

【논문】

한국 헌법의 전투적 민주주의에 관한 고찰*

김현정

고려대 법학연구원 정당법연구센터, 헌법

luwakcoffee22@gmail.com

<국문초록>

근·현대국가의 대개 입헌민주주의 헌법은, 비슷한 내용들을 담고 있을 것이다. 개인의 기본권 보장, 민주주의 제도들을 수립·유지하는 데 필수적이고 기본적인 제도들을 규율하고 있을 것이다.

그렇다 보니 헌법이 헌법을 수호하거나 헌법이 구현하려는 민주주의의 수단들을 대개 입헌민주주의 국가에서 비슷비슷하게 규정하고 있을 것인데, 같은 제도를 규율하고 있고 또 그 제도가 어느 한 국가의 헌법에서 모티브를 얻었다고 하더라도 목적과 역사적 맥락까지 같을 수는 없다.

따라서 헌법을 해석할 때 제대로, 비교적 정확하게 해석하려면 입법자의 의사를 집요하게 추적해야 할 것이다. 상당히 지루한 작업인데, 이를 포기하면 법률가의 실존적 의무를 포기한 것이라 할 수 있다.

한국 헌법에 규정된 정당해산제도가 독일식의 방어적 민주주의의 수용 결과라거나, 정당해산제도가 대표적인 방어적 민주주의의 수단이라는 오해는 이런 입법자의 의사를 추적하려는 작업을 게을리한 데서 - 혹은 의도적이었는지도 모르지만 - 비롯됐다고 볼 수 있다.

따라서 이 논문에서는 정당해산제도의 사상적 기초인 전투적 민주주의가 독일식의 방어적 민주주의와 어떻게 다른지를 밝히는 데 중점을 두었다. 또 포퓰리즘의 득세, 차별과 배제를 심화 시키는 혐오표현, 신냉전질서의 등장과 같은 새로운 민주주의 위협으로부터 민주주의 수호방안으로 전투적 민주주의의 수단이 가능할 수 있을지를 고찰하였다.

결론적으로 한국 헌법의 정당해산제도는 독일식의 방어적 민주주의나 전투적 민주주의의 수용과는 무관하지만, 일용 헌정질서의 수호방안으로 전투적 민주

* 심사위원: 노진석, 박병섭, 서정석

투고일자: 2023. 10. 3. 심사개시: 2023. 10. 4. 게재확정: 2023. 10. 27.

의를 이해할 때, 한국 헌법에서 전투적 민주주의의 수단으로 기능할 수 있는 부분은 무엇인지를 살펴보았다.

주제어: 민주주의, 전투적 민주주의, 방어적 민주주의, 칼 뢰벤슈타인, 정당해산제도

< 차례 >

- I. 문제 제기: 새삼스럽게 전투적 민주주의를 논하는 이유
- II. 전투적 민주주의의 한국 헌법예의 수용 여부
- III. 한국 헌법의 전투적 민주주의
- IV. 전투적 민주주의 이론의 재등장
- V. 결론

I. 문제 제기: 새삼스럽게 전투적 민주주의를 논하는 이유

전투적 민주주의(Militant democracy)는 나치의 피해를 체험했던 칼 뢰벤슈타인(Karl Lowenstein)이 고안한 이론이다. 이 이론의 핵심을 요약하면, 파시즘과 같은 민주주의를 근본적으로 파괴하려는 세력으로부터 민주주의를 수호하기 위한 법률적 대응 장치들을 두어야 한다는 것이다.¹⁾

이 이론을 헌법에 적극적으로 구현한 국가가 독일이다. 2차대전 전후 서독은 새로운 헌법을 제정하면서 파시즘에 무력했던 바이마르 헌법과 다름을, 동시에 나치 히틀러의 원죄를 씻고 새로운 헌정질서를 가진 국가로 재탄생했음을 보여줘야만 했다.

나치의 집권과 파시즘의 발호로 전 세계와 인류에 끼친 말 할 수 없는 해악에 대한 반성을 새로운 헌법적 결단으로 보여주었다. 이것이 독일 기본법의 근본적 결단인 방어적 민주주의라고도 할 수 있는데, ‘자유롭고

¹⁾ Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, *The American Political Science Review*, Vol.31 No.3(1937. 6), 417-432쪽; Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights II”, *The American Political Science Review*, Vol.31 No.4(1937. 8), 638-658쪽.

민주적인 기본질서(freiheitliche demokratische Grundordnung)’가 그 핵심이라고 할 수 있다. 즉 독일 기본법의 사상적 기초는 칼 뢰벤슈타인이 주창한 전투적 민주주의라고 할 수 있다.

독일 기본법 제1조에서 ‘인간의 존엄은 불가침’이라고 선언하면서 인권을 절대화하고, 제9조 제2항의 결사의 자유 제한, 제18조 기본권 실효, 제19조 제2항 기본권 본질 내용에 대한 침해금지, 제21조 제2항의 위헌 정당 금지, 제33조 제5항의 공직 취임 금지, 제67조 건설적 불신임 등의 규정은 전투적 민주주의 이론의 헌법적 체현이라 할 수 있다.

다만, 이와 같은 전투적 민주주의의 제도들이 가능한 민주주의를 방어하는 최후의 수단으로 자제하며 사용돼야 한다는 당시 서독 기본법 제정자들의 의도를 용어에 반영시켜 ‘방어적 민주주의(wehrhafte Demokratie)’ 또는 ‘방어할 준비가 된 민주주의(abwehrbereite Demokratie)’로 툰다운시킨 측면이 없지 않다.

한마디로 ‘방어적 민주주의’는 독일 기본법 특유의 헌법적 결단으로 보는 게 마땅하다.²⁾

그런데 한국에서는 정당의 특별한 보호를 위해 1960년 4월 혁명 헌법에서 도입한 정당해산제도가 독일식의 방어적 민주주의 수용이라는 오해가 오랫동안 지속돼 왔다.³⁾

실제로 적용 가능한 제도가 아닌 것으로 인식되었던 정당해산제도는 2014년 12월 19일 헌법재판소가 통합진보당 해산 결정을 내림으로써, 뒤늦게 헌법 제8조 제4항에 규정된 정당해산제도의 문제와 규율의 부실성, 제도의 재설계에 대한 필요성이 대두되었다. 동시에 전투적 민주주의 또는 방어적 민주주의에 대한 학계의 새로운 이해와 연구 결과가 발표되기도 했다.⁴⁾

2) 김현정, “정당해산제도의 정당보호기능에 관한 연구”, 고려대학교 법학박사 학위 논문(고려대학교 대학원, 2022. 2), 298-300쪽.

3) 대표적으로, 장영수, “방어적 민주주의”, 고려대학교 법학석사 학위논문(고려대학교 대학원, 1983). 국내에 ‘방어적 민주주의’를 처음 소개한 허영, 헌법이론과 헌법(上)(박영사, 1980), 221쪽.

4) 대표적으로는 이종수, “우리 헌법상 ‘방어적 민주주의’의 수용 부인론”, 법과사회 제48권(법과사회이론학회, 2015. 4), 232-234쪽.

뿐만 아니라 민주주의를 위협하는 요인들이 - 신냉전 질서의 도래, 범죄로 진화하고 있는 혐오 표현, 포퓰리즘의 득세 - 등장하면서 2010년 이후 세계 헌법학계에서 전투적 민주주의가 민주주의 또는 헌법을 수호할 수 있는 수단으로 기능할 수 있을지 활발한 논의가 이뤄지기도 했다.⁵⁾

따라서 이 논문에서는 한국 헌법이 전투적 민주주의 또는 독일식의 방어적 민주주의를 수용한 부분이 있는지 또 현행헌법에 헌정질서를 무너뜨리거나 민주주의를 위협하는 요인들에 대한 수단으로서 기능할 수 있는 부분들이 있는지를 살펴보았다.

II. 전투적 민주주의의 한국 헌법에의 수용 여부

1. 한국 헌법은 전투적 민주주의 혹은 독일식 방어적 민주주의를 수용했나?⁶⁾

1960년 개정된 한국 헌법에서 도입된 정당해산제도는 서독의 기본법 제21조 제2항의 영향을 받은 것만은 확실하다. 그런데 한국의 정당해산 조항이 서독 법제를 따랐다는 사실만으로 한국의 정당해산 조항이 독일의 방어적·투쟁적 민주주의를 수용했고, 독일의 방어적·투쟁적 민주주의가 칼 뢰벤슈타인(Karl Loewenstein)의 전투적 민주주의(Militant democracy) 이론에⁷⁾ 사상적인 기초를 두고 있는 만큼, 자연스럽게 한국 헌법에도 전투

5) Svetlana Tyulkina, "Militant Democracy", J.S.D Dissertation, Central European University Department of Legal Studies(2011); Alexander S. Kirshner, "A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism", *Yale University Press*(2014. 01. 07.); András Sajó, "Militant Democracy and Emotional Politics", *Constellations Vol.19, No.4*(2012. 12), 567쪽; Ulrich Wagrandl, "Transnational militant democracy", *Global Constitutionalism Vol.7 No.2*(Cambridge University Press, 2018), 146쪽 등 다수의 논문이 있고, 한국에선 김종현, "방어적 민주주의에 관한 연구", 서울대학교 법학박사 학위논문(서울대학교 대학원, 2017. 8) 등이 있다.

6) 내용의 상당 부분은 김현정, "정당해산제도의 정당보호기능에 관한 연구", 14-24쪽에서 재인용.

7) "민주주의를 파괴하려는 세력으로부터 민주주의를 방어하기 위해 비자유주의적

적 민주주의의 사상이 계수되었다고 보는 시각이 기존 헌법학계에 만연한 측면이 있었다.

2013년 박근혜 정부에 의해서 구 통합진보당 해산 청구가 이뤄지고서야 정당해산제도에 대해 새로운 논의가 이뤄지면서 이러한 시각에도 차츰 교정이 이뤄지고 있다.⁸⁾

그런데 이전까지만 해도 정당해산 규정이 당시 서독 기본법 제21조 제2항의 정당 금지 조항의 구조를 따랐다고 하여, 독일식의 방어적·투쟁적 민주주의(streitbare Demokratie, wehrhafte Demokratie, abwehrbereite Demokratie)도 계수했다고 보는 시각이 그간 헌법학계에서 큰 비판 없이 수용되고 있었다.⁹⁾

독일 기본법이 왜 칼 뢰벤슈타인이 주창한 전투적 민주주의에서 파생된 방어적 민주주의로 결단을 할 수밖에 없었는지는 앞서 상술하였다. 자신들의 과오에 대한 강제된 반성이었음을.

독일 기본법에 규정된 전투적 민주주의의 수단들을 곧 방어적·투쟁적 민주주의라 하는데, 그중에서도 대표적인 기본법 규정이 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’를 기본법의 가치 구속적 가치로 규정하였고, 이를 개정금지 조항으로 한 것이다. 그리고 그러한 방어적 민주주의의 헌법적 수단 중 하나로 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’에 반하는 정당에 대해서는 강제로 해산할 수 있는 근거로 기본법 제21조 제2항에 정당 금지 제도를 규정하였다.¹⁰⁾

인 수단도 불사할 수 있다는 민주주의 이론”으로 자세한 내용은 Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 417-432쪽; Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights II”, 638-658쪽.

8) 한국 헌법의 정당해산 규정은 독일식의 방어적 민주주의 수용의 결과가 아니라 는 대표적인 견해를 밝힌 논문으로는 이종수, “우리 헌법상 ‘방어적 민주주의’의 수용 부인론”, 232-234쪽.

9) 장영수, “방어적 민주주의”, 86-100쪽; 장영수, “[특별기고] 방어적 민주주의의 이론”, 고시연구 제19권 제9호(고시연구사, 1992), 91-92쪽 ; 차진아, “독일의 정당해산심판 요건과 판단기준에 관한 연구”, 고려법학 72호(고려대학교 법학연구원 2014. 3), 100쪽 이하; 이덕연, “판단의 정오(正誤)가 아니라 수사(rhetoric)로 본 통진당 해산결정”, 헌법판례연구 제16권(한국헌법판례연구학회 2015. 6), 53쪽.

10) 다만, 독일에서도 일부 학자들은 바이마르 헌법 체제에서도 정당해산 규정이

그런데 한국 헌법의 정당해산 조항이 투쟁적·방어적 민주주의의 수용의 결과인지, 아닌지를 정확히 이해해야만 이 조항의 이해와 실제 적용에도 정확한 좌표를 제시할 수 있다.

한국 헌법의 정당해산제도의 모델이 서독 기본법의 정당 금지 조항이라는 사실만으로, 한국 헌법이 독일식의 방어적·투쟁적 민주주의까지 수용했다고 보기에는 무리가 따른다. 1960년 4월 혁명 헌법의 정당해산제도 도입은 이승만 정권의 진보당 등록취소와 조봉암의 사법살인 때문에 정당, 그 중에서도 야당보호의 목적으로 도입하였기 때문이다.

