

법의 지배와 한국정치학의 빈 구멍*

The Lack of Judicial Politics and Challenge of Democracy in Korea

Miongsei Kang**

The Sejong Institute

Abstract

This paper aims to emphasize the necessity of beginning and developing judicial politics in Korea. Law is constitutive of politics, and judicial politics is vital in understanding how politics is influenced by law. Disappointingly, social science in Korea has not recognized the importance of judicial politics. Judicial branch in Korea does not have the capacity to constrain the executive or other government agencies governed by elected officials. The rule of law does not work. Judicial politics has not yet been introduced in Korea, despite its enormous importance in shaping political economy. The rule of law and courts are believed to be the institutional foundation for economic growth. Law embodied in “no one is above the law” is recognized to provide fairness and stability with a democracy. Little attention to judicial politics results in leaving behind a missing link in a polity. The fortification of the rule of law is necessary to make democracy consolidated in Korea, as shown in impeachment of former president Park Geunhae. A new scholarship in Korea on judicial politics is in need to discuss what conditions under which the rule of law is possible and how to make it sustainable.

Keywords

Judicial politics, constitutional review, judicial review, constitutional court., federalism

* 3월 10일 헌재는 박근혜 피소추인의 탄핵을 인용했고 3월 27일 검찰은 구속영장을 신청했다. 한 익명 심사자는 사건중심의 논의는 나의 의도와 글의 목적범위를 벗어나 다음 기회로 미룸을 밝혀둔다. 관련 주제는 현대정치연구(2016 가을호)에 게재한 논문 “사법부 독립성을 위한 정치적 조건”에 부분적으로 들어있다. 전반적으로 심사자의 예리한 지적에 동감한다.

** Senior Fellow, the Sejong Institute, 851 Daewangpangyoro, Sujeonggu, Sungnam City, Gyunggido, Korea

I. 사법정치(judicial politics)란 무엇인가?

민주주의에서 사법부의 역할은 막대하다. 사법부가 집행하는 법의 지배는 경제성장의 제도적 기 초이며(Acemoglu, et al. 2001; Barro 1997), 민주주의 질서를 지탱하는 지주 역할을 하며(North, et al. 2001), 국가의 재정파탄을 방지하는 역할을 한다(North and Weingast 1989; Stasavage 2007).¹

사법부의 역할은 제2차대전 이후 지속적으로 팽창해왔다. 이를 가리켜 권력은 입법부로부터 사법 부로 이동한다고 말한다. 피어존은 이를 “정치적 사법화(judicializing politics)” 또는 “법의 정치화 (politicizing law)” 라고 평가한다 (2002.). 법의 정치화 시대에서 정치는 과거처럼 의원이나 대통령의 전유물이 아니다. 이미 1957년 정치학자 로버트 달(Robert Dahl)은 법원을 행정부나 의회와 마찬가지로 정치적 행위자이며 사법적 결정은 정치과정을 통해 분석되어야 한다고 주장한 바 있다. ² 최고법 원이 행사하는 사법평결(judicial review)는 사법부의 입법권력을 상징적으로 보여준다. 사법평결은 권 력기관 간의 갈등에 대한 사법부의 해석이며 정치의 사법화의 핵심이다. 사법평결은 이제 선진민주주 의의 보편적 특징으로 부상했다. 민주주의체제의 헌법에서 사법평결은 필수적 요소이며 전후 가장 중 대한 변화 중 하나이다 (Ferejohn and Pasquino 2004, Vanberg 2005, 1). 제2차대전 이전까지 헌법 평결(constitutional review)은 극히 소수 국가에만 존재했다. ³ 사법평결은 보편화되어 2014년 현재 전세계 191개 국가 가운데 158개국에서 실시된다 (그림 1).

특히 사법평결을 담당하는 특별재판소(헌법재판소 혹은 위원회)를 설치한 나라는 79개국에 이른다. (Ginsburg 2008). 한 연구는 사법평결을 가리켜 “법의 지배에 필요한 제약식” 이라 칭했다 (Cappelletti 1989, 205). 사법평결제도가 가장 먼저 발전한 미국에서는 토크빌이 1830년대의 미국을 관찰하 면서 구대륙과는 달리 미국의 사법부는 폭정을 억제하는 효과적인 장치라고 칭송하였다. 그러나 그 중 요성에 비추어 봤을 때, 정치의 사법화에 대한 연구는 심지어 그것이 제법 확립된 미국을 포함한 서구 에서도 여전히 미진한 분야로 평가된다.⁴

삼권분립이 처음 도입된 미국에서 사법정치가 적극적으로 발전하였고 따라서 이에 대한 연구도 활 발하다. 한편 의회정부제가 발달한 서유럽에서 사법부는 독립성을 확립하기 힘들었고 전후 파시즘과 권위주의 경험에 대한 교훈의 일환으로 헌법재판소가 도입되었다. 이후 헌법재판소는 다른 나라에 이 식된다. 1970년대 시작한 제3의 민주화에 동참한 동유럽은 독일모델의 사법평결을 담당할 헌법재판 소를 설치했다. 남미도 마찬가지로 민주화 과정에서 별도의 헌법재판소를 도입했다. 미국 이외의 지역 에서 사법정치 혹은 사법평결에 대한 연구는 짧은 역사를 가지지만 그럼에도 불구하고 질과 양의 모 든 면에서 획기적 발전을 이룩해왔다. 미국의 학자들은 미국의 경험에서 벗어나 비교연구를 통해 미국 의 앞선 경험이 다른 곳에서 이식될 수 있는 것인지, 없다면 그것은 무엇 때문인지에 대해 조사하기 시

¹ 세계은행은 발전의 차원에서 법의 지배가 신흥경제권에서 뿌리를 내리는 것이 중요하다는 점을 인식하고 지속적 사업을 추진해 오고 있다.

² 로버트 달의 1957년 논문은 이후 관련 분야에서 빈번히 인용됨으로써 지속성을 보여주었고 후학 연구의 이정표가 되었다. 사법 정치에 대한 달의 기여에 대해서 뒤에 더 논의할 것이다.

³ 미국에서조차 다른 나라의 헌정에 대한 연구는 여전히 황무지에 해당한다. 미국에서 대법원에 대한 많은 활발한 연구가 있지만 주와 하급법원의 역할과 위상에 대해서는 이제 막 출발한 정도이다.

