 북한지역에 지방자치제도를 도입하기 위해서는 지방자치선거제도가 마련되어야 한다. 이를 위해서는 북한지역에 대해서도 남한의 경우와 마찬가지로 현행 지방자치법 및 통합선거법에 의해 지방행정구역을 개편



하고 그에 따라 지방자치단체의 장과 지방의회 의원을 선거에 의해 선출하도록 해야 한다. 그렇지만 우선 과도기 기간 중에는 (지방자치의 단위로 재편된) 지방행정구역의 집행기관은 종래 북한의 지방행정조직상 집행기관으로서의 지위와 역할을 가졌던 인민위원회(합의제기관)를 독립적인 지방자치단체의 장으로 대치하고 가급적 현지인 중에서 임명하는 것이 바람직하다.

## (2) 경찰통합

통일 이후 북한지역에 심각한 질서교란상태가 발생할 가능성이 크며, 또 전환기의 공백을 타고 마약·밀수 등 조직범죄나 무질서행위가 빈발할 우려가 있다. 그러므로 이에 대비하는 차원에서 북한내의 질서유지 및 위험방지를 위한 법제를 정비해야 한다.

통일 후에는 북한지역에서 사회통제의 신경선이 되어 왔던 사회안전부·국가보위부 기타 주민통제조직을 해체하고, 북한사회에서의 질서유지를 담당할 새로운 민주적인 경찰조직으로 대체해야 할 것이다. 점진적 통합의 기초 위에서 이를 추진하기 위해서는 북한지역의 치안 및 질서유지를 위한 경찰법규를 제정·시행한 후 이를 우리의 현행 경찰법제에 통합시켜 나가는 것이 필요하다. 남한에서 시행되는 기존의 경찰관계법을 바탕으로 북한지역에 적용할 경찰법제를 마련하여 과도적으로 시행하되, 이를 향후 통일한국의 경찰법제를 구축하는 방향에서 양자를 통합해 나가야 한다. 통일한국의 경찰법제는 중앙경찰을 유지하면서 교통단속, 방범, 위험방지 등 주민생활과 밀접한 분야에 대하여 자치경찰제를 도입하는 것이 바람직하다고 생각된다.

## (3) 인사개혁

인사개혁은 이제까지 제시된 각 분야에서의 개혁과 범통합 전반에 걸쳐 선행적으로 이루어져야 할 핵심적인 과제의 하나이다. 북한지역에 적용할 공무원인사법에서는 공정하고 투명한 논의를 통해 인사개혁의 구체적인 범위, 북한지역 행정기관의 구성, 공무원 임용 심사기준 및 절차, 공무원의 지위 등에 관한 규정을 두어야 할 것이다.

한편 북한에서 활동했던 기존의 공무담당 요원들에 대해서는 적법절차에 의한 자격심사제도를 통해 재임용하여 남북한 통합의 과정에 기여할 수 있는 기회를 제공하도록 해야 할 것이다. 자격심사의 결과 과거 북한의 정권기관이나 정보·보안기관의 하수인으로 활동하거나 반인륜적 행위에 종사한 경력이 있는 자 또는 그러한 의혹을 받을 만한 이유를 지닌 인사를 재심사하여 공직으로부터 배제시키고, 그렇지 않은 인사중에서 소정의 재교육 또는 전직교육을 통하여 공직에 복귀할 수 있는 능력과 자격을 갖춘 자는 계속 공직에 머무를 수 있도록 하는 제도가 마련되어야 할 것이다. 아울러 북한지역에 적용할 공무원인사법은 공무원 인사와 관련하여 합리적인 불복 및 구제의 기회를 절차적으로 보장해야 할 것이다.

### Ⅲ. 통일독일의 몰수 재산권 관련 법제

#### 1. 소련군 점령당국에 의해 몰수된 재산의 원상회복 여부

소련점령당국에 의해 몰수된 재산의 원상회복불가원칙을 규정한 입법들에 대한 위헌성 논의는 “2+4 조약”에 대한 소련측 조약초안 등에 의해 당시 서독정부의 주장, 즉 구 소련이 독일 통일을 해당 재산권몰수조치의 원상회복불가를 전제로 해서 동의하였다는 주장이 의문시 되면서 시작되게 된다.

서독 연방헌법재판소는 1991년 4월 23일의 소위 “Bodenreform 판결”에서 SBZ에서의 재산권몰수조치의 피해자, 즉 원소유자의 원상회복청구권을 부인함으로써 통일조약의 합헌성을 인정하게 된다. 동 판결주문에 의하면 1945년에서 1949년 사이에 동독지역에서 收用된 소유권은 원상회복될 수 없으며, 이에 대한 손실보상도 인정될 수 없다고 한다. 따라서, 피해자는 단지 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정되는 調整給付에만 의존할 수 있다라고 한다.

그러나, 이러한 연방헌법재판소의 설시는 여러가지 점에서 비판의 여지가 있다.

SBZ에서의 재산권몰수조치에 대하여 통일독일정부는 법적 책임이 없다고 하는데, 원상회복의 타당성은 그 행위책임을 통일독일이 부담하는 것이 아니라 불법적 결과의 제거책임을 부담하여야 한다는 점에서 도출되는 것이다.

또한, SBZ에서의 재산권 몰수행위의 통일독일에서의 효력 문제에 대하여도, 독일민법시행법(EGBGB) 6조에 의하면 외국의 법규나 법률행위 등은 독일의 법질서 특히 국민의 기본권보호원칙등 公序良俗(ordre public)에 합치할 경우에만 유효하다고 규정하고 있는 점을 고려하면, 당시의 재산권 몰수행위의 무효성을 인정하는데 별 무리가 없어 보인다.

더 나아가, 헌법 규정상의 상대적 우위 문제는 별론으로 하더라도, 충분한 국내성과 현재성이 인정되는 상황하에서는 원상회복불가를 규정한 통일조약 41조 1항이 인간의 존엄성규정에도 위반한다고 보아야 할 것이다.

## 2. 구동독정부에 의해 몰수된 재산에 대한 반환원칙의 채택

1945~1949년 사이 소련점령군에 의해 몰수된 재산의 원상회복불가 원칙에 비해 통일독일은 1949년 이후 동독정부에 의해 반법치주의적 방법에 의해 몰수된 재산에 대해 원칙적으로 원소유자에게로의 반환원칙을 채택하게 된다. 반환원칙이란 구동독 계획경제수립과정에서 불법하게 몰수되어진 토지·기업 등의 재산가치를 사유화함에 있어 이들을 원칙적으로 원소유자에게 원물 그대로 반환하고, 당해 재산가치의 멸실등으로 반환이 조리상(von der Natur der Sache) 불가능한 경우나 제3취득자의 보호를 위해 반환을 부정하는 것이 정의에 부합되는 경우등에 한하여 예외적으로 보상을 행하는 원칙을 말한다.

반환원칙을 채택한 가장 중요한 논거는 무엇보다도 동원칙에 의한 처리가 법치국가원칙이나 사유재산권보장등 헌법원칙에 가장 잘 부합한다는 점이다. 즉, 몰수등의 조치에 의한 재산권박탈과 관련하여 발생한 불법상태는 당해 재산가치의 반환을 통하여만 실질적으로 청산되어질 수 있다. 또한 반환권리자의 입장에서는 오직 반환방법을 통해서만 금전으로 계산

할 수 없는 愛着利益(Affektionsinteresse)의 회복이 가능하며, 보상원칙을 택할 경우의 보상재원 확보를 위한 엄청난 재정적 부담을 피하기 위해서도 반환원칙이 우선되어야 한다고 주장된다.

이에 반하여 반환원칙은, ① 거시적으로는 소유관계의 불명확으로 인해 국가가 토지·기업등을 매각하여 사유화하는 과정에서 외국기업등 투자자들이 이의 인수를 기피하고, 원소유자들은 투자를 통한 경제활성화와 고용창출에는 무관심한 채 반환된 재산가치를 재산증식의 수단으로만 인식함에 따라 경제재건을 위한 신규투자가 위축되고 고용이 감소하는 등 전반적인 경기침체 결과를 초래하게 되므로 체제전환 소요비용의 조달에 허덕이는 구사회주의 국가로서는 이중고를 겪게되는 불합리가 초래되고, ② 미시적인 관점에서 보더라도 반환대상인 재산가치를 선의취득한 제3자 원소유자에게 당해 재산가치를 박탈당하게 되는등 정의에 합치하지 아니하는 결과가 초래될 우려가 있으며, ③ 수십년에 달하는 사회주의체제하에서 반환대상인 재산가치의 대부분에 대해 변경이 행해졌기 때문에 원소유자에 대한 원물반환이 곤란하다는 비판이 가해진다.

한편, 재산법상 원소유권자에게는 반환원칙에 기한 다양한 부수적 청구권이 인정되는 바, 적시에 신고하지 못하여 처분이 허용된 경우의 代償에 대한 청구권(법 제3조 제4항 제3문, 기업의 경우에는 제6조 제6항 제4문), 신고에도 불구하고 처분한 경우의 손해배상청구권(법 제3조 제3항) 등이 그것이다.

### 3. 구동독 국영기업의 사유화와 공공재산의 귀속

국유 재산권의 해체와 사유화(Privatisierung)를 위한 첫 번째 시도는 Hans Modorow 하의 동독 정부가 1990년 3월 1일 신탁청의 신성불가침에 대한 의문이 제기되는 것으로 나타난다. 1990년 봄의 동독 자유총선 후에는 de-Maizière의 동독 정부와 서독 연방정부가 공동으로 통일을 본격적으로 대비하게 되는데, 양 측은 통일을 위한 경제체제의 단일화가 동독의 사회주의적 계획경제의 사회적 시장경제로의 전환을 의미한다는 것에 인식을 같이하게 된다. 법적으로 이는 곧 단일화된 소유권 개념의

창출을 전제하는 것으로 국유 재산권이 서독 민법전(BGB)상의 자유주의적 의미의 소유권으로 대체됨을 말하는 것이다.

이같은 소유권 개념의 전환을 위해 통일조약 체결과정에서 독일 민법시행법(EGBGB) 제6장이 새로 마련되는데, 동 법 233조 §2 1항과 동 조약 8조에 의하면, 편입일을 기준으로 모든 소유권은 서독 민법전의 규율 대상이 된다고 한다. 그러나, 독일 민법시행법은 서독 민법전상의 소유권 개념으로 전환된 국유재산의 권리귀속주체를 일의적으로 규정하지 않고 이를 구체적 법령에 의한 재산권 분배 내지 재산권 귀속 문제로 위임하게 된다. 그러나, 이에 따라 제정된 일련의 법령들이 구 동서독법상의 법적 개념들을 그대로 원용함으로써 구성요건 해당성과 관련해 법 적용상 어려움이 생기게 되었다. 예컨대, 신탁청 기업에게로의 소유권 이전은 구 동독법상 부동산, 동산에 따른 형식적 명의자의 이분법을 전제로 하고 있으며, 반대로 국유재산의 지방자치단체로의 이전은 구 동독 법에는 찾아볼 수 없는 행정재산과 재정재산의 구별에서 시작하고 있다.

한편, 국유 부동산 해체의 이론적, 실제상의 복잡성은 다수의 법령 제정 및 빈번한 개정 작업에 기인하기도 하는데, 예를 들어 국유재산 해체에 관한 모법이라 할 수 있는 신탁법의 경우 법 제정 수주 만에 제 5 신탁법시행령을 통해 첫번째 개정을 경험하게 되며, 구 동독 공공재산의 귀속에 관해서는 통일조약 21, 22조가 신탁법을 대신해 준거법이 된다. 구체적 법 집행을 위해서 소위 장애제거법, 재산귀속법이 제정되었으며, 이들에 대해서는 제 2 재산권개정법 및 최근의 등록절차가속법을 통해 법개정이 있게된다.

한편, 사회주의적 소유권 질서의 자본주의적 그것으로의 법적인 전환 작업은 - 독일의 경우를 살펴본다면 - 일반적으로 다음의 세 가지 부분과제로 나누어진다. 우선 사회주의적 소유권관계의 일반적인 개인적 법질서에로의 법기술적 편입을 들 수 있다. 이는 주로 時際法(Intertemporal-Recht)의 규율 대상으로서 한편으로는 經過法(Überleitungsrecht) 규정과도 밀접한 관계를 가지고 있다. 두 번째 과제는 사회주의적 소유권을 해체해서 개인 소유권 내지 행정재산, 재정재산의 형태로 새로운 권리주체에게 이전하는 것이다. 끝으로 문제되는 것은 협의의 사유

화 작업으로서 이는 구소유권자에게로의 소유권 반환 내지 투자자에 대한 매각 등을 통한 사적 권리주체에게로의 소유권 이전으로 구체화된다.

전술한 두번째 과제의 하나인 구 동독 공공재산의 분배 내지 귀속은 학자, 실무가 사이에 격렬한 논쟁의 대상이 되고 있다. 그같은 논쟁의 실질적 원인은 다음과 같다. 첫째, 통일조약상의 공공재산 귀속과 관련한 해당 조항의 구성요건이 명확하지 않아 해석상 어려움이 제기된다. 둘째, 시간에 쫓긴 입법들로 인해 규정 상호간의 조화가 잘 이루어지지 않아 - 예컨대 신탁법과 그에 따른 신탁법시행령들 및 지방자치단체재산법 - 법충돌의 여지가 많다. 셋째, 구 동독의 실정에 대한 법적 발견이 용이하지 않다.

이러한 어려움에도 불구하고, 전술한 논의를 바탕으로 구동독 공공재산의 귀속을 요약하면 다음과 같다.

통일일을 기준으로 직접 특정의 행정목적에 기여하고 있는 국유재산(행정재산)은 기본법상 관할권 있는 연방, 주, 지방자치단체에 분배 귀속된다. 분배되는 재산은 통일일을 기준으로 국유재산에 속해야 하므로 신탁청 기업 소유 재산은 이에 영향을 받지 아니한다. 구 동독 철도청 및 체신청, 군축 및 방위성, 국가 안전성 소유의 행정재산과 과거 제 3제국 재산은 특별규정에 의해 규율된다.

동독의 편입 전에는 국가소유 부동산이 지방자치단체재산법에 의해 광범위하게 지방의 재정재산으로 이전되었다. 통일과 더불어 국가 재정재산의 귀속은 통일조약 22조의 규율 대상으로 되어 지방자치단체재산법상의 규정은 통일조약의 내용과 배치되지 않는 범위에서만 효력을 유지하게 된다. 국가안전성 명의를 재정재산과 주택건설촉진에 이용되던 국유재산은 지방자치단체에 이전된다.

구 동독 지역 지방재정 확충을 목적으로 연방재정재산도 일정한 경우 지방재정재산이 된다. 신탁청장은 산하 기업 소유의 부동산 등이 지방적 목적에 기여할 경우 해당 지방자치단체의 청구에 의해 그 지방자치단체에 이전하여야 한다.

#### 4. 통일독일의 손실보상법제

위에서 살펴본 ‘원상회복을 통한 정의관념에의 요청은 다음과 같은 중요한 법적 가치에 의해 통독의 입법과정에서 ‘손실보상에의 요청(Gebot für Entschädigung)’으로 상당부분 수정되게 된다.

첫째, 대부분의 재산가치가 당시의 침해행위 후 현저한 상태변화를 경험했다는 사실이다. 즉, 기업내 공장의 현저한 증·개축, 나대지 위의 건조물 건축 등의 경우에, 몰수되었던 부동산을 현재상태로 원상회복할 경우 또다른 의미에서의 ‘정의요청’에 위반되는 결과가 발생할 수도 있는 것이다. 이 경우 몰수재산의 현격한 가치증대 여하에 따라 원상회복 여부를 결정함은 헌법상 평등원칙에 위반할 소지가 없지 않으나, 기본법의 지배원리인 사회국가원리 내지 공동연대사회 관점에서 볼 때 이는 합리적 차별로 보아 위헌이 아니라고 봄이 일반적인 견해이다.

둘째, 몰수재산에 대한 원상회복원칙은 구동독주민의 존속보호에의 요청으로 수정받지 않을 수 없다. 즉, 대부분의 동독주민들은 몰수되었던 부동산을 이용함으로써 자신의 생계기반으로 삼았으므로, 만일 이에 대해 예외없는 원상회복원칙을 고수할 경우 통일 후 구동독주민의 재산권 형성을 위태롭게 하여 또 다른 의미의 실질적 분단을 초래할 수도 있는 것이다. 이러한 점을 고려하여 재산법은 취득자가 당해 재산가치를 정당히 취득한 경우 원권리자의 반환청구를 배제하고 손실보상청구권으로의 전환을 규정하고 있으며(재산법 제4조 제2항), 제2차재산법개정법은 토지개혁토지(Bodenreformland)에 대한 이주농가의 재산적 권리를 보장하고 있다. 한편, 재산법제에 대한 실무를 살펴볼 때 위와 같은 반환배제에 해당하는 경우가 순수 원상회복의 경우보다 상대적으로 훨씬 많음에도 불구하고 재산법이 손실보상원칙이 아닌 원상회복원칙을 견지하는 이유는, 그러한 숫적인 불균형에도 불구하고 반법치국가적 재산권몰수조치의 결과에 대한 법적인 회복, 즉 원상회복이 전체적으로 볼 때 거역할 수 없는 정의관념에 합당하다는 인식 때문이라고 한다.

셋째, 원상회복원칙에 대한 또 하나의 수정원리는 경제적 고려에서 나온다. 통일은 경제적으로 볼 때 국토전체의 균형있는 개발과 이를 통한

경제적 정의에 기여해야 하며 이는 구체적으로 편입지역의 경제재건을 요체로 한다고 볼 수 있다. 그러나, 원상회복청구소송의 남발로 인한 소유권관계의 불명확성은 투자가의 투자심리 위축요소로 작용하여, 현실적으로 볼 때에도 투자예상 부동산·기업 등의 매각을 통한 투자가 원활하게 이루어지지 못하는 실정이다. 이같은 투자저해요소를 제거하기 위해 통독 입법자들은 소위 투자우선법제를 마련하였으며, 특히 투자우선법상의 구성요건을 충족하는 경우 원권리자의 소유권회복은 배제되며 손실보상청구권 내지 매각대금지급청구권으로 만족해야 하는 경우가 발생하는 것이다. 이때, 투자적격 재산가치에 대해 원권리자가 투자가와 동등한 자력을 담보하여 투자의사를 표명한 경우, 일정 요건하에 원권리자에게로의 원상회복과 그에 의한 투자조치가 인정되는 경우도 있는 바, 이는 원상회복이라는 정의관념과 투자우선을 통한 경제개발, 즉 합목적성이라는 법의 이념 사이에서 입법자가 고민한 흔적을 보여주는 것이라 하겠다. 그러나 이 같은 세부적 노력에도 불구하고 투자우선목적에 위한 원권리자의 원상회복청구권의 일반적 배제는 법논리적으로 이미 성립한 원상회복청구권을 희생한다는 점에서 기본법 제14조와 관련하여 위헌의 소지가 농후함을 주의하여야 할 것이다.

넷째, 금전지급에 의한 보상방법은 불법으로 확인된 재산권침해조치에 대해 앞서 살펴본 이유로 인해 원상회복 될 수 없는 경우를 위한 대안으로 제시됨이 원칙이지만(Rückgabe vor Entschädigung), 원권리자가 자신의 소유권회복을 포기하고 금전적 보상을 원하는 경우에도 당연히 인정해야 할 것이다(재산법 제8조에 의한 선택권). 한편, 위의 두가지 경우 보상액의 산정에 있어서 당해 재산가치와의 합리적 등가성이 문제되는데, 이에 대한 구체적 해결은 재산법의 특별법인 ‘손실보상법 및 조정급부법’의 규정에 의한다.

## 5. ‘투자우선법’에 나타난 통일독일의 투자우선법제

독일법상 투자우선이란 과거 몰수된 재산에 대한 원상회복원칙에 근거하여 재산법에 규정된 현처분권자의 처분권 제한을 배제하여 특정의 투자



목적은 위해 당해 재산을 이용할 수 있음을 의미한다. 즉, 투자우선결정이라는 행정처분에 의해 원소유자의 소유권 주장은 더 이상 불가능해지며 현처분권자는 당해 재산가치를 투자계획자에게 매각 등의 처분행위를 할 수 있게 된다.

원소유권자의 소유권 회복에 우선하는 투자우선규정의 목적은 무엇보다 투자의 촉진이라 할 것이다. 구동독지역의 부동산 및 기업에 대한 불확실한 소유권 귀속문제는 진정소유자의 규명 자체의 어려움은 물론이고 재판을 통한 소유권자의 확정의 경우 상당한 시일을 요하는 것이 대부분이므로, 편입지역에의 투자유치를 통한 시급한 경제재건과 이를 바탕으로 한 동서독의 실질적 통합에 커다란 장애가 되었다. 이러한 문제점에 직면하여 통독의 입법자들은 법이론상 원칙적으로 인정되는 원소유권자의 몰수 재산에 대한 원상회복청구권을 신속한 투자에의 요청이라는 공적 이익을 위하여 희생시키는 법제를 마련하게 되는 것이다. 이러한 법제의 형성과정에서, 견해에 따라서는 투자촉진을 위해 원소유권자의 소유권주장은 특별법으로 완전히 봉쇄하여야 한다는 주장도 제기되었다고 하나, 이러한 주장의 위헌성 문제는 별론으로 하고라도 원소유자의 소유권 주장이 투자저해의 유일하고도 가장 큰 문제점이 아니라는 점에서 이는 받아들여질 수 없었다. 왜냐하면, 소유권관계의 불분명 못지 않게 구동독지역의 열악한 행정현실 및 사회간접자본의 미약도 투자저해의 요인으로 작용하고 있었기 때문이다.

기업을 제외한 부동산을 대상으로 하는 투자우선법제의 시초는 통일조약 제41조 제2항이라 할 수 있다. 통일조약 제41조 제2항에 규정된 ‘투자우선원칙(Investition vor Rückgabe)’의 구체화를 위하여 구동독법인 투자법이 제정되는데, 동법은 이후의 투자우선관련 규정들에 대한 내용적 기초를 제공하게 된다. 동법의 요지는 국유재산으로서 반환청구의 대상인 토지 또는 건물에 대하여 특별한 투자목적이 제시되는 경우에는 재산법상 청구권신고령에 의한 반환신청이 있는 경우에도 현재의 처분권자인 신탁청 또는 주행정기관은 당해 토지나 건물을 투자자에게 양도하거나 임대하는 등의 처분행위를 할 수 있다는 것이다.

미해결 재산문제의 기본법이라 할 수 있는 재산법은 원래 공동성명과

통일조약에서 합의된 원상회복원칙을 비교적 충실히 규정했으나, 1991년의 투자장애제거법에 의하여 투자우선을 위한 법개정을 경험하게 된다. 즉, 통일조약 등 몰수재산처리에 관한 여러 법률에서 반환원칙을 채택한 이후 편입지역의 경제부흥을 위하여 기대되었던 투자는 활발하지 못하였고, 일정한 경우 반환이익보다는 투자이익에 우선권을 주도록 한 구투자법에 의하여도 이는 시정되지 못하였다. 이에 따라 통독 정부는 반환원칙은 유지하되 투자의 촉진을 위하여 다수의 법률을 개정하게 된다. 재산법의 경우 제3조의a가 신설되어 신탁청 또는 지방공공단체가 처분권자인 경우 투자법 및 재산법 제3조 제6항 내지 제8항에 의한 우선권규정을 강화한 소위 초우선권규정(Supervorfahrtsregelung)을 채택함으로써 투자자에 대한 우선권이 크게 강화되었다. 기업에 대한 투자우선규정의 적용이 가능해졌으며, 신탁청 등은 투자목적이 인정되면 원소유자에 의한 반환신청이 제출된 경우에도 처분제한을 받지 않고 반환신청의 대상인 토지나 기업을 처분할 수 있다. 따라서 최소한의 투자계획이 있거나 원소유권자의 투자계획보다 나은 투자계획을 제시한 제3의 투자자는 원소유권자에 우선하여 반환신청 대상 토지나 기업을 양도받을 수 있게 되었다.

구동독지역의 투자 촉진을 위하여 재산법 제3조의a를 신설하고 투자법의 개정을 통하여 반환원칙에 대한 부분적 수정을 가한 투자장애제거법이 발효된 지 몇 달 만에 투자우선을 위한 법적 규율이 충분치 않음이 드러나게 되었다. 투자장애제거법, 투자법 등 일련의 입법조치로 인하여 투자우선과 관련된 규정이 여러 법률에 산재하게 되었고, 관련 행정절차의 복잡화로 인해 실제 투자에 많은 장애와 혼란을 초래하게 되었다. 더 나아가 재산법상의 반환원칙은 소유권 관계를 불명확하게 만들어 편입지역의 경제재건을 방해하는 가장 큰 원인이라는 비판도 강력하게 제기되었다. 이에 따라 제2차 재산법 개정작업이 진행되었는데, 1992년 7월 14일 조문법의 형식으로 ‘제2차재산법등개정법률’이 제정된다. 동법의 핵심은 당시까지 재산법 제3조 제6항 내지 제8항, 제3조의a 및 투자법에 산재하고 있던 투자우선에 관한 규정들을 소위 초우선권규정의 기본 정신을 유지하면서 단일 법률인 ‘투자우선법’으로 통일하였다는 점이다. 또한 구동독지역에서의 보다 신속하고 원활한 투자를 이끌기 위해 기존의 투자우선규정

의 문제점, 즉 해석·적용상의 난점과 모호성을 제거하기 위한 작업이 이루어지게 된다. 보완된 주요 규정을 요약하면 다음과 같다.

- 종전에 1992년 12월 31일(제1차개정재산법) 또는 1993년 12월 31일로 되어 있던 투자우선에 관한 기간들이 1995년 12월 31일로 연장되었다.
- 투자우선결정절차(제4조, 제5조), 투자계획의 실제 이행을 담보하기 위한 기간규정(제13조), 투자계획과 다른 목적에 토지나 건물등이 이용될 경우의 투자우선결정의 철회권(제15조), 투자우선결정으로 재산가치의 반환이 불가능해진 경우 원소유권자인 권리자(Berechtigter)에 대한 보상청구권 내지 선택권 부여(제16조, 제17조)에 관한 상세한 규정을 두었다.
- 주거공간의 창출을 위한 투자(제3조 제1항 제2호), 사회간접자본시설(제3조 제1항 제3호)·기업 및 기업토지에 대한 투자(제3조 제2항)의 경우 특별투자목적의 요건을 완화함으로써 투자의 용이화를 기하였다.
- 신청인의 친족이 아닌 자로서 법률행위 또는 강제집행에 의하여 재산법상 청구권을 취득한 자가 동법상 절차에 참가하는 것을 배제하였다(제4조 제5항).
- 투자우선결정의 취소시 당연히 당해 재산가치는 반환되어야 하지만 예를 들어 약정한 투자의 실행이 사실상 개시된 경우등의 예외를 인정하였고(제12조 제3항), 귀책사유없는 투자자의 경우 실행기간의 연장을 가능케 함으로써(제14조) 투자에 대한 법적 보호를 강화하였다.
- 투자우선결정의 집중도를 제고하기 위하여 특별절차로서 공개입찰절차에 관한 규정을 두었으며(제19조), 복수토지에 대한 투자계획의 경우 그 실행을 용이하게 하기 위하여 청문의 생략등 절차의 간이화를 기하였다(제20조 제3항).
- 재산법상 반환신청을 한 자, 즉 원소유권자등이 투자우선신청을 한 경우 당해 신청인에 대한 우선적 보호규정을 두었다(제21조)

- 투자우선결정에 대한 이의 및 취소소송에 있어 연방행정법원법 (VwGO)상의 집행정지효력을 인정하지 않고(제12조 제1항), 행정법원의 판결에 대한 항소 및 기타 결정에 대한 항고를 배제함으로써(제23조 제2항) 투자조치의 계속성 확보를 위하여 법적 구제에 대한 제한을 가하였다.

## IV. 북한지역 불법 몰수재산 처리방안

### 1. 고려사항

몰수토지문제의 처리는 기본적으로는 소유권 보호에 관한 법적 문제이기는 하나, 평상시의 정상적인 상황하에서 제기되는 소유권 보호문제와는 본질적으로 성격을 달리하는 것이다. 이 문제는 반세기 이상 동안 분단되어 온 두 정치적 실체가 하나로 통합되는 과정에서 발생하는 특수성을 지니고 있고, 농업이나 토지문제와 밀접한 관련이 있는 것이나 여기에 그치지 않고 국가경제 및 사회문제 전반에 심대한 영향을 줄 수 있다. 그러한 점에서 법률적 차원에만 국한시켜 접근하거나 해결책을 찾으려 할 경우 상당한 오류에 빠질 위험이 있다. 이러한 기본시각에서 한국적 상황하에서 가장 적합한 몰수토지문제 처리방안을 선택함에 있어서 정책적으로 고려할 사항을 적시하기로 한다.

첫째, 먼저 우리가 통일을 이룩하려는 목적이 어디에 있는가 하는 점을 재삼 인식할 필요가 있다. 대부분 월남자인 구소유권자들의 권리를 보호하고 그들에게 잃어버린 재산을 돌려주기 위해 통일을 하려는 것은 물론 아닐 것이다. 같은 피를 나눈 남북한의 형제들이 아무런 연락도 교통도 하지 못한 채 서로 반목하고 대결하는 비정상적인 상황을 더 이상 지속해서는 안되며 더욱이 이를 후대에 물려주어서는 안된다는 믿음하에 진정한 민족의 통합, 국가통일을 이룩하고자 한다면, 몰수재산의 처리문제는 법적 관점에서만 접근할 문제는 아니라고 할 것이다.

이것은 통일한국이라는 새로운 국가건설에서 파생되는 하나의 문제로

파악되어야 한다. 특히 남북한 2개의 정치실체(국제법상 사실상 2개의 국가)를 하나로 통합하는 것은 명백히 공법상의 행위로서 이는 국제법상 국가상속(국가승계)이라는 매우 복잡한 문제를 초래하게 하는데, 북한정권에 의한 몰수재산의 처리문제를 사법적인 문제로만 볼 경우, 많은 문제가 초래될 것으로 판단된다.

둘째, 통일한국 초기에 있어서 토지정책을 결정함에 있어서는 원소유자를 우선적으로 배려하기보다는 북한주민의 보호와 북한지역에 사회주의계획경제의 자본주의 시장경제체제로의 전환(시장경제질서 도입) 및 경제재건에 중점을 두어야 할 것이다. 경제재건정책에는 투자장애요인 제거와 북한주민의 북한지역 잔류유도정책이 포함되어야 한다.

셋째, 몰수토지의 처리는 북한주민들이 단기간내에 자신들의 재산을 형성하도록 하는데 도움을 주는 방향에서 추진되어야 한다.

넷째, 몰수토지문제를 최종적으로 마무리할 때 북한주민이 연고를 가진 지역의 토지구입에 있어서 우선권을 가질 수 있도록 배려해야 한다.

다섯째, 통일한국 초기 북한지역에 대한 공공투자를 위한 토지를 비축하고 이를 위한 재원확보를 가능케 하는 방안이 선택되어야 한다.

여섯째, 효율적인 토지관리에 의한 지가상승 등 부동산투기를 사전에 방지해야 할 것이다.

일곱째, 북한주민이 현재 거주하는 주택을 계속적으로 이용할 수 있도록 허용되어야 한다.

여덟째, 통일 직후 적어도 상당한 기간동안 협동농장과 농장내의 농기구를 포함하여 기존의 영농체제가 유지됨으로써 생활기반과 터전의 급격한 변화로 인한 혼란을 최소화하여야 한다.

아홉째, 사유재산권 보장 측면과 법치주의 옹호 측면에서 원소유자의 재산권에 대한 최소한의 배려도 아울러 행해지도록 해야 할 것이다.

결국 몰수토지의 처리문제는 통일한국이 법적 차원 외에도 북한지역의 체제전환 및 경제재건, 북한주민의 생존권 보장, 통일비용 부담, 농업정책을 포함한 산업정책의 재조정까지 감안하여 종합적이고도 장기적인 안목에서 접근해야 통일 후유증을 최소화하면서 무리없이 몰수토지문제를 처리해 나갈 수 있다고 할 것이다.

## 2. 몰수재산 반환원칙의 법리상 타당성

‘토지개혁’으로 대표되는 북한에서의 재산권몰수가 이미 북한정부 수립 전에 완성되었고 형식상의 관련명령제정명의자(북조선림시인민위원회 등)와는 상관없이 실질적으로 구 소련의 절대적 영향하에 입안되고 수행되었음을 고려한다면, 소련점령군정부에 의한 재산권몰수 조치는 북한의 정부수립전행위 내지 통치행위의 일종이 아니라 국제법상 점령고권의 일환으로 보아야 할 것이다. 이는 곧, 북한에서의 구 소련에 의한 재산권몰수조치에 대한 법적 논의가 국제법적 관점에서 출발해서 헌법상 본질적 기본권의 하나라고 여겨지는 재산권보호규정과의 연관하에서 이루어져야함을 의미한다. 독일에서의, ‘동서독간의 공동성명’, ‘통일조약’, ‘재산법’ 1조 8항 (a), 일련의 연방헌법재판소 판결들(특히 BVerfGE vom 23. 04. 1991)에 의해 확인된 원상회복불가원칙은- 비록, 원소유자의 조정급부청구권은 인정되지만 - 공법적 측면에서 볼 때 법리판단에 잘못이 있어 통일한국의 경우에는 적용될 수 없다고 생각한다. 우선, 북한에서의 구 소련에 의한 재산권몰수조치는 단순한 재산권 침해 차원을 넘어서 ‘인간으로서의 기본권’의 하나인 인간의 존엄성 내지 생존권에 대한 심각한 침해일 뿐만 아니라 전체사회질서에 근본적 변혁을 가져왔다는 점에서 국제법상의 공서양속규정 등 강행규정에 위반하므로 - 비록, 소련점령군정부와 북한정부에 의해 재산권몰수조치의 법적 효력이 추인되었지만 - 무효라 보아야 한다. 이는 곧, 북한에서의 재산권몰수조치가 법치국가에서의 收用개념이 아니라 沒收라 보아야함을 의미한다. 더 나아가 본질적 기본권의 불가침성(독일의 경우기본법 79조 3항)과 기본권으로서의 재산권보호(독일의 경우 기본법 14조 3항)와의 밀접한 연관성, 몰수조치의 현재성과 국내성 인정 등을 고려할때 소련점령당국에 의해 몰수된 재산적 가치는 원소유자에게 반환되어야함이 법리상 옳다고 본다.

## 3. 선택적 대안: 재국유화방안 또는 보상방안

통일한국에서 구 재산권의 처리는 북한내에 사회적 시장경제체제의 조

속한 도입, 대북한 투자 장애요인 제거, 북한주민의 토지이용권 보호 등 조속한 생활안정 확보 등 거시적인 측면에 주안점을 두고 추진되어야 한다. 몰수토지문제의 처리도 역시 이에 부합하는 방향에서 강구·모색되어야 한다고 할 때, 일응 통일한국이 우선적으로 고려할 수 있는 방안은 재국유화방안이라 하겠다.

재국유화방안은 이미 살펴 본 바와 같이 북한지역에서의 투자조건 개선을 통한 조속한 경제재건, 북한주민의 생존권 보장, 보상재원 마련의 어려움 회피 등의 어려운 과제를 한꺼번에 해결할 수 있다는 점에서 장점이 있다. 또한 이 방안은 북한주민들로 하여금 현상태 대로의 주택·토지 등에 대한 이용권의 확보를 가능하게 하여 불필요한 대규모 남한이주를 방지할 수 있으며 정부의 추가재정부담을 크게 줄일 수 있는 장점도 있을 것으로 예상된다.

특히 이 방안의 채택이 한국적 상황하에서 긍정적으로 검토할 필요가 있는 것은 전술한 이유 외에도 다음 3가지 이유 때문이다.

첫째, 통일이라는 과업은 새로운 민족사를 창조하는 것이고, 우리가 구 소유권을 보호하기 위해 통일을 추진하는 것은 아니므로 엄격히 법리적인 관점에서 접근하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 그러한 점에서 통일한국 초기 발생할 통일후유증을 최소화하고 북한지역의 신속한 재건을 통해 경제통합을 이룩하는 것, 동시에 사회·문화적 이질감을 해소하는 것이 가장 시급한 과제임을 감안한다면, 재국유화방안은 간명한 처리방법이면서도 매우 효율적인 대처방안이 될 수 있을 것이다.

둘째, 통일한국이 북한지역 토지를 재국유화하지 않고 원소유자에게 보상하기로 결정할 경우, 보상기금 마련의 압박이나 원소유권자들의 신속한 보상 요구 등으로 불가불 통일한국이 통일직후부터 북한토지를 사유화하는 정책을 채택할 수밖에 없게 될 것이다.

사유화의 조기추진은 북한의 협동농장(집단농장)을 개인농장체제로 급격히 전환하는 조치를 포함하게 될 것이다. 이 때 적지 않은 심각한 문제가 제기될 것으로 우려된다. 예컨대 북한의 집단농장을 단기간 내에 신속히 사유화할 경우, 비료·농기구·장비의 태부족, 농지구매자금·영농자금의 미확보, 운송수단의 미비, 유통망 및 관련 정보 부족 등의 문제가 동시다

발적으로 나타나게 되고 북한농민들은 큰 혼란에 빠질 것이다. 정부도 한 거번에 이 모든 문제들을 해결하기 어려워 결국 북한농업 전체가 심각한 위기에 빠질 가능성이 있다. 이것을 제도적으로 막는 방법은 기존의 북한 토지를 재국유화함으로써 사유화를 늦추는 것이라 할 수 있다.

여기서 통일한국에서는 통일과 동시에 즉각 토지 사유화작업을 서둘러서는 안될 당위성을 찾을 수 있다. 그 대신 일정 기간 동안 기존의 사회화된 토지소유형태를 존중하면서 산업용 토지, 비사업용토지, 택지, 임야, 농지 등 토지용도에 따라서 분야별로 우선순위를 설정, 점진적으로 사유화를 추진하는 것이 국토의 효율적 이용의 측면은 물론 업무폭증의 부담을 던디는 점에서도 바람직할 것으로 보인다. 즉 '점진적 사유화'의 방법으로는 국유화된 토지(농지)를 개인에게 개인농의 형식으로 분배하되 경영권만 인정하고, 기존의 대규모 집단영농체제하에서 개별 농가는 분배받은 농지에 자기 지분을 출자하여 협업경영 체제가 통일직후 당분간이나마 계속 유지되도록 하는 것이 한국적 상황하에서 적절한 대응책이 될 수 있을 것이다.

셋째, 통일한국이 북한지역을 조속한 시일내에 재건하고 경제수준을 일정 단계로 끌어올리기 위해서는 막대한 공공투자사업을 추진하여야 한다. 이에 따른 토지수요는 적지 않을 것이다. 이를 위해서는 토지를 비축해 두어야 하며, 동시에 그를 위한 투자재원 확보가 매우 중요한 과제로 등장하게 될 것이다. 아울러 열악한 북한지역에 대한 공공투자, 그리고 기업과 개인의 대북 투자는 일찍이 지난 시기에 남한지역에서 발생했던 바와 같은 부동산투기, 특히 토지투기 과열현상을 야기하게 될 것인 바, 이를 억제하기 위한 적극적인 조치가 요구된다. 재국유화방안은 이러한 문제에 효과적으로 대응할 수 있다고 판단된다.

그러나 재국유화방안은 북한체제하에서 행해진 불법한 토지몰수조치를 불문에 부치고 통일당시의 북한현실을 기정사실화하는 면이 없지 않다. 따라서 북한정권 하에서의 불법청산이라는 과제, 그리고 사유재산권(월남자들의 구소유권)에 대한 보호에 소홀한 점이 있다. 따라서 대안적 차원에서 원소유자에 대한 최소한의 배려도 감안한 몰수토지 처리방안을 강구하지 않을 수 없다. 그것은 보상방안이라 할 수 있다.



그런데 보상방안은 예외적으로 반환의 경우를 인정하고 있는 바, 원소유자가 예외적 사유를 내세워 토지반환을 강력히 주장하고 예외적 사유에 대한 존부의 판단이 어려울 경우 소유권 분쟁이 장기화될 우려가 있다. 따라서 한국적 상황하에서는 보상방안의 경우 전면적으로 보상만을 허용하고 예외적인 반환 인정을 불허하는 것이 보다 전술한 기본적인 처리방향에 충실한 것이 될 것으로 사료된다.

이와 같은 보상방안 채택을 고려할 필요가 있다고 보는 이유는 대체로 다음과 같다.

첫째, 사회적 법치국가의 헌법 하에서 사유재산권은 신성불가침의 권리가 아니라 공공복리를 위해 그 제한이 가능하다. 통일한국의 공공복리 확보, 반환소송 폭주에 따른 경제질서 혼란 방지라는 관점에서 보상원칙을 택하고 반환을 전면 불허하더라도 위헌의 소지를 불식시킬 수 있다.

둘째, 통일후 북한사회의 신속한 경제재건을 위해 대북 투자가 절대 필요하다. 그런데 원소유자의 토지반환문제로 소유권 관계의 미확정 상태가 계속되면 거래의 안전을 저해하고 투자기피현상이 초래될 것이다. 이러한 투자장애요인을 제거하고 원활한 투자를 유치하는 경제정책적 입장에서 볼 때에도 보상방안을 긍정적으로 평가할 수 있다.

셋째, 남한과는 다른 이질적 체제를 장기간 유지해 온 북한사회가 새로운 체제로 전환하는 과정에서 혼란을 방지하고 사회안정을 유지하기 위해 주민에 대한 생활보장을 배려해야 하는 사회정책적 입장에서도 보상방안이 합리적일 것이다.

통일한국은 가칭 「국유재산관리청」을 설립하여 북한토지를 직접 관리하는 한편, 북한토지의 이용실태에 관한 일제 조사를 실시하여 토지용도별로 새로운 地籍公簿를 작성한 후 북한주민에게 현재 이용하는 토지와 주택을 중심으로 분배를 실시한다. 이 경우 일정한 분배상한을 설정하여 유상분배하고 장기저리로 상환토록 하면 될 것이다. 분배된 토지는 일정기간 매매·처분 등의 행위를 금지시킴으로써 투기적 요소를 사전에 제거하고, 동시에 안정된 주택 및 고용정책을 실시하여 불필요한 대규모 남한이주를 방지하도록 한다.

북한주민에게 분배하고 난 나머지 토지는 관련 입법조치를 통하여 수

용 내지 국유화시킨다. 국유화된 토지는 국가가 계속 관리하면서 적절한 시기에 투자자들에게 매각처분을 하여 사유화를 추진한다. 이 토지국유화 조치는 구소유권을 인정하는 기초 위에서 원소유자에 대해 몰수토지에 대한 보상을 실시하고 북한주민들이 필요로 하는 적절한 토지를 유상분배한 후, 殘餘土地에 대하여 관련 법제정을 통해 수용 내지 국유화를 단행한다는 점에서 통일되는 즉시 북한토지의 구소유권을 부인하고 이를 모두 국가에 귀속시키는 재국유화방안과는 근본적으로 차이가 있다. 이상이 한국적 상황에 맞는 보상방안의 내용이다.

위와 같은 보상방안은 「원소유자 보상, 북한주민에 대한 토지분배」 후에 나머지 토지를 국유화한다는 차이점은 있지만, 재국유화방안과 상당부분 유사한 점이 있는 것도 사실이다. 다만 보상방안의 경우에는 보상재원의 마련이 중요하므로 이에 대한 다각적인 검토와 함께 보상재원 확보방안을 강구해 두는 것 요망된다 할 것이다.

요컨대 통일이 이루어지는 형태와 시기·방법 등 다양한 변수를 고려하여 재국유화방안을 우선적으로 검토하되, 아울러 대안적 차원에서 보상방안의 채택가능성을 고려함이 타당할 것으로 생각된다.

#### 4. 관련 조치

통일한국의 토지 사유화 방향은 택지(주택)는 현재 거주하고 있는 자에게, 농지는 현재 경작하고 있는 자에게 우선이용권을 부여함을 원칙으로 해야 한다. 점진적으로 주택과 농지도 사유화를 추진하되, 북한지역 주민의 기초자산 축적 및 북한잔류를 유도하기 위해 주택의 경우는 일정 금액, 농지의 경우는 일정 면적을 정하여 무상으로 분배하고 나머지는 유상 분배해야 한다. 이를 위해서는 주택과 농지의 임대차계약에 관한 규칙과 이의 사유화에 관한 구체적인 법률이 제정되어야 한다.

이와 함께 토지정책과 관련있는 조치로서 북한주민이 현재 거주하는 주택의 계속적 이용 허용, 외국인투자기업의 토지임차권에 대한 기득권 인정, 일정기간 토지거래 금지, 토지소유권 분쟁의 효율적 처리와 토지 사유화 작업을 추진하기 위한 기구의 설립을 적극 검토해야 한다.

통일과정에서 남북한이 통일합의서 또는 통일헌법을 채택할 경우 이들 문서에 몰수토지처리에 관한 기본원칙과 세부적인 처리방안을 사전에 명시함으로써 헌법적 근거를 마련함으로써 법적·제도적으로 관련 당사자들 간에 침해한 이해대립이 발생하는 것을 최소화하는 것이 필요하다. 이와 병행하여 원소유자들이 구소유권을 포기하고 통일한국의 정부정책에 따르겠다는 의지를 집단적으로 표시하여 통일한국이 토지정책을 추진함에 있어서 선택의 폭을 넓히도록 해 준다면 이 문제의 해결은 보다 더 수월해질 것으로 보인다. 이와 관련 월남자들의 정치적 결단, 특히 토지반환청구 의사의 명시적 포기가 이루어진다면 더할 나위 없이 바람직할 것으로 사료된다.

## 5. 북한 국영기업의 사유화와 공공재산 귀속

북한지역의 즉각적인 시장경제적, 자유주의적 소유권 질서의 확립을 위해 사유화 정책은 우선적으로 원소유자와 형식상 현처분권자와의 소유권 귀속관계를 명확히 하는데 기여해야만 한다. 더 나아가 사유화 정책은 외부자본 유치와 이에 따른 경제 부흥 및 수익금 배분등을 통해 북한주민의 재산형성도 고려해야 한다. 경제구조 개편을 위한 투자장애요소의 제거 및 주민분배의 극대화를 통한 사회적 정의 실현도 사유화를 통해 달성해야 할 목표가 될 것이다.

사유화 형태와 관련하여, 이해관계의 대립으로 인해 법적으로 어려운 문제 -예컨대 법적 보호를 구하는 원소유자의 요청과 적절한 국유재산의 분배, 관리를 통한 경제발전을 요구하는 거시적 측면- 가 발생함도 예상할 수 있다. 이에 대한 해결은 원칙적으로 헌법상의 제원칙에 부합해야 한다. 따라서, 사유화 정책의 척도는 헌법상의 정의개념, 사회적 형평, 평등원칙 및 공공복리원칙 등이어야 할 것이다. 사유화 대상이 생산수단일 경우에는, 북한주민이 자기의사에 반해서 60년 가까이 정치적 형태에 관해 결정할 기회가 없었고 따라서 사회경제적으로 볼 때 재산권 몰수정책의 희생자였다는 점을 고려하여 그들의 사유재산을 어떻게 보장할 것인가 하는 문제가 특히 중요할 것이다. 이런 의미에서 북한 주민의 소유권 형

성 내지 생존권 보장은 인간으로서의 기본권 문제로 다루어져야 한다고 본다.

북한 국영기업을 자본회사 형태로 전환하고 이를 통해 북한경제를 시장 경제구조로 적응시키기 위해서는 사유화 업무를 전담하는 공법상 기구의 설립이 필수적이라 할 것이다. 이를 여기서는 假稱 국유재산감독청이라 부르기로 한다.

국유재산감독청의 우선과제로는 북한기업의 시장경제적 조건에 맞는 구조적응을 통한 사유화와 거대한 콤비나트의 현대적 경제구조에 합당한 중소기업으로의 분화를 들 수 있다. 북한경제의 낙후성에 비추어 볼 때 모든 국영기업이 사유화 적격상태는 아닐 것이다. 따라서 해당 국영기업에 대한 즉각적인 사유화, 즉 투자자에게로의 매각이 불가능 할 경우에는 국유재산감독청은 이들 기업이 사유화 적격상태가 되도록 경쟁력 제고를 통한 기업체질개선(Sanierung)에 힘써야 할 것이다. 이 경우 기업체질개선은 현상유지 차원이 아닌 재정적 위기에 처한 기업의 회생을 위한 가능한 모든 조치-예컨대 재정적 조치뿐만 아니라 기업 내 구조, 조직의 개편-를 포함한다고 보아야 한다. 국영기업은 전체 경제적 이익형량, 특히 고용확대의 사회적 측면에서 필요할 경우에 우선적 사유화 대상이 되어야 한다. 그러나, 통일 후 예상되는 북한 지역의 높은 실업률을 고려할 때 고용기회 상실과 직결될 지도 모를 매각에 의한 즉각적 사유화보다는 전체 북한경제의 구조적 적응에 적합한 체질개선 노력에 보다 큰 중점이 놓여져야 한다고 본다.

국영기업 사유화의 궁극적 목적은 전술한 바와 같이 해당기업의 자본회사로의 전환을 통해 국가의 독점적 기업경영 내지 감독을 제거함으로써 북한지역 경제가 시장경제질서에 적합하도록 재구성하는 데에 있다 할 것이다. 이같은 국영기업의 자본회사로의 전환, 즉 사유화는 기업내 사법적 조직의 창출, 충분한 자본재 구비, 투자자에게로의 매각을 의미해야 하며, 이 때의 전환은 북한기업의 낙후성, 전체 경제적 이익을 고려할 때 법률에 의한 전환이 바람직하며, 전환된 자본회사는 독일의 경우와 같이 公示的 요청에서 특별한 명칭이 부여되어야 할 것이다. 국유재산감독청은 전환된 자본회사의 자본적 지분의 소유자가 될 것이며, 해당기업의 자본재

확충을 위해 이는 곧 투자자를 유인하는 결정적 요소가 될 것이다. 국영 기업이 점유, 이용하던 부동산은 전환된 자본회사 소유가 된다고 보아야 할 것이다. 이와 더불어 북한기업이 대부분 거대한 콤비나트 형태임을 고려하여 사유화 과정에서 거대기업의 중소기업으로의 분할도 필요할 것이다. 그렇지 않을 경우, 영업지분의 제 3 자에로의 매각을 통한 북한지역 기업의 대중참여도 증대라는 국유재산감독청의 또 하나의 목표는 실제 상당한 어려움에 봉착할 것이다.

전술한 북한국가재산의 “전체로서의 한국”에로의 이전론과 공공재산의 고전적 이분론에 입각한다면, 공공재산의 분배 내지 귀속은 우선적으로 개별법상 권한배분에 의한 ‘기능적 적합성 원칙’에 충실히 근거해서 규율되어야 할 것이다. 또한, 북한의 철도·채신기업 등에 대한 특별규정도 독일의 입법을 참고해서 마련되어야 할 것이다.

# 목 차

I. 서론	1
II. 통일한국의 법통합 방안	3
1. 분단국 법통합의 의미	3
2. 통일독일의 법통합: 선행 법통합 사례 연구	5
가. 독일통일의 방식과 헌법적 근거	5
나. 통일조약과 법통합의 일반원칙	6
다. 법제통합의 내용과 추진현황	8
라. 우리에게 주는 시사점	17
3. 남북한의 법통합방향	19
가. 남북한의 법체계	19
나. 통일한국의 이념과 기본질서	20
다. 통일한국의 법체계 통합방안	22
III. 재산권 문제 해결방안	37
1. 서언	37
가. 문제제기	37
나. 통일관련 연구의 방법론적 제언	39
2. 통일독일에서의 구재산권 처리방안	41
가. 구동독지역 몰수재산의 원상회복 여부	41
나. 국영기업의 사유화와 공공재산의 귀속	59
다. 통독 재산법제에 나타난 손실보상법제	92
라. 투자우선법에 나타난 투자우선법제	127
3. 북한지역 불법 몰수재산 처리방안	151
가. 불법몰수 토지처리방안	151

나. 법리적 측면에서 본 반환원칙의 타당성 논증 .....	196
다. 몰수토지 처리와 관련된 조치 .....	208
라. 북한 국영기업의 사유화와 공공재산 귀속 .....	214
IV. 결 론 .....	221
참 고 문 헌 .....	226

## I. 서 론

남북정상회담의 결과 채택된 6.15 남북공동선언에서는 남북 양측 통일 방안의 공통성 인정을 전제로 한 통일지향노력(제2항)과 더불어 경제·사회·문화 등 다방면에서의 교류협력을 명시하고 있다(제4항). 이에 따라 지금 남북공동선언의 실천을 위한 후속조치들이 다각적으로 취해지고 있다. 앞으로 남북공동선언의 성실한 이행은 자연스럽게 통일과정을 촉진하게 될 것이다. 이렇게 볼 때 많은 사람들이 예견하듯이 21세기는 분명히 7천만 겨레가 하나로 통합되고 남북한이 통일국가를 만들어 가는 세기가 될 것으로 관측된다.

그러기에 우리는 지금부터 각 분야별로 남북통합을 위한 준비를 착실하게 추진해 나가야 한다. 충분한 대비 없이 남북통일을 맞이하게 될 경우 통일과정에서 엄청난 혼란과 후유증을 유발하게 될 것이기 때문이다. 그러한 점에서 남북통합이론에 관한 심층적인 연구와 시나리오별 통합대책 마련의 중요성은 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다.

분단국내에서 서로 대립하고 경쟁하는 2개의 분단실체를 하나의 국가로 통일하는 작업은 중국에 있어서는 상이한 2개의 법질서 통합으로 귀결되게 된다. 그런 점에서 통일은 확실히 법률문제이다. 동서독의 통일은 이와 같은 당연한 사실을 새삼 깨닫게 해 준 사건이었다. 동서독은 통일과정은 물론이고 통일 후 새로운 통일국가 건설과정에서도 안정적이고 질서 있게 통일을 추진하기 위해 필요시 그때그때 법적 조치를 즉각적으로 취하였던 것이다. 그래서 혹자는 독일통일을 ‘법적 통일’이라고까지 말하기도 한다.<sup>1)</sup>

독일통일의 법통합 과정은 같은 분단국인 우리에게도 적지 않은 시사점을 주고 있다. 독일의 예가 웅변적으로 말해 주듯이 남북한의 통일도 결국 엄격한 법적 기준과 절차에 따라 이루어지게 될 것이다. 아니 법적 안정성과 예측가능성을 위해서는 마땅히 그래야 한다.

1) 제성호, “남북한관계와 법,” 서원우 편, 『한국법의 이해』 (서울: 두성사, 1996), p. 401.



## 2 남북한 법통합 및 재산권문제 해결방안 연구

한편 분단국 법통합 과정에서 가장 중요한 현안의 하나로 등장하는 것은 남북한 주민이 타방지역에 가지고 있던 구 재산권의 처리에 관한 문제라고 할 수 있다. 특히 남북한이 반세기 이상 동안 분단되어 있다가 통일될 경우 북한지역에서 불법 몰수된 구재산권의 처리는 남북한주민의 이해관계가 배치될 수 있어 해결하기가 매우 까다로운 문제라고 하겠다. 이 문제는 구재산권(미해결 재산권)의 처리라는 점에서 과거청산(불법잔재청산)이라는 측면을 갖는 외에 통일한국의 토지법운영 및 토지정책 방향과 밀접한 관련이 있는 것으로서 결국 남북한 법통합의 관점에서 고찰되어야 할 중요한 사안이라고 할 것이다.

이러한 점을 감안하여 본고에서는 먼저 분단국 법통합의 개념을 정리한 다음, 분단국 선행사례로서 독일이 통일을 위해 어떠한 법제적 준비를 하였는가를 검토하기로 한다. 이어서 통일독일의 법통합이 우리에게 주는 시사점을 도출하고, 이를 기초로 하여 향후 남북 법통합의 방향과 과제를 제시해 보기로 한다.<sup>2)</sup> 그리고 남북한의 법통합 추진시 제기될 북한지역 내의 미해결 재산권 처리문제는 통일 이후의 남북한 융화과정에서 커다란 장애요인으로 작용될 것으로 예상되는 바, 그에 대한 합리적인 해결방안을 강구·제시하기로 한다.

---

2) 본 연구는 남북통일 실현시 추진될 법체계 통합의 기본방향을 강구해 보려는 하나의 시론적·종합적인 고찰에 불과하다. 따라서 세부적인 법통합의 내용과 방향은 추후 각 분야의 전문가들과의 공동연구에 의해 계속 보충·발전되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 남북통일시대에 진입하고 있는 현 단계에서 남북한의 법체계통합 방향을 검토하는 작업은 매우 의미있는 일이라고 하겠다. 한편 자료수집의 한계로 남북예멘의 법통합과정이 우리에게 주는 시사점과 남북한 법통합방향 모색에 관한 연구는 고찰범위에서 제외하였다.

## II. 통일한국의 법통합 방안

### 1. 분단국 법통합의 의미

일반적으로 분단국간의 통합은 실질적 통합과 형식적 통합으로 구분된다. 실질적 통합이란 두 분단국간 주민들의 정치·경제·사회·문화 등 각 분야에서 격차를 해소하는 것을 말하며, 형식적 통합은 기본적인 통합의 뼈대를 완성하는 것을 말한다.<sup>3)</sup> 이 중 형식적 통합은 바로 통일국가의 법제도를 통해 이루어지게 된다. 그러한 점에서 형식적 통합은 곧 법제도의 통합과 같은 의미로 사용되기도 한다.

‘法統合’(Rechtsintegration)이라 함은 두개 이상의 상호 이질적인 법체계(Rechtssystem) 내지 법질서(Rechtsordnung)를 단일한 법질서로 만드는 작업을 말한다. 법통합은 하나의 법질서가 다른 법질서를 대체하거나 또는 양자가 절충된 제3의 법질서가 새로이 만들어지거나 또는 어느 하나의 법질서가 절충·변형된 형태로써 다른 쪽에 부과되는 방식으로 이루어질 수도 있다.

법통합이 이상의 어떤 방식으로 추진되든 간에 중요한 것은 그것이 각종 법령과 제도의 통합만으로 끝나는 문제는 아니라는 사실이다. 법통합은 법통합에 관한 당사자간의 합의도출과정, 법통합을 위한 제도적·조직적·재정적 여건의 조성, 통합 이후 제기되는 새로운 법적 문제의 해결, 법령·제도의 통합 이외에 상이한 법체계와 법현실에 대한 상호 이해의 확보, 법의식·법학교육·법집행양식 등에 관한 법문화적 통합의 문제 등 여러 가지 복잡하고 어려운 과제를 포함한다.<sup>4)</sup> 실제로 독일의 경우에 있어서 법통합 내지 법질서 통일의 달성은 ① 통일적으로 적용되어야 하는 법규 및 규범의 차원, ② 새로운 법적 상태에 상응해야 하는 제도와 구조의

3) 황동연, “남북한 법제도 통합상의 과제,” 『통일』, 통권 제194호 (1997년 11월), p. 30.

4) 홍준형, “통일 이후 남북한 법체계 통합방안에 관한 연구,” 『통일교육원 강의교재용 발표문』, pp. 2~3.

#### 4 남북한 법통합 및 재산권문제 해결방안 연구

차원, 즉 행정구조에 관한 법질서를 보장하고 시행하기에 적절한 제도와 구조를 만드는 차원, ③ 당해 국민 개개인의 개인적 존재의 차원, 즉 국민들이 스스로 새로운 법질서를 이해하고 그 법질서의 정신을 수용하며 이를 새롭게 변화된 법의식에서 발견하는 차원의 3가지 차원에서 이루어질 때 완성된다고 간주되었다.<sup>5)</sup>

법통합은 法同化(Rechtsangleichung)와 혼용되기도 한다. 법동화란 개념은 동서독의 정치적 통일을 실현한 법적 기초가 되었던 「독일통일 실현을 위한 독일연방공화국과 독일민주공화국간의 조약」(Vertrag zwischen der BRD und DDR ber die Herstellung der Einheit Deutschlands, 약칭 통일조약; 1990년 8월 31일 서명, 1990년 10월 3일 발효)의 제3장의 표제에서 사용된 용어이다. 그에 따르면 법질서의 통합과 더불어 구 동독지역의 법을 구 서독지역의 법에 일치시키는 것을 말하는 것이라고 한다.<sup>6)</sup> 그러나 법동화는 주로 통일국가에 흡수 내지 합류되어 들어오는 지역(구 동독지역)에 흡수하는 측(구 서독지역)의 법을 확장적용하는 문제로서 여기에는 헌법(기본법)의 효력확장, 국제조약·협정의 효력 또는 공행정과 사법의 통합을 제외되어 있다. 그러한 점에서 법체계 내지 법질서의 통합을 의미하는 법통합과 구별되어야 한다는 견해도 있다.<sup>7)</sup> 하지만 법동화는 통일에 따른 법통합 과정에서 발생하는 것이기 때문에, 넓은 의미에서의 법동화를 법통합과 혼용하여도 큰 오류는 없을 것으로 생각된다.

---

5) Fritz Ossenbühl, Rechtseinheit als Problem und Aufgabe der Wiedervereinigung Deutschlands, 강태수 역, “통일된 독일의 문제와 과제로서의 법질서통합,” 『공법연구』, 제22집 제1호 (1994), p. 100.

6) 고영훈, 「독일통일에 따른 공법의 통합에 관한 연구」, 연구보고 94-9 (통일법제연구 1), pp. 69, 178. 우리 법무부도 ‘법동화’란 ‘서로 다른 法域間의 법체제를 동질화시켜서 궁극적으로는 법의 단일화(Rechtsvereinlichung)를 지향하여 가는 과정’이라고 정의하면서 이것은 법통합이라는 용어와 혼용될 수 있다고 보고 있다. 법무부, 「독일 법률·사법통합개관」, 법무자료 제165집 (서울: 법무부, 1992), p. 39.

7) 홍준형, “통일 이후 남북한 법체계 통합방안에 관한 연구,” p. 2.

## 2. 통일독일의 법통합: 선행 법통합 사례 연구

### 가. 독일통일의 방식과 헌법적 근거

서독의 헌법에 해당하는 基本法(Grundgesetz)에 의하면 독일통일의 방식으로는 두 가지가 가능하였다. 하나는 기본법 제23조 2문에 따라 실시되는 편입(Beitritt) 내지 가입의 방식이었다.<sup>8)</sup> 이 방식은 동독이 서독의 헌법질서 하에 합류되어 들어오는 것으로서 서독이 동독을 흡수(Absorption)하는 통일방식이라고 할 수 있다.<sup>9)</sup> 다른 하나는 기본법 전문과 제146조에 따라 ‘전 독일인의 자유로운 자기결정’에 의해 추진하는 통일헌법 제정방식이었다.<sup>10)</sup> 이 통일헌법 제정방식은 양 독일이 합의하에 통일헌법을 채택, 통일을 추진하는 것이므로 합의에 의한 통일방식이라고 볼 수 있다.

서독기본법상 가능했던 통일방식은 이 두 가지였다. 그러면 실제로 독

- 
- 8) 서독기본법 제23조는 “본 기본법은 당분간 바덴, 바이에른, 브레멘, 대베를린, 함부르크, 헤센, 니더작센, 북라인-베스트팔렌, 라인란트-팔츠, 쉐레스비히-홀슈타인, 뷔르템베르크-바덴 및 뷔르템베르크-호헨졸레른 諸州에만 적용된다. 독일의 기타의 지역에 대하여는 그들의 가입 후에 효력을 발생한다”고 규정하고 있다. 권영성, 『비교헌법학』 (서울: 법문사, 1982), pp. 359, 745.
- 9) 최대권 교수는 분단국 통일의 방식을 ① 강제적인 무력통일, ② 일방이 타방에 합류하는 방식의 흡수통일, ③ 합의에 의한 통일의 3가지로 유형화하고 있다. 최대권, “통일논의의 법적 분석 -한민족공동체 통일방안을 중심으로-”, 『한민족공동체 통일방안의 실천과 제도화연구』 (서울: 통일원, 1990), pp. 129~133 참조.
- 10) 기본법 전문에서는 “신과 인류에 대한 책임을 자각하고 민족적·국가적 통일을 유지하고, 단합된 유럽에서 평등한 권리를 가진 일원으로서 세계평화에 봉사할 것을 결의하며, …… 諸州의 독일국민은 헌법제정권에 의하여 과도기의 국가생활에 새로운 질서를 확립하기 위하여 헌법제정권력에 의하여 이 독일연방공화국의 기본법을 제정한다. 이 기본법은 참여하지 못한 독일인들의 문제도 다루었다. 모든 독일국민들에게는 자유로운 자기결정에 의하여 독일의 통일과 자유를 성취할 것이 요청되고 있다”고 규정하고 있다. 또한 기본법 제146조에서는 “이 기본법은 독일국민의 자유로운 결정으로 의결한 헌법이 효력을 발생하는 일자에 그 효력을 상실한다”고 규정하고 있다. 권영성, 『비교헌법학』, pp. 347, 742, 763 참조.

일통일은 어떻게 이루어졌는가? 혹은 독일통일이 기본법 제23조에 의거하여 이루어졌으므로 그것은 흡수통일이라고 주장한다. 그러나 이러한 주장은 독일통일의 한 면만을 보고, 다른 면을 보지 못한 것이라고 하지 않을 수 없다.

우선 서독은 제23조에 의해 통일을 추진하여 동독이 서독에 합류되어 들어오는 방식으로 통일되었다. 그 결과 서독기본법이 동독에 확장적용되었고, 통일독일의 정치질서와 경제질서는 서독의 그것을 그대로 채택하였다. 그러한 점에서 독일통일은 내용적으로 볼 때 확실히 흡수의 면이 있음을 부인할 수 없다. 하지만 서독이 추진한 소위 흡수통일은 제국주의 시대에 강제적·강압적인 방법으로 이루어진 흡수와는 다른 것이다.

양 독일은 통일과정에서 두 개의 조약을 체결하였다. 그 하나는 「화폐·경제·사회통합을 위한 조약」(Der Vertrag für die Schaffung einer Wirtschaft-, Währungs- und Sozialunion, 일명 국가조약; 1990년 5월 18일 서명, 1990년 7월 1일 발효)이고, 다른 하나는 전술한 바와 같이 동년 8월 31일 체결된 통일조약이다. 이것은 절차면에서 동서독이 대등한 수준에서 협의를 거쳐 합의통일을 이룩하였음을 말해주는 것이라고 하겠다.

결국 동서독의 통일은 내용상으로는 흡수통일, 형식적(절차면)으로는 합의통일의 양면성을 지니고 있다고 할 것이다.

## 나. 통일조약과 법통합의 일반원칙

통일조약은 제8조(연방법의 확장)와 제9조(계속 적용되는 동독법)에서는 동서독의 법통합에 관한 일반원칙들을 명시하고 있다. 그것은 첫째, 연방법은 통일조약 제1부속의정서에 예외조항을 두고 있지 않는 한 원칙적으로 동독지역에 확장 적용된다는 것, 둘째, 기본법상 주법의 규율사항에 해당하면 연방법과 (통일독일의) 국내에 직접 적용되는 유럽공동체법에 어긋나지 아니하는 구 동독법은 신가입주들의 주법으로 계속 유효하다는 것, 셋째, 기본법상 연방법의 규율사항에 해당되나 연방 전체에 걸쳐 단일하게 규정되지 아니한 사항에 대한 구 동독법은 연방 입법자에 의하

여 별도의 입법조치가 있을 때까지 연방법 및 국내에 직접 적용되는 유럽 공동체법에 어긋나지 아니하는 한 계속 유효하다는 것 등이다.<sup>11)</sup>

다음으로 계속 유효한 구 동독법은 그 내용이 기본권의 본질을 침해하지 아니하고(기본법 제19조 제2항) 연방질서를 해치지 아니하는 한(기본법 제79조 제3항), 1992년 12월 31일까지 기본법 규정과 내용상의 차이를 둘 수 있도록 하고 있다. 그런데 1992년 12월 31일까지 기본법질서로의 완전한 조정 및 흡수가 이루어지지 못한 경우에는 당해 구 동독법이 기간만료로 즉시 효력을 상실하는 것은 아니고 잠정적으로 계속 유효하도록 하였다. 다만 그 때로부터는 구 동독지역에 관해서도 기본법규정의 전면적용을 받도록 하되, 헌법재판 등에 의한 헌법적 통제를 통해 언제든지 구 동독 법에 대해 위헌판정을 하여 실효를 시킬 수 있도록 하였다.

한편 기본법 제2장(연방과 주), 제8장(연방법률의 집행과 연방행정), 제8장의 a(공동협력), 제9장(사법), 제10장(재정제도), 제11장(경과 및 종결규정) 등 국가권력의 편성과 통합기구 등에 관한 기본법 조항들은 1995년 12월 31일까지 구 동독에 대하여 그 적용이 배제되도록 하고 있다.<sup>12)</sup>

이상에서 보건대 독일의 법통합은 기본적으로 구 동독법을 서독의 기본법과 법제도에 동화시키는 ‘편입형’의 유형을 채택하면서도 잠정기간 동안 구 동독의 일부 법제를 허용하는 ‘예외 열거주의’를 인정하였다고 볼 수 있다.<sup>13)</sup>

11) 통일조약 제8조 및 제9조. 법무부, 『독일 법률·사법통합개관』, pp. 614~615.

12) 박수혁, “남북한 법제통합방안,” 통일연수원, 『통합업무 이해』, 통연 96-8-20 (서울: 통일연수원, 1996), p. 54.

13) 구 동독의 법제가 서독의 법제로 통합 내지 동화되는 방법에는 두 가지가 고려될 수 있었다. 하나는 동독지역에 적용되는 독일연방의 법률목록을 만들어 상세하게 열거하는 방법이다. 이를 ‘적용열거주의’라고 한다. 다른 하나는 원칙적으로 독일연방의 모든 법률을 동독지역에 확장적용하되, 예외적으로 한시적 적용제외 또는 적용제한의 경우를 명시하는 방법이다. 이를 ‘예외열거주의’라고 한다. 독일의 경우는 통일조약에 의해 후자의 방법을 채택하였다. 위의 두 가지 방식은 서로 이질적인 법체계의 통합 내지 동화의 대표적인 방법으로 간주되고 있다.

## 다. 법제통합의 내용과 추진현황

### (1) 헌법의 통합

#### (가) 동서독의 헌법통합

동독주민이 자유의사에 의한 연방가입을 결정함에 따라 그에 대한 후속 조치로써 각자의 헌법 개정과 더불어 관련 법률의 제정·개정·보완 등 절차적 처리가 요구되게 되었다. 그리하여 동서독은 양 독일의 법통합을 추진하기 시작하였다. 법통합은 먼저 국가의 근본법·최고법인 헌법의 통합부터 실시되었다.

헌법의 통합은 통일에 앞서 동독이 그들의 헌법을 개정하여 양독의 통합에 대비하였고, 서독의 기본법에 따라 이루어지는 방식을 취하였다. 통일후 독일은 기본법을 개정하는 조치를 통해 헌법의 통합을 마무리지었다. 헌법통합의 방향은 동독지역에 자유민주적·연방주의적·법치국가적 기본질서를 형성하고, 유럽공동체 내부의 법질서에 대한 존중을 기하며 사회주의적 법체제와 법의식, 도덕성 또는 이와 유사한 개념에 기초한 법규정의 적용을 배제하는 데 역점을 두었다.<sup>14)</sup>

아래에서는 동독의 헌법 및 관련 법령의 정비와 서독기본법의 개정에 관한 내용을 열기하기로 한다.

#### 1) 동독의 헌법개정 및 관련 법령 정비

베를린장벽 붕괴 후 동서독의 통일이 급속도로 추진되자 동독도 통일에 대비한 입법조치를 단계적으로 취하였다. 특히 동독은 국가조약과 통일조약을 체결함에 따라 동독헌법을 개정하는 한편, 여러 법률들을 제정하였다. 통일과정에서 단행된 주요한 입법조치는 다음과 같다.

---

14) 동서독간의 「화폐·경제·사회통합에 관한 조약」(일명 국가조약) 제2조 1항과 「지도원칙에 관한 공동의정서」 A. 일반적 지도원칙 I(총칙)의 1과 2 참조. 민족통일연구원, 「화폐·경제·사회통합에 관한 조약(상)」(서울: 민족통일연구원, 1994), pp. 4, 25; 고영훈, 「독일통일에 따른 공법의 통합에 관한 연구」, p. 70 참조.

- 1989. 12. 1
  - 헌법 제1조에 명시된 마르크스-레닌주의 국가이념을 삭제(사회주의 포기 및 다원주의 도입)
- 1990. 1. 12
  - 헌법 제12조 삭제(사적 소유 금지조항 폐지를 통한 사회주의적 소유제도의 근본원리 변경)
  - 헌법 제14a조 신설(외국인에 대한 기업설립의 자유 및 노동자의 경영참여권 보장)
- 1990. 2. 20
  - 헌법 제3조의 민족전선에 관한 규정 삭제
  - 헌법 제23조 개정(국방의무를 군 복무 이외에 사회봉사로 대체할 수 있는 헌법적 근거 마련)
  - 「선거에 관한 법률」, 「병역의무를 민간업무로 대체할 수 있도록 하는 법률」 제정
- 1990. 3. 6
  - 헌법 제44조 개정(노동조합의 정치적 중립성 및 합법적 활동 보장)
  - 헌법 제45조 개정(사회주의원리에 입각한 노동조합의 성격 삭제 및 노동조합의 법질서 형성에 적극 참여할 수 있는 규정 추가)
  - 「노동조합의 권리에 관한 법률」 제정
- 1990. 3. 18
  - 최초로 자유민주적 절차에 따른 총선거 실시
- 1990. 4. 5
  - 헌법 전문 삭제(사회주의헌법의 역사와 이념 배제)
  - 헌법 제55조(인민회의 간부회), 제67조(국가평의회), 제79조(각료회의) 개정을 통한 국가기관의 권한 조정
  - 헌법 제75a조 신설(대통령직의 신설)
  - 「공화국 대통령의 법적 지위에 관한 법률」 제정
- 1990. 5. 17
  - 헌법 제41조 및 제43조(사회주의적 경영체, 도시·자치단체·자치



- 단체연합)와 제81조~제83조(지방의회) 삭제
- 「지방자치단체에 관한 법률」 폐지
- 1990. 6. 17
- 동독헌법의 개정과 보충에 관한 법률」 제정
- 1990. 7. 22
- 「신연방 주설치법」 제정
- 1990. 8. 31: 통일조약 체결
- 1990. 10. 3: 동서독의 정치적 통일 실현<sup>15)</sup>

## 2) 서독 기본법의 개정 및 헌법통합

통일조약의 효력발생으로 독일통일이 실현됨에 따라 기본법이 구 동독 지역에 확장적용 되게 되었다. 그리고 통일조약 조약 제2장에 따른 후속 조치로써 -동시에 유럽연합과의 관계를 고려한 내용 개정도 포함하여- 기본법의 일부 내용이 개정 또는 폐기되었다. 기본법의 개정·폐지 또는 신설에 관한 내용을 시기 순으로 중요한 것만 지적하면 다음과 같다.

- 1990. 10. 3: 동서독의 정치적 통일 실현(통일조약 발효일)과 기본법 개정
- 기본법 전문 개정
- 기본법 제23조 폐기(동독의 가입으로 기본법의 적용영역 제한에 관한 조항 불필요)
- 기본법 제135a조 2항(동독의 채무와 미해결 재산문제 처리를 위한 기본원칙) 신설
- 기본법 제143조(1992년 12월 31일 또는 1995년 12월 31일까지 구 동독지역에 대한 헌법적용의 예외 인정) 신설

---

15) 1989년 가을의 시민혁명 후 동독헌법의 개정과정 및 내용에 관해서는 Rudolf Schuster (Hrsg), Deutsche Verfassungen (München: Goldmann, 1992), pp. 367~390; 장명봉, 「분단국가의 통일헌법 연구 -독일과 예멘의 통일사례와 자료-」 (서울: 국민대 출판부, 1998), pp. 89~92; 박수혁, “남북한 법제통합방안,” p. 50 참조.

- 기본법 제146조(독일통일의 달성 및 전체 독일국민에 대한 적용) 개정
- 1992. 12. 21
  - 기본법 제23조(유럽연합의 실현, 연방의회와 연방참사원의 참여) 신설
  - 기본법 제24조 1a항(연방정부 동의하에 각 주의 인접한 국제기관에 대한 국가고권 이양) 신설
  - 기본법 제45조(연방의회 산하에 유럽연합분과위원회 설치) 신설 등
- 1993. 5. 29
  - 기본법 제16조 2항 2문 삭제: 제16a조의 신설로 중복되는 결과
  - 기본법 제16a조(정치적 박해자의 비호권) 신설<sup>16)</sup>

(나) 영역(신연방주)의 재편

동독은 분단시절인 1952년에 기존 5개 주(Land)를 해체하고 15개 지구(Bezirk)로 개편한 바 있었다. 그러나 독일은 통일 후인 1990년 10월 14일 「신연방 주설치법」을 새로이 제정하여 구 동독지역에 브란덴부르크, 메켄부르크-포어포메른, 작센-안할트, 작센, 튀빙겐 등의 5개 주를 신설하였다. 「신연방 주설치법」에서는 5개 주에 대한 지역적 구성, 연방과 주의 입법권, 연방행정 및 법률의 시행, 행정권의 경과규정, 연방과 주의 재정주권, 주의 협력을 위한 경과규정 등을 마련하였다.<sup>17)</sup> 이후 이

16) Werner Weidenfeld/Karl Rudolf Korte (Hrsg.), Handbuch zur Deutschen Einheit (Frankfurt/Main: Campus Verlag, 1996); 임중헌·신현기·백경환·배정환·최필준 옮김, 「독일통일백서」 (서울: 한겨레신문사, 1998), pp. 537~554 참조; 장명봉, “독일통일과정에 대한 헌법적 고찰과 통일 3년후의 헌법 상황,” 「한국통일정책연구논총」(한국통일정책연구회), 제2권 (1993), pp. 34~36; 장명봉, 「분단국가의 통일헌법 연구 -독일과 예멘의 통일사례와 자료-」, pp. 75~78; 권영철, “독일통일 이후의 기본법 개정,” 헌법재판소, 「독일통일관련 연방헌법재판소의 판례 및 기본법 개정에 관한 연구」 (서울: 헌법재판소, 1996), pp. 261~366; 박영도, 「독일통일과 기본법의 개정」, 외국법제분석 95-2 (서울: 한국법제연구원, 1995), pp. 1~73 참조.

17) Rudolf Schuster (Hrsg.), Deutsche Verfassungen, pp. 384~390 참조.

들 5개 주는 연방국가인 통일독일 하에서 각각 주헌법을 제정하였다.

(다) 선 거

본래 서독의 연방선거법은 다수선거대표제와 비례대표선거제를 병행하여 적용하고 있다. 이 법은 전체 유효투표의 5% 이상을 득표하거나 지역구에서 3명 이상의 당선자를 낸 경우에만 비례대표의 의석배분에 참여할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 1990년 8월 3일 체결된 「동서독간의 독일연방회의 제1차 전독선거 준비 및 시행에 관한 조약」(Der Vertrag zur Vorbereitung und Durchführung der ersten gesamtdeutschen Wahl des deutschen Bundestages zwischen der BRD und DDR, 일명 선거조약)에 의하면 이러한 연방선거법상의 5% 저지조항(5% Sperrklausel)을 전 독일에 적용하는 한편, 연합공천을 인정하였다. 그러나 독일연방헌법재판소는 이 제도가 정당 및 선거단체간의 선거기회 균등권을 침해한다는 이유로 1990년 9월 29일 선거조약에 대하여 위헌이라고 판결한 바 있었다.<sup>18)</sup>

이에 따라 통일독일은 1990년 10월 8일 제10차 연방선거법 개정법률에 의해 연방선거법을 개정하고, 전 독일총선의 일자를 12월 2일로 확정하였다.<sup>19)</sup> 새로 개정된 연방선거법에서는 독일을 통일 이전의 동서 양지역으로 구분하여 12월 2일 실시되는 선거에 한하여 5% 제한규정을 구 동독지역에는 적용하지 않기로 하고, 구 동독지역에서는 정당간 연합과 연합공천(연합후보명단 작성)이 가능하도록 하였다.<sup>20)</sup> 이러한 구 동독지

18) 법무부, 「독일 법률·사법통합개관」, p. 65; 박수혁, “남북한 법제통합방안,” p. 52.

19) 주독 한국대사관, “통독선거를 위한 동서독간 선거협약,” 내부자료 (1991).

20) 박종철, 「통일한국의 정당제도와 선거제도」, 연구보고서 94-12 (서울: 민족통일연구원, 1994), p. 42. 이에 따라 1990년 8월 동서독의 기민당과 사민당간의 합의로 정당의 존폐위기를 맞았던 중소정당들이 공정한 경쟁 속에서 선거를 치를 수 있게 되었다. 특히 1990년 3월 18일 동독 자유총선거에서 독일연합이 압승을 거두는 데 공헌한 독일사회동맹과 민주개화당 등 중소보수정당들이 전독의회에 진출할 수 있게 되었다. 김영윤·여인곤·황병덕, 「통일독일의 분야별 실태연구」, 연구보고서 92-01 (서울: 민족통일연구원, 1992), pp. 67~68.

역에 대한 배려조치가 있는 후 1990년 12월 2일 통일독일에서 최초의 총선거가 실시되었다.

