

헌법국가란 무엇인가

- 독일적 개념의 연원과 한국적 수용가능성 -

이 석 민*

<국문초록>

우리 헌법재판소는 헌정주의와 관련하여, ‘입헌주의’, ‘입헌민주국가’, ‘입헌민주헌법’, ‘입헌주의적 헌법’, ‘입헌적 민주주의’, ‘민주적인 헌법국가’, ‘반입헌주의’, ‘반법치주의’라는 표현을 사용한 바가 있다. 그러나 그 내용적 요소를 명시적으로 제시한 예는 아직 없는 것으로 파악된다. 한국의 헌법적 논증, 특히 ‘헌법재판소’에서의 실시에서 위와 같은 표현을 사용함에 있어서는 헌정주의에 대한 독일적 개념 전통인 ‘헌법국가’라는 개념을 참고하고 유의할 필요가 있겠다고 판단된다. 독일적 연원을 가지는 헌법국가 개념에 관한 논의는 영미적 전통의 헌정주의에 대한 논의보다 더 많은 점에서 ‘기술적’이라기보다는 ‘규범적인’ 면에 집중하고 있으며, 그것은 ‘있어야 할 것’에 관한 연역적, 도그마틱적 논의를 상대적으로 더 중요하게 여기고 있기 때문에, 규범적 논증을 주된 임무로 하는 헌법재판기관에서 활용하기 적합하기 때문이다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 개념을 실제 주요 결정문들의 논증에서도 활용하여 왔다. 특히 이러한 헌법국가라는 개념은 ‘(자유)민주적 기본질서’와 밀접한 관계가 있으면서도 그를 포함한다고 볼 수 있는 개념이기 때문에, (자유)민주적 기본질서의 위배여부가 문제되는 정당해산, 탄핵 등의 사건에 있어서 하나의 ‘규범적 개념’이자 도구로서 사회에서의 헌법적 논쟁에서나, 헌법재판소 등 헌법기관에서의 유권해석적 논증에 사용되어야 할 필요성과 적실성이 높다고 할 수 있다. 다만 우리 헌법의 해석에 있어서는 유의할 점은, ‘사회국가원리’나 ‘연방주의’ 등 독일 기본법 제79조에 기반해서만 이해될 수 있는 ‘헌법국가’의 내용 요소는, 개정불가사항이 명문상 존재하지 않는 우리 헌법 해석상의 ‘헌법국가(헌정주의)’ 개념의 내용으로 바로 연결되기는 어렵다는 것이라고 하겠다.

주제어 : 헌법국가, 헌정주의, 헌법재판, 헌법적 논증, 독일헌법, 입헌주의, 민주적 기본질서

• 투고일 : 2019.10.07. / 심사일 : 2019.10.22. / 게재확정일 : 2019.10.23.

* 법학박사, 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원

I. 서론

현대 국가들은 국가공동체의 최고법인 헌법을 두고 있다. 헌법이 그 국가공동체의 운영원리로 작용한다는 점에서는 차이가 없으나, 헌법이 어떻게 그리고 어느 정도로 국가의 운영을 통제하는가라는 헌법의 위상과 효력은 시대와 장소에 따라 변화해왔다. 입헌주의 내지 헌정주의(英 constitutionalism, 獨 Verfassungsstaat ‘헌정국가’)¹⁾는 헌법의 국가 통제 즉, 정체(political regime)의 근본 원칙들이 보다 충실하게 실현될 수 있도록 정부를 제한하는 원리로 설명할 수 있다.²⁾ 국가 작용에 대한 헌법의 최고성 내지 우선성을 전제한다는 점에서 이는 규범통제제도 등 헌법재판제도의 근거가 되는 개념이다. 헌법재판제도 자체에 대한 정당화 개념으로서 기능할 뿐만 아니라 구체적으로 헌법재판소의 결정례에서 빈번히 등장하고 있는 표현이기도 하다.³⁾ 역사적으로는 고전적 의미의 헌정주의에서 근대적 의미의 헌정주의로 발전하여 왔으며, 현대에는 자유주의적/비자유주의적 헌정주의로, 또는 국내·지역·국가간(transnational)·전지구적(global) 헌정주의 등으로 다양한 수식어와 함께 인식되며 선진 민주주의 내의 사회적 논의가 활발하였고, 학문적 연구성과도 축적되어 왔다.

그런데 헌정주의에 대한 국내 학계 연구 및 사회적 담론은 아직 충분하지 못한 상태임을 관찰할 수 있다. 헌정주의의 변천에 대한 역사적 연구는 발견되나, 개념과 요소에 대한 연구는 희소하며, 용어와 관련하여 ‘입헌주의’, ‘헌정주

1) Constitutionalism을 헌정주의로 번역할 것인지 혹은 입헌주의로 번역할 것인지는 여전히 논쟁의 여지가 있다. 입헌주의라 하면 과거 입헌군주제의 경험 등으로 반민주적인 이미지를 내포하는 듯하여 최근의 한국 정치학이나 사회학계 등은 헌정주의라는 용어를 선호하는 경향이 있다. 헌법을 가진 근대국가를 아시아에서 처음 태동시키려하던 당시 개화기 일본에서 처음 ‘입헌’(헌법을 세운다)이라는 번역어를 썼다는 그 시대적 상황의 특수성도 고려되는 것으로 보인다. 이 글에서 논자는 한국법학계의 일반적인 풍토를 반영하여, 입헌주의라는 용어를 택할 수도 있었지만 독일의 Verfassungsstaat의 번역어가 ‘헌법국가’이거나 ‘헌정국가’인 점을 감안하여 이를 호환하고자(‘헌정’) ‘헌정주의’라는 표현을 택하고자 한다. 우리나라의 법학자의 일부 및 정치학자의 대부분 그리고 중화권(대만 등)의 법학자의 대부분은 헌정주의라는 용어를 주로 택한다.

2) Whittington, K. E., Constitutionalism, Oxford Handbook of Law and Politics, 2008, p. 281 참조.

3) 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 11-2, 543, 550-551; 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 568 ; 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 17-18 등 다수. ‘입헌주의’이라는 키워드로 헌법재판소 결정례 데이터베이스 검색시 33개의 결정례가 검색결과로 표시되고 있음 (2016. 8. 22. 최종 접속). 헌법재판소는 ‘입헌주의’, ‘입헌민주국가’, ‘입헌민주헌법’, ‘입헌주의적 헌법’, ‘입헌적 민주주의’, ‘민주적인 헌법국가’, ‘반입헌주의’, ‘반법치주의’라는 표현과 함께 그 내용적 요소들을 명시 또는 간접적으로 제시하고 있다. 상세한 점은 각주 15-21에서 후술.

의’, ‘헌법주의’ 등 상이한 표현에 대한 합의도 완전히 이루어지지 않은 상황이다. 헌법재판소의 결정례들에서 헌정주의(입헌주의)의 개념과 요소의 실마리가 드러나고 있으나, 후속 연구를 통해 학문적으로 개념화되지는 않은 것으로 보인다. 헌법재판제도의 기초로서 헌정주의의 중요성에 비추어 볼 때, ‘헌법국가’라는 독일적 개념의 연원과 한국적 수용가능성을 탐구하는 본 연구는 앞서 본 바와 같은 현재의 학계의 회소한 기성의 연구성과를 보충하는 기능을 할 것이며, 장래 후속 연구로서 예상되는 헌정주의와 관련한 우리 헌법재판소 결정례의 분석과 평가의 결과와 함께 이 연구가 참고되면 헌정주의의 개념과 요소에 관한 적지 않은 학술적 실무적 의미를 제공하게 될 것으로 기대할 수 있다. 특히 헌정주의가 법학적 개념으로 갖는 실익에 대하여 헌법재판과 관련한 심도있는 평가가 요구된다. 즉, 이 개념이 단순히 ‘수사적(修辭的) 개념’의 위상인지, 또는 헌법재판의 결론에 영향을 미치는 개념적 수단, 즉 이른바 ‘재판규범적(裁判規範的) 개념’으로서의 위상을 갖고 있는지 등을 면밀히 검토할 필요가 있다.

이 글에서는 먼저 헌정주의의 의의가 무엇이고 그 개념적 요소는 무엇인지 살펴본다. 또한 헌정주의의 본질을 이루는 핵심 요소 내지 징표는 무엇인지를 명확하게 제시하고자 한다(II). 다음으로 헌정주의 개념의 인식 방식 중 우리의 실무와 학계에도 큰 영향을 미친 영미적 전통인 constitutionalism과 독일적 전통인 Verfassungsstaat 중에서 후자인 ‘헌법국가(Verfassungsstaat)’ 개념을 중심으로 파악해보도록 한다.⁴⁾(III) 이와 같이 이러한 전통을 검토한 후에는 그것이 우리 헌법해석에 수용될 수 있는 가능성과 한계를 평가하여 보고(IV), 나아가 결론으로서 이러한 헌정주의의 개념에 대한 탐구를 통해 우리가 우리의 헌법재판에서 얻을 수 있는 시사점은 무엇인지 밝히고자 한다(V). 이러한 탐구는 우리 사회·학계에서의 헌법적 쟁점에 관한 논의 및 헌법재판소 등 기관의 유권해석에 있어서 관련 헌법적 근거를 제시하고 그 내용을 확정함에 있어 의미 있는 결과를 줄 수 있을 것으로 판단된다.

4) 단, 전자의 전통에는 근대적 헌법국가들이 미국, 프랑스 등에서 태동하던 시기에 영미권과 프랑스어권 사상가들의 활발한 상호참조로 인해 몽테스키외 등 프랑스 사상가들의 의견 또한 포함되어 서술되므로, 프랑스 사상가들의 의견 또한 (최소한 근대의 주요한 사상가들에 대해서는) 부분적으로는 소화되어 내포되어 있다고 할 수 있겠고, 이 점은 후발 근대 헌법국가인 독일적 전통에도 마찬가지이다.

II. 헌정주의의 기본 개념과 개념요소

1. 사전적 검토

가. 개념의 의의 및 서구적 개념

일반적인 교과서상의 정의에 따르면 헌정주의란 ‘국민의 자유와 권리가 국가권력으로부터 침해당하지 않도록 보호하기 위하여 통치관계를 헌법에 규정하고, 국가가 국민에 대하여 행하는 권력작용을 헌법에 구속되도록 하는 “헌법에 의한 통치”의 원리’⁵⁾라고 하고 있다.

오늘날을 기준으로 볼 때 20세기를 지나 21세기도 이미 십 수 년을 경과한 현재를 기준으로 볼 때, 모든 국가들은 헌법을 갖고 있다고 할 수 있고, 아주 드문 몇몇 예외를 제외하고는 헌법은 성문(成文)의 것이다. 각국의 헌법들은 성격과 그것이 반영하는 이념에 따라 다양하다. 예컨대 제2차 세계대전 이후 동유럽의 사회주의 헌법들과 같이 본질적으로 선언적이고, 프로그램적이라고 지적되었던 헌법들이 있었다. 특히, 개인의 헌법적 권리에 대해서는 그 권리란 인정이 되는 것이지만, 그 권리가 정부를 구속하는 것으로 인식되기보다는 정부가 그 권리를 인정할 준비가 된 것으로 보는 것이었다고 할 수 있다. 이에 반해서 예컨대 현대 서유럽국가들의 헌법들과 같은 경우는 규범적이면서 실행되는 것이었다. 특히 개인의 헌법적 권리에 대해서는 그 권리란 인정이 되는 것이며, 정부가 그 권리를 인정할 준비가 된 것으로 보는 것이 아닌 그 권리가 정부가 권리에 구속되고 그것을 존중하도록 의무를 지우는 것이었다.⁶⁾ 그리고 후자의 헌법들의 범주에는 예컨대 각각의 사회적 정치적 발달에 따라 2차대전 후 제국주의에서 해방되고 또 독재에서 벗어난 비서유럽권의 다수의 국가 등 여러 다른 국가들도 포함되게 되었고, 대한민국의 헌법의 경우도 그와 같다.

위와 같은 점을 배경으로, 이 장에서 묻게 될 질문은 요컨대 다음과 같다. ‘헌정주의(constitutionalism)’란 무엇이고 그 개념은 지금까지 어떻게 발전하여 왔으며, 어떤 요소를 지니고 있는가? 헌정주의 개념은 먼저 서구에 그 근대적 기원을 두고 발달한 것이므로 서구의 개념사를 우선 살펴보고자 한다. 우선 헌정주의 개념은 어떤 정치공동체의 법령체계 안에 헌법이라는 성문법전을 구비했는가 여부는 결정적이지 않다. 일단 상세한 분석은 추후에 할 것을 염두에

5) 김철수, 헌법학(상), 박영사, 2009, 3; 헌법학(중), 박영사, 2009, 70 참조.

6) Henkin, L., Elements of Constitutionalism, Occasional Paper Series(Columbia University Center for the Study of Human Rights), 1994. p. 1 이하 참조.

두고 본다면, 통상적으로는 다음과 같이 지적되고 있다.

- 형식적 의미의 헌정주의를 구성하는 징표 (역사학적, 정치학적 의미)
: higher law, higher law의 규범력. (독일적 표현으로는 ‘헌법의 우위 (Vorrang)’)
- 실질적 의미로서의 헌정주의를 구성하는 징표 (규범학적, 헌법학적 의미)
: 법치주의, 권력분립, 기본권 보호

위에서 본 바와 같은 헌정주의에 대한 정의를 더욱 정확히 이해하기 위해서는 헌법 및 헌정주의의 고전적, 근대적(및 현대적) 의미에 대한 고찰이 필요하다고 하겠다. 일단, 헌법은 고전적 의미에서 볼 때 ‘기본적인 국가질서를 규정하는 근본법’으로 이해되어 왔다. 이러한 헌법을 통해 국가의 조직과 구조, 통치방식 등 가장 근본을 밝혀놓은 법이라는 뜻이다. 이와 같은 의미의 헌법 개념에서 본다면 그것은 국가의 구조와 작동에 관한 기술적인(descriptive) 체계로 볼 수 있으며, 성문이든 불문이든 헌법은 인류 역사에서 국가가 탄생했던 때부터 언제나 존재해왔다고 할 수 있다.

그런데 근대에는 위와 같은 헌법의 고전적인 의미와 맥락에 더해, ‘국민주권 원리’에 기반한 ‘민주주의제도’와 국민의 ‘기본적인 권리’ 즉 기본권 실현의 과제가 헌법에서 중요하게 다루어지기 시작하였다. 따라서 이러한 근대의 헌법을 전제로 한 헌정주의도 기본권 보장 및 민주적 기본질서의 보장(민주주의 그 자체와는 구별)⁷⁾을 그 중요한 요소로 내포하게 된다. 이러한 맥락 때문에 일부 문헌에서 ‘헌정주의’라는 표현을 ‘입헌민주주의’나 ‘입헌민주정’을 뜻하는 말로서 만연히 쓰이는 현상도 발생하게 된다. 여하간 이러한 근대적 의미의 헌정주의는 오늘날까지도 사용되고 있는 헌정주의의 의미라고 할 것이다. 이러한 근대적 헌정주의는 사회계약론의 영향을 받은 결과물이며, 이를 통해 헌법은 ‘기본적인 국가질서를 규정하고 기술하는’ 체계라는 경험적이고 고전적인 의미를 넘어, 개인들의 ‘기본권’과 ‘민주주의질서’의 보장을 국가의 과제로 하는 규범적인(prescriptive, normative) 의미를 가지게 된다. ‘법치주의’도 물론 요소로 포함된다. 근대적 의미의 헌정주의는 헌법의 위와 같은 규범적 의미를 기초로 탄생한 근대적 현상이다.

7) 연구자는 이 글에서 헌정주의가 내포하고 있는 ‘민주적 기본질서’(정치적 기본권의 보장 등으로 기인한 것)와 ‘민주주의’ 자체는 서로 구별된다는 입장을 시종 견지함을 밝힌다. 자세한 이유는 본문 해당 부분에서 설명한다.