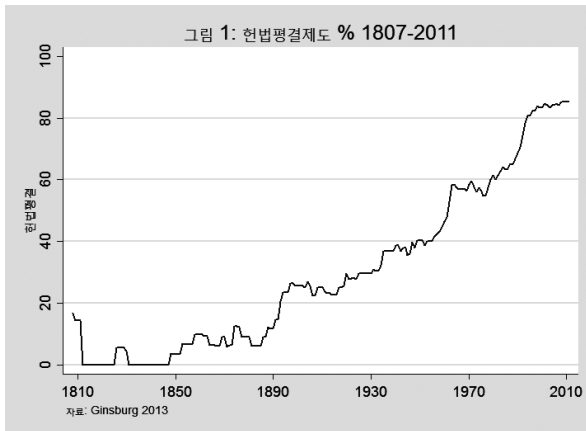
⁴ Hirschl(2006/2007)은 정치의 사법화는 세계적 현상으로 진행하지만 이에 대한 연구가 지금도 미진한 상태에 있으며 앞으로 연구의 활성화를 통해 극복해야 할 영역이라고 말한다.

작했다 (Ferejohn, Ginsburg 2003, Vanberg 2000, 2005, Weingast 2011). 사법정치를 주도한 미국의 선도적 연구는 특히 남미에서 큰 호응을 얻어 커다란 성과를 거둔다 (Helmke and Rios-Figueroa 2011). 과거 민주화/민주주의 연구가 그랬던 것처럼 사법정치연구는 남미의 다양한 경험을 기반으로 응용되고 이는 다시 이론적 세련화와 나아가 독자적 수준으로 발전하였다. 그러나 사법정치연구는 아프리카와 아시아 등에서는 여전히 중대한 전환을 보이지 못하고 있다. 사법평결에 대한 일부 국가들에 대한 비교연구(Ginsburg 2003)와 사례연구를 제외하면 양적으로도 충분치 않다. 한국에서는 더욱 심각하다. 2004년 노무현대통령 탄핵사태 이후 사법평결의 중요성이 처음으로 널리 인식되었으나 같은 행정수도위헌판정에도 불구하고 사법평결에 대한 진중한 연구는 (나의 제한된 정보를 기준으로 하면) 거의 없다. 헌법학자는 당연히 많은 논의를 해왔으나 법리적 시각에서 머물러 사법평결이 의미가 포함된 정치적 사회적 맥락을 보지 못하는 한계가 보인다.

1. 사법평결 헌법평결

사법부의 정책결정 가운데 가장 정치적인 영역은 사법평결(judicial review) 혹은 헌법평결(constitutional review)이다. 이 기능을 대법원이 하면 사법평결이고 별도의 헌법재판소가 하면 헌법평결이다. 전자는 미국모델이고 후자는 유럽모델이다.

사법평결 또는 (특히) 헌법재판소의 도입은 시기 별로 세 가지 파도를 넘어 진화되었다. ⁵ 발원지는 미국이다. 1803년의 판결은 사법평결의 효시에 해당한다. 헌법에 명문화되어 있지 않은 조건에서 미국 대법원은 최초로 헌법판결의 결정을 내렸던 것이다. 둘째 파도는 오스트리아의 켈젠 모델이다.



오스트리아 역시 미국과 같은 연방국가이며 헌법재판소는 연방에 속한 주 사이의 영역다툼을 처리하기 위한 기제로서 생겨났다. 켈젠 모델이 전후 서유럽에서 보편적으로 파급되었다는 속설과는 달리 오직 5개국 즉 독일, 오스트리아, 이탈리아, 포르투갈, 그리고 스페인에서만 헌법재판소가 설치되었다. 이

⁵ 상세한 전개에 대해서는 Ginsburg(2008)의 논의 참조.

들 국가는 공통적으로 제2차 대전 당시 파시즘을 경험했다. 왜 파시즘 국가가 전후 헌법재판소를 도입 했는가에 대한 전통적 해답은 파시즘 국가가 자행했던 인권유린과 의회의 자의적 권력행사에 대한 자연법적 제약이 부족했다는 인식에서 개인의 권리와 자유를 헌법으로 보장하려는 취지를 제시한다. 파시즘이나 탈공산권에서처럼 일반법원이 무슨 이유에서든 신임과 믿음을 얻지 못한 상태에서 사법평결을 일반 법원에 맡겨둘 수 없으며 헌법재판소가 대안으로 등장한다. 이처럼 미국과는 대조적으로 켈젠 모델은 권위주의체제를 경험한 곳에서 도입되었다. 한편 유럽 이외의 지역에서는 탈식민화 이후 사법평결이 강화되었다. 일반적으로 식민지에서 빈약했던 기본권 인식이 해방 후 기본권 보장이 헌법에 명시되었다. 인도는 독립 이후 대법원이 사법평결의 권리를 확보했고 일본에서는 미국의 영향 하에 신헌법이 만들어지면서 미국모델의 사법평결제도가 도입되었다. 이처럼 일본에서는 미국의 압도적 영향으로 헌법재판소가 설치되지 않고 최고법원이 사법평결권을 행사하는 제도로 분화했다. 한편 프랑스는 독일의 헌법재판소에 해당하는 헌법위원회(Conseil Constitutionnel)를 독자적으로 만들었다. 전후 제4공화국의 드골 대통령은 비효율적인 의회와 대립하면서 행정부의 입법영역을 확보했다. 프랑스 헌법위원회는 법률 공포 이전의 상황에 한정하는 점에서 추상적 판결이다 (Stone 1992). 의회가 행정부의 영역을 침범할 우려에서, 드골은 의회가 만든 법이 최종 의회를 통과하기 전에 헌법위원회가 법률의 위헌 여부를 판단할 수 있도록 조치한 것이다. 프랑스 헌법위원회의 취지는 독일 등 헌재와는 달리 기본권 보장이 아니라 삼권분립의 보장을 겨냥한 점에서 다르다.

셋째 파도는 헌팅톤이 제기했던 제3의 민주화와 일치하며 이후 탈냉전의 동유럽으로 확산되었다. 셋째 파도에 속한 나라는 많은 경우 사법평결제도를 구축했다. 사법평결은 기존 사법부가 맡거나 아니면 헌법평결을 전담하는 별도의 헌법재판소가 만들어졌다. 아시아와 아프리카에서도 헌법을 수호하려는 취지에서 헌법재판소가 설치되었다 (Ginsburg 2003; Dressel 2011). 권위주의의 경험으로 신흥 민주주의는 인권과 개인권 보호를 헌법의 차원에서 배려하려 했다. 남아공화국의 헌법재판소는 새로이 헌법을 만드는 과정에서 사법평결을 행사할 정도로 막강한 견제력을 과시했다. 그러나 사법정치연구는 지역적으로 큰 편차가 있다. 남미지역은 가장 활발한 반면, 아시아는 극소수를 제외하면 여전히 미답지역이다. 사법정치는 비교연구를 통해 크게 확산하는 국제적 흐름을 고려할 때 아타까운 일이다.

2. 사법정치의 두 흐름

사법부와 선출직 정부의 관계에 대해서는 두 가지 이론이 있다. 하나(attitudinal theory)는 법관은 스스로의 이념과 성향에 따라 판결한다는 입장이다. 이는 1960년대 행태이론을 사법부의 판결에 응용한 것이다. 사법부는 행정부나 입법부와 마찬가지로 하나의 정치적 행위자이며 사법부의 결정은 재판관의 태도/행위에 기초한다고 가정한다.

