

## 민주화 이후 정치의 사법화에 관한 연구

오승용

서울대학교 규장각한국학연구원 선임연구원

### 〈논문요약〉

이 연구는 민주화 이후 한국사회에서 두드러지게 나타나고 있는 정치의 사법화 현상에 대한 예비적 고찰이다. 사법적극주의의 현대적 발현형태인 정치의 사법화란 국가의 중요한 정책결정이 정치과정이지 아닌 사법과정으로 해소되는 현상을 지칭한다. 선출되지 않은 사법기구의 정치적 실천은 근대 (다수결) 민주주의 체제의 작동과 근본적으로 배치되는 측면이 있다. 한국에서 정치의 사법화는 크게 네 가지 측면에서 분석할 수 있는데, 사법부 입법, 사법부 정책결정, 정치적 무기(다른 수단에 의한 정치), 권리신장의 사법화가 그것이다. 정치의 사법화를 유발하는 제도적 요인으로는 1987년 헌법과 특별검사제도 등을 들 수 있고, 정치적 요인으로는 정치적 민주화의 진전, 분점정부의 출현과 정책교착, 정당정치의 취약성 등을 거론할 수 있다. 그러나 정치의 사법화 문제의 핵심은 사법부에 의한 의회 기능의 대체 그 자체가 아니라 이를 유발한 의회의 문제해결 능력 부재에 있으며, 의회기능의 정상화와 정당기능의 활성화야말로 정치의 사법화 문제를 해결하는 근본적인 방안이다.

■주요어: 정치의 사법화, 사법부 입법, 사법부 정책결정, 정책교착, 다른 수단에 의한 정치, 권리신장의 사법화

## 1. 들어가는 말

이 연구는 민주화 이후 한국사회에서 두드러지게 나타나고 있는 정치의 사법화(judicialization of politics) 현상에 대한 예비적 고찰이다. 한국의 민주화과정에서 정치의 사법화 현상이 본격적으로 인구에 회자되기 시작한 시기는 2004년부터라고 할 수 있다. 헌법재판소는 2004년 5월 ‘대통령(노무현)탄핵소추안’을 기각한지 얼마 지나지 않아(2004. 5. 14. 2004헌나1 전원재판부), 같은 해 10월 국회에서 여야합의를 거친 행정부의 핵심정책이었던 ‘신행정수도의건설을위한특별조치법’에 대해 위헌판결을 내렸다(2004. 10. 21. 2004헌마554·566(병합) 전원재판부). 헌법재판소의 판결에 대한 반응은 엇갈렸는데, 한편에서는 판결결과에 대한 찬반을 떠나 법치주의에 기초한 진정한 헌정주의 시대의 출범이라며 긍정적으로 평가하기도 했지만, 다른 한편에서는 제왕적 대통령을 대체하는 ‘제왕적 사법부(imperial judiciary)’의 등장이라는 우려의 목소리가 나왔다.

위와 같은 정치의 사법화는 최근의 현상은 아니고, 한국의 민주화 과정에서만 나타나는 독특한 현상도 아니다(Domingo 2004, 107). 이미 미국과 유럽에서는 19세기부터 사법적극주의(judicial activism)와 사법소극주의(judicial passivism)라는 형태로 사법부의 정치적 개입에 대한 논란이 계속되어왔는데, 사법적극주의의 보다 현대화된 발현형태 혹은 표현이 정치의 사법화다. 또한 정치의 사법화는 한국의 민주화 과정에서만 나타나는 국지적 현상이 아니다. 1930년대 뉴딜 시대의 미국과 1970년대 부패청산 및 탈권위주의 물결의 유럽(오스트리아, 독일, 이탈리아, 스페인 등), 1980년대 민주화 과정의 라틴아메리카(멕시코, 코스타리카, 콜롬비아, 칠레, 베네수엘라, 아르헨티나, 페루 등), 그리고 2000년대 유럽인권법원과 유럽연합 소속 국가의 주권논란에 이르기까지 범세계적으로 나타났던 보편적 현상이다. 그럼에도 불구하고 한국에서 정치의 사법화를 심각한 문제로 인식(해야)하는 이유는 그것이 한국 민주주의의 위기 국면과 중첩되어 나타나고 있기

때문이다. 보다 정확히 표현하면, 한국 민주주의가 위기에 봉착했다는 ‘징후들 중의 하나’가 바로 정치의 사법화 현상이라고 할 수 있다.

이러한 문제의식에서 이 연구는 정치의 사법화 현상에 대한 연구현황, 출현배경, 한국의 민주화에 미치는 영향 등을 간략히 살펴보는 것을 목적으로 한다. 정치의 사법화가 나타나게 된 배경은 제도적 요인과 정치적 요인으로 구분하여 살펴볼 것이고, 다수결 민주주의의 시각에서 한국 민주화와 정치의 사법화 현상과의 관계 및 정치의 사법화가 한국 민주화에 미친 영향을 검토하고, 민주주의와 법의 지배 간의 긴장관계 해소방안을 모색해 보고자 한다. 다만, 이 연구는 예비적 고찰인 만큼 향후 정치의 사법화와 관련된 사례분석이나 국가 간의 비교연구를 위해 필요한 논점들을 미리 짚어보는 수준에 그치고자 한다.

## 2. 법의 지배, 정치의 사법화, 그리고 사법지배체제

법의 지배와 다수결 민주주의는 오랜 기간 동안 긴장관계를 유지해왔다. 드워킨(Ronald Dworkin)과 같이 법의 지배가 다수결 민주주의에 우선하는 것으로 보는 입장이 있는 반면, 왈드론(Jeremy Waldron)과 같이 다수결 민주주의가 법의 지배에 우선하는 것으로 보는 입장도 있다. 드워킨은 헌법에 대한 도덕적 해석에 입각하여 사법심사제도의 정당성을 옹호하는 가운데, 민주주의의 목적은 정치제도들을 통한 집단적 결정이 공동체의 모든 구성원들에게 동등한 관심을 가질 수 있도록 하는 것이라고 규정한다. 그는 민주주의를 권리중심적인 사법심사 제도를 갖춘 입헌민주주의와 다수결로 집단적 의사결정을 하는 기계적 민주주의로 구분하고, 다수결 민주주의가 민주주의의 기본 가치들을 침해하기 쉬운 경향이 있다고 비판한다(Costa 2007, 73-149; Zolo 2007, 3-71).

반면 월드론은 다수결주의의 위협에 대한 드워킨의 우려는 그가 사법 기관과 판사에 거는 기대와 비교해 볼 때 지나치다고 비판한다. 다수결주의가 채택하고 있는 ‘1인 1표’ 제도는 모든 개인들이 의사결정과정에서 동등한 역할을 해야 한다는 민주적 원칙들을 반영하고 있으며, 의사결정과정에서의 타협도 모든 개인들의 동등한 비중과 역할을 고려해볼 때 상호적인 양보가 불가피하다는 원칙을 반영하고 있다. 더구나 판사들의 결정이 설사 대중들의 집단적인 결정보다 질적으로 더 우수하다고 하더라도, 사법심사제도는 일반 시민들의 평등한 시민권과 능력에 대한 불신에 기초하고 있어 문제라고 본다(Waldron 1999).

이러한 긴장관계는 단순히 법의 지배와 다수결 민주주의라는 두 개의 지배적 이념에 대한 이론적 접근시각의 차이만이 아니라 현실의 힘 관계를 반영하고 있는 측면도 있다. 정치의 사법화 현상은 정치현실에서 법의 지배가 다수결 민주주의보다 우위를 점하고 있는 상태를 반영한다고 할 수 있다. 그렇지만 힘의 우위가 반드시 정당성의 우위로 연결되는 것은 아니다. 예컨대 한국의 경우, 법의 지배를 상징하는 사법부와 다수결 민주주의를 상징하는 의회의 사회적 문제해결능력에 대한 대중의 지지는 모두가 알고 있듯이 사법부가 비교우위를 점하고 있다. 그렇지만 그렇다고 도덕적인 신뢰까지 사법부가 의회에 대해 우위를 점하고 있다고 평가할 수는 없다. 법의 지배가 강화되고 있는 경향의 한편에는 사법 불신의 현실이 자리 잡고 있는데, 다음에서 언급하겠지만, 한국의 사례는 정치의 사법화와 사법 불신이 동시에 진행되는 독특한 사례다. 이러한 모순적 현실이 존재할 수 있는 이유에 대한 보다 구체적 심층연구가 필요하겠지만, 외환위기 이후 정치사회를 지배했던 신자유주의적 정치개혁드라이브와 그 결과인 ‘정치의 범법화’가 정치의 사법화와 사법 불신의 모순적 현존에 어느 정도 영향을 미쳤음을 그리 어렵지 않게 추정할 수 있다.

정치의 사법화 현상을 보다 정확히 이해하기 위해서는 정치의 사법화에 대한 정밀한 정의에서부터 출발할 필요가 있다. 좁은 의미의 정치의 사

법화란 국가의 중요한 정책결정이 정치과정이 아닌 사법과정으로 해소되는 현상을 지칭한다(Ferejohn and Pasquino 2003, 248). 그러나 최근에는 정치적 논쟁의 법화(legalization of political dispute) 혹은 정치의 법제화(judification of politics) 등의 표현에서 볼 수 있듯이 그 의미가 반드시 국가의 정책결정영역에만 한정되지 않고, 시민사회의 다양한 ‘정치적 문제’에 이르기까지 보다 넓은 영역을 포괄하고 있다(Jacob 1996; Koopmans 2003; Hirschl 2004; Hirschl 2007). 정치의 사법화와 사법부의 정치화는 동전의 양면이다.

