

## 헌법질서로서 민주주의와 법치국가 원리

권 영 호\*

### 目 次

- I. 머리말
- II. 헌법에서의 민주주의원리와 법치국가원리
  - 1. 민주주의원리
  - 2. 법치국가원리
- III. 헌법재판소의 역할
- IV. 독일연방헌법재판소의 판례를 통한 민주주의 원리과 법치국가원리의 형성사례
- V. 결 론

### I. 머리말

우리 나라의 헌법질서는 민주주의원리와 법치국가원리간의 상호교차효과로서 구성되어 있다. 이는 모든 국가기관의 조직과 권한의 행사가 민주주의원리와 법치국가원리에 의하여 행해져야 함을 의미한다. 따라서 사법권을 포함한 국가권력의 행사에는 민주적 정당성을 필요로 한다. 법치국가 원리의 측면에서 보면 이는 민주적인 입법자 즉 국회의 입법권도 헌법재판소의 판례를 통한 통제하에 놓여 있다는 것을 의미한다. 이는 우리 헌법에서는 제 111조의 위헌법률심사제도로 나타나며, 국민대표기관인 국회의 입법활동에 대한 사법적 심사를 의미하는 법치주의를 구현하는 중요한 제도로서 민주주의원리의 중요한 예외로 작용한다.<sup>1)</sup>

\* 제주대학교 법정대학 법학과 부교수

1) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1997, 270면 참조.

이 제도는 바이마르 공화국의 실패에 따른 경험의 결과로서 나타난 것이다. 따라서 1949년 독일연방공화국의 기본법의 제정에는 바이마르 헌법에서 같은 다당제 민주체에 의한 오류<sup>2)</sup>를 범하지 말아야 했었고, 안정적이고 유용한 헌법을 만들어야 했다. 그와 동시에 이 헌법은 미래에 커질 수 있는 도전들과 필요한 유연성을 제시하여야 하였다. 위와 같은 배경에서 제 2차 세계대전 이후의 각국의 헌법에서는 위헌법률심사제 또는 국민표결제와 같은 대의민주체에 대한 예외를 인정하게 되었다. 우리 나라에서도 1987년 헌법개정에 의하여 입법권에 대한 위헌법률심사제와 헌법소원제 등 헌법소송제도가 제정되면서 법치국가 원리가 실질적으로 정착되게 되었다.

따라서 이 논문에서는 우리 헌법질서에서의 민주주의원리와 법치국가원리를 살펴보고, 헌법소송제도에 의한 법치국가원리의 형성사례로서 독일연방헌법재판소의 판례를 통한 정립과정을 논술하였다.

## II. 헌법에서의 민주주의원리와 법치국가원리

### 1. 민주주의원리

민주주의원리는 헌법질서의 근본적인 토대로써 우리 헌법 제 1조 1항에 규정되었고, 제 4조 평화적 통일정책의 기본으로서 작용하게 된다. 이와 더불어 제 1조 2항은 민주주의원리가 국민주권의 사상을 포함한다는 점을 분명히 했다. 따라서 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 그러나 이것이 결코 우리 헌법을 이해함에 있어서 국민이 모든 문제에 대해 결정하는 것을 의미하지는 않는다.<sup>3)</sup> 동시에 헌법 제 41조와 67조에서는 선거, 제 72조와 제 130조에서는 국민투표를 언급하고 있다. 국민투표는 국민이 선출한 대표자에 의한 국가권력의 행사를 의미하는 간접민주제 즉 대의민주체에 대한 중대한 예외를 의미한다.

독일에서는 1949년의 기본법제정 이후 사회환경이 변화함에 따라 민주주의 원칙의 여러 가지 강화장치가 기본법의 개정을 통하여 이루어 졌고, 특히 프레비시트적인 요소가 매우 강력하게 요구되었다. 최근에는 이러한 요구가 독일 통일의 범위 안에서 헌법개정과 관련하여 더욱 커지게 되었다. 그러나 구 서독의 전통적이고 잘 알려진 주장인 '순수한 대의 민주주의가 대중을 선동적으로 잘못 인도하는 위협으로부터 보호한다는 견해'에 반하여 동독의 멸망은 국민 스스로 그들의 대표자에게 위임할 필요없이 그들의 운명을 결정할 수 있는 능력이 있음을 보여줬다. 또한 독일 사회의 여러 부분에서 제기되고 있는 정치적 문제

2) 권영성. 비교헌법학. 법문사. 1981. 178면.

3) 허영. 헌법이론과 헌법. 204면.

점들이 선거민들의 적극적인 참여로 해결될 수도 있다. 따라서 독일 기본법 개정의 지지자들은 그들의 의사를 관철할 수 없었다. 독일에서 순수한 의미의 대의민주제 즉 정당민주제는 지속된다.<sup>4)</sup>

대의 민주제 아래에서는 국가권력의 주체와 행사는 구별되어야만 한다. 헌법제정권력의 주체인 국민으로부터 국가권력은 생성되나, 국가권력의 행사는 각종 선거와 국민투표와 같이 국민이 직접 주어진 권능을 행사하는 경우를 제외하고는 입법권, 집행권과 사법권을 수행하는 국가기관들에 의해 대의체적으로 행사된다. 이와 더불어 대의민주제의 중심적인 지위는 국민에 의해 직접 선출된 의회에 놓여 있다. 자유 위임된 국회의원들은 국민의 대리자로서 임기동안만 국가기관과 국민간의 중재자 역할을 수행하고 있으며, 이에 대한 국민의 찬성과 반대여사는 늦어도 다음 국회의원선거에서 나타날 수 있다.

