

위헌법률심사제도의 민주적 정당성에 관한 고찰:

대의제 민주주의 하에서의 헌법재판제도의 정당성*

차동욱**

이 연구는 위헌법률심사제도의 본질과 기능에 대한 개괄적 재평가를 시도하였다. 먼저 헌법재판소의 수도이전 판결이후 격렬히 제기되었던 위헌법률심사제도의 반(反)다수제적 성격의 문제에 대한 정확한 이해를 위해, 대의제 민주주의 하에서의 그 제도의 본질과 기능을 비교제도사적으로 검토하였다. 다음으로 위헌법률심사권이 남용될 경우 나타나게 되는 지나친 사법적극주의에 대한 우려와 그에 대한 반론을 검토하고, 권력분립원리 하에서의 위헌법률심사제도의 의미를 재평가하였다. 그리고 위헌법률심사제의 제도적 정당성을 대표성에 입각한 민주적 정당성의 잣대로 평가하는 기존의 논의를 비판하고, 사법기관의 제도적 정당성은 전문성에 입각한 공정성·중립성 등에 의해 평가되어야 함을 주장하였다.

주제어: 헌법재판소, 위헌법률심사제, 대의제 민주주의, 권력분립, 사법적극주의

I. 서론

위헌법률심사제란 대의기관인 의회에서 제정한 법률이 국가의 최고규범인 헌법에 합치되는가의 여부를 사법 또는 준사법기관¹⁾이 심사하여 헌법에 위배된다

* 본 논문은 연세대학교 정치외교학과 BK21 아시아적 정치학연구/교육 사업단의 지원을 받아 완성되었다. 본 논문은 저자가 2006년 6월 15일 한국정치학회 하계학술회의에서 발표한 논문 “사법심사와 대의제 민주주의의 충돌과 조화: 헌법재판제도의 필요성에 관한 재평가”와 2006년 9월 26일 한국정치평론학회 심포지엄에서 발표한 논문 “권력분립원리 하에서의 국회와 헌법재판소의 관계”를 토대로 하여 대폭 수정·보완한 것임을 밝힌다.

** Southern California University에서 정치학 박사학위를 취득하고, 현재, 연세대학교 정치외교학과 BK 21 아시아적 정치학 연구교육사업단 연구교수로 재직 중이다(E-mail: dwcha@yonsei.ac.kr)

고 판단될 시에는 당해 법률의 효력을 상실케 하거나 그 적용을 거부하는 제도를 말한다. 현행 대한민국헌법 제 107조 1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”²⁾고 규정하여 위헌법률심사제를 성문헌법상의 제도로 보장하고 있다.³⁾ 위헌법률심사제도가 정당화되는 이유로는 첫째, 헌법이 국가의 최고규범인 점, 둘째, 규범으로서의 헌법의 실효성을 보장함에 의하여 헌법질서를 수호·유지할 필요성, 셋째, 모든 국가권력을 구속하는 헌법 규범에 의한 국민 개개인의 자유와 권리의 보장, 넷째, 민주주의의 이름 하에 자행될 수 있는 다수의 횡포를 규범적으로 통제할 필요성 등이 거론된다. 한국 헌정사에서 위헌법률심사제가 본격적으로 가동되기 시작한 것은 헌법재판소가 1988년 9월부터 업무를 시작한 이후라 할 수 있으며, 그 동안의 헌법재판소의 위헌법률심사권 행사에 대한 평가는 대체적으로 긍정적이었고, 그에 따라 그 위상도 강화되어 왔다.

그러나 노무현 대통령의 핵심 공약 사항이었던 수도이전을 추진하기 위해 여야 합의로 국회를 통과한 「신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 (신행정수도 특별

1) 프랑스의 헌법평의회 (Conseil Constitutionnel) 는 준사법기관이라 할 수 있다. 그 본질적 기능이 강한 의회주권의 전통아래서 입법권이 집행권을 잠식하는 것을 막는 것이고, 전체입법과정중의 한 단계로서 운용되어 왔다. 자세한 것은 Mauro Cappelletti, 1971. *Judicial Review in the Contemporary World*. New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 구병삭·강경근·김승환 공역. 1989. 『현대헌법재판론』 서울: 법문사, 21-24 쪽.

2) 위헌법률심사제도는 그 제도변천사를 고려할 때, 미국식과 오스트리아식 (독일에 의해 계승되어 일반적으로는 독일식으로 불린다) 으로 분류될 수 있다. 미국식은 일반법원에 의해 위헌심사가 이루어지는 형태 (미연방대법원은 일반법원체계에서 최상급 법원으로서 위헌심사를 담당하게 되지만, 현재 위헌법률심사에만 전념함으로써 사실상 일반법원으로부터 독립된 헌법재판소처럼 운영되고 있음에 주의해야 한다) 로, 어떤 법률의 위헌성 판단이 구체적 분쟁으로부터 비롯된 사건의 재판에 대한 전제가 될 때에만 이루어지는 구체적 규범통제방식이다. 이에 대해 오스트리아식은 일반법원조직으로부터 독립된 특별한 기관을 두어 위헌심사를 담당케 하는 형태로 구체적 사건을 전제하지 않고서도 위헌여부의 논란이 제기된 법률의 위헌성을 판단하는 추상적 규범통제도 아울러 행사하는 방식이다. (자세한 것은 Cappelletti, 1971.) 우리의 위헌법률심사제도는 양 방식을 결합하여 독립된 헌법재판소가 담당하되 구체적 규범통제의 방식을 채택하고 있다.

3) 이렇게 위헌법률심사제가 성문헌법상 명문으로 규정되어 있기 때문에 위헌법률심사제의 제도적 정당성에 대한 논의는 불필요하고 민주적 정당성을 어떻게 강화해 나갈 것인가의 논의가 중요하다는 것이 일반적인 견해이나, 그에 대한 반론을 제기하는 것이 본 연구의 목적이요 핵심내용이다.

법)』이 2004년 10월에 헌법재판소에 의해 위헌선언⁴⁾되자, 그 동안 큰 논란 없이 행사되어 왔던 헌법재판소의 위헌법률심사권의 제도적 정당성에 관한 회의와 그에 근거한 비판⁵⁾들이 강렬히 제기되었다.⁶⁾ 신행정수도 특별법을 위헌 선언하면서, 서울이 수도임은 관습헌법으로서의 효력을 갖고 있음으로 수도 이전을 위해서는 헌법개정절차를 밟았어야 했다는 헌법재판소의 논리가 신랄한 비판에 직면하게 되었다. 관습헌법 개념에 근거하여 위헌 결정을 내린 것은, 사실 대륙법계통

4) 2004 헌마 554, 566 (병합). 결정요지는 다음과 같다. 첫째, 문제의 ‘신행정수도건설을 위한 특별조치법’에서 정의하고 있는 신행정수도의 이전은 곧 우리나라의 수도 자체를 이전함을 의미한다. 둘째, 헌법기관, 특히 대통령과 국회, 의 소재지를 정하는 문제는 국가의 정체성을 표현하는 실질적 헌법사항의 하나이다. 우리 헌법에 ‘수도가 서울’이라는 명문조항은 없지만, 서울이 수도인 것은 국가생활의 오랜 전통과 관습에서 확고하게 형성된 자명한 사실 또는 전제된 사실로서 모든 국민이 우리나라의 국가구성에 관한 강제력 있는 법규범으로 인식하고 있기 때문에 관습헌법으로 성립된 불문헌법에 해당한다. 셋째, 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지기 때문에 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정 방법의 방법에 의하여만 개정될 수 있다. 따라서 수도를 이전하기 위해서는 헌법개정절차에 의하여 새로운 수도 설정의 헌법조항을 신설해야 한다. 그럼에도 불구하고 수도를 충청권의 일부 지역으로 이전 하는 것을 내용으로 하는 법률을 제정한 것은 헌법개정사항을 헌법보다 하위의 일반 법률에 의하여 개정한 것으로서 헌법 제130조에 의해서 보장된 국민의 헌법개정 국민투표권을 침해한 것이 되어 헌법에 위반된다. 이러한 다수의견에 대해 김영일 재판관은 별개의견을 제시하였는데, 그에 의하면, 수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조가 정한 ‘국방·통일 기타 국가안위에 관한 정책’에 해당하므로 국민투표의 대상이 된다. 따라서 수도이전에 관한 의사결정을 대통령이 국민투표에 붙이지 않은 것은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 헌법 제72조에 위반된다. 전효숙 재판관 혼자만이 반대의견을 제시하였는데, 첫째, “서울이 수도”라는 관행적 “사실”을 관습헌법이라는 “당위규범”으로 인정할 수 없으며, 둘째, 헌법의 개정은 “형식적 의미”의 헌법, 즉 성문헌법과 관련된 개념이므로, 관습헌법의 변경은 헌법 개정 에 속하지 않는다는 논지였다.

5) 노무현 대통령은 헌법재판소의 신행정수도 특별법 위헌 결정과 관련하여 “앞으로 국회의 입법권이 헌재에 의해 무력화되는 일이 반복된다면 헌정 질서의 혼란을 우려하지 않을 수 없다”라며 그 불편한 심기를 드러내었고, 열린 우리당의 의원들과 노사모 회원들은 헌법재판관들을 “군사정권에 빌붙었던 기득권의 핵심 본산”이라고 비난하며 ‘헌재탄핵’을 선동하였다. (「대통령의 언행이 헌정을 흔들고 있다」, 『조선일보』 2004년 10월 28일)

6) 이 결정은 헌법재판소법 41조 1항에 의거한 위헌법률심판사건에 대한 것이 아니라 68조 1항에 의거해 문제의 법률이 국민의 기본권을 직접 침해했다는 헌법소원 사건에 대한 것이었다. 따라서 엄밀히 말하자면 사건 자체가 위헌법률심사제도에 대한 본질적인 문제를 제기하는 것이라 할 수는 없지만, 헌법재판소의 결정 후 야기된 논란의 핵심은 헌법재판소가 과연 국민에 의해 선출된 국민의 대표기관인 국회가 절대 다수의 찬성에 의해 통과시킨 법률을 위헌 무효화하는 것이 정당한 것인지 가였기 때문에, 결국은 헌법재판제도의 핵심이라 할 수 있는 위헌법률심사제에 대한 문제제기였다고 보아도 무방할 것이다.

의 우리 법체계에서는 대단히 위험한 법리구성이었다.⁷⁾ 이는 17년이라는 짧은 역사를 갖고 있는 헌법재판소가 쉽게 내놓을 수 없는 고도의 사법적극주의 판결이었다.⁸⁾ 적극주의 법원의 상징으로 여겨지는 200년 역사의 미연방대법원이라 할지라도 성문·경성헌법을 해석하는 것을 넘어서 헌법적 관행을 인지하여 그에 법적 효력을 부여할 수 있는 권한을 판례에 의해 창설하는 것은 초강도의 사법적극주의라 평가될 것이다. 하물며, 아무리 형식상으로 헌법상 최종·최고의 헌법해석의 권한을 갖고 있다 할지라도, 17년의 짧은 경험에 비해 지나치게 자신감에 찬 헌법재판소의 수도이전 판결은 곧바로 민주주의와 헌정주의의 갈등으로 인식되기 시작했으며 헌법재판제도의 타당성에 대한 문제제기로 이어졌다.

본 연구는 최근 정치학계와 헌법학계의 일각으로부터 제기되어 정치권의 개헌 논의와 맞물려 논쟁이 심화되어가고 있는 ‘헌정주의와 민주주의와의 갈등’ 그리고 ‘정치의 사법화 또는 사법의 정치화’ 라는 맥락 속에서 위헌법률심사제도의 본질과 기능에 대한 개괄적 재평가를 그 목적으로 한다. 먼저 수도이전 판결이후 격렬히 제기되었던 위헌법률심사제도의 본질과 관련하여 비교제도사적 검토를 수행할 것이다. 미국의 정치문화와 법적 전통 속에서 위헌법률심사제도가 생겨난 배경에 대해 논하고, 그러한 제도가 의회주권원리가 뿌리내려 있던 유럽으로 어떻게 전파되어 갔으며, 이후 민주화의 물결 속에서 새로운 민주주의체제로 변모하려는 국가들이 앞을 다투어 위헌법률심사제도를 신설하는 이유 등을 논하도록 하겠다. 다음으로 위헌법률심사제도의 제도적 본질과 관련하여 끊임없이 제기되는 문제로서 사법기관에 의해 행사되는 위헌법률심사권과 민주주의의 핵심이라 할 수 있는 대의제 원리가 충돌하는 것인가의 논의를 전개하고, 두 제도 간의 본질적 갈등이 조정될 수 있다고 할 때 위헌법률심사권은 어떠한 방식으로 행사되어야 할 것인가의 문제로 논의를 발전시키고자 한다. 그리고 우리 헌법재판소의 경

7) 다수의견의 논리구성에 대한 면밀한 분석과 비판은 서경석, 2005. “신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대하여.” 『민주법학』 제27호. 398-420. 다수의견, 별개의견, 그리고 소수의견 모두에 대해 비판적 분석을 한 논문으로는 정연주, 2006. “신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대한 헌법적 검토.” 『공법학연구』 제7권 제1호. 267-292.

