



소개글

독일연방헌법재판소 정당 해산 심판 케이스를 번역 해설한 책입니다.

1. 독일사회주의제국당 (SRP) 정당 해산 심판
2. 독일공산당 (KPD) 정당 해산 심판
3. 독일민족주의리스트 (NL) 정당 해산 심판
4. 자유독일노동자당 (FDA) 정당 해산 심판
5. 독일민족민주당 (NPD) 정당 해산 심판

NPD)사건에서 헌법재판소의 주된 관심사는 정당이 자유 민주적 기본질서를 침해하는지에 대한 위험성에 대한 판단 여부에 있지 않았고, 국가 정보원이 정당 활동에 깊숙이 개입한 사실들이 들어 나자 적법 절차와 재판의 공정성 문제가 재판 과정의 핵심적 쟁점으로 부상하게 되었다. 효율성 efficiency 측면보다 결정 과정 decision-making process이 공정 fair하느냐의 측면이 보다 중요해진 것을 알 수 있다. 다시 말해 절차적 과정 process이 실질적인 사안 substance을 심사하는 것보다 우선순위에 놓여진 것이다.

목차

1 독일의 정당 해산 심판	4
----------------	---

독일의 정당 해산 심판



독일 헌법재판소 판결문 번역 & 해설
추홍희

독일의 정당 해산 심판

독일연방헌법재판소

정당 해산 심판 케이스

1. 독일사회주의제국당 (SRP) 정당 해산 심판
2. 독일공산당 (KPD) 정당 해산 심판
3. 독일민족주의리스트 (NL) 정당 해산 심판
4. 자유독일노동자당 (FDA) 정당 해산 심판
5. 독일민족민주당 (NPD) 정당 해산 심판

독일의 정당 해산 심판

목차

책을 펴내면서

서문 7

정당 해산 심판과 변화 발전하는 헌법 해석 7

1. 독일사회주의제국당 (SRP) 정당 해산 심판 16

1.1. 사실 개요

1.1.1. 심판 청구 배경

1.1.2. 심판 청구 이유

1.1.3. SRP 반론 요지

1.1.4. 법적 쟁점

1.1.5. 판결 주문

1.2. 판결 이유

1.2.1. 정당의 헌법상 특별한 지위

1.2.2. 자유 민주주의 기본질서 수호장치

1.2.3. 헌법재판소 명령의 집행력

1.2.4. 정당 해산과 동시에 의원직도 상실되는가

1.3. 판례 해설

1.3.1. 실질적 사법 정의 실현과 적법 절차

1.3.2. 정당과 자유민주주의 헌법질서 수호장치

1.3.3. 정당 조직과 민주주의 원칙

1.3.4. 자유 민주주의 기본질서의 개념

1.3.5. 특별조항 우선 적용의 원칙

1.3.6. 헌법재판소 명령의 집행력

1.3.7. 정당 해산과 의원직 상실 문제

2. 독일공산당 (KPD) 정당 해산 심판 37

2.1. 사실 개요

2.1.1. 심판 청구 이유

- 2.1.2. 심판 청구 사항
- 2.1.3. KPD 반론 요지
- 2.1.4. 재판 진행 과정
- 2.1.5. 판결 주문
- 2.2. 판결 이유
 - 2.2.1. 정당 조항의 규범성
 - 2.2.2. 정당 국가와 정권의 정통성
 - 2.2.3. 위헌 정당의 판단 기준
 - 2.2.4. 자유 민주주의 기본질서의 개념
 - 2.2.5. 전투적 민주주의 Militant Democracy
 - 2.2.6. 왜 사법부가 정당 해산을 결정하는가
 - 2.2.7. 위헌정당의 불법 의도성 파악과 입증 기준
 - 2.2.8. 마르크스 레닌주의 이론과 학문의 자유
 - 2.2.9. 저항권
- 2.3. 판결 이유 해설
 - 2.3.1. 5년의 장기간 재판 과정
 - 2.3.2. 마르크스 레닌주의 이론과 법적 판단
 - 2.3.3. 자유의 적과 전투적 민주주의
 - 2.3.4. 당원의 행위와 위헌정당 판단
 - 2.3.5. 위헌정당 지지자에 대한 공직 취업 제한
 - 2.3.6. 정당 해산과 결사의 자유권
 - 2.3.7. 정당 해산 제도의 남용 가능성
 - 2.3.8. 대체 정당 설립
 - 2.3.9. 선거로 결정되는 정당의 정치적 운명
- 2.4. 방대한 분량의 판결문 읽기
- 3. 독일민족주의리스트 (NL) 정당 해산 심판 70
 - 3.1. 사건 요약
 - 3.1.1. 사실 개요
 - 3.1.2. 법적 쟁점
 - 3.1.3. 판결 주문
 - 3.1.4. 판결 이유
- 4. 자유독일노동자당 (FDA) 정당 해산 심판 73
 - 4.1. 사건 요약
 - 4.1.1. 사실 개요
 - 4.1.2. 법적 쟁점
 - 4.1.3. 판결 주문
 - 4.1.4. 판결 이유
- 5. 독일민족민주당 (NPD) 정당 해산 심판 76
 - 5.1. 사건 요약
 - 5.1.1. 사실 개요
 - 5.1.2. NPD 반론
 - 5.1.3. 법적 쟁점

5.1.4. 판결 주문	
5.1.5. 재판 경과 과정	
5.2. 판결 이유	
5.2.1. 법정 의견 (3인 재판관)	
5.2.2. 반대 의견 (4인 재판관)	
5.3. NPD 사건 해설-적법 절차와 재판의 공정성	
6. 독일의 정당해산 심판 사례 5 요약 96	
7. 유럽인권재판소 해직교사 포그트 Vogt 케이스 101	
7.1. 사실개요-교사의 징계조치와 재판 경과과정	
7.2. 독일연방헌법재판소의 판결 내용	
7.3. 유럽인권재판소에서의 법적 쟁점	
7.4. 청구인의 주장	
7.5. 정부의 반론	
7.6. 판결 주문과 판결 이유	
7.7. 판결 이유□법정 다수 의견	
7.8. 소수 반대 의견	
8. 자유민주적 기본질서 개념 117	
8.1. 기본법과 헌법	
8.2. 민주 국가 최고의 헌법 원칙	
8.3. 헌법 질서와 기본법 질서	
8.4. 자유민주적 기본질서-한국의 외국법 원용	
9. 정의의 세계와 정치의 세계 125	
9.1. 법의 정당성 justification과 정통성 legitimization	
9.2. 가치의 통약불능성	
9.3. “정치의 세계”와 “다수의 지혜”	
10. 위임의 법적 성격과 의원의 지위 134	
10.1. 정당의 대리인으로서 의원의 지위	
10.2. 전체 국민의 대표자로서 의원의 지위	
10.3. 버크의 브리스톨 연설	
10.4. 의원의 공익 봉사 청렴 의무와 Trust 법원칙	
11. 전투적 민주주의 Militant Democracy-뢰벤슈타인 145	
11.1. 전투적 민주주의와 방어적 민주주의	
11.2. 뢰벤슈타인의 전투적 민주주의 이론	
11.2.1. 파시즘의 성격과 국제적 침투 확산	
11.2.2. 권력 획득을 위한 정치적 기술인가	
11.2.3. 민주주의는 취약점이 존재하는가	
11.2.4. 전투적 민주주의의 구체적 예시	
11.3. 민주주의 딜레마와 ‘제3의 길’	
11.4. 사상의 자유시장론	
11.5. 전투적 민주주의의 부활-역사적 회귀인가	
12. 국가기관의 공정성과 절차적 정의 161	
인용 판례 리스트 164	

독일의 정당 해산 심판

서문

독일의 정당 해산 심판 사례와 변화 발전하는 헌법 해석

① 생동하는 헌법-Living Constitution[1]

1956년의 독일공산당 KPD 해산 사례[2]는 현재 “살아 있는 법” 이라고 보기 어렵다. 법은 고정적이지 않고, 국가와 사회의 성숙한 발전에 따라서 수정되거나 개정되면서 꾸준히 변화 발전되고 있다. 독일연방헌법재판소는 1978년 방송사들이 공산당을 포함한 독일급진정파[3]에 대한 선거광고방송을 거부한 것에 대해 제기한 헌법소원 재판에서 그러한 선거방송의 차별은 위헌이라는 판결을 내렸다.[4] 급진파 정당들이 급진적인 정책들을 제시한다고 해서 이들 정당들에 대해서 선거방송을 거부하고 차별대우한다는 것은 모든 정당에 기회평등을 보장한 헌법 규정을 위반하였다는 이유에서였다. 독일연방헌법재판소는 다음과 같이 판시했다: “기회평등[5]의 원칙은 모든 정당들이 선거운동 기간과 실제적인 선거 과정에서 기본적으로 평등한 기회를 가져야 한다는 것을 말하므로 선거에서의 득표 경쟁에서 동등한 기회를 보장하여야 한다.” [6] 이와 같은 헌법 재판 사례들과 또 1994년 NL과 FDA의 정당 해산 심판, 2003년 NPD 정당 해산 심판에서 내린 판결들을 종합하면 최근 독일의 태도는 과거의 1956년의 KPD정당 해산 판례와는 크게 다르게 접근하고 있다는 사실을 알 수 있다.

② 대체 정당의 설립과 정당 해산 명령의 실효성

독일공산당 KPD는 1956년 연방헌법재판소의 정당 해산 판결에 의해서 해산되었지만 10여 년 후 1968년 대체 정당이 설립되었다. 1956년 강제 해산되었던 공산당 간부들이 다시 모여 1968년 정당 명칭만 “KPD” 에서 “DKP” 으로 명칭 순서만 살짝 바꾸고 “독일 공산당” 을 재건한 것이다. “독일 공산당 Deutsche Kommunistische Partei” 의 정당 명칭이 시사하고 또 당의 강령이 말해주듯이, 해산된 독일공산당 KPD와는 크게 달라진 것이 별로 없다.[7] 독일에서 위헌정당으로 해산된 정당의 대체정당을 결성하는 것은 헌법재판소의 판결로써 뿐만 아니라 법률로써도 금지되어 있다. 하지만 해산된 정당의 대체조직을 금지하는 명령을 집행할 권한을 부여받은 행정부는 정당해산 심판을 재청구하지 않았고 또 다른 어떤 법적 조치를 취하지 않고 지금까지 용인해 오고 있다. 독일공산당 DKP의 정치적 영향력은 미미한 수준에 머물고 있고 또 지금껏 의회 의원을 당선시키지 못하고 있다. 독일공산당의 대체 정당을 설립하였다는 사실에 견주어 헌법재판소의 정당 해산 명령의 실효성[8]에 대한 의문이 커질 수 밖에 없다. 유럽인권재판소도 DKP가 위헌정당이 아님을 확인하였다: “DKP정당이 독일연방헌법재판소에 의하여 금지되지 않았고, 따라서 당원으로서 정당 활동은 전적으로 합법적이었다.” [9]

③ ‘자유’의 적 enemies of liberty’

‘자유 민주주의 기본질서’ [10]에 대한 헌법 해석에서 최초의 선례는 1956년 독일공산당 해산 사례가 아니라 그보다 4년 앞선 1952년의 SRP 정당 해산 사례[11]이었다. 자유 민주적 기본 질서의 수호를 위한 ‘방어적 민주주의 wehrhafte Demokratie’ 개념에서 말하는 ‘자유’의 적 [12]이 있다면 그것은 일당독재 국가전체주의와 극좌 공산주의의 두 서로 상극의 적일 것이다.[13] “정당의 정치적 이념 스펙트럼이 좌파에 속하든 우파에 속하든 간에 관계없이 모든 극단주의 정당에 적용되어야 할 것이다.” [14] 역사적으로 국가전체주의 전통이 지배한 대륙법국가에서는 국가전체주의의 위험성에 대한 경계심이 존재하고 있다.[15] 현재 유럽에서 인종차별주의, 이슬람 극단주의, 분리주의과격주의, 테러리즘 등을 주창하는 극우 정당들이 출현하고 또 이들 정당에 대한 강제 해산이 주된 이슈로 부상한 유럽의 정치 사회 현

실을 참조하라.[16]

④ 동서독의 통일을 이룬 독일의 정치 현실

2차대전의 종결과 함께 공산국가 동독과 자유국가 서독으로 분단되었던 독일은 1989년 베를린 분단의 장벽이 무너진 후 1990년 동서독이 서로 통일조약을 맺고, 자유 선거를 실시하고, 재통일되었다. 평화 통일 이후 독일의 정치와 법 현실이 크게 달라졌고 또 정당 해산 사건에 대한 태도에서도 달라진 모습을 보여주고 있다. 통일 독일하에서 창당된 민주사회주의당(PDS)은 동독의 집권 공산당이었던 독일사회주의통일당(SED)의 ‘후신 successor’ 정당이다. 하지만 PDS는 1990년 통일 독일에서 실시된 자유 선거에서 과거 동독의 일당독재 집권당 SED으로써 막강한 정치적 영향력의 배경에도 불구하고 미미한 제3당으로 전락하고 말았다. 이런 사례는 자유 민주주의 체제에서 정당의 운명은 국가 개입의 강제 해산 제도보다는 국민의 자기결정권과 복수 개방 체제 민주주의 원칙에 따라 선거권자의 정치적인 결정에 위임하는 것이 보다 낫다는 견해가 타당함을 보여주는 하나의 사례가 된다. 정당의 존재 가치 여부에 대한 평가는 행정부 입법부나 사법부의 판단에 의하기보다는 국민주권의 민주주의 원칙에 따라 선거권자인 국민의 정치적인 결정에 두는 것이 민주주의 정당성과 정통성의 측면에서 보다 바람직하다는 월드론의 법철학을 참고할 만한 하다.[17]

⑤ 헌법상 정당을 특별하게 보호하는 이유

1994년 독일 헌법재판소는 극우정당인 민족주의리스트(NL)와 자유독일노동자당(FDA)에 대한 정당 해산 심판 사건에서 청구 각하 결정을 내렸다. 정당은 일반정치결사단체에 비해서 보다 높이 보호되는 헌법상의 지위를 가졌으므로 정부가 정당 해산 심판을 함부로 제소할 수 없다는 이유에서였다. 한편 이 판결의 결과를 통해 해석해 보면 헌법상 정당해산 조항이 정당 규제의 조항으로 기능할 수 있다는 점이 엿보인다. 정당으로써의 해당 기준을 충족시키지 못하는 정치결사단체인 경우 행정부의 재량에 따라서 정당 금지 또는 해산이 가능하다는 것을 말해 주기 때문이다. 헌법재판소는 이들 극소수의 NL과 FDA같은 극우 정치단체는 기본법 제21조와 정당법 제2조1항에서 규정하는 정당의 실체를 갖추지 못해 헌법상 보호받는 정당의 지위에 해당되지 않는다는 이유로서 정당 해산 청구 자체를 각하하였다. 정당의 실체를 갖추지 못한 미미한 정치단체에 대해 정당 해산 심판을 청구한다는 것은 형평성(과잉금지)의 원칙과 평등 대우 원칙에도 부합되지 않기 때문에 헌법 재판 청구의 이익이 존재하지 않아서 청구 자체를 각하한다고 판결을 내린 것이다.

⑥ 민주주의 성숙화 단계-절차적 정의의 보장

2001년 1월 29일 독일 연방정부는 신나치주의 극우정당인 독일민족민주당(NPD)에 대해 위헌정당 해산 심판을 청구하였다. 하지만 본안심리에 들어가기 전의 중간재판에서 위법수집 증거 배척의 문제와 유럽재판소에 대한 제소 여부 등 적법절차의 문제들이 계속 불거지자 독일연방 헌법재판소는 2003년 3월 18일 정당해산심판에 대해서 소송 종료를 선언하였다.[18] 여기에서 헌법재판소의 주된 관심사는 정당이 자유 민주적 기본질서를 침해하는지에 대한 위험성에 대한 판단 여부에 있지 않았고, 국가정보원이 정당 활동에 깊숙이 개입한 사실들이 들어나자 적법 절차[19]와 재판의 공정성 문제가 재판 과정의 핵심적 쟁점으로 부상하게 되었다.[20] 효율성 efficiency 측면보다 결정 과정 decision-making process이 공정 fair하느냐의 측면이 보다 중요해진 것을 알 수 있다. 다시 말해 절차적 과정 process이 실질적인 사안 substance을 심사하는 것보다 우선순위에 놓여진 것이다. 이러한 새로운 관점은 헌법재판소가 국민의 기본권을 지켜내는 역할뿐만 아니라 국가 기관을 감독하는 기능을 갖고 있음을 보여준다. 이 사건에서 독일 헌법재판소의 판결이유를 다시 짧게 정리하면 다음과 같다: 정당은 정치적 의사 형성을 형성하고 정권을 탄생시키는 정당정치의 현실을 감안하여 정당은 ‘국가의 정당 개입을 엄격히 제한하는 즉 정당 활동의 완전한 자유’ [21]를 보장받는 것이 중요하다. 정당 해산은 자유민주주의 체제에서 가장 ‘예리한 무기 sharpest weapon’에 해당될 수 있기에 정당 해산의 헌법 재판은 재판의 공정성 등 ‘최고 수준의 highest possible degree’ ‘절차적 정의’가 보장되어야 한다. 헌법 재판의 공정성을 보장하기 위해서는 비밀정보 요원들이 수집한 증거들에 대해서는 증거를 배척하는 것이 타당하다.[22]

⑦ 통합 유럽의 새로운 법질서 형성

만약 독일연방헌법재판소에서 정당 해산 명령이 내려진다면 해당 정당은 EU 최고사법기관의 유럽 사법 재판소 European Court of Justice에 상소할 수 있을 것이다.[23] 또 유럽인권재판소 European Court of Human Rights에 제소 가능성이 열려 있다.[24] 유럽인권 재판소는 유럽의회 각 회원국의 국내 최고대법원보다 상위에 있는 국제 사법 재판 기관이다.[25] 이러한 새로운 유럽 통합의 법질서는 독일

연방헌법재판소의 정당 해산 명령에 대한 실효성에 대한 의문을 더욱 크게 만든다. 이러한 새로운 통합유럽의 법질서가 형성되고 있음에도 불구하고, 아직도 19세기적인 국내법 우월의 원칙에 머물고 있다면 유럽 통합의 개방적인 법질서□open statehood□를 이해하기 어려울 것이고, 따라서, 다차원적인 통합유럽의 법질서를 올바르게 이해하기 위해서는 코페르니쿠스적인 시각 전환이 요구될지 모른다.[26]

⑧ 정당 해산 심판 청구의 정치적 성격

2013년 3월 독일 연방정부는 극우정당 NPD에 대해 정당 해산 심판을 청구하지 않겠다고 정당 해산 청구 포기를 선언했다.[27] 극우정당 NPD에 대한 해산 청구는 2003년 정당 해산 헌법 심판에서 각하된 사례가 있었다.[28] 이러한 독일 정부의 태도를 보면 정당 해산 청구가 정부의 정치적 판단에 따른 “재량 사항 arbitrary application”의 영역에 머물러 있고, 따라서 정당 해산에 대한 심각성 여부가 치안 상황적인 문제에 그친다고 판단되면 더 이상 헌법 재판의 대상으로 다룰 필요가 없다는 것으로 해석될 수 있다.[29] 헌법 재판은 정치적 재량 discretion[30]이 개입되어서는 아니되고 오로지 엄격한 법원칙 rules[31]을 따라야 하는 사법적 판단의 영역에 해당된다.

자유 민주주의의 헌법 질서 수호 장치와 비판 문화의 성숙

기본법 21조2항의 정당 해산 제도는 21조1항에서 정당을 헌법상으로 보호하고 있으므로 정치적 기본권과의 사이에 일정한 긴장관계가 불가피하게 일어난다.[32] 자유민주주의의 체제는 다양성과 개방성을 가장 중요한 요소로 한다. 따라서 정당 해산 제도는 이질적인 것으로 이해되고 있다.[33] 토마스 제퍼슨의 취임 연설의 한 구절을 먼저 상기하라: “만약 합중국의 해체를 원하거나 공화국 체제를 바꾸기를 원하는 사람이 있다면 타당한 이유들이 자유롭게 경험할 수 있는 곳에서는 그같은 잘못된 의견도 관용될 수 있음을 보여주는 안전의 기념비로써 그들이 방해 받지 않도록 합시다.” [34] 더욱이 2003년 NPD정당 해산 판결에서 시사하는 바와 같이 민주주의를 지키기 위해서 반민주주의적인 조치를 더 이상 취할 필요가 없는 정치적 성숙도를 이미 보여주었다. 비판문화의 성숙과 함께 정치적 논쟁과 항의에 대해서는 관용의 문화가 정착되는 것이 보다 바람직하다.[35] 또 정치적 불만을 갖고 있는 사람들의 입장에서 볼 때 그러한 불만과 비판 의견이 나올 수 밖에 없는 상황을 근본적으로 해결해 가려는 대안적인 태도가 필요하다.[36] 민주국가체제에서 정당의 기본권을 존중해 주고 또 다양한 정치적 의견을 자유롭게 형성해 나감으로써 자유민주주의의 사회의 아름다운 꽃이 피어날 것이다.

새로운 헌법 해석의 사례들을 참조하면 정당 해산 심판에 있어서 정당의 이념이나 정책 프로그램 등에 근거하여 정당 해산을 명령할 수 있다고 단순히 주장하는 것은 올바른 법적 태도가 아니라는 것을 알 수 있다. 새로운 판례들을 올바르게 접근하고 해석한다면 우리나라에서의 일부 주장들이 다른 선진국가들에 비해 “얼마나 크게 뒤떨어져 있는지” [37]를 느낄 수 있다.

독일의 정당 해산 심판

1. 독일사회주의제국당(SRP) 정당 해산 심판

독일연방헌법재판소 1952년 10월 23일 판결 BVerfGE 2, 1

1.1. 사실 개요

1.1.1. 심판 청구 배경

히틀러의 나치 정당을 추종하는 극우파 소수 정당인 DKP-DRP은 1949년 8월 총선에서 402명이 정수인 연방의회에 정당비례대표로써 5명의 의원 당선자를 배출했다. 이후 내부분열로 의원당선자 중 한명인 돌스 Dorls [38] 등이 주축이 되어 1949년 10월 독일사회주의제국당(SRP)을 창당하고 그 후 다른 한 명의 연방의원이 가담하여 SRP정당의 연방의회 의원수는 2명이 되었다. SRP당의장은 돌스가 맡았으나 실질적

인 SRP당의 얼굴은 1944년 히틀러를 암살하려는 모의를 사전에 분쇄하여 유명해진 히틀러 추종자 레메르 장군이었다. SRP당의 주요 당간 부들 또한 히틀러의 나치당 출신이었다.[39] 극우파 SRP정당은 북극해에 닿아 있는 독일 북부지역에 위치한 리더작센주가 주된 지지 기반 이었고 리더작센주에서 1951년 5월 실시된 주의회 의원선거에서는 총투표의 약 11%의 지지율을 얻어 주의회 의원 16명을 당선시켰다. SRP 당의 주요 방계 조직으로 제국전선(RF), SRP여성동맹, 제국소년단(RJ) 등이 있었다.

당시 공공연하게 나치 핵심임을 밝힌 레메르 장군의 대중적 인기가 높아져 갔고, 그에 따라 SRP의 정치적 위협은 무시할 수 없는 수준에 이르렀다. 이에 독일 정부는 1951년 5월 4일 기본법 21조2항에 따라 “SRP 정당의 목적과 당원의 활동이 특히 선거인들에게 테러 행위를 시도함으로써 자유 민주 헌법 질서를 침해하려는 기도”가 존재하고 또 기본법 9조2항에 따라 정당의 방계조직 제국전선RF를 금지시키겠다고 정부 방침을 밝혔다.[40] 독일 정부는 1951년 11월 19일에 SRP에 대한 정당 해산 심판을 연방헌법재판소에 청구하였다.

1.1.2. 심판 청구 이유와 청구 주문

독일 행정부는 정당 해산 심판 청구 이유로써 SRP 정당의 내부 조직 질서가 민주주의 원칙들을 위반하여 운영되고 있고 또 1인 독재자가 지배하는 국가전체주의 정당과 동일하게 민주주의 질서를 훼손하고 있다는 사실을 들어 이는 기본법 21조2항에서 규정하고 있는 정당해산 사유에 해당한다고 주장하고 이를 헌법재판소에 정당 해산 명령을 청구하였다. 독일 정부의 SRP 정당 해산 청구 주문은 다음과 같았다: “1. SRP정당은 위헌이다. 2. SRP와 그에 관련된 그 모든 하위 조직들은 해산된다. 3. SRP와 그 하위 조직들(특히 제국전선, 청년동맹, 여성 동맹을 포함하여)의 대체 조직이나 위장 조직은 금지된다. 4. SRP와 하위조직의 재산은 공익 목적으로 몰수된다.” [41]

1.1.3. SRP 반론 요지

정부의 정당해산 심판이 헌법재판소에 제기되자 이에 대한 SRP의 주요 반론 논거는 다음과 같았다.

- ① 연방헌법재판소법[42]상 퇴임 재판관의 후임이 선임되고 있지 않으므로 헌법재판소의 재판부 구성은 위법이다.[43]
- ② 기본법 21조의 정당조항은 3항에서 말하는 대로 구체적인 법률의 제정이 있기 전까지 직접 적용될 수 없다.
- ③ SRP 정당의 내부 질서는 민주주의 원칙에 위반되지 않았고 또 다른 정당들도 나치당원들을 가입시켰다.[44]
- ④ SRP 정당에 대한 강제 해산은 국민 자치와 다수결 원리에 의해 국민 주권을 실현하는 민주주의 원칙에 반한다. 이것은 정권의 정치적 정당성은 국민 주권과 국민 자치 원칙에 따라 실시되는 선거를 통해서 획득되는데 국민의 정치 의사 형성을 막는 것 자체가 민주주의 원칙을 위반하게 된다는 논리로써, SRP의 반론 중에서 강력한 논거에 해당하였다.[45] 민주주의 체제란 국민 자치 원칙에 따라 누구라도 국민의 지지를 받으면 정권을 획득하는 것이고 또 국민의 정치적 의사를 형성하는 과정이 민주적인 방식에 의존해야 한다면 어떤 정당-심지어는 반민주적인 체제를 옹호하는 정당까지도 누구에게나 개방되어야 하는 것이 마땅할 것인 바, SRP은 국민의 정치적 의사를 형성하여 선거를 통해 정권을 획득하려는 하나의 정당인 이상 특정 정당을 배제하는 것은 오히려 민주주의 원칙을 부정하는 것이라고 반박했다.
- ⑤ 선거를 통해서 당선된 의원은 국민 개개인의 의사의 합으로써 전체 국민의 대표자의 지위에 있으므로 정당의 해산 여부와는 관계없이 의원직이 상실되는 것이 아니라고 반박했다.[46]

1.1.4. 법적 쟁점

자유 민주주의 국가 체제에서는 정당 설립의 자유와 정당 활동의 자유를 헌법상으로 보장하고 있을 뿐만 아니라 정당은 정치적 결사로서 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 자유 선거에 참여하여 정권을 획득한다. 대의제 민주주의 국가의 정치 현실은 정당 정치[47]를 기본으로 하고 있다. 이러한 대의제 민주주의 정치 원칙에서 국가가 어느 특정 정당을 강제로 배제할 수 있는 근거가 무엇인지를 찾아내는 일은 실로 매우 곤혹스러운 일임에 틀림없다. 민주주의 국가에서 국민 개개인의 자유로운 자기 의사 결정에 따라 정당 설립은 자유라고 전제해 놓고서 다른 한편으로 어떤 정당을 배제할 수 있다고 한다면 그것은 민주주의 원칙에 위반되는 결과일 것이다. 또한 의원은 국민의 대표자임과 동시에 소속 정당에 기울되는 이종의 지위를 갖고 있다는 점에서 정당 해산 심판은 난해한 영역에 속한다.[48]

자유 민주주의의 기본질서는 무엇을 의미하는가? 정당의 행위가 민주주의 질서에 얼마만큼 심각한 위협을 초래할 때 위헌정당으로 판단되는가? 국가 존립을 위협하는 위험이 실재적으로 현존해야 하는가? 아니면 위헌정당으로 확인될 정도의 단순한 개연성만 존재하면 되는가? 정당이 단지 강령 또는 정당의 운영이 반민주적이어도 위헌정당으로 판단할 수 있는가? 어떤 정당을 반민주적이 정당 또는 위헌정당으로 볼만한 어떤 객관적인 조건들이 존재하는가? 현존의 정치 체제를 근본적으로 변화하고자 하는 정당이 거기에 해당되는가? 어떤 정당이 불법적인 활동을 옹호하는 정당인가? 단순히 미래의 막연한 때가 오면 민주주의 체제를 전복할 의도를 가진 정당도 해산되어야 하는가? 이러한 쟁점들은 민주·대의·정당 정치에 대해서 근본적인 헌법상 쟁점을 던져주는 난해한 영역에 속한다.[49]

1.1.5. SRP 정당 해산 판결 주문

“I.1 SRP는 위헌이다.

I.2. SRP는 해산된다.

I.3. SRP와 같은 대체조직을 조직하거나 또 현재의 조직을 대체조직으로 계속 유지시키는 것을 금지한다.

I.4 SRP의원은 SRP 정당의 공천으로 선출되었거나 또는 판결 선고 당시 SRP정당에 소속된 의원의 연방의회와 주의회 의원직은 결원 보충됨이 없이 즉시 상실된다. 해당 의회의 법정 의원 정수는 상실된 의원직의 수만큼 줄어든다. 의회 의결의 효력은 이로써 영향을 받지 아니한다.[50]

I.5. SRP의 재산은 독일연방공화국의 공공의 이익 목적으로 몰수한다.

II. 각주내무성 장관들에게 주문 1.2 와 1.3의 명령을 집행할 권한을 위임한다. 그 범위 내에서 그들에게는 모든 경찰기관에 대한 직접적인 지휘권이 부여된다. 재산의 몰수는 연방내무성 장관에게 위임한다. 연방내무성 장관은 각주내무성 장관의 조력을 받을 수 있다.

III. 이 판결과 판결의 집행에 관한 모든 조치에 고의적으로 위반하는 행위는 연방헌법재판소법 47조와 42조에 따라 6월 이상의 금고에 처한다.” [51]

1.2. 판결 이유

독일연방헌법재판소는 1952년 10월 23일 다음과 같은 요지의 판결을 내렸다.

절차적 하자과 실질적 사법 정의 실현 관계

퇴임재판관의 후임재판관이 연방헌법재판소법 5조3항에 규정된 기간 내에 선임되지 않았다는 이유로 재판부의 구성에 절차적인 하자가 있다고 볼 수 없다. 퇴임재판관은 그 법률규정에 해당되지 않기 때문이다. 또 설령 사소한 절차적인 잘못이 있다고 해도 실질적인 정의를 실현하고 법의 지배 원칙을 따르는 헌법재판소의 재판 절차에 실질적인 장애를 준 것이 아니다.[52]

정당의 헌법상 특별한 지위

자유 민주주의의 국가 체제에서 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 한 헌법상 보장하는 정당의 자유를 누리는 것이 당연하다. 그러나 정당은 일반적인 정치결사단체하고는 달리 헌법상 보다 강하게 보호받는 특수적인 지위[53]를 가지고 있으므로 정당이 자유 민주주의의 헌법 질서를 부정하고 또 이를 적극적으로 철폐하고자 하는 정치 세력이 헌법상 정당 규정의 지위를 보호막으로 삼아서 다른 혜택을 추구하는 경우에는 헌법질서의 모순을 가져오게 된다는 측면에서 헌법상 위헌정당 심판 제도를 도입한 것이다.

헌법상 정당을 보호하면서 또 한편으로는 정당을 해산할 수 있다는 이 규정은 일견 서로 맞지 않다는 생각이 들 수 있다. 정당의 금지는, 비록 정당금지의 요건을 엄격하게 정함으로써 되도록 민주적 정치과정의 개방성을 최대한으로 보장하려는 목적을 이해한다고 해도, 그것은 개방적인 민주적 정치과정의 기본질서에 대한 중대한 침해가 될 수 있기 때문이다. 국민의 자기결정권과 다수결의 원칙에 기반하는 민주주

의 정치 체제의 기본적인 가치는 누구라도 자유롭게 정치적 의사형성의 과정에 참여할 수 있다는 것에 있다. 그런데 자유로운 의사결정권을 가진 국민들이 자유로운 선거에서 결정을 하는 정권의 형성 문제에 대해서 국가가 미리 앞서서 어느 정치 세력을 정치적 의사 형성 과정에서 강제로 축출할 수 있다는 사고방식은 반민주주의적 결과를 가져올 위험성을 배제할 수 없기 때문에 정당 해산 금지 제도는 가볍게 다룰 수 있는 영역이 아니다.[54]

자유 민주주의 기본질서를 수호하기 위한 헌법 장치

자유 민주주의 국가 체제에서는 정치적 의견의 표현과 정치적 결사의 자유를 국민 기본권으로써 보호한다. 한편 민주국가에서는 국민주권의 원칙에 따라 선거권을 가진 국민이 선거에 참여하여 다수결의 투표로써 정권을 결정한다. 이 과정에서 자유 민주주의 국가의 정치적 현실은 선거일 이전에 정당을 조직하고 정당을 통해서 선거에 참여하게 된다. 이러한 민주정치의 이론과 현실에서 정당 설립과 정당 활동의 자유를 보장하는 것이 필요하다는 결론이 도출된다.

1949년 독일헌법 기초자들은 이러한 결론을 완전하게 반영할 것인지 아니면 히틀러의 나치 일당독재정권의 경험에 비추어 어떤 제한을 두어야 할 것인지를 고민하였다. 어떠한 정치적 이념에 근거하든 정당을 결성할 완전한 자유에 대해 제한을 가하는 것이 민주정치의 일반 원칙인지 또 민주적인 다수결의 방법으로 민주주의 국가 정치체제를 폐지하는 것을 추구하는 정당은 정치적 의사 형성의 마당에서 강제로 제외시켜야 하는지에 대해 고민을 했던 것이다. 또한 정부가 문제 있는 야당을 말살할 가능성이 존재한다는 것도 고려하지 않을 수 없었다. 헌법은 이러한 문제들을 해결하려고 노력하였다. 정당 설립의 자유를 보장하는 한편 다른 한편으로 위헌 정당의 활동을 막을 수단을 강구한 것이다. 이러한 정당 활동을 막는 권한을 남용할 위험을 제거하기 위해서 헌법재판소가 위헌성 여부를 판단하게 하고 또 위헌정당의 요건에 해당되는지를 확인하는 사실문제에까지 헌법재판소가 담당하도록 만들어 놓은 것이다.[55]

민주주의 국가에서 정당이 갖는 특별한 중요성 때문에 만약 정당을 정치의 장에서 퇴출시키는 것이 가능하고 또 그것이 헌법재판소에 의해서 구체적인 사건에서[56] 위헌정당으로 확인될 때는 “오로지 정당이 헌법에 구체화된 자유 민주주의 기본질서에서 가장 중요한 기본적인 가치들을 철폐하려고 기도하는 경우”에만 가능하도록 헌법적 장치를 만들어 놓은 것이다.[57]

정당은 정치적 결사 단체의 성격을 갖는다. 따라서 기본법 9조에 의거하여 행정부의 규제의 받는 대상이 될 수 있다. 그러나 정당이 정치적 결사 단체의 수준에서 정당으로 그 수준과 위치가 격상되면 헌법이 특별히 보호하는 정당의 지위로 인해서 정당은 결사단체하고는 다르게 특별히 헌법상의 보호를 받게 된다.

정당 해산 제도의 위험성

기본법 21조2항의 정당 해산 제도는 21조1항에서 정당을 헌법상 보호하고 있기 때문에 정당 해산 제도는 필연적으로 “21조2항과 자유로운 정치 활동의 기본적 권리”인 정치적 표현의 자유와의 사이에 일정한 긴장관계가 일어나게 된다. 정당 해산은 민주국가의 정당성의 근간인 민주주의 체제의 정치적 개방성에 대해서 이율배반적인 측면이 된다. 민주국가에서 정당이 선거에 참여하여 정권이 탄생되는 정치적 현실에서 강제적인 정당 해산 제도는 상상하기 힘들 정도로 정치적 정통성에 대한 근본적인 고민을 하게 만든다.

정당 조직 운영과 민주주의 원칙

민주국가에서 정권은 정당을 통해서 창출되므로 정당의 운영과 조직 자체가 민주적이어야 한다는 내부적 요건은 정당 정치의 근간이자 토대를 이룬다. 정당은 기본법 21조1항이 요구하는 민주주의 원칙들에 의해 조직을 운용하여야 한다. 정당의 민주적 구성과 운용 요건은 강제 규정이므로 정당이 민주적인 정당이 아닌 것으로 판명되면 그 정당은 헌법을 위반하는 것이 된다. 압수 수색을 통해 얻는 증거-당지도부가 당원을 모집할 때 서신 교환 등을 분석한 결과 SRP 당 주요 간부들은 모두 히틀러의 나치당원이었고 또한 핵심 간부 출신이었다.[58] 또

이들은 히틀러의 나치당을 부활시키려고 활발하게 활동하고 있었다는 사실이 확인되었다.[59]

SRP는 당원과 그 추종자들의 행위에서 기본적 인권과 법치국가 원칙을 부정하는 것이 확인되었다. 특히 이들에게서 반유대주의의 재건 활동이 분명하게 나타났다. 그리고 SRP의 내부 조직 질서는 민주주의 원칙이 지켜지지 않는 반민주적인 정당임이 드러났다. 즉 SRP는 당원의 민주적 의사 참여가 봉쇄된 하향식 명령 체계의 1인 지배 독재 정당이며, 정당 가입과 탈퇴의 자유가 보장되지 않고 있고, 당원에게 충성을 강요하는 등 이러한 사실로 볼 때 민주주의 정당이라고 여겨지지 않는다. 또한 이들은 당원 가입에 제한을 두었으며, 당원에 대한 추방 절차는 나치당과 동일하였다.

SRP당의 강령, 프로그램, 내부 조직 등이 나치 일당 전체주의 국가 이념의 히틀러의 나치당(NSDAP)과 본질적으로 유사하고 또 SRP 스스로 나치당의 후신 successor 정당으로 여기고 있다는 사실[60]에 근거하여 자유 민주주의의 기본질서를 철폐하고자 하는 기도가 확인된다.[61]

자유 민주주의의 기본질서 (freiheitliche demokratische Grundordnung)

헌법재판소는 국민 자치와 다수결이라는 민주주의 원칙을 따르다 보니 히틀러 나치 독재 정권의 출현을 막지 못했었다는 독일의 정당 정치 현실을 반성하고 (판결문에서 히틀러의 나치 일당독재 전체주의 국가 체제의 역사를 자세하게 거론하였다) 정당 해산 제도의 법적 타당성을 단호하게 제시하였다. 정당 해산 제도는 히틀러의 나치 정권이 패망한 이후 1949년 독일기본법에 처음으로 규정된 것이 아니라, 정당 설립의 자유를 인정했던 바이마르 공화국에도 정당 해산 제도가 존재했다.[62] 기본법 21조는 헌법질서의 실정법화된 근본 규범 normative order으로써 가치 중립적인[63] 의미를 뜻하는 것이 아니라, 이 말은 인간의 존엄성과 자유와 평등을 부정하고 일당독재 체제인 국가전체주의에 반대되는 개념이다.

헌법재판소는 정당 해산 제도가 민주주의 원칙에 위반된다는 SRP의 반박에 대해서 그에 대한 해답을 주기 위해서 ‘헌법 질서 constitutional order’ 와 구별되는 ‘자유 민주주의의 기본질서 free democratic basic order’ 에 대한 법적 개념을 정의했다.[64]

“자유 민주주의의 기본질서란 모든 공권력은 법의 지배를 엄격하게 따르고 또 어떠한 폭력이나 자의성을 배격하고 또 자유와 평등과 다수의사 원칙에 따른 국민의 자기 결정권에 기반하는 질서를 말한다. 이 질서의 기본 원칙으로는 최소한 다음의 요소들이 포함된다: 헌법에 구체화된 기본적 인권의 존중, 무엇보다 생명권과 인격의 자유 형성권, 국민 주권, 권력 분립, 정부의 책임성, 법에 따른 행정, 사법부 독립, 복수 정당의 원리와 모든 정당의 기회 평등과 헌법 범위내에서 야당의 구성권과 활동권.” [65]

특별법 우선 적용

기본법 21조2항은 3항의 단서 규정 (연방법률에 의한 상세한 규율을 예정하는)과는 상관없이 정당에 대해서 직접 가능하다. 또 이 정당조항은 9조2항에서 다루고 있는 결사단체하고는 별도로 정당에 대해서 특별하게 다룬 조항으로써 특별법 lex specialis 우선 원칙에 따라 정당에 대해서는 21조가 적용된다.[66]

정당의 방계조직은 정당의 핵심부와 느슨한 관계를 유지하면서 그 정당의 정책을 지원하고 확산시키는 역할을 하는 조직으로써 흔히 정당 산하의 청년단체 등이 그 예이다. 방계조직은 정당이 아니므로 정당 보호 조항을 받는 대상이 아니다. 방계조직의 법적 운명은 정당의 운명과 무관하다. 정당의 특수조직(예컨대 정당의 지역단체)은 당원들로 구성되어 정당의 강령과 정책을 구현해 나가는 정당내부의 조직이므로 정당의 본질적 구성부분에 속한다. 따라서 이들 조직은 정당의 강제 해산과 법적 운명을 같이한다.

정당이라면 21조2항에 의해 즉시 해산될 수 있다. 21조에 따른 정당이 아니라면 9조2항[67]에 따라 일반 결사단체의 해산 법리에 따르게 될

것이다. 즉 일반 결사 단체는 헌법재판소가 아니라 정부에 의해 해산 명령이 가능하다.[68]

헌법재판소 명령의 집행력

기본법의 정당 해산 규정은 직접 적용될 수 있는 법이다. 21조1항에서 정당의 내부 조직이 민주주의 원칙들을 위반해서는 아니된다는 것을 규정하고 있다. 자유 민주주의 기본질서를 부정하는 정당에 대해서 헌법재판소는 정당 해산 규정에 근거하여 즉시 법적 효력을 갖는 정당 해산 집행 명령을 내릴 수 있다.[69] 헌법재판소의 명령은 사법부의 본질적인 권한과 성격에 의거하여 즉시 효력을 나타낸다. 기본법 21조는 근본 규범 조항이고, 다른 법률의 제정을 필요로 하지 않으며, 따라서 즉시 정당 해산을 명령할 수 있다. 헌법재판소의 명령에 대한 집행권을 경찰에게 위임하였다.[70]

정당 해산과 동시에 의원직도 동시에 상실되어야 한가?

정당의 위헌성이 확인되고 이에 헌법재판소의 판결에 따라 해당 정당의 소속 의원들의 의원직은 즉시 상실된다.

헌법재판소는 21조의 정당 조항에 근거하여 즉시 효력을 갖는 의원직 상실 명령을 내릴 수 있다. 이런 집행명령은 사법부의 고유권한에 속한다. 정당의 비례대표제 의원은 “국민의 대표자”로서의 지위와 “정당의 대리인”으로서의 지위 즉 두 가지 지위[71]를 동시에 갖고 있는 관계로 정당 해산시 정당의 비례대표제 의원의 신분 유지 문제가 떠오르게 된다. SRP는 의원은 총선에서 자유로운 국민들로부터 직접 선거로 선출되는 “전 국민의 대표자”이므로 정당해산과 함께 의원직을 상실시키는 것은 기본법 38조[72]와 충돌된다고 반박하였다.

하지만 정당의 위헌성이 확인되면 헌법재판소의 판결에 따라 해산 정당의 소속 의원들의 의원직은 즉시 상실된다. 이러한 의원직 상실이라는 결론은 다음의 논리에 따른 것이다. 정당 해산으로 정치적 의사 형성의 헌법적 보호 장치에서 배제되는 경우 이에 대해서 정당의 목적을 달성하기 위해서 정당이 미리 자진 해산해 버리는 경우 헌법재판소의 해산 명령이 실효성을 거둘 수가 없을 것인 바 헌법재판소의 정당 해산이란 금지된 정당이 헌법상 보호받는 헌법 기관으로써 정치적 의사 형성을 금지하는 것에 있음으로 정당 해산이 되는 순간 해산정당의 소속 의원은 당연히 의원직을 상실한다고 봄이 타당하다.[73]

정치적 의사 형성 과정에서의 민주주의 원칙을 존중하기 때문에 헌법재판소가 직접 그러한 정치적 활동을 억압하는 것이 아니라 다만 헌법기관인 정당으로써 활동하는 것을 금지한다는 것을 의미한다. 일반적인 결사단체로서 그러한 정치적인 활동과 전파 노력까지를 거부하는 것은 아니라는 점에서 헌법재판소가 자유롭고 민주적인 정치적 의사형성 과정에 개입하여 그것을 방해하는 것이 아니다. 정당 해산은 금지된 정당이 헌법 기관의 지위를 갖고서 정치적 의사를 형성하려는 것을 금지하는 것이고, 따라서 헌법기관인 의원직은 동시에 상실된다.

“2. Stellt das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei fest, so wird die Prüfung der Frage unabweislich, ob die Abgeordneten dieser Partei in den gesetzgebenden Körperschaften ihre Mandate behalten können. Das Bundesverfassungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, daß diese Frage verneint werden muß. Dafür sind folgende Erwägungen bestimmend: Das Grundgesetz trägt, wie schon ausgeführt, der politischen Wirklichkeit insofern Rechnung, als es ausdrücklich anerkennt, daß die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken. Damit wird auch in der Verfassung selbst, nämlich in Art. 21 und 38 GG, das besondere Spannungsverhältnis erkennbar, das in der Doppelstellung des Abgeordneten als Vertreters des gesamten Volkes und zugleich als Exponenten einer konkreten Parteiorganisation liegt. Diese beiden Vorschriften lassen sich theoretisch schwer in Einklang bringen: auf der einen Seite erscheinen die Parteien als hauptsächliche Träger der

politischen Willensbildung des Volkes, auf der anderen Seite soll aber der Abgeordnete, der doch in aller Regel über eine Partei sein Mandat erhält, als Vertreter des Gesamtvolkes und nicht als Repräsentant seiner Partei gesehen werden. Der Gegensatz verliert freilich an theoretischer Schärfe, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es sich bei Art. 38 GG um einen Satz aus dem gesicherten ideologischen Bestand des Verfassungsrechts der liberalen Demokratie handelt, den der Verfassungsgesetzgeber als herkömmlich und daher unbedenklich übernommen hat, ohne daß ihm dabei die prinzipielle Unvereinbarkeit mit Art. 21 GG voll deutlich geworden wäre. Immerhin hat sich die Auslegung mit der in diesen positiven Normen des Grundgesetzes in Erscheinung tretenden Spannungslage auseinanderzusetzen. Die Lösung kann nur so erfolgen, daß ermittelt wird, welches Prinzip bei der Entscheidung einer konkreten verfassungsrechtlichen Frage jeweils das höhere Gewicht hat.

Im Anschluß an die Ausführungen unter E. läßt sich die Bedeutung des Art. 21 GG dahin zusammenfassen: Absatz 1 dieser Bestimmung erkennt an, daß die Parteien an der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken, und hebt sie damit aus dem Bereich des Politisch-Soziologischen in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution. An dieser "Inkorporation" der Parteien in das Verfassungsgefüge können politisch sinnvoll nur die Parteien teilhaben, die auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stehen. Dies wird durch Absatz 2 bestätigt. Er hat die Bedeutung, die Feststellung zu ermöglichen, daß eine bestimmte Partei nicht an der politischen Willensbildung des Volkes teilnehmen darf, weil sie die freiheitliche demokratische Grundordnung bekämpft. Lediglich aus rechtsstaatlichen Erwägungen ist bestimmt, daß die Feststellung der Verfassungswidrigkeit mit rechtlicher Wirkung nicht von jedermann, auch nicht von Regierung und Verwaltung, und nicht in jedem Verfahren getroffen werden kann, sondern nur durch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts in einem der Erforschung der materiellen Wahrheit dienenden Verfahren.

Mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts in einem Verfahren nach Art. 21 II GG steht fest, daß die Partei von Anfang an oder von dem im Urteil bezeichneten Zeitpunkt ab wegen des mit den demokratischen Grundprinzipien in Widerspruch stehenden Inhalts ihrer politischen Vorstellungswelt die Voraussetzungen für die Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes nicht erfüllt hat. Ist dem aber so, dann kann sich die Wirkung des Urteils nicht in der Auflösung des organisatorischen Apparates erschöpfen, der zur Durchsetzung dieser Vorstellungen geschaffen worden ist; vielmehr ist es der Sinn des verfassungsgerichtlichen Spruches, diese Ideen selbst aus dem Prozeß der politischen Willensbildung auszuschneiden. Dieses Ziel würde nicht erreicht werden, wenn es den wesentlichsten Exponenten der Partei, den Abgeordneten, weiterhin möglich bliebe, die Ideen ihrer Partei an der Stätte, wo die echten politischen Entscheidungen fallen, zu vertreten und bei Abstimmungen zur Geltung zu bringen. Der recht verstandene Sinn des Art. 21 GG führt also notwendig zu dem Schluß, daß die Mandate der Abgeordneten einer verfassungswidrigen Partei mit der Verkündung des Urteils in dem später zu behandelnden Umfang erlöschen. Der Mandatsverlust ergibt sich derart zwingend aus der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Partei, daß er als deren unmittelbare gesetzliche Folge angesehen werden muß, ohne daß es, wie in § 46 III BVerfGG für die Auflösung einer Partei geschehen, einer ausdrücklichen Ermächtigung des Gesetzgebers zu einem entsprechenden rechtsgestaltenden Ausspruch bedurfte.