(2) 개별 법의 통합

독일통일에 의해 법률의 동화 및 법통합이 추진됨에 따라서 구 서독의 5,500개 이상의 연방법률들이 구 동독지역에 확장적용 되게 되었다. 통일독일은 구 동독법 중 주의 관할사항에 대해 규정한 것은 일부 개정작업을 거쳐 신설 주의 법으로 계속 유효하도록 조치하였다. 그리고 구 동독법 중 주의 관할사항이 아닌 것을 규정한 법률이더라도 기본법의 원리에 반하지 않는 한 계속 효력을 부여하도록 하였다. 이하에서는 통일독일이 구 동독지역 주민들에게 새로운 법을 시행·적용함에 있어서 얼마만큼의 배려를 하였는가 하는 점과 더불어, 제한적이거나 일부 구 동독법에 대해서도 지속적인 유효성을 인정했다는 사실을 분야별로 나누어 간단히 지적하기로 한다. 그러나 법의 골격만을 지적함으로써 극히 피상적인 설명에 지나지 않기는 하지만, 이것도 나름대로의 의미를 갖는 것이라고 생각된다.

(가) 민사법분야

통일독일은 원칙적으로 구 서독의 민사법을 동독지역에 확장적용하였다. 우선 연방민법이 통일조약 제8조에 근거하여 독일전역에 확장 적용되게 되었다. 다만 동독지역에 대해서는 민법총칙·물권·채권·친족·상속 등 각 분야에 대한 경과규정을 설치하여 동서독 법체간의 충돌에 따른 조정을 도모하였다. 동독지역에서의 행위 무능력의 선고효력, 사단 및 재단 설립의 효력 같은 조항들에 관한 경과규정 설치는 그 대표적인 예라 할 수 있다.

연방민사소송법도 역시 통일조약 제8조에 따라 통일독일 전역에 적용되고, 동독지역에 존재하는 다른 종류의 법원조직과의 조정 등에 관한 한 시적 절차조항이 시행되었다.<sup>21)</sup> 이 밖에 통일독일은 「임대차법」을 개정

21) 박수혁, “통일한국의 법률통합,” 『법조』, 통권 제530호 (2000.11), pp. 68~69.

하여 양 독일의 법통합을 추진하였다.

(나) 형사법분야

통일독일의 연방형법은 구 서독형법을 동독지역에 확장 적용하였다. 다만 그에 대한 예외조항을 제1부속서와 제2부속서에 두고 있었다. 그에 따르면 제1부속서상의 서독형법의 개정부분은 「통일조약」상 동독지역에 적용되는 것이 배제되고, 동서독 지역간에 준거법 충돌사건이 발생하는 경우에는 원칙적으로는 행위지법이 적용된다. 이는 소위 「지역간 형법이론」에 따르는 것을 의미한다.

통일 전 동독에서 행하여진 범죄에 대하여는 서독형법에 따라 처벌이 가벼운 법률우선원칙을 적용하였다. 다만 당해 범죄에 대하여 통일 전에 이미 서독형법에 의하여 처벌할 수 있었던 경우에는 통일 후에도 계속하여 서독형법을 적용하도록 하는 예외조항을 두었다. 이는 통일 후 동독의 집권층에 대한 정치적 가해자 처벌에 있어서 서독형법을 적용하는 근거가 되는 조항이 되었다. 이와 관련, 통일독일은 과거청산의 일환으로 정치적 가해자를 처벌하고 이를 통해 민족의 내적 통합을 촉진하기 위해 「구사회주의통일당(SED) 불법행위청산법」을 제정·실시하였다.

동독형법이 계속 발효하는 특별규정에 관해서는 서독형법상 대응규정이 없는 동독형법의 일부 규정이 있었다. 환경법상 토지오염 범죄행위에 대해서 처벌을 하였는데 이런 부분이라든지, 복권법, 법관독립 침해죄 같은 부분은 상당히 진보된 법규정이 그 예이다. 이러한 규정들은 그 필요성을 인정받아 동독지역에 계속 적용하도록 하였다. 동서독간 대응규정이 있지만 동독주민의 법감정에 상응한다는 이유로 서독규정이 배제되고 동독규정이 적용되는 경우도 있었다. 예를 들면 성범죄 관련 규정이라든지, 낙태허용규정, 인간성에 반한 범죄의 시효배제규정 등이 그것이다.<sup>22)</sup>

22) 통일 전 서독은 의사에 의한 시술의 경우를 제외하고 낙태를 범죄로 처벌함으로써 엄격히 제한하였으나, 동독은 낙태를 자기결정권의 한 내용으로 인정, 광범하게 허용하였다. 이러한 차이는 1992년 12월 31일까지 과도적으로 허용되었다. 이후 동서독 형법의 완전통합이 이루어졌다. 법제처, 「독일 통일관계법연구(II)」(서울: 법제처, 1992), pp. 124~125.

형사소송법 분야에 있어서도 역시 연방형사소송법이 독일 전역에 적용되었다. 그리고 동독지역에 존재하는 다른 종류의 법원조직과의 조정 등에 관하여 한시적인 절차규정이 시행되었다.<sup>23)</sup>

(다) 상사법 및 경제법분야

상사법 및 경제법은 「통일조약」의 발효(정치적 통일의 달성) 전에 화폐 동맹의 근거가 된 「국가조약」에 의해 많은 통합이 이루어졌다. 즉 「국가조약」에 의해 동독의 중앙집권적 계획경제원리가 대폭 수정되었고, 자유 경쟁체제가 도입되게 되었다. 물론 정치적 통일이 실현된 후에는 상사 및 경제분야에 대한 연방법의 적용이 더욱 확대되어 법률통합이 급진적으로 이루어지게 되었다.

독일은 통일후 서독법 중 「유가증권에 관한 법률」, 「전기공급법」 등은 동독에 적용하지 않았다. 「공인회계사법」, 세금관련 법규 등은 개폐절차를 거쳐, 「부당경쟁방지법」, 「맥주세법」, 「연방광산법」 및 섬유표시법 등은 별도기준을 마련하여 구 동독지역에 적용하였다.

한편 동독법 중에서 「특별투자에 관한 법률」, 「저축은행법」 등은 계속 구 동독지역에 유효하도록 조치를 취하였다. 그리고 「베를린국립은행법」, 「대외경제, 자본 및 지불거래에 관한 법」, 「토지거래규정」 등은 개폐절차를 거쳐, 「동독예산법」, 「지방자산법」, 「약품정가령」 등은 별도기준을 마련하여 구 동독지역에 적용하였다.

통일후 독일은 지금까지 「기업사유화에 있어서 장애제거 및 투자촉진을 위한 법률」, 「예산법」, 「동독지역 투자장애요인제거에 관한 법률」, 「연대협약법」, 「독일통일기금의 재원확보에 관한 법률」, 「신탁관리청기채법」, 「동독재정정리법」, 「보상 및 조정급부법」 「특허법」 등 경제·재무분야의 법률을 제정 또는 개정함으로써 법률통합을 지속적으로 추진하고 있다.

(라) 내무 관련 법분야

독일은 통일후 서독법 중 「망명자지원법」, 「동독 및 동베를린과의 통상

23) 박수혁, “통일한국의 법률통합,” pp. 69~71.

교역통계법』 등은 동독에 적용하지 않았다. 「연방선거법』 등은 개폐절차를 거쳐, 그리고 「정당법』 등은 별도기준에 따라 동독지역에 적용하였다. 한편 동독법 중에서 「주선거법』은 통일 후에도 계속 유효하였다.

통일 후 지금까지 독일은 「연방선거법』, 「정당법』, 「연방 군공무원조정법』, 「주민신고법』, 「공무원연금법』 등을 개정하여 양 독일의 법통합을 추진해 왔다. 그리고 과거청산을 위한 자료 보전을 위해 「슈타지문서관리법』을 개정하기도 하였다.

#### (마) 사회·복지 및 교육법분야

독일은 통일후 서독법 중 「공무원해고 고지기간에 관한 법률』, 「생계비 선지급법』 등은 동독지역에 적용하지 않았다. 「선원법』, 「육류위생법』, 「연방장녀부양법』, 「대학건축촉진법』 등은 개폐절차를 거쳐, 그리고 「임금계속지급법』, 「모자보호법』, 「교육보조금령』 등은 별도기준을 마련하여 구 동독지역에 적용하였다. 동독법 중 「고용촉진법시행령』, 「생계보장령』은 통일 후에도 계속 유효하도록 조치하였고, 「노동법』, 「사회보험관리법』 등의 경우 별도의 새로운 기준을 마련하여 구 동독지역에 적용하였다.

통일 후 독일은 지금까지 「사회법』, 「생계비 선불법』, 「연방원호법』, 「급부제공·조정에 관한 법률』, 「노동촉진법』, 「사회복지법』, 「신연방주내 사회보험재산문제 처리에 관한 법률』, 「해고기간법』, 「묘지법』, 「연방교육촉진법』, 「직업교육촉진법』 등을 개정하여 노동·사회분야와 더불어 청소년·여성·보건복지분야에서의 법통합을 추진하고 있다.<sup>24)</sup>

#### (바) 사법분야

독일은 통일의 기본원리인 연방국가주의원칙에 따라 중앙집권적 구 동독조직을 점진적으로 해체하고 각주의 사법고권 아래 재편을 추진하는 방법으로 사법제도 통합을 추진하였다. 먼저 서독의 「재판소구성법』이 구 동독지역에 확대·적용되게 되었다. 이에 따라 통일 후 구 동독지역에서도 원칙적으로 3심제도가 채택되게 되었다(종래 구 동독에서는 2심제도가

24) 박수혁, “남북한 법제통합방안,” pp. 61~66 참조.

채용되었음).

사법통합의 결과 구 동독의 최고법원과 법무부, 그리고 대검찰청은 모두 폐지되었다. 업무성격에 따라 구 동독 최고법원 소속 조직·인원 등의 재판작업은 연방법무부가, 계속중인 사건의 관할 재조정 및 사건 이관작업 등은 연방대법원이 분담하여 수행하였다.

그리고 연방법무부의 위임에 의하여 동베를린에 파견된 연방검사의 지휘하에 대검찰청 재판작업을 진행하였다(대검찰청 폐지시 잔존인원 141명중 43명 6개월간 한시적으로 근무). 구 동독의 대검찰청에 계속중인 사건은 연방법원조직법, 형사소송법의 규정에 따라 연방 또는 각주 검찰청에서 인수·처리하였다. 연방검찰청의 관할은 통일조약 발효와 동시에 구 동독 전지역으로 확장되었고, 구 동독의 법무부는 해체되어 각 신설 주정부 산하의 주 법무부로 변용되었다(통일조약 제13조 제1항).

한편 구 동독에는 행정·재정·노동·사회사건 등을 독자관할하는 특별법원이 존재하지 않았었다. 이러한 점을 감안하여 독일은 과도적 조치로서 기존 14개 군법원과 5개 지구법원에 설치된 특별부에서 사건별로 재판권을 행사하다가 그 후 독자적 법원으로서 특별법원을 설치하였다.<sup>25)</sup>

## 라. 우리에게 주는 시사점

서독은 통일 전에 법적 측면에서의 통일대비에 소홀함이 없었고, 통일 과정에 있어서도 법치주의원리에 충실하게 내적 통합을 추진하였다. 이것은 동서독간에 서로 상이한 정치·경제·사회·문화 등 체제 전반의 통합은 법률이라는 규범형식에 의해 실시되며, 내용적으로도 법률에 의해 확정된

25) 이에 관한 보다 자세한 내용에 관해서는 Peter Rieß, "Über die Wiedervereinigung der Justiz in Deutschland," 법원행정처, 『통일을 준비하는 법조 -결과보고서-』, 근대사법100주년 기념 심포지엄 자료집(사법정책 보고자료 95-II) (서울: 법원행정처, 1995), pp. 57~94; 법무부, 『독일 법률·사법통합개관』, pp. 221~293; 법무부, "동서독 법률사법통합현황 및 남북관계 진전에 따른 법적 문제," 『통일법 기본자료(II)』 (서울: 법무부, 1994), pp. 442~454; 통일원, 『독일통일백서』, 통독과정연구 94-IV (서울: 통일원, 1994), pp. 64~86 참조.



다는 가장 기본적인 사실을 독일이 잘 인식하고 있었기 때문이라고 하겠다. 말하자면 독일통일은 법적 접근과 대비의 중요성을 새삼 깨닫게 해 준 사건이었다고 할 수 있다.<sup>26)</sup>

실제로 독일은 법치주의에 입각한 통일을 통해서 신속하게 민족통합을 이룰 수 있었고, 통일후유증을 줄일 수 있었다. 이러한 사실은 우리의 경우에도 법치주의에 충실하게, 그리고 질서있게 국가통일, 민족통합을 추진해야 함을 말해 주는 것이라고 하겠다. 왜냐하면 정치·경제·사회·문화·군사 등의 이질적인 체제와 제도는 비법과 힘에 의해서가 아니라 법적 틀에 의해서 통합을 추진할 때 남북한 주민들에게 예측가능성과 법적 안정성을 제공할 수 있고, 또한 그것이 평화적이고 안정적인 통일을 가능케 하는 길이기 때문이다.

아울러 독일통일의 법통합과정은 흡수당하는 쪽(동독)의 법질서 적응작업과 흡수하는 쪽(서독)의 유연한 법질서 개정작업이 형식논리보다는 실질내용에 중점을 두고 추진되었음을 보여주고 있다. 그리고 그럴 때만이 이질적인 사회에서 반세기 동안 살아온 양 독일주민들간에 내적 통합이 가능하다는 사실을 말해 주고 있다. 이와 관련, 독일이 수년여에 걸친 기본법의 개정을 통해 국가기본질서 형성에서 소외된 국민계층이 없도록 배려한 것은 특히 주목을 요한다.<sup>27)</sup>

한편 독일은 양 독일의 법통합 및 사회동화를 추진함에 있어서 법제도와 재정지원 등의 유형적 요소 외에도 독일인들의 공통된 의식구조 등 심리적 요소를 중시하였다. 이 점은 향후 통일을 추진할 때 우리가 북한주

26) 위의 책, p. 479.

27) 독일통일 당시 사민당과 진보적인 학자들은 새로운 독일헌법의 제정이 구 동독 주민들에게 새로운 국가적 기본질서 형성에 독일국민으로서 동등하게 참여하도록 함으로써 서독주민들에 대한 열등감을 해소하고 국민적 통합을 이룩하는 데 기여할 수 있을 것이라는 주장이 강하게 개진되었었다. 이러한 사실에 비추어 볼 때 일련의 기본법 개정은 독일이 기본법 제146조에 의한 통일헌법 제정방식이 아니라 제23조에 의한 동독가입방식에 따른 통일을 추진함에 따른 사회적 비판을 합리적 수용, 헌법적으로 반영한 조치라고 풀이된다. 기본법 제146조에 의한 독일통일방식의 타당성 논의에 관해서는 장명봉, “독일통일과정에 대한 헌법적 고찰과 통일 3년 후의 헌법상황,” pp. 43~49 참조.

민들의 의식구조와 북한사회에 널리 통용되고 있는 관습법의 존재를 고려해야 함을 말해주는 것이라고 평가할 수 있다.

또한 독일의 법통합은 많은 구 서독 행정인력의 구 동독지역 파견과 이를 위한 재정적 뒷받침이 효과적으로 작동되었기에 신속하게 추진될 수 있었다. 이러한 사실은 남북통일이 신속하고도 무리없이 이루어지기 위해서는 신속한 재정투입과 더불어 법통합의 추진을 위한 전문인력의 확보 및 교육이 필요함을 말해준다고 할 것이다.

이상과 같은 점에 유념하여 우리는 정치, 행정, 경제, 사회, 문화, 군사 등 각 분야에 걸쳐 독일 법통합의 세부적인 추진과정을 면밀하게 추적하는 한편, 관련 법제의 변천과정을 분석·정리하는 것이 필요하다고 하겠다. 이러한 작업은 향후 통일이 실현되었을 때 남북한의 세부적인 법제통합계획 수립에 상당한 도움이 될 것으로 판단된다.

### 3. 남북한의 법통합방향

#### 가. 남북한의 법체계

남한은 정치적으로는 개인주의와 자유(민주)주의, 그리고 경제적으로는 자본주의, 즉 사적 소유에 기초를 둔 시장경제를 기본으로 하고 있다. 그 결과 남한에서는 자유와 사적 소유(사유재산권의 보장)를 최대한 인정하는 방향으로 법체계가 확립되어 있다. 남한의 경우 주권은 정치적·이념적 통일체로서의 전체국민에게 있으며, 국민주권의 실현을 위한 방법으로 代議制(간접민주정치)를 원칙으로 채택하고 있다. 다만 예외적으로 국민(주권행사자 내지 국가기관으로서의 국민)은 국민투표에 의해 직접 주권을 행사하는 경우도 있다. 남한은 권력분립의 원칙, 입헌주의와 법치주의를 채택하여 국가권력의 집중과 남용을 방지하는 한편, 국민의 기본권을 최대한 보장하기 위해 노력하고 있다. 이렇게 볼 때 남한에서는 법을 인권의 존중·보호 및 사회질서 유지를 위한 독자적이고 독립적인 가치를 갖는 가치체제로 인식하고 있다고 할 수 있다.<sup>28)</sup>

반면 북한은 정치적으로는 집단주의와 단체주의, 그리고 경제적으로는 사회주의, 즉 공공소유 내지 사회적 소유(국가 및 협동단체소유)에 기반을 둔 계획경제를 기본으로 하고 있다. 북한에서는 프롤레타리아독재원칙하에 북한(조선민주주의인민공화국)의 주권이 노동자·농민·근로인테리와 모든 근로인민에게 있다고 명시하고 있어 주권자의 범위를 무산계급으로 국한하고 있다. 북한에서는 공민의 의무가 지나치게 많아 반입헌주의적 요소가 되고 있다. 한편 북한은 사회주의헌법에서 노동당의 초헌법적 지위와 당규약 및 교시의 최고규범성을 명문화하고 있다. 이는 북한 법제도의 입헌주의성을 훼손하는 것으로 간주되고 있다. 북한에서 법이란 소위 계급투쟁과 프롤레타리아독재를 위한 무기로서 맑스레닌주의 국가이론과 법이론에 준거하여 당규약과 김일성 부자의 교시의 최고규범성 내지 어떠한 법형식에 대한 우월성이 제도적으로 보장되고 있다.<sup>29)</sup> 그리고 재판은 당의 사법정책에 충실하게 복무하는 수단에 불과하여 법과 재판의 독자성이 철저히 부정되고 있다. 요컨대 북한에서는 법이 정치의 시녀로서 사회주의적인 사회질서의 유지를 위하여 존재하는 도구적 성격이 강하다고 할 것이다.<sup>30)</sup>

이와 같이 현재 남북한의 법체계는 현상형태 면에서 너무나 이질화되어 공통점을 찾을 수 없는 상극적·대립적인 것처럼 보인다. 하지만 통일을 추진하는 과정에서 우리는 남북한 법의 이질성과 동질성을 발견하여 가능한 범위 내에서 하나의 통일법으로 동화·수렴하는 노력을 기울여야 할 것이다.

## 나. 통일한국의 이념과 기본질서

통일한국의 법통합을 지도하는 기본원리는 통일한국이 지향하는 국가이

28) 황동언, “남북한 법제도 통합상의 과제,” pp. 30~31.

29) 최종고 교수는 북한을 법치국가라기보다는 교시국가라고 규정하면서 북한에서 법은 장식물과 같은 ‘죽은 법’이라고 말하고 있다. 최종고, 「북한법」(서울: 박영사, 1993), pp. 452~453.

30) 민족통일연구원, 「북한인권 백서 1996」(서울: 민족통일연구원, 1996), pp. 31~36; 통일연구원, 「북한인권 백서 2000」(서울: 통일연구원, 2000), p. 32.

념에서 도출된다. 그러한 국가이념은 통일한국의 헌법에 반영되게 될 것이다. 필자는 통일한국이 지향해야 할 이념적 가치, 국가의 지도이념을 인권과 평화의 두가지로 규정하고 싶다.<sup>31)</sup> 인권은 인간에 대한 사랑, 특히 북한주민들을 귀하게 여기는 존중의 마음에서 출발할 때 충분하게 보장받을 수 있다. 평화는 서로 이질적인 사회구성원들이 공존하며 이기적인 만족을 추구하기보다는 상호 양보의 미덕을 발휘하기로 하는 사회적 합의를 이룰 때 가능한 것이다. 그렇지 않고 어느 특정의 지역·집단·세력·계층이 자신들의 이익을 극대화하려 할 경우 평화는 깨질 수밖에 없다.

이러한 두가지 이념적 가치의 기초 위에서 통일한국의 헌법질서는 개인의 자발성과 창의성을 존중하는 정치적·경제적 민주주의를 그 중심축에 두어야 할 것이다.

먼저 정치적인 측면에서는 개인의 자율성을 최대한 존중하면서 집단의 이해가 양립할 수 있는 정치적 다원주의가 정착되어야 한다. 그리고 권력의 지나친 집중을 회피할 수 있는 수단이 필요하다. 이를 위해서는 엄격한 권력분립의 원칙이 확립되어야 한다. 권력분립은 권력의 집중과 남용을 방지하는 외에 기본적 인권의 보장을 제도적으로 뒷받침하는 원칙이라는 점에서 통일헌법에서 반드시 명문화되어야 한다.

이와 함께 ‘풀뿌리 민주주의’의 구현인 지방자치제도가 확립되어야 한다. 지방자치는 지방화·세계화라는 국제적 추세에 부합하는 것일 뿐만 아니라 남북한 통합에도 긍정적인 면이 있다. 왜냐하면 남북한의 정치·경제·사회적 격차가 상당한 경우 법적 통합 뿐만 아니라 실질적 통합을 이루어 내기는 힘들다. 따라서 지방자치제도를 완충적 장치로 사용하여 지역적 독자성을 부여함으로써 남북한의 통합을 진전시킬 수 있을 것이다.<sup>32)</sup>

다음 경제적인 측면에서는 개인의 자유를 폭넓게 인정하되, 공공의 이익이 결부된 경우 적절한 제약을 가할 수 있는 공정하고 효율적인 시장제도가 형성되어야 한다. 이를 위해서는 법제도 속에 사적 소유제도를 기본

31) 제성호, “‘통일한국의 바람직한 법제도에 관한 원론적 연구’에 대한 토론내용,” 국가정보연수원, 『바람직한 통일국가의 모형』, 제2회 국가정보학술회의 (서울: 국가정보연수원, 1997), pp. 92~93.

32) 황동언, “남북한 법제도 통합상의 과제,” p. 34.

적으로 확립함과 동시에 공공의 이익이 결부된 경우 공유제도의 적절한 도입이 필요하다.<sup>33)</sup>

#### 다. 통일한국의 법체계 통합방안

##### (1) 기본방향

전술한 바와 같이 통일한국의 이념적 가치를 인권과 평화라고 할 때 통일한국의 법질서는 총체적으로 이 두 가지 가치의 구현을 목표로 해야 한다. 남북한의 법통합은 남북한 주민들의 인권보장과 평화 유지를 목표로 하여 구체적으로 다음 몇 가지의 방향성을 가지고 추진할 수 있을 것이다.

첫째, 통일한국의 법질서는 ‘인간존중주의’에 바탕을 두어야 한다. 인간의 존엄과 가치의 존중, 즉 통일한국을 구성하는 개개인의 인격발현을 보장하는 법질서이어야 한다. 인간존중주의는 자유민주주의, 실질적 법치주의, 사회적 시장경제, 복지국가주의, 다원주의와 상통하는 것이다. 그러므로 남북한간의 법통합은 자유민주주의와 사회적 법치국가질서에 입각해서 추진해야 한다.

둘째, 현재 남한법은 자본주의사회를 기반으로 하는 개인주의적인 법이고, 북한법은 사회주의를 기반으로 하는 주체사상의 법으로서 서로 상극적인 관계에 있다. 이러한 극단적인 법체계가 서로 대립해 있다는 것은 민족적 불행이지만, 그럼에도 불구하고 남북한 법통합시에는 이러한 법체계의 이질성 속에 최대한 한국적 공통성을 찾으려 노력해야 한다.

셋째, 통일 후 민족구성원이 7,000만명 이상으로 늘어 나게 되는 바, 통일한국의 법질서는 7,000만 겨레에 대하여 최대다수의 최대행복(인권보장)을 구현하는 것이 되어야 한다. 이는 자유와 평등이라는 두가지 법의 목적을 적절하게 조화시키면서 최대한의 효율성을 만들어낼 때 가능한 것임은 두말할 필요도 없다. 예컨대 북한정권 하에서 불법 몰수된 토지의 원소유자 반환여부에 관해서는 일부 실향민들의 반환에 대한 애착, 재산권 보장의 관점에서 접근해서는 안된다. 그것은 상대적으로 훨씬 더 많은

---

33) 위의 논문.

북한주민들의 생존권을 위협할 뿐더러 북한지역 투자 유치를 통한 북한경제 재건과 남북한 경제통합에 부정적인 작용을 할 것이기 때문이다.

넷째, 통일한국의 법질서는 분단의 상처를 치유하고 실질적인 민족통합(유·무형의 내적 통합)을 이룩하면서도 통일후유증을 최소화하는 것이어야 한다. 이는 법질서가 남북한 주민간은 물론 이해집단간의 사회적·심리적 갈등을 줄임으로써 통일한국의 평화와 안정, 질서에 이바지해야 한다는 것을 말한다.<sup>34)</sup> 남북한 법통합에 따른 후유증을 극소화하기 위해서는 법적 안정성 보장 차원에서 일정한 사항에 대해서는 경과조치(경과규정)를 취할 필요성이 있다.<sup>35)</sup>

다섯째, 남북한 법통합은 반세기 이상에 걸친 남북한 주민들간의 적대 의식 심화와 민족이질화, 그리고 법체계의 상위성을 고려할 때 점진적이고 단계적으로 추진하도록 하는 것이 보다 현실적이다. 이는 남북한 법통합시 과도기의 설정이 필요함을 의미하는 것이다. 그러나 동시에 상호 모순되는 이야기이지만 점진적으로 법통합을 실시하더라도 전체적으로 그 기간(과도기)은 최대한 단축하여 신속하게 추진해야 할 것이다.

이상의 방향성을 고려할 때 남북한의 법통합은 기본적으로 대한민국 법질서의 북한지역에 대한 확장적용이 불가피할 것이다. 이는 흡수통일의 경우에는 의심의 여지가 없다. 남북한이 통일헌법을 채택하여 합의통일을 하는 경우에도 우리의 법질서를 근간으로 하여 법통합을 추진하는 것이 타당할 것으로 보인다. 왜냐하면 자유민주주의와 시장경제질서는 이미 세계사적으로 그 보편성이 널리 인정을 받고 있으며, 남북한 주민들의 절대 다수가 지지하는 국가이념 내지 국가구성원리가 될 것이기 때문이다. 물론 남한법의 일방적이고 절대적인 북한지역에의 적용은 곤란하며, 독일의 경우에서 보는 바와 같이 어느 정도의 변용과 조정을 통한 동화가 요구된다고 할 것이다.<sup>36)</sup>

34) 제성호, “‘통일한국의 바람직한 법제도에 관한 원론적 연구’에 대한 토론내용,” p. 93.

35) 통일후 북한지역에서 북한주민들을 위한 경과조치가 필요한 법령으로는 신분관계법령, 공해 관계법령, 자동차관리법령, 도로교통법령 등을 예시할 수 있을 것이다.

36) 이와 관련, 독일의 경험은 우리에게 많은 교훈을 주고 있다. 통일 이후 구

(2) 세부적인 법통합방안

(가) 헌법·정치분야

남북한 헌법의 통합방향은 자유민주주의와 대의제(의회민주주의), 정치적 다원주의와 복수정당제, 사회적 시장경제질서, 분배적 평등과 복지경제체제, 국제평화주의와 국제협조주의를 근간으로 이루어져야 할 것이다.<sup>37)</sup>

현재 우리 헌법의 효력은 전 한반도에 미치도록 되어 있으므로 헌법의 북한지역 확장적용을 기본으로 해도 법리적으로 큰 무리는 없다. 이러한 방안은 특히 자유민주주의적 방식의 흡수통일의 경우 타당한 것이 될 것이다. 다만 독일의 경우에서처럼 일단 우리 헌법을 근간으로 하여 통일을 추진하되, 통일 후 지속적으로 헌법을 개정·개혁함으로써 민족의 내적 통합에 기여하는 한편, 통일한국의 기본질서 창출과정에서 북한주민들이 소외되지 않도록 배려해야 할 것이다.

반면 합의통일의 경우 우리 헌법의 무조건적인 대북한 확장적용은 곤란할 것이다. 이 때에는 우리 헌법을 중심으로 남북한 헌법의 동화를 추진하는 기초 위에서 일정한 조정과 적응의 절차를 거쳐야 할 것이다. 물론 이와 관련해서 통일헌법의 제정도 고려할 수 있을 것이다.<sup>38)</sup> 그러나 통

---

동독지역의 주들이 추진한 방대하고 급속한 입법활동에 따라 여기에 새로운 법제, 특히 구 서독 파트너주들의 법제들이 대거 도입되었다. 그러나 법치국가적 입법절차를 구축하기 위한 구 서독 파트너주들의 협조에도 불구하고 이들이 일종의 「후견」(Bevormundung) 또는 「꼭두각시놀음」(Gängelei)과 같은 역할을 수행하게 되었다. 또 이들의 협조를 통해 도입된 새로운 법제도들이 각 지역의 특수한 실정을 충분히 고려하지 않은 채 무분별하게 채용됨으로써 결국 주민들의 불신을 조장하는 결과를 초래하고 말았다. 이러한 점을 고려하여 남한의 자유민주적·법치국가적 법질서를 북한지역에 확대적용하되, 일정한 정도의 조정과 적응은 반드시 필요하다고 하겠다.

37) 장명봉, “남북한 통일에 대비한 헌법적 대응방안,” 『남북통일에 대비한 법적 대응방안』, 제6회 법제 세미나 (서울: 한국법제연구원, 1995), pp. 15~30; 박수혁, “남북한 헌법통합에 관한 고찰 -동서독 헌법통합의 경우와 비교하여-,” 시립대학교 법률행정연구소, 『남북통일과 법제도』, '97 법률행정연구소 학술세미나, 1997.11.28, pp. 11~29 참조.

38) 통일헌법의 제정은 남북한 헌법체제의 이질성을 극복하여 헌법체제의 가치

일헌법 제정의 경우에도 헌법통합의 방향은 앞에서 지적한 것과 근본적으로 달라지지 않을 것으로 생각된다.<sup>39)</sup>

남북통합의 과정에서 헌법적으로 고려해야 할 사항으로 다음 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 북한주민의 대거 월남에 따른 주택 부족, 실업사태, 범죄 증가, 사회보장 및 보호문제 발생과 같은 후유증을 줄이기 위해서 일시적으로 군사분계선 통과와 규제 등 남북한간에 거주이전의 자유를 제한할 필요가 있다는 것이다. 둘째, 북한주민의 삶의 터전과 생존권을 보장하고 북한경제 재건을 우선적인 국가목표로 설정할 경우 북한지역 내의 토지·건물에 대한 실향민의 사유재산권 보장(반환 또는 보상) 요구에 대해서도 일정한 제한을 가할 필요가 있다는 것이다. 이와 관련, 통일한국은 헌법에 기본권 행사에 대한 예외 내지 특칙을 명기할 수 있을 것이며, 이에 근거하여 「군사분계선 통과에 관한 특별조치법」이나 「북한지역 국유재산관리에 관한 특별조치법」 등을 한시법으로 제정할 수도 있을 것이다.

한편 북한의 각급 인민회의의 대의원선거법은 폐지하고 남한의 각종 선거 관련 법령을 북한지역에 적용하되, 선거구 조정이나 북한정당에 대한 국고지원 등에 있어서 특별한 배려는 필요할 것으로 생각된다.

#### (나) 민사법분야

통일 후 원칙적으로 남한민법을 북한지역에 확장 적용하고 통일 이전 북한지역에서 성립된 법률관계는 그대로 유지하는 것이 바람직하다. 다만 몇 가지의 경우에는 특별경과규정이 필요할 것으로 보인다. 예컨대 성년기에 관해 남한민법상 성년기는 20세이고, 북한민법상 성년기는 17세로 되어 있다. 남한민법을 확장적용할 때 북한민법상으로는 이미 성인이 된

---

적 공감대를 형성하게 될 때 가능하다. 통일헌법은 남북한에 존재하는 서로 대립된 가치체계의 공통범위의 확대를 전제로 하여 단순한 제도통일을 뛰어 넘어서 실질적인 민족통합을 구현할 수 있는 것이어야 한다. 즉 규범적 통일만이 아니라 사회적·국민적 통합을 이룰 수 있는 국가적 기본질서를 창출하는 것이어야 한다. 장명봉, 「분단국가의 통일헌법 연구 -독일과 예멘의 통일사례와 자료-」, pp. 66~67.

39) 이하에서 다룰 개별법의 통합방향과 관련해서는 이러한 기본철학을 바탕으로 하여 법통합논의를 전개하기로 한다.



경우 통일 이후 남한민법이 적용됨으로써 미성년자가 되는 부당한 결과가 초래될 것이다. 이러한 경우에는 거래의 안정 등 법적 안정성과 북한주민의 법감정을 고려하여 통일 전에 북한 민법상 성인이 되었다면 남한 민법상 성인으로 간주한다는 경과규정 등을 두는 조치가 필요하다.

소유권에 있어서는 북한 민법상의 국가소유권 및 협동단체소유권, 국가 재산이용권, 살림집 이용권 등을 어떻게 처리할 것인가가 주로 문제될 것이다. 또한 북한민법상 개인 소유권에 대한 남한민법 적용여부, 북한의 소유권 중 남한민법상 등기를 요하는 물건의 처리문제라든지, 장기간 남북분단으로 인한 취득시효와 관련된 문제점도 발생할 수 있다. 이에 관해서는 특별법의 제정을 통해 해결하는 방안을 고려할 필요가 있다. 살림집 이용권은 일종의 특수 용익물권 또는 소유권으로 그 이용권을 보호하는 특별경과규정의 설치를 고려할 수도 있을 것이다.<sup>40)</sup>

#### (다) 형사법분야

형법은 남한형법의 원칙적 확장 적용과 일부 적용유보, 일부 북한형법 규정의 한시적 효력인정 등을 인정하는 방향에서 법률통합을 추진해야 할 것이다.

먼저 북한형법과 남한형법 사이에 서로 대응되는 규정이 있는 경우에는 원칙적으로 남한형법을 북한지역에 확장 적용하겠지만, 북한 형법규정 중 그대로 두는 것이 바람직한 부분이 있는지를 면밀히 검토해 보아야 할 것이다. 예를 들면 미성년자의 강간죄 행위객체를 북한 형법은 15세 미만으로 보고 있고, 우리의 형법은 13세 미만으로 규정하고 있는 것과 같이 약간의 차이가 있는 경우가 많다.

남한형법에만 규정된 사항의 경우 원칙적으로 북한지역에 확장 적용하는 것이 타당하다고 하겠다. 예컨대 심신상실의 형사책임 무능력자, 법률상 감경, 벌금형제도, 선고유예, 형의 실효, 친고죄, 반의사불벌죄, 친족관계로 인한 형의 면제 또는 감경 등과 같은 것은 남한형법에만 규정이 있는데 이는 북한에도 확장·적용해야 될 것이다. 다만 북한주민의 법적

40) 박수혁, “통일한국의 법률통합,” pp. 78~79 참조.

안전성보장 차원에서 일부 조항 예를 들면 간통죄, 낙태죄, 혼인빙자간음죄 등의 규정은 북한형법에 규정이 없는데, 이런 것에 대해서는 바로 적용하기는 어렵고, 유보기간을 두는 것이 필요하다고 하겠다.

북한형법에만 규정된 사항도 있다. 이들 중 자유민주적 기본질서나 법치국가주의, 사회적 시장경제원칙에 위반되는 제반 규정을 폐지함이 마땅하다. 예를 들면 형법의 임무라든가 유추해석 허용, 사회주의 분배주의원칙 위반죄, 신소청원 묵살죄, 국가기관의 국위훼손죄, 불량자적 행위죄 등이다.

통일 전 북한지역에서의 범죄행위에 대한 경과조치에 관한 법률제정도 필요할 것으로 보인다. 또 ‘행위시법 주의’의 원칙을 적용하는 것이 타당하다. 통일 전 북한지역에서 저질러진 범죄행위를 통일 후 재판하게 되는 경우에는 우리 형법 제1조에 따라 원칙적으로 행위시 법률인 북한형법을 적용해야 될 것이다. 물론 북한형법에만 처벌규정이 있는 경우에는 범죄 후 법률의 변경에 의하여 행위가 범죄를 구성하지 않는 경우에 해당한다고 볼 수 있기 때문에 북한형법의 적용을 배제해야 할 것이다.<sup>41)</sup>

## (라) 행정법분야

### 1) 지방자치

통일한국은 남북간 행정통합의 차원에서 북한지역에 지방자치제도(교육자치제도를 포함)를 도입·정착시켜야 한다. 이를 위해서는 지방행정조직법과 지방자치법을 제정·시행해야 한다.

그런데 이러한 법을 제정·시행함에 있어서 급속한 행정통합을 할 것인지 아니면 일정한 과도기를 거쳐 점진적인 행정통합을 할 것인지는 정책적인 선택을 요하는 문제이다. 이는 기본적으로 통일 당시의 상황에 좌우되는 문제이지만, 일응 일정한 과도기를 거치는 것이 필요하다고 생각된

41) 위의 논문, pp. 79~81 참조. 다만 북한의 불법잔재 청산과 관련한 반법치국가 범죄자의 처벌을 위해서는 형사증거법으로는 우리 형법의 속지주의라든지 보호주의 원칙에 따라서 우리 형사법을 증거법으로 적용함이 상당하다고 하겠다.

다. 왜냐하면 급속한 지방행정조직의 통합은 북한주민들의 반발 등 부작용을 불러일으킬 우려가 있기 때문이다. 예컨대 북한의 현행 행정구역제는 남한에서 그 동안 존재하는 것으로 인정되어 온 이북 5도와 불일치하는데, 통일이 된 후 곧바로 이북 5도청을 북한지역에 설치하여 관할권을 회복하는 조치는 현지주민의 엄청난 반발을 초래할 위험성이 크다고 하겠다.<sup>42)</sup>

이러한 점을 고려하여 현행 북한의 행정구역은 통일 후 과도기 동안에는 잠정적으로 기존의 편제대로 유지시키되, 이를 단순한 지방행정의 구역이 아니라 지방자치의 단위로 재편하는 것이 바람직하다. 그리고 비교적 순수한 행정기능을 담당했던 지방행정조직들은 북한주민들의 복리와 통상적인 행정과업의 수행을 위해 존속할 수 있도록 해야 한다. 그러한 과도기가 종료한 후에는 그간의 지방자치 운영실태와 문제점 등을 충분히 감안하여 남북한에 단일화된 통일지방자치법을 제정·시행해야 할 것이다.

한편 북한지역에 지방자치제도를 도입하기 위해서는 지방자치선거제도가 마련되어야 한다. 이를 위해서는 북한지역에 대해서도 남한의 경우와 마찬가지로 현행 지방자치법 및 통합선거법에 의해 지방행정구역을 개편하고 그에 따라 지방자치단체의 장과 지방의회 의원을 선거에 의해 선출하도록 해야 한다. 그렇지만 우선 과도기 기간 중에는 (지방자치의 단위로 재편된) 지방행정구역의 집행기관은 종래 북한의 지방행정조직상 집행기관으로서의 지위와 역할을 가졌던 인민위원회(합의제기관)를 독립적인 지방자치단체의 장으로 대치하고 가급적 현지인 중에서 임명하는 것이 바람직할 것으로 보인다.<sup>43)</sup> 이는 남북한 주민간의 심리적·정신적 통합의 차원에서도 필요한 조치라고 생각된다.

남북한 행정통합 추진과정에서도 독일통일 이후의 통합과정에서 발생한 「중앙집권적 의존성」(zentralistische Abhängigkeit)이 대두될 개연성이 높다. 그렇기 때문에 과도기 동안 통일한국의 중앙정부가 북한지역에

42) 한편 남한의 이북 5도위원회는 이에 관여하고 있는 남한의 당사자나 이해관계인의 입장을 고려하여 통일 이전까지만 존속시키는 것이 남북한간 지방행정조직의 무리없는 통합을 위해 필요하다고 하겠다.

43) 홍준형, “통일 이후 남북한 법체계 통합방안에 관한 연구,” p. 22.

특별한 재정지원을 하되, 북한주민들이 지방자치를 통해 자치역량을 축적할 수 있도록 국가적 통합에 저해가 되지 않는 한도내에서 최대한 자치영역을 부여해야 할 것이다.<sup>44)</sup> 아울러 구 서독의 주정부들이 구 동독의 주정부들과 자매결연을 맺어 ‘대여공무원’과 같은 행정지원인력을 파견하여 적극 지원했던 독일통일의 교훈을 살려 남한지역의 지방자치단체와 북한의 지방자치단체간에 협력관계를 설정하고, 행정적 측면에서의 각종 지원을 제공해야 할 것이다.<sup>45)</sup>

이처럼 단계적·차등적 통합을 추진하는 경우 적어도 과도기 동안은 남북한간에 상이한 법제도가 존속하게 되는 결과가 된다. 이처럼 이원적 법상태가 존재하게 되는 것은 북한지역이 오랫동안 상이한 법제도 하에서 살아 왔다는 특수한 현실을 고려한 것으로서 어느 정도 불가피하다고 볼 수 있다. 그러나 통일 이후의 법통합은 어디까지나 국가적·전사회적 통합을 궁극적인 목표로 하는 것이므로 과도기에서도 국가적 통합을 저해하는 법질서의 분열현상은 최소한의 범위에 국한되도록 해야 할 것이다.

## 2) 경찰통합

통일이후 북한지역에 심각한 질서교란상태가 발생할 가능성이 크며, 또 전환기의 공백을 타고 마약·밀수 등 조직범죄나 무질서행위가 빈발할 우려가 있다. 그러므로 이에 대비하는 차원에서 북한내의 질서유지 및 위험방지를 위한 법제를 정비해야 한다.

통일 후에는 북한지역에서 사회통제의 신경선이 되어 왔던 사회안전부·

44) 구 동독지역의 주들은 연방과 구 서독의 파트너 주들로부터 막대한 재정지원을 받음에 따라 이들에 대한 재정적 의존성이 심화되게 되었다. 그 결과 이제 막 만들어진 주나 그에 속한 지방자치단체들의 지역사단적 지위가 크게 약화되는 현상이 나타났다. 구 동독지역 주민들의 자치 의식과 관행의 결여와 그에 따른 정치, 인사 및 재정에 있어서 연방과 파트너주들에 대한 의존성, 그리고 이러한 부정적인 모습에 대한 주민들의 반감의 확산 등은 자치역량이 부족한 상태에서 지방자치제도가 도입·구축된 데 따른 필연적인 결과라고 할 수 있다. 이러한 점을 고려하여 남북통일의 경우에 있어서 종래의 체제하에서 실효적인 지방자치제도를 구축하는데 필요한 충분한 시간을 주어야 할 것이다.

45) 홍준형, “통일 이후 남북한 법체계 통합방안에 관한 연구,” pp. 22~23.

국가보위부 기타 주민통제조직을 해체하고, 북한사회에서의 질서유지를 담당할 새로운 민주적인 경찰조직으로 대체해야 할 것이다. 점진적 통합의 기초 위에서 이를 추진하기 위해서는 북한지역의 치안 및 질서유지를 위한 경찰법규를 제정·시행한 후 이를 우리의 현행 경찰관계법에 통합시켜 나가는 것이 필요하다. 남한에서 시행되는 기존의 경찰관계법을 바탕으로 북한지역에 적용할 경찰법제를 마련하여 과도적으로 시행하되, 이를 향후 통일한국의 경찰법제를 구축하는 방향에서 양자를 통합해 나가야 한다. 통일한국의 경찰법제는 중앙경찰을 유지하면서 교통단속, 방법, 위험 방지 등 주민생활과 밀접한 분야에 대하여 자치경찰제를 도입하는 것이 바람직하다고 생각된다.<sup>46)</sup>

### 3) 인사개혁

통일 이후 통합업무를 주도해 나갈 유능한 행정공무원을 북한지역에 즉각 투입하고 이를 충원하는 일은 매우 중요한 과제이다. 이것은 통일 후 국가·사회적 통합을 추진함에 있어서 인사의 개혁이 절대적으로 필요함을 의미하는 것이다. 이를 제도적으로 뒷받침하기 위해서는 결국 북한지역에 적용될 별도의 공무원관계법을 한시법의 형태로 제정하지 않으면 안된다.

인사개혁은 이제까지 제시된 각 분야에서의 개혁과 법통합 전반에 걸쳐 선행적으로 이루어져야 할 핵심적인 과제의 하나라고 하겠다. 이러한 작업 역시 법적인 틀 안에서 추진해야 하는 과제이기 때문에 남북한 법통합과 깊은 관련하에 검토해야 할 사안이다. 결론부터 말하면 통일 이후 북한의 행정공무원들의 자격과 지위에 관해 남한의 법과는 다른 별도의 법적 규율이 요구된다고 할 것이다.

북한지역에 적용할 공무원인사법에서는 공정하고 투명한 논의를 통해 인사개혁의 구체적인 범위, 북한지역 행정기관의 구성, 공무원 임용 심사 기준 및 절차, 공무원의 지위 등에 관한 규정을 두어야 할 것이다.

한편 북한에서 활동했던 기존의 공무담당 요원들에 대해서는 적법절차에 의한 자격심사제도를 통해 재임용하여 남북한 통합의 과정에 기여할 수 있

46) 통일 후 남북한 경찰통합문제에 관해서는 박기륜, 『통일한국경찰론』(서울: 육서당, 1999), pp. 145~289.

는 기회를 제공하도록 해야 할 것이다. 이처럼 북한주민들이 스스로 북한사회의 개혁과 체제 개편에 적극적으로 동참하도록 하는 것은 남북한 주민들간의 사회적·심리적 통합에 긍정적인 역할을 할 수 있다고 판단된다.

자격심사의 결과 과거 북한의 정권기관이나 정보·보안기관의 하수인으로 활동하거나 반인륜적 행위에 종사한 경력이 있는 자 또는 그러한 의혹을 받을 만한 이유를 지닌 인사를 재심사하여 공식으로부터 배제시키고, 그렇지 않은 인사중에서 소정의 재교육 또는 전직교육을 통하여 공직에 복귀할 수 있는 능력과 자격을 갖춘 자는 계속 공직에 머무를 수 있도록 하는 제도가 마련되어야 할 것이다. 아울러 북한지역에 적용할 공무원인사법은 공무원 인사와 관련하여 합리적인 불복 및 구제의 기회를 절차적으로 보장해야 할 것이다.<sup>47)</sup>

(마) 노동법 및 사회보장법 분야

통일이 되면 북한주민에게 배분적 정의를 실현하고 기본적 인권의 향유와 인간다운 삶을 보장해 주는 데 각별한 관심을 기울여야 한다.<sup>48)</sup> 이를 위해서는 헌법상의 복지국가 또는 사회국가 원리에 입각해서, 특히 북한주민 전체에 대한 사회·경제정책적 관점에서 북한주민들에게 적용할 사회복지분야의 법령을 제정해야 한다. 통일한국의 사회복지법은 한민족 모두에게 최대한의 기본적 인권과 인간다운 삶의 기회를 확보하는 데 목적을 두어야 한다. 기본적으로는 통일적인 사회정책의 관점을 견지하되, 북한

47) 홍준형, “통일 이후 남북한 법체계 통합방안에 관한 연구,” p. 23; 김병기, “통일한국의 바람직한 법제도에 관한 원론적 연구,” 국가정보연수원, 『바람직한 통일국가의 모형』, 제2회 국가정보학술회의 (서울: 국가정보연수원, 1997), pp. 62~64 참조.

48) 남북통일 후 북한주민들의 상당수가 2등 국민으로서의 상대적 박탈감을 가질 우려가 있다. 이는 통일독일의 그것과는 비교가 되지 않을 정도로 엄청난 불만과 조직적인 반발을 초래할 가능성이 농후하다 이와 관련, 반세기를 전혀 판이한 정치·사회구조하에 살아온 북한주민들의 현실적 처지를 도외시한 채 형식적 자유와 평등을 보장하는 정도에 그친다면 이는 통일의 대의와 정당성에 반할 뿐만 아니라, 통일질서에 대한 그들의 수용(Akzeptanz)과 합의(Konsens)를 불가결한 요소로 하는 국가적 통합도 기대하기 어렵다는 점이 고려되어야 할 것이다.

의 정치·사회·경제·문화 등 현실 여건을 고려하는 방향에서 북한사회와 주민에 대한 사회복지정책적 배려를 해야 한다.

노동법과 사회보장법 분야의 경우 신속하고 포괄적인 법통합이 이루어져야 한다. 노동법 분야의 경우 통일이후에 이루어질 경제체제의 전환과정에서 발생할 대량실업에 대한 대책을 강구하는 차원에서 실업방지 및 해고보호규정, 그리고 고용전환을 위한 직업훈련규정을 대폭 강화한 내용의 법령을 마련하여 북한지역에 시행해야 할 것이다. 그리고 사회보장법 분야의 경우 특히 공적 부조와 의료보험 등 사회보험의 부문은 북한주민의 인간다운 최저한의 생활수준을 보장해 주기 위해 여건이 허용하는 범위에서 최대한의 범동화가 추진되어야 한다.

한편 사회보장 통합에 소요될 막대한 인적·물적 자원은 통일되기 전에 미리 통일한국의 사회보장 기금 조성을 위한 법적 근거를 마련하여 재정적 준비에 만전을 기울여 나가야 할 것이다.

#### (바) 북한경제체제 전환 관련 법분야

북한경제의 재건과 자생력육성 문제는 통일이후 가장 절박하게 제기되는 과제가 될 것이다. 북한경제체제의 전환은 통일이 어떠한 방식으로 이루어지든지간에 남북한 모두가 머리를 맞대고 함께 고민하고 해결해야 할 문제이지만, 현실적으로는 남한이 주도적인 역할을 수행할 수밖에 없다.

통일이 되면 빠른 시일 내에 북한경제를 회생시켜 경쟁력을 키우고 북한주민에게 고용기회를 보장하기 위해 시장경제체제로의 전환에 관한 법적 기반을 만들어야 한다. 이를 추진함에 있어서 남북한의 여건을 고려한 다양한 정책수단들을 강구해야 한다. 이와 관련하여서는 예컨대 독일통일 과정에서 구 동독이 1990년 6월 17일 「신탁법」(Treuhandsgesetz), 즉 「공유재산의 사유화 및 재편성에 관한 법률」을 제정하여 국·공유기업의 경쟁력확보·강화를 위한 광범위한 사유화·민영화조치를 단행했던 것을 타산지석으로 삼을 수 있을 것이다.

우리의 경우 국유기업 및 시설 등 국유재산을 신탁재산으로 관리하고 민영화·사유화하는 임무를 수행했던 신탁관리청(Treuhandanstalt)과 같은 별도의 독립기구를 설치하고, 이로 하여금 북한의 국영기업, 상점,

시설, 부동산 및 각종 공공자산의 처리를 담당하도록 하는 것이 바람직할 것이다.<sup>49)</sup> 또 행정적 차원에서는 북한경제의 회생을 촉진하기 위한 광범위한 경제정책적 지원조치를 시행할 수 있도록 관련 법령을 정비할 필요가 있다. 통일 이후 통합과정에서 북한의 국·공유기업을 통일한국의 소유로 전환시키기 위한 일반적인 입법조치를 단행하고, 이를 바탕으로 국·공유기업에 대한 사유화·민영화를 추진해야 한다.<sup>50)</sup>

북한지역에 대한 경제정책적 지원조치는 일정한 기간을 정하여 단계적으로 추진하되, 남한의 대기업이 참여할 분야와 중소기업이 참여할 분야를 구분하여 특히 후자에 정책적 비중을 두어야 할 것이다. 경우에 따라서는 대기업이 참여하는 것이 타당한 분야라 할지라도 중소기업이 연합체(consortium)를 구성하여 참여할 수 있도록 하는 방안을 법제화하는 것도 검토할 필요가 있다. 이러한 경제지원조치는 북한지역 경제재건을 위한 특별법을 일종의 일몰법(sunset legislation) 형태로 제정하여, 가령 5년 후에 그 법 시행성과에 대한 평가를 통해 계속시행 여부를 판단하는 것이 바람직하다.<sup>51)</sup>

이와 함께 통일 이후 북한의 국유재산을 각각 국유와 공유로 승계시키는 입법조치가 강구되어야 한다. 이를 위해서는 우선 북한의 국유재산을 조사하여 조사된 자산들을 남한의 국·공유재산제도에 따라 계속 국유 또는 공유로 할 것인지 여부와 그 범위를 정하고, 이를 토대로 북한지역의 공적 자산들을 재편성하기 위한 법적 근거를 마련하여야 한다. 또한 북한의 국·공유자산의 귀속에 관해 국가와 지방자치단체간의 소유관계를 명확히 하기 위한 법적 조치가 요구된다고 하겠다. 이와 관련해서는 현행 국·공유재산제도의 틀을 손상하지 않는 범위 내에서 각 자산과 관련된 업무를 관장하게 될 지방자치단체의 권리를 최대한으로 인정하는 방향으로 법제를 준비해야 할 것이다.

49) 불법몰수된 토지의 처리에 관해서는 후술하는 제3장을 참조.

50) 홍준형, “통일 이후 남북한 법체계 통합방안에 관한 연구,” p. 26.

51) 위의 논문.



## (사) 교육법분야

교육과정의 우열이 분명히 드러나 있는 현재 남한의 교육제도는 통일한국에서 사회적 모순과 불만을 심화시키는 가장 큰 요인중의 하나로 작용할 가능성이 높다.<sup>52)</sup> 그러므로 통일한국에서는 남북한의 인재를 균형있게 활용할 수 있는 교육제도를 마련하는 일이 매우 중요한 과제로 대두될 것이다. 통일된 대한민국에서 남한의 소수 일류대학 출신이 사회의 중요한 지위를 차지하게 될 경우, 남북한 사회통합에 심대한 장애요인으로 등장할 것이며, 이는 결과적으로 민족통합을 저해하게 될 것이다. 이러한 점에 비추어 북한지역 학생들의 사회진출을 제도적으로 보장하는 보완조치가 요구된다고 하겠다.

통일한국의 교육제도와 교육체계는 국가 전체의 경영적 측면으로 볼 때 인문계 교육을 원치 아니하거나 공부에 취미 또는 능력이 없는 다수의 국민에게 산업현장에서 필요한 기능을 다각적으로 손쉽게 배우도록 하고, 다양한 기능을 몸에 익힐 수 있도록 보장하며, 기능인력에 대한 사회적 인정도를 높이는 방향에서 재편 내지 정비되어야 할 것이다. 대학교육은 공부에 취미를 가진 유능한 학생들이 창의성을 꾸준히 발휘하도록 지원하는 방향으로 소수 정예 위주로 개편해야 한다.

그리고 현재의 방만한 대학제도는 실업교육제도로 전환해 나가야 할 것이다. 즉 교육법제 및 교육제도를 기술교육 위주로 변환시켜 남북한 주민이 어디에서나 손쉽게 다양한 기술교육을 받을 수 있도록 개편하여야 할 것이다.<sup>53)</sup>

52) 현재 우리나라의 교육제도는 초등, 중등, 대학교육과정으로 이어지는 진급 구조를 취하고 있다. 초등교육과 중등교육은 실질적으로 대학교육을 준비하는 과정으로 교육법체계가 구성되어 있다. 또 실업교육은 산업현장에서 필요한 인력의 수요에 대하여 능동적으로 대처할 수 있도록 하여야 하나, 현재는 인문교육과정을 이수할 능력이 없는 자에 대한 부수적 교육제도로 정립되어 운영되고 있는 실정이다.

53) 통일한국의 교육제도와 통일 후 남북한 대학교육의 통합문제에 관해서는 최영표·한만길·홍영란·박재윤, 「통일에 대비한 교육정책연구(Ⅱ) -통일한국 교육제도의 새모형을 중심으로-」, 연구보고 RR 93-8 (서울: 한국교육개발원, 1993), pp. 181~202; 박용현·김형근, “남북한의 대학교육통합방안,” 한국대학교육협의회, 「통일후 북한대학교육정책에 관한 연구(초안)」, 전문

한편 대학 입시나 각종 공무원 임용시험 등에 있어서 일정기간 동안 북한학생들에게 가산점을 주거나 일부 시험과목 면제 등의 특혜조치를 제공하는 방안도 적극 검토할 필요가 있다.

(아) 법무·사법분야

남북통일이 이루어질 경우 북한지역의 신속한 법질서 확립의 일환으로 남북한의 법무 및 사법체계통합이 중요한 법적 과제로 대두될 것이다. 기본적으로 통일한국은 자유민주주의와 법치국가적 질서, 권력분립의 원칙에 위배되는 북한지역내의 기존 법무·사법기구(중앙재판소와 중앙검찰소, 그리고 그 산하 지방의 재판소와 검찰소 등)를 해체하고 민주적으로 재편해야 할 것이다. 다만 통일 직후의 북한지역 실정 및 재정형편을 감안해서 단계별 재편작업을 추진하는 것이 바람직하다. 또한 북한지역의 기존 시설을 최대한 활용하여 남한의 법원·검찰조직과의 일원화를 추진해야 한다.

이를 위해 우선 남한의 법원·검찰조직 등 관련법령을 북한지역에 확장 적용하되, 관할조정·업무분장 등 행정·기술적 분야에 대해서는 잠정적인 경과조치를 적용하는 것이 필요하다고 하겠다. 그런데 통일이 되었을 때 사법시험에 갓 합격한 젊은 판사를 북한지역에 파견하여 재판업무를 수행토록 할 경우, 북한주민들이 여기에 부정적인 태도를 보일 가능성이 높다. 우리의 젊은 판사들은 북한주민들의 심정을 잘 헤아리지 못할 공산이 크며, 자칫하면 북한주민들이 남한의 (식민지적?) 사법체제 하에 놓여 있다는 잘못된 인식을 가질 수도 있다고 생각된다.

이러한 점을 감안하여 우리는 남북한 사법체계를 통합할 때 우리의 소장 판사들을 북한지역에 보내기보다는 이산가족 출신판사 또는 은퇴한 노 판사들을 선별적으로 재임용하여 북한지역에서 일할 수 있는 기회를 제공하는 것도 적극 고려할 필요가 있다. 또한 통일독일의 경우와 마찬가지로 북한지역내 법조인력의 공급부족 현상을 고려하여 북한 판·검사를 교육하여 선별적으로 재임용하는 방안을 강구해야 할 것이다.

---

가회의 자료, 1996년 9월 18일, pp. 91~151 참조.

아울러 헌법재판제도, 변호사제도, 행정쟁송제도, 국가배상제도, 민·형사소송제도, 행형제도, 출입국관리제도 등 법무관련 제반제도에 대한 일원화도 추진해야 할 것이다.<sup>54)</sup>

---

54) 법무부, “동서독 법률사법통합 현황 및 남북관계 진전에 따른 법적 문제,” p. 478.

### Ⅲ. 재산권 문제 해결방안

#### 1. 서 언

##### 가. 문제제기

지금 통일독일을 비롯한 동구권국가들은 과거의 사회주의 경제체제를 새로운 시장경제질서체제로 전환함에 있어서 구 정권하의 국·공유재산을 사유화함으로써 경제질서를 재편하는 방대한 작업을 추진하고 있다. 사유화에 의한 재산권 확립문제는 개인의 이익과 연결되어 있을 뿐만 아니라 사유화의 절차나 방법은 과거 국유화 과정에 대한 사회적 시각, 체제전환을 시작할 시점의 소유구조, 사회계층의 정치적 영향력 등이 복합적으로 반영될 수밖에 없는 매우 복잡한 문제이기 때문에 사회주의국가의 체제전환에 있어서 가장 어려운 과제로 대두되고 있다.

이와 관련, 우리 사회의 많은 식자들은 특히 독일통일 직후 통일독일이 취한 재산권 처리과정을 보고, 남북통일이 이루어질 경우 북한공산정권 치하에서 설립된 국영기업(개중에는 대가 제공 없이 몰수된 기업도 있을 것이다)과 불법적으로 몰수된 구재산권<sup>55)</sup>(토지 또는 건물 등 부동산 소유권을 포함한 각종의 물권) 처리문제에 대해 많은 관심을 보이고 있다.

구재산권 중에서도 북한주민의 생존권과 밀접한 관련을 갖는 북한정권 하에서 설립·운영되던 국영기업과 불법몰수된 토지문제(이하 몰수토지문제라고 한다)의 처리는 통일한국에서 사회·경제적 통합의 순조로운 추진을 좌우하게 될 핵심적 사안이라고 볼 수 있다.

북한 국영기업의 처리문제는 사유화를 통한 사회주의체제의 자본주의체제로의 전환문제이다. 불법몰수된 토지처리문제는 기본적으로 장차 통일 한국의 토지정책과 토지운용에 관한 문제이다. 이러한 점을 감안할 때 이 문제의 접근에 있어서는 먼저 한국적 상황에서 북한의 국영기업과 토지문제가 갖는 역사적 배경과 성격(특히 북한지역 토지의 몰수과정과 현상황)

55) 학자에 따라서는 이를 미해결재산권, 몰수재산권이라고도 한다.

에 대한 올바른 이해가 전제되어야 하며, 그것을 감안한 해결책의 모색이 필요하다.

동시에 거시적인 관점에서 볼 때 이 문제의 처리가 갖는 중요성은 어떠한 방식으로 국영기업이 사유화되고 몰수토지문제가 처리되는가에 따라서 통일 이후 남북한 경제가 지는 부담(통일비용)이 전혀 달라지게 된다는 점에서 찾을 수 있다. 그것은 다시 통일비용을 어느 선에서 억제할 것인가 하는 문제와도 밀접하게 관련되어 있다. 말하자면 국영기업과 몰수토지문제의 처리는 비단 경제정책, 산업정책 또는 토지정책 그 자체에 그치는 것이 아니라 통일한국 초기 경제·사회정책방향을 정하는 결정적 요인이 된다. 이러한 점에서 남북한간에 정치적·법적·제도적 통일이 이루어지면 통일한국이 겪어야 할 가장 큰 난제이며 동시에 가장 중요한 문제의 하나가 바로 이 구재산권 처리문제라고 해도 지나친 말은 아닐 것이다.

이러한 문제인식을 가지고 이하에서는 한국적 상황에 맞는 북한 국영기업 및 몰수토지의 처리방안을 모색해 보기로 한다. 이를 위해 먼저 분단국이었던 독일에서 이루어진 기업 및 토지의 사유화 내지 구재산권 처리에 관한 선례를 검토하고 시사점을 찾아보기로 한다. 그리고 북한정권 하에서 설립된 기업의 사유화방안을 검토하고, 이어 한국적 상황하에서 가장 바람직하다고 생각되는 불법몰수된 북한토지 처리방안을 도출하기로 한다.<sup>56)</sup> 특히 토지처리방안을 강구하기 위해서는 북한의 토지개혁 후 토지몰수 실태와 현재의 토지정책과 제도의 고찰이 선행되어야 하므로 이들에 관해 살펴보고, 몰수토지문제를 처리함에 있어서 고려되어야 할 사항을 검토한 다음, 이 문제의 해결을 위한 제 방안들의 내용 및 장·단점을 검토·분석한 후 이를 기초로 구체적인 해결방안을 제시하기로 한다.

56) 다만 여기서는 주로 월남자의 재북한 토지를 중심으로 고찰하되, 월북자의 재남한 토지의 처리에 관해서는 관련부분에서 간단히 언급하고 자세한 논급을 피하기로 한다. 월남자의 재산권 처리와 관련하여 통일독일의 재산권 처리 시 소련점령치하에서의 토지몰수와 구동독체제 하에서의 토지몰수를 구별하여 해결책을 모색했던 것처럼 통일한국에서도 구재산권을 시기적으로 나누어 처리방향을 달리할 것이냐가 문제될 수 있다. 이에 관한 자세한 검토는 약하기로 한다.

## 나. 통일관련 연구의 방법론적 제언

남북한 통일의 실질적 완성은 독일의 경험에 비추어 볼 때, 장기간의 과업이며 경제적·사회적 이해충돌 여지가 다분해 법적으로도 어려운 과제가 될 것이다. 이러한 통일과 관련된 문제들은 통일한국의 정치적 도전으로 작용할 것이며, 타의에 의한 분단이후 남북한에 뿌리깊게 자리잡은 서로 다른 이데올로기와 이에 따른 양측 제도의 극명한 차이는 통일한국의 미래가 - 비록 과도기적 현상일지라도 - 예외없이 밝은 것만을 아님을 말해주는 것이다. 따라서, 6년을 넘긴 독일통일의 경험을 참고해 통일한국의 예상되는 법적 문제점을 미리 거론해서 이에 대한 해결책을 타진해 보는 것은 그 의미가 지대하다 할 것이다. 사회주의적 계획경제와 인간의 존엄성 말살로 대표되는 사회주의적 법질서의 자유민주주의적 그것으로의 전환 내지 적용은 어느 한 부분의 임기응변식의 해결책으로는 통일 후 지속적인 법적 평화가 보장될 수 없다. 이는 곧, 통일한국의 법질서(Rechtsordnung)가 북한지역의 법제 및 不法의 근본적 개혁, 이를 통한 남북한 법제의 통일화(Rechtsvereinheitlichung)를 바탕으로 형성되어야함을 말해주는 것이다. 이 같은 통일관련 법적 문제들의 해결을 위해서는 논제의 복잡성, 광범위성에서 볼 때 다음과 같은 연구방법론상의 요건을 필요로 한다고 본다

a. 시행착오 없는 법적 규율을 위해서는 우선 현재 북한 실정법에 대한 연구가 선행되어야 할 것이다. 북한측으로부터의 자료의 비공개성, 북한 법제의 상대적 단순성 등에 비추어 볼 때 이같은 연구가 쉽지 않겠지만 통일분위기의 성숙과 더불어 법사학적·법사회학적 접근과 더불어 비교법적 입장에서의 북한 법제에 대한 분석이 절실히 요구된다고 하겠다.

b. 독일의 경우가 그러하듯이 통일관계법연구는 범분야별 상호 밀접한 연관 속에서 종합적으로 이루어져야 할 것이다. 예컨대, 몰수재산권의 원상회복문제만 보더라도 국제법, 헌법, 행정법, 민법, 상법등 거의 모든 법분야의 유기적 관련 없이는 원만한 해결을 기대할 수 없는 것이다. 더 나아가, 원상회복문제, 사유화 문제, 투자우선문제 등의 개별 논점들도 서

로 관련성을 가지고 있기 때문에 규정상의 상호조화도 문제해결에 필수적이라고 본다.

c. 통일된 한국은 사회적으로 볼때 새로운 한국 - 물론 이것이 ‘全體로서의 韓國’의 계속성을 부인하는 것은 아니다 - 의 출발을 의미하는 것이다. 따라서, 이에 관한 법적 규율은 장기적 안목에서 검토되어야 한다. 다시 말하자면, 목전의 정책적 고려보다는 법리에 충실한 연구가 절실하다고 본다. 예컨대, 구체적 법리검토도 없이 단지 소유권관계증명의 곤란성, 통일비용의 과다화등을 이유로 북한국유재산의 일정기간 재국유화를 주장하는 것등은 문제가 있다고 본다. 독일의 경우 정치외교적 입장에서 비롯된 소련점령군에 의해 몰수된 재산가치의 원상회복불가원칙과 이를 확인하는 연방헌법재판소의 판결들이 통일 후 5년이 지난 지금까지 계속 학계의 뜨거운 비판을 받고있음은 우리에게 시사하는 바 크다고 할 것이다.

통일 후 북한지역 몰수재산권에 대한 원상회복 문제가 - 독일의 경험에 비추어 볼 때 - 북한지역 내에서의 사유재산제도, 시장경제질서 확립이라는 포기할 수 없는 대명제 하에서, 해결해야하는 가장 어려운 법적 과제는 부인할 수 없을 것이다. 이는 越南者들의 통일 후 몰수재산 반환이라는 재산적 기대와 정부와 일부 학자들에 의해 부분적으로 개선되고 있는 북한주민의 재산권 형성을 위한 재국유화 논의와의 - 어쩌면 타협할 수 없는 - 첨예한 이해관계 대립에서도 확연히 드러난다고 볼 수 있다. 또한 법기술적으로 볼때 몰수재산의 반환 문제는 규율대상의 중복성으로 인해 북한 공공재산의 귀속 내지 분배,<sup>57)</sup> 국영기업의 사유화,<sup>58)</sup> 투자촉진을 위한 특별법령 등의 문제와 맞물려 지금까지 경험하지 못한 일대 법적 혼란 상태를 야기할 수도 있는 것이다.

57) 이에 대해서는 김병기, “통독 후 구 동독 공공재산의 귀속과 시사점”, 통일경제 1996. 5, 95면 이하 참조.

58) 이에 대해서는 김병기, “통독 후 구 동독 국영기업의 사유화와 공공재산의 귀속”, 법학 제 37 권 2 호 1996. 8, 388면 이하.

## 2. 통일독일에서의 구재산권 처리방안

### 가. 구동독지역 몰수재산의 원상회복 여부

#### (1) 구동독의 재산권 관련 법제도 개관

구동독헌법 제9조에 의하면 서구의 자유주의체제 내지 사회적 시장경제체제와 달리 사회적 및 경제적 행위의 기준이 되는 것은 개인의 자유로운 결정이 아니라 법률의 형식으로 法化된 중앙의 계획이라고 규정되어 있다. 이러한 마르크스-레닌주의, 즉 사회주의이념을 전제로 하는 재산권 제도 하에서는 일견 일정한 범위내에서 개인의 사적 소유권이 인정되는 것처럼 보이지만 ‘사회주의적 중앙계획경제에로의 소유권의 사회화(Vergesellschaftung des Eigentums)’<sup>59)</sup> 속에서 소유권 행사의 자유가 사실상 봉쇄됨으로써 소유권의 실질적 내용이 空洞化되었다. 구동독민법(ZGB) 제20조 제1항 제1문에서 말하는 ‘불가침의 사회주의적 소유권’ 이념을 바탕으로 널리 생산수단은 사회주의적 소유의 형태, 즉 인민소유, 조합소유 내지 사회조직소유로만 존재할 수 있었으므로 경제생활에서 나오는 사적·영업적이며 기업적인 이니셔티브는 배제되었다. 또한 소유권제도에 관하여는 권리담당자(Rechtsträger)라는 독특한 제도를 창안함으로써 소유권자와 관리·운영권자를 분리하였다는 점도 특이하다.

#### (가) 소유권의 종류 및 형태

구동독의 소유권은 헌법상 사회화의 정도에 따라 사회주의적 소유권<sup>60)</sup> (구동독헌법 제10조), 개인소유권(동헌법 제11조) 및 사경제적 소유권

59) 구동독정권은 소련점령상태에서 시작된 사적 소유권의 국가소유권으로의 이행과정에서 야기될 수 있는 부정적인 결과의 발생을 완화시키고자 비교적 점진적인 사회화과정을 거쳐 단계적인 인민경제의 국가화(Nationalisierung der Volkswirtschaft)를 완성하였다; N. Horn, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, 2. Aufl, 1993, §11 Rn.1.

60) 사회주의적 소유권은 다시 그 형태에 따라 전사회적 인민소유권(동헌법 제12조), 근로자집단의 협동조합적 공동소유권(동헌법 제13조) 및 인민의 사회적 조직의 소유권으로 세분된다.



(동헌법 제14조)의 세 종류로 구분된다. 동독 재산권 법제상 관행적으로 인정되어 오던 사소유권을 소유권의 네 번째 유형으로 포함시킬 여지도 있지만 통설<sup>61)</sup>은 이를 부인한다.

#### 1) 사회주의적 소유권(sozialistisches Eigentum)

사회주의적 소유권 형태의 대중을 이루는 것으로서 소유권의 사회화의 정도가 가장 강한 것은 '전사회적 인민소유권(gesamtgesellschaftliches Volkseigentum, 이하 '인민 소유권'이라 칭함)'이다. 인민소유권의 법적 주체는 국가라는 형태로 조직된 사회이므로, 국가는 국유기업 또는 다양한 형태의 권리담당자를 통하여 소유권으로부터 나오는 사용, 수익 및 처분권한을 행사한다.<sup>62)</sup> 인민소유권은 不可侵이며 국가로부터 특별한 보호를 받는 바, 인민소유권의 보호는 전 인민과 기업의 의무로서,<sup>63)</sup> 인민소유권의 객체에 대하여는 질권을 설정할 수 없으며, 압류 또는 담보의 대상으로 제공되어서도 아니된다. 인민소유권의 범위는 계획의 수행과정에서 개별 경제단위에 부여된 과업에 따라 결정되며, 그 객체는 사실상 제한이 없으므로 인민소유화된 분야는 전체 동독경제를 포괄하고 있었다.<sup>64)</sup> 요컨대 소유권자로서의 권한 및 계획고권(Planungshoheit)이 전적으로 국가에 귀속되는 인민소유권이야말로 사회주의적 계획경제에 가장 적합한 소유형태라 할 수 있다.

한편, 협동조합 공동소유권(genossenschaftliches Eigentum)은 사회주의적 소유권에 속하지만 소유권이 전체국민(국가)가 아닌 특정한 노

61) 예컨대, S. Mampel, Die Eigentumsordnung, Materialien zum Bericht zur Lage der Nation im geteilten Deutschland, Drs. des Deutschen Bundestages 11/11 - Unterrichtung der Bundesregierung, S. 36 ff.

62) J. Lieser, Eigentumsordnung und Immobilienrecht in der DDR, Deutschland Archiv, 1990, S. 248.

63) 이와 관련하여 구동독헌법 제18조 제2항은 '인민소유권은 사회주의적 생산관계의 기초'로서 '사회적 요구와 사회주의적 계획경제원칙에 부합하도록 사용되고 증가되어야 한다'고 규정하고 있다.

64) 구동독헌법 제12조에 열거된 인민소유권의 종류로는 모든 지하자원, 광산, 발전소, 댐, 대규모 저수지, 대륙붕 매장물, 산업체, 은행, 보험회사, 도로, 철도, 선박 및 항공교통, 우편 및 전신 등이 있다.

동자단체로 사회화된 것이다. 개별 노동자들 자체가 법적 주체로서의 소유권자가 되는 것은 아니고, 법인으로서의 협동조합이 소유권의 법적 주체가 된다.<sup>65)</sup> 전속적 인민소유권의 객체로 한정되어 있는 재산은 협동조합 공동소유권의 객체가 될 수 없으며,<sup>66)</sup> 그 소유권 행사의 범위는 개별 협동조합의 목적규정 및 당 중앙지도부의 계획에 따라 할당된 과업 내용에 의해 규정된다(ZGB 제19조 제2항).<sup>67)</sup> 협동조합 공동소유권에 대한 보호의 범위는 인민소유권에 비하여 좁지만, 목적에 필요한 범위내에서 불가침이며 또한 특별한 보호를 받는다.

사회주의적 소유권의 세번째 유형으로는 인민의 사회조직의 소유권(Eigentum gesellschaftlicher Organisationen der Bürger, 이하 ‘사회조직 소유권’이라 칭함)을 들 수 있다. 사회조직 소유권은 사회화 정도가 가장 약한 사회주의적 소유의 형태로서 당해 조직의 정치적, 사회적, 문화적, 학문적 및 기타 과업의 수행을 위하여 인정된다. 사회조직 소유권의 법적 주체는 해당 사회적 조직이다.<sup>68)</sup> 사회조직 소유권의 객체에는 제한이 없지만, 인민소유권 또는 협동조합 소유권의 객체는 사회조직 소유권의 대상이 될 수 없으며, 객체의 범위는 국가에 의해 설정된 각 사회적 조직의 목표에 따라 정해진다(ZGB 제18조 제4항, 제19조 제2항).

65) 지역별 대표적인 협동조합으로는 농업경제분야의 농업생산협동조합(LPG, Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft), 개인 상행위분야의 소비협동조합(KG, Konsumgenossenschaft), 수공업분야의 수공업 생산협동조합(PGH, Produktionsgenossenschaft des Handwerks) 및 건설 분야의 노동자 주택건설조합(AWG, Genossenschaft des Arbeitswohnungsbaus) 등을 들 수 있다. 한편 가입이 강제되어 있는 변호사협회(Anwaltskollegien)도 협동조합 공동소유권의 주체가 될 수 있다; J. Lieser, a.a.O., S. 248.

66) 구동독헌법 제13조에 의한 협동조합 공동소유권의 객체로는 기계, 기구, 시설 및 협동조합의 건축물, LPG의 가축, 당해 협동조합내 토지의 이용 결과 산출된 수확물 및 생산수단 등이다.

67) 이와 관련하여 ZGB 제18조 제3항은 ‘협동조합 공동소유권의 행사는 협동조합의 경제적 과업을 달성하기 위한 국가의 지도와 계획 및 협동조합의 사회주의사회에 대한 의무행의 범위내에서 인정된다’고 규정하고 있다.

68) 이에 해당하는 사회적 조직으로는 독일사회주의통일당(SED), 제휴정당(Blockparteien), 자유독일노동자연맹(FDGB), 민족전선(Nationale Front) 등을 들 수 있다.

## 2) 개인소유권(persönliches Eigentum)

개인소유권은 사회주의적 소유권의 근간을 이루는 인민소유권을 보충하기 위하여 인정되는 소유권의 유형으로서, ‘인민의 물질적, 문화적 욕구의 충족과 인민의 사회주의적 인격에로의 발전’에 봉임하여야 한다(ZGB 제22조 제2항). 개인소유권의 법적 주체는 국민이 아니라 일반적인 인간으로서의 ‘인민(Bürger)’이다. 이런 의미에서 동독내 거주하는 모든 인간 - 외국인을 포함하여 - 이 개인소유권의 법적 주체가 될 수 있다. 專屬的으로 인민소유권에 귀속되어야 하는 것을 제외한 모든 물건은 개인소유권의 대상이 될 수 있다.<sup>69)</sup> 개인소유권의 행사는 전형적으로 타인결정체계에 의하여 결정되므로, 그 행사는 사회적 이익에 반하여서는 아니되며 어떤 것이 사회에 기여하는가는 항상 정치적 지도에 의하여 결정된다(구동독헌법 제11조 제3항). 그러나 개인소유권은 사회적 이익을 해하지 아니하는 범위 내에서 법률에 의해 처분할 수 있으며 점유권 및 용익권을 타인에게 양도할 수 있다.

## 3) 사경제적 소유권(privatwirtschaftliches Eigentum)

사경제적 소유권은 그 자본주의적 특성으로 인하여 가장 드문 소유형태이다. 이에 관한 근거규정으로는 구동독헌법 제14조를 들 수 있지만, 사경제적 소유권의 주체, 객체, 내용 및 보호에 관한 별도의 규정은 두고 있지 않으며, 다만 구동독헌법 제23조 제2항에 의하여 개인소유권에 관한 규정을 준용하도록 되어 있다. 이런 점에서 사경제적 소유권을 ‘헌법에 의하여 간접적 보호를 받는데 그치는 소유권형태’라 평가하기도 한다.<sup>70)</sup> 사경제적 소유권은 주로 개인적 노동에 기초한 수공업 및 농림업, 광업을 제외한 기타 일반영업의 생산목적에 위하여 인정되며, 이는 마르크스-레

69) 구동독헌법 제23조 제1항에 의한 개인소유권의 예로는 근로소득, 저축, 주거 및 기계설비, 개인적 필요를 위한 물건, 직업교육등을 위하여 필요한 물건 및 여가활용을 통하여 취득한 물건, 인민과 그 가족의 주거 및 휴양욕구 충족을 위한 토지 및 건물 등을 들 수 있으며, 학자에 따라서는 개인소유권의 존재목적에 부합하는 권리, 특히 저작권, 실용신안권, 발명특허권도 이에 해당한다고 한다; J. Lieser, a.a.O., S. 249.

70) Mampel, a.a.O., S. 36.

년주의에서 말하는 이른바 ‘소규모 상품생산자(die kleinen Warenproduzent)’의 소유권에 상응한다고 볼 수 있다.

#### 4) 사소유권(Privateigentum)

구동독에서의 사소유권은 ‘타인 노동에 대한 착취’인 자본주의적 사소유권으로 파악되어 헌법과 민법에 규정을 두지 않았다. 다만, 민법시행법률 제3조에 의하여 다른 특별한 규정이 없는 한 사소유권에 관하여는 동독민법상 다른 소유권에 관한 규정이 준용될 뿐이었다. 토지의 경우, 사소유권의 법적 주체인 소유권자는 자신의 토지소유권을 강제적으로 농업생산협동조합의 협동조합적 공동사용을 위하여 편입시켜야 했으며, 이 때의 소유명의자는 토지를 편입시킨 당해 농민으로서 형식적인 토지소유권 자체는 보장되지만 실질적 권한은 전혀 인정되지 않았다. 토지소유권은 협동조합의 용익권과 중첩적으로 존속하며, 소유권자가 토지를 자신을 위하여 사용할 수 있는 이용권은 배제된다. 토지소유권의 양도·상속은 형식적으로 용인되었으나, 이 경우에도 협동조합의 용익권은 소유권의 양도 또는 상속과 무관하게 존속한다.<sup>71)</sup> 결국 국가와 농업생산협동조합은 토지취득을 위한 취득비용의 부담없이 계획수행이라는 목적을 위하여 용익권을 통하여 토지소유권을 충분히 행사할 수 있었다.

#### (나) 권리담당자(Rechtsträger)

##### 1) 개념

권리담당관계 내지 부동산명의자(Rechtsträgerschaft)는 국가기관, 콤비나트 또는 기업이 국가의 중앙집권적 지도와 통제하에서 그들에게 귀속된 권리의 범위내에서 인민소유권의 객체인 토지 또는 건물등 국유재산을 점유·이용·처분할 수 있는 법적 지위를 표시하는 개념이며(ZGB 제19

71) 따라서 제3자가 토지소유권자로부터 매입등의 방법으로 토지를 이전취득한다 할 지라도 취득에 따른 실익이 없기 때문에 토지에 관한 사소유권은 실질적 의미가 없는 장식적·선전적 제도로 전락하였다; 법무부, 통일독일·동구제국 몰수재산처리 개관, 1994, 29면.

