

인권정보자료실
CPI1.7

직접민주주의 관련 자료 모음집

2004.4.

인권운동사랑방 인권정보자료실

직접민주주의 관련 자료 모음집

인권정보자료실
CPI1.7



직접민주주의 관련 자료 모음집

2004.4.

인권운동사랑방 인권정보자료실

● 자료 차례 ○

□ 직접민주주의에 관한 일반론

- 김옥, “대의/민주주의의 진화를 위하여”, 「공법연구」 제30집 제3호, 2002.2.
- 박경철, “국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구”, 연세대학교 법학과 박사학위논문, 2000 中 제3장 국민주권의 통치형태적 실현원리
- 박주원, “마르크스의 자유주의 비판에 대한 연구 : ‘생산’패러다임과 ‘정치’이념의 종합을 위하여”, 이화여자대학교 정치학과 박사학위 청구논문, 2001 中 제4장 근대 자유주의의 정치 원리 비판
- 유은정, “대의제의 문제점과 그 보완으로서의 전자민주주의의 가능성”, 숙명여대 법학과 석사학위논문, 1998 中
제4장 제4절 타개책으로써의 직접민주주의적 요소의 도입
제5장 대의제의 보완책으로서의 전자민주주의에 대한 검토
- 윤명선·박영철, “전자민주주의와 정치참여”, 「공법연구」 제30집 제3호, 2002.2.
- 이기우, “대의민주제의 한계와 직접 민주제의 필요성”, 제19회 참여사회연구소 정책포럼 ‘대의민주주의의 한계와 참여민주적 제도의 가능성-주민소환제를 중심으로’ 자료집, 2001.

□ 직접민주주의 제도

- 고의석, “우리나라 국민직접참정제도에 관한 연구”, 경희대학교 행정대학원 석사학위논문, 2000 中 제2장 주민직접참정제도에 대한 이론적 고찰
- 김지선, “지방자치단체장에 대한 주민통제에 관한 연구”, 순천대학교 법학과 석사학위논문, 2001 中 제3장 지방자치단체장에 대한 주민통제
- 안성호, “시민투표의 이론적 기초와 쟁점-주민투표법 제정을 위한 기초연구”, 「자치행정」 153, 2000.12.
- 이기우, “주민소환제도의 의의와 쟁점”, 「자치행정」 183, 2003.6.
- 천병태, “지방자치법상의 대표민주제와 직접민주제(2)- 주민소환제도를 중심으로”, 「지방자치」 104, 1997.5.
- 한종임, “주민소환제도의 도입에 관한 연구(1)”, 「지방자치」 164, 2002.5.
- 하승수, “한국사회 관료적 정책결정 구조에 큰 충격: 부안 2·14 주민투표 사례가 남긴 교훈”, <문화연대> 2004.4.1.
- 임승호, “지방시대의 최우선 과제는 주민소환제 도입: 광주 주민소환 조례제정 운동”, <문화연대> 2004.4.1.
- 최배근, “왜 납세자소송 촉진운동인가: 하남 납세자소송 최초 제기”, <문화연대> 2004.4.1.

□ 해외 사례

◎ 스위스

- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(I)”, 「지방자치」 154, 2001.7.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(III)”, 「지방자치」 156, 2001.9.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(IV)”, 「지방자치」 157, 2001.10.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(V)”, 「지방자치」 158, 2001.11.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(VIII)”, 「지방자치」 161, 2002.2.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(IX)”, 「지방자치」 162, 2002.3.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(X) : 직접민주주의의 갈등 진정 효과”, 「지방자치」 163, 2002.4.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(XI) : 스위스 직접민주제의 유형”, 「지방자치」 164, 2002.5.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(XII) : 시민참여의 기회구조와 운영실태”, 「지방자치」 165, 2002.6.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(XIII) : 시민투표와 시민발안의 성격”, 「지방자치」 166, 2002.7.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(XIV) : 왜 직접민주주의인가?”, 「지방자치」 167, 2002.8.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(XV)”, 「지방자치」 168, 2002.9.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(XVI)”, 「지방자치」 169, 2002.10.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(XVII)”, 「지방자치」 170, 2002.11.
- 안성호, “스위스 지방자치의 현실과 교훈(XVIII)”, 「지방자치」 171, 2002.12.
- 임도빈, “스위스식 직접민주주의(1)-주민제안”, 「지방자치」 83, 1995.8.
- 임도빈, “스위스식 직접민주주의(2)-주민투표”, 「지방자치」 84, 1995.9.

◎ 미국

- 김영기, “미국의 주민소환제도(II)”, 「자치행정」 176, 2002.11.
- 조세프 F. 짐머만, 『미국의 주민소환 제도』, 김영기 옮김, 대영문화사, 2002 中 제 2장 소환제의 법률적 기초

◎ 독일

- 정원식, “독일지방자치에 있어 주민참여와 로컬거버넌스”, 「한국정책과학학회보」 제7권 제3호, 2003.12.
- 최봉석, “독일의 법제와 판례로 본 주민소환제의 요건과 절차”, 「안암법학」 제14호, 2002.
- 헬무트 볼만, “지방자치와 지방직접민주주의-최근의 독일지방정부의 개혁을 중심으로”, 「지방자치정보」 128, 2001.10.

직접민주주의에
관한 일반론

'대의/민주'주의의 진화를 위하여

金旭*

개인은 눈 앞에 참된 행복을 보기도 그것을 원하지 않는 수가 있고, 공공사회는 복지를 바라되 그것이 무엇인가를 잘 알지 못한다. 양자가 다 매일반으로 지도가 필요하다.

-J. J. Rousseau의 『사회계약론』 중에서-

目次

I. 문제의 제기
II. '대의/민주'주의의 역사적 쟁점
III. 우리 헌법상 '대의/민주'주의의 변증법적 해석론
IV. '대의/민주'주의의 진화는 어떻게 가능한가?
V. 결론

I. 문제의 제기

헌법 제40조에 의하면 "입법권은 국회에 속한다". 여기서 모든 국민이 입법자인 국회의원이 될 수 없는 한 입법에 있어서 국민의 대표인 국회의원의 의사와 그 대표기관의 구성권을 가지는 국민의사의 일치여부문제에 언제나 필연적으로 제기된다. 대표의 의사와 국민의 의사는 일치하는가 불일치하는가? 규범적으로 말해서 일치해야 하는가 아니면 오히려 불일치해야 하는가? 주권자는 국민이고 입법권은 국회에 속하는데 국회의 입법행사의 산물인 법은 어떤 논리체계에 의해 주권자인 국민의 법으로 정당화될 수 있는가?

필자가 역사적으로 수없이 많은 논쟁을 거쳐 온 이 진부한 문제를 다시 들추어내는 이유는 이제 이 문제에 관한 20세기적 극한대립이 역사경험적으로 매듭지어지고 있음에

* 서남대학교 사회과학부 조교수

도 불구하고 여전히 역사경험적 문제의 핵심이 규범적으로 정리되고 있지 못하다고 생각하기 때문이다. 필자의 주장은 분명하다. 그것은 대부분의 논자들이 주장하려는 것과 같이 상기의 의문에 대한 대답이 '일치(기속위임)'와 '불일치(자유위임)' 사이에서 형식은 리학적 선택을 할 수 없다는 것이다. 즉 규범적 현실은 일치(기속위임) 또는 불일치(자유위임)라는 선택에 의해서 과학적으로 설명불가능하다는 것이다. 왜 그런가?

이 문제의 핵심은 주지하듯이 '이해관계의 투명한 반영/이해관계의 대립을 넘어서는 미지의 공공선의 가능성'에 관한 대답이다. 따라서 이 문제는 기본적으로 이해관계의 반영이라는 존재론적 요구에 대답하여야 하지만 다른 한편으로 그 이해관계의 대립 자체의 지양가능성에 관한 당위론적 대답도 '동시에' 요구되는 것이다. 이것은 모순이다! 그러므로 우리의 대답은 일치와 불일치 사이의 규범적 선택이 아닌 이 모순된 요구를 모순적으로 반영하고 극복해 나갈 수 있는 규범적 논리형식이 필요한 것이다. 이를 위해 필자는 다음과 같은 변증법적 논리학의 방식으로 논의를 진행시켜 나가고자 한다.

우선 자본주의체제 확립기에 있었던 '대의/민주'주의의 역사적 쟁점을 정리한다. 쟁점은 소수의 대의를 통해 전체의 의지를 장악하기 위한 계급적 시도와 (직접)민주주의적 반대론이다. 공산주의적 시도는 아예 '대의/민주'주의의 그 자체의 폐지 즉, 계급 그 자체의 폐지까지를 상정하였지만 결과는 실패였다. 그러므로 우리의 실천적 대안은 역사의 산물인 현대적 의미의 헌법이 규정하고 있는 '대의/민주'주의의 모순적 함의를 인정하고 그 모순을 발전동력으로 삼을 수밖에 없다는 것이다. 여기서 이제 '대의/민주'주의의 역사적 진화의 문제는 '대의/민주'주의를 통해 '대의/민주'주의를 지양하는 것이며, 그 궁극적 관건은 '국회 안/국회 밖'의 문제가 아닌 헌법을 실천해 가는 우리 모두의 '고립된

1) 필자가 특별히 문제삼고 있는 것은 그들의 논리형식이다. 민주주의의 확립과정을 대의제의 확립과정으로 이해하고 있는 듯한 허영(허영, 『헌법이론과 헌법』 신정판, 박영사, 1995, 762-805쪽)이나 직접민주제적 방식이 바람직하기는 하지만 현실여건상 간접민주제인 대의제를 채택하면서 보완적으로 직접민주적인 방식을 생각하고 있는 권영성(권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1999, 632-642쪽), 그리고 대의제의 문제점을 자각하고 있지만 우리의 헌법해석상 기본적으로 대의제를 채택하고 있으며 예외적으로 현대적 대표주의에 입각해 있다고 보는 김철수(김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 1999, 845-853쪽)나 모두 우리 헌법의 해석상 원리적으로 대의제를 규정하고 있으면서 '동시에' (직접)민주제를 규정하고 있다고 보는 시각은 결코 허용되지 않고 있다. 원리는 선택되고 나머지는 보완일 뿐이다. '자유위임은 자유위임이면서 동시에 자유위임이 아니며 기속위임은 기속위임이면서 동시에 기속위임이 아니다'는 변증법적 논리는 결코 수용될 수 없다. 변증법적 방법론에 대한 무관심은 '민주주의적인 기속위임'에 대한 편향을 나타내는 경우(박병섭, 『대의제에 대한 비판적 연구』, 『민주법학』 통권 제14호(1998, 5), 129-130쪽)에도 마찬가지다. 형식은리학적 두말할 나위가 없다. 언제나 두 원리 중 하나의 선택을 강요한다. 정종섭(정종섭, 『헌법연구』(2), 천학과학사, 1996, 135쪽, 각주11; 이에 대한 비판은 김 옥, 『국회의원의 당적 이탈변경문제에 대하여』, 한겨레 1994. 4. 28. 선고, 92면미153 결정), 『헌법의 규범력과 법질서-허영교수장년기념논문집』, 미출간, 참조)이 이러한 견해를 가장 극단적으로 대표한다. 그리고 이러한 논리를 전제로 대표의 정치적 행위가 판단(정영주, 『대의제도와 정당기속: 전국구국회의원의 당적이탈-변경시 의원직상선문제와 관련하여』, 『인권과 정의』 통권 제276호(1999, 8), 86-97쪽)된다. 그러나 이러한 모순을 제거했다고 해서 현실의 모순이 사라지는 것은 아니다.

개인의 이기심/공통체 지향의 현실성의 문제임을 주장하게 될 것이다.

II. '대의/민주'주의의 역사적 쟁점

1. 부르조아독재를 위한 대의제와 반대의제로서의 (직접)민주주의

자본주의체제 확립기에 발생한 대의제와 관련된 이념대립의 요점은 다수 인민이 스스로의 의지대로 정책을 결정해 나갈 것인가 아니면 소수(부르조아계급의 대표)에 의해 자유롭게 그 결정을 대신하게 할 것인가의 문제였다. 이것이 그렇게 중요한 문제인가? 만약 소수에 의해 결정된 정책들이 실제로 다수를 위한 공공선이 될 수 있다고 가정한다면 이것은 중요한 문제가 아니다. 그러나 만약 소수의 의지가 소수를 위한 의지로 그칠 수밖에 없는 것이라면 이것은 중요한 문제이다. 그러므로 이것은 순수한 이론의 문제가 아니라 현실의 문제이기도 하다. 과연 이론이 아닌 현실의 세계에서 소수는 전체를 위한 공공선을 찾아낼 준비가 되어 있었을까?

영국의 E. Burke²⁾나 미국의 연방주의자³⁾ 그리고 프랑스의 A. Sieyès⁴⁾는 그것이 가능하다고 주장했다. Burke-연방주의자-Sieyès 이론의 요점⁵⁾은 결국 대동소이하다. 전체국민의 이익은 자유위임관계에 있는 합리적 소수(엘리트)에 의해 부분이익을 초월하여 추정될 수 있다는 것이다. 그러나 왜 그들은 한결같이 부르조아적 계급지배의 한계를 벗어나지 못했으며, 그들 대의는 사회의 모순에 왜 그렇게 무기력적이었을까? 만약 그들의 이론이 이러한 의문에 분명히 대답하지 못한다면 그들 자유위임의 대의제론은 소수(부르조아계급)의 다수(프롤레타리아계급)에 대한 자유위임의 독제이론에 다름 아니게 된다.

실제로 영국의 J. Bentham⁶⁾이나 미국의 반연방주의자⁷⁾ 그리고 프랑스의 J. J.

Rousseau⁸⁾(주의자) 등이 이러한 문제의식 속에서 그들과 대결했다. 그들 Bentham-반연방주의자-Rousseau가 원했던 것은 이론상으로는 가능했던 천상의 공공선(비판적으로 말한다면 자신들의 부분이익을 간추기 위한 천상의 공공선)이 아니었다. 그들은 현실에서 실현되는 부분이익의 적나라한 실체(와 그 지양가능성)에 관심이 있었다. 이의 실현을 위해 그들은 대의제의 이념과 대비되는 민주주의를 주창하였다. 민주주의만이 각각 자신들이 원하는 이해관계를 직접 주장하고 실천할 수 있는 것이다. 물론 민주주의가 이러한 대립적 이해관계의 근원 그 자체를 해결해 주는 것이 아니라 할지라도 궁극적으로 다수의 진보적 견해는 이 민주주의의 이념을 통해 나타날 수밖에 없었던 것이다. 그러므로 역사의 전개는 필연적으로 부르조아적 대의제와 프롤레타리아적 민주주의의 대립으로 나타날 수밖에 없었다.

2. 프롤레타리아독재를 위한 민주주의중앙집권제와 실패한 수령론

프롤레타리아는 혁명을 통해 자신들을 지배계급의 위치로 끌어올리자마자 부르조아계급과는 달리 '공공연하게' 프롤레타리아독재를 선언하였다. 그러나 그 공공연한 독재의 선언에도 불구하고 부르조아의 '은밀한' 독재이념이었던 대의제와 유사한 공통점이 있다는 것은 흥미롭다. 즉 그것은 '미지의 공공선'에 대한 주장이다. 한마디로 프롤레타리아계급의 독재가 전체인민의 이익을 위해 필연적으로 작동할 수밖에 없다는 확신이다. 그러므로 프롤레타리아독재가 부르조아독재에 대해 정당성을 주장할 수 있는 유일한 조건은 사실에 있어 부르조아독재는 전체인민의 이익이 되지 못하는데 비해 프롤레타리아독재는 전체인민의 이익이 될 수 있다⁹⁾고 말할 수 있어야 한다는 것이다.

실제에 있어 프롤레타리아독재의 조직원리는 민주주의중앙집권제로 정식화¹⁰⁾된다. 그것은 부르조아계급에 대해서는 독재를 행사하면서 다수 인민을 위한다는 의미에서 민주주의적임을 주장한다. 부르조아독재가 (부르조아)민주주의임을 주장하듯이 프롤레타리아독재가 (프롤레타리아)민주주의임을 주장하는 것이다. 물론 부르조아적 '대의/민주'가 모

2) E. Burke, "Acceptance Speech on Election to House of Commons for Bristol," *Edmund Burke: Selected Writings and Speeches*, ed., by Peter J. Stanlis, Regnery Publishing, Inc., 1997, pp.224-225.

3) J. Madison, 김동영 옮김, "페더럴리스트 10", 『페더럴리스트 페이지』, 한울, 1995, 65-66쪽.

4) E. J. Sieyès, Rede des Abbé Sieyès vom 7. Sept. 1789, *Politische Schriften 1788-1790*, R. Oldenbourg Verlag, 1981, S. 267f.

5) 이는 정종섭, 『헌법연구(1)』, 철학과현실사, 1994에 잘 정리되어 있다.

6) J. Bentham, 이성근 옮김, "도덕 및 입법의 제원리 서설", 『세계의 대사상 8』, 휘문출판사, 1979, 47-53쪽.

7) P. Henry, "Patrick Henry Elaborates His Main Objections, and James Madison Responds," *The Debate on the Constitution: Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification Part Two: January to August 1788*,

Literary Classics of the United States, Inc., 1993, p.684, 687.

8) J. J. Rousseau, 박옥출 옮김, "사회계약론", 『세계의대사상 5』, 휘문출판사, 1982, 428-429쪽.

9) 그런데 이 대립의 논리가 아이러니컬하다. 대의제를 주장하는 쪽이나 민주제를 주장하는 쪽이나 모두 인간의 본성을 믿지 못한다. 대의제를 주장하는 쪽은 다수의 전체를 불안해하며 대의제를 주장하며, 민주제를 주장하는 쪽은 소수의 전체를 불안해하며 민주제를 주장하고 있는 것이다. 우리 모두 믿는 것은 인간일반의 본성이 아니라 계급적 이해관계인 것이다. 문제는 단순하다. 대의제나 민주제냐에 관한 우리의 논리는 진리의 문제가 아니라 오늘날까지도 여전히(!) 상상의 문제(각주16 참조)인 것이다.

10) K. Marx, F. Engels, "Manifest der Kommunistischen Partei," *MEW, Bd. 4*, Dietz Verlag, 1987, S. 472.

11) 인민과학사, 『조선민주주의인민공화국사회주의헌법해설』, 인민과학사, 1973, 11-12쪽.

순작이듯이 프롤레타리아적 '독재/민주주의중양집권제' 역시 모순적이다. 어쨌든 '인민대중의 창조력'과 국가의 '통일적인 지도'를 결합시키기 위한 조직원리로서의 민주주의중양집권제는 프롤레타리아독재시기의 과도기적 원리¹²⁾일 수밖에 없다. 이론상 과도기가 지난 독재의 성공은 무계급사회의 도래이고 그것은 수령론에 의해서 완성된다.

"수령은 로동계급을 비롯한 근로인민대중전체의 의사와 요구의 최고체현자이며 그들의 이익의 최고대표자"¹³⁾라고 말했을 때 인민은 이미 이해관계의 대립이 없는 (따라서 '대의/민주'가 필요 없는) 전체로서의 하나다. 그러나 문제는 조직된 전체로서의 "사회적 집단의 생명에 입각해야 개인의 생명이 있을 수 있"¹⁴⁾다는 최초의 명제가 제기하는 의문이다. 역사를 통해 우리를 괴혹하던 문제, 즉 사회 내 인간관계의 계급적 모순이 사라졌음에도 불구하고 개인과 전체의 모순이 여전히 남아 있는 것이다. 즉, 바로 그 사회적 집단의 생명은 어디서부터 시작되는가, 사회 그 자체의 동력이 어디서 주어지는 것인가의 의문이 제기되는 것이다. 수령론은 그 태초의 시작을 수령에서 찾음으로써 공산사회의 실패에 조응하는 이론¹⁵⁾이 되었다.

3. '대의/민주'주의의 역사적 유산

이념은 결코 역사적 진공상태 속에서 발생하는 것이 아니다. 그것은 역사적 과제에 대한 계급적 해법에 다름 아니다. 승리한 부르조아계급을 대표하는 Burke-연방주의자-Sicyès의 대의제가 이성을 강조하고 전체국민의 대표자로서의 전체국민의 공공선을 강조했을 때 우리는 그 주장으로부터 '절대적 공공선'에 대한 기대를 잃어서는 안된다. 그것은 역사 속에서 의회주의적 실권을 장악한 부르조아계급이 전체국민을 대신하여 전권을 행사하기 위한 주장이었을 뿐이다. 부르조아계급의 계급의지(부분이익)를 전체의지(공공선)로 전화시키기 위한 논리체계에 다름 아니었던 것이다. 역사경험적 현실이 이를 잘 입증¹⁶⁾해 주고 있다. 설혹 그들의 주장이 선의였다하더라도 '절대적 공공선'은 현실

12) V. I. Lenin, 방해란 옮김, "다시 한번 노동조합에 대하여", 『민주집중제: 레닌 스탈린, 페레스트로이카』, 녹두, 1991, 187쪽.
13) 김 민, 한봉서, 『위대한 주체사상 총서⑨ - 령도체계』, 사회과학출판사, 1985, 29쪽.
14) 김정일, "주체사상에 대하여", 『주체사상연구』, 태백, 1989, 267쪽.
15) 이에 관하여는 김 욱, "법치에 의한 반법치" 실현의 가능성을 위하여, 『민주법학』, 통권 제12호 (1997, 5), 참조.
16) 입증은 어렵지 않다. 우선 영국의 Burke가 1774년 Bristol에서 부르조아에 의한 대의를 주장할 때 그는 이미 중세의회에 대리를 관철하는 평민의 입장이 아니었다. 영국의 식민지배에 대항했던 미국에서 대의제를 반대하며 한 목소리를 내던 미국의 혁명가들이 그들의 지배체제를 굳혀갈 때는 난데없이 영국의 논리(대의제)를 주장한다. 프랑스의 Sicyès라고 다를 것이 없다. 혁명 전 그렇게 제3계급의 부분이익을 주장하던 그가 막상 그의 헌법(제3계급의 헌법)을 제정할 때는 단호하게 인민 전체의 의사에 대한 제3계급의 대의를 주장한다. 이러한 사실을 두고 Marx는 부르조아지는 대공립과 세계시장의 형성 이래 근대의 대의제국가(Repräsentativstaat) 안에서 마침내 독점적인 정치적

에 있어 환상일 뿐이었다.

그러나 이러한 계급지배를 전면적으로 부정하고 공산주의적 무계급사회를 건설하고자 한 노력도 결국 허사였다. 그들이 부딪힌 문제는 절대적 공공선의 존재나 그 공공선의 인지가능성에 대한 문제라기보다는 실천가능성에 대한 문제로 나타났다. 인간의 이기심이 '대의/민주'주의의 조직원리불 대체하는 '수령론'에 의한 조직원리¹⁷⁾를 뺏아칠 수 없었던 것이다. 대의는 물론 민주주의까지도 불필요하게 됐을 때 사회를 유지시키고 발전시켜 나가야 할 체제동력으로서의 인간의 현신성이 나타나지 않은 것이다. 그것은 '대의/민주'주의가 전체하고 있었던 자본주의적 이해관계의 대립 그 자체가 지양된 후의 사회구성원의 자발적 동력전환의 실패의 문제¹⁸⁾였다. 이해관계의 대립 없는 순수공산주의적 꿈은 도리없이 실패했다.

그렇다면 우리는 이제 현실의 체제 아래서 '대의/민주'주의의 가능성을 상상해야만 한다. 역사적 경험을 통해 불가피하게 확인된 '대의/민주'주의의 전제조건(자본주의적 법치주의)을 인정하되, 상호규정·상호의존하는 '대의/민주'주의의 역사적 이념을 현대적으로 재음미해야만 한다. 우리의 헌법이 실제로 이를 뒷받침하고 있다. 우리 헌법은 헌법 제7조 제1항, 제45조, 제46조 제2항의 규정을 통해 대의제를 규정하면서 '동시에(!)' 헌법 제8조의 정당규정과 제14조의 비례대표제, 제72조의 국민투표 규정 등을 통해 (직접)민주주의의 이념을 모순적으로 규정하고 있다. 그러므로 우리는 이 모순적 헌법규정을 통해 관념론적 형식논리학인 '대의나 (직접)민주주의'의 선리적 진리추구가 아닌 '대의/민주'주의의 모순적 진화를 논해야만 한다.

III. 우리 헌법상 '대의/민주'주의의 변증법적 해석론

1. 대의

'좋은 민주주의/나쁜 독재'라는 신화가 국민의 정형적 의사에 기속되지 않는 대의의 가장 순수한 표현인 독재에 관한 논의를 어렵게 한다. 그러나 독재가 나쁜 것이라면 그

지배권을 쟁취하였다고 기슭(K. Marx, F. Engels, a. a. O., S. 464)한다. 그리고 빠리공포의 역사에서는 다시 명명적 위임이 등장한다(K. Marx, "프랑스내전", 『프랑스 혁명사 3부작』 개정판, 소나무, 1991, 345쪽). 역사의 정좌는 아주 분명하다. 대의제는 지배계급의 논리였으며 민주제는 이에 반대하는 논리였다.
17) 주체사상은 "수령과 인민대중사이에는 그 무엇으로써도 끊을 수 없는 현연적인 관계가 맺어지며 수령에 대한 끝없는 충실성, 혁명적 신념과 의리에 기초하여 수령을 중심으로 하는 인민대중의 가장 생활력있고 공고한 통일단결이 이루어진다"라고 말하고 있다. 김 민, 한봉서, 앞의 책, 45쪽.
18) 이에 관하여는 김욱, 앞의 논문 참조.

