

政黨解散審判制度에 관한 研究

2004. 12

憲法裁判所

憲法裁判所에서는 1989년부터 매년 學術團體 등에 研究用役을 의뢰하여 憲法裁判制度에 관한 研究를 하여 왔습니다. 이 책자는 2004년도 연구계획에 의하여 韓國公法學會로부터 제출받은 研究報告書로서 憲法裁判制度研究에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

정당해산심판제도에 관한 이 연구는 한국공법학회가 헌법재판소로부터 연구용역을 받아 연구책임자 이성환에게 연구진 구성 및 그 수행을 의뢰하여 4인의 공동연구자가 작성한 것이다.

연구자 4인은 다음과 같이 연구내용을 분담하였다. 연구책임자 이성환은 정당해산심판제도의 I. 총설, V. 정당해산심판결정의 효력과 집행, VI. 결어를, 공동연구자 정태호는 III. 정당해산심판의 실제적 요건 중 2. 정당, IV. 정당해산심판의 절차를, 공동연구자 송석윤은 II. 외국의 위헌정당해산제도 중 2. 독일의 위헌정당해산제도, III. 정당해산심판의 실제적 요건을, 공동연구자 성선제는 II. 외국의 위헌정당해산제도의 나머지 부분을 담당하였다.

연구의 진행과정에서 연구자들은 모두 세 차례에 걸쳐 토론을 가졌다. 제1차 토론에서는 각 담당부분에 관한 연구의 기본방향을 발표하고 이에 대해 공동토론 하였다. 제2차 토론에서는 각 담당부분에 관한 초고의 요지를 놓고 공동토론 하였다. 공동토론을 통해 연구자들은 각자의 개인 의견에 부분적 수정을 가하고 다른 연구자들의 의견을 수용한 부분들도 있다. 다만 연구분담부분에 대한 연구자 자신의 의견을 원칙적으로 반영하는 기조 위에서 연구보고서가 작성되었다. 제3차 토론에서는 중간보고서를 제출함에 있어 간단한 내용 검토를 하였다.

아울러 연구자들은 연구과정에서 헌법재판소 헌법연구관들과 한 차례의 토론을 거쳤다. 이 토론을 통해 연구자들은 직접 실무에 관

여하는 헌법연구관들의 의견을 듣고 연구관들의 의견개진 부분을 참고하고 반영하고자 하였다. 그러나 헌법연구관들의 의견은 어디까지나 참고에 그쳤음은 물론이며, 이 연구결과는 어디까지나 공동 연구자들의 공동연구 결과이다.

자료수집과 원고정리의 과정에서 국민대학교 법과대학 박사과정에 재학중인 박범관 조교가 큰 수고를 하였다. 이 자리를 빌어 감사의 뜻을 표한다.

이 공동연구가 정당해산심판제도에 대한 현대적 시각을 헌법재판을 연구하는 모든 분들에게 제시해 줄 수 있는 기회가 되길 바라며, 이 연구에 도움을 준 여러분들께 고마움의 뜻을 전한다.

2004. 10.

共同研究責任者 李 聖 煥

목 차

I. 총설	1
1. 연구의 목적·구성·방법	1
(1) 연구의 목적	1
(2) 연구의 구성	4
(3) 연구의 방법	5
2. 정당에 대한 일반적 이해	6
(1) 정당의 의의	6
(2) 정당의 법적 성격	9
1) 헌법기관설	9
2) 사적 결사설	10
3) 매개적 조직체설	10
4) 평가	12
(3) 헌법상 정당규정의 변천과정	13
1) 제1공화국 헌법상의 정당규정	13
2) 제2공화국 헌법상의 정당규정	14
3) 제3공화국 헌법상의 정당규정	15
4) 제4공화국 헌법상의 정당규정	16
5) 제5공화국 헌법상의 정당규정	16
6) 현행헌법상의 정당규정	17
(4) 정당해산제도의 의의	17
1) 정당해산제도의 의의	17
2) 정당의 임의해산과 등록취소	20
3) 정당해산제도와 헌법보호	21

4) 정당해산제도의 도입배경	23
(가) 독일에 있어서의 정당해산제도의 도입배경	23
(나) 우리나라에서의 정당해산제도의 도입배경	24
3. 정당해산심판의 기본적 쟁점사항	25

II. 외국의 위헌정당 해산제도

1. 유럽 각국의 정당해산제도	28
(1) 개관	28
(2) 법에 의한 정당 활동의 제한	30
1) 형식적 제한사유	30
2) 실질적 제한사유	32
(3) 제한 조치의 실행 사례	34
(4) 권한 있는 기관	36
(5) 베니스위원회 지침	37
2. 독일의 위헌정당해산제도	39
(1) 민주적 정당국가의 시련	39
(2) 정당조항의 도입과 정당해산제도	39
1) 독일기본법의 조항	40
2) 독일 연방헌법재판소법의 조항	40
(3) 정당해산결정의 실례	42
1) 사회주의제국당과 독일공산당의 해산결정	42
(가) 사회주의제국당(SRP) 해산결정	42
(a) 사실의 개요	42
(b) 판결요지	44
(c) 판결주문	46
(d) 평가	46

(나) 독일공산당(KPD) 해산결정	47
(a) 사실의 개요	47
(b) 판결요지	51
(c) 판결주문	53
(d) 평가	54
2) 민족주의명부와 자유독일노동자당에 대한 각하결정	55
3) 고려되었지만 청구되지 않은 경우	55
4) 독일민족민주당에 대한 해산청구	56
(4) 정당해산제도의 논거 : 바이마르공화국의 경험과 방어적 민주주의	58
(5) 정당해산제도에 대한 평가	60
3. 터키의 위헌정당해산제도	62
(1) 개관	62
(2) 위헌정당 해산절차와 효과	64
(3) 구체적 사례	67
1) 터키 연합공산당 사건	67
2) 사회당 사건	68
3) 자유민주당 사건	68
4) 인민노동당 사건	69
5) 민주당 사건	70
6) 복지당 사건	70
4. 미국	72
(1) 개관	72
(2) 캘리포니아	73
5. 일본	76
(1) 정당의 헌법상 지위	76

(2) 정당 관련법의 역사적 전개	78
(3) 파괴활동방지법의 내용	79
Ⅲ. 정당해산심판의 실제적 요건	84
1. 정당해산제도의 기본성격과 해산요건의 해석기준	84
(1) 민주적 정당국가와 헌법상의 정당조항	84
(2) 민주주의에서의 헌법보장	86
(3) 정당특권으로서의 정당해산제도	87
(4) 정당해산제도의 효율성문제	88
(5) 우리나라에서의 헌법실현과 정당해산제도의 위상	89
(6) 정당해산요건의 엄격한 해석	90
2. 정당	92
(1) 헌법의 우위와 헌법차원의 정당개념의 정의의 필요성	92
(2) 헌법적 의미의 정당개념	93
1) 국민의 정치의사형성에의 직접적 참여	94
2) 국민의 정치의사형성의 참여에 필요한 ‘객관적 조건들의 확보’	97
3) 헌법적 의미의 정당에 대한 개념정의 및 정당이 아닌 유사조직과의 구분	100
(가) 헌법적 의미의 정당개념에 대한 정의	100
(나) 정당의 개념표지	100
(a) 국민의 정치적 결사	100
(b) 정치적 목표	101
(c) 선거에의 참여	102
(d) 조직의 진지성	105
(다) 개념표지로 볼 수 없는 것	107

(a) 입당의 자유	107
(b) 정당 일반의 인정여부	108
(c) 정당이라는 명칭을 사용하는지 여부	108
(d) 정당이 합헌성을 띠는지 여부	108
(e) 기타(법적 형태, 조직구조, 문서화된 정관이나 강령)	109
(f) 정당의 등록여부	109
(라) 유사개념	110
(a) 지방(자치단체)정당(Rathauspartei; Kommunalpartei)	110
(b) 선거단체(Wählervereinigung)	113
(c) 방계조직(Nebenorganisation; Hilfsorganisation)	113
(d) 대체정당(정당법 제42조 참조)	114
(e) 위장조직(Tarnorganisation)	115
(3) 현행 정당법의 정당개념과 정당등록제도의 문제점	115
1) 정당법상 정당개념의 문제점	115
2) 정당등록제도의 본질과 현행 정당등록제도의 문제점	116
(가) 정당등록제도의 의의	116
(나) 정당등록제도의 유형	117
(다) 정당등록제 도입의 헌법적 전제	118
(라) 현행 정당법의 등록제도의 내용	118
(마) 현행 등록제도의 문제점	119
(바) 등록제도가 위헌인 경우 미등록 정당이나 등록취소 정당의 취급	122
(a) 정당등록제가 위헌인 경우의 정당등록의 의미	122
(b) ‘등록직전의 조직’의 정당해산심판의 대상적격의 문제	123
(c) 창당준비위원회	124

3. 정당의 목적이나 활동	126
(1) 민주적 기본질서에 위배되는 정당의 목적	126
1) 목적의 객관적 강도	127
2) 정당목적의 판단근거	127
3) 단기적인 목적과 장기적인 목적의 구별문제	129
(가) 단기적인 목적의 헌법위배에 국한해야 한다는 견해	129
(나) 장기적 목적도 포함해야 한다는 견해	130
(다) 목적의 시간적 구별이 불필요하다는 견해	131
(라) 평가	131
(2) 정당의 활동	132
1) 활동의 주체	132
2) 활동의 내용	133
(3) 목적과 활동의 관계	134
4. 민주적 기본질서의 의의	134
(1) 헌법조항의 연혁	135
1) 정당해산 요건으로서의 민주적 기본질서	135
2) 헌법전문에 민주주의와 자유민주적 기본질서	136
3) 평화통일조항과 자유민주적 기본질서	137
4) 평가 : 조국의 민주개혁에의 사명과 자유민주적 기본질서	138
(2) 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서의 관계	138
1) 양자를 구별하는 견해	139
2) 양자를 구별하면서 자유민주적 기본질서를 우선시하는 견해	139
3) 양자의 구별을 부정하는 견해	140
4) 평가	140

(3) 헌법재판소의 결정례	142
1) 민주적 기본질서의 내용	142
2) 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서	143
3) 독일 연방헌법재판소 결정례와의 비교	143
(4) 민주적 기본질서의 법적 성격 : 헌법질서의 최고원리이자 정당 자유의 개별적 헌법유보	145
(5) 민주적 기본질서와 방어적 민주주의	146
(6) 민주적 기본질서와 경제질서	149
1) 우리헌법상의 경제질서	149
2) 경제질서의 복잡성과 유동성	150
3) 민주적 기본질서와 경제적 기본권	152
4) 헌법해석권의 자율적 제한	153
(7) 다원적 정치과정의 보장원리로서의 민주적 기본질서	154
5. 위배의 정도	154

IV. 정당해산심판의 절차

1. 정당해산심판절차의 법원(法源)	156
(1) 정당해산심판절차의 주요 법원(法源)	156
(2) “준용”의 의미와 민사소송 관련 법령 준용의 입법적 오류	156
1) 준용의 개념과 의의	156
2) 정당해산심판절차와 민사소송 간의 유사성	158
(3) 준용의 한계와 헌법재판소의 창조적 형성의 여지	160
2. 정당해산심판의 청구	162
(1) 심판청구권자	162
1) 정부	162

(가) 정부의 전속적 권한	162
(나) “정부”의 의미	162
2) 헌법재판소에의 제청	163
3) 정당 자신의 해산심판청구	164
(2) 청구의 내용	164
1) 긍정설	165
2) 부정설	165
3) 평가	166
(3) 심판청구에 관한 정부의 재량	166
1) 기속행위설	166
2) 자유재량행위설(정치적 재량설)	168
3) 기속재량행위설	168
4) 평가	170
(4) 정당해산심판청구의 절차와 형식	176
1) 국무회의의 심의	176
2) 서면주의	177
3) 청구기간	177
(5) 정당해산심판청구의 효과	178
(6) 청구의 취하	178
1) 청구취하의 가능여부	179
2) 청구취하의 효력제한 문제	180
(가) 부정설	181
(나) 긍정설	181
(다) 평가	182
3) 청구취하에 대한 피청구인의 동의요부	183
4) 청구취하에 대한 국무회의심의 필요여부	185

(7) 일사부재리	185
3. 피청구인	186
(1) 피청구인적격	186
(2) 피청구인의 확정	186
1) 확정시기	186
2) 심판청구 후의 자진해산의 가능성	187
(가) 규율의 흠결	187
(나) 자진해산과 당내민주주의요청	187
(다) 학설	188
(라) 학설에 대한 평가	189
(a) 학설에 대한 평가의 전제; 정당해산결정의 소급효 유무	189
(b) 학설에 대한 평가	192
① 제1설	192
② 제2설	194
③ 제3설	195
④ 제4설	196
3) 소송계속 중 분당의 가능성	196
4) 소송계속 중 합당의 가능성	197
4. 심판의 절차	197
(1) 청구서의 송달 및 청구의 통지	197
(2) 심판청구의 보정	198
(3) 답변서의 제출	198
(4) 예심제(Vorverfahren)의 도입필요성	199
(5) 정당대표자의 확정 및 의제의 필요성	201
(6) 심리의 방식	202
(7) 증거조사	203

1) 직권탐지주의	203
2) 입증책임	204
3) 증거의 종류	205
4) 증거조사절차와 증거의 평가	206
5) 증거조사절차에의 민사소송 관계법령 준용의 문제점	206
(8) 변호사강제주의 적용의 문제점	208
1) 헌법재판과 변호사강제주의	208
2) 정당해산심판절차에 대한 변호사강제주의 적용의 문제점	208
5. 가처분	210
(1) 법규정과 입법목적	210
(2) 가처분의 절차적 요건	211
1) 신청	211
2) 신청기간	211
3) 권리보호이익	211
4) 본안결정 선취금지	212
5) 기타 적법요건	212
(3) 가처분신청사건의 접수 및 송달	213
(4) 가처분의 실체적 요건	213
1) 심판청구의 인용가능성	213
2) 가처분을 정당화하는 사유	213
(㉠) 중대한 불이익의 방지	214
(㉡) 긴급성의 존재	214
3) 가처분의 필요성(이익형량)	214
(5) 가처분심판의 절차	215
1) 구두변론의 여부	215
2) 증거조사 및 자료제출요구	216

3) 심판정족수	216
(6) 가처분결정	216
1) 가처분 결정의 내용	216
(가) 정당활동의 정지	216
(나) 다른 내용의 가처분	217
2) 가처분 결정의 형식	218
(7) 가처분재판 이후의 절차	219
(8) 가처분 결정의 실효성 확보 방안의 미흡	220
6. 종국결정	222

V. 정당해산심판결정의 효력과 집행

1. 정당해산심판결정의 소송법적 성격	223
2. 정당해산심판결정의 종류	224
(1) 인용결정	224
(2) 기각결정	227
(3) 각하결정	227
(4) 소수의견의 표시	228
1) 부정설	228
2) 긍정설	229
3) 평가	230
4) 소수의견을 표시할 수 없는 경우 결정문의 작성방법과 소수의견의 보관	232
(5) 결정서 송달	233
3. 정당해산심판결정의 효력	234
(1) 자기구속력	234
1) 개관	234
2) 결정의 경정	235

3) 정당의 복권	235
(2) 형식적 확정력	237
1) 개관	237
2) 재심	238
(3) 기관력	241
1) 기관력의 주관적 범위	242
2) 기관력의 객관적 범위	243
3) 기관력의 시적 범위	244
(4) 기속력	245
1) 기속력의 객관적 범위	250
2) 기속력의 주관적 범위	251
3) 기속력의 시적 범위	252
(5) 해산결정의 형성력: 정당의 해산	252
1) 정당의 해산	252
2) 정당조직 일부의 해산	253
3) 정당관련 방계조직의 처리	255
(6) 해산결정의 구성요건적 효력	256
1) 정당재산의 국고귀속	256
2) 대체정당창설금지	260
3) 국회의원의 자격상실 문제	264
4) 정당구성원의 처벌문제	268
4. 정당해산결정의 집행	269
(1) 헌법재판소의 집행권한	269
(2) 집행절차	271
(3) 집행과 정치의 관계	273

VI. 결어	276
--------------	-----

I. 총설

1. 연구의 목적 · 구성 · 방법

(1) 연구의 목적

현대민주국가에서 정당이 현실정치생활이나 헌정질서에서 차지하는 비중은 실로 막강하다. 대의제원리나 권력분립원리와 같은 근대적인 국가통치조직의 기본원리들이 그 뿌리에서부터 흔들릴 만큼 새로운 정치 및 헌정생활의 환경적 요인이 되어 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 정당의 출현과 그 발전과정에 비추어 보면 애초 정당의 목적은 사회나 국가 전체의 공공선을 도모하는 것이 아니라 사회의 특정 신분, 특정 계층 또는 특정 계급의 이익을 부분적으로 옹호한다고 하는 파당적 본질을 안고 있었던 것이기 때문에¹⁾ 정당의 헌법적 수용에는 많은 난관이 있었던 것도 사실이다.²⁾

근대국가가 자신의 정치적 · 경제적 · 사회적 발전을 도모해 가는 과정에서 근대국민국가에서의 ‘동질적’ 국민이라는 정치적 환상이 깨어지고, ‘국민’이란 개념은 오히려 이해관계가 상반되는 ‘이질적’인 다양한 신분, 계층 및 계급으로 구성되어 있다는 정치적 현실에 기

-
- 1) ‘인민에 의한 인민의 정치’라는 루소(J.J.Rousseau)류의 이상적인 민주정치가 아닌, ‘지배-피지배’라는 현상이 존재하는 현실 정치에서의 정당의 역할과 발전에 관한 총괄적인 서술로는, M. 뒤베르제(박희선 · 장을병 공역), *정당론(하)*, 문명사, 1992, 361~366쪽을 참조.
 - 2) H. Triepel이 정당에 대한 헌법의 태도를 적대시단계(Studium der Bekämpfung), 무시단계(Studium der Ignorierung), 승인 및 합법화단계(Studium der Anerkennung und Legalisierung), 헌법에의 편입단계(Ära der verfassungsmäßigen Inkorporation)으로 나누어 고찰하였음은 주지의 사실이다(김철수, *헌법학개론*, 박영사, 2004, 161쪽; 권영성, *헌법학원론*, 법문사, 2004, 191쪽; 계희열, *헌법학(상)*, 박영사, 2004, 254쪽; 성낙인, *헌법학*, 법문사, 2004, 139쪽; 홍성방, *헌법학*, 현암사, 2002, 103쪽 참조).

초하여, 정당은 자신의 지지기반 속에 뿌리를 내리고 나아가 자신의 지지기반이 되는 신분, 계층 및 계급의 이익을 강력히 옹호하면서 새로운 정치적 투쟁세력 및 대안세력으로서 자신의 역사적 위상을 제고할 수 있었다. 즉 소규모의 정치 씨클의 차원에서 시작하여 대중정당의 차원으로까지 그 양적·질적 확대를 이루어 온 결과물이 바로 현대의 정당제도 내지 정당제민주정치라고 할 수 있다.³⁾

그리하여 현대민주정치는 곧 정당을 중심으로 한 정당정치요, 정당정치가 곧 국가의 정치현실이자 헌정질서의 핵심적인 요소라고 하는, 곧 ‘정치’와 ‘정당’은 동전의 앞뒷면과 같은 밀접한 관계가 형성되어 있는 것이다.⁴⁾ 이제 국민들은 각자의 처한 사회적 지위나 정치적 입장에 기초하여 자신의 이익을 옹호하는 정당을 통하여 자신의 이해관계를 현실정치에 반영하고자 하게 되었으며, 정당 또한 자신들을 지지하는 국민들의 의사를 적극적으로 조직화함으로써 현실정치에 반영하고자 하게 되었다.

정치와 정당간의 밀접성 그리고 현대민주정치에서 정당이 점하는 비중의 중요성에 따라 실정법규범도 정당에 대한 다양한 보호수단을 마련하게 되었고, 한편으로 정당에 대한 일정한 법적 의무도 부과하게 되었다. 바야흐로 오랫동안 법외적 영역에 머물러 있었던 정당이 엄연한 법적 제도로서(그 타당성 여부는 차치하더라도) 승인되기에 이른 것이다. 결국 정당은 그 사회적 자율성에도 불구하고 법적 제도 또는 법적 존재성 또한 확보하였기 때문에, 국가와 사회구성원 대다수가 지지하는 정치적 내지 법적 기본질서에 대한 존중의무를 부담한다고 할 것이다. 국내 헌법 교과서에서 흔히 얘기하는 국가공정의 의무라든가, 민주적 기본질서의 존중의무라든가

3) 최한수, 현대정당론, 을유문화사, 1995, 168~181쪽 참조.

4) H. 켈젠 저, 한태연·김남진 역, 민주주의의 본질과 가치, 법문사, 1961, 31쪽.

당내민주화의무 등은 현대민주국가에서의 정당이 당연히 그 의무로서 전제하고 있는 것들이다.⁵⁾ 그럼에도 정당은 본질적으로 사회적 자율영역에 속하는 것이기도 한 까닭에 기존의 헌법적 질서를 다양한 형태의 비합법적 방법을 통하여 파괴하고 전복시키고자 한 경우도 있었음은 부인하기 어렵다. 조직화된 정당에 의하여 자행되어지는 헌법 파괴적 행동은 그 파급효과와 위험성의 정도에 있어서 특정 개인 내지 소수집단에 의하여 행해지는 체제전복적인 범죄행위와는 차원을 달리하는 것이며, 따라서 조직화된 정당에 의한 헌법 파괴적 행위에 대하여는 국가생활의 근본법으로서의 헌법 스스로가 전국민적 합의의 표현으로서 일정한 제한을 가하는 것이 불가피한 측면이 있게 된다.

본 연구가 대상으로 삼고 있는 ‘정당해산제도’는 이러한 측면을 반영한 것으로서, 종래 민주정치의 자기방어수단으로서의 기능을 담당하고 있다고 이해되어 왔다. 이에 따라 국가의 민주적 기본질서를 비합법적 방법을 통하여 파괴 전복하고자 하는 정당은 ‘민주주의의 적’으로서 헌법이 정한 절차에 따라 해산됨이 ‘마땅하다’는 사고가 우리 학계와 실무계를 법적 ‘도그마’처럼 오랜 동안 지배해 온 것이 사실이다. 그러나 한편으로 현대민주정치가 기본적으로 특정 관제이데올로기에만 기초하는 것이 아니라 다양한 이념과 사고체계의 공존가능성을 인정하는 ‘정치적 다원주의’(political plurality)에 기초하는 것이라는 일반적인 신념에 비추어 보면, 나아가 헌법의 궁극적인 목적이 통치구조의 조직원리나 조직기술에만 머무는 것이 아니라 헌법의 주인인 국민의 기본적인 권리를 여하히 보호할 것인가에 있다는 측면을 고려한다면, 국민들의 자발적 정치결사로서의 정당에 대한 과도한 법적 제한 또한 그 정당성을 인정하기 어

5) 김철수, 앞의 책, 163쪽; 권영성, 앞의 책, 194쪽; 성낙인, 앞의 책, 150~151쪽.

렵다고 할 것이고, 따라서 정당해산제도는 ‘해산’에 중점이 놓여져 있는 제도가 아니라 반대로 정당의 ‘존속보호’에 보다 큰 중점이 놓여 있는 제도라고 하는 시각이 오히려 바람직한 측면을 가진다고 할 것이고, 이러한 관점이 현대적인 해석방법론으로 보여진다.

따라서 본 연구는 정당해산심판제도의 본질과 관련하여 그것이 민주정치의 방어수단이라는 측면에서 보다는 정당의 존속보호라는 측면에서 어떠한 구체적 한계를 가지고 있으며, 어떠한 절차적 한계를 지켜야 하는지에 대한 고찰을 중심으로 정당해산심판제도의 제반 실체적·절차적 논점들을 종합적으로 정리하고자 하는 데 그 목적이 있다. 이러한 연구를 통하여 장래에 혹여 있을지도 모르는 정당해산심판에 있어서 정당의 보호와 민주적 기본질서의 보호라는 헌법적 가치의 충돌과 그 해결기준에 대한 하나의 참고자료로서의 역할을 기대해 본다.

(2) 연구의 구성

이상의 연구목적을 효과적으로 달성하기 위하여 본 연구는 크게 4가지 범주에서 주제에 접근해 보고자 한다.

첫째는 외국의 정당해산관련 입법례와 실제 해산사례를 검토해 보고자 한다. 그러나 주지하다시피 정당해산에 관한 실제적인 사례는 제2차대전 후의 동서냉전기를 배경으로 1950년대에 행하여진 독일에서의 사회주의제국당 해산사례와 독일공산당 해산사례 정도만이 유의미한 정당해산제도로서의 의미를 갖는다고 본다. 본문에서 언급하겠지만 최근 터키에서도 정당해산사례가 다수 있었지만, 진정한 의미의 정당해산제도라기 보다는 야당 또는 소수당에 대한 부당한 정치탄압의 성격이 강하다고 보여진다. 따라서 사례 또한 독일의 해산사례의 의미가 중심으로 고찰될 것이다.

둘째는 정당해산제도의 실제적 요건과 관련한 내용을 명문의 정당해산규정과 유의미한 정당해산의 경험을 가지고 있는 독일의 경우를 중심으로 학설과 판례의 내용들을 검토해 보고자 한다. 이를 통하여 정당해산제도의 실제적 요건을 이해하고 해석함에 있어 유의하여야 할 기준들이 도출될 수 있을 것이다.

셋째는 정당해산심판의 절차에 있어 중요한 쟁점사항들을 역시 독일의 입법례, 학설, 판례를 참조하면서 검토해 보고자 한다. 독일은 우리 헌법이나 헌법재판소법과는 달리 매우 구체적이고 상세한 내용의 절차법제를 마련하고 있는 것으로 보여지는 바, 우리의 실무에서도 참고되는 바가 클 것으로 생각된다.

넷째는 정당해산심판결정의 종류 및 효력과 그 집행에 관한 중요한 쟁점사항들을 역시 독일법제와의 비교를 통하여 검토해 보고자 한다.

이상의 연구를 통하여 비교적 자세한 정당해산법제를 마련하고 있는 독일의 이론적·실천적 경험들을 실제면과 절차면에 걸쳐 종합적으로 조망해 볼 수 있는 계기가 마련될 수 있을 것이다.

(3) 연구의 방법

본 연구주제가 법제도로서의 정당제도와 정당법제에 대한 연구인 만큼 그 방법에 있어서도 역시 법학연구의 기본적인 방법으로 채용되고 있는 법해석학적 방법론에 입각하고자 한다. 그럼에도 정당이 가지는 현실정치적 측면을 간과할 수 없기 때문에, 본 연구주제인 정당‘해산’과 관련한 정치적·역사적 배경에 대하여도 필요한 부분에 한하여 법역사적 접근도 일부 행하여질 것이다. 이와 함께 정당해산에 관한 독일의 연방헌법재판소의 판례와 우리나라의 유사한 결정례도 검토하고자 한다. 다만 본 연구의 기본적인 중점은 정당

해산제도가 갖는 현대적 의미를 우리나라와 독일의 실정법규정을 참고하면서 주로 이론적인 관점에서 다루고자 하는 데 있다.

2. 정당에 대한 일반적 이해

(1) 정당의 의의

헌법 제8조는 정당에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 「① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다. ② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을 가져야 한다. ③ 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다. ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.」

정당의 개념에 대하여는 다양한 견해가 있을 수 있으나 실정법상으로는 위 헌법 규정과 정당에 관한 일반법률인 정당법에 의거하여 정의를 내릴 수밖에 없다. 헌법 제8조의 규정을 참조하여 정당의 개념을 정의하면 정당은 ‘국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 갖춘 목적, 조직, 활동이 민주적인 자유결사체’라고 할 수 있다. 그리고 법률적 차원에서의 정당 개념은 정당법 제2조에서 규정하는 대로 “국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직”이라고 할 수 있다.⁶⁾ 우리 헌법재판소도 이와 같은 법률적 차원에서의 정당개념을 전제로 정당을 이해하고 있다.⁷⁾ 정당은 국민의

정치적 의사를 적극적으로 형성하고 국민의 이익을 대변하는 정치적 결사로서, 공권력 주체인 국가기관을 비판하고 정책적 대안을 제시하며 주권자인 국민이 정치나 국가작용에 그 의사를 반영시키는 도관의 역할을 수행하는 현대 대중민주주의에 있어서 필수불가결한 존재이다.⁸⁾⁹⁾

첫째, 우리 헌법상 정당은 무엇보다도 국민의 정치적 의사형성에 참여하여야 한다. 대의제민주주의에서는 국가의 의사형성은 국민의 대표기관에 맡겨져 있는데, 정당은 국민들 사이의 여러 가지 정치적 견해와 이념을 결집하여 하나의 강령(program)으로 만들어 낸다.¹⁰⁾ 정당은 자신의 정강과 구상을 원내교섭단체나 의회 소속의원 혹은 행정부의 고위 관료로 근무하는 정당원 등을 통하여 국가기관에 반영함으로써 이를 관철하려고 한다. 그리고 야당의 경우는 정부의 의사결정에 대하여 비판하고 대안을 제시하여 지배권력을 약화시키고 소수자의 의사를 국가의사에 반영시키려는 노력을 한

6) 정당의 개념에 관한 상세한 설명 및 특히 정당법상의 정당개념이 헌법상의 정당개념과는 다소 차이가 있다는 점에 대하여서는 뒤에서 상세히 설명한다. 독일에 있어서는 정당개념으로서 ① 시민들의 결사체, ② 공고하고 지속적인 조직성, ③ 의회구성에 참여하려는 목적, ④ 이러한 목적의 진지성 등 네 가지 특징을 들고 있다고 한다(이종수, 시민의 정치적 자유, 정당의 자유와 정당법, 공법연구 제29집 제2호, 각주 12 참조).

7) 직접적으로 법률적 차원에서의 정당개념을 그대로 사용한 결정으로는, 헌재 1995. 5. 25. 95헌마105 등이 있다.

8) 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21.

9) 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153 결정에서 김양균 재판관은 반대의견을 표명하며 “오늘날과 같은 대중민주주의국가에 있어서는 정당은 국가로부터 자유롭고 공개적인 의사형성과 공동체의 정치적 구성에 있어서 필수불가결한 기능을 수행하고, 정당이 국민과 국가통치체제 사이에 개입되지 않고서는 오늘날 대중은 정치나 국가작용에 영향력을 행사하기가 어려우며, 정당국가적 민주주의는 합리화된 형태의 직접민주주의 또는 직접민주주의의 대응물로까지 평가되고 있는 것이다.”고 주장하고 있다.

10) 이를 정당의 결집기능(Bundelungsfunktion)이라고 부른다(Wolfgang Lower, Das freie Mandat im Parteienstaat, 공법연구 제28집 제2호, 30쪽 참조).

다.¹¹⁾ 정당은 국민이 가지는 ‘무정형의 정치적 의사’를 집결된 국민의 정치적 의사로 예비형성(vorformen)시켜서 이것을 다시 국가의 사로 승화시켜 구체적인 입법이나 국가정책으로 나타나게 한다. 정당은 결국 이와 같이 국민의 정치적 의사형성을 상향식으로 전달하여 국가의사로 완성하는 것이다.¹²⁾

둘째, 대의제 민주주의 하에서의 정당은 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국가권력의 인적 담당자를 공급하는 역할을 하여야 한다. 정당이 다른 정치적 결사와 가장 근본적인 차이점을 보이는 것은 선거에 후보자를 내세워 정권의 획득을 목적으로 한다는 점이다. 특히 비례대표제에 있어서는 정당이 후보자명독점권(Nominationsminopol)을 가짐으로서 정당은 부분적으로 국가기관으로서의 성격을 나타내기도 한다. 그리고 정당은 정치적 엘리트를 국민의 지지를 획득할 수 있는 정치인으로 훈련시킴으로써 국가기관의 구성원으로서 국민의 의사에 따라 통치를 할 수 있는 교육적 기능을 수행한다. 정당이 다른 정치적 결사체와 구별되는 가장 큰 차이점은 국민대표에 있어서 대표자 파견을 통한 정치적인 영향력의 행사라는 목적의 진지성이라고 할 수 있다.¹³⁾ 다만 이러한 목적의 진지성은 단기적인 관점에서 파악할 것이 아니고 장기적인 관점에서 인정되면 충분하다고 할 것이다.

셋째, 정당은 국민의 자발적 조직이어야 한다. 국민이 아닌 외국인은 대한민국의 인적 구성원이 아니어서 원칙적으로 대한민국의 정치적 의사결정에 참여할 수 없기 때문에 정당원이 될 수 없다. 그리고 정당 설립의 자유와 복수정당제가 보장되기 때문에 국민의 자유의사에 기초하지 않은 국가권력에 의하여 만들어진 소위 관제

11) 계획열, 앞의 책, 260~261쪽 참조.

12) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2004, 235~236쪽.

13) 이종수, 앞의 논문, 257쪽.

야당은 우리 헌법상 정당이 아니라고 보아야 한다.¹⁴⁾

(2) 정당의 법적 성격

정당의 법적 성격에 대하여는 법적 지위와 법적 형태면의 양자에서 살펴 볼 수 있다. 먼저 법적 지위면에서는 헌법기관설, 사적 결사설, 매개적(중개적) 조직체설 등 여러 가지 견해의 대립이 있다.¹⁵⁾ 그리고 법적 형태에 관하여는 ‘법인격없는 사단’이라고 이해하는 것에 대하여 대체로 견해의 일치를 보이고 있다. 법인격없는 사단이라고 보는 경우에 이는 당연히 사법(私法)적인 법인격 없는 사단으로 보고 있다. 비록 법인격은 없다고 하더라도 정당은 복수의 사람들의 모임으로서 전체 조직에 관한 규약과 총회 등의 기관을 지니고 있고 대외적인 단일한 형태로 법률행위를 하고 있으므로 법인격 없는 사단으로 보는데 별다른 문제점이 없다. 헌법재판소도 “정당의 법적 지위는 적어도 그 소유재산의 귀속관계에 있어서는 법인격 없는 사단(社團)으로 보아야 하고, 중앙당과 지구당과의 복합적 구조에 비추어 정당의 지구당은 단순한 중앙당의 하부조직이 아니라 어느 정도의 독자성을 가진 단체로서 역시 법인격 없는 사단에 해당한다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하여 재산귀속관계에 있어서는 정당을 법인격없는 사단으로 보고 있다.¹⁶⁾

1) 헌법기관설

정당이 헌법기관이라는 견해는 정당이 헌법에서 그 법적 지위가

14) 계획열, 앞의 책, 240쪽.

15) 최대권, 헌법학강의, 박영사, 2002, 171쪽; 김철수, 앞의 책, 164~167쪽; 권영성, 앞의 책, 194~196쪽; 계획열, 위의 책, 245~254쪽.

16) 헌재 1993. 7. 29. 92헌마262.

규정된 기관이며 국민의 정치적 의사형성에 이바지하여야 한다는 헌법적 목적이 부여되어 있고 또 목적, 활동, 조직이 민주적이어야 할 헌법적 의무를 부담하고 있을 뿐만 아니라, 또 정당활동에 필요한 비용을 국가가 보조할 수 있도록 규정하고 있고, 공직선거에 후보를 공천하여 국가기관의 인적 요소를 제공하는 국가적 기능을 수행하므로 헌법기관이라고 주장한다. 특히 정당이 일반적 결사와 차이가 나는 점은 일반결사는 헌법 제21조에서 설립과 활동의 자유를 규정하는데 반하여 정당은 헌법 제8조에서 일반결사와는 다른 의무와 권한을 규정함으로써 양자는 구별된다고 주장한다.¹⁷⁾

2) 사적 결사설

정당의 본질은 일반적인 사적 결사에 지나지 않는다는 견해는 정당의 설립은 자유이고 복수정당제는 보장되어 그 설립이 엄격히 헌법이나 법률에 의하여 규제되는 헌법기관과는 차이가 나고 특히 정당은 국가와는 별개로 원칙적으로 사회적 요소에 속하는 것으로 국가적 규제로부터 자유로운 결사체라고 주장한다. 나아가 정당의 구성원은 국가적 공권을 행사하는 것이 아니고 사적인 권리밖에 없으며 그 운영비용도 정당의 구성원들이 사적으로 부담하여야 하며 국고보조는 다만 보충적인 것에 지나지 않으므로 정당은 일반 사적 결사의 특별한 한가지 유형에 속할 뿐이라고 주장한다.¹⁸⁾

3) 매개적 조직체설

우리 헌법상 정당은 기본적으로 설립의 자유와 복수정당제를 보장하고 있으므로 정당은 기본적으로는 사적 결사이지만, 정당은 헌

17) 김철수, 앞의 책, 164쪽.

18) 최대권, 앞의 책, 171쪽.

법에 의하여 국민의 정치적 의사를 형성하여 국가에 전달하고 공직 선거에 후보를 공천함으로써 국가와 사회를 이어주는 특수한 헌법적 임무를 수행하는 조직체로서, 단순한 사법적인 결사에 그치는 것이 아니고 국가기관과 국민을 매개하는 특수한 조직체라고 주장한다. 헌법재판소도 “정당은 자발적 조직이기는 하지만 다른 집단과는 달리 그 자유로운 지도력을 통하여 무정형적(無定型的)이고 무질서적인 개개인의 정치적 의사를 집약하여 정리하고 구체적인 진로와 방향을 제시하며 국정을 책임지는 공권력으로까지 매개하는 중요한 공적 기능을 수행하기 때문에 헌법도 정당의 기능에 상응하는 지위와 권한을 보장함과 동시에 그 헌법질서를 존중해 줄 것을 요구하고 있는 것이다.”고 실시하거나,¹⁹⁾ “정치적 결사로서의 정당은 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계각층의 이익을 대변하며, 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하는 등 현대의 대의제민주주의에 없어서는 안 될 중요한 공적 기능을 수행하고 있으므로 그 설립과 활동의 자유가 보장되고(헌법 제8조 제1항) 국가의 보호를 받는다(같은 조 제3항)”고 하여 매개적 조직체임을 인정하고 있다. 특히 최근에는 “정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 이와 같이, 정당은 오늘날 대중민주주의에 있어서 국민의 정치의사형성의 담당자이자 매개자이자 민주주의에 있어서 필수불가결한 요소이기 때문에, 정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건이라고 할 수 있다.”고 하여 정당을 국민과 국가의

19) 헌재 1996. 3. 28. 96헌마18,37,64,66(병합)

중개자로서 정치적 도관이라는 표현을 사용하고 있다.²⁰⁾ 그리고 헌법재판소는 정당과 일반결사의 차이에 대하여 “헌법이 정당에 대하여 일반결사와는 다른 특별한 보호와 규제를 하고 있는 이유는 정당이 ‘국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로’ 하여 조직된 단체이고 또 그러한 목적수행에 필요한 조직을 갖추고 있기 때문인 것으로 이해되고 (정당법 제1조, 제2조 참조) 반대로 일반결사에 대하여 정당의 경우와 같은 헌법상의 보호와 규제가 없는 것은 그러한 단체는 각기 자기고유의 설립목적이 따로 있고 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 직접 목적으로 하여 조직된 것이 아니며 또 그러한 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직도 갖추고 있지 않기 때문인 것으로 이해된다.”고 설명하고 있다.²¹⁾

4) 평가

정당의 법적 성격에 대한 이해는 헌법적으로 정당을 어떻게 취급할 것이냐 하는 문제를 결정하는 이론적 근거가 된다. 독일에서 많은 논의가 있었고 독일연방헌법재판소도 시행착오의 결과 매개적 조직체로 이해하고 있고 우리 헌법재판소도 위에서 살펴본 바대로 마찬가지로 견해를 취하고 있다. 그리고 우리의 학설도 마찬가지로 대부분 매개적 조직체로 이해하고 있다. 정당의 성립역사나 정치적 역할 그리고 우리 헌법 조문을 살펴볼 때 정당은 결코 국가기관이나 헌법기관일 수는 없는 사적 영역의 조직체이고 국민의 정치적 의사형성과 공직선거의 후보를 공천한다는 헌법적 기능을 수행한다

20) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710

21) 헌재 1995. 5. 25. 95헌마105.

는 점에서 이는 매개적 조직체로 보는 것이 타당하다. 그 결과 정당은 본질적으로는 자율적인 사적 결사이지만 그 수행하는 헌법적 기능과 관련하여서는 헌법적 성격을 지닌다고 보아야 한다. 따라서 정당에 대한 법적 규율은 원칙적으로 사법(私法)에 의하여 규율될 것이지만 그 헌법적 기능과 관련하여서는 공법에 의하여 규율하여야 할 것이다. 따라서 정당의 내부관계나 대외적 관계에서도 순수히 법인격없는 사단이라는 성격에만 착안하여 사법적으로만 규율할 것이 아니고 공법적 측면을 고려하여 규율하여야 할 것이다.²²⁾

(3) 헌법상 정당규정의 변천과정

정당법제는 정당활동의 규범적 기초로서 정당정치에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다고 할 것인데, 이하에서는 정당에 관한 최고의 법원(法源)으로서의 헌법상 규정을 중심으로 정당 관련 규정의 변천을 간단히 살펴보고자 한다.

1) 제1공화국 헌법상의 정당규정

1948년에 제정된 제헌헌법(건국헌법)에는 정당에 관한 규정이 별도로 존재하지 않았으므로 정당은 일반결사(제13조)의 일종으로 취급되었고 별도의 정당의 보호나 규제에 관한 법적 근거가 마련되어 있지 않았다. 다만 국회의원을 가지고 있는 정당은 국회법에 의한 원내교섭단체의 대우를 받는 데 그쳤다. 이는 미군정하에서 미군정 법령 제55호 ‘정당에 관한 규칙’에 의한 정당에 대한 허가제의 시대

22) 이와 같은 측면에서 정당의 대표에 대한 직무집행정지가처분 등을 결정함에 있어서 단순히 사법상의 법인격없는 사단의 법리만에 의거하여 판단한 1979. 9. 8. 서울민사지방법원 79카21709 결정은, 정당이 헌법적 기능을 가지는 매개적 조직체라는 측면을 고려하지 않았다는 측면에서 비판을 받아 마땅하다고 생각한다.

와 다른 변화이다. 이러한 정당에 대한 목인의 태도는 한편으로는 정당의 발생도 용이하게 하였고, 다른 한편으로는 무력하게 해산당하기도 하는 결과를 가져오기도 하였다.²³⁾ 국회의원선거시 10명 이하의 후보자를 내세웠던 군소정당의 난립현상은 정당발생의 용이성을 입증하는 것이고, 반면에 자유당 치하의 야당에 대한 격심한 탄압과 심지어는 공보실장의 명령에 의한 진보당이 등록취소되었던 사실들은 정당에 대한 적대 나아가서는 정당소멸의 빈도를 높였던 요인들이라 할 수 있다.²⁴⁾

2) 제2공화국 헌법상의 정당규정

제2공화국헌법은 헌정사상 처음으로 정당조항을 신설하였다. 즉 동 헌법은 제13조 제2항²⁵⁾에서 “정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다. 단, 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부가 대통령의 승인을 얻어 소추하고, 헌법재판소가 판결로써 그 정당의 해산을 명한다”고 규정하였다. 정당조항 신설의 주요한 이유는 자유당시대의 야당탄압의 쓰라린 경험에서 정당의 보호를 위한 측면과 당시 서독에서의 방어적 민주주의의 영향과 마찬가지로 반민주적 정당, 특히 좌익정당의 발호 및 그 파괴행동을 방지한다는 취지도 있었던 것으로 생각된다. 그러나 헌법의 정당조항에도 불구하고 정당에 관한 일반법이 마련되지 못하

23) 김주갑, 정당의 역사적 발달, 「정당과 헌법질서」 심천 계획열 박사 화갑기념논문집, 박영사, 1995, 94쪽.

24) 윤형섭, “이익결집과 정당”, 김운태 외 공저, 「한국정치론」, 박영사, 1982, 367쪽.

25) 본 조항은 원래 ‘결사’의 자유에 관한 규정이었는데, 제2공화국헌법에서 제2항을 신설하면서 여기에 정당규정, 즉 정당의 보호와 해산에 관한 규정을 마련한 것이다(이병훈, 정당의 헌법상의 지위, 「정당과 헌법질서」 심천 계획열 박사 화갑기념논문집, 박영사, 1995, 151쪽).

고 5·16을 맞았다.²⁶⁾

3) 제3공화국 헌법상의 정당규정

제3공화국헌법은 정당에 관한 일반조항을 제7조²⁷⁾에서 두고,²⁸⁾ 그 밖에 국회의원후보와 대통령후보는 소속정당의 추천을 받아야 한다는 조항(제36조 제3항, 제64조 제3항), 국회의원이 합당 또는 제명으로 소속이 달라지는 것을 제외하고 임기중 당적을 이탈하거나 변경한 때 또는 소속정당이 해산된 때에는 의원자격을 상실한다는 조항(제38조), 정당해산을 명하는 판결은 대법원 법관 정수의 5분의 3 이상의 찬성을 얻어야 한다는 조항(제103조) 등 정당에 관한 많은 규정을 두고 있었다. 이처럼 제3공화국헌법에서는 현대의 정당국가적 민주주의조항을 받아들이고 있는데, 이러한 태도는 정치적 민주주의에 대한 확신에서라기보다는 오히려 의회주의에 대한 회의에 기인하는 면이 있다.²⁹⁾ 즉, 제1, 2공화국의 체제적 불안정과 취약 및 경제발전의 부진에 대한 책임을 그간의 정치적 혼란에서 구하고 다시 그 원인을 무질서했던 정당체제를 정비하는 일이 무엇보다도 중요하다고 판단한 결과라고 할 수 있다.³⁰⁾

26) 김주갑, 앞의 논문, 94쪽.

27) 제3공화국 헌법의 정당규정은 제2공화국 헌법에 비하여 그 내용에 있어서도 풍부할 뿐만 아니라, 그 규정의 위치가 기본권 부분의 결사의 자유에 관한 규정에 소속시켰던 제2공화국 헌법과는 달리 국민주권을 규정하는 제1조와 관련시켜 제1장 총강에서 규정하고 있다. 이것은 정당이 입헌민주국가의 기초적 제도의 하나인 점에 착안한 독일의 입법례를 따른 것으로 보인다(이병훈, 앞의 논문, 151쪽).

28) 규정내용은 다음과 같다. 제7조 「① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다. ② 정당은 그 조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을 가져야 한다. ③ 정당은 국가의 보호를 받는다. 다만, 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 대법원에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 대법원의 판결에 의해 해산된다.」

29) 한태연, 헌법학, 법문사, 1977, 56~58쪽 참조.

4) 제4공화국 헌법상의 정당규정

1972년 유신헌법에서는 국회의원선거에서도 무소속입후보를 허용하고 소속정당의 탈당으로 인한 국회의원의 자격상실조항을 삭제하는 한편(제3공화국헌법 제36조 제3항 및 제38조 삭제) 통일주체국민회의 대의원선거에서는 오히려 정당소속원의 출마를 금지하는 등(제37조 제3항) 정당국가적 경향을 상당히 후퇴시켰다. 제7조의 정당조항은 제3공화국헌법과 큰 차이는 없으나, 정당의 국가보호에 있어서 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 국가의 보호를 받는다고 하여 법률유보를 두었으며, 위헌정당의 해산의 실질적 요건을 ‘정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되거나 국가존립에 위해가 될 때’로 하여 제3공화국헌법에 없었던 ‘국가존립에 위해가 될 때’를 추가하였고 대법원의 결정에 의하여 하던 것을 헌법위원회의 결정에 의하도록 하고 있다.³¹⁾

5) 제5공화국 헌법상의 정당규정

제5공화국헌법은 정당국가화 경향을 지양했던 제4공화국헌법과 달리 정당조항을 추가하여 정당의 지위를 강화하였다. 정당조항 제7조가 제4공화국헌법과 달라진 점은 정당의 보호에 ‘법률이 정하는 바에 의하여 정당의 운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다’는 규정을 추가하였고(제7조 제3항 후단), 정당해산의 실질적 요건에서 ‘국가의 존립에 위해가 될 때’를 삭제하여 제3공화국헌법과 같이 민주적 기본질서에 위배된 경우에 한정하도록 하였다. 그 밖에 대통령 후보의 정당추천을 규정하고(제39조 제2항), 국회의원의 비례대표제 선거를 규정하고 있으며(제77조 제3항), 대통령선거인은 정당에 소

30) 윤형섭, 김운태 외 공저, 앞의 책, 368쪽.

31) 김주갑, 앞의 논문, 95쪽.

속할 수 있다는 규정(제41조 제3항) 및 선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다는 규정(제117조 제2항) 등을 두고 있다.³²⁾

6) 현행헌법상의 정당규정

1987년 개정된 현행헌법(제6공화국헌법)의 정당에 관한 규정은 제5공화국헌법의 규정과 거의 변함이 없다. 다만 ‘정당은 그 조직과 활동이 민주적이어야 하며…’ 라는 규정에서 목적을 추가하여 ‘정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며’라고 개정하였고(제8조 제2항), 헌법위원회가 폐지되고 헌법재판소가 신설됨에 따라 정당해산심판을 헌법재판소의 관장사항으로 하였다(제8조 제4항, 제111조).³³⁾

(4) 정당해산제도의 의의

1) 정당해산제도의 의의

헌법 제8조 제4항은 「정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다」라고 하여 위헌정당 또는 헌법적대적 정당의 강제해산제도를 규정하고 있다.

이러한 정당해산규정의 규범적 의의에 관하여는 정당존립의 특권을 보장한 것이면서 정당활동의 자유에 한계를 설정한 조항³⁴⁾ 내지 민주적 기본질서와 국가의 긍정과 같은 정당의 의무에 관한 규정³⁵⁾

32) 김주갑, 위의 논문, 95~96쪽.

33) 김주갑, 위의 논문, 96쪽.

34) 권영성, 앞의 책, 198쪽.

35) 김철수, 앞의 책, 178쪽; 홍성방, 앞의 책, 112쪽.

이라고 해석하는 것이 일반적인 견해이다.

정당은 한편으로는 오늘날의 정당제민주주의에 있어 없어서는 아니될 존재이지만, 다른 한편으로는 민주주의에 대한 잠재적 파괴자로 나타날 수도 있는 것³⁶⁾이기 때문에 그 ‘보호’와 ‘한계’에 관한 규정을 함께 마련하여 두는 것이 헌법실현과 헌법보호를 위하여 필요한 것이다.

위헌정당해산제도는 우리 헌법이 민주주의의 성격을 방어적인 것으로 이해하고 민주주의 그 자체를 투쟁의 대상으로 삼는 민주주의의 적들에게 더 이상 관용을 베풀 수 없다는 방어적 민주주의를 채택하고 있음을 보여주는 조항으로 이해되고 있다.³⁷⁾ 이와 관련하여 G. Leibholz 교수도 “본기본법의 자유개념은 이미 바이마르헌법의 그것과는 동일한 것이 아니다. 바이마르헌법에서는 자유란 가치중립적 회의주의와 상대주의의 의미로 이해되었다. 이에 대해 본기본법의 자유개념은 다른 말로 표현한다면 보다 투쟁적인 성격을 띠는 것이며, 또 그 때문에 기본법에 의한 자유는 이제 절대적 무구속성이나 무책임한 자의(恣意)와 동일시될 수 없다. 이러한 결론은 명백히 기본법 제18조와 제21조 제2항에서 나온다. 이 두 조항에 의하면 누구든지 그 기본권을 박탈당할 수 있고 정당은 일정한 요건 밑에서 연방헌법재판소에 의해 위헌으로 선언될 수 있다. 이러한 조항의 바탕이 되는 것은 자유란-정치적 영역에서도- 의무를 그 전제로 하며 또한 자유민주주의를 비로소 작동시키는 실존적 기반에의 구속을 그 전제로 한다는 관념이다.” 라고 하여 우리 나라 헌법상의 정당해산규정의 모델이 되었던 독일기본법상의 정당해산제도가 방

36) G. Leibholz, Die Strukturwandel der modernen Demokratie, in : ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1958, S.123f.

37) 최희수, 위헌정당해산제도에 관한 연구, 「정당과 헌법질서」 심천 계획열 박사 화갑기념논문집, 박영사, 1995, 445쪽.

어적·투쟁적 민주주의에 기초하고 있음을 설명한 바 있다.³⁸⁾

즉, 헌법 제8조 제4항에 따른 위헌정당의 강제해산은 국민의 정치적 의사형성에의 참여권을 남용하여 이를 의사형성의 자유를 파괴하기 위해 행사하는 정당을 의사형성의 과정으로부터 배제하기 위한 것이다. 그러므로 이 제도는 자유(자유민주주의)의 이름으로 자유(정당의 자유)를 제한한다.³⁹⁾

그러나 정당의 자유에 대한 제한은 궁극적으로 정치적 의사형성의 자유를 유지하고 이를 보호하기 위해 불가피한 경우에만 허용된다 할 것이다. 무엇보다 정당은 국민의 정치적 의사형성에 있어 중추적인 역할을 담당하고 있으므로 정당의 자유에 대한 제한, 즉 위헌정당해산조치는 자칫 민주주의를 내세워 민주주의를 파괴하고 다수가 소수의 정치적 자유를 박해하는 수단으로 이용될 위험성을 언제나 내포하고 있기 때문이다.

그러므로 헌법 제8조 제4항을 적용함에 있어 그 구성요건에 대한 엄격한 해석이 요구될 뿐만 아니라 나아가 그로 인한 효과 또한 비례성의 원칙을 준수하여야 할 것이며, 이러한 전제가 충족될 때에만 자유의 이름으로 자유를 제한하는 구체적 수단들이 그 정당성을 인정받을 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

38) G. 라이프홀츠 저, 권영성 역, 헌법국가와 헌법, 박영사, 1976, 139쪽.

39) 이것은 자유개념 그 자체가 지닌 모순성에 기인하는 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 자유가 완전하고 무제한적인 것이라면 자유 그 자체가 폐지될 수밖에 없기 때문이다. 결국 자유는 그것이 사회공동체 내에서 모든 개인에게 균등하게 보장되기 위해서는 강제질서를 불가피하게 요구하며 그것이 현실적으로 존재하기 위해서는 제한과 규제를 필요로 한다. 이것은 자유에도 일정한 한계가 있다는 것을 의미하며 구체적으로 그 한계는 법질서의 내용에 따라 결정된다. 물론 이러한 한계를 확정하는 것은 결국 공동체가 지속적으로 정치적 형성을 통해서 달성해야 할 과제일 것이다. 정당의 자유에 대한 제한 역시 이러한 맥락에서 이해될 수 있다(최희수, 앞의 논문, 446~447쪽 참조).

40) 최희수, 위의 논문, 446~447쪽.

2) 정당의 임의해산과 등록취소

정당해산의 종류에는 정당이 그 대의기관의 결의로써 임의(자진)해산하는 경우와 헌법재판소의 심판에 의해 강제해산되는 경우가 있으며, 아울러 정당자격의 상실이란 면에서 중앙선거관리위원회가 직권으로 행하는 정당등록취소가 있는 바, 각각의 경우는 구별되어야 한다.

먼저 임의해산(자진해산)은 정당이 그 대의기관의 결의로써 스스로 자진하여 해산하는 경우를 말하며, 이 경우에는 그 대표자는 지체없이 그 뜻을 당해 선거관리위원회에 신고하도록 하고 있다(정당법 제39조). 정당의 설립이 자유인 이상 그 해산도 자유인 것은 당연한 일이다.⁴¹⁾ 정당이 자진해산한 경우에 그 잔여재산은 당헌의 정하는 바에 따라 처분하고, 이에 의하여 처분되지 아니한 잔여재산이 있으면 국고에 귀속된다(동법 제41조 제1항·제2항). 명문의 규정은 없지만, 자진해산한 정당의 명칭은 당연히 사용할 수 있으며, 대체정당의 설립도 허용되고 소속의원의 자격도 무소속의원으로 유지된다는 점에서 강제해산의 경우와 다르다.

한편 등록취소는 정당이 정당법 제25조 및 제27조의 요건을 구비하지 못한 때(다만, 요건의 흠결이 정당이 후보자를 추천할 수 있는 공직선거일전 3월안에 생긴 때에는 선거일후 3월까지, 그 외의 경우에는 요건흠결시부터 3월까지 그 취소를 유예한다)⁴²⁾, 최근 4년간 국회의원총선거 또는 임기만료에 의한 지방자치단체의 장의 선거나 시·도의회의원의 선거에 참여하지 아니한 때, 국회의원총선거에

41) 홍성방, 앞의 책, 112쪽.

42) 이러한 정당의 조직기준 미달로 인한 등록취소에 대하여는 정당결성의 자유와 정당의 존립을 보장한 헌법 취지에 어긋난다는 견해도 있을 수 있으나, 정당도 「국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을 가져야 한다」는 헌법규정(제8조 제2항)에 비추어 합헌이라고 볼 것이다(김철수, 앞의 책, 181쪽).

참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때에 당해 선거관리위원회에 의하여 정당등록이 강제적으로 취소되는 경우를 말한다. 선거관리위원회가 정당의 등록을 취소한 때에는 당해 선거관리위원회는 지체없이 그 뜻을 공고하여야 하며(정당법 제38조), 등록이 취소된 정당은 정당으로서의 자격을 상실한다. 그러나 등록이 취소된 정당의 명칭은 등록취소된 날부터 다음 임기만료에 의한 국회의원 총선거일까지를 제외하고는 사용할 수 있으며(동법 제43조 제4항), 등록취소된 정당과 동일 또는 유사한 목적의 정당설립도 가능하고, 의원도 무소속의원으로서 의원자격을 유지하게 된다는 점에서 강제해산의 경우와 다르다. 한편 등록취소된 정당의 잔여재산은 당헌이 정하는 바에 따라 처리하고, 이에 의하여 처리되지 않은 잔여재산은 국고에 귀속된다는 점에서 바로 국고에 귀속되는 강제해산의 경우와 역시 다르다(동법 제41조 제1항·제2항).

이러한 등록취소제도는 일반적으로 소수 정당 내지 포괄정당의 무분별한 난립을 방지하고자 하는데 그 기본적인 의의가 있다고 평가되고 있다.

3) 정당해산제도와 헌법보호

헌법 제8조 제4항의 위헌정당해산제도에 대하여는 이를 상향식 즉 아래로부터의 헌법침해를 방지하기 위한 헌법보호제도로서만 이해하는 견해⁴³⁾도 없지 않으나, 오히려 헌법 제8조 제4항은 한편으로는 정당해산의 실제적 요건을 확정하고 한정함으로써, 다른 한편으로는 절차적 요건을 명확히 함으로써 위로부터의 과도한 민주주의 침해를 방지하기 위한 목적까지도 동시에 내포하고 있다고 할

43) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2004, 90쪽.

것이다.⁴⁴⁾

이러한 관점에서 위헌정당해산제도가 갖는 의의를 설명하면 첫째, 정당이 그 목적이나 활동을 통해 자유민주적 기본질서에 위배되는 행위를 하는 것은 금지된다. 이것은 정당이 민주주의적·의회주의적 권리나 자유를 남용하여 자유민주적 기본질서에 대한 투쟁을 하는 것은 위헌임을 선언하는 것이며 따라서 정당해산제도는 일차적으로 헌법이 보장하는 자유권을 악용하여 헌법의 기본질서를 침해하려는 아래로부터의 헌법적대적 공격으로부터 스스로를 방어하기 위한 헌법보호수단으로서의 의의를 지니고 있다. 둘째, 헌법 제8조 제4항은 헌법적대적 정당의 위헌확인과 해산이 법치국가적인 방법에 따라 행해질 것을 동시에 요구하고 있다. 법과피자와 헌법의 적에게까지도 법치국가적인 보장수단들이 승인되어야 하며 누가 법과 헌법을 침해했는지의 여부가 법치국가원리에 따라 하자 없고 설득력 있는 방식으로 심사되어야 한다는 것은 법치국가의 자기이해에 속한다. 그러므로 헌법은 정당해산을 위한 실체적 요건과 절차적 요건을 확정하고 있으며 해산결정권을 헌법재판소에 독점적으로 부여함으로써 입법권과 행정권의 간섭을 배제하고자 하고 있는 것이다. 무엇보다 실체적 요건(민주적 기본질서의 위배)이 헌법에 명시된 것은 합헌적 정당이 부당하게 정치적 의사형성과정으로부터 배제되는 것을 방지함으로써 입법권과 행정권에 의한 방어적 민주주의의 남용을 차단하고 이로써 위로부터의 민주주의 침해를 방지하는 기능도 함께 수행한다.⁴⁵⁾

44) 최희수, 앞의 논문, 453~454쪽.

45) 최희수, 위의 논문, 454쪽.

4) 정당해산제도의 도입배경

위헌정당해산제도가 우리 헌법에 도입된 배경은 독일과 상당히 다르다는 점을 유의할 필요가 있다.

(가) 독일에 있어서의 정당해산제도의 도입배경

독일의 경우 기본법의 제정과정에서 결정적인 영향을 미친 요소로는 무엇보다 점령국들의 영향과 더불어 바이마르공화국 및 나치의 경험에 대한 반성을 들 수 있다.⁴⁶⁾ 즉 독일 역사상 최초의 민주공화국이었던 바이마르공화국이 15년이 안 되는 짧은 기간에 붕괴하고 국가사회주의의 전체주의적 지배하에 놓이게 되었던 원인에 대한 반성은 기본법제정자들에게 많은 영향을 미쳤고, 이에 따라 보다 안정적이고 스스로를 지키는 민주주의를 구축하기 위한 많은 규정들, 예컨대 제1조의 인간존엄의 불가침선언규정, 제19조 제2항의 기본권의 본질내용침해금지규정, 제18조의 기본권실효규정, 제79조 제3항의 헌법개정의 한계규정 등이 새로 도입되었다. 기본법 제21조 제2항의 위헌정당해산규정도 이러한 배경하에서 새로이 도입된 규정 중의 하나임은 물론이다. 이러한 역사적 배경하에서 볼 때 독일기본법 제21조 제2항의 정당해산규정이 갖는 근본적인 의의는 민주주의를 원용하여 민주주의를 파괴하려는 의도로 활동하는 헌법적 대적 정당에 대하여 헌법의 핵심적 근본가치인 자유민주주의의 보호를 위해 더 이상의 관용을 베풀지 않겠다는 헌법제정자의 ‘방어적·전투적’ 의지의 표현이라고 할 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

46) 장영수, 급진주의자결정, 「판례연구」 제5집, 1991, 184쪽 이하 참조.

47) 최희수, 앞의 논문, 451쪽.

(나) 우리나라에서의 정당해산제도의 도입배경

우리 헌법에 정당해산에 관한 조항이 최초로 규정된 것은 1960년의 제2공화국헌법 제13조 제2항에서였다. 그러나 우리 헌법이 위헌정당해산제도를 도입하게 된 배경은 독일과는 사뭇 다르다. 요컨대, 독일의 경우 가치상대적 민주주의관 내지 자유민주적 낙관주의에 따른 민주주의의 몰락이라는 역사적 배경을 바탕으로 하고 있지만, 우리나라의 경우에는 정부에 의한 부당한 ‘야당 탄압’이라는 왜곡된 헌정사적 경험이 그 주된 배경을 이루고 있는 것이다.

즉 우리의 건국헌법(제헌헌법)은 정당에 대해 아무런 규정을 두지 않음으로써 정당과 일반결사를 동일하게 취급하였는데, 그 결과 1958년 민주적 혁신정당이었던 ‘진보당’이 공보실장의 등록취소라는 일반행정처분에 의해 강제해산되었고 이것이 결국 자유당정권의 붕괴로 성립된 제2공화국 헌법으로 하여금 정당에 관한 명문규정을 두게 한 직접적인 계기가 되었던 것이다.⁴⁸⁾

따라서 우리 헌법상의 정당해산규정은 도입 당시의 역사적 상황을 염두에 둔다면 방어적 민주주의를 위한, 다시 말해 자유민주주의 헌법을 보호하기 위한 것이라기보다는 오히려 방어적 민주주의 남용 즉 정부의 자의적인 판단에 의하거나 은폐된 정치적 목적달성을 위해 행해지는 정당해산제도의 남용, 즉, 정부에 의한 야당탄압을 방지하는 데 그 일차적인 목적을 두고 일반결사에 비해 우월한 보호작용을 하는 정당특권(Parteiprivileg)⁴⁹⁾을 규정한 것이라고

48) 홍성방, 앞의 책, 113쪽; 최희수, 위의 논문, 452쪽.

49) 즉 정당은 일반결사와는 달리 기본권에 대한 일반적 법률유보조항(헌법 제37조 제2항)에 규정된 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여는 해산될 수 없으며, 오직 민주적 기본질서에 위배될 때에 한하여 헌법재판소의 심판에 의해서만 해산되는 것으로서, 이는 헌법 제21조의 적용을 받는 일반결사가 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 해산될 수 있고 그 해산에 있어서도 행정처분(또는 법원의 판결)의 대상이 되는 것과 구별되는 것이다(장명봉, 헌법재판소의 위헌정당해산심판, 「헌법재판의 이론과 실제」 46쪽).

해야 할 것이다. 다만 이러한 도입배경 때문에 우리 헌법상의 위헌 정당해산제도가 민주주의의 방어적 측면과 전혀 무관한 것이라는 결론이 도출되는 것은 아니라는 점을 주의하여야 할 것이다.⁵⁰⁾

결국 우리 헌법이 제8조 제4항을 도입한 것은 우리 헌법에 전제되어 있었던 민주주의의 방어적 성격을 헌법상의 명문규정으로 재확인함과 동시에 그 요건을 분명하게 규정함으로써 방어적 민주주의의 남용을 막고 방어의 한계를 확정한 것이라고 평가할 수 있다.⁵¹⁾

3. 정당해산심판의 기본적 쟁점사항

정당해산심판은 헌법질서를 수호하기 위하여 민주적 기본질서에 위반하는 정당을 헌법재판소가 강제해산 시키는 제도이다. 방어적 민주주의 혹은 전투적 민주주의의 이념을 관철하기 위하여 정당의 국민의 정치의사형성을 일부 제한하여 헌법질서를 수호하기 위한 제도이다. 그리고, 다른 한편 정당을 국가의 행정권력이나 통상의 사법권력으로부터 보호하여 그 존립을 보호하는 정당보호의 기능도

랑 김철수 교수 화갑기념, 박영사, 1993, 584쪽). 이러한 정당의 특권을 실질적 특권과 절차적 특권으로 나누어 설명하는 견해도 있다(허영, 헌법이론과 헌법, 251~253쪽 참조).

50) 방어적 민주주의의 남용방지와 정당특권보장이 반드시 개념필연적인 관계에 있는 것은 아니다. 정당특권이란 정당에 대한 입법권과 행정권의 간섭을 막고 위헌성의 확인을 헌법재판소에 독점시킴으로써 일반결사에 비해 그 해산요건을 엄격히 하는 것(K. Hesse(계희열 역), 서독헌법원론, 1985, 406쪽 이하)에 불과하다. 그러므로 정부가 자의적 해석에 기해 정당해산을 제소하고 이를 헌법재판소가 받아들이는 경우 정당특권에도 불구하고 방어적 민주주의는 남용되는 셈이 된다. 그러나 정당특권의 보장은-헌법재판소가 헌법수호자로서의 임무를 다하는 한- 적어도 정부 또는 다수당에 의한 방어적 민주주의의 남용을 막을 수 있는 유력한 수단이 된다(최희수, 앞의 논문, 452쪽 주30) 참조.

51) 동지: 최희수, 위의 논문, 453쪽.

가진다.

그런데 정당은 민주주의에서 국민의 정치적 의사를 형성하고 국가권력에 국민의 의사를 전달하는 민주정치의 본질적 요소이다. 현대 대중민주주의는 정당의 매개 없이는 사실상 국민의 의사를 국가권력에 반영하여 실현하기가 매우 어렵다. 따라서 현대 정치에 있어서 다양한 정당의 존재와 자유로운 활동은 민주주의의 실현을 위하여 필요불가결한 요소이다. 하지만 정당이 국민을 선동하여 민주주의를 파괴하는 위험한 행동을 할 수도 있다. 또한 정당이 사회보편적인 이념을 추구하지 않고 극단적인 입장을 취하며 특수집단의 이해관계만을 반영하여 사회를 분열과 혼란에 빠뜨릴 수도 있다. 따라서 정당해산제도에 있어서는 이러한 모순되는 요구를 어떻게 조화시키는가가 중요한 문제로 대두된다. 그리고 이러한 조화점 위에서 정당해산결정에 있어서의 여러 가지 의문점을 해결해 나가야 한다.

정당해산심판에 있어서 중요한 문제점으로는 다음과 같은 점들을 들 수 있다.

첫째, 정당해산이 본질적으로 헌법의 예방적 수호를 위한 제도인가 아니면 정당의 보호를 위한 제도인가.

둘째, 정당해산심판의 대상으로서 정당은 형식적으로 중앙선거관리위원회에 등록된 정당에 한정되는가, 아니면 국민의 정치적 의사를 국가에 반영시키고 정권을 획득하려고 노력하는 정치적 결사 일반을 포함하는가.

셋째, 정당해산 요건으로서 민주적 기본질서에 위반된다고 하였을 경우에 민주적 기본질서란 과연 어떠한 의미의 것인가, 즉 시장경제를 바탕으로 하는 협의의 자유민주적 기본질서만을 의미하는 것인가 아니면 보다 광의의 것인가.

넷째, 정당해산 요건으로서 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위반된다고 하였을 경우에 정당의 목적이나 활동이란 어떤 의미인가. 특히 어떠한 실질적 활동 없이 순수히 목적만이 민주적 기본질서에 위반되는 경우도 포함하는 것인가, 아니면 목적을 구체화하고 실천하는 최소한의 활동을 포함하는 것인가.

다섯째, 정당해산의 요건으로서 민주적 기본질서에 실질적 위협이 있어야 하는가, 아니면 위협의 추상적 존재만으로 충분한 것인가.

여섯째, 정당해산청구나 결정은 정당 전체에 대하여서만 가능한가, 아니면 일부에 대한 해산청구나 결정도 가능한가.

일곱째, 정당해산결정의 법적 성격은 정당의 위헌성의 소급적 확인결정인가, 아니면 장래를 향한 순수한 정당의 소멸을 결정하는 창설적 결정인가.

여덟째, 정당해산결정의 결과 소속 국회의원들이나 정당추천의 다른 국가기구 구성원들은 자격을 유지하는 것인가, 아니면 상실하는 것인가.

아홉째, 정당해산심판 청구나 결정은 정치적 요소를 고려한 재량 사항인가 아니면 해산요건을 갖추었는지 여부만을 판단하는 엄격한 기속적 사항인가.

열 번째, 정당해산결정의 결과 설립이 금지되는 대체정당이란 어떤 것인가. 그리고 대체정당인지 여부는 어떤 기관이 판단하는가.

이 모든 문제에 대한 대답은 궁극적으로는 정치와 헌법의 관계 규명에서 나올 수밖에 없다. 정치의 창조적인 공동체 형성적 성격과 헌법의 공동체 질서유지적 성격을 어떻게 조화시킬 것인가가 이 문제를 푸는 대답과 직결되어 있다.

II. 외국의 위헌정당 해산제도

1. 유럽 각국의 정당해산제도

(1) 개관

유럽 평의회(Council of Europe)의 요청으로 법을 통한 민주주의 유럽집행위원회(European Commission for Democracy through Law), 일명 “베니스 위원회”(Venice Commission)는 정당의 금지 및 해산과 이와 유사한 조치에 대하여 유럽을 주축으로 한 회원국⁵²⁾을 대상으로 최근 광범위한 조사를 실시하여 그 결과를 보고서의 형태로 발표한 바 있다.

그 이유는 최근까지 권위주의 내지는 공산주의 체제의 지배를 받아온 국가에서 민주주의의 초석을 다지는 데 있어서 정당의 역할이 그 어느 때보다도 중요하다는 인식에서였다. 현대 대의제 민주주의에서 민주주의의 초석인 선거는 자유롭게 결성된 정당의 적극적인 참여 없이는 생각할 수 없을 정도이다. 그리고 정치적 결사의 자유는 결사의 자유를 정치의 영역으로 확대한 정치적 형태이기 때문이다.

동 보고서⁵³⁾에 의하면 유럽 국가의 정당에 대한 법적인 태도는

52) 조사에 응한 국가는 알바니아, 아르헨티나, 오스트리아, 아제르바이잔, 벨라루스, 벨기에, 보스니아/헤르체고비나, 불가리아, 타나다, 크로아티아, 체코, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 그루지야, 독일, 그리스, 헝가리, 아일랜드, 이탈리아, 일본, 키르기스스탄, 라트비아, 리히텐슈타인, 리투아니아, 몰도바, 네덜란드, 노르웨이, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 러시아, 슬로바키아, 스페인, 슬로베니아, 스웨덴, 스위스, 터키, 우크라이나, 우루과이 등 41개 국가이다. 이 중 유럽에 소재하는 국가가 아닌 경우는 일본, 캐나다, 우루과이를 들 수 있다. CDL-PP (98) 2 참조.

53) *CDL-INF (2000) 001*. (2004. 10. 25)

[http://wwwdocs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.asp](http://wwwdocs/2000/CDL-INF(2000)001-e.asp)> 참조.

그 국가가 처한 상황에 따라 상이하다. 그것의 가장 대표적인 예로 정당의 등록을 들 수 있는데, 모든 국가에서 정당의 등록이 요구되는 것은 아니다. 예를 들면 독일, 그리스, 스위스에서는 정당의 등록의무가 전혀 없는 반면, 덴마크와 네덜란드의 경우 정당이 등록을 할 필요는 없으나, 선거에 참여하기 위해서는 일정한 형식을 요구하고 있다. 아일랜드의 경우 정당의 등록은 단순히 정당이 후보자의 이름 옆에 정당의 이름을 게시하는 것을 가능하게 하는 것뿐이며, 스웨덴의 경우 정당의 등록은 정당이 그 이름을 사용할 수 있는 독점적 권리를 보호할 뿐이다. 오스트리아, 스페인, 노르웨이 등과 같이 정당의 등록이 의무인 국가들의 경우에도 이것은 단지 형식일 뿐이다. 노르웨이의 경우 유일한 조건은 5,000명 이상의 서명뿐이다. 하지만 체코, 폴란드, 러시아 등의 동유럽 국가에서는 당국이 정당의 활동에 적용될 실제적 요건을 충족하는지를 확인하고 있다.

정당을 헌법적 또는 입법적 차원에서 어떻게 취급하고 그 정도는 어떠한가에 대한 태도는 훨씬 더 다양하다. 모든 국가는 결사의 자유를 보장하고 있지만, 정당을 취급하는 정도는 정당의 활동을 인정하는 근거 또는 헌법에 따라 상당히 다르다. 핀란드, 아일랜드, 스위스는 정당에 대해서 헌법에 특별한 언급을 전혀 하고 있지 않다. 하지만 대부분의 경우 헌법이 결사의 자유를 보장하고 정당에 대해서 언급하고 있으므로, 헌법은 정당의 활동에 제한이 가해지는 주요한 경우를 명시적으로 언급하고 있다. 예를 들면 독일 헌법은 정당의 목적이나 당원의 행위를 통하여 자유민주적 기본질서를 방해하거나 자유민주적 기본질서의 전복을 야기하는 정당의 금지를 규정하고 있다. 오스트리아의 경우 정당에 관한 법의 일정 부분은 헌법적 성격을 띠고 있다고 평가할 수 있다. 정당의 헌법적 취급에

대하여 포르투갈은 그 어느 나라보다도 자세한 규정을 두고 있다.⁵⁴⁾ 포르투갈 헌법은 특히 정치적 영역에서 결사의 자유를 제한하고, 정당의 내적 구성을 포함하여 정당의 활동의 제한의 대부분을 자세히 열거하고 있다.⁵⁵⁾

이하에서는 유럽 각국의 정당에 대한 제한을 형식적 측면과 실질적 측면으로 구분하여 살펴보고, 정당에 대한 제재 조치의 구체적 사례와 제재 조치를 실행하는 기관은 누구인가를 살펴본다.

