
<헌법재판소 통합진보당 해산 결정 등에 따른 긴급토론회>

**“헌법재판소 정당해산 결정의 문제점과
민주주의의 미래”**

● 일시 : 2014. 12. 23.(화) 10:00 ~ 13:00

● 장소 : 변호사교육문화관 지하1층 세미나2실

● 주최 : 민주사회를위한변호사모임, 민주주의법학연구회,
민주화를위한전국교수협의회, 법과사회이론학회

긴급토론회 순서

■ 참가자 소개
■ 발제 1. 헌법재판소 결정문의 주요 내용과 문제점 --- (통합진보당 대리인 전영식 변호사)
■ 발제 2. 헌법재판소 정당해산 결정의 법적, 정치적 의미 --- (건국대 한상희 교수)
■ 발제 3. 헌법재판소 결정에 따른 향후 문제 --- (민변 사법위원장 이재화 변호사)
■ 심화토론 : 연세대 김종철 교수 서강대 이호중 교수
■ 자유토론

목 차

01.	헌법재판소의 2013헌다1 사건 결정문에 나타난 법리의 문제점	4p
02.	통합진보당에 대한 정당해산결정의 문제점	27p
03.	헌법재판소 결정의 기본적 오류와 향후 예상되는 문제	54p
04.	정당해산 결정과 그 이후	68p

발제1. 헌법재판소의 2013헌다1 사건 결정문에 나타난 법리의 문제점

전영식 변호사 (통합진보당 대리인)

1. 들어가는 글

가. 헌법재판소의 2013헌다1 정당해산 사건 결정문은 형식적으로는 다수의견과 소수의견, 다수의견에 대한 보충의견으로 구성되어 있고, 내용적으로는 헌법 제8조 제4항에 대한 이해를 밝히고 있는 법리적인 부분과 사실관계에 대한 판단 부분으로 구분되고 있다.

나. 이 글의 목적은 결정문에 나타난 헌법 이론적인 측면을 살펴보는 데 있다. 사실관계에 대한 판단부분이 판단자인 헌법재판관들의 고유의 재량적인 측면이 상대적으로 강하다고 할 수 있다면(물론 헌법과 법률, 양심에 구속되어 판단하여야 하는 영역이지만), 법리적인 부분은 누적된 사례와 학계의 논의의 결과에서 벗어날 수 없는 영역이라고 할 수 있다. 청구인은 정당의 ‘목적이나 활동’이 ‘자유민주적 기본질서’를 위반하는 경우 ‘구체적 위협성’ 및 ‘비례성의 심사’를 요구하는 경우 정당해산이 선고될 수 없다는 우려를 하였는지 양자가 정당해산의 요건이 될 수 없다고 주장하였다. 피청구인은 정당해산의 요건에 헌법에 기술되지 않았으나, 경험적으로 인식되는 현존하는 위협성이 ‘구체적 위협성’으로 인정되어야 한다고 보았고, 비례성의 엄격한 심사가 되어야 한다고 주장하였다. 다수의견은 ‘구체적 위협성’과 관련하여 피청구인의 주장을 법리적으로는 받아들이되 그 요건의 내용을 가능성, 개연성의 문제로 보는 잘못을 범하고 있다. 비례성의 심사도 피청구인의 주장을 받아들여 정당해산의 요건으로 받아들이면서도 실제 보호되는 이익과 침해되는 이익을 구체적으로 거론하는 것이 아니라 ‘공안적 상상력’의 범위에서만 법익이 형량되고 있다.

다. 헌법재판소의 결정문 중 소수의견은 판단부분에서 청구인의 주장을 요약하고 받아들이지 않는 이유와 근거를 밝히고 있어서 재판과정에서 논쟁이 된 부분이 무엇이었는지를 보여주고 있으나, 다수의견은 청구인과 피청구인의 주장을 요약하여 어떤 부분을 받아들이고, 어떤 부분을 받아들이지 않는지를 전혀 밝히고 있지 않다.

특히 피청구인이 주장하였으나 받아들이지 않는 부분을 왜 받아들이지 않았는지를 밝히지 않고 다수의견 스스로 간주하는 측면을 기술하는 것으로 일관하고 있다. 헌법재판소의 결정문에 나타난 문제들에 대하여는 학계에서 조목조목 논의되고 비판될 것으로 보이는데, 우선 결정문에 나타난 법리 부분을 논쟁을 위해서라도 그 문제점들을 지적하고자 한다.

2. ‘청구의 적법성’ 판단의 문제점

가. 결정문

1) 대통령이 직무상 해외 순방 중이던 2013. 11. 5. 국무총리가 주재한 국무회의에서 통합진보당에 대한 정당해산심판청구서 제출안이 의결되었고, 위 의안에 대하여는 차관회의의 사전 심의를 거치지 않았다.

2) “대통령이 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 국무총리가 그 직무를 대행한다. 대통령이 해외 순방 중인 경우는 일시적으로 직무를 수행할 수 없는 경우로서 ‘사고’에 해당”, “해산심판청구에 대한 의안이 긴급한 의안에 해당한다고 본 정부의 판단에는 재량의 일탈이나 남용의 위법이 있다고 단정하기 어렵다”

나. 문제점

1)헌법 제8조 제4항이 정당해산심판절차와 관련하여 ‘제소권’과 ‘심판권’을 각각 정부와 헌법재판소에 규정한 취지는 각 헌법기관의 신중한 권한의 행사를 전제로 한 것이고, 헌법 제89조가 명시적으로 제소를 하기 위해서는 국무회의의 심의를 거치도록 한 취지도 역시 그러함.

2)‘내란음모’사건이 기소된 것은 2013. 9. 26.이고, 정당해산청구를 위한 준비도 두 달 가까이 법무부 차관 직속으로 T/F를 구성하여 준비하였음. 불과 6일 동안의 대통령 해외 순방 기간을 이용하여 헌법과 법률의 취지를 일탈하여 ‘대통령권한대행’이 제소권을 행사한 것임.

3)대통령이 ‘사고’로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우 그 직무를 대행하는 자는, 국민의 직선으로 선출되지 않아 국민적 정당성이 없기에 현상유지적인 범위에서만

그 권한을 행사할 수 있다는 것이 학계의 견해이고, 이런 피청구인의 주장에 대하여 아무런 판단도 하지 않음.

3. ‘판단’의 근거에 관한 문제점

가. 증거

헌재 결정문에는 무수한 국가보안법 사건이 언급되고 있다. 관련 형사사건에서는 엄격한 증거조사를 거쳐 증거능력이 부인당하거나, 내용이 증거로 사용되지 못한 증거들도 이번 헌재절차에서는 제출되었다. 민사소송방식에 의하여 증거조사가 이루어졌기에 관련 형사사건에서 제한된 증거들이 증거로 채택되는 결과가 되었다. 예컨대 소위 북한의 지령문에 기재된 내용은 관련 형사사건에서 전혀 증거가 되지 못하는 것이었으나, 헌법재판소에서는 ‘공안적 상상력’이 발휘되는 계기가 되었다. ‘북한식 사회주의 추종’, ‘중북’, ‘주도세력’이란 개념은 이렇게 하여 결정문의 중요한 고리로 작동되게 되었다. 소위 지령문이 진정한 것인지, 어떤 내용인지, 어떤 기능을 우리 사회에 하였는지 등에 관하여는 상상력이 모두 보충하게 되었던 것이다.

나. 헌법재판소에 현저한 사실 및 변론 전체의 취지

재판관 개개인을 지배하는 이데올로기

4. ‘정당해산심판제도의 의의와 한계’에 대한 이해

가. 결정문이 밝히고 있는 ‘정당해산심판제도의 의의’ 부분은 대체로 계몽주의 시대 이후 발전하여 온 서구의 민주주의 이론의 전통을 답습하고 있는 부분이다. 민주주의와 법치주의, 인권존중이란 3개의 골격을 우리 헌법의 이해의 뼈대로 받아들이고 있다. 피청구인 변호인단이 주장하였던 민주주의와 법치주의를 양대 축으로 하는 논리를 거의 그대로 받아들였다고 볼 수 있다.

나. 정당해산제도가 가지는 헌법적 취지는 정당이 “민주적이고 자율적인 정치적

과정 자체를 거부하면서 민주주의의 근본적인 이념을 부정하는 등 폭력적이거나 억압적 혹은 자의적인 지배를 통해 전체주의적인 통치를 추구할 경우에는 이러한 정당이 권력을 장악하여 민주주의 체제의 근본토대를 허물어뜨릴 위험이 발생할 수 있다. 정당은 여타 단체들과 달리 정치권력을 장악하는 것을 목적으로 하며, 국정 운영의 주도권을 쥐고 자신의 정치적 계획을 현실 속에서 실현하고자 하는 속성을 가지는 법이다”(결정문 11쪽)라는 부분의 설시가 정당해산이 제도화되게 된 이유에 해당한다. 정당은 결정문이 실시하고 있듯이 민주주의 사회에 필수불가결한 국가와 사회의 매개체이지만, 위 결정문이 인용하는 나치와 파시즘의 서구 역사의 위험성이 있기에 정당‘해산’의 문제가 헌법적으로 제도화된 것이다.

다. 그러므로 정당해산제도에서 해산의 사유와 정당으로 인한 위험성은 모두 국가 권력을 정당이 장악하였을 때 그들이 행사할 국가권력에 의하여 민주주의 사회의 다원성이 파괴될 위험이 예측되어야 한다는 점과 그 위험이 현재 임박하였다는 점이 확인되어야 하는 것이다.

5. 정당해산사유 중 ‘민주적 기본질서’ 개념과 문제점

가. 결정문

결국 위에서 본 바와 같은 입헌적 민주주의의 원리, 민주 사회에 있어서의 정당의 기능, 정당해산심판제도의 의의 등을 종합해 볼 때, 우리 헌법 제8조 제4항이 의미하는 민주적 기본질서는, 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 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말하며, 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다.

나. 문제점

1) 청구인은 헌법 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’를 ‘자유민주적 기본질서’로 이해하여 왔고, 피청구인은 ‘민주적 기본질서’를 ‘자유민주적 기본질서’와 같은 개념으로 이해하면서도 헌법재판소에 의하여 다른 형태로 이해되는 것을 우려하여 왔다. 헌법재판소는 2001. 9. 27. 선고 2000헌마238 등 사건에서 “어떠한 정당이 외형상 민주적 기본질서를 추구한다고 하더라도 그 구체적인 강령 및 활동이 폭력적 지배를 추구함으로써 자유민주적 기본질서를 위반되는 경우 우리 헌법 질서에서는 용인될 수 없는 것”이라고 하여 헌법 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’와 ‘자유민주적 기본질서’를 구별하는 것과 같은 뉘앙스를 보여 왔기 때문이다. 우리나라 헌법의 가장 근본적인 지도원리로서 ‘자유민주적 기본질서’를 이해하고 있는 이상, 그 하위의 ‘민주적 기본질서’만을 별도로 상정할 이유가 있는지 의문이었고, 같은 개념으로 보아야 할 것이라는 주장을 하여 왔다.

2) 독일연방헌법재판소와 유럽인권재판소 모두 정당해산의 사유를 앞서 살펴본 정당의 권력획득을 위한 목적성과 국가권력의 전체주의적 행사가능성에서 그 위험성을 찾고 있다. 정당이 해산될 가능성이란 통치질서인 자유민주적 기본질서를 침해하는 것을 방지한다는 것 이외에 다른 이유란 찾기 어렵기 때문이다. 그런데 이 결정문은 ‘자유민주적 기본질서’란 민주주의와 기본권을 존중하는 법치주의 원리에 따른 통치질서의 개념을 포기하고, 정당해산 사유로 ‘민주적 기본질서’란 ‘정치적 질서’를 개념화하는 시도를 하고 있다. 이 차이는 정당의 위험성을 그 정치적 프로그램을 실현하는 경우 발생하는 장래의 위험성의 문제를 현재 정당의 활동이 현실 사회에 작동되고 있는 기본적 ‘정치질서’를 침해하는 문제로 전환시키는 기능을 수행하는 점에서 논란이 된다. 해산요건으로서 ‘민주적 기본질서’를 ‘정치질서’로 개념화하는 경우 정당이 정치과정에 진입할 때 주어지는 정치질서가 민주주의 원리에 따른 질서, 즉 정당해산의 기준이 되는 정치질서로 간주되지 않을까?

3) 헌법재판소는 “우리 헌법은 자유민주적 기본질서의 보호를 그 최고의 가치로 인정하고 있고, 그 내용은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉, 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서를 말한다. 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등을 의미한다”라고 하여 왔다. 이 사건에서 헌법재판소는 ‘민주적 기본질서’를 ‘자유민주적 기본질서’에 대한 개념 규정 중 법치주의와 관련한 부분을 생략하여 양자를 구분하여 정립하면서 정당해산의 사유로서 ‘민주적 기본질

서'를 새롭게 정립하려는 시도를 드러냈다.

따라서 민주적 기본질서를 현행 헌법이 채택한 민주주의의 구체적 모습과 동일하게 보아서는 안 된다. 정당이 위에서 본 바와 같은 민주적 기본질서, 즉 민주적 의사 결정을 위해서 필요한 불가결한 요소들과 이를 운영하고 보호하는 데 필요한 최소한의 요소들을 수용한다면, 현행 헌법이 규정한 민주주의 제도의 세부적 내용에 관해서는 얼마든지 그와 상이한 주장을 개진할 수 있는 것이다.

마찬가지로, 민주적 기본질서를 부정하지 않는 한 정당은 각자가 옳다고 믿는 다

양한 스펙트럼의 이념적인 지향을 자유롭게 추구할 수 있다. 오늘날 정당은 자유민주주의 이념을 추구하는 정당에서부터 공산주의 이념을 추구하는 정당에 이르기까지 그 이념적 지향점이 매우 다양하므로, 어떤 정당이 특정 이념을 표방한다 하더라도 그 정당의 목적이나 활동이 앞서 본 민주적 기본질서의 내용들을 침해하는 것이 아닌 한 그 특정 이념의 표방 그 자체만으로 곧바로 위헌적인 정당으로 볼 수는 없다. 정당해산 여부를 결정하는 문제는 결국 그 정당이 표방하는 정치적 이념이 무엇인지가 아니라 그 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부에 달려있기 때문이다.

비록 엄격하게 해석하여야 한다는 점을 주장하지만, 정당해산의 문제를 국가권력을 획득하여 그 정치적 프로그램을 실현하려는 위험성의 문제를 현실 사회에서 정당의 정치적 활동의 양태의 문제로 해산의 시기와 사유를 모두 앞당기는 정치적 결단을 한 것이 아닌가싶다.

4) 1956년 독일연방헌법재판소의 독일공산당 해산판결 사건의 최대의 약점은 독일공산당이 국가권력을 장악하였을 때 실현할 프롤레타리아 독재의 '위험성'을 추상적인 논리적 위험성으로 보고, 실질적인 해악이 있는 구체적인 위험성의 문제로 보지 않았다는 점과 비례성의 원칙에 따른 엄격한 심사가 없었다는 점에 있었다. 반면 유럽인권재판소와 베니스 위원회는 '구체적인 위험성'과 비례성의 원칙에 따른 엄격

한 심사를 요구하고 있다. 이러한 ‘바이마르공화국’의 경험에 따른 독일기본법의 ‘패러다임’을 헌법 이론적으로 ‘민주적 기본질서’라는 개념 하나의 조작으로 패러다임적 변화를 꾀한 것으로 보이는데, 뒤에 살펴보겠지만 다수의견이 주장하는 ‘구체적 위협성’과 ‘비례의 원칙’의 내용은 ‘냉전시대’ 유신헌법의 필요성을 주장한 ‘한국적 민주주의 이론’의 패러다임으로의 회귀가 아닌가 싶다.

6. ‘정당의 목적이나 활동’의 개념과 문제점

가. 결정문

정당의 목적이란, 어떤 정당이 추구하는 정치적 방향이나 지향점 혹은 현실 속에서 구현하고자 하는 정치적 계획 등을 통칭한다. 이는 주로 정당의 공식적인 강령이나 당헌의 내용을 통해 드러나겠지만, 그밖에 정당대표나 주요 당직자 및 정당관계자(국회의원 등)의 공식적 발언, 정당의 기관지나 선전자료와 같은 간행물, 정당의 의

사결정과정에서 일정한 영향력을 가지거나 정당의 이념으로부터 영향을 받은 당원들의 행위 등도 정당의 목적을 파악하는 데에 도움이 될 수 있다. 만약 정당의 진정한 목적이 숨겨진 상태라면 공식 강령은 이른바 허울이나 장식에 불과할 것이고, 이 경우에는 강령 이외의 자료를 통해 진정한 목적을 파악해야 한다.

정당의 활동이란, 정당 기관의 행위나 주요 정당관계자, 당원 등의 행위로서 그 정당에게 귀속시킬 수 있는 활동 일반을 의미한다. 여기에서는 정당에게 귀속시킬 수 있는 활동의 범위, 즉 정당과 관련한 활동 중 어느 범위까지를 그 정당의 활동으로 볼 수 있는지가 문제된다. 구체적으로 살펴보면, 당대표의 활동, 대의기구인 당대회와 중앙위원회의 활동, 집행기구인 최고위원회의 활동, 원내기구인 원내의원총회와 원내대표의 활동 등 정당 기관의 활동은 정당 자신의 활동이므로 원칙적으로 정당의 활동으로 볼 수 있고, 정당의 최고위원 등 주요 당직자의 공개된 정치 활동은 일반적으로 그 지위에 기하여 한 것으로 볼 수 있으므로 원칙적으로 정당에 귀속시킬 수 있을 것으로 보인다. 정당 소속의 국회의원 등은 비록 정당과 밀접한 관련성을 가지지만 헌법상으로는 정당의 대표자가 아닌 국민 전체의 대표자이므로 그들의 행위를 곧바로 정당의 활동으로 귀속시킬 수는 없겠으나, 가령 그들의 활동 중에서도 국민의 대표자의 지위가 아니라 그 정당에 속한 유력한 정치인의 지위에서 행한 활동으로서 정당과 밀접하게 관련되어 있는 행위들은 정당의 활동이 될 수도 있을 것이다.

그 밖의 정당에 속한 개인이나 단체의 활동은 그러한 활동이 이루어진 구체적인 경위를 살펴서 그것을 정당의 활동으로 볼 수 있는 사정이 있는지를 판단해야 한다. 예컨대, 활동을 한 개인이나 단체의 지위 등에 비추어 볼 때 정당이 그러한 활동을 할 권한을 부여하거나 그 활동을 독려하였는지 여부, 실령 그러한 권한의 부여 등이 없었다 하더라도 사후에 그 활동을 적극적으로 옹호하는 등 그 활동을 사실상 정당의 활동으로 추인한 것과 같다고 볼 수 있는 사정이 있는지 여부, 혹은 사전에 그 정당이 그러한 활동의 계획을 알았더라도 이를 정당 차원에서 지원하고 지지했을 것이라고 가정적으로 판단할 수 있는 사정이 있는지 여부 등을 구체적으로 살펴 전체적이고 종합적으로 판단해야 한다. 반면, 정당대표나 주요 관계자의 행위라 하더라도 개인적 차원의 행위에 불과한 것이라면 이러한 행위에 대해서까지 정당해산심판의 심판 대상이 되는 활동으로 보기는 어렵다.

한편, 동 조항의 규정형식에 비추어 볼 때, 정당의 목적이나 활동 중 어느 하나라도 민주적 기본질서에 위배된다면 정당해산의 사유가 될 수 있다고 해석된다.

나. 문제점

1) 정당해산 사유로 ‘자유민주적 기본질서’로 이해하는 경우 자유민주적 기본질서는 정당이 국가권력을 획득하여 국가기구를 통하여 실현하려는 정치적 프로그램의 내용이 바로 위험성을 판단하는 대상이 된다. 이는 자유민주적 기본질서가 국가권력을 형성하는 기본적인 ‘통치질서’에 해당한다는 개념이기에 당연하다. 정당이 현실 사회에 실현하려는 정당의 ‘목적’인 강령과 당헌 등은 해산절차를 지배하는 판단의 핵심적 대상이 되고, 정당의 활동은 그러한 목적을 실현하려는 범위 내에서 목적을 해석하는 간접적인 자료의 가치를 가질 뿐이다. 1960년 우리나라 헌법에 규정된 헌법의 본래적인 이해는 이런 모습이었을 것이다. 독일기본법의 경험이 반영되었기에, 정당해산의 문제는 정당이 가지고 있는 정치적 기본노선이 정당이 현실적인 정책으로 내건 목적이나 활동을 지배하는 지침으로 작용할 것이고, 이러한 기본노선이 국가권력을 통하여 실현되는 경우 다원적 민주주의 체제가 파괴될 위험이 있는가가 우리 헌법의 고민이었을 것이다.

2) 결정문에 나타난 현재의 ‘목적’ 부분 설치는 정당이 추구하는 정치적 기본노선 또는 이념의 문제가 판단의 대상이 아니라는 뉘앙스를 보이지만 ‘목적’을 해석에 의하여 확정한다는 점에서 문제를 드러낸다. 정당이 공식적으로 내건 현실 사회를 변화시키려는 강령이나 정책과 같은 ‘목적’은 누구나 알 수 있는 ‘공식적’이기에 검찰이나 경찰, 법원 등을 의식한 치장된 것이란 선입관이 작동된다. 정당의 어느 계파, 유력한 인사, 언론 플레이에 능한 정치인 등의 진지하지 못한 발언과 주장이 거꾸로 정당의 진정한 목적으로 간주될 수 있다는 것을 보여준다. 당의 의사결정구조와 의사결정을 위한 절차를 통하여 수렴되는 정당의 ‘목적’과 선거에서 정책으로 내건 공식적 목적들이 정당의 진정한 목적이 아니라 일정한 편향을 가진 이데올로기스트들에 의하여 번역되고 해석된 내용이 ‘은폐된’, ‘진정한’ 목적으로 간주될 수 있다는 것이다. ‘공식적 목적’이란 정당의 의사결정의 형식을 깨뜨릴 특별한 사정이란 무엇일까?

3) 결정문은 상대적으로 정당의 ‘활동’과 관련하여 ‘목적’부분과 비교하였을 때 상대적으로 장황한 논리를 전개한다. 그러나 ‘케이스 바이 케이스’라는 원칙을 수정할

결정적인 논리는 보이지 않는다. 이 부분의 결정문 논리는 2010 베니스 위원회의 결의를 인용하는 것으로 비판을 대신한다.

“정당 구성원 개인들의 활동에 기초한 정당해산은 결사체로서 정당에 대한 보장책과 양립할 수 없다. 이러한 양립불가능성은 정당의 지도자들의 개인적 행위에까지 적용된다. 다만 전체적으로 보아 정당을 대표하는 것으로서 행위 하는 것으로 입증될 수 있는 경우에만 예외적이다. 왜냐하면 이 요건을 적용하여 해산할 수 있으려면 해산에 필요한 목적과 활동을 착수한 정당의 공식적 기구(개인적인 자격이 아니라)가 행위 주체였음이 입증되어야 하기 때문이다. 정당은 이런 행위가 당헌이나 당의 활동과 배치된다면 그 구성원들의 그와 같은 행위에 대하여 책임을 부담할 수 없다… 정당의 구성원인 각 당원에 의하여 착수된 행위들은 정당을 공식적으로 대표하여 행하여지는 경우가 아니라면 개인에게만 귀속되어야 한다. 이런 경우에는 적합한 시민법 및 형법적 제재가 그 개인에게 부과되어질 수 있다…”

7. ‘위배’의 개념과 문제점

가. 결정문

특정 정당을 해산하는 결정은 해산되는 정당의 이념을 우리 사회의 정치적 공론의장에서 영구적으로 추방시키는 것이므로, 이러한 결정은 오늘날 우리의 민주주의에서 정당이 차지하는 핵심적 역할에 비추어 볼 때 매우 극단적인 조치로 이해되어야 하고, 따라서 매우 제한된 상황 속에서만 활용되어야 한다는 것은 앞서 본 바와 같다.

그렇다면 헌법 제8조 제4항에서 말하는 민주적 기본질서의 위배란, 민주적 기본질서에 대한 단순한 위반이나 저축을 의미하는 것이 아니라, 민주 사회의 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 그 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하는 경우를 가리킨다.

나. 문제점

1) 정당으로부터 통치질서인 자유민주적 기본질서를 보호할 필요성은 정당이 시민 사회와 국가권력을 매개하여 그 존재의 목적상 현재 또는 미래에 국가권력을 획득하여 행사하는 방식으로 정당이 가지고 있는 정치적 프로그램을 실현하는 기능을 수행한다고 하는 점에 있다. 이러한 경우 정당의 국가권력의 획득과 행사 가능성에서 특정한 정당의 정치적 프로그램이 실현될 경우 이 기본질서가 파괴될 수 있다는 결론을 도출하고, 정당을 정치적 영역에서 배제하여 국가권력의 획득과 행사가능성을 차단할 예방의 필요성이 긍정되고 있는 것이다. 입헌주의 국가는 민주주의와 법치주의가 작동하여 국가의 과제를 실현하는 형식적 절차와 방법이 결정되고, 그 작동 시스템의 내용은 다원적인 민주주의 사회에서 국민들의 논의를 거쳐 형성되는 것을 보장하는데 있다. 이러한 형성과 작동에 대한 중립적인 국가의 조정자의 기능에 대한 보호가 정당해산제도가 가지는 보호법익이라고 할 것이다. 헌법 제8조 제4항에 규정하고 있는 ‘민주적 기본질서’는 이런 의미에서 자유민주적 기본질서를 의미하고, 국가의 형성과 작동원리의 지도원리에 의한 국가의 다원적 민주주의 사회를 보장하는 기능을 보호법익으로 하고 있다고 할 수 있다.

2) 그런데 결정문은 ‘민주적 기본질서’를 현재의 민주주의가 작동되는 ‘정치질서’를 의미하는 것으로 그 의미를 전환하고는 정당해산이 작동되는 시점을 현재의 정당의 활동을 문제 삼는 차원으로 변화시켰다. 정당이 정치적 영역에서 배제되는 해산이 정당화될 수 있기 위해서는 정당이 국가권력을 장악하여 추구하는 가치를 실현하려고 하는 바로 그 가치, 정치적 청사진이 민주주의와 법치주의에 의하여 형성되고 작동되는 통치질서와 이런 지도원리에 입각하여 구조화된 한 국가권력의 핵심적 요소들과 양립할 수 있는가가 쟁점이 되어야 함에도 정당해산의 문제를 가치의 문제가 아닌, 질서 확립의 차원으로 보고 있다는 것이다. 위 결정문에서 나타나듯이 정당해산의 결과는 정당이 가지고 있는 ‘이념’을 정치과정에서 배제하는 것이다. 배제되는 ‘이념’ 또는 ‘가치’에서 도출되지 않는 정당의 ‘목적’이나 ‘활동’을 이유로 이념이나 가치를 배제한다는 것이 정당화될 수 있을까? 우리 헌법의 해석에서 민주적 기본질서의 위반여부를 판단하는 대상은 정당의 이념 또는 정치적 기본노선, 청사진, 정치적 프로그램 등으로 개념화할 수 있는 정당이 추구하는 기본적인 가치와 그 가치가 현재의 역사적 조건에서 구체화된 개별적인 목적과 그 목적을 실현하려

는 수단으로 특정되고, 특정된 가치와 목적, 수단이 통치질서인 자유민주적 기본질서와 양립할 수 있는가, 없는가의 여부를 판단하는 것이 구성요건적 표지에 해당하는 것이 아닐까?