Mit dieser Auslegung des Art. 21 GG verliert Art. 38 GG nicht seine eigene Bedeutung. Richtig verstanden bestätigt er vielmehr diese Auslegung insofern, als der Abgeordnete einer verfassungswidrigen Partei nicht "Vertreter des ganzen Volkes" sein kann. Soweit Art. 38 GG ein Verbot des imperativen Mandats enthält, bleibt er erheblich für die rechtliche Beurteilung von Tatbeständen wie Ausschluß und Obertritt eines Abgeordneten zu einer anderen Partei,

Blankoverzichtserklärungen, Rücktrittsreverse und Abmachungen über die Ausübung des Mandats.

Die Wähler der ausgeschiedenen Abgeordneten sind durch den Mandatsverlust nicht beschwert, da das Verlangen, durch den Abgeordneten einer verfassungswidrigen Partei vertreten zu sein, selbst verfassungswidrig wäre. Der Mandatsverlust steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 18 GG. Die Verwirkung von Grundrechten kann zwar, wenn sie gegen einen Abgeordneten verhängt wird, mittelbar – nämlich über den Verlust der Wählbarkeit – den Verlust des Mandats zur Folge haben; sie setzt ein persönliches Mißverhalten des Betroffenen voraus. Der Mandatsverlust als Folge einer Feststellung nach Art. 21 II GG knüpft dagegen nicht an das individuelle Verhalten des Abgeordneten, sondern an den Zusammenhang des Mandats mit der Partei an. Diesem Unterschied in den Voraussetzungen entspricht ein Unterschied in den Rechtsfolgen. Wird im Verfahren nach Art. 18 GG in Verbindung mit § 39 II BVerfGG einem Abgeordneten die Wählbarkeit abgesprochen, so verliert er nicht nur sein Mandat, sondern kann sich für die Dauer der Aberkennung nicht mehr zur Wahl stellen. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei löst dagegen die persönliche Wählbarkeit für die Zukunft unberührt und beseitigt nur das gegenwärtige Mandat. Dieses Ergebnis ist folgerichtig; denn es steht nichts im Wege, einem Abgeordneten, der sowohl im Rahmen des Kollektivs seiner Partei als deren Sprachrohr als auch durch sein persönliches Verhalten Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, die Wählbarkeit in einem Verfahren nach Art. 18 GG abzuerkennen.

Da sich ferner der Mandatsverlust hier als unmittelbare Folge aus der Feststellung nach Art. 21 II GG ergibt, kann eine Genehmigung des Parlaments – etwa in entsprechender Anwendung des Art. 46 III und IV GG – nicht in Betracht kommen. Eine solche Genehmigung hat einen guten Sinn dort, wo es sich um ein individuelles Verfahren gegen bestimmte Abgeordnete handelt und die Interessen des Parlaments der Durchführung dieses Verfahrens vorgehen könnten. Handelt es sich dagegen, wie hier, um ein Verfahren auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei, so ist der Mandatsverlust eine gesetzliche Folge, die ihrem Wesen nach einer parlamentarischen Genehmigung nicht bedürftig sein kann.

Das Bundesverfassungsgericht verkennt nicht, daß das Problem des Mandatsverlustes bei den Vorarbeiten zu dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht gesehen und erörtert worden ist; das Schweigen des Gesetzes hierzu kann wohl so gedeutet werden, daß man diese Folge nicht hat ziehen wollen. Da, wie erörtert, der Mandatsverlust sich unmittelbar aus Art. 21 GG ergibt, können diese Erwägungen des Gesetzgebers mit Rücksicht auf den Vorrang der Verfassung keine Rolle spielen. Der Mandatsverlust beschränkt sich auf die Abgeordneten im Bundestag und in den Landtagen (Bürgerschaften), da die politische Willensbildung des Volkes im eigentlichen Sinne sich nur hier vollzieht. Bei den Gebietskörperschaften, insbesondere den Gemeinden, kann das Ausscheiden der Mitglieder einer verfassungswidrigen Partei aus Vertretungskörpern und Wahlämtern als unmittelbare Folge aus Art. 21 GG nicht hergeleitet werden, weil auf der Ebene der Gebietskörperschaften nicht eigentlich politische Entscheidungen fallen, die Gebietskörperschaften vielmehr in erster Linie Träger von Verwaltungsaufgaben sind. Welche Maßnahmen hier auf Grund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu treffen sind, richtet sich nach dem jeweils für die Gebietskörperschaften geltenden oder, mit Rücksicht auf die in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätze, künftig zu setzenden Recht.

Im vorliegenden Fall ist ferner die Frage zu entscheiden, auf welche Abgeordneten der SRP im Bundestag und in den Landtagen (Bürgerschaften) sich der Mandatsverlust erstreckt, genauer: in welchem Zeitpunkt die Verbindung eines Abgeordneten mit der Partei bestanden haben muß, damit er von dieser Rechtsfolge betroffen werde. Da nach dem

Ergebnis der Beweisaufnahme (Abschnitt G. am Ende) die Verfassungswidrigkeit der SRP von Anfang an bestanden hat, müssen alle Abgeordneten ihr Mandat verlieren, die auf einen Wahlvorschlag dieser Partei gewählt worden sind, auch wenn sie inzwischen ihre Verbindung zur SRP gelöst haben. Das gleiche muß auch für Abgeordnete gelten, die nicht auf einen Wahlvorschlag der SRP gewählt worden, ihr aber später beigetreten sind und im Zeitpunkt der Verkündung des Urteils angehören. Diese Abgrenzung des Bereichs der Mandatsverluste rechtfertigt sich durch folgende Erwägung. Dort haftet dem Mandat von Anfang an ein unheilbarer Makel an; der Abgeordnete ist materiell zu Unrecht in das Parlament gelangt. Hier hat der Abgeordnete das Mandat an sich – formell und materiell – zu Recht erworben, es aber später für eine verfassungswidrige Partei ausgeübt; da her kann er nur dann seines Mandats verlustig gehen, wenn er der Partei zur Zeit der Urteilsverkündung angehört; ist er vorher ausgeschieden, so verliert die Ausübung des Mandats ihren verfassungswidrigen Charakter. Die angebliche Selbstaufflösung der SRP muß hierbei, wie erwähnt, außer Betracht bleiben.

In allen diesen Fällen tritt der Mandatsverlust mit der Verkündung des Urteils ein. Da das Bundesverfassungsgericht die Rechtsfolgen des Mandatsverlusts nur allgemein, nicht aber für jeden einzelnen Fall feststellen kann, obliegt den jeweils zuständigen Wahlprüfungsinstanzen die Aufgabe, für jeden einzelnen in Betracht kommenden Abgeordneten nach den obigen Richtlinien festzustellen, ob sein Mandat erloschen ist. Sie werden insbesondere sorgfältig zu prüfen haben, ob ein etwaiges Ausscheiden aus der SRP vor der Urteilsverkündung, soweit dies nach dem Vorstehenden erheblich sein sollte, ernsthaft gemeint oder nur aus Gründen der Tarnung erfolgt ist.

Zu prüfen bleibt, welche Folgen sich aus dem Wegfall der Mandate ergeben. Diese Folgen sind gesetzlich nicht geregelt. Insbesondere passen die sonst an Mandatsverluste geknüpften gesetzlichen Folgen hier nicht. Es wird Aufgabe des zuständigen Gesetzgebers sein, für die Zukunft die Wirkungen eines sich aus Art. 21 GG ergebenden Mandatsverlusts zu regeln. Eine solche Regelung könnte, wenn sie allgemein ist und nicht nur den Fall der SRP trifft, schon für die laufende Wahlperiode des Parlaments erfolgen. Bis zum Inkrafttreten einer solchen gesetzlichen Regelung muß das Bundesverfassungsgericht im Wege der Anordnung nach § 35 BVerfGG die Folgen des Mandatsverlusts ordnen.

Demgemäß war der ersatzlose Wegfall der Mandate zu verfahren. Ein Ersatz der auf Landesliste gewählten Abgeordneten ist ohnehin unmöglich, weil die Listen mit dem Spruch des Gerichts fortgefallen sind. Aus rechtlichen und wahltechnischen Gründen ist es unangebracht, Ersatzwahlen für die im Wahlkreis gewählten Abgeordneten oder gar allgemeine Neuwahlen im Wege einer Anordnung nach § 35 BVerfGG vorzusehen. Der Fortfall der Mandate führt zwangsläufig dazu, daß die Mitgliederzahl der Parlamente bis zu einer gesetzlichen Neuregelung und längstens für die Dauer der laufenden Wahlperiode sich um die Zahl der ersatzlos fortgefallenen Mandate vermindert. Dies gilt auch bei den Parlamenten, für die in den Verfassungen oder Wahlgesetzen eine feste Mitgliederzahl vorgesehen ist. Die Rechtsgültigkeit der Beschlüsse, die auf der Grundlage der verminderten Mitgliederzahl gefaßt werden, kann deshalb nicht in Zweifel gezogen werden.

3. Eines besonderen Verbots der von der SRP abhängigen Organisationen – Reichsfront, Reichsjugend, SRP-Frauenbund – bedarf es nicht. Sofern sie Teile der Partei sind, trifft sie deren rechtliches Schicksal. Soweit es sich um selbständige Organisationen handelt, findet auf sie Art. 21 II GG keine Anwendung. Verletzen sie die "verfassungsmäßige Ordnung", so kann die Exekutive auf Grund des Art. 9 II GG unmittelbar gegen sie einschreiten.

4. Nach § 46 III BVerfGG ist mit der Auflösung der Partei das Verbot zu verbinden, Ersatzorganisationen zu schaffen. Der Gründung von Ersatzorganisationen steht die Fortsetzung von Organisationen gleich, die vor der Urteilsverkündung gegründet sind und nun zu Ersatzorganisationen werden. Auch in der irgendwie organisierten

Verbreitung von Ideen der SRP (z.B. durch Informationsblätter, Rundbriefe, Vorträge) kann eine Ersatzorganisation erblickt werden.

5. Die von der Bundesregierung beantragte und nach § 46 III BVerfGG zulässige Einziehung des Vermögens der SRP zugunsten des Bundes für gemeinnützige Zwecke erscheint geboten. Das gilt auch für Vermögen rechtlich oder organisatorisch selbständiger Teile der SRP (Landesverbände, Kreisverbände usw.).

6. Die Wirkung des Urteils tritt mit der Verkündung ein. Die Polizeibehörden haben alle dem Vollzug des Urteils dienenden Maßnahmen zu treffen, ohne durch andere als allgemein gültige rechtsstaatliche Regeln, wie z.B. die von der Angemessenheit des Mittels zur polizeilichen Durchsetzung angeordneter Maßnahmen, gehindert zu sein. Um die Durchführung zu vereinheitlichen, sind die Innenminister der Länder auf Grund des § 35 BVerfGG mit der Vollziehung der Entscheidungen dieses Urteils zu Ziffer 1.2. und 3. zu beauftragen; die Einziehung des Vermögens ist dem Innenminister des Bundes zu übertragen.”

BVerfGE 2, 1 at 72–79.

판결 요지

BVerfGE 2, 1 at 1–2

1. Das Bundesverfassungsgericht ist nicht ohne weiteres schon deshalb unvorschriftsmäßig besetzt, weil für einen ausgeschiedenen Richter nicht innerhalb der in § 5 III BVerfGG vorgesehenen Frist ein Nachfolger gewählt wird.

2. Freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Art. 21 II GG ist eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.

3. Art. 21 II GG ist für politische Parteien uneingeschränkt lex specialis gegenüber Art. 9 II GG.

4. Art. 21 I 1 und 2 und II GG ist unmittelbar anwendbares Recht. Das gilt auch für Art. 21 I 3 GG insoweit, als er es verbietet, daß eine Partei sich in grundsätzlicher Abweichung von demokratischen Prinzipien organisiert.

5. Erreicht die Abkehr von demokratischen Organisationsgrundsätzen in der inneren Ordnung einer Partei einen solchen Grad, daß sie nur als Ausdruck einer grundsätzlich demokratiefeindlichen Haltung erklärbar ist, dann kann, namentlich wenn auch andere Umstände diese Einstellung der Partei bestätigen, der Tatbestand des Art. 21 II GG erfüllt sein.

6. Wird die Auflösung einer Partei in das freie Belieben einer autoritären Spitze aus wenigen Funktionen gestellt, so ist eine dahingehende Satzungsbestimmung oder eine einzelne Ermächtigung wegen Verstoßes gegen die zwingende Vorschrift des Art. 21 I 3 GG nichtig.

7. Mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei fallen die Bundestags- und Landtags- (Bürgerschafts-) mandate der Abgeordneten dieser Partei fort.

2. 독일공산당(KPD) 정당 해산

1956년 8월17일 독일연방헌법재판소 판결 BVerfGE 5, 85

2.1. 사실 개요

2.1.1. 심판 청구 이유

1951년 11월22일 독일 연방정부는 기본법 21조에 따라 독일공산당(KPD)에 대한 정당 해산 심판을 연방헌법재판소에 제기했다. KPD가 위헌정당이고 따라서 해산되어야 한다는 연방정부의 청구 주장은 다음과 같은 사실들에 근거하였다.

KPD는 정당의 목적과 지지자의 행위로 인해서 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하고 있고 또 이 질서를 배격하여 국가의 존립을 위협하는 일을 기도하고 있다. 그러한 기도는 KPD가 교조적으로 추종하고 있는 마르크스 레닌주의 정치이론을 보거나 또는 정당의 구체적인 목표 설정으로 보거나 명확하게 확인된다.

KPD는 소련 공산당 정권을 따르는 혁명정부 수립을 기도하고 있다. 혁명정부는 폭력과 자의적인 권력을 행사하는 일당독재 전체주의 국가 체제를 추구하는데 이는 자유 민주주의의 기본질서와는 결코 함께 할 수 없다. KPD는 혁명정부 수립의 목적을 달성하기 위하여 독일의 통일 원칙을 오용하고 있다.

KPD는 혁명적이고 폭력 투쟁의 수단에 의한 방법으로 현 정부 전복을 주장하고 있다. 정권 전복이라는 말에는 정부뿐만 아니라 국가 기구 전체가 포함되어 있다. 이러한 정권 타도 투쟁에 있어서 KPD는 동독집권공산당과 소련의 지원을 기대하고 있다.

2.1.2. 정부의 청구 사항

“1. 1.KPD는 위헌이다.

1.2 KPD는 해산된다.

1.3 KPD가 대체조직을 조직하거나 또 현존하는 여러 조직들을 대체조직으로써 계속 유지하는 것을 금지한다.

1.4 KPD의 재산은 공공의 이익 목적으로 국가에 몰수된다.” [74]

2.1.3. KPD 반론 요지[75]

(i) 기본법 21조2항은 정당에 관한 구체적인 법률이 제정되기 이전에는 적용 가능하지 않다. 또 정당 해산 규정은 최소한 KPD같이 합법적으로 인정되어 온 정당 즉 기본법이 제정되기 이전으로부터 정당으로 허가 설립되었고 또 민주적인 정당들에 대해서는 적용 가능한 규정 이 아니다.

(ii) 정당 해산 심판 청구는 정부가 기본법 21조2항에 대해 재량권 행사를 남용하는 것에 해당되어 행정부의 제소는 위법이다. KPD는 헌법에 포함되어 있는 자유주의와 민주주의를 위해 결정적으로 중요한 원칙들과 모순되는 정치적 경향이 독일에서 나타나고 있는 것에 대하여 투쟁하고 있는데 오히려 정부가 정치 활동을 막아서고 KPD를 정치적 의사 형성 과정에서 배제하고자 하는 것은 위법이다.

(iii) 기본법 21조2항은 포츠담 협정에 맞게 해석되어야 한다. 포츠담협정에서 규정한대로 KPD는 민주주의 정당이며 또 KPD가 민주적인 정당이라는 사실은 포츠담 협정[76]에 따라 진주한 연합국의 점령군에 의해서 정식 인정되고 확인되었다.

(iv) KPD의 해산은 독일의 재통일을 방해하는 처사다. 독일 재통일의 불가결한 전제인 동서독을 포함한 전체 독일에서의 자유로운 선거를 불가능하게 만들 것이다.

(v) 정부의 행위가 계속적으로 헌법을 침해하고 있는 바 이에 대해 KPD는 정당으로서 정치적인 저항권을 행사하고 있다.

(vi) KPD는 연방정부의 해산 심판 청구 원인이 되는 사실에서도 청구의 이유는 타당하지 않다고 반박했다.

① 마르크스·레닌주의 교리는 하나의 학설이기 때문에 헌법재판소의 평가 대상이 되지 않으며 또 법적 증거의 대상이 될 수 없다고 반박했다. 또 정부가 마르크스 레닌주의를 오해, 왜곡, 변조하고 있다고 반박했다. 그리고 마르크스 레닌주의의 최종 목표가 사회주의 혁명에 의해 만들어지는 사회주의(공산주의)의 통치 질서라고 하더라도 이러한 교리는 전략적 목표를 자의적인 해석이 아니라 객관적인 조건이라는 심도 깊은 과학적 분석에 의해서 설정할 수 있는 것이라고 주장하고 또 이러한 분석을 통해 보면 사회주의 혁명 또는 사회주의적 국가 질서의 성립은 최소한 독일이 재통일되는 단계 이전에는 이루어지지 않는 것이기 때문에 정부의 주장은 이유 없다고 반박했다.

② KPD가 추구하는 구체적인 목표 설정은 헌법에 부합된다. 당시 헌법체제에서 KPD가 추구하는 목표는 다음과 같은 것이라고 주장했다: 독일의 통일까지는 동서독이 대등하게 참가한 집단안전방위체제를 통한 평화의 유지와 확보, 민주적인 방법에 의한 독일의 평화적 통일, 헌법적 질서의 기초인 민주와 자유의 확보와 신장, 노동자들의 사회적·문화적 이익 옹호와 사회보장제도의 보장 등을 주장하고 있다.

③ 폭력에 의한 국가 전복을 주장하는 KPD의 문서는 존재하지 않는다.

④ 거리 데모나 파업 등의 KPD의 행위들은 헌법 질서의 큰 틀 안에서 허용되는 것으로써 불법적인 것이 아니다.

⑤ KPD는 동독의 공산당 일당 통치 체제를 서독에 이식시키려고 시도하지 않는다.

2.1.4. 헌법 재판 심리 과정

연방헌법재판소는 1952년 1월 24일 헌법재판소법 45조에 따라 심리를 수행한다고 결정했다. 헌법재판소는 법률에 따라 KPD 사무소와 당원의 거주지에 대해서 압수 수색을 명령했다. 수색 압수는 1952년 1월 31일과 7월 12일 실시되었다. 1954년 11월 23일부터 1955년 7월 14일까지 정부와 KPD의 구두변론이 이루어졌다.

2.1.5. 헌법재판소 판결 주문

1956년 8월 17일 헌법재판소는 행정부가 요구하는 4가지 중 모두 인용하는 결정을 내렸다.

“1.1 독일공산당 KPD는 위헌이다.

1.2 독일공산당 KPD는 해산된다.

1.3 독일공산당 KPD의 대체조직을 조직하거나 또 현재의 조직을 대체조직으로서 계속 유지시키는 것을 금지한다.

1.4 독일공산당 KPD의 재산은 독일연방공화국의 공공 용도 목적으로 몰수한다.

2. 각 주의 내무성 장관들에게 주문 1.2와 1.2의 명령을 집행할 권한을 위임한다. 그 범위 내에서 그들에게는 모든 경찰기관에 대한 직접적인 지휘권이 부여된다. 재산의 몰수는 연방 내무성 장관에게 위임한다. 연방 내무부 장관은 각 주 내무성 장관의 조력을 받을 수 있다.

3. 본 판결 또는 본 판결의 집행에 관한 모든 조치에 고의로 위반하는 행위는 연방헌법재판소법 제47조와 제42조에 따라 6월 이상의 금고에 처한다.” [77]

2.2. 판결 이유

2.2.1. 정당 조항의 규범성

기본법 21조2항은 3항에서 연방법률로 상세한 사항을 한다고 정당 해산에 대한 법률 예정을 하고 있고 또 그에 대한 법률이 아직 제정되지 않은 상태이기는 하지만 그와는 상관없이 현행 21조만으로도 적용 가능하다.[78]

헌법상 정당의 개념[79]

기본법 21조에서 규정하는 “정당”에 대해서는 정당간의 어떤 구별을 정하고 있지 않다. 오래 존속되고 민주적인 기존의 정당이라고 해서 이 조항의 적용을 받지 않는다고 할만한 어떤 면제 사유가 존재하지 않는다. 포츠담 협정에 의해 정해진 독일에서의 모든 민주적인 정당에 대한 허가 원칙이 기본법 21조2항의 해석에 있어서 결정적인 의미를 갖는 것은 아니다.[80]

2.2.2. 정당 국가와 정권의 정통성

자유 민주주의의 국가는 국민 자치와 다수결의 민주주의 원칙을 기본적으로 지키는 체제다. 그런데 국민이 대표가 아닌 헌법재판소가 어떻게 정치 의사 형성을 기능으로 하는 정당을 강제적으로 정치적 의사 형성 과정으로부터 미리 배제할 수 있다고 한다면 그 근거는 무엇인가?

“자유 민주주의의 헌법이 자신의 기본가치인 정치적 의사 표현의 자유를 보호하기 위해 지나친 제한을 가함으로써 제한규정 자체가 헌법에 위반되어 감당할 수 없는 자기모순에 빠지는 것은 아닌가? ... 국가권력이 개입하여 정당을 정치활동으로부터 배제하는 것은 이론적으로 볼 때에 어쨌든 자유 민주주의의 기본 원칙에 배치된다. ... 자유선거권의 조건 속에서 정당이 체제 조화적인 방식으로 국가의 정치적 의사형성으로부터 배제되는 것은 선거에서 득표에 실패하면서일 것이다.” [81]

“Teil C – Die Rechtsgrundlagen des Verfahrens

I. – Die Stellung der politischen Parteien nach dem Grundgesetz

Über die Stellung des Grundgesetzes zu den politischen Parteien hat sich das Bundesverfassungsgericht bereits im SRP-Urteil vom 23. Oktober 1952 (BVerfGE 2, 1 [10 ff., 73]) ausgesprochen. Dort ist ausgeführt, daß Art. 21 Abs. 1 GG die Parteien aus dem Bereich des Politisch-Soziologischen in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution erhebt. Schon in einer früheren Entscheidung hatte das Gericht die Parteien als "integrierende Bestandteile des Verfassungsaufbaus und des verfassungsrechtlich geordneten politischen Lebens" bezeichnet (BVerfGE 1, 208 [225]). Schließlich nennt die Entscheidung des Plenums des BunBVerfGE 5, 85 (133) BVerfGE 5, 85 (134) des verfassungsgerichts vom 20. Juli 1954 (BVerfGE 4, 27 [30]) die Parteien "notwendige Bestandteile des Verfassungsaufbaus", die durch ihre Mitwirkung bei der politischen Willensbildung "Funktionen eines Verfassungsorgans ausüben".

Sieht man mit diesen Entscheidungen in Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG nicht die beschreibende Feststellung eines Tatbestandes der gesellschaftlich-politischen Wirklichkeit, gibt man der Bestimmung vielmehr den normativen Sinn, daß sie den Parteien ihre Stelle in der Ordnung des Staatsaufbaus anweist, dann wird deutlich, daß an der "Inkorporation" der Parteien in das Verfassungsgefüge "politisch sinnvoll" nur die Parteien teilhaben können, die auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stehen (BVerfGE 2, 1 [73]). Wenn die Vielfalt der Weltanschauungen und Interessen nicht die Bildung eines einheitlichen Staatswillens überhaupt unmöglich machen soll, dann muß bei denen, die zur Mitwirkung an dieser Willensbildung berufen sind, wenigstens Einmütigkeit in der Bejahung der verfassungsrechtlichen Grundwerte bestehen. Es ist denkbar, daß eine politische Partei, die diese Grundwerte verwirft

und bekämpft, als gesellschaftlich-politische Gruppe besteht und sich betätigt; es ist aber nicht denkbar, daß ihr die verantwortliche, rechtlich maßgebliche Mitwirkung bei der Bildung des Staatswillens verfassungsrechtlich garantiert werden könnte.

Auch wenn man es als eine notwendige Folge dieser verfassungsrechtlichen Garantie der Parteien ansieht, daß verfassungswidrige Parteien von der politischen Willensbildung des Volkes ausgeschlossen werden müssen, so läßt sich doch nicht verkennen, daß eine gewisse Spannung zwischen der Vorschrift des Art. 21 Abs. 2 GG und der politischen Meinungsfreiheit, ohne Frage einem der vornehmsten Rechtsgüter jeder freiheitlichen Demokratie, besteht. Ein Staat, der seine verfassungsrechtliche Ordnung als freiheitlich-demokratisch bezeichnet und sie damit in die große verfassungsgeschichtliche Entwicklungslinie der liberalen rechtsstaatlichen Demokratie einordnet, muß aus dem Grundrecht der Freiheit der Meinungsäußerung ein grundsätzliches BVerfGE 5, 85 (134) BVerfGE 5, 85 (135) Recht der freien politischen Betätigung und damit auch der freien Bildung politischer Parteien entwickeln, wie in Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GG geschehen ist. Denn es ist eine der Grundanschauungen der freiheitlichen Demokratie, daß nur die ständige geistige Auseinandersetzung zwischen den einander begegnenden sozialen Kräften und Interessen, den politischen Ideen und damit auch den sie vertretenden politischen Parteien der richtige Weg zur Bildung des Staatswillens ist – nicht in dem Sinne, daß er immer objektiv richtige Ergebnisse liefere, denn dieser Weg ist a process of trial and error (I. B. Talmon), aber doch so, daß er durch die ständige gegenseitige Kontrolle und Kritik die beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie als Resultante und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften gibt. Bei konsequenter Durchführung dieses Gedankens mußte den Vertretern jeder politischen Konzeption die Möglichkeit eröffnet werden, sich in der Form einer politischen Partei zu organisieren und für die Durchsetzung ihrer politischen Auffassungen zu werben. Es ist nicht zu verkennen, daß die nicht durch den Wählerwillen im Prozeß der staatlichen Willensbildung, sondern durch staatlichen Eingriff sich vollziehende Ausschaltung einer politischen Partei aus dem politischen Leben zu dieser Konsequenz jedenfalls theoretisch in Widerspruch steht.

Es ist also kein Zufall, daß die liberalen Demokratien des Westens ein Parteiverbot entsprechend Art. 21 Abs. 2 GG nicht kennen, wie es auch der deutschen Reichsverfassung von 1919 und den damaligen Länderverfassungen fremd war. Das System dieser Verfassungen, die freilich auch noch nicht zu einer so eindeutigen rechtlichen Institutionalisierung und Garantie der Parteien gelangt sind wie das Grundgesetz, besteht darin, daß den Bürgern der freie Zusammenschluß zu politischen Parteien ohne Einschränkung freigestellt oder sogar – wie in der italienischen Verfassung von 1947 – ausdrücklich gewährleistet ist, und daß das Risiko einer selbst grundsätzlich gegnerischen Einstellung einer Partei zur geltenden Staatsordnung bewußt in Kauf genommen wird; für äußerste Fälle der Staatsgefährdung werden gegenüber BVerfGE 5, 85 (135) BVerfGE 5, 85 (136) den verantwortlichen Personen die Sanktionen des Strafrechts bereitgehalten. Dem mag die optimistische Auffassung zugrunde liegen, daß die beste Garantie des freiheitlichen demokratischen Staates in der Gesinnung seiner Bürger liegt; da freies Wahlrecht besteht, kann und soll die Abwehr staatsfeindlicher Parteien sich in der Versagung der Wählerstimmen ausdrücken; so werden sie in "systemkonformer" Weise von der politischen Willensbildung des Staates ausgeschlossen. In der Zeit der Weimarer Republik hat sich in Deutschland das Bild ergeben, daß Parteien unangefochten bestehen und die Einrichtungen des Staates in jeder Form bekämpfen konnten, denen oberste Gerichte bescheinigt hatten, daß sie das Ziel verfolgten, die bestehende Staatsordnung gewaltsam durch eine andere zu ersetzen.

Freilich zeigt die neueste Entwicklung, daß auch die freiheitlichen Demokratien an dem praktisch-politischen Problem der Ausschaltung verfassungsfeindlicher Parteien aus dem politischen Leben nicht vorbegehen können, sobald die

Staatsgefährlichkeit einen bestimmten Grad erreicht hat. Der Weg zur Lösung ist nicht überall derselbe. Bisweilen wird eine bestimmte Partei, von der nach der geschichtlichen Erfahrung eine feindliche Einstellung zu einer freiheitlichen Staatsordnung ohne weiteres vorausgesetzt werden darf, in bewußter Ausnahmeregelung schon in der Verfassung selbst verboten (so in Italien die Faschistische Partei); häufiger wird – neben dem auf äußerste Fälle beschränkten strafrechtlichen Einschreiten – durch Spezialgesetze oder in Benutzung allgemeiner verfassungsrechtlicher Ermächtigungen auch administrativen Instanzen der Zugriff auf verfassungsfeindliche politische Parteien eröffnet. So ist die Kommunistische Partei in den Jahren 1939 und 1940 in Frankreich und in der Schweiz durch Regierungsverordnung verboten worden. In den Vereinigten Staaten von Amerika ist sie zur besseren Überwachung ihrer Tätigkeit als umstürzlerische Organisation einer Registrierungspflicht unterworfen. Je nach der gewählten gesetzestechnischen Methode gestaltet sich auch die gerichtliche Nachprüfung solcher Maßnahmen verschieden.

Für das Grundgesetz war mit der Erhebung der politischen Parteien in den Rang verfassungsrechtlicher Institutionen das Problem der Behandlung verfassungswidriger Parteien besonders klaggestellt. Bereits der Herrenchiemsee-Entwurf (Art. 47 Abs. 4) hat die Lösung vorgeschlagen, daß solche Parteien durch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts förmlich für verfassungswidrig erklärt werden sollten und daß dies das gerichtliche Verbot der Partei bedeute. Das Grundgesetz und das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht sind dem gefolgt. In der Ebene der Verfassung stehen somit Art. 21 Abs. 2 GG und das Grundrecht der politischen Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) gleichwertig nebeneinander, so daß von einem formal höheren Rang einer der beiden Bestimmungen nicht die Rede sein kann. Für das Bundesverfassungsgericht stellt sich aber die Frage, ob die fundamentale Bedeutung des Grundrechts der politischen Meinungsfreiheit in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung eine Bestimmung wie Art. 21 Abs. 2 GG überhaupt zuläßt, ob mit anderen Worten eine freiheitlich-demokratische Verfassung, die zu ihrem Schutz einen ihrer eigenen Grundwerte, die politische Meinungsfreiheit, in so starkem Maße beschränkt, nicht damit in einen so unerträglichem Selbstwiderspruch verfällt, daß die beschränkende Bestimmung selbst als "verfassungswidrig" angesehen werden müßte, d.h. als einem Grundprinzip der Verfassung widersprechend, an dem auch die einzelnen positiven Verfassungsbestimmungen gemessen werden können und müssen.

Das Bundesverfassungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, daß Art. 21 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich unangreifbar und damit für das Bundesverfassungsgericht bindend ist.

BVerfGE 5, 85 at 133–137.

2.2.3. 위헌 정당의 판단 기준

정당을 위헌정당으로 판단하기 위해서는 정당이 헌법 질서를 자유 민주주의 기본질서로 하는 헌법상의 기본적인 원칙들을 완전히 무시하고 내던져버릴 때 또는 자유 민주주의 기본질서를 적극적으로 공격할 때에만 위헌정당이 되는 것이다.[82][83]

Die liberalen Verfassungen hatten bis in die Anfänge des 20. Jahrhunderts hinein mit politischen Parteien, die die Grundlagen einer freiheitlichen Staatsordnung bekämpften, kaum zu rechnen; so war ihnen die Haltung unbedingter Toleranz und Neutralität gegenüber allen Parteien angemessen. Das ändert sich mit dem Aufkommen der "totalitären" Parteien nach dem ersten Weltkrieg, die das natürliche innere Bewegungsprinzip der freiheitlichen Demokratie, das freie Spiel der politischen Kräfte, ablehnen und an seine Stelle eine starre, von der Parteiführung festgelegte und politische Doktrin setzen, an die die Mitglieder in strenger Disziplin gebunden sind. Das natürliche

Streben jeder politischen Partei nach Einfluß auf den staatlichen Machtapparat wird bei diesen Parteien zum Anspruch auf eine "Machtergreifung", die, wenn sie erreicht wird, ihrem Wesen nach auf Ausschaltung aller anderen politischen Richtungen ausgehen muß und – jedenfalls dem Grundsatz nach – eine Freiheitssphäre des Einzelnen gegenüber dem Staat nicht mehr anerkennt. Gegenüber solchen Parteien ist der freiheitlichen Demokratie, die die Würde des Menschen zu verteidigen und zu sichern hat, eine neutrale Haltung nicht mehr möglich, und es wird ein verfassungspolitisches Problem, welche rechtlichen Mittel sie einsetzen will, um die sich nun für sie ergebende Forderung "keine unbedingte Freiheit für die Feinde der Freiheit" zu lösen. Die Weimarer Verfassung hat auf eine Lösung verzichtet, ihre politische Indifferenz beibehalten und ist deshalb der aggressivsten dieser "totalitären" Parteien erlegen.

Der verfassungsgeschichtliche Standort des Grundgesetzes ergibt sich daraus, daß es unmittelbar nach der – zudem nur durch Einwirkung äußerer Gewalten ermöglichten – Vernichtung eines totalitären Staatssystems eine freiheitliche Ordnung erst wieder einzurichten hatte. Die Haltung des Grundgesetzes zu den politischen Parteien – wie überhaupt die von ihm verwirklichte spezifische Ausformung der freiheitlichen Demokratie – ist nur verstündlich auf dem Hintergrund der Erfahrungen des Kampfes mit diesem totalitären System. Der Einbau wirksamer rechtlicher Sicherungen dagegen, daß solche politischen Richtungen jemals wieder Einfluß auf den Staat gewinnen könnten, beherrschte das Denken des Verfassungsgebers. Wenn das Grundgesetz so einerseits noch der traditionellen freiheitlich-demokratischen Linie folgt, die den politischen Parteien gegenüber grundsätzliche Toleranz fordert, so geht es doch nicht mehr so weit, aus bloßer Unparteilichkeit auf die Aufstellung und den Schutz eines eigenen Wertsystems überhaupt zu verzichten. Es nimmt aus dem Pluralismus von Zielen und Wertungen, die in den politischen Parteien Gestalt gewonnen haben, gewisse Grundprinzipien der Staatsgestaltung heraus, die, wenn sie einmal auf demokratische Weise gebilligt sind, als absolute Werte anerkannt und deshalb entschlossen gegen alle Angriffe verteidigt werden sollen; soweit zum Zwecke dieser Verteidigung Einschränkungen der politischen Betätigungsfreiheit der Gegner erforderlich sind, werden sie in Kauf genommen. Das Grundgesetz hat also bewußt den Versuch einer Synthese zwischen dem Prinzip der Toleranz gegenüber allen politischen Auffassungen und dem Bekenntnis zu gewissen unantastbaren Grundwerten der Staatsordnung unternommen. Art. 21 Abs. 2 GG steht somit nicht mit einem Grundprinzip der Verfassung in Widerspruch; er ist Ausdruck des bewußten verfassungspolitischen Willens zur Lösung eines Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung, Niederschlag der Erfahrungen eines Verfassungsgebers, der in einer bestimmten historischen Situation das Prinzip der Neutralität des Staates gegenüber den politischen Parteien nicht mehr rein verwirklichen zu dürfen glaubte, Bekenntnis zu einer – in diesem Sinne – "streitbaren Demokratie". Diese verfassungsrechtliche Entscheidung ist für das Bundesverfassungsgericht bindend. Ist so die vom Grundgesetz eröffnete Möglichkeit der Ausschaltung verfassungsfeindlicher politischer Parteien nicht zu beanstanden, so bietet auch das vorgesehene Verfahren die in einem Rechtsstaat erforderlichen Garantien gegen einen Mißbrauch dieser Möglichkeit. In der Ordnung dieses Verfahrens wird ein anderer, dem Grundgesetz eigentümlicher Zug, der es auch aus dem Kreise der liberal-demokratischen Verfassungen charakteristisch heraushebt, deutlich sichtbar: Die starke Betonung der "dritten", der richterlichen Gewalt, das Bestreben, auch Vorgänge des politischen Bereichs, Handlungen politischer Organe in ungewöhnlich weitem Maße der Kontrolle durch unabhängige Gerichte zu unterwerfen und damit die Postulate des Rechtsstaates auch verfahrensmäßig zu realisieren. So ist im Grunde die Stellung der staatsfeindlichen Parteien nach dem Grundgesetz gesicherter als in Staaten, deren Verfassungen ein förmliches Verbotungsverfahren nicht kennen. Denn wie die oben angeführten Beispiele zeigen, läßt das Schweigen der Verfassung praktisch ein Einschreiten der Exekutive aus Gründen der politischen Zweckmäßigkeit jederzeit zu – sei es auf Grund allgemeiner Ermachtungen oder auf Grund von ad hoc

erlassenen einfachen Gesetzen. Das nach dem Grundgesetz bestehende Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei schließt dagegen administratives Einschreiten gegen den Bestand einer politischen Partei schlechthin aus, mag sie sich der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gegenüber noch so feindlich verhalten.

BVerfGE 5, 85 at 137–140.

II. – Die Auslegung des Art. 21 Abs. 2 GG

1. Auszugehen ist davon, daß eine politische Partei nur dann aus dem politischen Leben ausgeschaltet werden darf, wenn sie, wie das Bundesverfassungsgericht in dem SRP-Urteil vom 23. Oktober 1952 (BVerfGE 2, 1 [14]) ausgeführt hat, "die obersten Grundsätze der freiheitlichen Demokratie ablehnt". Diese grundlegenden Prinzipien, die das Grundgesetz unter dem Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zusammenfaßt, sind nach dem erwähnten Urteil (a.a.O. S. 13) mindestens die folgenden:

"die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition."

Eine Partei ist nicht schon dann verfassungswidrig, wenn sie einzelne Bestimmungen, ja ganze Institutionen des Grundgesetzes BVerfGE 5, 85 (140) BVerfGE 5, 85 (141) ablehnt. Sie muß vielmehr die obersten Werte der Verfassungsordnung verwerfen, die elementaren Verfassungsgrundsätze, die die Verfassungsordnung zu einer freiheitlichen demokratischen machen, Grundsätze, über die sich mindestens alle Parteien einig sein müssen, wenn dieser Typus der Demokratie überhaupt sinnvoll funktionieren soll.

2. Eine Partei ist auch nicht schon dann verfassungswidrig, wenn sie diese obersten Prinzipien einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht anerkennt, sie ablehnt, ihnen andere entgegensetzt. Es muß vielmehr eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung hinzukommen; sie muß planvoll das Funktionieren dieser Ordnung beeinträchtigen, im weiteren Verlauf diese Ordnung selbst beseitigen wollen. Das bedeutet, daß der freiheitlich-demokratische Staat gegen Parteien mit einer ihm feindlichen Zielrichtung nicht von sich aus vorgeht; er verhält sich vielmehr defensiv, er wehrt lediglich Angriffe auf seine Grundordnung ab. Schon diese gesetzliche Konstruktion des Tatbestandes schließt einen Mißbrauch der Bestimmung im Dienste eifernder Verfolgung unbequemer Oppositionsparteien aus.

3. Art. 21 Abs. 2 GG verlangt, daß die Partei "darauf ausgeht", die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. Die KPD meint, dieses Tätigkeitsmerkmal erfordere mehr als nur eine Absicht, nämlich ein Tätigwerden; damit müsse aber praktisch der Tatbestand des § 81 StGB (Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens) verwirklicht sein, ehe gegen eine politische Partei nach Art. 21 Abs. 2 GG eingeschritten werden könne. Das ist nicht richtig. Im Strafrecht handelt es sich darum, für eine bestimmt abgrenzbare, in der Vergangenheit liegende Handlung einer Einzelperson eine Strafe zu verhängen, die Sühne für begangenes Unrecht ist. Daher muß sich im Falle des § 81 StGB die Vorbereitung eines konkreten ("bestimmten") verfassungsfeindlichen Unternehmens erweisen lassen, und es ist zu billigen, daß von der Rechtsprechung an das Begriffsmerkmal der Bestimmtheit strenge Anforderungen gestellt werden. Es kann auch dann vorliegen, wenn bei dem Täter eine grundsätzlich verfassungsfeindliche Einstellung nicht gegeben ist.

2.2.4. 자유 민주주의 기본질서

자유 민주주의 기본질서 freiheitliche demokratische Grundordnung^[84]의 개념: “자유 민주주의 기본질서란 모든 공권력은 법의 지배를 엄격하게 따르고 또 어떠한 폭력이나 자의성을 배격하고 또 자유와 평등과 다수의사 원칙에 따른 국민의 자기 결정권에 기반하는 질서를 말한다. 이 질서의 기본 원칙으로는 최소한 다음의 요소들이 포함된다: 기본법에 구체화된 기본적 인권의 존중, 무엇보다 생명권과 인격의 자유 형성권, 국민 주권, 권력 분립, 정부의 책임성, 법에 따른 행정권력, 사법부 독립, 복수정당의 원리와 모든 정당의 기회 평등과 헌법 범위 내에서 야당의 구성권과 활동권.” ^[85]

2.2.6. 방어적 민주주의 streitbaren Demokratie

정당해산제도는 한편으로는 바이마르공화국이 상대주의적 민주주의에 근거해서 전체주의적 세력에게 무방비였다는 역사인식을 전제로 하였고 다른 한편으로는 이러한 경험을 되풀이하지 않기 위해 고안된 ‘방어적 민주주의’를 기초로 형성되었다.

기본법 21조2항은 ‘규범 조항 normative order’으로써 가치중립적인 질서가 아니라 일당독재 체제를 배격하는 질서를 의미한다.^[86]

인간의 존엄성을 방어하고 보장해야 하는 자유 민주주의 기본질서는 이러한 정당들에 대해 더 이상 중립적인 입장을 취할 수 없다. 자유의 적에게는 무조건적인 자유가 보장될 수 없다는 자유 민주주의 기본질서에 제기되는 요구를 해결하기 위해 어떠한 법적 수단을 강구할 것인가는 헌법 정책적인 문제로 된다. 바이마르헌법은 해결책을 포기하고 중립성을 유지하여 그 결과 국가전체주의 정당들 중 가장 공격적인 정당에게 죽임을 당했다.

기본법이 정당에 대해 취하는 태도는—기본법이 실현하고 있는 자유로운 민주주의의 특별한 형태 자체가 그렇듯이—이러한 전체주의체제와의 투쟁의 경험을 바탕으로 해서만 이해할 수 있다. 이러한 과거의 정치적 지향들이 다시 국가에 대한 영향력을 획득하는 것을 방지하는 효율적인 법제도를 마련해야 한다는 생각이 헌법제정자를 지배하였다. 기본법은 한편으로는 여전히 정당에 대한 기본적인 관용을 요구하는 종래의 자유롭고 민주적인 노선을 추구하면서도 이러한 노선이 자신의 가치체계를 세우고 보호하는 것조차 포기하는 단순한 중립성을 의미하게 하지는 않는다.^[87]

기본법 21조2항은 자유 민주적 기본질서의 경계선상의 문제를 해결하려는 의식적인 헌법상 의지의 표현이며, 특수한 역사적 상황에서 정당에 대한 국가의 중립성을 더 이상 순수하게 실현할 수 없다고 믿게 된 헌법제정자의 경험의 결과이고 또 이러한 의미에서 ‘전투적 민주주의’에 대한 고백이다.^[88]

2.2.6. 왜 정당 해산은 사법부가 결정하는가?

정당 해산 명령은 다른 사법심사의 대상이 될 수가 없다 nicht zu beanstanden. 그것은 헌법재판소가 내린 최종적인 명령이기 때문이다. 따라서 사법적 절차가 완전히 보장되어야 한다. 정당 해산 심판에서 위헌정당 여부에 대한 사실 확인의 문제에서부터 전적으로 “제3의” 사법부 “dritten”, der richterlichen Gewalt의 판단에 맡겨 두었다는 것이 매우 중요하다. 그 이유는 정당 해산 제도는 ‘특별한 장치 eigentümlicher Zug’이므로 그 남용 가능성을 경계하고 행정부의 개입을 차단하기 위해서이다. 자유로운 정당 활동을 막을 수 있는 정당 해산 제도의 남용의 위험성을 제거하기 위해서 위헌정당 해산에 대해서는 전적으로 헌법재판소가 위헌성 여부를 판단하게 하고 또 위헌정당의 요건에 해당되는지를 확인하는 사실문제에서부터 헌법재판소가 담당하도록 만들어 놓은 것이다.^[89]

Ist so die vom Grundgesetz eröffnete Möglichkeit der Ausschaltung verfassungsfeindlicher politischer Parteien nicht zu beanstanden, so bietet auch das vorgesehene Verfahren die in einem Rechtsstaat erforderlichen Garantien gegen einen Mißbrauch dieser Möglichkeit. In der Ordnung dieses Verfahrens wird ein anderer, dem Grundgesetz eigentümlicher Zug, der es auch aus dem Kreise der liberal- demokratischen Verfassungen charakteristisch heraushebt, deutlich sichtbar: Die starke Betonung der "dritten", der richterlichen Gewalt, das Bestreben, auch Vorgänge des politischen Bereichs, Handlungen politischer Organe in ungewöhnlich weitem Maße der Kontrolle durch unabhängige Gerichte zu unterwerfen und damit die Postulate des Rechtsstaates auch verfahrensmäßig zu realisieren. So ist im Grunde die Stellung der staatsBVerfGE 5, 85 (139)BVerfGE 5, 85 (140)feindlichen Parteien nach dem Grundgesetz gesicherter als in Staaten, deren Verfassungen ein förmliches Verbotsverfahren nicht kennen. Denn wie die oben angeführten Beispiele zeigen, läßt das Schweigen der Verfassung praktisch ein Einschreiten der Exekutive aus Gründen der politischen Zweckmäßigkeit jederzeit zu – sei es auf Grund allgemeiner Ermächtigungen oder auf Grund von ad hoc erlassenen einfachen Gesetzen. Das nach dem Grundgesetz bestehende Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei schließt dagegen administratives Einschreiten gegen den Bestand einer politischen Partei schlechthin aus, mag sie sich der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gegenüber noch so feindlich verhalten.

BVerfGE 5, 85 at 139–140.

2.2.7. 정당의 불법 의도성 파악과 입증 기준

‘헌법 적대적인 의도’를 입증하는 증거로서는 기본법 21조2항[90]에 따라 정당의 ‘목적 Ziel’이 가장 중요한 기준이 된다. 이 헌법조항의 예방적인 성격[91]으로 인해 단기적 목적과 장기적 목적 사이의 구별을 필요로 하지 않는다. 중요한 판단 기준은 정당의 목적상 자유 민주주의의 기본질서를 침해 또는 철폐하고자 하는 것을 기도하고 있는지 여부를 확인하는 것에 있다.

정당의 목적이 무엇인지를 판단할 수 있는 자료들에는 여러 가지가 있고 그 중에서 정당 정책이나 정당 강령이 주된 자료에 속한다.[92]

정당의 불법 의도성을 어떻게 입증하는가

기본법 21조의 구성요건은 형법 81조(내란죄)가 요구하는 “구체적인 의도 unternehmen”의 입증을 필요로 하는 것은 아니다. 기본법 21조2항은 형법 81조의 규정과는 별도로 ‘구체적인 행동을 감행 die Vorbereitung eines konkreten ("bestimmten")’하는 것을 필요로 하지 않는다. 이에 따라 어떤 정당의 활동이 근본적으로, 지속적으로, 경향적으로 자유 민주주의의 기본질서를 파괴하는 목표를 지향하는 의도를 가졌다고 판단되면 위헌정당으로 확인될 수 있다.[93]

위헌 정당은 정당의 정치적 행위들이 자유 민주적 기본질서를 계속적으로 적대시하는 일정한 외부적 행태들로서 확인될 수 있다. 기본법 21조2항에서 정당을 위헌이라고 판단하는 기준으로서의 의도에는 어떤 경우이라도 적극적으로 실현하고자 하는 기도뿐만 아니라 상황이 허용할 때에만 실현하고자 하는 의도도 포함된다.[94]

Anders der verfassungsrechtliche Tatbestand der Verfassungswidrigkeit einer Partei: Hier wird ein konkretes Unternehmen im Sinne des § 81 StGB nicht erfordert, dagegen muß der politische Kurs der Partei durch eine Absicht bestimmt sein, die grundsätzlich und dauernd tendenziell auf die Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet ist. Sie muß außerdem so weit in Handlungen (das sind u. U. auch programmatische Reden verantwortlicher Persönlichkeiten) zum Ausdruck kommen, daß sie als planvoll verfolgtes politisches Vorgehen der

Partei erkennbar wird. Es fehlt ganz der "punktuelle" Charakter der strafrechtlichen Sanktion; ebensowenig brauchen die Tatsachen, aus denen die verfassungsfeindliche Planung erschlossen wird, Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen in strafrechtlichem Sinne zu sein. Das Einschreiten gegen eine Partei auf Grund des Art. 21 Abs. 2 GG ist seinem Wesen nach Präventivmaßnahme, Vorsorge für die Zukunft. Sie soll Gefahren rechtzeitig abwehren, mit deren Eintreten nach der bisher in Reden und Handlungen sichtbar gewordenen allgemeinen Haltung der Partei gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerechnet werden muß.