그런데 이런 역사적·사실적 배경을 무시한 채 정당해산제도를 헌법에 규정한 자체만으로 정당해산제도에 방어적·투쟁적 민주주의의 관념이 투영됐다는 주장은 여전하다.¹¹⁾ 한국 헌법 질서 중에서 ‘자유민주적 기본질서’에는 이미 방어적·투쟁적 민주주의의 정신이 포함되어 있고, 해산제도를 규정하는 자체로 강제적 해산 가능성을 헌법상 인정한 것이기 때문에 정당해산제도에는 방어적·투쟁적 민주주의의 관념이 투영돼 있다고 보는 시각이다.¹²⁾

다른 한편으로는 정당해산제도가 정당 보호의 기능을 하기도 하지만, 헌법의 기본질서에 위배되는 정당 활동까지는 보호 대상이 아니므로, 정당해산 조항이 헌법 질서 수호를 위한 방어적·투쟁적 민주주의의 정신에 입각한 것이라고 보는 시각도 있다. 이 입장에서는 민주주의가 기본적으로 다원성과 관용을 전제로 하고 있지만, 민주주의가 배푸는 관용이란 민주주의 그 자체를 인정, 수용하면서 다원적 주장을 펼치는 세력이고, 민주주의 자체를 부정하는 세력이나 주장은 민주주의의 적에 해당한다고 본

있었고(대표적으로 바이마르 헌법 제48조 제2항), 실제로 수많은 정당을 해산했기 때문에, 서독의 본 기본법 제21조 제2항 정당 금지 조항에 방어적·투쟁적 민주주의의 이름을 붙이는 데 있어 비판적인 견해를 피력한 학자도 있다. 대표적으로 Hartmut Maurer, “Das Verbot politischer Parteien”, in : AöR 96(1971), 207쪽(Rn.15).

11) 정당이 일반결과와 다르게 함부로 해산할 수 없기 때문에 ‘정당 특권’으로 보면서도 방어적 민주주의의 한 유형으로 보는 견해 방승주, 헌법강의 I(박영사, 2021), 177쪽.

12) 한상익/김진영, “통합진보당 해산에 대한 이론적 접근 - 전투적 민주주의 이론을 중심으로-”, 동북아연구 제30권 제2호(조선대학교 동북아연구소, 2015), 76쪽.

다.¹³⁾ 그래서 헌법의 위헌정당해산제도는 방어적·투쟁적 민주주의와 정당 보호라는 두 가지의 중요한 의미를 모두 가지고 있다는 관점이다.¹⁴⁾

4월 혁명 헌법이 정당해산제도를 도입한 이유에는 정부로부터 야당의 보호라는 측면과 반민주적 정당, 특히 좌익정당의 발호 및 그 파괴 행동을 방지한다는 취지도 포함하고 있으므로 당시 서독의 방어적·투쟁적 민주주의의 영향을 받았다고 본다.¹⁵⁾

2. 한국 헌법의 정당해산제도 수용과 독일식 방어적 민주주의의 무관련성

이러한 주장은 한국이 독일의 나치처럼 민주주의를 폐제하려는 정당이 -민주주의의 적- 존재했던 게 아니라 민주주의를 탄압하는 독재정권으로부터 정당 활동의 자유, 야당 활동의 자유의 보장과 보호가 더 시급했던 상황이었다는 사실 그리고 정당해산 규정이 처음 헌법에 규정된 1960년 헌법의 정당해산 조항의 구조가 앞서 자세히 살펴본 것처럼 정당을 해산하기 상당히 어렵게 설계되었다는 사실을 비중 있게 고려하지 않은 주장이라고 생각된다. 정당의 강제해산 가능성을 규정한 게 아니라 언제든지 정권을 잡은 권력자가 자의로 정당을 해산시킬 수 있었던 가능성을 봉쇄하려는 입법자들의 고민과 노력을 담아낸 것이 당시 헌법의 정당해산 조항이었다.

그리고 어느 헌법이든 그 헌법이 지향하려는 헌법 질서와 체제를 수호하는 방안을 헌법에 두고 있고, 체제 수호에 무력한 헌법은 헌법이라 할 수도 없기 때문에, 한국 헌법의 핵심 원리로 ‘민주주의 원리’와 ‘민주적 기본질서’라는 헌법 질서를 규정하였고, 이를 폐제하려는 ‘적’으로부터 민주주의를 수호하기 위한 방안을 헌법에 두었다고 하여 그것이 곧 전투적

13) 정만희, “정당해산심판의 헌법적 쟁점 -정당해산심판의 요건과 효과를 심으로-”, 공법연구 제42집 제3호(한국공법학회 2014. 2), 116-117쪽.

14) 이한태, “위헌정당해산제도에 관한 소고 -통합진보당 사건을 중심으로-”, 충남대학교 법학연구 제25권 제2호(충남대학교 법학연구소, 2014), 120쪽.

15) 이성환 외, “위헌정당해산 심판 제도에 관한 연구”, 헌법재판연구 제15권(헌법재판소, 2004), 14쪽.

민주주의-독일식의 투쟁적·방어적 민주주의-를 수용했다는 논리로 귀결될 수는 없다고 생각한다.

최근에는 이와 같은 비슷한 주장도 많이 제기된다. 이는 한국 헌법에 정당해산제도가 규정된 헌정사와 정치사에 대한 본격적인 연구가 이뤄지고 그 이해가 깊어짐에 따라 도출된 자연스러운 결론이라고 판단된다.¹⁶⁾

이러한 이유로 1948년 광복헌법에서는 오히려 남북분단이라는 역사적 현실을 바탕으로 민주주의의 (전투적)방어적 성격이 당연히 전제되었다는¹⁷⁾ 주장도 별다른 설득력을 갖지 못한다고 할 수 있다.

앞서 말한 것처럼 외부적 위협으로부터 체제를 수호하기 위한 수단은 어느 헌법에서나 두고 있기 마련이고(일반적·사전적·예방적 헌법수호 방안), 이를 방어적·투쟁적 민주주의라고 부르는 것은 어려운 것이기 때문이다. 방어적·투쟁적 민주주의는 민주적 헌법 질서 속에서 민주주의에 완벽히 적응하여, 민주주의의 수단을 이용해 민주주의를 폐제하는 세력에 사전적으로 대응하여 민주주의를 수호하기 위해 극히 예외적인 민주주의 수호, 헌법수호 수단을 지칭하는 개념이므로, 아예 처음부터 이념과 체제를 달리하며 내전까지 벌였던 확실한 - 외부의- 적에게는 적용될 여지가 없는 개념이기 때문이다.¹⁸⁾

자신들만의 특수한 역사적 경험을 바탕으로 새로운 국가의 기본질서를 세우는 데 있어 기초된 기본법 전반에 투쟁적·방어적 민주주의 개념 장치를 둔 독일과 반대로 과시즘과 전쟁의 피해자인 한국이 정식정부를 수립할 때 기초한 헌법의 정신은 운명적으로 다를 수밖에 없기 때문이다. 이러한 사정을 생략하고 당시 광복헌법이 방어적·투쟁적 민주주의의 성격을 당연히 전제하였다는 주장은 방어적·투쟁적 민주주의의 개념을 무리하게 확장한 것일 뿐만 아니라 독일식의 정당해산제도가 한국 헌법에 들어오

16) 김종현, “방어적 민주주의에 관한 연구”, 7쪽.

17) 최희수, “위헌정당해산제도에 관한 연구”, 심천 계획열 박사 화갑기념 논문집 (심천 계획열 박사 화갑기념 논문집 발행위원회, 1995), 452쪽.

18) 다만, 통일 이후 혹은 분단되지 않은 한국의 상황에서 공산당이 과거 독일의 나치당처럼, 민주주의 체제 안에서, 민주주의의 합법적인 수단으로, 정권을 잡은 이후 민주주의를 폐제하는 세력으로 변모했다면 방어적·투쟁적 민주주의가 적용될 여지가 있을 것이다.

게 된 헌법사적 배경 자체를 누락한 해석이라고밖에는 달리 평가할 여지가 없다.¹⁹⁾

3. 소결

한국 헌법은 독일식의 방어적·투쟁적 민주주의일 수 없다고 판단된다. 독일처럼 한국 헌법은 방어적·투쟁적 민주주의의 결단 산물이 아니다. 그래서 정당해산제도를 가지고 독일식의 방어적·투쟁적 민주주의를 끌어들이는 것은, 이론의 오해라고 생각된다.

독일식 방어적 민주주의 이론의 사상적 기초는 칼 뢰벤슈타인의 전투적 민주주의이지만, 그 전투적 민주주의에서도 아주 변형적이고 독일만의 특유한 헌법적 결단인 방어적 민주주의이다. 그러므로 한국 헌법은 칼 뢰벤슈타인의 ‘전투적 민주주의’도 독일식의 방어적 민주주의 수용도 아니라고 할 수 있다.

다만, 반복된 군사쿠데타로 입헌민주주의가 전복된 헌정사가 계속되면서 정권을 잡은 권력자들에 의해, 그리고 처음 방어적 민주주의의 잘못된 이론의 전파로 인해, 방어적 민주주의로 일정 부분 유도된 측면은 있어 보인다.

1960년 헌정체제가 1년 만에 군부 세력에 의한 쿠데타로 막을 내리면서, 그 세력이 쿠데타로 잡은 자신들의 정권을 정당화하기 위해 ‘조국 근대화’라는 기치와 함께 반공을 내걸고 정적을 제거하기 위해 - 입법자들이 의도하고 도입하진 않았지만- 방어적 민주주의 이론과 수단을 유효적절하게 사용해온 측면이 없지 않아 보인다.

반공을 위해 만든 강력한 법적 장치들, 국가권력을 장악한 실력자들이 정적을 제거하기 위해 또는 민주주의 세력에 위하(威嚇)를 가할 수 있었던 모든 제도가 방어적 민주주의 안에서 너무나 쉽게 정당화될 수 있었기 때문이다.²⁰⁾

19) 비슷한 견해로 송석운, “독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식”, 서울대학교 법학 제41권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2000), 123-126, 133-134쪽.

20) 김민배는 한국 헌법에 정당해산제도 수용이 반공주의에 입각한 ‘전투적(방어적) 민주주의’의 수용이라는 견해에 전적으로 동의하지는 않지만, 전투적(방어적)

한국 헌법이 전투적 민주주의의 수용 또는 독일식의 방어적 민주주의를 계수한 것은 아니지만, 이하에서는 한국 헌법에서 전투적 민주주의의 성격을 도출할 수 있는 규정이나 제도가 있는지 살펴본다.

Ⅲ. 한국 헌법의 전투적 민주주의

1. '자유민주적 기본질서'의 수호

한국 헌법이 전투적 민주주의나 독일식의 방어적 민주주의의 수용 여부를 떠나서, 한국 헌법에서 전투적 민주주의나 방어적 민주주의를 도출할 수 있는 규정이나 근거를 찾아보면 헌법 전문과 헌법 제4조 등에 규정된 '자유민주적 기본질서'가 아닐까 따져볼 수 있다.

정당해산제도를 규정한 헌법 제8조 제4항에는 '민주적 기본질서'라고 규정돼 있는데, 이는 이하 정당해산제도를 살펴볼 때 보다 자세히 논의한다.

방어적 민주주의로 결단한 독일 기본법의 핵심은 제21조 제2항의 '자유롭고 민주적인 기본질서'라고 할 수 있다. 독일 기본법의 '자유롭고 민주적인 기본질서'에 입각해, 인간의 존엄성 보장, 정당 금지 또는 기본권 상실, 공직 취임 금지, 개정금지 조항 등을 규정하였다.

독일은 연방헌법재판소가 사회주의제국당(SRP) 해산 결정과 서독공산당(KPD) 해산 결정, 독일민족민주당(NPD)에 대한 위헌 결정을 통해 '자유롭고 민주적인 기본질서'의 내용을 정서해왔다. 사회주의제국당(SRP) 결정에서 독일연방헌법재판소가 정의한 '자유롭고 민주적인 기본질서'의 내용을 정리하면 '민주주의와 법치주의 질서'를 말한다고 할 수 있다.²¹⁾

이후 서독공산당(KDP) '자유롭고 민주적인 기본질서'에 대한 독일연방헌법재판소의 개념 규정은 이후 독일 기본법의 운영과 정서에 지배적인

민주주의가 반공주의의 수단으로 유효적절하게 사용되었다고 본다. 이 견해에 대해서는 일부 동의하는 바이다. 김민배, “지배 이데올로기로서의 ‘전투적 민주주의’의 논리와 비판”, 민주법학 제4호(민주주의법학연구회, 1990), 8쪽 이하.

21) BVerfGE, 2, 1, 12f.

