

사법권력 강화가 갖는 정치적 동학과 자유민주주의체제의 안정성: 한국에서의 사법부 위상변화에 대한 통섭적 접근 *

김 성 수**

민주화 이후 한국의 사법부는 지속적으로 그 역할이 강화되어 왔고, 그 결과 현재에는 중요한 권력 행위자로 그 위상이 변화되었다. 본 논문은 권력 강화의 기본적인 조건이라 할 수 있는 지지세력과 조직을 갖추고 있지 못하다는 사법부의 구조적 제약요인에도 불구하고 어떻게 강력한 힘을 가지게 되었는지에 대해 이해하기 위해, 이론적 분석틀로서 사법권력의 특징, 사법권력의 한계 등을 살펴보고 자유주의적 관점에서 사법부 강화 현상을 분석하고자 했다.

본 연구는 기본적으로 사법부의 확대가 자유 민주주의를 증진시키는데 필수적이라고 가정하고, 사법부 권력 강화에 대해 기존의 단일국가 중심의 분석에서 한국과 미국 간의 비교연구를 수행함으로써 현실정치영역에서 사법부 강화가 어떤 영향을 미치고 어떤 관련성과 의미를 가지는지를 추적하였다.

특히 정당성 논쟁을 중심으로 한 갈등관계 분석을 시도함에 있어서 대표된 권력인 행정부·입법부의 권력과, 대표되지 않은 권력인 사법권력 간 정당성 논쟁, 뿐만 아니라 자유주의와 공화주의, 민주주의와 헌정주의, 사법소극주의와 사법적극주의 등의 긴장 관계를 중심으로 분석하였다.

주제어 : 사법권력, 자유민주주의, 위헌법률심사제, 사법적극주의, 적법절차, 배심원제

* 이 논문은 학술진흥재단(과제번호: KRF-2008-332-B00010)에 의해 지원되었음.

** 한양대학교

1. 서론

우리 근대사에 있어서 사법부는 국가와 사회를 지탱하는 기둥임에도 불구하고 권력분립을 위한 실질적인 독립된 국가기관으로의 모습을 보여주지 못하였으나, 최근의 일어나고 있는 일련의 논의들은 현실적 영역과 학문적 영역 모두에서 사법부의 위상이 변화하고 있음을 보여준다. 이러한 변화는 기존의 ‘제왕적 대통령’과 ‘제왕적 입법부’에 관한 일련의 논의들과는 차별성을 갖는 것으로서, 그동안 행정부와 입법부를 중심으로 벌어지던 권력다툼으로부터 배제되어 있던 사법부가 권력의 행위자로 새롭게 등장했음을 의미하는 것이다.

최근의 사법부 권력 강화의 현상들은 법리적 해석과 판단 의무만을 담당하던 사법부가 정치적 문제로까지 그 영역을 확장하고 정책적 의사결정자로서의 부상을 의미한다. 다시 말해, 이제 사법부는 삼권분립이라는 권력의 균형과 견제의 강화상의 헌법 기관이 아닌 정치사회 전반에서 발생하는 다양한 문제들에 대하여 실질적인 역할을 하는 중심적 위치에 서게 된 것이다.

사법부의 새로운 등장은 정치·경제·교육·행정 등 한국사회에서의 거의 모든 부분과 밀접한 연관성을 가지는 것으로서 한국사회 전체의 변화에 심대한 영향을 미칠 수 있는 총체적 변화 중의 하나라고 이해될 수 있다. 게다가 이러한 사법부 권력의 강화 현상은 결코 일시적인 것으로 보이지 않는다. 가령, 간통죄와 사형제, 국가보안법 등의 존폐 여부와 양심적 병역 거부 허용 여부 등을 비롯한 다양한 중요한 사회문제들의 최종적 판단이 사법부 앞에 놓여 있기 때문이다. 이와 더불어 개헌논의는 물론, 현재 헌법재판소와 대법원의 이원적 체제로 구성되어 있는 사법부 최고기관에 대한 개혁론이 심심치 않게 제기되고 있다. 이러한 사실은 사법권력 강화가 가지는 의미가 현재적인

의미에서 뿐만 아니라 미래적 의미에서도 총체적인 사회변화를 유발할 수 있는 중요한 변수가 될 수 있다는 것을 보여주는 것이다.

정치·경제·사회·문화 영역 전반에 걸쳐 사법권력 강화가 가지는 현재적 의미와 그것의 장기적 파급효과에 대한 진지한 논의는 매우 시급하고 중요함과 동시에 매우 의미 있고 가치 있는 일임에 틀림 없다. 그러나 현재 우리나라에서 진행되고 있는 이 부분에 대한 논의는 상당히 파편적이고 간헐적으로 이루어지고 있는 것이 현실이다. 실제로 현실정치영역에서는 벌써부터 이처럼 현재진행형으로 강화 중인 사법부의 권력에 대하여 ‘제왕적 사법부’ 또는 ‘정치의 사법화’라는 표현을 통해 우려와 비판을 쏟아내며 정치공학적인 계산에만 몰두하고 있다. 학계에서도 법학이라는 국한된 영역에서만 이 같은 현상들이 부분적으로 다뤄지고 있을 뿐, 다른 관계 학문 영역에서는 이에 대한 심도 있는 연구가 활발하게 진행되지 못하고 있는 것이 현실이다. 정치학 영역에서는 현재의 사법부 강화라는 현상을 구체적으로 설명하고, 이것이 가져올 미래를 적절하게 설명하는 데 있어서 제 역할을 다하지 못하고 있다.

본 연구는 우리나라 법체계에서 권력통제, 헌법 및 기본권 수호, 정책결정의 핵심역할을 담당하는 사법권력이 강화되는 원인들을 이론적 논의를 통해 성찰하고, 정치학적 차원에서 보다 구체적이고 적절한 학문적인 설명과 예측을 제공하고자 한다. 또한 현실적 영역에서의 대안을 모색하기 위해 미국 사법권력의 발전과정과 우리나라 사례와의 비교연구를 통해 사법권력 강화가 갖는 정치적 동학과 자유민주체제의 안정성에 대해 분석한다.

2. 사법권력 강화에 대한 이론적 논의

1) 사법권력의 특징

우리나라 현행 헌법체제에서 사법권력은 좁은 의미의 사법권과 헌법재판권으로 이원화되어 있다. 좁은 의미의 사법권은 대법원을 정점으로 각급 법원이 법률상의 쟁송을 담당하는 권력을 의미한다. 민사·형사·행정소송 등 일반사법권과 달리 헌법재판권은 헌법이 정하는 특정의 심판 작용을 통하여 헌법의 규범력과 법질서의 입헌주의적 운용을 확보하는 권력을 의미한다. 헌법재판권은 각 나라의 특수한 헌법사와 정치현실에 따라 특수성을 갖고 있는데, 우리나라는 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵의 심판, 정당해산심판, 국가기관 등의 권한쟁의에 관한 심판, 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판으로 헌법이 규정하고 있고, 대법원과 별개의 독립기관인 헌법재판소가 관장한다.

그러나 사법권력이 제도적으로 이원화되어 있다고 하더라도 본질상 양 제도의 유사성 내지 동질성은 분명하다. 기관구성에 있어서의 독립성과 공정성의 철저한 요구, 대심을 기본으로 하는 절차, 규범의 해석 및 적용을 기초로 한 작용, 법적 분쟁과 그에 따른 소송 및 심판의 청구에 따라 권력이 발동되는 소극성 등은 사법권력이 공유하는 특성이자, 또한 입법권과 행정권 등 정치적 속성을 기반으로 하는 국가권력에 대한 통제기관으로서의 성격, 헌법의 규범력을 확보하여 법질서를 유지하는 기능을 가진다는 점에서도 사법권력의 본질적인 기능을 확인할 수 있다. 나아가 사법권력은 법의 해석과 적용과정에서 입법권과 행정권의 정책적 판단에 대하여 법적 한계를 설정함으로써 소극적으로 정책결정에도 관여하게 된다. 적극적인 정책결정기관과는 구별되

지만 정책결정의 향방을 좌우하는 지침을 제공한다는 점에서 정책결정적 측면을 도외시하여서도 안 된다.

이와 같은 이원적 특성을 가지고 있는 사법권력은 권력통제기관, 헌법 및 기본권 수호기관, 정책결정기관으로서의 지위를 가지는 것으로 정리될 수 있다. 특히 좁은 의미의 사법권의 최고법원인 대법원은 최종심의기관이자 최고사법행정기관으로서의 지위를 가진다는 점에서 하급법원에 비하여 그 지위에서 차지하는 중요성이 크다. 또한 헌법재판소도 단심재판기관으로 헌법분쟁의 최종적 해결기관이라는 점에서 그 지위의 막중함을 간과할 수 없다.

2) 사법권력의 제약 요인

이처럼 중요한 사명을 가지고 있는 사법부라 하더라도 과거부터 오늘날까지 줄곧 권력균형 기관으로서의 제 기능을 수행하고 입법부와 행정부와 대등적인 균형 관계를 유지한 것은 아니었다. 전통적인 관점에서 사법부가 행정부와 입법부에 비해 약화되었던 이유는 다음과 같은 5가지 이유에 근거하고 있다(Bickel 1962).

첫째, 사법부는 시민이나 기관 등이 구체적인 사건에 휘말렸을 때, 시민이나 기관이 소송을 하였을 경우에 한하여 사법권을 발동시킬 수 있다. 원고는 단순히 정부의 부당한 행위에 대해서는 소송을 할 수 없고, 정부에 의해 특별하게 부당한 행위를 받았을 경우에만 당사자 적격을 인정받아 소송을 할 수 있는 것이다. 이러한 제한은 사법부가 정치적, 사회적으로 중요한 세력과 연계할 수 있는 사법부의 능력과 기회를 감소시켰다. 이로 인해 사법부의 힘은 입법부나 행정부에 비해 약해지게 된 것이다.