정치 사법화는 사법적극주의의 현대적 표현이라고 할 수 있다. 사법적극주의는 행정부나 입법부의 의사결정에 사법부가 적극적으로 개입하여 양부(兩府)에 의한 권력의 남용을 견제하려는 태도인 반면, 사법소극주의는 사법부 자체의 원칙에 따라 정치적 문제(political question)의 심리자체를 회피하거나 양부의 의사나 결정을 존중하고 이에 동조하는 판결을 내리려는 태도를 말한다(Chemerinsky 2007; Siegel 2007).<sup>1)</sup> 사법적극주의가 강화될수록 인민의 대표기관인 의회의 입법에 대한 (빈번한) 위헌판결을 통해 사실상의 입법권을 행사하는 사법부 입법(judicial legislation)이나 행정부의 정책결정에 대한 위헌판결을 통해 행정부의 정책을 변경시키는 사법부 정책결정(judicial policy making)이 빈번히 이루어질 수밖에 없다. 이러한 상황을 나이어(Aryeh Neier)는 민주주의체제를 유지하는 기본원리인 권력 분리 원칙의 파기이자, 제왕적 대통령을 대체하는 제왕적 사법부의 출현이라고 보았다(Neier 1985, 3). 제왕적 사법부의 출현은 단순히 견제와 균형에 입각한 권력분리의 균형상태가 무너지는 데에만 국한되는 것이 아니다. 선출되지 않고(unelected), 견제받지 않으며(unchecked), 책임지지 않는

1) 사법적극주의와 사법소극주의는 통치문제 혹은 정치적 문제에 대한 판결에서 입장의 차이가 확인해지는데, 사법소극주의는 외교·국방·정보 등 고도의 정치적 판단을 요하는 문제에 대해 사법부의 관여는 최소화되어야 한다는 입장인 반면, 사법적극주의는 “정치적인 헌법문제는 없다”라는 금언처럼 사법적 판단에 금기가 있을 수 없다는 입장이다(김양원 1991).

(unaccountable) 비정치적 헌법기구인 사법부의 '정치적 실천'은 근대(다수결) 민주주의 체제의 작동과 근본적으로 배치되는 측면이 있다.

정치의 사법화에 대한 비판적 연구의 사상적 기초는 왈드론이 제공하고 있다(Waldron 1999). 영국의 경험에 비추어 입법의 복권을 주창하는 왈드론은 자유주의적 자연권을 포함하여 개인의 기본권을 결정하는 과정에서 인민들이 공적 결정과정에 참여할 수 있는 권리를 권리들 중의 권리(right of rights)라고 표현한다. 개인이 공적결정에 참여할 수 있는 권리는 민주주의의 절차적 정당성의 기초가 되며, 다른 모든 실체적 권리들에 선행한다. 그런데 실체적 권리들은 개인들 간에 이해관계를 달리하는 의견불일치(disagreement)를 특징으로 하기 때문에 이에 따른 사회적 갈등을 수반할 수밖에 없다.

정의로운 사회는 이러한 갈등에도 불구하고 공동 결정의 필요성을 공감하고, 이에 따르는 사회인데, 이때 공동 결정은 두 가지가 있다. 하나는 정치의 상황(circumstances of politics, 정치적 결정)이고, 다른 하나는 사법의 상황(circumstances of justice, 사법적 결정)이다. 정치의 상황에서는 의견불일치의 이슈, 즉 결정에 따라 결정의 결과가 개인들에게 차별적인 영향을 미치는 이슈들을 결정해야 하는데(일종의 영합게임), 이러한 이슈들은 개인들을 대표하는 민주적 정치체인 의회에서 정치적으로 결정되는 것이 바람직하다. 반면 의견일치(agreement)의 이슈, 즉 결정에 따라 결정의 결과가 개인들에게 차별적 영향(결과)을 미치지 않고, 사회공동의 이익과도 합치되는 이슈들(일종의 비영합게임)은 사법의 상황, 즉 사법적 판단에 의존할 수 있다.

그런데 의견불일치의 이슈를 사법의 상황에 맡길 경우 혹은 사법의 상황이 의견불일치의 이슈에 대한 결정을 대신할 경우 가치의 통약불가능성(Incommensurability)과 가치판단방식의 다원성을 억압함으로써 결과적으로 개인이 공적 결정과정에 참여할 수 있는 권리를 침해한다. 인민들이 공적 결정과정에 참여하는 것이야말로 권리들 중의 권리로 보는 왈드론에

게 있어 이러한 사회는 부조리한 사회로 분류된다. 왈드론에게 있어 입법의 복권(의회를 통한 문제해결)은 곧 인민들의 권리를 실현하는 과정이다 (Waldron 1999, 154-158).

마라벨과 쉐보르스키(José María Maravall and Adam Przeworski)는 민주주의와 법의 지배 간의 긴장관계를 검토하면서 흔히 다수의 지배(민주주의)와 법의 지배 간의 갈등은 투표와 법을 수단으로 사용하는 정치 행위자들 간의 갈등에 불과하며, 특정한 상황에서 입법부나 혹은 사법부가 상대적으로 우월한 것은 결국 정치의 문제라고 본다. 법의 지배는 정치행위자들이 동원할 수 있는 여하한 자원들을 사용하여 갈등을 처리하는 상황에서 나오는 하나의 가능한 결과에 불과하고, 설사 법의 지배가 우세할 때일 지라도 그것이 정치적 행위에 선행하기 때문은 아니라며 정치의 사법화 현상에 대해 비교적 낙관적 견해를 피력한다(Maravall and Przeworski 2003, 15).<sup>2)</sup>

피어존과 파스퀴노(John Ferejohn and Pasquale Pasquino)는 헌법재판소가 전후 유럽의 사법권 확장에 많은 영향을 미쳤다고 본다. 1981년 프랑스의 기업 국유화 관련 법안에 대한 헌법재판소의 위헌 판결은 대표적인 사법부 정책결정의 사례인데, 헌법재판소의 위헌판결로 의회는 기업 국유화 관련 법안의 내용을 대폭 완화한 이후에야 위헌판결에서 벗어날 수 있었다. 피어존과 파스퀴노에 따르면, 헌법재판소는 의회의 입법과정을 지연시켰을 뿐만 아니라 실질적으로는 그 내용에 수정을 가함으로써 사법적 정책결정을 했다.<sup>3)</sup> 정치적·이념적 갈등이 전 사회로 확장되면서 이를 해

---

2) 이 부분은 마라벨보다는 쉐보르스키의 주장이 많이 반영된 것으로 추측된다. 왜냐하면 같은 책의 다른 글에서 마라벨은 법의 지배가 다수의 지배를 대체하는 현상에 대해 대단히 비판적이고 우려스런 견해를 피력하기 때문이다(Maravall 2003).

3) 1937년 2월 루스벨트(Franklin Roosevelt)는 연방사법제도에 대해 전반적이고 정밀한 검토를 요구하는 메시지를 의회에 보냈다. 그가 제시한 조항 중에는 연방대법원에 6명의 판사를 추가로 임명하는 내용이 포함되어 있었는데, 이를 법원 충원 계획(Court-packing Plan)이라

결하는 과정에서 사법부가 독립적인 정치권력이 되는 현상에 대해 피어존과 파스퀴노는 의회가 결정능력을 상실하고 교착상태에 놓여 있는 상황이 사법권 확장을 위한 물질적 조건을 제공했다고 주장한다(Ferejohn & Pasquino 2003, 248-252). 피어존과 파스퀴노의 논의는 정치의 사법화의 근본적인 원인을 의회의 정치적 의사결정 기능의 상실로 봄으로써 정치의 사법화 문제의 본질이 결국 사법부의 문제가 아니라 의회의 문제임을 환기시킨다.

정치적 사법화에 대한 마라벌의 분석은 좀 더 생생하다. 마라벌은 정치의 사법화를 정치인과 정부의 전략으로 규정하고 정치의 사법화가 발생하는 세 가지 상황을 제시한다. 첫째, 정치인의 책임성을 제한할 경우 정치의 사법화가 출현할 가능성이 증가한다. 둘째, 야당이 선거에서 연패할 경우 현재의 경쟁규칙에서는 승리할 수 없다고 판단, 사법적극주의를 무기로 삼아 새로운 차원의 경쟁에 돌입한다. 셋째, 정부는 그들의 권력을 공고화하고 야당을 약화시키기 위해 사법부의 강력한 지원을 확보하여 사법적극주의를 활용하는데, 야당·적대적 이익집단·비관적 언론이 정부의 표적이 된다. 정치인과 정부의 전략에 따라 법의 지배가 정치적 무기가 되면 법의 지배라는 원칙은 훼손된다. 다시 말해 정치의 사법화는 법의 지배의 실현이 아니라 훼손이다(Maravall 2003, 296-298).

긴스버그와 셰프터(Benjamin Ginsberg and Martin Shefter) 역시 정치적 무기로서의 법의 지배라는 마라벌의 테제와 유사한 논의를 전개한다(Ginsberg and Shefter 1990). 이들은 정치적 무기로서 법의 지배를 활용하는 현상을 선거가 아니라 언론폭로와 사법부를 동원해 정치적 경쟁에서

---

한다. 루스벨트는 연방대법원이 과로(過勞)하고 있으며, 과중한 업무를 효율적으로 처리할 수 있도록 좀 더 많은 인력과 젊은 인재의 충원이 시급하다고 역설했다. 그러나 루스벨트가 연방대법원 판사의 추가 지명을 요구한 진정한 이유는 연방대법원이 뉴딜정책(특히 경제정책)에 대해 계속 위헌판결을 내리자 뉴딜정책을 수호하기 위해 자유주의적 성향의 대법관을 임명함으로써 연방대법원 내의 이념성향을 재편하기 위함이었다(Ginsberg and Shefter 1999, 19-20).