다음으로 이러한 근대적 헌정주의는 결국 ‘헌법재판제도 (Verfassungsgerichtsbarkeit)’를 통해 헌법의 우위성의 완전한 실현을 도모하게 된다. 이러한 헌법재판제도를 포함한 헌법국가의 모습을 근대적 헌정주의로 부르는 이도 있고 현대적 헌정주의로 따로 개념화하는 이도 있는 것으로 보이는데, 분류방법의 차이에 불과하다고 판단된다.

더 중요한 것은 이러한 근대적(내지 현대적) 의미의 헌정주의에 대한 도전적 상황이 현대에 생겨나고 있는 데, 이에 대한 응답으로 헌정주의를 현대적으로 이해하고 구성하려는 노력들이 보이고 있다. 비록 이러한 노력들이 대부분 그 근본에 있어서 근대적 헌정주의의 개념을 결국 벗어나지는 않는 것으로 밝혀진다 할지라도 우리의 헌정주의에 대한 이해를 풍부하게 해 주고 있는 점에서 학문적으로도 실무적으로도 관심을 끌고 있다고 하겠다. 대표적인 것이 ‘사법적 헌정주의’나 ‘민주적 헌정주의’ 또는 ‘초국가적 헌정주의’ 등의 개념이다. 이러한 점에 있어서는 안전(안보) 중시 경향, 민주주의와 헌정주의의 갈등적 관계의 현대적 변주, 초/간국가적, 전지구화적 헌법주의 경향이라는 크게 세 가지의 흐름이 그 바탕을 이루고 있다.

2. 핵심 요소

모두 똑같지는 않지만, 일반적으로 현대의 실행되는 헌법들은 헌정주의를 반영하고 효력을 부여하게 된다. 헌정주의는 그에 대해서 확고한 정의가 존재하는 것은 아니지만, 일반적으로 헌정주의를 반영하도록 설계된 헌법이라면 무릇 보유하고 있는 공통요소를 갖고 있다고 널리 인식되고 있다. 그것은 두 가지로 다음과 같다.

가. 고차원법 및 그 규범력으로 보는 견해

이는 앞서 보았듯이 형식적 의미의 헌정주의를 구성하는 징표로서만 헌정주의를 보는 태도로서, 주로 역사학, 정치학 등에서 보는 입장이며 또한 (국민주권주의의 완전한 도입 이전인) 고전적 헌정주의에서 보이는 태도와 연관이 있다. 다시 말해, 이러한 관점들은 “규범력있는 higher law(고차법)가 존재하여 권력을 제한한다”는 간단한 명제로서 헌정주의를 이해하고 있다고 보여진다.

나. 권력분립, 기본권존중, 법치주의 등의 요소로 보는 견해(최협의, 또는 협의) 이 견해는 예컨대 권력분립, 기본권존중이라는 두 요소를 중심으로 보

권력분립	기본권 존중	법치주의	그 외 헌법원리(1) (예: 복지/사회국가)	그 외 헌법원리(2) (예: 연방주의)	민주주의	그 밖의 헌법적 결단
최협의						
협의						
광의 또는 최광의						

는 언급하고 있으며, 학자의 입장에 따라 ‘국제평화주의’, ‘지방자치제도’, ‘성문헌법주의’, ‘복지국가원리’ 등을 포함하기도 하기도 한다. 우리나라에서 이러한 요소의 언급들은 학자마다 편차가 있다. 영미의 경우에도 이러한 편차들은 큰 편이다. 이는 독일의 예와 비교가 된다. 역사적, 실정헌법적 이유(독일 기본법 제79조의 명시적 개정한계조항 등) 때문인데, 이는 독일의 학자들의 서술에서 쉽게 알 수 있는 바이다. 대표적으로 Isensee 교수의 서술에서 보면, 그는 ‘민주주의’, ‘기본권’, ‘권력분립’, ‘법치국가’, ‘연방주의’, ‘사회국가목표’를 그러한 기본적인 요소로 파악한다. 그는 “‘민주주의’, ‘기본권’, ‘권력분립’은 프랑스 혁명 이후 헌법이라는 이름에 부합해 제대로 성립된 모든 헌법에 내재한 세 개의 본질적 요소인데, 이들이 헌법국가의 요소에 포함된다. 그 밖에 ‘법치국가’, ‘연방주의’, ‘사회국가목표’라는 전통적으로 독일 헌법국가 개념을 정의하는 요소들이 있다.”고 하였다.¹²⁾

독일 헌법학계에서 ‘독일’의 헌법국가성에 대한 이해는 위의 Isensee의 이해와 대동소이하다고 할 수 있다.¹³⁾ 이것은 헌법개정의 한계를 규정한 제20조와 제1조의 서술이 위의 요소들을 포함하기 때문에 그러한 것으로 관찰된다. 나아가 ‘민주주의’를 이러한 헌정주의에 포함하는 것으로 여기는 지에 대해서도 입장이 나뉜다고 보인다.¹⁴⁾ 한편, ‘공화정’을 포함하는 입장도 있다. 이 또한 국가들의 헌법상에 헌법개정의 한계로서 ‘공화정’ 규정 등 헌법적 결단을 포함하는 경우가 많은 것과 관련이 있다고 여겨진다(예: 터키).

라. 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 ‘입헌주의’¹⁵⁾, ‘입헌민주국가’¹⁶⁾, ‘입헌민주헌법’¹⁷⁾, ‘입헌주의적 헌

12) Isensee und Kirchhof, Vorwort in: Isensee, Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 2004 (특히 서문이 속한 제V페이지를 참조).

13) 대표적으로 이러한 헌법국가(성)의 내용 및 요소에 대해 언급한 저명학자로서 Böckenförde, Wahl 등의 서술을 참고. 이 글의 본문 해당 부분에서 상술함.

14) 이 점은 ‘헌정주의(헌법국가)’와 별도로 ‘민주적 헌정주의’ 내지 ‘민주적 헌법국가’를 구별 개념으로 인식할지 아닐지와도 관련된다. ‘민주적 헌법국가’ 개념에 대해서는 본문의 II. 4. 가.의 맨 마지막 문단 참조.

15) “유신헌법 일부 조항과 긴급조치 등이 기본권을 지나치게 침해하고 자유민주적 기본질서를 훼손하였다는 반성에 따른 헌법 개정사, 국민의 기본권의 강화·확대라는 헌법의 역사성, 헌법재판소의 헌법해석은 헌법이 내포하고 있는 특정한 가치를 탐색·확인하고 이를 규범적으로 관찰하는 작업인 점에 비추어, 헌법재판소가 행하는 구체적 규범통제의 심사 기준은 원칙적으로 헌법재판을 할 당시에 규범적 효력을 가지는 현행헌법이다. 국가긴급권의 행사라 하더라도 헌법재판소의 심판대상이 되고, 긴급조치에 대한 사법심사 배제조항을 둔 유신헌법 제53조 제4항은 입헌주의에 대한 중대한 예외일 뿐 아니라, 현행헌법이

법'18), '입헌적 민주주의'19), '민주적인 헌법국가'20), '반입헌주의', '반법치주의'21)라는 표현22)과 함께 그 내용적 요소들을 명시 또는 간접적으로 제시하고 있다.

반성적 견지에서 사법심사배제조항을 승계하지 아니하였으므로, 현행헌법에 따라 긴급조치들의 위헌성을 다룰 수 있다.” 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70등, 판례집 25-1, 180, 194-195(위 및 이하 결정례의 밑줄은 저자가 표기).

- 16) “지방자치제도는 …(중략)… 이것은 현대 입헌민주국가의 통치원리인 권력분립 및 통제·법치주의·기본권보장 등의 제원리를 주민의 직접적인 관심과 참여 속에서 구현시킬 수 있어 자유와 책임을 중시하는 자유민주주의 이념에 부합되므로 국민(주민)의 자치의식과 참여의식만 제고된다면 권력분립원리의 지방차원에서의 실현(지방분권)을 가져다 줄 수 있을 뿐 아니라 지방의 개성 및 특징과 다양성을 국가전체의 발전으로 승화시킬 수 있고, 나아가 헌법상 보장되고 있는 선거권·공무담임권(피선거권) 등 국민의 기본권 신장에도 기여할 수 있게 된다. …(중략)… 민주주의의 본질은 국가권력의 형성 및 행사의 근거를 국민적 합의에 두므로 지방자치가 진실로 민주정치의 발전에 기여할 수 있기 위하여서는 무엇보다도 지방의회의 구성이 당해 지역주민 각계각층의 의견이 민주적이고도 합리적으로 수렴된 유루(遺漏)없는 합의에 의하여 이루어질 수 있도록 제도화되어야 할 필요가 있는 것이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 99).” 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 11-2, 543, 550-551.
- 17) “우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨 있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다.” 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205.
- 18) “입헌주의적 헌법은 국민의 기본권 보장을 그 이념으로 하고 그것을 위한 권력분립과 법치주의를 그 수단으로 하기 때문에 국가권력은 언제나 헌법의 테두리 안에서 헌법에 규정된 절차에 따라 발동되지 않으면 안 된다.” 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 568.
- 19) “근대의 입헌적 민주주의 체제는 사회의 공적 자율성에 기한 정치적 의사결정을 추구하는 민주주의 원리와, 국가권력이나 다수의 정치적 의사로부터 개인의 권리, 즉 개인의 사적 자율성을 보호해 줄 수 있는 법치주의 원리라는 두 가지 주요한 원리에 따라 구성되고 운영된다. …(중략)… “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히” 한다고 규정한 헌법 전문은 우리의 민주주의가 지향하는 방향을 단적으로 보여주는 것이다.” 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 17-18.
- 20) “국가긴급권은 국가의 존립이나 헌법질서를 위태롭게 하는 비상사태가 발생한 경우에 국가를 보전하고 헌법질서를 유지하기 위한 헌법보장의 한 수단이다. 그러나 국가긴급권의 인정은 국가권력에 대한 헌법상의 제약을 해제하여 주는 것이 되므로 국가긴급권의 인정은 일면 국가의 위기를 극복하여야 한다는 필요성 때문이기는 하지만 그것은 동시에 권력의 집중과 입헌주의의 일시적 정지로 말미암아 입헌주의 그 자체를 파괴할 위험을 초래하게 된다. 따라서 헌법에서 국가긴급권의 발동기준과 내용 그리고 그 한계에 관해서 상세히 규정함으로써 그 남용 또는 악용의 소지를 줄이고 심지어는 국가긴급권의 과잉행사 때는 저항권을 인정하는 등 필요한 제동장치도 함께 마련해 두는 것이 현대의 민주적인 헌법국가의 일반적인 태도이다.” 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 568.
- 21) “대통령에게 초헌법적인 국가긴급권을 부여하고 있는 국가보위에관한특별조치법은 헌법을 부정하고 파괴하는 반입헌주의, 반법치주의의 위헌법률이다.” 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 569.
- 22) 앞서 본 바와 같이 ‘입헌주의’이라는 키워드로 헌법재판소 결정례 데이터베이스 검색시

마. 소결

헌정주의(입헌주의)는 그 사용하는 맥락에 따라 광의로도 협의로도 쓰일 수 있겠다. 예를 들어 입법을 할 때 헌정주의를 고려한다고 했을 때에는 협의보다는 광의로 사용되어야 할 필요성이 있다. 그러나, 재판규범으로서, 즉 헌법재판 등에서 요구되는 금지규범은 그 의미가 명확하고 뚜렷해야 한다. 그래서 헌법 재판에서 요구되는 금지규범적 의미에서 헌정주의는, 누구나 동의할 수 있는 협의로서 정의하여야 하고, 따라서 그 핵심 요소로는 고차원법 및 그 규범력에서 바로 도출되는 ①권력분립, ③법치주의, 그리고 근대 국민주권이 기초가 된 근대헌법의 목표인 ②기본권존중은 근대 이후 포함되어 왔으므로 그를 포함한 세 가지의 것으로 보는 것이 타당하다. 이러한 기본적 세 요소 이외에, 헌법의 우위성 확보를 위해 ④헌법재판제도도 본질적 요소로 존재한다는 태도도 다수 존재한다. 이 점에는 원칙적으로 동의할 수 있지만, 헌법재판제도는 입헌주의의 본질적 요소로 꼭 두지 않더라도, 핵심적 보장 ‘수단’이라고도 분류할 수가 있으므로, 헌정주의의 본질적 요소라 말한다면 보통 위의 세 가지로 언급이 자주 되고 있다.²³⁾ 이것은 위의 우리 헌법재판소의 결정례 중 최근 실시에서 본 바와 상응하며, 영미, 독일 학계에서의 다수·유력 견해와도 일치한다고 하겠다.

4. 구별개념/유사개념

가. 법치국가·법치주의

법치국가(법치주의)와 헌법국가는 개념상 상호 밀접한 관계를 갖지만 몇 가지 중요한 요소를 통해 구분된다. ① 우선 가장 선명하게는, ‘헌법의 규범적 효력(規範的 效力)’의 차이가 법치국가에서 헌법국가로의 이행 중에 나타난다. 헌법국가가 설립되고 헌법국가성이 확립되면 헌법은 소구(訴求)가 가능한 최상의 법적 규범인 동시에 정치적 권력에 정당화를 부여하는 핵심 권원(權原)으로 성격이 변화하게 된다.²⁴⁾ 기존에는 설령 한 국가가 ‘법치국가’라 하더라도,

33개의 결정례가 검색결과로 표시되고 있다 (2016. 8. 22일 기준). 각주 3 참조.

23) 이러한 헌법재판제도가 ‘사법심사’와 같은 특정 재판기관 또는 심사권한이 헌정주의적 체제에 필수적 요소인지에 관한 논쟁은 여전히 있다고 지적되고 있다. 이에 대해 상세한 점은 영어권 문헌으로는 Whittington(각주 2), p. 281 이하; Friedrich, C. J., “Constitutions and Constitutionalism,” *Internat'l. Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968 ; Sartori, G. “Constitutionalism: a preliminary discussion.” *American Political Science Review*, 56, 1962, pp.853-64 등 참조. 독일어권 문헌으로는 대표적으로 Enzmann, Birgit., *Der Demokratische Verfassungsstaat. Entstehung, Elemente, Herausforderungen*, Springer-Verlag, 2012 참조.

그 헌법은 정치적 선언(宣言) 정도의 성격이었을 수 있다는 점과 대조된다. ② ‘입법자(立法者)의 지위’ 또한 변화한다. 헌법국가에서 입법자는 최상의 ‘헌법’ 제정자 및 국민 의사를 표명하는 가장 중요한 기관으로서 지위를 상실한다. 헌법제정권력이 입법자의 상위에 위치하며, 입법자는 형식적으로, 또한 내용적으로 헌법제정권력에 구속된다. 핵심 입법기관인 의회가 개헌에 관한 권리를 행사하게 될 수도 있지만, 이 역시 헌법 제정자가 설정한 한계 틀에서 행사되어야 한다. ③ 세 번째로는 ‘사법의 비중 강화’를 들 수 있다. 즉, 판결을 통해 입법부와 행정부의 헌법 준수 여부를 심사하는 사법의 위상이 높아지는 것이다. 특히 최후의 조치로 헌법재판소는 법의 무효를 선언할 수 있으며, 이를 통해 헌법재판소는 법치국가수준에서 규정한 법률의 사법부에 대한 구속에서 벗어난다. ④ 정치와 법의 관계 및 ‘정치의 위상’ 또한 헌법의 새로운 성격에 기인하여 변화한다. 정치 행위자는 헌법적 쟁점(예컨대, 시민적 자유, 참여권, 국가기관의 업무분배 등)을 일반적인 정치적 논의와는 분리해야 한다. 또한 그와 같은 문제에 있어서 변화를 위해서는 국민이나 정치 행위자 중 과반수 이상이 변화를 찬성하여야 한다(주요 사안의 한시적인 탈(脫)정치화, 헌법적 쟁점으로의 분리 현상이 발생). ⑤ ‘시민과 국가의 관계’도 헌법국가에서는 변화한다. 헌법에 명시된 기본권은 개인에게 ‘자유 공간’을 허용하며, 개인은 필요한 경우 다수의 이해관계 즉 국가의 개입과 사회의 개입에 대해 사법적(司法的) 방법으로 본인의 자유 공간을 관철할 수 있다.