(2) 법에 의한 정당 활동의 제한

1) 형식적 제한사유

정당에 대한 형식적 제한은 주로 정당의 등록에 관한 것으로서, 등록이 실제로 의무화되어 있는 국가에서 문제가 되고 있다. 정당의 등록에 대한 기본이념은 혼동의 위험을 피하려는 것이다. 등록에 관한 규제의 대부분은 주로 정당의 명칭(name)에 관한 것이다. 캐나다의 경우 정당의 명칭, 약어 또는 로고는 등록된 정당 또는 현재 등록이 진행중인 정당의 명칭과 혼동을 주는 것이어서는 안된

54) 포르투갈 헌법 제10조. 정당은 국민의 의사를 형성하고 이를 표현하는데 기여할 수 있도록 이바지하여야 하며 국가의 독립, 국가의 일체성, 그리고 정치적 민주주의를 존중하여야 한다.

55) 포르투갈 헌법 제51조. 결사의 자유는 정치적 결사체와 정당을 설립하고 가입할 권리와 그들을 통하여 국민의 의사와 정치적 권한을 민주적으로 표현하고 공동으로 행사할 수 있는 권리를 포함한다. 누구도 동시에 한 정당 이상의 정당의 당원이 될 수 없으며, 적법하게 형성된 정당의 당원이라는 이유로 또는 당원의 종료로 인하여 어떠한 권리를 행사하는 것을 방해받지 아니한다. 정당의 강령에서 강조하는 철학이나 이념에 대한 권리의 침해 없이 정당은 종교 또는 교회와 직접적으로 관련된 표현을 포함하는 명칭이나, 국가 또는 종교적 상징과 혼동을 야기하는 표현을 사용하지 못한다. 정당은 또한 지역과 관련되거나 지역적 행위를 연상하는 명칭이나 목표를 가질 수 없다. 정당은 투명성, 민주적 조직과 운영, 그리고 전 당원의 참여의 원칙을 고수하여야 한다. 정당의 재산과 회계의 공개 요건과 공적인 정당자금의 조달의 요건과 한계와 관련된 규정은 법률로써 규정하여야 한다.

다고 하고 있다. 포르투갈은 정당이 국가적 또는 종교적 심벌과 혼동을 야기할 수 있는 상징을 사용하는 것을 헌법에 명시적으로 금지하고 있다.

일부 국가는 정당의 명칭에 관하여 더욱 엄격한 규제를 하고 있다. 예를 들면 캐나다의 경우 연방국가의 유지를 위하여 정당의 명칭에 ‘독립적’(independent)이라는 용어를 사용하지 못하도록 하고 있으며, 포르투갈의 경우 정당은 그들이 강조하는 정당의 강령에서 철학이나 이념에 대한 권리의 침해 없이 종교나 교회를 직접적으로 연상하는 명칭을 사용하지 못하도록 하고 있다. 아르헨티나의 경우 정당은 자연인의 이름이나 아르헨티나 국가이름, 전국적 또는 국제적이라는 명칭을 사용하지 못하도록 하고 있다. 이러한 제한은 정당의 강령이나 활동과 직접적 영향이 없으므로 본질적으로 형식적 규제라고 할 수 있다.

정당의 설립 또는 존속은 때때로 정당의 당원 숫자⁵⁶⁾ 또는 최소한의 공천 숫자⁵⁷⁾에 부합하여야 한다. 하지만 법에서 정한 선거구에 후보를 내지 않아 등록이 취소되는 경우라도 이러한 기구의 구성원이 개인적 자격으로 입후보하는 것을 금지하는 것은 아니다.

정당의 재정을 규제하는 법은 특히 공적인 자금으로부터 지원을 받는 국가에서 찾아볼 수 있다. 하지만 압도적 다수의 국가는 이러한 규정을 준수하지 않았다고 해서 정당을 해산하지는 않는다.⁵⁸⁾

정당의 등록은 기타의 형식요건도 따라야 한다. 캐나다의 경우

56) 에스토니아는 최소한 1,000명, 라트비아는 200명의 당원을 각각 요구하고 있다. *CDL-INF (2000) 001*. (2004. 10. 25)

[http://www.venice.coe.int/docs/CDL-INF\(2000\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/CDL-INF(2000)001-e.asp)> 인용.

57) 캐나다의 경우 최소한 50개의 선거구에 후보자를 내지 않는 정당은 등록을 취소하고 있다.

58) 알바니아의 경우 정당의 재정의 근거를 공개하지 않고 검사를 위한 제출을 하지 않는 정당을 금지하고 있다.

정당의 등록 신청은 정당의 대표자가 서명을 하고 정당의 공식 명칭, 정당 대표자의 성명과 주소, 사무실의 주소, 정당 사무소장의 성명과 주소, 100명의 대의원의 성명과 주소, 그리고 서명을 요구하고 있다.

2) 실질적 제한사유

정당 또는 이와 유사한 단체의 금지 또는 해산에 이르게 하는 정당 활동의 실질적 제한은 각 국가의 민주주의 성숙도와 정치적 환경에 따라 상이하다. 벨기에는 정당에 대한 이러한 제한을 가하는 입법이 전혀 존재하지 않는다. 그리스의 경우 헌법이 정당의 조직과 활동은 민주주의 시스템의 자유 기능을 위해 봉사해야 한다고 규정하고 있지만, 정당이 이러한 의무를 따르지 않을 경우에 대한 제재는 없다. 오스트리아의 경우 역사적 경험 때문에 국가사회당의 재건을 금지하는 것을 제외하고는, 정당을 금지하거나 해산하는 규정이 존재하지 않는다.

하지만 일부 국가는 정당의 목적이나 활동에 대하여 제재를 가하는 규정을 가지고 있다. 결사에 관하여 일반적 입법을 가지고 있는 국가의 경우 불법적이거나 비도덕적인 목적을 가진 단체는 법적 지위를 상실하거나 사법 당국에 의하여 금지된다. 스위스나 핀란드의 경우가 가장 대표적이다. 이 경우 결사체가 법에 정한 목적과 상치되면 결사체는 해산된다.⁵⁹⁾ 스페인의 경우 정당의 목적이 특히 범죄 실행이거나 범죄 실행의 조장 또는 무장단체, 테러단체일 경우 형법상 범죄단체로서 해산될 수 있다.

일반적으로 정당은 일정한 제약하에서 정당 활동을 영위할 수 있

59) 에스토니아의 경우 결사체가 헌법질서, 법률, 도덕, 결사가 표방한 목적에 위배되거나 영리행위를 하거나 파산하는 경우에는 법원에 의하여 해산된다.

다. 즉 기본적 자유를 위협하는 활동에 대해서는 제한이 가해질 수 있다. 독일의 경우 정당의 목적이나 활동이 자유민주적 기본질서를 위협하거나 자유민주적 기본질서를 전복할 우려가 있는 경우는 금지된다. 터키의 경우 정당이 권력을 독재자에게 부여하는 것을 금지하고 있다. 이탈리아의 경우 정당은 공적인 부분과 타 정당과의 관계에서 민주적 방법으로 정당의 활동을 영위하도록 하고 있다. 하지만 헌법이 파시스트당의 부활을 헌법적으로 금지하고 있음에도 불구하고 정당의 강령이 민주적이어야 한다는 의무조항은 없다.

유사한 기조로 다수의 국가는 극단주의 정당을 금지하고 있다. 예를 들면 포르투갈 헌법은 파시스트 또는 인종차별에 근거한 정당을 금지하고, 오스트리아의 경우 특별법에 의하여 해산된 국가사회당과 그 부속단체는 재건될 수 없다.⁶⁰⁾

정당의 목적이나 활동이 차별, 증오, 폭력을 조장하는 정당도 일반적으로 금지된다. 이에 대한 예는 무수히 많다. 프랑스의 경우 출신이나 특정한 인종적, 민족적, 국가적, 종교적 성향을 갖지 않았다는 사실 때문에 또는 그러한 차별, 증오, 폭력을 정당화하거나 조장하는 이론이나 아이디어를 전파하기 위하여 개인이나 단체를 차별, 증오, 폭력을 조장하는 정당을 금지하고 있다. 스페인의 경우도 이와 유사하다. 하지만 스페인은 인종과 신념 이외에 성별, 성적 취향, 가족 상황, 질병, 장애도 고려하고 있다. 덴마크와 포르투갈의 경우 정당이 체제 전복적이거나 인종차별주의가 아니라 하더라도 폭력에 호소하거나 폭력을 조장하는 것을 금지하고 있다.

독일의 경우 국가의 존립에 위협이 되는 정당을 금지하고 있으며,⁶¹⁾ 프랑스는 정당이 국가의 주권을 존중할 것을 요구하고 있다.

60) 폴란드의 경우 정당의 강령이 나찌즘, 파시즘, 공산주의에 근거하는 정당을 금지하고 있다.

61) 우크라이나는 국가의 독립에 위협이 되는 정당을 금지하고 있다.

러시아나 터키의 경우 좀 더 제한적인 방법으로 정당은 국가의 영토적 순수성을 보호하도록 하고 있다.

정당이 단순히 기존의 질서를 공격하는 것은 자유 민주국가에서 처벌되어야 할 위반이 아니다.⁶²⁾ 본질적으로 금지 또는 처벌되어야 할 체제전복적인 정당 활동의 유형은 정당한 국가권력을 폭력적인 방법으로 타도하려는 것이다. 스위스의 경우 국가를 위태롭게 하는 정당을 금지하고 있지만 이러한 극단적 조치는 오로지 전시의 경우에만 가능하다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

정당의 금지 및 해산 그리고 이와 유사한 조치는 정당의 조직의 면에서도 역시 기초할 수 있다. 핀란드와 스페인은 정당의 내부 조직과 기능이 민주적일 것을 요구하고 있다.⁶³⁾

(3) 제한 조치의 실행 사례

최근의 사례를 살펴볼 때 유럽 대다수의 국가에서 정당에 대한 금지나 해산이 적용된 예는 거의 없다. 벨기에, 그리스, 오스트리아 - 국가사회주의 정당의 금지는 별론으로 하고 - 와 같이 정당의 해산이나 금지 조항이 없는 국가는 말할 필요도 없다. 스위스 같은 경우 결사의 자유를 보호하고자 헌법 규정을 자유롭게 해석하여 전시가 아닌 평화시에는 이러한 극단적 조치가 실제로 불가능하도록 하고 있다.

20세기 이후 제1,2차 세계대전을 거치면서 유럽은 지속적으로 민주주의를 발전시켜 왔으며, 그로 인하여 제2차 세계대전 이후 지금까지 수십 년 동안 정당의 해산이나 금지가 거의 행해지지 않도록 만들었다.⁶⁴⁾

62) 포르투갈은 결사의 목적이 헌법에 위배되지 않으면 결사를 형성할 수 있다.

63) 폴란드는 법에 의하여 비밀조직을 금지하고 있다.

그러나 정당에 대한 형식적 제한 위반을 이유로 정당의 등록이 거부된 사례는 다수 있다. 예를 들면 캐나다의 경우 총선거 최소한 50개의 선거구에서 후보를 내지 않아 등록이 거부된 정당이 하나 있다.⁶⁴⁾

정당에 대한 실질적 제한 위반을 이유로 정당이 금지되거나 해산된 경우의 대표적인 경우는 독일과 터키를 들 수 있다. 독일과 터키에서의 정당 해산 경험은 유럽의 전통에서 볼 때 이례적이라고 할 수 있다. 독일에서 1953년의 사회주의제국당(Sozialistische Reichspartei : SRP) 사건과 1956년의 독일공산당(Kommunistische Partei Deutschlands : KPD) 사건은 역사상 중요한 사건으로, 히틀러의 나찌즘으로부터 민주주의를 회복한지 얼마 안 되었으며, 냉전체제가 절정인 시점에서의 사건이었다.

최근 터키는 정당이 국가안보를 위태롭게 하고, 영토의 순수성을 훼손하고, 정교분리의 원칙을 따르지 않는다는 이유로 여러 정당을 해산한 바 있다. 가장 대표적인 사건은 이른바 ‘북지당’ 사건이라고 할 수 있다. 최근에 법적인 절차에 따라 정당을 해산한 사례로 터키의 경우가 가장 대표적이므로 터키의 정당 해산 사례를 뒤에서 자세히 살펴본다.

따라서 일반적으로 정당의 금지나 해산 같은 극단적 조치가 내려진 경우가 극소수라는 것은 결사의 자유가 민주주의 사회에 반드시 필요하고 매우 중요하다는 인식하에 정당에 가해지는 제재에도 반드시 비례의 원칙이 적용되어야 함을 강조하는 것이다.

64) 핀란드는 1930년대 이후, 덴마크는 1953년 이후, 독일은 1956년 이후, 일본은 현재까지 이 같은 조치가 없었다.

65) 라트비아의 경우, 설립절차 위반으로 1, 최소 당원 숫자 부족으로 8, 재정 보고서 미제출로 1개의 정당이 등록을 거부당한 바 있다.

(4) 권한 있는 기관

정당의 금지 및 해산을 비롯한 이와 유사한 조치는 사법 당국의 책임이라는 것이 일반적이다. 일반적으로 말해서 이러한 조치는 법원에 의해서 직접적으로 다루어지고 있으며, 이 경우 순전히 정치적 동기에 의해서 정당 활동에 간섭하는 것을 피하는 것이 법관의 본질적 권한이다.

정당의 금지 또는 해산 문제는 절차상 비사법기관 또는 행정기관이 먼저 취급하는데, 이들은 주로 정당의 등록에 대해 취급하고 있다.⁶⁶⁾ 권한 있는 기관의 예를 들면 캐나다의 경우 선거관리위원장이자, 아일랜드의 경우 정당의 등록을 거부하는 결정에 대해서 고등법원 판사, 하원의장, 상원의장으로 구성된 특별위원회에 상소할 수 있다. 이 기구가 부분적으로 정치적으로 구성된다는 것은 아일랜드에서의 정당의 등록은 순수한 형식이며, 등록 거부는 결사의 자유에 어떠한 영향도 미치지 않는다는 것을 설명하는 것이다.⁶⁷⁾ 하지만 대다수의 국가에서 등록 권한을 갖고 있는 당국은 법원이다.⁶⁸⁾

헌법재판소가 별도로 존재하는 경우, 정당의 금지 또는 해산은 헌법재판소의 독점적이며 우선적 권리이며, 이 결정은 최종적인 것이 일반적이다.⁶⁹⁾ 몇몇 국가에서는 일반법원과 헌법재판소간의 공동작업을 요구한다. 정당의 등록과 관련하여 폴란드의 경우가 여기

66) 알바니아는 법무부, 체코는 내무부가 권한 있는 기관이다.

67) 크로아티아의 경우 행정부는 정당이 그 활동을 중지했다는 것을 입증할 의무가 있다.

68) 예를 들면 불가리아의 경우 소피아 시법원, 에스토니아의 경우 일반법원, 폴란드의 경우 정당의 목적이나 원칙이 헌법에 합치하는지의 여부가 구체적으로 문제가 될 때 헌법재판소의 의견을 반드시 요청하여야 하는 것에도 불구하고 바르샤바 지방법원이 등록에 관하여 권한 있는 기관이다.

69) 포르투갈과 터키의 경우가 대표적이다.

에 해당한다. 불가리아의 경우 대법원이 검찰총장의 제안에 따라 정당의 금지 또는 해산을 명할 권한이 있지만, 헌법재판소는 정당의 위헌성 여부에 대해서 소송을 담당할 권한이 있다.

정당의 금지 또는 해산에 관하여 관할권을 갖고 있는 법원으로 아르헨티나의 경우 연방 법원, 에스토니아의 경우 행정법원, 그리고 스위스의 경우 일반 법원이 이를 담당한다.

필요한 경우 정당 금지 가처분(temporary suspension)을 행하는 국가도 있다. 덴마크의 경우 정부가 정당 금지 가처분을 행한다.⁷⁰⁾ 하지만 이 경우 당연히 법원에 제소할 수 있다. 프랑스의 경우 대통령이 내각회의에서 채택한 명령에 의하여 정당의 해산을 선언할 수 있으며, 이 경우 법원에 제소할 수 있다.

(5) 베니스 위원회 지침

베니스 위원회는 각국의 정당의 금지 및 해산에 관하여 구체적이고 개별적인 사정을 광범위하게 조사하고, 그 결과로서 각국의 개별적이고 구체적인 사정을 감안한 상태에서 따라야 할 가이드라인을 제시한 바 있다. 가이드라인의 구체적 내용은 다음과 같다.⁷¹⁾

첫째, 국가는 모든 인간이 자유롭게 정당 활동을 할 수 있는 결사의 자유를 인정하여야 한다. 이러한 권리는 국가기관에 의한 간섭 없이 정치적 의견을 형성하고 불편부당한 정보를 취득할 자유를 포함한다. 정당의 등록의무 그 자체는 이러한 권리의 위반이라고 할 수 없다.

둘째, 정당의 활동을 통하여 보장되는 기본적 인권의 행사에 대

70) 리투아니아의 경우 선거시에는 지방법원이, 평상시에는 법무부가 정당 금지 가처분을 행한다.

71) *CDL-INF (2000) 001*. (2004. 10. 25) <[http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.asp)> 인용.

한 어떠한 제한도 비상시뿐만 아니라 평상시에도 유럽인권보호협약(European Convention for the Protection of Human Right)의 관련 규정과 기타의 국제 조약과 조화를 이루어야 한다.

셋째, 정당의 금지 또는 강제해산은 민주적 헌정질서를 타도하는 정치적 수단으로서 폭력을 행사하거나 폭력 행사를 조장함으로써 헌법에 의하여 보장된 권리와 자유를 위태롭게 하는 경우에만 정당화될 수 있다. 정당이 헌법의 평화적 교체를 주장하는 사실 자체만으로는 금지되거나 해산되어서는 안된다.

넷째, 전체로서의 정당은 정치적 활동과 정당 활동의 영역에서 당해 정당이 권한을 부여하지 않은 구성원의 개별적 행위에 대하여는 책임이 없다.

다섯째, 절대적으로 극단적 조치인 정당의 금지 또는 강제해산은 극히 제한적으로 사용되어야 한다. 정부 또는 기타 국가기관은 권한 있는 사법기관에 정당의 금지 또는 해산을 요청하기 전에 국가의 염려되는 사정에 관하여 정당이 자유민주적 기본질서 또는 개인의 권리에 대하여 실제로 위협을 초래했는지 여부 또는 덜 제한적인 방법으로 그러한 위협을 방지할 수 있는지 여부에 대하여 충분히 고려하여야 한다.

여섯째, 정당의 금지 또는 강제해산 같은 법적인 조치는 독립적인 사법기관의 위헌판단의 결과이어야 하며 극히 예외적인 경우에 한하여 인정되어야 할 것이며 또한 이 경우에도 비례의 원칙에 의하여야 한다. 이러한 조치는 정당의 개별적 구성원뿐만 아니라 정당 자체가 위헌적 수단을 사용하거나 사용을 준비하여 정치적 목적을 추구한다는 충분한 증거에 입각하여야 한다.

일곱째, 정당의 금지 또는 강제해산은 헌법재판소 또는 기타 적절한 사법기관에 의하여 결정되어야 하며, 절차에 있어서 적법절차

(due process), 공개주의(openness), 그리고 공정한 재판(fair trial)이 보장되어야 한다.

2. 독일의 위헌정당해산제도

(1) 민주적 정당국가의 시련

정당은 입헌주의와 의회주의의 산물이다. 독일헌정사에서 입헌민주주의가 관헌국가적 지배질서를 극복하고 정착되기 위해 넘어야 했던 장애들은 민주적 정당들에게도 그대로 적용되었다. 이미 초기 입헌주의시대인 1832년에 독일연합은 군주제원리를 근거로 정당을 금지하는 법률을 제정한 바 있다. 이후 독일 카이저제국에서는 1878년 이른바 사회주의자법(공식명칭은 ‘사회민주주의의 공공위험적 동향에 대한 법’이었음)이 제정되어 1890년까지 시행된 바 있다. 1933년 1월 30일 나치의 집권 후에는 정당들이 해산되고 같은 해 7월 14일에는 정당창설금지법(Gesetz gegen die Neubildung von Parteien)이 제정되기에 이른다.

독일에서 제2차 세계대전 이후 비로소 민주적 헌정질서가 확립되기까지 정당의 자유는 끊임없이 위협받았다. 바이마르공화국 이전의 관헌국가에서는 기존 국가권력에 의한 억압이 주된 요인이었고 이후 바이마르공화국에서는 전체주의를 추구하는 정당이 새로이 등장하여 국가권력을 장악한 이후 민주적 정당질서에 대한 근본적인 파괴가 자행되었다.

(2) 정당조항의 도입과 정당해산제도

나치의 집권으로 정당의 자유가 부정되었던 역사적 경험은 독일

기본법을 제정하는 과정에서 정당조항이 도입되는 중요한 배경을 이루게 된다.

1) 독일기본법의 조항

1949년에 제정된 독일기본법 제21조 제1항은 “정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다. 정당의 설립은 자유이다. 정당의 내부질서는 민주적 원칙에 부합해야 한다. 정당은 자금의 출처와 사용에 대해 그리고 그 재산에 대해 공개적으로 보고해야 한다”고 규정하였다. 또한 제21조 제2항은 “목적이나 추종자의 행태에 있어 자유민주적 기본질서를 침해 또는 폐제하려 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 하는 정당은 위헌이다. 위헌성의 문제에 대해서는 연방헌법재판소가 결정한다”고 하여 자유민주적 기본질서를 해하여 정당의 자유를 근본적으로 배제하려는 정당에 대해 민주주의를 보호하는 장치를 마련하였다.

그밖에 독일기본법 제18조는 “의사표현의 자유, 특히 출판의 자유(제5조 제1항), 교수의 자유(제5조 제3항), 집회의 자유(제8조), 결사의 자유(제9조), 서신·우편 및 전신의 비밀(제10조), 재산권(제14조) 또는 망명권(제16조 제2항, 현재는 제16a조)을 자유민주적 기본질서에 대한 공격을 위해 남용하는 자는 이러한 기본권들의 효력을 상실한다. 실효와 그 범위는 연방헌법재판소가 선고한다”라는 기본권 실효조항을 두었다. 또한 독일기본법 제9조 제2항은 “목적이나 활동이 형법에 위배되거나 헌법질서 또는 국제선린사상에 반하는 결사는 금지된다”고 규정하고 있다.

2) 독일 연방헌법재판소법의 조항

독일 연방헌법재판소법은 제43조 이하에서 기본법 제21조 제2항

의 내용을 다음과 같이 구체화하고 있다.

제43조 제1항 정당의 위헌여부에 대한 결정의 청구는 연방의회, 연방참사원 또는 연방정부가 할 수 있다.

제2항 주정부는 조직이 그 주의 영역에 한정된 정당에 대해서만 청구할 수 있다.

제44조 정당의 대리인은 법규정 및 정당의 내규에 따라 정한다. 정당의 대리권자가 확정될 수 없거나 존재하지 않거나 또는 연방헌법재판소에 청구된 후 변경된 경우에는 청구의 시점에서 최종적으로 정당의 업무를 사실상 지휘했던 사람을 대리권자로 한다.

제45조 연방헌법재판소는 일정한 기간 내에 대리권자(제44조)에게 의견을 표명할 기회를 주며 그 후에 청구가 각하되어야 하는지의 여부나 충분한 이유가 없어 기각되어야 하는지의 여부 또는 심판을 계속해야 하는지의 여부를 결정한다.

제46조 제1항 청구가 이유있는 것으로 입증되면 연방헌법재판소는 정당이 위헌임을 확인한다.

제2항 위헌확인은 법적으로 또는 조직적으로 독자적인 정당의 한 부분으로 국한될 수도 있다.

제3항 위헌확인에 따라 정당 또는 정당의 독자적인 부분은 해산되고 대체조직의 설립이 금지된다. 이 경우 연방헌법재판소는 또한 정당 또는 정당의 독자적인 부분의 재산을 공익적인 목적을 위해 연방이나 주에 귀속시킬 수 있다.

마지막으로 제47조는 기본권실효에서 압수 및 수색에 대한 조항(제38조)과 재청구의 제한에 대한 조항(제41조)이 정당해산에도 적용됨을 규정하고 있다.

(3) 정당해산결정의 실례

독일기본법이 제정된 이후 몇 차례에 걸친 정당해산 청구가 있었다. 그 중 지금까지 정당해산에 이른 것은 1950년대의 두 경우였다. 각 경우를 살펴보기로 한다.⁷²⁾

1) 사회주의제국당과 독일공산당의 해산결정

독일기본법이 제정된 후 극우정당인 사회주의제국당(Die Sozialistische Reichspartei : SRP)과 독일공산당(Kommunistische Partei Deutschlands : KPD)이 해산된 바 있다.⁷³⁾

(가) 사회주의제국당(SRP) 해산결정⁷⁴⁾

(a) 사실의 개요

사회주의제국당(Die Sozialistische Reichspartei : SRP)⁷⁵⁾은 1949

72) 독일의 정당해산사건들에 대한 개괄적인 서술로는 M. Thiele, Das Verbot verfassungswidriger Parteien(Art.21 Abs.2 GG), in: M. Thiel(Hg.), Wehrhafte Demokratie, Tübingen 2003, S.173~207, S.177ff.; G. Roellecke, Art.21, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz Bd.1, Heidelberg 2002, Rn 113f. 등을 참조할 것.

73) BVerfGE 2, 1; 5, 85.

74) 이하의 내용은 권영성, 정당의 해산-서독사회주의국가당(SRP)의 위헌판결, 고시연구, 1982년 1월호, 181~188쪽 및 김승환, 위헌정당해산(사회주의제국당 위헌판결), 「한국헌법학의 현황과 과제」 금강 김철수 교수 정년기념논문집, 박영사, 1998, 229~251쪽의 내용을 주로 참고하였다.

75) SRP의 창당과정은 다음과 같다. 1949년에 전전의 우파제정당의 소속원들을 정치적으로 규합하기 위한 몇 차례의 시도가 이루어진 끝에 드디어 독일우파당(Die Deutsche Rechtspartei)을 결성하는데 성공하였다. 그러나 그 후 당내에 있어서 주도권장악을 위한 알력으로 말미암아 분열되고 말았다. 그 분파중의 하나가 1949년 10월 2일에 사회주의국가당(SRP)을 창설하게 된 것이다. SRP의 창당과 당육성에 지도적 역할을 담당한 자는 동당의 전신인 독일우파당(DP)의 공천으로 1949년 8월에 연방의회의원으로 당선된 F. Dorls 박사, 전 육군 소장 O. E. Remer, G. Krüger 박사, A. Finke, B. Gericke 박사 등이었다. 이들과 그밖의 당간부의 대부분은 나치스 당원이었거나 히틀러 소년단

년 10월 2일의 전당대회에서 채택한 잠정당헌에 의거하여 조직에 착수한 이래, 1951년 7월 7일 Westerceller에서 개최된 전당대회를 통하여 정식 발족되었다. 사회주의제국당의 핵심기구는 당수를 비롯한 당간부회(5인), 당평의회(21인) 그리고 당원대회였으며, 中央黨·州黨·郡黨·地區黨으로 편성되었고 그 방계조직으로 라이히전선(Reichs front), SRP여성동맹(SRP Frauenbund), 라이히소년단(Reichs Jugend) 등을 가지고 있었다. SRP는 1950년에서부터 1952년까지에 각종 주의회의원선거와 연방의회의원보궐선거에 참여하였는데, 주로 Niedersachsen, Bremen, Schleswig-Holstein를 주요 지지기반으로 하고 있었다.⁷⁶⁾

SRP는 활동을 개시하면서부터 연방과 각주에서 정부정책을 비판·공격함으로써 1950년에 와서는 SRP와 연방정부간의 대립이 절정에 달하였는데, 이러한 대립의 과정에서 연방정부는 SRP가 연방공화국의 헌법질서를 파괴하고 있다는 우려 하에 1951년 5월 4일 “SRP는 그 목적과 당원의 활동을 통하여 특히 선거인들에게 테러행위를 시도함으로써 자유민주적 기본질서를 침해하려고 의도하고 있다(GG 제21조 제2항)”는 정부결의를 채택하였다. 나아가 연방정부는 “라이히전선(Reichs front)이 서독기본법 제9조 제2항에 따라 금지되고 있다는 점”을 확인하면서 SRP에 대하여 “동(同) 정당의 위헌성의 사법적 확인을 구하는 청구를 연방헌법재판소에 제기할 것임”을 통고하고 1951년 11월 19일에 SRP에 대한 해산청구를 연

(Hitler Jugend), 나치스돌격대(SA), 나치스여성동맹(N.S. Frauenschaft), 나치스정부의 고위공직자, 나치스 노동전선(DAF)의 멤버들이었다(권영성, 위의 논문, 181~182쪽의 각주 1) 참조).

76) 예컨대 1951년 5월의 Niedersachsen주의회의원선거에서는 총투표 중 약 11%의 지지표를 획득하였다. 의석수에 있어서도 Niedersachsen주에서는 총 158석 중 16석을, Bremen에서는 100석중 8석을 획득하였다(권영성, 위의 논문, 182쪽의 각주 2) 참조).

방헌법재판소에 제기하였다.

연방정부는 청구이유로서 크게 두 가지를 주장하였는데, 하나는 “SRP의 당내부질서가 민주주의의 제원칙에 합치하지 않는다는 것”이었고 둘은 “그 내부질서가 영도자원리를 바탕으로 하고 있다는 것”이었다. 요컨대, SRP는 나치당(NSDAP)의 후계정당이며, 나치당과 동일 내지 유사한 목적을 추구하고 있는 것으로 자유민주적 기본질서를 폐해할 것을 의도하고 있다는 것이었다.⁷⁷⁾

이러한 연방정부의 해산청구에 대응하여 SRP는 “엄정한 법해석에 따를 때 연방정부의 청구는 허용될 수 없는 것”이라고 반론을 제기하면서, 그 논거로서 i) 퇴임재판관의 후임이 선임되고 있지 않으므로 재판부 구성이 위법이라는 것, ii) SRP의 당내부질서는 민주적 원칙에 반하지 않는다는 것, iii) 기본법 제21조 제1항·제2항의 정당조항은 시행법률의 제정이 있기까지는 직접 적용될 수 없다는 것, iv) 판결선고 이전에 정당이 자진해산한 경우에는 그 위헌심사는 허용되지 않는다는 것, v) 정당의 위헌성이 확인된 경우에도 당소속의원은 각급의원직을 계속 보유한다는 것을 주장하였다.

(b) 판결요지

이에 대하여 연방헌법재판소는 1952년 10월 23일 다음과 같은 요지의 판결을 선고하였다.

첫째, 퇴임재판관의 후임자가 연방헌법재판소법 제5조 제3항에 규정된 시간 내에 선임되지 않았다는 이유만으로 곧 연방헌법재판

77) 연방정부의 청구요지를 요약하면 다음과 같다. i) 사회주의국가당이 헌법위반임을 확인하여 줄 것. ii) 사회주의국가당과 더불어 그 모든 부분조직을 해산시킬 것. iii) 사회주의국가당 또는 그 부분조직 특히 라이히전선, 라이히스년단 및 SRP 여성동맹에 관해서는 그 위장조직 내지 대체조직의 창설을 금지시킬 것. iv) 사회주의국가당과 그 부분조직의 재산은 연방의 공공이익을 위하여 몰수할 것(권영성, 위의 논문, 183쪽 참조).

소가 비정규적(非正規的)으로 구성되었다고 할 수 없다.

둘째, 기본법 제21조 제2항이 의미하는 자유민주적 기본질서는 일체의 폭력적·자의적 지배를 배제하고 그때 그때의 다수의 의사와 자유 및 평등에 의거한 국민의 자기결정을 토대로 하는 법치국가적 지배질서를 의미하는 것으로, 최소한 기본법에 의하여 구체화되고 있는 제인권의 존중, 국민주권, 권력분립, 정부의 책임성, 행정의 합법률성, 사법부의 독립, 복수정당제, 반대당의 합헌적인 결성·활동권과 더불어 모든 정당에 대한 기회균등 등이 포함될 수 있다.

셋째, 정당에 관한 한 기본법 제21조 제2항은 기본법 제9조 제2항에 대한 무조건적인 특별법적 규정이다.

넷째, 기본법 제21조 제1항 제1문·제2문과 동조 제2항은 직접 적용될 수 있는 법이다. 동조 제1항 제3문도 그것이 민주적 제원리에 원칙적으로 위반되는 정당조직을 금지하고 있는 이상 직접적용될 수 있는 법이다.

다섯째, 정당의 내부질서가 민주적 구성원리로부터 이탈하는 정도가 원칙적으로 민주주의 적대적 태도의 표현으로서만 해석될 수 있는 정도에 이르게 되면 특히 그밖의 다른 사정까지도 동(同) 정당의 그와 같은 태도를 뒷받침하여 주는 경우라면 기본법 제21조 제2항의 구성요건을 충족시키는 것이 될 수 있다.

여섯째, 정당이 소수의 간부로 구성되는 권위적인 고위층의 자의에 따라 해산될 경우 그러한 해산방식을 그 내용으로 규정한 당헌의 규정 내지 개별적인 수권은 기본법 제21조 제1항 제3문의 강제규정에 위반되므로 무효가 된다.

일곱째, 정당의 위헌성이 확인되면 동(同) 정당의 소속위원의 연방의회·주의회의원직은 상실된다.

(c) 판결주문

본 사건에 대한 독일연방헌법재판소의 판결주문 내용은 다음과 같다.

- I. (1) 사회주의제국당은 위헌이다.
 - (2) 사회주의제국당은 해산된다.
 - (3) 사회주의제국당을 위한 대체조직을 창설하거나 현존의 기구를 대체조직으로 존속시키는 것은 금지된다.
 - (4) 사회주의제국당의 공천으로 선출되었거나 판결선고 당시에 사회주의제국당에 소속하는 의원의 연방의회·주의회 의원직은 보충됨이 없이 그리고 그 보상없이 상실된다. 당해 의회의 의원수의 법정정수는 상실된 의원직의 수만큼 감소된다. 의회에 의한 의결의 효력은 이로써 영향을 받지 아니한다.
 - (5) 사회주의제국당의 재산은 독일연방공화국의 공익목적에 위하여 몰수된다.
- II. 각주의 내무부장관에게는 본판결주문 I. (2)와 (3)을 집행할 권한을 위임한다. 그 범위 안에서 그들에게는 모든 경찰기관을 직접 지휘할 권한이 부여된다.
재산을 몰수할 권한은 연방내무부장관에게 이양하며 동내무부장관은 각주의 내무부장관의 협력을 구할 수 있다.
- III. 본판결이나 본판결의 집행과 관련된 제반조치에 대한 고의적인 위반행위는 연방헌법재판소법 제47조 및 제42조에 따라 6월 이상의 금고에 처한다.

(d) 평가

이러한 독일연방헌법재판소의 SRP에 대한 해산결정은 당시 당연한 것으로 받아들여졌는데, 이는 독일기본법이 정당해산제도를 도입한 중요한 이유가 나치즘의 부흥을 철저히 예방하려는 데에 있었기 때문이었다.

(나) 독일공산당(KPD) 해산결정⁷⁸⁾

(a) 사실의 개요

독일에 있어서 조직적인 노동자운동은 라살레(F. Lassalle)가 1863년에 독일노동자총동맹(Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein)을 결성하면서 시작되었다고 할 수 있다. 이 노동자총동맹은 1875년이 되자 Liebknecht 및 Bebel에 의하여 1869년에 창설된 사회민주주의노동당(Sozialdemokratische Arbeiterpartei)과 제휴하였고, 이것이 1890년 이후 독일사회민주당(Sozialdemokratische Partei Deutschlands : SPD)이라는 당명을 가지게 되었다.

1916년 3월에 이 사회민주당은 소수좌파인 독립사회민주당(Unabhängige Sozialdemokratische Partei Deutschlands : USPD)과 다수우권파인 사회민주당(SPD)의 양파로 분열되었다. 역시 같은 1916년에 K. Liebknecht와 R. Luxemburg에 의해서 극좌노선의 슈파르타쿠스단(Spartakusbund)이 결성되었다. 이들 독립사회민주당좌파와 슈파르타쿠스단이 바이마르체제 출범시기인 1918년 12월 30일부터 1919년 1월 2일에 베를린에서 개최된 당대회에서 독일공산당(Kommunistische Partei Deutschlands)을 결성하였다.

1932년 6월 11일에 실시된 연방의회총선거에서 독일공산당은 총 유효투표의 16.9%에 해당하는 5,980,239표를 획득하였고, 100개의 의석을 차지하였으며, 1925년에 실시된 연방대통령선거에서 같은 당 후보 Thälmann이 유효투표의 13.2%에 해당하는 약 5백만표를 획득한 바 있다.

그러나 나치당 집권 이후인 1933년 2월 28일 공산당금지법

78) 이하의 내용은 권영성, “정당의 해산(상) - 서독연방헌법재판소에 의한 서독공산당의 위헌판결-”, 고시연구, 1981년 12월호, 181~191쪽과 권영성, “정당의 해산(중)-서독연방헌법재판소에 의한 서독공산당의 위헌판결-”, 고시연구, 1982년 1월호, 177~188쪽의 내용을 주로 참고하였다.

(Sozialistengesetz)과 대통령 긴급명령으로 공산당이 불법화되어 같은 당 소속의 다수의원과 당원들이 체포·투옥되었다. 1933년 3월 31일에는 독일공산당의 조직이 해체되고 그 재산이 몰수되었다.

독일 패전 직후인 1945년 6월 7일, 베를린에서 Pieck, Ulbricht, Ackermann, Dahlem, Matern 등 국외에 망명했던 공산당지도자들에 의하여 독일공산당이 공식적으로 재건되고, 1946년 4월 19일과 20일에 제1차 전당대회를 개최한 바 있다.

그 후 소련점령지역인 동독에서는 1946년 4월 21일~22일의 전당대회에서 사회민주당과 독일공산당 등 정당들은 독일사회주의통일당(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands : SED)에 흡수되고 말았다. 한편 서방점령지역의 사회민주당(SPD)은 동독의 SED와의 제휴를 거부하였고, 서방점령지역인 서독의 독일공산당은 한 때 SED와 제휴한 바 있으나 역시 그 후 SED로부터 분리되어 1949년 1월 3일에 독일공산당(Kommunistische Partei Deutschlands: KPD)이라는 명칭을 가진 독자적인 정당으로 출발하였다.

마르크스주의를 그 이론적 기반으로 하는 노동자계급의 전위정당으로서의 독일공산당은 1945년경부터 서독의 재군비반대, 소련을 비롯한 동구제국과의 평화조약체결, 독일의 재통일 등을 주장하면서 활발한 정치활동을 전개하였다.⁷⁹⁾

이에 대하여 미국 등의 점령당국은 독일공산당의 기관지 발행을 금지한 바 있고, 아데나워(Adenauer)수상의 연방공화국행정부도 1950년 9월 19일의 정부결정에 따라 “독일공산당은 자유민주적 기본질서를 파괴하려는 조직이므로 연방정부의 공무원·고용자가 독

79) 서독의 독일공산당(KPD)은 1949년 8월 14일의 연방의회의원총선거에서 유효투표 5.7%에 해당하는 1,361,706표를 얻어 15개의 의석을 차지한 바 있지만, 4년 후인 1953년 9월 6일의 총선거에서는 유권자들로부터 외면을 당한 결과 607,860표(2.2%)를 얻었을 뿐 의석은 하나도 얻지 못하였다.

일공산당원이 되는 것은 국가에 대한 충성의무에 위반된다”고 선언하였다. 나아가 1951년 4월 24일의 정부결정에서도 “재군비반대를 위한 국민투표실시운동은 독일공산당이 배후에서 조정하는 운동으로서 그것은 연방공화국의 헌법질서에 대한 적극적인 반항이라는 뜻”을 확인하였다.

이어 연방정부는 1951년 11월 22일과 28일자로 연방헌법재판소에 독일공산당이 위헌정당임을 확인하여 주도록 제소하였는데, 그 주된 논거는 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 독일공산당은 그 목적과 당원의 행동에 비추어 자유민주적 기본질서를 침해하는 것일 뿐 아니라 폐제하려고 하였으며, 연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 기도하고 있다. 이것은 마르크스·레닌주의의 이론과 KPD의 구체적 목표에 비추어 명백하다. 즉, 마르크스·레닌주의를 위한 투쟁정당으로서의 KPD는 폭력혁명의 방법으로 연방공화국의 권력을 장악하려 하고 있고, 또한 권력을 획득함으로써 프롤레타리아 독재국가 형태를 수립하려고 하는 혁명정당이다. KPD가 그러한 목적을 추구하고 있음은 그 당헌에서 노동자계급의 정치적 지배의 달성을 표방하고 있고 또 강령·성명 그리고 그 당원의 행동에 의하여 뒷받침되고 있다. KPD는 권력을 획득한 후 독일 전역을 포괄하여 소비에트점령지역과 일치하는 지배체제를 확립하고자 하는 혁명정부의 수립을 계획하고 있다. 그러한 지배체제는 폭력과 전제의 전체주의적 체제인 것이며, 자유민주적 기본질서의 근본가치와 합치하지 않는 것이다.

둘째, 이상과 같은 목적을 달성하기 위하여 KPD는 기본법 전문(前文)에 규정된 독일재통일의 요청을 남용하고 있다. 이것은 KPD가 그 당헌 중에 수용하고 있는 민족전선강령에 비추어 명백하다. 민족전선(Volksfront)은 동독의 독일사회주의통일당(SED)이 그 조

직을 지배하고 있다. 그것은 또한 민족재통일강령에 비추어 명백하다. KPD는 그 강령에서 혁명 또는 폭력적 투쟁수단에 의한 ‘아네나 위체제’의 전복을 주장하고 있고 이 투쟁에서 KPD는 이른바 독일 민주공화국(동독), 인민민주주의, 소련에 의한 지지까지도 기대하고 있다.

이상과 같은 연방정부의 청구이유에 대하여 독일공산당이 제기한 반론은 다음과 같다.

첫째, 서독기본법 제21조 제2항(위헌정당해산제소조항)은 동조 제3항이 예상하고 있는 정당법이 제정되기 이전에는 적용될 수 없는 규정이므로 그에 의거한 위헌정당해산심판의 실시는 허용될 수 없다.

둘째, KPD는 서독기본법의 내용이 되고 있는 자유민주적 체원리와 모순되는 정치적 발전을 저지하기 위하여 투쟁하고 있는 정당이다. 연방정부야말로 KPD의 그와 같은 호헌적 정치활동을 억제하기 위하여 KPD의 정치활동을 억제하려고 하는 것이다.

셋째 서독기본법 제21조 제2항은 포츠담협정과 합치되도록 해석되어야 한다. 이 협정의 의미에 따를 때 KPD는 민주당이다. KPD는 포츠담협정에 의거하여 점령군이 그 민주적 성격을 확인하고 정식으로 인가한 정당이므로 자유민주적 기본질서를 침해하는 정당이 아니다.

넷째, 마르크스·레닌주의이론은 증거조사의 대상이 될 수 없는 것이다. 마르크스·레닌주의적 세계관의 신봉은 서독기본법에 의하여 기본권의 하나(세계관신봉의 자유)로서 보장되고 있다. 이 이론의 궁극적 목표는 확실히 사회주의혁명에 의하여 달성될 수 있는 사회주의 = 공산주의의 지배질서이지만, 그러나 이 이론은 객관적 제조건의 면밀한 분석에 의해서만 전술적 목적으로 내세울 수 있는 이론이다. 연방공화국에 관하여 그와 같은 분석을 한다면 적어도

독일이 통일되기 이전의 시기에는 사회주의혁명과 사회주의사회의 건설은 달성될 수 없다.

다섯째, 서독기본법하에서의 KPD의 구체적 목표는 양(兩)독일이 평등한 입장에서 참여하는 집단안전보장제도에 의한 평화의 유지와 보장, 민주적 기초에 입각한 독일의 평화적 재통일, 헌법적 질서에 의거한 민주적 권리와 자유의 보장 및 확장 등을 추구하는데 있다.

여섯째, ‘아테나워체제’를 폭력적 방법으로 전복할 것을 주장한 당의 문서는 가지고 있지 아니하다. KPD의 시위, 항의, 파업 등의 행위는 헌법적 질서의 테두리 안에서 행한 것이다. 또한 KPD는 독일재통일에 관한 헌법상의 요청을 남용한 바 없으며, 독일민주공화국(동독)의 지배질서를 연방공화국(서독)에 이식하려 한 바가 없고, 민족전선의 목적을 실천하려고 한 바도 없다. 오히려 연방정부가 서독기본법을 침해하고 있기 때문에 KPD는 정당으로서 정치적 저항권을 행사한 것이다.

(b) 판결요지

이러한 연방정부와 독일공산당의 주장에 대하여 독일연방헌법재판소는 1956년 8월 17일에 마르크스·레닌주의의 고전·KPD의 기본강령·당헌 등의 문서를 면밀히 검토·평가한 후 독일공산당의 반론을 전부 배척하고 연방정부의 제소를 전면적으로 인정하여 독일공산당의 위헌성을 판결로써 확인하였다.

판결요지는 다음과 같다.

첫째, 기본법의 전문(前文)은 정치적 의미만을 갖는 것이 아니고 법적 의미도 아울러 갖는 것이다. 국가의 모든 정치적 기관은 전력을 다하여 독일의 재통일에 노력할 법적 의무를 지고 있다. 모든 정치적 기관은 그들의 제조치를 이러한 목적에 합치시켜야 하며 특

히 재통일을 법적으로 방해하거나 사실상 불가능하게 하는 조치는 일체 중단하여야 한다.

둘째, 연방정부가 제반사정을 고려하고 헌법보장이라는 요청에 입각하여 연방헌법재판소법 제43조에 의한 청구를 신청하고자 하는가의 여부 또는 재통일에 대한 위협을 이유로 허용되는 조치들을 유보하려고 하는가의 여부는 오로지 연방정부가 그 정치적 재량을 남용한 것인가의 관점에서만 연방헌법재판소에서 심사할 수 있는 문제이다.

셋째, 독일공산당의 금지가 전독일총선거의 경우에 공산당의 재승인을 법적으로 반대하는 것이 되지 않는다는 점이다.

넷째, 서독기본법 제21조 제2항은 직접 적용될 수 있는 법이다.

다섯째, 정당은 그것이 자유민주적 기본질서의 최고원리들을 인정하지 않는 것만으로 곧 위헌이 되는 것은 아니며, 그 밖에 현존 질서에 대하여 적극적으로 투쟁하는 공격적 태도가 첨가되지 않으면 안된다.

여섯째, 서독기본법 제21조 제2항은 형법 제81조와 같이 구체적 기도를 요건으로 하지 않는다. 당의 정치노선이 원칙적으로 그리고 영속적으로 경향상 자유민주적 기본질서에 대항할 의도에 따라 결정되는 것으로 충분하다.

일곱째, 정당은 모든 종류의 자유민주적 기본질서를 보다 쉽사리 폐제하기 위한 과도적 단계로서 이용하기 위하여 연방공화국의 현존질서와는 상이한 자유민주주의의 사회적·정치적 내용을 추구한다면 그것만으로 곧 위헌이다. 이 때 그 폐제가 재통일과 결부됨으로써 비로소 가능한 것이든 재통일 이후에만 가능한 것이든 그것은 문제되지 않는다.

여덟째, 정당을 제21조 제2항이 의미하는 위헌이 되게 하는 의도

에는, 무조건 실행하려고 하는 의도뿐만 아니라 상황이 유리한 경우에만 실현하려고 하는 의도도 포함된다.

아홉째, 국가권력의 상호견제와 균형 그리고 국가기관들의 헌법 위반 및 헌법침해에 대한 실효적인 법적 보장이라고 하는 기본법상의 체계에 비추어, 개개의 법적 위반행위에 대한 기본법 내재적인 저항권이 인정된다면 저항권의 행사에는 다음과 같은 조건들이 요구된다.

저항권은 오로지 보수적인 의미에서, 다시 말하면 법질서의 유지 또는 회복을 위한 긴급권으로서만 이용될 수 있다. 저항권의 행사를 통해서 극복하려는 부정은 명백하여야 한다. 법질서에 따라 이용가능한 일체의 법적 구제수단이 유효한 구제책이 될 전망이 거의 없게 됨으로써 저항권의 행사가 법의 유지와 회복을 위하여 남겨진 최후수단이 되는 경우라야 한다.

(c) 판결주문

독일연방헌법재판소의 독일공산당 위헌확인결정에 대한 판결주문의 내용은 다음과 같다.

- I. (1) 독일공산당은 위헌이다.
 - (2) 독일공산당은 해산된다.
 - (3) 독일공산당을 위한 대체조직을 결성하거나 현존조직들을 대체조직으로서 존속시키는 것은 금지한다.
 - (4) 독일공산당의 재산은 독일연방공화국의 공익목적을 위하여 몰수한다.
- II. 각주의 내무부장관들에게 주문 I의 (2) 및 (3)의 판결을 집행할 권한을 위임한다. 그 범위내에서 그들에게는 모든 경찰기관에 대한 직접적인 지휘권이 부여된다.
- 재산의 몰수는 연방내무부장관에게 위임한다. 연방내무부장관

은 각주 내무부장관의 조력을 받을 수 있다.

Ⅲ. 본판결 또는 본판결의 집행에 관한 제 조치에 고의로 위반하는 행위는 연방헌법재판소법 제47조 및 제42조에 따라 6월 이상의 금고에 처한다.

(d) 평가

서독 연방정부가 독일공산당의 해산을 청구할 당시(1951년)에는 독일공산당의 국민적 지지율은 극히 미미한 것에 불과하였었다. 즉 독일공산당은 1949년 이후 서독에서는 매우 낮은 지지를 얻고 있었는데, 예컨대, 주의회의원선거에서는 5% 지지조항이 없는 몇몇 주에서만 의회에 진출할 수 있었고 위헌정당 해산 제소 이후인 1953년 연방의회선거에서의 득표율도 2.2%에 그쳤다. 이렇듯 독일공산당에 대한 지지가 매우 적었음에도 불구하고 연방정부가 해산청구를 한 데에 대해서는 정치적으로나 법적으로 격렬한 토론이 벌어졌다. 이러한 상황에서 1954년 당시 독일 연방헌법재판소 소장인 빈트리히(Josef Wintrich)가 연방수상인 아데나워에게 청구를 취하할 의향이 없는지 질의하였고 이에 아데나워는 답변하지 않음으로써 심사가 계속되었다. 독일 연방헌법재판소가 부담을 느꼈던 이유는 독일공산당에 대한 해산심판이 기본법 제21조 제2항이 원래 의도한 나치즘에 대한 방어와는 무관한 것이라는 여론의 흐름 때문이었다. 이러한 배경 때문에 5년의 심리기간이 경과한 후인 1956년에야 독일공산당에 대한 해산결정이 내려졌다. 독일공산당의 해산결정에 대해서는 오늘날에도 수많은 비판이 가해지고 있다.

한편, 이들 정당에 대한 해산이 이루어진 후 이에 수반된 몇 개의 결정이 더 있었다. 이들 결정은 대체정당의 해산문제나 해체된 정당간부의 형사처벌 등과 관련되어 있었다.

2) 민족주의명부와 자유독일노동자당에 대한 각하결정

1993년에 함부르크주 주의회는 1989년에 설립된 극우정당인 민족주의명부(Nationale Liste : NL)에 대한 정당해산심판을 청구하였다. 또한 같은 해에 연방정부와 연방참사원은 1979년에 슈투트가르트를 중심으로 설립된 자유독일노동자당(Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei : FAP)에 대한 정당해산심판을 청구하였다. 전자는 함부르크에 국한되어 활동하는 조직이었고, 후자는 전국적인 조직망을 갖추고 있었지만 각종 선거에서 무시해도 좋을 정도의 득표를 하고 있었다. 독일 연방헌법재판소는 이들 정당이 조직의 범위와 강도, 당원의 수 및 공적인 활동의 측면에서 볼 때 정치적 의사의 형성에 영향을 미치려는 목적의 진지성이 충분하지 못하다는 이유로 정당해산심판의 대상인 독일정당법 제2조 제1항의 정당으로 인정할 수 없다고 하여 청구를 각하하였다.⁸⁰⁾ 하지만 자유독일노동자당은 제소되기 전에 유럽의회선거와 주의회선거에 참여한 바도 있기 때문에 이는 정당해산결정의 실질적 효율성에 대한 독일 연방헌법재판소의 입장이 변화되었음을 암시하고 있다.

이후 이들 정당은 독일기본법 제9조 제2항의 의미의 결사로서 연방내무부와 함부르크주내무부에 의해 금지되었다.

3) 고려되었지만 청구되지 않은 경우

그밖에도 정당해산심판의 청구는 이루어지지 않았지만 이에 대해 논의한 경우는 없지 않았다. 1964년에 독일민족민주당(Nationaldemokratische Partei Deutschland : NPD)이 설립되었는데 이 당에는 극우노선을 추종하는 인물과 집단들이 집결되어 있었다. 독일민족민주당은 1960

80) BVerfGE 91, 262~273; 91, 276~290.

년대에 5.8%에서 9.8%정도의 지지율을 획득하며 7개주의 주의회에 진출하였다. 하지만 이러한 성과는 이 정당에 대한 지지보다는 경기침체에 대한 반사적 이익으로 평가되고 있다. 이후 1972년, 1976년 및 1980년의 연방의회선거에서 이 정당은 0.2%에서 0.6%사이의 득표를 하는데 그쳤다. 이후 정당해산청구권을 지니는 헌법기관들은 독일민족민주당에 대한 해산청구를 - 적어도 1990년대말까지는 - 더 이상 고려하지 않게 되었다.

한편 1968년에는 1956년에 해산된 독일공산당의 당간부들을 중심으로 독일공산당이 조금 다른 이름(Deutsche Kommunistische Partei : DKP)으로 다시 창당되었다. 이 정당은 이전의 독일공산당과 커다란 유사점을 지녔음에도 불구하고 대체정당으로 선언되지 않고 암묵적으로 인정되었다. 연방정부가 정당해산청구를 고려하지 않았던 것은 아니지만 이 정당의 득표율이 미미한 상황을 감안하여 정치적인 대응책으로 충분하다고 판단했던 것이다.

독일통일 후에 선거를 치르는 과정에서 동독공산당인 독일사회주의통일당(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands : SED)의 후신 정당인 민주사회주의당(Partei des demokratischen Sozialismus : PDS)에 대한 정당해산 청구의 요구가 여론의 일각에서 제기된 적이 있었다. 하지만 40여년간 분단되었던 정치공동체의 통합을 위해서는 오히려 동독지역에 기반을 둔 정당들에게도 충분한 기회를 제공할 필요성이 있다고 인정되어 통일 후 최초의 선거에서는 저지조항을 연방차원에서 적용하지 않았다.

4) 독일민족민주당에 대한 해산청구

정당해산의 문제가 다시 제기된 것은 독일 연방정부가 2001년 1월 29일 극우 신나치주의정당인 독일민족민주당의 위헌정당해산심

판을 청구하면서였다.⁸¹⁾ 이후 연방의회와 연방참사원도 3월 29일과 30일에 정당해산심판을 청구하였다. 이를 계기로 극우정치노선에 대한 찬반여부와는 무관하게 정당해산제도의 헌법적 정당성과 정치적 효율성에 대한 논란이 다시 일어났다.

사건을 담당한 독일 연방헌법재판소 제2원은 같은 해 10월 1일 정당해산청구의 심리를 수행할 것을 결정하였고 2002년 2월초에는 구두변론을 실시하기로 되어 있었다. 하지만 독일 연방헌법재판소는 2002년 1월 22일에 구두변론 일정을 취소하였다. 그 이유는 헌법보호청 소속의 정보원이면서 동시에 오랫동안 독일민족민주당의 간부를 역임했던 사람의 증언과 관련하여 발생한 법적인 문제들이 구두변론 일정 이전에 해명될 수 없다는 데 있었다. 2002년 7월초에는 헌법보호청의 정보원들이 독일민족민주당의 활동에 매우 적극적으로 간여했던 사항들이 밝혀졌다. 이에 독일 연방헌법재판소는 헌법보호청이 독일민족민주당에 대한 첩보활동에 동원한 직원들의 명단을 제출할 것을 요구하였고 헌법보호청은 업무수행의 계속성과 직원의 신변보장을 이유로 이를 거부하였다. 이런 상황에서 이 사건에 대한 논란이 증폭되었다. 독일민족민주당 간부 중에서 누가 헌법보호청에서 파견된 정보원인지 모르는 상황에서 증언의 신빙성의 문제, 정당해산심판청구의 철회문제, 정당해산심판이 속개되었을 때 인용가능성의 문제 등에 대한 뜨거운 논쟁이 일어났던 것이다.

피청구인은 심판을 계속하기에 어려운 사유가 발생하였음을 이유로 심판을 정지해 줄 것을 청구하였다. 독일 연방헌법재판소 제2원이 이 청구를 심사한 결과 심판을 계속하기 어려운 사유가 발생하지 않았다는 견해가 4인이었고 그러한 사유가 발생하였다는 재판관이 3인이었다. 그런데 독일 연방헌법재판소법 제15조 제4항은 정당

81) 加藤一彦, 政黨の憲法理論, 有信堂, 2003, 238~239頁.

해산심판에서 피청구인에게 불리한 결정을 내리려면 재판관 3분의 2 이상의 다수결을 요구하고 있으므로 독일 연방헌법재판소는 2003년 3월 18일 정당해산심판을 정지할 것을 선언하였다. 소송을 저해하는 요소들이 제거된 후 심판이 재개되어 본안판단에 이르게 될지의 여부는 기다려봐야 하는 상황이다.

이후 2004년 9월에 실시된 주의회선거에서 독일민족민주당은 구 동독지역인 작센주에서 9.2%를 득표하였다. 이는 1960년대에 5.8%에서 9.8%정도의 지지율을 획득하며 7개 주의회에서 의석을 획득한 이후 최초로 주의회에 진출한 것을 의미하였다.

나치의 범죄에 대한 기억이 아직 뚜렷한 상황에서 극우정당의 대두는 유럽통합을 주도하고 있는 독일정부의 입장을 특히 외교적 차원에서 난처하게 만드는 것이었다. 따라서 이에 대한 적극적인 대처 자체를 비판할 수 있는 문제는 아니라고 볼 수 있다. 독일민족민주당에 대한 위헌정당해산심판을 청구한 것은 이러한 노력의 일환이었다. 하지만 이러한 노력이 지나쳐서 법치국가적 한계를 벗어나는 경우에는 극우정당의 확산을 막는 수단으로서 정당해산을 청구한 것이 오히려 역효과를 가져올 수도 있음을 이 사례는 보여주고 있다.

(4) 정당해산제도의 논거 : 바이마르공화국의 경험과 방어적 민주주의

독일공산당결정에서 독일연방헌법재판소는 정당해산제도가 나치의 이른바 ‘합법적 권력획득’이라는 악몽을 배경으로 하고 있음을 명백히 하였다⁸²⁾

82) BVerfGE 5, 138f.

“인간의 존엄성을 방어하고 보장해야 하는 자유민주적 기본질서는 이러한 정당들에 대해 더 이상 중립적인 입장을 취할 수 없다. ‘자유의 적에게는 무조건적인 자유가 보장될 수 없다’는 자유민주적 기본질서에 제기되는 요구를 해결하기 위해 어떠한 법적 수단을 강구할 것인가는 헌법정책적인 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 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.”

“기본법 제21조 제2항은 ... 자유민주적 국가질서의 경계선상의 문제를 해결하려는 의식적인 헌정적 의지의 표현이며, 특수한 역사적 상황에서 정당에 대한 국가의 중립성을 더 이상 순수하게 실현할 수 없다고 믿게 된 헌법제정자의 경험의 결과이고, - 이러한 의미에서 - ‘투쟁적 민주주의’에 대한 고백이다.”

독일의 정당해산제도는 한편으로는 바이마르공화국이 상대주의적 민주주의에 근거해서 전체주의적 세력에게 무방비였다는 역사인식을 전제로 하였고 다른 한편으로는 이러한 경험을 되풀이하지 않기 위해 고안된 방어적·투쟁적 민주주의를 기초로 형성되었다.

(5) 정당해산제도에 대한 평가

바이마르공화국에서의 정치적 상대주의의 전형적인 예로 한스 켈젠의 주장이 제시되고 있다. 바이마르민주주의가 위기에 처했던 1932년에 그는 “다수의 주장에 반하여 자신의 주장을 관철하려는 민주주의는 이미 민주주의이기를 중지한 것이다. 국민의 지배는 국민에 반하여 유지될 수 없다. ... 민주주의에 찬성하는 자는 민주주의를 구하기 위해 독재를 인정하는 모순에 빠져서는 안 된다. 배가 가라앉더라도 자신의 깃발에 충실해야 한다”⁸³⁾는 주장을 펼 바 있다. 하지만 켈젠의 입장이 당시 독일헌법학계에서 거의 영향력이 없었다는 것은 나치를 직접 경험한 세대들이 물러나고 객관적인 연구들이 이루어지면서 밝혀진 바 있다. 이는 정치적 상대주의를 극복하려는 이념으로 방어적 민주주의를 제시하였던 논거가 약해지는 것을 의미한다. 민주주의가 자신을 방어하는 것은 굳이 방어적 민주주의라는 이론을 제시하지 않더라도 너무나 당연한 것이기 때문이다.

제2차 세계대전 이후 독일에서 정당해산제도를 도입한 후에 이를 적극적으로 평가하는 입장에서는 바이마르공화국이 붕괴된 주요이유가 민주주의를 보호하는 장치가 제대로 마련되지 않았었기 때문이라는 것을 주된 논거로 제시하여왔다. 하지만 바이마르공화국의 헌정사를 자세히 분석한 연구들은 바이마르공화국이 무방비의 민주주의였다는 것은 하나의 신화에 불과하다는 것을 보여준다.

바이마르헌법 제76조는 헌법개정의 한계를 규정하지 않아서 공화국과 민주주의를 폐지하는 것을 목적으로 하는 정치적인 노력이 헌

83) H. Kelen, Verteidigung der Demokratie, in: Blätter der Staatspartei 2, S.98 (여기서는 R. Wassermann, Revitalisierung eines totgesagten Verfassungsprinzips, in: C. Leggewie/H. Meier(Hg.), Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben? Frankfurt a. M. 2002, S.98~103, S.100에서 재인용.

법적으로 허용되었다. 하지만 추구하는 목적이 불법적인 수단을 동원해야만 달성할 수 있는 것이라면 이를 불법화하는데 문제가 없었다. 라이히헌법과 각주의 헌법에는 행정부의 긴급명령권이 있었고 또한 형법 이외에 공화국수호법(Republiksschutzgesetz)이 제정되었다.⁸⁴⁾ 이러한 제도적 장치들을 제대로 동원할 수만 있었다면 헌법체제를 붕괴시키려는 시도를 막는데 현실적으로 큰 어려움이 없었을 것이다. 문제는 바이마르헌법이 취한 법적인 입장보다 이를 실천하려는 의지에서 나타났다. 1921년에 공화국수호법이 제정되어서 1922년 이후 대다수의 주정부는 나치당을 포함한 극우집단들에 대해 결사의 금지를 내렸다. 하지만 보수정당이 지배했던 바이에른의 경우에는 처음에는 이 법의 적용을 거부하고 나치당의 활동을 허용하다가 1923년 11월에야 나치당을 금지하게 된다. 하지만 바이에른 정부는 이후에도 오스트리아국적의 히틀러가 바이에른에 머무를 수 있도록 허용하는 등 극우세력의 후원자역할을 한다.⁸⁵⁾ 문제는 우파세력들이 히틀러 및 나치운동과 결연하게 단절하지 못하고 이러한 극우적인 움직임을 자신의 정치적 목적에 이용하려는 경향을 보였다는 점이다. 헌법보장을 위한 법적 장치들은 1930년대까지는 공화국형태의 헌법체제를 보호하는 방향으로 적용되었지만 1931년부터는 그 중심이 공화국헌법의 보호에서 국가의 보호로 넘어갔다. 이는 극좌로부터의 체제위험에 대한 보호보다 극우에 대한 위협의 보호가 현저히 약화되는 결과를 가져오게 된다.

84) 바이마르공화국에서의 헌법보장제도에 대한 자세한 내용은 C. Gusy, Weimar - die wehrlose Republik? : Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik, Tübingen 1991; C. Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1997, S.190ff.

85) H. Mommsen, Die stumpfe Waffe, in: C. Leggewie/H. Meier(Hg.), Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben? S.145~148; E. Kolb, Die Weimarer Republik, München 1988, S.52f.

바이마르공화국은 헌법의 가치중립적인 태도나 민주주의를 방어 하려는 헌법적 수단이 부족해서 붕괴된 것이 아니라 민주주의를 수 호하려는 세력과 의지가 너무 미약했기 때문에 실패했다는 것이 증 명되고 있다. 민주주의자 없는 민주주의는 가능하지 않다는 것은 너무나 당연한 이치이기 때문이다.⁸⁶⁾

이러한 새로운 인식은 정당해산제도가 현실적으로 민주주의에 위 협을 가하는 급진세력을 통제하는데 커다란 실효성이 없었던 기본 법 하에서의 경험과 함께 방어적 민주주의론과 정당해산제도가 지 니는 의미를 상대화하는 경향으로 나타나고 있다. 이러한 상대화가 정당해산제도의 무용론으로까지 이르고 있지 않지만 헌법보장의 최후수단으로서 신중하게 활용되어야 한다는 데에는 전반적인 합의 가 이루어지고 있다고 보인다.⁸⁷⁾

3. 터키의 위헌정당해산제도

(1) 개관

위에서 언급하였듯이 최근 터키에서는 정당 해산 사례가 다수 있 었다. 왜 터키에서 정당이 해산되었는지를 이해하기 위해서는 한편 으로는 터키의 정치·사회적 배경과 다른 한편으로는 입헌주의의 배경을 살펴보아야 할 것이다.

터키는 유럽과 아시아의 중간에 위치하고 있는 지정학적 관계로 역사적으로 유럽과 깊은 관계를 맺고 있으며, 중동에 위치한 다른

86) K, Groh, Reanimation der 'wehrhaften' Demokratie?, in: C. Leggewie/H. Meier(Hg.), Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben?, S.89~97, S.93.

87) Thiel, Das Verbot verfassungswidriger Parteien(Art.21 Abs.2 GG), S.175f.와 여기서 참조된 글.

나라와는 다르게 이슬람교가 다수이면서도 이것을 국교로 채택하지 않고 오히려 공식적으로 이슬람교를 주장하는 것을 금지하고 있는 형편이다. 이러한 지정학적, 역사적, 종교적 바탕을 근거로 최근의 터키는 의식적으로 유럽화 내지는 서구화를 주장하고 있다. 중동 내지는 아시아권에 편입되는 것보다 유럽연합(European Union)에 가입하려고 계속적으로 준비하는 것을 그 일례로 볼 수 있다.

이러한 정치·사회적 배경을 바탕으로 터키는 입헌민주주의 체제를 선택하였다. 이것은 1924년 이래로 서구화 또는 현대화, 민족주의, 정교분리주의, 공화주의, 인민주의, 국가 통제주의, 개혁주의로 일컬어지는 케말리즘(Kemalism)을 말한다. 이러한 목표는 1982년 헌법의 전문에 다음과 같이 상세히 나타나 있다. “터키의 국가 이익, 터키 국가의 일체성과 영토의 불가분성에 대한 원칙, 터키의 역사 및 도덕 가치 또는 민족주의, 개혁과 현대화, 정교분리의 원칙에 상반되는 어떤 행위도 보호받을 수 없다.” 전문은 또한 법의 우위, 법의 지배, 입헌주의, 권력분립, 기본적 권리와 자유의 행사, 형평과 사회정의의 보장을 언급하고 있다. 터키 헌법 제1조 내지 제3조는 취소가 불가능한 기본적 이념을 담고 있다.⁸⁸⁾

이러한 것들은 터키의 역사적, 정치적 가치들과 상당히 밀접한 관련을 갖고 있다. 따라서 어떠한 정당도 위에서 언급한 원칙들을 위반할 경우 이러한 이념의 이름으로, 즉 민주주의의 이름으로 해산될 수 있다. 그러므로 정당은 헌법 제68조와 제69조에 의하여 정당이 준수하여야 할 원칙과 정당법에 의하여 보호되는 기본 이념에 위반되는 주장을 하여서는 아니되며, 이러한 것을 정당이 주장하는 경우 검찰총장은 헌법재판소에 해산을 제소할 수 있다. 추상적으로 말해서 터키에서 이러한 의무를 위반하는 정당은 민주주의 사회에

88) 헌정제도연구위원회, 세계각국헌법전(II), 1986, 567~568쪽 참조.

필수적인 것으로 간주되지 않는다.

1962년 터키 헌법재판소가 창설된 이래 2001년 말까지 정당이 헌법재판소에 의하여 해산된 경우는 두 자리 수에 이른다. 해산의 이유는 크게 두 가지로 대별된다. 첫째는 정당법에 기초한 것으로 정당의 명칭을 포함하여 절차적인 위반을 들 수 있다. 둘째는 실체적인 것이다. 이것은 크게 정교분리 원칙 위반과 영토의 순수성 및 국가의 일체성에 대한 위협으로 구분할 수 있다.

정당 해산 사건의 대부분은 좌파 정당이거나 쿠르드족을 위한 분리 독립 및 자치, 즉 분리주의자와 관련이 되어 있다. 일부는 세속주의와 관련된 사건이다. 터키 헌법재판소는 2001년 10월까지 위헌성 여부에 대한 이의제기를 금지한 헌법 제15조 제1항에 의하여 보호되는 기간인 1980년에서 1983년 사이에 통과된 정당법에 기초하여 정당 해산을 결정하였다.⁸⁹⁾

이하에서는 정당 해산에 대한 헌법 및 관련 법 규정과 최근 터키의 헌법재판소가 정당을 해산한 대표적 사건 중에서 유럽인권법원(European Court of Human Rights)에 제소되었던 정당해산 사건을 상세히 살펴본다.

(2) 위헌정당 해산절차와 효과

터키 헌법에 의하면 국민은 정당을 설립하고 확립된 절차에 따라 정당에 가입하고 탈퇴할 자유가 있으며, 정당의 당원이 되기 위해서는 18세 이상이어야 한다. 정당은 민주적 정치 생활영역에서 필수불가결한 요소이며, 정당은 사전 허가 없이 설립될 수 있으며, 헌

89) 터키 헌법 제15조 제1항 「전쟁·동원·계엄령 또는 비상사태시에는 기본적 권리와 자유의 행사를 일부 또는 전부 정지할 수 있거나, 상황의 긴급상 필요한 한도까지 헌법에 구체화된 보장을 훼손하는 조치를 취할 수 있다. 다만 국제법에 의한 의무사항은 방해받지 않는다.」

법과 법률의 규정에 의하여 정당 활동을 추구할 수 있다.

그러나 정당의 강령과 활동은 국가의 독립, 영토와 국가의 불가분의 순수성, 인권, 평등, 법의 지배, 주권의 원칙, 민주주의, 정교분리, 공화주의 원칙에 어긋나서는 안 된다. 정당은 또한 계급이나 그룹 독재를 비롯한 어떠한 종류의 독재를 주장하거나 보호해서도 안 되며, 국민에게 범죄를 교사해서도 안 된다.⁹⁰⁾ 그리고 또한 정당의 활동, 내부 규정, 그리고 조직은 민주적 원칙에 부합하여야 한다. 정당은 ‘공산주의’(communist), ‘무정부주의’(anarchist), ‘파시스트’(fascist), ‘신정주의’(theocratic), ‘국가사회주의’(national socialist) 등의 용어를 포함하는 명칭과 종교, 언어, 인종 또는 지역 이름을 정당의 명칭으로 사용할 수 없다.⁹¹⁾

정당의 강령과 활동이 헌법 제68조 제4항을 위반한 경우에 검찰총장이 헌법재판소에 정당의 해산을 제소한 후 헌법재판소의 결정으로 정당이 해산된다. 이 경우 정당의 구성원에 의하여 집중적으로 행하여진 행위, 전당대회, 대의원대회, 중앙상임위원회 등의 의사결정과정에서 묵시적으로 또는 명시적으로 결정된 것은 정당의 행위로 간주된다. 헌법재판소는 위에서 언급한 방법대로 정당을 해산하는 것 대신에 당해 정당에 대하여 전부 또는 부분적으로 국가의 보조를 박탈하는 결정을 할 수도 있다.⁹²⁾

한편 정당 해산의 절차에 대한 구체화 규정으로는 헌법재판소구성및소송법(Law of the Organization and Trial Procedures of the Constitutional Court)을 들 수 있다.⁹³⁾ 동 법에 의하면 검찰총장(Chief Public Prosecutor)은 위헌의 의심이 있는 정당에 대하여 조

90) 터키 헌법 제68조 제4항.

91) 터키 정당법 제96조 제3항.

92) 터키 헌법 제69조.

93) Law No. 2949, 1983. 11. 10.

사를 한 후 헌법재판소에 위헌정당 해산을 제소할 수 있고, 헌법재판소는 형사소송법 규정에 따라 조사하고 위헌정당의 해산여부를 결정한다. 이 경우 검찰총장이 해산을 주장하는 정당의 대표 또는 대리인에게 청문의 기회가 보장되어야 한다. 헌법재판소는 필요하다고 인정할 경우 이 사건에 대하여 이해관계가 있는 자와 전문지식을 가지고 있는 자에게 구두 변론을 요구할 수 있다.⁹⁴⁾ 이 경우 위헌의 의심이 있는 정당의 대표 또는 대리인이 구두 변론에 응하지 않거나 대표 또는 대리인이 참석하지 않았다 하더라도 불출석에 따른 불이익은 없다.

당해 정당이 헌법재판소에 의하여 해산되었을 때 위헌정당 해산의 효과로써 당해 정당의 설립자, 대표자, 중앙상임위원 그리고 당해 정당 소속의 국회의원은 다른 정당의 설립자, 대표자, 회계책임자가 될 수 없다. 또한 정당 해산에 책임이 있는 당원은 이후 10년 동안 정당에 가입하거나 선거에 출마할 수도 없다. 그리고 어떤 정당도 해산된 정당 출신으로 구성원의 다수를 형성할 수 없다.⁹⁵⁾ 그리고 헌법재판소에 의하여 해산된 정당의 모든 재산은 국고로 귀속된다.⁹⁶⁾ 그리고 이미 위헌정당 해산 제소가 개시되어 계속 중인 경우에는, 당해 정당이 자진해산의 결의를 하더라도 헌법재판소의 해산 명령에 아무런 영향을 미치지 않는다.⁹⁷⁾

94) 터키 헌법재판소구성및소송법 제33조.

95) 터키 정당법 제95조.

96) 터키 정당법 제107조 제1항.

97) 터키 정당법 제108조.

(3) 구체적 사례

1) 터키 연합공산당 사건

터키 연합공산당(United Communist Party of Turkey)은 1990년 6월 4일 창당하였다. 이로부터 10일 후인 1990년 6월 14일 검찰총장은 이 정당이 정당법 제96조 제3항에 위반하여 ‘공산주의’(communist)라는 용어를 사용하였을 뿐만 아니라 하나의 사회 계층이 다른 계층을 지배하려고 하며,⁹⁸⁾ 국가 영토의 순수성과 국가의 일체성을 위협할 우려가 있는 행위를 하고,⁹⁹⁾ 그 자신을 이전에 이미 해산된 터키 근로자당(Turkish Workers’ Party)을 계승한다고 선언한 것을¹⁰⁰⁾ 근거로 헌법재판소에 해산을 제소하였다.