것이 계급이익이라는 자기동일성의 한계 내에 매몰돼 있는 독재이기 때문이며 이 점에 있어서는 민주주의 역시 나쁜 민주주의의 가능성을 가진다. 이런 의미에서 '좋은 민주주의/나쁜 독재'가 문제되는 것과 마찬가지로 '나쁜 민주주의/좋은 독재'가 문제된다. 민주주의이든 독재이든 결국 언제나 진정한 대립은 '계급이익에 함몰돼 있는 욕망 실현/전체의 공공선에 대한 지향'이라는 형태로 제기된다. 그리고 바로 이 때문에 공공선의 인식 가능성을 둘러싼 독재이데올로기가 반정립되는 것이다. 이 경우 오히려 반신화는 '나쁜 민주주의/좋은 독재'의 대립이다.

역사적으로 공공선의 인식가능성을 진계로 하는 '나쁜 민주주의/좋은 독재'의 이데올로기는 Plato의 철인정치, Lenin의 민주주의고사론, 주체사상의 수령론 등의 계보를 통해서 발전해 왔다. 물론 이러한 전체주의적 독재이데올로기는 국민의 의사에 기속당해야만 한다는 민주주의의 토대에 반정립한다. 즉 공공선은 국민의 의사보다는 현자의 대의에 의해서 오히려 잘 파악될 수 있으며, 인간성은 그 자체로 믿을 수 있고, 인간의 욕망 또한 공산주의적으로 발전해 갈 수 있다는 근거를 가지고 있다. 그러나 유감스럽게도 인간의 사회적 삶에 관한 전체주의적 독재의 반영체는 현실화하지 못했다. 다만 우리는 명제가 명제임을 가능케 하는 반대극한으로서의 반영체를 말할 수 있을 뿐이다.

만약 '현자에 의한 공공선의 인식가능성'이라는 반영체가 일관되게 실현되어야 하는 것이라면 경험적 국민의사와의 필연적 기속을 염두에 둔 민주주의의 메카니즘은 그 의미를 상실한다. 언제나 중요한 것은 현자의 능력과 발전¹⁹⁾이고 국민들은 당연히 공공선을 지향할 것이기 때문이다. 따라서 이러한 사태는 민주주의 그 자체의 지양을 의미하는 것이다. 아마도 민주주의를 포기할 수 없는 상황 하에서 '민주나 독재냐'식의 선택적 문제제기가 등장하게 되는 것도 이러한 이유에서 일 것이다. 그러나 어떠한 경험적 국민의사의 투명한 반영도 추정적 공공선으로부터 자유로울 수 없으며 어떠한 추정적 공공선도 경험적 국민의사로부터 자유롭지 못하다.

2. 민주

우리가 민주주의를 포기할 수 없다고 했을 때 그 민주주의가 반드시 매개 없는 직접 민주주의일 필요는 없다. 매개자로서의 대표가 국민의 의사에 직접적으로 기속되는 매개나눔이 작동되기만 한다면 직접민주주의와 간접민주주의의 차이는 사실상 존재하지 않

19) 이 점에 있어서도 민주주의적 이념이 반드시 유지되어야 할 이유가 없다. 즉 현자의 능력을 발전하기 위해 국민들의 기관구성권이 반드시 유지되어야 할 이유가 없다. 만약 '최고의 현자에 의한 절대적 공공선'이라는 대의의 이념이 일관되고 순수하게 형식논리적으로 관철되어야 하는 것이라면 최고의 현자의 발전(기관구성권)에 있어서나 절대적 공공선의 결정(정책결정권)에 있어서나 국민의 참여가 반드시 필연적인 것은 아니다. 국민들의 결정은 최고의 현자와 절대적 공공선의 발전과 필연적인 관계가 없기 때문이다.

는다. 문제는 직접이든 간접이든 국민의사에 기속될 필요가 있느냐 여부이다. 이런 의미에서 "국민"은 다양한 개성과 능력과 이해관계를 가지는 무수한 인간의 집단을 상징적으로 표현하기 위한 하나의 '관념적 크기(ideelle Größe)'에 지나지 않기 때문²⁰⁾에 대의제가 실현될 수밖에 없다고 하는 주장은 그 근거가 문제의 핵심에서 벗어나 있다. 어떤 이유로든 대의제가 불가피하다면 국민의 경험적 의사로부터 자유로워야만 하는 불가피한 근거²¹⁾가 필요하다. 역으로 민주주의가 주장되기 위해서는 국민의 경험적 의사에 기속당해야만 하는 반대근거가 필요하다.

가장 궁극적으로 국민의 의사에 기속당해야만 하는 민주주의의 근거는 Rousseau의 '일반의지'와 같은 공공선을 (설령 존재한다고 하더라도) 알 수 없다는 데 있다. 그것은 만약 불가피하게 '다수의지'와 같은 방법으로 추정해 갈 수밖에 없다면 국민의사에의 기속은 포기할 수가 없다. 다음으로 그러한 공공선을 알 수 있는 철인을 맞이한다 하더라도 인지적으로 믿을 수 없다는 것이다. 인간적 타락에 대한 염려는 민주주의(반전체주의적 입헌주의)의 뿌리깊은 근거²²⁾ 중 하나다. 마지막으로, 그러나 어쩌면 가장 곤란한 이유는 개인적 이기심과 욕망을 포기할 수 없다는 사실일 지 모른다. 우리가 설령 공공선을 알 수 있고 또한 인격을 믿을 수 있다고 하더라도 공공선의 이름으로 인간적 욕망을 포기케 할 수 있는지는 의문이다. 실제적 난점은 바로 그 이기적 욕망을 포기케 하는 순간 사회의 발전동력이 문제를 일으킨다는 사실에 있다.

이상과 같은 근거에서 사회의 정치적 의사결정이 언제나 국민의 의사에 기속당해야만 한다면 파생되는 문제들, 즉 국민의 참여를 보장하기 위한 절차보장과 사표방지, 득표율과 의석수의 비례, 정책결정에 있어서 경험적 이해관계의 비례적 반영, 국민소환 등의 존재론적 요구가 일관되게 관철될 수 있는 체제가 유지되어야 할 것이다. 그러나 개인

20) 허영, 앞의 책, 761쪽.

21) 허 영의 주장은 대의제가 불가피하다는 필연적인 근거가 될 수 없다. 우선 그의 주장대로라면 '국민'은 없다. 있다 하더라도 관념 속 상상일 뿐이다. 그러나 주장 속의 국민을 '자기목적론 가진 추상으로서의 국민'쯤으로 이해해 두자(실정헌법의 표현상 '추상적 국민'과 '구체적 인민'을 철저히 구분하지 못하는 것은 다소 불가피한 측면이 있다. 필자의 경우에도 불가피한 경우가 아니라면 국민이라는 용어를 사용하지도 한다). 그렇다면 주장 속의 "다양한 ... 이해관계를 가지는 무수한 인간의 집단"은 무엇인가? 그 인간의 집단이 관념 속 상상일 뿐이라면 실재하는 현실 속에서 대표자는 누구의 무엇을 대의하는가? 그의 주장대로 그 인간의 집단은 "무수"하지도 않은 뿐더러 "다양한 ... 이해관계"가 관념 속에서만 존재하는 것도 아니다. 그는 지금 한편으로 '국민'의 존재를 부정하면서 다른 한편으로 '국민'의 존재를 긍정함으로써 '국민은 없기 때문에 대표자가 마음대로 국민의 공공선을 추정해도 좋다'는 견해를 이끌어 내고 있다. 물론 이 우연적인 견해는 대의제가 불가피하다는 필연적인 근거가 될 수 없다. '현실 속의 수많은 인민들의 경험적 이해관계'의 반영이 필연적으로 요구되는 한 그렇다.

22) T. Jefferson은 이렇게 말했다. "신뢰는 어디서나 독재의 어버이이며, 자유로운 정부는 신뢰가 아닌 경계심에 기초하고 있다." T. Jefferson, "Draft of the Kentucky Resolutions, November, 1798", Selected Writings, ed., by Harvey C. Mansfield, Jr., Harlan Davidson, Inc., 1979, p.61.

적 이기심과 욕망을 지양해 가지 못하는 한 국민의 의사에 기속당해야 한다는 사실만으로 진보를 약속할 수 있는 것은 아니다. 민주주의는 또한 계급이익이라는 한계 내의 투쟁이기도 하다. 따라서 민주주의, 즉 현실의 투명한 반영이라는 정립에 현실 그 자체의 부정이라는 반정립이 대두되는 것이다.

3. 대의/민주

헌법상 정당은 “법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호”를 받고 “선거구와 비례대표제” 등은 법률로 정한다. 헌법의 이러한 규정들은 기본적으로 그리고 현실적으로 국민의 대표인 국회의원이 자신의 지역구와 계급적 이해관계에 경험적으로 기속될 수밖에 없음을 나타내 주는 것이다. 단순히 선출시 뿐만 아니라 지속적인 관계에 있어서도 그러하다. 민주주의란 극단적으로 말해서 경험적 국민의사에의 기속관계 그 자체를 의미한다. 이런 의미에서 경험적 국민의사에의 기속관계가 한계지어지는 것은 민주주의가 한계지어지는 것이다. 그런데 헌법은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자”이며 “국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니”하며 “국회의원은 국가이익을 우선”하여 직무를 행한다고 모순적으로 민주주의의 한계를 규정하고 있다. 즉 민주주의는 국가이익이라는 공공선에 의하여 모순적으로 규정되고 있다.

만약 국민전체를 위한 국가이익과 같은 공공선이 국민의 경험적 의사와 모순되지 않는다면 이를 위한 대의제의 실현은 곧 민주주의의 실현이다. 그러나 그것이 모순적이라면 대의제의 실현은 곧 독재의 실현이다. 물론 이 독재는 공공선이 존재하고 또한 우리가 그것을 알 수 있다는 전제 하의 독재이다. 어쨌거나 중요한 점은 헌법상 대의제의 근거로 인용되고 있는 국민전체를 위한 국가이익과 같은 공공선은 정당과 선거구와 비례대표제와 같은 민주주의원리에 의해서 자신의 한계가 모순적으로 규정되고 있다는 사실이다.

우리는 헌법규범의 내재적 모순, 즉 대표가 대의에 의해서 규정되고 대의가 대표에 의해서 규정되는 상호규정의 원리(우리는 이러한 사태를 일컫기 위해 '대의/민주'주의라는 용어를 사용할 수 있을 것이다)를 통해서만 헌법규범의 해석과 진화를 상상할 수 있다. 그러므로 대의제의 절대근거로 인용되고 있는 국가이익의 “우선”개념을 이러한 헌법규범의 내재적 모순을 제거하는 일도양단의 무기로 사용하는 것은 형식논리학적 사변일 뿐이다. “우선”이란 이러한 모순을 순식간에 제거해 버리고 헌법의 전체구조를 파괴하는 자기파괴적인 용어가 아니라 모순의 지양을 지도하는 지도개념으로 해석되어야 할 것이다(그렇지 않는다면 이것은 ‘파시즘적 국가주의’의 근거가 될 수도 있다). 이 경우 이제 우리에게 남겨진 문제는 “우선”되어야 할 공공선의 역사적 진화과정이다.

IV. '대의/민주'주의의 진화는 어떻게 가능한가?

1. 실패한 민주주의의 사멸

민주주의, 즉 경험적 이해관계의 대립을 승인하고 그 대립을 기속반영하고자 하는 이 대을토기는 영구불변의 선인가? 필자는 민주주의가 수행해온 그 진보적 경향과 역사경험적으로 민주주의를 일기에 부정하고자 한 어떠한 시도도 성공하지 못했다는 역사적 사실 때문에 민주주의의 중요한 핵심전제가 망각되고 있다는 사실을 상기시키고자 한다. 민주주의의 핵심전제는 경험적 이해관계의 대립이다. 따라서 민주주의를 영구불변의 진리로 간주하는 것은 경험적 이해관계의 대립을 영구불변의 진리로 간주하는 것이다. 실패로 끝난 역사적 고전으로부터 다시 시작해 보자.

국가의 사멸은 민주주의의 사멸을 의미하며, 국가의 폐지는 곧 민주주의의 폐지를 의미한다. ... 사회주의 건설을 위한 투쟁에 있어서 우리는 사회주의가 공산주의로 발전한 것이며, 따라서 인민일반에 대한 폭력과 한 사람이 타자에게 그리고 대중의 한 부류가 다른 부류에게 복종할 필요가 없어질 것이라고 ... 확신하고 있다.²³⁾

물론 국가의 사멸은 실패했으며 민주주의의 사멸도 실패했다. 그러나 민주주의의 사멸에 관해 V. I. Lenin이 제기했던 명제의 핵심을 검토하는 것은 여전히 필요하다. 왜냐하면 민주주의의 사멸에 관한 Lenin명제의 핵심은 이해관계의 대립의 사멸이며, 그 점에서 이해관계의 대립의 사멸을 원칙적으로 부정하는 것은 진보 그 자체를 원칙적으로 부정하는 것이기 때문이다. 한마디로 민주주의가 아무리 역사진보의 견인차 역할을 해왔다 하더라도 그것이 이해관계의 대립을 전제로 그 투명한 반영만을 주요목적으로 하는 것이라면 민주주의의 그 자체를 통해 이상사회로의 진보를 꾸꾸는 것은 부질없는 일이다.

그러므로 이상사회를 꿈꾸는 자는 언제나 민주주의의 (조건 그 자체의) 사멸이라는 위험을 감행해 왔다. 즉 민주주의적인 이해관계의 대립이라는 자기동일성 너머에 공공선이 존재할 것이라는 가정에 기초해 왔다. 바로 이 점 때문에 심지어는 K. Marx의 법의 고사본이 부르조아적 자연법론과 혼동을 일으키기도²⁴⁾ 한다. 문제는 우리가 이제 민주

23) V. I. Lenin, 김영철 옮김, 『국가와 혁명』, 논장, 1988, 103-104쪽.

24) H. Kelsen의 다소 영광한 Marx비판(H. Kelsen, 장경학 옮김, 『공산주의 법이론』, 명지사, 1983, 41-45쪽)에 주목할 필요가 있다. Kelsen은 Marx의 법이론을 자연법론이라고 규정하고 있다. 그가 자신의 관점에 따라 모든 법철학의 근본문제들 ‘자연법/실정법’의 상호관계로 보는 것에 동의할 수는 없지만(‘자연법/실정법’의 대립구도는 사익 대립구도에 불과하다. 그렇지 않다면 자연법론자와 관념론적 실정법론자가 환존하는 자본주의 법체계에 대한 총체적 공격에 어떻게 그렇게 쉽게 합의

주의를 넘어서는 역사적 진화의 꿈을 버려야 하는가이다. 현실 너머의 완전한 이상사회를 바로 그 현실 속에서 꿈꾸었던 역사경험적 좌절을 너무나 잘 알고 있는 우리가 적면해야 하는 문제는 바로 그 공공선의 존재가능성과 인지가능성 그리고 실천가능성의 제 확인이다.

2. 현실적 대안

현실적 대안을 찾는 일은 현실 속에서 미래를 찾는 일이며 미래 속에서 현실을 찾는 일이다. 그러므로 현실적 대안은 현실에 대한 부정이면서 동시에 현실을 긍정하는 것이다. 현실을 부정하는 것은 현실을 지배하는 '대의/민주'주의의 전제조건을 부정하는 것이며 현실을 긍정하는 것은 '대의/민주'주의를 실천하는 것이다. 즉 '대의/민주'주의를 실천해 가면서 '대의/민주'주의의 전제조건을 부정하는 것이다. 이것은 우리가 진보를 꿈꾸면서도 역사의 실패를 되풀이하지 않기 위해 현실적으로 선택할 수 있는 유일한 방법이다. 그러나 이것이 어떻게 가능할까?

- 공공선의 존재가능성: 공공선의 실제가능성은 언제나 현실의 적대적 모순 그 자체의 부정으로서만 존재가능한 것이고 또한 존재가능해야만 한다. 만약 이 가능성이 존재하지 않는다면 현실의 진화가능성 역시 존재하지 않을 것이다. 그러나 이 공공선은 경험적 현실에 근거하지 경험적 현실을 부정하며, 경험적 현실을 부정하되 경험적 현실에 의존해야만 한다.

- 공공선의 인지가능성: 공공선은 경험적 의사표시인 다수결을 통해 인식될 수 없지만 그렇다고 다수결과 무관하게 인식될 수도 없다. 공공선을 지상의 것이 아닌 천상의 것으로 간주하지 않는 한 일반의지와 다수의지의 이러한 모순²⁵⁾은 불가피하다. 한 마디

할 수 있겠는가? 이에 관한 자세한 논의는 김육, 「주체사상을 통한 마르크스적 자유와 평등실현의 법리와 문제점」, 연세대학교박사학위논문, 1994, 144쪽, 각주185 참조, Marx의 법이론을 자연법론이라고 부르게 한 역사적 배경은 숙고해야 한다고 본다. 결과적으로 낭산형명은 자본주의적 추동력과는 완전히 다른 추동력을 필요로 하는 사회로의 진입을 시도했다. 그리고 이것은 어떤 의미로는 말하자면 사회발전동력의 단절적 이행용 요구했다. 이것이 Kelsen적 시각에서는 자연법론으로 비친 것이다. 누구라도 이 이행을 추구하면서 '상상적 자연법론'이라는 비판으로부터 완전히 자유롭기 위해서는 실정법에 의한 실정법 극복, '대의/민주'주의에 의한 '대의/민주'주의의 극복, 자본주의에 의한 자본주의의 극복의 이념이 필요할 것이다.

25) Rousseau의 경우에도 분명히 인지하고 있었다. 그는 "일반의지는 항상 바른 것이지만 그것을 인도하는 판단(判斷)은 항상 뚜렷한 것이 아니다"라고 말한다. 그런에도 불구하고 "일반의지는 투표의 계산에 의해서 추출될 수밖에 없는 것이다. 그러므로 그에게 있어 일반의지의 실현은 단순히 표계의 문제라기보다는 투표의 조건 문제였다. "당파" 없는 사회의 "수많은 개인의 의견차이(意見差異)의 결과"로서만 나타나는데 그런 일반의지(공동의 이익)를 꿈꾸었던 그가 "진정한 민주국에 있어서는 모두가 평등하고 도덕(道德)도, 능력(能力)도, 주의(主義)도, 재산(財産)도 같기 때문에" "추첨선거의 폐해는 거의 없다고 할 것"이라고 말한 것은 어쩌면 당연한 것이다. 이러한 조건은 그가 비판한 대로 "신(神)의 인민"에게나 진맞는 것인지도 보물 일이다. 그러므로 우리는 개인

로 공공선은 다수결에 의존하지 않고 다수결로부터 인식되는 것이 아니지만 동시에 다수결에 의존하면서 다수결로부터 인식된다.

- 공공선의 실천가능성: 공공선은 이기적 욕망의 실천적 부정이다. 그러므로 그것은 이기적 욕망이 실천되지 않는 곳에서 실천된다. 그러나 공공선을 실천한다는 사실이 순수무욕 그 자체를 상징할 수는 없다. 그것은 인간의 이기적 욕망을 부정하면서 인간의 이기적 욕망에 의존한다. 궁극적으로 이것이 핵심이며 이 모순을 통해 민주주의는 지양되고 역사는 진보한다.

공공선에 관한 이상의 관점을 전제로 할 때 '대의/민주'주의의 모순은 기본적으로 '현실을 부정하는 의지/현실의 경험적 의사의 관철'의 대립이다. 즉 그것은 한편으로 현실에 도대치는 다수결이라는 형식에 의해서 표출되는 이기적 욕망의 실현이면서 동시에 현실 그 자체의 조건을 부정하며 다수결의 외부에 존재하는 인간의 헌신적 지향의 가능성의 의미를 의미한다. 그러므로 우리는 민주주의(다수결)에 절대적 정당성을 부여하는 신화로 부터 벗어나야만 한다.²⁶⁾ 그것은 근본적으로 역사에 의해 조건지워진 불가피한 수단일 뿐이다. 역사적 진화의 문제는 민주주의가 아니라 민주주의의 조건 그 자체의 지양가능성이다.

3. 헌법규범의 미래지향성

적어도 이상과 같은 관점에 서 있을 때에만 우리는 각 지역을 대표하는 국회의원이 "국가이익을 우선하여 양심에 따라" 직무를 행한다는 헌법의 의미를 정확히 이해할 수

은 "그의 의욕하는 바가 이성에 합치되게 해야 할 것"이며 공공사회는 "제 스스로가 원하는 바를 잘 알도록 배워야 할 것"이라는 그의 모순제기에 주목해야 한다(Rousseau, 앞의 책, 373, 441, 362-363, 444, 402, 374쪽). 그러지 않고 Rousseau의 사회계약의 논리는 단순히 "국민의 總意(volonté générale) 이외의 어떠한 객관적인 가치표준도 이를 배척"하여 "민주주의의 내용은 처음부터 정해지는 것이 아니고 언제나 그때 그때의 다수의사, 즉 총의에 따라 정해진 수밖에 없"다고 비판(허영, 앞의 책, 194쪽)하는 것은 그의 주장을 곡해한 것일 뿐이다. Rousseau는 결코 '다수의사=총의(일반의지)'라고 주장하지 않았다. Rousseau는 오히려 '일반의지와 다수의지의 모순'을 강조하고 그 지양을 고안했음 뿐이다.

26) 그러나 문제는 언제나 방법이다. 관념론적 형식논리학은 일도양단과 양단된 각 부분의 자기완결적 지배현리를 제시한다. C. Schmitt는 근대헌법을 '법치국가적 구성부분과 정치적 구성부분'으로 구분한다. 그리고 이 구분에 따라 "정치적 법률개념을 통해서만 사법을 제할 수는 없다"고 말한다(C. Schmitt, 「헌법이론」, 교문사, 1976, 237, 289쪽). 그러나 민주주의에 의해 권력을 장악한 인물들에 의해 바로 그 (자연법적 논리가 지배하는) 법치국가적 구성부분이 끊임없이(제정되고, 집행되며) 판단된다. 그것은 늘이면서 동시에 하나다. 그러나 C. Schmitt의 형식논리학은 "그것은 세계적이고 헌법원리적 관점에 그 기초를 두고 있지 않다(위의 책, 289쪽)"고 외면할 뿐이다. 즉 그는 민주주의(다수결)가 법치주의(비다수결)를 규정하며 법치주의(비다수결)가 민주주의(다수결)를 규정하는 현실의 모순을 이론이 아니라고 눈을 감는다. 그러나 이론이 현실에 의존하는 것이지 현실이 이론에 의존하는 것은 아니다. 이론은 바로 그 모순관계를 방법론적으로 설명하는 것으로부터 시작되어야 한다.

있다. 이는 부분이익의 대립 너머에 존재하는 공공선의 지향을 지도하는 규범인 것이다. 그러나(!) 이 공공선은 부분이익의 대립과 별개로 존재하며, 별개로 인식되고, 별개로 실천되는 이원적인 자기목적적 아니다. 그렇다고 해서 이 공공선은 또한 부분이익 그 자체의 대립이라는 자기동일성의 한계를 의미하는 일원적인 실체일 수도 없다. 즉 이는 국가의 자기동일성의 한계 속에 내재하는 부분이익의 대립과, 이 대립을 지양하녀 한계를 부정하는 자기부정의 모순을 동시에 표현하고 있는 것이다.

이런 의미에서 '대의/민주'주의의 궁극적 모순을 애초에 문제삼았던 '대표자의 의사/국민의 의사'의 모순으로만 끝까지 관찰시키려 하는 것은 '대의/민주'주의의 조건을 끝까지 관찰시키려는 것과 다름없다. 궁극적으로 '대의/민주'주의의 모순은 대표자에 의해 반영되는 국민의사의 '현신적 자기부정/이기적 욕망'의 대립이라는 모순형태로 전환한다고 보는 것이 타당하다. 사실상 '대의/민주'주의의 모순을 언제나 '대표/국민'의 대립체제로만 이해하는 순간 그 결과는 정치현실 속에서 '실망스런 국회의원/선한 국민'이라는 허구²⁷⁾로 나타나는 경우가 허다하며, 이해관계대립의 지양은 이론에 있어서나 실천에 있어서나 파국을 맞을 수밖에 없는 것이다. 따라서 '대의/민주'주의는 단순히 '국회 안/국회 밖'의 문제를 통해 어떻게 '부분이익/부분이익'을 반영할 것인가의 문제일 뿐만 아니라 바로 그 '부분이익/부분이익'의 조건 그 자체를 지양해 가야 하는 총체적 헌법정신으로 이해되어야만 한다.

