

야당에 대한 실질적 통치권한 승인의 유형과 정당성에 관한 연구*

- 이른바 야당정부원리의 헌법적 의의에 관한 연구 -

조 재 현**

《차 례》

- | | |
|---------------------|----------------------------|
| I. 들어가며 | IV. 야당정부원리의 규범적 이익과 도입 가능성 |
| II. 야당정부원리의 헌법적 의의 | V. 결론 |
| III. 야당정부원리의 구체적 내용 | |

I. 들어가며

오늘날의 민주주의는 정당을 중심으로 국정이 운영되는 정당민주주의적 성격을 가진다. 정당은 정책을 구상하고, 결정하며, 이를 합리화함으로써 민주 사회의 정치과정에서 중요한 역할을 수행한다. 정당은 선거, 정부조직, 연방과 주의 관계, 입법적 아젠다를 추구하면서 의회와 대통령의 권한 및 정책결정에 영향을 받기도 하고 미치기도 한다.¹⁾ 정치시스템이 크고 작은 다양한 정당을

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A5A2A01025649)

** 동아대학교 법학전문대학원 교수

1) Elizabeth Garrett, Is the party over? Courts and the political process, 2002 Sup. Ct. Rev. 95.

얼마나 많이 허용하고 있는지, 자율적이고 당파적인 정당에게 얼마나 많은 정치적인 경쟁을 허용하는지는 민주주의 사회를 결정하는 데 있어서 매우 결정적인 차이를 가져온다. 그런데 현실정치에서 정당민주주의가 정당 내 당권을 장악한 계파 중심의 그들만의 리그로 전락하면서 민의를 반영하지 못하고 대의민주주의를 위협하는 요인을 형성한다. 국회와 정당 시스템 본연의 기능을 다 하지 못함으로써 민주주의의 성공적 정착에 의구심을 갖도록 한다.²⁾ 정당 국가적 민주주의에 있어서 집권당에 의한 권력집중의 폐해를 막기 위해서는 여당과 야당 간에 권력적 균형의 유지가 중요하며,³⁾ 소수가 적절하게 대표되어야 한다는 것은 민주주의의 필수적인 요소이다.⁴⁾

정당민주주의 하에서 정권의 획득은 승리한 정당에게 돌아가고 선거에서 패한 정당은 국정 운영에서 배제되거나 권한을 축소하는 것이 세계적인 경향이다. 대통령제 국가이든 의원내각제 국가이든 다수의 지배는 안정적 국정운영을 가능케 함으로써 현대 정당민주주의국가에서 보다 강조되기도 한다. 다수의 지배나 안정적 국정운영이 이상적인 것이지만, 소수의 대표 문제 또한 현실정치가 안고 있는 숙제이기도 하다. 그 때문에 현대의 정당민주주의 사회의 헌법적 구조를 디자인하는데 있어서 가장 핵심적 사항은 선거에서 승리한 정당에게 어떠한 권한을 분배하는지에 관한 문제뿐만 아니라 소수자에게도 일정한 권한을 부여할 수 있는지, 분배한다면 어느 범위에서 권한을 부여할 수 있는지에 관한 문제를 포함한다.

선거를 통한 권력의 분배와 권력분배에 대한 균형을 유지하려는 노력은 여러 가지 방향으로 나타난다. 대표적으로 분권형 대통령제의 도입 논의가 있다. 우리의 경우 분권형 대통령제 도입 주장의 근본적 이유는 대통령에게 집중된 권력을 분산하자는 것이다. 제왕적 대통령제의 폐해를 이유로 정부형태를 변경해서라도 대통령의 권력을 축소할 필요가 있다는 것이다.⁵⁾ 분권형 대

2) 김영진, “대의민주주의와 정당민주주의의 헌법적 정합성 확보방안-광장민주주의의 선별적 수용여부를 타진하며-”, 『서울법학』 제25권 제1호, 2017. 5. 31. 52면.

3) 정만희, 『헌법과 통치구조』, 법문사, 2003, 670면.

4) John Stuart Mill, “Representative Government” 157(New York, Harper & Bros. 1869), cited at David Fontana, Government in opposition, 119 Yale L. J. 548, p. 589.

5) 김인영, “이원정부제 도입 논의의 재검토와 오스트리아, 핀란드, 대만 사례의 함의”, 『대한정치학회보』 제26권 제4호, 2018, 129면.

통령제는 대통령 중심제가 여대야소의 의회구조와 결합하여 대통령에게 집중되는 권력구조를 축소하는 방향으로 재조정하여 대통령에게 속하는 권한의 상당부분을 총리에게 실질적으로 귀속시킴으로써 집행권의 양두체제를 구축하는 이원적 권력구조의 설계를 골격으로 한다.⁶⁾ 연립정부, 공동정부, 정치연합 등 의원내각제를 채택하고 있는 다당제 국가에서 익숙한 용어들도⁷⁾ 권력의 효율적이고 균형적인 분배를 위한 논의 틀이다. 소수정부나 분점정부⁸⁾에 대한 논의도 있다.

본 연구에서는 기존의 분권형 대통령제나 정치연합, 분점정부 등 권력의 분산을 위한 개념들과는 차별성을 갖는 권력구조의 분산에 관한 논의를 제시한다. 선거에서 패한 정당에게도 일정한 실질적 권한을 부여함으로써 승리한 정당만이 가질 수 있는 국가운영의 권한을 공유할 수 있는 권력분배의 원리를 발견하고자 하는 것이다. 이미 다수의 국가에서 공식적으로 또는 비공식적으로 야당에게도 실질적 통치권한을 인정하고 있으며, 이러한 제도를 여기서는 야당정부원리(rule of government in opposition)라고 명명한다.⁹⁾ 선거에서 패한 정당에게 승리한 정당과 마찬가지로 통치를 위한 일정한 권한을 행사할 수 있도록 하는 야당정부원리는 다수의 국가에서 명문의 규정을 두고 있거나 이를 인정하는 비공식적인 헌법적 관행이 존재한다. 우리나라의 경우에도 국회 위원회 위원장 자리는 13대 국회 이후로 여야가 합의하여 일정하게 배분하고 있으며, 야당에게도 일정한 몫이 주어진다. 국회가 선출하는 헌법재판소 재판관 역시 여야의 합의에 의하여 선출되고 있으며, 야당의 선출권한이 인정된다.

야당정부원리는 권력분립론의 새로운 모색방안으로서 정국경색을 지양하고, 헌법적 위기상황의 발생을 미연에 방지하기 위하여 선거에서 패한 정당에

6) 최희수, “분권형 개헌논의와 오스트리아 정부형태”, 『일감법학』 제37호, 2017. 6. 244면.
7) 손성민/김준석, “후보 단일화 그리고 ‘권력나누기’의 메커니즘: 한국 대통령 선거연합 형성의 신호케임 접근”, 『한국정당학회보』 제11권 제1호, 2012, 114면.
8) 분점정부에 대한 견해는 다양하다. 대통령 소속 정당과 의회 다수당이 서로 달라 행정부와 입법부가 권력을 나누는 것을 분점정부라고도 하고, 대통령제 하에서 대통령과 의회를 하나의 정당이 통제하는 경우를 단점정부, 서로 다른 정당이 양립하는 경우를 분점정부라고도 한다. 박순중/최병대, “분점정부와 입법효율성: 서울시와 경기도를 사례로”, 『한국행정학회보』 제50권 제3호, 2016 가을, 163면.
9) David Fontana(fn 4), p. 550.

계 일정한 범위 내에서 승리한 정당과 마찬가지로 통치를 위한 권한을 승인 하자는 것이다. 야당정부원리는 야당이라는 정체성을 유지하면서 여당과 함께 일부 통치권한을 행사한다는 점에서, 분점정부·동거정부·소수정부 등과도 구분되며, 정치적 협상에 의하여 권력을 공유하는 이른바 Arend Lijphart가 말하는 정치연합¹⁰⁾과도 구분되는 개념이다.

이하에서는 야당정부원리의 헌법적 의의와 가치 및 규범적 이익 등을 검토한 후 우리 헌법에의 수용가능성 여부를 검토한다.