승리하려는 ‘다른 수단에 의한 정치(politics by other means)’로 규정한다. 선거는 인민의 선택과 정치적 충돌의 중심 격전장이었으나 최근 들어서는 갈등을 해결하고 정부를 구성하는 메커니즘으로서의 선거의 중요성이 감소하고 있다. 선거영역에서 정당쇠퇴와 정책교착이 발생한 결과 정치투쟁은 점점 더 빈번하게 다른 곳에서 일어났고, 중요한 선택은 점점 더 선거영역 밖에서 이루어졌다. 정당과 정치인들은 유권자와 직접 접촉하기 보단 언론폭로(revelations), 국정조사(investigations), 소송(proceedings)과 같은 비선거적 수단에 더욱 의존하고 있다. 미국에서는 지난 20여 년 동안 선거의 중요성과 결정력이 감소한 반면, 이러한 다른 수단(RIP)의 중요성은 증대했다. 이러한 전개양상은 미국 정치에 중대한 결과를 가져오는데, 선거는 누가 권력을 행사할 것인가—혹은 행사하지 못할 것인가—를 확실하게 결정해주지 못하고, 이 문제에 대한 갈등이 정치체제 전반에 만연됨으로써 국가를 약화시키고 집단적인 국가목적의 달성을 어렵게 하고 있다고 진단한다(Ginsberg and Shefter 1990, 1-36).

정치의 사법화는 비단 미국이나 유럽만의 문제는 아니다. 라틴아메리카도 정치의 사법화의 예외지대가 아니다. 아니 이들 국가보다 훨씬 심각한 상황이다. 라틴아메리카의 국가들은 군부독재가 계속되고 있는 국가들(콜롬비아, 코스타리카)뿐만 아니라, 군부독재를 대체했던 민간정부가 실패한 국가(브라질, 칠레, 아르헨티나 등), 정권과 반대세력 간의 첨예한 갈등이 빚어지고 있는 국가들(베네수엘라) 모두에서 공통적으로 정치의 사법화 현상을 목격할 수 있다. 이들 국가들에서 나타나는 정치의 사법화는 한마디로 정권에 의한 법의 동원과정(process of legal mobilization)으로 요약할 수 있는데(Sieder, Schjolden and Angell 2006, 16; Domingo 2004, 112-116), 이들 국가들은 군부독재를 경험했고, 절차적 민주주의가 확립되지 않았으며, 의회가 취약하여 공적결정의 공정성이 담보되고 있지 않다는 공통점이 있다(Sikkink 2006, 287). 다만, 라틴아메리카 국가들에서 나타나는 사회관계의 사법화는 사회관계의 법제화(juridification)의 다른 표현으

로 볼 수 있는 측면도 일부 있는데, 오랜 군부독재로 억눌렸던 사회적 요구가 법원과 사법기구를 통해 공식적으로 표출될 수 있게 되었다는 점이 그것이다.<sup>4)</sup> 그러나 여전히 문제는 정부와 정치인에 의해 정치적 목적으로 동원되는 과도한 혹은 필요 이상의 사법행위라고 할 수 있다(O' Donnell 2006, 293).

이상의 논의만을 놓고 보면 정치의 사법화는 제도개혁의 산물이거나 제도의 작동과정(위헌심사)에서 나타나는 현상일 수 있다. 그러나 정치의 사법화를 아래로부터의 대중적 압력 내지 시민사회 내부의 권리의식 신장의 산물로 보는 긍정적 시각도 존재한다. 하비에르 쿠소(Javier Couso)는 정치과정에 비해 사법과정이 확장되고 정치적·사회적 갈등을 법원이 해결하는 법원지배경향은 정치적 사회적 행위자들 간의 다양한 이해관계가 반영된 결과로 본다(Couso 2006, 106). 이를 쿠소는 '권리신장 사법화'(rights-enhancing judicialization)라고 부른다.

쿠소에 따르면, 법원은 현존하는 개인들의 시민적 권리를 창출하고 확장하는 데 기여하고 있다. 수많은 시민단체와 개별 시민들 역시 자신들의 시민적 권리의 확보를 위해 정치인들과 마찬가지로 법을 동원한다. 물론 시민사회의 법 동원이 반드시 개별 시민과 집단의 권리를 자동적으로 신장시켜 주지는 않는다. 법원은 재산권을 보호할 때만큼 민주주의를 확장하는 데는 적극적이지 않았다. 시민사회의 법 동원이 이른바 권리혁명으로 나아가지 못한 이유가 여기에 있다. 오도넬이 법원을 '갈색 지대(brown areas)'로 보는 이유가 여기에 있다. 오도넬은 법원이 (민주적) 권리를 보호하는 데 적극적일 수 있지만, 지역 엘리트와 마피아 지배의 영구화에도 적

---

4) 오도넬은 사법화와 법제화를 구분해서 인식하는데, 법제화에 대해서는 군부독재 시절의 임의적 정치행위를 대체하는 긍정적 의미를 부여하는 반면, 사법화에 대해서는 양가적 측면이 있기 때문에 그것의 정치적 함의에 대한 신중한 접근과 분석을 요구한다(O' Donnell 2006, 296-297). 뒤에서도 언급하겠지만, 오도넬이 법제화라고 부르는 상황은 하비에르 쿠소가 권리신장의 사법화로 부르는 상황과 동일하다.

극적이었다는 사실을 상기시킨다(O' Donnell 2006, 296). 그럼에도 불구하고 민주화 이후 시민사회의 권리의식 신장이 정치의 사법화를 촉진하는 긍정적 요인이었다는 측면도 간과해서는 안 된다.

여기서 우리가 관심을 가져야 할 근본적인 문제는 정치의 사법화의 미래상이다. 이와 관련하여 비교법학자 허של(Ran Hirschl)은 주목할 만한 연구결과를 내놓았다(Hirschl 2004; Hirshl 2007; Goldstein 2004). 사법지배체제(Juristocracy)가 그것이다. 허של은 새로운 헌정주의의 확산과 더불어 20세기 중반 이래로 적어도 80개국 이상에서 대의기구에서 사법부로 권력 이전이 이루어지고 있다고 평가한다(Hirschl 2007, 1). 허של은 이를 “헤게모니 보존론(Hegemonic preservation thesis)”을 통해 설명한다. 헤게모니 보존론은 정치엘리트, 경제엘리트, 사법부 엘리트라는 세 핵심 엘리트들의 전략적 이해관계의 상호작용의 결과 권력의 이행이 이루어진다고 본다(Hirschl 2007, 31-38).

이들 엘리트들은 그들의 지배적 위치를 수호하기 위해 전략적 의사결정을 하는데, 사법부 엘리트는 명예의 고취, 의사결정능력 강화라는 혜택을 받는 대신, 경제엘리트는 헌법의 이름으로 시기심 많은 (무산자)대중으로부터 사유재산을 보호받을 수 있다. 정치엘리트들에게 사법부로의 권력 이행은 선거정치에서 자신들의 영향력이 감소하기 때문에 비합리적인 선택이지만, 당장 정치적 경쟁자를 제거하거나 자신들의 정책적 선호를 관철시킬 수 있다는 이점이 있다(Hirschl 2007, 46). 물론 이러한 이행이 가능한 것은 정치엘리트들이 사법부의 임명과정(대법원 판사나 헌법재판소 재판관 등)과 예산을 통제할 수 있는 제도적 현실과 사법부의 결정이 자신들의 이해에 봉사할 수 있을 것이라는 믿음이 있기 때문이라고 한다(Hirschl 2007, 43-44).

이러한 권력이행이 공고화되면 새로운 정치체제가 등장하는데 바로 사법지배체제다. 허של은 사법지배체제를 하나의 새로운 정치체제(political regime)로 본다(Hirschl 2004, 7). 사법지배체제는 법원이 민주

주의 체제가 고려할 수 있는 가장 근본적인 문제를 다루는 중요한 토론장이 되는 체제다. 정부의 구성은 변하지 않더라도 정부의 기능이 현저히 바뀐다. 즉 정확히 이전의 의회가 담당했던 기능의 대부분을 법원이 대체하는 정치체제가 바로 사법지배체제다. 허셜에 따르면 사법지배체제로의 이행은 현실인데, 이미 시민적 권리를 헌법에 열거하는 헌법적 권리체제를 통해 판사가 만드는 정책결정이나 국가기관간의 법률적 경계를 사법적으로 재설정하는 것이 세계적 표준이 되어버렸다. 권리의 헌법화나 사법지배체제는 선거를 통해 책임을 지지 않는 위임권력 혹은 준자율적인 정책결정자로서 법원의 역할이 정치체제의 중심을 차지하고 있으며, 이것이야말로 고전적 민주주의에 대비되는 신자유주의 시대의 새로운 정치체제라는 것이다(Hirschl 2004, 626).<sup>5)</sup>

정치의 사법화에 대한 국내의 연구는 국외의 연구들보다 훨씬 제한적이다. 공법학회의 논의를 제외한다면, 정치의 사법화현상에 대한 사회과학적 접근은 아주 제한적이고 부분적으로만 이루어졌다. 정치의 사법화에 대한 공법학계의 논의는 통치행위와 정치적 문제 교리(political question doctrine)에 대한 법리해석논쟁의 맥락에서 논의가 이루어져 왔는데(김선화 2004; 김양원 1991; 김종철 2005; 정연주 2006; 지성우 2004),<sup>6)</sup> 이러한 현상이 민주주의에 미치는 영향에 대한 체계적인 고찰은 많지 않다. 다만 박명립(2005a; 2005b), 박찬표(2007), 최장집(2004; 2006) 등이 다수결 민주주의의 맥락에서 정치의 사법화 경향과 ‘새로운’ 헌정주의 문제의 심각성을 논의하고 있는데, 아직 이들의 문제제기를 토대로 정치의 사법화 경향에

---

5) 결국 허셜은 헌정주의와 민주주의의 긴장관계가 헌정주의가 민주주의를 지배하는 상황으로 변질되는 것을 우려한다.