1991년 터키 헌법재판소는 정당이 정당법 제96조 제3항에서 금지하고 있는 단어를 정당의 명칭에 포함시킨 것 자체만으로도 이 규정을 적용하는데 충분하며 결과적으로 정당을 해산하기에 충분하다고 결정하였다. 정당법에 의하면 정당은 ‘공산주의(communist)’, ‘무정부주의(anarchist)’, ‘파시스트(fascist)’, ‘신정주의(theocratic)’, ‘국가사회주의(national socialist)’ 등의 용어를 포함하는 명칭과 종교, 언어, 인종 또는 지역 이름을 사용할 수 없다.

하지만 유럽인권법원은 관련된 충분한 합리적 이유가 별도로 존재하지 않는 한 명칭의 선택만으로는 정당의 해산을 정당화할 수 없다고 판결하였다.¹⁰¹⁾ 당해 정당이 터키 국가와 사회에 실질적으로 해를 끼치는 정책을 선택하였다는 다른 구체적 증거 없이 ‘공산주의’ 라는 명칭의 사용 자체만으로 해산하는 것은 수용할 수 없으며,

98) 터키 헌법 제6조, 제10조, 제14조, 터키 헌법 제68조, 정당법 제78조.

99) 터키 헌법 제2조, 제3조, 제66조, 터키 헌법 제68조, 정당법 제78조, 제81조.

100) 터키 정당법 제95조.

101) ECHR 1998년 1월 30일 결정, 19392/92.

이것은 유럽인권협약 제11조 위반이라고 판시하였다.

2) 사회당 사건

사회당(Socialist Party)은 1988년 2월 1일에 창당되었다. 바로 그 날 사회당의 당헌과 정강정책이 헌법과 정당법에 일치하는지 여부의 평가를 위하여 법무부에 제출되었다. 1988년 2월 15일 사회당이 총선거에 참여를 준비하고 있을 즈음, 검찰총장은 헌법재판소에 정당 해산을 제소하였다. 정강 정책의 일부가 계급 지배를 획책하고 있으며 이것이 헌법과 정당법에 위반된다는 것이 주된 이유였으며¹⁰²⁾, 사회당은 헌법재판소에 의하여 해산되었다.

이에 대하여 유럽인권법원은 연합공산당 사건과 동일한 판지로 이것은 유럽인권협약 제11조 위반이라고 판결하였다.¹⁰³⁾ 유럽인권법원은 현존하는 헌법 질서에 도전하더라도 그것이 민주주의 자체에 위협을 가하지 않거나 민주주의 시스템을 파괴하지 않는다면 정치적 과정과 토론에서 다원주의 내지 복수주의는 정치적 견해를 광범위하게 표현하는 것을 허용된다고 판시하였다.

3) 자유민주당 사건

자유민주당(Freedom and Democracy Party)은 1992년 10월 19일에 창당되었다. 1993년 1월 29일 검찰총장은 자유민주당이 헌법과 정당법의 원칙을 위반하였다는 이유로 헌법재판소에 해산을 제소하였다. 정당이 추구하는 정강정책에 기술된 내용과 정당의 목적이 영토의 순수성, 국가의 정교분리 원칙, 그리고 국가의 일체성을 위협하게 한다는 것이 주된 이유였다.

102) 터키 헌법 제6조, 제10조, 제14조, 터키 헌법 제68조, 정당법 제78조, 제101조.

103) ECHR 1998년 5월 25일 결정, 21237/93.

한편 헌법재판소에서 정당 해산 심리가 계속 중일 때, 당해 정당의 대표자들이 회의를 개최하여 스스로 해산하기로 결정하였다. 그럼에도 불구하고 1993년 6월 14일 헌법재판소는 검찰총장과 협의하여 자유민주당을 해산하였다.

이에 대하여 유럽인권법원은 정당의 정치적 주장이 현재의 원칙과 구조에 부합하지 않는다는 사실 자체가 정당이 민주주의 원칙을 위반하였다고 할 수는 없다고 판결하였다.¹⁰⁴⁾ 종교부(Department of Religious Affairs)의 폐지를 주장하는 것은 민주주의 자체에 위협을 가하지 않거나 민주주의 시스템을 파괴하지 않는 것이며, 정치적 과정과 토론에서 다원주의 내지 복수주의는 정치적 견해를 광범위하게 표현하는 것을 포함한다고 판시하였다.

4) 인민노동당 사건

인민노동당(People's Labour Party)은 1990년에 창당하였고 헌법재판소에 의하여 1993년 7월 14일 해산되었다. 검찰총장은 인민노동당이 억압받는 자를 대변하는 정당을 주장하며, 쿠르드(Kurdish) 문제를 해결하기 위하여 전쟁을 제안했다고 해산 제소의 이유를 제시했다. 검찰총장은 당해 정당이 분리주의 운동의 핵심이 되었다고 주장했다. 해산의 이유는 영토와 국가의 불가분의 순수성의 원칙을 훼손했으며, 더 나아가 당해 정당이 불법적인 정치 활동을 실행하는 중심이 되었다는 것이다. 따라서 헌법 제68조와 제69조, 그리고 정당법 제101조 b를 위반한 혐의다.

유럽인권법원은 위의 사건들과 동일한 판지로 이것은 유럽인권협약 제11조 위반이라고 판결하였다.¹⁰⁵⁾ 동 법원은 당해 정당이 주장

104) ECHR 1999년 12월 8일 결정, 23885/94.

105) ECHR 2002년 9월 4일 결정, 22723/93, 22724/93, 22725/93. 유럽인권협약

하는 원칙인 자치와 언어권은 민주주의 원칙과 유럽인권협약의 정신에 반하지 않으며, 이 경우 정당이 테러행위를 주장하는 경우에만 정당의 해산이 합리화될 수 있다고 판시하였다.

5) 민주당 사건

민주당(Democratic Party)은 1993년에 창당되었다. 창당 직후 1991년에 사회민주당의 후보로 선출되었으며, 바로 얼마 전 해산된 인민노동당의 구성원이었던 18명의 국회의원이 민주당에 가입하였다. 민주당 총재가 독일과 이라크에서 행한 연설과 출판물을 검토한 후에 검찰총장은 민주당의 해산을 헌법재판소에 제소하였다.

헌법재판소는 당해 정당의 활동이 국가의 영토적 순수성과 일체성을 위태롭게 하는 데 책임을 면할 수 없다고 판단하고 1994년 6월에 정당을 해산하였다. 당 총재인 디클(Dicle)과 당 소속 13명의 국회의원은 의원직을 상실하였다. 결정의 근거로 헌법재판소는 정당의 각종 선언과 연설이 분리 독립투쟁을 벌이고 있는 쿠르드족의 존재를 인정하고, 현존하는 국가를 파괴하고 독립국가를 창설하며, 독립투쟁의 한 방편으로 테러 행위의 사용을 구체적으로 인정하였다.

이에 대하여 유럽인권법원은 터키의 헌법재판소는 당해 정당의 강령과 정책이 불법인지 여부를 제대로 심사하지 않고, 단지 정당의 활동과 선언 및 연설에만 한정하였다고 판단하였다. 동 법원은 상기 행위들은 근본적 원칙에 반하지 않으며, 이러한 주장이 그 사회의 주류 또는 정부의 정책과 마찰을 일으키더라도 민주주의가 제대로 작동한다면, 정치적 결사체는 공적인 주장을 할 수 있어야 한다고 판시했다. 동 법원에 의하면, 문제의 연설은 정부의 정책에 대

제11조 제1항은 “모든 사람은 평화적으로 집회할 권리와 결사의 자유를 가진다. …”라고 규정하고 있다.

한 심한 비판에도 불구하고 정치적 목표를 이루기 위하여 폭력을 명시적으로 조장하거나 승인하지 않았다. 따라서 동 법원은 당해 정당을 해산할 만한 긴요한 사회적 필요가 없다고 판시하였다.¹⁰⁶⁾

6) 복지당 사건

정당의 해산과 관련하여 이 사건은 가장 중요한 사건이라고 할 수 있다. 문제의 복지당(Welfare Party)은 1983년 7월 19일에 창당 되었으며 해산되기 전까지 수차례에 걸쳐 국회의원 총선거와 지방 선거에 참여하였다. 일례로 1995년의 총선거에서 복지당은 약 22%를 득표하였고, 1996년의 지방선거에서는 이보다 많은 35%를 득표하기에 이르렀다.

복지당은 1995년의 국회의원 총선거에서 전체 550석 중 158석을 차지하였고, 1996년 6월 28일 보수 중도의 진리당(True Path party)과 연합함으로써 집권당이 되었다.

1997년 5월 21일 검찰총장은 복지당의 중심 활동이 정교분리(secularism)의 원칙에 적대적이라는 이유로 당해 정당의 해산을 헌법재판소에 제소하였다.

터키의 헌법재판소에 의하면 정당의 활동은 법의 지배뿐만 아니라 민주주의의 필수불가결한 조건으로 인정되는 정교분리의 원칙에도 반드시 부합하여야 한다. 정교분리의 원칙은 터키의 과거 역사적 경험과 이슬람의 특수한 성격으로 인하여 헌법에 보장되기에 이르렀다. 이슬람 율법의 지배는 민주주의에 적합하지 않은 것으로 여겨지며 정치 영역에서 세속적 성격을 보호하기 위하여 국가가 개입하는 것은 민주적 사회에서 필수불가결하다고 믿고 있다.

종교적 정당의 해산과 관련한 사건에서 터키 헌법재판소는 이미

106) ECHR 2002년 12월 10일 결정, 25141/94.

민주주의와 정교분리의 원칙의 관계에 대하여 광범위하게 논의한 바 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 미국, 영국, 스위스, 독일, 그리고 프랑스 등의 사례를 비교 검토하고 동 정당은 정교분리의 원칙에 위반하여 해산을 결정하였다.

이에 대하여 유럽인권법원은 4대 3의 결정으로 터키 헌법재판소의 결정은 유럽인권협약 제11조 위반이 아니라고 판결하였다.¹⁰⁷⁾ 당해 정당은 이슬람 율법에 기초하고 헌법에 의하여 엄격하게 금지된 신정국가를 건설하는 것을 목표로 하였기 때문에 해산되었다. 동 법원에 의하면 동 정당은 정교분리 원칙을 세 가지 측면에서 위반하였다고 지적되었다. 첫째, 동 정당은 신님을 이유로 차별을 인정하는 법적인 시스템의 수립을 하려 하였고, 둘째, 동 정당의 구성원들이 정치적 방법으로 성전(holy war)을 주장하였으며, 셋째, 동 정당은 이슬람 공동체에 이슬람 율법(Shari'a)을 적용할 것을 원했기 때문이다.

4. 미국

(1) 개관

미국의 정당은 위계적 구조가 최소화 된 독특한 방식으로 구성되어 있다.¹⁰⁸⁾ 대부분의 다른 국가의 정당과는 다르게 미국의 정당 지도자들은 의회 혹은 지방 차원의 후보 지명과 같은 사안에 공식적 영향력을 거의 행사하지 못한다. 미국의 정당은 역사적 연혁이 다른 나라와 상당히 다르다. 연방 차원의 중앙당이 주 차원의 지역당을 구성하는 일반적 형태가 아니라 독립된 주 단위의 정당이 연합

107) ECHR 2003년 2월 13일 결정, 41340/98, 41342/98, 41343/98.

108) 미국의 정당구조에 관하여는 최한수, 앞의 책, 131~134쪽, 191쪽 참조.

하여 연방 차원의 중앙당 전국위원회를 구성하고 있다. 그러나 중앙당 전국위원회는 주 단위의 정당을 통제할 권한이 없으며 연합체에 불과하다. 따라서 연방 차원에서 정당에 대한 규제는 극히 미미한 편이다. 미국 정당의 특징은 바로 주 당과 전국 당이 별개의 조직이라는 것이다. 이는 미국의 연방주의에서 기인한다. 전국 당은 자당 후보의 선거 승리의 가능성을 전국적으로 향상시키는 데 주력하는 반면 주 당에 대해서 어떠한 영향력도 행사할 수 없다.

미국의 정당은 연방과 주의 이중적 규제를 받고 있다. 연방헌법은 정당에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 또한 연방차원에서 정당의 금지와 해산을 다루는 독립된 법도 존재하지 않는다. 연방 차원에서 정당에 관한 부분은 대부분 연방선거위원회(Federal Election Commission)가 선거자금의 모금과 지출에 관한 부분을 통제하고 있는 형편이다.

한편 주 단위에서 정당의 금지와 해산을 직접적으로 규정하는 주 법은 찾아보기 어렵고 대신 정당이 선거에 참여할 수 있는 자격을 규정함으로써 간접적으로 정당을 금지하는 것이라고 할 수 있다. 이하에서는 대표적으로 캘리포니아의 경우를 살펴본다.

(2) 캘리포니아

정당이 예비선거에 참가하기 위한 형식적 요건은 새로운 정당이 전당대회를 통하여 임시의장을 선출하였다는 사실과 정당의 명칭을 주 국무장관(Secretary of State)에 통지하여야 한다. 이 경우 기존 정당의 명칭과 유사하거나 혼동을 주는 것은 사용할 수 없다. 통지에는 임시의장의 성명과 주소를 기록하여야 한다.¹⁰⁹⁾

109) 미국 캘리포니아주 선거법 제5001조.

정당의 명칭과 관련하여 ‘공산당’은 정부를 폭력적으로 진복할 것을 주장한다는 암시로 ‘공산당’이라는 명칭을 사용하지 못하도록 한 법이 위헌판결을 받은 바 있다.¹¹⁰⁾ 한편 예비선거에 등록된 정당과 등록되지 않은 정당을 차별하여 등록된 정당의 후보자만이 투표용지에 정당의 후보자로 취급하는 것은 선거과정에서 혼동을 피하고 사기를 방지하기 위한 정부의 긴요한 이익과 관련이 되는 것으로 정치적 결사의 자유를 침해하는 것이 아니며 평등권을 침해하는 것도 아니다.¹¹¹⁾

한편 정당이 예비선거에 참가하기 위한 실질적 요건으로는 예비선거(primary election)가 있기 123일 전까지 주 국무장관이 주 법무장관(Attorney General)의 의견과 동의를 거쳐 캘리포니아주 선거법(Elections Code)에 의하여 어느 정당이 예비선거에 참여할 자격이 있는지를 결정하도록 하고 있다.¹¹²⁾ 당해 캘리포니아주 선거법은 직접 또는 간접으로 미국 연방정부 또는 캘리포니아 주정부를 불법적인 수단에 의하여 타도하는 것을 실행, 조장, 교사, 정당화, 방조하거나, 미국 연방정부 또는 캘리포니아 주정부를 반대하여 사보타지, 폭력, 폭동 교사, 반역을 실행, 조장, 교사, 정당화, 방조하는 정당의 예비선거 참여를 박탈하고 있다.¹¹³⁾

차기 예비선거에서 당해 정당의 참여를 금지시키려면 주 국무부에 신고된 정당의 대표자에게 등기우편으로 예비선거의 참여금지의 통지를 하여야 한다. 그런데 정당의 예비선거 참여를 금지하는 통지는 캘리포니아주정부법(Government Code)에 의하여 주 내의 모

110) Communist Party of U.S. of America v. Peek (1942) 20 Cal.2d 536, 127 P.2d 889.

111) Libertarian Party v. Eu, 28 Cal. 3d 535 (1980).

112) 미국 캘리포니아주 선거법 제5200조.

113) 미국 캘리포니아주 선거법 제5102조.

든 군(county)에서 실시되어야 한다. 해당 군에 발간되는 일간 신문이 없는 경우에는 인접하는 군에서 발간되는 일간 신문에 공시되어야 한다.¹¹⁴⁾

만약 정당이 예비선거 참여를 금지하는 통지에 대해 청문을 원하면 금지 통지를 받은 날로부터 10일 이내 또는 일간 신문에 공시된 날로부터 10일 이내 중에서 기일이 늦은 것 중에 캘리포니아주 선거법 제13314조에 근거하여 당해 정당은 예비선거에의 참여를 금지당하지 않는다는 사실을 입증하는 소를 주 대법원에 제기할 수 있다.¹¹⁵⁾ 만약 정당이 위 기간 내에 이의를 제기하지 않으면 예비선거 참여 금지통지는 최종적이 된다. 소를 제기하기 전에 그 사본을 주 국무부에 제출하여야 한다.

일단 예비선거 참여금지 이의의 소가 제기되면 다른 어떤 사건보다도 우선해서 다루어야 하고 소가 접수된 날로부터 10일 이내에 절차를 시작하여야 한다. 대법원에서의 이 문제의 절차와 관련해서, 주 의회는 대법원이 주요한 문제점들에 대한 사법적 결정을 신속히 할 수 있는 방법을 마련할 것을 선언하고 대법원이 이러한 절차를 받아들일 것을 주장할 수 있다. 또한 주 의회는 대법원으로 하여금 증거를 갖고 있는 측은 충분한 시간 내에 증거를 법원에 제출하도록 명령하여 예비선거가 실시되기 80일전에 최종 결정이 내려질 수 있도록 하고 있다.

114) 미국 캘리포니아주 정부법 제6061조.

115) 미국 캘리포니아주 선거법 제5102조.

5. 일본

(1) 정당의 헌법상 지위

일본의 헌법은 정당에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않으나, 결사의 자유를 보장하고 의원내각제를 채택하고 있기 때문에 정당의 존재를 당연한 것으로 인정하고 있다고 해석된다. 예를 들어 국회법이 정하는 회파(會派)는¹¹⁶⁾ 주로 정당이며, 공직선거법도 정당의 존재를 당연한 것으로 전제한 것으로 예상하고 있다.¹¹⁷⁾

정당의 개념에 대해 각종의 정의가 시도되고 있지만, 헌법상 광의로는 공통의 이념 또는 정책을 주장하며 그 실현을 위해 정권 내지 정치권력의 획득 및 유지를 목적으로 활동하는 자주적이고 계속적인 조직체라고 할 수 있다. 하지만 실정법상은 정치자금의 규제라든가 정당에 대한 국고보조 등과의 관계에서 정당의 요건이 한정되는 경우가 적지 않다. 예를 들어 정치자금규정법은 정치상의 주의 혹은 시책을 추진, 유지하고 또는 이에 반대하는 것을 본래의 목적으로 하는 단체, 특정한 공직의 후보자를 추천, 지지하거나 또는 이에 반대하는 것을 본래의 목적으로 하는 단체 및 이러한 활동을 본래의 목적으로 하는 단체가 아니라도, 이를 주요한 활동으로서 조직적이고 계속적으로 행하는 단체를 ‘정치단체’라고 부르고 있다. 그 중에서 당해 정치단체에 속하는 중의원 또는 참의원 의원을 5인 이상 가지거나, 또는 최근에 행하여진 중의원 혹은 참의원 선거에서 당해 정치단체의 득표총수가 당해 선거에서 유효투표 총수의 백분의 2 이상인 경우를 ‘정당’이라 부르고 있다.¹¹⁸⁾

116) 일본 국회법 제46조.

117) 일본 공직선거법 제86조의 2 내지 제86조의 7 등 참조.

118) 日本 政治資金規正法 제3조.

이렇듯 일본 헌법은 정당에 대해서 명시적인 규정은 없지만, 최고재판소는 판결에서 그 지위를 인정하고 있다. 최고재판소 판결은 의회 민주주의와의 관련에서 정당의 헌법상 지위를 확인하고 있다. 즉, 최고재판소는 “헌법이 정하는 의회 민주주의는 정당을 무시하고는 도저히 그 원활한 운용을 기대할 수 없기 때문에 헌법은 정당의 존재를 당연히 예정하고 있다”고 판시한 바 있다.¹¹⁹⁾

정당의 헌법상 지위와 그 근거를 보면 다음과 같다. 첫째, 헌법 제21조의 결사의 자유의 보장은 넓게는 표현의 자유의 하나로서 정당의 설립과 활동의 자유가 보장되고 있으며 정당은 일정한 정치적이상을 정치권력에 참가함으로써 실현하는 것을 목적으로 한 결사단체이므로 당연히 헌법 제21조에 의해 보장된다는 것이다.

둘째, 정당을 현실적으로 기능하고 있는 선거·통합과정으로 파악하여 정당의 헌법적 융합내지 승인을 이루어야 한다는 견해로서 헌법은 국민주권 아래에서 공무원의 선정 및 파면권을 국민의 고유한 권리로서 인정하고 그 행사로서 보통·평등·비밀선거 및 선거운동의 자유를 확인하고 있으므로 이에 의해 선출된 대표는 전 국민을 대표한다고 하고 있다.

셋째, 일본이 채택하고 있는 의원내각제가 정당의 존재를 필요로 한다는 것이다. 따라서 의원내각제는 입법기관과 행정기관과의 공동체를 의미하지만 현실적으로 정부와 의회와의 정치적 내지 당파적 동질성이 요청되고 있으며 의원내각제는 일본의 경우 정당과 무관한 형태로 운용되고 있다고는 할 수 없다는 주장이다.¹²⁰⁾

119) 最大判 昭化 45年 6月 24日 民集 24卷 6号 625頁.

120) 吉田善明, 政治改革の憲法問題, 岩波書店, 1994, 204~206頁.

(2) 정당 관련법의 역사적 전개

일본이 제2차 세계대전에서 패한 후 1945년 10월 4일 일본 점령 연합군의 맥아더 최고사령관은 「정치적 민사적 및 종교적 자유에 대한 제한의 철폐에 관한 각서」(政治的民事的及宗教的自由ニ對スル制限ノ撤廢ニ關スル覺書)를 발표하였다. 이에 따라서 정당이 자유롭게 결성되는 토양이 만들어졌다. 실제 이 각서의 발표를 계기로 오늘날의 정당들의 모체가 되는 정당이 결성되게 되었다. 그 후 연합군은 다수의 전후개혁정책을 만들었지만, 정당법제에 관해서는 1946년 2월 23일의 칙령 제101호 「정당, 협회 그 외 다른 단체의 결성의 금지에 관한 건」(政党、協會其ノ他ノ団体ノ結成ノ禁止ニ關スル件)이 주목된다. 이 칙령은 반점령군적, 군국주의적, 초국가주의적인 단체의 금지를 목표로 하여 공직후보자를 추천 또는 지지하는 정당에 대해서 자신의 명칭, 목적, 소재지를 제출할 것을 의무화하였다. 확실히 이 칙령은 구세력을 일소하기에 필요한 조치였다. 그러나 이 칙령은 그 후 단체등규정령(1949년 정령 제64호)으로 다시 바뀌었고 그 규제대상도 주로 좌파세력을 대상으로 하는 치안입법으로 대체되었다.

한국에서 6.25 전쟁 중인 1952년 7월 21일 파괴활동방지법이 제정되었다. 이 파괴활동방지법은 칙령 101호 정당, 협회 그 외의 다른 단체의 결성의 금지에 관한 건, 단체등규정령을 그 전신으로 하는 것이며 단체의 활동으로서 폭력주의적 파괴활동을 행한 단체를 규제대상으로 하며 정당을 직접 규제대상으로 하고 있지는 않다. 하지만 이 법의 목적은 당초의 단체등규정령과 같이 좌익정당(구체적으로는 일본공산당)에 대한 규제이며, 그러한 의미에서 파괴활동방지법은 정당은 본래적으로 자유롭다는 측면에 대하여 간접적으로 규제하는 입법으로 파악할 수 있다. 단지 파괴활동방지법이 단체

일반을 규제대상으로 하고 있다는 점에서 정당차원보다 한층 기저에서 체제를 보장하는 치안입법이며 따라서 시민의 결사의 자유를 근본적으로 억제하는 기능을 하고 있다고 평가할 수 있다.¹²¹⁾

(3) 파괴활동방지법의 내용

일본은 우리와 같은 위헌정당 해산제도가 존재하지 않는다. 즉 정당의 금지나 해산에 관하여 헌법이나 정당관련법이 특별히 규율하고 있지 않다. 따라서 정당도 일반결사와 같은 취급을 받고 일반결사의 예에 따라 금지되거나 해산될 수 있다. 일반결사의 금지와 해산에 관한 일반법으로 파괴활동방지법이 규율하고 있다. 현재까지 파괴활동방지법에 의하여 정당이 해산된 사례는 없다.

결사의 자유와의 관련에서 가장 문제가 되는 것은 파괴활동방지법이 정하는 단체의 해산지정이다. 파괴활동방지법은 집회의 자유 등에 대한 제한에 이어 폭력주의적 파괴활동을 행한 단체 혹은 이를 행하도록 사람을 선동한 단체 등에 대해서公安심사위원회가 계속 또는 반복해서 장래에 단체의 활동으로서 폭력주의적 파괴활동을 할 명백한 우려가 있다고 인정하기에 충분한 이유가 있고 동 법 제5조 제1항의 처분(6월을 넘지 않는 기간 및 지역을 정해 집회 등을 금지하거나 혹은 기관지 발행을 금지하는 등의 처분)에 의해 그 우려를 유효하게 제거할 수 없다고 인정될 때는 당해 단체에 대해서 해산의 지정을 할 수 있다.¹²²⁾

파괴활동방지법의 목적은 단체의 활동으로서 폭력주의적 파괴활동을 행한 단체에 대하여 필요한 법적 조치를 규정함과 동시에 폭력주의적 파괴활동에 관한 형벌 규정을 보완함으로써 공공의 안전

121) 吉田善明, 憲法政治一軌道と展開, 敬文堂, 1996, 108頁, 112~113頁.

122) 芦部信喜, 憲法學Ⅱ 人權各論 (1), 有斐閣(2000), 528~529頁, 535~538頁.

을 확보하는 것이다.¹²³⁾ 여기에서 폭력주의적 파괴활동이란 첫째, 내란, 내란의 예비, 음모, 내란 등의 원조, 외환 유치, 외환 원조, 외환 유치 및 외환 원조의 미수 또는 외환 유치 및 외환 원조의 예비·음모에 규정된 행위를 실행, 교사, 선동, 위 행위를 실행시킬 목적으로 그 실행의 정당성 또는 필요성을 주장한 문서 또는 도면을 인쇄·배포 또는 공공연히 게시, 또는 위 행위를 실행시킬 목적으로 무선통신 또는 유선방송에 의해 그 실행의 정당성 또는 필요성을 주장하는 통신을 하는 것을 말한다. 둘째, 정치상의 주의 및 시책을 추진, 지지 또는 이에 반대하는 목적으로 소요, 현주건물방화 또는 비현주건물방화, 격발물 과열, 기차·전차 등 왕래 위협, 기차·전차 등 전복, 살인, 강도 등의 행위를 하는 것을 말한다.¹²⁴⁾

이러한 파괴적 단체의 활동은 규제된다. 구체적으로 공안심사위원회는 단체의 활동으로써 폭력주의적 파괴활동을 행한 단체에 대해, 해당 단체가 계속 또는 반복하여 장래 나아가 단체의 활동으로써 폭력주의적 파괴활동을 행할 명확한 우려가 있다고 인정하기에 충분한 이유가 있을 때는 해당 폭력주의적 파괴활동이 집단시위운동, 집단행진 또는 공개집회에서 행해진 것일 경우에는 6개월을 넘지 않는 기간 및 지역을 정하여 각각, 집단시위운동, 집단행진 또는 공개집회를 행하는 것을 금지하고, 해당 폭력주의적 파괴활동이 기관지(단체가 그 목적, 주의, 방침 등을 주장, 통보 또는 선전하기 위해 계속적으로 간행하는 출판물을 말한다)에 의해 행해진 것일 경우에는 6개월을 넘지 않는 기간을 정하여 해당 기관지를 계속해서 인쇄 또는 배포하는 것을 금지한다.¹²⁵⁾

아울러 공안심사위원회는 위에서 열거한 폭력주의적 파괴활동을

123) 일본 파괴활동방지법 제1조.

124) 일본 파괴활동방지법 제4조.

125) 일본 파괴활동방지법 제5조.

행한 단체, 폭력주의적 파괴활동을 행하거나 또는 그 실행에 착수하여 이것을 행하지 않았거나 사람을 교사 또는 이것을 실행시킬 목적으로 사람을 선동하여 이것을 행한 단체가 계속적이거나 반복하여 장래 나아가 단체의 활동으로써 폭력주의적 파괴활동을 행할 명확한 우려가 있다고 인정될 때는 해당 단체에 대해 해산 지정을 행할 수 있다.¹²⁶⁾

파괴적 단체의 규제 및 해산 처분은 공안조사청장관의 청구가 있을 경우에만 행할 수 있다.¹²⁷⁾ 공안조사청장관이 해산청구를 하고자 할 때는 사전에 해당 단체가 사건과 관련하여 변론할 수 있는 기일 및 장소를 정하고 그 기일 7일 전까지 해당 단체에게 처분 청구를 하고자 하는 사유의 요지 및 변론기일과 장소를 통지하여야 한다. 이 통지는 관보로 공시하여야 하며, 이 경우 공시한 날로부터 7일을 경과했을 때에 통지가 있었던 것으로 간주한다. 해당 단체의 대표자 또는 주요간부의 주소 또는 거처를 알고 있을 때는 직접 통지서를 송부하여야 한다.¹²⁸⁾

통지를 받은 해당 단체의 대표자, 구성원 및 대리인은 5인 이내에 한하여 변론기일에 출석하여 사실 및 증거에 대한 의견을 진술하며 또한 유리한 증거를 제출할 수 있다.¹²⁹⁾ 공안조사청장관이 해산청구를 하지 않을 것으로 결정했을 때는 신속하게 해당 단체에 대하여 그 뜻을 통지함과 동시에 이것을 관보로 공시하여야 한다.

해산청구는 청구의 원인이 되는 사실, 해산을 청구하는 의도, 그 외에 공안심사위원회의 규칙이 정하는 사항을 기재한 처분청구서를 공안심사위원회에 제출하여야 하며, 해산 청구 원인이 되는 사실을

126) 일본 파괴활동방지법 제7조.

127) 일본 파괴활동방지법 제11조.

128) 일본 파괴활동방지법 제12조.

129) 일본 파괴활동방지법 제14조.

증명할 수 있는 증거는 해당 단체에 의견을 논할 수 있는 기회가 주어지는 것이어야만 한다.¹³⁰⁾

공안조사청장관이 처분 청구서를 공안심사위원회에 제출하였을 경우에는 해당 단체에게 그 청구의 내용을 통지하여야 하며, 이 통지는 관보에 공시하여야 한다. 이 경우 공시된 날로부터 7일을 경과했을 때에 통지가 있었던 것으로 간주한다. 이에 대하여 해당 단체는 통지가 있던 날로부터 14일 이내에 처분 청구에 대한 의견서를 공안심사위원회에 제출할 수 있다.¹³¹⁾

공안심사위원회는 공안조사청장관이 제출한 처분청구서, 증거 및 조사 그리고 해당 단체가 제출한 의견에 대해 심사를 하여야 한다. 이 경우 심사를 위해 필요한 조사를 할 수 있다. 또한 이 경우 공안심사위원회는 조사를 위하여 관계인 또는 참고인의 출두를 요구하여 조사하거나 또는 이들로부터 의견 또는 보고를 요구, 장부서류 그 외의 물건 소유자, 소지자 또는 보관자에 대해 해당 물건의 임의제출을 요구하거나 임의로 제출한 물건을 보관하여 둘 것, 관리인이나 주거지 주인 또는 이들을 대신할 만한 자의 승낙을 얻어 해당 단체의 사무소 그 외에 필요한 장소를 방문하여 업무의 상황 또는 장부서류 그 외의 물건을 검사, 또는 공공기관 또는 공사(公私)의 단체에 대해 필요한 보고 또는 자료의 제출을 요구할 수 있다.

공안심사위원회는 위의 심사결과에 기초하여 사건에 대해 처분의 청구가 부적법할 때는 이것을 각하하는 결정, 처분의 청구가 이유가 없을 때는 이것을 기각하는 결정, 처분의 청구가 이유가 있을 때는 각각 그 처분을 행하는 결정을 하여야 한다.¹³²⁾ 해산결정은 문서로서 하며 이유를 첨부하여 위원장 및 결정에 관여한 위원이 이

130) 일본 파괴활동방지법 제20조.

131) 일본 파괴활동방지법 제21조.

132) 일본 파괴활동방지법 제22조.

것에 서명날인을 하여야 한다. 결정은 공안조사청장관 및 해당 단체에 통지하며, 이 결정은 관보로 공시하여야 한다. 각하결정 및 기각결정은 결정서의 등본이 공안조사청장관에게 송부된 때, 해산결정은 관보로 공시되었을 때에 각각 그 효력이 발생된다.¹³³⁾ 해산결정의 취소 요청에 대해서는 재판소는 다른 소송의 순서와 관계없이 신속히 심리를 개시하고 사건을 접수한 날로부터 100일 이내에 그 재판을 하여야 한다.

133) 일본 과괴활동방지법 제23조 내지 제25조.

Ⅲ. 정당해산심판의 실체적 요건

우리헌법 제8조 제4항은 정당해산의 실체적 요건으로 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된 때”라고 규정하고 있다. 따라서 여기서는 위헌정당해산의 대상으로서의 정당의 의의, 정당의 ‘목적이나 활동’의 의미, 그리고 민주적 기본질서의 의미에 대해 구체적으로 살피려 한다. 하지만 이러한 요소들은 매우 포괄적이고 추상적이어서 이를 해석하기 위해서는 헌법원리의 차원에서 헌법보호의 필요성과 민주주의원리 사이의 관계를 규명하는 작업이 선행될 필요가 있다.

1. 정당해산제도의 기본성격과 해산요건의 해석기준

위헌정당해산의 실체적 요건에 대해 자세한 구체적인 논의를 시작하기 전에 먼저 우리 헌법질서에서 위헌정당해산제도가 지니는 지위와 기능에 대해 간략하게나마 정리하는 것이 필요하다.

(1) 민주적 정당국가와 헌법상의 정당조항

정당은 의회주의의 자연스러운 산물이며 이러한 점에서는 헌법적으로 이를 인정하는가의 여부와는 무관하게 존재한다. 정당은 국가의사를 결정함에 있어 의회를 통해 조직된 사회가 참여해야 한다는 의회주의가 실현되는 과정에서 당연한 산물로 등장했기 때문이다. 따라서 의회주의가 수많은 어려움을 극복하고 정착되는 과정은 정당이 존재의의를 인정받고 제도적으로 정착되는 과정과 크게 다르지 않았다.¹³⁴⁾

정당이 의회주의의 당연한 산물인 한에는 헌법이 정당에 대해 특별한 관심을 기울일 필요는 없었다. 그러나 국민주권이 실현되면서 의회는 국가의사결정에 참여하는 사회의 기관에 그치지 않게 되었고 직접 국가권력을 장악하게 된다. 국민주권 하에서 의회의 변화는 정당의 지위에 변화를 가져왔다. 이제 정당은 더 이상 사회에만 속할 수 없고 사회와 국가를 연결하는 역할을 하게 된 것이다. 국민주권의 실현은 보통·평등선거의 도입과 연결되었다. 다양하고 복잡한 의견과 이해관계가 공존하는 대중민주주의의 현실 속에서 이를 인적으로나 정책적으로 선택할 수 있는 몇 가지의 대안으로 압축시키는 선행작업이 없으면 민주주의는 작동할 수 없다.¹³⁴⁾ 이제 정당은 국가에 대해 국민의 견해를 대변하는 역할에 머무르지 않고 자신의 정책과 인물을 국민에게 제시하여 스스로 국가권력을 장악하려 노력하게 된다. 이것이 정당국가이고 현대헌법은 이러한 정당국가적 민주주의에 어떤 식으로든 반응하고 있다.

우리 헌법은 제8조에 정당조항을 둬으로써 정당국가적 민주주의라는 현실에 적극적으로 대응하고 있다. 하지만 헌법 제8조는 정당과 관련된 모든 사항을 규율한 것은 아니고 가장 원칙적인 내용들을 부분적으로만 정하고 있다. 따라서 우리 헌법이 정당에 대해서 취하고 있는 입장을 해석해 내려면 헌법을 전반적이고 체계적으로 파악하는 것이 중요하다. 특히 정당이 국민과 국가를 매개하는 역할을 한다는 점에서 우리헌법상의 민주주의원리를 어떻게 이해하는가가 정당의 헌법상의 지위를 해석해 내는 전제가 될 것이다.

134) M. 뒤베르제(박희선·장을병 역), 앞의 책, 25~27쪽.

135) D. Grimm, Politische Parteien, in: E. Benda u.a.(Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2.Aufl., Berlin/New York 1994, S. 599~656, Rn 2f.

(2) 민주주의에서의 헌법보장

현대 대중민주주의에서 정당에 대한 규정을 두는 것은 단지 정당을 헌법적으로 인정하는 것에 그치지 않고 정당의 조직과 활동이 민주주의의 기본원리에 합당하도록 규율하는 이중적인 의미를 지닌다. 이는 정당해산제도와 관련해서도 마찬가지이다. 우리헌법은 정당이 헌법의 기본질서인 민주주의가 기능하는 데에 지니는 중요성을 인정하는 전제하에 정당이 오히려 민주주의를 파괴하는 도구로 활용되는 것을 방지하기 위해 정당해산제도를 두면서 동시에 정당의 해산은 헌법재판에 의해서만 가능하도록 하고 있다.

정당해산제도를 인정하는 것은 민주주의의 기본질서를 안정적으로 실현시키기 위해서는 이를 파괴하는 자유를 보장할 수 없다는 이른바 방어적 민주주의에 기초하고 있다. 이는 “자유는 적에게는 자유가 없다”는 슬로건으로 대표되고 있다. 헌법이 보장하고 있는 자유가 자유로운 정치과정의 전제조건을 파괴하는 자유까지를 포함한다면 이는 자기모순이 될 것이다.¹³⁶⁾ 따라서 헌법이 보장하는 자유가 자유롭고 민주적인 정치질서를 파괴하는데 사용되지 못하도록 하는 것은 민주적 헌법질서를 제도화함에서 당연한 귀결이고 따라서 정당의 자유에 대한 일정한 제한은 불가피한 것으로 보인다.

그러나 “자유는 적에게는 자유가 없다”는 단순한 논리는 현실에서 나타나는 구체적인 문제를 해결하는 데는 별로 도움이 되지 않는다. 이는 오히려 정당해산제도의 자의적인 오남용의 위험을 간과함으로써 정당해산제도 자체에 대한 신뢰를 감소시킬 뿐이다.¹³⁷⁾

136) Morlock, Art.21, in: Dreier(Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Rn 136.

137) Roelleck, Art.21, in: Umbach/Clemens, GG Bd. 1, 2002, Rn 115.

(3) 정당특권으로서의 정당해산제도

정당해산제도는 정당의 자유에 대한 근본적인 제한이다. 또한 정당해산이 오용되는 경우에는 정치적으로 불편한 경쟁자를 비정치적인 방법을 동원하여 배제하는 것을 의미한다. 이는 민주헌정국가에서 정부는 예외없이 정당을 배경으로 하는 정당정부라는 점을 생각하면 분명해진다. 그러므로 우리헌법이 정당해산의 권한을 헌법재판소에게만 독점적으로 부여하여 정치가 아닌 법적인 기준으로 판단하게 하는 것은 정당해산제도가 오남용되는 것을 방지하기 위함이라고 보아야 한다.

우리나라의 정당해산제도는 행정부가 해산결정을 내리고 헌법재판소가 그 합헌성을 사후적으로 판단하는 형식을 지니고 있지 않다.¹³⁸⁾ 헌법재판소 자신이 결정하고 이 결정에 의해 비로소 효력이 발생한다. 달리 말하자면 헌법재판소가 내리는 정당해산결정이 없는 정당의 활동에 대한 불리한 조치가 행해질 수 없다는 것이다.¹³⁹⁾ 이렇게 볼 때에 정당해산제도는 정당이 지니는 특권으로서의 의미를 지닌다.

정당해산제도가 도입된 배경에는 민주주의를 파괴하려는 정당으로부터 민주주의를 보호하려는 관점이 있지만 정당해산의 요건을 해석하고 구체적인 절차를 진행함에 있어서는 정당보호의 관점이 우선되어야 한다고 보인다.

138) 우리나라는 독일과는 달리 행정부가 법인이 아닌 일반결사에 대하여 해산결정을 할 수 있는 법적 근거가 없다는 점에서 정당특권의 정도가 독일과는 상당한 차이가 난다고 하겠다.

139) D. Grimm, Über den Umgang mit Parteiverboten, in: C. Leggewie/H. Meier(Hg.), Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben? Frankfurt a. M. 2002, S. 138~144f, S. 141f.

(4) 정당해산제도의 효율성문제

정당해산제도는 그 자체가 목적이 아니라 민주헌정을 보호하는 수단으로서의 의미를 지니고 있다. 따라서 이 제도가 지니는 이론적 정당성 뿐 아니라 현실적인 효용성의 문제도 함께 고려할 필요가 있다.

민주헌정질서를 부정하는 급진적인 세력이 국민의 지지를 받게 되는 것은 기존의 체제가 지니는 설득력과 통합력에 문제가 발생했을 경우가 대부분이다. 급진적인 정당이 대두할 때 기성질서는 이들 정당을 불법화하는 쉬운 길을 선택할 유혹을 받게 되어있다. 하지만 쉬운 길은 문제를 근본적으로 치유할 수 없는 경우가 많다. 정당해산을 통해 정치적인 경쟁자는 배제할 수 있지만 이러한 경쟁자가 나오게 된 원인을 해결할 수는 없고 급진적인 이념을 추종하는 사람들의 생각을 바꿀 수도 없다. 원인을 해결하지 않고 정당만을 배제하는 경우에 오히려 보다 강력한 새로운 정치세력이 등장하는 동기를 만들어줄 수도 있는 것이다.

민주주의가 자신을 보호하는 가장 효율적인 방법은 민주주의를 부정하는 세력과 공개적인 토론을 통해 정치적으로 투쟁하여 이들이 선거에서 패하게 하는 것이다. 멀고 험하고 귀찮은 길을 가는 것이 민주주의의 면역력을 강하게 한다.¹⁴⁰⁾ 정당해산제도를 사용하는 데에는 헌법과 정치의 사이에 놓여있는 이 제도의 특성을 감안하여 신중을 기해야 할 것이다.

140) 독일 연방헌법재판소장을 역임한 유타 림바흐(Jutta Limbach)는 “사회주의계 국당과 독일공산당의 금지 이후에도 - 60년대말에 극우정당인 독일민족민주당(NPD)이 주의회선거에서 의회에 진출한 경우에서처럼 - 정당해산을 하자는 주장이 크게 대두한 적이 있지만 안정된 민주주의에서는 그 적을 대처하는 가장 효율적인 방식은 공론의 장과 선거에서 제한하는 것이라는 생각이 관철되었다”고 말하고 있다.(J. Limbach(Hg.), Das Bundesverfassungsgericht. Geschichte-Aufgabe-Rechtsprechung, Heidelberg, 2000, S. 51f.)

(5) 우리나라에서의 헌법실현과 정당해산제도의 위상

우리나라의 정당해산제도는 제도상으로는 독일의 정당해산제도와 유사성이 적지 않지만 이러한 제도가 형성된 배경과 그 이후 헌정의 전개과정에서 적지 않은 차이가 있음을 간과해서는 안 될 것이다.

독일에서는 나치의 합법적 쿠데타를 가능하게 했던 헌정사적 경험이 주요한 배경이었지만 우리의 경우에는 정당등록의 취소를 통해 국가권력이 자의적으로 정당을 해산했던 제1공화국에서의 경험이 중요한 변수였다. 즉 독일에서는 헌법보장의 요소가 적지 않게 작용했지만 우리나라에서는 헌법재판소에 정당해산의 권한을 독점적으로 부여함으로써 국가권력의 자의적인 간섭으로부터 자유로운 정당 활동을 보장하려는 의지가 강하게 작용하였다.¹⁴¹⁾ 또한 독일에서는 나치의 반인륜적인 독재를 경험한 이후 다시는 이러한 역사가 되풀이되지 않도록 하려는 의지가 정당해산제도로 반영된 측면이 있고 결과적으로 볼 때 민주주의가 정착되었다. 독일에서 정당해산제도가 민주헌정을 보장하는 데 있어 효율적인 방안이 되지 못한다는 입장이 다수이지만 정당해산제도는 어쨌든 전후 독일에서 새로이 형성되고 정착되는 민주헌정질서의 한 요소로 작용하였다.

하지만 우리나라의 경우에는 제2공화국헌법에서 정당해산제도가 도입되었음에도 불구하고 이 제도는 무력을 전면에 내세운 군부의 헌정파괴 앞에서 무력할 수밖에 없었다. 또한 그 후 30년 이상 지속된 권위주의정권 하에서도 위헌정당해산제도는 그 명맥을 유지하였지만 이 제도는 민주적 기본질서를 파괴하는 정권을 뒷받침하는 집권정당에 대해 효율적인 헌법보장제도로 기능할 수 없었다. 우리의 헌정사에서 위헌적인 정당의 영향력을 배제하거나 약화시키는

141) 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000, 466~468쪽 참조.

역할은 주권자인 국민이 해왔으며 위헌정당제도에 대해 현실적으로 고민할 수 있는 여건을 마련한 것도 민주주의를 향한 국민의 열망과 투쟁이었음을 잊어서는 안 될 것이다. 헌법재판소가 위헌정당해산의 권한을 실질적으로 행사할 수 있게 된 것은 독일에서처럼 패전 후 외국군의 점령 하에서가 아니라 1960년 4월과 1987년 6월 헌법제정권력이 발동하여 권위주의체제를 극복하고 민주헌정질서를 건설하면서였다. 우리나라처럼 민주헌정체제가 국민의 힘으로 실현되어 온 정상적인 민주주의에서 정당의 합헌성여부는 일차적으로 주권자인 국민이 선거에서 결정한다. 헌법재판소에 부여된 정당해산제도는 지극히 불가피한 경우에 활용되는 예외적인 수단일 뿐이다. 이러한 입장은 국민의 피와 땀으로 권위주의체제를 극복하고 입헌민주주의를 형성·전개하여 온 우리의 헌정사적 경험 속에서 민주주의원리와 법치국가원리의 관계를 어떻게 볼 것인가와 연결되어 있는 문제이기도 하다.

(6) 정당해산요건의 엄격한 해석

정당해산제도는 자유로운 정치활동을 최대한 보장할 것을 요구하는 헌법원리와 헌법보장의 필요성간의 긴장관계 속에 놓여 있다.¹⁴²⁾ 정당해산제도는 우리헌법이 상정하고 있는 민주적 정당국가에서 국가의 강제력이 자유로운 정치과정을 제한하는 최후수단(ultima

142) 독일 연방헌법재판소는 독일공산당결정에서 이러한 긴장관계에 대해 언급한 바 있다: “국가권력이 간여하여 정당을 정치활동으로부터 배제하는 것은 이론적으로 볼 때에 어쨌든 자유로운 민주주의의 기본사상에 배치된다. 또한 자유선거권의 조건 속에서 정당이 체계조화적인 방식으로 국가의 정치적 의사형성으로부터 배제되는 것은 선거에서 득표에 실패하면서일 것이다”. 독일 연방헌법재판소는 나아가 “자유롭고 민주적인 헌법이 자신의 기본가치인 정치적 의사의 자유를 보호하기 위해 지나친 제한을 가함으로써 제한규정 자체가 헌법에 위반되어 … 감당할 수 없는 자기모순에 빠지는 것은 아닌지”에 대해 질문을 던지고 있다(BVerfGE 5, 85, 135).

ratio)이다. 따라서 정당해산이 적용되는 대상과 그 실제적인 요건을 엄격하게 해석할 필요가 있다.¹⁴³⁾ 또한 정당해산제도는 최후수단임에도 불구하고 민주주의의 현실 속에서 매우 제한된 경우에만 효용성을 지닐 수 있다. 따라서 이를 적용할 것인가의 여부를 결정함에 있어서도 단지 법적인 기준에 기속되지 않는 정치적 판단의 자율성이 폭넓게 인정되어야 할 것이다.¹⁴⁴⁾ 최후의 수단이 효율적이지 못한 상황에 대한 대비와 판단은 단지 헌법적 관점을 넘어서는 헌정의 관점에서 이루어져야 하기 때문이다.

우리나라 헌법재판소¹⁴⁵⁾의 입장도 정당해산요건을 엄격히 해석해야 한다는 입장에 있다고 보인다.

143) E. Stein/G. Frank, Staatsrecht, 18.Aufl., Tübingen 2002, S. 331f.

144) 정당해산이라는 도구는 요건이 성립되면 반드시 활용해야 하는 강제적 무기(Zwangswaffe)가 아니라 제소권자가 정치적 재량(das politische Ermessen)으로 판단해야 할 문제라고 보아야 한다. 이는 독일 연방헌법재판소도 이미 독일공산당결정에서 인정한 바 있다(BVerfGE 5, 85, 113).

145) “헌법 제8조 제4항은 ‘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).

또한 계획일, 앞의 책, 244쪽 이하; 성낙인, 앞의 책, 132쪽 이하 참조.

2. 정당

(1) 헌법의 우위와 헌법차원의 정당개념의 정의의 필요성

정당해산심판청구의 상대방인 피청구인은 헌법 제8조의 의미의 정당이다. 헌법은 정당의 개념표지 중 일부만을 제시하고 있을 뿐 정당의 개념을 완결적으로 정의하지 않고 있다. 그렇지만 정당의 개념은 헌법해석을 통해서 헌법으로부터 추출해 내어야 한다. 왜냐하면 무엇보다도 헌법이 부여하는 정당에 대한 특권이 법률이나 행정관청 또는 법원의 정의에 의하여 좌우되는 것은 “헌법의 우위의 원리”에 반하기 때문이다. 오히려 헌법을 기준으로 법률이나 행정관청 또는 법원의 정당에 대한 정의가 헌법과 합치하는지 여부에 대한 심사가 이루어져야 한다.

그러므로 정당해산심판절차의 피청구인인 정당의 개념을 정의함에 있어서 아무런 전제도 없이 정당법의 정당에 대한 정의에 의거하는 것은 “헌법우위”의 원리에 비추어 볼 때 근본적인 문제를 안고 있다. 입법권 등이 헌법의 지침을 무시하고 정당의 개념을 정의할 수 있다는 사정을 외면하고 있기 때문이다. 따라서 헌법의 해석을 통해 헌법이 전제하고 있는 정당의 개념을 확정하고, 이를 기초로 입법권 등에 의한 정당개념 정의의 합헌성을 검토하는 것이 논리적이다.

그렇지만 국내의 통설은 정당해산심판청구의 대상이 되는 정당을 “정당법에서 정하는 요건을 갖추고 등록을 마친 정당”으로 정의하면서, 정당법에 의해 정당으로서 등록을 하지 않은 이상 정당의 명칭을 사용하더라도 이는 일반적인 조직 또는 단체에 지나지 않는 것이기 때문에 정당해산심판의 대상이 될 수 없다고 주장함으로써¹⁴⁶⁾ 전술한 오류를 범하고 있다. 이러한 주장이 정당법이 정하는

요건들과 등록제도가 정당의 설립과 활동의 자유(헌법 제8조 제1항)를 침해하여 위헌의 소지가 매우 높음에도 불구하고 그에 대한 진지한 검토 끝에 나온 것이 아니기 때문이다. 오히려 헌법재판소는 정당법을 통한 입법자의 정당에 대한 개념정의에 구속되지 않는다. 헌법재판소는 이 정의가 헌법에 합치하는지를 심사할 수 있다.¹⁴⁷⁾ 정당이 현대 민주주의에서 차지하는 비중과 의미 그리고 정당으로서 인정받느냐 여부가 갖는 효과의 중대성에 비추어 볼 때 헌법재판소는 입법자의 정당개념에 대한 정의를 전면적으로 강도 높게 심사할 수 있다.¹⁴⁸⁾

그럼에도 불구하고 실질적 정당개념이 갖는 경계의 모호함과 실무계의 확립된 관행, 나아가 실질적 정당개념을 도입함으로써 해산의 대상이 되는 정당의 범위가 확대될 우려가 있다는 점 및 정당관련 법집행과 관계된 현행 정당관계법제의 기본적인 구조를 함께 고려할 때 현 단계에 있어서는 형식적 기준에 따른 정당, 즉 ‘등록된 정당’만이 정당해산의 대상이 될 수 있다고 할 것이다.¹⁴⁹⁾

(2) 헌법적 의미의 정당개념

헌법은 제8조 제1항에서 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다”고 규정하고, 제8조 제2항 후단에서 정당에 대해 “국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을”가질 것을 요구함으

146) 계획열, 위의 책, 281쪽; 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2004, 429쪽; 권영성, 앞의 책, 198쪽; 김철수, 앞의 책, 179쪽 등 참조. 이설(異說)로는 장영수, 헌법총론, 홍문사, 2002, 387쪽.

147) 독일의 통설. 많은 것 대신에 Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 46 Rn 2; Pestalozza, § 4 I 5; Stern, in: FG BVerfG, S. 219.

148) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 9. 참조.

149) 특히 독일과는 달리 우리나라는 정당에 대한 해산제도만을 두고 있을 뿐, 일 반결사에 대한 해산제도는 규정하고 있지 않다는 점도 고려하지 않을 수 없기 때문이다.

로써 적어도 국민의 정치의사 형성에 참여하는 국민의 자발적인 정치적 결사만이 헌법적 의미의 정당이 될 수 있다는 것을 시사하고 있다. 이 규정들은 정당의 주된 기능을 언급함으로써 정당개념의 핵심적 표지를 제시하고 있는 것이다. 이 표지는 다음과 같은 것을 의미한다.

1) 국민의 정치의사형성에의 직접적 참여

어떤 결사가 정당으로 분류될 수 있으려면 무엇보다도 국민의 정치적 의사에 참여하여야 한다. 국가권력의 궁극적 원천인(헌법 제1조 제2항) 국민의 정치의사는, 국민이 국가권력을 직접 행사하는 방식과 형태로, 무엇보다도 선거(헌법 제41조, 제61조)와 국민투표(헌법 제72조, 제130조 제2항)를 통해서 공식적으로 표출된다. 우리 헌법이 대의제 중심으로 민주주의를 구체화하고 있기 때문에 선거는 국민의 공식적인 직접적 정치의사 표출방식 중에서 핵심적인 의미를 갖는다. 따라서 정당이 국민의 정치의사형성에 참여한다는 것은 무엇보다도 정당이 선거에 대하여 영향력을 행사한다는 것을 의미한다. 이는 정치적 견해를 주장함으로써 유권자에 대하여 영향을 미치거나 공직선거에 후보자를 추천하고 지원하는 방식으로 이루어진다. 정당은 의회나 정부 안에서 단순히 어떤 이념만을 주장하고 대표하는 것이 아니라 자신들의 이념이나 정강정책을 대변하는 사람을 의회나 정부에 보내려고 한다. 그러므로 선거에 후보를 내지 않고 이념만을 내세우는 결사는 헌법적 의미의 정당이라 할 수 없다.¹⁵⁰⁾

한편, 선거는 그것이 자유로울 때에만 민주적 정당성을 부여하여

150) 이와 같은 취지의 독일판례로는 BVerfGE 24, 260, 264; 24, 360, 361; 47, 198, 222 참조.

줄 수 있다. 자유로운 선거를 위해서는 강제와 부당한 압력이 없는 상태에서 선거권을 행사할 수 있어야 할 뿐 아니라, 유권자가 자유롭게 공개적인 의사형성의 과정에서 판단을 내릴 수 있어야 한다. 현대의 대의민주제에서 이는 정당을 전제로 하며¹⁵¹⁾ 또 새로운 정치적 표상이 국민의 정치의사형성과정에서 실현될 수 있으려면 언제든지 새로운 정당을 결성할 수 있는 가능성을 전제로 한다.¹⁵²⁾

전술한 바와 같이 선거에의 참여는 헌법적 의미의 정당개념의 본질적이고 포기할 수 없는 요소이고¹⁵³⁾ 또 정당은 이러한 의미에서 선거준비조직으로서의 속성을 갖는다. 물론 정당은 단순한 선거준비조직에 불과한 것이 아니라,¹⁵⁴⁾ 그 “이상의” 것이다.¹⁵⁵⁾ 대의제 역시 국민이 정기적으로 자신의 선거권을 행사하여 대표자를 뽑는 행사에 그치지 않는다. 오히려 현대 민주주의에서 정당은 유권자의 의사가 선거 이외의 방법으로도 국가의사의 형성에 반영될 수 있도록 해주는 도구, 즉 정치노선의 확정을 둘러싼 항상적 논쟁의 중요한 담당자이다. 정당의 중요한 소명은, 유권자들이 국가기관들의 국가의사형성에 관여하는 것을 목적으로 하는 정치단체들을 자발적으로 결성·가입하도록 하고 또 그렇게 함으로써 국가행위에 영향을 미칠 수 있도록 하는 것이다. 정당의 의무는 정치적 목표들을 명료하게 정리하여 국민들에게 전달하고 또 사회나 개인과 관련된 문제들이 인식되고 거론되며 적절하게 해결되도록 하는 데 참여하는 것이다. 민주국가의 정치의사형성과정에서 대하여 결정적인 의미를 갖는 국가기관들과 국민 사이의 피드백도 정당의 일이다. 국민의 의

151) BVerfGE 44, 125, 145; 73, 40, 85; 92, 262, 267.

152) BVerfGE 92, 262, 267.

153) BVerfGE 24, 260, 264; 24, 300, 361; 92, 262, 267f. 참조.

154) BVerfGE 8, 51, 63 참조.

155) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., § 13 III 1 d; Ph. Kunig, Parteien, in: HStR II, § 33 Rn 48.

사형성과 국가기관 안에서의 의사형성은 다양한 방식으로 또 일방적으로 서로 영향을 주고받는데, 이 과정에서 정당이 중요한 역할을 수행한다. 국가기관들의 정치적 프로그램과 행태는 국민의 의사형성에 영향을 미치고 또 그 자체 국민여론의 대상이기도 하다.¹⁵⁶⁾

정당이 정치의사형성과 국가의사형성의 과정에서 하여야 할 이와 같은 역할을 충실히 수행할 수 있으려면 정당은 대외적인 활동을 하여야 하며, 다른 정당들 및 여론의 형성에 영향을 미치는 여타의 기구나 단체들과의 경쟁 속에서 유권자들에게 자신의 정책의 타당성을 인정하도록 설득하여야 한다. 정당은 국민 속에 존재하는 다양한 견해, 이익, 지향을 취합하고 조정하고 국민들이 선택할 수 있는 대안으로 구체화하여 국가기관이 수용하도록 노력하여야 한다. 이렇게 할 때에만 정당은 유권자들로 하여금 선거 밖에서도 최고국가기관들의 결정에 영향력을 행사할 수 있는 가능성을 국민에게 제공하여야 하는 과제를 충실히 수행할 수 있다.¹⁵⁷⁾

156) BVerfGE 92, 262, 268; 85, 264, 284f. 헌법재판소도 정당의 과제를 유사하게 설명한 바 있다. “오늘날의 정치현상을 살펴보면, 개체로서의 국민은 개인의 다양한 이익과 욕구를 집결, 선별하고 조정하는 집단을 통해서 비로소 자신을 정치적으로 실현할 수 있는 가능성이 있기 때문에, 정당은 민주적 의사형성을 위한 불가결한 요소이다. 오늘날의 의회민주주의는 정당의 존재 없이는 기능할 수 없다는 점에서, 정당은 국민과 국가를 잇는 연결매체로서 민주적 질서의 중요한 구성부분이다. 정당은 정치권력에 영향을 행사하려는 모든 중요한 세력, 이익, 시도 등을 인식하고 이를 취합·선별하여 내부적으로 조정을 한 다음, 국민이 선택할 수 있는 정책을 형성하는 기능을 한다. 사회의 다양한 견해가 선택 가능한 소수의 대안으로 집결되고 선별되는 과정을 거친 뒤에야 비로소 국민에 의한 선거가 가능하다. 바로 이러한 기능을 담당하는 것이 정당이므로, 선거를 준비하는 기관으로서의 정당 없이는 선거가 치루어질 수 없다. 정당은 국민의 정치적 의사형성과정에 참여할 뿐 아니라, 정부와 국회의 주요 핵심 공직을 선출, 임명하는데 결정적인 역할을 하고 의회와 정부 등 정치적 지도기관의 정책과 결정에 영향을 행사함으로써, 국가의사형성에 결정적 영향을 미친다. 다시 말하면, 정당은 국가의 의사형성에 참여하는 것이 그 목적이며, 이러한 목적은 오로지 국민의 지지를 통해서만 이루어 질 수 있기 때문에 국민의 정치의사형성에 참여하는 것이다.”(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135).

2) 국민의 정치의사형성의 참여에 필요한 '객관적 조건들의 확보'

정당이 전술한 과제를 이행하려면 적지 아니한 인적·물적 자원을 필요로 한다. 그러나 이를 동원할 수 있는 능력은 정당의 규모에 영향을 받는다. 모든 정당들이 이와 같은 자원을 같은 정도로 확보할 수는 없다. 특히 창당과정에 있거나 정치의사형성과정에 처음으로 발을 내디딘 신생정당들에게 국민의사형성과정에의 참여라는 과제를 기성의 정당들만큼 이행할 것을 요구할 수는 없다. 그러한 정당개념은 민주적 정치과정의 개방성의 요청과 모순되게 될 것이기 때문이다. 이 때문에 그리고 장차의 정치발전을 위한 여지를 주고 현 정당구도의 고착화를 예방하기 위해서 헌법 제8조 제1항은 모든 정치적 결사에게 정당으로서 정치적 의사형성에 참여할 수 있는 기회를 보장하고 있는 것이다.

헌법적으로 보장된 정당설립의 자유 및 복수정당제(제8조 제1항) 그리고 정당과 복수정당제가 자유민주주의에 대하여 갖는 의의로부터 모든 정당들 사이의 기회균등의 원칙, 특히 선거에 있어서의 기회균등의 원칙이 직접적으로 추론된다.¹⁵⁸⁾ 헌법 제116조 제1항의 선거운동의 기회균등보장은 이를 명확히 확인한 것에 불과하다. 헌법은, 어떤 정당이 국가의사형성에 실제로 관여할 수 있느냐에 대한 결정을 주기적으로 거행되는 선거에 참여하는 유권자들의 선택에 맡겨 놓았다. 그러므로 “성공적인” 그리고 유권자로부터 이미 “인정 받은” 정치적 결사만을 정당으로 보는 방향으로 정당개념을 정의할 수는 없다.

정당은 헌법이 부과한 과제를 창당의 단계에서는 이행할 수 있는 실마리를 가지고 있어야 하며, 창당시기를 뒤로 할수록 점점 그와

157) BVerfGE 92, 262, 268f; 85, 264, 285f.

158) BVerfGE 82, 322, 337 참조.

같은 과제를 제대로 수행할 수 있어야 한다. 어떤 정치적 결사가 “정당이고자 하는”의지가 있다는 것만으로는 헌법적 의미의 정당이 되지 못한다. 단명으로 끝나는 우연한 결합체가 아닌, 진지성 있는 정치적 결사만이 유권자들의 지지를 모을 수 있다.¹⁵⁹⁾ 따라서 정치적 결사에게 정당의 지위를 인정할 수 있으려면, 그 결사의 연륜이 깊어짐에 따라 비중이 커지는 어느 정도의 객관적인 전제들이 충족되어야 한다.

그러므로 정당개념을 정의함에 있어서 먼저 창당을 통해서 국민의 정치의사형성에 계속적으로 참여하려는 진지한 의도는 표시되는 것이라는 점이 고려되어야 한다. 창당초기에는 어떤 단체를 정당으로 창설하는 행위에서 나타나는 국민의 정치의사형성에의 참여의지가 중요하지만, 창당의 역사가 길어질수록 정당의 과제를 이행할 수 있는 능력을 인식시켜 주는 객관적 기준들에 의해서도 자신들의 정치적 목표의 진지성이 드러나야 한다. 오히려 정당으로 창설되었고 또 국민의 정치의사형성에 참여하려는 의지가 있다는 주장의 배경에 그 결사를 적지 않은 국민들이 지지하는 정치적 의사의 표출로 볼 수 있도록 하는 현실이 있어야 한다. 요컨대, 어떤 정치적 결사가 정당인지 여부는 의지만이 아닌 외적 표지들에 의해서도 판단하여야 한다. 즉 정치적 결사는 자신의 사실적 상태, 특히 구성원의 수, 대중들 앞에 출현하는 빈도를 기준으로 그 목표추구의 진지성에 대한 충분한 보증을 할 수 있을 때¹⁶⁰⁾ 헌법적 의미의 정당이 될 수 있다.

여기서 말하는 진지성의 객관적 표지들은 헌법 제8조 제2항에 의하여 부과된 정당의 과제의 관점에서 해석되어야 한다.¹⁶¹⁾

159) BVerfGE 89, 266, 270; 91, 262, 270 참조.

160) BVerfGE 47, 198, 222; 89, 291, 306; 91, 262, 270f. 참조.

161) BVerfGE 91, 262, 271 참조.

정치과정의 개방성을 위해서 보장된 정당설립의 자유 때문에 정당으로 창당한 신생 정치적 결사의 경우에 그 결사가 자신의 기능을 수행하는 데 필요한 조직의 구축에는 어느 정도의 시간이 필요하다는 점을 고려하여야 한다. 그 결사의 전체적인 사실상태가 결정적인 의미를 갖는다. 조직의 범위와 공고성, 구성원의 수, 공중앞의 출현빈도와 같은 상호 명확히 구분되지 않는 객관적 표지들은 정당이 갖추어야 할 객관적 표지들의 전부는 아니지만,¹⁶²⁾ 보통 비중이 큰 것으로 다루어진다. 이 표지들은 어떤 정치적 결사가 설정한 목표의 진지성을 가늠하는 징표이다. 이 표지들 하나하나를 그 자체만으로는 어떤 정치적 결사가 정당인지 여부를 결정하지 못한다. 또한 이 모든 표지들을 정당이 동시에 같은 정도로 충족시켜야 하는 것은 아니다. 오히려 자신들의 정치적 목적의 진지성을 어떻게 입증할 것인지는 원칙적으로 정당에 맡겨진 일이다. 정치활동에 있어서 당원모집과 당원의 활성화, 평시의 홍보활동, 선거운동 중 특정 부문에 중점을 두는 것은 정당이 알아서 할 일이다. 특정 부문의 활동소홀은 다른 부문에서의 활동을 강화함으로써 어느 정도까지는 만회할 수 있다.

요컨대, 어떤 정치적 결사의 존속기간을 포함한 그 사실적 상태를 전체적으로 평가할 때, 그 결사가 천명한 국민의 정치의사형성에 참여하려는 의도를 진지하게 추구하고 있다는 추론이 가능하다면, 그 결사는 헌법적 의미의 정당이다. 그러므로 그 조직의 정도와 활동에 비추어 볼 때 명백히 국민의 정치적 의사형성에 영향을 미칠 수 없고 이 목표의 추구가 명백히 비현실적이고 가망이 없으며 따라서 진지성이 있다고 볼 수 없는 정치적 결사는 헌법 제8조가 의미하는 정당이 아니다.

162) BVerfGE 89, 266, 270; 91, 262, 271.

3) 헌법적 의미의 정당에 대한 개념정의 및 정당이 아닌 유사조직과의 구분

(가) 헌법적 의미의 정당개념에 대한 정의

헌법적 의미의 정당개념은 상술한 주관적 의도와 객관적 조건을 기초로 다음과 같이 정의될 수 있다. 즉 정당이란 “지속적으로 또는 비교적 장기간 대한민국의 영역 안에서 국민의 정치적 의사형성에 영향을 미치고 또 대통령, 국회, 지방의회, 지방자치단체의 장 등 국민대표기관에 관여하려는 의도를 가지고 있으며, 그 전체적인 사실적 상태, 특히 조직의 범위와 공고성, 구성원의 수, 공중 앞의 현출정도 등에 비추어 볼 때 자신의 정치적 의도의 진지성을 충분히 보증할 수 있는 국민의 정치적 결사”를 말한다.¹⁶³⁾

(나) 정당의 개념표지

(a) 국민의 정치적 결사

국민의 결사만이 정당일 수 있다. 우리 정당법 제2조는 정당을 국민의 자발적 ‘조직’으로 정의하고 있다. 사법상 결사는 단체의 비중이 높은가 아니면 인간관계의 비중이 높은가에 따라 사단과 조합으로 구분된다. 정당의 경우 당원들 사이의 인간관계는 정당이라는 단체의 배후로 밀려난다. 따라서 정당법상의 ‘조직’이란 ‘사단’형식의 결사를 의미한다. 또한 당원의 수나 조직의 규모에 비추어 볼 때 조합의 성격을 갖는다고 볼 수도 없다.¹⁶⁴⁾ 이 사단이 민법상의

163) 이는 독일 정당법 제2조 제1항 제1호의 정당개념에 착안한 정의이다. 독일은 오랜 연구와 논의 끝에 1967년에야 비로소 정당법을 공포하였다. 독일 연방헌법재판소도 이와 같은 정당개념의 합헌성을 확인한 바 있다(BVerfGE 23, 260, 264f.). 정당을 이와 유사하게 정의하고 있는 이로는 무엇보다도 계획 열, 앞의 책, 247~250쪽 참조. 물론 그는 정당이 갖추어야 할 여러 개념적 표지들을 제시하고 있을 뿐 스스로 완결적인 정의를 내리고 있지는 않다.

164) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 17.

권리능력이 있는지도 중요하지 않다.

자연인만이 “국민”의 결사의 구성원이 될 수 있다. 법인을 구성원으로 하는 결사는 다른 모든 표지를 충족하더라도 정당이 될 수 없다.¹⁶⁵⁾ 정당 이외의 결사도 국민의 정치적 의사형성에 영향을 미칠 수는 있으나, 입후보자를 추천함으로써 선거를 사전에 규정하고 또 국가의 기관이나 공직에 대하여 직접 영향을 미치는 결정적인 정치적 의사형성은, 정치적 자유와 평등을 위해서 개인적인 정치적 확신을 정당 내에서의 선거와 회의에서 관철시킬 수 있는 자유로운 개인들에 의해 행해져야 하기 때문이다.

(b) 정치적 목표

정치적 결사는, “지속적으로 또는 비교적 장기간 국민의 정치적 의사형성에 영향을 미치려고 하는 경우에” 정당이 된다. 헌법 제8조 제2항 후단에 의하여 정당에게 부과된 과제를 이행하려는 결사의 의도를 정당의 개념표지화한 것이다. 우리 정당법도 정당에 대한 정의에서 “국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로”할 것을 요구하고 있다.

‘정치적 의사형성’이란 입법, 연정의 형성, 정부의 정책결정에의 참여, 정부여당의 정책에 반대하는 정당(들)에 의한 반대의 조직화 등을 의미한다.¹⁶⁶⁾ 자유로운 공동체에서는 모든 문제가 정치적 성격을 띠고, 공개적인 논쟁의 대상이 될 수 있으며 또 그에 대한 모든 논쟁이 입법이나 정부정책으로 이어질 수 있기 때문에, 정치적 의

165) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 17. 이견으로는 K. H. Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 168. Fn 43.

166) Rechtliche Ordnung des Parteiwesens. Probleme eines Parteiengesetzes: Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Parteienrechtskommission, 2. Aufl., 1958(이하 ‘Bericht’), S. 129 참조.

사형성이란 개념표지가 정당의 범위를 내용적으로 한정하지는 못한다.¹⁶⁷⁾

“공공복리”의 실현에의 기여를 정당의 개념표지로 볼 수 있는지에 대해서는 견해가 갈린다. 우리 정당법은 “국민의 이익을 위하여” 정치의사형성에 참여할 것을 정당개념의 정의에 포함시킴으로써 정당활동의 “공공복리 지향”을 정당에 대하여 요구하고 있다고 볼 수 있으며, 국내의 학설도 이에 영향을 받고 있다.¹⁶⁸⁾ 독일에서도 초기에는 긍정설이 우세했었다.¹⁶⁹⁾ 그러나, 공공복리지향은 정당에 대한 필요하고도 간절한 요청이기는 하지만 이익단체들도 그 목표를 공익에 봉사하는 것으로 표방하여 자기정당화를 시도하고 있고 정당개념에 의거하여 다른 정치적 결사들과 정당을 용이하게 구분하려면 정당개념은 형식적 성격을 띠어야 하기 때문에 정당의 개념표지로 적합하지 않으며, 따라서 선거에의 참여만이 정당의 개념표지라고 하는 주장이 관철되고 있다.¹⁷⁰⁾

(c) 선거에의 참여

정권장악의 의지가 있는 정치적 결사만이 정당이 될 수 있다. 정

167) Ph. Kunig, § 33 Rn 20f.

168) 권영성, 앞의 책, 194쪽. 불명확하지만 계획열, 위의 책, 242~248쪽

169) W. Grewe, Zum Begriff der politischen Partei, in: FS Erich Kaufmann, 1950, S. 78ff.; Ch.-F. Menger, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien, AöR 78 (1952/53), S. 156; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966, S. 375f.; Henke, in: BK, Art. 21 Rn 28ff.

170) J. H. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956, S. 244ff.; Bericht, S. 131; Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 167; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn. 11; U. Scheuner, Parteiengesetz und Verfassungsrecht, DV 1968, S. 90 Fn 22; H.-R. Lipphardt, die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt, 1975, S. 647ff.; v. Münch, in: v. Münch(Hg.), 1983, Rn 15 등 참조.

권장악은 합헌적인 형태로 이루어져야 한다. 따라서 선거에의 참여는 정당의 개념표지이다.¹⁷¹⁾ 이러한 의미에서 정당은 무엇보다도 선거준비조직인 것이다.¹⁷²⁾ 우리 정당법도 최근 4년간 국회의원총선거 또는 임기만료에 의한 지방자치단체의 장의 선거나 시·도의회의원의 선거에 참여하지 아니한 때 해당 정당의 등록을 취소하도록 함으로써(제38조 제1항 제2호) 선거의 참여를 간접적으로 정당의 개념표지로 보고 있다.

이 표지는 정당과 여타의 정치적 결사를 간단히 그리고 신빙성 있게 구분해 주기 때문에 중심적인 의미를 갖는다. 따라서 선거에 참여하지 않는 결사는 정당이 아니다. 전국경제인연합회와 같은 대기업단체 내지 사용자단체, 노동조합, 각종 직업단체, 시민단체들은 정당이 아니다. 이러한 단체들은 정치의사형성에 직접 참여하는 것이 아니라, 단지 간접적으로 참여할 뿐이다.

선거의 참여는 입후보자의 추천과 지원의 형태로 이루어진다. 단순한 선거운동에의 참여¹⁷³⁾나 군소정치집단에서 종종 행하는 특정 정당의 지지 호소¹⁷⁴⁾만으로는 충분하지 않다. 선거에의 참여는 자신의 이름으로 직접 그리고 공개적으로 이루어져야 한다.¹⁷⁵⁾ 정당은 선거에 때때로 또는 일시적으로만 참여하려 해서는 안되고 통상적으로 참여하려는 의도를 가지고 있어야 한다. 신생 정당들에게는 정당설립의 자유를 고려할 때 선거참여를 위한 어느 정도의 준비기간이 인정되어야 한다. 이 기간 동안에는 선거불참을 선거참여의사가 없는 것으로 보아서는 안 된다.¹⁷⁶⁾ 선거에 일시적으로 참여하지

171) 계획열, 위의 책, 248쪽; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2004, 235쪽; BVerfGE 3, 383,403; 4, 27, 30; 78, 51, 63.