둘째, 사법부는 일반적으로 사회 중요세력과 연대가 금지되어 있기

때문에, 사법부의 판결은 사회 전반에 영향력을 행사하는 것이 아니라 개인의 구제를 위한 제공에 지나지 않았다. 일반적으로 사법부의 판결은 개인의 구제를 위하여 판결을 내리는 것에 불과할 뿐이었다.

셋째, 사법부의 판결은 행정부의 집행기관에 의해 수행되어진다. 즉 사법부는 그들의 판결을 자신의 힘으로 집행할 수 있는 강제력이 결여되어 있는 것이다. 이 때문에 만약 법률을 집행하는 행정부와 집행기관이 사법부의 조력요청에 대해 반대할 경우 사법부는 직접적인 법률 집행을 할 수 있는 수단이 없는 것이다(Lowi, Ginsberg, Shepsle, Ansolabehere 2010, 312-313).

넷째, 사법부의 구성원 중 가운데 최고 법원의 법관들은 의회의 동의절차를 거치고, 대통령에 의해 임명된다. 미국 사법부의 구성원 중 최고 법원들의 법관들은 의회의 동의절차를 거치고, 대통령에 의해 임명된다. 한국의 경우 헌법재판소 9인중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 나머지 3명은 대통령이 임명하고, 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하게 되어있다. 이러한 구조는 권력분립 차원에서 바람직하다고 할 수 있으나, 법원의 구성원에 대한 결정권을 삼권이 나누어 가짐으로써 사법부가 내리는 헌법적 결정과정에 관여할 수 있게 된다.

다섯째, 사법부의 구성원에 대한 규모, 판결의 기본이 되는 법률을 의회에서 변경할 수 있다. 이와 같은 의회의 막강한 권한은 상대적으로 사법부를 약화시키는 역할을 하고 있다. 사법부 판결이 의회가 제정한 법률에 한정될 경우 사법권은 약화될 수밖에 없다(Murphy 1962).

그러나 기존의 사법권력의 제약요인에도 불구하고 자유민주주의 사회에서 합리성과 정당성이라는 본질은 권력균형의 중심에서 벗어나지 않았다. 특히 자유민주주의 사회가 발전할 국가일수록 자유와 평등이 강조될수록 사법권력은 권력 견제를 위한 실질적인 수단이 되어왔다.

3) 자유주의와 공화주의 논쟁을 통한 사법권력의 강화

현대 민주주의에서 ‘인민주권(popular sovereignty)’은 인민들 간의 형식적 평등을 유지하는 속에서 공적인 사안을 신속하게 결정할 수 있는 의사결정방식이라는 이유로 다수결의 원칙으로 표출되고 있다. 그러나 이러한 다수결의 원칙은 토크빌이 지적한 바와 같이 다수의 폭정으로부터 비롯하는 강한 ‘순응주의(conformism)’의 위협과 개인주의 현상이 초래하는 ‘심리적 고립(psychological isolation)’의 위협에 노출되어 있는 것이 사실이다(Tocqueville, 2000). 이러한 토크빌의 두 가지 위협의 근저에는 공통적으로 모든 사람의 도덕적 존엄이 형식적이거나 동등한 것으로 간주된다면, 정치적 결정을 내리는데 있어 다수가 언제나 전능한 힘을 발휘하고, 소수 혹은 개인은 미약하고 무기력할 수밖에 없다는 사실이 자리하고 있다. 다수결의 원칙은 개인들이 자발적으로든 선동에 의해서든 ‘파벌(faction)’로 집결될 경우 나머지 사람들의 자유에 대한 배제 또는 제약으로 나타난다는 점에서 심각한 민주주의의 위기를 초래할 수 있다.

다수결 원칙에 의해 표출되는 무제한적 인민주권으로부터 자기정당성을 획득하는 민주주의를 견제하고 제한하는 방법으로서 고안된 것이 바로 입헌주의이다. 매디슨은 파벌의 발생원인 자체를 제거하거나 그 결과를 조정하고 제어함으로써 토크빌이 지적했던 다수의 폭정 혹은 민주적 독재에 대해 두 가지 처방을 내릴 수가 있다고 역설한 바 있다. 파벌의 원인을 제거하는 것은 처음부터 개인들이 누리는 자유 자체를 제거하거나, 개인들이 가지고 있는 이익이나 열정 등을 동질화 시킴으로써 달성될 수 있다. 그러나 이러한 방식은 현실적으로 작동하기 어렵다. 민주주의 사회에서 파벌의 발생자체를 막을 수 없다면, 그 결과를 제어하자는 것이 매디슨이 내린 결론이다(Hamilton et al. 2003).

입헌주의는 이러한 무제한적인 다수결주의를 제어하는 기제 중의 하나인 것이다.

상위법의 우위를 인정함으로써 공권력을 통제하려는 입헌주의는 적어도 이론적으로는 한 국가에 있어서 가장 상위의 정치적 권위조차도 법의 형태를 통해 제한되어야 한다는 규범적인 이상을 내포하고 있다. 그러나 이러한 관점은 자유민주주의체제 하에서 다수의 의견을 법으로 구속하는 것이 어떻게 정당화될 수 있는가 혹은 인민주권이 자유민주주의 사회에서 왜 스스로의 주권을 제한하고 있는가라는 근본적인 문제에 부딪히게 된다. 민주주의를 옹호하는 입장에서 입헌주의는 불필요한 방해물로 간주되지만 입헌주의를 옹호하는 입장에서 무제한적 민주주의는 위협으로 인지되는 것이다. 이러한 두 시각은 현대 민주주의체제에서 입헌주의와 자유민주주의가 융합될 수 없는 이질적인 사상체계를 바탕으로 존재하는 것이 아니라 입헌주의가 민주주의를 적절한 범위 내에서 지도하고 증진시키기 위해 필수적이라는 견해로 발전되어 왔다(Ackerman 1991).

입헌주의가 민주주의에서 발생하는 무제한적 다수결주의에 대한 견제를 통한 정치사회의 안정성 도모라는 다소 소극적 차원에서의 역할을 강조하고 있다면, 헌법을 통한 자유의 현실적 제한이 경우에 따라서 더 큰 자유를 낳는 원천으로 작용할 수 있다는 주장은 입헌주의의 보다 적극적인 역할을 강조하고 있다. 롤스가 ‘판단의 부담(burden of judgement)’이라고 정의한 바와 같이, 개인의 선택과 판단은 상황에 따라 가변적이기 때문에 충분히 합리적인 사회의 구성원들이 자유로운 토론을 벌인다고 할지라도 동일한 결론을 얻기는 어렵다(Rawls 1993). 개인이 이러한 판단의 부담을 인지하지 않는 이상, 그 어떠한 정치적 사안에 대해서도 결정을 내리지 못하는 경우가 생길 수가 있다. 결국 정치사회가 어떻게 운영되어야 하는지에 대한 지속적이고 근거 있는

정치적 합의의 기초조차 없다면 그 사회는 무정부상태에 머물러 있을 수밖에 없는 것이다. 이러한 관점에서 입헌질서는 사회적 신뢰를 최소한으로 보장함으로써 모든 사람이 동일한 규범과 유형을 예외 없이 따르리라는 예측가능성을 높이고, 집단행동이 부과하는 비용이 각 개인에게 예외 없이 균등하게 돌아오리라는 최소기대치를 높이는 역할을 수행할 수 있다.

따라서 헌법이 인민의지의 결집을 반영함으로써 국가전체의 운영에 대한 청사진을 그리는 특수한 지위를 지닌다는 것을 전제한다면, 입헌주의는 민주주의를 거슬리는 것이 아니라 오히려 민주주의를 보완하고 증진시킨다는 논의가 가능할 것이다. 물론 한국처럼 민주정치가 필연적으로 수반하는 다양한 가치들 간의 불일치가 더 이상 의회 내에서의 균형과 타협 등의 정치적 수단을 통해 해결되지 못하는 현실에서는, 법치가 보수적 양당의 정치적 목적 달성을 위해서 자의적으로 동원되기도 한다(박명립 2005, 267-268). 또한 한국의 현행제도 하에서 대중에 대한 헌법재판소의 책임성과 민주적 통제가 사실상 불가능한 가운데, 헌법이 정부의 정책이나 의회의 결정을 일거에 무력화시킬 수 있는 권한과 권력을 보유하고 있는 ‘제왕적 사법부’를 제도적으로 탄생시키는 것(최장집 2005, 56-65)이 아닌가 하는 우려도 가능하다. 그러나 정치의 사법화 현상은 민주주의와 입헌주의 간의 건전한 상호갈등으로 간주되거나(Maravall and Przeworski 2003, 264-270), 역사적 맥락에서 해석해야 할 것이라는 견해(박찬표 2006, 89)를 따른다면 자연스러운 권력의 균형 과정의 일부로 이해될 수 있을 것이다.