조 제1항), 권리담당자는 이러한 법적 지위의 실행주체인 국가기관, 콤비나트 또는 기업을 말한다. 구동독 역시 다른 사회주의국가와 마찬가지로 인민소유권의 형태로 주요 생산수단을 국유화하였으나 국가 스스로 국유화된 생산수단을 직접 관리하거나 운영하지 않고 권리담당자를 통하여 인민소유권을 실현하였다.

## 2) 법적 지위

권리담당자는 인민소유권의 적절한 실현을 위하여 채택된 제도로서 소유권의 객체에 대하여 전면적인 지배권을 가지는 인민소유권자와는 구별되며, 인민소유권자로부터 완전히 독립되지 아니한 종속적 지위를 가진다. 그러나 권리담당자는 관리·운영하고 있는 국유부동산을 부여된 계획수행과업을 달성하기 위한 범위 내에서 독자적으로 이용·처분할 수 있으며, 모든 제3자에 대하여 구동독민법 제33조 소정의 소유권보호청구권, 동법 제328조 소정의 방해중지 및 방해배제청구권 또는 동법 제330조의 손해배상청구권을 행사할 수 있으므로 제한적이지만 독립된 법적 주체로서의 지위도 가진다. 국유토지에 대한 권리담당자의 변경은 항상 무상계약을 통하여 이루어지지만, 국유건물의 경우에는 1968년 이후부터는 제한된 범위 내에서 유상계약, 즉 매매에 의하여도 이루어졌다.<sup>72)</sup>

## 3) 권 한

국유부동산에 관한 권리담당관계라는 개념은 전술한 바와 같이 국가로부터 위탁된 권한으로서 제한적이고 신탁과 유사한 법적 지위를 의미하였다.<sup>73)</sup> 따라서 권리담당자의 권한은 점유·용익과 일정한 범위 내에서 다른 권리주체로의 양도가능성을 포함한 처분권까지도 포괄한다.<sup>74)</sup> 그러나 이것은 사회주의적 소유권을 유지하는 한도 내에서만

72) Vgl. Verordnung über den Verkauf und Kauf volkseigener unbeweglicher Grundmittel durch Betriebe der volkseigener Wirtschaft vom 28. 8. 1968 (GBl. II Nr.99, S.797).

73) N. Horn, a.a.O., §11 Rn.3.

74) 토지거래에서는 구체적으로 권리담당자의 대리인의 대리권을 증명하기 위하여 국가공증기관을 통한 대리권증서의 공증이 필요하였다; LG Berlin

발생할 수 있었고, 私人에 대한 양도도 -1990년 7월 1일 신탁법 (Treuhandgesetz)이 시행되기 전까지는- 행하여질 수 없었다. 따라서 원칙적으로 다른 사회주의적 경제통일체(예컨대 콤비나트, 농업생산협동조합 등) 혹은 국가기관에 대한 양도만이 가능하였다.

(2) 통일독일의 구동독지역 몰수재산의 반환여부에 관한 법제

(가) 통독 후 구 동독지역 소련점령군에 의해 몰수된 재산에 대한 법적 처리

1) 占領高權 및 占領當局法(Besatzungshoheit bzw. Besatzungsrecht)에 의한 재산권 몰수

1945년 5월 부터 동독헌법 발효일 즉 1949년 10월 7일까지 소련군 행정당국(SMAD/Sowjetische Militäradministration)은 命令 (SMAD-Befehl)형식으로 동독지역 부동산 및 기타재산에 대한 몰수조치를 감행해 사회주의적 소유권질서의 기초를 확립하게 된다. 특히 문제되는 것은 1945년 봉건적 지주제 철폐를 기치로 내건 소위 “민주적 토지개혁”으로 이를 통해 100 ha 이상의 토지와 면적과 관계없이 전범자, 나찌 추종자의 부동산 및 기타 재산이 無償으로 몰수되었다. 그 결과 당시 농지의 약 1/3에 해당하는 320만 ha의 토지가 “토지기금(Bodenfonds)”로 귀속되어 그 중 220만 ha가 無產階級, 즉 농민에게 무상으로 분배되고 나머지는 공공재산으로 분류되어 점령당국의 소유로 되었다.

2) 원상회복불가원칙(Restitutionsausschlußgrundsatz)의 연혁

독일통일 과정에 있어서 소련점령군에 의해 몰수된 재산권에 대한 원상회복불가의 움직임은 이미 국가조약(Staatsvertrag)<sup>75)</sup> 비준 전인

---

VIZ 1993, S. 29.

75) Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR vom 18. 5. 1990. BGBl. II S. 537.

1990년 4월 28일 구 소련 정부가 소련주재 서독 대사관에 보낸 외교각서에서 처음 나타나게 된다.<sup>76)</sup> 1990년 6월 15일의 공동성명(Gemeinsame Erklärung)<sup>77)</sup> Nr. 1에서 양독 정부는 -비록 당시로는 정치적 선언에 불과했지만- SBZ(Sowjetische Besetzte Zone)에서의 몰수재산권 처리에 대한 합의된 공식입장을 천명하게 된다.

“점령당국법 내지 점령고권에 근거한 재산권 수용(1945-1949)은 원상회복되지 않는다... 통독의회는 이에 대한 국가적 조정급부에 힘써야 한다. (Die Enteignungen auf besatzungsrechtlicher bzw. besatzungshoheitlicher Grundlage sind nicht mehr rückgängig<sup>78)</sup> gemacht

76) "Nichts im Vertragsentwurf zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR darf dazu berechtigen, die Gesetzlichkeit der Maßnahmen und Verordnungen in Frage zu stellen, die die Vier Mächte in Fragen der Entnazifizierung, der Demilitarisierung und der Demokratisierung gemeinsam oder jede in ihrer ehemaligen Besatzungszone ergriffen haben. Die Rechtmäßigkeit dieser Beschlüsse, vor allem in Besitz- und Bodenfragen, unterliegt keiner neuerlichen Überprüfung oder Revision durch deutsche Gerichte oder andere deutsche Staatsorgane." Text: Arbeitsgemeinschaft für Agrarfragen in der DDR, 10-Punkteerklärung zum Memorandum der Sowjetunion vom 28. 4. 1990, Pressemitteilung vom 8. 6. 1990.

77) Gemeinsame Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen

후술하는 바와 같이 ‘공동성명’은 통일조약의 일부가 됨으로써 조약당사자, 즉 양독정부간에 법적 효력을 발하게 된다. 이러한 법적 효력은 國家承繼理論에 따라 동독이 서독에 編入함으로써 초래된 동독의 국제법 상의 國家性 喪失에 영향을 받지 아니한다. 또한, 재산법(Vermögensgesetz)등의 특별법(lex specialis)에 의해 공동성명의 구체적 적용여지는 축소되었지만 재산법등의 개별 轉換規範에 대해 해석상 다툼이 있을 때에는 그 해결을 위한 指針(Auslegungsrichtlinie)으로서의 가치는 크다고 본다. 자세한, D. Blumenwitz, Staatennachfolge Teil I, 1992, S. 183 ff.; Kim Byungki, Die Eigentumsordnung für das vereinigte Korea unter Berücksichtigung der Bundesrepublik Deutschland, 1996, S. 10 f. 참조.

78) 몰수재산에 대한 원상회복을 주장하는 학자에 따라서는 ‘rückgängig’의 해석과 관련하여, 이는 원상회복불가를 말하는 것이 아니라 단지 재산권 몰수행위에 대한 효력의 문제에만 해당된다고 보아 비록 당해 행위가 무효화되지는 않디

zu machen... Sie ist der Auffassung, daß einem künftigen gesamtdeutschen Parlament eine abschließende Entscheidung über etwaige staatliche Ausgleichsleistungen vorbehalten bleiben muß.)”

1990년 10월 3일, 즉 통일조약(Einigungsvertrag)<sup>79)</sup>의 시행과 더불어 공동성명은 동 조약 41조<sup>80)</sup>에 의해 제3통일조약부속합의서에 편입되고 동시에 원상회복불가원칙도 법적 효력을 발하게 된다. 더 나아가 동 조 3항은 공동성명의 내용에 배치되는 법령제정의 금지를 명문으로 규정하게 된다. 원상회복불가원칙의 헌법적 차원에서의 규율은 통일조약에 근거해 기본법에 새로 편입된 143조 3항에 나타나게 된다. 즉, 기본법 143조 3항에 의하면 통일조약 41조 및 그 시행과 관련한 규정들은 이들 규정이 편입지역에서의 재산권침해가 원상회복될 수 없다고 규정하는 한 계속 효력을 보유한다라고 규정하고 있다.<sup>81)</sup> 기본법 143조 3항은 재산법(Vermögensgesetz)<sup>82)</sup> 1조 8항 a 상의 SBZ에서의 몰수재산권에 대한 원상회복불가원칙에 의해 재확인되고 구체화되게 된다.

---

라도 - ex nunc, 즉 將來效만이 부정되더라도 - 이것에서 곧 원상회복불가원칙을 유추할 수는 없다고 한다. 즉, 공동성명 Nr. 1상의 Rückgängigmachung은 동 성명 Nr. 3, 4, 재산법 3조 1항 1호, 6조 1항 1호에 규정된 Rückgabe와 다른 개념이라고 한다. 따라서, 공동성명 Nr. 1을 母胎로 한 원상회복불가원칙에 대한 입법들은 그 출발에서 부터 잘못되었다고 한다. J.Wasmuth, Das Verbot des Rückgängigmachens besatzungshoheitlicher Enteignungen in Nr. 1 der Gemeinsamen Erklärung, VIZ 1994, S. 108 f.

- 79) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. 8 1990, BGBl. II S. 889.
- 80) Art. 41 Abs. 1 EVertr : "Die von der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Deutschen Demokratische Republik abgegebene Gemeinsame Erklärung vom 15. Juni 1990 zur Regelung offener Vermögensfragen ist Bestandteil dieses Vertrages."
- 81) Art. 143 Abs.3 GG : "Unabhängig von Absatz 1 und 2 haben Artikel 41 des Einigungsvertrags und Regelungen zu seiner Durchführung auch insoweit Bestand, als sie vorsehen, daß Eingriffe in das Eigentum auf dem in Artikel 3 dieses Vertrags genannten Gebiet nicht mehr rückgängig gemacht werden."
- 82) Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, BGBl. I S. 3610.



3) 연방헌법재판소의 소위 “Bodenreform 판결”<sup>83)</sup>

소련점령당국에 의해 몰수된 재산의 원상회복불가원칙을 규정한 입법들에 대한 위헌성 논의는 “2+4 조약<sup>84)</sup>에 대한 소련측 조약초안 등에 의해 당시 서독정부의 주장, 즉 구 소련이 독일 통일을 해당 재산권몰수조치의 원상회복불가를 전제로 해서 동의하였다는 주장이 의문시 되면서 시작되게 된다.<sup>85)</sup>

서독 연방헌법재판소는 1991년 4월 23일의 소위 “Bodenreform 판결”에서 SBZ에서의 재산권몰수조치의 피해자, 즉 원소유자의 원상회복청구권을 부인함으로써 통일조약의 합헌성을 인정하게 된다.<sup>86)</sup>

---

83) BVerfGE 84, 90 ff. vom 23. April 1991, NJW 1991, S. 1597 ff. mit Anm. J. Wasmuth, VIZ 1991, S. 26 f.

84) Zwei-Plus-Vier Vertrag, Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland vom 12. 9. 1990, BGBl. II S. 1318.

85) 이에 대해서는 D. Blumenwitz, Der Vertrag vom 12. 9. 1990 über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland, NJW 1990, S. 3041 ff. 참조.

86) 동 판결은 몰수재산권의 원상회복문제에 대한 궁극적 해결책을 제시하려는 시도에서 나왔지만 그 결과는 오히려 유래없는 학계의 큰 반발을 초래하게 된다. 이에 관한 논문은 수없이 많으나 대표적인 비판적 논문만 거명하면 다음과 같다.

D. Blumenwitz, Die besatzungshoheitlichen Konfiskationen in der SBZ, Bayerische Verwaltungsblatt 1993, S. 705 ff.; J. Wasmuth, a.a.O.; ders., Restitutionsausschluß und Willkürverbot, DtZ 1993, S. 334 ff.; ders., Zur Verfassungswidrigkeit des Restitutionsausschlusses für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage, NJW 1993, S. 2476 ff.; W. Leisner, Das Bodenreform-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1991, S. 1569 ff.; D. Rauschning, Enteignetes Grundvermögen wird grundsätzlich zurückgegeben, in: Festschrift für Walter Remmers 1995, S. 425 ff.; P. Badura, Der Verfassungsauftrag der Eigentumsgarantie im wiedervereinigten Deutschland, DVBl 1990, S. 1256 ff.; F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Entschädigungs- und Ausgleichsleistungen für Enteignungen in der früheren SBZ/DDR, in: Verfassungsrecht im Wandel 1995, S. 129 ff.; H. Maurer, Die Eigentumsregelung im Einigungsvertrag - Zugleich eine Besprechung von BVerfG, Urteil vom 23. 4. 1991, JZ 1992, S. 183 ff.; O. Kimminich, Auswirkungen des Einigungsvertrags auf

동 판결주문에 의하면 1945년에서 1949년 사이에 동독지역에서 收用된 소유권은 원상회복될 수 없으며, 이에 대한 손실보상도 인정될 수 없다고 한다. 따라서, 피해자는 단지 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정되는 調整給付에만 의존할 수 있다라고 한다.

동 판결에서 주로 문제된 논점은 다음의 세 가지로,<sup>87)</sup> 아래에서는 이들에 대한 연방헌법재판소의 견해를 요약해서 정리하기로 한다. 그리고, 이에 대한 비판적 분석은 후에 논하는 북한지역 몰수재산권의 반환문제에서 우리의 경우에 적용될 수 있는 범위 내에서 다시 고찰하기로 한다.

가) SBZ에서의 재산권몰수조치에 대한 서독정부의 법적 책임 여부

“SBZ에서의 재산권 수용행위에 대해서는, 직접 소련의 점령권에 의해서던 혹은 점령권의 위임에 의한 독일기관의 행위이나의 여부에 관계없이,<sup>88)</sup>

die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, in: Verfassungsrecht im Wandel 1995, S. 75 ff.; H. Sendler, Gorbatschow und die lautere Wahrheit-Neue Erkenntnis zum Restitutionsausschluß und zu einer verdeckten Junkerabgabe?, NJW 1995, S. 3235.

- 87) 이와 더불어 조약(통일조약 41조) 및 조약동의법(Zustimmungsgesetz)에 의해 기본법(143조)이 개정될 수 있느냐하는 문제도 심각히 논의되었으나 이에 대한 고찰은 생략하기로 한다. 또한 동독정부 수립을 기준으로 몰수 재산권 반환여부에 대한 차별적 취급이 기본법 3조상 평등원칙에 위반되지 않느냐도 문제되었으나, 이는 우리의 경우 북한의 재산권몰수조치와 이와 직접 관련된 사회주의적 재산권질서의 확립이 이미 북한정부 수립 전에 완성되었다는 점을 고려하면 통일한국에서는 문제되지 않으리라 본다.
- 88) 占領當局法(Besatzungsrecht) 내지 占領高權(Besatzungshoheit)은 원래 戰爭國際法 上的 개념이다. 점령고권은 피점령국 영토의 전부나 일부가 점령국의 실질적 영향력하에 있다는 의미에서의 領土高權(Gebietshoheit)을 의미하므로 점령당국법에 대한 上位概念이라 본다. 점령고권은 헤이그 陸戰條約(Haager Landkriegsordnung) 43조에 의하면 臨時的 영토고권이며 전쟁국제법상 영토고권규정에 의한 제한을 받게 된다. 이같은 점령고권은 구체적 법제정행위의 일환이라기 보다 점령권에 기한 개별행위 내지 결정, 점령재판소의 판결등을 의미한다고 본다. 이에 비해 점령당국법은 점령권에 기한 구체적 법제정(rechtsetzende Tätigkeit der Besatzungsmacht)을 의미한다. 따라서, 점령당국법에 의한 재산권 수용은 구체적 법령(예컨대 각종 SMAD-Befehl)에 의한 경우와(Enteignungen durch Besatzungsrecht)

기본권에 종속하는 독일연방공화국의 책임으로 돌릴 수는 없다.”<sup>89)</sup>

연방헌법재판소는 자신의 판결에서 소련에 의한 재산권 몰수행위에 대해 명시적으로 점령고권 내지 점령당국법에 의한 수용이라 표현하지 않고 단순히 戰後處理規定(Kriegsfolgeregelung)이라 간주하고 있다. 그리고, 점령권에 의한 피해 내지 수용행위는 ‘外國의 高權力’에 기인했음을 강조하고 있다. 즉, 이같은 재산권 수용행위는, 기본법 23조 1문<sup>90)</sup>이 독일의 국가권력은 서독지역에 국한된다고 규정했던 한, 독일연방공화국의 규범적 행위(normative Akte)에 귀속할 수 없다고 한다. 기본법 前文상의 ‘전체독일에 대한 책임’ 내지 동독민의 전체독일국민 개념에로의 포함여부와 관계없이, 당시 재산권 수용행위는 더구나 양독정부 수립 전 행위이며 이에선 독일연방공화국의 국가권력이 개입할 여지가 없음을 강조하고 있다.<sup>91)</sup> 또한 이같은 수용행위가 소련과 동독정부에 의해 합법적으로 사후추인되었음도 지적한다.<sup>92)</sup> 끝으로 동 재판소는, SBZ에서의 재산권수용

---

이들 법령에 의거한 재판기관 내지 집행기관에 의한 수용(Enteignungen aufgrund Besatzungsrechts)을 포함하는 개념이라고 본다. Vgl. T. Schweisfurth, Entschädigungslose Enteignungen von Vermögenswerten auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, BB Heft 5 1991, S. 281 ff.

89) Urteil C II 2a aa 2.

90) 동 조항은 통일 후 논리상 당연히 삭제되었다.

91) 이는 부분적으로, 독일은 패전과 더불어 국가적 계속성이 상실되었다라는 과거 연방헌법재판소의 판결에 영향을 받았다고 보여진다. BVerfGE 5, 85(126), NJW 1956, S. 1393; BVerfGE 6, 309(338), NJW 1957, S. 705 참조.

92) SBZ와 구 동독의 法狀況에 의하면 구 소련에 의한 재산권몰수조치는 법적으로 유효한 재산권 침해행위로 追認받게 된다. 비록 구 소련이 자신의 결정으로(Ministerratsbeschluss der UdSSR vom 20. Sep. 1955, Text in : von Münch, Dokumente des geteilten Deutschlands, S. 331)점령행정당국(SMAD)의 모든 명령과 지시를 취소하게 되지만, 이는 구 동독법에 의해 계속되는 침해상태에는 영향을 미치지 않는다. 왜냐하면, 동 결정들은 占領高權에 의해 야기된 사실적·법적 변화를 원상회복하지 않고 다만 將來效만 보유하기 때문이다. 한편, 1968년의 구 동독헌법(GBl. I S, 432) 12조 1항과 1974년의 개정헌법도 전체로서의 인민소유의 절대적 우위를 규정함으로써 구 소련에 의한 재산권침해조치의 不可爭性を 간접적으로 확인하고 있다. 또한 1975년의 동독민법 20조 1항도 사회주의적 소유의 불가침성을 명문으

조치에 대한 구 동독의 법적 책임여부를 통일독일이 인수해야 하는가를 역설적으로 고소인에게 되물으면서 논점에 대한 설시를 끝맺고 있다

나) SBZ에서의 재산권 몰수행위의 통일독일에서의 효력 문제

“보상없는 재산권 몰수<sup>93)</sup>를 포함해서 다른 나라에 의한 재산권 수용조치는 그 재산적 가치가 서독에 존재하지 않는 한 비록 서독의 헌법질서와 일치하지 않는다 하더라도 원칙적으로 유효하다고 인정됨에는 異論이 있을 수 없다.”

獨逸民法施行法(EGBGB)<sup>94)</sup> 6조에 의하면 외국의 법규나 법률행위 등은 독일의 법질서 특히 국민의 기본권보호원칙 등 公序良俗(ordre public)에 합치할 경우에만 유효하다고 규정하고 있다. 그러나 동 재판소는 이 문제에 대해 더 이상의 깊은 논의는 하고 있지 않음을 주목할 필요가 있다. 다만 동 재판소는 재산권몰수에 대해 國際私法의 규정에 비추어 충분한 ‘현재성(Gegenwartsbezug)’과 ‘국내성(Inlandsbezug)’이 결여되어 있다라고만 말하고 있다. 생각건대, 동재판소도 ‘충분한 현재성 내지 국내성의 결여’라는 표현을 통해 재산권 몰수행위에 대해 간접적 혹은 무의식적으로나마 그 무효성을 인정한 것이 아닌가 한다.

다) 원상회복불가를 규정한 통일조약 제41조 제1항이 인간의 존엄성규정에 위반하는가의 문제

“공동성명과 통일조약 41조 1항에 규정된 SBZ에서의 재산권 몰수조치에 대한 원상회복불가원칙은 현행 기본법 상의 원고의 기본권을 침해하는

---

로 규정하고 있다. 따라서, 구 동독에 있어서 재산권몰수조치 완료 후에는 더 이상 원소유자에게 소유권자로서의 지위는 존재하지 않았다고 봄이 타당하다. Vgl. S. v. Beck, Die Konfiskationen in der Sowjetischen Besatzungszone vom 1945 bis 1949, Diss., 1995 Würzburg, S. 145 ff.

93) 동 재판소는 판결문 전체를 통해 여기서만 유일하게 ‘몰수(Konfiskation)’란 단어를 사용하고 있음에 주의할 필요가 있다.

94) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 i.d.F. der Bekanntmachung vom 21. 9. 1994, BGBl. I S. 2494.

것은 아니다. 위 규정은 통일조약 4조 Nr. 5에 따라 기본법에 편입된 143조 3항에 의해 명시적으로 헌법적 효력을 보유한다. 따라서 통일조약 41조 1항 등은 기본법 143조 3항이 무효로 인정될 경우에만 기본권을 침해하느냐 여부를 따질 수 있는 것이다.”

동 재판소는 통일조약 41조 1항의 위헌성 판단을 헌법상 근본원칙들에 대한 개정불가를 규정한 기본법 79조 3항에 의하지 않고 기본법에 명시적 규정이 있으니 위헌이 아니라는 식의 ‘欄外的 표현’만을 하고 있다. 동 재판소가 원상회복불가원칙이 기본법상의 재산권보호규정(14조)에 위반하는지, 또한 기본법 14조가 인간으로서의 기본권(Menschenrecht)의 일환인지에 대한 실질적인 법적 판단을 유보했음은 ‘재산권 논의에 있어 기본적인 가치평가에 대한 중대한 회피(bemerkenswerte Weichen für grundsätzliche Wertungen in der Eigentumsdogmatik)’<sup>95)</sup>라는 비난을 면하기 어려울 것이다.

#### (나) 구동독정부에 의해 몰수된 재산에 대한 원상회복법제

##### 1) 반환원칙의 채택

1945~1949년 사이 소련점령군에 의해 몰수된 재산의 원상회복불가원칙에 비해 통일독일은 1949년 이후 동독정부에 의해 반법치주의적 방법에 의해 몰수된 재산에 대해 원칙적으로 원소유자에게로의 반환원칙을 채택하게 된다. 반환원칙이란 구동독 계획경제수립과정에서 불법하게 몰수되어진 토지·기업 등의 재산가치를 사유화함에 있어 이들을 원칙적으로 원소유자에게 원물 그대로 반환하고, 당해 재산가치의 멸실 등으로 반환이 條理上(von der Natur der Sache) 불가능한 경우나 제3취득자의 보호를 위해 반환을 부정하는 것이 정의에 부합되는 경우 등에 한하여 예외적으로 보상을 행하는 원칙을 말한다. 반환원칙을 채택한 가장 중요한 논거는 무엇보다도 동원칙에 의한 처리가 법치국가원칙이나 사유재산권보장

95) W. Leisner, a.a.O., S. 1573.

등 헌법원칙에 가장 잘 부합한다는 점이다. 즉, 몰수 등의 조치에 의한 재산권박탈과 관련하여 발생한 불법상태는 당해 재산가치의 반환을 통하여만 실질적으로 청산되어질 수 있다. 또한 반환권리자의 입장에서는 오직 반환방법을 통해서만 금전으로 계산할 수 없는 愛着利益(Affektion-sinteresse)의 회복이 가능하며,<sup>96)</sup> 보상원칙을 택할 경우의 보상재원 확보를 위한 엄청난 재정적 부담을 피하기 위해서도 반환원칙이 우선되어야 한다고 주장된다.

이에 반하여 반환원칙은, ① 거시적으로는 소유관계의 불명확으로 인해 국가가 토지·기업 등을 매각하여 사유화하는 과정에서 외국기업 등 투자자들이 이의 인수를 기피하고, 원소유자들은 투자를 통한 경제활성화와 고용창출에는 무관심한 채 반환된 재산가치를 재산증식의 수단으로만 인식함에 따라 경제재건을 위한 신규투자가 위축되고 고용이 감소하는 등 전반적인 경기침체 결과를 초래하게 되므로 체제전환 소요비용의 조달에 허덕이는 구사회주의 국가로서는 이중고를 겪게 되는 불합리가 초래되고,<sup>97)</sup> ② 미시적인 관점에서 보더라도 반환대상인 재산가치를 선의취득한 제3자가 원소유자에게 당해 재산가치를 박탈당하게 되는 등 정의에 합치하지 아니하는 결과가 초래될 우려가 있으며,<sup>98)</sup> ③ 수십 년에 달하는 사회주의체제하에서 반환대상인 재산가치의 대부분에 대해 변경이 행해졌기 때문에 원소유자에 대한 원물반환이 곤란하다는 비판이 가해진다.

한편, 재산법상 원소유권자에게는 반환원칙에 기한 다양한 부수적 청구권이 인정되는 바, 適時에 신고하지 못하여 처분이 허용된 경우의 代償에 대한 청구권(법 제3조 제4항 제3문, 기업의 경우에는 제6조 제6항 제4문), 신고에도 불구하고 처분한 경우의 손해배상청구권(법 제3조 제3항) 등이 그것이다.

96) 예컨대 부모가 사망함에 따라 원소유권을 상속한 자손들에게 부모가 살던 고향의 가옥을 반환하는 것은 단순히 금전적 가치로만 파악할 수는 없으며, 대상가옥에 대한 권리자의 애착이익은 오직 반환원칙에 의해서만 고려될 수 있는 것이다.

97) M. Moschel, Rückgabe vor Entschädigung, FAZ vom 7. 3. 1991, S. 16.

98) L. Claussen, Rückgabe vor Entschädigung, NJ, 1992, S. 297 ff.

## 2) 반환원칙의 물적 적용범위

## 가) 비자발적 재산상실

재산법 제1조 제1항 a)는 고권행위<sup>99)</sup>를 통하여 보상없이 몰수되어 국유재산으로 이전된 재산가치에 대한 재산법상 청구권이 반환의 대상임을 규정하고 있다. 여기서의 ‘무보상 몰수’는 원칙적으로 ‘분단에 기한 불법(Teilungsunrecht)’의 회복이란 목적 하에, 구서독주민과 외국인이 1950년대 초반 이후 구동독지역에 주소를 갖지 않았거나, 혹은 정치적 내지 사회적 이유로 허가를 받거나 허가를 받음이 없이 압제하에 있던 구동독지역을 떠났기 때문에 감수하여야 했던 재산상실을 회복하는 것을 목적으로 삼고 있는 이른바 ‘차별적 몰수(diskriminierende Enteignung)’<sup>100)</sup>를 의미한다.<sup>101)</sup> 한편, 보상액이 부당히 적게 확정되어 지급된 경우나 몰수조치 후 보상금이 실제로 지급되지는 않았으나 보상이 확정되었던 경우도 재산법의 적용범위에 포함되지 않는다. 왜냐하면, 후자의 경우 보상청구권이 실행되지 않은 경우라 할지라도 구동독의 편입 이후에도 소멸되지 않았으므로 몰수당한 재산가치의 귀속자를 상대로 여전히 행사할 수 있기 때문이다.

## 나) 경제적 강제에 의한 재산상실

재산법 제1조 제2항은 공동성명 제4호에 상응하는 규정으로서, 재산법이 유지비용에 미달하는 임료 및 그에 의하여 이미 발생하였거나 발생이

99) 고권적 조치가 직접적으로 재산가치의 박탈을 초래하였을 것을 요하며, 단지 다른 목적을 위한 조치의 결과로서 간접적으로 초래된 재산상실은 이에 해당하지 않는다.

100) N. Horn, a.a.o., S. 228 f.

101) 이러한 몰수의 근거가 되었던 법규정들은 다음과 같다.

- 재산가치의 보장을 위한 명령(1952. 7. 17.)
- 재산가치의 보장을 위한 명령에 대한 제1차 시행훈령(1952. 9. 8.)
- 1953년 6월 10일 이후 동독을 떠난 주민의 재산처리에 관한 명령 제1, 2호(1958. 8. 20. 및 1958. 10. 3.)
- 불법적으로 동독을 떠난 소유권자의 재산관리인의 동독지역내 채권자에 대한 권리의무에 관한 명령(1968. 12. 11.)
- 동독내 외국인 소유권의 보호 및 관리에 관한 규정(1951. 9. 6.)
- 동베를린내 외국인 소유권 관리 및 보호에 관한 규정(1951. 12. 18.)

임박한 채무초과로 인한 수용,<sup>102)</sup> 소유권 포기, 증여 또는 상속포기를 통하여 국유재산으로 이전된 지상건물이 있는 토지 및 건물에도 적용됨을 명시하고 있다. 몰수, 소유권 포기 또는 상속포기에 의하여 상실된 재산은 직접 국유재산으로 이전되어야 하므로 사인 또는 사회적 조직으로의 양도는 포함되지 않는다. 이러한 유형의 소유권상실은 법 제1조 제3항의 요건을 충족하는 경우, 즉 부정한 행위가 존재하는 경우에만 회복된다.

다) 부정한 조치(unlautere Machenschaften)에 의한 재산상실

원상회복의 대상은 부정한 행위, 예컨대 권력남용, 부정부패, 강박 또는 기망<sup>103)</sup>에 의하여 취득된 재산가치에도 적용된다(재산법 제1조 제3항). 법 제1조 제3항은 원칙적으로 통상 전제되는 몰수자체의 존속을 요건으로 하며, 의사표시의 취소 및 법률행위의 주인이 재산법에 의해 배제되지 않는 한 양도계약도 그 자체로서 유효하게 존재하고 있어야 한다.

라) 국가관리의 폐지(Aufhebung der staatlichen Verwaltungen)

재산법 제1조 제4항은 국가관리의 폐지에 의한 반환원칙을 규정하는데 여기에는 ① 1953년 6월 10일 이후 당시의 규정에 의하여 요구되었던 허가를 받지 아니하고 구동독지역을 떠난 주민들의 재산가치에 대한 국가의 신탁관리, ② 1953년 6월 10일까지 명령되었던, 구동독 국가기관에 양도된 구서독과 구서베를린의 주민 및 구서독과 구서베를린에 소재지를 둔 법인의 재산가치에 대한 임시관리, ③ 구동독정부에 양도된 외국인의 재산관리의 경우 등이 적용된다. 법률행위에 근거한, 예컨대 관리계약에 의한 관리행위는 그것이 비록 국가기관에 의해 행하여졌더라도 법 제1조

102) 채무초과인지 여부의 판단을 위해서는 사용임대차 및 용익임대차계약에 대한 수익성의 고려(Rentabilitätsbetrachtung)가 필수적이다. 따라서 소유권자가 수익적 사용에 의존하고 있었으나 비용과 수익의 관계가 채무초과의 한계에 다다르게 되어 그러한 수익적 사용이 현재에는 불가능한 토지와 건물만을 적용대상으로 하고 있다.

103) 별적인 경우에 있어서 부정한 행위가 국가기관에 의한 차별에 의하여 초래되었거나 초래될 수 있었을 경우에 한하여 여기서의 사인에 의한 강박 또는 기망에 해당한다. 따라서 사인이 예컨대 허위진술을 통하여 다른 사람에 대한 법원의 결정을 받아낸 경우에는 법 제1조 제3항의 적용이 없다.



제4항이 의미하는 국가관리에는 해당하지 않는다. 이는 곧 ‘민법상의 관리’는 재산법의 규율대상이 아님을 의미하여, 그 폐지는 관리계약상의 합의 및 민사법상의 일반규정에 의함을 의미한다.

#### 마) 나치 지배하에서의 재산상실

재산법 제1조 제6항에 의하면 1933년 1월 30일부터 1945년 5월 8일까지의 기간 중 인종적, 정치적, 종교적 이유 또는 세계관을 이유로 한 박해로 인하여 강제 매각, 수용 기타의 방법으로 재산을 상실한 주민 및 단체의 재산적 가치도 원상회복되어야 한다고 한다. 여기서의 박해가 인정되기 위해서는 피박해자의 인종 또는 상이한 정치적, 종교적 신념이나 세계관이 공식적으로 인용되지 않았음에 기인한 체제에 의한 사실상 또는 잠재적인 탄압이 전제되어야 한다. 즉 집단적 박해와 개별적 박해는 구별되어야 하며, 집단적 박해는 그들의 경제적, 문화적 생활의 총체가 독일에서부터 배제된 인적집단을 전제로 하며, 이 경우는 개별적 박해를 증명해야 하는 경우에 비하여 현저하게 입증책임이 경감된다.

#### 바) 반법치주의적 판결의 파기

재산법 제1조 제7항은 다른 규정에 의하여 행해진 형법 및 행정법상의 반법치주의적 판결 또는 결정을 다른 규정에 의하여 취소하는 경우, 이와 관련된 재산가치의 반환에 관하여 재산법이 준용됨을 규정하고 있다.<sup>104)</sup> 이 규정은 공동성명 제9호에 상응하는 것으로서, 1933년 1월 30일부터 1945년 5월 8일 사이에 형사판결 및 다른 조치에 의해 박탈된 소유권의 반환에 대하여 직접적으로 규정하고 있는 제6항과는 구별된다.

104) 형사복권법(strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz, StrRehaG)을 대체하여 제정된 제1차 불법청산법(erstes SED-Unrechtsbereinigungsgesetz)은 1945년 5월 8일부터 1990년 10월 2일 사이에 선고된 구동독 국가법원의 형사판결 중 자유법치국가질서의 기본원칙에 합치되지 않고 특히 정치적 박해에 기여한 판결은 신청에 의해 반법치국가적인 것으로 선언되어 파기 되도록 규정되어 있다. 이와 같은 절차로 파기된 형사판결과 관련한 재산가치의 반환에 대하여도 재산법이 준용된다. 또한 행정법상의 결정이 다른 법령에 의하여 위와 같은 이유로 취소된 경우 이와 관련한 재산가치의 반환에 대하여도 재산법이 준용된다.

## 나. 국영기업의 사유화와 공공재산의 귀속

### (1) 서 언

독일 통일 과정에 있어서 구 동독 국유재산의 해체 문제는 원소유자 및 원상회복적격자의 확정 문제와 맞물려 법적으로 가장 어려운 과제의 하나로 대두되어 왔다. 거기서 파생되는 법적 불안전성은 사회, 정치적 긴장 상태를 야기하기도 했으며, 불명확한 소유권 관계는 편입 지역의 경제적 부흥을 저해하는 투자장애요소로 작용해 왔다. 특히 信託廳企業(Treuhandunternahmen)과 공법상 지방자치단체간의 국유부동산의 소유권 귀속 문제는 계속되는 입법 및 법령 개정이 말해주듯이 5년이 지난 통일 독일의 미해결 과제로 남아있는 것이다.<sup>105)</sup>

국유 재산권의 해체와 사유화(Privatisierung)를 위한 첫 번째 시도는 Hans Modrow 하의 동독 정부가 1990년 3월 1일 신탁청(Anstalt zur treuhänderischen Verwaltung des Volkseigentums-Treuhandanstalt)을 설립함으로써 사회주의적 소유권(Sozialistisches Eigentum)의 신성불가침에 대한 의문이 제기되는 것으로 나타난다. 1990년 봄의 동독 자유총선 후에는 de-Maizière의 동독 정부와 서독 연방정부가 공동으로 통일을 본격적으로 대비하게 되는데, 양 측은 통일을 위한 경제체제의 단일화가 동독의 사회주의적 계획경제(Sozialistische Planwirtschaft)의 사회적 시장경제(Soziale Marktwirtschaft)로의 전환을 의미한다는 것에 인식을 같이하게 된다. 법적으로 이는 곧

105) 이같은 긴장상태는 다음과 같은 기본적 利害關係의 대립에서 출발한다고 볼 수 있다. 즉, 신탁청 기업은 資本財 擴充을 통한 새로운 社會的 市場經濟秩序 하에서의 適應 내지 存立을 위해 과거 그에 의해 占有, 利用되던 국유부동산을 私有 財產權 형태로 계속 보유하기를 원하며, 지방자치단체의 입장에서는 행정목적의 달성을 위해 신탁청 기업에 대해 구 국유부동산의 소유권을 주장하게 되는 것이다. 구 동독 공공재산의 지방자치단체에로의 귀속에 관해서는 F. Ossenbühl, Wem gehören die ehemaligen Stadtwerke in den neuen Bundesländern, DÖV 1991, S. 1 ff.; L. Eckert, Öffentliches Vermögen der ehemaligen DDR und Einigungsvertrag, 1994; C. Sieverts, Der Übergang ehemals volkseigener Grundstücke auf Treuhandunternehmen oder Gebietskörperschaften, 1994.

단일화된 소유권 개념의 창출을 전제하는 것으로 국유 재산권이 서독 민법전(BGB)상의 자유주의적 의미의 소유권으로 대체됨을 말하는 것이다.

이같은 소유권 개념의 전환을 위해 통일조약<sup>106)</sup> 체결과정에서 독일 민법시행법(EGBGB)<sup>107)</sup> 제 6 장이 새로 마련되는데, 동 법 233조 §2 1항과 동 조약 8조에 의하면, 편입일을 기준으로 모든 소유권은 서독 민법전의 규율 대상이 된다고 한다. 그러나, 독일 민법시행법은 서독 민법전상의 소유권 개념으로 전환된 국유재산의 권리귀속주체를 일의적으로 규정하지 않고<sup>108)</sup> 이를 구체적 법령에 의한 재산권 분배(Vermögenszu-  
-teilung) 내지 재산권 귀속(Vermögenszuordnung) 문제로 위임하게 된다.<sup>109)</sup> 그러나, 이에 따라 제정된 일련의 법령들이<sup>110)</sup> 구 동서독법상의 법적 개념들을 그대로 원용함으로써 구성요건 해당성과 관련해 법 적용상 어려움이 생기게 되었다. 예컨대, 신탁청 기업에게로의 소유권 이전은

106) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands-Einigungsvertrag- vom 31. August 1990, BGBl. II S. 889.

107) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche i.d.F. der Bekanntmachung vom 21. September 1994(BGBl. I S. 2495), geändert durch Art.32 Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994(BGBl. I S. 2924).

108) 동 법 233조 §2 2항에 의하면 국유재산의 소유자 및 처분권자의 확정은 국유재산 해체에 관한 특별규정에 의한다고 한다.

109) 이는 곧 당시 입법자가 국유재산 해체를 法承繼(Rechtsnachfolge)의 문제로 보지않았음을 의미한다. 왜냐하면, 법승계는 재산권의 이전이 가능한 실질적 의미의 소유권자의 존재를 전제로 하는데, 국영기업 내지 콤비나트 등은 실제 소유권자가 아니라 단지 관리, 운영을 위한 피위탁자에 불과하기 때문이다. 자세한 것은 Schmidt-Räntsch, Eigentumszuordnung, Rechtsträgerschaft und Nutzungsrecht an Grundstücken, 1992, S. 25 f.; C. Sieverts, a.a.O.,S. 27 참조.

110) 예컨대 신탁법(Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens-Treuhandgesetz/TreuhG- vom 6. Juli 1990, GBl. I S. 300), 지방자치단체재산법(Gesetz über das Vermögen der Gemeinden, Städte, und Landkreis-Kommunalvermögensgesetz/KVG- vom 6. Juli 1990, GBl. I S. 660), 재산귀속법(Gesetz über die Feststellung der Zuordnung von ehemals volkseigenem Vermögen-Vermögenszuordnungsgesetz/VZOG- i.d.F. vom 29. März 1994, BGBl. I S. 709), 통일조약 21, 22조.

구 동독법상 부동산, 동산에 따른 형식적 명의자의 이분법(Rechtsträgerschaft, Fondsinhaberschaft)을 전제로 하고 있으며, 반대로 국유재산의 지방자치단체로의 이전은 구 동독 법에는 찾아볼 수 없는 행정재산(Verwaltungsvermögen)과 재정재산(Finanzvermögen)의 구별<sup>111)</sup>에서 시작하고 있다.

한편, 국유 부동산 해체의 이론적, 실제상의 복잡성은 다수의 법령 제정 및 빈번한 개정 작업에 기인하기도 하는데, 예를 들어 국유재산 해체에 관한 모법이라 할 수 있는 신탁법의 경우 법 제정 수 주 만에 제 5 신탁법시행령<sup>112)</sup>을 통해 첫 번째 개정을 경험하게 되며, 구 동독 공공재산의 귀속에 관해서는 통일조약 21, 22조가 신탁법을 대신에 준거법이 된다. 구체적 법 집행을 위해서 소위 障礙除去法,<sup>113)</sup> 財産歸屬法<sup>114)</sup>이 제정되었으며, 이들에 대해서는 제 2 재산권개정법<sup>115)</sup> 및 최근의 登録節次加速法<sup>116)</sup>을 통해 법개정이 있게 된다.

이하에서는 구 동독 법제, 특히 국유재산의 성립을 이론적 근거로 해서 국유재산의 해체와 새로운 권리적격자에게로의 귀속에 관한 轉換法制에 대해 살펴보기로 한다. 더불어 독일법상 Rechtsträgerschaft, Fondsinhaberschaft의 개념 및 상호관계를 기초로 해서 국유 부동산의 신탁기업에로의 이

- 111) 행정법상의 일반적 구별에 관해서는 金東熙, 行政法 II 1994, S. 181 이하 참조. 동독과 관련된 양 재산의 구별에 관해서는 G. Gorning, Staatennachfolge und die Einigung Deutschlands Teil II, 1992 참조.
- 112) Fünfte Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz vom 12. September 1990, GBl. I S. 1333.
- 113) Gesetz zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung von Unternehmen und zur Förderung von Investitionen vom 22. März 1991(PrHBG), BGBl. I S. 765.
- 114) Gesetz über die Feststellung der Zuordnung von ehemals volkseigenem Vermögen(Vermögenszuordnungsgesetz-VZOG) vom 22 März 1991, BGBl. I S. 766.
- 115) Gesetz zur Änderung des Vermögensgesetzes und anderer Vorschriften (Zweites Vermögensrechtsänderungsgesetz-2. VermRÄndG) vom 14. Juli 1992, BGBl. I S. 1257.
- 116) Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung registerrechtlicher und anderer Verfahren (Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz-RegVBG) vom 20. Dezember 1993, BGBl. I S. 2182.

전과 특히 학자들 사이에 논란이 있는 제5 신탁법시행령상의 “부동산명의자와의 동일한 취급”의 법적 해석에 관해서도 고찰하기로 한다.

한편, 사회주의적 소유권 질서의 자본주의적 그것으로의 법적인 전환 작업은 -독일의 경우를 살펴본다면- 일반적으로 다음의 세 가지 부분과제로 나누어진다. 우선 사회주의적 소유권관계의 일반적인 개인적 법질서(Privatrechtsordnung)에로의 법기술적 편입을 들 수 있다. 이는 주로 시제법(Intertemporales Recht)의 규율 대상으로서 한편으로는 경과법(Überleitungsrecht)규정과도 밀접한 관계를 가지고 있다. 두 번째 과제는 사회주의적 소유권을 해체해서 개인 소유권 내지 행정재산(Verwaltungsvermögen), 재정재산(Finanzvermögen)의 형태로 새로운 권리주체(Rechtsträger)에게 이전하는 것이다. 끝으로 문제되는 것은 협의의 사유화 작업으로서 이는 구소유권자에게로의 소유권 반환 내지 투자자에 대한 매각 등을 통한 사적 권리주체에게로의 소유권 이전으로 구체화된다.

전술한 두번째 과제의 하나인 구 동독 공공재산의 분배 내지 귀속은 학자, 실무가 사이에 격렬한 논쟁의 대상이 되고 있다.<sup>117)</sup> 사실 공법상 단체 사이에서의 재산 귀속 문제는 독일에 있어 처음의 일은 아니었다. 이미 1873년에 당시 독일제국과 州(Gliedstaat)사이에서 행정재산을 둘러싼 소유권 분쟁이 제기된 바 있다.<sup>118)</sup> 이같이 공공재산의 귀속과 관련해서

117) 예컨대 통일 直後 163개의 面이 基本法 93조 1항 4b호에 따라 한 에너지 관련 기업의 地方所有를 주장하는 聯邦憲法訴願을 제기한 바 있고 이에 관한 學界의 관심도 茂盛했었다. 자세한 Fritz Ossenbühl, Rechtliche Aspekte der Elektrizitätsversorgung in den neuen Bundesländern, DÖV 1992, S. 1 ff.; ders., Wem gehören die ehemaligen Stadtwerke in den neuen Bundesländern? DÖV 1993, S. 301 ff.; Peter J. Tettinger, Öffentliche und private Wirtschaft in den neuen Bundesländern, in: Klaus Stern, Deutsche Wiedervereinigung Bd. II, Teil 2 1992, S. 149 ff.; "Ende des Strom-Streits, FAZ Nr. 169 vom 21. Juli 1993, S. 9; "Gemeinden stimmen Stadtwerken zu", SDZ Nr. 168 vom 24/25 Juli 1993, S. 34. 참조.

118) Vgl. Gesetz über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände vom 25 Mai 1873, RGBl. 1873, S. 113.

통독 후 과거와 마찬가지로 또다시 어려움이 제기된 이유는 다음과 같다. 첫째, 통일조약상의 공공재산 귀속과 관련한 해당 조항의 구성요건이 명확하지 않아 해석상 어려움이 제기된다. 둘째, 시간에 쫓긴 입법들로 인해 규정 상호간의 조화가 잘 이루어지지 않아 -예컨대 신탁법과 그에 따른 신탁법시행령 및 지방자치단체재산법- 법충돌의 여지가 많다. 셋째, 구 동독의 실정에 대한 법적 발견(Rechtsfindung)이 용이하지 않다.<sup>119)</sup>

따라서, 통독 후 5년 이상이 지난 현 시점에서 이같이 법적 논쟁이 끊이지 않는 구 동독 공공재산의 귀속 문제를 종합적으로 검토하는 것은 의미가 있을 뿐더러, 곧 다가올 지도 모를 통일을 대비해야 하는 우리에게도 시사하는 바가 적지 않을 것이다. 이런 의미에서 아래에서는 통일조약 21, 22조와 관련 법규의 해석을 중심으로 통독 후 공공재산의 소유권 귀속 문제를 검토하고, 이를 바탕으로 통일한국에의 시사점 내지 적용 가능성을 개괄적으로 점검해 보기로 한다.

## (2) 구동독 국유재산에 대한 원론적 검토

전술한 바와 같이 통일조약 8조 및 민법시행법 233조 §2 2항에 의하면 구 동독 국유재산의 해체는 그에 관한 특별규정에 의한다고 한다. 따라서, 이에 관한 논의는 국유재산의 개념분석에서 시작되어야 할 것이다.

### (가) 국유재산의 의의

구 동독의 인민경제(Volkswirtschaft)는 다른 사회주의국가와 마찬가지로 생산수단에 대한 사회주의적 소유에 바탕을 두었으며,<sup>120)</sup> 사회주의적 소유는 다시 세 가지 하위형태, 즉 전체로서의 인민소유(Gesamtgesellschaftliches Volkseigentum), 협동조합적 공동소유(Genossenschaftliches Volkseigentum), 협동조합적 공동소유(Genossenschaftliches Volkseigentum), 협동조합적 공동소유(Genossenschaftliches Volkseigentum)

119) 특히 몰수재산의 원상회복청구와 관련해 원소유자의 확정이 어려워, 이는 공공재산의 귀속 문제에도 상당한 장애를 가져왔다. 그래서, 예컨대 Sachsen 주에서는 원소유자 확정에 도움되는 모든 제보에 대해 현상금(약 500,- DM)을 내걸기까지 했다.

120) 동독헌법(1974) 9조 1항 참조.

-ftliches Gemeinei-gentum), 기타 사회단체 소유(Eigentum gesell-schaftlicher Organisationen der Bürger)로 나누어 진다.<sup>121)</sup> 전체로서의 인민소유는 사회주의적 소유형태의 중심을 이루는 것으로, 모든 국유기업, 국가기관 기타 경제기관의 경제적 행위 기초를 형성하며,<sup>122)</sup> 인민의 물질적, 문화적 생활수준의 향상과 인격완성의 필수적 전제조건이다.<sup>123)</sup>

전체로서의 인민소유재산의 실질적 권리행사자 내지 소유권자가 누구냐에 대해서는 견해가 나뉘는데, 과거 소유권자 없는 재산권이라는 학설<sup>124)</sup>은 곧 포기되고, 인민 개개인이 전체로서 인민소유재산의 소유권자라는 견해로 대체되게 된다.<sup>125)</sup> 그러나, 동독헌법 1조 1항이 사회주의적 국가를 인민의 법적, 정치적 조직체로서 인민소유재산의 법주체로 천명하고 있는 것으로 보아 인민소유는 법적으로 국가소유(Staatseigentum)와 동일시되어야 할 것이다. 국유재산의 광범위성에서 볼 때 국가는 소유권자로서의 권능행사를 국영기업 등의 경제단위에 위임하고 있으며, 이들 경제단위들은 자기에게 주어진 임무 달성을 위해 소유권자와 유사한 점유, 이용, 경우에 따라서는 처분권을 가지게 된다.<sup>126)</sup> 여기서 국영기업, 콤비나트 등의 처분권은 국유재산 자체의 매각 등의 처분권능이 아니라 이에 대한 調節的 管理者(operativer Verwalter)로서 필요한 최소한의 권리행사를 의미하는 것이다.<sup>127)</sup> 따라서 구 동독의 소유권 질서는 국가소유의 법적, 실질적 우월성에 기초한다고 말할 수 있다.<sup>128)</sup>

121) 동독헌법(1974) 10조 1항 참조.

122) 동독 민법전(ZGB) 17조 이하, 특히 18조 2항, 19조 1항 참조.

123) W. Knüpfer/J. Mandel, Das sozialistische Eigentum und das persönliche Eigentum, Neue Justiz(NJ) 1974, S. 676.

124) A. Barth, Probleme des neuen Wirtschaftsrechts, NJ 1948, S. 144 ff.

125) 이러한 시도는 법적인 고려에서보다 정치적 목적에서 기인한다고 보아야 할 것이다. Vgl. H. Such, Das Volkseigentum, NJ 1949, S. 125 ff.

126) ZGB 19조 1항.

127) 이는 구체적으로 소유권의 취득, 이전을 통한 국유재산의 개인재산으로의 전환이 불가능했음을 의미한다(ZGB 20조 3항). 자세한 것은 C. Sieverts, a.a.O., S. 33 참조.

## (나) 국유부동산의 권리행사자

구 동독의 국유부동산은 직접 중앙의 국가기관이 아닌 국영기업, 콤비나트, 경제지도기관 등이 점유, 관리, 경작했다. 이들을 형식적 권리담당자(Rechtsträger)라 칭하며 등기부 기재사항이었다.<sup>129)</sup> 형식적 부동산 명의자로서의 권리행사자인 법인은 해당 부동산의 관리와 관련하여 조절적 관리자로서 일정한 권리, 의무를 가지며, 부동산의 가치보존 및 효율적 이용에 대한 책임을 진다.<sup>130)</sup> 이를 위해 권리행사자는 해석상<sup>131)</sup> 제3자에 대해 소유권보호청구권(ZGB 제33조), 장애제거 및 부작위청구권(ZGB 제328조), 손해배상청구권(ZGB 제330조)등을 행사할 수 있었다. 권리행사자는 제한된 범위 내에서 해당 재산권에 대한 처분권이 인정되었으나, 이도 결국은 사회주의적 경제단위 혹은 국가에로의 이전을 의미했으므로 진정한 의미에서의 소유권 이전을 의미하는 것은 아니었다.

128) 구 동독의 사회주의적 소유권 질서는 이미 동독정부 수립 이전의 蘇聯軍政命令(SMAD/Sowjetische Militäradministration in Deutschland-Befehl)에 의한 財産權 沒收, 특히 土地改革으로 그 기초를 마련했다. 1945년 7월 23일의 SMAD-명령 1호에 의해 은행과 보험회사가 人民銀行으로 併合되었으며, 戰犯 및 나찌 犯罪者 肅清의 미명하에 동년 7월 23일의 SMAD-명령 124호는 수많은 공장과 이에 부속된 재산의 몰수를 규정하게 된다. 封建的 大地主制의 撤廢를 목적으로한 1945년의 토지개혁으로 100 헥타 이상의 토지소유가 無償沒收되어 土地基金에 이전되었으며(예컨대 Verordnung der Provinzverwaltung Sachsen über die demokratische Bodenreform vom 3. September 1945), 1948년 4월 17일의 SMAD-명령 64호는 몰수된 토지의 사적소유 금지를 확인하게 된다. 동독정부 수립 후에는 1972년 2월 9일 내각의 결정을 통한 다수의 법령제정으로 사유재산의 국유화가 일단 매듭지워지게 된다. 자세한 것은 C. Sieverts, a.a.O., S. 33 ff.; B. Schildt, Bodenreform und deutsche Einheit, Deutsch-Deutsche Zeitschrift(DtZ) 1992, S. 97 ff. 참조.

129) 일련의 統一立法이(예컨대 신탁법 11조 2항 2문, 제 5 신탁법시행령 2조, 통일조약 22조 4항) 국유부동산의 사유화를 구법상의 “부동산명의자”와 構成要件上 결부시킴으로써 이에대한 개념분석은 論議의 實益이 크다고 할 것이다.

130) “국유부동산의 권리행사자에 대한 규정(Anordnung über die Rechtsträgerschaft an volkseigenen Grundstücken vom 7. Juli 1969, GBl. II S. 433)” 2조 참조.

131) K. Heuer, Grundrisse des Bodenrechts der DDR 1949-1990, München 1991, S. 6.



## (다) 국유재산 해체의 목적

동독 국가사회주의(Staatssozialismus) 붕괴의 근본적 원인은 경제의 황폐화에서 우선 찾을 수 있다. 국가에 의해 조종되는 사회주의 경제체제는 이미 대외 경쟁력을 상실했으며, 이는 전체로서의 인민소유, 즉 국가소유의 절대적 우월성에 기인했다.<sup>132)</sup> 동독지역의 경제적 재건은 독일통일에 있어 중요한 해결과제의 하나였으며, 이를 위한 경제의 경쟁력 회복은 기업적 사유재산권을 근간으로 하는 시장경제체제로의 전환을 통해서만이 가능했다.<sup>133)</sup> 서독민법전 상의 자유주의적 소유권 개념이 편입지역에 도입되어야 했으며, 이에 따라 국가소유의 해체는 피할 수가 없었다.<sup>134)</sup>

이 같은 노력은 국가조약<sup>135)</sup>의 체결에서 처음으로 반영되는데, 동 조약 1조 3항은 사유재산권 인정으로 대표되는 사회적 시장경제를 양독 경제통일체의 기본 경제질서로 규정하게 된다. 과거 국영기업, 콤비나트의 존속보호 측면에서도 국유재산의 사유재산으로의 전환은 불가피했으며, 이는 곧 구 사회주의적 경제단위(Wirtschaftseinheit) -예컨대 국유기업, 콤비나트- 의 자본회사(Kapitalgesellschaft)로의 전환으로 구체화되었다. 이와 병행해서 과거 국영기업, 콤비나트 점유하에 있던 부동산의 자본회사로의 소유권 이전은 자본재 확충을 통한 편입지역 기업의 존속보호에 직결

132) Vgl. H. Roggemann, Unternehmensumwandlung und Privatisierung in Osteuropa und Ostdeutschland, Recht in Ost und West(ROW) 1992, S. 36; N. Horn, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, 2. Aufl., Köln 1993, S. 336 ff.; K. Pleyer/J. Lieser, Zentralplanung und Recht-Untersuchungen zur Entwicklung des Zivil-, Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrechts in beiden Teilen Deutschlands aus den Jahren 1966-1968, Stuttgart 1969, S. 92 ff.

133) Vgl. C. Sieverts, a.a.O., S. 39 f.

134) 독일민법시행법(EGBGB) 233조 §2 1항 참조.

135) Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik(Staatsvertrag) vom 18. Mai 1990, GBl. I S. 332, BGBl. II S. 537. 국가조약의 체결 배경 및 과정에 대해서는 W. Schäuble, Der Vertrag-Wie ich über die deutsche Einheit verhandelte, Stuttgart 1991, S. 102 ff. 참조.

되는 것으로 간주되어 이에 대한 많은 입법적 노력이 있게 된다.

(라) 국유재산 해체를 위한 기본적 방법의 개념적 정의

1) 전환(Umwandlung)

사회주의적 소유권은 우선적으로 ‘전환’이라는 입법적 노력의 대상이 된다. 전환은 곧, 앞에서 말한 세 종류의 사회주의적 소유권의 공통된 특징인 ‘처분불가’와 ‘일반적 사법규정의 적용배제’라는 사회주의적 법질서의 폐지를 의미한다. 이같은 ‘전환’을 위한 입법적 시도는 이미 통일 전 구 동독에 의한 經過立法들로 시작되어,<sup>136)</sup> 구 동독의 편입과 통일조약에 의한 기본법과 서독민법전(BGB)의 편입지역에의 효력 창출로 완성되게 된다. 중요한 전환규범으로는 신탁법 11조와 “동독법률개정 및 폐지에 관한 법률(Gesetz über die Änderung und Aufhebung von Gesetzen in der DDR)” 7조 6호를 들 수 있는데, 전자를 통해 후술하는 바와 같이 신탁청의 사적 지분이 자본회사로 전환되고 이에 따라 창출된 사적 소유권은 자본회사의 경영재산으로 된다. 또한 후자는 농업협동조합(LPG)의 권리와 관련해, 사회주의적 소유관계에 근거한 동 조합의 광범위한 토지이용권을 철폐하게 된다. 그러나, 이같은 국유재산의 일반적 사법관계

136) 구 동독에서는 1990년에 사회주의적 소유권의 해체와 이의 私的 主體에로의 移轉, 그리고 이를 통한 불명확한 소유권관계의 糾明을 위한 일련의 입법들이 있게 된다. 이 과정에서 각 法令 間에 相沖하는 규정들이 많이 발견되는데, 이는 구 동독의 單一化 되지 않은 소유권 개념(예컨대, 전체로서의 인민 소유, 협동조합적 소유, 기타 사회단체적 소유), 다양한 권리행사자와 그 조직 그리고 무엇보다도 소유권에 대한 精巧한 法技術의 규율의 결여 등에 기인한다고 한다. 또한, 1990년 3월의 民主總選 前의 입법들은 그때마다의 정치적 목적에 의해 좌우되었음도 부인할 수 없다고 한다(자세히는 N. Horn, a.a.O., S. 390 f.). 어쨌든 ‘전환’을 위한 구 동독의 입법들로는 1990년 3월 7일의 “國有建物の 賣却에 關한 法律(Gesetz über den Verkauf volkseigener Gebäude)”, 동년 3월 1일의 “企業轉換令(Umwandlungsverordnung)”, 동년 6월 17일의 “憲法上 基本原則(Die Verfassungsgrundsätze)”과 “信託法”, 동년 7월 6일의 “地方自治團體財産法(Kommunalvermögensgesetz)”, “農業適應法(Landwirtschaftsanpassungsgesetz)”, “農地評價法(Landwertungsgesetz)” 등을 들 수 있다.

로의 편입과 병행해서, 공법적 목적에 직·간접적으로 기여하는 행정·재정 재산은 특별규정에 의해 규율됨을 주의해야 한다.

### 2) 새로운 권리주체로서의 귀속(Zuordnung)

독일 통일과정에 있어 재산권 문제 해결을 위한 입법자의 두 번째 과제는 ‘전환’된 소유권을 사법상 소유권자어로 귀속하는 것이었다. 독일민법 시행법(EGBGB) 233조 §2 2항에 의하면 소유권자 내지 국유재산의 신처분권자의 지정은 국유재산 해체에 관한 특별규정에 의한다고 한다. 이에 따라 공법상의 행정·재정재산은 통일조약 21, 22조에 의해 규율되며, 국영기업 등은 통일조약 25조와 신탁법에 의해 신탁청에 일단 귀속된다. 그러나, 여기서의 귀속은 신탁청이 해당지분의 매각등을 통해 최종적인 사적 소유권자를 발견해야 한다는 점에서 소유권의 신탁청에로의 완전한 귀속을 의미하지는 않는다. 새로운 권리주체로서의 귀속에 대한 절차적 문제의 해결은 “재산귀속법”의 규정에 의한다.

### 3) 사유화(Privatisierung)

광의의 사유화는 전술한 바와 같이 사회주의적 소유권의 전환과 이의 일반적 사법관계에 의한 귀속을 의미한다. 한편, 협의의 사유화는 사회주의적 소유권의 사적 소유권자, 즉 개인, 자본회사, 공법상의 자치단체와 구별되는 사법상의 법인등에게로의 이전을 의미한다.<sup>137)</sup> 따라서, 공법상의 행정재산은 사유화가 전혀 문제되지 않지만, 재정재산의 경우에는 지방자치단체가 해당 부동산 등을 적합한 투자를 위해 매각할 수 있다는 점에서 사유화가 의미를 가질 수도 있다.

### 4) 원상회복(Restitution)

1949년 이후, 즉 동독정부 수립 후 몰수된 재산적 가치는 재산법 상의 규정에 따라 원칙적으로 원소유자 내지 그 법적 승계인에게 반환된

137) 학자에 따라서는 狹義의 私有化를 再私有化라 稱하기도 하지만, 재산유화는 沒收財產權의 原所有者 내지 法的 承繼人에로의 原狀回復을 가르키는 개념이라 봄이 타당할 것이다. Vgl. N. Horn, a.a.O., S. 389.

다.<sup>138)</sup> 몰수재산권의 원상회복<sup>139)</sup>은 구 사회주의적 소유권이 결과적으로 私人에게 이전된다는 점에서 협의의 사유화의 일종이라 볼 수 있다. 원소유권자의 원상회복청구와 해당 부동산등 재산적 가치를 투자목적으로 소유하려는 제3자의 이익이 충돌하는 경우에는 “투자우선법”<sup>140)</sup>에 의해 규율된다.

한편, 전술한 사회주의적 소유권의 ‘전환(Umwandlung)’과 ‘새로운 권리주체’에로의 귀속(Zuordnung)’은 ‘원상회복’에 선행하는 개념으로 원칙적으로 이와 구별되어야 한다. 즉, 신탁법 24조 1항에 의하면 “동 법에 의한 사유재산으로의 전환(광의의 사유화)은 사인에게로의 재산권 양도를 통한 재사유화, 즉 재산법상의 원상회복(협의의 사유화)에 영향을 미치지 않는다”라고 규정하고 있다. 그러나, 경우에 따라서는 ‘전환’, ‘귀속’, ‘원상회복’ 등은 법효과상 중첩적인 결과를 낳기도 하는데, 예컨대 농업협동조합의 광범위한 토지이용권의 폐지는 자동적으로 조합원의 과거 강제적 出捐財産의 반환을 의미하고, 공법상 행정·재정재산의 귀속을 규정하고 있는 통일조약도 과거 지방단체 간의 보상없는 재산권 수용조치의 우선적 원상회복을 규정하고 있는 것이 그것이다(통일조약 21조 3항, 22조 1항 7문, 재산귀속법 1조 4항).

138) 1949년 이전 蘇聯占領軍政府에 의한 재산권 몰수조치는 原狀回復의 대상이 아니다. 이는 양독 정부 간의 ‘공동성명’에서 처음으로 합의되어 後續法令(예컨대, 통일조약 41조, 기본법 143조 3항, 재산법 1조 8항 a)에 의해 확인되고, 聯邦憲法裁判所도 다수의 판결(예컨대, BVerfGE 84, 90 ff. vom 23. April, NJW 1991, S. 1597 ff.)을 통해 이의 合憲性を 인정하게 된다.

139) 독일의 경우 ‘원상회복’이란 용어는 규정 내지 관례에 따라 Restitution, Rückübertragung, Rückgabe, Rückgängigmachung, Reprivatisierung 등으로 표현되고 있다.

140) Gesetz über den Vorrang für Investitionen bei Rückübertragungsan-sprüchen nach dem Vermögensgesetz-Investitionsvorranggesetz vom 14. Juli 1992, BGBl. I S. 1268.

(3) 구 국영기업 등의 사유화와 신탁법 규정에 나타난 구 국유부동산의 信託廳企業에로의 이전

구 국유부동산의 신탁청회사로의 소유권 이전은 국가조약의 규정 취지에 따라 제정된 신탁법과 제 5 신탁법시행령에 의한다.<sup>141)</sup> 국가조약 부속합 의서 3호에 의하면, 신용창출 및 사적 투자의 확대와 관련된 토지이용을 위해 구 국유부동산은 전환된 새 자본회사의 소유가 된다. 이와 관련해 신탁법 전문은 사적 경제로의 구조변환을 강조하고 있으며, 국가의 경영적 활동을 통한 신속하고도 광범위한 사유화 내지 민영화와 고용 창출, 보장에 직결되는 기업의 경쟁력 증대를 법제정 목적으로 삼고 있다.

이의 구체적 실현을 위해 신탁법 1조 1항 1문은 국유재산의 사유화 원칙을 선언하고 있는데 사유화 작업은 세부적으로 3 단계-사회주의적 경제 단위의 私法의 규율대상으로 편입(사유화), 자본재 확충(국유부동산의 자본회사로의 소유권 이전), 투자자의 인수로 나뉘어진다고 봄이 일반적이다.<sup>142)</sup> 본고에서 주로 다루게 될 앞의 두 단계는 “기업전환령 (Umwandlungs- VO),<sup>143)</sup> 신탁법 11조, 제 5 신탁법시행령 등에 의해 규율된다.

---

141) J.-P. Lachmann, Das Treuhandgesetz, DtZ 1990, S. 238. 국가조약 전문에서 양독 정부는 구 동독 지역의 경제, 사회 발전은 사회적 시장경제질서를 根幹으로 함에 합의했다. 구체적 목적을 규정한 동 조약 1조 3항은 새로운 경제질서는 사유재산권의 인정에서 출발함을 규정하고 있으며, 공공단체가 참여하는 특수한 소유권 형태는 사적 권리주체가 이를 통해 불이익을 당하지 않는 범위 내에서만 허용된다. 私的 因子의 경제 거래행위에서의 우선적 취급은 동 조약 10조 6항 및 26조 4항에 뚜렷이 나타나는데, 국유재산은 우선적으로 구 동독 경제의 구조적응과 국가재정 확충을 위해 쓰여져야 했다.

142) Vgl. N. Horn, a.a.O., S. 779.

143) Verordnung zur Umwandlung von volkseigenen Kombinat, Betrieben und Einrichtungen in Kapitalgesellschaften vom 1. März 1990, GBl. I S. 107, geändert durch Verordnung vom 28. Juni 1990, GBl. I S. 509.

(가) 경제단위의 자본회사로의 전환

1) “기업전환령”에 의한 전환

국영기업 등의 자본회사로의 전환에 관한 첫 번째 법적 근거는 1990년 3월 1일 부터 동년 10월 3일까지 효력을 발한 기업전환령이었다. 1990년 7월 1일 제정된 신탁법과의 조항 충돌로 해석상 어려움이 있었으나<sup>144)</sup> 통일 후 동령이 폐지됨과 함께 신탁법이 자본회사로의 전환에 대한 준거법이 되었다.

가) 적용범위 및 전환절차

“기업전환령”은 인민경제등기부상 등재된 모든 경제단위에 그 효력을 미친다(기업전환령 1조 1항). 경제단위의 등기에 관해서는 비교적 최근에 제정되었던 “등기부령”<sup>145)</sup>에 의하는데, 동령 1조에 의하면 콤비나트, 콤비나트 내의 국영기업, 독립된 개별 국영기업, 콤비나트에 속하지 않는 경제주도기관 등은 등기부에 등재되어야 한다고 한다. “기업전환령”에 의한 전환대상에서 제외되는 것으로는 동독체신청, 수로청, 도로공사 등이 있다(동령 제1조 2항). 지방자치단체에 속하는 국영기업도 “기업전환령”에 의하면 자본회사로의 전환대상이었으나 신법인 신탁법 11조 3항에 의해 재정재산(Finanzvermögen)으로 분류되어 통일조약 22조의 특별 규율을 받게 된다.

“기업전환령” 상의 자본회사로의 전환은 직근 상급기관과 기업내 대표기관의 자문(동령 2조 2항, 4조 1항 2문) 및 해당 국영기업과 신탁청의 전환을 위한 의사표명을 전제로 했으며(동령 4조 1항) 유한회사 내지 주식회사로의 등기로 법적 효력을 인정받았다(동령 7조). 기업전환을 통해

144) 이에 관해서는 C. Sieverts, a.a.O., S. 48 ff.; W. Försterling, Recht der offenen Vermögensfragen, München 1993, Rdnr. 60; R. Weimar, Grundsatzfragen im Recht der UmwVO-Gesellschaften, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht(ZIP) 1992, S. 73; ders., Spaltung von Treuhandunternehmen, DtZ 1991, S. 182 f. 참조.

145) Verordnung über die Führung des Registers der volkseigenen Wirtschaft/RegisterVO vom 10. April 1980, GBl. I S. 115.

신탁청은 전환된 자본회사, 즉 신탁청기업의 영업지분 내지 주식을 인수하게 된다(동령 3조 1항).

#### 나) 전환의 법적 성격

“기업전환령”에 의한 전환의 법적 성격에 관해서는 형태변환적 전환설과 이전적 전환설의 대립이 있다. 형태변환적 전환설에 의하면 자본회사로의 전환은 구 국영기업 등의 동일성과 특히 재산귀속에는 영향을 안미치며,<sup>146)</sup> 정관 혹은 계약의 개정을 통해 단지 법인의 법적 형태만이 변환되는 것이라 한다.<sup>147)</sup> 이전적 전환설은 그 논거로서 우선 명문의 규정을 들고 있다. 즉, “기업전환령” 4조 3항은 법인의 설립에 관해, 7조 3항은 전환 전 기업의 소멸에 대해 언급하고 있다. 따라서 구 국영기업과 새로 생성된 자본회사와의 동일성은 부정된다고 한다.<sup>148)</sup>

이전적 전환은 전환결정(Umwandlungsbeschluß)을 통한 새로운 법인의 설립과 구 법인의 재산이-법률에 의한 전체로서의 법적 승계 과정에서-새로운 법인에로의 이전을 의미한다. 그리고, 여기서의 자본회사로의 전환은 통일 전 동서독의 법적 경제적 체계의 대립성에 비추어 볼 때 전환 전후 기업의 구조적 불일치를 전제로 한다고 보아야 한다. 예컨대 콤비나트, 국영기업등이 비록 구 동독법 상<sup>149)</sup> 법인이었다고 하지만 서독법 상의 법인개념과 동일시 할 수는 없는 것이다.<sup>150)</sup> 국가 계획경제에의 羈屬性으로 말미암아<sup>151)</sup> 이들은 사실상 고유의 결정권을 행사할 수 없었

146) Rother, in: Kaligan/Goutier(Hrsg.), Beratungshandbuch Eigentum und Investitionen in den neuen Bundesländern, Heidelberg 1994, S. 11 f.

147) T. Reiser, Recht der Kapitalgesellschaften, Ein handbuch für Praxis und Wirtschaft, München 1992, §47 Rdnr. 7.

148) R. Weimar, a.a.O., S. 73; H. Graf, Fragen der Rechtsnachfolge bei der Umwandlung volkseigener Betriebe in Kapitalgesellschaften, Wirtschaftsrecht 1991, S. 8.

149) 콤비나트령(Verordnung über die volkseigenen Kombinatw, Kombinatbetriebe und volkseigenen Betriebe/Kombinatsverordnung vom 8. November 1979, GBl. I S. 355) 3조 4항 2문 내지 31조 2항 2문 참조.

150) Vgl. H. Purwins, Finanzielle und rechtliche Risiken bei der Umwandlung volkseigener Betriebe und Kombinate, Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht(VIZ) 1991, S. 41 f.

으며, 국가와의 소유권 관계에 비추어 보더라도 이들 기업들은 진정한 의미의 소유권자가 아니라 처분권이 배제된 관리, 경영권만을 보유했던 것이다. 따라서, 사회주의 경제단위의 자본주의적 기업개념으로의 전환을 단순히 형태변환으로 보기는 힘들 것이다.

2) 신탁법 제11조 제1항 제2문에 의한 전환<sup>152)</sup>

신탁법 11조 1항 1문은 구 국유기업 등의 민영화, 즉 자본회사로의 전환에 대해 다음과 같이 규정하고 있다: “1990년 7월 1일 까지 자본회사로 전환되지 않은 1조 4항<sup>153)</sup> 상의 경제단위는 이 법의 규정에 따라 자본회사로 된다”. 자본회사로 전환되는 경제단위는 “기업전환령”에서와 같이 원칙적으로 등기부상 등재된 모든 콤비나트, 국영기업, 기관, 기타 법률상 독립된 경제주도기관들이다(신탁법 1조 4항).

가) 소극적 적용범위

신탁법 11조 3항에 의하면 다음의 경우에는 법률에 의한 전환이 배제된다.

① 청산절차상의 경제단위: 신탁법 시행일을 기준으로 콤비나트령

- 
- 151) 에콘대 5개년 계획법(Gesetz über den 5-Jahresplan für die Entwicklung der Volkswirtschaft der DDR 1986 bis 1990, GBl. I S. 449).
- 152) 신탁법상에 나타난 기업전환 규정들은 동독인민경제의 사법적 구조로의 신속한 적응을 꾀했던 통일입법자의 의지가 뚜렷이 드러난 대표적 입법이라 평가된다; C. Sieverts, a.a.O., S. 52.
- 153) 신탁법 1조 4항의 규정은 다음과 같다: “신탁청은 이 법이 정하는 바에 따라, 등기된 국영 콤비나트, 기업, 기관 기타 법적으로 독립된 경제단위(이하 경제단위라 칭함)의 전환으로 설립된 자본회사 및 이 법의 시행전 이미 설립된 자본회사의 지분의 소유자가 된다”-Die Treuhandanstalt wird nach Maßgabe dieses Gesetzes Inhaber der Anteile der Kapitalgesellschaften, die durch Umwandlung der im Register der volkseigenen Wirtschaft eingetragenen volkseigenen Kombinate, Betriebe, Einrichtungen und sonstigen juristisch selbständigen Wirtschaftseinheiten(nachfolgend Wirtschaftseinheiten genannt) entstehen oder bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits entstanden sind.



(Kombinatsverordnung)<sup>39</sup>조 1항과 등기령(RegisterVO) 4조 1항 13호에 의해 청산절차에 들어간 경제단위는 신탁법상의 전환대상에서 제외된다.

② 소위 국가기업(Staatsunternehmen): 동독체신청, 동독철도청(Deutsche Reichsbahn) 수로청, 도로공사 등의 국가기업은 “기업전환령”에서와 같이 자본회사로 전환되지 않는다. 그러나, 위 국가기업들은 등기부상의 등기대상이 아님을 고려한다면 동 규정은 선언적 의미만을 가진다고 할 것이다.

③ 지방자치단체 소속의 기업체 및 기관: “기업전환령”에 의해 자본회사로 전환될 수 있었던 지방자치단체 소속의 기업체 등은 신탁법의 시행과 더불어 자본회사로의 전환대상에서 제외된다. 이는 신탁법과 거의 때를 같이해서 제정된 지방자치단체재산법(KVG)의 규정과 조화를 이루기 위해 불가피했다고 한다.<sup>154)</sup> 지방자치단체재산법 2, 3조에 의하면 구 동독 지방자치단체 소속의 기업체는 통일 후 개편된 해당지방자치단체에 귀속된다.<sup>155)</sup> 즉, 신탁청에 의한 민영화 내지 자본회사로의 전환대상은 중앙정부 감독하에 있는 국영기업 등에 한정되는 것이다. 지방자치단체재산법 2, 3조에 의해 해당 지방자치단체는 자기책임하의 민영화를 통해 지방재정의 충실을 꾀할 수 있고 더 나아가 주민의 복리증진에도 기여할 수 있다는 것이 입법취지라 할 것이다. 그러나, 통일 직후의 구 동독지역 내 행정관청의 불비와 이에 따른 업무의 과중성, 전문성의 결여, 투자자의 편입지역 행정관청에 대한 불신 등을 고려해 볼 때 지방자치단체의 사유화 임무는 그 실효를 거두기 힘들었다. 따라서, 통일조약 21, 22조는 지

154) Vgl. C. Sieverts, a.a.O., S. 54 f.

155) 주의해야 할 점은 이같은 지방자치단체로의 귀속이 곧 공법상의 지방자치단체공기업의 설립을 의미하지는 않는다는 점이다. 해당지방자치단체는 통일조약 21, 22조에 해당하지 않는 한, 자신의 책임하에 당해기업을 투자자에게로의 매각을 통해 사유화 해야하는 것이다. 형식적으로 볼때 이는 신탁청의 임무를 지역의 실정 등을 고려해 해당지방자치단체가 맡게되는 결과가 된다.

방의 행정재산, 재정재산 구별을 통해 이들의 연방 내지 지방자치단체로의 소유권 이전을 규정하고 있다.

④ 해체 중에 있는 대외무역기업: 대외무역기업령(AHB-Verordnung)<sup>156)</sup> 1조 1항 1문에 의하면 대외무역기업도 국영기업의 일종으로 등기부에 등재되어야 한다. 이는 곧 대외무역기업도 원칙적으로 기업전환령, 신탁법 상의 전환대상임을 의미한다. 그러나, 신탁법 시행일을 기준으로 국가조약(Staatsvertrag) 제1부속합의서 8조 §4 1항에 의해 채권채무 관계가 서방의 화폐단위로 청산되어야 하는 대외무역기업은 자본회사로의 전환대상이 아니다.

⑤ 國營農林業企業: 국영농임업기업은 신탁법에 의한 자본회사로의 전환대상이 아니라 특별법인 재산이전법(GüG)<sup>157)</sup>의 규율을 받았다. 그러나, 통일과 더불어 재산이전법은 실효하게 되고 이를 대신해서 제 3 신탁법시행령<sup>158)</sup>이 준거법이 된다. 국영농임업기업은 타법에 의해 지방자치단체의 소유가 되지 않는 한 신탁법 1조 2항 상의 사유화 대상이 되며, 이를 위해 신탁법의 규정은 준용된다(동 령 2조). 여기서의 사유화가 무엇을 의미하느냐에 대해 학설상 대립이 있으나 통설은 이를 신탁법 11조 1항 2문이 정하는 자본회사로의 전환이 아니라<sup>159)</sup> 동 령 1조가 규정하는 것 처럼 한시적인 신탁적 관리를 의미한다고 본다. 따라서, 국영농임업기업은 통일조약 21조 3항에 의해 지방자치단체의 소유가 되지 않는 한 자본회사로의 전환대상이 아니라 투자자제로의 매각대상이 된다고 보

156) Verordnung über die volkseigenen Außenhandelsbetriebe vom 29. Juni 1989, GBl. I S. 183.

157) Gesetz über die Übertragung volkseigener Güter, staatlicher Forstwirtschaftsbetriebe und anderer volkseigener Betriebe der Land- und Forstwirtschaft in das Länder und Kommunen/Güterübertragungsgesetz vom 22. Juli 1990, GBl. I S. 897.

158) Dritte Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz vom 29. August 1990, GBl. I S. 1333.

159) 그러나, 이미 이루어진 국농임업기업의 기업전환령에 의한 자본회사로의 전환은 이에 영향을 받지 않는다.

아야 한다.<sup>160)</sup>

#### 나) 전환의 법적 성격

1990년 7월 1일을 기준으로 신탁법 1조 4항 상의 경제단위는 법률에 의해(ex lege) 자본회사로 전환된다. 콤비나트는 주식회사로, 콤비나트 소속 기업과 기타 경제단위는 우선적으로 유한회사로 전환된다. “기업전환령”에 의한 전환에서 살펴 본 바와 같이 전환 전후 기업의 재산적 구조의 불일치는 형태변환적 전환설을 설명하는데 난점이 있다. 또한, 신탁법 19조에 의하면 자본회사의 대표기관은 전환 후 지체없이 설립에 필요한 조치를 취하여야 하는데, 이같은 설립준비 조치는 형태변환적 전환설과는 양립할 수 없다 하겠다. 한편 법적 승계를 이론적 기초로 하는 이전적 전환설도 신탁법상 법적 승계에 관한 규정의 결여로 찬성하기 어려운 점이 있다. 따라서 신탁법 11조 2항 1문에 의한 자본회사로의 전환은 인민경제의 해체와 새로운 경제질서 창출을 목적으로 하는, 기존의 회사법 체계로는 설명할 수 없는<sup>161)</sup> “특별한(sui generis)” 이전이라 보는 견해가 옳다고 본다.<sup>162)</sup>

160) Vgl. Bassenge, in: O. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Aufl. München 1994, §903 Rdnr. 34, 38; W. Horstmann, Rechtsnatur und Vermögenszuordnung ehemals volkseigener Güter und staatlicher Forstwirtschaftsbetriebe, Wirtschaftsrecht 1991, S. 237 ff.; C. Sieverts, a.a.O., S. 57 ff.