172) BVerfGE 78, 51, 63.

173) BVerfGE 79, 379, 384f.

174) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 34.

175) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 34.

않는 것만으로 정당의 지위가 상실되는 것은 아니다.¹⁷⁷⁾

선거참여의 결과가 성공적일 필요는 없다. 이를 개념의 표지로 삼을 경우 의석을 얻은 정당이나 국민으로부터 광범위한 지지를 얻는 조직만이 정당이 될 수 있게 될 것이다. 그와 같은 해석은 정당 설립의 자유와 정당의 기회균등을 침해하고 현 정당구도의 고착화를 초래할 것이다.¹⁷⁸⁾ 어떤 정당이 선거에서 지속적으로 패배하여 국민대표기관에 관여하려는 명백히 실현가능성이 없는 의지밖에 남아 있지 않은 경우라도, 목표실현의 객관적 전제들을 감안할 경우 목표의 진지성이 인정될 수 없을 때에만 정당의 지위를 상실한 것으로 보아야 한다.¹⁷⁹⁾

정당이 참여하여야 할 선거의 종류와 관련한 우리 정당법의 태도는 매우 혼란스럽다. 정당법은 정당등록 취소의 사유로 ‘최근 4년간 국회의원총선거 또는 임기만료에 의한 지방자치단체의 장의 선거나 시·도의회의원의 선거에 참여하지 아니한 때’와(제38조 제1항 제2호) ‘국회의원총선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때’(같은 항 제3호)를 들고 있다. 무엇보다도 대통령중심제를 취한 헌법질서에서 대통령선거에의 참여나 성공이 정당지위의 유지에 아무런 영향을 미치지 못하게 규율한 것은 설득력이 없다. 또한 지방자치선거에의 참여는 정당의

176) BVerfGE 6, 96, 100f. - “어느 정도의 준비기간(Anlaufzeit)”; BGH, NJW 1974, 565, 566 - “즉각적으로” 또는 “단기간 내”가 아닌 “적정한 기간 내에” 또는 “합리적인 기간 이후에”. 이 개념은 BVerfGE 24, 300, 361에도 등장한다. 이 결정에 따르면 정당이라는 자각이 형성된 후에는 선거참여가 요구될 수 있다. 이 사건에서는 창당 후 1년 반이 경과한 후에도 선거참여를 하지 않았다고 하더라도 정당의 지위를 “충분히 확실하게” 부인할 수 없다.

177) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 35.

178) 계획열, 앞의 책, 248쪽; 허영, 앞의 책, 235쪽; Henke, in: BK, Art. 21 Rn 36; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn. 11;

179) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 36.

지위 유지에 도움이 되면서도 그 선거에서의 성공이나 실패는 정당의 지위유지에 영향을 미치지 못하도록 규율한 것도 납득하기 어렵다. 현행 정당법의 정당등록요건(각기 1,000명 이상의 당원을 가진 최소 5개 시·도당을 갖출 것)에 비추어 볼 때 전국적 조직을 갖추지 못한 정치적 결사는 정당으로 등록되지 못하거나 이미 획득한 정당의 지위를 상실한다. 따라서 이른바 전국차원에서 국민의 정치의사형성에 참여하는 데는 관심이 없고 특정 지방자치단체 내에서만 주민을 대표하려는 정치단체, 즉 이른바 지방(자치단체)정당(Rathauspartei)은 현행 정당법상 정당이 될 수 없다. 그렇다면 지방자치선거에의 참여여부도 정당지위유지문제에 결부시키지 않는 것이 우리 정당법의 체계에 부합한다. 지방자치선거의 참여여부도 정당지위의 유지문제에 결부시키려면 지방자치정당도 정당으로 다루는 것이 논리적이다. 바꾸어 말하면, 지방정당도 헌법적 의미의 정당으로 볼 경우에만 지방자치를 위한 선거의 참여나 그 결과를 정당의 지위와 결부시키는 것이 의미 있을 것이다.

(d) 조직의 진지성

정치적 결사는 조직의 확산“범위”, 조직의“공고성”, “구성원의 수”, “공중예의 현출정도”에 비추어 볼 때 정당에게 부여된 헌법적 과제를 수행하는 것을 가능하게 하는 진지한 조직을 갖추고 있을 때에만 정당이 된다.

조직이란 구성원들이 그때그때 계기가 있을 때에만 회합하는 것이 아니라 특정인들로 구성되고 또 특정의 과제를 수행하여야 하는 기구나 기관이 존재하며 또 회의, 기관의 구성, 과제의 분배와 이행, 재정적 관리에 관한 규칙이 존재하고 적용된다는 것을 의미한다.¹⁸⁰⁾ 이와 관련해서는 비록 정당이 대부분 권리능력 없는 사단이

기는 하지만, 민법상의 사단에 대해 제시되고 있는 최소한의 요건을 참고할 수 있다. 그에 따르면 정관, 결사를 대표하는 집행부, 일정한 구성원 등이 필요하다.

조직은 ‘독립성’이 있어야 한다. 다른 조직의 지배와 조종을 받고 있고 또 직접 선거에 참여할 의사가 없는, 다른 조직의 연장된 팔로서만 활동하는 정치적 결사는 정당이 아니다.¹⁸¹⁾

조직은 ‘지속적으로 또는 비교적 장기간’ 존재하여야 한다. 국민의 정치의사형성에 참여하려면 지속성을 띠는 조직이 필요하기 때문이다. 이 과제의 이행을 위하여 어느 정도의 조직이 필요한지에 대해서는 정확하게 확정할 수 없기 때문에 지속성의 표지도 어떤 결사가 정당인지를 판단함에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 특정 구상의 관철을 위해서 일시적으로 조직된 결사는 정당이라고 볼 수 없다. 반면, 조직이 존재하는 것이 분명하다면, 활동이 일시적으로 중단되더라도 그 조직은 정당의 속성을 상실하지 않는다. 특정의 선거에만 참여하려는 의도로 결성된 결사는 정당이라고 볼 수 없다. 그 경우 충분한 지속성을 갖는 조직이 만들어질 수 없기 때문이다.¹⁸²⁾

조직의 규모와 공고성, 구성원의 수와 대중 앞의 현출정도(국민의 인지도)는 그 조직이 설정한 목표를 달성하는 데 필요한 효과적인 활동을 할 수 있는 정도이어야 한다. ‘규모’란 문자 그대로 결사의 크기, 확산의 정도, 분포, 조직원들의 교육훈련의 정도, 조직분화의 정도, 인력·재력·전문성의 구비정도, 기관들 사이의 임무분화의

180) Bericht, S. 132f. 참조.

181) BVerwGE 74, 176, 180ff.; BVerfGE 74, 44, 50f.

182) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 43; Seifert, 1975, S. 165; Bericht, S. 128. 이전으로는 v. Münch, in: v. Münch (Hg.), 1983, Rn 11 Fn 107. 그는 정치세력의 자유로운 활동성을 정당에 의존하는 공직의 안정성과 그 활동의 지속성에 비하여 지나치게 높게 평가하고 있다.

명확도, 기관의 구성, 기관구성원들 상호간의 위계관계의 규율, 기관들 사이의 협력·통제·상호작용에 대한 규율을 의미한다. 공교성이란 조직의 항구성, 분쟁, 분열, 해체 등에 대한 내성 등을 말한다. 정당의 지위를 인정받기 위한 ‘구성원의 수’를 절대적으로 특정할 수는 없다. 구성원의 수는 기성 정당들과 비교할 때의 차이의 크기 그리고 구성원 수의 부족을 만회해 줄 수 있는 정당개념의 다른 표지들, 선거에서의 득표율이나 의석확보를 고려하여 상대적으로 확정할 수밖에 없다. 이와 관련하여 특히 결사의 설립·초기단계에서의 당원확보의 어려움을 고려하여야 한다. 독일의 판례는 설립 후 얼마 되지 아니한 400명의 구성원을 지닌 결사를 정당으로 보았다.¹⁸³⁾ 반면, 독일 연방의회는 선거심사절차에서 구성원 40명 규모의 집단을 정당이 아니라고 보았다.¹⁸⁴⁾ 대중 앞의 현출은 집회, 게시판, 팜플렛, 홈페이지, 당보 등을 통해서 이루어진다. 그 정도와 효과는 여론조사를 통해서 확인될 수 있는 해당 결사에 대한 국민의 인지도를 통해서 알 수 있다. 이 모든 표지들을 국민의 정치의 사형성에 대한 참여라는 과제를 이행하기에 충분한 진지성을 그 조직이 갖고 있는지의 관점에서 평가하여야 한다.

(㉔) 개념표지로 볼 수 없는 것

(a) 입당의 자유

누구나 조직에 가입할 수 있는지 여부는 정당의 개념표지가 아니다. 어떤 정당이 당원정원제를 채택하더라도 정당의 성격을 상실하지 않는다.¹⁸⁵⁾ 입당의 자유¹⁸⁶⁾는 정당의 개념표지가 아니라, 정당의

183) BVerfGE 24, 300, 320, 332.

184) Zu Drucks. 6/361.

185) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21, Rn 21.

186) 입당의 자유의 문제에 대하여는 K. Hesse, VVDStRL 17, S. 28 참조.

내부구조의 민주적 형성의 문제와 관련되어 있다.

(b) 정당 일반의 인정여부

어떤 결사가 원칙적으로 정당 일반을 인정하는지 그리고 자신의 목표를 정당들과의 자유경쟁을 통해 실현하려고 하는지 여부가 정당의 개념표지인지 여부에 대해서는 견해가 갈린다.¹⁸⁷⁾ 그러나 정당의 인정은 정당의 개념표지는 아니고, 민주주의에서 도출되는 정당의 헌법적 의무라고 보아야 한다. 정당 일반을 부정하는 조직도, 여타의 전제가 충족되고 그 조직 자체가 정당인 것처럼 작용한다면, 정당으로 보고 정당 관련 법규에 의하여 판단하여야 한다. 바로 그와 같은 조직을 정당으로 보게 되면 민주적 내부질서를 갖출 것을 요구하는 헌법적 명령을 따르도록 할 수 있는 이점도 있다. 그러한 조직도 정당의 특권을 누릴 수 있어야 한다.¹⁸⁸⁾

(c) 정당이라는 명칭을 사용하는지 여부

우리 정당법은 정당법에 의하여 등록된 정당만이 ‘정당’이라는 명칭을 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 정당이라는 명칭을 사용하는지 여부는 어떤 조직이 정당인지 여부를 가리는 기준이 될 수 없다.¹⁸⁹⁾ 또한 어떤 조직의 이름 자체도 그 조직이 정당인지 여부를 판명하는 기준이 될 수 없다.¹⁹⁰⁾

(d) 정당이 합헌성을 띠는지 여부

187) 긍정설: Leibholz, DVBl. 50, S. 196; Henrichs, DVBl. 52, S. 679. 부정설: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21, Rn 22.

188) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21, Rn 22.

189) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21, Rn 22, Fn. 2 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

190) Henke, in: BK, Art. 21, Rn 50.

정당이 여타의 견지에서 사실상 헌법적 질서에 위배되지 않는다는 것도 정당의 개념표지는 아니다. 어떤 조직이 설사 자유민주적 기본 질서를 침해한다고 하더라도, 그것은 헌법적 의미의 정당이며, 따라서 헌법 제8조 제4항의 절차에 의해서만 강제로 해산될 수 있다.

입법정책적으로는 헌법질서를 침해하는 조직을 정당의 개념범위에서 아예 제외시키는 방법도 있을 수 있으나, 우리 헌법은 그와 같은 조직을 일단 정당으로 보고, 특정의 절차에 따라서 해산함으로써 헌법질서를 수호하는 길을 채택하였다.¹⁹¹⁾

(e) 기타(법적 형태, 조직구조, 문서화된 정관이나 강령)¹⁹²⁾

법적 형태, 조직구조, 문서화된 정관이나 강령도 정당인지 여부를 판명하는 기준이 될 수 없다. 정당의 내부조직은 민주적이어야 한다(헌법 제8조 제2항 전단). 그렇지만 이 명령에 위반한 정치적 결사도 다른 요건이 충족되면 정당이 된다. 다만, 내부질서의 비민주성은 정당이 자유민주적 기본질서에 위배되는지 여부를 판단하는 자료가 될 수 있다.

정당법은 정당에게 강령, 정관을 갖추고 이를 문서화할 것을 요구하고 있다. 그러나 이들은 정당의 개념표지는 아니다.

(f) 정당의 등록여부

정당의 등록여부는 정당개념의 표지가 아니다. 현행 정당법이 등록을 정당의 성립요건으로 규정하고 있으나, 이는 후술하는 바와 같이 헌법에 위반된다. 정당의 지위, 특히 헌법 제8조 제4항의 특권은 헌법이 요구하는 정당의 표지를 충족시킴으로써 자동적으로 발

191) Henke, in: BK, Art. 21, Rn 48 참조. 그러나 정당의 합헌성을 정당의 개념 표지로 보는 견해로는 김철수, 앞의 책, 163쪽; 권영성, 앞의 책, 194쪽.

192) Henke, in: BK, Art. 21, Rn 51.

생하는 것이지, 법률상의 제도인 등록여부에 의하여 좌우되는 것이 아니기 때문이다.

이렇게 볼 때에만 정당의 등록을 정당성립요건으로 보는 정당법의 태도를 수용하면서도 ‘창당절차를 사실상 마치고 정당법에 의한 등록 직전에 있는 정치적 결사’나 ‘창당준비위원회’를 정당해산심판 절차에 의한 해산대상으로 보는 국내 학설의 문제점을 제거할 수 있을 것이다. 이에 대해서는 후술한다.

(㉮) 유사개념

(a) 지방(자치단체)정당(Rathauspartei; Kommunalpartei)

‘지방(자치단체)정당’이란 전국차원에서 국민의사형성에 참여하려는 의도 없이 특정 지역의 주민의사형성에의 참여만을 목적으로 하는 정치적 결사를 말한다. 지방정당도 헌법적 의미의 정당이 될 수 있는지에 대해서는 견해가 갈린다.

부정설¹⁹³⁾은 지방정당은 헌법적 의미의 정당이 아니며, 따라서 이를 정당으로 다루지 않더라도 위헌이 아니라고 본다. 부정설에 따르면 지방정당은 헌법 제8조 제4항의 특권을 향유하지 못한다. 우리의 정당법도 지구당을 없애는 한편, 정당의 등록요건으로 각기 1,000명 이상의 당원을 가진 5개 이상의 시·도당(정당법 제27조)을 가지고 있을 것을 요구하고(동법 제25조), 이 요건을 사후에 충족하지 못하게 된 경우에는 등록을 취소(동법 제38조 제1항 제1호)할 뿐 아니라, 국회의원총선거의 결과만을 정당지위의 유지여부의 평가기준으로 삼고 있는 것으로 보아(동법 같은 조항 제3호) 지방정

193) 계희열, 앞의 책, 249쪽; 허영, 앞의 책, 235쪽; 문홍주, 한국헌법, 1987, 162쪽; Henke, in: BK, Art. 21 Rn 37f.; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn 20; Seifert, Die politischen Parteien, S. 164f.; BVerfGE 6, 367, 372f.; 69, 92, 110f.

당을 정당법상의 정당으로 보지 않는다고 해석하여야 한다. 부정설의 주요논거는 다음과 같다. (i) 지방의회나 지방자치단체의 장이 대표하는 지역주민은 헌법 제1조 제2항 및 헌법 제8조 제2항 후단이 의미하는 국민과 다르다. (ii) 국가와 지방자치단체는 모두 정치적 공동체이지만, 전자가 전체인 데 비하여 후자는 전체 안에 있는 부분이며, 전자가 모든 중요한 결정들을 내릴 권한이 있는 최고기구인 데 비하여 후자는 전체의 테두리 안에, 즉 법률의 테두리 안에서 지역적 고유 사무를 독자적으로 처리하는 기구이다. (iii) 지방정치는 국가차원의 정치와 같지 않으며, 지방의회는 국민대표기관인 국회가 아니다. (iv) 정당은 지방자치단체 차원이 아니라 국가영역에서 발생하였으며, 많은 정치인들이 정치적 경력을 지방자치에서 시작하고 있기는 하지만 오늘날에도 여전히 국가영역에 정당 활동의 중점이 놓이고 있다. 지방자치단체 차원에서 결성되고 성공하는 선거단체들은 전국규모의 정당들이 국가차원에서 활동하기 때문에 지방의 정치적 수요를 충분히 충족시키지 못하고 있다는 것을 보여준다.

긍정설¹⁹⁴⁾은 전국 차원에서 국민의 정치의사형성에 참여할 의도가 있는 결사만을 정당으로 보는 것은 위헌이라고 본다. 긍정설에 의하면 지방정당도 정당해산절차의 제소대상이 될 수 있다. 긍정설의 논거는 다음과 같다. (i) 헌법 제1조 제2항이 요구하고 있는 헌법 제8조의 정당개념은 지방정당도 포함한다. 지방자치선거에서도 국민이 선거를 통해 그리고 지방자치단체의 입법(조례제정) 및 집행기관들을 통해서 국가권력을 행사한다. 그것이 본래의 의미의 국

194) Ph. Kunig, in: HStR II, § 33 Rn 52; v. Münch, in: v. Münch(Hg.), Art. 21 Rn 10, 11; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 168; U. K. Preuß, in: AK I, Art. 21 Rn 27, 31; Lipphardt, Die Gleichheit der politischen Parteien, S. 650ff. 분명하지는 않으나 장영수, 앞의 책, 450~451쪽도 참조.

민의 의사가 아니라거나 본래의 의미의 정치적 결정이 아니라거나 지방자치단체는 일차적으로 행정주체일 뿐이라는 주장이 헌법 제1조 제2항을 그 근거로 드는 것은 잘못된 것이다. (ii) 국가의 결정과정의 차원에서나 지방자치단체의 결정과정의 차원에서나 모두 정치적 결정이 내려지며, 지방의회의 의제들은 보통 지역적 의미만을 갖는다는 점에서 국회의 의제와 구분될 뿐이기 때문에 그와 같은 구분은 경험적으로 보더라도 잘못되었다. 지역적 의미와 정치적 의미는 상호 대립적인 것이 아니라는 것이다. (iii) 전국규모의 정당의 지역적 활동은 그 정당이 전체 국가의 이익을 추구하기 위해서 전개하는 활동과 유기적으로 연결되어 있으며, 당내의 의사결정과정도 헌법 제8조 제2항 전단의 요청에 따르면 지역에서 중앙으로, 즉 상향식으로 진행되어야 하고, 정치인들도 지방자치단체에서부터 그 정치적 이력을 쌓는 경우가 많다. 지방자치단체 차원에서만 활동하는 정치적 결사를 정당의 개념에서 제외하면서도 지역적 활동영역을 정당활동이라고 보는 것은 모순이라고 한다. 그러므로 국가 차원에서의 정치활동은 헌법적 의미의 정당개념의 요소가 아니라고 한다.

부정설의 논거가 적어도 광역자치단체에서 정치현실에 부합하는지는 의문이다. 광역자치단체 차원에서는 국민의 정치적 결정이 내려진다고 보아야 한다. 최근 광역자치단체의 장들은 대통령선거의 유력후보군으로 분류되곤 한다. 광역자치단체의 정책이 국민의 관심을 끄는 경우가 드물지 않다. 즉 지방자치는 단순한 행정활동에 불과하고 중앙정치만이 정치라는 논리는 적실성이 없다. 독일 연방헌법재판소가 지방자치정당을 정당개념에서 제외시킨 실제적인 이유도 연방헌법재판소가 읍면의 정당정치에 대해서조차 독점적인 통제권을 행사해야만 하는 상황을 피하려고 했다는 데서 찾아야 한다

는 분석이 유력하다. 즉 정당특권을 읍면차원의 정당에까지 확대하는 것은 헌법의 의도에 부합하지 않는다는 것이다.¹⁹⁵⁾

(b) 선거단체(Wählervereinigung)

선거단체는 선거참여라는 표지는 충족하고 있으나, 지속적으로 국민의 정치의사형성에 영향을 미치고 또 국민대표기관에 관여하려고 하는 의지가 없기 때문에 정당의 여타 표지들, 즉 지속성 있는 공고한 조직을 갖추고 있지 않다. 따라서 유권자단체는 정당이 아니다.¹⁹⁶⁾ 유권자단체는 단체에 소속된 후보자, 다른 단체의 후보자, 무소속후보자, 정당이 추천한 후보자를 지원한다. 유권자단체는 비례대표선거와 관련하여 특정 명부의 지지를 표명할 수도 있다. 그러나 당선된 자와 지속적인 유대를 맺을 의도나 선거 이외의 시기에는 적극적인 활동을 할 의도를 갖고 있지 않다. 유권자단체는 정당의 방계조직의 형태로 활동할 수도 있다. 이 단체 역시 정당이 아니다.

(c) 방계조직(Nebenorganisation; Hilfsorganisation)

방계조직은 특정 정당의 핵심부와 느슨한 관계를 유지하면서 그 정당의 정책을 지원하고, 후원하고, 확산시키는 역할을 하는 조직으로 지원조직이라고도 한다. 가령 특정 정당 산하의 청소년단체, 대학생결사, 정당부설 재단, 직능조직 등이 그 예이다. 방계조직은 정당이 아니다. 방계조직의 법적 운명은 정당의 운명과 무관하다.¹⁹⁷⁾

195) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn 20 Fn 1.

196) 계획열, 앞의 책, 249쪽; 허영, 앞의 책, 235쪽; Maunz/Dürig/ Herzog, Art. 21 Rn 28; Henke, in: BK, Art. 21 Rn 47.

197) 계획열, 앞의 책, 281쪽; 정중섭, 앞의 책, 429~430쪽; 권영성, 앞의 책, 198쪽. 이는 독일에서도 통설이다. 무엇보다도 Henke, in: BK, Art. 21 Rn 307; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn 26 등 참조. 방계조직의 문제에 대해서 자

따라서 방계조직은 헌법 제21조의 결사의 자유에 의한 보호를 받으며, 제8조에 의한 특권과 특별한 의무를 향유하지 못한다.

반면, 정당의 특수조직(Sonderorganisation)¹⁹⁸⁾ 또는 부분조직(Teilorganisation)¹⁹⁹⁾은 정당의 본질적 구성부분이다. 이는 당의 특과제를 당의 내외에서 보다 효과적으로 이행하기 위하여 그리고 사회집단들과 당무를 연계하기 위하여 특별한 인적·사향적 관점에서 특별히 결성되는 당원들의 결사이다. 이 조직들은 당의 공식적 결정을 통해서 결성되고 또 지속적으로 상시적인 일반과제를 담당한다. 이 조직들은 정관, 집행부, 총회가 있는 독자적인 조직을 가질 수 있다. 따라서 이 조직은 일종의 사단이고 독자성을 띤다. 그렇지만 이 조직은 정당의 동의를 얻어야 하고 또 정당의 정책에 일반적으로 구속되기 때문에 정당에 밀접하게 결부되어 있다. 이 조직들은 자진해산, 합병, 강제해산 등과 관련하여 정당의 본질적 부분으로 다루어야 한다.²⁰⁰⁾ 따라서 이 조직들도 정당의 특권을 향유하며, 헌법 제8조 제4항에 따라 헌법재판소의 해산결정이 있는 경우에만 강제로 해산될 수 있다. 즉 정당과 법적 운명을 같이 한다. 특수조직의 예로는 정당의 지역단체(시·도당 포함), 전문위원회, 연구회, 정당자위조직, 당연수원, 정책연구소(정당법 제29조의 3 참조), 정당출판사, 정당인쇄소 등을 들 수 있다.

(d) 대체정당(정당법 제42조 참조)

세한 것은 V. Oerter, Rechtsfragen des Verhältnisses zwischen politischen Parteien und ihren Sonder- und Nebenorganisationen, Jur. Diss., Bochum 1971, S. 91ff.; K.-H. Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 331ff.; BVerfGE 74, 44.

198) Henke, in: BK, Art. 21 Rn 306.

199) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn 27.

200) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn 26; Henke, in: BK, Art. 21 Rn 306.

헌법재판소의 정당해산결정에 의해서 해산된 정당의 위헌적인 기도를 해산된 정당을 대신하여 계속 추구하기 위해 만들어진 대체정당은 정당해산심판절차에 의해서만 해산될 수 있는 정당은 아니다. 해산된 정당과 새로 창설된 정당은 조직적으로는 별개이지만, 기능적으로 동일한 것이다. 따라서 어떤 정당이 민주적 기본질서에 위반된다는 이유로 정당해산심판절차를 통해 해산되었다면, 신생정당처럼 활동하는 대체조직이 헌법 제8조 제4항의 특권을 다시 원용할 수 없다. 한 정당에게는 단 한 차례의 해산상의 특권이 주어질 뿐이다.²⁰¹⁾

(e) 위장조직(Tarnorganisation)

위장조직이란 정당이나 정당의 본질적 구성부분이 아닌 것처럼 활동하지만 정당과 같거나 유사한 목표를 추구하거나 정당에 종속되어 있는 조직을 말한다.²⁰²⁾ 위장조직은 대개 지하로 잠입한 정당의 방계조직이지만, 대체조직은 정당 자체나 그 부분조직과 관계있다. 따라서 위장조직도 정당해산심판절차에 의한 해산대상이 되는 정당은 아니다.

(3) 현행 정당법의 정당개념과 정당등록제도의 문제점

1) 정당법상 정당개념의 문제점

현행 정당법은 정당을 “국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직”으로 정의하고 있다(정당법 제2조). 이와 같은 정의는

201) BVerfGE 16, 4, 5f.

202) Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 46 Rn 22 참조.

정치적 결사의 목적이거나 주관적 의도에 초점을 맞춘 것이다. 국민의 정치의사형성에 필요한 조직을 갖출 것을 요구하는 헌법 제8조 제2항의 규정을 목적의 면에서는 충실하게 구체화하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 조직의 면에서는 헌법의 요청을 전혀 구체화하고 있지 않다. 결국 정치적 결사가 정당의 지위를 인정받기 위하여 필요한 객관적 기준들을 정당에 대한 개념정의에서 빠뜨림으로써 불완전한 개념규정에 그치고 있다.

그러나 후술하는 바와 같이 일정한 등록요건을 충족시킨 정당만이 등록을 할 수 있도록 하고 또 등록을 정당의 성립요건으로 만듦으로써 정당에 대한 개념정의에 포함되지 아니한 일부 객관적 전제를 정당의 개념에 간접적으로 포함시키고 있다. 그러나 등록요건까지 고려할 경우 정당법의 정당개념은 지나친 경직성을 보이게 되기 때문에 신생정당들의 등장과 존속을 지나치게 어렵게 만들고 있어 정당설립 및 존속의 자유를 침해할 소지가 매우 높다.

2) 정당등록제도의 본질과 현행 정당등록제도의 문제점

(가) 정당등록제도의 의의

정당등록제도는 정당임을 자임하는 정치적 결사가 정당법이 정한 요건을 갖추어 관할 행정기관에 등록을 신청하도록 하고, 이 요건이 충족된 경우 그 결사를 정당으로 정당등록부에 등록하여 그 결사가 정당임을 법적으로 확인시킨 제도이다.

등록제도는 정당의 개념을 법적으로 정의하는 의도와 효과를 보다 완벽하게 실현하는 것을 가능하게 한다.²⁰³⁾ 등록을 통해서 정당인 결사와 그렇지 아니한 결사를 등록이라는 단 하나의 형식적 기준을 통해서 명확히 확인하는 것이 가능하기 때문이다. 정당관련

203) 이하의 내용에 대하여는 Bericht, S. 140~141 참조.

사무(가령 비례대표제 명부의 제출자격자로서의 정당, 국고보조금지급, 정치헌금의 세액공제 등)를 취급하는 행정청들(선거관리위원회, 국세청 등)은 자신의 과제를 수행할 때 등록이라는 기존의 확실한 선행결정에 의거할 수 있다. 관련 행정청들은 때로 과중한 업무가 될 수도 있는 별도의 조사를 독자적으로 할 필요도 없다. 개별 관청들이 상호 모순되는 결정을 내릴 가능성도 없다. 등록제도는 등록대상인 정치적 결사에게도 자신이 정당인지, 그에 따라 자신의 권리와 의무가 무엇인지를 확실하게 알 수 있어서 법적 안정성과 확실성을 제공한다. 요컨대, 등록제도는 어떤 집단이 정당인지 여부를 확인하는 것이 쟁점이 되는 경우에 보다 많은 명확성과 확실성과 편리성을 제공한다. 그 밖에도 등록제도는 정당의 현황과 헌법 제8조의 권리와 의무를 갖는 집단들에 대한 뚜렷한 구별을 도와주고, 정당들의 활동과 내부질서에 대한 예방적 또는 진압적 통제(회계보고 등에 대한 통제)를 용이하게 해준다.

(나) 정당등록제도의 유형

등록제도는 기본적으로 3가지 형태가 있을 수 있다. 등록에 정당 지위를 발생시키는 효과를 부여하고 또 그에 상응하여 등록사무담당관청에게 폭넓은 실질심사권을 부여하는 형태와 등록에 정당지위를 확인시켜 주는 효과만을 부여하고 등록사무담당관청에게도 제한적인 실질심사권을 부여하는 형태, 등록에 아무런 법적 효과가 없고 정당에게는 단순한 신고의무만이 부과되고 담당관청에게도 실질심사권이 인정되지 않는 형태가 있을 수 있다.²⁰⁴⁾

204) 이에 대하여 자세한 것은 Bericht, S. 141 이하.

(㉔) 정당등록제 도입의 헌법적 전제

입법자가 이와 같은 형태의 등록제도들 중 어느 것을 어느 정도까지 도입할 수 있는지의 문제에 대해서 헌법이 등록제도에 대해서 갖는 한계가 결정적인 의미를 갖는다. 헌법은 정당법의 형성과 관련하여 직접 일련의 결정을 내렸다. 위에서 살펴본 바와 같이 정당개념의 기본요소를 헌법 제8조 제2항 후단에서 천명하는 한편, 정당설립의 자유를 보장하고(제8조 제1항), 조직과 활동의 민주성을 명령하고(제8조 제2항 전단), 정당에게 해산과 관련한 특권을 부여하고 있다(제8조 제4항).

이와 같은 헌법적 규율에 배치되는 내용의 입법을 하는 것은 허용되지 않는다. 특히 정당의 지위, 권리와 의무는 헌법에 의하여 직접 부여되지 않은 것인 경우에만, 등록과 결부시킬 수 있다. 정당설립의 자유가 등록의무 자체나 등록을 위하여 충족하여야 할 전제들을 통해서 침해되어서는 안 된다. 민주적 기본질서에 위배되는 정당에 대한 해산결정권이 등록제도를 통해서 사실상 다른 기관으로 넘어가는 것도 허용되지 않는다.²⁰⁵⁾

(㉕) 현행 정당법의 등록제도의 내용

입법자는 “정당은 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당으로 구성한다”(정당법 제3조)고 하여 정당의 구성방식을 획일화하였다. 또 “정당은 중앙당이 중앙선거관리위원회에 등록함으로써 성립한다”고 규정하여 등록은 정당의 성립요건이 되었다(동법 제4조 제1항). 따라서 어떤 정치적 결사가 비록 헌법적 의미의 정당이라 하더라도 정당으로 등록하지 않는 한 정당법상의 정당으로 인정받지 못하게 된다.

205) Bericht, S. 142 참조.

또한 “등록에는 제25조 및 제27조의 요건을 구비하여야”(정당법 제4조 제2항) 하는데, 제25조는 정당에게 5 이상의 시·도당을 가질 것을, 제27조는 각 시·도당은 1천인 이상의 당원을 가질 것을 각각 요구하고 있다. 따라서 시·도당 자체는 정당법적 의미의 정당이 될 수 없다. 전국적으로 광범위한 조직을 갖춘 정치적 결사만이 정당법상의 정당으로 등록될 수 있게 되었다. 한편, “정당의 창당준비에는 중앙당의 경우에는 20인 이상의, 시·도당의 경우에는 10인 이상의 발기인이 있어야 한다”(동법 제5조).

한편, 입법자는 강제해산에 버금가는 효과를 지니는 등록취소제도를 두고 있다. 제25조 및 제27조의 요건을 구비하지 못하게 된 때, 최근 4년간 국회의원총선거 또는 임기만료에 의한 지방자치단체의 장의 선거나 시·도의회의원의 선거에 참여하지 아니한 때, 국회의원총선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때에는 중앙선거관리위원회는 해당 정당의 등록을 취소하여야 하며(동법 제38조 제1항), 그 경우 등록취소된 정당의 잔여재산은 당헌에 따라 처분하고, 처분되지 않고 남은 재산은 국고에 귀속된다고 규정하고 있다(동법 제41조 제1항·제3항).

(마) 현행 등록제도의 위헌성

전술한 바와 같이 어떤 정치적 결사가 정당의 특권을 향유하려면 헌법이 요구하는 과제를 수행하기에 적합한 객관적 전제를 충족하여야 한다. 그렇지만, 이 객관적 전제가 충족되었는지에 대한 판단은 독일의 판례나 입법례가 적절하게 보여주듯이 정치적 결사의 몇몇 객관적 면모만을 가지고 판단할 것이 아니라 사실적 상황을 전체적·종합적으로 고려하여 판단하여야 하는 것이다. 동시에 헌법

제8조 제1항 전단의 정당설립의 자유에 담긴 의미도 간과해서는 아니 될 것이다. 그럼에도 현행 정당법의 정당등록 및 정당등록취소 제도는 정당의 단편적인 상황을 기초로 정당의 지위를 인정하거나 부정함으로써 근본적인 문제점을 안고 있다.

첫째, 정당의 등록을 정당의 ‘성립요건’으로 규정한 것은 등록제도의 긍정적 효과를 십분 발휘하도록 할 수는 있으나, 헌법에 의하여 발생하는 정당의 지위를 헌법이 예정하지 않은 등록제도에 결부시킨 것으로서 위헌이다. 어떤 정치적 결사가 헌법상의 정당 개념 표지를 충족하면 그 결사는 정당으로서의 지위를 헌법에 의하여 자동적으로 획득하게 되기 때문이다.²⁰⁶⁾ 다만 등록된 집단이 정당이라는 것을 추정하게 하는 효과만을 지니는 형태로 등록제도를 구체화하거나 헌법에 의하여 발생하는 권리와 의무가 아닌 법률차원에서 인정되는 정당의 권리와 의무를 등록에 결부시키는 것은 헌법적으로 문제가 없다.²⁰⁷⁾

둘째, 등록요건으로 최소 시·도당수와 각 시·도당의 최소 당원수를 명시하고²⁰⁸⁾ 그에 미달되는 정당은, 그것이 다른 객관적 표지들을 통해서 당원의 부족을 만회할 수 있는 능력이 있는 경우라도, 정당등록을 취소하고, 해산절차를 밟도록 하고 있다. 새로운 정당을 설립할 때부터 5개 시·도 이상의 지역에 분산된 최소 5,000명 이

206) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn 43; Bericht, S. 142 참조.

207) Bericht, S. 149f.

208) 개정 정당법은 정당의 구성요소로 시도당과 중앙당만을 허용하고, 지구당을 그 요소로 인정하지 않으므로써 정당내부조직에 대한 자율권을 제한하고 있다. 그러나 헌법은 정당의 내부조직과 관련해서는 당내민주주의의 실현이라는 지침을 정당에게 부여한 것 이외에는 아무런 직접적인 제한을 포함하고 있지 않다. 또한 지구당설치의 금지는 소지역 단위 조직에 기초한 당원의 모집과 활동을 어렵게 만들므로써 정당의 조직원리에도 부합하기 어렵다. 그럼에도 법률 차원에서 이른바 고비용정치의 청산이라는 명목으로 지구당을 둘 수 없도록 함으로써 정당의 조직자율권을 제한하고 있는 것은 헌법적으로 정당화되기 어렵다.

상의 당원을 확보할 것을 요구하고 있다. 특정 정강정책에 대한 동조자를 규합하는 데는 시간과 노력이 필요하다는 사정을 외면함으로써 새로운 정당의 창설을 지나치게 어렵게 만들고, 결과적으로 기존의 정당구도를 고착화시킬 위험이 있는 등 헌법 제8조 제1항이 의도하고 있는 정치과정의 개방성을 위협하는 등 정당설립의 자유를 침해할 소지가 있다.²⁰⁹⁾

셋째, 설사 정당이 등록요건을 일단 충족하더라도 단 한 차례의 국회의원총선거에서 의미있는 지지를 얻지 못하면 퇴출되도록 등록제도를 형성하고 있다. “성공적인” 그리고 유권자로부터 이미 “인정 받은” 정치적 결사만을 정당으로 보는 방향으로 정당개념을 정의하는 것은, 헌법 제8조 제1항을 통해서 확보하고자 하는 정치과정의 개방성의 관점에서 허용되지 않음을 지적한 바 있다. 그럼에도 불구하고 현행 정당법은 국회의원총선거에 참여하여 의석을 얻지 못하거나 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때에는 정당의 등록을 아예 취소하고 해산절차를 밟도록 하고 있다. 더구나 이 등록취소요건은 국회의원총선거의 결과만을 기준으로 정당의 존치여부를 결정하도록 하고 있기 때문에 어느 정당이 대통령선거나 지방자치선거에서 전국적으로 아무리 좋은 성과를 올리더라도 국회의원총선거에서 참담한 패배를 당하면 등록이 취소될 수 있는 우수한 결과를 초래할 수도 있다. 총선에서의 지지율은 어떤 정치적 결사가 정당에게 부과된 과제를 이행하는 진지성의 정도를 말해주는 하나의 표지일 수는 있다.²¹⁰⁾ 따라서 총선에서 의석을 확보한 정치

209) Ph. Kunig, in: HStR II, § 33 Rn 51; v. Münch, in: v. Münch(Hg.), Art. 21 Rn 14a에 의하면 사단의 설립에 요구되는 최소한의 수의 당원만이 존재만이 존재하더라도 정당의 설립이 가능하다면, 정당의 존속에 대해서도 같은 기준이 적용되어야 한다고 한다. 그리하여 정당법상의 당원수의 표지는 적어도 당원을 추가적으로 확보하려는 의지를 확인할 수 있는 경우에는 충족된 것으로 보아야 한다고 본다.

적 결사의 경우에는 그 조직이 비교적 국민 가운데 뿌리를 내리고 있다고 볼 수 있다. 그러나 의식이 없다는 이유만으로 어떤 정치적 결사가 헌법적 의미의 정당이 아니라고 할 수는 없으며, 그것이 정당인지 아닌지를 판단하려면 그 결사의 전체적 상태를 종합적으로 판단해야 하는 것이다.

넷째, 현행 정당법의 등록요건과 등록취소제도가 헌법 제8조 제1항·제2항을 합헌적으로 구체화한 것으로 어떤 정치적 결사가 더 이상 헌법적 의미의 정당의 성격을 갖지 못하게 되었음을 확인하는 제도라고 보더라도 해산강제와 결부된 등록취소제도는 헌법 제21조 제2항의 결사의 허가제금지에 반하여 위헌성을 띤다는 평가를 받을 가능성이 크다. 왜냐하면 정치적 결사는, 그것이 설사 정당이 아니더라도 헌법 제21조 제1항의 의미의 결사에 해당하므로 결사의 자유에 의한 보호를 받으며, 따라서 특별한 사정이 없는 한, 그 존속 여부를 그 결사의 구성원들이 자율적으로 결정할 수 있기 때문이다. 다시 말하면, 어떤 정치적 결사가 정당이 아니라는 이유만으로 그 정치적 결사를 해산할 수는 없기 때문이다. 그러한 정치적 결사를 정당으로 대우하지 않으면 죽한 것이다.

(배) 등록제도가 위헌인 경우 미등록 정당이나 등록취소 정당의 취급

(a) 정당등록제가 위헌인 경우의 정당등록의 의미

현행 정당법상의 등록제도가 위헌이라면 현행 정당법에 의한 정당등록은 기껏해야 등록된 정당들이 헌법 제8조가 말하는 정당이라

210) BVerfGE 4, 385; Bericht, S. 132 참조. 물론 이 경우 국회의원으로 선출된 자가 강령에 따라서 원내활동을 하여야 한다. 그렇지 않으면 그가 소속된 결사는 정당이 아니라 선거단체에 불과한 것이 된다. Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21, Rn 18 Fn. 6 참조.

는 강한 추정을 뒷받침하는 효과만이 있을 뿐이라고 보아야 한다. 따라서 반증에 의하여 정당이 아닌 집단으로 확인될 수도 있다.

헌행법상의 등록요건을 채웠으면서도 등록하지 않은 정치적 결사, 등록요건을 채우지 못하여 정당으로서 등록하지 못한 정치적 결사, 후발적으로 등록요건에 미달하거나 국회의원총선에서 미미한 지지율을 얻었다는 이유로 정당등록이 취소되었으나 아직 해산되지 않은 정치적 결사도 헌법적 의미의 정당개념을 충족하였는지를 기준으로 그것이 정당인지 여부를 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

(b) ‘등록 직전의 조직’의 정당해산심판의 대상적격의 문제

현재 정당법에 따라 정당의 창당활동이 진행되어 중앙당과 법정시·도당을 창당하고 정당법에 따른 등록절차만을 남겨 둔 상태의 조직은 그 조직의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 때에는 정당해산심판의 대상이 된다고 볼 것인가?

이 단계에 있는 조직이 헌법 제8조 제4항의 요건을 충족시키기는 어려울 것이다. 또한 정부는 그러한 조직이 정당등록하기를 기다려 제소할 수도 있다. 더구나 현행 정당법은 창당준비위원회가 창당신고를 한지 6개월 이내에 중앙당창당등록을 하지 않으면 창당준비위원회가 소멸한 것으로 간주하기 때문에(정당법 제9조 제3항) 창당준비위원회가 정당등록을 언제까지나 지체할 수 있는 것도 아니다. 그렇기 때문에 이 문제는 실천적 의미가 적다. 어쨌든 정당해산심판절차가 헌법의 적에 의하여 민주질서의 붕괴를 예방하기 위한 절차이기 때문에 조기에 헌법의 적에 대하여 대처할 필요가 있다는 점에서 이 문제에 대한 해결을 모색하는 것은 어느 정도의 의미는 있다.

현재 부정적 견해를 찾을 수 없다. 그와 같은 조직은 ‘사실상 정

당에 준하는 지위'에 있다는 것이 긍정설²¹¹⁾의 논거이다. 그러나 정당등록을 정당의 성립요건으로 보는 정당법의 규율을 그대로 수용하는 입장을 취하면서도 이와 같은 예외를 인정하는 것은 납득하기 어렵다. 그러한 조직은 현행법상 정당으로 등록하기 전에는 아직은 정당이 아니기 때문이다.

그와 같은 조직이 해산절차의 대상이 될 수 있는 이유는, 그와 같은 조직은 등록 이외의 창당절차를 모두 마침으로써 헌법이 요구하는 정당의 개념표지들을 모두 충족하였고, 따라서 등록과는 무관하게 이미 헌법적 의미의 정당의 지위를 획득하는 것이기 때문이다. 법률상의 제도인 정당등록이 헌법에 의하여 발생하는 정당의 특권을 좌우할 수는 없는 것이기 때문이다. 등록을 정당성립요건으로, 즉 정당지위 발생의 전제로 규율하고 있는 현행 정당법의 규율은, 상술한 바와 같이, 위헌의 소지가 크기 때문이다.

(c) 창당준비위원회

정당을 창당하기 위한 활동을 하는 창당준비위원회가 민주적 기본질서를 위반한 때도 정당해산심판절차에 의한 심판대상이 될 수 있는가? 이 문제는 위에서 다룬 등록 직전의 조직이 피청구인이 될 수 있는지의 문제보다도 더 현실성이 떨어지는 문제이기는 하지만, 정당해산심판절차가 가동될 수 있는 시기의 시점을 밝히는 의미가 있다.

현행 정당법에 의하면 정당을 창당하는 창당활동은 중앙당의 경우 20인 이상, 시·도당의 경우에는 10인 이상의(정당법 제5조) 발기인으로 구성하는 창당준비위원회가 하고(동법 제7조), 중앙당창당준비위원회가 결성된 때에는 정당법이 정하는 사항을 중앙선거관리

211) 권영성, 앞의 책, 199쪽; 정종섭, 앞의 책, 430쪽; 장명봉, 앞의 논문, 587쪽.

위원회에 신고함으로써 창당활동을 개시할 수 있는 바(동법 제8조), 창당준비위원회의 활동은 창당의 목적범위 내로 국한된다(동법 제9조 제1항).

현재 창당준비위원회의 해산에 대하여 정당법이 따로 정하고 있지 않다는 것을 이유로 창당준비위원회도 정당해산심판절차의 피청구인적격이 있다고 본다.²¹²⁾ 창당활동을 두텁게 보호하기 위한 해석론적 시도라고 본다. 다만, 창당준비위원회를 정당과 동일하게 볼 수는 없기 때문에 중앙선거관리위원회의 해산처분에 의하여 해산할 수 있도록 법률로 정할 수는 있다고 한다.²¹³⁾

그러나, 정당법에 의하면 정당은 등록에 의하여 비로소 성립하기 때문에 창당을 준비하는 기구에 불과한 창당준비위원회는 정당이 아닌 단순한 정치적 결사에 불과하다. 긍정설이 창당준비위원회의 해산문제에 대해서는 입법자가 별도의 규정을 두지 않았기 때문에 정당과 마찬가지로 정당해산심판절차에 의해서만 해산될 수 있다고 주장하지만, 입법자는 등록으로 성립하는 정당이 정당해산심판의 대상이 된다고 규정함으로써 정당이 아닌 창당준비위원회는 정당해산심판절차의 피청구인적격이 없음을 간접적으로 밝히고 있는 것이라고 할 수 있다. 따라서 현행 정당법의 합헌성을 전제로 하는 한, 긍정설은 법적 근거가 없는 무리한 해석이라고 하여야 한다.

현행 정당법의 등록제도와 등록요건이 정당설립의 자유를 침해하여 위헌이라고 보고 헌법적 의미의 정당개념을 전제로 할 때에만, 창당준비위원회를 비롯한 창당과정의 정치적 결사도 정당해산심판절차의 제소대상이 된다는 것을 무리 없이 논증할 수 있다고 본다. 정당이 국민의 정치의사형성에 대한 참여라는 헌법적 과제를 이행

212) 정종섭, 위의 책, 430쪽; 장명봉, 위의 논문, 587쪽.

213) 정종섭, 위의 책, 430쪽.

하려면 적지 아니한 인적·물적 자원을 필요로 하지만, 특히 창당 과정에 있거나 정치의사형성과정에 처음으로 발을 내디딘 신생정당들에게 이 과제를 기성의 정당들만큼 이행할 것을 요구하고 또 같은 정도의 객관적 진제를 확보할 것을 요구할 수는 없다. 기성정당과 같은 수준의 객관적 진제의 확보를 요구한다면, 정당의 설립은 그만큼 곤란해질 것이며, 이는 정당설립의 자유와 이에 담긴 민주적 정치과정의 개방성의 요청과 모순되게 될 것이기 때문이다. 따라서 창당단계에서는 그 정치적 결사의 주관적 의도, 즉 국민의 정치의사형성에 참여하려는 목적의 진지성에 높은 비중을 부여하여야 하며, 당원수나 지구당 내지 시·도당의 창당준비위원회의 수와 같은 객관적 진제에 대해서는 낮은 비중을 부여하여야 할 것이다. 이와 같은 전제하에서 창당준비위원회라는 정치적 결사의 주관적 목적과 객관적 제사정을 종합적으로 평가·고려할 때 정당에게 부여된 헌법적 과제 이행의 진지성을 확인할 수 있다면, 창당준비위원회는 현행 정당법의 의미로는 창당의 준비기구에 불과하지만 헌법차원에서는 이미 정당의 지위를 갖고 있는 정당으로 보아야 한다. 따라서 그와 같은 진지성이 있는 창당준비위원회는 정당해산심판절차에 의해서만 해산시킬 수 있다고 보아야 한다.²¹⁴⁾

3. 정당의 목적이나 활동

(1) 민주적 기본질서에 위배되는 정당의 목적

양자의 관계를 해명하기 위해서는 우선 민주적 기본질서에 위배

214) Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 46 Rn 3 참조. 그는 정당의 설립은 자유이기 때문에, 위헌정당은 설립단계에서도 기성정당과 마찬가지로 연방헌법재판소에 의해서만 해산될 수 있다고 본다.

되는 정당의 목적이 무엇을 의미하는가를 해명할 필요가 있다.

1) 목적의 객관적 강도

한편으로 정당이 헌법이 정하고 있는 기본원리와 상충하는 목적을 천명한다고 해서 이것만으로 해산사유가 된다면 이는 헌법이 보장하고 있는 정치적 의사표현의 자유와의 관계 속에서 문제가 있을 것이다. 따라서 목적을 실현하려는 구체적인 노력을 하지 않고 단지 평화적인 방식으로 정당의 강령을 선전하는 것을 금지할 수는 없을 것이다.²¹⁵⁾

민주적 기본질서에 위배되는 목적인가의 여부를 판단함에 있어서는 단지 주관적인 측면에 그치지 않고 목적을 추구하는 객관적인 강도(Intensität)를 함께 고려할 수밖에 없게 된다. 이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 독일공산당결정에서 목적을 추구하는 “적극적으로 투쟁적이며 공격적인 태도(Haltung)”를 요건으로 보았다.²¹⁶⁾ 이에 대해 학설은 갈라지고 있다. 지배적인 견해는 목적의 객관적인 강도를 보다 엄격하게 해석하여 이에 상응하는 행위가 있어야 한다고 본다.²¹⁷⁾ 다른 한편으로는 이를 보다 완화하여 공격성이 없어도 목적을 지속적으로 추구하면 충분하는 견해가 있기도 하다.²¹⁸⁾

2) 정당목적의 판단근거

정당의 목적이 민주적 기본질서에 위반되는가를 판단할 수 있는

215) Morlock, Art.21, in: Dreier, Rn 143.

216) BVerfGE 5, 85, 141.

217) Morlock, Art.21, in: Dreier, Rn 142; Pieroth, Art.21, in: Jarass/Pieroth, GG, 1995 Rn. 35; M. Thiel, Das Verbot verfassungswidriger Parteien (Art.21 Abs.2 GG), in: M. Thiel(Hg.), Wehrhafte Demokratie, Tübingen 2003, S.173~207, S.199.

218) Ph. Kunig, Parteien, in: HStR II, §§ 33 Rn 40.

근거는 무엇인가가 문제된다. 일차적인 판단의 근거는 문서의 형식을 떠는 자료가 될 것이다. 정당의 목적을 판단할 수 있는 자료로는 우선 정당의 강령과 기타 정당의 선언문 등을 들 수 있을 것이다. 또한 정당을 주도하는 것으로 인정되는 인물이 정당의 정치적이념에 대해 서술한 글, 정당지도자의 연설, 정당의 당원교육교재와 정책선전자료, 그리고 정당이 직접 발간하거나 영향력을 행사하는 신문과 잡지의 내용으로부터도 정당의 목적을 판단할 수 있다.²¹⁹⁾

이러한 자료들 중 정당의 강령은 정당의 목적이 민주적 기본질서에 위배되는지의 여부를 판단하는 주된 근거이다. 하지만 정당강령의 내용과 정당의 행위사이에 괴리가 있을 경우에 강령만으로 정당이 헌법에 위배되는지의 여부를 판단하기는 어려울 수 있다. 당원 또는 지지자의 대부분이 명백하게 정당의 강령에 위반되는 행위를 일상적으로 하여 정당의 강령이 명목상의 것에 불과한 것이 명백할 경우에는 판단근거로서 정당강령이 지니는 의미를 상대화할 수 있을 것이다.²²⁰⁾

또한 문서로 확정되지 않았다고 해서 판단근거에서 배제되는 것은 아니며 정당기구나 당원의 행동 역시 정당의 목적을 판단할 수 있는 근거가 될 수 있다. 정당지도부의 내부에서 이루어지는 합의가 반드시 문서로 확정되지는 않는 경우도 적지 않다. 따라서 내용이 증명될 수 있다면 정당이 공표하지는 않지만 비밀로 추구하는 목표나 이미 문서로써 표명된 목표를 사실상 변경하는 것도 정당목적에 포함된다고 볼 것이다.²²¹⁾

219) 권영성, 앞의 책, 199쪽; 정종섭, 앞의 책, 431쪽.

220) H. Meier, Parteiverbot und demokratische Republik, Baden-Baden 1993, S.278f.; Morlock, Art.21, in: Rn 143.

221) BVerfGE 5, 85, 144.

3) 단기적인 목적과 장기적인 목적의 구별문제

위헌정당해산제도가 지니는 예방적인 성격을 강조할 경우에는 정당이 민주적 기본질서에 위배되는 목적을 추구하는 한 이러한 목적이 실현되는 시점은 커다란 의미가 없을 수도 있다. 이러한 관점에서 정당이 추구하는 민주적 기본질서에 위배되는 목적이 실현될 가능성이 현재로서는 적고 따라서 그것이 정당의 장기적인 목적에 불과하더라도 적어도 지금 여기서(hic et nunc) 현재 이러한 목적을 추구한다는 의도가 확인되면 충분하다고 보게 된다. 독일 연방헌법재판소는 1956년의 독일공산당결정에서 이러한 입장을 취하여서 마르크스-레닌주의가 추구하는 “통일적인 전체계획” 속에서 단기적인 목적과 장기적인 목적은 하나로 묶여있으며 따라서 노동운동이나 사회정책과 관련된 요구로부터 평화정착 및 독일통일의 추구, 나아가 세계혁명에 이르는 정당의 모든 목적이 헌법에 위배된다는 것이었다. 이러한 맥락에서 독일 연방헌법재판소는 “정당이 그 목적상 지금 여기서 자유민주적 기본질서를 침해하거나 폐지할 것을 의도하고 있는지의 여부만이 중요할 뿐이다”라고 하였다.²²²⁾

독일 연방헌법재판소의 이러한 입장에 대해서는 논란의 여지가 남아있다.

(가) 단기적인 목적의 헌법위배에 국한해야 한다는 견해

장기적인 목적의 헌법위배까지 포함한다면 어떠한 목적을 단순히 표명하는 것과 이러한 목적을 구체적으로 실천하는 것을 구별해야 하는 법치국가원리와 모순되며 정당해산의 요건이 무제한적으로 확대될 위험을 지적하는 입장이 있다.²²³⁾ 이 견해에 의하면 위헌정당

222) BVerfGE 5, 85, 143f.

223) H. Meier, Parteiverbot und demokratische Republik, Baden-Baden 1993,

해산의 요건인 목적의 개념은 민주적 기본질서를 저해하려는 준비 행위와 연결되어야 하므로 목적을 실현하려는 직접적인 행위가 존재해야 한다. 어떤 정당이 기성질서의 혁명적인 변화를 단지 말로만 과격하게 주장하고 이것이 구체적인 행위와 연결되지 않는 경우에는 정당의 목적이 헌법에 위배된다고 볼 수 없다는 것이다. 즉 정당이 민주적 기본질서에 위배되는 목적을 지금 여기서 지니고 있다고 하더라도 그 목적을 현재 추구하고 있지 않다면 민주적 기본질서에 위배되는 목적은 아니라는 것이다. 이렇게 본다면 판단의 기준은 민주적 기본질서에 위반되는 정당의 정강정책이 현재 존재하는가의 여부가 아니라 이를 조만간 실천에 옮기려는 정황의 존재 여부이다.

(나) 장기적 목적도 포함해야 한다는 견해

이에 반하여 목적을 실현하는 시기의 장단기 여부는 문제가 되지 않는다는 견해가 있다.²²⁴⁾ 즉 정당의 장기적인 목적이 민주적 기본질서에 위배되는데 일정한 시기동안에는 이를 추구하지 않음을 명시하는 경우에도 정당해산으로부터 자유로울 수 없다는 것이다. 이러한 견해는 정당해산제도가 본질적으로 형벌보다는 헌법보장을 추구하는 제도이며 따라서 예방적인 성격을 본질로 한다는 점에 근거하고 있다. 또한 급진적인 정치세력에 대해 민주적 기본질서를 방어함에 있어 초기에 대응하지 않아서 세력이 확대되면 이를 통제하기 어려울 수 있다는 현실적인 논거도 제시되고 있다.

이처럼 정당의 목적을 시간적으로 넓게 이해하는 경우에 정당해산의 요건이 크게 확대되어 오·남용될 위험을 어떻게 막을 것인가

S. 276.

224) v. Münch, Art.21, in: v. Münch, GG-Kommentar, 1976, Rn 67; Gusy, Art.21, AK-GG GW 2001, Rn 123.

의 문제가 제기된다. 장기적인 목적도 포함해야 한다는 입장에서는 사실상 민주적 기본질서에 위협을 가할 정도의 객관적인 강도를 고려하고 증거제시, 심판절차의 준수 등에 대한 엄격한 해석을 통해 오남용의 위협을 최소화해야 한다고 보고 있다.²²⁵⁾

(㉔) 목적의 시간적 구별이 불필요하다는 견해

이에 대해 목적을 장기적인 목적과 단기적인 목적 또는 중간목표와 최종목표로 구별하는 것은 의미가 없다는 입장이 있다. 정당 목적이 민주적 기본질서에 위배되는지를 판단할 때 중요한 것은 헌법질서를 저해하는 행위와의 연관 속에서 정치적 신념을 실현하는 행위가 존재하는지의 여부일 뿐이라는 것이다.²²⁶⁾ 이는 독일 연방헌법재판소가 독일공산당결정에서 제시한 지금 여기서 목적이 존재하면 된다는 것이 상상의 지평을 미래로 확대하는 것이 아니라 현재의 의도를 증명하는 것을 의미하는 것으로 이해하는 견해라고 할 수 있다. 이는 결과적으로는 장기적인 목적을 배제하는 견해와 다르지 않다고 보인다.

(㉕) 평가

정당이 추구하는 목적을 장기적인 목적과 단기적인 목적 또는 중간목표와 최종목표로 구별하여 논하는 것은 실익이 없다고 보인다. 정당의 목적이 민주적 기본질서에 위배되는지를 판단할 때 중요한 것은 이에 대한 구체적인 위협과의 연관 속에서 정치적 신념을 실현하는 행위가 존재하는지의 여부일 뿐이다. 궁극적으로 천명하는 목표가 민주적 기본질서에 위배된다고 하더라도 현재 정당이 취하

225) R. Streinz, Art.21, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz Kommentar Bd.2, 2000, Rn 233.

226) Morlock, Art.21, in: Dreier, Rn 143.

고 있는 정책이나 활동방식이 민주적 기본질서의 범위를 벗어나지 않고 이에 실질적인 위해를 가할 위험성이 적다면 정당의 목적이 위헌적이라고 보기는 어려울 것이다.

(2) 정당의 활동

1) 활동의 주체

위헌정당해산심판의 요건으로서 정당의 목적에서 그 주체 및 귀결점은 정당이다. 하지만 행위의 주체와 관련해서는 이를 단지 정당 또는 정당지도부에 국한할 것인가 아니면 정당의 당원이나 그 밖의 추종자의 행위도 포함할 것인가가 문제된다. 즉 정당이 관련된 행위 중 어떤 범위까지 정당의 행위에 속하는 것으로 간주할 것인가의 판단기준을 제시할 필요가 있다.

우선 정당에 속한 기관의 행위는 정당의 행위로 보아야 할 것이다. 여기에는 당지도부와 주요당직자, 정당의 출판관련 조직, 지구당 등 정당의 지역조직 등이 포함될 것이다. 하지만 정당의 일반당원이 정당의 노선과는 별개로 개별적으로 행한 행위가 정당의 행위로 인정되어 정당해산과 연결될 수는 없다. 하지만 정당이 이러한 행위를 의식적으로 묵인하거나 지원할 때 또는 이러한 행위를 비판하거나 출당 등의 조치를 할 수 있음에도 불구하고 하지 않을 때에는 정당의 행위로 간주될 수도 있을 것이다.²²⁷⁾

결국 다양한 주체들이 행하는 활동에 대해 정당의 책임을 묻는 기준은 정당이 실제로 영향력을 행사할 수 있는 범위에 대한 판단일 것이다. 한편으로는 정당의 이중적인 행위에 대한 통제가 가능해야 하지만 동시에 무정형의 추종자가 있는 대중조직인 정당에 과

227) Morlock, Art.21, in: Dreier, Rn 144.

중한 책임을 지울 수도 없기 때문이다.

2) 활동의 내용

우선 위헌성에 대한 주관적 인식이 요구되는지가 문제될 수 있다. 정당해산제도는 개인에게 제재를 가하는 것보다는 헌법보장을 위한 것이므로 위헌성에 대한 주관적 인식의 여부는 문제되지 않는다고 보아야 한다.

또한 정당이 개별당원의 행위를 막지 않고 방치하는 경우에 이를 문제 삼을 수는 없을 것이다. 정당이 민주적 기본질서에 위배되는 행위를 적극적으로 방지해야 하는 법적 의무를 지지는 않기 때문이다.²²⁸⁾ 하지만 이러한 행위가 정당의 행사에서 발생한다면 이에 대해서는 방어조치를 취해야 한다.

민주적 기본질서를 저해하는 행위가 조직적인 폭력동원을 통해서 이루어져야 한다는 견해도 있다.²²⁹⁾ 그리고 반드시 폭력의 행사가 요구되는 것은 아니라는 견해도 있다.²³⁰⁾ 그러나 국민민주주의와 민주주의에서의 일반적 관용의 원칙상 폭력행사나 폭력행사의 조종에 의하지 않는 민주적 기본질서에 위배하는 행위만으로는 정당해산의 요건을 충족하지 못한다고 보아야 한다.²³¹⁾

228) Morlock, Art.21, in: Dreier, Rn. 144; Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz Kommentar Bd.2, 2000, Rn 237 등. 이에 반하여 "가중적 방치"(qualiziertes Unterlassen)라는 개념을 정하여 특별한 경우에는 정당의 책임을 물을 수 있다고 보는 견해도 있음(Kunig, in: HStR II, §§ 33, Rn 39).

229) Meier, Parteiverbot und demokratische Republik,, S. 282f.

230) Morlock, Art.21, in: Dreier, Rn 144.

231) 앞에서 설명한 베니스위원회지침은 폭력을 행사하거나 폭력행사를 조종할 것을 해산요건으로 하고 있다(앞의 지침 390쪽 참조).

(3) 목적과 활동의 관계

헌법 제8조 제4항은 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배”되는 것을 정당해산심판의 실체적 요건으로 하고 있다. 헌법 제8조의 문언은 “정당의 목적이나 활동”이라고 규정하고 있어서 정당의 목적과 활동 중 어느 하나만 민주적 기본질서에 위배되는 경우에는 해산의 요건을 충족시키는 것인지의 여부가 문제될 수 있다. 이미 앞에서 살핀 바처럼 민주적 기본질서에 위배되는 목적인가의 여부만을 판단함에 있어서도 단지 주관적인 의도에 그치지 않고 목적을 추구하는 객관적인 강도를 감안할 수밖에 없다. 정당의 목적과 활동은 상호 연관되어 있어서 정당의 요건을 판단함에 있어 현실적으로 분리되기는 어렵다고 보인다.²³²⁾ 정당의 목적은 정당소속원의 활동에 반영되고 이들의 활동은 정당의 목표설정으로 귀결되기 때문이다.

4. 민주적 기본질서의 의의

우리 헌법은 제8조 제4항에서 정당해산의 요건으로 “민주적 기본질서에 위배”되는 것을 들고 있다. 하지만 헌법전문과 헌법 제4조에서는 “자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”, “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고”라고 하여 자유민주적 기본질서라는 표현을 사용하고 있다. 그렇다면 정당해산요건으로서의 민주적 기본질서와 헌법전문과 헌법 제4조가 말하고 있는 자유민주적 기본질서 사이에는 어떤 관계가 있는가가 문제된다. 여

232) 독일의 경우에도 기본법 제21조 제2항이 “목적이나 추종자의 행태”라고 택일적인 표현을 하고 있지만 독일 연방헌법재판소는 정당의 목적과 추종자의 행태 사이에는 상호연관이 있다고 보았다(BVerfGE 2, 1, 22; 5, 85, 144).

기서는 우선 이러한 헌법조항이 형성된 연혁을 살피고 현행헌법의 해석에 대한 학설과 판례를 살핀 후 이를 평가하려 한다.

(1) 헌법조항의 연혁

정당해산의 실체적 요건은 그 성격상 헌법전문이 제시하는 민주주의의 기본원리나 조국통일의 이념적 지향으로서의 민주주의와 연관성을 지니지 않을 수 없다. 따라서 헌법전문과 정당조항 및 통일조항에 민주적 기본질서 또는 자유민주적 기본질서라는 표현이 도입되고 변천된 모습을 살펴보는 것은 중요한 의미를 지닌다고 할 것이다.

1) 정당해산 요건으로서의 민주적 기본질서

정당해산요건으로서의 민주적 기본질서라는 표현이 헌법에 처음으로 도입된 것은 제1공화국에서 행정부의 등록취소로 정당이 해산되는 경험을 한 이후 제2공화국헌법을 제정하면서였다. 제2공화국헌법은 제13조 제2항에서 “정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정하면서 이어서 단서조항에서 “정당의 목적이나 활동이 헌법의 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부가 대통령의 승낙을 얻어 헌법재판소가 판결로써 그 정당의 해산을 명한다”고 규정하였다. 이후 제3공화국헌법이 제정되면서 제7조에 독립된 정당조항이 신설되어 오늘에 이르고 있다.

제2공화국헌법이나 제3공화국헌법에서 정당해산의 요건으로 민주적 기본질서라는 용어를 사용하게 된 것은 제헌헌법의 전문이 “민주독립국가를 재건”, “민주주의의 제제도를 수립”이라는 표현을 하였고 제3공화국헌법 역시 “새로운 민주공화국을 건설”, “민주주의

제제도를 확립”이라고 했던 것과 같은 맥락에 있었다고 보인다.

2) 헌법전문에 민주주의와 자유민주적 기본질서

제헌헌법은 전문에서 “... 이제 민주독립국가를 재건함에 있어서 ... 민주주의 제제도(諸制度)를 수립하고 ...”라고 선언한 바 있다. 헌법전문에 내용을 최초로 개정한 제3공화국헌법은 “... 새로운 민주공화국을 건설함에 있어서 ... 민주주의 제제도를 확립하여 ...”라고 하여 커다란 차이를 보이지 않았다. 헌법전문에 자유민주주의라는 표현이 처음 등장한 것은 이른바 유신헌법에서였다. 이 헌법의 전문은 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여 자유민주적 기본질서를 더욱 공고히 하는 새로운 민주공화국을 건설함에 있어서 ...”라고 하면서 처음으로 자유민주적 기본질서라는 표현을 사용하였다.

자유민주적 기본질서라는 표현은 평화통일에 대한 의지의 표명과 함께 우리헌법에 도입되게 되었다. 하지만 유신헌법이 조국의 평화적 통일이라는 민족적 염원을 권위주의정권의 유지와 강화를 위해 이용했던 헌법과괴와 함께 제정되었음은 간과할 수 없다. 유신헌법이 설치했던 이른바 “조국통일의 신성한 사명을 가진 국민의 주권적 수입기관”인 통일주체국민회의 역시 “조국의 평화적 통일을 추진하기 위한 온 국민의 총의에 의한 국민적 조직체”로서 그 존재의 정당성을 주장했었다. 평화통일조항과 자유민주적 기본질서의 동시적 등장의 배경에는 냉전의 완화라는 세계정세 속에서 반공주의라는 소극적 이데올로기에 기초하는 권위주의체제를 유지하려는 당시 정권의 고민이 있었음은 어렵지 않게 짐작할 수 있다. 그 고민은 북한을 평화통일을 위한 대화의 상대 또는 동반자로 인정하는 것이 대내적으로 권위주의체제의 이완 및 민주화에의 요구로 이어지는

것에 대한 두려움에 있었을 것이다.

이후 제5공화국헌법의 전문에서는 “조국의 평화적 통일과 민족중흥의 역사적 사명에 입각한 제5민주공화국의 출발에 즈음하여 … 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히”라고 함으로써 자유민주적 기본질서를 조국의 평화적 통일이라는 표현과 분리하여 보다 독자적인 의미를 부여한 인상을 주고 있다.

현행헌법은 “조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 … 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히”라고 표현하고 있다. 이는 조국의 평화적 통일이라는 것이 자유민주주의를 병자한 권위주의의 체제유지 수단이 되었던 과거로부터 단절하려는 결연한 의지의 표현으로 이해할 수 있다. 이는 또한 평화적 통일의 사명에 입각하여 자유민주적 기본질서를 공고히 하는 것은 조국의 민주개혁과 모순되지 않는다는 인식의 선언이며 자유민주적 기본질서를 형해화했던 권위주의를 극복하는 민주개혁을 통해 자유민주적 기본질서를 실현하고 이를 통해 평화적 통일로 나아갈 수 있다는, 즉 적극적인 민주개혁이 통일로 연결될 것이라는 신념의 표현이다.

이는 자유민주적 기본질서라는 표현이 유신헌법과 제5공화국헌법이라는 태생적 한계를 넘어서 “민주독립국가를 재건함에 있어서 … 민주주의 제제도를 수립”하려 했던 제헌헌법의 민주주의정신과 다시 만나고 있음을 의미한다고 할 것이다.

3) 평화통일조항과 자유민주적 기본질서

현행헌법은 제4공화국헌법과 제5공화국헌법의 전문이 선언했던 평화통일 관련 내용을 독립된 통일조항에 담고 있다. 이는 기존의 권위주의체제가 평화통일을 정권유지의 수단으로 활용한 것을 반성하면서 조국의 민주개혁을 통해 진정한 자유민주적 기본질서를 공

고히 함으로써 평화통일을 향한 진지한 노력을 기울여야 한다는 취지로 이해되고 있다.

4) 평가: 조국의 민주개혁에의 사명과 자유민주적 기본질서

자유민주주의라는 용어가 처음으로 도입되는 시대적 배경을 감안할 때 북한을 평화적 통일의 대상으로 인정하는 것이 대한민국체제의 변화를 의미하는 것은 아님을 강조하였다고 볼 수 있다. 그러나 북한을 더 이상 북진, 승공 또는 멸공통일이 아닌 평화적 공존과 통일의 대상으로 본다고 해서 제헌헌법이나 제3공화국헌법의 전문이 제시한 민주독립국가의 재건, 새로운 민주공화국의 건설 또는 민주주의 제제도의 수립·확립이라는 기존헌법의 민주주의론의 기본 내용에 변화가 있을 이유는 보이지 않는다.

민주주의에 대한 기존의 이해로도 충분히 표현할 수 있는 내용을 굳이 자유민주적 기본질서라고 하게 된 배경에는 권위주의체제의 대내외적 위기와 이에 대해 체제를 유지하려는 심리적 강박이 엿보인다. 하지만 현행헌법은 자유민주적 기본질서를 공고히 하는 이념적 기초로 3·1운동과 4·19민주이념을 계승한 조국의 민주개혁에의 사명을 제시하고 있다. 이는 제헌헌법이 선언했던 민주독립국가, 민주주의 제제도, 그리고 제2공화국헌법이 정당의 보호를 위해 정당해산제도를 도입하면서 그 기준으로 제시한 민주적 기본질서와 같은 맥락에서 있는 것으로 볼 수 있다.

(2) 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서의 관계

민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서의 관계와 그 내용을 해석함에 있어 다양한 입장이 제기되어 왔다.²³³⁾ 여기서는 우선 양자

를 구별하는 견해와 동일한 내용으로 보는 견해 등을 살피고 그 내용에 대해 생각해보려 한다.

1) 양자를 구별하는 견해

한편으로는 양자를 구별하여 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서보다 넓게 이해하는 입장이 있다. 이 견해는 자유민주적 기본질서를 좁게 이해하는 전제로 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서 이외에 사회민주적 기본질서도 포함하기 때문에 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 같다고 볼 때에 사회민주적 기본질서가 지향하는 사회적 복지주의나 국제평화주의와 같은 가치가 배제될 위험이 있다는 것이다.²³⁴⁾

2) 양자를 구별하면서 자유민주적 기본질서를 우선시하는 견해

이 입장은 사회민주주의는 자유민주주의를 전제로 실질적인 평등을 지향하는 민주주의의 한 유형이라고 이해하고 있다. 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서를 포함하고 있는 것임을 인정하는 데에는 앞의 견해와 차이가 없다고 보인다. 하지만 이 견해는 우리 헌법이 보다 역점을 두고 있는 것은 자유민주적 기본질서라고 보아 이는 대한민국 헌법질서에서 중핵이 되는 것이며 반드시 수호해야 할 헌법의 최후보루라고 한다.²³⁵⁾

자유민주적 기본질서를 민주적 기본질서에 비해 우선하는 것으로 보면서 정당해산의 사유를 엄격히 좁게 보아야 한다는 입장을 취하

233) 권영성, 앞의 책, 159쪽 이하, 199쪽 이하; 계획열, 앞의 책, 293쪽 이하; 김철수, 앞의 책, 145쪽 이하; 성낙인, 앞의 책, 125쪽 이하; 정종섭, 앞의 책, 431쪽 이하; 홍성방, 앞의 책, 91쪽 이하.

234) 김철수, 위의 책, 150쪽 이하.

235) 권영성, 앞의 책, 159쪽 이하.

면 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 자유민주적 기본질서를 의미하는 것으로 해석되게 된다.²³⁶⁾ 이 견해는 정당해산의 요건으로 사회민주주의까지 포함하면 자유민주주의를 추종하는 정당도 해산되는 불합리한 결과를 가져온다는 것을 논거로 제시하고 있다.

3) 양자의 구별을 부정하는 견해

이에 대해 헌법의 통일성이라는 해석지침에 따라서 볼 때에 자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서를 구별하는 것은 의미가 없고 양자를 동일한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.²³⁷⁾ 이러한 견해는 현대민주주의에서 자유민주주의와 사회민주주의를 구별할 실익이 더 이상 존재하지 않는다는 생각을 배경으로 하고 있다.

4) 평가

제2공화국헌법 제13조 제2항 단서조항이 민주적 기본질서라는 용어를 처음 도입한 것은 제헌헌법으로부터 당시의 헌법까지 존재했던 헌법전문에 민주독립국가와 민주주의 체제도라는 표현과 헌법 제1조 제1항의 민주공화국과의 연관 속에서 파악할 수 있다. 또한 유신헌법에서 자유민주적 기본질서라는 표현이 도입된 배경으로는 헌법에서 조국의 평화적 통일을 추구하게 되었다고 해서 민주주의의 기본원리를 포기하는 것은 아님을 강조한 것으로 이해할 수 있음은 이미 언급한 바와 같다. 하지만 이는 보다 강화된 표현을 사용하면서까지 강조할 필요가 없는 너무나 당연한 것이므로 자유민주적 기본질서에 기존의 민주적 기본질서와는 다른 특별한 의미를

236) 권영성, 위의 책, 199쪽 이하.

237) 계획열, 앞의 책, 294쪽; 홍성방, 앞의 책, 96쪽 이하; 성낙인, 앞의 책, 126쪽 이하.

부여할 필요는 없다고 생각된다. 특히 권위주의정권 하에서 제정된 제4공화국헌법과 제5공화국헌법과는 달리 현행헌법은 조국의 민주개혁을 통해 자유민주적 기본질서를 확고히 할 것을 요구하고 있다. 이는 조국의 평화적 통일이라는 명분 하에 민주주의의 기본원리를 파괴했던 권위주의와의 단절을 분명히 하고 있다는 취지로 이해되며 동시에 제헌헌법이 선언한 정상적인 민주주의의 일반원리로 돌아가려는 의지로 파악된다.