한편 입헌주의가 민주주의를 신장시킨다는 견해를 인정한다고 하더라도 과거의 의지가 민주적으로 결집된 시민들의 현재의 의지를 통제하는 것이 정당한지에 대한 문제는 여전히 존재한다.¹⁾ 이러한 입헌적 민주주의를 주장하는 입장은 다시 두 부류로 정리할 수 있다. 먼저 사

실적 제정권자로부터 권위를 부여받은 헌법이 세대를 초월해서 효력을 발휘하는 경우, ‘사법부의 우위(judicial supremacy)’를 야기한다는 점에서 권력분립의 원칙에도 어긋날 뿐만 아니라 결과적으로 인민주권을 침해한다는 견해이다. 이러한 주장은 미국연방헌법 제정 당시 사법심사제도에 반대했던 제퍼슨의 견해에서 가장 뚜렷하게 드러난다. 즉 헌법이 세대를 뛰어넘는 효력을 발휘하게 되었을 때, ‘견제와 균형(check and balance)’에 입각한 권력분립의 원칙은 사실상 사법부의 우위로 귀결되는 것이고, 궁극적으로 민주주의 통치 질서가 와해된다는 것이다(Jefferson, 1984). 제퍼슨의 주장과는 약간의 차별성을 가지고 있기는 하지만 하버마스도 유사한 입장을 펼친 바 있다. 하버마스는 개인이 지니는 권리의 불가침성을 경성헌법을 통해 각인 시킬 경우, 결과적으로 사적 자율성으로의 침잠을 발생시킨다는 점에서 민주주의가 요구하는 참여지향적인 공적 자율성을 좀먹는다고 주장한다. 이에 하버마스는 ‘민주적 자기입법(democratic self-legislation)’이라는 이상을 통해서 시민들이 헌법을 이미 완성된 기획이 아니라 언제나 지속되는 기획으로 볼 것을 요구하고 있다(Habermas, 1998). 시대와 상황을 달리 하지만 제퍼슨이나 급진적 민주주의자들은 모두 현세대의 참여적 민주주의적 주권에 최고의 우선성을 부여한다는 점에서 공통점을 보이고 있다. 즉 헌법에 정당성을 부여한다는 것은 사실적 제정권자에 의해 헌법이 민주적으로 성립되었다는 것이고, 그 권위가 영향을 미치는 범위는 오로지 그 세대에만 국한된다는 논리이다.

다른 한편 입헌적 민주주의를 기반으로 하지만 헌법의 민주적 정당을 주장하는 견해도 존재하는데, 이러한 주장은 현재의지를 구속하는

1) 이와 관련해 미켈만은 법적으로 옳은 것은 오로지 인민들이 법을 스스로 만들었다는 사실에 의해 좌우된다는 관점에서 ‘입헌적 민주주의(constitutional populism)’를 주장한 바 있다(Michelman, 1998).

과거의지의 권위를 동의의 관점에서 설명하고 있다. 제퍼슨이나 급진적 민주주의자들의 주장에 의하면 한 세대를 넘어서 헌법을 유지하고 있는 국가들은 모두 비민주주의적인 제도를 유지하고 있는 것이 된다. 이러한 극단적 결론에서 벗어나기 위해서는 민주주의와 입헌주의의 일관성을 유지하는 가운데 헌법의 권위가 세대를 넘어서 유효하다는 가정이 필요하다. 버크의 ‘암묵적 동의(tacit consent)’에 기초한 주장은 이러한 가정을 뒷받침하는 논거로 사용되어 왔다. 버크는 개인들이 자신이 처한 특정한 ‘사회적 조직(social fabric)’ 속에서만 실질적인 권리를 구현할 수 있다는 점에서 존재론적으로 사회로부터 분리될 수 없다고 주장한다(Burke 1999). 입헌주의에서 이러한 주장이 지니는 의미는 개인이 자신이 처한 역사적, 사회적 전통에 대한 승인을 통해 지식을 축적하고 점진적인 진보를 이룩할 수 있다는 점에서 고래의 헌정 질서에 대한 자발적인 수용으로 이어진다는 주장을 내포하고 있다는 것이다. 애커맨 역시 버크와 약간의 차이는 있지만 유사한 주장을 펴고 있다. 그에 따르면 헌법적 정당성은 역사주의적 관점에서 세대 간의 단절이 아닌 세대 간의 대화를 통해 확보된다(Ackerman 1991). 애커맨의 주장 속에는 입헌적 정치는 매세대마다 항시적으로 발생하는 것이 아니라 역사적으로 특수한 상황 속에서 드물게 발생한다는 전제가 깔려 있다. 여기서 한 세대는 전 세대와 동일한 역사와 경험을 공유하는 연속적인 인민으로서의 정체성을 통해 과거에 제정된 헌법을 승인하는 것이다.

입헌적 민주주의는 절차적 권위에 강조점을 둔 나머지 입헌주의가 민주주의에 실질적으로 기여하는 바가 무엇인지에 대해서 간과하고 있다는 한계를 가진다. 입헌적 민주주의의 논리적 기반이 되는 민주적 주권이라는 개념은 두 가지 부정적인 결과를 수반하게 된다. 먼저 인민주권은 어떤 실질적인 내용 혹은 규범적 이상을 담고 있다기보다는

단지 정부의 형태를 구성하는 방식으로서의 형식적 의미로 받아들여질 수 있다는 것이다. 이러한 의미에서 민주주의는 다수결주의와 등치하게 되며, 만장일치가 현실적으로 불가능한 상황에서 제정권자의 권위를 세우고 판별하는 방법은 다수결에 의지할 수밖에 없다. 다음으로 헌법의 정당성을 고려하는데 있어서 헌법이 담고 있는 내용에 대한 판단의 문제가 간과될 수 있다는 것이다. 헌법이 인민의 현재 의지의 반영이든 과거 제헌에 대한 암묵적 승인이든 입헌적 민주주의에서는 스스로 제정한 법에 의해 스스로 구속받는 것이 정당하다는 형식적인 인민주권의 원칙이 실질적인 내용에 대한 정당성의 문제에 우선할 수밖에 없다.

자유주의적 입헌주의에서는 사실적인 정당성의 차원을 넘어서 민주주의를 보호하기 위한 실질적인 이상으로서의 헌법의 역할에 주목하고 있다(Michelman 1998). 여기에서 절차적 의미에서 다수결주의로서의 민주주의가 아닌 보다 실질적인 개념이 채택된다. 프리먼에 의하면 민주주의는 단지 일인일표라는 형식적 개념으로서 입법의 방법이나 정부의 형태를 규정하는 것이 아니라, 본질적으로 모든 시민의 평등한 자유 및 존엄에 기반한 실질적 주권의 형태로 규정된다(Freeman 1992). 이러한 맥락에서 구트먼은 민주주의의 정치과정은 이러한 실질적 주권이 보장될 때 지속될 수 있다고 주장한다. 다시 말해서 다수결을 승인하는 도덕적 근거는 바로 평등한 시민이 누리는 정치적 자유의 중요성에서 유래하는 것이지 다수결 자체가 더 민주적인 방법이기 때문은 아니라는 것이다(Gutmann 2003).

자유주의적 입헌주의의 관점에서 볼 때, 헌법은 단지 법률을 제정하고 적용하는 절차만을 규정하는 것이 아니라, 공적이나 사적인 단체로부터 시민들의 민주적 주권이 침해받는 것을 방지하기 위해 정부의 일상적 정치과정을 조정하고 제한하는 도구로서의 역할을 수행하는

것으로 간주된다. 사법부의 정치화, 정치의 사법화 현상, 즉 헌법재판소의 위상의 비정상적인 강화와 과도한 정치적 영역에서의 활동은 민주적 책임성의 결여와 의회의 실패라는 측면에서 인민주권을 근본으로 하는 민주주의체제에서 심대한 문제를 발생시킬 수 있는 것이 사실이다. 그러나 사법부의 정치화에 대한 기존의 부정적인 시각들은 법 앞의 평등이라는 법의 정신의 틀 안에서 사법부를 독립적이고, 균형적인 정치권력으로 인정하는 것이 아니라 수동적인 견제 기관으로서 인식함으로써 비롯된 것이라 할 수 있다. 정치의 사법화, 사법부의 정치화는 민주주의와 입헌주의의 갈등에 대한 인식의 차이로 발생할 수 있는 사안으로서, 그동안 일반적으로 인식되어온 사법부의 정치적 중립성 또는 입법부와 행정부를 견제하는 수단이라는 인식의 한계를 넘어설 필요가 있다. 다시 말해서 사법부의 권력의 강화가 실질적인 권력 분립을 유지하고, 실현할 수 있는 중요한 하나의 방안이라는 사고의 유연성과 적극성이 필요하다.

현실정치에서 입법부와 행정부의 권한 관계에 심각한 불균형 현상이 나타나고 있고(Sargentich 1987, 442), 권력분립의 자정 능력은 현실적으로 기대하기 어렵다고 인정한다면, 기존의 권력분립에 대한 개념 정의를 새롭게 해석하고, 이 새로운 이해를 기반으로 권력분립 원칙을 추구해야 할 것이다. 사법권력의 강화는 자유민주주의 사회의 근간인 권력분립의 원리를 파기하는 것이 아니라 균형과 조화를 통해 자유주의 체제를 뒷받침 한다는 인식의 전환이 필요하다. 아래에서는 이러한 인식을 바탕으로 미국과 한국의 사법권력 확대의 의미를 조명한다.

3. 미국 사법권력 강화의 역사적 과정

1) 위헌법률심사제의 확립

법률이 그 상위규범인 헌법에 위반되는지 여부를 사법부 내지 특별한 재판기관이 심사하여, 헌법에 위배된다고 판단하는 경우 그 효력을 상실케 하거나 그 법률의 적용을 거부하기 위하여 위헌법률심사제가 존재한다(김철수 2004, 144). 건국 초창기 미국인들은 압제적으로 보였던 영국 의회의 입법 만능주의를 강력히 비판했고, 개인의 천부인권을 침해한 혁명기의 주입법의 문제점을 고려해 입법권은 제약되어야 한다고 생각하게 되었다. 이러한 입법권 불신의 정치적 이데올로기는 자연법과 상위법(higher law) 우위 사상에 근거한 사법심사제도의 탄생으로 이어졌다. 미국 초기 필라델피아 제헌의회에서 참석자들은 대부분 법원이 사법심사의 권한을 갖도록 하려 했다. 해밀턴은 연방주의자 논집에서 의회의 권한남용을 방지하기 위해 법원을 조직함에 있어서 법원이 인민과 의회 간의 중재역할을 수행하도록 하는 것이 합리적이라고 판단했다(Hamilton et al. 1981, 229). 즉 사법심사의 원칙은 사법부가 입법부와 행정부의 권한을 견제하려는 목적을 가지고 있었으며, 사법우월주의를 의미하는 것은 아니었다(Wills 1981, 127-137).