II. 야당정부원리의 헌법적 의의

1. 권력의 공유 시스템으로서 야당정부원리

야당정부원리는 권력의 공유관계를 기초로 한 새로운 권력분립의 모색론이다. 의회민주주의 시스템의 문제적 특징으로서 정부내부의 경쟁의 부재의 관점에서 서구민주주의 국가들은 권력으로부터 소외된 소수의 반대자로서의 권리의 개념을 수용해오고 있다. 소수자로서 선거에서 패한 정당에게 실질적 권한을 부여함으로써 권력의 공유관계를 설정하려는 야당정부원리는 의회민주주의를 다른 방향에서 실천하려는 하나의 권력분배원리로 이해할 수 있다. 그 때문에 야당정부원리는 민주주의 시스템 그 자체는 아니며, 민주주의 유형의 한 측면이라고 말할 수 있다.¹¹⁾

야당정부원리는 정부형태의 모습이 어떠한가에 관계없이 모든 민주주의의 형태에서 존재할 수 있다.¹²⁾ 대통령제는 의회에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 대통령 중심으로 국정이 운영되고 대통령에 대해서만 정치적 책임을 지

10) 의원내각제 정부형태 하에서 내각은 다양한 방법으로 의회 다수를 확보하기 위한 정치적 연합을 형성한다. Arend Lijphart, *Democracies*, p. 47. 정치연합은 통치연합과 선거연합을 포괄하는 개념이다. 정치연합은 공공정부를 구성하기 위해 행하는 정당간의 합당, 정책연합, 후보단일화 등으로 정의된다. 정치연합은 대통령제보다는 의원내각제와 친화력을 갖는다.

11) David Fontana(fn 4), p. 563.

12) David Fontana(fn 4), p. 564.

는 국무위원에 의해 구체적인 업무가 행해지는 정부형태를 말한다. 대통령은 의회와의 관계에서 독립성의 원리에 의해 지배되며, 대통령과 집행부 사이의 어떠한 종류의 권한배분도 인정되지 않는다.¹³⁾ 대통령제의 특징은 대통령이 직접 선출된다는 점과 집행부가 의회의 선거에 의해 구성되거나 임명 또는 면직되지 않는다는 점, 그리고 집행부의 이중의 권위가 인정되지 않는다는 점 등이다.¹⁴⁾ 일반적으로 대통령제는 일인 집행부라는 기준을 충족해야 하며, 그것은 국가의 원수가 집행부의 수장이 되어야 한다는 것을 의미한다. 대통령제를 채택한 미국의 권력분립의 형태는 다른 국가들의 모델로서 기능하는데 일조하였지만,¹⁵⁾ 권력의 공유와는 어느 정도 거리가 있다. 대통령제에서 승리한 정당에 대한 제한의 원천은 선거에서 승리한 다른 여러 정치세력이며, 그들에 의해 권한행사가 통제되거나 제한될 뿐¹⁶⁾ 권한의 분배나 공유는 적합하지 않다. 그 때문에 미국적 권력분립 시스템이 다른 제도들에 비해 특징적으로 좋은 제도인지는 의심스러우며,¹⁷⁾ 하나의 정당이 완전히 지배력을 장악하는 시스템(full authority)은 위기적 통치상황에서도 결코 매력적이지 않다는 지적이 있다.¹⁸⁾

의원내각제는 의회에 대하여 정치적 책임을 지는 내각 중심으로 국정이 운영되는 정부형태를 말하는 것으로 집행부와 의회의 권력의 공유관계를 기초로 한다.¹⁹⁾ 의원내각제 하에서 선거에서 승리한 정당이나 정치세력에 대한 주요한 제한은 선거에서 승리한 동일한 정치세력의 범위 내에서 나온다. 그것은 선거에서 승리한 정치세력이나 정당에 의해 모든 권한이 행사된다는 것을 의미한다. 의원내각제는 권력의 공유관계의 원리에 기초하고 있으나, 의원내각제에서 말하는 권력의 공유관계라는 것은 집행부와 의회의 권력의 공유를

13) 조재현, “정부형태에 관한 헌법개정논의”, 『법학연구』 제18권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2008, 12, 236면.
14) Giovanni Sartori, “Comparative constitutional engineering”, Macmillan Press LTD, 1997, P. 83-84.
15) Bruce Ackerman, “The new separation of powers”, 113 Harv. L. Rev. 633, P. 634.
16) David Fontana(fn 4), p. 559.
17) Bruce Ackerman(fn 15), p. 655.
18) Bruce Ackerman(fn 15), p. 664.
19) 조재현(주 13), 237면.

의미하는 것이지, 선거에서 패한 야당 또는 소수자와의 권력의 공유를 의미하는 것은 아니다.

야당정부원리는 선거에서 승리한 정당과 패한 정당, 여당과 야당, 다수와 소수와의 권력의 공유관계에 기초한다. 그 때문에 대통령제, 의원내각제 등 정부형태의 제도적 징표에 관계없이 야당정부원리는 존재할 수 있다. 야당정부원리는 승리한 정당 또는 패배한 정당으로 깔끔하게 범주화 될 수 없는 조직이나 기관을 특징으로 하며, 그것은 승리와 관련한 조직이나 기관(winner-related institutions)이라고 명명할 수 있을 뿐이다.²⁰⁾ 대통령제 정부형태라고 하더라도 집행권을 보유한 자가 유일하거나 한사람에게 집중되어야 할 것이 반드시 요구되는 것은 아니며, 집행부의 구성원이 대통령이 임명한 사람이어야 하는 것이 아니라는 주장도²¹⁾ 결국 집행부 내부에 권한이 분산될 수 있다는 것을 의미한다. 대통령제 정부형태도 권력의 공유형태가 적합할 수 있다고 평가될 수 있다.²²⁾

2. 그 밖의 권력의 공유관계와의 차별성

야당정부원리는 권력의 공유형태인 분점정부, 동거정부, 소수정부 등과는 구분된다. 대통령제 정부형태에서 나타나는 전형적인 분점정부는 행정부와 입법부를 동일한 정당이 다수파로서 동시에 장악하지 않아, 대통령의 정당과 의회 다수파가 정치적으로 서로 달리 하고 있는 경우를 말한다. 대통령제에서의 분점정부는 분권형 대통령제에서의 동거정부, 의원내각제에서의 소수파정부와 유사한 것이다. 정치연합은 통치연합과 선거연합을 포괄하는 개념으로 공동의 정부를 구성하기 위해 행하는 정당간의 합당, 정책연합, 후보단일화 등을 의미한다. 야당정부원리는 이러한 정치적 협상에 의하여 권력을 공유하는 이른바 정치연합²³⁾과도 구분된다.

20) David Fontana(fn 4), p. 561.

21) Arend Lijphart, *Democracies*, Yale University Press, 1984, p. 74.

22) Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, 15 J. Democracy 96, 101 (2004).

23) 의원내각제 정부형태 하에서 내각은 다양한 방법으로 의회 다수를 확보하기 위한 정치적 연합을 형성한다. Arend Lijphart(fn 21), p. 47.

야당정부원리는 선거에서 패한 정당에게도 통치권의 일부를 행사하도록 승인함으로써 정치과정에서의 균형감각을 불어넣을 수 있고, 헌법적 질서의 안정성과 정당성을 확보하여 헌법적 위기상황을 해결하는데 유리한 요소를 가지고 있다. 민주주의 사회에서 새로운 권력분립적 구상을 위한 독특한 접근법으로 의원내각제, 대통령제, 권력분산형 대통령제 등 정부형태의 유형을 묻지 않고 적용될 수 있을 뿐만 아니라 승인되는 권한의 성격이 입법권, 행정권, 사법권인가에 따라 각각 야당입법부(legislative government in opposition), 야당행정부(executive government in opposition), 야당사법부(judicial government in opposition) 등의 형태로 존재할 수 있다. 입법, 행정, 사법 영역을 구분하지 않고 야당정부원리가 존재할 수 있다. 이러한 정치적 세력 간에 권력의 분할의 수단을 의미하는 야당정부원리는 그 동한 개혁적인 헌법적 디자인의 하나로 점차 확산되고 있는 추세이며,²⁴⁾ 인종차별적인 남아프리카의 헌법적 위기를 극복하는데 도움이 되었다.²⁵⁾

Ⅲ. 야당정부원리의 구체적 내용

1. 야당정부원리의 중심 개념으로서 정당

(1) 정당의 헌법적 의의

민주사회의 정치과정에서 중요한 역할을 수행하고 있는 정당의 역할을 고려한다면, 다양한 정당에 의한 정치적인 경쟁과 자율성이 얼마나 많이 허용되는가의 문제는 민주사회를 결정하는 데 있어서 매우 결정적인 차이를 가져온다.²⁶⁾ 개별 국가마다 정당에 관한 입법례, 형성과정, 역할 및 기능은 상이하지

24) David Fontana(fn 4), p. 550.

25) David Fontana(fn 4), p. 550.

26) Gregory P. Magarian, "Regulating political parties under a 'public right' first Amendment", 44 Wm. & Mary L. Rev. 1939 William and Mary Law Review April, 2003, p. 1950.

만, 정당은 민주주의에서 매우 중요한 정치적 요소이자 좌표를 설정하는 것으로서, 그것의 형성, 역할이나 기능은 헌법적 보호를 향유해 왔다.²⁷⁾ 우리 헌법과 같이 정당보호에 관한 명문규정을 두고 있는 헌법체계에서는 정당의 보호는 헌법의 해석에 의하게 된다. 미국과 같이 헌법에서 명시적인 정당보호조항을 두고 있지 않은 경우에도 정당의 조직과 활동은 결사의 자유를 보장하고 있는 수정헌법 제1조의 핵심적 내용이며 헌법적 보호를 향유한다는 점에서는 차이가 없다.

(2) 정당의 본질

정당은 공적인 성격과 사적인 성격을 함께 가진다. 정당이 헌법의 회색지대를 차지하고 있다는 말은 그러한 정당의 이중적 특성에서 나온다. 정당의 이중적 특성은 미국의 사법부나 우리의 정치현실에서 오랫동안 인식되었지만 공적인 실체로서 행동하거나 사적인 실체로서 보이는 경우를 명확하게 구별할만한 합리적인 기준이나 프레임을 제공해주지 못하고 있다. 정당은 사적인 실체로서는 보다 큰 자유를 누릴 수 있지만, 공적인 실체로서 행위를 하는 경우에는 사법부가 제시하는 헌법적 기준에 부합되어야 한다.²⁸⁾ 정당은 다른 영역에서 정당에 대한 법적 규제에 대하여 각각 다른 대처를 하면서, 정책적 모델의 영역에서는 공공선을 위한 정당한 목적을 추구하고, 다른 하나는 사적인 이익을 추구하는 다른 기능을 수행해 오고 있다.²⁹⁾

정당은 당원, 유권자, 정부 구성원이라는 세 가지 인적요소에 의하여 각각 다른 모습을 가지고 있다. 정당은 구성원을 포함하는 조직으로서의 정당 (party in organization), 일반 유권자를 포함하는 선거에서의 정당 (party in the electorate, 유권자정당), 선거에서 선출되거나 지명된 공직보유자들로 구성된 정부의 정당 (party in government)이라는 세 가지 독립체로서의 성격을 가진다.³⁰⁾ 첫 번째 특성은 사적 성격이 강하며, 선거에서의 정당이나 정부의

27) Benjamin D. Black, "Development in the state regulation of major and minor political parties", Cornell Law Review November, 1996, p. 115.

28) Robert C. Wigton, "American political party under the first Amendment", Journal of Law & Policy 1999, p. 411.

29) James A. Gardner, "Can party politics be virtuous?", Columbia Law Review April, 2000, p. 667.

정당은 공적인 성격이 강하다. 정당에 대한 헌법적 보호는 이러한 정당의 세 가지 다른 특징적 요소들이 고려되어야 한다. 정당에 대한 규제 입법 역시 서로 다른 세 가지 특징에 따라 입법되고, 주장되어야 한다.

정당은 시민의 자발적 조직이지만 다른 일반적인 시민사회의 조직과는 구별된다.³¹⁾ 정당은 시민의 자발적 조직으로서 그들의 이익을 증진시키기 위해 행동하고 공식적 국가의 권력의 범위 내에서 이상을 추구한다. 정당은 공적 의견의 도관으로서 뿐만 아니라 필터로서의 역할을 함께 수행한다.³²⁾ 그 때문에 정당은 시민사회의 통합을 그 본질로 한다.

(3) 정당의 기능

1) 사적 기능과 공적 기능의 혼재

정당은 이중적 특성 때문에 때로는 정부의 기관이나 조직과 유사한 행위를 수행하며, 때로는 사적 이익을 추구하는 조직과 같이 행동한다. 사적인 기능과 공적인 기능이 혼재하는 양 극단의 지위에서 나타나는 긴장·갈등 관계로부터 헌법적 기준이 성장하였다. 정당은 전통적으로 자발적 결사체로서 자유를 누리지만, 공적인 실체로서 규제의 대상이 된다. 자발적 결사체인 사적인 영역에서는 정당은 정부의 규제나 사법적 심사 및 통제로부터 최대한 독립성이 보장되지만, 공적인 기능을 수행하는 경우, 예컨대 선거운동이나 실질적인 거버넌스를 수행하는 경우에는 보다 엄격한 사법심사와 보다 높은 헌법적 심사기준에 놓이게 된다.³³⁾

그런데 정당의 공적 지위와 사적 지위, 공적 기능과 사적 기능을 명확하게 구분하는 것은 쉬운 일이 아니다. 정당 내부의 운영이 민주적이어야 하며, 정당조직이 광범위한 대표성을 가지고 내부적 조화와 선거과정에서 유권자의 혼란을 피하고 통합을 촉진시켜야 한다는 전형적인 공적 이익이 강조되고 있다. 정당의 조직과 활동의 영역에서 공적 영역은 점점 확대되어 가는 반면,

30) Robert C. Wigton(fn 28), p. 416.; Gregory P. Magarian, p. 1950.

31) Andrew Geddis, "The Unsettled Legal Status of Political Parties in New Zealand", 3 N.Z. J. Pub. & Int'l L. 105 New Zealand Journal of Public and International Law June, 2005, p. 110.

32) Andrew Geddis(fn 31), p. 109.

33) Robert C. Wigton(fn 28), p. 415.

사적인 영역은 점차 축소되고 있으며, 심지어 미국에서는 정당이 정부의 기관으로 이해되기도 한다.

2) 통치 유사적 기능

정당의 핵심적 기능은 통치와 유사한 기능을 행사한다는 것이다. 정당은 정치적 이익을 표현하고 통합하며, 정치적 공약을 촉진시키면서 궁극적으로는 유권자와 대화를 하고 후보자 선출수단을 제공한다. 정치과정에서 정당이 수행하는 기능을 확인하기 위해서는 권력분립의 큰 틀에서 이해하는 것은 매우 유용한 분석이다. 정당은 권력분립의 시각에서 본다면 사법부의 독립과 비교할 수 있다. 사법부는 오랜 기간 동안 정부의 명백한 정치적 행위에 대하여 판단을 하는 독립적 힘을 제공함으로써 민주적 시스템의 강력한 통제자로서 역할을 해 왔다. 이와 유사하게 정당도 정부의 선거나 통치과정에서 다양한 형태의 독립적인 영향력을 미침으로써 정부의 힘에 대한 견제자로서 간주되어 왔다.³⁴⁾

2. 정당을 통한 새로운 권력분립론의 모색으로서 야당정부원리

정당은 단순한 사적결사체로서만 머무는 것이 아니라 공적 실체로서 정부의 통치과정에 다양한 영향력을 미치는 통치 유사적, 권력분립적 기능을 수행한다. 이러한 정당의 본질은 정당을 단순히 시민사회의 통합을 목표로 하는 결사체로서만 바라보는데 그치지 않고, 권력분립이라는 큰 틀에서 재조명할 것이 요구된다.

선거 이후 통치권한 배분에 관한 헌법적 디자인의 주요 논제는 승리한 정당에게 어떻게 권한을 분배하는가가 핵심적인 문제이다. 의원내각제에서는 단일의 승리정당이 됨으로써 이러한 문제를 회피할 수 있지만 대통령제에서는 입법권과 행정권의 영역에서 복수의 승리정당 가능성이 있으므로 권한의 분배문제가 발생할 수도 있다. 그렇지만 일반적으로 승리정당에게 주는 권한에 준하는 실질적 통치권한을 패한 정당에게는 부여하지 않는다.

34) Robert C. Wigton(fn 28), p. 415.

야당정부원리는 선거에서 승리한 정당뿐만 아니라 패한 정당도 정부에 의해 부여된 권한을 행사하는 경험을 하도록 하는 것이다. 선거에서 패한 정당에게 승리한 정당의 노력을 방해하거나 반대하는 역할이 아닌 승리한 정당과 마찬가지로 통치를 위한 실질적 권한을 승인하는 것이다. 지난 수십년동안 아르헨티나, 영국, 칠레, 독일, 남아프리카를 포함한 다수의 국가에서 야당정부원리가 확산되었다. 야당정부원리는 현대의 정치적 위기상황을 해소하는데 도움을 줄 수 있으며, 헌법적 토론의 결과 정치적 위기상황을 어떻게 해소할 수 있는가에 관한 경험적, 실험적 채용의 결과이다.³⁵⁾ 아울러 야당정부원리는 공식적 비공식적으로 야당에게 실질적 통치권한을 승인함으로써 권력의 공화관계를 유지하려는 것으로 권력분립의 새로운 대안적 형태로서 고려할만한 가치를 가지는 것으로 평가되고 있다.

3. 야당정부원리의 구체적 형태

(1) 야당입법부(legislative government in opposition)

일반적으로 입법부에서는 선거에서 패한 야당에게 특별한 지위를 승인하지는 않는다. 야당정부원리를 채용하는 국가의 입법부에서는 야당에게 중요한 위원회의 위원장의 직위를 부여하거나 위원장의 직위를 부여하지 않는 경우에는 위원회에서의 특별한 권한을 부여한다.³⁶⁾

독일의 경우 선거에서 패한 정당은 중요한 위원회의 위원장 지위를 가진다. 이러한 지위는 의회 내 의석의 배분비율에 따라 할당된다. 영국의 경우도 야당에게 위원회 위원장직을 승인하고 있다. 다만, 위원장직의 승인은 비공개적 규율의 형식을 취하고 있으며, 독일과 같이 의석비율에 따른 일정한 의장직을 배정하는 것이 아니라 협상에 따라 결정된다.³⁷⁾ 비록 위원장에게 가장 약한 형태의 권한을 부여하는 경우에도 위원장이 행사할 수 있는 다양한 형

35) David Fontana(fn 4), p. 550.

36) David Fontana(fn 4), p. 571.

37) Nat'l Democratic Inst. for Int'l Affairs, Paper No. 2, Committees in Legislatures: A Division of Labor 16 (1996), at 16, cited at David Fontana(fn 4), p. 571.

태의 권한이 존재하게 된다. 아무런 권한이 부여되지 않는 것과 비록 약한 형태라고 하더라도 실질적 권한이 부여되는 형태인 야당정부원리는 중요한 차이점을 만들 수 있다.³⁸⁾

위원회 위원장직을 배정하는 것과 같이 위원회와 관련된 모든 일반적 권한을 부여하는 것이 아니라 특별한 지위나 권한을 개별적으로 인정하는 방식도 존재한다. 개별적으로 특별한 지위를 부여하는 것으로 미국의 7인 원리가 있다. 연방법률에서 정하고 있는 7인 원리(seven member rule)는 행정기관에 대한 정보공개를 강제하는 정보공개법의 형태로 기능한다. 7인 원리는 연방하원의 위원회 7인 또는 연방상원의 위원회 5인에게 국정운영과 정부운영에 관련된 정보의 제공을 강제할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 그들이 여당소속 의원이건 야당소속 의원이건 불문한다.³⁹⁾

부분적 위원회를 통제하는 것에서 나아가 야당입법부의 또 다른 형태는 입법부 전체의 운영과 관련하여 인정하는 예도 있다. 특정한 위원회 운영 등에 국한하여 권한을 인정하는 방식이 아니라 입법부 전체의 운영과 관련하여 여당의 권한을 행사하도록 하는 것이다. 캐나다는 야당의 당수가 일 년에 20일 동안 의회를 통제할 수 있다. 영국과 뉴질랜드도 같은 날 동안 입법부를 통제하게 되는데 이날을 통제일(opposition days 또는 supply days)이라고 한다. 이 기간 동안 소수당은 입법부의 논쟁을 통제하기 위하여 승리한 정당의 의해 제시된 안건이나 주장을 무효화시키거나 무산시킬 수 있다.⁴⁰⁾

우리나라에서도 이러한 야당입법부원리가 일부 적용되고 있다. 우리 국회법에 의하면 국회의장, 부의장은 무기명투표로 선출하며,⁴¹⁾ 상임위원회 위원장은 해당 상임위원 중에서 무기명투표로 본회의에서 선거하도록 규정하고 있다.⁴²⁾ 국회에서 의장 1인은 여당에서 선출되도록 하고 있지만, 국회부의장

38) David Fontana(fn 4), p. 572.

39) 5 U.S.C.A. § 2954 Information to committees of Congress on request. An Executive agency, on request of the Committee on Government Operations of the House of Representatives, or of any seven members thereof, or on request of the Committee on Governmental Affairs of the Senate, or any five members thereof, shall submit any information requested of it relating to any matter within the jurisdiction of the committee.

40) David Fontana(fn 4), p. 575.

41) 『국회법』 제15조.

2인은 여당과 야당에서 각 1인을 선출하는 것이 관례이다. 여당과 야당의원 구분 없이 국회의원은 둘 이상의 상임위원회 위원이 될 수 있으며,⁴³⁾ 상임위원회 위원장은 관례적으로 3선 이상의 의원 가운데서 선임한다. 상임위원회 위원장도 교섭단체인 정당들이 협상하여 의석수 비율에 따라 배분하는 것이 관례이다. 미국의 경우 상임위원회(Stand Committee) 위원장(Chair Person)은 다수당이 독점하며, 상대당은 간사(Ranking Member)를 맡는다. 우리나라도 미국과 마찬가지로 상임위원회 위원장의 지위는 선거에서 승리한 여당의 몫이었다. 그런데 1988년 제13대 국회의원 선거 때부터 모든 상임위원장을 여당이 독식하던 모습이 변하였다. 여소야대 정국을 맞으면서 상임위원장 배분을 놓고 치열한 협상을 벌이는 형국이며, 위원장의 자리 중 일정 비율은 야당의 몫으로 배정된다.

국회의장, 부의장, 위원장 등의 직위를 둘러싼 협상 외에, 우리 국회법에 의하면 다수당 또는 정부 여당이 아니라고 하더라도 국회 내 소수세력에게 다양한 권한을 부여하는 규정을 두고 있다. 국무총리, 국무위원에 대한 해임건의와 대통령, 국무총리 등 국가 주요 공직자에 대한 탄핵소추는 국회의원 3분의 1 이상의 발의로 가능하며, 국회는 재적의원 4분의 1 이상의 요구가 있는 때에는 특별위원회 또는 상임위원회로 하여금 국정의 특정사안에 관하여 국정조사의 권한을 부여한다.⁴⁴⁾ 여당의원인지 야당의원인지는 묻지 않는다. 소수 또는 야당 국회의원에게도 특별한 권한이나 지위도 부여된다. 국회의원은 20명 이상의 발의로 국무총리, 국무위원 또는 정부위원의 출석을 요구할 수 있으며, 위원회 의결로 국무총리, 국무위원 또는 정부위원의 출석을 요구할 수 있다.⁴⁵⁾ 소수 국회의원은 정부에 대한 서면질문, 대정부질문, 긴급현안질문 등의 권한도 가진다.⁴⁶⁾

선거에서 승리한 다수당 또는 정부 여당이 아니라고 하더라도 국회 내에서

42) 『국회법』 제41조 제2항. 상임위원장은 임시의장의 예에 준하여 국회본회의에서 선거하도록 하고 있으며, 국회법 제17조에 의하면 임시의장은 무기명투표로 선거하고 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 다수투표자를 당선자로 한다.

43) 『국회법』 제32조 제1항.

44) 『국정감사 및 조사에 관한 법률』 제3조.

45) 『국회법』 제121조 제1항, 제2항.

46) 『국회법』 제122조, 제122조의2, 제122조의3.

법률규정 또는 관례에 의하여 소수당 또는 소수 의원에게 다양한 권한을 부여하고 있으며, 실질적으로 야당정부원리를 일정 범위에서 도입하고 있는 것으로 보인다.

(2) 야당행정부(Executive government in opposition)

야당행정부는 행정권에서도 야당으로서의 정체성을 유지하면서 여당의 권한을 행사하도록 승인한다. 남아프리카에서는 1993년 헌법에서 야당의 구성원에게 행정권의 지위를 인정하였다. 선거에서 패한 정당이라고 하더라도 정당이 의회 400석의 20퍼센트 이상인 80석 이상을 획득하면 부통령으로 지명 받을 수 있는 권한이 보장되었다. 실제로 남아프리카 부통령은 많은 권한을 보유한다. 행정권의 행사에 있어서 대통령과 함께 권한을 행사하는 것을 포함하여 각료 임명권의 결정에도 참여한다. 대통령의 요청이 있으면 각료회의를 주재한다. 오스트리아, 콜롬비아, 영국, 이태리 등도 여러 가지 형태로 야당의원이 행정에 관한 여당원의 권한을 행사하도록 승인하고 있으며, 이는 비공식적으로 또는 법에 의해서 요청되고 있다.⁴⁷⁾

야당행정부는 선거에서 패한 정당이 야당으로서의 정체성을 유지하면서 승리한 정당의 권한을 행사하는 형태로서, 이것은 정치연합이나 비당파적 형태의 행정권과 구별된다. 야당행정부는 행정권한의 일부를 행사하면서, 야당으로서의 정체성을 유지한다. 정치연합이나 비당파적 형태의 행정권의 정치적 특징은 어떻게든 당파성을 포기하거나 야당으로서의 타협된 정체성을 가지고 있다. 비당파적 행정권(집행자)으로 불리는 스위스의 경우, 행정권을 보유하고 있는 주요한 정당이 직무집행기간 동안은 당파성을 포기한다. 스위스의 내각은 그들이 당파적 정체성을 포기하고 있으므로 이는 야당행정부의 예와는 다르다.⁴⁸⁾ 미국의 경우 민주당 소속의 빌 클린튼(Bill Clinton) 대통령 내각에서 국방장관인 공화당의 코헨(William Cohen)이 정파를 포기한 것이나, 오바마 대통령과 부시 대통령에 의해 임명되었던 국방장관인 게이트

47) David Fontana(fn 4), p. 576.

48) David Fontana(fn 4), p. 577.

(Robert Gates)도 처음에는 등록된 공화당원이 아니었던 것은 그와 유사한 예이다.⁴⁹⁾ 분권형 대통령제에서의 동거정부도 선거결과에 따라 특수한 헌법 현실에서 정치적 이유 등으로 행정권한이 실질적으로 분배되어 행정권이 이원화 된다는 점에서 야당정부원리와 유사하지만, 실질적 행정권한의 일부를 야당에게도 부여하는 야당정부원리와는 그 모습이 동일하다고 평가하기 어렵다.

그렇지만 대통령제 정부형태에서 야당행정부의 원리를 적용한다는 것은 쉽지 않다. 대통령제는 대통령과 집행부 사이의 권한배분을 인정하지 않는 제도적 징표를 가지며,⁵⁰⁾ 집행부가 의회의 선거에 의해 구성되거나 임명 또는 면직되지 않는다는 점, 집행부의 이중의 권위가 인정되지 않는다는 점⁵¹⁾, 일인 집행부라는 기준을 충족해야 한다는 점 등을 그 요소로 한다. 대통령제가 갖는 이러한 제도적 특징에도 불구하고 야당정부원리의 도입이 불가능한 것은 아니다. 야당정부원리는 권력의 공유를 위한 실질적 행정권한의 일부를 야당에게도 승인하자는 것이며, 일인 집행부를 부정하거나 이중의 권위를 허용하자는 의미는 아니다. 대통령제 정부형태 하에서도 집행권을 보유한 자가 유일하거나 또는 한사람에게 집중되어야 한다는 것이 집행부 내부에서 권력의 공유를 허용하지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니다. 하나의 정당이 완전히 지배력을 장악하는 행정 시스템은 위기적 통치상황에서 결코 매력적이지 않다고 지적되는 것도 그 때문이다.⁵²⁾ 대통령제 하에서도 일부 권한의 공유가 절대적으로 금지되는 것은 아니며, 실질적 권한의 일부를 다른 정치세력에게 승인하는 권력의 공유형태가 때로는 정책추진에 적합할 수 있다.⁵³⁾ 다만 대통령제에서 야당행정부원리를 적용한다는 것은 그 동안 대통령 중심의 국정 운영을 요소로 하는 대통령제적 특징이나 관행에 비추어 볼 때 그 제도 자체가 익숙한 것은 아니다. 그 때문에 행정권의 승인을 요소로 하는 야당행정부원리의 적용범위는 입법부에 비해서는 축소될 수밖에 없다.

49) David Fontana(fn 4), p 578.

50) 조재현(주 13), 236면.

51) Giovanni Sartori, Comparative constitutional engineering, Macmillan Press LTD, 1997, P. 83-84.

52) Bruce Ackerman(fn 15), p. 664.

53) Arend Lijphart, Constitutional Design for Divided Societies, 15 J. Democracy 96, 101 (2004).

우리가 적용할 수 있는 야당행정부원리로는 예컨대 야당 국회의원 일부를 국무위원으로 임명하는 방안, 독립적 기관으로서의 성격을 갖는 감사위원의 임명에 야당의 추천을 요청하는 방안 등을 고려해 볼 수 있다. 행정각부의 장은 대통령의 집행권에 종속해야 하므로 다른 정치세력에게 그 권한을 승인한다는 것은 어렵지만, 국무회의는 국가의 정책심의기관이므로 국무위원의 일부 자리를 다른 정치세력에 승인하는 것은 정책심의과정에서 다양한 의견과 소수자의 의견을 반영할 수 있다는 점에서 긍정적으로 받아들일 수 있다. 감사원장은 국회의 동의를 요건으로 하고, 감사위원은 감사원장의 제청만으로 임명한다. 감사원이 독립적 기관의 성격을 가지므로 감사위원 중에 일부는 다른 정치세력의 추천으로 임명하는 것도 독립기관으로서의 성격과 위상을 제고하는데 일조할 것으로 판단된다.

(3) 야당사법부(Judicial Government in Opposition)

야당정부원리는 사법부나 법원에도 연장된다. 스페인, 포르투갈 등 대략 20개 국가가 이와 같은 야당사법부 원리를 채택하고 있다. 야당사법부의 구체적 유형은 판사임용과 같이 개인의 임명의 형식으로 나타난다. 야당사법부 원리는 선거에서 패배 정당에게 판사임명 권한을 부여한다. 법원 운영과 관련해서는 야당에 의해 임명된 판사에게 특별한 권한을 부여하거나, 야당의원이 직접 법원에 대하여 명령이나 강제를 청구하는 것을 허용하는 방식이다. 예컨대, 야당이 임명한 판사에게 합의결정에서 결정권을 행사하게 한다거나, 야당의원에게 사법부에 대한 명령을 강제할 수 있는 특별한 권한을 승인하는 것이다.⁵⁴⁾

야당사법부 원리의 대표적 예로 미국은 청색전표 이른바 블루슬립(blue slip) 절차를 채택하고 있다. 미국 상원의 블루슬립 절차는 선거에서 패한 야당에게 비공식적으로 판사를 지명할 수 있도록 허락하고 있다. 블루슬립 절차는 상원의 관례를 상원사법위원회(Senate Judiciary Committee)가 제도화 한 것으로부터 기인한다. 판사를 임명할 때 상원사법위원회 위원장은 이른바 용

54) David Fontana(fn 4), p 579-580.

지의 색상에 따라 명명된 블루슬립이라는 청색전표를 지명자가 속한 주의 상원의원에게 보낸다.⁵⁵⁾ 미국 연방 상원의 청색전표는 연방 법원 후보자가 거주하는 주 상원 의원이 작성한 의견이다. 두 사람의 상원의원은 호의적이거나 불리한 의견을 제출할 수 있다. 만약 상원의원이 청색전표를 반환하거나 지명이 실패한 경우가 아니라면 상원사법위원회 위원장의 결정에 따라 판사의 임명을 인준한다. 물론 판사의 공식적인 임명권한은 대통령이 행사한다.

야당사법부 원리는 판사 임명과 같은 개인적 임용행위뿐만 아니라 법원의 운영에도 확대된다. 법원의 운영과 관련하여, 미국의 경우 여야의원인지 여부에 관계없이 그들이 구체적인 해악을 증명할 수 있다면 소송을 제기할 수 있는 자격이 부여된다. 오스트리아를 비롯한 몇몇 국가에서는 정당이 위헌법률심사의 원고적격을 자연스럽게 획득한다. 오스트리아의 경우 상·하원 3분의 1이상으로 위헌법률심사의 청구가 가능하다. 독일의 추상적 규범통제제도도 야당정부원리가 적용되는 것으로 이해할 수 있다.

우리나라의 경우 헌법재판소의 구성에 있어서는 일부 야당사법부원리가 적용되고 있다고 평가할 수 있으나, 사법부의 운영과 관련해서는 도입 여부가 확실치 않다. 헌법과 헌법재판소법에 의하면 재판관 9인 중 국회에서 3인을 선출하도록 하고 있다. 국회가 선출하는 재판관의 추천이나 선출방식에 관한 규정은 없다. 국회에서 선출하는 재판관 3인은 국회 표결 절차에 따라 이루어지며, 본회의 표결이 통과되면 대통령이 임명하게 되어 있다. 헌법재판관 3인의 선출 몫은 관례에 따라 여당추천, 야당추천, 여야합의로 1명씩이며, 이 부분은 법률로 정해진 게 아닌 국회 관례에 따른 것이다. 그런데 제20대 국회에서는 교섭단체가 더불어민주당, 자유한국당, 바른미래당으로 되면서 각 교섭단체 별 1명씩 추천으로 정리되었다. 기존 여야합의로 선출되었던 헌법재판관이 바른미래당 몫으로 이동한 모습이 되었다.⁵⁶⁾ 다당제 구조로 재편된 국회상황이 반영되어 3당 합의에 의하여 선출되었다. 헌법과 헌법재판소법은 헌법재판관을 국회에서 선출하도록 하고 있지만, 관례에 따라 야당에게도 재

55) Brannon P. Denning, "The 'blue slip': Enforcing the norms of the judicial confirmation process", 10 Wm. & Mary Bill Rts. J. 75, William & Mary Bill of Rights Journal December, 2001, p. 76.

56) <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=146045>.

판관 선출의 권한을 승인하고 있는 것이다.

사법부의 운영과 관련하여 야당사법부원리는 적용하고 있지 않지만, 적용의 영역이나 가능성은 확대될 수 있다. 권한쟁의심판에서 제3자 소송담당을 허용하게 된다면, 소수의원이나 야당의원에게 사법부의 소송과 관련하여 실질적 권한을 부여하게 되는 것으로 야당사법부원리의 적용으로 이해할 수 있다. 아직은 헌법재판소가 권한쟁의심판에서 제3자 소송담당을 허용하고 있지 않지만, 소수세력에 실질적 권한을 승인한다는 야당사법부 원리의 적용이라는 관점에서 제3자 소송담당의 문제도 긍정적으로 검토할 필요가 있다.

IV. 야당정부원리의 규범적 이익과 도입 가능성

1. 야당정부원리의 규범적 이익

(1) 새로운 권력분립론의 모색

야당정부원리는 민주주의 사회에서 새로운 권력분립적 구상을 위한 접근 방법이다. 야당정부원리는 의원내각제, 대통령제 등 정부형태 여부를 불문하고, 민주주의가 확립된 국가뿐만 아니라 민주주의가 보장되지 않은 신생국가 등에도 적용될 수 있다. 야당정부원리의 가장 큰 장점은 헌법이 이미 고려하고 있는 권력분립적 시스템에서 어떠한 권력에 대한 효과적이고 영구적인 제한의 효과를 가질 수 있는 방안을 제시할 수 있다는 점이다. 이것은 어떠한 정치집단에 얼마나 많은 권력이 승인될 수 있는가에 관한 한계의 문제로 귀착된다.

개별국가의 정치과정에서 한 정치집단이 모든 선거에서 승리하여 모든 유형의 공적 지위를 차지한다면 더 이상 그 집단을 통제할 수 없게 되고, 권한의 남용으로 이어질 가능성이 크다. 야당정부원리는 특정 정당의 권한남용 현상이나 발생 가능성을 통제하고 이를 최소화 할 수 있다. 또한 야당(losing political coalitions)에게 통치권의 일부를 행사할 수 있도록 하는 것은 정치과

정의 광범위한 영역에서 균형감각을 불어넣을 수 있다. 이렇게 함으로써 오로지 반대자로서만 그 존재가치를 인정받았던 야당이 헌법적 질서에 정당성과 안정성을 함께 제공할 수 있다.

(2) 권력 공유적 정부 지향

야당정부원리는 대통령제이든 의원내각제이든 정부형태의 유형이나 선거의 승패에 관계없이 권력 공유적 정부를 지향한다. 권력 공유적 정부는 단순히 분리가 아닌 통합에 의한 권력통제를 지향하는 정부형태를 의미한다. 야당정부원리가 지향하는 권력 공유적 정부는 상호거부(mutual veto)를 최소화한다거나 부분적 자율성(segregation autonomy)을 허용하자는 것은 아니다. 상호거부(mutual veto)의 최소화나 분리적(구분적) 자율성(segregation autonomy)은 여당과 야당의 통합에 의한 권력 공유적 정부를 지향하는 것이 아니라 정치단체들의 협상이나 연합능력에 따라 개인이나 집단에게 중요한 권한을 부여하게 되는 결과를 가져오기 때문이다.⁵⁷⁾ 궁극적으로 야당정부원리는 승리한 정당으로부터 숨을 수 있는 영지를 야당에게 제공하고자 하는 것이 아니라 새로운 권력통제와 권력의 공유를 선거의 승패여부에 관계없이 실현하고자 하는 권력분립의 또 다른 모습이다.

(3) 건설적 패배자로서의 소수자

민주주의에서 소수자에 대한 고려는 중요한 요소임에도 불구하고 대다수 민주주의 국가에서 소수자의 목소리를 대변하는 제도적 장치는 부족한 것이 현실이다. 야당정부원리는 소수 정치세력이 건설적 패배자(constructive loser)로서의 역할에 충실할 수 있도록 기회를 제공하는 제도이다. 선거에서 패배한 정당이 건설적 패배자로서 보다 매력적인 역할을 수행할 수 있도록 하는 결과를 가져온다는 야당정부원리는 규범적 이익을 갖는다.⁵⁸⁾ 아울러 소수자가 소외되지 않고 건설적 패배자로 기능하도록 하는 것은 민주국가에서

57) David Fontana(fn 4), p 588.

58) David Fontana(fn 4), p 589.

흔히 나타날 수 있는 비민주적인 경향을 제약하는 기능을 가진다. 다수를 소수자의 관심 사안에 민감하도록 함으로써 보다 책임 있는 승리자로서의 역할을 촉진시키거나 요구한다. 책임 있는 승리자는 신뢰할 수 있는 통치권의 상황으로 설명될 수 있다.⁵⁹⁾ 헌법이론적으로 유권자나 입법자는 나쁜 동기를 가진 집행부를 신뢰할 수 있다는 위험성 있으므로, 그러한 위험성으로부터 회피하기 위해서는 선한 동기가 부여된 신뢰할만한 집행부가 가진 표지들을 찾는 데 초점을 맞추기도 한다.⁶⁰⁾ 이러한 신뢰할만한 집행부의 유인이 곧 야당 정부원리의 규범적 이익을 의미한다.

야당정부원리는 정치적 소수자가 권력을 획득하지 못하더라도 여전히 자신의 목소리를 낼 수 있도록 보장함으로써 정치권력의 적절한 분산을 창출한다. 즉 야당정부원리는 권한을 통제할 필요성뿐만 아니라 민주적 정책이 실현될 수 있는 상태를 창설하려는 원리로 인식할 필요가 있다. 미국의 헌정경험에 비추어보면 선거에서 승리자의 권한이 두 개의 주요 정당에 분할될 때, 어느 정당도 정부에 대한 주도권을 행사하려고 하지 않았으므로 권력분립의 원리가 잘 작동하였다. 권한이 하나의 정당에 집중되는 이른바 통합된 정부(unified government) 하에서는 권력분립은 실패할 수밖에 없다. 그 때문에 야당정부원리의 필요성의 주장은 곧 통합된 정부에 대한 회의적인 시각을 불러일으키면서, 통합된 정부에 대한 통제가 보다 잘 작동할 수 있도록 하는 야당정부원리가 요청과 그 궤를 같이 한다.⁶¹⁾

(4) 정치적 교착상태의 해소

야당정부원리는 소수 정치세력에게 실질적 권한을 승인함으로써 통치기관 상호간 또는 통치기관 내부에서 정치적 교착상태가 발생하는 것을 방지할 수 있다는 규범적 이익을 갖는다. 의원내각제적 정부형태인 독일의 정치체제보다 권력분리 정치체제인 미국의 시스템이 정국운영에서 보다 안정성을 제공해 줄 수 있다는 논쟁⁶²⁾은 다수와 소수의 구도가 아닌 권력의 분리를 통한

59) David Fontana(fn 4), p 585.

60) Eric A. Posner, "The credible executive", 74 U. Chi. L. Rev. 865, p. 865-867.

61) David Fontana(fn 4), p 603-605.

소수 대표성의 중요성을 의미한다. 민주주의에서 정치세력의 불안정과 교착 상태는 치명적이다. 의원내각제 정부형태 하에서 불안정과 교착상태를 해결 하는데 있어서 비례대표 선거제도가 어느 정도 역할을 수행한다고 할 수 있지만, 비례대표 선거제도가 보장하는 소수자의 대표성보다는 야당정부원리가 보다 효율적으로 작동한다고 할 수 있다. 비례대표제에서는 선거에서 패한 정치세력과 통치를 방해하는 집단에 의해 교착과 불안정을 촉진시키는 경향이 있으므로 오히려 야당정부원리는 비례대표제가 가지는 규범적 이익보다 더 환영받을 수 있다는 것이다.⁶³⁾

2. 야당정부원리의 헌법적 문제점

헌법적 민주국가에서는 선거에서 패한 정당은 그 권한을 축소하는 것이 세계적인 경향이며, 미국과 같은 대통령제 국가에서는 선거에서 이긴 정당이 모든 자리를 획득하고, 패한 정당은 하나의 자리도 차지하지 못하는 이른바 다수의 지배현상이 나타난다.⁶⁴⁾ 선거에서 승리한 정당은 강력한 힘을 가지게 되고, 패한 정당은 힘을 잃게 되며, 그것은 승리 정당이 패한 정당을 정치적으로 억압한다는 것을 의미한다.

야당정부원리는 선거에서 이긴 정당과 패한 정당의 권력 공유적 통합형태를 지향한다. 그런데 정치적 정체성을 달리하는 두 집단이 하나의 권력구조에서 통치권을 행사하도록 하는 것은 다수의 지배라는 민주주의적 헌법원리와 갈등관계에 있을 수밖에 없다. 권력분립의 모색도 결국 다수의 지배라는 민주주의 원리하에서 인정된다고 본다면 새로운 권력분립론이라는 접근법으로 포장된 야당정부원리는 현대 민주주의원리에 적합하지 않다거나 또는 허용될 수 없다고 평가될 수도 있다. 그 때문에 야당정부원리의 헌법적 정당성의 인정 여부는 여전히 명확하다고 할 수 없으며, 국내질서예의 도입가능성은 신중한 검토가 필요하다. 다만 야당정부원리가 다수의 지배라는 민주주의원

62) Steven G. Calabresi, "Why professor Ackerman is wrong to prefer the German to the U.S. Constitution", *Constitutional Commentary* Spring 2001 p. 59.

63) David Fontana(fn 4), p 591.

64) Arend Lijphart, *Pattern of Democracy*, Yale University Press, 1999, p. 161.

리에 정면으로 배치된다기보다는 다수의 지배라는 큰 틀의 범위 내에서 소수가 자신의 목소리를 내면서 서로 공존할 수 있는 여지를 만들자는 것이 그것이 가지는 제도적 취지이며, 규범적 이익의 모습이다. 야당정부원리는 선거에서 승리한 정당이 민주주의의 적절한 한계를 넘지 않도록 할 뿐만 아니라 소수자로서의 패한 정당이 소수자로서 남는 것을 보장받기 위한 접근법이라는 점에서 그 필요성을 긍정적으로 검토할 필요가 있다.⁶⁵⁾

3. 야당정부원리의 헌법적 디자인

야당정부원리의 규범적 이익을 전제로 그것을 도입한다고 하더라도 야당정부원리의 구체적 설계 방안은 여전히 숙제로 남는다. 야당정부원리의 도입의 형식이나 방향, 구체적 범위 등이 그것이다.

야당정부원리의 도입 형식과 관련하여 헌법규정, 법률규정 등의 강제적 규정형식으로 도입하거나 또는 강제규정은 아니지만 비공식적 관행을 통해서 도입하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 이미 우리의 경우 국회의 운영이나 또는 헌법재판소 재판관의 구성에 있어서 관례에 의하여 야당정부원리를 일부 도입하고 있다. 헌법규정이나 법률의 규정에 의한 도입 방식보다는 비공식적으로 또는 헌법적 관행에 의한 도입은 전자에 비하여 큰 저항 없이 도입이 가능하다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

도입의 방향과 관련하여 독일 법관의 임명과 같이 패한 정당에게 승리자의 권한을 행사하도록 할 수 있는 강력한 우대 정책을 마련하는 방안, 강력한 우대정책은 아니지만 패한 정당이 승리자의 권한을 행사하지 못하도록 금지하는 규정이나 규칙이 없는 한 야당정부원리를 소극적으로 허용하는 방안 등을 생각할 수 있다.⁶⁶⁾

마지막으로 야당정부원리의 도입시 가장 민감하게 고려되어야 할 부분은 도입의 구체적 범위이다. 야당정부원리를 도입하는 경우 어느 정도의 범위에서 야당정부원리를 도입해야 하는지 그 범위를 결정하는 것이다.⁶⁷⁾ 일정하게

65) David Fontana(fn 4), p 607.

66) David Fontana(fn 4), p 614.

고정된 범위 내에서 야당정부원리를 도입할 것인지 아니면 정당간의 협상을 통하여 그것을 결정할 것인지에 관한 문제이다.

야당정부원리가 권력분립의 관점에서 규범적 이익을 가진다고 하더라도 선거에서 패한 정당이 일반적으로 승리자의 권한을 행사하도록 하는 것은 그 적용이 쉽지 않다. 승리한 정당 역시 그러한 여지를 부여하지 않을 것이다. 결국 야당정부원리가 큰 저항 없이 도입된다면 그것은 정치세력간의 합의에 의할 수밖에 없고, 헌법이나 법률에서 명시하기보다는 야당정부원리가 금지되지 않는 한 협상을 통해 도입이 결정되는 것이 바람직하다. 야당입법부와 야당사법부원리가 우리나라에서도 이미 도입되어 시행되고 있는 것처럼 그러한 형태의 야당정부원리를 점차적으로 확대하는 것이 바람직하다. 대통령제적 특성을 갖는 우리 정부형태 구조상 야당행정부원리는 그 적용이 비록 쉽지 않다고 하더라도 입법부와 사법부와 같은 방식에 의해 일부 도입하는 것이 불가능한 것은 아니다. 행정부에서도 권력의 공유원리 적용이 가능하며, 그것은 앞서 살핀바와 같이 국무회의의 구성이나 감사위원의 임명 등에서 그 적용이 가능하다.

V. 결 론

현대 민주주의의 숙제는 안정적 다수의 지배와 소수의 대표라는 두 과제의 적절한 조화점을 찾는 것이다. 본 연구에서는 선거에서 패한 정당에게 일정한 실질적 권한을 부여함으로써 건설적 패배자로서의 역할을 부여하는 것을 내용으로 하는 야당정부원리라는 헌법적 이론을 제시한다. 야당정부원리는 권력의 공유관계에 기초한 새로운 권력분립의 모색론이다. 실제로 다수의 국가에서 이러한 원리를 법률의 규정이나 헌법적 관행에 의해 도입하고 있으며, 우리 국회의 운영이나 헌법재판소의 구성 등에서도 이러한 원리를 찾을 수

67) David Fontana(fn 4), p 616.

있다. 야당정부원리는 정부형태의 유형과 관계없이 존재할 수 있으며, 입법부의 형태뿐만 아니라 행정부, 사법부의 형태로도 존재할 수 있다. 야당정부원리는 권력 공유적 정부를 지향하면서 건설적 패배자로서의 소수자의 역할에 충실할 수 있는 기회를 제공하는 제도이다. 아울러 통치기관 상호간 또는 통치기관 내부에서 정치적 교착상태가 발생하는 것을 최소화 할 수 있다는 규범적 이익도 갖는다. 그렇지만 야당정부원리는 다수의 지배라는 민주주의적 헌법원리와 갈등관계에 있을 수밖에 없다. 현대적 민주국가에서 선거에서 패한 정당은 그 권한을 축소하는 것이 세계적 경향이며, 다수의 지배현상이 보편적 원리로 받아들여지고 있다. 그럼에도 불구하고 야당정부원리는 그것이 갖는 규범적 이익 등을 이유로 신중한 도입을 고려할 필요가 있다. 다만 헌법 규정이나 법적 규율의 형식이 아닌 비공식적으로 또는 헌법적 관행에 의해 도입하는 것이 큰 저항이 없다는 점에서 바람직하다고 할 수 있으며, 현재 입법부나 헌법재판소의 구성에서 적용되고 있는 야당정부원리 외에도 적용범위를 보다 확대할 수 있다.

투고일 : 2019. 4. 15.

심사일 : 2019. 5. 8.

게재확정일 : 2019. 5. 10.

