

民主的 基本秩序

金 哲 洙*

I. 民主的基本秩序의 意義

1. 韓國憲法의 民主的 基本秩序規定

우리 憲法은 第7條 3項에서 民主的 基本秩序라는 말을 使用하고 있다. 이 「民主的基本秩序」라는 用語는⁽¹⁾ 第2 共和國憲法 第13條 2項의 政黨條項에서 사용되었던 「憲法의 民主

* 서울대학교 법과대학 教授

- (1) 民主政治에 관해서는 시몽, 李克燦譯 民主政治의 原理(Simon, Philosophy of Democratic Government); 칼 맥커 民主論, 現代民主主義(年報政治學 1958); 켈젠, 韓泰淵外譯, 民主主義의 本質과 價値; 尹世昌, 國民投票制의 現代的 意義, 考試界 5권 9호, pp.23~33; 韓東燮, 國民投票制度的 概念과 根據, 法制 12권 3호; 金箕範, 直接民主政治制度的 考察, 考試界 1권 8호; 金南辰, 變化한 民主主義, 法政 1961.9; 康文用, 새 憲法과 國民投票, 考試界 1963.1; 李邦錫, 代議民主主義와 壓力團體, 受験生活 1963.4; 李圭復, 國民投票制의 價値檢討, 考試界 1964.1; 崔弼, 法과 民主主義, 저스티스 제9권 제1호; 아롱, 崔雲芝譯, 民主主義와 全體主義 1970, 뒤 베르세, 金秉圭譯, 政治制度和 憲法, 1979.

尾高朝雄, 民主主義의 法律原理; 川村又介, 國民主權; 黑田覺, 民主主義와 立憲主義(新憲法講座); 宮澤俊義, 民主制의 本質的 性格; 河村又介, 直接民主政治(現代政治學全集); 大石義雄, 國民投票制度의 研究; 宮田豐, 國民意思表示(法學論叢 66권 6호), 國民代表의 神話와 現實; 阿部齊, 美國民主主義의 起源(法學志林60권 3·4호); 堺愼介, 新しい民主主義에 關する一考察, 阪大法學 48호; 清宮四郎, 「數と理」自由의 法理, 尾高教授追悼論文集; 清宮四郎, 多數決의 意味, 日本法學 29권 5호; 樋口陽一, 現代民主主義의 憲法思想 1977; 田畑忍編, 議會制民主主義의 研究 1977.

Abendroth, W. Antagonistische Gesellschaft und Politische Demokratie 2. Aufl. 1972; Fet-cher, I. Die Demokratie 1970; Görlitz, A., Demokratie im Wandel 1969; Lameyer, Streitbare Demokratie, 1978; Zacher Freiheitliche Demokratie 1969; Maiz, Grundprobleme der Demokratie, 1973; Friederich, C.J., Demokratie als Herrschafts- und Lebensform 2. Aufl. 1966; Hüttich, Begriff und Formen der Demokratie, 1966; Ritter u. Ziebur, Faktoren der politischen Entscheidung, Festgabe für Ernst Fraenkel zum 65. Geburtstag, 1963; Fet-scher, Die Demokratie, 1970; Fet-cher, Konkrete Demokratie heute, 1957; Fet-scher, Die Demokratie 1970; For-sthoff, Strukturwandlungen der modernen Demokratie 1964; Hübner, Die Staatsform der Republik, 1920; Hermens, Verfassungslehre, Frankfurt 1961; The representative Republic, Notre Dame 1958; Kurz, Volkssouveränität und Volksrepräsentation, 1965; Huber, Plebiszitäre Demokratie und Staatsverträge (Zum schweizerischen Staatsvertragsreferendum); Frankel, Festschrift, pp.368~85; Imboden, Die Volksbefragung in der Schweiz, a.a.O., SS.385~409; Imboden, Die Staatsformen, 1959, Imboden, Die politische Systeme, 1962; Laufer, Die demokratische Ordnung, 1966; Leibholz, Das Wesen der Repräsentation 3. Aufl., 1965; Steiner, Verfassungsgebung und verfassung gebende Gewalt des Volkes, 1966; Bäumlín, Die rechtsstaatliche Demokratie, Zürich, 1954; Barbarino, Staatsform und politische Willens-bildung, 1949; Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Giacometti, 1953; Fraenkel, E., Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat, 1958; Fraenkel, Deutschland und die westliche Demokratie 1974; Kind, K. Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie, Diss, 1955; Kelsen, Vom Wesen und Wert der

의 基本秩序에서 「憲法의」를 없앤 것이다. 주지하는 바와 같이 이 民主의 基本秩序에 위배한 政黨의 解散을 규정한 第2共和國 憲法 제13조 2항이나 第3共和國 憲法 제7조 3항의 규정은 西獨基本法 제21조를 모방한 것이었다. 西獨基本法上에서는 自由民主의 基本秩序라고 했음에 대하여 「自由」라는 用語를 붙이지 않는 것이 다른 점이라고 하겠다.

第2共和國 憲法에서는 이 民主의 基本秩序라는 用語가 아시아에서는 처음으로 사용되었고, 權利에서 秩序에로의 標識로 보아 우리 憲法의 자랑이라고 했으며(黃山德), 또 제13조 2항의 「憲法의 民主의 基本秩序」란 政黨條項을 규정한 同條 제2항의 경우에만 적용되는 규정이 아니라 우리 憲法秩序에 있어서의 「모든 行爲의 統一의 基準이 되고 있다」고 보며, 그것은 「基本權의 第1次的 制限을 의미하는 이른바 일반적인 憲法의 留保로」 보고, 「우리 憲法의 전체를 지배하는 궁극적인 實定法上的 價值基準을 의미한다」고 보고, 나아가 「憲法改正의 限界, 刑法 특히 國家保安法에 의한 보호의 대상, 憲法裁判所의 憲法解釋에 있어서의 實定法上的 解釋의 基準을 의미한다」고 보았었다(韓泰淵). 이 見解는 第3共和國憲法에서도 계속 유지되고 있었다.⁽²⁾

그러나 이 見解는 第2共和國 「憲法의 民主의 基本秩序」와 第3共和國憲法의 「民主의 基本秩序」의 用語差異가 고려되고 있지 않으며, 또 그 憲法編制上的 位置變換(제2장에서 제1장으로)이며, 기타 概念規定이 先行되지 않은 感이 不無하다. 뿐만 아니라, 西獨基本法上的

Demokratie, 1920; G. Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1958; unmittel Löwenstein, Volk und Parlament, 1922; Nawiasky, Von der baren Demokratie, 1953; H. Peters, Die Problematik der Deutschen Demokratie, 1948; H. Reiner, Selbstbestimmungsrecht und Demokratie, ARSP, Bd. 47, S. 477ff; Finer, H., The Theory and Practice of Modern Government, 1949; Hermens, Democracy or Anarchy, 1949; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, § 20; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, § 20; Abraham u. a., BGG, § 20; Becker, C.L., Modern Democracy, 1950; Benn & Peters, Social Principles and the Democratic State 2. ed. London, 1961; Bryce, Modern Democracies. 2 Vols. 1931; Ehrmann, Democracy in a Changing Society, 1965; Finer, Theory and Practice of modern Government, 1954; Frankel, The Democratic Prospect, New York, 1962; Friedrich, Constitutional Government and Democracy, 1950; Lindsay, The Modern Democratic State, 1955; MacPherson, The Real World of Democracy, 1966; Mayo, An Introduction to Democratic Theory, 1960; Pickles, Democracy, 1970; Tocqueville, A de, De la Démocratie en France, 3 Vols. 1835/Ko; Duverger, Les régime politique, 1965; Duverger, Institutions politiques et droit constitutionnel 1978; Duverger, La démocratie sans le peuple, 1971; R. Aron, Démocratie et totalitarisme, 1966.