Nur eine solche Auslegung, die auch dem Urteil des Gerichts vom 23. Oktober 1952 (BVerfGE 2, 1 [22, 23, 47, 48, 50, 68, 70]) zugrunde liegt, wird dem Grundgedanken und der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift gerecht. Es ist der Zweck des Art. 21 Abs. 2 GG, das Aufkommen von Parteien mit antidemokratischer Zielsetzung zu verhindern. Art. 47 Abs. 4 des Herrenchiemsee-Entwurfs (Bericht S. 66) sprach daher auch vom "zum Ziel gesetzt haben", und erst der Allgemeine Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates (Drucksache 267, 279, sowie 11. Sitzung d. OrgAus. StenProt., S. 52 f., und 20. Sitzung d. OrgAus., a.a.O., S. 21) ersetzte diese Worte durch das "Daraufausgehen", ohne daß damit, wie die Entstehungsgeschichte zeigt, der Begriff einen anderen Inhalt erhalten sollte.

Aus diesen Gründen ist auch der von der KPD erhobene Vorwurf unbegründet, Art. 21 Abs. 2 GG verfolge bereits eine bestimmte politische Gesinnung.

BVerfGE 5, 85 at 142–143.

2.2.8. 마르크스 레닌주의 이론과 학문의 자유

(마르크스 레닌주의 정치적 이념과 정치 이론에 대해서 판결문은 2부 파트A에서 파트D까지 KPD의 정당 프로그램과 함께 자세하게 다루고 있다.)^[95] 마르크스 레닌주의 이론이 학설상 진실인지 여부에 대한 이론적인 평가는 재판관의 판단에 영향을 주지 않는다.^[96] 학문상의 이론과 정치적인 목적 사이에서 가늠하고 확정할 수 있는 경계는, 관찰 작용에 의해 얻어진 인식이 어느 정당에 의해 그 의사에 포함되고 그 정치적 행동이 규정 요소가 되는가 여부의 점에 있다.^[97]

Dabei kann ganz dahingestellt bleiben, ob, wie die KPD behauptet, die Lehren der von ihr als maßgebend angesehenen politischen Schriftsteller in ihrer Gesamtheit ein einheitliches geschlossenes Lehrgebäude von den die Entwicklung von Staat, Gesellschaft und Wirtschaft beherrschenden Gesetzen darstellen. Soweit es sich hierbei um wissenschaftliche Erkenntnisse, um Wissenschaft im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG handelt, ist diese Wissenschaft als solche selbstverständlich frei, sie kann vorgetragen, gelehrt, weiterentwickelt, allerdings auch diskutiert und bekämpft werden. Sie ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens; ihr wissenschaftlicher Wahrheitsgehalt kann der Beurteilung eines Gerichts nicht unterliegen. Es ist aber auch eine Entstellung des Vortrages der Bundesregierung, wenn die KPD behauptet, die Regierung sehe die marxistische Theorie als Ziel der Partei im Sinne des Art. 21 BVerfGE 5, 85 (145) BVerfGE 5, 85 (146) Abs. 2 GG an. Den Darlegungen der Bundesregierung liegt die völlig zutreffende und im übrigen selbstverständliche Auffassung zugrunde, daß Wissenschaft und Lehre die Erarbeitung und Darstellung von Erkenntnissen ist. Sie kann, auch wenn sie zu einer Prognose künftiger Entwicklungen führt, als solche niemals gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen. Andererseits können allerdings die festgestellten praktisch-politischen Ziele einer Partei nicht deshalb eine Sonderbeurteilung erfahren, weil sie auf dem Boden einer bestimmten wissenschaftlichen Grundhaltung erwachsen und nicht bloß von wechselnden Zweckmäßigkeitserwägungen oder affektiven Haltungen bestimmt sind. Für das Gericht jedenfalls bleiben maßgebend immer die Ziele, d.h. die Vorstellungsbilder von dem, was die Partei sich in ihrer politischen Wirksamkeit

im Staate zu erreichen vorgenommen hat. Nur sie können, da sie sich letztlich in praktischem Handeln niederschlagen sollen, zu planmäßiger Bekämpfung der bestehenden Staatsordnung im dargelegten Sinne führen; dabei ist es gleichgültig, ob sie von einer wissenschaftlichen Grundlage her verstandesmäßig entwickelt werden oder lediglich Willensentscheidungen sind. Die eindeutig bestimmbare Grenze zwischen wissenschaftlicher Theorie und politischem Ziel liegt dort, wo die betrachtend gewonnenen Erkenntnisse von einer politischen Partei, also einer ihrem Wesen nach zu aktivem Handeln im staatlichen Leben entschlossenen Gruppe, in ihren Willen aufgenommen, zu Bestimmungsgründen ihres politischen Handelns gemacht werden. Dann kann allerdings auch die Theorie Bedeutung gewinnen, nicht aber als solche, sondern weil sie zur Ermittlung und Deutung der Ziele der politischen Partei maßgebende Anhaltspunkte liefern kann. Das wird um so mehr der Fall sein, je enger sich die Partei an diese wissenschaftliche Lehre bindet und je konkreter das von ihr aufgerichtete Lehrgebäude ist. Im übrigen aber ist klar zu betonen, daß die Tatbestände des Art. 5 Abs. 3 und des Art. 21 Abs. 2 GG sich überhaupt nicht berühren.

BVerfGE 5, 85 at 145–146.

2.2.9. 저항권

저항권 right of resistance은 기본법 20조4항에서 규정하고 있다: “모든 독일인은 이러한 질서의 폐지를 기도하는 자에 대하여, 다른 구제 수단이 불가능한 때는, 저항할 권리를 가진다.” [98]

저항권은 현상유지적인 의미로써, 즉 법질서의 유지와 회복을 위한 긴급권으로서만 사용될 수 있다. 저항으로써 투쟁할 수 있는 저항 대상의 될 수 있는 불법은 명백한 것이 되지 않으면 안된다.[99]

(c) Es kann mithin nicht zutreffen, daß es sich nur um einen politischen Widerstand handeln soll, der wegen der angeblichen Legalität seiner Mittel keiner Rechtfertigung durch ein Widerstandsrecht bedürfte. Es muß deshalb auf die Eventual-Verteidigung der KPD, nämlich die Inanspruchnahme eines echten Widerstandsrechtes, eingegangen werden.

Das Bundesverfassungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, daß das Vorhaben eines nationalen Widerstandes auch durch ein Widerstandsrecht der KPD nicht gerechtfertigt werden kann.

Das Grundgesetz erwähnt ein Widerstandsrecht nicht. Damit ist aber die Frage, ob ein solches Widerstandsrecht in der grundgesetzlichen Ordnung anzuerkennen ist, nicht von vornherein verneinend entschieden.

Vor allem ist ein Widerstandsrecht gegen ein evidentes Unrechtsregime der neueren Rechtsauffassung nicht mehr fremd. Daß gegen ein Regime solcher Art normale Rechtsbehelfe nicht wirksam sind, hat die Erfahrung gezeigt.

Jedoch bedarf es einer näheren Untersuchung hierüber nicht. Die KPD will zwar gegen BVerfGE 5, 85 (376) BVerfGE 5, 85 (377) das von ihr aus fundamentaler Gegnerschaft bekämpfte Regime in der Bundesrepublik angehen; aber davon, daß die Bundesrepublik heute einem Unrechtsregime der hier vorausgesetzten Art überantwortet ist, kann nicht die Rede sein. Die KPD selbst hat das nicht bejahen mögen (Prot. II, 115) und ist auf diese Frage deshalb auch im Verfahren nicht wieder zurückgekommen.

Soweit es sich aber um die Inanspruchnahme eines Widerstandsrechtes gegen einzelne tatsächliche oder vermeintliche Grundgesetzwidrigkeiten handelt, gilt folgendes:

Berücksichtigt man die Abwehr von Verfassungsverletzungen, die schon im System der gegenseitigen Hemmung und des Gleichgewichts staatlicher Gewalten gegeben ist, und den wirksamen Rechtsschutz, der in der Bundesrepublik

gegen Verfassungsverstöße und -verfälschungen von Staatsorganen durch den weiten Ausbau der Gerichtsbarkeit, vor allem der Verfassungsgerichtsbarkeit besteht, so fragt sich, ob überhaupt noch ein Bedürfnis für ein Widerstandsrecht anzuerkennen ist. Diese Frage braucht hier nicht erörtert zu werden; denn selbst wenn man auch hier das grundsätzliche Bestehen eines Widerstandsrechtes bejaht, so sind an seine Ausübung jedenfalls Anforderungen zu stellen, die bei der KPD nicht vorliegen.

Ein Widerstandsrecht gegen einzelne Rechtswidrigkeiten kann es nur im konservierenden Sinne geben, d.h. als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung. Ferner muß das mit dem Widerstande bekämpfte Unrecht offenkundig sein und müssen alle von der Rechtsordnung zur Verfüng gestellten Rechtsbehelfe so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, daß die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtes ist.

BVerfGE 5, 85 at 376–377.

2.3. 판결 이유 해설

2.3.1. 냉전 시대에서 5년간의 장기간의 재판 과정

KPD 정당 해산에 대한 반론 논거는 민주주의 제도와 가치 측면에서 보면 상당히 강력했을 뿐만 아니라 또 KPD 정당 해산은 히틀러의 나치 체제의 완전 청산에 대한 명분이 높았던 종전후 당시 독일의 사정과는 다르게 KPD 정당 해산은 법적으로 매우 난해한 문제에 속했다. 당시 미국과 소련과의 이념적 대립적 격화되어 가던 냉전시기임에도 헌법재판소는 SRP정당해산 심판에 비해 4년이나 재판을 더 끌었다는 사실이 반증한다. 헌법재판소는 아데나워 정부에게 소송 취소를 고려해보기를 권했지만 행정부는 취소 권고를 받아들이지 않았다.[100] 그리고 공산당이 지배한 동독으로 국도가 분단된 당시 서독의 정치 현실에서 KPD의 정치적 영향력은 급속도로 줄어 들었던 상황이었고 또 SRP정당 하고는 달리 KPD는 의원 한 명도 보유하지 못한 상태였다.[101] 헌법재판소의 KPD 판결문이 308페이지에 달하는 방대하고 장황하게 구성되어 있는 사실과 5년 간의 장시간의 심리 기간이 말해주듯 정당 해산에 대한 법적 판단이 결코 쉽지 않았다는 것을 알 수 있다.

정당 해산 심판이 제기된 1951년 11월 22일과 헌법재판소의 판결일인 1956년 8월 17일까지의 약 5년간은 독일 뿐만 아니라 미국과 호주의 공산당 해산 사건이 전개되었던 사실이 말해주듯-미국에서의 “매카시즘”으로 잘 알려진 바대로 서구 자유민주주의 국가에서 공산주의의 위협이 최고조에 대한 시기이었다. 당시 국제적으로 공산주의의 위협이 극도에 이른 시점, 한국에서는 자유민주주의 체제의 남한과 공산주의 체제하의 북한 사이에 6.25 한국전쟁 (1950.6.25-1953.7.29)이 전개되었다. 자유진영과 공산진영의 양 체제로 서로 분단된 독일과 한국의 특수적인 상황을 차치하고, 대륙에서 멀리 떨어진 미국과 호주에서 전개되었던 반공주의 물결에 대한 역사적인 회고를 통해 보면 당시 공산주의의 위협에 대응한 자유민주주의 국가들의 법적 태도에서 차이점이 발견된다.

2.3.2. 마르크스 레닌주의 이론 평가와 법적 판단

판결문에서 마르크스 레닌주의의 이론을 장황하게 분석하고 있는데 1990년 독일이 재통일되고 구소련과 동구권의 사회주의 국가 체제가 무너진 지 20여 년이 지난 지금 마르크스 레닌주의의 역사적인 의미 이외에 실질적으로 정치적 의미를 거의 상실하였고 또 독일헌법재판소도 마르크스 레닌주의 이론적 측면이 판결에 영향을 미치지 않았다고 밝히고 있으므로 법적으로 분석할 만한 가치가 있지 않다고 생각된다. 판결에 어떤 영향을 미치지 않는 마르크스 레닌주의 이론을 사회과학적인 이론으로 분석하거나 법정에서 논의한다는 것은 시간 낭비에 불과할 것이다. 그럼에도 불구하고 판결문에 길게 서술해 놓은 것은 재판이 5년여의 장 기간을 끌어온 고민을 반영하였고 또 그만큼 정당 해산 심판에서 사실 확정을 하는 원심 기능을 헌법재판소가 행사하기 때문이다. 판결문에서 말하듯이 정당 해산 심판은 민주국가 체제에서 정권의 정통성과 관련된 근본적인 문제에 해당한다. 헌법상 큰 고민의 영역인 헌법 유보[102] 규정에 속하기 때문에 재판관들은 그러한 고민을 장황하게 설명을 하지 않으면 안될 큰 부담감을 가졌을 것이다.

2.3.3. “자유의 적” 과 “전투적 민주주의”

독일헌법재판소는 인간의 존엄성을 방어하고 보장해야 하는 자유민주주의 기본질서는 정당들에 대해서 더 이상 중립적인 입장을 취할 수 없다고 “자유의 적 enemies of liberty” 이라는 개념을 도입했다. “자유의 적에게는 자유가 없다[103] Pas de liberté pour les ennemis de la liberté.” -이 말은 프랑스 혁명 당시 로베스피에르의 공포정치를 정당화하는 의미로써 프랑스 혁명기 공포정치가 생-쥐스트 (1767-1794)의 말이다. 하지만 그의 또 다른 유명한 말을 기억하라: “국민에게 가장 위험한 적은 정부이다.” [104]

극단적인 혁명기와 민주주의 성숙기는 서로 양립하기 힘들 것이다. 정치의 마당을 전쟁에서의 승패[105]로 인식하기 보다는 정치과정의 순환성으로 이해하는 것이 보다 바람직할 것이다. 따라서 “자유의 적” 이란 개념을 깨낼 때는 최소한 절차적 정의의 요청으로써 볼테르의 관용성을 상기하는 것이 필요할 것이다: “나는 당신의 의견에 동의하는 것은 아니지만 나는 기필코 당신이 말할 권리를 지켜 주겠다 I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it.” 최소한 다음과 같은 토마스 제퍼슨의 취임 연설의 한 구절을 상기하는 것이 마땅하다: “만약 합중국의 해체를 원하거나 공화국 체제를 바꾸기를 원하는 사람이 있다면 타당한 이유들이 자유롭게 경합할 수 있는 곳에서는 그것은 잘못된 의견도 관용될 수 있음을 보여주는 안전의 기념비로써 그들이 방해 받지 않도록 합시다.”

정당 해산은 민주주의 체제에서 가장 “예리한 무기 sharpest weapon” 에 해당될 것이므로 최대한의 자제력을 요구하는 영역이다. 이에 대해서 NPD 정당 해산 심판을 참조하라.

2.3.4. 당원의 행위와 위험정당 판단과의 긴밀성

“정당의 목적 또는 지지자(Anhanger)의 행위가 자유 민주적 기본질서를 철폐하려는 기도” 하는 경우 위험정당으로 해산될 수 있다. 이 규정에서 Anhanger라는 의미가 어디까지를 포함하느냐에 대해서 다툼이 일어날 수 있다. 지지자라는 낱말의 뜻에 당간부, 당원, 구성원, 지지자, 후원자, 추종자 등 어디까지가 Anhanger[106]의 범위에 포함되는지 여부에 대해서 법적 판단이 요구될 것이다. 당핵심간부, 당원, 구성원, 지지자, 추종자 등의 단어는 각각 포함하는 범위 정도가 조금씩 다르므로 이러한 구분은 공무원의 충성 의무와 정치적 기본권과의 관련되어 의미가 있다. 유럽인권재판소의 Vogt 케이스를 참조하라.

2.3.5. 위험정당 지지자의 공직 취업 제한의 문제

정당 위험 심판은 정당 해산 그 자체뿐만 아니라 정당 해산 명령과 연관된 문제가 더욱 크게 대두될 성격을 가지고 있고 또 실제로 그렇게 전개되었다. 매카시즘이 한층 기승을 부리던 시기에 나타난 사례들이 말해주듯 정당 해산의 법적 문제는 사상의 자유와 정치적 표현의 자유 등과 직결된다. 미국 영국 호주 독일 등 거의 모든 자유 세계 국가들에서 공산주의 정당에 가입한 지지자들에 대하여 공무원과 노조단체의 취업을 제한하는 조치들이 나타났다.[107] 하지만 유럽인권재판소의 Vogt케이스를 참조하라. “헌법 적대적인 목적을 추구하는 정당-그 위헌성이 연방헌법재판소의 판결에 의해 확정되었는가의 여부에 상관없이-에의 참가 내지 소속도 공직지원자의 인격을 평가하는데 중요하다고 볼 수 있는 태도의 일부이다” [108]라는 독일연방헌법재판소의 판결에 반하여 유럽인권재판소는 Vogt 케이스에서 국민의 정치적 기본권을 확인하였다.

2.3.6. 정당 해산과 결사의 자유권 충돌 문제

판결문에서 언급한 바대로 기본법 21조2항의 정당 금지 조항은 21조1항이 정당의 역할을 헌법상으로 인정하고 보호하고 있는 관계에서 필연적으로 “21조2항과 자유로운 정치 활동의 기본적 권리” 인 정치적 기본권 사이에 일정한 긴장관계가 생긴다는 점이다. 정당 해산 제도는 민주주의의 다양성과 개방성에 대한 이율배반적인 측면에서 판례법 국가에서는 법적으로 생소하게 느껴진다.

많은 나라에서 국가 안보가 위협을 받는다고 여겨지는 시기에 국민 기본권이 침해된 아픈 역사의 경험들을 가지고 있다. 이런 측면에서 미국 연방대법원 브레난 대법관의 다음과 같은 견해를 참조할 필요가 있다: “국가 안보의 위기라고 여겼던 시기들이 지나고 나서 보면 그때 기본적인 권을 축소 제약할 필요가 없었다는 사실을 뒤늦게 뒤늦게 깨닫는다. 그러나 다음 위기가 나타날 때 그런 실수를 또다시 반복하는 것을 막지 못했다는 사실이 드러난다.” [109]

비판문화의 성숙화와 더불어 정치적 비판과 항의에 대해서는 보다 높은 관용의 태도를 보이는 것이 바람직하다. 자유 민주주의 국가 체제가 우월하게 제공하는 개방성과 다양성과 관용성의 민주주의 가치를 신뢰하면 어떤 정치적 불만을 갖고 있는 사람들의 입장에서 볼 때 나타날 수 있는 불만과 비판 의견들을 비판 문화의 일부로 받아들이는 것이 보다 성숙한 자세일 것이고 또한 그러한 원인이 나오는 구조적인 환경을 개선하고자 노력하는 것이 보다 나은 태도일 것이다. NPD 케이스를 참조하라.

2.3.7. 정당 해산 심판 제도의 남용 가능성

정치적 안정과 번영을 누리고 있는 대의제 민주주의 국가들의 역사와 현실을 참작해 보면, 정당의 정치적 운명은 선거를 통해서 결정되고 또 선거는 국민의 기본권이기에 국민의 손에 맡겨두는 것이 보다 바람직하다고 생각된다. 이러한 정치적 과정에서 선거를 통해서 걸려질 수 있는 정치적 과정에 대한 문제를 가지고서 국가가 개입하여 강제적으로 퇴출을 시도한다는 것은 여러 가지 문제점을 내포하고 있다. 정당해산 제도는 서로 적대적인 정치세력들 사이에 상대방을 선거권자의 결정에 따르기 보다는 강제적으로 정치적 퇴출을 시도하고자 하는 수단으로써 정당 해산 심판을 이용할 가능성을 배제할 수 없다. [110] 독일에서는 정당 해산 심판 청구권을 행정부와 입법부가 갖고 있다 (독일은 내각제 정부 체제이고 또 연방뿐만 아니라 주의회 또한 제소권자라는 점을 참조하라.)

법적 측면에서의 남용 가능성을 살펴보면 다음과 같다. 정당이 위헌이라는 확인을 구하는 소는 영미법상의 ‘확인 소송 declaratory judgment’ 이고, 정당해산 명령은 행정부에게 집행력을 부여하는 법원의 ‘정부 이행 명령 mandamus’ 의 성격이다. 정당이 위헌임이 확인된다고 해서 정당에 대해 해산 명령을 꼭 내려야 하는 것은 아니고, 확인과 명령이라는 두 가지 소는 별개의 소송법적 성격을 갖는다. 정당해산 결정은 위헌정당이 확인된다고 해서 무조건 해산 명령이 내려야 하는 ‘강제적 재량 pflichtm□ Bigen Ermessen’ 이 아니다. 또 제소권자는 소 제기 여부에 대한 판단에서 ‘정치적 재량 politischen Ermessens’ 을 행사하게 된다.[111] 또 법실무적으로 확인 소송은 청원권자에게 유리한 제도이므로 영미법에서는 법률에 확실하게 규정되어 있지 않는 한 확인 소송의 제기는 법원에서 쉽게 받아 들여지지 않는다. 소송비용에 전혀 부담이 없는 국가기관이 제소하는 확인소송은 법정에서 논의가 되는 법적 쟁점이나 또는 재판 자체에서 나오는 사회적 관심을 제고할 수 있는 부수적인 효과를 누릴 수도 있다.[112] 확인 소송과 집행 명령 소송은 두 가지 별개의 소를 하나의 심판에서 구하는 성격이므로 제소권자가 설령 패소하더라도 크게 불리할 어떤 이유가 없다. 다만 독일의 NPD 정당 해산 심판 청구 사례처럼 정치적인 역효과와 위험성은 존재한다. 정당 해산 심판이 이러한 확인소송과 집행명령 두 가지 성격을 갖고 있다는 측면에서 제소권자인 정부가 해산 청구를 남용할 위험이 존재한다.

2.3.8. 대체 정당의 설립

1956년부터 헌법재판소 명령에 의해서 해산된 KPD 정당은 그 대체 조직의 설립 또한 금지되었다. 1961년 KPD를 이어받은 유사조직인 ‘공산주의자 지지자 동맹 Communist Voters’ League’ 는 연방 선거에 참여하여 의원후보자를 내려고 하였으나 주정부는 투표용지에 명부를 올리지 못하게 막았다. 헌법재판소는 이 조직을 해산된 KPD의 승계 또는 대체조직으로써 금지정당임을 확인하였다.[113] 그 후 1968년 ‘독일공산당 DKP’ 이 재건되었다. 그러나 독일 정부는 DKP가 KPD의 대체 조직임을 알고서도 이를 묵인하고 지금까지 해산시키지 않고 있다. 이는 정당 해산의 실효성이 의문시되는 분명한 사례에 해당된다.

2.3.9. 선거에서 결정되는 정당의 정치적 운명

KPD는 1949년의 연방의회 선거에서 5.7%의 득표율 (비례대표선거에서의 정당명부 투표제도)를 얻어 15의원을 확보했으나 1951년부터 진행된 KPD 정당 해산 심리 기간 중에 실시된 1953년 선거에서는 2.2%의 득표율에 머물러 이전에 가졌던 의석들을 상실했다. 1968년 독일공산당 DKP이 재건되어 지금껏 이르고 있으나 의회 의석은 확보하지 못했다. 독일 정부는 DKP가 KPD의 대체 조직임에도 알고도 이를 묵인하고 해산시키지 않았다. 1990년 통일독일에서 창당한 민주사회주의당(PDS)은 동독의 집권 공산당 SED의 후신 정당이어서 과거 동독의 일당 집권당으로써 막강한 정치적 영향력의 배경을 가졌음에도 불구하고 자유총선에서 미미한 제3당으로 전락하고 말았다. 이런 사례는 자유민주주의 체제에서 정당의 운명은 정부가 개입한 강제 해산 제도보다는 국민의 자기결정권과 개방적인 복수정당 체제의 민주주의 원칙에 따라 선거권자의 정치적인 결정에 위임하는 것이 보다 바람직하다는 견해가 타당함을 보여준다.

한편 정치적 단체를 강제적으로 퇴출시키는 것은 그 정당에게 정치적 박해와 탄압을 받는다는 인상을 주어 역효과를 불러올 가능성을 배제할 수 없다. 2003년 NPD 정당 해산 소송 종료 결정 이후 실시된 2004년 9월 주의회 선거에서 NPD는 작센주에서 9.2%를 득표하였고 주의회에 진출하였다. 이는 소수정치세력에 대한 정치적 탄압의 인상을 주거나 역으로 결집할 빌미를 제공하여 심판 청구의 역효과가 나타날 수 있다는 점을 경고해 준다.

2.4. 방대한 분량의 KPD 판결문 읽기

308페이지에 이르는 방대한 분량의 판결문 전체를 읽어내기란 쉽지 않는 일이다. 판결 이유 전체를 자세하게 소개하는 일은 이 책의 분량상 가능하지 않은 관계로 정부가 어떤 정당을 정치의 마당에서 강제로 축출할 수 있느냐의 문제 즉 기본법 21조2항에서 말하는 자유 민주적 기본질서에 대한 법적 판단 부분을 중심으로 정리해 보았다. 공산주의 정치이념과 공산당에 대한 역사적 그리고 현실적인 사실 검토는 법적으로 큰 실익이 없다는 판단에서 설명과 번역에서 아예 제외하고 생략했다. 한편 한국에서는 아직도 그리고 현재의 정당 해산 심판에서도 정치적 이념에 대한 검토를 하고 있는 관계로 혹시나 그런 부분들에 관심이 있다면 판결문의 전체 구성과 차례를 참조해서 해당 부분을 찾아보기를 바란다.

KPD 판결문의 구성과 차례

1부

A. KPD의 역사와 정당 해산 심판 절차

- I. KPD의 역사
- II. 해산 심판 청구 이유
- III. 심판 제기 절차의 경과

B. 심판 청구 과정에서 적법절차 위반의 항변

- I. 기본법 21조2항의 적용 가능성
- II. 포츠담 협정에서 정당 허가의 의미
- III. 독일 재통일의 의미

C. 정당 해산 심판 청구 제기의 법적 근거

- I. 기본법상 정당의 지위
- II. 기본법 21조2항의 해석

2부

A. KPD의 일반적 목표 설정

- I. KPD의 마르크스·레닌주의 신봉
- II. 프롤레타리아 혁명 이론
- III. 프롤레타리아 독재 이론
- IV. 프롤레타리아 혁명과 프롤레타리아 독재를 신봉하는 KPD

V. 프롤레타리아 독재 국가 체제와 자유 민주주의 기본질서와의 양립불가능

B. 마르크스 · 레닌주의를 추종하는 KPD의 활동

I. 마르크스 · 레닌주의 선전

II. 자유 민주주의 체제내에서 마르크스 · 레닌주의 계급투쟁 정당인 KPD의 행동

III. KPD의 일반 활동에 대한 평가

C. KPD의 구체적 목표 설정

I. KPD의 독일 재통일 정책 전개

II. KPD의 구체적 목표 설정에 대한 판단에서 중요한 기초가 된 국민 재통일 프로그램

D. KPD의 전반적인 정치적 활동 태도와 증거

I. 1. 자유 민주주의 기본질서를 파괴하는 KPD 활동의 구체적 증거

2 정부에 대한 비방과 공격

아데나워 수상을 “쿠데타로 집권한 정권” “범죄자 파쇼도당”, “국민과 민주주의 적” 으로 지칭하며 비방함.

3. KPD는 독일 연방정부와 의회가 미제국주의자에 움직이는 반동 역적으로써 독일국민은 이들을 믿을 수 없다고 비방함.

II. 법정 증거, 법 적용, 사안 판단

KPD의 정부 비방과 공격은 독일 기본법질서를 깨뜨리는 것

제3부

KPD 긴급 청원

헌법재판소 집행 명령에 대한 서술.

BVerfGE 5, 85 (85)1. Der Präambel des Grundgesetzes kommt vor allem politische, aber auch rechtliche Bedeutung zu. Alle politischen Staatsorgane haben die Rechtspflicht, die Einheit Deutschlands mit allen Kräften anzustreben; sie müssen ihre Maßnahmen auf dieses Ziel ausrichten, insbesondere alles unterlassen, was die Wiedervereinigung rechtlich hindert oder faktisch unmöglich macht.

2. Es ist eine vom Bundesverfassungsgericht nur unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs nachprüfbare Frage des politischen Ermessens, ob die Bundesregierung nach Abwägung aller Umstände dem Gebot des Verfassungsschutzes folgend einen Antrag nach § 43 BVerfGG stellen oder die hiernach zulässige Maßnahme wegen einer Gefährdung der Wiedervereinigung zurückstellen will.

3. Ein Verbot der Kommunistischen Partei Deutschlands steht der Wiedezulassung einer kommunistischen Partei im Falle gesamtdeutscher Wahlen rechtlich nicht entgegen.

4. Art. 21 Abs. 2 GG ist unmittelbar anwendbares Recht (Bestätigung von BVerfGE 2, 1 [13 f.]).

5. Eine Partei ist nicht schon dann verfassungswidrig, wenn sie die obersten Prinzipien einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung (vgl. BVerfGE 2, 1 [12 f.]) nicht anerkennt; es muß vielmehr eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung hinzukommen.

6. Art. 21 Abs. 2 GG verlangt nicht wie § 81 StGB ein konkretes Unternehmen; es genügt, wenn der politische Kurs der Partei durch eine Absicht bestimmt ist, die grundsätzlich und dauernd tendenziell auf die Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet ist.

7. Die eindeutig bestimmbare Grenze zwischen wissenschaftlicher Theorie, die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt ist, und politischen Zielen einer Partei, die der Beurteilung nach Art. 21 Abs. 2 GG unterliegen, ist dort, wo die betrachtend gewonnenen Erkenntnisse von einer politischen Partei in ihren Willen aufgenommen und zu Bestimmungsgründen ihres politischen Handelns gemacht werden.

BVerfGE 5, 85 (85)BVerfGE 5, 85 (86)8. Eine Partei ist schon dann verfassungswidrig, wenn sie eine andere soziale und

politische Ausprägung der freiheitlichen Demokratie als die heutige in der Bundesrepublik deshalb erstrebt, um sie als Durchgangsstadium zur leichteren Beseitigung jeder freiheitlichen demokratischen Grundordnung überhaupt zu benutzen, mag diese Beseitigung auch erst im Zusammenhang mit oder nach der Wiedervereinigung stattfinden sollen.

9. Zu den Absichten, die eine Partei verfassungswidrig im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG machen, gehören nicht nur diejenigen, die sie auf jeden Fall auszuführen gedenkt, sondern auch diejenigen, die sie nur verwirklichen will, wenn die Situation dafür günstig ist.

10. Wenn es angesichts des grundgesetzlichen Systems der gegenseitigen Hemmung und des Gleichgewichts staatlicher Gewalten und des wirksamen Rechtsschutzes gegen Verfassungsverstöße und -verfälschungen von Staatsorganen ein dem Grundgesetz immanentes Widerstandsrecht gegen einzelne Rechtswidrigkeiten gibt, so sind an seine Ausübung jedenfalls folgende Anforderungen zu stellen:

Das Widerstandsrecht kann nur im konservierenden Sinne benutzt werden, d.h. als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung.

Das mit dem Widerstand bekämpfte Unrecht muß offenkundig sein.

Alle von der Rechtsordnung zur Verfüng gestellten Rechtsbehelfe müssen so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, daß die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist.

BVerfGE 5, 85 at 85.

3. 독일민족주의 리스트 (NL) 정당 해산 심판

1994년 11월 17일 판결 BVerfGE 91, 262

3.1. 사실 개요

극우단체인 독일민족주의 리스트 National List은 독일 함부르크 시에서 1989년 3월13일에 조직되었다. 약 30명 정도의 멤버를 가졌고 1991년, 1993년 함부르크 시의회 선거에 참여했으나 각각 극히 미미한 773표 (약 80만 명 투표자중에서 득표율 0.05%), 384표 (득표율 0.04%)를 얻는데 그쳤다. 연방선거위원회로부터 1990년 10월26일, “조직 인원이나 규모에서 나타나듯이 실질적으로 평가해보면 단체 목적의 진정성을 찾을 수가 없다” 는 이유로 NL은 정당으로써 인정받지 못했다.

1993년 9월 6일, 함부르크 시의회가 기본법 21조2항에 따라서 위헌정당 심판을 청구하였다.

3.2. 법적 쟁점

법적 쟁점은 헌법재판상 사실 심리에 착수하기 전에 먼저 피고가 정당의 법적 요건을 충족하는가의 여부 그리고 위헌 정당 심판 제소에 평등대우 원칙과 형평성의 원칙이 적용되는지 여부에 있었다.

3.3. 판결 주문

헌법재판소는 1994년 11월 17일 청구 각하 판결을 내렸다.[114] 피고 정치 단체는 기본법 21조와 정당법 2조에서 규정하는 정당에 해당되지 않아 정당 해산 심판 청구 요건을 갖추지 못했으므로 청구를 각하한다.[115]

3.4. 판결 이유[116]

정당의 개념

정당 해산 심판은 일반 정치 결사 단체에는 적용되지 않고 오로지 정당에만 적용된다. 정당은 최소한 일정한 다수의 인원수와 조직 그리고 선거에 참여하는 등 정당으로써 실체가 존재하여야 한다. 헌법과 정당법의 기준을 충족하는 정당은 헌법상 보호를 받는다.[117]

정당 해산의 법적 기준- 적법성과 형평성의 원칙[118]

정당은 일반정치결사단체에 비해서 보다 높이 보호되는 헌법상의 지위를 가졌으므로 행정부가 정당 금지 헌법 심판을 함부로 제기할 수 없다.

국가가 정당 보호의 의무를 지고 있기 때문에 정당활동의 금지나 정당 해산에 관한 규정은 엄격하게 축소 해석되어야 한다. 헌법 재판은 극도로 제한적이고 예외적으로 특별한 경우에만 허용될 수 있다.

정당 금지 또는 해산에 대한 헌법 재판에는 심판을 제기하기 이전에 법적 기준을 충족시켜야 한다. 적법성과 비교형량의 형평성의 원칙이 적용되어야 한다.

정당활동의 금지와 정당 해산은 민주국가에서 예외적으로 취해질 수 있는 극단 조치에 해당한다. 정부는 해당 정당이 헌법 질서 또는 국민 기본권과 자유권에 중대한 실제적인 위협을 가하고 있다는 충분한 증거를 갖춘 연후에야 정당 해산 심판을 청구할 수 있다.

정당 해산 심판을 제기하기 전에 제소권자는 먼저 민주국가제도의 정치 질서에 실제적인 위협의 수준이 되는지 여부와 또 기타 행정제재 또는 그러한 불법행위에 가담한 개별 당원들에 대한 사법 조치 등을 취하는 것이 보다 나은 조치인지를 신중하게 따져 보고 난 후에야 해산 청구를 결정해야 한다. 여러 사항을 고려하여 불가피한 조치가 아닌 이상 결코 정당 해산을 명령해서는 아니된다.

헌법 원칙의 사안에의 적용[119]

NL은 30명 정도의 멤버에 불과하고 선거에서 어떤 유의미한 지지율을 받지 못한 작은 조직에 불과하다. NL은 선거에 참여하였다고 해도 극히 미미한 수준에 머물렀다. NL은 선거에 참여하여 어떤 정치적 의사 형성의 기능과 역할을 하였거나 하겠다는 것을 보여주는 증거가 부족하다. 사회주의제국당 SRP과 독일공산당 KPD의 정당 해산 심판 사건은 정당으로써 요건을 갖춘 정당에 대해서 헌법재판소가 명령을 내린 것이었다. 정당 요건을 갖추지도 못한 극히 미미한 단체에 대해서 정당으로 대우하게 된다면 기본법 21조의 정당 보호를 받는 다른 정당 등과 비교해서 기본법 3조의 평등 대우 원칙에도 어긋나게 된다.

형평성 원칙에 따르면, 정치적 의사 형성과는 별로 큰 관계가 없는 미미한 그룹을 헌법과 정당법이 정의하는 정당으로 볼 수 없다. 정당으로써 볼 수 없는 NL 조직은 정당 해산 심판의 대상이 될 수 없다. 정당 해산 심판 요건을 갖추지 못했으므로 심판 청구를 각하한다.[120]

4. 자유독일노동자당(FDA) 정당 해산 심판

1994년 11월 17일 판결 BVerfGE 91, 276

4.1. 사실 개요

FAP정치단체는 1979년 3월 17일 독일의 지방도시 슈트가르트에서 설립되었다. 1980년 지방자치단체 선거와 의회선거에 참여하였지만 거의 무의미한 수준(기껏해야 69표)에 그쳤다. 1983년 11월 내무성에 의해 조직 구성원이 미미한 정도의 유사 조직 해산과 활동이 금지되었고 1992년에도 내무성에 의해 금지되었다. FDA의 활동이라곤 간헐적인 시위나 부정기적인 책자 발간 이외에는 별로 없었다. 1987년경에는 조직원 수가 500명 정도에 이르렀다고 하는데 1994년 헌법보호청의 자료는 약 430명이라고 FDA자체 발표는 약 300명 정도라고 한다. 1993년 11개의 전국적인 조직이 있다고 FDA는 말했다. 그간 몇몇 주에서 지자체와 주의회 선거에 참여는 했다고는 하지만 득표수는 기껏해야 54표와 최고 929표(0.07%) 밖에 얻지 못했다. 유럽의회 선거까지 참여하였다고는 하지만 FDA의 정치적인 영향력은 거의 무의미한 수준에 그쳤다.

1993년 9월 16일과 28일 각각 연방정부와 연방상원[121]이 기본법 21조2항에 따라서 FDA에 대한 위헌정당 심판을 헌법재판소에 청구하였다.

4.2. 법적 쟁점

위헌정당 심판에 대한 사실 심리에 착수하기 이전에 우선 FDA가 법적으로 “정당”에 해당되는지 여부가 법적 쟁점이었다.

4.3. 판결 주문

1994년 11월 17일 헌법재판소는 FDA 정당 해산 심판 청구에 대해서 청구 각하 판결을 내렸다.[122]

피고단체가 기본법 21조와 정당법 2조에서 규정하는 “정당”에 해당되지 않는 것으로 판단되므로[123] 정당 해산 심판에 대한 청구 요건을 갖추지 못했기에 정당해산 심판 청구를 각하한다.[124]

4.4. 판단 이유

정당의 개념

정당 해산 헌법 재판은 일반 정치 결사 단체에는 적용되지 않고 정당에만 적용된다. 정당은 최소한 일정한 다수의 인원수와 조직 그리고 선거에 참여하는 등 정당으로써 실체[125]가 존재하여야 한다.[126] 헌법과 정당법의 기준을 충족하는 정당은 헌법상 보호를 받는다.[127]

정당의 기능과 역할

정당은 정치적 의사 형성 기능을 담당하고 헌법상 지위를 갖는다.[128]

정당의 실체[129]는 각 사안별(case-by-case)로 판단한다.[130]

FDA는 헌법상 보호받는 정당으로써의 실체를 갖추지 못했기 때문에 헌법재판소에 의한 정당 해산 심판의 대상이 되지 못한다.

5. 독일민족민주당 (NPD) 정당 해산 심판

2003년 3월 18일 판결 BVerfGE 107, 339

5.1. 사실 개요

2001년 1월 30일과 3월 30일 각각 독일 연방정부와 연방의회(하원 Bundestag, 상원 Bundesrat)가 극우 신나치주의 정당인 독일민족민주당 (NPD)에 대해 위헌정당 해산 심판을 청구하였다

NPD는 1964년 11월 28일 결성되었고, 인종차별주의의 심벌 "스킨헤드 skin heads"로 잘 알려진 폭력적인 신나치주의 극우파 조직으로써 독일 헌법을 부정하고 제4제국의 건설을 당목표의 하나로 추구한다. NPD는 1966년, 1968년 주의회 선거에서 최저 5.8%, 최고 9.8%의 득표율을 얻었고, 주의회에 진출했다. 그러나 1969년 총선에서는 4.3%의 득표율에 머물러 비례대표의석 "5% 관문" [131]을 넘는데 실패했다. 1969년 당원 수가 최고 28,000명에 달했지만 그 이후로는 계속 감소추세를 나타냈다. 1998년 2002년 총선에서 각각 극히 미미한 0.3%, 0.4% 득표율에 불과했다. 2000년 NPD당 청년조직 JN의 조직원 수는 500명 정도이었다. 당기관 월간지 "독일의 소리" 발행부수는 약 1만부 정도였다.[132]

극우파 정당 NPD에 대한 해산 청구는 중도좌파 슈뢰더 수상 정권에서 제기되었다. 정부 실력자들 중엔 젊은 시절에 급진극우파에 맞섰던 진보성의 인물들이 많이 포진해 있었다. 신나치 극우파 NPD 정당 해산 심판 청구의 배경은 2000년 11월 베를린 거리에 20만 명 이상이 집결하여 "양심의 분노 Aufstand der Anstößigen" 시위를 벌이며 신나치주의의 위협에 정부가 적극적으로 대처할 것을 주문할 정도로 독일의 정치 사회적 분위기는 신나치주의 정당 NPD의 부상에 큰 위협을 느꼈기 때문이었다.[133]

청구인[134]은 기본법 제21조2항에 따라 NPD는 위헌 정당이고, 또 NPD의 청년조직인 "JN" 과 또 NPD당 소식지를 발행하는 당부설 출판매체 조직인 "독일의 소리" 도 해산될 것을 청구하였다.

5.2. NPD 반론

NPD는 청구 사실에 대해 증거가 없다고 청구 원인을 부정하였고, 정당 해산은 정당한 비판을 입막음하려는 수단이라고 반박했다. 재판 기일 지정과 증거 제출 등 중간재판 과정에서 헌법보호청 verfassungsschutz의 정보부원들이 NPD 정당 조직 지도부층에 몰래 침투해 조사하였다는 사실이 드러났고 또 불법 수집된 증거의 배척 등 여러 소송법상 기술적인 문제들이 불거지기 시작하였다. 이에 NPD는 정당 해산 심판을 진행하기 어려운 특별한 절차적 사유가 발생하였음을 이유로 심판을 중지해 줄 것을 청구하였다.

5.3. 법적 쟁점

헌법재판소는 재판관 사이에 피고인 정당에게 불리한 결정을 내리려면 재판관 3분의2 이상의 다수결을 요한다는 헌법재판소법 규정에는 재판관 사이에 별다른 이견이 없이 모든 재판관이 동의하였다. 재판관 사이에 의견이 다른 부분은 정당 해산의 본안 사건을 다뤄야 할 어떤 특별한 사유가 존재하는지 여부에 있었다. (i) 정당 해산 심판은 고도의 절차적 정의를 보장되어야 하는 특별한 성격의 재판인지 여부 (ii) 정당을 감시하는 국가 정보부 요원들의 정보 수집 활동이 지나쳐서 헌법상 보장되는 정당의 자유로운 활동과 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부 (iii) 정당 해산 심판에 요구되는 예외적이고 특별한 사유의 존재 여부 즉 정당 해산이 요구될 정도의 "급박하고 현존하는 위협

konkrete Gefahr" [135]이 존재하는지 여부가 주된 쟁점이었다.

5.4. 판결 주문

헌법재판소의 주된 관심 영역과 쟁점은 국가정보부 요원들이 피고 정당의 지도부에 깊숙이 침투하였다는 사실이 피고 정당의 기본권의 침해할 정도로 헌법상 절차적 정의 요건을 위반하였는지 여부에 있었고 NPD 정당이 자유 민주적 기본질서에 어긋나는지를 판단하는 실질적인 본안 사안은 헌법재판소의 주된 관심 사항에 오르지 못했다.[136] 헌법재판소는 NPD 정당 지도부의 정치적 의사 형성 활동 과정에 국가정보부가 개입되었다는 사실은 헌법 재판에서 요구되는 재판의 공정성을 해치는 회복불가능한 장애로 작용한다는 결론에 따라 2003년 3월 18일 NPD 정당 해산 심판청구에 대해 소송 종료의 판결을 내렸다.[137]

5.5. 재판 심리 경과 과정

2001년 10월 1일 헌법재판소는 정부가 제기한 NPD 정당 해산 심판 청구를 받아들이고 정당 해산에 대한 헌법 재판을 진행하기 시작했다. 2001년 7월 피고 정당 NPD는 중간 재판 motion 가져분 소송에서 승소하였다. 연방검찰이 NPD의 변호인 말러 Mahler의 사무실을 압수 수색하여 가져간 컴퓨터 자료들을 반환하라는 요구에 대해 이를 헌법재판소가 전원일치 의견으로 받아들인 것이다. 말러는 반유대주의 발언으로 형법상 수사를 받고 있었는데 헌법재판소는 이를 별건으로 다루지 않고 정당해산 심판에 병합하여 다루었다. NPD의 변호사인 말러는 자신에 대한 압수 수색은 공정한 재판을 방해하는 것이라고 항변했다. 헌법재판소가 NPD의 가져분 청구를 받아들인 이유는 검찰의 변호인에 대한 위압적인 수사는 고도의 공정성이 요구되는 헌법 재판에서 공정한 재판과 절차적 정의를 위반할 가능성이 있다고 보았기 때문이다. 또 NPD가 유럽사법재판소에 제소하겠다고 하였지만 2001년 11월 22일 헌법재판소는 NPD의 유럽사법재판소 제소는 법적 근거가 없다고 불허했다. 2002년 1월 22일 헌법재판소는 2월 중에 정당 해산에 대한 본안심리를 진행하겠다고 밝혔으나, 1월 28일 연방헌법보호청의 정보 요원들이 NPD조직 수뇌부에 몰래 침투해 조사하였다는 사실이 드러나기 시작했고, 재판은 예정대로 진행되지 못했다. 또 증거가 조작되었다는 주장과 당원 활동에 대한 증인 신청 문제 등 여러 소송절차법적 문제들이 불거지기 시작하였다. 실제로 2002년 3월 11일 NPD는 국가정보부 요원의 NPD에 대한 불법적인 증거 수집은 법정 증거로 채택될 수 없다고 반박했다. 또 연방헌법보호청의 정보 요원들이 NPD의 상임 집행 위원회에 15%을 차지할 수도 있다는 사실 등 국가 정보부 요원들이 NPD 정당 활동에 깊숙이 침투했거나 또는 적극적으로 가담했다는 사실들이 재판과정에서 밝혀졌다. 2002년 11월 29일 해산 심판 청구인들(정부 및 의회)은 법정 증인들에 대한 문제가 해결되기 어렵다고 답변했다. 불법 수집한 증거들에 대한 증거 배척의 문제 등 소송절차법기술적이고 적법 절차의 소송법문제들이 쉽게 해결될 수 없는 상황이 되었다. 이에 NPD는 정당 해산 심판을 계속 진행하기에 어려운 재판 결격 사유가 발생하였음을 이유로 정당 해산 심판을 중지해 줄 것을 청구하였다.

여기서 헌법재판소법 15조4항의 규정이 재판 속개 여부의 쟁점으로 떠올랐다. 이 규정에 따라 정당 해산 심판에서 피고 정당에게 불리한 결정을 내리려면 재판관 3분의2 이상의 다수결 즉 8명의 재판관 중 6명의 재판관으로부터 찬성을 얻어야 한다는 요건이 존재하였다.

헌법재판소는 정당 해산 재판 진행을 계속하기 어려운 특별한 사유가 발생하지 않았다는 견해가 재판관 4인에 이른 반면 재판 진행의 절차적 장애 사유가 발생하였다는 견해가 재판관 3인에 이르렀다.

이렇게 6명의 재판관을 확보하지 못한 상황에 이르자 헌법재판소법의 규정에 따라서 절대다수의견이 도출되지 못해 청구주문이 받아들여질 수 없는 결과를 가져오게 되었다. 결국 헌법재판소는 2003년 3월 18일 NPD에 대한 정당 해산 심판을 종료한다고 판결을 내렸다.

5.2. 판결 이유

적법 절차 요건과 재판의 공정성

헌법재판소의 주된 관심사는 정당이 자유민주적 기본질서를 침해하는지 그러한 위험성을 판단하는 데에 있지 않았고, 대신 국가 정보부 요원이 정당 활동에 깊숙이 개입한 사실들이 들어난바 이러한 사실들이 헌법상의 적법 절차[138] 요건에 부합하는지의 재판 공정성의 문제에 보다 큰 관심을 두었다.[139]

정당은 정치적 의사 형성을 형성하고 정권을 탄생시키는 정당정치의 현실을 감안하여 “국가의 정당 개입을 엄격히 제한하고 정당 활동의 완전한 자유를 보장받는 것이 중요하다. 정당 해산은 자유민주주의 체제에서 “가장 무서운 무기” -그것도 “양날의 칼” 인 위험성이 큰 제도이므로 정당 해산의 헌법 소송은 재판의 공정성 등 “최고도의” 절차적 정의가 보장되어야 한다.[140] 헌법 재판의 공정성을 보장하기 위해서는 비밀 정보 요원들이 수집한 증거들은 배척되어야 하는 것이 마땅하다. 이러한 3명의 재판관이 가진 소수의견은 최소한 6명의 재판관의 다수의견이 확보되지 않으면 불리한 결정을 내릴 수 없다는 헌법재판소법의 규정에 따라서 재판부 전체의견(4명의 재판관은 숫자로는 다수의견이지만 6명의 재판관이 동의해야 하는 사안에서 4명의 재판관밖에 얻지 못한 관계로 헌법재판소 판결의 결과에서는 반대의견 dissent으로 바뀌게 되고, 3명의 재판관은 숫자로는 소수의견이지만 재판부 전체 의견으로 채택된 결과 실질적으로는 다수의견 the majority opinion) 법정의견이 되면서 결국 헌법재판소는 정당 해산 심판 진행을 거부하는 의미인 소송 종료 선언을 판결했다.[141]

5.2.1. 법정 의견 (3인 재판관)[142]

정당해산 심판을 속개할만한 특별한 사유가 없다.

독일연방헌법재판소의 판결문 주요 부분을 번역[143]하면 다음과 같다.