국가 기관에 의한 국가권력의 행사는 선거민 다수와 선출된 대표자들에 의하여 합법적으로 인정된다. 환언하면 국가기관에 의한 헌법합치적인 통치권의 행사는 헌법에 의하여 민주적 정당성이 인정된다. 이는 기관내부의 행위를 포함한 모든 국가기관의 행위가 그 자체의 결정적인 성격과 더불어 기관임무의 인지 여부를 위한 전제조건으로써 유일하게 정당화된 주권자인 국민에게 환원되어야 함을 의미한다.<sup>5)</sup> 이와 더불어 국민 역시 국가권력의 행사에 있어 헌법적인 권능과 기본법적인 가치질서와 연계되어 있다. 헌법제정권력과 헌법개정권력의 한계에 관한 이론들은 헌법질서와 국민의 헌법적 권능에 관한 논의이다.<sup>6)</sup> 따라서 우리 헌법 아래에서 민주주의는 그 성질상 다수지배의 원리이다.

## 2. 법치국가원리

우리 헌법에 있어서 법치국가 원리는 민주주의 원리와 부분적으로 교차관계로 나타난다. 법치국가 원리에 따르면 국가권력의 행사에 있어 입법권은 헌법 질서에 귀속되며, 집행권과 사법권은 헌법질서와 더불어 법과 법률에 귀속된다. 법치국가 원리는 법 우위의 원칙과 법률유보의 원칙에 도달하게 되며, 법치국가 원리는 명확성의 원칙과 더불어 독립된 법원에 의한 효과적인 권리보호의 필요성에 따른 사법권 독립의 원칙, 비례성의 원칙, 신뢰보호 및 법안정성의 원칙을 포함한다. 민주주의 원리가 모든 공권력의 주체가 권한을 행사함에 있어 주권자인 국민에 의한 정당성을 요구함과 같이, 법치국가 원리는 국가에서의 본질적이고 중요한 정책결정들이 법률로써 규정되어야 할 것을 요구한다.<sup>7)</sup>

4) Vogel, Hans-Jochen. Handbuch des Verfassungsrecht. 2. Auflage 1994. Schlussworte Rdnr. 16.

5) BVerfGE 93. 37. 68.

6) 권영성. 헌법학원론, 법문사, 1998. 45-60면 참조.

7) 김철수. 헌법학개론, 박영사, 1998. 942. 134면 이하 참조.

헌법에서의 법치국가 원리는 국가기관이 권한을 행사함에 있어서 합법성이란 관점 즉 법률적인 의무를 충족시켜야 할 뿐만 아니라 법규 그 자체가 분명하고 실질적이어야 한다는 요청들을 충족시켜야만 한다. 행정행위에 있어서의 합법성, 법원의 독립 그리고 19세기적인 시민적·자유주의적 법치국가의 권력분립에 중점을 둔 형식적 법치국가는 주권자의 절대권력의 한계를 설정하는 즉 국가권력을 제한하려는 제도적 장치로서의 성격이 보다 강하였다. 형식적 법치주의 제도는 시민적 자유와 평등에 대한 국민의 기본적인 동의가 제외됨과 동시에 전체주의적인 목적을 위하여 자주 남용되었다.<sup>8)</sup> 이러한 법치국가는 실질적으로 부당하고 불법적인 내용일지라도 법률로서의 형식적 요건만 갖춰지면 수용하는 단순한 법률국가(Gesetzesstaat)로 발전하는 경향을 띠게 되었다.

국민의 기본권에 대한 불충분한 보호, 전체주의 국가로서의 형식적 법치국가에 대한 반발로서 현대 민주적 헌법들은 실질적인 법치국가를 지향하게 되었다. 실질적 법치국가의 합헌적이고 조직적인 안전장치는 국민의 국가에 대한 관계에서 시민의 실질적인 법률적 지위의 보장과 국가적 행위의 법치주의의 실질적인 요청들의 충족과 밀접한 관련이 있고, 법치주의의 형식과 내용은 분리할 수 없는 통합을 이룬다. 이는 우리 헌법 제 10조에서부터 제 37조 까지의 내용을 이루고, 국민의 실제적인 기본지위는 소위 사법적 기본권인 헌법 제 12조와 제101조에서 113조까지의 법원과 헌법재판소에 관한 장에서 보충한다. 또한 이러한 기본권들은 입법자를 직접 귀속한다. 헌법에서의 법치국가 원리는 자유주의 헌법에서부터 확립되었고, 이러한 원칙은 우선 강력한 헌법재판제도에 의해서 결정적으로 보장된다.

헌법의 실제적인 내용은 정해진 임기동안 활동하는 입법자의 손길에 반하여 헌법개정절차의 보다 강화된 기본권 보장의 요건들을 통하여 지켜질 수 있다. 이러한 보다 강화된 헌법개정절차는 기본권의 실질적 의미를 헌법개정적인 입법자로부터 보장한다. 또한 헌법에 어긋나는, 그러나 헌법조문의 문구는 개정하지 않는 법률에 의한 헌법파괴는 우리 헌법 제 37조의 규정에 의하여 충분한 다수관계에도 불구하고 불가능하다. 다수의 결정을 통한 국가질서 개정의 본질적인 기본원칙은 제37조의 본질적 내용의 침해금지 조항과 헌법이론을 통하여 봉쇄되었으며, 기본법의 가치질서는 이러한 방식으로 국가의 무너지지 않는 기반이 되어야만 한다. 헌법의 기본원리들은 헌법에 규정된 헌법개정의 방법들과 강화된 의회 다수에 의해서도 제거할 수 없어야 한다. 따라서 다수에 의하여 결정된 민주적인 의사결정도 우리 헌법의 기본질서와 배치되는 한 우리 헌법의 또 다른 기본원리인 법치국가 원리에 저촉되어 인정될 수가 없다.<sup>9)</sup>

8) 허영, 헌법이론과 헌법, 264면.

9) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1998, 62-64면 참조.

### Ⅲ. 헌법재판소의 역할

헌법의 수호자로서 그리고 헌법의 실질적 가치를 지키는 감시자로서 헌법재판소는 존재한다. 우리 나라 헌법재판소의 관할권은 헌법에 열거적으로 제시되어 있다. 헌법 제 111조에 의하면 헌법재판소는 구체적 규범통제, 권한쟁의 그리고 헌법소원과 같이 헌법에서 주어진 국가기관들의 권리와 의무에 관한 분쟁을 관장한다. 뿐만 아니라 헌법재판소는 위헌 정당해산과 탄핵심판과 같은 민감한 정치적 문제에 대하여 심판하며, 소송절차에 관하여는 헌법재판소법에서 규정하고 있다.

헌법재판소는 자신의 지위에 관하여 헌법재판소법에서 스스로 규정하고 있다. 이에 따라 헌법재판소는 한편으로 사법권의 일종인 법원일 뿐만 아니라 동시에 헌법기관이다.<sup>10)</sup> 헌법기관은 국가에서 조직된 국민의 이름으로 존재가 결정되는 중요한 의미를 가지고 있다. 헌법재판소는 그의 판결을 통하여 헌법생활에 대하여 형성적이고 보호적이며 조정적으로 기능하며 또한 다른 헌법기관의 권력에 대하여 제한기능도 수행한다.<sup>11)</sup> 그러나 우리 나라 헌법재판소는 법원의 판결에 대한 견제기능을 헌법재판소법에서 제외함으로써 법원의 판결에 의한 국민의 기본권의 침해에 관하여 심급제도를 통한 구제와 대통령의 사면권외에는 달리 구제제도가 없어 기능상 많은 문제점을 보여주고 있다.<sup>12)</sup>

이와는 달리 독일연방헌법재판소는 활동초기부터 국민의 기본권 발전에 많은 기여를 했다. 독일연방헌법재판소는 이른바 국민투표결정<sup>13)</sup>에서 국가는 국민에 대해 개인적이고 사실적인 생활환경을 폭넓은 질문사항을 통하여 알아볼 수 있는 권한이 있을 수도 있으며, 국민은 정보자기결정권이 있음을 결정하였다. 여기에서 헌법재판소는 기본법 제 2조 1항에서 정보 자기결정권을 이끌어 냈다. 즉 국민들이 누가 무엇을 언제 그리고 무엇 때문에 자기에 대하여 알고 있는지에 대하여 알고 있지 못하다면 인간의 존엄에 대한 침해라고 보는 견해이다.

독일연방헌법재판소는 새로운 사실과 행위의 등장에 따른 헌법조항의 의미변천을 이룬 기본법의 해석에도 주의를 기울였다.<sup>14)</sup> 독일기본법이 일정한 가치질서 위에 구성되어 있고, 이는 변천이 가능하다는 사실에 더 큰 의미를 찾을 수 있다. 사회적인 변화와 더불어 기본법의 구성에 있어 기술적인 변화도 효과를 나타낸다. 예를 들면 이른바 새로운 언론매체의 영역에서의 신속한 기술적인 발전은 헌법에서의 어떤 충격을 찾을 수 있는가 등이 논의될 수 있다. 의사표현, 출판, 그리고 정보의 자유는 민주주의 원칙이란 관점에서 국가

10) 허영, 한국헌법론, 805면.

11) 허영, 한국헌법론, 793, 794면.

12) 성낙인, 헌법재판소고, 현대공법의 연구, 김용운교수 화갑기념 논문집간행위원회, 1997, 313면.

13) BVerfGE 65, 1.43.

14) BVerfGE 2, 380.401 und BVerfGE 3, 407, 422.

권력의 주체로서 국민의 자유로운 정치적 의사형성의 침해할 수 없는 기초를 형성한다.<sup>15)</sup> 기술적인 진보는 새로운 통신기술을 개발하였으며, 방송과 출판의 범주에 이같은 새로운 기술을 포함할 수 있을 것인가 하는 문제점이 제기되었다. 이같은 문제는 비디오는 물론 빠른 속도로 확산되고 있는 인터넷에서 찾을 수 있다. 연방헌법재판소의 결정에 따르면 기본법 제 5조는 방송의 자유의 보장과 새로운 언론매체에 관한 국민의 요청을 제시하고 있다. 이러한 제 5조에의 새로운 언론매체의 추가는 여러 분야에서 실질적인 헌법적인 결과를 가져올 수 있다.

