편집자 주

2016년도 사법시험을 비롯한 5급 공채, 법원행정고시, 입법고등고시, 법무사시험 등 제2차시험을 준비하는 수험생들을 위하여 과거 월간 고시계 잡지에 게재되었던 중요 사례문제만을 엄선하여 지난 5월호에 이어 게재한다. 단 변형하여 문제와 문제해설을 게재하기 때문에 학교와 출제교수님은 배제하였다. 제2차시험을 준비하는 수험생들에게 一讀을 권한다.

위헌정당해산의 요건과 효과

00대학교 법학전문대학원 교수 · 변호사 000

〈설 문〉

1996.10. 남북한의 교류와 협력이 확대되는 가운데 새로 창당된 국가민족주의당은 급진우익 정당을 자처하면서 기존 정당들과는 색다른 주장을 펼쳤다. 예컨대 동 정당은 민족정기의 수호와 자주적 민족통일을 내세우는 한편, 이를 위한 모든 외세의 배척을 주장함으로써 세인의 주목을 받았다. 비록 1996년의 총선에서는 14명의 의원밖에 탄생시키지 못하였으나 그 지지율은 유효득표수의 11%에 달함으로써 무시 못할 정치세력으로 인정되었고, 이에 힘입어 동 정당은 '한국에 진출하여 우리의 피땀을 착취하는 모든 외국기업과 외국인은 추방되어야 하며, 이를 위하여는 폭력적 수단의 사용도 정당화된다.'는 보다 과격한 주장을 내세우게 되었다.

이에 따라 한편에서는 우려의 목소리가 높아지게 되었지만, 국민의 일부 계층에서는 열렬한 지지를 보내게 되자 대한민국정부는 국가민족주의당이 자유민주적 기본질서를 위협한다는 이유로 헌법재판소에 위헌심사를 제청하였다.

⑴ 국가민족주의당은 위헌인가?

⑵ 만일 위헌으로 인정될 경우 그 요건과 효과는?

Ⅰ. 논점의 정리

본 설문에서는 급진우익을 표방하며 외세배척을 주장하는 국가민족주의당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되어 위헌정당해산조항인 헌법 제8조에 의해 국가민족주의당이 해산될 것인가 하는 점과 만약 해산된다면 그 효과는 어떠한가, 특히 소속 국회의원의 자격이 상실되는가 하는 점이 문제된다.

⑴ 먼저 위헌정당해산조항인 헌법 제8조의 성격에 관해서 살펴본 후 위헌정당해산의 요건과 절차 및 효과에 관해서 설문을 중심으로 살펴보기로 하겠다.

⑵ 그리고 위헌정당해산제도의 실효성에 관해 문제를 검토해 보기로 하겠다.

Ⅱ. 위헌정당해산조항의 성격

1. 현대의 대중민주주의와 정당

정당은 현대 대중민주주의를 실현하기 위한 필수불가결한 요소로 인정된다. 정당의 존재와 기능을 통해서 비로소 국민 대중의 정치적 의사를 결집시켜 전체의 국가의 의사로 정리하고 그 기초 위에서 민주적 국가질서를 형성하는 것이 가능한 것이다. 정당에 대한 헌법의 태도는 한편으로는 정당의 민주적 역할과 기능을 최대한 보장하려고 하면서, 다른 한편으로는 정당의 잘못된 발전에 의하여 민주주의가 침해 및 파괴되는 일이 없도록 예방책을 강구하고 있다.

2. 정당특권으로서의 위헌정당해산절차

헌법 제8조의 위헌정당해산은 문언상 정당에 대한 규제임에도 불구하고, 일반결사와는 달리 정당의 목적과 활동이 자유민주적 기본질서에 위배될 때에만 해산된다는 엄격한 요건과 헌법재판소의 결정에 의해서만 해산된다는 절차상의 특수성으로 인하여 오히려 정당의 존립에 대한 특권으로까지 보인다. 즉, 정당의 강제해산을 규정한 이 조항은 정당존립의 특권을 보장한 것인 동시에 정당활동의 한계를 설정한 것으로서 법률에 의한 구체화를 필요로 하지 아니하고 헌법에 의해 직접 효력이 발생하는 직접효력규정인 것이다.

Ⅲ. 위헌정당해산의 요건

1. 정당의 목적과 활동

⑴ 해산의 대상이 되는 정당은 등록을 마친 기성정당으로 보는 것이 다수설이지만, 등록되지 않은 정당의 정치적 활동을 인정하는 입장에서 볼 때는 비등록 정당을 포함하는 것으로 넓게 이해될 필요가 있다. 정당의 방계조직이나 위장조직 등은 이 조항에서 말하는 정당에 해당하지 않고, 헌법 제21조가 적용되는 일반결사의 범주에 속한다.