6) 정치적 문제 법리는 법원에 기소된 사건을 사안의 성격상 사법부가 최종판단을 하지 아니하고, 정치부문의 주체가 직접 이를 판단하도록 한다는 취지의 법리를 말하며, 이와 유사한 의미의 통치행위란 고도의 정책적인 고려에서 사법심사에서 제외되는 행위에 관한 문제라는 의미이다(김선화 2004, 212).

대한 종합적이고, 체계적인 분석을 시도한 연구는 제출되고 있지 않다.

### 3. 정치의 사법화: 출현 배경

#### 1) 제도적 요인

##### (1) 1987년 헌법

헌정체제에 대한 비교연구에 따르면(Sweet 2000; Koopmans 2003; Sieder et al. 2006; Hirschl 2007), 정치의 사법화는 통상 이행기 국가에서 더 집중적으로 나타나는 경향이 있다. 탈권위주의, 탈공산주의, 탈식민지 국가에서 권력엘리트 간의 갈등과 민주화에 대한 아래로부터의 압력이라는 환경에서 정치사회가 주도적으로 사회의 정치적 문제들에 대한 해결 기능을 수행하지 못할 경우 정치의 사법화가 나타나곤 한다. 그러나 이러한 조건이 조성되더라도 사법부에 위헌심사권이 부여되지 않거나 헌법재판소와 같은 제도적 장치들이 존재하지 않는다면 정치의 사법화는 억제된다. 위헌심사권과 헌법재판소, 그리고 이를 보조하는 준사법기구들이 전제될 때 정치의 사법화 현상이 나타날 수 있다.

왈드론이 지적하고 있듯이 영국의 의회정치 역시 한국의 경우와 마찬가지로 대표성의 상실과 책임성의 약화라는 동일한 문제에 직면해 있지만, 영국에서는 정치의 사법화 현상이 심각하지 않다.<sup>7)</sup> 왜냐하면 영국은 보편법(common law)의 전통에 따라 재판과정에서 판사의 재량권이 많은 대신

---

7) 유럽인권법원의 존재로 인한 국가주권의 침해 논란과 이로 인한 정치의 사법화 현상은 논의에서 제외한다.

의회주권이 지배적인 전통으로 자리 잡고 있고, 사법부에 위헌심사권은 제한적으로 부여된다. 최소한 정치적 문제가 의회에서 결정되지 않고, 사법부로 전가되는 경우는 드물다. 행정입법을 제외하고, 의회에서 통과된 법률이 유권자들로부터 선출되지 않은 정부기관인 사법부에 의해 위헌판결을 받아 폐기되는 경우는 매우 드문 현상이다. 왈드론이 정치의 사법화의 대안으로서 입법으로 돌아가자(return to legislation)고 주장하는 이유도 그가 로크주의자라는 이유와 함께 영국의 의회주권 전통에 대한 신뢰가 있기 때문이다.

반면 대륙법적 전통은 판사에 대한 불신에서 출발하고 있기 때문에 판사의 법해석의 재량권보다는 명시된 법률조항을 우선한다. 시민의 기본권도 판사의 재량권을 기대하기보다는 헌법에 명문화하여 보장하려는(혹은 받으려는) 경향이 강하다. 대륙법적 전통을 가진 국가들은 ‘권리의 헌법화’로 인해 헌법에 보장된 기본권의 침해여부를 심판하기 위해 최고법원이나 헌법재판소를 설치하고, 이들 법원에 법률의 위헌성을 검토하는 위헌심사권을 부여하고 있다. 프랑스, 이탈리아, 스페인, 그리고 포스트 공산주의 국가들에서 정치의 사법화 현상이 나타났던 이유도 이들 국가들이 궁극적으로 대륙법적 전통을 수용했기 때문이다.

한국의 제6공화국 헌법도 대륙법적 전통을 따라 판사의 법률해석을 신뢰하기보다는 헌법에 기본권을 명시함으로써 시민적 권리를 보장하되,<sup>8)</sup> 국민의 기본권 침해를 방지하기 위해 위헌심사권을 사법부에 부여하고, 헌법재판소를 설치하여 법률의 위헌성을 심판하도록 했다. 헌법재판소는 헌법재판소법에 따라 위헌법률심판과 헌법소원심판(권리구제, 위헌심판)을 진

8) 헌법에 명시된 기본권은 신체의 자유 등 자유권적 기본권, 인간다운 생활을 할 권리 등 생존권적 기본권, 재판청구권 등 청구권적 기본권, 선거권 등 참정권적 기본권 등이며, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 국민은 법원의 위헌여부심판을 받을 수 있으며, 여기서 기각되면 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제68조 1항 및 2항 참조).

행한다. 제6공화국 헌법이 헌법재판소 제도를 도입한 애초의 취지는 유신 시기와 제5공화국 시기 군부권위주의 정권하에서 유명무실했던 위헌심판 제도를 활성화시킨다는 목적에서였다.<sup>9)</sup> 이는 사법부나 헌법재판소를 통해 국회를 견제한다는 목적보다는 과거 유신헌정과 전두환 정권과 같은 권위주의정권(행정부)의 독주를 위헌법률심사와 헌법소원을 통해 교정·구제 하려는 의도가 반영되어 있다.<sup>10)</sup>

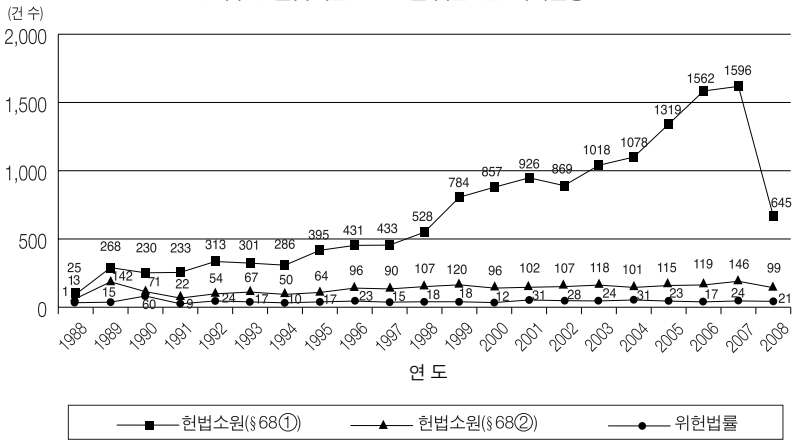
헌정체계가 반드시 헌법 디자인에 따라 작동하는 것은 아니지만, 권위주의정권에 의해 헌법이 유린되지 않는 이상 헌법 디자인의 범위를 크게 벗어나지 않는다. 헌법 디자인 당시 헌법학자들과 정치인들은 헌법재판소의 위헌법률심판권과 탄핵심판권, 헌법소원심판권을 국회와 행정부에 대한 ‘약간의’ 견제권한이라고 표현했지만(김철수 2000, 67), 실제 헌법재판소의 심판사건 처리 결과를 보면 약간의 견제가 결코 아니다. 헌법재판소가 설치된 1988년 이래 헌법재판소의 심판사건은 꾸준히 증가하여 2000년 이후에는 헌법소원심판이 연간 일천 건을 넘고 있다.

물론 위헌법률심판이나 헌법소원심판은 처리 건수가 중요한 것이 아니라 사회적으로 논란이 되는 중요 법률에 대한 위헌판결 결과가 더 중요하다. 헌법재판소는 외환위기 이후 심판사건 접수 및 처리 건수가 증가하기 시작하여 노무현 정부시기에 폭발적으로 증가한다. 뿐만 아니라 중요 법률에 대한 위헌판결은 물론 몇몇 문제되는 법률에 대한 합헌판결, 대통

9) 제6공화국 헌법에는 헌법재판소의 설치목적을 ‘위헌법률심사의 활성화’라고 명시하고 있다 (김철수 2000, 876-877).

10) 실제 헌법재판소가 제6공화국 헌법에 포함되는 과정은 희극적이었다. 애초 여야 모두 5공화국 헌법의 헌법위원회를 없애는 대신 위헌법률심판권을 대법원에 맡기는 방식을 제안했다. 1987년 8월 초가 되자 민정당 개헌안에 돌연 헌법재판소가 등장했다. 같은 해 7월 20일에 언론에 보도된 민정당 안에는 없던 제도가 8월 3일의 민정당 당헌특위전체회의와 중앙집행위원회를 거치면서 포함된 것이었다. 게다가 이 안에서는 헌법재판소의 헌법소원심판권을 들 어있지 않았으나, 8월 21일 민주당과의 8인 정치회담에서 민주당의 헌법소원제도를 포함하 지는 요구를 수용하면서 결국 현재의 헌법재판소 제도가 등장하게 되었다.

〈그림 1〉 헌법재판소 연도별 심판사건 처리현황표



자료: 헌법재판소 연도별 심판사건 접수 및 처리 현황표(<http://www.court.go.kr>)

령 탄핵심판 등으로 정치화된다.