8. ‘한국 사회의 특수성’에 대한 판단과 문제점

결정문에 나타난 한국 사회의 특수성이 헌법 이론적으로 어떻게 정당화될 수 있을 것인지 의문이다. 민주주의, 법치주의, 인권의 존중이란 국가의 존재이유가 헌법 해석의 기준이 되어야 한다는 점에 이론이 있을 수 없다. 우리 헌법의 해석과 이해에 왜 ‘북한’의 존재 및 관계가 언급되어야 하는가? 통일의 원칙이 민주주의, 법치주의, 인권의 존중을 전제로 한 것이라는 점 이외에 정당해산 사유를 판단하는데 이러한 논증이 왜 필요한가? 우리는 왜 북한의 인권문제를 유엔결의를 통하여 압박하는가? 민주주의와 법치주의, 인권의 존중은 보편적인 원칙이 적용되어야 한다는 굳은 신념이 있어서가 아닌가? 헌법재판소는 ‘아시아 인권재판소’의 창설을 무슨 근거로 주장하였는가?

가. 결정문

이상에서 살펴본 대로 현재 대한민국은 북한이라는 현실적인 적으로부터 공격의 대상으로 선포되고 있고, 그로부터 체제 전복의 시도가 상시적으로 존재하는 상황이

다. 대한민국의 헌법과 그 속에 담긴 민주주의와 기본적 인권의 존중 등을 내용으로 하는 민주적 기본질서도 궁극적으로 대한민국과 동일한 운명에 있을 것이다. 주지하는 바와 같이 이러한 이념 대립의 상황은 오늘날 세계의 보편적인 상황과 상충된다.

이 사건은 남과 북이 대립되어 있는 현재 한반도의 상황과 무관하지 않다. 따라서 이 사건에 임하는 우리는 우리 사회가 처해 있는 분단이라는 특수한 상황 또한 고려할 수밖에 없다. 비록 오늘날 각국의 헌법이 유사한 내용으로 제정되고 세계적으로 입헌주의의 전개 양상이 개별 국가들 간에 보편적 가치를 공유하는 모습으로 평균화되어 나타나는 것도 사실이나, 다른 한편 각 국 헌법들 간에도 일정한 내용상의 차이가 존재하고 각 국 헌법재판이 자국의 고유한 헌법과 독자적인 문화나 역사 그리고 정치·사회적 현실을 반영함으로써 고유한 모습과 함의를 가지는 점도 분명하다.

따라서 이 사건 정당해산심판에서도 입헌주의의 보편적 원리에 더하여, 우리 사회가 처해 있는 여러 현실적 측면들, 대한민국의 특수한 역사적 상황 그리고 우리 국민들이 공유하는 고유한 인식과 법 감정들의 존재를 동시에 숙고할 수밖에 없다.

나. 문제점

1) 우리나라 헌법재판소는 베니스 위원회의 참관국에서 회원국으로 변경되었다. 베니스 위원회의 역할과 기능을 고려할 때 민주주의, 법치주의, 인권의 존중 이란 소위 유럽적 전통의 3대 골격은 각 국가의 특수한 사정에 의하여 그 본질이 달라질 수 없다. 우리나라가 민주주의와 법치주의에 의한 통치질서를 유지하고, 이성에 의한 문명국가를 자임하는 한 분단의 사정과 같은 특수성은 헌법해석의 기준이 될 수 없다. 분단의 사정으로 인하여 군사쿠데타도 발생하였고, 국민주권이 훼손되어 대통령도 간선제였고, 국민에 의하여 선출되지 않는 국회의원도 있었으며, 감시되지 않는 국가기관의 전횡으로 권력분립이 유명무실하기도 하였고, 헌법에 규정된 기본권은 프로그램적 권리 또는 추상적 권리라는 이상한 논리도 있었으며, 법원의 독립도 훼손된 적이 있고, 국가기구에 의하여 자행된 고문으로 인한 사법절차상의 결정적 하자도 경험하였다. 분단의 사정과 같은 우리나라 사회의 특수성은 헌법 이론적 수준에서 검토될 사정이 결코 아니다. 북한의 인권 상황을 비난하고, 미국에 의하여

자행된 고문을 규탄하고, 이슬람 사회에서 자행되는 여성과 아동 인권을 국제적으로 규탄하고 대책을 모색하는 이유는 민주주의와 법치주의, 인권의 존중이 최소한 입헌주의적 원칙에서는 개별 국가의 특수성을 초월하여 보편적인 기준에 입각하여야 한다는 것이 우리 사회의 상식에 해당하기 때문이다.

2) 헌법재판소는 헌법으로부터 어떤 권한을 부여받았는가? 냉전의 시작과 종식을 헌법재판소가 하여야 하는가? 냉전적 사고를 탈피하여 보편적인 민주주의와 법치주의, 인권의 존중을 이야기하면 우리 헌법에 무슨 근거로 위반이 되는 것인가? 정치 과정이야 말로 이런 냉전적 사고를 탈피하여 논의되고 정책이 개발되어야 하는 과정이 아닌가?

이러한 한반도의 이념적 대립 상황은 21세기의 새로운 역사 흐름과는 동떨어져 있는 듯이 느껴진다. 그러나 분단과 이념대립, 그로 인한 체제위협은 오늘의 한반도를 살아가는 우리에게 엄연한 현실이다. 대한민국과 북한은 아직도 냉전의 구도에서 벗어나지 못했다.

9. '구체적 위협성'에 대한 판단과 문제점

가. 결정문

(가) 정권의 획득이나 권력의 장악을 추구하는 정당의 개념본질적인 표지로 인해, 정당의 목적은 항상 실천적 성격과 현실적 지향성을 지닌다. 정당의 목적이나 정치적 이념은 단순한 관념에 불과한 것이 아니라 현실 속에서 구현하고자 하는 실물적인 힘과 의지를 내포한다. 따라서 정당이라는 단체의 위헌적 목적은 그 정당이 제도적으로 존재하는 한 현실적인 측면에서 상당한 위험성을 인정할 충분한 이유가 된다. 특히 우리의 경우 정당법상 정당등록요건을 갖추기 위해서는 일정 수준의 당원(1천인 이상)과 시·도당수(5 이상)를 가져야 하는바(정당법 제17조, 제18조), 피청구인의 경우 주도세력에 의하여 정당의 의사결정이 이루어질 뿐만 아니라 16개 시·도당수에 수만 명의 당원을 가지고 활동하고 있다.

또한 위 내란관련 사건, 비례대표 부정경선 사건, 중앙위원회 폭력 사건 및 관악을 지역구 여론조작 사건 등 앞서 본 피청구인의 여러 활동들은 그 경위, 양상, 피청구인 주도세력의 성향, 구성원의 활동에 대한 피청구인의 태도 등에 비추어 보면, 피청구인이 단순히 일회적, 우발적으로 민주적 기본질서에 저촉되는 사건을 일으킨 것이

아니라 피청구인의 진정한 목적에 기초하여 일으킨 것으로서, 향후 유사상황에서 반복될 가능성도 매우 크다. 더욱이 앞서 본 바와 같이 피청구인이 폭력에 의한 집권 가능성을 인정하고 있는 점에 비추어 피청구인의 여러 활동들은 민주적 기본질서에 대해 실질적인 해악을 끼칠 구체적 위험성이 발현된 것으로 보인다. 특히 내란관련 사건에서 보듯이 이석기를 정점으로 한 피청구인 주도세력은 북한의 정전협정 폐기 선언을 전쟁상태의 돌입으로 인식하면서 북한에 동조하여 국가기간시설 파괴 등을 도모하는 등 대한민국의 존립에 위협을 가할 수 있는 방안들을 구체적으로 논의하기까지 하였다. 이는 피청구인의 진정한 목적을 단적으로 드러낸 것으로 표현의 자유의 한계를 넘어 민주적 기본질서에 대한 구체적 위험성을 배가시킨 것이다. 또한 북한과 정치·군사적으로 침예하게 대치하고 있는 한반도 상황에 비추어 이러한 위험성은 단순히 추상적 위협에 그친다고 볼 수만은 없다.

그러나 지금껏 드러난 피청구인의 목적이나 활동은 위와 같은 차원에서 우리 헌법상 민주적 기본질서의 내용에 대한 정치적 비판을 제기하는 상황이 아니라, 의도적이고 계획적으로 그리고 적극적으로 투쟁적으로 헌법상 민주적 기본질서를 훼손시키거나 폐지하고자 시도하는 것이다. 피청구인은 민주사회에서 보장되는 합법적인 의사결정의 과정 등을 부정하지 않는다고 주장하지만, 자신에게 유리한 조건에서만 그럴 뿐, 필요하면 폭력적인 수단일지라도 사용해서 의사를 관철할 수 있다는 투쟁노선을 여전히 버리지 않고 있으며, 이는 앞서 본 피청구인의 목적과 활동 속에서 확인되었다.

결국 피청구인의 위와 같은 목적이나 그에 기초한 활동은 우리 헌법상 민주적 기본질서에 위배된다.

나. 문제점

1) ‘목적’, ‘활동’과 관련한 현재 결정문의 내용에 대한 문제점에 대한 지적은 다른 발제자의 몫이기에 여기서는 헌법재판소 다수의견이 구체적 위헌성의 내용을 어떻게 이해하고 있는지만 살펴본다.

2)결정문 다수의견이 가지는 ‘구체적 위헌성’을 검토하는 바로 이 지점에서 베니스 위원회, 특히 유럽인권재판소 결정들의 내용과 최소한의 내용만 비교해 보겠다. 유럽인권재판소는 ‘긴급한 사회적 필요’가 있을 때 정당해산이 정당화될 수 있다고 보고 있는데, 그 요건은 첫째 정치적 목표의 달성을 위하여 사용된 수단이 합법적이지 않고 비민주적일 때, 둘째 정치적 목표가 민주주의 기본적인 원리들과 부합하지 않을 때, 셋째 실현하려는 비민주적 수단과 추구된 비민주적 목표가 전체로서 정당에 귀속이 가능할 때, 넷째 다원적 민주주의에 대한 직접적 위협은 정당으로부터 나와야만 한다는 것이다. 이 마지막 요건이 ‘구체적인 위헌성’이다. ‘구체적 위헌성’의 내용과 정도에 대하여 독일연방헌법재판소와 유럽인권재판소가 결정적으로 대립하고 있고, 현재 독일연방헌법재판소 및 학계에서 논쟁되고 있는 영역이기도 하다.

3)독일연방헌법재판소는 독일공산당 판결에서 기본법 제21조 제2항에 기술되지 않은 요소로 ‘위험의 발생’을 인정하였으나, 다만 정당해산의 위험성을 판단하는 기준으로 ‘논리적 위험’을 도입하였을 뿐 정치사회적인 위험이 없는 경우라도 그 논리적 맥락에 따라 국가권력을 장악하여 인간의 존엄과 자유와 평등을 파괴하는 결과를 유추할 수 있는 주장이라면 자유민주적 기본질서와 양립할 수 없다고 보았다. “독일 공산당이 일단 권력을 잡으면 정당의 공정한 다원주의를 불충분하게라도 침해할 것이고, 따라서 자유민주적 기본질서와 양립할 수 없다고 전제하였다”는 평가가 바로 그러한 측면을 지적하는 것이고, 독일연방헌법재판소가 독일공산당이 경쟁자들에게 평등한 기회를 제공하지 않고 경쟁 자체를 폐지할 위험성의 문제를 중대성으로 보았을 뿐, 경험적으로 확인할 수 있는 위험의 확인의 문제로 보지 않았던 것이다.

반면 유럽인권재판소는 ‘충분하게 인정되고 급박한 위험’이 존재하여야 한다는 입장을 보이고 있다. 정당이 변혁의 모델로 제시하고 있는 청사진인 정치적 프로그램이 근본적인 민주주의 원리와 양립하는가의 문제는 정당의 정치적 프로그램을 추구하는 정당의 목적의 내용과 그 목적을 실현하려고 선택한 수단으로 구성되는 것이고, 그 방법이 합법적이고, 민주적으로 수행되는 것인 이상 다원적 민주주의 사회에서 허용되어야 한다는 것이다. 복지당 사건과 바타수나 사건에서 유럽인권재판소는 각 정당이 추구하는 정치적 프로그램에서 실현하려고 하는 목적과 수단을 판단하면서 국가의 다원적 민주주의 사회를 조정하고 보장할 의무와의 양립가능성을 검토하였고 폭력에의 의존성에서 양립할 수 없는 정당의 요소를 확인하였던 것이다.

3)우리나라 헌법에 대한 이해에서도 민주적 기본질서를 ‘위배’한다는 표지는 ‘위험성’을 요구한다고 보지 않을 수 없다. 문제는 위에서 살펴본 바와 같이 위험성의 성격을 어떻게 이해하여야 하는가에 있다. 독일연방헌법재판소의 1950년대 입장과 같이 논리적 위험과 결과의 중대성으로 평가하는 경우에는 정당의 특별한 보호라는 헌법적 요청을 무시하고 국가의 다원적 민주주의 사회에 대한 보장자로서의 권한을 너무 일찍 행사하게 할 위험이 있고, 그 결과는 법치국가적 원칙을 훼손하는 결과를 낳는다. 그렇다고 전체주의적 정당이 국가권력을 장악하여 국가권력을 행사하게 되는 시점까지 늦추어 위험이 현실화될 때까지를 기다리는 것은 다원적 민주주의

사회를 보장하는 국가의 의무를 저버리게 되는 상황까지 올 수 있다. 유럽인권재판소가 가지고 있는 기준은 이런 정당에 대한 특별한 보호와 국가의 다원적 민주주의 사회를 보장할 의무 사이의 균형점을 현재의 다원적 민주주의 사회에서 경험적으로 충분히 인지할 수 있고 다원적 민주주의 사회를 보장하는 국가의 의무를 이행하여야 할 위험이 급박한 상태를 의미하는 것이다. 그러므로 시민사회에서 그 위험은 현존하여야 하고, 국가가 조정자 및 보호자로서 그 의무의 이행을 지체하여서는 아니 되는 상황이어야 한다는 기준이 도출될 수 있다. 그 위험은 다원적 사회를 폭력적으로 지배하여 경쟁을 파괴하거나, 다양한 의견과 이익이 조화되는 정치과정을 폭력의 사용을 선동하는 방식으로 자기의 이념과 목적을 일방적으로 실현하려고 시도하는 다원적 민주주의에 대한 임박한 도전에 있다고 할 수 있다.

4) 다수의견은 정당해산의 사유인 ‘민주적 기본질서’를 ‘자유민주적 기본질서’인 ‘통치질서’로 보지 않고 ‘정치적 질서’로 보아 정치과정을 지배하는 기본질서로 본다. 현재는 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서의 차이를 명백하게 설명하지 않는다. 문제는 이 차이가 구체적 위험성, 실질적인 해악의 유무를 판단하는데 기존의 논의와 전혀 다른 내용으로 채워나가고 있다는 점에 있다. 통치질서로 이해한다면 이미 위에서 설명한 바와 같이 정당제도와 다원적 민주주의 사회의 보장이란 양자의 균형점에서 정당해산제도를 이해할 수 있게 된다. 그러나 그 내용도 모호한 ‘정치질서’로 이해한다면 정당이 정치질서를 어떻게 위반한다는 것인지 그 위반의 태양과 위험성을 확정짓기 어렵게 된다. 이러한 어려움이 이 사건 결정문에서 표제는 ‘구체적 위험성’으로 달고서는 사실상 사안의 중대성과 개연성의 문제로 위험성을 이해하게 되는 길이 되고 있다. 유럽인권재판소가 정당해산 사건의 요건으로 본 ‘구체적 위험성’을 용어만 차용하고는 정당의 이념과 가치를 현실 사회에서 정당이 실현하는데서 경험적으로 확인되어야 하는 위험성의 문제가 아닌 ‘개연성’의 문제로 전환시켜 버렸다. ‘반복가능성’, ‘폭력에 의한 집권가능성’, ‘북한에 동조’가능성 등. 그러나 구체적 위험성이 있는가를 판단하는 기준은 객관적인 요소로 보아야 한다. 그래서 ‘현존성’ 또는 ‘임박성’이란 요소가 개념의 핵심적 요소에 해당한다. 현실 사회에 ‘위험’이 현존하거나 임박하였다는 점은 경험의 문제에 있지, 논리적 추론에 의한 중대성의 문제가 결코 아니다.

한편 소수의견은 목적에 대한 민주적 기본질서에 대한 위배를 부정하고 활동과 관련하여 아래와 같이 판단하고 있다.

이 사건 모임은 피청구인의 지역조직인 경기도당의 간부들에 의하여 경기도당 당원 등을 대상으로 진행된 정세강연을 위한 모임으로서, 이석기나 김홍열, 이상호 등 내란 관련 사건의 피고인들이나 구체적인 폭력적 방안을 제시한 발언자들의 발언의 경우 민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 구체적 위험성이 있다고 볼 수 있다.

그러나 이석기 등의 그와 같은 발언은 피청구인의 기본노선과 현저하게 다르고, 이 사건 모임 참석자들이 피청구인 전체를 장악하였다고 할 수 없으며, 나아가 피청구인이 이 사건 모임 또는 모임에서의 발언을 승인하였다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 모임이나 그 모임에서 이루어진 구체적 활동으로 인한 민주적 기본질서 위배의 문제를 피청구인 정당 전체의 책임으로 볼 수는 없다.

10. 비례성 심사

가. 결정문

다수의견

첫째, 피청구인의 목적과 활동에 내포된 위헌적 성격의 중대성이다.

피청구인의 목적은 궁극적으로 북한식 사회주의를 실현하는 것이고, 북한식 사회주의는 특정한 계급노선과 인민민주주의 독재 이념을 토대로 하여 조선노동당을 절대적 지위를 가지는 정치적 주체로 인정하는 것이며, 이러한 사회주의를 대한민국으로 확장하기 위하여 비합법적·반합법적이고 폭력적인 수단들도 고려하고 있고, 전민항쟁에 의한 집권도 배제하지 않는다는 내심의 의도까지 드러낸 바 있다.

둘째, 대한민국이 처해 있는 특수한 상황 또한 고려되어야 한다.

우리는 분단이라는 특수성으로 인하여 민족공동체임에도 대남혁명전략에 따라 대한민국 체제를 파괴·변혁하고 전복하려는 북한이라는 반국가단체와 대결하고 있다. 북한은 6·25전쟁 이후부터 지속적으로 대남도발을 전개해왔고, 이는 지금도 계속 자행되고 있는 현재진행형이다. 21세기라는 새로운 시대는 탈냉전이라는 역사적 흐름에도 불구하고 아직까지 한반도는 이념적 대립으로 인해 남과 북으로 분단된 정치적·경제적 체제를 유지하며 첨예한 대결의 양상을 보이고 있으며, 북한은 여전히 남한을 궁극적으로 타도 또는 대체해야 할 대상으로 여기고 있다. 대한민국의 민주적 기본질서는 현실적인 적으로부터 공격의 대상으로 겨냥되고 있는 상황이다.

오늘날 우리가 산업화와 민주화를 이룩하고 얻은 자유와 번영, 놀라울 정도의 발전은 빛나는 업적으로 자부해도 좋을 일이지만, 그 과정 속에 이루 말로 표현하기 힘들 정도의 큰 노력과 희생이 수반되었음을 잊어서는 안된다. 그리고 지난 세기 전체 주의 정당이 집권했던 독일, 이탈리아 등의 경험을 돌이켜 보면, 우리는 일단 허물어진 민주적 기본질서를 다시금 회복하는 일에도 상당한 노력과 사회적 희생이 소요됨을 확인할 수 있다.

셋째, 피해의 최소화성, 즉 다른 대안적 수단이 존재하는지 살펴본다.

피청구인으로 인해 우리 사회에 초래된 위험성은, 가령 실정법을 위반한 일부 당원에 대해서 형사적 제재를 가하고 관련자들을 정당에서 배제하면 되지 굳이 정당해산까지 나아갈 필요가 있는지 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 개별적인 형사처벌의 경우 위법행위가 확인된 개개인에 대해 형사처벌이 가능할 뿐이고, 정당 자체의 위험성은 제거되지 않기 때문에, 나머지 당원들은 계속하여 그 정당을 통해 위헌적 활동을 할 수 있게 된다. 또한 개별 당원의 제명이나 자격심사는 단순한 인적 교체에 불과할 뿐만 아니라, 2차 분당 사태까지 초래했던 비례대표 부정경선 사건과 관련된 피청구인 주도세력의 행태에 비추어 볼 때 이는 사실상 기대하기 어렵다. 그리고 우리 헌법상 문제된 행위나 발언을 한 국회의원에 대하여 국회가 제명시킬 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있으나(헌법 제64조 제3항), 그 동안의 역사적 경험에 비추어 볼 때 이 역시 기대하기 어렵다.

정당해산제도는 최후적·보충적인 수단이므로 우리 사회의 정치적 공론장이 제대로 작동하는 한 정당해산결정을 통한 정치과정의 개입은 최대한 자제되어야 한다는 견해는 피청구인의 경우 그 취지는 옳지만 지나친 낙관으로 일관하는 자세로서 적절한 태도라고 볼 수 없다. 예컨대, 세계 제2차 대전의 발발에 결정적인 원인을 제공했고 집권기간에 비인도적 범죄를 저질러 인류에 큰 상처를 안겼던 독일 나치당의

전례는 시사하는 바가 적지 않다. 나치당은 1928년 5월 선거에서 2.6%의 득표에 그쳐 고작 12석의 의석을 확보하는 수준이었다. 그러나 불과 2년 후인 1930년 9월 선거에서 18%를 득표했고, 107석의 의석을 가져갔으며, 다시 2년이 지난 1932년 7월에 있었던 선거에서 나치당은 전체 투표자 중 37.2%의 지지를 얻었고, 230석의 의석을 획득함으로써 제1당으로 부상하였다. 이처럼 나치당은 불과 4년만에 2.6%의 지지율을 보인 군소정당에서 37.2%의 득표에 성공한 제1당으로 변모한 것이다. 비록 이를 혼한 일로 볼 수는 없을지라도, 현실정치의 역동적인 성격에 비추어 볼 때 향후에 결코 다시 발생하지 않을 일이라고 단언할 수도 없다.

나. 소수의견

넷째, 해산결정을 해야 할 사회적 필요성(법익 형량)과 관련하여 살펴본다.

해방 이후 1948년 대한민국의 건국과 더불어 채택한 헌법의 자유민주주의와 시장경제질서는 보편적 가치로서 산업화, 민주화의 밑바탕이 되어 오늘날의 자유와 국가적 번영을 가져다 주었다. 우리 헌법은 그 동안 공산주의라는 유토피아의 허울 아래 실상 1당독재와 1인독재로 운영된 북한의 도전으로부터 헌법적 가치를 지키기 위해 몸부림을 치면서 스스로의 생존을 지켜왔다. 그것은 곧 우리 국민의 의지이다. 멀리 단군의 홍익인간 이념으로부터 시작되는, 대한민국 임시정부의 법통을 이어받은 대한민국의 정통성은 우리나라의 기본이념과 가치를 담고 있는 헌법질서 그 자체이자 우리의 정체성이다. 북한식 사회주의 체제로 가려는 주장은 반헌법적인 것이고 인류 보편의 가치를 거스르는 시대역행적 현상이다.

따라서 피청구인에 대한 정당해산결정으로 얻을 수 있는 이익은 피청구인이 파괴하려고 한 우리 헌법상의 최고가치인 국민주권원리, 기본권 보장, 복수정당제, 권력분립 등의 민주적 기본질서 수호이다. 나아가 피청구인에 대한 정당해산결정이 한 알의 밀알이 되어 이 땅에 전체주의나 북한의 이념과 체제를 추종하지 않으면서도 진보적 사상과 이념을 지향하는 진보 정당이 터잡고 성장할 수 있는 자리를 마련함으로써 민주주의의 다원성과 상대성을 보장할 수 있다. 이러한 민주적 기본질서의 수호와 민주주의의 다원성·상대성 보장이라는 사회적 이익은 정당해산결정으로 초래되는 피청구인의 정당활동의 자유에 대한 근본적 제약이나 민주주의에 대한 일부 제한이라는 불이익에 비하여 월등히 크고 중요하다.

첫째, 강제적 정당해산은 민주주의 체제의 가장 중요한 요소인 정당의 자유 및 자율적 의사결정원리에 대한 중대한 제약을 초래한다.

둘째, 피청구인에 대한 해산결정은 우리 사회가 추구하고 보호해야 할 사상의 다양성을 훼손하고, 특히 소수자들의 정치적 자유를 심각하게 위축시킬 수 있다.

셋째, 피청구인에 대한 해산결정은 우리 사회의 진정한 통합과 안정에도 심각한 영향을 준다.

다. 문제점

(마) 결국, 피청구인에 대한 해산결정으로 초래되는 사회적인 불이익은 해산결정을 통해 획득할 수 있는 공익을 능가한다고 보인다. 또한 이석기 등 내란 관련 사건의 관련자들에 대한 형사적 제재 등을 통해 그들로 인해 초래되는 사회적 위험성을 많은 부분 해소할 수 있다고 보이고, 나아가 이 사건 심판청구가 이루어진 후 우리 사회의 정치적 공론의 흐름을 보면 피청구인이 보여준 일부 문제점들에 대한 자율적 비판과 정치적 견제가 상당 부분 이루어지고 있음을 알 수 있다.

1) 비례성의 원칙은 ‘구체적 위험성’을 심사하는 도구적 개념이고, 정당해산을 정당화할 수 있는 유일한 헌법적 도구다. ‘북한식 사회주의’를 추구한다는 규정이 이루어진 이상, ‘북한식 사회주의’가 무엇을 의미하는지 헌법재판소에 현저한 사실인 이상, 피청구인이 추구하는 ‘진보적 민주주의’의 내용을 설명하고 ‘북한식 사회주의’와 어떤 차이가 있다고 아무리 설명한다고 하더라도 벗어날 방법은 없다. 다수의견이 한 비례성 심사의 언어는 적대성의 확인에 동참할 것을 요구하는 것일 뿐이기 때문이다. ‘나머지 당원’에 대한 위헌적 활동의 계속성, 해산결정을 ‘한 알의 밀알’에 비유하여 진보정당의 새로운 길 운운하는 헌법재판소가 비례성 심사를 위하여 끌어들이는 용어는 울분을 치솟게 한다.