8) 수도이전문제를 국민투표에 붙일 것인지 여부에 관한 결정은 고도의 정치적 결단에 해당하는 문제이므로 사법적 자제가 필요했다는 견해로는 방승주, 2005. “수도가 서울이라는 사실이 과연 관습헌법인가?: 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대한 비판.” 『공법학연구』 제6권 제1호. 155-156쪽.

우에 위헌법률심사권한의 무절제한 행사로 인해 본질적 갈등이 그대로 표출되어 와서 이제는 제도적 수정 내지는 보완을 필요로 하는 가의 문제도 검토할 것이다.

II. 위헌법률심사제의 비교제도사적 고찰

1. 기원⁹⁾: *Marbury v. Madison*

앞에서 언급한 바와 같이, 수도이전 위헌 판결에 대한 비판은 그 결정 자체에 대한 것을 넘어서 헌법재판소의 존립 자체의 의미에 대한 문제제기로까지 나아갔다. 그렇다면 국민에 의해 직접 선출된 대표들로 구성된 국회에서 절대 다수의 찬성으로 수도를 옹기는 것이 승인 받았음에도 불구하고, 국회에 비해 그 민주적 정당성이 상대적으로 약한 헌법재판소가 국민의 의사를 대표하는 대의제 기관의 결정을 무효화시킬 수 있는 근거는 어디에 있는가? 헌법은 주권자로서의 국민 전체의 의사이므로, 헌법에 의해 헌법의 최종해석권한을 위임받은 헌법재판소가 국회 제정 법률에 대해 위헌선언을 할 수 있음은 당연하다는 규범적 논리를 내세운다면 반박조차 불가능하다고 할 수 있다. 그러나 이러한 규범적 논리에 의할 때, 위헌법률심사제도의 법적 정당성은 인정되지만 정치적·사회적 정당성은 보장되지 않는다는 점이 문제이다.

수도이전 판결로부터 그 제도적 정당성에 관한 문제제기가 되었던 헌법재판소의 위헌법률심사권은 미국의 연방대법원이 발전시켜 온 사법심사 (Judicial Review)에 그 개념적 기원을 두고 있다. 그런데 바로 이 사법심사라는 개념이 탄생된 배경을 보면 정치적 연관성을 배제하기 힘들다. 사법심사는 1803년 *Marbury v. Madison* 사건¹⁰⁾에서 마셜 (Marshall) 연방대법원장에 의해서 연방대법원이 갖는 헌법적 권한으로 확정되었다. 이 사건에서 정치성을 배제하기 힘든 이유는 사건이 제기되었던 정치적 배경과 판결의 정치적 결과 때문이다. 1800년에 있었던 선거가 연방

9) 위헌법률심사제의 제도적 기원을 그리스 아테네까지 거슬러 올라가는 연구들도 있다. 자세한 것은 Cappelletti. 1971, 45-65 쪽.

10) *Marbury v. Madison* 5 US 137 (1803).

주의자 (Federalist) 들의 완패로 끝나고, 선거결과 행정부와 의회를 모두 장악하게 될 토마스 제퍼슨 (Thomas Jefferson) 을 수장으로 하는 공화주의자 (Jeffersonian Republican)들에게 대항하기 위해 사법부인 연방 법원을 연방과 세력의 손아귀에 넣으려다 일어난 사건이다.¹¹⁾ 재선 실패와 함께 연방과 세력의 몰락을 목전에 둔 존 아담스 (John Adams) 대통령은 연방법원조직법 (the Judiciary Act of 1789) 을 개정하여 연방판사직 숫자를 늘린 뒤 연방주의자들로 이를 충원하여 연방법원을 장악하려 하였다. 그러나 그의 임기 마지막 날까지 연방의회의 인준을 이미 받은 임명장들을 다 전달하지 못하는 사태가 일어났고, 신임 대통령인 제퍼슨은 신임 국무장관인 매디슨에게 이 임명장들을 전달하지 말도록 지시를 내렸다. 이에 임명장을 못 받은 맬버리 (Marbury) 가 연방대법원에 소송을 제기하게 되었는데, 그 내용은 연방대법원이 제퍼슨 행정부의 제임스 매디슨 신임국무장관으로 하여금 임명장을 전달케 하도록 명령할 것을 요청하는 것이었다. 당시 연방대법원장은 대표적 연방주의자 중의 한 사람으로 아담스 행정부에서 국무장관을 역임한 후 연방대법원장으로 임명된 마샬이었다.

이 사건에서 마샬은 정치적으로 진퇴양난에 빠졌다. 연방대법원이 문제의 임명장 전달을 명할 경우 제퍼슨과 매디슨이 그 명령을 이행하지 않을 것임은 당연했고, 그렇게 연방대법원의 명령이 공개적으로 무시되게 함으로써 연방대법원이 무능력함을 세상에 알릴 수는 없었다. 그렇다고 맬버리의 요청에 등을 돌리면 독립적이어야 할 사법부가 정치권력의 눈치를 살펴 판결을 내린다는 비판을 면할 수가 없었다. 그 권위가 땅에 떨어질 것이 분명했다. 이러한 위기의 상황에서 마샬은 맬버리의 요청은 정당한 것이었음을 선언함으로써 부당하게 임명장 전달을 중단한 제퍼슨과 매디슨을 비난한 뒤, 매디슨의 소송을 가능케 했던 법률 자체가 헌법상 의회가 입법으로 연방대법원에 부여할 수 없는 관할권을 부여한 것이기에 때문에 위헌이라는 기묘한 논리구성을 선보였다.¹²⁾ 이 사건에서 마샬 대법원장의 법

11) McKeever, Robert J. *The United States Supreme Court: A political analysis and legal analysis*. (Manchester: Manchester University Press, 1997), 50-52.

12) 맬버리가 제기한 소(訴)는 국무장관 매디슨에게 임명장을 전달하라는 직무집행명령영장 (Writ of Mandamus) 발부 청구의 소(訴)였다. 직무집행명령영장 (Writ of Mandamus)은 1789년 제정된 법원조직법 13조에 규정되어 있던 것인데, 문제는 이 영장을 청구하는 소가 연방대법원을 원심으로 하는 원심관할권 (Original Jurisdiction)에 속하는 것이라는 점이었다. 연방헌법에 의하면 연방의회가 입법을 통해 창설·변경·폐지할 수 있는 관할권은 항소관할권

리 구성은 정치권력을 장악하게 된 공화주의자들을 비판하면서도 그들과의 충돌을 피했으며, 헌법에 명시되어 있지 않던 사법심사 권한이 연방대법원에 있음을 선언함으로써 사법부의 의회에 대한 견제 권한을 강화 시키는 정치적 결과를 가져왔다. 화려한 법리로 포장되어 있지만, 이 판결의 근거에 마샬 대법원장의 정치적 계산이 깔려 있었다는 것이 일반적인 이해이다.¹³⁾

그러나 맬버리 사건에서의 마샬 대법원장의 판결을 지나치게 정치적인 관점에서만 바라보면, 미국에서 이후 200년 동안 사법심사권한이 발전·확립되어 온 과정과 이유를 적절히 설명할 수 없다. 아무리 마샬 대법원장이 역사적으로 길이 남을 정치적 기지를 발휘했다지만, 당시 연방대법원의 결정이 헌법적 근거도 없이¹⁴⁾ 의회의 법률을 위헌 무효화 했음에도 불구하고 큰 논란을 일으키지 않았다는 것은 정치적인 측면에서만 접근할 때는 설명하기 힘든 점이 있다. 마샬과 같이 용의주도한 지도자들이 연방대법원의 판결을 전략적으로 잘 이끌어 왔더라도, 정치적 중립성과 법적 합리성을 생명으로 하는 사법부가 지나치게 정치적인 모습만 보였다면, 연방대법원의 사법심사권한 행사는 오래가지 못했을 것이다. 여기에서 마샬이 맬버리 판결문을 통해 사법심사권을 정당화시키는 과정에서 사법적 자제를 강조했음을 간과해서는 안 된다.¹⁵⁾

먼저 마샬 대법원장은 사법심사권한을 법원이 보유하고 있음을 정당화하기 위해 알렉산더 해밀턴이 Federalist 78에서 펼친 논리와 유사한 이론 구성을 한다. 법의 해석은 법원의 고유 업무이고, 헌법도 법이기 때문에 헌법의 해석도 법원의 업무이다. 그런데 헌법은 국가 최고의 법 (the supreme law of the land)이라서 법원의 해석권한은 헌법 하에서 일어나는 모든 분쟁에 미치게 된다 (“the judicial power is extended to all cases arising under the constitution”). 따라서 법원의 사법심사권은 헌법의 최고규범성으로부터 당연히 도출되는 것이다.¹⁶⁾ 그러나 마샬이 사법심사권

(Appellate Jurisdiction) 뿐이므로 원심관할권을 입법을 통해 창설한 것은 위헌이라는 것이 마샬 대법원장의 논리였다.

13) Fisher, Louis. 2003. *American Constitutional Law*, 5th ed. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.

14) 미연방헌법에는 우리의 현행 헌법처럼 위헌법률심사권이 규정되어 있지 않다. 따라서 미 연방대법원은 헌법의 명문상 규정 없이 판례에 의해서 사법심사권을 창설한 것이다.

15) 자세한 논의는, 강휘원. 2003. “미국의 권력분립원칙과 사법심사권: John Marshall의 법적 사상과 정치적 기지를 중심으로.” 『한국정책과학학회보』 제7권 제2호. 375-396.

을 무제한적 권한으로 정의한 것은 아니다. 마샬에게 있어서 대통령을 비롯한 행정부의 고위결정권자들의 정치적 업무 (political duties)는 소송의 형태로 법원에서 그 타당성 여부를 가릴 수 없는데, 그 이유는 그러한 업무에는 결정권자의 광범위한 재량권이 요구되기 때문이다. 반면에 법률에 의해 그 범위와 한계가 명확히 규정되는 행정업무 (ministerial duties)는 사법심사의 대상이 된다. 즉, 정치적인 문제는 법원의 관할 밖임을 단언함으로써 사법적 자제 (judicial restraint)가 사법심사권 행사의 전제조건임을 밝혔고, 그 후 마샬은 그의 정의대로 사법소극주의적 판결 성향을 유지하였다.¹⁷⁾ 따라서 초기에 의회나 대통령과 심각한 정치적 충돌이 없었기 때문에 사법심사제도는 안전하게 미국의 헌정체제에 뿌리를 내릴 수 있었다.

Marbury v. Madison에 의해 연방대법원이 연방의회가 제정한 법률을 무효 선언할 수 있게 된 것에 대해 큰 논란이 일지 않았던 또 하나의 원인은 미국의 법제적 전통에서 찾을 수 있다. 맬버리 사건 전에도 연방법원들이 여러 차례에 걸쳐 주(州)법들을 위헌 선언하여 왔고,¹⁸⁾ 연방대법관을 포함한 당시의 연방법원 판사들은 사법심사권한을 당연히 보유하는 것으로 생각하고 있었다.¹⁹⁾ 즉 연방제도 하에서 주(州)간의 분쟁을 중재하고 동시에 그에 관련된 법적 원칙들을 연방차원에서 통일적으로 확립해야 한다는 요청 때문에 연방법원의 사법심사권 (연방법원이 주의회가 제정한 법률을 위헌무효화 할 수 있는 권한)은 당연한 것으로 받아들여졌다는 것이다. 바로 이 점에서 위헌법률심사제도의 필요성과 성공을 연방제도의 채택여부와 관련지어 생각하는 것이 한동안 사법심사제를 이해하는 보편적 인식이었다.²⁰⁾ 이 후 연방제라는 정치적 환경과 더불어 미국에서 사법심사제도가 자연스럽게 시작되어 발달된 또 하나의 조건으로 보편법²¹⁾ (Common Law)의 전통

16) Christopher Wolfe. 1994. *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks. pp 83-84.