허술에 따르면, 통상 사법심사는 적법절차의 원리와 언론의 자유와 같은 절차적 정의 및 소극적 자유에는 큰 영향을 미치지만 분배적 정의에는 거의 영향을 미치지 않는다. 다시 말해 시민들 간의 명예와 부의 적절한 분배를 보장하는 것과 관련된 재산권과 관련된 법안에 대해서는 보수적 판결을 내리는 경향이 있다. 정진경(2006)의 분석에 따르면, 2004년 말 기준으로 헌법재판소에서 사회복지법과 관련하여 위헌제청이 접수된 62건 중 40건이 요건 미비로 각하되었고, 22건이 최종판결을 받았는데(위헌법률심판 3건, 헌법소원 19건), 이중 2건만이 위헌판결을 받았고, 나머지 20건은 모두 기각되었다(정진경 2006, 405-406).

반면 정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 판결의 경우 전체 34건 중 위헌판결 4건, 합헌 13건, 기각 15건, 각하 2건으로 나타났다(김경호 2008, 15-21). 두 가지 결과를 비교한 결과, 분배적 정의와 관련된 위헌법률심판 및 헌법소원이 절차적 정의와 관련된 위헌법률심판 및



헌법소원보다 접수 건수는 2배가량 많았지만, 위헌판결을 받은 건수는 절반밖에 되지 않았다. 물론 이는 각 사안별로 구체적인 내용을 살펴보고 판단해야 하는 문제이긴 하지만, 통계만을 놓고 판단해보면, 허철의 주장이 전혀 근거 없는 것은 아니라는 사실이 확인된다.<sup>11)</sup>

따라서 헌법재판소를 헌법에 보장된 기본권을 보장하기 위한 순수한 기관으로 볼 수만은 없다. 헌법재판소는 대통령 탄핵심판과 국가보안법, 제3차개입금지 규정 등 노동법 위헌법률심판에서 보았듯이 재판관의 이데올로기적 성향이 판결결과에 그대로 반영되었다. 그런데 이러한 재판관의 이데올로기적 성향은 위헌판결을 통해 국회의원들의 입법 활동에도 영향을 미친다. 국회의원들은 헌법재판소의 판결결과에 따라 법안의 내용을 구성할 수밖에 없다. 법원과 헌법재판소의 위헌법률심판이 단순히 해당 법률의 위헌성을 판단하는 수준을 넘어 입법부의 향후 입법 활동까지 제약하게 된다.<sup>12)</sup> 이것이 스윗이 지적하는 입법부에 대한 사법부의 진정한 영향력이다(Sweet 2000, 59).<sup>13)</sup>

다만, 한국의 경우 ‘헌법소원제도’를 통해 시민이 직접 사법과정을 정치적으로 활용할 수 있는 길이 제도적으로 보장되었고, 이러한 제도적 특징이 정치의 사법화를 촉진하는 요인이 되고 있는 부분을 간과해서는 안 된다.<sup>14)</sup> 한국은 라틴아메리카 국가들의 사례와 유사하게 헌법소원과 법원 소송을 통해 시민적 권리의 보호 및 신장이라는 맥락에서 정치의 사법화가 이루어지고 있다. 한국의 헌법소원제도와 라틴아메리카의 권리신장의 사

11) 지성우의 연구에 따르면 미국의 경우도 연방대법원이 절차적 정의에 대한 위헌판결에는 적극적이지만, 분배적 정의에 대한 위헌판결에는 소극적이라고 한다(지성우 2004).

12) 대표적인 것이 선거법 개정이다.

13) 이와 관련하여 스윗은 입법가들은 “이 법안이 위헌판결을 받지 않을까?” 자문하게 되고 헌법재판소의 예상 반응에 맞춰 법안을 수정하게 된다고 지적한다. 헌법재판소의 의중이 의원들의 마음에 주입되어 입법과정에 영향을 미치게 되는 상황이 발생한다(Sweet 2000, 60).

14) 이 점을 지적해준 익명의 심사자에게 감사드린다.

법화 사례에 대한 보다 정밀한 비교연구가 이루어진다면, 이와 관련된 보다 풍부한 논의가 가능해진다.

## (2) 다른 수단에 의한 정치 혹은 정치적 무기로서의 법

원래 특별검사 제도는 워터게이트(Watergate) 사건 직후인 1978년 미국 하원이 행정부의 비행을 다루는 특별검사의 임명절차를 명문화한 정부윤리법(Ethics in Government Act)을 채택함으로써 처음 제도화되었다. 정부윤리법은 전직 정부 관료의 로비행위와 같이 행정부의 관료들이 관행적으로 행해오던 행정부 내의 지위를 이용한 행위를 범죄로 규정하고 있다(Ginsberg & Shefter 1990, 36). 미국에서도 특별검사 제도는 제정 당시부터 위헌논란이 제기되었는데, 그 핵심은 책임성(accountability)의 원리가 적용되지 않는다는 점에 있다. 특별검사는 특정사건에 대해 법무장관에 버금가는 수준의 검찰권을 행사하면서도 책임은 거의 지지 않는다. 미국의 특별검사는 의회의 인준을 받지 않으며, 감독이나 예산상의 제한도 받지 않는데, 이것은 “책임지을 수 있는 기관에게만 권한을 부여한다”는 원칙에 위배된다는 점에서 논란이 되었다. 또한 특별검사법의 제·개정과정에서 공화당과 민주당의 정략 개입, 예산 낭비, 성과 미비 등 특별검사 제도의 폐단에 대한 사회적 공감대가 형성되어 1999년 6월 30일 그 효력을 다했다.<sup>15)</sup>

한국의 경우도 미국과 크게 다르지 않다. 특별검사 제도는 선거경쟁이 아닌 사법적 수단을 동원하여 정치적 경쟁에서 승리하려는 정당 및 정치세력에 의해 이용되고 있는데, 한국의 특별검사 제도는 다른 수단에 의한 정치를 상징한다. 이 제도가 최초로 도입된 1999년 9월의 조폐공사파업유도

---

15) 특별검사 제도가 폐지되자 한 통신사는 “사랑받지도 못했고(unloved), 그 폐지에 대해 아무도 슬퍼하지 않았다(unmourned)”는 문장으로 20여 년 동안 운용된 특별검사 제도를 평가했다(오세인 1999, 148).

사건 및 옷 로비 사건 특검 이후 최근의 삼성 특검에 이르기까지 특별검사 제도는 이른바 ‘방탄 특검’이라는 말이 상징하듯 정치부정과 비리의 진상 규명이라는 본래의 측면보다는 정치적 경쟁자의 제거와 정치적 공세의 방어에 줄곧 활용되었다. 언론과 일부 시민단체 역시 비선거적 정치경쟁의 동맹이었음은 부언할 필요가 없다.

주지하듯이, 한국의 특별검사 제도는 1999년 9월 30일 국회에서 「한국조폐공사노동조합과업유도및전검찰총장부인에대한옷로비의혹사건진상규명을위한특별검사의임명등에관한법률안」이 가결되면서 최초로 도입되었다. 이 법률 제3호의 규정에 의하여 특별검사 임명요청이 이루어졌고, 1999년 10월 8일 강원일과 최병모가 각각 최초의 특별검사에 임명되었다. 그런데 특별검사의 임명과 정부유형(단점정부/분점정부) 간의 관계에 대해 유심히 살펴볼 필요가 있는데, 그 이유는 정부유형과 정치의 사법화가 연관되어 있기 때문이다(후술).

15대 국회의 특별검사임명을 제외하고 16대 국회와 17대 국회는 분점정부에서 특별검사임명 요청이 많았고, 모두 분점정부에서 가결되었다. ‘박지원 150억 비자금의혹’이 추가된 남북정상회담관련 특별검사임명법률안의 경우는 분점정부에서 부결되었다. 김대중 정부에서 2건(15대~16대 국회)의 특별검사임명이 이루어진 것에 반해 노무현정부에서는 5건(16대~17대 국회)의 특별검사임명이 이루어졌다. 발의 건수를 비교해보더라도 김대중 정부에서 10건의 특별검사임명법률안이 발의되었고, 노무현정부에서 24건의 특별검사임명법률안이 발의되어 김대중 정부보다 2배가량 많이 발의되었다. 가결 건수 역시 김대중 정부 2건에서 노무현 정부 5건으로 노무현 정부에서 2배 이상 가결되었는데, 이는 의회의 교착이 노무현 정부에서 더 심했다는 근거로 삼을 수 있다.

13대 국회의 경우 의회가 동원할 수 있는 가장 직접적인 대통령(행정부) 견제수단은 국정조사와 청문회 정도였으나, 15대 국회부터 특별검사 임명제도가 도입되면서부터 의회의 대통령 견제수단으로서 국정조사의

비중은 낮아지고, 특별검사임명을 요청하는 방향으로 대통령과 집권당을 견제하는 수단이 강경해지고 있다. 의회의 대통령 견제는 건의나 권고, 동의 및 승인 거부 등의 차원을 넘어 고소·고발, 특별검사임명요청 등 사법적 수단을 동원하는 방향으로 전환했는데(Maravall 2003, 261-264), 선거경쟁이라는 정상적인 수단에 의한 정치가 아닌 검찰권과 사법부를 통해 정치적 경쟁에서 승리하려는 '다른 수단에 의한 정치(politics by other means)'가 전면화되었음을 특별검사임명 가결건을 통해 확인할 수 있다(Ginsberg and Shefter 1990, 26-31). 특히 이 수치는 민주화 이후 정치의 사법화 현상과 특별검사제도의 연관성을 직접 눈으로 확인할 수 있도록 해준다.