2) 정당해산제도가 가지는 전통적 패러다임은 정당이 권력을 획득하여 국가권력을 정당의 정치적 프로그램을 실현하는 수단으로 이용하게 되는 경우에 발생하는 위험성에 있다고 본다. 헌법재판소 다수의견은 이러한 패러다임을 정당이 정치과정에 진입하여 활동하게 되는 경우 공중에 미치는 위험의 개연성의 문제로 대체한 것이 아닌가하는 의심이 든다. 개연성의 문제로 환원하여 버리면 판단자의 논리적 추론이 기준이 되는 자의적 판단이 얼마든지 가능하기 때문이다.

발제2. 통합진보당에 대한 정당해산결정의 문제점

한상희(건국대 법학전문대학원 교수)

1. 서론

유럽평의회 산하 「법을 통한 민주주의 유럽위원회」(「베니스위원회」)는 “정당을 결성할 자유를 포함한, 결사의 자유는 다원주의적인 민주주의의 시금석으로 간주되어야 한다.”고 단언하였다. 민주주의의 본질을 다원주의에 두면서 이 다원성의 보장이 라는 맥락에서 정당의 보호를 위한 가이드라인을 마련한 베니스위원회는 사시에가 말하는 ‘тол레랑스할 수 없는 것에 대해서는 관용 없겠다’는 단호한 ‘앵톨레랑스(intolerance)’의 방법이 어디를 겨냥하여야 하는가를 잘 보여준다. 여기서의 앵톨레랑스는 단순히 적에 대한 불관용을 지칭하는 것이 아니다. 그것은 오히려 강한 자의 폭력, 그리고 이를 묵인하며 방관하는 무관심으로부터 우리를 지켜내기 위한 것이며 따라서 “тол레랑스와 함께 앵톨레랑스를 복권”¹⁾시키는 것이야말로 톨레랑스를 지속가능한 것으로 만드는 최선의 전략인 것이다.

이 점에서 정당해산제도는 동전의 양면이 된다. 그것은 한편으로는 국가-혹은 그 실체를 구성하는 정치적 다수자-가 자의적인 지배력을 행사하는 수단이 될 수 있는 동시에 다른 한편으로는 국가로부터 정치적 소수자-혹은 그들의 정당-를 보호하는 방어판으로 기능하기도 한다. 실제 민주주의 체제하에서의 정당은 특별한 보호를 받아야 한다. 그것은 민주주의의 핵심인 정치적 다원주의를 형성하는 가장 유효한 수단이자 통로인 만큼 정당의 보호는 민주주의를 구현하는 기본체제를 이루게 된다. 그리고 바로 이 때문에 정당보호의 기본적 틀은 정치체제의 다원성을 보장하는데 맞추어져야 하게 된다.

지난 12월 19일 헌법재판소가 통합진보당에 대한 위헌정당해산심판청구를 인용(2014. 12. 19. 선고 2013헌다1: 이하 「이 사건 결정」)하면서 민주주의를 향한 이런 현시대의 기대를 여지 없어 무너뜨려 버린 것은 자유당시절 진보당을 해산시킨 사례를 능가하는 적나라한 국가폭력이다. 그것은 자유의 적에 대해서는 자유를 인정할 수 없다는 전투적 민주주의로 포장한 채 중복담론으로 야기된 정치적 폭력의 극

1) P. 사시에, 홍세화 역, 왜 톨레랑스인가, 상형문자, 2000.

단을 달린다. 스스로 톨레랑스의 적이 되어 대중적 저항을 초래하고 있는 것이다.

실제 정당을 포함한, “결사의 자유는 다원주의적인 민주주의의 시금석”이라는, 유럽평의회 산하 베니스위원회의 선언은 이런 행위가 얼마나 추악한 권력행사인지를 잘 보여준다. 다원주의적 민주주의는, ‘진보적 민주주의’든 ‘일 하는 사람이 주인이 된 사회’든 그에 대한 판단은 토론과 경쟁을 거친 시민사회의 선택대상으로 남겨둘 일이지 일시적 다수정파에 불과한 정부의 몫이 되어서는 안 된다는 지엄한 명령을 의미하기 때문이다.

유럽인권재판소가 분리주의정당이나 좌파정당들을 해산시킨 터키와 불가리아에 대해 하나같이 인권규약 위반으로 판단하였던 것도 이런 맥락에서이다. 테러활동을 지원하거나 혹은 신정주의를 외치며 다원주의를 부정하는 실질적 위협을 발생시킨 경우가 아닌 한, 아무리 헌법개정을 외치며 체제혁신을 주장하더라도 국가는 관용하며 시민사회의 선택을 기다려야 한다고 보았던 것이다. 그리고 이렇게 다양한 이념과 주장을 가진 정당이 존재한다는 사실 자체가 민주주의의 실체라는 것은 그런 결정을 뒷받침하는 굳건한 신념이며, 정당의 해산은 “극도로 자제되어야 한다”는 베니스위원회의 선언은 이런 믿음으로부터 파생한다.

이 글은 이런 맥락에서 통합진보당에 대한 강제해산결정의 문제점을 파고든다. 지난 정권부터 급속도로 배양되어 진보진영을 억압하는 수단이 되었던 중복담론은 대선을 전후하여 그 폭력성을 여실히 드러내더니 급기야는 내란음모혐의를 빌미로 한 국회의원과 정당인을 구속·기소하는 사건을 거쳐 통합진보당을 위헌정당으로 규정하고 이를 해산시켜버리는 지경에까지 이르게 되었다. 그것은 자유당시절 진보당을 해산시킨 사례를 능가하는 적나라한 국가폭력이다. 자유의 적에 대해서는 자유를 인정할 수 없다는 전투적 민주주의라는 포장 하에 새로운 이데올로기정치의 수단으로 등장한 중복담론을 내세우며 정치적 반대파들을 ‘이단’으로 규정하고 비국민화시키는, 그리고 이 과정에서 이들을 하나의 호모 사케르homo sacre화 시켜버리는 정치적 폭력의 극단을 달린다. 통합을 향한 민주주의의 실천이 아니라, 획일화된 신념체제로써 권력의 전횡 공간을 확장하고자 하는 반헌법적 행위인 것이다.

2. 본안전 판단의 문제점

정부는 이 사건 청구를 함에 있어 차관회의를 생략한 채 외유중인 대통령을 대신

하여 국무총리가 주재하는 국무회의에 긴급안건으로 상정한 다음 별다른 토론도 없이 의결하였다. 하지만, 이러한 절차상의 하자에 대하여 헌법재판소는 대통령의 위유는 사고이며 따라서 국무총리가 그 직무를 대행한 것은 적법하며 차관회의를 생략한 것 또한 이석기의원등에 대한 내란음모사건의 발생 등 긴급상황에 의거한 것이기 때문에 정부의 판단에 재량의 일탈이나 남용의 위법이 있다고 단정하기 어렵다고 판단하였다.

하지만, 차관회의를 포함한 국무회의제도의 존재이유는 적어도 두 가지에 있다. 첫째 정부가 어떠한 정책을 결정하기 전에 국무위원 또는 차관들의 심의를 거치게 함으로써 보다 숙려된 정책을 이끌어내고자 함이며, 둘째 이 과정을 통해 그 현안이 가지는 제반의 내용들을 국민에게 알리고자 함이다. 헌법상 국무회의는 심의기관에 불과하여 그 의결이 대통령을 구속하지는 못 한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 의원내각제와 혼합된 정부형태를 취하는 헌법체제에 비추어볼 때 우리 헌법상의 국무회의는 일종의 수직적 권력분립의 한 수단으로 이해할 수 있다. 대통령이 국가적 정책의 결정을 함에 있어서는 국무위원들과의 토론에 참여하면서 그 정책의 장단점 등에 대한 자신의 판단을 정리하고 역으로 국무위원들은 이러한 토론을 통해 대통령의 권력을 견제할 수 있는 기회를 확보하게 하는 것이 이 제도의 헌법적 취지라 할 수 있다. 그리고 둘째의 기능은 그 부수적 효과이기도 하다.

이 점에서 헌법이 국무회의의 필요적 심의사항으로 하고 있는 위헌정당해산심판청구를 긴급안건의 형식을 빌어 차관회의를 우회하였을 뿐 아니라 박근혜 대통령으로 하여금 굳이 이 절차를 회피할 수 있도록 한 것은 재량의 한계를 넘은 헌법정신의 위반행위라 할 수 있다. 대통령은 그 동등자(peers)의 의견을 수렴하여 자신의 책임으로 어떠한 정책결정을 내려야 할 직무상의 의무가 있음에도 불구하고 별다른 이유도 없이 이런 의무를 해태한 것이다. 물론 이 때 긴급안건의 형식은 이석기의원등의 내란음모사건 때문이었다는 정부측의 변명은 있었으나, 이는 그리 탐탁한 사유는 되지 못 한다. 즉, 그 사건의 발생과 이 안건의 긴급성 사이에는 아무런 논리적 연관도 없기 때문이다. 오히려 위헌정당해산심판의 청구는 그 자체로서 커다란 충격과 불안정한 상태를 야기하는 만큼 보다 신중한 청구절차를 요구하고 있다는 점으로 인하여 그 재량여지는 상당히 축소되는 것으로 이해하는 것이 더욱 타당하다.²⁾

3. 일반이론에 관하여

3.1. 원론의 적실성

① 민주주의와 정당해산심판제도

이 사건 결정은 “정당해산심판제도의 의의와 정당해산심판의 사유”라는 제호의 제2장 부분에서 정당해산심판에 필요한 일반이론을 다룬다. 먼저 이 결정은 우리 헌법이 취하고 있는 근대의 입헌적 민주주의를 공화주의와 자유주의의 맥락에서 다루면서 “사회의 공적 자율성에 기한 정치적 의사결정을 추구하는 민주주의 원리와, 국가권력이나 다수의 정치적 의사로부터 개인의 권리, 즉 개인의 사적 자율성을 보호해 줄 수 있는 법치주의의 원리”라는 두 개의 주요원리에 따라 그것을 설명한다.³⁾ 그리고 “다원주의적 가치관을 전제로 개인의 자율적 이성을 존중하고 자율적인 정치적 절차를 보장하는 것이 공동체의 올바른 정치적 의사형성으로 이어진다는 신뢰가 우리 헌법상의 민주주의 원리의 근본바탕이 된다”고 한다.

이 결정은 이어, “국민의 정치적 의사형성을 매개하는 정당은 오늘날 민주주의에 있어서 필수불가결한 요소”이며 “정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건”이라고 한다. 하지만 정치적 다수과의 억압으로부터 정당을 보호할 필요도 의연히 존재하는 바, 이를 위해서는 기존의 결사의 자유외에도 지난 1958년의 진보당등록취소사건의 아픈 경험에 대한 “반성의 산물”로서 한 우리 국민은 위헌정당해산심판제도를 두어 정당을 보호하고자 한다. 즉 이 제도는 “정당 중에서도 특히 정부를 비판하는 역할을 하는 야당을 보호하는 데에 실질적인 의미가 있다”고 보는 것이다.

다른 한편 이 제도는 “정당의 강제적 해산가능성을 헌법상 인정하는 것”이기도 하다. 하지만 이런 정당강제해산제도는 “운영 여하에 따라 그 자체가 민주주의에 대한 해악이 될 수 있다. 따라서 “정치적 비판자들을 탄압하기 위한 용도로 남용되는 일이 생기지 않도록 정당해산심판제도는 매우 엄격하고 제한적으로 운용되어야 한다” 그래서 “의심스러울 때에는 자유를 우선시하는(in dubio pro libertate)” 근대

2) Venice Commission(2009), 19쪽(para.84-87) 참조. 여기에 직무대행자에 대한 현상유지의무의 문제도 고려할 필요가 있다.

3) 이는 어쩌면 미국의 시민적 공화주의의 맥락과 유사하다.

입헌주의의 원칙이 적용되어야 한다.

나아가 “어떤 정당의 목적이나 활동에 위헌적인 성격이 있다는 의심이 제기된다 하더라도, 일단 자유롭고 공정한 논쟁 속에서 국민드러이 민주적 정치과정을 통해 위헌적인 측면이 진지하게 논박되고 그 결과로 해당 정당의 지지기반이 상실되도록 함으로써 그 정당에 자연스럽게 정치영역에서 고립되거나 배제되는 과정을 거치도록 함에 원칙적으로 타당하다”고 한다.

위헌정당심판제도는 이런 형태의 정치시장에 일임하는 것을 원칙으로 하되 예외적인 경우 즉 “폭력적이거나 억압적 혹은 자의적인 지배를 통해 전체주의적 통치를 추구하는” 정당의 경우 그 정당이 권력을 장악하여 민주주의체제의 근본토대를 허물어뜨릴 위험이 발생할 때 작동한다. 그리고 이는 “파시즘과 전체주의에 경도된 정당”의 지난 경험에서 절실했다.

이러한 이해와 논리는 그 자체 완벽하다고 할 만큼, 베니스위원회의 가이드라인이 제시하는 원론적 틀에서 크게 갈라져 있지 않다. 특히 민주주의를 시민적 공화주의의 관점에서 재조정함으로써 다수자의 지배라는 종래의 해석에서 민주적 입헌주의의 개념을 도입하여 법치주의와 민주주의의 조화를 도모하고자 한 점은 아주 뛰어난 구성이라 하지 않을 수 없다. 문제는 그럼에도 불구하고 그 서술의 내용이 부실하여 구체적인 의미를 도출하기 어렵다는 점에 있다. 즉, 재판관들이 이해하는 민주적 입헌주의라는 개념이 추상적이거나 혹은 지나치게 모호한 수준에만 머물러 있는 것이다.

② 정당해산심판의 사유

이 사건 결정은 정당해산심판의 사유를 헌법 제8조제4항의 규정에 맞추어 “정당의 목적이나 활동”, “민주적 기본질서”, “위배될 때”, 그리고 비례원칙이라는 네 가지의 관점에서 설명한다.

㉠ “정당의 목적이나 활동”: “숨겨진 목적”론

이 부분의 요건설명은 크게 두 개로 나뉜다. 먼저 목적부분에서는 “숨겨진 목적”

의 문제가 거론되며, 목적과 활동 모두 누구의 어떠한 행위를 정당의 목적이나 활동으로 볼 것인가의 문제를 다룬다.

우선 “정당의 진정한 목적이 숨겨진 상태” 즉 강령 이외의 자료를 통해 진정한 목적-숨겨진 목적-을 파악해야 하는 상태라는 개념을 헌법재판소가 구성한 이유는 무엇인가? 이는 소위 ‘퍼즐맞추기’의 논법으로 이어진다.

이 논법은 통합진보당 당원들의 과거행동을 중심으로 비공식적인 혹은 사적인 어떤 것들을 하나 하나 조각내어 그 중에서 위헌의 의심이 있는 조각들을 한데 모아 하나의 큰 그림-“숨겨진 목적”을 짜 맞추어내자는 것이 그 요체이다. 그러면서 당원 중 일부가 국가보안법 위반으로 처벌받았다거나, 북한 간첩이 일부 당원들과 접촉하려고 했다는 등, 통일방안이나 “진보적 민주주의” 등의 정책들이 북한의 그것과 외형상 유사하다거나, 북한의 3대세습이나 인권상황에 대해 비판하지 않았다는 등 우리 헌법상의 정당해산제도와는 전혀 무관한 사유들만으로 통합진보당을 위헌정당이라 낙인찍고자 한다.

문제는 이러한 퍼즐맞추기는 유추해석의 방법이 개입함으로 인해 권력의 자의적 행사를 가능하게 한다는 점에 있다. 어떤 사람을 처벌하고 싶어도 마땅한 처벌조항이 없는 경우 가장 그럴 듯한 형법조문을 끌어들이 처벌할 수 있게 한 나치 형법의 국가폭력을 되풀이할 뿐인 것이다. 혹은 몇몇 당원들의 의심스러운 행동에서 통합진보당이라는 단체의 “숨겨진 목적”을 추정해 내는 전형적인 심정형법의 과오를 되풀이하고자 한다. 여기서 “합리성”이나 “개연성”과 같은 헌법의 전문용어들은 도저히 제자리를 찾지 못한다. 아니, 짜 맞추자고 작정한 그 퍼즐조차도 제대로 만들어 내지 못 하고 있다. 참고인 진술을 한 “헌법전문가”도 찾아내지 못한, 그래서 일반 국민들은 인식조차도 하지 못하는 위협을 “퍼즐맞추기”라는 기상천외한 기법을 들먹이며 가공(架空:상상으로 꾸며냄)해내고, 이를 핑계삼아 통합진보당이라고 하는 희생양을 만들어내고자 할 뿐인 것이다.

실제 이러한 “숨겨진 목적”의 담론이나 “퍼즐맞추기”가 논의되었던 것은 1956년 서독의 헌법재판소가 독일공산당을 위헌이라 보고 강제해산시킨 판결이 그 시초이자 마지막이다. 독일공산당⁴⁾은 마르크스-레닌주의를 당의 지도이념으로 수용하고

4) 독일공산당은 실제 독일을 점령, 공동통치하고 있던 4개 연합국-미국, 영국, 프랑스, 소련-의 승인 하에 동독 공산당이 주요간부들을 파견하여 서독 지역에 설치한 정당이었다. 서독의 공산당과 동독-소련의 연계는 그 설립 당시부터 공식적으로 수용되었던 것이다.

있었다(이는 나중에 정당해산판결이 나기 직전에 당론에 의해 포기되고 의회민주주의체제의 수용으로 대체된다).⁵⁾ 그런데 과학적 사회주의를 표방하는 이 마르크스-레닌주의에 의하면 자본주의국가는 점차 소멸하게 되며 프롤레타리아 독재를 거쳐 진정한 사회주의-공산주의로 이행하는 것이 객관적·“과학적” 법칙으로 확립되어 있다. 그럼에도 이 사건에서의 논점은 독일공산당의 장기목표였던 프롤레타리아 혁명이 단기목표였던 독일 재무장반대와 독일의 재통일추진이라는 현재목표와 어떠한 관련성이 있는가였다. 즉, 일용 폭력적·자의적 지배의 한 형태로 추정되었던 프롤레타리아혁명이 현재의 독일공산당의 반헌법성을 구성하는 “목적”에 해당하는가가 문제였었다. 여기서 서독연방헌법재판소는 이 양자의 관계를 “숨겨진 목적”으로 결합하고 현재 독일공산당이 추진하고 있는 제반의 정책들은 장기적으로는 프롤레타리아 혁명을 실천하기 위한 부분계획이었으며 이는 전체로서 하나를 이룬다고 판단하였다. 즉, 연방헌법재판소는 이 마르크스-레닌주의를 당의 지도이념으로 수용하는 것은 그 활동과 무관하게 독일의 “민주적 기본질서”를 위반하는 것이라고 하면서 독일공산당을 위헌정당으로 선언하였던 것이다. 역사적 필연성에 의해 언젠가는 도래할 프롤레타리아 혁명을 예정하되 이를 구체적인 폭력이나 무장폭동 등의 계획이나 음모 등의 행위로 이어지거나⁶⁾ 혹은 그러한 프롤레타리아 혁명을 수행하기 위한 계획이 입증되지 않았음에도 불구하고 그 정당을 위헌으로 규정할 수 있다고 본 것이다.

하지만 서독 연방헌법재판소가 말하는 이 “숨겨진 목적”은 엄밀히 보자면 퍼즐맞추기로 창조되는 “목적”을 의미하는 것은 아니었다. 그것은 프롤레타리아혁명이라는 독일공산당의 공식목표-장기목표-의 존재를 인식하면서 이 장기목표가 지금 현재 어떠한 방식으로 실천되거나 추구되고 있는지를 판단하는 인식의 기법으로 사용된 것에 불과하다. 즉, 독일공산당이 수행하는 현재의 행위들-재무장반대시위, 재통일을 위한 강연회 등-이 그 자체 독일의 현안을 다루고 있는 것이지만, 그것들을 전체로서 하나로 묶어 보면 결국에는 공식목표인 프롤레타리아 혁명을 추구하는 것으

5) 독일공산당의 강령은 다음과 같은 내용으로 구성되어 있었다: 모든 부채의 완전무효화, 부르주아국가를 전복함으로써 베르사이유조약과 영 플랜(제1차 세계대전 당시의 부채 처리방안)의 불세비키식 해결, 사회주의적, 소비에트 독일의 건설, 소련 및 모든 국가의 혁명적 노동자와의 동맹. F. Trönnberg, *State Regulation of Anti-Democratic Parties - A Comparative Study of Germany, Spain, and Sweden*(Master Thesis in International and European Affairs, 2013), 33쪽.

6) 독일공산당은 연방헌법재판소에 대해 이런 마르크스-레닌주의를 학습하고 선전하는 것은 학문의 자유와 표현의 자유의 범주에 포섭되는 것이기 때문에 위헌정당해산심판의 사유로 삼을 수 없다고 주장하였다.

로 수렴된다는 판단을 위한 하나의 분석도구였던 것이다.

그러나 이 사건 결정에서 헌법재판소가 사용하는 “숨겨진 목적”의 개념은 전혀 다른 구조를 가진다. 현재의 통합진보당이 가지는 공식목표인 “진보적 민주주의”의 합헌적 의미를 모두 부정할 채 그것이 통합진보당의 어떠한 공식자료에서도 드러나지 않는 “북한식 사회주의체제”로 나아가기 위한 수단이자 과도적 단계에 불과함을 유추해 내기 위한 수단으로 이 개념을 사용하고 있는 것이다. 그리고 바로 이런 유추방식으로 인하여 이 “숨겨진 목적”이론은 그 자의적 성격이 서독의 경우보다 훨씬 더 강하게 나타난다. 즉 서독의 경우에는 프롤레타리아 혁명과 현재의 채무장반대, 재통일추구라는 단기목표 사이의 관계를 규명하기 위하여 이 개념이 사용되었기에 그 개념의 무한확장을 어느 정도는 막을 수 있게 된다. 두 개의 통제변수가 있기 때문이다. 반면 이 사건 결정이 사용하는 “숨겨진 목적”이라는 개념은 공식목표인 진보적 민주주의를 그 자체 부정함으로써 아무 것도 없게 된 상태에서 단편적으로 획득된 퍼즐에서 자의적으로 유출되는 의미들을 임의적으로 조합하는 방식을 사용한다. 일부 당원들(혹은 “주도세력”)이 연루된 일심회사건이나 이석기의원등의 “내란음모사건” 등이 별달리 통제되지 않은 채 그대로 “북한식 사회주의체제”라는 “숨겨진 목적”으로 연결되는 것은 그 대표적인 예이다.

㉔ “정당의 목적이나 활동”: 누구의 어떤 행위가 “정당”에 해당하는가?

이 사건 결정은 “정당”으로 볼 수 있는 경우를 “목적”과 “활동”에 따라 달리 설명하고 있다.

먼저 “목적”과 관련하여서는 다음의 경우가 “정당”에 해당한다.

I. 공식적인 강령이나 당헌의 내용

ii. 정당대표나 주요 당직자 및 정당관계자(국회의원 등)의 공식적 발언

iii. 정당의 기관지나 선전자료와 같은 간행물

그 외에도 “정당의 의사결정과정에서 일정한 영향력을 가지거나 정당의 이념으로

부터 영향을 받은 당원들의 행위도 정당의 목적을 파악하는 데 도움이 될 수 있다.”고 한다. 문제는 이 부가적 개념이다. i - iii에 이르는 순수한 공식성과는 전혀 무관한 양상으로 제시된 이 보조개념은 그 다음의 문구에서 등장하는 “숨겨진 목적”을 파악하는 중요한 고리를 이룬다. 즉, 퍼즐맞추기의 과정에 단순한 사건으로서의 퍼즐뿐 아니라 당원들의 비공식적 발언이나 활동까지도 목적의 탐색에 편입시킬 수 있도록 한 것이다.

“활동”의 경우에는 그 종류가 보다 많아진다.

I. 당대표

ii. 대의기구인 당대회와 중앙위원회

iii. 집행기구인 최고위원회

iv. 원내기구인 원내의원총회, 원내대표

v. 정당의 최고위원 등 주요당직자의 공개된 정치활동

vi. 정당소속의 국회의원이 “그 정당에 속한 유력한 정치인의 지위에서 행한 활동으로서 정당과 밀접하게 관련되어 있는 행위들”

vii. 그밖에 정당에 속한 개인이나 단체: 이 경우는 그 활동이 이루어진 구체적인 경위를 살펴서 판단 - 정당이 그 활동의 권한을 부여하거나 독려한 경우, 사후적인 승인·옹호, 지원·지지(혹은 그 가능성) 등의 경우

이러한 판시내용은 지나치게 포괄적이라는 점에서 문제적이다. 특히 vi-vii의 두 경우는 상당히 넓은 범위의 개인적·사적 활동까지도 정당의 활동 영역에 삽입한다는 점에서 문제적이다. 비교예시하자면 터키의 경우 2001년 개정된 헌법 제69조는 헌법재판소의 자의적 해석을 차단하기 위하여 정당의 활동으로 볼 수 있는 보다 분명한 기준을 제시하고 있다. 즉, 어떤 행위가 위헌정당해산의 근거가 되려면 그 정당이 “그러한 행위의 집행에 중심이 되어야”(become a centre for the execution of such activities)한다. 동시에 이 중심여부는 다음의 기준에 의해 판단되어야 한다고 명확히 선언한다. “

I. 그러한 행동이 당해 정당의 구성원들에 의하여 집중적으로 이루어진 경우,
혹은

ii. 그 상황이 묵시적으로든 명시적으로든 그 정당의 당원총회, 당대표직
(general chairmanship), 중앙의사결정 또는 집행기관에 의해, 혹은 그 집단
의 터키의회 내의 의원총회(the group's general meeting)나 원내집행부
(group executive board)에 의해 공유되거나 또는 이러한 활동들이 전술한
정당기관에 의해 직접 결정적으로 수행되는 경우”⁷⁾

적어도 터키 헌법의 경우가 이 사건 결정의 경우보다 훨씬 더 구체적이며 명확하
다. 즉, 터키헌법의 이 조항에 의할 경우 이 사건 결정이 의존하고 있는 “주도세력”
의 개념은 더 이상 존립할 여지가 없어지게 된다.

㊤“민주적 기본질서”

이 사건 결정은 “민주적 기본질서”의 개념에 대해서는 비교적 정확하고도 타당한
판단을 내리고 있다. 개인의 자율적 이성에 대한 신뢰와 다원적 세계관, 폭력적·자
의적 지배의 배제, 다수를 존중하고 소수를 배려하는 민주적 의사결정, 자유·평등에
기반한 정치적 질서 등이 그에 해당하며 국민주권의 원리,⁸⁾ 기본적 인권의 존중, 권
력분립제도, 복수정당제도 등이 이에 상당하다고 한다. 뿐만 아니라, 정당의 위헌성
을 판단하는 대상은 그 정당이 취하는 이념이 아니라, 그 정당의 목적과 활동이어
야 한다고 함으로써 추상적이고 관념적인 지향점은 민주적 기본질서의 판단과는 별
개로 존중되어야 할 것을 선언하고 있다.