물론, 법치국가와 헌법국가의 개념은 겹치는 부분이 많으며 구분이 어려운 경우도 있다. 특히 ‘실질적 법치국가’와 ‘실질적 헌법국가’ 간 경계는 유동적이다. 현대의 많은 선진국형 법치국가들은 헌법이 상위에 있다고 할 수 있다. 따라서, 실제로 법치국가와 헌법국가의 경계가 일견 불분명해 보이기도 하는 것이다. 그래서 보다 구체적인 기준의 필요성이 등장하게 된다. 이와 같은, 하나의 국가를 헌법국가로 분류할 것인지 여부에 대한 구체적 기준을 제시한다면, 기본권 개입에 대한 장벽이 얼마나 높은지(기본권 보호 정도), 행정부와 사법부가 얼마나 강력한 권한을 행사하는지(권력분립의 정도), 그리고 독립적인 헌법재판이 헌법의 위반을 효과적으로 판단하고 제재할 수 있는지(헌법재판제도의 실효성) 라는 것들에 달려있다고 지적된다²⁴⁾. 이와 같은 측면에서 한 국

24) 그리고 예컨대, 기존에는 설령 한 국가가 ‘법치국가’라 하더라도, 유권자에게 기존에 선거 참여권이 거의 보장되지 못했던 경우가 있을 수 있는 데, 헌법국가가 설립되면 선거참여권이 헌법에서 도출되게 된다.

25) 헌법개정 난이도를 높이는 것과 헌법재판제도를 두는 것 등의 핵심적인 점들을 헌법의

가를 헌법국가로 보기 위해서는, 시민이 필요하다면 헌법에 보장된 자신의 권리를 입법자에 대해서도 관철할 수 있어야 하며, 헌법이 법과 입법자에 대해 ‘사법적 우위’를 누리고 ‘최종결정권’을 행사할 수 있어야 하기 때문에 나머지의 한 기준도 다른 전자의 두 기준이 존재하는 경우에는 자연스럽게 논리적으로 인정되는 것이라 하겠다²⁶⁾. 이렇게 볼 때, 위와 같이 정리된 구체적 구분 기준을 통해 어떤 정치 체제가 법치국가인지 헌법국가인지 등의 여부를 보다 명확히 분류할 수가 있게 된다.

요컨대 헌법국가는, 법치국가마저 포함하는 다양한 기본 구성요소로 이루어진 질서형태(Ordnungsform)라 할 수 있다. 그리고 헌법국가성(Verfassungsstaatlichkeit)은 이러한 질서형태가 중시되는 성질 또는 이념을 의미하게 된다. 이러한 헌법국가를 구성하는 네 개의 요소는 ‘법치국가원리’, ‘권력분립’, ‘기본권/가치’ 및 기타의 ‘헌법원리’이다. 문헌에 따라 이들 요소를 상이한 명칭으로 분류하고 요소 일부를 세분화하거나 하부요소로 포괄하는 경우가 있으나, 법학 일반에서는 헌법국가에 위 네 개의 요소가 존재한다는 점에 대해 폭넓은 견해의 일치가 발견된다. 또한, 민주적 헌법국가는 민주주의 원칙을 보완한 헌법국가의 특수 형태로서, 오늘날 다른 국가 형태보다 더 정당성을 인정받는 국가 형태이다.²⁷⁾

우선성의 본질적 요건으로 보는 입장에 대해서는 예컨대 Möllers, C., Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 136 ff. 참조.

26) 같은 의견으로 Enzmann, Birgit, Der demokratische Verfassungsstaat. Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungs Offenheit, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, S. 12, 23-43 ; Wahl, R., Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, Juristische Schulung 41 (2001) S. 1041-1048 참조.

27) 대표적으로 한 독일의 최근의 교과서에서는 ‘Verfassungsstaat’를 사용하면서 이와 ‘법치국가’ 등과의 관계를 다음과 같이 설명하고 있다. Birgit Enzmann(각주 26), S. 3.

법치국가 Rechtsstaat	권력분립 Gewaltenteilung	기본권 및 가치 Grundrechte /Werte	제 헌법원리 Verfassungs- prinzip	민주주의원리 Demokratie- prinzip
형식적 법치국가 formaler Rechtsstaat				
실질적 법치국가 materieller Rechtsstaat				
헌법국가 Verfassungsstaat				
민주적 헌법국가 Demokratischer Verfassungsstaat				

나. ‘민주주의’, ‘민주적 기본질서’, ‘자유민주적 기본질서’

(1) 개설

헌법 및 헌정(헌정주의)를 이른바 ‘헌법Verfassung의 보호’라는 개념과 연관 지어서 이해한다면, 헌법의 보호가 그 개별적 제도에서 ‘(자유)민주적 기본질서’를 요구(예컨대 우리 헌법 제8조의 정당해산심판의 요건)하는 것 또한 이해 가능하다. 앞서 검토한 바와 같이, 헌정주의에서 가지는 요소들은 협의 또는 광의로 인식될 수 있는데 이러한 것들이 결국 바로 민주정(democracy)의 기본질서로서 이해될 수 있을 뿐만 아니라 민주주의의 작동을 보장하는 역할을 하기 때문이다.²⁸⁾ 즉 민주주의는 ‘운동’과 ‘제도’의 양면성을 갖고 있는데, 헌법 및 헌정주의는 ‘제도로서의 민주주의’(정치적 기본권 및 관련 절차와 제도)를 보장하여, ‘운동으로서의 민주주의’가 가능할 수 있도록 하는 여건을 제공한다.²⁹⁾ 운동으로서의 민주주의는 동태적인 측면이며, 종종 구체적인 민주적 ‘의사(will)’ 자체를 의미하기도 한다.

(2) 민주주의 : 제도 또는 운동으로서의 이해

헌법 및 헌정주의는 ‘제도로서의 민주주의’(정치적 기본권 및 관련 절차와 제도)를 보장하여, ‘운동으로서의 민주주의’가 실제로 구현되게 한다. 비유적으로 말하자면, 이 둘의 관계는 ‘풍력발전기’와 ‘바람’의 관계에 상응한다고 할 수 있다. 풍력발전기라는 기제는 정태적 제도다. 이것은 동태적이고 (보이지 않는) 바람을 하나의 에너지로 전환하는 역할을 한다. 마찬가지로 제도로서의 민주주의는 동태적 민주적 의사를 형성(Willensbindung)하도록 하며 이것이 민주적 헌법국가의 기본 구조를 이룬다. 따라서 헌법국가(내지 헌정주의)는 제도로서의 민주주의를 포함하지만, 운동으로서의 민주주의와는 구별된다. 다른 말로 하자면 헌법국가는 제도로서 ‘민주적 기본질서’를 포함하며, 어떤 특정한 민주적 의사

28) 그래서 민주적 기본질서의 보호는 민주주의 그 총체의 보호라기보다는 정확히 말하자면 민주주의의 전제가 되는 질서의 보호, 즉 헌정주의(권력분립, 기본권보장, 법치주의 등)의 보호와 외연이 대폭 겹치게 된다.

29) 이러한 헌정주의(헌법국가) 개념이 이른바 ‘헌법Verfassung의 보호’라는 개념과 연관되면서 정당해산 등에서 헌법조문상 그 판단이 요구되는 요건인 ‘자유민주적 기본질서’와 관련이 있음을 시사하는 결정례로는 독일에서는 일찍이 독일사회주의제국당(SRP) 해산 결정이 있었고, 한국의 최근 정당해산결정례에서도 이와 유사한 인식의 실마리가 나타나고 있다. 독일사회주의제국당(SRP) 해산 결정에 관련한 자세한 사항은 이 글의 해당부분(III. 3. 다. 6. (가))에서 후술한다

(그것이 때로 절대 다수의 다수결적 결정일지라도)가 ‘민주적 기본질서’를 훼손하려고 할 때에는 그것을 거부하는 논리적 귀결을 갖게 된다.

실제적 예를 검토해보면, 한 공동체가 정당해산심판제도를 헌법상 두고 있고, 그래서 어떤 당(또는 정치세력)이 ‘민주적 기본질서’를 해친다고 판단될 때 그것을 (보통은 야당 중 하나) ‘헌법의 보호’라는 목표에 근거해 해산할 수 있다면, 그런 성질의 어떤 당(또는 정치세력)이 곧 집권당이 되어 실제 정부를 장악하고 있어 헌법재판기관으로나 국민의 저항권으로도 그러한 권력에 대해 사전적으로 ‘헌법의 보호’를 해내지 못한 경우에는, 그것은 사후적으로, 추후 헌정질서가 정상적으로 회복된 후에도 사법심사의 대상이 되어야만 공평하고 정의에 부합할 것이다. 이러한 이해는 헌법의 보호, 헌정주의의 보호, ‘(자유)민주적 기본질서’라는 세 가지를 통합적이고 상호관련적으로 파악하는데 도움을 준다.

다. 헌법의 정체성

헌법이 만들어 진 후 그 헌법이 갖게 되는 고유의 정체성을 의미하는 데, 예를 들어 ‘공화국’인 점, 자유민주주의, 국제평화주의 등을 꼽기도 한다. 독일 어권에서는 대표적으로 Häberle, Lepsius, Schönberger, Rode 등이 각자의 방식으로 헌법의 정체성에 대해 이론적 설명을 한 바가 있다.³⁰⁾ 이러한 정체성은 헌정주의의 요소들과 겹쳐지는 경우가 많지만, 그 외연이 반드시 동일하다고 볼 수는 없다. 독일의 경우 ‘헌법적 정체성(Verfassungsidentität)’은 초국가적 체제 경향과 관련해 최근 자주 언급되고 있다. 대표적인 예로, 독일연방헌법재판소는 2009년 리스본 판결(Lissabon-Urteil)에서는 기본법 제79조 제3항의 영구 조항이 연방공화국의 ‘헌법적 정체성’을 보호한다고 실시되었다. 연방헌법재판소는 이와 같은 판결로 기본법에서 명시적으로 거론한 원칙을 넘어 ‘헌법적 정체성’ 보장을 강화했으며, 특히 기본법 제38조의 선거권을 민주주의 원칙의 핵심으로 고려한다. 국민 개인이 행사하는 선거권을 통해, 국민이 선택한 독일 연방의회의 ‘민주주의적 자기형성능력(Selbstgestaltungsfähigkeit)’이 아무 효과 없이 헛돌지 않을 수 있을 것이다. 그러나 유럽연합 법적 행위가 연방공화국에 과중한 부담을 유발해 연방의회가 사실상 ‘예산정책의 전체 책

30) Lepsius, O., Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings JöR 63 (2015); Schönberger, C., Identitätsrä, Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, JöR 63 (2015); Rode, K., Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie, Perter Lang, 2011 등 참조.

임'을 더 이상 질 수 없다면 위와 같은 상황이 발생할 것이다.³¹⁾³²⁾ 요컨대 '헌법적 정체성'은 대표적으로 위와 같이 이해되면서 초국가적 체제 경향과 관련한 결정례들에서 빈번히 언급되고 있다.

III. 헌정주의에 대한 독일적 인식: 헌법국가

1. 독일식 설명방식(Verfassungsstaat 또는 Verfassungsstaatlichkeit)의 의미

독일에서 '헌법국가(=헌정국가. Verfassungsstaat)'에 대한 이해는 개략적으로 말하면 다음과 같다고 할 수 있다. 역사학과 정치학은 헌법국가를 광의적 개념의 형식법 차원에서 정의한다. 이에 따르면 '헌법국가'란 국가권력(Staatsgewalt)이 헌법에 구속되며 헌법이 국가권력의 통치권(Herrschaftsmacht)을 제한하는 국가체제(Staatswesen)를 의미한다. 이에 반하여, 오늘날 법학 특히 공법 관련 문헌은 주로 협의적이고 실체적 개념³³⁾에서 헌법국가를 적용한다. 이에 따르면 해당 개념은 헌법국가의 특정 이념형(Idealtypus) 즉, 서구적 특징의 자유민주주의 법치국가와 연관이 된다는 점에서 영미적 전통의 '헌정주의' 개념과 공통점이 있다.

2. 독일에서의 형식적 및 실질적 의미의 헌법국가 이해

일단 독일 문헌에서는 대체로 형식적 의미의 헌법국가에로의 이행은 유럽

31) 2014년 '전면적 통화거래(Outright Monetary Transactions)' 판결(OMT안)에서 BVerfG는 헌법 정체성 보호를 개별적으로 통제하겠다고 과거의 판결을 다시 한 번 확인했다. 그러나 이와 같은 판결로 BVerfG가 상세한 근거를 제시하지 않고 리스본 판결의 자기제한(Selbstbeschränkungen)을 전체적으로 포기했고 유럽연합 법적 행위에 민중소송(Popularklage)을 제기하게 되었다는 비판이 있다.

32) "헌법정체성(Verfassungsidentität)이란 의회가 임의의 과반수 이상을 구성하더라도 기본법 제23조 제1항 제3문과 기본법 제79조 제3항에 따라 수정할 수 없는 원칙으로, 기본법 제1조의 인간의 존엄 보호가 이와 같은 헌법정체성에 속한다."

33) 독일의 '헌법국가'란 개념 역시 영미의 'constitutionalism'과 마찬가지로 광의적이고 명료하지 않을 수 있기 때문에 독일 학계의 문헌 중에서는 구체적인 수식어를 이용해 협의적 개념으로 이를 적용하는 경향도 있다. 따라서 수식어와 결합한 표현 중 가장 높은 빈도수로 사용되는 일부 예만 든다면, '근대 헌법국가', '현대 헌법국가', '민주주의 헌법국가', '자유민주주의 헌법국가', '서구적 특징의 헌법국가'와 같은 표현을 접할 수도 있다.

대륙에서는 성문의 형태로는 1791년의 프랑스 헌법에 의해서 최초로 행하여졌는데, 독일에서는 이러한 이행은 19세기에 여러 란트의 입헌군주제 헌법과 아울러 1876년의 북독일연방 헌법이나 1871년의 비스마르크 헌법의 시행에 의해서 행하여졌다고 지적되고 있다.³⁴⁾ 다시 말해서 입헌군주제 하에서의 ‘입헌주의’, ‘헌법국가’가 실현된 것이다. 이러한 바에 의해 독일에서 실현된 형식적 의미에서의 ‘입헌성’은 그 후 1918년부터 19년에 걸쳐 생긴 민주주의에로의 이행, 즉 독일 제국 제정이 붕괴하고 의회민주주의적인 공화국이 탄생하였던 시기에 도 유지되었다.

즉 입헌군주제의 후에 생긴 것은 ‘순수한’, ‘절대적’ 민주주의가 아니라, 바이마르 공화국으로의 이행 중에서 구체화되었듯이, 마찬가지로 ‘입헌적’ 민주주의였다.³⁵⁾

이러한 형식적 의미의 헌법국가는 그 실효성이 현행 헌법의 준수를 확보하기 위한 ‘보장’이나 ‘제재’ 수단이 존재하는지 여부에 깊은 관계를 갖게 된다. 즉 그러한 보장이 결핍, 결여된 경우에 헌법은, 칼 뢰벤슈타인이 정식화한 바와 같이, “장식적인”(의미론적) 헌법으로 될 가능성을 가진다.³⁶⁾ 이러한 류의 헌법의 전형적 예는 1989년 혹은 90년까지의 동구권 국가들의 헌법, 특히 동독(독일 민주공화국 헌법)이었다고 지적되고 있다.