17) Robert K. Carr. 1942. *The Supreme Court and Judicial Review*. New York: Rinehart. pp. 188-189.

18) *Hylton v. United States*, 3 Dall. 171 (1796), *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 Dall. 304 (1795) 등.

19) Fisher. 2003, pp. 43-46.

20) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet. 2002. *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, pp. 149-150.

21) Common law를 보통법으로 번역하는 것이 일반적 관행인데, 이는 타당치 않하다고 생각한다. 흔히 common law를 commons (보통사람들)의 법이라고 이해하는 데에서 기인하는 것으로 보

에 입각한 ‘법의 지배 (Rule of Law)’의 사상이 뿌리내린 사회였다는 점을 강조하는 인식이 널리 공감대를 형성하였다. 즉 법원의 독립성과 중립성에 대한 시민들의 신뢰가 강했고 ‘법의 지배’ 원칙이 관철되기 위한 요건으로 ‘선례구속의 원칙 (stare decisis)’이 존재했기 때문에 사법심사제가 쉽게 받아들여질 수 있었다는 것이다.²²⁾ 이 마지막 조건이 유럽으로 건너간 사법심사제가 초기에는 왜 실패로 끝났는지를 설명해 준다.

2. 확장: 유럽으로의 전파

사법심사제도는 켈젠(Hans Kelsen)에 의해 1920년의 오스트리아 헌법에 도입되지만 변형된 형태로 도입되게 된다. 켈젠은 유럽의 전통상 일반법원에 대한 불신이 강했기 때문에 미국과 달리 일반법원 조직으로부터 독립된 특별기관으로서 헌법재판소를 설립하여 헌법수호자로서의 임무를 맡기게 되지만 그 실효성을 보장

이는데, common law에 대한 제도사적 검토를 면밀히 해 볼 때, “보통사람”이 “layman (凡人)”을 뜻하는 것으로 해석하는 것은 문제가 있음을 발견할 수 있다. Common law의 개념을 사실상 정립했다 할 수 있는 Edward Coke와 William Blackstone에 의하면, common law는 the law of reason이다. ‘Lex est ratio summa.’ 이러한 점에서는 common law와 대륙법 (Civil law)을 구별하기는 힘들다. Common law는 “왕의 법(king's law)”이다. 각 지방의 법원들이 독자적으로 축적해 온 법적 원리들에 대비되는, 전국적 효력을 갖는 법이다. 이러한 의미에서 common law를 ‘보통법’이라 번역하기 보다는 ‘보편법’으로 번역하는 것이 타당하다 할 것이다. William 1세가 이끄는 노르만 족이 영국을 정복한 뒤, 봉건제도를 확립하는 과정에서 토지대장 (Domesday Book)을 만들어 조세제도를 정비하고, 그러한 제도에 입각하여 조세문제를 관할하기 위하여 설치된 ‘국왕평의회(Curia Regis)’가 점차 법원의 형태로 변화되면서 common law의 체계가 잡혀 나가기 시작했다. 이후 수세기에 걸쳐 영국은 사법(司法)의 현저한 중앙집권화와 법통일의 길을 걷게 된다. 이와 함께 여러 지방의 도시법원과 봉건 영주 법원의 중요성이 사라지게 된다. Common law의 권위가 영국사회에 뿌리를 내리게 된 계기는 국왕의 판사들이 누리던 권위와 명예뿐만이 아니고, 새로 마련된 소송절차의 진보성과 근대성 때문이었다. 그리고 그러한 소송절차에 대한 전문적 지식을 갖고 있는 법률가 집단이 보편법 체계에서 중요한 역할을 하게 되는 것은 필연적 과정이라 할 것이다. 따라서 common law의 권위는 관습이나 법원의 권위로부터 파생되는 것이 아니라 이성(reason)과 정의(justice)의 일반원칙으로부터 파생되는 것인데, 여기서의 이성은 우리가 흔히 길거리에서 맞닥뜨릴 수 있는 사람들의 이성이 아니라 오랜 법에 관한 실무경험을 통해 전문성을 확보한 법률가 집단에 의해 규정지어진 이성이라 할 수 있다. 자세한 것은, 최대권. 1986. 『영미법』 서울: 동성사; George P. Fletcher and Steve Sheppard. 2005. American Law in a Global Context: The Basics. New York: Oxford University Press, pp. 15-28.

22) Shapiro and Stone Sweet. 2002, p. 150.

하기에는 열악한 여건이었다. 사회적으로 만연했던 법관에 대한 불신은 말할 것도 없고, 제도적으로도 ‘선례구속의 원칙’이 인정되지 않던 로마법계의 법체제하에서는 헌법재판기관의 결정의 대세효(對世效)를 보장받기 힘들었다.²³⁾ 보편법 체계에서는 ‘선례구속의 원칙’이 존재하므로 일단 최고 법원이 결정을 내리면 하급법원이 당연히 따르게 되고, 위헌 선언된 법률은 죽은 법이 되기 때문에 다른 국가기관들에게도 당연히 효력을 미치게 된다. 반면에 ‘선례구속의 원칙’이 인정되지 않는 로마법계 국가에서는 다른 국가기관은 말할 것도 없이 하급법원조차도 상급법원의 결정을 따라야할 의무가 없기 때문에 헌법에 대한 최종해석기관의 결정이 그 실효성을 확보하기 힘들게 되는 것이다. 오스트리아식 사법심사제는 바이마르공화국 헌법에도 도입되었지만 실패로 끝났다.

그러나 2차 세계대전이 끝난 직후부터 다시 유럽 제 국가에 도입되기 시작한 사법심사제도는 변화된 여건에서 그 제도적 실효성을 확보하였다. 2차대전 이후 먼저 사법심사제를 헌법재판의 형식으로 받아들인 국가들은 독일(1949)²⁴⁾과 이탈리아(1948)였다. 두 국가 모두 나치 정권과 파시스트 정권하에서 국가권력의 폭력에 의한 심각한 인권침해 상황을 경험하였으므로 진정한 의미의 인권수호기관의 필요성에다가, 당시에 제정된 악법들을 공정한 절차를 통해 논란의 여지를 줄이며 일관성 있게 폐지시킬 수 있는 점에서 효율성까지 인정받아 위헌법률심사제가 빠른 속도로 뿌리를 내려갔다.²⁵⁾ 따라서 이때부터는 위헌법률심사제의 도입이 연방주의라는 정치적 환경이나 보편법 체계라는 법적 전통 등의 현실적 필요성과 맞물려 이루어진 것이 아니라 인권 수호라는 인류 보편적 가치의 실현을 보장하기 위한 규범적 요청에 의해서 이루어 졌다. 1978년에 그 업무를 시작한 스페인 헌법

23) Mauro Cappelletti and John Clarke Adams. 1966. "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations." 79 *Harvard Law Review* 1215-6.

24) 독일의 경우 보편법의 전통에 따른 ‘법의 지배’ 정신이 사회적으로 뿌리내리고 있지는 않았고 오히려 법실증주의에 의거한 ‘법치국가’의 개념의 정립되어 있던 사회였다. 자연법을 부정하고 오직 실정법의 지배만을 인정하는 ‘법치국가’에 대한 추구가 결국 나치 정부라는 기형아를 낳기는 했지만, 주(州)간의 분쟁을 중재하고 동시에 그에 관련된 법적 원칙들을 연방차원에서 통일적으로 확립해야하는 의무를 짊어진 독일연방대법원으로부터 독립된 연방헌법재판소의 권위와 위상을 강화시키는데 ‘법치’를 중시하는 국가관이 한 몫 했음 또한 사실이다. (Shapiro and Stone Sweet. 2002, p. 150.)

25) Shapiro and Stone Sweet. 2002, pp. 150-151.

재판소도 이탈리아 헌법재판소와 유사한 여건 속에서 성공적으로 자리를 잡아 갔다.²⁶⁾

프랑스의 경우는 역사적 경험을 통해 깊게 뿌리내린 법관에 대한 불신에다 1789년 대혁명 이후 2차세계대전 이후까지 지속되었던 의회주권원리의 지배 하에서 사법심사가 제도적으로 활용될 여건은 열악하였다. 루소 (Jean Jacques Rousseau)가 법률을 ‘일반의지’와 동일시하여 절대화한 것에 영향을 받아 1789년 인권선언 제 6조에 “법률은 일반의지의 표현”임을 명문화하기에 이르렀고, 국민들의 대표기관인 의회가 제정한 법률이 국민의 기본권을 침해할 수 있다는 생각을 받아들이지 않았다.²⁷⁾ 그러나 의회에 의한 주권찬탈이라고 까지 표현될 수 있는 강력한 의회주권사상에 입각한 제3공화국과 제4공화국의 의원내각제 정부들에 대한 반감이 고조되면서 제5공화국 헌법이 권력구조를 의회주권의 원칙에서 의회와 대통령간의 권력분립형태로 변화시키자, 1958년에 창설된 헌법평의회의 위헌여부에 관한 추상적 규범통제²⁸⁾ 기능이 초기에는 상대적으로 제한적²⁹⁾이기는 했지만 살아나기 시작했다.

3. 민주화의 필요조건화

2차대전 후 유럽에서 성공을 거두기 시작한 위헌법률심사제는 세계적으로 확산되는 민주화의 물결과 어우러져 거부할 수 없는 추세처럼 민주화로의 이행을 시작하는 국가들에 의해 도입되기 시작했다. 1970년대 남유럽에 민주화의 바람이 불면서 제 국가들이 헌법재판소를 설치하여 위헌법률심사제를 도입하였고, 1980년대 말부터 1990년대에 걸쳐 일어났던 동구권의 민주화 과정에서도 러시아 및 구 공산권의 동유럽 국가들이 헌법재판소를 신설하여 위헌법률심사제를 적극적으로

26) Shapiro and Stone Sweet. 2002, p. 154.

27) 전학선. 2005. “프랑스에서의 헌법재판소와 의회와의 관계.” 『세계헌법연구』 제 11권 1호. 278-279 쪽.

28) 법률이나 국제조약이 제정된 후 공포되기 이전에 대통령, 수상, 국민의회의장, 또는 상원의장이 문제의 법안 또는 국제조약을 헌법평의회에 회부하여, 헌법적합성에 관한 재결을 구할 수 있다. 평의회가 법률의 위헌성을 인정하게 되면, 그 법률은 수정 없이는 공포할 수가 없다. (자세한 것은 Cappelletti. 1971, 22쪽)

29) Shapiro and Stone Sweet. 2002, pp. 184-192.

으로 도입함을 볼 수 있다. 현재 위헌법률심사제를 채택하고 있는 국가의 수는 80개 이상에 이른다.³⁰⁾ 이토록 위헌법률심사제가 세계적으로 유행하는 이유는 무엇인가? 2차 세계대전 직후 두 패전국과 이유를 공유하여 국민의 대표기관인 의회에 의해 법률이라는 형식을 통해 인권이 유린되는 것을 방지하고, 과거의 기형적 국가권력의 형태를 정상으로 돌려놓기 위한 포괄적 이행을 수행하기 위한 규범적 각성으로부터 비롯되었는가?

외관상으로는 유사하게 설명될 수 있어도 각국의 민주화 과정을 살펴보면 규범적 접근만으로는 설명되지 않는 부분이 있다. 2차대전 이후 새로운 국가건설에는 국가마다 국민적 합의가 뒷받침이 되었고 과거에 야만적 국가권력에 참여했던 자들은 전범 또는 반역자로서 국가적 재통합 과정에서 제외되었다. 즉, 보편적 가치 아래 통일된 행보를 할 수 있었다. 그러나 민주화 과정은 그러한 통일적 국가동원에 실패하고,³¹⁾ 억눌려왔던 각계각층의 이기적 요구들이 당파적 또는 분파적으로 분출되어 나오는 과정을 필연적으로 거치게 된다. 이렇게 혼란한 과정이 계속되면 민주화 자체가 원점으로 돌아가는 경향까지 보이게 된다. 남미의 민주화 과정이 이행기에서 공고화로 넘어가는 단계에서 군사 쿠데타 등에 의해서 실패하는 것이 그 예라 할 것이다. 2차 대전 후의 새로운 국가건설과정과 민주화 과정의 차이점 중 하나는 민주화 과정에는 과거의 권력계층도 참여하게 된다는 것이다. 그렇다면 새로운 정치공동체의 방향성 설정을 자신들의 이익에 부합하도록 이끌어 가려는 행위자들의 전략적 행보가 중요하게 되고, 그 속에서 위헌법률심사제도의 도입 및 활용을 검토하는 것이 중요하게 된다.