㊤“위배될 때”

이 부분이 이 사건 결정의 이론적·총론적 판단의 중심에 해당한다. 헌법재판소는

7) B. Algan, “Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: An Everlasting Conflict between the Court and the Parliament,” *AUHFJ*, vol.60, no. 4(2011), 814쪽에서 전재

8) 실제 이는 앞서 밝힌 공화주의의 원리와는 충돌하는 경향을 가진다. 즉, 헌법재판소의 공화주의 이해는 상당히 피상적이라 할 수 있다.

이와 관련하여 “민주적 기본질서에 대한 단순한 위반이나 저축을 의미하는 것이 아니라, 민주 사회의 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 그 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위협성을 초래하는 경우”(강조는 인용자)를 지칭하고 있다. 나름 타당한 규정이며 이는 베니스위원회의 가이드라인과 크게 떨어져 있지 않아 보인다.

다만, 그럼에도 불구하고 이 “실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위협성”이라는 관념의 구체적 의미는 헌법재판소는 전혀 제시하지 않는다. 이 실질성의 개념이 중대명백성과 어떤 관계에 있는지, 그리고 “구체적 위협성”이 형사법에서 말하는 구체적 위협의 수준에까지 이르는 것인지 혹은 명백하고도 현존하는 위협(clear and present danger)의 범리와 같은 맥락에서 이해되어야 하는지, 혹은 급박성(imminent danger)과는 어떤 연관을 가지는지⁹⁾ 등에 대해서는 아무런 판단을 내리고 있지 않는 것이다. 그리고 바로 이 공백을 이용하여 이 사건 결정은 통합진보당을 위헌정당으로 규정할 수 있었다.

우선 여기서는 독일공산당위헌결정에서 나타났던 목적추구성 즉 “목적을 추구하는 ‘적극적으로 투쟁적이며 공격적인 태도(haltung)’와 계획에 따른(planvoll) 목적의 추구하고 같은 요건¹⁰⁾이 빠져 있다. 민주적 기본질서에 대한 실질적 해악을 끼칠 수 있는 적극적·투쟁적·공격적인 태도와 이를 실현하기 위한 계획적인 활동(또는 추구)라고 하는 보다 실천적인 행태의 존재가 이 사건 결정에서는 거론되고 있지 않다.

실제 사법적 절차에 의거하여 위헌정당해산이 이루어지는 사례의 대부분이 집중되는 유럽인권재판소의 경우 어떠한 정당을 위헌정당으로 해산하려면 ① 그것이 민주주의의 핵심가치—다원주의—를 침범하고 있는지, 그리고 ② 이것이 구체적인 활동과 증거에 의해 뒷받침되고 있는지, 나아가 ③ 폭력의 수단에 의하여 그러한 지

9) 실제 유럽인권재판소에서는 미국에서 확립된 명백하고도 현존하는 위협(clear and present danger)의 범리보다, Refah사건에서 실시되듯 명백하고도 급박한 위협(clear and imminent danger)의 범리를 제시한다. *Refah Partisi(Welfare Party) v. Turkey*, 2003-II Eur. Ct. H. R., 277, 305-6쪽. 이때 이러한 급박한 위협이 있어야만 정당해산이라는 예방적 조치가 가능하며 이 위협의 정도여하를 판단함에 있어 개별국가의 재량적 판단여지(margin of appreciation)는 적다고 한다. 이 판결에서 유럽인권재판소는 Refah가 제1당으로 연정을 구성하고 있다는 점에서 자신의 정강이나 정책목표를 현실적으로 집행할 수 있는 실질적인 위협을 가지고 있다고 보았다. 이에 관하여는 P. Macklem, “Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe,” *Constellation*, vol. 19, No.4(2012), 580-581쪽(이 논문은 종교적 자유에 대한 헌법방어의 유형을 전투적 민주주의, 전투적 자유주의, 전투적 세속주의, 전투적 공화주의로 구분하면서 전투적 민주주의가 민주주의에 적대적으로 작용할 위험을 우려하고 있다).

10) BVerfGE 5, 85, 141: 송석윤, “정당해산심판의 실제적 요건: 정당해산심판제도의 좌표와 관련하여”, 서울대 법학 제51권 제1호(2010), 46면에서 전제

향점을 달성해 나가고자 하는지 등을 중요한 판단요소로 삼아야 한다는 경향이 형성되고 있다.

하지만 헌법재판소가 이 사건 결정에서 위헌정당해산의 요건으로 제시한 기준은 이러한 세계적인 추세에 현저히 부족한 내용으로 이루어져 있다. 그 구체적인 내용이 부족하다는 의미가 아니라, 기준 자체가 모호하고 추상적인 형태로 만들어져 있어 실제 적용의 과정에서 상당한 자의적 재량의 여지를 마련하고 있다는 의미에서 그러하다. 그리고 그 결과는 통합진보당에 대한 위헌결정으로 나아갔다.

㊸ 비례원칙

위헌정당해산제도는 민주사회에서 필요한(necessary in a democratic society) 경우에만 사용되어야 한다. 즉, “다원주의를 확보하고 민주주의의 적절한 기능성을 보장하는 핵심적 역할을 수행하는”¹¹⁾ 정당을 해산하려면 “명백하고도 필연적인 이유”(convincing and compelling reason) 또는 강한 사회적 필요성(pressing social need)이 있어야 한다는 것이다. 즉, ① 현존하고 있음이 입증되어 있는 민주주의에 대한 위협이 충분하고도 합리적으로 급박하며, ② 정당에 귀속시킬 수 있는 행위나 발언이 하나의 전체를 구성하고 이 전체가 “민주적 사회”라는 개념과 양립할 수 없는 사회유형을 명백하게 구성하고 이를 정당이 인식하고 또 옹호하고 있는 경우에만 위헌정당으로 선언할 수 있다는 것이다.¹²⁾

이에 이 사건 결정은 비례원칙은 “침익적인 국가권력의 행사에 부과되는 법치국가적 한계”이자 “우리 재판소가 법률이나 기타 공권력 행사의 위헌 여부를 판단할 때 사용하는 위헌심사 척도의 하나”라고 하면서 이 사건 심판에도 적용되어야 함을 명확히 하였다. 피청구인의 주장을 받아들인 셈이다.

하지만, 이 사건 결정은 여기서 더 나아가지 못한 채 그저 일반론에만 머물러 있다. 이러한 기준은 유럽인권재판소 등에서 제시하는 것과는 큰 차이를 보인다. “다른 대안적 수단이 없고, 정당해산결정을 통하여 얻을 수 있는 사회적 이익이 정당해산결정으로 인해 초래되는 정당의 정당활동자유제한으로 인한 불이익과 민주주의

11) EUHRCt, United Communist Party, 22쪽.

12) *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, judgment 30 June 2009, Appl. Nos. 25803/04 and 25817/04, para. 83.

사회에 대한 중대한 제약이라는 사회적 불이익을 초과할 수 있을 정도로 큰 경우”라는 모호한 기준만을 제시하고 있을 뿐이다. 더구나 그 심사의 강도에 대한 고려는 전혀 제시되어 있지 않다.

㉔ 정리

이 사건 결정이 제시하는 위헌정당해산심판의 기본원리 및 심사기준은 외형적으로는 베니스위원회의 가이드라인에 충실한 듯 보인다. 특히 민주적 기본질서에 대한 이해가 자유민주적 기본질서에 대한 기존의 판단과는 달리 경제질서와 같은 자유주의적 요소를 의도적으로 배제하면서 정치적·사회적 민주주의를 그 핵심영역으로 끌어넣고 있는 듯한 서술은 상당한 주목을 끈다.

하지만, 이 사건 결정은 이 수준에서 하냥 머물러 있다. 원론이나 일반론의 수준을 이 사건의 심판을 타당하게 진행함에 필요한 제반의 기준이나 지침들은 하나같이 은닉해 놓거나 또는 추상적인 수준으로 유보해 두고 있다. 자의적 적용의 가능성을 열어두고 있는 것이다.

3.3. 특수이론에 의한 일반이론의 배제

① 한국적 특수성과 정당해산심판기준의 왜곡

이 사건 결정이 제시하는 “3. 한국사회의 특수성”은 바로 이렇게 일반이론이 배제되어야 하는 예외상황을 만드는 만능키로서 분단상황을 제시한다. “가. 남북한의 대립”이라는 분단상황은 “아직도 냉전의 구도에서 벗어나지 못했다”는 판단에까지 이르게 하며, 북한이 저지르는 “실제적인 무력도발행위”는 그 한 징표로 제시된다. 미얀마 아웅산 테러사건, 대한항공기 폭파사건, 핵실험, 장거리 미사일발사실험, 연평해전, 천안함폭침, 연평도 포격 등의 국지전 혹은 충돌은 이러한 냉전적 비상상태의 대표사례로 거론되기도 한다.

그래서 “나. 현실상황에 대한 고려 필요성”에서는 “이러한 이념 대립의 상황은 오늘날 세례의 보편적인 상황과 상충”되는 만큼, 세계적으로 보편화한 입헌주의의 적용과 더불어 “우리 사회가 처해 있는 여러 현실적인 측면들, 대한민국의 특수한 역사적 상황 그리고 우리 국민들이 공유하는 고유한 인식과 법 감정들의 존재를 동시

에 속고할 수밖에 없다”고 한다. 한 마디로 정당해산과 관련한 국제적-주로 유럽적-인 기준들은 그대로 우리의 경우에 적용될 것은 아니며, 분단이라는 냉전적 상황에 부합하도록 수정되거나 축소된 형태로 적용되어야 할 것임을 강변하고 있는 것이다. 그리고 그 결과는 다음 항에서 보듯 분단상황에 가장 취약한 통합진보당이라는 정치적 소수자의 해산으로 나타난다.

② 한국사회변혁운동과 통합진보당

즉, 한국적 특수성의 주된 변수인 분단상황 및 이를 저변하고 있는 냉전이데올로기는 그대로 통합진보당의 정치적 이념에 대한 단죄로 이어진다. 이 사건 결정은 “가. 한국사회 변혁운동의 흐름”이라는 제호 아래 민족해방(NL)계열과 민중민주(PD)계열을 분류하고 전자 즉 자주파들이 사용하는 “민족해방 인민(민중)민주주의 혁명론(NLPDR, National Liberation People’s Democracy Revolution)”을 보다 구체적으로 설명하는데까지 이른다. 이 사건 결정에 의하면 그것은 반미자주화, 반파쇼민주화, 제국주의에 결속된 한국자본주의체제의 타도와 남북통일 등의 전략을 추구하며 “북한이 제국주의 세력계 대하여 자주적인 입장을 견지하고 있다고 보아 북한을 옹호하는 태도를 보이고 있”다고 단정한다.

문제는 이러한 변혁운동의 서술이라는 틀 속에서 “나. 피청구인의 창당 및 분당과정등”의 경과를 설명하고 있다는 점이다. 물론 그것이 나름의 역사적 타당성이 있을 수도 있지만, 그럼에도 문제적인 것은 이 서술의 체제가 한반도의 이념적 대립상황-북한의 대남적화통일노선-한국사회변혁운동-자주파의 대북한 지향성-통일진보당의 창당과 변화라는 구도 속에서 이루어지고 있다는 점이다. 환언하자면 한국적 특수성에 따라 세계적으로 보편화된 입헌주의의 요청을 수정하지 않을 수 없다는 그 이전의 설명과 결합하게 되면, 통합진보당에 대한 이 사건 심판의 기준은 보편적인 것이 아니라 이렇게 특수하게 변형된 기준이 불가피하며 이 점은 한국적 상황에서 도출되는 자명한 것으로 별다른 이유의 설시나 정당화의 필요성은 없는 것으로 간주된다는 것이다. 그리고 이렇게 기준의 변형이 필수적이라고 하면서도 무엇이 왜 어느 정도로 바뀌어야 하는지 또한 체계적으로 설명되지 않는다. 그저 이 사건 결정이 의존하고 있는 것은 그때그때 자의적인 변형과 왜곡뿐이다.

4. 사건에의 적용

4.1. 통합진보당의 목적과 활동

이 사건 결정은 통합진보당-혹은 그 주도세력-의 “진정한” 목적과 활동은 “1차적으로는 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고, (이를 기초로 통일을 통하여) 최종적으로는 북한식 사회주의를 실현하는 것”이라고 단정한다. 하지만, 이런 결론은 수많은 비약과 유추와 오해로부터 나온다.

일단 이 사건 결정은 통합진보당이 추구하는 “진보적 민주주의”의 진정한 의미를 제대로 파악하기 위해서는 ①강령 등의 문언적 의미와 ②그것이 강령에 도입된 경위, ③주도적 역할을 했던 사람이 누구인지, 그리고 ④그 사람들이 이념적 성향 및 지향점이 무엇인지 등을 살펴보아야 한다고 하면서 수십면에 걸쳐 이들을 기술하고 있다. 그리고 이 모든 설명의 초점을 소위 “주도세력”이라는 개념으로 포획되는 일단의 당원들-소위 “자주파”로 지칭되는 사람들의 집단-의 특성과 성격과 활동, 주장 등에 맞춘다.

㉠ 개인(행태)환원주의의 실패

문제는 이런 식의 서술방식은 정당이라는 하나의 조직-경우에 따라서는 하나의 유기체-의 활동을 개인 수준으로 환원시키는 방법론적 개인주의에 치중한다는 점에 있다. 경기동부연합, 부산울산연합, 광주전남연합 등으로 구성되는 이 “주도세력”이 통합진보당의 정책과정을 지배한다는 것이 이 사건 결정의 결론이나, 그 주도세력의 구성단위들-각각의 연합들이나 전농, 한총련 등-간의 관계에서 파생되는 역학관계들, 그리고 그 단위 내부에서 이루어지는 세력분포 및 지배관계등과 같은 구조의 측면에 대한 고려는 완전히 결여되어 있다. 그러다보니 통합진보당이라는 하나의 조직이 가지는 상대적 자율성의 측면들이나 이 ‘주도세력’이 제정한 당강령이나 당규 등과 같은 규범이 추상화과정을 거치면서 그 ‘주도세력’으로부터 상대적 자율성을 확보하는 과정, 그리고 이 ‘주도세력’과 ‘비주도세력’간의 관계 속에서 구성되는 정당화의 기제 등에 대한 고려가 완전히 배제되어 있다. 수만명의 당원을 둔 정당체를 불과 이 사건 결정에서 거론하고 있는 30-40명의 인사가 완전히 통제할 수 있다는 의제는 여기서 만들어진다. 그들 상호간의 (권력)관계나 그들과 그 외의 사람들간의 관계를 규율하는 틀, 외부환경적 변수들 등 조직체나 체계를 다룸에 있어

필연적으로 고려하여야 할 사항들은 전혀 언급되지 않고 있는 것이다.

㉔개인행태의 정당귀속여부

더불어 이런 개인행태로의 환원주의는 통합진보당의 조직적 의사나 활동을 규정하는데에 까지 나아간다. 이 사건 결정은 이 ‘주도세력’의 개인적인 성향의 집적, 집합이 곧 통합진보당의 목적 내지는 활동인 것으로 의제하고 있다. 특히 이 ‘주도세력’의 구성원들이 개인적 자격으로 집필하거나 강연한 것의 내용을 평면적으로 나열하면서 마치 그것이 곧장 통합진보당의 공식의견이나 혹은 통합진보당이 이를 사후적으로 수용하거나 승인하는 것처럼 서술하고 있는 것이다. 물론 경우에 따라서는 그런 개인적 입장이 그대로 조직의 공식입장으로 전이되는 경우도 있다. 하지만, 정당해산심판절차에서 무엇보다 중요하게 판단되어야 하는 것은 그 구성원들의 개별적 행위가 아니라, 그러한 행위들이 정당 전체의 차원에서 어떻게 수용되고 또 어떻게 공식화되는가의 문제이다. 여기서 “숨겨진 목적”이 존재하는가의 문제는 아무런 의미를 갖지 못 한다. 전술한 바와 같이 독일공산당의 경우와 같이 이 숨겨진 목적이 공식적 목적-장기목적으로서의 프롤레타리아 혁명-의 수행에 봉사하는 것이 라면 몰라도, 통합진보당의 경우에는 그 숨겨진 목적은 그 자체 숨겨진 상태로 남아 있으며 이는 사회의 중대가치인 민주적 기본질서를 위태롭게 할 구체적 위협에 해당되지 아니한다. 그 “구체적 위협”이라는 것은 이 숨겨진 목적이 특정한 행위나 계획으로 공식화되고 현재화될 때 그때서야 비로소 현실적 위협(real threat)을 구성하는 것이기 때문이다.

㉕‘폭력에 의한 진보적 민주주의의 실현’?

이 사건 결정은 통합진보당의 “주도세력”들이 말하는 진보적 민주주의는 저항권과 선거에 의해 실현되는 것이며 이 때의 “저항권”은 “국민이 공권력에 대하여 폭력·비폭력, 적극적·소극적으로 저항”하는 것이며 따라서 폭력의 행사가능성을 예정하고 있는 것이라고 보았다. 또한 민중주권론 역시 “일반적 의미로서의 국민을 주권자로 보는 국민주권주의와 다르다”고 규정한다. 여기서 이 사건 결정의 한계는 정치적인 맥락에서 사용된 어휘를 법적 언어로 왜곡한다는 점에 있다. 저항권이나 주권 등의 개념들이 “주도세력”들의 언어들에서는 레토릭 내지는 전술적 명명법에

불과한 것을 법적 개념으로 굳이 치환하고 그 속에서 폭력의 가능성을 최대화하려고 노력한다.

뿐만 아니라 이런 해석이 그 자체 무리함을 인식하면서도 그것을 밀어붙이는 견강부회까지도 서슴지 않는다. “헌법상 인정될 수 있는 이른바 저항권적 상황에서 ... 민주적 기본질서를 회복하고 그 이후에 민주적인 방법에 의한 집권을 하겠다는 취지로 해석할 여지가 없지 않다”라는 판단이 가능함에도 불구하고 또다른 가능성 즉 폭력적 저항의 가능성을 중심으로 이런 주장들을 변질시켜 버린다.

이 점은 정당해산의 요건으로 제시되는 위협의 명백성이라는 원칙을 정면에서 부정하는 셈이 되어 버린다. 위협의 발생가능성이 그리 높지 않으며 위협 자체가 존재하는지조차도 불명확함을 스스로 인정함에도 불구하고 비폭력의 가능성을 애써 부정하고 오직 폭력의 가능성만을 판단의 준거로 삼고 있기 때문이다. 특히 여기서는 “비타협적 대중투쟁”, “혁명권” “전민항쟁” 등의 레토릭까지도 폭력의 범주 속으로 포섭하고자 노력한다. 물론 이 사건 결정이 인용하고 있는 바에 의하면 “무장항쟁” “외세와의 전쟁을 수반한 내전” “일시적인 시가전” 등 폭력이나 무력의 행사를 예정하고 있는 표현이 등장하나, 그 대부분의 서술은 “외세개입”(제국주의세력의 개입), 군대의 반응, 반동정권의 등장 등등 자체적인 무력사용이 아니라 “적”의 공격에 대응하는 무력의 사용이라는 관점이 강조되고 있다는 점에서 그 폭력성의 위협은 상당히 줄어든다.

㊤“북한식 사회주의”?

이 사건 결정이 결론으로 단정하는 “북한식 사회주의”의 문제는 일종의 유추적인 개념으로 등장한다. “주도세력”의 진보적 민주주의 주장에 대한 이 사건 결정의 원래 결론은 “1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고, 이를 기초로 통일을 통하여 최종적으로는 사회주의를 실현하는 것”이었다. 여기서 “사회주의”가 어떤 것인지에 대해서는 침묵하고 있었으나, 그 다음의 항인 “마. 북한식 사회주의 및 대남혁명전략과의 비교”라는 제호하의 서술에서는 청구인의 주장인 그 “진보적 민주주의가 북한식 사회주의를 추구”한다는 것에 대한 검증을 하면서 은연중에 “북한식 사회주의”가 고착되어 버린다.

이와 관련하여 이 사건 결정은 “주도세력”의 주장이나 인식, 전술적 방법, 변혁의

목표 등 모든 면에서 북한의 그것과 “전체적으로 같거나 매우 유사하다”고 하면서 “이러한 동질성 내지 유사성은 단편적 또는 부분적 범주를 넘어서는 것”이라고 단정한다. 그리고 이런 동질성, 유사성으로 인하여 위의 “사회주의를 실현하는 것”이라는 구절은 “북한식 사회주의를 실현하는 것”으로 바뀌게 된다.

하지만, 이런 결론으로 나아가는 과정은 상당한 무리함으로 충만되어 있다. 이 사건 결정은 그 동질성 또는 유사성을 먼저 북한의 그것을 설명한 다음 “주도세력”의 주장에서 북한의 그것과 일치하거나 유사한 부분을 추출하여 양자를 대비하는 방식으로 증명하고자 한다. 문제는 이런 식의 비교는 가장 저급한 수준의 것으로 언어적·어휘적 일치가 전체의 의미를 규정해 버리는 우를 범하게 된다는 점이다. 단순비교의 수준에도 미치지 못한 채 어느 하나의 속성에 가장 가깝거나 가장 근사한 것을 다른 비교집단에서 추출하여 같음과 다름을 규정해 버리는 것이기 때문이다. 그래서 경우에 따라서는 부분이 전체를 규정해 버리게 되고 이 과정에서 비교 자체가 왜곡되어 버리는 유추해석의 한계가 그대로 드러나는 것이다.

㊤이석기 등의 내란관련사건

이 부분 서술은 진보적 민주주의가 폭력에 의하여 달성되고 이를 바탕으로 북한식 사회주의를 추구하겠다는 이 사건 결정의 결론을 뒷받침하는 가장 뚜렷한 증표로 이용되고 있다. 하지만, 이 사건은 주지하듯 항소심에서 내란음모부분은 부정되고 오직 내란선동여부만이 상고심에 계속중이다. 더불어 R.O와 같은 내란의 핵심요소는 제1심에서조차 부정되었다. 그럼에도 불구하고 이 사건 결정은 마치 그것이 진실에 가까운 것처럼 계속하여 거론하면서 통합진보당의 폭력성과 친북한적 성격을 입증하는 증거로 이용하고 있다.

하지만, 이런 식의 논증은 아직 계속중인 사건에 적용되어야 할 무죄추정의 원칙을 위반하고 있을 뿐 아니라, 경우에 따라서는 심리를 담당하고 있는 대법원에 유무형의 압박을 가하는, 타기관에 대한 부당한 개입행위가 될 수도 있다. 뿐만 아니라 이석기 등을 ‘주도세력’으로 불류하는 것은 별론으로 하더라도 이 내란관련사건이 통합진보당의 성격을 규정함에 있어 왜 의미있는 피인용사건이 되어야 하는지에 대한 해명은 전혀 없다. 실제 “(2) 내란관련사건의 피청구인 귀속여부”부분에서 서술하고 있는 내용의 대부분은 그 강연이 이루어지게 된 과정에서 강사의 소개와 장

소섭외와 같은 단순사무적인 사항들을 경기도당에서 주관하였다는 내용과 이석기 의원이 “경기동부연합의 수장의 지위”에 있음을 인정할 만한 사건의 존재만을 기술하고 있을 뿐이다. 그 외 이석기 등에 대한 형사기소가 이루어지자 당 차원에서 “내란음모조작 국정원 해체 민주수호 투쟁본부”를 구성하였음을 들고 있지만, 이 또한 당차원에서 그 강연의 내용을 승인하고 공식화하는 것이 아니라, 소속 의원의 부당한 기소에 대한 항의 차원에서 이루어진 것에 지나지 않는다.

㉔ 기타사건과 외부자의 증언?

그 외 이 사건 결정은 통합진보당의 목적과 활동의 성격을 규명하지 위하여 비례대표부정사건, 중앙위원회 폭력사건, 관악을 지역구 여론조작사건 등을 거론하며 이들은 폭력적 수단을 사용한 것으로 “민주사회에서는 도저히 있을 수 없는 행태”이며 “당내 민주적 의사형성을 왜곡하고 선거제도를 형해화하여 민주주의 원리를 훼손하는 것”이라고 단정한다. 뿐만 아니라 외부인사들의 진술을 인용하며 통합진보당의 북한추종성을 입증하고자 한다.

하지만 이런 내용들은 백보를 양보하여 그대로 수용한다 하더라도 그것은 “주도세력”의 경향성을 보여주는 것에 불과할 뿐 그들의 구체적 위험성을 제시하는 것은 되지 못 한다. 특히 이 부분의 서술이 타당하기 위해 무엇보다 먼저 증명되어야 하는 것이 바로 북한과의 연계성-유사성이 아니라-이지만 이 사건 결정은 이 부분에 대해서는 하등의 자료제시를 하지 못 하고 있다. 구체적 위험은 북한의 대남적화통일노선에 있는 것이지 북한의 주장과 유사하거나 유사할 수도 있는 어떤 경향성으로부터 나오는 것은 아니기 때문이다.

사정이 그럼에도 불구하고 이 사건 결정은 주변적인 것만으로 통합진보당의 목적과 활동을 북한식 사회주의에 맞추어 놓는다. 그렇지만 여전히 그 위험은 추상적인 것은 변함이 없다. 이 사건 결정은 이를 의식한 듯 “(4) 피청구인의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부”의 항에서 몇 가지의 근거들을 제시한다. 즉 “정당의 목적은 항상 실천적 성격과 현실적 지향성을 지닌다”라는 전제하에 “정당의 목적이나 정치적 이념은 ... 현실 속에서 구현하고자 하는 실물적인 힘과 의지를 내포한다. 따라서 정당이라는 단체의 위헌적 목적은 그 정당이 제도적으로 존재하는 한 현실적인 측면에서 상당한 위험성을 인정할 충분한 이유가 된다”고 단정한

다. 그리고 이로부터 “우리 사회의 민주적 기본질서에 대해 실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하였다고 판단”하는 것이다.

그러나 이런 판단은 그 자체로서 위헌정당해산제도의 존재 자체를 부정하는 것이 된다. 자기모순에 빠져 있기 때문이다. 앞서 이 사건 결정은 정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배된다는 것은 그것이 민주적 기본질서에 대해 “실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성”을 가지고 있을 때를 의미한다고 하였다. 하지만, 정작 그 원칙을 적용하는 단계에 있어서는 정당은 실물적인 힘과 의지를 내포하고 있는 만큼 정당이 위헌적인 목적을 가지게 되면 자동적으로 “현실적인 측면에서 상당한 위험성을 인정할 충분한 이유”가 된다고 한다. 즉 정당은 그 존재만으로 “실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성”을 가진다는 추론을 하고 있는 것이다. 사정이 이렇다면 “실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성”이라는 요건은 언급할 필요도 없어진다. 스스로 물질적인 집행력과 실천력을 가지는 정당이기엔 뭔가 불순한 의도만 가지는 순간, 그 정당에게는 민주적 기본질서에 대한 “실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성”이 의제되거나 그 존재함이 간주되기 때문이다.