161) 예컨대, 신탁법 규정에 의해 설립되는 자본회사는 “再建중(im Aufbau) 주식회사”, “再建중 유한회사”의 명칭으로 職權에 의해(von Amts wegen) 등기된다. 이같은 “再建중 주식회사, 유한회사”는 자본회사의 설립 전 단계의 회사가 아니라 신탁법에 의하여 만들어진 특별한 법적 형태라고 봄이 통설의 입장이다. 따라서 이들 회사는 주식회사법, 유한회사법상의 조건을 충족시킬 때까지는 신탁법 15 내지 18조의 규율을 받게 되는 것이다. 자세한 것은 H. Purwins, a.a.O., S. 41 ff.; R. Weimar, Die Kapitalgesellschaften “im Aufbau” in den neuen Bundesländern, Betriebs-Berater(BB) Beilage 13 zu Heft 15 1991, S. 12 ff.; J. Semler, Zur Umwandlung ehemaliger Kombinate und Kombinatbetriebe, BB Beilage 13 zu Heft 15 1991, S. 9 ff. 참조.

162) C. Sieverts, a.a.O., S. 61 ff.

(나) 신탁법 제11조 제2항 제2문에 의한 재산권 이전

자본회사로의 전환과 더불어 구 경제단위 명의의 동산, 부동산은 자본 회사의 소유로 된다. 이 경우 소유권 이전은 등기부외는 관계없이 법률에 의해(ex lege/kraft Gesetzes) 발생하게 된다.

1) 부동산명의자(Rechtsträgerschaft)를 위한 소유권 이전

구동독 국영기업 등은 기업명의 부동산과 관련하여 소유자로서가 아니라 국가에 의해 위임된 부동산 이용자로서의 지위를 가진다. 이를 위해 부동산명의자(Rechtsträgerschaft)란 법적 개념이 “부동산명의자령”<sup>163)</sup>에 의해 만들어 지게 된다.

신탁법은 자본회사가 부동산명의자로서의 국영기업 시절 사실상 점유, 이용하던 국유부동산의 진정 소유자가 되어야 한다는 점유보호원칙을 대명제로 삼고 있다. 이에 따라 신탁법 11조 2항에 따른 소유권 이전은 동독법상의 부동산명의자 개념과 직결되어 있다.<sup>164)</sup> 구 국유부동산의 소유자로 되는 부동산명의자는 등기부상의 표기를 기준으로 하되, 이와 관련된 신탁법 제정 취지-경제적 목적을 위해 시장경제체제에 걸맞는 부동산 구조의 창출-도 고려해서 결정되어야 한다고 한다. 한편, 신탁법 23조는 국유부동산의 전환 자본회사로의 소유권 이전 원칙을 천명한 국가조약 제 9 부속의정서 3호 2문을 구체화하고 있다고 평가된다. 신탁법 23조에 의하면 동법 11조 2항 상의 소유권 이전은 “기업전환령”에 의한 자본회사 설립의 경우에도 적용된다고 하여 신탁법에 의한 자본회사의 설립과 균등히 취급하고 있다. 따라서, 전술한 “기업전환령”에 의해 이미 전환된 자본회사이지만 신탁법 11조 3항에 의해 동 법상의 전환대상에서 제외되는

163) 부동산명의자령 3조 3항 및 14조 3항에 의하면 부동산명의자는 소유권자와 더불어 다음과 같은 형태로 등기된다: “Eigentum des Volkes; Rechtsträger: VEB...”.

164) “부동산명의자”는 原始的 取得(부동산명의자령 14조) 혹은 부동산명의자 변경(부동산명의자령 3조)에 의해 취득 된다. 그러나, 철저한 국가계획경제로 인한 부동산에 대한 실질적 이해관계의 결여로 부동산명의자의 등기는-특히 後發的 취득의 경우에는- 실제로 잘 이루어지지 않았다고 한다. C. Sieverts, a.a.O., S. 66.

경제단위도 국유부동산의 소유자가 된다고 보아야 할 것이다.

## 2) 부동산이용자(Grundstücksnutzer)를 위한 소유권 이전

제5 신탁법시행령 2조에 의하면 1990년 6월 30일을 기준으로 이용계약에 근거하여 기업 운영상 필요한 부동산을 주로(überwiegend) 이용한 경제단위는 신탁법 11조 2항 상의 부동산명의자와 똑같이 취급된다고 한다. 여기서 ‘부동산명의자와의 똑같은 취급’과 관련하여 해석상 상당히 어려운 문제가 제기된다. 즉 이를 부동산명의자의 국유부동산의 소유권 취득에서와 같이 법률에 의한 소유권 취득이라고 본다면, 결과적으로 자본회사 소유의 부동산이 이용관계에 있던 경제단위 소유로 이전됨을 의미하게 되어 법적 안정성의 측면에서 심각한 혼란이 야기되기 때문이다.<sup>165)</sup> 이는 더 나아가 소급입법금지과 기본법 14조의 소유권 보장 원칙과 관련하여 동 시행령의 위헌문제를 야기할 수도 있는 것이다. 따라서, 동 령 2조 상 소유권 이전의 법적 성질을 고찰함은 그 논의의 실익이 크다고 할 것이다

학자에 따라서는 부동산이용자의 소유권 취득을 채권적 청구권으로 보아, 법률에 의한 소유권 이전이 아니라 동 령 4조 상의 계약행위에 의한 소유권 이전이라 해석한다.(債權的 請求權說)<sup>166)</sup> 법률에 의한 소유권 이전이라 할 경우 신탁법에 의한 소유권자는 소급효에 근거한 사후 소유권 상실을 감내해야 하며, 신탁법과 제 5 신탁법시행령이 손실보상규정을 두고 있지 않으므로 이는 곧 기본법 14조 3항의 附帶條項(Junktim-Klausel)에 배치되어 헌법위반이라고 주장한다. 또한, ‘기업 운영상 필요’, ‘주요’ 등의 개념자체가 불명확하므로 이에 의해 소유권의 물권적 이전을 인정하기에는 무리가 따른다고 한다.<sup>167)</sup> 따라서, 부동산이용자의

165) 신탁법 시행일인 1990년 7월 1일을 기준으로 해당 부동산의 소유권을 취득한 자본회사는 위의 해석을 따르자면 1990년 9월 18일에 발효된 제 5 신탁법시행령에 의해 소급해서 소유권을 박탈당하는 결과가 된다.

166) W. Försterling, a.a.O., Rdnr. 78 ff.; K. Lambsdorff, Vermögensübergang bei ehemals volkseigenen Betrieben, DtZ 1992, S. 102 ff.

167) G.H. Wäcker, Übertragungsansprüche nach der 5. Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz, BB Beilage 9 zu Heft 12, S. 6 ff.; W.

소유권 획득은 당사자간의 계약행위에 의하여야 하며, 이것이 여의치 않을 때에는 재산귀속법(VZOG) 4조 1항을 준용하여 신탁청장이 소유권의 귀속을 결정하여야 한다고 한다. 한편, 동령 4조도 채권적 청구권설을 뒷받침하는 규정이라고 한다. 즉, 채권적 청구권설은 구 부동산명의자와 부동산이용자 사이의 인수인계 계약서에 관한 동조를 소유권 이전의 한 형태를 규정한 것으로 보는 것이다.

그러나, 채권적 청구권설은 우선 제5 신탁법시행령이 시행될 때에는 편입지역에 기본법이 효력을 미치지 않았음을 간과하고 있다. 더욱이 그러한 청구권의 실효성에도 의문이 제기되지 않을 수 없다. 신탁청이 부동산이용자의 소유권이전청구권의 실행을 위해 구 부동산명의자-현재의 신탁청기업-에게 이용자와의 인수인계 계약 체결을 독촉함은 기대하기 어렵기 때문이다. 또한 자본회사가 부동산이용자의 소유권이전청구권의 실행전에 제 3 자, 특히 투자자에게 해당 부동산을 매각하였을 경우에는 법적 안정성과 관련하여 복잡한 문제를 야기하게 되는 것이다.

현재 이에 관한 독일 학계의 입장은 아직 의견의 일치를 보지 못한 것으로 보여진다. 그러나, 私見으로는 실제 국유부동산을 이용하고 있던 부동산이용자의 점유보호의 법익이 형식상 부동산명의자의 그것보다 큼을 인정한다면 부동산이용자의 제 5 신탁법시행령에 의한 소유권 취득을 법률에 의한 취득이라 보아야 한다고 생각한다.

#### (4) 구동독 공공재산의 귀속

구동독 헌법 10조 2항 및 민법 20조 1항에 의하면 사회주의적 소유권은 사적 소유의 대상이 될 수 없었다. 그러나, 이같은 사회주의적 소유의 절대성은 1990년 6월 17일에 공포된 “헌법상 근본원칙 (Verfassungsgrundsätze-VerfGrdG)에 의해 깨어지고 만다. 즉, 동 원칙 1, 2조에 의해 동독 정부는 자유주의적 기본질서와 사적 소유권(Privateigentum)을 인정하게 된다. 그 후 제정된 일련의 법령들은 이같은 국가 기본질서의 변

---

Klumpe/U. Nastold, Rechtshandbuch Ost-Immobilien: Eigentumserwerb, Immobilienrückerwerb und Grundstücksverkehr in den neuen Bundesländern, 2. Aufl. Heidelberg 1992, Rdnr. 147.

혁을 구체화해서 통일 후 새로운 소유권 질서를 대비하게 된다. 예컨대 신탁법(TreuhG) 11조 2항 2문은 국가소유 부동산의 광범위한 사유화(Privatisierung) 원칙을 천명하고 있으며, 지방자치단체재산법(KVG) 2, 3조는 국가소유 부동산이 등기부상 지방자치단체 명의이거나 계약적 이용관계에 있으면 그 부동산의 해당 자치단체로의 소유권 이전을 규정하고 있다. 그러나, 통일조약 체결 후에는 공공재산의 귀속 문제가 “신법 우선의 원칙” 및 동 조약의 특별규정<sup>168)</sup>에 따라 원칙적으로 통일조약 21조 내지 22조의 규율 대상이 되게 된다.

### (가) 행정재산의 귀속

#### 1) 행정재산의 의의

통일조약 21, 22조는 구 동독 공공재산의 분배에 있어 행정재산과 재정재산의 구분에서부터 출발하고 있다. 독일연방헌법재소(Bundesverfassungsgesicht)의 판례에 의하면<sup>169)</sup> 재정재산은 자본적 가치를 통해 단순히 간접적으로 공공행정에 기여하고, 그 수익은 행정상의 경비 충당에 사용되는 재산을 가리킨다. 이에 대해 행정재산은 그 사용을 통한 행정의 직접적인 기여를 요건으로 한다. 통일조약 21조 1항 1문에 의하면 행정재산을 “직접적으로 특정된 행정과제에 기여하는 재산”으로 정의하고 있다.<sup>170)</sup>

168) 통일조약 제2 부속합의서 4장 3절 2호는 지방자치단체재산법은 동 조약 21, 22조 규정과 일치하는 범위내에서 효력을 가진다고 규정하고 있다.

169) BVerfGE 10, 20 (37). Vgl. K.H. Friauf, Staatsvermögen, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, Heidelberg 1990, Rdnr. 28.

170) 원래 “행정재산”은 公物法(das öffentliche Sachenrecht)상의 개념이므로 재정재산에는 공물이 포함되지 않는다. 여기서 말하는 物件은 私法상의 개념과는 다르며, 無體物과 主物의 본질적 구성요소인 從物 및 集合物을 포함한다. Vgl. Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974, S. 485; Hans-Jürgen Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 2. Aufl., Berlin 1984, S. 161 f.; Theodor Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, 4. Aufl., Braunschweig 1957, S. 1 ff.; 金東熙, 行政法 II, p. 181 이하. 구 동독에 있어서 이같은 행정 및 재

구 동독의 경우, 공공재산 개념이 국가소유라는 상위 소유권 형태에 혼일되어 있으므로 행정, 재정재산의 구별은 찾아 볼 수 없다. 이러한 상황하에서, 공공재산 개념은 일응 신탁법 규정과의 연관하에서 소극적으로 정의되어 질 수 있다. 즉, 신탁법 상의 사유화 대상이 아닌 것이 공공재산이며, 사회주의 국가의 공동된 현상인 광범위한 국가의 행정적 통제에 비추어 행정재산 개념을 광의로 해석해야 한다는 것이 독일의 통설<sup>171)</sup>이다. 따라서, 수익을 통한 간접적인 행정에의 기여 여부가 명백하지 않은 이상 행정재산으로 간주되어야 한다고 한다.<sup>172)</sup>

## 2) 통일조약 21조

통일조약 21조 1항 1문 및 2항에 의하면 동독의 행정재산은 1989년 10월 1일<sup>173)</sup>을 기준으로 그 목적에 비추어 볼 때 주로 지방자치단체의 행정목적에 기여하는 한, 법률에 의해(ex lege) 기본법상 관할권 있는 해당 자치단체의 소유로 되며, 그 외의 경우는 연방재산이 된다. 더불어,

---

정재산의 구별은 모든 재산적 가치의 국가목적에의 기여와 이에 따른 재산권의 國家獨占 현상에 비추어 볼 때 쉽지 않아 예컨대 지방자치단체재산법에서는 이를 구별하고 있지 않다.

- 171) 예컨대, J. Ipsen/T. Koch, Zuordnung volkseigenen Vermögens und Restitution früheren Eigentums der öffentlichen Hand, DVBl. 1993, S. 1 ff.; Lucia Eckert, Öffentliches Vermögen der ehemaligen DDR und Einigungsvertrag, 1994, S. 41 ff.; Christof Sieverts, Der Übergang ehemals volkseigener Grundstücke auf Treuhandunternehmen oder Gebietskörperschaften, 1994, S. 122 ff.
- 172) 講學上 일반적으로 인정되는 행정재산 외에(자세히는 金東熙, 行政法 II, p. 185 이하), 통독의 경우 판례를 통해 다음과 같은 것이 행정재산으로 인정되었다; 학교, 유치원, 스포츠 시설, 墓地, 지역 도서관, 시립 박물관 내지 극장, 쓰레기 수거 기업: Vgl. auch Arbeitsanleitung des Bundesinnenministeriums zur Übertragung kommunalen Vermögens und Förderung von Investitionen durch die Kommunen vom 19. April 1991, S. 5 f.
- 173) 통일조약이 특별히 基準日(Stichtag)로 1989년 10월 1일을 규정한 취지는 당시 정치적 상황하에 통일을 예상한 동독정부가 행한 일련의 법적 근거 없는 공공재산의 용도 내지 목적 변경에 대응하기 위한 것이라 한다; vgl. M. Lange, Wem gehört das ehemalige Volkseigentum? DtZ 1990, S. 329 ff.; C. Sieverts, a.a.O., S. 124 f.; L. Eckert, a.a.O., S. 76 ff.



과거 반법치주의적, 무상의 강제적 소유권 이전이라는 불법의 회복 측면에서 공법상 자치단체로부터 중앙정부 내지 다른 자치단체에게로 무상으로 이전되었던 재산권은 원상회복 된다(동 조약 21조 3항). 여기서의 원상회복은 채권적 청구권의 행사에 의하며, 그 자세한 내용은 재산귀속법(VZOG)의 규정에 의한다. 21조 1, 2항과 3항이 충돌할 경우에는 입법 취지를 고려할 때 3항의 규정이 우선한다고 보아야 한다.<sup>174)</sup> 더 나아가, 과거 독일제국 재산은 그 행정목적 여부에 상관없이 연방재산으로 된다는 점에서 동 조 1, 2항의 적용 범위는 상당히 제한된다고 볼 수 있다.

### 3) 통일조약 21조에 대한 특별규정

통일조약 21조 1항 1문 및 2항에 대한 특별규정으로는 동 조약 26, 27조, 군축 및 방위성 소유 군대재산(Militärvermögen des Ministeriums für Abrüstung und Verteidigung)의 처리에 관한 제 2 신탁법 시행령,<sup>175)</sup> 국가안전성(Ministerium für Staatssicherheit/des Amtes für Nationale Sicherheit) 소유 행정재산처리에 관한 동 조약 21조 1항 2문 및 제 4 신탁법 시행령<sup>176)</sup> 등을 들 수 있다.

구 동독 철도청(Deutsche Reichsbahn), 구 동독 체신청(Deutsche Post) 소유 재산은 구 동독의 편입과 더불어 독일 연방공화국의 재산으로 된다. 이에 관한 세부 규정으로는 재산귀속법(VZOG) 및 신철도법(Eisenbahnneuordnungsgesetz vom 27. Dezember 1993)을 들 수 있다. 통일조약 21조 3항의 구성요건에 해당하는 공법상 지방자치단체는, 이 경우 구 동독 철도청 및 체신청 소유 특별재산<sup>177)</sup>의 원상회복

174) M. Lange, a.a.O., Fn. 35; H. J. Hahn, Voraussetzung und Umfang des Rechtserwerbs nach Art.21 III Einigungsvertrag und dessen Verhältnis zu den Art.134 und 135 GG, 1993, S.72 ff.; L. Eckert, a.a.O., S. 41 ff.

175) Zweite Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz vom 22. August 1990. GBl. I, S. 1260.

176) Vierte Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz vom 12. September 1990. GBl. I, S. 1465.

177) 구 동독 철도청 및 체신청 소유 재산은 소위 제 1 국가조약(Staatsvertrag) 26조에 의해 “특별재산(Sondervermögen)”으로 분류되어, 그에 대한 특별규정이 이미 통일조약 체결 이전 부터 예정되어 있었다.

청구적격자로 인정되며,<sup>178)</sup> 과거 권리주체의 변경이 등기부와 상관없이 이루어 졌을 경우에는 재산귀속법 4조, 21조 1항 및 신탁법 11조 2항에 의해 신탁청산하기업(Treuhandunternehmen)에게로 소유권이 이전된다.

편입일을 기준으로 군사적 목적, 즉 방위기술상의 목적에 기여하지 않는 군축 및 방위성 소유 군대재산과 1989년 10월 1일을 기준으로<sup>179)</sup> 이미 공무에 기여하던 국가안전성 소유 재산은 법률에 의해(ex lege) 신탁청 소유로 되어 사유화 된다(제 2 신탁법 시행령 1조 1항 및 2조 및 통일조약 21조 1항 2문).

#### (나) 재정재산의 귀속

통일조약 22조 1항 1문에 의하면 다른 조항에 새로운 권리자에게로의 소유권 이전이 규정되어 있지 않은 한,<sup>180)</sup> 구 동독의 공공재산 -재정재산-은 연방정부의 신탁관리대상이 된다. 동 조 3문 내지 6문은 더 나아가 재산가치의 연방과 주에 의한 반반씩의 분할과 Gemeinde<sup>181)</sup>의 준비례에 따른 분배에의 적정한 참여를 규정하고 있다. 아래에서는 동조에서 말하는 공공재산 -재정재산-의 개념과 구체적 적용 범위 및 지방자치단체의 재정재산에 관해 알아보기로 한다.

#### 1) 재정재산의 의미

통일조약 22조 1항 1문은 재정재산을 “국가 목적에 간접적으로 기여하는 농지, 산림을 포함하는 공공재산”으로 정의하고 있다. 이같은 정의는 공공재산의 전통적 이분법을 따른 것으로 이에선 신탁청 산하 자본회사

178) 재산귀속법 21조. 이에 대한 예외 규정으로는 동 법 11조 1항 3문 1호 참조.

179) 이같은 기준일 규정은 구 동독 “국가 안전성 해체 위원회”의 통일을 앞둔 급작스러운 해당재산의 목적 변경 및 규정에 대응하기 위한 것이라 한다. 자세히는 C. Sieverts, a.a.O., S.135 ff; H. Schaeffgen, Das Liegenschaftsvermögen des Ministeriums für Staatssicherheit der DDR, DtZ 1992, S. 130 ff. 참조.

180) 이러한 의미에서 동 규정은 包括的 規定(Auffangvorschrift)이라 불리운다. Vgl. C. Sieverts, a.a.O., S. 140.

181) 우리의 읍, 면에 해당한다고 볼 수 있다.

(Kapitalgesellschaft - 특히, 상수도, 교통, 항만, 에너지 관련 기업)가 보유하고 있는 자본지분을 포함한다.<sup>182)</sup> 전술한 바와 같이 다른 규정에 의해 공공재산의 귀속이 결정되는 경우에는 22조의 규정이 배제되는 바 이에는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

가) 행정재산; 이미 살펴 본 대로 행정재산의 법적귀속은 전통적인 공공재산의 이분법에 근거한 통일조약 21조의 규정에 따른다.

나) 社會保險團體(Sozialversicherung)의 재산; 통일조약 30조 4항 2문에 의하면 사회보험단체 재산의 분배는 특별법의 규정에 따르는 바, 이에 따라 “편입 지역 사회보험단체의 재산권 문제 해결에 관한 법률(Gesetz zur Regelung von Vermögensfragen der Sozialversicherung im Beitrittsgebiet und zur Änderung von Gesetzen)”이 제정되었다.<sup>183)</sup>

다) 신탁청 재산; 특별규정에 의해 국유재산의 신탁청에로의 귀속이 규정된 경우 재정재산에 관한 통일조약 22조의 적용이 배제되는데 詳述하면 다음과 같은 경우이다.

① 군대 재산; 전술한 바와 같이 군축 및 방위성 소유 재산은 제 2 신탁법 시행령 2조 2항에 의해 신탁청 소유로 된다.

② 농업생산조합 재산; 제 3 신탁법시행령 1조에 의하면 동 조에서 규정

---

182) L. Eckert, a.a.O., S. 181. 그 외에도 재정재산의 개념 속에는 다음의 것들이 포함될 수 있다. 주거용 건축을 담당하는 국영 기업체의 건물, 자치단체 명의의 多世帶住宅(Mehrfamilienhäuser), 경제의 구조적 적응 및 고용 창출에 기여할 수 있는 자치단체 명의의 부동산. Vgl. Arbeitsanleitung des Bundesinnenministeriums zur Übertragung kommunalen Vermögens und zur Förderung von Investitionen durch die Kommunen, S. 6 f.

183) 동 법에 의하면 해당 재산의 소유권 귀속 내지 이전은 당해 단체의 인수기관의 결정에 따르도록 규정되어 있지만, 동 규정의 실질적 적용 가능성은 희박하다고 한다. Vgl. M. Lange, a.a.O., S. 329 ff.

한 경제단위는 한시적 신탁관리를 위해 신탁청에 이전된다. 그러나, 동 규정은 신탁청의 소유권 취득을 의미하지는 않는다. 즉, 동 조에서 규정된 경제단위가 기업전환령 및 신탁법의 규정에 의해 자본회사로 전환될 경우, 신탁법 11조 2항 2문, 23조에 의해 당해 국가 소유 부동산의 소유자가 된다.

③ 국가 안전성 재산; 제 4 신탁법 시행령 1조 및 통일조약 21조 1항 2문, 22조 1항 2문에 의하면 구 국가 안전성 소유의 부동산, 건물 기타 건축물 등의 재산은 구 동독의 편입과 더불어 신탁청 소유가 된다.

④ 국유약국; 국유약국은 藥局法(Apothekengesetz) 28a조에 의해 사유화 목적상 신탁청에 소유권이 이전된다.

라) 지방자치단체에 이전되는 공공재산; 통일조약 22조 1항 1문에 의하면 공공재산이 법률에 의하여(kraft Gesetzes) 신탁법 1조 1항 2, 3문에 따라 Gemeinde, 市 혹은 Landkreis<sup>184)</sup>에 이전될 경우에는 연방 재정재산이 되지 않는다. 예컨대, 보통의 경우 신탁법 11조 2항 2문에 의해 전환과 더불어 신탁청기업의 소유가 되는 부동산등 재산적 가치도 신탁청장의 재산귀속결정에 따라 지방자치단체의 소유가 될 수 있다.<sup>185)</sup> 또한, 통일조약 22조 4항에 의하면 동조 1항은 주택건설 촉진과 관련된 국유기업 재산에는 적용되지 않는다.

## 2) 통일조약 제22조 제1항의 구체적 적용범위

### 가) 정당 및 대중단체(Massenorganisation)의 재산

정당법 20b조<sup>186)</sup>에 의하면 정당<sup>187)</sup>과 대중단체<sup>188)</sup>의 재산은 주지사

184) 우리의 경우 郡에 해당한다고 볼 수 있다.

185) 재산귀속법 10조.

186) Gesetz über Parteien und andere politische Vereinigungen (Parteiengesetz-DDR) vom 21 Februar 1990 (GBl. I, S. 66). 특히, 동 법 20a, 20b조는

에 의해 설치된 “특별위원회(Unabhängige Kommission)”의 신탁적 관리 대상이 되며, 그 실제적 신탁운영은 신탁청이 담당한다. 이 경우 신탁적 관리 기능만의 이전이므로 실질적 소유권 이전은 발생하지 않는다. 따라서, 신탁청의 신탁 관리에도 불구하고 정당, 대중단체 명의의 재산은 재정재산으로 간주되어 통일조약 22조 1항에 의해 통일과 함께 연방재정 재산이 된다. 신탁청은 이에 따라 자신이 관리하던 재산권을 반환하여야 하며, 반환이 불가능한 경우에는 공공의 목적, 특히 편입 지역 경제구조의 재편성에 이용하여야 한다.<sup>189)</sup>

#### 나) 지방자치단체가 경영하는 기업

통독 후 州의 재편성에 관해서는 “州編成法”에 의한다. 주편성법의 시행 시 -즉, 1990년 10월 3일을 기준으로- 아직 전환되지 않은 지방자치단체소속 국영기업 명의의 재산은 신탁법 11조 2항 2문(자본회사의 부동산에 대한 법률에 의한 재산권 취득)의 규정과 상관없이 연방재정재산이 된다고 한다.<sup>190)</sup>

#### 다) “구 회사(Alt-Gesellschaft)”의 재산

구동독 법제에 의하면 외국기업의 출자 내지 외국기업과의 합작으로 설립되며 과거 제 3 제국 유한회사법, 주식회사법의 규율을 받는, 국유기업 등기부에 기재되지 않은 기업이 존재했었는데, 이를 “구 회사”라 命名한다. 여기서, 그와 같은 기업도 일반 국유기업과 같이 신탁법 내지 기업전환령의 규율대상인가가 문제되는 바 이와 관련해서 판례는 동 법령의 유추적 적용을 인정한다.<sup>191)</sup> 그러나, 통설<sup>192)</sup>은 신탁법 내지 기업전환령

---

통일조약 9조 2항 및 제 2 의정서 2장 2 분야 2절에 의해 통일 후에도 그 효력이 인정된다.

187) 예컨대 사회 통일당(Sozialistische Einheitspartei Deutschland/SED), 기타 Blockparteien.

188) 예컨대 자유독일노조(Freier Deutscher Gewerkschaftsbund/FDGB), 자유독일청년연맹(Freie Deutsche Jugend/FDJ).

189) C. Sieverts, a.a.O., S. 149 f.

190) Schreiben des BMF(Bundesfinanzministeriums) vom 16. Januar 1991, VIII A 1 - FB 0510 - 1/91.

이 국유기업 장부예의 등기를 전제조건으로 하고 있으며, 법률에 명문의 규정이 없는 점 등을 들어 “구 회사”를 신탁법 내지 기업전환령의 적용대상에서 제외하고 있다. 따라서, 통설에 의한다면 “구 회사” 명의의 부동산은 통일조약 22조에 의해 연방재정재산이 된다고 본다

라) 청산 절차상에 있는 국유기업의 재산

1990년 7월 1일을 기준으로 장부상 청산 절차에 들어간 국유기업은 신탁법 1조 5항 4호, 11조 3항 1호에 의하여 동법 11조 1항의 자본회사로의 법적 전환 대상이 아니다. 따라서, 기업명칭의 국가소유 재산은 동 법 11조 2항 2문에 따른 자본회사가 아닌 통일조약 22조상의 연방정부의 소유로 된다.

마) 국유산림기업의 재산

신탁법 11조 3항 5호에 의하면 국유산림기업은 동 법상의 자본회사로의 전환 대상에서 제외되는데, 이 경우 비록 舊法(기업 전환령)에 의해 기업이 사유화되었다라도 기업명칭의 국가소유재산은 기업 전환으로 생긴 자본회사에 귀속되는 것이 아니라 예외적으로 연방재정재산이 된다고 해석하는 것이 통설의 입장이다.

3) 지방자치단체의 재정재산

통일 전의 지방자치단체재산법(KVG) 2, 3조는 국유재산의 지방자치단체로의 광범위한 소유권 이전을 규정하고 있다. 즉, 지방자치단체 명칭 및 계약적 이용관계에 있는 기업, 기관 기타 국유 부동산은 해당 자치단체의 재정재산으로 된다. 그러나, 동독의 편입과 더불어 지방자치단체의

191) Beschluß des Bezirksgerichts Erfurt vom 4. November 1992, VIZ 1993, S. 120 ff. “.....이같은 유추적용은 국유기업의 私法上 자본회사에로의 전환이라는 사유화 理念에 적합하다. ....”

192) W. Böhringer, Besonderheiten des Liegenschaftsrechts in den neuen Bundesländern, Rdnr. 106: Schmitt-Habersack, in: J. Kimme, Offene Vermögensfragen, Art.22 EVertr., Rdnr.13; Schreiben des BMF vom 13. Mai 1992, VIII B 2 - FB 5045 - 201/92.

재정재산 인정 여부는 통일조약 22조 1항 2문, 4항 및 재산귀속법(VZOG) 1a조 4항의 규율 대상이 된다. 이와 더불어 구법(지방자치단체 재산법)상의 규정도 통일조약에 배치되지 않는 한 효력이 인정되므로 관계 법령의 조화로운 해석상 어려움이 있게 된다.

가) 주택건설 촉진에 이용된 국유재산

주거용 주택건설 목적으로 이미 구체적 시행계획서가 제출된 주택국유기업(Volkseigene Betriebe der Wohnungswirtschaft) 명의의 국유재산은 채무 배당액과 함께 지방자치단체에 이전된다.<sup>193)</sup> 해당 재정재산이 과거 공법상 자치단체로부터 중앙정부 내지 다른 자치단체에게로의 무상이전의 대상이었던 경우에는 원권리자의 소유권 회복 청구권이 우선한다(통일조약 22조 4항 1문). 재산귀속법 1a조 4항은 통일조약의 규정에 더 나아가 지방자치단체의 권리를 확장하고 있는데, 이에 따르면 주택국유기업이 비록 자기명의로는 아닐 지라도 주택 건설 촉진을 위해 실질적으로 점유하는 국유재산도 관할권 있는 지방자치단체의 소유가 된다.<sup>194)</sup>

나) 통일조약 제22조 제1항 제2문에 의한 지방재정재산

주로 국가 안전성의 임무에 이용되던 국 동독의 재정재산은 통일 후 새롭게 제기되는 다양한 공적 임무 수행을 위해 지방자치단체 소유로 된다. 이 경우 구체적 소유권 이전은 동 조약 21조 1항 2문 및 제 4 신탁법 시행령 1조의 규정에 의한다.

---

193) 통일조약 22조 4항. 동 조에 대한 부속의정서 13호에 의하면 住宅組合(Wohnungsgenossenschaft)에 의해 주거 목적으로 사용된 부동산도 지방자치단체의 소유로 된다. 이 경우 통일조약 22조 4항과는 달리 구체적 시행계획서의 제출은 필요치 않다고 봄이 일반적 견해이다. 예컨대, C. Sieverts, a.a.O., S. 156.

194) 구체적으로 동 규정은 지방자치단체가 해당 부동산의 권리주체로 등재되지만 실질적 관리 운영은 주택국영기업이 담당하는 경우를 예상한 것이라 한다. Schmitt-Habersack, a.a.O., Art.1a VZOG, Rdnr. 10.

다) 연방재정재산의 지방재정재산에로의 이전

지방자치단체재산법상 지방자치단체의 재정재산에 대한 소유권 취득은 전술한 바와 같이 통일조약 21, 22조와 배치되지 않는 범위 내에서만 가능하다. 여기서의 소유권 취득이란 법률의 규정에 의한 소유권 취득이 아니라 재산귀속법(VZOG)상의 채권적 청구권이라고 본다. 통일조약 22조에 의해 다음 네가지 경우에는 異論없이 지방재정재산의 성립이 인정된다.

- 법률에 의해 신탁법 1조 1항에 따라 Gemeinde, 市, Landkreis에 이전되는 경우,
- 22조 1항 2문 및 제 4 신탁법 시행령에 의해 지방에 귀속되는 국가 안전성 소유 재산,
- 22조 1항 7문에 의해 원상회복 청구 대상인 과거 공법상 자치단체의 재산,
- 22조 4항의 주택국유기업 재산.

위와 같은 명문의 규정에도 불구하고 실제 법 운용상 발생하는 연방과 지방자치단체 사이의 소유권 다툼을 해소하기 위해, 연방재무성 장관과 자치단체 연합은 다음과 같은 지방재정재산의 개념적 정의에 합의하게 된다.

“지방자치단체의 재정재산이란, -통일조약 21조상의 행정재산으로 분류되어 이미 Gemeinde나 市 등에 이전되지 않는 한- 1990년 10월 3일을 기준으로 Gemeinde, 市, Landkreis 명의이거나 계약적 이용관계에 있으며, 현재 구 동독법의 규정 내지 慣行(Üblichkeit)상 지방적 목적에 기여하는 국유기업, 기관, 부동산 등을 가리킨다.”<sup>195)</sup>

이 같은 지방재정재산에 대한 개념적 합의는 구 동독지역의 자본재 확충을 통한 구 동서 간의 균형 있는 발전을 기하기 위한 것이라 평가된다. 그러나, 연방으로서는 위 법률해석에 의할 때 통일조약 22조 1항 1문상

195) Erlaß des BMF vom 9. April 1991, VI C 4 - 0 1002 - 172/91, S. 14 Nr. 2.1; siehe auch Infodienst Kommunal Nr. 24 vom 19. April 1991, S. 11 ff.



규정된 연방재정재산의 일부를 포기하는 결과가 되고 더 나아가 동 항 3 문상 州와 나누어야하는 전체 재산적 가치가 감소하는 결과가 되어 위 해석의 적법성에 의문이 제기되지 않는 바는 아니다. 어쨌든 재산귀속법에 규정된 재산귀속결정(Vermögenszuordnungsbescheid)에 의해 연방재산에서 지방재정재산으로 이전되는 것으로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.<sup>196)</sup>

- 1990년 10월 3일을 기준으로 구 동독법상 Gemeinde, 市 명의이며 주택건설 촉진에 사용된 건조물 있는 부동산,<sup>197)</sup>
- 지방적 목적을 위해 1990년 10월 3일을 기준으로 토지이용계획서등과 지방대표기관의 결정을 이미 거친 건조물 없는 부동산,
- 구 동독법상 Gemeinde, 市 명의이며 구 동독 지역의 경제적 구조 적응과 중소기업의 고용 창출에 기여하는 건조물 없는 부동산,
- 구 동독법상 Gemeinde, 市 명의이며 계약적 이용관계에 의해 국민의 요양, 여가선용 등을 위해 건축된 별장, 소규모 공원등의 부동산.

#### 라) 신탁청기업 소유 부동산의 지방자치단체로의 이전

신탁청기업 부동산의 지방자치단체로의 소유권 이전 문제는 통일 후 격렬한 논쟁의 대상이었고, 그래서 지금까지 여러차례 입법의 변화를 겪어야 했다.<sup>198)</sup> 재산귀속법 10조에 의하면 신탁청장은 지방자치단체의 신

196) Erlaß des BMF vom 9. April 1991, a.a.O.

197) 재산귀속법 1a조 4항 참조.

198) 지방적 임무에 사용되던 부동산이 이미 신탁청 기업 소유로 되었을 경우 지방자치단체는 통일조약 22조 1항 1문, 신탁법 1조 1항 3문 및 지방자치단체재산법 1조등에 의해 해당 신탁청 회사에 소유권 이전 청구권을 행사할 수 있었다. 그러나, 청구권에 대한 구체적 절차규정의 결여로 그에 대한 실효성이 의심되었는 바 “장애제거법(Hemmnisbeseitigungsgesetz-Gesetz zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung von Unternehmen und zur Förderung von Investitionen vom 22. März 1991/PrHBG, BGBl. I, S. 20)” 13조 3문과 ”제2 재산권개정법(Zweites Vermögensrechtsänderungsgesetz-Gesetz zur Änderung des Vermögensgesetzes und anderer Vorschriften vom 14. Juli 1992/2. VermRÄndG, BGBl. I, S. 1257)”에 의해 새로이 재산귀속법에 추가된 7a

청에 의해(auf Antrag), 통일조약 21, 22조에 따라 지방자치행정에 기여하는 신탁청 기업 소유의 부동산 기타 건조물을 귀속결정(Zuordnung-sbescheid)을 통해 해당 자치단체에 이전하여야 한다. 이 같은 소유권 이전 의무는 당사자간만을 구속하는 것으로 이미 신탁청 기업 소유 재산이 제 3자에게 이전되었을 경우에는 그 법률행위의 효력에는 영향을 미치지 않으며, 단지 당해 지방자치단체는 판매가액의 반환만을 청구할 수 있다.<sup>199)</sup> 이는 편입 지역의 경제적 재건을 위해, 예상되는 투자장애요인을 제거하고자 하는 정책적 고려에서 기인한다고 보여진다. 한편, 해당 부동산등이 이미 기업 활동에 이용되고 있고 이를 반환할 경우 회복하기 힘든 손해의 발생이 예상되는 경우에도 지방자치단체에로의 소유권 이전은 배제된다.<sup>200)</sup> 회복성 여부는 기업목적에 비추어 판단하여야 하며, 판례는 기업목적에의 회복하기 힘든 손해의 범위를 좁게 인정해서 지방자치단체에로의 반환을 넓게 인정하는 경향이다.<sup>201)</sup>

위에서 설명한 지방자치단체에로의 직접적인 소유권 이전 외에도 신탁청 기업의 地方化(Kommunalisierung)를 통한 간접적 형태의 소유권 이전도 생각할 수 있다. 즉, 신탁청은 신탁법 1조 1항 1문 및 지방자치단체재산법 4조 내지 6조의 규정에 따라 회사 지분의 지방자치단체에게로의 매각을 통해 신탁청기업을 사유화할 수도 있다. 이 경우 해당기업의 사유화, 지방화를 통해 간접적으로 지방자치단체로의 소유권 이전이 발생하는 것이다.<sup>202)</sup>

---

조에 이전절차규정이 名文化되게된다. 동 법 7a조도 “등록절차가속법(Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz-Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung registerrechtlicher und anderer Verfahren vom 20. Dezember 1993, BGBl. I, S. 2182/RegVBG)”의 制定과 함께 동 법 10조로 위치를 옮기면서 裁量規定(Ermessens- bzw. Kannvorschrift)에서 羈束規定(Mußvorschrift)으로 법적 성격이 바뀌게 된다.

199) 재산귀속법 10조 1항.

200) 재산귀속법 10조 1항 4문.

201) 예컨대 BVerfGE VIZ 1994, S. 351 f.

202) 지방화를 통한 지방자치단체로의 간접적 소유권 이전은 실제 近郊交通企業(Personennahverkehrsbetriebe), 상하수도기업, 에너지 관련 기업등에서 많이 볼 수 있다고 한다. 자세한 J. Ipsen/T. Koch, a.a.O., S. 5 f. 참조.

(다) 小 結

통일일을 기준으로 직접 특정의 행정목적에 기여하고 있는 국유재산(행정재산)은 기본법상 관할권 있는 연방, 주, 지방자치단체에 분배 귀속된다. 분배되는 재산은 통일일을 기준으로 국유재산에 속해야 하므로 신탁청 기업 소유 재산은 이에 영향을 받지 아니한다. 구 동독 철도청 및 체신청, 군축 및 방위성, 국가 안전성 소유의 행정재산과 과거 제 3제국 재산은 특별규정에 의해 규율된다.

동독의 편입 전에는 국가소유 부동산이 지방자치단체재산법에 의해 광범위하게 지방의 재정재산으로 이전되었다. 통일과 더불어 국가 재정재산의 귀속은 통일조약 22조의 규율 대상으로 되어 지방자치단체재산법상의 규정은 통일조약의 내용과 배치되지 않는 범위에서만 효력을 유지하게 된다. 국가안전성 명의를 재정재산과 주택건설촉진에 이용되던 국유재산은 지방자치단체에 이전된다.

구 동독 지역 지방재정 확충을 목적으로 연방재정재산도 일정한 경우 지방재정재산이 된다. 신탁청장은 산하 기업 소유의 부동산 등이 지방적 목적에 기여할 경우 해당 지방자치단체의 청구에 의해 그 지방자치단체에 이전하여야 한다.

**다. 통독 재산법제에 나타난 손실보상법제**

(1) 통독 재산법제 형성에 있어서 법정책적 과제 : 원상회복, 존속보호 혹은 손실보상

(가) 정의요청(Gerechtigkeitsgebote)으로서의 원상회복

전술한 바와 같이, 국가조약(Staatsvertrag)이후 통일을 위한 양독정부간의 협상과정과 통일 이후 7년이 지난 지금에 이르기까지, 몰수재산권의 법적 처리문제만큼 학계와 실무계를 통틀어 법적으로 많은 논란을 일으킨 영역은 없다고 할 것이다. 과거 구소련점령군행정당국(SMAD)과 구동독정부에 의한 재산권 침해에 대한 법적 처리를 담당하고 있는 통일

독일의 재산법제를 살펴보면, 우선 과거 부정한 재산권 몰수조치를 가능한 한 넓은 범위에서 원상회복시킴으로써 기본법 제14조의 사유재산보장적 요청에서 도출되는 정의관념에 충실하고자 하는 점을 엿볼 수 있다.

과거 재산권 침해에 대한 원상회복에의 요청이 사유재산권 보장이라는 헌법상 국민의 기본권으로부터 바로 입법자에게 의무지워지느냐에 대한 의문은 이미 독일에서는 표면적으로 해결되어진 듯하다.<sup>203)</sup> 왜냐하면, 구동독정부 수립 이후의 재산권 침해처분에 대해서는 통일조약에 근거해서 제정된 재산법(Vermögensgesetz)에 의해 원상회복원칙의 선언으로 이미 긍정적인 것으로 확인되었고, 동법에 의거해 원상회복청구권자는 의문의 여지없이 기본법 제14조상의 사유재산권이 보장되는 결과가 되기 때문이다.

한편, 구동독정부 수립 전, 즉 구소련점령군행정당국에 의한 재산권몰수처분에 대해서는 동서독간 공동성명, 통일조약, 재산법으로 이어지는 규율체계가 일관해서 원상회복을 부정하고 있을 뿐만 아니라, 연방헌법재판소도 자신의 1991년 4월 23일 판결에서 위의 원상회복불가규정이 기본권의 본질적 내용을 훼손하는 것이 아니므로 기본법 제79조 제3항에 위반되지 않는다고 한다.<sup>204)</sup> 즉, 구동독정부 수립전 구소련군점령지역(SBZ)내에서의 재산권몰수처분에 대해서는 독일연방공화국의 책임으로 돌릴 수는 없으며, 더구나 이 같은 침해행위시에는 서독의 기본법이 발효되기 전이라는 것을 주된 논거로 하는 듯하다. 그러나, 위와 같은 원상회복불가원칙은 학자들에 의해 크게 보아서 다음의 세 가지 이유로 비판받아 왔다.<sup>205)</sup>

203) Vgl. Rädler/Raupach/Bezenberger(Hrsg.), Vermögen in der ehemaligen DDR, Berlin 1995, Teil 2, B. Die Verfassungsrechtliche Probleme der Vermögensregelung des Einigungsvertrages.

204) 이에 관해 자세히는 헌법재판소, 독일통일관련 연방헌법재판소의 판례 및 기본법개정에 관한 연구, 1996, 181면 이하; Byungki Kim, Die Eigentumsordnung für das vereinigte Korea unter Berücksichtigung der Regelungen der Bundesrepublik Deutschland, Würzburg 1996(folgend: Die Eigentumsordnung), Kap. B 참조.

205) 자세히는 김병기, 북한지역 몰수재산권의 반환여부에 관한 고찰, 행정법연구 1997, 188면 이하 참조.

첫째, 재산법을 비롯한 여러 입법들과 연방헌법재판소의 판례는 SBZ에서의 재산권몰수처분의 법적 처리와 관련해서 사유재산권 보장에 대한 헌법적 평가를 회피한 상태에서 사회국가원리에 입각한 조정적 규율(Ausgleichsregelung)에만 치중하였다.

둘째, 원상회복을 반대하는 입장에서는 SBZ에서의 재산권몰수처분을 독일연방공화국의 귀책사유로 돌릴 수 없다고 하지만, 이같은 견해는 통독입법자의 법적 책임의 구체적 내용이 재산권몰수조치라는 「불법행위의 청산」이 아니라, 당해 재산가치가 여전히 독일연방공화국의 국가영역 내에 존재하며 피해자 역시 ‘전체로서의 독일’ 국적을 보유한 독일인임에 비추어 볼 때, 그 책임의 내용이 여전히 상존하고 있는 「불법적 결과 내지 상태의 청산」임을 간과한 것이다.

셋째, 당시의 재산권몰수의 樣態를 살펴보면, 단순한 사유재산에 대한 침해를 넘어서 생명권에 대한 각종 침해행위, 강제이주, 격리, 사회적 불평등 취급 등 인간으로서의 기본권에 대한 중대한 침해행위으로써, 그같은 재산권몰수처분은 국제법상 강행규정(jus cogens)에 대한 위반일 뿐만 아니라 국제법상 범죄행위로 간주될 수도 있음을 고려하지 않았다는 점이다.

#### (나) ‘손실보상’에의 요청 - 평등취급, 존속보호 및 투자우선

위에서 살펴본 ‘원상회복을 통한 정의관념에의 요청(Gerechtigkeitsgebote durch Restitution)’은 다음과 같은 중요한 법적 가치에 의해 통독의 입법과정에서 ‘손실보상에의 요청(Gebot für Entschädigung)’으로 상당부분 수정되게 된다.

첫째, 대부분의 재산가치가 당시의 침해행위 후 현저한 상태변화를 경험했다는 사실이다. 즉, 기업내 공장의 현저한 증·개축, 나대지 위의 건조물 건축 등의 경우에, 몰수되었던 부동산을 현재상태로 원상회복할 경우 또 다른 의미에서의 ‘정의요청’에 위반되는 결과가 발생할 수도 있는 것이다.<sup>206)</sup> 이 경우 몰수재산의 현격한 가치증대 여하에 따라 원상회복 여부를 결정함은 헌법상 평등원칙에 위반할 소지가 없지 않으나, 기본법

206) 재산법 제4조, 제5조 참조.

의 지배원리인 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip) 내지 공동연대사회(Solidargemeinschaft) 관점에서 볼 때 이는 합리적 차별로 보아 위헌이 아니라고 봄이 일반적인 견해이다.<sup>207)</sup>

둘째, 몰수재산에 대한 원상회복원칙은 구동독주민의 존속보호에의 요청으로 수정받지 않을 수 없다. 즉, 대부분의 동독주민들은 몰수되었던 부동산을 이용함으로써 자신의 생계기반으로 삼았으므로, 만일 이에 대해 예외없는 원상회복원칙을 고수할 경우 통일 후 구동독주민의 재산권 형성을 위태롭게 하여 또 다른 의미의 실질적 분단을 초래할 수도 있는 것이다. 이러한 점을 고려하여 재산법은 취득자가 당해 재산가치를 정당히 취득한 경우 원권리자의 반환청구를 배제하고 손실보상청구권으로의 전환을 규정하고 있으며(재산법 제4조 제2항), 제2차재산법개정법<sup>208)</sup>은 토지개혁토지(Bodenreformland)에 대한 移住農家(Siedlungsbauer)의 재산적 권리를 보장하고 있다.<sup>209)</sup> 한편, 재산법제에 대한 실무를 살펴볼 때 위와 같은 반환배제에 해당하는 경우가 순수 원상회복의 경우보다 상대적으로 훨씬 많음에도 불구하고 재산법이 손실보상원칙이 아닌 원상회복원칙을 견지하는 이유는, 그러한 수적인 불균형에도 불구하고 반법치국가적 재산권몰수조치의 결과에 대한 법적인 회복, 즉 원상회복이 전체적으로 볼 때 거역할 수 없는 정의관념에 합당하다는 인식 때문이라고 한다.<sup>210)</sup>

셋째, 원상회복원칙에 대한 또 하나의 수정원리는 경제적 고려에서 나온다. 통일은 경제적으로 볼 때 국토전체의 균형있는 개발과 이를 통한 경제적 정의에 기여해야 하며 이는 구체적으로 편입지역의 경제재건을 요체로 한다고 볼 수 있다. 그러나, 원상회복청구소송의 남발로 인한 소유권관계의 불명확성은 투자가의 투자심리 위축 요소로 작용하여, 현실적으로 볼 때에도 투자예상 부동산·기업 등의 매각을 통한 투자가 원활하게 이루어지지 못

207) Vgl. Horn, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, Köln 1995, Kapitel 3, §13, Rn. 25.

208) Gesetz zur Änderung des Vermögensgesetzes und anderer Vorschriften (Zweites Vermögensrechtsänderungsgesetz - 2. VermRÄndG) vom 14. 07. 1992, BGBl. I, S. 1257.

209) Art. 233 §§11-16 EGBGB.

210) Horn, a.a.O., Rn. 27.

하는 실정이다. 이같은 투자저해요소를 제거하기 위해 통독입법자들은 소위 투자우선법제를 마련하였으며, 특히 투자우선법(Investitionsvor-ranggesetz)상의 구성요건<sup>211)</sup>을 충족하는 경우 원권리자의 소유권회복은 배제되며 손실보상청구권 내지 매각대금지급청구권으로 만족해야 하는 경우가 발생하는 것이다. 이때, 투자적격 재산가치에 대해 원권리자가 투자자와 동등한 자력을 담보하여 투자의사를 표명한 경우, 일정 요건하에 원권리자에게로의 원상회복과 그에 의한 투자조치가 인정되는 경우<sup>212)</sup>도 있는 바, 이는 원상회복이라는 정의관념과 투자우선을 통한 경제개발, 즉 합목적성이라는 법의 이념 사이에서 입법자가 고민한 흔적을 보여주는 것이라 하겠다. 그러나 이 같은 세부적 노력에도 불구하고 투자우선목적을 위한 원권리자의 원상회복청구권의 일반적 배제는 법논리적으로 既 성립한 원상회복청구권을 희생한다는 점에서 기본법 제14조와 관련하여 위헌의 소지가 농후함을 주의하여야 할 것이다.

넷째, 금전지급에 의한 보상방법은 불법으로 확인된 재산권침해조치에 대해 앞서 살펴본 이유로 인해 원상회복 될 수 없는 경우를 위한 代案으로 제시됨이 원칙이지만(Rückgabe vor Entschädigung), 원권리자가 자신의 소유권회복을 포기하고 금전적 보상을 원하는 경우에도 당연히 인정해야 할 것이다(재산법 제8조에 의한 선택권). 한편, 위의 두 가지 경우 보상액의 산정에 있어서 당해 재산가치와의 합리적 等價性이 문제되는데, 이에 대한 구체적 해결은 재산법의 특별법인 ‘손실보상법 및 조정금부법’의 규정에 의한다.

아래에서는 통독 재산법제에 나타난 손실보상이론에 대해 동 청구권의 성립원인에 따라 구분하여 논하기로 한다.

## (2) 재산법 및 손실보상법상 재산가치의 보상(Entschädigung)

재산법은 공동성명 제3항에 근거하여 원권리자(Berechtigte)의 반환청구권이 일정한 사유에 의해 실행될 수 없거나, 원권리자가 ‘원물반환에 의한 원상회복’ 대신 보상청구권을 선택한 경우 보상의 방법에 의한 원상

211) 투자우선법 제2조, 제3조 참조.

212) 투자우선법 제5조 제2항 제1문.

회복이 행해짐을 규정하고 있다. 즉, 구체적으로 재산법은 선택권행사에 의한 보상청구권에 관해서는 법 제8조, '정당한(in redlicher Weise) 취득'으로 인한 원물반환배제와 '사물의 본질 내지 조리상(von der Natur der Sache her)' 반환이 불가능한 경우의 보상청구권으로의 전환에 관해서는 법 제9조 및 보상법 제1조 제1항, 국가관리의 폐지에 의한 보상청구권에 관해서는 법 제11조 제1항 등에서 규정을 두어 「보상」에 의한 원상회복의 가능성과 그 요건, 그리고 보상청구권의 내용 등을 규율하고 있다.

#### (가) 선택권(Wahlrecht) 행사에 의한 보상

재산법 제3조 제1항 제1문<sup>213)</sup>에 의해 원물반환에 의한 원상회복청구권을 행사할 수 있는 원권리자는 법 제8조 1항에 따라 반환청구에 갈음하여 금전보상을 청구할 수 있다.<sup>214)</sup> 동규정은 공동성명<sup>215)</sup> 제3항 c)<sup>216)</sup>에서 유래하는 것으로서, 이에 따라 소위 선택적인 청구권 결합

- 
- 213) “제1조 소정 조처에 의하여 국유재산으로 이전되거나 제3자에게 양도된 재산가치는 본법에서 반환을 배제하지 아니하는 한 신청에 의하여 원권리자에게 반환되어야 한다(Vermögenswerte, die den Maßnahmen im Sinne des §1 unterlagen und in Volkseigentum überführt oder an Dritte veräußert wurden, sind auf Antrag an die Berechtigten zurückzuübertragen, soweit dies nicht nach diesem Gesetz ausgeschlossen ist).”자세히는 Vgl. Rädler/Raupach/Bezenberger(Hrsg.), Vermögen in der ehemaligen DDR, Teil 3. Kommentar zum Vermögensgesetz, Berlin 1995(folgend; R/R/B, Vermögen), §3 Rn. 4 ff.
- 214) 기업반환에 있어서의 보상청구에 관해서는 재산법 제6조 제5c항 내지 제7항에 특별규정을 두고 있어서 법 제8조와 제9조의 규정은 적용되지 않는다.
- 215) 1960년 6월 15일의 양독정부간 공동성명은 당시 법적 효력을 보유하지 못한 단순한 정치적 성명에 불과했지만 1990년 10월 3일 독일통일과 더불어 효력을 발한 통일조약 제41조에 의해 동조약의 구성부분을 이룸으로써 법적 효력을 가지게 된다. 자세히는 김병기, 북한지역 몰수재산권의 원상회복 여부에 관한 고찰, 188면 이하 참조.
- 216) [공동선언 제3항] 몰수되었던 토지재산은 원칙적으로 다음 a) 및 b) 소정의 사례를 고려하여 원소유자 또는 그 상속인에게 반환된다 <Enteignetes Grundvermögen wird grundsätzlich unter Berücksichtigung der unter a) und b) genannten Fallgruppen den ehemaligen Eigentümern oder ihren



(elektive Anspruchskonkurrenz)이 발생하게 된다. 한편, 선택적 손실보상청구권은 형성권의 일종으로서 동청구권의 행사에 대한 원권리자의 의사표시(Willenserklärung)만으로 원물반환청구권은 손실보상청구권으로 전환되게 된다.

### 1) 선택권 인정의 의의

재산법상 원물반환에 관한 규정 중에는 원상회복청구권 행사가 권리일 뿐만 아니라 의무인 경우도 예정하고 있는 경우가 있다.<sup>217)</sup> 또한 원물반환의 대상인 재산적 가치가 때로는 황폐한 사회주의 경제체제 하에서 사실상 반환부적격 상태에 놓인 경우도 적지 않아서, 막대한 투자비용을 감수하지 않고는 반환 후 경제적 가치가 없는 경우도 생각할 수 있다. 이런 경우에는 법 제3조에 의한 원물반환청구권을 행사하는 것보다는 재산적 가치에 대한 손실보상청구권을 인정하는 것이 대부분 경제적 자력이 미약한 원권리자에게 유리할 수도 있을 것이다. 이러한 점을 고려하여 통일독일의 입법자들은 재산법 분야에서의 불법결과의 회복<sup>218)</sup>을 보상의 형태로도 가능하게 함으로써 구체적 타당성을 기했을 뿐만 아니라 소유권과 관련된 법적 불안정상태를 제거하고자 했다고 평가된다<sup>219)</sup>

---

Erben zurückgegeben>.

a), b) ; 생략

c) 원소유자 또는 그 상속인에게 반환청구권이 귀속되는 경우 당사자는 반환청구 대신 보상을 선택할 수 있다. 가치변동에 따른 조정문제는 별도로 규정한다. <Soweit den ehemaligen Eigentümern oder ihren Erben ein Anspruch auf Rückübertragung zusteht, kann statt dessen Entschädigung gewählt werden.>

217) 예컨대 재산법 제 16조.

218) 동독지역 재산권물수조치라는 불법행위에 대한 통독입법자의 책임귀속여부는 전술한 바와 같이 논란이 있을 수 있어서, 설령 그들에게 불법자체의 회복이 의무화되지는 않는다 하더라도 어떤 형식이든 간에 현재의 법질서에 산재하고 있는 당해 불법의 결과를 법치주의적 규율을 통해 제거해야 하는 과제는 주어진다 것이 통설의 견해이다. 자세한 것은 줄고, 북한지역 물수재산권의 원상회복 여부에 관한 고찰, 200면 참조.

219) Vgl. H. Flotho, K. Kiethe, J. Wasmuth, W. Wellhöfer, K. Windthorst, Kommentar zum Vermögensgesetz, in: Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR(folgend; RhbVermInV), 1995, §8

한편, 법 제8조에서 규정된 선택적 보상청구권의 행사는 현처분권자 (Verfügungsberechtigte)<sup>220)</sup>의 법적 이익에도 기여한다고 볼 수 있다. 즉, 재산적 가치의 소유권 귀속에 관한 다툼이 있는 경우 처분권자에게는 일반적으로 법 제3조 제3항 1문에 의한 처분권 제한규정이 적용된다. 그러나, 원권리자가 법 제8조에 의한 선택권을 행사하면 원물반환청구권은 손실보상청구권으로 전환되어 처분권자는 법 제3조에 의한 처분권 제한에서 벗어나서 당해 재산가치에 대한 완전한 처분권을 회복하는 결과가 되는 것이다. 더 나아가 ‘손실보상및조정급부법’<sup>221)</sup>에 의해 재산법에 추가된 선택권 행사에 대한 제척기간조항<sup>222)</sup>에 의해 처분권자의 법적 지위의 불안정성은 많이 제거되어서, 법률관계의 명확성 내지 안정성을 통한 투자조치의 원활화를 기할 수 있게 되었다.

---

Rn. 4.

- 220) 처분권자라함은 기업반환의 경우에는 몰수기업에 대한 소유권 또는 처분권의 전부 또는 일부를 가진 자, 자분회사의 경우에는 지분의 직접 또는 간접소유권자, 기타 재산의 경우에는 당해 재산의 소유권 또는 처분권을 가진 자를 말한다. 국가관리인도(staatlicher Verwalter) 처분권자로 될 수 있으며, 처분권자에 대한 지분권들이 직접 또는 간접적으로 신탁청에만 귀속되는 경우에는 신탁청이 이를 대표하게 된다. 자세한 것은 재산법 제2조 제3항 및 줄고, Die Eigentumsordnung, S. 119 f. 참조.
- 221) Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen und über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage (Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz/EALG) vom 27. 09. 1994, BGBl. I, S. 2624.
- 222) 재산법 제8조 제1항 : “법 제3조에 의해 원물반환청구권을 행사할 수 있는 국내의 원권리자는 손실보상법 발효 후 6개월 이내에 동청구권 대신 손실보상청구권을 행사할 수 있다. 원권리자의 거주지가 독일연방공화국 외인 경우에는 동권리의 행사기간을 3년으로 한다. 본조의 규정은 원권리자의 부동산이 소유권포기나 증여, 상속포기 등의 방법으로 국유재산으로 편입된 경우에는 적용하지 아니한다.” (밑줄 필자)

## 2) 선택권 행사의 요건

## 가) 원권리자

선택적 손실보상청구권 행사의 주체는 원권리자이다. 원권리자라함은 그 재산가치가 재산법 제1조 소정의 원물반환조치의 대상이 된 자연인, 법인, 인적회사 및 그 권리승계인을 말한다. 이들은 또한 법 제30조 제1항에 의한 반환신청적격자로서의 의미도 가진다. 반환청구권이 1933년 1월 30일부터 1945년 5월 8일까지의 기간 중 정치적, 종교적 이유 또는 세계관을 이유로 한 박해로 인하여 강제매각, 몰수 기타의 방법으로 재산을 상실한 유대인 권리자 또는 그 권리승계인에 의하여 행사되지 아니한 경우에는 재산법에 의한 청구권을 고려하여 반환청구권 승계기구가 이를 행사하고, 동기구가 청구권을 행사하지 아니하는 경우에는 법인인 「對獨物的賠償請求 유대인協議會(Conference on Jewish Material Claims against Germany)」가 권리승계자로서 이를 행사하며 이는 국가가 전술한 피박해 유대인의 상속인인 경우 또는 정치적 박해 등을 이유로 유대인 법인 또는 권리능력 없는 유대인 단체가 해산되었거나 자진해산을 강요당한 경우에도 동일하다. 한편, 기업반환의 경우의 원권리자는 재산법 제6조 제1a항 상의 특별규정에 의해 원권리자가 확정된다.

## 나) 반환청구권의 성립

재산법 제8조 제1항상의 선택적 보상청구권은 법 제3조 제1항 제1문의 개별적 반환청구에 관한 것이다. 이는 또한 법 제1조에 나타난 재산권 침해 유형들 중 하나에 해당되어 재산법상 반환청구권의 성립을 전제로 하는 것이다. 그러나, 법 제1조 제8항 즉, 1945년에서 1949년 까지의 구소련점령군행정당국에 의한 무보상재산권몰수조치의 피해자인 원권리자는 여기서 말하는 선택권행사의 주체가 될 수 없다. 왜냐하면, 점령고권에 의한 재산권몰수조치의 객체인 부동산 등은 원물반환의 대상이 될 수 없다는 것이 통독입법과정과 연방헌법재판소의 확고한 판례<sup>223)</sup>이며 따

223) 소련점령당국에 의해 몰수된 재산의 원상회복불가원칙을 규정한 입법들에 대한 違憲性 論議는 '2+4' 조약에 대한 소련측 條約草案 등에 의해 당시

라서 반환청구권의 존재를 전제로 하는 법 제8조상의 선택적 보상청구는 법 제1조 제8항에는 적용될 여지가 없기 때문이다. 다만, 1990년 6월 15일의 공동성명은 제1항 제4문에서 통독 후 시행될 국가조정급부에 관한 중국적 결정을 통독의회의 입법자에게 위임하고 있었고 이에 따라 손실보상법과 함께 ‘조정급부법(Ausgleichsleistungsgesetz)’을 제정함으로써 구소련의 점령고권에 의한 재산권피몰수자들의 조정급부에의 요청은 특별법인 ‘조정급부법’의 규율에 의하게 되었다.

한편 법 제4조나 제5조에 의해 반환이 배제되는 경우에는 후술하는 법 제9조 또는 제10조에 의한 보상이 행해질 뿐 원물반환청구권의 행사에 갈음하는 법 제8조상의 선택적 손실보상청구는 인정되지 아니한다.

다) 대위물청구권(Surrogationsansprüche)으로의 전환의 경우

원권리자의 권리신고기간의 도과로 인해 반환이 배제되거나(재산법 제3조 제4항)<sup>224)</sup> 투자우선법(InVorG)<sup>225)</sup>에 규정된 투자우선결정에 근

---

서독정부의 주장, 즉 구 소련이 독일 통일을 해당 재산권몰수조치의 원상회복불가를 전제로 해서 동의하였다는 주장이 의문시 되면서 시작되게 된다. 서독 연방헌법재판소는 1991년 4월 23일의 소위 “Bodenreform 판결”(BverfGE 84, 90=NJW 1991, 1597=BB Beilage10, S.2=DVBl 1991, S. 575= DÖV 1991, S. 600)에서 SBZ에서의 재산권몰수조치의 피해자, 즉 원소유자의 원상회복청구권을 부인함으로써 통일조약의 합헌성을 인정하게 된다. 동 판결주문에 의하면 1945년에서 1949년 사이에 동독지역에서 收用된 소유권은 원상회복될 수 없으며, 이에 대한 損失補償도 인정될 수 없다고 한다. 따라서, 피해자는 단지 입법자에게 광범위한 形成의 자유가 인정되는 調整給付에만 의존할 수 있다고 한다. 자세한 김병기, 북한지역 몰수재산권의 원상회복 여부에 관한 고찰, 190면 이하.

- 224) 재산법 제30조에 의해 원권리자의 반환신청이 있는 경우 처분권자는 당해 목적물의 유지를 위해 예외적으로 필요한 몇가지 법률행위를 제외하고 원권리자의 동의 없이 물권적 법률행위에 관한 계약을 체결하거나 장기의 계약상 의무를 부담하는 법률행위를 하여서는 안된다(법 제3조 제3항). 그러나 신고령(Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüchen/Anmeldeverordnung vom 11. 07. 1990, GBl. I, 718) 제3조에 의한 신고기간이 도과된 경우 처분권자는 소유권을 처분하거나 채권적 또는 물권적 채무부담행위를 할 수 있다. 이 때 소유권이 아직 처분되지 않은 경우 원권리자는 여전히 반환청구권을 행사할 수 있으며 이미 처분된 경우에는 원권리자는 매각대금청권을 가진다(동법 동조 제4항). Vgl.

거해서<sup>226)</sup> 처분권자가 당해 재산적 가치를 처분한 경우, 원권리자에게는 대위물(Surrogation)로서 매각대금지급청구권(Erlösherausgabanspruch)이나, 시가보상청구권(Verkehrswertersatzanspruch)이 인정되는 바, 이 경우에도 원권리자는 이들 청구권에 갈음하여 손실보상청구권을 선택할 수 있다고 본다. 이 경우 법 제8조상 선택권 행사의 전제인 반환청구권은 대위물로서 형태가 변경되었을 뿐 여전히 「존재」한다고 해석함이 타당하기 때문이다.<sup>227)</sup>

더 나아가 처분권자에 의한 처분결과 아무런 매각대금이 없어서 형식적으로만 판단할 때 대위물이 존재하지 않는 경우에도 선택권은 인정된다고 본다. 이 경우 위와 같은 무상처분행위가 법 제3조 제3항 제1문에 위반한 때라면 원권리자의 반환청구권이 계속 존재하므로 아무런 문제가 없고, 또한 그것이 설령 법 제3조 제4항 제1문에 합치하는 것이었더라도 반환청구대상인 동산의 무상매각시 보상청구권이 소멸됨을 규정하고 있는 법 제10조<sup>228)</sup> 제2항의 규정을 반대해석할 때 나머지 경우 즉 동산 이외의 무상처분 시에는 여전히 보상청구권이 인정되고 따라서 선택권도 인정된다는 결론이 성립하기 때문이다.<sup>229)</sup>

---

F/K/W/W/W, RbhVermInV, §3; R/R/B, Vermögen, §3; W. Försterling, Recht der offenen Vermögensfragen, München 1993, S. 93 ff.

225) Gesetz über den Vorrang für Investitionen bei Rückübertragungsansprüchen nach dem Vermögensgesetz/Investitionsvorranggesetz vom 14. 07. 1992, BGBl. I, S. 1811.

226) Vgl. 졸고, Die Eigentumsordnung, S. 89 ff.

227) Vgl. F/K/W/W/W, RbhVermInV, §8 Rn. 17 ff.

228) 재산법 제10조 : (1) 동산이 매각되었고, 그것이 제3조 제3항, 제4조 제2항 및 제3항에 의하여 반환될 수 없는 경우로서 매각대금이 원권리자의 예금구좌에 입금되거나 지급되지 아니한 이상 원권리자는 보상기금(Entschädigungsfonds)에 대하여 취득된 매각대금 상당의 청구권을 가진다.

(2) 동산 매각으로 인한 매각대금이 없는 경우 원권리자의 보상청구권은 인정되지 아니한다.

229) F/K/W/W/W, a.a.O.: Erläuterung der Bundesregierung zum Entwurf des Vermögensgesetzes, BT-Drucks. 11/7831, S. 17.

라) 동산(bewegliche Sachen)의 반환청구

동산에 대한 반환청구권이 존재하는 경우에도 전술한 논의가 원칙적으로 적용되어서, 동청구권이 법 제3조 제4항 제3문에 의해 매각대금청구권으로 전환되더라도 앞서 언급한 바와 같이 선택권은 그대로 인정되는 것이 원칙이다. 그러나 이 경우 매각대금이 없는 무상처분인 때에는 법 제10조 제2항에 의해 보상청구권이 인정되지 아니하고 따라서 선택권도 배제되므로 다른 재산가치에 대한 반환청구의 경우와 구별된다고 할 수 있다. 그러나 이는 위의 무상처분행위가 적법한 경우에 국한되는 것이며, 법 제3조 제3항 제1문 등에 저촉되는 경우에는 법 제10조 제2항은 적용되지 아니하여 원권리자는 보상청구권을 행사할 수 있게 된다.<sup>230)</sup>

마) 제척기간(Ausschlußfristen)

1994년 9월 27일의 ‘손실보상및급부조정법’ 시행과 함께 재산법 제8조에 규정된 손실보상청구를 위한 선택권행사는 6개월의 기간 내에서만 가능하게 되었으며, 원권리자가 독일연방공화국 밖에 주소지를 가지는 경우에는 선택권을 3년 이내에 행사하여야 한다. 위 규정으로 인해 과거 재산법 제32조 제2항에 의해 선택권 행사의 가능성이 행정관청의 결정 여부에 좌우되었던 불합리는 시정되었다고 할 수 있다.<sup>231)</sup>

동기간의 도과로 인해 원권리자는 더 이상 법 제8조의 선택권행사에 의한 손실보상청구는 할 수 없고 원래의 원물반환청구권만 행사할 수 있게 되는 것이다. 이러한 제척기간은 단지 법 제8조의 선택권행사에 관한 규정일 뿐 원물반환청구 내지 실질적 손실보상청구권 행사를 규율하는 것은 아니라고 보며 이에 대해서는 법 제30a조 제1항<sup>232)</sup>이 준거규정이 된다.

230) BT-Drucks. 11/7831, S. 9.

231) F/K/W/W/W, a.a.O., Rn. 20a.

232) 이에 의하면 법 제3조와 제6조(기업반환)에 의한 반환청구권 및 제6조 제7항, 제8조와 제9조에 의한 보상청구권은 1992년 12월 31일 이후, 동산에 대하여는 1993년 6월 30일 이후에는 신고할 수 없다고 한다. Vgl. F/K/W/W/W, RhbVermInV, §30a, Rn. 56.

### 3) 선택권 불인정의 경우 : 경제적 강제(ökonomischer Zwang)에 의한 소유권상실

재산법 제8조 제1항 제2문은 소유권포기(Eigentumsverzicht), 증여(Schenkungen) 또는 상속포기(Erbausschlagung) 등 법률행위에 의한 토지소유권의 상실의 경우에는 손실보상청구를 위한 선택권이 인정되지 아니함을 규정하고 있다. 동규정은 법 제1조 제2항<sup>233)</sup>에 의해 성립한 원물반환청구권의 손실보상청구권으로의 전환을 제한하는 역할을 하고 있으며, 재산법내 다른 조항에서 이와 관련된 손실보상청구배제규정들<sup>234)</sup>과 그 궤를 같이하고 있다. 또한 재산법 제8조 제1항 제2문의 입법취지는 후술하는 손실보상법 제1조 제3항에서 확인되어 보상청구의 배제사유로 확인되었다.

재산법입법이유서에 의하면, 비록 경제적 강제에 기한 행위였다고 하더라도 스스로의 결정에 의해(aufgrund eigener Entscheidung) 토지소유권을 상실한 자는, 동일한 조건하에서 소유권을 유지하였던 자와 법적으로 달리 취급하여야 한다는 이유에서 위와 같은 선택권 배제가 정당화된다고 한다.<sup>235)</sup> 그러나 동규정에 대해서는, 스스로의 결정에 의한 토지소유권포기자의 경우에도 실질적으로는 저항할 수 없는 강압적 수단에 의한 포기였음이 일반적인 경우이어서 경제적 강압에도 불구하고 토지소유권을 보유했던 자와의 차별을 인정할 법적 근거가 미약할 뿐더러, 또한 다른 재산적 가치 예컨대, 독립지상건물, 기업반환의 경우 등에는 위와 같은 보상배제규정이 없음을 들어 헌법상 평등원칙에 위반된다는 견해도

233) 재산법 제1조 제2항 : “본법은 유지비용에 미달하는 임료 및 그에 의하여 이미 발생하였거나 발생이 임박한 채무초과로 인한 수용, 소유권포기, 증여 또는 상속포기를 통하여 국유재산으로 이전된 지상건물이 있는 토지 및 건물에도 적용한다.”

234) 재산법 제9조 제1항 제2문 : “소유권포기, 증여 또는 상속포기에 의하여 국유재산으로 이전된 제1조 제2항 소정의 토지에 대하여는 보상이 인정되지 아니한다.”

재산법 제32조 제2항 : “신청인은 행정관청의 결정이 내려지기 전까지는 재산가치의 반환 또는 국가관리의 폐지 대신 제9조에 의한 보상을 선택할 수 있다. 이는 제8조 제1항 제2문의 경우에는 적용하지 아니한다.”

235) BT-Drucks. 11/7831, S. 17.

있다.<sup>236)</sup>

생각건대, 공동성명 제4문 및 제3문 c)는 경제적 강제에 의해 국유 재산으로 편입된 토지재산권의 경우 차별없이(unterschiedlos) 원물반환 내지 손실보상을 인정함을 통독의회입법자의 의무로 규정하고 있다. 이러한 의무규정에 비추어 볼 때 보상청구를 배제하는 재산법과 보상법의 규정들은 의도된 경제적 강제에 의해 자신의 소유권을 상실한 원권리자에 대한 보상배제라는 불리한 취급을 정당화 할 수 없다고 본다. 더 나아가 이러한 결과는 재산법 전반을 지배하고 있는 「과거 동독지역에서 실행된 모든 형태의 재산권 침탈행위의 불법적 결과에 대한 회복(Abwicklung aller Formen von Enteignungen und Vermögensminderung in der DDR)」이라는 기본이념에도 배치되는 것이다. 또한, 헌법상 평등원칙과 관련해 보더라도 재산법 제4조와 제5조에 나타난 보상적격요건과 비록 ‘자의(freiwillig)’에 의했다라도 그러한 소유권상실의 실질적 사유가 당시의 저항할 수 없는 경제적 강제에 의한 경우 사이에는 실질적 차이를 발견할 수 없을 뿐더러, 피몰수자 입장에서는 재산권침탈의 유형이라는 우연적 요소에 의해 보상청구권의 인정여부가 달라지게 된다는 매우 불합리한 결과가 되는 것이다. 따라서 재산법 제1조 제2항 및 보상법 제1조 제1항의 구성요건을 충족하는 경제적 강제에 의한 각종 소유권상실의 경우에는 명문의 규정에도 불구하고 원권리자에게 원물반환에 갈음하는 보상청구권을 인정하는 것이 해석상 타당하다고 본다.<sup>237)</sup>

236) R/R/B, Vermögen, §8, Rn. 11 ff.

237) Vgl. 졸고, Die Eigentumsordnung, S. 129 f. So etwa Motsch, Einführung in das Entschädigungs- Ausgleichleistungsgesetz, VIZ 1994, S. 569 ff.; Sender, Restitutionsausschluß, Entschädigungen und Ausgleichleistungen, VIZ 1995, S. 65 ff.; Wasmuth, Die Willkür des Entschädigungs- Ausgleichleistungsgesetzes, VIZ 1995, S. 74 ff.



## 4) 선택권의 행사(Ausübung des Wahlrechts)

## 가) 행사의 방법

손실보상청구를 위한 선택권은 원권리자가 물적·장소적 관할<sup>238)</sup> 있는 재산청<sup>239)</sup>에 선택권행사의 의사표시를 함으로써 적법하게 행사된다. 이 경우 의사표시는 전술한 제척기간 이내에 표명되어 제출되어야 하나, 원권리자의 반환적격자신고 내지 신청서 제출과 동시에 이루어져야 하는 것은 아니다. 또한 의사표시의 방법에는 별다른 제한이 없어서, 반드시 서면의 형식을 요하는 것은 아니며 口頭로도 가능하다고 한다.

## 나) 변경권(ius variandi) 인정 여부

원권리자에 의한 손실보상을 위한 선택권 행사가 손실보상청구권으로의 종국적 전환을 가져오거나 혹은 새로운 의사표시에 의해 원권리자는 손실보상청구권을 포기하고 다시금 원물반환청구권을 행사할 수 있는가에 대해 견해가 나뉜다. 생각건대 원권리자가 일단 보상을 선택하면 처분권자의 신뢰보호 및 법적안정성, ‘절차의 경제(Verfahrensökonomie)’ 등을 고려하여 다시 반환청구를 할 수 있는 변경권을 인정할 수 없다고 본다.<sup>240)</sup>

238) 원물반환 또는 손실보상청구에 대한 행정관할은 일반적으로 재산가치 소재지의 재산청이 관할권을 행사하며, 국가관리 재산가치에 관한 결정의 관할권은 신청인의 최후 주소지, 상속의 경우에는 피상속인의 최후 주소지를 관할하는 재산청이 가진다. 한편, 신청이 토지관할 없는 관청 기타 관할권 없는 기관에 제출된 경우 이를 접수한 관청 또는 기관은 지체없이 관할권 있는 재산청으로 이를 이송하고 신청인에게 통지하여야 한다. 재산법 제35조 참조.

239) 미해결재산권문제 처리를 위한 전담관청으로 재산법은 주재산청(Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen), 하위주행정청(Untere Landesbehörde), 상위주행정청(Obere Landesbehörde) 그리고 통일적 문제 해결을 도모하기 위해 연방재산청(Bundesamt zur Regelung offener Vermögensfragen)의 설립을 규정하고 있다. 재산법 제23조 내지 제29조 참조.

240) 처분권자의 반환청구 대상물에 대한 처분권제한(Verfügungssperre, 법 제3조 제3항)은 원권리자의 선택권행사에 의해 해제되어 처분권자는 적법한 권능에 의해 투자가에게로의 매각 등의 처분조치를 취하거나 이를 계획할 수 있게 된다. 그러나 만일 보상에로의 선택권을 행사한 원권리자가 다시

다) 선택권의 공동 행사

재산법 제8조 제2항에 의하면 원물반환의 대상인 재산적 가치에 대해 다수의 원권리자가 존재하는 경우 선택권 행사는 공동으로 하여야 한다고 한다. 다수의 원권리자는 몰수조치 당시에 공동소유였거나 후발적 공동상속의 경우가 주로 해당할 것이며, 이에 대한 인정 여부는 재산권몰수시를 기준으로 하는 것이 아니라 선택권 행사에 의한 손실보상청구시를 기준으로 해야 한다고 한다.<sup>241)</sup>

공동원권리자의 일부가 보상에로의 선택권 행사에 대해 명시적 의사표시를 하지 않은 경우에도 구체적인 원물반환청구를 하지 않는 한 선택권 행사에 동의하였다고 보아야 할 것이다.

5) 손실보상청구권의 구체적 내용

전술한 바와 같이 재산법에 의해 원권리자가 보상을 선택한 경우와 반환이 배제되는 경우(법 제9조)에 행해질 보상에 관한 구체적 내용 및 범위에 대해서는 구재산법 제9조 제3항의 유보조항에 근거해 특별법으로서 손실보상법<sup>242)</sup>이 규율하고 있다.

금 원물반환청구를 할 수 있다고 한다면, 처분권자는 원물반환청구의 부활에 대한 부담 때문에 경제재건 등을 위한 적극적 처분조치를 행할 수 없게 되어 법적 안정성을 해하게 되고 이는 곧 투자의 장애요소로 작용하게 될 것이다. 국내문헌 가운데는 이러한 점을 고려하여, 일단 보상을 선택했다더라도 당해 재산가치가 처분되어 반환이 불가능하게 된 경우가 아닌 한 원권리자의 반환청구를 위한 변경권을 인정할 수 있다는 절충적 견해도 발견된다(법무부, 통일독일·동구제국 몰수재산권처리 개관, 1994, 271면). 이러한 견해와 私見 사이에 본질적·실질적인 차이점은 존재하지 않더라도 법률관계의 획일적 처리와 절차의 간소·신속화 등을 위해 변경권을 인정하지 않는 것이 타당하다고 본다. So etwa Försterling, a.a.O., Rn. 586; Messerschmidt, Aktuelle Probleme der Unternehmensrückgabe in den neuen Bundesländern, VIZ 1992, 1 ff. Dagegen vgl. KreisG Dresden, ZOV 1992, S.179 f.; Kiethe/Windthorst, Probleme bei der Wahl zwischen Restitution und Entschädigung, VIZ 1994, S. 12 ff.

241) R/R/B, Vermögen, §8, Rn. 19.

242) '손실보상법(Entschädigungsgesetz)'은 1994년 9월 27일 공포된 '재산법에 의한 손실보상과 점령법 또는 점령고권에 근거한 몰수에 대한 조정급부에 관한 법률(EALG)'의 일부를 이루고 있다. 즉 EALG는 이른바 13개의 조

보상법 제1조에서는 재산법에 의해 원물반환청구가 배제되는 경우<sup>243)</sup>와 원권리자가 보상을 선택한 경우<sup>244)</sup> 등에 손실보상청구권이 성립함을 인정하고, 보상방법은 양도 가능한 債券(Schuldverschreibung)교부의 형식을 취한다고 규정하고 있다. 이 채권은 2004년 1월 1일부터 연리 6 퍼센트의 이자가 지급되며 2010까지 분할상환된다. 보상액 산정에 관해서는 보상법 제3조 내지 제5조에서 규정하고 있는 바, 보상액은 원칙적으로 재산침해 전에 최종적으로 확인된 단위가치(Einheitswert), 즉 1935년의 과세표준시가를 기준으로 하여<sup>245)</sup> 그 시가에 일정한 승수를 곱하여 산정한다.<sup>246)</sup> 원권리자가 재산가치의 몰수등의 피해와 관련하여 대가적 급부(Gegenleistung)나 다른 법령에 의한 보상을 받은 경우에는 이를 공제하며(보상법 제6조), 보상액이 10,000 DM이상의 고액인 경우에는 그 초과분을 누진적 비율에 의해 삭감한다(보상법 제7조).