절국 헌법표현 그대로 "우선"되어야 할 공공선이 무엇이든지 그것은 국민들로부터 민주적으로 '동의'되어 있는가하는 점이 공공선의 역사적 진화과정에 있어 문제의 핵심이다. 민주적 동의 없이는 어떤 현상에 의해 발견되거나 예언된 공공선도 결코 현실적으로 실현될 수 없다²⁸⁾는 것이 역사의 교훈이었다. 아무리 역사의 진화가 지루하다 할지라도 이는 불가피하다. 그렇다면 공공선에 관한 민주적 동의란 무엇인가? 그것은 한마디로 '사

27) 이것이 '허구'라고 주장하는 이유는 선한 국민이 실망스런 국회의원을 선출해 가는 이유를 밝히지 못하기 때문이다. 국회의원은 우리 자신을 반영할 뿐이다. 우리 안에 이기심이 있고, 우리 안에 대립이 있으며, 우리 안에 지역 문제가 있다. 진정한 분체는 '국회의원/우리'가 아니라 '우리/우리'다.

28) 말을 바꾸면 '동의 없이는 파시즘도 실현될 수 없다'로 된다. 즉 역사의 진실은 '한중도 못되는 파쇼집단/억압' 속에 신음하는 '우리'가 아니었다. 빌기 힘들지만 그랬다. '파시즘에 대한 (지역적) 동의'가 어땠는지는 선거경험을 통해 간접적으로 확인할 수 있다. 유신체제와 공포에 떨었던 1980년대 초를 제외한다면 하더라도 1985년에 치러진 제12대 국회의원선거에서 민정당은 전국적으로 35.2%(충북에서 56.7%, 강원에서 46.3%, 경북에서 44.7%를 득표하였다)의 득표율로 제1당이 되었으며, 1987년에 치러진 제13대 대통령선거에서 민정당의 노태우 후보는 전국적으로 36.6%(특히 대구에서는 70.7%의 득표를 했으며, 경북에서는 68%의 득표율 올렸다)를 득표해 대통령에 당선되었다(중앙선거관리위원회, 「선거 및 국민투표 통계집」, 1996 참조). 이러한 현상을 파시즘적 선거메카니즘에 의한 민의해곡이라고만 볼 수는 없다. 「조선일보」의 박정희 제명가는 다시 한번(!) 많은 사람들의 공감을 얻은 바 있으며, 3당합당 등을 거치면서 파쇼정당에 대한 청산은 기회를 놓치고 '파시즘에 대한 (지역적) 동의'라는 무고스러운 우리의 자화상은 역사적 지어미만 없이 ('모두 같은 따라서 누구의 잘못도 없는) 지역감정/지역감정' 또는 '나쁜 정치인/좋은 국민'이라는 가치중립적인 문제틀 속에 포장되어 감춰지고 있다. 파시즘은 지금도 '우리 안에' 살아 있다.

익의 자발적 지양이다. 그리고 이것이 헌법이 규정하고 있는 "양심"이다. 이 "양심"은 이해관계의 외부에 존재하지만 이해관계를 통해서 지양해야만 한다. 우리는 이 "양심"을 통해 단순히 사익을 포기(희생)하는 것이 아니라 사익의 존재(대립)자체 즉, '대의/민주'주의의 조건 그 자체를 지양해 가야만 한다. 이것이 '대의/민주'주의의 진화이다.

V. 결론

우리가 제기했던 '대의/민주'주의에 관한 애초의 의문은 대의하는 대표와 대의되는 국민간의 모순이었다. 그리고 이 모순은 기본적으로 '국가/사회'의 문제틀에 조응하는 의문이다. 그러므로 이 모순은 인간사회의 궁극적 모순인 '국가/사회'의 모순을 해결하지 않는 한 결코 해결될 수 있는 모순이 아니다. 즉 이 문제제기는 문제 내에 문제로서의 자신의 한계를 내재하고 있다. 따라서 무엇보다도 우선 이 한계를 드러내고 인정하는 것이 중요하다. 지금까지 살펴본 '대의/민주'주의의 요점을 정리해 보자.

- 대표자의 의사와 국민의 의사의 자유위임이 전제되는 경우: 이것은 궁극적으로 다수결로 표현되지 못하는 어떤 정의가 존재한다는 가정을 전제로 한다. 대표자는 이것을 추정하는 사명을 진다. 그러나 이 추정의 사명은 또한 대표자와 국민을 이원적으로 분열시키는 역할을 한다. 선거는 단지 이 추정을 승인하는 도구로서 기능할 뿐이다. 그리고 여기서 대표의 추정이 대립의 자기동일성의 한계 내에 간혀 있을 경우 승인은 소수의 독재에 대한 승인이 될 뿐이다.

- 대표자의 의사와 국민의 의사의 기속위임을 지향하는 경우: 이 궁극적 지향점이 국민간의 의사 그 자체의 대립을 해소해 주지는 않는다. 그러므로 이 경우 '대의/민주'주의는 국민간의 대립 그 자체의 명명백백한 드러냄 그 이상도 그 이하도 아니다. 여기에서는 국회의원간의 대립과 충돌은 국민간의 대립과 충돌 그 자체의 투명한 반영으로 이해될 수 있을 뿐이다. 이 이상을 실현하고자 하는 비례대표제 역시 이해관계의 투명한 반영을 의미하는 것이지 그 지양을 의미하는 것은 아니다.

그러므로 '대의/민주'주의는 '국가/사회'의 문제틀에 입각해 '대의나 민주냐'식의 선택적 요구를 강요하는 경우 대표자와 국민을 분열시키고 있는 것이거나, 사회 내 국민간의 대립과 갈등을 있는 그대로 표출시키는 것에 불과할 뿐이다. 설혹 '대의/민주'주의의 모순을 인지하고 그 해결책을 강구하고자 하더라도 이 대립의 자기동일성에 함몰('대의/민주'주의의 조건 그 자체의 진화 없이 대의제를 통해 순수공공선의 개념에 도달할 수 있다고 생각하는 모든 논의가 그렇다)되어 있는 한 '대의/민주'주의는 그 진화를 모른다.

따라서 지금 당장 '국가/사회'의 문제틀의 지양을 꿈꾸지 못한다 하더라도 우리는 '대의/민주'주의를 실현하면서 동시에 '대의/민주'주의의 실현조건 자체를 부정해가는 '지속가

능한 일상적 실천'이 필요하다. 여기서 이 부정의 기능성은 우리의 삶 속에서 '자본주의적 인센티브제도'만을 발진동력으로 작동시키는 우리들의 이기심을 자반적으로 지양하며 이 "양심"적 지양을 대표자의 "양심"을 통해 반영시킬 수 있는 가능성에 달려 있다. 그리고 아마도 우리는 이 과정을 통해 역사 속에서 '대표(국가)/인민(사회)'의 문제들이 인민 스스로의 '이기심/현신성'의 문제들로 전화되어가는 '대의/민주'주의의 진화를 경험하게 될 것이다.

주제어: 대의제, 민주주의, 대의민주주의, 기속위임, 자유위임, 공공선

10
PAL 342

317

國民主權의 本質과 實現條件에 관한 研究

國民主權의 本質과 實現條件에 관한 研究

指導 許 營 教授

이 論文을 博士 學位論文으로 提出함

2000年 12月 日

延世大學校 大學院

法 學 科

朴 炅 澈

延世大學校 大學院

法 學 科

朴 炅 澈

第 3 章 國民主權의 統治形態의 實現原理

第 1 節 序說

국민주권은 정치공동체내에서 모든 국민의 자유와 권리는 보장되고 모든 국민은 국가권력으로부터 평등한 대우를 받을 권리가 있고, 이를 보장하기 위한 정치공동체의 통치질서가 국민의 자유롭고 평등한 참여에 의하여 형성되어야 하고, 국민의 참여에 의하여 형성된 통치권이라도 통제되어야 한다는 통치질서의 조직원리이자 이런 목적에 봉사하는 통치권의 정당화원리라고 이해할 때 이를 실현하기 위한 구체적인 통치형태는 어떠해야 하는가 하는 것이 문제된다. 국민이 모든 통치작용의 정당성의 근거가 된다는 사상은 중세에도 존재하였으나, 이를 바탕으로 개인의 자유와 평등의 보장과 국민의 참여와 동의에 의한 통치를 주장한 것은 근대의 사회계약론에 입각한 국민주권론이다. 근대의 사회계약론은 개인의 자율성을 바탕으로 국민주권의 통치질서를 주장하였다. 개인의 자율성은, 개인은 자신의 개인적 삶을 결정할 권리뿐만 아니라, 자기 자신에게 효력이 미치는 공동체의 의사결정과정에도 참여할 권리가 있다는 근거가 되었다. 그 결과 타인에 대한 지시·명령권인 통치권은 국민의 참여와 동의에 의하여서만 정당화된다는 것이다. 그리하여 개인의 자율성이라는 명제에서 논리 필연적으로 도출할 수 있는 지배는 오직 “국민의 통치”였다. 그런데 국민의 통치를 구현하는 구체적 방법이 있어서 로크(Locke)의 국민주권론은 주권이나 주권자를 전제로 하지 않고 신임을 바탕으로 한 위임계약사상과 신임의 실효이론을 전개하여 代議民主主義的 政治思想의 이념적 토대가 되었고, 루소(Rousseau)의 국민주권론은 개인의 자율성과 국민주권의 형식논리를 철저히 관찰하여 주권을 절대무제한의 권력이라고 이해하고 이를 전제로 절대군주에 대항하는 새로운 주권자로서 구성원의 법적 지위가 평등한, 전체로서의 국민의 실체성을 강조하여 국민이 직접 국가의사를 결정하여야 한다는 直接民主主義를 주장하였다.

이와 같은 국민주권의 본질에 관한 견해의 대립으로 “國民의 統治”가 구체적으로 무엇을 의미하는지 그리고 국민의 통치를 실현하기 위한 구체적인 통치형태원리에 관하여 크게 대의민주주의와 직접민주주의가 주장되고 있다.³⁴⁷⁾ 그런데 국민주권을

347) 이외에도 대의민주주의에 직접민주제도를 도입한 혼합민주주의를 생각할 수 있으나, 앞으로 검증하겠지만 직접민주주의원리가 의사결정제도로서 합리성과 권력통제제도로서의

“국민의 통치”를 실현하기 위한 통치질서의 조직원리라고 할 때 “국민의 통치”에 담겨 있는 전제와 함의를 분명히 하지 않으면 “국민의 통치”는 오류에 빠지게 하는 위험한 미사여구가 될 수 있다. 특히 우리 나라에는 주권을 실체적인 것으로 이해하여 이 주권을 국민이 직접 행사하여야 진정한 국민주권과 민주주의가 실현된다는 환상이 헌법학계에 지배적인데, 이는 루소와 특히 칼 슈미트의 헌법이론의 영향을 강하게 받은 결과인데 직접민주주의사상은 그 발상지인 서유럽에서는 이미 오래 전에 극복된 논리인데도 우리 나라에서는 현대 광역국가에서도 직접민주주의가 아직도 실현 가능한 현실인양 아니면 가장 이상적인 국민주권의 구현형태인양 여전히 강조되고 있다. 이런 주장이 과연 헌법이론적으로 타당한 것인지 그리고 헌법현실적 측면에서 직접민주주의이론이 통치형태로서 과연 실현가능한 것인지 검토해보아야 한다. 그리고 국민주권을 실현하기 위한 통치형태 중 어떤 유형이 바람직한 것인가 하는 것은 통치형태가 얼마나 국민주권의 본질에 부합하면서 국민주권의 규범적 의미를 실현할 수 있으며 또한 인간공동생활을 규율하는 통치형태로서 얼마나 현실적 합성을 가지고 있는가 하는 문제이다.³⁴⁸⁾ 따라서 통치형태의 타당성문제는 단순한 논리의 문제만은 아니다. 어떠한 통치형태이론이 훌륭하나 또는 나쁘냐를 평가하는 기준은 이론의 의도가 좋은가, 또는 이론이 논리 정연한가에 있는 것이 아니라 그것이 인간공동생활의 정치현실에서 어떠한 기능을 수행하고 구성원들의 삶에 어떠한 영향을 미치느냐에 달려 있다. 즉 그것이 국민의 자유와 평등을 증진시키고 개인의 자율성을 보장하고 있느냐에 달려 있다고 하겠다. 과연 국민주권의 규범적 의미를 실현하면서도 안정적인 통치형태로서 현실적합성을 가지는 통치형태원리는 무엇인지 검토해보아야 한다.

직접민주주의와 대의민주주의의 기본원리와 각각의 문제점을 살펴본 후 대의민주주의와 직접민주주의의 결합가능성에 관하여 살펴본다.

第 2 節 直接民主主義의 基本原理와 評價

직접민주주의는 고대 그리스의 도시국가나 고대 로마공화정에서처럼 구성원이 먼

효율성을 갖추지 못한 점을 고려한다면 혼합정체는 직접민주제도가 가미된 대의민주주의, 즉 본질적으로 대의민주주의라고 평가하는 것이 타당하다.
348) 정중섭(주 13), 54면; M. Kriele(주 4), 63면.

회나 그 위원회에 모여서 공동체의 공동관심사에 관하여 심의·토론을 한 후 직접 공동체의 의사를 결정하거나 사법권을 행사할 뿐만 아니라 이를 집행할 자를 모두 국민의 직접선거에 의해서 선출하며, 고급공직자는 언제든지 국민에 의해서 소환(Volksabberufung: Recall)되어 해임될 수 있도록 함으로써 국민에 의한 통치권의 직접적 행사형태로 나타나는 통치형태를 의미한다.³⁴⁹⁾ 그래서 직접민주주의를 국민의 직접적인 투표로 국가의 중요문제를 결정한다는 의미에서 국민투표적 민주주의(plebiszitäre Demokratie)라고도 한다.

고대의 도시국가에서의 직접민주주의적 성격은 영토와 인구가 제한되어 있었고 국가가 처리해야 할 사무가 복잡하지 않았던 시기의 자연발생적 현상으로서 고대 어느 민족에게서나 존재하였을 것이라고 추정되고 있다. 그런데 정치공동체의 공간적 범위와 인적 범위가 확대됨에 따라 직접민주주의라는 통치형태는 소규모 국가를 제외하고는 오늘날 찾아볼 수 없다. 근대의 직접민주주의이론은 고대 그리스·로마의 도시국가의 직접민주주의를 역사적 모델로 하여 루소가 그의 국민주권론에 입각하여 이상적인 통치형태로서 이론적으로 재구성한 것이다.³⁵⁰⁾ 대의민주주의가 오랜 동안의 역사적 체험에서 나와 이론적으로 뒷받침된 것이라면, 근대의 직접민주주의 사상은 루소의 국민주권사상에서 이론적으로 주장된 것이라고 할 것이다.

I. 直接民主主義의 基本原理

1. 國民의 自己統治 - 統治者와 被治者의 同一性

(1) 루소의 直接民主主義思想

루소가 “社會契約論”에서 주장한 국민주권론과 직접민주주의사상은, 인간은 자연에서 자유롭고 평등한 사회를 구성하면서 속박과 차별 속에 놓여 있으므로 인간이 사회를 구성하면서도 자유와 평등을 누릴 수 있는 정치공동체의 조직원리로서 국민주권론과 그 통치형태적 실현원리로서 직접민주주의를 주장하고 있는 것이다.

349) 허영(주 1), 218면; 김철수(주 224), 155면.

350) Kielmansegg는 루소의 직접민주주의사상은 합리주의적 자연법의 명제인 개인의 자율성으로부터 논리적으로 연역된 통치형태원리라고 한다. Kielmansegg(주 8), S. 164; 같은 취지, 성낙인(주 9), 46면; 조지 세바인은 루소의 도시국가에 대한 동경은 시대착오적 발상이라고 한다. G. Sabine(주 66), 744면.

즉 인간은 이성적 존재로서 집단 속에서 함께 삶을 영위해야만 하며, 집단생활은 바로 질서를 의미하며 질서는 권력을 필요로 한다. 그런데 권력을 특정인에게 부여하면 권력자의 개인적 이익추구를 위하여 권력을 남용하고 악용할 위험이 있고 이로 인해 구성원의 자유와 평등을 파괴할 위험이 있으므로 권력을 특정인에게 부여할 것이 아니라 모든 구성원(내지는 모든 구성원이 모이는 의회)에게 부여하여야 한다는 것이다. 그렇게 할 때 구성원 상호간의 평등과 자유가 보장된다고 한다. 이때 구성원 각자는 권력행사에 참여하면서 그렇게 성립한 집단적 의사에 따르게 되는데 이것은 결국 자신의 의사에 따르는 것이므로 자유라고 한다.

루소의 직접민주주의사상은 자연상태에서의 인간의 자율성에 바탕을 둔 자유와 평등을 전제로 한다. 그래서 그는 사회를 성립하기 위한 사회계약은 구성원 전원의 만장일치의 찬성을 필요로 한다고 한다.³⁵¹⁾ 그럴 때 각 개인은 사회계약을 통해서 개개의 시민과 구분되는 별개의 주체인 국민이라는 주권자의 불가분의 부분으로서 전체와 동일한 것으로 받아들여지고 一般意思를 형성한다고 한다.³⁵²⁾ 루소는 법률도 일반의사를 가지는 국민이 그 구성원인 시민들과 맺는, 사회적 결합을 위한 계약으로 이해하여 법률의 제정에 구성원인 시민의 참여를 강조하여 國民의 直接立法을 강조하고 있다. 모든 시민이 참여하여 이루어지는 주권자의 입법행위는 일반의사의 정당한 행위로서 모든 시민에게 평등하게 권리와 의무를 부여하며 만민에게 공평하고 전체이익을 도모하는, 선형적으로 정당한 것이라고 한다.³⁵³⁾ 루소는 시민의 절대적 평등을 전제로 시민의 직접입법을 강조하고, 시민의 직접 참여에 의하여 결정되는 국가의사는 항상 정당하다고 주장한다. 그 결과 각 개인은 전체와 결합된 자기 자신에게만 복종하고 이전과 마찬가지로 자유로울 수 있다고 한다. 즉 스스로 만든 법에 복종하는 것은 자유라고 한다.³⁵⁴⁾ 루소는 집행권은 개별적 행위로 성립되기 때문에 국민전체에 속할 수 없으므로 집행권은 대표자에 의하여 대표될 수 있고 대표되어야 하나, 법률은 구성원 전원에게 적용되는 일반적인 것이므로 입법권은 대표자에 의하여 대표될 수 없고 반드시 국민이 직접 제정하여야 한다고 한다. 그래서 법

351) Rousseau(주 69), 139면.

352) 루소는 사회계약이 성립하는 경우 각 계약자의 개인적 이익은 사라지고 정신적이고 집단적인 단체, 즉 공화국 또는 정치체를 구성하는데, 이 공화국에서 주권자는 개개의 시민과 구별되는 집단적 존재이며 여기에서 법률 제정하는 일반의사가 나온다고 하여 개개 시민을 총칭하는 집합개념으로서의 국민을 넘어서 국민이라는 집단이 실제하고 있으며 의사 표현을 할 수 있는 것으로 이해하고 있다. Rousseau(주 69), 35, 79면.

353) Rousseau(주 69), 45면.

354) Rousseau(주 69), 19면, 45면.

틀안의 입안은 입법자가 하더라도 법률안의 확정은 국민이 직접 결정하여야 한다는 것이다.³⁵⁵⁾ 이러한 루소의 정신은 의회가 심의, 의결한 법률안에 대해서 국민이 최종적으로 결정하게 하는 國民票決制度나 의회가 심의, 의결하여 확정된 법률에 대해서 일정기간 내에 일정수의 국민의 요구가 있으며 그 법률의 존속여부에 대하여 국민투표를 붙이게 하는 國民拒否制度로 나타난다.

루소는 의사는 대표될 수 없을 뿐만 아니라, 일반의사는 평등을 지향하는 반면에 個別意思는 본질적으로 不平等性을 지향하는 것으로 이해하고, 대표자의 개별의사가 어떤 특정문제에 대하여 일반의사와 일치할 수도 있으나, 이러한 일치가 지속적이고 항구적일 수 없기 때문에 구성원 전원이 공동체의 의사를 직접 결정하여야 한다고 한다.³⁵⁶⁾ 특히 루소는 代表者는 국민전체의 이익에서 벗어나 특수이익을 추구하는 일반적 경향이 있고, 이를 위하여 인민을 속이고 권력을 남용하여 궁극적으로는 시민의 평등과 자유를 박탈할 소지가 있는 것으로 보아 대의민주주의에 대하여 극히 부정적이다. 그렇지만 루소는 그가 이상으로 생각하는 직접민주주의는 그 당시의 국가규모에서도 실시할 수 없음을 인정하고³⁵⁷⁾ 대안으로 대의민주주의적 구조에 그의 직접민주주의적 사상을 반영하여, 법률안의 입안은 의회가 하더라도 법률안의 확정은 국민이 직접 결정하고, 정부는 의회가 제정한 법률에 따라 구성되어 활동하고 주권자(국민 혹은 의회)에 의해서 언제든지 퇴임시킬 수 있다고 하며, 命命的 委任과 國民召喚³⁵⁸⁾을 기초로 하는 통치형태를 대안으로 생각하였다.³⁵⁹⁾ 이것이 루소 이후 직접민주주의사상을 주장하는 이들의 통치형태의 모범이 되었다.

루소는 그의 국민주권사상에 근거하여 근대 대의민주주의가 형성되던 초기에 누구보다도 강력하게 이론적으로 대의민주주의를 비판하고 직접민주주의를 주장하였다. 루소는 주권의 행사를 스스로 행하지 아니하는 국민은 자유로운 존재가 아니며 노예의 지위에 있다고 하여 영국의 대의민주주의는 “자유제도가 아니라 노예제도”라고 비판하였다.³⁶⁰⁾ 루소에 의하면 공동체의 모든 정치적인 문제에 대해서 주

355) Rousseau(주 69), 123면.

356) Rousseau(주 69), 35면. 루소는 일반의사는 모든 시민이 모인 집회에서 그때 그때마다 형성되는 다수의 의사에 의하여 결정된다고 한다. 따라서 루소에 의하면 국민이 모두 모인 집회에서 모든 국가의사결정이 이루어져야 한다. 루소는 '국민의 통치'라는 이념을 국민의 집회를 통해 실현하려고 한다. 이런 루소의 사상은 칼 슈미트에 의하여 계승되고 있다.

357) Rousseau(주 69), 88면, 125면.

358) Rousseau(주 69), 78, 130면.

359) 정종섭(주 172), 161면.

권자인 국민이 직접 결정을 내리는 것만이 국민주권의 실현이고 대의민주주의는 국민주권의 약화를 의미하였다. 루소의 직접민주주의사상은 누가 누구를 복종시키는 것이 아니며, 누가 누구를 신임하여 통치권을 위임하는 것도 아니라, 인간상호간의 절대적인 평등을 전제로 해서 평등한 계약주체가 자유롭고 평등한 참여에 의해서 일반의사가 형성되어야 하며, 모든 국민의 참여에 의하여 형성된 일반의사는 결국 개개인의 의사와 동일성을 가지게 되어 일반의사에 의한 지배는 구성원 각자의 자기의사에 의한 自己支配라는 것이다. 이런 점에서 루소의 사회계약론은 좁은 복종계약에 의한 절대군주국가도 아니고 로크적 委任契約에 의한 대의제적 국가도 아닌 직접민주주의의 사상적 기초를 제공하였다.³⁶¹⁾ 루소의 사상은 그때까지 국가권력의 지배대상 내지 목적물로 간주되던 國民을 國家權力에 대한 主體的 關係로 변화시킨 점에서 루소의 사상은 혁신적인 것이었다.

(2) 칼 슈미트의 同一性民主主義論

칼 슈미트는 民主主義를 통치자와 피치자, 지배자와 피지배자의 同一性을 실현하는 것으로 이해한다.³⁶²⁾ 그는 정치적 통일체의 구체적 형성에는 代議原理와 同一性原理(Prinzip der Identität)가 모두 필요한 것으로 이해하면서도, 보통선거제의 확립으로 국민의 정치적 평등이 확립되었고 이에 따라 국민의 의사를 수렴하는 정당이 발달하여 국가의사결정에 있어서 경험적 국민의사가 중요하게 되어 의원의 정당기속현상이 나타나 被治者와 統治者의 同一性이 형성되었다고 한다. 즉 대표하는 자와 대표되는 자간의 평등과 동질성(Gleichartigkeit)을 바탕으로 하는 피치자와 통치자의 동일성원리³⁶³⁾ 때문에 대의원리는 소멸되게 되었다고 생각한다.

360) Rousseau(주 69), 122면.

361) 허영(주 1), 158면 이하.

362) C. Schmitt(주 254), 257면.