헌법국가의 개념은 위와 같은 형식적 의미에 속할 수도 있지만, 보다 좁은 실질적 의미로도 사용된다. 이러한 실질적 의미의 헌법국가의 개념에 의하면, 헌법은 단지 국가의 통치에 ‘형식을 부여’하고 그것을 ‘제약’하는 요소인 것을 넘어서서, 무엇보다도 먼저 국가권력을 행사하기 위한 ‘전제조건’을 창출하는 것이 된다. 즉 이 개념에 의하면, 헌법은 국가와 그 일체의 통치권과 결정권을 ‘창설’하는 “최고의 법률”이라고 간주되게 되는 것이다.

이러한 의미에서의 헌법국가의 법적 특징은 다음의 점에 있다. 즉 헌법국가에는 주권의 보유자 그 자체인 어떠한 심급도 이미 존재하지 않는다는 것이다. 즉 거기에서는 모든 국가기관은 헌법에 의해서 창설된, 헌법에 복종하는 권력

34) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: Rudolf Morsey · Helmut Quaritsch · Heinrich Siedentopf (Hrsg.), Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedächtnisschrift für Roman Schnur, Berlin: Duncker & Humblot 1997. S. 137ff.; Wahl(각주 26) S. 1041 ff. 참조.

35) Ernst-Wolfgang Böckenförde (각주 34), S. 138.

36) Karl Loewenstein. 1952, Verfassungsrecht und Verfassungsrealität; Ders., Beiträge zur Staatssoziologie, Tübingen 1961, S. 448(김효전 역, 비교헌법론, 교육과학사, 1991, 243 참조.); 뢰켄회르데는 이러한 것이 “실제로도 입을 수 있는 옷이 아니라 단지 가면무도회용 옷에 불과”한 것이라고 표현하고 있다.) Ernst-Wolfgang Böckenförde (각주 34) S. 138.

이며 헌법에 의해서 부여된 권한의 담당자에 불과한 것이 된다. 이러한 생각은, 그 끝까지 밀고 나가게 되면, 집행기관뿐만 아니라 입법기관에 대해서도 말하며 심지어 국민조차도 (얼마나 민주적으로 조직된 국가이든 간에) - 헌법의 「지배자」가 아니라는 것이 된다. 즉 가령 주권자라는 것이 있다면 주권자는 헌법 그 자체뿐이라는 것이다. 헌법은 바로 ‘주권적’ 헌법인 것에 의해서 권력의 규제와 자유의 보장의 깃발의 역할을 하는 것이다.³⁷⁾ 이러한 헌법국가의 개념은 실제적인 효과를 가진다. 즉 이 개념에 의하면, 개인에게 부담을 부과하는 이른바 침해적 조치뿐만 아니라 모든 종류의 국가활동은 헌법에 근거를 갖지 않으면 안 된다. 일체의 국가활동은 그것을 수권하거나 혹은 적어도 용인하는 헌법상의 권한을 필요로 하게 된다. 이것은 ‘법률 유보의 원리’와는 별개의 것이며, 모든 국가활동에 대한 ‘헌법 유보의 원리’에 관련되는 것이다.³⁸⁾

그리고 이러한 실질적 헌법국가개념이라는 접근법에 의하면, 예컨대 급부행정 분야에서 어떤 행위를 행하는 것이 법치국가적 관점에서 보아 법률에 의한 수권을 요하지 않는 것이라 하더라도 그것만으로 곧 당해 행위를 행할 수 있는 집행부의 권한이 생기는 것이 되지는 않는다. 오히려 당해 행위에 대해서는 헌법 자체 중에 수권 혹은 위임이라는 근거가 있을 것이 필요하게 된다. 독일 기본법에서는 이러한 근거는 제20조 제2항과 제3항이 있다고 할 수 있다.³⁹⁾

3. 독일의 헌법국가(성)의 요소의 파악

가. 개요

이러한 독일의 헌법국가(성)의 요소는 어떤 것이 있는 지가 파악될 필요가 있다. 독일의 헌법국가(성)의 요소의 파악에 있어서도 영미의 ‘헌정주의’의 요소에 대한 이해와 공통점이 있는데, ‘권력분립’, ‘기본권’, ‘법치국가’를 기본으로 하는 것으로 보이면서도 그 밖의 다른 요소들을 함께 고려하고 있다는 것이 그것이다. 다만, 이에는 세 가지 주의해야 할 점이 있다. 첫째, ‘민주주의’를 ‘헌법국가’내에 포함시키는지에 대해서는 여전히 의견이 나뉘는 것으로 보인다. 즉, 어떤 학자는 ‘헌법국가’와 ‘민주적 헌법국가’를 엄격히 구분하면서, ‘민주주의’를 ‘헌법국가’라는 것과는 구분하지만, 또 다른 학자들은 ‘헌법국가’와 ‘민주

37) Ernst-Wolfgang Böckenförde (각주 34) S. 139.

38) Ernst-Wolfgang Böckenförde (각주 34) S. 140.

39) Ernst-Wolfgang Böckenförde (각주 34) S. 140.

적 헌법국가'를 엄격히 구분하지 않는 경향도 보이고 있는 것이다. 이 경우는 '민주주의'는 '헌법국가'라는 것에 이미 포함되는 것으로 이해되곤 한다. 둘째로, 독일의 법치주의는 '실질적' 법치주의로 이해되고 있기 때문에, 영미의 절차적, 통제적 의미로서의 '법의 지배'가 갖는 성격과는 조금 다른 의미를 가진다. 셋째로, '사회국가목표'는 독일적 전통에서 주로 논의되고 있다는 것이다.

예를 들어 살펴보면, Isensee 교수의 경우는 '민주주의', '기본권', '권력분립', '법치국가', '연방주의', '사회국가목표'를 기본적인 요소로 파악한다. 그는 “‘민주주의’, ‘기본권’, ‘권력분립’은 프랑스 혁명 이후 헌법이라는 이름에 부합해 제대로 성립된 모든 헌법에 내재한 세 개의 본질적 요소인데 헌법국가는 이들을 그 요소로서 삼는다고 한다. 그 밖에 ‘법치국가’, ‘연방주의’, ‘사회국가목표’라는 전통적으로 독일 헌법국가 개념을 정의하는 요소가 있다.”고 하였다.⁴⁰⁾

R. Wahl 교수의 경우는 헌법의 규범성(Normativität), 헌법의 우위성(Vorrang), 헌법재판(Verfassungsgerichtsbarkeit), 이 세 개의 요소를 20세기 후반(발전된) 헌법국가의 법적 중심으로서 삼고, 그 세부요소로서 위 Isensee 교수가 요소로 든 것들을 배치하고 있다.⁴¹⁾ 다만 민주주의 자체를 이 요소들 중 하나로 생각하여 중요하게 고려한다기 보다는, 국민주권의 원리가 당연히 현대 헌법국가의 전제가 되면서 민주주의적 정치적 기본권이 보호된다는 것을 현대 헌법국가의 요소 중 하나로서 중요시하고 있는 것으로 파악된다.⁴²⁾

이하에서는 이 요소들에 대한 독일에서의 인식 방법을 Wahl 교수의 분류법에 근거하여 좀 더 구체적으로 살펴보도록 한다.

나. 헌법국가성(Verfassungsstaatlichkeit)의 요소 : 헌법의 규범성, 우위성, 헌법재판

헌법국가(Verfassungsstaat)는 헌법이⁴³⁾ 근본적인 법이고 법체계에서 최고의

40) Isensee und Kirchhof, Vorwort in: Isensee, Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 2004.

41) Wahl 교수는 헌법의 규범성, 헌법의 우위성, 헌법재판제도를 헌법국가성의 세 초석으로 보고, 두 번째인 헌법의 우위성의 구체적 요소로는 ①연방국가성, ②권력분립, ③기본권의 포괄적 보장, ④국가목표조항들 및 기타 본질적 헌법조항들의 순으로 나열한다. 특기할 만한 것은 의회주권원리(Parlamentssouveränität)를 배제한 입헌민주주의적 질서(konstitutionelle (freiheitliche) Demokratie)가 독일 기본법의 질서임을 밝히고 또한 그것을 정치적 기본권 등을 관련지어 기본권의 포괄적 보장 속에 서술하고 있다. Wahl(각주 26), S. 1044 ff..

42) Wahl(각주 26) S. 1044 ff. 참조.

43) 그리고 현대 국가들의 헌법은 (영국 등의 예외가 있으나) 대체로 성문헌법의 모습을 하고 있다.

권위를 누린다는 것을 기초로 한다. 이는 일반적인 정의이기도 한데, 이것이 법적 구체성을 보이는 것은 두 개의 법적 원칙, 즉 ‘헌법의 규범성(Normativität)’ 원칙과 ‘헌법의 우위성(Vorrang)’ 원칙을 세부적으로 기술하고 수용하면서 이루어질 수 있다. 논리적 우위성을 보이는 첫 번째 원칙인 ‘헌법의 규범성(Normativität)’에 따르면 성문헌법은 선언⁴⁴⁾ 또는 정치적 프로그램일 뿐만 아니라 그 자체로 구속력 있는 법임을 의미한다. 두 번째로, ‘헌법의 우위성’ 원칙은 (법)이론적으로 법질서의 위계적 구조(Stufenbau)⁴⁵⁾ 개념을 기반으로 한다. 이에 따르면 헌법은 법규범의 위계구조에서 최상위를 차지하며, 일반 법률 그리고 그 법률에 의한 권한을 기초로 존재하는 법령은 헌법에 종속된다. 헌법의 우위성은 모든 법이 합헌적이어야 한다는 요청, 즉 합헌성의 요청(Gebot der Verfassungsmäßigkeit)에서 잘 드러난다(기본법 제20조 제3항)⁴⁶⁾. 헌법의 우위성은 동시에 입법자의 종속성을 의미한다.

모든 다른 법에 대한 헌법의 이와 같은 내용적 우위와 함께 세 번째 단계로 헌법재판의 확대에 의한 헌법의 우위성 관철과 이행을 들 수 있다. 제정법(Gesetzesrecht)이 헌법을 위배했을 경우, 법적 통제를 통해 해당 법의 무효성을 판결하여 헌법 내용의 실제적 우위성을 보장한다. 헌법을 둘러싼 갈등이 발생할 경우, 사법 형태에서 갈등을 풀어나가야 하며, 이 갈등은 최고 법원의 구속력 있는 판결로 종결된다.

요컨대, 헌법의 규범성, 헌법의 우위성, 헌법재판제도, 이 세 개의 요소가 20세기 후반(발전된) 입헌국가의 법적 중심이라 할 수 있다. 이하에서는 독일의 기본법에 관련하여 이 세 요소를 좀 더 서술해보도록 한다. 특히 독일 기본법의 특징을 헌법국가성 측면에서 바이마르 공화국의 것과 비교·요약해 고찰한다.

다. 독일 기본법상 ‘헌법국가성’

(1) 입법자의 기본권 구속

1919년 바이마르 헌법(Weimarer Verfassung: WRV)과 비교했을 때 기본법

44) 예컨대 프랑스 인권선언(1789)도 이러한 선언(Deklaration)임.

45) Öhlinger, T., Der Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Manz, 1975; H. Haller, Die Prüfung von Gesetzen, Springer-Verlag, 1979, S. 1-72; H. Kelsen, General Theory of Law and State, translated by Anders Wedberg, Cambridge : Harvard Univ. Press, 1949, S. 124 ff., 134 ff., 153 ff.

46) 원문은, “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung ...gebunden”(입법은 합헌적 질서에 구속된다. Art. 20 Abs. 3 GG).

이 보이는 새로운 특징은 입법자 또한 기본권의 적용 대상이라는 점으로, 기본법에서 핵심적이면서 매우 중요한 조항인 제1조 제3항, 즉 기본법 서문에서 이를 이미 규정하였다.⁴⁷⁾ 기본권의 이와 같은 포괄적 적용으로 국가의 가장 중요한 행위 수단인 입법 또한 기본권에 구속된다. 또한 기본권 이해(Grundrechtsverständnis)가 확대 및 확장하면서 기본법 제1조 제3항의 이와 같은 원칙 규정이 1949년 다시 한 번 예상치 못하게 중요성을 얻었다. 전통적으로 기본권은 국가로부터 국민의 방어권(Abwehrrecht)을 의미하며 입법자의 과도한 개입에서 국민을 보호한다. 기본법 제1조 제3항은 입법자의 기본권 구속을 확고하게 규정하였으며, 문헌뿐만 아니라 판결 또한 기본권에 대해 확장된 이해를 보이는 계기가 되었다. 이에 따라 기본권은 기존의 부정적이고 방어적이었던 성향을 넘어 소위 객관적인 차원의 발전을 보였다. 기본권은 법질서 전체의 기반으로, 법질서(Rechtsordnung)와 사법(私法) 질서(Privatrechtsordnung)에서 실현되고 모든 개별법에 영향력을 행사하게 되었다.⁴⁸⁾

(2) 기본법 제79조 제3항의 영구 조항

기본법은 실체적 법으로 구체화되면서, 입법자를 넘어 다른 대상에도 적용된다. 헌법 입법자에도 법적 한계가 적용된다. 기본법 제79조 제3항의 소위 영구조항(Ewigkeitsklausel)은 “연방의 주(州)로 분할, 입법에서 주(州)의 원칙적 참여 또는 제1조와 제20조에 규정된 원칙을 침해하는 기본법 개정은 [...] 허용되지 않는다.”라고 규정했다. 기본법 제1조는 인간의 존엄성을, 기본법 제20조는 독일이라는 헌법국가의 형태 및 중요한 ‘국가목표규정(Staatszielbestimmung)’을 명시하고 있다. 다시 말해 이러한 것이 독일적인 헌법국가의 ‘표지’들을 구성한다고 할 수 있다. 이러한 헌법개정의 한계가 독일적인 헌법국가의 요소 내지는 표지와 큰 관련이 있다는 점은 앞서 서술한 바와 같다.⁴⁹⁾

(3) 헌법재판제도

또 다른 주요 조치로 헌법재판제도를 통해 입법자와 헌법에 이와 같은 내용적 구속을 승인한 것을 들 수 있다. 기본법 제93조에 열거된 가장 중요한 헌법재판소 소송 유형은 독일연방헌법재판소의 매우 포괄적인 관할권 목록

47) Anschütz, G., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. (1933), S. 515.

48) Wahl(각주 26), S. 1043 f.

49) Wahl(각주 26), S. 1043 f.