## 2) 정치적 요인

### (1) 정치적 민주화

정치의 사법화는 1987년의 헌정제도 디자인에서 출발했지만, 처음부터 정치의 사법화 현상이 나타나지는 않았다. 일정한 조건이 충족되었을 때 정치의 사법화가 나타나는데 이에 해당하는 것이 바로 정치적 요인들이다. 정치적 요인과 관련하여 가장 먼저 지적할 수 있는 요인은 정치적 민주화다. 이미 비교헌법연구를 통해 밝혀진 바와 같이 미국과 유럽의 일부 민주주의 국가들을 제외하고, 권위주의에서 탈권위주의로의 이행기에 속한 국가들에서 공통적으로 정치의 사법화가 나타나고 있다. 그래서 정치의 사법화를 정치적 민주화 과정에 있는 국가들의 이행기적 특징으로 간주하기도 한다. 한국의 경우도 정치적 민주화 요인을 제외하고 정치의 사법화를 설명할 수는 없다.

우선, 1987년 헌법 자체가 정치적 민주화(운동)의 산물이다. 다만 87년 헌법은 10·26과 12·12 그리고 5·17과 5·18로 이어지는 정치상황

의 전개 속에 재등장한 신군부 권위주의체제를 부정하는 국민적 저항을 배경으로 했음에도 불구하고 이러한 민주화운동의 성과를 제도적으로 온전히 구현했다고 볼 수 없는 측면이 있다.<sup>16)</sup> 이로 인해 6·29선언은 국민의 정부 선택권과 정치엘리트 상호 간의 경쟁의 틀을 만드는 것에 국한되었을 뿐, 노동자의 권리, 소득재분배, 복지, 독점자본의 규제와 같은 사회·경제적 개혁요구는 반영되지 않았다. 그리하여 실질적 민주화의 의제들이었던 군의 정치적 중립문제, 광주민중항쟁의 성격 규정문제, 노동자의 경영참가, 이익 균점권 등이 모호하게 다루어지거나 아예 협상의제로 설정되지도 않았다.

유신헌법과 제5공화국 헌법도 헌법재판소는 아니었지만 헌법위원회를 설치하여 위헌법률심사, 탄핵결정, 위헌정당해산 등을 결정할 수 있도록 규정되어 있다. 그러나 헌법위원회는 단 한 건의 위헌심판도 처리하지 못함으로써 유명무실한 제도가 되어버렸다. 헌법재판소가 현재와 같이 기능이 활성화된 배경에는 정치적 민주화의 진전이라는 정치사회적 요인이 영향을 미쳤다. 실제 노태우 대통령 집권 기간 동안 헌법재판소의 활동은 대단히 제한적이고, 소극적이었다(앞의 <그림 1> 참조). 3당 합당을 통해 집권한 김영삼 정권에 들어서면서 헌법재판소의 위헌심판은 조금씩 처리 건수가 증가하긴 했지만, 헌법재판소의 기능이 본격적으로 활성화된 시기는 김대중 정부에 들어서면서부터였고, 노무현 정부 시기에 폭발적으로 증가했다. 과거 유신체제와 같이 사법부가 정권의 눈치만을 살피던 시기에는 상상할 수 없는 현실이다. 독자적인 권력자원을 갖고 있지 않은 사법부가 입법부와 행정부의 권한을 능가하는 제왕적 사법부의 등장이라는 평가를 받을 수 있었던 배경에는 더 이상 군부정권이 집권하여 헌법을 유린하며 통치할 수 없도록 정치적으로 민주화된 현실이 자리 잡고 있다.

16) 1987년 헌법은 4·19 직후 2공화국 헌법 제정이 그랬듯이 실제 헌법개정작업의 주체는 권위주의 통치의 책임을 져야 할 대상이었던 제12대 국회의원(민정당, 신민당, 국민당)이었다.

## (2) 분점정부의 출현과 정책교착(policy gridlock)

파르네리와 페데르졸리(Carlo Guarneri and Patrizia Pederzoli)에 따르면, 사법 권력은 원내의 어느 정당도 다수파를 확보하지 못한 때 등장하기 쉽고, 사법 권력이 행사될 경우 판사들은 특별히 정치적으로 보이는데, 이 경우 사법 권력의 정통성 문제가 제기된다고 주장한다(Guarneri and Pederzoli 2002, 13). 또한 이들은 분점정부하에서는 원내 다수파를 동원하지 못함으로써 정책교착이 발생하는 경우가 많아 법원의 정치화(politicization of courts) 경향이 발생한다고 주장한다. 물론 정치의 사법화는 국가별로 다양한 속도와 강도로 발생하기 때문에 해당 (민주주의) 정권에 대한 구체적인 비교분석이 필요하지만, 다수의석의 붕괴야말로 사법부 개입의 진정한 배경이라고 본다(Guarneri and Pederzoli 2002, 15). 물론 이들의 주장을 분점정부가 등장하면 반드시 정치의 사법화 현상이 발생한다는 것으로 이해할 필요는 없다. 분점정부가 등장하더라도 정당 간 연합정치가 활성화되고, 대통령의 리더십이 원내에서 다수파를 확보할 수 있을 정도의 동원능력을 갖추으로써, 이른바 정책교착을 유발하지 않는다면 분점정부라고 해서 반드시 정치의 사법화현상을 유발한다고 이야기할 수 없다. 그러나 많은 경우 분점정부는 집권당에게 다수파의 동원을 어렵게 함으로써 정책교착을 가져오는 경우가 있고, 그렇게 될 경우 사법부의 개입을 초래하여 권력분리의 수정을 가져온다. 한국의 특별검사 제도의 운용과정은 이를 극명하게 확인시켜 준다.

이처럼 정치의 사법화는 분점정부, 즉 소수파 정권의 집권과 무관하지 않다. 그런데 집권당이 의회에 원내 과반수 의석을 확보하지 못했을 경우 집권당은 정당연합 등을 통해 의결정족수를 확보하기 위한 다양한 연합정치를 시도한다. 1988년에 등장한 제1기 분점정부가 3당 합당을, 제2기 분점정부가 'DJP연합' 을, 제3기 분점정부가 '3당 정책공조' 를 추진한 것도 이러한 맥락에서다. 분점정부에서 연합정치는 불가피한 측면이 있음에도 민주화 이후 한국의 의회정치는 성공적인 연합정치의 사례를 만들어내지

못했다. 이 점이 중요한 이유는 소수와 정권은 안정적인 국정운영을 할 수 없다는 사실과 관련된다. 안정적인 국정운영 능력의 부재는 정치적 문제의 결정을 어렵게 한다. 행정부와 의회가 정치문제의 해결에 무능력하게 되면 새로운 해결자에게 문제해결을 의뢰할 수밖에 없게 된다. 입법은 물론 중요한 국가의 정책결정이 사법부로 이관된다. 김대중 정부 이후 특히 노무현 정부시기에 이러한 사법부의 입법 영향과 국가 정책결정에의 개입이 많았던 이유는 결국 소수파정권의 성공적이지 못한 연합정치에서도 그 원인을 찾을 수 있다.<sup>17)</sup>

결론적으로 소수와 정권의 등장(분점정부)과 의회 내에서의 성공적인 연합정치의 부재는 정치사회의 문제해결 능력의 상실을 가져왔고, 국가보안법과 같은 민감한 정치적 문제의 해결에 있어 의회나 행정부가 최종적인 결론을 도출해내지 못하자 이의 해결을 재판관의 손에 양도함으로써 정치의 사법화와 사법부의 정치화 현상이 나타나게 되었다.

### (3) 정당정치의 취약성

대의민주주의의 핵심인 다수결 정치의 주체는 정당이다. 그러나 외환 위기 이후 제기된 원내정당화론은 정당의 문제해결능력 부재의 원인을 일반 유권자들의 의사와 요구가 투입되는 대중정당적 성격에서 찾는다. 정당의 정책개발능력 향상과 지지자들의 구속으로부터 자유로운 정당을 위해서는 전문가 중심의 정책정당을 건설해야 하고, 그래야 정당의 문제해결 능력도 향상된다는 주장이다. 물론 원내정당화론의 기저에는 비용절감이라는 효율성의 논리가 전제되어 있다. 원내정당화론자들은 정당이 과당적

17) 김대중 정부시기에는 원내 3당이 자민련이었고, 노무현 정부 시기에는 원내 3당이 민주노동당 혹은 민주당이었다. 집권당의 의석수나 원내 3당의 이념성향 등을 고려할 때 김대중 정부보다 노무현 정부가 성공적인 연합정치를 전개하는 데 유리한 조건이었음에도 이를 효과적으로 활용하지 못했다는 비판이 가능하다. 실제로 노무현 정부 시기 17대 국회의 법안가결율은 역대 국회 중 최저였는데, 이는 의원발의안뿐만 아니라 정부제출안의 경우도 마찬가지였다.

라인에 따라 사회적 기반을 가지면서 사회적 갈등과 균열을 대표하는 순간 이념 대립과 양극화가 초래되고 그로 말미암아 합리적이고 생산적인 정책 결정이 불가능한 상황에 빠지게 된다고 본다(정진민 2007, 117).