363) C. Schmitt(주 254), 257면 이하. 칼 슈미트의 동일성민주주의이론은, 국민의 평등의 보장 특히 보통선거제도로 인한 국민의 정치적 평등으로 국가의사결정과정에 참여에 있어서나 국가의사결정의 내용과 결과에 있어서나 국민상호간에는 물론이고 통치자와 피치자간에는 차별이 없고 실질적으로 평등함을 전제로 한다. 그는 정치적 생활영역에 어떤 종류의 우월적인 것을 도입하는 것은 높음과 낮음, 선민과 비선민 등의 질적 차이를 초래할 수 있기 때문에 이에 반대하고, 정치적 평등사상의 표현인 보통·평등선거제도를 찬양한다. 또한 그는 이런 극단적 평등사상에 입각하여 자연적 통일체(사회)와 정치적 통일체(국가)의 동일성을 민주주의와 정치적 통일의 전제로 이해하고 있다. 같은 책, 287면.

칼 슈미트는 군주제, 귀족제, 민주제의 분류를 지배자의 수를 기준으로 이해하는 것은 타당하지 않다고 하면서 모든 국가형식의 분류는 동일성원리와 대의원리의 차이에 귀결된다고 한다.³⁶⁴⁾ 칼 슈미트는 국가에는 지배와 피지배가 존재할 수밖에 없음을 인정하면서 정치공동체에서 지배와 피지배가 함께 존재한다는 것은 代議와 同一性이라는 두 원리의 결합을 의미한다고 한다.³⁶⁵⁾ 그래서 그는 정치적 생활의 실제에 있어서 동일성원리의 모든 구조적 요소를 포기할 수 있는 국가 또는 대의원리의 모든 구조적 요소를 포기할 수 있는 국가는 없으며, 절대적인 동일성을 실현하려는 노력이 행하여지는 곳에서도 대의의 요소와 방법은 회피할 수 없다고 한다. 동일성과 대의는 상호 배제하는 것이 아니고, 정치적 통일체의 구체적 형성에 관한 두 개의 대립되는 지향점에 불과하다고 한다.³⁶⁶⁾ 또한 국민은 정치적 통일체로서 현실적인 크기로 존재하면서 통일된 정치의사를 가지고 통일된 정치활동을 할 수 있다고 전제하고 있다.³⁶⁷⁾ 민주정에서는 선거권이나 투표권을 가지고 있는 국민이 주권자인 정치적 통일체로서 국민을 대의하는 것이라고 이해한다. 왜냐하면 선거권자는 독립적이고 지시와 위임에 구속을 받지 않고 전체의 대의로서 국가의사결정과정에 참여하기 때문에 전체의 대표자로서 생각되어야 한다고 한다.³⁶⁸⁾ 그런데 민주정에서는 국민이라는 정치적 통일체가 군주나 귀족 등 특정 개인에 의하여 표현되는 것이 아니라 모든 국민의 국가의사결정에의 참여는 국민을 대의한다는 의미를 넘어서 현존하는 국민의 정치적 통일체로서의 자기 자신과 동일성을 나타내는 것이라고 한다.³⁶⁹⁾ 대의한다는 것은 보이지 않는 존재를 공적으로 현존하는 존재를 통해서 보일 수 있게 하는 것인데 민주제에서는 국민은 현존하지 않을 수 없기 때문에 국민은 대의될 수 없다고 한다.³⁷⁰⁾ 심지어 個人·秘密投票로 나타나는 국민의사는 사

364) C. Schmitt(주 254), 225, 236면.

365) C. Schmitt(주 254), 237면.

366) C. Schmitt(주 254), 226, 237면.

367) 루소는 소규모 국가를 전제로 하여 국민 모두가 입법부의 구성원이 된다는 점에서 전체로서의 국민이 현존하는 것으로 이해하고 있지만, 칼 슈미트는 국민은 헌법제정권력의 주체이므로 정치적 통일체로서의 국민의 정치적 활동가능성과 의의가 소멸하는 것은 아니며, 국민은 미리 규정된 규범이나 단순한 의제를 통해서가 아니라 輿論의 형태로 직접적으로 활동하며, 국민은 본질적으로 국가기관화 되어 있지 않고 조직되어 있지 않은 채, 현존하는 실제적 크기로 존재하면서 통일된 의사를 가지고 통일된 행동을 할 수 있다고 한다. C. Schmitt(주 254), 265면.

368) C. Schmitt(주 254), 227면.

369) C. Schmitt(주 254), 225, 236면.

적 의사의 합계에 불과하고, 진정한 국민의사는 전 국민이 한 자리에 실제로 모여서 갈채와 야유 속에서 형성되고 표현된다고 한다.³⁷¹⁾ 국민이 실제로 집합할 때 비로소 잠재적으로 정치적 존재가 될 수 있으며, 국민이 실제적으로 집합하고 있는 인민으로서 현존하고 있는 순수민주정에서는 최고의 동일성이 실현된다고 한다. 실제적으로 집합하고 있는 인민만이 비로소 인민이라고 할 수 있다고 한다. 즉 갈채하고 외침으로써 그의 동의 또는 거부를 표시할 수 있고 만세 또는 야유를 외치고, 지도자의 선택이나 공동관심사에 대한 결정을 환호 내지 침묵 또는 야유로 승인·거부할 수 있을 때 진정한 국민의사가 형성된다고 한다.³⁷²⁾ 이런 맥락에서 개인·비밀투표는 자유주의적 개인주의의 표현일 뿐이고 민주정의 정치원리와 모순된다고 한다.

이처럼 칼 슈미트는 각 국가에서 양자 중 어느 하나가 우세할 수 있지만 양자는 모두 인민의 정치적 실존의 불가결의 요소로 이해하면서도 칼 슈미트는 대의민주주의는 근본적으로 동일성원리와 대립적인 반민주적 요소로 보고 결국 소멸되어야 한다고 본다.³⁷³⁾ 왜냐하면 칼 슈미트는 대의민주주의는 의회의 형성으로 비롯되었는데, 그가 강조하는 국민의 정치적 평등이라는 기준에서 보면 의회는 처음부터 국민의 보통·평등선거로 구성되는 것이 아니고 제한·차별선거제에 입각하여 구성되었으며 의원의 무기속위임적 지위를 인정하는 등 비민주적 요소를 포함하고 있어 의회는 민주제적 기관이 아니라 귀족제적 요소를 갖는 기관이기 때문이다.³⁷⁴⁾ 그런데 보통선거제의 확립으로 국민의 정치적 평등이 확립되었고 이에 따라 정당이 발달하여 경험적 국민의사가 중요하게 됨으로써 국민의 의원에 대한 통제가 강화되고 국가의사결정에 국민이 직접적인 영향을 미치게 되었고 이로 인하여 의원은 유권자나 이익단체의 종속적인 대리인이 지나지 않으므로 대의하는 자와 대의되는 자간의 平等과 同質性を 바탕으로 하는 同一性原理의 실현으로 代議原理는 소멸되게 되었다고 생각한다. 오늘날 의회에 대한 정당조직의 우월성은, 의회는 대의원리에 입각하

370) C. Schmitt(주 254), 230, 266면.

371) C. Schmitt(주 254), 266, 7면.

372) 이것은 칼 슈미트의 동일성민주주의사상의 집회민주주의적 성격을 잘 보여준다. 이것은 모든 국민이 한 자리에 모여 국정을 논하고 국가의사를 결정할 때 비로소 모든 국민의 정치적 평등을 실현할 수 있다는 생각에서 비롯된 듯하다.

373) C. Schmitt(주 254), 239면.

374) C. Schmitt(주 254), 238, 239면. 그러나 무기속위임원칙을 비민주적 요소라고 하는 칼 슈미트의 주장은 선거구민의 경험적 의사를 강조하는 기속위임원칙을 인정하면 인민의 실질적 동질성에 근거한 政治的 統一體의 思想과 社會와 國家의 同一性原則에 위배된다고 하여 기속위임원칙을 배척하는 태도(287면)와는 모순된다.

고 있지만 政黨은 인민의 단순한 일부분에 불과하지만 인민의 여론을 수렴하고 이를 국가의사결정에 반영함으로써 동일성원리에 입각하고 있기 때문이라고 한다. 따라서 의회는 그 대의성을 이미 상실하고 있다고 평가하고 있다.³⁷⁵⁾ 즉 칼 슈미트는 오늘날 의원은 정당의 결정에 기속되어 있고 의회의 의결은 정당수뇌부간의 비공식적 회합에서의 타협을 추진하는 것에 불과하여 의회에서 토론과 의사결정과정의 공개성은 소멸되었으므로 의회와 의원의 대의성은 소멸되었다고 한다.³⁷⁶⁾

칼 슈미트는 정치적 평등의 확립으로 통치자는 인민이 접근할 수 없는 자질에 근거하는 것이 아니라 지배받고 또 그 자신 통치자가 될 수 있는 사람들의 위임과 신임에 근거함으로써 민주주의는 인민의 자기지배를 실현한다고 한다. 칼 슈미트는 보통·평등선거제도의 확립 등 국민의 정치적 평등으로 대의민주주의에서도 통치자와 피치자가 동일한 통치형태가 실현되었다고 이해한다. 그래서 슈미트의 이론에서는 모든 영역에서의 평등과 모든 국민이 평등하게 의사를 반영할 수 있는 제도를 강조한다. 즉 보통·평등선거제도, 선거주기의 단축, 선거연령의 인하로 인한 선거권의 확대 등을 내용으로 하는 선거제도와 국민투표제도, 그리고 의회해산제도, 국가원수에 대한 직접선거 등이 중요한 의미를 가지게 되는 것도 이 때문이다.³⁷⁷⁾

2. 權力集中思想

루소의 국민주권사상과 직접민주주의사상에 의하면 국민(국민전원으로 구성되는 의회)이 헌법을 비롯한 공동체의 모든 법률과 정책을 결정하고, 집행부는 의회의 신임에 따라 구성되고 의회가 제정한 법률에 구속되고 의회가 제정한 법률과 정책을 집행하는 단순한 기술적 기능에 국한되고 국민(국민전원으로 구성되는 의회)에 의해서 임명되고 소환되는 등 의회우위의 통치구조가 나타나게 된다.³⁷⁸⁾ 루소의 직접민주주의사상을 통치구조의 조직에 반영하려고 하는 경우 통치구조의 조직에 있어서 국민과 국가기관간의 가능한 한 최대의 동일성을 요구하게 되고, 순수한 형태의 동일성민주주의를 실현하는 것이 불가능하다면 가능한 최대한의 동일성이라는 원칙에

따라 관념상으로는나 통치구조를 조직한 것이 會議政府制와 評議會民主制이다.³⁷⁹⁾ 회의정부제와 평의회민주제는 루소의 직접민주주의사상과 집행부분신사상에서 유래한 것으로³⁸⁰⁾ 그 기본원리는 대의원리를 매개로 한 국민의 통치가 아니라 동일성원리를 매개로 한 국민의 자기지배인 것이다.³⁸¹⁾ 여기서에서 대의제적 구조는 현실적이고 기술적인 이유로 불가피하게 수용된 것에 지나지 않는다.

會議政府制는 국민에 의하여 선출된 유일한 대의기관인 의회가 집행부와 사법부의 우위에 서서 다른 국가기관에 대한 절대적 지배자로 기능하는 통치구조의 조직원리이다. 국민에 의하여 주기적으로 선출되어 국민에 대해서만 책임을 지는 의회가 다른 국가기관보다 우월하여 집행부는 의회에 완전히 예속되어 의회의 결정사항을 의회의 지시와 감독에 따라 단순히 집행하는 기관에 불과하고 집행부는 아무런 독자적인 고유권한을 가지지 못하며 의회는 임의로 집행기관을 임명하고 해임할 수 있으나 정부는 의회를 해산할 수 없는 정부형태원리이다.³⁸²⁾

評議會民主制(Rätedemokratie)의 유형은 역사적으로 다양한 형태로 나타나지만³⁸³⁾ 그 본질적 특징은 權力統合과 羈束委任에 있다.³⁸⁴⁾ 즉 평의회민주제는 국민의 직접적인 자기통치를 추구하는 통치형태로서 입법권과 집행권을 분리하지 않고 중앙의 최고평의회에 귀속시키는 권력통합의 통치조직원리이다. 중앙의 최고평의회는 입법기관임과 동시에 최고의 집행기관이다. 그런데 보통은 평의회에 대하여 책임을 지고 평의회에 의하여 언제나 소환가능한 정부가 존재한다. 중앙의 최고평의회는 국민의 직접선거에 의하여 구성되지 않고 間接選舉에 의하여 구성된다. 예컨대 국민의 직접·보통선거에 의하여 기초단위(구·읍·면)의 평의회 위원을 선출하고, 기초단

375) C. Schmitt(주 254), 270면.

376) C. Schmitt(주 254), 347면.

377) 슈미트는 국민의 자기통치를 실현하기 위해서 전형적인 정치적 작용인 입법작용과 통치작용은 물론이고 비정치적인 행정작용과 사법작용의 영역에까지 국민의 참여를 확대할 것을 주장한다. C. Schmitt(주 254), 296면 이하.

378) Rousseau(주 69), 78면, 81면, 130면.

379) M. Kriele(주 4), 307면.

380) 성낙인, "프랑스헌법사소고" 「사회과학연구」 제10집 제2권 (영남대학교 사회과학연구소, 1990. 12), 49면.

381) 장영수(주 2), 88면; M. Kriele(주 4), 302면; Herzog(주 282), II, Rn. 67.

382) 그 외에도 국민의사는 하나라는 생각에서 양원제의회는 원칙적으로 회의정부제와 조화될 수 없고, 의회 의장이 대의적으로 국가를 대표하는 국가원수의 역할을 하므로 원칙적으로 대통령이나 군주가 필요하지 않은 정부형태원리이다. 역사적인 선례로 영국의 장기의회(1640-1649)때의 통치체제, 프랑스 1793년의 국민공회체제, 그리고 구 소련을 비롯한 공산국가의 통치체제가 여기에 해당한다. 허영(주 1), 920면; K. Loewenstein, *Verfassungslehre* (1959), 김기범 (역) 「현대헌법론」 (서울: 교문사, 1973), 90면.

383) 평의회민주제는 1871년의 프랑스의 파리 코뮌에서 비롯된 통치형태로서 그 후 주로 혁명기나 변혁기에 의식적으로 인용되었다. 1905년, 특히 1907년 러시아 노동자 소비에트, 1918-1919년의 베를린 및 뮌헨 평의회, 1919년의 헝가리 평의회 등이 그 예이다. M. Kriele(주 4), 307면.

384) 허영(주 1), 919면.

위 평의회에서 다시 상급단위(시·도) 평의회를 구성할 대표를 선출하여 상급단위의 평의회를 구성하고, 상급단위의 평의회는 중앙의 최고평의회를 구성할 대표자를 선출한다고 한다. 보충성원칙에 따라 기초단위 내지 상급단위의 평의회에 가능한 한 광범위한 자치를 허용하고, 중앙의 최고평의회는 여타 소수의 주요기능에 국한된다고 한다. 즉 보충성의 원리에 따른 권한배분의 범위 내에서 평의회는 입법, 행정, 사법에 대한 전면적 관할권을 가진다고 한다. 이것이 소위 民主的 集中制라는 것이다.³⁸⁵⁾ 따라서 직접민주주의의 통치형태에서는 입법·집행·사법의 구분은 단순한 기능의 구분에 불과할 뿐, 국가기능에 따른 통치권의 민주적 정당성의 확보와 통치권의 절차적 정당성의 확보라는 의미는 없게 된다.³⁸⁶⁾

회의정부제는 권력통합을 추구하면서도 의원에 대한 기속위원칙을 인정하지 않는다는 점에서 권력통합과 기속위원칙을 원칙으로 하는 평의회민주제와 다르다고 할 수 있다. 또한 평의회민주제는 최고의사결정기관이 간접선거로 구성되나 회의정부제에서는 의회가 국민의 직접선거로 구성된다는 차이가 있다. 그러나 양자는 모두 의회에 권력을 집중하여 모든 국가권력을 의회의 통제하에 둔다는 공통점이 있다. 즉 의회정부제나 평의회민주제는 루소의 직접민주주의사상에 입각해서 민주적으로 선거된 회의체를 유일한 권력의 주체로 하는 통치형태로서 극단적인 민주주의와 철저한 공화주의를 추구하는 통치형태라고 할 수 있다.³⁸⁷⁾

3. 政策決定權의 羈束委任

루소는 그의 사회계약론에서 정부구성원에 대한 국민이나 입법부에 의한召回을 인정하였으나,³⁸⁸⁾ 의원에 대해서는 기속위원칙이나 국민소환의 가능성에 대하여는 「폴란드 정부론」에서 이를 밝히고 있다. 루소는 불가피하게 대의민주주의가 인정되더라도 보통·평등선거가 인정되어야 하고, 의원은 소속 선거구의 수입자로서 의원은 선거구의 지시에 복종하여야 하며 의회에서의 발언과 표결에 대하여 선거구민에게 책임을 지며 소속 선거구의 선거인단은 의원이 선거구의 지시에 위반하면 언제든지 의원을 파면할 수 있고 그 행위를 무효로 할 수 있어야 한다고 한다. 루소는

385) M. Kriegl(주 4), 309면; Herzog(주 282), II, Rn. 66ff.

386) 유사한 취지: 김철수(주 224), 155면.

387) K. Loewenstein(주 382), 90면; 허영(주 1), 919면.

388) Rousseau(주 69), 78면, 130면.

의회 부패를 방지하기 위하여 의원의 임기단축, 선거구의 지시에 기속되는 기속위원칙, 의회에서의 의원의 활동에 대한 의원의 선거인에 대한 보고의무를 제안하고 있다.³⁸⁹⁾ 결국 루소가 생각하는 의원의 역할은 의원은 國民의 代表가 아니라 選舉區의 受任者이며 의원은 선거구민의 의사를 의회에 전달하는 使者에 불과한 것이다.³⁹⁰⁾ 다만 루소는 예정되지 않은 사항에 대해서는 선량한 시민의 입장에서 의견을 진술하더라도 선거인은 그를 유죄로 할 수 없다고 하여 예정되지 않은 사항에 대해서 의원의 결정권을 인정하고 있다.³⁹¹⁾

기속위원칙과 국민소환제도는 탈 중앙집권적이고 직접민주주의의 실현을 위하여 국민에 의한 대의기관을 비롯한 공직자를 지속적으로 통제할 수 있어야 하고 국민이 언제든지 책임을 추궁할 수 있어야 한다는 사상에 근거한다.³⁹²⁾ 기속위원칙은 국민소환이라는 제재효과를 통해서 실현 가능하게 되므로 기속위원칙과 국민소환은 서로 불가분의 관계에 있다. 기속위원칙과 국민소환제도를 통하여 대의기관의 의사결정과 활동이 투명하게 되고 대의기관의 담당자가 국민의 의사로부터 분리되는 것을 저지하는 작용을 한다고 한다. 그래서 대의민주주의의 문제점이라고 지적되는 대의기관의 담당자에 의해 결정되는 국가의사와 국민의사의 상이함을 극복할 수 있고 寡頭制化 또는 官僚化를 방지할 수 있다고 한다.³⁹³⁾

II. 直接民主主義의 憲法學的 評價

1. 憲法理論的 問題點

389) J.-J. Rousseau, *Considération sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, en avril, 1772, chap. VII, p.978ff. 조병윤(주 24), 61면 이하에서 재인용. 조병윤은 직접민주주의에서도 의회제도는 불가피하지만 그것이 직접민주주의의 실질을 해치지 않도록 하기 위해서는 의원에 대한 사전통제제도로서 강제위원칙과 국민발안을 겸비한 국민투표제도가 불가결하다고 한다. 같은 논문, 60면 이하.

390) 이는 중세 신분회의(Ständeversammlung)와 유사하다.

391) J.-J. Rousseau, *Ibid.*, Chap. VII, pp. 979-980, 조병윤(주 24), 62면에서 재인용. 선거인의 예방조치(훈령 또는 지시)가 있었다면 의회와 선거인집단간에 권한의 저속이 있어서는 아니되며 따라서 법률이 정규의 의회에서 가결되었을 경우에는 선거인집회라 할지라도 이를 재기할 권리는 인정되지 않는다고 한다. 이점에 대해서 趙柄倫은 루소의 직접민주주의사상의 불철저함이라고 평가하기보다는 당시의 교룡·통신수단을 고려할 때 불가피한 것으로 평가한다. 조병윤(주 24), 63면.

392) M. Kriegl(주 4), 309면; R. Scholz(주 302), S. 17; Paul Kevenhörster, *Das imperative Mandat* (Frankfurt/New York: Herde & Herde, 1975), S. 20.

393) Paul Kevenhörster, a.a.O., S. 20.

(1) 權力集中思想의 問題點

직접민주주의이론은 국민의 직접 참여를 강조하고 논리적 귀결로 국민의 경험적으로 확인된 국민의사를 강조한다. 그 결과 다수결로 나타나는 국민의사를 절대시하고 경험적 국민의사를 대변하는 국가기관에의 권력집중을 추구한다. 즉 루소의 국민주권사상과 이에 입각한 의회정부제나 평의회민주제이론에 의하면 전체로서의 국민 내지 국민의 경험적 의사를 대표하는 의회가 헌법을 비롯한 공동체의 모든 법률과 정책을 결정하고 정부의 성립과 존속을 결정하는 등 의회에의 권력집중을 추구한다. 그런데 루소 자신도 그가 이상으로 생각하는 직접민주주의에서는 입법권자가 행정권까지 장악하려고 하는 경향이 있다고 지적하면서 그렇게 될 경우 규칙은 사라지고 무질서상태가 그 뒤를 이을 것이며 그 결과 국가는 전체나 무정부상태로 추락할 것이라고 경고하고 있다.³⁹⁴⁾ 동일성이론은 국민에 의하여 선출되는 유일한 대의기관인 의회에 권력을 집중하여 국민의 자기지배를 실현하고자 하나, 헌법현실은 오히려 자유가 현실적으로 존립하기 위한 제 조건(통치권의 법기속성, 권력분립제도, 소수보호의 정신, 대의기관의 자주적 결정권)을 파괴한다. 실현조건을 무시한 동일성민주주의이론의 자기지배의 이념이야말로 자기지배의 부정을 초래한다.³⁹⁵⁾

(2) 國民實在說의 問題點

직접민주주의이론은, 정치공동체의 형성과 유지를 위한 의사 내지 결단의 구체화라는 면에서 볼 때, 국민이 국가적 문제를 스스로 결정한다고 하지만, 국민은 스스로 결정을 내릴 수 있는 어떠한 실체를 가지고 있지 않다. 즉 국민은 통일된 활동하는데 필요한 통일된 의지도 갖고 있지 않으며, 통일된 행동을 할 수 있는 行爲能力을 가진 機關이나 집단도 아니다. 국민은 다양한 개성과 능력과 이해관계를 가지는 무수한 개개인의 집단을 표현하기 위한 抽象的·理念的 統一體로서 관념적 크기(ideelle Größe)이므로³⁹⁶⁾ 국민은 어떤 통일된 의사도 선형적으로 갖고 있지 않으며,

394) Rousseau(주 69), 제3부 제1장.

395) M. Kriele(주 4), 298면. 칼 슈미트는 기본권과 권력분립을 현대 법치국가의 본질적 구성 부분이라고 강조했지만, 개인·비밀투표를 배척하고, 전 국민이 한 자리에 실제로 모여서 갈채와 야유 속에서 국민의사가 형성되고 표현되어야 함을 강조함으로써 히틀러(Hitler)의 법률적 불법을 초래하는데 기여하였음을 유념하여야 한다.

국민개개인의 다양한 의사와 태도들 속에서 형성되며 변화되는 것이다. 국민들 사이에 존재하는 다양한 의사와 태도들은 한편으로는 정신적이고 물질적인 다양한 사정의 영향을 받으면서 형성되고, 다른 한편으로는 다른 국민의 의사와 태도들로부터 서로 영향을 받으면서 형성된다. 본질적으로 중요한 것은 국민의 의사와 태도들은 이미 존재하고 있어서 인식될 수 있는 것이 아니라 오히려 형성이 필요하다는 사실이다.³⁹⁷⁾ 이처럼 추상적·이념적 통일체로서의 국민은 의사라는 것을 애당초 가질 수 없으며 따라서 추상적·이념적 통일체로서의 국민은 그 의사를 직접 표현 할 수도 없기 때문에 중개를 통한 구체화를 필요로 한다.³⁹⁸⁾ 또한 추상적·이념적 통일체로서의 국민을 실질상 국가로 이해하는 경우, 여기서 국민의사란 국가의사인데 관념적 크기에 불과한, 추상적·이념적 통일체로서의 국민이 직접 국가의사를 결정할 수 없는 것이며, 국가 또한 추상적 제도이므로 국가 스스로 국가의사를 결정할 수 없으므로 정치공동체의 형성과 유지를 위한 의사 내지 결단을 위해서는 구체적 인간에 의한 중개를 필요로 한다. 즉 국민의사는 완성된 것이 아니라 구체화를 필요로 하는 것이다. 그리고 국민개개인의 참여로 결정되는 국민의사라고 하더라도 그것은 심리적·경험적 의사와 구별되는 국민의사로서 이 때의 국민의사는 그 때 그 때 존재하는 개개인 의사의 단순한 총합이 아니라 공공복리를 지향하는 一般意思를 의미한다.³⁹⁹⁾ 그런데 국민의사는 자발적으로 국가행위의 기초로서 작용할 수 있는 내용이 나 지침이 되는 것이 아니다.⁴⁰⁰⁾ 그래서 국민의사를 구체화하기 위한 계기가 필요한데, 그런 계기가 바로 선거, 국민투표, 국민발안, 언론·출판·집회·결사의 자유에 근거한 여론 등이다. 이에 의하여 국민의사는 예비형성 된다.⁴⁰¹⁾ 이때 어떤 계기로 국민의사가 예비형성 되는가가 중요하다. 예를 들어 국민투표의 경우 어떤 상황에서 어떤 대상에 대하여 어떤 형식으로 국민에게 제기되는지가 중요한데, 대개 국가기관에 의해 투표할 의제가 정해져서 국민에게 제시된다. 국민은 제기된 의제에 대하여

396) 허영(주 1), 198면, 760면; (주 2), 137면; 정종섭(주 172), 151면 이하 참조; Rhinow(주 233), S. 173.