- (2) 權寧星교수는 「第2共和國憲法의 政黨條項이 西獨基本法 第21條를 모델로 한 것임은 다 알고 있는 사실이고 또 그 憲法이 4.19革命의 結果를 성립한 것이라는 점을 감안할 때 第2共和國憲法의 民主의 基本秩序가 西歐民主主義를 그 내용으로 하는 一般法的인 것은 의문의 여지가 없는 것이다. 金哲洙교수의 주장은 憲法의 文言에 지나치게 얽매인 法實證主義의 解釋 내지 概念法學的 解釋이라 하지 않을 수 없다」(考試研究 (1979. 7)論文, p. 46 참조)고 하고 있다. 그러나 그도指摘하고 있는 바와 같이 憲法의 文言이 一義的인 경우에는 文理解釋에 의하여야 하며 文理解釋이 不可能할 때 比較法的 解釋을 해야 하는 것이다(憲法學原論(上) p. 40). 憲法의 文言을 초월하여 또 文章體制를 뛰어넘어 外國의 法理論을 無條件으로 번역 答습하는 것은 憲法解釋의 正道가 될 수 없다. 韓泰淵議員은 이러한 문제점을 감안하여 西獨學說의 全面的 受容을 어느정도 억제하고 있는 것 같다(第3共和國과 第4共和國憲法 教科書를 比較해 보면 이를 알 수 있다).

「自由民主의 基本秩序」의 意義와 現行憲法上의 「民主의 基本秩序」의 異同이 명확히 識別되고 있지 않는 것 같다.

第4共和國憲法은 前文에서 「自由民主의 基本秩序를 더욱 공고히 하는 새로운 民主共和國을 建設」한다고 하고 있고 第7條 3項에서 「政黨의 目的이나 活動이 民主의 基本秩序에 위배……될 때에는 解散된다」고 규정하여 이 두가지 概念을 區分하고 있어 이에 대한 검토가 요망된다.⁽²⁾

2. 西獨基本法の 自由民主의 基本秩序의 意義

西獨基本法은 주지하는 바와 같이, 自由民主의 基本秩序를 제21조의 政黨條項에서 뿐만 아니라 基本權濫用에 의한 基本權 喪失을 규정한 제18조에서도 사용하고 있다.⁽³⁾ 따라서 西獨基本法上에서는 제18조에 의해서 自由民主의 基本秩序가 基本權行使에 있어서 憲法의 行爲의 限界를 이루고 있다. 또 第10條 2項, 第11條 2項, 第87a條 4項, 第91條 1項등에서도 自由民主의 基本秩序를 규정하고 있다. 西獨基本法에서는 憲法의 改正限界는 제79조 3항에서 규정되고 있으며, 이에는 自由民主의 基本秩序 이외에도 聯邦制의 原則과 共和制의 原則 등이 포함되어 있으나, 複數政黨制의 保障인 제21조는 포함되어 있지 않다. 따라서 民主의 基本秩序와 憲法改正의 限界는 同義語가 될 수는 없다.⁽⁴⁾ 나아가 西獨의 刑法에 있어서의 國家危害에 관한 犯罪의 保護法益은 「憲法의 基本原則」으로서 憲法上의 自由民主의 基本秩序 그 자체는 아니다. 왜냐하면 이 刑法 88조의 규정에는 多數政黨의 原理며, 政黨의 權會均等, 基本의 人權의 保障 등이 포함되어 있지 않기 때문이다. 또 西獨基本法은 憲法秩序란 用語를 사용하고 있는데, 이 憲法秩序의 概念과 自由民主의 基本秩序는 동일한 概念이 아니라고 聯邦憲法裁判所는 판시하고 있다. 憲法秩序는 구체적인 概念이며, 憲法秩序에의 저촉은 「自由民主의 基本秩序」에의 저촉일 필요는 없다. 그러나 이에 반하여 「自由民主의 基本秩序」에의 모든 저촉은 동시에 憲法秩序에의 저촉을 의미한다」고 하고 있다.⁽⁵⁾ 또 Leibholz 教授는 民主의 基本秩序와 自由民主의 基本秩序를 구별하여 소위 民主의 基本秩序 중에서도 西歐의 自由民主主義의 概念과 결부된 것만이 自由民主의 基本秩序라고 하고 있다.⁽⁶⁾ 이러한 見解는 議會評議會에서의 憲法草案審議에서도 明白히 하였었다.

(3) 西獨基本法の 自由民主의 基本秩序에 관해서는

Denninger, E., Freiheitliche demokratische Grundordnung, Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik, 2 Bde., 1976; *Laufer, H.*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Grenzen, Festschrift zum 25 jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1972. S. 73ff; *Leibholz, G.*, Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und das Bonner Grundgesetz, DVBl. 1951, 554ff; *Leibholz*, Freiheitliche demokratische Grundordnung (1960) in N. Matz (Hsrg.), Grundprobleme der Demokratie 1973. S. 303f; *Ruland, M.*, Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Diss. Berlin. 1972. 등 참조.

(4) *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, GG §21/114.

(5) *v.d. Heydte-Sacherl*, Soziologie der deutschen Parteien, S. 92.

(6) *Leibholz*, Freiheitliche demokratische Grundordnung und das Bonner Grundgesetz, Strukturprobleme des Modernen Demokratie, SS. 132-141.

3. 民主的 基本秩序와 自由民主的 基本秩序의 差異

이러한 관점에서 볼 때 概念上 西獨의 「自由民主的 基本秩序」와 韓國憲法の 「民主的 基本秩序」와는 다르다는 것을 알 수 있다. 또 韓國 「憲法の 民主的 基本秩序」와 단순한 「民主的 基本秩序」도 概念上은 다르다고 하겠다. 韓國 「憲法の 民主的 基本秩序」는 特殊憲法的인 民主的 基本秩序를 뜻한다고 한다면 단순한 「民主的 基本秩序」는 一般憲法的인 概念이 아닐까 생각된다. 形式論理上 民主的 基本秩序는 自由民主主義와 社會民主主義 등을 내포하는 上位概念이며 그 共通概念이라고 하겠다. 특히 現行 憲法이 「民主的 基本秩序」와 「自由民主的基本秩序」를 區分하고 있는 것은 現行憲法이 自由民主的基本秩序에의 過渡期的 憲法임을 強調하고 있는 것이라고 하겠다. 따라서 自由民主的 基本秩序는 指向하여야 할 理念이며 現實은 自由民主的 基本秩序 만이라고는 할 수 없을 것이다.⁽⁷⁾

II. 民主的 基本秩序의 理念과 形態

1. 民主的 基本秩序의 理念

이러한 民主的 基本秩序의 理念과 價値는 民主主義의 理念과 價値에 직결된다. 民主主義가 무엇이나에 관해서는 많은 見解가 대립되어 있다. 이러한 多義的인 概念을 여기서 완전히 소개할 수는 없기 때문에 民主主義의 理念에 관한 代表的인 몇 學說을 들어 보기로 한다.⁽⁸⁾

民主政治의 理念에 대해서는 自由, 平等, 福祉등이 제시되고 있다. 그 중에서는 平等의 理念을 重視하느냐, 自由의 理念을 重視하느냐, 福祉의 理念을 重視하느냐에 따라 많은 ニュ앙스가 있다. 프랑스 革命時의 口號인 自由와 平等, 博愛를 民主政治의 要素로 보는 사람으로는 Ernst v. Hippel⁽⁹⁾ 이 있고, 民主政治의 要素로서 自由와 平等을 들고 있는 것이 多數說이다. (R. Thoma⁽¹⁰⁾, Leibholz⁽¹¹⁾, 宮澤俊義⁽¹²⁾). 그런데 MacIver⁽¹³⁾는 民主政治가 다른 政府

(7) 우리나라의 學說에 관해서는 金南辰, 憲法 pp.48~56 참조.