EALG상의 각종 보상 및 조정급부의 재원 마련을 위해서는 연방재무성 산하 연방재산청이 관리하는 보상기금(Entschädigungsfonds)을 설치해 운영한다(보상법 제9조 내지 제11조).

#### (나) 반환배제에 의한 보상

EALG제정 전 재산법 제9조는 「보상의 기본원칙(Grundsätze der

---

문으로 구성된 조문법(Artikelgesetz)으로서 각 조문하에서 여러 법률을 제·개정하고 있다. 동법은 재산법에 의한 보상에 관한 법률/손실보상법(Art. 1), 소련점령상태하에서의 몰수재산에 대한 국가조정급부법/조정급부법(Art. 2), 나치희생자보상법(Art. 3), 실향민보조금법(Art. 9), 재산법개정법률(Art. 10)을 포함하고 있다.

243) 재산법 제4조 제1항과 제2항, 제6조 제1항 제1문, 제11조 제5항.

244) 재산법 제6조 제7항, 제8조 제1항, 제11조 제1항 제2문.

245) 주독대사관, 몰수재산 보상 및 조정에 관한 법률안, 『주독대사관 300-265』, S. 6.

246) 구체적으로 요약해 보면, 최종단위가치에서 농지·임야는 3배, 3세대 이상의 공동입대주택대지(Mietwohngrundstücke)는 4.8배, 혼용률 50%이상의 복합용도주택대지(gemischtgenutzte Grundstücke)는 6.4배, 나대지(unbebaute Grundstücke)는 20배, 기업은 1.5배<다만 1953년 1월 1일 이후 몰수된 경우에는 관할 주재산청이 정한 보상단위가치(Ersatzeinheitswert)를 기준으로 한다>, 저축, 채권등 개인금융재산은 몰수액의 1/2이 보상액으로 된다. 보상법 제3조 내지 5조.

Entschädigung)』이란 표제하에 반환배제로 인한 보상청구권이 발생되는 경우(재산법 제4조 제1항 및 제2항)와 보상일반에 관한 특별법의 제정근거를 마련하고 있었다. 그러나 EALG 제정과 더불어 동조 제3항은 논리상 당연히 삭제되고, 동조 제1항상의 ‘제4조 제1항 및 제2조에 의한 보상청구’ 규정은 보상법 제1조 제1항에서 자리를 바꾸어 규율하게 되어 재산법 제9조는 代土(Ersatzgrundstücke)의 지급에 관한 규정만을 가지게 되었다.

### 1) 적용범위

재산법 제9조에 의한 보상청구는 개별적 반환청구만을 그 대상으로 하므로 기업반환청구의 경우에는 법 제6조 제7항에 의하며, 법 제3조 제4항 제3문 또는 투자우선법상의 투자우선규정에 의해 반환이 배제되어 대위물로서 매각대금지급청구권이나 시가보상청구권이 발생하는 경우에는 법 제8조의 선택권 행사에 의해 비로소 보상이 문제됨은 전술한 바와 같다.

한편, 동산의 경우 법 제10조 제1항에서 특별규정을 두고 있는데 이에 의하면 법 제4조 제2항의 정당한 취득으로 인해 동산반환청구권이 배제되는 경우에는 그 매각대금이 이미 권리자의 예금구좌로 입금되었거나 지급되지 아니한 이상 권리자에게 보상기금에 대한 매각대금지급청구권이 인정될 뿐 제9조의 보상청구권이 인정되지 아니한다.

당해 재산가치가 원권리자의 소유권포기, 증여 또는 상속포기 등 법률행위에 의해 국유재산으로 이전된 경우에는 그것이 국가에 의한 경제적 강제에 기인하는 경우이더라도 현행법제상 보상이 인정되지 아니하며, 이에 대한 법논리적 부당성은 이미 지적한 바와 같다.

아래에서는 항을 바꾸어 보상법 제1조 제1항 내지 이에 근거한 재산법 제4조에 나타난 반환배제로 인한 보상과 재산법 제9조의 대토보상 등에 관해 논하기로 한다.

### 2) ‘사물의 본질 내지 조리상(von der Natur der Sache her)’ 반환 불가능한 경우(재산법 제4조 제1항 제1문)의 보상청구

## 가) 개 설

재산법은 개별적 재산가치<sup>247)</sup>에 대한 반환청구에 있어서 반환이 불가능하여 손실보상청구로 원권리자가 만족해야 하는 경우에 관하여 ‘사물의 본질상 내지 조리상’이란 개념을 사용하여 추상적으로 규정하고 있다.(법 제4조 제1항 제1문)<sup>248)</sup> 여기서의 ‘사물의 본질 내지 조리’라는 개념은 일종의 ‘불확정개념(Unbestimmter Rechtsbegriff)’으로서, 연방헌법재판소의 판결에 의하면 이는 당해 사실관계에 비추어 볼 때 반환불능에 대한 구체적 이유제시가 불필요하고 또한 그러한 이유제시 자체가 불가능한 경우를 말하며, 이에 대한 구체적 내용은 관할 행정법원의 검증결과 정당한 것으로 받아들여짐으로써 확정된다고 한다.<sup>249)</sup> 학설에 의하면 ‘사물의 본질 내지 조리’에 대한 해석을 위해서는 독일민법전 제275조<sup>250)</sup>의 규정이 경우에 따라 원용될 수 있다고 한다.<sup>251)</sup>

247) 여기서의 재산가치란 재산법 제2조의 재산가치에 대한 소유권이나 기타 권리의 반환청구권에 관한 것이다. 이 경우 ‘소유권’의 개념에는 동산·부동산을 막론한 모든 재산가치에 대한 일체의 지배권을 의미하며(구동독민법상 소유권의 형태로 규정된 모든 권리도 포함한다), ‘기타 권리’는 재산가치에 대한 모든 권리 중 소유권을 제외한 권리, 즉 용익물권, 토지저당권, 물권적 전매권(dingliches Vorkaufsrecht) 등의 제한물권과 임대차계약 등 채권의 이용적 설정계약이나 양도합의 등에 의한 채권관계로부터 발생하는 권리와 무채재산권이 포함된다. Vgl. F/K/W/W/W, RbhVermInV, §4, Rn. 10 ff.

248) 다만 법 제5조는 토지와 건물소유권의 반환청구와 관련하여 반환불능에 의한 보상청구권의 성립의 경우를 구체적인 몇가지 예를 들어 규정하고 있다. 즉, i) 토지와 건물이 그 이용방법 또는 이용목적을 변경함에 있어 상당한 건축변경을 요하며 현상태로 이용하는 것이 공익에 부합하는 경우, ii) 토지와 건물이 공동사용에 제공되고 있는 경우, iii) 토지와 건물이 집단주택의 건설, 주택단지의 조성에 이용되고 있는 경우, iv) 토지와 건물이 영리적으로 이용되고 있거나 하나의 기업단위에 편입되어 있어 기업에 대한 현저한 피해 없이는 반환되어 질 수 없는 경우 등이 그것이다.

249) BVerfGE, 24, 60; 35, 69.

250) 제275조(귀책사유 없는 불능) (1) 급부가 채권관계 발생 후에 채무자가 책임질 수 없는 사유로 불가능하게 된 때에는 채무자가 당해 급부를 면한다.

(2) 사후적으로 발생한 채무자의 무자력은 채무관계 발생 후에 생긴 급부불능의 경우와 동일하다.

251) Vgl. F/K/W/W/W, RbhVermInV, §4, Rn. 14; Fieberg/Reichenbach,

한편, 재산가치의 반환이 부분적으로 불가능한 경우 법 제4조 제1항 제1문에 의해 전체반환청구권이 소멸하지는 않으며 그 가능한 부분에 관해서 반환청구권이 인정되며,<sup>252)</sup> 따라서 반환이 불가능한 범위내에서만 가분적으로 보상청구권이 발생한다고 보아야 한다.

반환불능에 의한 보상청구권의 발생은 ‘사실상 반환이 불가능한 경우 (tatsächliche Unmöglichkeit)’와 ‘법률상 반환이 불가능한 경우 (rechtliche Unmöglichkeit)’로 나누어 살펴볼 수 있다.

#### 나) 사실상 반환불능

원물반환의 사실상 불능의 경우란 재산가치에 대한 원물반환청구를 자연법적 관점에서 볼 때 객관적으로 어느 누구도 행사할 수 없는 경우를 말한다.<sup>253)</sup> 또한 반환 자체가 이론적으로는 불가능하지 않더라도 심대한 어려움(unüberwindliche Schwierigkeit)을 제거하지 않고는 사실상 반환을 기대할 수 없는 경우도 이에 포함된다고 하며, 따라서 반환불능의 여부는 단순히 물리적으로 판단할 것이 아니라 사회의 거래관념에 따라야 한다고 한다.<sup>254)</sup>

구체적인 예로서는 반환청구의 대상인 재산적 가치가 물리적으로 소멸된 경우(Untergang), 부합(Verbindung), 혼합(Vermischung), 가공(Verarbeitung) 등에 의해 다른 물건의 본질적 구성부분(wesentlicher Bestandteil)으로 되거나 전혀 새로운 물건으로 바뀐 경우를 들 수 있다.<sup>255)</sup>

---

Kommentar zum Vermögensgesetz(folgend; F/R), §4, Rn. 31 ff.

252) 이 경우 당해 재산가치가 가분적인지 여부를 불문하고 위와 같은 부분적 반환이 인정된다고 한다. 예컨대, 토지에 대한 반환청구권은 침해시점에 그 지상에 존재하던 건물이 그후 전부 또는 일부가 파괴된 경우에도 인정되는 것이다. F/K/W/W/W, RhbVermInV, §4, Rn. 40 f.

253) Palandt/Heinrichs, BGB, §275, Rn. 4; Vollkommer, in: Jauernig, BGB, vor §275, Anmerkung 2a.

254) BGH, NJW 1983, S. 2873. So auch BGHZ 2, 268[270].

255) Vgl. BGB §§946-950. Einzelheiten dazu F/R, a.a.O., §4, Rn. 11.

## 다) 법률상 반환불능

법률상 반환불능이라 함은 반환을 방해하는 계속적인 법률적 장애(Rechtshindernis)가 존재하고 있는 경우를 말한다.<sup>256)</sup> 예를 들면, 원시적 법률관계설정의 근거가 되었던 법적 기본관계(ursprüngliche Rechts-grundlage)나 그 구성요건이 소멸한 경우, 재산법상의 결정(예컨대 법 제34조 제1항 제1문)시에 기간의 도과 등으로 인하여 재산법 제1조상의 재산권침해행위에 의하지 아니하고 이미 권리가 소멸한 경우 등을 들 수 있다.<sup>257)</sup> 한편, 이 때의 반환불능은 객관적 사유에 의한 불능만을 의미하므로 채무자의 단순무자력은 이에 해당하지 아니한다. 예컨대, 재산권 침해로 인해 과거 소유권을 취득했던 법률주체가 법률행위에 의해 당해 재산가치를 매각했거나 또는 구동독정부의 고권적 조치에 의해 더 이상 소유권자가 아닌 경우 등은 법률상 반환불능의 경우가 아니어서 보상의 사유로 되지 아니한다.

제한물권의 경우 1990년 10월 3일, 즉 통일 이전에 구동독정부의 박해조치에 의해 소멸하였으나 그 후 재산법이나 기타 관련법령에 의해 권리가 부활되지 아니한 경우에는 법률상 반환불능의 경우로 보아 보상청구의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.<sup>258)</sup>

동일한 재산가치에 대해 수인의 피해자, 즉 반환권리자가 존재하는 경우에는 법 제3조 제2항의 우선원칙(Prioritätsprinzip)<sup>259)</sup>에 따라 시간적으로 가장 앞서서 가해조치를 당한 피해자만이 반환청구권을 가지므로, 그 이후의 피해자들이 가지는 반환청구권은 법률적 반환불능의 경우에 해당한다.

256) F/K/W/W/W, RbhVermInV, §4, Rn. 18.

257) Säcker, Vermögensrecht, §4, Rn. 11.

258) 그러나 이러한 해석은 제2차재산법개정법률이 시행됨에 따라 법 제4조와 제5조의 규정은 이에 관하여 특별한 의미를 가지지 않게 되었다. Vgl. F/K/W/W/W. RbhVermInV, §4. Rn. 20 f.; Säcker, Vermögensrecht, §4, Rn.12 f.

259) 재산법 제3조 2항 : “다수인이 동일한 재산가치에 대하여 반환청구권을 적법하게 행사한 경우 제1조 소정 조치의 최초 대상자를 권리자로 본다.”

## 라) 기업의 반환불능

법 제4조 제1항 제2문에 의하면 합리적 상인(vernünftiger Kaufmann)의 입장에서 판단할 때 영업이 중지되었고<sup>260)</sup> 재개되기 위한 사실상의 요건조차 결여된 경우<sup>261)</sup> 당해 기업의 반환청구가 배제된다고 한다. 그러나 이 경우 원권리자의 권리는 반드시 법 제9조 제1항의 보상청구권으로 귀결되는 것은 아니며 법 제6조 제6a항 제1문에 의해 몰수등 피해시점에 당해 기업이 소유했던 재산가치나 그 대체물에 대한 개별적 반환청구권도 인정될 수도 있다. 그러나, 처분권자에 대한 채권자의 청구권이 존재하는 경우에는 그 채권자가 공법인에 귀속되지 아니하는 한 법 제6조 제6a항 제2문에 의해 그 청구권이 원권리자의 개별적 반환청구권에 우선하며 이 경우 원권리자에게 보상법 제1조 제1항에 의한 보상청구권을 인정할 수 있을 것이다.<sup>262)</sup>

## 마) 보상청구권의 내용 및 절차

보상청구권의 구체적 내용은 ‘보상법’이 규율하고 있는데 이에 대해서는 이미 전술한 바와 같다. 한편, 관할 행정청은 법 제30조 이하의 규정에 의한 절차에서 법 제9조의 보상청구권을 직권으로 고려하여야 한다. 법 제32조에 따라 관할 행정청이 결정내용을 사전통지한 이후에도 권리자가 계속해서 원물자체의 반환을 요구하는 경우에는 법 제36조에 의한 이의 신청이나 제37조에 의한 행정소송이 가능하도록 기각결정을 하여야 한다. 그러나 위와 같은 주청구권(Primäranspruch)인 반환청구를 기각할 경우, 이차적청구권(Sekundäranspruch)으로서의 보상청구권은 법률상 당연히(ipso jure) 발생하는 것이지 원권리자에게 양자에 관한 법 제8조상

260) 영업중지란 일시적으로 생산이 중지되거나 단순히 청산절차나 포괄집행절차가 개시된 경우가 아닌, 조직화된 단위로서의 기업이 소멸한 경우를 말한다. 영업이 부분적으로 중지된 경우에는 그 중지된 범위에서만 반환배제효과가 발생한다. Vgl. R/R/B, Vermögen, §4, Rn. 15 ff.

261) 위에 대한 판단은 처분권자 개인의 주관적·경제적 관계를 기준으로 하는 것이 아니라 합리적 상인의 판단에 의한 객관적인 것이어야 하며 현재의 시장조건, 기존 영업장의 이용가능성, 영업재개에 필요한 투자규모 등이 일차적으로 고려되어야 한다고 한다. Försterling, a.a.O., S. 216 f.

262) F/K/W/W/W, RhbVermInV, §4, Rn. 54.



의 선택권이 있는 것은 아니므로 원권리자의 보상청구에 관한 신청여하에 불문하고 법 제9조에 의한 보상청구에 관한 결정도 함께 내려야 한다.

### 3) ‘정당한 취득’에 의해 반환불가능한 경우(재산법 제 4조 제2항 및 제3항)의 보상청구

#### 가) 개 설

보상법 제1조 제1항은 앞서 살펴 본 바와 같이 조리상 반환불능에 의한 반환청구배제의 경우 이외에 제3자가 당해 가치를 정당하게 취득한 경우에도 원권리자는 반환청구를 할 수 없고 보상의 청구만이 가능하다고 규정하고 있다.

재산법 제4조 2항 및 이와 연계된 보상법 제1조 제1항은 공동성명 제3항 b)<sup>263)</sup>에서 유래하는 것으로, 「원권리자의 원물반환에 대한 기대와 당해 재산가치에 대한 구동독주민의 보호가치 있는 법적 존속의 보호」라는 대립하는 법적 이해관계를 조율하기 위한 규정이라고 한다.<sup>264)</sup> 즉, 동 조항은 구동독에도 나름대로의 소유권체계가 존재하였었고 그에 따라 구동독주민, 종교단체 또는 공익재단이 법 제1조 소정의 재산권침해조치의 대상이었던 재산가치에 대한 소유권 등을 취득한 예가 있었으므로 이에 대한 신뢰를 보호해야 한다는 필요성에서 ‘정당한 취득자의 존속이익(Bestandsinteresse)’이 ‘원권리자의 반환이익(Restitutionsinteresse)’에 우선함을 선언한 것이라 할 수 있다. 한편, 투자우선법상의 규정들(투자우선법 제2조 제2항, 제3조 제2항)과는 달리 ‘정당한 취득’에 의한 반환배제 조항이 비록 법문상 명시적으로 투자우선목적에 요구하지는 않지만, ‘정당한 취득’을 요건으로 하는 반환배제와 이에 따른 보상청구는 결과적으로 처분권자의 당해 재산가치에 대한 종국적 처분을 가능하게 하

263) “동독주민이 반환대상인 부동산에 관한 소유권 또는 용익물권을 선의로 (in redlicher Weise) 취득한 경우 원소유자에 대한 사회계약적 조정 (sozialverträglicher Ausgleich)은 등가토지의 교부 또는 보상을 통하여 이루어진다. 이는 국가의 신탁관리인에 의하여 제3자에게 양도된 토지재산의 경우에도 적용한다. 세부적 사항은 추후의 규율에 의한다.”

264) Försterling, a.a.O., S. 217.

고, 이는 곧 투자가의 소유권 취득을 통한 투자조치로 이어져 결국 투자가의 신뢰보호에 실질적으로 기여한다는 점에서 일종의 투자우선조항으로 평가되기도 한다.<sup>265)</sup>

나) 적용범위

재산법 제4조 제2항은 정당한 취득을 이유로 한 일반적 반환청구권배제를 규정하고 있는 바, 이 규정은 기업반환청구에 관한 특별규정인 법 제4조 제1항 제3문<sup>266)</sup>과 달리 법 제2조 제2항상의 전체 재산가치에 대한 소유권,<sup>267)</sup> 기타 물권적 이용권<sup>268)</sup>의 취득에 대해 적용되는 것이다.

265) Lorff, Offene Vermögensfragen, §4, Rn. 5 f.

266) “다음 규정들을 근거로 기업이 양도되어진 경우에는 당해 기업의 반환이 배제된다.

a) 독일민주공화국내 외국인 참가기업의 설립 및 활동에 관한 법률(Verordnung über die Gründung und Tätigkeit von Unternehmen mit ausländischer Beteiligung in der DDR vom 25. 01. 1990, GBl. I Nr. 4, S. 16),

b) 국유재산의 신탁관리를 위한 기구의 설립에 관한 결정(Beschluß zur Gründung der Anstalt zur treuhänderischen Verwaltung des Volkseigentums vom 01. 03. 1990, GBl. I Nr. 14, S. 107),

c) 기업의 사유화에 있어서 장애제거와 투자촉진을 위한 법률(Treuhandgesetz vom 17. 07. 1990, zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung von Unternehmen zur Förderung von Investitionen vom 22. 03. 1990, BGBl. I, S. 766),

d) 사기업의 설립·활동 및 기업지분에 관한 법률(Gesetz über die Gründung und Tätigkeit privater Unternehmen und über Unternehmensbeteiligungen vom 07. 03. 1990, GBl. I Nr. 17, S. 141).

제3항의 요건이 존재하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.”

267) 여기서의 소유권은 논리상 인민소유권과 같이 사유재산으로서의 소유권 취득이 원칙적으로 불가능했던 사회주의적 소유권을 말하는 것이 아니라(구동독법상 자연인은 사회주의적 소유권에 대해 권리담당자(Rechtsträger)로서의 지위만이 인정되었을 뿐 소유자는 될 수 없었다), 구동독법에 의해 자연인, 종교단체 또는 공익법인에 귀속될 수 있었던 소유권만을 그 적용대상으로 한다. 줄고, 통독 후 구 동독 국영기업의 사유화와 공공재산의 귀속, 서울대학교 법학 제37권 제2호, 388면 이하 참조.

268) 물권적 이용권은 구동독법에 따라 인정되었던 법 제2조 제2항의 재산가치에 대한 제한물권으로서 그 권리자가 당해 재산가치의 전부 또는 일부를

또한, 동 규정은 주관적 요건으로서 취득자의 범위를 자연인·종교단체·공익재단<sup>269)</sup>에 국한하고 있다.

#### 다) ‘정당성(Redlichkeit)’의 개념

제3자가 반환청구대상 기업 또는 기타 재산가치에 대해 권리를 취득함으로써 원권리자의 반환청구권이 배제되어 보상청구권이 성립하는 경우에 관해 법 제4조 제1항 및 제4조 제2항은 그 ‘취득의 정당성’을 요건으로 하고 있다. 따라서 ‘정당성’ 개념은 원권리자의 반환청구에 우선해서 보호해야 할 가치가 있는 취득인지의 여부를 결정하는 결정적인 기준으로 작용한다. 그러나 재산법은 ‘정당성’의 개념에 대해 적극적인 법률적 정의를 내리는 대신 제4조 제3항에서 정당하지 아니한 취득으로 인정되는 세가지 경우만을 소극적으로 예시해 놓고 있을 뿐이다.<sup>270)</sup>

따라서, ‘정당성’의 개념은 관계조항의 입법취지와 배경적 이념으로 부터 유추하여 내려져야 할 것인 바, 일응 취득과정이나 그 근거가 전체적 외관으로 볼 때 취득 당시 동독의 법률규범이나 공서양속(gute Sitten)에 저촉되는 조작행위(Manipulation)에 근거하지 아니한 때와 취득자가 위 조작행위를 알 수 있었거나 알았어야 하는 경우가 아닌 때에 ‘정당성’

이용할 수 있는 권리를 말한다. 따라서, 예컨대 구동독민법 제312조 제1항상의 여가선용, 요양 등을 위한 Datschen-Fälle의 권리는 단순한 채권적 권리에 해당하므로 법 제4조 제2항의 적용대상이 아니다. Vgl. Säcker, Vermögensrecht, §4, Rn. 52.

269) 1976년 1월 1일 구동독민법의 시행과 더불어 공익재단의 신설·존립이 불가능하였으므로 여기서의 공익재단은 주로 구서독 또는 외국의 공익재단을 의미한다. Vgl. R/R/B, Vermögen, §4, Rn. 20.

270) 재산법 제4조 제3항 : “원칙적으로 다음 경우의 권리취득은 정당하지 아니한 것으로 본다.

- a) 당해 권리취득이 당시 동독에서 유효했던 일반적 법규, 절차원칙 및 합리적 행정실무에 부합되지 아니하고, 취득자가 이를 알았거나 알 수 있었던 경우,
- b) 당해 권리취득이 부정 또는 직권남용을 통하여 취득의 시점, 조건 또는 대상의 선택에 영향을 미친 결과에 기인한 경우,
- c) 당해 권리취득이 취득 당시 취득자 스스로 또는 제3자에 의하여 야기된 강박상태 또는 소유권자의 피기망상태를 이용한 결과에 의하여 영향받은 경우.“

이 인정된다고 할 수 있다.<sup>271)</sup>

이런 의미에서 볼 때 여기서의 ‘정당성’은 민법상의 ‘선의취득 (gutgläubiger Erwerb)<sup>272)</sup>이나 재산법 제1조 제3항의 ‘부정한 행위 (unlautere Machenschaft)<sup>273)</sup>와는 구별되는 개념이라고 한다.

라) 기준일 규정(Stichtagsregelung)

재산법 제4조 제2항의 정당한 취득으로 인한 반환배제와 이에 따른 보상청구는 제2차 재산법개정법 시행일(1992년 7월 22일)부터는 1945년 5월 8일 이후의 취득행위에만 적용된다. 왜냐하면 독일 제3제국 멸망 전의 취득행위는 미해결재산문제의 처리를 위한 동서독정부간 공동성명의 규율대상이 아니며, 따라서 이 시점까지의 법 제1조 제6항상의 재산가치 매매에 관하여는 연합군의 반환법규정에 따라 해결되기 때문이다.<sup>274)</sup>

또한 법 제4조 제2항 제2문은 취득의 근거가 되는 법률행위가 1989년 10월 18일 이후에 권리자의 동의 없이 행하여졌고, 위 제2문 a)-c)<sup>275)</sup>

271) VG Dresden Urteil vom 11. 11. 1992, VIZ 1993, S. 265; Vgl. auch Försterling, a.a.O., S. 564.

272) 원칙적으로 ‘선의’개념은 처분자의 무권한의 경우에 취득자를 보호하는 역할을 한다. 그러나 여기서의 처분자는 당시 동독법에 의할 때 재산가치의 소유자 또는 권리담당자로서 처분권한이 있었으므로, 취득자가 악의인 경우에 선의취득과는 달리 필연적으로 법 제3조상의 정당하지 못한 취득이 된다고는 할 수 없다. 예컨대, 처분자가 소유자가 아니란 사실이나 원소유자의 의사에 반해 당해 재산가치가 몰수되었다는 사실을 알았거나 과실로 알지 못했던 경우에도 곧바로 취득자가 정당하지 아니했던 것으로 판단할 수는 없는 것이다. Vgl. F/K/W/W/W, RbhVermInV, §4, Rn. 204 ff.

273) ‘부정한 행위’는 재산법 적용여부에 관한 객관적 요소로 구성되어 있어서 개인간의 대립하는 이해관계의 조정을 목적으로 하는 것이 아님에 비해, ‘정당성’개념은 객관적으로 존재하는 조작행위에 취득자가 주관적으로 관여한 여부가 문제되는 것이다. Vgl. VG Meiningen, VIZ 1993, S. 21.

274) Vgl. F/K/W/W/W, RbhVermInV, §4, Rn. 105 ff.

275) ‘취득자에게 있어 취득의 근거가 된 법률행위가 1989년 10월 18일 이후 권리자의 동의없이 이루어진 경우로서 다음 각 호에 해당하지 아니한 때에는 토지와 건물의 양도에 관하여 반환이 배제되지 아니한다.

a) 처분이 1989년 10월 18일 이전에 서면으로 신청되었거나 기타 서류상 취득의 근거자료가 마련되었고,

b) 취득이 ‘국유부동산매매에관한법률(Gesetz über den Verkauf

에 해당하지 아니하는 한 토지나 건물의 양도행위로 인하여 반환청구권이 소멸하지 않는다고 규정하고 있다. 이러한 기준일 규정은 호네커(E. Honecker)가 실각한 1989년 10월 18일 이후 구동독지역에서 법 제1조의 몰수 등 재산권침해조치의 대상이었던 국유재산들에 관해 - 특히 모드로프(H. Modrow) 정부가 국유부동산에 관한 소유권 취득을 일반적으로 가능하게 한 법률, 즉 ‘국유부동산매매에관한법률’을 제정한 이후 - 엄청난 수의 매매가 행해졌음을 고려한 것이라 한다.<sup>276)</sup> 이러한 매매는 원권리자의 반환청구권을 空洞化하게 할 우려가 있으므로 입법자로서는 이와 같은 결과를 방지할 필요성이 있었던 것이다. 또한, 이 시기에는 이미 통일에의 분위기가 무르익어서 사회주의적 소유권질서의 종말이 예언되어 있었던 상태였으므로, 이 때 체결된 매매계약 등에 의한 재산취득자를 보호할 필요가 없었던 점도 고려되었다고 한다.<sup>277)</sup>

#### 마) 법률상 효과

법 제4조 제1항 제3문 및 동조 제2항 제1문에 의해 취득자가 소유권 기타 물권적 이용권을 ‘정당한 방법’으로 취득한 경우에는 원권리자의 반환청구는 배제되고, 원칙적으로 금전적 방법, 즉 債券의 교부에 의한 손실보상청구권이 원권리자에게 인정된다(보상법 제1조 제1항). 그러나 재산법 제9조에 의하면 법 제4조 제2항 즉, ‘정당한 취득’에 근거하여 토지가 반환될 수 없는 경우, 최대한 동등한 가치를 가지는<sup>278)</sup> 代土의 양도로써 보상할 수 있으며, 이것이 불가능한 경우 금전으로 보상할 수 있다고 규정함으로써 「보상법 제1조 제1항에 의한 債券보상의 원칙」과 「재산법 제9조에 나타난 代土보상 우선의 원칙」사이의 충돌이 일어나게 된다.

volkseigener Grundstücken und Gebäuden vom 07. 03 1990, GBl. I, Nr. 18, S. 157’ 제1조에 근거하여 이루어졌거나,

c) 취득자가 1989년 10월 19일 이전에 가치를 상승시키거나 실체를 유지하기 위하여 상당한 투자를 실행한 경우.”

276) Vgl. Försterling, a.a.O., S. 219.

277) Vgl. F/K/W/W/W, RbhVermInV, §4, Rn. 111 ff.; R/R/B, Vermögen, §4, Rn. 35 ff.; Säcker, Vermögensrecht, §4, Rn. 67 ff.

278) 이 때 동등한 가치인지 여부의 비교시점은 반환청구대상인 토지의 소유권 상실 시점이라고 하여야 한다. F/R, a.a.O., §9, Rn. 8.

원래 ‘대토보상’의 가능성은 전술한 공동성명 제3항 b)에서 규정된 ‘등가토지로의 교환 내지 보상을 통한 사회계약적 조정’에서 근거하는 것으로, 법 제9조의 ‘대토보상’은 강제규정(Muß-Vorschrift)이 아니라 가능규정(Kann-Vorschrift)의 형식을 띄고 있다. 따라서, 동 규정은 일응 행정관청이 원권리자에 대해 금전보상에 갈음하는 대토보상을 제의할 수 있는 재량권을 부여한 것이라고 보아야 할 것이다. 그러나, 원권리자의 입장에서는 이러한 행정관청의 제의를 거절하고 금전에 의한 보상을 선택할 권리가 있다고 보아야 하므로,<sup>279)</sup> 행정관청은 기속재량에 따라 원권리자의 의사에 반하지 아니하는 범위내에서 이 권한을 행사하여야 한다고 본다. 또한, 법 제21조 제3항 제1문에 의하면<sup>280)</sup> 자치단체에 속하는 토지가 동일한 시 또는 지방자치단체 지역 내에 존재하고 있고 원권리자의 이익과 소유권 이전이 상호 배치되지 아니한다는 사실에 대하여 원권리자가 동의한 경우 행정관청은 원권리자에게 대토에 의한 보상을 제의할 수 있다고 한다. 따라서, 금전보상에 갈음하는 대토보상은 원권리자가 행정관청의 ‘대토지급에 의한 보상’ 제의에 동의한 경우에 한하여 가능하다고 보아야 할 것이다.<sup>281)</sup>

#### 4) 국가관리의 폐지에 있어서의 보상선택권(Wahlrecht auf Entschädigung) (재산법 제11조 제1항 제2문, 제3문)

##### 가) 국가관리의 폐지

국가신탁관리 및 이와 유사한 처분제한조치들을 폐지할 것에 합의한 공동성명 제2항에 근거하여 재산법은 종래 재산권에 대해 존재하던 처분권의 제한을 폐지하고 소유권자 또는 그 권리승계인에게 소유권에 대한 자유로운 처분권을 반환할 목적으로 국가관리폐지에 관한 규정을 두고 있다

279) Försterling, a.a.O., S. 227; F/R, a.a.O., §9, Rn. 12.

280) 재산법 제9조 제3문은 대토의 제공에 관하여 제 21조 제3항 및 제4항을 준용한다고 규정하고 있다.

281) 견해에 따라서는 대토에 의한 보상은 금전보상에 비해 일반적으로 유리하다고 보아야 하므로 입법론적으로는 평등의 원칙을 고려한 조정조치가 필요하다고 한다. 법무부, 전거서, 278면.

(재산법 제11조 내지 제15조). 국가관리폐지의 대상이 되는 국가관리의 유형은 법 제1조 제4항상의 세 가지 형태에 한정된다.<sup>282)</sup> 즉, a) 허가 없이 동독지역을 탈출하였던 주민들의 재산가치에 대한 국가의 신탁관리(staatliche Treuhandverwaltung),<sup>283)</sup> b) 법규에 의하여 동독의 국가기관으로 이전된 서독·서베를린 주민 및 서독·서베를린에 소재한 법인의 재산가치에 대한 임시관리(vorläufige Verwaltung),<sup>284)</sup> c) 동독정부로 이전된 외국인 소유재산의 관리(Verwaltung des ausländischen Vermögens)<sup>285)</sup>의 세가지 형태의 국가관리가 동 조항에 의한 폐지의 대상이 되는 것이다.<sup>286)</sup>

국가관리폐지청구권은 공법상 청구권(öffentlicher-rechtlicher Anspruch)의 일종으로서, 국가관리는 동 청구권에 근거한 원권리자의 신청으로, 재산법 제22조 이하 및 제35조상의 관할권을 갖는 재산청이 법 제30조 이하 소정의 행정절차과정을 거친 후 내리는 결정에 의하여 폐지된다. 또한, 원권리자와 국가관리자는 양자간의 약정을 통하여 국가관리의 폐지를 위한 화해계약을 체결할 수도 있다(법 제30조 제1항 제2문).

위 세가지 형태 중 하나에 해당되어 국가관리가 폐지된 경우에는 재산

282) 재산법은 국가관리폐지의 적용범위를 세가지로 한정함으로써 공동성명에서 규정된 내용보다 그범위가 축소되었다고 평가된다. 예컨대, 구동독의 '1953년 12월 1일자 지침' 제1조에 의하여 시행되던 부재관리(Abwesenheitspflegeschaft)와 구동독 민법상의 관리계약에 근거한 재산관리는 법 제11조 이하의 적용대상이 아니라고 한다. Kimme, Offene Vermögensfragen, §11, Rn. 8.

283) 이와 관련된 구동독의 법령으로는 '1953년 6월 10일 이후 필요한 허가를 받지 아니하고 동독을 떠난 사람들의 재산가치에 관한 명령 제2호(GBl., Nr. 59, S. 664)', '1953년 6월 10일 이후 필요한 허가를 받지 아니하고 베를린의 민주지역(동베를린)을 떠난 사람들의 재산가치에 관한 명령 제2호(VOBl. für Groß-Berlin I, Nr. 61, S. 673)' 등을 들 수 있다.

284) 예컨대, '1952년 9월 4일자 재산가치보전명령' 제6조 및 '베를린 재산가치보전명령' 제2조(VOBl für Groß-Berlin I, Nr. 42, S. 445) 참조.

285) 예컨대, '동독내 외국인소유권의 관리 및 보호에 관한 명령(GBl Nr. 111, S. 839)'과 '베를린내 외국인소유권의 관리 및 보호에 관한 명령(VOBl für Groß-Berlin I, Nr. 80, S. 565)' 참조.

286) Mehr dazu, F/K/W/W/W, RhbVermInV, §1, Rn. 124 ff, §11, Rn. 9 ff. und Rn. 32 ff.

법 제16조 제2항 및 제11조의a 제4항에 따라 당해 재산가치와 관련하여 존재하는 모든 권리·의무관계가 원권리자인 소유권자에게 승계된다.<sup>287)</sup>

나) 보상선택권

① 선택권의 의의 및 행사방법

재산법 제11조 제1항 제2문에 의하면, 원권리자는 제1문에 의한 국가관리폐지 대신 자신의 소유권을 포기하고 법 제9조에 의한 보상을 선택할 수 있다고 한다. 따라서, 원권리자가 이러한 선택권을 행사하면, 동시에 자신의 소유권을 포기하여야 되는 것이다. 소유권 포기과 보상에로의 선택권 행사는 원권리자의 의사표시를 요건으로 하며, 공동소유인 경우에는 공유자도 부분소유권에 대한 각자의 지분에 관하여 단독처분권이 인정되므로 그 한도내에서 독립적으로 선택권을 행사할 수 있다고 한다.<sup>288)</sup> 재산가치에 대한 소유의 형태가 합유(Gesamthandsgemeinschaft)인 경우에는 법 제8조 제2항을 유추 적용하여 선택권 행사를 공동으로 행사하여야 한다.<sup>289)</sup>

선택권의 행사기간과 관련하여서는 재산청의 결정에 의해 국가관리가 폐지될 경우, 권리자는 폐지결정이 내려지기 전에 관할행정청에 대해 보상선택권을 행사하여야 하며, 따라서 재산청이 내린 결정이 확정된 때부터는 보상청구권을 행사할 수 없다.<sup>290)</sup>

287) 이와 관련해 Kimme는 건축자금 대출을 담보하기 위한 건설저당권(Aufbauhypotheken) 및 이와 유사한 부동산담보권(Grundpfandrecht)은 당해 대출목적에 합치되는 가치상승적(werterhöhend) 또는 가치유지적(werterhaltend) 건축조치가 시행된 경우 그 범위에 한하여 인수할 수 있다고 한다. Kimme, a.a.O., §11, Rn. 5; dagegen F/R, a.a.O., §11, Rn. 5.

288) Kimme, a.a.O., §11, Rn. 18.

289) 따라서, 민법상 회사, 권리능력 없는 사단, 합명회사, 합자회사 등과 같이 소유형태가 합유인 재산가치에 대해서는 선택권의 행사 및 권리의 포기를 공동으로 하여야 한다. Kimme, a.a.O., §11, Rn. 19 f.

290) 제2차재산법개정법에 의해 신설된 법 제11조의a는 선택권행사에 대한 일반적인 제척기간을 규정하고 있는데 이에 의하면 보상선택권은 제9조에 따라 제정될 보상법의 시행일로부터 2개월 이내에 행사하여야 한다.



한편, 원권리자가 선택권 행사기간내에 보상선택권을 행사한 경우 법 제8조에 의한 선택권행사의 경우와는 달리 다시금 국가관리폐지청구권을 행사할 수 있는 변경권(ius variandi)은 인정되지 않는다고 보아야 한다. 왜냐하면, 원권리자는 소유권포기의 의사표시를 통해 당해 재산가치에 대한 소유권 내지 권리주체성(Rechtsinhaberschaft)을 상실하는 것이며, 따라서 선택권행사 이후에는 더 이상 당해 재산가치에 대한 권리적 격성을 가지지 못하기 때문이다.<sup>291)</sup>

## ② 보상선택권 행사의 효과

원권리자가 법 제11조 제1항 제2문상의 선택권을 행사하면, 국가관리 폐지에 갈음하여 소유권포기를 통한 법 제9조의 보상청구권이 발생하게 된다. 이 때의 보상청구권은 금전보상을 내용으로 하는 권리이며, 법 제9조상의 대토제공을 위한 보상과는 별개의 성질을 갖는다고 보아야 한다. 왜냐하면, 대토제공을 통한 보상은 현재의 소유권자가 당해 토지를 정당하게 취득하였기 때문에 반환될 수 없는 경우에 한하여 인정될 수 있는 것이므로 법 제11조에 따른 원권리자의 소유권포기에 의한 보상청구권의 선택과 동일시 할 수 없기 때문이다.<sup>292)</sup> 보상의 구체적 내용, 즉 보상액의 산정, 보상액산정의 기초, 이미 지급된 조정금부의 공제방법, 기타 관할행정청 등에 관해서는 ‘보상법’의 규정에 의한다.

## (3) ‘조정금부법(Ausgleichsleistungsgesetz)’에 의한 사회계약적 조정 (sozialverträglicher Ausgleich)

### (가) 조정금부청구권의 성립

‘조정금부법’의 입법취지는 동법의 原名<sup>293)</sup>에 잘 나타나는 바와 같이

291) Vgl. F/K/W/W/W, RhbVermInV, §11, Rn. 40; F/R, a.a.O., §11, Rn. 17.

292) F/K/W/W/W, RhbVermInV, §11, Rn. 75.

293) Gesetz über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können (Ausgleichsleistungsgesetz-

원상회복청구권이 인정되지 않는, 점령법 혹은 점령고권에 근거한 재산권 몰수조치의 피해자에 대한 국가적 조정급부의무를 규율하는 것이다. 위에 해당하는 재산권 몰수조치에 대해서는 공동성명 제1항, 통일조약 제41조, 재산법 제1조 제8항 a), 보상법 제1조 제1항 및 연방헌법재판소의 다수의 판결에 의해 원상회복불가원칙으로 확인되고, 피몰수자는 다만 국가에 의한 사회계약적 조정급부에 만족해야 하는 것이다.<sup>294)</sup> 조정급부의 청구인적격자는 자신의 재산가치가 재산법 제1조 제8항 a)에 나타난 점령법 또는 점령고권에 기한 재산가치의 피몰수자<sup>295)</sup>로서 그러한 재산권 침해행위가 1945년 5월 8일 과 1949년 10월 6일 사이에 행해진 경우에 한한다.<sup>296)</sup>

조정급부청구권은 자본회사나 협동조합에게는 인정되지 아니하고, 원칙적으로 점령법 혹은 점령고권에 근거한 재산권(소유권 및 기타 물권적 이용권)몰수의 피해자로서의 자연인과 그 법적 승계인에게만 인정됨이 원칙이다(조정급부법 제1조 제1항, 제2조 제1항 제2문). 이에 대해, ‘조정급부법’은 자본회사나 협동조합에게도 조정급부청구의 가능성을 간접적으로 인정하고 있는 바, 그들의 재산권에 대한 침해가 그 단체 구성원의 영업지분의 가치감소를 초래한 경우에는 동법상의 조정급부청구권이 인정된다고 한다(조정급부법 제1조 제2항 제1문).

생각건대, 법인에 대한 일반적인 조정급부청구권의 배제는 기본법 제3조상의 평등원칙에 비추어 볼 때 위헌의 소지가 있다고 본다. 왜냐하면, ‘조정급부법’ 제1조 제1항에 의해 조정급부청구권의 인정범위가 자연인에

---

AusglLeistG) vom 27. 09. 1994, BGBl. I, S. 2624.

294) 이에 대한 연혁 및 입법과정, 연방헌법재판소의 판결, 통일한국에의 적용을 위한 비판적 고찰 등에 관하여는 줄고, 북한지역 몰수재산의 원상회복여부에 관한 고찰, 186면 이하 참조.

295) 구체적 적용범위 및 예외에 대하여는 ‘조정급부법’ 제1조 제3항, 제4항 참조.

296) 공동성명 제1항에 나타난 원상회복불가의 시간적 범위(1945-1949)가 재산법에서는 규정되지 않음으로써 구성요건의 확정과 관련해 법적 불안정성을 야기한다는 학자들의 비판이 비등하였다. 한편, 정부측 초안과는 달리 ‘조정급부법’상에서도 이에 관한 명확한 시간적 범위를 한정하지 않음으로써 이같은 불안정성은 아직도 존재한다고 하겠다.

계만 한정되는 것과는 달리, 1949년 10월 6일 이후의 구동독정부에 의한 재산권 침해행위에 대해서는 재산법상의 제규정에 의해 자연인 뿐만 아니라 법인에게도 차별없이 원상회복청구권 기타 이에 갈음하는 손실보상청구권 등의 이차적청구권이 차별없이 인정되기 때문이다.<sup>297)</sup> 그러나, ‘조정급부법’의 입법이유서에 의하면, 구동독정부 수립 전후에 따라 재산권 침해행위에 대한 법적 취급을 현행 법제에 의하면 달리하므로, 사회국가원리에 입각한 ‘조정급부법’상의 자연인과 법인에 따른 차별규정은 소위 합리적 차별에 해당되어 위헌이 아니라고 한다.<sup>298)</sup>

한편, ‘조정급부법’ 제1조 제4항에 의하면 제1항 내지 제2항상의 원권리자가 인간성존중 및 법치국가원리 등의 근본원리에 위반했거나, 자신의 지위를 남용하여 타인의 법적 지위에 심대한 영향을 끼친 경우, 나찌정부 혹은 공산주의 정부에 적극적으로 협력한 경우에는 조정급부청구권이 인정되지 아니한다. 동 규정은 법치주의원칙 등에 위반해서 분단 및 이와 연관된 불법적 상황의 지속에 대한 귀책사유 있는 자가 통일과 더불어 다시금 조정급부청구에 의해 불법청산의 대상에서 제외됨을 방지하는데 입법취지가 있는 것으로,<sup>299)</sup> 이와 이념적으로 궤를 같이하는 규정들은 통일법제의 불법청산 관련규정들에서 다수 발견된다.<sup>300)</sup>

#### (나) 조정급부청구권의 행사

조정급부는 ‘보상법’ 제9조상의 보상기금에서 금전으로 지급된다(조정급부법 제2조 제1항 제1문). 조정급부액 산정에 관하여는 ‘조정급부법’에 다른 규정이 없으면<sup>301)</sup> ‘보상법’ 제1조 내지 제8조의 규정을 준용하므로,

297) So etwa Horn, a.a.O., Kap. 3 §15, Rn. 31.

298) Begründung RegE EALG, BT-Drucks. 12/4877, S. 38.

299) Begründung RegE EALG, BT-Drucks. 12/4877, S. 24.

300) 다만 재산법내에서는 이와 관련한 유사한 규정을 찾아볼 수 없는데, 이는 재산법 자체가 조정급부청구권의 인정여부와는 상관없이 이 경우 원상회복청구 자체를 배제하고 세부조치들에 대해서는 후속법령에 묵시적으로 위임하고 있기 때문이라고 한다. Vgl. Kiethe, Systematische Darstellung II, in: RhbVermInV, Rn. 345; Motsch, Zum Entwurf eines Entschädigungs- und Ausgleichsleistungs- gesetzes, VIZ 1993, S. 273.

301) 조정급부액의 구체적 산정과 관련하여서는 제국마르크(Reichsmark)로 표

전술한 보상액 산정에 관한 부분이 원칙적으로 동일하게 적용된다.

한편, 토지 또는 임야에 한하여 원권리자는 債券에 의한 조정급부를 받거나 급부금에 해당하는 토지 또는 임야를 구입할 수 있다(조정급부법 제3조 제1항). 토지임차인 또는 지상에 주택 또는 건물을 건조하여 통일당시까지 구동독지역에 거주한 자는 당해 토지를 시가로 구입할 수 있으나, 당해 토지의 임차인 기타 이용권자가 구입을 원하는 경우에는 이들이 원권리자에 대하여 우선하며, 구입가격은 1935년도 단위가치의 3배이다(동조 제2항 내지 제7항). 또한, 투기의 방지를 통한 사회계약적 조정의 목적달성을 위해 ‘조정급부법’상의 구입권(Erwerbsrecht)에 기하여 토지 또는 임야를 구입한 경우, 2003년 12월 31일까지는 이를 매도할 수 없도록 하는 제한을 가하고 있다.(동조 제9항)<sup>302)</sup>

#### (4) 소결 : 통일한국에의 제언

위 고찰의 궁극적인 목적은 통독과정에서의 손실보상법제를 검토함으로써, 어쩌면 갑자기 다가올 지도 모를 한반도 통일 후의 재산법제, 특히 손실보상법제의 입법과정이나 그에 대한 해석에 일조를 함에 있다고 할 것이다. 다만, 통일에의 구체적 청사진이 제시되지 않은 현시점에서 통독의 손실보상법제에 대한 통일한국에의 수용여부를 단언하는 것은 시기상조라 할 것이다. 그러나, 남북한 통일과정에서의 법적 문제 해결이 국가승계이론을 바탕으로 해야 한다면, 통일의 방법이나 시기 등에 상관없이 최소한의 기본이념이나 입법의 방향은 제시될 수 있다고 본다. 또한, 손실보상이론을 포함하여 재산권문제 해결은 거시적 측면의 남북한 법통합과정의 일환으로 논의되어야 함도 잊어서는 안될 것이다. 즉, 서로 이질적인 법질서를 하나로 통합하는 작업은 남북한 통일의 경우 그 이념적

---

시된 개인 금융재산의 경우 100R-DM은 50%, 1,000R-DM 미만은 10%, 1,000R-DM 이상은 5%에 한하여 보상하고, 도이취마크(DM)로 표시된 개인 금융재산은 액면가치의 50%만을 보상하되 양자 공히 조정급부총액이 10,000DM를 초과할 수는 없다(조정급부법 제2조 제2항 내지 제5항).

302) 이와 같이 ‘조정급부법’이 조정급부와 관련된 규정보다는 토지·임야 등의 취득에 관한 규율에 더 치중함으로써 본래의 입법취지를 망각하였다는 비판도 가해진다. Vgl. Kiethe, a.a.O., Rn. 342.

단순성 - 자유민주주의, 법치주의, 자본주의적 시장경제질서에서의 전환 내지 통합 - 에도 불구하고 수많은 난제를 야기할 것이며, 이에 대한 해결을 위해서는 독일에서의 규율이 크게 참조되어야 한다고 본다.

재산권몰수조치와 관련된 손실보상이론과 관련해 볼 때, 과거 특히, 소련점령군행정당국에 의한 북한지역에서의 재산권몰수조치에 대해서는 불법상태의 청산이라는 관점에서 '원상회복원칙'하에서 출발해야 할 것이다. 다만, 원상회복에의 요청이 원물반환의 방법으로만 가능한 것은 아니므로, 법논리적으로나 통일과정에서 발생하는 여러 가지 법정정책적 요청을 고려하여 원물반환청구에 갈음하는 손실보상청구를 가능하게 해야 할 것이다.

법논리적으로 볼 때에는 전술한 바와 같이 독일법상의 사실상·법률상 반환불가의 경우와 한국의 경우 전쟁과 북한에서의 등기제도 불인정 등을 통해 소유권 입증에 용이하지 않을 것이라는 점이 반환배제사유 및 이를 통한 손실보상청구권의 성립 사유로 예상할 수 있을 것이다.

통일이 정치적·사회적인 단순결합을 의미하지 않는 것이라면, 재산법제 형성과정에서 법정정책적 요청도 상당부분 고려되어야 할 것이다. 손실보상이론에서도 예외는 아니어서, 예컨대 반환청구대상인 재산가치가 취득자(물론, 북한의 소유권체계를 살펴볼 때, 소유권자가 아닌 이용권자로서의 취득이라 보아야 할 경우가 대부분일 것이다)에 의해 정당한 방법으로 취득된 경우에는 북한주민의 존속보호 차원에서 원물반환은 배제되고 원권리자는 보상청구권만을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 또한, 당해 재산가치가 주택수요, 고용창출, 투자를 통한 북한지역 경제재건 등에 현저히 기여하는 경우에도 원권리자는 보상청구로 만족해야 할 것이다.

이러한 논리적 당위성에도 불구하고 - 전체적인 통일재산법제가 그러하듯이 - 손실보상이론의 구체적 立案이 상당히 복잡하고 어려운 문제가 될 것임은 독일의 예를 보아도 쉽게 짐작할 수 있을 것이다. 우선, 빠짐없는 규율을 위해서는 과거 재산권몰수처분과 관련된 사실관계의 확정이 선행되어야 하는데, 우리의 경우 일차자료에의 접근 곤란 등으로 인해 이에 대한 연구가 미진한 것으로 판단된다. 보상액 산정에 있어서도 등가보상의 원칙과 관련하여 원권리자의 심한 반발을 예상할 수 있는 바, 이에 대

해 통일 후 보상법제가 어떻게 대응하느냐도 큰 문제라 아니할 수 없다. 또한, 보상을 실시할 경우 보상기금은 원칙적으로 당해 재산가치의 매각 대금과 정부의 특별예산책정으로 구성될 것인데, 북한의 경제적 황폐성을 고려해 볼 때 기업 등의 매각이 용이하게 이루어져서 합당한 매각대금 확보가 가능할 지가 우선 확실하지 않으며, 막대한 통일비용의 확보 과정에서 과연 통일한국정부가 손실보상을 위한 재원 마련에까지 능동적으로 대처할 수 있을지도 의문시된다 하겠다. 이런 의미에서 통일한국의 재산법제 내에서의 손실보상이론은 순수 법논리적이거나 법정책적으로 볼 때 해결을 위한 논의의 첫걸음을 시급히 내디뎌야 하는 분야라고 생각한다.

#### 라. 투자우선법에 나타난 투자우선법제

##### (1) ‘투자우선의 의의’

독일법상 투자우선(Investitionsvorrang)이란 과거 몰수된 재산에 대한 원상회복원칙에 근거하여 재산법(Vermögensgesetz)에 규정된 현처분권자의 처분권 제한을 배제하여 특정의 투자목적에 위해 당해 재산을 이용할 수 있음을 의미한다. 즉, 투자우선결정이라는 행정처분에 의해 원소유자의 소유권 주장은 더 이상 불가능해지며 현처분권자는 당해 재산가치를 투자계획자에게 매각 등의 처분행위를 할 수 있게 된다.

원소유권자의 소유권 회복에 우선하는 투자우선규정의 목적은 무엇보다 투자의 촉진이라 할 것이다. 구동독지역의 부동산 및 기업에 대한 불확실한 소유권 귀속문제는 진정소유자의 규명 자체의 어려움은 물론이고 재판을 통한 소유권자의 확정인 경우 상당한 시일을 요하는 것이 대부분이므로, 편입지역에의 투자유치를 통한 시급한 경제재건과 이를 바탕으로 한 동서독의 실질적 통합에 커다란 장애가 되었다. 이러한 문제점에 직면하여 통독의 입법자들은 법이론상 원칙적으로 인정되는 원소유권자의 몰수 재산에 대한 원상회복청구권을 신속한 투자에의 요청이라는 공적 이익을 위하여 희생시키는 법제를 마련하게 되는 것이다. 이러한 법제의 형성과정에서, 견해에 따라서는 투자촉진을 위해 원소유권자의 소유권주장은 특별법으로 완전히 봉쇄하여야 한다는 주장도 제기되었다고 하나, 이러한

주장의 위헌성 문제는 별론으로 하고라도 원소유자의 소유권 주장이 투자  
 저해의 유일하고도 가장 큰 문제점이 아니라는 점에서 이는 받아들여질  
 수 없었다.<sup>303)</sup> 왜냐하면, 소유권관계의 불분명 못지 않게 구동독지역의  
 열악한 행정현실 및 사회간접자본의 미약도 투자저해의 요인으로 작용하  
 고 있었기 때문이다.

이하에서는 재산권 보장 원칙과 법정책적인 투자우선 요청 간의 상호  
 모순되는 갈등을 조화롭게 해결할 수 있는 통일한국의 투자우선법제의 골  
 격을 제시한다는 지향점을 바탕으로 하여, 투자우선법을 중심으로 독일의  
 관련법제에 대하여 검토하기로 한다.

## (2) 투자우선법제의 성립과정

기업을 제외한 부동산을 대상으로 하는 투자우선법제의 시초는 통일조  
 약<sup>304)</sup> 제41조 제2항이라 할 수 있다. 동 규정에 의하면 “특정 토지나  
 건물등의 부동산이 긴급하고 구체적인 투자목적에 위하여 필요하며, 특히  
 기업체의 설립에 제공되고 국민 경제적 차원에서 이러한 투자결정의 시행  
 을 촉진할 필요가 있는 경우, 그리고 고용 기회의 창출·확보에 필요하  
 다고 판단될 때에는 특별법 규정에 따라 해당 토지나 건물의 소유권은 반환  
 되지 아니한다. 이 경우 투자자는 투자 내역의 요지를 명기한 계획서를  
 제출하여야 하며 반드시 그 계획서에 따라 계획을 이행하여야 한다. 또한  
 이 특별법에서 원소유권자를 위한 보상에 관하여도 규정하여야 한다.”고  
 하여 ‘공동성명’<sup>305)</sup>에 규정된 미해결 재산권 문제를 위한 원상회복원  
 칙<sup>306)</sup>에 대한 예외를 인정하고 있다.<sup>307)</sup>

303) 자세한 내용은 법무부, 통일독일·동구제국 몰수재산처리 개관, 1994, 76면 이하  
 참조

304) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen  
 Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands  
 -Einigungsvertrag -vom 31.08.1990, BGBl. II, S.889

305) Gemeinsame Erklärung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland  
 und der Deutschen Demokratischen Republik vom 15.06.1990

306) 미해결 재산문제의 처리를 위한 양독 정부의 공동성명은 통일조약 제41조  
 제1항에 의하여 동 조약의 구성부분이 되었고, 이를 통하여 정치적 선언  
 에 불과했던 공동성명은 법적 규범력을 부여받게 된다.

통일조약 제41조 제2항에 규정된 ‘투자우선원칙(Investition vor Rückgabe)’의 구체화를 위하여 구동독법인 투자법<sup>308)</sup>이 제정되는데, 동법은 이후의 투자우선관련 규정들에 대한 내용적 기초를 제공하게 된다.<sup>309)</sup> 동법의 요지는 국유재산으로서 반환청구의 대상인 토지 또는 건물에 대하여 특별한 투자목적<sup>310)</sup>이 제시되는 경우에는 재산법상 반환신고령<sup>311)</sup>에 의한 반환신청이 있는 경우에도 현재의 처분권자인 신탁청 또는 주행정기관은 당해 토지나 건물을 투자자에게 양도하거나 임대하는 등의 처분행위를 할 수 있다는 것이다.

미해결 재산문제의 기본법이라 할 수 있는 재산법은 원래 공동성명과 통일조약에서 합의된 원상회복원칙을 비교적 충실히 규정했으나, 1991년의 투자장애제거법<sup>312)</sup>에 의하여 투자우선을 위한 법개정을 경험하게

307) 물론 공동성명에 나타난 원상회복원칙도 모든 경우에 예외없이 적용되는 것이 아니라 공적 이익과의 조정 과정에서 사회계약적(sozialverträglich) 유보에 의한 제한을 받게 된다(예컨대 공동성명 Ziffer 3 참조). 따라서 원소유자의 원상회복청구권은 기본법 제14조가 아니라 사회적 법치국가원리에 의해 보호받게 된다. Volkmar Jesch, Investitionsvorranggesetz, Einl., 2.Aufl., S.2

308) Gesetz über besondere Investitionen in der DDR (Investitionsgesetz, BInvG) vom 29.09.1990, BGBl. I, S.1157

309) Michael Uechtritz, Rechtshandbuch für Vermögen und Investition, Einf., B130, Rdnr.24

310) 동법상의 특별한 투자목적은 ① 고용의 확보 또는 신규 창설, ② 주민의 주택수요 충족, ③ 위 ①, ②의 계획을 위한 기반정비에 긴급히 필요하고 적합한 계획이 있는 경우에 인정된다. 특별한 투자목적의 존부심사는 주의 관할관청이 담당하는데 특별투자목적이 인정되는 경우 투자증명(Investitionsbescheinigung)을 발행하며, 이에 의거하여 소유권이전등기절차도 경료할 수 있다. 만일 투자증명에 의하여 소유권이 이전된 경우 투자자가 일정한 기간 내에 투자계획을 실행하지 아니하는 경우에는 토지나 건물을 처분권자에게 반환할 것을 내용으로 하는 약정을 할 수 있다. 한편, 투자목적이 인정되어 토지나 건물이 원소유자에게 반환되지 않는 경우에는 원소유자는 투자자에게 매각대금의 지급을, 매각대금이 시가에 미달하는 경우에는 시가상당액을 처분권자에게 청구할 수 있다.

311) Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche vom 11.07.1990, GBl. I, S.718

312) Gesetz zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung vom Unternehmen und zur Förderung von Investitionen vom 22.04.1991,



된다. 즉, 통일조약등 몰수재산처리에 관한 여러 법률에서 반환원칙을 채택한 이후 편입지역의 경제부흥을 위하여 기대되었던 투자는 활발하지 못하였고, 일정한 경우 반환이익보다는 투자이익에 우선권을 주도록 한 구투자법에 의하여도 이는 시정되지 못하였다. 이에 따라 통독 정부는 반환원칙은 유지하되 투자의 촉진을 위하여 다수의 법률을 개정하게 된다. 재산법의 경우 제3조의a가 신설되어 신탁청 또는 지방공공단체가 처분권자인 경우 투자법 및 재산법 제3조 제6항 내지 제8항에 의한 우선권규정을 강화한 소위 초우선권규정(Supervorfahrtsregelung)을 채택함으로써 투자자에 대한 우선권이 크게 강화되었다. 기업에 대한 투자우선규정의 적용이 가능해졌으며, 신탁청 등은 투자목적이 인정되면 원소유자에 의한 반환신청이 제출된 경우에도 처분제한을 받지 않고 반환신청의 대상인 토지나 기업을 처분할 수 있다. 따라서 최소한의 투자계획이 있거나 원소유권자의 투자계획보다 나은 투자계획을 제시한 제3의 투자자는 원소유권자에 우선하여 반환신청 대상 토지나 기업을 양도받을 수 있게 되었다.<sup>313)</sup>

구동독지역의 투자 촉진을 위하여 재산법 제3조의a를 신설하고 투자법의 개정을 통하여 반환원칙에 대한 부분적 수정을 가한 투자장애제거법이 발효된 지 몇 달만에 투자우선을 위한 법적 규율이 충분치 않음이 드러나게 되었다. 투자장애제거법, 투자법 등 일련의 입법조치로 인하여 투자우선과 관련된 규정이 여러 법률에 산재하게 되었고, 관련 행정절차의 복잡화로 인해 실제 투자에 많은 장애와 혼란을 초래하게 되었다.<sup>314)</sup> 더 나

---

BGBI. I, S.766. 동법은 총 15개 조문으로 구성되어 있으며, 각 조문에서 재산법등 다른 법률의 개정 또는 보완을 규정하고 있는 소위 조문법(Artikelgesetz)의 형식을 취하고 있다. 투자우선과 관련하여서는 특히 제1조(재산법), 제2조(투자법)의 규정이 이에 해당한다.

313) 이 경우 처분권자인 신탁청등의 처분에 대한 이의 및 취소소송이 제기되더라도 행정법원법에 규정된 집행정지 효력은 배제된다. 한편 현재의 처분권자는 고용창출 또는 경쟁의 촉진을 위하여 원소유권자의 반환청구에 관계없이 스스로 투자할 수도 있게 되었지만(Eigeninvestition), 그에 대한 관리절차는 엄격했다고 한다. Vgl. Martin Keil, Ungeklärte Eigentumsverhältnisse als praktische Probleme bei der Privatisierung von Treuhandunternehmen, VIZ 1992, S.125

아가 재산법상의 반환원칙은 소유권 관계를 불명확하게 만들어 편입지역의 경제재건을 방해하는 가장 큰 원인이라는 비판도 강력하게 제기되었다.<sup>315)</sup> 이에 따라 제2차 재산법 개정작업이 진행되었는데, 1992년 7월 14일 조문법의 형식으로 ‘제2차재산법등개정법률’<sup>316)</sup>이 제정된다. 동법의 핵심은 당시까지 재산법 제3조 제6항 내지 제8항, 제3조의a 및 투자법에 산재하고 있던 투자우선에 관한 규정들을 소위 초우선권규정의 기본정신을 유지하면서 단일 법률인 ‘투자우선법’<sup>317)</sup>으로 통일하였다는 점이다.<sup>318)</sup> 또한 구동독지역에서의 보다 신속하고 원활한 투자를 이끌기 위해 기존의 투자우선규정의 문제점, 즉 해석·적용상의 난점과 모호성을 제거하기 위한 작업이 이루어지게 된다. 보완된 주요 규정을 요약하면 다음과 같다.

- 종전에 1992년 12월 31일(제1차개정재산법) 또는 1993년 12월 31일로 되어 있던 투자우선에 관한 기간들이 1995년 12월 31일로 연장되었다.<sup>319)</sup>
- 투자우선결정절차(제4조, 제5조), 투자계획의 실제 이행을 담보하기 위한 기간규정(제13조), 투자계획과 다른 목적에 토지나 건물등이 이

314) Michael Piazzolo Tutzing, Ungeklärte Eigentumsfragen als Hauptinvestitionshindernis in den neuen Bundesländern, Deutschland Archiv, 1992, S.484; Martin Keil, a.a.O., S.127

315) Michael Piazzolo Tutzing, a.a.O., S.485

316) Gesetz zur Änderung des Vermögensgesetzes und anderer Vorschriften vom 14.07.1992, BGBl. I, S.1257. 동법은 총 15개 조문으로 구성된 조문법으로서 각 조문에 의하여 재산법등 총 19개의 몰수재산처리 관련법령을 개정 또는 제정하고 있다. 투자우선법제와 직접 관련이 있는 조문으로는 제1조(재산법), 제3조(투자법의 폐지), 제6조(투자우선법), 제7조(투자장애 제거법)등을 들 수 있다.

317) Gesetz über den Vorrang für Investitionen bei Rückübertragungsansprüchen nach dem Vermögensgesetz (Investitionsvorranggesetz-InVorG) vom 14.07.1992, BGBl. I, S.1268

318) Nobert Horn, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, 2.Aufl., 1993, S.654

319) 투자우선법은 1997년의 법개정을 통하여 투자우선기간을 1998년 12월 31일로 연장하였다(제27조)

용될 경우의 투자우선결정의 철회권(제15조), 투자우선결정으로 재산가치의 반환이 불가능해진 경우 원소유권자인 권리자(Berechtigter)에 대한 보상청구권 내지 선택권 부여(제16조, 제17조)에 관한 상세한 규정을 두었다.

- 주거공간의 창출을 위한 투자(제3조 제1항 제2호), 사회간접자본시설(제3조 제1항 제3호)·기업 및 기업토지에 대한 투자(제3조 제2항)의 경우 특별투자목적의 요건을 완화함으로써 투자의 용이화를 기하였다.
- 신청인의 친족이 아닌 자로서 법률행위 또는 강제집행에 의하여 재산법상 청구권을 취득한 자가 동법상 절차에 참가하는 것을 배제하였다(제4조 제5항).
- 투자우선결정의 취소시 당연히 당해 재산가치는 반환되어야 하지만 예를 들어 약정한 투자의 실행이 사실상 개시된 경우등의 예외를 인정하였고(제12조 제3항), 귀책사유 없는 투자자의 경우 실행기간의 연장을 가능케 함으로써(제14조) 투자에 대한 법적 보호를 강화하였다.
- 투자우선결정의 집중도를 제고하기 위하여 특별절차로서 공개입찰절차에 관한 규정을 두었으며(제19조), 복수토지에 대한 투자계획의 경우 그 실행을 용이하게 하기 위하여 청문의 생략등 절차의 간이화를 기하였다(제20조 제3항).
- 재산법상 반환신청을 한 자, 즉 원소유권자 등이 투자우선신청을 한 경우 당해 신청인에 대한 우선적 보호규정을 두었다(제21조)
- 투자우선결정에 대한 이의 및 취소소송에 있어 연방행정법원법(VwGO)상의 집행정지효력을 인정하지 않고(제12조 제1항), 행정법원의 판결에 대한 항소 및 기타 결정에 대한 항고를 배제함으로써(제23조 제2항) 투자조치의 계속성 확보를 위하여 법적 구제에 대한 제한을 가하였다.

(3) 투자우선법에 나타난 투자우선법제

(가) 투자우선과 원소유권자의 반환청구권 및 처분권자에 대한 처분제한효력의 관계

재산법 제2조상의 처분권자(Verfügungsberechtigter)<sup>320</sup>)는 당해 재산가치의 소유권 또는 처분권한을 가진 자로서 일반적인 법원칙에 의할 때 그 재산가치의 이용·처분행위를 자유롭게 할 수 있을 것이다. 그러나 한편으로 처분권자에게 전적으로 위의 행위를 허용할 경우 원소유자의 반환청구권의 실행이 매우 곤란하게 되거나 심지어는 그 권리 자체가 아무런 의미없는 공허한 것으로 될 수도 있다. 따라서 재산법 제3조 제3항, 제4항은 권리자의 유효한 반환신청이 존재하는 경우 그 신청대상인 재산가치의 처분권자에 대하여 처분제한효력(Verfügungssperre)이 발생한다고 규정하고 있다. 그러나 투자우선법에 의한 투자우선절차가 개시되면 투자우선원칙에 의하여 원소유권자의 반환청구가 일응 배제되고 동시에 처분권자에 대한 처분제한효력도 사라지게 되며 진행중인 반환절차도 투자우선절차에 의하여 중단되게 된다. 반환절차의 중단은 관할 재산청(Vermögensamt)이 투자우선법에 의한 절차를 고지하거나 신청서 교부를 위한 공시최고를 한 때로부터 개시된다(제4조 제4항).

투자우선을 위한 원소유권자의 반환청구의 배제나 처분권자의 처분제한효력의 해제는 결국 계획된 투자조치가 실행되는 것을 전제로 하기 때문에, 만일 확정 기간내에 투자실행이 이루어지지 않거나 당해 재산가치가 투자우선결정상의 투자목적 이외의 용도로 사용되는 등의 사유로 인해 동결정이 취소·철회된 경우, 기타 법률행위의 재청산(Rückabwicklung)을

320) 재산법 제2조 제3항 1문에 의하면 처분권자란 기업반환의 경우에는 몰수 기업에 대한 소유권 또는 처분권의 전부 또는 일부를 가진 자, 자본회사의 경우에는 지분의 직접 또는 간접소유자, 기타 재산의 경우에는 당해 재산의 소유권 또는 처분권을 가진 자를 의미한다. 한편, 국가관리인(staatlicher Verwalter)도 처분권자가 될 수 있으며, 법 제2조 제3항 1문에 의하여 처분권에 대한 지분권이 신탁청에만 직접 또는 간접적으로 귀속되는 경우에는 신탁청만이 처분권자를 대표한다고 한다. 자세한 법부부, 전게서, 177면 이하 참조.

이유로 처분권자에게 양도되는 경우에는 원소유권자는 다시 재산법 규정에 의하여 반환청구권을 행사할 수 있으며 따라서 중단된 반환절차도 재개된다.<sup>321)</sup>

한편 기업을 제외한 토지나 건물의 원소유권자<sup>322)</sup>가 법 제3조상의 특별투자목적에 충족하는 투자 제안을 하고 그 실행을 위한 담보하는 경우 처분권자는 원소유권자에게 투자우선결정을 하여야 하며, 복수의 투자계획자 중 원소유자가 다른 계획실행자와 동일하거나 유사한 투자조치를 약정한 때에는 원칙적으로 원소유자가 우선권을 가진다(제21조). 따라서 원소유권자는 자신에 대한 투자우선결정에 의하여, 재산법상 반환절차를 이용하지 않고도 실질적으로 자신의 토지나 건물에 대한 신속한 반환을 도모할 수 있는 가능성이 부여된 셈이다.<sup>323)</sup>

#### (나) 투자우선계획

##### 1) 투자의 대상

투자우선결정이 효력을 미치는 재산가치는 토지와 건물, 기업이다. 구 투자법에서는 그 대상을 토지와 건물에 한정하였고, 재산법 제3조의a에서는 기업에 대해 규정하였으나 투자우선법의 제정으로 통일된 규율을 둔

321) 다만 투자우선법은 투자실행의 강력한 확보를 통한 구동독지역의 신속한 경제 재건이라는 동법의 입법취지를 고려하여, 투자조치 실행기간의 연장 규정, 사실상 투자실행 규정등 원소유자의 반환청구권이 부활하는 경우를 상당히 제한하고 있다고 평가된다. N. Horn, a.a.O., S.689 f.

322) 몰수된 재산가치의 반환신청을 한 자가 재산법 규정에 의하여 실제 원상회복을 받기 전에는 원소유권자라 확정할 수 없음이 원칙이다. 이런 의미에서 재산법에서는 원소유권자를 권리자(Berechtigter)라 표현하지만, 투자우선법에서는 반환신청자(Anmelder)란 단어를 사용한다. 그리고 투자우선법에 의한 투자계획신청자는 반환신청자와 구별하기 위하여 계획실행자(Vorhabenträger)라 표현함이 일반적이다.

323) 동규정에 의한 반환의 법적 성질에 대하여는 재산법 제6조의a의 기업에 대한 임시지정(vorläufige Einweisung)과 통상의 투자우선절차의 절충형이라고 보는 견해가 지배적이며 이런 점에서 '투자적 반환(investitive Rückgabe)'라고 칭해지기도 한다. Vgl. Bernhard Kuhn, Investitionsvorranggesetz, §21, 2.Aufl., S.542 f.; Albert J. Rädler, Wen begünstigt der Investitionsvorrangbescheid?, VIZ 1994, S.137 ff.

것이다(제2조 제1항, 제2항). 여기서의 토지 등은 구동독정부에 의하여 몰수되어 국가소유로 편입된 것에 한정되고 사적 소유권이 유지되면서 국가관리에 맡겨진 재산은 투자의 대상이 아니다.<sup>324)</sup> 반환신청이 제기되지 않은 토지 등에 대하여는 전술한 처분권자의 처분제한효력이 인정되지 않으므로 굳이 투자우선절차에 의하지 않더라도 처분권자가 처분권을 행사하여 투자목적에 제공할 수 있기 때문에, 투자우선결정은 원소유자의 반환청구의 대상으로서 재산법 제30조에 의한 반환절차가 행하여진 토지 등에만 발령될 수 있다는 견해가 있다.<sup>325)</sup> 그러나 사건으로는 투자우선법제의 취지가 불명확한 소유권관계 하에서 투자의 장애 제거 및 이를 통한 편입지역의 경제 재건 촉진이라면 당해 토지 등이 반환청구의 대상으로서의 개연성이 높은 경우 실제 반환신청 여부에 상관없이 동법에 의한 투자우선결정의 대상으로 보아 투자목적에 위하여 궁극적으로 원소유권자의 소유권 회복이 배제되는 것으로 해석함이 타당하다고 본다.

## 2) 투자조치의 구체적 유형

투자우선은 제3자인 투자자가 투자 의향을 가지고 법소정의 신청을 하면, 처분권자가 투자우선결정 및 투자계약을 통하여 그에게 토지 등의 재산가치를 이전하는 구조를 취한다. 이 때 계획실행자는 자신에게 부여된 투자우선결정을 타인에게 양도할 수 없으며 반드시 본인이 직접 계획된 투자조치를 행하여야 한다. 처분권자는 직접 당해 재산가치에 대한 투자자가 될 수도 있는데(자기투자, Eigeninvestition), 투자우선법은 처분권자가 토지에 건축물이나 건물을 건축, 증축 또는 재건축하는 경우(제2조 제1항 4호)와 기업 소유의 담보 제공 없이 기업에 필요한 자본을 기업에 제공하는 조치를 스스로 수행한 경우, 확정기간 내에 이러한 자본을 제공한 경우 및 투자우선결정을 통하여 당해 기업이 일정한 특별투자목적에 제공된다는 사실이 확인된 경우(제2조 제2항 2호)에 처분권자에 의한 자기투자의 가능성을 열어 두고 있으며, 이 때 처분권자에 대한 재산법

324) Erläuterung zum BInvG, S.62, abgedruckt in: N. Horn, RWS-Dok. 2, II.2.2

325) N. Horn, a.a.O., S.659

제3조 제3항의 처분제한은 자동적으로 해제된다.

투자조치의 구체적 유형은 토지·건물과 기업에 따라 차이를 보이는데, 전자의 경우 처분권자의 자기투자를 포함하여<sup>326)</sup> 목적물의 매각, 임대 또는 용익 임대, 지상권 및 役權<sup>327)</sup>의 설정, 부분소유권·주택소유권 설정부 양도 등이 그것이다(제2조 제1항). 한편 기업의 경우에는 지분이나 재산가치를 양도함으로써 기업을 매각 또는 용익임대하는 경우와 기업 소유의 담보 제공 없이 기업에 필요한 자본을 제공하는 행위를 들고 있으며, 후자의 경우 조달된 자기자본은 조달 이후 5년 동안 연말적자액의 청산을 위하여서만 사용가능한 자본적립금에 투입될 수 있다(제2조 제2항).

### 3) 특별투자목적

투자우선결정은 제3조 소정의 특별투자목적이 인정되는 경우에만 발령될 수 있다. 원상회복에 우선하는 투자우선원칙은 그 취지는 별론으로 하더라도 원소유자의 재산권에 대한 침해를 야기하므로 엄격한 요건하에서만 인정되어야 하며, 이런 점에서 특별투자목적 요건은 투자우선법제에서 가장 핵심적인 내용이라 하겠다.<sup>328)</sup>

#### 가) 토지·건물의 경우

첫째, 토지나 건물이 영업소 또는 서비스기업의 설립 또는 유지를 통하여 지속적인 고용기회의 보장 또는 창출에 이용되는 경우 특별투자목적이 인정된다. 그러나 기존의 주거공간을 없애고 새로운 영업소 등을 설립하여 일자리를 확보하는 경우에는 주거공간의 확보라는 특별투자목적은 희생하여 다른 목적을 의도하는 것으로서 비례원칙에 비추어 볼 때 여기서의 특별투자목적에는 해당하지 않는다고 본다.<sup>329)</sup> 한편 고용기회의 보장

326) 처분권자가 건축물 또는 건물 내에 고착된 생산설비 및 유사 시설을 건립한 경우에도 자기투자의 유형이라고 본다.

327) 역권 설정의 경우, 다른 토지에 대한 투자계획을 위하여 과도하지 않은 범위내에서 제공되는 경우를 포함한다.

328) Byung-Ki Kim, Die Eigentumsordnung für das vereinigte Korea unter Berücksichtigung der Regelungen der Bundesrepublik Deutschland, 1996, S. 85 ff.

또는 창출에 공무원직의 보장이 포함되느냐가 문제되는데, 투자우선법이 ‘공적인 손’이 투자자가 될 수 없음을 예정하고 있지 않으므로 이를 긍정함이 타당할 것이다. 보장 또는 창출되는 일자리의 구체적 수에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 투자로 인한 고용효과가 단기간에 나타나지 않는 경우를 고려하여 완화된 해석을 하여야 할 것이다. 둘째, 토지나 건물이 새로운 주거공간의 창출, 사람이 거주하지 않거나 거주할 수 없거나 또는 붕괴 우려가 있는 주거공간의 재건축, 시건축계획 범위 내에서 1세대용 및 2세대용 개인주택의 건축 또는 재건축에 봉입하는 경우이다. 또한 1997년의 투자우선법 개정으로, 이미 거주하고 있는 가옥의 현대적 개량을 통하여 가옥의 사용가치나 주거환경이 향상되거나 난방·수도 등의 절약 효과를 가져오는 경우에도 특별투자목적에 충족하게 되었다(제3조 제1항 2호 c). 한편 투자우선법은 구투자법이나 재산법 제3조의a에서 요구하던 ‘주민의 주택수요의 현저한 충족’이라는 엄격한 투자목적 조항을 삭제함으로써 주거공간을 위한 투자를 보다 용이하게 하였다. 마지막으로 투자를 위하여 필요하거나 이로부터 유발되는 사회간접자본시설의 투자조치의 실행을 위하여 토지나 건물이 이용되는 경우에도 특별투자목적에 인정된다. 구법에서는 사회간접자본시설이 고용창출이나 주거수요 충족과 연결되는 경우에만 투자목적에 인정하였으나, 투자우선법에서는 ‘투자를 위하여 필요하거나 이로부터 유발되는...’이라고 하여 그 요건을 크게 완화하고 있다.<sup>329)</sup>

한편 토지나 건물은 비례원칙에 비추어 볼 때 투자계획 실행을 위하여 필요한(erforderlich) 경우에 한하여 전술한 세 가지 특별투자목적에 의하여 이용될 수 있다(제3조 제1항 2문). 따라서 예컨대 대형 건물의 일부만을 차지하는 영업소를 설치할 경우, 투자자에게 당해 건물 전체가 이전되는 것이 아니라 필요한 부분에 대한 부분소유권을 인정하는 것이 타당할 것이지만, 투자우선법은 ‘신청된 투자조치를 위한 투자우선결정은 토지나 건물의 매각 대신 지상권의 설정, 부분소유권 또는 주택소유권의 창

329) Wolfram Försterling, Recht der offenen Vermögensfragen, 1993, Rdnr. 305 ff.; Nobert Horn, a.a.O., S.663

330) Wolfram Försterling, a.a.O., Rdnr.310



설과 양도가 가능하다는 이유로 거부될 수 없다'고 하여 투자자의 투자심리 위축에 대한 특별한 배려를 하고 있다(제3조 제3항). 그러나 반환신청 대상이 아닌 토지나 건물로도 투자 의도를 달성할 수 있는 경우에는 여기서의 특별투자목적은 인정되지 않는다고 본다.