397) Rhinow(주 233), S. 173; K. Hesse(주 218), Rn. 133.

398) Böckenförde(주 324), Rn. 4.

399) Böckenförde(주 324), Rn. 4; Kielmansegg(주 8), S. 237ff.

400) Böckenförde(주 324), Rn. 4.

401) 국가의사란 국민의사를 참작하여 이를 바탕으로 하여 결정되어야 한다는 의미에서 국민의사의 형성을 국가의사형성에 대한 관계에서 예비형성으로 표현하고 있다. Hesse도 유사한 취지로 언급하고 있다. Hesse, Rn. 149, U. Scheuner, "Der Staat und die intermediären Kräfte", in: *Zeitschrift für Evangelische Ethik* 1 (1957), S. 34ff.

승인하거나 거부하는데 제한된다.⁴⁰²⁾ 국민발안에 기인한 국민투표의 경우에도 국민 발안은 발의할 수 있는 영향력과 조직을 갖춘 일정한 세력에 의해서만 현실화된다 는 점에서 국민전체의사의 결과라고 할 수 없다.⁴⁰³⁾ 또한 국민의사는 직접적으로 국가행위의 지침으로써 작용할 수 있을 만큼 구체성이나 명확성을 가지고 있는 것은 아니다.⁴⁰⁴⁾ 그래서 국민의사가 구체적 명확성을 가져서 구성적 효력을 가질 수 있기 위하여 구체화를 위한 국가기관을 필요로 한다.

주권실체설을 바탕으로 하는 동일성민주주의이론은 '통일된 전체로서의 국민'이라 든지 국민전체의 '통일된 유일한 정치의사'를 전제로 하지만 이는 정치현실과 거리가 먼 하나의 의제에 불과하다.⁴⁰⁵⁾ 정신적·이념적 통일체로서의 국민의 정치적 현존을 주장하는 견해는 국민주권을 추구하는 통치질서에서 국민 개개인이외의 어떤 새로운 주체, 즉 국민이라는 집단의 주권성을 주장하는 것으로 이는 국민주권을 이해함에 있어서 오류에 빠지게 할뿐만 아니라 헌법현실에서 국민전체의 이익이라는 이유로 국민개인의 기본권을 무시할 수 있는 위험한 미사여구이다.⁴⁰⁶⁾ 따라서 국민전체가 정신적·이념적 통일체로서 현존하면서 하나의 통일된 의사를 가지는 것으로 이해하는 전체에서 국민전체가 주권자라고 하는 집단적 주권자라는 사고에 입각한 직접민주주의이론은 개인의 자율성(Autonomie)을 전제로 하는 근대 국민주권 이념에도 모순되며 그 결과 동일성이론으로 달성할 수 있으리라고 기대했던 국민의 자기지배와 자유를 전혀 실현할 수 없다.⁴⁰⁷⁾

(3) 統治者와 被治者의 意思의 同一性理論의 問題點

통치자와 피치자의 동일한 통치형태를 국민주권의 진정한 구현형태라는 루소류의 직접민주주의사상은 피치자가 통치자의 의사에 복종하는 것은 결국 일반의사의 형태로 나타나는 자기 스스로의 의사에 복종하는 것이라고 설명함으로써 통치자와 피치자의 의사의 동일성과 국민의 자기지배를 주장한다. 그러나 의지나 의사가 대표될

402) 최대권, "의원의 임기제한과 그 합헌성-미국 캘리포니아주 대법원의 합헌판결을 중심으로-" 「미국헌법연구」 제2호 (1992), 79면; 전광석, "민주주의의 실현구조와 국민투표" 「고시연구」 (1989.5), 66면 이하.
403) Böckenförde(주 324), Rn. 5.
404) Rhinow(주 233), S. 173.
405) 허영(주 1), 198면; Rhinow(주 233), S. 172-3.
406) Kielmansegg(주 8), S. 248.
407) Kielmansegg(주 8), S. 243ff..

수 없는 것과 마찬가지로 의사나 의지의 동일함을 추정하는 것은 이론적으로나 현실적으로 불가능하고 따라서 국민의 자기지배도 허구에 불과하다.⁴⁰⁸⁾ 의지는 자신의 의지이거나 타인의 의지일 뿐이지 그 중간의 다른 것은 존재할 수 없기 때문이다. 또한 직접민주주의에서 개인의 자율성에 입각한 국민 개개인의 자기결정이 국가의 사결정의 기초가 되는 것은 사실이지만, 그렇다고 국가의사가 바로 개개인의 자기결정은 아니므로 국가의사결정에의 참여를 이유로 국가의사결정을 개인의 자기결정과 동일시해서는 안 된다. 왜냐하면 구성원을 규율하는 집단의 권한은 제3자의 지시명령권과 다름없으므로 개인이 자기 자신을 결정할 권리와 결코 동일시할 수 없기 때문이다. 통치하는 자와 통치 받는 자의 동일성은 개인의 자기결정과 국가의 국가의사결정의 동일성을 의미하는데, 이런 동일성은 어떤 조건에서도 실현될 수 없는 것이다.⁴⁰⁹⁾

또한 동일성이론은 국민전체가 하나의 '통일된 전체'로서 '유일한' 정치적 의사를 갖는다는 의제에서 출발하기 때문에 정치적인 견해의 차이 내지는 의견의 대립 같은 것은 처음부터 상상할 수도 없고 따라서 小數保護의 精神이 무시되기 쉽다.⁴¹⁰⁾ 동일성이론은 다양한 개성과 능력과 이해관계를 가진 무수한 인간의 집단을 하나의 사회공동체내에서 완전히 통합시켜 하나의 통일된 정치적 의사를 갖는다는 것을 전제로 하는데 이는 실현불가능하며⁴¹¹⁾, 설사 가능하다고 하더라도 동일성이론은 처음부터 전체국민이 하나의 의사를 가지는 통일된 전체로 간주하고 이런 전체에서 가능한 국민의 자기지배를 국민주권을 구현하는 이상적인 통치형태라고 이해하는데, 이것은 민주적 통치구조에 의해서 비로소 달성되어야 하는 정치현실을 오히려 전체로 하고 있는 것이다.⁴¹²⁾ 그리고 동일성이론은 통치자와 피치자를 동일시할 뿐만 아니라 국민의 이해관계와 국가의 이해관계를 동일시하고⁴¹³⁾ 그 결과 國家와 社會를

408) 정종섭(주 172), 173면; 장영수(주 2), 94면; Kielmansegg(주 8), S. 245.
409) Kielmansegg(주 8), S. 243ff.; 이병훈(주 240), 237면. 따라서 국민주권주의 내지 민주주의 원리=자기결정의 원리=자기구속의 원리=치자와 피치자의 동일성이론이라는 명제로 이해하는 견해는 타당하지 않다. 예컨대, 박병섭(주 285), 142면.
410) 동일성이론에 의하면 다수의 의사를 국민전체의 의사로 의제하여 다수가 소수를 억압하고 소수 위에 군림하는 통치형태가 되기 쉽기 때문이다. 허영(주 1), 200면.
411) 허영(주 1), 198면.
412) 허영(주 1), 198면.
413) 이것은 루소가 일반의사는 언제나 공명정대하고 항상 공익을 지향한다고 주장한 것에서 유래한다. Rousseau(주 69), 40면. Ernst Fraenkel도 직접민주주의적 통치형태의 이상형은 "통일된 국민의사가 현존하고 통일된 국민의사는 선형적으로 전체의 이해관계와 일치한다는 것을 고정불변의 전제로부터" 나온다고 지적하고 있다. "Die repräsentative und die

동일한 것으로 간주하여⁴¹⁴⁾ 개인과 사회의 自律性과 獨立性을 부정하는데 이르기 쉽다. 이런 이유로 직접민주주의론이나 동일성이론은 全體主義나 專制主義的 統治形態를 뒷받침하는 이론으로 악용될 우려가 있다. 통치자와 피치자가 동일하며 국민이 통일된 전체로서 하나의 정치적 의사를 가진다는 동일성이론에 의할 때 통치권에 대한 어떠한 제한도 허용될 수 없을 것이며 따라서 국가권력으로부터의 기본권보장도 무의미해질 것이다.⁴¹⁵⁾ 동일성이론은 국민의 동의나 결단이 있으면 무엇이든지 할 수 있다는 논리에 홀려 法治國家原理와 民主主義原理의 理念的 斷絶을 초래하게 된다.⁴¹⁶⁾

(4) 國民意思의 先驗的 公共福利指向性的 問題點

동일성이론은 공공복리가 선험적으로 존재하고 있으며 인간은 이성적이고 도덕적이기 때문에 누구든지 합리적 토론에 의하여 공공복리 내지 국민전체의 이익을 알아 볼 수 있음을 전제로 하여 사익과 공공복리의 동일성을 주장하고, 그럼으로써 다수와 소수 사이에는 어떤 갈등도 발생할 수 없게 된다. 루소의 一般意思論은 결국 국민의 통치가 자동적으로 공공복리를 실현한다는 믿음에 바탕을 둔 것으로, 그럼으로써 국민의사 내지 국가의사는 공공복리를 실현하기 위한 개방적인 투쟁의 산물이 아니라 이미 주어진 공공복리를 단지 이성적으로 인식하고 확인하는 것이라고 이해한다.⁴¹⁷⁾ 그러나 공공복리는 선험적으로 존재하는 것이 아니며 또한 순수한 통찰을

통해 획득될 수 있는 것도 아니며 오히려 갈등과 다원적인 대립상황 속에서 “싸워 얻는” 것이다. 즉 공공복리는 이해관계의 대립을 전제로 사상의 자유와 언론의 자유와 공적 비판의 자유 그리고 야당의 존립과 활동의 보장을 통한 서로 대립하는 정치세력이 상호견제와 상호교정하는 시행착오의 과정에서 발견, 형성되는 것이다.⁴¹⁸⁾ 선험적 공공복리를 주장하는 전제는 결국 개개인의 사상의 자유와 개성신장을 부장하여 전체주의를 뒷받침하는 이론으로 전락할 것이다.⁴¹⁹⁾

(5) '自己支配는 自由'라는 명제의 誤謬

동일성이론에 의하면 공공복리를 인식함에 있어서 국민은 오류를 범할 수 없고 그래서 동일성이론은 통치하는 자와 통치 받는 자, 지배자와 피지배자 사이에는 어떤 구분도 없다고 한다. 그래서 동일성이론에 의하면 지배를 지양하고 지배가 실존하지 않는 것으로 된다. 동일성이론은 지배의 문제가 국민의 평등한 국가의사결정에의 참여라는 단순한 방식으로 해결될 수 있다는 환상에 입각하고 있다.⁴²⁰⁾ 그러나 수많은 구성원들 사이에서 공공복리에 관한 어떤 보편적인 합의가 성립될 수 없는 곳에서, 그래서 정치적 결단이 이루어져야만 하는 곳에서는, 지배의 문제는 즉각적으로 다시 발생하게 된다.⁴²¹⁾ 또한 동일성이론이 주장하는 국민의 자기지배도 법률을 전제로 하는 경우에만 가능하고 자신이 동의하지 않은 법률에 구속되는 이상 自己支配도 현실에서는 他者支配로 나타나는 것이다.⁴²²⁾ 왜냐하면 루소에 의하면 법률은 일반의사의 표현이므로 전 구성원이 참여하여야 하며, 그렇게 제정된 법률에 복

plebisitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat", in: *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentationsverfassung*, Heinz Rausch(Hrsg.), (Darmstadt, 1968), S. 6ff.

414) 이것은 루소가 칼 슈미트의 사상에서 잘 나타난다. 칼 슈미트가 국민의 법적 평등을 이유로 하여 국민간의 동질성을 강조하는 것이나(C. Schmitt(주 254), 252면) 루소가 사회계약의 전제로 거론했던 것처럼 모든 구성원이 평등해지기 위해서 “전 구성원이 자신의 모든 권리를 공동체에 완전한 양도하는 것(Rousseau(주 69), 20면)”이 이루어지는 곳에서만 동일성의 체계가 실현될 수 있다. W. Hennis, "Amtsgedanke und Demokratiebegriff", in: *Staatsverfassung und Kirchordnung, Festgabe für Rudolf Smend*, 1962, S. 65도 동일성 원칙(Prinzip des Identität)에 근거한 국가는 국가와 사회의 동일화(Identifikation)를 강요하는 전체주의에서만 가능하다고 경고한다.

415) 허영(주 1), 198면; K. Stern(주 313), S. 469ff.

416) 허영(주 1), 731면. 국민주권을 실현하기 위한 민주주의원리와 법치국가원리의 상호관계에 관하여 자세한 것은 허영(주 1), 방주 326이하, 423이하, 432이하 참조.

417) Schumpeter(주 247), 336면 이하. 슈뎀터는 선험적 공공복리를 전제로 하는 루소적 직접민주주의사상을 고전적 민주주의이론이라고 명명하고, 공공복리는 선험적으로 존재할 수

없으며, 실사 존재하고 모든 사회구성원이 그것을 인식한다고 하더라도 구체적 실현방법에 있어서는 공공복리에 대한 개인이나 단체의 상이한 의미부여로 각각 달라질 수밖에 없고 따라서 고전적 민주주의이론의 바탕이 되는 인민의 의사 내지 일반의사는 성립할 수 없다고 비판한다.

418) 허영(주 1), 878면 이하; 계획열(주 135), 318면; Herzog(주 282), I, Rn. 41은 자유민주주의와 전체주의적 민주주의의 차이는 전자의 경우 공공복리는 선험적으로 주어지고 있는 것이 아니라 시행착오의 원칙에 따라 찾는 것이고 이를 위하여 사상의 자유, 언론의 자유, 공적 비판과 야당을 개념적 요소로 하지만 후자는 국가가 실현하여야 할 공공복리는 선험적으로 주어지고 의회는 주어진 공공복리를 인식할 수 있는 유일한 전위대의 역할을 하므로 의회로 권력을 집중하여야 한다고 한다.

419) 정종섭(주 172), 180면

420) Rhinow(주 233), S. 170.

421) H. Heller, *Staatslehre*, 4. Aufl., (Leiden 1970), S. 247; Rhinow(주 233), S. 170.

422) M. Kriele(주 4), 303면.

중하는 것은 바로 자유라고 하므로 자기지배도 법률부재의 상태를 의미하는 것은 아니며 결국 통치자와 피치자의 동일성이란 그 때 그 때의 현실적 국민의사가 아니라 법률에 대한 일반적인 동의를 통해서 구체적으로 실현되기 때문이다. 즉 자기지배라는 의미에는 자기가 제정한 법률을 준수한다는 뜻이 내포되어 있는 것이다. 왜냐하면 만일 국민 개개인의 현실적 동의가 동일성의 핵심이라고 이해하게 되면, 구성원의 직접적 참여로 법률을 제정한 후 구성원의 일부가 동의한 것에 후회하고 법률에 대하여 승인을 거부하는 경우 그 법률은 구속력을 가지지 못하게 되어 처음부터 법률이라고 할 수도 없게 되기 때문이다.

이처럼 직접민주주의도 자기지배 내지 지배부재의 통치형태는 아니다. 본질적으로 직접민주주의도 다수에 의한 소수의 지배로서 결국 인간의 인간에 대한 지배로서 통치자와 피치자가 각각 따로 존재하고 있다.⁴²³⁾ 따라서 직접민주주의를 근거로 동일성이론을 주장하는 것은 결국 다수의 지배를 국민의 지배와 동일시하려는 일종의 의제에 불과하다. 소위 “국민의사”는 항상 국민 다수라는 부분적 의사일 뿐이다. 왜냐하면 “결정을 내리는 것”은 국민 전체가 될 수 없기 때문이다. 그런데 다수결원칙에 의하여 국민 다수의 의사를 전체 국민의 의사로 간주할 뿐이다.⁴²⁴⁾ 심지어 칼 슈미트는 통치자와 피치자가 구별되는 대의민주주의에 있어서도 국민의 절대적 평등과 통치자와 피치자간의 동질성을 이유로 동일성민주주의를 주장하고 있으나⁴²⁵⁾ 이는 타당하지 않다.⁴²⁶⁾ 이 경우 국민에 의하여 선출된 대의기관의 지배를 국민의 자기지배와 동일시하는 것은 의제에 지나지 않기 때문이다. 국민의 절대적인 평등과

개성, 능력, 이해관계의 동질성이라는 지극히 이상적인 상태를 전제로 하는 동일성이론⁴²⁷⁾은 민주주의도 인간에 의한 인간에 대한 통치형태라는 점과 민주주의에서도 명령·복종관계가 존재한다는 사실을 간과하고 있다.⁴²⁸⁾ 국민주권의 통치질서는 국민의 통치라고 표현할 수 있으나, 그것이 반드시 국민의 자기통치 내지 국민의 직접결정을 뜻하는 것은 아니며 또한 다수의 의사를 국민 전체의 의사로 의제하여 다수가 소수 위에 군림하는 통치형태를 의미하는 것도 아니다.⁴²⁹⁾ 국민주권을 실현하기 위한 통치형태는 개인의 자유와 평등이 보장되고 구성원의 참여와 동의에 입각하여 통치가 이루어지는 통치형태, 즉 統治權의 基本權羈束性과 統治權의 民主的 正當性과 統治權의 法羈束性의 要請을 실현할 수 있는 통치형태라야 한다. 통치권을 기본권에 기속시키고 통치권의 창설과 행사가 국민의 의사에 귀속될 수 있도록 국가권력의 창설과 행사의 민주적 정당성과 법기속성을 어떠한 형식으로 제도화하고 실현하느냐가 중요한 과제이다.⁴³⁰⁾

또한 동일성이론의 핵심은 통치자와 피치자의 동일성이 이루어질 때 자유도 유지될 수 있다는 가설에 있는데 이와 같은 견해에 의하면 자유는 통치권을 법에 기속시킬 때 보장되는 것이 아니라 통치권의 부정, 따라서 타자결정이 아닌 자기결정의 상태에서만 기대할 수 있다는 것이다. 이러한 사고는 동일성이론의 사상적 토대인 루소에서 비롯되었다 루소는 자유의 보장을 통한 자유와 자기결정에 입각한 자유를 구별하면서도 자유의 보장에 관한 문제는 지배자와 피배자의 동일성을 창출해냄으로써 자동적으로 실현된다고 생각했다. 이는 집단적 결정의 특정 방법 즉 국민에 의한 국가의사결정이 현실에서 개인의 자유를 최대한으로 보장하고 자동적으로 공공복리를 실현한다는 믿음을 전제로 하는 것이다.⁴³¹⁾ 그러나 국민이 직접 국가의사를 결정한다고 하여 국민의 기본권이 보장되고 실현된다고 하는 것은 전혀 근거가 없으며 오히려 동일성이론에 의하면 공동체의 의사결정에 참여하였으므로 다수결원칙에 따라 결정된 공동체의 의사에 절대적으로 구속되어야 한다는 논리에 빠지게 되어 소수보호가 무시된다.⁴³²⁾ 그리하여 동일성이론에 의하면 이론상의 혼란과 모호

423) 허영(주 1), 199면; K. Hesse(주 218), Rn. 131.

424) Rhinow(주 233), S. 173.

425) 칼 슈미트는 보통선거제의 확립으로 국민의 정치적 평등이 확립되었고, 이에 따라 정당이 발달하여 국민여론을 수렴하고 국가의사결정에 반영하고 있고 이에 따라 의원의 정당기속현상이 나타나게 됨으로써 통치자와 피치자간의 동일성 때문에 대표사상은 소멸되게 되었다고 한다. C. Schmitt(주 254), 237면 이하 특히 240면 참조. 그러나 이런 칼 슈미트의 생각은 선거구민의 경험적 의사를 강조하는 기속위원칙을 인정하면 인민의 실질적 동질성에 근거한 정치적 통일체의 사상과 사회와 국가의 동일성에 위배된다고 하여(같은 책, 287면)고 하여 기속위원칙을 배척하는 태도와는 모순되며, 또한 그의 이론은 정당국가적 민주주의를 직접민주주의의 대용물로 평가하는 라이프홀츠의 견해와 마찬가지로 정당국가현상과 국민의 정치적 평등을 지나치게 과대평가한 것이다. 유사한 취지: 허영(주 1), 796면 이하.

426) 허영(주 1), 199면. 크릴레도 국민은 그 자신이 행위능력을 가지고 있는 것은 아니며 그렇다고 해서 행위능력 있는 국가기관을 국민과 동일시할 수 없다고 한다. 왜냐하면 의지는 대표될 수 없는 것과 마찬가지로 동일할 수 없기 때문이다. 따라서 통치형태(구조)는 동일성원리가 아니라 대표의 원리에 입각하여야 한다. M. Kriele(주 4), 334면.

427) 자세한 것은 C. Schmitt(주 254), 257면 참조.

428) 허영(주 1), 199면.

429) 허영(주 1), 201면.

430) 허영(주 1), 200면, 741면 이하; Herzog(주 282), II, Rn. 46.

431) 허영(주 1), 200면; Kielmansegg(주 8), S. 245.

432) M. Kriele(주 4), 303면; 강경근, “한국에서의 국민주권론의 위상” 「고시계」(1990.3), 70, 74면도 people주권론적 직접민주주의는 인민에 기속되는 통치자란 상정할 수 있기에 통치자는 헌법의 규정보다도 오로지 인민의 뜻을 더 존중하여 헌법에 따른 행위는 할 수

성만을 야기하는 것에 그치는 것이 아니라 때로는 민주주의가 현실적으로 존립하기 위한 제 조건을 부정하고 폐기할 우려가 있다.⁴³³⁾ 이럴 경우 루소가 강조하는 '자기 지배가 이루어질 때 자유도 함께 실현된다.'는 명제는 성립할 수 없게 된다.

(6) 극단적인 政治的 平等主義의 문제점

루소의 직접민주주의사상은 구성원의 절대적 평등을 전제로 하여 평등한 계약주체가 평등한 조건아래 평등한 의사표시를 하여 일반의사가 형성되면 결국 일반의사는 개인의 의사와 동일하고 따라서 일반의사에 의한 지배는 자기의사에 의한 자기지배라는데 있다. 하지만 루소는 사회계약으로 각 구성원이 사회를 형성하고도 평등하게 되기 위해서는 각 구성원이 자신의 모든 권리와 함께 자기 자신을 전부 공동체에 양도하여야 한다고 하나, 이러한 가정은 경험 또는 역사상의 현실과 일치하지 않는 가상의 것이다. 루소의 직접민주주의사상의 이론적 전제인 구성원의 절대적 평등이라는 전제조건을 비현실성을 무시하고 절대적으로 평등한 국민의 참여로 형성되는 一般意思만을 강조하는 경우 全體主義的 絕對國家的 統治形態로 변질될 우려가 있다.⁴³⁴⁾ 칼 슈미트의 동일성이론도 모든 구성원의 법적 지위가 평등하거나 통치자와 피치자의 정치적·법적 지위가 평등하다는 것만을 이유로 통치자의 의사와 피치자의 의사가 동일하다거나 통치자의 이익과 피치자의 이익이 일치하며 따라서 국민의 자기지배가 실현된 것이라고 주장하는데, 이것은 지나친 논리의 비약이다. 또한 동일성민주주의는 전통적인 主權의 絕對權力性을 신봉하여 평등한 국민의 참여에 의하여 나타나는 經驗的 國民意思에 절대적인 가치를 부여하기 때문에 자유·평등·정의와 같은 인류사회의 보편적인 객관적 가치를 주관적인 국민의 의사에 의해 희생시킬 수 있다고 한다. 그래서 동일성이론을 絕對民主主義理論(absolute Demokratie)이라고도 평가되며, 또한 가치중립성을 전제로 하여 국민다수의 의사로 무엇이든지 정할 수 있다고 하기 때문에 相對的 民主主義(relative Demokratie)라고도 평가된다.⁴³⁵⁾ 루소의 사상을 바탕으로 하는 절대민주주의는 다수의 독재 내지 다

없으며 국민이 원한다면 그 내용여부에 상관하지 않고 정당하다고 할 우려가 있으며 이는 결국 다수의 의사에 자의적이고 무제한의 권력적 힘을 부여하여 각 개인을 다수의 전체에 맡기는 것이므로 루소의 직접민주주의사상에 입각하고 있는 people주권론적 직접민주주의는 오늘날 헌법국가와 가치적 민주제와 합치되지 않기 때문에 채택될 수 없다고 한다.