미국의 사법심사제에서 위헌법률심사권은 국가의 모든 일반 법원에게 귀속된다. 여기에서는 우리나라 헌법재판소와 같이 위헌법률심사를 비롯한 헌법재판권만을 전문적으로 행사하는 독립적인 헌법재판 기구는 존재하지 않으며 연방법원과 주법원이 모두 위헌법률심사권을 갖는다. 나아가 미국에서의 헌법재판은 행정재판이나 상사재판과 같은 일반재판과 구별되는 특수한 지위를 갖지 않는다. 따라서 모든 법원은 재판의 종류와 관계없이 모든 재판에 동일한 소송절차를 적용하

여 사건을 심판한다. 결국 미국 사법심사에서는 특정한 사건을 헌법문제와 관련된 사건으로 범주화하는 것은 원칙적으로 인정되지 않는다(Jackson and Tushnet 1999, 461)

미국의 위헌법률심사권은 일반법원의 통상적 권한에 해당되기 때문에 반드시 소송이 전제된 경우에 한하여 위헌법률심사가 이루어졌다. 따라서 법원은 연방헌법 제3조상의 사건성 또는 분쟁성 요건이 적법하게 충족된 경우에 한하여 법률에 대한 위헌여부를 결정할 수 있다. 이로 인해 미국의 사법심사에서는 소위 추상적 ‘규범통제(abstract review)’가 원칙적으로 부인된다(Stone et al. 1995, 88). 이러한 제도는 특히 주권적 국민 의사의 절대성을 신봉하는 세력으로부터 끊임없는 비판을 받았지만 법원 스스로 이러한 비판을 수용해 제도를 운영함으로써 법원의 위헌심사권은 오히려 국민의 신뢰를 받을 수 있었다. 바로 이러한 국민의 신뢰야말로 미국의 사법심사제도가 오늘날과 같이 성장하는데 있어 가장 큰 버팀목 구실을 해 온 것이다.

미국식 사법심사에서의 법률에 대한 위헌결정의 효력은 당해 사건으로 제한된다. 다시 말해 법률의 위헌여부에 대한 법원의 결정은 그 효력이 당해 사건의 당사자로 제한된다. 그러나 위헌결정의 일반적 효력이 제한된다는 위와 같은 한계는 미국법이 인정하고 있는 ‘선례구속의 원칙(principle of stare decisis)’으로 인해 상당부분 극복되고 있으며, 그 결과 연방대법원의 헌법해석은 사실상 모든 하급법원을 구속하고 있다.²⁾ 결국 미국에서의 선례구속의 원칙은 위헌법률심사의 일반적 효력을 확보하고 헌법해석의 전체적 통일성을 보장하는 법원칙으로 기능하고 있다.

2) 미국에서 연방대법원이 최종적으로 헌법해석권자로 자리매김한 것은 1803년의 *Marbury* 사건(Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803))과 *Martin* 사건(Martin v. Hunter's Lessee, 14 U.S. 304 (1816))이 계기가 되었다.

2) 사법적극주의의 확대

사법심사가 인정된 이후에 미국에서는 학계와 법조계를 중심으로 사법심사와 관련된 여러 가지 어려운 문제가 제기되었다. 사법부라는 반다수주의적 기관이 미국의 공공정책을 형성함에 있어서 어느 정도의 역할을 해야 하는지, 또 연방과 주의 다른 국가기관의 판단을 사법부의 판단 대체할 수 있는 범위는 어디까지며, 그 빈도는 어느 정도가 적절한지 등에 대해 치열한 고민을 거듭해왔다.

사법심사의 이러한 근본적인 의문들은 2000년 12월 12일 Bush 판결 (Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000))이 내려지자 연방대법원 및 학계를 넘어 전국적으로 크게 증폭되었다. 연방대법원은 이 판결에서 익명의 다수 의견을 통하여 플로리다주 대법원이 내린 수작업 재개표명령은 연방헌법에 위반되며 따라서 논란이 되는 투표용지에 대한 어떠한 재개표도 더 이상 허용될 수 없다고 판시하였다. 린퀘스트, 브레이어, 케네디, 오코너, 스칼리아, 소터, 토마스 등 7인의 대법관은 플로리다주 대법원이 특별한 기준 없이 주 일부지역에서의 소위 불완전투표용지에 대해 수작업재개표를 명령한 것은 수정헌법 제14조 평등보호조항에 위반된다는 데에 의견을 같이 하였다. 그러나 7인의 대법관은 이러한 헌법침해상태를 회복하기 위한 방안에 대해서는 견해를 달리하여 재개표의 즉각적인 중단을 명한 익명의 다수의견에는 브레이어, 소터 대법관을 제외한 5인의 대법관만이 가담하였다. 즉 다수의견은 플로리다주 선거법상 대통령선거인단 확정시한이 12월 12일까지라는 점에서 이때까지 종료되지 못할 것이 분명한 재개표는 즉각 중단하여야 한다고 판단한 반면, 브레이어, 소터 대법관은 대통령선거인단이 소집되는 시기인 12월 18일까지 재개표가 허용되어야 한다고 보았다. 결국 이 판결로 인해 당시 공화당 대통령 후보였던 조지 W. 부시는 사실상 대

통령당선을 확정지을 수 있었다(강승식 2004, 583).

Bush 판결이 내려지자 연방대법원 내·부에서는 이 판결의 문제점을 지적함과 동시에 나아가 연방대법원의 존립근거 자체에 대해 근본적인 의문을 제기하는 비판이 쏟아졌다. 먼저 연방대법원에서는 반대의견을 제출한 스티븐스 대법관이 “올해 대통령선거의 승자가 누구인지는 확인할 수 없어도 패자가 누구인지는 너무나도 명백해졌다. 불편 부당한 법률의 수호자인 법관에 대한 국가적 신뢰인가”(Bush v. Gore, 531 U.S. at 128)라고 하여 다수의견을 꼬집었고, 브레이어 대법관 역시 반대의견을 통하여 연방대법원이 극단적인 정치적 문제에 대해 판단함으로써 스스로에게 치명적인 상처를 입혔고 이것은 결국 단순히 연방대법원만이 아닌 국가전체에 대해 악영향을 미칠 것이라고 주장하였다. 나아가 그는 이 사건에서 연방대법원은 “연방대법원에서 행하는 가장 중요한 일은 아무 것도 하지 않는 것이다”라는 브랜다이스 대법관의 논리에 따라 사법소극주의적 자세를 취했어야 함에도 불구하고 사법적극주의의 죄악을 범하고 말았다고 했다(Bush v. Gore, 531 U.S. at 157-158). 다음으로 학계에서는 이 판결에서 연방대법원은 정의를 희화했다거나 법 논리를 버리고 정치논리를 따라갔다는 비판, 또 이 판결은 법정모독죄에 해당된다거나 심지어 이 판결을 통하여 연방대법원은 자살을 감행하고 말았다는 비판까지 제기되었다(Doinne and Kriston 2001).

Bush 판결을 계기로 미국의 학계와 법조계에서는 오늘날까지 연방사법부의 목적과 기능 그리고 그 적절한 역할에 대해 여러 가지 논의를 활발하게 전개되고 있다. 그러나 이 모든 논의는 결국 사법심사의 가장 본질적인 문제라고 할 수 있는 사법적극주의와 사법소극주의의 대립으로 귀결되었다.

먼저 사법적극주의를 주장하는 입장에서는 연방주의자 논집 제78호

중 사법부는 의회의 위헌적인 권한행사로부터 인민의 권리침해를 방지하기 위하여 인민과 의회 간의 중재기구로 고안된 것이라는 부분을 강조한다. 따라서 사법적극주의 입장에서는 사법부를 의회의 위헌적인 권한행사로부터 국민을 보호하는 일종의 안전장치로 보게 되며, 이러한 관점에 입각해 사법적극주의의 정당성을 단순한 양적 다수결원칙이 아닌 질적 다수결원칙을 제고해야 한다는 점에서 찾고 있다.

사법적극주의자들은 헌법 그 자체가 의회에 만능을 부여하고 있지는 않으며, 상원은 그 구성이 결코 민주적이지 못하다고 주장한다. 또한 법관이 국민을 대변하는 것은 아니라는 사실을 지적한다. 하지만 의회나 행정부 역시 언제나 진정한 민의를 대변하는 것은 아니기 때문에 사법과정도 민주적 가치의 보존과 증진에 기여해야한다고 주장한다(이상돈 1983, 27).

현대 사회의 다양한 법적 분쟁에 관해 연방대법원의 역할은 국가적 사회윤리의 최종적 조정자이자, 헌법상 명시되어 있는 문구를 독자적으로 정의하고 공익을 명확하게 밝힌다는 측면에서 국민적 지지를 받고 있다. 나아가 사법부는 헌법문언에 근거가 없더라도 과거로부터 발전되어온 일정한 사회적 가치에 기반을 둔 법적 판단은 국민들의 윤리의식을 고취, 발전시키는데 중요한 역할을 한다는 평가가 등장하고 있다. 표현의 자유나 평등권과 같은 기본권이 침해된 사건에서 연방대법원이 근래에 위헌으로 결정한 국가행위는 과거에 헌법문언에 위반되는 것을 이유로 위헌으로 결정된 국가행위와는 근본적으로 성격을 달리한다. 그것은 헌법문언을 위반하였기 때문이 아니라 해당 사건에서 법관이 정의한 공익에 위배되었기 위헌으로 간주되는 것이다.

이러한 입장은 그동안 권력균형의 기관으로서 실질적으로 드러나지 않고 있던 사법부의 권한을 균형 있게 만들고, 최소한 연방대법원은 국민들에게 기존의 윤리를 재평가하고 더욱 고차원적인 윤리를 개발

할 기회를 부여하는 대신에, 오늘날의 사회 정의와 가치를 판단하는 최후의 보루가 되기를 기대하는 국민적 정서를 담고 있는 것이다.