(8) 상세한 것은 金南辰, 民主主義의 變遷, 憲法 1977 所收; 金南辰, 變化한 民主主義, 法政, 1961.9; 李克燦, 民主主義란 무엇인가?, 新東亞 1969. 11; 韓太壽, 民主主義의 理想을 實現하는 길, 考試界, 1959. 4.

Demokratiereform im Widerstreit der Meinungen (hrsg. von der Wirtschaftspolitischen Gesellschaft von 1947); F.W. Scharf, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970; Grube-Richter, Demokratietheorien, Konzeptionen und Kontroversen, 1975; Narr-Naschold, Theorie der Demokratie, 1971; Bachrach, Die Theorie demokratischer Eliteherrschaft, 1970; Neumann, Demokratischer und autoritärer Staat, 1967; Lipset, Soziologie der Demokratie 1962.

(9) E.V. Hippel, Vom Ideal der Demokratie, Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, 1959, S.31ff.

(10) R. Thoma, HdbDStR I, S.189.

(11) Leibholz, Zum Begriff und Wesen der Demokratie, S.142ff.

(12) 宮澤俊義, 「清宮, 權力分立制의 研究紹介」, 公法研究 3호 1950년, pp.94/95; 宮澤俊義, 民主制의 本質的 性格, p.68이하.

(13) MacIver, Macht und Autorität, S.147ff. 특히 S.169.

形態와 구별되는 것은 民主政治가 相反된 意見의 자유로운 組織을 前提로 한 점이라는 데에서 自由의 契機를 더 강조하고 있다. O. Stammer⁽¹⁴⁾는 社會學的인 면에서 政治權力의 모든 代表者 특히 國家에 대한 個人의 自由意思形成의 自由와 政治的 意思發表의 自由, 共同利益의 모든 決斷에 있어서 國民과 社會的인 意思團體의 政治的權利의 平等과 최대한의 共同決定權이라고 보고 있다. Kelsen도 自由와 平等의 兩原則의 統合이야말로 民主主義의 特質을 이루는 것이라고 하였다.⁽¹⁵⁾

Hasbach는 民主政治를 自由의 概念과 완전히 분리하여, 平等만이 民主政治의 要素이고, 自由는 自由主義의 要素라고 한다.⁽¹⁶⁾ 그 외에도 民主政治를 輿論의 支配 “Herrschaft der öffentliche Meinung”⁽¹⁷⁾ (government by public opinion)이라고도 하고, 一般選舉權이 전체의 根據가 되어 있는 國家形態(R. Thoma)라고도 보고 있으며, 또 어떤 사람은 民主政治란 「多數의 支配」⁽¹⁸⁾ (Herrschaft der Mehrheit)라고 보고 있다. 이러한 표현은 대개가 民主政治의 平等의 要素를 일면적으로 강조한 표현들이라고 할 수 있을 것이다. 위의 概念들이 自由와 平等을 根據로 論議된 것이지만, 이를 具體化하여 Jahrreiβ는 民主政治는 基本權의 尊重과 多數決原則이라고 보고 있다.⁽¹⁹⁾

오늘날 民主政治의 理念은 平等과 自由, 福祉의 三者라고 하겠다. 이 점에서 人間의 尊嚴權의 保障을 위한 基本權의 尊重이 가장 중요한 理念이라고 하겠다.

2. 民主的 基本秩序의 形態

① 民主政治의 形態的 概念

이상에서 우리는 民主政治의 理念에 관한 學說이 얼마나 多岐의인가를 보았다. 그러나 形態概念으로서의 民主政治는 支配者와 被支配者, 統治者와 被統治者, 命令者와 被命令者의 自同性(Carl Schmitt)⁽²⁰⁾이라고 말하여지고 있다. Kelsen⁽²¹⁾도 이러한 의미에서 民主政治를 領導者와 被領導者의 自同性의 意義에 있어서의 國民의 支配라고 보고 있다.⁽²²⁾ 어쨌든 現代的 民主政治는 國民의 支配(Herrschaft des Volkes)라고 말할 수 있으며, 國民은 主

(14) O. Stammer, in Fraenkel-Bracher, Staat und Politik, S. 55.

(15) H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie 1920, 日譯本ハンスレケルゼン, デモクラシー論, (ケルゼン選集, 9), p. 5.

(16) Hasbach, Moderne Demokratie, 2. Aufl. 1912, SS. 17~18; C. Schmitt, Verfassungslehre 2. Aufl. 1955; Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. S. 158ff.

(17) Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, SS. 140/41.

(18) Bryce, Moderne Demokratien, I. Deutsche Ausgabe, S. 22.

(19) Jahrreiβ, Demokratie, Mensch und Staat, SS. 89~111.

(20) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 234. Demokratie als Staatsform(wie als Regierungs-oder Gesetzgebungsform) ist Identität vom Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden.

(21) Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929; Kelsen, Demokratie in Demokratie und Sozialismus, 1967, SS. 11~39.

(22) Radbruch도 또한 民主政治를 Identität von Regierten und Regierenden이라고 보고 있다. HdbDStR I, S. 286.

權者인 동시에 자기 자신을 統治하는 治者と 被治者의 自同性(Identität)의 관계에 있다고 할 수가 있다.⁽²³⁾

通說에 따른다면, 民主政治는 國民이 國家權力의 擔當者이고, 그의 能動的 市民의 「大多數가 直接으로 國家行爲에 參與하거나(直接的 또는 國民投票의 民主政治) 또는 國民代表나 다른 間接的인 國家機關이 國家權力의 行使에 참가하는(間接的 또는 代表的 民主政治) 國家」라고 말할 수 있을 것이다.⁽²⁴⁾

② 民主政治의 內容의 概念

이러한 民主政治는 通說에 따른다면, 다음과 같은 要素들을 포함하고 있다.⁽²⁵⁾ ① 첫째, 國民에 의한 國政의 參與이다. 이는 國民이 行動하는 機關으로서 選舉나 國民投票에 의하여 直接的으로나, 代表機關(國民의 代辯機關)을 통하여 間接的으로 參與하는 것이 要請된다. ② 둘째로는 多數의 支配로서, 選舉權이나 投票權이 있는 市民의 多數로서나 또는 被選된 國民代表의 多數에 의하여 國家의 意思形成行爲가 결정되어야 하며, ③ 셋째로는 市民의 大多數가 能動的 參政權을 享有하여야 하며, ④ 넷째는 平等과 自由와 福祉가 保障되어야 한다. 既述한 바와 같이 獨逸과 日本에서는 平等만을 民主主義의 內包로 보는 學說이 支配的이었으나, 民主主義의 실행에는 그 前提로서의 個人的 自由를 缺如할 수도 없고, 民主政治에 의하여 도달하려고 하는 한 큰 目標가 自由와 福祉의 실행에 있다고 한다면 三者는 相互調和하고 提携할 수 있으며, 그것이 희망적이기 때문에 自由와 平等, 福祉의 三者를 民主主義의 內包로 보아야 할 것이다.