433) M. Kriele(주 4), 284, 297면.

434) 허영(주 1), 159면 이하.

수의사를 조작하는데 성공한 소수의 독재로 변질될 수 있다.⁴³⁶⁾ 루소의 직접민주주의사상이나 C. Schmitt의 동일성이론은 국민의 정치적 평등사상을 지나치게 강조함으로써⁴³⁷⁾ 평등한 참여라는 요청에서 도출된 다수결규정만을 하나의 유일한 가치로 하는 절대민주주의이론이다. 정치적 평등이라는 가치의 극대화가 다른 헌법적 가치와 충돌함이 없이 무제한적으로 가능하다는 것은 논리와 경험상 인정할 수 없기 때문에 동일성민주주의이론은 수용될 수 없는 것이다.⁴³⁸⁾

(7) 直接民主主義理論의 人性學的·倫理學的 誤謬

개인의 무제한의 자율성을 이념적 바탕으로 하는 동일성이론에는 인성학적, 윤리적 오류가 있다. 개인의 자율성 명제로부터 공동체의 공동관심사에 대한 결정과정에서 개인은 참여할 권리가 있는데, 동일성민주주의 이론은 다수결원칙에 따라 정해지는 일반의사, 즉 국가의사에 절대적 구속력을 부여하고 있는데, 이는 자유와 이성 혹은 자유와 미덕 사이의 조화, 즉 자유로운 인간은 지극히 이성적이고 도덕적으로 행위 한다는 극단적인 계몽주의적 사상에 입각한 것으로 인간이 어떻게 사회를 지향하고 그럼으로써 필연적으로 공공복리에 관하여 합의할 수 있는가에 관하여 이성이 명료하고 모두를 납득시킬 수 있는 설명을 할 수 있다는 것을 전제로 한 것이다.⁴³⁹⁾ 이 견해는 국민 개인의 이성과 도덕성에 대한 극단적인 신뢰를 전제로 하고 있는데, 인간은 지고지존한 존재도 아니고 극악무도한 존재도 아닌 선악과 이기심과 이타심이 공존하고 그 때 그때의 상황에 따라 스스로 가치판단을 하는 자율적 인간임을 간과하고 있다. 동일성이론 혹은 국민의 자기지배논리는 개인의 이성과 도덕성을 극단적으로 신봉하는 점에서 인성학적 오류를 범하고 있다.⁴⁴⁰⁾ 이런 유토피

435) 허영(주 1), 221면.

436) 루소의 국민주권이론에 있어서 그 출발은 개인의 자유와 평등이었지만, 그 결과는 다수결로 나타나는 국민의사인 일반의사의 절대성과 선험적 공인지향성을 강조함으로써 일반의사에 개인의 종속을 초래했고 이는 결국 개인의 자유와 민주주의를 부정하는 전체주의로 전락하게 될 우려가 있다. M. Imboden, "Rousseau und die Demokratie", *Recht und Staat*, Heft 267, (Tübingen, Mohr, 1963), S. 7-11.

437) 칼 슈미트는 자유는 인간의 선천적인 것이기 때문에 비정치적 성격을 가진다고 하면서도 오로지 평등은 정치형성적 의미를 가지는 것으로 보아 평등을 민주주의의 기본개념으로 이해하고 인민에 의한 인민의 통치, 여론의 지배, 보통선거제도 등이 모두 평등에 근거한다고 한다. C. Schmitt(주 254), 247면.

438) 허영(주 1), 160면; 허영(주 170), 19면; Kielmansegg(주 8), S. 265.

439) Kielmansegg(주 8), 235면; M. Keens-Soper(주 86), 237면.

아직 정치환상은 그것이 실현될 수 없는 현실에 대하여 냉소주의로 변하는 경향을 가지고 있으며 그에 관한 실례는 공산주의와 파시즘에서 볼 수 있다.441)

또한 동일성이론에는 인성학적 오류 외에 윤리학적 오류가 있다. 동일성이론은 개인의 자율성을 전제로 개인이 자신의 사적 문제에 대하여 스스로 결정하려는 개인의 요청과 개인이 자신에게 영향을 미치는 공동체의 관심사에 관한 결정에 참여하려는 개인의 요청의 질적 차이를 인정하지 않고 동일시하고 있는데, 개인의 자율성이 자신의 사적인 문제를 스스로 결정하려는 요청을 넘어 모든 사람의 관심사에 관한 결정에 참여하려는 요청으로 확대될 때 자율성 요청의 윤리적, 도덕적 질이 변한다는 사실을 간과하고 있다.442) 왜냐하면 사적인 문제에 관한 개인의 자기결정에 대해서는 타인에 대한 책임이 따르지 않지만, 공적인 문제에 대해서는 타인에 대한 책임이 따르기 때문이다. 그 결과 국민의 자가지배를 강조하는 동일성이론은 책임을 질 필요가 없는 지배원리를 구성하게 되는 것이다. 국민의 자가지배는 결국 누구도 책임을 지지 않는 통치형태를 전제로 한다.443)

(8) 同一性理論의 前提로서 國家와 社會의 同一化

동일성이론에 근거한 국가 내지 통치질서의 본질은 전체주의적인 국가와 사회의 동일화(Identifikation)의 체계로서만 가능하다.444) 동일성이론은 루소가 사회계약의 전제로 거론했던 것처럼 “전 구성원이 자신의 모든 권리를 공동체에 완전한 양도하는 것”445)이 이루어지는 곳에서나 칼 슈미트가 강조하는 국민사이에, 특히 통치자와

440) 그 외에도 근대 사회계약론은 가상의 자연상태에서는 모든 인간은 자유롭고 평등하다고 논리적으로 전제하여 모든 사회적 관계를 배제한 채 인간을 파악한 것은 인간은 다른 사람들과의 관계 속에서 존재한다는 것, 즉 인간은 타인과의 사회적 관계 속에서 인간이 된다는 생각을 간과한 것이다. 인간의 자율성은 고립된 개인의 자율성이 아니라 사회 속에서의 자율성으로 이해하여야 한다. Kielmansegg(주 8), S. 234ff.

441) 루소의 직접민주주의사상에 기초한 로베스피에르(M. Robespierre)의 공안위헌회독재, 칼 슈미트의 동일성민주주의이론에 입각한 히틀러(H. Hitler)의 독재, 공산주의국가에서의 공산당 일당독재가 그 예이다.

442) Kielmansegg(주 8), S. 236.

443) Hennis(주 414), S. 58. 그래서 Leibholz는 동일성이 기본원칙이어야 하는 정당국가에서는 심지어 국민의 선거조차도 대의민주주의의 시대의 불필요한 잔존물로 여기고 있다. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Karlsruhe : C. F. Muller, 1958), S. 20.

444) W. Hennis(주 414), S. 65; M. Keens-Soper(주 86), 229면.

445) Rousseau(주 69), 20면.

피치자사이에 동일성이 존재하는 경우에만 동일성민주주의가 주장될 수 있다. 그러나 이는 공동체의 모든 구성원이 사물의 본질을 꿰뚫어 보고 객관적이고 선형적으로 정당한 것을 판단할 수 있는 통찰력과 그에 따라 전체의 이익을 위하여 자기의 이익을 포기할 수 있는 고도의 도덕성과 판단력을 가지는 경우에만, 그리고 모든 구성원이 공동체의 공동관심사에 끊임없이 관심을 가지고 이에 참여할 때 즉 공동체의 모든 구성원이 그의 본능을 이성으로 완전히 통제할 수 있을 때에만 비로소 가능한 것이다. 그러나 동일성민주주의를 실현하기 위한 이러한 조건은 현실에서 실현 불가능하다. 따라서 직접민주주의는 단순한 지역적, 인구적 규모의 문제에 한계가 있는 것이 아니라 직접민주주의를 유지하고 실현하는데 요구되는 인간의 이성과 도덕성에도 한계가 있기 때문에 실현 불가능한 것이다. 또한 이런 유토피아적 정치환상들은 그것이 실현될 수 없는 현실에 대하여 냉소하고 더 나아가 유토피아를 실현하기 위해 專制主義로 변하는 경향을 가지고 있으며 그에 관한 실례는 공산주의와 파시즘에서 볼 수 있다.446)

(9) 基本權과 統治構造의 理念的·機能的 聯關係 無視

루소의 국민주권사상에 입각한 직접민주주의이론은 주권을 절대권력 내지 절대무제한의 권력이라고 이해하고 이 주권을 국민이 직접 행사하는 것이 국민주권의 진정한 실현이라고 이해하여 국민에 의한 통치, 즉 국민의 결단에 최고의 가치를 부여하는데 이는 결국 국민의 다수의사에 의한 통치에 최고의 가치를 부여하는 것으로 슈미트류의 직접민주주의사상에 의하면 국민주권의 최고성과 국민의 기본권의 천부인권으로서의 무제한성이 충돌하게 되는데 슈미트는 이를 회피하기 위하여 통치구조영역과 기본권영역을 단절시키고 있지만 그의 헌법이론에서는 통치자와 피치자의 동일성원리에 입각하여 국민주권의 최고성을 더 강조하고 있어 결국 국가통치권의 최고절대성으로 변질될 우려가 있으며 이로 인하여 국민의 주권행사에 의하여 국민의 기본권이 침해될 우려있다.447) 결과적으로 주권실체설과 이에 바탕을 둔 동일성이론은 국민주권에 함의된 일체의 가치를 무시함으로써 국민의 기본권보장을 무시하는 통치구조의 메커니즘으로 전락할 수 있다.448) 동일성이론에 의하면 국민다수의

446) W. Hennis(주 414), S. 65.

447) 허영(주 1), 728면; M. Krieger(주 4), 304면.

448) 허영(주 1), 730면.

의사에 따라 국민의 기본권을 제한하는 것은 언제나 정당하다는 논리형식이 성립할 수 있다. 더구나 동일성이론에 의하면 국민주권의 통치질서 내에서 국가권력은 국민의 자기통치의 표현이므로 국가권력으로부터의 자유나 국가권력의 통제란 결국 자기로부터의 자기보호와 자기통제에 지나지 않아 논리상 모순에 빠지게 된다.⁴⁴⁹⁾ 이처럼 기본권의 천부인권성을 강조하면서도 주권실체설에 입각하여 주권을 절대권력으로 이해하고 국민주권의 실현이 통치자와 피치자와의 동일성에 있음을 강조하는 헌법판은 기본권과 통치구조사이의 이념적인 긴장·갈등관계를 원만히 해결할 수 없으며 '기본권의 목적성과 통치권의 수단성'이라는 기본권과 통치권의 기능적·이념적 상호관련성을 설명할 수 없다.⁴⁵⁰⁾

주권실체설에 입각하여 국민이 주권을 직접 행사하여야 진정한 국민주권이 실현된다는 직접민주주의이론의 국민의 자기지배와 통치자와 피치자의 동일성, 그리고 그것과 관련해서 국민을 의사의 주체로 신화화하는 것은 청산되어야 한다. 현대의 민주주의이론에서 '국민의 자기지배'의 명제나 동일성민주주의이론은 다름의 여지가 없을 정도로 허구적 이론이다.⁴⁵¹⁾

2. 憲法現實的 問題點

(1) 엘리트構造

직접민주주의에 대한 헌법현실적 문제점은 대의민주주의와 마찬가지로 엘리트구조라는 사실에서 나온다.⁴⁵²⁾ 그 이유는 직접민주주의는 시민의 지속적이고 항구적인 대규모의 참여를 전제로 하지만 일반 시민이 국가의사결정과정에서의 참여를 항상 준비하고 있다고 하는 것은 일반적으로 실현될 수 없으며, 시민의 정치참여이익이 시

민의 다른 이익과 항상 경합하지 않는다고 전제하는 것도 근거가 없으며 따라서 직접민주주의가 실현된다 하더라도 시민의 정치참여가 광범위하고 지속적으로 이루어질 수 없을 것으로 보는 것이 합리적이기 때문이다.⁴⁵³⁾ 국민이 집회에 참석하여 입법을 하기 위해서는 미리 법률이나 의안을 입안할 기관이 필요하고 집회에서 결정된 사항을 집회에 참석한 국민이 장기간에 걸쳐서 집행할 한다는 것은 불가능하므로 이를 맡아서 처리할 행정기관이 필요하다. 이는 결국 능동적 소수를 필요로 함을 의미한다. 다시 말해서 직접민주주의론이든 국민의 일반적인 정치참여의 보장을 강조한다는 점에서 이론적으로는 반엘리트구조이나 정치현실에서는 능동적 소수의 영향력과 세력을 정당화시킴으로써 직접민주주의도 결국 엘리트적 구조에 따라 전개된다.⁴⁵⁴⁾ 그런데 직접민주주의에서는 엘리트가 경험적 국민의사를 대의한다고 하여 국민의사를 대표하는 국가기관의 권력의 절대성을 강조하는 방향으로 흐르고 있다. 즉 통치자와 피치자가 동일하며 국민이 통일된 전체로서 하나의 정치적 의사를 가진다는 동일성이론에 의할 때 국민과 동일시되는 통치자의 통치권에 대한 어떠한 제한도 허용될 수 없을 것이며 국가권력으로부터의 기본권보장도 실현될 수 없으며 민주주의와는 정반대의 전체주의 내지 전체주의를 합리화 정당화하는 방향으로 악용될 소지가 있다.⁴⁵⁵⁾ 이점은 앞으로 살펴볼 대의민주주의의 기본정신과 반대된다. 대의민주주의에서는 모든 국민이 모든 국가의사결정과정에 참여하여 국가의사를 직접 결정하는 것이 곤란하다는 현실과 사상, 이념, 종교, 이해관계에 따른 경험적 국민의사의 다양성과 대립으로 인한 국가의사결정의 어려움과 경험적 국민의사의 다양성과 대립을 중립적 입장에서 조정·중재하여 국민전체의 이익을 실현하는 통치자가 필요한 인간사회의 본질을 직시하여 국민주권의 통치질서에서도 통치자와 피치자가 존재함을 인정하고 국민에게는 機關構成權과 統制權을, 대의기관에게는 國家意思決定權을 부여하는 동시에 그에 대한 責任을 추궁할 수 있게 하고, 대의기관의

449) 허영(주 1), 732면.

450) 허영(주 1), 334면, 728면 이하.

451) 허영(주 1), 729면 이하; 전광석(주 402), 63면; 이병훈(주 240), 237면; K. Hesse(주 218), Rn. 131ff.; Herzog(주 282), II, Rn. 40ff.; U. Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gehard Müller zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, S. 377; E. Fraenkel(주 412), S. 332ff.; Rhinow(주 233), S. 175.

452) Böckenförde는 다원적 민주주의이론에 대한 미국 정치학의 실증연구를 토대로 직접민주주의도 헌법현실에서는 엘리트구조를 가진다고 한다. Böckenförde(주 324), Rn. 6ff.

453) M. Kriele(주 4), 305면.

454) Böckenförde는 직접민주주의는 시민의 일반적인 정치참여의 보장에도 불구하고 의사결정과정의 파편화(Segmentierung)로 인하여 국가의사결정능력의 구조적 결핍문제가 나타난다고 한다. 즉 각 이익단체나 이익집단은 국가의사결정과정에서 소속단체나 집단의 이익만을 추구하기 위하여 각자의 특수이익만을 주장하여 서로 대립하기 때문에 국민전체의 이익을 위한 의사결정은 물론이고 국가의사의 결정 자체도 이루어지기가 힘들게 된다고 한다. Böckenförde(주 324), Rn. 8 Anm. 11; Fritz W. Scharpf, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1975, S. 48ff.

455) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 469ff.; 허영(주 1), 197면, 189면.

권력집중과 권력남용을 막기 위하여 대의기관 상호간의 견제와 통제를 통한 권력통제를 강조한다는 점에서 대의민주주의는 권력집중을 강조하는 직접민주주의와 기본정신을 달리한다.

국민주권의 본질을 “국민의 통치”라는 이념에 따라 논리적으로 연역한 루소의 직접민주주의사상은 현실적으로 해결할 수 없는 문제에 직면하게 된다. 즉 루소의 직접민주주의사상은 합리주의적 자연법의 명제인 개인의 자율성을 전제로 하여 논리적으로 연역된 통치형태원리로서 집회민주주의라는 형태로 나타나는데, 수 백만 명의 국민이 있는 광역국가에서 자유와 평등을 실현하기 위한 통치형태원리는 집회민주주의와는 질적으로 다른 통치형태를 가져야 한다는 사실을 간과하고 있다. 루소도 자신이 주장하는 직접민주주의가 단지 이상적인 것이라고 하며 현실에서는 실현될 수 없다고 자인하고 있다.⁴⁵⁶⁾

(2) 政治共同體에서의 統治의 實際에 反하는 理論

직접민주주의이론은 국가공동체의 실제행태, 즉 정치공동체의 형성작용과 통치작용의 본질을 무시하고 있다.⁴⁵⁷⁾ 국가공동체는 공동체의 법적 평화를 확보하여 개인의 자유와 평등을 누리기 위하여 인간이 만든 것으로 공동체의 의사를 독점적으로 결정하고 이를 관할할 수 있는, 통일적 지배권을 가지는 조직체이다. 따라서 국가공동체는 공동체내에서 삶을 영위하는 인간과 유리된 채 존재하는 것이 아니며 또한 단순한 관념적 존재도 아니다.⁴⁵⁸⁾ 공동체내의 통일적 지배권을 확립한다는 것은 다양한 인간의 행위와 태도를 일정한 가치를 중심으로 통합하고⁴⁵⁹⁾ 이를 실현하기 위하여 필요한 조직을 형성하는 과정을 의미한다. 그런데 국가공동체는 저절로 형성되는 것이 아니라 공동체의 통치질서의 형성에 관심을 가지고 이를 일정한 방향으로 이끌어 나갈 능력을 갖춘 일부의 국민들에 의하여 이루어질 수밖에 없다. 왜냐하면

정치현실의 실제에서 사회공동체가 정치적인 일원체로서 조직되는 것은 언제나 특수한 역사적인 상황 속에서 이루어지는데, 그 때 그 때의 특수한 역사적 상황에서 국민 개개인의 개성과 능력과 이해관계가 각각 다르고 국민개개인이 처한 경제적, 사회적, 문화적 상황이 각각 다르기 때문에 공동체의 통치질서의 형성은 공동체의 통치질서의 형성에 관심을 가지고 이를 일정한 방향으로 이끌어 나갈 능력을 갖춘 일부의 국민들에 의하여 이루어질 수밖에 없기 때문이다.⁴⁶⁰⁾ 또한 다양한 인간의 행위를 통합하고 조직화하는 기능을 수행하는 소수의 행위는 주어진 역사적 정치적 상황의 요청에 의해, 그리고 많은 사람들의 의지와 기대로 인하여 유발되거나 권고된 것이기도 하다. 그런데 모든 구성원에게 존재하는 통일체에 대한 의지나 이를 주도하는 중심세력만으로는 국가공동체를 형성할 수 없다. 정치통일체에 대한 의지가 국가공동체로 발전하기 위해서는 구성원의 의지와 이를 주도하는 세력이 존재하여야 할뿐만 아니라, 구성원사이에 특히 구성원과 공동체형성을 주도하는 중심세력사이에 일정한 가치와 관련된 통치질서의 목적과 그 내용에 관한 共感帶의 合意가 있어야 한다.⁴⁶¹⁾ 이에 따라 공동체의 통치질서를 구체적으로 형성하는 소수는 구성원간의 공감대적 합의에 입각하여 국가공동체의 통치질서의 구체적 형성에 관하여 주도권을 가지며 이 점에서 공동체의 통치질서를 구체적으로 형성하는 소수는 독자적이고 자주적으로 활동한다.⁴⁶²⁾ 소수에 의하여 마련된 공동체의 통치질서는 구성원의 동의와 지지를 얻어야 한다. 이처럼 정치공동체에서의 의사결정의 실제 모습은 소수의 행동과 다수의 승인 내지 거부와 관계로 항상 나타난다.⁴⁶³⁾ 국민 개개인이 동등한 정치참여의 기회를 가져야 한다고 주장하는 직접민주주의에서도 정치공동체의 통일적 지배권을 확립하기 위해서는 지배기구를 수단으로 하여야만 한다.⁴⁶⁴⁾ 따라서 국가공동체가 성립하고 존속하기 위해서는 주도적이고 독자적인 지도기관의 존재는 필요불가결하다.

456) 루소는 “사회계약론” 서문에서 이상과 현실이 결코 분리되지 않도록 하기 위해서 인간을 있는 그대로 보고 법을 있을 수 있는 형태대로 파악하면서 사회질서 속에서 정당하고 확고한 통치의 법칙을 찾았다고 하면서도 그는 이상에 치우쳐 있다. 같은 취지: M. Keens-Soper(주 86), 234면.

457) Böckenförde(주 324), Rn. 9ff.

458) 허영(주 1), 741면; H. Heller(주 422), S.81ff, 228ff..

459) 군주권시대에는 봉건적 신분질서에 입각한 신분간의 차별과 특권을 지향한 반면에, 국민주권시대에는 만민평등사회를 전제로 하여 개인의 자율성을 전제로 하는 평등과 자유를 지향하고 있다.

460) 허영(주 1), 45면. 이에 반하여 Böckenförde는 국민은 그 자신이 직접 행위할 능력이 없는 인간의 집단일 뿐이기 때문에 국민은 통치구조를 구체적으로 형성할 능력이 없으나, 정신적·이념적 통일체로서 하나의 관념적 존재로서 실재하고 있다고 설명하나 이는 관념적이고 허구적인 설명이다. Böckenförde(주 324), Rn. 10.

461) 허영(주 1), 45면.

462) Böckenförde(주 324), Rn. 10; H. Heller(주 422), S. 247.

463) Böckenförde(주 324), Rn. 10.

464) Böckenförde(주 324), Rn. 10.

(3) 古代그리스都市國家의 직접민주주의의 성격

고대 그리스 도시국가, 스위스 칸통(Canton)과 같은 소규모 정치공동체에서는 순수한 동일성민주주의가 실현되었다는 주장이 널리 주장되고 있지만 여기에서도 역시 최소한의 타자결정은 불가피한 것이었다.⁴⁶⁵⁾ 본업의 요청상 일상업무를 수행하기 위하여 집행부가 필요하며 또 법률의 해석과 적용을 전담하는 고유한 기관이 반드시 필요하다. 이는 고대 그리스 도시국가에서 확인할 수 있다.⁴⁶⁶⁾ 이처럼 소규모 도시국가에서도 최소한의 타자결정은 필요불가결하였으므로 현대 고도 산업사회의 거대 광역국가에서는 더 말할 나위도 없다. 고대 그리스 도시국가에서도 통치자와 피치자는 존재하였고 단지 통치자가 시민의 선거에 의하여 선출되고, 도시국가의 의사가 시민의 참여 하에 결정되는 등 구성원의 참여가 광범위하게 이루어졌고, 통치자에 대한 국민의 통제가 근대나 현대의 대의민주주의에서 보다 더 강화된 형태였던 것이지 고대 그리스 도시국가에서는 통치자와 피치자가 동일한 순수한 직접민주주의가 통치형태로서 존재한 것은 아니라고 할 것이다. 소규모 정치공동체에서도 모든 시민이 참여한다는 것이 거의 불가능한 일이다. 사안에 대하여 관심이 없는 경우도 있고 여행중이거나 병으로 참여할 수 없는 경우도 있기 때문이다. 또한 국민이 집회에 참석하여 입법을 하기 위해서는 미리 법률이나 의안을 입안할 기관이 필요하고 국민의 집회에서 결정된 사항을 집행할 행정기관이 필요하다. 그리고 참석자전원의 합의에 도달하는 것은 쉬운 일이 아니다. 따라서 다수결원칙이 필요하고 다수결이 실시되면 다수자는 소수자를 포함한 전체를 대표하게 된다. 이와 같은 경우에 동일성이란, 단지 간접적인 방법을 통해서만, 즉 “다수결원칙”에 대한 만장일치의 합의가 이루어질 때만 가능하게 된다.⁴⁶⁷⁾ 그러나 현실적으로 다수결원칙에 만장일치의 합의는 불가능하다. 또 법률은 개별적 사안에 적용되어야 하고 따라서 해석을 필요로 한다. 그런데 해석에 관해서 의문이나 견해의 차이가 있는 경우 동일성원칙을 일관하려면 고대 그리스 민회처럼 법률을 제정한 의회에게만 법률에 대한 해석을 할 권한을 인정해야 하고 재판관의 판결이 의회에 의하여 폐기될 수 있고 법관의 의회에 의하여 파면될 수 있어야 한다. 그러므로 동일성원칙에 따른 통치구조에서는 법관의 독립은 인정될 수 없다. 이는 국민의 경험적 의사를 증시하는 동일성민주주의

465) M. Kriele(주 4), 305면.

466) 최자영, 「고대아테네 정치제도사」(서울: 신서원, 1995), 12면 이하 참조.

467) 이런 생각은 루소에 대해서도 나타난다. Rousseau(주 69), 제1편 제5절.