영상자료에 관해서도 연방헌법재판소는 그의 결정을 통해서 바덴 볼텐부르크 주의 언론법상의 방송의 개념을 역동적으로 만들었고, 이 분야에 있어서 기술적인 변화의 내용과 범위를 지속적인 정보제공에 관한 개인적인 관계의 상징으로서 돌이켜 보게 되었다. 이러한 의미에서 인터넷에서의 개인적인 통신도 포함될 것인지 여부에 관해서는 논란이 있다.<sup>16)</sup>

헌법재판소는 권한에 의하여 입법부에서 형식적으로 정당하게 성립된 법률을 헌법위반으로 무효화할 수 있으며, 이는 항상 연방헌법재판소와 입법자간의 갈등을 가져왔었고 또한 가져올 수 있다. 이는 선거에 의해 민주적 정당성을 확보한 입법부의 권한에 대하여 국민의 기본권 보호라는 관점에서 법치국가원리에 의한 제한을 의미한다.<sup>17)</sup> 따라서 헌법재판소는 이러한 민주주의 원칙과 법치주의 원칙의 갈등을 입법자가 형성재량권을 행사하여 해결하는 방안을 고려하였다. 이와 더불어 헌법재판소는 사법권 자체의 원칙을 사용한다. 다시 말하자면 헌법재판소는 입법자가 기본법에 의하여 제한되는 한계를 심사하기는 하나, 정치적인 영역에 관계되는 것은 될 수 있으면 회피한다.<sup>18)</sup>

특히 예측결정에서 독일연방헌법재판소는 증거통제에서 위임성통제를 거쳐 내용적인 통제에 이르는 여러 가지 통제권한을 스스로 부여했다. 그러나 입법자의 권한은 여러 종류의 변형결정의 응용을 통하여 헌법재판소에 의하여 지켜졌다. 독일 연방헌법재판소는 법률의 무효선언 외에 법률의 위헌선언과 헌법불합치, 한정위헌 등 여러 가지 변형결정의 예와 합헌성 법률해석의 원칙을 발전시켰으며, 이로써 권력분립의 원칙에 따른 국가기관간의 견제와 균형의 원칙이 유지될 수 있었다. 뿐만 아니라 헌법상의 민주주의 원칙과 법치국가원리간의 균형을 유지하게 되었다.<sup>19)</sup>

독일연방헌법재판소는 소위 무질서이론의 범위내에서 입법자에게 합헌적인 법률을 제정

15) Tettinger, Peter J., Schutz der Kommunikationsfreiheiten im deutschen Verfassungsrecht, JZ 1990, S. 846, 849.

16) BVerfGE 74, 297, 350 ff.

17) BVerfGE 36, 1, 14.

18) BVerfGE 36, 1, 14.

19) BVerfGE 61, 43, 68.

할 충분한 시간을 주고, 문제가 있는 법률보다 기본법 침해가 큰 과도기적인 상태를 회피하기 위하여 위헌적 법률의 계속적인 효력을 인정하였다. 이러한 상관관계에서는 합헌적 법률해석이 큰 뜻을 가진다. 이와 더불어 연방헌법재판소는 법률의 적용이 헌법의 범위를 벗어나서는 안 된다는 규범통제의 한계를 제시하였다. 따라서 법률은 적어도 헌법합치적인 의미를 가지는 한 헌법재판소에 의하여 무효화되지 않는다. 이러한 독일연방헌법재판소의 해석은 모든 국가기관 즉 행정부와 법원들을 귀속한다. 그러나 원천적으로 입법자가 원했던 해석이 헌법재판소에 의해 부인되고, 이와 더불어 입법자가 원하였던 목적을 달성할 수 없게 되는 가능성을 예측할 수 있다. 따라서 헌법 합치적인 법률해석은 명백한 법률의 규정과 뜻에 그 한계를 찾을 수 있다. 헌법 합치적인 해석이 어떤 법률 규정을 내용적으로 다른 규정으로 변화시킨다면, 이는 사법권의 범위를 일탈한 것으로 입법자의 소관인 법률 제정의 행위로 볼 수 있으며, 권력분립에 기초한 통기기구의 구성원리에 어긋난다는 비판에 직면하게 될 것이다.<sup>20)</sup>

그러므로 헌법재판소는 때때로 소가 제기된 법률에 대하여 판결하는 것에 스스로의 제약을 가한다. 어떤 법률이 헌법위반이라는 결정은 새로운 헌법 합치적인 법률을 제정할 것인지 그리고 과도기에 어떤 법률을 적용할 것인가 하는 것과 같은 구체적이고 세부적인 문제와 깊은 관계가 있다. 독일연방헌법재판소는 이러한 비난을 중지시켰고, 보충적인 입법자로서 행동했다. 최근에 두번째 낙태판결에 대하여 많은 비난이 들끓었다. 헌법재판소는 독일통일 이후 두번째 낙태판결에서 새로이 제정된 낙태에 관한 처벌조항을 헌법위반으로 결정했다. 그와 동시에 연방헌법재판소는 위헌법률심판권의 입법권에 대한 구체적인 우선권을 그 주문에서 인용하였고, 이를 통하여 입법권의 규범 재량범위는 현저히 좁아지게 되었다. 권한보호와 아울러 연방헌법재판소는 위헌결정의 집행에 대하여도 규정하였고, 낙태에 관한 헌법합치적인 새로운 법률이 제정될 때까지 효력을 지속할 광범위한 명령을 규정하였다.<sup>21)</sup>

독일 국방군 외국파견의 가능성에 관한 판결<sup>22)</sup>은 독일연방헌법재판소가 헌법을 개정하였다고 까지 하는 격렬한 비판을 초래하였다. 위의 결정에서 독일연방헌법재판소는 독일 기본법 제 24조에서 예견한 공동방위체제에의 참가가능성을 기초로 하여 독일기본법 제 24조를 북대서양조약기구와 서유럽연합의 범위내에서 가능한 연방군의 외국파병 권한위임조항으로 끌어왔다. 이와 더불어 연방군은 방어전과 기본법에서 예측한 경우에만 투입될 수 있다고 규정된 제 87조 a 항의 기본법 조항은 그 성격을 달리하게 되었다. 기본법 제 115

20) BVerfGE. 2. 380. 406.