1957년 로버트 달이 제시한 사법부의 다수추종설은 법관은 자신을 임명한 대통령의 정책이념을 벗어나지 않는다 점을 강조한 것으로 유명하다.⁶ 1960년대 행태주의가 정치학의 새로운 패러다임으로 지

⁶ 달은 사법부의 결정에 대해 본격적으로 법리적 해석과는 전혀 다른 입장을 제시한 것으로 유명하다. 달의 논문이 나온 1957년 무렵은 사법적 결정에 대해서는 법리학(jurisprudence)이 지배적이었다. 법리학은 법관의 판단은 법전과 선례에 따른 중립적 판단이라고 주장해왔다. 법리학은 사법부는 다른 국가기관과는 다른 독자적인 비정치적 제도라는 가정 위에 있다. 전통적 법리학은 현실주의 법리학에 의해 도전되었으나 현실주의 역시 큰 테두리를 벗어나진 못했다. 현실주의 법리학의 한계를 지적한 것은 정치학에서 달로부터 시작되었던 것이다 (Shapiro 1964). 달은 당시까지 사법정치에 대해 한 편의 논문도 발표하지 않았고 이후에도 그랬다. 그러나 달의 사법정치에 대한 논문은 가장 빈번히 인용되는 결정적 역할을 한 것으로 평가된다(Epp 2001).

배하면서 이념성향을 통해 사법판단을 설명하려 했다.⁷ 그 이전까지는 법관의 판결을 순수한 사법적 판단으로 가정하는 법리론이 지배해왔다. 판결은 선례와 법전에 따라 법관이 외부의 영향을 받지 않고 독자적으로 판단한 결과라는 것이다. 전통적 법리론은 법관 역시 외부의 요인을 고려하여 판결한다는 현실주의 법리론에 의해 도전받았다. 현실주의 법리는 주로 법률가 집단에 영향을 주었다면 정치학은 더 나아가 외부적 요인을 구체적으로 밝히려고 시도했다. 정치학은 사법정치를 법관의 이념과 성향을 통해 보려 했다. 특히 미국 대법원은 1803년 이후 위헌심사 등 주요 결정에 참여해온 핵심 행위자로 부상하면서 대법관의 성향은 임명권자인 대통령/집권당의 정책지향을 반영한다는 점이 강조되었다. 이러한 시도는 성향모델(attitudinal model)로 정립되었다. 미국 법원의 판례를 대상으로 한 연구는 세 가지 가설을 제시하고 통계적으로 증명했다(Sunstein, Schkade, and Ellman). 첫째, 이념적으로 논쟁적인 사건의 경우 법관의 이념성향은 임명권자인 대통령의 이념성향으로 예측가능하다. 둘째, 법관의 이념성향은 재판부에 참여한 나머지 2인의 성향으로 수렴한다. 예를 들어 공화당 대통령이 지명한 법관은 민주당 대통령이 지명한 나머지 재판부 법관과 함께 심리하는 경우 민주당적 판단을 한다. 셋째, 재판부 구성이 동질적이면 최종 판결 역시 동질적이다. 재판부 3인이 모두 민주당 대통령이 임명한 경우 판결은 진보적으로 간다.

다른 하나의 이론은 삼권분립에 기초한 제도주의이다.⁸ 법의 지배가 실현되려면 권력의 분포가 집중적이기 보다 분산적이어야 한다.⁹ 헌법에 내장된 삼권분립은 사법부에게 독자적 권위를 인정했으며 이에 따라 사법부는 정책결정에 참여한다는 것이다. 그러나 사법부는 허공 속에서 정책을 결정하지 않고 입법부와 행정부와의 상호관계 속에서 한다. 사법부는 자신의 판단이 후에 입법부 또는 행정부와 마찰을 빚어 사법판결이 무효화되고 새로운 입법이 이루어지는 것을 인지하고 그에 대비하여 전략적 결정을 한다는 것이다 (Eskridge 1992; Epstein, Knight, and Martin 2001). 사법부의 전략적 선택은 의회의 중도적 입장을 지지하는 결정을 하는 것이다. 전략적 결정 이론은 달이 강조했던 다수추종적 입장을 지지하면서도 행위동기는 전혀 다르다는 점을 제시한 것이다. 달이 행태주의적 입장에 대해 제도주의적 관점에서 각 행위자의 판단은 행위자의 서로 다른 동기로부터 시작함을 주장한다. 제도주의는 사회과학 전반에 걸쳐 강력한 패러다임으로 떠오르면서 사법정치에도 확장되었다.¹⁰ 제도주의는 게임이론과 결합하여 사법적 결정은 전략적임을 증명하려 노력한다.

사법부가 자신의 선호를 관찰시키기 위해서는 입법부와 대통령의 선호를 고려하여 결정을 내리기 때문에 전통적으로 법리론이 강조한 “진정한 선호(sincere preferences)”는 전략적 선호라는 것이다. 다시 말해 미국대법원의 선호는 단순히 자신의 선호가 아니라 관련 제도의 선호를 반영한다.

제도주의가 등장하면서 법관의 태도 외에 사법부의 결정에 영향을 주는 다양한 요인들이 제시되었다. 이들은 주로 대법원 판결에 영향을 미친 변수에 초점을 두었다.¹¹ 전략적 요인에는 단순히 입법부

⁷ 대표적 문헌은 Schubert(1965)이다. 법관의 이념적 성향 즉 진보적(liberal) 또는 보수적인가에 따라 판결이 결정된다고 주장했다.

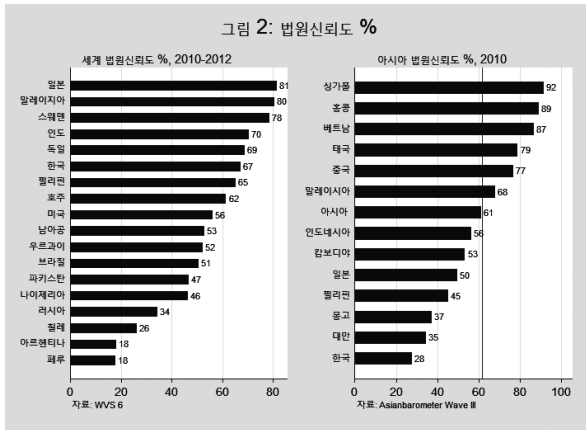
⁸ 권력분립이론에 대한 서베이는 Epstein, Knight, and Martin(2001)참고.

⁹ Acemoglu & Robinson (2006)는 권력의 분산이 독점적 횡포를 방지함으로써 시장의 작동이 가능하게 한다는 점을 제시했다. 독재가 권력이 분산된 민주주의보다 경제성장에 실패한 것은 바로 자의적으로 행사하는 권력이 시장의 계약을 언제나 파기하기 때문이다.