③ 民主政治의 重要徵表

Martin Kriele는 民主政治의 要素로서 ① 平等, ② 多數의 支配, ③ 寬容, ④ 多元主義, ⑤ 權力엘리트의 競爭, ⑥ 利益의 均衡調和, ⑦ 複合性(Komplexität), ⑧ 妥協(Kompromiß), ⑨ 파트너십(Partnerschaft)이라고 보고 있다.⁽²⁶⁾ 물론 이것은 西獨의 西歐的 民主政治의 徵表이나 이에 대해서는 意見의 一致되고 있는 것은 아니다.⁽²⁷⁾

Ⅲ. 民主의 基本秩序의 內容과 制度

1. 民主의 基本秩序의 內容

오늘날 民主政治는 理念이나 形態에 의한 概念確定보다도 內容의 特徵에 의하여 식별되

(23) 民主政治를 國民主權=國民意思=投票權이 있는 市民의 多數의 意思=決定에 參與하는 有權者의 多數의 意思로 보는 것을 Kägi는 民主政治의 決定論的 全體主義的 見解라고 하여 이를 排擊하고 있다(Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, in Matz (Hrsg.) Grundprobleme der Demokratie S. 107ff.)

(24) v. Mangoldt-Klein, a.a.O., S. 593; Küchenhoff, Staatslehre, SS. 127~129; Jellinek, Staatslehre, SS. 177~376; Nawiasky, Staatslehre, II, 2, SS. 134/35.

(25) 通說化되고 있다. Leibholz, a.a.O.; R. Thoma, a.a.O.; 宮澤俊義, 民主制の本質的 性格, p. 68 이하.

(26) M. Kriele, VVDStRL Heft 29 (1971) S. 48

(27) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht, d. BRD, SS. 52~75.

고 있다. 平等이 民主政治의 理念이라는 學說에 의한다면 民主政治의 概念에는 다음과 같은 것이 內包되어 있다.⁽²⁸⁾

- ① 國民主權主義： 모든 國家權力の 根源的인 擔當者는 國民이다. 이 原則은 憲法에 의하여 規制되고 時期的으로 반복된 國民의 同意 하에 통치하는 統治形態를 말한다.
- ② 國民의 國政參與： 能動的 市民의 직접 또는 간접으로 國家權力の 행사에 참여하는 것을 말한다.
- ③ 多數의 支配
- ④ 자유로운 投票에 의한 多數의 確定： 選舉와 國民投票의 정규적인 반복이 필수적이다.
- ⑤ 市民의 政治的 平等 특히 選舉權의 平等과 投票評價의 平等： 平等選舉.
- ⑥ 大多數國民에 의한 參政權의 享有： 普通選舉.
- ⑦ 意見과 反對意見의 자유로운 形成： i) 그 중에서도 表現의 自由가 보장되어야 하며, ii) 특히 言論·出版·集會·結社의 自由가 보장되어야 하고, iii) 院內 野黨의 存立可能性이 보장되어야 하고, iv) 少數가 多數로 될 수 있는 機會가 法的으로 보장될 것이 요청된다.
- ⑧ 國家에서 자유로운 輿論의 形成： 新聞과 Radio 기타의 通信媒介體를 통한 國家에서 자유로운 輿論이 형성되어야 하며 國家의 通信·言論機關도 私企業과 동등한 權利를 享有해야 할 것이고, 新聞이나 Radio, TV의 指導(Lenkung)나 檢閱의 不在가 그 특색이다.
- ⑨ 특정한 世界觀에 구속되지 아니한 자유로운 人格의 發現性을 가진 萬人에게 公開되어 있는 教育制度의 確立과 教育의 機會均等.
- ⑩ 公職就任의 平等과 自由
- ⑪ 政治的 意義에 있어서의 自治行政
- ⑫ 이상의 諸原則이 國家뿐만 아니라 다른 公的 領域 즉, i) 公法上的 團體, 地方自治團體나 營造物, ii) 社會保險團體, iii) 政黨 등에까지 미칠 것이 요청된다.⁽²⁹⁾

2. 自由民主의 基本秩序와 社會民主의 基本秩序의 內容

上記의 것은 民主의 基本秩序의 內容을 約술하였지만, 民主主義의 다른 要素인 自由나 福祉와 결부하여, 보다 많은 內容이 자기 自由民主의 基本秩序나 社會民主의 基本秩序에 包攝되어질 것이다.

(1) 自由民主의 基本秩序의 內容

自由民主의 基本秩序의 內容으로서의 위의 民主의 基本秩序의 內容 외에 法治的 基本秩序가 가미된다.⁽³⁰⁾ 法治主義의 內容으로서의 ① 權力分立, ② 個人的 基本權保障, ③ 形式

(28) *Maunz in Maunz-Dürig*, Grundgesetz Kommentar 1. Auflage Rdnrn 29ff. zu Art. 20; *Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, Kommentar 4. Aufl. Rdnrn 4 zu Art. 20; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, SS. 451ff.

(29) *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, §20/45.

(30) *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, §20/29; v. *Mangoldt-Klein*, §20.

의 意味의 法律(議會立法), ④ 司法과 行政의 合法性, ⑤ 國家權力 行使의 可測性, ⑥ 人的 物的 獨立을 가진 法官에 의한 司法的 保障 특히 公權에 의한 權利侵害에 대한 司法的 權利保障 등을 들 수 있다. 이 法治主義의 요청은 自由主義에서 源流하여 權力分立主義와 함께 國家權力을 國民의 自由와 權利를 위하여 制限하려고 하는 것이다. 西歐의 民主政治에 있어서는 法治主義가 民主의 基本秩序의 必須的 要素로서 간주되고 있다.⁽³¹⁾ 自由民主의 基本秩序는 形式的 法治主義에 立脚하고 있다.

(2) 社會民主的 基本秩序의 內容

이에 대하여 社會民主的 基本秩序의 內容은 上記의 民主政治의 요소에 社會的 正義·福祉와 平和主義를 가미한 것이라고 할 수 있다. 이것은 社會的 福祉主義와 國際平和主義라고도 할 수 있는 것으로, 社會的 正義와 國際正義를 民主政治의 內容에 첨가한 것이라고 볼 수 있다. 여기서는 實質的 平等과 福祉를 지향하는 民主政治는 自由民主主義가 아니라도 可能하다는 것이 通說이다.⁽³²⁾

그러나 社會民主的 基本秩序는 自由主義를 排擊하는 것이 아니고 社會的 正義의 實現, 社會福祉의 實現을 위하여 自由에 어느 정도의 制限을 課하는 것이다. 社會民主的 基本秩序에는 基本權保障에 있어서도 生存權의 基本權의 保障이 重視되고 法治主義에 있어서도 社會的 法治主義의 原理가 強調되고 있다.