3) 적법절차의 확립

미국의 사법권력 강화는 적법절차 문제에서도 살펴볼 수 있다. 미국 헌법상 적법절차원리에 관한 규정은 수정헌법 제5조와 제14조에 규정되어 있는데, 수정헌법 제14조 제1항 둘째 문단에서는 “어떠한 주도 적법절차가 아니고서는 어떠한 사람에게서도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며…”라고 규정되어 있다. 수정헌법 제14조는 매우 간결하게 규정되어 있지만 이 조항의 적용 범위는 광범위하다.

수정헌법 제14조 적법절차조항의 기본적 내용은 그것이 보호하는 권리를 기준으로 분류할 수 있다. 첫째, 편입형 적법절차와 비편입형 적법절차이다. 먼저 편입형 적법절차라 함은 권리장전에서 보장하고 있는 권리가 적법절차조항으로 편입된 경우를 말한다. 이 경우에 적법절차조항은 여기에 편입된 권리장전의 권리를 뜻한다. 편입형 적법절차의 이론적 의의는 권리장전이 적법절차조항을 통해 주에 확대 적용된다는 점에서 찾을 수 있다. 다음으로 비편입형 적법절차는 적법절차조항 자체에서 일정한 권리가 도출되는 경우를 말한다. 비편입형 적법절차의 이론적 근거는 적법절차조항에서의 자유는 결코 권리장전에서 보장하고 있는 권리에 제한되지 않는다는 점에서 찾을 수 있다 (Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 847 (1992)). 이에 따른다면 비편입형 적법절차는 독자적 개념으로서의 권리나 절차를 의미한다 (Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 542 (1961)). 둘째, 실체적 적법절차와 절차적 적법절차이다. 이것은 비편입형 적법절차를 세분화한 것이다. 끝으로 실체적 적법절차는 다시 경제적 권리와 사생활에 관한 권리로

나누어진다.

수정헌법 제5조 역시 적법절차를 규정하여 적법절차에 따르지 않은 생명, 자유, 재산의 박탈을 금지하고 있다. 다만 이 조항은 수정헌법 제14조와는 달리 연방정부에 적용된다. 따라서 여기서는 편입형 적법절차가 문제될 여지가 없다. 왜냐하면 수정헌법 제5조 자체가 이미 권리장전의 일부를 이루고 있기 때문이다. 그러나 실체적 적법절차나 절차적 적법절차에 관한 한 수정헌법 제5조 적법절차조항과 수정헌법 제14조 적법절차조항은 구별되지 않는다.

역사적인 관점에서 실체적 적법절차는 제1기 실체적 적법절차와 제2기 실체적 적법절차로 구분할 수 있다. 1880년대부터 1930년대까지의 제1기 실체적 적법절차에서는 주로 경제적 권리들이 적법절차조항에서 도출된 반면, 제2기 실체적 적법절차에서는 개인의 내면적 권리들이 도출되었다. 제2기 실체적 적법절차는 1960년대부터 시작되어 현재까지 진행되고 있다. 이 시기에 연방대법원은 결혼, 출산, 가족관계, 성, 사망과 같은 개인적인 문제에 관심을 갖고, 이러한 영역에 대한 정부의 규제를 날카롭게 감시해왔다. 따라서 적법절차조항은 실체적인 의미의 개인적 권리들을 보호하기 위한 헌법적 근거로 기능해왔다. 물론 이러한 권리들은 정부가 개인의 본질적인 자치 영역을 침해하지 못하게 하는 역할도 담당했다.

미국 헌법상 절차적 적법절차는 실체적 적법절차와 더불어 비편입형 적법절차의 일부를 이루고 있다. 절차적 적법절차에서 분석의 초점은 특정한 국가행위가 절차적 합리성과 공정성에 입각했는지 여부에 맞춰진다. 따라서 특정한 국가행위가 절차적 합리성과 공정성을 갖추고 있다면 이러한 국가행위는 적법절차의 관점에서 합헌적인 국가행위로 인정된다. 여기서 유의할 점은 절차적 적법절차에서 문제되는 국가행위는 특정인의 생명, 자유, 재산을 침해하는 국가행위로 제한된다

는 것이다. 따라서 절차적 적법절차에 위배되는 국가행위로 인정되면 다음과 같은 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 특정인에 대한 개별적인 국가행위이어야 한다. 둘째, 이러한 국가행위가 권리를 제한하거나 복지 혜택을 부인함으로써 특정인의 생명, 자유, 재산을 침해하여야 한다. 예컨대 주정부기관인 근로자재해보상위원회가 재해 보상금 수혜 자격에 관한 일반적인 규칙을 제정하였다면 이러한 규칙 제정은 절차적 적법절차의 대상으로 인정되지 않는다. 반면 위원회가 재해 보상금 수혜 자격을 특정 근로자에게 적용하여 보상금 지급을 중단하였다면 이것은 개별적인 국가행위로서 절차적 적법절차의 대상이 된다.

총래의 절차적 적법절차에 관한 연방대법원 판례들 중 가장 대표적인 판결은 1970년 *Goldberg* 판결(*Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970))이다. 1968년 3월 뉴욕주의 복지기관은 벨레즈라는 여성에 대해 남편과 동거하고 있다는 이유로 생활보호 지원금 지급을 중단하였다. 이에 벨레즈와 다른 뉴욕주 생활보호 지원금 수혜자들은 주의 생활보호 지원금 중단 절차의 절차적 적정성에 대한 소를 제기하였다. 그 논거로 지급을 중단한 후에 청문 절차를 거치도록 한 현행 절차는 벨레즈와 같은 생활보호 지원금 수혜자들의 재산권을 침해하는 것이라는 점을 들었다. 구체적으로 현행 절차는 무자격자에 대한 지원금 지급을 중단하고 실제 열리는 청문 절차의 횟수를 줄임으로써 국가의 재정적, 행정적 자원을 절약하는 역할을 한다고 하였다. 즉 현행 절차는 매우 중대한 공익으로 정당화된다는 주장이었다. 연방대법원은 먼저 생활보호 지원금 지급이 중단이 재산권 침해에 해당되는지 여부를 검토한 후, “사회복지 혜택은 그것을 받을 자격이 있는 자에게 부여되는 실정법상 권리이다(.....) 공적 부조 차원에서 이루어지는 혜택은 단순한 국가의 시혜가 아닌 권리라는 관점에서 접근되어야 한다”(Goldberg v.

Kelly, 397 U.S. 254 at 262)며 생활보호 지원금의 수령은 재산권에 해당된다고 판시하였다.

연방대법원은 또한 이러한 판결에 의거해 주정부의 생활보호 지원금 중단 절차의 절차적 적정성에 대해 심판하였다. 먼저 일반적으로 절차적 적법절차의 본질적인 요건은 적절한 시기와 방법을 통해 청문의 기회가 부여되는 것이며, 청문 절차에서 상대방의 상황과 입장이 최대한 반영되어야 한다고 판시하였다(Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 at 263). 더욱이 이 사건에서 당사자가 경제적 약자에 해당되는 생활보호 지원금 수혜자들이었다는 점을 감안한다면, 생활보호 지원금 지급 중단 절차에는 보다 강화된 절차적 보호 장치가 마련되어야 한다고 판시함으로써 지급을 중단하기 전에 청문 절차를 거쳐야 한다는 수혜자들의 주장을 받아들였다. 결국 연방대법원은 사회복지가 수혜자들에게 갖는 중요성 및 사회복지 혜택의 중단이 수혜자들에게 미치는 해악은 ‘국가의 재정적, 행정적 자원의 절약’이라는 공익보다 우선적으로 고려되어야 한다고 판시하였다(Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 at 263-264). 이 판결은 절차적 적법절차의 법리적 토대를 마련하였을 뿐 아니라 절차적 적법절차가 개인의 일상생활에 얼마나 큰 영향을 미치는지를 보여준다.

4) 배심원제의 채택

미국에서는 18세기에 사형과 신체형이 범죄억지의 효과에 대한 회의 등을 이유로 여론의 지지를 점차 잃었고, 일부 형법개혁가들에 의해 수정헌법 제8조의 ‘잔인하고 이상한 형벌(cruel and unusual punishment)의 금지규정’에 반하는 형벌이라는 비판을 받게 되었다. 그 결과 18세기 후반 이후에 사형으로 처벌될 수 있는 중죄 종류 및 수가

대폭 축소되고, 자유형이 이제 더 이상 사형으로 처벌되지 않는 중죄들에 대한 형벌로 등장하였다(Hanes et al. 2005, 95). 여기서 이들 중죄 혐의에 대해 유죄판결을 받은 피고인에 대한 형벌로서 자유형의 형기를 누가 결정한 것인지의 문제 발생하고, 이 문제와 관련하여 펜실베이니아주는 1786년에 중노동형이 병과되는 자유형을 중죄에 대한 주요 형벌로 하면서 그 구체적인 형기의 결정권을 판사에게 부여하는 판사양형제를 가장 먼저 채택하였다(King 2003, 955-958).

이와 달리 소수의 주들은 배심양형제를 채택하였는데, 그 선구자는 버지니아주였다. 이미 1776년 일부 경죄사건에 국한하여 배심원들이 피고인의 유·무죄 여부를 판정하고 그 결론이 유죄인 경우에는 이어서 피고인에게 과할 형벌까지 정하는 제도를 채택한 버지니아주는 1796년에 배심양형제를 배심재판의 모든 대상사건으로 확대시켰다(Lillquist 2004, 644). 당시 1796년에 채택된 배심양형제의 모태는 제퍼슨이 발의한 법안이었는데, 제퍼슨은 1799년 유죄가 인정되는 추가의 심리 없이 특정한 형벌이 필요적으로 과해지는 것이 아니라 일정한 범위 중에서 구체적인 형벌을 과하기 위한 양형심리를 거쳐야 하는 범죄의 경우에 그 양형권을 배심원단에게 부여하는 법안을 주의회에 제출하였다.