¹⁰ 사법정치에 관한 초기의 제도주의적 프레임은 Ferejohn and Weingast(1992)에서 시작한다.

¹¹ 이에 관한 서베이는 McGuire, Vanberg, Smith, and Caldeira (2009) 그리고 최근 논의는 Carrubba, Friedman, Martin and Vanberg(2011) 참고.

와 사법부의 관계에 한정하지 않고 이익집단이나 여론의 영향에 주목했다(Caldeira 1987; McGuire and Stimpson 2005). 사법부나 헌법재판소는 여론의 지지를 받지 못하면 정통성을 잃을 수 있다. 여론의 지지는 독립성을 높이는 데 기여하는 중요 자산이다. 러시아의 민주화 과정에서 열린 대통령은 1993년 9월 의회폐쇄령에 대해 위헌판결을 내린 헌법재판소를 중지시켰다. 러시아 헌재는 1994년 7월에 확정된 헌법개정 이후에 다시 수립되었다.



러시아 헌재의 운명을 결정한 것은 성급한 정치적 개입으로 대통령의 강력한 반발에서 비롯되었지만 아울러 헌재에 대한 국민의 낮은 지지도 역할을 했다 (Epstein, Knight & Shvetsova 2001). 의회와 사법부의 관계에 대한 연구는 의회가 사법부를 공격하는 시점은 사법부가 특정 판결에 대한 대중적 지지가 약할 때임을 강조한다. 특정판결에서 비롯된 불신이 누적되면 장기적으로 제도적 신뢰의 상실로 발전할 수 있다는 점에서 대중의 여론은 중요하다. 미국 대법원은 비선출직이기 때문에 의회에 비해 여론을 직접 접할 기회가 없다는 점에서 여론의 평가에 나름 민감하다. 의회는 이점을 이용하여 의회정책에 간섭하는 사법부 공격을 시도한다(Clark 2009, 973). 뒤에서 논의하겠지만 아르헨티나 대법원의 단기적 효용극대화 판결은 국민적 불신을 낳아 사법부권력의 제도화를 어렵게 만들었다. <그림 2>는 2010-2012년 18개국을 대상으로 실시된 세계가치조사(World Value Survey)에서 사법부에 대한 신뢰도를 표시한 것이다. 여기서 보듯 아르헨티나 법관은 페루법관에 대한 신뢰와 함께 18%로서 가장 신뢰받지 못하는 것으로 나타났다. 일본 법관에 대한 국민적 신뢰는 81%로 가장 높은 점수를 받았다. 한국의 법원신뢰도는 28%로서 아시아바로미터 평가에서는 가장 낮은 단계에 있다.

II. 사법정치 비교연구

사법정치는 주로 미국 대법원의 정책결정을 중심으로 발전해왔다.¹² 남미의 사법평결의 정치에 대한 연구는 세 가지 질문으로 논의를 시작하는데(Helmke and Staton 2011).¹³ 이는 사법정치 일반에 해당된다는 점에서 한국의 정치학이 사법정치연구에 동참할 경우 고민할 가치가 있어 소개한다.

첫째, 정치적 갈등은 왜 사법화되는가?

둘째, 사법부는 왜 정부에 도전하거나 지지하는가?

셋째, 정치인은 재판관의 선택에 어떻게 반응하는가?

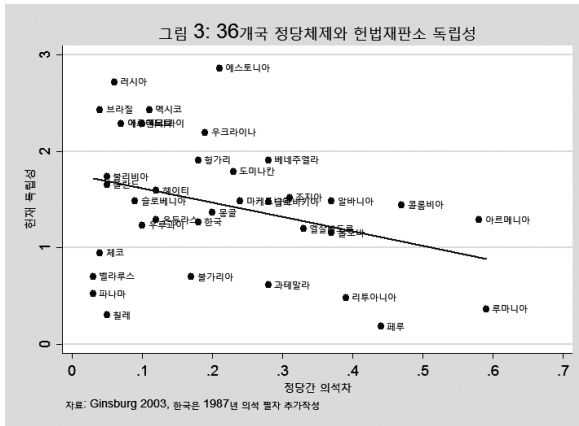
세 가지 의문은 독립적이기 보다 상호연관성이 높다. 첫째 질문은 중앙정부의 성격에 달려 있다. 사법평결은 연방제 국가에서 먼저 도입되었고 빈번히 사용되었다(Whittington 2005). 중앙정부와 지방정부의 영역다툼이 빈번히 발생하는 연방제에서 양자를 조정할 필요가 발생하며 사법부는 조정자 역할을 맡는다. 독일에서 어느 나라에서보다도 강력한 헌재가 도입된 것은 연방제와 파시즘 경험이 결합한 결과이다. 이탈리아 역시 파시즘을 경험했고 헌재가 도입되었으나 독일만큼 강력하지 않다. 연방제 변수와 무관하지 않다. 단일국가인 일본이나 유럽국가에서 사법평결이 일반적인 까닭은 권력이 중앙정부에 집중되고 의회의 다수세력이 정부를 구성하기 때문이다(Ramseyer and Rasmussen 1997). 정치적 분절은 사법부의 역할을 확대시키는 조건이다. 의회와 정부가 각각 다른 세력에 의해 지배되는 조건이라면 사법적 판단이 발생할 가능성이 높다. 연방제 미국에서 분점정부가 발생하면 사법부의 독립성은 확대된다. 단점정부에서는 대통령이 의회를 제어할 수 있기 때문에 사법부가 반정부적 판결을 할 경우 사법부를 무력화할 수 있다. 남미 대통령은 대법관 임명권, 예산통제권, 인사권, 탄핵 등등의 수단으로 사법부를 복속시켰다. 아르헨티나는 미국처럼 대법관에게 종신제를 부여하지만 1930년대 이후 1999년까지 평균 임기는 대통령의 정치적 억압으로 4.6년에 불과하다(laryczower, Spiller, and Tommasi 2002, 701). 대통령과 의회의 잠재적 공격가능성에 대해 사법부는 제도적 이익을 극대화하기 위해 전략적으로 대응한다. laryczower 외(2002)는 아르헨티나의 대법원이 1935-1997년 동안 내린 위헌판결을 대상으로 하여 위헌여부의 판결은 대통령이 행사하는 정치적 권력의 정도와 대법관의 선호에 의해 결정된다는 가설을 검증하려 했다. 대통령의 정치권력 변수는 대통령이 보복할 능력을 지녔을 때 사법부가 대통령이 가장 선호하는 정책을 반영하는 판결을 내리는가를 검증하려는 목적이다.