3. 西獨憲法上의 自由民主的 基本秩序의 內容

西獨基本法이 憲法의 여러 條項에서 自由民主的 基本秩序를 규정하고 있는 것은 西獨이 相對的 民主政治에서 價值帶有的이고 防禦的이며 戰鬪的인 民主政治로의 移行을 뜻한다.⁽³³⁾ 이 自由民主的 基本秩序는 西獨基本法에 있어서의 國家의 理念(Staatsidee der Bundesrepublik Deutschland)을 뜻한다.⁽³⁴⁾

西獨聯邦憲法裁判所는⁽³⁵⁾ 自由民主的 基本秩序는 궁극적으로는 被造秩序 내의 人間이란 固有의 獨自의 價値를 가지며, 自由와 平等이 國家의 統一의 恒久的인 根本法에 의하여 내려진 憲法政策의 決斷에 의한 表象에 근거하고 있다. 그러므로 基本秩序는 價値拘束的

(31) K_ügi, Rechtsstaat und Demokratie Antinomie und Synthese in Matz, Grundprobleme der Demokratie SS. 107~146 참조.

(32) Leibholz, Strukturprobleme der Moderner Demokratie 3. Aufl. 1967, S. 132ff.; M.O. Schmitt, DÖV, 1965, 435; E.W. Böckenförde (Hrg.), Staat und Gesellschaft, 1976.

(33) Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. I. S. 476.

(34) Stern, K., a.a.O., S. 477.

(35) v. Mangoldt-Klein, a.a.O., S. 593; Maunz, Staatsrecht, S. 53. 自由民主的 基本秩序에 관한 聯邦憲法裁判所判決(1956년 8월 18일, 1952년 10월 23일) 참조.

“die Achtung vor den im GG konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit, auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition(N.J.W. 1956, S. 1397).”

인 秩序이다. 이는 人間의 尊嚴과 自由와 平等을 거부하는 전속적인 統治權力으로서의 全體國家의 反對概念이다. ……그러므로 自由民主의 基本秩序는 어떠한 暴力支配나 恣意支配를 배제하고, 그때 그때의 多數의 意思에 따른 國民의 自治의 根據 하의 法治國家의 統治秩序와 自由와 平等이 확보되는 秩序라고 규정할 수 있을 것이다. 이 秩序의 根本的 原則으로서는 적어도 다음 것을 넣어야만 할 것이다. 基本法에 구체화되어 있는 基本의 人權, 특히 生命과 그 자유로운 發現을 위한 人格權의 尊重, 國民主權, 權力分立, 政府의 責任性, 行政의 合法性, 司法權의 獨立, 多數政黨原理와 適憲法의인 反對黨의 構成權과 行動權을 가진 모든 政黨의 權會均等』이라고 判示하였다. 이 民主的 基本秩序의 例示에 대해서는 學說은 대부분 찬성하고 있다. (36) Maunz는 政府의 責任性에 대해서는 의문을 제시하고 있으나, 이 憲法裁判所判例는 타당하다고 하겠다. (37)

나아가 自由民主的 基本秩序의 內容으로 社會國家의 原則이 포함되는가기 論難되고 있다 Hamann-Lenz나 Matthey는 社會國家原則도 自由民主的 基本秩序에 포함된다고 보고 있는데 대하여 (38) Dürig는 이에 反對하고 있다. (39) 그 理由는 西獨基本法은 經濟政策面에 있어서는 相對主義를 採擇하고 있기 때문이라고 한다. 그리하여 그는 私有財產制度의 全面廢止를 主張하는 政黨까지도 解散될 수 없는 것이라고 보고 있다. 그러나 이 理論은 經濟的自由가 自由民主主義의 가장 중요한 要素임을 간과한 主張이라고 할 것이다.

IV. 우리 憲法上的의 民主的 基本秩序

1. 民主的 基本秩序의 概念

既述한 바와 같이 第4共和國憲法은 憲法前文에서는 自由民主的 基本秩序라고 하고 있고 第7條에서는 民主的 基本秩序라고 하고 있어 概念上的 混同이 일어나고 있다. (40) 憲法前文은 「祖國의 平和的統一의 歷史的 使命에 입각하여 自由民主的 基本秩序를 더욱 公告히 하는 새로운 民主共和國를 建設함에 있어서」라고 하고 있어 새로운 民主共和國의 理念이 自由民

(36) v. Mangoldt-Klein, Art. 18 Rdnr. III 46, und Art. 21 Rdnr. VII 2; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art 18 Rdnrn. 46ff; Laufer, Festschrift Bay. Verfassungsgerichtshof, 1972. S. 84ff; G. Leibholz, in Matz, Grundprobleme der Demokratie, 1973, S. 303ff; v. Münch, GG, Komm. Bd. 2, 1976, Art. 21 Rdnr. 72.

(37) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O., Art. 21. 이것은 Responsible Government에의 요청이라고 할 수 있다.

(38) Hamann-Lenz, Komm., Art 18 Anm, B3, und Matthey, in v. Münch, GG Kommentar, Bd. 1, 1974 Art. 18 Rdnr. 19

(39) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O. Art. 18 Rdnr. 49 (FN1).

(40) 韓國憲法에 있어서의 民主的 基本秩序에 관해서는 金南辰, 民主的 基本秩序와 改正憲法, 새벽, 1960. 7; 金哲洙, 政黨의 憲法上地位에 관한 考察, 法學 3권 1963; 金哲洙, 民主的 基本秩序, 法政, 1964. 12; 朴一慶, 民主的 基本秩序, 司法行政, 1964. 12; 金榮駟, 우리 憲法의 民主的 基本秩序를 論함, 考試界, 1967. 12; 金箕範, 民主的 基本秩序, 考試界, 1969. 8; 金鍾求, 민주적 기본질서와 상대주의 법철학, 검찰, 30 (1970); 黃山德, 基本秩序, 崔海泰博士 華甲記念學術論集

民主의 基本秩序를 더욱 공고히 하려는 것임을 나타낸 것이라고 보고 憲法 第7條의 政黨解散要件으로서의 民主의 基本秩序는 民主政治의 基本原理 내지는 基本秩序를 意味하고 있다고 보는 것이 옳을 것이다. 或者는 民主의 基本秩序=自由民主의 基本秩序라고 하고 있으나⁽⁴¹⁾ 이는 適合하다고는 할 수 없다. 既述한 바와 같이 民主의 基本秩序는 自由民主의 基本秩序와 社會民主의 基本秩序의 共通概念이지 自由民主의 基本秩序만이 唯一한 民主의 基本秩序라고는 할 수 없을 것이다.

民主의 基本秩序는 共產主義와 全體主義의 國家秩序에 대한 反對概念이며 社會的 法治主義를 排擊하는 概念은 아니다. 民主主義는 곧 自由民主主義라고 하는 것은 民主主義의 理念을 自由와 平等만으로 局限하려는 思考이며 福祉와 社會正義의 要素를 無視한 理論이다.⁽⁴²⁾ 우리 憲法의 現實은 自由民主主義에 대한 修正을 意味하고 있다. 그것은 經濟的自由에 대한 規制와 調整, 權力分立原理에 대한 修正, 緊急措置에 의한 自由와 權利의 停止 등에서 잘 나타나고 있다. 만약에 自由主義의 要素를 絶對적으로 高집하는 경우 우리의 憲法現實은 自由民主의 基本秩序에 違背된다는 論理조차 成立할 수 있는 것이다. 우리나라 政黨의 政綱 政策을 보더라도 古典的 自由民主主義를 採擇하고 있는 政黨은 없으며 모두가 福祉國家의 社會的 法治主義를 指向하고 있는 것을 볼때 우리의 民主의 基本秩序는 社會民主의 基本秩序를 排擊하는 것이 아님이 明白하다. 이 점에서 民主의 基本秩序는 自由民主의 基本秩序와 社會民主의 基本秩序의 擇一을 可能하게 하는 公開된 民主秩序라고 하겠다.