그리로 바로 이런 억지 때문에 이 사건 결정은 통합진보당이 설령 그 ‘주도세력’이 저러한 경향성을 갖고 있다고 인정하더라도 그 경향성으로 인해 어떠한 “실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성”을 야기하고 있는지를 입증하지 못하고 있다. 아니 오히려 그 “실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성”이라는 개념 자체를 헌법재판소가 제대로 이해하지 못하는 것은 아닌가라는 의문을 갖게 만든다.

결국 이 부분의 이 사건 결정의 서술은 그 의도와는 달리 실패한 것이다.

4.2. 비례성의 요건

이 사건 결정은 피청구인의 주장처럼 비례성의 원칙을 위헌성심사의 기준으로 받아들였다. 그래서 정당해산제도의 최후수단성과 보충적 성격, 그리고 범익침해의 균형성을 별도로 고려한다. 문제는 그러한 심사가 이 사건 결정에서는 너무도 형식적이고 너무도 건성건성으로 이루어진다는 점이다.

①위험의 중대성?

그 첫 번째 문제점은 비례성의 원칙을 판단하는 기준으로 위협의 “중대성” 즉 “위헌적 성격의 중대성”이라는 부분이다. 물론 정당을 해산할 정도로 위협이 중대하고 심각할 것을 요구하는 것은 당연한 것이지만, 그 요건을 중대성에만 한정하는 것은 “실질적 위해를 끼칠 구체적 위협”의 요건에 해당되지 않는다. 여기서 필요한 것은 표현의 자유에 대하여 그동안 헌법재판소가 요구해 왔던 “명백성”의 요건이다. 즉, 정당해산을 심판하는 기준으로 제기되는 위협의 정도는 중대하고도 명백한 것이어야 한다. 위협이 아무리 중대하다 하더라도 그 위협의 존재가 명백하지 않거나 혹은 그 중대함 자체가 명백하지 않는 경우에는 국가의 개입은 한정될 수밖에 없다. 이것이 표현의 자유와 결사의 자유를 바라보는 헌법재판소의 기존의 입장이었다. 헌법의 특별한 보호를 받는 정당의 경우에는 그 요건은 더욱 엄격하여야 한다. 즉, 더욱 더 명백성의 요건이 강조되어야 한다. 하지만, 헌법재판소는 이 사건 결정에 있어서는 아무런 이유 설시도 없이 이 법리를 은근슬쩍 바꾸어 완화시켜 버렸다.

실제 앞서도 살펴 보았듯이 헌법재판소는 이 구체적 위협성을 제대로 입증하지 못하였다. 특히 어떠한 위협이 어떤 형태로 존재하는지가 전혀 명확화되어 있지 못하다. 즉, 명백성의 요건을 충족하지 못하고 있는 것이다. 단순히 북한이 그것과 유사하다는 판단, 그리고 과거 국가보안법을 위반하여 유죄선고를 받았던 사람들이 ‘주도세력’이 되어 있다는 점, 이석기 등의 내란관련사건이 ‘발생’하였다는 점 정도의 수준에서 통합진보당이 위협할 수도 있다는 것은 제시하였으나 그 위협이 구체적으로 현존하고 있다는 점을 명백히 밝힌 것은 아니라는 것이다.

② 위협의 실질성: 침해의 최후성, 보충성 위반

정당을 해산하기 위하여는 그 정당의 목적이나 활동이 사회의 중요한 법익에 대하여 실질적 위협(real threat)을 가하고 있어야 한다. 위헌정당해산제도는 그 어떠한 정당이라도 폭력에 의하여 체제를 파괴하고자 하지 않는 한 헌법의 보호를 받아야 하며, 그 어떠한 정당이라도 체제에 대한 현실적인 위협(real threat)을 야기하지 않는 한, 그리고 그 위협에 대한 충분한 증거(sufficient evidence)가 존재하지 않는 한¹³⁾ 강제해산 당하는 사태는 발생하지 않는다는 현대 국가의 확약을 바탕으로 하

13) Venice Commission(2000), para. 5, 14.

고 있는 것이기 때문이다.

여기서 문제는 이 실질적 위협이다. 이에 대하여 이 사건 결정은 이렇게 말한다: “목적이나 활동에 관하여 일정 부분의 위험적 성격을 가지는 정당에 대해서 설령 현재 우리 사회의 정치적 공론장이 적절하게 작동함으로써 그 정당의 정치적 위험성을 상당부분 견제할 수 있다 하더라도, 그 정당의 목적이나 활동의 중대한 위험성을 지니는 것이라면 정당해산제도의 예방적 성격에 비추어 정당해산의 필요성은 인정된다.”

헌법재판소가 이 사건 결정에서 급박성의 요건을 배제한 이유는 여기에 있다. 즉, 정당의 위험적 성격이 지금 현재 어떠한 현실적 위협이 되지 않는다 하더라도 또는 사회가 그러한 위험성을 감당해 낼 수 있는 능력이 충분하여 그 위협의 발생을 충분히 차단하거나 예방할 수 있다 하더라도 정당을 강제해산시키는 형태의 국가개입은 허용된다고 보는 것이다.

하지만 이러한 논의는 침해의 최후성과 보충성이라는 비례성 원칙을 정면에서 위반하는 것이 된다. 국가의 개입은 다른 수단이 없을 때 한하여 최후로만 하여야 한다는 원칙이 여기서 무시되는 것이다. 실제 사적 결사로서의 정당의 위험성을 치유하는 최선의 방식은 유권자들의 민주적 통제방식이다. 그리고 사회가 그러한 능력을 충분히 갖추고 있다면 국가는 개입하지 않는 것이 헌법의 요청이요, 정당의 강제해산과 관련한 각국의 제도와 관행들을 통람하였던 베니스위원회가 이 제도를 두고 일종의 “소극적 안전판”(passive safety valve)¹⁴⁾이라 규정한 것도 이런 고려에 입각하였기 때문이다.

여기에 헌법재판소는 뜬금없이 소수당에서 4년만에 다수당의 지위를 차지한 나치당의 전례를 들어 그 위협을 심각성을 제시한다. 하지만 이는 수많은 조건이 충족되어야만 가능한, 따라서 급박성 및 명백성이 결여된 사례라는 점에서 여기에 예시되기에는 부적절한 것이 된다. 뿐만 아니라, 당시 패전국인 바이마르의 정치적 상황과 현재 안정된 국가체제를 구축하고 있는 우리나라의 상황은 전혀 다른 것임을 헌법재판소는 굳이 외면하고 있다. 본질적으로 다른 것을 마치 같은 것처럼 헌법재판

14) “rather a passive safety valve, which serves a function by its mere existence, but which is rarely if ever actually invoked” in: Venice Commission, *On the Constitutional and Legal Provisions Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey*, CDL-AD(2009) 006, 2009(이하 ‘Venice Commission(2009)라 함), 6쪽(para.22)

소는 역지를 부리고 있는 것이다.

③보충적 치유책?

이 사건 결정은 통합진보당을 해산하여야 할 이유로 개별적인 형사처벌의 경우 “정당 자체의 위험성은 제거되지 않기 때문에 나머지 당원들은 계속하여 그 정당을 통해 위헌적 활동을 할 수 있게 된다”는 점을 든다. 하지만, 이 또한 자기모순에 빠진다. 헌법재판소는 통합진보당 그 자체가 위헌적임을 입증한 것이 아니라 통합진보당을 주도하는 일부당원들-소위 “주도세력”-이 위헌적임을 입증하고자 애썼다. 그것이 사실이라면 통합진보당의 위험성은 이 “주도세력”을 제거함으로써 얼마든지 치유될 수 있다. 국회의원의 경우에도 자격심사의 관행이 그리 확고하지는 않지만 여당이 절대다수를 차지하고 제2당 역시 보수정당으로서 ‘위헌성의 치유’에 관한 한 여당과 뜻을 같이 할 가능성이 많은 만큼 이 자격심사도 또 다른 대안이 될 수가 있다.

사정이 그러하다면 헌법재판소는 위헌정당해산의 결정을 하기 보다는 보충적인 방법, 즉 “주도세력”에 대한 형사처벌이나 국회의 자격심사 등의 방법에 호소하도록 방임하는 것이 비례성의 원칙에 합치되는 판단이 되었을 것이다.

5. 소속의원의 자격상실여부

5.1. 국회의원의 국민대표성과 정당기속성

헌법재판소는 통합진보당에 대하여 위헌으로 해산할 것을 결정하면서 동시에 그 소속의원의 자격박탈을 주문으로 선언하였다. 위헌정당의 존재는 국회의원의 국민대표성을 부득이 희생시킬 수밖에 없는 비상상황이며 정당해산결정에도 불구하고 그 정당 소속 국회의원이 위헌적인 정치이념을 실현하기 위한 정치활동을 계속하는 것까지 보호받을 수는 없다는 것이 그 이유이다.

하지만, 이 부분은 심각한 제도적 하자가 내재한다.

첫째, 근거법이 존재하지 않는다. 실제 제3공화국 헌법(62년헌법) 제38조는 위헌정당선언을 받은 정당의 소속의원은 의원직을 상실함을 규정한 명문규정을 두었다. 하지만 그 규정은 제4공화국 헌법 이래 삭제된 채 아직도 부활하지 않고 있다.

애당초 규정이 없었다면 또 모를 일이지만(그렇다고 해서 결론이 달라지지는 않는다), 있던 규정을 애써 삭제한 것은 제4공화국에서의 정당국가경향의 약화현상과 맞물린다. 제3공화국헌법의 강력한 정당국가화경향을 완화하고자 했던 것이 제4공화국헌법이기 때문이다. 사정이 그렇다면 여기서 필요한 것은 반대해석이다. 즉, 의원직상실조항의 삭제로 인하여 더 이상 위헌정당해산결정이 그 소속의원의 의원직에는 영향을 미치지 않는 것으로 해석하여야 한다는 것이다.¹⁵⁾

둘째, 의원직을 상실하도록 하는 것은 비례성의 원칙에도 반한다. 실제 헌법재판소는 그 의원들이 “위헌적인 정치이념을 실현하기 위한 정치활동을 계속하는 것”을 우려하지만, 의원이 되어 위헌적인 활동을 하는 것은 입법활동인 만큼 위헌법률심판제도를 이용하여 그 위헌성을 제거하면 충분하다. 또는 국회의 다단계식의 입법절차들은 이런 위헌성을 제거하기 위한 일종의 여과장치가 되기도 한다. 즉, 그 의원들을 의회로부터 제거하지 않더라도 그들이 위헌적인 활동을 할 가능성은 시스템적으로 제거되게 마련이다. 사정이 그렇다면 최소침해의 원칙에 따라 헌법재판소는 그 의원에 대한 판단을 하지 않는 것이 타당하다.

셋째, 이런 결정은 권력분립의 원칙 특히 국회의 자율권을 침해하는 것이 된다. 헌법을 수호하고 위헌적인 정치활동을 규제하여야 할 의무는 헌법재판소와 마찬가지로 국회도 진다. 그리고 국회는 그 소속 의원에 대한 자격심사를 할 수 있는 유일한 권한을 가진 기관이며 이에 대해서는 사법심사도 배제된다. 즉, 헌법재판소가 어떠한 법률적 근거도 없이 의원의 자격을 심사하여 의석에서 배제할 수 있는 상황이 아니라는 것이다.

넷째, 그 결정의 효력 발생 시기에 대한 의문은 여전히 남아 있다. 정당해산결정은 선고되는 즉시 효력을 발생한다. 하지만 아무런 법적 근거도 없이 이루어지는 의원직상실결정은 언제부터 효력을 발생하는지 알 수가 없다. 이 또한 법적 근거가 없기 때문이다.

그래서 이 부분의 헌법재판소의 결정은 비록 주문의 형식으로 되어 있다 하더라도 그것은 구속력을 갖지 못하는 하나의 의견 정도의 수준에서 받아들여야 한다.

15) 정당대표성의 개념을 규정하는 정당국가경향은 이미 쇠퇴하고 있다고 보는 것이 타당하다. 최근 공천과정을 open primary로 하자는 논의를 비롯하여 대중들이 참여하는 상향식 공천제도가 주목을 받고 있는 현실이나, 지구당제도의 폐지와 같은 조치들은 무소속 출마를 허용하는 것과 함께 정당국가적 경향의 완화를 의미한다. 여기에 지역정당제도에 대한 국민적 요구는 이런 경향을 더욱 강화한다.

즉, 이 의견을 국회가 존중하여 별도의 자격심사를 행함으로써 의원직을 상실하게 하는 후속조치를 취하도록 하는 것이 바람직하다는 것이다.

5.2. 중앙선관위의 지방의원 비례대표 의원의 자격상실결정

이와 관련하여 12월 20일 중앙선관위는 통합진보당 소속의 광역지방자치단체 의회 의원의 자격을 심사하여 그 중 비례대표로 선출된 지방의회의원은 그 의원직을 상실한다고 결정하였다. 하지만 이 역시 위와 같은 이유에서 유효행위가 되어 무효이다.

첫째, 이는 법률적 근거가 없는 무권행위에 불과하다. 일설에서는 정당해산결정의 후속조치라고 규정하고자 하지만 이는 잘못된 것이다. 후속조치는 현상을 확정하는 조치이지 새로운 법률적 관계를 형성하는 조치를 포함하는 것은 아니다. 특히 정당의 단독행위로 규정되는 것이 아니라 유권자들의 선택에 의하여 유권자들이 대표로 선출된 의원에 대하여 그 자격상실을 선언하는 것이 정당해산의 후속조치로 포섭될 리가 없다.

둘째, 정당해산조치는 중앙정치의 문제이다. 지방정치는 정당이 관여된다 하더라도 주권적 결정의 영역에서 벗어나 있다고 보아야 한다. 즉, 중앙정치와는 질적으로 다른 지방정치의 경우에는 중앙정치의 개입으로부터 가능한 한 벗어나도록 하는 것이 바람직하다.

셋째, 비례대표와 지역구의 구분은 무의미하다. 과거 선거에서 1인 1표제의 방식을 사용하던 경우는 몰라도, 지금처럼 1인 2표제의 투표방식에 의하여 비례대표도 지역구대표처럼 유권자의 마찬가지로의 선택대상이 되어 있는 상황이라면 양자를 구분할 이유가 없다. 지역구의원으로 출마하는 것에서 정당의 추천-공천-이 이루어지며, 비례대표도 마찬가지로의 구조에서 정당명부가 작성된다. 양자는 공히 추천과 그에 대한 유권자의 선택으로 선발된다는 것이다. 사정이 그렇다면 이 양자를 굳이 구분하여 달리 취급할 이유는 없다. 정당기속이라는 것 혹은 정당대표성이라는 것은 1인1표제가 아닌, 1인2표제에서는 양자가 모두 똑 같은 구조속에서 규정되기 때문이다.

6. 결론

우리 헌법은 다양성과 다원성을 민주주의의 기본전제로 삼고 이를 보호하기 위하여 소수정당을 다수정파의 권력으로부터 해방시키는 수단으로 위헌정당해산제도를 마련하고 있다. 그 어떠한 정당이라도 폭력에 의하여 체제를 파괴하고자 하지 않는 한 헌법의 보호를 받아야 하며, 그 어떤 정당이라도 체제에 대한 현실적인 위협을 야기하지 않는 한, 그리고 그 위협에 대한 충분한 증거가 존재하지 않는 한 강제해산 당하는 사태는 발생하지 않는다는 현대 국가의 확약을 그대로 우리 헌법은 받아들이고 있는 것이다.

하지만, 이번 통합진보당에 대하여 위헌정당이라고 판단하면서 그 해산을 명한 헌법재판소의 결정은 아무리 보아도 반역사적 판단이자 동시에 반민주적 판단이다. 그것은 다원성, 다양성을 추구하는 현대민주주의의 틀을 벗어나 있는 것이자 동시에 민주화와 산업화를 동시에 이루었다는 우리의 현대사를 일거에 부정하는 것이 되기 때문이다.

실제 헌법재판소의 정당해산결정은 그 논거조차 빈약하기 짝이 없다. 거창한 원론에도 불구하고 정작 중요하게 고려하여야 심사기준은 온전히 누락시켜 놓고 있으며, 남은 기준의 경우에도 그 의미를 형해화하거나 혹은 축소시켜 존재감을 없애 버렸다. 유추해석이나 건강부회식의 껴맞추기 논증들은 그나마의 기준조차 형해화시킨다. 헌법재판소가 가장 중심적인 기준으로 제시하였던 “실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위협성”이라는 요건조차도 정당이라면 당연히 현실화된다는 판단으로 있으나 마나 한 관념으로 축소시켜 버렸다. 또한 위협의 중대성을 강조할 뿐 그 명백성의 요건은 무시해 버림으로써 그나마의 의미조차 왜곡해 버린다. 그리고 바로 이런 기준의 왜곡을 통해 “숨겨진 목적”이라는 퍼즐 맞추기 게임이 그 위력을 발휘하게 된다. 경향성만으로 정당을 처벌할 수 있게 되는 것이다. 혹은 개개인의 행태로부터 정당의 목적과 활동을 환원할 수 있는 틀을 개발함으로써 정당해산제도가 자의적으로 집행될 수 있는 틀을 마련한다.

헌법재판소의 이번 결정이 헌법에 따라 심판한 것이 아니라 헌법 그 자체를 심판한 것이라는 비아냥이 나오는 것은 이 때문이다. 헌법재판소는 정당해산심판에 적용되어야 할 헌법원칙을 민주적 입헌주의의 틀에 따라 구성한 것이 아니라, 현 시대의 다수정파의 이해관계에 대한 의식 속에서 자의적으로 형성함으로써 결과적으로

로 헌법을 유린하고 헌법을 제거해 버린 셈이 되어 버렸다. 그리고 바로 이런 과오로 인하여 우리의 헌정사는 1958년 진보당에 대한 등록취소처분의 시절로 퇴행하였고, 우리의 정치사는 1970년대 유신정권의 긴급조치 시절으로 되돌아가 버렸다.

물론 역사는 이 결정을 준엄하게 비판할 것이다. 그리고 이를 시정하고 교정하기 위한 또 다른 판결이나 결정이 그 비판의 한 국면을 차지할 것이다. 문제는 그 때까지 우리의 헌법을 수호하기 위하여 우리는 무엇을 어떻게 하여야 하는거라는 점이다. 헌법재판소가 헌법을 유린하면서 그 존재기반을 스스로 훼손하고 있을 때, 그 헌법을 수호하여야 할 그 막중한 책무는 이제 우리 시민들에게 이관되기 때문이다. 퇴행해 버린 헌정사와 정치사를 제 자리로 되돌려 놓고, 헌법재판소가 앓아가버린 우리의 주권을 되찾기 위한 각성과 노력이 새삼 절실희진다.

발제3. 헌법재판소 결정의 기본적 오류와 향후 예상되는 문제

이재화 변호사(민변 사법위원장)

1. 헌법재판소 결정의 10 가지 오류

348 쪽의 헌법재판소 결정문은 판결문이 아니라 영성한 상상에 기초한 한 편의 ‘삼류 공안소설’이다. 증거가 아닌 ‘독심술’로 사실을 인정하고, 이 인정한 사실관계를 토대로 비약된 논리로 ‘통합진보당이 북한식 사회주의를 추구하고 있다’는 결론을 내렸다. 결정문의 대표적 오류 10 가지만 짚어보자.

가. 공개정당에 숨은 목적이 있다는 것은 형용모순

첫째, 헌법재판소는 15년간 지속되어온 대중정당의 목적을 당의 강령에서 찾지 않고 ‘주요 구성원들의 머릿속에 있다’고 판단했다. 강령에 목적을 공개하고 그 목적대로 활동하면서 대중의 지지를 얻는 공개적 대중정당에 무슨 숨은 목적이 있다는 것인가. 대중정당에 숨은 목적이 있다는 것은 형용모순이다. 해산 결정된 독일의 사회주의 제국당은 나치즘을, 독일공산당은 마르크스-레닌주의를, 터키의 복지당은 신정정치를 각각 목적으로 표방하고 이를 당 강령에 공개적으로 명시했다. 헌법재판소의 법정의견(다수의견)은 공개정당을 마치 ‘사기집단’으로 취급하고, 그 정당을 지지하는 당원과 국민을 거짓 목적에 속는 사람으로 취급했다. 헌법재판소가 이처럼 궤변을 늘어놓는 것은 역설적으로 통합진보당의 강령에서 내세운 진보적 민주주의, 민중주권주의, 민중중심의 자립경제, 연방제통일 등에 아무런 위헌성이 없기 때문이다.

나. ‘북한식 사회주의 추구’는 ‘피즐 맞추기’로 짜깁기한 ‘가공품’

둘째, 헌법재판소의 법정의견은 ‘피즐 맞추기’를 통해 ‘숨은 목적’을 찾아내야 한다고 논리를 전개했다. 헌법재판소는 일부 구성원들이 과거 민혁당, 일심회 등의 사건으로 국가보안법 위반으로 처벌된 전력, 이들이 민주노동당과 통합진보당에 입당하기

전에 발표한 글과 발언, 주사과 활동을 하다가 전향한 김영환 등 몇몇 증인들이 과거의 형사재판에서 한 증언을 뒤집은 증언, 1980년대 사회구성체 논쟁 당시 당의 구성원 중 일부가 발표한 발제문, 민주노동당이 만들어지기 전에 전국연합조직 중 경기동부연합 등 지역조직에서 활동한 사실, 2008년 제1차 분당 당시 탈당한 일부 인사가 자신의 탈당 명분을 찾기 위해 날선 언어로 남아 있는 당원들을 ‘중북주의자’라고 비난한 언론보도 등을 ‘피즐 조각’로 삼아 ‘당의 주도세력의 목적은 북한식 사회주의를 추구하는 것’이라고 피즐 맞추기를 완성해냈다.

이러한 피즐 맞추기는 ‘증명되어야 할 것이 참’임을 전제로 하고 있는 선후가 전도된 논리다. 이미 통합진보당의 은폐된 목적이 ‘북한식 사회주의를 추구하는 것’이라는 결론을 내리지 않고는 피즐을 맞출 수 없다. 법정의견은 정부측이 요구한 ‘피즐 맞추기를 통해 숨은 목적을 찾아 달라’는 주문을 그대로 받아들여 ‘통합진보당이 북한식 사회주의를 추구한다’고 결론을 내렸다. 구미에 맞는 ‘피즐 조각’을 찾아내어 자신들이 가공한 후, 가공된 그 피즐 조각을 짜집기해 ‘북한식 사회주의 추구’라는 ‘숨은 목적’을 그려냈다. 그들이 찾아낸 ‘숨은 목적’은 ‘원석’이 아니라 8명의 재판관이 가공한 ‘가공품’인 것이다.

소수의견을 낸 김이수 재판관은 결정문에서 “정당의 의사결정 과정이나 이를 통하여 형성된 정책노선은 평면적인 하나의 피즐판과 같이 물리적으로 분해해 낼 수 있는 조각들의 결합으로 이루어지는 것이 아니다.”라며 법정의견에 다음과 같이 문제 제기를 했다.

“피청구인에게 은폐된 목적이 있다는 점을 입증하고자 한다면, 피청구인 구성원 사이에서 공유하고 있음이 명백한 비밀강령의 존재를 알아내거나, 피청구인의 드러난 목적, 즉 강령상의 목적이 무엇인지를 감추기 위한 위장막에 불과하다고 볼 설득력 있고 확실한 증거를 찾아내야 한다. 만약 그러한 증거를 ‘피즐 조각’에 비유하고자 한다면, 그 ‘피즐 조각’은 그 형태가 달리 가공되지 않은, 본래 그대로의, 단단한 것이어야 함은 명백하다. 은폐된 목적을 찾고자 하는 해석자의 주관에 의하여 깎이고 다듬어진 것이어서는 아니된다는 의미이다.”¹⁶⁾

16) 결정문 148-149쪽.

다. 정체가 불명확하고, 아무런 논증도 없는 ‘주도세력’의 논리

셋째, 헌법재판소의 법정의견은 누가 통합진보당의 주도세력인지를 확정하고, 그들의 이념적 지향점을 밝힌 다음 그들이 인식하는 진보적 민주주의 의미를 추론해냈다. 그런데 이 추론의 출발점인 ‘주도세력’이라는 개념은 너무 자의적이다. 법정의견은 무엇을 주도한다는 의미인지 밝히지 않고 막연히 주도세력이라고만 언급했다. 당의 의사결정을 주도하는 세력이라는 의미라면 이들이 당의 의사결정기관인 최고위원회, 대의원회, 중앙위원회에 실제로 주도하였는지, 어떤 경로로 주도하였는지를 밝혀야 한다. 그런데 이를 밝히지 못했다. 오히려 정부가 제출한 각종 회의록에 의하면 민주노동당과 통합진보당의 의사결정기관은 특정한 인물이나 특정한 세력이 좌지우지할 수 있는 것이 아님을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 이에 대한 아무런 논증 없이 막연히 주도세력이라고 단정했다.

법정의견은 민혁당 또는 민혁당이 지도하는 조직의 조직원이었던 사람들이 장악한 경기동부연합, 광주전남연합, 부산울산연합의 주요 구성원 및 이들과 이념적 지향점을 같이하는 당원들을 주도세력이라고 규정했다. 민혁당 관련자로 처벌된 자는 이석기 의원뿐이고 결정문에서 언급한 이상규, 김미희 의원 등은 민혁당 사건으로 수사조차 받지 않은 사람이다. 결정문에 언급된 사람들은 전향한 김영환이 1999년 법정에서 자신이 증언한 내용을 15년 후 헌법재판소에서 뒤집은 신빙성 없는 증언에 기초한 것이다. 법정의견은 민혁당이 어떻게 경기동부연합을 장악했는지 아무런 논증을 하지 않았다. 경기동부연합은 민주노동당이 창당되기 전에 그 지역에 있는 각종 사회단체의 연합조직이고 이 조직에 소속된 자들은 개별적으로 민주노동당에 입당했다. 입당 후 경기동부연합은 별도의 조직을 만들지 않았다. 법정의견은 경기동부연합 출신들이 민주노동당에 입당한 후 별도의 조직을 갖고 있었는지, 조직의 목적은 무엇이고 주요 구성원은 어떤 방식으로 이념적 지향점을 공유하고 있었는지에 대해서도 아무런 설명을 하지 않았다. 단지 보수언론의 ‘짜라시’ 수준의 신문보도를 통해 얻은 ‘편견’만으로 경기동부연합 등이 당의 주도세력이라고 단정해버렸다. 이것은 증거재판이 아닌 ‘관심법 재판’이다.