그러나 원내정당론은 문제의 원인과 결과를 반대로 보고 있다. 정당의 문제해결능력이라는 것은 고차원적 수학방정식을 풀어내는 전문적 지식의 문제라기보다는 개인들 간에 이해관계를 달리하는 실체적 권리들을 대변하고, 대화와 타협의 조정과정을 통해 결론을 도출하는 능력이다. 결국 사회적 갈등과 균열을 대변하는 정당이 정당 나름대로의 이념과 정체성을 가지면서 제도화되어야 의결불일치의 이슈, 즉 결정에 따라 결정의 결과가 개인들에게 차별적으로 미치는 이슈들을 결정할 수 있다. 비록 민주주의가 완벽한 제도는 아니지만 다수결의 원리가 공적결정의 과정인 이상 각 개인과 집단의 이해관계를 대표하는 정당의 대표들이 의회에서 내리는 정치적 결정이 중요하다. 이것이 바로 개인이 공적결정과정에 참여하는 통로이기도 하다. 정당의 진정한 문제해결능력이란 바로 이런 절차와 기능을 수행하는 것이다. 의회는 지식인과 전문가들로 이루어진 이름뿐인 대표들이 모여 전문지식을 겨루는 장이 아니라 다수의 이해와 권리의 대표자들이 합리적 토론을 하고, 다수결에 따라 정치적 결정을 하는 공간(political arena)이다. 정당과 의회가 이러한 기능을 수행하지 못할 경우 결정의 결과가 개인들에게 차별적으로 영향을 미치는 이슈들을 사법부가 결정해야 하는데, 이러한 상황은 가치판단방식의 다원성을 억압함으로써 결과적으로 개인이 공적결정과정에 참여할 수 있는 권리를 침해하게 된다.

원내정당화와 함께 정치의 사법화 현상을 유발하는 요인으로 거론할 수 있는 것은 당정분리원칙이다. 당정분리는 노무현 정부에서 공식적으로 천명되었는데, 제왕적 총재에 의한 공천과 당직 독점을 견제하기 위한 것이라고는 하지만, 문제가 있다고 해서 그것의 원인을 아예 제거해버리는 것은 가장 저급한 처방이다. 당정분리는 정당정부 내지 책임 있는 정당체제와 정면으로 배치되며, 집권당 의원·당원·지지자의 응집력(cohesion)



을 치명적으로 약화시켰다. 실제 노무현 정부에서 당정분리의 결과는 매우 부정적이었는데, 정부정책에 대한 집권당의 여과(filtering) 기능 및 검토(review) 기능이 약화되었고, 반대당의 비판과 정치공세를 방어해줄 완충지대가 사라졌다. 집권당의 역할부재로 여론수렴의 통로가 차단됨으로써 대통령은 대중(여론)으로부터 고립되었다. 집권당은 국정운영의 주도적 지위에서 배제되었음에도 불구하고 대통령의 국정운영 실패에 따른 책임은 고스란히 떠안아야만 했다. 노무현 정부에서 추진되었던 소위 '4대(개혁)법안' 입법화 실패는 국정운영과 의제설정의 주도적 위치에서 배제된 집권당의 무기력한 모습을 상징적으로 보여준다.

특히 노무현 대통령은 정당정치에 의존하기보다는 대중에 직접 호소하거나(go public), 비판여론을 무시한 채 제 갈 길을 갔다(go alone). 그러나 집권당과 분리된 대통령 리더십의 결과는 치욕적인 재보궐선거 및 지방선거 연패(41연패) 기록과 제17대 대통령선거에서 집권당 후보의 참패로 나타났다. 하웰(William G. Howell)은 이를 설득 없는 권력(power without persuasion), 혹은 일방적인 권력(unilateral power)이라고 명명했다(Howell 2003, 14-16). 설득 없는 권력의 특징은 집권당의 동의와 의회의 승인을 거치지 않는 대통령의 직접행동(direct action)이다. 대통령의 직접 행동이 증가할수록 집권당은 주변화되고, 대통령에 대한 대중적 지지는 저하될 위험에 노출되며, 국정실패의 가능성은 높아진다. 노무현 정부 실패의 가장 큰 원인은 '당정분리'를 넘어서는 탈정당화 경향에 있었는데, 이로 인해 정치적 문제에 대한 정당과 의회의 문제해결능력은 약화되었고, 이를 대신한 것은 '테크노크라트'와 '완사(재판관)'였다.

## 4. 한국 민주주의에 미치는 영향

주기적 선거로 위임받는 권력의 존재는 대의제 민주주의의 전제조건이다. 선거를 통한 위임은 사회적 갈등의 대표성과 민주적 문제해결의 권한을 부여한다. 의회가 입법권을 가진다는 것은 민주적 절차에 따라 필요하다면 법을 제정하거나 개정하여 기존의 관습이나 규범을 변화시킴으로써 그 사회가 안고 있는, 혹은 새롭게 제기되는 문제들을 해결할 권한을 부여받았음을 의미한다. 반면, 사법적 권한은 끊임없이 변화하는 사회에서, 그 사회에 일정한 변화가 발생한다 하더라도 입법부에 의해 법률의 형태로 그 변화가 최종 승인될 때까지는 기존의 관습이나 규범에 기초하여 질서를 유지함으로써 국민의 삶을 안정화시키는 기능을 담당한다. 그런데 의회가 그 사회의 핵심의제들에 대한 문제해결능력을 상실하게 될 때, 정치체제 자체가 국민이 요구하는 문제에 대해 해답을 줄 수 없는 상황에 직면할 때 국민은 사법부에 문제해결을 요구할 수 있다. 이런 상황이 지속된다면 사법부는 기존의 관습과 규범을 지속시키는 기능을 넘어 문제해결자로서 등장하게 되는데, 이 과정에서 민주주의와 법의 지배라는 두 가지 핵심원리에 심대한 도전이 발생하게 된다.

우선, 정치의 ‘사법화’ 현상은 그 사회의 법 해석권한을 사법부가 독점하게 하는 효과를 낳음으로써 법의 지배라는 정치원리를 형해화(形骸化)시킬 수 있다. 사법부는 법의 지배원리를 실현하는 것이 제도적 목적인 기관이지만, 사법부가 곧 법은 아니다. 법의 지배란 다수 국민들이 관습·규범·제도의 결정체로서 법을 받아들이고 내면화하여 그에 입각한 행위가 이루어질 때 실현된다. 특정한 법 내용에 대해 서로 다른 해석이 충돌할 때 법에 대한 이해는 더욱 풍부해질 수 있다. 법 제정자로서 입법부는 당연히 제정 당시의 법 해석권한을 보유하며, 사법부는 법리적 해석을 담당하고, 행정부는 법의 집행과정에서 법에 대한 또 다른 해석권한을 보유할 수 있다. 판결에 대한 독점권은 당연히 사법부가 갖지만, 법 해석의 독점권을 갖

는 것은 법에 대한 경직된 이해와 현실적용의 풍부함을 저해시킨다.

다음으로, 정치의 사법화 현상이 삼권분립의 원칙에 입각한 근대 대의 민주주의의 존립을 위협할 수 있다는 점은 이론의 여지가 없다. 국민이 선출하는 입법부 및 행정부와는 달리 사법부는 국민이 직접 선출하지 않고, 다른 헌법기관에 의해 견제받지도 않으며, 사법적 판단에 대해 국민에게 책임을 지지도 않는다. 입법부와 행정부, 그리고 사법부 간의 평형상태가 유지될 때는 이러한 차이가 크게 문제되지 않는다. 그러나 사법부가 의회의 입법과 정부의 정책에 대해 위헌심사라는 사법적 판단을 통해 개입함으로써 이러한 평형상태가 유지되지 않는 경우가 문제다. 대의제 민주주의는 곧 의회민주주의다. 의회민주주의가 사법부 민주주의로 대체되는 순간 대의제 민주주의의 존립기반은 사라진다. 더구나 국민들로부터 의회를 대체할 권한을 위임받지도 않고, 정치적 개입에 대한 책임을 지지도 않는 기관이 정치적 문제 해결의 주체로 등장하는 현상은 근대민주주의에 대한 심각한 도전이다.<sup>18)</sup> 결국 정치의 사법화는 다수결 민주주의는 물론 법의 지배의 원리마저 화석화시킬 수 있다는 점에서 이에 대한 전 사회적 관심과 대응이 필요하다. 더 큰 문제는 한국에서 정치의 사법화가 특히나 한국 민주주의의 위기 국면에서 심화되고 있다는 점이다. 달리 표현하면 한국 민주주의가 위기에 직면했다는 징후적 현상 중의 하나가 곧 정치의 사법화다.

그렇다면 정치의 사법화란 현실에 어떻게 대응할 것인가?

현재 문제가 되고 있는 한국정치의 사법화는 근본적으로 1987년의 헌법 디자인으로부터 시작되었다. 1987년 헌법은 대통령을 유권자의 직접 선거로 선출하자는 국민적 요구와 함께 제왕적 대통령을 효과적으로 견제

---

18) 물론 사법부의 정치적 개입은 여러 가지 원인이 작용하여 나타난다. 사법부 스스로 정치적 문제에 개입할 수는 없고 정치인의 동원, 시민단체 등 아래로부터의 압력, 국제협약 가입 등 여러 가지 요인이 작용한 결과다.

할 장치를 마련하는 데 헌법 개정의 초점이 맞춰져 있었다. 그 결과 헌법재판소라는 새로운 사법제도와 중앙선거관리위원회와 같은 준사법기구가 설치되었다. 특히 헌법재판소는 의회의 중요법안과 행정부의 핵심정책에 대한 위헌심판을 통해 정치에 개입하는 빈도가 증가하고 있다.

