

독일 기본법의 “방어적 민주주의” 원리: 그 헌법이론적 논거의 배경*

오 항 미 (고려대학교)

요약

서독 헌정체제 원칙의 하나인 ‘방어적 민주주의’는 바이마르 공화국의 ‘중립적 민주주의’를 거부하고 자유민주적 질서를 ‘배타적’으로 옹호하는 체제이다. 자유민주적 질서의 옹호는 크게 기본권 제한과 특정 헌법조항의 개정금지를 통해 이루어지고 있다. 첫째, 자유민주적 기본질서를 위협하는 표현의 자유를 제한하고 위헌정당과 결사를 금지함으로써 ‘자유민주적 가치’를 헌정적으로 옹호하고 있다. 둘째, 바이마르 공화국의 ‘의회우위 국가’는 한편으로 의회다수파에 의한 헌법개정이 가능하고 헌법에 모순되는 입법이 가능한 헌정체제였다. 서독은 바이마르 공화국의 형식적 다수결민주주의를 거부하고 ‘입헌민주주의’ 체제를 채택했다. 입헌민주주의 원칙에 따라 서독헌정체제에서는 헌법에 모순되는 입법이 불가능하고, 그러한 입법에 대해서는 헌법재판소가 위헌여부를 심판할 수 있다. 나아가 자유민주적 기본질서를 규정한 조항은 “영구보장조항”으로서 개헌권력인 연방의회와 연방참의원에 의해서도 개정이 불가능하다. 서독은 자유민주적 질서를 다른 정치적 가치에 대해 우월한 가치로 인정하고, 의회와 입법권에 대한 헌법의 우위가 인정되는 헌정체제를 통해 이 질서를 수호하고 정착시키는 데 성공했다고 평가된다.

- ▶ 주제어 : 방어적 민주주의, 중립적 민주주의, 입헌민주주의, 헌법재판권, 위헌정당 금지, 영구조항(개정불가조항), 칼 뢰벤슈타인, 한스 켈젠, 칼 슈미트

1. 서론: 민주주의를 둘러싼 투쟁

다양한 민주주의 이해 가운데 하나는 민주주의 체제가 유일하게 체제 방어를 결여한 체제라는 것이다. 군주정의 원칙 속에서 군주정의 수호는 중요한 요소를 차지한다. 군주가 신으로부터 부여받은 권력의 유일한 대표자라는 군주정의 원리는 군주정만을 유일하게 정당한 체제로 인정함으로써, 그 원리 자체가 체제 수호를 포함하고 있다. 하지만 민주주의는 인민주권과 다수결 원칙에 충실할수록 자기 파괴적 결과에 도달할 수도 있다. 민주주의는 인민주권과 다수결이라는 원칙을 철저하게 적용할 경우 민주주의 체제를 반대하는 파시즘이나 근본주의와 같은 정치세력도 허용할 수밖에 없다. 때문에 민주주의가 위기에 처할 때 민주주의를 스스로 방어할 수 있는 민주주의가 요청된다. 반민주주의 정치세력의 위협으로부터 민주주의를 유지할 수 있는 “방어적 민주주의”가 요청되는 논거는 민주주의의 본질에 있다. 민주주의는 그 원칙에 충실할수록 다른 체제에 대해 배타적 우위를 보장할 수 있는 수단을 민주적 원칙 ‘내에서는’ 강구할 수 없다. 민주주의가 다른 체제에 대해 배타적 우위를 누려야 한다는 근본 합의를 문제 삼을 수 있는 세력에 대해서도 문을 열어 놓는 것이 민주주의의 우월성이다. 바로 이런 우월성이 또한 민주주의를 붕괴할 힘도 허용한다는 점에서 민주주의는 그 자체로는 매우 취약한 체제이다. 즉 민주주의의 붕괴 원인이 민주주의에 내재적이기에 민주주의는 민주주의 ‘외적인’ 별도의 방어체계를 가져야 한다. 이것이 1930년대 유럽에서 방어적 민주주의를 지지하는 논거였다.

특히 독일 바이마르 공화국에서는 독일 역사상 처음 시도된 의회민주주의 체제의 정당성과 본질에 관한 첨예한 논쟁이 있었다. 아직 확고하게 정착되지 못한 민주주의 제도의 구체적 실천에서 나타나는 문제들과 이 제도를 지지하지 않는 세력에 대해 민주주의를 관철하고 유지하는 문제가 대두되었다.

* 이 논문은 2006년도 정부(교육인적자원부)의 재원으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 수행된 연구임. (KRF-2006-353-B00004).

민주주의는 민주적 원칙을 포기하고서라도 민주주의에 반대하는 세력에 대해 자신을 수호해야 하는지, 아니면 이런 민주주의 원칙의 포기가 민주주의를 파괴하는 행위인가가 쟁점이 되었다. 이 논쟁은 민주주의의 가치중립성과 가치상대주의를 대면하는 법실증주의 흐름과 그에 반대하여 다양한 민주주의 이해를 보여준 반실증주의 흐름과의 국법학적 논쟁을 배경으로 하고 있었다.¹⁾

전후 독일 기본법²⁾ 제정자들은 바이마르 민주주의의 역사적 경험은 물론, 이러한 이론적 논쟁의 결과를 반영하여 민주주의 원칙을 헌정주의적으로 제한하고 보완한 방어적 민주주의 체제를 수립했다. 역사적 측면에서 뿐만 아니라 이론적으로도 바이마르 공화국의 민주주의 수호와 관련된 논의는 독일 기본법 제정에 영향을 미쳤다. 바이마르 국법학과 독일 기본법의 헌법이론의 연관은 인적으로 뿐만 아니라 이론적으로도 다양한 방향으로 지속되었다. 이 글에서는 바이마르 공화국의 민주적 헌정국가에 관한 논쟁이 전후 독일 기본법의 방어적 민주주의 이념에 어떻게 구체화 되었는지를 고찰할 것이다.

현재까지 한국에서 방어적 민주주의에 대한 논의는 매우 드물었다.³⁾ 이 개념 자체가 서독 헌정주의 원칙의 일부이자 독일의 역사적 특수성을 반영하는 개념이라는 점에서 별로 주목받지 못한 것이다. 다른 한편으로는 방어적 민주주의론은 민주주의 원칙의 철저한 적용을 제한하기에 그동안 한국의

1) 법실증주의자들이 대체로 민주주의를 지지한 반면 반실증주의자들은 다양한 민주주의 이해와 태도를 보였다. 자세한 것은 Unruh(2004), 특히 54 이하.

2) 2차 세계대전 패전 후 1949년 미국을 비롯한 서방점령군정 하에서 독일 영토의 서부지역에 건설된 ‘서독’의 공식명칭은 ‘독일연방공화국’이며 서독 헌법의 공식명칭은 “기본법(Grundgesetz, GG)”이다. 기본법은 1990년 통일 이후에도 약간의 수정을 거쳐 통일독일 헌법으로서 그대로 지속되고 있다. 기본법 제정과정에 대한 개설로는 Niclaß(1998).

3) 독일의 방어적 민주주의에 대한 국내 문헌은 송석윤(2010)의 “정당해산심판의 실체적 요건, 정당해산심판제도의 좌표와 관련하여”와 이부하(2007)의 “독일기본법상 헌법충실과 헌법재판”이 있다. 송석윤은 민주질서에 반하는 정당해산 심판 규정의 역사를 독일 기본법부터 최근 동유럽의 입헌민주주의 수립에서 나타난 정당해산 제도까지 비판적으로 소개하고 있고, 이부하는 공직자의 헌법충성에 대한 요건 심사를 통한 민주주의 방어를 다루고 있다. 이 보다 앞서 독일의 방어적 민주주의의 한국에서의 적용가능성과 한계를 다룬 문헌으로 Chang, Young-Soo(1990)의 박사논문이 있다.

비민주적 정치상황에서 민주주의 방어는 집권세력의 논리가 되었을 뿐 민주화나 민주주의 심화를 위한 논리가 될 수 없었다.⁴⁾ 이제 민주주의가 일상화된 한국에서 방어적 민주주의론은 민주주의의 본질을 이해하고 민주주의를 의미있게 지속시켜나가는 방식에 대한 함의를 줄 수 있을 것이다.

먼저 바이마르 공화국에서 민주주의 위기와 수호에 관련된 주요논의를 살펴보고(2장), 독일 기본법의 방어적 민주주의 원리를 보여주는 대표적 조항을 분석할 것이다(3장). 결론에서는 2장에서 살펴본 바이마르 민주주의에 관한 논의가 기본법의 방어적 민주주의 논거에 미친 영향과 근본 이념을 제시할 것이다(4장).