(Zuständigkeitskatalog)을 담고 있으며, 다른 민주주의 국가의 헌법과 비교해 봐도 독일 연방헌법재판소 관할권 목록엔 매우 특별한 지위가 부여된다.⁵⁰⁾

무엇보다도 기본권의 포괄적 적용과 이러한 포괄적인 헌법재판제도는 정치와 실제 삶에서의 헌법의 편재(遍在, Omnipräsenz)를 결과적으로 가능하게 한다. 다시 말해, 헌법이 여기 저기에서 그 영향력을 발휘하는 것이다. 이런 점에서 볼 때, 단지 최고 헌법기관만이 헌법재판 절차에 참여하게 되는 것은 아니게 된다. 국민 개인은 헌법소원 절차를 이용할 수 있으며, 일반 법관 또한 구체적인 규범통제(konkrete Normenkontrolle) 절차를 통해 참여가 가능하다. 최고 헌법기관과 정치 세력 모두 주요 헌법 사안이 미결정 상태로 남아있든지 또는 해석을 통해 구속력을 얻을지에 대해 원칙적으로 더 이상 관여할 수 없다. 정치 세력이 정치적 타협으로 헌법적으로 논란의 여지가 있는 문제 해결에 대한 합의를 도출해야 하겠지만, 그럼에도 실제 주요 문제에서 헌법 지침에 따른 결정을 신청하고 신청할 수 있는 이는 대부분 위의 절차 청원자이며 국민 개인이 신청하는 경우도 종종 있다. 포괄적인 헌법재판으로 헌법은 삶의 구체적인 다수의 상황에서 그리고 국민의 일상에서도 중요성을 얻는다. 따라서 헌법은 개인에게 과거의 엄숙한 선언이거나 ‘위에서’ 일어나는 정치적 대치에 대한 법적 질서를 의미할 뿐만 아니라 일상에서도 체험할 수 있는 것이 되었다.⁵¹⁾

(4) 기본법 제23조와 제24조의 ‘열린’ 국가

또 다른 변화로 지금까지 내향적이고 국내 중심적 성향을 보인 국가의 외부 개방을 들 수 있으며, 기본법이 이와 같은 변화를 제대로 인지한 것은 90년대부터라고 할 수 있으므로 불과 얼마 되지 않았다: 통일후 유럽연합과 관련하여 개정된 기본법 제24조와 제23조로 인해 독일연방공화국은 ‘외부로’ 폭넓은 개방의 자세를 헌법에 기초하여 단호하게 견지하게 된다.⁵²⁾ 이미 기본법에 확고하게 자리잡은 제24조로 인해서, 국가에 대한 이해(Staatsverständnis)가 근본적으로 변화하였고, 소위 ‘개방된(offen) 국가’ 및 ‘협력 의사가 있는(kooperationsbereit) 입헌국가’란 형태가 확립되었다고 지적된다. 특히 독일법의 유럽화(Europäisierung)는 헌법에도 영향을 미쳤다. 그리고 이로 인해 국가

50) 이와 관련해서는, Sturm, G., in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 2. Aufl. 1999, Art. 93 GG ; Wahl(각주 26) S. 1043 f. 참조.

51) Wahl(각주 26), S. 1043 f.

52) 독일 기본법 제24조와 제23조는 유럽통합을 예정하고 허용하는 조항이다. 해당 기본법 원문의 내용은 앞의 각주 참조.

헌법은 어느 정도 ‘중요성 상실’을 동시에 겪었다.⁵³⁾ 개방된 국가성이란 논지가 힘을 얻으며 실현되었고, 이와 관련한 큰 변화가 생긴 것이다. 그밖에 국제기구에 참여하면서 독일연방공화국은 결정적으로 ‘국제화’되었다. 이러한 유럽화와 국제화로 국가와 국가관은 변화했다. 이제 독일에선 기본법만이 중요하고 유효한 것이 아니다. 유럽공동체 설립 조약 (EGV)과 유럽연합조약 (EUV)의 우위적인 일차법 또한 중요하며 독일에 직접적으로 적용된다.⁵⁴⁾

그래서, 이러한 독일기본법의 유럽화는 영미권에서 회자되는 소위 “초/간국가적 헌정주의(supra/trans-national constitutionalism)”가 나타내는 현대적 상황 중 하나이기도 하다. 이 점을 잘 드러내는 예로 리스본 조약 결정이 있다.⁵⁵⁾

(5) 각 구체적 요소(특히 헌법의 우위성과 관련하여)

예컨대 Wahl 교수의 서술법에 따르면,⁵⁶⁾ 헌법의 규범성, 헌법의 우위성, 헌법재판제도를 헌법국가성의 세 초석으로 본다는 점은 이상에서 살핀 것과 같다. 그런데 나아가 그는 그 두 번째인 헌법의 우위성의 구체적 요소로 ①연방국가성, ②권력분립, ③기본권의 포괄적 보장, ④국가목표 조항들 및 기타 본질적 헌법조항들의 순으로 나열한다. 특기할 만한 것은 의회주권원리(Parlamentssouveränität)를 배제한 입헌(자유)민주주의적 질서(konstitutionelle (freiheitliche) Demokratie)가 독일 기본법의 질서임을 밝히고 또한 그것을 정치적 기본권 등과 관련지어 기본권의 포괄적 보장 속에 서술하고 있다는 점이다.⁵⁷⁾

(6) 독일 연방헌법재판소 결정례에서의 헌법국가(성) 개념

그렇다면 이와 같은 ‘헌법국가’라는 개념은 독일연방헌법재판소의 결정에서 실제로 어떻게 사용되어 왔는가? 데이터베이스를 통한 조사결과에 따르면,⁵⁸⁾ 독일연방헌법재판소의 결정례 중에서 헌법국가(Verfassungsstaat)는 71개, 헌

53) K. Hesse, Die Verfassungsentwicklung seit 1945, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, S. 42, 45 f.; Wahl(각주 26), S. 1043 f.

54) 보다 구체적인 설명으로는 Wahl R. Die Internationalisierung des Staates, in : FS Quaritsch 2001, S. 163-182 참조.

55) 이 리스본 조약 결정(BVerfGE 123, 267)에 관한 상세한 점은 후술. III, 3. 다. (6), (라) 참조.

56) Wahl(각주 26), S. 1044 ff.

57) Wahl(각주 26), S. 1044 ff.

58) Juris를 이용한 결과이며, 서술주체를 BVerfG 즉 연방헌법재판소로 한정했을 때의 결과물이다 (최종검색일 : 2016. 12. 10.)

법국가성(Verfassungsstaatlichkeit)은 42개의 결과가 드러나는데, 이 모든 결과를 면밀히 살펴보면 이러한 개념은 그 사안에 있어서는 주로 세 가지 사례군, 즉 ① 정당해산에서 자유민주적 기본질서 등을 언급하게 되는 경우(예컨대 독일 사회주의제국당 해산결정례), ② 공무원의 헌법충실의무 등을 밝힐 때, ③ 헌법제개정의 한계 등을 언급하게 되는 경우, ④ 유럽통합과 관련해 국가성의 일부 상실에 대해 정당성 여부를 검토할 때(예컨대 리스본 조약 결정) 등에서 특히 자주 드러남을 파악할 수 있다(이하 각 결정례에서 모든 강조 및 밑줄은 연구자).

(가) 정당해산에서 자유민주적 기본질서 등을 언급하게 되는 경우

정당해산은 1950년대 독일의 사회주의제국당과 독일공산당에 대한 독일 연방헌법재판소의 해산 결정이 대표적이다. 독일연방헌법재판소는 1952년 히틀러가 세운 나치당의 후신인 사회주의제국당(SRP)을 해산했다. 이는 세계대전을 일으켰던 나치즘을 전후 민주주의 틀 안에서 몰아내려는 시도로 평가될 수 있다. 1956년에는 마르크스레닌주의를 지향한 독일공산당에 해산 결정도 내린 바 있다.

그리고 독일에선 최근에도 정당해산 청구가 있었다. 독일연방정부 등은 2003년 신나치정당인 독일민족민주당(NPD)에 대한 해산을 청구했지만 연방헌법보호청의 첩자가 NPD에 잠입한 사실이 밝혀졌고, 그것이 절차적 흠결이 되어 재판소는 각하 결정을 내렸다. 10년 뒤인 2015년에 다시 독일연방참사원(상원)이 이 당의 해산을 청구하였고 이에 대해 독일연방헌법재판소는 독일민족민주당의 위헌성은 인정했으나 실제 해산을 시킬 정도의 위험은 존재하지 않는다고 판단하였다.

이 중 ‘헌법국가’ 개념이 명시적으로 서술된 예들을 먼저 보자면, 2003년의 NPD 정당해산 심판 절차 결정(BVerfGE 107, 339)에서 매우 뚜렷한 서술을 네 차례에 걸쳐서 하고 있는데, 다음과 같은 설시가 이루어졌다. “기본법 제21조 제2항 헌법규범은 자유를 제약하는 경계가 무엇인지 분명히 보여준다. 기본법 제9조 제2항과 제18조 및 제21조 2항은 자유 질서를 수호하며, 자유질서를 위협하는 자유권리의 남용으로부터 헌법국가(Verfassungsstaat)를 수호해 헌법국가가 존속할 수 있도록 한다.⁵⁹⁾ 위의 세 가지 규범은 헌법의 예방적 수호(präventiver Schutz) 임무를 정의하는 핵심 규정이다. 기본법은 국민 개인이나

59) Vgl. BVerfGE 5, 85 (139).

조직이 국가의사형성에 심도 깊게 참여할 수 있도록 기본권을 보장하였다. 그러나 위의 3개 규범으로 이와 같은 기본권은 자유의 영구한 유지를 위해 지켜야 하는 기본 질서의 한계 내에서만 행사할 수 있다.. 이로써 기본법은 역사적 경험을 바탕으로 교훈을 이끌어냈며, 바이마르 시기 당시엔 감수할 수 밖에 없었거나 비상시국을 선포해 헌법 외(外)적 방식의 위기 극복을 요구했던 예외적인 특정 위험상황에 대한 해결책을 찾았다.⁶⁰⁾

즉 정당해산에 대한 헌법상 절차는 ‘헌법국가(Verfassungsstaat)’를 수호하고 그 ‘헌법국가’를 존속할 수 있게 하는 목적임을 뚜렷이 밝히고 있다.⁶¹⁾ 이어서 이 결정례에서는 다음과 같이 실시한다. “정당이 자유로운 헌법국가의 존속을 위협하고, 또 이러한 위협이 구체적이고 입증가능하다면, 연방헌법재판소는 결정을 내리는 과정에서 평등한 심판 절차 적용이라는 일반적 원칙 위반을 중대한 사안으로 간주해선 안 된다. 반대로 세력이 미미하고 중요성도 거의 없는 정당의 경우, 실제 확인된 헌법 위반 정도에 따라 다른 점을 고려해 결정을 내릴 수 있다. 위 두 경우 각 사안에 따라 정당해산 신청 결정을 내린다. 위헌일 가능성이 있는 정당이 자유로운 헌법국가의 존속에 어떤 위험을 유발하는지가 정당해산절차로 추구하는 방지 목적(Präventionszweck)의 중요성을 결정하는 유일한 문제는 아니다. 해당 정당이 정당 내에서 일반적인 방식으로 인간 존엄성을 조직적으로 침해하는지에 대한 문제를 해명하는 것도 중요하다. 정당의 인간 존엄성 침해가 자유민주적 기본질서 자체 존속에 위협이 되지 않는다고

60) BVerfGE 107, 339. Rn. 138. 그리고 “기본법은 자유의 적대자(Feinden der Freiheit)에게도 합헌적이고 법치주의에 부합하며 자유를 수호하는 수단을 통해서만 대처하려 한다. 그렇지만 바로 이와 같은 이유로 기본법은 자유 질서를 효과적으로 수호할 수 있는 도구가 있어야 한다. 헌법 제46조와 관련해 기본법 제21조 제2항에 의거한 정당 해산이 바로 이 도구 중 하나이다. 이 규정은 위헌정당이 기본법 제21조 제1항에서 보장한 정치적 의사형성의 자유를 위협하는 위험 상황을 적시에 방어하는 것을 목표로 한다.”(Rn. 139)

61) 이어서 이 결정례에서는 심판 절차를 사안에 대한 결정(Sachentscheidung)없이 종료하는 점과 관련하여 다음과 같이 실시한다. “(3) 심판 절차를 사안에 대한 결정(Sachentscheidung)없이 종료했을 경우, 연방헌법재판소(BVerfG)에 부여된 방지 임무에 따라 기본법 제21조 제2항에서 규정한 법익을 위협하는 범위를 구체적으로 규명해야 한다. 특히 재판을 진행하기로 결의를 내렸다면, 위 사항이 더욱 더 중요하다(연방헌법재판소법 제45조). 심판 절차와 관련된 법적 침해(Rechtsbeeinträchtigungen)가 소송을 방해하는 요소이기 때문에 이를 고려해야 한다면, 재판에서 보장된 사실 기반을 바탕으로 해당 절차를 계속 진행할지 여부를 결정하기 위해, 법적 침해를 충분히 조사해야 한다. 정당해산 절차는 정보기관에 무엇이 허용되었고 허용되지 않았나에 대한 일반적인 법적 통제를 대상으로 하지 않는다. 그보다 해산청구 대상인 정당 해산에 대한 결정이 중요한 문제이다. 피청구인이 위법이라고 간주하는 헌법수호청의 사찰에 대해 일반 법원에 이의를 제기하는 것은 피청구인 자유 재량에 달린 문제이다.”

할지라도 이를 해명하는 것이 방지 목적의 중요성을 결정할 것이다.⁶²⁾”

특히 이 부분에서의 서술은, 헌법국가와 자유민주적 기본질서가 어떤 뚜렷한 관계가 있는지를 명확히 드러내고 있다. 자유민주적 기본질서를 헌법국가에 포함되는 개념이면서, 인간의 존엄성 자체와는 구별되는 것으로 보고 있다고 할 수 있다.

그리고 2016년 1월 17일에 독일민족민주당(NPD)이 피청구인이 된 정당해산 사건의 결정이 마침내 다시 내려졌는데⁶³⁾, 이 결정에서도 독일연방헌법재판소는 자유민주적 기본질서가 헌법국가에 포함되는 개념임을 다음과 같이 명확히 밝혔다. “기본법 제21조 제2항의 자유민주적 기본질서 개념은 자유로운 헌법국가에 없어서는 안 되는 핵심적인 기본원칙만을 포함한다. a) 자유민주적 기본질서는 인간 존엄성(기본법 제1조)을 기점(起點)으로 한다. 인간 존엄성 보장은 특히 개인의 개별성과 정체성 및 무결성(Integrität)과 기본적인 법적 평등(Rechtsgleichheit) 보호를 포괄한다. b) 그 밖에 민주주의 원칙은 자유민주적 기본질서를 구성하는 요소이다. 정치적 의사형성 절차에 대한 모든 시민의 평등한 참여 가능성과 국가권력 행사 시 국민에 재구속되는 것(기본법 제20조 제1항과 제2항)은 민주주의 체제에서 포기할 수 없다. c) 마지막으로 법치국가 원칙에 뿌리를 두고 있는 공권력의 법적 구속(기본법 제20조 제3항)과 독립적인 법원의 법적 구속 통제가 자유민주적 기본질서 개념을 규정한다. 동시에 헌법이 보장한 개인의 자유는 구속력있는 사법적 통제를 받는 국가 기관만이 신체적 폭력을 유보적으로 적용할 것을 요구한다.”

이와 같이 자유민주적 기본질서가 헌법국가에 포함되는 개념이라는 점은 역시 정당해산과 관련하여 일찍이 독일 사회주의 제국당(SRP) 결정에서 암시된 바가 있다. 다음과 같은 설시가 이루어졌다. “이 규정이 기반으로 하는 근본 사상을 통해 제21조 해석에 중요한 지침을 세부적으로 도출할 수 있다. 특히 ‘자유민주적 기본질서(freiheitlich demokratische Grundordnung)’ 개념에 대한 상세 규정을 통해 이에 대한 도출이 가능하다. 민주주의 국가에서 정당은 특별한 위상을 차지한다. 따라서 정당이 정당한 수단을 통해 개별 규정과 심지어 헌법 제도 전체에 맞선다는 이유로 해당 정당을 정계에서 축출한다면 이는 정당화할 수 없다. 정당이 자유민주적 헌법국가의 최상의 기본가치를 흔들려고 할 경우해야 해당 정당 축출이 정당화되는 것이다. 이와 같은 기본가치는 자유

62) BVerfGE 107, 339. Rn. 141.

63) BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 - Rn. (1-1010), http://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113.html (최종접속: 2019. 9. 20.) 참조.

민주주의의 기본 질서를 구성하며, 자유민주주의 기본질서는 국가 질서 전체 즉, ‘합헌적 질서’ 內라는 점에서 기본법에 근본적인 중요성을 부여한다. 기본법에서 내린 헌법정책적 결정에 따라, 최종적으로 위 기본질서는 인간이 창조 질서에서 자체적으로 독립적인 가치를 소유하며 자유와 평등이 국가 단위의 영구적인 기본가치라는 사상을 바탕으로 한다. 따라서 이 기본질서는 가치와 결합된 질서라 할 수 있다. 이는 인간 존엄성, 자유, 평등을 거부하는 배타적인 통치권을 행사하는 전체주의 국가와 반대되는 개념이다.”(강조는 연구자)

즉 일찍이 위의 독일 사회주의 제국당 결정에서도, 정당해산과 관련하여, 자유민주적 기본질서가 헌법국가에 포함되는 개념이라는 점이 언급된 바 있지만, 최근의 결정들 특히 2003년 및 2016년의 독일민족민주당(NPD) 관련 각 결정에서는 보다 반복적이고, 구체적이고, 명시적으로 설시를 하고 있다고 평가할 수 있다.