21) BVerfGE 88. 203 ff.

22) BVerfGE. 90. 286 ff.

조 a항 범위의 방어상태에 관한 의회의 결정에 대한 유추로부터 연방군의 외국과전은 연방하원의 이전의 동의들의 유보아래 놓여졌다. 이 결정에 대한 비판자들의 시각에 의하면 유추결정의 전제조건으로서의 법률의 흠결은 존재하지 않으며, 헌법재판소는 자신의 결정의 귀속효과로 인하여 기본법을 개정한 것으로 볼 수 있다.

그러나 헌법재판소는 이와는 반대로 주장하였다. 즉 연방헌법재판소법 제 35조에 따르면 헌법재판소는 그의 결정의 집행을 결정할 수 있고, 권한을 부여할 뿐만 아니라 동시에 그의 결정들이 사회현실에서 명확하게 그리고 법률안정성의 측면에서 효과를 가질 수 있도록 책임을 부과한다. 연방헌법재판소의 역할에 대한 가장 놀라운 전환은 국제정치에 관한 사법적인 통제의 범주가 서서히 생긴 것이다. 특히 이 부분에 있어 대표적인 사례는 독일 재통일에 관한 문제들에 대한 독일연방헌법재판소의 판례들을 들 수 있다. 1972년 새로운 동방정책의 범주아래서 과거의 동독과 서독간에 기본조약이 체결되었을 때, 바이에른 주정부는 헌법재판소에 소를 제기하였다. 소송의 목적은 이 조약의 동의가 헌법위반으로 결정이 나는 것이며, 그 이유로는 조약이 기본법의 통일조항과 국적조항에 규정된 구 동독지역의 주민들에 대한 보호 및 보장의무 등 또 다른 기본법 조항들을 침해했다는 것이다. 연방헌법재판소는 결론적으로 이 소를 각하하였다. 주목할 만한 것은 재판소가 이 조약의 해석에 즈음하여 결정의 내용으로 주목할 만한 증언을 했다는 것이며, 이 해석은 연방정부와 그 밖의 정부들을 헌법적으로 귀속시킨다는 점이다. 연방헌법재판소는 다음과 같은 점을 분명하게 했다. 즉 기본조약이 그 성격상 국제법적인 조약일지라도 국제법적으로 해석하여서는 아니될 것이다. 왜냐하면 이 조약은 국제법적인 성격과 더불어 동독과 서독간의 특수한 관계 및 전후세계의 특수성과 독일 평화조약의 부재에서부터 나오는 헌법적인 성격을 가지고 있기 때문이다. 따라서 서독에서 국제법적으로 동독을 인정할 수 있는 모든 정치적인 길이 봉쇄되었었다. 동시에 연방헌법재판소는 독일 국적이 항상 나뉘어지지 않고 있음을 분명히 했다. 그러므로 동독 주민도 서독에 살고 있는 독일인과 같이 독일 국적을 보유하고 있다고 보아야 했었다. 이와 더불어 동독에서 계속 주장하던 동독 국적의 국제법적인 인정은 서독에서 헌법적으로 막혀 있었다. 그 결과 기본조약과 UN에서 독일의 양 정부를 받아들일 때 간과하였던 바와 같이 동독주민은 항상 서독의 보호를 받을 수 있었으며, 서독 정부의 여권을 신청할 수 있는 청구권을 가졌었다.

헌법재판소는 모든 판결이유의 실행이 결정이론의 일부분이라는 점을 문서로서 분명하게 천명하였다. 이와 더불어 연방헌법재판소는 결정형식 뿐만 아니라 결정근거가 되는 모든 요소들이 헌법적으로 연결되어 있다는 점도 분명하게 설명하였다. 그러나 정치현실에서는 이 결정이 큰 의미를 가지지 못했으며, 또한 이 결정은 여러 가지 면에서 비판을 받았었다. 그러나 훗날 밝혀진바와 같이 이 결정은 과거 동독과 서독간의 관계형성에 있어 견고한 요소로서 증명되었다. 그러나 평화조약의 조인 및 통일을 지향하는 기본법적인 요청을 수반하는 정책의 수립은 방해를 받았었다. 즉 서독의 실질적인 정책은 훗날의 통일에



매우 중요한 의미를 가지는 독일 국적의 확보와 같은 법률지위를 포기하였었다.

#### IV. 독일연방헌법재판소의 판례를 통한 민주주의 원리과 법치국가원리의 형성사례

독일연방헌법재판소는 판례를 통하여 민주주의 원리와 법치국가 원리의 발전에 영향을 끼쳤다. 여러 독일기본법의 구체적인 조항들의 총체인 일반적 법원리로서의 법치국가 원리는 무엇보다도 우선 연방헌법재판소의 결정들을 통하여 계속 형성되어 왔다. 연방헌법재판소는 법률규정들의 명확성에 대한 요청들과 같은 법안정성의 측면에서도 노력을 경주하여 왔다. 이는 규정된 생활관계의 특색에 따라 규범목적을 고려할 때 가능하다. 따라서 불명확하고 해석이 필요한 법률개념과 일반적 위임규정들은 허용되나, 이러한 법률에는 재량행위의 외부적 한계가 표시되어야 하고, 판사에 의한 한계설정의 재검사의 가능성이 주어져야만 한다.