이론에 의하면 국민의 경험적 의사를 반영하는 국가기관에 권력이 집중될 수밖에 없음을 나타낸다.

직접민주주의를 실현하고 있는 경우로서 자주 언급되는 스위스의 통치형태도 직접민주주의로 이해할 수 없다.⁴⁶⁸⁾ 왜냐하면 스위스의 통치형태에서도 직접민주주의의 통치자와 피치자의 동일성이나 국민의 자기지배를 현실적으로 실현할 수 없으며 직접민주주의적 요소의 도입은 국민의 자기지배가 아니라 오히려 국민에 의한 정부의 형성과 국가기관의 권한 행사를 통제하는 의미가 더 크기 때문이다. 현대의 민주주의는 비록 국민투표적인 요소와 혼합되어 있을지라도 여전히 대의민주주의로 나타난다. 직접민주주의에서도 대의제는 필수적인 근간이며⁴⁶⁹⁾ 직접민주적 제도를 도입했다고 하여 대의민주제를 포기한 것이 아니라 오히려 대의민주주의의 문제점을 보완하기 위한 것이므로 직접민주제도를 많이 수용하고 있는 스위스의 민주주의는 대의민주주의의 변종⁴⁷⁰⁾ 내지 대의민주주의의 발전과정에서 나타난 모습일 뿐이다. 국가공동체의 형성과 유지를 위하여 독자적인 결단을 내릴 수 있는 대의기관과 국민의사를 특정한 내용으로 알아내는 대표자는 필요불가결한 것이다.

(4) 獨裁의 正當化原理로의 惡用可能性

루소가 그의 사회계약론에서 주장한 자유와 평등의 사상, 통치자(집행부)에 대한 불신과 법치국가적 사고와 권력분립사상에도 불구하고 국민의사(일반의사)의 단일성과 선형적 공의지향성을 내세우고 주권자의 절대성을 강조하고 이에 입각하여 집행부에 대한 입법부우위를 인정하고 있는 것은 그의 직접민주주의사상의 논리적 귀결이기는 하지만 이는 국민 개개인의 의사와 개성의 다양성을 무시하는 획일주의적이고 반자유주의적 사상을 함축하고 있는 것으로 루소의 직접민주주의는 전체주의로 흐를 위험이 있다.⁴⁷¹⁾ 즉 루소의 사상은 민주적 평등사상을 배경으로 하여 선거인집회나 민회에서의 토론에 거의 대부분의 사람이 참석할 것이라는 것을 전제로 하고

468) Hans Huber, "Die schweizerische Demokratie", in: *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, ausgewählte Aufsätze 1950-1970, (Bern, 1971), S. 470; Kurt Eichenberger, "Zusammen- und Gegenspiel repräsentativer und plebszitärer Komponenten im schweizerischen Regierungssystem", in: *Der Staat der Gegenwart*, (Basel/Frankfurt, a. M. 1980), S. 98ff.(111); Rhinow(주 233), S.200ff.

469) H. Huber(주 468), S. 470.

470) H. Huber(주 468), S. 470; Rhinow(주 233), S. 174.

471) 허영(주 1), 766면; K. Loewenstein(주 382), 56면.

있는데, 만약 모든 국민이 선거인집회나 선거에 참여하게 하기 위하여 국민에게 선거인집회나 선거에 참여하도록 강요한다면⁴⁷²⁾ 이것은 국가기관이 공공선이라고 여기는 것을 각종 후보수단으로 국민에게 선전한 후, 선거는 국가기관이 예정하는 의사를 경험적 국민의사로 하기 위한 것이므로 이는 敎育獨裁(Erziehungsdiktatur)라고 평가할 수 있다.⁴⁷³⁾ 루소의 사상은 그때까지 국가권력의 지배대상 내지 목적물로 간주되던 국민을 국가권력에 대한 주체적 관계로 변화시킨 점에서 루소의 사상은 혁신적인 것이었다. 그러나 그는 주권자를 강조함으로써 그가 경계하던 절대주권사상에 빠져 국민주권의 절대성을 강조함으로써 국민의 이름으로 자행되는 독재와 인권유린의 사상적 기초가 되었다.⁴⁷⁴⁾ 실제 정치현실에서는 루소적 직접민주주의이론은 그 이론적 내용의 민주적 성격과는 달리 현실적으로는 국민의 이름을 내세운 전체적 통치를 야기하였다는 점에 주목해야 한다. 이는 프랑스혁명당시의 국민공회체제(1792-1795)에서의 로베스피에르의 공포정치와 직접민주제도를 수용한 독일 바이마르 공화국⁴⁷⁵⁾에서 국민투표를 이용한 히틀러의 법률적 독재에서 잘 나타난다.

이처럼 동일성이론에 내포된 헌법이론적 하자는 단순히 이론상의 혼란과 모호성을 초래하는데 그치지 않고 역사상 여러 차례 정치현실로 나타나 독재를 정당화하는데 이용되었다는 점에서 알 수 있듯이 동일성이론은 독재체제 내지 전체체제를 정당화하는데 적합한 이론이라고 하겠다.⁴⁷⁶⁾ 즉 동일성민주주의를 실현하고자 하는 통치구조는 하나같이 타자기배의 현실을 국민의 자기지배라는 이상으로 위장하고

472) 이것은 루소의 사상에 호르는 일반의사의 선형적 공익지향성을 이유로 정당화된다. Rousseau(주 69), 40면. 투표의무제는 투표하지 않은 사람을 공공복리의 적과 동일시하고 이러한 두려움과 보복에 대한 공포로 국민들로 하여금 투표하게 한다. K. Loewenstein(주 382), 282면.

473) Herzog(주 282), II, Rn. 67. Herzog는 추정적 국민의사 즉 공공복리를 미리 설정하고 이에 경험적 국민의사를 맞추려고 하는 것은 敎育獨裁(Erziehungsdiktatur)라고 평가한다. 같은 취지로 Kriele도 평의회민주주의는 혁명에 성공한 후에는 평의회민주주의의 특유의 논리에 따라 국가의사를 결정하는 것이 아니라 革命的 內戰의 論理에 따라 국민의 의식 속에 남아 있는 구체제의 잔재를 뿌리 뽑기 위해서 교육독재를 실시하게 된다고 한다. M. Kriele(주 4), 319면. 공산국가에서 8-90%를 넘는 투표율과 찬성율은 과거 공산국가에서는 교육독제가 자행되었음을 나타낸다.

474) 허영(주 1), 197면.

475) 영국식 의원내각제를 따르면서도 직접민주주의적 성격이 가미된 대통령직선제, 대통령의 의회해산권, 국민투표 및 국민발안제도 등을 도입하였다. 자세한 것은 허영(주 1), 786면 이하. 같은 취지의 견해로 Herzog(주 282), II Rn. 39. Hennis는 그 외에도 대통령과 의회 및 내각간의 권력의 불균형을 중요한 원인으로 보고 있다. W. Hennis(주 414), S. 64ff.

476) M. Kriele(주 4), 290-1면.

있다. 동일성이론은 그에 입각한 통치질서에서도 현실적으로 존재하는 통치자와 피치자의 존재를 동일성민주주의라는 먼 장래의 목표달성을 위한 수단으로 합리화하거나⁴⁷⁷⁾ 국민의 자기결정행위인 국민투표형식으로⁴⁷⁸⁾ 정당화하려고 한다. 동일성이론을 이용하여 타자기배를 정당화하는 이 두 가지 유형은 추상적인 정치이데올로기에서는 물론이고 정치현실에서도 상당한 역할을 수행하고 있다. 극단적 동일성민주주의는 자기지배를 실현하고자 하나 헌법현실은 자유가 현실적으로 존립하기 위한 제 조건, 통치권의 법기속성, 권력분립제도, 소수보호의 정신을 파괴하고 있다. 따라서 국민의 통치라는 명제를 직접민주주의 내지는 동일성민주주의라는 형태로 실현되어야 한다는 생각은 청산되어야 한다.

(5) 羈束委任原則의 問題點

평의회민주주의에서 중앙의 최고평의회가 최고 국가기관으로서 기능을 발휘할 수 있기 위해서는 결정능력이 있어야 한다. 평의회에서의 제반 결정은 다수결원칙에 의하게 되는데 기속위원칙이 적용되는 경우에는 의회에서 다수를 형성하기 곤란하다.⁴⁷⁹⁾ 왜냐하면 현대의 대중사회 내지 산업사회에서 공동체가 해결하여야 할 문제들은 복잡성을 띠고 있고 그래서 단순한 가부의 의사표시로 대답할 수 없으며 어떠한 사안이 규제를 필요로 하고 규제를 필요로 하는 사안 중에서 어느 것이 긴급하고 어느 것을 뒤로 미루어도 좋은가에 대한 결정이 있어야 하고 그런 후 각 사안에 내재하는 세부적인 변수들의 상호관련성을 고려하여서 타당한 결정을 하여야 하는데, 이와 같은 정책형성과 정책결정과정의 복잡성을 선거구민에게 전달할 수 없으며 만일 선거구민이 서로 상이한 명령이나 지시를 하는 경우 국가의사를 결정할 다수의 형성이 곤란하기 때문이다. 특히 오늘날 대중민주주의에서는 무수한 기초단위의 평의회가 존재하게 되어 국민의사는 상호 대립하는 무수한 개별의사형태로 표현되어 기속위원칙은 대의기관의 담당자로 하여금 국민전체의 이익을 추구하게 하는

477) 이는 공산주의국가에서 독재를 정당화하기 위하여 사용하는 논리이다. 국가의 소멸이 장래의 목표라고 하면서 이 목표달성을 위하여 프롤레타리아의 독재가 필요하다고 한다. 즉 자기지배는 장래의 목표이고 이 목표달성을 위하여 국가권력의 집중이 필요하다고 한다. M. Kriele(주 4), 291면.

478) 나폴레옹 1세, 나폴레옹 3세, 박정희, 전두환의 독재도 이에 해당한다. 같은 취지: M. Kriele(주 4), 292면.

479) M. Kriele(주 4), 312면 이하.

것이 아니라 소속선거구민의 특수이익을 추구하게 하기 때문에 의회에 파당주의를 낳게 되고 그 결과 의회에서 국가의사를 결정할 수 있는 실효적 다수를 형성하기 곤란하다.⁴⁸⁰⁾ 결국 기속위원원칙은 다수파를 형성하기보다는 다수의 소수파를 형성하게 될 것이다. 이는 결국 평의회민주제에는 정치공동체의 의사결정능력에 문제가 있음을 의미하는 것이고 이는 평의회민주제의 적실성에 문제가 있음을 의미한다.⁴⁸¹⁾ 그리고 대의기관의 담당자가 국가의사결정을 할 때마다 국민의사를 물어야 하는 기속위원원칙은 신속하고 효율적인 국가의사결정과 집행이라는 측면에서 받아들여질 수 없다. 또한 기속위원원칙하에서 대의기관의 담당자는 소속선거구민의 代理人이거나 단순한 의사전달자인 使者이기 때문에 대의기관의 담당자는 소속선거구민의 특수이익을 추구해야 하는데 이는 국민전체의 이익의 추구라는 통치의 본질과 거리가 있으며 임기동안 국민전체의 이익을 위하여 자율적으로 활동하고 다음선거에서 그 정치적 책임을 진다고 하는 책임정치사상도 기속위원원칙에서는 기대할 수 없다. 기속위원원칙을 매개로 해서 동일성을 실현하려고 하는 것은 모든 것을 원리원칙으로부터 연역해 내려고 집착한 나머지 현실을 도외시한 태도이다. 통치형태의 유형을 생각하면서 현실적으로 중요한 국민의 기본권보장, 통치권의 민주적 정당성, 권력통제, 효율성 그리고 안정성을 무시함으로써 비현실적인 통치형태의 유형을 제시할 수 있는 것은 이론의 특권이기는 하지만 이는 무책임한 것이다.⁴⁸²⁾

(6) 會議政府制의 寡頭政에로의 歸結

회의정부제나 평의회민주제는 루소의 직접민주주의사상에 입각해서 국민에 의하여 선거된 의원으로 구성되는 의회를 유일한 권력기관으로 하는 통치형태이다.⁴⁸³⁾ 그러나 평의회민주제나 회의정부제가 그의 고유한 근본원칙에 따라 실현되는 것이 가능하다고 하더라도 평의회민주제나 회의정부제의 구체적 모습은 직접민주주의의

념과 모순된다.⁴⁸⁴⁾ 먼저 모든 역사적 경험에 의하면 회의정부제나 평의회민주주의에 기초한 통치질서가 실제에 있어서는 직접민주주의가 추구하는 정신을 실현한 사례가 없다.⁴⁸⁵⁾ 회의정부제나 평의회민주제에서는 의회에 모든 권력을 집중시키지만 의회는 합의제 의사결정기관으로서 그 성격상 의회가 결정한 사항을 스스로 집행할 수 없으므로 필연적으로 의회 내의 위원회형식으로 소수의 의원으로 구성되는 통치를 위한 소수집단을 구성할 수밖에 없고 일단 소수집단이 형성되면 의회 외에는 다른 독자적인 권력이 존재하지 않기 때문에 아리스토텔레스의 법칙에 따라서 필연적으로 전체체제로 변질되고 만다.⁴⁸⁶⁾ 특히 기속위원원칙을 근거로 하는 평의회민주제에서는 다수의 소수파를 형성하고 신속한 의사결정과 효율적인 집행이 곤란하기 때문에 평의회민주제는 이를 극복하기 위하여 필연적으로 의회 내의 위원회형식으로 소수의 의원으로 구성되는 통치를 위한 소수집단을 구성할 수밖에 없고 결국 소수의 의원으로 구성되는 집행위원회를 통하여 국가의사를 결정하고 집행하는 과두제로 변하게 된다. 유일한 권력기관인 의회에서의 의사결정이나 개개의 의원에게 행해진 지시는 거의 대부분 소수의 정치적으로 야심있고 선동적인 소수의 지도자에 의해 이루어졌다. 프랑스 1878년 파리 쾰른의 경험을 통해서 마르크스가 제시한 직접민주주의의 구현형태인 평의회민주주의는 구체적 실체가 없이 단순히 감정을 자극하기 쉬운 모호하고 애매한 용어으로써 표현된 정치적 구호에 불과하며 이는 루소적 직접민주주의와 전혀 다른 것이다. 회의정부제와 평의회민주제는 개인독재나, 아니면 위원회독재나 또는 정당독재와의 차이는 있으나 철저히 민주주의이념으로 위장한 전체주의적 통치형태이다.⁴⁸⁷⁾ 이런 점에서 비추어 회의정부제와 평의회민주제는 이념적으로는 민주주의를 추구하지만 이론이나 실제에 있어서는 소수의 과두제로 나타난다.

484) R. Herzog(주 282), II, Rn. 67; M. Kriele(주 4), 314면 이하 참조.
 485) 역사적 실례에 관하여 자세한 것은 K. Eichenberger(주 468), 93면; M. Kriele(주 4), 314면 이하; 성낙인(주 380), 49면. 프랑스의 1793년 국민공회제, 과거 공산주의국가의 통치 형태 등을 들고 있다. Loewenstein은 프랑스 1848년 제2공화국헌법상의 정부형태를 회의정부제로 평가하고 있다.
 486) Loewenstein은 이런 현상은 회의정부제의 특유한 생물학적 법칙이라고 표현할 만큼 회의정부제는 필연적으로 과두제가 된다고 한다. K. Loewenstein(주 382), 93면.
 487) Herzog(주 282), I, Rn. 42, II, Rn. 67; K. Loewenstein(주 382), 90면; 허영(주 1), 920면; 노베르트 보비오, "대의제의 대안은 있는가", 구갑우, 김영순 엮음 「마르크스주의 국가 이론은 존재하는가」(서울: 의암출판, 1992), 92면; 이병훈(주 240), 236면.

(7) 直接民主主義理論의 問題意識의 狹小함

직접민주주의이론에서는 민주주의의 이해에 있어서 통치형태에 관한 문제를 단순한 국가의사결정의 방식문제만으로 이해하고 권력통제와 국민의 기본권보장은 소홀히 하고 있다. 직접민주주의이론은 대표자는 공익보다 특수이익을 관철하려고 한다는 점을 들어 대의민주주의에 대하여 불신을 표명하고, 이를 시정하고 국민과 국가기관 사이의 동일성을 창출할 수 있는 '민주화'를 실현하기 위해서 헌법이나 법률에 대한 국민표결 등 직접민주제도를 수용하여야 한다고 주장한다. 즉 동일성이론이나 직접민주주의이론에서는 정치개혁이나 제도개선에서 국민투표, 국민발안, 국민소환 등 직접민주제도의 도입을 강조하여 "직접민주제도의 양적 실현정도"를 중요시한다는 점에서 국민주권의 실현에 관하여 문제의식의 협소함을 나타내고 있다.⁴⁸⁸⁾ 민주주의 실현을 위한 제도개선을 직접민주제도의 도입에 중점을 두는 경우, 대의기관과 정당의 과제와 이에 대한 권력통제장치, 선거제도, 그리고 국민의 기본권보장을 통한 개방적이고 다원적인 의사형성과정의 중요성 등은 상대적으로 경시하게 된다.⁴⁸⁹⁾ 그러나 우리가 관심과 주의를 '국가의 모든 의사결정은 국민에 의하여 직접 이루어져야 한다.'는 환상에 매달리는 대신 공직자들의 자질과 도덕성 그리고 국가의사결정과정과 권력통제에 대하여 좀 더 관심과 주의를 기울인다면 우리의 정치문화는 분명 개선될 것이며 국민의 의사에 입각한 통치가 될 것이다.⁴⁹⁰⁾

직접민주주의이론은 개인의 자율성에서 논리적으로 연역한 민주주의의 논리적 이상형 내지 이념형으로서 신분제도와 절대군주제를 타파하고, 제한·차등선거에 바탕을 둔 19세기의 부르조아 계급지배체제를 종식시키고 20세기에 보통·평등선거를 확립하여 개개인의 자유를 실현하는데 기여하였고 앞으로도 계속 자국제역할을 할 것이다. 하지만 이상에서 살펴본 바와 같이 직접민주주의이론은 인간성의 본질을 외면하고 인간의 이성과 본성을 지나치게 과대평가한 유토피아적 이념으로서 국민의사의 구체화 내지 실현이라는 면에서나, 다원적 민주주의이론의 관점에서나 그리고 국가라는 정치공동체의 형성과 작용이라는 실제의 면에서 비현실적인 통치형태이론이며,⁴⁹¹⁾ 국민다수의 의사를 국민전체의 의사 내지 일반의사로 간주하고 국민의사를

488) W. Hennis(주 414), S. 69.
489) Rhinow(주 233), S. 171.
490) W. Hennis(주 414), S. 58.

완전무결한 진리로서의 자연법을 추구하는 것으로 이해하기 때문에 소수보호의 정신은 나올 수 없고 따라서 개인의 인권은 보장될 수 없고 오히려 전체주의를 합리화, 정당화하는 이론으로 전락할 위험이 있다. 직접민주주의를 추구하는 견해는 국민주권을 국민의 정치참여 내지 통치권의 민주적 정당성만을 중시할 뿐이고 통치권의 민주적 정당성이 필요한 궁극적 목적인 기본권의 보장과 그를 위한 권력통제사상 즉 통치권의 법기속성을 간과하고 있다. 즉 직접민주주의이론은 헌법현실에서 통치권의 법기속성과 기본권기속성을 실현할 수 없는 통치형태원리이다. 대의민주주의이론과 직접민주주의이론의 이론적 차이는 결코 이론상의 문제로 끝나는 것이 아니며, 직접민주주의이론은 대의민주주의에 대한 이념적 비판의 성격을 띠고 있으며 심지어는 대의민주주의의 정당성에 동요를 가져올 수도 있으며 이로 인하여 민주주의와 인권이 현실적으로 존립하기 위한 제 조건을 부정하고 폐기할 우려가 있다.⁴⁹²⁾ 이런 점에 비추어 憲法裁判所가 自己支配에 담겨있는 전체와 합의를 고려하지 않고 국민주권의 원리와 이를 실현하기 위한 민주주의를 국민의 자기지배로 이해하는 것은⁴⁹³⁾ 국민주권을 실현하는 통치형태의 본질을 호도한다는 점에서 경계해야 할 자세이다. 또한 직접민주주의는 현실에서 실현될 수 없다는 것이 국가이론에서 명백하기 때문에 직접민주주의는 항상 목표이고 대의민주주의는 이를 실현하기 위한 가능한 통치형태유형을 표현하기 때문에 양자를 이론적으로 대립시킬 필요가 없다는 견해⁴⁹⁴⁾는 타당하지 않다. 여전히 직접민주주의에 대한 환상이 존재하고, 이를 악용하여 자의적이고 절대적 권력을 구축하려는 정치세력이나 불법적인 권력찬탈을 국민투표 등 국민의 이름으로 정당화하려는 정치세력이 정치적 여건만 되면 언제든 등장할 수 있기 때문에 직접민주주의와 대의민주주의의 이론적 대립과 구별은 필요한 것이다.⁴⁹⁵⁾ 국민주권이라는 하나의 이념적 뿌리에서 민주주의와 전체주의가 모두 나올 수 있다는 사실에 비추어 볼 때 우리는 국민주권과 민주주의를 이해하고 제도화하는데 있어서 항상 경각심을 가져야 한다.⁴⁹⁶⁾ 다만 통치형태원리로서의 직접민주주의의 문제점과 제도로서의 직접민주제도의 역기능은 별개의 문제이므로 대의민주

491) Böckenförde(주 324), Rn. 4ff.
492) M. Kriele(주 4), 297면.
493) 헌재결 1999. 5. 27. 98헌마214, 헌판집 11-1, 697면 이하.
494) Rhinow(주 233), S. 171.
495) W. Hennis(주 414), S. 70은 대의민주주의의 핵심은 주권의 절대성을 전체로 하는 국민주권이나 국민의사에 있는 것이 아니라 책임과 통제가 따르는 공직에 있다고 한다. 반면에 직접민주주의에는 공직과 책임을 위한 공간이 없다고 한다.
496) 허영(주 1), 766면.

주의에서 직접민주제도를 수용할 수 있는지는 따로 검토해보아야 한다.

第 3 節 代議民主主義의 基本原理와 評價

I. 代議民主主義의 基本原理

대의민주주의는 국민이 직접 국가의 정책결정에 참여하는 대신 국민이 선거를 통해 선출한 대통령이나 국회 등 대의기관으로 하여금 통치권을 담당하게 하고 대의기관의 담당자의 통치권 행사를 주기적인 선거와 언론·출판·집회·결사의 자유, 정당의 자유, 국가배상청구권과 행정소송청구권 등 국민의 기본권 행사를 통하여 통제하고 정당화하는 방식으로 국민주권을 구현하려는 통치형태원리이다. 국민이 선출한 대의기관의 담당자는 일단 선출된 후에는 국민의 의사와 관계없이 자신의 독자적인 양식과 판단으로 국민전체의 이익을 위하여 국가의사를 결정한다. 이점에서 선출된 후에도 국가의사를 결정할 때마다 국민의 의사를 타진하고 국민의 구체적 지시에 따라서 행동하고 그 위임사항만을 집행하는 이른바 평의회민주제와는 구별된다. 따라서 대의민주주의와 국민의 직접적인 자기통치를 추구하는 통치형태인 평의회민주제는 엄격히 구별하여야 한다.⁴⁹⁷⁾ 따라서 대의민주주의는 직접민주주의와 달리 기관구성권과 정책결정권(국가의사결정권)의 분리, 정책결정권의 무기속위임원칙, 책임과 통제를 그 기본원리로 한다.

로크의 委任契約思想이 대의민주주의의 사상적 기초로 이해된다. 로크는 원칙적으로 성선설적 입장에서 인간은 선천적으로 선한 존재로서 자연상태에서 인간은 자유롭고 평등하며 서로 평화롭게 생활하지만 자연적 자유와 권리를 더욱 확실히 보장받기 위하여 위임계약에 의해서 정치권력을 탄생시키고 국가를 성립시켰지만 인간의 천부적 권리(생명, 자유, 재산)는 위임계약에 의해서 포기된 것이 아니기 때문에 여전히 국민 각자가 계속 가진다고 한다. 로크의 위임계약이론에 의하면 정치권력은 일정한 공동관심사를 처리하기 위한 위임계약에 의해서 성립되는 것이기 때문에 국가기관과 국민간의 관계에서는 무엇보다도 信任이 중요하다. 따라서 신임을 바탕으로 한 위임계약에 의해서 국가존립의 근거는 국민의 자연적 자유와 권리를 보

497) 허영(주 1), 219면.