(나) 공무원의 헌법충실의무 등을 밝힐 때

공무원의 헌법충실의무 등을 밝힐 때에도 헌법국가개념이 자주 사용되었다. 먼저 예로 들 수 있는 것은 연방헌법재판소의 소위 ‘극단주의자 결정’(BVerfGE 39, 334)이다.

여전히 냉전시절이었던 중 사민당 브란트 총리 재임기간(1972)에 극단주의자의 공공부문 취업에 대한 신원조사와 취업금지조치가 있었다. 논란도 있었지만, 극단주의세력을 억제하는 데 크게 기여하였다는 평가가 대체로 존재한다. 공직자 및 공직지망자의 헌법국가 및 자유민주적 기본질서에 대한 충성심을 심사하는 제도는 극단주의 세력, 특히 공산계열에 대한 통제 조치 중 강력한 조치로서 극단주의적 위험세력을 공공부문의 임용과정에서 배제 또는 헌직으로부터 추방하는 정책이었다.

독일(서독)연방정부와 지방 주 정부는 공동으로 「과격파들에 대한 조치에 관한 훈령」(약칭 극단주의자 훈령: Radikalenerlaß)이라는 개념으로 알려진 공직임용과 관련된 헌법보호정책을 채택하였고, 이 정책에 따라 모든 정부조직과 공공부문에 공통으로 내려진 조치는 극단주의자들의 공직 임용 문제에 관한 통일된 대응방법에 관한 결정을 포함하고 있다.⁶⁴⁾

연방 행정 재판소 (1975년 2월 6일의 판결)와 연방 헌법 재판소(1975년 5월

64) 이 「급진주의자 훈령」이 채택된 후 독일은 1987년의 시점까지 약 3백50만 명의 공공부문 취업희망자의 사상적 적격성을 심사, 약 2,250명에 달하는 반국가 성분 지원자들의 임용을 거부하는 기록을 남겼다.

22일의 판결)는 <극단주의자 훈령>이 서독기본법에 합치하는 것으로 헌법합치 결정을 내려서 정당성을 부여하였다. 이 연방헌법재판소 결정(BVerfGE 39, 334. 1975년 5월 22일, 극단주의자 훈령 결정(Radikalen-Beschluß))에서 밝힌 공무원의 헌법국가 및 헌법충실의무의 의미는 다음과 같다. “기본법 제33조 제5항에 따른 헌법 결정을 실현하는 것은 기본법 제21조 제2항에 위배되지 않는다. 기본법 제33조 제5항은 공무원이 합헌적 질서를 수호할 것을 요구한다. 반면에 기본법 제21조 제2항에 따르면, 국민은 금지되지 않은 정당에서 전반적으로 허용된 수단을 이용하여 합헌적 질서를 거부하고 이와 같은 질서에 정치적으로 대항할 수 있는 자유를 행사할 수 있다. 공무원이 이행하는 특수한 직무는 정당의 이해관계를 고려하지 않으며 특히 정당의 정치적 활동 방해가 공무원의 직무라 할 수 없다. 그보다 공무원은 공무원 집단 내에서 발생하는 위험에서 헌법국가를 보호하는 것을 직무로 한다. 만약 공무원이 정치적 충실의무(Treuepflicht) 요구를 준수하지 않는다면, 이들이 누리는 특수한 지위와 권한은, 헌법으로 규정된 정도(正道)를 이탈해 현행 헌법체제(Verfassungsordnung)를 변경하고 와해하려는 움직임을 실현하는 이상적인 도구가 될 것이다. 공무원이 특정 정당에 대한 소속을 이유로 차별을 받는 것은 중요한 문제가 아니다. 오히려 공무원이 직무 수행 시 정치적 충실의무를 훼손하는지 여부와 어떤 직무 지원자가 개인의 성향에 따라 자유민주적 기본질서를 항상 수호할 의사가 있는지 여부가 중요한 문제이다. 이는 당사자가 본인의 행동으로 답해야 하는 문제이다.⁶⁵⁾

그 외에, 무슬림들이 교사 등 공직자가 될 경우 머릿수건(kopftuch) 착용을 인정할 것인가에 대한 결정에서도 공무원의 헌법국가 및 헌법충실의무의 의미를 이와 같은 종교적 의상 착용과 관련해 다음과 같이 밝혔다. “공무원은 공익을 위한 업무를 수행해야 하지만 그럼에도 인격체로서 단순한 ‘집행도구’는 아

65) 또한 연방헌법재판소는 다음과 같이 덧붙였다. “연방헌법재판소가 정당의 위헌성을 확인하는 판결을 내렸는지와 관계없이, 지원자가 헌법에 적대적인 목표를 추구하는 정당에 가입했거나 소속되었는지 여부가 지원자의 성향을 평가할 때 중요한 태도이다. 공무원이나 지원자의 성향을 평가할 때 위와 같은 요소를 배제한다면, 즉 정당의 위헌성에 대해 연방헌법재판소가 결정을 하지 않았다는 이유로 공무원이 헌법충실의무(Verfassungstreue)를 지키고 있다는 점에 동의하라고 고용주(역주: Dienstherr, 즉 국가)에 압박을 가한다면, 이는 매우 독단적인(willkürlich) 처사일 것이다. 연방헌법재판소(BVerfG)의 결정에 대해 덧붙이자면, 연방헌법재판소는 청구가 있을 경우에만 결정을 내릴 수 있으며, 청구 또한 청구자의 재량에 따라 제기할 수 있는 문제로 관직 지원자를 거절하거나(BVerfGE 39, 334 (359) BVerfGE 39, 334 (360)) 정치적 충실의무(Treuepflicht)를 위반했다는 이유로 공무원을 징계법규(dienststrafrechtlich)로 처벌하기 위해 청구할 수 없다” 등 결정의 같은 단락.

니다. 공무원이 되길 원한다면, 주요 원칙 문제와 관련해서 그리고 공적 직무를 수행할 때 헌법국가에 충실성을 보이고 헌법국가와 자신을 동일시해야 한다. 왜냐하면 역(逆)으로 공무원의 공적 직무가 국가를 대변하고 따라서 구체적으로 국가는 공무원과 동일시되기 때문이다. 직업공무원제도의 모든 원칙엔 이와 같은 상호성과 근접성(Nähe)이란 개념이 두드러진다.⁶⁶⁾”

(다) 헌법제개정의 한계 등을 언급하게 되는 경우

이에 관해서는 대표적으로 위헌적 헌법’에 대한 결정례가 있다. 이 결정을 요약하자면, “(1) ‘위헌적 헌법’은 최소한 이론적으로 생각해볼 수 있다. 즉 헌법으로 실정법(positives Recht)을 제정했는데, 이 법이 실체적 정의(materielle Gerechtigkeit)를 위반하고 위반수준이 참을 수 없을 정도라면, 이는 위헌적 헌법이라 할 수 있다.” “(2) 기본법 제100조 제1항에 따라 기본법 규범 또한 자체적으로 ‘법’을 의미하며 따라서 연방헌법 재판소의 이와 같은 절차에 따라 규범 검토가 가능하다”라는 것이다.

여기에서도 헌법국가의 개념을 아래와 같이 다루고 있음은 우연이 아니다. 헌법재판제도는 현대 헌법국가의 요체 중 하나이기 때문이고, 이는 형식적 헌법국가 뿐만 아니라 실질적 헌법국가 개념에도 부합하기 때문이다. 해당 부분을 살펴보면 다음과 같다. “c) 그러나 ‘위헌적 헌법 규범’을 고려할 수 있다는 가능성만으로 고등법원(OLG)이 제기한 안에 동의하기엔 근거가 여전히 충분하지 않다. 그보다 중요한 문제는 다음과 같다: 헌법 규범에 대해서도 적용되는 최소 요건 준수 여부 판단이 헌법 제정자에게만 위임한 문제라고 본다면, 이와 같은 요건을 준수하지 않을 경우 헌법 개정법만으로 그리고 최종적으로 혁신적인 행위를 통해서만 이와 같은 문제를 해결할 수 있으며 재판관의 권한으로 해당 문제 해결은 불가하다고 할 수 있다. 따라서 위에서 권한문제에 대해 고려했던 사항과 별도로 법원이 심사에 어떤 권한도 행사할 수 없는 것인가에 대한 질문을 제기해야 한다.”

“실제로 현대 헌법국가에서 법원 또한 헌법의 피조물이다. 따라서 법원은 헌법을 통해 직간접적으로 역할을 도출하며, 원칙적으로 헌법이 부여한 임무만 이행할 수 있다. 따라서 학계 및 판례 일부에선 재판관이 헌법을 대상으로 심

66) BVerfGE 108, 282. Rn. 81. 그 외에도 BVerfGE 102, 370에서는 종교단체(Religionsgemeinschaft)의 (헌)법적 충실성의 요청에 대해 다루면서, ‘헌법국가’ 개념이 다루어진 바 있다.

사 권한을 행사하는 것을 전반적으로 반대한다. ...(하략). ”

“‘위헌적 헌법 규범’에 대한 고려 가능성이 미미할지라도 이와 같은 가능성을 동의하는 결정을 했다면, 재판관이 해당 판결을 하도록 권한을 위임하는 것이 실제 당연한 수순이라 할 수 있다. 재판관이 행사하는 권한은 외부적으로 헌법을 바탕으로 그리고 업무활동의 본질적 특징을 고려했을 때 어느 정도 법이념(Idee des Rechts) 자체를 바탕으로 권위를 얻는다. 헌법 자체적으로 위헌적 규범이 존재할 수 있다는 인식의 경우, 개헌을 담당하는 입법자에게만 이와 같은 규범 폐지를 위임한다면, 위 인식은 그 가치를 잃을 수 있다고 본다.”⁶⁷⁾

그리고 독일 연방헌법재판소는 결정(1953년 12월 18일 선고)에서 다음과 같이 밝힌 바가 있다. “시원적 헌법제정자는 모든 것을 자신의 의사에 따라 규율할 수 있다는 원칙을 예외없이 적용하는 것은 -법학과 법실무에서 오래전에 극복된- 물가치적인 법률실증주의의 정신적 태도로 후퇴하는 것을 의미하게 될 것이다. 바로 독일의 나치정권시대는 입법자도 불법을 저지를 수 있다는 것, 즉 실제의 법 적용이 그러한 역사적으로 생각할 수 있는 발전(상황)에 무방비상태로 맞서서는 안된다는 것, 극단적인 경우 실질적 정의의 원칙이 -실정법을 적용함에 있어서 원칙인- 법적 안정성의 원칙보다 더 높게 평가될 가능성이 있어야 한다는 것을 가르쳐 주었다. 시원적인 헌법제정자도 정의의 극단적인 한계를 넘을 위험에서 사유필연적으로 벗어나 있는 것은 아니다.”⁶⁸⁾

“헌법에 대하여도 선행하는 법을 표현한 것으로서 헌법제정자 자신을 구속하는 헌법원칙들이 있으며, 그러한 지위를 부여받지 못한 여타의 헌법규정은 그러한 헌법원칙들에 위반됨을 이유로 무효로 될 수 있다. 이는 특히 어떤 헌법규범이 이 헌법 자체의 기본결단에 속하는 근본적 정의의 요청을 감당할 수 없을 정도로 무시하는 때에 문제된다.”⁶⁹⁾

독일통일 후인 1991년에는 이른바 제1차 토지개혁결정에서 ‘헌법개정자’에 대하여 실시한 바도 있다.⁷⁰⁾

67) 그리고 이 결정례는 이와 같이 덧붙인다. “그러나 방어기능(abwehrenden Funktion)을 하는 규범통제는 입법자의 법제정 역할과 본질적으로 다르기 때문에, 연방헌법재판소(BVerfG)가 심사권한 동의로 헌법제정 권한에 대해 월권을 행사한다는 주장은 성립되지 않는다. 앞서 언급했듯 심사권한 사안의 본질적인 특성 상 독자적인 헌법규범(originäre Verfassungsnormen)에 대해 심사권한에 부여된 여지는 매우 좁기 때문에, 독자적인 헌법규범이 무효하다고 재판관이 판결하기는 매우 어렵다.” 동 결정의 같은 단락 참조.

68) BVerfGE 3, 225 (232f.) ‘헌법제정’의 경우라도 극단적인 한계를 넘는 매우 예외적인 경우에 사법심사의 가능성이 있을 수 있음을 시사하는 결정례임.

69) BVerfGE 3, 225, 237.

(라) 유럽통합과 관련해 국가성의 일부 상실에 대해 정당성 여부를 검토할 때 소위 리스본 조약 결정(BVerfGE 123, 267)은 헌법국가가 초국가적 체제화 현상에 맞닥뜨렸을 때 포기할 수 있는 부분과 그렇지 않은 부분에 대해 매우 상세히 서술하고 논증하고 있다. 이러한 논증에서 ‘헌법국가’ 뿐만 아니라 ‘헌법정체성’에 대한 논의도 함께 드러나고 있다.

“민주주의 원칙은 기본적으로 국제 및 유럽의 평화질서에 독일 통합을 목표로 한다. 이를 통해 성립 가능한 새로운 형태의 정치적 지배(politische Herrschaft)는 국내적으로 유효한 헌법 규정을 기계적으로 따르지 않으며, 따라서 협약가입국이나 회원국의 구체적인 민주주의 특징에 따라 이를 단순히 판단해서도 안 된다. 유럽통합에 대한 권한 위임(Ermächtigung)은 독일 헌법 질서에 대해 기본법이 규정한 것과 다른 형태의 정치적 의사 형성을 허용한다. 이는 처분 불가능한 헌법정체성(unverfügbare Verfassungsidentität: 개정되지 않고 영구적으로 적용되는 규정의 정체성)으로 정한 한계를 제외하고 적용된다(기본법 79조 3항). 즉, 민주적인 자기결정(demokratischen Selbstbestimmung)과 평등에 부합하는 공권력에 대한 참여 원칙은 기본법의 평화 및 통합에 대한 임무(Friedens- und Integrationsauftrag)와 국제법 우호성(Völkerrechtsfreundlichkeit)이란 헌법 원칙과 상관 없이 계속 적용된다.⁷¹⁾

a) 독일 헌법은 국가의 평화적 협력을 위한 국가 통치 질서 개방과 유럽통합을 추구한다. 유럽 연합에 대한 동등한 통합과 국제연합 등 평화유지 체제 참여 모두 외부 권력에 대한 항복을 의미하지 않는다.

그보다 이는 평화를 보장하고 공동의 조정 행위로 정치적 행동역량을 강화

70) 이 제1차 토지개혁결정(BVerfGE 84, 90) 중 해당 서술은 다음과 같다. “시원적인 헌법개정자(BVerfGE 3, 225[232]); 23, 98 [106] 참조)와 마찬가지로 헌법개정자(der verfassungsändernde Gesetzgeber)도 기본적인 정의의 요청들을 무시하는 것은 허용되지 아니한다. 이러한 기본적인 정의의 요청들에는 법적 평등의 원칙과 자의금지가 속한다(BVerfGE 1, 208[233]; 23, 98 [106f.] 참조). 기본법 제20조 제1항과 제3항에 명시되어 있는 법치국가원리와 사회국가원리의 기본적인 요소들도 마찬가지로 존중되어야 한다.” 이 판결에서 독일 연방헌법재판소가 헌법제정에 있어서까지 실질적 한계를 명시적으로 인정한 것은, 독일 기본법상 제79조 제3항의 개정한계조항과 무관하게, 헌법 자체가 갖추어야 할 실질적 한계가 있음을 분명히 하였다. 다만, 독일연방헌법재판소 실무상 이러한 요건에 대한 규범적 실시가 위 결정례 등을 포함하여 수차 있었음에도 불구하고 특정 헌법규정에 대해 실제로 위헌 결정한 판례는 없는 것으로 관찰된다. 한편, 특정 헌법규정에 실제로 위헌 결정을 한 비교법적 사례로는 인도 대법원의 판례 등이 존재한다. 인도 대법원은 특히 “Minerva Mills Ltd. 대 Union of India” 판결에서 “기본구조론”을 적용하였다. Minerva Mills Ltd. vs. Union of India, 1980 AIR 1789, 1981 SCR (1) 206, SCC (2) 591, 이하에서 확인 가능: <http://www.indiankanoon.org/doc/1939993> (최종접속 2019. 9. 15.).