독일기본법 제 19조 4항 즉 우리 헌법 제 37조 2항에 해당하는 권리보호조항은 연방헌법재판소에 의해 서로 다르게 형성되었다. 이른바 입법자는 법률적이고 사실적인 측면에서 공권력의 모든 행위에 대하여 완전한 그리고 판결이유까지도 포함하는 재검토의 가능성을 보장해 줄 의무가 있다. 그러나 이 의무는 이에 관한 모든 심급절차를 만들어 내야만 하는 것을 의미하지는 않는다. 만약 여러 심급이 존재한다면, 이들 심급들에의 참가를 추측할 수 있을 정도면 충분하다.

입법자는 이와 같은 소송절차를 독일 기본법 제 16조의 망명권의 수정의 테두리내에서 만들어 냈다. 과거에는 망명권에는 법률유보가 존재하지 않았다. 즉 일반적 법률은 망명절차만 규율할 따름이었다. 이러한 절차는 망명보증의 관철을 효과적으로 보장하여야 했으며, 따라서 헌법적인 위임이었다. 그러나 낮은 망명인정비율과 망명신청자들의 수는 증가하기 때문에 이 절차의 단순화와 신속함이 필요해 졌다. 그리고 입법자는 망명결정의 확정적이고 사법적인 심사전에 망명자의 독일거주를 불허하는 방법이 가능함을 고려하게 되었고, 이를 위해서는 헌법개정이 필요했었다. 독일기본법의 새로운 16조 a 4항은 이러한 소송절차적인 규정을 포함하였고, 이 조항은 판례를 통하여 형성된 엄격한 요청들을 완화했어야 했다. 이와 더불어 망명신청서의 무근거성을 이유로 망명신청자의 거주를 끝내게 하는 것이 보다 완화되었다. 따라서 망명신청자는 망명결정의 사법적인 심사가 완전히 끝나지 않은 경우에도 그의 모국에서 그의 망명절차를 계속해야만 하는 경우가 생기게 되었다. 연방헌법재판소의 견해에 따르면 기본법 제 19조 4항의 권리보호조항 또한 이와 같은 방식으로 지켜진다.<sup>23)</sup>

23) BVerfGE 65. 76. 94.

연방헌법재판소의 법치국가 원리에 관한 통제의 왕성한 활동은 독일통일 극복과제의 통제, 특히 형법적이고 재산권적인 문제의 해결에 있다. 연방헌법재판소는 과거 동독 국가 안보성과 동독의 군사정보기관의 탁월한 기관원들의 형사처벌에 관한 특히 야단스런 결정을 내렸다. 독일헌법재판소는 이들 기관의 종사원들에게 독일연방공화국에 대한 국가반역과 스파이죄를 파기하는 판결을 내렸었다. 헌법재판소의 견해에 따르면 만약 독일 분단의 극복과 같은 특수한 상황에서는 독일 통일의 효과발생의 시점에서 동독 영토에서만 발생하고, 그 효과가 동독 영토에 국한된 행위에 대하여 과거 동독 국민들에 반한 비밀업무와 반역죄를 구성하는 형사청구가 성립된다면 이는 법치국가 원리가 침해되었다고 본다. 그러나 연방헌법재판소는 같은 종류의 문제인 구 동독의 국가 국방위원회 임원들에 대한 형사처벌과 독일 내부국경 탈출자의 사살을 이유로 한 동독국경수비대 소속원들의 처벌에 관하여는 이와는 달리 의의를 제기하지 않았다. 연방헌법재판소의 견해에 따르면 이는 독일기본법 103조 2항의 형법의 소급적용금지원리와 법치국가원리를 침해하는 것이 아니다. 왜냐하면 동독법 질서하에서도 비무장 탈출자에 대한 연속사격으로 인한 사살은 인간성의 기본원리를 침해한다는 점을 모든 사람들이 근본적으로 알고 있었다는 견해로 헌법재판소가 이끌어 갔기 때문이다.<sup>24)</sup>

연방헌법재판소는 통일조약에 연계된 특히 동독에 의한 수용 후에 나타난 복잡한 규정들의 시각에서 재산권적인 청산을 허가했다. 1949년 동독에 의하여 실시된 수용이 근본적으로 반환의무를 예측하고 있음에 반하여, 1945년부터 1949년까지의 연합군 즉 소련군의 점령권에 기초한 수용은 원상복구가 불가능하다. 헌법재판소는 독일 국내정치에서 격렬한 논쟁이 있었던 이러한 차이점에 대하여 다음과 같이 인정하였다. 즉 소련에 의하여 실시된 수용에 대한 배상위원회는 독일통일을 달성하기 위한 소련과의 회담에 있어 타협의 근본적인 구성요소이다. 이로써 독일정부의 국제정치에 있어서의 재량권의 행사는 재검토되지 않았다. 이 결정은 소련의 마지막 정부책임자였던 고르바초프가 천명한 바에 따르면 소련은 독일 재통일의 전제조건으로서 배상위원회를 어떤 경우에도 인정하지 않았을 것이라는 점에서 특별한 점수를 받을 수 있다.

독일연방헌법재판소는 법치국가 원리를 항상 예외적인 상황의 해소를 고려하여 논의하였다. 적공파라 불리우는 테러그룹의 활동가들의 문제에 참가하여 1977년 많은 수의 소송절차법과 형법의 개정을 가져오게 되었으며, 이들 중 일부는 벌써 다시 개정되었다. 연방헌법재판소는 법치국가 원리를 기본권적인 자유의 영역에서 뿐만 아니라 국가의 제도까지 보장하는 기본원리로 보았다. 연방헌법재판소는 이들 관계를 다음과 같이 말한다. 평화권력

24) BVerfGE 95. 96. 132ff.