⑵ 정당의 목적을 인식할 수 있는 자료로는 정당의 강령 또는 기본정책과 당헌, 당수와 당간부의 연설이나 당기관지 등이다. 정당의 활동에는 당수와 당간부의 활동은 물론 당명에 의한 평당원의 활동도 포함된다. 정당의 목적과 활동의 비민주적 성향이 명시적으로 나타나야지 잠재적 성향만으로는 부족하다.

2. 민주적 기본질서

⑴ 민주적 기본질서의 의미

1) 견해의 대립

헌법 제8조 제4항의 '민주적 기본질서의 의미에 관해서는 ① 자유민주적 기본질서만을 의미한다고 하는 견해와 ② 사회민주적 기본질서까지 포함한다고 보는 견해가 대립한다. 후자의 견해는 헌법의 가장 중요한 이념인 사회적 복지국가원리에 어긋나는 정당(예컨대 부익부 빈익빈 정책을 추구하거나 경제적 평등실현을 위한 경제의 규제 및 조정까지를 반대하는 정당)의 존립까지 보장할 수 없음을 그 이유로 한다.

2) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 "국가는 헌법이 수호하려는 최고의 가치인 자유민주적 기본질서(헌법 전문, 제4조, 제8조 제4항)를 전복하려는 언동 등에 대해서는 단호히 대처할 수밖에 없지만"이라고 판시하였다(헌재 1990.4.2, 89헌가113).

3) 검토

민주적 기본질서의 헌법적 의의는 민주주의의 일정한 내용을 침해해서는 안 될 핵심으로 인정하고 이에 대한 절대적 보호를 부여하는 데에 있다. 이렇게 볼 때 민주주의 핵심으로서의 민주적 기본질서는 되도록 좁게 해석되어야 할 것이다. 헌법 전문에서 대한민국의 국가적 이념이 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하는 것임을 강조하고 있는 것에서 알 수 있듯이 '자유민주적 기본질서'야말로 민주주의 중핵인 동시에 최후의 보루인 것이다. 따라서 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서의 의미는 자유민주적 기본질서만을 의미한다고 보는 전자의 견해가 타당하다고 생각된다(통설).

⑵ 자유민주적 기본질서의 개념과 내용

논란이 있지만, 헌법재판소는 국가보안법 제7조에 대한 한정합헌결정에서 자유민주적 기본질서를 '모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유 및 평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서'라고 규정하고, 자유민주적 기본질서의 내용이 되는 기본원칙으로 '기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서, 사법권의 독립' 등을 열거하고 있다(헌재 1990.4.2, 89헌가113).

3. 설문의 검토

본 설문에 있어서는 국가민족주의당의 주장이 자유민주적 기본질서와 양립할 수 없는 내용인지, 그리고 자유민주적 기본질서를 파괴하고 제거하려는 적극적 시도가 있는 것으로 볼 수 있는지에 대한 검토가 있어야 한다. 동 정당이 '외국인과 외국기업의 추방'을 주장하는 것은 그 자체가 헌법에 합치되는 정당한 주장으로 볼 수는 없으나, 합리적 절차에 따르는 정치적 주장이라면 자유민주적 기본질서에 대한 직접적 공격으로 보기는 어렵다. 그러나 동 정당이 '폭력적 수단의 사용'을 주장하는 것은 설문만으로는 충분치 않으나 폭력을 일반적으로 정당화시키는 주장이라면 자유민주적 기본질서의 핵심내용인 법치주의에 반하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 이렇게 볼 때, 국가민족주의당의 목적과 활동은 자유민주적 기본질서에 반하는 것이 되어 동 정당은 위헌정당이 된다.

Ⅳ. 위헌정당해산의 절차

1. 정당해산의 제소

위헌정당해산의 제소권은 정부에게 있다(헌법 제8조 제4항, 헌법재판소법 제55조). 어떤 정당의 위헌성이 인정될 경우 정부는 반드시 제소를 해야 하는 지에 대해서는 학설의 대립이 있다. 헌법 제8조 제4항은 '제소를 할 수 있다'고 규정하고 있고, 정당에 대한 해산결정보다 위헌적 정당을 상대로 한 민주적 공개경쟁을 통해서 정당의 사회적 기반을 붕괴시키는 것이 민주주의 보호에 더 효과적이라고 판단되는 경우에는 해산의 제소를 보류할 수 있어야 한다는 재량설도 설득력이 없는 것은 아니나, 정부는 국가의 존립과 헌법질서의 유지에 제1차적 책임이 있으므로 어떤 정당이 해산의 요건을 갖춘 경우에는 반드시 제소하여야 한다고 본다.

2. 정당해산의 결정

정당해산의 결정은 헌법재판소에서 9인의 재판관 중 6인 이상의 찬성으로 행해진다(헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호). 위헌정당의 해산결정은 창설적 효력을 가지며, 위헌정당이 아니라는 결정에 대해서는 다시 제소할 수 없다(일사부재리의 원칙).