위헌법률심사제도의 의미를 이렇게 전략적 관점에서 바라보는 대표적 이론이 ‘장래보장이론(insurance theory)’이다.³²⁾ 이 이론에 따르면, 민주적 정치체제에서는

30) 양건. 2005. “헌법재판소의 정치적 역할: ‘제한적 적극주의’를 넘어서.” 헌법실무연구회 편. 『헌법실무연구 제 6권』 서울: 박영사. 148 쪽.

31) 민주화와 통일적 국가동원은 개념적으로도 모순된다.

32) Insurance theory에 입각한 연구업적들로는, Tom Ginsburg. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 21-33 쪽; William Landes, and Richard Posner. 1975. "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective." *Journal of Law and Economics* 18: 875-901; J. Mark Ramseyer. 1994. "The Puzzling Independence of Courts," *Journal of Legal Studies*. 23: 721-48; Matthew Stephenson. 2003. "When the Devil Turns: The Political Foundations of Independent Judicial Review." *Journal of Legal Studies* 32: 59-90.

한 정치세력이 영구적으로 정책결정과정을 장악할 수 없기 때문에, 제 정치세력들은 그들이 재집권에 실패하였을 때에 집권한 반대당의 독주를 막기 위해 독립적인 사법부에게 사법심사권을 부여하는데 찬성한다는 것이다. 그리고 현재의 집권당도 앞으로 집권할 다른 정당이 법원의 결정에 승복하는 것을 확보하기 위하여, 현재의 사법부의 결정이 자신들의 이해관계와 충돌한다 할지라도 그에 순응할 수밖에 없다는 것이다.³³⁾ 장래보장이론을 계급분석을 토대로 구조주의적으로 각색한 것이 허슬(Ran Hirschl)의 ‘헤게모니 유지 (hegemonic preservation) 이론’이다. 그에 의하면 과거의 지배 엘리트 집단이 민주화 과정 속에서 헤게모니를 상실하게 될 상황에 직면하면, 새로운 다수로부터 자신들의 이익을 보호하기 위해 개인적 권리의 절대적 보호를 선언하는 권리장전을 채택하고, 이를 국가의 기본원리로 확인해서 기득권을 빼앗으려는 다수와 권력을 규범의 차원에서 원천적으로 통제해 줄 위헌법률심사제를 불가피하게 도입하게 된다는 것이다.³⁴⁾

그렇다면 우리 헌법이 위헌법률심사제를 도입하게 된 것도 앞에서 논의 한대로 시대적 상황변화에 따라 설명할 수 있는가? 제헌 헌법에서 헌법위원회를 설치하고 그에 위헌법률심사권을 부여하였고 그 후로도 담당기관을 변경해 가며 위헌법률심사제를 유지했던 이유는, 기록상 명확하지는 않지만, 권리장전을 포함한 헌법전의 채택에는 반드시 위헌법률심사제가 따라간다는 규범적 요청에 따라 당연한 것으로 받아들여져 왔던 것으로 보인다. 그러나 현행 헌법이 1987년의 개정을 통해 탄생되던 시기의 정치적 상황을 고려해 보면, ‘장래보장이론’과 ‘헤게모니 유지이론’이 어느 정도 설명력이 있을 가능성을 보여주고 있다. 애초에 1987년 6월 항쟁이후 개헌협상 과정에서 정확히 어느 정치 세력에 의해 헌법재판권을 헌법재판소에게 부여하는 것이 주도적으로 추진되었는지는 현재 분명하지 않다.³⁵⁾ 하지만 당시 개헌 협상에 참여했던 개헌특위 위원들은 정치권이 정치적인 이해관계에

33) 램세이어(Mark Ramseyer)는 이와 관련하여, “정치지도자들은 미래의 사법부를 지배하기 위하여, 현재의 사법부에 복종한다”고 표현하였다. 자세한 것은 Ramseyer 1994, 741쪽.

34) Ran Hirschl. 2004. *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.

35) 헌법재판소에서 1998년에 발간한 헌법재판소 10년사에 의하면 당시 여당은 대법원이 헌법재판소를 통해 정치적 문제에 개입하게 되는 것은 부적절하니 5공화국 시절의 헌법위원회를 계속 존속시키자는 입장이었고 야당은 대법원에 헌법재판권을 주자는 입장이었다고 한다. 그러나 다음의 각주 36에서 보듯이 최근 동아일보의 기사는 다른 증언을 보도하고 있다.

따라 국회에서 위헌성을 내포하고 있는 법률을 만들었을 때 헌법재판만을 담당하는 독립적 사법기관이 이를 견제해야 한다는데 헌법재판소의 설립취지가 있다는데 그 견해의 일치를 보이고 있다.³⁶⁾ 결국 정치권의 영향력으로부터 벗어나 있는 법관들에게 법률에 대한 위헌성 심사를 맡기는 것이 설령 자신이 국회에서 다수의 지위를 상실한다 할지라도 열적 우세 속에서 헤게모니를 완전히 상실하는 것을 막아준다는 점에서 필요하나, 정치권으로부터 지나치게 떨어져 있는 대법원보다는 그 구성과정에서 정치권의 입김이 들어가는 것이 가능한 독립된 특별기관을 두자는데 합의를 한 것으로 볼 수 있다. 그리고 헌법재판소가 업무를 시작한 이래 1기 그리고 2기 헌법재판소를 거치는 동안 내려온 결정들의 성향을 보면 민주화의 이행기와 맞물려 ‘자유화(liberalization)’는 충실히 수행했지만, 민주주의 공고화의 시기에 핵심 사안이라 할 수 있는 ‘가치의 재분배’ 문제에 있어서는 상당히 보수적인 입장을 보여 왔다. 이는 허술의 이론이 한국 상황의 설명에도 적합할 수 있는 가능성을 보이는 것이라 할 수 있다.

Ⅲ. 위헌법률심사제와 대의제 민주주의의 충돌과 조화

1. 권력분립원리에 대한 상이한 이해

앞에서 위헌법률심사제도의 도입 및 성공 여부를 정치적 환경, 법적 전통, 그리고 세계사적 흐름의 과정을 중심으로 살펴보았다. 미국에서 시작되어 발전되는 과정에서 연방제도와 보편법적 전통이 주요한 조건으로 작용하였고, 유럽으로 전파되어 가는 과정에서는 인권보호라는 보편적 가치실현에 대한 규범적 요청이 결정적인 역할을 하였으며, 민주화의 물결과 맞물려 세계적인 추세로 확산되어 가는 과정에서는 민주화의 과정에서 헤게모니를 장악하려는 세력들 간의 상호작용

36) 일설에 의하면 당시 야당에서는 독립적인 헌법재판소의 설치를 요구했고, 여당인 민정당은 대법원에 위헌법률심사권을 주자는 안을 놓고 협상을 벌였다고 한다. 그런데 전두환 대통령이 민정당의 개헌안을 검토한 뒤 대법원이 위헌법률심사권을 갖게 되면 중립성을 유지해야 하는 사법부가 정치적인 문제에 휩쓸리면 안 되므로 현재 설립 쪽으로 방향을 틀도록 지시하여 결국 여야간의 합의가 이루어졌다고 한다. 「“국회서 위헌성 법률 만들 경우 심판” 1987년 국민항쟁 결과로 만들어져」, 『동아일보』 2004년 10월 29일.

이 위헌법률심사제의 안착을 위한 여건을 만들어 내었다. 그러나 이러한 요인들이 일률적으로 영향을 끼쳐 위헌법률심사제의 발전과정을 정형화시킨 것은 아니다. 같은 조건에서도 다른 전개양상을 보이기도 하는데, 이는 각 정치공동체 내에 뿌리내리고 있는 권력구조의 근본원리에 대한 사회적 인식과 합의의 정도가 다르기 때문이라 할 수 있다. 본 연구는 권력구조의 근본원리 중 대륙식 권력분립원리에 입각한 의회주권원리와 미국식 권력분립원리간의 차이에 초점을 맞추고자 한다. 권력분립원리에 대한 이해의 차이에 특수한 시대적 상황까지 교차하면서 위헌법률심사제가 다른 발전경로를 걷게 된 것으로 본다.

미국연방헌법이 몽테스키외의 (Montesquieu)의 ‘법의 정신’의 영향을 받아 삼권분립을 권력구조의 헌법상 원칙으로 명문화 해 놓은 것으로 알려져 있으나, 윤곽은 그렇다 할지라도, 구체적·실질적 운영을 보면 몽테스키외의 삼권분립과는 상당한 거리가 있는 것을 알 수 있다. 특히 사법부에 대한 관점은 대륙식의 권력분립과 미국식 권력분립간의 현격한 차이를 보여준다. 몽테스키외의 사법부에 대한 관점은 다음의 구절에 잘 나타나 있다.

“만약 법관에게 부여되는 권력이 입법권이나 행정권으로부터 분리되지 않는다면 자유는 존재할 수 없다. 만약 법관이 입법권까지 보유한다면 시민의 생명과 자유에 대해 독단적이고 전횡적인 권력행사를 할 것이다. 만약 법관이 행정권까지 보유한다면 압제자로서의 권력을 확보하게 되는 것이다.”³⁷⁾

프랑스에서의 법관에 대한 불신은 역사상 뿌리 깊은 것이었다. 1789년 대혁명이전에 법관들은 왕의 심복으로서 어떠한 제도적 변화도 허용하지 않는 구지배체제(*ancien regime*)의 수문장 역할을 충실히 해 왔기 때문에,³⁸⁾ 혁명 후 시민의 대표에 의해 제정된 법률에 절대적으로 우월한 지위를 부여하고, 법관들은 구체적 사건별로 법률을 기계적으로 적용하는 임무만을 부여받은 것은 당연한 귀결이었다. 따라서 몽테스키외도 사법부를 다른 정치적 기관으로부터 엄격히 분리시켜 어떠한 정치적 권한도 못 갖도록 한 채 다른 기관에 대해 종속적인 지위를 부여한 것이

37) Brède et de Montesquieu. 1977. *The Spirit of Laws*. Berkeley: University of California Press. p. 202.

38) Mauro Cappelletti. 1985. "Repudiating Montesquieu?: The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice." *Catholic University Law Review* 35: 11-12.

다. 몽테스키외의 권력분립 사상은 루소의 일반의지개념에 근거한 의회주권주의와 같은 맥락에서 이해될 수 있으며, 따라서 군주에 의한 전제는 막았지만, 시민들의 대표에 의한 전제의 길은 여전히 열어 놓은 것이라 할 수 있다.³⁹⁾ 이러한 대륙식의 (프랑스식의) 권력분립사상이 표면상으로는 철저한 권력의 분립을 전제로 하면서도 한 기관(대의제 기관)의 우위를 인정하는 반면에, 미국식 권력분립사상은 ‘견제와 균형’의 원리를 고수하고 있다.

대륙식의 권력분립이론은 일원화된 군주의 거대 권력에 새로이 떠오른 시민세력이 권력의 분할을 요구하며 대항하던 정치사적 배경 속에서 이해되어야 한다. 즉, 기존의 권력보유자와 신흥 권력 추구 세력간의 권력투쟁과정에서 신흥권력세력이 승리를 함에 따라 기존의 권력행사방식을 재구성하는 과정에서 필요하게 된 정당화의 논리로서 발전되어 왔다. 그 논리의 핵심은, 권력의 자연적 속성에 따라 하나의 주체에게 집중된 권력이 전제적(專制的) 폭력으로 변질·부패하는 것은 필연적이므로, 정치공동체를 유지시키기 위한 필수불가결의 요소인 권력이 전제적 폭력으로 변하는 것을 방지하기 위해서는 권력을 분할한 뒤 조각난 권력을 서로 다른 세력 또는 그 세력들의 특성이 제도화된 기관들에게 배분해야 한다는 것이다. 몽테스키외는 정치체도의 역사적 발전과정 속에서 그 기능적 속성의 윤곽을 드러낸 권력의 세 가지 측면에 입각하여 입법·행정·사법권을 분리해야 함을 주장하면서, 그 이유로는 권력의 분립이 국가권력의 남용을 막는 최선의 방법이라 하였다.⁴⁰⁾

그러나 미국에서의 권력분립사상은 유럽처럼 일원화되어 전제의 토대가 되던 권력을 어떻게 분할하여 약화시킬 것인가의 문제를 다루면서가 아니라, 새로운 국가의 탄생과정에서 국가통합이라는 기치아래 권력기관간의 특성에 맞는 역할 배분을 하되 그에 따른 권한행사가 조화롭게 되어야 한다는 요청 속에서 형성되어 갔다. 미국 헌법상 권력구조의 핵심원리라 할 수 있는 ‘제한정부 (limited government)’의 관념이 절대권력 출현에 대한 당대의 두려움을 잘 반영하고 있고, 따라서 미국의 권력분립 역시 권력을 분산시켜 약화시켜야 한다는 규범적 요청에 대한 응답임을 부인할 수는 없다. 그러나 연방 국가라는 새로운 형태의 정치제도

39) Cappelletti. 1985, pp. 14-15.