그러나 제퍼슨의 법안은 배심양형제를 채택하고 있다는 점이 아니라, 범죄에 대한 여론의 반감에도 불구하고 그에 대한 처벌이 너무 관대하는 점, 여전히 가혹한 신체형을 규정하고 있다는 점, 카운티에서의 치안판사의 사법권을 제한한다는 점 등을 주요 원인으로 하여 1786년에 의회에서 부결되었다. 이후 1796년 테일러가 또 다시 배심양형제를 채택하는 법안을 발의하였다. 테일러의 법안은 이전의 제퍼슨의 법안상의 문제점들을 상당부분 개선하였고, 그 결과로 법안을 발의했던 그 해 말에 의회에서 통과되었다(King 2003, 952-963). 그리하

여 버지니아주에서는 입법에 의해 당해 범죄에 대한 구체적인 형벌이 일정한 범위 중에서 선택되도록 되어 있는 경우에 그 구체적인 형벌은 판사가 아니라 배심원들이 판정하게 되었다. 1798년에는 버지니아주에 이어서 켄터키주가 배심양형제를 채택하였고, 그 후 사형사건 외의 형사사건에서 배심양형제를 채택한 주의 수는 점차 증가하여 19세기 후반에는 11개, 20세기 초반에는 14개에 달했다(Iontcheva 2003, 317-319).

배심원의 양형 참여는 대립하는 규범들과 가치들 사이에서의 도덕적 판단의 비교형량을 요하는 형법적 사안들에 대해 실질적인 최선의 해결방법이 되기 때문에 자유민주주의의 가치를 향상시킬 수 있다. 아울러 배심원의 양형 참여에 대한 옹호적인 시각은 아직까지 어떠한 형벌이념 혹은 형벌목적도 유일하거나 절대적인 것으로 공인받지 못하는 상황에서 실제의 양형단계에서 다양한 이념과 목적에 대한 논의를 전개하고 실제화 하는데 있어 재판과 판결의 정당성을 강화하고 있다. 나아가 일반 시민들은 양형절차나 구체적인 개별범죄들에 대해 과해질 수 있는 형벌에 대해 잘 알지 못하지만, 그럼에도 양형에의 참가를 통해 자유민주주의 의식의 범주 내에서 존재하고 있음을 보여주는 교육적 효과를 증대시키고 있다.

물론 배심원단의 양형 평결의 균일성 내지는 공정성 여부에 대한 적절한 가이드라인과 선례를 통해 개선해야 하고, 배심원들 간의 타협에 의한 양형 평결과 비용 부담의 문제 등 선결되어야 할 문제에도 불구하고, 결정의 기속력을 인정하는 것은 사법권력에 대한 국민 참여를 확대함으로써 사법권력에 대한 정당성과 합리성을 높이는 계기를 마련하기 위함이다. 따라서 사법권력의 강화가 사법부의 결정에 따른 일원론적인 강화 계기만이 아닌 국민과의 교류와 참여를 통해 실질적인 강화의 계기를 마련하는 미국의 사례는 많은 시사점을 제공하고 있다.

5. 민주화 이후 한국 사법권력의 강화

1) 위헌법률심사제의 확립

우리나라의 위헌법률심사제는 제헌헌법 이후 1960년 헌법에서 시작하여 제9차 개헌 과정까지 부침을 거듭해 오고 있다. 제헌헌법에서 비상설특별기관으로서의 헌법위원회는 법률 심사를 담당하며 사후적·구체적 규범통제를 실시했으나, 위헌법률심사 권한은 주어지지 못했다. 5.16 군사정변을 통해 헌법기관의 이상이 무너지고 난 뒤 1962년 규범통제의 법률심사권이 일반 법원에 부여되고, 1972년에서야 드디어 독립기관으로서의 위헌법률심사권이 부여되었다. 그러나 독재정권 하에서 실질적인 위헌법률심사는 진행되지 못했다.

6월 항쟁 이후 우리 헌정사에서 여야 대표간의 정치회담을 통해 1987년에 탄생한 제6공화국 헌법은 국민의 기본권을 최대한 보장하는 자유민주주의 정치이상을 실현하는 것을 지상목표로 하여, 이를 위한 제도적 장치로 헌법재판소제도를 도입하였다. 헌법재판소제도의 도입은 헌법의 틀 속에서 삼권분립의 권력구조를 실현하기 위한 사법부의 권력 강화이자 최종적인 절차로서 확립하게 되었고, 위헌법률심사권한은 비로소 자리매김하게 되었다. 연방주의가 작용했던 미국의 경우와 달리, 우리나라의 위헌법률심사권한을 포함하여 헌법재판권한은 헌법재판소라는 별도의 재판기구에 전담되었을 뿐만 아니라, 무엇보다 개별 시민들이 국가공권력의 헌법적합성 여부를 직접 문제 삼을 수 있는 헌법소원제도가 시행됨으로써 비교할 수 없을 만큼 편리한 제도가 되었다.

1987년 이후 우리나라에서 이루어진 위헌법률심사제도의 전개과정은 정쟁에 매몰된 입법부 및 행정부는 물론 헌법해석에 소극적이었던

통상의 사법조직을 우회하여 사실상 직접적인 헌법해석을 통해 권리구제를 실현할 수 있는 단심의 절차를 수립했다(이국운 2009, 250).

위헌법률심사라는 제도적 동일성에도 불구하고 우리나라의 위헌법률심사는 자유민주주의의 정당성 관리라는 관점에서 매우 중요한 의미를 가진다. 미국에서는 연방국가의 최종적인 심급에 이르기까지 통상의 재판절차를 통해 다단계의 스크린과정을 거칠 수 있을 뿐만 아니라 그마저도 1925년 이후에는 사실상 연방대법원이 스스로 행사하는 의제설정권한에 의해 통제되고 있는 데 반해, 우리나라에서는 별다른 스크린과정 없이 위헌법률심사권한을 가진 헌법재판소가 개별 시민들의 헌법소원청구에 직접적으로 기속당하는 결과가 발생되었다. 우리나라의 개별 시민들로 보면, 이것은 훨씬 더 편리한 헌법재판제도가 운영된다는 점을 의미할 수도 있지만 그와 동시에 헌법재판절차를 통하여 헌법재판소라는 새로운 권력중심이 등장하게 된다는 점을 의미하는 것이기도 하다. 이와 같이 최종적인 심급과의 연결이라는 관점에서 미국이 위헌법률심사제도에 의한 자유민주주의의 정당성 관리를 대단히 세련된 절차적 통제과정 속에서 수행하고 있음에 비하여 우리나라는 동일한 과제를 별다른 절차적 통제과정 없이 개별 시민들 앞에 노출시키고 있다고 볼 수 있다.

우리나라의 위헌법률심사는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원의 제청으로 헌법재판소가 심판하는 위헌법률심판과 헌법재판소법 제68조가 인정하고 있는 두 종류의 헌법소원, 즉 권리구제형 헌법소원(1항)과 위헌심사형 헌법소원(2항)으로 이루어져 있다. 이러한 위헌법률심사제는 구체적 규범통제제도가 채택되어 위헌법률심판에 재판의 전제성이 요구된다는 점, 헌법소원의 청구에는 청구인적격, 기본권 침해의 직접성·현재성·자기관련성 및 권리보호의 이익 등이 구비되어야 한다는 점, 헌법소원의 청구에는 보충성 원칙이 적용되어

행정처분 등에 대한 실질적으로 헌법소원이 불가능하다는 점, 헌법재판소의 소송절차에는 변호사강제주의가 요구되고 있다는 점, 명령 및 규칙에 대한 위헌심사권이 대법원에 주어지고 재판에 대한 헌법소원이 금지되어 있다는 점 등 절차적 요건이 준수되어 있으나 헌법재판소법 제68조 2항의 위헌심사형 헌법소원을 인정하고 있고, 헌법재판소가 그 설립 초기부터 법령 그 자체가 별도의 집행행위 없이 기본권을 직접 침해하는 경우 이에 대한 헌법소원을 적극적으로 인정해 온 까닭에 위헌법률심사를 청구에 있어서 개별 시민들의 주도권이 대폭적으로 인정되고 있다.

위헌법률심사의 결과에 정치적 구속력을 부여하는 것과 관련하여 우리나라 헌법재판소는 초기부터 합헌결정과 위헌결정 이외에 헌법불합치결정, 입법촉구결정, 한정합헌결정, 일부위헌결정 등과 같은 다양한 변형결정들을 내려왔다. 헌법 및 헌법재판소법이 명문으로 인정하지 않는 까닭에 변형결정의 허용여부에 관해서는 초기에 적지 않은 찬반논의가 있었으나, 현재는 그 효력을 긍정하는 쪽으로 논의가 모아진 상태다. 변형결정이 필요한 논거로는 흔히 국회의 입법권을 존중하고, 법률생활의 안정성을 도모하며, 다양하고 복잡한 헌법상황에 비추어 신축성 있는 판단이 필요하다는 점 등이 거론되지만,³⁾ 이처럼 다양한 변형결정의 존재는 미국과 같은 일도양단의 최종적인 판단이 아닌 위헌결정의 효력이 일정 정도 제한될 수밖에 없다는 사실이다. 그러나 위헌에 대한 판단을 일도양단을 하는 미국보다 우리나라 위헌법률심사는 성문헌법이 위헌법률심사권한이 부여되어 있기 때문에 제도의 정당성 여부가 명백해져 있다.

³⁾ 현재 1989. 9. 8. 1989헌가6.

2) 사법적극주의의 확대

1988년 헌법재판소가 설립되고 1990년 오랜 군사정권이 물러나고 문민정부가 들어서면서, 우리 사법부의 강화 현상이 나타나고 있다. 특히 헌법재판소가 사법적극주의의 선도자적 역할을 수행하면서 과거보다 많은 사법적극주의 경향을 보이고 있다.