정당의 기능과 역할의 중요성

“정당은 기본법 9조1항에서 규정하는 일반 결사 단체와는 달리 기본법상 헌법 질서에서 위치는 지위를 갖고 있다. 기본법 21조1항에서 규정하고 있는 바대로, 정당은 국민의 정치적 의사 형성 과정에 필요하고 헌법 기관의 지위를 갖고 있다. 민주주의는 선거권자인 국민이 국가 작용에 영향력을 행사하기 위해서 정치적 의견을 자유로이 집약, 참여, 형성하는 체제이고 정당은 이러한 일을 수행하는 정치적 행동 단체 조직이다. 정당은 투표에 의해서 국민의 정치적 의사를 실현하는 민주 국가에서, 국민과 국가 기관을 연결하는 중간 매개체 역할을 수행한다. 정당은 민주 정치에서뿐만 아니라 정부의 정책 형성 과정에서도 없어서는 안될 중요한 공적 기능을 수행하고 있다.

국가 정보 수집 활동과 국가의 정당 활동 개입 금지 원칙

국가 정보기관이 정보 수집 수단을 이용하여 정당을 감시할 수 있는 한계점이 어디까지 허용될 수 있는지에 대해서는 아직까지 독일헌법재판소에서 판결이 내려진 적이 없었다. 이번의 본 NPD 정당 해산 심판 건에서도 이러한 문제는 특별히 규정된 조항과 관련하여 매우 복잡한 문제가 노출된 영역에서 나타나는 문제다. 국가 정보 기관 요원과 위험성의 문제가 걸려 있는 정당의 지도부 사이에 연방 및 주정부 차원에서의 정보 수집과 교류를 해나가는 것은 기본법 21조2항에 따른 정당 해산 헌법 재판에 적용되는 헌법 원칙들에 어느 정도 부합되는가? 그러한 경우 예상되는 문제점이 더욱 커지는 때는 둘 사이에 비밀 정보 교류가 정당 해산 심판 청구와 직접 관련되어 행해지는 경우다. 더욱이, 정당 해산 심판 청구 근거들이 국가 기관과 비밀 정보 연락을 취하거나 취해온 정당 구성원의 공적 진술에 부분적으로 의존을 한 정당 해산 심판의 경우 입헌주의 법치국가 헌법 원칙[144]과 관련된 절차적 요건이 어느 정도까지 지켜져야 하는가?

기본법과 헌법재판소법 어느 곳에서도 정당 해산 심판에서 요구되는 최소한의 절차적인 요건을 명시적으로 규정하고 있지 않다. 절차적 요건을 위반한 경우 법률적인 효과에 대해서도 명시적인 규정이 존재하지 않는다. 특히 회복불가능한 절차적인 흠결을 이유로 재판 중지를 내릴 수 있는 있다는 것과 그에 대한 요건이 무엇인지에 대해서는 전혀 어떤 규정이 없다. 이에 대한 헌법재판소의 판례가 존재하지 않았다.

형사법상 요구되는 최소한의 절차적 요건이 존재한다는 것은 헌법 원칙이고 이는 명확히 법으로 확립된 내용이다. ... 국가의 공익 추구가 국민의 기본권과 충돌될 때는 형평성의 원칙이 적용되어야 한다. ...

기본법 21조2항에 따른 정당 해산 심판에서 헌법재판소가 준수해야 할 두가지 책임이 있다. 첫째 헌법재판소는 정당의 위헌성 여부를 판단하는 일과 또 헌법재판소법 46조3항에 따른 명령을 내릴 수 있는 유일한 헌법 기관이다. 둘째 헌법재판소는 판결을 내림에 있어서 헌법상 요구되는 헌법 원칙들을 준수하고 보장하여야 할 책임을 지고 있다. 만약 헌법 재판 과정에서 헌법의 목적 또는 피고 정당의 실질적인 권리가 심각하게 침해되는 경우, 헌법재판소는 재판을 진행하여야 할 국가적 공익이 우선적으로 존재하는지 여부에 대해서 검토해야 하고 또는 재판의 진행이 입헌주의 법치국가 원칙상 요구되는 재판 원칙의 준수와 피고 정당의 권리를 헌법상 충분히 보장하여야 한다는 헌법적 원칙과 충돌하는지 여부를 검토하여야 한다.

해산 심판의 즉각적인 중지라는 절차적 판결을 내리는 것은 헌법 위반 가능성에 대한 최종적인 결정으로 여겨질 수 있고 또 그것이 특별히 위험을 미리 방지할 목적으로 이뤄지는 기본법 21조2항 규정의 정당 해산 심판 요건에 부합되느냐의 문제일 것이다. 정당 해산 심판이 중지 결정을 내리는 데는 세 가지의 전제 요건이 따른다. 첫째, 헌법 위반의 정도가 상당히 중대하다는 점이 존재해야 한다. 둘째, 재판 진행으로 인한 헌법 위반이 입헌주의 법치국가 법원칙상 회복불가능할 정도로 큰 손해를 가져와야 한다. 셋째, 위헌 정당으로 선언될 가능성이 있는 정당이 야기할지 모르는 위험으로부터 효과적인 보호를 하기 위한 국가의 공익을 고려하는 때에도, 헌법 위반의 결과로 인한 해악이 입헌주의 법치국가 법원칙상 재판 진행을 용인할 수 없을 정도로 커야 한다.

헌법재판소에 정당 해산 심판을 제기하기 전과 제기한 후에도 국가 정보기관의 요원이 정당의 전국 상임 집행부 또는 주 상임 집행부 일원으로 활동하면서 정당을 감시하는 것은 일응 입헌주의 법치국가 법원칙 요건에 부합되지 않는다. 이러한 재판 절차적 원칙 요건은 기본법 20조3항의 입헌주의 법치국가 원칙과 함께 기본법 21조1항과 2항에서 도출된다.

독일연방정보기관은 자유 민주주의의 기본 질서를 보호할 헌법상 의무를 지고 있다. 정보기관은, 일반원칙으로써, 법률적 근거에 따라 단체와 정당들이 자유 민주주의의 기본 질서에 위협이 되는지 여부를 판단할 목적으로 이들을 감시할 때 법치국가 원칙상 수반되는 의무를 지켜야 한다. ...

국가 정보기관 요원이 정당의 전국적 또는 주 지방 조직의 상임 집행부의 일원으로 침투하여 활동하였다는 사실들은 정당의 의사 형성과 정당 활동에 돌이킬 수 없는 영향을 주었고 이러한 정당 감시는 기본법 21조1항이 보장하는 정당 활동의 자유에 중대한 침해를 가져왔다.

헌법재판소는 본안 사건에서 정당의 주와 연방 조직상의 집행부를 구성하는 일원과 정보 기관 사이의 비밀 정보 협력이 바로 위헌에 해당된다고 판단한 것은 아니었다. 물론 그러한 결론에는 중대한 위험이 존재하는 특별한 상황이 참작되었을 것이다. 어떠한 경우라도 기본법 21조2항에 따라 헌법재판소에 정당 해산 심판이 제기된 직전 또는 제기된 이후에도 국가 기관이 정당의 지도부 차원과 연결이 되어 있는 경우라면 헌법에 따른 판결을 피할 수가 없을 것이다.

정당 설립의 자유와 정당에 부여된 자유를 헌법상 보장한다는 것은 국가의 개입과 간여로부터 자유와 자기 결정권^[145]의 원칙을 보장한다는 것을 의미하고, 정당 해산 심판이 제기된 이후에는 입헌주의 법치국가 원칙과 관련하여 일반적으로 공정한 재판 원칙으로 지칭되는 특별한 절차적 보호 장치가 보충되고 강화됨을 말한다. 이러한 측면에서 정당 해산 심판의 특별한 성격 특히 형사 재판 절차와 대조되는 점을 우선 강조한다.

형사 재판 절차는 범죄자의 개인 행위를 입증하고 처벌하는 것을 다루고 또 국가의 형사 처벌권을 집행하는 것 따라서 주로 국가의 형벌권의 보장을 다룬다. 반면에 기본법 21조2항의 정당 해산 심판은 국가 통치 체제 제도의 하나인 자유 민주주의의 헌법 체제를 예방적으로 보호하는 것이 초점이다. 여기서 단체조직으로써 정당은 국가와 헌법의 잠재적인 적으로써 보는 것이다. 원고(정부, 의회)가 위험을 제거하기 위해서

정당 해산이 필요하다고 주장하는 것에 대해서 피고 정당은, 헌법에 충실한 기관의 이미지를 갖추고, 헌법재판소 앞에서 공공의 의견과 정부의 정책 결정을 형성하는 과정에 참여하는 것이 자유민주의 헌법 체제의 이익을 위해서도 분명하게 필요하고 또 정당하다며 원고의 주장을 반박하는 마지막일지도 모를 기회를 부여받는 것이다. 그 상황에서, 국가 개입으로부터 자유와 자기 결정권의 관점에서, 정당 설립과 정당 가입의 자유는 특별한 중요성을 갖는다: 고용주와 피고용인의 관계인 국가 그리고 감시하는 정당으로부터 나오는 충성도가 서로 충돌되는 것에 직면한 지도부의 일원은, 헌법재판소 앞에 피고인 정당의 지위를 근본적으로 약화시킨다. 그들은 자유와 자기 결정권에 따른 정당의 자화상을 필연적으로 거짓으로 만든다. 헌법 재판에서 자유와 자기책임을 가진 정당의 모습은 입헌주의 법치국가의 관점에서 꼭 필요한 것이다.

그 요건에 정당 해산 심판에 임하는 피고 정당의 “재판 절차상의 전략”에 대해 원고가 사실적 정보를 갖고 있느냐는 문제가 되지 않는다. 국가와 정당 사이에 법률적 그리고 사실적 연계가 되어 있는 “이중적 지위” “중간 전달자 매개체 역할”의 단순한 존재만으로도 충분하다. 국가 정보 기관의 감시에 대해서 피고 정당이 어떻게 생각했는지, 그런 감시를 대수롭지 않게 여겼는지, 위협을 느꼈는지 또는 다소간 국가 세포 조직을 노출시킬 기회로 이용했는지 여부 등은 여기에서 따질만한 문제가 되지 않는다. 정당 해산 심판에 회부된 정당의 주관적인 견해가 아니라 오로지 객관적인 사실만이 헌법 재판에서 고려된다.

기본법 21조2항과 헌법재판소법 13조2항과 43조에 따른 정당 해산 심판에 요구되는 입헌주의 법치국가 헌법 원칙에 기초한 요건은 감시당하지 않는다는 측면에서 국가의 개입과 간여로부터 완전히 자유로울 것, 정당 의사의 자기 결정권, 헌법재판소 앞에 정당 자신의 제 모습을 그대로 드러내야 할 것 등이다.

헌법재판소의 정당 해산 명령은 민주주의 헌법 체제가 조직화된 적에 대한 가장 예리한 무기이고 더욱이 “양날을 가진 칼” [146]이라는 점에서 재판 과정에서 최고도의 법 확실성, 투명성, 예측가능성, 신뢰성을 요구한다. 또 이러한 원칙은 사실의 확정 문제에서도 적용되어야 한다. 헌법재판소는 정당의 위헌성 또는 합헌성 여부에 대해서 입헌주의 법치국가 법원칙에 따라 진행된 재판의 결과 원고 또는 피고에 관련된 사람, 행위, 진술서에 관하여 명백하고 공개된 책임 규명이 나올 때에 비로소 헌법상 적법한 결정을 내릴 수 있는 것이다.[147]

입헌주의 법치국가 법원칙 측면에서 재판의 형식과 진행에 대한 헌법적 요건을 위반하여 재판을 속개하는데 회복할 수 없는 손해를 가져왔는지에 대한 판단은 일반적이고 추상적인 판단의 영역이 아니다. 정당이 야기할 지 모를 위험으로부터 효과적인 보호를 하고자 하는 국가의 공익을 고려할 때라도, 재판의 진행이 입헌주의 법치국가 법원칙 측면에서 더 이상 불가능한 경우에는 더욱 그러하다.

헌법 위반과 위헌 심판의 중요성은 구체적인 절차적 상황에 대한 총체적인 평가가 이루어지고 또 그것에 의해서 판단될 수 있다. 또한 정당 해산 심판의 재판 정지로 인해서 일어날지 모를 실제적으로 위험스런 상황에 대하여 적절한 형평성을 찾는 때에도 마찬가지로 적용된다.

정부가 2001년1월30일 정당 해산 심판이 헌법재판소에 제기한 때 그 직전과 직후에 관계한 연방과 주 정보 기관의 피고 정당에 대한 감시의 성격과 수준은 헌법상의 요건을 위반한 것이다. 정당 해산 심판을 제기한 근거로 삼은 피고 정당의 구성원-이들은 정부 정보 기관의 비밀 요원들이거나 요원들이었다-에 의한 진술서 또한 헌법상의 요건을 위반한 것이다.

원고들이 제출한 문서 자료와 정보 기관의 장이 제출한 공식 서류들을 살펴보고 2002년 10월 8일 헌법재판소의 중간 재판 결과에 따르면 피고정당의 연방과 주 조직의 상임집행부에 정보부 비밀 접촉이 정당 해산 심판의 제기 직전과 직후에도 이루어졌음은 헌법재판관 전원 일치로 인정된 사실이다.

...(판결문에서 헌법재판소는 그러한 결론에 이르는 구체적인 사실들을 적시하고 설명했다.)

기본법 21조2항에 의한 정당 해산 심판에서 피고 정당에 대한 국가의 개입과 간여를 분명하게 금지한 규정을 지켜내지 못한 사실, 입헌주의 법치국가 법원칙을 위반한 이런 흠결은 치유될 수 없는 문제에 해당한다.

기본법 21조2항의 정당 해산 심판은 구체적이고 예방적인 목적의 재판 성격임을 감안할 때, 본 사건에서 재판 속개를 예외적으로 정당화할만한 특별한 사유는 발견되지 않는다.

확립된 입헌주의 법치국가 법원직상 요건을 심각하게 위반하였다는 것뿐만 아니라 재판을 계속 진행하는 것이 국가의 공익에 부합된다는 점을 고려해 볼 때도 마찬가지로 결론에 이른다.

5.2.2. 반대 의견 (4인 재판관)

정당 해산 심판의 재판 속개가 타당하다

정당 해산의 재판을 계속 진행하는 것에 대한 ‘절차적인 장애 Verfahrenshindernis’ 요인이 존재하지 않는다고 판단한 나머지 4인의 재판관[148]의 의견은 다음과 같이 요약된다.

첫째, 재판 중지보다 더 악한 단계의 조치 예컨대 국가정보부 요원이 NPD 정당 지도부에 침투한 문제의 경우 증거 채택여부로 다툼이 있는 증거들에 대해서는 증거 채택을 배제하는 등 증거법 원칙에 따라서 문제를 해결할 수 있다.[149] 그리고 헌법재판소가 진실 발견의 권한과 의무를 갖고 있다.[150]

둘째, 법적 구제책을 제공할 수 있어야 한다는 헌법상의 책무 Justizgew $\square$ hrpflicht에 기초하여 정당 해산 심판은 계속 진행되어야 함이 타당하다.[151]

셋째, 기본법 21조1항에서 보장하고 있는 정당의 자유에는 정당 해산 심판에서 헌법상 재판의 공정성을 보장하여야 한다는 절차적 정의에 대한 개념을 포함하고 있지 않다. 재판의 공정성 fairen Verfahrens을 위반하였다는 이유로 재판을 중지시키는 경우 그 요건은 국가정보부 요원이 피고 정당의 의사 결정 과정을 장악했음이 입증될 때에야 가능할 것이지만 이 사안에서는 국가정보부가 그러한 정당의 의사 결정 과정에 상당할 정도 이상으로 실질적인 영향을 미쳤다는 사실 entscheidungserheblichen Tatsachen 이 아직 입증되지 않았다.[152]

넷째, 정당 해산 심판은 ‘예방적인 성격’ 을 가진다.[153] 정당의 자유와 정당 해산의 공익이 충돌할 때에는 공익이 우선적으로 고려되어야 한다.[154]

3인의 재판관 의견은 정당의 자유와 정당 해산의 공익 사이에 형평성을 고려해야 한다고 보았는데 4인의 재판관 의견도 마찬가지로 두 법익이 충돌하는 경우 공익이 우선적으로 고려되어야 한다고 판단했다. 이러한 견해는 정당 해산 심판의 성격을 자유 민주주의의 기본 질서에 대한 다분히 추상적이고 이념적인 위협으로부터 보호하는 것 이상의 성격을 가진 것으로 이해한다는 것을 뜻한다.[155] 다시 말해 헌법상 정당 해산 심판은 인간의 생명과 인간 존엄성에 위협을 주는 신나치주의 폭력 추구 정당 같은 현실적이고 실질적인 위협이 존재하는 경우까지 확장한다는 의미이다.[156] (이러한 확장적 견해가 정당 해산에 관한 유럽인권재판소의 법적 태도로 보인다.[157])

물론 이러한 정당 해산 심판의 범위를 확장적으로 해석할 경우에도 정당 해산의 심판은 헌법에 규정된 인간 존엄성과 헌법 가치들을 파괴하는 실제적인 위협 또는 분명하고 급박한 위협이 존재하는 경우에만 미리 예방적으로 정당을 해산할 수 있다고 말했다. 실제적인 위협 또는 분명하고 급박한 위협을 독일어로 “konkrete Gefahr” 라고 표현한다.[158] 인간의 생명과 인간 존엄성을 해치는 실제적인 위협 또는 분명하고 급박한 위협을 주는 지 여부는 국가정보부의 과잉 개입에 의한 증거법 위반 문제와는 관계없이 정당의 공개적인 활동 증거 등으로 판단될 수 있다는 견해가 4인 재판관의 반대의견이었다.

5.3. NPD 사건 해설-적법절차와 재판의 공정성

만약 헌법재판소가 정당 해산 명령을 내렸을 경우에는 이에 대해 유럽인권재판소에 상소할 가능성이 열려 있었다.[159] 1998년 터키 공산당 (TBKP) 케이스[160]가 말해주듯, 정당 해산에 대한 유럽인권재판소의 법적 기준이 훨씬 더 까다롭다는 사실에 비추어 만약 유럽인권재판소에 상소하게 되면 헌법재판소 명령의 실효성 문제가 더욱 커질 수도 있었던 상황이었다.[161]

NPD 정당 해산 심판에서 헌법재판소의 주된 쟁점은 국가 정보부 요원들이 정당활동에 깊숙이 침투하였다는 사실 등 국가기관의 개입이 절차적 정의 procedural fairness를 위반하는지 여부에 있었다.[162] NPD 정당이 자유 민주적 기본질서에 어긋나는지 여부를 판단하는 것이 헌법재판소의 주된 관심 사항이 아니었다.

정당은 국민의 정치적 의사 형성을 수행하는 헌법상 보호받는 헌법 기구중의 하나에 속한다. 그런데 자유의 적으로부터 국가 방어가 우선이라는 명분으로 국가정보부 요원이 정당 활동에 지나치게 개입하거나 또는 진실의 발견을 이유로 지나친 압수수색이나 심지어 함정수사[163]까지 허용한다면 그것들이 오히려 헌법질서를 흔들 수 있는 위험성이 크다고 여길 수 있다. 물론 헌법재판소가 정당 지도부에 대한 정보부 요원의 침투가 곧 위헌이라는 결론은 내리지 않았지만 국가가 정당 지도부 활동에 개입하였다는 사실은 법치국가의 헌법질서 constitutional state principle를 파괴할 위험성이 초래되는 큰 문제에 해당한다고 보았다. 헌법재판소의 표현대로, 정당 해산은 “양날의 칼” 이 될 수 있는 위험성이 큰 영역이다. 따라서 고도의 절차적 정의가 실현되어야 함을 요구한다.[164] 정당 해산 헌법 소송은 예방적 목적에서 이루어짐으로 사후 처벌이 목적인 형사법의 소송 절차하고는 분명하게 다른 성격을 가진다. 정당이 위헌정당인지에 대한 판단은 헌법재판소의 임무이지 행정부의 역할이 아니다. 민주주의를 수호하기 위해서 불법적인 수단마저 동원될 수 있다는 논리는 극히 위험스런 논리에 해당한다. 독일은 정치적·민주주의 성숙도가 무르익어 자유민주주의를 지키기 위해서는 불법적인 수단까지 동원되어도 무방하다는 생각은 더 이상 적용하기 어렵게 된 것이고, 이제 거침없는 사상의 자유 시장 unfettered marketplace of ideas의 혜택을 누리게 되었다는 평가가 존재한다.[165]

NPD 정당 해산 심판에서 독일헌법재판소는 정당이 자유민주주의의 기본질서를 침해하고 위협을 초래하는지 여부보다 국가 정보 기관의 불법적인 정당 침투 문제를 더욱 크게 다루었고 또 공정한 재판의 진행이라는 절차적 정의 측면에서 판결을 내렸다. 민주·대의·정당 정치를 근본으로 하는 현대 정치의 현실에서 정당 활동에 대한 국가 기관의 과도한 개입은 민주정치·의회정치·정당정치 등의 기본적 헌법 원칙들을 파괴할 위험성이 존재하는 것을 인식하였기 때문이 아니겠는가?

판결 요지

BVerfGE 107, 339 Beschluss des Zweiten Senats vom 18. März 2003 -- 2 BvB 1, 2, 3/01 --in den Verfahren über die Anträge festzustellen:

1. a) Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) ist verfassungswidrig.
- b) Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) und ihre Teilorganisation Junge Nationaldemokraten (JN) werden aufgelöst.
- c) Es ist verboten, Ersatzorganisationen zu schaffen.
- d) Das Vermögen der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD) und ihrer Teilorganisation Junge Nationaldemokraten (JN) wird zugunsten des Bundes zu gemeinnützigen Zwecken eingezogen.
- e) Der Innenminister des Bundes und die Minister und Senatoren des Innern der Länder werden beauftragt, die Entscheidung zu vollstrecken.

Antragstellerin: Bundesregierung, vertreten durch den Bundesminister des Innern, Alt Moabit 101 D, 10559 Berlin --

Bevollmächtigte: a) Professor Dr. Hans Peter Bull, Schillerstraße 28, 20146 Hamburg, b) Rechtsanwalt Dr. h.c.

Karlheinz Quack, Friedrichstraße 95, 10117 Berlin --, Antragsgegnerin: Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD), vertreten durch den Parteivorsitzenden -- Bevollmächtigte: a) Rechtsanwalt Horst Mahler, Paulsborner Straße 3, 10709 Berlin, b) Rechtsanwalt Dr. Hans Günter Eisenecker, Dorfstraße 22, 19260 Goldenbow -- -- 2 BvB 1/01 --

2. a) Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) ist verfassungswidrig.

b) Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD), ihre Teilorganisation Junge Nationaldemokraten (JN) und ihre Sonderorganisation "Deutsche Stimme Verlagsgesellschaft mbH" werden aufgelöst.

c) Es ist verboten, Ersatzorganisationen aufzubauen.

d) Das Vermögen der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD), ihrer Teilorganisation Junge Nationaldemokraten (JN) und ihrer Sonderorganisation "Deutsche Stimme Verlagsgesellschaft mbH" wird zugunsten des Bundes zu gemeinnützigen Zwecken eingezogen.

e) Der Innenminister des Bundes und die Minister und Senatoren des Innern der Länder werden beauftragt, die Entscheidung zu vollstrecken.

Antragsteller: Deutscher Bundestag, vertreten durch den Präsidenten, Platz der Republik 1, 11011 Berlin --

Bevollmächtigte: a) Professor Dr. Günter Frankenberg, Buchrainweg 17, 63069 Offenbach, b) Professor Dr. Wolfgang Löffler, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Adenauerallee 44, 53113 Bonn --, Antragsgegnerin:

Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD), vertreten durch den Parteivorsitzenden -- Bevollmächtigte: a) Rechtsanwalt Dr. Hans Günter Eisenecker, Dorfstraße 22, 19260 Goldenbow, b) Rechtsanwalt Horst Mahler, Paulsborner Straße 3, 10709 Berlin -- -- 2 BvB 2/01 --,

3. a) Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) ist verfassungswidrig.

b) Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) und ihre Teilorganisation Junge Nationaldemokraten (JN) werden aufgelöst.

c) Es ist verboten, Ersatzorganisationen zu schaffen oder bestehende Organisationen als Ersatzorganisationen fortzusetzen.

d) Das Vermögen der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD) und ihrer Teilorganisation Junge Nationaldemokraten (JN) wird zugunsten der Bundesrepublik Deutschland zu gemeinnützigen Zwecken eingezogen.

e) Der Innenminister des Bundes und die Minister und Senatoren des Innern der Länder werden beauftragt, die Entscheidung zu vollstrecken.

Antragsteller: Bundesrat, vertreten durch den Präsidenten, Leipziger Straße 3-4, 10117 Berlin -- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Dieter Sellner, Kurfürstendamm 218, 10719 Berlin --, Antragsgegnerin: Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD), vertreten durch den Parteivorsitzenden -- Bevollmächtigte: a) Rechtsanwalt Dr. Hans Günter Eisenecker, Dorfstraße 22, 19260 Goldenbow, b) Rechtsanwalt Horst Mahler, Paulsborner Straße 3, 10709 Berlin -- -- 2 BvB 3/01 --.

Entscheidungsformel: Die Verfahren werden eingestellt.

BVerfGE 107, 339 at 339-340.

6. 독일연방헌법재판소 정당 해산 심판 5 사례 정리 표

독일연방헌법재판소에서 정당해산 심판은 8사건이 청구되었고, 헌법재판소의 판결은 5사건에서 내려졌다. 5건의 정당해산 심판 사건을 표로 간단히 정리하면 다음과 같다.

청구일	판결일	사건 이름	판결 요지	판례 인용
1951년11월19일	1952년 10월23일	극우 나치 SRP 정당	극우 나치 SRP정당에 대해 해산 결정이 내려졌다. 자유 민주주의 헌법에서 구체화시켜놓은 기본적인 가치들을 철폐 기도하거나 국가존립을 위태롭게 하는 비민주적인 정당으로 확인된 경우에 정당 해산이 가능하다. 나치 일당독재 정당은 허용되지 않는다.	BVerfGE 2, 1 (1952)
1951년11월22일	1956년8월17일	극좌 KPD 정당	극좌 공산당 KPD정당에 대해 해산 결정이 내려졌다. 자유 민주 국가의 국민 자치와 다수결의 민주주의 원칙이 기본이다. 국가권력이 개입하여 어떤 정당을 정치활동으로부터 배제할 수 있다는 것은 자유 민주주의 원칙에 배치된다. 정치적 의사 형성의 기능을 담당하는 정당의 정치적 운명은 자기결정권을 가진 국민이 참여한 선거에서 결정된다. 자유 민주주의 헌법의 기본가치를 보호하기 위한 명분으로 국민주권을 침해하고 정치적 의사 형성의 왜곡을 가져올 수 있는 위험을 경계해야 한다. 위헌정당으로 판단하기 위해서는 정당이 자유민주주의 헌법의 기본적인 가치와 헌법원칙들을 철폐하고자 목적을 가지고 자유민주적 기본질서를 적극적으로 공격할 때에만 위헌정당으로 확인될 수 있다. 정당은 인간의 존엄성을 보장하고 자유민주적 기본질서를 수호해야 한다. 위헌 정당의 모습은 정당의 정치적 행위들이 자유 민주적 기본질서를 계속적으로 적대시하는 일정한 외부적 행태들로서 확인될 수 있다.	BVerfGE 5, 85 (1956)
1993년9월6일	1994년11월17일	극우단체 National List	극우단체인 NL 단체에 대해 소송 각하 결정이 내려졌다. 정당은 일반정치결사단체에 비해서 헌법상의 지위 verfassungsrechtlichen Institution를 가졌다. 정당 해산 심판 제기에는 형평성의 원칙이 적용되어야 한다.	BverfGE 91, 262 (1994).
1993년9월16일, 28일	1994년11월17일	극우단체 FDA	극우정당 FDA에 대해 소송 각하 결정이 내려졌다. 정당은 헌법과 정당법이 규정하는 기준 요건을 충족하고 또 정당으로서 일정한 실체가 존재해야만 헌법상의 지위를 보장받는다.	BverfGE 91, 276 (1994).
2001년1월30일, 3월30일	2003년3월18일	극우 신나치 NPD 정당	NPD정당 해산 심판에 대한 본안 심리에 들어가기 전 재판의 공정성 침해 이유로 소송 각하 결정이 내려졌다. 정당은 국민의 정치적 의사 형성을 수행하는 헌법상 보호받는 특별한 지위를 갖는다. 국가정보부 요원이 정당 활동에 지나치게 깊숙이 개입하는 경우 오히려 정치적 의사 형성에 왜곡을 가져온다. 자유민주주의를 수호하기 위해서는 불법적인 수단마저 동원될 수 있다는 논리는 극히 위험스럽고 잘못되었다. 양날의 칼의 위험성을 가진 정당 해산 헌법 재판에서는 고도의 절차적 정의 procedural fairness가 보장되어야 한다.	BVerfGE 107, 339 (2003)

SRP 정당 해산 판결 이유

1. 자유 민주주의 국가 체제에서 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 기관으로서 일반적인 정치결사단체보다 헌법상 보호받는 특수적인 지위를 가지고 있다.
2. 정당은 자유 민주주의 헌법 질서를 부정해서는 아니되고 또 정당은 내부 조직과 운용은 민주적이어야 한다. 민주국가에서 정권은 정당을 통해서 창출되므로 정당의 운영과 조직 자체가 민주적이어야 한다는 정당 내부적 요건은 정당 정치의 근간이자 토대를 이룬다.
3. 민주국가에서 정당이 갖는 특별한 중요성 때문에 만약 정당을 정치의 장에서 퇴출시키는 것이 필요하다면 그것은 오로지 헌법재판소에 의해 정당이 자유 민주주의 헌법에서 구체화시켜놓은 기본적인 가치들을 철폐하려고 기도하고 국가존립을 위태롭게 하는 비민주적인 정당으로 확인된 경우에만 가능하다.
4. 정당의 내부 조직과 질서에서 민주주의 원칙이 지켜지지 않는 반민주적인 독재 정당은 자유민주주의 헌법 질서에 어긋난다.
5. 자유 민주주의 헌법 질서 (freiheitliche demokratische Grundordnung; free democratic basic order)의 기본적 구성 요소는 폭력과 독재체제를 부정하고 또 국민 기본권을 지켜내는 것이다. 여기에는 국민주권, 국민의 자기결정권, 사법부의 독립, 복수 정당제, 정당의 기회평등이 최소한 보장되어야 한다.
6. 국민에 의해 선출된 의원은 “국민의 대표자”로서의 지위와 “정당의 대리인”으로서의 지위를 동시에 갖는다. 하지만 헌법재판소의 판결로 정당해산이 내려진다는 것은 해산 정당이 헌법상 보호받는 헌법 기구로서 정치적 의사형성을 금지한다는 것을 의미하므로 정당 해산과 동시에 소속 의원은 의원직을 상실한다.

KPD 정당 해산 판결 이유

1. 자유 민주 국가는 국민 자치와 다수결의 민주주의 원칙이 기본이다. 국가권력이 개입하여 어떤 정당을 정치활동으로부터 배제할 수 있다는 것은 자유 민주주의 원칙에 배치된다. 정치적 의사 형성의 기능을 담당하는 정당의 정치적 운명은 자기결정권을 가진 국민이 참여한 선거에서 결정된다. 자유 민주주의 헌법의 기본가치를 보호하기 위한 명분으로 국민주권을 침해하고 정치적 의사 형성의 왜곡을 가져올 수 있는 위험을 경계해야 한다.
2. 위헌정당으로 판단하기 위해서는 정당이 자유민주주의 헌법의 기본적 가치와 헌법원칙들을 철폐하고자 자유민주적 기본질서를 적극적으로 공격할 때에만 위헌정당이 될 수 있다.
3. 정당은 인간의 존엄성을 보장하고 자유민주적 기본질서를 수호해야 한다. 위헌 정당의 모습은 정당의 정치적 행위들이 자유 민주적 기본질서를 계속적으로 적대시하는 일정한 외부적 행태들로써 확인될 수 있다.

NPD 정당 해산 판결 이유

1. 정당은 국민의 정치적 의사 형성을 수행하는 헌법상 보호받는 특별한 지위를 갖는다.
2. 국가정보부 요원이 정당 활동에 지나치게 깊숙이 개입하는 경우 오히려 정치적 의사 형성에 왜곡을 가져올 수 있다.
3. 자유민주주의를 수호하기 위해서는 불법적인 수단마저 동원될 수 있다는 논리는 극히 위험스럽고 잘못되었다. 양날의 칼의 위험성을 가진 정당 해산 소송에서는 고도의 절차적 정의 procedural fairness가 보장되어야 한다.

7. 유럽인권재판소 포그트 Vogt 케이스[166]

7.1. 사실 관계-교사의 징계조치와 재판의 경과 과정

독일 국민 포그트는 1977년 교사직에 합격하고 1979년 정년 보장의 정식 교사로 임용되었다. 포그트는 중등학교에서 독일어와 불어를 가르쳤다. 1981년 작성된 교사평가보고서에 따르면 포그트의 교사 직무 수행은 만족스러운 수준이라고 평가되었다. 1982년 7월 13일 지역교육위원회는 주공무원법 제61조2항에서 요구하는 공무원으로서 충성 의무 *duty of political loyalty* 를 위반하였다는 이유로 징계절차를 개시하였다. 징계 절차를 개시한지 4년이 지난 1986년 지역교육위원회는 포그트 교사가 헌법에 위배되는 DKP 정당을 지지하고 그 당원 활동을 전개한 사실은 국가와 공무원의 지속적 관계의 바탕인 신뢰 *trust*의 기초를 깨는 것이라며 교사 직무를 정지시켰고, 1987년 10월 15일 해임을 결정하였다. 징계 사유로 그녀가 1980년부터 독일공산당DKP 당원으로서 활발한 정치 활동에 관여하였고 1982년에 주선거에서 DKP당 후보로 출마한 것 그리고 정당 간부로 활발한 정치 활동을 한 사실 등이 공무원에게 요구되는 충성 의무를 위반하였다는 것을 들었다. 주행정법원은 위헌 정당에 가입하여 적극적으로 정치적 활동을 가담한 것은 공무원의 헌법상의 충성 의무 *duty of political loyalty*와 양립되는 것이 아니라고 판단했다. DKP당은 마르크스 레닌주의를 따르는 정당이고 이는 독일의 자유민주적 헌법질서에 명백히 위배된다고 판단한 것이다. 공무원의 기본권을 제한하는 공무원의 헌법상의 충성 의무는 전통적인 기본적 헌법원칙 중에 하나이고 이는 기본법 제33조5항에 규정되어 있다. 포그트는 1988년 주징계법원에 항소하였으나 1989년 기각당했다. 1989년 12월 22일 포그트는 독일연방헌법재판소에 헌법소원을 제기했다. 3명의 헌법재판관으로 구성된 헌법재판소의 판결에서 1990년 8월 7일 승소 가능성이 희박하다는 이유로 헌법소원을 기각했다. 헌법재판소는 포그트의 DKP 가입과 활발한 정당 활동이 공무원에게 요구되는 의무를 위반한 것으로 판단했다. 헌법재판소는 징계법원의 판결이 포그트가 DKP 당원이라는 사실과 DKP에서의 적극적 역할을 담당했다는 사실을 인정하고 이 확인된 사실에 따라 공무원의 의무 위반에 해당된다고 내린 법원의 결론은 정당하다고 재차 확인했다. 포그트는 1991년 2월 13일 유럽인권재판소에 상고하였다. DKP 당원으로서의 정치적 활동을 하였다는 이유로 교사직에서 해임당한 것은 보장된 정치적 표현의 자유 등 개인의 기본권을 침해한 것이라고 주장하였다. 포그트의 제소에 대해 유럽인권재판소는 1992년 10월 19일 요건 심리를 열고 본안심리 진행을 결정했다.

7.2. 독일연방헌법재판소의 판결 내용

1990년 8월 7일 독일헌법재판소는 포그트의 독일공산당DKP 에의 가입과 당원 활동이 공무원에게 요구되는 기본적 의무를 위반한 것으로 판단했다. 기본법 제21조2항의 존재에도 불구하고 징계법원이 DKP정당의 목적이 헌법에 위배된다고 판단한 것은 정당하였다고 말했다. 포그트 자신은 DKP 정당의 정책을 변경하는 것에 찬성하였고 또 교사로서의 직무를 만족스럽게 수행했다는 사실에도 불구하고, DKP당에 대한 정치적 충성심을 끝까지 고수하겠다는 입장에 비추어, 징계법원이 포그트가 공무원으로서 직무를 계속해 나가는데 요구되는 신뢰 *trust*의 기초가 결여되어 있다고 판단한 것은 정당하고, 따라서 청구인의 해직은 헌법적 권리에 대하여 형평성 *proportionality*의 원칙을 위반한 정도라고 볼 수 없으며, 결론적으로 기본법 제33조제2항3항5항의 규정을 위반하지 않았다는 것이 헌법재판소의 판결이유이었다.

7.3. 유럽인권재판소에서의 법적 쟁점

포그트는 자신이 DKP당원으로서 정치적 활동을 하였다는 이유로 교사직에서 해임한 조치는 협약에서 보호하는 정치적 표현의 자유 등 개인의 정치적 자유 기본권을 침해했다고 주장하고 유럽인권재판소에 제소하였다. 유럽인권재판소에 소송이 이뤄지기 위해서는 유럽인권협약이 정한 보호받을 기본권에 대해서 침해행위가 일어났는지 여부를 우선 입증해내야 한다. 협약이 정한대로 보호받을 대상과 자격이 되고 또 기본권을 침해한 사실이 일어났다고 해도 즉시 위법이 되는 것이 아니라 협약에 열거된 침해사유에 해당한다면 침해행위는 용인될 수 있다. 기본권 침해가 정당화될 수 있는 사유에는 그 침해행위가 법률에 의하여 규정된 경우 *prescribed by law*, 합법적인 목적을 추구하는 경우 *legitimate aim*, 민주주의 사회에서 필요한 경우 *necessary in a democratic society*, 이렇게 세 가지 경우에 해당될 때이다. 유럽인권재판소는 이에 대해 엄격한 법률 심리를 진행한다. 사회적 필요 *social need*에 의해서 꼭 필요한 정도로 침해 행위가 취해졌다고 한다면 형평성의 원칙에 따라서 기본권 침해 행위가 용인될 수 있게 된다. 따라서 이 사건의 법적 쟁점은 교사를 해직시킨 정부 행위가 “강력한 사회적 필요” 요건에 부합되는지 그리고 “의도한 합법적인 목적에 견주어 형평성을 갖고 있는지” 여부인데 이를 판단하기 위해서는 독일연방공화국의 당시 사정을 자세하게 고려해야 할 필요성이 있었다. 그리고 독일만의 특별한 사정이 있다고 해도 교사가 개인적인 자격으로 행한 사적인 일들이 헌법 질서에 위배되는지 그리고 징계 수단의 하나로 취해진 해직 조치가 공무원의 개인적인 자격으로 행한 일에 대해서 취해질 만큼 그렇게 중대한 것인지 공익과 사익 간에 형평성을 고려해서 타당한 것인지 여부가 법률 쟁점이었다.

7.4. 청구인의 주장

포그트가 중등학교 교사로 정식 임용된 후에도 적극적인 DKP 당원 활동을 그치지 않자 징계를 받았고 결국 해직되었다. 독일의 교육 당국과 법원은 독일공산당 DKP 당의 목표가 마르크스-레닌 노선을 따르는 등 독일의 자유민주적 헌법질서에 배치되는 바 이런 정당에서 고위직을 맡으면서 적극적인 정치 활동을 전개해 온 포그트 교사의 행위는 헌법에서 요구하는 공무원의 충성 의무에 반한다고 판단하였다. 하지만 포그트 교사는 전혀 생각을 달리 했다. 자신은 교사로서의 직분을 다했고 자신의 정치적 활동은 교사로서의 직분과는 관계없으며 단지 법의 테두리 안에서 자신의 정치적 활동을 했을 뿐이라고 주장했다. 특히 위헌 정당을 선언할 수 있는 권한은 오로지 헌법재판소밖에 없는데 독일연방헌법재판소에서 DKP 정당을 위헌 정당으로써 선언하거나 금지하지도 않았기 때문에 자신이 DKP 당원으로서 정당 활동을 수행한 것은 전적으로 합법적이라고 주장했다.[167] 위헌적인 정당으로 판결한 것도 아닌 정당에 가입해서 정당활동을 합법적으로 한 것인데도 불구하고 자신을 해직시킨 조치는 제10조 정치적 표현의 자유권을 침해한 위법이 있다고 주장한 것이다.[168] 이러한 청구인의 주장 부분을 설명한 판결문을 옮기면 다음과 같다.

“55. 청구인은 침해 행위가 불가피했다는 정부의 주장에 대해 반론을 제기했다. 독일연방헌법재판소에서 DKP 정당을 위헌 정당으로써 금지하지도 않았기 때문에 자신에게 “징계 조치”를 취한 근거가 되는 DKP 당원으로서 정당 활동은 합법적인 정당에서 합법적인 정치 활동이었으며 따라서 정치적 충성 의무를 다하지 못했다는 이유가 될 수 없다. 그러한 의무를 위반했는지 여부는 정당의 추상적인 목적 abstract aims에 의해서 판단해서는 아니되고 다만 개인적인 행동에 근거해서 판단해야 한다. 이러한 개인적 행동의 측면에서 보면 포그트가 결코 어떤 견책의 대상이 된 적도 없이 교사로서의 업무를 잘 수행했고 또 수업 중에 학생들에게 어떤 사상을 주입시키려고도 하지 않았을 뿐만 아니라 교사로서의 직업적 본분 밖의 부분에서도 헌법에 위반될 anti-constitutional 만한 어떠한 진술도 결코 하지도 않았다는 것이다. 오히려 포그트의 정당 활동은 국내외적으로 서독의 평화를 이루기 위해서 또한 신파쇼주의에 투쟁하기 위한 자신의 신념하에 이루어진 것이었다. 포그트는 DKP 정당 활동을 통해서 민주주의와 인권의 신장을 위해서 최선을 다할 것이라며 자신의 확고한 신념을 말했다. 의견을 주장하고 또 의견을 표명할 수 있는 자유의 가장 핵심부분에 대해서 정부 당국은 자신과는 달리 판단하고 있기 때문에 자신에게 그러한 신념을 포기할 것을 강요한다고 주장했다. 여하튼 가장 무거운 수준의 징계를 내린 조치는 전적으로 형평성을 상실했다고 볼 수 밖에 없다. 더욱이 징계 절차가 오랫동안 끌어온 사실과 공무원의 정치적 충성 의무에 관련된 규정을 다루는 방식이 각주마다 다르고 큰 차이를 보이고 있다는 것을 보면 자신을 꼭 해직시켜야 할 불가피한 이유가 있었다고 말할 수 없다.”

7.5. 정부의 반론

독일 정부는 공무원에게 정치적 표현의 자유를 축소제약시키는 근본적인 이유는 공무원은 정치적 충성 의무를 부담하고 있기 때문인데 이렇게 공무원에게 충성 의무를 부담시킨 법의 취지는 국가 안보를 보장하고, 사회의 혼란을 방지하고, 다른 사람의 권리를 보호하는데 있다고 주장하며 그것은 합법적인 목적 범위내에 있으므로 위법이 되지 않는다고 반론을 펼쳤다. 다시 말해 포그트 교사가 DKP 정당 활동을 활발하게 참여한 사실은 공무원에게 요구되는 DKP같이 헌법에 위배되는 정당과의 관계를 단절할 의무하고 양립할 수 없다는 것을 말해준다고 독일정부는 주장했다. 이것은 한 마디로 공무원은 위헌 정당에 가입하여 정당 활동을 할 수 없다는 것이 헌법상 원칙이라는 주장이었다. 정부의 주장 부분을 그대로 옮기면 다음과 같다.

“54. 독일정부는 본안사건에서 국가가 누릴 재량의 범위를 판단할 때는 회원국이 협약을 체결할 당시 협약과 원안에서 국가의 공무원 임용권에 대해서 의도적으로 배제하였다는 협약의 배경을 고려해야 될 것이라고 주장하였다. 독일정부는 공직 후보자가 만족시켜야 할 조건은 이미 정년 보장 지위에 임용된 공무원에게 적용될 조건과 밀접하게 관련되어 있다고 주장했다. 당시 서독은 좌파나 우파를 불문하고 모든 종류의 극단주의에 대항해서 투쟁해야 할 특별한 책임을 갖고 있었다. 바이마르 공화국이 겪은 역사에 비추어 공무원에게 정치적 충성 의무를 부담시킨 이유가 바로 그것 때문이었다. 공무원 제도는 “민주주의 체제를 방어할 수 있는 민주주의 democracy capable of defending itself” 이론의 가장 핵심 토대에 속한다. 따라서 당원은 위헌적인 목표를 추구하는 DKP 정당 같은 정당에 가담해서 적극적인 역할을 전개해서는 아니된다. 포그트는 그 당시 정당의 목표가 서독의 자유 민주적 질서를 전복하는 것에 있었고 또한 동독과 소련 공산당으로부터 지시를 받았던 그 당에서 고위직을 맡고 있었다. 포그트는 교사로서의 업무 수행 방식에 대해서는 실제로 어떤 비판도 제기되지

않았다고는 하지만 그럼에도 불구하고 교사로서 민주주의 기본적 가치를 전달하는 특별한 책임을 부담하고 있다. 포그트는 경고를 받았음에도 불구하고 DKP 정당 활동을 계속했고 오히려 더 적극적으로 활동했다. 바로 그러한 사실로 인해서 독일 당국은 포그트의 교사직을 잠정 정지시킬 수 밖에 없었고 별다른 선택의 여지가 없었던 것이다.”

7.6. 판결 주문과 판결 이유 해설

유럽인권재판소는 1995년 9월 26일 판결에서 포그트 사건에 협약 제10조가 적용된다는 점은 17대2로, 제10조의 위반이 있다는 점은 10대9로, 이 사건에 협약 제11조가 적용된다는 점은 만장일치로, 제11조의 위반이 있다는 점은 10대9로 확인하는 확정 판결을 내렸다.

또 협약 제50조에 따라 포그트는 1991년 2월 1일 교사로 복직되기 전의 해직 기간(1987년~1991년)에 대해서 금전적 손해와 정신적 손해 non-pecuniary damage에 대한 배상 그리고 소송 비용을 독일 정부가 부담할 것을 청구한 바 재판소는 독일 정부와 손해배상액을 합의할 것으로 권고하였고 이에 독일 정부는 청구인과 손해배상액을 합의하고 1995년 9월 26일 유럽인권재판소의 소송을 완전히 종결지었다. .

재판소의 판결 이유를 좀더 자세히 설명하면 다음과 같다.

청구인은 중등학교 정식 교사 임용된 후에도 적극적인 당원 활동을 그치지 않자 징계를 받고 결국 해직되었다. 유럽인권재판소는 포그트의 해직은 유럽인권협약 제10조를 위반하였다고 판결을 내렸다.

정년 보장의 공무원 신분이라고 해도 협약의 대상에서 배제되는것이 아니며 포그트 교사가 중등학교 교사로 임명되었다고 해서 개인으로서의 정치적 표현의 자유권을 박탈하는 것은 아니라고 판결을 내렸다. 기본권 침해 행위가 발생했음이 인정되면 그 다음 수순으로 제10조2항에서 열거한 정당화 사유에 들어가는지 여부를 논하게 된다. 침해 행위가 주공무원법의 법률 규정에 따라 취해졌고 또 독일 헌법 제정의 역사적인 배경을 고려해 보면 국가 안보를 보장하고 사회의 혼란을 방지하고 타인의 권리를 보호하기 위해서 공무원의 정치적 표현의 자유를 제약하는 것에는 합법적인 목적이 인정된다. 공무원의 기본권을 제약하는 한 것은 합법적 목적을 존재한다는 이유를 다음과 같이 재판소는 인정했다. “독일 공무원에게 무슨 일이 있더라도 기본법의 의미에 따른 자유 민주적 기본질서를 수호할 것을 맹서하게 하고 적극적인 수호 의무를 부과하는 것은 ‘공무원이 헌법과 민주주의의 수호자 the civil service is the guarantor of the Constitution and democracy’ 라는 개념에 기초하고 있다. 이러한 개념은 독일에서는 특별한 중요성을 갖는데 그것은 바이마르 공화국 시대의 뼈아픈 경험 즉 나치즘의 망령을 겪은 것과 그 후 수립된 연방 공화국 헌법에서 ‘민주주의 그 자체를 방어할 능력을 갖는 민주주의 (방어적 민주주의)’ 원칙에 기초한 헌법을 제정하게 한 사실이다.”

마지막으로 고려할 요건은 침해 행위가 민주주의 사회에서 필요한 것인지 여부이었다. ‘강력한 사회적 필요 pressing social need’ 이 존재하였다면 용인될 수 있는데 여기에는 형평성의 원칙이 적용되어야 한다. 공무원이라는 특별한 지위를 고려해 보면 공무원에게 신중 의무를 부담시키는 것이 정당하지만 이 경우라도 협약에서 보장한 기본권을 박탈할 수는 없다고 판단했다. 특히 교사는 교사라는 직위를 이용하여 수업 중이나 학교 밖에서 학생들에게 은밀하게 사상을 주입하려거나 또는 부적절한 영향력을 행사할 위험성이 있다. 하지만 이런 측면에서 청구인은 어떤 비판도 나오지 않았고 전혀 문제가 없었다. 교사로서의 업무 수행은 만족스러웠고 학생들에게 영향력을 행사하려는 증거는 전혀 없었다. 또 하나 재판소가 확인한 사실은 DKP정당이 독일연방헌법재판소에 의하여 금지되지 않았고, 따라서 DKP 당원으로서의 정당 활동은 전적으로 합법적이라는 것이다. 또한 공무원 신분 이외의 교사직은 거의 구할 수가 없는 독일의 제도를 감안하면 정부의 일정 정도의 재량의 여지를 인정한다고 하더라도 중등학교 교사를 해직시킨 징계 조치는 형평성을 상실했다는 결론을 내렸다.