2. 바이마르 민주주의의 위기와 그 대안들

1) 뢰벤슈타인: “민주적 근본주의” 비판과 “전투적 민주주의”의 요청

1930년대 파시즘과 나치즘, 스탈린주의가 유럽 정치세계를 지배하면서 민주주의 개념에 혼란이 일어났다. 민주주의의 이름으로 민주주의에 대한 공격과 파괴가 일상화되었기 때문이다. 민주주의 이론가들은 특정한 민주주의 이해가 결국에는 민주주의 체제를 부정하는 요소를 포함하고 있다고 경고하면서 방어적 민주주의 개념을 제안했다. 칼 뢰벤슈타인(Karl Löwenstein)은 민주주의가 그 반대자에 대해 스스로를 지키기 위한 장치를 갖춘 “전투적 민주주의(militant democracy)”(Löwenstein 1937, 638)가 되어야 한다고

4) 한국에서의 방어적 민주주의는 1960년 2공화국 헌법에서 정당해산과 관련하여 처음 언급되었다고 본다(송석윤 2010, 33이하). 제3차 개정헌법 제13조 제2항: “정당의 목적이나 활동이 헌법의 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부가 대통령의 승인을 얻어 소추하고 헌법재판소가 판결함으로써 그 정당의 해산을 명한다.” 현행헌법에서 방어적 민주주의와 관련된 조항은 제4조, “자유민주적 질서에 입각한 평화적 통일정책”, 제8조 제4항, 정당해산의 조건으로 “민주적 기본질서에 위배될 때”라고 규정한 조항이다. 참고 송석윤(2010, 50이하).

주장했다. 뢰벤슈타인은 파시즘과 나치즘과 같은 극단주의에 대항해 민주주의가 별도의 방어체계를 가져야 하는 이유를 들고 있다.

민주주의는 민주적 수단을 사용하여 그 존재를 위협하는 적을 금지할 수 없었다. 이주 최근까지 민주적 근본주의와 법적 맹목은 의도하지 않게 민주주의라는 기제가 도시를 함락시킨 트로이 목마라는 것을 여실히 보여 주었다 (Löwenstein 1937, 424).

뢰벤슈타인에게 민주주의는 관용과 기본법, 법치를 특징으로 한다. 문제는 이런 민주주의 원칙을 엄격하게 준수하는 “민주적 근본주의(democratic fundamentalism)”(Löwenstein 1937, 424)이다. 민주적 근본주의는 무엇보다 “모든 의사에 대한 공정한 경쟁”과 의사표현의 자유, 결사와 언론의 자유를 옹호한다.(Löwenstein 1937, 430) 반면에 파시즘을 비롯한 정치적 “극단주의(extremism)”(Löwenstein 1937, 656)는 민주적 관용과 법치라는 민주주의 원칙의 보호를 받으면서 “정치적 기술”(Löwenstein 1937, 432)을 동원하여 민주주의에 반대를 하고 있다. 극단주의에 맞서 자신을 보호하지 못하고 “자기만족”과 “태만”(Löwenstein 1937, 431)에 빠져 있는 민주적 근본주의는 결국 자기파괴에 이르게 될 것이라고 뢰벤슈타인은 경고한다. 민주주의의 위기라는 긴박한 상황에서 뢰벤슈타인은 민주적 원칙의 훼손을 감수하고서라도 민주주의를 지켜야 한다는 강경한 대안을 제시한다.

민주주의가 파시즘의 기회주의적인 진부한 논리에 대해 그 절대적 가치의 우월성을 믿는다면 시대의 요구에 부응해야 한다. 그리고 민주주의를 구하기 위해 모든 가능한 노력이 투입되어야 한다. 기본원칙의 훼손이라는 위험과 비용을 감수하고서라도(Löwenstein 1937, 432).

뢰벤슈타인은 당시 유럽 몇몇 국가들에서 “전투적” 입법을 통해 극단주의

에 성공적으로 대항한 사례를 소개함으로써 전투적 민주주의의 효력을 보여주고 있다(Löwenstein 1937, 431). 전투적 민주주의는 민주적 근본주의와 달리 민주주의 원칙을 훼손해서라도 극단주의에 맞서 민주주의를 방어하는 민주주의이다. 예컨대 비상권력을 사용하여 기본권을 일시적으로 유보하는 법률을 제정하는 것이다(Löwenstein 1937, 432). 전투적 민주주의의 반파시스트 입법의 대표적인 예는 국가전복적 운동의 전면적 금지이다. 그 밖에도 반의회적인 정치적 극단주의자들의 정치활동을 제한하고, 정치적 갈등의 과잉을 억제하며, 공격무기의 생산이나 소지를 금지하고 정당 유니폼과 상징의 착용을 금지하는 법안을 통해서 극단주의자들의 정치적 활동을 제한했다(Löwenstein 1937, 644이하).

하지만 뢰벤슈타인은 반파시스트 법안은 민주주의를 전투적으로 방어하려는 의지의 보충적 방책일 뿐이라고 보았다(Löwenstein 1937, 657). 궁극적으로는 파시즘의 원인을 제거해야 하며 그러기 위해서는 파시즘이 대중에 호소하는 감정적, 정서적 방식에 근본적으로 맞설 수 있는 “정신적 구조”가 필요하다고 보았다. 그것은 바로 “권위적 민주주의(authoritarian democracy)”(Löwenstein 1937, 657)를 도입하는 것이다. “적어도 과도기 동안” “사회가 기술적 시대의 조건에 더 잘 적응할 때까지” 민주주의는 잘 통제된 “권위의 적용”이어야 한다는 것이다. 물론 단서가 있다. 이러한 권위의 적용은 “자유주의적 정신”을 가진 사람에 의해 자유주의적 정부의 궁극적 목적을 위해 행사되어야 한다. 즉 “인간존엄과 자유”라는 목적을 위해(Löwenstein 1937, 658).

2) 켈젠: 가치상대주의와 다수결 원칙의 옹호

뢰벤슈타인과 동시대의 실증주의 법학자 한스 켈젠(Hans Kelsen) 역시 민주주의가 “반대자에게 가장 적게 방어하는 국가형태”(Kelsen 2006, 237)

라고 보았음에도 민주주의를 민주주의 외적으로 방어하는 것을 거부했다. 켈젠은 바이마르 헌법⁵⁾이 세계에서 가장 자유롭고, 가장 민주적인 헌법이라고 평가했으며(Kelsen 2006, 229), 이 헌법이 좌우 양 극단주의자들로부터 공격당하고 있다고 당대 민주주의 위기를 진단했다. 켈젠은 양 극단주의의 공격으로부터 민주주의를 어떻게 지켜낼 것인지를 민주주의의 본질을 토대로 제시하고 있다.

켈젠에 따르면 민주주의는 근본적으로 자유이념에 토대를 두고 있다. 이 자유이념이 정치적 자기결정의 이념으로 발전되어 상호 계약에 의해 “만장일치”로 정치공동체의 질서를 수립하고, “다수결”에 의해 그 질서를 지속시켜 나가는 것이 민주주의의 작동방식이다(Kelsen 2006, 8). 사람은 이미 형성되어 있는 국가질서 속에 태어나므로 이 질서에 대한 동의와 반대를 통해 질서를 유지하고 수정하는 것만이 문제가 된다(Kelsen 2006, 9). 이때 다수결 원칙은 최대한 많은 사람이 이 질서에 동의하는 것을 목표로 한다. 민주주의는 결국 최대 다수의 동의를 통해 국가의지를 형성함으로써 최대 다수의 자유를 추구하는 체제라고 할 수 있다(Kelsen 2006, 9; 2006, 236). 그런데 이 다수의 지배는 소수의 보호를 포함하고 있고, 소수의 보호는 절대적 가치의 존재를 부정하는 것을 전제로 한다.

민주주의는 모든 사람의 정치적 의지를 동일하게 평가하기 때문에 모든 정치적 믿음을, 그 표현이 정치적 의지인 모든 정치적 의견을 동일하게 존중해야 한다. 또한 **반대의 의견도 가능한 것으로 간주해야 하는데, 절대적 가치의 인식을 포기한다면 말이다.** 그러므로 **상대주의**는 민주적 사고가 전제하는 세계관이다(Kelsen 2006, 36, 강조 저자).

5) 바이마르 헌법의 공식명칭은 “독일제국헌법(Die Verfassung des deutschen Reichs, WRV)”이다. 1918년 11월 혁명을 수습한 사회민주당의 주도로 작성된 초안을 1919년 2월 소집된 국민의회가 작성의 소도시 바이마르 국립극장에서 심의, 제정하여 1919년 8월 11일 공포하였다. 바이마르 헌법은 나치정권의 비상전권위임법(Ermächtigungsgesetz)에 의해 1933년 3월 실질적으로 효력이 정지되었다. 바이마르 헌법 제정과정에 대해서는 Hans Boldt (1988), 자세한 과정은 Ernst Rudolf Huber(1963).

인간에게 “절대적 가치의 인식”이 불가능하기 때문에 ‘다른’ 의견을 ‘틀린’ 의견으로 간주할 수 없다. 상대적 가치의 실현을 위해 필요한 강요는 그 강요가 적용될 사람들 가운데 다수의 동의를 얻는 것을 통해 정당화될 수 있다(Kelsen 2006, 236). 민주주의는 “최대한 가능한 자유의 원칙”을 추구하므로 다수가 원하는 것이라면 민주주의에 반하는 운동도 허용해야 한다. 켈젠은 심지어 “민주주의의 폐기를 목표로 하는”(Kelsen 2006, 237) 정치운동도 다른 정치적 신념과 똑같이 정치적 자유를 누려야 한다고 주장한다.