2. 民主的 基本秩序의 內容

(1) 序 說

既述한 바와 같이 現行憲法上 民主的 基本秩序라는 用語는 政黨條項인 제 7 조에만 사용되고 있으나, 憲法制定權者의 根本決斷으로서의 民主的 基本秩序는 이미 形態概念으로서 憲法 제 1 조에 규정되어 있다고 볼 것이다. 이것은 憲法制定에 참여한 學者들이 民主的 基本秩序의 內容과 民主共和國의 根本要請을 합치한다고 보고 있는 것(姜炳斗, 韓泰淵)으로도 알 수 있다. 그런데 우리 憲法上의 民主的 基本秩序의 內包는 무엇인가? 그것은 自由民主的 基本秩序인가 社會民主的 基本秩序인가가 문제된다. 이것은 憲法 제 1 조나 제 7 조 뿐만 아니라 憲法前文, 總綱을 비롯한 憲法전반을 검토해야만 알 수 있을 것이다. 우리 憲法은

「社會科學」, (嶺南大學) 제 1 집所收; 金哲洙, 民主의 基本秩序, 考試研究, 1975. 10; 金南辰, 憲法, 1977; 朴圭河, 自由民主의 基本秩序와 鬭爭民主主義原則, 考試研究, 1977. 12; 權寧星, 民主의 基本秩序, 考試研究, 1979. 7; 安溶教, 憲法, 1979.

(41) 韓泰淵, 憲法學, p. 140 2訂版, p. 196; 權寧星, 前揭論文, p. 47. 그러나 이러한 理論은 民主的 基本秩序를 自由主義와 結合으로만 보고 民主主義와 福祉主義의 結合을 無視한 점에서 타당하다고 할 수 없다.

(42) 西獨學說은 自由民主의 基本秩序라는 用語를 사용하고 있음에도 이를 擴張解釋하여 社會國家의 原理를 이에 포함시키려고 하고 있다. 그런데 民主的 基本秩序라고 하고 있는 우리 憲法에서 社會國家의 原理를 排擊하고 自由民主의 基本秩序로 局限하려는 것은 理解하기 힘들다.

주지하는 바와 같이, 西歐의 民主政治의 圈內에 속해 있기 때문에 自由民主의 基本秩序를 채택하고 있는 것처럼 보인다. 그리하여 學說도 西獨基本法の 自由民主의 基本秩序에 대한 聯邦憲法裁判所判例를 그대로 따르고 있다(姜炳斗·文鴻柱·金箕範 기타).

그러나 우리 憲法은 西獨의 自由民主의 基本秩序와는 달리 社會的 正義의 原理도 아울러 채택하고 있다고 보아야 할 것이다. 憲法 第30條나 憲法 第116條의 규정에서 보아 우리 憲法의 民主의 基本秩序는 自由民主의 基本秩序와 社會民主의 基本秩序의 總合概念으로 파악하여야 할 것이다. 따라서 自由主義의 要素와 福祉主義의 要素가 結合된 것이 우리나라의 民主의 基本秩序의 內容이다. 우리 憲法上에는 ① 憲法上의 基本權의 尊重, 특히 生命과 그 자유로운 發現을 위한 人格權의 尊重, ② 國民主權, ③ 權力分立, ④ 政府의 責任性, ⑤ 行政의 合法性, ⑥ 司法權의 獨立, ⑦ 複數政黨制 외에도, ⑧ 社會正義의 실현, 國民의 生活의 基本的 需要를 충족할 수 있게 하는 經濟秩序며, 인간다운 生活을 보장하는 生存權의 尊重, ⑨ 平和의 保障을 들 수가 있을 것이다.⁽⁴³⁾

(2) 具體的 內容

① 基本權尊重 民主主義의 理念은 自由와 平等, 福祉이다. 따라서 民主政治는 이 人間의 自由와 安全과 幸福, 平等을 保障하는 것을 그 目標로 하고 있다. 우리 憲法은 前文에서 「우리 大韓國民이 우리들과 우리들의 子孫의 (平等과) 自由와 安全과 幸福을 永遠히 確保하기 위하여……이 憲法을 制定」했음을 宣言하고 있고 憲法 第8條는 人間의 尊嚴과 價値의 保障과 나아가 國家權力의 基本權保障義務를 규정하고 있다.⁽⁴⁴⁾

우리 憲法의 基本權尊重은 自由民主主義에 있어서와 같이 自由權의 保障에 局限되는 것이 아니고 社會民主의 基本秩序의 要素인 福祉向上을 위하여 生存權의 基本權의 保障을 규정하고 있다. 우리 憲法은 福祉向上을 위한 自由權의 制限까지 인정하고 있다. 憲法 第32條 2項은 「國民의 自由와 權利를 制限하는 法律의 制定은 國家安全保障, 秩序維持, 公共福利를 위하여 필요한 경우에 限한다」고 하여 自由權도 公共福利인 生存權의 保障을 위하여 法律으로써 制限할 수 있음은 인정하고 있다.

② 國民主權 民主主義는 國家權力이 國民에게서 由來함을 그 根本要請으로 하고 있다.

(43) 民主의 基本秩序에 대한 내용은 대개 西獨의 學說을 따르고 있는 것 같다. 이에 平和主義를 追加하고 있는 사람으로는 文鴻柱교수와 權寧星교수가 있다. 그런데 이것은 自由民主의 基本秩序의 內容은 될 수 없는 것이다. 國際平和主義는 社會的 民主主義의 理念에 속한다.

權교수는 이밖에도 議會主義를 그 要素로 보는 경우와 (p.240) 보지 않는 경우가 (p.196f) 있어 相互間統一性이 없고 모순되어 있다.

(44) 基本權의 保障에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論 pp.213~476에 게재되어 있는 論文과 金哲洙, 憲法學概論, pp.155~323 참조. 이밖에 Huber, Soziale Verfassungsrechte in Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, SS.1~15; Löw, Grundrecht, 1978동 참조.

(45) 國民主權主義에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論, pp.479~505와 그에 게재되어 있는 論文 및 Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O., §20. 또 民主政治의 構造變質에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論, pp.505~513 및 Leibholz 등의 論文 參照.

우리 憲法은 第1條 2項에서 「大韓民國의 主權은 國民에게 있고, 國民은 그 代表者나 國民投票에 의하여 主權을 行使한다」고 하여 主權在民의 原則과 主權의 行使方法을 규정하고 있다. 民主政治는 國民의 支配이어야 하며 또 國民의 自治로서 특징지워진다. 國民은 國民投票으로써 直接 參政을 할 수 있으며 代表者를 選出함으로써 間接으로 參政할 수 있다.