우리 헌법이 제시하는 자유민주적 기본질서의 자유는 정치적 자유, 경제적 자유 뿐 아니라 사회적 자유까지 포함하는 것으로 이해해야 한다. 자유와 평등, 자유주의와 민주주의 등이 상호 모순되고 갈등하는 것으로 보았던 적이 있었지만 현대민주주의는 이를 극복하고 있다. 그 배경에는 한편으로는 국민주권을 실현하는 과정에서 민주주의를 치자와 피치자의 동일성이라고 지나치게 이상적으로 이해하여 치자와 피치자의 동일성이 확보되면 독재도 민주주의일 수 있다는 생각이 20세기 전반에 극우와 극좌의 전체주의 지배질서를 가능하게 했던 경험, 즉 민주주의가 이른바 주권적 독재로 변하는 경험으로부터의 반성이 있다. 다른 한편으로는 자유를 19세기의 자유주의처럼 특정 집단에 국한된 경제적·정치적 자유로 국한하여 이해한다면 산업사회의 다원화된 대중민주주의에서 사회적 평화를 유지할 수 없다는 인식이 깔려있다.

자유주의와 민주주의가 서로 만나서 상호 융합하게 되기 위해서는 자유개념의 확대와 민주주의의 현실적 인식이 전제되었던 것을 잊어서는 안 될 것이다. 이렇게 볼 때에 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 구별하는 해석론은 한편으로는 지나치게 문구에 집착하고 있으며 다른 한편으로는 자유주의와 민주주의를 상호 대립하는 것으로 이해했던 시대의 생각에 머물러 있어서 적절하지

않다고 보인다. 현대사회에는 보수주의, 정치적·경제적 자유주의, 사회주의, 생태주의 등 각자의 가치를 추구하는 수많은 정치이념들이 공존하고 있다. 민주적 기본질서는 이들 정치이념들이 자신의 가치만을 절대적인 것으로 맹종하여 다른 가치들을 배제하려 하지 않고 상호 공존하는 것이 소중하다는 가치와 이러한 가치를 보장하는 제도들을 포함하는 것이다.

(3) 헌법재판소의 결정례

1) 민주적 기본질서의 내용

헌법재판소는 “우리 헌법은 자유민주적 기본질서의 보호를 그 최고의 가치로 인정하고 있고, 그 내용은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서를 말한다”고 하면서 그 구체적인 내용으로 “기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등”을 들고 있다.²³⁸⁾

헌법재판소가 헌법상 최고의 가치인 자유민주적 기본질서의 보호가 모든 폭력적이고 자의적인 지배를 배제한다고 하면서 이를 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재와 등치시키는 듯한 표현을 하고 있는 것은 이러한 정의를 내리게 된 사안이 국가보안법 조항의 위헌여부였다는 배경 때문일 것이라는 짐작이 가능하다. 모든 폭력적이고 자의적인 지배의 배제가 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재에만 국한되지 않으며 대한민국 현대헌정사에서 헌법이 보장하는

238) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 헌판집 2, 49, 64.

기본권을 침해하고 자유민주적 기본질서를 유린한 권위주의체제도 포함되고 있음은 논란의 여지가 없을 것이다.

2) 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서

헌법재판소 역시 정당해산의 요건인 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 동일한 선상에서 이해하고 있는 듯하다. 헌법재판소는 “우리 헌법은 정당에 대하여도 민주적 기본질서를 해하지 않는 범위내에서의 정당활동을 보장하고 있다. 즉 헌법 제8조 제2항 및 제4항에 ‘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”라고 하고 있다.²³⁹⁾ 이러한 표현에서 정당해산의 요건에 대한 구체적인 심사기준이 제시되지는 않았지만 적어도 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 같은 의미로 이해하고 있음은 알 수 있다.

3) 독일 연방헌법재판소 결정례와의 비교

우리 헌법재판소가 취하고 있는 자유민주적 기본질서에 대한 입장은 독일 연방헌법재판소가 과거 1950년대에 사회주의제국당과 독일공산당에 대한 해산결정에서 내린 정의와 유사하다. 당시 독일 연방헌법재판소는 “자유민주적 기본질서(freiheitliche demokratische Grundordnung)란 모든 폭력과 자의적 지배를 배제하고 그때그때의

239) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238등.

다수의사에 따른 국민자결과 자유 및 평등에 기초한 법치국가적 통치질서를 말한다. 이 질서의 기본원리로는 최소한 다음의 요소들이 포함되어야 한다 : 기본법에 구체화된 기본적 인권, 무엇보다도 생명과 그 자유로운 발현을 위한 인격권의 존중, 국민주권, 권력의 분립, 정부의 책임성, 행정의 합법성, 사법권의 독립, 복수정당의 원리와 헌법적인 야당의 구성권과 행동권을 가진 모든 정당의 기회균등”이라고 한 바 있다.²⁴⁰⁾

독일과 우리나라의 헌법재판소가 취하는 자유민주적 기본질서에 대한 입장은 유사한 듯 보이지만 자세히 살펴보면 적지 않은 차이를 드러내고 있다. 우리 헌법재판소는 자유민주적 기본질서의 내용에 기본적 인권의 보장과 함께 헌법의 가장 핵심적인 내용인 국민주권을 포함하고 있지 않고 독일 연방헌법재판소는 우리 헌법재판소가 말하고 있는 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서를 언급하고 있지 않다. 헌법재판소가 말하는 “다수의 의사에 의한 국민의 자치”를 국민주권을 표현한 것으로 이해할 수도 있을 것이다. 하지만 헌법 제1조 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고”라고 한 것과 “모든 권력은 국민으로부터 나온다”라고 한 것은 다른 함의를 지니므로 보다 명확하게 국민주권이라고 표현하는 것이 적절하다고 보인다. 민주적 기본질서와 경제질서와의 관계에 대해서는 후술하려 한다.

240) BVerfGE 2, 1, 12f. 이 표현은 구독일형법 제88조 제2항(현재는 제92조 제2항)에서 따온 것으로 알려져 있다.(Streinz, Art.21, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Rn 225).

(4) 민주적 기본질서의 법적 성격: 헌법질서의 최고원리이자 정당 자유의 개별적 헌법유보

민주적 기본질서는 헌법질서에서 최고의 기본원리를 구성한다. 그 내용은 자유로운 토론을 통해 형성되는 다수의사에 의한 지배와 이러한 다수의사의 변화가능성의 보장, 그리고 다수에 의한 지배 속에서 소수의 보호를 핵심으로 하고 이러한 민주적 기본질서의 핵심을 보장할 수 있는 법적·제도적 장치를 확보하는 것이라고 할 것이다. 즉 민주적 기본질서는 민주주의와 법치주의의 가장 핵심적인 부분을 이루는 원리로 이해해야 할 것이다.

민주적 기본질서를 민주주의와 법치주의의 가장 핵심적인 부분을 규정하는 헌법의 최고원리라고 이해한다면 이는 헌법질서의 실정법화된 근본규범으로서 헌법제정권력도 기속한다고 보게 된다. 이는 헌법개정권력의 상위에 존재하므로 이론적으로는 헌법개정의 한계에 속하는 내용도 민주적 기본질서를 해하지 않는다면 개정이 가능하다고 볼 수 있다.²⁴¹⁾

헌법의 최고원리인 민주적 기본질서로부터 일반적인 기본권제한의 사유를 도출할 필요는 없다고 보인다. 우리 헌법은 민주적 기본질서를 헌법의 최고원리로 선언하고 있으며 따라서 이는 모든 법령의 해석기준이 되지만 그렇다고 하여 헌법의 최고원리를 기본권제한의 기준으로 직접 적용할 필요는 없을 것이다. 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 및 헌법해석상 도출되는 기

241) 독일기본법 제79조 제3항은 헌법개정의 한계에 대해 규정하면서 연방주의를 이에 포함하고 있다. 그런데 독일연방헌법재판소는 자유민주적 기본질서의 내용에 연방주의를 포함하지 않고 있다. 따라서 연방주의를 폐지하는 헌법개정은 허용될 수 없지만 이를 폐지하려는 정당은 자유민주적 기본질서에 위배되지 않는 결과가 된다.(D. Grimm, Über den Umgang mit Parteiverboten, C. Leggewie/H. Meier(Hg.), Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben?, Frankfurt a.M., 2002, S. 138~144, S. 141).

본권의 내재적 한계만으로도 기본권의 제한에 모자람이 없다고 보이기 때문이다.

하지만 정당해산의 요건으로서의 민주적 기본질서는 정당의 자유라는 기본권제한의 개별적 헌법유보로서의 성격을 지닌다고 보아야 한다. 정당의 활동은 법률의 제정과 개정의 차원을 넘어서 헌법의 개정 및 제정에 이르기까지 영향력을 행사하기 마련이다. 정당해산과 관련하여 민주적 기본질서를 규정하고 있음은 정당이 지니는 민주헌정에서 행하는 역할의 중요성을 고려하여 정당활동의 자유에 대해서는 개별적인 헌법유보조항을 둔 것으로 보아야 할 것이다.

(5) 민주적 기본질서와 방어적 민주주의

헌법재판소는 정당해산제도의 취지를 정당보호의 측면과 함께 방어적 민주주의의 한 요소로 이해하고 있는 듯하다. 헌법재판소는 “정당의 해산에 관한 … 헌법규정은 민주주의를 파괴하려는 세력으로부터 민주주의를 보호하려는 소위 ‘방어적 민주주의’의 한 요소”²⁴²⁾라고 보고 있다. 그렇다면 방어적 민주주의가 헌법해석상 도출되는 독자적인 헌법원리인가가 문제될 수 있다.

방어적 또는 투쟁적 민주주의론은 독일에서 민주헌정질서가 극우 전체주의에 의해 함락된 경험과 제2차 세계대전 이후 동서냉전을 배경으로 형성된 사상이다. 민주주의의 적으로부터 민주주의를 보호한다는 방어적 민주주의사상은 독일 연방헌법재판소가 나치세력의 부활을 막으면서 동서냉전 상황에 대처해야 하는 1950년대에 채택한 바 있다. 하지만 방어적 민주주의가 정치이데올로기로서의 차원을 넘어 법적으로 무엇을 의미하는가는 분명하지 않다. 어떠한

242) 헌재 1999. 12. 23, 99헌마135.

민주헌정질서도 자신을 파괴하려는 세력에 대해 가치중립적이지 않기 때문이다. 방어적 민주주의론은 절대적 상대주의를 추구하는 무방비적인 민주주의를 전제로 하고 이를 극복하는 사상으로 제시된 것인데 절대적 상대주의가 관념적으로는 가능하지만 헌정의 현실 속에서 존재하지 않는다면 방어적 민주주의론의 전제가 성립하지 않는다는 것이다. 흔히 가치중립적인 상대주의로 인해 나치의 집권을 막지 못했다고 주장되는 바이마르민주주의도 방어적이었음은 물론이다. 민주주의가 자신을 방어하는 것은 의지의 문제일 뿐 아니라 능력의 문제이다. 바이마르공화국에서는 민주주의를 수호하려는 세력이 이를 파괴하려는 세력에 비해 힘이 모자라서 민주주의를 수호하지 못하였다. 민주주의를 수호하려는 세력의 힘이 모자랐던 중요한 원인은 독일사회의 전반적인 분위기가 새로운 민주헌정질서에 미처 적응하지 못한 데에 있었다. 우리의 역사에서도 한국전쟁의 발발과 함께 민주주의가 위기에 봉착한 것이나 1960년과 1980년에 어렵게 마련된 민주주의의 기회가 권위주의세력의 폭력 앞에 스러진 것은 이를 잘 보여주고 있다.

민주주의가 자신을 방어하려는 능력은 민주주의에 대한 합의와 이를 지키려는 능력의 배양에서 나온다. 이러한 전제가 있다면 민주주의를 파괴하려는 세력에 대한 기본권제한으로 충분할 수 있다. 방어적 민주주의론은 오히려 민주주의의 본질을 침해하여 민주주의의 체질을 약화시킬 위험이 있다고 보인다.²⁴³⁾ 방어적 민주주의론의

243) 방어적 민주주의의 위험과 제한적 수용의 필요성에 대해서는 계획열, 앞의 책, 240쪽 이하. 계획열교수는 방어적 민주주의의 어려움으로 방어의 목적을 넘어서는 경우 민주주의가 스스로를 파괴하게 될 위험을 지적하면서 i) 민주주의의 본질을 침해해서는 안 될 것, ii) 헌법상 다른 기본원리의 본질을 침해해서는 안 될 것, iii) 방어적 민주주의에 근거한 기본권의 제한은 엄격한 비례의 원칙에 따라야 할 것을 방어적 민주주의의 한계로 제시하고 있다. 방어적 민주주의를 이러한 전제조건하에서 인정한다면 이는 일반적인 기본권제한과 본질적인 차이가 없다고 보인다.

고향인 독일에서 자유민주적 기본질서가 실현된 것은 소극적 방어에 의해서라기보다는 적극적인 실현에 의해서였음을 유의할 필요가 있다.

어떠한 민주주의도 민주주의를 파괴하려는 사람이나 집단에 대해 무한정으로 상대적일 수 없으며 어떠한 기본권보장도 공동체구성원들의 기본권을 영구적으로 침해하려는 사람과 집단에 대해 무한정으로 기본권을 보장하지 않는다. 이는 정상적인 민주주의에서 지극히 정상적인 것이며 이를 위해서 별도의 이론을 구성할 필요성은 보이지 않는다. 따라서 방어적 민주주의를 헌법상의 독자적인 원리로 인정할 헌법적인 근거나 필요성은 존재하지 않는다.

결국 방어적 민주주의도 민주주의의 일종이기 때문에 민주주의의 중요한 요소로서 형식적 요소인 국민의 자기지배와 실질적 요소인 국민의 자유, 평등의 본질적 내용을 침해하여서는 안된다. 다음으로 방어적 민주주의도 헌법질서의 한 내용이기 때문에 함께 헌법질서를 형성하는 다른 헌법적 이념, 즉 법치주의, 사회국가, 문화국가 및 국제평화주의와 같은 기본원리의 본질을 침해하여서는 안된다. 마지막으로 방어적 민주주의는 민주주의의 한계선상에서 비로소 작동하는 것이므로 엄격한 과잉금지원칙 내지 비례원칙을 준수하는 범위 내에서 행사되어야 한다. 따라서 방어적 민주주의는 민주주의에 대한 위협이 감내할 수 있는 것이거나 무시할 수 있는 정도의 것일 경우에는 민주주의의 원칙인 가치상대주의에 따른 관용의 원칙을 유지하여야 한다.²⁴⁴⁾

244) 계획열, 위의 책, 228쪽, 244쪽.

(6) 민주적 기본질서와 경제질서

헌법재판소는 민주적 기본질서의 내용으로 “사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서”를 포함시키고 있다. 그런데 입법자 뿐 아니라 헌법개정권력자와 헌법제정권력자도 포함하여 기속하는 것으로 해석되는 헌법상 최고원리인 민주적 기본질서의 내용에 경제질서를 포함시키는 것이 현명한 일인가에 대해서는 논란의 여지가 있다고 보인다.

1) 우리헌법상의 경제질서

헌법재판소는 우리헌법의 경제질서와 관련하여 “사유재산제도와 경제활동에 대한 사적자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있는 것”으로 보고 있다.²⁴⁵⁾ 하지만 헌법재판소는 동시에 “그러나 위와 같은 개인주의·자유주의에 바탕을 둔 자본주의도 초창기의 기대, 즉, 모든 사람을 평등한 인격자로 보고 그 자유로운 계약활동과 소유권의 절대성만 보장해주면 개인적으로나 사회적으로 무궁한 발전을 기약할 수 있다는 이상이 노동을 상품으로 팔 수 밖에 없는 도시노동자나 소작민에게는 아무런 의미가 없고, 계약자유와 미명아래 ‘있는 자, 가진 자’로부터 착취당하여 결국에는 빈부의 격차가 현격해지고, 사회계층간의 분화와 대립갈등이 첨예화하는 사태에 이르게 됨에 따라 대폭 수정되기에 이르렀으니”라고 하면서 “이는 헌법이 이미 많은 문제점과 모순을 노정한 자유방임적 시장경제를 지향하지 않고 아울러 전체주의국가의 계획통제경제도 지양하면서 국민 모두가 호혜공영하는 실질적인 사회정의가 보장되는 국가, 환언하면 자본주의적

245) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13.

생산양식이라든가 시장메카니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도·조정, 실업자 구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임있게 시행하는 국가 즉 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 의미하는 것”이라고 하고 있다.²⁴⁶⁾

이렇게 볼 때에 헌법재판소는 우리헌법이 추구하는 경제질서는 “많은 문제점과 모순을 노정한 자유방임적 시장경제”와 “전체주의 국가의 계획통제경제제도”가 아닌 그 사이의 경제질서라고 보고 있는 듯하며 이를 사회적 시장경제질서라고 보는 데에는 이견이 없는 듯하다.

2) 경제질서의 복잡성과 유동성

헌법재판소는 자유민주적 기본질서의 내용으로 “사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서”를 포함시키고 있다. 이러한 경제질서는 보다 구체적으로는 자유방임적 시장경제와 전체주의국가의 계획통제제도도 아닌 사회적 시장경제질서를 의미하고 있다. 이는 또한 헌법이 양 극단적인 경제질서 사이에 존재하는 매우 광범위한 영역에서 입법자에게 재량의 여지를 부여하고 있음을 의미한다. 현대 산업사회의 경제가 지니는 복잡성과 유동성을 감안할 때 이러한 재량권은 당연하고 불가피한 것으로 판단된다. 그렇다면 매우 포괄적이고 따라서 불확정적인 경제질서의 개념을 자유민주적 기본질서에 포함시키는 것의 유의미성을 묻게 된다.

현대 산업사회에서 자유방임적 시장경제나 전체주의적 계획통제경제를 실시하는 것이 현실적으로도 가능하지 않다는 점에 대해서는 더 이상 논란의 여지가 없다. 자본주의냐 사회주의냐의 이분법

246) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13.

적 사고는 현대국가가 해결해야 하는 경제적 과제를 해결하는 데 실질적인 도움이 되지 않는다. 현대국가는 자본과 노동 사이의 이해갈등 뿐 아니라 거대자본과 중소기업, 대기업노동자와 중소기업노동자, 상공업과 농수산업, 취업자와 실업자, 연금납부자와 연금생활자, 사회적 다수자와 여성·장애인 등 소수자, 나아가 국민경제와 글로벌화하는 세계경제 사이에서 존재하는 매우 복잡한 경제적 이해관계를 조정하면서 경제의 안정과 성장이라는 두 마리의 토끼를 함께 잡을 것을 요구받고 있다. 19세기의 자유주의국가나 20세기 전반의 사회복지국가에서와는 달리 국가가 급변하는 현실 속에서 국민경제에 대한 무한책임을 져야 하는 상황에서 입법권과 행정권이 책임을 수행하려면 헌법이 인정하는 광범위한 재량권을 행사할 수밖에 없다. 이러한 현실에도 불구하고 헌법재판소가 헌법의 최고원리인 민주적 기본질서의 내용에 경제질서를 포함시키는 것은 자신의 헌법해석권을 책임질 수 없는 영역으로까지 확대시키고 있다는 우려를 야기할 수 있다.

독일 연방헌법재판소는 초기의 결정에서 헌법의 “경제정책적 중립성”(wirtschaftliche Neutralität des Grundgesetzes)을 선언한 바 있다.²⁴⁷⁾ 이는 고도로 발달한 현대 산업사회에서 경제가 지니는 복잡성과 유동성을 생각하고 또한 사법적 판단인 헌법재판의 본질상

247) 독일연방헌법재판소는 투자보조법에 대한 결정에서 “기본법의 ‘경제정책적 중립성’은 헌법제정자들이 어떤 특정한 경제체제를 명시적으로 결정한 바 없음을 의미한다. 이로써 입법자는 기본법을 존중하는 범위에서 상황에 따라 적절한 경제정책을 수행할 수 있게 된다. 현재의 경제 및 사회질서는 독일기본법에 따르는 제도이지만 이것이 결코 이러한 질서만이 가능하다는 의미는 아니다. 경제 및 사회질서는 입법자가 행하는 경제정책 및 사회정책상의 결정에 근거하며 이는 다른 결정에 의해 대체되거나 폐기될 수 있다. 따라서 투자보조법이 기존의 경제 및 사회질서에 합치하는지의 여부나 경제유도를 위해 사용되는 수단이 시장원리에 합치하는지의 여부는 헌법적 차원에서 의미를 지니지 않는다”(BVerfGE 4, 1, 17f.)라고 하면서 이 법률의 기본권침해 여부에 대한 심사에 국한한 바 있다.

형성적 행위가 제한되어 있음을 감안한 결정이었다고 생각된다. 우리헌법은 독일기본법과는 달리 경제질서에 대해 비교적 상세한 규정을 두고 있으므로 경제조항을 심사기준으로 삼아야 하는 것은 불가피하다. 하지만 이를 민주적 기본질서의 내용에 포함시키는 것은 다른 차원의 문제이며 적지 않은 어려움을 가져오고 있다.

3) 민주적 기본질서와 경제적 기본권

민주적 기본질서에 경제질서를 포함하면 재산권, 직업선택의 자유, 영업의 자유, 계약의 자유 등 경제관련 기본권의 침해여부를 심사함에 있어 민주적 기본질서의 위배여부를 심사해야 할 수밖에 없다. 경제적 기본권은 신체의 자유, 양심의 자유, 표현의 자유 등에 비해 폭넓은 제한이 불가피한 경우가 적지 않고 따라서 입법재량의 여지가 넓게 인정되는 것이 기본 속성인데 보다 두텁게 보장되어야 하는 기본권을 심사함에 있어서는 민주적 기본질서가 논의되지 않음에도 불구하고 경제적 기본권의 심사에서는 이를 기준으로 삼아야 하는 것은 균형이 맞지 않는다. 또한 비례성심사의 결과 경제적 기본권에 대한 지나친 제한으로 판단되어 위헌임을 선언하면서 민주적 기본질서에 위반한다고까지 해야 하는 부담을 지니게 된다.²⁴⁸⁾ 경제적 자유권의 지나친 제한이 바로 민주적 기본질서의 위배로 연결된다면 이는 복잡한 경제적 이해관계를 조정해야 하는 입법과 행정에 대해 커다란 부담이 될 수 있다.

이는 현대 산업사회에서 경제영역이 지니는 유동성으로 인해 이

248) 헌법재판소는 장애인고용의무제도가 자유민주적 기본질서를 위배한 것이 아니라고 하면서 계약의 자유나 경제상의 자유를 제한함에 있어 비례의 원칙을 위반하지 않았음을 들고 있다.(헌재 2003. 7. 23. 2001헌바96) 그렇다면 경제상의 자유를 제한함에 있어 비례의 원칙을 위반한 경우에는 바로 자유민주적 기본질서를 위반한 것으로 된다.

에 적절하게 대처하려면 입법형성의 영역이 폭넓게 인정될 수밖에 없음에도 불구하고 경제질서의 내용을 민주적 기본질서에 포함시킨 무리에서부터 출발한다고 할 것이다. 특히 최근에는 경제영역의 움직임이 국민국가적 경계를 벗어나고 있는 경향이 가속화되고 있다. 경제질서의 실체적인 내용을 헌법의 최고원리인 민주적 기본질서에 포함시키는 것은 헌법재판소가 스스로 담보할 수 없는 내용을 규율하려는 것으로 헌법재판의 한계와 관련하여 숙고할 문제라고 보인다. 이는 국가가 경제정책을 세우고 실행함에 있어 불필요한 족쇄가 되거나 아니면 구두선에 그칠 위험이 크다.

4) 헌법해석권의 자율적 제한

헌법재판은 헌법의 최종적인 해석권을 지님으로써 다른 헌법기관들과는 달리 자신의 권한을 스스로 정하도록 되어 있다. 하지만 동시에 자신의 결정을 스스로 관철할 수 있는 권력을 지니지 않고 수범자의 자발적인 승복에 의존할 수밖에 없다. 헌법재판의 수범자인 국가권력이 헌법재판의 결정에 따르는 중요한 이유는 주권자인 국민의 감시와 비판기능 때문일 것이다. 헌법재판이 자신의 권한을 스스로 정할 수 있음에도 불구하고 때로 자제하게 되는 것은 헌법재판이 위치하고 있는 미묘한 상황에 기인하는 것이다. 헌법재판이 정치적으로 논란이 되는 부분까지 자신의 해석권을 확대하다 보면 정치적인 대상을 결정하는 비정치적인 기관으로서의 지위를 상실할 위험이 커진다. 헌법재판이 적극적으로 행위해야 하는 부분과 스스로 자제해야 하는 부분을 잘 구별하는 것은 헌법재판 스스로의 지위를 유지하는 것뿐 아니라 민주헌정국가를 운용하는 데에도 무척 중요한 문제이므로 해안이 요구되는 부분이라고 할 것이다.

(7) 다원적 정치과정의 보장원리로서의 민주적 기본질서

우리 헌법의 민주적 기본질서는 헌법질서와는 구별되는 개념이다. 민주적 기본질서는 헌법질서의 가장 기본적이고 핵심적인 내용을 보장하는 최고의 원리인 것이다. 그 핵심적인 내용은 다원적 자유와 민주적 기회균등을 중심으로 하는 민주적 의사형성의 개방성과 자율성의 보장에 있다. 경제질서나 사회질서까지 민주적 기본질서에 포함된다고 볼 필요는 없을 것이다. 이렇게 보는 것이 정당해산의 요건을 엄격하고 명확하게 이해하려는 취지에도 합당할 것이다. 민주적 기본질서에 포함되지 않는다고 해서 헌법의 보장대상에서 제외되는 것은 물론 아니다.

5. 위배의 정도

정당해산제도는 헌법을 보장하는 최후수단이지만 오남용의 경우에는 오히려 민주주의에 해악이 될 수도 있으며 현실적으로 효율성이 크지 못할 수도 있음은 앞에서 지적한 바와 같다. 따라서 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배”된 경우라고 하여도 그 위배의 정도를 고려하고 민주적 기본질서에 대한 위협의 정도를 감안할 필요가 있을 것이다.

정당이 조직의 범위와 강도, 당원의 수 및 공적인 활동의 측면에서 볼 때 국민의 정치적 의사의 형성에 미치는 영향이 미미한 경우에 굳이 해산할 필요는 없을 것이다.²⁴⁹⁾ 또한 예를 들어 군주제도를 찬성하는 정당이나 또는 계획경제를 추구하는 정당이라고 하더라도 폭력의 행사가 아닌 합헌적인 수단을 통해 활동하여 민주적 기본질

249) BVerfGE 91, 262, 273; 91, 276, 290.

서에 위해가 없는 경우라면 해산할 수 없는 것이다.²⁵⁰⁾ 정당해산은 헌정질서의 가장 기본적인 부분을 단지 비판하거나 아니면 다른 유형의 기본질서를 대안으로 제시하는 것을 금지하는 것이 아니며 이에 대한 구체적인 위협이 존재할 것을 요구하기 때문이다.²⁵¹⁾

250) 김철수, 앞의 책, 159쪽 이하.

251) Grimm, Über den Umgang mit Parteiverboten, S.141.

IV. 정당해산심판의 절차

1. 정당해산심판절차의 법원(法源)

(1) 정당해산심판절차의 주요 법원(法源)

정당해산심판절차에 적용되는 가장 중요한 법원은 헌법과 헌법재판소법이다. 헌법재판소규칙(헌법 제113조 제2항)도 이 절차의 주요 법원들 중의 하나이다. 그 밖에도 정당법, 등록취소또는해산된정당의잔여재산에대한국고귀속절차에관한규정(제정 1994.6.30 대통령령 제14298호), 위헌정당에 대한 헌법재판소의 해산결정을 집행하는 중앙선거관리위원회의 규칙인 정당사무관리규칙도 법원이 된다. 학설에 따라서는 해산된 정당에 소속된 국회의원 등의 국회의원직 박탈과 관련하여 국회법 제155조 이하의 “윤리심사와 징계”에 관한 장도 법원으로 볼 수 있을 것이다.

그런데 이 법원(法源)들은 현재 정당해산심판절차에 관한 소수의 규율들만 직접 포함하고 있을 뿐이다. 헌법재판소법이 정당해산심판절차에 대하여 직접 규율하고 있지 아니한 사항에 대해서는, 법제40조의 해석상 이 절차의 성질에 반하지 않는 한 “민사소송에 관한 법령의 규정”을 준용하도록 되어 있다.

(2) “준용”의 의미와 민사소송 관련 법령 준용의 입법적 오류

1) 준용의 개념과 의의

원래 준용(entsprechende Anwendung)이라는 입법기술은 어떤 사항에 관한 규정을 그와 유사하나 본질이 다른 사항에 대하여 유추적

용하도록 하는 기술(Verweisungsanalogie; gesetzlich angeordnete Analogie)이다.²⁵²⁾ 즉 준용의 경우에는 다른 법령의 규정을 그 내용을 수정함이 없이 그대로 수용하는 차용(Verweisung)²⁵³⁾과는 달리 “의미에 맞게” 또는 “상당하게” 준용하는 범영역의 법적 문제에 적용할 것이 요구된다. 따라서 준용의 전제는 준용하는 법의 문제와 준용되는 법이 규율하고 있는 문제 사이에 유사성이 존재하여야 한다는 것이다.²⁵⁴⁾ 그리하여 준용하는 법역과 준용되는 법역 사이에 광범위하게 유사한 문제들이 존재하는 경우에는 “포괄적인 준용”이라는 입법기술을 사용하기도 한다.

포괄적인 준용은 새로 형성되는 법분야에서 입법자가 법률을 제정하는 경우에 독자성이 있어 반드시 새롭게 규율되어야 하는 문제들만을 직접 규율하고 나머지 문제들에 대해서는 기존의 다른 법의 규율들을 의미에 맞게 적용하도록 하는 입법기술이다. 포괄적 준용은 한편으로는 입법자의 입법활동에 따르는 부담을 덜어 주고, 다른 한편으로는 법적용자에게 구체적으로 발생한 사태의 본질에 맞게 발생한 법적 문제를 규율하도록 여지를 부여해 줄 수 있다. 이 입법기술은 상세한 법률적 규율에 필요한 경험이 충분히 축적되어 있지 않은 경우에도 많이 사용된다. 이 경우에는 모든 가능한 법적

252) H. Schneider, Gesetzgebung, 2. Aufl., 1991, Rn. 376.

253) 이에 관해서는 T. Klemens, Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften, insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit, AöR 111(1986); Hans Schneider, 앞의 책, Rn 378; 정태호, 헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰, 공법연구 제24집 제2호, 1996, 331쪽 이하; 정태호, “헌법소송법의 독자성” 문제에 관한 고찰, 「법과 국가」 운남서정호교수 정년기념논문집, 1997, 326(329쪽 이하).

254) 헌법재판소의 소수의견도 현재 2001. 6. 28. 2001헌라1, 판례집 13-1, 1218(1229)에서 “여기서 ‘준용’이라 함은 아무런 제한 없이 모든 경우에 준용된다는 것은 아니고, 권한쟁의심판절차의 본질 및 당해 사건의 내용에 비추어 당해 법령을 준용하는 것이 허용되지 않는다고 볼 특별한 사정이 있는 경우에는 그 준용을 배제하는 것이 마땅하다”고 하여 준용을 본고와 같이 이해하고 있다.

문제들을 예견하기 어렵고 또 그렇기 때문에 문제들을 사리에 맞게 규율하는 것이 어렵기 때문이다.

2) 정당해산심판절차와 민사소송 간의 유사성

헌법재판소법의 입법자가 정당해산심판절차에 민사소송 관련 법령을 포괄적으로 준용하도록 하였다면, 입법자는 두 절차 사이에 유사성이 많다고 전제한 것이다. 그렇다면 이와 같은 입법적 전제는 타당한가?

민사소송의 목적은 사인간의 법적 분쟁에서 사인(私人)의 사법적(私法的) 권리를 확정하고 이 확정된 권리를 실현하는 것이다. 이에 비하여 정당해산심판절차의 목적은 정당이라는 조직화된 잠재적인 헌법의 적으로부터 객관적인 헌법을 수호하는 것이다. 이 점에선 정당해산심판절차는 민사소송보다는 국가의 형벌권실현을 통해 객관적 법질서를 유지하는 기능을 수행하는 형사소송에 유사하다.²⁵⁵⁾ 이러한 차이 때문에 두 소송을 지배하는 원리도 다르다. 민사소송에서는 변론주의가 증거조사의 지도원칙이지만, 정당해산심판절차에서는 직권탐지주의가 지도원칙이다(법 제31조 제4항).²⁵⁶⁾ 또 심판 대상 내지 소송물을 당사자가 처분할 수 있는지의 문제와 관련하여

255) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsmann/Bethge/Winter, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1997, § 47 Rn 1 참조.

256) 물론 헌법재판소법은 이에 관하여 뚜렷한 입장을 취하고 있지 않다. 단지 「재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 증거조사를 할 수 있다」(법 제31조 제1항)고 규정하고 있을 따름이다. 가령 절차의 목적이 개인의 이익의 관철에 국한되어 있지 않은 경우, 따라서 객관적 성격을 띠는 경우나 소송당사자의 보호를 위해 사실관계의 해명을 당사자의 손에 맡기는 것이 합리적이지 않으며, 이러한 경우에 직권탐지주의의 채택이 적절하다고 볼 때 헌법소송에서는 이것이 원칙적으로 적용된다고 보아야 한다. 법 제31조 제1항 역시 이러한 입장에서 서서 당사자의 신청이 없어도 헌법재판소가 직권으로 증거를 조사할 수 있다고 규정한 것이라고 본다.

민사소송에서는 당사자처분권주의가 지배한다. 정당해산심판절차에서는 정당해산제도의 본질에 대한 이해의 차이에 따라 당사자처분권주의 적용범위에 대한 견해가 갈린다. 그러나 심판청구권자인 정부에게 소송개시나 종료와 관련한 처분권을 인정하는 견해도 그 근거를 민사소송에서처럼 당사자들의 사적 자치의 보장이 아니라 정부에게 민주질서의 수호를 위한 수단들의 선택의 여지를 인정하려는 것이다. 따라서 이 점에 있어서도 정당해산심판절차와 민사소송의 유사성을 인정하기 어렵다.

이처럼 두 소송 절차 사이에 유사성이 많지 않음에도 헌법재판소법 제40조가 형사소송 관련 법령이 아닌 민사소송 관련 법령을 정당해산심판절차에 준용하도록 한 것은 입법상의 오류라고 보아야 한다. 그 결과 현행법은 무엇보다도 증거확보와 관련하여 커다란 결함을 내포하게 되었다. 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배된다는 정부의 주장을 증명하기 위한 증거자료를 확보하기 위해서는 정당의 주요조직, 당간부나 당원, 추종자들에 대한 강제적인 압수·수색이 필요할 경우가 많을 것이다. 해산대상 정당이 자신에게 불리한 증거자료를 은폐하거나 파괴할 가능성이 높기 때문이다. 그러나 헌법재판소법이나 민사소송 관련 법령 모두 이에 대한 충분한 대책을 갖고 있지 않다.

그러므로 정당해산절차에 민사소송 관련 법령이 아닌 형사소송법을 준용하도록 헌법재판소법 제40조를 개정하여 형사소송법상의 증거확보를 위한 강제수단을 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.²⁵⁷⁾

257) 헌법재판소법이 정당해산심판절차에 민사소송법을 준용하도록 한 것은 아마도 정당을 민법상의 비영리법인에 준하는 것으로 보았기 때문이 아닌가 추측되기도 한다.

(3) 준용의 한계와 헌법재판소의 창조적 형성의 여지

입법자는 포괄적인 준용규정을 통하여 헌법소송법의 규율에 흠결이 발생하는 것을 방지하려고 했다. 즉 헌법재판소법에 의하여 규율되지 아니한 사항은 여타 소송법을 유추적용하도록 함으로써 애초부터 규율의 흠결을 피하려고 했다.

그러나 포괄적 준용규정에도 불구하고 헌법소송에서, 따라서 정당해산심판절차에서도 흠결보충의 문제는 빈번하게 발생할 것이다. 준용되는 법인 민사소송법 자체의 규율의 흠결은 준용하는 헌법소송법의 규율상의 흠결로 이어질 수 있다. 준용하는 법영역의 법적 문제가 준용되는 민사소송의 법적 문제와 표면상 유사함에도 불구하고 헌법소송의 특성상 근본적으로 상이한 규율을 요구하여 후자의 규정을 유추적용할 수 없는 경우도 있다. 가령 정당해산심판청구의 취하가 허용되는지는 심판청구권행사의 법적 성격에 따라 다양한 견해가 형성될 수 있으며, 견해에 따라서는 심판청구의 취하가능성을 원칙적으로 부정할 수도 있을 것이다.²⁵⁸⁾ 또 준용되는 법영역에 준용하는 법영역의 법적 문제에 유추적용할 만한 규정이 아예 없을 수도 있다. 가령 헌법재판소가 정당해산결정을 한 경우 동 정당 소속의 국회의원이나 지방자치단체 의회의 의원의 의원직이나 지방자치단체의 장의 지위가 상실되는지 여부의 문제에 대해서 민사소송 관련 법령에도 유추적용할 만한 규율이 없다.

뿐만 아니라 준용되는 법영역의 규정을 통하여 절차법적 문제를 규율할 수 있어서 본래의 의미의 흠결이 존재한다고 볼 수 없는 경우에도 준용의 경우에는 법형성의 문제가 개입되게 된다. 왜냐하면 준용하는 법의 영역의 문제가 준용되는 법의 규정에 의하여 규율된

258) 이에 대해서는 아래의 청구취하 문제에 대한 설명 참조(IV. 2. (6)).

문제와 표면적으로 같거나 유사해 보이더라도 준용되는 법의 규정이나 일반원칙들을 많은 경우 기계적으로 준용하는 법의 문제에 적용할 수 있는 것은 아니기 때문이다²⁵⁹⁾. 그 이유는 준용되는 법의 규정이 본질적으로 상이한, 준용하는 법영역의 문제에 대하여 적용되어야 하기 때문이다. 즉 준용하는 법과 준용되는 법의 문제들 상호간의 유사성에 대한 평가와 아울러 준용되는 법규정의 구성요건이나 법적 효과를 본질상의 차이에 상응하게 변형하여야 할 필요가 빈발하기 때문이다. 헌법재판의 심판대상의 특성, 심판절차에 관여하는 자의 특성, 심판의 법적·사실적 효과에 따른 특성 등에 비추어 볼 때, 민사소송 관련 법령의 규정을 수정 없이 적용하기 힘든 경우가 적지 않을 것이다.

이처럼 헌법재판소가 흠결된 규율을 보충할 경우에도 헌법재판소는 무제한적 자유를 누리는 것은 아니다. 헌법재판소는 헌법소송법에 존재하는 규율의 흠결보충에 있어서 헌법이나 헌법재판소법에 내포된 지침의 구속을 받는다. 또 동 재판소는 여타 소송법이나 소송법의 일반원칙을 주의 깊게 고려하여야 할 필요가 있다. 이들은 헌법소송법의 해석에 있어서는 물론, 그 흠결확인과 흠결보충 작업의 실마리를 제공하여 주는 경험적 보고이기 때문에 이것에 일단 정향하는 것은 헌법소송법의 해석과 그 흠결의 확인·보충의 작업에 있어서 개입될 수 있는 자의적 요소를 줄여주고 그 작업의 합리성을 제고시켜 줄 것이기 때문이다.

259) 이 문제에 관한 전형적인 예를 우리는 기본권침해행위가 헌법소원청구 이후에 후발적으로 종료된 경우에도 불구하고 헌법문제에 대한 해명의 필요성이란 심판의 이익이 있음을 들어 심판절차를 속행하는 헌법재판소의 확립된 판례에서 찾아 볼 수 있다. 예를 들면 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 92헌마114결정(헌판집 제7권 2집 94 [102-103]과 1995. 7. 21. 선고, 92헌마177·199(병합)(헌판집 제7권 2집 112 [120-121]) 참조.

2. 정당해산심판의 청구

헌법 제8조 제4항 및 헌법재판소법 제55조 이하의 규정으로부터 정당해산심판절차가 제소, 즉 심판청구에 의하여 개시된다는 것을 추론할 수 있다. 정당해산심판절차의 개시에도 신청주의가 적용된다.

(1) 심판청구권자

1) 정부

(가) 정부의 전속적 권한

정부만이 정당의 해산을 제소할 수 있다(헌법 제8조 제4항, 헌법재판소법 제55조). 청구권자에 관한 법적 규율은 법규정의 문구에 비추어 볼 때 완결적 성격을 띤다. 헌법재판소에 정당의 해산을 제소할 수 있는 다른 가능성은 존재하지 않는다.²⁶⁰⁾

(나) “정부”의 의미

여기서 정부라 함은 헌법에 의하여 조직된 통치기구로서의 국가(Staat; government)를 의미하는 것이 아니라, 입법부·사법부와 대등한 지위에 있는 행정부를 의미한다.²⁶¹⁾

정당해산심판청구권자인 정부는 헌법 제4장의 정부인가 아니면 대통령인가? 논증의 방법에 있어서 부분적인 차이가 있으나 여기서의 “정부”는 실질적으로 대통령을 의미한다는 데 견해가 일치되고

260) 그러나 독일연방헌법재판소법 제43조는 「① 연방의회, 연방참사원 또는 연방정부는 정당의 위헌 여부에 대한 재판을 청구(기본법 제21조 제2항)할 수 있다. ② 지방(支邦)정부는 정당의 조직이 지방의 영역에 한정되어 있는 정당만을 상대로 신청할 수 있다」라고 규정하여 연방차원에서는 연방정부 외에 연방의회, 연방참사원도 정당해산을 청구할 수 있게 규정하고 있다.

261) 현재 이에 대한 이설은 없다.

있다.²⁶²⁾ 대통령의 지위에서 대통령의 정당해산제소권의 근거를 찾는 기존의 견해들은 개념법학의 오류를 범하고 있을 뿐 아니라, 대통령의 지위는 헌법이 대통령에게 부여하는 권한들로부터 추론된다는 점에서도 순환론적 논증의 오류를 범하고 있다. 따라서 정당해산의 제소를 국무회의의 필요적 심의사항으로 명시하고 있는 헌법 제89조 제14호 및 국무회의가 심의기관성을 갖는다는 것이 여기서의 정부를 실질적으로 “대통령”으로 해석하는 것을 뒷받침하는 결정적인 근거라고 보아야 한다.

2) 헌법재판소에의 제청

법원의 소송절차에서 정당이 민주적 기본질서에 위반되는지 여부가 선결문제로 제기된 경우에 법률의 위헌제청절차(헌법 제107조 제1항)에 유사한 방식으로 헌법재판소에 정당의 위헌성 확인을 구할 수 있는 길은 존재하지 않는다.²⁶³⁾ 그와 같은 정당을 대상으로 하는 위헌제청은 정당해산절차의 청구권자를 열거적·완결적으로 규율하고 있는 헌법 제8조 제4항 및 헌법재판소법 제55조의 규정에 반한다. 만일 그와 같은 절차가 가능하다면 사실상 누구나 정당이 민주적 기본질서에 위반되는지 여부를 확인하도록 하는 절차의 계기를 부여할 수 있을 것이기 때문이다.

마찬가지로 대통령에 대한 탄핵심판절차를 통해서도 선결문제의

262) 권영성, 앞의 책, 201쪽, 1000쪽, 정부의 수반이 대통령이므로 대통령의 권한; 김철수, 앞의 책, 1198쪽, 대통령의 국가의 존립보장과 헌법수호자의 지위에서 나오는 권한; 허영, 앞의 책, 930쪽, 대통령이 국정의 최고책임자인 동시에 기본권보호기관과 행정부의 수반으로서 가지는 사법에 관한 정책적 권한의 하나; 정종섭, 앞의 책, 421쪽, 정당해산의 제소는 국무회의의 심의사항이라는 헌법 제8조 제4항의 규정.

263) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer/Bethge/Winter, Bundesverfassungsgesetz, 3. Aufl., 1997, § 43 Rn 2 참조

대한 판단의 형식으로 정당이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부를 판단할 수는 없다.²⁶⁴⁾ 만일 이것이 가능하다면 국회도 사실상 정당해산심판을 청구할 수 있는 기관이 될 것이기 때문이다.

3) 정당 자신의 해산심판청구

정당도 자기 자신에 대하여 정당해산절차를 청구할 수 없다. 정부의 해산심판청구에 대한 반소의 형식으로 제기되는 합헌성확인청구도 허용되지 않는다.²⁶⁵⁾ 가령 정부가 반민주적 정당으로 비판하고 있는 정당의 경우 자신이 민주적 기본질서에 위배되지 않는 정당임을 확인받을 정당한 이익이 있다. 그러나 자신이 위헌정당이 아니라는 것을 헌법재판소를 통해서 확인받으려는 목적으로도 정당해산심판을 청구할 수 없다. 청구권이 없기 때문이다. 헌법 제8조 제4항의 “정부는 … 그 해산을 제소할 수 있고”라는 문구나 법 제55조의 문구로부터도 심판청구가 정당을 대상으로 하며, 정당이 심판청구의 주체가 될 수 없다는 것을 확인할 수 있다.

(2) 청구의 내용

정당해산심판절차에서 청구권자는 민주적 기본질서에 위반되는 정당의 “해산”을 청구할 수 있다. 반면, 정당의 합헌성 확인을 구하는 청구나 정당해산결정의 취소를 구하는 청구나 금지된 정당의 복권을 구하는 청구는 허용되지 않는다.²⁶⁶⁾

264) 정종섭, 앞의 책, 424쪽 참조.

265) W. Henke, in: Bonner Kommentar, Stand 1991, Art. 21 Rn 359.

266) 이 문제에 관해서는 V. 3. (2) 3) 정당의 복권 부분 참조. 한편 독일 좌파 진영에서 공산당금지판결에 대한 비판과 반대의 일환으로 정당해산결정의 취소나 해산된 정당의 복권을 주장하는 이들이 있었으나 많은 지지를 받지 못했다. 이에 대해서는 W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, 2.

정부가 정당에 대한 해산심판청구 이외에 그 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부를 확인하여 줄 것을 청구할 수 있는가? 국내에서 현재 이 문제와 관련한 논의가 전개된 바는 없는 것으로 보이나, 독일의 논의를 감안해 볼 때 이에 대하여 긍정설과 부정설이 있을 수 있다고 본다.

1) 긍정설

헌법재판소의 정당해산결정에 내포된 정당의 위헌성 확인의 효과가 정당의 위헌사유가 발생했던 시점까지 소급한다는 전제하에 정당에 대한 해산심판청구와 별도로 위헌확인청구를 별도로 제기할 수 있다는 주장이 있을 수 있다.²⁶⁷⁾

2) 부정설

헌법 제8조 제4항 및 헌법재판소법 제55조의 규정이 청구의 내용으로 정당해산결정만을 명시하고 있다는 점, 정당에 대한 ‘해산’결정은 물론 해산결정의 논리적 전제인 정당의 위헌성확인도 소급효를 갖지 않으며 즉시효 내지 장래효만을 가지므로 정당의 위헌성확인청구는 무의미하다는 점 등을 근거로 정당해산심판청구 이외에 정당의 위헌성확인청구를 하는 것은 허용되지 않는다는 입장이다.²⁶⁸⁾

Aufl., 1972, S. 259ff.

267) W. Geiger, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, S. 161 참조.

268) Maunz/Schmit-Bleibtreu, BVerfGG, § 43, Rn. 3 참조. 독일에서는 BVerfGE 12, 296ff. 이후 연방헌법재판소가 정당의 위헌성을 선언하기 전까지는 그 정당은 합헌적인 것으로 간주된다는 것이 통설의 입장이다.

3) 평가

부정설이 타당하다. 독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제43조 제1항(연방의회, 연방참사원 또는 연방정부는 정당의 위헌여부에 대한 재판을 청구(기본법 제21조 제2항)할 수 있다), 제46조 제1항(청구가 이유 있는 것으로 밝혀진 경우에는 연방헌법재판소는 정당이 위헌임을 확인한다), 제2항(이 확인에는 정당 또는 정당의 독립한 부분의 해산 및 그 대체조직의 결성금지를 부가하여야 한다) 등과 같이 관련 법규정들의 문구가 해산심판청구와 아울러 위헌확인청구를 하는 것도 가능하다는 견해를 뒷받침한다고 해석할 수 있는 여지가 있다. 그러나 현행 헌법이나 헌법재판소법에는 그와 같은 명문의 규정이 전혀 없다. 오히려 헌법재판소법 제55조(“정당해산심판을 청구할 수 있다”), 제59조(“정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는”) 등의 규정은 해산심판청구만이 가능하다는 견해를 뒷받침하고 있다.

(3) 심판청구에 관한 정부의 재량

정부가 특정 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배된다고 확신하는 경우 헌법재판소법 제55조의 정당해산심판청구를 하여야 할 의무가 존재하는가 아니면 정부의 정치적 재량에 맡겨져 있는가? 이 문제와 관련하여 현재 기속행위설, 자유재량행위설, 기속재량행위설이 대립하고 있다.

1) 기속행위설

헌법 제8조 제4항 및 헌법재판소법 제55조의 문언에도 불구하고 정당해산제도는 헌법보호수단이기 때문에 정부는 정당의 목적이나

활동이 민주적 기본질서에 위배된다고 볼 경우에는 해산심판청구를 해야 한다고 본다.²⁶⁹⁾ 정부가 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다는 것을 확신하는 경우만이 아니라 확신의 정도에 이르지 못하는 못하더라도 그와 같은 의심이 드는 경우에도 해산심판청구를 해야 한다고 본다.

국가기관은 어떤 경우에도 헌법을 수호할 의무를 지므로 헌법의 근본질서인 민주적 기본질서를 부정하는 헌법 적대적인 정당에 대한 해산심판을 청구하는 것은 방어적 민주주의를 선택한 헌법에 의하여 부과된 헌법적 의무이지 심판청구기관의 재량사항이 될 수 없다고 본다. 더구나 정당에 대하여 국고보조금을 지급하는 경우에 헌법 적대적인 정당에 대해 해산심판을 청구하지 않는 것은 국민의 세금으로 헌법을 부정하는 헌법의 적을 키우는 것이 된다고 한다. 헌법재판소의 정당해산심판에 의하여 정당의 해산여부가 결정되므로 정부가 해산심판청구를 한다고 해서 정당활동이 침해되지 않고 또 정당해산심판청구를 기속행위로 볼 경우 법적 요건이 충족되는 경우에만, 따라서 엄밀한 증거가 존재하는 경우에만 해산심판을 청구할 수 있기 때문에, 정당해산절차의 남용의 우려는 근거가 없다고 한다. 오히려 정당해산절차의 남용의 가능성이 줄어들어 정당의 활동이 보다 철저히 보호될 수 있다고 한다.²⁷⁰⁾

269) 독일에서 이러한 견해를 주장하는 이로는 Seifert, DÖV 1961, S. 85; Hamann-Lenz, Das Grundgesetz, 3. Aufl., 1970, S. 364.

270) 기속행위설의 논거는 정중섭, 앞의 책, 421~422쪽 참조. 독일에서는 그밖에도 기본법 제21조 제2항의 구성요건을 실현하는 정당은 그 자체 위헌성을 띠는 것처럼 표현하고 있는, 따라서 헌법재판소의 정당해산결정이 확인적·선언적 효력을 갖는 것처럼 표현하고 있는 동 조항의 범문이 이 설의 논거로 제시되고 있다. 이에 대해서는 Seifert, DÖV 1961, S. 85.

2) 자유재량행위설(정치적 재량설)

정부의 정당해산심판청구권의 행사는 정부의 정치적 재량에 맡겨져 있다고 보는 설이다. 헌법 제8조 제4항의 “그 해산을 제소할 수 있고”와 헌법재판소법 제55조의 “정당해산심판을 청구할 수 있다”는 법문을 재량권 부여의 법적 근거로 제시하면서 정당해산심판의 청구여부나 청구의 시기는 정부의 재량에 맡겨져 있다고 한다.²⁷¹⁾

독일연방헌법재판소 역시 해산심판청구를 할 것인지는 심판청구권자의 정치적 재량에 맡겨져 있다고 본다. 즉 심판청구권자가 정치적으로 책임을 지는 의무에 합당한 재량(pflichtgemäßes Ermessen)에 맡겨져 있다고 한다.²⁷²⁾ 심판청구권자는 해산심판청구를 할 것인지 아니면 자신이 위헌성을 띤다고 보는 정당에 대한 대응을 법적인 방식이 아닌 정치적 방식으로 할 것인지를 재량껏 검토하여 선택할 수 있다는 것이다. 독일연방공화국이 자신을 투쟁적 민주체제로 이해하고 또 헌법 때문에 그렇게 이해하여야 하는 것과는 별개로 독일연방공화국은 헌법의 기본가치의 테두리 안에서 그리고 헌법의 기본가치를 통해서 모든 정치적 견해와 세력의 자유롭고 자발적인 통합을 지향하고 있다는 것이다. 그러므로 해산청구권을 부여받은 기관이 해산청구를 하는 대신 먼저 헌법적대적인 것으로 생각하는 정당에 대하여 정치적 공론의 장에서 전개되는 논쟁을 통해서 대처하고 또 이를 통해서 해산심판청구를 불필요하게 만드는 시도를 하는 것은 헌법적으로 정당한 것이라고 한다. 심판청구권이 있는 기관은 이와 같은 방법을 통해서도 자유민주적 기본질서를 유지하고 방어하여야 하는 자신의 과제를 이행할 수 있다는 것

271) 허영, 앞의 책, 814~815쪽 - “정치적 재량”; 김철수, 앞의 책, 180쪽 - “자유재량사항”.

272) BVerfGE 5, 85, 113; 12, 296, 305; 13, 123, 126; 17, 155, 166; 40, 287, 291 참조.

이다.²⁷³⁾

그러므로 독일 학계의 다수설도²⁷⁴⁾ 판례의 입장을 수용하고 있다. 그에 따라 심판청구권자가 어떤 정당을 위헌으로 판단하더라도 어떤 경우에도 정당해산심판청구를 하여야 할 법적 의무는 존재하지 않는다고 보게 된다.

3) 기속재량행위설

정당해산심판청구권의 행사는 기본적으로 정부의 재량에 속하지만, 정당해산심판제도가 가지는 헌법보호의 기능에 비추어 볼 때, 헌법을 보호하기 위해서는 위헌정당을 방치하는 것이 위험하다고 객관적으로 판단되는 경우에는 재량의 여지는 소멸되고 정부에게는 해당 정당에 대한 해산심판을 헌법재판소에 청구하여야 하는 법적 의무가 발생한다고 보는 입장이다. 이 설에 의하면 해산심판청구권의 행사가 기본적으로는 정부의 재량에 속하기 때문에 위헌정당에 대한 대처방법을 정치적 논쟁에 맡겨둘 여지는 충분하고, 예외적으로 헌법보호에 긴요한 경우에만 청구의무를 인정하기 때문에 헌법 수호에도 충실한 것이라고 주장한다.²⁷⁵⁾

273) BVerfGE 287, 291~292.

274) Th. Kunnig, Parteien, in: HStR II, 2. Aufl., 1998, § 33 Rn 43. 같은 입장으로는 Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 43 Rn 6; H. Lechner, BVerfGG, S. 261; Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, 1968, § 43 Rn 2; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, § 4 Rn 8; Lechner/Zuck, BVerfGG, 4. Aufl., § 43 Rn 1; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 4. Aufl., 1997, Rn 330; G.F.Schuppert, in: Mitarbeiterkommentar zum BVerfGG, 1992, § 43 Rn. 5; W. Henke, aaO, Art. 21 Rn 359; ders., Das Recht der politischen Parteien, 2. Aufl., 1972, S. 258f.

275) 정종섭, 앞의 책, 423~425쪽. 권영성, 앞의 책, 201쪽의 입장은 불분명하다. 그는 특정 정당에 대한 위헌여부의 제1차적 판단은 정부의 '권한이고 의무'라고만 서술하고 있기 때문이다. 해산심판청구권의 행사가 기속행위라는 것인지, 아니면 기속재량행위라는 것인지는 명확하지 않다.

독일에서도 유사한 견해가 주장되고 있다. 심판청구권을 갖는 정치기관들(연방정부, 연방참사원, 연방의회, 주정부)에게 폭넓은 정치적 재량의 여지가 주어지지만, 재량의 여지에 한계가 없는 것은 아니라는 것이다. 특정 정당이 위헌성을 떠나는 것을 진지하게 의심하기 어렵고 또 이 정당이 의미 있는 정치집단으로 성장하는 것을 정치적 대응을 통해서 예방하고 또 이 정당으로 인한 정치적 위험을 방지하려는 노력이 충분한 성공을 거두지 못했다면, 해산청구권 있는 정치기관들의 재량은 영(零)으로 축소되고 해산심판청구를 하여야 한다는 것이다.²⁷⁶⁾

4) 평가

이와 같이 학설이 분화하는 배경에는 정당해산제도가 헌법질서에 대해 수행하는 기능과 위상에 대한 이해의 차이가 있다.²⁷⁷⁾ 정당해산제도를 정치과정에 대한 국가개입의 최후수단으로 본다면, 정당해산제도의 적용영역을 가급적 축소하려는 경향을 보인다. 반면, 정당해산제도를 헌법의 효과적인 보호를 위하여 포기할 수 없는 수단으로 보는 이들은 이 제도를 가급적 조기에 광범위하게 활용하는 것을 지지한다. 전자의 입장에서는 정당해산제도는 매우 좁게 해석되어야 하는 예외규정이며 정당해산제도를 헌법에 수용한 것이 진정한 지혜의 산물인지에 대해서 의문을 품는다.²⁷⁸⁾ 그와 같이 정당해산제도를 이해한다면, 심판청구권행사 역시 청구인의 자유재량행

276) Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2004, Rn 709; H.H.Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21, Rn 546f. 자유재량설에 대하여 비판적인 입장으로는 K. Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1984, S. 140f. 및 그 곳에 인용된 문헌; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1984, S. 207 각주 186.

277) G. Schuppert, Vor §§ 43ff. Rn 1, 2.

278) E. Stein, Staatsrecht, 15. Aufl., § 40 IV 3.

위로 보게 된다. 후자의 입장에서는 “효과적인 헌법보호”라는 명령을 원용하면서 정당해산의 효과를 확대하는 해석을 지지한다.²⁷⁹⁾ 이처럼 정당해산제도를 이해한다면 심판청구권행사는 기속행위나 기속재량행위로 이해하려고 할 것이다.

헌법 제8조 제4항과 헌법재판소법 제55조의 명문의 규정, 정당해산심판제도가 갖고 있는 내재적인 한계와 부작용, ‘헌법보호’라는 목표를 달성하는 방법의 다양성을 감안해 볼 때 기속행위설은 취하기 어렵다고 본다. 정부에게 심판청구권행사와 관련한 재량권을 부여하는 나머지 두 설 중 정부의 해산심판청구권행사에 한계를 설정하는 기속재량설은 일견 설득력이 있는 것처럼 보인다. 그러나 “헌법을 보호하기 위해서는 위헌정당을 방치하는 것이 위험하다고 객관적으로 판단되는 경우”라는 기준을 따른다고 하더라도 언제 이와 같은 상황적 요건이 충족되어 정부에게 주어진 재량의 여지가 영으로 축소되는지가 불분명하다. 그러한 상황의 도래 여부를 판단함에 있어서 후술하는 복합적 요인들을 평가하고 형량하여야 하기 때문이다. 과연 그와 같은 판단을 사법작용을 행하는 헌법재판소가 행하는 것이 권력분립의 관점에서 볼 때 합당한 것인지도 의문이다.

정부에게 심판청구와 관련한 정치적 재량이 주어져야 하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 정당해산제도는 민주적 기본질서를 지키는 다양한 수단들 중의 하나에 불과하며, 따라서 이 제도에 의거하여 민주적 기본질서를 지킬 것인지, 아니면 다른 수단을 우선적으로 활용할 것인지는 다분히 정치적 상황에 대한 평가에 달려 있다. 정당해산제도와 같은 법적 수단이 아니라, 국민의 민주역량을 신뢰하는 가운데 위

279) 특히 K. Stern, Verfahrensrechtliche Probleme der Grundrechtsverwirkung und des Parteiverbots, in: Ch. Starck (Hrsg.), BVerfG und GG, FG BVerfG 1976, Bd. 1, S. 195 (220).

헌정당에 대하여 정치적인 방식으로 대처할 수 있는 여지가 정부에게 주어져야 한다.

정당해산제도는 국민의 민주역량에 대한 불신의 소산이다. 독일은 민주주의의 역사가 일천한 가운데 나찌와 같은 전체주의정당이 민주주의의 틀을 이용하여 집권한 후 민주주의를 부정하고 저지른 폐해를 뼈저리게 경험한 뒤에 이 제도를 도입하였다.²⁸⁰⁾ 우리도 민주적 경험이 박약한 토대 위에서 그리고 북한이라는 전체주의체제와의 대립을 의식하는 가운데 이 제도를 도입하였다. 그러나 민주적인 정치문화와 국민의식의 성장과 더불어 유권자들이 민주적인 방식으로, 즉 선거를 통해서 헌법 적대적인 정당이 현실에 뿌리내리지 못하도록 할 것이라는 자신감이 형성되고 있다.²⁸¹⁾ 따라서 헌법이 일정한 요건이 충족되면 정당을 해산시킬 수 있는 규정을 포함하고 있다는 사실이, 이 규정을 히스테릭하게 적용하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 헌법 제8조 제4항은 유권자들이 헌법적대적 정당을 외면하게 함으로써 민주적인 방식으로 헌법적대적인 정당을 도태시키는 길을 택하는 것을 막지 않는다. 민주적 정부는 국민의 민주의식이 헌법적대적 정당이 발붙이지 못하게 할 것이라는 신뢰 속에서 헌법적대적인 정당도 계속 활동할 수 있도록 할 수 있는 가능성을 갖고 있어야 한다.²⁸²⁾ 민주적 기본질서를 지키는 이상

280) BVerfGE 5, 85, 138f.

281) 서독이 1950년대 초 직면한 냉전체제와 전후복구의 경제적 어려움은 체제수호에 대한 불안감을 증폭시켰고, 이 때문에 2차례에 걸친 정당해산심판청구가 제기되고, 이를 통해 극좌정당인 공산당과 극우정당인 사회주의국가당이 강제로 해산된 바 있다. 그러나 그 후 서독에서는 해산요건을 충족시키는 헌법적대적 정당들이 활동하였음에도 이 정당들에 대하여 해산제소를 하지 아니하였다(Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn 1054ff.). 그 배경에는 눈부신 경제적 성장 속에서 서독의 체제유지에 대한 자신감이 커지고 또 서독의 민주질서를 정치적인 방식으로 수호할 수 있을 만큼 국민의 민주역량이 커지면서 형성된 자신감이 작용하고 있다(W. Henke, in: BK, Art. 21 Rn. 349 참조).

적인 방식은 자유로운 사상의 시장에서 전개되는 다양한 정치세력 간의 경쟁을 통해서 자연스럽게 반민주적 세력이 도태되도록 하는 것이다. 이것이 극좌나 극우 계열의 헌법적대적 정당이 수행할 수 있는 기존 정치세력에 대한 자극과 문제제기라는 순기능을 유지하고 또 정치적 자유와 국가의 민주적 정당성을 희생시키지 않는 가운데²⁸³⁾ 헌법적대적 정당으로부터 헌법질서를 수호하는 최선의 길이다. 헌법의 기본질서를 공격하려는 세력에 대하여 의연하게 대처하는 것이 자유민주적 기본질서의 표지들 중의 하나이며 또 이 질서의 보호에 기여한다.²⁸⁴⁾ 그러므로 헌법적대적 정당에 대한 정치적 투쟁의 길이 성공할 수 있는 가능성이 존재하는 경우까지 정부에게 정당해산심판청구라는 법적 수단을 집어들 것을 강요하는 것은 합리적이지 않다.

둘째, 헌법적대적 정당의 강제해산이 헌법보호를 오히려 어렵게 할 수도 있는 가능성이 있다는 것이다. 정당해산을 통해서 헌법적대적 정당을 해산시킬 수는 있지만, 그 추종세력들을 완전히 제거할 수는 없다. 헌법적대적 정당의 추종자들은 그 정당이 해산될 경우 지하에서 암약할 가능성이 높으며, 그 경우 국가정보원을 비롯한 헌법 내지 국가보호 임무를 수행하는 행정기관들이 이들을 효과적으로 파악하고 적절히 대처·관리하기 어려워질 수도 있다. 그러

282) 이에 대해서는 E. Brunner, Die Problematik der verfassungsrechtlichen Behandlung extremistischer Parteien in den westeuropäischen Verfassungsstaaten, 1965, S. 190f. 참조

283) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn 601은 정당해산제도는 헌법보호수단으로서 민주질서를 어느 정도 보호할 수 있으나 민주적 정당성을 얻거나 강화하지는 못하고, 자유민주주의를 정당해산심판을 통해서 보호하려고 할 때 정치적 자유의 제한이라는 대가를 치러야 하며, 기존정당들이 신생정치세력과 접하고 대결할 기회를 박탈함으로써 정치생활의 활력이 사라지게 할 위험이 있다는 점을 지적하고 있다.

284) Ph. Kunig, Parteien, in: HStR II, 2. Aufl., 1998, § 33 Rn 43.

므로 어떤 정당이 헌법적대성을 보일지라도 헌법질서에 대한 위협의 정도가 낮은 경우에는 그 정당을 해산시키지 않고 관찰하는 것이 보다 합리성을 띠는 경우도 있을 수 있을 것이다.

셋째, 정부에게 통일정책이나 외교정책의 차원에서 위헌정당의 해산의 이익과 그 정당의 계속적 존재의 이익 등을 형량하여 해산심판청구 여부를 결정할 수 있는 여지가 주어질 필요가 있다. 헌법은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책의 추진을 명령하고 있지만(헌법 제4조), 이것이 반민주적 정당을 절대적으로 배제하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 정부는 통일 후의 정당구도와 관련하여 어느 정도 유연성을 보이는 것이 평화통일의 환경조성에 유리하며 공산주의이념을 추구하는 헌법적대적 정당을 해산시키는 것이 통일분위기조성에 부정적인 영향을 미친다고 판단할 수도 있다.²⁸⁵⁾ 또 - 많은 현실 사회주의국가들의 체제붕괴로 의미가 많이 상실되기는 하였으나 - 사회주의권 국가들과의 외교관계를 강화하기 위한 전략의 관점에서 헌법적대적 정당을 존치시킬 필요가 있다고 판단할 수도 있다. 이 경우 헌법적대적 정당이 헌법질서에 대한 현실적인 위협을 주지 못한다면, 굳이 정부에게 심판청구를 강제하여야 할 합리적 근거가 없다.

한편, 기속재량행위설을 주장하는 이들은 권한쟁의, 탄핵제도 등을 통한 해산심판청구권 행사의 통제가능성을 들어 해산심판청구권의 행사가 일정한 경우 법적 의무의 성격을 띠 수 있다고 주장한다. 가령 국회의 원내교섭단체가, 정부가 특정 정당에 대한 해산심판청구를 하였을 경우 그 당 소속 국회의원들이 의원자격을 상실하

285) 이 문제와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 공산당(KPD) 금지판결에서 통일의 요청과 헌법보호의 요청 중 어떤 요청에 따를 것인지는 원칙적으로 당시 동 정당을 제소한 연방정부의 정치적 재량에 맡겨져 있다고 보았다. BVerfGE 5, 85, 129 f. 참조.

고, 이 경우 원내의 다수관계가 자신들에게 유리하게 변했을 것임에도 불구하고 정부가 그 정당에 대한 해산심판청구를 하지 않아 자신들의 권한이 침해되었음을 이유로 정부를 상대로 권한쟁의청구를 할 수 있다는 것이다.²⁸⁶⁾ 또한 특정 정당이 위헌적인 정당임에도 해산심판청구가 제기되지 않아 선거에 참여할 수 있게 됨으로써 정치적 경쟁에 있어서의 균등한 기회(헌법 제11조 제1항)를 침해받았음을 이유로 정당이 헌법소원을 청구하는 가능성(대통령의 행위에 대한 부작위 위헌확인소원)도 있을 수 있다. 또한 대통령이 고의 또는 과실로 위헌정당에 대한 정당해산심판을 청구하여야 하는 의무의 이행을 해태하여 직무수행에 있어서 헌법에 위배되었음을 이유로 탄핵소추를 발의·의결할 수 있다는 것이다.²⁸⁷⁾

그렇지만 기속재량설에 의하더라도, 정당해산심판 청구권의 행사에 있어서 상술한 바와 같이 여러 가지 정책적 사항들을 복합적으로 고려하여야 하는 정부에게 광범위한 재량의 여지가 인정될 수밖에 없는 한, 개별사건에서 정부의 구체적 작위의무의 발생을 논증하기 어렵다. 따라서 위와 같은 청구들의 적법성이 인정되거나 본안에서의 승소할 수 있는 가능성이 있을지 의문이다. 탄핵가능성의 위하를 통한 정당해산심판청구의 강제도 예외적인 상황에서나 가능하고 통상적인 상황에서는 기대하기 어렵다. 대통령에 대한 탄핵심판절차는 탄핵소추의결을 위해서는 재적의원 2/3이상의 찬성이 있어야 하고, 또 탄핵발의나 의결이 법적 판단의 문제만이 아니고 다분히 정치적 성격을 띠기 때문이다. 따라서 대통령에 대한 탄핵가능성을 이유로 정당해산심판청구권 행사를 기속재량행위라고 주장하는 것은 설득력이 떨어진다. 그러므로 헌법재판소가 관장하는 일

286) Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2004, Rn 710; H.H.Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21, Rn 546 각주 156 참조.

287) 정종섭, 앞의 책, 424~425쪽 참조.

부 심판절차들을 통해서 정부의 심판청구권 행사를 강요할 수 있는 가능성은 사실상 존재하지 않는다²⁸⁸⁾고 보는 것이 현실적인 판단이며, 따라서 기속재량설을 따를 수 없다.

요컨대, 위헌성을 떠는 것으로 주장되고 있는 정당에 대하여 정당해산심판청구를 할 것인지 여부에 대한 결정은 심판청구권자인 정부의 검증할 수 없는 형량(unüberprüfbare Abwägung)²⁸⁹⁾에 기반을 두고 있으며, 정부는 그 결정에 대하여 법적 책임이 아닌 정치적 책임을 진다고 보는 것이 논리적이다. 그렇다면, ‘하자 없는 재량행사’ 통제권, ‘재량권의 영(零)으로의 축소’처럼 자유재량행위에 대해서까지도 사법적 통제를 가하고자 하는 행정법학의 이론 때문에 빚어질 수 있는 오해를 피하려면, ‘자유재량행위’라는 용어보다는 ‘정치적 재량’이라는 용어를 사용하는 것이 좋을 것이다.

(4) 정당해산심판청구의 절차와 형식

1) 국무회의의 심의

정부가 정당해산심판을 헌법재판소에 청구하려면 사전에 국무회의의 심의를 거쳐야 한다(헌법 제89조 제14호, 헌법재판소법 제55조). 이는 필요적 심의사항이다. 국무회의에서 정당해산심판청구를 뒷받침하는 기본적 사실관계에 대한 심의가 이루어진 경우에는 심판절차의 진행과정에서 청구를 뒷받침하는 새로운 사실을 추가적으로 제시하기 위하여 다시 국무회의의 심의를 거칠 필요는 없다.

따라서 국무회의의 심의의결서가 첨부되지 아니한 정당해산심판청구는 부적법하다. 다만, 그와 같은 청구는 국무회의의 심의를 통한 보정이 가능하다고 보아야 할 것이다. 따라서 재판장은 청구인

288) Lechner/Zuck, aaO, § 43 Rn 2 참조.

289) Ph. Kunig, Parteien, in: HStR II, 2. Aufl., 1998, § 33 Rn 43.

인 정부에 대하여 상당한 기간을 정하여 절차의 흠결을 보정할 것을 요구할 수 있다(동법 제28조).

정부가 헌법재판소에 정당해산심판을 청구하는 경우에는 헌법재판소법 제25조 제1항의 규정에 따라 법무부장관이 이를 대표한다.

2) 서면주의

정당해산심판의 청구에도 서면주의가 적용된다(동법 제26조 제1항). 따라서 구두에 의한 심판청구는 청구로서의 효력이 없다.

심판청구서에는 필요적 기재사항으로 해산을 요구하는 정당과 청구의 이유가 기재되어야 한다(동법 제56조). 청구의 취지가 필요적 기재사항에서 빠져 있으나, 이를 기재하여야 함은 헌법재판의 법리상 의문의 여지가 없다.²⁹⁰⁾

청구이유의 실시는 청구취지의 당부, 즉 피청구 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지에 대한 어느 정도의 합리적 판단을 가능하게 할 정도로 실체적인 내용을 가지고 있어야 한다. 그러므로 청구이유로부터 사실관계를 파악해 낼 수 있어야 한다. 만일 이것이 불가능한 경우에는 보정명령을 통해(동법 제28조 제1항) 청구인이 이를 보완하도록 해야 할 것이다. 위와 같은 청구이유에 의거하여 피청구인 정당이 민주적 기본질서에 위배될 수 있는 가능성을 전혀 확인할 수 없다면, 심판청구를 부적법한 것으로 각하하여야 한다고 본다.

3) 청구기간

청구사유가 존재하는 한 언제든지 심판청구가 가능하다. 정당해

290) 정종섭, 앞의 책, 428쪽.

산심판절차에는 청구기간의 제도가 존재하지 않는다.

과거의 위헌적 활동은 원칙적으로 청구사유가 될 수 없다. 다만, 과거의 위헌적 활동은 현재 그 정당의 목적과 활동이 위헌성을 띠는지 여부를 판단함에 있어서 참고자료가 될 수는 있다.

(5) 정당해산심판청구의 효과

정당해산심판청구가 헌법재판소에 접수되면, 헌법재판소는 사건을 심리하고 심판할 수 있는 권한이 발생함과 동시에 사건을 심판할 의무를 지게 된다. 심판청구를 통해서 사건이 헌법재판소에 법적으로 계속된다. 사건 계속의 효과는 심판청구서가 피청구인 정당에게 송달되었는지 여부와는 무관하게 발생한다.

그러므로 헌법재판소는 정당해산심판절차를 정치적 합목적성을 이유로 중단시킬 수 없다.²⁹¹⁾ 헌법재판소는 순수한 법적인 관점에서 사건을 심리하고 재판하여야 한다. 정부가 자신을 공격하는 야당을 탄압하기 위하여 정당해산심판을 청구함으로써 정당해산심판청구권을 남용한 것으로 드러난 경우에도, 헌법재판소는 그 심판청구를 부적법한 것으로 각하해서는 안 되며, 사건에 대한 심리를 진행하여 그 심판청구가 이유 없다는 것을 확인하여야 한다.²⁹²⁾

동일한 심판대상에 관한 후소는 중복제소가 되어 부적법하게 된다.

(6) 청구의 취하

정부는 정당해산심판청구를 취하할 수 있는가? 헌법재판소는 공익을 이유로 청구취하의 효력을 제한할 수 있는가? 이들 문제에 대

291) Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 43 Rn 6 참조. 또한 정종섭, 앞의 책, 439~440 쪽도 참조.

292) Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 43 Rn 7 참조.

한 해결에 대해서도 법적 성격에 관한 학설에 따라 취하가능성에 대한 입장이 달라질 수 있다. 그 밖에도 정당해산심판절차에 민사소송 관련 법령을 준용하도록 하는 헌법재판소법 제40조의 규정상 정부의 청구의 취하에 피청구인인 정당의 동의가 필요한지 여부를 검토할 필요가 있다. 끝으로 심판청구를 취하할 경우에 정부는 다시 국무회의의 심의절차를 거쳐야 하는가의 문제를 해명할 필요가 있다.