이런 상황에서 민주주의를 이론적으로 방어하는 것으로 만족해도 되는가? 민주주의가 스스로를 방어해서는 안 되는 것인가, 민주주의를 더 이상 원치 않는 국민에 대항해서도, 민주주의를 파괴하려는 데 동의한 대다수에 대항해서도 민주주의를 방어해서는 안 되는가? 이런 질문을 제기하는 것은 이미 민주주의를 부정하는 것이다. **다수의 의지에 반하여 자신을 관철하려는 민주주의는, 더구나 폭력으로 스스로를 관철하려는 민주주의는 민주주의이기를 중지하는 것이다.** 인민주권은 인민에 반해서 존재할 수 없다. 더구나 민주주의에 동의하는 사람은 민주주의를 구하기 위해 숙명적인 모순에 빠져서는 안 되며 독재에 손을 뻗어서도 안 된다. 배가 가라앉더라도 깃발을 지켜야 한다(Kelsen 2006, 237 강조 저자).

이 유명한 인용에서 보여주듯이 켈젠이 이해하는 민주주의는 철저한 가치 상대주의를 전제로 한 다수결 원칙에 그 본질이 있다. 켈젠은 뢰벤슈타인과 달리 민주주의를 지키기 위해서라는 명분하에 이러한 민주주의 원칙을 포기해서는 안 된다고 주장하고 있다. 켈젠은 뢰벤슈타인이 비판한 민주적 근본주의자인 것이다. 민주주의와 모순된 방식으로 민주주의를 수호하는 것은 이미 민주주의가 아니라고 말하기 때문이다. 민주주의란 상대주의를 전제한 다수의지를 정치적 결정의 방식으로 받아들이는 체제이므로 다수의지에 반하여 민주주의를 수호하는 것은 민주주의를 파괴하는 것이다. 켈젠에게 최대 다수의 자유라는 민주주의 원칙은 민주주의 자체를 부정할 수 있는 자유

까지 포함한 것이다.

3) 슈미트: “중립적 민주주의” 비판

독일 역사에서 민주주의 수호에 관한 이런 상반된 논의는 바이마르 공화국의 국가적 성격 규정과 민주주의 이해의 차이에 뿌리를 두고 있다. 바이마르 공화국의 국가적 성격과 민주주의 이해는 무엇보다 바이마르 헌법 제 76조 헌법개정 조항의 해석을 둘러싸고 상이하게 나타난다. 바이마르 헌법 제 76조의 전반부는 다음과 같다.

바이마르 헌법 제 76조: 헌법은 **입법의 방식에 따라** 개정될 수 있다. 하지만 헌법개정에 관한 제국의회(Reichstag)의 의결은 법으로 정한 의원수의 2/3가 출석하고 최소한 출석의원 2/3의 동의가 있을 때 가능하다. 헌법개정에 관한 제국참의원의 의결도 투표자 2/3의 동의를 필요로 한다. 국민청원에 의한 헌법개정이 국민투표로 의결되려면 유권자 과반수의 동의가 필요하다(Willoweit 2003, 649. 강조 필자).

이 조항에 따르면 바이마르 헌법에 규정된 개헌권력은 제국의회(Reichstag), 제국참의원(Reichsrat) 그리고 국민이 될 수 있으며, 헌법은 의회에서 다수파에 의해 합헌적으로 언제든지 변경될 수 있다. 이런 해석의 대표자가 바로 온건한 실증주의 법학자로 분류되는 안쉴츠이다(Unruh 2004, 52). 게르하르트 안쉴츠(Gerhard Anschütz)는 바이마르 공화국의 헌정상황을 미국과 비교하여 “의회우위 국가”로 규정한다(Anschütz 1933, 401). 미국은 헌법이 의회에 대해 우위에 있고 그 결과 헌법 수정은 연방의회와 3/4의 주(州)에서 주 의회의 동의를 얻어야 가능하다.⁶⁾ 즉 헌법개정은 일반법과 다른 개정절차를

6) 미국헌법 제 5조 (헌법 수정 절차):어느 경우에 있어서나 수정은 연방 의회가 제의하는 비준의 두 방법 중 어느 하나에 따라 4분의 3의 주의 주의회에 의하여 비준되거나, 또는 4분의 3의 주의 주 헌법회의에 의하여 비준되는 때에는 사실상 본 헌법의 일부로서 효

통해서만 개정될 수 있다. 나아가 의회는 헌법에 어긋나는 법을 제정할 수 없으며⁷⁾, 만약 의회가 위헌법률을 제정할 경우 헌법재판권이 발동되어 위헌 여부를 가리게 된다. 반면에 바이마르 공화국은 ‘개헌규정상’ 영국식의 의회 우위 국가라는 것이다.⁸⁾ 즉 의회가 헌법규정에 따라 ‘일반법개정 방식’으로 헌법을 개정할 수 있다. 헌법 제68조, “제국법은 제국의회가 제정한다”와 더불어 헌법 제76조 개헌조항이 바로 바이마르 공화국의 의회우위를 규정하는 조항이라고 할 수 있다.

입법권력과 구별되고 입법권력의 상위에 있는 헌법제정권력에 대한 특별한 사고는 미국과 반대로 독일국법에는 여전히 낯선 것이다. 헌법은 의회보다 상위에 존재하지 않으며 의회의 재량권 하에 놓여 있는데, 입법부가 경우에 따라 헌법 개정에 관해 규정된 특별한 형식을 유지할 의무가 있다는 것을 조건으로 말이다. ……헌법개정은 명확하게, 즉 헌법과 헌법 조항의 변경이나 추가에 의해서만 이 아니라 **암묵적으로** 다음과 같은 방법에 의해서도 실행될 수 있다. 제76조에 의해 마련된 특별한 형식에 따라, 헌법의 강제적 규범에 모순되고, 그 규범에 반하는, 또는 그 규범의 개별 조항에 어긋나는 법적 규정이 일반적으로 그 효력을 상실하지 않고 공포될 수 있다(Anschütz 1933, 401, 각주 3, 강조 자자).

이 해석의 핵심은 헌법개정 없이도 헌법에 반하는 법제정이 가능하다는 것이다.⁹⁾ 바이마르 공화국의 헌법학자 칼 슈미트(Carl Schmitt) 역시 19세

력을 발생한다. 미국헌법 인용은 Hamilton(1961, 528)에 따랐다.

- 7) 수정조항 1조에서 종교의 자유, 언론, 출판의 자유, 집회, 청원의 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다고 규정했다. 참고 Vorländer(1999, 59-60).
- 8) 영국식 헌정체제는 의회가 법제정 방식으로 헌법을 개정할 수 있다는 의미에서 의회의 배타적 입법권을 인정하는 “의회주권” 국가로 규정된다. 영국의 의회주권에 대해서는 Dicey(1982), Chapter 1, Th Nature of Parliamentary Sovereignty 참고.
- 9) Christoph Gusy는 이 조항이 무제한의 개헌을 허용하는 조항이라는 당대 해석에 반대한다. 제76조는 개헌절차만을 언급하고 그 내용을 규정하지 않았지만 그 절차가 이미 민주적 국가형태의 인정 속에서나 가능하기 때문이다. 그러나 민주적 수단을 통한 개헌의 내용이 민주적이어야 한다는 것을 규정하지 않은 “목적과 수단의 이분법”은 비판되어야 한다고 본다(Gusy 1991, 148-149).

기 이후 유럽국가가 법치국가가 아니라 엄밀한 의미에서 입법국가, 나아가 의회의 입법권에 의한 “의회입법 국가”(Schmitt 1988, 8)라고 본다. 슈미트에 따르면 입법국가란 “공동의지의 결정적 표현이 규범화”에 있다고 보는 국가이다. 입법국가에서는 공동체의 의지가 궁극적으로 법으로 규범화되고, 그럼으로써 입법국가란 법이 “모든 공적 기능과 업무”의 상위에 놓여 있는 국가이다(Schmitt 1988, 7). 바이마르 공화국은 헌법 제68조 입법규정에 따라 의회에서 제정한 법에 의해 국가의지가 규범화되는 입법국가이다(Schmitt 1988, 30). 정확히 말하면 의회입법 국가에서 입법의 주체는 실질적으로 의회 다수파이다. 의회가 아니라 의회 다수파의 결정이 국가의지를 형성하고 그 국가의지는 법으로서 규범화되고 집행된다.