7.7. 법원 판결 이유 □법정 다수 의견

정치적 표현의 자유

침해 행위가 일어났는지 여부

“44. 본안 포그트 사건은 Glasenapp and Kosiek 사건과 구별된다. 청구인 포그트는 1979년 2월부터 정식 교사로 근무해 왔다. 독일 기본법의 자유민주적 기본질서를 지지해야 공무원으로서 당연한 충성 의무를 다하지 못했다는 이유로 징계 조치를 받고 1986년 8월 교사 직무를 정지당하고 1987년에 해직되었다. 정부 교육 당국은 포그트가 위헌 정당인 DKP 정당에 가입하여 정당 활동을 하였고 헌법에 위배되는 행위를 보인 DKP당으로부터 탈퇴하라는 경고를 거부한 것을 해직 사유로 삼았다. 따라서 협약 제10조에서 보호하는 정치적 의사 표현의 자유권에 대한 침해 행위가 발생했음은 분명하다.

B. 침해행위가 정당화되는지 여부

45. 그러한 기본권 침해 행위는 “법률에 규정된 것” 이고, 제10조2항에 규정된 하나 이상의 합법적인 목적을 추구하고, “민주주의 사회에서 필요한 것” 이 아니라면 제10조 위반에 해당된다.

1. 법률에 의하여 규정된

48. 국내법률에 요구되는 명확성의 수준-어떠한 경우여라도 모든 결과까지를 제공할 수는 없을 것이다-은 해당 법률의 내용, 법률이 커버하고자 하는 영역, 법률이 대상으로 하는 사람의 숫자와 지위에 크게 좌우된다는 것을 재차 강조한다. 국내법을 해석하고 적용하는 것은 일차적으로 국내 당국의 몫이다. 독일의 국내법원들은 DKP와 같이 위헌적인 목적을 갖는 정당에 공무원이 적극적으로 가담하는 것은 공무원의 신중 의무와 양립되지 않는 것이라고 분명히 판시했다. 포그트는 징계절차가 시작된 이래로 그러한 법원판결을 인식하고 있었기 때문에 DKP정당의 일원으로서 정치적 활동의 결과 그리고 정당을 탈당하라는 지시를 거부함으로써 발생할 위험을 예견할 수 있었다. 따라서 재판소는 포그트의 교사직 해임은 공무원법 제61조제2항에 근거해 이뤄졌다는 정부측의 반론을 받아들이고 그 침해행위는 “법률의 규정에 따른 것” 이었다고 판단한다.

2. 합법적 목적

51. 본 법정의 사실 조사에 의하면 유럽회원국 일부가 공무원에게 신중 의무를 부과하고 있다. 본안사건과 같이 독일 공무원에게 무슨 일이 있더라도 기본법의 의미에 따른 자유 민주적 기본질서를 수호할 것을 맹서하고 적극적으로 지켜야 할 의무를 부과하는 것은 ‘공무원이 헌법과 민주주의의 수호자 the civil service is the guarantor of the Constitution and democracy’ 라는 개념에 기초하고 있다. 이러한 개념은 독일에서는 특별한 중요성을 갖는데 그것은 바이마르 공화국 시대의 뼈아픈 경험 즉 나치즘의 망령을 겪은 것과 그 후 수립된 연방 공화국 헌법에서 ‘민주주의 그 자체를 방어할 능력을 갖는 민주주의 (방어적 민주주의 wehrhafte Demokratie[169])’ 원칙에 기초한 헌법을 제정하게 한 사실이다. 이러한 배경을 고려한다면 본 법정은 청구인을 해임한 것은 협약 제10조2항의 의미가 규정하는 합법적 목적을 추구한 것이라고 결론을 내리지 않을 수 없다.

3. 민주주의 사회에서 필요한

(a) 원칙

52. 협약 제10조에 관련하여 법원의 판결에 나타난 기본적 원칙을 재정리하면 다음과 같다.

(i) 표현의 자유는 민주 사회의 기본적인 토대의 하나이며, 사회의 진보와 각 개인의 자아 실현을 위한 기본조건 중의 하나이다. 제10조2항에 따라 표현의 자유는 우호적으로 수용되거나 또는 공격적이지 않거나 또는 사소한 것으로 간주되는 “정보information” 또는 “사상 ideas” 에 적용되는 것뿐만이 아니라, 공격적이고, 충격을 주고, 혼란을 야기시키는 것에도 적용된다. 이것은 다양성 pluralism 관용, 포용성을 요구하는데 만약 이런 것이 없다면 “민주주의 사회” 가 존재할 수 없다. 하지만 협약 제10조에 보장된 표현의 자유는 이를 좁게 해석해야 할 예외적인 경우가 존재하고 또 이러한 경우 축소제약을 하지 않으면 안될 긴급사태의 존재가 분명하게 입증되어야 한다.

(ii) 제10조2항에 규정된 형용사 “필요한”은 “강력한 사회적 필요성 pressing social need”의 존재를 내포하는 말이다. 회원국은 그러한 필요성이 존재하는지를 판단함에 있어서 일정한 정도의 재량의 여지를 갖고 있으나 통합유럽의 감독[170]에 부응하고 따라야 하는데 이는 바로 법과 결정에서 적용되어야 할 뿐만 아니라 독립적인 법원이라고 해도 이를 따라야 한다. 따라서 유럽인권재판소는 “축소 제약”이 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화되는지 여부에 대한 최종적인 판결을 내릴 권한을 갖고 있다.

(iii) 유럽인권재판소가 최종적인 감독자로서 관할권을 행사함에 있어서 해당국내법원을 물리치고 대신 결정을 내리는 것이 아니라 그들에게 주어진 권한대로 내린 결정을 제10조에 의거하여 법률심리를 행하는 것이다. 여기서 말한 감독자의 의미는 피고 정부가 재량권을 합리적으로, 신중하게, 선의로 행사했는지 여부를 확인하는 것에 머무르지 않는다. 재판소가 맡은 임무는 제소한 침해행위를 전체적인 입장에서 들여다 보고 그 침해행위가 의도한대로 “합법적인 목적에 형평성”을 갖고 있는지 또 그 침해행위를 정당화하기 위하여 국내당국이 도출한 이유가 “적절하고 충분한지”를 판단하는 것이다. 이렇게 함에 있어서 재판소는 국내 당국이 제10조에 구현된 원칙에 일치하는 기준을 적용하였는지 그리고 그 결정이 관련된 사실을 올바르게 적용했는지를 재차 확인하는 것이다.

53. 이러한 원칙은 공무원에게도 적용된다. 공무원 신분이라는 이유로 공무원에게 신중 의무를 부과하는 것은 타당하지만, 공무원도 한 개인이고 또 이 점에서 협약 제10조의 보호 영역에 들어오게 된다. 따라서 이는 유럽인권재판소의 관할권에 속하고 본재판소는 각 사건의 구체적인 사정을 감안하여, 표현의 자유를 누릴 개인의 기본권과 공권력이 협약 제10조2항[171]에 열거된 목적을 올바르게 수행할 수 있도록 하는 민주주의 국가의 정당한 이익 사이에 공정한 형평성 fair balance 을 행사했는지 여부를 판단하는 것이다.[172] 이러한 법률심을 진행하는 데 있어 표현의 자유에 대한 공무원의 권리가 쟁점으로 떠오르는 경우 제10조에서 말하고 있는 “의무와 책임”은 특별한 의미를 갖고 있는데, 그것은 발생한 침해행위가 위에서 말한 목적에 형평성 proportionate을 갖고 있는지 여부를 판단하는데 있어 회원국 국내당국에 일정한 정도의 재량의 여지를 넘겨주는 것을 의미한다.

(b) 위 원칙의 본안 사건에의 적용

57. 이 사건에서 재판소의 임무는 포그트의 해임이 “강력한 사회적 필요” 요건에 부합되는지 그리고 “의도한 합법적인 목적에 형평성을 갖고 있는지” 여부를 판단하는 것이다. 이러한 임무에 따라서 재판소는 본 사건과 관련된 당시 독일연방공화국의 사정을 감안하고 본안 사건을 판단하고자 한다.

58. ... 1975년 5월 22일 독일연방헌법재판소의 판결에 따르면 독일 공무원들이 따라야 할 정치적 충성 의무에는 국가와 현행 헌법 체제를 공격하고 비방하는 그룹으로부터 분명하게 절연할 의무를 수반한다. 그 당시의 독일법원들은 DKP의 공식 정책에 의거해서 판단하건대 DKP의 목표는 서독의 사회 구조와 헌법 질서를 전복시켜서 동독의 그것과 유사한 정치 체제를 수립하는 것이었다고 판결했다.

59. 민주주의 국가에서는 공무원에게 국가가 기초하고 있는 헌법 원칙에 충성할 것을 당연히 요구할 수 있다는 전제를 본 재판소는 받아들인다. 이 같은 국가와 공무원의 연결점에서, 바이마르 공화국 시절의 독일의 경험, 그 후 바이마르 공화국이 붕괴된 후의 쓰라린 아픔의 시대와 1949년 기본법이 제정되기 전까지의 독일의 역사를 참작하기로 한다. 독일은 “민주주의 체제를 방어할 수 있는 민주주의 democracy capable of defending itself” 체제가 되어야 한다는 이념에 기초하여 새로운 국가를 건설함으로써 그러한 아픈 과거 역사가 반복되는 것을 피하고자 의도하였다. 당시의 정치적 맥락에서 독일의 위치를 이해해야 한다는 점을 결코 잊어서는 아니될 것이다. 이러한 사정으로 인해서 헌법 제정자가 의도한 배경과 이에 따라서 공무원에게 부과된 정치적 충성 의무에 대하여 더욱 각별하게 높은 비중을 두게 되었다고 이해된다. 그렇다고 하더라도 독일각급의 국내법원에서 해석한대로의 절대적 성격의 충성 의무는 놀라운 수준이라고 여긴다. 이 충성 의무는 모든 공무원이, 맡은 임무와 지위 고하를 막론하고, 똑같이 부담하고 있다. 어떤 사안에 대해서 자신의 의견이 어떠하든지 간에 모든 공무원은 관계당국이 헌법에 적대적이라고 inimical 간주한 모든 단체와 모임에서 추호의 의심도 없이 명백히 탈퇴해야 한다는 것을 의미한다. 이것은 공무와 사생활간의 구분을 허용하지 않는다는 것을 말한다. 다시 말해 모든 측면에서 언제나 의무를 부담하고 있는 것이다.

또 하나 고려할 점은 당시 유럽이사회는 다른 회원국에서 이와 유사하게 엄격한 충성 의무를 부과한 국가는 찾아 볼 수 없었고, 또 독일내에서조차도 충성 의무를 전체 주가 통일적으로 해석하고 집행한 것은 아니었다는 사실이다. 상당한 수의 주[173]는 그와 같은 정치적 참여에 대해서 본안사건[174]에서와 같이 충성 의무와 서로 양립되지 않는다고 판단하지 않고 있다.

60. 그러나 재판소는 그러한 시스템 자체를 심사하고자 하는 것이 아니다. 재판소가 마땅하게 심리해야 할 부분은 포그트 교사의 해직이다. 이런 측면에서 의무 위반에 대한 징계 조치의 일환으로써 중등학교 교사를 해직시키는 것은 매우 중대한 조치에 해당한다고 판단하게 되는데 여기에는 서너 가지 이유가 있음이 분명하게 보인다. 첫째 그러한 징계 조치가 해당자의 명예 reputation에 관련된 문제이고 둘째 이런 식으로 중등학교 교사를 해직시킨 것은 생계수단을 잃게 만드는 것인데 최소한 원칙적으로 징계 법원에서 봉급의 일부라도 계속 받게 해주는 것이 옳았을 것이다. 마지막으로 이러한 상황에서 중등학교 교사는 독일에서는 공무원 신분이 아닌 교직은 거의 없음으로 다른 곳에서 교직을 구하는 것은 거의 불가능하다는 점이다. 결과적으로 해직 교사는 교육과 훈련을 받고 실무능력과 경험을 축적해 온 교사라는 특정 직업을 갖고 있으면서도 그런 전문 직업능력을 행사할 수 있는 기회마저 박탈되어 버린다는 것이 분명해 보인다.

고려해야 할 두 번째 관점은 포그트가 중등학교에서 독일어 및 불어를 가르치는 교사이었는데 이 직위는 본질적으로 안보 위험과 연관된 자리 아니라는 점이다. 현직 교사에게 부과되는 특별한 의무와 책임을 팽개치고, 포그트가 자신의 직위를 이용하여 수업 중에 어떤 방법으로 학생들에게 사상을 주입시키려고 하거나 또는 부적절한 영향력을 행사하려 할 가능성이 위험으로 따를 것이다. 하지만 이 점에 관해서 포그트에게 어떤 비난도 제기되지 않았다. 그와는 반대로 청구인의 학교에서의 업무는 상급자의 평가에 따르면 전반적으로 만족스러운 평가를 받았고 학생과 학부모와 동료교사로부터도 높은 평가를 받았다. 징계 법원도 포그트가 견책의 대상이 될 수 없을 정도로 교사의 직분을 다해 왔다는 점을 인정했다. 실제로 관계당국이 징계 절차를 개시한지 4년이 지나서나 겨우 교사직무만 정지시켰는데 이것은 학생들을 포그트 교사의 영향으로부터 격리시킬 필요성이 아주 강력하게 요구된다고는 판단하지 않았음을 보여준다.

교사는 자신의 학생들에게는 권위의 인물 figure of authority 이기 때문에 교사의 특별한 의무와 책임은 어느 정도까지는 학교 밖에서의 활동에도 적용된다. 하지만 포그트 자신이 학교에서의 교사 업무를 벗어나 실제로 어떤 위험적인 진술을 하였다거나 또는 위험적 태도를 직접적으로 취했다는 증거가 없다. 포그트에 대한 유일한 비난은 당국으로부터 경고를 받고 나서도 DKP 적극 당원 자격과 DKP에서 차지했던 지위를 계속 유지했다는 것 그리고 주의회 선거에서 DKP 정당 후보자로서 나섰다는 것이다. 포그트는 그러한 자신의 정치적 활동이 독일 헌법 질서의 원칙을 지지하는 것에 부합된다고 믿었으며 그런 자신의 개인적 신념을 일관되게 주장하였다. 징계 법원도 포그트의 정치적 신념은 진실한 것이고, 그것이 법적으로 무슨 큰 의미가 있는 것도 아니라고 판단하였으며, 또 사실 포그트 자신이 독일 헌법 질서의 가치들을 지지한다는 확신적 주장에 반대되는 어떤 특별한 진술을 실제로 표명할 것 같은 무슨 일이 벌어질 것 같아서 여러 해에 걸쳐서 오랫동안 조사를 벌일만한 일도 아니라는 것을 확인했다. 마지막으로 고려할 점은 DKP정당이 독일연방헌법재판소에 의하여 위험정당으로 금지되지 않았고, 따라서 청구인의 당원으로서 정당 활동은 전적으로 합법적이라는 것이다.[175]

61. 앞에서 설명한 논거들에 비추어 재판소는 독일정부가 포그트의 표현의 자유에 대한 권리 침해 행위를 정당화하기 위하여 제기한 반론이 분명히 적절하다고 보이지만, 그러나 교사를 해직시켜야 할 만큼 민주주의 사회에서 필요한 조치였다는 점을 설득력 있게 입증해 내는 데까지는 부족하다는 결론을 내린다. 일정한 재량의 여지를 허용하더라도, 징계 조치로써 중등학교 교사를 해직시킨 조치는 합법적인 목적의 법률 취지에 비교해 보면 형평성을 결여한 disproportionate 조치였다는 결론을 내릴 수 밖에 없다. 따라서 정치적 표현의 자유를 보장하고 있는 제10조를 위반하였음이 인정된다.

7.8. 소수 반대 의견[176]

포그트에 대해 독일당국이 취하고 또 각급 법원이 인정한 징계조치는 협약 제10조나 제11조에 위반되지 않는다고 판단한다. 포그트의 해직은 법률에 규정된 사항이고 또 합법적인 목적을 위해서 취해졌고, 또한 형평성을 갖추고 또 민주사회에서 필요한 것으로 간주된다. 징계 조치는 국내 당국의 손에 남겨져야 할 재량 범위 내에 속한다.

1. 해직에 이르기까지의 상황을 고려하면 법정의 다수의견과는 다른 중요한 측면을 따져 보아야 할 것이다. 청구인은 1972년부터 DKP 당원 이었는데 그러한 사실에도 불구하고 1979년 정년 보장의 공무원에 임명되었다. 이것은 극단주의 정당에 정식 가입한 사실 그 자체로는 일반적으로 공무원이 되거나 공무원의 자리를 지키는데 장애가 되지 않는다는 독일의 현실적 관행[177]으로 쉽게 설명된다. 포그트가 DKP 정당 활동을 더욱 활발하게 전개한 것은 정식 임명된 직후부터였다. 이와 같은 활동은 관계 교사가 학교 교실에서 자신의 정치적 신념을 전파하지 않는다 하더라도 학교와 학생들 사이에 곧 알려지게 된다는 것은 분명하다.

DKP 정당의 정책이 기본법에 구현되어 있는 독일연방공화국의 헌법 질서와는 서로 양립될 수 없다는 의견 또한 의심의 여지없이 마땅하다고 판단한다. 포그트와 같은 사람이 DKP 정책의 모든 점을 지지한다고 자백하고 동시에 헌법 질서를 존중한다는 것을 선서한다면, 이러한 맹서는 서로 양립될 수 없다는 것은 분명하다.

2. 포그트에 대한 징계절차의 개시에서부터 정식 해직까지 전 기간 중에 DKP는 공산주의 국가들과 동독 집권당으로부터 지원을 받았고 또 DKP 스스로도 동독의 헌법과 정치 질서가 서독과는 근본적으로 다르고 또 서독보다 우월하다는 점을 줄곧 주장해왔다. 당시에 공산주의 체제와 서독의 민주주의 체제의 양 체제간의 동서 대결과 적대적 반목관계로 인해서 민주주의 질서를 강화시켜야 하고 또 민주주의 질서를 약화시키는 것을 허용해서는 안될 필요성이 있었다는 점은 거의 부정할 수 없을 것이다. 그러한 상황과 독일의 특수한 역사 특히 바이마르 공화국의 민주주의 헌법 체제가 파괴된 역사를 고려하면, 국가는 반민주적인 정당을 위한 활동에 적극적으로 관여하는 공무원은 학교 교사를 포함하여 누구든지 해직할 수 있는 권한을 갖는다고 보는 것이 타당하다. 이것은 정당의 정치적 이념 스펙트럼이 좌파에 속하든 우파에 속하든지 간에 관계없이 모든 극단주의 정당에 적용되어야 할 것이다.

3. 이와 같이 포그트의 해임은 독일 정부 당국의 입장에서는 제10조와 제11조의 규정에 따른 민주주의 사회에서 필요한 것으로 간주된다. 공무원 제도는 민주주의 질서가 적절하게 작동하는데 필요한 것으로 거의 모든 국가에서 가장 중요한 원칙으로 들고 있고, 국가는 공무원을 채용하거나 해직시킬 때 상당한 정도의 재량의 여지를 가지는 것이 마땅하다. 공무원에게 극단주의 정당을 위한 적극적이고 눈에 띄는 지지 행위를 하지 못하게 막거나 또는 공무원직을 그만두게 할 수 있는 권한을 국가가 가진다는 것은 당연하다.”

8. 자유민주적 기본질서 개념 정리

8.1. 기본법과 헌법

‘독일 기본법’ [178]은 독일의 법령체계에서 가장 최상위의 지위를 가진 독일 헌법을 말한다. 그런데 왜 독일헌법을 ‘헌법 Verfassung’ 영어 Constitution’ 이라 부르지 않고, ‘기본법 Grundrecht’ 영어 Basic Law’ 이라고 부를까? 그 이유 하나는 2차대전 종결과 동시에 동독과 서독으로 분단된 당시 상황에서 서독은 1949년 5월 23일 발효된 새로운 헌법을 제정하면서 향후 독일의 통일을 염두에 두고 ‘임시 과도기 transitional period’ 의 헌법을 제정한다고 여겼기 때문에 ‘헌법 Verfassung’ 이라는 말 대신에 헌법의 기능과 지위를 가진 특별한 법을 나타내는 용어로서 의도적으로 ‘기본법 Grundrecht’ 이라는 새로운 단어를 만들어 내었다.

당시 헌법기초자들은 통일이 되면 새로이 헌법을 제정하여야 할것이고 따라서 최고의 상위의 법이기는 하지만 통일 때까지 잠정적인 기간에 효력을 가지고 있다는 측면에서 ‘헌법’ 이란 용어를 의도적으로 피하고자 했다. 통일이 되기 전까지 과도기의 헌법이라는 것을 분명히 말하기 위해서 기본법의 전문뿐만 아니라 기본법의 유효기간을 기본법 146조에서 독일국민의 자유로운 결정으로 채택된 새 헌법이 시행되는 날까지로 분명하게 명시하였다: “이 기본법은 독일의 통일과 자유가 달성된 후 전체 독일 국민에게 적용되며, 독일 국민의 자유로운 결정으로 새로운 헌법이 효력을 발생하는 날에 그 효력을 상실한다.” [179]

1989년 베를린 장벽이 무너지고 동독과 서독은 1990년 8월 30일 독일 통일조약을 맺고 10월 3일 하나의 독일로 통일되었다. 통일조약으로 서독이 동독을 흡수 통일한 결과 서독의 기본법의 적용 영역이 동독으로 확대 적용되게 되어 새로운 헌법을 제정할 필요성이 없게 되었다. 서독의 기본법이 새로운 통일 독일의 헌법이 되게끔 약간의 규정들에서 기술적인 수정 정도에 그치고 기본법은 독일의 헌법이 되었다. 1949년 기본법 제정 당시 염두에 두었던 통일이 실현된 결과 임시적인 기간의 의미를 가졌던 기본법의 뜻은 의미가 퇴색되었다. 독일 국민들의 자유로운 결정으로 독일의 통일과 자유를 성취하였고 따라서 기본법은 전체 독일에 적용되는 헌법의 지위를 가진다.[180]

8.2. 민주주의 국가 최고의 헌법 원칙 supreme principles of a free democracy

독일헌법제정의 역사성에 대한 이해를 가지고서 ‘기본법’이란 용어 사용의 다른 배경 하나를 살펴보면 다음과 같다. 헌법은 국가 생활에 근본 질서를 부여하기 위하여 태어난 최고 최상의 법이다. 행정부나 사법부 모두 법에 따라 국가가 운영된다. 법치국가 Rechtsstaat의 당연한 요청이다. 그런데 이러한 최고의 최상의 법률도 모든 실정 법률과 마찬가지로 입법부가 제정한다. 하지만 독일은 히틀러 나치 일당독재 시대에서 실정법 만능주의[181]가 헌법 질서를 휩쓸고 “법 Gesetz”의 이름으로 “법 Recht”을 무시하는 독재체제가 수립되고만 뼈아픈 역사를 경험했다. 이러한 역사적 반성의 토대에서 생각을 깊이 해보면, 법률에 따른다고 해서 모두가 정당성을 가진 것이 아니라 같은 법률이라고 해도 “법률 Gesetz”보다 더 상위에 suprapositive 위치한 “법과 정의 law and justice”의 개념이 존재한다고 생각해볼 수 있다. 모든 국가 질서를 법에 따라서 운영된다고 해서 법률로 제정만 하면 된다는 생각은 잘못된 것이고 법률보다 상위에 위치한 “헌법 국가 constitutional state” 체제가 필요하다는 생각을 하게 된 것이다. 엄밀히 말하면 헌법도 “법률 Gesetz”의 한 형태이기 때문에 입법부가 법률을 개정하는 것과 마찬가지로 헌법을 개정할 수 있다.[182] 하지만 헌법 개정으로도 개정할 수 없는 더 상위의 법이 존재한다는 생각을 가지게 되면, 지구와 태양이 도는 자연불변의 법칙처럼 말로써 표현을 하지 아니해도 확실하게 존재하는 하늘에 있는 자연법칙과도 같이, 민주주의 국가 법질서에도 ‘최고의 원칙 supreme principles of a free democracy’으로서 “법과 정의”의 이름이라는 최고의 상위법이 존재한다고 생각을 자연스럽게 도출된다.

기본법 체계에 있어서 모든 국가의 질서가 단순히 법률에 따라야 한다는 것뿐만 아니라 또한 더 상위에 위치한 어떤 구체적인 헌법(기본법)적인 질서를 만드는 최고의 법이 존재한다고 믿을 수 있는데 이 법을 기본법이라고 표현할 수 있다. 1949년 기본법 기초자들은 이러한 법이론을 구체적인 헌법 규정으로 표현해 내었다(기본법 19조와 79조). “기본법에 의하여 기본권이 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있는 경우에도” “어떠한 경우에도 기본권의 본질적 내용이 침해되어서는 안된다 In no case may the essence of a basic right be affected.” [183]

나치 일당독재 체제의 잘못된 역사를 반복하지 않기 위해서 기본법에서 헌법의 기본원칙을 명확히 밝히고 민주국가체제의 근본 뼈대가 되는 기본적인 원칙들에 관해서는 헌법개정을 통해서도 불가능하게끔 헌법상의 장치를 마련해 놓은 것이다. 이러한 근본적인 불가침의 영역에 속하는 원칙들에 인간의 존엄성과 인권, 민주국가, 국민주권, 법의 지배, 사법부 독립, 연방주의 등이 포함된다. 이러한 원칙들은 기본법의 가장 중요한 핵심부분들로서 헌법 개정의 대상에서 제외된다. 기본법의 핵심적인 본질 그 자체를 변경하는 것은 결코 변경될 수 없다고 확실하고도 분명하게 천명한 것이다.

8.3. 헌법 질서와 기본법 질서

‘헌법 질서’라는 말의 독일어 표현은 ‘verfassungsmäßige Ordnung’이다. 기본법 9조2항은 “[단체의] 목적이나 활동이 형법에 위반되거나 또는 헌법 질서, 국제상호 이해에 반하는 단체는 금지된다”고 규정하고 있다. 여기서 “헌법 질서”는 국가 통치 기구를 다루는 영역의 질서를 말하고, 21조의 “자유 민주주의의 기본[법]질서”는 “이보다 더 상위의 근본 규범에 해당한다고 독일헌법의 기초자들은 생각한 것이다.

‘헌법 질서 verfassungsmäßige Ordnung’와 ‘자유 민주주의의 기본질서 freiheitliche demokratische Grundordnung’에 대해서 잠깐 살펴보자. 기본법 79조3항은 헌법개정의 한계로서 연방주의를 들고 있다.[184] 하지만 연방헌법재판소가 말하는 헌법 개정으로써도 폐

기할 수 없는 가장 기본적인 내용의 법에 포함되는 것 즉 “자유 민주주의 기본질서”의 구성 요소에 연방주의를 포함하지 않고 있다. 따라서 연방주의를 폐지하는 헌법개정은 허용될 수 없지만 이를 폐지하려는 정당은 자유 민주주의 기본법질서에 위배되지 않을 것이다.[185] 그것의 범위는 정치적 표현의 자유의 영역으로 보호되기 때문이다. 이와 같이 같은 헌법상의 규정이라고 해도 기본적 인권을 규정하는 권리장전의 내용과 국법 질서 조항과의 차이를 이해하는 것이 중요하다. 인권을 보호 신장하기 위해서 국법 질서 (각 헌법 기관들을 만들어 국가 질서를 정립하는 것)를 세운 것이다. 나치일당독재 국가전체주의 시대를 지배했던 실정법만능주의 (“법은 국가의 필요에 따라 법은 유효하다 Recht ist, was dem Staat n□tzt.”)를 배격하였다.

독일연방헌법재판소의 판결문에서 “자유민주적 기본질서”에 대한 개념을 설명하였다.[186] 독일어 “freiheitliche demokratische Grundordnung” 원문의 영어 번역은 “liberal-democratic constitutional order” 또는 “free democratic basic order”으로 표현된다.[187][188].

	기본법	일반 법률
자유 민주주의 기본질서	18조 21조2항 91조1항 10조2항 11조2항 87조a4항	정당법 1조1항1문 외국인법 6조3항21호, 3호 군인법 8조 형법 86조2항, 93조2항 등
헌법적 질서	9조2항 98조2항 2조1항 20조3항 28조1항, 3항	형법 81조2항 등
헌법 제원칙		형법 86조1항6 등

표1. 자유 민주주의 기본질서[189]

8.4. 자유민주적 기본질서-우리나라 판례에서 외국법 원용

“자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것으로서 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부체제를 파괴·변형시키려는 것이다.” (헌재 1990. 4. 2. 89헌가113).[190]

“헌법 8조4항은 ‘정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다’고 규정하고 있다. 정당의 해산에 관한 위 헌법규정은 민주주의를 파괴하려는 세력으로부터 민주주의를 보호하려는 소위 ‘방어적 민주주의’의 한 요소이고, 다른 한편으로는 헌법 스스로가 정당의 정치적 성격을 이유로 하는 정당금지의 요건을 엄격하게 정함으로써 되도록 민주적 정치과정의 개방성을 최대한으로 보장하려는 것이다. 즉, 헌법은 정당의 금지를 민주적 정치과정의 개방성에 대한 중대한 침해로서 이해하여 오로지 제8조 제4항의 엄격한 요건하에서만 정당설립의 자유에 대한 예외를 허용하고 있다. 이에 따라 자유민주적 기본질서를 부정하고 이를 적극적으로 제거하려는 조직도, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 한, ‘정당의 자유’의 보호를 받는 정당에 해당하며, 오로지 헌법재판소가 그의 위헌성을 확인한 경우에만 정당은 정치생활의 영역으로부터 축출될 수 있다.” (헌재 1999.12.23. 99헌마135).

“우리 헌법은 정당에 대하여도 민주적 기본질서를 해하지 않는 범위내에서의 정당활동을 보장하고 있다. 즉 헌법 8조2항 및 4항에 ‘정당은 그 목적□조직과 활동이 민주적이어야 하며…’, ‘정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 … 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.’ 고 명시하고 있다. 따라서 어떠한 정당이 외형상 민주적 기본질서를 추구한다고 하더라도 그 구체적인 강령 및 활동이 폭력적 지배를 추구함으로써 자유민주적 기본질서에 위반되는 경우 우리 헌법 질서에서는 용인될 수 없는 것이다.” (헌재 2001. 9. 27. 2000헌마 238).

위와 같은 우리나라 헌법재판소의 판결문에서 독일헌법재판소의 판결문을 직접적으로 인용하였음을 판례 참조에서 명기하고 있지는 않지만 문언 표현상으로 독일판례들을 인용하였다는 것은 쉽게 짐작된다.

9. 정의의 세계와 정치의 세계

9.1. 법의 정당성 justification과 정통성 legitimation

독일연방헌법재판소의 판결문에서 나타나듯이 정당 해산 심판에서 나타나는 3가지의 근본적인 문제점은 첫째, 민주주의 체제라면 심지어는 민주주의 체제를 반대하는 정당이라도 허용되어야 민주주의가 성숙되었다는 것을 말해주는 것이 아닌가 하는 것이고, 둘째, 의원은 전체 국민의 대표자로서 자신의 양심에 따른 지위임과 동시에 소속 정당의 정책들에도 따라야 되는 이중의 지위를 갖고 있다는 점이고, 셋째, 국가 정보기관의 정당 개입의 한계가 어디에 있는지 즉 절차적 정의의 문제가 결부되어 있다는 점이다.

헌법상 정당의 자유를 보장하면서 또 한편으로는 정당을 해산할 수 있다는 이러한 헌법조항은 일견 서로 맞지 않다는 생각이 바로 일어난다. 국민의 자기결정권과 다수결의 원칙에 기반하는 민주주의 정치 체제의 기본적인 가치는 누구라도 자유롭게 정치적 의사형성의 과정에 참여할 수 있다는 것에 있다. 그런데 자유로운 의사결정권을 가진 국민들이 자유로운 선거에서 결정을 하는 정권의 형성 문제에 대해서 국가가 미리 앞서서 어느 정치 세력을 정치적 의사 형성 과정에서 강제로 축출할 수 있는가? 하지만 이것은 반민주적인 조치에 해당할 것이다.

자유 민주 국가 체제에서는 정치적 의견의 표현과 정치적 결사의 자유가 국민 기본권으로써 보장되고 또 국민주권의 원칙에 따라 선거권을 가진 국민이 선거에 참여하여 다수결의 투표로써 정권을 결정한다. 이 과정에서 모든 자유 민주주의 국가의 정치적 현실은 선거일 이전에 정당을 조직하고 선거에 참여하게 된다. 이러한 민주정치의 이론과 현실에서 정치의 설립과 정당 활동은 제약을 받으면 안된다는 결론이 도출된다.

18세기 미국의 독립 당시부터 선거권자는 정치적으로 양진영으로 나뉘어져 서로 대립하여왔다. 민주적인 다수의 참여를 달갑지 않게 여겼던 연방주의자들은 대립하는 조직을 필요악이라고 인식한 반면 민주 국가에서의 다양성을 인정하는 진영은 대립하는 집단의 존재는 기본적인 단위라고 보다 호의적으로 보았다. 개방성은 공익을 추구하는데 선한 도구로 작용할 수 있다고 여긴 미국 대통령 토마스 제퍼슨의 말이 대표적으로 후자의 견해를 반영한다: “만약 미합중국의 해체를 원하거나 공화국 체제를 바꾸기를 원하는 사람이 있다면 타당한 이유들이 자유롭게 경합할 수 있는 곳에서는 그같은 잘못된 의견도 관용될 수 있음을 보여주는 안전의 기념비로써 그들이 방해 받지 않도록 합시다.” [191] 민주주의 다양성과 개방성에 대한 자신감을 나타내는 토마스 제퍼슨 같은 미국 헌법기초자들은 정당의 자유를 인정하고서 정당 조항을 헌법 조문에 넣지 않았을 것이다.

또 정당에 대한 태도를 정치이념적으로 굳이 구분한다면 개인을 우선시할 것이냐 아니면 집단을 우선시 할 것이냐의 차이로 좁혀질 수 있는 문제다. 이런 측면에서 정치적 표현의 자유와 언론 자유를 신성시하며 수정헌법 1조로 보호하는 미국의 헌법을 고려한다면 정당 규제 조항

을 헌법에 규정하지 않았던 미국 헌법기초자들의 기본적인 생각을 어느 정도 이해할 수 있을 것이다.

대의제 민주주의의 기초는 공익을 위해서 “현명한 판단 mature judgment” 을 내릴 수 있는 독립적인 지위를 가진 의원임을 상정하고 있다. 여기서 문제는 “현명한 판단” 은 어떻게 내려지는가의 그 과정에 있다. 의원은 자신의 양심에 따른 독자적인 판단을 하는 존재라고 말하는데 이런 독자적인 현명한 결론에 도달하는 원천은 “토론” 에 의존한다. 다수의 지혜는 남으로부터 정보와 의견을 얻음으로써 생겨나는 과일 열매와 같은 것이다. 의원의 면책특권을 보장하는 이유와 민주국가에서 언론의 자유를 보장하는 근본적인 전제가 여기에서 나온다.

이러한 민주주의의 우월성에 대한 근본적인 믿음의 측면에서 보면 정당 해산은 민주국가의 정당성의 근간인 민주주의 체제의 정치적 개방성에 대해서 이율배반적인 결과를 가져올 위험이 있다. 이러한 딜레마 상황에 대해 독일헌법재판소도 시인하고서, 정당 해산 제도는 필연적으로 자유로운 정치 활동의 기본적 권리인 정치적 표현의 자유와의 사이에 일정한 긴장관계가 일어난다는 점을 경계하였다.

9.2. 가치의 통약불가능성 incommensurability of value

무엇이 좋은 삶인지, 권리, 공공선, 정의 등에 사람마다 각자 생각이 다를 수가 있다. 자신의 가치와 생각이 타인과 다르다고 해서 다수의 의견을 따르지 않아도 된다는 뜻은 아니다. 현실적으로도 대부분의 사람들은 생각과 가치가 다르지만 다수의 의사에 따르고 있다. 각자 다른 생각과 가치들은 법원의 재판으로 강제될 수 있는 영역이나 내용이 아니다. 각자의 생각과 가치는 하나의 법적 잣대로 평가할 수도 없기 때문이다. 이런 영역은 종교적 신념에 가깝다. 종교의 다원성을 인정하기 때문에 종교의 자유를 주장하는 것이다. 종교개혁의 발상과 역사적 흐름을 상기하라. 다양성이 개인적 자유를 가능하게 한다. 이것이 타인을 자기와 똑같이 인정하고 존중하는 자유주의의 기초적인 생각인 것이다. 이런 자유주의적 사고는 역으로 보면 잘못된 신념을 가진 사람이 그들의 잘못된 신념에 따라 행동하는 것을 허용할 의무를 진다는 것을 알 수 있다. 그런데 타인들이 자신의 믿는 참된 가치 즉 지금까지 알려진 진실 purported truth에 따라서 행동하는 것만이 허용된다면 다른 사람들을 같은 인간으로 존중하지 않는다는 것을 말한다. 자기의 가치관에 따라 타인을 행동하도록 강제할 때는 인격의 평등성을 침해하는 결과를 가져올 것이다. 그러므로 헌법의 핵심적 가치들을 정할 때 자신의 의견과 주장만이 일방적으로 채택되어야 한다고 주장하는 것은 ‘정당하지 못한 폭력’ 에 해당할 것이다.

사람마다 가치의 평가 대상이 다르고 또 가치 판단의 방식이 각자 다르고 대상에 따라서도 각각 다르다. 사람마다 무엇이 좋은 삶인지에 대해서 각자 다양한 생각과 가치들을 가지고 있고 또 그런 다양한 생각과 가치들을 비교하기 힘든 가치의 ‘통약불가능성’ [192]과 가치의 판단방식은 각자 처한 사회적 조건에 따라서 각각 다르게 가질 수 있다. .

사람들은 각자 자신들의 인생관을 추구하고 자신들의 세계를 살아간다고 해도 하나의 일정한 공동체를 구성하는 한 공동체 삶에서 생기는 문제를 해결하기 위해서는 가치 판단이 필요하다고 볼 수 있다. 하지만 법이 도덕판단과 가치판단으로부터 자유로울 수 없다고 하면 법을 도덕과 가치 판단으로부터 분리해서 생각해 보면 된다. 인간 사회에서 분쟁을 해결하는 관건은 어떤 가치를 선택할 것인가가 아니라 서로 다투는 가치들 사이에서 어떻게 가치판단방식을 채택할 것인가의 문제인 것이다.[193][194]

이를 정당 해산 심판 사건에서 적용해 보자. 정당해산 문제를 헌법재판소가 담당할 때 공산주의와 민주주의의 가치 우열을 논해서 결정될 성격도 아니거니와 (왜냐면 사람마다 각자 생각하는 가치가 다르므로)[195] 따라서 굳이 법이 나서야 한다면 법은 가치를 평가하는 특정한 방식을 반영하고 또 소통시키는 역할 즉 “표현적 기능 expressive function of law” [196]을 담당하는 것으로 전환하는 것이 보다 나은 매커니즘이라고 여긴다. 국가정보기관의 정당 개입의 문제가 드러난 독일의 NPD 정당 해산 심판에서 재판의 공정성 문제가 법적 쟁점으로 대두하게 되었던 이유가 바로 여기에 있다. 민주주의나 공산주의나 질적인 가치의 옳고 그름에 대한 결정이 문제가 아니었다. 절차적 정의가 담보되지 않으면 본질적 가치에 대한 논쟁이 결과적으로 아무런 의미가 없어지고, 재판의 당사자인 국민들에게 요구되는 동의의 조건이 허물어지고, 본질적 가치를 논쟁하고 이를 통해 숙의하고 동의를 구할 수 있는 대전제가 파괴될 것을 우려하였다. 또 국가정보기관이 깊숙이 개입해서 캐낸 정보에 의존해서 재판을 하게 된다면 정부의 요구 사항을 그대로 인정하는 거수기 역할밖에 할 수 없을 것이며 또 만약 국

가기관의 정보 수집이 공정하지 못하다면 헌법 재판의 의미가 반감되는 결과를 가져올 것이다.

9.3. “정치의 세계”와 “다수의 지혜”

정치적 반대 의견에 대해서 관용이 필요한 법적 근거를 잘 설명해주는 제러미 월드론 Waldron의 견해를 보자. 월드론은 인간사회의 조건에서 국민들 사이의 의견불일치가 존재하고 공동 결정의 지혜가 보다 낫다고 주장했다. 그는 이러한 인간 조건에서 인간 사회는 민주 정치 politics가 가능하고 또 필요로 한다고 것을 파악하고 이를 “정치의 세계 the circumstances of politics” 개념으로 설명했다. 월드론은 롤스의 “정의의 세계 circumstances of justice” 개념을 차용했는데 롤스는 인간사회의 조건을 “자원의 희소성 moderate scarcity”와 “제한된 이타심 limited altruism”으로 보고 이러한 조건에서 인간 사회는 정의를 요구하는 상황이고 따라서 “정의의 세계 circumstances of justice”이 가능하고 또 필요하다고 주장했다.[197]

“사람들이 모두 다 착하면 법이 필요 없을 것” [198]이라는 말처럼, 무릉도원에서는 정의가 필요하지 않을 것이다. 정의가 가능하지 않다는 의미가 아니라 서로 다룰 필요가 없는 곳에서는 정의를 요구하지 않을 것이기 때문이다. 무릉도원에서는 좋은 삶의 방식이 무엇인가에 관해 모두가 다 같은 생각을 하거나 또는 다른 사람들 모두가 타인을 배려하고 또 타인의 생각이 뛰어날 것이므로 자신이 나서서 다룰 생각을 느낄 필요가 없다. 정의의 개념을 아리스토텔레스의 고전적인 분배적인 정의 즉 “각자에게 돌아갈 각자의 몫”을 정하는 역할로 이해하면 무릉도원에서는 정의를 요구할 필요가 없을 것이다. 분배와 참여 문제 때문에 정의의 문제가 나오고 또 그것을 다루는 까닭이다. 문제는 인간사회는 무릉도원이 아니라는 것에서 생긴다. 각인각색인 인간사회에서 무엇이 좋은 삶인지에 대해서는 개인 자유 나뉘고 또 이런 개인적 다양성을 인정해 주어야 한다는 롤스의 주장은 타당하다.[199] 하지만 월드론은 롤스의 정치적 자유주의 입장은 사람들이 의견 불일치를 보이는 정의, 권리, 공공선[200]에 관해서는 제대로 설명을 해주지 못한다[201]고 비판하고 그런 부분까지를 해결하기 위해서는 “다수의 지혜” 방식이 필요하고 또 보다 나은 것이라고 주장한다.[202] “다수의 지혜”는 월드론이 말한 “정치의 세계 circumstances of politics”의 개념에서 나온 결과적 표현이다.

인간사회는 역사적으로도 또 현실적으로도 무엇이 좋은 삶인지 또는 어떤 정치체제가 좋은지 또는 인간이 무엇을 어떻게 해야 되는지 등에서 사람들의 사이에 각자 의견불일치가 존재한다. 그런데 이러한 의견불일치에도 불구하고 공동체를 이루고 살면서 함께 결정을 내리고, 살아 오고, 또 그런 공동결정의 필요성을 인정하고 있다. 독재자처럼 공동결정을 원하지 않는다면 의견불일치는 문제 자체가 되지 않는다. 또 사람들 사이에 의견불일치가 없다면 공동결정의 장치 또한 불필요하다. 인간사회에서 의견불일치와 공동결정은, 롤스의 희소성과 제한적 이타심의 조건처럼, 주어진 조건에 해당된다. 다시 말해 의견불일치는 인간사회의 운명적인 존재인 것이고 그러한 의견불일치가 전제되기 때문에 이성적인 토론이 필요하게 되는 것이다. 이성적인 토론을 전개하기 위해서는 최소한 정의, 권리, 공공선에 대해서 사람들 사이에 의견 일치라는 것이 존재할 수 없다는 사실이 전제되어 있는 것이다.[203] 합의가 되어 있다면 정치의 세계는 불필요하다.[204] 사람들이 다들 착하다면 정의가 필요하지 않는 것처럼, 인간 사회의 이런 조건 때문에 “정치”가 필요한 것이다.

사람들이 무엇이 좋은 삶의 방식에 의견이 불일치하고 다양하다는 것 따라서 개별적 자유를 인정해야 함이 보다 타당하다. 이것은 법(정치 체제)에서 실질적으로 보장되는 영역으로 다루어야 할 부분이 아니라 그 이전의 단계로써 법의 효력을 가져오게 만드는 “절차적이고 기술적인 장치 procedural and technical method of decision”에 해당된다. 개인의 자유와 타인에 대한 배려와 존중은 이와 같이 절차적 정의를 우선 먼저 요구하는 것이다.

결정(법)에 관계된 사람들의 동의를 확보할 수 있는 장치가 절차적 공정성이라고 이해하는 것이 옳을 것이다. 절차적 공정성이라는 기술적 장치를 망가뜨리게 된다면 법의 정당성은 확보되기 어려울 것이다. 절차적 정의는 법의 정통성의 문제에 해당되기 때문이다. 정통성은 법의 기원의 문제다. 따라서 정통성은 정당성보다 먼저 위치에 있다.[205] 법의 권위는 법의 정통성 장치를 우선 통과해야 된다는 결론이 얻어진다.

선거의 공정성은 당사자인 국민의 합의를 이끌어내는 기술적인 대전제 장치에 해당된다. 마찬가지로 재판의 공정성 문제는 법의 정당성 (즉 판결의 내용이 정당하느냐) 문제 이전의 법의 정통성을 결정하는 기술적이고 절차적인 대전제 장치에 해당된다. 다시 말해 절차적 정의는 법의 정통성에 관한 문제이고 이는 법의 정당성과는 다른 문제일 것이다. 독일헌법재판소의 NPD 정당 해산 심판에서 재판의 공정성 문제가 주요 법적 쟁점이 되었던 이유가 바로 여기에 있다. 이와 같이 기술적인 장치인 절차적 정의의 문제는 실질적인 정의의 문제에 직결되어 있다는 것을 알 수 있다.

법의 정당성보다 정통성이 우선 요구되는 이유는 인간 사회에서는 의견불일치가 존재하고 또 결정(법)은 효력을 가져야 된다는 조건에서 나온다. 왜 판례법국가에서 절차적 정의를 보통법보다 상위에 존재하는 자연법적인 조건으로 이해하였는지를 보다 깊이 이해할 필요가 있다. 인간은 자유와 다양한 가치를 지닌 존재이고, 따라서 타인에 대한 존중과 배려를 가져오는 실질적인 정의는 절차적 정의의 기술적 장치가 확보되어야 가능한 것이다.

10. 독일의 정당 해산 심판

10.1. 의원

10 의원은 누구를 위해서 존재하는가?—전체 국민의 대표자인가? 정당의 대리인가?

10.1. 의원의 성격과 지위—정당의 대리인

대의제 민주 정치 제도에서 요구되는 기초적인 개념 하나는 의원은 사익을 추구하는 지위가 아니라 공직 public service에 봉사하는 진실한 “수탁자 trustee”의 지위에 있다고 간주하는 점이다. 하지만 의원이 전체 국민의 입장에서 공익에 봉사하는 공직자라는 모델은 오늘날에는 별로 현실적으로 어울리지 않는 것 같다. 많은 나라에서 현재의 의원들의 의정 모습을 지켜보면서 전체 국민의 입장에서 공익을 추구하고 공익을 위해서 봉사하는 공직자의 모습을 느끼기 보다 그와 반대로 큰 실망감을 보이는 경우가 흔히 나타난다. 대의제 민주주의의 제도에 충실한 제도를 지키고 있는 미국의 의원들도 의회 로비 제도에 비추어지는 현실적인 모습을 보면 이들 또한 사익을 추구하는 측면이 강하게 나타난다. 실증적인 사회과학의 연구 결과들에 따르면 대의제 민주정치의 기초인 의원을 공익에 봉사하는 공직자의 개념이 순수하게 지켜지고 있다고 보기 힘들다. 특히 의원을 포함한 국가 공무원들은 다른 사람들과 마찬가지로 자신들의 사익을 추구하는 면이 크다고 강조하는 공공선택이론의 주장은 수긍할만하다. 이러한 근거에 따르면 선출직 대표를 공공의 이익에 봉사하는 선량한 관리자[206] 개념으로써 상정하는 것은 현실적인 모델이라고 보기 어렵다.

한편 독일은 현대적인 정당 정치의 현실을 인정하고, 정당을 헌법상의 지위로 격상시킨 “정당 국가”를 지향하고 있다. 독일은 대의제 민주 정치 제도의 전형적인 모습에서는 약간 벗어나는 정당 비례대표제도를 실시하고 있다.[207]

독일은 나치일당 독재 국가전체주의 체제에서 헌법이 파괴된 아픈 상처를 경험한 바 이와 같은 일당독재체제를 미연에 방지하기 위해서 정당 국가의 정치적 현실을 보다 현실적으로 접근했을 것이다. 정당 또한 자신들의 사익을 추구하는 미국의 로비스트 그룹과 같은 기능을 가진 정당으로 보고 정당을 국민의 대표자라는 지위보다는 당파성을 가진 정당의 대리인 agent 개념으로 접근하면서 보다 현실적으로 파악하고 정당 해산의 법리를 이끌어 내었다고 추측할 수 있다.