영향을 끼쳤다. 다만 독일연방헌법재판소의 결정에서 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’의 최소한으로 열거된 내용들이 어떤 기준에 의한 것인지 명확히 밝히지 못하고 있고, 기본법 조문과의 체계적 해석 속에서도 기준이 제시되지 못하고 있다는 비판에서 자유롭지 못했다.²²⁾

2017년 1월 독일연방헌법재판소는 해산이 청구된 독일민족민주당(NPD) 결정에서 이 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’에 대해서 새롭게 정의하였다. 그 내용은 자유로운 헌법국가 자체를 위하여 불가결한 소수의 핵심적인 기본원칙들에 집중하였다. 그리고 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’가 민주주의와 법치주의 원리를 의미한다는 것을 확인하였다. 개별적인 내용으로는 인간의 존엄성 보장에서 시작하는 기본권의 보장, 국민주권의 원리, 복수정당제의 보장, 대의제 민주주의 원리, 사법권의 독립이 대표적이다.²³⁾

어쨌든 독일기본법의 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’는 한국 헌법에도 영향을 끼쳤는데, 그 실제의 내용과 효능은 전혀 다르게 발휘되었다고 볼 수 있다. 한국 헌법에서 ‘자유민주적 기본질서’가 처음 들어온 것은 1972년 유신헌법에서부터이다. 주지하듯 유신헌법은 자유주의를 보장하거나 민주제로 운용된 헌법이라 볼 수 없고, 1인 독재를 강화하기 위한 헌법으로, 흠정헌법이라는 평가를 받고 있고²⁴⁾, 그 명칭이 독일의 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’와 비슷하고, 실제 그 독일기본법에서 따왔다고 하더라도, 실제 헌법 작용은 독일과 전혀 달랐다.

‘자유민주적 기본질서’를 표방하면서 실제로는 북한과의 체제대결로 기

22) 그래서 독일기본법의 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’는 초기 ‘과시즘’에 대응하는 개념이었지만, 서독공산당(KDP) 해산 결정에서는 ‘반공’의 수단으로 악용됐다는 비판도 제기된다. 국순옥, 민주주의 헌법론(아카넷, 2015), 221-22쪽.

23) BVerfG, 2BvB 1/13, Rn. 538, 539.

24) 1972년 유신헌법이 흠정헌법이라는 논증에 대해서는 대표적으로 김선택, “유신헌법의 불법성 논증”, 고려법학 제49권(고려대학교 법학연구원, 2007. 10), 3쪽. 특히 김선택은 유신헌법을 두고 “헌법이 헌법이기 위하여 필수적으로 갖춰야 하는 기본권보장과 권력분립적 국가조직요건을 갖추지 못한 유신헌법은 입헌주의헌법이라고 불릴만한 어떤 자격도 없다”고 까지 평가했다. 김선택, “‘사건 2010헌바70, 132, 170(병합) 구 헌법 제53조 등 위헌소원’에 관한 참고인 의견서”(헌법재판소, 2011. 09. 30.). ; 여기서는 헌법이론실무학회, 헌법연구 제2권 제1호(2015. 3), 173-232쪽 참조.

능했고, 국내적으로는 북한과의 체제대결을 내세워, 시민의 자유와 기본적인 권리를 억압하는 쪽으로 기능했다고 할 수 있다. 실제로 당시 유신헌법의 입안자들이 곳곳에 남긴 기록만 보더라도 이를 어렵지 않게 유추할 수 있다.²⁵⁾

‘자유민주적 기본질서 수호’를 전면을 내세운 「국가보안법」의 내용과 실제 기능을 비교해서 해아려 보면, 이 점은 더 명확해진다.²⁶⁾

25) 유신헌법 입안의 주요 인물이었던 한태연도 오직 북한과의 체제대결에서 우위를 차지하기 위해 대통령에게로의 권력을 집중시키고, 개개인의 자유의 제한을 강화하고, 정당의 지위를 격하한 헌법이었다고 설명했다. 한태연, “한국헌법의 30년 - 전후 폐허에서 근대국가로-”, 헌법연구 4호(한국헌법학회, 1979), 50쪽. 유신헌법의 또 다른 주요 입안론자였던 갈봉근도 “유신헌법은 자유민주주의의 대전제 아래 우리 민족의 지상과제인 조국의 평화적 통일을 위한 헌법적 터전을 구축한 데 그 특성이 있다. 여기의 「자유민주주의의 대전제 아래 ... 조국의 평화적 통일」이란 북한 공산주의와의 대결에 있어서 우리가 국방적 차원에서 월동하게 능가되어야 한다는 뜻이다. 북괴의 한반도 적화기원을 저지한다는 것은 자유민주국가인 대한민국과 대한민국의 생존적 대결에서 승리한다는 뜻이다. 북괴는 계속적으로 무력남침을 시도하고 있을 뿐 아니라 최근에는 실행에 옮기고 있다. 따라서 유신헌법은 비상사태를 배경한 것이 또한 그 특색이다. 여기에 바로 그 유신헌법이 국가전력의 강화를 자연화 하고 있는 이유가 있는 것이다.” 갈봉근, “유신헌법의 당위성과 필연성”, 헌법연구 제3권(한국헌법학회, 1975), 3쪽(강조 표시는 저자).

“1972년 유신헌법 제정의 이유도 김일성 체제로부터의 오직 대한민국 체제 수호를 부르짖었다.” 5·16쿠데타의 주도 세력이면서 법체처장까지 역임했던 이석제가 자신의 저서에서 밝힌 내용 이석제, “각하, 우리 혁명합시다”(서적포, 1995.05.15.), 123-124쪽. “10월 유신이 발표되기 불과 한 달 전인 9월, 파리에서는 베트남 평화회담이 성사됐다. 당시 우리 지도부에서는 베트남에서 미군 철수는 공산화의 술책이라고 정확하게 예측하고 있었다. 박 대통령은 월남에서 손을 떼고 철수하는 미국을 보면서 우리의 안보상황에 대해 큰 부담을 안고 있었다. 아니 충격으로 받아들여졌다는 것이 솔직한 표현일 것이다. 게다가 몇 달 전 극비리에 평양에 가서 김일성과 회담을 하고 온 이후락 정보부장의 북한에 대한 선전도 한몫을 했다. 북한에 가보니 김일성이 너무나 철저하게 신경화되어 있어 우리가 김일성을 이기려면 우리도 체제를 강화해야 한다고 말하고 다녔다. 결국 10월 유신은 김일성과의 대결에서 승리를 얻으려는 박 대통령의 최우 수단이었던 셈이다.” 이석제, “각하, 우리 혁명합시다”(서적포, 1995. 5. 15.), 300-301쪽. 이런 내용을 볼 때 유신헌법에서 처음 들어온 ‘자유’민주적 기본질서가 어떤 의도로 규정되었는지 짐작할 수 있을 것이다. (강조 표시는 저자)

26) 국가보안법을 비롯한 정치헌법이 국가법질서의 전면에서 민주주의를 위축시킨

따라서 한국 헌법의 ‘자유민주적 기본질서’는 전투적 민주주의나 독일식의 방어적 민주주의와도 성격이 다르고 헌정사도 다르다고 할 수 있다.

2. 정당해산제도와 ‘민주적 기본질서’의 수호

정당해산제도의 근거 규정인 헌법 제8조 제4항은 헌법전문이나 제4조와 다르게 ‘민주적 기본질서’라고 규정돼 있다. 이는 정당해산의 실체적·규범적 요건이기도 하다.

민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서는 어떻게 다를까? 민주적 기본질서는 1960년 4월 혁명 헌법에서 처음 규정되었다. 이 헌법에서 정당해산제도를 처음 도입하였는데, 이때의 헌법 조문과 지금의 정당해산을 규정한 조문 구조는 실제의 내용과 작용을 따지지 않고 볼 땐 별반 차이가 나지 않는다.

이승만 정권하에서 벌어진 진보당 해산과 당수 조봉암에 대한 사법살인에서 교훈을 얻은 당시 입법자들이 다시는 정권이 야당을 탄압하거나 쉽게 해산하는 일이 벌어지지 않도록 하기 위해서 특수결사인 정당 보호를 강화해 헌법적 차원으로 끌어 올린 것이다.²⁷⁾ 이때 ‘민주적 기본질서’ 또한 독일 기본법 제21조의 정당금지 제도에서 모티브를 따왔는데, 독일

자세한 논거와 내용으로는 배종대, “정치형법의 이론”, 법학논집 제26권(고려대학교 법학연구원, 1991. 9), 201-202쪽. 그 중 일부를 채언한다.

“정치형법의 문제가 단순히 남북한의 통일에 국한되는 것이라면 그래도 괜찮다. 통일이 조금 늦어질 뿐이라고 자위하면 그만이기 때문이다. 그러나 문제는 여기에 그치지 않는다. 1948. 12. 1. 국가보안법이 제정된 이래 지금까지 각종의 정치형법들은 얼마나 많은 사람들의 삶과 생을 송두리째 빼앗고 짓밟았는가. …(중략)… ‘한국기독교교회협의회’의 자료에 의하면 1990년 11월말까지 국가보안법에 의한 구속자가 370건, 집회와 시위에 관한 법률에 의한 것이 293건 그리고 화염병처벌에 관한 법률에 의한 것이 341건으로 되어 있다. 나는 여기서 국가보안법을 비롯한 우리나라 정치형법들이 얼마나 무서운 법률인가를 경험적으로 더 입증해야 할 필요를 느끼지 않는다. 특히 이른바 ‘빨갱이’를 다스리는 국가보안법은 공포의 대상 그 자체이다. 누가 말하거나 가르쳐주어서 아는 것이 아니라 1948년부터 지금까지 우리가 직접 보고 듣고 체험하여 얻은 결과이다.”

27) 서주실, “개정헌법과 권리조항 - 그 해설과 비판 시고-”, 법학연구 제5권 제1호 (부산대학교 법과대학, 1960. 10), 75-76쪽.

기본법의 ‘자유롭고’라는 명칭은 일부러 배제하였다.

당시 입법자들의 논의를 보면 오히려 ‘자유’라는 문구가 헌법에 들어감으로써 어떤 사상이나, 이념을 특정한 것으로 오인될까 우려했고, 체제 경쟁을 벌이고 있는 북한의 사회주의에 대응하는 개념으로 ‘자유’가 해석될 가능성을 경계해 일부러 ‘자유’라는 명칭을 붙이지 않았다고 볼 수 있다.²⁸⁾

또 한국 헌법 전문은 1948년 광복헌법에서부터 ‘민주주의 제제도 수립’이라고 규정하여, 이 전문과 대응하는 개념으로 ‘민주적 기본질서’라고 규정하였다는 판단을 내릴 수가 있다. 다만, 그 내용에 있어서는 독일 기본법 제21조 제2항의 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’와 다르지 않을 것이다.

실제로 한국 헌법재판소에서도 이전의 국가보안법 위헌 결정에서나, 통합진보당 해산 결정에서 ‘자유민주적 기본질서’와 ‘민주적 기본질서’를 정리하면서 독일연방헌법재판소의 서독공산당(KPD)해산 결정에서 정리한 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’의 내용과 별반 다르지 않다.

한국 헌법재판소는 「국가보안법」 제7조 제1항 및 제5항에 대한 한정합헌결정을 통해 “‘자유민주적 기본질서’는 헌법이 수호해야 할 최고가치로서 폭력지배·자의적지배의 배제, 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유와 평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서를 의미”한다고 했다. 그 “구체적인 내용은 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 뼈대로 한 경제질서, 사법권의 독립 등으로 요약된다”고 정의했다.²⁹⁾

이는 1956년 독일연방헌법재판소가 서독공산당(KPD)해산 결정에서 정의한 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’의 내용과 별반 다르지 않다.³⁰⁾ 그리고 독일이 2017년 독일민족민주당해산(NPD)결정에서 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’에 대해 새롭게 정리하였다. “인간의 존엄에서 출발하는 기본권의 보장과 민주주의와 법치주의 원리에 따라 통치하는 질서”임을 천명하

28) 국회사무처, “제4대 국회 제35회 국회임시회의 속기록 제34호”, 1960. 6. 11., 11쪽.

29) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113.

30) BVerfGE, 2, 1, 12f.

고 구체적인 내용으로서 국민주권의 원리, 의회제적-대의제민주주의 모델의 채택 등으로 기존에 정서해온 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’의 내용과 크게 다르지는 않다.³¹⁾ 다만, 그동안 불분명하고 확장 가능했던 내용을 보다 구체화함으로써 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’의 위배라는 요건이 확장되거나 남용될 가능성을 차단하기 위해 내용을 엄격화 하려고 시도하였다.

한국 헌법재판소는 통합진보당 해산 결정에서 ‘민주적 기본질서’를 “개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적·자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치질서”라고 정의하였다.³²⁾ 구체적인 예로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등을 들어 이전의 「국가보안법」한정합헌결정에서의 ‘자유민주적 기본질서’의 내용과 별반 다르지 않다. 다만, ‘경제질서’는 포함하지 않았다.