#### 나) 기업의 경우

첫째, 토지가 고용기회를 보장 또는 창출하거나, 기업경쟁력을 제고시킬 투자를 가능케 할 목적으로 이용되는 경우 기업 및 기업에 필요한 기업토지에 관하여 특별투자목적이 인정된다. 기업경쟁력을 제고함이 명백한 경우에는 기업이나 기업토지에 대한 투자가 고용기회의 보장 등에 기여하지 않더라도 특별투자 목적을 인정함이 일반적인 견해이다.<sup>331)</sup> 둘째, 기업의 원소유권자가 기업의 유지 또는 정상화를 담보하지 않는 경우에도 특별투자목적이 인정되어 소유권 회복이 불가능하다. 따라서 원소유권자의 입장에서는 투자를 통하여 기업을 실제 운영하거나 정상화하지 않는 한 반환청구권을 상실하는 결과가 되는데 도대체 이러한 해석이 헌법적으로 가능한가가 문제된다. 생각컨대, 동규정을 헌법합치적으로 해석하여 원소유권자가 반환청구의 대상인 기업을 유지하거나 정상화할 의사 없이 단순히 소유권 회복만을 꾀하는 것은 권리남용에 해당한다고 보아 이에 대한 특별투자목적의 적격성을 인정할 수 있다고 본다.<sup>332)</sup> 마지막으로 상인적 판단(kaufmännische Beurteilung)에 의할 때 장기간 피할 수 없는 지불불능 또는 채무초과의 발생으로 인한 기업의 청산 또는 포괄집행을 방지하기 위한 경우가 이에 해당한다. 마지막 사유에 의한 투자우선결정의 경우, 동 결정으로 적극적인 투자행위 없이도 사실상 고용보장 등

331) Fieberg/Reichenbach/Messerschmidt/Verstegen, VermG, §3a, Rdnr.23; KrG Leipzig, VIZ 1992, S.151; KrG Potsdam, DtZ 1991, S.318. 다만 '기업경쟁력 제고'라는 극히 모호한 개념을 규정함으로써 구체적 사안에 따라서는 동요건 충족여부에 대한 법원의 심사가 거의 불가능하다는 비판도 제기된다; Wolfram Försterling, a.a.O., Rdnr.312

332) Byung-Ki Kim, a.a.O., S.87 f. 한편, 이 경우 계획실행자의 투자가 고용기회나 기업경쟁력에 어떠한 긍정적 효과를 가져오지 않더라도 기업에 대한 특별투자목적이 인정되는 점도 문제라 할 것이다.

의 효과가 발생함을 고려한 것이라 판단된다.

#### 4) 투자계획서와 투자자

투자자는 투자우선결정 이전에 투자의 구체적 유형(제2조)와 특별투자 목적(제3조) 등 투자계획의 주요 내역을 명기한 계획서를 제출하여야 하고, 당해 계획서에는 최소한 계획실행자의 성명과 주소, 당해 재산가치, 예상비용, 실행방법, 예상실행기간 및 매매가격 등이 적시되어야 하며 계획의 종류에 따라 보장·창출되는 고용기회 및 창출 또는 재건축되는 주거 공간의 규모도 제시되어야 한다(제4조 제3항). 이러한 계획은 경제적·기술적 관점에서 볼 때 실현 가능한 것이어야 하고 투자조치가 매매, 임대 기타 유사한 투자적 처분행위의 형태를 띠는 경우에는 투자계약서에 투자의 주요 내용이 명기되어야 하며, 이 때 투자우선결정에 제시된 위약에 따른 책임내용<sup>333)</sup>등이 포함되어야 한다.

투자자가 될 수 있는 자는 자연인, 인적회사 혹은 자본회사, 기타 사법인 혹은 공법인으로 원칙적으로 그 제한은 없다. 명문의 규정은 없지만 투자자는 자신의 개인적·경제적 여건을 고려하여 볼 때 제시된 계획을 실행할 수 있는 능력을 갖춘 자 이어야 하며, 특히 개인투자자의 경우 이를 증명할 수 있는 내용이 -예컨대, 재원의 출처, 과거 동종 혹은 유사 업종에의 종사 경력 등<sup>334)</sup>- 투자계획서에 포함되어야 할 것이다. 한편 원소유자나 처분권자도 일정한 경우 투자자가 될 수 있음은 전술한 바와 같다.

333) 예컨대 매각 또는 지상권 설정의 경우 각 계약 내용에 투자우선결정이 취소되면 토지 또는 건물을 반환할 의무가 생긴다는 취지의 조건을 명시하는 경우와, 재산가치가 기업인 경우 계약의 효력은 결정에 명시된 위약규정 이외에 취득자가 처음 2년 동안 약정한 조치를 실행하지 아니하였거나 실행한 조치가 약정과 현저하게 차이가 있는 때에는 기업을 반환하여야 한다는 의무규정을 포함하는 것이 그 예가 될 수 있을 것이다(제8조 참조).

334) VG Berlin, VIZ 1992, S.157 f.; VG Dresden, VIZ 1993, S.122

## (다) 투자우선결정(Investitionsvorrangbescheid)의 발령

## 1) 발령권자

투자우선결정은 원칙적으로 처분권자가 행하지만, 처분권자가 私人인 경우에는 재산가치의 소재지인 郡(Landkreis) 또는 군에 속하지 않은 市가 투자우선결정을 한다(제4조 제2항). 처분권자가 원칙적인 투자우선결정권자가 됨으로써 신속하고 효과적인 투자조치가 이루어질 수 있는 기반을 마련했다고 평가된다.<sup>335)</sup> 왜냐하면, 처분권자는 반환신청된 재산가치에 대하여 누구보다도 정보 지득이 용이하며, 당해 토지와 투자목적의 牽連性, 투자계획의 실현가능성 등에 관하여 가장 정확한 판단을 할 수 있기 때문이다. 다만 원소유권자의 반환신청에 응하여 자신의 처분권이 제한되는(재산법 제3조 제3항) 처분권자가 스스로 당해 처분제한효력이 해제되는 투자우선결정을 행한다는 것은 투자우선적 요청을 고려하더라도 법논리상 문제가 있다고 본다.<sup>336)</sup> 투자우선법은 이러한 셀프-서비스의 문제점을 고려하여 당해 재산가치가 투자목적으로 이용되어진다는 사실을 반환신청자에게 통지할 의무를 부과한다던지 반환신청자에게 청문의 기회를 보장(제5조 제1항)함으로써 처분권자의 자의적 결정을 절차법적으로 예방하고 있으며, 적법한 투자계획을 제안한 반환신청자인 원소유권자에게는 투자의 우선권을 부여함으로써 실체법적으로도 보완규정을 두고 있다.

한편 신탁청은 전체 지분 또는 주식을 직접 또는 간접으로 소유하고 있는 자본회사(신탁기업)에 귀속된 재산가치에 관하여 당해 회사의 법정대리인이 되는데, 이는 곧 재산법 제2조 제3항 1문에 규정된 처분권자를 의미하므로 투자우선법에 따른 적법한 투자우선결정의 발령권자 되는 것이다.<sup>337)</sup> 신탁기업의 토지나 건물, 시설 일부에 대한 처분권자는 사법인

335) Nobert Horn, a.a.O., S.672; Bernhard Kuhn, a.a.O. §4, S.111 f.

336) Michael Uechritz, Komm. zum InVorG §5, in: Rechtshandbuch Vermögen und Investition in der ehemaligen DDR, S.14; Rädler/Raupach/ Bezzenberger(Hrsg.), Komm. zum InVorG §5, in: Vermögen in der ehemaligen DDR, S.5

337) Burkhard Messerschmidt, §3a VermG - Investitionsvorfahrt oder

으로서의 당해 기업(주식회사 혹은 유한회사 형태의)이 되는 것이 원칙이다. 따라서 이 경우 투자우선결정권자는 법 제4조 제2항 2문에 의하여 郡 또는 군에 속하지 않는 市가 되는 것이 원칙이지만, 투자우선법은 특별규정을 두어 신탁청에 의한 통일적인 투자우선절차의 진행을 가능케 하고 있다. 즉, 신탁청은 신탁기업의 토지, 건물 및 시설의 일부가 관련된 투자우선절차를 스스로 진행할 수 있으며, 이때 신탁청은 군 또는 군에 속하지 아니한 시에 위 사실을 통지하며 위 통지가 도달함으로써 당해 군 또는 시는 절차에 관한 관할권을 상실하며 진행중인 절차를 신탁청에 이송하여야 한다(제25조 제2항). 결국 신탁청은 독자적 판단에 의하여 투자우선결정을 함으로써 제3자인 투자자와 투자계약을 체결하게 되는 것이다.

## 2) 발령절차

### 가) 투자신청

투자우선결정절차는 보통 제3자로서의 투자자가 투자신청을 함으로써 개시되며(Standard-Vorfahrtverfahren) 투자우선결정권자인 처분권자가 당해 절차를 주관한다. 처분권자는 제출된 투자계획신청이 제2조, 제3조상의 투자우선결정요건을 갖추었는지, 그리고 계획실행자가 그의 개인적·경제적 상황에 비추어 계획실행을 할 충분한 능력을 보유하고 이를 소명하였는지 여부를 심사하여<sup>338)</sup> 당해 계획에 대하여 투자우선결정을 할 것인지의 여부를 결정한다. 그러나 경우에 따라서는 처분권자가 자기투자의 형태로 스스로 투자자가 될 수도 있고 또한 공개입찰절차에 의하는 방법도 가능하다.<sup>339)</sup> 법 제2조와 제3조 소정의 요건을 갖춘 투자신청에

---

Investitionsbremse?, VIZ 1991, S.3 f.; ders., Bescheid über Rückübertragung eines Unternehmens, VIZ 1992, S.136 ff.

338) 투자우선절차 실무에서는 주로 투자대상인 토지 등이 반환신청의 대상인지, 제출된 계획에 의하여 제3조 소정의 특별투자목적의 실현이 가능한지, 또한 투자자가 계획을 실현할 의사와 능력이 있는지 여부가 주로 심사된다고 한다; Nobert Horn, a.a.O., S.676 f.

339) 법 제21조상의 반환신청자에 의한 투자신청이 없는 경우 지역공공단체와 신탁청은 계획실행자에게 공개적으로 투자입찰신청을 제출하도록 최고할 수 있으며, 이 때 경락(Zuschlag)은 신청인에 대하여 투자우선결정의 효

대하여 절차주관자로서 신탁청은 투자우선결정을 발령하게 되는데, 제3자로서의 투자신청자는 이 경우 투자우선결정의 발령과 관련하여 어떠한 적극적인 실체적 권리도 가지지 못하며 다만 일반 행정법상의 무하자재량행 사청구권 만을 보유한다고 해석하는 것이 통설의 견해이다.<sup>340)</sup> 따라서 처분권자는 투자신청자에 대해 적극적 용인처분을 하여야 할 의무는 없지만 적어도 투자신청이 거부될 경우 그 취치를 통지할 의무는 있다고 본다. 거부처분을 발령할 경우 구두로도 통지 가능하며 처분의 근거제시의 무는 없다고 한다.

한편 재산법상 반환신청자로서의 원소유권자는 제3의 투자자와는 달리 법 소정의 투자요건을 충족한 계획서를 제출하여 투자신청을 한 경우, 자신에 대하여 투자우선결정을 발령하도록 하는 실체법상의 청구권을 가짐은 이미 살펴본 바와 같다. 반환신청자는 제3자(처분권자의 자기투자를 포함하여)의 신청에 의해 개시된 투자우선결정절차에 자신의 투자계획을 제출하여 참가하여 자신에 대한 우선권을 관철할 기회를 보장받는다.<sup>341)</sup> 그러나 반환신청자의 무제한적인 우선권 보장으로 인한 투자의 지연을 방지하기 위하여 제3자인 투자자 등이 투자계획을 신청한 경우 당해 사실을 반환신청인에게 통지한 후 6주 이내에 그가 자신의 계획서를 제출한 경우

력을 가진다(제19조 제1항).

340) 예컨대, Fieberg/Reichenbach/Messerschmidt/Verstegen, VermG §3a, Rdnr.32. 동 견해에 의하면 투자신청자의 '결정에 대한 이익(Bescheidungsinteresse)'은 보장되어야 한다고 한다.

341) 즉 처분권자는 반환신청인이 기간 내에 제3자의 투자계획과 동일 또는 유사한 투자조치를 약정하였는지 여부 및 그 실행을 소명하였는지 여부를 고려하여 이가 인정되는 경우 반환신청자에게 투자우선결정을 하여야 한다(제7조 제1항). 이러한 규정은 결국 헌법상 재산권보호 규정과 이를 바탕으로 재산법에 명정된 원상회복원칙을 비록 투자이익에 의해 희생하더라도 되도록이면 원소유권자에 대한 재산권 침해가 덜한 방법으로 진행되어야 한다는 비례원칙이 고려된 것으로 보인다. 자세히는, Byung-Ki Kim, a.a.O., S.226 ff. 그러나 판례는 반환신청자의 지체된 신청의 경우 제3자등의 투자계획과 동종 또는 유사한 투자조치를 약정한 것으로 보지 않는 것이 일반적인 경향인 것 같다. 지체된 신청의 경우 대부분 제3자의 투자를 방해하여 우선 자신의 소유권 회복 만을 꾀하는 것이 일반적이기 때문이라고 한다. Vgl. VG Greifswald, VIZ 1993, S.24 f.; VG Berlin, ZIP 1992, S.1585; VG Berlin, ZIP 1993, S.22

에 한하여 우선권을 향유할 수 있다(제5조 제3항).

나) 반환신청자(원소유권자)를 위한 청문절차

투자우선결정을 하기에 앞서 처분권자는 반환신청자에게 해당 재산가치가 법 제3조상의 특별투자목적에 공여된다는 사실을 투자계획서를 첨부하여 통지하여야 한다(제5조 제1항). 제3자인 투자자에 대한 수익적 처분인 투자우선결정이 반환신청인에게는 투자우선적 요청에 의하여 자신의 소유권 회복이 차단되는 침익적 효과를 낳는 소위 복효적 행정처분임을 고려한 규정인 것이다. 이에 따라 재산법상 반환신청자인 원소유권자는 통지 및 투자계획서가 도달된 날로부터 2주 이내에 당해 투자계획에 관한 의견 및 법 제21조에 의하여 자기 스스로 투자조치를 약정할 것인지의 여부에 관한 의견을 표명할 수 있다(제5조 제2항). 그러나 반환신청자는 자신의 이러한 의견표명과 동시에 구체적인 투자계획서를 제출하여야 하는 것은 아니며, 제5조 제3항을 고려하여 볼 때 의견표명 후 4주 이내에 투자계획서를 제출하면 투자우선결정을 발령 받을 수 있다. 청문절차의 주관자로서 처분권자는 반환신청자에게 투자신청의 내용을 당해 절차에서 충분히 설명할 기회를 부여하여야 하며, 만일 그렇지 않은 경우 절차상 하자있는 행정행위로서 개정 전 연방행정절차법 제46조 규정에 의하여 '사실상 다른 결정이 행해질 수 있었던 경우'에 해당되는 위법한 투자우선 결정이므로 취소되어야 한다고 한다.<sup>342)</sup> 그러나 투자우선법제의 취지가 투자장애요소가 되고 있는 불명확한 소유권 관계를 극복하여 신속한 투자조치를 가능케 하기 위한 것이며 또한 이런 요청이 제5조 제4항에 의하여 절차실행의 예상 소요시간이 장기화되어 투자계획의 실현을 위태롭게 할 경우 반환신청인에 대한 청문을 실시 않을 수도 있다는 규정에 함축되어 표현되었다는 점에서 동 판결에 대해 비판의 여지가 없는 것은 아니다.<sup>343)</sup>

342) VG Berlin, VIZ 1992, S.149; KrG Cottbus, VIZ 1992, S.154.

343) Vgl. Nobert Horn, a.a.O., S.678; Michael Uechtritz, Das Zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz - zu den Neuregelungen für Restitution und Investitionsvorrang, BB 1992, S.1650

반환신청인의 전술한 청문절차에의 참가는 자신의 원소유권 인정 여부에 관한 청문절차의 당사자로서가 아니라 연방행정절차법 제28조상의 복효적 행정행위의 제3자로서 참가하는 것으로 보아야 한다는 것이 연방행정법원의 입장이다.<sup>344)</sup> 왜냐하면 동 청문절차는 처분권자의 처분제한효력을 배제하여 투자우선결정을 할 수 있는 권한을 부여하는 과정에서 반환신청자의 투자의사 여부를 확인하는 것이 주목적이지, 결코 반환신청자의 원소유권 회복을 의도하는 절차가 아니기 때문이다. 이런 점에서 반환신청자는 연방행정절차법 제13조 제1항 1호 내지 3호상의 ‘原始的 參加者(Geborener Beteiligter)’가 아니라 4호상의 ‘選出된 參加者(Gekorener Beteiligter)’로 보아야 한다.<sup>345)</sup> 또한 신속한 투자우선결정을 도모하기 위하여 반환신청인의 친족이 아닌 자로서 법률행위 또는 강제집행에 의하여 재산법상 반환청구권을 취득한 자는 동 청문절차에 참가하여 자신의 투자계획을 소명할 수 없다(제4조 제5항).

#### 다) 투자우선결정의 公示

투자우선결정절차는 처분권자가 투자우선결정을 발령하거나 투자계획에 대한 거부처분을 함으로써 종료된다. 투자우선결정은 처분권자가 지득하고 있는 반환신청인에게 송부하여야 하며, 반환신청인이 청문을 포기하였거나 제5조 제4항에 의하여 청문에서 제외된 경우에도 송부하여야 한다(제9조 제1항). 처분권자가 알지 못하는 반환신청인에 대하여는 투자우선결정기관과 그 주소, 불복절차의 고지, 투자계획실행자, 승인된 계획 및 당해 재산가치 등의 요지를 적시한 결정을 연방관보에 공고하고, 공고 후 2주가 경과하면 투자우선결정이 송부된 것으로 본다(제9조 제2항). 투자계획의 거부결정을 하는 경우 계획실행자에게 당해 거부사실을 송부하여야 하는가에 대하여 명문의 규정은 없지만, 전술한 바와 같이 계획실행자는 형식적 권리(formelles Recht)로서 적어도 ‘결정이익’에 대한 무하자재량행사청구권을 보유한다고 보아야 하므로 이를 긍정함이 타당할 것이다.

344) BVerwG VIZ 1995, S.412 f.; ZOV 1995, S.304 f.

345) Volkmar Jesch, a.a.O. §5, S.158, m.w.N.

### 3) 투자우선결정의 법적 효력

#### 가) 재산법 제3조 제3항상의 처분제한효력의 해제

투자우선결정을 통하여 재산법상의 처분권자에 대한 처분제한효력이 투자계획의 대상인 재산가치에는 적용되지 않음이 확정된다. 따라서, 당해 재산가치가 투자우선결정에 정확히 표기되어야 하며, 이를 위해 투자우선 결정에는 등기법(Grundbuchordnung, GBO) 제28조 소정의 기재사항과 약정 조치의 실행 기간, 투자우선결정의 집행(제10조)과 투자의 법적 보호·담보(제12조)를 위한 기간, 매각 또는 지상권 설정의 경우 각 계약 내용에 투자우선결정이 취소되면 토지 또는 건물을 반환할 의무가 발생한다는 취지의 附款, 사법상의 처분권자인 경우 거래가액의 지불보장을 위하여 구체적 담보가 제공되어야 한다는 취지의 부관 등이 명시되어야 한다(제8조 제2항). 투자우선결정에는 또한 토지거래령(Grundstücksverkehrsverordnung, GVVO)에 의한 토지거래허가, 연방·주·지방자치단체의 자기재산 처분에 필요한 허가나 동의 및 건축법(Baugesetzbuch, BauGB) 제28조상의 증서(Zeugnis)를 갈음할 수 있는 일종의 집중효과 부여된다.

반환신청자의 원상회복청구권은 투자우선결정으로 인하여 전부 또는 일부에 걸쳐 소멸 또는 제한되는데, 그 구체적인 범위와 시점은 동 결정에 나타난 투자조치의 형태에 따라 다르다. 투자조치가 당해 재산가치의 매각의 형태인 경우 실제 매각행위가 효력을 발생한 시점부터 재산법상의 원상회복청구권은 소멸한다.<sup>346)</sup> 그러나 재산가치가 투자우선결정의 취소, 특별투자목적의 불이행 등을 이유로 처분권자에게 양도되는 경우에는 반환신청자의 원상회복청구권은 부활된다(제11조 제2항 2문). 처분권자에 의한 자기투자의 경우에는 사실상의 처분행위가 존재하지 않으므로 원상회복청구권이 소멸되는 정확한 시점 판단에 어려움이 있다. 이에 대하여 투자우선법은 처분권자가 확정된 기간 내에 제2조에 의하여 승인된 투자조치를 스스로 실행하는 경우 계획내용에 따른 투자조치를 위하여 토지

346) Gerd H. Wächter, Rückübertragungsklauseln in Privatisierungsverträgen nach dem Vermögensrechtsänderungsgesetz, WM 1992, S.1841



나 건물이 청구된 때에 한하여 반환청구권은 소멸한다고 규정한다(제11조 제5항). 처분권자에 의한 투자에 있어서도 투자가 실행되지 않고 적정한 기간 내에 투자조치의 현실화가 불가능하다고 여겨지는 때에는 제11조 제2항 2문을 유추적용하여 원상회복청구권이 부활한다고 본다. 임대나 용익임대의 형태로 투자조치가 실행되는 때에는 당해 토지나 건물에 대한 원상회복청구권이 소멸되지 않음이 원칙이다. 따라서 재산법 규정에 의하여 반환신청자에게 임대기간 또는 용익임대기간 이전에 당해 재산가치가 반환된 경우에는 기존의 임대 내지 용익임대계약은 원소유권자에 대하여도 유효하다. 또한 지상권이나 역권이 설정되어 있는 경우 반환신청자는 담보부 토지나 건물의 반환 만을 청구할 수 있으며, 부분소유권 또는 주택소유권이 창설되어 양도된 경우에도 반환신청자는 잔여 공유지분에 대한 반환 만을 청구할 수 있을 뿐이다(제11조 제4항).

반환신청자는 투자우선결정에 의하여 원상회복청구권이 소멸하거나 소멸이 예상되는 경우에도 재산법 제6조에 의한 절차에 참여하여 자신의 원소유권을 확정할 수 있는데(제11조 제6항), 이는 원소유권자로서 확정된 경우 투자우선결정에 의하여 원상회복은 불가능하지만 그에 갈음하여 손실보상청구권을 행사하기 위한 권리확정을 위하여 필요하기 때문일 것이다.<sup>347)</sup>

#### 나) 투자실행자에 대한 구속력

투자우선결정에 의하여 투자실행자는 승인된 투자계획을 약정된 기간 내에 구체적으로 실행하여야 하는 구속을 받는다. 이러한 계획실행자의 실행의무에 관한 내용<sup>348)</sup>은 투자우선결정 뿐만 아니라 이에 근거한 투자계약에도 명시되어야 한다.<sup>349)</sup> 재산가치가 기업인 경우에는 투자계약서에 투자우선결정에 명시된 위약규정 이외에 취득자가 처음 2년 동안 약정한 조치를 실행하지 아니하였거나 실행한 조치가 약정과 현저하게 차이가 있는 때에는 기업을 반환한다는 의무규정이 포함되어야 하며 그 기간은

347) Nikolaus Ley, Investitionsvorranggesetz, §11, 2.Aufl., S.296 ff.

348) 투자우선법 제8조 제2항 참조

349) Nobert Horn, a.a.O., S.682; Wolfram Försterling, a.a.O., S.137

재산가치의 인도, 늦어도 계약의 발효와 동시에 기산된다. 이는 기업과 관련하여 매각 또는 용익입대된 토지 또는 건물에 대하여도 준용된다(제8조 제3항). 계획실행자는 자신의 귀책사유 없이 확정 기간 내에 계획이 실행될 수 없었음을 입증한 경우에는 반환신청인에 대한 청문을 거친 후 계획실행기간을 연장 받을 수 있다(제14조 제1항). 기업에 관한 투자계약의 경우 계획실행자가 자신의 귀책사유 없이 약정 조치를 실행할 수 없었으나, 특별투자목적의 달성을 위한 부분적 실행이 아직 가능한 때에는 확정 기간의 진행이 자동적으로 중단되며, 더 나아가 계획의 불이행 또는 중대한 변경이 계약 체결 당시 예측할 수 없었던 급박한 영업상의 필요에 기인한 경우 및 투자우선결정에 나타난 계획실행자 이외의 자에 의하여서도 당해 투자조치의 실행이 가능한 경우에는 계약상의 반환의무가 소멸한다(제14조 제2항). 동 규정은 투자우선법의 개정으로 보완된 부분인데, 기업에 대하여는 투자실행기간의 연장을 규정한 바 없으므로 투자의 안정성 확보 측면에서 입법자가 특별히 배려한 것으로 보인다.<sup>350)</sup>

한편 법 제4조 제2항에 의한 관할행정청은 계획실행자 또는 처분권자의 신청에 의하여 관련자들에 대한 청문을 의무적으로 시행한 후 약정 투자조치의 이행 또는 계획의 실행 여부를 확인하며,<sup>351)</sup> 위 확인 내용이 확정되면 투자우선결정은 취소될 수 없고 따라서 약정 조치의 불이행은 이유로 더 이상 반환을 청구할 수 없는 일종의 불가쟁력이 발생한다(제13조 제2항). 이 역시 미해결재산권 처리와 관련하여 불명확한 소유권 관계가 안정적인 투자 요청을 해할 수 있다는 관점에서, 투자조치의 법적 효력에 대한 궁극적 판단을 내림으로써 법적 안정성과 투자조치의 실효를 도모하기 위한 법정책적 고려가 표현된 것으로 평가할 수 있다.

투자우선결정은 동 결정을 공고한 날로부터 2주가 경과한 후에 비로소

350) 특히 동 규정으로 인해 계획실행자가 기업환경의 변화에 따라 적절히 투자계획을 적용시킬 수 있음으로써 기업운영의 계속성에 기여한다고 투자실무상 평가된다; Klaus Racky, Investitionsvorranggesetz, §14, 2.Aufl., S.373 f.

351) 이 때 투자계획은 그 중요부분이 완료되거나, 반환의무가 소멸한 경우 및 법 제15조 제1항에 의하여 투자우선결정을 철회할 수 없는 때에는 실행된 것으로 본다(제13조 제1항 3문).

집행될 수 있으며,<sup>352)</sup> 투자조치의 실행 이전에 반환신청자에 대한 재산가치의 반환이 결정되었거나 재산법 제6조의a에 의하여 기업을 반환받은 경우에는 집행되지 아니한다(제10조). 이러한 2주의 유예기간은 특히 연방행정법원법 제80조 제5항의 집행정지신청과 관련하여 반환신청자의 잠정적 권리구제를 고려한 것으로 볼 수 있다.<sup>353)</sup> 다만 제10조 제1문이 투자조치의 실행 이전에 반환결정이 발령되는 경우를 상정하고 있는데, 구체적으로 어떤 경우를 말하는 것인지는 의문이라 할 것이다. 왜냐하면, 투자우선결정절차의 개시로 인해 이미 진행 중인 당해 재산가치에 대한 반환절차는 중단되고(제4조 제4항) 투자우선결정이 발령되어 동 결정이 제10조 1문에 의하여 집행 가능한 시점부터 반환절차는 재개되므로, 이때부터 비로소 반환신청자에 대한 원소유권의 확정 및 그에 따른 손실보상청구도 가능할 것이기 때문이다.<sup>354)</sup>

#### 다) 투자우선결정의 철회

토지 또는 건물<sup>355)</sup>에 대한 투자우선결정은 동 결정에 따른 투자가 투자계획자에 의하여 확정 기간 내에 실행되지 않는 경우에는 원소유권자 - 재산법상의 소유권 확정이 있기 전에는 반환신청자 - 또는 제21조의 경우에는 처분권자의 신청에 의하여 철회될 수 있다. 그러나, 제3조 제1항의 특별투자목적에 합당한 다른 투자계획이 실행되었거나 투자우선결정에 나타난 계획 및 변경된 투자계획을 다른 계획실행자가 확정 기간 내에 실행한 경우, 그리고 계획의 불실행 또는 변경이 계획실행자가 예측할 수 없는 급박한 이유에 기인하는 경우에는 철회가 제한된다.(제15조 제1

352) 법문에 의하면 ‘vollzogen’이란 단어를 사용하는데, 이는 행정법상의 강제 집행을 의미하는 것으로 오해할 수 있으므로 규정의 취지에 충실하려면 ‘umgesetzt’로 썼어야 한다고 비판된다; Klaus Racky, a.a.O., §10, S.265

353) Klaus Racky, a.a.O., S.266

354) 이론적으로는 투자우선결정의 집행가능 시점과 실제 집행된 시점 사이에 반환절차가 재개되어 원상회복이 결정된 경우를 들 수 있는데, 이러한 가정이 실질적으로 가능한 지는 의문이다

355) 제8조 제3항 및 제14조 제2항을 고려하여 볼 때 기업에 대한 투자우선결정의 철회를 규정하지 않은 것을 이해할 수 있다. 다만 제26조에 의하여 연방행정절차법 제49조에 따른 철회는 가능하리라고 본다.

항)<sup>356)</sup> 투자우선결정이 철회되면 투자계획자는 제8조 제2항 3호를 유추 적용하여 당해 토지 또는 건물을 처분권자에게 반환하여야 하며, 이에 따라 반환신청자는 자신의 원소유권을 회복할 수 있는 가능성을 다시 한 번 부여받는다. 토지나 건물이 투자목적에 위하여 임대 또는 용익임대 되었으나 제15조 제1항에 의하여 투자우선결정이 취소된 경우 처분권자는 동 결정에 근거한 투자계약을 해지기간 도과 후에도 해지할 수 있다(제15조 제2항).

#### 라) 원소유권자를 위한 조정

처분권자가 투자계획자에게 재산가치를 매각한 결과 당해 재산의 반환이 불가능하게 된 경우, 원소유권자는 재개된 반환절차에서 자신의 권리를 확정된 후 자신이 반환청구한 재산가치에 대하여 투자계약상 지급된 금전급부액 전액의 교부를 청구할 수 있다(제16조 제1항 1문). 재산가치의 매각대금이 없거나 매각대금이 투자우선결정의 집행 가능한 시점 및 처분권자의 자기투자시의 재산가치시가에 미달하는 경우에는 당해 시가의 지급을 청구할 수 있다(제16조 제1항 2문). 원소유권자의 보상청구권은 투자우선결정의 공시 후 2주 내에 이의나 취소소송의 제기과 함께 집행정지신청을 하지 않으면 인정되지 않는다(제12조 제3항 1호). 그러나 기본법 제14조상의 재산권보호 규정 및 제3조의 평등원칙에 비추어 볼 때, 보상청구권의 인정 여부를 집행정지신청의 여부에 의존시키는 것은 위헌의 여지가 있다고 본다.<sup>357)</sup>

356) 1997년 투자우선법 개정 이전의 규정은 다음과 같다: “토지 또는 건물이 투자우선결정에 반하여 그 결정상의 목적에 이용되지 아니하거나 더 이상 이용될 수 없는 경우에는 원소유권자 또는 아직 소유권 확정이 내려지지 않은 경우에는 반환신청자의 신청에 의하여 투자우선결정은 철회될 수 있다. 계획이 개시되었고, 동 계획의 불실행이 나 중대한 변경이 급박한 영업상의 필요에 기인한 경우 철회권은 배제된다.”

357) Vgl. Nikolaus Ley/Bernhard Kuhn, Investitionsvorranggesetz, §12, 2.Aufl., S.357 ff.; Nobert Horn, a.a.O., S.692 f.

## (4) 소 결

지금까지 통일독일의 투자우선법제의 증핵을 이루는 투자우선법의 대강의 규율내용을 살펴보았다.<sup>358)</sup> 투자우선법은 반환신청자의 소유권 회복에 대한 이익과 구동독지역에서의 신속한 투자 및 이에 의한 경제재건이라는 공적 이익을 비교 형량해야 한다는 법적으로 매우 어려운 産苦 끝에 탄생한 것이다. 동법은 비록 개별 사안에 대한 법적용에 있어 제 규정들 간의 충돌로 인해 문제 해결에 적지 않은 어려움을 도출시키지만, 이제 막 10년을 넘긴 통일독일의 투자우선실무에 천착화를 이루었다고 평가된다. 다만 구투자법, 재산법 제3조의a, 그리고 투자우선법으로 숨가쁘게 이어졌던 입법과정이 규율 상호간의 모순을 낳아 투자우선절차의 상당한 지체를 가져왔고, 이런 사정으로 투자우선절차의 완료 시점을 2000년 12월 31일 까지로 연장할 수 밖에 없었을 것이다.<sup>359)</sup>

독일 투자우선법에 대한 연구의 궁극적 목적은 통일 후 북한지역의 경제재건을 위한 투자우선법제의 기본적 방향을 설정하는데 있을 것이다. 물론 아직까지 통일방법이 확정되지 못하고, 또한 북한지역의 몰수재산의 처리에 관한 법적 논의가 그리 활발하지 못한 상황에서 관련 독일법제에 대한 무조건적인 추종은 시행착오의 아픔만을 야기할 수도 있다. 그러나 통일방법에 무관하게 몰수재산의 법적 처리에 관하여 원상회복원칙에 입각해야 한다는 전제하에서는 분명히 독일의 투자우선법제가 우리에게 시사하는 바가 클 것이다. 즉, 독일의 투자우선법제의 여러 경험은, 우리가 몰수재산에 대한 원상회복원칙을 견지할 경우, 북한지역의 경제재건을 위하여 신속하고도 효율적인 투자가 절실히 요청됨을 고려하여 법기술적으로 원상회복원칙에 우선하는 투자우선법제의 기본 골격을 -적어도 내부적으로는- 하루 빨리 창출해야함을 실증적으로 보여준다 하겠다. 생각컨대 통일한국의 입법자가 투자우선법제를 창안하는 과정에서 가장 고심하여야

358) 투자우선결정에 관련하여 원소유권자의 법적 구제에 대한 구체적 검토는 다음 기회로 미루기로 한다.

359) 1997년의 투자우선법 개정으로 투자우선절차가 1998년 말까지로 연장되었으나 개정 등록절차가속법(Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz, RegVBG) 제18조 제5항 1호에 의하여 2000년 말까지로 다시 연장되었다.

할 부분은 -독일의 경우가 그러하였듯이-, 투자우선을 위하여는 원소유권자의 소유권 회복에 대한 강한 애착이익(Affektionsinteresse)의 희생을 요구하여 결국 현행 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’를 넘어서는 훨씬 광범위하고도 보편적인 ‘특별한 희생’을 강요하게 될 것이므로 그에 대한 합헌적 법제를 마련하는 것이 아닌가 한다.

### 3. 북한지역 불법 몰수재산 처리방안

#### 가. 불법몰수 토지처리방안

##### (1) 북한의 토지제도 및 토지정책

현재와 같은 북한의 토지제도와 정책이 정착되기 이미 오래전, 북한은 일찍이 정권 수립 초기에 아무런 댓가 없이 일방적·강제적으로 국유화를 단행, 개인의 소유권을 박탈하여 국가로 귀속시켰다. 그 후 북한은 土地法 등 관련 법령을 채택하는 등 토지관련 법제도를 정비함으로써 현재와 같은 토지제도를 정착시킬 수 있었다.

북한이 취한 이러한 일련의 조치는 통일 후 자연히 법적 평가의 대상이 될 것이다. 그리고 그것을 어떻게 정리할 것인가 하는 문제는 통일한국이 초기에 해결해야 할 가장 중요한 난제의 하나가 될 것이다.

한편 통일한국에서 북한지역의 토지정책을 수립함에 있어서는 현재 북한이 실시하고 있는 토지제도 및 토지정책의 기초 위에서 점진적이고 단계적인 개편과 조정을 거치게 될 것이다. 그러한 점에서 현재 북한의 토지제도와 정책에 대한 정확한 파악이 선결적으로 요구된다. 특히 개편대상 토지의 용도별 정확한 산출 및 북한의 토지이용 실태에 대한 분석이 필요하다.

이러한 점을 감안하여 여기에서는 북한의 토지몰수과정, 현재 북한의 토지소유제도에 관해 살펴보기로 한다.<sup>360)</sup>

360) 제성호, “통일한국의 토지정책방향: 불법몰수토지 처리를 중심으로,” 미래인력연구센터, 『통일 이후의 사회와 생활』, (서울: 미래인력연구센터, 1996), pp. 145~163.

## (가) 토지개혁과 토지제도의 변천과정

사회주의의 궁극적 목적은 모든 생산수단을 공유화하여 능력에 따라 일하고 필요에 따라 분배받는 이른바 지상낙원을 건설하는 것이다. 북한도 이러한 명분하에 정권수립 초기부터 계급투쟁의 차원에서 모든 생산수단의 국·공유화(사회화)작업에 착수하였다.

여러 생산수단중에서도 특히 토지의 국·공유화는 토지개혁(1946년~1950년)과 농업협동화(1950년~1972년)라는 2단계를 거쳐 완성되었다.<sup>361)</sup>

먼저 북한은 1946년 3월 「토지개혁에 관한 법령」과 「토지개혁 실시에 대한 임시조치법」(1946.3.5), 「토지개혁에 대한 법령에 관한 결정서」(1946.3.7), 「토지개혁법령에 관한 세칙」(1946.3.8) 등을 제정하여 토지개혁을 단행하였다.

토지개혁은 불과 20여일의 단기간내에 무상몰수·무상분배의 방법으로 마무리되었는데, 이 당시 토지개혁은 사소유권을 전면적으로 폐기하는 것이 아니라 일본인 토지몰수, 耕者有田의 원칙에 따른 농지의 농민소유를 실현하여 소작제도를 폐지하는데 주된 목표를 두고 있었다.<sup>362)</sup> 즉 북한은 당시 일본인과 친일본 인사들이 소유하고 있던 토지 1,000,325정보(경지 983,954정보, 대지 16,391정보)를 무상으로 몰수하는 한편, 이중 981,390정보를 머슴, 품팔이 등의 고용농민과 토지를 소유하지 못하였거나 적은 토지를 소유하고 있던 농가 724,000 가구에 무상으로 분배하고 나머지는 모두 국유화시켰다.<sup>363)</sup>

이어 북한은 1947년 3월 22일 「산림에 관한 결정서」를 공포하여 묘지 등을 제외한 전 산림을 국유화시켰고, 같은 날 「대지 및 잡종지에 관한

361) 이러한 점을 감안하여 토지개혁조치를 ‘모든 생산수단의 사회화’를 실현하기 위한 과도기적 전단계로 평가하기도 한다. 북한의 토지제도 변천과정에 대한 개괄적 검토로는 신재명, “북한토지정책의 전개과정과 그 특징: 토지법 변화를 중심으로,” 『북한』, 1991년 10월호, pp. 129~144 참조.

362) 배병일, “통일한국의 토지소유제도 개편방향,” 『북한연구』, 제4권 3호(1993), p. 195; 김민배·최민경, “월남자와 북한의 토지 그리고 통일,” 『민주법학』, 제6호(1993), p. 172.

363) 안두순, “통일후 북한토지 소유권의 처리방안,” 『통일경제』, 1995년 6월호, p. 51.

결정서」를 발표하여 빌려 준 대지의 몰수·무상분여와 함께 주택의 사적 임대제도를 폐지하는 동시에 타인에게 빌려준 공장, 기업소, 광산, 병원, 학교 등을 無償 국유화하였다.<sup>364)</sup> 그 결과 북한당국은 모두 과수원 2,692정보, 관개시설 1,165개, 산림 3,432,986정보, 건물 14,477동을 몰수하여 국유화하거나 또는 학교, 병원기관, 사회단체 등이 이용하도록 하였다.<sup>365)</sup>

해당 도인민위원회는 토지개혁에 의해 무상분배된 토지와 관련하여 농민들에게 토지소유권에 관한 증명서를 교부하고, 소유관계를 새로운 토지대장(토지등기부)에 등록하였다(토지개혁에 관한 법령 제7조). 이 때 구 토지대장은 모두 불살라 폐기한 것으로 알려져 있다.<sup>366)</sup> 새로이 분배된 토지에 대해서는 매매·저당·임대차(소작) 등 일체의 처분이 금지되었다(동 법령 제10조). 이처럼 북한은 토지개혁 직후 형식적으로는 농민의 토지소유권 자체를 부인하지는 않았으나, 자유로운 처분행위가 금지되어 농민의 토지소유권은 사실상 토지이용권 내지 경작권을 인정하는 것에 해당하였을 뿐이었다.<sup>367)</sup> 이처럼 농민들의 토지소유권에 상당한 제약이 가해지고 있었기 때문에 토지개혁은 사실상 국유화와 같은 효력을 가지고 있었다고 해도 지나친 말은 아닐 것이다.

이처럼 북한정권 수립 초기에는 토지의 사유화와 자영이 어느 정도 허용되었다. 그러나 북한은 한국전쟁 발발 직후부터 농업 협동화<sup>368)</sup>를 본

364) 배병일, “통일한국의 토지소유제도 개편방향,” p. 195.

365) 안두순, “통일후 북한토지 소유권의 처리방안,” p. 51; 김민배·최민경, “월남자와 북한의 토지 그리고 통일,” p. 170.

366) 이 점은 구동독의 경우와 구별되는 대표적인 특징이다. 구동독은 등기제 도상에 약간의 변화가 있었기는 하나, 기본적으로 분단 이전의 등기부를 그대로 사용하고 있었다. 구동독의 등기부에는 토지등기부, 건물등기부 및 세습건축권등기부의 3종이 있었다. 이에 관해서는 김상용, “구동독과 북한의 토지제도의 비교,” 『토지연구』, 제5권 5호 (1994), pp. 47~48 참조.

367) 김상용, “북한의 토지제도와 통일후의 개편방향,” 『현대이념연구』, 제8집 (1992), p. 43.

368) 사회주의 경제체제는 중앙통제에 의한 계획경제를 본질로 하는 바, 개인 농을 그대로 두고서는 철저한 계획경제를 관철하기가 불가능하다. 따라서 소농경영을 사회주의적으로 개조하기 위해서 농민이 가장 접근하기 쉽고 사회적 이익과 농민의 개인적 이익을 결합시켜 그들을 사회주의의 길로



격적으로 추진하기 위해 다수의 법령을 제정하기 시작하였다. 예컨대 북한은 전쟁기간중 많은 북한주민이 월남하자 「경작자 없는 토지에 관하여」(1950.12.26), 「경작자 없는 토지를 공동경작함에 대하여」(1951.5.22)라는 법령을 공포하여 월남자들의 토지를 국유화하고 협동조합원들에게 공동경작권을 부여하였다. 그 외에도 「협동단체들의 조직 및 사업강화에 관한 결정」(1951.8.22), 「생산협동조합들의 경제활동을 강화하기 위한 제 대책에 관한 결정」(1953.3.27) 등의 법령을 공포하여 국가기관·국영기업소·기타 단체들이 부속농장을 조직하는 한편, 경작자 없는 토지를 부업경영케 함으로써 점차 협동적·집단적 토지소유제도를 정비하였다.

1953년 7월 휴전이 이루어진 후 북한은 곧바로 농업의 사회주의적 개조를 위해 농업협동화를 본격적으로 추진하기 시작하였다. 농업협동화가 진행되면서 1946년 3월의 토지개혁에도 불구하고 몰수되지 않았거나 또는 농민들에게 무상분배되었던 사유지(개인농)가 - 당시 북한헌법은 개인의 토지소유를 인정하였음에도 불구하고<sup>369)</sup>- 점차 협동단체의 소유로 전환되었다. 그 결과 토지개혁 직후 얼마 기간 동안 농민들이 명목상으로나마 향유하였던 사소유권이 점차 소멸되기 시작하면서, 1958년에 이르러서는 토지에 대한 사적 소유권이 완전히 사라지게 되었다.<sup>370)</sup>

이를 좀더 구체적으로 살펴보면, 1954년부터 개인농과 공동경작조합(개인이 토지소유, 개인이 사용권 보유, 공동경작의 결과 산출된 생산물

---

이끄는 조직형태가 요구되는데, 그 형태가 바로 농업협동화내지 농업집단화라는 것이었다. 농업협동화 역시 토지개혁으로 농민에게 분배된 토지를 완전 국유화(전인민적 소유화)하는 사회주의화 과정에서 소유형태 변경의 중간단계라고 볼 수 있다.

이러한 농업협동화 내지 집단화는 국유화조치와 함께 사회주의적 소유권을 확립하는 하나의 수단으로 사회주의 국가에 있어서 공통적으로 행해졌다. 다만 그 용어는 소련과 구동독의 경우에는 농업의 집단화, 중국의 경우에는 농업의 집체화 또는 합작화 등으로 국가마다 약간의 차이가 있다.

369) 1948년 헌법은 생산수단에 대한 개인, 자연인이나 개인법인의 소유를 인정하고(제5조), 법령에 규정한 토지, 축력, 농구, 기타 생산수단, 중소산업, 기업소, 중소상업기관, 원료, 제조품, 주택과 그 부속시설, 가정용품, 수입, 저금에 대한 개인소유는 법적으로 보호한다(제8조 1문)고 규정하여 1972년 사회주의헌법과 비교할 때 넓은 범위의 개인소유를 인정하였었다.

370) 김상용, “북한의 토지제도와 통일후의 개편방향,” pp. 43~44 참조.

은 토지면적에 따라 배분)<sup>371)</sup>형태의 농장이 없어지기 시작하였다. 그 대신 반사회주의적 농업협동조합(명목상 개인이 토지소유, 협동조합이 조합원의 토지를 통합하여 공동경영, 생산물은 노동력 투입과 출자한 토지면적을 기준으로 배분)이나 사회주의적 협동조합(협동조합이 토지소유, 공동경영, 노동력 투입을 기준으로 생산물 분배)이 등장하여 이들이 주류를 이루다가, 1958년에는 모든 토지소유와 이용은 사회주의적 농업협동조합(1962년부터 협동농장으로 개칭됨) 형태로 완전히 전환되기에 이르렀다.<sup>372)</sup>

곧이어 북한은 1958년부터 협동농장의 규모가 확대·재조정하기 시작하였다. 즉 1958년 10월 북한은 말단행정구역인 리를 단위로 농업협동조합을 통합하여 조합의 규모를 확대하였으며, 里人民委員會의 위원장이 협동조합의 관리를 담당하도록 하였다.<sup>373)</sup> 다시 북한은 1959년 「농업협동조합기준규약」을, 1961년에는 군협동농장경영위원회를 설치하여 보다더 엄격한 국가적 통제와 지도하에서 농업경영활동이 수행될 수 있도록 농업협동조합을 통합·조정하였다.<sup>374)</sup>

이와 같은 과정을 거쳐 1972년 사회주의헌법을 제정·공포하면서 제10조에서 “조선민주주의인민공화국에서 생산수단은 국가 및 협동단체의 소유이다”라고 규정하여 토지에 대한 개인소유를 전면 부정하였다. 그후 북한은 1977년 4월 29일 제정된 「조선민주주의인민공화국 토지법」(이하 토지법)을 제정하여 1972년 사회주의헌법에 명시된 사회주의적 소유권 개념을 토지부문에서 보다 철저히 관철시켰다. 이와 같은 법제화를 통해 북한의 소유제도가 보다 명확하게 확립되고 완성되었다고 할 수 있다.<sup>375)</sup>

371) 1953년까지만 해도 북한에서는 이러한 형태의 농업협동조합만이 있었다.

372) 안두순, “통일후 북한토지 소유권의 처리방안,” p. 51; 신도철, “북한에서의 재산권 구조,” 국민경제연구소, 『경제체제의 변화와 재산권』 (서울: 국민경제연구소, 1992.7), pp. 113~114 참조.

373) 위의 논문, p. 114.

374) 류해웅, “통일후 북한의 토지이용과 개발에 대한 기본구상,” 『토지연구』, 제4권 1호 (1993), pp. 119~120.

375) 김상용, “북한의 토지소유제도,” 『토지연구』, 제4권 2호 (1993), pp. 125~129 참조.

(나) 현 북한의 토지소유제도

북한의 토지제도를 살펴보기에 앞서 먼저 북한의 소유제도를 검토할 필요가 있다. 이는 사회주의소유제도(양식)가 자본주의의 그것과 구별되는 주요한 특징이기도 하기 때문이다.<sup>376)</sup>

1) 북한의 토지소유제도

가) 북한의 소유제도

현행 북한의 사회주의헌법(1998년 9월 개정)은 소유제도에 관해 몇 가지 중요한 규정을 두고 있다.

먼저 헌법은 제21조 내지 제24조에서 북한에서 인정되는 소유권의 형태를 ① 국가소유, ② 사회협동단체 소유(협동적 소유), ③ 개인소유의 3가지로 분류하면서, 특히 토지를 비롯한 생산수단은 국가와 사회협동단체만이 소유한다(헌법 제20조)고 규정하고 있다.

민법<sup>377)</sup>은 제2편 소유권편(제37조 내지 제63조)에서 헌법에 명시된 상기 3가지 사회주의 소유형태를 확인하고 있다. 즉 소유권을 국가소유, 협동단체 소유, 개인소유로 나누고, 생산수단의 사적 소유를 전혀 인정하지 않고 개인소유를 소비적 목적에 한정하는 등 소유권관계를 보다 더 자세하게 규정하고 있다.<sup>378)</sup>

북한 민법은 소유권 이외의 다른 물권을 인정하고 있지 않다. 민법에서

376) 조민, 「통일 이후 북한지역 국유재산 사유화방안 연구」, 연구보고서 97-16 (서울: 민족통일연구원, 1997), pp. 33~40 참조.

377) 「조선민주주의인민공화국 민법」은 1990년 9월 5일 최고인민회의 상설회의 결정 제4호로 채택되었는 바, 이 법은 전 4편, 271개 조문으로 구성되어 있다. 제1편 일반제도는 제1장 민법의 기본, 제2장 민사법률의 관계자, 제3장 민사법률행위, 제2편 소유권제도는 제1장 일반규정, 제2장 국가소유권, 제3장 협동단체소유권, 제4장 개인소유권, 제3편 채권채무제도는 제1장 일반규정, 제2장 계획에 기초하는 계약, 제3장 계획에 기초하지 않는 계약, 제4장 부당이득행위, 제4편 민사책임과 민사시효제도는 제1장 민사책임, 제2장 민사시효로 구성되어 있다.

378) 법무부, 「북한법의 체계적 고찰 I」, 법무자료 제166집 (서울: 법무부, 1992), p. 92.

는 점유권은 물론이고 지상권·지역권·유치권·질권·저당권 등 용익물권 및 제한물권에 관한 규정이 없다. 이것은 사회주의체제가 구축되면서 개인재산의 이용·수익·처분관계가 극히 제한되고 단순화되어 소유권 이외의 물권에 관한 내용이 존재가치를 상실하였음을 반영하는 것이라고 분석된다.<sup>379)</sup>

이외에도 북한 민법의 특징으로는 계약에 의한 소유권의 취득시기를 동산·부동산 구분없이 소유물을 넘겨받은 때(인도시)로 한 점, 물권변동에 관한 공시방법으로서 등기제도를 인정하지 않은 점, 선의취득과 관련하여 동산과 부동산을 구별하지 않으면서 소유권의 종류별로 인정범위를 차별하는 점 등을 들 수 있다.<sup>380)</sup>

이하에서는 헌법과 민법 등에 규정명시되어 있는 3대 소유권의 내용에 관해 살펴보기로 한다.

첫째, 국가소유는 전체인민의 소유로서 국가가 전인민을 대표하여 소유하는 형태(전인민적 소유)를 말한다(헌법 제21조 1문, 민법 제44조 1문). 국가소유권의 대상에는 제한이 없다(헌법 제21조 2문, 민법 제45조 1문). 따라서 토지가 국가소유가 될 수 있음은 물론이다(토지법 제10조 참조).

특히 ① 지하자원, 산림자원, 수산자원 등의 자연부원, ② 중공업, 경공업 등의 중요 공장, ③ 항만, 은행, 교통수단, 방송기관, ④ 각급 학교 및 중요문화·보건시설 등은 오직 국가소유의 대상으로만 될 수 있다(헌법 제21조 3문, 민법 제45조 2문 1~4호).

국가는 나라의 경제발전에서 주도적 역할을 하는 국가소유를 우선적으로 보호하며 장성시킨다(헌법 제21조 4문). 이것은 북한의 사회주의 체제하에서 국가소유가 다른 소유형태보다 우선함을 강조한 것이다.

국가소유권은 국가가 직접 또는 개별적인 국가기관, 기업소를 통하여 실현되며(민법 제47조 1문), 국가기관, 기업소는 자기가 맡은 국가소유

379) 법무부, 『북한법연구(IV) -민법-』, 법무자료 제17집 (1987), p. 107.

380) 북한에서의 소유권의 종류, 취득원인, 대상, 내용 및 행사방법, 취득방법 및 보호문제 등에 관한 포괄적인 연구·검토로는 오종근, “북한민법상의 소유형태,” 『북한연구』, 제3권 4호 (1992), pp. 174~188 참조.

재산에 대한 경영상의 관리권을 가지고 국가의 지도하에 그 재산을 자기의 이름으로 차지하거나 이용·처분할 수 있다. 국가소유재산의 반환청구에 대하여는 민사시효가 적용되지 않는다(민법 제259조 2문). 따라서 국가소유권의 대상은 취득시효의 대상이 되지 않는다고 하겠다.

둘째, 사회협동단체 소유는 협동경영에 들어 있는 근로자들의 집단적 소유로서, 국가가 그 대상에 일정한 제한을 두는 한정된 범위 내에서 사회협동단체가 그 소유권의 담당자가 되는 집단적 소유형태를 말한다(헌법 제22조 1문, 민법 제53조 1문, 토지법 제11조 1문 참조). 土地와 부림 집승(가축), 농기구, 고기배, 건물 등과 중소기업, 기업소와 문화보건시설과 그 밖에 경영활동에 필요한 것이면 협동단체 소유의 대상이 될 수 있다(헌법 제22조 2문, 민법 제54조).

국가는 협동단체 소유를 보호한다(헌법 제22조 3문). 협동단체 소유권은 시효의 제한이 없으며 금전 이외에는 강제집행이 불가능하다.

셋째, 개인소유는 사회주의적 소유의 대원칙 하에 국가와 사회에 의해 개인에게 매우 제한된 범위내에서만 인정되는 소유권이다. 근로자들의 개인적이며 소비적인 목적을 갖는 것은 개인소유의 대상이 될 수 있다(헌법 제24조 1문, 민법 제58조 1문). 즉 개인이 소유할 수 있는 대상은 소비품만이며 토지 등 생산수단은 개인소유의 대상에서 제외된다.

노동에 의한 사회주의 분배(노동의 대가), 국가와 사회로부터의 추가적인 혜택, 터밭경영(경영)<sup>381)</sup>를 비롯한 개인부업경영에서 나오는 생산물, 개인이 샀거나 상속·증여받은 재산, 기타 법적 근거에 의하여 발생한 재산, 살림집(주택),<sup>382)</sup> 가정용품·문화용품 등 생활용품은 개인소유의 대상이 된다(헌법 제24조 2문 및 3문, 민법 제58조 2문 및 제59조). 순수

381) 터밭(채소밭)이라 함은 협동농장에 소속된 각 농가에 대해 농장규약에 따라 공동소유의 토지 중 일부를 분배하고, 그에 대해 농가에게 자유경작권을 부여한 小土地를 말한다. 터밭에서 나온 소출은 개인소유가 된다.

382) 개인소유의 대상이 될 수 있는 살림집은 8.15해방 이전의 구가옥과 6.25동란 후 개인주택펀드에 의한 신축가옥으로 나눌 수 있는데, 구가옥은 전쟁으로 거의 파괴되었고 가옥관리는 국가의 주택관리소가 담당하고 있으며, 농촌주택은 국가 또는 협동단체소유로 되어 있는 등 개인가옥에 대한 소유권은 유명무실한 상태이다. 법제처, 『북한법제 개요』 (서울: 법제처, 1991), p. 310.

한 사적 소유물인 생활용품으로는 일용품, 장신구, 약간의 소농구, 노동의 대가로 받은 분배물(임금, 현물) 등이 있는데, 이들은 매매·임차·증여의 대상이 될 수 있다(민법 제60조 2문 참조). 개인소유의 재산은 법에 따라 상속되며 국가는 상속권을 인정·보장한다(민법 제63조 1문 및 2문, 가족법 제5장 참조).

#### 나) 토지소유제도

토지는 공장 또는 기업소의 입지가 될 뿐만 아니라 사회간접자본의 관리·이용과도 밀접한 관련이 있다. 사회주의적 소유제도를 확립하고 있는 북한에서는 토지를 규율하는 토지법제는 특히 중요한 법제로서 하나의 독자적인 法源을 형성하고 있다.<sup>383)</sup>

1977년 4월 29일 최고인민회의에서 채택되어 동년 6월 1일부터 시행된 「토지법」<sup>384)</sup>은 토지에 대한 사회주의적 소유형태(토지구유), 국토의 종합계획, 토지의 이용·관리를 포괄적으로 규율하고 있다. 토지법 제2장에 규정된 토지소유권의 중요한 내용은 다음과 같다.

토지는 국가 또는 협동단체의 소유이다(토지법 제9조 1문). 특히 국가 소유 토지는 전체 인민의 소유이고(동법 제10조), 협동단체 소유토지는 근로자들의 집단적 소유이다. 누구도 토지를 팔고 사거나 개인의 것으로 할 수 없다(동법 제9조 2문). 이처럼 토지의 개인소유는 인정되지 않을

383) 최달근, “북한법의 체계와 법원,” 『북한법령집』, 제1권 (서울: 대륙연구소, 1990), pp. 14 ~15; 최종고, 『북한법』 (서울: 박영사, 1993), p. 10 참조. 남한법에서는 토지에 관한 규율이 민법에 포함되어 있고, 최근에 이른바 토지 공개념 논의로 토지법의 영역에 대한 새로운 시각이 제기되고 있지만, 북한법에서는 토지법이 처음부터 사법과는 다른 독립된 분야를 형성하고 있었다.

384) 북한의 토지법은 우리나라의 산림법·하천법·광업법 등 여러 법규에 규정된 내용까지도 망라하고 있다. 법제처, 『북한의 합영법제』 (서울: 법제처, 1992), p. 141. 토지법은 6개장 80개조로 구성되어 있는데, 그 주요내용은 「조선민주주의인민공화국의 토지는 혁명의 고위한 전취물」이라는 제하의 총칙적 규정(제1장: 제1조~제8조), 토지소유권(제2장: 제9조~제13조), 국토건설계획(제3장: 제14조~제18조), 토지보호(제4장: 제19조~제42조) 토지건설(제5장: 제43조~제62조), 토지관리 (제6장: 제63조~제80조) 등이다.

뿐만 아니라 토지의 매매도 금지되어 있다. 결국 국가소유이든 협동단체 소유이든 불문하고 어느 경우에도 토지는 人民의 共同所有로서 개인의 소유대상이 될 수 없다는 점에는 변함이 없다. 이것은 헌법에서 명시된 생산수단의 개인소유 배제 원칙의 필연적인 결과라고 볼 수 있다.

다만 사회주의이념에 비추어 볼 때 국가를 통한 전체 인민의 소유가 가장 이상적인 소유형태라고 할 것이므로 국가는 사회주의 협동경리를 공고히 발전시키되, 농업경리제도의 발전과 협동단체구성원들의 자발적인 의사에 따라 협동단체 소유의 토지를 점차 전인민적 소유(국가소유)로 전환시킬 수 있도록 하고 있다(헌법 제23조, 토지법 제12조).<sup>385)</sup> 여기에서 우리는 협동단체 소유의 토지는 중국적으로 전인민적 소유로 옮겨갈 과도기적 소유형태임을 알 수 있다.<sup>386)</sup> 그러나 현실적으로 헌법상 협동단체 소유의 국가소유로의 전환 입장에도 불구하고 실제에 있어서는 국가소유로의 전환이 이루어지지 않고 오히려 협동단체소유의 범위가 더욱 확대되고 있다고 한다.<sup>387)</sup>

결국 북한은 토지에 대해 국가소유권과 협동단체소유권만을 인정하고 개인의 소유권을 부인함으로써 토지는 전 인민 또는 협동단체 구성원의 공동소유가 될 수 있을 뿐이라 하겠다. 한편 개인 및 기업소는 단지 토지에 대해 이용권만을 갖는다.

전술한 바와 같이 헌법과 민법에서는 토지가 국가소유는 물론 협동단체의 소유대상이 될 수 있는 것으로 명시하고 있으나, 실제로는 토지의 용도별로 소유권의 주체가 나뉘어 있다고 볼 수 있다. 즉 중요공장의 공장용지, 임야는 국가만이 소유할 수 있으며, 농지는 일부 국가소유를 제외

385) 이와 관련, 김일성은 1994년 2월 「사회주의 농촌문제에 관한 테제」(1964.2.25) 발표 30돌을 맞이하여 열린 전국농업대회를 위해 「사회주의 농촌테제의 기치높히 농촌문제의 중국적 해결을 위하여」라는 서한을 보낸 바 있다. 여기에서 김일성은 “社會主義 農村經理制度가 농민의 로동계급화와 농업의 공업화를 적극 다그쳐 나아갈 수 있게 하고, 協同的 所有를 점차적으로 全人民의 所有로 전환시킬 수 있게 하는 가장 선진적인 제도”임을 강조한 바 있다. 통일원, 「북한동향」, 통권 제152호 (1994. 2), p. 29.

386) 법무부, 「북한법의 체계적 고찰 I」, p. 123.

387) 최달곤, “북한민법의 구조와 내용,” 「북한법률행정논총」, 제5집 (1982), p. 76.

하고는 협동단체소유의 대상으로 되어 있다. 다시 말하면 토지 중에서도 주로 농지만이 협동단체 소유의 대상이 될 수 있다는 것이다.<sup>388)</sup> 그리고 협동단체소유의 다른 대상물은 구성원의 의사에 따라 처분할 수 있지만, 농지에 대한 처분은 법이 정하는 바에 따라서만 할 수 있다.<sup>389)</sup>

사회주의 소유제도하에서 소위 터밭이라는 농지는 특별한 지위에 있다고 볼 수 있다. 터밭 자체는 농지(토지)로서 농민 개인이 아닌 협동농장의 집단적 소유(협동단체 소유)이다. 그러나 이미 언급한 바대로 터밭경리를 비롯한 개인부업경리에서 나오는 생산물은 개인소유의 대상이 될 수 있다. 협동농장원들이 개인적으로 터밭에 대해 갖는 권리는 소유권이 아닌 일종의 배타적인 경작권(이용권)에 불과하다. 즉 터밭 이용권만이 협동농장 규약에 따라 개인에게 부여된 것일 뿐이다.

개인의 토지이용권이 인정되는 터밭의 규모는 초기에는 농가당 30~50평이었으나 최근에 20~30평으로 축소되었다(토지법 제13조 참조).<sup>390)</sup> 농가는 터밭에서 재배한 채소 등을 자체 소비하고 일부는 농민시장에서 판매도 하지만 터밭에서 조차 경작자가 자유로이 재배작물을 선택할 수 없어 경작권 자체도 매우 제한되어 있다.

요컨대 북한 사회주의체제의 소유제도 내지 소유형태는 「생산수단은 국가 및 협동단체 소유, 개인적 소비·소모품은 개인소유」, 다시 말하면 생산수단의 개인소유 배제로 특징지워 진다고 하겠다. 그 결과 북한에서는 개인의 토지소유가 인정되지 않으며, 또한 소유권의 공시방법으로서 등기제도가 채택되고 있지 않다.<sup>391)</sup> 개인이 현실적으로 점유·사용하고 있는 터

388) 법무부, 「북한법의 체계적 고찰 I」, p. 118; 류해웅, “통일후 북한의 토지 이용과 개발에 대한 기본구상,” pp. 121~122 참조.

389) 법제처, 「북한법제 개요」, p. 310.

390) 최근에는 북한에서 폐기밭 경리라는 것이 널리 성행하고 있다고 한다. 이것은 터밭과 달리 집안에 있지 않고 대체로 집부근(거리가 상당히 떨어진 경우도 있음)에 있고, 그 규모도 터밭보다 넓어 경작면적이 최대 200여평에 이른다고 한다. 기본적으로 폐기밭에서 생산된 소출은 원칙적으로 협동농장 소유로 귀속된다는 점에서 터밭과는 차이가 있다. 그러나 실질적으로는 폐기밭에서 생산되는 상당부분의 소출도 개인에게 돌아가고 있다고 한다.

391) 오종근, “북한민법상의 소유형태,” pp. 181, 187; 그러나 북한의 토지법 제



밭이나 주택의 경우에도 소유권이 아닌 이용권만이 인정될 뿐이라 하겠다.

## 2) 토지 현황 및 이용의 관리

### 가) 토지 현황 및 종류

북한의 토지는 현재 전체 국토면적 중 약 1,200만ha에 달한다. 이 1,200만ha의 전체국토면적은 ① 임야 950만ha, ② 농경지(논·밭 포함) 200만ha, ③ 도시용지 및 기타 50만ha로 구성되어 있다.<sup>392)</sup> 이들은 거의 대부분 토지개혁과 농업협동화 과정을 거쳐 거의 국유화 내지 협동단체의 소유로 되어 있는 바, 이들은 대부분 통일 후 북한정권 하에서 불법 몰수된 토지로서 재편 대상이 될 것이다.<sup>393)</sup>

북한의 토지는 현재 그 이용형태에 따라 ① 농업토지, ② 주민지구토지, ③ 산림토지, ④ 산업토지, ⑤ 수역토지, ⑥ 특수토지 등으로 구분된다. 농업토지에는 오직 경작 가능한 농지만이 포함된다. 주민지구토지는 시, 읍, 노동자구의 건축용지와 그 부속지, 공공이용지와 농촌의 건설대지를 포함한다. 산림토지는 산림이 조성되어 있거나 조성 예정인 산야와

---

77조 및 제78조에서 국토관리기관은 나라의 모든 토지를 통일적으로 장악하고 등록하며, 농업지도기관은 새로 일군 땅과 토지를 정리하여 얻은 땅을 제 때에 등록하며 토지를 이용하는 기관, 기업소, 단체는 토지의 변동정형을 해당기관에 제 때에 알려야 한다고 규정되어 있는 점을 근거로 북한에서도 어떤 형식으로도 토지공부가 존재하고 있다는 견해도 있다. 류해웅, “통일후 북한의 토지이용과 개발에 대한 기본구상,” 『토지연구』, p. 129.

392) 이태일, “통일시 남북한 토지문제의 전망과 정책과제,” 통일원, 『'94 북한 및 통일연구논문집』, 제3권 (서울: 통일원, 1994), p. 468.

393) 북한정권에 의한 불법몰수된 토지 등 미해결재산권으로서 통일한국에서 처리 또는 재조정되어야 할 대상은 첫째, 1946년 3월 5일 임시인민위원회 위원장 명의로 공포된 『토지개혁에 관한 법령』 제3조에 의해 몰수된 토지 총 1,000,325 정보 중 일본인 소유토지를 제외한 877,702 정보와 둘째, 확실한 자료는 없지만 1948년 8월 15일부터 통일시까지 소련군정 또는 공산당 정권에 의해 몰수 또는 국가관리로 전환된 토지, 셋째, 그 밖의 위의 조건에 해당하는 건물소유권, 토지에 대한 제반물권, 기업 시설 및 그 부속토지가 해당될 것으로 보인다. 김용학, “통일후 북한의 재산권 확립방안,” 『토지연구』, 제5권 5호 (1994), p. 62.

그 내부의 각종 이용지를 말한다. 산업토지에는 공장·광산·탄광·발전시설 등 산업시설물이 차지하는 토지와 그 부속용지가 포함된다. 수역토지는 연안, 영해, 강하천, 호소, 저수지, 관개용 수로등이 차지하는 일정한 지역의 토지를 말한다. 특수토지는 혁명전적지, 혁명사적지, 문화유적지, 보호구역, 군사용 토지 등 특수한 목적에 이용되는 토지를 말한다.

#### 나) 토지이용 관리제도

북한의 토지이용관리 및 감독은 각급 인민위원회, 정무원 및 행정위원회의 지도하에 유관 국가관리기관이 통일적으로 수행해 왔다. 그러나 현재는 내각의 통일적인 지도하에 국토관리기관이나 농업지도기관 등의 기관들이 대상(토지구역)에 따라 토지이용관리를 담당하고 있다.<sup>394)</sup> 이하에서는 토지법을 중심으로 토지이용관리제도를 설명하기로 한다.<sup>395)</sup>

첫째, 농업토지의 경우 농업지도기관과 이를 이용하는 해당 협동농장 및 기관, 기업소, 단체(제64조), 둘째, 주민지구토지의 경우 도시경영기관과 지방행정위원회(제69조), 셋째, 산림토지의 경우 국토관리기관과 그것을 이용하는 기관·기업소·단체(제70조), 넷째, 산업토지의 경우 그것을 이용하는 기관·기업소(제72조), 다섯째, 수역토지의 경우 국토관리기관 또는 농업지도기관(제74조), 여섯째, 특수토지의 경우 해당 중앙기관과 지방행정위원회 및 이를 이용하는 기관, 기업소 및 군부대(제75조)가 각

394) 토지법 제6장은 토지관리에 관한 사항으로서 동법 제7조의 토지구역에 따라 각각의 토지관리기관을 명시하고 있다. 다만 2002년 3월 27일 최고인민회의 제10기 제5차회의에서 채택된 국토계획법에 따르면, 국토계획의 작성 및 토지정리를 포함한 국토관리는 중앙국토환경보호지도기관이 담당하도록 되어 있다. 즉 국토계획법 제34조는 “국토계획 사업에 대한 지도는 내각의 통일적인 지도 밑에 중앙국토환경보호지도기관이 한다. 중앙국토환경보호지도기관은 국토계획을 바로 세우고 어김없이 실행하도록 지도하여야 한다.”고 명시하고 있는 것이다. 토지이용계획은 국토계획의 하부단위의 계획이라고 봄이 타당할 것이다.

395) 토지이용관리와 관련 있는 법으로는 토지법 외에도 국토계획법이 있다. 국토계획법에서는 ① 국토계획법의 기본, ② 국토계획의 작성, ③ 국토계획의 비준, ④ 국토계획의 실행, ⑤ 국토계획사업에 대한 지도통제 등을 규정하고 있다. 이하 관련있는 부분에서 국토계획법의 규정을 적시하기로 한다.

각 관리를 담당하고 있다.

북한의 경우 토지이용에 있어서 개인은 이용허가신청이 불가능하며 항상 기관·기업소·단체 등이 신청하여야 하는데, 토지이용의 허가기관은 각각의 토지별로 다르게 규정되어 있다.

주민지구토지는 도행정위원회 또는 내각(정무원 후신)이, 산림토지 및 수역토지는 내각 또는 국토관리기관이 허가권자가 되고(제69조, 제70조 및 제74조), 산업토지와 특수토지에 대하여는 따로 이용허가규정을 두지 않고 있으나 이는 자유이용이 가능하다는 뜻이 아니라 용도구분 자체를 바꾸지 않는 한 다른 용도로 사용할 수 없음을 의미한다고 생각된다. 경작이 가능한 토지의 휴경, 타목적 전용 등의 경우 이러한 기관들로부터 허가를 받아야 한다.

북한의 토지관련 문건으로는 ① 토지등록대장, ② 토지이용허가 정리부, ③ 지적도, ④ 토양도, ⑤ 토지정리 설계도 등이 있다. 이 중에서 토지등록대장은 해방전의 구토지대장이 아니라,<sup>396)</sup> 북한정권 수립후의 이용권 분배사항 및 이용실태를 나타내는 문건을 말한다. 토지등록과 관련하여 북한의 토지법은 “국토관리기관은 나라의 모든 토지를 통일적으로 장악하고 등록하며 토지관리 및 이용에서 제도와 질서를 엄격히 지키며 토지를 국토건설총계획에 의해 이용할 수 있도록 감독통제하여야 한다”(제77조)고 규정하고 있다.

농업관리기관은 개간 기타 토지관리로 얻은 땅을 제때에 등록하도록 하고 토지를 이용하는 기관·기업소·단체 등은 토지의 면적·형질 등의 변동 상황을 제때에 보고하여야 하며(제78조), 농업지도기관과 협동농장·기관 등은 토지문건을 갖추고 이를 보관·관리한다(제79조). 토지의 보호·건설 및 관리질서를 어긴 기관·기업소·단체 및 공민은 그 정상에 따른 법적 책임을 진다(제80조).<sup>397)</sup>

396) 전술한 바와 같이 북한정권은 토지개혁 직후 구토지대장을 모두 파기하였다.

397) 법적 책임의 구체적 내용은 토지법에 규정되어 있지 않고 형법상의 처벌과 민법상의 손해보상 등에 의할 것으로 보인다. 법제처, 『북한의 합영법제』, p. 146.

북한의 국토이용과 관련한 기본계획으로 『국토건설총계획』이 수립된다.<sup>398)</sup> 『국토건설총계획』은 경제발전과 복리증진에 기여하도록 합리적인 국토개발 및 이용을 목적으로 하는 계획으로서 그 대상기간이 30~50년에 이르는 장기계획이라 할 수 있다(제14조 및 제16조 1문 참조).<sup>399)</sup> 국토건설총계획은 첫째, 농경지 잠식을 금지하면서, 둘째, 도시의 규모를 너무 크게 하지 않고 중소도시를 많이 육성하되, 도시주변에 공원, 유원지 및 문화시설을 설치하며, 셋째, 여러 지대들의 기후풍토적 특성을 고려하며, 넷째, 경제발전 방향에 따라 과학적인 계획을 수립하는 데 중점을 두고 있다(제15조).<sup>400)</sup>

『국토건설총계획』의 주요내용은 ① 혁명전적지와 사적지 등의 보호대책 ② 토지정리·개량·보호 및 간석지 개간·이용대책, ③ 산림조성방향·보호·이용 및 이로온 동식물 보호대책, ④ 강·하천·호소·저수지의 건설 및 정리방향, 홍수예방을 위한 시설물 배치 및 종합적인 치수·이용대책, ⑤ 교통운수·전기·체신망과 그 시설물의 합리적 배치대책, ⑥ 산업입지대책(지하자원의 개별구역과 공업·농업기업소들을 배치할 위치와 규모), ⑦ 도시

398) 전술한 바와 같이 2002년 3월 국토계획에 관한 기본법으로 국토계획법이 제정되었기 때문에 이 법이 국토계획에 관한 한 토지법의 관련 규정에 우선한다고 보아야 할 것이다. 국토계획법 제2조에서는 “국토계획은 국토와 자원, 환경의 관리에 관한 통일적이며 종합적인 전망계획이다. 국토계획에는 전국 국토건설총계획과 중요지구 국토건설총계획, 도 직할시 국토건설총계획, 시 구역 군 국토건설총계획이 속한다.”고 명시하고, 이어 제10조에서는 “국토계획의 작성은 국토계획 사업의 첫 공정이다. 전국 국토건설총계획과 중요지구 국토건설 총계획의 작성은 중앙 국토환경보호지도기관이, 도 직할시 시 구역 군 국토건설 총계획의 작성은 도 직할시 국토환경보호기관이 한다.”고 규정하고 있다.

399) 이 같은 토지법 규정과는 달리 국토계획법 제12조에서는 “국토계획의 전망 기간은 50년이다. 필요한 경우 국토계획의 전망 기간을 50년 보다 짧게 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그러나 양자의 내용은 대동소이한 것으로 보인다.

400) 한편 국토계획법 제11조에서는 국토계획 작성 시 지켜야 할 6가지 원칙을 명시하고 있는데, 그 내은 다음과 같다. ① 부침땅을 침범하지 말아야 한다. ② 도시 규모를 너무 크게 하지 말아야 한다. ③ 해당 지역의 기후 풍토적 특성을 고려하여야 한다. ④ 경제발전 전망과 실리를 타산하여야 한다. ⑤ 국방상 요구를 고려하여야 한다. ⑥ 환경을 파괴하지 말아야 한다.

및 마을의 위치와 규모, 관광지 대책, ⑧ 수자원 보호대책, ⑨ 공해대책 등으로 구성되어 있다(제17조).<sup>401)</sup>

### 3) 북한의 대외경제개방과 토지정책의 변화

건물과 함께 부동산을 구성하는 토지는 가장 중요한 생산요소의 하나이며, 특히 시장경제체제하에서는 가장 중요한 부의 재원이라 할 수 있다. 그러나 북한은 1958년 이후부터 엄격한 사회주의경제체제를 견지한 결과, 토지의 사유는 물론 양도도 허용하지 않았다.<sup>402)</sup>

1980년대 중반 이후 구소련 및 동구권 국가들이 자본주의로의 체제전환을 추진하면서 대외경제개방을 가속화하기 시작하였는 바, 이러한 움직임은 북한에게도 적지 않은 영향을 주었다. 그러한 영향의 하나가 외국인이나 외국투자기업에 대한 북한의 토지제도 및 정책상의 변화로 나타나고 있다. 즉 북한이 대외경제개방을 효과적으로 추진하기 위해서는 토지에 대한 생산, 분배, 소비 등의 메카니즘을 제도적으로 정리하고, 토지를 포함한 부동산을 재화로서 시장으로 유인하는 작업이 필연적으로 수반되지 않을 수 없다.<sup>403)</sup> 1993년 10월 이후 북한이 토지관련 법제를 정비하여,<sup>404)</sup> 외국인이나 외국투자기업에 대해 토지임대를 허용한 것은 대외경

401) 보다 자세한 토지이용체계에 관해서는 문병집 외, 「통일에 대비한 북한지역의 효율적인 토지관리방안에 관한 연구」(서울: 한국토지공사, 2000.10), pp. 44~54 참조.

402) 사회주의헌법, 민법 그리고 「토지법」 등에 따라 북한에서 토지소유권은 국가와 협동단체만이 가질 수 있을 뿐이다. 따라서 외국인투자거나 외국투자기업의 토지소유권은 인정되지 않음은 물론이다. 뿐만 아니라 토지법은 북한이 본격적으로 대외개방을 추진하기 이전에 제정되었기 때문에 외국인투자거나 외국투자기업의 토지이용권에 관해서도 규정하고 있지 않다.

403) 중국도 과거 토지국유제를 원칙으로 하여 토지의 사유와 양도를 금지하였으나(다만 토지를 사용하는 사람이 무상으로 무기한으로 사용할 수 있었을 뿐이고 시장에서 토지를 유통하는 것은 인정되지 않았다), 1978년부터 대외경제개방정책을 추진하기 시작한 이후 중국은 점차 토지정책을 유상사용과 기한사용으로 전환하였으며 시장에서 토지의 사용권을 유통할 수 있도록 허용하였다.

404) 1993년 10월 「토지임대법」 채택, 1994년 1월 개정된 합영법에서 토지 이용규정 명시, 1994년 9월 「토지임대법 시행규정」 채택 등이 그것이다.

제개방정책을 정책적으로 뿐만 아니라 법률적으로 적극 뒷받침하고 있음을 보여주는 것이라고 평가할 수 있다.<sup>405)</sup>

1993년 10월 27일 최고인민회의 상설회의 결정 제40호로 채택된 「토지임대법」<sup>406)</sup>은 외국인과 외국법인을 대상으로 임대기간 50년 이내에서 계약당사자간의 합의에 의해 토지임대를 허용하고 있으며(제6조), 토지임차인은 토지임대기관의 승인하에 임차토지의 전부 또는 일부의 이용권을 제3자에게 양도(판매, 재임대, 증여, 상속)하거나 저당할 수 있도록 하고 있다(제15조 1문).<sup>407)</sup>

국토관리기관은 토지임대의 총괄주체로서 토지임대를 통일적으로 수행하지만, 자유경제무역지대에서는 지대당국이 토지임대를 수행한다(제4조). 토지임대 방법은 주로 협상에 의해 이루어지나, 자유경제무역지대

405) 엄격히 말하면 북한에서 외국인 투자자의 토지이용에 관한 규정이 처음 등장한 것은 1993년보다 약 10년이 앞선 1984년의 구합영법에서였다. 그러나 북한의 소극적인 외국인투자 유치 노력과 합영법 자체와 실제운용과정에서의 경직성으로 외국인 투자자의 북한 토지이용은 극히 저조하였다. 그 후 외국인투자에 관한 기본법으로서 1992년 10월 제정된 외국인투자법에서도 토지이용에 관한 일반규정(토지임대, 임대토지의 양도 및 상속규정)을 두고 있다. 즉 외국투자자와 외국투자기업에게 필요한 토지를 최고 50년까지 임대해 주고, 임대기간 중 해당기관의 승인 하에 양도 또는 상속을 할 수 있도록 허용하고 있다(동법 제15조).

406) 토지임대법은 외국인투자법 제15조에 의거하여 외국투자자와 외국투자기업에게 필요한 토지를 임대하고 임차한 토지를 이용하는 질서를 확립하기 위하여 제정된 것이다(제1조 참조). 이 법은 전문 6장 42조로 구성되어 있으며, 그 골자는 ① 토지임대법의 기본(제1장: 제1~8조): 적용대상, 취급기관, 임대기간 등 규정, ② 토지의 임대방법(제2장: 제9~14조), ③ 토지이용권의 양도와 저당(제3장: 제15~26조), ④ 토지의 임대료와 사용료(제4장: 제28~33조), ⑤ 토지이용권의 반환(제5장: 제34~38조), ⑥ 제재 및 분쟁해결(제6장: 제39~42조) 등이다. 토지임대법은 이후 한 차례 개정되었으나, 그 정확한 일자 알려지지 않고 있다. 새 토지임대법의 내용은 <http://www.kotra.or.kr/main/info/nk/law/laws14.php3> 참조.

407) 따라서 임차한 토지의 이용권은 임차인의 재산권이 된다. 이러한 토지이용권의 양도는 토지이용자의 정당한 경제행위로서 건설자금 등 기투자한 자금을 회수할 수 있는 가장 좋은 방법이다. 이와 관련, 토지임차인은 ① 임대차계약에서 정한 토지임대료의 전액을 물고, ② 계약에 명기된 투자지분을 투자해야 임차한 토지의 이용권을 제3자에게 판매, 재임대, 증여 또는 저당할 수 있다. 토지임대법 제16조.

내에서는 입찰과 경매로도 가능하다(제9조).<sup>408)</sup> 토지를 임차한 경우 토지임차인은 토지임대기관에 소정의 토지임대료를 납부해야 하며(제28조 1문),<sup>409)</sup> 토지를 임대하는 기관이 개발한 토지를 임대할 경우에는 임차인으로부터 토지개발비를 포함시킨 ‘토지이용권 임대료’를 받도록 하고 있다(제29조 1문). 다만 장려부문과 자유경제무역지대 내에 투자한 대상에 대해서는 토지사용료를 10년까지 감면 또는 면제해 줄 수 있다(제33조).