40) Brède et de Montesquieu. 1977. *The Spirit of Laws*. Berkeley: University of California Press. pp. 196-244.

의 실험에 직면하여 사회전반에 분산되어 있는 사회 제 세력들의 힘을 통합시킬 수 있는 제도적 틀이 필요했고, 이를 위해 ‘상호간의 견제와 균형’을 유지하며 공화적(共和的)인 통일을 이루어내야 한다는 의지가 더 강했었다고 볼 수 있다. 따라서 유럽식의 경직된 권력분립원리와는 달리, 권력을 할당받은 한 권력기관이 그 고유 업무를 원활히 수행하지 못 했을 때, 다른 국가기관이 문제의 업무까지 관장할 수 있도록 하고, 그 과정에서 원래의 업무수행기관과 이관된 업무를 관장하게 될 기관간의 지위와 권한을 효율성에 입각하여 재조정할 수 있도록 융통성 있게 운용되는 것을 특징으로 한다.⁴¹⁾ 사법심사제도도 이러한 메커니즘의 일부로 이해되어야 한다.

헌법으로부터 입법권을 위임받은 의회가 헌법의 정신에 위배되게 입법권을 행사했거나 헌법적 요청에 따른 입법권 행사를 게을리 했을 때, 법원이 사실상 문제된 사안에 대한 적절한 입법적 조치를 하는 것이 미국적 권력분립 사상에서는 허용되어 왔다. 이는 권력분립을 헌법상의 원리로 설정하는 목적인 ‘견제와 균형’이 단지 권력을 분할하여 약화시키는 과정에서 자연적으로 얻어지는 부산물이 아니라, 분할된 권력을 행사함에 있어서 분할의 형식적 경계선에 얽매이지 않고 요청되는 결과를 가져오기 위해서는 분할의 한계선상에 있는 사항들도 구심적으로 포함시켜 적극적으로 업무수행을 함으로서 국가적 목표를 달성한다는 의미를 내포하는 하나의 통합적 정치과정으로서의 ‘견제와 균형’이라 할 것이다. 따라서 위헌법률심사제는 이러한 헌법적 정치통합과정의 한 단계이며, 그렇다면 대의제 민주주의와의 불협화음은 입헌민주주의의 틀 안에서 일어나게 되는 불가피한 하나의 과정이라 할 수 있다.

2. 사법적극주의의 위험성 논란

입헌민주주의와 그 구성요소인 권력분립원리를 위와 같이 이해한다면, 전통적인 ‘사법부 독립 (Judicial Independence)’의 개념도 수정되어야 할 필요성에 직면하게 된다. 사법부 독립에 대한 전통적인 이해는 ‘법관의 임기 보장’과 ‘법관의 보수

41) Tom Campbell. 2004. *Separation of Powers in Practice*. Stanford, California: Stanford University Press, pp. 1-16.

보장'을 제도적으로 확립하여, 법관이 어떠한 외부의 압력에도 굴복하지 않고 법과 양심에 따른 소신 있는 판결을 내릴 수 있도록 해야 한다는 소극적 방어의 의미를 지니는 것이었다. 그러나 사법심사제도의 발전과 더불어 그 내용과 형식의 변화가 진행되어 온 미국식의 권력분립제도는 사법부가 헌법적 통제과정에서 독자적인 목소리를 내며, 다른 국가기관의 권한 행사에 개입하고, 스스로가 정책형성의 주도권을 쥐는 결과까지 초래할 정도의 적극적 독립의 개념을 탄생시켰다.⁴²⁾ 사법부 독립이 이렇게 적극적 의미로 확립되면, 대의제 민주주의와의 충돌은 예정된 정치과정의 한 단계가 된다.

대의제가 국가적 정책결정의 민주적 정당성을 확보하기 위해 현실적으로 가능한 유일한 제도적 틀이라고 본다면, 사법부 독립의 적극적 개념화는 민주주의에 대한 심각한 위협일 수밖에 없다. 왜냐하면 사법심사권한의 적극적 행사를 통하여 국민의 대표들의 의사가 대표성이 없는 법관들의 의사로 대체될 수 있으며, 그러한 사법적 판단이 헌법에 의해 국가적 의사결정 과정의 마지막 단계로 설정될 경우, 영구성을 가지게 되기 때문이다. 물론 헌법적 명령과의 충돌을 피해서 입법부가 사법부의 거만한 판결에 도전할 수 있는 수단이 없는 것은 아니다. 무조건 불복할 수도 있고, 위헌 선언된 법률을 다시 입법하거나, 극단적으로는 사법심사권한을 축소하거나 없애는 입법안 또는 헌법개정안을 통과시키며 정면 돌파를 노려볼 수도 있다. 그러나 그러한 수단을 사용했을 때, 헌법외적 방식으로 위기를 모면하려 함으로서 정국의 위기를 초래한다는 비난을 동반한 정치적 역풍을 맞을 가능성이 있기 때문에 그런 정치적 부담까지 감수하며 사법부의 헌법상 보장된 헌법의 최종 해석권에 도전하기는 힘들다.

제도의 본질상 민주적 정당성이 상대적으로 약한 사법부가 정책결정 과정에서 주도적 역할을 하는 것에 대한 끊임없는 문제제기는 비클 (Alexander Bickel)의 다음 표현으로 집약된다. “사법심사제도는 미국의 정치체제 내의 반(反)다수지배 (counter-majoritarian) 적 요소”인데, 그 이유는 “사법심사는 의회에 대한 불신을 제도화”한 것이기 때문이라 하였다.⁴³⁾ 린츠 (Juan Linz)는 필리핀 대법원에 대한 연구

42) Christopher M. Larkins. 1996. "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis." *American Journal of Comparative Law* 44: 608쪽.

43) Alexander M. Bickel. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. New Heaven: Yale University Press. 6, 21쪽.

를 통해 비클의 우려가 사법심사제를 적극적으로 도입·활용한 제3세계에서도 현실화되었음을 보여주었다. 그에 따르면, 논란이 심한 사안들에 대해서 정치권 내에서는 해결점을 찾지 못하고 중립적 이미지를 갖고 있는 사법부에 의뢰하여 실마리를 찾으려는 상황이 빈번해지면, 입법부나 행정부가 사실상 정책결정 및 집행의 주도권을 사법부에 넘겨주게 되고, 그렇게 될 경우 결국 민주적 의사결정과정의 토대가 무너지는 결과를 초래하게 된다는 것이다.⁴⁴⁾

사법심사제도에 대한 이러한 우려가 사법심사의 종주국인 미국에서 진정으로 현실화되었는가? 로젠버그 (Gerald Rosenberg)는 사법심사권을 행사하는 법원의 유형을 두 가지로 구분하고 미연방대법원이 어느 유형에 속하는가를 검토해 보았다.⁴⁵⁾ 첫 번째 유형은 사법적극주의 법원의 이상형인 정책주도형 사법부 (Dynamic Court)로, 개인의 자유 보호를 국가건립의 근본목적으로 규정하여 제한 정부를 추구하는 미국의 자유주의적 전통에 입각하여 권리의 최후의 수호자라는 명분 하에 극적인 사회변화를 일으킬 수 있는 무소불위의 권력을 행사하는 법원이다. 두 번째 유형은 환경제약적 사법부(Constrained Court)인데, 국가적 정책형성과 관련하여, 그 구성원이 국민에 의해 선출되어 민주적 정당성을 확보하는 다른 정치 기관들의 의사를 무시할 수 없는 현실에서, 정책결정의 한계선상에서 오직 예외적인 경우에만 스스로의 정책적 가치판단을 개입시킬 수 있는 법원이다. 로젠버그는 평등권, 낙태를 비롯한 여성의 제 권리들, 환경보호, 선거구 재획정, 그리고 형사절차상 피의자 또는 피고인의 권리를 신설·확장하는 연방대법원의 결정들을 경험적으로 분석한 후, 보편적 인식과는 달리 미연방대법원이 내린 선도적인 판결이 직접적으로 사회변화를 초래한 적은 거의 없었다는 점을 근거로 미연방대법원은 환경제약적 사법부라는 결론을 내린다.⁴⁶⁾

미연방대법원의 중요한 적극주의적 판결들이 사회 변화를 가져오는데 전혀 영향이 없었다고 로젠버그가 주장하는 것은 아니다. 분명히 법원의 판결이 역할을 하였으나, 그 인과관계를 면밀히 검토해 보면, 사회적 변화가 일어난 시점이 실제

44) Juan J. Linz. 1978. "Crisis, Breakdown, and Reequilibration." In Juan J. Linz and Alfred Stephan eds. *The Breakdown of Democratic Regimes*, 3-124. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

45) Gerald N. Rosenberg. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.

46) Rosenberg, 338쪽.

로는 법원의 판결 직후가 아니라 입법부와 행정부의 정책에 변화가 온 후거나,⁴⁷⁾ 아니면 이미 사회적 변화가 어느 정도 진행된 뒤에 법원의 판결이 그러한 변화를 반영하는 것⁴⁸⁾이었다는 설명이다. 즉, 미 연방대법원은 독립된 사법부의 상징이고, 그 스스로 성문헌법에 언급조차 안 되어 있는 사법심사권이라는 개념을 독자적으로 발전시켜 왔다는 점에 초점을 맞출 때는 정책주도형 법원일 것 같으나, 그러한 강력한 권한을 다른 동급의 권력 기관, 특히 의회의 권한 및 의사를 일방적으로 무시하며 행사해 온 경우는 그리 많지 않다는 것이다.⁴⁹⁾

미연방대법원이 환경계약적 법원이라는 것을 전제로 하여, 법원이 그러한 정치적 제약 속에서 전략적으로 결정을 만들어가는 모습을 추적하는 연구들이 늘어나고 있다. 이러한 전략적 접근법들은 합리적 선택 이론의 기본 가정을 받아들여, 법관도 그들의 정치적 이념에 부합하게 사법적 판단을 이끌어가려는 합리적 행위자임을 전제하지만, 다른 정치 기관들 - 의회, 행정부, 그리고 여론 - 의 의견 및 동향을 무시할 수 없다는 현실적 제약에 초점을 맞추어 사법적 결정의 전략적 측면을 분석하고 있다.⁵⁰⁾ 이러한 접근은 특히 20세기 후반부터 물결처럼 밀려온 세계적

47) 평등권과 관련하여 *Brown v. Board of Education I*, 347 U.S. 483 (1954), *Brown v. Board of Education II*, 349 U.S. 294 (1955) 가 주로 논의되었고, 환경권과 관련해서는 NEPA(National Environmental Policy Act) 관련 소송들을 중심으로, 선거구 재획정 문제는 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) 이후의 일련의 소송들에 초점을 맞추어서, 그리고 형사절차상 권리들에 관해서는 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) 등을 중심으로 검토한 후 법원의 판결과 사회 변화 사이에 입법부와 행정부의 입장 변화라는 변수가 개입되어 있다는 결론에 도달한다. 자세한 것은 로젠버그, 45, 52, 71, 105-06, 169, 284, 297-98, 322, 329, 334, 336 쪽을 참조.

48) 여성의 권리와 관련해서는 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 과 일련의 사건들을 중심으로 검토한 뒤, 그러한 판결들은 이미 미국 전역으로 확산되어 가고 있었던 사회적 압력을 반영한 것이라고 결론 내린다. 자세한 것은 로젠버그 189, 198, 201, 210-11, 214-23, 265쪽 참조.

49) 미연방대법원이 200년의 역사동안 소수의 위협스러운 결정들 외에는 대체적으로 정치적 다수 세력의 의사에 부합하는 결정들을 내려왔다는 결론은 다른 연구들에 의해서도 뒷받침되고 있다. Robert Dahl. 1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker." *Journal of Public Law* 6: 279-95; Michael McCann. 1999. "How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives" In Howard Gillman and Cornell Clayton eds. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations*, 63-97. Lawrence: University Press of Kansas.