사법적극주의가 드러난 판례를 보면 제대군인가산점제 사건, 노무현 대통령 탄핵사건, 신행정수도특별법 사건, 집행거부 병역법 위반 사건 등을 들 수 있다.

먼저 제대군인가산점제 사건(헌재 1999. 12. 23. 1998헌마363)은 취업보호실시기관의 채용시험에서 제대군인들에게 과목별 만점의 3~5%의 가산점을 주는 ‘제대군인 지원에 관한 법률’ 제8조와 동법 시행령 제9조에 대해 평등권과 공무담임권 침해를 이유로 9인 재판관 만장일치의 위헌결정이 내려진 사건이다.

우리 법령은 7급 및 9급 공무원선발시험 등 취업보호실시기관의 채용시험에서 제대군인들에게 과목별 만점의 3~5%의 가산점을 주는 제대군인가산점제를 규정하여 제대군인들에게 채용상의 특혜를 부여하고 있었다. 이를 헌법재판소는 제대군인과 비제대군인간의 차별의 문제를 넘어, 결국은 대다수가 비제대군인일 수밖에 없는 여성과 제대군인이 대다수인 남성간의 차별의 문제로 파악했다. 그리고 사회현상에서 취업에 있는 많은 유무형의 차별을 받고 있는 여성의 평등권과 공무담임권을 특히 고려해 과목별 만점의 3~5%의 가산점을 주는 것은 사실상 비제대군인인 여성이 과목당 만점의 고득점을 하고도 채용시험에 떨어질 수 있는 것으로 평등권을 과잉금지원칙에 위배되게 과잉 제한해 침해에 이르고 있다고 보았다. 또한 헌법재판소가 평등심사와 관련해 비록 자세하지는 못했지만 ‘엄격심사’의 개념과 방법을 나

름대로 제시하고 있다는 점에서도 긍정적인 평가가 가능한 결정이었다.

이 결정은 사실상 비제대군인인 많은 여성들의 평등권과 공무담임권을 침해하는 내용의 법령규정에 대해 만장일치의 위헌결정을 내린 것으로, 헌법재판소가 입법부와 행정부가 만든 법령에 반대한 것이고, 그 내용에 있어서도 여성이나 장애인 남성과 같은 소수자 및 약자의 권리를 침해하는 법령조항을 무효화시킨 결정이므로 소수자 및 약자의 권리 신장에 크게 기여하였다.

다음으로 노무현 대통령 탄핵사건(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1)은 국회의 노무현 대통령 탄핵소추사건에 대한 헌법재판소의 결정으로 선고된 사건이다. 헌판재판소는 측근비리, 경제파탄에 대해서는 위법사실을 인정하지 않았지만 선거법 제9조 공무원의 정치적 중립의무규정 위반사실은 인정했다. 중앙선거관리위원회가 선거법 제9조 위반을 경고했을 때 대통령이 보인 반응이 헌법 제66조 제2항 및 제69조에 규정된 대통령의 헌법을 준수하고 수호해야 할 의무 규정에도 위반된다고 판시했다. 그러나 대통령 발언 등의 위헌, 위법성은 인정했으나, 그 위헌, 위법의 정도가 국민이 직접 손으로 뽑은 대통령을 파면에 이르게 할 만큼 중대한 위헌, 위법에까지 이르지 않았으므로 결론적으로 탄핵사유에 해당하지 않는다는 기각결정을 내렸다.

애초에 이 사건은 국회의 탄핵소추 결의단계에서 국회법이 정한 토론의 절차 등을 거치지 않아 절차적 하자를 지닌 탄핵소추결정을 대상으로 한 것이었기 때문에, 형식적 요건 불비를 이유로 각하결정이 가능한 사건이었다. 즉, 각하결정을 통해 굳이 대통령 탄핵이라는 고도의 정치적 판단을 고민해야 하는 본안심사로 들어가지 않을 수도 있었다. 그러나 헌법재판소는 각하결정을 선택하지 않고 본안심사로 들어가 대통령의 직무상 위헌, 위법사실은 인정하더라도 그 위헌, 위법의 정도가 대통령의 파면에 이르게 할 만큼 중대한 위헌, 위법에까

지 이르지 않는 탄핵사유에 해당하지 않는다는 다소 전후모순적인 기각결정을 내리는 모험을 감행하였다.

신행정수도특별법사건(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·566(병합))은 수도 이전을 내용으로 한 ‘신행정수도 이전 건설특별법’에 위헌결정을 내린 사건이다. 헌법재판소는 ‘서울이 수도다’라는 것은 성문헌법에 명문규정으로 존재하는 것은 아니라 국민들의 법적 확신에 의한 지지를 받으며, 관습헌법의 형태로 존재한다고 보았다. 그러면서 수도를 서울 이외의 지역으로 옮기려면 이 관습헌법에 배치되는 수도에 관한 헌법개정을 통해 헌법에 규정하고 나서 옮겨야 하는데, ‘신행정수도 이전 건설특별법’이라는 하위법률의 제정으로 수도를 옮기려 했기 때문에, 이것은 헌법 제130조에 규정된 헌법개정안에 대한 국민투표권을 침해하고 있어 위헌이라고 보았다.

성문헌법이 존재하는 성문헌법국가에서 헌법재판은 기본적으로 성문헌법규정에 근거해 이루어져야 한다. 즉, 헌법재판이 일차적으로 성문헌법규정의 해석과 적용이 되어야 하는 것이다. 그러나 헌법재판소는 ‘서울이 수도다’라는 관습헌법 규정을 스스로 만들어내면서 사실상이 관습헌법을 위헌판단의 유일한 근거로 사용하고 있다. 성문헌법국가에서도 관습헌법이 예외적으로 위헌판단의 근거로 사용될 수는 있지만, 그것은 성문헌법 규정의 의미를 구체화하는 자료로서 성문헌법 규정과 함께 병렬적·보조적으로 사용되는 것이지, 이처럼 성문헌법 규정 없이 관습헌법이 유일한 위헌 판단의 근거로 사용된 예는 세계에서 그 유례를 찾아보기 힘들다.

3) 적법절차의 확립

헌법은 국가와 국민간의 법률관계를 규율하고 있는 구속력 있는 재

판규범이자 헌법의 하위규범인 법률, 명령, 조례 등의 합헌성을 심사하는 기준이 된다. 또한 헌법은 여러 가지의 국민의 권리와 의무를 규정하고 있다. 특히 국민의 권리는 국가가 이를 확인하고 보장할 의무를 진다. 따라서 국가의 행위를 실제로 대표하는 국가기관인 입법부, 행정부, 사법부는 국민의 권리를 보장하고 실현할 의무를 가지게 된다.

우리 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여 적법절차의 원칙을 헌법원리로 수용하고 있다. 그러나 헌법은 적법절차의 내용이 무엇인지 구체적으로 설명하지 않고 있으나, 판례에 의하면 이 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차(헌재 2003. 7. 24 2001헌가25)와 실체적 내용 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리라고 판시하고 있다(헌재 1997. 3. 27 1996헌가11).

적법절차원칙은 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서, 1987년 10월 29일 공포된 제9차 개정헌법에서 처음으로 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리로 채택되었다. 그 의미는 누구든지 합리적이고 정당한 법률의 근거가 있고 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색을 당하지 아니함은 물론, 형사처벌 및 행정벌과 보안처분, 강제노역 등을 받지 아니한다고 이해되는 바, 이는 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 상관없이 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다(헌재 2001. 11. 29 2001헌바41).

이러한 적법절차의 원칙은 입법부가 법을 제정할 때 그 법의 내용이 합리성과 정당성을 갖추어야 하고, 행정부는 반드시 합리성과 정당성을 갖춘 법에 의해 합법적으로 행정작용을 해야 한다는 것을 의미하고, 따라서 입법부에 의해 제정된 법률이 합리성과 정당성을 갖추지 못할 경우에는 헌법상 보장된 적법절차원칙에 위배되어 위헌법률이 되는 것이다. 또한 행정부의 행정작용 중의 하나인 대통령령, 총리령 및 부령이 합리성과 정당성을 갖추지 못할 경우에도 위헌명령이 되어 무효가 될 수 있는 것이다(Lowi et al. 2010, 124-125)..

현대 민주주의 국가에서 행정기관이 법률에 의하지 않는 행정을 한 다든지 법률전문가이며 국민에 의해 선출된 국회의원들이 정당하지 않고 합리적이지 못한 법률을 제정한다는 것은 극히 드문 경우가 될 것이다. 국회의원이나 대통령을 포함한 행정기관은 법률 제정시 그리고 명령을 발할 때에 그 법률과 명령의 내용이 헌법에 위반될 정도로 정당하지 않거나 합리적이지 못하다는 생각을 결코 하지 않을 것이다. 그러므로 어떠한 법률이나 명령이 헌법상 보장된 적법절차 원칙에 위반되는지 아닌지는 결국 그러한 법률이나 명령이 구체적으로 분쟁사건에 적용되어야 할 경우에 법관에 의해 결정될 것이다.

법률이나 명령이 제정될 당시에는 헌법상 합리적이고 정당성을 갖추었다 하더라도 시간의 경과 후 언제든지 심판 당시의 여러 가지 상황에 따라 헌법적으로 비합리적이고 부당한 법률이나 명령이 될 수 있다는 것이다. 국민에 의해 선출된 국회의원과 전문성과 현장 실무능력을 갖춘 행정기관의 공권력 행사가 법관에 의해 헌법과 법률에 따라 심판을 받는 것은 당연하다. 특히 법률이나 명령을 심판하는 헌법상의 적법절차라는 심판기준의 내용이 너무 모호함에도 불구하고 사법부에 지나친 정치적 판결을 가능성을 부여한 적법절차의 원칙은 사법부 강화의 한 축이 되고 있다.