참고문헌

- 김민배, 선거자금의 실태와 정당국고보조제도의 법적 문제점에 대한 실증적 접근, 민주법학 제12호, 1997
- 김민배, 정치자금의 투명성 확보와 시민참여 -정당국고보조금제도를 중심으로-, 의정연구 제6권 제1호
- 김래영, 지방선거에서 정당배제는 합헌인가?, 외법논집 제38권 제1호, 2014
- 김선화, 미국 정치자금규제의 현황과 헌법적 쟁점, 세계헌법연구 제15권 제2호, 2009. 8
- 도회근, 정당, 당내민주주의, 참여민주주의, 사회과학논집 제10권 제2호, 2000
- 박범영/손승범, 정당재정에 대한 국고보조의 헌법상 정당화 기준, 의정연구 제18권 제1호, 2012. 3
- 박상철, 정당공천의 헌법적 의미와 유형분석, 유럽헌법연구 제3권, 2008
- 박진우, 지방선거에서의 정당공천제 개선방안에 관한 연구, 세계헌법연구 제19권 제2호, 2013
- 서정진/최은정, 미국의 정당정치 변화와 정치자금 규제, 평화연구 제23권 제2호, 2015. 10
- 성중탁, 한국의 정치자금법제 개선방안, 법학논총 제19권 제4호, 2015
- 송석윤, 정당민주주의와 정당법, 공법연구 제42권 제3호, 2014
- 엄기홍, 고액 정치후원금의 정치적 대표성-대통령선거 경선, 국회의원선거, 광역단체장선거 후보자 후원회에 관한 경험적 분석-, 한국정치학회보 제45권 제1호, 2011. 3
- 엄기홍, 정치자금의 기부목적, 정책영향 혹은 선거지원?, 한국정치학회보 제40권 제3호, 2006
- 유진숙, 국고보조금제도 형성과 담론 -독일 사례를 중심으로-, 국제정치논총 제52권 제1호, 2012. 3
- 음선필, 정당국고보조금제도의 헌법적 검토, 헌법학연구 제14권 제2호, 2008.

- 음선필, 의회민주주의와 국회의원선거체계의 개혁, 공법연구 제42권 제1호, 2013
- 이부하, 정당공천제도와 당내 민주주의-정당의 국회의원 선거후보자 추천을 중심으로, 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012
- 이상묵, 정치자금법의 변화와 정당민주주의의 발전, 21세기정치학회보 제19집 제1호, 2009. 5
- 이상윤, 정당 국고보조제도의 헌법적 연구 -일본의 정당조성법을 소재로-, 동아법학 제33호
- 이종수, 정당활동에의 시민참여와 당내민주주의, 공법연구 제41권 제1호, 2012
- 임성학, 정치자금제도와 정치개혁 -캐나다와 한국의 비교연구-, 한국정치외교사논총 제27권 제1호, 2005. 8
- 장영수, 정당해산 요건에 대한 독일 연방헌법재판소의 판단기준에 관한 연구, 헌법학연구 제20권 제4호, 2014
- 정진민, 한국의 새로운 정당모델: 대안 정당으로서 유권자정당, 세계지역연구논총 제32권 제3호, 2014
- 정홍모, 독일정당제도와 그 시사점: 정당법의 국고보조금 제도를 중심으로, 사회과학논집 제37집 제1호, 2006
- 조소영, 국고보조금의 합리적 개선방안에 관한 고찰, 공법학연구 제16권 제1호, 2015. 2
- 지성우, 독일정당의 재정제도에 관한 연구, 토지공법연구 제37집 제1호, 2007. 8
- 최희경, 미국의 정치자금규제에 관한 헌법적 고찰, 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012. 8
- 홍완식, 법인, 단체의 정치자금 기부금지, 세계헌법연구 제17권 제1호, 2011
- 홍일선, 정당의 공천관련문제 해결을 위한 헌법적 기준, 공법연구 제34권 제4-1호, 2006
- Andrew Geddis, The unsettled legal status of political parties in New Zealand, New Zealand Journal of Public and International Law

June, 2005

Benjamin D. Black, Development in the state regulation of major and minor political parties, Cornell Law Review November, 1996

David Fontana, Government in opposition, Yale Law Journal 2009

Daryl J. Levinson/Richard H. Pildes, Separation of parties, not powers, Harvard Law Review June 2006

Elizabeth Garrett, Is the party over? Courts and the political process, Supreme Court Review 2002

Gregory P. Magarian, Regulating political party under a “public rights” First Amendment, William and Mary Law Review April, 2003

James A. Gardner, Can party politics be virtuous?, Columbia Law Review April, 2000

Julie M. Murphy, First Amendment -Freedom of association- Alaska Constitution allows political parties to use combined ballots in primary elections. State v. Green Party of Alaska, 118 P. 3D 1054(ALASKA 2005), Rutgers Law Journal Summer, 2006

Kihong Eom, Campaign finance reforms in the American States: A statistical application of a formal model, Social Science Review, Vol. 39. 1, 2008

Robert C. Wigton, American political party under the first Amendment, Journal of Law & Policy 1999

Ronald L. Nelson, The U.S. Supreme Court and the institutional role of political parties in the political process: What tradition?, Widener Law Journal 2005

<국문초록>

야당에 대한 실질적 통치권한 승인의 유형과
정당성에 관한 연구
- 이른바 야당정부원리의 헌법적 의의에 관한 연구 -

조 재 현

야당정부원리는 권력의 공유관계를 기초로 한 새로운 권력분립의 모색론이다. 야당정부원리는 선거에서 승리한 정당과 패한 정당, 여당과 야당, 다수와 소수와의 권력의 공유관계에 기초한다. 야당정부원리는 공식적으로 또는 비공식적으로 야당에게도 실질적 통치권한을 인정하는 제도이며, 대통령제, 의원내각제 등 정부형태의 제도적 징표에 관계없이 모든 민주주의 형태에서 존재할 수 있다. 선거에서 패한 정당에게 승인되는 권한의 성격이 입법권, 행정권, 사법권인가에 따라 각각 야당입법부, 야당행정부, 야당사법부 등의 형태로 존재할 수 있다. 야당정부원리를 채용하는 국가의 입법부에서는 야당에게 중요한 위원회의 위원장의 직위나 특별한 권한을 부여한다. 야당행정부는 행정권에서도 야당으로서의 정체성을 유지하면서 여당의 권한을 행사하도록 승인한다. 야당정부원리는 사법부나 법원에도 연장된다. 우리나라의 경우에도 국회의 위원회 위원장 자리는 13대 국회 이후로 여야가 합의하여 일정하게 배분하고, 야당에게도 일정한 몫이 주어진다. 국회에서 선출하는 헌법재판소 재판관 역시 여야의 합의에 의하여 선출함으로써 야당의 권한이 인정된다. 야당정부원리는 민주주의 사회에서 새로운 권력분립적 구상을 위한 접근방법으로 정부형태의 유형이나 선거의 승패에 관계없이 권력 공유적 정부를 지향한다. 소수 정치세력이 건설적 패배자로서의 역할에 충실할 수 있도록 기회를 제공하면서, 정치적 교착상태가 발생하는 것을 방지할 수 있다는 규범적 이익

을 갖는다. 그렇지만 정치적 정체성을 달리하는 두 집단이 하나의 권력구조에서 통치권을 행사하도록 허용하는 것은 다수의 지배라는 민주주의적 헌법 원리와 갈등관계에 있을 수밖에 없기 때문에 그것의 도입여부나 도입의 범위에는 신중할 수밖에 없다. 헌법규정이나 법적 규율의 형식이 아닌 비공식적 규정 또는 헌법적, 정치적 관행에 의해 도입하는 것이 큰 저항이 없다는 점에서 고려할 수 있는 하나의 방법이다.

주제어: 야당정부원리, 야당입법부, 야당행정부, 야당사법부, 권력분립원칙

<Abstract>

**A study on the type and conformity of granting losing political parties power to govern
- focus on the rule of government in opposition in the modern constitutional democracy-**

Cho, Jae-Hyun

The idea about government of granting losing political parties the right not just to dissent from and obstruct the efforts of the winning political party, but also to exercise the power to govern as well, is an approach as a means of dividing power among political groups, what this Article calls “government in opposition”. Government in opposition rules a represent a distinctive approach to structuring the separation of powers in democratic system. Government in opposition rules exists for the legislative, executive, and judicial branches. In the legislative branch, losing political coalitions are sometimes given the power to chair standing or temporary committee, are given special powers on a committee even if they do not chair the committee. In several countries, losing political coalitions chair important legislative committee. In Korea, the forms of legislative government in opposition exist. Losing political coalitions also exercise winners’ power in the executive branch. Government in opposition rules also exists for the judicial branch. Judicial government in opposition rules extend not only to the appointment of individual to the courts but also to the operation of the courts. Government in opposition rules have normative benefits because

they result in a more attractive role for losing political coalitions. It is an essential part of democracy that minorities should be adequately represented and losing political coalitions are represented in democratic institutions. Government in opposition rules would also create a more equitable distribution of political power, ensuring that political minorities, so even if government in opposition rules would be a welcome in our constitutional system, there are still some major issues of institutional design that need to be resolved. How mandatory are these rules and what is the exact amount of these rules present and so on. In conclusion, it is desirable that government in opposition rule should be implemented by an informal norm or a normal political process rather than statutory regulation or constitutional provision. And the power that would be available to losing coalition should be negotiated between losing political parties and winning political party in political process.

Key Word: government in opposition, legislative government in opposition, executive government in opposition, judicial government in opposition, separation of power