50) 대표적인 연구 성과들로는, Frank B. Cross, and Emerson H. Tiller. 1998. "Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistle blowing on the Federal Courts of Appeals." *Yale Law Journal* 107: 2155-76; Melinda Gann Hall, and Paul Brace. 1992. "Toward an Integrated Model of Judicial Voting

인 민주화의 열풍 속에서 유행처럼 도입된 각국의 헌법재판제도의 현실적 기능과 역할을 분석하는데 유용한 것으로 평가되고 있다.⁵¹⁾

로젠버그와 이후의 전략적 접근법에 따른 분석들의 주장의 요지는 원리적인 측면에서는 위헌법률심사제와 대의제 민주주의가 충돌하겠지만, 정치 현실적 제약 하에서는 그러한 충돌이 자율적으로 해소될 수 있다는 것이다. 사실 이러한 주장이 새로운 것은 아니다. 오히려 위헌법률심사제의 기원인 *Marbury v. Madison* 결정에서 마샬이 보여준 법리도 전략적인 측면이 있었음은 앞에서 논의한 바 있다. 사법적 해결책을 제시하는 과정에서 규범적 차원에서는 강한 법원의 이미지를 구축하되 그로 인해 초래될 수 있는 정치적 충돌을 피하기 위해 자제의 미덕을 선보임으로서 사법심사권한이 미국의 사법제도 속에 확고히 자리 잡을 수 있었다. 다른 국가의 위헌법률심사제도 역시, 심각한 정치적 사안이 정치권에서 해결되지 못하고 사법부를 찾게 되었을 때 법관이 그 사안을 원래 해결했어야 할 정치기관의 지위·권한·기능 등을 충분히 고려할 수밖에 없는 현실적 제약에다가, 대의제 민주주의의 흠결을 보완한다는 명분 하에 도입되었기 때문에, 대의제 민주주의의 효율적 작동을 방해하는 방향으로 위헌법률심사제도가 운영될 가능성은 적다고 할 것이다.

Behavior." *American Politics Quarterly* 20: 147-68; Forrest Maltzman, James F. Spriggs, and Paul J. Wahlbeck. 2000. *Crafting Law on the Supreme Court: The Collegial Game*. Cambridge: Cambridge University Press; Donald R. Songer, Jeffrey A. Segal, and Charles M. Cameron. 1994. "The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent Model of Supreme Court-Circuit Court Interactions." *American Journal of Political Science* 38: 673-96 등이 있다.

51) 대표적 연구 성과들로는 Rebecca Bill Chavez. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford, California: Stanford University Press.; Lee Epstein, Jack Knight, and Olga Shvetsova. 2001. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic System of Government." *Law and Society Review* 35: 117-63 등이 있다.

Ⅳ. 한국에서의 위헌법률심사제도의 제도적 정당성

1. 정치현실에서의 위헌법률심사제도의 운용

우리의 헌정현실에서 헌법재판소가 ‘反다수지배’의 원리에 근거한 기관이기 때문에 대의제와 본질적으로 충돌할 수밖에 없다는 원칙론적 문제제기는 현실적으로 무의미할 정도로 헌법재판소와 국회간의 충돌은 거의 없었다. 헌법상 보장된 국회의 헌법재판소에 대한 견제수단은 다양하다.⁵²⁾ 그러나 현실적으로 국회가 헌법재판소의 활동을 위축시키기 위해 그러한 권한들을 사용한 적은 없다. 국정감사과정에서도 현행 헌법재판제도의 문제점에 대한 개선을 독자적으로 진행시킨 적은 없고 항상 헌법재판소 측의 의견을 묻는 단계에서 그치고 있다. 물론 국회가 헌법재판소의 결정이 나면 무조건 그에 따라 즉시 사후 조치를 취하는 것은 아니다. 2004년 헌법재판소사무처에서 발간한 『헌법재판소결정의 사후관리상황』이 밝혀 놓은 통계를 분석하면, 1988년 9월부터 2003년 12월까지 헌법재판소에 의해서 위헌 선언된 194개 법조항 중 32개 조항(16%)에 대한 사후 입법 조치가 이루어지지 않고 있음을 볼 수 있다. 이 수치를 국회와 헌법재판소간의 불협화음의 증거로 해석하는 것은 무리가 있겠지만, 국회가 헌법재판소의 판단에 무조건 순종하는 것은 아니라는 것을 말해준다. 어쨌거나 국회가 헌법재판소를 무력화시키기 위해 주어진 권한을 사용하거나 대규모의 정치적 동원을 하여 헌법재판소에 위협을 가한 적은 없었다.

또한 헌법재판소 역시 위헌법률심사권한을 국회의 입법권을 존중하는 방향으로 행사해 왔음을 관찰 할 수 있다. 그 증거로는 법률상의 근거가 없는 변형결정을 헌법재판소가 판례에 의해 창설해서 이용하고 있다는 점이다. 헌법재판소는 변형결정의 사용을 다음의 이유로 정당화하고 있다.

“심사대상 법률의 위헌 또는 합헌이라는 ...양자택일 판단만이 가능하다고 본다면

52) ① 헌법재판소의 조직, 권한, 인사에 관한 법률 제·개정권, ② 헌법재판소장 임명 동의권, ③ 헌법재판관 3인 선출권, ④ 헌법재판관 탄핵 소추권, ⑤ 예산심의·확정권, ⑥ 국정감사·국정조사권 등이 있다.

다양한 정치·경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법 재판소의 유연 신축성 있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적 공백, 법적 혼란 등 법적 안정성을 해치고, 입법자의 건전한 형성자유를 제약하는 등 하여, ... 중간영역으로서의 여러 가지 변형재판이 필수적으로 요청된다.”⁵³⁾

국회와 헌법재판소간의 충돌이 사실상 없을 수밖에 없는 두 번째 이유는 헌법 재판소에 의해서 위헌 선언된 법률들 대부분이 과거에 만들어진 것이라는 점이다. 2004년 헌법재판소사무처에서 발간한 『헌법재판소결정의 사후관리상황』의 통계에 의거하면, 1988년 9월부터 2003년 12월까지 헌법재판소에 의해서 위헌결정이 난 194개 법조항 중 27개 (14%)만이 결정당시의 국회에 의해 제·개정이 이루어졌던 법률들이다.

이와 같이 위헌법률심사권한이 대의제 민주주의를 손상시킬 정도로 남용된 적은 거의 없으며, 따라서 그러한 권한남용에 대한 반발로 국회가 헌법재판소에 보복조치를 취한 적도 없다. 따라서 현실적으로는 위헌법률심사제도가 민주주의를 위협할 정도로 오용될 가능성은 높지 않다고 결론지을 수 있다. 그러나 제도의 현실적 운용 면에서 그렇다는 것이지, 제도의 본질상 갈등과 충돌을 일으킬 소지를 갖고 있다면 위헌법률심사제와 대의제민주주의의 충돌에 의해 헌정위기가 촉발될 위험성은 사라지지 않는다.

특히 현재 한국의 정치현실처럼 민주주의의 공고화 단계에 접어들면서 사회가 양극화된 상황에서 가치의 재분배 문제에 관해 제도권 정치세력들이 당파성에 입각한 대립만을 계속하고 문제의 합리적 해결책을 찾지 못한다면, 헌법재판소가 빈번하게 정쟁의 회오리의 중심에 서게 될 것은 자명하다. 민주적 정당성을 갖춘 대통령이나 국회가 정책 형성 및 추진을 주도하는 과정에서 정치적 교착 상태를 초래한 사안들이 헌법소송의 형태로 변하여 헌법재판소에서 해결점을 찾게 되는 상황들이 계속된다면, 헌법재판소의 최종 결정이 자신들의 이해관계에 부합하도록 만들기 위해 제 정치세력들이 헌법재판과정에 영향을 주기 위한 정치·사회적 압력을 조직화하는 강도는 더욱 심해질 것이다.

공공정책을 결정하는 과정에서 일어난 정치적 분쟁이 헌법상의 법적 분쟁의 단

53) 헌재 1998. 9. 8. 88헌가6

계로 바뀌면 그 정치적 성격을 어느 정도는 제거할 수 있다 할지라도, 헌법적 판단의 결과가 결국은 승자와 패자를 가릴 수밖에 없는 것이 현실이기 때문에, 판결에 참여했던 헌법재판관들은 끊임없이 정치적이거나 이데올로기적으로 편향된 결정을 내렸다는 비난에 시달릴 수밖에 없다. 그리고 그러한 비난에 근거한 정치적·사회적 도전들은 헌법재판소의 제도적 정당성 (institutional legitimacy) 에 치명적인 상처를 주어 그 존립기반 조차 위태롭게 하는 상황이 벌어질 수도 있다. 국민에 의해 선출된 국민의 대표들로 구성된 국회에서 만들어진 법률을 그와 같은 민주적 정당성이 결여된 9명의 재판관이 무효화 할 수 있다는 것조차도 그 정당성에 대한 문제제기가 되는 상황에서 그 결정의 당파성마저 의심받는다면, 헌법재판제도를 계속 유지할 필요가 있겠는가?

헌법재판소가 철저한 사법적 자제의 원칙 하에 모든 실질적 가치 판단은 대표성을 갖는 기관에게 미루고 완벽한 비정치적·중립적 사법부의 이미지를 고수할 수도 있다. 그러나 끊임없이 헌법재판소를 찾아오는 정치적 사안들을 모두 회피할 수는 없다. 역설적으로 들릴 수 있지만, 지나치게 비정치적인 이미지에 집착함으로써 지극히 정치적이란 비난을 받을 수 있기 때문이다. 그리고 원래 문제의 사안을 해결해야 할 정치주체들이 무능력함을 보였을 때, 이를 담당해야 할 기관은 헌법재판소라는 헌법적 명령과 국민들의 신뢰를 고려한다면, 헌법재판소가 정치적 사안들에 대한 판단을 언제까지 유보할 수는 없다. 문제는 헌법재판소의 결정의 정당성을 다른 대표성을 갖는 기관들처럼 민주적 정당성의 잣대로 판단하려면, 헌법재판소의 제도적 정체성의 위기는 끊임없이 계속될 것이라는 점이다.

2. 민주적 정당성과 사법기관의 제도적 정당성

민주정체에서 대의제는 필요조건임을 부정하는 이는 없을 것이다. 그러한 면에서 대표성에 근거한 민주적 정당성을 잣대로 사용하면, 위헌법률심사권한을 행사하는 사법기관은 언제나 그 제도적 정당성을 결여하게 될 것이다. 그러나 여기서 대표제라는 것이 왜 정당성을 갖는가에 대해 의문을 제기할 필요가 있다고 생각한다. 현행 헌법 46조 2항은 「국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 수행한다」라고 규정하고 있다. 헌법재판소는 1994년 「전국구의원 의석승계사건」⁵⁴⁾에서, 이 규정에 근거하여 우리 헌법이 국회의원의 대표성은 자유위임의 원

칙에 의거하여 정당성을 가지는 것임을 선언하고 있다고 유권해석을 하였다.

자유위임에 근거한 대표성은 국민주권이론과 필연적으로 결합하게 된다. 왜냐하면 대표자는 유권자를 대표하는 것이 아니라 국민전체를 대표한다. 따라서 대표자는 선거구민의 지시나 명령에 기속(羈束)받지 않으며 자신의 양심에 따라 자유로이 행동한다. 또한 대표자는 공공복리를 추구하여 행동하여야 하므로 국민의 추정적 의사를 국민의 경험적 의사보다 우선 시키며, 특수이익보다 일반이익을 우선하게 되는 것이다.⁵⁵⁾ 그러나 문제는 정치현실에서 자유위임은 사실상 불가능하다는 것이다. 선거를 통해서 구성되는 기관이 자유위임의 원리에 의해 움직인다는 것은 비현실적이라 할 수 밖에 없다. 지역구선거제도하에서는 재선을 바라는 의원이 선거구 주민의 이익을 대변해야 함은 당연한 것이고, 비례대표제하에서는 개개 의원은 정당에 기속될 수밖에 없다. 기속(羈束)위임의 제도적 특징인 대표소환제가 없다할 지라도, 그것은 형식적으로 기속위임제가 아니라는 것이지, 실질적으로는 선거를 통해서 선출되어야 하는 경우에는 개인이건 단체이건 아니면 계급이건 특정의 이해관계를 대변하지 않고서는 당선될 수가 없을 것이기 때문이다. 게다가 각각의 이해관계를 대변하는 개인 또는 집단들이 모인 의회에서 공익의 내용이 확정될 수 없다는 것이 이미 애로우(Arrow)의 ‘불가능 정리(Impossibility Theorem)’에 의해 증명된 바 있다.⁵⁶⁾

정치적 의견 및 의지형성이 이미 정해져 있는 선호를 모으는 것에 불과하다면 특정 선호를 대변하는 대표들이 모인 의회의 입법과정은 공공이익의 내용을 확정함에 의한 사회통합과정이 될 수 없음은 자명하다 할 것이다. 그렇다면 공공이익의 내용확정은 어떻게 그리고 어느 기관에 의해서 가능할 것인가? 토의민주주의(deliberative democracy)를 주장하는 이들은 토의를 통해서 공공이익의 내용확정이 가능하다고 본다. 토의에 참여함으로써 참여자는 자신이 이전에는 생각하지 못해 봤던 관점과 정보를 접하게 된다. 새로운 정보와 관점은 토의에 참여하기 전에 가지고 있던 판단이나 선호를 변화시킬 수도 있고, 원래의 판단을 유지하며 토의에 참가한 다른 이들을 설득할 때에는 합리적 논증에 의해서만 가능하다.⁵⁷⁾

54) 1994. 4. 28. 헌마 153.