¹² 미국에서조차 대법원 중심의 연구가 하급법원을 포함한 전반적 사법부와 관련된 영역으로 확장해야 한다는 강력한 요구가 등장했다. 미국 학계는 국내적으로는 주의 각종 법원과 연방법원 등으로 영역을 다변화해야 한다는 주장이다. 한편 비교연구는 더욱 부족한 현실이다. 미국과 비슷한 정치체제를 가진 남미를 대상으로 미국에서 개발된 이론을 응용하는 경향이 강하지만 아시아 등과 같은 다른 지역으로 강력하게 확산되지는 않았다. 남미 사법정치에 대한 최근의 대표적 문헌은 Helmke & Ríos-Figueroa (2014). 한편 아시아의 사법정치에 대한 문헌은 남미에 비교하면 다음의 극소수에 불과하다: B. Dressel(2011); Ginsburg(2003).

¹³ 오도넬이 증명하듯 남미민주화가 민주화 연구의 기록관이자 실험실이었던 것처럼 사법정치의 연구에서도 남미지역의 비교연구가 주도적 역할을 해왔다. 미국의 사법부 연구에서 큰 영향을 받아 시작했으며 이제 스스로 말하듯이 남미의 사법정치는 더 이상 의회나 대통령 관련 연구에 비해 뒤지지 않는다: Chavez(2004); Helmke(2005); Ríos-Figueroa(2007); Kapiszewski and Talyor (2008); Helmke and Staton(2011, 306).

¹⁴법관의 선호는 임명권자 대통령의 정책선호(진보적, 보수적)를 통해 판단한다. 대법관의 선호는 임명권자가 현직 대통령 또는 집권당의 전임 대통령인가, 아니면 반대당의 전임 대통령인가에 따라 달라진다고 가정한다. 대법관은 자신을 임명해준 대통령의 선호에 임기 중 충실하다고 보는 것이다.¹⁵

다른 한편 정치사법화는 또한 민주주의에 내재한 문제이다. 선거를 통해 주기적으로 경쟁을 해야 하는 조건에서 패배가 잠재적으로 언제나 위협적일 수 있다. 민주주의에서는 집권세력도 잠재적 패배자의 가능성이 상존하는 점에서 정치적 갈등을 사법부의 독자적 판단에 위임하는 것이 리스크를 최소화 하는 방법이기 때문이다. 민주화 과정에서 권위주의세력과 민주화세력이 타협하여 설치한 헌법재판소는 정치적 보험(political insurance)의 산물이다(Ginsburg 2003; Fink 2008; Helmke and Rosenbluth 2009; Ramseyer 1994). 집권세력의 권력유지가 확실한 독재체제에서 사법부의 정치적 역할은 없다. 이렇게 일단 만들어진 헌법재판소는 다양한 문제에 개입하도록 요구받는다. 헌법재판소는 정당해산, 정치자금법, 탄핵, 과거사해결, 표현의 자유, 사형제, 재산법, 호적법, 동성애문제 등 정치는 물론이고 사회적 경제적 문제를 해결해야 하는 입장에 있다. 현재의 도입은 정치권의 분열에 의해 영향을 받는다(Ginsburg 2003). 대통령과 집권당이 얼마나 강력한가는 집권당과 제2당의 의석차에 반영된다고 가정하면 집권세력의 입장에서 보면 의석차가 클수록 헌재를 도입할 인센티브가 생기지 않는다. <그림 3>은 민주화 과정에서 제1당과 제2당의 의석차(수평축)와 헌법재판소의 법적 독립성(수직축)을 동시에 보여준다.¹⁶ 집권당이 제2당을 압도할수록 헌재의 독립성을 양보하지 않으려 함을 알 수 있다.



둘째, 사법부의 행태는 의회와 정부와의 상호작용 속에서 형성된다. 전통적 법리학 이론이 가정하는 것처럼 법관은 법전과 판례를 정확히 적용하는 것이 아니다. 최근 이론은 사법부의 전략적 행위를 강

¹⁴ 아르헨티나 대통령은 대법관의 수를 늘리거나 탄핵을 통해 자신의 선호를 사법부에 강요할 수 있다. 대법원 규모는 단순한 법계 정으로 가능하며 탄핵은 양원 모두 2/3의 찬성으로 가능하다.

¹⁵ 새로운 대통령이 선출되면 전임 정부에서 임명된 대법관의 선호는 신임 대통령과 전임대통령의 정책적 차이에 달려 있다. 완전히 다를 경우 법관의 선호와 현직 대통령의 선호는 일치하지 않을 것으로 가정한다.

¹⁶ 사법부의 독립성은 법적(de jure) 측면과 실질적(de facto) 측면으로 분리된다. 정치인이 비공식적 제재를 통해 사법부의 형식적 권력을 무력화시킬 수 있기 때문이다. 이에 대한 상세한 논의

조한다. 사법적 판결은 허공 속이 아니라 정부정책에 심대한 결과를 낳는 점에서 정부와 의회의 반작용을 수반한다. 정부의 정책을 무력화시킨다면 정부는 의회와 협력하여 판결을 무력화시키거나 이행하지 않는다. 이행 민주주의의 사법정치를 관찰하면 일반적으로 견제와 균형이 미비한 취약한 민주적 제도에서 사법부 판단은 정부와 의회의 과잉대응을 부른다(Laryczower, Spiller, and Tommasi 2002). 정부의 사법부 공격이 일반적이다. 1930년대 미국 뉴딜시대 동안 루즈벨트 대통령이 시도했던 사법부 무력화가 남미 등의 탈권위주의 체제에서는 보편적 현상이다. 러시아에서는 1992년 헌법재판소가 도입되었으나 정치적 위기의 와중에서 대통령의 공격으로 기능이 중지되었다가 1994년 헌법개정으로 재도입되는 운명을 겪었다. 러시아 현재는 공산당 위헌과 대통령과 의회 재선거 명령 등 극도로 민감한 일련의 사안에 개입함으로써 정쟁에 휘말렸다.¹⁷ 이처럼 전략적 선택이라는 주장은 민주화 이후 나타난 사법부의 행위를 통해 증명되었다. 학문적 관심과 대상의 선정은 대상의 정치적 중요성에서 시작된다. 남미의 사법부는 전통적으로 의회와 정부에 대해 종속적 위치에 머물러 있었다. 민주화 과정이 있기 전까지 남미의 정치인은 사법부를 하인부리듯 했다. 사법부의 이 같은 종속성을 고려할 때 남미 사법부에 대한 학문적 관심은 거의 존재하지 않았다. 민주화는 사법부에 대한 관심을 완전히 반전시키는데 기여했다 (Fink 2008, 2). 민주화는 사법개혁을 통해 사법부의 독립성을 강화시키는데 기여했다. 정부의 사법부 공격은 여론의 반전을 부를 수 있다는 점에서 자제를 요구하며 이는 사법부 운신 폭을 넓혀주었다. 사법부의 독립성은 법의 지배를 가능하게 하는 조건이다.¹⁸ 민주화 과정에서 선거에서 패배할 운명에 있는 권위주의세력은 사법부에게 독립성을 부여함으로써 자신이 향유했던 독점적 정책 결정권을 유지하려 했다 (Hirschl 2004).