물론 독일 헌법에서 의원의 법적 성격을 대리인의 개념으로써 분명하게 단정적인 결론을 내렸다는 뜻은 아니다. 독일헌법재판소가 밝히듯이 기본법 제38조에서 의원은 “전체 국민의 대표자”라고 규정하고 있기 때문이다. 이런 헌법 규정을 보면 의원은 자신을 선출해준 선거구민의 이익에 봉사하는 대리인이 아니라 의원 자신의 독자적인 현명한 판단을 하여야 하는 양심적인 존재로 인식하고 있다. 독일 헌법에서 상

정하는 의원은 대의제 민주주의의 기초인 공익을 위해서 “현명한 판단 mature judgment” 을 내릴 수 있는 독립적인 지위를 가진 의원임을 알 수 있다.

여기서 중요한 점 하나는 “현명한 판단” 이 어떻게 내려지는가의 그 과정에 있다. 의원은 자신의 양심에 따른 독자적인 판단을 하는 존재라고 말하고 있는데 이런 독자적인 현명한 결론에 도달하는 원천은 “토론” 에 있다는 점이다. 판례법 국가에서는 12명의 배심원들이 모여 숙의 deliberation의 과정을 통해서 나타난 “다수의 지혜” 를 존중하는 배심원 제도가 법제도와 법문화의 기초를 이루고 있다. 배심원 제도는 판사 한 명의 판단 보다는 공동체 구성원 다수가 숙의의 과정을 통해서 가장 현명한 판단을 도출할 수 있다는 믿음에 기초한다. “다수의 지혜 wisdom of the multitude” 는 숙의 deliberation의 과정이 필수적으로 개입된다는 것을 알 수 있다.

심사숙고의 과정은 각자의 반대 의견들이 하나의 일치된 결론으로 이끌어내지는 필수적인 과정이다. 반대 의견이 존재하기 때문에 교황선출제도와 같이 한 방에 몰아넣고 거기서 하나의 일치된 결론이 얻어지는 것이다. 숙의의 과정에는 완전한 토론의 자유가 보장되어야 한다. 일치된 결론을 얻어내기 위해서 한 방 room에 들어가 토론한다는 것은 반대 의견이 존재한다는 사실을 전제로 받아들이는 것이다. 다수의 배심원들이 하나의 일치된 결론에 도달하는 배심원 제도의 숙의의 과정과 같이 의원들이 현명한 판단을 하기 위해서는 완전한 토론의 자유를 보호하는 것이 필요하다는 생각은 두말할 필요가 없이 당연하다. 다수의 지혜는 타인으로부터 정보와 의견을 얻음으로써 생겨나는 하나의 과일의 열매와 같은 것이다. 의원의 면책특권을 보장하는 이유와 민주국가에서 언론의 자유를 보장하는 근본적인 전제가 여기에서 나온다.

반대 의견의 존재와 자유토론의 보장이라는 민주주의의 제도 측면에서 보면 선출된 대표자의 지위는 대리인의 성격에 보다 가깝다. 그러나 자신을 선출해준 사람들의 이익을 대변하는 의원들이 숙의의 과정에 참가하고 토론함으로써 전체의 이익을 고려하며 전체의 대표로 전환되는 과정을 겪게 된다.

독일헌법재판소가 민주정치체제의 정치적 개방성에 이윤배반적인 결과를 가져올 위험성이 큰 정당해산 제도의 딜레마를 해결할 법적 논리의 하나로써 나찌 일당독재의 뼈아픈 정치적 경험의 반성에서 찾고 있다. 이를 수긍하고 나서 하나 추측을 해보면 정당국가를 채택한 독일에서는 일견 숙의의 전통이 배심원제도에 비해서 상대적으로 부족하기 때문에 국민의 대표자라는 헌법 38조의 법적 장치하고는 조화되지 못한 결론을 가져왔다고 상상해 볼 수 있다. 의원은 전체 국민의 이익이 아니라 의원 자신이 속한 정당의 이익을 추구하는 지위를 가졌다고 보는 것이 현실적인 의원의 모습일지라도, 각자 이익을 추구하는 의원들이 숙의의 과정을 통해서 전체 이익에 합의하는 과정을 판례법국가들이 이해하는 만큼 정확히 이해하지 못했을 가능성이 있다고 추측해 보는 것이다. 아무튼 독일헌법재판소가 내린 ‘정당 해산과 동시에 의원직을 상실한다’ 는 판결의 논리적 배경에는 의원의 지위를 비현실적인 개념 (legal fiction)인 국민의 대표자라는 지위보다 보다 현실적인 개념인 정당의 대리인으로써 의원의 성격과 지위를 파악했다는 생각이 자리잡고 있다.

10.2. 의원은 전체 국민의 대표자인가

입법부 의원은 국가 전체의 이익을 위해서 봉사하는 국민의 대표자인가? 아니면 선거주민 (또는 정당)의 대리인인가?

현대의 정당국가와 이익단체의 의회 로비의 현실적 측면에서 본다면 의원이 전체국민의 대표자라는 인식은 법적 허구 legal fiction에 지나지 않는 비현실적인 개념이라고 볼 수 있다. 오늘날 대의제민주주의의 국가에서 나타나는 압력단체 또는 이익집단의 로비 경향을 고려하면 의원은 어떤 집단들의 이익을 대리하고 그들을 옹호하고 있다는 모습을 강하게 그려진다. 또한 독일의 정당 국가 체제에서 정당비례대표제로 당선된 의원은 소속정당의 대리인에 보다 가깝다. 이와 같이 오늘날 의원의 의정 모습을 그려보면, 전체국민의 대표자보다 어느 한 지역 또는 어떤 집단의 이익을 대변하는 모습이 보다 현실적이라고 파악된다.

하지만 독일헌법에서 의원을 전체국민의 대표자라는 개념으로 규정하고 있으므로 독일에서도 의원의 지위에 대한 법적 성격은 완전하게 해소된 것이 아니다. 독일헌법 38조1항은 다음과 같이 규정하고 있다: “독일연방의회 의원은 전 국민의 대표자이며, 명령과 지시에 구속되지 않고, 오로지 자신의 양심에 책임을 진다.” [208]

영국의 버크 Burke는 그의 유명한 브리스톨 연설에서 국민의 대표자로서의 의원의 위임 개념을 웅변적으로 설명했다. 의원은 선거구민의 단순한 대리인 agent이 아니라 국가 사회 전체의 이익을 interest of the nation as whole 위해서 봉사하는 ‘전체 국민의 대표자’ 라고 힘주어 말했다. 독일 헌법상의 의원의 법적 성격은 버크가 말한 그것과 다르지 않다고 보인다.

또 정당국가체제이면서도 책임정치[209]의 모습을 보여주지 못하고 있고 또 지역정당의 모습을 강하게 보여주는 의회 정치의 현실에 근거해 판단한다면 의원은 대리인의 모델로 파악하는 것이 보다 현실적인 모습이라고 볼 수 있다.

하지만 이런 견해가 전적으로 옳은 것도 아니고 또 법적으로 분명하게 해결된 것도 더욱 아니다. 현대 정당국가에서 의원은 정당 소속으로 서 선출된다. 현대 사회의 복잡성을 감안해 보면, 의원의 지위가 대리인이나 아니면 대표자이나 Delegate vs. Trustee의 논쟁은 어느 한 쪽으로는 결론내기 힘든 영역에 속한다. 정당은 국가의 기관은 아니지만 그렇다고 사적 정치결사단체에 머무르고 있는 것도 아니다. 또 정당국가의 현실에서 정당은 권리만 있는 것이 아니고 의무 또한 지고 있는 존재다.

우리나라 헌법 46조에서 의원 위임에 대한 법적 성격을 독일의 규정과는 약간 차이가 나게 다음과 같이 규정하고 있다. “(1) 국회의원은 청렴의 의무가 있다. (2) 국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.” 헌법상의 규정으로 볼 때 “국민의 대표자” 라고 직접적으로 말하고 있지는 않으나 청렴의무와 국가이익의 우선 그리고 양심에 따른 직무 수행을 규정하고 있다는 점에서 의원의 지위를 트러스티로서 설정하고 있다고 볼 수 있다.

의원의 법적 성격과 지위를 트러스티로서 이해하고 주장한 버크의 견해는 오늘날에도 분명하게 유효하다고 생각한다. 특히 대륙법국가에서는 의회에서 정부가 내린 결론을 밀어 부치려는 경향이 강하고 또 정치 토론의 문화가 부족하다는 반성의 측면에서도 버크의 의원의 법적 성격과 지위를 분명하게 재인식하는 것이 필요하다고 보인다.

10.3. 버크의 브리스톨 연설

버크는 의원이 단순한 대리인이 아니라 자신의 성숙한 의견에 따라 독자적으로 ‘현명한 판단 mature judgment’ 을 내려야 한다고 강조하였는데 현명한 판단은 모든 정보의 자유로운 교환이 이뤄지는 완전한 토론을 통해서 얻어진다는 현명한 판단이 이루어지는 전제조건을 우선 이해하는 것이 필요하다.

버크는 선출된 의원의 위임 mandate의 문제에 있어서 의원은 선거구민의 의사를 대변하고 거기에 구속받는 단순한 대리인이 아니라 의원 독자적으로 현명한 판단을 행사할 수 있는 대표자라는 독립적인 지위에 있다고 주장했다. 버크는 의원의 지위를 영미법의 트러스트 Trust 법원칙으로 파악하고 의원에게는 공공의 이익에 봉사하는 청렴의무가 강조된다고 주장하였다.

대의제 민주정치에서 모든 정치 권력은 트러스트 trustee로서 이해하는 것이 전통이었다. 의원은 트러스트 지위에 있으므로 사익이 아니라 오로지 공익을 추구하여야 하며 그런 내재적 도덕적 양심과 외재적 트러스트로서의 법적 의무를 강하게 부담하는 존재이다. 이와 같은 의원의 트러스티 trustee 지위를 웅변적으로 말해준 버크의 유명한 브리스톨 연설 일부분을 옮기면 다음과 같다.

“분명하게 말하지만, 의원이 지역구 선거권자와 철저히 융합하고, 가장 가깝게 교류하고, 아무런 제한없이 소통하는 것은 의원의 행복이자 명예인 것입니다. 의원에게 지역선거민의 의사가 가장 중요하고 그들의 의견이 가장 존중되어야 하고 그들의 생업에 무한정으로 관심을 가져야 할 것입니다. 의원 자신의 휴식과 기쁨과 만족은 선거민들을 위해서 희생되어야 하는 것이고 무엇보다도 그 중에서 가장 중요한 것은 자신의 이익보다 선거민들의 이익이 우선하여야 한다는 것이 의원의 의무입니다. 그러나 의원의 편견없는 의견, 의원의 현명한 판단, 의원의 개인 양심에는 여러분이나 또 어떤 다른 사람이나 또는 어떤 집단의 사람들에게도 결코 희생해서는 아니될 것입니다. 이러한 것들은 여러분의 기쁨에서도 나오는 것이 아니고 또 법이나 헌법에서 나오는 것도 아닙니다. 그러한 것은 하나님으로부터 부여받는 트러스트(trust 신

탁)인 것이며 따라서 그것을 남용한다면 의원은 깊이 책임을 져야 할 것입니다. 의원은 자신의 직업뿐만 아니라 자신의 판단도 여러분에게 달려 있습니다. 그러므로 만약 의원이 자신의 판단을 여러분의 의견에 따라 희생한다면 그는 여러분에게 봉사하는 것이 아니라 여러분을 배반하는 것입니다.[210] … 의회는 서로 다른 적대적인 이해관계를 대변하는 대사들이 모여 자신들의 이해관계를 관철하고자 하는 대리인이자 대변인으로서 서로 각각 대립하는 회의체가 아니라, 의회는 단일한 국가의 속의 deliberative 기관으로서 국가 전체의 이익이라는 단일한 이해 관계를 갖는 것이고, 따라서 한 지역의 목표나 한 지역의 편견들에 끌려가는 것이 아니라 전체의 보편적 이성의 결과인 보편적 선이 이 끌려가는 것입니다. 실제로 여러분들이 한 의원을 선출하긴 하지만 여러분들이 한 의원을 선출했을 때 그 의원은 브리스톨의 의원이 아니라 의회의 의원입니다.” [211]

10.4. 의원의 공익 봉사와 청렴 의무와 트러스트 Trust 법원칙

의원의 국민 전체의 대표자라는 지위는 영미법상의 “트러스트 Trust (신탁)” 법제도에 대한 이해를 요구한다. 하지만 독일 프랑스 일본 한국 등 대륙법 전통에는 트러스트 법제도가 없었다는 측면에서 정치제도 차이뿐만 아니라 법문화적으로 영미판례법국가들과는 현격한 차이가 존재하며 그런 관계로 트러스트에 대한 이해가 쉽지 않을 것이다.[212] 배심원 Jury 제도, 트러스트 Trust 법제도를 가지고 있는 영미법 국가들은 대륙법국가들과는 정치 문화적으로 큰 차이를 나타내고 있다. 대륙법국가에서 배심원 제도는 아직 실시되지 않고 있고 다만 변형적인 모습으로 거의 무늬만의 배심원 제도를 운영하고 있는 뿐이며, 트러스트 법제가 도입된 시기 또한 가장 최근의 일이고 그것도 일반법제로써가 아니라 단지 상사신탁에 머무르고 있을 뿐이다. 프랑스의 경우 가장 최근인 2007년에서야 영미법상의 트러스트 제도가 도입되었다.[213] 우리나라에서 투자신탁 등 은행증권 상품에 존재하는 예와 같이 트러스트 제도는 일부 존재하나 이것은 영미법상의 트러스트 법제도의 진수하고는 거리가 크게 멀다.

트러스트의 법적 관계는 대리 관계도 아니고, 위임 관계도, 계약관계도 아니다. 트러스트는 신임 관계 fiduciary relation에서 존재하는 신인 의무 fiduciary duty가 가장 중요한 내용을 차지한다. 하지만 우리나라에서는 신인의무에 대한 법적 개념이나 법문화적으로 이해도가 낮은 상황임을 보여준다. 트러스트 관계의 전형적인 예는 부모와 자식, 교회 목사(신부)와 신자, 의사와 환자, 변호사와 의뢰인 관계 등에서 찾을 수 있다. 하지만 우리나라는 이런 관계들에서 영미법상의 트러스트 관계의 법적 개념과는 크게 다른 상황이고, 법제도와 법문화가 역사적으로 크게 달라서 트러스트 제도가 이해하거나 정착시키기에는 쉽지 않을 것이다. 우리나라는 법이론적으로도 자산이란 한 사람에게 귀속된 물건과 채무에 의해 구성되는 권리의 총체로서 모든 사람은 각자 하나의 자산을 가지고 자산의 유일성이라는 개념과 또 인격과 자산은 불가분이라는 자산의 불가분성으로 개념으로 법체계가 형성되어 있기 때문에 트러스트 제도를 이해하고 실천하는 것은 쉽지 않다고 여겨진다.

영미국의 판례법국가들은 헌법상 정당 해산 제도가 존재하지 않으나 독일과 우리나라의 대륙법 국가들은 헌법상 정당 해산제도를 갖추고 있다. 독일의 정당국가 체제와 영미국의 대의제 민주주의 정치 체제는 서로 일치되는 개념이 아니다. 두 다른 법체계에서 의원의 법적 지위를 바라보는 시각은 많은 차이가 나타난다.

대의제 민주주의의 원형인 영미법국가에서는 의원은 국민의 대표자이고, 또 사익을 추구하는 존재가 아니라 공공 이익 public interest에 봉사한다는 전통적인 개념이 강하게 자리잡고 있다. 기독교 전통에서 발전한 트러스트 개념은 국가에서 국가와 사회가 분리된 것으로 보지 않고 국가와 사회는 공동체로서 서로 공존하는 개념에 가깝다. 판례법국가들에서 공무원의 부패가 적고, 정부의 투명성이 높게 나타나는 이유는 트러스트 법제의 존재에서 찾을 수 있을 것이다. 트러스트법제에서는 법과 도덕양심이 별도로 유리된 것이 아니라 법과 도덕(양심)은 함께 융해되어 있다.

반면 독일 프랑스 일본 한국과 같은 대륙법국가는 국가주의 전통이 강하고 국가와 사회를 분리해서 보는 이원론에 기반하여 국가를 지탱하는 공무원의 충립의무가 강조되었음에도 불구하고 공무원의 책임윤리가 부족하여 부패의 수준이 심각하였고 또 국가의 권력 남용(나찌 독재정권 국가전체주의 체제 시대의 사례)이 크게 나타났던 역사를 보여주었다. 이러한 배경에는 공익을 추구하게 만들고 또 책임윤리를 강제하는

Trust 법제가 부족했기 때문이라고 일견 분석을 할 수 있다.

(대륙법 국가에서는 트러스트 제도가 존재하지 않았기 때문에 영국의 버크가 의원을 트러스트 지위로 설명하고 트러스트 법원칙에 근거한 공공봉사와 청렴의무를 설명한 것을 제대로 이해하지 못했을 가능성이 있다.)[214]

의원은 국가 전체의 이익을 위해서 봉사하는 전체 국민의 대표자인가? 아니면 선거주민(또는 정당)의 대리인인가? 이러한 이분법적 구별은 무의미하거나 또는 불가능한 영역인지 모른다. 사실 “의원은 전 국민의 대표자이며, 명령과 지시에 구속되지 않고, 오로지 자신의 양심에 책임을 진다” 는 이런 규정에도 불구하고 독일은 정당 해산과 동시에 의원직을 상실한다고 정당법에서 규정하고 있다. 이런 결론은 의원은 전체 국민의 대표자라는 지위보다 ‘정당의 대리인 agent, delegate’ 이라는 인식이 기저에 깔려 있기 때문에 가능하였을 지도 모른다.

현대 국가에서의 민주·대의·정당 정치의 혼합적인 모습을 띠고 있기 때문에 단순한 하나의 법적 잣대로 구분될 수 있다는 생각은 옳지 않을 것이다. 의원이 자기 양심에 책임지기 위해서는 자유로운 토론 과정이 필수적이라는 절차적 정의의 측면을 잘 숙지할 것을 요구한다. 버크가 말한 대로 국가적 입법은 이성과 판단으로 이루어지는 것인데, 토론 없이 이성적인 결정이 이루어진다고 말하는 것은 어불성설이다.[215] 버크는 국민의 행복만이 국가 정책의 유일한 판단 기준이고 또 이것을 달성하는 방법은 행복과 불행의 결과를 가져온 다양한 국가 정책들을 경험적으로 철저하게 검토하는 것에 있다고 말했다: “모든 정부-사실 모든 인간의 이익과 기쁨, 모든 미덕과 모든 신중한 행위-는 타협과 교환에 기초” [216]하기 때문에 토론의 과정은 필수적이고, ‘현명한 판단’ 은 자유로운 ‘토론’ 을 통해서 나온다.

11. 전투적 민주주의 Militant Democracy 이론-뢰벤슈타인

11.1. 전투적 민주주의 streitbaren Demokratie 개념

“민주주의가 생존하려면 전투적 민주주의가 되어야 한다. 물론 독재자의 투쟁정신과 그 반대편에 서 있는 전투적 민주주의 사이에는 근본적인 차이가 존재한다. 독재자의 목표는 국민들에게 가치의 국가전체주의 체제를 강요하고 또 국민 모두를 국가 조직 속에 통째로 편입시키려고 하는 것에 있지만, 이에 반해 전투적 민주주의는 오로지 사회 변화에 대한 합의된 정당한 방법과 기본 가치와 미덕-형제 사랑, 상호 도움, 예의바름, 사회 정의, 자유, 인격 존중 등 평화롭게 사회 질서를 세우는 데 기초가 되는-을 수호하기 위해서 전투를 하는 것이다. 따라서 새로운 전투적 민주주의는 도덕가치에 대한 새로운 태도를 낳을 것이다. 이것은 서구 문명의 전통을 공유하는 모든 사람들에게 받아들여질 수 있는 기본 가치에 합의할 대담성을 요구할 것이므로 이전 시기의 상대주의적 자유방임적 민주주의와는 구별될 것이다.” [217]

경제 계획의 길을 역설한 만하임은 전투적 민주주의에 대해서 위와 같이 설명했다. ‘전투적 민주주의 streitbare Demokratie’ 이론이 판례에서 처음으로 언급된 경우는 1952년 나찌SRP정당 해산 케이스에서였다. 영국에서 1943년 출간된 만하임의 저서 “Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist” 가 1951년 독일어 번역으로 출간되었다. ‘전투적 민주주의’ 이론은 1949년 독일기본법 제정 과정에서 활발히 논의되었다고 한다. 전투적 민주주의 이론에 대한 독일헌법재판소의 설명을 인용하면 다음과 같다.

“인간의 존엄성을 방어하고 보장해야 하는 자유민주주의 기본질서는 이러한 정당들에 대해 더 이상 중립적인 입장을 취할 수 없다. 자유의 적에게는 무조건적인 자유가 보장될 수 없다는 자유 민주주의 기본질서에 제기되는 요구를 해결하기 위해 어떠한 법적 수단을 강구할 것인가는 헌법 정책적인 문제로 된다. 바이마르헌법은 해결책을 포기하고 중립성을 유지하여 그 결과 전체주의적 정당들 중 가장 공격적인 정당에게 죽임을 당했다. ... 기본법이 정당에 대해 취하는 태도는-기본법이 실현하고 있는 자유로운 민주주의의 특별한 형태 자체가 그렇듯이-이러한 ‘전체주의 체제와의 투쟁의 경험 der Erfahrungen des Kampfes mit diesem totalitären System’ 을 바탕으로 해서만 이해할 수 있다. 이러한 과거의 정치적 지향들이 다시 국가에 대한 영향력을 획득하는 것을 방지하는 효율적인 법제도를 마련해야 한다는 생각이 헌법제정자를 지배하였다. 기본법은 한편으로는 여전히 정당에 대한 기본적인 관용을 요구하는 종래의 자유 민주주의 노선을 추구하면서도 이러한 노선이 자신의 가치체계를 세우고 보호하는 것조차 포기하는 단순한 중립성을 의미하게 하지는 않는다. ... 기본법 21조2항은 자유 민

주주의 헌법 질서의 경계선상의 문제를 해결하려는 의식적인 헌법상 의지의 표현이며, 특수한 역사적 상황에서 정당에 대한 국가의 중립성을 더 이상 순수하게 실현할 수 없다고 믿게 된 헌법제정자의 경험의 결과이고 또 이러한 의미에서 ‘전투적 민주주의 streitbaren Demokratie’에 대한 고백이다.” [218]

방어적 민주주의 wehrhafte Demokratie

‘전투적 민주주의’는 ‘민주주의 그 자체를 방어할 능력을 갖는 민주주의[219]’라는 의미에서 ‘방어적 민주주의 wehrhafte Demokratie’라고도 부른다. ‘전투적 민주주의 militant democracy’는 극단주의자들이 범죄를 저지르기 이전이라고 이들의 잠재적 공격으로부터 보호받기 위해서 선제적으로 민주주의 가치를 보호하는 성채 bulwerk 를 쌓고 민주주의 체제를 방어한다 preemptive protection of democracy 는 의미에서 ‘방어적 민주주의’라고도 부른다. 독일의 정당해산 제도 도입은 “전체주의 체제와의 투쟁의 경험을 바탕 der Erfahrungen des Kampfes mit diesem totalitären System”으로 해서만 이해할 수 있다는 측면에서 방어적 민주주의는 파시즘에 대항해서 승리한 역사에 비추어보면 “투쟁적 민주주의 streitbaren Demokratie”라고 부른다. 독일어 표현은 “전투적 민주주의 streitbaren Demokratie”를 “방어적 민주주의 wehrhafte Demokratie”라고도 쓰고 있고, 영어 번역은 ‘militant democracy’라고 쓴다.

전투적 민주주의는 민주주의를 지키기 위해서는 민주주의의 적대세력-1930년대 당시는 파시즘-에 대항해서 전투를 해야 하고 그래서 ‘민주주의를 스스로 지켜내야 한다 democracy capable of defending itself’는 원칙으로 1949년 독일 기본법 제정 과정에서 활발히 논의되었던 개념이다. 전투적 민주주의 이론은 반격 counteraction과 정당방위 self-defense로써 상대방에 같이 맞선다는 이열치열[220]의 전투를 말한다. 하지만 전투적 민주주의는 민주주의 체제에 위협을 주는 극단적인 세력을 예의 주시할 뿐만 아니라 미리 맞서는 전투 즉 상대방의 공격이 있기도 전에 선제공격 preemptive을 감행할 수 있는 의미를 가진다. 군사적 선제공격의 의미와 같이 법적으로 군사적인 조치 militant measures를 취하는 것과 마찬가지로 아직 범죄를 저지르지도 않은 상태에서도 잠재적인 가능성이 존재한다면 미리 선제적으로 막을 필요성이 있다는 의미다. 뢰벤슈타인은 파시즘을 막아내는 법적인 조치들을 13가지로 분류했는데 이러한 극단적인 조치의 정점이 바로 정당을 강제 해산하는 것이다. 이렇게 미리 선제 공격(강제 해산)을 할 수 있다는 의미에서 ‘전투적 민주주의’의 내용에 속한다. 하지만 바로 이와 같은 군사적인 조치(선제 공격이라는 예방적인 조치를 할 수 있다는 의미에서)를 당연하게 취할 수 있다고 여기는 생각은 법의 정당성 normative legitimacy 측면과 민주주의 정치적 역동성에 중대한 의문점을 낳게 된다. 누가 민주주의의 적인지 어떻게 찾아낼 것인가? 어느 정도의 행동을 극단적인 세력에 해당된다고 판단할 것인가? 어느 수준까지 어떤 법적 조치를 취할 수 있는가? 다른 단체에 비해서 형평성의 문제는 없는가? 왜 지금까지는 가만히 두고 있다가 이때서야 갑자기 금지하는가?

11.2. 뢰벤슈타인 Loewenstein의 전투적 민주주의 Militant Democracy 이론

11.2.1. 파시즘체제의 성격과 국제적인 침투 확산

파시즘 체제(파쇼정권)는 어떤 성격과 특징을 갖고 있는가?

“실증적 공식으로 표현한다면, 독재 정권과 권위주의 정권은 국민들의 감성을 자극하여 이성적인 헌법 체제를 억압시키는 정부 체제이다. 헌법국가 체제는 법의 지배 rule of law 원칙을 확립하여, 국민의 사적 자치 영역과 기본권을 보장하고 행정의 합리성과 예측가능성을 보장하는 법치국가를 말한다. 반면에 독재체제는 법의 지배를 ‘국가 이익 raison d’état’을 가장하여 형식적 합법화를 기도하는 법 기회주의로 대체해 버리는 체제를 말한다. 독재 체제는 공법과 사법을 뒤섞어버리고, 완전히 공법으로 통합시켜서, 개인 기본권과 법의 지배가 설 자리를 아예 없애버린다. 독재 체제의 실정법은 더 이상 헌법 원칙들을 따지고 얹게 되고 대신 법으로 따질 수 없는 행정 명령에 의존하려고 한다. 장기적으로 보면, 어떤 정부라도 항상 무력과 강제적 폭력으로 통치할 수는 없으므로, 독재 국가와 권위주의국가를 접착시켜주는 힘은 감성주의에 기반하고 있는데, 이에 따라 합법적인 정부를 결정하는 최종적인 잣대를 맞추기 위해서 형식적 합법성 요소를 보충하려고 한다.” [221]

파시즘의 국제적인 침투 확산

뢰벤슈타인의 1937년 “미국 정치학 연구”에 발표한 논문 “Militant Democracy and Fundamental Rights” [222]은 “파시즘은 세계적인 운동. 파시즘은 더 이상 일부 몇몇 나라에서 일어난 개별적인 현상이 아니다. 파시즘은 무분별하게 전세계적인 운동으로 확산되고 있는데 이것은 프랑스혁명 이후 절대주의에 맞서 일어난 유럽의 자유주의의 부상에 견줄 만하다.” [223]이라는 상황인식적 문장으로 시작한다. 독일의 유대인 출신으로 미국으로 망명한 뢰벤슈타인은 1933년 히틀러 나치 일당이 집권한 이후 당시 1930년대 유럽대륙에서 파시즘 전제정권이 확산되어 가던 유럽 대륙의 정치적 위기 상황을 진단하고 헌법국가체제를 파시즘 일당독재 권위주의 체제로 떨어지는 것을 막아낼 선제적인 법적 조치가 요구된다고 그 대책을 제시하였다.

뢰벤슈타인은 당시 유럽의 상황을 독일, 이탈리아, 터키, 스페인은 일당독재정권이 수립되었고, 오스트리아, 불가리아, 그리스, 포르투갈 등은 일당 one-party 주도의 ‘국가 권위주의 authoritarian’ 체제가 되었고, 헝가리, 루마니아, 유고슬라비아, 라트비아, 리투아니아 등은 복수당을 유지하는 형태의 국가권위주의체제로 분류되고, 폴란드는 복수당권위주의 체제에서 일당독재 국가로 전환되는 과정에 있는 것으로 당시 유럽 국가들의 정치적 상황을 분석하였다. 이들 유럽 국가는 의회가 살아 있는 관계로 외견상으로는 파시스트체제가 아니라고 해도 실상은 국가기관과 소수의 권력 집단이 국민 여론을 장악하고 있음을 볼 때 전제주의 국가에 해당한다고 볼 수 있다고 하였다. 이들 국가가 파쇼 체제를 아직 거부하고 있는 이유는 “이제는 우리가 해먹을 차례다[224]”라는 속된 말로 표현되는 ‘정치 변혁 political changes’을 두려워하기 때문에 형식적으로나마 의회 제도를 유지하고 있을 뿐이라는 주장이었다. 따라서 민주주의 헌법국가체제를 유지하고 있는 국가들은 영국, 아일랜드, 프랑스, 벨기에, 네덜란드, 스위스, 스칸디나비아국가(스웨덴, 노르웨이, 덴마크), 핀란드, 체코슬로바키아 정도에 머무른다고 뢰벤슈타인은 당시 유럽 정세를 분석하였다. 유럽대륙이 빠르게 파시즘 체제로 확산되어가는 가는 이유에는 파시즘 체제가 국제적인 연대감으로 맺고 외국의 영향을 받기 때문이라고 뢰벤슈타인은 파악했다. 그렇다면 어떻게 파시즘 운동이 국제적으로 확산되는지 그 원인을 규명해낼 작업이 수반될 것이다.

왜 파시즘(전체주의 정권 totalitarian regime)이 국제적으로 확산되는가?

제1차 세계대전을 겪고난 후 패전국(독일 오스트리아 터키)의 민족주의 제국 야망의 실패, 국민자치 민주주의 전통의 결여, 경제 위기 등의 이유로는 파시즘 체제가 유럽대륙 전체로 급속히 확산되는 현상을 설명해 내기 어렵다고 뢰벤슈타인은 진단하였다. 그 이유는 독일 터키 등 제1차 세계대전의 패전국 뿐만 아니라 패전국이 아닌 국가들(프랑스, 벨기에, 스페인 등)에서도 파시즘이 나타난 것을 볼 때 파시즘은 민족주의라고는 큰 상관이 없다는 것이고, 오랜 민주주의 제도가 정착된 국가들(프랑스, 벨기에 등)에서도 파시즘이 나타난 것을 보면 민주주의 전통의 역사와도 관련이 없으며, 또 경제 공황을 크게 겪지 않고 외환위기를 겪지 않는 국가(벨기에 등)들에서도 ‘파시즘 바이러스’에 감염된 현상이 나타난 것을 보면 경제 위기로 인해 파시즘이 발호한다는 이유는 설명되기 어렵다는 것이다.[225] 한 마디로 국가적 특성, 역사적 전통, 경제 구조 등의 원인으로 파시즘의 전유럽적인 현상으로 확산되는 이유를 설명해 내기 힘들다는 것이다.

파시즘의 확산의 요인으로 또 하나 드는 상업 자본가 계층이 사회주의 확산에 대해 자기들의 특권을 빼앗길 위험을 차단하기 위해서 즉 반혁명적인 자기기방어의 측면에서 파시즘이 확산된다는 설명은 독일, 이탈리아, 오스트리아, 스페인 등에는 실증적인 타당성이 존재하지만, 상업 자본가계층이 파시즘 전체주의 일당 독재국가 개인 재산을 몰수할 것이라는 파시즘 정권의 본질을 모를리는 없을 것이라는 측면을 보면 사회주의의 확산에 대한 자본가계층의 반동적인 자기 방어 때문에 파시즘이 확산된다는 설명 또한 만족스러운 답이 아니라고 뢰벤슈타인은 주장했다. 이탈리아 (뭇솔리니)와 독일(히틀러)의 파쇼 정권이 치닫는 모습을 볼 때 자본가 계층이 주도하는 민주주의 체제보다 집단적인 중산층 국가 관료가 주도하는 자본주의체제를 결코 원하지 않을 것이 상업자본가 계층이라고 파악되기 때문이라고 말한다. 보통 선거 민주주의의 확산에 따라 위험성이 없는 것은 아니지만, 자본주의가 유지해 나가려면 법의 지배가 통하는 예측가능성이 있는 민주주의 체제가 유리하다는 것을 상업자본가계층이 믿고 있기 때문이라는 것이다. 뿐만 아니라, 전체주의 파쇼 국가들은 결국에는 전쟁으로 치달을 수 밖에 없게 되는데 상업자본가계층에게는 자본을 지키는 길은 무엇보다 평화와 안전이 최고라는 것을 모를 리는 없을 것이고, 관료층 주도의 국가독재 체제는 결국 좌파로 흐를 것이라는 인식을 하고 있다는 점에서 상업자본가 계층이 파시즘을 지원한다는 설명은 부족하다는 것이다.

국가마다 사정이 다름에도 불구하고 (따라서 일반적으로 공통되는 요인으로 설명되기 힘들다) 대륙 전체적으로 파시즘이 확산되고 있는데 그렇다면 자유 민주주의 체제는 파시즘체제에 몰락하게 되는 운명을 맞는 것일까? 만약 파시즘이 하나의 정신적 이념이라면 파시즘에 저항한다는 것은 자유민주주의의 정신이 절대왕정 체제를 무너뜨렸던 때처럼 역사의 물결을 막을 수가 없는 무모한 짓일테고, 다만 시간과 정력만 낭비하는 헛된 일이 되고 말 것이며, 마지막 항복이라는 대재앙을 놓고 말 것이다. 사람은 정신과 이념으로부터 도피할 수는 없는 법이다.[226] 뢰벤슈타인은 이렇게 생각하면서 ‘정치 이념 ideology’ 과 ‘정치 기술 political technique’ 을 구분해서 이해하였다.[227]

11.2.2. 거대한 파도처럼 밀려드는 거대한 정치적 사상인가? 아니면 단지 권력 획득과 유지를 위한 정치적 기술에 불과한가?

파시즘은 국경을 타고 넘는 거대한 사상적 불길인 것이 아니라, 오로지 권력을 획득하고 권력을 유지하기 위한 정치적 기술에 불과한 것인가? 이런 의문에 대하여 지난 100여년 간의 정치 현실을 분석해 보면 답은 자명하다고 뢰벤슈타인은 말했다. 그의 경험적 분석에 따르면, 파시즘은 정치 철학을 갖추지 못했고, 현실을 변혁시킬 실제적인 개혁 프로그램도 갖추지 못했으며, 다만 “파시즘은 기술의 발전과 대중적 감성에서 나온 시대적 산물” [228]이라고 결론을 내렸다. 파쇼주의자들은 대중의 감성을 자극하는 기술을 갖추고 있는데 대중의 감성을 조작하는 기술은 민주주의 제도의 특수한 조건에서만 성공할 수 있다고 뢰벤슈타인은 주장했다. 뢰벤슈타인은 “민주주의 제도와 민주적 관용이 바로 민주주의의 파괴를 낳는다” 고 보았다. 뢰벤슈타인은 민주주의가 아직 완성되지 못한 아직 진행중인 도상적인 상황으로 판단한다. 민주주의가 아직 도상적인 발전단계에 있는 과정이기 때문에 민주주의 완성을 위하여 싸우지 않으면 안된다고 본 것이다. 파시즘은 민주주의가 완성되지 못한 ‘특수한 상황 extraordinary conditions’ 에서 권력을 획득하기 위한 정치 기술로 작동된다는 것을 확신하고서 뢰벤슈타인은 주장했다: “민주주의는 전투적 민주주의가 되어야 한다 Democracy must become militant.” [229]

파시즘이 고상한 정치 이념을 가졌다면 맞서 싸울래야 싸울 수도 없는 거대한 역사적 물결이겠고, 따라서 이러한 거대한 폭풍 같이 진군해 오는 정치적 이념에는 단지 법률적인 조치로써 막을 수도 없을 것이겠지만, 당시의 상황을 현실적으로 분석해 보면 파시즘에는 정치적 이념이 들어 있지 않고 다만 민주주의 제도의 취약점과 새로운 시대 변화 상황을 이용하여 권력 획득과 유지 목적으로 대중의 감수성을 자극해내는 정치적 기술에 불과한 것으로 파악되므로 파시즘에 과감히 맞서 싸워야 된다는 주장을 펼친 것이다.

11.2.3. 민주주의는 취약점이 존재하는가

뢰벤슈타인에 따르면, 민주주의 근본주의는 결국 진실이 거짓을 이긴다는 믿음에 근거하여 관용의 원칙을 충실히 따르기를 요구하지만, 만약 민주적 관용을 베풀게 되면 민주주의 자체가 파괴되고 마는 그러한 취약한 점 vulnerable spot[230]이 민주주의에 존재한다.[231] 그는 민주주의 제도를 적이 목마 속에 숨어서 성으로 들어온 “트로이 목마” 에 비유하였다.[232] 파시즘은 트로이 목마처럼 합법적인 정당임을 가짐으로써 민주주의 국가에서 정권을 잡을 기회를 얻을 수 있었다고 파악한 것이다. 민주주의는 적법성 legality을 강조하는데 파시즘은 그런 민주주의가 강조하는 적법성을 형식적으로 이용한다고 말했다. 파시즘은 쿠데타에 의해서가 아니라 민주주의 정치 이념의 가장 큰 실수인 비례대표제[233]를 악용해서 지방과 전국적인 의회를 장악하고 따라서 형식적인 합법성을 갖추면서 집권을 하게 되었다고 지적했다. 민주주의는 ‘공개적인 선동 open propaganda’ 의 효과를 미리 대처하지 못했는데, 민주주의 취약점을 보호할 수 있는 방법이 있으므로 ‘전투적 민주주의’ 이론을 필요로 한다고 주장하였다.

왜 파시즘의 침투를 막아내기가 어려운가?

과거 시대의 혁명 결사 단체는 지하에서 숨어서 비밀리에 활동했기에 위험했지만 지금은 시대가 변해서 파시즘은 공개적으로 합법적인 정당 형태를 띠고 대중을 교묘히 선동하고 있다는 것이 문제라고 진단했다.[234] 파시즘은 공개적으로 나와 대중을 선동하는데 그것은 끊임없는 자기 선전하고 같고, 이 같은 합법성을 갖춘 새로운 방식의 “공개 선전 open propaganda” 으로서 대중의 감성을 자극하는 정치적 선동 행위를 막을 수 있는 법을 민주주의 체제에서는 찾기 어렵기 때문에 민주주의 체제로는 당해낼 수가 없다는 것이다. 왜 민주주의 체제에서

는 이런 법률을 갖기가 힘든가? 그 이유는 정치적 의사 표현의 자유를 보장하는 것이 민주주의 체제라고 믿는 “민주적 근본주의 democratic fundamentalism”에 너무 집착하기 때문이라고 그는 파악했다. 뢰벤슈타인이 이렇게 자문했다: “민주주의는 기본권 보장, 모두에게 공평한 기회와 공정한 정의 보장, 언론 보장, 집회 결사의 자유 등을 보호하는 체제이다. 이러한 민주주의 자체의 토대와 정당성을 훼손시키지 않고 이러한 것을 어떻게 축소 제약시킬 수 있는 방안을 민주주의 체제 스스로 마련해 낼 수 있을까?” 바로 이러한 민주적 근본주의 사고방식은 자기 모순을 간직한 민주적 낭만주의에 지나지 않는다고 보고, 이것을 극복해 낼 수 있어야 한다고 뢰벤슈타인은 지적했다. [235]

11.2.4. 선동 정치로부터 민주주의를 방어하는 법률 조치-전투적 민주주의의 구체적 예시

뢰벤슈타인은 의회를 파괴할 목적으로 이를 이용하는 좌우 양극단의 세력들에 대해 국가는 결단코 자신을 방어할 의무가 있다고 대담하게 주장하며 민주주의를 지키기 위해서는 가능한 모든 방법을 동원해야 한다고 말했다. 뢰벤슈타인은 유럽 각국의 동향과 비교법적 연구를 통해서 반파시즘 법적 조치들을 다음과 같이 13가지로 분류했다.[236]

- ① 반역 도당 내란음모 반란단체 폭동 선동 등을 처벌하는 형법을 정비한다. 또 긴급사태에 대비해서 계엄령을 선포할 수 있는 비상 계엄법도 정비한다.
- ② 반역 집단이나 반국가적인 정당이나 결사 단체를 금지하고 불법 선동 행위를 금지한다. 같이 모임에 참석만 해도 처벌할 수 있고, 정치 선전물 propaganda를 뿌리는 것을 금지한다. 대체정당도 불법화하고 금지된다..
- ③ 정당이 준군사조직을 모방하는 것을 금지한다. 당원들이 배지 등 이념화 도구를 달고 다니는 것을 금지한다. 준사병적인 조직을 갖추는 것을 금지한다. 정당 지도자들이 경호원 조직을 갖추는 것을 금지한다.
- ④ 총기 화약류를 제조하거나 유통하는 것을 금지한다.
- ⑤ 입법부 의원들이 의회민주주의 절차를 남용하는 것을 방지한다. 의원들이 정당 조직을 악용하거나 면책 특권을 악용하는 것을 금지한다. 특히 의원의 면책특권을 이용한 정치적 선동 행위를 금지한다.
- ⑥ 정치적 소동을 일으키는 것을 금지한다.
- ⑦ 정치적 소란을 피우거나 정치적 집회를 금지한다. 정치적 반대파의 집회 모임에 가서 소란을 피우는 것을 금지하고 가두 시위를 금지한다.
- ⑧ 정당한 정치적 비판을 가장하여 정치 선동하는 경우까지를 정치적 기본권으로 보장한다는 것은 문제가 많다. 지나친 관용이 파시즘을 낳는다.
- ⑨ 정치 지도자를 비난하는 것을 금지한다.
- ⑩ 정치범을 영웅화하는 것을 금지한다. 범법자를 순교자로 추앙하고 선동하는 것을 금지한다.
- ⑪ 경찰과 군대가 잘 조직되고 정부에 충성하는 한 파시즘 막아낼 수 있다. 이념세력이 군대조직에 침투하는 것을 막아야 한다.
- ⑫ 아무리 좋은 예방적인 법률이 존재하더라도 법을 집행하고 법질서를 유지하는 주요 지위에 있는 공무원이 국가에 충성하지 않는 경우에는 무용지물이 되고 만다 따라서 공무원의 충성 의무가 강조된다. 위험 정당에 가입한 공무원은 공직에서 배제시켜야 한다.
- ⑬ 정보와 사찰을 담당하는 정치 경찰을 창설한다. 이런 업무는 특별법으로 설치되는 정치경찰에 위임한다. 경찰 군대 공무원에게 정치적 충성 의무를 부담시킨다.

11.3. 민주주의 딜레마를 해결하는 제3의 길은 존재하는가?

민주주의 딜레마는, 뢰벤슈타인이 말한 대로[237], 민주주의는 기본권 보장, 모두에게 공평한 기회와 공정한 정의 보장, 언론 보장, 집회 결사의 자유 등을 보호하는 체제인데 이러한 민주주의 토대와 정당성을 훼손시키지 않고 이러한 것을 어떻게 축소제약시킬 수 있는 방법에 대한 의문을 말한다. 뢰벤슈타인은 민주주의 딜레마를 극복하기 위해서는 민주주의 개념을 재정립할 필요가 있다고 주장하였다.[238] 뢰벤슈타인은 1933년 히틀러 나찌 정권 수립된 이후 파시즘이 전유럽으로 확산되어가는 위기 상황을 극복하기 위해서는 민주주의가 완성되기 이전의 최소한 “잠정적인 단계 transitional stage”에서는 “자유주의 사고를 가진 사람”이 자유 민주주의 정부의 “궁극적인 선”인 “인간의 존

엄성과 자유”를 실현하기 위해서 “질서있는(규율잡힌) 권위주의 체제 disciplined authority”을 수립하는 것을 마다하지 않아야 할 그렇게 생각을 바꿀 필요가 있음을 역설했다.[239]

하지만 민주주의 딜레마를 해결하는 방법으로 “질서있는 권위주의 체제” [240]를 제시한 뢰벤슈타인의 해결책은 한계점이 분명히 존재한다. 그것은 아마도 그(뢰벤슈타인 뿐만 아니라 대륙법 국가의 법률가들의 사고패턴에서 그런 경향이 나타난다)가 입법부를 통한 해결에 경도되어 있었기 때문인지도 모른다. 하지만 그가 말한 “자유주의 사고를 가진 사람”이 자유 민주주의 정부의 “궁극적인 선”인 “인간의 존엄성과 자유”를 실현하기 위해서 “질서있는 권위” 체제를 확립하는 임무가 사법부의 몫이라는 측면을 보지 못한 것은 아니었을까? 뢰벤슈타인은 독일의 전통대로 충성심으로 무장된 행정부 경찰 군대의 관리[241]를 통해서 자유민주주의를 지켜낼 수 있다고 보았지만, 유럽 발전의 역사성을 이해했던 뢰벤슈타인이 자신 스스로의 흥결을 드러내고 만 것 같다. 19세기 초 토마스 제퍼슨이 파악하였고 또 우리나라의 유신헌법의 사례가 보여주는 바대로, 역사적으로 보면 자유민주주의를 훼손하고 침탈한 경우는 권력을 쥐고 흔든 행정부에 의해서였다는 사실을 뢰벤슈타인은 무시하고 있는 것으로 보인다. 영미국은 민주주의의 딜레마 문제를 입법부와 행정부가 아닌 ‘사법부’가 해결해 낼 것으로 믿는 ‘사법부 우위’ 국가인데 뢰벤슈타인 판례법국가의 법현실에 대한 이해가 부족했던 것은 아니었을까? 누가 헌법의 최종적 수호자인지에 대한 사고방식과 법제도와 법문화 차이가 대륙법과 판례법국가 사이에 존재하는 것 같다.[242] (이 책은 영미법과 대륙법의 근본적인 차이점과 또 같은 점이 무엇인지에 대해서 비교 설명한다. 독일은 특수하게 나치 일당독재 체제를 겪은 아픈 역사를 간직하고 있다. ‘민주주의 딜레마’ [243]를 해결하려는 독일의 SRP정당해산 케이스와 독일공산당해산 케이스의 판결이유를 참조하라.)[244]

11.4. 사상의 자유시장론 The marketplace of ideas theory

전투적 민주주의 이론과는 다르게, 미국에서 민주주의 개념은, 홀즈 대법관이 설파한 “사상의 자유 교환 free trade in ideas” 대로, 모든 정치적 사상은—설령 자신의 정치 체제를 부정하는 주장까지도—용인되는 것으로 이해한다.[245] “사상의 자유 시장론” [246]은 민주주의 시스템 그 자체가 거짓이 걸러지는 시스템이고, 결국 진실이 승리할 수 밖에 없다는 믿음을 확고하게 견지한다. 이러한 믿음에 더해서, 월드론의 견해인, 민주적 정당성을 갖추지 못한 구조에서는 결코 좋은 정책이 생산되지도 못할 것이라고 여기기도 한다. 이런 측면에서 전투적 민주주의 이론은 미국 민주주의 체제의 토대가 되고 있는 사상의 자유시장론과는 정면으로 부딪히게 되고, 따라서 영미국 판례법국가에서는 설 땅을 찾지 못하게 되는 이론이다.[247] 독일 유대인 출신으로 나치 체제가 수립되자 미국으로 망명했던 뢰벤슈타인과 영국으로 망명했던 만하임이 전투적 민주주의 이론을 전개하였지만 영미국에서 이들의 이론이 받아들여지기 어려웠던 까닭은 분명한 이유가 있었다.

11.5. 전투적 민주주의의 부활- 역사의 회귀 & 희망의 좌절인가?[248]

뢰벤슈타인은 국가가 취할 수 있는 법적 강제력 조치들을 선제적으로 정비하고 대처함으로써 민주주의를 파시즘으로부터 방어해 낼 수 있는데 거기에는 보이는 법률뿐만 아니라 민주주의 체제를 “지켜내려는 불굴의 의지 indomitable will to survive” [249]가 필요하다는 전투적 민주주의 이론을 주장하였다. 1930년대 파시즘이 급격히 확산되어 가던 위기의 유럽 대륙의 당시 시대적 상황에서 나온 시대적인 산물이었지만, 단지 한 시대 상황에 머문 것이 아니고 그 이후 역사적으로 반복되는 흐름이 나타남을 부정하기 힘들 것이다. 파시즘 독재정권이 패퇴한 2차대전 종전 이후에는 공산주의체제가 급속히 확산되어감에 따라 자유민주주의 국가는 반공산주의 위기 상황에서 국민기본권을 축소하려는 흐름을 보여주었다. 미국에서 반공산주의 ‘매킨시즘’의 역사가 여실히 말해주고 또 2001년 911 테러 사건 이후에는 테러리즘에 대처하기 위한 명분으로 국민의 기본권을 축소제약 시도하려는 일련의 반테러리즘 분위기가 되살아 나고 있다. 이러한 사례들은 공포와 위기의 시대에서 세계 공통적으로 나타나는 법적 대처 흐름으로써 반복적인 모습을 보여주는 것 같다.