안쉴츠와 슈미트가 바이마르 공화국을 의회우위 국가 혹은 의회입법 국가로 규정하는 데 있어 일치한다면 그에 따른 개정조항의 해석과 평가는 완전히 다르다. 안쉴츠는 의회 개헌권력에 의해 헌법이 개정되는 것이 의회우위 국가인 바이마르 공화국에서 당연한 귀결이라고 보았다.¹⁰⁾ 반면에 슈미트는 안쉴츠의 이런 해석이 중립적 국가를 옹호하는 대표적인 해석이라고 비판한다(Schmitt, 1987, 98). 안쉴츠의 규정에 따르면 의회우위 국가에서는 의회 다수파가 다수결 원칙을 토대로 의회결정의 정당성을 확보한다. 다수결은 의심할 바 없이 민주주의의 본질에 속하며 다수결 원칙의 관철은 소수파의 보호와 동등한 기회부여를 포함한다.

켈젠과 슈미트는 민주주의 체제가 다수결 원칙을 본질로 하며 상대주의적 세계관을 전제로 한다는 데는 일치하고 있다. 하지만 켈젠은 이 원칙을 남김없이 적용할 때 초래되는 결과에는 그다지 관심을 기울이지 않았다. 칼 슈미트는 다수결 원칙의 관철이 가져오는 가능한 결과를 바이마르 공화국의 국가적 성격을 토대로 추론한다. 슈미트는 바이마르 공화국이 헌법체제상

10) 서독 기본법 이전에 독일 헌법에서 헌법개정의 실질적인 제한은 없었다. 무엇보다 이론적으로도 헌법개정의 제한이 요구되지 않았으며 바이마르 공화국의 안쉴츠는 제한 없는 헌법개정의 대표적 이론가이다. Dreier(2004, 제79조 문단번호 2)

의회입법 국가라고 규정했다. 예컨대 헌법개정권 보유자인 제국의회와 제국 참의원의 절대다수와 국민의 과반수가 결의하는 개헌이 가능하다. 극단적으로 해석하면 다수파를 형성한 당파는 헌법개정 조항에 따라 그 어떤 정치적 목적이라도 달성하는 것이 가능해진다. 더 나아가면 ‘합헌적’으로 기존의 국가에 반하는 국가를 형성하는 것마저도 불가능하지 않다. 슈미트에 따르면 바이마르 헌법 제76조의 당대 지배적인 해석은 결국 다음과 같은 위험한 주장을 가능하게 한다.

모든 정파에게 다수파를 형성할 평등한 기회가 반드시 정당하게 주어져야 한다. 개헌을 위해 통용되는 절차의 도움으로 추진하는 목표를 달성하고(소비에트 공화국, 국가사회주의 제국, 경제민주적 노조국가, 직업관료적 조합국가, 구식(舊式) 군주정, 그 어떤 형식의 귀족정을 가능하게 하는) 다른 헌법을 제정하기 위해 다수의 형성이 필수적이다(Schmitt 1987, 99).

슈미트는 의회 다수파에 의한 법제정과 헌법개정이 무제한 가능한 의회입법 국가의 극단적인 경우를 보여주고 있다. 다수결 이념이 요구하는 소수파에 대한 동등한 기회의 원칙은 국가의 자기보호 능력을 인정하지 않는 것이 된다. 다시 말하면, 이 조항은 기존의 국가가 자신이 선호하는 국가목적과 목적달성 방식을 배타적으로 옹호하는 것을 오히려 위헌이라고 보게 한다는 것이다. 가치상대주의를 전제로 하는 다수결 원칙과 제한 없는 헌법개정 조항이 만났을 때 다수결은 헌법개정이라는 절차를 통해 합헌적으로 헌법을 변경할 수 있고 그럼으로써 실질적인 ‘제한권력’이 될 수 있다. 슈미트는 바이마르 헌법 개정조항의 이런 해석이 바이마르 헌법으로부터 그 정치적 “실체와 토대”를 박탈하고 헌법을 모든 정치적 지향과 가치에 대해 무관심한 “중립적인 개정절차”(Schmitt 1987, 99)로 만들어버린다고 본다. 나아가 더욱 문제가 되는 것은 기존의 국가가 국가를 위협하는 세력의 다수파 형성과 헌법개정에 대해 방어적인 태도를 취하는 것이 오히려 위헌으로 해석될 수

있다는 것이다.

[기존 국가형태 또는 특정 정파에 대한 국가의 선호가 여러 가지 방식으로 나타날 수 있는데 정당정치 활동에 영향력을 행사하든, 관료의 정당 소속 금지에 의해서든, 근본주의 정당에 대한 집회금지 또는 정당 프로그램에 따른 합법적 정당과 혁명적 정당의 구별에 의해서든, 국가의 이 모든 특정 선호 방식이 바이마르 헌법 제76조를 일관되게 사고한 지배적인 해석의 의미에서 볼 때 중대하고 선동적인 위헌사례들이다(Schmitt 1987, 99).

바이마르 헌법 제76조 개정조항이 무제한의 헌법 개정을 허용하는 것이라는 해석은 인민주권과 다수결이라는 민주주의의 원칙에 충실한 것이다. 슈미트는 바로 이점을 현대 의회민주주의 국가의 자기파괴적 위험이라고 보았다. 바이마르 헌법의 헌법 개정 조항을 무제한의 제헌권력의 허용으로 해석하게 한 ‘다수결 원칙’은 소수파를 위한 ‘기회의 평등’을 전제로 한다. 슈미트에 따르면 기회의 평등은 국가의 정치적 중립에 의해 실제로 가능하다. ‘순수한’ 민주주의 원칙과 다수결 원칙을 좀 더 면밀히 해부해 보면(Schmitt 1988), 다수결 원칙이 실제 적용되어 나타날 수 있는 극단적 결과와 의미를 알 수 있다. 다수결이 전제하는 것은 “정의의 원칙”이다. 정의의 원칙이란 “모든 사유 가능한 의견, 지향, 운동에 대해 다수파에 도달할 동일한 기회를 무조건적으로 모두에게 부여하는 원칙”(Schmitt 1988, 32)으로 정의된다. 그 누구에게나, 정치공동체 구성원인 한 모두에게 다수파를 형성할 “동등한 기회”가 부여되어야 한다는 원칙이다. 이런 동등한 기회의 개방은 의회입법 국가와 떼어서 생각할 수 없다(Schmitt 1988, 32). 의회입법 국가에서 법은 “국민대표의 참여”(Schmitt 1988, 21)에 의해, 정확히 말하면 의회 다수파에 의해 만들어진다. 다수결 원칙이 의미 있기 위해서는 누구에게나, 특히 소수파에게도 언젠가 다수파가 될 수 있는 기회평등이 주어져야 한다. 하지만 다수파를 형성할 동등한 기회 부여는 그 자체로 중립적 민주주의의 모순을

낳는다.

국가의 권력수단을 보유한 다수파가 수용해야 하는 것은 반대당이 합법적 권력에 도달하면 그 합법적 권력을 통해 자신을 보호하고 자신의 뒤에서 문을 잠가버려 더 이상 아무도 들어오지 못하게 할 것이라는 것, 즉 합법적 방식으로 합법성의 원칙을 제거하리라는 것이다(Schmitt 1988, 38).

의회입법 국가에서 의회 다수파에 의해 정치적 결정이 내려지는 한, 그리고 다수결의 원칙이 동등한 기회의 원칙을 전제로 하는 한 합법적으로 정치공동체가 다른 체제로 전환되는 것을 원칙적으로 막을 수 없다. 의회입법 국가로서 바이마르 공화국은 다수결과 기회균등의 원칙에 충실할 경우 모든 정파에, 즉 바이마르 공화국에 반하는 정치이념을 가진 정파에 의해서 지배될 수도 있다. 염려스러운 것은 이 새로운 다수파가 자신은 정의의 원칙에 의해 다수파를 형성하고 집권한 이후 더 이상 다수결 원칙과 동등한 기회의 원칙을 받아들이지 않는 개헌을 할 수도 있으며 바이마르 헌정체제 내에서는 원칙적으로 이를 제지할 수 없다는 것이다. 바이마르 공화국이 다수결에 의한 의회입법 국가인 한 중립적 국가일 수밖에 없고 민주적 원칙에 내재된 항상적인 혁명 상태로부터 자유롭지 못한 것이다. 항상적인 혁명의 위험은 법실증주의나 중립적 민주주의 체제로는 감당할 수 없는 현실이다.