4) 국민참여재판의 도입

형사사법에 대한 국민적 신뢰와 정당성을 높이기 위하여 2008년부터 국민참여재판이 도입된 이후 우리 형사사법절차는 획기적인 변화를 경험하게 되었다. 법률문외한인 일반 국민을 배심원으로 선정하여 유·무죄의 사실 심리와 양형 판단에 참여하게 한다는 점에서, 국민참여재판은 법률전문가인 법관만이 이를 전담하였던 종전의 형사재판과는 다른 모습을 띠 수밖에 없기 때문이다.

현행법상의 국민참여재판은 참심제와 배심제의 요소를 수정하여 혼합한 우리나라만의 독특한 제도라고 할 수 있다. 특히 국민참여재판의 등장과 동시에 형사절차는 5가지 측면에서 변화하게 되었다. 첫째, 집중심리원칙이 형사소송법 제267조2 제2항에 명시적으로 선언되었다. 둘째, 공판전준비절차가 도입되었다. 공판전준비절차는 공판기일에서의 집중심리가 가능하도록 사전에 철저한 재판을 준비하게 할 목적을 가진다. 주로 쟁점과 증거를 정리하고 입증계획과 심리계획을 수립하는 것을 그 내용으로 한다. 셋째, 종전에 비하여 모두절차를 강화하여 절차진행 초기단계부터 공소사실과 사건의 쟁점, 입증계획이 명확하게 현출될 수 있도록 하였다. 넷째, 증거보다는 법정증언을 중심으로 입증 활동이 이루어지면서 증인의 증언이 중요한 증거방법이 되었다. 그에 따라 배심원들이 주로 증인신문을 통해서 심증을 형성하게 되므로 증인 출석이 확보되어야 하고, 증인신문이 적법하고 효율적인 방법으로 구체적이고 상세하게 실시되어야 할 필요성을 갖게 되었다. 다섯째, 변론방식 등 공판기술 측면에서도 많은 변화가 이루어졌다. 배심원의 눈높이에서 배심원을 설득해야 하므로 이해하기 쉬운 용어를 사용하고, 배심원의 이해를 쉽게 하기 위하여 멀티미디어 수단을 사용하는 시각적인 전달 방식도 이루어지고 있다.

이러한 국민참여재판에 따른 변화의 핵심은 법관 중심의 재판에서 일반 국민인 배심원이 중심이 되는 재판으로 전환되었다는 점이다. 그리고 형사사법의 새로운 경험의 시작은 국민참여재판의 도입과 시행으로 인해 국민의 사법적 신뢰와 정당성 제고를 기대할 수 있게 하였고, 나아가 형사사법의 투명성과 공정성을 제고하여 줄 것이라는 국민적 기대에 부응하고 있다는 점이다.

6. 결론

자유민주주의체제의 공고화를 위하여 필연적으로 요구되는 삼권분립의 정당성과, 행정부와 입법부 간의 권력을 견제하는 중요한 균형자로서의 사법부의 필요성은 자유민주주의에 대한 오랜 정치사상적 전통 속에서 녹아있다. 이러한 전통은 민주화와 더불어 권력 균형을 위해 양적인 균형이 아닌 질적인 균형을 요청하고 있다.

그러나 자유민주주의체제에서의 사법부의 역할에 대한 논의는 기초적 수준에 머물러 있고, 사법부가 실질적인 독립기관으로서 제 역할을 하느냐에 대한 문제도 극명하게 확인하기란 매우 힘든 과제이다. 이러한 문제는 사법부가 갖는 기관으로서의 특징은 물론 입법부나 행정부의 지속적인 견제와 사법부 내부의 자구 노력의 부족에서 기인한다.

미국의 사법부가 연방대법원의 기능 및 권한의 확대를 통해 역사적 검증과정을 거치고 권력균형을 위한 실질적인 역할을 하게 된 데에는 국민들의 신뢰와 동의가 사실상 뒤따랐던 것처럼, 우리나라의 사법부 역시 국민적인 합의와 동의에 따른 민주화를 통해 입법부와 행정부가 정립한 사법부의 권한을 강화하고, 그 권한 강화가 기관의 이익을 확대하는 것이 아닌 국민적인 신뢰를 기반으로 한 합리성과 정당성을

바탕으로 지속적인 개혁을 통해 이루어져야 할 것이다.

특히 민주화 이후 사법부의 역할과 위상에 대해서 진행되고 있는 현재의 많은 논쟁들 가운데 균형적 권력기관으로서 사법부가 담당해야 할 실질적인 역할을 찾아내고, 사법적극주의와 소극주의를 넘어 우리 사회에 기여할 수 있는 측면을 발굴해 내, 국민에게 신뢰받는 책임 있는 위상을 정립해야 할 것이다.

(2011년 4월 15일 접수, 5월 15일 심사완료, 5월 16일 게재확정)

참고문헌

- 강승식. 2004. “미국 연방대법원의 권한과 그 한계.” 『헌법학연구』. 10(4).
- 김철수. 2004. 『헌법학개론』. 서울: 박영사.
- 박명림. 2005. “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의: 2004년 노무현 대통령 탄핵사태를 중심으로.” 『한국정치학회보』. 39(1).
- 박찬표. 2006. “헌법의 기대기: 민주주의에 대한 두려움 혹은 실망.” 『한국정당학회보』. 5(1).
- 이국운. 2009. “민주 헌정과 정당성 원리: 위헌법률심사의 한미 비교.” 『공법학연구』. 10(1).
- 이상돈, 1983. 『미국의 헌법과 연방대법원』. 서울: 학연사.
- 최장집. 2005. “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국.” 로버트 달 지음. 박상훈·박수형 옮김. 『미국헌법과 민주주의』. 서울: 후마니타스.
- Ackerman, Bruce. 1991. *We The People: Vol.1; Foundation*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bickel, Alexander. 1962. *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis: Bobb-Merrill.
- Burke, Edmund. 1999. “Reflections on the Revolution in France.” in Isaac Kramnick

- (ed.). *The Portable Edmund Burke*. New York: Penguin Books.
- Choper, Jesse H. 1990. *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dicey, Albert V. 1924. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan.
- Doinne Jr, E. J. and William Kriston (eds.). 2001. *Bush v. Gore: The Court Cases and the Commentary*. Washington D. C.: Brookings Institution Press.
- Ferejohn, John and Pasquale Pasquino. 2003. "Rule of Democracy and Rule of Law." in J. M. Maravall and A. Przeworski (eds.). *Democracy and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press,
- Freeman, Samuel. 1992. "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution." *Philosophy and Public Affairs*. 21(1). Winter.
- Ginsberg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases 6-9*. New York: New York University Press.
- Goldsworthy, Jeffrey. 1990. *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Gutmann, Amy. 2003. "Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy." in Samuel Freeman (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Habermas, Jürgen. 1998. "Reconciliation through the Public Use of Reason." in Ciaran Cronin and Pablo De Greiff (eds.). *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Cambridge: The MIT Press.
- Hamilton, Alexander. James Madison and John Jay. 2003. in Clinton Rossiter (ed). *The Federalist Paper*. New York: New America Library.
- Hanes, Richard Clay. Sharon M. Hanes and Sarah Hermesen. 2005. *Crime and Punishment in America: Almanac*. Michigan: Gale Group.
- Iontcheva, Jenia. 2003. "Jury Sentencing as Democratic Practice." *Virginia Law*

- Review*. 88(April).
- Jackson, Robert H. 1955. *The Supreme Court in the American System of Government*. Cambridge: Harvard University Press.
- Jackson, Vicky and Mark Tushnet. 1999. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press.
- Jefferson, Thomas. 1984. "To James Madison." in Merrill D. Peterson (ed.). *Jefferson: Writings*. New York: The Library of America.
- King, Nancy J. 2003. "The Origins of Felony Jury Sentencing in the United States." *Chicago-Kent Law Review*. 74.
- Lillquist, Erik. 2004. "The Puzzling Return of Jury Sentencing: Misgivings about Apprendi." *North Carolina Law Review*. 82(July)
- Lowi, Theodore J., Benjamin Ginsberg, Kenneth A. Shepsle and Stephen Ansolabehere. 2010. *American Government : Power and Purpose*. New York: W. W. North.
- Maravall, Jose Maria and Adam Przeworski (eds.). 2003. *Democracy and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press.
- Michelman, F. I. 1998. "Constitutional Authorship." in Larry Alexander (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Murphy, Walter. 1962. *Congress and the Court*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rawls, John. 1993. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Sargentich, Thomas O. 1987. "The Contemporary Debate about Legislative-Executive Separation of Powers." *Cornell Law Review*. 430.
- Sterett, Susan. 1997. *Creating Constitutionalism? The Politics of Legal Expertise and Administrative Law in England and Wales*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Stone, Alec. 1990. *The Birth of Judicial Politics in France*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone, Geoffrey R. and Louis M. Seidman. 1995. *Constitutional Law*. New York:

Aspen Law & Business.

Tate, Neal and Thorsten Vallinder 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.

Tocqueville, Alexis de. 2000. in Herry Reeve (trans.). *Democracy in America*. New York: Vintage.

Wills, Gary. 1981. *Explaining America: The Federalist*. New York: Penguin Books.

Accomplishing Separation of Powers for Liberal Democracy:
Focusing on the Development of Judicial Branch

Sung-Soo Kim

The role of judicial branch has increased since the democratization of Korea and consequently, become a major counteractor toward other branches. This paper analyses the strengthening process of judicial branch based on liberal point of view through dealing with the features and relative limits of judicial branch comparing to other branches in terms of lacking constituents and organization. the basic assumption of this paper is that the expansion of judicial branch is necessary to promote liberal democracy. This paper takes comparative method using two countries such as Korea and the United States system to verify how this changes affects and evolves in practical political domain. The tension between other branches such as executive and legislature, liberalism and republicanism, democracy and constitutionalism, judicial activism and judicial restraint will be elaborated.

Key words : judicial power, liberal democracy, judicial review, judicial activism, due process of law, the jury system, judicial restraint.