國民自治에 立脚한 民主政治는 一般的으로 다음의 徵表를 가지고 있다.⁽⁴⁶⁾ ① 正常的인 週기로 行해지는 國民代表機關의 自由・秘密選舉 ② 特定한 期間동안 決定的인 權限을 行使할 수 있는 被選된 國民代表機關의 存在 ③ 根本的決定에 대한 合意가 留保되고 또 少數가 多數로 될 수 있는 權會가 提供되는 바의 多數決原理 ④ 選舉權의 平等과 公務擔任權의 權會均等을 포함하는 法的平等原則 ⑤ 輿論의 國家에서 自由로운 形成 ⑥ 多數政黨原則. 이러한 原則중의 어느 하나가 缺如되더라도 國民自治가 行해진다고는 볼 수 없을 것이다. 이러한 國民自治의 原則이야 말로 民主政治의 形態의 概念으로서 중요한 것이다.⁽⁴⁷⁾

③ 權力分立 權力分立의 原理는 自由主義의 要請이라고 하겠다. 國民의 自由權을 保障하고 國家權力을 制限하기 위하여서는 權力分立이 요청된다. 그런데 權力分立이 民主主義와 合致될 수 있는가에 대해서는 많은 論難이 行해졌다. 프랑스 革命當時에 Rousseau는 國民主權論을 주장하면서 國家權力의 不可分性을 主張하여 立法權의 優越을 主張하고 權力集中制를 主張하였다. 그러나 오늘날 權力分立論은 立法權의 優越을 認定하고 그 前提下에서의 權力配分論으로 이해할 때 民主主義와 對立되는 概念이 아님이 확실히 되었다.

權力分立은 民主主義에서는 絶對的인 要素는 아니라고 하더라도 自由主義와 結合된 自由民主主義에 있어서는 중요한 意義를 갖는다. 오늘날 國民의 意思란 방패하에 恣意的 權力支配가 行해질 수 있으므로 이를 豫防하기 위한 權力分立도 중요한 意義를 가진다고 하겠다.⁽⁴⁸⁾ 그런데 第4共和國 憲法에서는 積極國家=行政國家의 理念에 따라 權力分立主義에 상당한 變容이 行해지고 있으며 權力融和的인 傾向이 強力하게 나타나고 있다.

④ 政府의 責任性 政府의 國民에 대한 責任은 民主政治의 한 要請이라고 할 수 있을 것이다. 이것은 Responsible Government의 原理이며 國家權力機關이 그 正當性을 提供해 준 國民에 대하여 責任을 져야 한다는 것을 뜻한다. 이 政府의 責任性은 各國家의 憲法에 따라 달리 규정될 것이 豫想된다. 예를 들어 國民召還制라던가 國民決定에 의한 國會解散制 등을 규정할 수도 있을 것이고 政府의 國會에 대한 責任을 규정할 수 있을 것이다. 西獨에

(46) 상세한 것은 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I., S. 453ff 참조. Hesse는 民主의 秩序의 徵表로서 ① 合意原則과 多數決原則, ② 國民의 間接的인 政治의 意思形成 ③ 國民多數에 의한 統治의 正當化, 機會均等과 少數者의 保護, ④ 政治過程의 自由와 公開性, ⑤ 複數政黨制등을 들고 있다. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 9. Aufl. SS. 57ff.

(47) 상세한 것은 R. Thoma, Wesen und Erscheinungsformen der modernen Demokratie, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 1, SS. 1~33.

(48) 權力分立主義에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論, pp. 570~586에 게재되어 있는 論文과 Rausch (Hrsg.), Zur Heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969등 참조.

서는 國會를 唯一한 國民 代表機關으로 하여 政府의 責任을 추궁할 수 있게 하고 있다.⁽⁴⁹⁾

우리 憲法은 政府의 責任性에 關해서 國民의 直接的인 權限行使를 인정하지 않고 있다. 다만 國會의 對政府牽制權으로써 政府의 責任을 물을 수 있게 하고 있다.

⑤ 法治主義 法治主義는 國民의 意思의 表現인 憲法이나 法律에 의한 統治를 말하는 것으로 憲法과 法律에 의한 國家權力의 制限을 의미한다. 法治主義가 民主主義의 要素로 인정될 수 있는 것은 立法權의 優越思想, 國民總意의 表現인 法에 의한 支配라는 점이 強調되기 때문이다.⁽⁵⁰⁾ 그러나 法治主義는 自由主義의 原理로서 發達한 것이며 오늘날에도 權力分立主義와 함께 自由民主主義의 構成要素로 인정되고 있다. 그러나 오늘날 實質的 法治主義내지는 社會的法治主義의 理念이 등장하고 있어 社會民主主義의 構成要素로서도 인정되고 있다. 우리 憲法은 社會的法治主義에 立脚하고 있다.

法治主義의 要素로는 ① 立憲主義 ② 自由와 法的平等, ③ 權力分立과 權力統制, ④ 法の 拘束과 法の 支配, ⑤ 權利의 司法的 保障, ⑥ 損失補償制度, ⑦ 過剩處分 禁止, ⑧ 行政處分の 比例性의 原則 등을 들 수 있다.⁽⁵¹⁾ 그러나 여기서 重要한 것은 憲法과 法律의 支配, 權利의 司法的 保障, 法治行政의 原則이라고 하겠다.

⑥ 司法權의 獨立 國民의 基本權의 司法的 保障은 法治主義의 重要한 要素이다. 이러한 基本權保障機構로서의 司法府는 獨立되어 있지 않으면 行政處分이나 行政命令, 規則의 司法 審査를 할 수 없을 것이며 또 法律의 違憲審査도 할 수 없을 것이다. 이 점에서 司法權의 獨立이 요망된다. 司法權의 獨立은 立憲民主主義 法治國家構造의 礎石이며⁽⁵²⁾ 市民的法治 國家의 重要한 組織的徵表라고 할 수 있다.⁽⁵³⁾

司法權의 獨立은 ① 司法府의 立法府와 行政府에서의 獨立, ② 法官의 地位의 獨立, 法官의 身分保障, ③ 法官의 裁判上의 獨立으로 構成되고 있다.⁽⁵⁴⁾ 現行憲法은 第100條 1項에서 「司法權은 法官으로 구성된 法院에 속한다」고 하여 司法府의 獨立을 규정하고 第102條에서 「法官은 이 憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 獨立하여 審判한다」고 하여 物的獨立 내지는 裁判上의 獨立을 규정하고 第104條에서 法官의 身分保障을 규정하고 있다. 그러나 法官의 身分保障과 人事의 獨立이 잘 되고 있지 않다는 批判이 있다.

⑦ 複數政黨制 民主主義原則은 意見과 利益과 意思方向의 多樣한 存在위에 根據하고 있

(49) 政府의 責任性에 關해서는 朴洪佑, 政府不信任制度의 立法論的 考察, 서울대학교碩士學位論文, 1979 및 그에 게재되어 있는 論文들과 *Stern*, *Das Staatsrecht d. BRD* Bd. I. SS. 733~824 참조

(50) 상세한 것은 金哲洙, 現代憲法論 pp. 562~570. 와 그에 기재된 論文 참조. 특히 *Kägi*, *Rechtsstaat und Demokratie in Demokratie und Rechtsstaat*, Festgabe f. Giacometti, 1953; also *Matz* (Hrsg.) *Grundprobleme der Demokratie* SS. 107~155; 現代における法の支配, 磯崎辰五郎先生喜壽記念, 1979.

(51) *Stern*, *Das Staatsrecht der BRD*. Bd. I, S. 618ff.

(52) *Löwenstein*, *Verfassungslehre*, S. 232ff.

(53) *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 192.

(54) 상세한 것은 金哲洙, 現代憲法論, pp. 823~835.