얼핏 보면 체제대결로서 의미가 강한 「국가보안법」의 ‘자유민주적 기본질서’와 차별화하려는 시도로 보인다. 통합진보당 해산 결정에서 헌법재판소는 ‘민주적 기본질서’는 열린 정치체제임을 확인하면서도 ‘북한식 사회주의’는 ‘민주적 기본질서’에 해당하지 않는다고 명확히 밝혀, 이를 체제대결적인 의미로 읽힐 수도 있는 여지가 있다.³³⁾ 그런데 표현이 ‘북한식 사회주의’이지 사실상 북한은 일인독재체제, 세습독재체제이므로, 이는 민주제와는 절대 호응할 수 없는 체제라는 건 자명하다. 이런 관점으로 해석하면 헌법 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’는 민주제 국가라면 마땅히 갖춰야 할 아주 최소한의 제도적 장치의 보장이라고 받아들여도 무방할 것이다.

이렇듯 독일 연방헌법재판소에 의해 정의되어 온 독일기본법의 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’와 한국 헌법의 ‘자유민주적 기본질서’, ‘민주적

31) BVerfGE, 2 BvB 1/13. Rn.538-547.

32) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1.

33) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1.

기본질서'의 내용이 다르지 않다고 하여도 과시즘이나, 인류의 큰 해악을 끼친 나치 같은 세력의 발호를 막기 위해 헌법적 수단을 강구한 독일기본법의 결단인 방어적 민주주의와 한국의 1960년 헌법에서 도입한 '민주적 기본질서'까지 같지는 않다는 점은 분명히 해야 할 필요가 있다.

그러므로 한국 헌법 제8조 제4항의 '민주적 기본질서'의 규정은 방어적·전투적 민주주의가 개입될 여지가 없었다고 볼 수 있다.

실제로 한국 헌법에서 '방어적 민주주의'의 논의를 처음 시작한 것은 1980년도 허영 교수가 단행본을 출간하면서부터였으므로, 방어적 민주주의에 대한 진지한 논의는 이전까지도 없었다고 할 수 있다.³⁴⁾

그러나 차후 민주주의 수단을 이용해서 정권을 잡은 뒤 민주주의를 파괴하는 세력으로부터 민주주의를 수호하기 위해 정당해산제도나 민주적 기본질서가 사용된다면 전투적 민주주의의 규범 수단으로 기능할 여지가 아예 없다고는 볼 수 없을 것이다.

3. 인간의 존엄과 가치 보장

헌법 제10조에 '인간의 존엄과 가치' 보장을 규정하고 있다. 독일연방헌법재판소가 독일민족민주당(NPD) 위헌 결정에서 '자유롭고 민주적인 기본질서'의 내용을 정서하면서 "독일 기본법 제1조 제1항 인간의 존엄에서 출발하는 기본권 보장과 민주주의와 법치주의 원리에 따라 통치하는 질서"임을 천명하였다.³⁵⁾

그러면서 인간의 존엄성 보장을 인격의 개별성, 동일성(아이덴티티), 일체성(인테그리티) 및 기초적인 법적 평등을 보장하는 것이라고 하였다.³⁶⁾

또 인간 존엄의 불가침이라 함은 원칙적으로 자유롭게 대우받는 것을 말하고, 이러한 인격을 어떤 집단이나 이데올로기, 종교 아래 무조건 종속시킬 수 없을 때로 정의하였다.³⁷⁾ 즉 독일기본법이 이전의 나치제국주

34) 허영, 헌법이론과 헌법(上), 220-221쪽.

35) BVerfG, 2 BvB 1/13, Rn. 538.

36) BVerfG, 2 BvB 1/13, Rn. 539.

37) BVerfG, 2 BvB 1/13, Rn. 540.

의 헌법이나 바이마르 헌법과 다른 점은 방어적 민주주의로 결단한 것이고, 그 방어적 민주주의를 헌법에 규범화하였다는 대표적인 근거를 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’와 함께 이 기본질서가 추구하는 궁극적 목적이 ‘인간의 존엄’ 보장이라는 결론을 도출할 수 있다. 그래서 방어적 민주주의로 결단한 독일 기본법 조항에서 빼놓을 수 없는 게 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄 보장이라는 결론도 가능해진다.

이런 점에서 한국 헌법의 ‘인간의 존엄과 가치’ 보장 규정에서도 전투적 민주주의, 방어적 민주주의로 기능할 수 있는 여지가 있는 것 아니냐는 생각을 가져볼 수 있다.

그런데 한국 헌법 자체가 애초에 방어적 민주주의나 전투적 민주주의로의 결단의 결과가 아니고 헌정사도 판이하게 달랐음을 고려해 볼 때 한국 헌법의 ‘인간의 존엄과 가치 보장’ 규정이 전투적 민주주의나 방어적 민주주의의 규범은 아닐 것이다.

다만, 이 또한 앞으로 펼쳐질, 미래의 알 수 없는 헌정사 속에서는 앞서 정당해산제처럼 민주주의를 폐제하려는 세력의 시도로부터 인간의 존엄이나 기본권이 파괴되는 것을 방어하기 위한 규범적 수단으로 작용할 여지까지 없다고 자신할 수는 없는 부분이다. 더군다나 한국 헌법에서 ‘인간의 존엄과 가치 보장’이 평등권이나 기본권 침해를 판단할 때 기본적인 해석기준으로 작용했음을 고려해 볼 때는 더더욱 그러하다 할 수 있다.

4. 예방적 헌법보호수단

이 밖에도 예방적 헌법보호 수단도 고려할 수 있다. 왜냐하면 헌법이 자기 스스로 보호하지 못하고, 그러한 제도를 마련하지 못해 헌정질서를 파괴하거나 민주주의를 폐제하려는 세력에게 무력하기만 하다면 헌법이라 할 수도 없기 때문이다.

헌법은 스스로 효력을 보장하기 위한 자기보장적 성격이 있다.³⁸⁾ 물론 이를 위해 헌법에 여러 가지 장치들을 규정하고 있다. 위헌 입법을 저지

38) 계희열, 헌법학(상) 신정판(박영사, 2004), 54-55쪽.

하기 위한 수단으로서, 이러한 수단을 헌법 규정에 부적합한 국가행위의 발생을 사전에 방지하는 사전적·예방적 헌법보장 제도가 있는데, 이를 헌법의 통상적 보장 제도라고 부른다. 또한 이를 민주주의의 위협으로부터 민주주의를 수호하는 방안으로 기능한다.³⁹⁾

역사적으로 대통령을 비롯한 국가원수⁴⁰⁾ 그리고 의회⁴¹⁾, 사법기관⁴²⁾과 같은 국가기관은 헌법수호자의 역할을 담당했다. 그리고 때로는 국민(또는 인민)도 헌법수호 역할을 이행했다.⁴³⁾

주로 일상적인 헌법보호수단은 상부로부터 하향식 헌법침해에 대한 헌법보장제도라고 부를 수 있는데⁴⁴⁾, 여기에는 헌법재판제도(헌법 제107조 제111조), 헌법의 경성성(헌법 제128조~130조) 및 헌법개정의 한계설정, 국민소환제도⁴⁵⁾, 권력분립제도(헌법 제40조 제66조 제101조) 및 저항권⁴⁶⁾ 등을 열거할 수 있다.⁴⁷⁾

4.1. 헌법재판제도

한국 헌법에서 헌법재판제도는 위헌법률심사, 권한쟁의심판, 헌법소원심판, 선거소송심판을 담당하고 있다. 위헌법률심사를 위시한 규범통제제

39) 권형준, “헌법-헌법보장제도”, 고시연구 29권 제11호(2002. 11), 15-17쪽.

40) 이 경우 국가원수는 과제와 권한, 정치적 분쟁에서 중립적 지위 및 중립적 권력으로 간주된다.

41) 여기서 의회는 국민의 대표기관으로서 헌법에 보장된 국민의 자유와 권리를 침해하는 법률에 동의하지 않으리라는 일반적 믿음의 선제를 상정한다.

42) 제2차 대전 이후 확산된 입헌민주주의의 관점에서 헌법보장의 기능을 사법기관에 위임하고, 사법기관이 원천적으로 독립성을 지닌다는 요구를 충족한 경우를 상정한다.

43) 한수웅, 헌법학(제7판; 법문사, 2017), 64-65쪽.

44) 반대로 하향식 헌법보호의 수단으로서 앞서 언급한 바와 같이 전투적 민주주의의 수단으로서 위헌정당해산제도와 헌법외적으로 형사법적 보호수단인 내란죄·외환죄가 있고 행정법적 보호수단으로서 공무원임용시 신원조회제도, 각종 사회단체의 설립·변경·해산신고 등을 들 수 있다. 허영, 한국헌법론(전정9판; 박영사, 2013), 91-92쪽.

45) 허영, 위의 책, 86쪽.

46) 국민은 저항권의 실현을 통하여 헌법을 수호할 수 있는 기능을 한다.

47) 권형준, “헌법-헌법보장제도”, 18-19쪽.

도와 탄핵심판제도, 권한쟁의심판제도 및 헌법소원심판제도를 통해 국가 권력으로부터 헌법이 침해되는 것을 방지하고 또 시정할 수 있는 기능을 한다. 무엇보다 헌법재판소는 가장 중요하고 핵심적인 헌법수호기관으로서 ‘기본권보장의 최후 보루’로 여겨지고 있다.⁴⁸⁾ 헌법재판소는 전통적으로 헌법 보장의 중요한 수단이었고, 최근에는 대체적으로 입헌민주주의 국가에서 헌법재판소를 두어 헌법을 수호하고, 민주주의를 수호하는 기능을 담당하게 하여, 역할과 위상이 점차 확대되고 있다.

4.2. 헌법의 경성성 및 개정의 한계설정

헌법개정절차를 일반법률의 개정보다 엄격하게 규정하거나 헌법개정의 한계 설정도 헌법의 최고규범성을 지키는 동시에, 헌법개정권력으로부터 헌법을 보호하기 위한 하나의 수단으로 기능할 수 있다.⁴⁹⁾ 헌법의 존재 형식이나 헌법의 핵이 ‘헌법의 개정’ 또는 ‘헌법의 침식’ 등에 의해서 침해되는 일이 없도록 이를 보호하기 위한 수단이다. 한국 헌법도 헌법개정 절차를 엄격하게 규정하고, 한계를 설정하여 헌법의 자기보호 수단을 마련하고 있다(제128~130조).⁵⁰⁾ 독일 기본법 제79조 제2항처럼 헌법개정의 한계를 명문으로 규정하는 경우도 있다.

4.3 권력분립

권력분립제도는 권력 집중에서 초래되는 - 특히 한국과 같은 제왕적 대통령제라는 명칭이 붙을 정도로 대통령이 가진 권한이 절대적으로 강하다면 그에 비례해 위험성도 커지는 - 헌법침해의 위험성을 방지하기 위한 수단이라는 관점에서 국가권력에 대한 헌법보호의 수단이라고 할 수 있다.⁵¹⁾

48) 한수웅, 헌법학, 65쪽.

49) 단, 헌법개정의 한계를 부인하는 법실증주의적 헌법관을 취하지 않는 한 헌법은 헌법개정 형식에 의해서 헌법이 가장 심각하게 침해될 수 있다.

50) 허영, 한국헌법론, 85쪽.

51) 허영, 위의 책, 86쪽.

다만, 국가권력 배분에서 오는 불가피한 마찰로부터 권력남용을 방지하기 위한 소극적 목적 원리인 권력분립제도가 적극적인 헌법수호의 수단이 될 수 있는지에 대해서는 견해가 갈리지만 앞서 서술한 바와 같이 권력 집중으로 인한 헌법침해를 방지하고 국가기관이 위헌적 권력 행사를 억제하여 소극적으로 헌법수호의 기능을 수행하기 때문에 이 또한 헌법수호의 수단성을 완벽히 부인하기는 어려울 것이다. 현행 헌법에서는 입법권은 국회에(제40조), 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부(제66조)에, 사법권은 법원에 부여(제101조)하여 국가기관 상호간에 억제균형토록 조직함으로써 형식상으로는 비교적 엄정한 권력분립제도를 취하고 있다.⁵²⁾

4.4. 국민소환제도

헌법을 침해하는 선출직 고위공직자에 대한 국민소환제도도 국가권력에 대한 헌법보호의 수단이 될 수 있다.⁵³⁾ 생각건대, 대의기관인 국회가 국민의 의사를 제대로 대의하지 않을 때, 직접민주주의 수단인 국민소환제도를 도입하여, 대의기관이 국민의 의사를 왜곡하여 대의하지 않도록 조정하는 방안도 넓게 보아서는 헌법수호 및 민주주의 수호의 수단이 될 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

다만, 한국 헌법에서는 과거 독재자에 의해 국회가 -정확히는 야당과 정권에 대한 정치적 반대파- 무력했던 경험으로 헌법에 국회의원 임기를 보장하는 규정을 두어(헌법 제42조), 국회의원에 대한 국민소환제도는 헌법을 개정하지 않는 한 위헌논란을 피하기 어려울 것이다.

4.5. 저항권

저항권은 입헌주의적 헌법 질서를 침해하거나 파괴하려고 하는 국가기

52) 권형준, “헌법-헌법보장제도”, 11쪽.

53) 허영, 한국헌법론, 86쪽.