과 질서권력으로서 국가의 안전과 그로부터 보장되어진 국민의 안전은 다른 헌법적 가치들과 동일한 필수불가결한 헌법가치이다. 그러나 국가의 일반적 안전보장이 모든 망명당사자에 대한 추적보호의 이해관계에 직접 적용되는 것에 대하여는 책임질 수는 없다. 연방헌법재판소는 이와 같이 항상 국민의 자유영역과 질서와 안전의 필요성 간의 올바른 균형을 찾기 위하여 노력하였다. 집회권과 이와 결부된 범죄행위 구성요소에 관한 결정들에서, 예를 들면 연좌봉쇄의 결과로서 협박죄의 구성요소에 관한 결정들에서 항상 강조되었듯이 그리고 형법의 적용 역시 이를 따라야 하듯이, 국민들의 정치적 자유권들은 그 보장에 있어 제한되어서는 아니된다. 격렬한 논의가 일었던 1995년 10월 1일의 결정에서 헌법재판소는 군사시설 앞에서의 연좌데모로 인한 협박죄의 형법적인 유죄판결을 각하하였고, 형사법정에서 협박죄의 구성요소로서 인정한 해석, 즉 권력의 상징으로서의 국가권력에 관한 해석을 헌법위반으로 보아 이의를 제기하였다.<sup>25)</sup>

독일연방헌법재판소는 민주주의 원리의 형성에 특히 정당의 기회균등에 관한 판례들을 통하여 영향력을 행사하였다. 이와 더불어 독일기본법 제 21조의 복수정당제와 그로부터 파생된 정당들의 기회균등은 처음부터 독일 헌법의 자유민주적 기본질서를 구성하는 일부분으로 보았다. 법치국가원리의 한계내에서 다수의 의사가 결정하는 자유로운 국가에서는 소수 집단도 다수가 될 수 있는 가능성을 가져야만 되며, 자유주의 국가에는 지배적인 다수와 비판적인 소수 모두에게 모든 선거에 있어 투표에 관한 경쟁에서 기본적으로 같은 기회를 열어 놓는 민주적인 평등이 존재한다.<sup>26)</sup>

헌법 중 정치적 지배에 관한 경쟁을 제외한 부분에서의 소수보호는 기본적으로 헌법재판소 판례의 대상이었다. 최근의 소위 십자가상 판례는 이에 관한 격렬한 논쟁의 동기가 되었다. 십자가상 판례에서 국립학교에서의 십자가상 설치의 법적인 의무는 종교적 소수자들과 기본법을 침해하였다고 결정되었다. 이와 함께 십자가상의 결정에서 이미 목표로 삼았던 소수보호가 국민 다수의 권리들과 충돌하지 않는다면 소수자 보호의 청구가 자체적으로 정당화된다는 또 하나의 판례가 늘어나게 되었다.<sup>27)</sup>

미래에 가장 중요시될 독일연방헌법재판소의 판례 중의 하나는 마스트리히트 판례<sup>28)</sup>이다. 독일연방공화국의 고권적 권리들을 과도기적 국가기관 즉 유럽연합에 양도할 수 있는 헌법적 기초인 기본법 제 34조 1항의 규정은 독일연방헌법재판소에 의해 유럽공동체 참가의 기초로써 인정되어 왔다. 마스트리히트 조약에 의한 유럽연합의 결성과 함께 이루어진

25) BVerfGE 92, 1.

26) 허영, 헌법이론과 헌법, 644면.

27) BVerfGE 93, 1 ff.

28) BVerfGE, 89, 155 ff.

통합밀도의 측면에서 살펴보면 헌법적인 견고한 기반을 이루기 위한 독일연방공화국의 참여는 적당하다고 보여진다. 이러한 목적에서 만들어진 기본법 제 23조는 연방주들의 협력에 대하여 규정하고 있다.

헌법소원의 결과로써 유럽연합의 구성을 위한 마스트리히트 조약을 위한 동의 법률은 시험장 위에 서있다. 독일연방헌법재판소는 이 판결에서 새로 개정된 기본법 제 23조의 적용범위를 민주주의 원리를 통하여 제한적으로 보고 있다. 유럽연합의 결성이 고권적 권리의 양도를 통하여 민주주의 원리의 내용이 흠집이 나게 이끄는 것은 허용되지 않는다. 그렇다면 이는 연방의회의 과제와 권능으로 남아 있어야만 한다. 유럽 국가연합의 책임에 있어서 책임과 의무의 과중은 국가적인 면에서 민주주의를 지속적으로 약하게 만들며, 회원국 의회들은 민주적 정당성을 충분히 증대하지 못할 것이다. 따라서 때때로 양도된 고권적 권리를 받아 들일 때, 즉 유럽연합의 법규를 독일법으로 전환을 허용하는 법률들에 있어서 유럽법적인 법률행위들이 분명하게 확정하여야만 할 것이다. 또한 현 조약에 대한 동의법률로는 훗날에 있을 유럽연합헌법(EUV)의 개정을 감당하지 못할 것이다. 독일연방헌법재판소는 유럽연합의 기구와 조직의 법률행위가 양도된 고권적 권리의 범위 안에서 이루어 지는지에 대한 재검토에 관하여 권한이 있다고 스스로 보고 있다. 과거의 판례로부터 전향으로 헌법재판소는 역시 회원국의 국가권력으로부터 나오는 유럽연합의 특수한 공공의 권력의 법률행위가 독일 국민의 기본권과 일치하는지에 대한 여부를 스스로 심사함이 정당하다고 보고 있다. 이는 유럽재판소가 모든 개별적인 사건들에 대하여 유럽연합의 전체 영토내에서 시민의 기본권 보호를 보증할 수 있을 때까지 헌법재판소는 절대적으로 통용되는 기본권기준의 보장에 대하여 제한을 가할 수 있다고 보는 견해이다.