라. 반헌법적 독심술 추론한 주도세력의 이념적 성향 분석

넷째, 법정의견은 주도세력의 이념적 성향을 10여 년도 더 지난 국가보안법위반 형사판결이나, 1999년 이후 그들과 직접적 접촉을 하지 아니한 김영환 등 전향한 인사들의 증언에 기초하여 그들의 과거 및 현재의 사상과 신념을 판단했다. 이른바 ‘주도세력’이 민주노동당과 통합진보당에 활동하면서 ‘북한을 찬양하고 북한식 사회주의를 추구해야 한다’고 주장하였다는 근거는 그 어디에도 없다. 단지 일부 구성원이 민주노동당 창당 이전에 주체사상을 학습했다는 판결문만 존재한다. 그들이 과거에 가졌던 사상이 현재까지 유지되고 있음이 드러난 증거는 아무 것도 없다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 ‘사람의 생각은 변하고 시대의 흐름에 따라 인식의 전환이 있을 수 있다’는 경험칙을 무시하고 단 하나의 증거도 제시함이 없이 ‘과거 한 때 주체사상을 신봉한 자들은 전향하지 않은 한 생각이 변할 수 없다’고 단정해 버렸다. 헌법의 사상의 자유와 양심의 자유를 침해하는 무시무시한 ‘독심술’이다. 헌법을 존중해야 할 헌법재판관이 반헌법적 발상을 한 것이다.

김이수 재판관은 결정문에서 법정의견의 문제점을 다음과 같이 밝히고 있다.

“과거 지니고 있는 사상이나 신념을 명시적으로 부정하는 경우에만 그 변화가 진정성이 있는 것이고, 전향하지 않으면 지금도 여전히 바뀌지 않았다고 추단하는 것은 곤란하다. 그렇게 보려면 납득할 만한 증거가 제시되어야 한다”.¹⁷⁾

마. 중세의 ‘심증재판’이자 ‘마녀사냥’

다섯째, 법정의견은 이석기 의원과 김홍열 등 내란음모사건으로 기소된 7명의 발언 등에서 찾아낸 목적이 ‘북한식 사회주의 추구’이고, 이러한 목적이 통합진보당 주도세력의 목적이요, 나아가 통합진보당의 ‘숨은 목적’이라고 단정했다. 이석기 의원의 2013년 5월 12일 마리스타 수사회에서의 발언과 그의 신념이 그 회합에 참석하여 아무런 발언을 하지 아니한 130명의 신념과 지향점이라고 단정할 아무런 근거가 없다. 이 회합을 주도한 자들이 경기동부연합 출신이라고 하여 경기동부연합이 이석

17) 결정문 323쪽.

기의 견해의 지향점을 공유한 자라는 증거도 없다. 이석기 등이 통합진보당의 당대표, 최고위원, 중앙위원회의 의사결정을 주도하였다는 근거도 없다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 이석기 등 회합에 참여한 주요인물이 당의 주도세력이고, 그들의 지향점이 바로 당의 목적이라고 단정해 버렸다. 이것은 ‘현대의 증거재판’이 아니라 ‘중세의 심증재판’이다. 이것은 ‘판결문’이 아니라 ‘마녀사냥을 위한 성명서’에 불과하다.

바. 편협한 반공논리와 파시즘적 사고로 엮어낸 ‘북한 추종성’

여섯째, 법정의견은 주도세력이 북한을 추종하고 북한식 사회주의를 추구하였다고 단정했다. 북핵 문제에 관한 이용대의 발언, 천안함 사건과 연평도 포격 등에 관한 이정희 대표의 발언, 구성원 일부가 북한 인권 문제와 3대 세습 문제에 대해 침묵한 사실, 민주노동당에서 일심회 사건 관련자들에 대한 제명이 부결된 사실, 통합진보당이 이석기 내란음모 사건에 대해 정부를 비난하고 피고인들을 옹호한 사실 등을 근거로 제시했다.

법정의견은 이용대의 ‘북한이 핵개발에 이르게 된 이유는 자위권적인 행사의 측면이 있다’는 취지의 발언을 문제 삼았다. 이용대의 이러한 발언은 미국의 대북접근 프로세스에 관한 1999년 ‘페리 보고서’에도 기술되어 있는 내용과 동일한 것이다. 전 주한미국 대사 도널드 그레그, 정세현, 이종석 통일부장관도 ‘방어적 성격의 억지력이고 자위적인 성격이 있다’고 발언한 바 있다. 따라서 이용대의 ‘자위권 발언’을 근거로 주도세력이 북한을 추종한다고 단정한 것은 보편적 판단이 아닌 ‘편협한 반공논리’에 다름이 아니다.

법정의견이 문제 삼은 것은 천안함 사건과 연평도 포격 사건에 관한 이정희 대표의 발언이다. 이정희 대표는 천안함 사건과 관련하여 2010. 8.경 언론 인터뷰에서 “북이 만약에 한 것이라면 그 문제에 대해서 책임을 물어야 한다고 본다. 그러나 그것도 역시 화해와 협력의 방법으로 풀어야지 대결의 방법으로 풀 수는 없다”고 했고, 연평도 포격 사건에 대하여 2010. 11. 24. 트위터에 “연평도에서 군인이 사망하고 주민들이 불길 속에서 두려움을 떨었습니다. 북이 이래서는 안 됩니다. 전쟁은 불행

을 가져올 뿐입니다.”라고 의견을 표명했다. 이것이 어떻게 북한을 추종하고 북한의 입장을 지지하는 것인지 도무지 이해할 수 없다. 법정의견은 북한과 관련된 문제는 정부와 같은 강도로 북한을 비난하지 않으면 북한을 추종하는 것이라는 논리다. 8명의 재판관의 시각이야말로 헌법의 사상의 자유와 양심의 자유를 침해하는 ‘과시 증적 사고’라고 아니할 수 없다.

법정의견은 북한인권 관련 문제와 3대 세습 문제에 대해 통합진보당이 북한을 비난하지 않았기 때문에 북한을 추종하는 것이라고 단정했다. 어떤 당이 북한인권과 3대 세습에 대해 정부와 같은 강도 높게 비난해야 할 의무는 없다. 남과 북이 통일의 파트너라는 관점에서 전략적인 사고를 할 필요가 있고, 이에 대해 어떤 자세를 취할지는 전적으로 정당의 자유의 영역에 속하는 것이다. 그런데 법정의견은 이에 대해 소극적인 태도를 취하는 것을 동조하는 것이라고 문제 삼은 것이다. 이러한 헌법재판관의 시각이 과연 헌법에 부합하는지 심히 의심스럽다.

법정의견은 민주노동당 시절 일심회 관련자에 대한 제명처리건에 관한 자주파의 태도를 문제 삼고 있다. 민주노동당은 제17대 대통령 선거 패배를 둘러싼 책임론이 제기되었다. 그 과정에서 일심회 관련자 제명 안건을 둘러싼 분쟁이 발생했다. 제명 안건에 대해 강력하게 반대한 세력은 자주파가 아니라 평등파 내의 ‘다함께’ 의견그룹이었다. 대의원회에서는 2/3가 제명안에 반대했다. 이는 ‘국가보안법 폐지’를 당론으로 하는 민주노동당이 국가보안법 위반을 하었다고 하여 당원을 제명시킬 수 없다는 정서가 반영된 것이다. 따라서 일심회 관련자 제명안의 부결이 ‘자주파의 북한 추종성의 발현’이라는 법정의견은 부결의 경위에 관한 사실을 왜곡한 것이다. 만약 이것이 북한 추종성의 결과라면 그 당시에 이를 문제 삼아 탈당하였다가 이후 다시 합당하면서 당원들에게 “지난 분당 과정에서 저의 날선 언어로 마음의 상처를 받으셨던 분들이 계시다면 오늘 이 자리를 빌어 용서를 구하고자 합니다.”라고 사과한 조승수 전 의원의 행동에 대해서 합리적으로 설명해야 한다. 조승수 전 의원이 2008년 분당 당시에 진정으로 ‘제명안이 부결된 것은 중복주의자’라고 생각하였다면 2011년 합당하지 않았을 것이다. 그런데 법정의견은 조승수 전 의원이 분당 당시에 발언한 것만 강조하고 다시 합당하면서 사과한 것을 무시했다. 사실을 그대로 보는 것이 아니라 보고 싶은 대로 보았음을 잘 보여주는 대목이다.

법정의견은 통합진보당이 내란 관련 사건에 대하여 검사의 기소를 비판하고 정부를 비판한 것을 문제 삼았다. 그러나 통합진보당은 이 사건 모임의 실체는 내란음모가 아님에도 이러한 혐의로 기소한 당국의 태도를 문제 삼았던 것이다. 실제로 국정원의 대선개입이 문제가 된 시점에 내란 관련 수사가 시작된 점, 국정원이 이례적으로 재판 전에 검증되지 않은 녹취록을 공개한 점, 공개된 녹취록에 상당 부분 오류가 있었다는 점, 이석기 등이 통합진보당의 당원인 점 등으로 볼 때, 통합진보당이 이에 대해 총력투쟁을 하는 것은 자연스러운 현상이다. 이러한 현상을 마치 이석기 등이 이 사건 모임에서 한 발언을 통합진보당이 옹호하거나 승인한 것으로 본 법정의견이야말로 오히려 비정상적인 것 아닌가.

사. 증거를 왜곡하여 만든 숨은 목적, ‘북한식 사회주의 추구’

일곱 번째, 법정의견은 진보적 민주주의를 강령에 도입한 세력이 자주파이기 때문에 강령상의 진보적 민주주의는 북한식 사회주의를 추구하는 것이고, 강령개정에 관여한 박경순이 당직을 맡기 전인 1997년 당시 토론회에서 한국사회를 식민지반자본주의 사회로 보아야 한다고 주장한 적이 있기 때문에 통합진보당의 진보적 민주주의는 북한의 혁명전략이론에 따라 북한식 사회주의를 추구하는 것으로 볼 수 있다’고 단정했다.

이와 같은 법정의견은 사실에 기초한 판단이라고 할 수 없다. 민주노동당은 2003년부터 당내에서 집권을 위해서는 ‘사회주의적 이상과 가치 계승’ 문구를 삭제해야 한다는 논의가 줄기차게 제기되었고, 이에 따라 민주노동당은 7년 동안 공개적인 토론을 통해 2011년 6월 이 문구를 강령에서 삭제하고 그 대신 ‘진보적 민주주의’를 도입했다. 이 강령개정 당시 강령개정에 반대한 세력은 ‘사회주의적 이상과 가치 계승’을 삭제하는 것은 사회주의를 포기하는 것으로 인식하고 이에 적극 반대했던 것이 진보적 민주주의가 북한식 사회주의를 추구하는 것이기 때문에 반대한 것이 아니었다. 또한 민주노동당의 강령개정은 특정 세력의 몇 사람이 바꿀 수 있는 것이 아니라 대의원대회에서 치열한 토론과 표결로 이루어졌다. 이러한 사실은 정부가 낸 수백 개의 증거에서 밝혀진 내용이다. 그럼에도 법정의견은 이러한 증거를

외면하고 일부 인사가 진보적 민주주의를 강령에 도입한 것으로 왜곡했다. 민주노동당의 당원과 대의원을 특정한 인사의 명령에 의해 일사불란하게 움직이는 ‘로봇’으로 만들어버린 것이다.

민주노동당 창당부터 통합진보당에 이르기까지 당내에서는 혁명의 방법론에 대해 논의한 적이 없고, 한국사회를 식민지반자본주의 사회로 본 적이 없으며, 민족해방인민민주주의혁명론을 채택한 바 없다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 마치 통합진보당이 북한과 같이 대한민국을 식민지반자본주의 사회로 보고 민족해방인민민주주의혁명론을 채택한 것처럼 단정했다. 그 근거로 박경순이 앞서 말한 토론회에서 발표한 발제문을 제시했다. 그러나 토론회 당시 박경순은 입당한 지 얼마 되지 아니하였고, 어떤 당직을 맡고 있지 않은 평당원으로서 당내에 영향력을 행사할 수 있는 위치에 있지도 않았고, 더군다나 그의 주장이 당의 견해로 수용된 바가 없다. 따라서 박경순의 주장은 개인의 견해에 불과할 뿐 곧 민주노동당의 견해로 평가할 수 없음은 명확하다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 박경순의 주장이 마치 민주노동당의 공식적 견해로 채택된 것처럼 판단했다. 이에 대해 통합진보당의 대리인들이 수차례 설명했음에도 불구하고 8명의 재판관은 이를 무시하고 통합진보당이 북한식 사회주의를 추구하는 것으로 만들기 위해 의도적으로 이 토론문을 증거로 끌어들이는 것이다. 매우 악의적인 사실왜곡이라고 아니할 수 없다. 이는 ‘개별 당원의 행위가 개인적 차원의 행위일 때에는 정당해산심판의 대상이 되는 활동으로 보기 어렵다’는 스스로 정한 기준에도 반하는 것이다.

한국사회를 식민지반자본주의라고 분석한 문헌은 전혀 없다. 단지 ‘중속적 신자유주의 국가’로 규정했을 뿐이다. 한국사회를 중속적 신자유주의로 본 이유는 ① 금융독점자본에 의해 주도되는 경제체제, ② 반노동조합 입법 및 노동유연화 정책 실현, ③ 복지의 축소, ④ 금융시장의 탈규제화, ⑤ 공기업 민영화와 부자감세, ⑥ 외국인 투자유치 확대, ⑦ 자본시장 자유화와 외환시장 개방 등의 현상으로 보이기 때문이었다. 한국사회를 중속적 신자유주의 체제라고 규정한 것은 통합진보당만의 독창적인 것이 아니고 학계에서 널리 분석하는 개념이다. 중속적 신자유주의라는 개념은 주권의 소재와 생산수단의 소유관계에 따른 분석인 북한의 신식민지반자본주의와는 다른 분석틀이다. 즉, 한국사회를 식민지라고 보는 이상 혁명노선을 추구해야 하지

만 식민지가 아닌 종속적인 사회로 본다면 선거를 통해 그러한 종속적인 문제는 얼마든지 해결해나갈 수 있다는 것이다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 종속적 신자유주의 사회라는 것과 식민지반자본주의라고 보는 것과의 질적 차이를 애써 외면해 버렸다.

아. 자주파가 장악한 후 달라진 강령 없는데, 강령이 갑자기 위헌?

여덟 번째, 법정의견은 중북 성향의 자주파가 진보적 민주주의를 강령에 도입하였기 때문에 진보적 민주주의의 내용을 이루는 자주적 민주정부, 민중주권주의, 민중중심의 자립경제 등은 결국 폭력혁명을 통해 북한식 사회주의를 추구하는 것이라고 판단했다.

그런데 자주적 민주정부, 민중주권주의, 민중중심의 자립경제 등은 진보적 민주주의가 도입된 민주노동당의 2011년 6월 개정에서 비로소 도입된 것이 아니라 2000년 창당강령 때부터 있었던 것이다. 2011년 6월 강령에서는 단지 '사회주의적 요소'만 삭제하고 나머지 강령은 그대로 두었다. 법정의견대로라면 같은 강령인데 당의 주도세력이 바뀌었으니 그 의미가 달라졌다는 것이다. 강령이 '카멜레온'이라는 것인가. 이런 억지가 어디에 있는가.

자주적 민주정부가 위헌이라면 예측적 독재정부를 주장해야 한다는 말인가. 민주노동당 집권전략위원회는 집권전략보고서에서 '진보적 민주주의 내지 민중주권주의가 실현된 사회의 대표적인 예가 남미의 브라질과 베네수엘라 정권'이라고 밝힌 바 있는데, 브라질과 베네수엘라 정권은 선거를 통해 집권하였고 집권 후 자본가 계급에 대한 참정권을 박탈한 적이 없다. 무슨 근거로 진보적 민주주의와 민중주권주의가 북한식 사회주의를 추구한다고 단정하는가. 법정의견은 이러한 통합진보당 대리인의 주장에 아무런 반박을 하지 못했다. 합리적인 대답을 할 수 없었기 때문이다. 민중중심의 자립경제가 위헌이라면 재벌중심의 예측경제가 합헌이라는 말인가. 소유구조의 다원화는 민주노동당 창당강령에도 있었던 내용이고 정의당 등 다른 진보정당 강령에도 있는 내용이다. 왜 통합진보당의 강령만 위헌이라는 말인가. 법정의견은 합헌이었다가 주도세력이 달라졌기 때문에 위헌이라는 것인데, 왜 주도세력이

달라지면 성문화된 강령의 내용이 갑자기 달라지는 것인지 아무런 설명이 없다.

자. 연대체 구성이 사회주의의 전유물이라는 것인가?

아홉 번째, 법정의견은 통합진보당 주도세력은 집권과 사회변혁을 위해 상설연대체를 구성하고 있기 때문에 북한식 사회주의를 추구하는 것이라고 볼 수 있고, ‘저항권과 선거투쟁을 올바르게 결합해서 집권한다’고 밝히고 있기 때문에 폭력혁명을 추구하는 것으로 볼 수 있다고 판단했다.

보수와 진보를 떠나 모든 정치세력은 자신의 주장을 관철하기 위해서, 집권을 위해서 필요한 경우에는 유사한 생각을 하는 세력 내지 집단과 연대를 한다. 새누리당이 사학법 투쟁을 할 때 보수단체와 연대한 것이 그 단적인 예다. 통합진보당이 자신의 주장을 관철하기 위해 진보적인 단체와 연대체를 구축하였다고 하여 이를 ‘사회주의식 통일전선전술’이라고 평가하는 것은 인간의 행동양식을 무시한 너무나 ‘천박한 논리’이다.

민주노동당이 ‘저항권과 선거투쟁을 적절히 결합해서 집권하겠다’고 주장한 것을 두고 폭력혁명을 추구한다고 단정하는 것은 너무나 단선적인 사고이다. 집권전략보고서에서 언급한 저항권은 대다수 헌법학자들이 인정하는 ‘예외적 상황에서의 저항권 행사’를 의미하는 것이다. 집권보고서에는 ‘원칙적으로 선거를 통해 집권하며, 예외적으로 국민의 저항권 행사의 상황이 되면 예상보다 집권을 빨리 할 수 있다’고 기술되어 있을 뿐, 적극적으로 국민의 저항권을 부추겨서 집권하겠다는 내용이 없다. 저항권적 상황을 12·12쿠데타 등을 예로 들고 있다. 따라서 민주노동당에서 사용한 저항권은 폭력혁명을 통해 집권하겠다는 의미로 사용한 것이 아님이 분명하다. 그런데 법정의견은 증거를 왜곡하여 마치 통합진보당의 주도세력이 전민항쟁을 통해 대한민국 정부를 전복하여 집권하겠다고 선언한 것처럼 왜곡했다. 자신들의 논리를 합리화하기 위해 명시적으로 증거에 나오는 사실마저도 왜곡한 것이다. 참 나쁜 재판관들이다.

차. 참새 잡기 위해 대포 쏠겠다는 것인가?

법정의견은 내란 관련 사건을 예로 들면서, “통합진보당의 주도세력이 북한에 동조하여 국가기간시설 파괴를 도모하는 등 대한민국의 존립에 위해를 가하는 방안들을 구체적으로 논의하기까지 하였는데 이는 통합진보당의 진정한 목적을 단적으로 드러낸 것이기 때문에 민주적 기본질서에 대한 구체적 위협성이 있다”고 판단했다.

이석기 등 내란음모사건에서 서울고등법원은 ‘내란음모는 인정할 수 없고, 내란에 이를 구체적 위협성은 없으나 개연성이 있다’며 내란선동죄만 유죄로 인정했다. 즉, 구체적 위협성은 없다고 판단한 것이다. 내란음모사건에서 국정원과 검찰이 관련자들에 대한 압수수색을 하였지만 총 한 자루, 죽창 하나 발견된 것이 없다. 이석기가 내란을 선동하였다는데 회합에 참석한 130명 중 아무도 손가락 하나, 발가락 하나 움직이지 않았다. 도대체 무슨 위협성이 있다는 말인가.

통합진보당이 이석기 전 의원 등의 회합을 사전에 안 것도 아니고, 사후에 승인한 것도 아니다. 이석기 전 의원의 ‘남북이 연합하여 미국에 맞서 싸우자’는 발언은 ‘휴전협정을 평화협정으로 대체하는 등 한반도와 동북아의 비핵평화체제 구축과 자주적 평화통일을 추구한다’는 통합진보당의 기본노선에도 크게 어긋나는 것이다. 이석기 등의 개별적인 행위가 민주적 기본질서에 구체적인 위협성이 있고 하여 이를 통합진보당의 활동으로 보고, 이를 근거로 통합진보당을 해산하는 것은 너무 비약된 논리이다. 이석기 전 의원의 행위는 그에 대한 형사처벌로 그 위협성이 제거될 수 있다. 이를 근거로 통합진보당을 해산하는 것은 빈대를 잡자고 초가삼간을 태우는 격이다. 참새를 잡기 위해 대포를 쏘는 꼴이다. 여러 모로 비례의 원칙에 반한다.

이상에서 본 바와 같이 법정의견은 이미 결론을 내려놓고 사실을 짜깁기하고, 억지 논리로 통합진보당이 위헌이라는 논리를 편 ‘기획된 결정’이다. 이 ‘의도적 오판’은 역사가 바로잡아줄 것이다. 1958년 조봉암 진보당 당수에 대한 판결이 2011년에 잘못된 판결로 밝혀졌듯이, 훗날 역사는 이 ‘역사적 오판’에 가담한 8명의 재판관들의 이름을 기억할 것이고, 그들의 ‘양심 없음’과 ‘비검함’에 대해 심판할 것이다.

2. 향후 예상되는 문제

가. 당원들에 대한 처벌 문제

김이수 재판관은 통합진보당을 위헌정당으로 판단하면 그 후에 미칠 과장에 대해서 결정문에 밝혔다.

“법정의견의 이 결론은 피청구인 자체를 반국가단체로, 당원 전체를 반국가단체의 구성으로, 더 나아가 피청구인을 지지했던 국민들을 반국가단체의 지지자로 규정하는 것에 다름 아니다. 그리고 법정의견이 설정한 주도세력에 속한 당원은 국가보안법에 의한 형사처벌의 대상이 된다는 점을 공인해주는 것이 된다. 과거 독일에서 공산당 해산심판이 청구되고 해산 결정이 이루어진 후 다시 독일공산당이 재건되기까지, 12만 5천여 명에 이르는 공산당 관련자가 수사를 받았고, 그 중 6천-7천 명이 형사처벌을 받았으며, 그 과정에서 해고되는 등 사회 활동에 제약을 받는 문제가 발생하였던 것에 비추어 보면, 이 결정으로 우리 사회에서 그와 같은 붉은 낙인을 찍는 결과가 나타나지 않으리라는 보장이 없다.”¹⁸⁾

법정의견도 이를 의식하여 결정문에 결정 후에 있을 후폭풍을 염려하여 다음과 같이 밝혔다.

“우리 재판부도 다른 시각이 있는 만큼, 과거에 피청구인 주도세력과 무관했던 피청구인의 일반 당원들 및 경우에 따라 피청구인과 우호적인 관계를 맺기도 했던 다른 정당들에 대한 사회적 낙인과 이념 공세는 있어서는 안 될 것이다.”¹⁹⁾

8명의 법정의견을 반대해석하면 결정문에 통합진보당의 주도세력이라고 평가된 경기동부연합, 부산울산연합, 광주전남연합의 구성원들은 국가보안법으로 형사처벌해야 한다는 것이다.

통합진보당 해산결정이 나자마자 보수단체는 통합진보당 당원 전체에 대해 국가보

18) 결정문 325쪽.

19) 결정문 147쪽.

안법위반 혐의로 고발하였다. 현재 통합진보당 당원 명부는 검찰의 손에 들어가 있다. 검찰이 어느 범위로 국가보안법 위반 혐의로 수사할지는 예상할 수 없으나 당원이었거나 당원이었던 자들의 상당수는 형사처벌을 피할 수 없을 것으로 보인다.

나. 다른 정당에 대한 낙인과 이념 공세

헌법재판소는 수십 년간 진보정당에서 추구해온 자주적 민주정부, 민중주권주의, 민중중심의 자립경제, 연방제 통일 등에 대해 위헌이라는 낙인을 찍었다. 이러한 가치를 주장하고 이러한 용어를 사용하는 것조차 금지될 것이다. 또한 민주노동당에서 활동하다가 다른 정당을 만든 정치인들도 위헌정당이라는 꼬리표는 달릴 것이다. 우리 사회의 이념적 지형은 좌측이 공란으로 남게 될 것이고 정치적 주장의 스펙트럼도 더욱 좁아질 것이다.

다. 대체정당이라는 이념 공세 예상

통합진보당이 위헌정당으로 판단된 후 대체정당을 창설하는 것은 금지된다. 그러나 구성원들이 통합진보당이 추구해온 강령과 다른 진보정당을 만들거나 개별적으로 다른 정당에서 활동하는 것은 가능하다. 그러나 보수세력과 공안기관은 새로운 진보정당에 대해서, 통합진보당 인사가 다른 정당에 활동하는 것에 대해 중복정당이라는 낙인을 찍을 것으로 예상된다. 한 동안 메카시즘 광풍이 정치권에 몰아칠 것이다.

라. 지방의원들에 대한 자격 시비

정부는 이 사건 정당해산심판을 청구하면서 통합진보당 소속 지방의회 의원들에 대한 의원직 자격을 박탈해달라고 하지 않았다. 정부는 2014년 1월 7일자 준비서면에서 “지방자치단체 소속 의원의 경우, 기본적으로 정치적 결정을 하는 영역이 아니라 행정영역에 속하므로 의원직은 상실되지 아니한다고 봄이 상당하다”고 명시적으로 주장했다.²⁰⁾ 독일의 경우 연방헌법재판소는 사회주의제국당 소속 의원들에 대한

20) 2014년 1월 7일자 정부 준비서면 350쪽.

의원직 상실 선언을 하면서도 지방자치단체 의원에 대해서는 의원직 상실 선언을 하지 않았다. 헌법재판소도 결정문의 주문에 이에 관한 사항이 없다. 그럼에도 중앙선거관리위원회는 2014년 12월 23일 공직선거법 제192조 제4항에 근거하여 통합진보당 소속 지방의회 의원 중 비례대표 의원 6명에 대한 자격을 박탈하는 행정처분을 했다. 헌법재판소도 자격을 박탈하지 아니한 사항을 행정기관에 불과한 선거관리위원회가, 그것도 근거법령도 없는데 행정처분으로 지방의회 의원의 자격을 박탈한다는 것은 있을 수 없는 일이다. 공직선거법 제192조 제4항은 비례대표 의원이 임의로 당적을 이탈·변경하는 경우에 의원직을 박탈하도록 ‘제한’하자는 취지이지, 선거관리위원회에게 정당해산에 따른 후속조치를 취할 수 있도록 권한을 부여한 규정이 아니다. 중앙선거관리위원회의 만약 선거관리위원회가 실제로 지방의회 의원들에 대해 자격을 박탈하는 행정처분은 권한 없는 기관이 한 것이므로 당연 무효이다.