54) 김현정, 국회의원 국민소환제와 민주주의 실질화, 저스티스 통권 167호, 한국법학원(2018.08), 5쪽 이하.

관 또는 공권력의 담당자에 대하여 주권자로서의 국민 개개인이나 혹은 그 집단이 헌법질서 특히 법치국가적 질서를 유지하고 회복하기 위하여 최후의 수단으로서 저항할 수 있는 권리인 동시에 최후적인 헌법보호수단이다. 저항권은 초실정법적 보호수단이기도 하다. 따라서 저항권은 기본권적 성격과 헌법보호수단으로서의 양면적 성격을 같이 가지고 있다.⁵⁵⁾

저항권은 1215년 영국의 마그나카르타(Magna Carta)에서 중세적 저항권을 규정한 이래 1776년 미국의 독립선언과 버지니아 권리장전, 1789년 프랑스의 인권선언과 1793년 프랑스 제1공화국헌법, 독일기본법 제20조 제4항 등에서 명문으로 규정하고 있다. 한국헌법에는 명문으로 저항권을 규정한 적은 없지만, 헌재 판례를 통해서 인정되는 듯한 뉘앙스를 풍겼다.⁵⁶⁾

또 헌법 전문의 ‘대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통’과, ‘불의에 항거한 4·19민주이념의 계승하고’라는 문구는 저항권을 인정한 것이며, 헌법전문의 헌법규범성을 인정할 때 저항권의 헌법규범성을 인정하여도 무방할 것으로 생각된다.

그러나 무질서를 상정하고, 어떤 힘의 행사로 기존의 질서를 전복하는 개념으로서 저항권은 평상시적·예방적 헌법보호의 수단이기보다는 최후적 헌법보호의 수단에 가깝다고 할 수 있다.

그렇다면 평상시적·사전적·예방적 헌법보호의 수단으로서 저항권은 국가기관의 권력 행사, 헌법수호의 관점에서 일상에서의 저항권을 생각해 볼 수 있다. 일종의 ‘연성(Soft)의 저항권’이라는 개념을 상정할 수 있다. 허영은 이를 ‘비판적인 복종의 자세’라고 표현하였는데, 국가권력에 임하는 일정한 자세를 뜻하는 것으로서, 권력에 대한 회의적 자세, 공공연히 비판할 수 있는 용기, 불법적 권력 행사에 대한 단호한 거부 태도 등을

55) 헌재 1997. 9. 25. 97헌가4.

56) “저항권은 국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재 자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리·자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리이므로, 국회법 소정의 협의 없는 개의시간의 변경과 회의의 일시에 통지하지 아니한 입법과정의 하자는 저항권행사의 대상이 되지 아니한다.” 헌재 1997. 9. 25. 97헌가4.

총괄 지칭하는 개념이라고 할 수 있다.⁵⁷⁾ 계속적이고 수시적인 현상으로서 일종의 ‘시민불복종’에 가까운 개념이라 할 수 있는데, 시민불복종은 저항권이나 혁명과 같이 근본적으로 파괴되는 상황에서도 발동될 수 있지만, 여기서 저항권은 단순히 정부의 정책이나 입법에 대해 행사되는 불복종을 말하고, 비폭력적 방법으로 행사되는 저항권을 말한다. 시민불복종은 꼭 최후수단성으로 행사될 것을 요하지 않고, 국민으로서 당연한 권리행사의 한 방법이다.⁵⁸⁾

시민들이 일상에서 정치적 견해를 ‘비판적 복종의 자세’로 표현하면서 ‘연성의 저항권’을 계속적으로 행사하여, 저항권이 일상화되는 정치적 문화, 헌법적 콘텍스트를 확립해 나간다면 이 또한 평상시적·예방적 헌법보호의 수단이자, 민주주의 수호의 수단으로서 기능할 수 있을 것이다. 다만, 그렇다고 하여 한국 헌법이 전투적, 방어적 민주주의 결단의 소산이 아닌데, 이러한 제도들을 두었다고 하여 전투적, 방어적 민주주의의 규범적 수단이라고 가벼이 결론 내릴 수 있는 문제는 아닐 것이다.

IV. 전투적 민주주의 이론의 재등장

1. 고전적 전투적 민주주의

전투적 민주주의 이론은 1930년대와 40년대 파시즘의 광풍으로부터 전 세계의 민주주의와 인권이 파괴된 역사적 경험에 기인하여 등장하게 된다.⁵⁹⁾ 칼 뢰벤슈타인은 민주주의가 자신의 기본원칙을 희생하는 위험을 감수하고서라도 민주주의를 파괴하려는 단체나 개인으로부터 스스로 지켜내야 하는 강력한 수단(법적인 제재 수단)을 둘 필요가 있음을 피력했다.⁶⁰⁾ 민주주의는 민주주의의 적까지 관용할 수 없고, 자유의 적에게는

57) 허영, 한국헌법론, 88쪽.

58) 성낙인, 헌법학(제17판, 법문사, 2017), 72쪽.

59) 이 논문의 상당 부분은 김현정, “정당해산제도의 정당보호기능에 관한 연구”, 14-17쪽에서 재인용.

60) Karl Loevenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, 417, 430쪽.

자유가 허락되지 않는다는 이론으로, 기본적으로 다원성을 전제로 하는 민주주의 원칙에 모순이라는 비판에 늘 직면해 있다. 서독이 이러한 민주주의에 모순되는 전투적 민주주의 원리를 제2차 대전 패망 직후 서독국가를 재건하면서 만든 본(Bonn) 기본법에 적극적으로 수용한 것은 독일 특유의 역사적 배경 때문이다. 나치의 역사를 단절한 새로운 독일은 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’의⁶¹⁾ 국가여야만 한다는 헌법적 결단이 곧 본 기본법에 전투적 민주주의를 수용한 결과로 나타나게 된 것이다.⁶²⁾ 독일 기본법에 규정된 전투적 민주주의의 수단들을 곧 방어적·투쟁적 민주주의라 하는데, 그중에서도 대표적인 기본법 규정이 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’라고 할 수 있다. 이를 기본법의 가치구속적 가치로 규정하였고, 개정금지 조항으로 한 것이다. 그리고 그러한 방어적 민주주의의 헌법적 수

61) 독일 기본법은 바이마르 공화국의 극단적인 가치상대주의에 대한 반성으로 - 연구자 개인적으로는 바이마르 공화국 헌법의 실패와 패망은 극단적인 가치상대주의 때문이었다는 단순 결론에는 동의하지 않는다는 점을 밝힌다 - ‘가치구속적 민주주의(Wertgebundene Demokratie)’로 결단하고 그러한 민주적 의사형성의 한계로 작용할 가치를 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’로 정하였다. 이 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’가 무엇인지 그 내용에 대해서는 독일연방헌법재판소의 결정과 당대 헌법학자들의 논의를 통해서 점차 구체화 된다. BVerfGE 2, 1, 12쪽 ; BVerfGE, 2 BvB 1/13, Rn. 539 ; Gerhard Leibholz, “Freiheitlich demokratische Grundordnung und das Bonner Grundgesetz”, *Freiheitlich demokratische Grundordnung I - Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*-(Herausgegeben von Erhard Denninger, Erster teil Frankfurt a. M, 1977), 83-94쪽 등. 독일 기본법의 근본 결단인 방어적·투쟁적 민주주의의 핵심은 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’라고 할 수 있다.

62) Paul Harvey, “Militant democracy and the European Convention on Human Rights”, *European Law Review* Vol.29, No.3(2004), 410-411쪽; 김민배, “지배 이데올로기로서의 ‘전투적 민주주의’의 논리와 비판”, 20쪽 이하; 김종철, “민주 공화국과 정당해산제도-통합진보당 해산심판청구를 소제로-”, 공법학연구 제15권 제1호(한국비교공법학회, 2014. 2), 38쪽; 박병섭, “정당해산제도에 대한 헌법적 고찰-독일기본법을 중심으로-”, 민주법학 제9호(민주주의법학연구회, 1995), 223쪽; 송석운, “정당해산제도의 딜레마-독일 연방헌법재판소의 독일민족민주당 사건을 중심으로-”, 세계헌법연구 제16권 제3호(세계헌법학회, 2010), 37-38쪽; 한상희, “위헌정당해산심판 제도, 그 의미와 문제점”, 민주법학 제54호(민주주의법학연구회, 2014), 376쪽.

단 중 하나로 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’에 반하는 정당에 대해서는 강제로 해산할 수 있는 근거로 기본법 제21조 제2항에 정당금지제도를 규정하였다.⁶³⁾ 이 밖에도 독일은 서두에 밝힌 바와 같이 기본법 전반에 걸쳐 전투적·투쟁적 민주주의 수단들을 제도화하였다.

그런데 최근 들어 ‘전투적 민주주의’ 이론과 함께 ‘방어적 민주주의’에 대해서도 새롭게 논의되고 있다. 민주주의를 위협하는 새로운 요소들이 등장하면서부터이다. 따라서 이하에서는 ‘전투적 민주주의’의 새로운 이해에 대해 살펴본다.

2. ‘전투적 민주주의’라는 용어의 사용 가능 여부

우선 ‘전투적 민주주의’라는 용어 문제부터 짚고 넘어갈 필요가 있다. 처음 칼 뢰벤슈타인이 ‘전투적 민주주의’ 이론을 주창할 때 영어로 ‘militant democracy’라고 표기하였다. 이는 ‘전투적’ 또는 ‘호전적’이라고 해석할 수 있다. 그런데 ‘전투적 민주주의’라는 용어가 너무 호전적이라는 인상 때문에 거부감을 나타내는 학자들이 적지 않았다.

독일에서도 초창기에는 ‘streitbare Demokratie(투쟁적·전투적 민주주의)’로 통용되다가, 이 용어가 너무 어감이 강하다는 지적이 제기되어 ‘wehrhafte Demokratie(방어적 민주주의)’ 또는 ‘abwehrbereite Demokratie(방어할 준비가 된 민주주의)’와 같은 용어들이 등장한다.⁶⁴⁾ 그래서 이를 그대로 직역하면 ‘방어적 민주주의’가 되고 국내에서는 ‘투쟁적 민주주의’보다 ‘방어적 민주주의’가 더 보편화되었다. 국내에 소개될 때부터 ‘방어적 민주주의’라고 명명한 원인도 상당 부분 작용하였을 것으로 판단된다.⁶⁵⁾

63) 다만, 독일에서도 일부 학자들은 바이마르 헌법 체제하에서도 정당해산 규정이 있었고(대표적으로 바이마르 헌법 제48조 제2항), 실제로 수많은 정당을 해산했기 때문에, 서독의 본 기본법 제21조 제2항 정당금지 조항에 방어적·투쟁적 민주주의의 이름을 붙이는 데 있어 비판적인 견해를 피력하기도 했다. 대표적으로 Hartmut Maurer, “Das Verbot politischer Parteien”, 207쪽(Rn.15).

64) 이 챕터의 상당 부분은 김현정, “정당해산제도의 정당보호기능에 관한 연구”, 299-300쪽에서 재인용.

65) 허영, 헌법이론과 헌법(상), 221쪽.

그런데 독일 내에서는 여전히 ‘전투적 민주주의(streitbare Demokratie)’가 더 많이 사용되고 있다. 독일연방헌법재판소 결정문과 여러문헌들에서 ‘전투적·투쟁적 민주주의(streitbare Demokratie)’와 ‘방어적 민주주의(wehrhafte Demokratie)’라는 표현이 사용되었다.

‘전투적(streitbare) 민주주의’라는 용어에 의하면 뜻하는 바가 보다 강하게 표현되는 반면, ‘방어적(wehrhafte) 민주주의’는 기본법이 뜻하는 바를 보다 정확하게 나타낸다는 설명도 있다.⁶⁶⁾

그런가 하면 헌법수호와 헌법수호라는 취지를 드러내는 데 ‘abwehrbereite Demokratie(방어할 준비가 된 민주주의)’가 더 낫다는 의견도 있다.⁶⁷⁾ 국내에서 이 분야를 처음 소개한 허영 교수를 비롯 다수의 학자들도 ‘방어적 민주주의(wehrhafte, abwehrbereite Demokratie)’로 사용하고 있다.⁶⁸⁾ 헌법재판소에서도 통합진보당 정당해산 결정에서 방어적 민주주의라는 용어를 사용했다.⁶⁹⁾

그러나 독일어 그대로를 풀어본다면 ‘wehrhafte Demokratie’는 ‘자신을 지킬 수 있는 민주주의’ 또는 ‘자신을 지키기 위해 무장한 민주주의’라는 의미이고, ‘streitbare Demokratie’는 ‘대결을 두려워하지 않는 민주주의’, ‘싸울 준비가 되어 있는 민주주의’라는 의미를 갖는다.

요컨대 ‘wehrhafte Demokratie’는 방어적 민주주의도, 호전적 민주주의도 아닌, 대결을 두려워하지 않고 적극적으로 민주주의를 방어하는 민주주의를 뜻한다. 상당히 중립적인 개념이라고 볼 수 있다.⁷⁰⁾

66) Friedrich Karl Fromme, “Bonn 기본법상 전투적 민주주의, 헌법수호와 법치주의”, 법무자료 제88호(법무부 1987.12), 109쪽.