3. 독일 기본법의 원리로서의 “방어적 민주주의”

바이마르 공화국에서의 다수결과 기회균등이라는 민주주의 원칙에 관한 논쟁과 전투적 민주주의의 요청은 서독 헌정체제의 방어적 민주주의 이념에 이론적 논거를 제공했다. 서독의 헌법제정자들은 바이마르 공화국의 의회우위 국가를 포기하고 “입헌적 민주국가”를 건설하는 것으로 이 문제를

해결하고자 했다. 이 모델은 1787년 미국이 연방헌법을 제정하면서 의회의 권한과 사법부의 위상을 결정하는 데서 처음으로 구체화되었다고 볼 수 있다(배일린 1999, 212ff).¹¹⁾ 바이마르 공화국이 표방한 “가치중립적” 민주주의(Maunz 1999, Art. 18, 문단번호 7; Frankenberg 2004, 17; Niclauß 1998, 202)가 실제로 다른 체제를 지향하는 세력에 대해 무방비 상태일 수밖에 없었다는 역사적 사실은 “가치중속적” 민주주의를 채택하는 배경이 되었고 이에 따라 민주주의를 방어하는 헌정주의적 장치가 마련되었다. 이미 주(州) 헌법 제정과정에서 방어적 민주주의에 관한 논의가 진행되어 실정법화 되었고, 서독 전체 헌법을 논의한 의회위원회(Parlamentarischer Rat)에서도 방어적 민주주의 원칙은 거의 이의 없이 받아들여졌다(Niclauß 1998, 205). 민주주의 방어는 서독기본법에서 크게 두 가지 방향으로 구체화 되었다. 하나는 민주주의 질서를 위협하는 표현의 자유, 결사의 자유를 제한하고 민주적 질서에 위배되는 정당을 금지하는 ‘기본권의 제한’을 통해서, 다른 하나는 민주적 기본질서를 규정한 조항의 개정을 금지한 ‘영구보장조항’을 통해 구체화 되었다.

1) 기본권의 제한을 통한 자유민주적 기본질서의 방어

헌법을 통해 기본권을 직접 제한한 사례는 독일기본법이 유일하다고 한다. 기본권 제한은 그 이념적 단초를 프랑스 혁명기의 구호 “자유의 반대자에게는 자유를 주지 말라”에서 찾을 수 있다. 독일 기본법의 기본권 제한은 직접적으로는 뢰벤슈타인의 “전투적 민주주의” 이념과 관련되며, 슈미트의 가치중립적, 형식적 다수결민주주의 비판 역시 방어적 민주주의 이념에 이론적 논거를 제공했다(Gröschner 2004, 제18조, 문단번호 6). 민주주의 방어를 위해 기본권이 제한되는 경우를 규정한 독일 헌법 조항은 제 18조 기본

11) 연방헌법 제정 당시 미국 정치체제에서 사법부의 위상과 역할은 해밀턴(Alexander Hamilton)의 연방주의자 문서에 잘 나타나 있다. Hamilton(1885), No. 78 참고.

권의 상실, 제21조 2항 위헌정당 금지, 제9조 2항 결사의 자유 제한에 관한 조항이다. 이 조항들은 기본권인 표현의 자유와 정치적 자유를 제한한다는 점에서 일견 민주주의 이념에 정면으로 반하는 내용을 담고 있다. 때문에 이 조항의 해석과 적용은 방어적 민주주의론에 대한 근본적 논의와 관련되어 있다. 먼저 자유적 기본권의 제한을 규정하는 제18조의 내용을 검토해보자.

기본법 제18조: 의견의 자유, 특히 언론의 자유와 교육의 자유, 집회, 결사의 자유, 편지와 우편 그리고 전보의 자유, 사유재산 또는 망명법을 **자유민주적 기본질서**에 반하는 투쟁을 위해 악용하는 사람은 이러한 기본권을 상실한다. 기본권의 상실과 그 범위는 **연방헌법재판소**가 판결한다(Hesselberger 1995, 159. 강조 필자).

기본법 제18조에 의한 기본권 제한¹²⁾은 기본법 제1조부터 제19조에 걸친 인간존엄과 인권에 관한 조항들과의 연장선에서 이해될 필요가 있다. 기본권의 강화와 기본권의 제한이라는 헌정방향은 서로 모순되는 듯이 보이지만 실제로는 둘 다 바이마르 공화국의 정치상황에 대한 대응과 동일한 목표를 지향하고 있다. 기본권 강화는 나치정권에서 보호되지 못한 인권을 헌정적으로 확고하게 보호하려는 의도이다. 동시에 기본권 제한은 나치정권을 등장하게 한 자유민주적 질서에 대한 침해나 폄하를 방지하기 위해 “자유민주적 기본질서”를 위협하는 표현의 자유는 기본권이라 해도 제한되어야 한다는 사고에 기반을 두고 있다. 자유민주주의의 보호 하에서 자유민주주의를 부정하는 자유를 허용했던 바이마르 공화국의 헌정 상황을 되풀이 하지 않으려는 것이다(Maunz 1999, 제18조, 문단번호 7). 바이마르 민주주의의 결

12) 독일 기본법 역사에서 이 조항이 적용된 소송은 3번 있었다. 뒤에서 설명할 정당금지 소송과도 관련이 되는 ‘사회주의제국당(Sozialistische Reichspartei, SRP)’ 부총재에 대한 소송이 1952년 시작되어 1960년 종결되었고, ‘독일민족신문’의 발행인에 대한 소송이 1969년에 시작되어 1974년에 종결되었다. 그리고 마지막으로 1992년 두 명의 극우파에 대한 소송이 제기되어 1996년 종결되었다. 모든 소송은 기각되었다(Gr schner 2004, 제18조, 문단번호 9).

정적 약점이 경쟁하는 가치와 정치이념에 대한 “가치중립성”이었다는 비판을 수용하여 제18조의 기본권 제한은 ‘민주주의’라는 가치를 우선적으로 옹호하는 헌정 장치의 하나이다. 이런 견해는 나치정권의 등장 이전에 이미 나치당을 지지한 유권자들이 있었고, 나치당이 바이마르 공화국을 부정하는 행위가 바이마르 헌법 하에서 이루어졌다는 사실을 강조한다. 자유권은 자유주의자들이 말하듯이 국가에 의해서만 침해되는 것이 아니라 자유권을 남용하는 시민에 의해서도, 즉 아래로부터도 침해될 수 있다는 것이다. 때문에 기본권의 ‘보장’은 기본권의 ‘제한’과 더불어 더욱 확고해진다는 것이다. 기본권 제한과 더불어 “방어적 민주주의”를 실현하기 위한 나머지 두 조항은 결사의 자유의 제한과 정당금지 조항이다.

기본법 제9조 제2항: 그 목적과 활동이 형법을 위반하거나 합법적 질서와 세계평화 이념에 반하는 단체는 금지된다(Hesselberger 1995, 122).

기본법 제21조 제2항: 그 목적과 구성원의 행위가 자유민주적인 기본질서를 침해 또는 제거하려는 목적을 갖는 정당이나 독일연방공화국의 존립을 위협하게 하는 정당은 위헌이다. 위헌 여부는 연방헌법재판소가 결정한다(Hesselberger 1995, 181. 강조 필자).

여기서는 기본권 제한의 조건(자유민주적 질서의 침해)과 방식(헌법재판소의 판결)이 유사한 정당금지 조항만을 검토해보기로 한다. 정당금지 조항을 위반한 사례가 1950년대 발생하여 헌법재판소의 판결이 있었고 그 판결을 통해 “방어적 민주주의”라는 개념 정의도 제시되었다. 헌법재판소의 첫 번째 정당 금지 판결은 1952년 나치당의 후속정당인 사회주의제국당(SRP)에 대한 것이었고, 1956년에는 독일공산당(Kommunistische Partei, KPD)이 위헌 판결을 받았다. 사회주의제국당은 서독 기본법과 민주주의가 극복하고자 한 나치 전체주의를 계승하려고 한 점에서 서독의 헌정질서에 반하는 정당

이었고, 공산당은 동독과 이념적, 군사적으로 대치하고 있던 서독의 헌정질서를 위협하는 정당이라고 판단된 것이다. 이 판결은 기본법 제정자들이 서독 헌정주의 원칙으로 표방한 방어적 민주주의가 바이마르 시대의 급진적 민주주의와 전체주의를 딛고 일어난 신생 민주주의를 보호하는 데 결정적인 역할을 했다고 평가된다(Jesse 2001, 685).

판결의 핵심은 민주주의를 수호하기 위해 방어되어야 하는 “자유민주적 기본질서”의 내용과 그 내용의 규정 주체이다. 이 질서의 헌법상의 규정은 다음에 논의할 기본법 제79조 제3항, 영구조항에 열거되어 있다. 헌법재판소는 1952년 사회주의제국당을 위헌정당으로 심판하면서 헌법에 명시된 것 이외에 “기본질서”를 다음과 같이 제시했다.