셋째, 사법부의 위헌결정에 대한 입법부와 대통령의 반응은 공간모형을 통해 간명하게 이해된다. 성향이론에서 강조하듯 사법결정이 법관의 이념성향에 따라 결정되든 아니면 삼권분립에 따른 제도적 역할관계이든 각 행위자는 상대 행위자의 반응을 고려하여 자신의 선호를 극대화하는 전략을 하는 점에서 공간이론으로 논의할 수 있다. 일반적 비교연구에서처럼 사법부 관련 행태나 결정을 주변환경과 제도를 통해 이해하려고 시도한다. 종속변수는 흔히 사법부의 독립성이나 법관의 판결 등이다. 독립변수로는 정부형태와 대통령이 보유한 정치권력, 그리고 판관의 정책성향 등이 제시된다. 이론적으로 다른 조건이 동일할 경우 의회중심제에서 사법부의 위상은 약한 반면 대통령중심제에서 사법부의 독자적 역할이 가능하다. 영국과 미국은 대표적 대조사례이다. 삼권분립에 기반한 미국에서 사법부는 독자적 영역을 갖고 있으며 특히 1803년 사법평결은 견제와 균형의 출발선으로 꼽힌다. 한편 법관의 결정에 영향을 주는 요소로 대통령이 의회를 통제할 수 있는 힘의 크기와 임명권자의 상대적 힘 등이 있다. 루즈벨트 대통령이 1930년대 뉴딜정책에 반대한 미국 대법원을 길들이기 위해 시도했던 대법관 정원 늘리기는 어디에서든 사법부를 옥죄는 무기이다.

사법부는 입법정책에 대해 판결하지만 실행은 정부의 몫이라 정부와의 협조가 없다면 정책이 실현될 수 없다. 이러 점에서 해밀턴이 사법부를 “가장 덜 위험한(least dangerous) 부서” 라고 묘사했다.

¹⁷ 러시아 현재는 열린 대통령이 의회폐쇄에 대해 의회와 대통령을 다시 선출하라는 판결을 내렸다. 열린의 공산당 불법화 소송제기에 대해서는 위헌판결을 내렸지만 재산몰수를 반대했고 지방당에 대해서도 문제삼지 않았다. 이에 대해서는 Epstein, Knight & Shvetsova(2001).

¹⁸ 오도넬은 최소한의 법의 지배와 민주주의 실현에 필수적인 민주적 법의 지배를 구분했다. 후자의 영역 안에서만 국가의 강압적 개입이 없이 선거적, 사회적, 그리고 수평적 책임성이 효과적으로 작동할 수 있다고 본 것이다.

법관이 자신을 임명해준 대통령을 반대하려는 까닭은 “전략적 배반(strategic defection)”이다. 사법 정치 전략적 선택 문헌에 따르면 미국의 대법관은 상하원이 사법부에 가하는 제약을 완화하기 위해 상원과 하원이 (사법부의 판결을 뒤집으려 동의할 수 없는) 전략적 판결을 한다 (Epstein and Knight 1998; Eskridge 1991; Ferejohn and Weingast 1992; Spiller and Gely 1990). 전략적 선택이론은 남미의 사법정치를 설명하는데 더욱 요긴하다. 남미의 사법부는 미국 대법원에 비해 더욱 정치적 견제를 받는다. 첫째, 대법관 임기는 명문화되었으나 지켜지지 않는다. 불안한 임기는 대법관 판결을 일관적이지 않고 전략적으로 만든다. 둘째, 판관의 전략적 판단능력은 규칙에 대한 지식의 정도에 달려 있기 때문에 다른 행위자의 선호, 판단이 가져올 결과에 대한 불확실성, 그리고 판관의 이념의 실질적 내용은 판관의 전략적 해석과 배치되지 않는다. 1997년 아르헨티나 대법관들은 자신들을 임명했던 메넬 대통령을 개헌으로 3선에 도전하려 하자 이에 대해 위헌판결을 내렸다 (Helmke 2003). 대법관들은 대선전망이 야당(Alliance Opposition)에게 유리한 상황에서 야당이 집권할 경우 신분불안을 고려하여 1994년 헌법은 메넬 대통령의 3선 도전을 허용하지 않는다고 결정했다.

III. 사법부의 전략적 선택은 언제 어떻게 가능한가?

대통령제에서 사법부는 대통령이 임명하여 의회의 동의 하에 구성된다. 이러한 삼권분립은 사법부의 정책결정을 제한하는 헌법적 제도이다. 사법부 독립에 대해 공간이론은 왜 대통령이 사법부를 휘하에 복속시킬 수 있는가의 문제에 관심을 둔다.¹⁹ 공간이론은 정부의 일체성 혹은 분점 여부가 독립성에 영향을 준다고 가정한다. 단일정당이 의회 다수를 차지하여 정부를 구성할 때 사법부는 독립성을 유지하기 어려울 것으로 본다. 반대로 사법부 독립은 정부가 분열되었을 때 보다 강화될 가능성이 많다. 정치적 분열은 여러 가지 방식으로 나타난다. 첫째는 가장 일반적인 형태로서 이념적으로 분명히 다른 세력이 의회와 정부를 차지하는 경우이다. 둘째, 다수정당이 정부를 지배하지만 정당내부는 이념적 분포가 이질적이다. 단점정부는 사법부가 독자적으로 판단할 능력 자체에 썩기를 놓고 권력분립 자체를 제약할 수 있다. 대통령의 정당이 의회 다수를 점하면 행정부와 의회는 사법부의 사법평결을 뒤집거나 법관을 처벌할 수 있다. 분점정부 하에서 반대로 사법부 독립성이 높아질 수 있다. 의회와 정부가 상호 견제하며 따라서 독자적 사법부 출현이 가능하다. 공간이론은 일차원의 정책공간을 가정하고 대통령, 의회 및 사법부 각각이 선호하는 지점은 정책라인 위에 위치한다. 예를 들어 아래 (그림 4)에서 직선은 보안법 개폐에 대한 선호를 의미하며 P, C, CC 등은 각각 대통령, 의회, 그리고 헌법재판소가 가장 선호하는 지점이다.

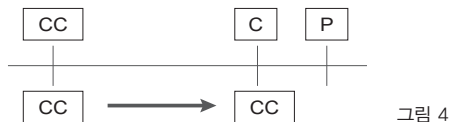


그림 4

¹⁹ 공간이론에 대한 문헌: McCubins, et al. (1995), Gely and Spiller (1990), Eskridge and Ferejohn (1992), Ferejohn and Weingast(1992a, 1992b).