토지이용권은 계약에서 정한 임대기간이 만료하면 토지임대기관에 자동적으로 반환된다. 이 경우 해당토지에 있는 건축물과 기타 부착물도 무상으로 반환된다. 토지를 40년 이상 임차한 경우에는 임대기간이 종료전 10년 이내에 준공한 건축물에 대해서는 잔존가치를 인정하여 보상해 줄 수 있다(제34조).

이처럼 토지임대법의 제정으로 북한에서 합영·합작 내지 외국인기업을 설립하여 경영하는데 있어서 필요한 최소한의 환경이 마련되었다고 볼 수 있다.<sup>410)</sup>

## (2) 북한체제 하에서 불법몰수된 토지의 처리방안

(가) 몰수토지문제 처리시 제기되는 문제: 법적, 사회·경제적, 현실적 측면

남북통일시 북한정권 하에서 불법몰수된 구재산권을 처리함에 있어서는 물론 통일형태나 통일방식도 상당한 영향을 주는 요인이라고 볼 수 있으나,<sup>411)</sup> 이 문제는 근본적으로 북한지역을 자유민주체제로 전환시키는 방

408) 즉 나진·선봉 등 경제특구에서는 입찰 및 경매를 통한 임대가 허용된다.

409) 여기서 토지임대료는 ‘토지이용권을 넘겨주는 값’(토지이용권 임대료)과 ‘토지를 사용하는 값’(토지사용료)을 포함한다.

410) 1999년 2월 최고인민회의 상임위원회에서 채택된 합영법과 1995년 7월의 합영법 시행규정에서는 토지이용권을 출자목적물로 규정하는 한편, 출자지분의 값은 해당 시기의 국제시장가격에 준하여 합영 당사자들의 합의하여 정하도록 하고 있다(합영법 제11조 2문 및 3문, 합영법 시행규정 제31조 2문 및 3문, 참조). 구 합영법 시행세칙에서는 토지를 출자지분에 포함시키지 않을 경우 합영회사는 국가가격제정기관이 정하는 토지사용료를 납부하도록 했었는데, 이러한 규정은 삭제되었다.

411) 통일의 방식 내지 유형에 관해서는 먼저 무력(흡수)통일과 평화통일로 대

향에서 다루어져야 할 것으로 본다. 왜냐하면 냉전시대의 사회주의체제가 이미 구시대의 유물로 사라져 가고 있고 자유민주주의 이념이 인류의 보편적 가치로 자리잡고 있는 현실을 감안할 때 통일한국의 체제는 기본적으로 자유민주주의체제와 시장경제체제가 되어야 한다는 것은 두말할 필요도 없기 때문이다. 따라서 몰수토지 처리도 마땅히 자유민주주의의 가치, 특히 그 중에서도 법치주의가 존중되는 방향에서 이루어져야 한다.

그러나 다른 한편 법적으로 원소유자의 권리가 인정된다 하더라도 몰수토지처리문제는 다분히 정치적 성격을 가지고 있으며, 정치적 결단을 통해 조정되어야 할 문제라고도 볼 수 있다. 그러한 점에서 몰수재산처리에 대한 방안을 수립함에 있어서는 법적 측면 못지 않게 현실정치적·법외적 측면에 대한 고려도 행해져야 한다고 생각된다.

이러한 점을 감안하여 몰수토지 처리시 제기되는 여러 문제 또는 고려되어야 할 사항을 법적 측면, 사회·경제적 측면, 그리고 현실적·형평적 측면으로 나누어 살펴보기로 한다.

#### 1) 법적 측면: 법치주의 존중문제

자유민주주의는 사유재산이 보장되는 법치주의를 근간으로 삼고 있는 바, 몰수재산을 처리함에 있어서 법치주의는 마땅히 존중되어야 한다고 함은 전술한 바와 같다. 몰수재산처리에 있어 법치주의 정신에 비추어 문제가 될 수 있는 것은 ① 북한의 토지몰수조치에 대해 통일한국에서 사법적 심사의 대상이 될 수 있는가의 문제, ② 헌법상 사유재산보장과의 관련성 문제, ③ 민법상 소유권 변동과 관련된 문제로써 북한주민에 의한 북한지역 토지의 시효취득 인정문제가 있다. 이하에서 이들에 관해 간단

---

별하고 후자를 (평화적) 흡수통일과 (평화적) 합의통일로 구분할 수 있다. 합의통일은 다시 조기합의통일과 점진적·단계적 합의통일로, 흡수통일도 역시 조기흡수통일과 점진적·단계적 흡수통일로 나누어 생각할 수 있다. 이 외에 급변통합이라는 것을 상정할 수 있다.

한편 통일과정 내지 사실상의 통일상태까지 감안할 경우, 통일형태를 국가연합적 방식의 결합(예컨대 남북연합 형성), 연방제적 방식의 결합, 그리고 단일국가 형태의 결합의 경우를 구분지어 각각의 해결책을 모색할 수도 있을 것이다.



히 검토하기로 한다.

가) 북한의 토지몰수조치에 대한 법적 평가의 認否: 헌법의 소급적용 문제

북조선인민위원회가 1946년 3월 5일 토지개혁을 시행하던 당시에 남한은 미군정 치하에 있었다. 즉 대한민국은 아직까지 국가로서 정식 출범하지 못한 상황이었다. 따라서 현행의 우리 헌법 또는 통일한국의 헌법(특히 사유재산권 보장조항)을 근거로 북한정권이 행한 토지몰수조치를 사법적으로 심사·평가하는 데에는 법리상 난점이 있다.

우리 헌법은 이른바 영토조항인 제3조에 따라 구서독의 기본법(Grund-gesetz)과는 달리 그 효력이 한반도 전체에 대하여 미치도록 되어 있다. 그 결과 남한주도하에 북한을 흡수통일하는 경우 경과조치를 두는 것은 별문제로 한다면 남한의 헌법과 그 하위법들은 당연히 북한지역에 확대적용된다. 헌법상 영토조항의 논리에 따르면 남한법령의 확대적용은 동서독에서와 같은 특별조치가 없더라도 가능하다.<sup>412)</sup>

그런데 헌법과 하위법의 대북한지역 적용에 있어서는 다음과 같은 문제점이 지적될 수 있다.

남한의 헌법과 기타 하위법은 비록 규범적 효력은 가지고 있었을지라도 통일 이전 분단기간 중 사실상 북한에 아무런 효력도 미칠 수가 없었다. 그런데도 통일 후에 헌법 및 하위법을 소급적용하여 북한의 토지개혁 및 재산몰수조치의 효력을 부정할 수 있을 것인지 하는 법리상의 문제가 그 하나이다(소위 헌법의 소급적용문제). 또한 우리 헌법은 1948년 8월에 제정되었는 바, 비록 헌법의 소급적 효력을 인정한다 하더라도 이론상 헌법제정 이전 북한의 토지개혁 내지는 재산권 몰수의 효력을 다룰 수 없지 않는가 하는 의문이 제기될 수 있다(현실적인 측면에서 북한의 재산권몰수조치의 사법적 심사 가능성의 문제).<sup>413)</sup>

412) 그럼에도 불구하고 남한의 법령을 북한에 확대적용하는 조치를 선언하는 특별립법의 제정·공포가 필요하다는 주장도 있다. 최대권, “「남북합의서」와 관련된 제반 법문제 - 특히 「특수관계」의 의미를 중심으로,” 『서울대학교 법학』, 제34권 제3·4호 (1993), p. 23.

본래 헌법은 당해 헌법이 제정된 후의 법령과 조치에 대해서만 효력을 부정할 수 있을 뿐이고 그 이전의 것은 효력을 부인할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 이러한 법원칙과 논리에도 불구하고 남한주도하에 단일국가 통일이 이루어질 경우 남한만이 한반도의 유일한 합법정부였음을 재확인할 것으로 예상된다. 동시에 그에 따라 과거 북한이 취한 토지개혁과 기타의 조치는 그 시행시기가 남한에서 헌법이 제정되기 전이나 아니면 후이나에 관계없이 우리의 헌법에 의하여 追認을 받을 수 없는 것이 되어 그러한 조치들의 효력이 부인되게 될 것이다.

이와 관련해서 통일독일의 경우 반법치국가적 과거의 청산 및 극복이라는 관점에서 구재산권문제를 접근·해결하였음은 주지하는 바와 같다. 즉 통일독일은 구동독에 의한 구재산권(구동독에 의한 불법적으로 몰수된 토지 포함)에 관한 결정이 구서독의 기본법 및 재산권관련 법제와 상충되지 않도록 하기 위해 서독기본법의 사유재산권 보장조항에 입각하여 구재산권에 대한 반환원칙을 결정한 바 있다.<sup>414)</sup>

남북한의 경우 동서독과는 다른 해결책을 모색할 수 있겠지만, 기본적으로 통일한국에서 북한정권이 비법치주의적인 방법으로 불법몰수한 토지

413) 김민배·최민경, “월남자와 북한의 토지 그리고 통일,” p. 184.

414) 일반적으로 통일독일이 구동독에서 몰수된 재산 내지는 토지에 대하여 그 반환을 인정한 법적 근거는 소유권 보장규정에 관한 기본법 제14조이다. 기본법은 개인의 재산권을 보장하고 있으므로 이에 합치하는 해결책을 모색하기 위해 동독정권 하에서 몰수된 재산의 반환을 인정하게 되었다는 것이다. 즉 재산권의 반환을 인정하지 않으면 기본법상의 재산권보장의 법치국가원리가 침해된다고 보았던 것이다. 그런데 구서독의 기본법은 장소적 효력범위를 서독에 한정하고 있었으므로 원칙적으로 기본법과 서독법은 통일 후에만 구동독지역에 적용될 수 있을 뿐이다.

따라서 법리적으로만 보면 구동독의 토지개혁법령이나 재산몰수법령과 그에 따른 제반조치는 그대로 효력을 가지게 되고 재산의 반환을 청구할 수 없다는 결과가 발생할 수도 있었던 것이다. 바로 이러한 이유 때문에 통일조약은 서독법률의 동독에의 적용을 포함한 법률적 통합에 관하여 규정하였던 것이다.

그럼에도 불구하고 구동독지역 재산의 반환을 인정한 것은 일용 기본법을 구동독지역에 소급하여 적용한 것이 아니냐 하는 의문이 제기될 수 있다. 이에 대하여는 소급적용의 부당성이라는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 결론부터 말하면 동서독의 경우 재산반환은 통일과정에서 체결된 조약과 제정된 법률, 그리고 중국적으로 이를 수용한 기본법에 그 법적 근거를 두고 있고 이로써 소급적용의 문제는 해소되게 되었다.

에 대한 재조정 내지 처리문제를 사법적으로 심사하고 평가하는 것은 가능하다고 생각된다. 다만 동서독의 경우와 같이 통일을 추진하는 과정에서 채택될 통일조약 또는 통일헌법에서 몰수토지를 포함한 구재산권 문제에 관한 구체적인 규정을 두어 입법적으로 해결함으로써 법리상의 문제의 소지를 줄이는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

#### 나) 헌법상 사유재산권 보장문제

남한의 농지개혁은 법률에 근거한 국민의 재산권 제한 및 「대기없는 몰수의 배격」이라는 법치주의 정신에 맞게 유상매수·유상분배 방법으로 진행되었다. 따라서 사유재산권의 불법·부당한 침해문제가 제기되지 않았다.

그러나 이에 반해 북한당국은 공산화과정에서 토지개혁을 최우선 과제로 삼고 토지를 무상으로 몰수하여 국유화시켰다. 이러한 무상몰수 조치는 헌법상 사유재산에 대한 국민의 기본권을 부당하게 침해한 것이라 할 수 있다. 그러한 점에서 통일한국이 헌법상의 기본적인 경제질서로서 사유재산권이 보장되는 사회적 시장경제질서를 채택할 때 법치주의 원칙에 따라 과거 북한에서 불법몰수된 토지에 대한 권리회복문제가 제기될 것이다.

그러나 남북통일이 실현될 때 원소유자인 월남자들이 권리회복을 위해 전면적으로 토지반환을 요구할 경우 북한사회는 엄청난 혼란에 봉착하게 될 것이다. 왜냐하면 반환대상 토지를 이용하는 북한주민들은 토지반환문제를 둘러싸고 원소유자들과 다툼을 벌이게 될 것이고, 그러한 이해대립으로 인해 생존의 위협마저 느끼게 될 것이기 때문이다. 뿐만 아니라 북한지역에서 소유권관계의 불명확으로 북한지역에 대한 투자기피현상이 야기되어 북한경제의 신속한 재건이 어려우리라는 것은 통일독일의 예에서도 충분히 예상할 수 있는 일이다.

#### 다) 민법상 소유권 변동 법리의 적용문제

자유민주주의국가들의 민법은 대부분 권리관계의 조속한 확정을 위하여 시효제도를 두고 있다. 앞으로 통일한국의 민법에서도 당연히 이 시효제도는 유지된다고 보아야 할 것이다.<sup>415)</sup> 이러한 제도에 비추어 통일한국에서 구소유권이 원소유자에게 반환되게 될 경우 현재 토지를 점유하고

있는 북한주민들은 점유취득시효에 기한 소유권을 주장할 수도 있을 것이고, 또는 ‘권리 실�효의 원칙’을 주장하여 원소유자의 권리주장을 배척하여 할 가능성도 있다.<sup>415)</sup>

여기서 북한토지에 대한 원소유자들의 구재산권이 분단 50년이 지나는 동안 북한주민들의 토지점유·이용에 따른 시효취득으로 인해 또는 장기간 권리행사를 하지 않음으로써 소멸되는 것은 아닌가 하는 법리상의 문제제기가 가능하다.

우리 민법 제245조는 부동산 점유취득시효의 성립요건으로, ① 소유의 의사를 가진 자주점유, ② 평온·공연한 상태의 점유, ③ 20년간의 점유, ④ 등기 등을 명시하고 있다. 이 요건에 의해 북한토지에 대한 소유자들의 권리관계를 살펴보면, 첫째, 북한사회는 토지에 대한 개인소유가 부인되므로 토지점유·이용자인 북한주민에게 자주점유란 인정될 수 없고, 둘째, 북한의 강압적인 토지몰수정책으로 원소유자가 강제로 점유이탈된 후 계속해서 원소유자의 권리행사가 배제된 것으로 북한주민의 토지점유가 평온·공연한 상태의 점유였다고 볼 수 없으며, 셋째, 북한에는 등기제도가 없으므로 등기요건이 충족되지 못하여 결국 북한주민의 부동산 점유취득시효로 인한 구소유권 소멸의 인정은 일응 곤란하다고 보아야 할 것 같다.

한편 민법 제187조는 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득을 인정하고 있다. 토지몰수는 북한의 헌법과 관계법령이기는 하나 법률의 규정에 의해 실행된 것이므로 구소유권을 더 이상 인정하지 않아도 되는 것(즉 북한내의 現狀을 그대로 존중해도 되는 것)이 아닌가 하는 문제제기가 가능하다. 그러나 민법 제187조에 규정된 「법률에 의한 규정」이란 대한민국의 법률에 근거를 둔 정당한 절차와 방법을 말하는 것이지 북한법령에 의한 부당한 권리취득을 의미하는 것은 아니라고 봄이 타당하다. 구소유권이 통일 이전 북한당국이 취한 조치라면 당연히 통일한국이 이를 인정할 필요는 없는 것이고, 따라서 상기 북한이 조치에 의해 북한당국이나 북한주민에게 이전된 것이라고 할 수는 없다고 하겠다.<sup>417)</sup>

415) 북한민법 제4편 제2장에서 민사시효제도를 두고 있다.

416) 배병일, “통일한국의 토지소유제도 개편방향,” p. 207.

417) 그러한 북한의 조치가 남한민법(일응 통일한국 초기의 민법으로서 통일후

## 2) 사회·경제적 측면

## 가) 북한주민의 생활안정 확보문제: 토지이용권 보호문제

통일독일에서 발생한 많은 재산권 분쟁 중에서 원소유자와 현재 해당 토지를 사용하고 있는 동독주민간의 소유권 분쟁이 심각한 사회문제로 제기되었음은 잘 알려진 바와 같다. 통일이 된 후 반환이나 보상을 받게 되는 원소유자와는 달리 주택이나 건물·토지 등을 빼앗기게 되는 선의의 동독주민 피해자들은 오히려 독일통일을 후회하고 있는 실정이다. 이와 같은 현상은 통일독일 정부에서도 충분히 예견하지 못한 사태로 그 해결에 곤혹스러워 하고 있다. 이러한 예는 남북통일시에도 나타날 것으로 예상되는 문제점이라고 생각되며, 특히 한국전쟁으로 인한 피난민이 많았던 점을 감안하면 사정은 더욱 심각할 것으로 보인다.<sup>418)</sup>

북한주민은 분단 이후 장기간 사회주의 체제하에서 나름대로의 생활기반과 법감정을 가지고 살아 왔다. 따라서 이러한 북한주민의 기득권(이것은 곧 토지이용권을 말하는 것임) 보호는 당연히 고려되어야 한다. 통일독일에 있어서 몰수된 구재산권에 대해 원칙적으로 반환원칙을 인정하면서도 특히 구동독내에서의 기존의 (물권적) 이용권 관계를 보호하여 반환에 대한 예외를 인정하는 한편, 또한 반환대상인 토지 및 건물에 대해 설정되어 있는 기존의 이용권이 계속 유효함을 인정한 것도 바로 이러한 이유 때문이라고 할 수 있다.<sup>419)</sup>

그런데 북한주민들의 기득권 보호문제는 월남자들의 재산권 보호문제와 상충되는 점이 있다. 만약 법치주의와 사유재산권 보장을 내세워 원소유자의 원상회복 요구만을 관철시키려고 한다면, 권리회복문제를 둘러싸고 남북한 주민간의 분쟁이 심화될 것이고 현 토지이용자인 북한주민의 생활

에도 당분간 계속 유지될 것으로 예상됨) 제187조의 「법률의 규정」에 따라 추진될 가능성은 없다고 보아도 무방할 것이다.

418) 이진욱, “통일후 북한의 토지정책 -토지소유권을 중심으로-”, 『토지연구』, 제4권 6호 (1993), p. 99.

419) 구동독이 1990년 9월 23일 제정하고 그후 1992년 8월 3일 개정된 「미해결재산문제의 처리에 관한 법률」(Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, 통상 재산법이라 불리움) 제4조 2항 참조.

은 불안정해 질 것이다. 이것은 상호 불신과 적대감을 야기하여 심리적 동질성을 회복하고 내적 통일을 달성하는데 큰 장애가 될 수 있다.

북한주민의 기득권 보호 내지 북한주민의 생활안정 확보는 통일 이후 남북한 주민간의 상호불신과 적대감 해소는 물론 심리적 동질성 회복의 관건이 될 수 있고, 나아가 통일의 성공여부를 좌우한다고 할 수 있을 만큼 중요한 문제이므로 신중히 처리되어야 할 것이다.<sup>420)</sup> 그러한 점에서 통일후 북한지역에 시장경제질서를 도입함에 있어 북한주민의 생존권을 위협하고 새로운 법체계에 대한 강한 반발을 야기하는 극단적 조치는 배제해야 할 것이다.

#### 나) 북한지역의 경제재건 및 개발촉진문제

북한은 그 동안 폐쇄적인 사회주의 경제정책을 지속해 온 결과 현재 극심한 경제난에 처해 있다. 사회간접자본시설의 미비, 기술수준의 낙후, 자본부족 등 경제기반이 매우 취약한 상태이고, 남북한 주민간의 소득 격차는 이미 회복할 수 없을 만큼 벌어져 있다. 따라서 통일 후 남북한의 균형적 발전을 이룩하고 북한주민의 소득수준을 향상시키려면 북한지역에 대한 종합적인 경제개발계획의 수립과 대규모 투자가 절대적으로 필요하다고 함은 두말할 필요도 없다.

통일독일의 경우 구동독의 몰수재산을 처리함에 있어 원소유자 반환원칙을 채택하자 동독지역의 1/3에 해당하는 곳에서 소유권 분쟁이 발생하여 동독지역에 대한 투자와 개발에 상당한 장애요인이 되고 있다.<sup>421)</sup> 이러한 독일의 경험에서 보듯이 대동독지역에 대한 투자장애요인을 제거하기 위해서는 재산권에 대한 분쟁을 사전에 예방하는 방향으로 북한지역의 몰수재산처리문제가 해결되어야 할 것이다.

420) 손희두, “통일후 북한지역내 재산권문제 처리방안,” 『한세정책』, 제4호 (1994년 10월호), p. 61.

421) 법무부, 『통일독일·동구제국 몰수재산처리 개관』 (서울: 법무부, 1994), pp. 359~363 참조.

#### 다) 토지투기 방지문제

북한지역의 경제재건과 관련하여 반드시 생각해야 할 문제는 토지투기와 관련한 문제이다. 시장경제체제가 정착되어 있지 않고 주민들의 소유권에 관한 이해가 부족한 북한의 현실을 감안할 때, 앞으로 통일이 이루어지고 북한지역에 사전준비가 충분치 않는 상태에서 토지의 사유화를 급격히 추진하고 또한 구소유권을 인정해 주는 정책이 도입된다면 여러 가지 돌이킬 수 없는 부작용이 발생할 것으로 예견된다. 그 중 몇 가지 중요한 사항들을 예시하면 다음과 같다.<sup>422)</sup>

첫째, 토지시장의 미발달과 가격체계의 혼란이다. 토지시장이 형성되지 않은 상황에서 소유권문제의 선부른 접근은 토지가격체계의 혼란을 불러 일으킬 수 있다. 그 파급효과가 다시 현지주민들의 주거비나 생활필수품비 등에 미쳐 생활에 위협으로 작용할 수 있다.

둘째, 남북한 주민간의 경제력 격차에 따른 토지구입의 기회 불균등이다. 그렇지 않아도 재산형성 기회를 갖지 못했던 북한주민들에게 토지사유화가 시작되면 토지소유는 자연히 경제력이 강한 남한주민들에게 집중되기 마련이다.

이와 관련, 남북통일 후 대북한 공공투자가 이루어질 경우 그에 따른 급격한 지가 상승으로 토지거래에 의한 자본이익을 노리는 남한투기꾼들의 투기행위 발생이 우려된다. 북한지역에 부동산 투기현상이 만연되면 자본이익의 편중으로 북한주민들은 재산축적의 기회에서 점점 소외되고 남북한간의 소득격차가 심화될 것이다. 이것은 남북한 주민간의 위화감·이질감을 확대시킬 것이고 이러한 현상은 자연히 경제 및 사회통합의 장애요인으로 작용할 것이다.

또한 부동산투기로 인한 거둬드는 地價 급등은 투자활동에 지장을 초래할 것이다. 이것은 남한의 토지투기의 예를 통해 우리가 이미 실감한 바 있다.

셋째, 공공토지 확보의 어려움이다. 만약 구소유권을 인정하고 또 전토지를 사유화 대상으로 삼을 경우, 중·장기적인 관점에서 북한지역의 경제개발과 사회간접자본 형성에 필요한 토지의 비축을 어렵게 만들고, 따

422) 안두순, “통일후 북한토지 소유권의 처리방안,” p. 57.

라서 계획적이고 체계적인 국토의 균형있는 개발과 경제발전을 저해할 위험성이 있다.<sup>423)</sup>

### 3) 현실적·형평적 측면

#### 가) 원소유자의 권리회복에 대한 기대

통일한국이 자유민주주의·자본주의 체제를 기본으로 한다고 할 때, 원소유자 특히 북한에 토지를 남겨두고 월남한 자들은 당연히 소유권 회복을 기대하게 될 것이고, 법치주의 국가는 그와 같은 요구를 완전히 외면할 수는 없다고 할 것이다. 월남자들의 월남동기는 다양하지만, 식량부족 등 경제문제, 소련군의 만행, 종교적인 이해, 토지와 중요산업의 몰수, 한국전쟁 중의 피난 등이 월남의 주된 동기였다고 판단된다.<sup>424)</sup>

이러한 월남자들 대부분이 북한지역 토지에 대해 상당한 애착을 갖고 있으며, 그 중 상당수가 보상 또는 반환을 받길 희망하는 것으로 나타나고 있다.<sup>425)</sup> 이들은 소유권은 소멸되지 않는다는 법리를 근거로 토지소유권 확인청구소송을 법원에 제기할 가능성이 있고 경우에 따라서는 소송폭주의 현상을 빚을 수도 있을 것이다. 이러한 요구를 전혀 무시할 경우 통일 직후 복잡한 정치적·사회적 문제로 비화될 수 있다는 점을 간과해서는 안될 것이다.

#### 나) 형평성의 문제

몰수토지문제와 관련하여 고려해야 할 법률은 한국전쟁이 종료된 후 북한치하에서 남한에 수복된 「수복지역내소유자미복구토지의복구등록과보존등기등에관한특별조치법」이다. 이 법은 한국전쟁이후 경기도·강원도의 11개 시·군에 걸쳐 수복지역이 발생하였는데, 전쟁으로 地籍公簿와 등기

423) 이진욱, “통일후 북한의 토지정책 -토지소유권을 중심으로-,” p. 99.

424) 강정구, “6.25전후 월남인들의 월남동기와 계급성에 관한 연구,” 『사회평론』, 1992년 8월호, p. 245 이하 참조.

425) 김운근, “통일후 북한토지 문제 어떻게 할 것인가: 반환보다는 보상으로 끝내야,” 『月刊 조선』, 1993년 11월호, pp. 501~502.



부가 분실·소실되어 소유자 미복구된 토지에 대하여 인후보증을 근거로 복구등록을 할 수 있도록 규정하였다.<sup>426)</sup>

그런데 월남자들에 대해 북한지역에 대한 토지에 대한 원상회복을 허용하지 않고 예컨대 보상만을 인정할 경우, 이 법에 따른 복구등록조치와 형평에 맞지 않다는 주장이 제기될 것이다. 여기서 복구등록조치는 일종의 원상회복이라 할 수 있는데, 이러한 입장의 연장선상에서 월남자의 구 소유권에 대해서 반환조치를 취하는 것이 당연하며 또 이것이 형평에 맞는다는 것이다.

『수복지역내 소유자미복구토지의 복구등록과 보존등기 등에 관한 특별조치법』은 사유재산권을 보장하고 있는 우리 헌법의 정신을 최대한 살리기 위해 제정된 것이지만, 앞으로 통일될 경우 현재 우리 법체계상 미수복지역으로 간주되고 있는 북한지역의 몰수재산 처리에 그대로 적용되기에는 난점이 있다. 그럼에도 불구하고 이 법에 의한 수복지역에 대한 처리는 앞으로 통일이 이루어진 후 북한지역내 몰수토지문제의 해결에 있어서 어떠한 식으로든 영향을 미칠 것으로 보인다.

#### (나) 몰수토지 처리를 위한 제 방안 검토<sup>427)</sup>

426) 동법은 1945년에서 1953년까지 8년간 북한에 의해 관리·이용되고 있다가 1953년 수복 후 남한의 관리로 전환된 경기·강원도 일부지역에 대한 소유자 미복구토지의 복구등록을 촉진하기 위하여 부동산을 간편한 절차로 등기토록 1982년 12월 31일 법 3627호로 제정되었고, 1988년 12월 31일 개정된 바 있다. 이 법에 따라 한국 군사정전협정에 의하여 획정된 남경계 표지선(남방한계선) 북방지역을 제외한 북위 38도선 이북의 수복지구의 토지에 관하여는 소유권을 복구할 수 있다. 이를 위해 소유권자임을 증명할 수 있는 서면이나 증명서면을 갖추지 못할 경우에는 3인 이상 보증인의 보증서를 첨부하여 소관 관청에 신청하도록 하고 있다. 그러나 보증인제도의 비현실성과 자료의 불충분으로 현재까지도 많은 어려움을 겪고 있다.

427) 이하의 내용은 손희두, “통일후 북한지역 내 재산권문제 처리방안: 동서독 통일과정과 비교하여,” pp. 61~64를 주로 참조하였다. 한편 김운근은 첫째, 전 사유지를 원소유자나 그 후손에게 전부 반환조치하는 방안, 둘째, 전 사유지를 국유화하고 농지는 농민에게 임대하는 방안, 셋째, 국가가 원소유자에게 반환하는 즉시 남한의 토지개혁처럼 유상몰수·유상분배하는 방안, 넷째, 현재 북한에서 농업에 종사하고 있는 농민에게 무상으로 영농

여기서는 북한정권하에서 불법몰수된 토지의 처리에 대한 대응방안으로 우리 학계에서 제시되고 있는 것들을 간단히 개관하기로 한다. 각각의 방안들이 주장하는 내용과 근거를 설명하고, 長·短點을 중심으로 각 방안들을 평가해 보기로 한다.

## 1) 원소유자에 대한 반환방안

### 가) 내용 및 논거

이 방안은 원칙적으로 북한체제 하에서 몰수된 토지 내지 구재산권을 원소유자에게 반환하되, 구체적 정의 실현을 위해 또는 사물의 성질상 불가피 한 경우에는 반환에 대한 예외를 인정하는 방안을 말한다.

북한정권이 정식 출범하기 전 행해진 토지개혁은 말할 것도 없고, 1948년 사회주의 헌법 채택이나 공산정권의 수립은 모두 우리 헌법 제3조 영토조항에 반하는 위법한 조치들이다. 특히 북한 공산정권이 사회주의 체제 공고화를 위해 단행한 토지무상몰수는 불법적으로 이루어진 재산권의 박탈이므로 당연히 원상회복 되어야 한다.

『가이사의 것은 가이사에게』라는 배분적 정의나 『하늘이 무너져도 정의는 세워라』라는 법률격언 내지 법의 정신에 비추어 몰수된 토지는 마땅히 원소유자에게 그대로 반환하는 것이 정당하다. 다만 예외적으로 반환이 불가능하거나 제3의 선의취득자를 보호할 필요가 있는 경우에는 반환대신 보상을 인정할 수 있다.

### 나) 평 가

이 방안은 재산권 보장과 법치주의 원칙에 가장 잘 부합하는 방안이라 할 수 있다. 과거 북한공산정권이 행한 토지몰수는 불법적인 소유권 침해

---

가능한 한도 내에서 분배해 주고 그 외 농지는 국유지로 보존하는 방안, 다섯째, 국가가 전 토지를 원소유자 또는 그 상속인에게 북한경제 수준의 가격으로 보상하고 농업구조 개선이 완성될 때까지 국유화 상태하에 두되 점진적으로 북한의 농민에게 일정 시가로 매도하는 방안 등 5가지를 제시하고 있다. 김운근, “통일후 북한토지 문제 어떻게 할 것인가: 반환보다는 보상으로 끝내야,” pp. 499~500.

에 해당되므로 원소유자에게 그에 대한 반환청구권을 인정하는 것은 사유 재산권 보장을 경제질서의 근간으로 하는 통일한국의 헌법정신에 맞는다.<sup>428)</sup> 또한 원소유자의 반환청구권 인정은 대가 없는 재산권 침해를 부인하는 법치주의원칙에도 합치된다고 볼 수 있다.

그러나 원소유자의 토지반환청구를 인정할 경우 다음과 같은 문제점이 제기될 것이다.

첫째, 북한의 토지를 이용하는 주민의 권리 보호가 미흡하여 장기간의 분단상태, 즉 주어진 환경에서 나름대로 적응하면서 살아 온 북한주민의 생활터전에 치명적인 위협을 주게 될 것이다.

둘째, 북한토지의 원소유자(월남한 남한 주민)와 토지이용자(북한주민) 간의 이해 상충으로 이 문제를 둘러싸고 북한사회 전체가 혼란에 빠질 수 있다. 즉 몰수토지 처리방식과 관련, 반환청구권을 인정하는 것은 북한주민을 이등국민화 시킴으로써 통일 직후 남북한 주민간의 갈등을 유발, 결국 사회적 통합을 저해하게 될 것이다.

셋째, 원소유자의 반환청구 폭주와 그에 따른 권리존부의 확인 곤란은 소유권 관계의 불명확상태를 장기화시키는 요인이 된다. 이것은 투자자들의 대북한 투자 기피현상을 초래하게 될 것이고 이것은 다시 북한경제 재건에 부정적으로 작용할 것이다.

## 2) 보상방안

### 가) 내용 및 논거

이 방안은 해당재산의 매각을 전제로 원소유자에게 몰수토지에 상응하는 금전적 보상을 해 주는 것을 원칙으로 하면서, 예외적으로 원물 반환을 인정하는 방안을 말한다. 이 방안은 사유재산권을 인정한다는 점에서는 반환방안과 일맥상통하는 점이 있으나, 예컨대 구소유권자의 확인작업에 장기간이 소요될 경우 초래될 투자장애요인 등의 부작용을 최소화하려

428) 현재 대한민국 헌법과 통일방안에 비추어 통일한국의 기본적 헌법질서는 정치적으로는 자유민주주의질서, 경제적으로는 사회적 시장경제질서를 채택할 것으로 보인다.

는 데 주된 목적이 있다고 볼 수 있다.

한편 이 방안에 의하면 예외적으로 元物의 반환을 허용하더라도 ① 거래의 안전을 해치지 않거나 또는 ② 투자장애를 초래할 우려가 없는 경우에 한해서만 몰수토지의 반환을 인정한다는 점에서 반환은 극히 제한적이라 하겠다.

#### 나) 평 가

이 방안의 장점으로서는 다음과 같은 것을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 통일 후에도 토지이용자인 북한주민들의 緣故權(토지이용권)을 계속 인정함으로써 북한주민의 생활안정과 계속적인 생산활동을 보장할 수 있다.

둘째, 소유권 관계의 불명확이라는 투자장애요인을 제거함으로써 대 북한 투자를 유도하고 북한의 경제재건에 기여할 수 있다.

셋째, 원소유자에 대한 반환의 경우보다 통일초기에 북한지역에 대한 종합적인 국토이용·개발계획 및 경제재건계획의 수립이 가능하며, 아울러 동 계획을 강력하게 추진할 수 있다.

넷째, 국가가 북한토지를 관리·처분함으로써 통일 후 염려되는 북한지역에 대한 부동산투기를 억제하는 효과도 기대할 수 있다.

다섯째, 보상방안의 경우 몰수토지를 반환하는 방법으로 문제를 해결할 경우 발생하는 북한당국 및 주민들의 통일에 대한 거부감과 위화감을 줄임으로써 통일과업 촉진에 기여할 수 있다.<sup>429)</sup>

그러나 보상방안의 경우에도 문제점은 없지 않다.

첫째, 원칙적으로 원물의 반환을 부인함으로써 사유재산권의 보장에 소홀한 점이 있다.

429) 과거 북한의 토지개혁은 사회주의정권 수립이라는 본래의 목적을 달성하기 위한 수단으로 일제 식민지 지배청산이라는 명목을 내세워 친일파 소유의 토지를 전부 몰수함으로써 북한주민들로부터 환영을 받았었다. 그런데 통일후 몰수토지 처리과정에서 친일파가 소유했던 토지의 반환문제가 거론되면 북한주민들의 감정을 자극할 우려가 있다. 이러한 점을 사전에 방지하는 통일정책적 입장에서 보더라도 보상방안이 채택되어야 할 당위성을 발견할 수 있다.

둘째, 통일 직후 북한지역 재건 등 남북한 경제·사회통합을 위해 막대한 통일비용이 소요될 것이다. 이러한 점을 감안할 때 통일한국 정부가 원소유자에게 몰수토지에 대한 보상을 위한 재원까지 추가적으로 마련하는 것은 여간 어려운 일이 아닐 것이다.

셋째, 몰수토지에 대한 재산가치를 평가하여 적정수준의 보상액을 결정해야 하는 복잡한 업무가 새로이 발생하게 된다. 즉 보상금액의 산정에 있어서 당시 가격, 현재시가, 미래의 예상가격 등 다양한 기준이 있어서 결정이 용이하지 않을 것으로 판단된다.

넷째, 북한지역에 대한 월남자들의 구소유권을 인정·보호하여 이들에게 보상을 지급하는 반면 북한주민들에 대한 기득권 보호에 미흡할 경우, 남북한 주민간의 소득격차 해소에 별로 기여하지 못할 것으로 보인다.

다섯째, 보상방안은 투자장애요인으로 작용할 가능성은 적지만, 북한지역에의 투자를 촉진하는 적극적인 방안이라고는 할 수 없다.

### 3) 재국유화 방안

#### 가) 내용 및 논거

이 방안은 통일 즉시 북한정권에 의해 불법적으로 몰수된 토지에 대한 구소유권을 무효화하고 북한내 모든 재산을 재국유화한 후, 적절한 시기에 매각 처분하여 사유화하는 방안을 말한다.<sup>430)</sup> 재국유화 방안의 기저에는 남북통일이 되면 통일 이전 북한정부의 소유(국유)로 되어 있던 모든 토지의 소유권은 -국가승계이론에 의하여- 당연히 통일한국 정부의 소유권으로 된다는 논리가 깔려 있는 것으로 보인다. 이것은 현재 북한의 소유권제도와 질서를 인정하는 기초 위에서 북한 국유재산을 그대로 접수하는 것을 의미한다.

이와 관련, 재국유화된 북한지역 토지의 소유·관리, 사후 매각·처분 등을 담당하는 특별한 관청의 설립이 필요하게 될 것이다. 이를 위해 통일

430) 박성훈, 「남·북한의 통일에 비추어 본 독일 신탁관리공사의 역할과 의의」, (서울: 대외경제정책연구원, 1993), pp. 133~144 참조; 김운근이 제시하는 다섯째 방안은 여기에 해당하는 것으로 보인다.

한국은 헌법과 법률에 의거하여 독일의 신탁관리청과 유사한 가칭 「국유재산관리청」을 설치할 수 있다.

원소유자에게 구소유권에 기한 반환청구는 인정되지 않는다. 다만 해당 토지 매각처분시 원소유자에게 우선매입권 등 적절한 유인책을 강구·제공할 수는 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 통일당시 직접 토지를 이용하는 북한주민과의 이해상충문제(토지이용권 보호차원에서 북한주민들은 그들의 우선매입권을 요구할 것이기 때문임)가 발생할 것이므로 그러한 유인책의 채택에는 신중한 자세가 요망된다.

요컨대 이 방안에 따르면 몰수토지는 가칭 「국유재산관리청」이라는 국가기관에 의해 북한토지를 일정 기간(한시적으로) 종합적으로 중앙관리한 후 적절한 시기에 이를 매각하여 사유화를 추진하는 방안이라고 볼 수 있다.

#### 나) 평 가

이러한 방안을 채택하여 사업용 토지와 비사업용 토지에 차별적으로 적용할 경우, 예상되는 장점은 다음과 같다.

첫째, 토지반환과 관련된 분쟁을 사전에 제도적으로 방지함으로써 투자 장애요인을 제거하고 북한에의 투자를 촉진하는 효과를 기대할 수 있다.

둘째, 통일한국이 일정기간 종합적인 국토개발과 균형발전을 위해 토지 이용정책을 효과적으로 추진할 수 있다.

셋째, 국가가 북한의 토지를 국유화한 후 상당기간 이를 소유·관리함으로써 북한지역에서의 부동산투기를 방지할 수 있다.

넷째, 사유화 추진과 관련, 공장부지 등 사업용 토지의 지가가 충분히 상승된 후 기업인에게 매각할 경우 매각수입을 극대화할 수 있다.

다섯째, 주택부지 등 비사업용 토지의 경우 현재 사용하고 있는 북한주민에게 장기임대함으로써 이들에게 기본적인 생존권을 보장할 수 있다.<sup>431)</sup>

그러나 이 방안을 채택할 경우에도 역시 문제점은 있다.

첫째, 구소유권을 전면적으로 무효화하고 통일 즉시 국유화할 경우 사

431) 위의 논문, p. 136.

유재산권을 보장하는 헌법규정에 정면 배치됨으로써 위헌 논란의 소지가 있다.

둘째, 구소유권을 인정하지 않을 경우 남한의 원소유자로부터 강한 반발이 있을 것으로 예상된다. 월남자들은 북한지역에 소재한 자기의 토지에 대해 소유권을 주장할 것이다. 이와 관련, 그들의 소유권은 한국전쟁과 분단이라는 특수상황으로 인해 장기간 권리 불행사 등의 이유로 소멸되었다고 볼 수 없다고 하면서 소멸시효에 걸리지 않는다고 주장할 것이다. 이 때 통일한국은 북한지역 토지의 전면국유화 조치(어느 의미에서는 초헌법적 조치라 할 수 있을 것임)로써 원소유자에 대한 구소유권 반환거부를 정당화하기란 법리상으로는나 현실적으로나 어려운 점이 있다.<sup>432)</sup>

셋째, 북한이 통일이전 소유하던 국유토지를 통일한국이 그대로 인수, 즉 재국유화하는 데에는 어려움이 없으나, 통일이전 북한주민들이 공동으로 운영해 온 협동단체의 소유토지(협동적 소유)까지 통일한국이 접수 내지 국유화할 수 있는 합리적 근거를 찾기 어려운 점이 있다. 만일 한편 북한주민들이 협동단체를 통해, 말하자면 공동소유의 형태로 가지고 있던 협동단체 소유토지를 그대로 인정해 준다면(이것은 통일전 북한주민들이 가지고 있던 토지이용권을 그대로 보호하는 데서 더 나아가 적극적인 의미에서 공동소유를 인정하는 것이 된다), 앞서 지적한 바와 같이 월남자들의 항의와 반발이 거셀 것으로 예상된다.

넷째, 이 방안은 북한이 통일이전 불법적·전횡적으로 토지를 국유화했다는 사실을 불문에 부치고 있다. 즉 과거 북한이 행한 대가없는 강제적 몰수를 기정사실로 받아들이고 있기 때문에 반법치국가적 행위의 청산이라는 점에서 보면 미흡한 점이 있다고 할 수 있다.

#### 4) 북한주민 소유방안: 북한실태 인정방안

##### 가) 내용 및 논거

북한의 소유제도는 국가소유와 협동단체소유로 되어 있다. 국가소유는

432) 배병일, “통일한국의 토지소유제도 개편방향,” p. 207.

전인민적 소유로서 이른바 북한주민 모두가 공동으로 소유한다는 것을 말하며, 협동단체소유(협동적 소유)라는 것도 현재 협동농장 구성원이 이용권만 가지고 있으나 이론상 협동단체 구성원 모두의 공동소유라고 볼 수 있다.

사실 한국전쟁으로 폐허가 된 북한지역을 오늘과 같은 상태로 만들어 놓은 것은 북한주민의 노동과 노력의 결과라 할 수 있다. 이러한 점에 비추어 현재 북한지역에 형성된 재산에 대한 권리를 일체 북한주민에게 인정해 주는 것이 타당하다는 논리도 일응 성립될 수 있다. 북한주민 소유방안은 바로 이러한 전제 위에서 있다. 그러므로 이 방안은 북한의 현상황을 북한주민의 것으로 인정하고 통일 직후 북한지역의 재산을 북한주민에게 돌려주는 반면, 월남자의 재산권은 인정하지 않는 방안이라 할 수 있다.<sup>433)</sup>

#### 나) 평 가

이러한 방안은 몰수토지를 비롯한 북한지역의 모든 재산의 처리와 관련하여 가장 간명한 처리방법으로서 다음과 같은 장점이 있다.

첫째, 통일 직후 몰수토지의 원소유자에 대한 권리회복에 따른 인력과 시간 소요 등 국력낭비를 최소화할 수 있고, 특히 국가가 보상재원 확보 등 추가적인 경제적 부담을 지지 않아 통일비용을 대폭 절감할 수 있다.

둘째, 통일한국이 통일초기에 북한지역에 대한 종합적인 국토개발정책을 수립·집행함으로써 효과적인 토지이용을 극대화할 수 있다.

그러나 다른 한편 문제점도 있다.

첫째, 우선 법리적으로 몰수토지의 원소유자에게 최소한의 보상도 해주지 않음으로써 사유재산권 보장을 기본으로 하는 통일한국 헌법의 기본권 조항에 배치되는 위헌문제가 발생할 것이고, 또한 통일이전 북한정권이 행한 대가없는 불법적인 무상몰수(및 농업협동화조치)를 추인하게 됨으로써 법치주의에도 어긋난다는 비판을 면할 수 없을 것이다.

둘째, 통일한국이 기존의 협동농장소유 토지에 대해, 특히 해당 협당농

433) 리영희, 『한겨레신문』, 1994년 7월 16일자, p. 1.



장 소속의 구성원들에게 협동농장, 협동농장 소유농지와 농기구 등의 공동소유(총유 또는 합유 등)를 인정하는 것은 북한식 사회주의적 소유체제의 특성을 외면하고 그들의 통일이전 향유하던 이용권을 자본주의체제에서 인정되는 소유권으로 곧바로 전화시킨다는 점에서 문제가 있다. 그것은 자본주의체제의 소유제 하에서는 인정되지 않는 혁명적 발상이라고 할 수 있기 때문이다. 따라서 북한주민의 토지이용권을 소유권으로 변경하는 조치는 어디까지나 자본주의의 논리와 방식에 따라 이루어져야 한다.

셋째, 북한의 토지에 대해 일체 북한주민의 소유권만을 인정·부여하고 월남자들의 구소유권을 부인할 경우, 특히 「수복지역내자미복구토지의복구등록과보존등기등에관한특별조치법」에 규정된 권리회복조치, 즉 반환을 인정할 것과 비교할 때 형평에 맞지 않는 부당한 조치라는 주장이 제기될 것이다.

넷째, 현실적으로도 북한정권의 불법적 토지몰수조치에 항거하여 월남한 원소유자와 그 상속인들의 거센 반발을 초래할 것으로 예상된다. 따라서 이에 대해 통일한국이 별다른 해결책이나 대안을 마련하지 않을 경우, 통일 초기 구소유권자의 불만이 조직화되어 사회적 혼란으로 증폭될 가능성도 배제할 수 없다.

결국 북한실태를 전면적으로 그대로 인정하기는 곤란할 것인 바, 이 방안을 채택하여 북한주민의 소유를 인정할 경우에도 그 범위를 어디까지로 할 것인가 하는 점에 관해 보다 깊은 검토가 요구될 것이다.

## 5) 이원적 처리방안

### 가) 내용 및 논거

이 방안은 남북한의 통일방식을 「독일식 흡수통일」과 「한국식 흡수통일」의 경우로 나누어 각각 별개의 몰수토지 처리방안을 강구하는 방안이라 할 수 있다.

여기에서 독일식 흡수통일이란 동독이 자체 붕괴되어 서독에 편입되면서 과거 동독에서 취해진 모든 조치를 불법적인 것으로 보고 서독의 법체계를 동독사회에 그대로 확장하는 통일방식을 말하고, 한국식 흡수통일이

란 남북한간의 대등한 협의에 의하여 통일이 달성되고 남한의 법제도가 통일한국에 그대로 채택되지만 통일 전 북한에서 행해진 모든 조치에 대하여 불법성을 주장하지 않는 통일방식을 말한다고 한다.<sup>434)</sup>

이러한 분류법에 따라 별개의 처리방안을 강구하자는 학자는 남북한이 독일식 흡수통일방식에 의해 통일되는 경우, 북한의 토지몰수조치는 불법적인 것으로 평가되므로 몰수토지는 원상회복 되어야 한다고 주장한다. 구체적으로 남한의 토지개혁법 및 『수복지역내소유자미복구토지의복구등록과보존등기 등에관한특별조치법』과 형평을 기하기 위하여 통일독일에서와 같이 ‘원소유자에 대한 반환우선’을 원칙으로 하고, 예외적으로 보상하는 경우를 인정하자고 한다. 그리고 보상할 경우에는 보상의 원칙과 재원 조달은 독일의 예를 준용하자고 한다.

그에 비해 한국식 흡수통일의 경우에는 북한의 반국가단체성을 부인하고 북한의 체제를 인정하면서 그동안 북한정권이 행한 모든 조치가 정당하다는 전제하에 사유화를 추진해야 한다는 내용이다. 몰수토지를 원소유자에게 반환하거나 보상할 것이 아니라 전체 북한주민의 公有로 평가하고 이를 북한주민에게 공평하게 분배하자는 것이다. 예컨대 협동농장 소속 농민들에게 협동농장 소유의 농지를 총 세대수로 나누어 농지를 분배하고, 원소유자에게는 헌법상 사유재산권 보장규정의 정신을 살리는 차원에서 최소한의 보상을 실시하자는 것이다.

결론적으로 이 양자의 방안중 한국의 경우에는 독일식 흡수통일보다 한국식 흡수통일의 방법에 의한 몰수토지 처리방안이 바람직하다고 주장한다.<sup>435)</sup>

434) 생각컨대 여기서 말하는 한국식 흡수통일은 남북연합이라는 과도체제하에서 북한이 체제전환을 실시하고 남북한이 대등한 자격에서 합의를 하되, 북한이 과거 행한 법률행위를 그대로 인정한다는 것을 조건으로 자유민주주의체제와 자본주의체제로 통합한다는 이상적인 통일을 의미하는 것 같다.

435) 이승우, “구동독의 재산처리원칙에 비추어 본 남북통일후 북한지역의 재산처리문제,” 『성곡논총』, 제25집 상권 (1994년 6월호) 참조.

## 나) 평 가

이 방안은 남북한을 독일식으로 흡수통일할 경우에는 반환, 한국식으로 흡수통일할 경우에는 북한주민의 소유를 인정하지는 방안이라 할 수 있다. 다만 한국식 통일방안의 경우에도 원소유자에게 최소한의 보상을 실시한다는 점에서 북한지역의 토지를 일체 북한주민의 소유로 인정하지는, 앞에서 언급한 (라)의 방안과는 다소의 차이가 있다.

이원적 처리방안의 경우, 한국식 흡수통일의 경우 과거 북한당국이 취한 모든 조치가 그대로 인정되는 바탕 위에 통일작업이 추진되므로 북한당국자들과 주민들이 흡수통일에 대한 의구심·불안으로부터 벗어나 생활 안정을 취할 수 있고 통일의 촉진에도 기여할 수가 있다.

그러나 한국식 흡수통일방안을 전제로 할 때, 북한의 반국가단체성을 부인하고 종전의 북한당국의 모든 조치를 정당한 것으로 본다는 생각은 적어도 현행헌법 제3조 영토조항의 해석론과 대법원판례의 입장을 변경하지 않는 한, 우리 헌법의 정신에 정면 배치되는 발상이라 하겠다. 또한 북한 공산정권이 그 동안 저지른 비인간적·반법치국가적 행위를 통일이라는 명분하에 외면하는 것이 되어 우리의 법감정에도 반하는 결과가 된다. 이러한 방안을 고집할 경우 그릇된 통일지상주의라고도 비난받을 가능성도 없지 않다.

한편 북한이 자체 붕괴되어 흡수통일이 되는 경우에도 몰수토지를 반드시 독일처럼 반환우선의 원칙하에 해결되어야 한다는 법이 있는 것은 아니라 생각된다. 즉 독일식 흡수통일의 경우에도 한국의 특수사정을 고려하여 정책적 판단에 입각해 독일과는 다른 몰수토지 처리방안을 마련할 수 있는 것이다. 따라서 반드시 통일방식을 위와 같이 구분하여 각각 다른 처리방안을 강구해야 할 필요는 없을 것이다.

## 6) 종합적 검토: 제 방안의 한국적 상황에서의 적합성

앞의 항목에서 몰수토지처리에 관한 5가지 방안을 살펴보았는데, 여기서 한국적 상황에서의 적용가능성에 관해 간단히 검토하기로 한다. 전술한 바와 같은 각 방안들은 모두 나름대로 합리적 근거와 장·단점을 가지고 있어 어느 방안을 택하더라도 완벽할 수는 없다는 것을 알 수 있다.

그러나 적어도 한국적 상황하에서는 원소유자에 대한 반환방안을 적용하는 것은 현실적 타당성이 없는데, 대부분의 학자들이 동의하고 있는 것 같다. 구동독의 경우에는 북한과 달리 일정한 사적 소유와 함께 토지의 거래와 저당권의 설정이 가능했었고, 특히 사회주의 국가임에도 불구하고 등기부를 계속 유지해 왔다는 사실<sup>436)</sup>이 통일독일로 하여금 국가 소유와 협동단체 소유를 사유화하고 원소유자에게 반환하는 방안을 선택케 하는데 중요한 역할을 한 것이 사실이다.<sup>437)</sup> 그러나 북한의 경우는 등기제도가 존재하지 않아 원소유자를 확인하기 어렵고(등기부 원부의 회복도 사실상 불가능하다), 그러한 이유 때문에 현실적으로 원상회복을 하기가 용이하지 않다는 점에서,<sup>438)</sup> 일단 반환방안은 그 법리적 타당성에도 불구하고 다소의 문제점을 내포하고 있다.

다음 이원적 처리방안의 경우에 있어서 어느 경우이나 한국의 특수사정을 감안한 보완책을 강구·적용하면 될 것이고, 통일방식을 위와 같이 구분하여 각각 다른 처리방안을 강구해야 할 필요는 없을 것으로 판단된다. 또 북한의 현실을 그대로 인정하는 방안은 간명하기 그지없으나, 법적·정치적·현실적 고려를 도외시하고 있다는 점에서 받아들이기가 어려운 점이 많다.

결국 남는 것은 보상방안과 재국유화 방안이며 이중 통일한국에서 보다 적합한 방안(경우에 따라서는 각각의 방안이 통일한국에서 수정되어 적용되는 방안)이 선택되어야 할 것으로 생각된다.

436) 김상용, “구동독의 토지제도,” 『토지연구』, 제4권 5호 (1993), p. 134.

437) 손희두, “통일후 북한지역내 재산권문제 처리방안,” p. 63; 그 외에도 통일독일이 원소유자에게 반환하는 방안을 원칙으로 택한 것은 반환이 기본법 제14조의 소유권 보호 정신에 보다 충실하고, 보상의 경우에 부담할 보상액이 과다하기 때문이라고 한다. 김민배·최민경, “월남자와 북한의 토지 그리고 통일,” p. 179.

438) 김운근, “통일후 북한토지 문제 어떻게 할 것인가: 반환보다는 보상으로 끝내야,” pp. 498~499 참조.

## (다) 한국적 상황에서의 몰수토지 처리방안

## 1) 고려사항

몰수토지문제의 처리는 기본적으로는 소유권 보호에 관한 법적 문제가기는 하나, 정상시의 정상적인 상황하에서 제기되는 소유권 보호문제와는 본질적으로 성격을 달리하는 것이다. 이 문제는 반세기 이상 동안 분단되어 온 두 정치적 실체가 하나로 통합되는 과정에서 발생하는 특수성을 지니고 있고, 농업이나 토지문제와 밀접한 관련이 있는 것이나 여기에 그치지 않고 국가경제 및 사회문제 전반에 심대한 영향을 줄 수 있다. 그러한 점에서 법률적 차원에만 국한시켜 접근하거나 해결책을 찾으려 할 경우 상당한 오류에 빠질 위험이 있다. 이러한 기본시각에서 한국적 상황하에서 가장 적합한 몰수토지문제 처리방안을 선택함에 있어서 정책적으로 고려할 사항을 적시하기로 한다.

첫째, 먼저 우리가 통일을 이룩하려는 목적이 어디에 있는가 하는 점을 재삼 인식할 필요가 있다. 대부분 월남자인 구소유권자들의 권리를 보호하고 그들에게 잃어버린 재산을 돌려주기 위해 통일을 하려는 것은 물론 아닐 것이다. 같은 피를 나는 남북한의 형제들이 아무런 연락도 교통도 하지 못한 채 서로 반목하고 대결하는 비정상적인 상황을 더 이상 지속해서는 안되며 더욱이 이를 후대에 물려주어서는 안된다는 믿음하에 진정한 민족의 통합, 국가통일을 이룩하고자 한다면, 몰수재산의 처리문제는 법적인 관점에서만 접근할 문제는 아니라고 할 것이다.

이것은 통일한국이라는 새로운 국가건설에서 파생되는 하나의 문제로 파악되어야 한다. 특히 남북한 2개의 정치실체(국제법상 사실상 2개의 국가)를 하나로 통합하는 것은 명백히 공법상의 행위로서 이는 국제법상 국가상속(국가승계)이라는 매우 복잡한 문제를 초래하게 하는데, 북한정권에 의한 몰수재산의 처리문제를 사법적인 문제로만 볼 경우, 많은 문제가 초래될 것으로 판단된다.

둘째, 통일한국 초기에 있어서 토지정책을 결정함에 있어서는 원소유자를 우선적으로 배려하기보다는 북한주민의 보호와 북한지역에 사회주의계획경제의 자본주의 시장경제체제로의 전환(시장경제질서 도입) 및 경제재

건에 중점을 두어야 할 것이다. 경제재건정책에는 투자장애요인 제거와 북한주민의 북한지역 잔류유도정책이 포함되어야 한다.

셋째, 몰수토지의 처리는 북한주민들이 단기간내에 자신들의 재산을 형성하도록 하는데 도움을 주는 방향에서 추진되어야 한다.<sup>439)</sup>

넷째, 몰수토지문제를 최종적으로 마무리할 때 북한주민이 연고를 가진 지역의 토지구입에 있어서 우선권을 가질 수 있도록 배려해야 한다.

다섯째, 통일한국 초기 북한지역에 대한 공공투자를 위한 토지를 비축하고 이를 위한 재원확보를 가능케 하는 방안이 선택되어야 한다.

여섯째, 효율적인 토지관리에 의한 지가상승 등 부동산투기를 사전에 방지해야 할 것이다.

일곱째, 북한주민이 현재 거주하는 주택을 계속적으로 이용할 수 있도록 허용되어야 한다.

여덟째, 통일 직후 적어도 상당한 기간동안 협동농장과 농장내의 농기구를 포함하여 기존의 영농체제가 유지됨으로써 생활기반과 터전의 급격한 변화로 인한 혼란을 최소화하여야 한다.

아홉째, 사유재산권 보장 측면과 법치주의 옹호 측면에서 원소유자의 재산권에 대한 최소한의 배려도 아울러 행해지도록 해야 할 것이다.

결국 몰수토지의 처리문제는 통일한국이 법적 차원 외에도 북한지역의 체제전환 및 경제재건, 북한주민의 생존권 보장, 통일비용 부담, 농업정책을 포함한 산업정책의 재조정까지 감안하여 종합적이고도 장기적인 안목에서 접근해야 통일 후유증을 최소화하면서 무리없이 몰수토지문제를 처리해 나갈 수 있다고 할 것이다.

439) 북한주민을 위한 재산형성 방안으로는 첫째, 남한 주민 1인당 평균 재산 규모를 파악하여 그에 대한 근사치 규모의 재산을 쿠폰 형식으로 분배해주는 방안, 둘째, 북한의 모든 토지를 비축용과 사유화용으로 나눈 다음 사유화용은 일단 지분으로 모든 북한주민에게 균등 분배하는 방안, 셋째, 현지 주민과 실수요자에게 토지를 저렴한 가격으로 불하하되, 부담능력을 감안하여 장기저리로 용자를 해 주고 분할상환토록 하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다. 안두순, “통일후 북한 토지소유권의 처리방안,” p. 55.

## 2) 선택적 대안: 재국유화방안 또는 보상방안

위에서 언급한 바와 같이 통일한국에서 구 재산권의 처리는 북한내에 사회적 시장경제체제의 조속한 도입, 대북한 투자 장애요인 제거, 북한주민의 토지이용권 보호 등 조속한 생활안정 확보 등 거시적인 측면에 주안점을 두고 추진되어야 한다. 몰수토지문제의 처리도 역시 이에 부합하는 방향에서 강구·모색되어야 한다고 할 때, 일용 통일한국이 우선적으로 고려할 수 있는 방안은 재국유화방안이라 하겠다.

재국유화방안은 이미 살펴 본 바와 같이 북한지역에서의 투자조건 개선을 통한 조속한 경제재건, 북한주민의 생존권 보장, 보상재원 마련의 어려움 회피 등의 어려운 과제를 한꺼번에 해결할 수 있다는 점에서 장점이 있다. 또한 이 방안은 북한주민들로 하여금 현상태 대로의 주택·토지 등에 대한 이용권의 확보를 가능하게 하여 불필요한 대규모 남한이주를 방지할 수 있으며 정부의 추가재정부담을 크게 줄일 수 있는 장점도 있을 것으로 예상된다.<sup>440)</sup>

특히 이 방안의 채택이 한국적 상황하에서 긍정적으로 검토할 필요가 있다고 생각되는 것은 전술한 이유 외에도 다음 세 가지 이유 때문이다.

첫째, 통일이라는 과업은 새로운 민족사를 창조하는 것이고, 우리가 구 소유권을 보호하기 위해 통일을 추진하는 것은 아니므로 엄격히 법리적인 관점에서 접근하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 그러한 점에서 통일한국 초기 발생할 통일후유증을 최소화하고 북한지역의 신속한 재건을 통해 경제통합을 이룩하는 것, 동시에 사회·문화적 이질감을 해소하는 것이 가장 시급한 과제임을 감안한다면, 재국유화방안은 간명한 처리방법이면서도 매우 효율적인 대처방안이 될 수 있을 것이다.

둘째, 통일한국이 북한지역 토지를 재국유화하지 않고 원소유자에게 보상하기로 결정할 경우, 보상기금 마련의 압박이나 원소유권자들의 신속한 보상 요구 등으로 불가불 통일한국이 통일직후부터 북한토지를 사유화하는 정책 - 물론 단기간 내에 사유화가 마무리되지는 않을 것이고 그 기간은 상당한 시간을 요할 것이다 - 을 채택할 수밖에 없게 될 것이다.

440) 김용학, “통일후 북한의 재산권 확립방안,” p. 64.

사유화의 조기추진은 북한의 협동농장(집단농장)을 개인농장체제로 급격히 전환하는 조치를 포함하게 될 것이다. 이 때 적지 않은 심각한 문제가 제기될 것으로 우려된다. 예컨대 북한의 집단농장을 단기간 내에 신속히 사유화할 경우, 비료·농기구·장비의 태부족, 농지구매자금·영농자금의 미확보, 운송수단의 미비, 유통망 및 관련 정보 부족 등의 문제가 동시에 발적으로 나타나게 되고 북한농민들은 큰 혼란에 빠질 것이다. 정부도 한꺼번에 이 모든 문제들을 해결하기 어려워 결국 북한농업 전체가 심각한 위기에 빠질 가능성이 있다. 이것을 제도적으로 막는 방법은 기존의 북한 토지를 재국유화함으로써 사유화를 늦추는 것이라 할 수 있다.

여기서 통일한국에서는 통일과 동시에 즉각 토지 사유화작업을 서둘러서는 안될 당위성을 찾을 수 있다. 그 대신 일정 기간 동안 기존의 사회화된 토지소유형태를 존중하면서 산업용 토지, 비사업용토지, 택지, 임야, 농지 등 토지용도에 따라서 분야별로 우선순위를 설정, 점진적으로 사유화를 추진하는 것이 국토의 효율적 이용의 측면은 물론 업무폭증의 부담을 덜어주는 점에서도 바람직할 것으로 보인다.<sup>441)</sup> 즉 ‘점진적 사유화’의 방법으로는 국유화된 토지(농지)를 개인에게 개인농의 형식으로 분배하되 경영권만 인정하고, 기존의 대규모 집단영농체제하에서 개별 농가는 분배 받은 농지에 자기 지분을 출자하여 협업경영 체제가 통일직후 당분간이나마 계속 유지되도록 하는 것이 한국적 상황하에서 적절한 대응책이 될 수 있을 것이다.<sup>442)</sup>

셋째, 통일한국이 북한지역을 조속한 시일내에 재건하고 경제수준을 일정 단계로 끌어 올리기 위해서는 막대한 공공투자사업을 추진하여야 한다. 이에 따른 토지수요는 적지 않을 것이다. 이를 위해서는 토지를 비축해 두어야 하며, 동시에 그를 위한 투자재원 확보가 매우 중요한 과제로 등장하게 될 것이다. 아울러 열악한 북한지역에 대한 공공투자, 그리고

441) 김용학은 “재국유화방안은 북한지역 주민의 생활안정계획, 국토이용관리·개발계획 등에 따라 기업·주택·토지 등에 순차적·차별적으로 적용할 경우, 투자조건의 개선과 기초자산의 축적을 통한 북한주민의 생존권 보장이라는 과제들을 동시에 일정 수준 해결할 수 있다”고 하면서 부문별로 구체적인 사유화 방안을 제시하고 있다. 위의 논문, pp. 64 ~67 참조.

442) 안두순, “통일후 북한 토지소유권의 처리방안,” pp. 502~503 참조.



기업과 개인의 대북 투자는 일찍이 지난 시기에 남한지역에서 발생했던 바와 같은 부동산투기, 특히 토지투기 과열현상을 야기하게 될 것인 바, 이를 억제하기 위한 적극적인 조치가 요구된다. 재국유화방안은 이러한 문제에 효과적으로 대응할 수 있다고 판단된다.<sup>443)</sup>

그러나 재국유화방안은 북한체제하에서 행해진 불법한 토지몰수조치를 불문에 부치고 통일당시의 북한현실을 기정사실화하는 면이 없지 않다. 따라서 북한정권 하에서의 불법청산이라는 과제, 그리고 사유재산권(월남자들의 구소유권)에 대한 보호에 소홀한 점이 있다.<sup>444)</sup> 따라서 대안적 차원에서 원소유자에 대한 최소한의 배려도 감안한 몰수토지 처리방안을 강구하지 않을 수 없다. 그것은 보상방안이라 할 수 있다.

그런데 보상방안은 예외적으로 반환의 경우를 인정하고 있는 바, 원소유자가 예외적 사유를 내세워 토지반환을 강력히 주장하고 예외적 사유에 대한 존부의 판단이 어려울 경우 소유권 분쟁이 장기화될 우려가 있다. 따라서 한국적 상황하에서는 보상방안의 경우 전면적으로 보상만을 허용하고 예외적인 반환 인정을 불허하는 것이 보다 전술한 기본적인 처리방향에 충실한 것이 될 것으로 사료된다.

이와 같은 보상방안 채택을 고려할 필요가 있다고 보는 이유는 대체로 다음과 같다.

첫째, 사회적 법치국가의 헌법 하에서 사유재산권은 신성불가침의 권리가 아니라 공공복리를 위해 그 제한이 가능하다. 통일한국의 공공복리 확

443) 이진욱, “통일후 북한의 토지정책 - 토지소유권을 중심으로 -,” p. 99.

444) 재국유화방안은 법치주의, 특히 반법치국가적 불법행위의 청산, 사유재산권의 보장 등의 관점에서 보면 문제가 있는 것이 사실이다. 또한 법적인 고려사항을 많이 사상하고 있다는 점에서 한계가 있는 것도 부인할 수 없다. 그러나 반환이나 보상이나 하는 것은 흡수통일의 경우에는 상당히 설득력이 있는 방안으로 검토될 수 있으나, 남북한이 합의통일을 이룩할 경우, 특히 우리의 민족공동체 통일방안에서 예정하고 있듯이 남북한이 상호 법질서를 인정하고 존중하는 기초 위에서- 이는 북한정권이 합법의 외피를 입고 행한 사실상 불법적으로 행한 재산몰수조치에 대해서 이를 문제시 하지 않겠다는 입장이 내포되어 있다고 볼 수 있다- 남북연합이라는 과도체제를 거칠 경우, 반환이나 보상방안 채택의 당위성은 상당히 감소한다고 할 것이다.

보, 반환소송 폭주에 따른 경제질서 혼란 방지라는 관점에서 보상원칙을 택하고 반환을 전면 불허하더라도 위헌의 소지를 불식시킬 수 있다.

둘째, 통일후 북한사회의 신속한 경제재건을 위해 대북 투자가 절대 필요하다. 그런데 원소유자의 토지반환문제로 소유권 관계의 미확정 상태가 계속되면 거래의 안전을 저해하고 투자기피현상이 초래될 것이다. 이러한 투자장애요인을 제거하고 원활한 투자를 유치하는 경제정책적 입장에서 볼 때에도 보상방안을 긍정적으로 평가할 수 있다.

셋째, 남한과는 다른 이질적 체제를 장기간 유지해 온 북한사회가 새로운 체제로 전환하는 과정에서 혼란을 방지하고 사회안정을 유지하기 위해 주민에 대한 생활보장을 배려해야 하는 사회정책적 입장에서도 보상방안이 합리적일 것이다.

통일한국은 가칭 「국유재산관리청」을 설립하여 북한토지를 직접 관리하는 한편, 북한토지의 이용실태에 관한 일제 조사를 실시하여 토지용도별로 새로운 地籍公簿를 작성한 후 북한주민에게 현재 이용하는 토지와 주택을 중심으로 분배를 실시한다. 이 경우 일정한 분배상한을 설정하여 유상분배하고 장기저리로 상환토록 하면 될 것이다. 분배된 토지는 일정기간 매매·처분등의 행위를 금지시킴으로써 투기적 요소를 사전에 제거하고, 동시에 안정된 주택 및 고용정책을 실시하여 불필요한 대규모 남한이주를 방지하도록 한다.

북한주민에게 분배하고 난 나머지 토지는 관련 입법조치를 통하여 수용 내지 국유화시킨다. 국유화된 토지는 국가가 계속 관리하면서 적절한 시기에 투자자들에게 매각처분을 하여 사유화를 추진한다. 이 토지국유화 조치는 구소유권을 인정하는 기초 위에서 원소유자에 대해 몰수토지에 대한 보상을 실시하고 북한주민들이 필요로 하는 적절한 토지를 유상분배한 후, 殘餘土地에 대하여 관련 법제정을 통해 수용 내지 국유화를 단행한다는 점에서 통일되는 즉시 북한토지의 구소유권을 부인하고 이를 모두 국가에 귀속시키는 재국유화방안과는 근본적으로 차이가 있다. 이상이 한국적 상황에 맞는 보상방안의 내용이라고 할 수 있다.

그러나 어쨌든 「원소유자 보상, 북한주민에 대한 토지분배」 후에 나머지 토지를 국유화한다는 차이점은 있지만, 재국유화방안과 상당부분 유사한

점이 있는 것도 사실이다. 다만 보상방안의 경우에는 보상재원의 마련이 중요하므로 이에 대한 다각적인 검토와 함께 보상재원 확보방안을 강구해 두는 것 요망된다 할 것이다.

한편 북한정권하에서 이루어진 몰수토지문제의 처리와 통일방식의 상관성에 관해서는 다음과 같이 일반론적으로 말할 수 있을 것으로 생각된다. 먼저 남북한이 「민족공동체통일방안」에서 예정하고 있는 남북연합이라는 과도체제를 거쳐 점진적·단계적으로 합의통일을 이룩할 경우, 사실상 북한의 정치체제를 인정·존중하는 것은 물론이거니와 북한이 행한 토지몰수조치를 부인하기는 어려울 것이다. 그러한 점에서 이러한 합의제 통일방식에 있어서는 재국유화방안을 우선적으로 검토하더라도 큰 문제는 없을 것으로 생각된다. 이에 반해 어느날 갑자기 북한이 붕괴되어 흡수통일할 수 밖에 없으며 우리 헌법질서(법치주의, 사유재산권 보장 등 기본적인 헌법질서)를 북한지역에 확대적용하게 될 경우에는 보상방안을 우선적으로 검토하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

요컨대 통일이 이루어지는 형태와 시기·방법 등 다양한 변수를 고려하여 재국유화방안을 우선적으로 검토하되, 아울러 대안적 차원에서 보상방안의 채택가능성을 적극 고려함이 타당할 것으로 생각된다.<sup>445)</sup>

#### 나. 법리적 측면에서 본 반환원칙의 타당성 논증

위에서 살펴본 바와 같이 몰수재산의 반환원칙은 그 실질적 시행에 있어 상당한 문제점을 내포하고 있는 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고, 아래에서는 불법 몰수재산에 대한 원상회복원칙의 법적 타당성을 논증하고자 한다. 이러한 시도는, 우리 현장사에 있어 국기주요정책의 결정 및 실시에 있어 정책적·정치적 고려에 의해 상당 부분 법논리가 희생되어 왔고, 이는 곧 법치주의의 근간을 해할 우려가 있다는 고려에서 기인하는 것이다.

445) 제성호, “통일한국의 토지정책방향: 불법몰수토지 처리를 중심으로,” pp. 163~186.

(1) 재산권 몰수조치(土地改革)에 대한 연혁적 고찰<sup>446)</sup>

북한에서는 해방 직후 반제반봉건 민주주의 혁명의 일환으로 농업부문에서 철저한 土地改革이 실시되게 된다. 즉, 北朝鮮臨時人民委員會<sup>447)</sup> 명의로 공포된 ‘북조선토지개혁에 관한 법령’에 의거해 1946년 3월 5일부터 불과 20여일 만에 토지에 대한 몰수 및 분배사업이 완수되게 된다.

446) 북한에서의 재산권 몰수와 이에 따른 부속조치들은 원칙적으로 북한정부 수립 전에 이미 완료되었다고 볼 수 있다. 이를 요약하면 다음과 같다. (자료출처, 북한법령집, 대륙연구소 1989; 농지개혁사 자료집, 한국농촌경제연구원 1984)

- \* 북조선토지개혁에 관한 법령(1946. 3. 5) : 적산토지, 소작토지의 무상몰수 무상분배
- \* 토지개혁실시에 관한 임시조치법(1946. 3. 5) : 북조선토지개혁에 관한 법령 공포 이후의 주택, 가축, 농업기계 등 토지부속물의 처분금지
- \* 토지개혁법령에 관한 세칙(1946. 3. 8) : 토지개혁을 준비하고 실시할 농촌위원회의 조직·임무 등 토지개혁에 관한 법령의 시행에 필요한 사항의 보완
- \* 농업현물세에 관한 결정서(1946. 6. 27) : 수확고의 25%를 농업현물세로 징수
- \* 농업현물세에 관한 결정 위반자 처벌 규칙(1946. 7. 22) : 농업현물세의 납부해태자에 대해 2년 이하의 징역 등 형사처벌
- \* 토지개간법령(1946. 11. 1) : 경지면적의 확장과 식량증산을 위해 토지개간허가제 및 개간토지의 매매, 저당 등 처분금지
- \* 산업 및 상업발전에 관한 법령(1946. 11. 25) : 상업발전의 장려라는 명분하에 민족반역자로 확정된 자의 개인재산 몰수
- \* 산림에 관한 결정서(1947. 3. 22) : 산림보호와 농촌경리 향상 위해 묘지 및 집터에 부속된 소산림을 제외한 전 산림 무상 국유화
- \* 대지 및 잡종지에 관한 결정서(1947. 3. 22) : 타인에게 대여한 대지를 대차인에게 무상분여하고, 대여한 공장, 기업소 등 공공건물의 대지 및 일체의 잡종지를 몰수 국유화
- \* 몰수재산 관리에 관한 규정(1948. 12. 16) : 국고에 귀속시키는 몰수재산의 대상 및 등 재산의 관리
- \* 민족반역자들의 물산을 등록하여 이를 처분하는데에 관한 결정서(1951. 1. 5) : 1950. 9. 28 - 1951. 1. 4 기간 동안 월남 등 북한을 도주한 민족반역자들의 일체의 부동산 및 동산 몰수

447) 북조선인민위원회의 전신인 북조선임시인민위원회는 1948년 9월 9일 설립된 북한정부의 母胎로서 동 위원회 명의로 재산권 몰수를 규정한 초기 법령들이 다수 공포되게 된다. 동 위원회의 법적 성격, 발전과정에 대해서는 류길재, “북한정권의 성립과정”, 북한체제의 수립과정, 경남대학교 국동문제연구소 1991, 41면 이하 참조.

동 법령에 의하면 일본 내지 일본인, -단체, 민족반역자, 부일 한국인, 도주자의 토지, 5 정보 이상의 조선인 소유토지, 소작하는 토지 등은 무상으로 몰수되어 고용농민, 토지 없는 빈농 등에게 무상으로 분배되었다. 그 결과 백 만여 정보의 토지가 몰수되어 거의 대부분이 무산계급에 분배되었고 나머지는 임시인민위원회 소유로 된다.<sup>448)</sup> 비록 북한에서의 사유재산권 불인정으로 대표되는 사회주의적 소유권 질서가 1960년대에 완료된 협동농장화로 완성되기는 하지만 실질적으로 볼 때 토지개혁을 통해 그 기초가 공고히 되었음은 부인할 수 없다고 하겠다.

## (2) 재산권 몰수조치의 법적 평가를 위한 세 가지 先決問題

### (가) 재산권 몰수조치에 대한 법적 평가의 기준

재산권 몰수조치에 대한 법적 평가에 있어 우선적으로, 어떤 기준에 의해 그 같은 평가가 이루어져야 하는가가 문제된다. 왜냐하면, 재산권 몰수가 형식적으로는 북조선임시인민위원회의 법령 공포로 그 근거가 마련되었지만, 소련점령당국의 실질적 영향력을 度外視 할 수 없기 때문이다. 이는 곧 몰수조치에 대한 법적 평가가 국내법에 의해서 이루어져야 하는지 혹은 점령권의 행사라는 국제법상의 문제인지와 직결된다고 하겠다.

통설<sup>449)</sup>에 의하면 점령권의 행사는 직접적 점령권(unmittelbares Besatzungsrecht)과 간접적 점령권(verstecktes Besatzungsrecht)으로 나뉜다. 직접적 점령권은 고권행위의 원천성 내지 받기인(Urheberschaft)에 착안해서 점령당국의 직접명의로 인한 법령공포행위 내지 법집행을 가리킨다. 이에 반해 간접적 점령권이란 형식적으로는 피점령국의 자체기관에 의한 법제정 내지 법집행이지만 실질적으로 이들이 ‘外部의 意思(fremde Wille)’에 의해 조종되고 종속되는 경우를 말한다. 더

448) 자세한 것은 정영화, 통일 후 북한의 재산권 문제에 관한 헌법적 연구, 서울대학교 박사학위논문 1995, 162면 이하.

449) Schmoller/Maier/Tobler, Handbuch des Besatzungsrechts Bd. 1, 1957, §24a, S. 46 ff.; T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1959, S. 365 f.; H. Maier, Verstecktes Besatzungsrecht, JZ 1953, S. 367 ff.

나아가 피점령국 기관에게 상당 범위의 재량권이 주어지더라도 이것이 上位權力保有者(Inhaber der obersten Regierungsgewalt), 즉 점령당국의 수권에 의하고 이에 따른 법령 내지 법집행에 대한 재판통제장치가 결여된 경우에는 간접적 점령권의 행사라고 보는 것이 일반적 견해이다.

위 논의에 따라 북한에서의 재산권 몰수조치를 평가한다면 이는 구 소련에 의한 간접적 점령권의 행사라고 봄이 타당할 것이다. 비록 몰수와 관련된 법령들이 북조선임시인민위원회 명의로 공포되었지만 당시 점령당국에 의해 하달된 각종 지침, 확인서, 훈령 등을 살펴 볼 때 재산권몰수 법령 및 그 집행은 실질적으로 점령당국의 치밀한 계획과 지시하에 기획되고 실시되었다고 보아야 할 것이다.<sup>450)</sup> 더구나 종전 후 동유럽에서의 재산권 몰수를 살펴보면 그 구체적 시행절차, 기간 등에는 차이가 있을지 모르지만 기본적 이념, 즉 맑시즘의 피점령국에서의 완전한 실현이라는 대전제 하에 사유재산이 구 소련의 의도에 의해 몰수되었던 점은 북한의 경우와 다르지 않다는 점도 고려되어야 할 것이다. 따라서, 북한지역 재산권 몰수조치에 대한 법적 평가와 원상회복 여부에 관한 논의는 일용 점령권 행사의 한계라는 국제법적 관점에서 출발해야 한다고 본다.

#### (나) 북한지역 점령권의 법적 성격

고전적 분류방법에 따라, 구 소련의 북한점령의 법적 성격에 대해서는<sup>451)</sup> 전쟁법상의 점령(kriegerische Besetzung/occupatio bellica

450) 토지개혁으로 대표되는 북한지역에서의 재산권 몰수에 대한 소련점령당국의 의도는 종전 직후 공포된 ‘북조선지배지침서’에서 처음 발견된다. 계속해서 소련점령당국은 1946년 1월 2일 공포된 ‘소련점령군사령관 명령 제 2 호’에서 고용농민과 빈농을 위한 토지개혁의 필요성을 지적하고 있으며, 토지개혁이 동 년에 시행되어야 함도 의무화 하고 있다. 더 나아가 북조선임시인민위원회 설치에 관한 법령 10조 내지 12 조에 의하면 동 위원회가 제정하는 모든 법령 내지 법집행은 사전에 점령군사령관에게 제출되어 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있다. 따라서, 북한지역에서의 재산권 몰수행위는 구 소련의 실질적 영향력 하에서 이루어졌다고 봄이 타당할 것이다. 류길재, 전계논문, 54면 이하 참조.

451) 자세한 것은 Choong-Gu Kim, Die staatliche Einheit Koreas unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts des koreanischen Volkes 1994, S. 58 ff.; 줄고, a.a.O., S. 132 ff. 참조.

),<sup>452)</sup> 停戰을 위한 점령(Waffenstillstandsbesetzung/occupatio ex armisticio),<sup>453)</sup> UN 헌장상의 적대국가조항에 의한 점령(Die Anwendung der Feindstaatenklauseln),<sup>454)</sup> 신탁적 점령(Treuhandschaftsverhältnis)<sup>455)</sup> 등의 견해가 주장되고 있다.

생각건대, 북한(혹은 한반도 전체)에서의 군사적 점령은 기존의 이론, 즉 전쟁법 상의 점령이 아닌 ‘解放으로서의 점령(Besetzung als Befreiung)’으로 보아야 한다고 생각한다. 왜냐하면, 연합국의 한반도에서의 점령목적이 일본의 지배로 초래된 제국주의 내지 식민지 상태를 一掃하고, 한국국민의 자결권(Selbstbestimmungsrecht) 행사를 통해 잠정적으로 표면화 될 수 없었던 ‘한국’의 국가적 재구성 내지 통일에의 기여에 있었기 때문이다.<sup>456)</sup> 이 같은 ‘해방으로서의 점령’ 논의가 구 소련의 점령권에 의한 재산권 몰수조치의 법적 평가에 큰 영향을 미치게 됨은 후술하는 바와 같다.