정당해산 결정과 그 이후

이호중(서강대 법학전문대학원)

1. 해산결정에 대한 비판

1) 결정의 요체

헌법재판소가 통합진보당에 대한 해산결정에서 사용한 논리는 이러하다 : 「<1> 소위 ‘자주파’가 통합진보당을 실질적으로 장악하고 있는 ‘주도세력’이다. <2> 이 주도세력은 북한식 사회주의 실현을 ‘숨은 목적’으로 지향한다. <3> 통합진보당의 강령에 언급된 ‘진보적 민주주의’는 북한식 사회주의를 실현하기 위한 민중민주주의 변혁(또는 혁명)론이다. <4> 내란음모사건 등은 통합진보당 주도세력의 위와 같은 목적을 분명하게 보여주는 행위들이다.」

통합진보당 주도세력의 강령상 목표는 “1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고, 이를 기초로 통일을 통하여 최종적으로는 사회주의를 실현하는 것”이라고 헌법재판소는 말한다(결정문 90면). 그리고 이는 “우리 사회에 대한 인식, 변혁을 위한 강령적 과제와 순위, 변혁의 주체 및 주권의 소재와 그 범위, 변혁의 대상, 변혁의 기술적 방법, 변혁의 목표, 연방제 통일방안 등에서 북한의 민족해방민주주의변혁론의 그것과 전체적으로 같거나 매우 유사하다”고 하면서 이러한 동질성 내지 유사성은 단편적 또는 부분적 범주를 넘어서는 것이라고 한다(결정문 101면). 결론적으로 통합진보당의 목적이나 활동은 “의도적이고 계획적으로 그리고 적극적이고 투쟁적으로 헌법상 민주적 기본질서를 훼손시키거나 폐지하고자 시도하는 것”으로서 “민주적 기본질서에 대하여 실질적 해악을 끼칠 구체적 위험성”이 인정된다고 한다(결정문 136면).

2) 몇가지 비판점

위에서 언급한 현재의 논리전개는 그 논증단계 하나하나 모두 심각한 결함을 지

니고 있다. 명제<1>과 관련해서는, 자주파가 통합진보당의 주도세력이라는 것은 당원들의 의사결집체로서 ‘정당’의 존재 의미를 망각한 점, 그리고 과연 자주파가 통합진보당의 주도세력이라고 볼 수 있는가 하는 문제가 지적될 수 있다. 명제 <2>에 대해서는 ‘숨은 목적’이라는 논증은 정당의 강령 등을 토대로 하여 정당의 목적을 파악하는 논증이 아니라, 결국에는 정당 주요 인사들의 사상적 가치관을 재단하여 평가하는 결과로 귀결된다는 점에서 심각한 문제를 안고 있다. 명제 <3>은 명제 <2>에 연동한 편협한 개념풀이일 뿐이다. 그리고 명제 <4>는 이석기 등의 5.12. 회합이 어찌하여 통합진보당의 ‘정당 활동’으로 귀속될 수 있는지의 논점을 생략해 버리는 문제를 안고 있다.

이처럼 오류 투성이의 현재 결정에 대하여 세세한 비판을 전개하는 것은 토론자의 역할을 넘어서는 것이라, 여기에서는 필자가 보기에 현재 결정의 가장 핵심적인 문제점 두가지만을 지적하는 것으로 한다.

① ‘숨은 목적’이라는 논리의 위험성

1956년 해산결정을 받은 독일공산당은 강령에서 ‘맑스-레닌주의 노선을 따른다’는 점과 ‘사회주의 건설’을 명시하고 있었는데, 독일 연방헌법재판소는 ‘맑스-레닌주의’에 관한 다양한 문헌들을 검토하면서 공산당이 프롤레타리아혁명과 프롤레타리아독재를 거쳐 사회주의-공산주의 사회를 건설하려는 목적을 지니고 있다고 추론하고, 이러한 목적설정은 독일 헌법의 자유민주적 기본질서에 합치하지 않는다고 판단하였다. 그것이 비록 당장 실현될 수 없는 장기적인 목적이라고 할지라도 “지금 여기서(hic et nunc)” 그러한 목표를 추구한다는 의도가 확인되는 것으로 충분하다고 하였다.²¹⁾ 이런 식의 논증에 따라 독일공산당 사건에서는 독일 공산당이 당면 목표로 추구하였던 재무장 반대와 평화운동, 독일통일 등이 헌법질서에 어떠한 실질적 위험을 초래하는가에 대한 판단은 이루어지지 않았다. ‘장기목적’ 식의 논증에서 그러한 정책들은 궁극의 목표인 사회주의 사회건설을 지향해 가는 ‘확정적이고 계획적인 의도’가 있음을 인정하는 근거자료로 원용될 뿐이었다.

독일공산당 사건의 해산결정 논증과 유사하게 헌법재판소는 통합진보당 해산결정에서 ‘진보적 민주주의’, ‘민중이 주인되는 사회’라는 강령상의 표현을 문제삼고 있

21) BVerfGE 5, 85, 143.

다. 그 개념은 결국 민중민주주의 혁명과 사회주의 사회 실현을 표현한 것으로 판단하면서, 통합진보당의 정당목적이나 활동은 북한의 대남혁명전략과 긴밀하게 연계되어 있다고 보았다.

그러나 이처럼 정당의 장기적인 목표 속에서 목적의 위헌성을 도출하고 단기적인 당면목표를 추구하는 모든 활동을 그것에 종속시켜버리는 식의 논증은 정당의 실제 활동이 초래하는 “지금의” 실질적인 위험을 판단하지 않는 것일 뿐만 아니라, 결국 그러한 논증은 정당이 추구하는 궁극의 목적이 위험하다는 판명만으로 더 이상의 모든 심판을 무의미하게 만들어버린다. 결국 단죄되는 것은 진보적 민주주의, 그리고 사회주의 사상의 위험성인 것이다.

② 민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 구체적 위험성

위 ‘숨은 목적’ 논리와 연동된 것이기도 한데, 헌법재판소의 해산결정에서 심각한 문제는 사실상 정당해산의 요건을 매우 완화해 버린다는 점에 있다. 헌법재판소는 민주주의와 정당활동의 자유 보장이라는 헌법원리에 비추어 정당해산의 요건은 엄격해야 한다고 강조한다. 그러면서 민주적 기본질서에 위배된다는 요건을 “민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 구체적 위험성”이라고 말한다.

그런데 위에서 언급한 것처럼, 헌법재판소는 통합진도아 주도세력이 지니고 있는 정치사상의 위험성을 정당해산의 요건으로 동원하려 한 결과, 여기에서 말하는 ‘구체적 위험성’이라는 요건은 현실적인 위험성 내지 급박한 위험성을 의미하는 개념이 아니라, 그저 통합진보당 주도세력에 속하는 인사들의 발언 속에서 그들이 추구하는 인민민주주의 혁명 내지 사회주의 사상이 ‘구체적으로 드러났다’는 점을 의미하는 개념으로 변질되고 있다. 즉, 민주적 기본질서에 대한 해악의 구체적인 위험성은 헌법재판소에 의하면, 추상적인 수준에서 위험한 사상인 인민민주주의혁명론이나 사회주의 사상이 주도세력의 발언 속에서 ‘구체적으로 표명되었다’는 것 이상도 이하도 아니다.

그러니 헌법재판소가 통합진보당의 강령에 표현된 ‘진보적 민주주의’에 대해 그토록 집착하면서도 통합진보당의 강령을 구체화한 47개 프로그램 내지 정책에 대해서는 한마디도 언급하지 않은 것이 그리 놀라운 것도 아니다.

유럽평의회 산하의 ‘법을 통한 민주주의를 위한 유럽위원회’(‘베니스위원회’로 약

칭)는 1999년 채택한 “정당의 금지와 해산에 관한 지침”²²⁾에서 “정당을 결성할 자유를 포함한, 결사의 자유는 다원주의적인 민주주의의 시금석으로 간주되어야 한다.”는 점을 강조하면서 정당해산에 관하여 다음과 같은 원칙을 천명하고 있다 : “3. 정당의 금지 또는 강제해산은 민주적 헌법질서를 전복하기 위한 정치적 수단으로 폭력의 사용을 주장하거나 폭력을 사용하고 이를 통해 헌법에 의해 보장되는 권리와 자유를 손상시키는 정당의 경우에만 정당화될 수 있다. 정당이 헌법의 평화적 변경을 주창한다는 사실만으로는 정당을 금지하거나 해산시키기에 충분한 사유가 되어서는 아니된다.

현재 헌법학계의 지배적인 견해는 어떤 정당을 위헌이라고 하기 위해서는 정당이 추구하는 목적이 자유민주적 기본질서에 반하는 것이어야 할 뿐만 아니라, 더 나아가서 그러한 목적을 구체적으로 실천하는 활동이 자유민주적 기본질서에 대하여 실질적인 위협을 야기하는 것이어야 한다고 보고 있다.²³⁾ 정당의 활동이 민주주의나 기본적 인권에 대한 실질적 위협을 야기함으로써 인하여 민주주의 보호를 위하여 그 정당의 해산이 급박하게 필요하다고 인정되는 때에 비로소 정당해산이 정당화될 수 있다는 것이다.

정당의 해산은 추상적인 목적 내지 그러한 목적을 추구하려는 의도에 대한 평가만으로는 가능하지 않다. “지금 여기서” 헌법질서에 실질적 위협을 야기하고 있는가에 대한 판단이 중요하다. 이런 관점에서 보면, 단기, 장기, 최종목적 등의 구분은 문제가 있다. 중요한 것은 헌법파괴의 준비행위와 관련해서 정치적 신념을 현실화하는 것의 문제일 뿐이다. 판단자료가 되는 목적은 강령, 정당에서 공식적으로 발간한 문서 그리고 소위 ‘은폐된 목표설정’에서 도출될 수도 있을 것이다. 그렇지만, 여기에서 중요한 것은 정당강령의 내용이 자유민주적 기본질서에 반하는 것이라 할지라도 그것을 실현하려는 현재적 실천시도가 존재하지 않는다면 그 정당은 금지될 수 없다는 점이다.

이 점을 김이수 재판관은 매우 적절하게 언급하였다. 그에 따르면, 통합진보당이 “현 사회의 문제를 구조적인 것으로 인식하여 구조적이고 급진적인 변혁을 추구하고 있다고 하더라도, 단순히 확립된 질서에 도전한다는 것만으로는 그 자체로 자유

22) Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures adopted by the Venice Commission at its 41st plenary session. 번역본은, 김종서 옮김, “정당의 금지와 해산 및 유사조치에 관한 베니스위원회 지침”, 민주법학 제54호, 431면 이하 참조.

23) Morlok, Art.21 GG Kommentar(Hrsg. von Horst Dreier), Rn.149.

롭고 민주적인 국가에서 금지되는 행위가 되지 않는다, 정당은 그 사용되는 수단이 적법하고 기본적인 민주주의 원칙과 부합하는 것이라면, 국가의 법적·헌법적 구조의 변화를 촉진할 수 있어야 하므로, 피청구인이 폭력적 수단이나 그 밖의 전복을 추구하려 한다는 점이 구체적으로 입증되지 아니하는 한, 위와 같은 피청구인의 목적이 민주적 기본질서에 위배된다고 볼 수 없다.”(결정문 280면).

2. 통합진보당 당원들에 대한 국가보안법의 적용

통합진보당에 대한 해산결정이 선고되자마자, 기다렸다는 듯 ‘통합진보당해산국민운동본부’는 통합진보당 이정희 대표와 소속 국회의원을 비롯하여 당원 전부를 국가보안법 위반혐의로 검찰에 고발하였다. 고발의 구체적인 죄명이 무엇인지는 정확하게 알려져 있지 않으나, 언론보도에 의하면, 통합진보당에 대하여 반국가단체구성죄 내지 이적단체구성죄 혐의로 고발한 것으로 보인다. 12월 22일 현재 검찰에 접수된 고발건은 총 3건(서울중앙지검 1건, 대검 2건)이며, 검찰은 이를 서울중앙지검 공안1부에 배당하여 수사에 착수한 것으로 알려졌다.²⁴⁾

1) 해산결정의 논리가 국가보안법 적용에 그대로 차용될 가능성

헌법재판소는 통합진보당의 숨은 목적은 일차적으로는 폭력에 의한 민중민주주의 혁명이고 이를 통하여 궁극에는 북한식 사회주의사회의 건설에 있다고 보았다. ‘숨은 목적’ 내지 ‘은폐된 목적’의 논리는 이미 국가보안법 위반사건의 판결에서 수없이 반복된 것이기도 하다.

국가보안법 사건에서 반국가단체성 내지 이적단체성이 문제되는 경우에 대법원은 오래 전부터 강령이나 규약에 명시된 공식적인 목적보다는 “실제로 추구하는 목적”을 중심으로 판단하는 경향을 보여 왔다. 대표적인 예로 범민련 사건을 보자. 범민련 남측본부가 연방제 통일, 조국통일 3대 헌장지지, 미국반대, 한미군사동맹 분쇄 등을 주장하면서 10여 차례 범민족대회를 개최한 것에 대하여, 대법원은 “어느 단

24) 「통합진보당 해산 뒤 검·경 공안수사 활개」(오마이뉴스, 2014.12.22.)

http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002065597&CMPT_CD=P0001

「통진당 해산 후폭풍..공안 칼바람 불어오나」(헤럴드경제 2014.12.22.)

<http://media.daum.net/issue/768/newsview?issueId=768&newsid=20141222090009031>

체가 표면적으로는 강령·규약 등에 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전·동조하는 등의 활동을 목적으로 내걸지 않았더라도 그 단체가 주장하는 내용, 활동 내용, 반국가단체 등과 의사 연락을 통한 연계성 여부 등을 종합해 볼 때, 그 단체가 실질적으로 위와 같은 활동을 그 단체의 목적으로 삼았고 그 단체의 실제 활동에서 그 단체가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있다고 인정된다면 그 단체를 이적단체로 보아야 한다”고 하면서, “비록 범민련 남측본부가 표면적으로 이적성 탈피와 대중성 강화를 위해 강령·규약을 개정하는 움직임을 보였다 하더라도, 범민련 남측본부는 피고인이 가입할 당시에는 적어도 반국가단체인 북한이나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하는 행위를 자신의 목적으로 삼았고, 실제 활동 또한 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있는 이른바 이적단체에 해당한다고 보기에 충분하다”고 판시하였다.²⁵⁾

이러한 논리는 반국가단체구성죄에서도 동일하게 나타난다. 대법원은 진보당 조봉암 사건의 재심판결에서 진보당이 “국가를 변란할 목적으로 구성된 결사”(1948년 12월 1일 법률 제10호로 제정된 구 국가보안법 제1조²⁶⁾)에 해당하지 않는다고 판시하였는데, 그 판단기준에 관해서 다음과 같이 말하고 있다 : “구 국가보안법 제1조, 제3조의 구성요건을 충족하기 위해서는 그 구성된 결사나 집단의 공동목적으로서 정부를 참칭하거나 그에 부수하여 국가를 변란할 목적, 즉 주관적 요건을 갖추어야 하고, 그와 같은 목적을 가지고 있는지 여부는 그 결사나 집단의 강령이나 규약에 의하여 판단하는 것이 보통이나, 외부적으로 표방한 목적이 무엇인가에 구애되지 않고 그 결사 또는 집단이 실제로 추구하는 목적이 무엇인가에 의하여 판단되어야 할 것이며, 어느 구성원 한 사람의 내심의 의도를 가지고 그 결사 또는 집단의 공동목적이라고 단정해서는 아니 된다.”²⁷⁾

이러한 대법원 판결의 경향을 전제로 한다면 - 물론 이는 심각한 논리적, 이론적 결함을 안고 있지만 - 헌법재판소가 이미 통합진보당의 목적이나 활동이 인민민주주의혁명과 이를 통한 사회주의 사회 실현을 목표로 한 것이라고 본 이상, 통

25) 대법원 2008.4.17. 선고 2003도758 전원합의체 판결.

26) 제1조 국헌을 위배하여 정부를 참칭하거나 그에 부수하여 국가를 변란할 목적으로 결사 또는 집단을 구성한 자는 좌에 의하여 처벌한다.

1. 수괴와 간부는 무기, 3년 이상의 징역 또는 금고에 처한다.

(이하 생략)

27) 대법원 2011.1.20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결. 이 사건 원판결(재심대상판결)은 대법원 1959.2.27. 선고 4291형상559.

합진보당의 존재 자체 및 그 정당활동이 국가보안법상 반국가단체구성죄나 이적단체구성죄로 포섭될 가능성은 농후하다.

2) 정당특권과 국가보안법 적용의 한계

통합진보당에 대한 해산결정이 선고됨에 따라, 해산결정 이전의 통합진보당의 활동에 대해 국가보안법상 반국가단체구성죄나 이적단체구성죄를 적용할 수 있는가의 문제는 - 국가보안법상 해당 구성요건의 합리적·제한적 해석이라는 차원을 넘어서서 - 정당활동의 자유를 보장한 헌법원리와 국가안보형법의 관계라는 차원에서 살펴볼 필요가 있다. 국내에서 이에 관한 논의는 사실상 전무한 형편이다. 통합진보당 해산이라는 초유의 ‘사법폭력’에 직면하여 그것을 무위로 돌리지는 못한다고 하더라도 적어도 해산결정의 후폭풍으로서 통합진보당 대표나 간부, 더 나아가서 당원들을 국가보안법상 반국가단체구성죄나 이적단체구성죄 등으로 처벌하는 ‘2차적 사법폭력’을 막기 위한 이론적 시도는 필요하다. 정당해산의 헌법적 제도화는 정당의 활동에 대한 국가보안법의 적용을 제약하는 법정정책적 근거가 된다는 점을 이론적으로 시도해 봄이 어떨까. 아래는 그 초보적 입론이다.

헌법상 정당해산은 헌법재판소의 전속적 권한이다. 이는 단지 헌법재판소의 전속 관할권만을 의미하는 것이 아니라, 헌법재판소의 해산결정이 있기 전까지는 정당의 활동에 대하여 헌법위반이라는 이유로 제한을 가해서는 안 된다는 점을 보증한다는 의미를 포함하고 있다. 이에 상응하여 헌법재판소의 정당해산결정은 창설적 효력을 지닌다.²⁸⁾ 이렇게 다른 단체나 개인에 비하여 정당활동의 자유가 특별히 보호받는다. 라는 의미에서 독일에서는 이를 통상 “정당특권(Parteiprivileg)”이라고 부른다.

그런데 다른 한편으로 국가보안법은 ‘국가변란의 목적’(반국가단체구성죄의 경우)이나 ‘자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’(찬양고무죄, 이적단체구성죄 등의 경우)라는 요건을 범죄성립요건으로 규정하고 있다. 정당의 활동에 대하여 이와 같은 구성요건을 적용한다면, ‘국가변란의 목적’이라든가 ‘자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 요건에 대한 판단은 필연적으로 정당의 목적추구 활동과 밀접한 상관성을 지닐 수밖에 없다. 만약 헌법재판소의 정당해산

28) 헌법재판소법 제59조는 “정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다.”고 규정하고 있다. 이는 정당해산의 창설적 효력을 규정한 것이다. 양건, 헌법강의(제4판), 182면.

결정이 내려지기 전에 특정 정당의 목적을 추구하는 활동 ‘그 자체를’ 국가보안법상 반국가단체구성죄나 이적단체구성죄 또는 찬양·고무죄 등으로 형사처벌한다면, 정당활동의 자유를 특별히 보장하기 위하여 정당해산에 대해 헌법재판소의 전속권한으로 규정한 헌법의 취지가 몰각되는 사태가 발생할 수 있다. 따라서 정당의 존재 그 자체 또는 정당의 기관이나 간부, 당원들이 정당의 목적을 실현하기 위하여 행한 공식적인 활동은 - 헌법재판소의 해산결정이 없는 한 - 국가보안법상 반국가단체구성죄, 이적단체구성죄, 찬양고무죄 등의 적용대상에서 제외되어야 할 것이다.

다음으로, 통합진보당 사건처럼, 헌법재판소의 해산결정이 선고된 경우가 문제된다. 헌법재판소의 해산결정은 통합진보당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다는 선언이다. 그렇다면 헌법재판소의 해산결정이 선고되기만 하면, 그 이전의 정당활동에 대하여 역시 국가보안법상 반국가단체구성죄나 이적단체구성죄 등을 적용할 수 있는가의 문제가 발생한다. 앞서 언급한 것처럼, 헌법재판소의 해산결정은 창설적 효력, 장래효를 지닌다. 따라서 정당과 당원들이 해산결정 이전에 정당의 목적을 추구하기 위하여 행한 행위는 헌법재판소의 정당해산결정이 있다고 해서 소급적으로 위법한 것으로 평가될 수는 없다.²⁹⁾

그러므로 정당의 특권적 지위에 근거해서 본다면, 설사 어느 정당이 헌법재판소에 의하여 위헌정당으로 해산결정이 선고되었다고 하더라도 그 정당목적이나 활동의 위헌성으로 인해 자동적으로 반국가단체나 이적단체로서의 성격이 인정될 수 있는 것은 아니다. 해산결정된 정당의 기관이나 당원 등이 정당의 목적을 추구하기 위하여 한 활동에 대하여 국가안보형법의 적용은 그들이 헌법재판소의 정당해산결정에 내려진 이후에도 계속해서 그런 활동을 한 경우에 한해서만 가능하다고 보아야 한다.³⁰⁾

이러한 입론은 정당의 공식적인 활동에 대하여 국가보안법상 반국가단체구성죄, 이적단체구성죄, 찬양고무죄의 적용을 “아예” 배제하는 것이다. 통합진보당에 대한 헌법재판소의 해산결정에 의하면 통합진보당은 국가보안법상 국가변란 목적의 반국가단체 아니면 최소한 이적단체로서의 낙인을 피하기 어려워 보인다. 그렇지만, 헌법재판소의 해산결정이 내려지기 전까지 합법적으로 전개된 정당의 모든 활동은 그 자체로 보호되어야 한다. 헌법재판소의 해산결정이 내려졌다고 해서 해산결정의 이

29) Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S.258 ; Morlok, in : Dreier(Hrsg.), GG Kommentar(2.Aufl.), Art.21 Rn.154.

30) Rudolphi, in : SK-StGB(6.Aufl.), Vor §80 Rn.8.

전의 정당 활동을 ‘통제로’ 반국가단체의 활동으로 간주하여 처벌한다면, 이는 정당 활동의 자유를 특별히 보호하고 있는 헌법원칙에 부합하지 않기 때문이다.

물론 필자의 이러한 논증은 국가안보형법의 구성요건이 실질적으로 위헌정당해산 결정의 근거와 일치되는 구성요건에 대하여만 시도될 수 있다. 그러므로 위와 같은 논증은 일차적으로 국가보안법의 반국가단체구성죄와 이적단체구성죄의 적용을 - 더 나아가서 찬양고무죄까지 - 배제하는데 타당하다. 반면에 국가보안법상 간첩죄 등의 경우처럼 구성요건이 ‘민주적 기본질서 위배’ 요건 외에 별도의 구성요건적 행위를 예정하고 있는 경우에 그러한 구성요건을 충족하는 한, 정당활동이라고 해서 자동적으로 국가보안법의 적용을 배제하는 것이 되기는 어렵다.

3. 통합진보당 해산결정과 집회·시위의 자유

현행 집시법은 “헌법재판소의 결정에 따라 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위”를 금지하고 있다(제5조 제1항 제2호). 이에 해당하는 집회·시위에 대해서 경찰은 금지통고할 수 있고 해산명령도 가능하다(제8조, 제20조). 주최자는 “2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금”에 처해지고(제22조 제2항), 그 사실을 알면서 집회·시위에 참가한 자는 “6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료”에 처해진다(제22조 제4항). 또한 그러한 집회·시위를 선전·선동하는 것도 금지되며(동조 제2항), 이에 위반한 자는 “1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금”에 처해진다(제22조 제3항).

통합진보당 해산결정이 있던 당일 법무부 위헌정당TF를 총괄한 정점식 법무연수원 기획부장은 “위헌정당 집회 자체는 집시법상 금지집회”라며 “해산 규탄 집회도 통진당의 이념적 목적을 실현하는 집회라면 불법으로 볼 수 있다”고 말했다.³¹⁾ 또한 대검찰청은 임정혁 차장검사 주재로 ‘통진당 위헌정당해산 관련 공안대책협의회’를 열어 정당해산 결정에 불복하거나 이를 빌미로 폭력적인 집회·시위를 벌이면 엄정 대응하기로 했다고 한다. 경찰은 경찰대로, “집회에 참여하는 사람들이 어떤 주장을 하는지 살펴보고 현제가 결정한 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회라고 판단되면 해산 명령을 내릴 계획”이라고 밝혔다.³²⁾

31) 「법무·검찰 "통진당 해산규탄 집회는 불법..엄정대응」(연합뉴스 2014.12.19.)
"http://m.media.daum.net/m/media/society/newsview/20141219161909422

32) 「경찰 "통진당 목적 달성 집회 해산명령」(헤럴드경제 2014.12.19.)

독일 집시법의 예를 보면, 제1조 제1항에서 누구든지 집회 및 시위의 권리가 있음을 천명하는데 이어서 제2항에서 집회시위의 권리가 제한되는 경우의 하나로 “집회 시위를 개최하거나 이에 참가함으로써 기본법 제21조 제2항에 따라 연방헌법재판소에 의하여 위헌이라고 선고된 정당 또는 정당의 하위조직이나 대체조직의 목적을 추구하려는 자”(제1조 제2항 제2호) 그리고 “기본법 제21조 제2항에 따라 연방헌법재판소에 의하여 위헌이라고 선고된 정당”은 집회시위의 권리를 갖지 못한다고 규정하고 있다(제1조 제2항 제3호).³³⁾ 이에 해당하는 경우는 집회의 금지사유 및 해산사유가 된다(독일 집시법 제5조 및 제13조).

독일 집시법에서는 제2호의 규정이 문제되고 있다. 이 규정은 집회의 자유를 규정한 독일 기본법 제8조에 위반된다는 비판이 제기되고 있다.³⁴⁾ 해산된 정당의 목적을 추구하는 집회시위가 무조건 금지되는 것이 아니라 민주적 기본질서에 위배된다고 판단된 목적을 추구하는 것만이 금지되어야 한다는 점, 그리고 그러한 목적의 추구는 해산된 정당의 조직적 결속을 “적극적 투쟁적이고 공격적인” 방식으로 확보하려는 하는 경우에 한해서 금지되어야 한다는 점 때문이다.