71) 리스본 조약 결정(BVerfGE 123, 267)의 Rn. 219.

하는 자발적이고 상호적이며 동등한 결속(Bindung)으로 볼 수 있다. 기본법은 각자의 자기결정권을 의미하는 개인의 자유를 보호하지만, 지나친 독단성과 타인에 대한 배려 없이 본인의 이익만을 관철하는 행동 추구를 목표로 하지 않는다. 정치 공동체의 주권적 자기결정권에도 동일한 사항이 적용된다.⁷²⁾

헌법국가는 자유와 평등이란 동일한 가치를 기반으로 하는 국가와 결속하며 마찬가지로 인간의 존엄성과 동등한 개인의 자유 원칙을 핵심 법적 규정으로 내세우는 국가와 결속한다. 민주적 헌법국가는 자신의 이익과 전체 이익을 유지하는 의미있는 참여를 통해서만 갈수록 모바일화되고 국경을 초월하는 네트워크화가 심화되는 현재 사회에 영향력을 행사할 수 있다⁷³⁾“

“(1) 실체적 형법과 형식적 형법에 대한 결정, (2) 내부적으로 경찰 부문에서 그리고 외부적으로 군사 부문에서 권력 독점(Gewaltmonopol) 행사에 대한 결정, (3) 수입과 사회복지정책을 동기로 한 공공 부문 지출에 대한 기본적인 국가 재정 결정, (4) 사회국가적으로 생활환경 조성에 대한 결정, (5) 가족법, 학교 및 교육 시스템 또는 종교 단체와의 관계에 대해 문화적으로 특히 중요한 결정이 헌법국가의 민주주의적 자기형성능력(Selbstgestaltungsfähigkeit)과 관련해 이전부터 특히 민감한 결정으로 간주된다.”

“입법자는 어떤 행동이 처벌받을만 한지 아닌지에 대한 결정을 내린다. 이와 같은 결정으로 입법자는 현대 헌법국가에서 개인이 누리는 자유에 가장 강력하게 개입하는 고권적 행위(hoheitliches Handeln) 형태에 대해 민주적으로 합법적인 책임을 진다. ...(중략)... 입법자는 죄를 지은 행위에 대해 어떠한 형벌적 위협을 취할지에 대해 헌법의 구속(verfassungsrechtliche Bindungen)의 틀 내에서 자유롭게 결정할 수 있다.”

(마) 기타의 경우

그 외에도 소위 ‘기본조약 결정’ 등에서 헌법국가의 의미를 다음과 같이 밝힌 바가 있다.

“연방헌법재판소는 통일과 자기결정 실현에 기여하는 기본법의 권원(權原, Rechtstitel) (법적 지위(Rechtsposition))을 연방공화국이 포기하는 것, 기본법과 일치하지 않는 권원(權原)을 연방공화국이 마련하는 것 또는 위의 목표(통일과 자기결정 실현) 추구 시 반론으로 제기될 수 있는 권원(權原)에 대한 근거를 제시하는 과정에 연방공화국이 참여하는 것을 금지한다. 바로 이와 같은

72) 동 결정례의 Rn. 220.

73) 동 결정례의 Rn. 221.

금지가 법치국가이고 헌법국가인 독일 연방공화국에서 존재하는 한계로 연방 헌법재판소는 이와 같은 한계를 명확히 제시 및 결정하고 상황에 따라 관찰할 수 있다. ...”⁷⁴⁾ “이 조약은 지금까지 논증한 기본법의 어떤 부분에도 위배되지 않는다고 해석할 수 있다. 이 조약을 해석할 때, 독일 연방공화국 내 당국에서 한 어떤 발언도 이와 같은 헌법적 기반을 일탈하지 않았고, 현재도 일탈하지 않는다고 이해할 수 있다.”⁷⁵⁾ (이상 강조 및 밑줄은 연구자.)

(7) 평가

독일에서의 헌법국가의 인식은 앞에서 보았듯이 하나의 확고한 개념을 추구하고 있다고 보여진다. 법학적 개념에서는 ‘규범적’이고 연역적이며 도그마틱적인 접근을 선호하는 것으로 보인다. 그래서 ‘기술적’ 성격의 사회학적 개념이나 그 변용 형태는 (최소한 연방헌법재판소의 판결례 또는 저명학자의 법학 학술저서에서는) 그다지 다루어지지 않는 것으로 관찰된다.

또한 독일에서의 헌법국가의 ‘요소’는 실정헌법인 기본법 제79조에서 헌법개정한계를 정하면서, 그를 계기로 논리적으로 더 명확하게 설명될 수 있는 것으로 보인다. 그리고 독일 연방헌법재판소가 실시한 바와 같이, ‘자유민주적 기본 질서’는 헌법국가와 밀접한 관계를 갖는 개념으로서, 최근의 민족민주당 정당 해산사건의 결정 실시에서는 전자가 후자에 포함되는 개념이라고 명시적으로 실시하였다. 그리고 최근 초국가적 체제의 영향과 관련하여, 헌법국가는 헌법정체성과 관련지어 설명되고도 있다.⁷⁶⁾

이러한 ‘헌법국가’라는 개념의 법논리적 기능에 대해서 총평하자면, 독일연방헌재의 결정례들을 볼 때 독일연방헌재는 ‘헌법국가’라는 개념을 다른 헌법적 논거들에 조력하는 수사적(修辭的) 개념으로 쓰고 있는 사례가 많다는 것을 알 수 있다.⁷⁷⁾ 그러나, 또 다른 한편으로는 독자적인 재판규범적(裁判規範的)

74) 동 결정례 Rn. 81.

75) 동 결정례 Rn. 83.

76) 첨언하자면, 학술적 저술에서는 대체로 헌법국가로서의 표지 C 헌법국가로서의 ‘정체성’(국가목표조항 등 포함)으로 인식하는 경향도 관찰된다. 이에 관해서는 Lepsius(각주 30); Schönberger(각주 30); Rode, K., Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie, Perter Lang, 2011 등을 비교하여 참조.

77) 수사적 개념이 가지는 특징은 이러한 수사적 개념을 쓰지 않더라도 판결 결과에 있어서 동일한 결과가 도출된다는 점이다. 이것을 결과동가적(ergebnis-äquivalent)라고 표현한다. 결과동가적(ergebnis-äquivalent)이라는 개념에 대해서는 선구적으로는 Heck, P., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1932, S. 189 ff. 참조.

개념으로 쓰일 수 있는 가능성이 엿보이기도 함을 파악할 수 있었다.

IV. 한국적 수용가능성

1. 수용가능성

독일에서 ‘헌법국가(Verfassungsstaat)’에 대한 이해는 개략적으로 말하면 다음과 같다. 역사학과 정치학은 헌법국가를 광의적 개념의 형식법 차원에서 정의한다. 이에 따르면 ‘헌법국가’란 국가권력(Staatsgewalt)이 헌법에 구속되며 헌법이 국가권력의 통치권(Herrschaftsmacht)을 제한하는 국가체계(Staatswesen)를 의미한다. 이에 반하여, 오늘날 법학 특히 공법 관련 문헌은 주로 협의적이고 실체적 개념에서 헌법국가를 적용한다. 이에 따르면 해당 개념은 헌법국가의 특정이념형(Idealtypus) 즉, 서구적 특징의 자유민주주의 법치국가와 연관이 된다는 점에서 영미적 전통의 ‘헌정주의(constitutionalism)’ 개념과 공통점이 있다.

단, 앞서본 바에 기초해 보자면⁷⁸⁾ 그 요소의 파악에 있어서 주의해야 될 점이 세 가지가 있었다. 첫째, ‘민주주의’를 ‘헌법국가’내에 포함시키는데 대해서는 여전히 의견이 나뉘는 것으로 보인다. 평가컨대, 이 이유는 ‘헌법국가’와 ‘민주적 헌법국가’를 엄격히 구분하지 않고 헌법국가내에 민주주의가 포함되어 있다고 보는 관점은 제도로서의 민주주의가 헌법국가내에 포함되어 있는 점을 강조해 보는 것이고⁷⁹⁾, 엄격히 구분하는 견해는 운동으로서의 민주주의의 독자성을 뚜렷이 구분해내려는 것 때문이라 생각한다. 따라서 민주주의에 대한 정의(定義)나 인식의 문제에 불과하다고 평가할 수 있다. 둘째로, 독일의 법치주의는 ‘실질적’ 법치주의로 이해되고 있기 때문에, 영미의 절차적, 통제적 의미로서의 ‘법의 지배’가 갖는 성격과는 다소 다른 의미를 가진다. 이러한 차이는 독일적 전통의 ‘헌법국가’와 영미적 전통의 ‘헌정주의’ 사이의 일정한 의미 차이와 각각이 내적으로 포함하고 있는 요소들(권력분립, 기본권 보호, 법치주의(법의 지배))의 내적 상호 관계 차이에도 영향을 미칠 수 있음을 유의해야 한다. 셋째로, ‘사회국가목표’는 독일적 전통에서 주로 논의되고 있으며 영미적

78) III. 3. 의 맨 첫 문단 등 참조.

79) 또는 원래는 민주적 헌법국가를 표현하고자 하는 의도이지만 맨 처음은 ‘민주적 헌법국가’라고 쓰고 그 후부터는 약칭으로서 그냥 헌법국가로 표현하는 서술례 등도 있는 것으로 보인다.

전통은 그렇지 않다는 것이다.

따라서, 결론적으로 볼 때 한국의 헌법적 논증, 특히 ‘헌법재판소’에서의 설시에 있어서는 이 글에서 밝힌 헌정주의에 대한 독일적 개념 전통인 헌법국가라는 개념에 유의할 필요가 있겠다고 판단된다. 독일적 연원을 가지는 헌법국가(Verfassungsstaat) 개념에 관한 논의는 영미적 전통의 헌정주의(constitutionalism)에 대한 논의보다도 더 많은 점에서 ‘기술적(descriptive)’이라기보다는 ‘규범적인(normative)’ 면에 집중하고 있고, 그것은 재판기관으로서, ‘있어야 할 것’에 관한, 연역적이고 도그마틱적 논의를 상대적으로 더 중요하게 여기고 활용할 필요가 있기 때문이다.⁸⁰⁾

그리고 이러한 헌법국가·헌정주의 개념 및 구성요소·징표의 명확화를 통해, 그래서 그와 동전의 양면인 ‘반헌정주의, 반법치주의’ 개념 명확화를 통하여 우리는 최소한 다음의 것을 기대할 수 있다. (1) 대한민국사에 있어서 소위 과거사 문제(transitional justice) 등에 대한 헌법적 심사 기준을 세우는 데 중요한 시사점을 줄 수 있고, (2) 이론적으로는 헌법의 보호 문제(정당해산제도, 공무원의 헌법충실의무 등), 헌법개정한계론, 헌법개정의 한계에 대한 헌법재판소의 심사가능성 등의 탐구에 대한 기초도 제공할 수 있으며, (3) 나아가 통일후 구 체제의 불법에 대한 청산 기준을 마련해줄 수도 있다. 그리하여 입헌주의적/법치주의적 청산과정을 통해, 통일후 조속하고 진정한 사회통합을 도모할 수 있다. (4) 또한, 헌법재판소가 종종 맞닥뜨리는, 헌법자체의 효력 문제, 사법심사의 대상과 한계 등과 관련한 ‘어려운 결정(hard case)’들을 해결하는 중요한 헌법적 준거 중 하나를 구체화하는 효과를 기대할 수 있다.

2. 한국적 수용시 유의점과 한계

그러나 이러한 수용가능성에도 불구하고, 유의할 점이 있다. 우선 국내에서 ‘헌법국가(내지 헌정국가)’라는 용어를 쓸 때에는 일단 그것이 지칭하는 외국어 두 가지 중의 하나의 번역어로서 쓰이는 것으로 보인다. 영어의 ‘constitutionalism’

80) 다만, 학자들의 입장에서나 혹은 경우에 따라 재판기관의 연구기관에서도 ‘규범적인(normative)’ 면이 아닌 ‘기술적(descriptive)’면에 관한 헌정주의 분석 방법-이는 특히 영미적 전통에서 자주 발견된다-도 종종 참고할 필요는 있다. 민주주의와 헌정주의(법의 지배) 간의 긴장이라는 다소 동태적인 이론틀로서 관찰대상의 현실을 제대로 파악하고 해석해내는 방법이 사용되는 이유는, 비단 이러한 파악과 해석이 사실적 명제의 도출에만 기여하는 것이 아니라 궁극에는 결국 ‘있어야 할 것’에 대한 전망을 도출하는 근거를 발견하는 데도 일정 부분에서 도움이 되기 때문이다.

내지 ‘constitutional state’ 그리고 독일어로서의 ‘Verfassungsstaat’⁸¹⁾가 그것이다. 영어의 표현들이 헌정주의에 기반한 국가를 뜻한다는 것을 이해하는 데에는 크게 어려움이 없을 듯 하지만, ‘Verfassungsstaat’가 무엇을 뜻하는 것인지에 대해서는 조금 주의를 요한다.

영미법학 전통에서의 ‘rule of law’와 독일법학적 전통에서 ‘Rechtsstaat’가 가지는 외연의 범위가 다소 다른 것처럼, 독일헌법학에서는 ‘Verfassungsstaat’가 영미의 ‘constitutionalism’ 내지 ‘constitutional state’와 서로 외연이 완전히 일치하는 것은 아니다. 독일에서 (특히 공법학에서) ‘Verfassungsstaat’를 말할 때에는 보통 권력분립, 인간의 존엄성 및 기본권 존중, 법치국가원리 이외에도 민주주의원리, 사회국가원리와 연방국가원리를 반드시 포함시키곤 한다.⁸²⁾ 이것은 독일 헌법의 구조와 관련이 있는데 기본법 제79조⁸³⁾에서 금지하고 있는 개정불가사항에 제1조와 제20조⁸⁴⁾가 들어 있으며, 이것을 풀어서 보면 위와 같기 때문

81) 프랑스, 미국 등 인접한 나라들에서 근대 헌정주의가 싹틈에 따라, 독일에서도 Konstitution (Verfassung의 외래어) 개념에 대한 변화를 받아들였다. 이전까지 Konstitution이란 황제가 제정한 법률로서 통용되고 있었으며, 통치권에 관한 법률은 Grundgesetz(기본법), leges fundamentales라 하였다.

Konstitution은 점차 헌법계약, 통치형태 또는 기본법의 개념으로 그 뜻이 변모하고 그 개념이 사회 일반에 통용되었다, 그리고 18세기 후반즈음 인접국의 새 헌법문서 등에 관한 이야기를 전할 때, 훔볼트 등의 학자들은 Verfassung을 사용하기 시작하였다. 다만, 독일은 그 정치적 발전이 프랑스나 미국보다 시기적으로 늦어졌던 만큼, 그 두 나라와 달리 여전히 헌법을 기존의 국가법(Staatrecht)과 동일하게 사용하거나, 정치적 상태나 체계를 표현하거나, 근본적인 법률들의 총체적인 개념으로 보았다(Feuerbach의 예: 1798년에 다음과 같이 사용 “Verfassung을 정하는 법률들은 기본법(leges fundamentales) 들이다: 그것의 총체가 Constitution이다.”). Verfassung이나 Verfassungsstaat라는 용어가 현재의 의미로 온전히 학문적으로도 실무적으로도 사용된 것은 2차대전 종전후라고 할 것이다. leges fundamentales 개념에 대해서는 Mohnhaupt, H., Journal of Constitutional History, Vol. 21 (2011), p. 25-39 참조.