기본법 제21조 제2항의 의미에서 자유민주적 기본질서란 폭력정치와 자의적 정치의 배제 하에 각각의 다수 의지와 자유, 평등에 따른 인민의 자기결정을 토대로 하는 법치국가적 통치 질서를 의미한다. 이 질서의 근본원칙에는 최소한 기본법에 구체화된 인권존중, 삶과 자유로운 자기개발에 대한 개인 권리의 존중, 인민주권, 권력분립, 정부의 책임성, 행정의 합법성, 법원의 독립, 다수결 원칙 그리고 정당의 합헌적 형성과 반대 행사 권리에 대한 기회균등이 속한다(연방헌법재판소 판결 1952, 2권 1쪽).¹³⁾

자유민주적 기본질서란 구체적으로 ‘가치의 총체’로서 헌법에 규정된 독일 국가질서의 원칙을 말한다. 이 원칙에 반하는 표현의 자유와 정치적 자유는 그것이 자유권적 기본권이라 해도 이 원칙의 수호를 위해 제한되어야 한다. 이 조항 역시 사법적 기능 외에 정치적 기능, 즉 경고와 감시 기능을 갖고 있다. 헌법학자들은 위헌정당 판결의 “사법적 독점”이 역설적으로 정당의 정치적 위상을 보장해주고, 정당내부의 민주화에 기여함으로써 정당을 보호하는 부가적 역할을 해왔다고 본다.¹⁴⁾

13) 1952년 10월 23일, 사회주의제국당의 위헌에 관한 연방헌법재판소 판결.(BVerGE, 2,1)

2) 개정금지 조항에 의한 자유민주적 기본질서의 영구보장

기본권을 헌법상 제한하는 경우도 일반적이지 않지만 헌법의 특정 조항이나 기본원칙을 개정 금지하는 헌법조항도 헌정사적으로 볼 때 흔치 않다. 1814년 제정된 노르웨이 헌법 제112조에서 헌법의 근본원칙이 개정 대상이 될 수 없다고 규정한 경우가 있고, 1884년 제정된 프랑스헌법이 공화정을 규정한 조항의 개정을 금지하여 입헌군주정으로 회귀하는 헌법개정을 불가능하게 한 사례가 있다(Dreier 2006, 제79조 문단번호 1). 그 외의 다른 국가헌법에서 개정금지, 혹은 영구보장 조항은 예를 찾기 힘들다.¹⁵⁾ 독일 기본법 제79조 3항, 헌법개정 금지조항 역시 바이마르 공화국의 경험을 반영하는 독일 헌법의 고유성에 속한다(Niclaß 1998, 208).

기본법 제79조 제3항: 연방의 구성이나 입법과정의 주의 근본적인 참여, 제1조, 제20조에 표기된 원칙은 기본법의 개정에 의해 침해될 수 없다 (Hesselberger 1995, 263).

2장에서 보았듯이 바이마르 헌법 제76조에 따르면 헌법 조항을 개정하지 않고도 의회에서 헌법개정에 필요한 다수만 획득하면 헌법에 반하는 법률을 제정할 수 있었다.¹⁶⁾ 이에 반해 독일 기본법은 제79조 제1항에서 “기본법의 개정은 기본법의 문구를 변경하거나 보충하는 법률에 의해서만 가능하다.”고

14) 이와 같은 대표적 논의는 Morlok (2006, 제21조, 문단번호 144).

15) 일본헌법은 명백한 영구보장 조항은 없지만 평화(9조 전쟁포기)와 인권(97조 기본권)에 관한 규정이 원칙적으로 개정 불가능한 것으로 해석될 수 있다(Dreier 2006, 제79조, 문단번호 12). “일본국헌법” 제9조 ①일본 국민은 정의와 질서를 기조로 하는 국제 평화를 성실히 회구하며, 국권의 발동인 전쟁과 무력에 의한 위협 또는 무력의 행사는 국제 분쟁을 해결하는 수단으로서는 **영구히** 이를 포기한다. 제97조 이 헌법이 일본 국민에게 보장하는 기본적 인권은 인류의 다년에 걸친 자유 획득의 노력의 성과로서, 이러한 권리는 과거 많은 시련을 거쳐 현재와 장래의 국민에 대하여 침범할 수 없는 **영구의 권리**로서 신장된 것이다.(강조 필자). 일본헌법 인용은 하세가와 마사야스(2000)에 실린 부록에 따랐다.

16) Bryde (1996) 제79조, 문단번호 5, Zacharias 역시 영구보장조항의 문제의식이 바이마르 헌법 제76조 제한 없는 헌법개정 규정의 결과에서 비롯된다고 본다(2003, 58-59).

규정하여 헌법에 반하는 입법을 불가능하게 했고, 입법에 의해 헌법이 개정될 수 없게 했다. 즉 기본법에 따르면 헌법을 개정하지 않고는 헌법에 반하는 입법이 불가능하다. 이 규정은 연방의회와 연방참의원의 개헌권력을 제한하는 것이고(Bryde 1996, 제79조, 문단번호 3), 헌법을 다른 일반법에 대해 상위의 법으로서 실질적으로 인정하는 것이다. 기본법 제79조 제3항은 헌법의 최상위법으로서의 위상을 더욱 강화하는 것인데 특정 조항의 개정이 합헌적 개정절차에 의해서는 불가능하다고 하여 원칙적으로 개정을 금지하고 있기 때문이다.¹⁷⁾ 좀 과장하면 특정조항의 영원한 신성불가침을 선언한 것이다.

이 조항은 독일연방공화국의 근본적인 정치적 토대를 규정한 조항을 영구히 불변하는 것으로 보장한다. 이 조항에 의해 합법적 개정이 금지된 규정은 기본법 제1조의 인간존엄과 인권에 관한 규정¹⁸⁾, 제20조에 명시된 공화주의, 민주주의, 사회국가, 연방국가, 법치국가 원칙, 저항권의 보장이다.¹⁹⁾ 다시 말하면 독일은 합헌적인 헌법개정의 방식으로는 공화국이 아닌 군주국이 될 수 없고, 민주주의가 아닌 다른 체제를 택하거나, 사회국가 원칙을 포기할 수 없고, 연방국가가 아니라 중앙집권국가가 될 수 없고, 법치국가가 아니라 인치국가가 될 수 없다. 나아가 이러한 헌법의 근본원칙을 침해하는 세력에 대해서는 독일국민 누구나 저항권을 발동할 수 있다. 저항권은 혁명적 행위를 정당화하는 것이 아니라 개정금지 조항의 헌법 외적 영구보장을

17) 헌법개정 금지조항 역시 주(州)헌법에서 먼저 제정되고 기본법 제정으로 확장되었다. 바덴주와, 바이에른주, 헤센주 등에서는 헌법의 민주적인 근본사조에 위배되는 헌법개정은 허용되지 않는다고 규정했다(Niclauff 1998, 209).

18) 기본법 제1조: 인간의 존엄은 침해될 수 없다. 그것을 존중하고 수호하는 것은 모든 국가 권력의 의무이다. 그러므로 독일민족은 침해될 수 없고, 양도할 수 없는 인권을 이 세계의 모든 인간 공동체와 평화 그리고 정의의 토대로 인정한다. 뒤에 이어지는 기본권은 직접적으로 효력을 갖는 권리로서 입법과 집행권, 사법을 구속한다.

19) 기본법 제20조: 독일연방공화국은 민주적이고 사회적인 연방국가이다. 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민의 투표와 결정, 그리고 입법기관과 집행기관, 사법기관에 의해 행사된다. 입법은 합헌적 질서이며 집행권력과 사법권력은 법과 법률에 따른다. 이 질서를 파괴하려고 기도하는 사람에 대해 그 방지가 불가능할 경우 모든 독일인은 저항의 권리를 가진다.

위한 최후의 방법이다(Hesselberger 1995, 179).

이 조항에 따라 제79조 제2항에서 규정한 개정절차에 따르거나, 나아가 개헌권력인 연방의회와 연방참의원이 ‘만장일치’로 합의하더라도 영구보장 조항을 변경할 수 없다. 만약 연방의회와 연방참의원 양원의 만장일치로 영구보장 조항이 개정된다 해도 헌법재판소는 이 개정금지 조항에 의거해 그 개정을 위헌으로 판결할 수 있다(Maunz 1999, 79조, 문단번호 30). 특정조항의 헌법개정 금지가 최종적으로 헌법재판소에 의해 보장된다는 점에서 의회의 개헌권력을 헌법재판소가 명백하게 제한하고 있는 것이다.

영구보장 조항은 그 개정이 합법적으로는 불가능하지만, 이 조항이 혁명적인 방식의 개정까지 구속하지는 않으며 구속할 수도 없다. 영구보장 조항은 헌법상의 개헌권력인 연방의회와 연방참의원에 의한 개정을 구속하는 것이지 제한권력, 즉 국민전체에 의한 개정을 구속하는 것은 아니기 때문이다(Bryde 1996, 제79조, 문단번호 3; Dreier 2006, 제79조, 문단번호14). 이 조항의 비판자들은 1949년의 역사적 제한권력이 규정한 자유민주적 기본질서를 독일의 정치적 질서로 영구히 받아들인다는 이 규정이 합법적 수정과 개혁을 봉쇄함으로써 오히려 혁명을 조장하는 것이라고 본다. 자유민주적 기본질서를 ‘절대가치’로 인정함으로써 혁명과 같은 비상사태에 의해서만 그 질서의 변화를 받아들이겠다고 합의한 것이라고 보기 때문이다.

이런 점에서 개헌금지 조항은 잘 알려진 대로 헌정이론적인 난점을 포함하고 있다. 역사적 제한권력의 특권이 미래세대의 국가적, 정치적 구상의 실현을 제한하고 있기 때문이다. 미래 세대는 혁명적 방법이 아니고서는 기본법이 규정한 인간존엄과 인권, 민주주의는 물론 사회국가, 연방국가, 법치국가 원칙을 수정하거나 폐기할 수 없다. 영구조항은 국민과 입법기관을 헌법이 규정한 원칙의 테두리 내에 법적으로 제한함으로써 인민주권이라는 민주적 요소를 사실상 제한하고 있다(Bryde 1996, 79조 문단번호 28).