후쿠야마는 1992년 출간된 “역사의 종언”에서, 1989년 베를린 장벽이 무너지고 1991년 소련이 붕괴됨에 따라 자유민주주의와 공산일당독재 전체주의간의 정치이념 대결에서 자유민주주의가 최후 승리한 것으로 파악하였다: “우리들이 목격하고 있는 것은 단지 ‘냉전’의 종말이나 또는 특정시기의 종전후 역사가 끝났다는 것뿐만이 아니라 역사 그 자체의 끝이 왔다는 것—즉 인류의 정치이념 진화의 종점에 이르렀고 또 인류 최후의 정부 형태로서 서구 ‘자유 민주주의’의 세계적 보편화’가 실현되었다는 것이다.” [250] 뢰벤슈타인은 민주주의가 아직 완성

되지 않았기 때문에 전투적 민주주의 이론이 필요하다고 역설하였는데, 만약 후쿠야마의 대담한 선언 이후에도 전투적 민주주의 이론이 필요하다면, 그것은 누가 어디에서 어떤 문제점을 안고 있다는 것일까? 아무튼, 뢰벤슈타인의 전투적 민주주의 이론을 다시 살펴보면, 정권에 위협을 주는 위기에 대처하기 위한 정치적 기술으로써 반민주적인 입법이 요구되는 시기는 한 나라의 고립적 특수한 관점에서가 아니라 그 배경과 관련하여 국제적인 흐름을 타고 돈다는 것을 알 수 있다. 반파시즘, 반공산주의, 반테러리즘 그러한 법 동조화 현상은 역사적 국제적 시각에서 전체적인 조망을 가지고 이해할 때 법과 정치의 본질을 제대로 파악할 수 있을 것이다.

12. 국가 기관의 공정성과 절차적 정의

왜 민주정치에서는 토론의 과정이 결과보다 더 중요한가

1949년 독일헌법 기초자들은 나치 일당 독재정권의 뼈아픈 역사적 경험을 반성하고 정당국가의 위험성에 어떤 제한을 두어야 할 것인지를 고민하였고 또 동시에 정부가 소수정당을 탄압할 위험이 존재한다는 것도 인식하였다. 정부가 정당 활동을 금지시키는 권한을 남용할 위험을 제거하기 위해서 헌법재판소에 위헌정당 심판을 맡겨놓은 것이다.

하지만 정당해산 제도는 자유민주주의 헌법질서에서 조직화된 적이 존재한다고 여겨질 때 이들을 공격할 수 있는 “예리한 무기”에 해당될 것이다. 정당해산제도가 예리한 무기이기는 하지만 그것은 양날의 칼이라는 점에서 고도의 조심성이 요구된다는 것을 어느 누구도 부정하기 힘들 것이다. 조심성은 최종적인 판단을 맡고 있는 헌법재판소 또한 예외적일 수 없다. 국가기관이 판단하고 국민은 따라오면 된다는 시기는 이미 오래된 과거의 낡은 생각에 속한다. 지금은 국민을 설득하지 않으면 안되는 설득의 정치 설득의 법이 요구될 것이다.[251]

민주주의는 권력 참여가 목적이 아니라 국민적 합의에서 정권의 정통성이 나온다고 민주주의를 이해하는 견해는 매우 타당하다.[252] 헌법재판에서는 완전한 토론이 보장되고 또 합의제인 헌법재판소의 구성에서 “다수의 지혜”를 통해서 “현명한 판단”이 기대되어야 할 것이다. 재판의 공정성은 헌법개정으로도 개정될 수 없는 자유민주적 기본질서의 핵심적인 법원칙에 속한다. 재판의 공정성은 절차적 정의의 실체적인 내용이자 사법권 독립의 외양적 표현이다.

양당사자주의 adversarial와 심문주의 inquisitorial 제도 비교

영미법 국가의 법제도를 살펴봄에 있어서는 영미법과 대륙법의 양 체계상 기본적 차이점이 어떤 것인지를 이해하는 것이 필요하고 또 그것을 통해서 현재 봉착하고 있는 제도의 문제점을 개선하는데 시사점을 얻을 수 있다.

영미 민사소송법상의 기본적 구조는 원고와 피고의 양당사자에게 중심을 두고 있는데 이를 ‘양당사자주의 adversarial’ 시스템이라고 말한다. 반면 독일 일본 한국의 대륙법 체계는 판사가 소송의 모든 단계에서 보다 적극적으로 개입 지휘하는 것으로 이를 ‘심문주의 inquisitorial’라고 말한다.

두 법률체계에서 판사는 불편부당한 역할을 하는 지위에 있으나 영미법에서 판사는 보다 수동적인 입장이고 양당사자가 제시하는 증거에 따라 판결을 내리며 양당사자가 절차적 원칙과 증거법 원칙을 정확하게 따르기를 감독하는데 있다. 영미법에서 소송후 재판전단계 절차, 소송문건, 소장 등은 최종재판을 준비하는데 중요하게 여겨진다.

영국의 유명한 데닝 Denning 대법관이 50년 전에 양당사자주의의 개념을 다음과 같이 적절하게 표현해 주었다. “영국이 발전시켜 온 법정 재판의 구조에서 판사는 재판정에 앉아서 양당사자가 제기한 법률 문제를 듣고 판단을 내린다. 영국의 판사는 다른 나라들이 행하고 있

는 것처럼 국가 사회 전체를 대변해서 사건조사나 심문을 직접 수행하지 않는다. 그러나 영국에서도 판사는 “어떻게 되죠?” 라는 질문에 답변하는 단순한 심판관이 아니다. 판사의 목표는 무엇보다도 법에 따라 진실을 발견하고 정의를 행하는 것이다. 법을 추구하는 모든 일에서 변호사는 영예롭고 필수적인 역할을 한다.. “질문에 대한 양쪽 당사자들의 팽팽한 주장에 의해서 진실이 발견된다” 는 뛰어난 명구를 남긴 이가 엘튼 대법관이었나요? ‘정의는 서로 대립하는 양당사자들의 주장 사이에 끼어들지 않고 균형을 유지하는 판사에 의해 실현된다’ 고 설명한 이가 그린 대법관이었나요?” [253]

우리나라도 이제는 앞에서 설명한 대로 헌법재판소(법원)은 가치를 평가하는 특정한 방식을 반영하고 또 소통시키는 역할을 담당하는 ‘법의 표현적 기능 expressive function of law’ 을 강조할 필요가 있을 것이다. 열려진 마당에서 모든 정보의 교환과 유통이 이루어지고 자유로운 토론의 과정과 속의 과정을 통해서 국가 전체의 이익을 도모하는 현명한 판단이 내려지는 매커니즘을 유지하는 것이 요청된다. 재판의 공정성을 담보하지 않고서는 국민적 합의를 이끌어낼 수 없을 것이고 따라서 우리나라의 정당 해산 심판에서 보다 주목할 쟁점은 독일의 2003년 NPD 정당 해산 심판 판례에서 찾을 수 있을 것 같다.

절차적 정의와 헌법 재판의 요건

우리나라에서 정당 해산 심판 제도를 해석할 때 주로 독일의 과거 1956년 KPD 해산 심판 사례에 의존하는 경우가 흔히 발견된다. 하지만 그러한 접근 태도는 독일이 통일을 이룬 지 20년이 지났고 또 그동안 독일헌법재판소의 새로운 심판 사례를 간과한 잘못이 있음을 지적하고 싶다. 2003년 NPD 정당 해산 판례는 정당국가의 현실에서 국가정보기관의 정당 개입의 한계가 어디에 있는지가 주된 법적 쟁점으로 부상되었다. 절차적 정의의 측면에서 논의한 최근의 정당 해산 심판 사례를 놓치고서 과거 1956년 판결에 의존하여 정당 해산 심판 제도를 해석하고자 한다면 정당 해산 심판에서 법적 쟁점이나 해결책을 올바르게 파악하거나 제시해낼 수 없을 것이다.

독일의 최신 판례들을 통해서 소수정당의 환상과 한계뿐만 아니라 법은 살아 있는 생물과도 같이 끊임없이 진화 발전하는 헌법의 성격을 이해할 수 있다. 민주정치 대의정치 정당정치는 서로의 경계선을 두부를 칼로 반듯하게 오려낼 수 있는 영역이 아닐 것이고 역사적이고 정치 제도적으로 혼합된 면이 많이 있어서 정당 해산 심판을 일면적 사고로는 해결해 내기가 어려울 것이다. 정당해산 심판은 민주 정치 대의 정치 정당 정치에서 요구되는 근본적인 가치, 국가기관 선거 개입 문제, 절차적 정의의 문제 등에서 현재 우리나라의 법과 제도의 질적 수준이 어느 정도에 와 있는지를 테스트하는 리트머스 시험지로 작용할 가능성이 크다. 또 정당 해산 심판은 민주정치 대의정치 정당정치에서 요구되는 근본적인 원칙, 사법부의 독립, 권력분립, 인권의 존중 등 자유민주주의 헌법질서의 근본적인 가치들에 대한 재점검의 기회를 제공할 것이다.

독일의 사례가 말해주듯, 최고의 공정성과 투명성이 보장되어야 할 헌법재판에서는 모든 법적 정치적 사회적 쟁점들이 아무런 제한없이 충분히 토론되어야 한다. 한국은 그동안 고속성장의 그늘에 가려서 과정과 절차적인 면은 크게 중요시되지 않았고, 단지 승부의 결과만에 집착하는 승자독식의 문화(특히 대통령제 선거에서 나타나는 ‘연관제’ [254]의 폐해를 지적하지 않을 수 없다)가 지배하게 된 결과 ‘법과 정의 law and justice’ 의 원칙이 자주 빗겨갔는지도 모른다. 그러나 보편적 법의 발전 단계를 참고한다면, 공정하고 공정한 정의의 시대를 요구하는 흐름이 예외적으로 계속 비껴갈 것이라고 단정할 수 없을 것이다.

독일의 정당 해산 심판

1. 인용 판례 케이스 Cases

독일 판례

- l 1952년 극우나치 SRP 정당 해산 BVerfGE 2, 1
- l 1956년 독일공산당 KPD 정당 해산 BVerfGE 5, 85
- l 1997년 극우단체 National List 해산 BVerfGE 91, 262
- l 1997년 극우단체 자유독일노동자당(FDA) 해산 BVerfGE 91, 276
- l 2003년 극우신나치 NPD 정당 해산 BVerfGE 107, 339
- l 공산당 지지자 동맹 Communist Voters' League 사건 BVerfGE 16, 4 (1963)
- l BVerfGE 1, 208 (1952)
- l BVerfGE 20, 56 (1966)
- l BVerfGE 24, 260 (1968)
- l BVerfGE 39, 334 (1974)
- l BVerfGE 40, 287 (1975)
- l BVerfGE 47, 198 (1978)
- l BVerfGE 51, 222 (1979)
- l BVerfGE 91, 262 (1994)

유럽인권재판소 판례

- l Vogt v. Germany (Applcaiton no.17851/91) 1995.9.26 선고

2. 참고 문헌

한국어

- 송석윤, “정당해산심판의 실체적 요건: 정당 해산심판제도의 좌표와 관련하여”, 서울대학교 법학, 51권1호(2010년), 27-65.
- 송석윤, “독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식”, 서울대학교 법학 41권3호(2000년)
- 헌법재판소, “기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법”, 110-143. (2008년)
- 헌법재판소, “정당해산심판제도에 관한 연구”, (2004년)
- 헌법재판소, “헌법재판실무제요”, (2008년).
- 허영, “헌법소송법론”, 박영사 제9판 (2014년)
- 김성준, 기본적 인권 및 자유의 국제적 해석-유럽인권법원 판례를 중심으로-, 연경문화사 (2013년)
- 이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집 간행위원회, “헌법재판의 새로운 지평”, 박영사 (2013년)

일본어

- カトウカズヒコ, “NPD違憲政党訴訟と憲法裁判”, 現代法学 (東京経済大学現代法学会誌,) (2005),
<http://repository.tku.ac.jp/dspace/bitstream/11150/337/1/genhou10-06.pdf>
- 國吉 孝志, “ドイツ連邦共和国における政党国家論: 「戦間的民主主義」と政党の違憲問題,” 九州国際大学大学院法政論集第11号 (2009)
<http://www.kiu.ac.jp/organization/library/memoir/img/pdf/hosei-11-004kuniyoshi.pdf>

樋口 陽一, 自由な民主的基本秩序の保障と政党の禁止ードイツ共産党 (KPD) 違憲判決, ドイツ憲法判例研究会編, ‘ドイツの憲法判例’, 信山社, 2판, 2003

小野 善康, 日本國憲法と政黨, 50 Artes Liberales (1992)

井口 文男 “憲法と民主制”, 岡山大學法學會雜誌卷53号3-4 (2004.3.)

上脇 博之, “政黨國家論と國民代表論の憲法問題”, 日本評論社, 2005.

上脇 博之, 「政黨の憲法上の地位」 論 再論, 『神戸学院法学』34卷1号 (2004年),

<http://www.law.kobegakuin.ac.jp/~jura/hogaku/34-1/34-1-02.pdf>

植松 健一, 「諜報機関による議員監視と『たたかう民主制』ーラーメロウ事件を素材として」, 島大法学 55/ 1 (2011),

<http://ir.lib.shimane-u.ac.jp/bull/bull.pl?id=7269>

石村 修, “ドイツ基本法60年と「たたかう民主主義」”, <http://www.gendainoriron.net/op6ishimura.html>.

山野 一美, “ドイツにおける政治的意見の自由とその限界(1-3)”, 一橋論叢 65권1호

佐藤 昌盛, “西ドイツ戦う民主主義”, PHP研究所, 1979

水島 朝穂, “ボン基本法における「自由な民主主義基本秩序」”, 早稲田法学29卷 (1978)

<http://dspace.wul.waseda.ac.jp/dspace/bitstream/2065/6367/1/A05111951-00-029000315.pdf>

山岸 喜久治, “ドイツの憲法忠誠 戦後から統一まで”, SBC学術文庫, 1998.

독일어

Andersen, Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland. 5., aktual. Aufl. 2003.

Backes, Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland, 3 Bde. 1989

Böckenförde, Extremisten im öffentlichen Dienst, 1981

Denninger, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, in: VVDStRL 37. 1979

Denninger, "Streitbare Demokratie" und Schutz der Verfassung, 1994

Jesse, "Streitbare Demokratie: Theorie, Praxis und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland", 1981

Thiel, Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Tübingen 2003.

Weckenbrock: Die streitbare Demokratie auf dem Prüfstand. Die neue NPD als Herausforderung. Bonn 2009.

Zirn, Das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG im Rahmen der streitbaren Demokratie des GG. Diss. Tübingen. 1988

영어

Akbulut O., Criteria Developed by the European Court of Human Rights on the Dissolution of Political Parties, 34 (2010)

Fordham International Law Journal, <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2281&context=ilj>.

Berton P, "The Japanese Party System", Westview Press (1992)

Bickel, "Democracy functions not merely as a sharer of power, but as a generator of consent."

Bingham, "The Rule of Law", Penguin, 2011.

Bligh G., "Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon",

Bourne, A. K., "Democratisation and the Illegalisation of Political Parties in Europe", Working Paper Series on the

Legal Regulation of Political Parties, No. 7. (2011) <http://www.partylaw.leidenuniv.nl/uploads/wp0711.pdf>

Breyer S, Constitutionalism, Privatization, and Globalization: Changing Relationships Among European Constitutional Courts, 21 Cardozo L. Rev. 1045.

Brugger W., "The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)" ,

Capoccia G., "Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation" , Annu.Rev.Law Soc. Sci 2013.9:207-26 , <http://users.ox.ac.uk/~ssfc0073/Writings%20pdf/Capoccia%20ARLSS%202013.pdf>

Capoccia G., "Democratic Militancy and Democratic Rule: Party ban in Western Europe" , http://www.ptesc.ssc.upenn.edu/Paper_pdf/Capoccia%20part%201.html?action=show&person=125.

Capoccia, G., "Defending Democracy: Reactions to Political Extremism in interwar Europe" , European Journal of Political Research, 39. (2001)

Cohen, J., "Deliberation and Democratic Legitimacy" In A. Hamlin and P. Petit (eds.), The Good Polity. Oxford: Basil Blackwell, 1989, at 17-21.

Eley, Forging Democracy: The History of the Left in Europe, 1850-2000, Oxford University Press, 2002.

Franz P, Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison, 5 B.C. Intl & Comp.L.Rev. 51(1982), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol5/iss1/3>.

Hanschmann, F, Another Test in Procedural Democracy: The Oral Proceedings in the NPD Party Ban case before the Federal Constitutional Court" , German Law Journal 3/11 (2002, 11,1), available at <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=204>.

Hanschmann, F, Federal Constitutional Court To Review NPD Party Ban Motion, 2 German Law Journal (2001), <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=104>.

Issacharoff S., "Fragile Democracies" , 120 Harvard Law Review 6 (2007).

Karvonen, L., "Legislation on Political Parties: A Global Comparison" , Party Politics, 13 (2008).

Kommers & Miller, "The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany" (3 ed.), Duke University Press (2012).

Lachmayer* K., "Constitutional Reasoning as Legitimacy of Constitutional Comparison" , Lincoln, Collected Works of Abraham Lincoln, vol. 5, Rutgers University Press (1990).

Loewenstein K, Militant Democracy and Fundamental Rights, 31 The American Political Science Review 3 (1937).

Maus D, Application of the case law of Foreign Courts and Dialogue between Constitutional Courts,

Molenaar F, "The Development of European Standards on Political Parties and their Regulation" , (2010), <http://www.partylaw.leidenuniv.nl/uploads/wp0410.pdf>.

Muller F, "Report-Bundesverfassungsgericht, FCC)-2003" in Annual of German & European Law-2004, eds Miller & Zumbansen 2006.

Popelier (eds), "The role of constitutional courts in multilevel governance" , Intersentia, UK, 2012.

Rawls, J. A. Theory of Justice, Harvard University Press, 1971.

Rensmann T, Procedural Fairness in a Militant Democracy: The "Uprising of the Decent" Fails Before the Federal Constitutional Court, 4 German Law Journal 1117-1136 (2003), available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=332>.

Ristroph A, "Is Law? Constitutional Crisis and Existential Anxiety" , 25 Const. Comment 431 (2008-2009), at 439-444. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1473968>.

Staudt N., "The Judicial Power of the Purse: How Courts Fund

National Defense in Times of Crisis (An Introduction)”

Thuston T., “The military’ s role in domestic terrorism” , <https://www.hsdl.org/?view&doc=87897&coll=limited>.

Trinnberg F., “State Regulation of Anti-Democratic Parties—A Comparative Study of Germany, Spain and Sweden” ,

Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)” , (2002) 21 Law and Philosophy 137–164.

Waldron, J. Law and Disagreement, Oxford University Press, 1999.

Waldron, J. The Dignity of Legislation, Cambridge University Press, 1999

Waldron, J. Normative (or Ethical) Positivism. In: Coleman, Jules (Ed.). Hart’ s Postscript t : Essays on the Postscript to The Concept of Law, Oxford University Press, 2001.

Waller & Fennema, “Communist parties in Western Europe: decline or adaptation” , Blackwell, 1988.

베니스 위원회, Guidelines on prohibition and dissolution of political parties and analogous measures,

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-INF\(2000\)001-e.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-INF(2000)001-e.aspx).

베니스 위원회, “Guidelines on political party regulation,” <http://www.osce.org/odihr/77812?download=true>.

http://www.kas.de/wf/doc/kas_31446-1522-2-30.pdf?120627031511.

CFMHA, “Military Operations Other Than War” , <http://www.cdmha.org/toolkit/cdmha-rltk/PUBLICATIONS/j7-mootw.pdf>.

ODIHR OSCE, □ Preventing and responding to hate crimes. A resource guide for NGOs in the OSCE region “, 2009.

<http://www.osce.org/odihr/39821?download=true>

Lord Kerr at the Lord MacDermott Lecture Human Rights Law and the 'War on Terror', Queen's University, Belfast

3. 관련 기관 법 정보 웹사이트

한국 헌법재판소 www.ccourt.go.kr/.

한국법제연구원 www.klri.re.kr/kor/main.do

베니스 위원회 www.venice.coe.int.

유럽 인권 재판소 www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home

독일 연방 헌법재판소 www.bundesverfassungsgericht.de/

독일 연방 헌법보호청 www.verfassungsschutz.de/

독일 연방공화국 기본법 Grundgesetz www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg.html.

독일 헌법 독일어 원문 www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html

독일 헌법 영어 번역본 www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm

독일 헌법 일본어 번역 www.fitweb.or.jp/~nkgw/dgg/index.htm

독일 정당법 영어 번역 www.bundestag.de/htdocs_e/documents/legal/politicalparties.pdf

독일법 영어 논문 www.germanlawjournal.com/

The Juristisches Internetprojekt Saarbrücken.

<http://www.jura.uni-sb.de/>

Bundesverfassungsgericht <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html>

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.– civil and criminal decisions Bundesgerichtshof.

http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Home/home_node.html

Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=en>

Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts—Federal Administrative Law Court <http://www.bverwg.de/>

독일의 정당 해산 심판

저자 소개

추홍희

고려대학교 법과대학 졸업

고려대학교 경영대학원 졸업 (경영학석사)

뉴 사우스 웨일즈 대학교 로스쿨 졸업 (JD)

뉴 사우스 웨일즈 대학교 법학석사 졸업 (LLM)

COL 사법연수원 졸업 (GDLP)

KATUSA, LG 투자증권, Clyde & Co

호주법무법인 오스틴하워드 변호사

세계법제연구원 이사(현)

“인수합병 M&A업무 한국시장 도입에 관한 연구” (석사논문)

번역서: “The Politics of Happiness”

저서: “월 스트리트 변호사 이야기: A Story of Wall Street”

email: 21wallst@gmail.com

서지 정보

독일의 정당 해산 심판

발행일 2015년 8월 15일 제1판제1쇄 발행

저자 추홍희

발행처 세계법제연구원

주소 경기 부천 원미구 부일로 205번길 46 (월타운 601)

등록번호 제 387-2013-000054호

전화 070-4624-1335/ 010-2289-1335

email caselawcenter@gmail.com

홈페이지 caselawcenter.wordpress.com

블로그 caselawcenter.tistory.com

정가 38,500원

ISBN 9791195137923/03300

이 책의 국립중앙도서관 출판시도서목록(CIP)은 www.nl.go.kr/ecip

국가자료공동목록시스템 www.nl.go.kr/kolisnet

국립중앙도서관포털www.dlibrary.net/에서 이용할 수 있습니다.

이 도서는 저작권법의 보호를 받습니다. □ 추홍희 2015

☆ 광고 ☆

이 파일은 출판되기 전의 pdf 파일입니다. 이 책을 읽고 도움이되었다고 여기시는 분은 다음의 계좌로 pdf 파일 가격 (12,000원)을 입금해 주시면 고맙겠습니다. 서점 판매 책 가격은 38,500원입니다.

은행: 하나은행

[1] "생동하는 헌법 living Constitution"는 헌법 조문은 새로운 상황에 계속해서 적용된다 broad provisions are continually applied to complicated new situations" 는 의미이다.

[2] BVerfGE 5, 85.

[3] 마르크스 레닌주의 독일 공산당 (MLGCP), 서독공산주의연합(CFWG), 독일공산(KDP).

[4] BVerfGE 47, 198.

[5] 기회 평등 "gleiche Chance im Wettbewerb" .

[6] Der Grundsatz der Chancengleichheit gebietet, jeder Partei und jedem Wahlbewerber grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und im Wahlverfahren und damit die gleiche Chance im Wettbewerb um die Wählerstimmen offenzuhalten (BVerfGE 21, 196 at 199)" , BVerfGE 47, 198 at 226.

[7] 유럽인권재판소, Vogt v. Germany (application no. 17851/91), paras 20-22.

[8] 다음 선거에 미칠 결과측면이 아니라 법적 의미, 정부 기관간의 지속성 (Legal meaning, effects and consequences of the ruling) 문제 등을 포함한다.

[9] "헌법에 위반되는 anti-constitutional (verfassungsfeindlich)" 정당이라고 해서 바로 위법한 것은 아니다. 정당이 현실적으로 용인되고 있다면 "위헌 unconstitutional (verfassungswidrig)" 정당은 아닌 것이다. "DKP had not been banned by the Federal Constitutional Court and that, consequently, the applicant's activities on its behalf were entirely lawful." 유럽인권재판소 Vogt 케이스, para 60.

[10] "자유 민주주의 기본질서란 모든 공권력은 법의 지배를 엄격하게 따르고 또 어떠한 폭력이나 자의성을 배격하고 또 자유와 평등과 다수의사 원칙에 따른 국민의 자기 결정권에 기반하는 질서를 말한다. 이 질서의 기본 원칙으로는 최소한 다음의 요소들이 포함된다: 헌법에 구체화된 기본적 인권의 존중, 무엇보다 생명권과 인격의 자유 형성권, 국민 주권, 권력 분립, 정부의 책임성, 법에 따른 행정, 사법부 독립, 복수정당의 원리와 모든 정당의 기회 평등과 헌법 범위내에서 야당의 구성권과 활동권." "an order that establishes public powers that are bound by the rule of law and that exclude any violence or arbitrariness, and that are based on the self-determination of the people according to the will of the majority as well as freedom and equality. The foundational principles of this order include at least the following: the respect for the human rights established in the Basic Law, above all the right to life and free development of personality, popular sovereignty, the division of powers, government accountability, the subjection of administrative powers to the law, the independence of judges, the principle of party pluralism and the equality of chances for all parties and their right, within the limits of the constitution, to the formation and exercise of an opposition." BVerfGE 2, 1 판결문 12쪽, 영어 번역은 Capoccia, Militant Democracy, Oxford, at 211. 이와 같은 자유민주적 기본질서에 대한 개념 규정은 1956년 KPD판결문 (BVerfGE 5, 85 (1956) at 139에서 재확인하였다.

[11] 1952년 극우나치 SRP 정당 해산 BVerfGE 2, 1.

[12] "자유는 적에게는 자유가 없다 Pas de liberté pour les ennemis de la liberté." -이 말은 프랑스 혁명 당시 로베스피에르의 공포정치를 정당화하는 의미로써 프랑스 혁명기 공포정치가 생-쥬스트 (1767-1794)의 말이다. 하지만 그의 또 다른 유명한 말을 기억하라: "국민에게 가장 위험한 적은 정부이다 "Un peuple n'a qu'un ennemi dangereux, c'est son gouvernement."

[13] BVerfGE 5, 85, at 389.

[14] Vogt v. Germany Vogt v. Germany (1996) 21 EHRR 205, (17851/91).

[15] 2000년 11월 베를린 거리에 20만 명 이상의 양식있는 사람들이 집결하여 “Aufstand der Anständigen (의로운 사람들의 봉기)”의 시위를 벌이며 신나치주의의 위협에 정부가 적극적으로 대처할 것을 주문하였다. 전체군주정의 역사가 강한 유럽에서는 극좌가 아니라 극우 신나치주의 세력의 부상에 위협을 느끼는 경향이 있다.

[16] 스페인 분리주의자 정당 해산 케이스 Herri Batasuna and Batasuna v. Spain (applications nos. 25803/04 and 25817/04), 헝가리 정당 해산 케이스 Vona v. Hungary (application no 35943/10) 참조.

[17] Waldron, “The Dignity of Legislation”, Cambridge University Press, 1999; “Law and Disagreement”, Oxford University Press, 1999.

[18] NPD 정당 해산 심판 판결문 BVerfGE 107, 339.

[19] 적법 절차; Due Process; 절차적 정의(정당성); procedural fairness; natural justice.

[20] 압수 수색을 통하여 진실을 꼭 밝혀내 엄히 처벌해야 한다”는 생각은 항상 옳은 것이 아니다. 로마시대 법률가 키케로의 법격언 “Cedant arma togae”은 “let arms yield to the toga” “let military power give way to civil power: 군대의 칼이 판사의 법복에 진다”는 뜻이다. 절차적 정의의 중요성을 강조하는 다음의 견해를 참고하라: “법이 곧 진실이자 정의일 것이라는 가정에서 벗어나자. 그것은 도착점이지 출발점이 아니다. 법은 진실을 담는 가장 안전한 그릇일 뿐이다. 급하다고 그릇을 먹을 수는 없지 않는가!”

[21] strikte Staatsfreiheit (strict freedom from State interference).

[22] BVerfGE 107, 339. Rensmann T, Procedural Fairness in a Militant Democracy: The “Uprising of the Decent” Fails Before the Federal Constitutional Court, 4 German Law Journal 1117–1136 (2003), <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=332>.

[23] FT 기사 참조. <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/8e4d8a78-5c30-11e3-b4f3-00144feabdc0.html#axzz2ntahZaCv>.

[24] Hanschmann F, Federal Constitutional Court To Review NPD Party Ban Motion, 2 German Law Journal (2001).

[25] United Communist Party of Turkey v. Turkey, 1998–I Eur. Ct.H.R. 1 (1998).

[26] 유럽 통합과 각국의 법질서에 대해서는 다음을 참조하라. “The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance”, Intersentia, 2013, 79–104.

[27] 뉴욕 타임즈 기사 참조, 2013.3.20. http://www.nytimes.com/2013/03/21/world/europe/merkels-government-wont-pursue-ban-of-german-far-right-party.html?_r=0

[28] 본안 심리를 다루기 이전의 절차적인 중간재판 (Vorverfahren; preliminary proceedings)에서 위헌정당 소송에 대한 각하 판결을 내렸다.

[29] Kommer & Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (3 ed.) Duke University Press (2012).

[30] 청구권자는 소 제기 여부에 대한 판단을 하게 되는데 여기에서의 결정은 정치적 재량 (politischen Ermessens)의 영역에 속한다.

[31] 법원이 사건의 결론을 내릴 때는 ‘법리’를 따라야 할 의무가 있다. 흔히 적용 ‘법리’라고 말할 때 법 원칙 legal rules, 법 규칙 legal principles, 법 정책 legal policy 을 모두 포함한다. 하지만 이를 보다 엄격히 구분할 필요가 있다. principle은 규칙으로 rule은 원칙(민주주의, 법치주의 등에서와 같은 주의)으로 구분될 수 있다. 흔히 말하는 “이것은 원칙의 문제다!”라고 말할 때의 원칙은 확립된 규칙으로써 함부로 포기하거나 수시로 바꿀 수가 없다는 법 the law을 뜻한다. 규칙은 상황과 판단자의 재량이 따라 달리 적용이 가능한 즉 “재량을 행사 exercising his/her discretion” 할 수 있는 영역인 반면, 원칙은 그러한 재량(재량이라고 해서 자의적인 판단을 뜻하는 것이 아니다)의 여지가 개입되기 힘든 영역이고 따라서 규칙보다 상위에 자리 잡고 있어서 바로 “법을 적용 applying the law” 해야 하는 것으로 이해된다. (“policy” is kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change.”) 법원칙, 법규칙, 법정책의 구분적 이해에 대해서 자세한 내용은 유명한 “하트 Hart와 드워킨 Dworkin의 논쟁”을 상기하라. 선례 구속성의 원칙이 강하게 자리잡지 않는 대륙법의 전통을 따른다면 “legal rules”은 으뜸된 최고의 위치에 자리 잡은 것을 뜻하는 “법규범”으로 번역하는 것이 보다 나은 것 같다. 법률-명령-규칙의 순으로 법규성의 효력 차이가 존재한다는 측면을 고려한다면, “법리 legal rule”에 대한 구분적 이해가 필요할 것이다.

[32] BVerfGE 5, 85, at 135.

[33] 전통적인 개념인 국가와 사회의 이분적 구분법은 더 이상 설득력을 갖고 있지 못하다. 민주국가에서는 정당의 선거에 참여하여 정권을 탄생시킨다. 정당 국가 (독어 Parteienstaat 영어 Party State) 국가정치제도와 대의제 의회정치제도를 결합한 성격이다. 정당의 기능과 역할에 대해서 명료한 설명을 내린 다음의 판결문을 참조하라: BVerfGE 20, 56 (1966).

[34] "If there be any among us who wish to dissolve this union, or to change its republican form, let them stand undisturbed, as monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated where reason is left free to combat it."

[35] 인구에 회자되는 볼테르의 인용구: "나는 당신의 의견에 동의하는 것은 아니지만 나는 기필코 당신이 말할 권리를 지켜 주겠다 I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it."

[36] "political pluralism is one of the fundamental principles of every democratic regime.", 베니스 위원회 가이드라인.

[37] 미국연방대법원 킨즈버그 대법관의 표현, "I did not expect our Supreme Court to mention the German decisions, but thought they might have a positive psychological effect. Informed of the West German Constitutional Court's reasoning, the U.S. justices might consider: "How far behind can we be?", Kommers, at 7.

[38] 돌스는 1952년 10월 23일 헌법재판소의 정당 해산 명령에 따라 의원직을 상실하였고 그 후 나치범죄에 대해 형사처벌되었다.

[39] BVerfGE 2, 1 at 23-25. SRP 주요 간부들과 그들의 행적을 자세히 열거하였다.

[40] BVerfGE 2, 1 at 6.

[41] BVerfGE 2, 1 at 6-7.

[42] http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/_5.html.

[43] 위헌 정당 여부를 심사하는 헌법재판에서 헌법재판소법률의 절차적 위법을 지적하는 것은 위헌문제를 보다 하위인 법률문제로 낮춘다는 측면에서 적절한 반론으로 보기 어렵다.

[44] BVerfGE 2, 1 at 39. 다른 정당도 SRP와 유사한 잘못이 있는데 유독 SRP만 차별한다는 항변 논거는, 예컨대 다른 음주운전자들도 많이 있는데 왜 자신만 특별히 처벌하는 것은 억울하다고 반박하는 것처럼, 법적으로 뛰어난 반론이 되지 못한다. 하지만 SRP같이 하나의 정당인 경우 현실적 정치적 과정에서 강력한 논리가 될 수 있다. 어떤 한 정당을 정권 획득의 과정에서 강제로 배제할 수 있다고 한다면 다른 어떤 정당 또한 배척할 수 있다는 현실 정치적 논리로 귀결되기 때문이다. "다른 정당들도 나치당원을 가입시켰기 때문에 SRP정당만 차별하면 안된다"는 반론에 대해서 헌법재판소는 SRP정당은 나치당원을 가입시킨 것은 나치당의 이념을 유지하고 선전할 목적이었기 때문에 위헌정당이 된다고 판시했다.

[45] 자유주의 민주주의의 국가 체제에서 정당의 가치와 그 평가는 헌법재판소의 법적 판결에 의해서가 아니라 선거를 통한 국민의 정치적 결정에 따르는 것이 보다 타당하다는 비판이 존재한다. 여기서 누가 최후의 심판자의 역할을 담당하는지에 대한 설명이 필요할 것이다. 판결문에 따르면, 정당 해산에 대한 남용의 위험성을 제거하고자 헌법재판소가 위헌성 여부를 판단하게 하고 또 위헌정당에 대한 사실확인에서부터 법리 판단까지 헌법재판소가 맡도록 해 놓은 것이다.

[46] SRP의 연방의회 의원이었던 돌스 의원은 극우파 정당에 의해 정당명부 비례대표제로 당선된 후 당 내부 분열로 인해서 새로이 SRP정당 창당에 가담하였다.

[47] 정당 국가 party state 독일어 표현은 Parteienstaat. '정당 정치'는 영미국의 대의제 의회민주주의 정치 체제와 독일식의 국가관이 결합된 형태라고 볼 수 있다. '의회 정치'는 '국민 주권 popular sovereignty'과 '대의제 민주주의 representative democracy' 원칙에 기반한다. 반면 독일전통의 국가주의 체제는 정당을 국민의 정치적 의사 형성에 있어서의 대리인으로 이해하고 정당비례대표제를 채택하였다. 영미국의 정치현실에서도 정당 정치가 중심으로 자리잡아서 정당이 정치적 의사 형성의 과정의 중심에 위치하고 있으나 독일의 정당명부 비례대표제가 아닌 순수한 대의제 원형을 지키고 있으므로 독일의 '정당 국가' 개념과는 구별된다.

[48] 나치 일당독재 국가전체주의 정권을 경험한 뼈아픈 역사를 가진 독일과는 다른 정치 제도와 법문화를 가진 영국의 한 언론 주간지가 SRP 사건을 바라보는 기사를 참조해 보면 정당해산 심판이 민주주의 원칙에 어떻게 충돌하는지 그에 대한 관점을 생생히 파악할 수 있다. The Spectator, "Germany's New Democracy" 1952.7.25. 기사 참조.

[49] Kommers, at 286.

[50] 정당 해산과 동시에 의원직도 상실된다는 판결주문은 1956년 KPD 판결 주문과는 조금 약간 다르다. 왜냐하면 당시 SRP는 의원을 보유

한 반면 KPD는 정당 해산에 따라 의원직 상실 문제가 걸려 있지 않았기 때문이다. 독일공산당은 1949년 총선에서 의석을 확보한 것을 제외하고 이후 한 번도 의원을 당선시키지 못했다.

[51] BVerfGE 2, 1 at 2-3.

[52] BVerfGE 2, 1 at 10. “Da die Vorschriften über die Besetzung der Gerichte nicht in erster Linie dem Interesse der Prozeßbeteiligten dienen, sondern dem rechtsstaatlichen Anliegen einer geordneten Rechtspflege schlechthin, ist die nicht vorschriftsmäßige Besetzung eines Gerichts immer ein wesentlicher Mangel des Verfahrens.”

[53] “[Political Parties] are also integral parts of our constitutional structure and our constitutionally political life.” 1 BVerfGE 208, 240-41 (1952) 사건에서도 밝혔다.

[54] BVerfGE 2, 1 at 10.

[55] BVerfGE 2, 1 at 11-12.

[56] “Ob dieser Schluß berechtigt ist, muß im Einzelfall geprüft werden.” “Die gleichsam “abstrakte” Feststellung einer demokratischen Grundgesetzen nicht entsprechenden inneren Ordnung würde für sich allein jedoch nicht genügen.” 정당이 자유 민주주의 체제를 거부할 때이라도 그 자체만으로는 위헌정당이 되지 않는다. 정당을 위헌정당으로 판단하기 위해서는 정당이 자유 민주주의 기본질서를 철폐하려는 시도가 구체적인 증거로 확인되어야 가능하다. BVerfGE 2, 1 at 13-14.

[57] BVerfGE 2, 1 at 13-14. “오로지 정당이 헌법에 구체화된 자유 민주주의 기본질서에서 가장 중요한 기본적인 가치들을 철폐하려고 기도하는 경우 eine Partei nur dann aus dem politischen Leben ausgeschaltet werden darf, wenn sie die obersten Grundgesetze der freiheitlichen Demokratie ablehnt.”

[58] 헌법재판소는 히틀러의 나치당(NSDAP)의 역사적인 사실과 활동내역을 매우 자세하게 분석하여 판결문에 밝혔다.

[59] BVerfGE 2, 1 at 40. SRP의 당 내부질서와 운영은 나치당과 판박이로 판명되었다. “Diese Praxis folgt genau dem Verfahren in der NSDAP:” at 44.

[60] BVerfGE 2, 1 at 10-15.

[61] BVerfGE 2, 1 at 44-47.

[62] Franz P, Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison, 5 B.C. Intl & Comp.L.Rev. 51(1982), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol5/iss1/3>, at 55-56.

[63] 독일어 표현은 “eine wertgebundene Ordnung.” 이 말은 가치중립적인 질서가 아니라 일당독재 체제에 반대되는 개념이라고 헌법재판소는 설명했다. “Dieser Grundordnung liegt letztlich nach der im Grundgesetz getroffenen verfassungspolitischen Entscheidung die Vorstellung zugrunde, daß der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind. Daher ist die Grundordnung eine wertgebundene Ordnung. Sie ist das Gegenteil des totalen Staates, der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehnt.” BVerfGE 2, 1 at 12.

[64] 독일어 원문은 “freiheitliche demokratische Grundordnung”. 영어 번역 “liberal-democratic constitutional order” 또는 “free democratic basic order” 으로 표현된다. 7장의 헌법용어 설명 부분을 참조하라.

[65] “an order that establishes public powers that are bound by the rule of law and that exclude any violence or arbitrariness, and that are based on the self-determination of the people according to the will of the majority as well as freedom and equality. The foundational principles of this order include at least the following: the respect for the human rights established in the Basic Law, above all the right to life and free development of personality, popular sovereignty, the division of powers, government accountability, the subjection of administrative powers to the law, the independence of judges, the principle of party pluralism and the equality of chances for all parties and their right, within the limits of the constitution, to the formation and exercise of an opposition.” BVerfGE 2, 1 at 12. 영어 번역은 Capoccia, *Militant Democracy*, Oxford, at 211. 이와 같은 개념 규정은 1956년 KPD 케이스 (BVerfGE 5, 85 (1956) at 139)에서 재확인하였다.

[66] BVerfGE 2, 1 at 13-14.

- [67] '헌법 질서 Verfassungsmässige Ordnung' 라는 말은 기본법 9조2항에나온다: "Organizations which have goals or activities running counter to the criminal laws, or which direct themselves against the constitutional order, or against internationally acknowledged principles are prohibited."
- [68] BVerfGE 2, 1 at 13.
- [69] 헌법재판소는 사법부의 고유 권한으로서 집행 명령을 내릴 수 있다고 판단한 것이다. 헌법재판소의 명령은 사법부의 본질적인 고유권 한에 따라 즉시 효력을 발휘하고, 헌법재판소가 추상적 법률도 위헌이라고 선언할 수 있는 권한을 가졌다면, 법률에 근거가 미비하다는 이유로 법의 효력을 부정할 수 없다고 본 것이다.
- [70] H 6 부분, BVerfGE 2, 1 at 78-79.
- [71] "Seite soll aber der Abgeordnete, der doch in aller Regel über eine Partei sein Mandat erhält, als Vertreter des Gesamtvolkes und nicht als Repräsentant seiner Partei." , "das besondere Spannungsverhältnis erkennbar, das in der Doppelstellung des Abgeordneten als Vertreters des gesamten Volkes und zugleich als Exponenten einer konkreten Parteiorganisation liegt." BVerfGE 2, 1 at 72. 의원의 지위가 정당의 대리인 agent인지 아니면 전체 국민의 대표자 representatives of the entire people로서의 지위를 가졌는지에 대해서는 단정적으로 결론을 내리기가 쉽지 않은 영역이다. 기본법은 다만 38조에서 "의원은 전 국민의 대표자이며 위임과 명령에 구속되지 않고, 오직 그의 양심에 따른다" 고 규정하고 있다. 독일연방헌법재판소는 전체 국민의 대표자로서가 아니라 정당의 대리인으로서 파악한 결과 의원은 정당해산과 동시에 의원직을 상실한다고 본 것 같다.
- [72] 기본법 38조1항: "독일연방의회의 의원은 보통, 직접, 자유, 평등, 비밀선거로 선출된다. 의원은 전 국민의 대표자이며 위임과 명령에 구속되지 않고, 오직 그의 양심에 따른다. Members of the German Bundestag shall be elected in general, direct, free, equal and secret elections. They shall be representatives of the whole people, not bound by orders or instructions, and responsible only to their conscience."
- [73] "When by a judgment of the Constitutional Court a political party's ideas are found to fall short of the prerequisites for participation in the formation of the popular political will, the mere dissolution of the party's organizational apparatus, which was meant to further these goals, cannot truly implement the court's judgment. Rather, it is the intent of the Court's sentence to exclude the ideas themselves from the process of the formation of the political will." 영어 번역: Franz P, Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison, 5 B.C. Intl & Comp.L.Rev. 51(1982), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol5/iss1/3>, at 58. BVerfGE 2, 1 at 73:
- [74] BVerfGE 5, 85 at 104.
- [75] KPD 반론 자세한 내용은 BVerfGE 5, 85 at 102-106, 110-113.
- [76] 포츠담 협정이란 1945년 8월 2일, 세계 2차 대전 승전국인 미국, 영국 소련의 국가원수들이 포츠담에서 회담을 갖고 2차 대전 종결 전후 처리 문제에 대한 협정을 맺은 것을 말한다. 패전국 독일을 히틀러 나치 체제로부터 완전히 탈바꿈시키고 독일의 민주화를 이룩하기 위한 조치들을 포함하고 있었다. 연합군 점령 당시 정당 설립을 허가제로 하였는데 KPD도 정당허가제도에서 설립된 정당 중의 하나에 속했다.
- [77] BVerfGE 5, 85 at 86-87. KPD 판결에서 앞서의 SRP 판결 주문과는 다르게 의원직 상실에 대한 언급이 없는 이유는 KPD정당은 당시 현역 의원을 보유하지 못한 관계로 정당 해산시 의원직 상실 문제는 나타나지 않았기 때문이다.
- [78] 이에 대한 쟁점은 1952년 SRP 판결에서 법률적 판단이 내려졌지만 KPD 해산 심판에서 다시 거론되었다. 입법 범위에 대한 법적 논쟁을 종식시키기 위해서 독일은 1967년 정당법을 제정하였다. 그러나 정당 개념에 대한 법적 판단은 1994년 헌법재판소 심판에서 다시 등장하였다. 헌법상 정당 해산 제도가 정당 규제의 측면이 있다는 비판은 헌법상 보호를 받지 못하는 정당이라고 판단되면 행정부에 의해서 자의적으로 금지되거나 해산될 수 있다는 우려에서 나온다. 1994년 11월17일 헌법재판소는 극우단체인 자유독일노동자당 FDA와 국민리스트 NL에 대하여 이들이 정당(기본법 21조와 정당법 2조1항의 규정)에 해당되지 않는다는 이유로 정당 해산 심판 청구를 각하했다.
- [79] 정당의 법적 개념에 대해서 C 파트 (133-134)에서 자세히 언급하고 있다.
- [80] 기본법 21조에서 규정하는 '정당' 개념에 대한 해석에서 나타난 분쟁과 3항에서 예정하는 법률의 존재 여부에 대한 분쟁을 종식시키기 위해서 '정당법' 을 1967년7월24일에 제정하였다. 정당의 개념: organizations of citizens exercising ongoing influence throughout the Federation or a state on the formation of the political will, and seeking to participate in popular representation in either the Bundestag or a state assembly. The organization must be able to demonstrate that the

pursuit of such a goal is not without seriousness of purpose. Such a demonstration may be made from the totality of the party's circumstances, especially the breadth and stability of the party organization, the number of party members, and the extent of the members entry into public life.” [1967] BGBI I 773. § 2(1)(1).

[81] BVerfGE 5, 85, at 136.

[82] BVerfGE 5, 85 at 140.

[83] ‘위헌성 verfassungswidrig’ 과 ‘헌법 적대성 verfassungsfeindlich’ 이란 의미는 어떻게 서로 같고 또 다른 지에 대해서 따져볼 필요가 있을 것이다. 오로지 헌법재판소의 판결에 의해서만 ‘위헌정당’ 임이 확인될 수 있으므로 판결 이전에 흔히 어떤 정당을 “위헌 정당 anticonstitution” 이라고 표현하면서 비난하는 경우는 옳은 용어 사용이 아닌 것 같다. BVerfGE 40, 287 (1975) 판결문 참조. ‘헌법 적대적인 verfassungsfeindlich’ 의 영어 번역은 ‘inimical to the constitution’ 또는 ‘hostile to the Constitution’ . 포그트 사건에서 독일연방헌법재판소는 정당이 기본법 21조2항에 의하여 연방헌법재판소에 의하여 금지되지 않았다고 하더라도 행정부와 하급법원에서 DKP가 위헌정당이라고 해석하고 결정을 내릴 수 있다는 것을 확인했다. 하지만 유럽인권재판소는 위헌 정당을 선언할 수 있는 권한은 오로지 헌법재판소밖에 없고, 독일연방헌법재판소에서 DKP 정당을 위헌 정당으로써 선언하거나 금지하지도 않았으므로 Vogt교사가 DKP 당원으로서 정당 활동을 전개한 것은 전적으로 합법적이었다는 청구인의 주장을 확인했다. “The DKP had not been banned by the Federal Constitutional Court and that, consequently, the applicant's activities on its behalf were entirely lawful.”

[84] 자유 민주주의 기본질서 freiheitliche demokratische Grundordnung-이 표현은 판결문에서 64번 가까이 언급되었다.

[85] 앞선 1952년 SRP 판례에서 정의한 법개념을 재확인하고 있다.

[86] 독일어 원문 표현은 “eine wertgebundene Ordnung” .

[87] BVerfGE 5, 85 at 138

[88] BVerfGE 5, 85 at 139. “21 Abs. 2 GG steht somit nicht mit einem Grundprinzip der Verfassung in Widerspruch; er ist Ausdruck des bewußten verfassungspolitischen Willens zur Lösung eines Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung, Niederschlag der Erfahrungen eines Verfassungsgebers, der in einer bestimmten historischen Situation das Prinzip der Neutralität des Staates gegenüber den politischen Parteien nicht mehr rein verwirklichen zu dürfen glaubte, Bekenntnis zu einer – in diesem Sinne – "streitbaren Demokratie". Diese verfassungsrechtliche Entscheidung ist für das Bundesverfassungsgericht bindend.

[89] BVerfGE 5, 85 at 139–140. SRP 판결문 at 11–12을 비교참조하라.

[90] 기본법 21조2항의 규정: “정당이 그 목적 또는 지지자의 행위로 인해 자유 민주적 기본질서를 침해 또는 철폐하려 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하는 일을 추구하는 정당은 위헌이다.”

[91] BVerfGE 5, 85 at 142. “Das Einschreiten gegen eine Partei auf Grund des Art. 21 Abs. 2 GG ist seinem Wesen nach Präventivmaßnahme, Vorsorge für die Zukunft. Sie soll Gefahren rechtzeitig abwehren, mit deren Eintreten nach der bisher in Reden und Handlungen sichtbar gewordenen allgemeinen Haltung der Partei gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerechnet werden muß.”