대통령은 보안법 유지를 강력 선호하고 의회는 대통령만큼 강력하진 않으나 여전히 유지를 선호한다. 한편 사법부는 중도적이거나 개방적이라고 가정한다. 대통령과 의회의 선호가 밀착할수록 사법부의 선호는 그쪽으로 이동할 가능성이 높다.

사법부가 정부의 선호를 무시하고 원 위치를 고수할 경우 의회와 대통령은 현재의 판결을 뒤집기 위해 새로운 입법을 하거나 비공식적 자원을 이용한다. 비공식적 자원에는 사법부 예산 삭감, 대법원 법관확충, 또는 명시적 위협 등이 있다. 견제와 균형 모형에서 중요한 것은 대통령의 선호와 의회의 선호 사시의 거리이다. 양측이 동질적일수록 사법부의 견제능력은 저하된다.

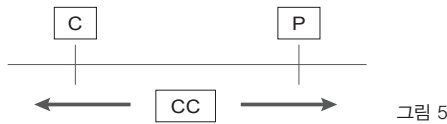


그림 5

(그림 5)는 분점정부의 상황이다. 이처럼 대통령과 의회가 상반된 선호를 가질 경우 (양자의 간격이 벌어지면) 사법부가 독자적으로 활동할 공간이 넓어진다. 의회와 대통령이 대립할 때 사법부는 P와 C 사이의 넓은 공간에서 정부정책에 도전하는 등 견제능력을 발휘한다. 위험여부가 쟁점인 국가보안법의 적용을 둘러싸고 사법부의 판단은 정부의 성격에 달려 있다. 대통령이 보안법 적용을 강력히 희망하고 의회도 동의하면 사법부는 정부 뜻에 동조한다. 한편 의회가 대통령과 달리 보안법 적용에 부정적 입장을 갖는 경우 사법부는 전략적 선택을 한다. 즉 사법부는 보안법 적용에서 중재자 역할을 할 수 있다.

공간모델의 경험적 문헌은 미국과 남미의 사법평결에 적용해왔다 (Helmke and Rios-Figueroa 2011). 공간모델은 정치적 분열의 정도가 사법부의 독립성을 결정한다는 가정 위에 있다. 미국에서는 역사적으로 분점정부의 사례가 흔하여 공간모델을 적용하기 적합하다. 의회와 대통령을 각각 다른 정당이 담당할 때 양자 사이의 이념적 거리가 발생하고 이는 사법부의 독자적 판단을 허용한다. 한편 당 파성을 바꾸어 놓는 대단위 선거변동이 발생하여 정치적 분절화가 감소하면 사법부의 운신 폭은 크게 줄어든다. 미국 사법부가 다른 나라의 사법부에 비해 유독 독자적 판단을 할 수 있었던 것은 미국의 정치사와 관련을 갖는다. 미국에서 대통령과 의회의 정당이 같은 경우는 흔치 않으며 미국정당은 유럽 정당에 비해 이념적으로 이질적이다. 또한 일반적으로 미국정당의 내적 세력 분포는 지역적 및 이념적 라인에 따라 형성된다. 이러한 일반적 유형이 붕괴하고 단일정당이 대통령과 의회를 동시에 장악할 경우 사법부가 정치적으로 독립성을 유지하기 어렵다. 이러한 지형에서 사법부는 정부정책에 반기를 들으려 하지 않으며 하급 법원이 정치적 대결을 하는 것을 금한다 (Ferejohn and Kramer 2002). 남미에서도 정치적 분절은 사법부의 영향력을 결정하는 것으로 평가된다. 남미는 미국처럼 대통령제를 유지하지만 균형과 견제를 특징으로 하는 미국과는 달리 제왕적 대통령제가 상수이다. 제왕적 대통령 하에서 대통령의 선호가 절대적이어서 사법부의 개입은 거의 불가능하다. 아르헨티나의 초대통령제(ultra presidential system)에서 행정부는 의회를 압도하며 사법부의 존재감이 약하다 (Chavez et al. 2008). 그러나 제왕적 대통령이라도 강력한 의회를 만나면 제왕적 권력을 행사하기 곤란하며 이때 사법부는 독자적으로 판단할 수 있다.

다시 말해 정부형태 변수 외에 정치적 단합과 분절이 사법부 역할을 결정하는 것이다. 1946-1983년 기간처럼 단점정부가 지배했을 때, 사법부는 정부정책을 반대하지 못했다. 반면 1983-1990년 기간은 대통령과 의회가 각각 다른 정당이 차지했었고 이때 사법부의 도전이 강력했다. 아르헨티나 대법원은 알폰신 대통령의 주요정책에 대해 일련의 위헌판결을 내렸다 (Scribner 2008).

IV. 결론

민주주의와 법의 지배는 동전의 양면과 같다. 한국정치학은 민주주의에 대한 관심과 이해는 꾸준히 증가하고 제도적 위치를 구축했지만 법의 지배에 대해서는 아무런 관심을 보이지 않았다. 법의 지배를 실행하는 사법부 역할의 중요성은 여러 분야에서 증명되고 있음을 생각할 때 한국정치학은 이제라도 사법정치의 논의에 획기적 전환점을 마련해야 할 것이다. 한국정치분야는 이미 10년 이상이 지난 2004년 대통령탄핵과 수도이전 위헌판결을 사법정치의 각도에서 이해할 필요가 있다. 당장 눈에서 멀어지는 의회와 대통령의 국회법 논쟁에서도 헌재가 참여할 가능성이 있다는 점에서 사법정치에 대한 이해 없는 한국정치의 분석은 반쪽일 수 밖에 없는 것이 현실이다. 무엇보다도 한국정치분야는 헌재도 입을 결정한 민주화 과정에 대해 다시 한번 다른 각도에서 주의해야 한다. 헌재의 탄생은 민주화 과정에서 예상치 못했던 결과를 가져온다는 점에서 당시 행위자의 눈높이를 통해 헌재의 정치적 기원을 밝혀야 한다. 비교정치분야 역시 사법정치에 대한 이해를 새로이 하는데 노력할 필요가 있다. 개인권과 인권의 중요성이 더 없이 강조되는 현실에서 민주주의의 비교연구는 이제 법의 지배를 연구의 핵심 아젠다에 포함하지 않을 수 없다.²⁰ 남미연구자는 법의 지배 일반은 물론 영역을 확장시켜 사법부가 사회적 및 경제적 권리의 보호에서 하는 역할을 비교연구하고 있다.²¹ 정치학이 사법정치의 개발과 심화를 주도한다면 이는 비교적 전통적 법리론에서 떠나지 않으면서 사법정치를 독점해온 법학 특히 헌법학자에게도 외적 충격을 줄 것이다. 정치학에 내장된 비교적 시각과 경험적 연구역량은 법학이 미처 보지 못한 사법정치의 민주주의 질서의 관계에 대해 거대한 시사점을 줄 것이다.