다. 同一性이 아니라 反對와 갈등에 근거한 多樣性이 特徵의이다. 오늘날 多元主義(Pluralismus)는 自由法治國家의 民主政治의 構成要素로 되고 있다. 現代의 政黨國家의 民主政治에 있어서는 이는 多數政黨制를 요구하고 있다. 따라서 國家政黨制度나 單一政黨制度는 民主的 原則에 違背된다. 單一政黨制度는 現代의 寡頭政治이며 이는 事物的인 또는 人物的인 代案을 許容하지 않는다.

多數政黨制만이 政治過程의 公開성과 意見의 多樣性, 政權의 平和的交替의 可能性을 保障하고 있다. 民主政治는 野黨의 存在를 前提로 하고 있다. 따라서 野黨의 活動의 自由가 保障되는 複數政黨制야 말로 民主的基本秩序의 중요한 要素가 되고 있다. 우리 憲法은 第7條에서 複數政黨制度를 보장하고 政黨活動의 自由를 保障하고 있다.⁽⁵⁵⁾

⑧ 社會正義原理=經濟的 社會的民主主義 民主主義는 政治的領域에서 뿐만 아니라 經濟的 社會的領域에서도 保障되어야 한다. 이 社會的正義와 社會的安全에 관한 것은 社會國家(Sozialstaat)라고도 한다.⁽⁵⁶⁾ 社會國家에 있어 國家는 給付行政과 生存保護行政을 하게 된다. 특히 經濟分野에 있어서 中產層形成政策이라던가 住宅形成政策, 教育政策등이 요망된다. 이 社會國家의 原理는 社會民主的 基本秩序의 要素이다.⁽⁵⁷⁾ Radbruch는 民主主義는 窮極的으로는 社會民主主義에 合流한다고 하고 있다.⁽⁵⁸⁾

우리 憲法은 第8條, 第30條, , 第116條에서 이 社會正義原理를 규정하고 있다. 憲法 第116條 2項은 「國家는 모든 國民에게 生活의 基本的需要를 충족시키는 社會正義의 실현과 均衡있는 國民經濟의 발전을 위하여 필요한 範圍안에서 經濟에 관한 規制와 調整을 한다」고 하여 社會正義의 실현을 규정하고 있다. 또 이는 社會的市場經濟의 原理를 내포하여 經濟的民主主義의 실현을 규정한 것이라고 하겠다.⁽⁵⁹⁾ 또 이 社會正義의 原理는 生存權의 基本權의 保障으로 憲法에 具體化되어 있다. 憲法 第30條는 「① 모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다. ② 國家는 社會保障의 增進에 努力하여야 한다. ③ 生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 保護를 받는다」고 규정하고 있다.

⑨ 國際平和主義 國際社會에 있어서의 民主主義를 確保하기 위하여서는 國際平和主義가 요망된다. 오늘날 國際平和主義는 西歐의 民主主義의 共通의인 現象이다. 戰爭의 禁止와 平和의 保障은 國際的 民主主義의 保障을 위하여 不可缺한 것이다.⁽⁶⁰⁾

(55) 複數政黨制에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論, pp. 505~533. 참조.

(56) 社會國家源理에 관해서는 Stern, a.a.O., SS. 678~732; Herzog in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O., §20. 참조.

(57) 우리 憲法上の 社會的市場經濟原理에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論, pp. 913~953 참조.

(58) 社會正義의 原則을 自由民主的 基本秩序에 포함시키려고 하는 學說이 西獨에도 있으나 이는 自由主義의 原理와는 合致될 수 없는 것이고 福祉主義의 原理와 結付된다고 하겠다.

(59) Radbruch, Der Mensch im Recht. 이밖에도 O. Bachof는 社會的法治國家에 있어 社會正義의 原則이 중요한 意義를 強調하고 있다. Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates, in Forsthoff (Hsgb.), Rechtsstaatlichkeit, und Sozialstaatlichkeit SS. 210ff.

(60) 國際平和主義에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論, pp. 65~145. 참조.

우리憲法은 前文에서 「밖으로는 恒久的인 世界平和에 이바지함으로써」라고 하여 恒久平和主義를 규정하였고 第4條에서 「大韓民國은 國際平和의 維持에 노력하고」라고 하여 國際平和主義의 大原則을 선언하고 있다. 뿐만 아니라 國內의으로도 武力에 의한 失地回復을 포기하고 祖國의 平和統一을 念願하고 平和統一에의 努力을 다할 것을 규정하고 있다.

3. 民主의 基本秩序違背의 態樣과 效果

(1) 民主의 基本秩序의 侵害態樣

民主의 基本秩序를 侵害하는 것은 暴力支配와 恣意支配를 위한 政黨活動을 말하는 것이다. 특히 위에는 民主의 基本秩序의 內容을 非議會的인 方法에 의하여 暴力으로 排除하는 것을 말한다. 즉 人間의 尊嚴을 侵害하는 것 例를 들면 生命權의 剝奪, 人格權의 輕視라던가, 國民의 多數에 의한 支配原則을 排除하고 一人政治나 寡頭政治를 恣行한다던가, 選舉制度를 否定하거나 一黨制度를 導入하거나 政治的自由를 侵害하고 政治過程을 非公開로 하는 것이라던가, 權力集中의인 人民集中制를 採擇하거나, 政府의 獨善, 法治主義의 排除, 司法權獨立의 侵害, 獨占資本主義나 共產主義經濟制度의 採擇, 武力統一政策이나 侵略戰爭의 遂行 등은 民主의 基本秩序를 侵害하는 것이라고 하겠다.

그러나 單純한 憲法秩序의 侵害는 民主의 基本秩序의 侵害로 되지 않는다. 民主의 基本秩序는 憲法秩序中에서 극히 중요한 自由, 平等, 福祉에 관한 根本的인 秩序만을 말하기 때문이다. 또 憲法 第32條 2項의 國家安全保障, 秩序維持에도 民主의 基本秩序가 포함된다. 따라서 民主의 基本秩序를 維持하기 위하여 不得已한 경우에는 法律에 의한 基本權의 制限이 可能하다.

(2) 民主의 基本秩序違背의 效果

民主의 基本秩序에 違背되는 政黨은 憲法委員會의 決定으로 解散될 수 있다. 그러나 政黨의 目的과 活動이 民主의 基本秩序를 違背하여 國家의 存立에 危害가 되는 경우에 限定된다고 보아야 할 것이다. 例를 들어 君主制度를 贊成하는 政黨이라던가 權力融和的인 政策政綱을 가진 政黨, 計劃經濟를 主張하는 政黨이라고 하더라도 議會를 통한 合憲的인 活動을 하여 國家存立에 危害가 없는 경우에까지 解散할 수는 없을 것이다.

民主의 基本秩序를 基本權의 內在의 限界로 보아 民主의 基本秩序에 違背되는 思想, 良心까지도 憲法에 違背되어 가질수 없다는 見解가 있으나⁽⁶¹⁾ 이는 옳다고 보기 어렵다. 內心의 自由는 絕對的이기 때문에 民主의 基本秩序에 違背했다고 하더라도 이를 處罰할 수는 없는 것이다.⁽⁶²⁾ 民主의 基本秩序를 基本權의 外在의 限界로 보는 것은 西獨基本法의 態度이나 우리 憲法은 이보다 넓은 概念인 國家安全保障·秩序維持로도 制限할 수 있게 한 점에서 兩者의 立法例가 다르다고 하겠다.

(61) 韓泰淵, 憲法學 2訂版, p. 293ff.

(62) 基本權의 制限原理에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論, pp. 241~273 참조.