원리는 아니다. 대의민주주의에서는 대의기관에 의해 정해지는 국가의사가 국민의사와 다를 수 있음을 전제로 그 일치의 가능성을 높여 주기 위하여 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있다.⁵⁹²⁾ 대의기관의 구성을 위한 주기적 선거와 대의기관의 의사결정과정과 그 내용의 공개, 권력분립제도·지방자치제도·헌법재판제도·공직제도의 실현, 국민의 각종 기본권의 보장, 특히 참정권, 언론·출판·집회·결사의 자유, 알 권리, 정당의 자유, 재판청구권, 국가배상청구권 더 나아가 저항권을 보장하여 대의기관의 의사결정이 국민여론에 따르게 함으로서 대의기관의 의사결정이 국민의 정치적 공감대에 의해서 정당화되고 통제되도록 하는 통치형태원리이다.⁵⁹³⁾

결론적으로 대의민주주의는 국민주권과 인간사회의 본질에 대한 합리적 이해를 전제로 하여 선거제도와 권력분립제도 뿐만 아니라 권력분립원칙의 조직적 실현형태로서의 정부형태, 대의원리에 의하여 결정된 국가정책의 실현수단으로서의 공직제도, 대의원리의 지역적 실현형태이자 기능적 권력통제요소인 지방자치제도, 종래 사법심사의 대상이 되지 않던 대의기관의 대의활동을 통제하는 헌법재판제도 등 여러 통치기관의 구성원리와 밀접한 관계를 가진다는 점에서 통치권의 민주적 정당성과 법기속성을 실현하는데 있어서 가장 기초적이고 중추적인 통치기관의 구성원리일 뿐만 아니라,⁵⁹⁴⁾ 국민의 기본권실현과도 불가분의 관계를 가지는 통치형태원리로서 제한정치, 공개정치, 책임정치 그리고 전문정치를 실현하는 기능을 가지고 있다.

第 4 節 直接民主制度의 代議民主主義에의 受容論과 限界

I. 序說

대의민주주의는 통치자와 피치자의 구별을 인정하고 기관구성권과 국가의사결정권(정책결정권)을 분리하여 전자는 국민에게, 후자는 대의기관에게 부여한다는 점에서 전통적 주권개념, 즉 주권자의 권력은 불가분의 절대무제한이라는 것을 거부한다. 그리고 대의민주주의는 기관구성권과 국가의사결정권의 분리를 전제로 할뿐만 아니라 국가의사결정권도 그 기능에 따라 분리하여 국가기관 상호간에 통제하게 하

는 권력분립제도를 취하여 권력의 남용을 방지하여 국민의 자유와 권리를 수호한다. 또한 대의기관의 담당자는 국가의사결정에 있어서 헌법과 법률에 위반되지 않는 범위 내에서 독자적인 판단권과 자율권(무기속위임원칙)을 가진다. 이에 반하여 직접민주주의는 주권자이자 피치자인 국민이 모든 국가의사를 직접 결정하는 것만이 민주주의의 실현이고 이럴 경우 피치자인 국민은 자유로울 수 있다고 이해하여 통치자와 피치자의 구별을 부정하고 그래서 기관구성권과 정책결정권의 분리를 원칙적으로 거부하고,⁵⁹⁵⁾ 국민에 의하여 선출되는 유일한 국가기관인 의회에게 권력을 집중시키는 권력집중주의를 추구하며, 대의기관의 담당자는 국가의사결정에 있어서 국민의 지시와 훈령에 따라야 한다(명령적 위임의 원칙)고 한다.

이처럼 직접민주주의는 경험적 국민의사를 중시하고⁵⁹⁶⁾ 경험적 국민의사를 실현하는 의회에 권력을 집중하는 통치형태원리인 반면에 대의민주주의는 모든 국민이 모든 국가의사결정과정에 참여하여 국가의사를 직접 결정하는 것이 곤란하다는 현실과 사상, 이념, 종교, 이해관계에 따른 경험적 국민의사의 다양성과 대립으로 인한 국가의사결정의 어려움과 경험적 국민의사의 다양성과 대립을 중립적 입장에서 조정·중재하여 국민전체의 이익을 실현하는 통치자가 필요한 인간사회의 본질을 직시하여 통치자와 피치자가 존재함을 인정하고 국민에게는 機關構成權과 統制權을, 대의기관에게는 國家意思決定權을 부여하는 동시에 그에 대한 責任을 추궁할 수 있게 하고, 대의기관의 권력집중과 권력남용을 막기 위하여 대의기관 상호간의 견제와 통제를 통한 권력통제를 강조하는 통치형태원리이다. 대의민주주의는 경험적 국민의사가 국민전체의 이익과 일치하지 않는 경우를 해결하기 위하여 이른바 추정적 국민의사라는 개념을 수용하여 대의기관의 자주적 결정권을 인정하여 추정적 국민의사를 중시하고 다만 추정적 국민의사의 불명확성으로 인해서 특정인이나 특정집단에게 권력을 집중하는 것을 거부하고 권력분립을 통한 권력통제를 통하여 추정적 국민의사를 실현하려는 통치형태원리라고 할 수 있다.⁵⁹⁷⁾ 따라서 루소의 직접민주주의사상과 이에 기초하는 칼 슈미트의 동일성민주주의는 통치자와 피치자를 구별하고 추정적 국민의사를 중시하고 권력분립을 강조하는 대의민주주의와 원리상 조화될 수 없다.⁵⁹⁸⁾ 그런데 원리상으로 대의민주주의와 직접민주주의가 조화될 수 없다

595) 이것의 제도적 표현이 국민소환제도와 명령적 위임제도이다.

596) 루소는 국민의 전체의사가 일반의사와 다를 수 있음을 인정하고 있지만, 그가 모든 국민의 평등을 전제로 하여 모든 국민의 국가의사결정에의 참여를 강조하는 이상, 국민다수의 경험적 의사가 일반의사로 간주될 수밖에 없다.

597) 유사한 취지: Fraenkel(주 414), S. 339.

592) 허영(주 1), 768면.

593) 허영(주 1), 768면.

594) 허영(주 1), 790면 이하; 정종섭(주 172), 289면 이하; M. Kriele(주 4), 299면; P.

Krause(주 262), Rn. 11ff.; W. Hennis(주 414), S. 58.

고 하는 경우에도 대의민주주의 통치질서에 직접민주제도가 조화, 수용될 수 있느냐 하는 것은 다시 검토해보아야 한다.

II. 수용이 검토되는 直接民主制度

대의민주주의에 수용이 검토되는 직접민주제도에는 국민표결, 국민발안, 국민소환이 있다. 국민표결, 국민발안, 국민소환 등 직접민주제도는 국민이 국가공동체의 특정 사항에 관하여 투표나 발의 등의 방법으로 국가의사형성에 직접 참여하는 제도이다.⁵⁹⁹⁾

국민투표는 넓은 의미에서는 국민표결(Referendum; Volksentscheidung), 신임투표(Plebiszit; plébiscite), 국민발안(Volksinitiative; Volksbegehren), 그리고 국민거부(Referendum als Veto; Volksveto) 및 국민소환(Volksabberufung; Recall)등을 포함하는 것이나, 협의로는 국민표결과 신임투표를 총칭하는 의미로 사용된다.⁶⁰⁰⁾ 일반적으로 국민투표의 이름으로 시행되고 있는 여러 가지 직접민주제도들은 각 나라마다의 정치적·사회적 사정에 따른 입법례에 따라 구체적 내용이 동일하지는 않으므로 여기서의 설명은 일반론에 그친다.⁶⁰¹⁾

國民表決은 헌법의 제정이나 개정, 법률의 제정이나 개정 등 주요한 법안이나 국가의 중요정책을 국민투표로써 결정하게 하는 제도이다. 의회나 대통령이 제안한 헌법, 법률, 조례 등의 제정이나 개정을 국민투표로써 거부하거나 받아들이는 제도라는 점에서 국민이 직접 발의하여 국민표결에 붙여지는 국민발안보다는 소극적 성격의 직접민주제도이다.⁶⁰²⁾ 국민표결이 행하여지는 계기에 따라서 필수적 국민표결과 국가기관의 선택에 따라 이루어지는 임의적 국민표결과 국민발안에 의한 국민표결이 있다. 후자는 일반적으로 국민발안으로 다루어진다. 국민표결의 성격에 따라 헌법제정회의나 의회에서 가결한 헌법안이나 법률안을 국민투표에 회부하여 확정하는

인준적 국민표결과 헌법제정회의나 의회가 입법의 필요에 의해 그 법안의 원칙에 대해 사전에 국민의 의사를 묻는 협의적 국민표결이 있다.⁶⁰³⁾ 국민표결과 信任投票(Plebiszit)는 구별하여 이해하여야 한다. 국민표결과 신임투표는 국민투표라는 명칭으로 혼용되고 있는 경우가 많아 명확히 구별되지 않지만⁶⁰⁴⁾ 입법에 대한 것이면 전자에 해당하고, 특정정책이나 특정정책에 결부된 집권자의 신임에 대한 것이라면 후자에 해당한다는 견해가 있다.⁶⁰⁵⁾ 그러나 단순히 대상을 기준으로 하여 양자를 구별하는 것은 적절하지 않다. 신임투표는 특정정책이나 법안에 대한 국민투표를 통치자의 정책이나 계속적인 통치에 대한 국민의 의사와 결부시키는 것이라는 점에서 신임투표는 헌법이 제도로서 수용하고 있는 것이 아니라 헌법현실에서 그렇게 기능하는 것일 뿐이라고 이해하는 것이 타당하다.⁶⁰⁶⁾ 신임투표는 헌법이 정하는 국가기관의 권능과 그 행사절차를 무시할 우려가 있으며 이로 인하여 의회의 입법권과 국정통제권을 무력화하여 독재를 야기할 우려가 있다. 대통령이 외교·국방·통일 등 중요정책에 대해서 임의로 국민투표에 붙일 수 있게 하는 현행 헌법 제72조의 국민투표제도는 신임투표로 이용될 우려가 있다.⁶⁰⁷⁾

國民發案은 일정수의 국민의 발의에 의하여 국민투표에 붙여져 국민다수가 동의하면 헌법이나 법률이 제정되는 제도로서 국민이 직접 발의하여 국민표결로 결정한다는 점에서 국민표결보다 적극적 성격의 제도이며 투소의 직접민주주의사상에 가장 가까운 제도이다. 그 대상에 따라 헌법발안, 입법발안, 특수발안 등으로 분류된다. 또한 제안의 방법에 따라 국민이 직접 법률안의 조문까지 작성하여 제출하는 國民立法發案과 국민이 의회 등에 대하여 일정한 내용의 헌법안이나 법률안을 작성할 것을 요구하는 單純國民發案이 있다.⁶⁰⁸⁾ 국민의 발안이 있는 경우 의회의 관여를 인정하여 의회가 제안된 안에 대하여 수정하거나 부결권고안을 국민투표에 붙일 수도 있고 의회의 관여를 배제하고 필수적으로 국민이 발의한 안을 국민투표에 붙이게 하는 경우도 있을 수 있다.

598) 허영(주 1), 765면; 정종섭(주 172), 128면.

599) 박남규, "국민투표의 헌법적 기능과 그 전개에 관한 연구" (박사학위논문, 동아대학교 대학원, 1983), 14면.

600) 구병삭·강경근, 「국민투표」(서울: 민음사, 1991), 17면; 박남규(주 599), 14면; 김철수(주 224), 157면.

601) 각 나라의 구체적인 제도내용에 관하여 자세한 것은 박남규(주 599) 참조; 미국의 직접민주주의에 관하여는 한태연, "미국에 있어서의 直接民主制의 現況" 「미국헌법연구」 10권, (1999. 7), pp.1-65 참조.

602) 구병삭·강경근(주 600), 19면, 박남규(주 599), 21면.

603) 정종섭(주 172), 247면; 한태연(주 20), 125면 이하.

604) 구병삭·강경근(주 600), 83면; 박남규(주 599), 24면.

605) 김철수(주 14), 878면; 박남규(주 599), 23면; 한태연(주 14), 158면.

606) 구병삭·강경근(주 600), 83면, 89면; 정종섭(주 172), 247면 참조.

607) 구병삭·강경근(주 600), 136면. 제72조의 국민투표제도가 신임투표제도로 악용되는 것을 막기 위해서는 제72조에서의 '국가안위'는 비상사태를 전제로 한 개념이 아니라 중요정책의 내용으로 이해하여야 한다고 한다.

608) 구병삭·강경근(주 600), 19면; 정종섭(주 172), 248면.

國民拒否는 의회가 제정한 법률에 대하여 일정기간 내에 일정수의 국민들의 요구에 의하여 그 법률의 존속에 반대하는 국민투표를 실시하여 그 결과에 따라 그 법률의 존속여부가 결정되는 제도이다.⁶⁰⁹⁾ 국민거부에 의해서 일정수 국민의 요구가 있으면 의회가 의결한 법률은 시행이 정지되며, 국민투표에 의해서 다수의 유권자가 법률을 거부하면 그 법률은 폐기된다. 국민거부는 국민에 의한 법률의 事後的 無効化인데 비하여 법률에 대한 국민표결은 법률제정절차의 일환이라는 점에서 차이가 있다. 그런데 국민거부에서는 기권자들도 법률에 찬성하는 것으로 간주되며 그런 점에서 국민투표와 구별된다.

國民召喚이란 의회의 제안이나 일정수 국민의 요구에 의하여 국민의 투표로써 공직에 있는 자를 임기만료 전에 해임시키는 제도이다. 통상 대의기관의 담당자를 대상으로 하는 국민소환이 보통이지만 임명직 공직자, 판사, 재판을 대상으로 하는 나라도 있다.⁶¹⁰⁾ 국민소환제도가 의원전원에 대한 나타날 때는 의회해산의 형태가 될 것이고 대통령제에서 대통령에 대한 소환으로 나타날 때 정부불신임의 형태가 될 것이다.

직접민주제도의 개념과 관련하여 주의하여야 할 점은 국민투표제도를 위기상황 내지는 비상상황과 관련하여 이해하는 태도는 타당하지 않다는 것이다.⁶¹¹⁾ 국민투표는 대체로 위기적 상황이나 격변기에 흔히 사용된다거나 대의민주주의가 평시적, 평화적 개념이라면 국민투표는 비상적, 혁명적 개념이라고 하여 신임투표를 위기상황과 결부시키는 견해가 있다.⁶¹²⁾ 각 국의 역사적 실례를 살펴보면 프랑스와 독일의 경우 국민투표제도가 특정 정치적 상황에서 통치자가 정치적 위기를 극복하기 위하여 내지는 통치자가 절대권력을 구축하기 위하여 악용되기도 하였고 이런 국민투표제도를 악용한 사례로 인하여 세계 각국에서 국민투표제도에 대한 거부감이 강한 것이 사실이나, 스위스나 미국의 사례를 보면 직접민주제도들은 오히려 항시적, 평

시적 성격의 제도로서 대의민주주의와 상호 보완하면서 잘 운영되고 있다. 국민투표를 위기상황과 관련하여 권위주의적 독재정권을 정당화하기 위한 수단으로 악용되는 경우는 주로 민주주의경험이 일천하거나 건전한 민주주의식이 성숙되지 못한 국가에서만 가능하였다. 이는 직접민주주의원리에 따라 국민의사의 절대성을 강조한 결과이다. 그 결과 현존상태나 제도는 국민투표적 정당성(plebiszitäre Legitimität)에 의하여 언제든지 바꿀 수 있다는 결론에 이르게 되어 헌법의 규범성과 안정성이 오히려 쉽게 침해되어 민주적 헌법질서가 뿌리내리는데 장애가 되기도 하였다.⁶¹³⁾ 따라서 독일과 프랑스 그리고 우리 나라의 경험을 근거로 국민투표제도의 위험성을 경계하는 것은 타당하지만, 이를 이유로 국민투표제도를 위기상황과 결부시키는 것은 합리적인 태도가 아니다.⁶¹⁴⁾

III. 直接民主制度의 代議民主主義에의 受容可能性과 妥當性

1. 직접민주제도의 대의민주주의에의 수용가능성

대의민주주의에 직접민주제도의 수용을 주장하는 견해나 이에 반대하는 견해들은 대의민주주의에 직접민주제도를 당연히 수용할 수 있음을 전제로 수용의 타당성에 중점을 두고 그 논리를 전개하고 있다. 하지만 통치형태원리로서의 직접민주주의와 대의민주주의는 결합할 수는 없다는 점을 고려한다면 직접민주제도를 원리상 대의민주주의에 수용할 수 있는가 여부를 따로 검토하는 것이 논리적이다. 이를 밝힘으로써 직접민주제도를 대의민주주의에 수용할 수 있다고 하더라도 수용의 범위 내지 한계도 밝힐 수 있다. 결론적으로 말해서 제도로서의 직접민주제도를 대의민주주의에 수용하는 것은 대의민주주의의 기본원리의 한계 내에서만 가능하다고 할 것이다.⁶¹⁵⁾ 직접민주제도의 도입은 대의민주주의의 교정수단으로 국민에 의한 대의기관의 권한 행사를 통제하여 국민의사를 대의기관의 의사결정과정에서 보다 더 잘 반영하려는 목적에서 이루어진다. 그런데 직접민주제도는 통치형태에 관한 헌법의 기본원

609) 국민거부는 국민표결과 개념에서 약간의 차이는 있으나 실제에서는 국민표결과 혼용되고 있다고 한다. 박남규(주 599), 22면.

610) 미국의 일부 州에서는 시장이나 의원뿐만 아니라 법관과 임명직 행정공무원에 대한 국민소환을 인정하고 있다. 박남규(주 599), 50면.

611) 강경근, "헌법 제47조의 플레비시트적 성격과 그 한계에 관한 연구" 「현대 공법학의 제문제」 (윤세창박사 정년기념논문집) (박영사, 1983. 12), 618면 이하 참조; 구병삭·강경근(주 600), 83면; 박남규(주 599), 24, 133면.

612) 한태연(주 20), 229면; Gilbert Bortori, *Sociologie de referendum dans la France moderne*, 1965, p.235; Paul Leroy, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, 1966, p. 173. 구병삭·강경근(주 600), 83면에서 재인용.

613) 허영(주 1), 775면, 84면 참조. 우리 헌정사에서도 1972년의 '10월 유신'이후의 제4공화국 헌법에 대한 국민투표와 1980년 제5공화국 헌법에 대한 국민투표 등 국민투표가 불법적인 권력찬탈을 정당화하는 수단으로 악용된 사례가 있었다. 같은 취지: 구병삭·강경근(주 600), 147면.

614) 구병삭·강경근(주 600), 136면.

615) 허영(주 1), 800면 이하; 정종섭(주 172), 251면.

리인 대의민주주의에 대한 예외이므로 제한적이고 보충적으로 인정될 수 있을 뿐이다. 그러므로 헌법에서 규정하고 있는 직접민주제도의외의 직접민주제도는 헌법개정 없이 의회의 법률이나 의결 내지 대통령의 명령으로서 직접민주제도를 수용하거나 실시하려는 것은 허용될 수 없다.⁶¹⁶⁾ 대의민주주의의 폐단을 극복하기 위하여 수용이 주장되고 있는 구체적인 직접민주제도들이 대의민주주의에 수용될 수 있는지는 개별적으로 검토해보아야 하는데, 協議的 國民投票은 국민에게 국가의사형성의 참여를 보장하고 공감대형성기능을 하는데 그치고 대의기관의 의사결정을 제한하지 않기 때문에 대의민주주의에 위배되지 않는다고 할 것이다.⁶¹⁷⁾ 뿐만 아니라 국가의 정책결정에 국민이 직접 관여하는 認准的 國民投票制度(國民拒否制度 포함)는 주권자인 국민에게 법률안 등에 대한 최종적인 결정권을 주는 것이지만 실질적으로는 대의기관에 의해서 이미 그 내용이 정해진 법률안 내지 국가정책에 대한 선택권 내지 거부결정권만을 주는 것이므로 대의기관의 정책형성권과 정책결정권을 본질적으로 제한하는 것이라고 할 수 없고 따라서 대의민주주의의 기본원리에 위배되지 않는다.⁶¹⁸⁾ 다만 인준적 국민투표나 국민거부는 의회의 입법권을 제한하는 정도가 크므로 그 적용대상을 엄격히 제한하여야 한다. 협의적 국민투표이건 인준적 국민투표이건 일정한 전제조건을 구비하여야 한다. 첫째 국민투표는 대의기관에서 현안의 문제가 진지하게 토의된 후에도 결정에 이를 수 없는 경우에 한하여 보충적으로 제기되어야 한다. 그렇지 않으면 대의기관에서의 협상과 타협을 통한 국민의사의 발견이라는 복잡한 민주적 절차대신 집권자의 의사가 국민의사를 조작하여 국가의사화될 우려가 있으며 국민이 선거를 통해서 결정한 의회의 의사결정구도를 우회하는 방면으로 악용될 위험이 있다. 둘째, 국민투표는 사항결정에 국한하여야 하고 대의기관

의 담당자에 대한 정당성을 확인하는 절차가 되어서는 안 된다. 셋째로 국민투표로 결정을 하기 전에 안전에 대한 충분한 의견교환의 기회와 가능성이 보장되어야 한다.⁶¹⁹⁾ 국민발안 중 單純國民提案은 대의기관에게 정책형성의 자유를 인정하고 있으므로 대의민주주의의 기본원리에 위배되지 않는다. 그런데 국민발안 중 國民立法提案의 경우, 입법기관인 의회가 전혀 관여할 수 없고 일정 수를 갖춘 국민의 요구가 있으면 무조건 국민이 제출한 안에 따라 국민투표에 붙여야 한다면 이는 대의기관의 존재와 대의기관의 정책결정권을 부정하는 것으로 대의민주주의와 조화될 수 없지만⁶²⁰⁾ 의회의 관여와 조정을 인정하는 경우, 예를 들어 스위스의 헌법국민발안제도처럼⁶²¹⁾ 의회가 국민발안에 동의하면 그 안에 대하여 바로 국민투표에 붙이고 의회가 동의하지 않으면 의회가 별개의 안을 작성하던가 혹은 국민발안부결권고안을 국민이 발의한 의안과 함께 국민투표를 붙이는 것은 대의민주주의와 조화된다고 할 것이다. 國民召選制度는 대의기관의 무기속위임원칙과 임기제를 인정하는 바탕에서 예외적으로 대의기관의 권한남용과 부패를 방지하기 위한 것인 경우 대의민주주의의 기본원리와 조화된다고 하겠다. 그리고 이런 맥락에서 오늘날 강조되고 있는 '參與民主主義論'에서 주장되는 국민의 參與도 대의민주주의의 기본원리와 조화되는 범위에서 수용될 수 있는 것이다.⁶²²⁾ 참여의 형태로서 특히 문제되는 것은 대의기관의 정책결정과정에 이해관계인이 직접 참여하여 자신들의 의사와 이익을 적극적으로 주장하는 直接參與인데, 여기에는 구체적으로 대의기관의 결정하기 전에 입법예고제, 청문회나 공청회 등을 통하여 정책결정과정에 참여하여 자신들의 의사를 전달하고 최종적인 결정은 대의기관이 내리는 경우와 국민이 정책결정에 대표자와 함께 참여하는 경우를 생각할 수 있다. 후자의 경우 국민전체의 이익을 추구하여야 할 국가의사결정에 특수이익을 추구는 경험적 국민의사를 그대로 여과 없이 반영하는 것이 되어 대의원리와 조화될 수 없다.⁶²³⁾ 참여민주주의에서 참여라는 것도 결국 대의기관의 정책결정의 합리성을 담보하기 위한 것이지 대의기관의 정책결정을 대체하기 위한 것은 아니다.

여기에 언급된 직접민주제도 중 일부가 대의민주주의와 조화될 수 있다고 하여

616) P. Krause(주 262), Rn. 13, 15; M. Kriele(주 169), S. 60; K. Stern(주 313), S. 607; 정중섭(주 11), 385면.

617) 그러나 이에 대하여 Krause는 대의기관을 구속하지 않고 대의기관에게 결정의 자유를 부여하는 협의적 국민문의(konsultative Volksbefragung)에 대해서는 기본법 제20조 제2항 1문의 국민주권원칙에 따라 공식적 절차에서 표명된 국민의사와 상충되는 대의기관의 결정의 정당성을 부정할 우려가 있으며, 국민의사를 묻는 기회에 사안에 대한 지지를 선견함으로써 이미 특정한 대답을 암시적으로 요구하는 위험이 존재하며, 국민문의는 단순한 문의로 그치는 경우도 있지만 신임투표로 악용될 수 있으므로 헌법개정으로도 국민문의는 인정할 수 없다고 한다. Krause(주 262), Rn. 17ff. 같은 취지: Kriele(주 169), S. 60.

618) 허영(주 2), 637면. 그러나 이에 대하여 認准的 國民投票의 경우 의회의 권한은 법률안의 제출에 한정되는데, 이는 의회의 법률형성권을 침해하는 것이므로 대의민주주의에서는 수용할 수 없다는 견해가 있다. 이런 맥락에서 國民拒否도 헌법상 입법권 국회귀속원칙에 위반되기 때문에 채택될 수 없다고 한다. 구병삭·강경근(주 600), 28면, 17면.

619) 자세한 것은 전광석(주 402), 65면 이하.

620) 정중섭(주 172), 250면; 허영(주 2), 637면.

621) 스위스 헌법 제121조 참조. 박남규(주 599), 40면.

622) 정중섭(주 11), 384면; 정중섭(주 172), 283면 이하.

623) 정중섭(주 11), 384면; 정중섭(주 172), 283면 이하.