67) Hartmut Maurer, “Staatsrecht”, 6.Aufl(2010), 753쪽.

68) 허영, 헌법이론과 헌법(上), 221쪽; 장영수, “방어적 민주주의”, 1쪽 이하. 독일의 방어적 민주주의(streitbare Demokratie)를 전투적 민주주의 또는 투쟁적 민주주의로 번역하는 것은 그 의미에 부합하지 않으며, 오해의 소지가 크다는 주장도 있다. ‘streitbare’라는 표현을 직역하면 ‘싸울 수 있는’이 되는데, 그 의미가 민주주의를 공격할 때, 민주주의도 이에 대응하여 싸울 수 있다는 의미이지, 민주주의가 먼저 공격적인 태도를 취한다는 의미는 아니기 때문에 방어적 민주주의라는 표현이 적절한 번역이라는 것이다. 차진아, “독일의 정당해산심판 요건과 판단기준에 관한 연구”, 103쪽.

69) 헌재 2014.12.19. 2013헌다1.

70) 신진옥, “헌법국가에 착근된 민주주의 - 독일 기본법의 형성과 체계를 중심으로

칼 뢰벤슈타인이 처음부터 ‘전투적 혹은 투쟁적’이라는 의미로서 ‘Militant democracy’라고 명명하였고, 학술적 용어로서는 세계적으로 ‘Militant Democracy(전투적 민주주의)’가 이미 지난 수십 년간 보편적으로 통용되어 오고 있다.

그리고 반복한 바와 같이 한국의 정당해산제도는 독일의 방어적 민주주의의 관점에서 도입한 것은 아니기에 보다 중립적인(neutral) 의미에서 전투적 민주주의(Militant democracy)라는 용어를 사용할 수 있다고 본다.

또 독일의 방어적·투쟁적 민주주의의 기원도 칼 뢰벤슈타인의 전투적 민주주의이므로, 전투적 민주주의라는 용어의 사용에 있어서 거리낌을 갖는 것 자체가 ‘전투적 민주주의’를 특정한 이데올로기적인 개념이라고 오해하거나 편견을 가진데서 비롯되었다고 생각된다.

『비교헌법에 대한 옥스퍼드 핸드북 - The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012』에도 ‘전투적 혹은 투쟁적’이라는 의미로 해석될 수 있는 ‘militant democracy’라고 명명되어 있으므로, 전투적 민주주의라고 지칭하여도 무방하다는 판단이다.

3. 오늘날 전투적 민주주의 이론에 대한 새로운 이해

최근의 전투적 민주주의 이론의 재조명은 새로운 민주주의 위협 요소가 등장하면서부터이다. 이를테면, 신냉전질서의 등장, 때론 인간의 존엄을 무시하는 혐오 표현의 심각성, 포퓰리즘의 득세 등이다.

전투적 민주주의의 새로운 논의를 이어가고 있는 논자들도 칼 뢰벤슈타인처럼 민주주의의 생존을 위해서는 일정한 자기 방어수단이 필요하다는 견해에서 출발한다. 즉, 전투적 민주주의가 상징하고 있는 민주주의의 자기보호라는 과제는 없어지지 않는다고 본 것이다. 민주주의를 수호하는 것은 민주주의를 공격하는 것을 공격하는 게 진정한 민주주의 수호라는 의미다.⁷¹⁾

-, 한독 사회과학논총(한독사회과학회 2016), 102쪽.

71) 칼 뢰벤슈타인이 처음 전투적 민주주의를 주창했을 때부터 지금까지 따라오는 비판은 민주주의를 수호한다며 비민주적인 수단도 마다하지 않는다는 모순이다. 그래서 이 이론은 한스 켈젠의 ‘차라리 민주주의인 채로 침몰하는 게 진정한

그래서 방어적 민주주의는 민주주의의 특수한 형태이지, 민주주의로부터 이탈할 수 없다는 주장이 대두되는가 하면⁷²⁾, 자유의 적으로부터 공격을 방치하는 것이 민주주의가 아니기 때문에, 민주주의 적에 대항하는 전투적 민주주의는 민주주의 모순이 아니고 정상이라는 견해까지 등장하기에 이른다.⁷³⁾

전투적 민주주의는 자유롭고 평등한 자기지배가 가능한 민주주의, 궁극적으로 인민의 자기지배를 보호하기 위한 수단이라고 주장하면서⁷⁴⁾, 고전적 전투적 민주주의 이론에 가해진 비판을 공세적이고 적극적으로 뛰어넘으려는 인상마저 느끼게 한다.

그리고 전투적 민주주의의 개념과 수단에 대한 논의가 확장되는 양상을 보이고 있다. 전 세계적으로 테러리즘과 혐오가 확산되고, 종교적 극단주의로부터 발생하는 심각한 사회적 차별·배제 문제, 포퓰리즘의 부상 등으로 안정적인 민주주의를 구가하던 국가들마저 비자유주의적인 민주주의로 전락하면서 민주주의의 핵심인 다원적 가치 그리고 자유가 위협당하게 되자, 전투적 민주주의를 수단으로 퇴행하는 민주주의를 교정하고자 하는 논의도 시도되고 있다.

이런 민주주의의 위협 요소들은 대개 한 국가 안의 문제로 머무르지 않고, 초국가적인 문제로 대두되는 경향성 때문에 한 국가 내의 헌정질서, 헌정체제 속에서 헌법적 개념으로 존재했던 전투적 민주주의의 단위도 확장돼야 한다는 주장도 제기된다. 이를 초국가적 전투적 민주주의(Transnational militant democracy)라고 부르기도 하는데, 이 개념은 EU와 같이 국가 단위가 확장된 경우, 개인의 이해관계도 그 안에서 영향을 주고받기 때문에 이러한 초국가적인 경우에는 초국가적 전투적 민주주의 원리가 사용되어야 한다는 것이다. 따라서 고전적 전투적 민주주의의 대표적인 규범적 수단으로 인식되었거나, 실제로 규범화된 수단이 정당해산

민주주의'라는 입장과 극명하게 대비된다.

72) Paul Harvey, "Militant Democracy and the European Convention on Human rights, *European Law Review*, Vol.29, No.3(2004), 408쪽.

73) Ulrich Wagrandl, "Transnational militant democracy", *Global Constitutionalism* Vol.7, No.2(Cambridge University Press, 2018), 157쪽.

74) Ulrich Wagrandl, 위의 논문, 151쪽.

(혹은 정당금지 Partyban)제도였다면 이러한 초국가적 전투적 민주주의에서 전투적 민주주의의 규범적 수단은 정당 금지일 수만은 없다는 것이다. 한 국가 내에서 문제는 개인적·개별적이지만, 국가 단위가 확장된 경우의 문제는 더 집단적이고 단체적인 성격을 띠기 때문이다.⁷⁵⁾

4. 새로운 민주주의 위협 요인에 대응하는 전투적 민주주의 가능성

최근의 전투적 민주주의에 대한 논의를 이어가는 이론가들의 논의 기초는 민주주의의 퇴행에 대한 헌법적 예방 수단에 대한 고민에서부터 시작된 듯하다. 특히 전 세계적으로 문제가 되고 있는 민주주의의 퇴행은, 근본적으로 자유주의에 대한 위협과 연동돼 있다고 볼 수 있다.

즉 ‘비자유주의적인 민주주의(Illiberal democracy)’의 득세와 무관치 않아 보이는데, 이는 히틀러의 나치처럼 민주주의 절차를 통해 합법적으로 집권하여, 민주주의를 정면으로, 대놓고 폐제한 것과는 분명한 차이를 드러낸다고 할 수 있다. 파시즘은 민주주의에 정면으로 도전하였다면, 최근 자유에 심각한 위협이 되고 있는 테러리즘이나⁷⁶⁾ 종교적 극단주의⁷⁷⁾, 혐

⁷⁵⁾ Ulrich Wagrandl, “Transnational militant democracy”, 158쪽.

⁷⁶⁾ 전투적 민주주의와 반테러리즘이 친밀한 관련성(intimate relation)을 갖고 있고, 평상시의 헌정질서로부터의 이탈이라는 전투적 민주주의의 경험이 반테러리즘의 문제에 적절한 것일 수 있다고 보는 대표적인 견해로는 András Sajó, “From Militant Democracy to the Preventive State?”, *Cardozo Law Review* Vol.27, No.25(2006), 2255쪽. 다만, 사조는 방어적 민주주의 경험이 반테러리즘의 문제에 적절할 수는 있지만, 민주주의 제도를 남용하는 것과 테러리즘 사이에는 일정한 차이가 있다고 본다(András Sajó, “From Militant Democracy to the Preventive State?”, 2269쪽). 전투적 민주주의를 상당히 넓게 보고, 테러리즘에 대응하는 카운터 테러리즘도 전투적 민주주의라고 보는 Svetlana Tyulkina, “Militant Democracy”, J.S.D Dissertation, *Central European University Department of Legal Studies*(2011), 347쪽. 반대로 사회 구성원들의 안전을 위협하는 것에 대응하는 수단들을 두고 있는 것은 전통적으로 어느 국가에서나, 어느 체제에서나 존재해왔기 때문에 대테러 규범을 전투적 민주주의와 동일시해서는 안 된다는 견해로는 Sbrina Engelmann, “Barking Up the Wrong Tree: Why Counterterrorism Cannot Be a Defense of Democracy”, *Democracy and Security* Vol.8, No.2(2012. 5. 21.), 168쪽.

⁷⁷⁾ 종교적 극단주의가 민주주의를 위협하는 대표적인 국가로 터키를 지목하여 관

오 표현⁷⁸⁾, 국가 정체성의 위협에 대한 대응, 포퓰리즘 등은 민주주의 그 자체를 부정하고, 다른 체제로의 전환을 시도하는 게 아니다. 오히려 민주주의를 좀 더 강화하자고 주장하지만, 그것이 자유주의에 반하고, 결과적으로 민주주의를 퇴행시키고 있어서 문제가 되고 있다.

이런 상황에서 전투적 민주주의의 수단이 민주주의가 비자유주의적 민주주의로 퇴행으로부터 민주주의를 수호하는 수단으로 기능할 수 있을지, 이를 위해 전투적 민주주의의 규범 원리를 확장할 수 있을지 깊은 고민이 필요한 문제이다.

특히나 한국 사회에서도 새로운 문제로 대두되고 있는 혐오 표현은 표현의 자유 영역에 포함되지 않는다고 하여, 이미 헌정체제 안에서 특별한 처벌 규정을 두거나, 일반적 차별금지법의 제정 등을 통해 제재를 가하고 있다. 혐오 표현은 주로 사회적 약자인 소수자나, 특정 그룹에 대해 가해지는 언어폭력 또는 형사범죄에 가까운 행위로, 당연히 민주주의 가치에 정면으로 반한다 할 수 있다. 그래서 혐오 표현은 처음부터 민주주의 안에서 허용되지도 않았고, 선택받은 개념도 아니다. 민주주의의 합법적인 절차를 거쳐, 민주시민들의 선택을 받아, 민주주의를 파괴하는 세력과는 애초부터 다르다. 따라서 혐오 표현 그 자체는 비민주적인 수단을 사용해 민주주의를 수호하는 가장 큰 딜레마를 안고 있는 전투적 민주주의가 개입될 여지가 없다고 할 수 있다. 혐오 표현에 전투적 민주주의에 따른 규제를 가하게 된다면 이는 ‘소 잡는 칼로 닭 잡는 모양새’와 다르지 않다고 할 수 있다.

종교적 극단주의 또한 마찬가지라고 생각한다. 한국 헌법에서 종교의 자유를 보장하고 있고, 애초부터 국교가 없었던 한국에서 종교적 극단주의로 인한 심각한 사회적 문제는 발생할 가능성이 적은 것으로 여겨졌다. 그런데 다문화 사회가 가속화하면서 또 지난 2018년 제주도의 예멘 난민 유입 과정에서 드러난 한국 사회의 이슬람교에 대한 심각한 터부를 보면서, 한국도 종교 문제에서 자유로울 수 없다는 판단이다.

런 논의를 전개한 논문으로는 김종철, “민주공화국과 정당해산제도”, 41쪽.

78) 혐오 표현이 정치과정에 참여할 수 있는 대표적 집단의 권리를 침해하거나 민주주의의 체제를 파괴할 구체적 위험성을 가진 경우라면 전투적 민주주의에 따른 규제가 가능하다는 입장은 김종현, “방어적 민주주의에 관한 연구”, 172쪽.