55) 정종섭. 1990. “대의원리의 기본개념들에 대한 분석.” 『법조』 402.

56) 자세한 것은 박세일. 1994. 『법경제학』 서울: 박영사. 651-9 쪽.

토의의 정의가 그러하다면, 법관에 의한 헌법재판이야말로 토의민주주의에 입각한 의사결정방식이 관철되는 제도라 생각한다. 헌법재판 역시 재판관들의 견해가 갈릴 경우 결국은 다수결에 의해서 결정이 나긴 하지만, 그 과정에서 협상과 타협 보다는 증거에 입각한 법적 합리성에 의해 논리를 세움으로서 설득력과 정당성을 획득한다는 면에서 토의민주주의에서 말하는 토의에 가장 가까운 것이라 할 수 있다. 토의민주주의를 주장하는 이들의 의도가 의회에서 그러한 토의가 잘 되어야 한다는 것임을 근거로 법관에 의한 토의를 토의민주주의에서 말하는 토의와 동일시하는 것은 토의민주주의에 대한 오해라는 비판이 있을 수 있으나, 자유위임이 지켜지는 상황에서나 순수한의미의 토의 (deliberation)가 대의제 하에서 가능하지, 사실상 기속위임논리가 지배하는 대의제 하에서는 토의가 시작조차 불가능하다고 볼 수 있다. 그러한 점에서 미국의 사법제도에서 배심원들이 모여서 토의를 하는 과정을 배심원 심의 (jury deliberation)⁵⁸라 부르는 것은 중요한 의미가 있다고 생각한다. 배심원들의 평결이 정당성을 갖게 되는 근거는 그들의 대표성에 있는 것이 아니라 공정성과 중립성에 있다. 배심원 선발절차에서 가장 중요하게 고려되는 것은 사전에 당해 사건에 대한 선(先)판단을 가지고 있는가 하는 점이다. 개인적 이해관계로부터 벗어나서 중립적인 입장에서 서서 공판과정에서 보고 들은 증거들에 입각해서 토의를 거친 뒤 투표로 결정하는 것이 배심원제의 핵심인 것이다.

그렇다면 모든 이해관계로부터 벗어난 제3자로서의 사법적 전문성에 입각한 법적 결정과정이야말로 공익의 내용을 결정하는 가장 적절한 제도적 장치라 할 수 있다. 헌법재판에 의해 실현되어야 할 헌법적 가치가 한 국가 내에서 구성된 전

57) 강병호. 1999. “하버마스의 토의적 민주주의 이론 - 민주주의의 규범적 의미와 자유주의와 공화주의의 화해 -.” 『철학논구』 27집.

58) Jury deliberation 으로부터 헌법재판소의 사법적 판단의 객관성·공정성·중립성 등을 도출해 내는 것은 타당치 않다는 반론이 있을 수 있다. 왜냐하면 배심원은 사실 판단을 하게 되고, 헌법재판관은 법적 문제에 대한 판단을 하기 때문이다. 그러나 여기서 강조하고자 하는 것은 deliberation은 이해관계가 전혀 없는 제3자에 의해서, 또는 이해관계가 있어도 그 이해관계에 의해서 영향을 안 받고 판단을 할 수 있는 자에 의해서만 가능하다는 점이다. 배심원처럼 사안에 대한 지식이 전무(全無)한 상황에서 객관적이고 중립적이며 공정한 판단을 내릴 수 있든지, 아니면 법관처럼 고도의 훈련과정을 거쳐서 그러한 판단을 내릴 수 있게 되든지, 판단의 과정과 경로는 문제가 되지 않는다.

체의 동의를 얻은 공익의 정수라면, 법관에 의한 위헌법률심사제도는 이상적 자유위임과 현실적 기속위임 사이에 다리를 놓는 역할을 한다고 볼 수 있다. 모든 권력기관의 제도적 정당성을 검토할 때, 반드시 국민에 의해서 직접 선출되었는가의 여부가 그 권위의 원천이 되지 않음에 주의하여야 할 것이다. 사법기관은 가변적인 여론으로부터 독립하여 사법적 전문성에 입각한 일관된 원칙을 고수함으로써 그 권위의 정당성을 확고히 할 수 있는 것이다. 특히 포퓰리즘에 영합한 정치인들이 득세를 하는 정치현실에서는 헌법재판은 진정한 가치를 발휘할 수 있다.

V. 헌법재판제도의 개선방안: 결론을 대신하여

권위주의 정권이 마침내 붕괴된 1987년 이후, 대한민국은 빠른 속도의 입헌민주주의 체제 확립을 위한 노력들을 경험해 왔다. 그 시작으로서 제9차 헌법개정이 이루어졌고, 그 과정에서 기존의 사법부로부터 기능상 분리되어 헌법재판만을 전담하는 헌법재판소가 신설되었다. 헌법재판소가 1988년 9월 1일 설립되어, 헌법상 최종 헌법 해석 기관으로서 그 활동을 시작한 이래 2005년 12월 31일 까지 17년 동안 12,240건의 사건을 접수하여 11,501건의 사건을 처리하였고, 그 중 678건의 사건에서 위헌(위헌법률심판) 내지 인용(권한쟁의심판과 헌법소원) 결정을 선고⁵⁹⁾함으로써, 당초의 예상과 달리 인권보장기관으로서의 적극적인 면모를 보여주었고, 기본권의 내용들을 구체화시킴으로서 국민들의 기본권 수호 의식을 고취시키고, 그 결과 입헌민주주의를 고착화 시키는데 주도적 역할을 하였다고 평가되고 있다.

그렇게 헌법재판소의 활동이 긍정적인 평가를 받는 와중에도 헌법재판소의 조직과 운영방식을 개선해야 한다는 의견들이 끊임없이 제기되어 왔었다. 그 중 대표적으로 거론되는 문제점은 헌법재판관의 자격에 관한 실정법상의 제한이다. 현행 헌법 111조 2항은 헌법재판관으로 임명되는 자는 법관의 자격을 가지고 있어야 한다고 명시하고 있다. 헌법재판소법 5조 1항은 헌법상 규정된 자격요건을 더욱 구체화하여, 헌법재판관의 자격을 15년 이상의 법조경력을 가진 40세 이상의

59) 헌법재판소 홈페이지 (www.ccourt.go.kr).

법관자격자로 한정시켜 놓고 있는데, 이러한 자격요건상의 제한 때문에 그 구성상 전문성과 다양성이 결여되어 있다는 비판을 끊임없이 받아 왔다.⁶⁰⁾ 이러한 비판은 결국 헌법재판소의 제도적 정당성을 대표성에 입각한 민주적 정당성의 잣대로 측정하는 것이다.

사실 헌법재판관의 자격요건은 각국의 헌정사적 경험에 따라 달라질 수 있다. 물론 헌법재판이 헌법 자체의 추상성, 모호성 때문에 순수한 의미의 법적 해석만으로는 불가능하고 법을 넘어선 사회 전반의 상황에 대한 고려가 불가피하게 관련될 수밖에 없음은 보편타당한 현실이라 할 수 있다. 그렇기 때문에 헌법재판소의 구성에 있어서도 다양성을 기하는 것이 필요하다는 논리는 각국의 서로 다른 경험을 고려한다 할지라도 일면 그 보편타당성을 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 또 다른 측면에서 볼 때, 헌법재판도 분명 사법적 판단이고, 그 결정이 여러 하위 법률체계에 해석의 불일치성을 야기하여 혼란을 가져올 수도 있다는 점을 고려할 때, 법 전반에 관한 이해가 부족한 다른 분야의 전문가는 헌법재판소의 구성에서 제외하는 것이 바람직 할 것이다. 특히 그러한 이들이 법 현실을 고려하지 않고 지나치게 앞서가는 판결들을 내릴 것을 고집할 경우에는 법적 안정성을 크게 해칠 수도 있을 것이다.

헌법재판관의 자격요건 제한 문제와 더불어 끊임없이 제기되어 온 또 하나의 문제는 대통령, 국회, 대법원장이 각각 3명씩 선출 또는 지명하여 이를 대통령이 임명하는 삼권 분립의 원칙에 따랐다는 3부의 나눠 먹기식 인선인데, 이에 대하여 그 민주적 정당성이 결여된다는 비판이 계속되어 왔다.⁶¹⁾ 앞에서 논의한 바와 같이, 헌법재판소는 헌법적 정신에 입각하여 공익의 내용을 결정하는 기관이며, 그러한 면에서 사실상 기속위임논리의 지배를 받는 대의기관과는 구별된다 할 것이다. 그럼에도 불구하고 민주적 정당성을 유일한 기준으로 하여 헌법재판소까지도 평가하려는 노력들이 많다. 권력기관의 제도적 정당성을 민주적 정당성에만 의존할

60) 안경환 교수는 지금까지의 헌법재판관들이 주로 민·형사 소송을 다뤘은 판·검사 로만 구성되어 온 바람에 헌법 이론 전문가가 부족하다는 점을 지적하였다. “헌법학자들의 헌법재판소 진단,” 『신동아』12월호(2004): 174-185.

61) 김상겸, 2005, “헌법재판소법의 문제점과 개선방안,” 『공법학연구』 제6권 제1호, 138-140쪽; 성낙인, 1994, “헌법재판소 인적 구성의 비교헌법적 검토를 통한 대안 모색,” 『양승두 교수 화갑 기념 논문집 (I)』1033면 이하.

때는 린쯔(Juan J. Linz)가 말한 이원적인 민주적 정당성(dual democratic legitimacy)의 문제⁶²⁾가 심각하게 대두될 수 있다. 대통령과 의회 두 기관이 모두 선거를 통해 국민으로부터 위임을 받았다고 주장하며 정당성 경쟁을 하는 것이다. 그러한 경쟁이 국가적 위기로 치달을 수 있음은 2004년의 탄핵사태를 통해 잘 경험하였다. 여기에 헌법재판소까지 그 제도적 정당성을 민주적 정당성에 의존해야 한다면, 헌법개정을 통하여 헌법재판관도 선거로 선출하도록 하던가, 아니면 재판관 3인의 임명권을 가진 삼부(三府)에 그 정당성을 의존할 수밖에 없을 것이다.

앞에서 꾸준히 주장해 왔지만 헌법재판제도의 정당성은 대표성에 입각한 민주적 정당성으로부터 출발해서는 안 된다. 완벽한 전문성이 중립성과 공정성을 보장하는 데에서 제도적 정당성의 근거를 찾아야 하며, 헌법재판소는 분할된 권력을 보유한 한 기관으로서 다른 기관과 서로 대립·견제하는 것이 아니라 헌법 기관들이 공화적(共和的) 조화를 이룰 수 있는 틀을 만들어주는 기능을 한다는 점에 주목하여야 한다. 이러한 점에서 헌법재판제도 개선방안과 관련하여 헌법재판관 임명방식은 잘못된 방향으로 논의가 진행되어 왔다 할 것이다. 지금의 방식이 민주적 정당성이 결여되었기 때문에 문제라는 지적은 틀렸다고 생각한다. 오히려 국회, 대통령, 대법원의 권력균형과 헌법재판소의 중립성을 확보하기 위함이라는 헌 방식의 옹호 논리⁶³⁾가 더 설득력이 있는 듯 하다. 문제는 삼부(三府)가 균형을 유지하며 헌법재판관 임명에 평등하게 관여하여 중립성을 보장한다는 것은 도식적 사고에 불과하다는 데에 있다. 대법원장 임명권과 대법관 임명권을 대통령이 가지고 있는데, 대법원장이 대통령의 영향으로부터 완전히 벗어나 독립적으로 헌법재판관을 임명할 수 있을지도 미지수고, 현실적으로 대통령이 자기 몫 3명에 여당 추천 최소 1명으로 사실상 4명에 대한 선택권을 갖게 되고 대법원장 몫 3명이 포함된다면 대통령이 사실상 위헌 판단 정족수인 6명을 자신의 구미에 맞도록 임명할 수 있게 된다. 이렇게 볼 때, 대통령의 헌법재판소장 임명, 재판관 임명은 헌법재판소의 독립성에 손상을 준다.