유럽연합의 민주적인 기본질서의 구축과 회원국들의 지속적인 통합이 중요하기는 하나, 독일연방헌법재판소는 유럽연합의 민주적 정당성 결핍을 알고 있는 집단에 속해 있다. 독일연방헌법재판소는 위와 같은 경우에 유럽연합의 민주화 과정에 영향을 끼칠 수 있는 초석을 그의 판결 안에서 닦아 놓았다.

## V. 결 론

헌법재판소에 의하여 입법자가 경험하는 통제의 범위는 일견 정치의 법률화로 보인다. 독일에서는 정치적 형성재량의 모든 사항이 독일연방헌법재판소에 의하여 재검토되는 경향으로 가고 있다. 이에 관한 사례로서 이미 언급한 독일 국방군의 외국파견의 판례<sup>29)</sup>를 들 수 있다. 여기에서 헌법재판소는 야당뿐만 아니라 정부를 구성하는 즉 내각결정에 참여

29) BverfGE 90. 286 ff.

했던 그러나 정부의 결정에 반하여 헌법재판소에 소를 제기하였던 교섭단체에 의해서 심사를 하게 되었다. 독일 헌법소송법에서 정치적 문제에 관한 이론이 생소하더라도 헌법재판소는 헌법재판소법을 통하여 감춰진 한계의 범위 내에서 받아 들여야 한다. 이와 더불어 많은 차이가 있는 서로 다른 독일연방헌법재판소 판결들이 성립되었고, 독일연방헌법재판소는 권한을 남용했다는 비판과 더불어 보충적 입법자로서 기능한다는 비판에 내맡기게 되었다. 이는 독일연방헌법재판소가 정치적인 신망을 해치고 능력이 없는 것처럼 비치며, 헌법재판소 자신의 책임으로 정치문제에 관한 중요한 결정을 해야 하는 위협에 노출될 수 있다. 그러나 헌법재판소의 결정이 정치현실에서 받아 들여지지 않는 경우에는 연방헌법재판소의 결정에 대한 동정심을 불러 일으킬 수도 있다. 그러나 이와 함께 민주주의원리와 법치주의원리로부터 나오는 상호교차효과의 제도는 지리멸렬할 수도 있을 것이다.

10여년의 태동기를 거친 우리의 헌법재판소의 기능은 독일 연방헌법재판소와는 달리 아직도 개선되어야 할 점이 많다. 물론 기본권 보호의 보루로서 그간의 헌법재판소의 활약은 법치국가원리의 확립에 기여한 바 크나, 우리 헌법재판제도가 가지고 있는 여러 가지 문제점들은 헌법재판제도의 활성화에 장애로서 기능하고 있다. 이러한 문제를 개선하기 위하여는 독일의 헌법재판제도와 다른 선행국가들의 제도를 수용하여 우리 현실에 맞는 강화된 헌법소송제도를 구현하여야 한다. 이를 위하여는 대법원과의 관계를 새로이 정립하여야 하며, 법원의 재판에 대한 헌법소원과 명령, 규칙, 처분 등 하위규범에 대한 위헌심판권이 우선 보장되어야 할 것이다.

## 참고문헌

- 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1996.
- 권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.  
헌법학원론, 법문사, 1998.
- 김영추, 국민헌법론, 법률행정연구원, 1997.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1998.  
법과 정치, 교육과학사, 1995.
- 김철수, 정재황, 판례헌법, 길안사, 1994.
- 문광삼, 헌법재판소의 변형결정의 유형과 그 문제점, 헌법재판소결정의 효력에 관한 연구, 헌법재판연구 제 7권, 헌법재판소, 1996.
- 유명선, 김병목, 헌법체계론, 법률계, 1996.
- 성낙인, 헌법재판소고, 현대공법의 연구, 김용운교수 화갑기념 논문집간행위원회, 1997.
- 정재황, 헌법관습과 헌법판례의 불문법원 법원성 여부, 고시계, 1991.10.  
헌법재판의 기준, 공법연구 제 25집 4호, 1997.06.
- 최대권, 헌법의 법적 성격, 헌법학, 법사회학적 접근, 박영사, 1989.
- 한병채, 헌법재판의 결정과 변형결정, 헌법논총 제 3집, 헌법재판소, 1992.
- 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1997.  
한국헌법론, 박영사, 1998.
- Badura, P., Staatsrecht, Muenchen, 1986.
- Hesse, K., Grundzuege des Verfassungsrecht der BRD, 19. Auflage, Heidelberg, 1993.
- Haeberle, P., Die Verfassung als Oeffentliches Prozess.
- Kaegi, W., Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zuerich, 1971.
- Kriele, M., Einfuerung in die Staatslehre, 4. Auflage, 1990.
- Loewenstein, K., Verfassungslehre, 3. Auflage., Tuebingen, 1975.
- Muench. I.v., Grundbegriffe des Staatsrechts I, 3. Auflage, Stuttgart, 1979.
- Stern, K., Staatsrecht, 2. Auflage, Muenchen, 1984.
- Vogel, Hans-Jochen, Handbuch des Verfassungsrecht, 2. Auflage, 1994.
- Weber, H., Rechtsprechung zum Verfassungsrecht, Muenchen, 1977.
- Wheare, K.C., Modern Constitutions, London, 1951.