3. 정당등록의 말소

헌법재판소의 해산결정이 있으면 그 결정은 피청구인인 정당과 국회, 정부, 중앙선거관리위원회에 송달된다(헌법재판소법 제58조 제2항). 통지를 받은 선거관리위원회는 해산결정을 받은 정당의 등록을 말소하고 그 뜻을 지체없이 공고하여야 한다(정당법 제40조).

Ⅴ. 위헌정당해산의 효과

1. 대체정당의 금지

헌법재판소의 결정으로 정당이 해산된 경우에는 그 정당의 대표자 및 간부는 해산된 정당의 강령 또는 기본정책과 동일하거나 유사한 것으로 정당을 창당하지 못한다(정당법 제42조).

2. 정당재산의 귀속

헌법재판소의 결정에 의해 해산된 정당의 잔여재산은 국고에 귀속한다(정당법 제41조 제3항).

3. 소속의원의 자격상실 여부

⑴ 문제점

독일연방선거법은 위헌정당해산시 소속의원의 자격상실을 명문으로 규정하고 있으나, 우리나라에서는 이에 대한 헌법이나 법률의 규정이 결여되어 있기 때문에 학설이 대립되고 있다(단, 정당국가적 성격이 강했던 제3공화국 헌법에서는 명문으로 자격상실을 규정하고 있었음).

⑵ 학설의 대립

1) 제1설

국회의원의 국민대표성을 중시하고 현행법상 무소속입후보의 허용을 들어 소속정당이 해산되더라고 국회의원직은 상실하지 않으나 국회에서의 징계나 자격심사에 의해 그 신분을 상실할 수도 있다고 보면서 다만 전국구의원의 경우 법률로 의원직 상실을 규정할 수는 있다고 보는 견해가 있다.

2) 제2설

원칙적으로는 제1설과 같은 입장에 있으면서도 전국구의원의 경우 정당대표성이 강하다는 점에서 전국구의원만이 의원직을 상실한다는 견해도 있다.

3) 제3설

반면 정당제 민주주의원리와 방어적 민주주의 정신을 중시하고 위헌정당해산결정의 실효성 확보를 위해 국회의원신분을 상실한다고 보는 견해가 있는데, 현재 다수의 견해를 이루고 있다.

⑶ 검토

생각건대 이 문제는 우리 헌법상의 자유주의적 대의제 민주주의에 기초한 국회의원의 국민대표성 및 자유위임의 요청과 정당국가적 민주주의의 현실에 기초한 국회의원의 정당대표성 및 강제위임의 인정 간에 어느 쪽에 더 비중을 둘 것이냐 하는 문제와 연관된다.

헌법상 대의제 민주주의에 있어서의 국회의원의 국민대표성이 사실상 정당국가적 현실에 의해 변질되고 의원의 정당에의 예속이 일반적 경향이며 정당의 목적이나 활동에 대해 국회의원이 관여하고 있다 하더라도 그것이 헌법규범상의 대의제 민주주의를 실현하는 모습에 그쳐야 하며, 대의제 민주주의의 원리와 충돌되고 그 틀을 뛰어 넘는 것이어서는 안 된다고 할 것이다. 그런 점에서 국회의원의 활동에 관해서는 자유위임의 원리가 정당규정보다 우선적으로 적용된다고 보아야 할 것이고 따라서 위헌정당해산결정의 효력이 헌법의 특별한 규정도 없이 독자적 정당성을 가지고 자유위임관계에 있는 의원신분의 상실을 가져온다고 보기는 곤란하다고 보여진다. 다만 의원의 활동이 문제되는 경우 형법이나 국회법에 의한 제재는 당연히 인정될 수 있다 할 것이다.

Ⅵ. 설문의 해결

⑴ 이상의 검토를 통해서 알 수 있듯이 국가민족주의당의 목적과 활동은 자유민주적 기본질서에 위배되어 동 정당은 위헌정당이 된다.

⑵ 헌법재판소의 결정에 의해 해산되면 대체정당의 창설이 금지되고 잔여재산은 국고에 귀속되나 동 정당 소속 국회의원들의 신분은 상실되지 않는다.
위헌정당해산제도가 자주 사용된다는 것은 결코 바람직한 일이 아니다. 그러나 위헌정당해산제도는 나치의 역사적 경험에 기초하여 민주주의의 자기보호를 위해 헌법적으로 인정된 제도이며, 이러한 제도의 존재는 그 자체로서 민주주의의 자기이해와 관련하여 큰 의미를 갖고 있다. 또한 비록 일상적으로 사용될 수 있는 것은 아니지만 유사시를 위하여 헌법이 이 같은 강력한 자기보호수단을 확보하고 있다는 것은 민주주의의 정상적인 발전을 위하여 의미가 있다.