이와 같은 문제에 대한 논란의 가능성과는 별도로 청구취하의 형식과 절차, 시기 등과 같은 문제들에 대해서는 민사소송법의 관련 규정들이 준용된다(헌법재판소법 제40조 제1항 제1문). 청구는 헌법재판소의 결정이 내려질 때까지 그 전부나 일부를 취하할 수 있으며(민사소송법 제266조 제1항 참조), 청구의 취하는 서면으로 하여야 하지만, 변론 또는 변론준비기일에서는 구두로도 할 수 있고(동법 같은 조 제3항 참조), 심판청구서가 송달된 뒤에는 취하의 서면을 피청구인 정당에게 송달하여야 하며(동법 같은 조 제4항 참조), 피청구인 정당이 변론 또는 변론준비기일에 출석하지 아니한 때에 청구인인 정부가 구두로 심판청구를 취하한 경우에는 그 기일의 조서등본을 피청구인 정당에게 송달하여야 한다(동법 같은 조 제5항 참조). 또한 조건부 취하는 허용되지 아니하며, 취하의 취소나 철회도 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다. 유효한 취하가 있는 경우에는 헌법재판소예의 소송계속은 소급적으로 소멸하게 된다.

1) 청구취하의 가능여부

청구취하가 가능한지 여부에 대한 판단은 심판청구권 행사의 법적 성격에 대한 이해의 차이에 따라 달라질 수 있다.²⁹³⁾

293) 정종섭, 앞의 책, 428쪽.

기속행위설은 정부의 정당해산심판청구에 현저한 오류가 있는 경우에만 취하가 가능하다고 보는 것이 논리적이다. 즉 피청구인 정당이 헌법 제8조 제4항의 해산사유를 충족하고 있는 한 심판청구의 취하는 허용되지 않는다고 보게 될 것이다.

기속재량행위설은 헌법을 보호하기 위해서는 위헌정당을 방치하는 것이 위험하다고 객관적으로 판단되어 청구의 의무가 발생한 경우 이외에는 청구취하가 가능하다고 본다.

반면, 자유재량행위설은 원칙적으로 취하가 가능하다고 볼 것이다.

정부가 국무회의의 심의까지 거쳐서 특정 정당에 대한 해산심판청구를 신중하게 하여야 할 뿐 아니라 정당해산심판청구 자체가 매우 중대한 문제로서 고도의 정치적 책임을 동반하는 문제이기 때문에 헌법재판소에 해산제소가 이루어진 이후에 심판청구를 취하하는 경우는 극히 이례적인 일이 될 것이다. 그렇기 때문에 이 문제는 실천적 의미가 그다지 크다고 보기 어렵다. 어쨌든 정부가 심판청구권의 행사여부에 대하여 정치적 재량을 갖고 있다고 보는 한, 정부는 원칙적으로 심판청구 이후의 상황변화 등을 이유로 헌법재판소가 결정을 선고하기 전까지는 청구를 취하할 수 있다고 보는 것이 법리적으로 일관성이 있다.

2) 청구취하의 효력제한 문제

정부가 청구를 취하한 경우에도 헌법재판소가 객관적 심판의 이익을 이유로 심리절차를 속행할 수 있는가?

먼저 이 문제는 심판청구권행사의 법적 성격에 대하여 기속행위설이나 기속재량행위설을 따를 경우의 심판청구취하의 불허용의 문제와 구분하여야 한다. 이 문제는 이론적으로 볼 때는 청구취하가 허용되는 경우에도 헌법재판소가 심리를 속행할 공익의 존재를 이

유로 그 효과를 제한할 수 있느냐의 문제이다.

헌법재판소가 법정의견으로 헌법재판절차에서 심판청구의 취하에도 불구하고 심리절차를 속행하고 본안판단을 한 사례는 아직 존재하지 않는다. 헌법소원절차²⁹⁴와 권한쟁의절차²⁹⁵에서 소수의견을 통해 그 필요성이 주장되고 있을 뿐이다. 정당해산심판절차에서도 이론적으로 다음과 같은 학설이 있을 수 있을 것이다.

(가) 부정설

헌법재판소법 제40조가 정당해산심판절차에 대하여 헌법재판소법에 별도의 규정이 없는 한 민사소송 관련 법령을 준용하도록 규정하였고 또 비록 정당해산심판절차가 민사소송과는 달리 객관소송의 일종이지만 정당해산심판청구 자체가 청구권자인 정부의 정치적 재량에 맡겨져 있으므로 정당해산심판의 공익성만을 이유로 이미 제기한 심판청구를 스스로의 의사에 기하여 자유롭게 철회할 수 있는 심판청구의 취하를 배제하는 것은 타당하지 않으며, 따라서 민사소송법 제266조를 준용하여 심판절차종료선언을 하여야 한다는 입장이다.

(나) 긍정설

정당해산심판절차는 비록 대심적 구조를 취하고 있으나 개인의 권리구제를 위한 주관소송절차가 아니고 헌법적대적 정당으로부터 헌법질서를 수호하기 위한 객관소송의 일종이므로 비록 정당해산심판청구나 그 취하와 관련하여 청구권자인 정부에게 정치적 재량이 주어져 있다고 하더라도 그 사건에 대한 해명이 헌법질서의 수호·

294) 헌재 2003. 2. 11, 2001헌마386, 판례집 15-1, 443 (443~444) 판례요지 참조.

295) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218 (1218~1219) 판례요지 참조.

유지를 위하여 긴급하고 헌법적으로 특히 중대한 의미를 지니고 있으며 정부가 청구취하의 권한을 남용한 것으로 볼 수 있는 경우에는 민사소송법 제266조의 준용은 정당해산심판의 본질에 반하는 것으로서 배제되며, 따라서 정부의 취하에도 불구하고 심판절차가 종료되는 것이 아니라는 입장이다.²⁹⁶⁾

(다) 평가

정당해산심판청구권 행사의 법적 성격과 관련하여 자유재량행위설을 취하는 경우에는 청구의 취하는 원칙적으로 자유롭기 때문에 청구취하의 원인이 된 복합적인 정치적 상황 등을 무시하고 헌법재판소가 적극적으로 본안판단을 하는 것은 정상적인 헌정상황에서는 적합하지 않다고 본다. 따라서 청구취하가 있는 경우에는 헌법재판소는 심판절차종료선언을 하는 것이 원칙이다.

다만, 예외적으로 심판청구권자인 정부가 구두변론을 거쳐 실제적 심리가 (거의) 종결되어 종국결정의 선고를 앞둔 상황에서 (가령 정부의 청구가 기각될 것이라는 풍문이 도는 가운데) 심판청구를

296) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌라1에 대한 소수의견도 권한쟁의절차에서의 취하의 효력제한과 관련하여 이와 유사한 논리를 제시한 바 있다(판례집 13-1, 1218, 1228쪽 이하). 이 소수의견에 의하면 “이와 같이 민사소송절차에서 인정되는 정도의 처분권주의를 권한쟁의심판절차에서도 똑같이 인정하여야만 할 이론적 근거나 필요성을 찾을 수 없다면, 권한쟁의심판절차에서는 처분권주의에 바탕을 둔 민사소송법상 소의 취하에 관한 규정의 준용을 제한하는 것이 가능하다고 할 것이고, 결국 소의 취하에 관한 규정을 권한쟁의심판절차에 준용할 것인지 여부는 권한쟁의심판을 관장하는 헌법재판소가 구체적인 권한쟁의심판에 있어서 당해 심판청구 취하의 효력을 인정함으로써 분쟁의 자율적 해결을 도모할 수 있다는 측면과 심판청구의 취하에도 불구하고 당해 심판청구에 대하여 심판을 함으로써 헌법적 가치질서를 수호·유지할 수 있다는 측면을 교량하여 판단·결정하여야 할 문제라고 할 것이다. 따라서 만약 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴급한 사항으로서 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 가지고 있는 경우에 해당하는 경우라면 예외적으로 당해 권한쟁의사건에 대하여는 처분권주의를 제한하여 소의 취하에 관한 규정의 준용을 배제할 수 있다”고 한다(같은 곳, 1230쪽).

취하하고 피청구인인 정당도 납득할 수 없는 이유로 취하에 동의한 경우처럼 정부가 취하권을 남용하였다²⁹⁷⁾고 판단할 수 있는 경우에는 예외적으로 절차를 속행할 수도 있다고 볼 수도 있다.²⁹⁸⁾ 하지만 이 경우도 헌법재판이 불고불리원칙을 내용으로 하는 사법의 본질을 유지하여야 한다는 원칙상 심판절차를 종료하여야 한다고 해석함이 타당하다.

3) 청구취하에 대한 피청구인의 동의유부

정당해산심판청구권자인 정부가 청구를 취하하기 위해서는 피청구인 정당의 동의가 필요한가? 헌법재판소법은 청구취하에 관한 일반 규정은 물론 다른 심판절차에 대한 규율에서도 참고가 될 만한 것을 포함하고 있지 않다. 이에 비하여 독일 연방헌법재판소법은 연방대통령에 대한 탄핵심판절차에서 탄핵심판청구의 취하 후 연방대통령이 1개월 이내에 이의를 제기하면 그 청구취하는 효력을 상실하는 것으로 규정하고 있다(독일연방헌법재판소법 제52조 제3항).

297) 독일 연방헌법재판소는 최근 헌법소원절차에서 심판대상사건이 일반적 의미를 갖고 있어서 비약상고와 유사한 방식으로 권리구제절차를 모두 거치지 아니하였음에도 헌법재판소가 바로 심판하기로 수용하였고(연방헌법재판소법 제90조 제2항 제2문 참조) 또 그 때문에 구두변론까지 거치고 판결의 선고를 앞두고 있는 사건이 판결선고시까지 여전히 일반적 의미를 유지하고 있는 경우의 헌법소원취하는 권리남용으로 효력이 없다고 보았다. BVerfGE 98, 218, 242 f. 참조.

298) 현재 2001. 6. 28. 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218 이하에 대한 소수의견도 권한쟁의절차에서의 취하의 효력제한과 관련하여 이와 유사한 기준에 의거한 바 있다(같은 곳, 1228쪽 이하). 이 소수의견에 의하면 “특히 당해 권한쟁의 심판 사건에 대한 실체적 심리가 이미 종결되어 더 이상의 심리가 필요하지 아니한 단계에 이르고, 그 때까지 심리한 내용을 토대로 당해 사건이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 그 해명이 헌법적으로 특히 중대한 의미를 가지고 있는 경우에 해당한다고 판단되는 경우라면, 헌법재판소는 소의 취하에 관한 규정의 준용을 배제하여 심판청구의 취하에도 불구하고 심판절차가 종료되지 않은 것으로 보아야 할 것”(같은 곳, 1230쪽)이라고 한다.

또한 이 규정은 법관에 대한 탄핵심판절차에 준용된다(동법 제58조 제1항). 독일에서는 이 규정으로부터 청구취하의 유효여부를 판단함에 있어서 항상 관련당사자의 정당한 이익을 고려하여야 한다는 추론을 하고 있다.²⁹⁹⁾ 특히 준형사절차인 기본권실효절차와 정당해산심판절차에서 청구취하의 유효요건으로 당사자의 동의가 필요하다는 견해가 유력하다(동법 제52조 제3항의 유추).³⁰⁰⁾

생각건대, 정당해산심판절차에서 피청구인인 정당도 절차의 속행여부에 대하여 정당한 이익을 가지고 있다. 특히 정부가 정당해산심판을 청구하였으나 심판절차가 진행되면서 승소의 가능성이 없음이 드러나자 청구를 취하한 경우, 해당 정당으로서는 자신의 목적과 활동이 헌법에 위배되지 않음을 헌법재판소의 결정을 통해 확인받는 것은 법적·정치적으로 매우 중요한 의미가 있다. 정부가 그 정당을 탄압하려고 정당해산제소를 한 경우에는 더욱더 그러한 필요성이 존재한다. 그렇다면, 정당해산심판절차에서 정당에게는 심판청구권도 반소권도 없지만, 심판청구의 취하에 대한 동의권은 있다고 보아야 할 것이다.

따라서 피청구인 정당이 본안에 관하여 답변서를 제출하거나 변론준비기일에서 진술하거나 변론을 한 뒤에는 피청구인 정당의 동의를 받아야 취하의 효력이 있으며(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제266조 제2항 참조), 심판청구취하의 서면이 피청구정당에게 송달된 날부터 2주 이내에 그 정당이 이의를 제기하지 아니한 경우에는 정부의 청구취하에 동의한 것으로 간주된다(헌법재판소법 제40조, 민사소송법 제266조 제6항 참조).

299) Maunz/Schmidt-Bleibtreu, Vor § 17 Rn 8 참조.

300) Maunz/Schmidt-Bleibtreu, Vor § 17 Rn 8; Lechner, S. 136; Lecner/Zuck, Vor § 17 Rn. 11. 이에 대하여 회의적인 견해로는 Leibholz/Rupprecht, S. 51.

4) 청구취하에 대한 국무회의심의 필요여부

정당해산심판청구가 국무회의의 필요적 심의사항이므로 그 청구를 취하하기 위해서도 국무회의의 심의를 거쳐야 한다고 본다. 따라서 정부를 대표하여 심판절차를 수행하는 법무부장관이 단독으로 심판청구의 취하여부를 결정할 수 없다.

(7) 일사부재리

정당해산심판에도 일사부재리의 원칙이 적용되기 때문에(동법 제39조), 헌법재판소가 정당해산여부에 대한 본안판단을 한 후에는 정부는 동일한 정당을 동일한 사유로 재차 제소할 수 없다.³⁰¹⁾ 이전의 청구에 의하여 정당의 위헌성이 확인되면 동 정당이 해산되기 때문에 같은 정당에 대한 해산심판청구가 다시 제기되는 경우는 없을 것이다. 그렇지만 헌법재판소가 가령 이전의 청구가 제기되었을 때 정당에 대한 해산결정을 하지 아니하였거나 정당의 법적 또는 사실상 독립적인 부분에 대해서만 해산결정을 한 경우에 다시 해산심판청구가 제기될 수 있을 것이다.

같은 정당에 대하여 “새로운 사실”에 의거하여 거듭 해산심판청구를 하는 것은 문제가 되지 않는다.³⁰²⁾ 새로운 사실이란 헌법재판소가 구두변론의 종결시까지 존재하지 않아 정당의 해산여부를 결정할 때 고려할 수 없었던 사실을 말한다.³⁰³⁾

301) 이에 관한 자세한 설명은 기관력에 관한 V. 3. (3) 부분 참조.

302) 독일연방헌법재판소법은 이 문제에 대하여 명시적인 규정을 두고 있다. 동법 제47조는 “연방헌법재판소가 신청에 관하여 실제로 재판한 때에는, 동일한 피청구인에 대한 청구는 새로운 사실에 근거를 둔 경우에만 다시 할 수 있다”는 기본권실효절차의 규정(제41조)을 정당해산심판절차에 준용하고 있다.

303) Ch. Pestalozza, 앞의 책, § 4 II 1 d) aa; Geiger, BVerfGG, 1952, § 41 Anm. 3.

한편, 이전의 청구가 부적법하여 각하된 경우에는 새로운 청구의 적법성문제는 기판력의 일반원칙에 따른다. 헌법재판소가 충족되지 않았다고 판단한 소송요건과 관련해서만 기판력이 발생한다. 따라서 해당 소송요건을 충족시키는 새로운 사실에 기하여 새로운 청구가 제기된 경우에는 헌법재판소의 각하결정은 문제되지 않는다.

3. 피청구인

(1) 피청구인적격

정당해산심판절차에서 피청구인은 헌법적 의미의 정당이다.³⁰⁴⁾ 다만, 현행 실정법 해석상으로는 정당법상 등록된 정당에 한정되며 창당준비위원회 등은 제외된다고 볼 수밖에 없다.

(2) 피청구인의 확정

1) 확정시기

피청구인 정당이 확정되는 시점은 정부가 헌법재판소에 정당해산심판을 청구한 시점이다.

정부가 동시에 복수의 정당에 대하여 정당해산심판청구를 한 경우에는 각 정당별로 독립된 청구가 있는 것으로 본다.

하나의 정당에 속하는 여러 부분조직 내지 특수조직에 대해서는 이들을 피청구인으로 하여 하나의 심판청구를 하여야 한다.³⁰⁵⁾ 동일한 정당의 여러 부분조직 내지 특수조직들은 모두 그 정당과 합체

304) 이에 대한 상세한 설명은 전술한 III. 정당해산의 실체적 요건 중 2. 정당의 의의 부분을 참조하기 바람.

305) 동지: 정중섭, 앞의 책, 426쪽.

되어 있는 정당의 본질적 구성부분이기 때문이다.

2) 심판청구 후의 자진해산의 가능성

(가) 규율의 흠결

정부의 심판청구 이후 피청구인인 정당은 자진해산을 할 수 있는가? 헌법재판소는 직권 또는 정부의 가치분신청에 의거하여 정당의 자진해산을 금지하는 조치를 취할 수 있는가? 또 자진해산이 가능하다면, 자진해산은 정당해산심판절차에 대하여 어떤 영향을 미치는가?

정당법은 자진해산의 가능성을 규정하면서 그 시기와 관련하여 아무런 제한을 두고 있지 않다. 헌법재판소법도 정당의 자진해산의 시기를 제한하는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 정당해산절차에 준용하도록 되어 있는 민사소송법에도 이와 같은 사례에 적용할 만한 규정은 없다. 따라서 이 문제에 대한 규율상의 흠결은 전적으로 정당해산심판절차의 목적과 본질에 의거하여 보충할 수밖에 없다.

(나) 자진해산과 당내민주주의요청

이와 관련하여 먼저 유념할 것은, 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위반되어 해산될 정당의 내부질서는 민주적이지 못할 가능성이 높고, 위장해산은 당원들의 민주적 결의에 기반을 두지 않을 가능성이 더욱 높다는 것이다. 자진해산의 결정이 있더라도 그 결정이 헌법 제8조 제2항 전단이 요구하는 당내민주주의 실현을 위한 최소한의 요청을 충족시키지 못한 것이라면, 그 결정은 효력이 없다고 보아야 한다. 이 결정이 당헌상의 규정에 의거한 경우에도, 그 규정이 당내민주주의의 요청을 충족시키지 못하는 한, 그 해산결정은 무효이다.³⁰⁶⁾ 따라서 이하의 논의는 위헌정당이 유효한 정

당해산결의를 하였다는 것을 전제로 할 때에만 의미가 있다.

(다) 학설

정당해산심판청구 이후에 피청구인 정당이 스스로 정당을 해산하는 것이 가능한가? 이와 관련하여 대략 4가지 입장이 있을 수 있다고 본다. (i) 자진해산의 가능성을 인정함과 동시에 자진해산시 정당해산심판절차의 종료를 선언하여야 한다는 견해, (ii) 정당해산심판청구 후의 자진해산은 헌법재판소의 정당해산결정을 면탈하려는 것으로 효력이 없다는 견해, (iii) 자진해산을 금하는 명문의 규정이 없으므로 위헌정당은 정당해산심판청구 후에도 자진해산을 할 수는 있으나, 헌법재판소의 정당해산결정은 소급효가 없으므로 헌법재판소는 직권 또는 정부의 신청에 기한 가치분결정을 통해 정당의 자진해산기도를 비롯한 정당활동을 정지시킬 때에만 정당해산결정의 효과를 면탈하지 못하도록 할 수 있다는 견해, (iv) 위헌정당은 정당해산심판청구 후에도 자진해산을 할 수는 있으나, 정당해산결정의 효력이 위헌사유가 발생한 시점까지 소급하므로 자진해산한 정

306) 독일연방헌법재판소는 1952년 사회주의국가당에 대한 정당해산심판절차에서 피청구인인 사회주의국가당으로부터 자진해산을 했다는 통지를 받았다. 그러나 연방헌법재판소는 이 사건에서 유효한 자진해산이 계속되어 있는 정당해산심판절차에 어떠한 소송법적·실체법적 효력을 갖는지의 문제를 해명할 필요가 없었다. 그 사건에서 자진해산이 허용되지 않는 것이었기 때문이었다. 연방헌법재판소는 그 이유를 다음과 같이 제시하고 있다. “이 사건에서는 민법전의 사단법에 의하면 해산권이 있는 기관이 수입기관이 완전히 자유로운 재량으로 언제든지 그 사단을 해산을 할 수 있게 해산권을 다른 기관에 위임할 수 있는지의 문제를 검토할 필요가 없다. 사단의 형태로 조직된 정당의 경우에 어쨌든 그와 같은 내용의 정관규정이나 개별수권은 기본법 제21조 제1항 제3문의 강행규정에 위반되기 때문에 무효이다. 정당의 존립에 관한 결정은 그 의미상 가장 큰 합의체에서 내려져야 하는 것이다. 그럼에도 그 결정을 소수의 당간부들로 이루어진 권위주의적 최고기구의 완전한 임의에 맡겨버리는 것만큼 당내민주주의의 제원칙들을 심대하게 위반하는 것은 없다”(BVerfGE 2, 1, 71).

당에 대해서도 해산결정을 하는 실익이 있으므로 자진해산은 헌법재판소의 절차진행에 영향을 미치지 않는다는 견해 등이 그것이다.

(㉮) 학설에 대한 평가

(a) 학설에 대한 평가의 전제; 정당해산결정의 소급효 유무

위 설들에 대하여 올바른 평가를 하기 위해서는 헌법재판소의 위헌결정의 효력을 명확히 하여야 한다. 특히 정당해산결정의 소급효가 인정되느냐 여부에 따라 이 설들의 당부에 대한 평가도 달라질 수 있기 때문이다. 헌법재판소의 정당해산결정이 전적으로 창설적 효력과 즉시효 내지 장래효만을 갖는다면,³⁰⁷⁾ 이미 자진해산하여 실체가 없어진 정당에 대하여 “해산결정”을 내리는 의미는 현저히 축소될 수밖에 없을 것이다. 기껏해야 대체정당의 설립이 금지되는 효과밖에 없을 것이다. 자진해산된 정당에 소속되었던 국회의원 등은 자진해산과 동시에 더 이상 그 정당의 당원이 아니므로, 헌법재판소의 해산결정에 의하여 소속 의원의 지위는 상실된다고 보는 견해에 의하더라도, 의원의 지위를 유지한다고 보아야 할 것이다. 물론 정당에 대한 “해산”의 결정은 창설적 효력, 그에 따라 “즉시효 내지 장래효”를 가질 수밖에 없다. 그러나 해산결정은 심판대상정당의 위헌확인을 전제로 하고 있다. 따라서 해산결정의 전제인 “정당의 위헌성확인”과 그에 따른 “정당특권의 상실효과”가 위헌사유가 발생한 시점까지 소급할 수 있느냐의 문제는 정당의 “해산”의 문제와는 별개라고 본다. 이 문제는 가령 민주적 기본질서를 붕괴시킬 목적으로 정당을 설립한 자들과 그들의 과거 활동을 가령 국가보안법상의 반국가단체구성죄로 처벌할 수 있느냐의 문제에 영향을 미친다. 만일 소급효가 없다면, 과거의 행위는 사실상 합법화되

307) 가령 정종섭, 앞의 책, 441쪽.

는 결과가 되고 말 것이다.

헌행법은 독일법제처럼 헌법재판소가 심판대상정당이 헌법에 위반된다는 것을 확인하는 주문형식을 예정하고 있지 않다. 독일의 경우 정당해산심판절차에서의 기본적인 주문형식은 심판대상정당의 위헌을 확인하는 것이다.³⁰⁸⁾ 독일의 학설에 의하면 헌법재판소에 의하여 위헌확인결정이 내려지면, 즉 심판대상정당이 헌법이 정한 구성요건을 실현하였다는 것을 확인하면, 그 법적 효과(위헌정당의 해산)는 헌법에 의하여 자동적으로 발생한다. 정당에 대한 위헌확인결정은 이러한 의미에서 선언적 의미를 갖는다. 다른 한편, 위헌확인결정이 내려지면 해당정당은 그때부터 정당의 특권을 상실한다. 이러한 의미에서 위헌확인결정은 창설적 효력을 갖는다고 한다.³⁰⁹⁾

독일에 있어서 정당에 대한 위헌확인결정이 소급효를 갖는지에 대해서는 견해가 갈린다. 독일 연방헌법재판소는 부정적이지만,³¹⁰⁾ 정당에 대한 위헌확인결정이 선언적 효력을 갖는다면, 그 결정은 위헌사유가 발생했을 때까지 소급하는 것이 논리적이다.³¹¹⁾ 창설적

308) 연방헌법재판소법 제46조(정당의 위헌여부에 대한 재판)는 「① 청구가 이유 있는 것으로 밝혀진 경우에는, 연방헌법재판소는 정당이 위헌임을 확인한다. ② 이 확인은 정당의 법적 또는 조직법적으로 독립한 부분에 한정시킬 수 있다. ③ 이 확인에는 정당 또는 정당의 독립한 부분의 해산 및 그 대체 조직의 결성금지를 부가하여야 한다. 그 밖에 이 경우 연방헌법재판소는 정당 또는 정당의 독립한 부분의 재산을 공익목적에 위하여 연방이나 支邦을 위해 몰수를 선고할 수 있다.」 라고 규정하고 있다.

309) 이에 대하여 명증한 논증으로는 Pestalozza, § 4 I 4 a); Lechner/Zuck, § 46 Rn 1; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 21 Rn 121, 122. 그러므로 독일의 학설을 소개하면서 선언적 효력설과 창설적 효력설이 마치 대립하는 것처럼 소개하는 것(정종섭, 앞의 책, 442쪽)은 문제가 있다.

310) 목적과 활동이 헌법질서에 위반되는 결사의 창설을 형사처벌하는 형법규정(1951.8.30. 개정된 독일형법전 제90조 a는 제3항에서 해당 결사가 정당인 경우에는 연방헌법재판소가 동 정당이 위헌임을 확인한 후에 위헌결사의 창설행위에 대하여 소추할 수 있도록 규정하였다. 이 규정에 대한 위헌결정(BVerfGE 12, 296)에서 독일 연방헌법재판소는 해석론에 기반을 두었다기보다는 다분히 법정책적으로(Lechner/Zuck, §46 Rn 2) 정당에 대한 위헌결정의 소급효를 부인하였다.

효력을 갖는다는 것과 소급적 효력을 갖는다는 것이 상호모순되는 것은 아니다.³¹²⁾ 정당에 대한 위헌확인결정 이전에는 심판대상정당이 정당이 아닌 것으로 다룰 수 없기 때문이다. 이는 마치 법률에 대한 위헌결정의 실체적 효력과 관련하여 당연무효설이 아닌 취소무효설을 주장하면서도 위헌결정의 소송법적 효력과 관련해서는 즉시효 내지 장래효가 아닌 원칙적 소급효를 인정하는 것과 같다. 여기서 소급효란 위헌정당이 사후에 헌법재판소의 위헌확인결정의 시점으로부터 헌법이 정한 위헌사유를 실현한 최초의 시점까지 소급하여 위헌정당으로, 따라서 단순한 결사로 다루어진다는 것을 의미한다. 예외적으로 소급효를 인정하더라도 정당이 해산상의 특권을 가진다는 점에는 변함이 없다. 정당의 특권은 계속하여 모든 정당에게 적용된다. 특권을 향유하는 결사가 실제로는 정당이 아니라는 판정을 받을 위험성을 안고 있을 뿐이다. 그러한 위험은 전적으로 자신의 목적과 활동에 달려 있기 때문에 그러한 위험을 감수하여야 한다. 다시 말해 민주적 기본질서를 붕괴시키려고 하는 정당은 정당특권을 잠정적으로만 향유하고 있다는 것을 감안하여야 한다. 그러한 정당이 믿을 수 있는 것은, 헌법재판소의 결정이 내려질 때까지는 어느 누구도 자신을 정당이 아닌 것으로 다룰 수 없다는 것뿐이다. 소급적인 특권박탈의 가능성이 없다면, 위헌정당해산제도는 하나의 무딘 칼에 불과한 것이 될 것이다. 민주주의를 부정하는 세력이 잃을 것은 기껏해야 그 헌법적 미래요, 그의 과거는 어떤 경우에도 건드리지 못하는 것으로 신성시 될 것이기 때문이다.

정당해산제도의 실효성확보를 위하여 헌법재판소의 정당해산결정에 전제되어 있는 정당에 대한 위헌확인이 그 위헌사유가 발생한

311) 무엇보다도 Pestalozza, § 4 III 2 c) cc).

312) Pestalozza, § 4 III 2 c) cc) (1).

시점까지 소급한다고 본다면, 정당이 자진해산하여 실체가 없어진 경우에도, 헌법재판소가 정당해산결정을 내리는 실익은 훨씬 커질 것이다. 이 경우 정당의 자진해산을 방치할 것인지, 아니면 가처분을 통해서 정당해산결정의 면탈을 위한 해산 자체를 금지할 것인지 여부를 청구인인 정부나 헌법재판소의 정황판단에 맡겨 놓더라도 헌법의 예방보호라는 정당해산제도의 효과를 크게 저해하지 않을 것이다. 반면, 정당해산결정이 전적으로 즉시효 내지 장래효만을 갖는다고 본다면, 정당해산제도의 실효성 확보를 위하여 자진해산과 같은 정당활동을 가처분을 통해서 저지하여야 할 필요가 커질 것이다.

(b) 학설에 대한 평가

① 제1설

제1설은 자진해산의 가능성을 인정함과 동시에 자진해산시 정당해산심판절차의 종료를 선언하여야 한다고 본다.³¹³⁾ 제1설의 논거는 다음과 같다. 즉, 정당해산심판이 형사벌이나 행정벌과 달리 과거행위에 대한 제재가 아니라 헌법의 적으로부터 장래를 향하여 헌법을 보호하는 것이므로 헌법적대적 정당이 자진해산하고 헌법적대적 활동을 중단한다면 그 정당의 강제해산과 같은 헌법보호의 효과를 거둘 수 있다는 것이다. 또 위헌정당이 자진해산을 한 후 대체정당을 다시 창당한다면 이 대체정당에 대하여 해산심판청구를 하면 된다는 것이다. 이 때에 자진해산을 했던 과거 정당의 목적과 활동을 새로 창당된 정당의 해산사유로 삼을 수는 없지만 소속 당원의 활동은 현재의 위헌적인 활동과 동일성이 인정되는 한 과거의 행위도 모두 고려할 수 있기 때문에 위장해산으로 인한 폐해를 막을 수 있다는 것이다.

313) 정종섭, 앞의 책, 426~427쪽.

그러나, 제1설에는 동의하기 어렵다. 제1설의 취지는 자진해산의 경우 정당해산심판절차의 속행은 무의미하므로 헌법재판소로서는 심판절차의 종료를 선언하여야 한다는 것인 듯하다. 그러나 정당해산심판절차는 예방적 헌법보호수단이므로 자진해산으로 헌법의 적에 대한 예방적 헌법보호의 목표는 이미 달성되었다는 제1설의 핵심적인 논거에 동의하기 어렵다. 정당해산제도가 예방적 헌법보호수단이라는 점에는 의문의 여지가 없으나, 정당해산제도의 그와 같은 성격으로부터 정당해산심판청구 이후에도 위헌정당의 자진해산이 가능하고 또 자진해산으로 정당해산심판절차는 종료된다는 추론이 곧바로 나오는 것은 아니며, 아래에서 구체적으로 살펴보겠지만 과연 예방적 헌법보호라는 목적이 달성되었는지도 의문이 있을 수 있기 때문이다.

자진해산과 헌법재판소결정을 통한 강제해산의 법적 효과에 있어서의 차이를 고려한다면,³¹⁴⁾ 해산제소 이후에 이루어지는 피청구인 정당의 자진해산은 헌법재판소에 의한 강제해산결정의 효과를 피하기 위한 위장해산의 가능성이 높다. 즉 정당의 위헌성확인에 따른 형사법적 효과 및 정당의 잔여재산의 국고귀속을 피하고 소속 국회의원 등의 지위의 상실을 방지하면서 헌법적대적인 정당활동은 지하에서 전개하다 적당한 시기에 대체정당을 결성하기 위한 전략일 가능성이 높다. 그렇다면 위헌정당의 해산을 통한 예방적 헌법보호라는 효과를 달성하기 위해서는 단순히 자진해산의 결과를 수용하는 것으로 만족해서는 안 되고, 해당정당의 위헌성을 확인함으로써 그 정당의 잔여재산을 국고에 귀속시키고 소속 국회의원 등 선거직 공무원들의 지위를 박탈함으로써 이들을 국가의사결정과정에서 배

314) 강제해산과 자진해산 및 등록취소의 경우의 법적 효과의 차이에 대하여는 앞의 I. 2. (4) 2) 부분 참조.

제시하고 대체정당의 결성이나 지하활동을 위한 물적·조직적 토대를 조기에 붕괴시키고, 경우에 따라서는 정당의 위헌적 활동에 대한 형사법적 책임을 추궁하는 것이 필요하다.

더구나 정부의 위헌정당에 대한 제소가 민주적 기본질서에 대한 구체적 위협이 그 위헌정당으로부터 발생하기 때문에 행해지는 것이라면, 그 정책적 고려가 위헌정당의 위장해산이라는 전략에 의하여 무산되도록 방지하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 이와 관련하여 피청구인 정당의 대표자의确定为 위한 다단계적인 대책을 마련하고 있는 독일 연방헌법재판소법 제44조는 우리에게 중요한 정보를 제공해주고 있다. 피청구인인 정당의 대표를 확정하는 기준을 확정하고 있는 제44조는 “정당의 대표는 법률규정에 의하여, 보충적으로 당규약에 의하여 정해진다. 대표권자가 확정될 수 없거나, 존재하지 아니하거나, 연방헌법재판소에 신청이 접수된 후 변경된 경우에는, 신청의 원인이 된 활동 중의 정당의 업무를 최후에 사실상 지휘한 자가 대표권을 가진 것으로 한다”고 규정하고 있다. 이 규율의 의도는 정당해산심판절차가 정당의 운명에 대한 심대한 영향을 미치는 것이기 때문에 정당이 자진해산하여 당원이 존재하지 않게 된 경우까지도 정당해산심판절차가 피청구인인 정당의 책임자에게 법적 청문권이 보장되면서 진행될 수 있도록 하려는 것이다.³¹⁵⁾ 요컨대, 독일 연방헌법재판소법은 심판대상이 된 정당의 자진해산 여부와는 상관없이 심판절차를 진행할 수 있다는 것을 전제하고 있다.

② 제2설

정당해산심판청구 후의 자진해산은 헌법재판소의 정당해산결정을

315) Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 44 Rn 3; Pestalozza, § 4 II 3 b); Berichterstatter des BT-Rechts-und Verfassungsausschusses, BT-PIPr I/112, S. 4229 D 참조.

면탈하려는 것으로 효력이 없다는 견해가 있을 수 있다.

그러나, 제2설은 명문의 법적 근거가 없는 한 무리한 주장이라고 본다. 정당의 자진해산도 정당활동의 자유의 한 내용이고, 민주적 기본질서에 위배되는 정당도 그것이 헌법재판소에 의하여 확정되기 전까지는 합헌적인 정당으로 다루어야 하기 때문이다. 따라서 정당해산심판절차의 목적을 달성하기 위하여 자진해산의 자유를 제한하기 위해서는 법률에 명문의 근거규정이 필요하다.

③ 제3설

다음으로 자진해산을 금하는 명문의 규정이 없기 때문에 위헌정당은 정당해산심판청구 후에도 자진해산을 할 수는 있으나, 헌법재판소의 정당해산결정은 소급효가 없으므로 정당해산제도의 실효성을 확보하기 위해서는 헌법재판소는 직권 또는 정부의 신청에 기한가처분결정을 통해 정당의 자진해산기도를 비롯한 정당활동을 정지시킴으로써 정당해산결정의 효과를 면탈하지 못하도록 하여야 한다는 견해가 있을 수 있다.

헌법재판소의 정당해산결정에 소급효가 없다고 본다면, 제3설의 주장이 설득력이 있다고 본다. 제소된 정당이 자진해산을 통해 헌법재판소의 정당해산결정을 우회하는 것을 막기 위해서는 현행법상 가처분제도를 활용하는 길밖에 없기 때문이다. 정당이 자진해산하는 것을 방임하면 해산 당시 그 정당에 소속되었던 국회의원이나 선거직 공무원들은 더 이상 해산된 정당의 당원이 아니므로 정당해산결정으로 소속 의원들의 의원직은 소멸한다는 설을 따르더라도 의원직을 유지하게 되며, 정당의 재산도 국고에 귀속시킬 수 없게 될 것이기 때문이다. 그러므로 헌법재판소는 피청구인 정당이 자진해산의 결의를 시도할 경우 정부의 신청 또는 직권으로 특별히 자

진해산의 결의를 금지하는 가치분 또는 포괄적으로 정당활동의 정지를 명하는 가치분(법 제57조)을 통해 헌법재판소의 결정을 회피하려는 피청구인 정당의 기도를 저지하여야 할 것이다.

이 경우 자진해산을 악용하는 것을 예방할 수 있도록 정당해산심판청구 이후 자진해산을 금하는 명문의 규정을 둘 필요가 커진다.

④ 제4설

위헌정당은 정당해산심판청구 후에도 자진해산을 할 수는 있으나, 정당해산결정의 효력에 내포된 정당의 위헌성 확인의 효과에 예외적으로 위헌사유가 발생한 시점까지 소급할 경우에는 자진해산한 정당에 대해서도 해산결정을 하는 실익이 있고, 따라서 유효한 자진해산이 있더라도 헌법재판소는 심판절차를 속행할 수 있다는 견해가 있을 수 있다.

정당해산제도의 실효성을 가장 효과적으로 확보할 수 있는 견해로서 가장 설득력 있는 입장이라고 본다. 이 견해에 의하더라도 헌법재판소는 직권 또는 정부의 신청에 기한 결정으로 정당의 자진해산을 금지하는 가치분을 발함으로써 정당해산결정의 실효성을 온전히 확보하는 조치를 취할 수 있음은 물론이다.

3) 소송계속 중 분당의 가능성

정당해산심판에서 정부가 심판청구를 하면서 청구서에 “해산을 요구하는 정당을 표시”함으로써 피청구인 정당이 특정되므로, 심판청구 후 피청구인이 된 정당은 분당할 수 없다는 견해가 있다.³¹⁶⁾

그러나, 헌법이나 법률에 정당해산심판절차의 실효성을 확보하기 위하여 이를 금하는 명문의 규정이 없는 한, 정당활동의 자유에 비

316) 정종섭, 앞의 책, 427쪽.

주어 볼 때 아직 위헌이 확인되지 아니한 정당은 특별한 사정이 없는 한 분당이나 합당을 자유로이 할 수 있다고 본다. 그와 같은 결정들은 당내부질서에 요구되는 민주주의의 제원칙에 부합할 때에만 유효함은 정당의 자진해산의 문제에서 본 바와 같다.

헌행법상 헌법재판소법 제57조의 가처분제도를 이용하여 정당활동을 정지시킴으로써 헌법재판소의 정당해산결정을 무력화시키거나 그 집행을 어렵게 만드는 분당을 금지할 수 있음은 물론이다.³¹⁷⁾

4) 소송계속 중 합당의 가능성

분당의 경우와 마찬가지로 정당해산심판절차가 헌법재판소에 계속된 경우에는 피청구인이 된 정당은 다른 정당과 합당을 할 수 없다는 주장이 있다.³¹⁸⁾ 헌법재판소의 해산결정을 무의미하게 만들고, 궁극적으로 정당해산제도가 형해화되는 것을 방지하여야 한다는 것이 그 논거이다.

정당활동의 자유에는 다른 정당과의 합당의 자유도 포함된다. 그렇다면 정당해산심판제도의 실효성 확보 차원에서 이를 금하는 명문의 규정이 없는 한, 헌행법상 가처분을 통해서만 이를 금지할 수 있다고 볼 것이다.

4. 심판의 절차

(1) 청구서의 송달 및 청구의 통지

헌법재판소가 정부의 정당해산심판청구서를 접수한 때에는 지체

317) 동지: 정종섭, 위의 책, 427쪽.

318) 정종섭, 위의 책, 427쪽.

없이 그 등본을 피청구인인 정당에게 송달하여야 한다(헌법재판소법 제27조 제1항).

헌법재판소장은 심판청구의 사실을 국회와 중앙선거관리위원회에 통지하여야 한다(동법 제58조 제1항).

(2) 심판청구의 보정

재판장은 심판청구가 부적법하나 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다(동법 제28조 제1항). 가령 국무회의의 심의를 거치지 아니한 심판청구, 해산청구 이유에 대한 설시가 실체성이 없는 경우, 피청구인 정당의 표시가 불분명한 경우 등에 보정을 요구할 수 있을 것이다.

헌법재판소가 보정서면을 접수한 때에는 지체없이 보정서면의 등본을 피청구인인 정당에게 송달하여야 한다(동법 제28조 제2항). 청구인의 보정이 있는 때에는 처음부터 적법한 심판청구가 있는 것으로 본다(동법 제28조 제3항).

(3) 답변서의 제출

청구서 또는 보정서면의 송달을 받은 피청구인은 헌법재판소에 답변서를 제출할 수 있다(동법 제29조 제1항). 답변서에는 심판청구의 취지와 이유에 대응하는 답변을 기재한다(동법 제29조 제2항).

법 제29조 제3항에 의하여 변호사강제주의가 정당해산심판절차에도 적용된다고 해석할 수밖에 없기 때문에 피청구인 정당은 답변서를 직접 제출하거나 정당해산심판절차를 수행할 수 없고, 변호사를 대리인으로 선임하여 이를 수행하여야 한다. 정당해산심판에서는 피청구인인 정당이 변호사의 자격을 가지고 있는 경우란 있을 수

없기 때문에 피청구인인 정당이 스스로 답변서를 제출하거나 심판을 수행할 수 없음을 자명하다. 정당의 대표자나 소속 당원이 변호사의 자격을 가지고 있는 경우에 그를 대리인으로 선임하여 소송행위를 할 수 있음은 물론이다. 입법정책적으로 볼 때 합리적인 입법인지는 의문이다. 이 점에 대해서는 아래에서 상론한다.

(4) 예심제(Vorverfahren)의 도입 필요성

독일 연방헌법재판소법은 제45조에서 “연방헌법재판소는 (피청구인 정당의) 대표권자(제44조)에게 일정 기간 내에 의견진술을 할 기회를 부여하고, 청구가 부적법하거나 이유가 불충분한 것으로서 각하할 것인지 여부 또는 심리를 시행할 것인지 여부를 결정한다”고 하여 정당해산심판절차에 예심제도³¹⁹⁾를 도입하고 있다. 예심제도는 정당해산심판절차 외에도 기본권실효절차에도 예정되어 있다. 피청구인을 보호하고 헌법재판소의 부담을 덜어주기 위하여 독일 형사소송법상의 공판개시결정(Eröffnungsbeschuß)에 상당하는 예심제도를 필요적으로 거치도록 한 것이다. 재판부는 예심절차에서 증거조사를 하는 것이 아니라 피청구인에게 일정 기간 내에 의견을 진술하도록 촉구하면서 청구인의 청구서를 송달한다. 의견진술을 위하여 피청구인에게 부여되는 기간은 재판부의 재량에 의하여 결정된다. 예심에서 청구에 대한 진술의 기회는 정당 자체가 아니라 정당의 대표권자에게 주어진다.

예심절차에서 심리대상은 청구의 내용 및 재판부가 지정한 기간 내에 제출된 피청구인의 반론에 의거하여 소송요건의 충족여부를 검토하고 사실관계를 개략적으로 평가하는 데 국한된다. 청구를 뒷

319) 이에 대해서는 Lechner/Zuck, § 45 및 § 37 Rn 1ff. 참조.

받침하는 사실관계에 관한 청구서의 이유제시가 충분할 것을 요구함으로써 심판청구에 대한 각하의 요건이 피청구인의 보호를 위하여 완화된 반면, 정식심리의 개시를 위한 요건은 강화되고 있다.

이 절차에서 재판부의 재판은 구두변론 없이 결정(Beschluß)의 형식으로 행해진다. 이 재판은 소송법적 의미의 재판일 뿐이다. 청구가 불충분한 근거 위에서 행해진 경우에 각하결정이 내려지는 경우에도 마찬가지이다. 청구이유의 충분여부가 소송요건으로 심사되기 때문이다. 나아가 예심은 재판부의 재량에 맡겨진 것이 아니라 반드시 거쳐야 하는 필요적 절차이다. 이 절차에서의 재판은 연방헌법재판소법 제15조 제2항에 따른 다수결 요건에 따라 행해진다. 즉 피청구인에게 불리한 재판을 위해서는 재판부 구성원 2/3 이상의 동의가 필요하며, 각하를 위해서는 단순다수로 족하다.

현행법에 의한 심리절차를 가지고서는 정당해산심판청구가 적법요건을 충족하지 못한 경우나 적법요건은 충족하였으나 명백히 이유 없는 사건의 경우 정부에 의해 자행되는 합법의 외관을 빈 부당한 야당탄압을 조기에 종식시키기 어렵다. 그 경우에도 필요적으로 구두변론을 거쳐 적법요건의 불비를 이유로 각하결정을 내리거나 상세한 이유를 적시한 기각결정을 내려야 하기 때문이다. 정당해산심판청구가 일단 제기되면 그 청구가 부당한 것일지라도 피청구인 정당은 정당활동에 대한 심대한 타격을 받을 가능성이 높기 때문에 가급적 부당한 심판청구에 대한 심리를 조기에 약식으로 끝낼 필요가 있다. 정당해산심판청구의 오남용으로부터 정당을 효과적으로 보호할 수 있고 또 헌법재판소의 심리부담도 덜어 줄 수 있다는 점에서 예심제의 도입을 검토해 볼 가치가 있다고 본다.

(5) 정당대표자의 확정 및 의제의 필요성

정부가 정당해산심판청구를 제기하면, 해당 정당의 대표자를 비롯한 당의 수뇌부들은 헌법재판소의 심판절차를 무력화시키기 위한 다양한 시도를 감행할 가능성이 높다. 예를 들면 정당 대표의 부재를 이유로 심판수행을 위한 변호사를 선임하지 않거나 변론기일에 출석하지 않는 경우도 생각할 수 있다. 물론 헌법재판소는 헌법소송법을 지배하는 직권탐지주의에 비추어 볼 때 이와 같은 시도에도 불구하고 정당해산심판절차를 진행할 수 있다. 직권탐지주의에 입각해 있는 정당해산심판절차에서는 당사자 일방이 변론기일에 출석하지 않는다고 하여 변론주의에 입각해 있는 민사소송법상의 제도들, 가령 진술의제규정(민사소송법 제148조), 공격·방어방법의 실기제도(동법 제149조) 등을 적용할 수 없다.

그러나 소송절차에 대하여 법치국가 내지 적법절차원리에서 파생하는 절차당사자에 대한 법적 청문권 보장원칙에 비추어 볼 때 정당의 대표기관이 심판절차에 참여하도록 하는 것이 바람직한 것임에는 틀림없다. 이와 같은 관점에서 정당해산심판절차에서 정당을 대표하는 자를 무엇을 기준으로 확정할 것인지를 논할 가치가 있다. 이 문제에 대한 논의는 특히 정당을 대표할 권한이 있는 자가 불명확한 경우, 존재하지 않는 경우 또는 정당해산심판청구 후 교체된 경우에 중요한 의미가 있다.

참고로 독일 연방헌법재판소법은 이 문제와 관련하여 제44조에서 “정당의 대표는 법률규정에 의하여, 보충적으로는 당규약에 의하여 정해진다. 대표권자가 확정될 수 없거나, 존재하지 아니하거나, 연방헌법재판소에 신청이 접수된 후 변경될 경우에는, 신청의 원인이 된 활동 중의 정당의 업무를 최후에 사실상 지휘한 자가 대표권을 가진 것으로 본다”는 명문의 규정을 두고 있다.³²⁰⁾

현행 정당법은 정당의 등록신청사항으로 대표자·간부·회계책임자의 주소·성명(정당법 제12조 제1항 제5호)을 들고 또 대표자의 취임동의서를 첨부하도록 하고(동법 같은 조항 제7호), 그 변경이 있는 때에 2주일 이내에 변경등록을 하도록 규정(동법 제15조)하고 있기 때문에 대표자의 확정은 통상적인 경우에는 별다른 문제가 제기되지 않을 것이다.

그러나 정당의 대표자가 변경되었음에도 이를 등록하지 아니하였거나 등록된 대표자와 실질적 대표자가 다른 경우, 등록과는 달리 실제로는 대표자가 존재하지 않는 경우, 정당해산심판청구 이후에 대표자가 변경된 경우 등에는 대표자 확정의 문제가 대두될 수 있다. 이에 관한 명문의 법규정이 없는 우리 법제하에서 당규약(당헌)상의 대표자와 등록된 대표자가 다른 경우에는 당규약상의 대표자를 정당의 대표자로 보아야 할 것이다. 당규약상의 대표자가 정당의 사정에 정통할 것이기 때문이다. 또한 등록된 대표자가 실제로 존재하지 않고 당규약상의 대표자도 존재하지 않는 경우 또는 정당의 대표자를 확인할 수 없는 경우에는 독일의 입법례처럼 정당해산심판청구의 원인이 된 활동 중의 정당의 업무를 최후에 사실상 지휘한 자를 대표자로 보는 것이 합리적일 것이다.

(6) 심리의 방식

정당해산의 심판은 구두변론에 의한다(헌법재판소법 제30조 제1

320) 법률규정을 일차적 기준으로, 당규약을 보충적 기준으로 삼고 있는 이 조문의 문제점에 대해서는 Lechner/Zuck, BVerfGG, § 44 Rn 2. 그는 이 조문에 다음과 같은 점에서 문제가 있다고 본다. 즉 당규약은 항상 법률규정을 토대로 하고 그 법규정에서 파생하는 법이며, 법률 자체도 다양한 방식으로 당규약을 차용하기도 하기 때문에 법률규정을 보충적으로 적용하는 것이 올바른 입법이라는 것이다. 가령 독일 정당법 제11조 제3항은 정당의 당규약이 정당법에 대하여 우선적 효력을 갖는 것으로 규정하고 있다.

항). 이는 강행규정이다. 재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하고 당사자와 관계인을 소환하여야 한다(동법 제30조 제3항). 변론은 공개한다(동법 제34조 제1항). 심판의 변론은 헌법재판소의 심판정에서 하는 것이 원칙이다. 다만, 헌법재판소장이 필요하다고 인정하는 경우에는 심판정 이외의 장소에서도 이를 할 수 있다(동법 제33조).

(7) 증거조사

1) 직권탐지주의

누가 사건에 대한 재판에 필요한 각종 증거방법을 수집하고 조사할 책임을 지는가? 헌법재판소법은 이에 관하여 뚜렷한 입장을 취하고 있지 않다. 재판부는 사건의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 증거조사를 할 수 있다(헌법재판소법 제31조 제1항)고 규정하고 있을 뿐이다.

절차의 목적이 개인의 이익의 관철에 국한되어 있지 않은 경우, 따라서 객관적 성격을 띠는 경우나 소송당사자의 보호를 위해 사실관계의 해명을 당사자의 손에 맡기는 것이 합리적이지 않으며, 이러한 경우에 직권탐지주의의 채택이 적절하다고 볼 때 정당해산심판절차에서는 직권탐지주의가 증거조사의 기본원칙으로 적용된다고 보아야 한다. 헌법재판소법 제31조 제1항 역시 이러한 입장에 서서 당사자의 신청이 없어도 헌법재판소가 직권으로 증거를 조사할 수 있다고 규정한 것이라고 본다.

정당해산심판절차는 일반법원에서의 재판과는 달리 헌법재판소의 직권에 의한 심리가 요구되는 정도가 크다고 볼 것이고 또한 바람직한 경우가 더 많다고 할 것이다. 그러므로 당사자의 변론(주장)은 헌법재판소의 직권탐지를 보완하는 것에 그치며, 헌법재판소는 헌

법의 수호자의 기능에서 당사자가 주장하지 않은 사실도 직권으로 수집하여 재판의 기초로 삼아야 한다. 이미 설명한 바와 같이 변론주의에 입각한 민사소송관련 법령은 정당해산심판절차의 본질에 반하기 때문에 준용하기 어렵다고 보아야 할 것이다.³²¹⁾

직권탐지주의가 원칙적으로 적용되어 당사자들의 사실주장에 헌법재판소가 구속받지 않는다고 하더라도 당사자가 재판자료의 수집과 조사에 아무런 영향력이 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 당사자들이 헌법재판소를 신뢰하여 사실관계의 해명을 위한 활동에 소홀히 할 경우 낭패를 볼 수도 있음은 당연하다.

2) 입증책임

직권탐지주의가 지배하는 경우에는 패소를 면하기 위해 증거를 대야할 책임을 의미하는 주관적 입증책임(증거제출책임)은 적용되지 아니한다.

그러나 직권탐지주의가 적용되는 경우에도 요증사실이 불명한 경우가 있고, 그에 따라 그 위험부담을 누가 질 것인가의 문제, 즉 객관적 입증책임의 문제가 제기된다. 이를 어떤 기준에 의해서 해결할 것인가?

헌법소송법분야에서의 입증책임의 문제에 대하여 그다지 논의가 활발한 것은 아니나, 몇 가지 시론은 제시된 바 있다. 그 대표적인 견해는 로젠베르크의 규범이론에 의거하되 이를 공법의 특성에 맞게 수정하는 입장이다.³²²⁾ 즉 입증책임을 자신에게 인정된 권리영역

321) 앞의 IV. 1. (2) 참조.

322) E. Benda/E. Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn 222; J. Dürig, Beweismaß und Beweislast im Asylrecht, 1990, S. 116ff. 그밖에도 '의심스러울 때 자유의 이익'으로라는 원칙을 입증책임의 분배기준으로 고려하여 볼 수 있으나, 법률은 종종 기본권주체의 정당한 권리영역을 확정하는 기능을 갖는다는 점 때문에 채택하기 어렵다. E. Benda/E. Klein, 앞의 책, Rn 220; J. Dürig,

을 국가의 제한으로부터 방어하는 것이나, 아니면 그러한 권리영역 밖에 있느냐 여부에 따라 분배하여야 한다는 주장이다. 그에 따르면 가령 기본권문제에 있어서는 기본권주체는 자신의 기본권에 대한 국가의 제한이 있는지의 사실에 대해서는 객관적 입증책임을 지지만, 기본권제한의 전제조건인 존부에 대한 입증책임은 국가가 진다는 것이다.

이 이론을 응용하면 정당해산심판절차에서 피청구인 정당의 활동과 목적이 민주적 기본질서에 위배된다는 것에 대한 입증책임은 청구인에게 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배된다면, 정당은 정당의 지위를 잃게 됨으로써 그 해산상의 특권을 상실하기 때문이다. 이와 같은 결론은 이 절차가 형사절차와 유사한 성격을 띠고 있으므로, 형사처벌에 상당하는 정당의 위헌성확인과 해산결정의 전제되는 요건의 실현에 대한 궁극적인 입증책임은 청구인이 부담하는 것이 옳다는 점에 의해서도 뒷받침된다.

3) 증거의 종류

헌법재판소법은 증거가 될 수 있는 방법, 즉 증거방법이나 증거방법의 조사에 의하여 얻은 내용, 즉 증거자료를 한정하지 않고 있다.

헌법재판소법 제31조 제1항에 의하면 재판부는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 ① 당사자 본인 또는 증인을 신문하는 일 ② 당사자 또는 관계인이 소지하는 문서·장부·물건 기타 증거자료의 제출을 요구하고 이를 영치하는 일 ③ 특별한 학식과 경험을 가진 자에게 감정을 명하는 일 ④ 필요한 물건·사람·장소 기타 사물의 성상 또는 상황을 검증하는 일을 할 수 있다. 즉 증언, 당사자심문의

앞의 책, S. 106f.

결과, 감정결과와 같은 인 증은 물론 문서의 기재내용, 사물의 성상 또는 상황의 검증결과와 같은 물증이 모두 증거가 될 수 있다.

한편, 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다. 다만, 재판·소추 또는 범죄수사가 진행중인 사건의 기록에 대하여는 송부를 요구할 수 없다(헌법재판소법 제32조).

4) 증거조사절차와 증거의 평가

재판부는 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 증거를 조사한다(동법 제31조 제1항).

증거조사는 원칙적으로 재판부가 직접 한다(직접주의). 단, 재판장은 필요하다고 인정할 경우에는 재판관 중 1인을 지정하여 위와 같은 증거조사를 하게 할 수 있다(동법 제31조 제2항).

증거의 증명력, 즉 증거가치의 평가에 대해서는 자유심증주의의 원칙이 적용된다.

5) 증거조사절차에의 민사소송 관계법령 준용의 문제점

현행 헌법재판소법은 증거조사와 관련해서도 헌법재판소법에 명문의 규정이 있는 경우 이외에는 민사소송 관련 법령을 준용하도록 하였다(헌법재판소법 제40조). 이와 같은 입법적 결정의 결정적 오류는 헌법재판소에게 증거를 직접 강제로 확보할 수 있는 가능성을 부여하지 않고 있다는 점이다. 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배된다는 정부의 주장을 증명하기 위한 증거자료를 확보하기 위해서는 정당의 주요조직, 당간부나 당원, 추종자들에 대한 강제적인 압수·수색이 불가피하다. 해산대상 정당이 자신에게 불

리한 증거자료를 은폐하거나 파괴할 가능성이 높기 때문이다.

그러나 헌법재판소법은 이에 대한 충분한 대책을 갖고 있지 않다. 헌법재판소법이 증거제출을 강제할 수 있는 가능성을 일부 규율하고 있기는 하지만(동법 제31조 제1항 제2호, 제32조, 제76조), 모두 당사자의 협조를 전제로 하고 있다. 피청구인인 정당이나 그 관련자들이 증거의 제출을 거부하는 경우에도 형사처벌을 통해서 간접적으로 증거의 제출을 강제하는 수밖에 없다. 피청구인 정당이 형사처벌의 위하에도 불구하고 증거를 은폐·파괴하지 못하도록 증거를 강제로 확보하는 장치도 없다.

민사소송법을 준용함으로써 헌법재판소법이 갖고 있는 증거수집 절차와 관련한 전술한 결함을 모두 치유할 수도 없다. 변론주의가 지배하는 민사소송법에는 헌법재판소가 증거자료를 직접 강제로 확보할 수 있는 수단은 존재하지 않기 때문이다. 최근 새로 도입된 문서제출명령제도(민사소송법 제343조 후단)도 증거의 제출을 강제하기에는 충분하지 않다. 명령위반을 변론전체의 취지로 참작할 수 있는 가능성이 적음에도 불구하고 별도의 제재규정도 마련되어 있지도 않기 때문이다. 이에 비하여 독일 연방헌법재판소법 제47조는 압수·수색의 가능성을 명시하고 있는 기본권실효절차에 관한 규정(제38조 제1항)을 정당해산심판절차에 준용하도록 하고 있다.³²³⁾

그러므로 정당해산절차에 민사소송 관련 법령이 아닌 형사소송 관련 법령을 준용하도록 헌법재판소법 제40조를 개정하여 형사소송 법상의 증거확보를 위한 강제수단을 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

323) 독일연방헌법재판소법 제38조 제1항은 「청구가 접수된 후, 연방헌법재판소는 형사소송법의 규정에 따라 압수 또는 수색을 명할 수 있다」라고 규정하고 있다.

(8) 변호사강제주의 적용의 문제점

1) 헌법재판과 변호사강제주의

헌법재판소법 제25조 제3항은 “각종 심판절차에 있어서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 때에는 그러하지 아니하다”고 규정함으로써 사인의 헌법소송행위에 변호사강제주의를 적용하고 있다. 정당은 현재의 통설에 의하면 국가영역에 속하지 아니하고 사회의 영역이나 양 영역을 중개하는 영역에 속한다. 그렇기 때문에 정당은 일반적으로 공법인이나 국가기관이 아닌 사인으로 분류되고 있다. 따라서 현행법상 정당해산심판절차에서 전개되는 정당의 소송행위에도 변호사강제주의가 적용된다고 해석할 수밖에 없다.

2) 정당해산심판절차에 대한 변호사강제주의 적용의 문제점

변호사강제주의를 정당해산심판절차에까지 적용하는 것이 입법정책적으로 합리적인지 의문이다.

헌법재판소는 헌법소원심판절차에서의 변호사강제주의를 합헌으로 보았다. 헌법재판소는 그 근거로 변호사강제주의는 재판업무에 분업화원리의 도입이라는 긍정적 측면과 재판을 통한 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 사법운영의 민주화 등 공공복리에 기여도가 큰 점, 이 제도로 얻을 수 있는 이익이 개인이 변호사 선임비용을 지출하지 않는 경우의 이익보다는 크다는 점, 무자력자에 대한 국선대리인제도라는 대상조치가 별도로 마련되어 있다는 점을 제시하고 있다³²⁴).

그러나 변호사강제주의의 적용의 문제와 관련하여 헌법소원심판 절차와 정당해산심판절차 사이에는 여러 가지 측면에서 본질적인 차이가 존재한다.

첫째, 정당도 통설에 의하면 사회적 결사로서 ‘사인(私人)’의 지위를 갖는다는 점에서 헌법소원청구인과 같기는 하지만, 정당은 단순한 사적 결사에 그치는 것이 아니고 국민의 정치적 의사형성과 공직선거에서의 후보공천이라는 헌법적 기능을 담당하는 매개적 조직체로서 공적인 성격도 함께 가지고 있다.

둘째, 정당해산절차에서 정당은 자신의 지위를 지키기 위하여 헌법재판소에 소를 능동적으로 제기하는 것이 아니라 정부의 제소에 수동적으로 대응한다는 점에서 헌법소원절차와는 근본적인 차이가 있다.

셋째, 정당은 법적 지식이 부족한 대부분의 일반 사인들과는 달리 일반적으로 정부의 제소에 대하여 법적으로 적절하게 대응할 수 있는 인적·조직적 설비를 갖추고 있다고 보아야 한다. 따라서 헌법소원절차에서처럼 당사자를 보호하기 위하여 또는 심판절차의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 제고를 위하여 변호사들의 전문적인 도움을 얻도록 강제할 필요가 없다. 정당이 전문가들의 도움을 받아 소송에 임할지는 조직의 판단에 맡기는 것이 보다 합리적이다.

마지막으로 현행법이 국선변호사제도를 헌법소원절차에만 적용하고 정당해산심판절차에는 적용하지 않도록 한 것은, 정당이라면 변호사비용 정도는 감당할 능력이 있다는 것을 전제한 것으로 볼 수 있다. 그러나 정당이 위헌정당으로 피소되면 당비나 후원금이 끊기면서 재정적으로 위기에 직면할 수도 있다는 사정도 간과되고 있다. 이 경우 변호사를 대리인으로 선임할 수 없다면, 답변서의 제출

324) 자세한 것은 무엇보다도 현재 1990. 9. 3. 89헌마120 등 참조.

조차 유효하게 할 수 없다는 불합리한 상황이 발생한다.³²⁵⁾

이상과 같은 사정을 종합적으로 고려한다면, 정당해산심판절차에도 헌법재판소법 제70조의 규정과 유사한 국선대리인선임제도를 두어 국선대리인으로 하여금 소송행위를 할 수 있도록 법을 개정하는 것이 옳은 길이라고 본다.

5. 가처분

(1) 법규정과 입법목적

헌법재판소법은 제57조에서 정당해산심판의 청구를 받은 때에 헌법재판소는 청구인의 신청 또는 직권으로 종국결정의 선고시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다고 정하고 있다.

정부는 다양한 요인들을 복합적으로 고려하여 정당해산심판청구를 한다. 따라서 정부의 정당해산심판청구는 정상적인 민주주의적 과정을 통해서 헌법적대적인 정당을 무력화시키기 어렵다는 판단에 토대를 두었을 가능성이 높다. 그렇다면 헌법재판소의 종국재판이 있을 때까지 문제의 정당이 활동하는 것을 방치하는 것은 헌법질서에 중대한 위협을 야기할 수 있다. 이 경우 헌법재판소의 종국재판이 있을 때까지 피청구인 정당의 활동을 정지시킬 수 있는 제도가 피청구인 정당의 정당활동을 정지시키는 가처분제도이다.

325) 다만 국선변호사제를 도입한다고 하더라도 국선변호사가 감당하여야 할 업무의 중대성과 그 부담에 비해 그에게 턱없이 적은 보수가 주어진다는 것을 고려한다면 국선변호사에게 충실한 변호를 기대하기도 어렵다는 이유로 정당대표로 하여금 소송행위를 하도록 하여야 한다는 견해도 있다.

(2) 가처분의 절차적 요건

1) 신청

가처분은 청구인인 정부의 신청 또는 헌법재판소의 직권에 의한 결정으로 행해진다(헌법재판소법 제57조). 가처분의 신청이 서면으로 행해져야 함은 물론이다(동법 제26조 제1항 제1문). 신청서에는 필요한 증거서류 또는 참고자료를 첨부할 수 있다(동법 제26조 제2항).

가처분은 정당해산심판이 헌법재판소에 계속 중일 때 신청할 수 있음이 원칙이지만 본안심판이 계속되기 전이라 하더라도 신청할 수 있다. 만일 본안심판 계속 중에만 가처분을 신청할 수 있다고 한다면 가처분제도의 실효성을 감소시킬 우려가 있기 때문이다.

2) 신청기간

가처분신청에 특별한 기간제한은 없으며 정당해산심판 청구가 가능한 동안 그리고 그 심판청구가 계속 중인 이상 신청할 수 있다. 본안심판이 종결되었거나 본안심판절차가 충분히 진행되어 본안결정을 내릴 수 있는 정도에 도달한 시점에서의 가처분신청은 할 수 없다.

3) 권리보호이익

정당해산심판청구에 대한 결정이 적시에 선고될 수 있는 경우에는 가처분의 권리보호이익이 인정되지 않는다. 또 정당해산심판사건이 법적으로 아직 성숙되지 아니하였거나 다른 방법으로 가처분의 신청목적을 달성할 수 있는 경우에도 마찬가지로 권리보호이익이 없다고 본다. 권리보호이익이 없었더라도 사정변경이 있으면 권리보호이익이 다시 생길 수 있음은 물론이다.

4) 본안결정 선취금지

가처분의 내용이 본안결정을 선취하려는 것(vorwegnehmen)이거나 본안결정의 결과를 예단하도록 하는 것(präjudizieren)이서는 안 된다는 것이 독일에서의 통설이요 판례이다.³²⁶⁾ 즉 본안선취를 목표로 하는 신청은 본안이 지나치게 늦게 내려지지 않는 한 원칙적으로 부적법하다고 한다.³²⁷⁾

그러나 실무상 본안에 대한 약식심사를 하는 것은 불가피하고 또 실무도 이중가설이론에 의한 형량모델을 가장하여 본안에 대한 약식심사를 하고 있으며³²⁸⁾, 또 가처분재판과 본안재판의 결론이 일치하는 것은 바람직한 것이라고 보아야 한다는 이설이 있다.³²⁹⁾

5) 기타 적법요건

가처분사건에도 일사부재리의 원칙(법 제39조)이 적용되기 때문에 가처분신청이 각하되거나 기각된 후 아무런 사정변경이 없음에도 동일한 사유로 가처분신청을 하는 것은 허용되지 아니한다.

326) BVerfGE 7, 175 (179 f.); 34, 160 (162f.); 46, 160 (163 f.); 80, 360 (366 f.); 81, 53; 82, 54 (58) 참조.

327) BVerfGE 12, 36 (42); 34, 160 (162 f.); 46, 160 (163 f.); 67, 149 (151). *Robbers*, S. 91 f. 참조.

328) 그 결과 독일 연방헌법재판소가 한 가처분재판 중 거의 5분의 4가 본안재판의 결론과 일치하고 있다고 한다. Berkemann, Das "verdeckte" summarische Verfahren der einstweilige Anordnung des BVerfG, JZ 1993, S. 161 ff. (167) 참조.

329) F. Schoch/R. Wahl, Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten, in: Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, FS Benda, Eckart Klein (Hrsg.), 1995, S. 279.

(3) 가처분신청사건의 접수 및 송달

헌법재판소가 청구서를 접수한 때에는 지체 없이 그 등본을 피청구인에게 송달하여야 한다고 규정하고 있는 헌법재판소법 제27조 제1항은 가처분에도 적용된다. 민사소송법상의 가처분과 달리 헌법재판의 가처분절차에 밀행성을 요구할만한 뚜렷한 이유가 없기 때문이다.

(4) 가처분의 실체적 요건

1) 심판청구의 인용가능성

피청구인 정당의 활동과 목적이 민주적 기본질서에 위배되었는지 여부는 원칙적으로 고려의 대상이 되지 않는다. 정당해산심판절차에서는 사실관계를 쉽게 확인·평가하기 어려운 경우가 많아 이를 고려할 경우 신속히 내려져야 할 가처분제도의 본질에 부합하지 않기 때문이다. 그러나 본안에서의 기각가능성은 고려되지 않을 수 없다. 즉 정당해산심판이 명백히 부적법하거나 명백히 이유 없는 경우에는 가처분을 명할 수 없다.

2) 가처분을 정당화하는 사유

헌법재판소는 헌법소원심판절차에서의 가처분의 실체적 요건과 관련하여 다음과 같이 판시한 바 있다. 즉 “헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 준용되는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지규정과 민사소송법 제714조의 가처분규정에 비추어 볼 때 가처분결정은 헌법소원심판에서 다투어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 하고 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어

야 한다는 것 등이 그 요건이 된다”³³⁰⁾

정당해산심판절차에서는 공권력행사로 인한 기본권침해의 구제가 문제되는 것이 아니라 정당의 위헌적 활동으로부터 헌법을 수호하는 것이 문제된다는 점에서 근본적인 차이가 있다. 가처분제도의 취지에는 차이가 없고 정당활동의 자유 및 정당특권을 고려할 때 가처분을 통해 정당활동을 정지하는 것은 예외적인 조치라고 보아야 할 것이다. 따라서 민사집행법 제300조에 담긴 가처분의 요건은 헌법재판소법 제57조를 해석할 때 존중되어야 한다. 그러므로 정당해산심판청구와 관련한 가처분이 정당화되려면 마찬가지로 ‘중대한 불이익의 방지’, ‘긴급성의 존재’ 요건이 충족되어야 한다고 본다.

(가) 중대한 불이익의 방지

여기서 중대한 불이익은 피청구인인 정당의 위헌성이 확인될 경우 발생하게 될 민주적 기본질서에 대한 회복하기 어려운 현저한 손해 또는 회복 가능하지만 중대한 손해를 포함한다.

(나) 긴급성의 존재

가처분신청은 정당해산심판결정이 민주적 기본질서에 대한 위협을 방지하기에 적절한 시간 내에 내려질 것을 기대할 수 없을 때에만 인용될 수 있다. 다시 말한다면 가처분으로 규율하고자 하는 현상이 이미 발생하였거나 시간적으로 매우 근접해 있음을 요한다.

3) 가처분의 필요성(이익형량)

일반적으로 헌법재판절차에서 가처분결정을 내리기 위해서는 이

330) 헌재 2000. 12. 8. 2000헌사471, 판례집 12-2, 381, 요지 2; 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264, 270~271 참조.

중가설이론에 의한 이익형량을 통해 가처분의 필요성이 인정되어야 한다는 주장이 받아들여지고 있다.³³¹⁾ 헌법재판소법 제57조는 이 문제에 관하여 아무런 직접적인 지침을 포함하고 있지 않다. 가처분 결정은 어디까지나 잠정적이고 예외적인 조치이기 때문에 이익형량에 있어 가처분사유에 대하여 엄격하고 제한적으로 해석·적용하여야 한다는 엄격기준의 원칙은 정당의 설립과 활동의 자유가 민주주의에 대하여 갖는 의미 및 정당의 특권에 비추어 볼 때 정당해산심판절차에서도 적용된다고 보아야 한다.

그러므로 가처분신청을 인용한 후에 정당해산심판청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익(무엇보다도 피청구인 정당의 정당활동의 자유에 미치는 불이익)과 가처분신청을 기각한 후에 정당해산심판이 인용되었을 때 불이익(무엇보다도 헌법질서의 수호와 관련하여 발생하게 될 불이익)을 형량하여 불이익이 적은 쪽을 선택하여야 한다.

(5) 가처분심판의 절차

1) 구두변론의 여부

가처분결정은 구두변론 없이도 할 수 있다. 정당해산의 심판은 구두변론에 의하도록 규정하고 있는 헌법재판소법 제30조 제1항은 가처분의 신속성, 잠정성 등에 비추어 가처분절차에는 적용되지 않는다. 특별히 긴급을 요하는 경우에는 당사자나 기타 이해관계인의 의견진술 기회도 주지 아니하고 바로 결정할 수 있다(독일 연방헌법재판소법 제32조 제2항 참조).³³²⁾

331) 헌재 2002. 4. 25. 2002헌사129, 공보 68, 107; 2000. 12. 8. 2000헌사471, 판례집 12-2, 381, 요지 2; 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264, 270~271 참조.

2) 증거조사 및 자료제출요구

재판부는 가처분심판의 심리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 증거조사를 할 수 있다(헌법재판소법 제31조 제1항). 또한 재판부는 결정으로 다른 국가기관 또는 공공단체의 기관에 대하여 심판에 필요한 사실을 조회하거나, 기록의 송부나 자료의 제출을 요구할 수 있다(동법 제32조).

3) 심판정족수

재판부는 재판관 7인 이상의 출석으로 사건을 심리하고, 중국심리에 참여한 재판관 과반수의 찬성으로 결정을 한다(동법 제23조 제1, 2항).

(6) 가처분결정

1) 가처분 결정의 내용

(가) 정당활동의 정지

헌법재판소는 가처분신청이 이유 있는 것으로 판단하는 경우 중국결정의 선고시까지 피청구인 정당의 활동을 정지시키는 가처분을 할 수 있다(동법 제57조). 정지대상이 되는 정당활동의 범위는 포괄적으로 정당활동 일반이 될 수도 있고, 정당의 홍보활동과 같은 대외활동 등 특정된 정당활동에 국한될 수도 있다. 다만, 비례성의 원칙상 가능한 한 정지 대상이 되는 정당 활동의 범위는 최소한에 그쳐야 한다.

332) 헌법재판소는 98헌사31 국무총리서리 임명행위의 효력정지 및 직무집행정지 가처분 사건과 98헌사43 감사원장서리 임명행위의 효력정지 및 직무집행정지 가처분 사건에서 변론을 연 바가 있다.

정당활동 정지의 가치분이 내려지면 해당 정당의 일반적인 활동은 물론 국회법이 정하는 교섭단체(국회법 제33조, 제34조)로서의 권한행사나 활동도 정지된다고 새겨야 한다.³³³⁾ 왜냐하면 교섭단체의 기본적 구성단위는 국회에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당이기 때문이다(국회법 제33조 제1항 제1문). 그러므로 피청구인 정당이 교섭단체를 구성하여 원내활동을 하고 있었던 경우에는 정당활동을 정지시키는 가치분 결정 이후에는 원내교섭단체의 권한을 행사할 수 없다. 이 경우 해당 정당에 소속된 국회의원도 정당원으로서의 지위가 아닌 국회의원의 지위에서 할 수 있는 활동만을 할 수 있다.