정치의 사법화 경향에 대한 대응은 1987년 헌정체제에 대한 평가의 의미를 동시에 갖는다. 현실적으로 정치의 사법화에 대한 대응방식은 크게 두 가지가 있다. 하나는 정치의 사법화 현상의 원인이 되는 사법부의 정치개입을 제도적으로 봉쇄하는 방법이다. 이는 개헌이라는 보다 복잡한 제도개혁의 과정을 거쳐야 한다. 사법부에 위헌심사권을 부여하지 않고, 헌법재판소를 폐지하여 정치의 사법화가 나타날 수 있는 제도적 가능성을 원천봉쇄하는 것이다. 이른바 영국식 모델이 대안으로 논의될 수 있다. 그러나 이러한 접근은 현재의 문제를 조화롭게 해결할 능력이 없다는 것을 자인하는 것에 불과할 뿐이다. 이런 식의 접근으로는 헌정체제의 정상적인 작동이 영원히 불가능하다. 헌정체제에 문제가 생길 때마다 헌법을 개정해야 한다면 민주화 이전의 불행한 헌법 개정의 역사가 반복될 수밖에 없다.

두 번째는 보다 세련되게 결과를 통제하는 방식이다. 헌법재판소와 대법원의 운영에 관한 국가 간 비교연구에 따르면(Sweet 2000), 법률 공포 전 헌법재판소에 위헌심사 의뢰, 위헌법률심사 청구요건 강화(예, 국회의원과 과반수 동의 등), 사법부의 조직과 예산에 대한 의회의 통제 강화, 대법원 관사와 헌법재판관 임명과정에서 국회의 심사 강화 등을 통해 사법부에 대한 유의미한 견제와 통제는 얼마든지 가능하다. 즉 현재의 제도하에서도 의회와 행정부는 얼마든지 법원과 헌법재판소의 예산과 조직, 임명과정에 대한 견제를 통해 정치의 사법화, 사법부의 정치화를 통제할 수 있다.

그렇지만 문제의 핵심은 사법부의 정치화 이전에 의회의 문제해결 능력 부재에 있다. 아무리 사법부를 제도적으로 의회가 통제할 수 있다 하더라도 정치적 문제에 대한 의회의 문제해결 능력이 개선되지 않는다면 아무

런 의미가 없으며, 대중들은 사법부가 아닌 또 다른 해결책을 찾을 수밖에 없다. 그것이 새로운 과시즘(독재)의 형태이든, 민주주의의 형태이든, 아니면 이제까지 등장하지 않았던 제3의 통치형태이든 의회의 무기력 상태에서는 의회를 대체하는 새로운 세력, 새로운 해결자를 모색할 수밖에 없고, 새로운 해결자가 나타날 수밖에 없다. 따라서 결국 문제는 의회로 다시 돌아왔다. 왈드론이 이야기했듯이 입법으로 돌아가야 한다.

## 5. 맺음말

정치의 사법화, 사법부의 정치화는 정치의 장이 제 기능을 다하지 못할 때 나타나는 현상이므로 의회와 정당의 정상화가 선결과제로 요구된다. 의회는 다양한 정치적 견해와 요구들을 대변하는 장이다. 정당은 사회적 갈등과 정치적 균열을 조직하고, 선거라는 공간에서 정치경쟁의 주체가 되어야 한다. 의회와 정당이 인민주권의 실현과 민주적 대표로서의 역할이 아닌 지대추구에만 몰두하는 ‘정치계급’으로 전락한다면 국민들은 이를 견제하는 수단으로서 사법 권력을 지지할 수밖에 없다. 따라서 무엇보다도 정치의 사법화에 대응하는 의회와 정당기능의 정상화 방안에 대한 진지한 모색이 필요하다.

이 연구는 정치의 사법화 현상을 한국 민주주의의 위기라는 맥락에서 접근해 보았다. 정치의 사법화는 사법부 입법, 사법부 정책결정, 정치적 무기, 권리신장이라는 네 가지 맥락에서 이해될 수 있는 현상이지만, 주요 하계는 사법기능이 정치기능을 대체함으로써 권력분리의 원칙이 훼손되고, 근대 대의제 민주주의의 존립을 위협할 수 있다는 점에서 비판적 검토가 필요한 문제다. 이 연구에서는 정치의 사법화에 대한 다양한 사례연구와 국가 간 비교연구를 위한 예비적 고찰을 시도했는데, 논의의 핵심은 사

법부에 의한 의회 기능의 대체 그 자체가 아니라 의회 자체의 문제해결 능력 부재에 있으며, 의회기능의 정상화야말로 정치의 사법화 문제를 해결하는 근본적인 방안임을 밝혔다. 거듭 강조하지만, 정치의 사법화 문제의 핵심은 헌법재판소의 개혁에 있지 않다. 의회와 정당에서 해답을 찾아야 한다. 정치의 사법화에 대한 논의는 결국 의회기능을 어떻게 정상화시킬 것인가로 귀결되고, 이는 다시 의회를 움직이는 정당기능의 활성화의 문제로 연결된다. 한국 정치의 사법화 시대, 다시 의회로 돌아가 정당을 생각해야 한다. ~~다~~

## 참고문헌

- 김경호. 2008. “정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 결정 연구.” 『언론과학연구』 제8권 2호.
- 김선화. 2004. “미국 헌법상 정치문제법리(Political Question Doctrine)에 관한 이론.” 『미국헌법연구』 제15권 제1호.
- 김양원. 1991. “정치적 문제의 법리에 관한 일고.” 『토지법학』 제7호.
- 김종철. 2005. “‘정치적 사법화’의 의의와 한계: 노무현정부전반기의 상황을 중심으로.” 『공법연구』 제33집 제3호.
- 김철수. 2000. 『헌법학신론』. 서울: 박영사.
- 박명림. 2005a. “87년 헌정체제 개혁과 한국 민주주의.” 『창작과비평』 2005년 겨울호.
- \_\_\_\_\_. 2005b. “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의.” 『한국정치학회보』 제39집 제1호.
- 박찬표. 2007. “법치 민주주의 대 정치적 민주주의.” 최장집 외. 『어떤 민주주의인가』. 서울: 후마니타스.

- 오세인. 1999. “미국에서의 특별검사제도에 대한 비평론.” 『저스티스』 제32권 제3호.
- 정연주. 2006. “통치행위에 대한 사법심사.” 『저스티스』 통권 제95호.
- 정진경. 2006. “사회복지법 관련 헌법재판소 판례분석.” 『한국사회복지학』 제58권 제1호.
- 지성우. 2004. “선거와 정치문제에 대한 미연방대법원 판례에 관한 연구.” 『공법학연구』 제5권 제2호.
- 최장집. 2004. “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국.” 로버트 달. 『미국헌법과 민주주의』. 서울: 후마니타스.
- \_\_\_\_\_. 2006. “노무현정부와 한국 민주주의: 열망-실망의 악순환을 끊을 수 있나.” 『민주주의의 민주화』. 서울: 후마니타스.
- Chemerinsky, Erwin. 2007. “Who Should Be the Authoritative Interpreter of the Constitution?” In Nada Mourtada-Sabbah and Bruce Cain, eds. *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* Lanham, MD: Lexington Books.
- Costa, Pietro. 2007. “The Rule of Law: A Historical Introduction.” In Pietro Costa and Danilo Zolo, eds. *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer.
- Couso, Javier. 2006. “The Judicialization of Politics in Chilean Politics: The Rights Revolution That Never Was.” In Rachel Sieder et al., eds. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Domingo, Pilar. 2004. “Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America.” *Democratization*, Vol.11, No.1.
- Ferejohn, John, and Pasquale Pasquino. 2003. “Rule of Democracy and Rule

- of Law.” in José María Maravall and Adam Przeworski, eds. *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Geyh, Charles G. 2006. *When Courts and Congress Collide*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Ginsberg, Benjamin, and Martin Shefter. 1990. *Politics By Other Means: The Declining Importance of Elections in America*. New York: Basic Books, Inc.
- Guarneri, Carlo, and Patrizia Pederzoli. 2002. *From Democracy to Juristocracy? The Power of Judges*. Oxford: Oxford University Press.
- Hirschl, Ran. 2004. “‘Juristocracy’ -Political, not Juridical.” *The Good Society*, Vol.13, No.3.
- \_\_\_\_\_. 2007. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Howell, William G. 2003. *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. Princeton: Princeton University Press.
- Jacob, Herbert. 1996. “Courts and Politics in the United States.” Hebert Jacob et al., eds. *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*. New Haven: Yale University Press.
- Koopmans, Tim. 2003. *Courts and Political Institutions: A Comparative View*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Maravall, José María. 2003. “The Rule of Law as a Political Weapon.” In José María Maravall and Adam Przeworski, eds. *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Maravall, José María, and Adam Przeworski. 2003. “Introduction.” In José María Maravall and Adam Przeworski, eds. *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Neier, Aryeh. 1985. *Only Judgment: The Limits of Litigation in Social Change*. Middletown, CT: Wesleyan University Press.



- O' Donnell, Guillermo. 2006. "Afterword." In Rachel Sieder et al., eds. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Shapiro, Martin, and Alec Stone Sweet. 2002. *On law, politics, and judicialization*. New York: Oxford University Press.
- Sieder, Rachel, Line Schjolden, and Alan Angell. 2006. "Introduction." In Rachel Sieder et al., eds. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Siegel, Jonathan. 2007. "Political Questions and Political Remedies." In Nada Mourtada-Sabbah and Bruce Cain, eds. *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*. Lanham, MD: Lexington Books.
- Sikkink, Kathryn. 2006. "The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America." In Rachel Sieder et al., eds. *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Sweet, Alec Stone. 2000. *Governing with judges : constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press.
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon.
- Zolo, Danilo. 2007. "The Rule of Law: A Critical Reappraisal." In Pietro Costa and Danilo Zolo, eds. *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. Dordrecht: Springer.

투고: 2009,3,31    심사: 2009,4,3    확정: 2009,4,30
--