

사법부의 독립성을 위한 정치적 조건*

강명세 | 세종연구소

| 국문요약 |

민주주의에서 사법정치(judicial politics)의 비중이 확대되고 역할이 갈수록 중요해지고 있다. 이는 세계적 현상이며 한국도 예외는 아니다. 민주화 과정의 산물로 태어난 한국의 헌법재판소는 대통령 탄핵과 정당해산의 판결을 내린 바 있다. 사법정치에 대한 이해가 절실히 요구된다. 이 글의 목적은 사법부의 독립성을 결정하는 요인들을 분석하는 것이다. 사법부의 판단은 국가와 사회의 많은 영역에 중대한 영향을 주는 점에서 독립적 판결이 어떻게 가능한 것인가에 대한 학문적 관심이 높다. 사법부의 독립성은 그 사회의 신뢰성을 높이는 점에서 투자를 유이할 수 있다. 독립적 사법부는 민주주의의 핵심적 요소라는 점에서 국가와 국제사회가 사법부의 독립성을 통해 민주주의를 확산시키려는 노력을 하고 있다. 사법부의 중요성이 강조되면서 민주주의 체제에서는 물론이고 권위주의조차도 독립적 사법부를 도입하려고 시도한다. 그러나 무엇이 사법부 독립성에 영향을 주는 가에 대해서는 여전히 명확한 답이 없다. 이 연구는 사법부 독립성의 중요성을 이해하고 그것이 언제 가능한지를 논의하려 한다. 구성은 다음과 같다. 첫째는 아직 여러 논란의 중심에 있는 사법부 독립성의 개념에 대해 법의 지배와 관련하여 논의한다. 둘째, 정치적 시각에서 사법부의 독립성을 논의한다. 법의 지배는 국가와 사회가 안정적으로 유지되는 데 필요조건으로 보는 문헌연구를 검토한다. 셋째, 경험적 분석으로 실질적 독립성을 종속변수로 상정하고 이를 어떻게 설명할 것인지를 논의하고 그 결과를 제시한다. 넷째는 결론으로 앞의 논의를 정리하고 향후 연구순제를 점검한다.

주제어 | 사법부 독립성, 민주주의, 헌법재판소, 법의 지배

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.
(NRF-20141A3A2044343)

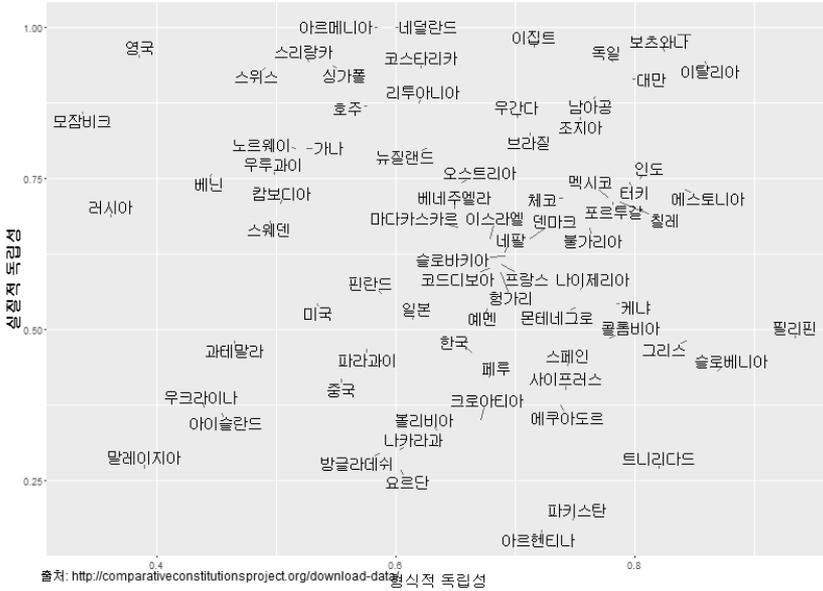
1. 법의 지배와 사법부 독립성

법의 지배는 민주주의를 지탱하는 지주이며 민주주의는 ‘제한적 정부형태’를 의미한다(Salzberger 1993; O’Donnell 2004; Weingast 1997). 법의 지배는 국가의 자의적 개입을 봉쇄하고 인권유린을 방지하는 데 필수적이다(Linzer and Staton 2015; Melton and Ginsburg 2014; Shapiro 1981). 법의 지배는 재산권을 보호하는 역할을 하고 이는 다시 경제적 효율성을 높이는데 기여한다(Feld and Voigt 2003). 사법부는 경제적 및 정치적 자유를 높인다(La Porta et al. 2004; North and Weingast, 1989). 이처럼 중요한 역할을 하는 법의 지배가 실현되려면 법관은 정부와 의회의 압력으로부터 독립적이어야 한다. 독립성은 사법부가 집권세력을 견제할 수 있을 때 가능하다. 독립성의 종류와 정도는 국가별로 큰 편차를 갖는다. 이 논문은 독립성의 편차가 어디에서 기인하는가를 이해하려는 시도이다. 법의 지배는 어떻게 가능한 것인가?

사법부 독립성 문제는 너무 복잡하고 논쟁적이어서 아직까지 명확한 개념화에 대한 합의가 이루어지지 않은 상태이다. 논쟁의 핵심은 독립적 판결을 가능케 하는 제도는 관찰할 수 있지만 제도가 영향을 미치고자 하는 판결의 동기는 관찰할 수 없다는데 있다.¹⁾ 일부 연구는 국가 제도가 시장행위에 미치는 영향을 평가하면서 사법제도의 국제비교가 가능하지 않다는 이유에서 사법부를 제외시키기 까지 했다(Staavage 2002, 51). 사법부 독립은 결국 법관의 결정을 내용으로 한다. 법관의 결정은 독립성과 관련하여 두 가지 차원으로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 판결이 법관의 선호를 반영할 때 독립적 판단이 된다. 둘째는 사법부는 실행력 도구가 없기 때문에 정부에 의존해야 하는데 정부가 판결을 이행하지 않을 때 강제할 수 있어야 영향력을 갖는다.

1) 개념적 논쟁에 대한 최근 논의는 다음을 참고: Linzer and Staton(2015);Raos-Figueroa and Staton(2012).

그림 1: 사법부 독립성



사법부의 독립성은 국가별로 시대별로 커다란 편차를 갖는다. <그림 1>²⁾에서 보듯, 형식적 독립성(수평축)과 실질적 독립성(수직축)은 넓게 퍼져서 존재한다. 왜 이처럼 다양하게 분포하는지에 대한 궁금증을 푸는 것은 법의 지배가 어떤 조건에서 도입이 되고 무리없이 작동하는지를 이해하는데 도움이 된다. 또한 사법부 독립성은 형식과 실재는 큰 괴리를 보인다. 필리핀처럼 사법부는 헌법상 독립성은 높지만 실질적 독립성은 명문화 보장에 비해 크게 못 미친다. 다른 한편 영국의 사법부는 법적 보장 면에서 취약하지만 국제적으로 비교하면 실질적으로 가장 독립적 기관의 하나이다.³⁾

그동안 학자들은 사법부 독립성의 역할을 이해하기 위해 헌법에 명기된 제도를

2) <그림 1>에 사용된 자료는 Hayo and Voigt(2007)가 작성한 것이다.
 3) 한국의 헌법은 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”고 하여 법원의 독립을 보장하고 있다. 또한 103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”라고 법정주의를 두고 있다. 사법정치분야에서 한국 정치학에서는 현재까지 단 두 편(채진원, 2015; 최선 2015)이 출판되었고 발표문(감명세 2015a, 2015b)이 있다.

기반으로 그것을 이해하려고 해왔다.⁴⁾ 그러나 그동안의 연구결과는 명문화된 공식 제도가 실질적인 사법부 독립을 보장하지 않는다는 점을 보여준다.⁵⁾ 양자의 관계는 그것들이 법관의 이해와 동기(incentives)에 어떻게 영향을 주는가에 달려 있다(Carrubba, et.al. 2012). 맥락에 따라 전혀 반대의 영향도 가능하다. 이 경우 제도를 통해 사법부 행태를 유추하려는 시도는 적실성을 상실한다. 사법부 독립성의 두 차원 형식적 측면과 실질적 측면을 비교하면 제도적 독립성보다는 실질적 독립성이 진정한 독립성이라고 평가된다(Rios-Figueroa and Staton 2012; Melton and Ginsburg 2014). 실질적 독립성은 그것을 구성하는 경험적 지표가 서로 깊은 연관을 보여준다는 점에서 국제비교자료에 적합하며 이 글에서는 Rios-Figueroa & Staton이 기존 지표를 결합하여 만든 실질적 독립성을 지표로 삼는다.⁶⁾

법관의 판결과 사법부의 정책이 전략적 판단에 기초한다는 이론은 사법부 독립성을 전략적 행위로서 이해하려는 시도이다. 삼권분립은 전략적 행위를 잉태하는 구조이다. 권력이 서로 견제하는 상황에서 사법부는 정부와 의회의 선호를 무시할 수 없다. 의회는 사법부의 예산과 관할영역을 결정하며 사법부의 판결이 의회의 선호와 정면으로 대립할 경우 사법부 해석을 뒤집을 수 있다. 대통령은 사법부 대법관을 선택할 수 있고 사법부 판결을 거부할 수 있다 (Fink 2008; Shapiro 1981; Vanberg 2010). 사법부가 독립적 판단을 하려면 일단 정치적 압력으로부터 자유로워야 한다. 정부의 압력이 예상되는 경우 판결은 정부의 선호를 벗어나기 어렵다. 전략적 판결에 대한 논의는 로버트 달이 1956년에 지적한 대로 사법부는 다수의사를 대변하는 정부의 뜻을 거스르지 않는다고 가정한다. 권위주의 체제의 사법부가 갈등이 최소화할 수 있는 사건에만 개입하여 독립적이고 영향력을 갖는 것처럼 보이지만 사실은 다르다. 그들의 판결을 세밀히 관찰하면 권위주의 정부의 압력을 피하기 위해 사건을 선별하여 판결한다 (Ginsburg 2003). 사법부

4) 사법부 독립성에 대한 대표적 경험적 연구는 다음이다: Hayo and Voigt (2007, 2010, 2013); Voigt, Ebeling, and Blume(2007).

5) 사법부 법적 독립성과 실질적 독립성과의 연관성에 대한 최근의 문헌연구는 Melton and Ginsburg(2014).

6) Carlin(2012)은 Rios-Figueroa & Staton(2009)가 제시한 사법부독립성 기준을 이용하여 법의 지배를 유형화했다.

의 전략적 판단을 고려하지 않고 독립성을 논의하는 것은 사법부 독립에 대해 편견을 낳는다. 권위주의 지배 하에서 만들어진 이집트 헌법재판소는 독재자의 핵심적 이해를 거스르지 않으면서 위헌소송을 전략적으로 활용하여 독자적 영역을 성공적으로 확대했다 (Moustafa 2003). 이집트 권위주의 정부가 헌법재판소를 도입한 가장 중요한 이유는 투자유치를 통한 경제성장 때문이었다. 군부 권위주의는 헌법재판소 도입으로 재산권 보장을 대내외의 투자자에 선전함으로써 정책의 신용도를 일거에 끌어 올릴 수 있다고 보았다. 이집트의 야당, 시민단체, 그리고 변호사협회는 헌법재판소에 위헌소송을 제기하고 이에 긍정적 판결을 확보함으로써 권위주의 정부의 정책을 무력화시킬 수 있었다.⁷⁾

법관의 판결은 법전 해석 뿐 아니라 정치적 입장에 따라 달라진다. 프랑스 헌법위원회의 판결을 조사한 연구는 위원회 판결이 헌법위원회 위원의 정치적 소신에 영향을 받았음을 제시한다 (Franck 2008). 집권정부가 동질적이고 통일되어 있으면 사법부에게 독립을 허용하지 않는다. 사법부 판결은 잠재적으로 정부정책을 무효화할 수 있기 때문이다. 프랑스의 동거정부 경험은 사법부와 정부의 분열 간의 관계를 이해할 수 있는 귀중한 창이다. 프랑크는 1959-2006년 기간 동안 발생했었던 동거정부의 프랑스 헌법위원회의 위헌판결을 조사하여 정치적 이론이 정당함을 제시했다. 즉 동거정부 하였던 1997-2002년 시기동안 헌법위원회 판관은 위헌판결을 더 빈번히 했다. 그 기간은 좌익이 하원을 지배하고 우익 세력은 대통령직과 상원을 차지했으며 좌익정부는 상대적으로 취약했다. 우익이 지명했던 판관은 우익적 입장에서 위헌판결을 내렸다.(Franck 2008, 263).

요약하면 사법부의 판결은 정치적 요인으로부터 자유로울 수 없으며 법관의 전략적 판결은 정치적 제약을 고려한 결정이다. 그러나 사법부의 자율성은 권위주의에서 뿐 아니라 민주주의에서도 나라별로 큰 차이가 있다. 이 글은 사법부의 실질적 독립성을 가능케하는 정치적 요인이 무엇인지를 밝히고자 한다.

7) 이렇게 전략적 성공을 거두었던 이집트 헌법재판소는 정부가 억압정책으로 선회하면서 더 이상 이전과 같은 독립성을 유지하기 불가능했다. 이집트 권위주의 정부는 그러나 헌법재판소가 자신의 존립을 위협한다고 판단하고 억압했다. 그러나 헌법재판소의 판결은 이집트 헌법재판소가 다른 권위주의 체제의 사법부에 비해 독립적일 수 있는 기회가 되었다.

II. 정치체제의 구조와 사법부 독립

정치학은 법학과는 달리 사법부의 판결을 정치적 관점으로 이해하려는 전통을 제시해왔다.⁸⁾ 달 이후 초기에는 재판관의 판결에 영향을 주는 이념과 법전을 중심으로 발전했으나 최근에는 사법부의 판결을 정책이 국가와 사회의 보다 넓은 범주 속에 위치시켜 어떤 조건에서 그리고 어떻게 부합하는지에 대한 관심을 가져왔다.⁹⁾ 최근 연구는 재판이나 재판관의 판결이 법전 속에서가 아니라 정치적 맥락 속에서 이루어진다는 점을 강조한다(Whittington 2005). 전략적 이론이나 패권유지(hegemony preservation)이론은 초기 미국에 한정되었던 경계선을 넘어 세계적 비교연구에 확대하려고 시도한다.¹⁰⁾ 전략적 법관 이론과 권력분립이론은 정치적 요인이 사법부 정책에 미치는 역할에 초점을 둔다는 점에서 같은 범주에 속한다. 권력분립이론은 입법부나 행정부의 정치인들과 마찬가지로 사법부와 법관을 정치적 행위자로 가정한다. 해밀턴 이래 미국의 사법부는 ‘칼이나 지갑’이 없는 점에서 삼부 가운데 가장 ‘덜 위험한’ 상대적으로 미력한 존재로 인식되었다(Hamilton 178, Federalist Paper #78). 사법부의 영향력이나 독립성은 다른 부서와의 관계 속에서 설정되며 어떤 조건에서 사법부의 힘이 극대화할 수 있는 가에 대해 많은 관심이 주어져왔다(Ferejohn 2002; Helmke 2003; Iaryczwer et al. 2002; Bednar, et.al. 2001; Epstein and Shvetsova 2001; Vanberg 2000; Ferejohn and Weingast 1992; Spiller and Gely 1990). 권력분립과 전략적 선택이론에 의하면 입법부와 행정부의 힘이 약해질 때 사법부의 잠재적 힘이 성장한다고 본다. 어느

8) 달(Robert A. Dahl)은 1957년 공법 학회지(Journal of Public Law)에 게재한 논문에서 미국 대법원이 소수보호에 적극적이라는 입장을 비판하고 정치적 다수의 부합하는 판결을 제시한다고 강조했다.

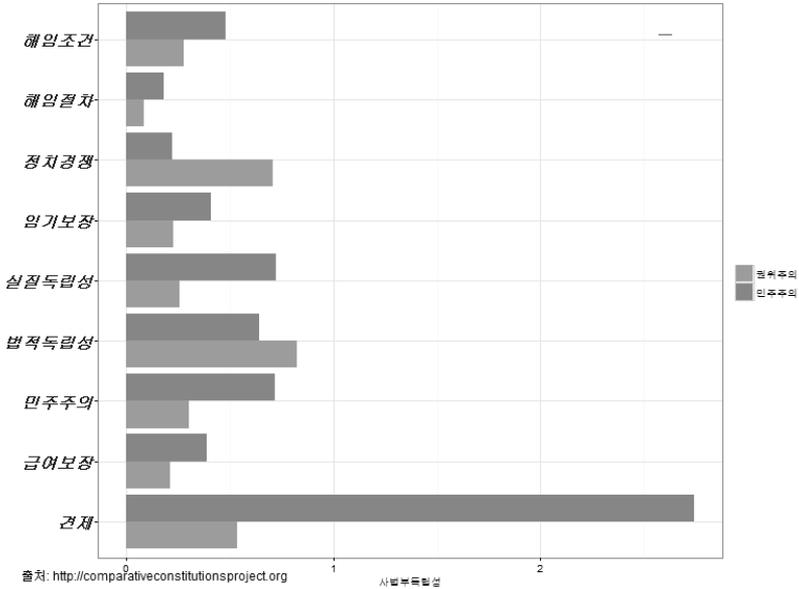
9) 미국정치학의 사법정치 분야는 ‘레짐정치(regime politics)’를 제시하고 대법원 판결이 지배체제의 질서에서 크게 벗어나지 않는다는 점을 강조한다. 이에 대해서는 Howard Gillman(2010)의 문헌조사 참고.

10) Hirschl(2007)은 사법부의 판결을 가리켜 ‘법가지배(Juristocracy)’라 명명하고 이는 본질적으로 정치적 결정이라고 주장하면서 사회경제적 조건이 정치적 조건과 결합하여 설명하고자 한다.

일당이 의회를 장악할 수 없을 때 즉 분절화의 정도가 심할 때 사법부의 공간이 넓어진다. 분절화가 높으면 다양한 독자적 정파가 의견을 조정하고 타협하는 데 힘들기 때문에 힘이 약화되고 그에 따라 사법부의 힘이 상대적으로 증가한다. 이는 민주주의에서든 권위주의에서든 마찬가지로 작동한다.¹¹⁾ Rios-Figueroa는 이를 멕시코의 사법정치에 적용했다. 제도혁명당(PRI: Partido Revolucionario Institucional)은 정권교체의 위험을 체감하면서 사법부에게 재량권을 허용하기로 결정했다. 실각 후의 정치적 탄압을 회피하거나 최소화하기 위해 당시까지 장악했던 사법부를 독립시키기 시작했다. 이는 1994년 사법개혁으로 귀결되었다. 일본의 사법부가 보수적인 까닭은 자민당의 독점정치 때문이다. 일본의 경험은 장기집권이 가능할 때 정부는 사법부에게 독립성을 허용할 필요가 없다는 점을 잘 보여준다 (Ramseyer 1997; Law 2011). 일본의 수상은 형식적인 추천위원회가 추천한 후보 가운데서 대법관을 임명하는 권력을 행사한다 (Matsui 2011, 1378). 인도의 의회를 오랫동안 장악했던 집권여당 국민회의당(Congress Party)은 인도 대법원의 위헌판결을 쉽사리 뒤집어 버렸다. 과반의 찬성이면 헌법개정이 가능하기 때문에 의회 다수를 점유한 국민회의당 정부는 사법평결(judicial review) 기능을 약화시켰다 (Tushnet. 2009).

11) 권위주의체제가 법의 지배에 어떻게 이용하고 적응하는 가에 대해서는 많은 연구가 있으며 이에 대한 최근의 문헌검토는 Ginsburg and Moustafa (2012) 참고.

그림 2: 민주주의와 사법부독립성



대통령중심제에서 여소야대의 상황이 발생하면 대립적인 세력이 각각 행정부와 입법부를 차지하며 힘의 공백이 발생할 수 있다. 견제와 균형의 잠재력이 극대화되는 것이다. 이처럼 권력이 분절화되는 조건에서 법관은 자신의 판결이 정부에 의해 뒤집어 질 수 없다고 판단하면 보다 독립적 판결에 돌입한다. 일상불란한 권력을 행사할 수 없기 때문에 정부정책을 무효로 하는 판결을 보고도 판결을 내린 법관에 보복할 수 없다. 집권세력은 소수이기 때문에 대법관 수를 늘리거나 사법부 예산을 대폭 삭감하는 등 법관을 무력화시킬 수 없다 (Cooter and Ginsburg 1996; Iaryczower et al. 2002; Graber 1993). 법관의 선호와 정책을 결정하는 기제는 종신제, 임용절차, 그리고 급여보장 등이다. 멕시코처럼 하나의 정당이 장기 집권을 하면 사법부의 독립성은 거의 불가능해진다. 법관의 운명은 권력자의 의지에 달려 있기 때문이다. 일본 역시 자민당이 장기집권하면서 사법부 독립성은 확대되지 못했다. 그러나 장기지배는 1990년대로 오면서 서서히 무너졌다. 1988년 제도혁명당은 이전까지 하원 의석의 3분의 2를 차지했던 위치에서 물러나 더 이상 헌법을 자기 뜻에도 수정할 수 없게 되었다. 1997년과 2000년 선거에서 제

도혁명당은 다수당 지위를 잃었다. 제도혁명당은 대통령직을 차지했으나 의회는 다당제로 유지되었다. 대통령 권력에 대한 도전이 본격화되자 당시 대통령은 불확실한 미래에 대한 ‘보험’으로서 사법개혁을 실시하고 대법원에 위헌심사권을 부여했다. 1994년의 사법개혁은 멕시코 사법부의 독립성을 크게 강화시키는 계기였다 (Megaloni 2003, 268). 1994년 제도혁명당은 하원의 2/3를 차지하지 않았기 때문에 제1야당인 PAN의 협력을 통해 헌법개혁에 착수했다. 멕시코 정치엘리트는 실권의 위기감이 고조함을 느끼면서 사법부에 권력을 나눠 갖는 제도를 도입했다(Finkel 2004, 87). 민주화로 인해 권좌에서 점차 멀어지는 권위주의 세력에게 사법부는 권력상실로 인한 피해를 최소화할 수 있는 기제였던 것이다. 공간이론을 원용한 연구는 정당의 정책이 서로 상극적일수록 사법부의 공간을 넓어진다는 주장을 제시했다 (Ramseyer 1994).

정치체제의 성격은 사법부의 재량권에 커다란 영향을 준다. 정치체제의 성격은 세 가지 차원에 구분된다. 정부 기구 간의 상호견제를 통해 균형이 민주주의에 필요하다는 삼권분립의 원칙을 따라 사회 내 존재하는 거부권 행위자의 수는 정부의 일방적 권력행사를 어렵게한다 (Helmke and Rios-Figueroa 2011). 둘째, 정치적 경쟁의 정도는 자의적 정부를 제약한다. 일당지배보다는 다당제에서 권력의 자의적 행사는 불가능하다. 야당이 세력이 약할 경우, 집권세력은 대법관 임명권을 통해 사법부를 정부에 유리하게 만들 수 있다. 셋째, 민주주의의 수준에 따라 사법부의 위상은 다르다. 민주주의 수준을 단순히 독재와 민주주의체제로 (양분하지 세분화하여) 그에 따른 사법부 독립성 정도가 다르다고 가정한다(0 0 0 2015). 짐바브웨의 사법부가 2000년 이후 겪은 경험은 사법부의 운명에 민주주의가 얼마나 중요한가를 말해준다. 짐바브웨 사법부는 2000년까지 아프리카 대륙에서 가장 독립적인 것으로 평가되었다. 그러나 무가베(Mugabe) 대통령이 장기 집권하면서 대법원의 반정부적 판결을 폭력으로 탄압했다. 2000년 부정선거를 통해 재집권한 후 대법원장과 대법관 2인을 강제 축출하고 대법관 수를 9명에서 12명으로 늘려 자신의 정책을 지지하는 기관으로 재편했다 (Widner and Scher 2008).

사법부 독립성은 형식적이든 아니면 실질적 독립성이든 정치체제가 민주적인가 아니면 권위주의 체제인가에 따라 완전히 달라진다. <그림 2>는 형식적 독립성과 실질적 독립성이 정치체제의 성격과 밀접히 연관됨을 보여준다. 사법부

독립의 명문화, 법관의 해임, 임기보장, 급여보장 등은 법적 및 형식적 독립성을 위한 것이다. 한편 정치적 경쟁의 정도, 잠재적 견제에 해당하는 비토권의 수, 그리고 민주주의의 발전정도 등도 체제에 따라 다르다. 특히 권위주의 체제와 비교해서 차이가 나는 것은 민주주의체제에서 비토행위자가 월등히 많다는 사실이다. 법적 독립성에서는 권위주의체제에서 더욱 명문화되어 있다. 권위주의에서 법적 독립성의 지표는 0.82로서 민주주의체제의 법적 독립성 지표(0.64)에 비해 높다. 이는 법적 독립성이 실질적 독립성으로 전환되는 것은 아님을 보여주는 강력한 증거이다. 한편 정치경쟁은 제1당의 의석과 제2당의 의석 사이의 차이로서 값이 작을수록 정당체제가 경쟁적임을 뜻한다. 민주주의에서는 정당 간 의석차가 권위주의에 비해 크지 않다.

민주주의의 정착은 사법부의 독립을 위한 필요조건이다 (Weingast 1997). 사법부 독립은 “법의 지배를 실현하는데 필요한 조건”이다 (Hayo and Voigt 2007, 207). 민주화 과정을 오래 연구한 오도넬(O'Donnell)이 마지막으로 법의 지배에 가장 많은 관심을 들인 이유는 바로 법의 지배가 없으면 민주화 과정이 성숙한 민주주의로 귀결되기 어렵다고 판단했기 때문이다. 남미의 민주화 이후 법의 지배가 정착되지 못하면서 수직적 책임성은 향상되는 반면 수평적 책임성은 좌초되는 현상이 나타났다. 오도넬이 지적한 것처럼 권위주의 유산이 사법부의 판결을 방해함으로써 절차적 민주주의의 진행도 한계를 드러냈다 (O'Donnell 2010). 수평적 책임성의 빈곤은 시민적 권리와 소수권리는 보호받을 수 없었다. 그러나 권위주의는 독재 뿐 아니라 선거승리를 기반으로 한 ‘선거권위주의(electoral authoritarianism)’ 유형도 다수 발생하며 이들은 사법부에 대한 정책은 동일하지 않다(Moustafa and Ginsburg 2008).

정치체제가 발휘하는 제약효과는 <그림 3>이 분명히 보여준다. 수평축은 민주주의를 0에서 1까지로 표현하고 1에 가까우면 민주주의가 강력함을 뜻한다. 수직축은 실질적 독립성의 지수를 나열한다. 민주주의 성숙도와 실질적 독립성은 0.72 높은 상관관계를 갖는다. <그림 3>은 민주주의가 발전할수록 사법부의 실질적 독립성이 증가함을 말한다. <그림 3a>는 민주주의 체제에서 사법부의 실질적 독립성을, <그림 3b>는 권위주의체제에서의 사법부의 실질독립성을 표시한다. 그림에서 보듯 권위주의의 민주주의 수준은 0-0.5 사이에 위치하며 사법

부의 실질독립성은 낮은 편에 머문다.¹²⁾ 이처럼 민주주의는 법의 지배에 기반을 두는 반면 권위주의는 형식적 독립성에서 벗어나지 못하고 따라서 법의 지배가 미흡하다.

사회과학은 지난 20년 동안 법의 지배와 관련된 현상을 이해하기 위해 수많은 노력을 기울여왔다. 역동적 연구를 통해 법의 지배는 경제발전과 성장(Barro 1997; Acemoglu, et al 2001; Feld and Voigt 2003), 국가능력의 배양(Stavaage 2002), 인권의 보호, 그리고 정치적 사회적 질서(Gibler and Randazzo 2011)를 구성하는 핵심요인의 하나로 인식되었다. 법의 지배를 확립하는 것은 국가, 시민단체, 및 국제기구의 목표로 되었다. 법의 지배는 삼권분립에 기반한 민주주의의 기둥이다. 법의 지배는 독립적 사법부를 부분 집합으로 한다. 독립적 사법부는 법의 지배의 필요조건인 것이다. 최근 이런 문제를 경험적으로 분석하려는 연구가 시도되었다. 이 논문과 직접적으로 관련이 있는 선행연구는 실질적 독립성의 결정요인에 대해 부분적으로 상충하는 결과를 제시했다. 램지는 정치적 미래가 불확실할 때 정치인은 사법부에게 독립성을 부여한다는 가설을 제시했다 (Ramsey 1994).

법의 지배를 결여한 민주주의는 공허하다. 법의 지배는 삼권분립을 가능하게 만드는 제도이다. 법의 지배가 확립될 때 사법부는 의회와 정부가 다수를 배경으로 만든 정책을 견제하고 개인권과 소수권리를 보호할 수 있다 (Rios-Figueroa and Staton 2009). 한 연구는 법의 지배를 구체화시켜 제도적, 개인적 그리고 사회적 차원으로 세분화하여 이해하고자 시도한다 (Carlin 2012).¹³⁾ 첫째, 법의 지배는 제도적 차원에서 볼 때 국가는 스스로를 제어해야 한다는 점에서 시작한다. 독립적 사법부는 토크빌이 1830년대 중반의 미국을 보면서 지적한 것처럼 스스로를 제어하는 핵심적 기제로서 수평적 책임성을 보장한다. 사법부 독립성은 자율성과 영향력으로 이루어진다. 자율성은 법관의 판결이 외부의 압력과 개입이 없을 때 가능하다. 한편 판결의 영향력은 실행적 구속력을 말하며 정부가 판결을 실행할 때 가능하다. 둘째, 개인적 차원에서 법적 평등으로 뜻하고 개인은 법 앞에서

12) 민주주의와 권위주의는 실질적 독립성과의 상관관계정도는 각각 0.76, 0.52이다.

13) Carlin은 법의 지배를 조작화하기 위해 개념으로는 Skhlar, 그리고 경험적 면에서는 Rios-Fegueroa(2009)에 의존한다. Skhlar(1998)이 말한 법의 지배 개념을 확대한 것이다.

평등한 대우를 받을 수 있음을 말한다. 법적 평등은 소극적 권리로서는 인신구속 등 형사와 관련한 절차적 보호를 의미한다. 한편 법적 평등은 적극적 권리로서는 노동권, 생활권과 건강권, 그리고 교육권 등을 포함한다. 셋째, 사회적 차원에서 법의 지배는 사회 내의 수평적 제약을 말한다. 인간 자신의 안전을 최우선시하여 안전이 보장되지 않으면 재산권 등은 의미가 없다.¹⁴⁾

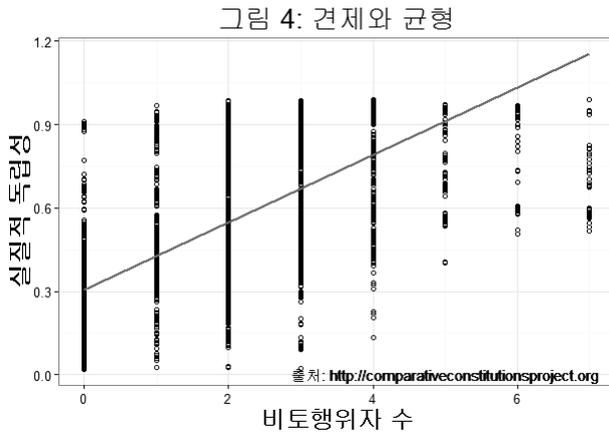
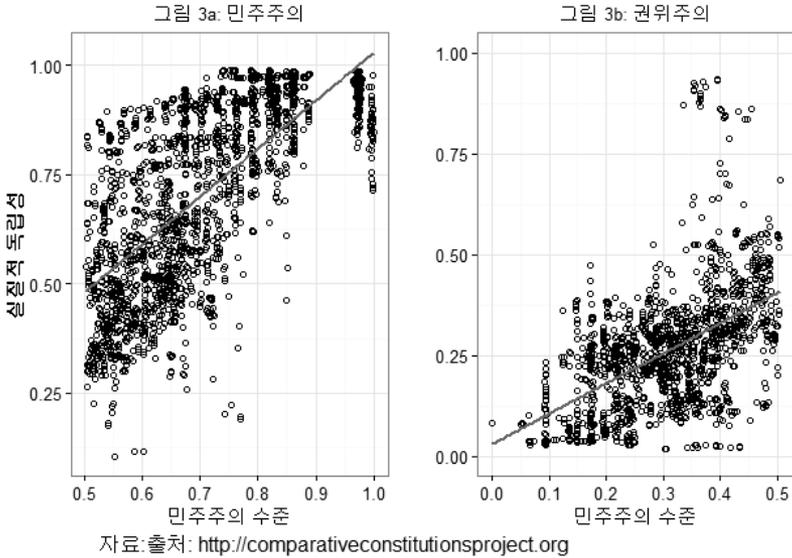
III. 자료와 계량분석

기존 연구는 독립성 측정에 많은 노력을 기울여왔다. 그것은 형식적 법적 명문화가 실질적으로 사법부의 독립성을 보장할 수 있는가의 문제를 풀기 위함이다. 법의 지배의 핵심에 해당하는 사법부 독립은 그 독립적 판결로서 나타나지만 그것을 직접 관찰하기 불가능한 점에서 개념과 경험의 간극이 발생한다. 판결은 자신의 전략에 의거 정부와 갈등을 빚지 않을 사건만을 처리할 경우 외견상으로 드러난 독립성이 과장된 것이다. 법적 독립성과 실질적 독립성이 부합하지 않고 때로는 반대 방향에 선다는 사실도 알게 되었다. 최근 린쩌(Linzer)와 스탠톤(Staton)은 10개의 연구가 생성한 독립성 지표를 이용하여 실질적 독립성 지표를 개발하였다 (Linzer and Staton, 2015). 이들의 작업은 이전의 지표를 기초로 한 것이기 때문에 상대적으로 편향의 오류가 적다고 평가받는다. 사법부 독립성이 세계적으로 확산되는 점을 연구하는 문헌은 린쩌와 스탠톤의 지표를 사용하는 추세이다(Linzer and Staton 2015; Melzer and Ginsburg 2014).

이 논문이 택한 종속변수도 같은 자료를 사용한다. 독립변수는 형식적 독립성을 의미하는 요인들과 정치적 변수 군을 사용한다. 형식적 독립성은 비교헌법연구(Comparative Constitutions Project)가 수집한 자료를 사용했다. 자료를 구성하

14) 홉스나 로크가 강조했던 계약은 자연의 상태에서 발생하는 불안을 해소하고 인간과 사회의 안전을 최우선으로 확립하는 것을 목표로 한다.

는 국가는 총 146개국이며 기간은 1959-2008년이다. 자료는 국가마다 다른 불균형 패널이며 짧게는 2년 길게는 34년까지 있다. 분석단위는 국가-년도이며 전체 사례는 3,802이다.



이 논문이 관심을 갖는 정치적 요인의 변수는 정치적 경쟁의 정도, 견제와 균형을 의미하는 비토행위자의 수, 그리고 민주주의의 정도 등 세 가지이다.¹⁵⁾ 정치적 경쟁은 삼권분립을 실질적으로 허용하는 조건이다. 일당이 지배하는 정치적 독점 상황에서는 정부가 사법부에게 독립성을 허용할 필요가 없다 (Stephenson 2003). 독재정부는 정부정책을 잠재적으로 무력화시키는 사법부를 좋아할 리 없다. 반면 정치적 경쟁이 치열한 조건에서 집권은 선거결과에 따라 늘 변동하기 때문에 야당이 될 경우를 고려하여 사법부의 중재적 공간을 허용하는 것이 유리하다. 정치적 경쟁의 정도는 제1당의 지지와 제2당의 지지의 차이를 통해 알 수 있다고 가정한다.

둘째, 체제에 존재하는 비토행위자의 수는 정부권력에 대한 사회적 견제를 의미하며 비토권이 많을수록 정부는 그들의 견제를 포섭해야 하고 이는 많은 비용을 동반한다. 조정비용이 늘어날수록 정부는 정부정책을 반대하는 사법적 판결에 대해 개입하기 어렵다. <그림 4>는 비토행위자의 수가 늘어나면 사법부의 실질적 독립성이 더불어 증가하는 연관을 제시한다. 비토행위자 수가 다섯 이상이면 실질적 독립성은 이전과는 다른 양상을 보인다. 비토행위자의 수가 작을수록 실질 독립성의 변이가 많은 반면 다섯 이상이면 변이가 크게 줄어든다. 셋째, 실질적으로 사법부를 강화시키는 요인은 민주주의의 정도이다. 민주주의 지표에 대해서는 그동안 많은 시도가 있었으나 여전히 개념적 혼란으로부터 자유롭지 못해왔다. 이 논문이 사용하는 지표는 기존의 지표들을 통합하여 연속적 지수화시킨 ‘통합민주주의 지표(unified democracy score)’이다 (Pepstein et al 2010).¹⁶⁾

15) Cooter and Ginsburg(1996)는 사법부의 독자적 판결을 입법부 및 행정부와의 관계를 통해 설명하려고 한 초기 시도이다. 이들은 헌법에 따른 권력기관의 수와 정당체제의 특성이 적극적 사법주의를 가능하게 한다는 가설을 제시했다. 정당체제의 성격과 관련, 위계적 정당은 그렇지 않은 정당에 비해 통일된 입장을 가지며 정당체제의 안정성에 기여하기 때문에 사법부의 운신 폭은 줄어든다.

16) 통합민주주의지수(Unified Democracy Scores)를 개발한 연구는 Pempstein, Meserve, and Melton(2010)이다. 이들은 기존의 10개 연구가 생성한 자료를 기반으로 베이지안 접근법으로 하나의 통합지수로 만들었다. 민주주의 지수를 만든 10개 연구는 다음이다: Arat(1991), Bowman, Lehoucq, and Mahoney (2005), Bollen (2001), Freedom House (2007), Hadenius (1992), Prezworski, et al. (2000), Polity IV (2006), Coppedge and Renicke(1991), Gasiowowski

표 1: 사법부의 실질적 독립성

	(1)	(2)	(3)	(4)
임용절차	0.057***	0.057***	0.001	-0.002
임기보장	0.008	0.011	-0.010	-0.007
명문규정	0.025***	0.018**	0.021***	0.007
해임규정	-0.061***	-0.060***	-0.045***	-0.043***
급여보장	0.128***	0.128***	0.020***	0.019***
비토행위자			0.007***	0.007***
정당경쟁			0.016***	0.019***
민주주의			0.149***	0.160***
상수		0.425***		0.432***
Obs	3,802	3,802	3,802	3,802
R ²	0.121	0.112	0.456	0.468
Adjusted R ²	0.116	0.112	0.437	0.467

* p<0.1; ** p<0.05; *** p<0.01

<표 1>은 사법부의 실질적 독립성을 종속변수로 하여 형식적 독립성 변수와 정치적 변수를 독립변수로 하여 양자 간의 관계를 보여준다. 4개의 모형은 각각 고정효과와 무선효과(random effects) 모형을 뜻하며 모형 (1), (2)는 형식적 독립성을 대변하는 변수군만을 대상으로 하여 실질적 독립성에 미치는 영향력을 측정한다. 모형 (3), (4)는 형식적 독립성 변수 외에 이 논문이 관심을 갖는 정치적 변수를 추가한 것이다.¹⁷⁾ 통계기법상으로 큰 차이는 발견되지 않는다. 모델(1)과 (3)은 고정효과모형을 측정한 것으로 시간불변의 변수는 제거되며 따라서 상수의 효과는 등장하지 않는다.

(1996), Vanahnen (2003).

17) <표 1>에서 보듯, 고정효과(fixed effects)와 무선효과(random effects) 모형은 다른 가설 위에 있지만 회귀분석의 결과는 통계기법상의 언급할 만한 차이는 보여주지 않는다.

<표 1>의 경험적 관측에서 눈에 띄는 것은 형식적 보장은 다른 정치적 변수가 개입하지 않을 때는 강력한 효과를 보인다. 헌법 및 관련 법규에 명시화된 다양한 규정은 실질적 독립성을 강화하는 결과를 갖는다. 법관선임과정의 공정하게 이루어지는 경우와 국가의 개입이 가능한 경우를 비교하면 약 6%의 차이가 발생한다. 사법독립성이 실질적으로 6% 높아진다는 것이다. 임기보장의 명문화 효과는 미미하며 통계적 유의성도 없다. 사법부의 독립을 헌법에 규정한 것은 1%의 유의미 수준에서 약 3%의 효과를 갖고 있다. 법관의 해임 및 탄핵을 엄격히 제한한 규정은 실질적 독립성을 약 6% 상승한다. 급여보장은 약 12% 정도 실질적 독립성을 높인데 기여하는 것으로 나타난다. 다섯 가지의 형식적 보장은 임기보장을 제외하면 모두 통계적으로 유의미하다. 그러나 정치적 변수를 추가하면 탄핵규정과 급여보장을 제외하면 통계적으로 유의미하지 않았다.

<표 1>의 결과는 정치적 영향력이 사법부의 독립성 여부나 그 정도에 얼마나 중요한가를 강조하는 것이다. 중요한 선행연구는 형식적 독립성 외에 “추가적 요인이 실질적 독립성을 결정한다”고 강조한 바 있다 (Hayo and Voigt 2007, 270). 첫째, 사법부의 독립성은 견제와 균형이 있는 체제에서 가능하다. 견제와 균형이 한 단위 증가할수록 실질적 독립성은 0.7% 상승한다. 둘째, 일당체제에서는 사법부의 독립성이 보장되지 않고 다당제에서 정치적 경쟁이 활발할 때 실질적 독립성은 약 1.6% 상승한다(모형 3). 가장 강력한 효과를 발휘하는 요인은 민주주의의 수준이다. 민주주의 수준이 1% 높아지면 사법부의 실질적 독립성은 0.15% 상승한다. 이는 민주주의 범위가 0-1 사이에 있음을 고려하면 중대한 효과이다. 선행연구도 정치적 변수의 다른 지표를 사용하여 그 역할에 주목했지만 결과는 같지 않다. 헤요와 보이그트(2007)는 참정권과 피선거권을 민주주의를 평가한 프리덤 하우스(Freedom House) 지표에 의존했다 (Hayo and Voigt 2007)¹⁸⁾. 그들은 횡단면 자료를 사용했다. 한편 멜톤과 긴스버그는 패널자료를 사용하여 정치적 변수로는 민주주의 대 비민주주의의 터미변수에 의존했다 (Melton and Ginsburg 2014).

18) 헤이요와 보이그트(2007)는 정치적 제도의 변수로서 견제와 균형(비토행위자), 정부형태(대통령제, 의회제), 연방제(단방제), 민주주의의 정도 등을 사용했다. 제도변수는 원래 Beck, Groff, Keefer, and Walsh(2000) 등 세계은행 프로젝트가 생성한 것이다.

멜톤과 긴스버그의 연구결과는 이 논문의 회귀모형과 대체로 비슷하지만 다음과 같은 차이가 있다. 첫째, 그들은 민주주의 수준을 단순히 더미 변수로 취한 반면 이 논문은 연속변수인 통합민주주의지수를 사용했다. 둘째, 멜톤과 긴스버그는 종교, 헌법의 법리적 기원, 인종분포, 헌법의 연령 등 이 논문보다 더 많은 독립변수를 추가했다. 셋째, 이 논문은 정치적 영향에 초점을 두기 위해 정당경쟁의 정도를 추가했으며 이는 첫째와 더불어 선행연구와의 차별성이다. <표 1>은 법적 독립성과 실질적 독립성의 관계와 관련하여 헤요와 보이그트(Hayo and Voigt)와 다른 한편 멜톤과 긴스버그 사이에 있었던 논쟁에 대한 어느 일방의 우위를 정하기 힘든 결과를 보여준다. 멜톤과 긴스버그는 헤요와 보이그트(Hayo and Voigt)가 강조한 실질적 독립성과 법적 독립성의 긴밀한 연관성을 거부하는 결론을 내렸다. 멜톤과 긴스버그는 “법적 독립성의 어떤 변수도 실질적 독립성에 통계적으로 유의미한 상관성이 없다”고 주장했다(Melton and Ginsburg 2014, 202). 횡단면 자료에 기초한 헤이요와 보이그트는 형식적 독립성, 민주주의, 그리고 법원에 대한 대중의 신뢰가 중요한 역할을 한다고 보고했다.

그러나 <표 1>은 헤이요와 보이그트의 결론을 일부 승인하면서도 부분적으로 거부한다. 형식적 독립성은 정치적 변수가 개입하면 의미를 상실한다는 점을 보여준다. 이 논문은 민주주의 효과에서는 헤이요와 보이그트와 동일한 결론을 제시한다. 첫째, 법적 독립성과 실질적 독립성의 관계는 측정변수마다 다른 점을 보여준다. 법관임용과 임기보장의 조항은 통계적으로 유의미하지 않은 점에서 멜톤과 긴스버그의 결론과 같다. 그러나 명문화와 해임규제, 그리고 급여보장은 통계적으로 유의미하다. 둘째, 법적 독립성이 실질적 독립성에 미치는 방향성이다. 이 논문의 분석은 해임규제 조항이 멜톤의 결과와는 반대로 부정적 영향을 준다는 점을 제시한다. 이는 정치적 효과가 지배적이어서 해임조항의 규제는 정치적 영향이 없을 때의 효과를 낼 수 없음을 시사한다. 해임규정이 앞에서 논의한 것처럼 정치적 맥락에 따라 연관성의 정도는 다르다(그림 2, 3). 한편 법원에 대한 급여보장은 통계적으로 유의한 수준에서 강력한 효과가 발휘하는 것으로 나타나며 이는 헤요와 보이그트의 주장을 부분적으로 지지하는 셈이다.

요약하면, 이 논문의 논의는 법적 독립성의 효과와 관련, 논쟁의 어느 한쪽도 압도적이지 않음을 제시한다. <표 2>의 (1)과 (2) 모형이 주는 결과에서 보듯,

법적 독립성은 정치적 맥락을 떠나서는 실질적 독립성에 가장 강력한 효과를 낸다. 실질적 독립성은 정치적 요인에 의해 가장 강력한 영향을 받으며 법적 독립성은 그 어느 것을 선택하느냐에 따라 통계적 유의미와 방향이 다르게 나타난다. 이는 정치적 변수와 법적 독립성을 동시에 실질적 독립성에 영향을 주려 할 때 후자의 영향은 사라지거나 반대 방향으로 움직인다.

IV. 결론

한국사회에서도 사법부의 중요성은 날로 현실화되고 있다. 세월호 사건이나 민주통합당 해산결정에서 보듯 사회적 및 정치적 분란은 최종적으로 법관이 결정하는 방향으로 가고 있다. 그러나 사법부의 역할이 중요함에도 불구하고 그에 대한 정치적 연구는 아주 부족한 것이 한국의 현실이다. 이 논문은 사법부의 독립성을 결정하는 것은 정치적 조건임을 강조하려 했다. 사법부의 독립성에 대한 연구는 법의 지배와 민주주의의 관계에 대한 논의에서 가장 중요한 자리를 차지한다. 법의 지배가 없는 민주주의는 ‘선거민주주의’에서 보듯 형식적 민주주의에 불과하다. 법의 지배는 사법부의 독립성을 전제로 할 때 실질적으로 가능하다. 독립적 사법부가 존재할 때 삼권분립이 가능하기 때문이다. 법의 지배를 위해 많은 나라들이 헌법과 법률 조항에 법의 지배를 명문화했다. 특히 민주화 과정에서 많은 나라들이 헌법 내용에 형식은 다르지만 형식적 독립성을 포함시켰다. 그 명문화는 사법부의 형식적 독립성을 법적으로 보장하기 위한 것이다. 그러나 형식적 독립이 곧 실질적 독립을 의미하지는 않는다. 이 글은 정치적 변수가 실질적 독립성의 획득하는 데 더욱 중대한 요인이라는 사실을 논의하고자 했다. 형식적 독립성은 그 자체로서 중요한 역할을 하지만 정치적 맥락에 놓고 보면 그 역할은 작아진다. 즉 정당경쟁, 비토행위자의 수, 그리고 민주주의 수준 등 정치적 요인과 동시에 고려하면 정치적 변수의 강력한 위력으로 영향력을 상실한다. 이러한 경험적 결과는 앞에서 제시한 가설 가운데 어는 것이 더 합당한지

를 결정하는데 기여한다.

본문에서 논의한 것처럼 정치적 조건이 사법부의 독립성에 많은 영향을 준다. 면 사법부의 판결은 정치적 조건을 반영한다는 전략적 이론이나 패권이론의 가정은 정확하다. 요약하면 세 가지 정치적 조건은 다음과 같다. 첫째, 실질적 힘의 관계를 표현하는 민주주의의 수준은 실질적 독립성에 중대한 영향을 준다. 둘째, 민주주의는 법의 지배를 허용하는 조건이지만 삼권분립이 구체화되는 정부형태가 어떤 것인가에 따라 법의 지배와 사법부의 독립성은 영향을 받는다. 비토 행위자가 많을수록 사법부에 대한 공격은 어려워지고 따라서 사법부의 자율성은 증가한다. 셋째, 정치세력의 분포가 경쟁적일수록 사법부의 독립성은 늘어난다. 중국이나 북한처럼 일당이 지배하는 곳에서 일당의 지배에 거스르는 사법부를 용인하지 않는다. 본 연구는 비교사례를 경험적으로 추적하려 했지만 사례연구의 필요성이 더욱 절실하다. 앞으로의 연구과제는 비교연구와 더불어 사례연구 특히 한국사법부의 중요한 결정에 대한 보다 깊은 관찰이 필요하다. 이를 위해서는 법학과 정치학의 공동연구가 활성화될 필요가 있다.

참고문헌

- 강명세. 2015a. “민주주의와 법의 지배: 통합진보당해산과 정당민주주의의 후퇴.” 정당학회 학술대회. 3월.
- _____. 2015b. “법의 지배와 한국정치학의 빈 구멍.” 유럽정치연구회. 12월 월례발표회 발표문.
- 채진원. 2015. “정당민주주의 수호를 위한 공회주의적 방어” 한국정치학회보 제49집 제4호 241-266.
- 최선. 2015. “사법권 독립에 대한 비판적 검토” 한국정치학회보 제49집 제1호 205-226.
- Acemoglu, Daron, and James A. Robinson. 2006. *Economic Origins of Dictatorship and Democracy*. Cambridge University Press.
- Barro, Robert. 1997. *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Study Empirical Study*. MIT Press.
- Beck, Thorsten., Clarke, G., Groff, A., Keefer, Ph., and Walsh, P. 2000. *New tools and new tests in comparative political economy: The database of political institutions.* The World Bank.
- Carlin, Ryan E. 2012. “Rule-of-Law Typologies in Contemporary Societies,” *The Justice System Journal*, 33:2, 154-73.
- Carrubba, Cliff, B. Friedman, A. D. Martin, and G. Vanberg. 2012. “Who Controls the Content of Supreme Court Opinions? *American Journal of Political Science*, Vol. 50, No. 2, 400-12.
- Dahl, R. A. 1957. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker.” *Journal of Public Law* 6: 279.
- Epstein, R. A. and O. Shvetsova. 2001. “The role of constitutional courts in the maintenance and establishment of democratic systems of government. *Law and Society Review*, 35:117-63.
- Feld, Lars P., and Stefan Voigt. 2003. “Economic growth and judicial Independence: cross-country evidence using a new set of indicators.” *European Journal of Political Economy*, 19:3, 497-527.
- Ferejohn, J. 1999. “The independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence, *Southern California Law Review*, 72: 353-84.

- Ferejohn, John, and L. D. Kramer. 2002. Independent Judges, Dependent Judiciaries: Institutionalizing Judicial Constraints." *NYU Law Review*, 77:4, 962-1039.
- Fink, Jodi S. 2008. *Judicial Reform As Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. University of Notre Dame Press.
- Franck, Raphael. 2008. "Judicial Independence Under a Divide Polity: A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959-2006," *Journal of Law, Economics, & Organization*, 25:1, 262-84.
- Gillman, Howard. 2010. Courts and The Politics of Partisan Coalitions." in K. E. Whittington, et. al., eds., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, chapter 37.
- Ginsburg, T. 2002. "Economic analysis and the design of constitutional courts" *Theoretical Inquiries in Law*, 3: 49-86.
- _____. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press.
- Ginsburg, Tom, and Tamir Moustafa, eds., 2012. *Rule By Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press.
- Graber, M. A. 1993. "The non-majoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary." *Studies in American Political Development*, 7:35-73
- _____. 1998. "Federalist or friends of Adams: the Marshall Court and party politics." *Studies in American Political Development*, 12: 229-66.
- Helmke, Gretchen. 2003. "Checks and Balances by Other Means: Strategic Defection and Argentina's Supreme Court in the 1990s" *Comparative Politics*, Vol. 35, No. 2, 213-230.
- _____. and Julion Rios-Figueroa. eds. 2011. *The Courts in Latin America*. Cambridge University Press.
- _____. and F. Rosenbluth. 2009. "Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective", *Annual Review of Political Science*, 12: 345-366.
- Hirschl, Ran. 2007. *The Political Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Iaryczower, Matias, Pablo Spiller, and Mariano Tomassi. 2002. "Judicial Independence in Unstable Environments. Argentina 1935-1998." *American Journal of Political*

- Science 46:4 (October). 699-716.
- _____. 2004. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. Oxford University Press.
- Linzer, Drew A., and Jeffrey K. Staton. 2015. "A Global Measure of Judicial Independence, 1948-2012," *Journal of Law and Courts*, Fall 2015, 223-56.
- Matsui, Shigenori. 2011. "Why Is the Japanese Supreme Court So Conservative?," *Washington University Law Review*, 88:6, 1375-1423.
- Melton, Janes, and Tom Ginsburg. 2014. "Does De Jure Judicial Independence Really Matter? A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence." Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 612.
- Moustafa, Tamir, and Tom Ginsburge, eds. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regime*. Cambridge University Press.
- North, D.,, and Barry Weingast 1989. "Constitutions and commitment: the evidence of institutions governing public choice in seventeenth century England." *Journal of Economic History*, 49, 803-32.
- O'Donnell, G. 2010. *Democracy, Agency, and the State*. Oxford University Press.
- _____. 2004. *The Quality of Democracy. Why the Rule of Law Matters*. *Journal of Democracy*, Volume 15, No. 4, October 2004, 32-46.
- Pemstein, Daniel, Stephen A Meserve, James Melton. 2010. "Democratic compromise:A latent variable analysis of ten measures of regime type" *Political Analysis*, 18, 426-49.
- Rammeyer, J. Mark. 1994. "The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Perspective," *Journal of Legal Studies*, Vol. XXIII, 721-747.
- Ramseyer, Mark J., and Eric Rasmussen. 1997. "Judicial Independence in a Civil Law Tradition: The Evidence from Japan" *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 13, No. 2, 259-86.
- Rios-Figueroa, Julio. 2002. "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002," *Latin American Politics and Society*, 49: 31-57.
- Salzberger, E. 1993. "A positive analysis of the doctrine of separation of powers, or why do we have independent judiciary?" *International Review of Law and Economics*, 13: 349-79.

- Staavage, David. 2002. "Private Investment and Political Institutions," *Economics and Politics*, 14: 41-63.
- _____, 2007. "Cities, Constitutions, and Sovereign Borrowing in Europe, 1274-1785", *International Organization*, vol. 61, 489-525.
- Stephenson, M. C. 2003. "When the devil turns..." The political foundations of independent judicial review. *Journal of Legal Studies*, 32: 59-89.
- Tushnet, M. 2009. *Weal Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press.
- Vanberg, G. 2010. "Establishing and Maintaining Judicial Independence." in Keith E. Whittington, et. al., eds. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Chapter 7.
- _____. 2000. "Establishing judicial independence in West Germany: the impact of opinion leadership and separation of powers. *Comparative Politics*, 32: 333-53.
- Voigt, S. and Salzberger, E. 2002. "On constitutional processes and the delegation of power. *Theoretical Inquiries in Law*, 3: 207-64.
- Weingast, Barry. 1997. "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law," *American Political Science Review*, 91:2, 245-63.
- Whittington, K. E. 2005. "Interpose your friendly hand:" Political support for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, 99: 583-96.
- Widner, Jennifer, and Daniel Scher. 2008. "Building Judicial Independence in Semi-Democratic Uganda and Zimbabwe," in Tamir Moustafa and Tom Ginsburg, eds., *Rule By Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, 235-60.

The Politics of Judiciary Independence

Kang, Miongsei | Sejong Institute

This paper aims to provide important conditions for independent judiciary which allow the rule of law in a democracy. Literature on the rule of law highlights the independence of judiciary constraining state actors. An independent judiciary free from pressure, inducement, and manipulation can check abuse of power. It discuss the role of several variables that contribute to allowing the justices to vote as they so desire. A couple of models attempt to account for necessary conditions for an autonomous judiciary. My strong emphasis arises from a political perspective. A strategic choice model emphasizes the incentives of judges' different judicial ruling. The incentives are influenced by the range of institutions. They include separation of powers, party competition, and constitutional provisions. Independence are of two kinds - formal and substantial. The sources of formal autonomy are constitutional guarantees. Constitutional protection is possible when life tenure and protection of compensation are guaranteed. However, they are ignored by state actors. Thus formal constraints play the basic role in discussing the autonomy of courts. Political factors help the justices to be independent. Partisan balance is favorable to the independent judiciary since neither is not dominant enough to influence the judiciary ruling to its favor. Comparative perspective based on empirical discussion is provided to demonstrate the key role of democracy in establishing the rule of law.

Key Words | RULE OF LAW, DEMOCRACY, JUDICIARY INDEPENDENCE,
CONSTITUTIONAL COURT