또한 가치분으로 활동이 정지된 정당에 대해서는 정치자금에 관한 법률에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조하기 위하여 지급되는 국고보조금도 지급할 수 없다고 보아야 한다.³³⁴⁾

(나) 다른 내용의 가치분

헌법재판소는 피청구인의 정당활동을 정지시키는 가치분 이외의 다른 내용의 가치분도 할 수 있는가? 현행법이 가치분제도를 일반 심판절차에 관한 장에서 일반소송제도로 규율하지 않고, 각 심판절차별로 특별 규정을 두어 규율하고 있기 때문에 제기되는 문제이다.

이와 관련하여 두 가지가 견해가 있을 수 있을 것이다. 다른 내용의 가치분은 가치분제도를 특별심판절차에서 심판절차별로 특별히 규정하고 있는 헌법재판소법의 규율태도에 비추어 볼 때 헌법재판소법 제57조는 제하적·열거적 성격의 규정이므로 다른 내용의 가치분은 가능하지 않다는 설과 본안소송의 목적을 달성하기 위하

333) 동지: 정중섭, 앞의 책, 448쪽.

334) 동지: 정중섭, 위의 책, 448쪽.

여 필요한 임시의 법적 관계를 규율하기 위한 가처분제도는 소송절차 일반의 본질상 필요한 것이라는 점을 감안할 때 헌법재판소법 제57조는 정당해산심판절차와 관련한 가처분의 전형적인 내용을 명시한 예시규정에 불과하다는 설이 그것이다. 본안소송의 목적달성에 불가피한 임시의 지위를 규율하는 것이 소송의 본질상 요청된다는 점, 가처분제도가 예정되어 있지 아니한 헌법소원심판절차에서도 동 제도의 필요성을 부인할 수 없음을 이유로 가처분을 발하고 있는 헌법재판소의 실무 등에 비추어 볼 때 헌법재판소법 제57조는 정당해산심판절차에서 가능한 가처분의 내용 중 전형적인 것을 규율한 것에 불과하다고 보는 설이 타당하다고 본다.³³⁵⁾

이 설에 의할 경우 헌법재판소는 피청구인 정당이 강제해산시 국고에 귀속될 정당재산을 빼들려 헌법적대적인 활동에 필요한 자금을 확보하는 것을 막기 위하여 정당재산을 압류하는 가처분을 내리거나 경우에 따라서는 해당 정당에 소속된 국회의원의 직무를 정지하는 가처분도 할 수 있다고 본다.

(다) 헌법재판소는 본안결정의 실효성 확보를 위하여 필요한 조치를 가처분을 통해 발함에 있어서 청구인의 가처분 신청목적에는 구속되지만 신청취지에는 구속되지 않는다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민사집행법 제305조 제1항 참조).³³⁶⁾

2) 가처분 결정의 형식

가처분신청이 부적법할 경우에는 결정으로 각하한다. 가처분신청

335) 이성환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 168~171쪽 참조.

336) BVerfGE 85, 167 참조.

이 적법하고 이유가 있을 때에는 결정으로 인용하고, 적법하나 이유가 없을 때에는 결정으로 기각한다.

가처분 결정에도 이유를 기재하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제2항 제4호).

가처분의 본질은 본안재판시까지 잠정적으로 임시의 지위를 정하는 데에 있으므로 가처분결정에는 원칙적으로 “본안재판결정시까지”라는 문구가 들어가야 할 것이다. 가처분 결정의 주문은 가령 “OO당의 정당활동은 본안결정시까지 금지된다. 금지된 정당활동에는 △△가 포함된다.”라고 할 수 있을 것이다.³³⁷⁾ 이러한 경우 본안재판에 대한 결정이 있으면 가처분결정은 당연히 실효된다.

(7) 가처분재판 이후의 절차

정당활동의 정지 등을 명하는 가처분이 선고되면 이를 정부와 피청구인 정당에게 송달하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제4항). 가처분결정은 관보에 게재함으로써 이를 공시한다(동법 제36조 제5항). 헌법재판소장은 또한 그 사실을 국회와 중앙선거관리위원회에도 통지하여야 한다(동법 제58조 제1항).

337) 독일연방헌법재판소가 극우정당인 사회주의국가당 해산심판절차와 관련하여 발한 가처분의 주문은 다음과 같다(BVerfGE 1, 349) “① 이 가처분으로 사회주의국가당과 그 하부조직은 본안에 대한 판결이 선고될 때까지 언어, 음반·도화와 문서에 의한(인터뷰에 의한 것도 포함) 어떠한 선전활동과 공적인 활동도 허용되지 아니한다. 이러한 금지는 다음 사항에까지 미친다. a) 사회주의제국당, 그 하부조직과 그 구성원의 모든 공적인 집회, 성명(聲明), 행진과 정당대회 및 그에 준하는 행사개최, b) 사회주의제국당과 그 하부조직의 인쇄행위와 모든 인쇄물의 반포행위, 특히 ‘독일야당’, ‘외침’, ‘독일국’과 여타의 홍보잡지 및 이에 준하여 있을 수 있는 간행물. 이러한 의미의 인쇄물은 인쇄기에 의한 제조물 및 그밖에 기계적 또는 화학적 방법에 의해 제조되고 반포용으로 작성된 문서의 복사물 및 문서가 딸려 있건 없건간에 모든 도표적 표현물의 복사물 그리고 글귀 또는 설명이 들어있는 악보의 복사물을 포함한다.”(하략)

가처분인용결정이나 기각결정에 대하여 민사집행법상의 이의신청(민사집행법 제301조 및 제283조)이 준용될 수 있는지가 문제된다. 이의신청제도가 정당해산심판절차의 본질에 반한다고 볼 수 없는 한 헌법재판소법 제40조에 의하여 가처분에 대한 이의신청의 가능성을 인정하여야 할 것이다.³³⁸⁾ 이의신청은 가처분의 집행을 정지시키지 아니한다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민사집행법 제283조 제3항). 이의신청에 대해서는 구두변론을 거쳐 재판한다(헌법재판소법 제40조 제1항, 민사집행법 제286조 제1항). 이의신청에 대한 재판에는 가처분신청에 대한 재판처럼 긴급성이 요구되지 않기 때문이다.³³⁹⁾

가처분인용결정후 본안사건결정전 가처분사유가 소멸되었다고 인정될 경우에는 민사집행법 제288조(사정변경에 의한 가압류처분취소), 제307조(특별사정에 의한 가처분취소)를 준용하여 이해관계인의 신청이나 직권으로 가처분을 취소할 수 있다고 보아야 한다.³⁴⁰⁾

가처분결정에 “본안재판결정시까지”라는 문구가 들어 있지 아니한 경우 본안을 기각할 때에는 가처분결정도 직권으로 취소하여야 할 것이다.

(8) 가처분 결정의 실효성 확보 방안의 미흡

현행 헌법재판소법은 물론 정당법이나 헌법재판소의 해산결정이

338) 동지: 정중섭, 앞의 책, 215쪽.

339) 동지: 정중섭, 위의 책, 215~216쪽. 참고로 독일연방헌법재판소법 제32조 제3항은 가처분이 변론을 거치지 아니한 채 결정으로 명하여지거나 기각된 때에는 이의를 신청할 수 있고(다만 헌법소원심판절차에 있어서의 소원청구인은 이의를 신청할 수 없다), 연방헌법재판소는 이의에 대하여 변론을 거쳐 재판하도록 규정하고 있다.

340) 동지: 정중섭, 위의 책, 216쪽. 참고로 독일 연방헌법재판소법 제32조 제6항은, 가처분은 6개월이 지나면 효력을 상실하고, 연방헌법재판소는 투표수의 3분의 2 이상의 다수로 가처분을 반복할 수 있다고 규정하고 있다.

나 가치분결정을 집행하여야 할 선거관리위원회를 규율하는 법률인 선거관리위원회법은 헌법재판소의 가치분의 실효성을 확보하기 위한 대책을 예정하고 있지 않다. 헌법재판소법 제60조도 정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 정당법의 규정에 의하여 이를 집행한다는 규정만을 두고 있어, 가치분의 집행과는 무관하다. 더구나 현행법은 독일법이 예정하고 있는 헌법재판소 결정의 집행(독일 연방헌법재판소법 제35조)³⁴¹⁾과 관련된 일반 규정을 두고 있지 않다. 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용될 수 있는 민사집행법도 정당의 헌법과괴적 활동을 정지시키기에 적합한 적절한 대응수단을 포함하고 있지 않다.

가치분의 실효성 확보를 위한 가치분의 강제적 집행제도의 흠결은, 헌법재판소가 헌법 및 여타 소송법령의 정신을 존중하면서 창조적으로 보충할 수밖에 없다고 본다. 예를 들면 헌법재판소는 헌법재판소의 가치분에 포함된 명령을 고의적으로 위반한 자에 대하여 형사처벌의 가능성을 가치분결정에서 선고할 수 있을 것이다.³⁴²⁾

향후 시급히 헌법재판소의 결정의 실효성 확보를 위하여 헌법재판소 결정을 집행하는 데 필요한 규율을 발할 수 있는 권한을 헌법재판소에 부여하는 방향으로 헌법재판소법을 보충하여야 할 것이다.

341) “연방헌법재판소는 그 재판에서 재판을 집행할 자를 지정할 수 있고, 경우에 따라서는 집행의 방법을 정할 수 있다.”

342) 독일 연방헌법재판소는 사회주의국가당해산사건(BVerfGE 1, 349)에서 사회주의국가당의 홍보활동을 정지시키는 가치분 결정을 하면서 “이 가치분결정 또는 이 가치분결정의 집행과정에서 내려진 조치에 대한 고의적인 위반행위는 연방헌법재판소법 제47조, 제42조에 따라 6월 이상의 징역형에 처한다”는 집행규정을 동시에 발하고 있다.

6. 종국결정

종국결정의 내용과 효력에 관하여는 후술하는 V. 정당해산심판결정의 효력과 집행 부분을 참조하기 바람.

V. 정당해산심판결정의 효력과 집행

1. 정당해산심판결정의 소송법적 성격

정당해산심판결정이란 정당의 목적이나 활동이 기본질서에 위배될 때에 정당의 해산을 명하는 결정이다. 이러한 정당해산심판결정이 이행결정인가 아니면 형성결정인가 하는 점에 대하여는 약간의 의문점이 있다.³⁴³⁾

헌법재판소법 제59조가 “해산을 명하는 결정”이라고 하고 있고 또 동법 제60조도 “정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 정당법의 규정에 의하여 이를 집행한다”고 하여 마치 이행결정인 것처럼도 보인다. 이행결정과 형성결정의 차이점은 특별한 집행처분이 있어야만 법률관계의 변동이 생기느냐 아니면 결정에 의하여 어떠한 집행행위의 매개없이 바로 법률조직의 변동이 생기느냐 하는 점이다. 그런데 정당해산결정은 중앙선거관리위원회에 송달되고 이 송달을 받은 중앙선거관리위원회는 정당법 제40조에 의하여 정당의 등록을 말소하고 지체없이 그 뜻을 공고하므로 마치 정당의 등록말소에 의하여 정당이 소멸하는 것으로 오해될 수도 있다.

하지만 헌법 제8조에서 “정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다”고 규정하고 있고 또 헌법재판소법 제59조도 “결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다”고 규정하여 해산결정의 선고와 동시에 그 정당은 해산된다고 보아야 한다. 그리고 중앙선거관리위원회의 등록말소나 해산공고는 모두 사후적인 행정처리에 지나지 않

343) 이성환, 앞의 학위논문, 50쪽 이하 참조.

는다.³⁴⁴⁾ 따라서 결국 정당해산심판 결정은 형성결정이라고 하여야 할 것이다.

정당해산심판결정의 소송물은 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배됨을 이유로 한 해산의 청구라고 할 것이다. 과거 정당 활동의 위헌 여부를 확인하는 것은 소송물의 내용이 아니다. 그리고 이러한 소송물은 정당해산심판의 청구서에 기재된 청구의 이유에 의하여 특정되고 반드시 청구의 이유에 엄격히 구속된다고 보아야 한다. 왜냐하면 정당해산심판도 형사소송절차와 유사하다고 하겠고 또 해산이 청구된 정당의 방어권을 보호하기 위하여서이다.

2. 정당해산심판결정의 종류

정당해산심판의 심리가 종료되면 결정을 하게 된다. 평의를 거친 후에 결정을 하는데 결정의 종류에는 다른 헌법재판과 마찬가지로 인용결정, 기각결정, 각하결정이 있다.

(1) 인용결정

정당해산 심판의 인용결정은 피청구인 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위반됨이 인정되어 해산을 명하는 결정이다(헌법재판소법 제59조). 해산결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다. 이미 설명하였듯이 정당해산결정의 소송법적 성격은 이행결정이 아니고 형성결정이므로 주문은 “피청구인 ○○○정당을 해산한다”라는 형식을 취하게 된다.³⁴⁵⁾ “피청구인 ○○○정당

344) 다만 해산공고는 이미 헌법재판소결정이 관보에 공고되는데 또 다시 중앙선거관리위원회가 정당해산의 공고를 하여야 함은 입법의 잘못으로 보인다.

345) 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 1998, 243쪽.

의 해산을 명한다”고 표시하는 것은 마치 이행결정으로 오인되어 임의로 해산할 것을 명하고 이에 불응할 때에 강제집행되는 것과 같이 오해될 소지가 있으므로 주문형태로는 바람직한 형태가 아니라 하겠다.³⁴⁶⁾ 독일의 경우에는 연방헌법재판소법 제46조가 “1. 청구가 이유 있을 때에는 연방헌법재판소는 정당이 위헌임을 확인한다. 2. 이 확인은 정당의 법적 또는 조직적으로 독립한 부분에 한정할 수 있다 3. 이 확인에는 정당 또는 정당의 독립한 부분의 해산 및 그 대체조직의 결성금지를 부가하여야 한다. 그 밖에 이 경우 연방헌법재판소는 정당 또는 정당의 독립한 부분의 재산을 공익목적에 위하여 연방이나 지방을 위하여 몰수를 선고할 수 있다.”고 하여 확인결정을 하고 아울러 몰수를 위한 집행결정을 덧붙일 수 있음을 선언하고 있다. 또 정당 전체가 아닌 독립한 부분만에 대하여도 위헌임을 선언할 수 있다고 하고 있다. 그런데 독일의 경우에는 본질적으로 정당의 위헌성을 먼저 확인하고 이에 부가하여 해산을 명하는 형태이다. 독일 연방헌법재판소법 제63조도 “연방의회, 연방참사원 또는 연방정부는 정당의 위헌여부에 대한 재판을 청구할 수 있다.”고 하여 위헌여부확인을 구하는 형태이다. 하지만 우리 법상으로는 헌법 제8조 제4항과 헌법재판소법 제59조의 조문내용이 이와 다르게 “헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.”고 하고 “정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다.”고 규정되어 있다.

독일의 경우에는 이와 관련하여 3개의 학설이 있다. 순수한 선언적 효력설, 선언적 효력과 창설적 효력 병존설, 그리고 순수 창설적

346) 정종섭, 앞의 책, 440쪽은 “○○○정당의 해산을 명한다”고 표시한다고 하고, “○○○정당을 해산한다”고 표시하여도 잘못된 것은 아니나, 헌법재판소법 제59조의 범문을 보건대 “○○○정당의 해산을 명한다”고 표시할 수도 있다고 설명하고 있다.

효력설 등이 있다.³⁴⁷⁾ 먼저 순수한 선언적 효력설은 정당이 헌법이 규정하는 위헌정당의 실체적 요건에 해당하면 곧 법적으로 해산된 것으로 보아야 하고 따라서 해산결정은 순수한 선언적 확인에 불과하다고 본다. 다음 선언적 효력과 창설적 효력 병존설은 정당의 위헌성이 헌법재판소에 의해 소급적으로 확인되고 확인적 효력을 가지지만 법적으로 정당이 위헌정당으로 취급되는 것은 결정이 내려진 시점부터로서 결정은 창설적 효력을 가진다고 본다. 마지막으로 창설적 효력설은 정당의 위헌성이 확인되어 해산되는 것은 위헌정당임이 헌법재판소에서 결정된 시점부터로서 결정은 헌법재판소 결정에 의하여 비로소 위헌정당이 될 뿐 그 전까지는 합법적인 정당으로 간주된다고 한다. 독일 헌법재판소는 독일 정당이 위헌결정이 내려지면 간부 등이 형사적으로 처벌받게 되어 정당의 행위능력을 박탈할 뿐만 아니라 정당에게 허용된 헌법적 관용을 공동화시키기 때문이라고 한다. 법질서가 정당의 설립과 그를 위해 활동할 자유를 허용하고서도 사후에 이를 위법하게 만드는 것은 법치주의 원칙에 반하는 것이라 한다.³⁴⁸⁾

위에서 설명하였듯이 독일 헌법재판소법과 우리 헌법재판소는 조문 형식이 다를 뿐만 아니라, 만약 확인결정을 하게 된다면 소급하여 정당 활동이 무효임을 구하게 되어 기존의 활동이 위법한 것으로 해석하여야 한다. 이는 기존의 법률관계를 해치고 법적 안정성을 위협하게 되므로 법치주의 원칙상 허용될 수 없다. 따라서 우리나라에서는 순수 창설적 효력설 즉 형성적 효력설이 타당하다.³⁴⁹⁾ 헌법재판소 결정이 있더라도 원칙적으로 정당의 위헌성은 소급하지 않고 결정이 있는 후에 비로소 위헌정당이 된다. 다만 예외적으로

347) 최희수, 앞의 논문, 467~468쪽과 앞의 IV. 2. (2) 부분 참조.

348) BVerfGE 12, 296ff; 13, 46; 17,155.

349) 헌법재판소, 실무제요, 243쪽; 정종섭, 앞의 책, 441쪽.

헌법재판소가 피청구인 정당이 위헌인 시점을 결정이유에서 소급적으로 확인한 경우에는 소급하여 그 시점부터 위헌정당이 된다고 보아야 한다.

또 독일에서는 연방제임으로 인하여 정당의 분권성이 강하고 일부 정당이 연방전체가 아니라 지방차원에서만 위헌적인 활동을 할 수 있으므로 전체정당이 아닌 정당의 독립한 부분만 위헌성이 문제될 가능성도 크다. 하지만 우리나라에서는 전국 정당만이 허용되어 있고 중앙집중적인 정당형태를 취하고 있고 법적으로는 정당은 법인격없는 사단이므로 단일한 법적 주체라고 보아야 하기 때문에 정당전체에 대한 해산만 허용된다고 할 수 있다. 다만 뒤에서 보는 바와 같이 정당해산결정에도 비례의 원칙이 적용되기 때문에 정당의 가분적 일부에 대하여서는 해산결정이 가능하다고 하여야 한다.

(2) 기각결정

정당해산 심판의 기각결정은 헌법재판소가 정당해산심판청구가 이유없을 때 하는 결정이다. 주문의 형식은 “이 사건 청구를 기각한다”라고 표기한다. 형식적 요건은 갖추었으나 피청구인 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 반하지 않을 때에 하는 결정이다. 또한 피청구인 정당의 활동이 민주적 기본질서를 전체적으로 사실상 위태롭게 하지 않을 경우에도 기각결정을 한다. 기각결정에도 기판력이 있으므로 정부는 동일한 사유를 들어 다시 정당해산심판을 제기할 수 없다.

(3) 각하결정

각하결정은 정당해산심판 청구가 형식적·절차적 요건을 구비하

지 못하였을 경우에 하는 결정이다. 예를 들어 정당이 아닌 사회적 단체를 상대로 정당해산심판을 청구하였거나 혹은 정부의 제소 자체가 절차적 요건을 갖추지 못한 경우에 하는 결정이다. 국무회의의 심의를 거치지 못하였다거나 청구서에 국무총리나 관계 국무위원의 부서가 없는 경우 등이다. 주문의 형식은 “이 사건 청구를 각 하한다”라고 표기한다.

해산 신청된 정당이 자진해산한 경우에도 각하하여서는 아니되고 심판을 계속 진행시켜 본안에 관하여 판단하여야 한다. 임의해산 후 다시 재창당을 하거나 대체정당을 창당하는 경우에 해산을 다시 청구하여야 한다면 헌법수호에 시간적으로 문제점이 있을 수 있고 또 다시 무의한 절차를 반복하여야 하는 결과가 되기 때문이다.³⁵⁰⁾

(4) 소수의견의 표시

헌법재판소법 제36조 제3항은 “법률의 위헌심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다”고 하여, 탄핵심판 및 정당해산심판의 경우에는 관여재판관 개인의 의견을 표시할 수 없는지의 의문이 제기된다.

현재 이 문제에 대해서는 다음과 같이 견해가 대립하고 있다.

1) 부정설

이 설은 법 제34조 제1항에 의하여 재판관들에게 부과된 평의의 비밀준수의무는 사건에 대한 평의의 경과만이 아니라 사건의 결론이나 논증에 대한 재판관 개인의 의견이나 다수관계까지 미친다는 전제하에 헌법재판소법이 제36조 제3항에서 탄핵심판절차와 정당해

350) 앞의 IV. 3. (2) 2) 부분 참조.

산심판절차를 평의의 비밀준수의무의 해제대상에서 제외하였으므로 재판관은 이 절차에서는 개별의견을 표시할 수 없다고 보는 견해이다.³⁵¹⁾

탄핵심판절차와 정당해산심판절차에서만 재판관 개별의견을 표시할 수 없도록 한 이유로는 이 절차가 고도의 정치적 성격을 띠고 있어 재판관으로 하여금 의견을 표시하게 하거나, 이유에서 찬성 또는 반대한 재판관의 성명을 실시하는 것은 헌법재판의 정치적 중립성을 해할 위험이 있다는 것을 들고 있다.³⁵²⁾

2) 긍정설

헌법재판소법 제34조 제1항에 의한 평의의 비밀준수의무가 미치는 범위에 사건에 대한 최종결론에 이르기까지 그 외형적인 진행과정과 교환된 의견 내용의 비공개, 즉 평의과정의 비공개만이 포함되며, 법 제36조 제3항은 탄핵심판과 정당해산심판에 있어 일률적으로 의견표시를 강제할 경우 의견표시를 하는 것이 부적절함에도 의견표시를 하여야만 하는 문제점이 있을 수 있기 때문에 이를 방지하고자 하는 고려에 그 바탕을 둔 법규정으로서 탄핵심판이나 정

351) 정종섭, 앞의 책, 440쪽; 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1의 법정의견: “헌법재판소법 제34조 제1항에 의하면 헌법재판소 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하여야 하지만, 평의는 공개하지 아니하도록 되어 있다. 이 때 헌법재판소 재판관들의 평의를 공개하지 않는다는 의미는 평의의 경과뿐만 아니라 재판관 개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 공개하지 않는다는 뜻이다. 그러므로 개별 재판관의 의견을 결정문에 표시하기 위해서는 이와 같은 평의의 비밀에 대해 예외를 인정하는 특별규정이 있어야만 가능하다. 그런데 법률의 위헌심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에 대해서는 평의의 비밀에 관한 예외를 인정하는 특별규정이 헌법재판소법 제36조 제3항에 있으나, 탄핵심판에 관해서는 평의의 비밀에 대한 예외를 인정하는 법률규정이 없다. 따라서 이 탄핵심판사건에 관해서도 재판관 개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 결정문에 표시할 수는 없다고 할 것이다.”

352) 정종섭, 위의 책, 440쪽.

당해산심판에 있어 의견을 표시할지 여부는 관여한 재판관의 재량 판단에 맡기는 의미로 보아 해석해야 한다는 견해이다.³⁵³⁾

3) 평가

헌법재판소법 제34조 제1항이 합의체인 재판부 구성원들에게 평의의 비밀을 유지하여야 할 의무를 부과하는 목적은, 재판의 독립성 및 통일성, 그리고 이와 밀접한 관련이 있는 헌법재판의 권위와 헌법재판소의 명예를 보호하고 또 합의체내에서 재판관들이 사건에 관한 의견을 자유롭게 표명할 수 있도록 함으로써 사건에 대한 올바른 결론에 이르도록 돕기 위한 것이다. 한편, 평의비밀유지의 목적, 최고법원에만 소수의견표시의 가능성을 규율하고 있는 현행 법원조직법 제15조 및 헌법재판소법 제36조 제3항의 규율에 비추어 볼 때 평의의 비밀의 범위에는 평의의 과정은 물론 그 표결의 결과 및 다수관계까지 포함된다고 보는 것이 옳다.³⁵⁴⁾ 그렇다면, 현행법의 해석론으로는 탄핵심판절차와 정당해산심판절차에서는 소수의견은 물론 다수관계도 표시할 수 없다고 보는 부정설의 입장이 타당하다.

그러나 입법정책적으로 볼 때 현행법 제36조 제3항은 불투명하고 수궁하기 어려운 전제 위에 서 있다. 무엇보다도 탄핵심판절차와 정당해산심판절차에서만 소수의견이나 다수관계를 표시할 수 없도

353) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1에서 시사된 소수의견.

354) 소수의견제도에 관한 독일연방헌법재판소법 개정 논의에서 격론이 벌어진 이유(이에 대해서는 Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 30 Rn 6 참조)도 평의의 비밀유지에 관한 독일의 전통 때문이다. 독일 연방헌법재판소법의 개정(1970. 12. 21.)을 통해 소수의견제도(Sondervotum)가 도입(제30조 제2항)되기 전에는 재판관의 의견을 사건관련 서류에 법정외견과 함께 철해 기록으로 남기되 공개하지 않는 제도가 있었다고 한다(이른바 Separatvoten). 이에 대해서는 Maunz/Schmidt-Bleibtreu, § 30 Rn 4 참조.

록 해야 할 합리적 근거를 확인하기 어렵기 때문이다. 부정설이 이들 절차가 고도의 정치적 성격을 띠고 있어 재판관으로 하여금 의견을 표시하게 하거나 이유에서 찬성 또는 반대한 재판관의 성명을 실시하는 것은 이 절차에서 헌법재판의 정치적 중립성을 해할 위험이 있다는 것을 입법이유로 제시하고 있지만, 이는 수증하기 어려운 설명이다. 탄핵심판절차와 정당해산심판절차만이 고도의 정치성을 띠는 것이 아니라 헌법재판의 대상이 대부분 고도의 정치성을 띠고 있기 때문이다. 또 소수의견제도가 헌법재판의 기준인 헌법에 내재하는 다원적 헌법해석의 가능성의 제도적 표출이고, 두 절차 역시 헌법규범을 재판규준으로 한다는 점을 고려하면 이들 절차만을 다르게 취급하여야 할 이유는 존재하지 아니한다. 혹자는 탄핵절차나 정당해산심판절차 모두 각기 특정한 내지 특정 정치집단에 대한 직접적인 제재가 내려질 수 있는 절차이기 때문에 한국적 정서상 소수의견의 형태로 재판관들이 개인의 의견을 드러내는 것을 꺼려 할 수도 있다는 것을 그 근거로 내세울 지도 모른다. 그러나 사형이나 공무원의 파면까지 선고한 원심이 확정될 수 있는 대법원 판결에서도 예외 없이 소수의견을 개진할 수 있다는 사정을 감안한다면(법원조직법 제15조), 이 역시 설득력이 있는 설명이라고 보기 어렵다.

그렇다면 헌법재판소법 제36조 제3항이 탄핵심판절차와 정당해산심판절차에서만 소수의견을 표시할 수 없도록 한 것은 합리적 근거를 발견할 수 없어 입법정책적으로 잘못된 입법이라고 보아야 한다.

한편, 현행 법 제34조 제3항은 다른 문제점도 포함하고 있다. 이 규정은 “... 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다”고 되어 있어 법률이 열거하고 있는 3심판절차에서는 재판관이 평의과정에서 진술한 자신의 의견을 반드시 결정문에 표시하여야 하는 것과 같은

인상을 주고 있다. 그러나 재판관은 결정문에 평의과정에서 피력한 자신의 견해를 공개적으로 표시하지 않은 채 다수결의 결과에 승복할 수도 있다고 보아야 한다. 재판장이나 법정의견을 낸 재판관들이 평의과정에서 이견을 보인 재판관에게 소수의견을 표시하도록 강제할 수 없으며, 또 만일 법규정을 그렇게 해석한다면 이는 합의체의 본질에도 반한다. 결국 평의과정에서 일단 이견을 표출한 재판관이 공식결정문에 자신의 이견을 첨부하도록 하지 않는다면, 해당 재판관은 자신의 견해를 변경한 것으로 간주되고 국외자도 그가 평의과정에서 이견을 제시하였는지를 알 수 없게 될 것이다. 결국 법 제34조 제3항의 문구에도 불구하고 재판관은 자신의 소수의견을 표시할 권리는 있으나 의무는 없으며, 재판관이 자신의 소수의견을 공개적으로 표시하기 원할 경우 재판장이나 법정의견에 가담한 재판관들이 이를 거부할 수 없다는 취지로 그 규정을 새겨야 할 것이다. 그러므로 법 제34조 제3항의 범문은 소수의견을 표시할 수 있는 심판절차에 설혹 탄핵심판절차와 정당해산심판절차를 추가하지 않더라도 오해를 피하려면 “... 재판관은 결정서에 의견을 표시할 수 있다”로 정정하는 것이 타당하다.

4) 소수의견을 표시할 수 없는 경우 결정문의 작성방법과 소수의견의 보관

부정설을 취할 경우 정당해산심판절차에서 일부 재판관이 평의과정에서 법정의견 내지 다수의견에 이견을 표시하였더라도 그 재판관의 견해나 다수관계 또는 각 의견에 동조한 재판관의 성명은 공개할 수 없다.

그렇다고 법 제36조 제3항이 정당해산심판절차의 평의과정에서 표출된 일부 재판관의 이견과 다수재판관의 견해를 적절히 혼합하

여 외교적 타협의 형식으로 결정문을 작성할 것을 요구하고 있다고 해석할 수는 없다. 다만, 평의과정에서 표시된 재판관들의 이견들을 사건에 관한 각 쟁점과 관련하여 주장되고 있는 학설로서 다루면서 이에 대하여 법정외견의 입장에서 반박하는 방식으로 결정문에 반영하는 것은 가능하고 또 재판의 질을 제고한다는 점에서 바람직하다고 할 것이다.

있을지도 모르는 법의 왜곡을 통한 재판에 대한 책임의 소재를 명백히 하기 위해서 소수의견을 공개하지는 않더라도 소송기록에 결정문과 함께 비공개로 첨부하여 두는 것은 평의의 비밀 준수 의무에 위반하는 것이 아니므로 가능하고 또 필요하다고 본다. 독일연방헌법재판소도 소수의견 공개제도가 법률에 의하여 도입되기 전에 실무상 이와 같은 형태로 소수의견을 비공개로 남겨 보관한 바 있었다.

(5) 결정서 송달

정당해산심판에서 중국결정이 선고되면 헌법재판소는 지체없이 결정서 정본을 당사자에게 송달하여야 한다(헌법재판소법 제36조 제4항). 헌법재판소가 정당의 해산을 명하는 결정을 한 때에는, 그 결정서를 피청구인(정당의 대표자) 외에 정부, 국회와 중앙선거관리위원회에 송달해야 한다(동법 제58조 제2항). 따라서 법무부장관과 피청구정당에게는 결정서 정본을 송달하고 국회의장과 중앙선거관리위원회위원장에게는 결정서 등본을 송달하여야 한다. 아울러 헌법재판소가 심판청구를 각하 또는 기각하는 결정을 선고하여 심판이 종료한 때에도 헌법재판소장은 그 사실을 국회와 중앙선거관리위원회에 통지하여야 한다(동법 제58조 제1항). 정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 정당법의 규정에 의

하여 이를 집행한다(동법 제60조).

3. 정당해산심판결정의 효력

헌법재판소결정의 효력은 일반적으로 자기구속력, 형식적 확정력, 기판력, 기속력, 형성력, 구성요건적 효력을 들 수 있다.³⁵⁵⁾

(1) 자기구속력

1) 개관

헌법재판소의 정당해산심판에 대한 결정도 다른 결정과 마찬가지로 자기구속력을 가진다.

자기구속력이란 일반소송법이론상 판결이 일단 선고되어 성립되면 판결을 한 법원 자신도 이에 구속되며, 스스로 판결을 철회하거나 변경할 수 없는 효력으로 자기구속력 혹은 단순히 기속력(Bindungswirkung), 불가변력 또는 철회금지력(Unwiderufflichkeit), 취소금지력(Aufhebungsverbot), 내부절차적 기속력(Innerprozessuale Bindung)이라고도 한다.³⁵⁶⁾ 헌법재판소 결정에도 이와 같은 효력이 인정되는 점에 대하여는 헌법재판소법에서 이에 대하여 명시적 언급은 없지만 학설 및 판례상 대체로 승인되고 있다.³⁵⁷⁾ 정당해산심판결정이라고 하여 이를 달리 해석하여야 할 특별한 이유가 없으므로 자기구속력을 인정하여야 한

355) 자세한 내용은 이성환, 앞의 학위논문, 54~139쪽 참조.

356) 이성환, 위의 학위논문, 58쪽.

357) 헌법재판소, 실무제요, 52쪽; 정종섭, 위의 책, 142~144쪽. 헌법재판소 판례도 “헌법재판소가 이미 행한 결정에 대해서는 자기구속력 때문에 이를 취소·변경할 수 없다 할 것이며, 이는 법적 안정성을 위하여 불가피한 일이라 할 것이다.”라고 하여 자기구속력을 자기구속력이라 하여 인정하고 있다(헌재 1989. 7. 24, 89헌마141; 1993. 2. 19, 93헌마32 결정 등).

다.³⁵⁸⁾

따라서 헌법재판소 결정의 선고와 동시에 헌법재판소 자신도 그 결정에 구속되어 차후 변경하거나 철회할 수 없다. 자기구속력은 일부결정의 경우에도 발생하지만 중간결정인 경우에는 이러한 결정이 절차적인 사항에 관계된 것이므로 발생하지 않는다.³⁵⁹⁾ 자기구속력은 기판력과 마찬가지로 그 결정내용에 구속되는 효력이지만 기판력은 재판소가 후소와의 관계에서 문제되고 자기구속력은 후소와는 관계없이 결정한 재판소 그 스스로가 그 결정 후에 직접 구속됨을 의미한다.

2) 결정의 경정

자기구속력과 관련하여 문제가 되는 것은 헌법재판소 결정의 경정(更正)문제이다. 결정의 경정이라 함은 결정서에 표현상의 오류가 발견된 때에 헌법재판소 스스로 그 오류를 수정하는 것을 말한다. 헌법재판소 결정 일반에 이를 인정하므로 정당해산심판 결정에 대하여도 이를 특별히 부인할 필요가 없다³⁶⁰⁾.

3) 정당의 복권

정치환경의 변경을 이유로 해산된 정당의 복권(Rehabilitierung)을 헌법재판소가 할 수 있느냐 하는 점이 독일에서 다투어 진 적이 있다. 이 점은 특히 정당해산의 요건으로 비례성의 원칙상 민주적 기본질서를 실질적으로 위태롭게 하여야만 정당해산이 가능하지 헌법질서에 위협을 가하지 않는 군소정당의 경우에는 해산을 청구할 수

358) 동지: 정종섭, 위의 책, 446쪽.

359) C. Pestalozza, §20 Rn.49.

360) 이성환, 앞의 학위논문, 58~59쪽.

없다는 입장을 취할 경우에 문제가 된다. 정당해산결정 당시에는 민주적 기본질서에 실질적 위협을 야기하였으나 상당한 기간이 지나고 국민 일반의 의식이 변하여 해산된 정당이 더 이상 민주적 기본질서를 위태롭게 할 수 없게 된 경우에 복권이 고려될 수 있는지에 대하여 의문이 있을 수 있다.³⁶¹⁾

이 문제는 정당의 형식적 등록주의와 현행 정당설립요건이 정당한 것으로 인정하는 한 법형식적으로는 문제가 되지 않는다. 왜냐하면 형식적으로 해산된 정당은 이미 소멸하였으므로 새로운 정당의 창설이나 대체정당의 창설이 문제될 뿐 소멸된 정당을 되살릴 방도는 없기 때문이다. 복권문제는 법형식적으로는 해산된 정당과 목적을 같이 하는 새로운 정당의 창설을 허용할 수 있느냐 하는 문제로 나타난다. 이 경우 실질적 의미에서는 강제해산된 정당의 복권문제라고 할 수 있다. 하지만 정당개념에 대하여 정당설립 등록주의가 아닌 실질주의에 의하여 판단한다면 형식적으로도 복권문제가 발생할 여지가 있다.

아무런 형식적 요건없이 정당이 설립될 수 있다면 해산된 정당의 간부가 정당의 복권을 주장하며 더 이상 민주적 기본질서에 위협이 되지 않는다는 이유로 정당 활동의 허용을 요구할 경우에 이를 어떻게 할 것이냐 하는 문제가 발생한다. 만약 계속적으로 민주적 기본질서에 위협이 된다고 판단한다면 대체정당에 해당할 수 있기 때문에 복권이 불허될 것이다. 하지만 위협이 되지 않는다고 판단할 경우에는 복권허용 여부가 문제로 된다.

그럼에도 불구하고 복권허용문제는 법적으로는 허용될 수 없다고 하여야 한다. 왜냐하면 무엇보다도 헌법이나 법률에 이를 허용하는

361) Bernstein/Zweigert., Die Rehabilitierung einer aufgelösten Politischen Partei, 1972, S.16.(김주환, 위헌정당해산제도에 관한 연구, 고려대학교 법학석사 학위논문, 1990, 103쪽에서 재인용.)

규정이 없기 때문이다. 헌법재판소도 자기구속력으로 인하여 기존의 해산결정을 번복할 수는 없다. 정당의 설립에 관하여 실질주의를 취한다고 하더라도 법적으로 소멸한 정당이 다시 부활할 수는 없다고 보아야 한다. 복권문제는 법적으로 엄격한 의미에서는 소멸한 정당의 복권이 아니라 대체정당의 허용으로 보아야 한다. 만약 진정한 의미에서 해산정당의 복권을 논하려면 이는 재심의 방법에 의하여 이루어져야 한다고 본다. 왜냐하면 확정된 기존 판결의 오류를 시정하는 것이기 때문이다.

(2) 형식적 확정력

1) 개관

헌법재판소의 정당해산결정에 대하여도 형식적 확정력이 발생한다. 형식적 확정력이라 함은 일반 소송법이론에 의하면 재판이 통상의 불복신청에 의하여 더 이상 다룰 수 없게 된 상태의 것을 형식적 확정이라고 하고 확정재판의 이러한 불가쟁적 효력을 형식적 확정력이라 한다. 형식적 확정력으로 인하여 소송절차는 확정적으로 종결되고 그 의사표시적 내용도 확정된다. 형식적 확정력은 헌법상 법치주의원칙에 의하여 인정되는 것이고 헌법재판소법 제39조의 일사부재리원칙으로부터 유추하여 인정할 수 있다고 할 수 있으므로 헌법재판소의 모든 결정에 당연히 인정된다.³⁶²⁾ 학설과 판례도 모두 이를 인정하고 있다.³⁶³⁾ 정당해산심판결정이라고 하여 이를 달리 해

362) 이성환, 앞의 학위논문, 60쪽.

363) 김지형, “헌법재판소결정의 기판력-특히 독일에서의 논의를 중심으로-”, 헌법논총 제3집, 1992, 280~282쪽; 황우여, “위헌결정의 효력”, 김철수 교수화갑기념, 헌법재판의 이론과 실제, 박영사, 1993, 303쪽.; 정중섭, 앞의 책, 144~145쪽; 헌법재판소, 실무제요, 53쪽; 헌재 1990. 5. 21, 90헌마78; 1996. 1. 24, 96헌아1 결정 등.

석하여야 할 특별한 이유가 없으므로 자기구속력을 인정하여야 한다.³⁶⁴⁾

2) 재심

정당해산과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 재심의 허용 문제이다.

정당해산심판절차에서 확정된 종국결정, 특히 정당해산결정에 있어 중대한 절차적 하자가 있는 경우에 재심이 허용되는가? 현행법은 이 문제에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않아, 이 문제는 전적으로 해석에 맡겨져 있다.

헌법재판소는 헌법재판은 그 심판의 종류에 따라 그 절차의 내용과 결정의 효과가 한결같지 아니하기 때문에 재심의 허용여부 내지 허용정도 등은 심판절차의 종류에 따라서 개별적으로 재심의 허용여부를 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있다.³⁶⁵⁾ 지금까지 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항의 절차에서는 “위헌법률심판을 구하는 헌법소원에 대한 헌법재판소의 결정에 대하여는 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익이 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익보다 훨씬 높을 것으로 쉽사리 예상할 수 있고, 따라서 헌법재판소의 이러한 결정에는 재심에 의한 불복방법이 그 성질상 허용될 수 없다”는 입장을 취하였고,³⁶⁶⁾ 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 “행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 있어서는 사안의 성질상 헌법재판소의 결정에 대한 재심은 재판부

364) 정종섭, 위의 책, 446쪽.

365) 무엇보다도 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113; 이 판례를 지지하는 이로는 정종섭, 위의 책, 183쪽.

366) 헌재 1992. 6. 26. 90헌아1, 판례집 4, 378, 384~385.

의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있어서 재심을 허용하지 아니하면 현저히 정의에 반하는 경우에 한하여 제한적으로 허용될 수 있을 뿐”이라고 하면서 구 민사소송법 제422조 제1항 제9호(현행 민사소송법 제451조) 소정의 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다고 판시하다가³⁶⁷⁾ 후에 판단유탈도 재심사유가 될 수 있다는 취지로 판례를 변경하였다.³⁶⁸⁾

헌법재판소의 입장은, 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익과 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익을 상호 형량할 때 후자의 이익이 훨씬 커서 재심을 허용하지 않는 것이 현저히 정의에 반하는 경우에는 재심을 허용할 수 있다는 것이라고 분석된다. 헌법재판소법은 제40조 제1항을 통하여 정당해산심판절차의 성질에 반하지 않는 한 민사소송 관련 법령을 준용하도록 하였고, 상술한 헌법재판소의 재심의 허용범위에 관한 논리는 정당해산심판절차에도 적용될 수 있다.

그렇다면 재심청구는 정당해산결정에 중대한 위법사유가 존재하는 경우 허용된다고 보아야 할 것이다. 정당해산결정은 범규범과 같은 일반적 효력을 갖는 규범에 대한 결정의 효력을 부인하는 것이 아니라 하나의 정당에 대한 해산결정을 취소하는 것이어서³⁶⁹⁾ 민사소송법 제451조 제1항이 명시하고 있는 것과 같은 중대한 오류에 의하여 정당해산결정에 이른 경우 위법한 결정을 유지하여야 할 법적 안정성의 이익보다는 그 법적 오류를 시정하여야 할 정의의 요청이 훨씬 클 것이기 때문이다.

한편, 독일 연방헌법재판소법은 법관에 대한 탄핵심판절차에서만

367) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 121; 헌재 1998. 3. 26. 98헌아2, 판례집 10-1, 320.

368) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌아3, 판례집 13-2, 457, 460.

369) 정중섭, 위의 책, 447쪽은 재판부 구성에서 위법한 점이 있는 경우에만 재심이 허용된다고 본다.

재심의 가능성을 명시하고 있다(제61조)³⁷⁰⁾. 이 절차에서의 재심은 탄핵결정을 받은 자의 이익을 위해서만 허용된다. 이와 같은 법적 상태를 두고 다른 절차에서는 재심을 불허하는 것이 법률의 의사라는 부정설³⁷¹⁾과 연방대통령에 대한 탄핵심판절차, 정당해산절차, 기본권실효절차에서는 재심을 허용하지 않을 경우 매우 우려스런 상황이 발생할 수 있다는 것을 이유로 예외적으로 재심을 허용하여야 한다는 긍정설이 대립하고 있다.³⁷²⁾ 부정설은 연방헌법재판소법이 탄핵심판절차에서만 재심의 가능성을 인정하고 있다는 점, 입법과정에서 연방대통령에 대한 탄핵심판절차에서의 재심가능성에 대한 논의가 있었으나 이를 인정하지 않은 성립사에 비추어 볼 때 일부 절차에서 재심가능성을 인정하지 않은 것이 입법정책적으로 볼 때 바람직하지 않은 것이라 할지라도 그것을 이유로 재심에 대한 법적 규율에 흠결이 존재한다고 볼 수 없다는 것, 헌법재판절차에서 연방헌법재판소가 그 결정에 대하여 고도의 책임의식을 가지고 재판하며, 이것이 그 재판의 정확성과 정당성에 대한 고도의 보장을 할 수 있다는 것을 논거로 내세우고 있다.

하지만 사실관계에 관한 판단을 전제로 하는 정당해산심판에서는 사실 판정의 치명적인 오류를 시정하기 위해서는 재심이 허용되어

370) 제61조 (재심절차) ① 재심절차는 유죄선고를 받은 자의 이익을 위하여서만, 그리고 그의 청구 또는 그의 사후에는 그 배우자나 직계비속의 청구에 의하여서만 형사소송법 제359조 및 제364조의 요건하에 행하여진다. 청구에는 재심의 법률적 근거 및 증거방법이 제시되어야 한다. 판결의 효력은 재심청구에 의하여 방해받지 아니한다. ② 연방헌법재판소는 변론 없이 청구의 인용에 관하여 결정한다. (이 경우에는) 형사소송법 제368조, 제369조 제1, 2, 4항, 제370조 및 제371조 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다. ③ 새로운 본안심리에는 원판결을 유지하든가 더 경한 처분 또는 무죄를 선고하여야 한다.

371) Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn 1220; Pestalozza, § 20 V 2 a) cc); Maunz/Schmitt-Bleibtreu, § 46, Rn 53.

372) M. Sachs, Die Bindung des BVerfG an seine Entscheidungen, 1977, S. 140ff.; W. Geiger, § 33 Anm. 8; Vogel, in: BVerfGG und GG 1, S. 622f.

야 한다.

(3) 기판력

기판력이란 일반적으로 실체적 확정력(Materielle Rechtskraft, res judicata)이라 일컬어지는 것으로서 확정된 중국재판이 가지는 규준으로서의 재판내용의 적용성 내지는 구속력을 의미한다. 그 구체적 내용은 후소재판에서의 절차상 효과로 동일사항에 관하여 다시 소를 제기하지 못하는 일사부재리의 효력과 후소법원에서 확정판결의 내용에 저촉되는 법원의 판결 또는 당사자의 주장이 허용되지 않는 불가변적 구속력을 그 내용으로 한다.³⁷³⁾

그런데 이와 같은 기판력에 대하여는 민사, 형사, 행정 등 일반소송에서는 민사소송법 제202조, 제204조 그리고 형사소송법 제326조, 헌법 제13조 제1항, 행정소송법 제8조 제2항 등에 의하여 인정되고 학설도 모두 이를 인정하고 있다. 그리고 이와 같은 일반소송법이론에서 기판력과 관련하여 문제되는 것은 첫째, 과연 그 본질은 무엇인가 하는 기판력의 본질 내지 그 내용과 둘째, 기판력은 무엇에 대하여, 누구에게, 어떠한 시점을 기준으로 하여 작용하는가 하는 기판력의 물적 범위, 인적 범위, 시적 범위의 문제와 마지막으로 기판력의 인정근거 등이다.

독일의 경우에 있어서는 헌법재판에 있어서 기판력을 인정하는 실정법의 명문규정이 없어 이를 인정하는 법적 근거로 독일 연방헌법재판소법 제31조 제1항의 기속력규정과 일반소송법이론상 법적 안정성의 요구에 의하여 인정된다고 하고 있으나³⁷⁴⁾ 우리나라의 경우에는 헌법재판소법 제39조의 명문규정에 의하여 인정된다고 하겠

373) C. Pestalozza, §20 Rn 53 참조.

374) C. Pestalozza, §20 Rn 62; K. Vogel, S. 569.

다. 다만 일사부재리 효력 이외의 나머지 효력에 대하여는 그 인정 근거가 문제될 수도 있으나 헌법재판소법 제39조가 일사부재리 효력 이외에 광의의 기판력을 인정한 것으로 해석할 수도 있을 것이고 또 헌법재판소법 제40조의 규정에 의하여 법적 안정성의 보장을 위하여 일반소송법상의 기판력 규정이 준용된다고도 할 수 있을 것이다.³⁷⁵⁾ 학설도 헌법재판소 결정에 대하여 대부분 기판력을 인정하고 있고 헌법재판소 판례도 이를 인정하고 있다.³⁷⁶⁾ 그리고 정당해산심판에 있어서 이를 달리 취급할 이유도 없기 때문에 인정된다고 하여야 한다.³⁷⁷⁾

그리고 기판력은 소송물에 대해 행한 판단의 효력으로서 당해 소송보다는 오히려 뒤의 제소에서 법원 및 당사자에 대한 구속력으로서 문제된다는 점에서 자기구속력이 재판을 행한 법원 그 자체와의 관계에서 문제되고 또 형식적 확정력이 당해소송에 있어서의 당사자와의 관계에서 문제된다는 점에서 차이가 난다.

1) 기판력의 주관적 범위

정당해산심판에 있어서는 헌법재판소법 제55조와 제56조에 의하여 적극적 당사자인 청구인은 정부 즉 구체적으로 법무부장관이고 소극적 당사자인 피청구인은 해산이 요구되는 정당이다. 따라서 탄핵심판과 마찬가지로 기판력은 국가와 피청구인인 정당에 미친다. 하지만 피청구인인 정당의 인적, 물적 설비를 그대로 이어받아 그에 대체하는 정당이 조직된 경우에도 그 대체조직의 정당이 정당해산심판결정의 기판력의 작용을 받는 승계인이라고는 할 수 없다.³⁷⁸⁾

375) 황우여, 앞의 논문, 304~305쪽; 김지형, 앞의 논문, 277쪽; 정종섭, 앞의 책, 171쪽; 헌법재판소, 실무제요, 53쪽.

376) 현재 1990.6.25. 90헌가1 참조.

377) 정종섭, 위의 책, 446쪽 참조.

왜냐하면 해산된 정당과 대체정당 사이에는 법적으로 인정될 수 있는 승계가 존재하지 않고 다만 정치적, 사실상의 승계만 존재하기 때문이다. 독일 연방헌법재판소법 제149조는 대체조직의 결성금지를 별도로 선고하도록 하고 있는데 이는 정당해산심판 결정의 기판력이 대체조직에는 미치지 않는다고 보고 있기 때문인 것으로 믿어진다.

2) 기판력의 객관적 범위

기판력의 일반이론에 의하면 기판력이 미치는 물적 범위는 헌법재판소 주문만이다. 따라서 헌법재판소 결정의 이유에는 원칙적으로 미치지 아니한다. 다만 주문의 내용을 확정하는 범위 내에서는 이유에도 미친다. 따라서 주문에 정당의 해산만이 규정되어 있을 경우에는 해산여부에만 미치고 해산의 정당화를 구성하는 개별사실에 대하여는 기판력이 미치지 않는다. 결정의 주요이유에 대하여 기속력이 미치는 것인가 하는 문제는 기판력과는 별개의 문제이다.

정당해산심판결정의 기판력으로 인하여 헌법재판소가 정당해산여부에 대한 본안판단을 한 후에는 정부는 동일한 정당을 동일한 사유로 재차 제소할 수 없다. 이전의 청구에 의하여 정당의 위헌성이 확인되면 동 정당이 해산되기 때문에 같은 정당에 대한 해산심판청구가 다시 제기되는 경우는 없을 것이다. 그렇지만 헌법재판소가 가령 이전의 청구가 제기되었을 때 정당에 대한 해산결정을 하지 아니하였거나 정당의 법적으로 독립적인 부분에 대해서만 해산결정을 한 경우에 다시 해산심판청구가 제기될 수 있을 것이다.

한편, 이전의 청구가 부적법하여 각하된 경우에는 새로운 청구의

378) 김지형, 위의 논문, 319쪽; 남북현, “헌법재판소결정의 확정력”, 한양법학 제3집(1992.2) 228쪽은 반대견해를 취하고 있다.

적법성문제는 기관력의 일반원칙에 따른다. 즉 헌법재판소가 충족되지 않았다고 판단한 소송요건과 관련해서만 기관력이 발생한다. 따라서 해당 소송요건을 충족시키는 새로운 사실에 기하여 새로운 청구가 제기된 경우에는 헌법재판소의 각하결정은 기관력에 저촉되지 않는다.

3) 기관력의 시적 범위

민사, 형사, 행정소송법상의 일반소송법이론에 의하면 기관력은 어느 판단시점을 기준으로 하여서만 효력이 미친다. 민사소송이나 행정소송에 있어서는 사실심의 변론종결시이고 형사소송에 있어서는 견해의 대립이 있으나 일반적으로 판결선고시를 기준으로 한다.

어떠한 재판기관의 결정의 효력은 항상 그 결정이 내려진 시점과 관련되어 있다. 즉 그 결정은 이후에 나타나는 변화를 포괄하고 있지 않다. 왜냐하면 모든 재판기관의 인식은 재판 당시에 존재하는 상황에 의거하고 있기 때문이다. 그러므로 기관력은 재판 이후에 비로소 발생한 새로운 사실을 제기하는 것을 막지 못한다.³⁷⁹⁾ 시간 구속성(Zeitgebundenheit)은 재판의 본질적 특성이다. 따라서 시간 구속성은 헌법재판소 결정의 기관력에도 당연히 적용된다.³⁸⁰⁾

헌법재판에 있어서 기관력의 표준시를 언제로 하느냐 하는 점에는 의문이 있을 수 있다. 변론이 열리지 않을 경우에는 결정선고시로 보아야 할 것이지만 변론이 열리는 경우에는 변론종결시로 볼 수도 있고 선고시로 볼 수도 있다. 하지만 선고시절이 타당하다고 본다.³⁸¹⁾ 왜냐하면 원칙적으로 기관력의 표준시는 재판기관이 인식

379) BVerfGE 33, 199(203); 39, 169(181ff); 65, 179(181).

380) Umbach/Clemens, §31 Rn. 47.

381) 김지형, 앞의 논문, 327쪽; 남복현, 앞의 논문, 250쪽; 다만 황우여, 앞의 논문, 각주 28은 변론이 열린 경우에는 변론종결시로 보고 있다.

할 수 있는 자료를 모두 참작하여야 할 것인데 헌법재판의 경우 변론이 열리더라도 직권심리주의 원칙상 변론종결이란 별다른 의미가 없다 할 것이어서 변론 후의 상황을 재판부가 고려할 수 있고 또 변론의 재개가 언제나 가능하기 때문이다.³⁸²⁾

정당해산심판에 있어서 기판력의 기준시점은 정당해산심판의 결정시점이라고 보아야 한다. 같은 정당에 대하여 정당해산심판의 결정시점 이후의 “새로운 사실”에 의거하여 거듭 해산심판청구를 하는 것은 문제가 되지 않는다.³⁸³⁾ 새로운 사실이란 헌법재판소가 정당해산심판결정의 종결시까지 존재하지 않아 정당의 해산여부를 결정할 때 고려할 수 없었던 사실을 말한다.³⁸⁴⁾ 정당해산심판의 결정 이전에 존재하였던 사실이지만 정당해산심판 청구서에 기재하지 않았던 사실을 이유로 다시 정당해산심판을 헌법재판소에 청구할 수 있으나 하는 점에 대하여서는 부정적으로 해석하여야 한다. 왜냐하면 정당해산심판의 소송물이 정당해산의 허용여부 그 자체이고 이를 이유있게 하는 개별사실들은 소송물이 아니기 때문이다.

(4) 기속력

헌법재판소의 결정 중에서 기속력이 있는 결정은 헌법재판소법에 의하면 제47조 제1항의 “법률의 위헌결정”과 제67조 제1항의 “권한쟁의심판의 결정” 그리고 제75조 제1항의 “헌법소원의 인용결정”에

382) 이성환, 앞의 학위논문, 83~84쪽 참조.

383) 독일연방헌법재판소법은 이 문제에 대하여 명시적인 규정을 두고 있다. 동법 제47조는 「연방헌법재판소가 신청에 관하여 실체적으로 재판한 때에는, 동일한 피청구인에 대한 청구는 새로운 사실에 근거를 둔 경우에만 다시 할 수 있다」는 기본권실효절차의 규정(제41조)을 정당해산심판절차에 준용하고 있다.

384) Ch. Pestalozza, 앞의 책, § 4 II 1 d) aa; Geiger, BVerfGG, 1952, § 41 Anm. 3.

한정된다.

그러면 헌법재판소 결정 중에서 정당해산심판의 결정은 기속력이 없는 것인가 하는 의문이 생긴다.

정당해산심판의 결정은 대립적 심판구조를 취하기 때문에 기판력으로 대부분의 문제를 해결할 수 있으므로 법률규정이 없음에도 구태여 헌법적 근거에 의한 효력인 기속력을 인정할 필요는 없다고 볼 수도 있다.³⁸⁵⁾ 하지만 정당해산심판결정의 경우에도 헌법재판소의 결정을 존중하여야 한다는 추상적인 기속력은 존재한다고 보아야 한다. 이는 헌법재판을 사법권의 일종으로 보는 한 당연한 결과이다. 국가기관 사이에는 다른 국가기관의 헌법적 권한발동에 의한 결정을 존중하여야 한다는 헌법적 의무가 존재한다고 보아야 한다.

그리고 추상적 기속력이 아닌 구체적인 기속력 즉 결정의 준수 의무와 반복금지의무도 존재하는가 하는 점에 대하여는 다소 의문이 있을 수 있으나 이 역시 인정하여야 한다. 위헌정당으로 인정된 정당에 대하여 국회나 중앙선거관리위원회 등 다른 국가기관이 합헌정당이라고 계속하여 인정하는 것은 허용되지 않는다. 또한 합헌으로 인정된 정당에 대하여도 다른 국가기관이 위헌정당으로 인정하여서는 아니된다.

다만 정당해산심판의 결정은 형성력이 있기 때문에 이미 실질적인 법률상태의 변경을 가져오기 때문에 기속력은 불필요한 것으로 보일 수도 있다. 즉 정당해산심판의 결과 이미 정당이 존재하지 않게 되었는데 다시금 정당이 존재하는 것을 전제로 위헌인가 합헌인가 따질 필요는 없는 것이 아니냐 하는 의문이 생긴다. 하지만 형성력은 장래를 향한 효력일 뿐이므로 해산정당 때까지의 과거 문제

385) 정종섭, 앞의 책, 446쪽은 자기구속력, 형식적 확정력, 기판력의 발생에 대해서는 명시적으로 효력이 발생함을 언급하면서도 기속력에 대하여는 언급이 없는 것으로 보아 기속력의 발생을 부인하는 것으로 해석된다.

에 대하여는 기속력에 의하여 문제를 해결하여야 한다는 측면에서 기속력이 필요하다. 해산된 정당에서 과거 주도적 활동을 한 정당 간부에 대하여 내란예비죄나 국가보안법위반죄를 범한 경우에 헌법재판소의 결정과 모순되는 재판을 할 수는 없다. 또 위헌정당으로 해산제소 되었으나 합헌적인 활동을 한 것으로 결정된 정당활동을 이유로 그 구성원을 내란예비죄나 국가보안법위반죄로 처벌하는 것도 허용되지 않는다. 특히 이 점은 정당활동의 자유를 규정한 우리 헌법 제7조 제1항의 규정상 기속력의 적용을 더욱 엄격히 하여야 한다. 그 결과 정당간부가 국가보안법상 다소 반국가단체의 주장에 동조하였다고 의심이 있다고 하더라도 그 정당에 대한 해산청구가 기각된 경우에는 기속력의 적용상 당해 정당간부를 처벌할 수 없다고 하여야 한다. 그리고 반복금지의 원칙상 다시 동일한 사유로 정당해산심판청구는 불가능하다고 하여야 한다.

그리고 정당해산심판의 기각결정에는 기속력이 없는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있으나 이들에게도 기속력을 인정하여야 한다고 본다.³⁸⁶⁾ 왜냐하면 기속력의 법적 성격을 특수한 효력으로 보는 경우뿐만 아니라 기관력의 주관적 범위의 확장으로 보는 경우에 있어서도 기관력이 동일하게 존재하고 또한 동일한 심판유형에 속하는 결정들 중에서 합헌결정이나 기각결정에는 기속력을 부인하고 그 반대결정인 위헌결정이나 인용결정에 기속력을 인정함은 논리상으로도 모순이고 또 이들에게도 기속력을 인정함이 법적 안정성의 유지와 법적 평화의 회복과 더불어 헌법질서의 수호에 기여할 수 있기 때문이다. 또 헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제1항은 주의적

386) 현재 1990.6.25 89헌마103 결정에서 변정수 재판관은 독일의 경우와는 달리 우리나라에서는 법문상 위헌법률심판의 합헌결정에는 기속력이 인정되지 않는다고 한다. 황우여, 앞의 논문, 310쪽; 장윤기, “헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력”, 김상원, 윤일영 회갑기념, 민사재판의 제문제 제7권, 1993, 713쪽도 합헌결정에는 기속력을 부인한다.

규정으로 보면 해석상의 어려움도 없다고 본다.

헌법재판소의 정당해산심판의 가처분결정에는 비록 잠정적이기는 하지만 기속력이 있다고 하여야 한다. 다만 그 가처분의 존속기간 내에서만 즉, 본안결정 등이 선고되기 전까지만 기속력을 가진다.

헌법재판소법 제47조 제1항은 헌법재판소 결정의 실효성을 보장하기 위하여 기관력의 구속에 대한 보충이 필요하게 생각되는 경우 이를 보충하고자 기속력을 인정하고 있는데 기속력의 구체적 내용이 과연 무엇인가인지는 분명하지 않다. 독일의 성립사를 일별해보면, 두 가지의 기본적 생각을 분명히 알 수 있다. 즉 첫째, 구체적인 결정의 준수가 확보되어야 하고, 둘째, 모든 국가기관들이 미래의 조치에 있어서 헌법재판소의 결정을 존중하여 반복을 금지하여야 한다는 것이다.

기속력으로 인하여 어떠한 다른 법원이나 행정기관도 위헌으로 선언된 정당에 대하여 합헌적인 것으로 간주하거나, 합헌적이라고 선언된 정당을 헌법위반적인 것으로 간주해서는 안된다. 그런데 정당해산심판의 경우에는 헌법재판소 결정의 형성력으로 인하여 이미 실질적인 법률상태의 변경을 직접적으로 초래하기 때문에 기속력은 불필요한 것으로 보일 수도 있다. 예를 들어 정당해산결정이 나면 당해정당은 마치 존재하지 않는 것과 같이 되어 더 이상 이를 상대로 어떠한 법적 행위도 불가능하게 되는 것이다.

기속력의 효과는 정부로 하여금 구체적인 결정에서 문제된 소송물뿐만 아니라 동일한 사정 아래에서 동일이유에 기한 동일내용의 고권행위를 할 수 없다는 데에 큰 의미가 있다. 이것은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다.³⁸⁷⁾

기속력은 먼저 동일한 행위의 반복을 금지(Wiederholungsverbot)

387) 이성환, 앞의 학위논문,

한다. 정당해산심판 청구를 기각하는 결정이 내려진 후에 다시 정부로 하여금 해산 정당의 권리가 침해되는 것을 방지하기 위해서는 기관력을 넘어서서 동일한 행위의 반복을 금지하는 효력 즉 기속력을 필요로 한다. 국가기관에 의한 새로운 공권력의 행사가 이미 헌법재판소 결정에 의하여 허용되지 않았던 공권력의 행사와 그 사정, 이유 및 공권력의 행사내용을 같이하는 취지라면 반복이 용납되지 않는다는 것으로 된다. 특히 이 점은 앞에서 설명한 바와 같이 정당 구성원의 형사상 책임과 관련하여 중요한 의미를 지닌다. 합헌 정당으로 결정되면 결정취지에 따라 이에 관여된 정당관계자를 처벌할 수 없다고 보아야 한다.

기속력은 동일한 행위의 반복을 금지할 뿐만 아니라 나아가 모든 국가기관 및 지방자치단체들로 하여금 미래(Zukunft)에는 헌법재판소의 구체적인 결정내용을 해산청구인인 정부뿐만 아니라 다른 국가기관에 대하여 존중할 것을 요구한다. 그러므로 미래의 유사사건(Parallelfälle)의 경우에도 기속력이 미치는 것이다.

기속력이 항상 기속하는 것은 헌법재판소의 “결정”일 뿐이며 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서와 합치하느냐 하는 문제에 대한 답변이 기속력을 지니는 것이다. 따라서 기속력은 이 문제에 관한 진정한 반복의 경우(Wiederholungsfälle)와 유사의 경우(Parallelfälle)에만 작용한다. 그리고 구체적으로 무엇이 반복이며 유사한가가 문제되나 이에 대하여는 일응 일반인의 인식상 동일성이 유지되는 경우를 말한다고 할 수 있으나 최종적 판단을 헌법재판소에 맡길 수밖에 없다. 다만 이러한 유사의 경우는 헌법재판소 결정의 선고 시점이전을 기준으로 그 이전의 경우만 유사를 판별하는 고려사항이지 그 이후의 경우에는 유사를 판별하는 기준으로 삼을 수는 없다. 왜냐하면 뒤에서 설명하는 기속력의 기준시점이 달라져

서 새로운 사건이 되기 때문이다.

그러므로 기속력에 따른, 미래의 사건에 대한 헌법재판소 결정의 후속작용은 이미 고려의 대상이 되지 않는다. 그리하여 독일의 경우 오늘날의 독일공산당(DKP) 그리고 민사당(Partei des Demokratischen Sozialismus: PDS)이 이전의 독일공산당(KPD)에 대한 금지로 인해 함께 금지되는 것은 아니며, 기속력을 받는 국가기관들은 독일공산당과 민사당(PDS)을 예전의 헌법재판소 결정에 근거하여 위헌정당으로 취급하고 있지 않는 것이다.³⁸⁸⁾

1) 기속력의 객관적 범위

일반적으로 헌법재판소 결정의 기속력이 주문에 미침에 대하여는 다툼이 없다. 따라서 헌법재판소가 특정 정당에 대하여 해산을 결정하면 그 효력은 정당해산을 제소한 정부뿐만 아니라 국회나 헌법재판소에도 미친다. 그런데 문제는 이러한 주문을 이유 있도록 한 헌법재판소 결정의 중요이유 부분에 대하여도 기속력이 미치는지 여부에 대하여는 다툼이 있을 수 있다. 정당해산심판이 아닌 위헌법률심판이나 헌법소원심판의 경우에 주문뿐만 아니라 중요이유에도 미친다는 견해가 있는 반면에³⁸⁹⁾ 중요이유에는 미치지 않는다는 견해도 있다.³⁹⁰⁾

결론적으로 중요이유에도 미친다고 보아야 한다고 판단한다. 왜냐하면 정당해산심판결정의 중요한 이유에 기속력을 인정함으로써만 헌법재판소 결정을 장래의 동일 또는 유사한 사건에 적용하여 의도되는 고권행위가 합헌인가 아니면 위헌인가를 사전에 판단하여

388) Umbach/Clemens, §31 Rn.62.

389) 남북현, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 헌법재판연구, 1996, 185쪽 이하.

390) 정중섭, 앞의 책, 154쪽.

헌법재판소 결정의 실효성을 보장할 수 있기 때문이다. 결정주문 그 자체는 결정된 따라서 이미 끝나버린 최초의 소송물에만 관계될 뿐으로 유사한 사안에는 그 효력을 미칠 수 없다. 이러한 결과가 정당의 보호라는 정당해산심판 제도의 취지에 부합하지 않은 것은 명백하다. 그리고 기속력은 구체적으로 “결정주문과 중요한 결정이유에서 나타나는 헌법해석의 원칙”을 포괄하여 기속력을 발휘한다. 하지만 이러한 기속력은 헌법의 해석을 통하여 획득한 헌법재판소의 법해석에 대한 추상적인 것이 아니고 구체적 소송물과 관련된 동질의 경우에만 미치게 된다.³⁹¹⁾ 정당해산심판의 경우 기속력은 심판의 목적물이 된 정당해산심판의 구성요건을 형성하는 구체적 내용과 상황에 대한 헌법재판소의 실제적 법적 판단과 사실확인에서 나올 뿐이다.

따라서 정당해산심판결정에 있어서 헌법재판소 결정의 기속력은 헌법을 해석하고 적용할 때뿐만 아니고 일반 법률인 정당법과 기타 법률의 해석의 경우에도 나타나고 나아가 사실인정에도 나타난다.

2) 기속력의 주관적 범위

기속력은 주관적인 측면에서는 기관력의 효력을 확장한 것이라고 할 수 있다. 정당해산심판 결정도 헌법재판소의 다른 결정과 마찬가지로 입법부, 행정부, 사법부를 포괄하는 국가적 공권을 행사하는 일체의 국가기관을 기속한다고 보아야 한다. 따라서 중앙선거관리위원회를 비롯한 각급 선거관리위원회, 감사원, 국가안전보장회의, 평화통일정책자문회의 등도 기속하고 도와 시와 같은 보통지방자치단체뿐만 아니고 지방자치단체 조합 같은 특별지방자치단체 등도 기속한다. 나아가 국가적 공권을 수여받은 사인도 기속한다. 그리고

391) 이성환, 앞의 논문, 100~105쪽 참조.

지방자치단체의 행정기관뿐만 아니고 지방의회도 기속한다. 그리고 정당의 중앙당후원회나 시·도당 후원회 등도 공권을 수여받은 사인으로 보아 기속력의 적용을 받는다고 보아야 한다.

3) 기속력의 시적 범위

시간구속성은 모든 재판의 본질적 특성이다. 따라서 정당해산심판 결정의 기속력은 시간적으로는 기판력과 마찬가지로 헌법재판소 결정의 표준시 이후에는 적용되지 않는다. 즉 상황이 변하면 기속의 효력은 적용이 없다. 이는 유사경우나 반복경우로 생각되는 경우를 살펴볼 때 당연한 일이다. 상황이 변할 때에는 더 이상 “동일한 상태”란 더 이상 존재하지 않는다. 더욱 기속력을 주문뿐만 아니고 중대한 이유에도 인정하는 입장에서는 헌법의 경직이나 민주적 기본질서 개념의 고착화를 방지하고 상황변화에 다른 실효성을 보장한다는 측면에서도 시간적 한계 즉 시적 범위를 한정짓는 것은 중요한 의미를 지닌다. 정당해산심판의 결정을 하게된 사회상황이 난 일반적 법감정의 변화가 있을 경우에는 당연히 기속력은 그 효력을 상실한다.

문제는 정당해산심판결정에 있어서 심판의 기준시가 언제인가 하는 점이다. 기판력의 부분에서 이미 설명하였듯이 정당해산심판의 경우 비록 변론이 열리도록 되어 있지만 그 기준시점은 변론의 종결시점이 아니고 결정의 선고시로 봄이 타당하다.

(5) 해산결정의 형성력: 정당의 해산

1) 정당의 해산

정당해산심판결정이란 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서

에 위배될 때에 정당의 해산을 명하는 결정이다. 이러한 정당해산심판결정이 이행결정인가 아니면 형성결정인가 하는 점에 대하여는 약간의 의문점이 있지만 위에서 살펴 본바와 같이 형성결정으로 보아야 한다.³⁹²⁾

헌법재판소법 제59조가 “해산을 명하는 결정”이라고 하고 있고 또 동법 제60조도 “정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 정당법의 규정에 의하여 이를 집행한다”고 하여 마치 이행결정인 것처럼도 보이지만, 헌법 제8조에서 “정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다”고 규정하고 있고 또 헌법재판소법 제59조도 “결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다”고 규정하여 해산결정의 선고와 동시에 그 정당은 해산된다고 보아야 하고,³⁹³⁾ 중앙선거관리위원회의 등록말소나 해산공고는 모두 사후적인 행정처리에 지나지 않는다고 할 것이므로,³⁹⁴⁾ 결국 정당해산심판 결정은 형성적 결정으로서 결정의 선고와 동시에 당연히 정당은 해산된다. 피신청인에게 결정문이 송달되거나 고지될 필요도 없다.

2) 정당조직 일부의 해산

정당의 일부에 대해서만 해산결정을 내리는 것이 가능한가에 대하여, 독일에서는 법적으로 또는 조직상으로 정당의 독립적인 부분에 대해서 해산할 수 있다고 명문으로 규정하고 있으나(독일 연방헌법재판소법 제46조 제2항·제3항),³⁹⁵⁾ 명문의 규정이 없는 우리 제

392) 이성환, 위의 학위논문, 50쪽 이하 참조.

393) 권영성, 앞의 책, 975쪽; 김철수, 앞의 책, 1068쪽은 모두 정당해산결정이 창설적 효력을 가진다고 한다. 장명봉, 앞의 논문, 595쪽.

394) 다만 해산공고는 이미 헌법재판소결정이 관보에 공고되는데 또 다시 중앙선거관리위원회가 정당해산의 공고를 하여야 함은 이중의 공고로써 불필요한 절차중복으로 입법의 잘못으로 보인다.

395) 독일연방헌법재판소법 제46조는 「① 청구가 이유 있는 것으로 밝혀진 경우

도하에서는 논란이 있을 수 있다.

이 문제는 우선 정당 전체가 아닌 일부만 해산청구할 수 있느냐 하는 문제와 연관되어 있다. 일부만 해산청구가 가능하다고 해석한다면 당연히 청구된 정당의 일부만 해산시키는 것이 가능하다고 해석하여야 한다. 하지만 일부만에 대한 해산청구는 불가능하고 전부에 대하여서만 해산청구가 가능하다고 해석한다면, 이 경우 해산결정은 일부에 대하여서만 할 수도 있느냐 하는 문제에 대하여는 다시 견해의 대립이 있을 수 있다.

먼저 정당의 일부에 대하여서만 해산 청구할 수 있느냐 하는 문제는 가분적인 정당의 일부분인 경우에는 이를 긍정하여야 한다고 본다. 예를 들어 중앙당이 아닌 지방의 시·도당이 민주적 기본질서에 반하는 행위를 할 경우에, 부정설을 취하면 정당전체의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 반하지 않는다는 이유로 해산시킬 수 없거나 아니면 정당전체를 해산시켜야 한다는 문제점에 봉착하게 된다. 나아가 정당해산제도가 정당보호제도라는 측면에서 비례성의 원칙이 적용되므로 필요 최소한만 해산시키면 된다고 해석하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 우리 법제상 결사의 해산제도가 없다는 측면도 고려하면 정당의 일부에 대한 해산제도를 인정할 필요도 있다. 특히 정당법 제13조에서 지방당의 등록을 중앙당과는 별개로 규정하고 있고 제39조의 2와 제40조가 시·도 창당승인의 취소를 정당전체의 취소와 구별하여 이를 인정하는 취지에 비추어 보아 정당 일부의 해산을 인정하여야 한다.

에는 연방헌법재판소는 정당이 위헌임을 확인한다. ② 이 확인은 정당의 법적 또는 조직적으로 독립한 부분에 한정시킬 수 있다. ③ 이 확인에는 정당 또는 정당의 독립한 부분의 해산 및 그 대체조직의 결성금지를 부가하여야 한다. 그 밖에 이 경우 연방헌법재판소는 정당 또는 정당의 독립한 부분의 재산을 공익목적에 위하여 연방이나 지방을 위해 몰수를 선고할 수 있다」고 규정하고 있다.

다음으로 정당전체에 대하여 해산심판 청구되었는데 일부만 해산시킬 수 있느냐 하는 점은 위에서 설명하였듯이 일부에 대한 해산청구가 가능하다고 해석하는 한 부인할 이유가 없다. 다만 해산되는 정당의 일부는 가분적인 부분이어야 하고 불가분적인 부분에 대하여서는 일부 해산을 명할 수 없다고 하여야 한다. 만약 이를 인정하게 되면 국가가 정당 내부문제에 지나치게 간섭하여 헌법이 보장한 정당의 자유를 침해하는 결과가 되기 때문이다. 하지만 중국적으로는 입법에 의하여 정당의 일부에 대하여 해산신청이 가능함을 명백히 하는 것이 바람직하다고 하겠다.