물론 헌법에 관한 최종·최고의 해석권한을 부여받음으로서 삼부(三府) 위에 균

62) Juan J. Linz. 1994. "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?" in J. J. Linz and A. Valenzuela, eds., *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press. pp. 3-87.

63) 장영수. 1995. 77쪽.

립할 수도 있는 잠재력을 가지고 있는 제 4부의 구성원을 선출 또는 임명 할 수 있는 권한을 삼부(三府)에 공평하게 분배하여, 권력분립의 원칙에 충실함으로서 그 헌법적 정당성을 확보하고 있는 듯 보이도록 한 것을 전혀 무의미한 것으로 평가할 수는 없다. 권력분립의 원칙에 따라 정하는 입법례가 많으며, 이는 헌법재판소의 제도적 정당성이 반드시 대표성에 입각한 민주적 정당성에 근거하고 있을 필요는 없다는 것을 의미한다. 이에 원칙적으로 동의한다 할지라도 현실적으로는 헌법재판소가 정치적 판단을 하기 때문에 민주적 정당성이 확보되어야 한다고 주장할 수 있다. 문제는 헌법재판소가 정치적 판단을 한다고 할 때, 그 판단이 재판관 개개인의 정치적 이념을 고스란히 반영하고 있는가이다. 경험적으로 엄격히 입증된 바는 없지만, 정치적으로 논란이 심한 사건에서는 그러한 모습을 보이고 있는 것도 사실이다. 특히 자신의 임명권자와 동일한 정치적 판단을 하는 경우가 많지는 않지만 간헐적으로 보이고 있다. 그렇다면, 전원을 국회에서 선출하도록 할 때에 각 정당 별로 선호하는 재판관 후보가 의석비율에 따라 결정될 것이고, 이는 국회 내에서의 정치적 합의에 의해서 확정될 것이다. 그리고 이렇게 임명된 이들이 헌법재판관으로서 헌법재판에 참여할 때, 그들의 임명권자의 정치적 이념에 부합하는 판결을 이끌어내려고 노력할 것이다. 이러한 상황이 벌어질 경우, 비례대표성이라는 측면에서는 민주적 정당성이 확보될지는 모르겠으나, 사법기관으로서의 정치적 독립성이라는 측면에서는 그 제도적 정당성에 타격을 받게 될 것이다.

결론적으로 지금의 선출방식도, 모두 국회에서 선출하는 방식도 모두 헌법재판의 진정한 제도적 정당성이 어디에서 오는가에 대한 오해로부터 비롯된 것이라 생각한다. 가장 타당한 선출방식은 학계와 법조계의 원로들로 구성된 헌법재판관 선출회의에서 전문성을 기준으로 재판관 후보들을 선출한 뒤 국회에서 청문회를 거쳐 임명 동의를 하는 것이라 생각한다. 여기서 국회에서의 임명절차를 요구하는 이유는 민주적 정당성을 보완하기 위한 것이 아니라, 헌법재판이 때로는 정치적으로 민감하고 심각한 논란을 야기하는 사안들을 다루어야 할 때가 있는데, 그럴 때 얼마나 적절히 잘 처리할 수 있겠는가를 국회에서의 청문회 절차와 임명 동의 절차를 거치게 함으로서 시험해 볼 수 있기 때문이다.

■ 참고문헌

- 강경근. 「헌정질서 흔들는 ‘헌재공격’」. 《중앙일보》 2004년 11월 15일.
- 강병호. 1999. “하버마스의 토의적 민주주의 이론 - 민주주의의 규범적 의미와 자유주의와 공화주의의 화해 -.” 《철학논구》 27집.
- 강휘원. 2003. “미국의 권력분립원칙과 사법심사권: John Marshall의 법적 사상과 정치적 기지를 중심으로.” 《한국정책과학학회보》 제7권 제2호. 375-396.
- 권영성. 2003. 《헌법학원론》. 서울. 법문사.
- 김상겸. 2005. “헌법재판소법의 문제점과 개선방안.” 《공법학연구》 제6권 제1호, 125-152.
- 김철수. 2003. 《헌법학개론》. 서울. 박영사.
- 남복현. 1992. “헌법재판소 재판관의 재판 성향.” 《법과 사회》 5호, 120- 149.
- 동아일보 기사. 「‘국회서 위헌성 법률 만들 경우 심판’ 1987년 국민항쟁 결과로 만들어져」. 《동아일보》 2004년 10월 29일
- 동아일보 기사. 「청문회 하려면 국회추천 늘려야」. 《동아일보》 2004년 10월 29일.
- 박세일. 1994. 《법경제학》 서울: 박영사.
- 방승주. 2005. “수도가 서울이라는 사실이 과연 관습헌법인가?: 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대한 비판.” 《공법학연구》 제6권 제1호. 153-175쪽.
- 서경석. 2005. “신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대하여.” 《민주법학》 제27호. 398-420.
- 성낙인. 2003. 《헌법학》. 서울. 법문사.
- 성낙인. 1994. “헌법재판소 인적 구성의 비교헌법적 검토를 통한 대안 모색.” 《양승두 교수 화갑기념 논문집 (I)》. 서울. 흥문사.
- 신동아 기사. “헌법학자들의 헌법재판소 진단.” 《신동아》 12월호 (2004): 174-185.
- 양건. 2005. “헌법재판소의 정치적 역할: ‘제한적 적극주의’를 넘어서.” 헌법실무연구회 편. 《헌법실무연구 제 6권》 서울: 박영사. 147-166.
- 윤대규. 「헌재의 법적 권위 흔들 수 없다」. 《문화일보》 2004년 10월 25일
- 전학선. 2005. “프랑스에서의 헌법재판소와 의회와의 관계.” 《세계헌법연구》 제 11권 1호. 277-304.
- 정연주. 2006. “신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정에 대한 헌법적 검토.” 《공법학연구》 제7권 제1호. 267-292.
- 정중섭. 2004. 《헌법소송법》 제2판. 서울. 박영사.

- 정종섭. 1990. “대의원리의 기본개념들에 대한 분석.” 《법조》 402
- 조선일보 기사. 「대통령의 언행이 헌정을 흔들고 있다」, 《조선일보》 2004년 10월 28일
- 중앙일보 기사. 「여당, 헌법재판소법 개정안 마련」, 《중앙일보》 2004년 10월 28일.
- 중앙일보 기사. 「헌재가 쿠데타?」. 《중앙일보》 2004년 11월 13일.
- 최대권. 1986. 《영미법》 서울: 동성사
- 허 영. 2005. 《헌법이론과 헌법》. 서울: 박영사.
- 홍성방. 2002. 《헌법》. 서울: 현암사.
- Bickel, Alexander M. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. New Heaven: Yale University Press.
- Barzilai, Gad. 1997. "Between the rule of law and the laws of the ruler: the Supreme Court in Israeli legal culture." *International Social Science Journal* 152: 193-208.
- Campbell, Tom. 2004. *Separation of Powers in Practice*. Stanford, California: Stanford University Press
- Cappelletti, Mauro. 1985. "Repudiating Montesquieu?: The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice." *Catholic University Law Review* 35: 1-32.
- Cappelletti, Mauro. 1971. *Judicial Review in the Contemporary World*. New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 구병삭·강경근·김승환 공역. 1989. 《현대헌법재판론》 서울: 법문사.
- Cappelletti, Mauro, and John Clarke Adams. 1966. "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations." *79 Harvard Law Review* 1207-1224.
- Chavez, Rebecca Bill. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford, California: Stanford University Press.
- Cooter, Robert D., and Tom Ginsburg. 1996. "Comparative Judicial Discretion: An empirical test of economic models." *International Review of Law and Economics* 16: 295-313.
- Corrado, Michael Louis. 2004. *Comparative Constitutional Review*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- Cross, Frank B., and Emerson H. Tiller. 1998. "Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistle blowing on the Federal Courts of Appeals." *Yale Law Journal* 107: 2155-76.
- Dahl, Robert. 1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National

- Policy-Maker." *Journal of Public Law* 6: 279-95.
- Elster, Jon, Claus Offe, and Ulrich K. Preuss. 1998. *Institutional Design in Post-communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Epstein, Lee, and Jack Knight. 1998. *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Press.
- Epstein, Lee, Jack Knight, and Olga Shvetsova. 2001. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic System of Government." *Law and Society Review* 35: 117-63.
- Fisher, Louis. 2003. *American Constitutional Law*, 5th ed. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- Fletcher, George P. and Steve Sheppard. 2005. *American Law in a Global Context: The Basics*. New York: Oxford University Press.
- Gibson, James L., Gregory A. Caldeira, and Vanessa A. Baird, 1998. "On the Legitimacy of National High Courts," *American Political Science Review* 92: 343-58.
- Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ginsburg, Tom. "Economic Analysis of Constitutional Law: Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts." *Theoretical Inquiries in Law* 3, (2002): 49-85.
- Hall, Melinda Gann, and Paul Brace. 1992. "Toward an Integrated Model of Judicial Voting Behavior." *American Politics Quarterly* 20: 147-68.
- Hirschl, Ran. 2004. *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.
- Horwitz, Morton J. 1977. *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Koebel, Thomas A. 1995. "The New Institutionalism in Political Science and Sociology." *Comparative Politics* 27: 231-43.
- Larkins, Christopher M. 1996. "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis." *American Journal of Comparative Law* 44: 605-26.
- Linz, Juan J., ed. 1978. "Crisis, Breakdown, and Reequilibration." In Juan J. Linz and Alfred

- Stephan eds. *The Breakdown of Democratic Regimes*, 3-124. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Maltzman, Forrest, James F. Spriggs, and Paul J. Wahlbeck. 1999. "Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making." In Cornell W. Clayton and Howard Gillman, eds. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, 43-64. Chicago: University of Chicago Press.
- Maltzman, Forrest, James F. Spriggs, and Paul J. Wahlbeck. 2000. *Crafting Law on the Supreme Court: The Collegial Game*. Cambridge: Cambridge University Press.
- McCann, Michael. 1999. "How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives" In Howard Gillman and Cornell Clayton eds. *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations*, 63-97. Lawrence: University Press of Kansas.
- McKeever, Robert J. 1997. *The United States Supreme Court: A political analysis and legal analysis*. Manchester: Manchester University Press.
- Montesquieu, Brède et de . 1977. *The Spirit of Laws*. Berkeley: University of California Press. pp. 196-244.
- Murphy, Walter F. 1964. *The Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press.
- Neubauer, David W. and Stephen S. Meinhold. 2004. *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*. 3rd ed. California: Wadsworth, Thomson Learning Inc.
- Pederzoli, Patrizia, and Carlo Guarnier. 1997. "Italy: a case of judicial democracy?" *International Social Science Journal* 152: 253-70.
- Ramseyer, J. Mark, and Eric B. Rasmusen. 2003. *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rosenberg, Gerald N. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- Schwartz, Herman. 2000. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press.
- Segal, Jeffrey A. 1997. "Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts." *American Political Science Review* 91: 28-44.
- Shapiro, Martin, and Alec Stone Sweet. 2002. *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford:

Oxford University Press,

- Smith, Rogers M. 1989. "The New Institutionalism and Normative Theory: Reply to Professor Barber." *Studies in American Political Development* 3: 74-87.
- Smith, Rogers M. 1995. "Ideas, Institutions, and Strategic Choices." *Polity* 28: 135-40.
- Spiller, Pablo T. 1996. "A Positive Political Theory of Regulatory Instruments: Contracts, Administrative Law or Regulatory Specificity?" *University of Southern California Law Review* 69: 477-515.
- Tate, C. Neal, and Torbjorn Vallinder, eds. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- West, James M., and Dae Kyu Yoon. 1992. "The Constitutional Court of the Republic of Korea: Transforming the Jurisprudence of the Vortex?" *The American Journal of Comparative Law* 40: 73-119.
- Wolfe, Christopher. 1994. *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks.