

헌법재판과 대의민주주의

- 헌법재판을 포용한 대의민주주의의 정당성과 효용성 -

이황희*

【목 차】

I. 서론

II. ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’의 성립가능성

1. 민주주의의 해석적 다양성
2. 국민의 자기지배 방식으로서의 정당성
3. 비선출직을 통한 선출직 견제의 정당성
4. 중간결론

III. ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’의 민주적 효용

1. 대의민주주의의 형식 개선
2. 대의민주주의의 결함 보완
3. 대의민주주의의 민주적 지향성 강화

IV. 결론

【국 문 요 약】

입법을 무효로 만들 수 있는 헌법재판은 그것이 선출되지 않은 재판관에 의해 이루어진다는 측면에서 민주적이지 않다는 비판과 직면해 왔다. 그러나 오늘날 헌법재판은 민주헌정을 추구하는 대다수의 국가들에서 수용되고 있다. 헌법재판이 민주적 손실을 가져옴에도 불구하고 기본권보호와 같은 더 큰 이익을 성취할 수 있다는 것이 일반적인 설명이나, 본고는 그 이유로 헌법재판이 민주적 이익을 달성할 수 있는, 즉 대의민주주의를 더 나은 민주주의로 만드는 역할을 수행한다는 측면에 주목하고자 한다.

이를 위해 먼저 헌법재판이 대의민주주의와 모순되지 않음을 살펴본다. 민주주의는 다양한 해석에 개방되어 있고, 입헌의 차원에서 헌법재판

* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수

역시 주권자의 민주적 의사결정으로 볼 수 있다. 근대 민주주의가 비선 출직이 수행하는 입법적 역할의 정당성을 인정해 온 상황 또한 고려될 수 있다. 헌법재판은 따라서 민주주의의 규범적 이상에 어긋나지 않는다.

그러나 헌법재판이 대의민주주의의 자명한 귀결이라는 입장도 아니다. 헌법재판의 포용 여부는 성과와 효용의 문제일 뿐이다. 헌법재판은 이러한 성과와 효용이 인정되는 한에서 지지될 수 있는데, 본고에서는 대의 민주주의의 개선과 민주적 증진에 있어서 상당한 성과를 산출할 수 있다는 측면을 집중적으로 검토해 보았다. 이러한 성과는 대의민주주의의 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화 측면에서 확인할 수 있다.

I. 서론

민주주의(democracy)는 민(民)이 주(主)가 되는 상태 혹은 그렇게 되어야 한다는 정치적 원리를 뜻한다.¹⁾ 국민의 자기지배(Herrschaft des Volkes über sich)를²⁾ 표현하는 이 관념은 근대에 이르러 입헌주의(constitutionalism)와³⁾ 결합함으로써 입헌민주주의의 형식으로 실현되어 왔다. 오늘날 이것의 거의 유일한 실천방식인 대의민주주의(representative democracy)는, 정치적 의사결정을 선출된 대표들에게 위임하는 대의형식을 요체로 한다.⁴⁾ 대의민주주의에서 선출된 대표들의 역할이 중심이

1) 민주주의에 담긴 기술적(descriptive) 측면과 규범적(prescriptive) 측면에 관해서는, Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited: Part One*, Chatham House Publishers, 1987, pp. 7-8(국역본은 이행 옮김, 민주주의 이론의 재조명 I, 인간사랑, 1989, 28-30면).

2) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Elfte Auflage, Duncker & Humblot, 2017, S. 235

3) 입헌주의란 국가권력의 행사에 대한 일련의 기대와 요구를 의미하는 것이고, 이를 표현한 문서가 바로 헌법이다. András Sajó and Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, p. 13.

4) 정종섭, 헌법학원론(제13판), 박영사, 2022, 136면, 996면. 선거에 기초한 대의민주주의가 엘리트주의로 경도된 측면을 비판하면서 대표선정방식으로 추첨을 주장하는 논의들도 있다. 예컨대, Ernest Callenbach and Michael Philips, 손우정·이지문 옮김, 추첨 민주주의, 이매진, 2011. 다만, 추첨제가 직접민주주의에 해당하는지, 간접민주주의 즉 대의민주주의에

되는 것은 당연한 일이다. 그러나 헌법재판, 특히 그중에서도 법률에 대한 위헌심사는⁵⁾ 선출된 대표들의 의사결정을 제약하고 반복할 수 있어 대의민주주의와 충돌하는 것처럼 보이기도 한다. 이는 일찍이 헌법재판의 반대수결적인 문제(counter-majoritarian difficulty)을 정식화한 비켈(A. M. Bickel)에 의해 지적된 것이다.⁶⁾

반면, 오늘날 대다수의 국가들은 민주적으로 제정된 헌법을 통해 헌법재판을 수용하고 있다. 헌법의 개입에 따라 헌법재판과 민주주의 간의 충돌 문제가 수면 아래로 가라앉은 듯하다. 그러나 헌법이 헌법재판을 규정하고 있다는 사실이, 헌법재판이 본질적으로 정당하다거나 혹은 앞으로도 현 상태로 유지되어야 한다는 당위를 의미하는 것은 아니다. 헌법은 부단한 개헌과정에 개방되어 있으므로, 이 과정에서 헌법재판의 운명이 어떠할지는 아무도 모르는 일이다. 비록 오늘날 헌법재판이 널리 수용되고 있지만, 그 현상의 이면에는 여전히 헌법재판에 대한 평가의 불일치들이 경합하고 있다.⁷⁾ 현재에도 “헌법재판(judicial review)에 관한 논쟁은 끝나지 않았다.”⁸⁾ 진단이 존재하는 것은 그 때문이며, 이것

해당하는지는 다소 모호하다. 추첨을 대표선정의 수단으로 이해할 수도 있고, 시민의 직접 참여를 실현하는 장치로 파악할 수도 있기 때문이다. 그 때문인지 저자들은 “직접 대표제”(direct representation)라는 표현을 사용하기도 한다. 같은 책, 15면, 38면.

- 5) 헌법재판은 헌법의 규범력을 실현하기 위한 제도로서 일반적으로 법률의 위헌심사와 같은 규범통제심판, 국가기관 간의 권한분쟁이나 국민의 기본권침해에 관한 심판, 탄핵심판 등 여러 내용을 갖는다. 그러나 현 시대 헌법재판의 가장 중요한 역할은 법률에 대한 위헌심사이므로, 별다른 언급이 없다면 본고에서 말하는 헌법재판을 이 의미로 이해해도 잘못됨이 없을 것이다. 헌법재판의 유형에는 일반법원이 담당하는 분산형 모델과 헌법재판소처럼 독립적이고 전문적인 기관이 담당하는 집중형 모델이 있다. 본고는 헌법재판소를 헌법재판기관의 전형적 예시로 전제해 논의하지만, 이 논의는 기본적으로 분산형 모델에서의 일반법원에 대해서도 유효할 것이다. 두 모델의 특징과 차이에 관해서는 Mauro Cappelletti, 구병삭·강재근·김승환 옮김, *현대헌법재판론*, 법문사, 1989, 66면 이하.
- 6) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1986, pp. 16-17(“연방대법원이 입법의 산물 혹은 선출된 행정부의 행위를 위헌이라고 선언할 때, ... 이것은 지배적 다수를 위해서가 아니라 그들의 의사를 거슬러 통제권을 행사하는 것이다. ... 사법심사에 대해서 비민주적이라는 비판이 가해질 수 있는 것은 이 때문이다.”).
- 7) 헌법재판에 대한 비판적 논의는 특히 미국 학계에서 두드러진다. 이에 관해서는 김비환, *민주주의와 법의 지배*, 박영사, 2016, 293면 이하; 김중서, “민주주의적 관점에서 본 헌법재판제도 - 미국의 논의를 중심으로 -”, *민주법학* 제54호, 민주주의법학연구회, 2014, 333면 이하.

은 미국이나 이스라엘처럼⁹⁾ 헌법의 명문규정 없이 헌법재판을 수행하고 있는 국가들에게만 해당되는 이야기가 아니다.

이에 헌법재판과 대의민주주의의 관계를 면밀히 검토해 보고자 하는 것이 본고의 목적이다. 이들은 어떤 관계에 있는가? 본고의 첫 번째 물음은 이것이다. 비관적인 입장으로는, 대의민주주의가 헌법재판과 함께 할 수 없다는 주장이 있다. 법률의 위헌심사는 재판기관보다 더 민주적인 기관에게 맡겨야 한다는 월드론(J. Waldron), 재판기관에 의한 법률의 위헌심사를 원칙적으로 금지하는 헌법개정안을 제안한 터쉬넷(M. Tushnet) 등이 여기에 속한다.¹⁰⁾ 그 대척점에는 헌법재판이 민주주의에 필수불가결한 요소라는 입장이 있다. 이들은 민주주의의 입헌적 판본인 입헌민주주의 하에서 헌법재판은 불가피한 선택이라고 규정한다. 헌법의 명문조항이 없이 입헌주의 이념으로부터 위헌심사권한을 도출한 미국과 이스라엘의 대법원, 헌법재판은 성문헌법체제에서의 불문법(unwritten law)이라는 루벤펠드(J. Rubenfeld)의 입장이 대표적이다.¹¹⁾

오늘날 민주국가 중에서도 네덜란드, 영국, 캐나다, 뉴질랜드처럼 법률에 대한 위헌심사제도가 없거나, 혹은 얼마 전까지 없었거나, 그 효력이 약한¹²⁾ 곳들이 존재한다. 그곳의 민주주의 역시 결코 미흡하거나 열등하

8) Mattias Kumm, "Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review", *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2, 2007, p. 153.

9) 미국 연방대법원은 1803년 *Marbury v. Madison* 사건에서 헌법해석을 통해 사법심사권한을 도출했다(5 U.S. 137, 177). 이스라엘 대법원은 이와 유사한 판결을 1995년 선고했는데 (*Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93, IsrSC 49(4) 221. [1995]), 이 판결은 이스라엘의 *Marbury v. Madison*으로 불린다. Stephen Goldstein, "The Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience", in: M. Gibney and S. Frankowski(eds), *Judicial Protection of Human Rights: Myth or Reality?*, Praeger, 1999, p. 56.

10) Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, pp. 293, 297f; Jeremy Waldron, "Judicial Review and the Conditions of Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, No. 4, 1998, pp. 346, 354f; Mark Tushnet, "Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?", *Dissent*, Vol. 52, No. 2, 2005, p. 59(다만, 의회의 특별한 수권이 있을 때에는 예외임).

11) Jed Rubenfeld, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, Yale University Press, 2001, p. 174.

12) 최근에는 규범통제를 강한 형태(strong form)와 약한 형태(weak form)로 구분하는 논의들

지 않다. 이는 헌법재판이 없는 혹은 그 영향력이 약한 대의민주주의도 충분히 성공적으로 작동할 수 있음을 보여준다. 반면에 그와 동시에, 그보다 훨씬 더 많은 국가들이 헌법재판제도를 채택하고 있는 것도 사실이다. 이는 헌법재판과 대의민주주의 간의 긴장관계가 긍정적인 방향으로 해소될 수 있는 가능성을 시사한다. 그러나 그럼에도 헌법재판이 선출되지 않은 재판관에 의해 이루어지는 이상 그것은 민주주의와 충돌한다는 인상에서 본질적으로 자유롭지 않은 숙명을 안는다.

본고의 기본입장은, 민주주의의 해석적 다양성과 근대 민주주의의 역사적 작동방식에 비추어 볼 때 헌법재판이 원리적으로 대의민주주의에서 배제되어야 할 이유가 없다는 것이다. 그러나 그렇다고 해서 헌법재판이 입헌적 대의민주주의의 필연적 귀결이라는 입장도 아니다.¹³⁾ 헌법재판의 정당성은 그 기능적 성과의 수준에 달려 있을 뿐이다. 이는 헌법재판이 원리적으로 대의민주주의에서 반드시 배제되어야 한다거나, 원리적으로 반드시 채택되어야 한다는 당위론적 관점과 거리를 둔 것이다. 본고와 같이 볼 경우, 헌법재판은 그 기능적 성과를 인정받는 한에서만 조건적으로 유지될 수 있는 제도이다. 현재 헌법재판을 수반한 대의민주주의와 그렇지 않은 대의민주주의는 기능적 성과 측면에서 역사적인 경쟁관계에 있으며, 양자는 공히 대의민주주의의 계통 내에서 선택 가능한 범주에 속한다.

이 활발하다. 전자에서 위헌으로 선고된 법률은 일반적으로 혹은 대세적으로 효력을 상실하거나 위헌심사의 계기를 제공한 사건에서 적용이 배제된다. 이는 오늘날 규범통제제도의 대체적인 모습이다. 이와 달리, 후자에서는 규범통제의 강도나 효력이 그보다 완화되는 편이다. 법원에 합헌적 법률해석의 의무를 부여할 뿐인 뉴질랜드, 법원의 인권협약위반 결정에 권고적 효력만 인정하는 영국, 법원이 기본권을 침해한다고 판단한 법률에 대해서도 의회가 일정 기간 효력을 인정할 수 있도록 하는 캐나다의 제도가 여기에 속한다. 약한 형태의 규범통제에 관해서는, Stephen Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001, pp. 719ff; Mark Tushnet, "The Rise of Weak-Form Judicial Review", Tom Ginsburg and Rosalind Dixon(eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011, pp. 323-326; Mark Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review", *Michigan Law Review*, Vol. 101, 2003, pp. 2784ff; Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, 2006, pp. 1355ff.

13) 유사한 입장으로, Dieter Grimm, "Constitutional Adjudication and Democracy", *Israel Law Review*, Vol. 33, 1999, pp. 196ff.

그렇다면, 헌법재판이 대의민주주의에 접목될 경우 어떤 기능적 성과를 산출할 수 있는가? 본고의 두 번째 물음은 이것이다. 헌법재판은 그로 인한 민주적 손실에도¹⁴⁾ 불구하고, 그것을 능가할 다른 이익(예: 개인의 권리보호)을 산출할 수 있다는 입장도 있으나, 본고는 오히려 그 기능적 성과가 대의민주주의의 민주적 증진 측면에서도 상당하다고 주장할 것이다. 헌법재판은 대의민주주의의 내적 문제들을 해소하는 데 유의미한 역할을 수행함으로써 더 나은 민주주의가 될 수 있도록 기여한다는 것이다. 이는 향후 헌법재판 방식의 이점을 능가할 수 있는 다른 대안이 등장하지 않는 한, 이 제도가 대의민주주의에서 지속될 것이라는 예측을 뒷받침한다. 이 지속이 ‘논리필연적인 것’은 아닐지라도, ‘상당히 개연적인 것’이라고는 충분히 말할 수 있다.

사실 헌법재판이 대의제의 운영에 기여한다는 관념은 일찍이 일리(J. H. Ely)에 의해 제시되었고, 하버마스(J. Habermas) 등 여러 절차주의자들로부터 공감을 얻어 왔다. 본고 역시 기본적으로 이러한 입장을 공유한다. 다만, 기존 대의제강화론의 내용이 충분하지 않으며, 좀더 포괄적인 내용으로 발전시킬 필요가 있다고 본다. 특히, 대의제의 보수성과 약점, 한계를 극복하는 데 헌법재판이 유의미하게 기여함을 규명하고자 한다.

이로써 본고의 구상이 전반적으로 설명되었다. 전반부의 핵심은, 헌법재판이 원리적으로 대의민주주의에서 수용되지 못할 이유가 없음을 보여주는 데 있다(II). 민주주의는 다양한 해석에 개방되어 있는 이념이므로, 헌법재판을 수용한 대의민주주의 방식 또한 민주주의 이념과 배치되지 않을 수 있음을 설명한다. 후반부는, 대의민주주의에서 헌법재판의 수용 여부는 효용의 문제이고, 헌법재판은 대의민주주의의 민주적 증진을 위해 유의미한 성과를 산출할 수 있다는 데 초점을 맞춘다(III). 그러한 헌법재판의 역할을, 대의민주주의의 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화라는 측면에서 각각 살펴볼 것이다.

14) 헌법재판에 의한 민주적 손실에 관해서는, Victor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, Yale University Press, 2009, pp. 86-87.

II. ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’의 성립가능성

1. 민주주의의 해석적 다양성

민주주의는 원리적으로 국민의 자기지배를 가리키지만, 이것이 정확히 무엇을 의미하고 어떤 모습이어야 하는지에 관해서는 다양한 해석에 개방되어 있다.¹⁵⁾ 그리고 민주주의의 해석적 다양성은 민주주의의 전체 역사 속에서 더욱 분명하게 확인된다. 예를 들어, 고대 그리스인들은 공식 선출방식으로서 추첨제를 민주적인 것으로 받아들이고 선거제를 민주적이지 않은 것이라고 생각했지만,¹⁶⁾ 오늘날 사람들은 선거제를 민주주의의 본령으로 여기고 있다.

권력분립원리도 마찬가지이다. 고대 민주주의는 권력분립원리에 관하여 잘 알지 못했다.¹⁷⁾ 근대 초기에도 권력분립원리는 민주주의의 필수요소로 인식되지 않았고, 오히려 민주주의는 입법부가 행정부와 사법부를 통제해야 한다는 의미로 사고되었다.¹⁸⁾ 그렇기 때문에 권력분립원리는

15) 지금까지 존재한 민주주의의 여러 유력한 모델들에 관한 해설은 David Held, 박찬표 옮김, *민주주의의 모델들*, 후마니타스, 2010. 아르네 네스(Arne Naess) 등은 헤로도토스가 민주주의(dēmokratia)라는 용어를 사용한 이래 1950년대까지 이 용어에 관하여 311개의 정의가 존재했음을 확인한 바 있다. James L. Hyland, *Democratic Theory: The Philosophical Foundations*, Manchester University Press, 1995, p. 266.

16) Aristotelēs, 천병희 옮김, *정치학*, 숲, 2009, 225면; Jean-Jacques Rousseau, 이환 옮김, *사회계약론*, 서울대학교 출판부, 1999, 142면; C. S. Montesquieu, 권미영 옮김, *법의 정신 I*, 일신서적, 1990, 22면.

17) 근대적 의미의 권력분립이 고대 그리스인들에게 낯선 개념이었다는 것이 일반적인 설명이다. 그러나 아리스토텔레스(Aristotelēs, 앞의 책, 240면 이하)로부터 권력분립에 관한 초기 관념을 엿볼 수 있다는 평가도 있고 또한 반론들도 존재한다. 이 문제에 관하여는 이황희, “근대 입헌주의의 고전적 기원들”, *헌법학연구* 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015, 454-455면의 주 17 및 그곳에 기재된 문헌 참조.

18) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Vol. 1, Transaction Publishers, 2009, p. 282. 켈젠은, 만약 헌법이 법적용 기관에 의해 법제정 기관이 통제되도록, 혹은 사법부에 의해 입법부와 행정부가 통제되도록 규정한다면, 이는 그것이 민주적 요소이기 때문이 아니라 단지 역사적 이유에서 설명될 수 있을 뿐이라고 했다(같은 면).

전통적 귀족이나 신흥 엘리트 계층의 이익을 보호하기 위해 민주주의를 제약하려는 정치적 기획에 가까웠다.¹⁹⁾ 그러나 이제는 정반대로, 권력분립원리가 민주주의의 중요한 요소로 설명되기도 한다.²⁰⁾ 우리 판례에서도 민주적 기본질서에 권력분립이 포함되어 있다고 본다.²¹⁾

절차의 민주적 가치에 대한 해석도 유사한 변화를 겪었다. 고대 그리스에서는 다수 지배체제를 실천하는 것이라면 설사 그 집권이나 통치의 과정에 폭력적인 방식이 개입된다 해도 여전히 민주적 지배로 이해되었지만,²²⁾ 오늘날 사람들은 폭력을 사용한 통치를 더 이상 민주적 지배로 여기지 않는다. 이제 민주주의는 민주적 절차 없이는 존립할 수 없다고 인식된다.

이처럼 역사적으로 민주주의는 고정된 실체를 가져본 적이 없다. 그것은 국민의 자기지배라는 규범적 이상을 표현할 뿐, 그것을 어떻게 실현할 것인가에 관해서는 시대와 사회를 초월한 보편적 합의가 존재하지 않았다. 결국 민주주의는 그 같은 규범적 이상을 그 시대와 사회의 사람들이 그 시대와 사회의 조건 속에서 합당하다고 생각하는 모습으로 구체화

19) Alain Touraine, translated by David Macey, *What Is Democracy?*, Routledge, 2018, p. 31. 권력분립을 통해 민주주의의 부분적 수용을 도모한 몽테스키외의 구상에 관해서는, C. S. Montesquieu, 앞의 책, 187면 이하, 192면 이하. 이는 몽테스키외의 권력분립이론이 고전적인 혼합정체이론에 기초한 것이기 때문이다. 권력분립이론과 혼합정체이론 간의 관계는, Richard Bellamy, “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Political Studies*, Vol. 44, No. 3, 1996, pp. 440ff. 권력분립원리와 민주정치 간의 일정한 긴장관계에 대해서는 양건, 헌법강의(제10판), 법문사, 2021, 1076-1977면.

20) Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2008, pp. 35ff. 바락은 “권력분립은 민주주의의 근간(backbone)”이라고 표현한다. 같은 책, p. 36. 켈젠 역시 그와 유사한 설명을 남긴 바 있다. Hans Kelsen, 앞의 책, p. 269. 그 외에도 Hofmann, “Art. 20”, in: Schmidt-Bleibtreu-Hofmann-Hopfauf(Hrsg.), *GG Kommentar*, 11. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2008, S. 664. 우리 헌법학에서는 대체로 권력분립원리를 자유주의 이념에 기초한 법치주의의 내용으로 설명하는 편이나, 이를 자유주의의 세례를 받은 근대 민주정치의 요청으로 이해하는 입장도 있다. 예컨대, 김철수, 헌법학개론(제19전정신판), 박영사, 2007, 203면, 1205면.

21) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1.

22) 김세균, “자유민주주의의 역사, 본질, 한계”, 한국정치연구회 사상분과 편저, 현대민주주의론 I, 창작과비평사, 2001, 326면.

해 실천하는 정치적 원리라고 말할 수 있다. 역사를 되짚어 보면, 민주주의의 것과 민주주의가 아닌 것 간의 명확한 경계를 긋기가 불가능할 만큼 민주주의가 포용할 수 있는 내용의 범위는 광범위했다. 2500년 전에는 민주주의의 대립물이었던 대의제 방식이 오늘날에는 민주주의의 전형으로 받아들여지고 있는 이 같은 극적인 변화에 비추어 볼 때, 헌법재판 제도를 동반하는 대의민주주의라는 방식이 민주정치의 범주에서 배제되어야 할 절대적 이유는 존재하지 않는다.²³⁾ 오히려 후술할 내용 등을 고려할 때, ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’가 향후 민주주의의 정당한 계통 속에 자리 잡게 될 가능성도 충분하다.²⁴⁾

2. 국민의 자가지배 방식으로서의 정당성

민주주의를 입법의 차원과 동일시하는 것은 부분적으로만 타당하다. 오늘날 입헌민주주의에서 민주주의는 입헌과 입법이라는 두 차원에서 작동한다.²⁵⁾ 근대 입헌주의의 규범서열 관념 속에서 입헌은 입법보다 더욱 근본적 차원의 민주적 정당성을 표상한다.²⁶⁾ 입헌민주주의

23) 같은 취지로, Mattias Kumm, 앞의 논문, p. 173.

24) 이는 오늘날 민주주의를 절차적인 관점에서 이해할 것인가, 아니면 그것의 실제적인 성격을 강조할 것인가에 관한 문제와도 관련이 있다. 전자는 다수가 참여하는 의사결정을 민주주의로 이해함에 반해, 후자는 민주주의가 추구하는 원리나 가치, 예컨대 시민적 동등성, 혹은 동등한 배려와 관심 등을 실현하는 것을 민주주의의 핵심으로 파악한다. 전자의 관점에서 보면 헌법재판은 다수의 참여를 통한 의사결정을 훼손하는 것이지만, 후자의 입장에서 헌법재판은 그와 같은 원리나 가치의 실현에 복무함으로써 민주주의를 실현하는데 기여할 수 있다. 전자와 같은 절차중심적인(procedure-driven) 입장은 월드론으로부터, 후자와 같은 결과중심적인(result-driven) 입장은 드워킨으로부터 확인된다. Jeremy Waldron, 앞의 책(주 10), 1999, pp. 294f; Ronald Dworkin, 장영민 옮김, 법의 제국, 아카넷, 2008, 499면; Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996, p. 34.

25) 애커먼은 이를 이중민주주의(dualist democracy)로 표현한다. Bruce Ackerman, *We The People 1: Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 3ff, 295ff; Bruce Ackerman, *We The People 2: Transformations*, Belknap Press of Harvard University Press, 1998, pp. 3ff.

26) 헌법과 법률은 모두 국민 자신이 만든 규범이라는 점에서 동일하나, 헌법은 입법을 규율하기 위한 사전서약(precommitment)의 의미를 갖는다. 사전서약의 관점에서 헌법을 이해

(constitutional democracy)는 동시에 민주주의로서의 입헌주의 (constitutionalism as democracy)이기도 하다.²⁷⁾

어떤 의미에서 근대 민주주의는 겸허한 원리이다. 자신의 능력과 한계를 스스로 인정하기 때문이다. 근대 민주주의는 민주주의 원리가 적용되어야 할 영역과 그렇지 않은 영역을 구분해 민주주의 원리의 과도한 활용을 경계해 왔다. 가령, 고대 아테네는 추첨을 통해 선정한 법관에게 재판권을 맡기는 민중재판방식을 취했지만,²⁸⁾ 근대 민주주의에서는 이러한 재판방식을 따르는 곳을 찾아보기 어렵다. 직업법관의 전문성과 필요성을 부인하지 않기 때문이다. 또한, 민주주의 원리가 가장 강하게 적용되는 입법 영역에서도 헌법(혹은 국제인권조약)이라는 고차적인 규범적 한계를 받아들이고 있다.²⁹⁾ 다시 말해, 근대 민주주의 체제는 국민의 자기 지배를 추구하는 민주주의 원리에 기초하지만, 민주주의 원리만이 국민의 자기 지배를 실현하기 위해 필요한 모든 것이라고 단언하지 않는다. 주권자로서 국민은 민주주의 원리를 어디까지, 어떤 방식으로 적용할 것인지를 결정할 수 있고, 이 결정도 궁극적으로 국민이 자기 지배를 실현하기 위한 과정의 일환이다.

입법에 대한 위헌심사권한을 헌법재판기관에 부여하는 것 역시 이러한 결정에 속한다. 미국이나 이스라엘처럼 명문규정 없이 헌법해석으로 이

하는 대표적 문헌으로는 Stephen Holmes, “Precommitment and the Paradox of Democracy”, in: Jon Elster & Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988, pp. 195ff. 이에 대한 비판으로는 Jeremy Waldron, 앞의 책(주 10), 1999, pp. 257ff.

27) 민주주의로서의 입헌주의에 관해서는 Jed Rubenfeld, 앞의 책, pp. 163ff.

28) 아테네 민주정의 사법제도와 재판방식에 관해서는 Aristoteles, 최자영·최혜영 옮김, “아테네 정치제도사”, 고대 그리스정치사 사료, 신서원, 2002, 109면 이하; M. H. Hansen, translated by J. A. Crook, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology*, University of Oklahoma Press, 1999, pp. 178ff; D. M. MacDowell, *The law in Classical Athens*, Cornell University Press, 1986, pp. 203ff, 235ff; A. R. W. Harrison, *The Law of Athens II*, Hackett Pub. Co., 1998 참조.

29) 의회 입법의 위헌심사를 인정하지 않는 대표적 국가인 영국과 네덜란드(헌법 제94조)도 자국의 입법이 유럽인권협약 등 국제인권조약에 위반되지 않도록 심사하는 제도를 두고 있다. 이에 관해서는 이황희, “입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석”, 헌법논총 제30집, 헌법재판소, 2019, 73-74면, 94면 이하.

권한을 인정하거나, 네덜란드처럼 헌법의 명문규정을 통해 입법에 대한 위헌심사를 금지한(헌법 제120조) 드문 사례를 논외로 한다면, 국민이 헌법을 제정해 의회의 위헌적 입법을 견제하기 위한 권한을 헌법재판기관에 부여하고 있는 것이 오늘날 입헌주의의 보편적인 모습이다. 입헌의 관점에서 보면, 입법기관이든 헌법재판기관이든 국민으로부터 위임받은 권한을 행사한다는 점에서 본질적으로 동일하다. 다만 주권자는, 입법기관에 대해서는 국민의 정치적 선호에 민감하게 반응하기를 기대하고, 헌법재판소에 대해서는 그렇게 하지 않기를 원하는 까닭에, 양자의 구성방식을 달리 설정하고자 할 뿐이다.

만약 ‘헌법재판을 수용한 대의민주주의’라는 주권자의 기획이 의회를 통한 민주적 지배의 실현에 심각한 해악을 초래한다고 평가한다면, 주권자는 언제든지 개헌을 거쳐 헌법재판을 폐지하고 의회에 더 큰 재량을 부여할 수 있다. 그러나 헌법재판의 비민주성에 대한 비판에도 불구하고, 이 제도 자체를 폐지한 사례는 아직 찾아보기 어렵다.³⁰⁾ 오늘날 보편화된 헌법재판의 존재는, 주권자가 의회에 주권적 지위를 인정하는 방식이 아니라, 헌법재판에 의해 의회가 부분적으로 견제되는 방식을 더욱 긍정적으로 평가하고 있음을 의미한다. 이러한 평가가 지속되는 한, 헌법재판을 동반한 대의민주주의라는 주권자의 선택도 유지될 것이다.

3. 비선출직을 통한 선출직 견제의 정당성

가. 입법폐

이처럼 국민의 자가지배 이념을 추구하는 것과 선거를 통한 민주적 정당성을 추구하는 것이 반드시 일치하는 관계는 아니다. 전자를 지향하면

30) 키르기스 공화국의 국민들은 2010년 개헌 과정에서 과거 헌법재판소가 권위주의 정권의 통치에 협력했다는 이유로 헌법재판소를 폐지했다. 그러나 헌법재판의 관할은 대법원으로 이관하여 그 기능을 유지하도록 했으므로, 이는 헌법재판소의 폐지일 뿐 헌법재판의 폐지는 아니다. 이 폐지의 배경에 관해서는 이황희, “헌법재판소에 대한 견제”, 법학연구 제22권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019, 447-449면. 그러나 최근 2021년 개헌에서는 헌법재판소를 다시 도입, 종전보다 더 강화된 권한을 부여했다.

서도 후자 이외의 방식을 선택하는 것 또한 충분히 가능한 일이다. 이는 실제로 근대 민주주의에서 종종 확인되며, 헌법재판의 수용이라는 근대 대의민주주의의 기획 역시 그러한 배경에서 더욱 정확히 이해할 수 있다.

근대 민주주의에서 입법 등 주요 의사결정은 선출된 대표들이 주도한다. 그러나 그렇다고 해서 근대 민주주의가 선거로 선출된 자들에 대해서만 입법에 관여할 자격을 부여해 온 것은 아니다. 물론, 우리처럼 하나의 의회만을 두고 거기에 입법권을 전속시킨 국가들, 혹은 일본이나 이탈리아, 스페인처럼 양원에 입법권을 부여하면서 국민이 양원을 직접 선출하도록 한 국가들에서는 입법권이 선거로 선출된 대표들에게 인정된다.

그러나 그와 달리, 입법부 중 일부를 선출되지 않은 대표들로 구성하는 국가들도 있다. 대표적으로, 양원제 국가들 중 상원을 국민이 직접 선출하지 않는 자들로 구성하는 곳들이다. 영국, 독일, 프랑스, 네덜란드, 아일랜드, 인도 등이 여기에 속한다. 영국 상원은 특권층들로 구성되고(House of Lords), 그 구성원은 통상 수상의 추천으로 국왕이 임명한다. 독일 상원은 각 주에서 과격한 주정부의 대표들로 구성되고(기본법 제51조), 지방자치단체를 대표하는 프랑스 상원은 지방의원 등으로 구성된 선거인단으로부터 간접적으로 선출되며(헌법 제24조), 네덜란드 상원은 주의회에서 선출된다(헌법 제55조). 아일랜드 상원은 직능대표로서의 성격이 짙은데, 전체 60인 중 11인은 수상이 지명하고, 나머지 49인은 대학 등에서 선출한다(헌법 제18조). 인도 상원은 12인은 대통령이 지명하는 자로, 그 외는 하원에서 선출하는 자로 구성된다(헌법 제80조). 1913년 이전까지의 미국 상원도 유사했다. 건국 이후 1913년 수정헌법 제17조가 비준되기 이전까지 주 의회가 연방 상원의원을 선출했기 때문이다.

또한, 비선출직 국왕이나 간선 대통령을 입법기관의 일부로 인정하는 국가들도 있다. 전통적인 혼합정체(mixed constitution) 혹은 제한정부(limited government) 이념에 따른 정치체도를 구상했던 영국이 대표적이다. 이는 ‘법적 시각에서 의회(parliament)란 국왕과 귀족원, 그리고 평민원을 의미하며, 이 세 기관이 의회를 구성한다.’³¹⁾ 다이시(A. V. Dicey)의 유명한 설명에서 잘 드러난다. 이 관념은 “의회 내의 국왕

(King in Parliament)”이라는 표현을 통해 명예혁명 이후 더욱 공고화되었다. ‘국왕과 상·하원으로 구성된 의회’라는 관념은 다른 국가들에게도 영향을 끼쳤다. 캐나다(헌법 제17조), 호주(헌법 제1조), 뉴질랜드(헌법 제14조), 아일랜드(헌법 제15조), 인도(헌법 제79조), 벨기에(헌법 제36조) 등도 여기에 해당한다.³²⁾ 아일랜드와 인도에서는 국왕의 역할이 대통령의 그것으로 대체되어 있다. 다만, 오늘날 이들 국가에서 국왕은 명목상 역할에 그칠 뿐, 실질적인 권한을 행사하지 않는다. 영국의 경우에는 1707년 이후 입법에서 국왕의 역할이 유명무실해졌다.³³⁾ 그러나 예외도 있는데, 벨기에에서는 불과 30여 년 전에도 국왕의 입법권한이 약한 형태이나마 현실정치에서 효력을 발휘한 바 있다.³⁴⁾

비선출직 기관을 입법부의 일원으로 인정한 국가라 해도, 선출직의 권한과 역할이 비선출직의 그것에 비해 우월한 편이다. 그러나 비선출직도 헌법상 입법부의 분명한 일원이며, 선출직을 견제하는 등 필요한 역할을 수행한다. 특히 이들의 존재는, 민주국가의 입법이 반드시 선거로 선출된

31) A. V. Dicey, 안경환·김종철 옮김, 헌법학입문, 경세원, 1993, 2면. 비슷한 취지로, William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England Books I*, J. B. Lippincott Co., 1893, pp. 50f, 153. 양원이 왕권을 침해하는 입법을 할 가능성에 대비해 국왕 역시 입법에 관여할 자격이 인정되었다. 같은 책, p. 154. 이와 유사한 몽테스키외의 설명은 C. S. Montesquieu, 앞의 책, 194면, 196면.

32) 캐나다 헌법 제17조는 “캐나다의 연방의회는 여왕(Queen), 상원 및 하원으로 구성된다.”, 호주 헌법 제1조는 “연방의 입법권은 여왕(Queen), 상원 및 하원으로 구성되는 연방의회에 속한다.”, 뉴질랜드 헌법(Constitution Act) 제14조는 “의회는 국왕(Sovereign)과 국민대표회의(House of Representatives)로 구성된다.”, 아일랜드 헌법 제15조는 “의회는 대통령과 상·하원의 양원제로 구성된다.”, 인도 헌법 제79조는 “연방의회는 대통령과 상원과 하원의 양원으로 구성된다.”, 벨기에 헌법 제36조는 “연방입법권은 국왕과 상원 및 하원이 공동으로 이를 행사한다.”로 되어 있다.

33) Leslie Wolf-Phillips, “A Long Look at the British Constitution”, *Parliamentary Affairs*, Vol. 37, No. 1, 1984, p. 277. 왕의 재가를 받지 못한 마지막 법안은 1707년 스코틀랜드 민병대 법안(Scottish Militia Bill)이었다.

34) 1990년, 당시 국왕인 보두앵(Baudouin)은 독실한 가톨릭 신자이었기에, 의회가 낙태를 허용하는 법률을 가결했음에도 이 법률이 자신의 신념에 반한다는 이유로 재가를 거부했다. 결국 보두앵은 일시적으로 국왕직에서 물러났고, 그를 대신해 내각이 해당 법률을 공포한 후 그가 다시 국왕에 복귀함으로써 이 문제는 일단락되었다. Patricia Popelier and Koen Lemmens, *The Constitution of Belgium: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2015, p. 145.

자에 의해서만 수행되는 것이 아님을 보여준다. 물론 이들은 이미 선출된 기관(하원, 선거인단, 주 정부 등)에 의해 다시 선출된 것이므로, 큰 틀에서 보면 이 역시 국민에 의해 선출된 것일 수 있다.³⁵⁾ 그런데 통상 헌법재판소 재판관 역시 국민이 직접 선출한 기관에 의해 전부 혹은 대부분이 선출되므로,³⁶⁾ 위와 같이 본다면 헌법재판소도 국민에 의해 선출된 기관에 해당하게 된다.³⁷⁾ 그러나 국민으로부터 직접 정당성을 인정받는 것과 그렇게 인정된 기관으로부터 재차 인정받는 것 간에는 차이가 있으므로, 양자는 민주적 정당성의 크기 혹은 수준에 있어서 구분될 필요가 있다.

나. 필요성

오늘날 대의민주주의에서 비선출직 입법기관이 존재하는 이유는, 선거로 선출된 대표로 구성된 입법기관만으로는 불충분하다는 판단이 존재하기 때문이다. 선거의 결과는 존중되어야 하지만, 선거가 항상 그 사회에

35) 국민에 의해 선출된 정치적 기관이 고유한 정치적 판단에 따라 선출하거나 임명한 것이라면, 그 재판관도 정당화의 사슬을 통해 민주적 정당성을 갖출 수 있다는 입장도 존재한다. 민주적 정당화의 사슬에 관해서는 Ernst-Wolfgang Böckenförde, 김효진·정태호 옮김, *헌법과 민주주의*, 법문사, 2003, 220면 이하. 이를 법관의 “민주적 계통”(democratic pedigree)이라고 표현하면서 그것의 민주정치적인 연관성에 주목하는 입장으로, Christopher L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, 2001, pp. 64ff.

36) 국민이 직접 선출한 기관에 의해 재판관이 선출되도록 한 국가로는, 독일, 헝가리, 벨기에, 마케도니아, 폴란드처럼 의회에서 헌법재판소 재판관을 선출하는 국가나, 프랑스, 불가리아, 루마니아, 체코, 러시아, 세르비아, 슬로베니아처럼 의회와 국민에 의해 직선된 대통령이 함께 재판관 선출을 하도록 한 국가가 있다. 반면, 우리나라를 포함해 이탈리아, 우크라이나, 인도네시아 등 최고법원이나 법관회의 혹은 사법평의회 등 사법부와 관련된 기구에서 재판관을 일부 임명하도록 한 국가나 오스트리아, 스페인처럼 행정부도 재판관 선출에 관여할 수 있도록 한 국가라면, 국민이 직접 선출하지 않은 기관에 의해 일부 재판관이 선출될 것이다.

37) 이러한 시각은 헌법재판소를 헌법문제에 특화된 입법기관으로 이해하는 시도를 더욱 뒷받침할 수 있다. 이에 관한 대표적 문헌으로, Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford university press, 2000, pp. 61ff. 특히 추상적 규범통제를 수행할 때 헌법재판소는 사실상 제3원(third legislative chamber)으로 기능한다고 평가될 수 있다. 같은 책, p. 151, n 17; Victor Ferreres Comella, 앞의 책, p. 50.

서 가장 바람직한 결과를 산출하는 것은 아니다. 주, 지역, 직능 등 여러 사회적 조건의 차이에서 연유하는 이해관계를 조정하고, 보다 다양한 민의를 의회에 반영하고자 하는 국가라면, 그러한 이해관계 조정과 민의반영을 위해 선출직 입법기관 외에 의회구성의 다양성을 증진하는 다른 장치를 필요로 할 수 있다. 가령, 양원을 두면서 상원을 그러한 목적에 맞게 구성하는 방식이다. 앞서 본 대로, 상원을 특권층(영국), 주 정부(독일, 네덜란드), 지방자치단체(프랑스), 직능(아일랜드)의 대표기관으로 설정하는 것이다.³⁸⁾

그렇다면 같은 문제의식의 연장에서 생각할 때, 그 문제에 대한 또 다른 해결책으로, 예컨대 선출직 대표를 견제하는 비선출직 기관을 이번에는 입법부 외부에 설치하는 방식을 고려하지 못할 이유는 없다. 양자는 비선출직들로 하여금 선출된 대표를 견제하도록 한다는 점에서 본질적으로 동일하며, 다만 입법부 내에서 그들을 견제하도록 하느냐, 아니면 입법부 외에서 그렇게 하도록 하느냐에 있어서 차이를 가진다. 비선출직들로 하여금 선출된 대표의 입법권을 견제하도록 하는 방식이 민주적 제도의 일환으로서 정당한 것이라면, 그 같은 견제를 수행할 비선출직들을 입법부 안에 두느냐, 밖에 두느냐는 그들이 수행할 견제역할의 정당성을 판단하는 데 본질적 기준이 되지 않는다.

4. 중간결론

지금까지, ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’라는 방식이 근대 민주주의의 규범적 이상에 어긋나지 않는 정당한 정치적 기획이 될 수 있는 가능성에 관하여 살펴보았다. 특히, 민주주의는 다양한 해석에 개방되어 있는 점, 입헌의 차원에서 조망할 때 헌법재판과 결합된 대의민주주의 역시 주권자의 민주적 의사결정으로 볼 수 있는 점, 헌법재판권한이든 입법권한이든 모두 주권자인 국민으로부터 위임받은 것이므로 양자의 관계

38) 대의민주주의에 대한 비판적 논의 중에는 상원은 선거를 통해, 하원은 추첨을 통해 구성하자는 주장도 있다. 이에 따르면 상원은 정치엘리트 계층의 이해를 대변하고, 하원은 일반국민들의 민의를 반영하는 기관이 될 것이다. 이에 관해서는, Ernest Callenbach and Michael Philips, 앞의 책, 38면 이하.

를 어떻게 설정할 것인가를 정하는 것은 국민의 자가지배를 실현하는 과정인 점, 근대 민주주의가 비선출직이 수행하는 입법적 역할의 정당성을 인정해 온 상황에서 헌법재판관이 단지 국민에 의해 선출되지 않는다는 사실만으로 헌법재판이 대의민주주의에 부합하지 않는다고 단언하기는 어려운 점을 중심으로 생각해 보았다.

그러나 ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’가 국민의 자가지배 이념에 부합할 수 있다는 사실이 국민의 자가지배 이념을 위해서는 반드시 ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’가 되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 결국 다양한 민주주의의 형식 중에서 헌법재판을 포용한 방식이 선택받기 위해서는 이 방식이 다른 방식에 비해 더 큰 장점을 가져야 한다. 그렇다면 남은 문제는 이 방식이 그러한 이념의 실현에 효과적인가, 그래서 이 방식을 계속 유지할 필요가 있는가이다. 이 방식이 효과적이지 않다면, 비록 이것이 대의민주주의 이념에 어긋나지 않는다 해도 우리가 굳이 이 방식을 고수해야 할 필연적 이유는 존재하지 않는다.

Ⅲ. ‘헌법재판을 포용한 대의민주주의’의 민주적 효용

서두에서 밝힌 대로, 필자는 대의민주주의에 헌법재판제도를 접목할 수 있는가의 문제는 선형적 문제 혹은 당위의 문제라기보다는 경험적 문제 혹은 효용의 문제라고 이해한다. 아울러 대의민주주의가 헌법재판을 수용함으로써 더욱 포용적이고, 성찰적이고, 안정적인 모습으로 실현될 수 있다고 평가한다. 헌법재판은, 물론 그것이 적절히 수행되는 것을 전제로, 대의민주주의를 더욱 좋은 민주주의로 만드는 데에 기여한다는 것이다. 우리는 이를 대의민주주의의 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화 측면으로 나누어 살펴보고자 한다.

1. 대의민주주의의 형식 개선

가. 제도와 절차의 형성

헌법재판은 대의민주주의의 형식을 개선하는 데 기여한다.³⁹⁾ 민주주의의 실현을 위해서는 다양한 제도적 장치가 필요하다. 무엇보다도 민주주의는 그것을 영위하기 위한 여러 권리를 필요로 한다.⁴⁰⁾

대의민주주의가 대표의 선출과 권한의 위임을 통한 민주주의임을 상기한다면 국민이 대표를 선출하고 정치적으로 평가하는 데 필요한 선거권이 가장 기본적인 것이다. 헌법은 대표선출이 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의해야 함을 선언한다(제41조 제1항). 또한, 오늘날 대의민주주의는 정당제도에 기초하므로, 정당의 설립, 활동에 관한 권리를 포함해 정당에 관한 제도 전반을 제대로 갖추는 것 역시 대의민주주의의 성공을 위해 필수적이다.

대의민주주의는 대표를 통한 의사결정이라는 제도화된 정치를 주축으로 삼지만, 다른 한편 일반시민에 의한 비정형적 여론형성을 또 하나의 축으로 두는 이중의 구조로 축조되어 있다.⁴¹⁾ 일반시민은 선거권 외에도 이러한 비공식적인 정치적 실천 속에서 대표의 의사결정을 지도할 수 있으므로,⁴²⁾ 표현의 자유나 집회·시위의 자유 역시 대의민주주의의 바람직한 실현을 위해 불가결한 요소이다.

39) 헌법재판이 민주적 제도와 절차 보호에 긍정적인 역할을 할 수 있다는 주장은, John Hart Ely, 전원열 옮김, *민주주의와 법원의 위헌심사*, 나남출판, 2006, 244면 이하; Jürgen Habermas, 한상진·박영도 옮김, *사실성과 타당성*, 나남출판, 2000, 341-342면; Carlos Santiago Nino, *The Constitution of deliberative democracy*, Yale University Press, 1996, pp. 199ff.

40) Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 162면 이하.

41) 의회와 정치적 공론영역 간의 협력에 기초한 근대 민주정치의 이중궤도(zweigleisig; two-track) 이론에 관해서는, Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 363면 이하, 370면 이하.

42) 여론이 공적 권력의 행사를 특정한 방향으로 인도한다는 하버마스의 표현은 Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 365면. 여론의 정치적 영향력에 관해서는, Jürgen Habermas, 한승완 옮김, *공론장의 구조변동*, 나남출판, 2007, 135면 이하.

이러한 제도와 절차는 지속적인 입법적 형성과 조정을 필요로 하는데, 헌법재판은 이러한 형성과 조정이 헌법의 이념과 원리에 부합하는 것인지를 심사함으로써 대의민주주의의 제도와 절차를 더욱 합리화하는 데 기여한다. 예컨대, 재외국민의 선거권, 수형자의 선거권을 확대하는 결정,⁴³⁾ 집회·시위의 자유를 포함한 각종 정치적 자유를 확장하는 결정은⁴⁴⁾ 우리 대의민주주의의 질적 개선과 민주적 증진에 유의미한 역할을 했다.

나. 제도와 절차의 관철

대의민주주의의 제도와 절차는 국민에게 민주주의를 향유할 기반을 제공하는 동시에, 대표들의 의사결정을 가능하게 하는 조건이기도 하다. 근대 민주주의는 단순한 국민의 자기지배가 아니라, 사전에 정해진 제도와 절차를 준수하는 것을 조건으로 한 국민의 자기지배를 의미한다.⁴⁵⁾ 근대 민주주의는 기실 무수한 규칙들을 통해 존립하고 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 이 규칙들이 준수되지 않는다면 민주적 의사결정은 성립하기 어렵다. 국민은 헌법재판을 통해 절차위반 문제를 제기함으로써 대표들로 하여금 제도와 절차를 준수하도록 만들 수 있다.⁴⁷⁾ 특히, 입법절차상 하자를 이유로 대표의 심의·표결권 침해를 인정할 수 있다고 보는 권한쟁의심판은 입법의 절차적 준수를 감시해 온 대표적인 심판절차였다.⁴⁸⁾

이와 더불어, 절차위반에 대한 법적 통제장치로서 헌법재판의 존재는 그 자체로 대표로 하여금 절차위반 행위를 사전에 자제하도록 강제하는 역할을 할 수 있다. 정치적 득실계산에 익숙한 대표라면, 재판소의 결정

43) 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등; 2014. 7. 24. 2009헌마256등; 2014. 1. 28. 2012헌마409등.

44) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25; 2014. 3. 27. 2010헌가2등; 2014. 4. 24. 2011헌가29; 2018. 5. 31. 2013헌바322등; 2018. 6. 28. 2015헌가28등; 2018. 7. 26. 2018헌바137.

45) Stephen Holmes, 앞의 논문, p. 231.

46) Carlos Santiago Nino, 앞의 책, p. 199.

47) 헌법상 적법절차원칙은 입법작용에 대해서도 적용된다는 관례로 헌재 2001. 2. 22. 99헌마613; 2018. 1. 25. 2016헌바315 등. 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 입법에 관한 절차위반 문제를 제기할 수 있다는 관례로 헌재 1998. 8. 27. 97헌마8등.

48) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2; 2003. 10. 30. 2002헌라1; 2006. 2. 23. 2005헌라6 등.

으로 머지않아 정치적 수세에 몰리게 될 행위를 굳이 감행하려 들지 않을 것이기 때문이다. 이는 헌법재판이 원래 사후적 교정수단이지만, 그것이 잘 작동한다면 사전적 억제수단으로도 기능할 수 있음을 보여준다.⁴⁹⁾

이처럼 헌법재판은 대의민주주의의 제도적, 절차적 조건들을 보호하고 그 조건들의 준수를 관철함으로써 대의민주주의가 더욱 민주적으로 형성, 운영되는 데 기여한다.

2. 대의민주주의의 결함 보완

두 번째로 살펴볼 것은, 대의민주주의의 운영상 결함을 보완하는 역할이다. 선출된 대표에 의한 대의를 표방하는 대의민주주의는 여러 측면에서 불완전함을 노정하는데, 이하에서는 그중에서도 헌법재판이 보완적 역할을 유의미하게 해 낼 수 있다고 보이는 세 지점을 살펴보고자 한다.

가. 대의의 결함 보완

1) 우선, 헌법재판은 대의민주주의의 실천적 토대인 ‘대의’ 방식의 불완전함을 보완하는 역할을 수행한다. 대의민주주의에서 대표는 전체 국민의 이익을 추구하는 자이다. 자신의 지역구에서 선출되더라도 그는 지역구의 대표가 아니라 전체 국민의 대표이다.⁵⁰⁾ 따라서 어떤 대표에 의

49) 이황희, “헌법재판소와 법치적 민주주의”, 박종민(편), 한국의 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2022, 45면.

50) 대표의 역할과 대의의 성격에 관해서는 대리인(proxy, delegate) 모델과 수탁자(trustee) 모델의 대립, 대표에 대한 위임의 성격에 관한 명령적 위임 이론과 자유위임 이론의 대립, 혹은 대의의 본질이 명령적인 것인가(mandate), 독립적인 것인가(independence)에 관한 논쟁, 대표가 선거구민의 대표인가 전체국민의 대표인가에 관한 논쟁 등이 있다. Dimitrios Kyritsis, “Representation and Waldron’s Objection to Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2006, pp. 741ff; Jean-Jacques Rousseau, 앞의 책, 122-125면; 서병훈, “대의민주주의의 꿈과 포부, 그리고 과제”, 왜 대의민주주의인가, 이학사, 2011, 19-20면; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2015, 700면 이하; 정종섭, 헌법연구(1)(제3판), 박영사, 2004, 260면 이하, 263면 이하; 정재황, 헌법학(제2판), 박영사, 2022, 1346면 이하; Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1972, pp. 144ff.

해서든 간에, 모든 국민은 동등하게 대의될 자격을 가진다. 이는 모든 국민이 ‘의회에서 동등하게 대의될 권리’(right to equal representation in parliament)를⁵¹⁾ 가진다고 말할 수 있는 기초가 된다.

그러나 현실정치에는 이러한 동등한 대의라는 규범적 이상을 제약하는 여러 요소가 존재한다. 먼저 언급할 것은, 민주주의의 이상과 현실 간의 갈등, 즉 공동체의 전체 구성원을 동등하게 취급해야 한다는 정치적 이상과 전체 구성원 중 다수의 의사가 우선시되는 정치적 현실 간의 충돌 문제이다.

차회 선거에서 재선을 원하는 대표는 현실적으로 정치적 다수의 의사에 영향을 받기 쉬우며, 정치적 다수에 속하지 못하는 소수의 의사는 대표에 의해 진지하게 고려되지 못하는 경향이 있다.⁵²⁾ 즉, 다수의 의사를 중시하는 민주주의의 속성상 소수의 의사는 동등하게 대의되지 않을 항상적 위험에 처하는 것이다. 또한, 대표들이 아무리 동등한 대의를 위해 노력한다 해도 사회에 존재하는 복잡적이고 중층적인 이해관계를 누락 없이 면밀히 반영하기에는 한계가 있으므로, 의회가 사회에 존재하는 모든 정치적 의사를 동등하게 대의하기란 현실적으로도 매우 어려운 일이다.

또한, 선거방식 자체에 내재한 문제도 동등한 대의라는 규범적 이상이 불완전하게 실현되도록 하는 요소가 된다. 선거는 전체 국민이 참여하는 보통선거를 원칙으로 하지만, 유권자는 결코 전체 국민이 될 수 없다.⁵³⁾ 민주국가라 하더라도 반드시 모든 국민이 선거권을 가지는 것은 아니다. 보통선거 원칙에도 제한이 있다. 가령, 특정 나이 이하의 국민은 선거권이 없다. 국가마다 선거권이 인정되는 연령에는 차이가 있지만 대략적으로 10대 후반에 이르는 자에게 선거권을 부여하고 있는데, 우리는 18세 이상이 되어야만 선거권이 주어진다(공직선거법 제15조). 또한 우리나라

51) ‘의회에서의 동등한 대의’(gleichmäßige Repräsentation)가 헌법재판의 대상이 될 수 있다는 하버마스의 지적에 관해서는, Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 324면(원문은 *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, 1992, S. 322).

52) 같은 취지로, Ronald Dworkin, 앞의 책(주 24), 2008, 524면.

53) Christopher L. Eisgruber, 앞의 책, p. 50. 오늘날 민주주의에서도 국민의 범주에 “모든 사람”이 포함된다고 보기 어렵다는 지적으로, Giovanni Sartori, 앞의 책(주 1), pp. 22f(47면).

에서 외국인이나 수형자 등도 선거권이 없다(공직선거법 제15조, 제18조).⁵⁴⁾

선거에 참여하는 것은 국민이 행할 수 있는 가장 대표적인 민주적 실천이며, 이 실천을 통해 국민은 대표에 대하여 자신의 정치적 우위를 관찰하고 자신의 이익이 대표에 의해 진지하게 고려되도록 만들 수 있다. 선거권의 존재는 그들의 이익이 대표에 의해 진지하게 고려되도록 만드는 효과적인 동력인 것이다. 그러나 이는 반대로 말하자면, 선거권이 없는 자는 대표로 하여금 그렇게 행동하도록 만들 힘이 부족하다는 뜻이 되기도 한다. 대표의 입장에서 본다면, 선거권이 없는 자의 정치적 의사는 자신의 재선 여부에 큰 영향을 끼치기 힘들다.

심의적 역할을 위한 제도적 실천이라는 측면에서 대의제도를 이해하고자 하는 어비나티(N. Urbinati)의 주장을 빌리면, 대의민주주의의 요체는 “신체적 현존”이 아니라 “목소리와 생각을 통한 현존”에 있다.⁵⁵⁾ 이러한 ‘목소리와 생각의 현존’은 반드시 ‘동등한 현존’이어야 할 것이나, 정치적 다수의 우월한 영향력 등 여러 현실적 문제로 인해 그와 같은 목적을 달성하지 못하는 경우가 오히려 더 일반적이다. 외국인처럼 선거권이 없는 자들, 여성이나 청년처럼 선거권은 있으나 정치적으로 과소 대표되는 자들, 미래 세대처럼⁵⁶⁾ 현존하지 않고 관념상 존재할 뿐인 자들은 현재 선거권이 있는 자들, 정치적으로 과잉 대표되는 자들, 이미 현존하는 자들과 동등하게 대의되지 못할 구조적으로 불리한 조건 속에 처해 있다. 이는 결국 근대의 선거제도가 민주주의의 전형으로 상찬됨에도 불구하고,

54) 다만 지방선거의 선거권은 일정한 요건을 갖춘 외국인에게도 인정된다(공직선거법 제15조).

55) Nadia Urbinati, *Representative Democracy: Principles and Genealogy*, University of Chicago Press, 2006, p. 225. 헌법재판을 ‘대의’(representation)라는 관점에서 해명하고자 하는 알렉시스는 입법부를 결정을 위한 대의기관으로, 헌법재판소는 논증을 위한 대의기관으로 구분한다. Robert Alexy, “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, 2005, pp. 578ff.

56) 민주적 의사결정과정에서 미래 세대의 이해관계가 소홀히 다루어질 가능성에 대해서는, 전광석, “지속가능성과 세대간 정의”, 헌법학연구 제17권 제2호, 한국헌법학회, 2011, 316면 이하. 미래 세대에 대한 고려의 정당성에 관해서는, 홍종현, “세대간 정의와 국가재정의 지속가능성”, 유럽헌법연구 제34호, 유럽헌법학회, 2020, 250면 이하. “자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것”을 다짐하는 우리 헌법 전문에 의해서도 미래 세대의 이해관계를 고려할 의무가 뒷받침될 수 있다.

거기에는 일정한 제도적 결함들이 내재하고 있음을 시사한다.

한편, 선거는 전체 국민의 의사를 확인하기 위한 것이지만, 그 결과는 실제로 투표를 행한 자들의 의사로만 산정하므로 그것이 전체 국민의 실제 의사와 일치하는지는 누구도 알 수 없다. 대의민주주의는 실제 투표자의 의사를 전체 유권자의 의사로 의제하고, 전체 유권자의 의사를 전체 국민의 의사로 의제하는 이중의 의제 기법을 통해, 실제 투표라는 부분적 의사를 전체 국민의 의사로 규정한다. 따라서 대표 선출의 정당성은 선거결과를 전체 국민의 의사에 일치시키는 절차적 조건에 기초한 것이지, 선거결과가 전체 국민의 의사에 정확히 일치하기 때문인 것은 아니다. 선거결과는 존중되어야 하지만, 이는 이와 같은 제도적 한계와 함께 받아들여져야 한다.

2) 헌법재판은 동등한 대의라는 규범적 이상이 현실정치에서 불충분하게 실현되는 상황을 보완하는 장치가 될 수 있다. 이를 위한 헌법재판의 특성으로, 먼저 중립성(neutrality)을 들 수 있다. 통상 재판의 중립성은 재판기관이 분쟁의 어느 한쪽에 기울지 않는 것을 말하지만,⁵⁷⁾ 여기서 말하는 헌법재판의 중립성이란 헌법재판소가 그 사회의 다양한 정치적 선호로부터 거리를 두고 있고, 특히 정치적 다수세력의 편에 기울지 않는 속성을 가리킨다.⁵⁸⁾ 물론 현실의 누구도 절대적으로 중립적일 수는 없다. 이는 결국 정도의 문제일 것인데, 이와 관련하여 우리는 재판관의 지위를 선거로 확인되는 정치적 다수의사에 의지하지 않도록 해 둔 제도적 측면에 주목하게 된다.

57) 사법기관의 본질적 요소로서 중립성, 제3자성에 관해서는, 가령 독일 연방헌법재판소 판례는 BVerfGE 3, 377, 381; 18, 241, 255 등. 법관의 중립성을 언급하는 우리 판례는 헌재 2013. 3. 21. 2011헌바219; 2012. 2. 23. 2009헌바34 등. 사법기관의 중립성과 제3자성에 관한 그 외 문헌으로는, Kment, "Art. 92", in: Jarass-Pieroth, *GG Kommentar*, 16. Aufl., C. H. Beck, 2020, S. 1044; Helmut Schulze-Fielitz, "Art. 97", in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 3, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2018, S. 627f; 정중섭, 앞의 책(주 4), 1505면; 한수용, 헌법학(제11판), 법문사, 2021, 1360면; 김하열, 헌법강의(제4판), 2022, 904면.

58) 이러한 특성을 불편부당성(impartiality)으로 설명하면서 헌법재판의 정당성의 근거로 사유하는 입장으로 Christopher L. Eisgruber, 앞의 책, pp. 19f, 52ff, 71f. 유사한 입장으로 Jesse H. Choper, *Judicial Review in the National Political Process*, The University of Chicago Press, 1980, pp. 68ff.

앞서도 말한 대로, 정치적 다수세력에 의하여 선출된 입법자는 다수세력의 편에 설 가능성이 크다. 재선가능성을 의식할 수밖에 없는 입법자는 정책적 필요성의 관점에서 수(number)의 원리에 기초한 정당성을 추구하는 데 익숙하다. 이것이 입법자가 오직 정치적 다수의 지지만을 추구한다거나, 언제나 정책적 관점에 매몰되어 정의, 이성, 도덕의 가치를 외면한다는 의미는 아니다. 그러나 민주국가의 여러 법적, 현실적 조건들이 입법자로 하여금 유권자 다수의 정치적 선호에 더욱 민감하게 반응하도록 하는 것도 분명한 사실이다.

반면, 헌법재판소는 재판기관의 속성상 정의(justice)의 관점에서 이성과 논리(reason)의 원리를 통해 정당성을 추구하도록 요구받는다.⁵⁹⁾ 물론 헌법재판소 역시 해당 사회에 속해 있으므로, 그 사회의 여론이나 다수의 정치적 선호로부터 완전히 절연되어 있을 수 없다. 그러나 분명한 것은, 제도적으로 재판행위가 입법행위와 달리 정치적 다수성과 무관하게 작동하도록 설계되어 있다는 것이다. 헌법재판소가 “원리의 포럼”으로서 작동할 수 있다는 드워킨(R. Dworkin)의 주장은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.⁶⁰⁾ 이로 인해 재판소는, 대립적이고 복수적인 정치적 선호들 가운데 어느 한쪽에 기울지 않고 중립적인 지위에서 공평하게 판단하는 일과 관련하여, 다른 기관 특히 입법기관보다 ‘상대적으로’ 더 적합한 조건에 있다.

헌법재판소의 이러한 특성은, 재판관의 지위가 정치적 다수의사에 의지하지 않는다는 측면 외에도, 재판관이 다른 공직자에 비해 상대적으로 강한 객관성(objectivity)을 가지고 있다는 측면에서도 뒷받침된다. 재판관도 인간인 이상 개인적이고 주관적인 선호를 가지겠지만, 재판업무는 재판관의 주관적 선호에서 벗어나 원칙에 따른 객관적 관점에서 사고할 것을 요구한다. 재판관은 따라서 자신의 주관적 선호를 최대한 배제하고

59) Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford University Press, 2013, p. 88. 반면, 입법기관과 재판기관의 차이에 대한 통상적인 설명은 과장되어 있으며, 이는 경험적으로나 규범적으로나 타당하지 않다는 반론으로, Amy Gutmann and Dennis F. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press of Harvard University Press, 1996, pp. 45ff.

60) Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, p. 71.

보다 보편적으로 수용될 수 있는 객관적 관점을 체득하기 위해 오랜 시간에 걸쳐 상당한 노력을 경주해 온 자이다. 이러한 경험 속에서 다른 사람에 비해 ‘상대적으로’ 더 객관적인 시각으로 사태를 바라보는 데 능숙해진 직업적 특성은, 위헌심사 업무를 담당하는 데에도 적합한 자질이 된다. 서론에서도 잠시 언급한 대로 성문헌법이 없는 국가인 이스라엘은 대법원이 헌법해석을 통해 법률의 위헌심사권한을 스스로에게 인정했는데, 그 이유로서 제시한 주요한 논거가 바로 법관의 ‘사법적 객관성’이었다.⁶¹⁾

아울러, 헌법재판에 대한 접근권이 선거권보다 더욱 폭넓게 인정된다는 측면에서도 헌법재판의 민주적 보완기능이 배가된다. 앞서 보았듯이 보통선거원칙에도 불구하고 청소년, 외국인, 일부 수형자처럼 선거권이 없는 많은 사람들이 있다. 그러나 선거권이 없는 자라도 기본권의 주체가 되는 이상 원칙적으로 헌법재판을 청구할 수 있다. 선거권이 없는 자는 선거권자보다 대의과정에서는 불리한 지위에 있지만, 헌법재판에서는 그렇지 않다. 헌법재판은 따라서 선거권이 없음으로 인해 초래된 불이익을 회복하는 수단으로서, 의회에서 동등한 대의가 불완전하게 이루어질 때 그것을 보완적으로 실현하는 역할을 할 수 있다.

많은 사람들은 대의민주주의에서 ‘대의’의 반대를 ‘참여’로 이해하지만, ‘대의’의 가장 근본적인 대립물은 ‘대의되지 못하는 것’ 혹은 ‘동등하게 대의되지 않는 것’이다.⁶²⁾ 헌법재판은 이처럼 입법에서 과소하게 대의되었거나 대의에서 배제된 자들의 권리를 고려함으로써, 공동체의 정치적 의사결정에서 동등하게 대의될 수 있는 기회를 제공한다. 동등하게 대의되지 못한 것으로 판명난다면, 즉 그들의 권리가 공익달성 혹은 다수의 이익을 위해 일방적으로 희생된 것이라고 밝혀진다면, 재판소는 그 같은 입법이 무효임을 선언함으로써 입법자로 하여금 그들을 동등하게 대의하도록 명할 수 있다.

61) United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village, Supreme Court(Israel), CA 6821/93, 49(4) PD 221(1995), para. 81.

62) 대의의 반대는 참여가 아니라 대의에서 배제되는 것이라는 지적은, Nadia Urbinati, 앞의 책, p. 4. 유사한 취지로, David Plotke, “Representation is Democracy”, *Constellations*, Vol. 4, 1997, p. 19.

이러한 접근은 일찍이 사법심사가 대의제를 강화하는 데 기여할 수 있음을 보여주곤 했다. 일리의 주장과 일맥상통한다.⁶³⁾ 일리의 주장은 미국식 다수대표제를 대상으로 한 것이므로, 유럽식 비례대표제를 채택한 곳과는 상황이 다를 수 있다.⁶⁴⁾ 비례대표제에서는 정치적 소수의 의회진출이 상대적으로 용이하기 때문이다. 그러나 비례대표제에서도 의원 수의 한계나 봉쇄조항의 존재 등으로 사회에 존재하는 모든 정치적 소수가 의회에 진출할 수 있는 것은 아니므로, 일리의 통찰은 동등한 대의라는 측면에서 여전히 유효성을 가진다.

나. 참여의 결함 보완

1) 다음으로, 대의민주주의가 맞닥뜨린 오랜 비판, 즉 참여의 불충분함으로 인한 문제이다. 대의민주주의에서 국민은 선거를 통해 대표를 선출하고 그에게 권한을 위임하지만, 그 이후에는 선출된 대표에 의해 통치된다. 루소가 국민이 자유로운 것은 오직 선거시기이며, 선거가 끝나면 그들은 노예가 된다고 갈파한 것은 그 때문이다.⁶⁵⁾ 이러한 구도에서 국민은 대표 선출에 관여함으로써 간접적으로 입법에 참여할 수 있을 뿐이며, 자신이 부당하다고 여기는 개별 법률조항의 폐지를 정하는 데 직접적으로 참여하기는 어렵다.

물론, 선거가 정치적 참여의 유일한 방식인 것은 아니다. 국민은 청원, 시위, 서명운동, 후보자 혹은 운동단체에 기부하기 등 다양한 방식으로 정치에 참여할 수 있다.⁶⁶⁾ 그러나 이러한 방식들은 모두 대의제도를 전제로 한 것으로서 선출된 대표로 하여금 자신의 주장을 보다 더 진지하

63) John Hart Ely, 전원열 옮김, 민주주의와 법원의 위헌심사, 나남출판, 2006, 244면 이하.

64) Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2013, p. 130; Alison L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2009, pp. 133-134. 선거제도의 정치적 중요성과 영향력에 관해서는, Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives, and Outcomes*, Macmillan Press, 1994, pp. 27ff.

65) Jean-Jacques Rousseau, 앞의 책, 123면.

66) James S. Fishkin, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, 2009, p. 45.

고 사려 깊게 경청해 줄 것을 요구하는 행위에 불과하다. 국민은 이러한 방식으로 대표를 설득 혹은 압박해 자신의 주장을 관철할 수 있기를 기대하지만, 대표가 그의 주장을 경청하고 수용할지 여부는 본질적으로 불확실하다.⁶⁷⁾ 이는 오로지 대표의 정치적 판단에 달려있을 뿐이며, 그가 그러한 주장을 전적으로 외면한다 해도 법적인 책임을 지지 않는다. 국민이 대표들을 상대로 자신이 원하는 의사결정을 관철하기 위해서는 상당한 규모의 조직과 운동이 필요한데, 이는 개인이 쉽게 감당할 수 없는 시간적, 금전적 부담을 요구한다. 개인으로서는 시도하는 것조차 어렵고, 시도한다 해도 성공하기는 더욱 어렵다.

반면, 헌법재판은 헌법에 위반되는 법률의 효력을 상실하게 만들 수 있는 기회를 개인에게 제공한다. 헌법소원 방식이 가장 대표적이겠으나, 구체적 규범통제 방식도 당해 소송의 당사자에 해당하는 개인에게 그러한 기회를 보장할 수 있다. 이를 통해 주권자인 국민은 입법의 내용적, 절차적 정당성에 대하여 중단 없이 이의를 제기할 수 있고, 자신의 주도로 부당한 법률을 무효화하거나(위헌결정) 필요한 법률을 제·개정하도록(입법부작위위헌결정, 헌법불합치결정) 만들 수 있다. 뒤에서 보듯이, 재판기관은 입법자와 달리 제기된 주장에 응답해야 하고, 자신의 결론을 뒷받침할 논리적 이유를 제시해야 할 의무가 있는데, 이 의무는 입법에 대한 의문임에도 그에 대한 답변을 입법부로부터 들을 수 없었던 국민이 헌법재판을 통해 자신의 의문을 해결할 수 있도록 한다. 이에 따라 헌법재판은 대의제도 하에서 대표에게 입법권을 위임하여 입법에 대한 유의미한 영향력을 상실한 국민이 자신의 주도와 문제제기로 입법을 개폐할 수 있는 효과적인 수단으로 기능할 수 있다.⁶⁸⁾

67) Cristina Lafont, “Philosophical Foundations of Judicial Review”, David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn(eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 273-274; 이황희, “헌법재판과 공적 참여”, 저스티스 통권 제159호, 한국법학원, 2017, 13면.

68) 헌법재판이 대의제도에서 발생한 참여제약의 문제를 해결하는 수단이 될 수 있다는 입장으로, John Ferejohn and Pasquale Pasquino, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, *Texas Law Review*, Vol. 82, 2004, p. 1687; Lawrence G. Sager, *Justice in Plainclothes*, Yale University Press, 2004, pp. 202ff; Cristina Lafont, 앞의 논문, pp. 265ff; Aileen Kavanagh, “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, *Law and*

2) 헌법재판에 반대하는 대표적 논자인 월드론은, 재판관이 법률의 위헌 여부를 결정하는 것은 권리 중의 권리(right of rights)라고 할 국민의 민주적 참여에 관한 권리(right to democratic participation), 즉 중요한 원칙의 문제에 관한 사회적 결정에 동등하게 참여할 권리를 훼손한다고 본다.⁶⁹⁾ 헌법재판은 정치에서보다 재판에서 자신의 의견이 관철될 더 큰 기회를 가지고자 하는 것인데, 이는 입법부와 선거제도가 민주적으로 갖추어져 있는 곳에서는 존중받기 힘든 태도라는 것이다.⁷⁰⁾ 그러나 무릇 민주사회의 입법은 다양한 비판과 공격으로부터 지속적으로 스스로의 정당성을 입증할 수 있어야 한다. 따라서 누구라도 해당 법률로 피해를 입었다고 생각한다면, 그 법률의 문제를 다룰 수 있도록 하는 것이 입법의 정당성을 유지하는 데 기여하는 것이다.⁷¹⁾ 전술한 바와 같이 입법에 있어서 선출직의 역할을 중심에 두면서도 비선출직의 역할 또한 적절히 활용할 줄 알았던 근대 민주정치의 방식을 상기해 본다면, 어떤 법률의 문제가 오직 선거를 통한 선출적인 정당성을 갖는 자들로 구성된 절차에서만 심사되어야 한다고 단정할 이유도 없다.

특히, 이는 현실의 정치절차에서 주변으로 내몰리기 쉬운 자들에게 더욱 큰 의미가 있다. 정치적 다수의 입장이 강조되는 현실정치에서 자신의 권리와 이익이 충분히 대의되기 힘든 소수자의 경우가 대표적이다. 이들은 구조적으로 현실정치에서 정치적 성공을 거두기 어려운 조건에 처해 있기 때문에, 정치적 다수와 소수의 구분법으로부터 원칙적으로 자유로운 법적 판단절차에서 더 큰 성공가능성을 발견할 수 있다.⁷²⁾

다. 응답성의 결함 보완

세 번째로 언급할 대의민주주의의 결함은 대표의 응답성의 불충분함이

Philosophy, Vol. 22, No. 5, 2003, pp. 483ff; 이황희, 앞의 논문(주 67), 5면 이하.

69) Jeremy Waldron, 앞의 책(주 10), 1999, pp. 212, 232.

70) Jeremy Waldron, 앞의 논문(주 12), p. 1395.

71) Cristina Lafont, 앞의 논문, pp. 273-274.

72) 헌법재판에 비판적인 월드론 또한 다른 정치적 변화의 통로들이 막혀 있을 때에는 헌법 재판 방식이 존중될 수 있다고 평가했다. Jeremy Waldron, 앞의 논문(주 12), p. 1395. 월드론은 이 부분에서 일리의 주장을 인용한다.

다. 국가권력의 궁극적인 소재지는 주권자인 국민이며, 국가기관은 국민으로부터 권력을 위임받아 행사할 뿐이다. 주권자는 국가기관이 자신이 위임한 권력을 위임취지에 맞게 제대로 사용하는지를 감시할 수 있다. 입법에 대해서도 그것에 충분한 근거가 있는 것인지, 필요성과 정당성을 가지는 것인지 등에 관하여 입법자와 다른 의견을 가진 사람들은 그러한 이의를 제기할 수 있다.

문제는, 입법자는 그러한 이의제기에 대하여 응답할 의무가 없다는 것이다. 오늘날 입헌민주주의에서는, 민주적 정당성이 더 클수록, 혹은 국민에 의한 직접 선출과정과 더 밀접할수록 이유제시를 통한 논리적 정당화의 부담에서 더욱 자유로운 지위를 인정해 왔다.⁷³⁾ 예컨대, 주권행사와 가장 가까운 국민의 투표행위는 이유제시의무로부터 전적으로 자유로우며, 합리적이지 않은 논리나 사익에 기초한 논리(예: 후보자와의 사적 인연을 이유로 한 투표)를 표방한다 해도 비난받지 않는다. 그로부터 조금 떨어져 있는 입법부의 행위는 원칙적으로 이유제시의무에 구속되지 않지만, 정치적으로 필요한 경우에는 그것이 정당한 것임을 설명해야 할 수도 있는데, 이때에도 문서로 할 의무는 없으며 합목적성이나 정책적 필요성 등을 제시하는 것만으로도 대체로 충족된다. 반면, 가장 떨어져 있는 재판은 강한 이유제시의무에 구속되는데, 형식적으로는 판결문과 같은 문서로서 수행되어야 하고,⁷⁴⁾ 내용적으로는 그것이 논리상의 내적 정합성을 갖추어야 할 뿐만 아니라 과거에 제시한 자신의 판단과도 모순이 없음을 보여야 한다. 그만큼 재판에서는 논증의 부담과 요구수준이 높고, 그에 따라 판단주체의 자의가 들어설 여지는 적다.

국민은 법률, 특히 자신의 권리를 침해한다고 보이는 법률이 정당한지에 대한 해명을 원하지만, 대표는 이러한 해명요구에 응답할 법적 의무가 없으므로 그로부터 그것을 듣기는 어렵다. 반면, 헌법재판소는 국민의

73) 이에 관해서는 John Ferejohn and Pasquale Pasquino, "Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice", Wojciech Sadurski(ed.), *Constitutional Justice, East and West*, Kluwer Law International, 2002, pp. 25ff.

74) 판단에 대한 이유제시의무는 민사소송법 제208조 제1항, 형사소송법 제39조, 헌법재판소법 제36조 제2항에서 규정한다.

그 같은 요구에 응답해야 할 의무를 진다. 더 중요한 것은, 이 의무가 단순히 형식적인 수준에 머물지 않는다는 것이다. 논리적인 근거로 뒷받침되어야 하고, 무엇보다도 종래 판단의 논리와 일관성이 있어야 한다. 이러한 판단의 일관성 요청은 입법부와 대비되는 헌법재판소의 중요한 특성에 해당한다. 일반적으로 미래를 향한 전망적(prospective) 관점에서 정책적, 합목적적 판단을 추구하는 입법부와 달리, 재판기관은 과거를 향한 회고적(retrospective) 관점에서 과거에 발생한 문제가 법규범에 위반되는지 여부를 심사한다.⁷⁵⁾ 재판 역시 구체적 타당성을 추구하는 것이지만, 이는 원칙적으로 판단의 일관성이라는 토대 위에서 인정된다. 필요한 판례변경은 당연히 가능한 일이지만, 구체적 타당성을 위해 판단의 일관성을 추구하는 노력을 포기하고 임의로 판례를 변경하는 것은 재판기관으로서 허용되지 않는다.

이처럼 헌법재판은 주권자인 국민이 그들의 대표가 만든 입법에 관하여 헌법적인 의문을 품었을 때, 선출된 대표들을 대신해 그러한 의문에 대하여 해명하는 역할을 수행한다. 이를 통해 국민과 국가는 입법의 정당성에 관하여 지속적인 대화를 주고받을 수 있고,⁷⁶⁾ 국민은 주권자로서 몇 년마다 한 번씩 돌아오는 선거에 참여하는 수준을 넘어, 상시적으로 국가권력을 감시하고 견제할 수 있게 된다.

3. 대의민주주의의 민주적 지향성 강화

가. 두 원리 간의 긴장관계

세 번째로 살펴볼 것은, 대의민주주의에 내재한 두 가지 길항적인 원리의 긴장을 민주주의 증진이라는 방향으로 해소하는 데 기여하는 헌법재판의 역할이다.

선출된 대표에게 공동체의 정치적 의사결정권한을 위임하는 대의민주

75) 입법의 미래 전망적 관점과 재판의 과거 회고적 관점 간의 대조에 관해서는, Christoph Möllers, 앞의 책, pp. 76, 79; Jürgen Habermas, 앞의 책(주 39), 302면.

76) John Ferejohn and Pasquale Pasquino, 앞의 논문(주 68), p. 1687.

주의는 ‘선출되는 자의 통치(統治)’와 ‘선출하는 자의 피치(被治)’로 구조화된 정치적 원리이다. 이는 다음과 같은 두 가지의 개념적 구분에 기초한다. 하나는, 선출하는 자와 선출되는 자 간의 구분이다. 이는 선출하는 자의 선출되는 자에 대한 정치적 우위를 의미하며, 대의민주주의에 민주적(democratic) 지배로서의 속성을 부여한다. 다른 하나는, 통치자(the ruler)와 피치자(the ruled) 간의 구분이다. 선출되는 자는 국가의 통치권을 위임받은 통치권의 주체가 되고, 선출하는 자는 그러한 통치권의 대상이 된다. 여기서는 통치자(소수)의 피치자(다수)에 대한 권력적 우위가 성립한다. 이는 대의민주주의에 내재한 과두적(oligarchic) 지배로서의 속성을 반영한다.

이렇듯 대의민주주의는 민주정치와 과두정치 간의 긴장 속에 놓여 있다. 국민에게 선거권을 부여해 통치자를 임명하거나 해임하도록 하는 민주정치의 특성과 타인보다 우월한 소수의 사람만 통치자가 될 수 있도록 하는 과두정치의 특성이 공존한다. 재선을 노리는 대표가 유권자의 환심을 사기 위해 그들의 의사를 존중할 수밖에 없도록 만든 것은 전자에 해당하나, 대표에 대한 기속위임을 부정함으로써 대표를 독립적인 결정권자로 만든 것은 후자의 성격을 띤다. 대의민주주의가 “근대의 혼합정체”(mixed constitution of modern times)로 불리기도 하는 것은 이 때문이다.⁷⁷⁾ 대의민주주의의 두 지배원리 중 어느 한 면만 말하는 것은 제도의 전체를 조망하지 못하는 것이다. 대의민주주의를 혼합과 타협의 형식으로 이해하면서, 그것을 단순히 민주주의의 아종(Unterart)으로 취급하는 것은 정확하지 않다는 슈미트(C. Schmitt)의 지적도⁷⁸⁾ 같은 맥락에 있다.

77) Bernard Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997, p. 238(국역본은 곽준혁 옮김, 선거는 민주적인가, 후마니타스, 2004, 289면). 선거제도에 내재한 혼합정체적인 성격의 사상적 기초에 관해서는 이황희, “선거의 정치적 의미에 관한 사상사적 고찰”, 헌법학연구 제23권 제1호, 한국헌법학회, 2017, 171면 이하. 혼합정체이론에 관해서는 같은 논문, 165면 이하 및 166면의 주 15에 기재된 문헌들 참조.

78) Carl Schmitt, 앞의 책, S. 218.

나. 민주적 지배로서의 속성 강화

그러나 보통선거가 확대되고, 대중정당이 성장해 가면서 근대 대의민주주의는 민주적 지배로서의 특성을 강화해 왔다. 이제 오늘날 사람들은 대의민주주의가 계통적으로 민주적 지배양식에 속한다는 것을 의심하지 않는다. 심지어 민주주의의 규범적 이상을 실현할 수 있는 유일한 현실적 방식이라는 인식도 드물지 않다. 민주주의의 확장과 심화라는 시대정신은 전술한 두 원리 간의 긴장상태가 결국 민주적 지배로서의 속성을 확대하고 강화하는 방향으로 해소되어야 한다는 당위를 강화해 왔다. 이는 동시에 대의민주주의가 과두제적 지배로 변질될 위험을 통제해 온 과정이기도 했다.

이러한 당위의 실천은 우선적으로 입법주체인 대표들의 몫이다. 그들은 대의민주주의가 보다 민주적인 지배양식으로 기능할 수 있도록 정치제도 등을 개선해 나가야 할 책무를 진다. 그러나 문제는, 이 의무가 대표의 이해관계와 충돌하는 측면이 있다는 것이다. 앞서 본 바와 같이, 대의민주주의에 내재한 민주적 지배로서의 성격은 국민이 대표를 선출하고 심판하면서 대표에 대한 정치적 영향력을 확대하려는 데 있다. 그러나 이러한 방향으로 제도를 개선하는 것은 대표들을 불편하게 만든다. 오히려 대표들은 자신에 대한 민주적 통제와 심판의 가능성을 약화시키고, 아직 의회에 진입하지 못한 정치세력과의 경쟁조건을 자신에게 유리한 방향으로 형성하고자 하는 유인 속에 항상 노출되어 있다. 그리고 이 문제가 더욱 까다로운 이유는, 모든 대표들이 이 유인을 공유하고 있어서 여야 등 정치적 입장을 막론하고 쉽게 단합하도록 만들기 때문이다. 대표들 내부로부터 이견이 제기되기 어렵게 만드는 조건인 것이다.

대표들이 공익정신을 발휘해 자신에게 불리한 개혁을 스스로 주도할 가능성도 있다. 그러나 그들이 그러한 개혁에 주저하거나 자신의 이익을 위해 제도를 개악 혹은 악용할 위험으로부터 자유롭지 않은 것도 사실이다. 대의민주주의의 민주적 증진이라는 과제를 선출된 대표들에게만 오롯이 맡겨두기 어려운 이유가 여기에 있으며, 이 또한 헌법재판이 대의민주주의의 민주적 증진에 기여할 수 있는 가능성의 기초가 된다.

우선, 헌법재판소는 국민의 민주적 감시와 심판으로부터 벗어나기 위

한 입법적 일탈을 통제할 수 있다. 여기서 대표들의 기득권 유지에 봉사할 가능성이 있는 입법에 대해서는 보다 엄격한 심사를 통해 국민의 민주적 감시와 심판의 가능성을 높은 수준으로 유지하도록 만드는 것이 재판소의 마땅한 역할이어야 한다. 뿐만 아니라, 헌법재판소는 대의민주주의가 대표들에 대한 국민의 민주적 감시와 심판의 가능성을 더욱 확장할 수 있는 헌법해석을 통해 장래의 입법을 지도할 수 있다.

이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는, 의회 다수파가 정치적 경쟁의 조건에 관한 규정을 자신에게 유리하게 제정하고, 특히 선거법을 입법할 때 공익에 관한 고려가 아니라 자신들의 권력유지라는 목적에 따라 행동할 위험이 있다고 하면서 이에 대한 통제의 중요성을 강조했다.⁷⁹⁾ 독일의 재판소가 선거권에 관한 입법에서 엄격한 통제가 필요하다고 역설한 것은 그 때문이다. 우리의 경우 이 역할에 부합하는 사례로, 종래 1인 1표제 비례대표선거제도에 대한 위헌결정을 떠올릴 수 있다. 종래에는 비례대표선거에서 비례대표후보자명부에 대한 별도의 투표 없이 지역구후보자에 대한 투표를 정당에 대한 투표로 의제해 비례대표의석을 배분하는 제도를 두고 있었다. 이렇게 되면, 무소속 후보에게 투표한 유권자가 정당투표에서 차별받는 것은 물론, 모든 지역구에 후보를 등록할 수 있는 거대정당과 달리 일부 지역구에서만 후보를 낼 수 있는 소수파 정당이 매우 불리해진다. 이 제도는 의회를 장악한 여야의 거대정당들에 유리한 조건을 제공해 그들의 지배를 강화하는 데 복무했다.⁸⁰⁾ 헌법재판소는 2001년 이 제도를 위헌으로 결정했고,⁸¹⁾ 이에 힘입어 현재와 같은 국회의원선거의 1인 2표제가 도입될 수 있었다.

79) BVerfGE 129, 300, 322f.

80) 실제로 비례대표선거에서 1인 1표제가 채택된 시기에는 제1당과 제1당에게 유리한 결과가 나타났고, 1인 2표제가 실시된 이후 제3당 이하의 정당들도 이득을 거두었다. 정태일·김일수, “한국의 비례대표 선거제도에 대한 비판적 고찰”, 한국동북아논총 제64권, 한국동북아학회, 2012, 217면 이하.

81) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등.

IV. 결론

헌법재판은 선출되지 않은 재판관에 의해 이루어지므로 대의민주주의와 충돌한다는 인상으로부터 근본적으로 자유로울 수 없지만, 지금까지 살펴본 헌법재판과 대의민주주의의 관계에 따르면 헌법재판은 대의민주주의와 충분히 조화될 수 있는 가능성을 가진다. 그렇다고 해서 헌법재판이 대의민주주의와 필연관계에 있다고 말하고자 하는 것은 아니다. 양자는 배척관계도 아니고 필연관계도 아니다. 헌법재판은 성과와 효용의 관점에서 대의민주주의에 의해 조건적으로 채택될 뿐이다.

이 성과와 효용은 통상 헌법재판에 따른 민주적 손실을 능가하는 다른 이익의 존재로 설명되어 왔다. 그러나 본고에서는 오히려 역으로 이 성과와 효용을 민주적 증진이라는 관점에서 재조명해 보고자 했다. 대의민주주의는 헌법재판을 수용함으로써 더욱 좋은 민주주의로 영위될 수 있다는 것이다. 그리고 이러한 민주적 증진은 대의민주주의의 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화 측면에서 이루어질 수 있다. 이는 헌법재판과 민주주의 간의 관계를 보다 조화적인 방향으로 해석할 수 있는 근거들을 제공해 줄 수 있을 것이다.

(논문투고일: 2022.11.14., 심사개시일: 2022.12.8., 게재확정일: 2022.12.22.)



▶ 이항희

헌법재판, 대의민주주의, 민주적 증진, 형식 개선, 결함 보완, 민주적 지향성 강화

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 김비환, 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2016.
- 김철수, 헌법학개론(제19전정신판), 박영사, 2007.
- 김하열, 헌법강의(제4판), 2022.
- 양 건, 헌법강의(제10판), 법문사, 2021.
- 정재황, 헌법학(제2판), 박영사, 2022.
- 정종섭, 헌법연구(1)(제3판), 박영사, 2004.
- 정종섭, 헌법학원론(제13판), 박영사, 2022.
- 한수웅, 헌법학(제11판), 법문사, 2021.
- 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2015.
- Ackerman, Bruce, We The People 1: Foundations, Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- Ackerman, Bruce, We The People 2: Transformations, Belknap Press of Harvard University Press, 1998.
- Aristotelēs, 천병희 옮김, 정치학, 숲, 2009.
- Barak, Aharon, The Judge in a Democracy, Princeton University Press, 2008.
- Bickel, Alexander M., The Least Dangerous Branch, Yale University Press, 1986.
- Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England Books I, J. B. Lippincott Co., 1893.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 김효진·정태호 옮김, 헌법과 민주주의, 법문사, 2003.
- Callenbach, Ernest and Michael Philips, 손우정·이지문 옮김, 추첨 민주주의, 이매진, 2011.
- Cappelletti, Mauro, 구병삭·강경근·김승환 옮김, 현대헌법재판론, 법문사, 1989.

- Choper, Jesse H., *Judicial Review in the National Political Process*, The University of Chicago Press, 1980.
- Dicey, A. V., 안경환·김종철 옮김, *헌법학입문*, 경세원, 1993.
- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.
- Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.
- Dworkin, Ronald, 장영민 옮김, *법의 제국*, 아카넷, 2008.
- Eisgruber, Christopher L., *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, 2001.
- Ely, John Hart, 전원열 옮김, *민주주의와 법원의 위헌심사*, 나남출판, 2006.
- Ferrerres Comella, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, Yale University Press, 2009.
- Fishkin, James S., *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, 2009.
- Gutmann, Amy, and Dennis F. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- Habermas, Jürgen, 한상진·박영도 옮김, *사실성과 타당성*, 나남출판, 2000.
- Habermas, Jürgen, 한승환 옮김, *공론장의 구조변동*, 나남출판, 2007.
- Hansen, M. H., translated by J. A. Crook, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology*, University of Oklahoma Press, 1999.
- Harrison, A. R. W., *The Law of Athens II*, Hackett Pub. Co., 1998.
- Hyland, James L., *Democratic Theory: The Philosophical*

- Foundations, Manchester University Press, 1995.
- Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, Vol. 1, Transaction Publishers, 2009.
- MacDowell, D. M., The law in Classical Athens, Cornell University Press, 1986.
- Manin, Bernard, The Principles of Representative Government, Cambridge University Press, 1997. (국역, 곽준혁 옮김, 선거는 민주적인가, 후마니타스, 2004.)
- Mendes, Conrado Hübner, Constitutional Courts and Deliberative Democracy, Oxford University Press, 2013.
- Mill, J. S., 서병훈 옮김, 대의정치론, 아카넷, 2012.
- Möllers, Christoph, The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers, Oxford University Press, 2013.
- Montesquieu, C. S., 권미영 옮김, 법의 정신 I, 일신서적, 1990.
- Nino, Carlos Santiago, The Constitution of deliberative democracy, Yale University Press, 1996.
- Pitkin, Hanna Fenichel, The Concept of Representation, University of California Press, 1972.
- Popelier, Patricia and Koen Lemmens, The Constitution of Belgium: A Contextual Analysis, Hart Publishing, 2015.
- Rousseau, Jean-Jacques, 이환 옮김, 사회계약론, 서울대학교 출판부, 1999.
- Rubinfeld, Jed, Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government, Yale University Press, 2001.
- Sager, Lawrence G., Justice in Plainclothes, Yale University Press, 2004.
- Sajó, András and Renáta Uitz, The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism, Oxford University Press, 2017.
- Sartori, Giovanni, The Theory of Democracy Revisited: Part One, Chatham House Publishers, 1987. (국역, 이형 옮김, 민주주의

이론의 재조명 I, 인간사랑, 1989.)

Sartori, Giovanni, Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives, and Outcomes, Macmillan Press, 1994

Schmitt, Carl., Verfassungslehre, Elfte Auflage, Duncker & Humblot, 2017.

Sweet, Alec Stone, Governing with Judges, Oxford university press, 2000.

Touraine, Alain, translated by David Macey, What Is Democracy?, Routledge, 2018.

Urbinati, Nadia, Representative Democracy: Principles and Genealogy, University of Chicago Press, 2006.

Waldron, Jeremy, Law and Disagreement, Oxford University Press, 1999.

Young, Alison L., Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act, Hart Publishing, 2009.

II. 논문

김세균, “자유민주주의의 역사, 본질, 한계”, 한국정치연구회 사상분과 편저, 현대민주주의론 I, 창작과비평사, 2001.

김중서, “민주주의적 관점에서 본 헌법재판제도 - 미국의 논의를 중심으로 -”, 민주법학 제54호, 민주주의법학연구회, 2014.

서병훈, “대의민주주의의 꿈과 포부, 그리고 과제”, 왜 대의민주주의인가, 이학사, 2011.

이황희, “근대 입헌주의의 고전적 기원들”, 헌법학연구 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015.

이황희, “헌법재판과 공적 참여”, 저스티스 통권 제159호, 한국법학원, 2017.

이황희, “선거의 정치적 의미에 관한 사상사적 고찰”, 헌법학연구 제23권 제1호, 한국헌법학회, 2017.

- 이황희, “입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석”, 헌법논총 제30집, 헌법재판소, 2019.
- 이황희, “헌법재판소에 대한 견제”, 법학연구 제22권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019.
- 이황희, “헌법재판소와 법치적 민주주의”, 박종민(편), 한국의 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2022.
- 전광석, “지속가능성과 세대간 정의”, 헌법학연구 제17권 제2호, 한국헌법학회, 2011.
- 정태일·김일수, “한국의 비례대표 선거제도에 대한 비판적 고찰”, 한국동북아논총 제64권, 한국동북아학회, 2012.
- 홍종현, “세대간 정의와 국가재정의 지속가능성”, 유럽헌법연구 제34호, 유럽헌법학회, 2020.
- Aristoteles, 최자영·최혜영 옮김, “아테네 정치제도사”, 고대 그리스정치사 사료, 신서원, 2002.
- Alexy, Robert, “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4, 2005.
- Bellamy, Richard, “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Political Studies*, Vol. 44, No. 3, 1996.
- Ferejohn, John and Pasquale Pasquino, “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice”, Wojciech Sadurski(ed.), *Constitutional Justice, East and West*, Kluwer Law International, 2002.
- Ferejohn, John and Pasquale Pasquino, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, *Texas Law Review*, Vol. 82, 2004.
- Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001.
- Goldstein, Stephen, “The Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience”, in: M. Gibney and S.

- Frankowski(eds), *Judicial Protection of Human Rights: Myth or Reality?*, Praeger, 1999.
- Grimm, Dieter, “Constitutional Adjudication and Democracy”, *Israel Law Review*, Vol. 33, 1999.
- Hofmann, “Art. 20”, in: Schmidt-Bleibtreu-Hofmann-Hopfauf(Hrsg.), *GG Kommentar*, 11. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2008.
- Holmes, Stephen, “Precommitment and the Paradox of Democracy”, in: Jon Elster & Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988.
- Kavanagh, Aileen, “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, *Law and Philosophy*, Vol. 22, No. 5, 2003.
- Kment, “Art. 92”, in: Jarass·Pieroth, *GG Kommentar*, 16. Aufl., C. H. Beck, 2020.
- Kumm, Mattias, “Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2, 2007.
- Kyritsis, Dimitrios, “Representation and Waldron's Objection to Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2006.
- Lafont, Cristina, “Philosophical Foundations of Judicial Review”, David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn(eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2019.
- Plotke, David, “Representation is Democracy”, *Constellations*, Vol. 4, 1997.
- Schulze-Fielitz, Helmut, “Art. 97”, in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 3, 3. Aufl., Mohr Siebeck, 2018.

Tushnet, Mark, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, 2003.

Tushnet, Mark, “Democracy versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?”, *Dissent*, Vol. 52, No. 2, 2005.

Tushnet, Mark, “The Rise of Weak-Form Judicial Review”, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon(eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011.

Waldron, Jeremy, “Judicial Review and the Conditions of Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, No. 4, 1998.

Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, 2006.

Wolf-Phillips, Leslie, “A Long Look at the British Constitution”, *Parliamentary Affairs*, Vol. 37, No. 1, 1984.

Abstract

Constitutional Adjudication and Representative Democracy

Hwanghee Lee

Constitutional adjudication, which can invalidate legislation, has been criticized for being undemocratic because non-elected judges conduct it. However, constitutional adjudication is accepted today in most countries that pursue democratic constitutions. It is a general explanation that constitutional adjudication can achieve more excellent benefits, such as protecting fundamental rights despite the democratic loss. In contrast, this paper focuses on the aspect that constitutional adjudication can play a role in achieving democratic benefit, making representative democracy a better democracy.

To this end, we first examine that constitutional adjudication does not contradict representative democracy. Democracy is open to various interpretations, and the inclusion of constitutional adjudication into the constitution can also be viewed as democratic decision-making by the sovereign. It also can be considered how modern democracy has recognized the legislative role played by the non-elected. Constitutional adjudication is, therefore, not contrary to the normative ideal of democracy.

However, it doesn't mean that constitutional adjudication is a self-evident consequence of representative democracy. Whether or not constitutional adjudication is embraced is only a matter of achievements and utilities, and constitutional adjudication can be supported as long as these achievements and utilities are well recognized. In this paper, we focused on

the aspect that constitutional adjudication can produce significant achievements in improving representative democracy and promoting democracy. These achievements can be confirmed in terms of improving the form of representative democracy, redressing its deficiencies, and strengthening its democratic orientation.



▶ **Hwanghee Lee**

constitutional adjudication, representative democracy, promotion of democracy, improvement of forms, redress of deficiencies, strengthening of democratic orientation