3) 정당관련 방계조직의 처리

정당이 강제해산될 경우에 그 정당이 설립한 연구소나 법인 혹은 결사체가 어떻게 처리되어야 하는지도 실무상 문제가 된다. 정당이 출연한 기관은 정당재산의 몰수로 말미암아 국가가 정당의 지위를 대신한다고 할 수도 있다. 그리고 정당이 파견한 이사나 임원 등도 그 지위를 상실하고 국가가 다시 새로운 임원을 지명하여 파견할 수 있다고 해석할 수도 있다. 정당이 설립한 결사체도 해산된다고 해석할 수도 있다.

하지만 이미 설명한 바와 같이 이러한 해석은 방어적 민주주의나 예방적 헌법수호이론을 지나치게 확대해석한 것으로 채택할 수 없다고 본다. 해산정당이 출연한 연구소는 정당의 해산으로 인하여 출연자가 없는 상황이 될 뿐인데 이는 개인 출연자가 법적 승계인 없이 사망한 경우와 유사한 상황이다. 이 경우에는 연구소의 정관과 일반 법률에 의하여 해결하면 된다고 본다. 정당이 추천하거나 파견한 이사나 의원도 정당의 해산에도 불구하고 여전히 그 지위를 유지한다고 해석하여야 한다. 따라서 선거관리위원회의 정당추천위

원도 그대로 지위를 유지한다고 보아야 한다. 정당이 이사를 새로이 선임하여야 할 경우에는 이사 파견이 불가능하므로 민법에 의하여 해결하여야 한다. 민법 제63조는 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 경우이면 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하도록 하고 있다. 정당이 설립한 법인이나 결사도 당연히 해산되는 것이 아니고 당해 법인이나 결사가 관련 법규에 의하여 해산사유가 있는 경우에만 해산가능하다.³⁹⁶⁾

(6) 해산결정의 구성요건적 효력

정당해산결정이 내려지면 헌법과 법률의 규정에 의하여 해산결정을 구성요건으로 하여 다음과 같은 효력이 발생한다.

1) 정당재산의 국고귀속

정당법 제41조 제2항에 의하면 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 잔여재산은 국고에 귀속되도록 규정하고 있다. 그런데 이러한 규정은 재산권의 몰수라는 점에서 기본권으로서의 재산권보장이라는 취지에 위배될 수도 있다. 이 경우 정당을 범죄단체로 본다면 형법상 몰수와 유사한 개념으로 이를 정당화할 수도 있다. 하지만 정당해산의 경우에는 정당의 활동이 민주적 기본질서에 위반할 경우뿐만 아니라 목적이 위반될 때에도 해산되는 것이기 때문에 이는 목적이 아닌 행위에 대하여서만 처벌할 수 있는 일반 형법원칙과 범죄행위에 제공한 물건이나 범죄행위에 제공하려고 한 물건만을 몰수 있도록 한 형법 제48조의 몰수규정에도 반한다. 물론 위

396) 우리나라 현행법상 법인이 아닌 일반 결사의 해산제도는 없기 때문에 해산은 불가능하다.

헌정당인 경우에 그 재산을 범죄행위에 제공하려고 한 물건에 속한다고 해석할 여지는 있으나 이는 무리한 해석이라고 아니할 수 없다. 우리 나라의 정당해산심판은 독일의 정당해산 규정과는 달리 위헌정당을 범죄조직으로 보는 규정은 없다. 독일에서는 위헌으로 선언된 정당 및 해산된 정당의 대체조직임이 확인된 정당의 조직적 결합을 수괴 또는 배후조종자로서 유지한 자 또는 여기의 구성원으로 활동한 자, 그 조직적 결합을 원조한 자를 형법상 처벌하고 있다(독일 형법 제84조 제1항·제2항 참조).³⁹⁷⁾ 또한 독일의 경우에는 필요적 몰수가 아니고 임의적 몰수로 규정하고 있다.³⁹⁸⁾ 원칙적으로 몰수 여부는 임의 몰수로 하여 정당이 범죄단체로 볼 수 있는 경우에만 헌법재판소 결정으로 몰수할 수 있도록 명문화하는 것이 바람직하다고 하겠다.

다만 단순히 민주적 기본질서에 반하는 목적을 가진 정당은 해산되지 않고 실제적으로 민주적 기본질서에 위협을 야기하여야 해산된다고 해석한다면 몰수 규정도 합헌이라고 할 수도 있다. 왜냐하면 이는 이미 법질서적으로 용납될 수 없는 위협성을 야기하였기 때문이다. 형법의 예비나 음모죄의 경우에 몰수할 수 있는 것과 같은 법리이다.

구체적인 국고귀속의 방법은 정당법의 시행령에서 규정하고 있다. 국고귀속은 국고금관리법시행규칙에 의한다(정치자금사무관리규칙 제21조).

397) 독일 형법 제84조는 위헌선언된 정당의 유지죄라는 제목하에 「① 이 법률의 공간적 적용영역에서 수괴 또는 배후조종자로서 연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 정당 또는 연방헌법재판소가 금지된 정당의 대체조직임을 확인한 정당의 조직적 결합을 유지한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 미수도 처벌할 수 있다. ② 제1항의 정당에서 당원으로 활동하거나 그 정당의 조직적 결합을 지원한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.」라고 규정하고 있다.

398) 독일연방헌법재판소법 제46조 제3항 참조.

독일에 있어서 해산된 정당의 재산물수에 관하여서는 정당법 제 32조 제5항에서 규정하고 있는데 결사법상의 ‘금지된 결사의 재산의 압류 및 몰수’에 관한 장을 준용하고 있다.³⁹⁹⁾ 그런데 결사법에서는 재산물수에 앞서 제3자와의 불필요한 다툼을 피하기 위하여 선의의 제3자를 보호하기 위하여 먼저 위헌정당의 재산을 압류하는 절차를 밟는다.⁴⁰⁰⁾ 압류의 대상에는 해산정당 소유의 재산으로서 신탁재산이거나 제3자가 점유한 재산도 포함된다. 해산정당의 간부들은 해산정당의 재산재고와 잔고에 대한 정보를 제공할 의무를 부담하고 소관관청이 요구하는 경우 재산목록을 제출하여야 한다. 압류의 과정에서 재산관리인을 임명할 수 있다. 그리고 압류물은 원칙적으로 몰수 할 수 있다. 다만 제3자에게 담보로 제공한 물건은 제

399) 독일 정당법 제32조 제5항은 「재산물수의 경우에는 1964.8.5.의 결사에 대한 공법의 규율에 관한 법률(결사법) 제10조 내지 제13조가 준용된다」고 규정하고 있다.

400) 독일 결사법 제10조는 재산(Vermögen)의 압류에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 「① 압류(제3조 제1항 제2문)는 양도금지의 효과가 있다. 양도금지에 저촉되는 법률행위는, 상대방이 법률행위에 관련된 재산의 구성물(Gegenstand)이 압류되었다는 것을 알지 못했거나 또 알지 못했음이 틀림없지 아니한 한, 무효이다. 압류는 결사가 제3자에게 신탁한 재산의 구성물들이나 제3자가 신탁관리인으로서 그 결사를 위하여 취득한 재산의 구성물들에 대해서도 미친다. 제3문의 경우에는 무권리자들로부터 권리들을 취득한 자들에 유리한 규정들이 준용된다. ② 압류에 근거하여 결사의 점유하에 있는 물건들과 특별한 명령에 근거하여 제3자의 점유하에 있는 결사소유의 물건들이 보전될 수 있다. 보전목적의 달성을 위하여 필요한 경우에는 사무실(Räume)에 출입할 수도 있으며 폐쇄된 문과 보관함을 열 수도 있다. 직접강제를 적용하지 않으면 보전이 위태로운 경우에는 사전의 위하나 기한을 정하지 않고도 직접강제를 적용할 수 있다. ③ 금지권 있는 행정청은 압류된 재산을 위하여 관리인을 임명할 수 있다. 관리인은 금지권 있는 관청의 지시를 받는다. ④ 단체의 간부들(Vorstandsmitglieder)은 결사의 재산의 재고와 잔고에 대한 정보를 제공하여야 할 의무를 진다. 단체의 간부들은 금지관청의 요구가 있으면 재산목록을 제출하고 서약하여야 한다. 서약은 금지관청의 요구에 의하여 민법전 제260조 제2항에 명시된 내용으로 서약 의무자의 주소를 관할하는 구역법원에서 하여야 한다. ⑤ 압류의 해제, 연기 및 집행가능성의 회복조치는 소급효를 갖지 않는다.」

외된다. 몰수재산은 하나의 재단을 구성하도록 규정되어 있고 그 몰수의 실행자는 원칙적으로는 연방내무부장관이 되지만 이를 연방행정청이나 기타의 연방관청에 위임할 수도 있다. 몰수 대상물의 재산가치가 기본법 제9조 제2항에 열거된 것과 같은 행위나 기도를 지원하기 위하여 새롭게 사용되거나 재산의 정리가 결사의 조직적 결속을 유지하는 데 오용될 위험이 없는 경우 또는 가치가 별로 없는 재산의 구성물의 경우에는 몰수를 하지 않을 수 있도록 하고 있다.⁴⁰¹⁾ 몰수의 대상물은 위헌적인 지원을 위한 경우이거나 혹은 몰수를 면하기 위하여 재산가치를 저감시키기 위한 채권 등이나 물건은 제3자의 것이라 하여도 몰수할 수 있다.⁴⁰²⁾

401) 독일의 결사법 제11조는 재산의 몰수라는 제목하에 다음과 같이 규정하고 있다. 「① 몰수(결사법 제3조 제1항 제2문)은 제3조 제2항 제1호의 경우에는 주를 위하여, 제3항 제2항 제2호의 경우에는 연방을 위하여 명해진다. 몰수의 대상에는 제10조 제1항 제3문에 의하여 압류의 대상이 되는 재산의 구성물들도 포함된다. 단 결사가 제3자에게 담보로 제공한 재산의 구성물들은 그렇지 아니하다. ② 금지조치 및 몰수명령의 불가쟁력이 발생하면 몰수의 수혜자는 결사의 재산과 제1항 제2문에 의하여 몰수된 재산의 구성물들을 특별한 財團(Vermögensmasse)으로 취득한다. 사단, 조합이나 재단의 법적 형태를 취한 부분조직들에 속했던 재산의 구성물들은 독자적으로 재단을 구성한다. 결사와 몰수조치의 대상이 된 부분조직들은 소멸한다. 그 법적 관계는 몰수절차를 통해서 청산된다. ③ 연방내무부장관은 금지관청으로서 몰수의 이행과 청산을 연방행정청(Bundesverwaltungsamt)이나 기타의 연방관청에 위임할 수 있다(몰수담당관청; Einziehungsbehörde). 이 경우 제10조 제3항을 준용한다. 위임은 연방관보와 주의 공식관보에 공포하여야 한다. ④ 금지관청은 결사의 재산가치가 기본법 제9조 제2항에 열거된 것과 같은 행위나 기도를 지원하기 위하여 새롭게 사용되거나 재산의 정리가 결사의 조직적 결속을 유지하는 데 오용될 위험이 없는 경우 또는 가치가 별로 없는 재산의 구성물의 경우에는 몰수를 하지 않을 수 있다. 금지관청은 청산인을 임명할 수 있다. 제12조 제1항 제1문은 청산인여금청구권에 준용한다.」

402) 독일의 결사법 제12조는 제3자 소유의 재산구성물의 몰수라는 제목하에 다음과 같이 규정하고 있다.

① 금지관청 또는 몰수관청은 제3자의 결사에 대한 다음 각 호의 채권을 몰수할 수 있다.

제1호 그 채권이 종류, 범위 또는 목적상 결사의 위헌적인 기도에 대한 고의적 지원을 의미하는 관계에서 성립한 경우

제2호 그 채권이 결사의 재산가치를 관청에 의한 攻取(Zugriff)를 면탈

2) 대체정당창설금지

헌법재판소의 정당해산결정이 내려지면 정당법 제42조에 의하여 해산된 정당의 대표자 및 간부는 해산된 정당의 강령(또는 기본정책)과 동일하거나 유사한 목적을 가진 정당 이른바 ‘대체정당’의 창설이 금지된다. 또한 정당법 제43조 제2항에 의하여 해산된 정당의 명칭과 같은 명칭은 다시는 정당의 이름으로 사용하지 못하게 된다.

해산된 정당의 명칭과 완전 동일한 명칭은 영구히 정당명칭으로 사용될 수 없는 것은 명백하지만 유사명칭은 사용할 수 있는지 여부가 문제로 될 수 있다. ‘같은 명칭’이라고 명문으로 명확히 규정하고 있고 또 정당법 제43조 제3항에서는 유사명칭의 사용금지를 위하여 ‘뚜렷이 구별이 되어야 한다’라는 용어를 사용하는 것과 대비상이 때의 ‘같은’은 완전 동일한 경우만을 말한다고 보아야 한다.

독일의 경우에는 해산정당의 명칭이나 깃발, 식별표, 제복, 구호, 경례양식의 사용을 금지할 뿐 아니라 형사적으로 처벌하고 있다.⁴⁰³⁾

하거나 결사의 재산가치를 저감하기 위하여 발생한 경우
채권자가 그러한 채권을 양도를 통해서 취득한 경우에는 채권자가 제1문의 사실을 취득시에 알았던 경우에만 몰수할 수 있다.

- ② 결사의 점유하에 있는 제3자의 물건들은, 그 권리주체가 증여를 통해서 결사의 위험적인 기도를 고의적으로 지원한 경우에는 몰수된다.
- ③ 제11조 제1항 또는 제12조 제1항 또는 제2항에 의하여 몰수된 재산구성물에 대한 제3자의 권리들은 계속 존속한다. 제3자의 권리들은, 그것이 제1항에서 열거된 전제하에 발생하거나 취득된 것인 경우에는 몰수된다.
- ④ 제1항 내지 제3항에 의하여 몰수된 재산구성물들은 금지나 몰수처분의 불가쟁력이 발생하면 몰수의 수혜자에게 이전된다. 상속이 될 수 없는 권리들은 소멸한다.
- ⑤ 결사에 대한 금지가 발해지기 직전 6개월 동안에 결사에 속하는 재산의 구성물들을 은닉할 의도로 또 상대방이 이를 알고 있는 가운데 행해진 결사의 처분행위는 몰수의 수혜자에 대하여 효력이 없다. 결사의 구성원이나 파산법 제31조 제2호에서 열거된 그 구성원의 가족을 위하여 처분행위가 행해진 경우에는 이들은 그 제1문의 의도를 안 것으로 추정된다.

403) 독일 형법 제86조의 a(위헌조직의 표식의 사용)는 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 다음 각호의 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
 - i) 제86조 제1항 제1, 2, 4호에서 열거된 정당 또는 결사들 중의 하나

대체정당금지와 관련하여 실제로 어려운 문제는 대체정당인가 아니냐 하는 판정문제이며, 이를 구체적으로 누가 판정할 것인가 하는 것이 논의되어야 한다.

독일의 경우에는 이 문제에 대하여 명문으로 규정을 두어 입법적으로 해결하고 있다. 독일 정당법 제33조에서 위헌정당을 대신하여 위헌적인 기도를 계속적으로 추구하는 조직을 대체조직이라 규정하고 이러한 대체조직을 결성하거나 기존 조직들을 대체조직으로 계속 운용하는 것은 금지하고 있다. 그리고 대체조직이 원래의 정당이 위헌으로 결정되기 이전부터 존재하였거나 연방의회 또는 주의회에서 의석을 확보한 정당인 경우에는 연방헌법재판소가 그 정당이 금지된 대체조직인지를 확인하도록 규정하고 있다. 그리고 그 대체조직에 대한 여러 가지 조치들과 관련 사항들은 결사법에 의하여 처리하도록 규정하고 있다.⁴⁰⁴⁾ 특징적인 내용으로는 위헌정당의 대체조직임이 확인되지 않더라도 공공의 안전이나 질서를 관할하는 행정관청 및 관서는 지체의 위험이 있는 경우에는 잠정적 조치를

의 표식을 국내에서 반포하거나 공개적으로 집회에서 사용하거나 자신이 반포한 문서(제11조 제3항)에 사용한 자

ii) 그와 같은 표식을 나타내거나 포함하는 물건을 국내 또는 외국에서 반포하거나 사용하기 위하여 i)에서 명시한 종류와 방식으로 생산하거나 저장하거나 수입하거나 반출한 자

② 특히 깃발, 식별표(Abzeichen), 제복, 구호 또는 경례양식이 제1항의 표식이다. 제1문에 열거된 표식과 혼동할 정도로 유사한 표식들은 제1문의 표식에 준한다.

③ 제86조 제3항과 제4항을 준용한다.

404) 독일 정당법 제33조는 다음과 같이 규정하고 있다. 「① 기본법 제21조 제2항 및 연방헌법재판소법 제46조에 의하여 금지된 정당의 위헌적 기도를 이 정당을 대신하여 계속적으로 추구하는 조직(대체조직)을 결성하거나 기존 조직들을 대체조직으로서 계속 운용하는 것은 금지된다. ② 대체조직이 원래의 정당에 대한 금지가 선언되기 이전부터 존재하였거나 연방의회 또는 주의회에 의석을 확보한 정당인 경우 연방헌법재판소는 그 정당이 금지된 대체조직인지를 확인한다. 이 절차에는 연방헌법재판소법 제38, 41, 43, 44, 46조 제3항이 준용된다. ③ 결사법 제8조 제2항은 다른 정당들 및 금지된 정당의 대체조직에 해당하는 결사법 제2조의 결사에 준용된다.」

취할 수 있다는 점이다.⁴⁰⁵⁾

우리나라의 경우 이 문제에 대한 명문규정이 없으므로 결국 해석론으로 이 문제를 해결할 수밖에 없다.

먼저, 대체정당임을 판정하는 기관으로 행정당국을 상정해 볼 수 있다. 특히 정당사무를 담당하는 중앙선거관리위원회가 이를 담당한다고 볼 수 있다. 이는 단순한 해석의 문제로서 일반 행정권을 담당하는 중앙선거관리위원회가 이를 판정할 수 있고 이러한 판정은 공정력이 있으므로 만약 이를 다투는 정당이나 사람은 행정소송을 제기하여 해결할 수 있다고 해석할 수도 있다. 이러한 해석은 대체정당 설립금지가 정당법에 규정된 당연한 결과로 정당등록에 관한 권한을 가진 중앙선거관리위원회가 등록심사 때에 해산된 정당과 유사한 정당인가를 판정할 수 있고 또 등록 후에도 해산정당과 대체정당임이 밝혀진 경우에는 사후에라도 직권으로 등록취소할 수 있다고 본다. 하지만 이러한 해석은 무엇보다도 정당법 제16조가 “등록신청을 받은 선거관리위원회는 형식적 요건을 구비하는 한 이를 거부하지 못한다”라고 하여 실질적 요건에 대한 심사권을 부인하고 있는 법률조문에 정면으로 반하여 허용될 수 없다. 또 정당법 제38조와 제40조에서 등록취소 사유를 엄격히 규정하고 있는데 이러한 사유에 해당되지 않음에도 불구하고 함부로 등록취소를 하는 것은 법취지에 반한다고 할 수 있다.

405) 독일 정당법 제33조 제3항에 의하여 준용되는 결사법 제8조 제2항의 내용은 다음과 같다. 결사법 제8조 제2항 「이 법률이 의미하는 결사인 대체조직에 대하여는 그것이 금지된 정당의 대체조직임을 확인하는 특별한 처분에 근거해서만 조치를 취할 수 있다. (이 경우) 제3조 내지 제7조, 제10조 내지 제13조를 준용한다. 이 처분에 대한 이의신청과 취소소송은 정지효과가 없다. 공공의 안전이나 질서를 관할하는 행정관청 및 관서는 지체의 위험이 있는 경우에는 잠정적 조치를 취할 수 있다. 단 이 조치는 금지권 있는 관청이 2주 이내에 제1문의 처분을 발하지 않을 경우에는 실효된다.」

둘째로 법원을 상정해 볼 수 있다. 하지만 법원의 사법권은 권리의무관계에 관한 법적 분쟁이 있을 경우에 당사자의 제소를 기다려 비로소 발동되는 사후적 권력이기 때문에 사전적으로 등록취소여부를 판정하는 것은 사법권의 본질에 반하는 것으로 특별한 법규정이 없는 한 이러한 권한을 사법부의 권한으로 하는 것은 타당하지 않다.

마지막으로 헌법재판소의 권한으로 판정하자는 견해가 있을 수 있다. 우리나라는 정당해산여부를 헌법재판소가 결정하므로 이에 부수되는 대체정당여부 문제도 헌법재판소의 틀 속에서 해결하여야 한다고 볼 수 있다. 하지만 우리 법체계상 헌법재판소의 권한은 헌법과 헌법재판소법에서 한정적으로 열거되어 있으므로 이 견해도 채택하기 어렵다.⁴⁰⁶⁾

생각건대 이점은 입법의 불비로 보아야 하고, 실질적으로는 대체정당인지 여부를 판단할 기관이 없으므로 대체정당인 경우에는 또 다시 대통령이 위헌정당해산을 청구하여야 한다고 해석할 수밖에 없다.⁴⁰⁷⁾ 만약 이러한 번잡함을 피하려면 헌법재판소가 위헌정당해산을 결정하면서 주문에 대체정당의 결성을 금지하는 내용을 포함하고 대체정당여부에 대하여 중앙선거관리위원회가 헌법재판소에 판정을 신청하여 헌법재판소의 확인에 의하여 대체정당으로 인정되면 등록을 거부하거나 취소하도록 하는 것이 타당한 방법이라고 해석할 수밖에 없다.

그리고 무엇이 대체정당 내지 대체조직인지가 문제로 된다. 먼저 대체정당이라고 하려면 중앙선거관리위원회에 정당으로 등록되거나 혹은 창당준비위원회로 등록되어 있어야 한다. 그런데 그러하지 않

406) 헌법재판소의 권한은 위헌법률심판, 정당해산심판, 탄핵심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판으로 한정적으로 규정되어 있다.

407) 헌법재판소, 실무제요, 244쪽은 이와 반대로 헌법재판소의 위헌정당해산심판으로 해산되는 것이 아니라고 한다.

은 단순한 결사나 법인인 경우에도 대체정당에 포함되는지 여부가 문제로 된다. 법문상 정당이라고 하였으므로 이러한 경우에는 포함되지 않는다고 해석하여야 한다. 단순한 결사인 경우에는 해산제도가 없으므로 해산된 정당의 대체조직으로 인정되더라도 해산시킬 수 없다.⁴⁰⁸⁾ 하지만 법인인 경우에는 민법 제38조에 의하여 설립허가가 취소되어 민법 제77조 제1항에 의하여 취소되게 된다.⁴⁰⁹⁾

다음으로 대체정당의 대체라는 의미는 해산된 정당과 정당의 강령이나 기본정책이 동일하거나 유사한 것을 말한다. 다만 동일성 여부는 형식적 강령이나 기본정책을 기준으로 할 것인지 아니면 실질적인 동일성까지 포함할 것인지가 문제로 된다. 실질적으로 동일한지 여부를 판정하는 것은 상당히 어렵고 재량을 요구하므로 그 판정권이 남용되기 쉽다. 따라서 객관적인 자료나 증거에 의하여 이를 판단하여야 한다. 단순한 증언이나 일부 구성원의 주장이나 활동만을 이유로 이를 인정하여서는 아니된다고 해석하여야 한다.

3) 국회의원의 자격상실 문제

헌법재판소의 정당해산결정에 따라 정당이 해산된 경우 해산된 정당에 소속되어 있던 국회의원의 자격이 유지되는지 여부가 문제가 된다. 이에 관한 직접적인 명문의 규정은 없다. 다만 이와 관련된 몇 개의 근거 조문은 찾을 수 있다. 공직선거및선거부정방지법 제192조 제4항은 “비례대표국회의원은 소속정당의 합당·해산 또는 제명외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2이상의 당적을 가지고 있는 때에는 국회법 제136조의 규정에 불구하고 퇴직된다”는 취지

408) 헌법재판소, 실무제요, 244면 참조.

409) 민법 제38조는 “법인이 목적 이외의 사업을 하거나 설립허가의 조건에 위반하거나 기타 공익을 해하는 행위를 한 때에는 주무관청은 그 허가를 취소할 수 있다”고 규정하고 있다.

의 조문이 있다. 그리고 헌법재판소법 제58조 제2항은 정당의 해산을 명하는 결정을 한 때에는, 그 결정서를 피청구인(정당의 대표자) 외에 정부, 국회와 중앙선거관리위원회에 송달해야 한다고 규정하고 있다.

한편 학설은 국회의원의 지위를 유지한다는 견해와 상실한다는 견해로 나뉘어지고 있다. 먼저 지위를 유지한다는 견해는 국회의원의 자격유지의 문제는 국회의 자율적 결정사항이므로 국회의 자격심사나 제명처분에 의해서만 국회의원의 자격을 상실하고, 그렇지 아니하면 종전과 같이 유지된다고 주장하거나⁴¹⁰⁾ 혹은 국회의원의 국민대표성을 중시하고 헌법상 무소속입후보금지규정이 없고 무소속 입후보가 선거법상 허용되므로 정당이 해산되더라도 국회의원의 자격은 유지된다고 주장한다⁴¹¹⁾. 이에 반하여 지위를 상실한다는 견해는 정당해산심판제도가 가지고 있는 예방적 헌법보호의 취지나 방어적 민주주의의 이념과 원리상 정당이 위헌으로 해산되면 그 정당에 소속되어 있던 국회의원의 자격은 당연히 상실된다고 주장한다.⁴¹²⁾

생각건대 이 문제는 전체적인 법체계 속에서 그 답을 찾아야 한다고 본다. 먼저 우리나라 1962년 헌법은 제38조에서 국회의원은 "소속정당이 해산된 때에는 그 자격이 상실된다."라는 규정을 두고 있었지만 현행 헌법이나 법률에는 자격상실에 대하여 아무런 명문 규정이 없다. 따라서 법조문이 삭제되었다고 볼 수 있는데, 이는 입법자의 의사가 이전의 명문규정과는 반대로 바뀐 것이라고 해석할 수 있다. 따라서 해산되더라도 자격을 상실하지 않는 것으로 해석할 수 있다. 다음으로 위에서 언급한 공직선거및선거부정방지법 제

410) 헌법재판소, 실무제요, 245쪽.

411) 김철수, 앞의 책, 178쪽.

412) 허영, 앞의 책, 816쪽; 권영성, 앞의 책, 201쪽; 정종섭, 앞의 책, 400쪽.

192조 제4항의 해석상 비례대표국회의원도 해산된 때에는 퇴직되지 않는 것으로 보아 자격을 유지하는 것으로 해석할 수 있다. 그리고 비례대표국회의원에 대하여 퇴직규정을 두면서 지역구 의원에 대하여 퇴직간주 규정을 두지 않는 것은 지역구 의원은 퇴직간주되는 경우가 없다는 것을 의미한다고 해석할 수 있다.

그런데 문제는 헌법재판소법 제58조 제2항이 국회의장에게 해산결정을 통보한다는 점이다. 이 규정이 국회의원의 자격상실을 뒷받침하는 것이 아니냐는 의문이 있을 수 있으나 이는 국회차원에서 필요한 경우 해산된 정당 소속 국회의원의 자격심사나 징계를 위한 근거 규정으로 보면 충분하다고 판단한다.

그리고 이론적으로도 정당해산제도가 오늘날에 있어서 중요한 기능이 방어적 민주주의나 예방적 헌법수호보다는 정당의 존속보호라는 측면이라고 본다면 정당국가라는 측면보다 국민주권의 이념에 충실하여 주권자인 국민에 의하여 선임된 국회의원은 소속정당의 해산만으로는 국민의 대표성을 상실하지 않는다고 보아야 한다. 국회의원은 헌법이론상으로 일차적으로는 국민의 대표이지 정당의 대표가 아니고, 국민대표로서의 지위가 정당대표로서의 지위보다 더욱 우월하다고 해석하여야 하기 때문이다.

만약 개별 국회의원이 민주적 기본질서에 반하는 행위를 하였을 때에는 형사처벌로 인하여 피선거권을 상실하여 국회위원직을 당연히 상실하거나, 아니면 형사처벌과 관계없이 자격심사나 징계에 의하여 자격을 상실시킬 수 있으므로 실제상 어려운 문제점은 없다고 본다.

따라서 정당해산결정에도 불구하고 원칙적으로 국회의원의 자격을 상실하지 않는다고 보아야 한다.⁴¹³⁾

413) 이 문제에 대하여 정종섭 교수는 해산결정을 받은 정당 소속 국회의원이 현

그런데 여기서 한가지 문제로 되는 것은 해산된 정당 소속 국회의원들에게 원내교섭단체를 인정할 것인가 하는 문제이다. 해산된 정당의 구성원으로서 정당을 배경으로 하는 원내교섭단체는 정당이 소멸되었으므로 당연히 인정되지 않는다. 그런데 단순한 국회의원 일정수의 모임으로서 원내교섭단체는 허용되느냐 하는 문제는 이와는 별개의 문제이다. 국회의원의 자격을 유지한다고 해석하는 한 이들이 자유로이 원내교섭단체를 구성할 수 있다고 해석하여야 한다고 본다. 다만 이러한 원내교섭단체가 이념이나 기본정책을 해산 정당과 같이 한다면 대체정당으로 볼 수 있느냐 하는 문제가 발생할 수 있다. 하지만 이는 이미 위에서 살핀 바와 같이 정당이 아니므로 대체정당으로 인정하여서는 아니된다.

국회의원 외의 다른 선거직 의원인 광역자치단체의회나 기초자치단체의회의 의원이나 이들 지방자치단체의 장의 경우에도 주민으로부터 직접 선출되었으므로 국회의원에 준하여 그 직위를 상실하지 않는다고 보는 것이 타당하다고 본다.

독일 연방헌법재판소는 1952. 10. 23. 사회주의제국당(SRP)에 대한 위헌판결에서 ‘정당의 위헌성이 확인되면 당해 정당의 소속의원의 연방의회·주의회 의원직은 상실된다’, ‘의원직상실로 이미 행한 의회에서의 의결의 효력에는 영향이 없다’고 판시한 바 있었다. 그 후 독일에서는 연방선거법에서 위헌정당 해산시 의원직을 상실한다는 명문규정(동법 제46조, 제47조)을 두어 이 문제를 해결하였다.⁴¹⁴⁾

행 국회법상 재적 1/3을 넘을 경우에는 자격심사나 징계가 불가능하여 의원직을 상실시킬 수 없는 문제점이 있다고 지적하고 있다(정종섭, 위의 책, 445쪽). 하지만 이는 지나치게 극단적인 경우를 예상하였다고 할 수 있고, 사법부에 의한 국회의원의 형사처벌은 가능하기 때문에 큰 문제점은 없다고 본다.

414) 독일연방선거법 제46조 제4항은 「정당이나 정당의 부분조직이 연방헌법재판소에 의하여 기본법 제21조 제2항 제2문에 의하여 위헌으로 선언되면, 심판청구(연방헌법재판소법 제43조)와 심판의 선고(연방헌법재판소법 제46조)

4) 정당구성원의 처벌문제

정당해산제도가 방어적 민주주의 이념에 입각한 예방적 헌법보호 제도라고 한다면 민주적 기본질서에 반하는 위헌정당의 구성원들에 대하여도 제재가 가하여져야 한다는 논리가 도출된다. 따라서 해산된 정당의 간부나 당원들을 형사처벌할 것인가가 문제로 된다. 또 대체정당의 조직자에 대하여도 처벌문제가 대두된다. 독일의 경우에는 위헌정당으로 해산된 정당을 유지하거나 대체조직을 유지한 자는 그 역할의 경중에 따라 수괴 또는 배후조종자와 당원과 지원자로 나누어 형사처벌하고 있다.⁴¹⁵⁾ 또한 위헌으로 해산된 정당이나

사이에 그 정당이나 정당의 부분조직에 소속되어 있던 의원은 연방회의의 의원직을 상실하고 비례대표후보명부상의 후순위자는 의원직승계기대권을 상실한다. 제1문에 의하여 의원직을 상실한 의원이 지역구에서 선출된 경우에는 해당 지역구에서의 지역구위원의 선거가 제44조 제2항에서 4항을 준용하여 다시 치뤄진다. 이 경우 제1항에 의하여 의원직을 상실한 의원은 후보자로 출마할 수 없다. 제1항에 의하여 의원직을 상실한 의원이 위헌으로 선언된 정당 또는 정당의 부분조직의 州 비례대표제명부에 의하여 선출된 경우에는 그 의원직은 승계되지 않는다. 그 밖의 사항에 대해서는 제48조 제1항이 적용된다.」고 규정하고 있다.

- 415) 독일 형법 제84조는 위헌선언된 정당의 유지죄라는 제목하에 「① 이 법률의 공간적 적용영역에서 수괴 또는 배후조종자로서 연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 정당 또는 연방헌법재판소가 금지된 정당의 대체조직임을 확인한 정당의 조직적 결합을 유지한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 미수도 처벌할 수 있다. ② 제1항의 정당에서 당원으로 활동하거나 그 정당의 조직적 결합을 지원한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ③ 기본법 제21조 제2항에 의한 절차 또는 정당법 제33조 제2항에 의한 절차에서 발해진 연방헌법재판소의 다른 본안결정이나 그 절차에서 발해진 본안결정의 집행으로 발해진 집행가능한 조치에 위반한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 기본법 제18조에 의한 절차(기본권실효절차)도 제1문에서 열거된 절차에 준한다. ④ 제1항 제2문, 제2항, 제3항 제1문의 경우에 법원은 그 책임이 경미하고 그 가담행위의 중요도가 낮은 공범에 대해서는 재량에 의하여 그 형을 감형하거나(제49조 제2항) 이 규정들에 의한 처벌을 면제할 수 있다. ⑤ 제1항, 제2항, 제3항 1문의 경우에는 법원은, 범인이 자발적으로 그리고 진지하게 정당의 계속적 존속을 막기 위하여 노력한 경우 재량에 의하여 형을 감경하거나(제49조 제2항) 이 규정들에 의한 처벌을 면제할 수 있다. 범인이 이러한 목적을 달성하거나 그의 노력 없이 그러한 목적이 달성된 경우 그 범인을 처벌하지 않는다.」라고 규정하고 있다.

대체조직의 선전문 등을 반포한 자도 형사처벌하고 있다.416)

4. 정당해산결정의 집행

(1) 헌법재판소의 집행권한

집행이란 법원의 결정을 현실의 상태에 연결시키는 문제이다. 민사소송에서는 급부이행이나 수인청구에 관한 청구가 확인판결이나 형성판결에 이어 제기될 수 있다. 하지만 헌법재판의 경우에는 이러한 민사소송의 법리를 아무런 유보없이 적용할 수는 없다. 왜냐하면 후속절차로서 급부나 수인청구의 허용은 헌법재판소결정이 다른 국가기관의 권한을 행사하는 것이나, 이는 결정의 신뢰성 그리고 이와 함께 정치적인 의사소통의 안정성을 침해하기 때문이다. 특히 소송의 방법에 의하여 강요되어 진다면 국민주권주의나 정치적 결정의 민주적인 정당성은 보장받을 수 없다.417)

416) 독일 형법 제86조는 위험조직의 선전문반포죄라는 제목하에 「① i) 연방헌법재판소에 의하여 위험선언된 정당 또는 그러한 정당의 대체조직임을 확인하는 조치의 불가쟁력이 발생한 정당이나 결사의 선전문, ii) 헌법적 질서 또는 국제화해의 사상에 반하는 활동을 했다는 이유로 금지된 결사 또는 그러한 금지된 결사의 대체조직임을 확인하는 조치의 불가쟁력이 발생한 결사의 선전문, iii) i) · ii)에서 열거된 정당 또는 결사 중 하나의 목적을 위하여 활동하는, 이 법률의 공간적 적용영역 밖에 있는 정부, 결사 또는 기구의 선전문, iv) 그 내용상 과거의 민족사회주의 조직의 기도를 속행하기 위한 선전문을 국내에서 반포하거나 국내 또는 외국에서 생산하거나 저장하거나 수입 또는 반출하거나 데이터뱅크(Datenspeicher)를 통해 공개적으로 접근할 수 있도록 만든 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 자유민주적 기본질서나 국제화해의 사상에 반하는 내용의 문서(제11조 제3항)만이 제1항의 선전문이다. ③ 제1항은 선전문 또는 행위가 국민적 계몽, 위험적 기도에 대한 방어, 예술 또는 학문 또는 교수(Lehre), 시사적 사건의 경과에 대한 보도 또는 역사 또는 기타 목적에 기여하는 경우에는 적용하지 않는다. ④ 책임이 경미한 경우에는 법원은 이 규정들에 의한 처벌을 면제할 수 있다.」라고 규정하고 있다.

417) Umbach/Clemens, §35 Rn 13.

다른 한편 확인결정이나 형성결과와 이행청구의 연결의 문제는 사법작용으로서의 헌법재판에서도 제기된다. 위헌적인 조치는 제거되어야 할 결과를 낳을 수도 있고, 다른 경우에는 존중되어야 할 신뢰의 상황을 창조할 수도 있다. 헌법재판소법은 정당해산심판의 경우 제60조에서 집행에 관하여 규정하고 있다. 하지만 정당해산심판에 관한 헌법재판소 결정이 주문에서 해결할 수 없는 후속문제를 발생시킬 수 있다. 예를 들어 이미 설명한 대체정당인가 아닌가 하는 판정여부 등이다. 그러므로 이러한 후속문제해결을 위한 헌법재판소의 전반적인 즉 그 결정의 직접적인 결과들을 자체적으로 규제하는 권한을 필요로 한다.

헌법재판에 있어서 집행을 법적 결정을 현실의 상태에서 연결시키는 것으로서 이해한다면, 집행처분이 모든 결정형태에 적용될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 하지만 집행처분은 대부분의 경우 소극적 형성결정이나 확인결정을 내리게 되는 근거, 즉 정치의 자율성 특히 정치적 결정의 민주적 정당성을 존중해야 함을 전제로 하는 것이다.⁴¹⁸⁾ 따라서 집행권한을 헌법재판소에 부여하는 것이 헌법재판소에게 다른 국가의 권한을 행사하여 “헌법과 법에서 정한 권한 규정을 초월할(druchbrechen)” 권한을 부여해 주게 된다는 우려는⁴¹⁹⁾ 위와 같이 집행권한을 제한적으로 해석하는 한 문제가 없다.

헌법재판소는 헌법과 법률 및 법에 기속되어 있지만 집행의 경우에는 이러한 권한규정에 한정될 수는 없다. 왜냐하면 위헌적인 상황은 무효화, 제재 혹은 다른 유사한 것과 같은 극히 제한된 한계 내에서만 규제될 수는 없기 때문이다. 따라서 헌법재판소의 정당해산심판결정이 입법권한의 형성의 자유나 행정청의 재량을 허용하지

418) Umbach/Clemens, §35 Rn 15.

419) Maunz/Schmidt-Bleibtrecc/Klein/Ulsamer, §35 Rn 2.

않는 경우에는 사법기관인 헌법재판소 자신에 의한 집행을 허용하여야 한다.⁴²⁰⁾

(2) 집행절차

독일 연방헌법재판소는 독일헌법재판소법 제35조의 광범위한 집행권 위임조항을 헌법과 법률로 명시화된 권한의 한계 내에서 절차에 대한 규칙을 제정하는 권한 정도로 제한하려는데 대해 반대해 왔다.⁴²¹⁾ 헌법재판소는 집행의 주재자로서 광범한 재량권을 가지고 집행절차를 최종적으로 관장하여 왔다.

독일에 있어서는 헌법재판소에 정당해산의 종국적 집행권한이 주어지고, 집행방식도 헌법재판소가 결정한다. 독일 정당법 제32조에서 정당해산결정의 집행에 관하여 규정하고 있다. 종국적으로는 연방헌법재판소가 해산결정의 집행을 담당하여 연방헌법재판소는 자신이 발한 특별한 집행조치들의 이행의 종류와 방식에 대해서도 최종적으로 결정한다. 주(州)의 경우에는 주정부가 정하는 행정관청이 법률의 범위내에서 연방헌법재판소의 정당해산결정의 집행을 위하여 필요한 모든 조치를 발할 수 있다. 또한 주의 최고행정관청들은 이러한 목적의 달성을 위하여 공공의 안전이나 질서의 유지를 관할하는 주의 행정관청과 관서에 대하여 무제한적인 지시권을 가지고 있다. 그리고 2개주 이상에서 해산결정의 집행이 요구될 때에는 연방내무부장관이 통일적인 집행을 위하여 필요한 명령을 발하도록 하고 있다. 그리고 이러한 행정기관의 집행에 대하여 이의가 있을 경우에는 이의신청과 취소소송을 제기할 수는 있으나 그로 말미암아 집행정지는 되지 아니하고 확정되어야만 집행이 취소된다.

420) 이성환, 앞의 학위논문, 35~37쪽 참조.

421) BVerfGE 6. 300; 68, 132(140).

행정소송에서 연방헌법재판소의 정당해산결정의 집행에 대하여 원칙적인 의미를 갖는 다툼인 경우에는 그 절차를 정지하고 연방헌법재판소에 제청하여야 한다.⁴²²⁾

독일에서 실제로 헌법재판소가 정당해산이 결정된 두 사건에 있어서 구체적인 집행권한을 행사함에 있어서 의원의 신분유지와 관련하여 약간 달리 결정하였다.

사회주의제국당(SRP)의 해산심판결정의 경우에는 이 정당이 위헌이라는 결정을 하면서 정당법 등 법률에 규정이 없었음에도 불구하고 그 정당 추천에 의한 의원의 연방의회와 주의회에서의 의원직 상실과 대체조직 및 정당의 해산과 그 재산의 몰수를 연방내무장관에게 명령하였다.

그리고 독일공산당(KPD)의 해산심판결정의 경우에 이 정당이 위헌정당이라며 사회주의제국당에 준한 집행처분을 하였으나 다만 이 경우에는 의원직상실에 한해서는 의원직상실의 요건을 법률에 규정하고 있었기 때문에 법치주의의 원칙상 해산된 독일공산당소속 의원은 의원직을 상실하지 않은 것으로 하였다. 그리고 독일공산당의 대체조직인 자란트 공산당을 해산명령하였다.

422) 독일 정당법 제32조의 내용은 다음과 같다. 「① 정당 또는 정당의 부분조직이 기본법 제21조 제2항에 의하여 위헌으로 선언되는 경우에는, 주정부가 정하는 행정관청이 법률의 테두리 안에서 연방헌법재판소의 판결 및 경우에 따라 발해지는 추가적인 집행규율의 집행을 위하여 필요한 모든 조치를 발할 수 있다. 주의 최고행정관청들은 이러한 목적의 달성을 위하여 공공의 안전이나 질서의 유지를 관할하는 주의 행정관청과 관서에 대하여 무제한적인 지시권을 보유한다. ② 정당 또는 위헌으로 선언된 정당의 부분조직의 활동이나 조직이 1개주 영역 이상에서 전개되어 있는 경우에는 연방내무장관은 통일적인 집행을 위하여 필요한 명령을 발한다. ③ 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제35조에 의한 집행을 제1, 2항과 달리 규율할 수 있다. ④ 집행조치에 대한 이의와 취소소송은 정지효과가 없다. 행정소송절차가 판결의 집행에 대하여 원칙적인 의미를 갖고 있는 경우에는 그 절차를 정지하고 연방헌법재판소에 제청하여야 한다. 연방헌법재판소는 자신이 발한 특별한 집행조치들의 이행의 종류와 방식에 대해서도 결정한다.」

우리나라의 경우에도 당연히 헌법재판소에 그 결정의 집행에 관한 권한 및 절차에 관한 광범위한 권한을 주어야 한다. 왜냐하면 집행의 결과라는 문제는 형식적으로 확정지을 수 없는 문제이고 만일 결과가 예상하지 못했던 혹은 예상과는 다른 방식으로 나타난다면, 헌법재판소는 그 처분을 언제든지 수정할 수 있어야 하기 때문이다.⁴²³⁾

따라서 헌법재판소법 제60조가 “정당의 해산을 명하는 헌법재판소의 결정은 중앙선거관리위원회가 정당법의 규정에 의하여 이를 집행한다”고 규정하는 것은 정당법에 구체적인 규정이 있는 사항에 대한 단순한 기계적인 집행만을 의미할 뿐이다. 다툼의 소지가 있는 정당해산심판에 관한 헌법재판소의 결정의 집행은 헌법재판소가 최종적으로 판단하여 행하여야 한다.

(3) 집행과 정치의 관계

독일의 역사를 통해 알 수 있었던 것처럼, 헌법재판소결정의 집행이 지닌 특수한 문제는 법률과 정치 사이의 긴장된 관계와 관련되어 있다. 법치주의국가에서는 정치적 의사소통, 즉 권력을 위한 투쟁은 법의 기초위에서만 가능하다. 정치의 정당성은 그 합법성에 기초하여 판단할 수 있을 뿐이다. 헌법재판이 헌법에 규정된 법치국가에서 헌법재판소는 우선적으로 정치의 헌법적인 합법성을 보장하는 과제를 떠맡고 있다.⁴²⁴⁾ 이 과제는 헌법재판소를 모든 다른 법

423) 독일의 경우에는 연방헌법재판소의 집행처분에 위반할 때에는 형사처벌도 하도록 규정하고 있다. 이미 위에서 살펴 본 독일 형법 제84조 제3항은 「기본법 제21조 제2항에 의한 절차 또는 정당법 제33조 제2항에 의한 절차에서 발해진 연방헌법재판소의 다른 분안결정이나 그 절차에서 발해진 분안결정의 집행으로 발해진 집행가능한 조치에 위반한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.」고 규정하고 있다.

424) Umbach/Clemens, §35 Rn 49.

원과 구별되게 하는 고유한 요소이다. 따라서 이 과제는 집행처분의 모든 측면에서 기준이 되어야 한다.

이로부터 우선적으로 내려지는 결론은, 헌법재판소 결정의 집행은 민사소송법의 강제집행에 관한 규정이 준용될 수는 있지만, 민사소송법에 의거하여서만 판단되어서는 아니된다는 사실이다. 행정소송법이론에 의하면 행정상의 강제집행과 민사소송적인 강제집행은 원칙적으로 차이가 있음이 강조되고 있다.⁴²⁵⁾ 행정은 국가의 공익을 위하여 법을 집행하되 재량을 가지고 형성적으로 공익을 수행하는 것을 그 본연의 임무로 하고 있으므로 사안에 따라 적절하다고 생각되는 대로 행정주체가 광범한 재량을 가지고 스스로 대처할 수 있다. 하지만 민사소송법상의 강제집행은 법원이나 집행관 등이 제3자인 사인의 업무를 집행하는 것이며, 따라서 엄격히 합법적인 절차를 밟아야 한다.

헌법재판 결정의 집행의 경우에도 1차적으로 문제가 되는 것은 정치기관의 고유한 업무 혹은 더 정확히 말하자면 정치의 기능성이다. 따라서 집행에 관한 규정은 적당한 비중의 재량권을 행사하면서 받아들여져야 할 것이다.⁴²⁶⁾

정당해산심판에 있어서 정당의 헌법상의 자유와 권리가 실현되도록 돕는 것은 집행의 직접적 과제가 아니다. 헌법재판소 결정의 집행은 정치적 기구들이 헌법을 지키고, 만일 헌법을 어긴 경우에는 가능한 한 빨리 합법적 상태를 되찾도록 하는 것을 기본적 과제로 한다. 물론 정당의 권리와 자유의 보장이 헌법재판의 주요한 과제의 하나이므로 헌법재판소결정의 집행이 이를 완전히 무시할 수는 없다. 하지만 이러한 과제는 1차적으로 헌법재판소 결정의 효력을

425) Umbach/Clemens, §35 Rn 51.

426) Umbach/Clemens, §35 Rn 52~55.

통하여 관계되는 국가기관 등 정치적 기구에 맡기고 헌법재판소는 이러한 정치기구에 의한 헌법재판소 결정의 자율적 규척이 불가능할 경우 구조적으로 스스로의 집행처분의 발동을 통하여 이러한 정치기구를 직접 통제한다고 할 수 있다.

1956년 8월 17일의 판결을 통해 독일연방헌법재판소는 독일공산당을 위헌적인 조직으로서 해체시키고, 대체조직도 금지시켰다.⁴²⁷⁾ 독일공산당-자르-결정에서 연방헌법재판소는 이 금지의 집행에 대한 책임을 위임받았다.⁴²⁸⁾ 그런데 1967년, 즉 약 11년 후에 독일공산당(DKP)이 창당되었는데, 이것이 금지된 독일공산당의 계승조직임은 쉽게 알 수 있는 것이었다. 따라서 독일공산당의 등장은 격렬한 정치적·법학적 논쟁을 낳았다. 하지만 ‘집행권자’였던 연방헌법재판소는 어떠한 조치도 취하지 않았다. 정치적인 면에서 독일공산당의 계승조직을 금지하는 것은 더 이상 시의적절하지 않았던 것이다.

427) BVerfGE 5, 85(87)

428) BVerfGE 6, 300

VI. 결어

정당해산심판은 헌법질서를 수호하기 위하여 민주적 기본질서에 위반하는 정당을 정부의 제소에 의하여 헌법재판소가 강제해산 시키는 제도이다. 방어적 민주주의 혹은 전투적 민주주의의 이념을 관철하기 위한 예방적 헌법수호제도의 성격을 지닌다. 하지만, 다른 한편 정당을 국가의 행정권력이나 통상의 사법권력으로부터 보호하여 그 존립을 보호하는 정당보호의 성격도 가진다. 정당해산심판이 가지는 이 두가지 성격은 정당에 대하여 상호대립적인 방향에서 정당의 자유와 활동을 규율한다.

본 연구에서는 정당해산심판이 갖는 이 두가지 성격 모두를 고려하되 정당보호제도로서의 성격에 보다 중점을 두어 여러 가지 쟁점에 대하여 결론을 도출하였다. 서론 부분에서 언급하였던 정당해산심판과 관련한 중요한 문제점들을 중심으로 본문에서 설명하였던 사항들을 간략히 정리하면 다음과 같다.

첫째, 정당해산제도의 본질적 성격과 관련하여 그것이 헌법의 예방적 수호를 위한 제도인지 아니면 정당의 보호를 위한 제도인지에 대하여는 양자의 성격을 모두 갖는다고 할 수밖에 없다. 하지만, 민주정치는 본질상 각 구성원의 정치적 의사를 존중하는 가치상대주의에 입각하여 각각의 견해에 대한 관용을 기반으로 할 수밖에 없다는 점에서 전투적민주주의 이론의 과잉방어적 성격을 배척하고, 국민의 예비적 정치의사형성에 필요불가결한 기능을 행사하는 정당의 존속을 가능한한 최대한 보호하기 위하여 정당해산심판제도는 정당의 보호를 위한 제도라는 점에 보다 중점이 두어져야 한다고 보았다.

둘째, 정당해산심판의 대상으로서의 정당은 형식적으로 중앙선거

관리위원회에 등록된 정당에 한정되는가, 아니면 국민의 정치적 의사를 국가에 반영시키고 정권을 획득하려고 노력하는 정치적 결사 일반을 포함하는가와 관련하여서는 현행 실정법 해석상으로는 등록된 정당에 한정하여야 한다는 입장을 취하였다. 다만 이론상으로는 정당등록과 관련없이 실질적 입장에서 판단하여야 하는 점을 강조하였다.⁴²⁹⁾ 정당의 개념을 정당법 규정에 근거하여 이해하는 국내 학설들의 대체적 입장은 정당의 결성과 관련한 국민의 정치활동권이 헌법상의 기본권이고 정당제도 또한 헌법상의 제도라는 점을 간과한 문제점이 있다. 정당개념은 정당법이라는 법률에서 규정한 바가 아니라 헌법적 관점에서 새로이 해명하여야 한다. 따라서 헌법적 의미의 정당개념에 있어서 정당의 등록 여부는 본질적인 징표가 아니며, 국민의 정치적 의사를 국가에 반영하고 정권을 획득하고자 노력하는 정치적 결사 그 자체를 헌법적 의미의 정당의 핵심징표로 보아야 한다. 특히 현행 정당법이 정당의 등록 요건을 지나치게 엄격히 규정하여 정당설립의 자유를 지나치게 제한하고 있는 점을 간과하여서는 아니된다는 점을 고려할 때 등록여부와는 관계없이 정당보호차원에서 정당의 개념을 규정하여야 한다고 해석하였다.

셋째, 정당해산의 실제적 요건으로서의 ‘민주적 기본질서’의 의미, 특히 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서와의 관계와 관련하여서는 양자를 구별하여서는 아니된다는 입장을 택하였다.⁴³⁰⁾ 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 구별하는 해석론은 자유주의와 민주주의를 상호대립하는 것으로 보는 근대적 시각에 입각한 것이며 지나치게 문구에 집착한 해석론으로서 적절치 않다고 지적하고,

429) 이 부분에 관하여서는 공동연구자들 사이에 심각한 의견 대립이 있었음을 밝혀둔다.

430) 이 부분에 관하여서도 공동연구자들 사이에 심각한 의견 대립이 있었음을 밝혀둔다.

한편 헌정사적인 측면에서 보더라도 현행헌법상의 ‘자유민주적 기본질서’는 근본적으로 우리 헌정사에서 정당해산제도가 도입된 제2공화국 헌법상의 ‘민주적 기본질서’ 이후에 헌법에 사용된 용어로서 다같이 현대민주주의를 그 내용으로 할 수밖에 없다는 점에서 양자의 구별을 인정하지 아니하였다.

넷째, 정당해산의 실제적 요건으로서 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위반된다고 할 경우에 정당의 ‘목적’이나 ‘활동’간의 관계 및 의미에 대하여는 목적과 활동 양자는 상호 밀접하게 연관되어 있다고 보면서, 정당의 목적은 그것이 장기적인 것이든 단기적인 것이든 불문하고 민주적 기본질서에 실질적 위해를 가할 위험성이 있는 행위가 함께 존재할 때에만 목적의 위헌성을 인정할 수 있다고 보았다. 나아가 정당의 활동은 정당이 실질적으로 영향력을 미칠 수 있는가가 핵심적 기준이 된다 할 것이므로 설령 그 활동이 당지도부 등의 공식적 정당기구가 아니라 일반당원에 의하여 행해지더라도 정당의 실질적 영향성이 인정되는 한에서는 활동의 위헌성을 인정할 여지가 있다고 보았다.

다섯째, 정당해산의 실제적 요건으로서 민주적 기본질서에 ‘위반’된다는 함은 그에 대한 실질적·구체적 위협이 있어야 하는 것인가 아니면 위협의 추상적 존재만으로도 충분한 것인가와 관련하여서는, 정당해산심판제도의 오남용을 방지하기 위하여 민주적 기본질서에 실질적·구체적 위협이 존재할 것을 요구한다고 보았다. 따라서 정당이 조직의 범위와 강도, 당원의 수 및 공적인 활동의 측면에서 볼 때 국민의 정치적 의사의 형성에 미치는 영향이 미미한 경우에만 해산할 필요는 없을 것으로 보았다.

여섯째, 정당해산청구나 결정은 정당 전체에 대하여서만 가능한가 아니면 정당의 독립된 일부에 대한 해산청구나 결정도 가능한가

와 관련하여서는, 연방제 형태를 취하고 정당의 분권성이 강한 독일의 경우에는 연방헌법재판소법상 명문으로 정당의 독립된 일부에 대하여 위헌선언을 할 수 있는 것으로 소개하고, 한편 우리나라의 경우에는 이에 관한 명문규정이 없고 정당법상으로도 전국정당만이 허용되어 있지만, 정당해산결정에 있어서도 헌법상 비례의 원칙이 적용되어야 한다고 보아 정당의 독립적이고 가분적인 일부에 대하여도 해산청구나 해산결정이 가능하다고 보았다.

일곱째, 정당해산결정의 법적 성격은 정당의 위헌성의 소급적 확인인가 아니면 장래를 향한 순수한 정당의 소멸을 결정하는 창설적 결정인가의 문제와 관련하여서는, 독일의 3가지 학설을 설명하면서, 우리나라에서의 해산결정의 성격에 대하여는 법적 안정성 내지 법치주의원칙의 존중이라는 측면을 중시하여 정당은 헌법재판소의 해산결정이 있을 때에 비로소 장래를 향하여 위헌정당으로 취급된다고 하여 창설적 결정으로서의 성격을 가진 것으로 보는 것이 타당하다고 지적하였다.

여덟째, 정당해산결정이 내려진 경우, 소속 국회의원들이나 정당추천의 다른 국가기구 구성원들의 자격도 함께 상실되는 것인가 아니면 유지되는 것인가의 문제와 관련하여서도, 자격상실설과 자격유지설의 내용에 대하여 살펴보고, 자격상실설의 주장자가 국내에서는 상대적으로 많지만, 본 연구에서는 방어적 민주주의로서의 성격보다 정당의 존속보호제도로서의 성격을 보다 강조하는 한편 전체 법체계의 취지와 관련하여 자격유지설이 타당하다고 보았다.⁴³¹⁾

아홉째, 정당해산심판 청구나 결정은 정치적 요소를 고려한 재량

431) 이 부분에 관하여서도 공동연구자들 사이에 심각한 의견 대립이 있었음을 밝혀둔다.

사항인가 아니면 해산요건을 갖추었는지 여부만을 판단하는 엄격한 기속적 사항인가에 대하여는, 기속행위설, 기속재량행위설 및 자유재량행위설의 내용을 각각 설명·비판하면서, 원칙적으로 자유재량행위설이 타당성이 있다고 보았다. 다만, ‘자유재량’이라는 개념은 행정법학의 법논리상 일정한 한계가 있는 것으로서 사법심사의 가능성을 허용한다는 점에서 오해의 소지가 있다고 보아, 이를 ‘정치적 재량’이라는 용어를 사용하는 것이 보다 적절하다고 지적하였다. 따라서 본 연구에서는 정부의 해산심판청구는 기본적으로 정부의 정치적 재량에 속하는 사항이라고 해석하였다.

열 번째, 정당해산결정의 결과 설립이 금지되는 대체정당인지 여부를 어떻게 판정하는지 여부에 관하여는, 입법적 불비를 지적하면서 중앙선거관리위원회, 법원 및 헌법재판소의 어느 한 기관에만 판정권을 일임하는 것은 현행 실정법의 해석론으로는 무리라고 지적하고, 이 경우에는 대통령이 다시 한 번 더 대체정당에 대한 위헌정당해산심판을 청구하거나 이러한 번잡함을 피하고자 한다면, 헌법재판소가 위헌정당해산을 결정하면서 주문에 대체정당의 결성을 금지하는 내용을 포함하고 대체정당여부에 대하여 중앙선거관리위원회가 헌법재판소에 판정을 신청하면 헌법재판소가 확정하도록 하였다. 그리고, 대체정당으로 최종 확정되면 중앙선거관리위원회가 등록을 거부하거나 취소하도록 하는 것이 타당하다고 해석하였다.

검색키워드 : 정당해산심판, 정당, 정당등록, 정당해산, 정당보호, 정당금지, 방어적 민주주의, 예방적 헌법수호, 민주적 기본질서, 자유민주적 기본질서, 헌법보장.

憲法裁判研究用役集 索引

區 分	論 題
憲法裁判研究 第1卷 (1989)	法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象
憲法裁判研究 第2卷 (1990)	憲法裁判 및 制度의 活性化에 관한 研究
憲法裁判研究 第3卷 (1991)	權限爭議審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第4卷 (1992)	憲法裁判節次의 改善을 위한 立法論的 研究
憲法裁判研究 第5卷 (1993)	憲法解釋에 관한 研究
憲法裁判研究 第6卷 (1994)	基本權의 概念과 範圍에 관한 研究
憲法裁判研究 第7卷 (1995)	憲法裁判所 決定의 效力에 관한 研究
憲法裁判研究 第8卷 (1996)	委任立法의 限界에 관한 研究
憲法裁判研究 第9卷 (1997)	「補償없는 財產權制限의 限界」와 「國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議」
憲法裁判研究 第10卷 (1999)	憲法裁判所法의 改正方向에 관한 研究用役報告書
憲法裁判研究 第11卷 (2000)	社會保險法의 憲法的 問題에 관한 研究
憲法裁判研究 第12卷 (2001)	彈劾審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第13卷 (2002)	사이버 空間上의 表現의 自由와 그 規制에 관한 研究
憲法裁判研究 第14卷 (2003)	教育制度의 憲法的 問題에 관한 研究

【참고문헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2004.
- 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2004.
- 심천 계획열 박사 화갑기념논문집 간행위원회(편), 정당과 헌법질서 : 심천 계획열 박사 화갑기념논문집, 박영사, 1995.
- 김광수, 선거와 정당, 박영사, 2002.
- 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000.
- 김중권, 헌법과 정당, 법문사, 1990.
- 김용호, 한국정당정치 이해, 나남출판, 2001.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004.
- 금량 김철수 교수 화갑기념, 헌법재판의 이론과 실제, 박영사, 1993.
- 금량 김철수 교수 정년기념논문집, 한국헌법학의 현황과 과제, 박영사, 1998.
- 김철용 외, 헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판소 헌법재판연구 제4권, 1992.12.
- 권세기 외, 독일의 대의제민주주의와 정당정치, 세계문화사, 1999.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004.
- 디터 놀렌 저, 박병석 역, 선거제도와 정당체제, 다다, 1994.
- M. 뒤베르제, 장을병 역, 정당론(상)(하), 문명사, 1992.

- M. 뒤베르제 저, 김병규 역, 정치제도와 헌법, 삼영사, 1979.
- G. 라이프홀츠 저, 권영성 역, 헌법국가와 헌법, 박영사, 1976.
- 문홍주, 한국헌법, 해암사, 1987.
- 법무부(편), 베니스(Venice)위원회개관, 2003.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004.
- 심지연, 한국현대정당론, 창작과 비평사, 1984.
- 이병훈, 대표원리와 의회주의, 박문각, 1993.
- 장영수, 민주헌법과 국가질서, 홍문사, 1997.
- 정종섭, 헌법소송법(제2판), 박영사, 2004.
- 중앙선거관리위원회, 정당·정치자금법령집, 1997.
- 최대권, 헌법학강의, 박영사, 2002.
- 최한수, 현대정당론, 을유문화사, 1995.
- K. Loewenstein 저, 김기범 역, 현대헌법론-정치권력과 통치과정
-, 교문사, 1973.
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003.
- 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2004.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2004.
- 허영(편역), 법치국가의 기초이론 - Peter Lerche의 논문선집, 박
영사, 1996.
- 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 2004.

2. 관련논문

- 박순근, 「헌법재판과 가치분제도에 관한 연구 : 독일연방헌법재판소의 경우를 중심으로」, 연세대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1996.

- 김주환, 「위헌정당해산제도에 관한 연구」, 고려대학교 법학석사 학위논문, 1990.
- 김지형, “헌법재판소결정의 기관력-특히 독일에서의 논의를 중심으로-”, 헌법논총 제3집, 1992.
- 김철수, “자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서”, 고시연구, 1979년 11월호.
- 권영성, “창당준비위원회의 해산처분”, 고시계, 1978년 8월호.
- 권영성, “민주적 기본질서”, 고시연구, 1979년 7월호.
- 권영성, “민주적 질서와 법치국가적 질서에 관한 연구-서독기본법의 경우를 중심으로-”, 중앙대 논문집 제20집 인문·사회과학편, 중앙대, 1975년-1976년.
- 권영성, “정당의 해산-서독사회주의국가당(SRP)의 위헌판결”, 고시연구, 1982년 5월호.
- 권영성, “정당의 해산(上)-서독연방헌법재판소에 의한 서독공산당의 위헌판결”, 고시연구, 1981년 12월호.
- 권영성, “정당의 해산(下)”, 고시연구, 1982년 1월호.
- 김남진, “민주적 기본질서”, 고시연구, 1976년 5월호.
- 김승환, “위헌정당해산(사회주의제국당 위헌판결)”, 한국헌법학의 현황과 과제 - 금량 김철수 교수 정년기념논문집, 박영사, 1998.
- 계희열, 서독헌법상 정당의 지위, 학술연구비조성사업에 의한 연구보고서(사회과학계), 1971.
- 남복현, “헌법재판소결정의 확정력”, 한양법학 제3집, 1992.2.
- 남복현, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 헌법재판연구, 1996.
- 이성환, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구」, 서울대학교법

학박사 학위논문, 1994.

- 이중엽, 「헌법재판제도의 실제와 발전방안」, 명지대 법학박사 학위논문, 2001.
- 장영수, 급진주의자결정, 「판례연구」 제5집, 1991.
- 장영수, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 「안암법학」 창간호, 1993.
- 장윤기, “헌법재판소에서 위헌으로 결정된 법률의 효력”, 김상원, 윤일영 회갑기념, 민사재판의 제문제 제7권, 1993
- 정만희, 「정당법제에 관한 연구」, 고려대 박사학위논문, 1983.
- 정태호, “헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰”, 「공법연구」 제24집 제2호, 1996.
- 정태호, “헌법소송의 독자성 문제에 관한 고찰”, 「법과 국가」 윤남 서정호 교수 정년기념논문집, 1997.
- 최희수, 위헌정당해산제도에 관한 연구, 심천 계획열 박사 화갑기념논문집 : 정당과 헌법질서, 박영사, 1999.
- 황우여, “위헌결정의 효력”, 김철수 교수화갑기념, 헌법재판의 이론과 실제, 박영사, 1993.

II. 일본문헌

- 岡澤憲芙, 政黨, 東京大學出版會, 1988.
- 吉田善明, 政治改革の憲法問題, 岩波書店, 1994.
- 吉田善明, 憲法政治一軌道と展開, 敬文堂, 1996.
- 白鳥令・砂田一郎 (共編), 現代政黨の理論, 東京大學出版會, 1996.
- マックスウェーバ 著, 石尾芳久 譯, 國家社會學: 合理的國家と現代の政黨および議會の社會學, 法律文化社, 1992.

- 本秀紀, 現代政黨國家の危機と再生 : ドイツにおける「政治の國庫負擔」の憲法論を手がかりに, 日本評論社, 1996.
- 芦部信喜, 憲法學Ⅱ 人權各論 (1), 有斐閣, 2000.
- 丸山健, 政黨法論, 學陽書房, 1976.

Ⅲ. 영문문헌

- *Dicle Kogacioglu*, Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey ; Judicial Delimitation of the Political Domain, *International Sociology*, Vol. 18, Issue 1. 2003.

Ⅳ. 독일문헌

- *A. Sattler*, Die Rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, 1982.
- *Bernd Höver*, Das Parteiverbot und seine rechtlichen Folgen, Jur.Diss., 1975.
- *Bernstein/Zweigert*, Die Rehabilitierung einer aufgelösten Politischen Partei, 1972.
- *Carl-Eugen Eberle/ Hubertus Gersdorf*, Der verbotene Parteifunk, JuS 1991.
- *Chang Young-Soo*, Streitbare Demokratie, jur.Dissertation, 1990.
- *Ch.-F. Menger*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien, AöR 78, 1952/53.

- *Ch. Starck (Hrsg.)*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, J.C.B.Mohr, 1976.
- *Christoph Gusy*, "Die freiheitliche demokratische Grundordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 105, 1980.
- *C. Gusy*, Weimar – die wehrlose Republik? : Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik, 1991.
- *C. Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen, 1997.
- *C. Leggewie/H. Meier(Hg.)*, Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben?, 2002.
- *Claus-Wilhelm Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983.
- *D. Grimm*, Politische Parteien, in: E. Benda u.a.(Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2.Aufl., 1994.
- *D. Umbach/T. Clemens*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, C.F.Müller Verlag, 1992.
- *Dreier(Hg.)*, Grundgesetz-Kommentar, 1998.
- *E. Benda/E. Klein*, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrecht, 1991.
- *E. Bulla*, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR Bd.98, 1973.
- *Erhard Denninger(Hg.)*, Freiheitliche demokratische Grundordnung, 1977.
- *Erich Edwin Brunner*, Die Problematik der verfassungsrechtlichen Behandlung extremistischer Parteien in den westeuropäischen Verfassungsstaaten, 1965.

- *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987.
- *Erwin Giesecking/ Karl Pfannenschwarz* (Hg.), Urteil: KPD-Verbot aufheben, 1971.
- *E. Kolb*, Die Weimarer Republik, 1988.
- *E. Plümer*, Mitgeidschaft von Beamten und Beamtenanwärtinnen in verfassungsfeindlichen Parteien, in: NJW 1973.
- *F. Schoch/R. Wahl*, Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten, in: Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, FS Benda, Eckart Klein (Hrsg.), 1995.
- *Frank Stollberg*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots, 1976.
- *Gregor Paul Boventer*, Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat, 1985.
- *G. Lautner*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, 2.Aufl.
- *G. Leibholz*, Der Strukturwandel der modernen Demokratie, in: Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3.Aufl. 1974.
- *Leibholz/Rupprecht*, BVerfGG, 1968.
- *G. Roellecke*, Art.21, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz Bd.1, 2002.
- *G. F. Schuppert*, in: Mitarbeiterkommentar zum BVerfGG, 1992.
- *G. Styby*, Bemerkungen zum verfassungsrechtlichen Begriff der

“freiheitlichen demokratischen Grundordnung” in: Demokratie und Recht, 1976, Heft 2.

- *Horst Frauenfeld*, Freiheit oder Gebundenheit bei Einleitung von Parteiverbots - und Vereinsverbotsverfahren, Jur.Diss., 1977.
- *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2004.
- *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1966.
- *H. Lechner/R. Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4.Aufl. C.H.Beck, 1996.
- *Hamann- Lenz*, Das Grundgesetz, 1970.
- *H.-R. Lipphardt*, die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt, 1975.
- *H. Maurer*, Das Verbot politischer Parteien, Zur Problematik des Art.21 Abs.2GG, in: AöR 96, 1971.
- *H. Meier*, Parteiverbot und demokratische Republik, 1993.
- *H. Mommsen*, Die stumpfe Waffe, in: C. Leggewie/H. Meier(Hg.), Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben?
- *H. Ridder*, Aktuelle Rechtsfragen des KPD-Verbots, 1966.
- *Hans Schneider*, Gesetzgebung, 1991.
- *J. Dürig*, Beweismaß und Beweislast im Asylrecht, 1990.
- *J. H. Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956
- *J. Ipsen*, Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht), 7.Aufl., 1995.
- *Johannes Lameyer*, Streithbare Demokratie, JöR 30, 1981.
- *J. Limbach(Hg.)*, Das Bundesverfassungsgericht. Geschichte- Aufgabe-Rechtsprechung, 2000.
- *K. Doehring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,

1984.

- *K. Groh*, Reanimation der 'wehrhaften' Demokratie?, in: C. Leggewie/H. Meier(Hg.), Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben?
- *Karl-Heinz Seifert*, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975.
- *K. Loewenstein*, Verfassungslehre, J.C.B.Mohr, 1969.
- *Kay Hee-Yol*, Die inner Ordnung der politischen Parteien, jur. Diss., 1970.
- *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., C.F.Müller, 1995.
- *Konrad Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat, in: VVDStRL, 17, 1959.
- *K. Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 3.Aufl, C.H.Beck, 1994.
- *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1984.
- *K. Stern*, Verfahrensrechtliche Probleme der Grundrechtsverwirkung und des Parteiverbots, in: Ch. Starck (Hrsg.), BVerfG und GG, FG BVerfG, 1976.
- *Ludwig Bergsträsser*, Geschichte der politischen Parteien in Deutschland, 11.Aufl., 1965.
- *Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz Kommentar 2000.
- *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer/Bethge/Winter*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3.Aufl., 1992
- *Maunz/Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 29.Aufl., C · H · Beck,

1994.

- *M. Ruland*, Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; Diss. jur., Berlin. 1972.
- *M. Thiele*, Das Verbot verfassungswidriger Parteien(Art.21 Abs.2 GG), in: M. Thiel(Hg.), Wehrhafte Demokratie, 2003.
- *Otto Kimminich*, Die Parteien im Rechtsstaat: Herausforderung durch die Alternativen, DÖV 1983.
- *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 1991.
- *Peter Häberle*, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung zwischen Parteien und Bürgerdemokratie, JZ 1977.
- *R. Schuster*, Legalisierung der KPD oder Illegalisierung der NPD? Zur politischen und rechtlichen Problematik von Parteiverboten, Zeitschr. f. Politik 15, 1968.
- *R. Wassermann*, Revitalisierung eines totgesagten Verfassungsprinzips, in: C. Leggewie/H. Meier(Hg.), Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben?, 2002
- *Schön Walter*, Grundlagen der Verbote politischer Parteien als politische Gestaltungsfaktoren in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik, Jur.Diss., 1972.
- *T. Klemens*, Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften, insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit, AöR 111, 1986.
- *U. Scheuner*, Parteiengesetz und Verfassungsrecht, DV 1968.
- *Uwe Backes/ Eckhard Jesse*, Politischer Extremismus in der

Bundesrepublik Deutschland, 3Bd., 1988/89.

- *V. Oerter*, Rechtsfragen des Verhältnisses zwischen politischen Parteien und ihren Sonder- und Nebenorganisationen, Jur. Diss., 1971.
- *Werner Frotscher*, Die parteienstaatliche Demokratie – Krisenzeichen und Zukunftsperspektiven, DVBl. 1985.
- *Wilhelm Henke*, Demokratie als Rechtsbegriff, Der Staat, 25, 1986.
- *W. Henke*, Das Recht der politischen Parteien, 1972.
- *Wolfgang Abendroth*, Das KPD-Verbotsurteil, ZfP 1956.
- *Wolfgang De Boor/ Gerd Pfeiffer/ Bernd Schünemann*(Hg.), Parteispendenproblematik, 1986.
- *W. Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968.
- *W. O. Schmitt*, Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und Art.79 Abs.3 des Grundgesetz. DÖV, 1965.
- *W. Grewe*, Zum Begriff der politischen Partei, in: FS Erich Kaufmann, 1950

V. 인터넷자료

- [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.asp)

研究者 略歷

李 聖 煥

서울대학교 法科大學 法學科 卒業

서울대학교 大學院 法學科(法學碩士)

서울대학교 大學院 法學科(法學博士)

하와이州立대학교 法科大學 招聘研究員

國民대학교 法科大學 助教授

現 國民대학교 法科大學 副教授

丁 泰 鎬

高麗대학교 法科大學 法學科 卒業

高麗대학교 大學院 法學科(法學碩士)

獨逸 레젠스부르크(Resensburg)대학교 法科大學(法學博士)

憲法裁判所 憲法裁判研究員

全南대학교 法科大學 助教授

現 慶熙대학교 法科大學 副教授

宋 石 允

서울대학교 法學科 卒業

延世대학교 大學院 法學科(法學碩士)

獨逸 빌레펠트(Bielefeld)대학교 法科大學(法學博士)

大田대학교 法經大學 法學科 專任講師

誠信女子대학교 法學科 助教授

梨花女子대학교 法科大學 助教授, 副教授

現 서울대학교 法科大學 助教授

成 鮮 濟

高麗大學校 法學科 卒業

高麗大學校 大學院 法學科(法學碩士)

미국 Indiana University at Bloomington(法學碩士)

미국 University of Wisconsin - Madison(法學博士)

憲法裁判所 憲法裁判研究員

現 가톨릭大學校 法學科 專任講師

板 權
所 有

憲法裁判研究 第15卷
政黨解散審判制度에 관한 研究

2004年 12月 日 印刷
2004年 12月 日 發行

發行處 憲法裁判所
서울 종로구 재동 83
전화: (代) 708-3456

印 刷 (주)서라벌 E&P

(非賣品)