82) J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II (Verfassungsstaat), Heidelberg 2004 ; H. Fenske, Der moderne Verfassungsstaat, Eine vergleichende Geschichte von der Entstehung bis zum 20. Jahrhundert, 2001 ; R. Wahl, Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, Juristische Schulung 41(11) (2001), S. 1041-1048 등 참조. 이 글의 III. 2.에서는 이 중 Wahl 교수의 분류법을 주로 참고하였음을 앞서 본 바와 같다.

83) 기본법 제79조: 연방이 지방들로 분할되는 것을 저해하거나 입법시 지방의 원칙적인 협력에 지장을 초래하거나 제1조 및 제20조에 규정된 원칙들에 반하는 기본법 개정은 허용되지 아니한다.

(이하 이 글에서 독일 기본법 조항의 국문 번역은 헌법재판연구원 편, 국가별 법령집 독일편(독일기본법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙), 헌법재판연구원, 2016을 기준함)

84) 기본법 제20조는 다음과 같다.

① 독일연방공화국은 민주적이고 사회적 연방 국가이다.

② 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민에 의하여 선거와 투표로, 그

이다. 즉, 독일 공법학계는 ‘Verfassungsstaat’을 헌법개정의 한계로서 대체로 인식하고 있다고 할 것이며, 그 요소로는 협의의 ‘헌정주의’의 요소 이외에도 민주주의원리(Demokratie), 사회국가원리(Sozialstaat)와 연방국가원리(Bundesstaat)를 포함시키고 있다. 이 점은 역사적인 이유가 있는데, 사회국가원리는 이미 비스마르크때부터 자리잡은 독일 공법의 전통적 입장이며 이것이 헌법 문구에도 새겨져 그 실무적 학문적 해석에도 영향을 미치게 된 것이고, 민주주의원리와 연방국가원리에 대해서는 히틀러의 국가사회주의 정권이 집권후 폐지시킨 것이 바로 연방국가성과 민주주의이며 이러한 폐지는 그 이후 국가사회주의 정권 및 독일 전체가 중앙집권적 반민주주의, 전체주의 체제로 나아가게 되는 조건을 만들어주었다는 데 대한 반성적 고려가 존재하고 있다.

이와 같이, 독일 기본법 제79조⁸⁵⁾에서 금지하고 있는 개정불가사항은 실질적 헌법국가 개념을 증명하고 있으며, 또한 이러한 것이 실정헌법상으로 뚜렷하게 헌법국가의 요소들을 제시해주고 있는 역할을 하여, 그러한 실정헌법조항이 없는 다른 국가들(예컨대 우리의 경우도 그렇다)의 담론과 달리 헌법국가의 요소들 및 그 내용에 대해 대체로 쉽게 동의하게 되는 경향을 낳게 된다. 이러한 헌법국가의 요소들을 ‘헌법의 원리’라고도 부른다면, 이러한 ‘원리’에 대한 설명에 대한 학자마다 상이한 정도의 폭이 독일의 경우가 우리나라의 경우보다(또는 미국 등의 경우보다도) 훨씬 작은 이유 또한 위와 같은 실질적 헌법국가 개념의 확립 및 실정헌법의 구체적 조문(기본법 제79조)의 존재에 기인한다고 할 것이다.

이런 점에서 볼 때 독일 기본법 속에서의 ‘Verfassungsstaat’는 영미의 대응물⁸⁶⁾에 비해서 약간 다르게 이해되고 있으며⁸⁷⁾ 그에 있어서는 위에서 살펴본 바와 같이 역사적이고 실정헌법적인 이유도 있다고 하겠다.⁸⁸⁾ 그리고 역시 독

리고 입법, 행정 및 사법의 특별 기관을 통하여 행사된다.

③ 입법은 헌법질서에, 행정 및 사법은 법률 및 법(Recht)에 구속된다.

④ 모든 독일인은 이러한 질서의 폐지를 기도하는 자에 대하여, 다른 구제수단이 불가능할 때는, 저항할 권리를 가진다.

85) 기본법 제79조의 내용은 위 각주 83을 참조.

86) 즉 ‘constitutionalism’, 또는 ‘constitutional state’.

87) 한편, 대표적으로 독일의 최근의 한 개설서에서는 ‘Verfassungsstaat’와 ‘법치국가’ 등과의 관계를 도표로 잘 설명하고 있다. 앞서 본 각주 27의 [표]를 참조. Birgit(각주 26), S. 3.

88) 다만 독일 내에서도 기본법 속에서의 의미가 아닌, 보다 일반적인 의미로서의 ‘Verfassungsstaat’가 쓰이는 경우도 있다. 각주 33 참조. 무엇보다도, 정치학이나 사회학에서 사용하는 기술적(descriptive) 의미로서의 Verfassungsstaat 개념은 영미의 constitutionalism 개념이 기술적 의미로 쓰이는 경우와 비교하여 그 외연과 내포가 원칙적으로 서로 다르지 않은 것으로 판단된다.

일 기본법 제79조와 같은 개정불가사항이 명문상 존재하지 않는 우리 헌법의 해석에 있어서는 바로 이 점에 대한 주의가 요구된다고 하겠다. 무조건적 수용은 독일 기본법 제79조에 기반해서만 이해될 수 있는 ‘헌법국가’의 모든 내용이 우리 헌법 해석상의 ‘헌법국가(헌정주의)’ 개념의 내용으로 바로 들어올 수 있는 무리를 낳을 수 있기 때문이다.

V. 결론

우리 헌법재판소는 ‘입헌주의’, ‘입헌민주국가’, ‘입헌민주헌법’, ‘입헌주의적 헌법’, ‘입헌적 민주주의’, ‘민주적인 헌법국가’, ‘반입헌주의’, ‘반법치주의’라는 표현을 사용한 바가 있음은 앞에서(II) 살펴본 바와 같다. 그러나 그 내용적 요소를 명시적으로 제시한 예는 아직 없는 것으로 파악된다. 한국의 헌법적 논증, 특히 ‘헌법재판소’에서의 설사에서 위와 같은 표현을 사용함에 있어서는 헌정주의에 대한 독일적 개념 전통인 ‘헌법국가’라는 개념을 참고하고 유의할 필요가 있겠다고 판단된다. 독일적 연원을 가지는 헌법국가 개념에 관한 논의는 영미적 전통의 헌정주의에 대한 논의보다 더 많은 점에서 ‘기술적’이라기보다는 ‘규범적인’ 면에 집중하고 있으며, 그것은 ‘있어야 할 것’에 관한 연역적, 도그마틱적 논의를 상대적으로 더 중요하게 여기고 있기 때문에, 규범적 논증을 주된 임무로 하는 헌법재판기관에서 활용하기 적합하기 때문이다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 개념을 실제 주요 결정문들의 논증에서도 활용하여 왔다. 특히 이러한 헌법국가라는 개념은 ‘(자유)민주적 기본질서’와 밀접한 관계가 있으면서도 그를 포함한다고 볼 수 있는 개념이기 때문에, (자유)민주적 기본질서의 위배여부가 문제되는 정당해산, 탄핵 등의 사건에 있어서 하나의 ‘규범적 개념’이자 도구로서 사회에서의 헌법적 논쟁에서나, 헌법재판소 등 헌법기관에서의 유권해석적 논증에 사용되어야 할 필요성과 적실성이 높다고 할 수 있다.

다만 우리 헌법의 해석에 있어서는 유의할 점은, ‘사회국가원리’나 ‘연방주의’ 등 독일 기본법 제79조에 기반해서만 이해될 수 있는 ‘헌법국가’의 내용 요소는, 개정불가사항이 명문상 존재하지 않는 우리 헌법 해석상의 ‘헌법국가(헌정주의)’ 개념의 내용으로 바로 연결되기는 어렵다는 것이라고 하겠다.

헌법국가·헌정주의라는 개념은 그에 관한 깊은 이해를 바탕으로 엄격하고 탄탄한 논증을 통해 사용되어야 할 것이며, 그럴 때만이 이와 같은 개념이 단

지 수사적 효과만이 아닌 규범적 효과를 가지게 됨으로서, 정치권력이나 다른 힘에 의해 헌정이 무너져 간 20세기의 경험들이 후대에 반복되는 불행을 막을 수 있는 논리적, 규범적 힘을 보유하게 될 것이다.

[참고문헌]

- 곽준혁, 헌정체제의 두 가지 원칙: 민주주의와 공화주의, 한국정치학회보 제39집 제3호, 2005.
- 김비환, 민주주의와 법의 지배 : 현대 입헌민주주의의 스펙트럼, 박영사, 2016.
- 김선택, 위헌적 헌법개정에 대한 위헌심사론, 공법학연구 제12권 제4호, 2011.
- _____, ‘입헌주의에 대한 충성심’ 없는 헌법화, 헌법연구 제2권 제1호, 2015.
- 김영민 외, 21세기 헌정주의와 민주주의, 인간사랑, 2007.
- 민경국, 헌법경제론 : 진화론적 자유주의 시각에서 본 계약론적 입헌주의, 강원대학교 출판부, 1993.
- 박성우, 민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화: 고대 그리스적 맥락에서의 세 가지 대안의 검토, 사회세계연구 제21집, 2005.
- 성낙인, 대한민국헌법사, 법문사, 2012.
- _____, 헌법학, 법문사, 2015.
- 송상섭, 자유주의, 공화주의, 그리고 토마스 제퍼슨: 혁명기 및 건국초기 미국의 정치사상에 관하여, 역사학연구(구 전남사학) 통권10권, 1996.
- 신영란, 한국에서의 헌정주의와 민주주의의 갈등양상 분석: 헌정주의와 민주주의의 선순환 조건 탐색, 비교민주주의연구 제3집 2호, 2007.
- 신우철, 비교헌법사 : 대한민국 헌법주의의 연원, 법문사, 2008.
- 안정수, 민주헌정국가의 정체성, 한국학술정보, 2003.
- 양건, 입헌주의를 위한 변론, 고시계, 1987.
- 정극원, 헌법의 정당성 - 헌법제정과 헌법개정을 중심으로. 공법학연구 제7권 제4호, 2006.
- 최장집, 민주주의와 헌정주의 : 미국과 한국, Dahl, Robert A, 박상훈·박수형 옮김, How Democratic Is the American Constitution?, New Haven : Yale University Press, 2002 ; 로버트 달, 미국헌법과 민주주의, 후마니타스, 2004.
- 한병진, 미국 헌정질서, 법치, 민주주의의 삼위일체: 애커만의 이중 민주주의론 (Dualist Democracy)을 중심으로, 대한정치학회보 14집 3호, 2007.
- 홍석한. 세계화에 따른 주권의 변화에 관한 헌법적 고찰, 공법학연구 10권 2호, 2009.
- Dicey, A. V., 안경환, 김종철 옮김, 헌법학입문, 경세원, 1993.

- Craig, P., Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law : An Analytical Framework, Public Law(1997).
- Dolzer, Rudolf/Graßhof, Karin/Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung seit 1950, Heidelberg : C.F. Müller, 2012.
- Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Band I, II, III, Tübingen : Mohr Siebeck, 2006.
- Enzmann, Birgit., Der Demokratische Verfassungsstaat. Entstehung, Elemente, Herausforderungen, Springer-Verlag, 2012.
- Fabre, C., A Philosophical Argument for a Bill of Rights, British Journal of Political Science 30.1 (2000).
- Ginsburg, T., "Confucian constitutionalism? The emergence of constitutional review in Korea and Taiwan." Law & Social Inquiry vol. 27, no. 4 (2002).
- Habermas, J., Paradigms of Law, Cardozo Law Review 17(1995), 771-84.
- Heckmann /Schenke / Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel.: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, 2013.
- Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Auflage, 2004.
- Jestaedt, Matthias and Oliver Lepsius, Christoph Möllers und Christoph Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011.
- Kelsen, H., Werke, Band 1: Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse. Herausgegeben von Matthias Jestaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Kumar, D., What are the important features of constitutionalism?(Sep 27, 2011), www.preservearticles.com.
- Loughlin, Martin, Public law and political theory, Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Maunz, Theodor/Durig, Gunter (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung seit 1958, München : C.H. Beck, 2011.
- Möllers, Christoph, The Three Branches, 2013.
- Rode, Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie, Perter Lang, 2011.

- Roznai, Yaniv., Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea, *American Journal of Comparative Law* 61.3 (2013).
- Sachs, Michael and Helmut Siekmann (Hrsg.), *Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, 2012.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel, *Kommentar zum Grundgesetz, seit 1967, einbändig, 12. Aufl.*, Köln : Carl Heymanns, 2011.
- Tamanaha, B. Z., *On the Rule of Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2004.
- Tushnet, M., *Varieties of Constitutionalism*, I • CON 14 issue 1(2016).
- Von Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, seit 1953, 6. Aufl., München : Vahlen, 2010.
- Wahl, R., *Elemente der Verfassungsstaatlichkeit*, *Juristische Schulung* 41 (2001) S.1041-1048.
- Waldron, J., *Constitutionalism—A Skeptical View*(May 1, 2012), papers.ssrn.com.
- Waluchow, W., “Constitutionalism”, Sep 11.2012, plato.stanford.edu.
- Young, Ernest A., *The Trouble with Global Constitutionalism*, *Texas International Law Journal*, Vol.38 No.3, (2003).

[Abstract]

What is a Constitutional State (Verfassungsstaat)
- Origin of the German Concept and Acceptability in Korea -

Lee, Seok-Min*

In its decisions, the Constitutional Court of Korea (hereinafter 'CCK') has used the following words with regard to constitutionalism: 'constitutionalism', 'constitutional democratic state', 'constitutional democratic constitution', 'constitutional constitution', 'constitutional democracy', 'democratic constitutional state', 'anti-constitutionalism' 'anti-rule-of-law' and so on. However there has not been example of explicitly presenting the content element yet. In using the above wordings in the constitutional discussions and arguments in Korea, especially in the CCK, it seems that it is necessary to refer to the concept of 'Verfassungsstaat (constitutional state)', the German concept tradition of constitutionalism. The discourses on the concept of the 'Verfassungsstaat' in Germany have focused more on 'normative' rather than 'prescriptive' in more respects than the discussion of constitutionalism in the Anglo-American tradition. In other words, they have based on deductive and dogmatic aspects. More importantly, the Federal Constitutional Court of Germany (hereinafter 'FCCG') itself has used this concept in the reasoning of a number of important decisions. Especially, the concept of the 'Verfassungsstaat' is closely related to the concept of the 'freiheitliche demokratische Grundordnung' (free and democratic basic-order) and the former includes the latter. Therefore, in the jurisdictions of CCK, especially dissolution of political party, impeachment, in which the violation of 'free democratic basic order' matters, there is the necessity and adequacy that the concept of Verfassungsstaat should be used as a common conceptual tool, in the constitutional discussion and debate in society or in arguments in

* Ph.D. in Law, Senior Research Officer, Constitutional Research Institute, Constitution Court of Korea

constitutional institutions such as the CCK. However, in the interpretation of Korean Constitution, it is important to note that one should not unquestioningly adopt all the content elements of the German concept. Because some content elements of the German concept can only be understood on the sentences of Article 79 of the German Basic Law, such as 'Social State(Sozialstaat)' and 'Federalism'.

Keywords : constitutional state, Verfassungsstaat, german concept,
constitutionalism, constitutional court, constitutional democratic
state, democratic basic order