집시법이 규정한 “해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위”를 어떻게 해석해야 할까. 집회시위의 자유는 민주적 의사결정과정에서 참여할 권리로서 민주주의의 근본을 구성하는 기본권이다.³⁵⁾ 헌법재판소의 판시를 인용하면, “특히 집회의 자유는 집권세력에 대한 정치적 반대여론을 공동으로 표명하는 효과적인 수단으로서 현대사회에서 언론매체에 접근할 수 없는 소수집단에게 그들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서, 소수의견을 국정에 반영하는 창구로서 그 중요성을 더해 가고 있다. 이러한 의미에서 집회의 자유는 소수의 보호를 위한 중요한 기본권인 것이다. 소수가 공동체의 정치적 의사형성과정에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 보장될 때, 다수결에 의한 공동체의 의사결정은 보다 정당성을 가지며 다수에 의하여 압도당한 소수에 의하여 수용될 수 있는 것이다. 헌법이 집회의 자유를 보장한 것은 관용과 다양한 견해가 공존하는 다원적인 ‘열린

<http://m.media.daum.net/m/media/society/newsview/20141219174205407>

33) 제1조 제2항 제4호는 “기본법 제9조 제2항에 따라 금지된 결사체”도 집회시위의 권리가 없다고 규정하고 있다. 이는 헌법의 기본질서에 위반되는 결사를 금지한 독일 기본법 제9조에 따른 것이다.

34) Bertuleit/Steinmeier, in : Ridder u.a. Versammlungsrecht, 1992, §1 Rn.92 ; Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 15.Aufl., §1 Rn.147.

35) “집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론의 형성에 영향을 미친다는 점에서, **집회의 자유는 표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다.**” 헌재 2003.10.30. 선고 2000헌바67·83 병합결정(집회및시위에관한법률 제11조 제1호 중 국내주재 외국의 외교기관 부분 위헌소원).

사회'에 대한 헌법적 결단인 것이다.” 그런데 한편으로 정당해산결정은 특정 정당을 정치적 의사형성과정에서 배제하는 것이다.³⁶⁾ 따라서 정당해산 결정과 관련하여 집시법 제5조 제1항 제1호의 해석은 엄격하게 제한된 범위로 축소되어야 한다. 그 논증적 의미는 아래와 같다.

첫째, 헌법재판소가 민주적 기본질서에 위배된다고 선언한 ‘정당의 목적’만이 집시법 제5조 제1항 제1호의 요건에 포섭될 수 있다. 통합진보당 해산결정에서 헌법재판소는 진보적 민주주의 이념에 근거한 민중민주주의 폭력혁명 그리고 그것을 통한 북한식 사회주의 사회의 실현을 통합진보당의 실제 목적이라고 하였으므로, 그러한 목적을 직접적으로 추구하거나 달성하기 위한 집회시위만이 집시법 제5조 제1항 제1호에 의하여 금지되는 것이라고 해석해야 할 것이다.

헌법재판소는 오직 통합진보당의 ‘숨은 목적’을 드러내는 데에 모든 논증을 집중하고 있을 뿐이라서 통합진보당의 세부적인 정강정책에 대해서는 사실상 아무런 판단도 하지 않았다. 따라서 통합진보당이 추구하는 정책들 - 예를 들어, 연방제 통일, 군사주권의 확보 등 - 을 주장하고 관철시키기위한 집회시위는 집시법 제5조 제1항 제1호의 금지대상이 될 수 없다.

둘째, 통합진보당이 주최하는 집회시위가 원천적으로 금지대상인가도 의문이다. 집시법은 ‘해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위’를 금지하면서 집회시위의 주최자를 특정하지 않는다. ‘누구든지’ 그러한 집회시위를 주최할 수 없다고 규정하고 있다. 통합진보당이 집회의 주최가 된다고 하더라도 그 집회의 목적이 해산결정된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회인가 여부에 대한 판단에 따라 집시법 제5조 제1항 제1호의 적용은 달라질 수 있을 것이다.

4. 내란음모사건에 미칠 영향

1) 내란음모사건 항소심 판결

항소심 판결³⁷⁾은 대법원판례에 따라, 음모죄가 성립하려면 범죄실행의 합의가 존재해야 하고 그 합의에 실질적 위험성이 인정되어야 한다는 요건을 중심으로 이 사

36)

37) 서울고등법원 제9형사부 2014.8.11. 선고 2014노762. 제1심 판결은, 수원지방법원 제12형사부 2014.2.17. 선고 2013고합620, 624(병합), 699(병합), 851(병합).

건 내란음모죄의 성립 여부를 판단하였다 : “피고인 이석기의 ... 발언만으로는 부족하고, 피고인들이 이 사건 각 회합 참석자들과 더불어 내란범죄 실행에 합의하였다는 점과 객관적으로 보아 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고, 그 합의에 실질적인 위협성이 인정되어야 한다.” 그리고 “이러한 요건을 충족하는지 여부는 합의의 내용 및 구체성뿐만 아니라, 실행시기와의 근접성, 합의 당사자의 수와 성격, 합의 당시의 정황, 합의의 사전준비 또는 후속조치의 존재 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.”

우선 ‘내란의 합의가 존재하였는가’에 관하여 항소심 판결은 다음의 논거를 들어 부정하였다 :

■ 이 사건 각 회합의 대부분 참석자들이 이 사건 각 회합 당시 구체적으로 어떠한 발언이나 태도를 취하였는지를 알 수 있는 자료가 없는 점에 비추어 보면, 참석자들이 피고인 이석기의 “강연을 이해하였느냐?”는 질문이나 피고인 김홍열의 “필승의 신념이 100% 증가되었느냐?”는 질문에 대해 “네”라고 대답하거나 박수로 호응한 것만으로 피고인 이석기의 강연이나 분반토론 결과 발표에서 언급된 준비방안들을 그대로 실행하기로 합의하였다고까지 단정하기는 어렵다.

■ 이00과 피고인 홍순석, 한동근은 이 사건 각 회합 이후인 2013. 6. 5.과 그 이후 여러 차례의 소모임을 열었음에도 이 사건 각 회합에서 논의된 폭력적 방안에 관하여 언급하거나 그 실행을 위한 추가 논의를 한 적이 없다. 그 밖에 피고인들을 비롯한 이 사건 각 회합의 참석자들이 그 이후 국가기간시설 파괴 등 폭력적 방안을 실행하기 위한 추가 논의를 하였거나 준비행위를 하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없다.

■ 이 사건 각 회합 이후 한반도의 전쟁 위기가 서서히 완화되기는 하였으나, 적어도 2013. 5. 말까지는 전쟁 위기가 완전히 해소되었다고 보기 어렵다. 그럼에도 피고인들이 이 사건 5. 12. 회합에서 내란범죄 실행에 합의하였다면 위 기간 세부적인 시행계획을 마련한다거나 준비행위를 하는 등 후속조치를 실행하지 않은 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

이어 항소심 재판부는 “내란음모죄가 성립하려면 내란행위를 구성하는 개별적인 범죄행위까지 세부적으로 특정하여 합의할 필요는 없으나, 전체적으로 보아 내란행위의 주요한 부분, 즉 시기, 대상, 수단 및 방법, 실행 또는 준비에 관한 역할분담 등의 윤곽은 어느 정도 특정하여 합의하여야” 한다는 요건을 제시하면서, 이에 비

추어 볼 때, 이 사건의 경우에는 “실제로 상부의 명령이 있기 전에는 내란행위의 시기, 대상, 수단 및 방법, 실행 또는 준비에 관한 역할분담 등 어느 것도 그 윤곽이 특정되었다고 볼 수 없”을 뿐만 아니라, “위 합의에 따라 실제 내란범죄 실행의 외부적 준비행위에 나아갔다고 인정할 만한 사정도 없다”는 점을 논거로 하여 ‘실질적인 위험성’도 인정되지 않는다고 판시하였다.

한편, 항소심 판결은 내란음모죄의 성립을 부정한 대신에 이석기와 김홍열 두 명의 피고인의 내란선동죄에 대해서는 유죄가 인정된다고 하였다.

우선 ‘선동’이란 “특정한 범죄행위를 실행시킬 목적으로 문서·도화 또는 언동에 의하여 타인에게 그 범죄행위의 실행을 결의하게 하거나 이미 발생한 결의를 조장할 힘이 있는 자극을 주는 것”을 말한다고 하면서, “이와 같이 선동은 타인에게 범죄의 실행을 결의하게 하거나 이를 강화함으로써 범죄를 실현할 위험성이 있다는 이유로 처벌되는 것”이라고 정의한다. 그러면서 선동죄의 성립요건을 이렇게 정리하고 있다 : “선동죄가 성립하기 위해서는 선동행위자가 타인으로 하여금 특정한 범죄행위를 실행시킬 주관적인 목적을 가지고 선동행위를 하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 선동행위로 인하여 선동의 상대방이 그 범죄행위를 결의, 실행할 개연성까지 인정되어야 한다고 제한적으로 해석해야 한다. 다만 선동으로 말미암아 반드시 범죄행위의 결의가 이루어져야 하는 것은 아니다.”

그렇지만, 항소심 판결은 결정적으로 내란선동죄의 성립요건을 내란음모죄보다 완화시켜 버린다. 판결문을 그대로 인용하면, “내란선동죄는 내란음모죄와는 별도의 구성요건에 해당하는 범죄로서 선동은 감정을 자극하는 추상적인 표현으로 행해지는 것이 보통이고, 내란선동죄와 내란음모죄의 법정형이 같은 것은 범죄를 주창하여 타인의 구체적인 범죄행위의 결의를 유발할 개연성이 있는 내란선동은 그 자체로 실제 그로 인해 구체적인 범죄행위 실행의 결의가 성립한 내란음모의 경우에 준하는 정도의 불법이 있는 것으로 보아 처벌하려는 취지라고 보인다. 그러므로 내란선동죄가 성립하기 위해서는 내란음모죄의 경우와 같이 반드시 범죄행위의 시기, 대상, 방법 등을 구체적으로 특정하여 선동해야 하는 것은 아니고, 객관적인 정황을 고려할 때 선동의 상대방이 가까운 장래에 구체적인 범죄행위를 결의, 실행할 개연성이 인정되면 족하다. 따라서 선동죄가 성립하려면 음모죄의 경우와 마찬가지로 선동행위의 객관적 명백성, 실질적 위험성이 인정되어야 한다는 위 피고인들의 주장은 이유 없다.”

이러한 법리에 따라 항소심 판결은 다음의 이유를 들어 내란선동죄의 유죄를 인정하고 있다 :

■ 피고인 이석기, 김홍열은 대한민국의 체제를 전복하기 위하여 분반토론에서 논의된 국가기간시설의 파괴 등을 포함하여 다양한 물질적인 수단을 준비하고, 명령에 따라 이를 실행하라는 취지로 말하여 추후 구체적인 준비, 실행계획 마련을 위한 기준을 제시하고, 즉시 이러한 준비에 나설 것을 강조하고 있다.

■ 또한 선동의 상대방인 이 사건 각 회합 참석자들은 위 피고인들의 발언에 호응하여 전쟁 발발사 대한민국의 체제를 전복할 물질기술적 준비방안으로 국가기간시설 타격, 폭탄의 제조 등까지 논의하다가 비록 결론에는 이르지 못하였으나, 각자 임무가 주어지면 목숨을 걸고 수행할 태세를 갖추자는 데는 공감하였다.

■ 이를 비롯하여 앞서 본 바와 같은 피고인 이석기, 김홍열과 이 사건 각 회합 참가자들과의 관계, 전쟁위기가 해소되지 않은 당시의 사회정세 등 위 피고인들의 발언 당시의 객관적인 상황을 종합해보면, 객관적으로 보아 선동의 상대방인 이 사건 각 회합참석자들이 추가적인 논의를 통하여 가까운 장래에 구체적인 내란행위의 실행을 결의하고, 나아가 이를 실행할 개연성이 충분히 인정된다.

2) 정당해산결정이 내란음모사건에 미칠 영향은?

① 해산결정에 내란음모사건이 포섭되는 방식

사실 내란음모사건의 제1심판결과 항소심판결이 내려질 때만 해도 내란음모사건의 판결이 정당해산 결정에 어떤 영향을 미칠까가 주된 관심사였다. 만약 내란음모사건의 유죄가 인정되면, 그것은 통합진보당이 ‘은폐된 목적’으로 북한식 사회주의 혁명을 추구한다는 정부 주장에 유리한 입증자료가 될 가능성이 있기 때문이었다. 항소심판결이 지하혁명조직 RO의 실체가 입증되지 않는다고 하면서 내란음모죄에 대해 무죄판결을 선고하고 이석기 등 2명의 피고인에 대한 내란선동죄의 유죄를 인정하자, 통합진보당 해산청구의 중요한 논리적 연결고리가 힘을 잃는 듯 보이기도 하였다. 하지만, 헌법재판소는 내란음모사건의 형사재판에서 증거로 인정된 5.12. 회합 참석자들의 발언을 장황하게 인용하면서 이를 통합진보당의 활동으로 귀속시키는 논리를 전개하였다.

헌법재판소는 정당해산의 요건인 ‘민주적 기본질서에 위배된다’는 것을 “민주적 기본질서에 대한 단순한 위반이나 저촉을 의미하는 것이 아니라, 민주 사회의 불가결한 요소인 정당의 존립을 제약해야 할 만큼 그 정당의 목적이나 활동이 우리 사회의 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 구체적 위험성을 초래하는 경우”라고 말한다(결정문 17면).

“이석기를 비롯한 내란 관련 회합 참석자들은 경기동부연합의 주요 구성원으로서 북한의 주체사상을 추종하고, 당시 정세를 전쟁국면으로 인식하고 그 수장인 이석기의 주도 하에 전쟁 발발시 북한에 동조하여 대한민국 내 국가기간시설의 파괴, 무기 제조 및 탈취, 통신교란 등 폭력수단을 실행하자고 회합을 개최한 것”이라고 한다(결정문 126면). 그러면서 이 내란관련 사건은 “피청구인의 진정한 목적을 명백하게 드러낸 활동”이라고 말한다(결정문 133면) : “이석기 등 피청구인 소속 국회의원과 당원들이 내란을 선동하고 대한민국의 존립에 위해를 가할 수 있는 방안들을 구체적으로 논의한 것은 그 자체로 민주적 기본질서에 반함이 명백하다.”(결정문 133면)

내란음모사건의 항소심 판결은 RO의 실체는 증명되지 않는다고 하였다. 그래서 인지 헌법재판소는 이석기 의원 등의 내란음모사건을 언급할 때 ‘RO’에 대한 직접적인 언급은 등장하지 않는다. 또한 항소심 판결은 5.12. 회합에서 내란의 실행에 관한 합의가 존재하였다고 볼 수 없다고 판시하였기 때문에, 헌법재판소는 ‘내란모의’ 내지 ‘내란음모’라는 개념을 의식적으로 사용하지 않았다. 헌법재판소는 형법적 용어를 회피하면서 단순히 ‘5.12. 회합’ 그리고 ‘논의’라고 표현하고 있다.

헌법재판소가 정당해산결정에서 내란음모사건을 언급한 맥락을 보면, 이석기 의원 등 경기동부연합이 통합진보당의 주도세력의 구성원으로서 2013.5.12. 회합에서 국가기간시설 파괴 등을 구체적으로 ‘논의’하였다는 점을 근거로 하여 이를 ‘정당의 활동’으로 귀속시킬 수 있다는 점, 그리고 그러한 ‘정당의 활동’은 민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 구체적 위험성이 인정된다고 한 것이다.

② 해산결정이 내란음모사건에 미칠 영향

헌법재판소는 통합진보당의 ‘활동’의 위헌성을 근거지우기 위하여 내란음모사건의 5.12.회합을 중요한 사실적 근거로 원용하고자 하였다. 현재는 내란음모죄의 유죄인정 여부라든가 RO의 존재 여부에 대한 판단은 의도적으로 회피하였다. 따라서 헌

재의 결정이 내란음모사건에서 항소심에서 무죄로 판단된 내란음모죄 부분이 다시 금 유죄로 판단되어야 한다는 점을 자동적으로 시사해 준 것이라고 볼 수는 없다. 더구나 내란음모죄는 내란실행의 합의가 있어야 성립하는 바, 현재는 5.12. 회합에 참석한 사람들이 기간시설과괴 등의 행위를 ‘논의’했다고 표현하면서 합의가 있다고 전제한 것은 아니다.

그렇지만, 헌법재판소가 5.12. 회합의 ‘논의’가 민주적 기본질서에 위배된다고 판시한 대목은 매우 거슬린다. 현재의 이러한 판시는 대법원에 내란음모죄의 유죄취지의 파기환송을 시사한 것으로 해석될 여지가 여지가 있기 때문이다.

내란음모죄의 제1심 판결은 이렇게 말한다 : “당시 모임의 참석자들은 RO의 조직원으로서 주체사상과 대남혁명론의 사상적 기초 하에 남한 사회의 혁명을 목적으로 지속적인 주체사상 학습과 조직활동으로 사상적 일체감을 다져오면서, 이를 바탕으로 혁명의 결정적 시기가 다가오면 수의 지시에 따라 언제든지 폭동에 나설 준비가 되어 있다고 봄이 상당”(280면)하다. 그리곤 보다 직설적으로 이렇게 결론짓는다 : “당시의 남북관계에 조성된 군사적 대립국면의 정도와 상부의 지침을 철저히 관철하는 조직의 성격에 비추어 보면, 비록 위 화합에서 폭동의 세부적인 계획에까지 이르지 않았다고 하더라도 논의된 폭동의 실현가능성과 그 실질적 위협성을 인정하기에 충분하다.” 5.12. 회합의 민주적기본질서 위배를 인정한 현재의 판시대목은 이런 제1심 판결의 논리로 부활할 가능성은 경계해야 할 부분이다.

5. 향후의 과제

1) 방어전선으로서 민주주의

통합진보당에 대한 해산결정은 우리 사회의 정치지형을 급격하게 수구보수 일색으로 재편하려는 거대한 ‘수구정치화 프로젝트’의 일환으로 진행되고 있다고 보아야 한다. 내란음모사건을 계기로 하여 우리 사회는 이미 중북 매카시즘의 공포정치 소용돌이에 진입하였다. 이번 해산결정은 공포정치의 ‘사법폭력’을 극대화하는 방향으로 진행될 것이다.

국순옥 교수는 독일의 헌법과 연방헌법재판소의 기능을 분석하면서, 실질적 법치주의를 근거로 하여 헌법재판소가 소위 ‘전투적 민주주의’의 이름으로 시민들에게

‘헌법충성’을 요구하는 상황으로 전개되는 것을 비판적으로 바라본다. 이러한 법치는 민주주의와 인권보장에 봉사하는 원리가 아니라, 사법의 권위를 이용하여 시민들에게 준법을 강요하는 사이비법치주의로 전락한다는 것이다.³⁸⁾

통상 오늘날 법치주의를 ‘민주적 법치주의’라고 부른다. 그 의미는 법의 정당성의 원천이 법제정의 민주주의적 성격에 있다고 점을 강조하는 데 있다. 그러나 이는 현대의 입헌주의 국가에서는 당연한 말이다. 법치주의와 민주주의의 관계를 보다 분명하게 드러내 주는 대목은 법치주의가 민주주의적 정치영역을 얼마나 그리고 어떻게 보장하고 있는가 하는 점이다. 민주주의와의 관계에서 볼 때, 법치주의는 단순히 국가권력의 남용이나 일탈을 통제하는 것을 넘어서서, 민주주의적 공론장의 정치영역을 보장해 주는 정치원리로 인식되어야 한다.³⁹⁾

정치와 사법의 관계에서 볼 때, 민주주의적 개방성에 대한 요청은 사법부의 판단이 민주주의가 제대로 작동하도록 그 최소한의 조건을 교정해 주는 역할에 한정되어야 함을 의미한다. 정치이념의 다원성과 사상의 자유, 표현의 자유, 결사의 자유 등은 민주주의를 구성하는 필수요소들이다. 하지만, 불행하게도 우리 사회의 민주주의의 공간은 매우 불균형적이며, 헌법재판소를 비롯한 사법부는 이러한 불균형적 조건이 정치적으로 유지되도록 적극적인 보증의 역할을 수행해 왔다.

오늘날 법치주의가 작동하는 방식을 요약하면 이렇게 말할 수 있다. 신자유주의 하에서 자행되는 자본과 국가권력의 폭력성은 점점 더 ‘합법성’의 외관을 획득하면서 확장되는 반면에, 체제의 모순과 부당한 법질서에 대항하는 시민 주체들의 저항운동은 ‘불법적 폭력’으로 강력한 억압과 통제의 대상이 된다. 법치주의는 법폭력의 행사지점으로 ‘타자화된 적’을 상징함으로써, 혹은 사회적 저항을 시민사회의 안전을 위협하는 행위로 표상하도록 하면서 신자유주의 하에서 정치권력과 자본의 이익이 보장되게끔 하는 장치로 기능하고 있다. 이러한 권력 행사는 사법부의 보증까지 더해져 법적 권위와 정당성을 획득하게 된다.

이것은 서두에서 언급한 것처럼, 외양은 실질적 법치주의 모습을 띠고 있으며, 국순옥 교수가 가장 우려했던 저급한 법치주의로 전락하게 된다. 더 분명하게 말하면, 이러한 상황은 도대체 ‘법치주의’라고 말할 수 없다. 신자유주의 정치세력과 자본 그리고 법조집단의 동맹으로 형성된 거대한 권력이 신자유주의 질서의 영속성과 효

38) 국순옥, “법치국가의 신화와 현실”, 민주법학 제19호, 2000, 111면.

39) 박은정, 앞의 글, 293면.

율성을 보장하기 위하여 국가폭력을 일상화하는 수단으로 법치를 동원하는 체제일 뿐이다. 이렇게 작동하는 법권력은 법치주의의 근본이념인 인권보장에 기여하기는 커녕 노동자, 철거민 등 사회적 약자의 기본권 보장을 근원에서부터 해체해 버리며, 지배질서의 국가폭력에 저항하는 사회적 저항운동을 탄압하기 위하여 집회시위의 자유, 표현의 자유와 같은 정치적 기본권을 후퇴시키는 암울한 결과를 낳고 있다. 그러므로 재차 민주주의 정치의 영역을 축소시키고 민주주의를 왜소하게 만드는 악순환이 반복된다. 그러므로 오늘날 법치주의의 위기의 본질은 민주주의를 파괴한다는 점에 있다.

2) 저항운동의 기획 : 차이의 담론과 보편성의 담론

흔히 종북 논란에 대하여, 그리고 통합진보당의 해산 논란에 대하여 ‘차이와 다양성’을 승인하자고 말한다. 분명 맞는 말이다. 그러나 차이와 다양성 승인의 인권담론은 민주주의 침탈의 현재의 상황을 돌파할 운동적, 이론적 잠재력을 전혀 갖고 있지 못하다.

지젝(Slavoj Žižek)은 ‘적대의 정치’를 유일한 해결책으로 제시하면서, 보편성의 원리를 강조한 바 있다 : “실제적 보편성은 서로 다른 문명들이 모든 차이를 초월하여 동일한 기본적 가치들을 공유한다는 따위의 깊은 감정이 아니다. 실제적 보편성은 오히려 동의하지 않는 것이 무엇인지를 공유하는 부정의 경험 속에서, 부당한 대우를 받는 경험 속에서, 그리고 자기가 누구인지를 묻는 각자의 경험 속에서 드러나는 것이다. (스스로를 드러내는 것이다). 그런 면에서 혁명적 연대의 구호는 ‘우리의 차이점을 서로 용인하자’ 게 아니다.”⁴⁰⁾

지젝이 언급한 ‘적대의 정치’는 ‘시민사회의 적’을 끊임없이 창출함으로써 불안과 공포를 자원으로 삼아 유지되는 신자유주의 법치 시스템과 동일한 전략이다. 여기에서 ‘주권’은 잠재적으로 늘 적대성을 내전으로 격화시킬 수 있는 폭력성을 내재화하고 있다는 점에서 동의할 수 없는 전략이라고 평가하기도 한다.⁴¹⁾ 그렇지만, 그가 말한 “실제적 보편성”은 인권의 정치 영역을 개척하는데 매우 중요한 시사점을 던져주는 것으로 보인다. 이것은 그람시가 말한 역해계모니 전략이기도 하다. 여기서

40) Slavoj Žižek, 이현우 외 옮김, 폭력이란 무엇인가, 2011, 난장이.

41) 김승환, “국가와 폭력”, 진보평론 53호, 2012, 290면.

말하는 인권의 ‘실제적 보편성’은 지젝의 말처럼, “부당한 권력행사에 동의하지 않음”을 기반으로 해서 기존의 자유주의적으로 ‘파편화된’ 인권담론을 뛰어넘을 수 있는 담론을 구축하는 것이어야 한다.

그렇다면 저급한 법치주의와 정치사범이 판치는 세상에서 질식된 민주주의와 인권의 정치 공간을 “어떻게” 창출할 것인가? 이 질문은 ‘법의 폭력’에 대항하여 사회변혁을 추구하는 것이 가능하며 또 정당한가의 문제이기도 하다. 국회에서 제정한 법률에 근거한 국가폭력의 제도화 수준이 강고해질수록 의회제도의 틀 안에서 국가폭력, 특히 구조적 폭력의 문제를 해결하기는 사실상 불가능한 것으로 보인다.

시민 주체들의 저항운동은 대개 시민불복종운동 혹은 보다 적극적인 직접행동으로 발현된다. 아렌트는 “시민 불복종은 뜻있는 시민들이 정상적 통로로는 변화를 더 이상 기대할 수 없으며 호소가 거부당하거나 실행되지 않는 경우, 또는 그와 반대로 정부가 그 적법성과 합헌성이 심히 의심스러운 일을 주장하여 추진하거나 변경을 추진하려 한다는 것을 확신했을 때 일어난다”고 말한다.⁴²⁾ 시민의 저항행동은 단순히 처벌을 감수하는 도덕적인 힘에서 벗어나 새로운 민주주의적 정치원리를 구성하는 능동적인 힘으로 전환되어야 한다.

시민의 저항운동은 시민 주체들이 스스로의 삶에 관한 의제를 논의할 민주주의적 공간을 스스로 창출하는 것이다. 그것은 무엇이 정의인가에 관하여 저급한 법치주의를 동원하여 자본과 정치권력이 독점한 공간을 시민의 자율성에 기초한 민주주의 정치의 영역으로 되돌려놓기 위한 기획이다. 그런 의미에서 저항운동이 폭력적 성격을 지니는 경우라도 그것은 정당한 것으로 옹호될 수 있어야 한다.⁴³⁾

그러므로 시민의 저항운동은 법치의 이름으로 자행되는 부정의에 대항하여 공공성의 확장을 목표로 하여야 한다. 노동권과 생존권의 보장, 보편적 복지의 확대, 안전에 관한 시민사회의 통제권 확보, 사회적 약자의 존엄할 권리의 보장 등이다. 이것이 또한 올바른 법치를 구현하는 길이기도 하다.⁴⁴⁾

42) 한나 아렌트 지음, 김동식 옮김, 공화국의 위기, 1979, 도서출판 두레, 85면.

43) 김동춘, “시민불복종과 법치주의적 상상력 : 합법성의 도그마에 대하여”, 시민과 세계 제3호, 2003, 132면. 그는 파괴적 직접행동도 정당화될 수 있다고 말한다.

44) 하승우, “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰”, 기억과 전망 21호, 2009, 30면.