독일 기본법의 개헌금지 조항은 독일 정치사에서도 획기적인 의미를 갖는

다. 바이마르 헌법 개헌 규정에서 나타난 헌법과 입법기관, 제한권력과 입법 권력과의 동일성이 원칙적으로 부정되고 이 조항에 의해 헌법우위의 국가질서가 헌정적으로 확정된 것이기 때문이다. 즉 ‘의회우위’ 국가가 아니라 ‘헌법우위’ 국가가 수립된 것이다. 가치중립적 국가가 아니라 ‘자유민주적 질서’를 불가침의 절대가치로 옹호하는 ‘가치중속적’ 국가가 수립된 것이다. 영구 보장 조항은 국가의 근본질서를 토론과 논쟁을 불허하는 불가침 영역으로 설정함으로써 근본질서를 ‘근본가치’로 격상시키는 역할을 했다.

4. 결론: “가치중속적” 민주주의의 헌정주의적 보장

슈미트는 의회입법 국가에서의 의회와 헌법의 위상에 관한 진단을 내렸고 그에 따라 ‘민주적’으로 헌법을 수호하는 방식을 제안했다.²⁰⁾ 의회입법 국가 체제에서 다수결 원칙과 소수파에게 다수파가 될 기회를 부여하는 정의의 원칙이 관철되려면 결국 이 체제를 보호하는 장치가 필요하다. 슈미트는 바이마르 민주주의 체제의 제국대통령직이 그 역할을 할 수 있다고 보았다. 대통령은 7년 임기로 국민이 직접 선출²¹⁾하여 “국민에 대한 호소” 기능(Schmitt 1996, 159)을 갖는 민주적 대표자이다. 이런 이유로 대통령은 의회입법 국가의 의회 우위를 견제할 수 있는 직위라고 보았다(Schmitt 2003, 220).

켈젠은 반대로 바이마르 공화국의 대통령직이 비민주적이라고 보았다. 수만 명의 대표로서의 1인 대통령은 인민주권에 어긋나며 대통령의 권한이 국민의 통제로부터 벗어나 있기 때문이라는 것이다. 반면에 사법부는 권력투쟁으로부터 가장 독립적이기에 헌법수호에 적당하다고 보고 있다(Kelsen

20) 드라이어는 슈미트가 다수파에 의한 헌법개정의 문제점을 제시했을 뿐 자유민주적 헌정국가를 정당화하고자 한 것은 아니라고 본다. Dreier(2006, 제79조, 문단번호3).

21) 바이마르 헌법 제41조: 제국대통령은 전체 독일국민에 의해 선출된다. 제43조: 제국대통령직의 임기는 7년이다. 재선은 허용된다.

1931, 609). 대통령의 국민에 의한 직접 선출이 민주적으로 중요한 게 아니라, 1인이 유일하게 전체 다수를 대표하는 것이 대표성을 약화시킨다. 반면에 의회는 다수에 의해 전체가 대표됨으로써 대표성을 높이고 있다고 본다. 여기서 대통령이 헌정체제의 수호자가 될 수 있는가의 문제는 의회민주주의에서의 대통령직의 위상도 문제이지만 수호해야 할 ‘헌정체제’, ‘헌법’이 무엇인가라는 문제와 더 관련된다.

켈젠과 슈미트의 헌법이해에서 두드러진 차이는 헌법을 단지 실정법으로 보느냐 아니냐이다. 법실증주의자 켈젠에게 헌법은 단순히 실정법으로서의 ‘헌법률’이었다면, 슈미트는 헌법을 “헌법률(Verfassungsgesetz)”과 “헌법(Verfassung)”으로 구분함으로써(Schmitt 2003, 11) 헌법을 법과 정치의 경계선에 위치시켰다. 헌법률이 성문법으로서의 헌법조문인 반면, 헌법이란 “국민의 정치적 결정”(Schmitt 2003, 44)이라고 정의 된다. 켈젠이 사법부에 의해 수호되어야 한다고 보는 ‘헌법’은 실정법으로서의 헌법률이다. 반면에 슈미트가 대통령직에 의해 “민주적”으로 수호되어야 한다고 본 헌법은 “국민의 정치적 결정”로서의 헌법이다. 7년이라는 비교적 긴 임기와 비상대권 등의 권한은 대통령직의 민주성보다는 의회견제를 위한 “중립적 권력”(Schmitt 1996, 134)과 “독립성”(Schmitt 1996, 150)의 성격이 강하다고 볼 수 있다.²²⁾ 슈미트는 이런 점을 논거로 대통령직이 ‘헌법’수호에 적합하다고 보았다.

여기서 슈미트가 말하는 ‘헌법’의 의미와 대통령직이 일치하게 된다. 슈미트는 헌법수호란 국민의 “저항권”을 대체하는 것이라고 했다(Schmitt 1996, 21). 이때 저항권이란 위헌 행위에 대해 국민이 복종을 거부함으로써 헌법

22) 여기서 슈미트가 말하는 중립적 권력은 자유민주주의의 “중립성”을 비판할 때 슈미트가 말하는 중립성과는 다른 의미이다. 슈미트는 『정치적인 것이라는 개념』의 보론 1에서 중립성의 의미를 정치적 결정을 회피하는 부정적 의미와 결정을 가능하게 하는 긍정적 의미로 나눈다. 대통령직의 중립성은 “당파나 특수이익으로의 국가의 파편화와 분열에 대해 국가내의 대립을 국가적으로 결정하는 중립성”으로서 결정을 가능하게 하는 긍정적 의미의 중립성이다(Schmitt 1987, 101).

을 수호하는 권리를 말한다. 슈미트의 헌법수호, 즉 민주적 헌법의 수호는 위임적 독재에 의해 가능한데, 독재란 헌법을 일시적으로 정지하여 헌법의 정상적 실효가 가능한 상태를 창출해 내는 정치행위이다(Schmitt 2006, 133). 즉 저항권과 독재는 행사주체와 방법은 다르지만 동일한 목적을 갖고 있는 것이다. 헌법수호란 저항권을 대체하고 불필요하게 만드는 것이다. 그렇다면 의회입법 국가에서 위헌에 대한 국민의 저항권을 대체하는 대통령직의 헌법수호 임무 그리고 국민의 정치적 결정으로서의 헌법이 일맥상통하고 있는 것이다. 슈미트의 헌법수호는 정확히 말하면 ‘국가수호’이다. 헌법이 유보될 수 있는 것은, 그럼으로써 민주주의가 유보될 수 있는 것은 헌법과 민주주의의 토대인 국가가 우선되어야 하기 때문이다. 그 국가의 정체가 민주주의냐 아니냐 보다 국가가 존립할 수 있는가 없는가의 문제이다. 즉 슈미트가 대통령에 의해 헌법이 수호되어야 한다고 보는 상황은 헌법이 실효를 위협받는 예외상태이고, 켈젠이 민주주의 수호를 위해 사법부의 헌법재판권이 필요하다고 보는 상황은 아직 헌법이 유효하게 작동하는 정상상태라고 할 수 있다. 켈젠은 정상상태에서, 즉 헌법의 테두리 내에서 헌법에 의해 정부와 의회의 분쟁을 사법부가 해결할 수 있는 상황을 전제로 말하고 있다.

뢰벤슈타인은 민주주의 수호를 위해 기본원칙을 유보하는 비상권력을 동원해서라도 반민주세력을 저지하는 반파시스트 입법이 필요하다고 보았다. 이런 민주주의 수호 방식에는 민주주의를 절대적 가치로 옹호해야 한다는 주장이 전제되어 있다. 민주주의라는 절대가치 하에서 반민주세력은 절대 악이 되고, 때문에 반민주세력의 정치적 자유의 억압이 정당화될 수 있는 것이다. 그러나 뢰벤슈타인 역시 염려했듯이 파시즘과 나치즘 세력을 억압하는 논리는 정치적 의사표현의 자유를 제한하는 논리와 크게 다르지 않다. 반파시스트 입법은 ‘일시적’이기는 하지만 분명 민주주의 포기를 포함하고 있다. 뢰벤슈타인의 민주주의 수호는 민주주의 기본 원칙을 일시적으로 훼손하더라도 반민주세력에 대해 “전투적”인 민주주의가 되어야 한다는 것이

다. 민주적 “근본주의”를 포기하고 “권위주의적” 민주주의를 통해 반민주세력을 억제해야 하며, 궁극적으로는 파시즘의 원인을 제거하기 위해 자유주의적인 정신적 개혁이 필요하다고 보았다. 그러나 긴박한 민주주의의 위기를 극복하기 위해 민주주의를 희생하는 방법밖에 없다. 일시적인 민주주의 유보가 예상하지 못한 결과를 가져올 수 있다는 것을 뢰벤슈타인도 알고 있었을 것이다. 켈젠이 민주주의의 이름으로 민주주의를 포기해서는 안 된다고 한 이유이기도 하다.