Manuscript received : Feb 20, 2017

Review completed : Mar 15, 2017

Accepted : Mar 17, 2017

²⁰ 한국 헌법학 혹은 공법학은 극소수를 제외하면 경험적 연구가 이례적이고 방법론적 분야에서 사례중심을 벗어나지 않는다. 더구나 비교연구는 거의 없는 상황이다.

²¹ 최근 사법개혁에 대한 주요 연구는 다음 참조: Bill-Chavez, Perejohn, and Weingast (2011); Fink(2008); Gillman(2006); Helmke and Staton(2011).

References

- 강명세. 2015. 민주주의와 법의 지배: 통합진보당해산과 정당민주주의의 후퇴, 정당학회 학술대회 발표문 2015년 3월 6일. 2016. "사법부 독립성을 위한 정치적 조건", 현대정치연구, 제9권 제2호, 63-86.
- Acemoglu, Daron, and James A. Robinson. 2006. *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*. Cambridge University Press. , Simon Johnson, and J. A. Robinson. 2001. "The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation," *American Economic Review*, 91, 1369-401.
- Barro, Robert. 1997. *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Study Empirical Study*. MIT Press.
- Bill-Chavez, Rebecca. 2004. *Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford University Press. , J. A. Ferejohn, and B. R. Weingast. 2011. "A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina", in G. Helmke and J. Rios-Figueroa, eds., *Courts in Latin America*, Cambridge University Press, 219-247.
- Caldeira, G. A. 1987. "Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan" *American Political Science Review*, 81, 1139-53.
- Capellitti, Mauro. 1989. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Clarendon Press.
- Carrubba, Cliff, B. Friedman, A. D. Martin, and G. Vanberg. 2011. "Who Controls the Content of Supreme Court Opinions?" *American Journal of Political Science*, Vol. 00, No. 0, 1-13.
- Clark, Tom. 2009. "The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy" *American Journal of Political Science*, Vol. 53, No. 4, 971-989.
- Dressel, B., ed. 2011. *The Judicialization of Politics in Asia*. Routledge.
- Epstein, Lee, and Jack Knight. 1998. *The Choices Justices Make*. CQ Press.
- Epstein, Lee, Jack Knight, & Olga Shvetsova. 2001. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government" *Law & Society Review*, Vol. 35, No. 1, 117-163.
- Esckridge, W.N., and J. Ferejohn. 1992. "Making the deal stick: enforcing the original constitutional structure of lawmaking in the modern regulatory state", *Journal of Law, Economics and Organization*, 8, 165-89.
- Ferejohn, John, and L. D. Kramer. 2002. Independent Judges, Dependent Judiciaries: Institutionalizing Judicial Constraints." *NYU Law Review*, 77:4, 962-1039.
- Ferejohn, John, and Pasquale Pasquino. 2003. "Rule of Democracy and Rule of Law," in Jose Maria Maravall and Adam Przeworski, eds., *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge University, and Barry R. Weingast. 1992a. "A Positive Theory of Statutory Interpretation", *International Review of Law and Economics*, Vol. 12, 263-279. , and Barry R. Weingast. 1992b. "Limitation of Statutes: Strategic Statutory Interpretation." *Comparative Political Studies*, vol. 80, 565-582.
- Fink, Jodi S. 2008. *Judicial Reform As Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. University of Notre Dame Press.
- Ginsburg, Tom. 2008. "The Global Spread of Constitutional Review" in Keith E. Whittington, et al., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, chapter 6. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press.
- Helmke, Gretchen. 2003. "Checks and Balances by Other Means: Strategic Defection and Argentina's Supreme Court in the 1990s" *Comparative Politics*, Vol. 35, No. 2, 213-230. , and Julio Rios-Figueroa, eds. 2011. *Courts in Latin America*. Cambridge University Press. , and F. Rosenbluth. 2009. "Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective", *Annual Review of Political Science*, 12, 345-366. , and Jeffrey K. Staton. 2011. "The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions, and Interbranch Conflict," in G. Helmke and Rios-Figueroa, eds., *Courts in Latin America*. Cambridge University Press, 306-331.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. 2006/2007. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide",

Fordham Law Review, 75, 721-753.

Kapiszewski, D., and Mathew M. Talyor. 2008. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America," *Perspectives on Politics*, 6:4, 741-767.

Iaryczower, Matias, Pablo Spiller, and Mariano Tomassi. 2002. "Judicial Independence in Unstable Environments. Argentina 1935-1998." *American Journal of Political Science* 46:4 (October). 699-716.

McCubbins, Mathew, Roger Noll, and Barry Weingast. 1995. "Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law", *Southern California Law Review*, 20: 1631-1689.

McGuire, K. T., G. Vanberg, C. E. Smith, Jr., and G. A. Caldeira. 2009. "Measuring Policy Content on the U.S. Supreme Court" *The Journal of Politics*, Vol. 71, No. 4, 1305-1321.

McGuire, K. T., and J. A. Stimpson. 2005. "The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences." *Journal of Politics*, 66(4):1018-1035.

North, D., and Barry Weingast 1989. "Constitutions and commitment: the evidence of institutions governing public choice in seventeenth century England." *Journal of Economic History*, 49, 803-32.

O'Donnell, G. 2004. *The Quality of Democracy. Why the Rule of Law Matters.* *Journal of Democracy*, Volume 15, No. 4, October 2004, 32-46.

Rammeyer, J. Mark. 1994. "The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Perspective," *Journal of Legal Studies*, Vol. XXIII, 721-747.

Ramseyer, Mark J., and Eric Rasmussen. 1997. "Judicial Independence in a Civil Law Tradition: The Evidence from Japan" *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 13, No. 2, 259-86.

Rios-Figueroa, Julio. 2007. "The Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002" *Latin American Politics and Society*, vol. 40, no. 1, 31-57.

Schubert, Glendon. 1965. *The Judicial Mind: The Attitude and Ideologies of Supreme Court Justice, 1946-1963.* Northwestern University Press.

Scribner, Druscilla. 2008. "Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile" in G. Helmke and J. Rios-Figueroa, eds., *Courts in Latin America*, Cambridge University Press.

Stone, Alec. 1994. "Judging Socialist Reform: the Politics of Coordinate Construction in France and Germany," *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4, 443-469.

Stasavage, David. 2007. "Cities, Constitutions, and Sovereign Borrowing in Europe, 1274-1785", *International Organization*, vol. 61, 489-525.

Sunstein, Cass R., D. Schkade, and L. M. Ellman. 2004. "Ideological Voting on Federal Courts of Appeal: A Preliminary Investigation" *Virginia Law Review*, Vol. 90, No. 1, 301-354.

Vanberg, Georg S. 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany.* Cambridge University Press. 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany.* Cambridge Univ. Press.

Weingast, Barry. 1997. "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law," *American Political Science Review*, 91:2, 245-63.