[92] KPD는 당시 상황에서 가까운 시일 내 혁명적 변화가 성공할 수 없다는 판단아래 KPD의 혁명 전략으로써 1 평화지향 사회 민주적 진보 단계, 2 레닌의 혁명적 민주주의 독재 단계, 3 노동자계급의 정치적 권력 장악 (프롤레타리아 독재) 단계의 단계적 전략을 수립했다. 이런 KPD의 전략은 자유 민주적 기본질서를 거부한다는 결론을 낳았다.

[93] BVerfGE 5, 85 at 142. 6. Art. 21 Abs. 2 GG verlangt nicht wie § 81 StGB ein konkretes Unternehmen; es genügt, wenn der politische Kurs der Partei durch eine Absicht bestimmt ist, die grundsätzlich und dauernd tendenziell auf die Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet ist.

[94] “9. Zu den Absichten, die eine Partei verfassungswidrig im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG machen, gehören nicht nur diejenigen, die sie auf jeden Fall auszuführen gedenkt, sondern auch diejenigen, die sie nur verwirklichen will, wenn die Situation dafür günstig ist.

[95] 이론의 진실성에 대한 검토는 사상의 자유 부분(***)을 참조하라.

[96] 학문의 자유는 기본법 5조3항에서 보장한다.

[97] BVerfGE 5, 85 at 145-146. "7. Die eindeutig bestimmbare Grenze zwischen wissenschaftlicher Theorie, die durch Art. 5 Abs. 3 GG gesch tzt ist, und politischen Zielen einer Partei, die der Beurteilung nach Art. 21 Abs. 2 GG unterliegen, ist dort, wo die betrachtend gewonnenen Erkenntnisse von einer politischen Partei in ihren Willen aufgenommen und zu Bestimmungsgründen ihres politischen Handelns gemacht werden." BVerfGE 5, 85 at 85.

[98] 저항권 right of resistance은 기본법 20조4항: "All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, if no other remedy is available." 저항권의 독일어 표현은 "ein politisches Widerstandsrecht", 저항권과 "긴급권 Notrecht" 과의 법적 관계를 살펴 보는 것이 필요하다. "저항권은 국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재 자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리와 자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리" 이다. (헌재 1997.9.25. 97헌가4, 판례집 9-2, 332, 338.) 국가긴급권과 저항권의 관계에 대해서 우리나라 헌법재판소는 다음과 같이 설명한다. "국가 긴급권은 국가의 존립이나 헌법질서를 위태롭게 하는 비상사태가 발생한 경우에 국가를 보전하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법보장의 한 수단이다. 그러나 국가긴급권의 인정은 국가 권력에 대한 헌법상의 제약을 해제하여 주는 것이 되므로 국가 긴급권의 인정은 일면 국가의 위기를 극복하여야 한다는 필요성 때문이기는 하지만 그것은 동시에 권력의 집중과 입헌주의의 일시적 정지로 말미암아 입헌주의 그 자체를 파괴할 위험을 초래하게 된다. 따라서 헌법에서 국가긴급권의 발동기준과 내용 그리고 그 한계에 관해서 상세히 규정함으로써 그 남용 또는 악용의 소지를 줄이고 심지어는 국가긴급권의 과잉 행사 때는 저항권을 인정하는 등 필요한 제동 장치도 함께 마련해 두는 것이 현대의 민주적인 헌법국가의 일반적인 태도이다." (헌재 1994.6.30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 568).

[99] BVerfGE 5, 85 at 376-377. "Ein Widerstandsrecht gegen einzelne Rechtswidrigkeiten kann es nur im konservierenden Sinne geben, d.h. als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung. Ferner muß das mit dem Widerstande bekämpfte Unrecht offenkundig sein und müssen alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, daß die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtes ist."

[100] 헌법 소송은 청구권자가 취소하지 않는 한 헌법재판소는 의무적으로 판단을 내려야 한다. 이런 이유로 헌법재판소는 아데나워 행정부에 대해서 정당 해산 심판 헌법 소송을 취하할 것을 권고하였다. Kommers at 290.

[101] KPD는 1949년의 연방의회 선거에서 5.7%의 득표율(비례대표선거에서의 명부에 대한 투표)를 얻어 15석을 확보하고 있었는데 심리 중에 행해진 1953년 선거에서는 득표율 2.2%에 머물러 가진 의석들을 잃었다. 그 후 1968년에는 독일공산당 DKP이 결성되었고 또 이에 대해서 KPD의 대체 조직으로 인정되어 금지 처분 없이 계속 존속했으니 의석을 얻는 데까지는 이르지 못했다.

[102] 기본법 18조: "자유민주적 기본 질서를 공격할 목적으로, 표현의 자유 특히 출판의 자유 (5조1항), 강의를 자유(5조3항), 집회의 자유(18조), 결사의 자유(9조), 서신, 우편 및 전신의 비밀(10조), 재산권(14조) 또는 망명권(16조2항)을 남용한 자는 기본권을 상실한다. 상실 여부 및 정도는 연방헌법재판소에 의하여 결정된다."

[103] 영어 "No freedom to the enemies of freedom."

[104] 프랑스어 "Un peuple n'a qu'un ennemi dangereux, c'est son gouvernement."

[105] 로마시대 라틴어 표현, "victoriam reportare"의미를 참조하라.

[106] 히구찌에 의하면 일본에서는 "당원" 으로 번역된다고 한다. 영어 번역은 "adherent" .

[107] 독일의 경우: 공직 지원자가 헌법 적대적인 목적을 추구하는 단체에 소속된 경우 이러한 전력은 자유민주주의의 기본질서를 옹호하는지에 대한 의심을 받게 될 수 있고 이러한 이유로 "원칙적으로 채용 신청 거부를 정당화하였다." 1973년-1975년 2년 반 기간에 46만 명이 심사 대상이 되어 5700명에게 문제가 있다고 하여 이 중 468명에 대해 공직 취업 금지의 결론이 나왔다고 한다. 樋口陽一, 自由な民主的基本秩序の保障と政党の禁止 - ドイツ共産党 (KPD) 違憲判決, ドイツの憲法判例, 信山社, 2판, 2003, 414-418.

[108] 1975년 5월22일 판결 BVerfGE 39, 334.

[109] "After each perceived security crisis ended, the United States has remorsefully realized that the abrogation of civil liberties was unnecessary. But it has proven unable to prevent itself from repeating the error when the next crisis came along." Brennan 대법관, "The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security

Crises” , 18 Israel Yearbook on Human Rights 11 (1988) at 20.

[110] 樋口陽一 at 418. 독일헌법재판소에 정당 해산 심판을 청구한 전체 건수는 9건이며, NPD 정당 해산 심판 청구는 2번 청구되었으나 기각되었다.

[111] BVerfGE 5, 85, at 129-130.

[112] KPD 정당 해산 심판을 5년간이나 끌어 온 장기간의 재판과정 그 자체가 말해준다.

[113] 공산주의자 지지자 동맹 Communist Voters' League 사건 BVerfGE 16, 4 (1963).

[114] 극우단체인 National List 판결 BverfGE 91, 262. 극우단체인 자유독일노동자당(FDA) 판결 91 BVerfGE 91, 276.

[115] “Gemessen an diesem Maßstab ist die Antragsgegnerin keine Partei.”

[116] BverfGE 91, 262. At 265-266.

[117] BverfGE 91, 262 at 266.

[118] “der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit” , BverfGE 91, 262 at 265.

[119] 정당의 실체 Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse를 보고서 정당인지 여부를 판단한다. “Gemessen an diesem Maßstab ist die Antragsgegnerin keine Partei.” BverfGE 91, 262 at 272-275.

[120] BverfGE 91, 262 at 275.

[121] 독일의 연방 상원(Bundesrat)을 흔히 “연방참의원” 으로 번역하는 것 같다. 아마도 일본의 중의원과 참의원 명칭에 영향을 받은 것 같다. 하지만 내각제 또는 대통령제 연방제(미국)국가에서도 상원과 하원이라는 입법부 구성의 2 의회 명칭이 통상적이고 익숙한 표현이므로 연방 ‘참의원’ 보다는 연방 ‘상원’ 이라는 말을 쓰기로 한다.

[122] 극우단체인 National List 판결 (BverfGE 91, 262)과 동일한 날짜에 극우단체 자유독일노동자당 FDA 대해서 청구 각하 판결을 내렸다. 헌법재판소의 판결이유는 거의 동일하다.

[123] “Gemessen an diesem Maßstab ist die Antragsgegnerin keine Partei.”

[124] “Die Anträge werden als unzulässig zurückgewiesen.”

[125] Entscheidend ist das "Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse".

[126] 정당은 선거 참여를 필수적인 요건으로 한다: “Zum Begriff einer politischen Partei im Sinne des Art. 21 Abs. 1 GG gehört der Wille der Partei, an Wahlen in Bund oder Ländern innerhalb einer vernünftigen Zeitspanne teilzunehmen.” , BVerfGE 24, 260 at 264.

[127] 정당의 헌법상 특별한 지위 “verfassungsrechtlichen Institution” 를 인정한 견해는 1952년 판결(BVerfGE 1, 208 at 225) 에서도 나타났다. BVerfGE 44, 125. – Öffentlichkeitsarbeit

[128] “1. Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluß nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere nach Umfang und Festigkeit ihrer Organisation, nach der Zahl ihrer Mitglieder und nach ihrem Hervortreten in der Öffentlichkeit eine ausreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit dieser Zielsetzung bieten (§ 2 Abs. 1 Satz 1 PartG). Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß der Gesetzgeber den Parteienbegriff des Art. 21 Abs. 1 GG durch diese Legaldefinition in verfassungsmäßiger Weise konkretisiert hat. Sie ist danach auch für die in den vorliegenden Verfahren zu entscheidende Frage maßgeblich, ob die Antragsgegnerin eine Partei ist. § 2 PartG muß allerdings im Lichte des Art. 21 Abs. 1 GG ausgelegt und angewendet werden.” BVerfGE 91, 276 at 284.

[129] Entscheidend ist das "Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse".

[130] “5. a) Die objektiven Merkmale der sogenannten Ernstlichkeitsklausel des § 2 Abs. 1 Satz 1 PartG sind nach alledem im Blick auf die den Parteien in dieser Vorschrift – in Übereinstimmung mit Art. 21 Abs. 1 GG – zugewiesenen Aufgaben auszulegen. Insgesamt kommt es darauf an, ob die Gesamtwürdigung der tatsächlichen Verhältnisse einer Partei – unter Einschluß der Dauer ihres Bestehens – den Schluß zuläßt, daß sie ihre erklärte Absicht, an der

politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken, ernsthaft verfolgt. Daraus ergibt sich, daß Vereinigungen, die nach ihrem Organisationsgrad und ihren Aktivitäten offensichtlich nicht imstande sind, auf die politische Willensbildung des Volkes Einfluß zu nehmen, bei denen die Verfolgung dieser Zielsetzung erkennbar unrealistisch und aussichtslos ist und damit nicht (mehr) als ernsthaft eingestuft werden kann, nicht als Parteien anzusehen sind.” BVerfGE 91, 276 at 288-289.

[131] 최소 5%득표율 기준 (정당 명부에서 최소 5%의 득표율을 획득하지 못한 정당은 비례대표제 의석 배분에서 제외된다)에 대해서 헌법재판소는 1979년 유럽의회 51 BVerfGE 222 (1979), 263, 777 n.42, 779 n-67, 779 n.69 사건에서 위헌이 아니라고 판결했으나 2011년 유럽의회 2 31 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 33 (2012), 263, 779 n.70. 사건에서 재판관 5-3의 다수의견으로 위헌 판결을 내렸다. 독일의 유럽의회 구성에서는 기준이 달리 적용된다.

[132] BVerfGE 107, 339, at 341-342.

[133] Rensmann T, Procedural Fairness in a Militant Democracy: The "Uprising of the Decent" Fails Before the Federal Constitutional Court, 4 German Law Journal 1117-1136 (2003), <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=332>.

[134] 독일연방헌법재판소법 43조1항에 따라, 의회(상원과 하원 각각)와 행정부는 정당 해산 심판을 청구할 수 있다.

[135] Muller F, "Report-Bundesverfassungsgericht, FCC)-2003" in Annual of German & European Law-2004, eds Miller & Zumbansen 2006, 333. 급박하고 현존한 위협의 범위와 정도에 대해서는 4인의 반대 의견을 참조하라.

[136] Hanschmann F, Another Test in Procedural Democracy: The Oral Proceedings in the NPD Party Ban case before the Federal Constitutional Court", German Law Journal 3/11 (2002, 11,1), available at <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=204>.

[137] "Die Verfahren werden eingestellt." BVerfGE 107, 339. 헌법재판소의 주된 관심 쟁점은 국가정보부 요원들이 정당에 깊숙이 침투하였다는 사실이 절차적 정의를 위반하는지 여부에 있었다. 그러나 헌법재판소는 헌법 기구인 정당에 대해서 국가가 감시하고 증거를 수집할 수 있는 한계가 어디까지 허용될 수 있는지에 대한 부분에는 판결을 내리지 않았다. NPD 정당이 자유 민주적 기본질서에 어긋나는지를 판단하는 것이 헌법재판소의 주된 관심 사항이 아니라 재판의 공정성 즉 국가 기관의 활동이 국민의 눈높이에 어떻게 비칠지에 대한 절차적 정의 측면으로 옮겨갔다고 해석된다.

[138] 적법 절차 Due Process 용어는 절차적 정의 procedural fairness; 자연법적 정의 natural justice 등의 다른 말로도 같이 사용된다. 절차적 정의 procedural fairness 개념은 미국 헌법에서 due process, 영국 헌법 원칙에서 natural justice으로 표현된다.

[139] 헌법은 정당 활동의 완전한 자유를 보장하고 있다. 국가 개입으로 자유롭다는 독일어 원문 표현은 strikte Staatsfreiheit, 영어 번역은 strict freedom from State interference. "압수 수색으로까지 진실을 꼭 밝혀내 엄히 처벌해야 한다" 는 생각은 항상 옳은 것이 아니다. 로마시대 변호사 키케로의 법격언 "Cedant arma togae" 은 "let arms yield to the toga: "let military power give way to civil power: 군대의 칼이 판사의 법복에 진다" 는 뜻이다. 절차적 정의의 중요성을 강조하는 다음의 견해를 참고하라: "법이 곧 진실이자 정의일 것이라는 가정에서 벗어나자. 그것은 도착점이지 출발점이 아니다. 법은 진실을 담는 가장 안전한 그릇일 뿐이다. 급하다고 그릇을 먹을 수는 없지 않는가!"

[140] BVerfGE 107, 339.

[141] BVerfGE 107, 339. Rensmann T, Procedural Fairness in a Militant Democracy: The "Uprising of the Decent" Fails Before the Federal Constitutional Court, 4 German Law Journal 1117-1136 (2003), <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=332>.

[142] Hassemer, Broß, Osterloh 재판관. BVerfGE 107, 339 at 361-378. Kommers, at 296-299, "NPD違憲政黨訴訟と憲法裁判", 現代法学, (2005), at 124-133 참조.

[143] 번역은 Kommers, at 296-299, "NPD違憲政黨訴訟と憲法裁判", 現代法学, (2005), at 124-133 참조했다. 각주는 저자의 설명이다. 그리고 판결문 원문에서의 판례 인용이나 원문 각주는 생략하였다.

[144] 여기 판결문 번역에서 "입헌주의 법치 국가 법원칙" 이라고 번역한 이유는 "자유 민주주의 헌법 기본질서" 개념과 "법치국가" 법원칙 요건이 항상 동일한 내용이 아니고 따라서 판례법 국가의 "법의 지배 rule of law" 개념들과 비교해 볼 필요성이 있다는 저자의 강

조 의미를 부여하기 위해서임을 참고하라.

[145] 자기결정권은 영어로 self-determination 독일어로 Selbstbestimmungsrecht로 표현한다. “주민 스스로 투표를 통해서 국가의 정치 체제를 수립하는 주민 자치 the right of a nation’s people to control their own political processes”를 뜻한다. 국민 스스로의 운명을 국민들이 서로 동의하게 투표에 의해 결정한다는 의미에서 “혁명”과는 반대되는 의미를 갖는다.

[146] 예리한 무기, 양날의 칼의 독일어 원문 표현은 “die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde”.

[147] “Das verfassungsgerichtliche Parteiverbot, die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde, braucht ein Höchstmaß an Rechtssicherheit, Transparenz, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit des Verfahrens. Dies gilt auch für das zu beurteilende Tatsachenmaterial. Nur eindeutige und offene Zurechnungen von Personen, Verhalten und Äußerungen entweder zur Sphäre der Antragsteller oder zu der der Antragsgegnerin ermöglichen es dem Gericht, eine verfassungsrechtlich vertretbare Entscheidung über Verfassungswidrigkeit oder Verfassungsmäßigkeit der Partei als Ergebnis eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens zu finden und zu verantworten.”, BVerfGE 107, 339 at 368.

[148] Sommer, Jentsch, Di Fabio, Mellinghoff 재판관. 판결문 BVerfGE 107, 339 at 378–394. Kommers, at 299–300, “NPD違憲政黨訴訟と憲法裁判”, 現代法学, (2005), at 133–142 참조.

[149] BVerfGE 107, 339 at 378–380.

[150] “Es ist die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, selbst für die notwendige Aufklärung des Sachverhalts zu sorgen. § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG bestimmt, dass das Bundesverfassungsgericht den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis erhebt. Dieser Untersuchungsgrundsatz begründet für das Gericht nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu ermitteln.” at 388. “Darüber hinaus kann das Bundesverfassungsgericht weitere Ermittlungsmaßnahmen und Beweiserhebungen zur Erforschung der entscheidungserheblichen Umstände vornehmen.” at 389.

[151] At 380. “Denn das Gerichtsverfahren dient dem Rechtsstaatsprinzip gerade dadurch, dass es in gesetzmäßiger förmlicher Weise die Ziele materieller Gerechtigkeit verwirklicht und Streit verbindlich schlichtet.” “Eine Prozessbeendigung ohne Aufklärung der abwägungsrelevanten Tatsachen widerspricht der besonderen Justizgewährungspflicht aus Art. 21 Abs. 2 GG i.V.m. §§ 43 ff. BVerfGG und kommt deshalb nur ausnahmsweise in Betracht. Das Bundesverfassungsgericht wird von Art. 21 Abs. 2 GG als einziges Organ der freiheitlichen Rechtsordnung mit der Kompetenz und zugleich mit der Rechtspflicht betraut, auf Antrag über die Verfassungswidrigkeit einer Partei zu befinden. Es hat damit von Verfassungs wegen über ein Verfahren zu entscheiden, in dem es um die Wahrung von Grundwerten und maßgeblichen Voraussetzungen der Verfassungsordnung geht (vgl. Stern, a.a.O., S. 194 [198]). Mit Art. 21 Abs. 2 GG und der Ausgestaltung durch § 46 BVerfGG fallen die exekutive Aufgabe der Gefahrenabwehr und die richterliche Rechtserkenntnis in einer besonderen Pflicht zur Justizgewährung zusammen.” BVerfGE 107, 339 at 386.

[152] BVerfGE 107, 339 at 381.

[153] “konkreten Präventionszweck des Parteiverbotsverfahrens”, at 385. “präventiven Schutz” at 386. 예방적 성격 precautionary principle이 전투적민주주의 이론의 핵심에 속한다. KPD 케이스 BVerfGE 5,85 at 139를 참조하라.

[154] BVerfGE 107, 339 at 387.

[155] BVerfGE 107, 339 at 386.

[156] “Das Grundanliegen einer Verfassung, die sich nicht durch den Missbrauch der von ihr gewährleisteten Freiheitsrechte zur Disposition stellen lassen will und mit gleicher Entschiedenheit der Verächtlichmachung und Herabwürdigung von Menschen oder Gruppen von Menschen entgegentritt (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG), wäre verfehlt, wenn der Senat ein Verfahrenshindernis annähme, ohne die konkrete Gefährlichkeit der Partei und mögliche Verstöße gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens hinreichend aufzuklären, die rechtliche Bedeutung mit den

Beteiligten zu erörtern und sodann die rechtlichen Belange gegeneinander abzuwägen.” BVerfGE 107, 339 at 388.

[157] 스페인 분리주의자 위험 정당 심판 케이스 참조. Herri Batasuna and Batasuna v. Spain (Applications nos. 25803/04 and 25817/04), 유럽인권재판소 2009년 6월 30일 판결. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93475>; VONA v. HUNGARY, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-122183>.

[158] 유럽인권재판소의 정당 해산 기준 또한 마찬가지로 실제적인 위험이 발생하기 전이라도 정당해산이 정당화될 수 있다. There needs to be a convincing and compelling reason as well as a pressing social need for the ban.

[159] 유럽인권재판소에 대한 상소 가능성에 대해서는 다음 자료를 참조하라: Hanschmann F, Federal Constitutional Court To Review NPD Party Ban Motion, 2 German Law Journal (2001), <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=104>.

[160] United Communist Party of Turkey v. Turkey, 1998-I Eur. Ct.H.R. 1 (1998).

[161] 유럽통합의 사법적 질서 측면에서도 헌법재판소는 소송 종료를 선언하는 현실적인 선택을 하지 않을 수 없었을 것으로 여겨진다. 헌법재판소 판결 다음 해인 2004년 9월에 실시된 주의회선거에서 NPD는 작센주에서 9.2%의 득표율을 얻고 주의회에서 진출하였다.

[162] Hanschmann F, Another Test in Procedural Democracy: The Oral Proceedings in the NPD Party Ban case before the Federal Constitutional Court”, German Law Journal 3/11 (2002, 11,1), <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=204>.

[163] 독과수 과실 이론 fruit of the poisonous tree doctrine은 위법하게 수집된 증거는 법정 증거로 채택될 수 없을 뿐만 아니라 이로 부터 파생된 2차적인 증거의 증거능력까지 배제하는 형사소송절차법원칙을 말하며 미국에서는 Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920) 판례에서 확립되었다.

[164] BVerfGE 107, 339 at 368.

[165] “[Germany] no longer needs to resort to illiberal measures in order to preserve its liberal character. Instead, German society can now concern itself with promoting the constituent elements of the free democratic basic order for all, trusting a citizenry now steeped in a vibrant democratic culture to pursue the best interests of a liberal society through the unfettered marketplace of ideas.”, Kommers, at 295.

[166] Vogt v. Germany Case (Application no. 17851/91). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012>.

[167] “The DKP had not been banned by the Federal Constitutional Court and that, consequently, the applicant’s activities on its behalf were entirely lawful.”

[168] “[Her activities] had been lawful political activities for a lawful party and could not therefore amount to a failure to fulfil her duty of political loyalty.”

[169] The principle of a “democracy capable of defending itself” (wehrhafte Demokratie).

[170] 역주. 통합 유럽의 법질서는 회원국의 국내법 질서를 초월하고 그보다 상위에 있는 유럽인권재판소의 감독자적 European supervision 지위를 인정하고 있다. 유럽인권재판소가 국내 최고법원보다 상위에 위치하고 있음을 재차 강조하고 있다. 독일은 the Görgülü Case (2004.10.14 2 BvR 1481/04) 판례, 영국은 1998년 인권법 제정 이후 유럽인권재판소의 최고 지위성을 분명하게 인정하고 있다.

[171] 역주. 유럽인권협약 제10조 (표현의 자유) “1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 갖는다. 이 권리에는 의견을 갖는 자유, 또 공권력의 개입을 받지 않고, 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고 받는 자유가 포함된다. 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르는 것으로서, 국가 안전, 영토 보전 또는 공공의 안전을 위하거나, 무질서나 범죄의 진압을 위하거나, 건강과 도덕의 보호를 위하거나, 타인의 명예와 권리의 보호를 위하거나, 비밀로 수집한 정보의 공개를 방지하거나 또는 사법부의 권위와 공정성을 유지하기 위하여, 법률의 의하여 규정되고 민주사회에서 필요한 경우에 법률로 그 절차, 조건, 제약 또는 형벌을 과할 수 있다.”

[172] 역주. 이러한 유럽인권재판소의 임무가 법률심을 행하는 영미판례법국가의 사법 심사 judicial review 제도와 동일하다. 이러한 법률심 기능을 재차 강조하고 있다.

[173] 역주. 독일은 16개의 주 Land로 구성된 연방 국가이다.

[174] 역주. 니더작센주는 독일의 정당 해산 사건에서 자세히 설명하다시피 극우세력이 상대적으로 강한 지역이다.

[175] 역주. “The DKP had not been banned by the Federal Constitutional Court and that, consequently, the applicant’s activities on its behalf were entirely lawful.”

[176] 10대의 9의 가까스로 다수의 판결이었으므로 반대 의견을 소개한다. GOTCHEV 재판관의 보충 의견과 JAMBREK 재판관의 반대 의견은 번역에서 제외하였다.

[177] 역주. 우리나라 판결은 공무원이 정당에 가입하였다는 사실 자체만으로 유죄로 판단하였다. 우리나라에서는 독일과는 다르게, “국가공무원법상 당원이 될 수 없는 공무원 및 교사들이 당원으로 가입했다면 정당법 위반죄가 성립한다.”

[178] 독일연방공화국 기본법 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), <http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg.html>.

[179] 영어 번역은 독일 정부, Article 146 [Duration of the Basic Law] “This Basic Law, which since the achievement of the unity and freedom of Germany applies to the entire German people, shall cease to apply on the day on which a constitution freely adopted by the German people takes effect.”

[180] 기본법에서 “헌법재판소 Verfassungsgericht” 설치를 규정하고 헌법의 규범성을 지키게 하고 있다. ‘기본법’을 해석하는 기관 이름을 ‘헌법재판소’라고 부르고 있다. 헌법재판소 헌법소원 같은 용어 사용에서 보듯이, 헌법이라는 용어의 사용은 자연스럽다.

[181] 히틀러 나치 독재 체제하의 실정법만능주의를 나타내는 것으로서 “법은 국가의 필요에 따라 법은 유효하다 Recht ist, was dem Staat nützt.”의 당시의 표현이 있다.

[182] 독일에서 헌법 개정은 1949년 기본법 제정 이후 2012년 7월 12일까지 총 59번의 헌법 개정이 이루어졌다.

[183] 19조2항. 79조3항: “An amendment of this Basic Law affecting the basic principles laid down in Articles 1 and 20 is inadmissible.”

[184] 79조3항 ” An amendment of this Basic Law affecting the basic principles laid down in Articles 1 and 20 is inadmissible.”

[185] 우리나라 헌법을 예로 들어 보면 대통령제에서 내각제로 헌법 개정을 하는 것은 민주주의 방법과 절차를 따르는 한 얼마든지 가능하지만 헌법 개정에서 있어서 기본적 인권 규정을 본질적으로 침해하는 헌법개정까지 허용되는 것은 아니라는 뜻이다.

[186] 1952년 SRP판결문 BVerfGE 2, 1 at 12, 1956년 KPD판결문 BVerfGE 5, 85 at 139에 나타난다.

[187] BVerfGE 2, 1, at 12, 영어 번역은 Capoccia, Militant Democracy, Oxford, at 211.

[188] 한국어 번역으로써 지금껏 정립된 “자유민주적 기본질서”라는 말보다 “자유 민주주의 헌법 질서”라는 표현이 보다 나은 번역이라고 생각한다.

[189] 水島朝穂, “ボン基本法における自由な民主主義基本秩序”, 早稲田法学29卷 (1978), at 323. 표를 참조함.

[190] 우리나라 헌법재판소는 왜 독일연방헌법재판소가 “자유민주적 기본질서”의 개념을 정의한대로 그대로 직접 인용하지 않았을까? 재판의 공정성과 투명성 제고의 측면에서도 원문 인용은 정확하게 밝히는 것이 타당하다. 법관도 다른 일반인과 마찬가지로 저작권법에 구속된다. 여기에서 우리나라 판결문 양식을 논할 의도나 지면은 없는 관계로 다음과 같은 간단한 질문적 글로써 대신한다. 우리나라 헌법 103조 규정: “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.” 우리 민법 1조 (법원 legal sources) 규정: “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.” 그런데 우리 민법전의 기초 자료가 된 스위스 민법 규정은 다음과 같다: 스위스 민법 “제1조 ① 이 법은 문자상 또는 해석상 이 법이 규정하고 있는 모든 법 문제에 대하여 적용된다. ② 이 법에 규정이 없는 경우에는 법관은 관습법에 따르며, 관습법도 없는 경우에는 그가 입법자라면 제정하였을 법칙에 의하여 재판하여야 한다. ③ 그에 있어서 법관은 검증된 학설과 선례에 따른다.” (1조 (Application of the law) 1.1 The law applies according to its wording or interpretation to all legal questions for which it contains a provision. 1.2 In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with customary law and, in the absence of customary law, in accordance with the rule that it would make as legislator. 1.3 In doing so, the court shall follow established doctrine and case law.” 영어 번역은 스위스 정부의 번역을 그대로 가져옴, <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/a1.html>.) 법관이 판결할 때 법관이 보이지 않는 그 무엇을 따른다고 말하는 그것은 올바른 설명이 아니다. 법관이 판결을 내릴 때는 과거의 앞선 판례 ie 선례를 따른다 (선례를 비교 분석하고 맡은 사안에 적용한다). “법관은 검증된 학설과 선례에 따른다”는 것은 대륙법 체계에서 나타나는 현상이고, 반면 영미법 국가의 법관들은 앞선 “판례”를 따르므로 영미법 판례법국가들에서는 “학설”이 법원 판결에서 차지하는 경우란 미미하다. 법원의 법관이 판결문으로 다루지 않는

탁상공론에 불과한 학설은 판례에서 어떤 영향을 주기 힘들다. “어려운 사건이 나쁜 법을 만든다 Hard cases make bad law” 는 법언이 있는데, 난제 사건에서 주요 원천 소스에서 답을 찾아 내지 못한 경우 법학 학술 논문 등을 참조하는 경우가 많다. 법해석 문제에서 교과서나 학술 논문 등을 참조할 때 이를 “2차적 소스” 라고 부른다. 스위스 민법전에서는 “학설과 판례를 따른다” 고 규정한 것은 대륙법에서는 법학자들의 영향력이 강한 교육 풍토이기에 “검증된 학설” 을 거론한 것이다. 반면 판례법국가들에선 법학자의 영향력은 미미하고 법관들의 권한이 막강하므로 오로지 법원의 판결문인 “판례” 를 따른다. 또 만약 학설이 법관이 사안을 내릴 때 참조해야 한다고 규정하게 되었다면, ‘검증된 학설’ 인지 여부를 놓고서 뜨거운 논쟁을 벌일지 모른다. (조선시대 때 주자가례 해석을 놓고서 사색당파가 각기 다른 주장을 펼친 예송논쟁의 역사를 보거나) 또는 창조론이나 진화론이나의 미국연방대법원 사건(Edwards v. Aguillard 482 U.S. 578 (1987))의 예처럼 또 다른 분쟁의 씨앗을 낳는 일이 되었을 지도 모른다.

[191] “If there be any among us who wish to dissolve this union, or to change its republican form, let them stand undisturbed, as monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated where reason is left free to combat it.”

[192] “Incommensurability of value” , 가치의 통약불능성은 다양한 가치를 하나의 잣대로 평가할 수 없다는 것을 말한다. 사람들은 같은 물건 같은 사건 같은 관계라고 해도 각자가 받아들이고 평가하는 방식이 다르다는 것을 의미한다.

[193] 축구 경기 시작할 때 양 진영을 결정할 때 동전던지기를 하는데 여기서 동전 자체는 아무런 내용이 있는 것이 아니다. 그러나 누구든지 동전던지기 등 제비뽑기 방식에는 동의를 할 것이다. 결과가 실망스러울지라도 그런 동의를 이끌어내는 절차를 모두가 의심없이 받아들이기 때문이다. 여기에서 동전던지기가 정당하기 때문에 결과를 받아들이는 것이 아니다.

[194] 다양한 물건들을 갖춘 경쟁 시장에서의 소비자의 자유로운 선택에 따라 상품의 운명을 결정짓는다는 믿음이 자유시장질서체제라면 믿는다면 마찬가지로 다양한 가치를 가진 개인들 모두를 존중하고 자유로운 사상의 시장에서 자유로운 토론을 통해서 다수에 의해 결정되는 정치적 합의를 이루는 것은 한국에서도 가능하다. 굳이 한국의 정치 질서에서는 이질적인 것으로 치부되어야 할 한국적 특수성이 강조될 이유를 찾기는 힘들 것이다. 1990년 동독과 서독은 통일 조약을 맺고 독일 전체 국민의 자유로운 선거를 통해서 공산당일당독재체제를 거부하고 자유민주주의헌법 체제를 재확인했다. 어느 누가 강제력을 동원하지 않았어도 두 정치체제 중에서 독일의 전체 국민들은 자유로운 각자의 의사에 따라서 자유민주주의헌법 질서를 선택했다.

[195] 예컨대 낙태에 관한 문제같이, 가치를 계량할 수 있는 유일한 척도는 존재하지 않지만 가치 사이의 비교 형량은 가능하다는 것은 선스 타인 Sunstein의 통약불능성의 개념에 따라서 헌법재판의 결정이 이루어진 이후에도 전체적인 동의의 문제가 해결되는 것은 아니다. 독일의 경우 해산 명령 후 대체 정당의 설립으로 헌법재판소의 판결의 실효성 enforcement이 담보되지 못했다.

[196] 상징적 성격을 의미한다.

[197] Rawls, J. A. Theory of Justice, Harvard University Press, 1971, at 126-130.

[198] “good people do not need laws to tell them to act responsibly, while bad people will find a way around the laws” ; “Oh judge! Your damn laws! The good people don't need them, and the bad people don't obey them.” Troester, Rosalie Riegler (1993). Voices from the Catholic Worker. Temple University Press. p. 114.

[199] 롤스도 의견불일치의 존재가 인간 사회의 역사적 현실적인 조건이라고 파악했다. 민주주의 사고, 정치적 공통적 합의의 세계, John Rawls the idea of democracy, the domain of the political and overlapping consensus.

[200] disagreements about justice, rights and the common good, Waldron, J. Law and Disagreement, Oxford University Press, 1999.

[201] 드워킨의 “평등하게 존중받고 배려받을 권리는 원칙의 문제이다. A right to equal respect and concern, is an argument of principle.” John Rawls’ s idea of justice as fairness. Rawls raises two principles of justice which he believes would be chosen in the original position: First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’ s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all. A Theory of Justice, 1971, at 60.

[202] Waldron, J., The Dignity of Legislation, Cambridge University Press, 1999, at 154-155.

[203] (그런데 우리나라 사람들은 영미판례법 국가의 사람들과는 다르게 회의에서 다른 의견을 말하면 “여기 싸우려 왔냐?” 고 힐난하는 경

우가 종종 나타난다. 의견이 다르지 않다면 왜 회의에 참석했던 말인가!)

[204] “consensus exclude the necessity of politics” , Waldron, J. The Dignity of Legislation. Cambridge University Press, 1999. Waldron, J. Normative (or Ethical) Positivism. In: Coleman, Jules (Ed.). Hart’ s Postscript t : Essays on the Postscript to The Concept of Law, Oxford University Press, 2001.

[205] 우리나라 근대사를 예로 들어보면 쉽게 이해가 될 것이다. 쿠데타로 집권한 군사정권이 아무리 실질적으로 정의 실현을 내세운다 해도 국민들에게 지지를 받지 못한 이유는 쿠데타 정부는 정권의 정통성을 갖추지 못했기 때문이다. 여기서 정권이라는 단어를 법으로 환치하면 법의 ‘정당성 justification’ 과 법의 ‘정통성 legitimation’ 에 대한 개념이 보다 쉽게 이해될 것이다. 일당독재 북한체제에서 정권의 정통성은 과거 조선 왕조체제처럼 왕조혈통을 지녔느냐에 달려 있는 반면 자유민주국가체제 대한민국에서 정권의 권위는 선거를 통해 당선되었느냐에 달려 있다.

[206] ‘선량한 관리자 (trustee)’ 는 법적 의제 legal fiction로써 ‘수탁자’ 로 주로 번역되지만 영미법상의 트러스티 trustee 법개념은 독일법의 ‘선량한 관리자’ 개념보다 법적 의무와 지위가 보다 높고 강하며, 사람 사이의 의무관계를 뛰어넘을 만큼 고도의 도덕적 의무와 법적 의무를 동반하는 신탁의 의미를 갖는다.

[207] 독일과 미국은 여러 면에서 큰 차이를 나타낸다. 경제적인 측면에서 비교해 보면 미국은 1930년대 대공황을 경험했고, 독일은 살인적인 초인플레이션의 경제 파국을 경험했다. 대공황이 미국인들의 공황 공포 심리를 만들어 낸 반면 초인플레이션이 독일인들의 경제공포 심리를 만들어냈다고 한다. 국가 경제가 무너진 현상은 같아도 디플레이션과 인플레이션이라는 반대적인 경제 원인이었다는 점에서 미국인과 독일인의 경제 공포 심리는 서로 다르다고 한다.

[208] “독일연방의회 의원은 보통, 직접, 자유, 평등, 비밀선거로 선출된다. 의원은 전 국민의 대표자이며, 명령과 지시에 구속되지 않고, 오로지 자신의 양심에 책임을 진다. Members of the German Bundestag shall be elected in general, direct, free, equal and secret elections. They shall be representatives of the whole people, not bound by orders or instructions, and responsible only to their conscience.”

[209] 우리나라에서 의원의 전체 국민의 대표자로서 의원 지위에 대한 개념이 강하지 않는 이유는 대의제 민주주의 정치를 실현한 영미국만큼 오랜 의회 민주주의 전통이 존재하지 않았고 또 트러스트 trust 법원칙도 존재하지 않았다는 점을 생각해 볼 수 있다. 이러한 요인은 국가 전체 이익에 봉사하는 전체 국민의 대표자라는 개념보다 선거구민의 대리인으로 이해하는 개념이 보다 강한 이유의 하나라고 생각한다.

[210] “Certainly, Gentlemen, it ought to be the happiness and glory of a Representative, to live in the strictest union, the closest correspondence, and the most unreserved communication with his constituents. Their wishes ought to have great weight with him; their opinion high respect; their business unremitting attention. It is his duty to sacrifice his repose, his pleasures, his satisfactions, to theirs; and, above all, ever, and in all cases, to prefer their interest to his own. But, his unbiassed opinion, his mature judgment, his enlightened conscience, he ought not to sacrifice to you; to any man, or to any set of men living. These he does not derive from your pleasure; no, nor from the Law and the Constitution. They are a trust from Providence, for the abuse of which he is deeply answerable. Your Representative owes you, not his industry only, but his judgment; and he betrays, instead of serving you, if he sacrifices it to your opinion.”

[211] “Parliament is not a Congress of Ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an Agent and Advocate, against other Agents and Advocates; but Parliament is a deliberative Assembly of one Nation, with one Interest, that of the whole; where, not local Purposes, not local Prejudices ought to guide, but the general Good, resulting from the general Reason of the whole. You choose a Member indeed; but when you have chosen him, he is not Member of Bristol, but he is a Member of Parliament.” , The Works of the Right Honourable Edmund Burke. 6 vols. London: Henry G. Bohn, 1854-56.

[212] 1945년 광복 이후 한반도를 두고 미소간에 “신탁 통치 Trust” 가 논해지고서 있을 때 한국인들은 해방 정국에서의 “신탁 Trust” 에 법적 성격에 대해서 이해가 크게 부족했음을 나타냈다.

[213] 2001년 유럽의회 결의 참조. De Waal, “In search of a model for introduction of the trust into a civilian context” , Stellenbosch Law Rview vol 12 2001, at 71. 프랑스 경우 2007년도에야 도입됐다. 한국, 일본, 프랑스, 독일은 비교적 최근에야 영미법

상의 Trust 법제를 도입하게 되었고, 아직까지는 금융 및 상업적인 영역에서의 부분적 제도 도입에 머물고 있다. 일부 부분적인 도입만으로 트러스트 법체계와 트러스트 법원칙들이 바로 근본적으로 정착되기 어려울 것이고 오랜 시간을 요구할 것이다.

[214] 보다 자세한 내용은 막스 베버의 “소명으로써의 정치” 을 참조하라.

[215] “My worthy Colleague says, his Will ought to be subservient to yours. If that be all, the thing is innocent. If Government were a matter of Will upon any side, yours, without question, ought to be superior. But Government and Legislation are matters of reason and judgement, and not of inclination; and, what sort of reason is that, in which the determination precedes the discussion; in which one sett of men deliberate, and another decide; and where those who form the conclusion are perhaps three hundred miles distant from those who hear the arguments?” 버크 연설, 1775.

[216] “All government□indeed every human benefit and enjoyment, every virtue and every prudent act□is founded on compromise and barter.”, 버크, Speech on Conciliation with America, 1775.

[217] ‘Our democracy has to become militant if it is to survive...’ Mannheim, “Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist” , at 7. 1942년 5월 20일, 강의, Institute of Education. ‘전투적 민주주의’ 개념과 전략을 처음으로 제시한 자료는 뢰벤슈타인의 1937년 논문이었다.

[218] BVerfGE 5, 85, 판결문 138-139.

[219] 방어적 민주주의 wehrhafte Demokratie를 영어로 설명하는 판례를 인용하면 “The principle of a "democracy capable of defending itself".

[220] “Fire is fought with fire.” , Loewenstein, at 656.

[221] Loewenstein, at 418.

[222] Loewenstein, K, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I” The American Political Science Review, Vol. 31, No. 3(1937), 417-432; “Militant Democracy and Fundamental Rights, II” , The American Political Science Review, Vol. 31, No. 4(1937), 638-658.

[223] “ Fascism a World Movement. Fascism is no longer an isolated incident in the individual history of a few countries. It has developed into a universal movement which in its seemingly irresponsible surge is comparable to the rising of European liberalism against absolutism after the French Revolution.” Loewenstein, at 417.

[224] 뢰벤슈타인은 논문에서 프랑스어 표현을 삽입했다. “Ote-toi de la, que je m’ y mette” 이말의 영어 번역은 ‘Get out of the way, so I can take your place’ 으로 정치변혁이 권력자 사람만 바뀌는 것에 머무르는 것을 냉소적으로 비유하는 말이다.

[225] Loewenstein, at 421-422.

[226] Loewenstein, at 422.

[227] Loewenstein, at 423.

[228] “Fascism is the true child of the age of technical wonders and of the emotional massage.” Loewenstein, at 423.

[229] Loewenstein, at 423.

[230] Loewenstein, at 431. 뢰벤슈타인은 민주주의가 본질적인 취약점을 갖는 이유로서 민주주의는 타협을 통해서 이뤄지는데 이것은 위 기사에는 무기력을 넣고, 또 민주주의는 적대세력도 허용하는데 이로써 적대세력의 비난과 공격에 그대로 노출되어 있고, 또 적대세력은 언론자유를 통하여 자신들의 목표를 극대화하며, 또 민주주의는 민주주의를 파괴하는 적대적인 정당도 허용하고 있다는 것을 들었다. 뢰벤슈타인은 이러한 점들로 인해서 민주주의 체제는 본질적으로 내재적인 취약점을 갖고 있다고 주장하였다. 이런 상황 인식에 따라서 뢰벤슈타인은 민주주의의 취약점을 극복할 수 있는 법적 조치들을 열거하였다.

[231] Loewenstein, at 423.

[232] Loewenstein, at 424.

[233] “gravest mistake of the democratic ideology, proportional representation” , Loewenstein, at 424. 뢰벤슈타인이 독일의 정당 비례대표제를 크게 비판한 점을 특기할 필요가 있다. 뢰벤슈타인은 파시즘을 막기 위한 방안으로써 입법부 의원특권 정당특권을 남용하는 것을 방지하는 방안(5)을 자세하게 거론하였다. 대의제 민주주의 원칙이 엄격히 지켜지는 미국 영국에서는 소수당이 난립하지 않지만

정당비례 대표제를 실시하고 있는 독일에서는 소수당이 난립한 문제점이 있다.

[234] Loewenstein, at 425.

[235] Loewenstein, at 430-431. 정당의 역할과 활동 보장의 필요성이 인정하면서 다른 한편으로 정당 결사 단체를 금지하는 경우 이는 정치적 표현의 자유와의 충돌이 불가피하게 일어날 것이다. 이런 쟁점은 독일헌법재판소에서나 미국의 연방대법원에서의 헌법재판에서 핵심적으로 토의 분석되고 있다.

[236] Loewenstein, at 644-656.

[237] Loewenstein, at 430-431.

[238] Loewenstein, at 657-658.

[239] Loewenstein, at 658.

[240] 뢰벤슈타인의 '질서있는 권위주의 체제' 개념은 만하임이 주장했던 자유방임주의도 전체주의도 아닌 새로운 '제3의 길 The Third Way' (1951)과 맥을 같이한다.

[241] 독일 공무원에게 무슨 일이 있더라도 기본법의 의미에 따른 자유 민주적 기본질서를 수호할 것을 맹서하게 하고 적극적인 수호 의무를 부과하는 것은 '공무원이 헌법과 민주주의의 수호자 the civil service is the guarantor of the Constitution and democracy' 라는 개념에 기초하고 있다. '민주주의 그 자체를 방어할 능력을 갖는 민주주의' 전투적 민주주의 원칙의 기초를 이루고 있다.

[242] 최후의 헌법 수호자의 지위에 대한 미국연방대법원과 독일헌법재판소의 판결을 참조하라. "민주주의 그 자체를 방어할 능력을 갖는 민주주의" 전투적 민주주의 이론에서 공무원의 충성무무를 강조한다. 뢰벤슈타인은 제아무리 법률을 잘 정비해도 법을 집행하는 국가 공무원이 법을 지킬 의지가 없다면 법은 무용지물이 되고 만다는 점을 옳게 지적했다. 뢰벤슈타인은 행정부관리의 자의적 권력 행사의 위험성이 크다는 점을 정확하게 인지하지 못한 것 같다.

[243] 민주주의를 지키기 위해서 민주주의에 도전하는 것을 용납하지 않고 그 도전 세력에 대해 전쟁을 선포할 수 있는지 여부의 문제-이를 "민주주의의 역설 democratic paradox" 이라고 부른다- 즉 민주주의는 누구나 자유롭게 정치적 의사 형성 과정에 참여할 수 있는 것을 보장하는 제도인데 선거에 참여하는 것 자체를 불가능하게 만드는 정당의 강제 해산 조치가 과연 민주주의 원칙과 양립하느냐의 의문을 낳게 된다. 정권의 정치적 정당성은 국민 주권과 국민 자치 원칙에 따라 실시되는 선거를 통해서 획득되는데 국민의 정치 의사 형성을 막는 것 자체가 민주주의 원칙을 위반하게 된다는 생각을 말한다. 민주주의 체제란 국민 자치 원칙에 따라 누구라도 국민의 지지를 받으면 정권을 획득하는 것이고 또 국민의 정치 의사 형성 과정이 민주적인 방식에 의존해야 한다면 어떤 정당- 심지어는 반민주적인 체제를 옹호하는 정당까지라도 누구에게나 개방되어야 하는 것이 마땅할 것이다. 국민의 정치 의사를 형성하여 선거를 통해 (다수결 원칙에 따라) 잠재적인 정권을 획득하려는 하나의 정당인 이상 특정 정당을 배제하는 것은 민주주의 원칙을 부정하는 것은 아닌가의 의문을 말한다.

[244] BVerfGE 5, 85, at 138-139.

[245] 미국의 브랜든버그 케이스를 참조하라. "society must be open to all political ideas." 1917년 아브라함 케이스에서 홀츠 대법관 반대의견 참조.

[246] Abrams v. United States 250 U.S. 616 (1919). 홀츠대법관 반대의견, "But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment."

[247] 영미국의 판례법 국가의 헌법에는 정당 해산 제도를 별도로 마련해 두고 있지 않다. 소수파를 강제적으로 배제한다는 것은 미국의 토마스 제퍼슨 같은 미국의 건국영웅들이 잘 파악했다시피 정치적 소수파를 배제하는 것은 정권의 정통성이 의문시되는 반민주주의적 사고에 해당한다. 미국 헌법 제정 당시 정당 금지 제도를 주장하기 어려웠던 이유가 여기에 있을 것이다. 행정부의 자의적 행사의 위험성이 크기 때문에 정당 해산의 결정권을 행정부가 아니라 사법부에 맡겨 두고 된 것이다. 독재의 위험성이 거의 없는 사법부에 의한 사법적 판단에 따라 정당 해산의 문제를 판단하게 함으로써 엄격하고 신중한 이중적 절차를 마련해 놓은 것이다.

[248] 이 표현은 후쿠야마의 대담한 선언이었던 "역사의 종언" 에 대비해서, Kagan R, "The Return of History and the End of Dreams", Vintage Books, 2009 책제목에서 가져온 표현이다.

[249] Loewenstein, at 657.

[250] 후쿠야마, “the end point of mankind's ideological evolution and the universalization of Western liberal democracy as the final form of human government.”

[251] “Not to decide but to persuade” , 설득의 시기에는 합의를 도출하는 절차적 과정이 중요하게 여겨진다. 반대 의견에 대한 관용의 중요성을 이해하는 것이 필요하다.

[252] Bickel, “Democracy functions not merely as a sharer of power, but as a generator of consent.”

[253] Jones v National Coal Board [1957] 2 QB 55 at 63.

[254] ‘엽관제도 spoils system’ 는 승자독식의 미국식 대통령제도의 전형적 폐해로 잘 알려져 있고 한국과 같은 전제적 대통령제도의 가장 큰 문제중의 하나로 부각되어 있다. 정당국가의 후원자 제도 patronage system문제하고 연결되는 개념이다. 또한 내부 부패로써 횡령과 배임의 문제 또한 정실주의 문화의 결과일 것이다.

독일의 정당 해산 심판

블로그 A Story of Wall Street <http://blog.daum.net/blacksilk>

저자 Kramer

발행일 2015.07.19 18:45:43

 블로그