민주주의 원칙의 일시적 포기가 아니라 민주주의 원칙의 헌정주의적 제한이 독일 기본법이 택한 민주주의 수호 방식이다. 독일 기본법의 방어적 민주주의의 규정은 뢰벤슈타인의 민주적 근본주의를 배격하고 권위주의적 민주주의를 건설해야 한다는 주장과 켈젠의 헌법의 일반법에 대한 최고법으로서의 위상에 토대를 둔 헌법재판권의 필요성 그리고 슈미트의 중립적 민주주의 비판과 의회입법국가의 속성에 대한 비판을 수용하고 있다. 자유민주적 기본질서를 절대가치로 옹호하고, 의회와 입법권에 대해 헌법과 헌법재판권이 우위에 있는 입헌민주주의 국가의 건설을 통해 방어적 민주주의가 구체화 되었다.

가치중립적 민주주의에서 가치종속적 민주주의로의 전환과 다수결 민주주의에서 입헌민주주의로의 실질적 전환의 핵심은 헌법과 헌법재판권의 위상이다. 헌법은 단순히 실정법으로서의 ‘헌법률’도 아니지만 그렇다고 슈미트가 말하는 항상적인 국민의지의 표출로서의 헌법도 아니다. 입헌민주주의에서 헌법은 국가권력의 원천인 국민의지의 ‘역사적’ 표출을 실정법화 한 것이다. 그 역사성에 보편성을 부여하는 것은 민주주의가 인권과 자유, 평등이라는 보편적 가치를 수호하는 절차와 방식이라는 논리의 비약에 대한 국민의 역사적 합의이다. 방어적 민주주의는 이러한 ‘민주적 이상’을 한 시대와 정치공동체가 ‘절대적 가치’로 받아들였다는 것을 전제로 한 것이다.

이 가치절대주의를 토대로 자유민주주의의 수립은 자유민주적 질서에 반

대하고 제거하려는 세력에 대항하는 장치를 포함할 수 있으며 이것은 인민의 자유에는 자유의 포기권이 포함되어 있지 않다는 것에 의해 정당화 된다(Sattler 1982, 93-94). 자유로운 자기결정에 자유의 포기권이 속하지 않는 것과 마찬가지로 자유민주적 질서를 규정한 헌법에 대한 투쟁 역시 허용되지 않는다고 본다(Sattler 1982, 108). 방어적 민주주의는 자유로운 정치적 결정에 의해 다수의 인민이 자유민주주의에 대해 동의하지 않는 경우에도 자유민주적 질서를 수호하는 방식이 된다(Sattler 1982, 106).

진정한 민주주의자를 결여한 민주주의는 제대로 존립할 수 없다고 한다. 이때 민주주의란 구체적인 절차를 의미하는 것이 아니라 ‘민주적 이상’에 대한 원칙적 동의를 말한다. 민주주의에 대한 건전한 ‘충성심’은 절차의 고수가 아니라 민주적 이상의 관철을 말한다. 때문에 충성심이 맹목적이지 않기 위해서는 민주주의의 속성에 대한 정확한 이해가 필요하다. 민주주의가 전 지구적으로 일상화된 시대에도 민주주의의 방어가 필요하다면 그 역시 헌정주의적 방식으로 가능할 것인가가 앞으로의 핵심적인 문제다. 다수결과 기회균등 원칙의 테두리를 정하는 헌정주의적 방식이 반민주주의에 대항해 민주주의를 방어했다면, 현재의 정치적 무관심과 냉소주의라는 적으로부터 민주주의를 방어하는 데도 역시 이 방법이 유용할 것인지, 유용하다면 어떤 방식의 헌정주의적 구체화가 실현 가능할지가 앞으로의 관심사가 될 것이다.

(접수일 : 11. 06. 15)

(심사일 : 11. 06. 23)

(게재확정일 : 11. 07. 13)

참고문헌

송석윤. 2010. “정당해산심판의 실체적 요건 정당해산심판제도의 좌표와 관련하여.”

『서울대학교 법학』 51권 1호, 27-65.

이부하. 2007. “독일기본법상 헌법충실과 헌법재판.” 『세계헌법연구』 13권 2호,

101-118.

하세가와 마사야스 저. 최은봉 역. 2000. 『일본의 헌법』. 서울: 소화.

Anschütz, Gerhard. 1968. *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Bad Homburg u.a.m.: Verlag Gehlen.

Bailyn, Bernard. 저. 배영수 역. 1999. 『미국혁명의 기원』. 서울: 새물결.

Boldt, Hans. 1988. “Die Weimarer Reichsverfassung.” in Dietrich Bracher u.a.m. *Die Weimarer Republik 1918-1933. Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 44-62.

Bryde, Brunn-Otto. 1996. “Art. 79.” in begründet von Ingo von Münch, herausgegeben Philip Kunig. *Grundgesetz-Kommentar. Band 3. (Art.70-Art.146)*. München: C. H. Beck.

Bundesverfassungsgericht. 1952. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Vol. 2. Tübingen: Mohr.

_____. 1956. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Vol. 5 Tübingen: Mohr.

Chang, Young-Soo. 1990. *Streitbare Demokratie: Begriff und Bedeutung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland und Möglichkeiten und Grenzen einer Übertragung auf das Verfassungsrecht der Republik Korea*. Dissertation: Frankfurt Universität.

Dicey, Albert Venn. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund.

Dreier, Horst(Hg.). 2004. *Grundgesetz Kommentar. Band I. Präambel, Artikel 1-19*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.

_____. 2006. *Grundgesetz Kommentar. Band II. Artikel 20-82*. 2. Aufl. Tübingen:

- Mohr Siebeck.
- Dreier, Horst. 2006. “Art. 79.” in ders.(Hg.). *Grundgesetz Kommentar. Band II. Artikel 20-82*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Frankenberg, Günter. 2004. *Grundgesetz*. Ffm.: Fischer.
- Gröschner, Rolf. 2004. “Art. 18.” in H. Dreier(Hg.). *Grundgesetz Kommentar. Band I. Präambel, Artikel 1-19*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gusy, Christoph. 1991. *Die Weimarer Reichsverfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hamilton, Alexander 외 저. 김동영 역. 1995. 『페더럴리스트 페이퍼』. 서울: 한울 아카데미.
- Huber, Ernst Rudolf. 1981. *Deutsche Verfassungsgeschichte. Seit 1789. Bd. 6. Die Weimarer Reichsverfassung*. 3. Aufl. Stuttgart u. a.: Kohlhammer.
- Jahrreiß, Hermann. 1950. “Selbstbewußtheit - Selbstgefährdung - Selbstschutz. Zur deutschen Verfassungsproblematik seit 1945.” in *Festschrift für R. Thoma*, Tübingen: Mohr Siebeck, 71-91.
- Jesse, Eckhard. 2001. “Soll die Nationaldemokratische Partei Deutschland verboten werden? Der Parteiverbotsantrag war unzweckmäßig, ein Parteiverbot ist rechtmäßig.” *Politische Vierteljahresschrift*, 42:4, 683-697.
- Kelsen, Hans. 1931. “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?.” *Die Justiz*. Bd. 4(1930/31), 576-628.
- _____. 2006. “Vom Wesen und Wert der Demokratie.” 1. Aufl. in ders. *Verteidigung der Demokratie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1-33.
- _____. 2006. Verteidigung der Demokratie. Mattias Jestaedt, in ders. *Verteidigung der Demokratie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 229-237.
- Löwenstein, Karl. 1937. “Militant Democracy and fundamental Rights I, II.” *The American Political Science Review*. Vol.31, No.4, 417-432. 638-658.
- Maunz, Theodor, Günter Dürig. 1999. *Grundgesetz Kommentar. Bd. II. Art.12-Art.21*. München: C. H. Beck.
- Morlok, Martin. 2006. “Art. 21.” in H. Dreier(Hg.) *Grundgesetz Kommentar*.

- Band II. Artikel 20-82.* 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Niclaß, Karlheinz. 1998. *Der Weg zum Grundgesetz*. Paderborn: Schöningh.
- Sattler, Andreas. 1982. *Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie*. Baden-Baden: Nomos.
- Schmitt, Carl. 1987. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____. 1988. *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____. 1996. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____. 2003. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____. 2006. *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. 7. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot.
- Thiel, Markus.(Hg.) 2003. *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Thiel, Markus. 2003. “Zur Einführung : Die “wehrhafte Demokratie” als verfassungsrechtliche Grundentscheidung.” in ders.(Hg.). *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1-24.
- Unruh, Peter. 2004. *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein verfassungstheoretischer Vergleich*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Vorländer, Hans. 1999. *Die Verfassung. Idee und Geschichte*. München; C. H. Beck.
- Willoweit, Dietmar, Ulrike Seif. 2003. *Europäische Verfassungsgeschichte*. München: C. H. Beck.
- Zacharias, Diana. 2003. “Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79. Abs. 3 GG.” in M. Thiel(Hg.). *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 57-97.