#### (다) 용어상의 문제 - 수용(Enteignung) 혹은 몰수(Konfiskation)?

법치국가에서의 수용이란 일반적으로 공공의 필요 내지 공공복리를 위해 부동산 등 재산권을 강제적으로 취득하지만 이에는 손실보상이 따라야 함을 말하며, 재산권 수용으로 인해 전체 소유권 질서, 즉 사유재산의 인

452) 일본의 지배하에서도 한국의 국가성은 계속되어 왔으며, 일본의 패전과 더불어 한국은 패전국으로서의 일본의 영토가 아니고, 따라서 동 점령은 일본의 영토에서가 아니라 한국 영토에서였음을 고려할 때 이 견해는 타당하지 않다.

453) 군사적 점령은 원칙적으로 강화조약(Friedensvertrag)의 체결 후에만 가능한데 제 2 차 세계대전의 강화조약(San Francisco-Vertrag)은 1951년에서야 체결되었으므로 이 견해도 옳지 않다.

454) 일본점령 하에서도 한국의 국가성은 계속되어 왔으며, 따라서 연합국의 전쟁상대국이 아니었음을 고려한다면 일본점령하의 한국을 UN 헌장 2조 4호 상의 전쟁적대국이라 볼 수는 없을 것이다.

455) UN 헌장 77조 1항에 의하면 신탁적 점령관계는 신탁국과 피신탁국 사이의 조약에 의해 발생한다고 한다. 그러나 한국의 경우 1945년의 모스크바 3상회의에서의 신탁통치안이 국민의 반대로 실행되지 못했으므로 이 견해도 옳다고 볼 수 없다.

456) Choon-Gu Kim, a.a.O..

정·보호라는 대원칙에는 영향을 미치지 않아야 함은 당연한 이치라 할 것이다. 북한지역에서의 재산권 몰수조치 및 그 결과를 살펴본다면, 이는 정치적·이념적 목적에 의해 정당한 보상없이 행해졌으며 이를 통해 전체 사회·경제질서의 혁명적 변화가 초래되었고, 그러한 사회주의적 소유권 질서<sup>457)</sup>가 현재까지 큰 변화없이 유지되고 있음은 재론의 여지가 없다고 할 것이다. 따라서, 북한지역에서의 재산권 침해행위는 수용이 아니라 몰수의 개념으로 이해되어야 한다고 본다.<sup>458)</sup>

### (3) 몰수재산의 원상회복 여부 - 소련점령당국에 의한 재산권몰수조치의 법적 효력

북한지역에서의 재산권몰수조치의 실질적 입안·수행이 형식상의 법령공포 명의자와는 상관없이 소련점령당국에 의해서 이루어졌음은 전술한 바와 같다. 따라서, 이에 대한 평가는 점령권의 범위에 여기서 고찰하게 되는 재산권몰수조치가 일응 포함되느냐하는 문제에서부터 시작해야 될 것이다.

#### (가) 북한법에 의한 재산권몰수조치의 추인

1948년 9월 8일의 북한헌법 5조 내지 7조는 명시적으로 점령기의 재산권몰수조치와 이로 인한 북한에서의 새로운 소유권 질서를 승인하고 있

457) 사적 소유권의 혁명적 제거로 대표되는 사회주의적 소유권질서는 Karl Marx의 저서("Das Elend der Philosophie")와 이를 계승한 Lenin에 의해 그 기초가 확립되어 구 동독과 북한의 경우 공통적으로, 土地改革 등을 통한 私有財産權의 不認定, 重要資源의 例外없는 國有化, 農業의 集團農場化등으로 구체화되게 된다. Vgl. W. Berg, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDstR Heft 51, 1991, S. 50 ff.

458) 독일의 경우 거의 모든 법령 - 예컨대 공동성명, 통일조약, 재산법 - 과 관례는 수용(Enteignung, Enteignungsakte, Enteignungsmaßnahmen)이란 용어를 쓰고 있다. 그러나, SBZ에서의 재산권 침해과정을 살펴보면, 물론 이에 대한 원상회복이 인정되지 않는다는 고려에서 의식적으로 Enteignung이란 용어를 선택했을 수도 있지만, 이는 Konfiskation이란 표현이 정확하다고 생각한다. 실제 학자에 따라서는 Konfiskation이란 말을 사용하고 있다. 예컨대, H. Maurer, a.a.O., S. 185; D. Blumenwitz, a.a.O.



다. 1972년 12월 28일과 1992년 4월 9일의 북한헌법, 1990년 9월 5일 제정된 북한민법전 3조 내지 37조도 인민소유(Volkseigentum)의 불가침 선언을 통해 과거 재산권몰수조치를 간접적으로 추인하고 있다. 따라서, 북한정부 수립이후 원소유자의 '소유권자'로서의 권리행사 가능성은 사실상 완전히 봉쇄되었다고 볼 수 있다.

이같이 북한법에 의해 유효하다고 승인된 재산권몰수조치가 다음에서 논하게 될 국제법상의 강행규정(jus cogens), 특히 '인간으로서의 기본권' 침해에 해당되어 그 효력이 부정된다면, 동 몰수조치가 미래 통일한국의 법질서 하에서도 그 유효성이 부정될 것인지가 문제된다. 현행헌법 6조에 의하면, 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 갖는다고 한다. 비록 동 조항이 일반적으로 승인된 국제법규 위반행위에 대한 국내입법자의 태도를 구체적으로 의무화하지는 않고 있지만, 국가간 관행에 비추어 볼 때, 후술하는 '인간으로서의 기본권' 보호는 일반적으로 승인된 국제법규의 하나로 봄이 타당하고 따라서 이에 일응 위반된 재산권몰수조치는 실질적으로 국내법 위반이라 보아 무효라 하여야 할 것이다.<sup>459)</sup> 위 논의는 원칙적으로 독일의 경우와 같은 북한의 남한에로의 흡

459) 이와 관련해 구 소련에 의한 재산권몰수조치는 남한 정부 내지 통일한국의 수립 전 행위이므로 이에 대한 평가가 국내법 상 무효로까지 해석할 수 있느냐가 또한 문제될 수 있다. 이는 또한 분단 후 남북한의 법적 지위와도 밀접한 연관이 있는 문제이다. 생각컨대, 다수의 학설 - 不繼續性理論(分割·解體說/Dismemberationstheorie, 承繼說/Sukzessionstheorie, 分離說/Sezessionstheorie), 繼續性理論(部分秩序 내지 지붕說/Teilordnungslehre bzw. Dach-theorie, 同一性說/Identitätstheorie = 一致說/Kongruenztheorie, 縮小國家說/Schrumpfstaatstheorie, 國家核心說/Staatskerntheorie, 市民戰爭說/Bürgerkriegstheorie, 部分一致說/Teilidentitätstheorie)에도 불구하고 남북한 관계에 대한 법적 성질은 최근의 '특수관계(inter-se-Beziehung)' 논의에서 나타나는 바와 같이 '全體로서의 韓國(Gesamtkorea)' 하에서 두 개의 一時的(provisorisch) 한국이 국가적 통일을 위해 협력하는 관계라 보아야 할 것이다. 그러나, 일본의 支配期와 남북으로의 분단 하에서도 국가적 계속성을 상실하지 않은 '진체로서의 한국'을 누가 대표하느냐의 문제는, 국민의多數가 居住하고 있으며 자유민주주의 이념하에 국민의 기본권이 보장되는, 上海臨時政府의 法統을 계승한 남한에 그 대표성이 있다고 보아야 할 것이다. 따라서, 소련에 의한 재산권몰수조치의 무효여부를 통일 후 국내법 위반여부에 직접

수통일의 경우를 상정한 것이지만, 합의통일의 경우에도 현행헌법 6조의 국제법준중의 원칙은 통일헌법전에 계승될 것이 확실하므로 통일방식에 상관없는 공통된 결론이라 생각한다.<sup>460)</sup>

위를 통해 몰수재산권 반환여부에 대한 논의의 중심이 동 조치가 국제법

---

시킬 수 있다고 본다. 자세한 것은 G. Teyssen, Deutschlandtheorie auf der Grundlage der Ostvertragspolitik, Diss. Würzburg 1987, S. 196 ff.; Choong-Gu Kim, a.a.O., S. 88 ff. 참조.

- 460) 독일의 경우를 참조해 볼 때 남북한 통일과 관련된 재산권문제 해결은 근본적으로 '국가승계이론'에서 출발해야 할 것이다. 이에 따르면 결과적으로 통일방식과 상관없이 재산권문제 해결을 비롯한 전체 헌법질서, 사회·경제질서가 현재 남한의 제도를 기초로 해야함을 의미하는 것이다. 국가승계이론은 Grotius가 주창한 것으로 원래 國際法上的 개념이다. 국가승계란 피승계국의 영토고권이 할양(Zession), 분리(Seperation), 병합(Annexion), 합병(Fusion)등의 원인으로 승계국으로 완전히 이전되는 것을 가르킨다. 이 경우 피승계국은 국제법상의 권리주체성의 상실로 국가로서 존재하지 않는 것이 되어 당해 국가재산은 전체로서 승계국에게로 이전된다. 즉, 통일방식의 하나로 논의되는 吸收統一의 경우, 북한은 전체로서(in Gesamtheit) 남한 헌법의 효력범위에 편입됨을 의미하는 것이다. 이때, 이같은 북한의 편입이 고전적 의미에서의 국가승계사유가 되느냐가 문제될 수 있다. 그러나, 흡수통일의 경우 “全體로서의 韓國(Gesamtkorea)”에는 변화 없이 자유의사에 따른 국가의 再構成 만이 문제되므로 남한의 북한에 대한 국가승계를 인정할 수 있을 것이다. 부연하면, 편입되는 북한 지역은 전과 같이 “전체로서의 한국”의 구성 부분이며 단지 그들에게 낯선 남한의 헌법질서 하에 놓이게 되는 것이다. 북한의 편입에 따라 남한은 憲法 내지 國際法적 次元에서 “전체로서의 한국”의 또 다른 領域을 회복하게 되는 것이며 기존의 국가권력과 헌법적 기본질서 안에서 分斷 以後에도 그 繼續性을 상실하지 않은 “전체로서의 한국”을 재구성하는 것이다. 한편, 통일헌법 제정을 통한 合意統一의 경우에는 古典的 의미의 領土高權의 이전이 발생하지 않으므로 국가승계 사유가 되지 않는다고 一應 생각할 수 있다. 그러나, 民族自決權의 행사로 만들어지는 통일헌법에 의해서도 市場經濟秩序, 法治主義등의 기본원리는 포기될 수 없을 것이다. 그렇다면 통일한국의 국가기본질서는 원칙적으로 현재 남한의 국가기본질서에 相應하는 것이며, 이는 곧 북한체제의 기본원칙을 실질적으로 부정하는 결과가 될 것이다. 따라서, 합의통일의 경우에도 실질적 의미에서의 국가승계는 이루어지게 되는 것이다. Vgl. K. Ipsen, Völkerrecht, 3. Aufl. 1990, §25 Rdnr. 2; G. Goring, Staatennachfolge und die Einigung Deutschland Teil II, 1992 Berlin, S. 17 ff.; F. Prugger, Die Nachfolge in das Vermögen der ehemaligen DDR, 1994, S. 13 ff.

상의 강행규정에 위반하는지의 여부에 놓여있음이 증명되었다고 하겠다.

(나) 북한지역에서의 재산권몰수조치와 국제법상의 강행규정(jus cogens)

1) 강행규정의 핵심으로서 ‘인간으로서의 기본권’ 보호

국제적으로 승인된 일반적 법규로서의 강행규정이란 도덕률에 근거한 법원칙 등 국제공동사회의 공서양속(ordre public)에 비추어 포기할 수 없는 규범을 말한다.<sup>461)</sup> 국가의 관행과 국제법상의 판례가 강행규정의 구체적 범위확정에 있어 상당히 소극적임은 부인할 수 없으나, 본질적인 ‘인간으로서의 기본권’의 보호가 국제법상의 강행규정에 속함에는 異論이 없다고 할 것이다. 또한 이 같은 ‘인간으로서의 기본권’에 재산권의 본질적 내용의 보호가 속한다는 데에도 일반적으로 견해의 일치를 보고 있다 하겠다.<sup>462)</sup>

461) ‘條約에 관한 비엔나 協定’ 53조 2문에 의하면 국제법 상의 강행규정이란 國家共同體에 의해 全體로서 認定되어 그에 拘束되며, 단지 次後の 국제법적 합의에 의해서만 법적 성질이 변경될 수 있는 규범을 가르킨다. 구체적으로 예시하면 生命權, 國民殺傷·奴隸制·人身賣買의 禁止, 人種差別 禁止, 拷問의 禁止, 戰爭法上 攻撃行爲 禁止 등이 異論없이 이에 속한다. 독일연방헌법재판소의 판결에 나타난 강행규정에 대한 定義를 紹介하면 다음과 같다(BVerfGE 18, 441(449)).

“Qualität solcher zwingender Normen ..... nur jenen in der Rechtsüberzeugung der Staaten fest verwurzelten Rechtsätzen zuerkannt werden ....., die für den Bestand des Völkerrechts als einer internationalen Rechtsordnung unerlässlich sind und deren Beachtung alle Mitglieder der Staatengemeinschaft verlangen können .....”.

462) 독일의 경우 O. Kimminich, Die Menschenrechte in der Friedensregelung nach dem Zweiten Weltkrieg 1990, S. 73; M. Silagi, Die Unwirksamkeit der Festschreibung besatzungshoheitlicher Konfiskationen durch das Vermögensgesetz, in: Informationsdienst zum Lastenausgleich 1993, S. 4; K. Dicke, Zur Begründung eines Menschenrechts auf Eigentum, in: Europäische Grundrechte Zeitschrift 1982, S. 361 ff. 참조.

## 2) 재산권몰수조치의 강행규정 위반성

‘헤이그 陸戰條約’ 46조에 의하면 점령국은 피점령국 국민의 사유재산을 박탈할 수 없다고 규정하고 있다.<sup>463)</sup> 이로부터 우선 구 소련에 의한 재산권몰수조치가 동 조약에 위반함을 알 수 있을 것이다. 더구나, 연합국에 의한 한국의 점령이 전쟁법상의 점령이 아니라 전술한 ‘해방으로서의 점령’임을 고려한다면 이 같은 몰수조치가 동 조약의 위반이라 함에는 의문이 없을 것이다. 그러나, 이것이 곧 통일한국에서의 몰수조치의 무효로 이어지는 것은 아니다. 왜냐하면, 일본의 조약 당사자성은 별론으로 하더라도 대한제국 내지 일본 지배하의 ‘전체로서의 한국’은 엄연히 조약 체결국이 아니었으며 따라서 이는 헌법에 의해 체결 공포된 조약에 포함되지 않아 국내법으로 수용될 수 없기 때문이다. 그러므로 몰수조치의 무효성 인정을 위해서는 동조치가 재산권의 본질적 내용을 침해했느냐에 대한 판단이 필요하다 하겠다.

법치주의 국가에서의 재산권 보장제도는 단순한 소유권 보장 차원을 넘어서 ‘자유로운 인격’의 형성과 이를 통한 인간의 존재기초의 전제를 이룬다고 봄이 통설의 입장이다. 따라서, 일찍이 독일에서 전개된 소유권과 직업선택의 자유의 관계에 대한 Faustformel은 오늘날 거의 받아들여지지 않고 있다.<sup>464)</sup> 부연하면, 사유재산권의 보장은 자유로운 직업활동을 통한 소유권의 취득을 보장할 뿐만 아니라 이와 더불어 사적자치의 실현 및 자유로운 인격형성에 기여하게 되는 것이다. 이런 의미에서 볼 때 소련점령 하의 북한지역에서의 재산권 박탈 - 특히 1946년의 토지개혁 - 이 사회구조의 완전한 顛覆을 넘어 인간으로서의 기본권에 대한 중대한 침해였음은 잘 나타난다 하겠다. 즉, 일본잔재와 봉건적 토지소유관계의 척결을 내세우면서도 실제로 일본의 지배와 관계없는 5 정보 이상 토지보유자의 농지를 몰수함으로써 거의 모든 농지가 이에 해당했으며, 사회주의 이

463) Vgl. D. Blumenwitz, Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen, 1992 Bonn, S. 49 ff.

464) Vgl. BVerfGE 30, 292(335); NJW 1992, S. 36 f.; H.-J. Papier, Entwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, NWVBL 1990, S. 399; F. Rittner, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung des Grundgesetzes, in: 40 Jahre Grundgesetz, 1990, S. 140 ff.

데올로기에 동조하던 자의 토지는 몰수대상에서 제외되었음은 한 국가의 사회구조를 이데올로기라는 틀 속에서 혁명적으로 개조하여 사회주의적 소유권 질서를 확립하려는 당시 소련점령당국의 의도를 반영한다 하겠다. 또한 재산권몰수조치에 수반된 생명권에 대한 각종 침해행위, 강제이주·격리, 사회적 불평등 취급은 재산권몰수조치가 단지 재산권 보호의 본질적 내용의 침해를 넘어서, 한국민의 문화적·사회적 유산에 대한 심각한 훼손임과 동시에 생명, 자유, 건강 등을 추구하는 인간으로서의 기본권에 대한 회복할 수 없는 침해임을 잘 설명해 준다 하겠다. 더 나아가 해방군으로서의 구 소련점령당국에 그러한 권한이 부여될 수 없었음은 多言을 요하지 않을 것이다. 따라서, 북한지역 재산권몰수조치는 ‘인간으로서의 기본권’을 침해한 점령권의 남용이었으며 국제법상의 범죄행위에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 그러므로, 동 몰수조치는 국제적으로 인정된 강행규정의 위반이며, 동시에 그 법적 결과도 통일한국의 국내법 상 무효라 보아야 할 것이다.

(다) 재산권몰수의 법적 결과에 대한 국내성(Inlandsbezug)과 현재성(Gegenwartsbezug) 인정 여부

타인의 고권행위에 대한 법적 효력의 부인을 위해서는 당해 행위가 사실관계에 비추어 볼 때 확실한 국내성이 인정되어야 한다. 인적 지역적 요소를 고려하건대 북한지역 재산권몰수조치의 법적 결과는 충분한 국내성을 보유한다고 본다. 즉, 피몰수자가 ‘全體로서의 韓國國民’이었고, 그 주소지가 ‘전체로서의 한국’에 있었음을 볼 때 이에 대한 충분한 국내성을 인정하여야 할 것이다.

또한, 지역적 연관성과 더불어 행위의 현재성 여부에 관한 판단도 필수적이다. 비록 북한지역의 재산권몰수조치가 이미 50여년 전의 역사적 사실이며 이를 통해 지금까지 소유권 회복 내지 사유재산권 인정의 여지는 없었지만 이것이 곧 현재성을 부정하는 결정적 논거는 될 수 없을 것이다. 독일의 경우를 참조할 때 앞으로 통일한국의 분위기가 성숙되고 그에 대한 양 정부의 구체적인 노력이 가시화되면서 피몰수자 내지 원소유자의 소유권 회복에 대한 기대가 폭발적으로 증대할 것임은 충분히 예상할 수

있다 하겠다. 더 나아가 재산권몰수라는 不法(Unrecht)을 통해 통일한국의 입법자에게는 불법 자체의 회복이 의무화되는 것이 아니라 어떤 형식으로건 현재의 법질서에 산재하고 있는 당해 不法의 결과를 법치주의적 규율을 통해 제거해야 하는 과제가 주어지는 것이라 할 것이다. 다시 말하면, 통일한국의 입법자는 북한지역의 재산권몰수조치 자체에 대한 법적 책임을 부담하는 것이 아니라, 몰수된 재산권이 ‘전체로서의 한국’에 존재하는 한, 과거 몰수조치에 의해 계속되고 있는 불법적 상황에 대한 책임을 인수해야 하는 것이다.

#### (4) 소 결

‘토지개혁’으로 대표되는 북한에서의 재산권몰수가 이미 북한정부 수립 전에 완성되었고 형식상의 관련명령제정명(북조선림업인민위원회 등)와는 상관없이 실질적으로 구 소련의 절대적 영향하에 입안되고 수행되었음을 고려한다면, 소련점령군정부에 의한 재산권몰수 조치는 북한의 정부 수립전행위 내지 통치행위의 일종이 아니라 국제법상 점령고권(Besatzungshoheit bzw. Besatzungsrecht)의 일환으로 보아야할 것이다. 이는 곧, 북한에서의 구 소련에 의한 재산권몰수조치에 대한 법적 논의가 국제법적 관점에서 출발해서 헌법상 본질적 기본권의 하나라고 여겨지는 재산권보호규정과 의 연관하에서 이루어져야함을 의미한다. 독일에서의, ‘동서독간의 공동성명(Gemeinsame Erklärung)’, ‘통일조약(Einigungsvertrag)’, ‘재산법(Vermögensgesetz)’ 1조 8항 (a), 일련의 연방헌법 재판소 판결들(특히 BVerfGE vom 23. 04. 1991)에 의해 확인된 원상회복불가원칙은 - 비록, 원소유자의 조정급부청구권(Anspruch auf Ausgleichsleistung)은 인정되지만 - 공법적 측면에서 볼 때 법리판단에 잘못이 있어 통일한국의 경우에는 적용될 수 없다고 생각한다. 우선, 북한에서의 구 소련에 의한 재산권몰수조치는 단순한 재산권 침해 차원을 넘어서 ‘인간으로서의 기본권(Menschenrecht)’의 하나인 인간의 존엄성 내지 생존권에 대한 심각한 침해일 뿐만 아니라 전체사회질서에 근본적 변혁을 가져왔다는 점에서 국제법상의 공서양속규정(ordre public)등 강행규정(jus cogens)에 위반하므로 - 비록, 소련점령군정부와 북한정부에

의해 재산권몰수조치의 법적 효력이 추인되었지만 - 무효라 보아야 한다. 이는 곧, 북한에서의 재산권몰수조치가 법치국가에서의 수용(Enteignung)개념이 아니라 몰수(Konfiskation)라 보아야함을 의미한다. 더 나아가 본질적 기본권의 불가침성(독일의 경우기본법 79조 3항)과 기본권으로서의 재산권보호(독일의 경우 기본법 14조 3항)와의 밀접한 연관성, 몰수조치의 현재성(Gegenwartsbezug)과 국내성(Inlandsbezug) 인정 등을 고려할때 소련점령당국에 의해 몰수된 재산적 가치는 원소유자에게 반환되어야함이 법리상 옳다고 본다.

#### 다. 몰수토지 처리와 관련된 조치

##### (1) 토지사유화 추진과 그 방향

통일한국의 토지사유화는 대체로 다음과 같은 방향에서 사유화하는 것이 바람직하다고 판단된다. 사유화를 추진함에 있어서는 농지, 택지 등 대상토지별로 나누어 자세히 살펴보아야 할 것이나 여기서는 간단히 언급하기로 한다.

먼저 농지는 생산용지로 활용되어야 하고 계속 경작되어야 한다. 다만 농지를 구입할 축적된 자금이 없는 북한지역 농민들의 사정을 감안하여 통일 당시 현재 경작하고 있는 자를 중심으로 임대차 방식에 의해 계속 경작하게 하고 점진적으로 사유화를 추진하도록 한다.

농지의 임대차는 원칙적으로 가구 혹은 협동농장 단위로 하며, 농지의 임차인에게는 일정 기간 후 경작농지의 일정면적 이하의 무상분배와 나머지 농지의 유상분배를 받을 수 있는 우선권을 부여한다. 임차할 수 있는 농지의 면적은 전체 농지면적과 가구, 가족 수, 능력 등을 고려하여 정하도록 하여 균등한 임차가 가능하도록 하고, 텃밭은 일정 기간 임대차한 후 무상으로 분배한다.

농지의 사유화 추진은 농업법인 형태의 기업농을 중심으로 하되, 농민이 원할 경우는 소규모 자영농도 인정하여 농업의 국제경쟁력 강화를 추진할 필요가 있다. 특히 보다 경쟁력 있는 농업의 선진화를 위해서는 독일의 경우처럼 첨단산업을 북한지역에 많이 유치하여 농업인구의 산업에

의 흡수를 적극 추진하고 가능한 규모가 큰 영농법인으로 성장시키도록 한다.

다음 택지를 포함한 기타 토지는 다른 어떤 재화보다도 공공성이 강한 특성이 있어 오늘날 세계 각국은 재산권의 제한이 점차 강화되는 경향을 보이고 있다. 특히 高地價로 인하여 사회간접시설(자본)의 설치, 주택의 건설, 생산시설의 확장 등을 위한 토지의 매수가 엄청난 재정의 부담이 되는 우리의 현실에 비추어 볼 때 통일과업을 원만하게 추진하기 위해서는 장래 수요를 위한 국·공유지의 확보와 비축이 반드시 필요하다 할 것이다.

이러한 점을 감안할 때 토지에 대한 사유화조치는 택지·농지·기업·업무용 및 상업용 건물과 부속토지 등 북한주민의 생존권적 토지에 한정하여 제한적으로 실시하는 것이 바람직하다. 따라서 사유화의 대상에서 제외되는 임야, 미개발지 또는 유휴지, 멀지 않은 장래에 도시적 토지로 개발이 예상되는 농지 등에 대해서는 정책적으로 통일 후 당분간이나마 국·공유를 계속 유지하도록 한다.

국·공유상태 하에서 토지일체조사에 의해 지적·토지대장 등 토지관련 서류를 복구 및 확정된 후 국토이용계획 등 관리 및 개발계획을 수립하여 정부계획에 따른 신도시 혹은 전략적 개발예정지역 외의 지역은 조세체계가 확립된 후 선별 사유화를 추진한다. 한편 현재 북한에서 명명되는 ‘수역토지’ 및 ‘특수토지’는 국유화하여 국가계획에 따르도록 하는 것이 타당하다고 보인다.<sup>465)</sup>

## (2) 토지정책과 주택정책의 상관성 고려: 북한주민의 주택에 대한 계속적 이용의 허용

북한지역의 몰수토지 처리문제와 밀접한 관련을 가진 것으로 북한주민들이 현재 거주하는 주택의 처리문제를 들 수 있다. 이에 관해서는 현재 북한의 모든 주택의 소유권은 국가가 가지고 있고, 주민들은 국가의 배치

465) 김용학, “통일후 북한의 재산권 확립방안,” pp. 66~67. 이 밖에 통일 후 북한지역에서의 토지소유제도 개편방안에 관해서는 김영윤, 『통일후 북한 토지소유제도 개편방안 연구』, 연구보고서 95-20 (서울: 민족통일연구원, 1995), pp. 115~129 참조.



명령에 따라 사용권(이용권)을 얻어 단지 점유하고 있으므로 기존의 점유자에게 소유권을 인정하고 역시 장기 저리의 융자를 통해서 구매하도록 유상분배를 하는 것이 일견 타당한 방안이라 할 수 있다.

그러나 여기에는 다른 차원의 문제가 있음을 아울러 유의해야 한다.

첫째, 주택의 배급이 철저한 필요원칙에 따라 공평하게 이루어졌다면 별문제가 없겠으나, 특권층과 소외계층간에 1인당 주거면적에서 엄청난 차이가 발생할 수 있다. 둘째, 주택 면적의 과다 외에도 주택의 노후화 정도나 시설의 질적 차이, 입지조건 등을 감안할 때 현 점유자에게 유상분배의 우선권을 준다고 해서 주민들의 불만이 해소될 것인지가 분명치 않다. 셋째, 주택시장이 형성되지 않은 상황에서 유상분배를 할 경우, 가격책정은 어디에 기준을 둘 것인지도 매우 어려운 문제이다.<sup>466)</sup>

이상의 점을 감안하여 주택의 사유화는 다음과 같은 정책방향을 채택할 수 있을 것이다.

먼저 주택에 대한 사유화의 전단계로 통일당시 현재 거주하고 있는 자에게 우선적으로 주택을 임대하여 계속 사용하도록 함으로써 주거안정을 도모하도록 한다. 임대료는 북한지역의 평균적 주거수준을 몇 등급으로 나누고, 이를 기준으로 소득의 일정비율의 범위 내로 하되, 전체적으로는 이원화하여 기존주택은 저임대료로, 주택을 임차 받지 못한 자에 대하여 공공이 공급하는 국민주택 규모의 신규주택은 시가에 의한 현실임대료로 적용함이 타당하다. 임대주택의 거주자는 일정 기간 제3자에 대한 재임대나 매각이 금지되고 임차인이 계약에서 정한 의무를 위반하였을 때에는 계약기간에 불구하고 해지할 수 있도록 한다.

규모나 질에 있어서 북한지역 주민의 평균적인 주거수준을 훨씬 넘는 고급주택, 즉 특급가옥은 국가가 특별관리하거나 시가로 유상분배할 수 있게 한다. 또한 주민지구 토지에도 택지소유상한제를 도입하여 주택의 규모에 비하여 지나치게 방대한 부속토지는 주택과 분리하여 별도 계획에 따라 처분하도록 하고, 미개발지 등 유희토지는 도시계획 등 제도를 정비한 후에 점진적으로 사유화를 추진함이 바람직할 것이다.<sup>467)</sup>

466) 안두순, “통일후 북한토지 소유권의 처리방안,” p. 55.

467) 김용학, “통일후 북한의 재산권 확립방안,” p. 66.

## (3) 토지소유권 분쟁 처리 및 사유화 추진을 위한 기구 설립

몰수토지의 처리와 관련하여 특히 보상방안을 채택할 경우, 북한주민의 토지이용권과 관련한 분쟁 또는 북한지역 토지에 이해관계를 가진 월남자들의 보상청구와 관련한 분쟁이 폭주할 것이다. 이 때 이러한 분쟁을 신속하게 처리할 기구가 필요하게 될 것이다. 이를 위해 별도의 분쟁조정기구(특별재판소)를 설치하는 방안을 적극 검토해야 할 것이다.

한편 북한지역의 토지를 통일적으로 관리하고 점진적으로 토지를 매각하여 사유화 작업을 추진할 독일의 신탁관리청(Treuhandanstalt)과 유사한 기구, 전술한 바와 같이 가칭 「북한지역 국유재산관리청」을 설립하는 것이 필요할 것이다.<sup>468)</sup> 동 기구는 통일독일의 경험을 살려 예상가능한 혼란을 최소화하면서 통일적으로 사유화를 추진하여 궁극적으로 가격에 의해 토지수요와 공급이 결정되는 시장경제질서를 정착시키는 임무를 수행해야 할 것이다.

## (4) 사유화 지원대책: 토지기금의 설치

모든 생산수단이 국·공유화되어 있는 북한주민들에 대한 주택 및 그 부속토지, 농지, 소규모 판매시설 등에 대한 사유화의 추진에 있어서 가장 큰 문제점은 북한주민들에게는 그 동안 자금의 축적의 기회가 거의 없었다는 사실이다.

그러므로 한편으로는 북한주민에게 단기간내에 자금축적이 가능하도록 일정 기간이 지난 후 서서히 사유화를 추진하도록 하면서, 다른 한편 부족한 주택 및 농지구입자금을 지원하기 위한 제도적 장치를 마련하는 것

468) 통일독일의 신탁관리청을 통한 사유화 추진 외에도 사회주의 경제체제로부터 자본주의 경제체제로의 전환을 모색하고 있는 국가들은 대부분 사유화정책을 실시하고 있다. 헝가리의 국가재산관리청(Staatliche Vermögensagentur), 체코슬로바키아공화국의 국유재산기금(Fonds des Volkseigentums), 러시아의 러시아연방 국가재산관리위원회(Komitee zur Verwaltung des staatlichen Vermögen), 폴란드의 소유권전환부(Ministeramt für Eigentumsumwandlungen), 루마니아의 국가사유화청(Nationale Agenture für Privatisierung) 등의 기관이 그것이다. 통일한국에서 설치될 가칭 국유재산관리청은 이들 기관과 유사하다고 볼 수 있다.

이 필요하다. 이를 위해 가칭 토지기금을 설치하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 여기서 토지기금은 북한지역 주민의 기초자산 구입에 소요되는 자금의 대출이라 할 수 있는 바, 예컨대 10년 이상의 장기저리로 융자할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 토지기금은 정부예산, 국유토지 및 백화점, 직매점, 은행 등 서비스 및 업무용 시설의 판매수익 및 기타 국유재산관리청의 수입금 등으로 조성할 수 있을 것이다.

#### (5) 사유화후 토지관리 실시: 토지투기 억제 등

통일후 북한지역의 국유재산 사유화에 있어서는 우리가 겪었던 부동산 투기 등 시행착오를 다시 재현하지 않도록 해야 할 것이다. 이와 관련, 김용학은 사유화된 재산의 사후관리방안을 ① 사유화 재산의 취득 제한, ② 사유화 재산의 거래규제, ③ 토지투기 억제 등으로 나누어 자세히 언급하고 있다.<sup>469)</sup>

첫째, 북한지역의 부동산 투기 억제, 북한지역 주민의 기초자산 형성 지원은 물론 토지의 생산성을 향상하기 위해 일정 기간 토지취득자를 제한하는 것이 필요할 것이다. 이를 위해 북한지역에 대하여는 특별관리구역으로 지정하여 토지의 취득을 허가제로 하고, 실수요자 중심의 심사를 행하여 적법·타당하다고 판단되는 자에 한하여 취득할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

또한 토지의 사유화가 이루어지고 상황이 완료되지 아니한 토지에 대해서는 기본적으로 매매·증여 등을 금지한다. 그러나 생산 및 업무용 시설 등에 대하여는 불필요한 취득 제한을 하지 않도록 해도 무방할 것이다.

둘째, 북한지역에서의 사유화를 원만하게 추진하고 토지투기 억제를 달성하기 위해서는 일정기간 북한지역을 그린벨트화하거나 또는 토지거래를 금지시킬 필요가 있다.

토지거래 규제에 관한 방안으로는 다음과 같은 것을 고려할 수 있다. 유상분배 농지는 미리 정한 일정 요건을 충족하는 경우에 한하여 매매·증여·상속할 수 있으며, 채권의 담보로 할 수 있도록 한다. 그러나 ‘耕者有

469) 이에 관해서는 김용학, “통일후 북한의 재산권 확립방안,” pp. 68~ 69 참조.

田의 원칙'이 준수될 수 있도록 하기 위하여 정한 특정의 기준을 위반하여 농지를 타인에게 매각하였거나 증여하였을 때에는 국가가 還買權을 행사할 수 있도록 한다. 생산시설 및 업무용 시설의 경우 가칭 국유재산관리청은 사유화된 토지가 목적 사업에 이용되고 있는지의 여부를 정기적으로 확인하는 등 감독할 권한을 갖도록 한다. 사유화된 시설과 그 부속토지는 상환기간 내에는 타인에게 양도할 수 없도록 하며 목적사업을 계속 영위할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 국유재산관리청에 환매를 신청하도록 한다. 국유재산관리청과 임대차계약중인 주택의 사적 거래 및 재임대는 금지되며, 사유화된 주택의 매매의 실수요자에 한하여 허용되도록 한다.

셋째, 토지 등 부동산 투기의 발생을 억제하는 방안의 채택을 고려할 필요가 있다. 이 점은 몰수토지를 재국유화하는 방안이나 보상방안 어느 경우에도 당연히 수반되어야 할 조치이다.

토지투기 억제를 위해 고려해야 할 점은 북한에는 지금까지 토지시장이 존재하지 않았기 때문에 地價에 관한 자료가 알려진 것이 거의 없다는 것이다. 따라서 매각가격을 기초가격으로 하여 시장경제질서에 적응하여 안정을 이룰 때까지 시간을 두고 지가조사를 충분히 실시하여야 한다. 지가 조사와 자료관리는 우리의 경우와 마찬가지로 한국토지공사가 담당하게 하도록 하고 정부당국, 국유재산관리청은 물론 당해 지자체 등과 밀접한 정보공유체계를 형성하여 효율적인 국토관리 및 개발계획이 수립될 수 있도록 하여야 할 것이다.

#### (6) 외국인투자기업의 토지임차권에 대한 기득권 인정

남북통일이 이루어질 경우 외국기업 또는 투자가가 통일 이전 북한의 토지임대법에 따라 북한정권으로부터 최대 50년의 기간동안 임대한 토지에 대해서 그들이 갖고 있는 임차권을 보호해야 하는 문제가 제기될 수 있다. 북한은 우리에게 있어서는 특수관계에 있는 정치실체이나, 국제사회 일반이나 외국투자기업(및 동 기업의 본국)의 입장에서는 엄연히 하나의 국가임에 틀림없다. 따라서 남북통일에 따른 외국투자기업의 토지임차권 보호문제는 국제법상 국가승계의 문제에 속하는 것이라 할 수 있다.

남북통일이 실현되어 국가상속의 문제가 제기될 경우, 외국인재산의 보호, 특히 외국인의 기득권을 존중해야 한다는 원칙이나 국가상속시 행정적·속지적·지방적·재산적인 성격의 권리·의무는 승계되고 존중되어야 한다는 것은 일반국제법상 확립된 원칙이다. 이러한 일반국제법원칙에 비추어 통일한국은 외국인투자거나 외국투자기업의 토지임차권을 존중하고 이를 배려하는 적절한 조치를 취해야 할 것이다.

다만 이것은 통일한국이 전국토의 효율적인 이용이라는 관점에서 종합적·체계적으로 토지정책을 추진하는데 다소의 제약요소가 될 수 있고, 경우에 따라서는 북한주민의 이용권, 월남자들의 구조유권 주장과 상충될 수도 있음에 주목해야 할 것이다.

## 라. 북한 국영기업의 사유화와 공공재산 귀속

### (1) 북한지역 국유재산의 사유화

아직 통일 방식에 대한 남북한의 합의조차 이루어지지 않은 현 단계에서 통일 후 북한 국유재산의 사유화 및 공공재산 귀속 문제를 논하는 것 자체가 시기상조인 감이 없지 않다. 따라서 아래에서는 통일방식과 상관 없이 공통적으로 도출할 수 있는 기본 원칙들에 대해서만 논하기로 한다.

#### (가) 국유재산 사유화의 의의

사회주의 토지정책의 목적은 궁극적으로 부동산의 국가재산으로의 편입이다. 국가재산은 다른 소유권 형태에 비해 우월하며 처분의 대상이 될 수 없다.<sup>470)</sup> 독일의 경험으로 비추어 볼때 50여년을 지탱해 온 북한의 재산권 몰수 정책은 통일 후 수많은 원소유자들의 몰수재산권 원상회복청구를 야기해 소유권 질서의 큰 혼란이 초래될 것임은 충분히 예상할 수 있을 것이다.

한편, 우리가 통일과정에서 결코 포기할 수 없는 자본주의적 시장경제 질서는 논리상 당연히 북한 국가(국유)재산의 시민법적 의미에서의 사적

470) 북한민법 44조 이하, 동독민법전 20조 참조.

소유 내지 공법상 단체의 소유를 요구하게 될 것이다. 이같은 사유재산권의 창출 내지 사유화 정책에서 북한주민이 무산계급임을 우선 고려하여야 할 것이다. 이는 곧 북한주민의 최저 생존권이 보장되어야만 전체 한국민의 자유의사에 의한 진정한 의미에서의 평화적 통일이 달성됨을 의미하는 것이다. 그렇지 않을 경우 통일의 후유증은 또다른 분단을 초래할 지도 모른다. 따라서, 북한지역의 즉각적인 시장경제적, 자유주의적 소유권 질서의 확립을 위해 사유화 정책은 우선적으로 원소유자와 형식상 현처분권자와의 소유권 귀속관계를 명확히 하는데 기여해야만 한다. 더 나아가 사유화 정책은 외부자본 유치와 이에 따른 경제 부흥 및 수익금 배분등을 통해 북한주민의 재산형성도 고려해야 한다. 경제구조 개편을 위한 투자 장애요소의 제거 및 주민분배의 극대화를 통한 사회적 정의 실현도 사유화를 통해 달성해야 할 목표가 될 것이다.

사유화 형태와 관련하여, 이해관계의 대립으로 인해 법적으로 어려운 문제 -예컨대 법적 보호를 구하는 원소유자의 요청과 적절한 국유재산의 분배, 관리를 통한 경제발전을 요구하는 거시적 측면- 가 발생함도 예상할 수 있다. 이에 대한 해결은 원칙적으로 헌법상의 제원칙에 부합해야 한다. 따라서, 사유화 정책의 척도는 헌법상의 정의개념, 사회적 형평, 평등원칙 및 공공복리원칙 등이어야 할 것이다. 사유화 대상이 생산수단일 경우에는, 북한주민이 자기의사에 반해서 50년 이상 정치적 형태에 관해 결정할 기회가 없었고 따라서 사회경제적으로 볼 때 재산권 몰수정책의 희생자였다는 점을 고려하여 그들의 사유재산을 어떻게 보장할 것인가 하는 문제가 특히 중요할 것이다. 이런 의미에서 북한 주민의 소유권 형성 내지 생존권 보장은 인간으로서의 기본권(Menschenrecht) 문제로 다루어져야 한다고 본다.

#### (나) 북한 국영기업의 사유화

##### 1) 소위 “국유재산감독청”의 설립과 그 임무

북한 국영기업을 자본회사 형태로 전환하고 이를 통해 북한경제를 시장경제구조로 적응시키기 위해서는-독일의 경우를 참조한다면<sup>471)</sup>- 사유화

업무를 전담하는 공법상 기구의 설립이 필수적이라 할 것이다. 이를 여기서는 假稱 국유재산감독청이라 부르기로 한다.

국유재산감독청의 우선과제로는 북한기업의 시장경제적 조건에 맞는 구조적응을 통한 사유화<sup>472)</sup>와 거대한 콤비나트의 현대적 경제구조에 합당한 중소기업으로의 분할을 들 수 있다. 사유화의 실행은 최대한 신속히 이루어져야 하며,<sup>473)</sup> 이를 위해 국유재산감독청은 자신의 영업지분을 최대한 빨리 매각해야 할 것이다. 매각 결정을 함에 있어서는 경쟁력 향상, 고용창출 및 보장을 고려하여야 한다.<sup>474)</sup> 사유화가 국유재산의 사적 경제단위로의 전환을 의미한다면, 사유화 과정에서 공법상의 단체가 참여할 수 있느냐가 문제될 수 있는데, 사유화의 궁극적 목표가 북한 국가계획경제의 시장경제질서로의 완전한 편입임을 고려한다면 해당 법률의 규정에 비추어 필요한 경우 이를 인정해야 한다고 본다.

북한경제의 낙후성에 비추어 볼 때 모든 국영기업이 사유화 적격상태는 아닐 것이다. 따라서 해당 국영기업에 대한 즉각적인 사유화, 즉 투자자에게로의 매각이 불가능 할 경우에는 국유재산감독청은 이들 기업이 사유화 적격상태가 되도록 경쟁력 제고를 통한 기업체질개선(Sanierung)에 힘써야 할 것이다. 이 경우 기업체질개선은 현상유지 차원이 아닌 재정적 위기에 처한 기업의 회생을 위한 가능한 모든 조치-예컨대 재정적 조치뿐만 아니라 기업 내 구조, 조직의 개편-를 포함한다고 보아야 한다.<sup>475)</sup>

471) 독일에 있어서 신탁청의 역할, 임무 등에 관해서는 M. Balz, Rechtseinheit-Wirtschaftseinheit : Die Rolle der Treuhandanstalt, VIZ 1992, S. 41 ff.; R. Bärwaldt, Die Treuhandanstalt nach dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages, DtZ 1990, S. 347 ff.; Busche, in: Brunner, Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, §11 TreuhG, S. 8 ff. 참조.

472) 독일의 경우 신탁법이 정하는 신탁청의 사유화 임무는 단순히 신탁청에 附與된 權能이 아니라 법률상의 義務라 본다. Vgl. M. Kerber/W. Stechow, Das Treuhandaußenrecht, DZWiR 1991, S. 105 ff.

473) 독일의 경우 신탁법 前文 참조.

474) 황병덕, 구 동독의 사유화와 한국 통일, 민족통일연구원 1992, 125면 이하; 박승훈, 한국 통일과 관련한 독일 신탁청의 임무, 대외경제정책연구원 1993, 128면 이하.

475) 독일의 경우 R. Schmidt, Aufgaben und Struktur der Treuhandanstalt

국유재산감독청 설립의 목적은 일반적으로 즉각적인 사유화를 추진함에 있다 할 것이다. 따라서, 해당 기업이 처음부터 경쟁력을 보유해 사유화 적격상태일 경우에는 매각 대상자를 찾는데 별 어려움이 없을 것이다. 그러나, 해당 국영기업이 기업체질개선 대상일 경우 국유재산감독청은 “사유화를 통한 체질개선”과 “사유화를 위한 체질개선”, 즉 사유화와 기업체질개선 중 하나를 우선적으로 선택해야 할 것이다. 비록 매각을 통한 사유화가 대부분의 경우 기업체질개선을 위한 최상의 방법이지만 이것이 곧 모든 희생을 치른 사유화를 의미할 수는 없는 것이다. 다시 말하자면, 국영기업은 전체 경제적 이익형량, 특히 고용확대의 사회적 측면에서 필요할 경우에 우선적 사유화 대상이 되어야 한다. 생각건대, 통일 후 예상되는 북한 지역의 높은 실업률을 고려할 때 고용기회 상실과 직결될 지도 모를 매각에 의한 즉각적 사유화 보다는 전체 북한경제의 구조적 적응에 적합한 체질개선 노력에 보다 큰 중점이 놓여져야 한다고 본다.

위에서 논한 국유재산감독청의 임무를 독일의 경우와 비교해서 요약·나열하면 다음과 같을 것이다.

- 전환 자본회사의 설립과정에서의 협력 및 감독(신탁법 제15조 제3항, 16조 20조),
- 개별기업의 매각 등을 통한 거대 콤비나트의 해체(신탁법 제2조 제6항 제2문, 제8조 제1항, 제12조 제3항),
- 전환기업의 재정적 경쟁력 제고를 위한 신용창출 및 부채경감(국가조약 제27조, 통일조약 제25조 제4항, 신탁법 제2조 제7항),
- 기업의 구조적응을 위한 자본재 및 인적 자원의 보존 및 적정분배(통일조약 제25조 제5항, 신탁법 제5조),
- 경영지분 내지 기업재산의 매각을 통한 국영기업의 사유화(신탁법 제2조 제6항 제1문, 제8조 제1항),

---

im Wandel der Wirtschaftslage, in: P. Hommelhoff(Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, RWS-Reform 7, Köln 1991, S. 17 ff. 참조.



- 사유화미적격기업의 해체 및 잔여재산에 대한 가치평가(신탁법 제8조 제1항).

## 2) 사유화의 실행

국영기업 사유화의 궁극적 목적은 전술한 바와 같이 해당기업의 자본회사로의 전환을 통해 국가의 독점적 기업경영 내지 감독을 제거함으로써 북한지역 경제가 시장경제질서에 적합하도록 재구성하는 데에 있다 할 것이다. 이 같은 국영기업의 자본회사로의 전환, 즉 사유화는 기업내 사법적 조직의 창출, 충분한 자본재 구비, 투자가에로의 매각을 의미해야 하며, 이때의 전환은 북한기업의 낙후성, 전체 경제적 이익을 고려할 때 법률에 의한 전환이 바람직하며, 전환된 자본회사는 독일의 경우와 같이公示的 요청에서 특별한 명칭이 부여되어야 할 것이다. 국유재산감독청은 전환된 자본회사의 자본적 지분의 소유자가 될 것이며, 해당기업의 자본재 확충을 위해-이는 곧 투자자를 유인하는 결정적 요소가 될 것이다- 국영기업이 점유, 이용하던 부동산은 전환된 자본회사 소유가 된다고 보아야 할 것이다. 이와 더불어 북한기업이 대부분 거대한 콤비나트 형태임을 고려하여 사유화 과정에서 거대기업의 중소기업으로의 분할도 필요할 것이다. 그렇지 않을 경우, 영업지분의 제 3 자에로의 매각을 통한 북한지역 기업의 대중참여도 증대라는 국유재산감독청의 또하나의 목표는 실제 상당한 어려움에 봉착할 것이다.

## (2) 북한 공공재산의 귀속

전술한 북한국가재산의 “전체로서의 한국”에로의 이전론과 공공재산의 고전적 이분론에 입각한다면, 공공재산의 분배 내지 귀속은 우선적으로 개별법상 권한배분에 의한 ‘기능적 적합성 원칙’에 충실히 근거해서 규율되어야 할 것이다. 또한, 북한의 철도·체신기업 등에 대한 특별규정도 독일의 입법을 참고해서 마련되어야 할 것이다.

## (가) 행정재산

공공재산의 고전적 이분법에 의할때, 특정의 행정 목적에 직접 기여하

는 북한의 행정재산은 통일 후 국가승계이론에 따라 법률상 당연히(ips*o* iure) 남한 내지 “전체로서의 한국”에<sup>476)</sup> 이전된다고 보아야 한다. 행정재산의 개념적 범위에는 행정임무상의 사용관계, 공공목적에 위한 사용관계, 북한주민에 의한 기관적 특별이용관계 등에 있는 모든 재산적 가치를 포함하여야 한다.

목적규정에 의할때 직접적으로 중앙정부의 행정적 임무에 이용되던 행정재산은 업무의 계속성 유지 차원에서 통일 후에도 중앙정부에 귀속되어야 할 것이다. 그 외의 경우에는 법률상의 관할규정에 따라 해당 재산적 가치와 행정목적에 대해 관할권있는 지방자치단체에 소유권을 인정하여야 한다고 본다. 이는 곧 통일 후 북한 지역의 원활한 행정 운용에도 기여할 뿐더러 남북한의 균형있는 지방재정상의 재원 확보에도 도움이 될 것이다.

#### (나) 재정재산

재정재산의 귀속은 독일의 경우를 볼 때 우리의 경우에도 쉽지 않은 부분이 될 것이다. 재정재산의 國庫的 성격으로 말미암아 행정재산과는 달리 특정한 행정목적이나 공행정상의 권리주체와의 연관이 용이하지 않기 때문이다.<sup>477)</sup> 독일의 경우를 참조할 때 자본적 가치 내지 수익을 통해 간접적으로 행정상 재원 충족에 기여하는 공공(재정)재산은, 당해 재산에 관한 직접적 사유화 규정이 없는 한, 중앙정부의 신탁적 관리대상이 되어야 한다고 본다. 그러나, 지방지역단체가 당해 재산에 대해 장부상의 형식적 소유자인 경우나 계약적 이용관계에 의해 직접 占有하는 경우에는 예외적으로 그 행정단체의 소유권이 인정되어야 한다고 본다.

더불어, 최근 들어 활발해진 북한의 대외무역과 합작기업의 증가를 고려할 때 통일입법에는 반드시 대외무역 과정에서 발생하는 서방국가에 대한 채권, 부채 등의 청산에 관한 규정이 포함되어야 할 것이다. 왜냐하면

476) 이같은 표현이 곧 남한과 “전체로서의 한국”이 동일개념이라는 의미는 아니다. 즉, 통일방식에 따른 구분일 따름이다(남한=흡수통일의 경우, “전체로서의 한국”=합의통일의 경우). 자세한는 Choong-Gu Kim, a.a.O. 참조.

477) 따라서 독일의 경우에도 실제 통일조약 22조가 예외적 규정 내지 해석을 통해 그 적용 범위가 상당히 제한되고 있음은 이미 살펴본 바와 같다.

통일은 북한 국가재산과 관련된 제3국의 물권적 법질서에 직접적 영향을 끼칠 것이기 때문이다.

## IV. 결 론

독일통일은 통일문제에 대한 법적 접근의 필요성과 중요성을 분명하게 인식시켜 준 역사적 사건이었다. 우리가 사전에 충분한 법적 대비 없이 남북통일의 상황을 맞이할 경우 일관성이 없는 임기응변식 대응을 할 공산이 크다고 하겠다. 이는 통일과정에서 돌이킬 수 없는 혼란과 후유증을 유발하게 될 것이다. 이러한 점을 깊이 유념하여 지금부터 남북 법통합의 이론 및 방식, 그리고 그에 수반되는 법제적 뒷받침에 관한 치밀한 연구를 통해 법치주의에 충실한 무리없는 통일을 준비해야 할 것이다.

통일한국은 서로 현격하게 상이한 남북한의 법체계, 즉 자유민주주의 법체계와 공산주의 법체계를 통합함에 있어서 이미 세계사적으로 상대적 우위가 판명되고 보편적 지지를 받고 있는 자유민주주의와 시장경제질서에 입각해서 추진하는 것이 타당하다. 다만 북한지역 및 주민들의 구체적 타당성을 최대한 배려하는 것이 민족사회의 통합과 통일한국의 정치적 안정에 절대적으로 필요하다.

한편 통일 후 남북한의 법체계를 통합하는 과정이 순조롭게 진행될 것인지 여부는 남한의 자유민주주의 성숙도, 경제적으로 통일비용을 부담할 수 있는 재원의 확보, 법치주의의 완성도, 정치지도자 및 국민들의 합리주의적 태도 등에 상당히 좌우될 수 있다. 이 점을 감안하여 우리 사회를 건강한 시민사회로 끊임없이 개혁·정화·발전시켜 나가는 노력이 매우 중요하다.

남북통일이 북한 급변사태에 따른 흡수통일방식으로 실현된다 하더라도 법질서의 즉각적이고 총괄적인 통합은 가능하지도 않을 뿐더러 바람직하지도 않다. 따라서 과도기적이고 이원적인 법상태의 존재가 불가피할 수도 있음을 충분히 고려하면서 법적 혼란 등의 문제를 최소화할 수 있도록 철저한 준비가 요구된다고 할 것이다.

본고에서 검토한 남북 법체계 통합의 방향은 하나의 시론적 고찰에 불과하다. 향후 각각의 법분야에서의 세부적인 법통합방향에 관한 보다 심층적인 연구·분석이 뒤따라야 할 것이다.

한편 몰수토지처리문제는 법치주의 확보차원만이 아닌 북한주민의 생활 안정 및 북한경제의 재건이라는 통일완수 차원에서 법적 측면은 물론 사회·경제적 측면, 나아가 현실정치적 측면에 이르기까지 종합적인 관점에서 다루어져야 한다. 비록 법리적으로는 원소유자의 권리가 인정된다 하더라도 한 세대가 이미 지나가고 40년 이상의 세월이 지난 지금 이 문제를 법적인 문제로만 접근한다는 것은 체제화합 차원이나 정서적인 면에서 무리라고 생각된다. 따라서 몰수재산처리문제는 순수한 법적인 해결보다는 한국적 특수상황에 맞는 합리적 방안을 마련하여 국민적 합의를 바탕으로 정치적 결단으로 처리되어야 한다고 생각된다.

무엇보다 지적하고 싶은 것은 통일한국의 토지정책, 특히 몰수토지문제의 처리는 그 자체 고립된 문제가 아니며 여타 북한주민의 생계문제, 생업의 터전 확보문제와 밀접한 관련이 있다는 사실이다. 그러한 점에서 몰수토지 처리문제는 여타 관련된 사안들과 연계되어 종합적으로 추진되어야 한다.

몰수토지 처리문제와 직·간접으로 관련되어 있으면서도 통일한국 초기의 토지정책 수립 시 반드시 유의해야 할 부분(또는 정책적 고려사항)으로는 이미 앞에서 지적한 바와 같이 여러 가지가 있으나, 요약하여 대표적인 것만 들면 다음과 같다.

첫째, 몰수토지의 처리는 통일후유증을 최소화하고 조속한 시장경제체제의 기반구축 및 북한지역의 경제를 활성화시킨다는 기본정책 하에 추진되어야 한다.

둘째, 몰수토지의 처리는 북한주민들이 단기간 내에 자신들의 기초자산을 형성·축적하게 함으로써 생활안정을 도모하는 방향에서 추진되어야 한다.

셋째, 몰수토지문제를 최종적으로 마무리함에 있어서 북한주민 스스로 연고가 있는 토지구입에 대해 우선권을 가질 수 있도록 배려해야 한다.

넷째, 통일한국 초기 북한지역에 대한 공공투자를 위한 토지를 비축하고 이를 위한 재원확보를 가능케 하는 방안이 선택되어야 한다.

다섯째, 통일 직후 적어도 어느 정도의 기간동안에는 협동농장과 농장내의 농기구를 포함하여 기존의 영농체제가 유지되어야 한다.

이상의 점에 비추어 볼 때 우리는 몰수토지처리문제는 토지사유화의 문제와 불가결의 관계에 있고, 또한 이것은 주택·토지는 물론 국·공유기업 및 기타 국유재산 등 구재산권의 사유화문제와 밀접한 관련이 있음을 알 수 있다. 따라서 몰수토지문제는 통일한국의 전반적인 사유화 추진이라는 거시적 구도 속에서 처리하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

이러한 정책적 고려사항을 유념하면서 몰수토지문제에 접근할 때, 북한 지역의 모든 토지를 재국유화한 후 북한주민들에게 토지를 임대하여 사용케 한 다음 일정 기간이 지난 후 북한주민이 상당한 재산을 보유하게 되었을 때(물론 이 과정에서 정부가 북한주민 재산형성을 위한 적극적인 조치가 취해져야 함) 점진적으로 이들에게 매각하여 사유화를 추진하는 재국유화방안을 - 반환원칙의 법리적 타당성에도 불구하고 - 우선적으로 채택할 수 있을 것이다(단 이 경우에 극히 예외적으로 반환 내지 보상을 인정할 것인가도 아울러 검토할 필요가 있다).

그러나 이 방안의 경우 월남자들의 반환청구, 그에 따른 소송폭주 등의 예상되는 문제점을 가볍게 보는 면이 없지 않고, 사유재산권 보장의 면에서 미흡한 점이 있다. 따라서 2차적으로 토지의 원소유자에게 일체의 반환청구를 인정하지 않고 금전보상을 실시하는 선에서 해결책을 모색하되, 보완적인 방안을 강구하는 방안을 대안으로 검토할 필요도 있다고 생각된다. 즉 사유재산권 보장, 법치주의 옹호, 북한 내에 사회적 시장경제체제의 조속한 도입, 북한주민의 토지이용권 보호, 대북한 투자장애요인 제거, 원소유자에 대한 최소한의 배려 등 종합적으로 감안할 때 통일한국 초기 전개될 상황변화에 따라서는 보상방안의 선택도 일응 현명한 선택이 될 수 있을 것으로 보인다. 다만 이 경우에는 보상재원 마련이 해결하기가 쉽지 않은 과제일 것으로 전망된다.

결국 통일한국의 정부는 통일이 이루어지는 형태와 시기·방법 등 다양한 변수를 고려하여 재국유화방안을 우선적으로 검토하되, 아울러 代案의 차원에서 보상방안의 채택가능성을 적극 고려함이 타당하다고 할 것이다. 한편 이상의 어느 방안을 채택하든 상관없이 북한지역에 토지투기현상이 일어나지 않도록 일정 기간 토지거래를 강력하게 규제하는 조치가 필요할 것으로 보인다.

통일한국의 토지 사유화 방향은 택지(주택)는 현재 거주하고 있는 자에게, 농지는 현재 경작하고 있는 자에게 우선이용권을 부여함을 원칙으로 해야 할 것이다. 점진적으로 주택과 농지도 사유화를 추진하되, 북한지역 주민의 기초자산 축적 및 북한잔류를 유도하기 위해 주택의 경우는 일정 금액, 농지의 경우는 일정 면적을 정하여 무상으로 분배하고 나머지는 유상분배해야 할 것이다. 이를 위해서는 주택과 농지의 임대차계약에 관한 규칙과 이의 사유화에 관한 구체적인 법률이 제정되어야 한다.

이와 함께 토지정책과 관련있는 조치로서 북한주민이 현재 거주하는 주택의 계속적 이용 허용, 외국인투자기업의 토지임차권에 대한 기득권 인정, 일정기간 토지거래 금지, 토지소유권 분쟁의 효율적 처리와 토지 사유화 작업을 추진하기 위한 기구의 설립을 적극 검토해야 한다.

한편 통일과정에서 남북한이 통일합의서 또는 통일헌법을 채택할 경우 이들 문서에 몰수토지처리에 관한 기본원칙과 세부적인 처리방안을 사전에 명시함으로써 헌법적 근거를 마련함으로써 법적·제도적으로 관련 당사자들간에 첨예한 이해대립이 발생하는 것을 최소화하는 것이 필요하다고 생각된다. 이와 병행하여 원소유자들이 구소유권을 포기하고 통일한국의 정부정책에 따르겠다는 의지를 집단적으로 표시하여 통일한국이 토지정책을 추진함에 있어서 선택의 폭을 넓히도록 해 준다면 이 문제의 해결은 보다 더 수월해 질 것으로 보인다. 이와 관련 월남자들의 정치적 결단, 특히 토지반환청구 의사의 명시적 포기가 이루어진다면 더할 나위 없이 바람직할 것으로 사료된다.<sup>478)</sup>

한편 북한지역의 몰수토지를 처리함에 있어서 북한의 토지임대법에 따라 북한당국으로부터 자유경제무역지대의 토지를 임대받아 사용하여 온 외국인투자거나 외국인투자기업(외국인투자기업과 외국기업 포함)들의 경우, (임대 시로부터 최대 50년에 이르는 기간 동안) 그들의 토지임차권을 존중해 주어야 할 것이다. 그것은 무엇보다 '기득권존중의 원칙'에 부

478) 최근 우리사회에서 기독교 신자들을 중심으로 북한재산권 포기운동이 전개되고 있는데, 이것이 광범위하게 전개되어 상당한 국민적 콘센서스를 형성할 경우 통일한국의 정책선택 폭을 넓혀 줄 것으로 생각된다. 「국민일보」, 1995년 12월 6일, p. 11 참조.

합하며 일반국제법상의 원칙에도 부합하는 조치로서 국제관계의 급격한 변동을 가져오는 것을 피하는 평화적인 요청에도 합치한다고 하겠다.



## 참 고 문 헌

### 1. 국내 문헌

강정구. “6.25전후 월남인들의 월남동기와 계급성에 관한 연구,” 『사회평론』. 1992년 8월호.

고영훈. 『독일통일에 따른 공법의 통합에 관한 연구』. 연구보고 94-9. 통일법제연구 1.

권영설. “독일통일 이후의 기본법 개정,” 헌법재판소, 『독일통일관련 연방헌법재판소의 판례 및 기본법 개정에 관한 연구』. 서울: 헌법재판소, 1996).

권영성. 『비교헌법학』. 서울: 법문사, 1982.

김민배·최민경. “월남자와 북한의 토지 그리고 통일,” 『민주법학』. 제 6호 1993.

김병기. “통일한국의 바람직한 법제도에 관한 원론적 연구,” 국가정보연수원, 『바람직한 통일국가의 모형』. 제2회 국가정보학술회의. 서울: 국가정보연수원, 1997.

\_\_\_\_\_. 『북한지역 몰수재산권의 원상회복 여부에 관한 고찰』. 행정법 연구, 1997.

\_\_\_\_\_. 『통독 재산법제에 있어서의 손실보상청구권』. 토지공법연구 제7집, 1999.

\_\_\_\_\_. 『통독 후 국영기업등의 사유화와 공공재산의 귀속』. 서울대학교 법학 제37권 제2호, 1996.

\_\_\_\_\_. 『통일 후 구동독 공공재산의 귀속』. 통일경제 제5호, 1996.

- \_\_\_\_\_. 『투자우선법을 중심으로 살펴 본 통일독일의 투자우선법제』. 법조 530호, 2000.
- 김병기. 홍준형, 『독일 통일과정에 있어 법·행정의 통합에 관한 연구』. 행정논총 제36권 제2호, 1998.
- 김상용. “구동독과 북한의 토지제도의 비교,” 『토지연구』. 제5권 5호, 1994.
- \_\_\_\_\_. “구동독의 토지제도,” 『토지연구』. 제4권 5호, 1993.
- \_\_\_\_\_. “북한의 토지소유제도,” 『토지연구』. 제4권 2호, 1993.
- \_\_\_\_\_. “북한의 토지제도와 통일후의 개편방향,” 『현대이념연구』. 제8집, 1992.
- 김영윤·여인곤·황병덕. 『통일독일의 분야별 실태연구』. 서울: 민족통일연구원, 1992.
- 김용학. “통일후 북한의 재산권 확립방안,” 『토지연구』. 제5권 5호, 1994.
- 김운근. “통일후 북한토지 문제 어떻게 할 것인가: 반환보다는 보상으로 끝내야,” 『월간 조선』. 1993년 11월호.
- 류해웅. “통일후 북한의 토지이용과 개발에 대한 기본구상,” 『토지연구』, 제4권 1호, 1993.
- 리영희. 『한겨레신문』. 1994년 7월 16일자.
- 문병집 외. 『통일에 대비한 북한지역의 효율적인 토지관리방안에 관한 연구』. 서울: 한국토지공사, 2000.
- 민족통일연구원. 『북한인권 백서 1996』. 서울: 민족통일연구원,

1996.

\_\_\_\_\_. 『화폐·경제·사회통합에 관한 조약(상)』. 서울: 민족 통일연구원, 1994.

박기륜. 『통일한국경찰론』. 서울: 육서당, 1999.

박성훈. 『남·북한의 통일에 비추어 본 독일 신탁관리공사의 역할과 의의』. 서울: 대외경제정책연구원, 1993.

박수혁. “남북한 법제통합방안,” 통일연수원, 『통합업무 이해』. 서울: 통일연수원, 1996.

\_\_\_\_\_. “남북한 헌법통합에 관한 고찰 -동서독 헌법통합의 경우와 비교하여-,” 시립대학교 법률행정연구소, 『남북통일과 법제도』. '97 법률행정연구소 학술세미나, 1997.11.28.

\_\_\_\_\_. “통일한국의 법률통합,” 『법조』. 통권 제530호. 2000.11.

박영도. 『독일통일과 기본법의 개정』. 서울: 한국법제연구원, 1995.

박용헌·김형근. “남북한의 대학교육통합방안,” 한국대학교육협의회, 『통일후 북한대학교육정책에 관한 연구(초안)』. 전문가회의 자료, 1996년 9월 18일.

박종철. 『통일한국의 정당제도와 선거제도』. 서울: 민족통일연구원, 1994.

배병일. “통일한국의 토지소유제도 개편방향,” 『북한연구』. 제4권 3호 1993.

법무부. “동서독 법률사법통합현황 및 남북관계 진전에 따른 법적 문제,” 『통일법 기본자료(II)』. 서울: 법무부, 1994.

- \_\_\_\_\_. 『독일 법률·사법통합개관』. 서울: 법무부, 1992.
- \_\_\_\_\_. 『북한법연구(Ⅳ) -민법-』. 서울: 법무부, 1987.
- \_\_\_\_\_. 『북한법의 체계적 고찰 I』. 서울: 법무부, 1992.
- \_\_\_\_\_. 『통일독일·동구제국 몰수재산처리 개관』. 서울: 법무부, 1994.
- \_\_\_\_\_. 『독일통일 10년의 법적 고찰』. 서울: 법무부, 2000.
- \_\_\_\_\_. 『통일독일·동구제국 몰수재산처리 개관』. 서울: 법무부, 1994.
- \_\_\_\_\_. 『통일독일의 구동독 불법청산 개관』. 서울: 법무부, 1995.
- \_\_\_\_\_. 『통일법무기본자료』. 서울: 법무부, 2000.
- 법제처. 『독일통일관계법연구(Ⅱ)』. 서울: 법제처, 1992.
- \_\_\_\_\_. 『북한법제 개요』. 서울: 법제처, 1991.
- \_\_\_\_\_. 『북한의 합영법제』. 서울: 법제처, 1992.
- 손희두. “통일후 북한지역내 재산권문제 처리방안,” 『한세정책』. 제4호1994년 10월호.
- 신도철. “북한에서의 재산권 구조,” 국민경제연구소, 『경제체제의 변화와 재산권』. 서울: 국민경제연구소, 1992.
- 신재명. “북한토지정책의 전개과정과 그 특징: 토지법 변화를 중심으로,” 『북한』. 1991년 10월호.
- 안두순. “통일후 북한토지 소유권의 처리방안,” 『통일경제』. 1995년 6월호.

- 오종근, “북한민법상의 소유형태,” 『북한연구』. 제3권 4호, 1992.
- 이승우, “구동독의 재산처리원칙에 비추어 본 남북통일후 북한지역의 재산처리문제,” 『성곡논총』. 제25집 상권 1994년 6월호.
- 이진욱, “통일후 북한의 토지정책 -토지소유권을 중심으로-,” 『토지연구』. 제4권 6호 1993.
- 이태일, “통일시 남북한 토지문제의 전망과 정책과제,” 통일원, 『94 북한 및 통일연구논문집』제3권. 서울: 통일원, 1994.
- 장명봉, “남북한 통일에 대비한 헌법적 대응방안,” 『남북통일에 대비한 법적 대응방안』. 제6회 법제 세미나. 서울: 한국법제연구원, 1995.
- \_\_\_\_\_. “독일통일과정에 대한 헌법적 고찰과 통일 3년후의 헌법상황,” 『한국통일정책연구논총』. 한국통일정책연구회 제2권, 1993.
- \_\_\_\_\_. 『분단국가의 통일헌법 연구 -독일과 예멘의 통일사례와 자료-』. 서울: 국민대 출판부, 1998.
- 제성호, “통일한국의 바람직한 법제도에 관한 원론적 연구’에 대한 토론내용,” 국가정보연수원, 『바람직한 통일국가의 모형』. 제2회 국가정보학술회의. 서울: 국가정보연수원, 1997.
- \_\_\_\_\_. “남북한관계와 법,” 서원우 편, 『한국법의 이해』. 서울: 두성사, 1996.
- \_\_\_\_\_. “통일한국의 토지정책방향: 불법몰수토지 처리를 중심으로,” 미래인력연구센터, 『통일 이후의 사회와 생활』. 서울: 미래인력연구센터, 1996.

- 조 민. 『통일 이후 북한지역 국유재산 사유화방안 연구』. 서울: 민족 통일연구원, 1997.
- 조은석 외 3인. 『남북한 평화공존과 남북한 연합 추진을 위한 법제정 비방안연구』. 서울: 통일연구원, 2001.
- 주독 한국대사관. “통독선거를 위한 동서독간 선거협약,” 내부자료, 1991.
- 최달곤. “북한민법의 구조와 내용,” 『북한법률행정논총』, 제5집, 1982.
- \_\_\_\_\_. “북한법의 체계와 법원,” 『북한법령집』제1권. 서울: 대륙연구소, 1990.
- 최대권. “『남북합의서』와 관련된 제반 법문제 - 특히 『특수관계』의 의미를 중심으로,” 『서울대학교 법학』, 제34권 제3·4호, 1993.
- 최대권. “통일논의의 법적 분석 -한민족공동체 통일방안을 중심으로-,” 『한민족공동체 통일방안의 실천과 제도화연구』. 서울: 통일원, 1990.
- 최영표·한만길·홍영란·박재윤. 『통일에 대비한 교육정책연구(Ⅱ) -통일한국 교육제도의 새모형을 중심으로-』. 서울: 한국교육개발원, 1993.
- 최종고. 『북한법』. 서울: 박영사, 1993.
- 통일연구원. 『북한인권 백서 2000』. 서울: 통일연구원, 2000.
- 통일원. 『북한동향』. 통권 제152호. 1994.2.
- \_\_\_\_\_. 『독일통일백서』통독과정연구 94-Ⅳ. 서울: 통일원, 1994.

황동언. “남북한 법제도 통합상의 과제,” 『통일』. 통권 제194호, 1997년 11월.

Ossenbühl, Fritz, “Rechtseinheit als Problem und Aufgabe der Wiedervereinigung Deutschlands,” 강태수 역, “통일된 독일의 문제와 과제로서의 법질서통합,” 『공법연구』. 제22집 제1호, 1994.

Rieß, Peter, “Über die Wiedervereinigung der Justiz in Deutschland,” 법원행정처, 『통일을 준비하는 법조 -결과보고서-』. 근대사법100주년 기념 심포지엄 자료집(사법정책 보고자료 95-II), 서울: 법원행정처, 1995.

Weidenfeld, Werner/Rudolf Korte, Karl (Hrsg.), Handbuch zur Deutschen Einheit (Frankfurt/Main: Campus Verlag, 1996); 임중헌·신현기·백경학·배정환·최필준 옮김, 『독일통일백서』. 서울: 한겨레신문사, 1998.

## 2. 국외문헌

A. Hobrecker, Anmerkung zum BVerfGE 84, 90, VIZ, 1993, S.301 ff.

A. Rapp, Rückgabe des besatzungsrechtlich enteigneten Vermögens nach Zivilrecht? - Die Anwendung des ordre public Grundsatzes auf die Enteignung der Bodenreform, VIZ, 1994, S.324 ff.

B. Diekmann, Das System der Rückerstattungstatbestände nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, 1992.

B. Messerschmidt, Aktuelle Probleme der Unternehmensrückgabe in den neuen Bundesländern, VIZ, 1992, S. 5 ff.

B. Scheifele, Zur Anwendung des §3a Vermögensgesetzes durch die Treuhandanstalt, BB, 1991, S.1350 ff.

D. Blumenwitz, Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen, Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen, 1992.

\_\_\_\_\_, Die beiden deutschen Staaten in den Vereinten Staaten, ZfP, 1997, S.101 ff.

\_\_\_\_\_, Die bestzungsrechtlichen Konfiskationen in der SBZ, Bayerische Verwaltungsblätter, 1993, S.705 ff.

\_\_\_\_\_, Wie offen ist die Verfassungsfrage nach der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands, in: Politik und Geschichte, 2001, S.3 ff.

D. Eickmann, Grundstücksrecht in den neuen Bundesländern, 1991.

E. Niederleithinger, Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung und Förderung von Investitionen in den neuen Bundesländern, ZIP, 1991, S.205 ff.

Erläuterung der Bundesregierung zum Investitionsgesetz in der Fassung des Einigungsvertrages, BT-Dr. 11/7817.



Erläuterung der Bundesregierung zum Vermögensgesetz in der Fassung des Einigungsvertrages, BT-Dr. 11/7831.

Etzbach/Faßbender/Messerschmidt/Pfister/Schmidt-Räntsch, Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, 2000.

F. Ossenbühl, Wem gehören die ehemaligen Stadtwerke in den neuen Bundesländern?, DÖV, 1991, S. 301 ff.

F. Prugger, Die Nachfolge in das Vermögen der ehemaligen DDR, 1994.

F. Schniewind, Rückgabe enteigneter Unternehmen nach dem Vermögensgesetz, BB-Beilage zu Heft 30, 1991, S.1 ff.

Fieberg/Reichenbach, Offene Vermögensfragen und Investitionen in den neuen Bundesländern, NJW, 1991, S.1977 ff.

\_\_\_\_\_, Zum Problem der offenen Vermögensfragen, NJW, 1991, S.321 ff.

Fieberg/Reichenbach/Messerschmidt/Verstegen, Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, 1993.

G. Craushaar, Grundstückseigentum in den neuen Bundesländern, DtZ, 1991, S.359 ff.

G. Gorning, Erwerbsmöglichkeit von zwischen 1945-1949 enteigneten Vermögensgütern, VIZ, 1993, S. 136ff.

- G. Teysen, Deutschlandtheorien auf der Grundlage der Ostvertragspolitik, 1987.
- H. Döring, Die Vorrangstellung des Investors gegenüber dem Alteigentümer nach dem neuen §3a Vermögensgesetz, VIZ, 1991, S.2 ff.
- H. Maurer, Die Eigentumsregelung im Einigungsvertrag, JZ, 1992, S.183 ff.
- H. Sendler, Gorbatschow und die lautere Wahrheit - Neue Erkenntnis zum Restitutionsausschluß und zu einer verdeckten Junkerabgabe?, NJW, 1995, S.3235 ff.
- \_\_\_\_\_, Restitutionsausschluss, Entschädigungen und Ausgleichsleistungen, VIZ, 1995, S.65 ff.
- H.-J. Papier, Verfassungsrechtliche Problem der Eigentumsregelung im Einigungsvertrag, NJW, 1991, S.193 ff.
- H.J. Hahn, Voraussetzungen und Umfang des Rechtserwerbs nach Art. 21 III Einigungsvertrag und dessen Verhältnis zu den Art. 134 und 135 GG, 1993.
- Ipsen/Koch, Zuordnung volkseigenen Vermögens und Restitution früheren Vermögens der öffentlichen Hand, DVBl 1993, S.1 ff.
- J. Hübner, Das Gesetz über besondere Investitionen in der DDR und seine Novellierung, DtZ, 1991, S.161 ff.

- J. Wasmuth, Das Verbot des Rückgängigmachens besetzungshoheitlicher Enteignungen in Nr. 1 der Gemeinsamen Erklärungen, VIZ, 1994, S.108 ff.
- J. Wasmuth, Die Willkür des Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetzes, VIZ, 1995, S.74 ff.
- \_\_\_\_\_, Nochmals : Restitutionsausschluß und Willkürverbot, DtZ, 1994, S.142 ff.
- \_\_\_\_\_, Wider die Irrlehre vom Teilungsunrecht, VIZ, 1993, S.1 ff.
- J. Wasmuth, Zur Verfassungswidrigkeit des Restitutionsausschlusses für Enteignungen auf besetzungshoheitlicher Grundlage, NJW, 1993, S.2476 ff.
- Jae Seongho, Analyse und Würdigung der Gesetze über die ausländischen Investitionen Nordkoreas, in: Forschung der Wiedervereinigung, 1993, S.199 ff.
- K. F. Tropf, Neue Rechtsprechung des BGH zur Lösung offener Vermögensfragen, DtZ, 1996, S.2 ff.
- K. G. Lambsdorff, Vermögensübergang bei ehemals volkseigenen Betrieben, DtZ, 1992, S.102 ff.
- K. Kiethe, Probleme bei der Wahl Restitution und Entschädigung, VIZ, 1994, S. 14 ff.
- K. Krause, Einführung in das Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetz, VIZ, 1994, S.569 ff.

\_\_\_\_\_, Wie entschädigt werden sollte?, in: FAZ(19. Nov. 1992).

Kim Byungki, Die Eigentumsordnung der wiedervereinigten Koreas unter Berücksichtigung der Regelungen der Bundesrepublik Deutschland, 1996.

Kim Choonggu, Die staatliche Einheit Koreas unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts des koreanischen Volkes, 1994.

L. Classen, Der Grundsatz "Rückgabe vor Entschädigung", NJ, 1992, S.297 ff.

L. Schmidt-Räntsch, Eigentumszuordnung, Rechtsträgerschaft und Nutzungsrecht an Grundstücken, 1999.

M. Balz, Rechtseinheit - Wirtschaftseinheit : Die Rolle der Treuhandanstalt, VIZ, 1992, S.41 ff.

M. Kiel, Ungeklärte Eigentumsverhältnisse als praktische Probleme bei der Privatisierung von Treuhandunternehmen, VIZ, 1992, S.121 ff.

M. Uechtritz, Konflikt zwischen Restitutions- und Verfügungsberechtigten : Verfassungsrechtliche Grundlagen und Entwicklung der Rechtsprechung zu §4 II und III VermG, VIZ, 1995, S.13 ff.

Maschlier/Keller, Verhältnis zwischen Pückübertragungsanspruch und dem verfassungsrechtlichen Rückenteignungsanspruch, ZOV, 1993, S.389 ff.

- N. Horn, Das Zivil - und Wirtschaftsrecht in den neuen Bundesländern, 1997.
- P. Badura, Der Verfassungsauftrag der Eigentumsgarantie im wiedervereinigten Deutschland, DVBl, 1991, S.1256 ff.
- R. Bärwaldt, Die Treuhandanstalt nach dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages, DtZ, 1990, S.347 ff.
- R. F. Fahrenbach, Das Privatisierungsverfahren nach dem Treuhandgesetz, DtZ, 1990, S.268 ff.
- R. Motsch, Einführung in die Regelung offener Vermögensfragen, ZOV, 1991, S.4 ff.
- R. Schmidt, Aufgaben und Struktur der Treuhandanstalt im Wandel der Wirtschaftslage, in: P. Himmelhoff(Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, 1991, S.17 ff.
- R. Steinberg, Die Verfassungsmäßigkeit des Restitutionsausschlusses sowjetzoner Enteignungen im Einigungsvertrag, NJ, 1991, S.1 ff.
- R. Weimar, Treuhandanstalt und Treuhandgesetz, BB Beilage 40, 1990, S.10 ff.
- Rädler/Raupach/Bezenberger(Hrsg), Vermögen in der ehemaligen DDR, 1993.
- Schuster (Hrsg), Rudolf, Deutsche Verfassungen (München: Goldmann, 1992), pp. 367~390;

- T. Arnoldt, Die Enteignungen in der sowjetischen Besatzungszone (1945 bis 1949) und die Schutzgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention, BB Beilage 14, 1991, S.1 ff.
- T. Früh, Rechtsprobleme der Vermögenszuordnung zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften nach Art.21, 22 EVertr., NJ, 1992, S.75 ff.
- V. Jesch, Die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften über die Bodenreformabwicklung, VIZ, 1994, S.451 ff.
- W. Böhmer, Besonderheiten des Liegenschaftsrechts in den neuen Bundesländern, 1993.
- W. Förstering, Recht der offenen Vermögensfragen, 1993.
- \_\_\_\_\_, Rechtsprobleme der Investitionsförderung der Eigentumsordnung in den neuen Bundesländern, DVBl, 1992, S.497 ff.
- W. Krebs, Rechtsschutzprobleme bei Entscheidungen der Treuhandanstalt, ZIP, 1990, S.1513 ff.
- W. Leisner, Das Bodenreform-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW, 1991, S.1569 ff.
- W. Schäuble, Der Einigungsvertrag - Vollendung der Einheit Deutschlands in Freiheit, ZG, 1990, S.289 ff.
- Wilske/Galler, Der Ausschluß der Rückübertragung von privaten Vermögenswerten aufgrund redlichen Erwerbs gemäß §4 Abs.2 VermG, ZOV, 1992, S.242 ff.