다만, 헌법에서 종교의 자유를 보장한다고 하여, 이를 정면으로 위반하는 종교 근본주의자들의 극단적 행위 표출이나, 종교적 표현에도 전투적 민주주의 수단으로 제재를 가한다면, 이는 소수 종교와 민족에 대한 배제로 이어질 수 있음을 상기할 필요가 있다. 그리고 유독 기독교나 가톨릭, 불교와 다르게 국민적 터부가 있다고 하여 혹여 이슬람 종교에 대한 제재를 가하는 것도 불합리한 차별적 요소가 없지 않아 보인다. 이 또한 다수에 대한 폭정이 아닐 수 없다. 기본적으로 자유에 관한 문제는 기본권 제한의 규범 원리로 해결하면 충분하지, 민주주의 그 자체를 폐제하는 아주 급박한 위기 상황에서 최후의 긴급 수단으로 발동되어야 할 전투적 민주주의가 평상시에도 발동된다면 기본적으로 자유에 대한 타격이 일상화 되어질 수밖에 없을 것이다.

만에 하나라도 종교주의를 표방하는 정당이 태동해 민주주의 체도를 파괴하겠다고 한다고 하더라도 그것은 민주주의 체제 내에 있는 정당이 아니므로, 전투적 민주주의의 수단까지 동원할 필요가 없을 것이다.

테러리즘도 각종의 형법을 비롯한 대테러법으로 충분히 대응 가능하고 이 이러한 규범적 수단을 동원해서도 대응이 불가하다면 헌법적 수단을 사용한다고 해서 특단의 효과를 나타내긴 어려울 것이라 생각된다.

결론적으로 신냉전질서의 등장, 혐오 표현, 종교적 극단주의와 국가 정체성 위협, 테러리즘과 같은 민주주의를 위협하는 새로운 요인들에 대응하기 위해 전투적 민주주의를 확장해 대응하는 것은 자제되어야 할 것이다.

형법이나 그에 맞는 규범들로 대응하면 되는 것이지, 합법적으로 민주주의 체제에서 민주주의 수단을 이용해 민주주의를 파괴하는 파시즘과 같은 세력에 대한 대응수단인 전투적 민주주의를 무리하게 확장하는 것은 또 다른 역으로 민주주의를 위협할 수 있어 자제해야 함이 마땅하다는 판단이다.

5. 토론: 포퓰리즘 정당에 대한 전투적 민주주의 적용 가능성

포퓰리즘의 득세와 이에 대한 대응 수단으로서의 전투적 민주주의는 깊이 고민해야 할 지점이 있어 보인다. 최근 전세계적으로 위세를 떨치고

있는 포퓰리스트 정치인과 포퓰리즘 정당의 집권 후 일어나는 일련의 민주주의의 퇴행으로부터 전투적 민주주의의 규범적 수단이 민주주의를 수호하는 구원투수로 기능할 수 있을지에 대한 고민이다.

서유럽의 많은 국가들은 극좌, 극우 포퓰리즘 정당들이 합법적으로 의회에 진출했고 정권을 잡기도 했다. 이들은 인종 혐오를 부추기고, 사회적 소수자에 대한 차별과 배제를 노골화하고 있다. 나아가 폴란드와 헝가리 사례처럼 집권하고 있는 포퓰리스트 정치인과 여당은 점차 사법기구를 장악하고, 야당을 배제한 채 헌법을 고치고, 언론을 장악해 헌정권에 비판적인 기능을 무력화하고 있다.⁷⁹⁾ 얀 베르너 뮐러의 표현처럼 정치적 반대파는 자동으로 반역자로 간주된다. 진정한 국민의 의지를 강조하면서 이 의지를 핑계로 민주 절차를 왜곡하기 시작한다.⁸⁰⁾ 그리고는 정상적인 선거를 통해서 정권교체의 가능성을 희박하게 민주주의 규칙을 변경해 버린다. 자유주의는 점차 형해화되고, 형식적인 민주주의 절차만이 남아 있게 되는 상황에 맞닥뜨리게 된다.

민주주의가 이 정도 상황에 이르렀을 때는 ‘민주주의를 수호하기 위한 특별한 조치가 필요하지 않을까’라는 고민에 빠질 수 있다. 폴란드나 헝가리처럼 비자유주의적 민주주의로의 이행 과정을 거쳐 권위주의로 전락하거나, 국민 다수의 지지를 힘입어 집권한 정당이 민주적 정당성을 무기로 독재를 하거나 전체주의 파시즘으로 변모하게 되는 실존적 위기에 처했을 때 전투적 민주주의의 규범적 수단이 작동할 여지가 있기 때문이다.⁸¹⁾

79) 뮐러는 권위주의를 너무 광범위하게 규정하는 것도 문제가 될 수 있고 예기치 않은 결과를 일으킬 수 있다면서, 헝가리와 폴란드도 아직은 민주국가라고 진단했다. 길거리 시위, 정부에 비판적인 블로그 운영, 새로운 정당 창당 등이 가능하고, 시스템이 조작됐지만, 집권한 포퓰리스트를 비판하면서 선거에서 이기는 일이 아직 불가능하지 않은 사회이기 때문에 “결손 민주주의(Defective democracy)” 정도로 규정하는 것이 더 적합하다고 하였다. 민주주의 결함에 있어 심각한 수리가 필요하지만, 독재라고 규정하는 것은 오류이고 조급한 진단이라고 하였다. Jan-Werner Müller, 노시내 옮김, 누가 포퓰리스트인가: 그가 말하는 ‘국민’ 안에 내가 들어갈까(마티, 2017), 80쪽.

80) Jan-Werner Müller, 노시내 옮김, 위의 책, 79쪽.

81) 특히나 전투적 민주주의가 최소한의 ‘전투적 자유주의’ 형태를 보장해준다는 견해에 따르면 전투적 민주주의는 포퓰리즘의 독세로 퇴행하는 민주주의의 홀름

여기서 간과하지 말아야 할 점은 포퓰리즘은 근본적으로 민주주의에 기반을 두고 있다는 점이다. 포퓰리즘의 기원을 로마 공화정 시대로 거슬러 올라가는 것도 근본적으로 민주주의가 포퓰리즘적 속성을 가지고 있기 때문일 것이다.⁸²⁾

대중의 지지를 얻기 위해 대중에게 아첨하는 것은 민주주의의 본질이기도 해서, 포퓰리즘은 민주주의의 한 부분이라 할 수 있고, 정상적 민주정치와 비정상적 포퓰리스트의 정치를 엄밀하게 구분하기는 어려울 것이다.⁸³⁾ 요컨대 포퓰리즘이 민주주의에 마냥 적대적이라고 볼 수는 없다.

그리고 현재 전 세계적으로 광범하게 벌어지고 있는 포퓰리즘의 득세는 근본적으로 대의민주주의가 민중을 대의하지 못하고, 오작동이 되면서 벌어지는 현상이라는데 의견이 모아진다는 점을 무겁게 받아들일 필요가 있다.⁸⁴⁾ 아울러 제기능을 하지 못하는 정당정치도 포퓰리즘의 득세의 주된 원인이라 할 수 있다. 그래서 민주주의에 반대했던 파시즘이나 전체주의와 달리 포퓰리즘 정치인이나 포퓰리즘 정당은 ‘보다 나은’ 민주주의를 하자고 목소리를 높이는 것이다.

문제는 이러한 포퓰리즘 정당과 정치인들이 집권한 뒤 헌법을 사유화한다는 데 있다. 헌법을 통해 포퓰리스트가 아닌 자들, 반대하는 자들을 배척하려 하는 데서 문제가 발생하게 된다. 포퓰리즘은 입헌주의에 적대

한 구원자가 될 수 있을 것이다. Ulrich Wagrandl, “Transnational militant democracy”, 152쪽.

82) 로마 공화정 시대의 포퓰루스는 원로원에 입장하지 않는 로마 시민권을 갖고 있는 사람을 의미할 뿐 특정 민족이나 혈통을 갖는 부족을 의미하지 않는다. 국가의 주권 형성에 영향을 미치지만, 통치과정에서는 배제된 사람이 ‘포퓰루스’이며, 실제로 근대 대의민주주의 국가의 ‘국민’도 ‘포퓰루스’와 같은 위치라는 견해로 백영민, “커뮤니케이션 관점으로 본 포퓰리즘의 등장과 대의민주주의의 위기”, 커뮤니케이션 이론 제12권 제4호(한국언론학회, 2016. 12), 17쪽.

83) 포퓰리즘이 민주주의의 주변부(periphery) 내지 변방(edge)이라고 보는 견해로는 Benjamin Arditi, “Populism, or politics at the edge of Democracy”, *Contemporary Politics* Vol 9, No 1(2003. 3), 28-30쪽.

84) Jan-Werner Müller, 누가 포퓰리스트인가, 102쪽; Paul Taggart, 백영민 옮김, *Populism* 기원과 사례, 그리고 대의민주주의와의 관계(한울아카데미, 2017), 195-197쪽; 방상근/김남국, “민주주의의 위기와 공공성의 정치: 한국정치사상의 전통”, 평화연구 제23권 제1호(고려대학교 평화와 민주주의 연구소, 2015. 4), 149쪽.

적일 뿐만 아니라 다수의 의견을 억제하려고, 견제와 균형, 소수자 보호, 기본권 등과 같은 헌법에 결부되는 가치에 적대적이기 때문에 헌법적 문제로 등장하게 된 것이다.⁸⁵⁾

이 지점이 민주주의에 적대적인 독재나 파시스트들이 민주주의 합법적인 절차를 거쳐 집권한 뒤 민주주의를 폐제하는 것을 사전적으로 예방하기 위한 전투적 민주주의의 수단을 포폴리즘에도 적용할 수 있는가를 고민하게 만든다. 헝가리나 폴란드처럼 포폴리즘 정당이나 정치인이 집권 후 민주주의를 망가뜨린 후에는 다시 민주주의를 회복하기가 상당히 난망하기 때문이다.

전투적 민주주의는 본래 파시즘과 독재에 대응한 민주주의 수호방안이고, 널리 알려진 헌법적 수단은 정당해산 또는 정당금지이다. 이 정당금지나 정당해산제도는 민주주의에서 특별히 보호하는 특수결사에 사실상 사형 선고를 내리는 극단적인 수단이다.

따라서 표면적으로는 ‘더 나은 민주주의’를 주장하는 포폴리즘 정당에 선제적으로 전투적 민주주의의 수단으로 대응하는 것은 민주주의에 반할 위험을 수반하고 있다. 다만, ‘더 나은’ 혹은 ‘진정한’ 민주주의를 주장하는 포폴리즘 정당이 실상은 파시스트를 옹호하고, 과거 나치가 행했던 반인권적이고 반민주적인 강령과 정책을 공개적으로 천명하는 행태를 보인다면 이를 방관하는 것도 민주주의라고 할 수 없다.

이는 과거 서유럽에서 인종차별을 선동하고, 외국인 혐오 범죄, 반유대주의 및 국수주의에 정치적 이데올로기 및 정치활동에 기반을 두고 활동했던 극단주의 정당(extremist parties)에 비견할 수 있다. 예컨대 포폴리즘 정당이 극단주의 정당으로 호르는 경우이다.

포폴리스트 혹은 포폴리즘 정당이 단순히 대중영합주의적이고, 기존 정치체제와 주류 정당에 반대하고, 공격적인 정책을 펼쳐, 인기를 얻는 수단으로 사용한다고 한다면 그것 또한 민주주의가 포용해야 하는 부분이다.

그러나 포폴리즘이 단순 포폴리즘의 경계를 넘어 독재를 옹호하고, 민주주의의 가치 질서를 정면으로 공격하여 무너뜨리고자 하는 극단주의로

⁸⁵⁾ Jan-Werner Müller, 누가 포폴리스트인가, 83쪽.

흐른다면 여기서부터는 전투적 민주주의가 작동될 여지가 있다고 할 수 있다. 다만, 포폴리즘과 전투적 민주주의가 있어야 할 위치를 구분할 필요가 있다.

아래의 그림을 살펴보면 이해가 훨씬 쉽다.

<그림 1>

① 포폴리즘	② 비자유주의적 민주주의	③ 극단주의 (파시즘, 나치즘, 독재)
④ 민주주의		⑤ 전투적 민주주의

① 포폴리즘이 그냥 포폴리즘이 머무는 한 ④ 민주주의 영역에 포함된다고 할 수 있다. 그러나 포폴리즘이 영역을 점차 확장하여 포폴리즘과 극단주의 사이에 있을 때는 완전한 민주주의라고 할 수 없다. 이 경우는 ② 비자유주의적 민주주의라고 할 수 있다. 만약 포폴리즘이 영역을 점차 더 확장하여 ③ 극단주의로 흘렀을 때는 민주주의라고 할 수 없다. 이때 민주주의 수호방안으로 전투적 민주주의 그중에서도 가장 극단적이고 단번에 기본권을 박탈하는 수단인 정당해산 또는 금지 방안이 적용될 수 있다. 마찬가지로 ⑤ 전투적 민주주의는 ② 비자유주의적 민주주의나 ④ 민주주의의 관용을 기대할 수 있는 ① 포폴리즘에 대항하는 수단일 수는 없다.

따라서 포폴리즘 정당에 대해서도 민주주의의 척도에 따라서 단계별로 전투적 민주주의의 수단을 섬세하게 적용할 수도 있을 것이다. 포폴리즘과 독재, 파시즘 사이에 위치한 비자유주의적 민주주의에 대해서도 강령 수정 및 정책 폐기 권고 등 정당해산제도에 이르지 않은 덜 극단적인 형태의 전투적 민주주의의 수단을 단계별로 적용할 수도 있을 것이다.

그러나 무엇보다도 중요한 건 포폴리즘 정치인과 정당들이 선거를 통해 집권하기 전에, 이들의 실체를 유권자들에게 적극적으로 알리는 것이다. 그래서 애초부터 유권자들이 반자유적이고, 반다원적인 가치를 주장하는 포폴리즘 정치인이나, 정당의 위험성을 인지하고, 선택하지 않도록

하는 게 우선이고, 민주적인 대응방식이라고 할 수 있다. 나아가 근본적인 민주주의 수호방안은 정치권력과 자본권력의 독점으로 오작동 되고 있는 대의민주주의의 정상화라고 할 수 있다.

따라서 전투적 민주주의를 초국가적 전투적 민주주의로 확장해 그 수단마저 확장해버리거나 창설하는 방안도 조심스럽게 접근해야 할 필요가 있다. 무엇보다 근본적으로 전투적 민주주의는 독재자에 의해 반대파를 탄압하는 수단으로 악용될 수 있는 위험성을 안고 있기 때문에 최후의 비상수단을 확장하는 것은 자칫하면 민주주의의 자기 파괴로 이어질 위험성을 키울 수 있다는 점을 간과해서는 안될 것이다.

관련해서 2000년대 초 유럽평의회 의회가 극단주의 단체로부터 민주주의 수호를 위해 각국이 적절한 행정적 조치 마련을 요청했던 것을 살펴보면 이해의 도움이 될 수 있을 것이다.⁸⁶⁾

이상 전투적 민주주의의 새로운 이론과 새로운 민주주의 위협 요인에 대한 대응 수단으로 전투적 민주주의의 적용 가능성을 살펴보았다.

V. 결론

이 논문은 한국 헌법학계에서 자연스럽게 관성적으로 받아들여 온 방어적 민주주의에 관한 오해를 교정하고자 하는 의도에서 작성되었다. 한국 헌법 제8조 제4항에 정당해산제도가 규정돼 있다는 이유로 마치 독일식의 정당해산제도를 그대로 계수했고, 그 정당해산제도의 사상적 기초인 방어적 민주주의도 함께 수용했다는 오해를 교정하기 위함이었다.

독일은 독일만의 헌정사적 이유로 칼 뢰벤슈타인에 의해 주창된 ‘전투적 민주주의’와는 다른 -다만 전투적 민주주의에서 기본 아이디어를 얻었겠지만 - 독일만의 독특한 헌법적 결단인 ‘방어적 민주주의’로 1949년에 제정된 서독 기본법을 제정하였다. 맥락이 다른 한국 헌법은 ‘전투적 민

⁸⁶⁾ COUNCIL OF EUROPE Parliamentary Assembly Resolution 1344(2003), “Threat posed to democracy by extremist parties and movements in Europe”, 7-9항목.

주주의'나 '방어적 민주주의'로 결단하지 않았다.

그러나 대개의 입헌민주주의 국가는 민주제를 채택하고 있고, 이를 구현하기 위한 수단들을 헌법에 규정하고 있다. 따라서 민주주의 안에서 민주주의의 수단들을 이용해 합법적으로 정권을 잡은 세력이 민주주의를 폐제하는 데까지 나아간다면, 이로부터 민주주의 체제를 유지·수호하기 위한 헌법적 수단들이 마련돼 있어야 할 것이고 적시에 유효적절하게 작동되어야 할 것이다.

이런 점을 고려할 때 민주주의의 위협으로부터 민주주의를 보호하기 위한 헌법적 수단들, 헌법의 자기보장 또는 수호 수단으로부터 일응 전투적 민주주의의 성격을 일부 도출할 수는 있을 것이다.

<참고문헌>

- Friedrich Karl Fromme, 법무부 역, “Bonn 기본법상 전투적 민주주의, 헌법수호와 법치주의”, 법무자료 제88호, 법무부, 1987. 12.
- 갈봉근, “유신헌법의 당위성과 필연성”, 헌법연구 제3권, 한국헌법학회, 1975, 3-12쪽.
- 계희열, 헌법학(상) 신정판, 박영사, 2004.
- 국순옥, 민주주의 헌법론, 아카넷, 2015.
- 권형준, “헌법-헌법보장제도”, 고시연구 29권 제11호, 2002. 11, 14-25쪽.
- 김민배, “지배이데올로기로서의 ‘전투적 민주주의’의 논리와 그 비판”, 민주법학 제4권, 민주주의법학연구회, 1990, 8-51쪽
- 김선택, “‘사건 2010헌바70, 132, 170(병합) 구 헌법 제53조 등 위헌소원’에 관한 참고인 의견서”, 헌법재판소, 2011. 9. 30.
- 김종철, “민주공화국과 정당해산제도: 통합진보당 해산심판청구를 소재로”, 공법학연구 제15권 제1호, 한국비교공법학회, 2014. 2, 35-66쪽
- 김종현, “방어적 민주주의에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, 서울대학교 대학원, 2017. 8.
- 김현정, “정당해산제도의 정당보호기능에 관한 연구”, 고려대학교 법학박사 학위논문, 고려대학교 대학원, 2022. 2.
- , “국회의원 국민소환제와 민주주의 실질화”, 저스티스 통권 167호, 한국법학원, 2018. 8, 5-52쪽.
- 박병섭, “정당해산제도에 대한 헌법적 고찰: 독일기본법을 중심으로”, 민주법학 제9권, 민주주의법학연구회, 1995, 249-287쪽.
- 방상근/김남국, “민주주의의 위기와 공공성의 정치: 한국정치사상의 전통”, 평화연구 제23권 제1호, 고려대학교 평화와 민주주의 연구소, 2015. 4, 97-154쪽
- 방승주, 헌법강의 1, 박영사, 2021.
- 배종대, “정치형법의 이론”, 법학논집 제26권, 고려대학교 법학연구원, 1991. 9, 197-272쪽
- 백영민, “커뮤니케이션 관점으로 본 포퓰리즘의 등장과 대의민주주의의 위기”, 커뮤니케이션 이론 제12권 제4호, 한국언론학회, 2016. 12, 5-57쪽.
- 서주실, “개정헌법과 권리조항: 그 해설과 비판 시고”, 법학연구 제5권 제1호, 부산대학교 법과대학, 1960. 10., 64-113쪽.
- 송석윤, “독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식”, 서울대학교 법학 제41권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 115-146쪽
- , “정당해산제도의 딜레마 - 독일 연방헌법재판소의 독일민족민주당 사건을 중심으로-”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 2010, 59-90쪽
- 신진옥, “헌법국가에 착근된 민주주의 - 독일 기본법의 형성과 체계를 중심으로-”, 한독 사회과학논총, 한독사회과학회, 2016, 82-113쪽.
- 얀 베르너 뮐러(Jan-Werner Müller)지음, 노시내 역, “누가 포퓰리스트 인가 -그가

- 말하는 ‘국민’ 안에 내가 들어갈까-”, 마티, 2017.05.
- 이덕연, “판단의 정오(正誤)가 아니라 수사(rhetoric)로 본 통진당 해산결정”, 헌법판례연구 제16권, 한국헌법판례연구학회, 2015.06, 67-115쪽.
- 이석제, “각하, 우리 혁명합시다”, 서적포, 1995.05.15.
- 이성환 외, “위헌정당해산 심판 제도에 관한 연구”, 헌법재판연구 제15권, 헌법재판소, 2004.
- 이종수, “우리 헌법상 ‘방어적 민주주의’ 수용 부인론”, 법과사회 제48권, 법과사회이론학회, 2015, 217-248쪽.
- 이한태, “위헌정당해산제도에 관한 소고 -통합진보당 사건을 중심으로-”, 충남대학교 법학연구 제25권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2014, 117-145쪽.
- 장영수, “[특별기고] 방어적 민주주의”, 고시연구 제19권 제9호, 고시연구사, 1992, 76-92쪽.
- _____, “방어적 민주주의”, 고려대학교 법학 석사학위 논문, 고려대학교 대학원, 1983, 139-206쪽.
- 정만희, “정당해산심판의 헌법적 쟁점 -정당해산심판의 요건과 효과를 심으로-”, 공법연구 제42집 제3호, 한국공법학회, 2014. 2, 105-140쪽.
- 차진아, “독일의 정당해산심판 요건과 판단기준에 관한 연구”, 고려법학 72호, 고려대학교 법학연구원, 2014. 3, 91-140쪽.
- 최희수, “위헌정당해산제도에 관한 연구”, 심천 계획열 박사 화갑기념 논문집, 심천 계획열 박사 화갑기념 논문집 발행위원회, 1995.
- 태가트, 폴(Taggart, Paul), 백영민 옮김, Populism 기원과 사례, 그리고 대의민주주의와의 관계, 한울아카데미, 2017.
- 한상익/김진영, “통합진보당 해산에 대한 이론적 접근 - 전투적 민주주의 이론을 중심으로-”, 동북아연구 제30권 제2호, 조선대학교 동북아연구소, 2015, 63-92쪽.
- 한상희, “위헌정당해산심판 제도, 그 의미와 문제점”, 민주법학 제54호, 민주주의법학연구회, 2014, 369-430쪽.
- 한수웅, 헌법학, 제7판, 법문사, 2017.
- 한태연, “한국헌법의 30년: 전후 폐허에서 근대국가로”, 헌법연구 4호, 한국헌법학회, 1979, 1-53쪽.
- 허영, 헌법이론과 헌법(上), 박영사, 1980.
- _____, 한국헌법론, 진정9판, 박영사, 2013.
- Engelmann, Sbrina, “Barking Up the Wrong Tree: Why Counterterrorism Cannot Be a Defense of Democracy”, *Democracy and Security* Vol.8, No.2, 2012. 5. 21., 164-174쪽.
- Arditi, Benjamin, “Populism, or politics at the edge of Democracy”, *Contemporary Politics* Vol 9, No 1, 2003. 3.
- Harvey, Paul, “Militant democracy and the European Convention on Human Rights”, *European Law Review* Vol.29, No.3, 2004.

- Kirshner, Alexander S., *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism*, Yale University Press, 2014.01.07.
- Leibholz, Gerhard, “Freiheitlich demokratische Grundordnung und das Bonner Grundgesetz”, *Freiheitlich demokratische Grundordnung I - Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik-*, Herausgegeben von Erhard Denninger, Erster teil Frankfurt a. M, 1977.
- Loewenstein, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights II”, *The American Political Science Review*, Vol.31 No.4, 1937. 8., 638-658쪽.
- _____, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, *The American Political Science Review*, Vol.31, No.3, 1937. 6., 417-432쪽
- Sajó, András, “Militant Democracy and Emotional Politics”, *Constellations* Vol.19, No.4, 2012. 12.
- Tyulkina, Svetlana, “Militant Democracy”, J.S.D Dissertation, Central European University Department of Legal Studies, 2011.
- Wagrandl, Ulrich, “Transnational militant democracy”, *Global Constitutionalism* Vol.7 No.2, Cambridge University Press, 2018, 143-172쪽.

<Abstract>

A Study of Militant Democracy in the South Korean Constitution

KIM, Hyeon-Jeong

Associate Research Engineer, Legal Research Institute of
Korea University

Constitutional democracies in the modern worlds usually have similar constitutions. They guarantee the basic rights of individuals and regulate the essential and basic institutions for establishing and maintaining democratic institutions.

Therefore, it is not uncommon for constitutions to provide for the protection of the constitution and the means of democracy that they are intended to implement in a similar way. Therefore, it should not be assumed that the constitutions of democratic states are identical in purpose and historical context, even if they provide for the same system and the system is inspired by the constitution of a specific country.

To interpret a constitution properly and with relative accuracy, one must diligently track down the intent of the legislator. This is a very tedious task, but if we abandon or turn away from it, we are renouncing the existential duty of a jurist.

It is a misconception that the party dissolution system in the Korean Constitution is the result of the acceptance of defensive democracy, a fundamental decision of the German Basic Law. It is also a misconception that the dissolution of political parties is a typical means of defensive democracy. These misconceptions stem from the neglect of trying to track legislators' intentions.

Therefore, this paper focuses on identifying how militant democracy, which is the ideological basis of the party dissolution system, differs from the defensive democracy of the German Basic

Law. It also examines whether militant democracy can be used to protect democracy from new threats to democracy, such as the rise of populism, hate speech that intensifies discrimination and exclusion, and the emergence of a neo-Cold War order.

In conclusion, the system of party dissolution in the Korean Constitution is not related to the acceptance of defensive or militant democracy in the German Basic Law. However, when we understand militant democracy as a way to defend the constitutional order, we have examined how the parts of the Korean Constitution that can function as a means of militant democracy.

Key phrases: democracy, militant democracy, defensive democracy, Karl Loewenstein, party dissolution system