〈논 문〉

原告適格의 政治經濟學(Ⅱ)*,**

— 大法院의 客觀訴訟觀에 대한 分析的 批判을 中心으로 —

趙 弘 植***

序言

1. 대법원이 마련한 행정소송법 개정안(이하, "대법원 개정안")이 최종 확정되어 법무부 심의를 기다리고 있다. 진보적 색채를 띠고 있는 행정소송법 개정안에 관해서는 이미 많은 논의가 진행돼왔다. 특히 이 글이 분석대상으로 삼고 있는 원고적격의 경우, 이번 개정안은 보다 많은 이해관계인이 행정소송을 제기할 수 있도록 하여 法院에 의한 行政의 適法性 統制의 可能性을 활짝 열어놓음으로써 客觀訴訟的 性格을 强化하고 있다는 평가를 받고 있다. 이러한 행정소송의 객관소송성에 관한 논의는, 원고적격의 제한을 아예 폐지함으로써 행정소송을 民衆訴訟化하자는 극단적인 주장과는 구별할 필요가 있겠다. 하지만 행정소송의 객관소송화에 관한 논의는 이러한 제한적 의미에서조차도 우리 법학계의 주목을 받기에 충분할 만큼 우리나라의 국가 구조 및 운영기제에 큰 영향을 미치는 것으로 판단된다. 이 주제는 그 중요성이 큰 만큼 多樣한 觀點에서 立體的으로 把握할

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2005학년도 연구지원비의 보조를 받았음.

** 이 글은 필자가 2005년 9월 9일 헌법재판소에서 열린 헌법실무연구회 제58회 월례발표회에서 발표한 "원고적격의 정치경제학(II): 대법원의 행정소송법 개정안에 나타난 객관소송관을 글감으로 하여"를 수정보완한 것이다. 이 자리에 참여해 필자의 소견에 대해 아낌없는 질정을 보내주신 분들 모두에게 감사드린다. 특히 발표회를 주관해주신 이공현 헌법재판소 재판관님, 발표회에서 귀중한 토론을 해주신 장석조, 이상원, 하명호 판사님, 정호경 교수님께 깊이 감사드린다. 서울대학교의 호문혁, 오정후 두 교수님도 귀중한 조언을 해주셨다. 이 글은 또한 환경, 국가, 법에 관해 나와 함께 공부하는 여러 분들의 도움으로 완성되었다. 許盛旭 판사는 제VI장에 관련된 자료를 수집·요약해주었고, 安在範, 洪眞映 조교는 원고의 교정·교열에 노고를 아끼지 않았다. 이들의 學運이 長久하기를 기원해마지 않는다.

*** 서울大學校 法科大學 副敎授

필요가 있을 것이다.

나는 지난번에 발표한 "原告適格의 政治經濟學: 韓日 兩國의 行政(事件)訴訟法 改正案에 대한 比較·分析을 中心으로"[1]란 제목의 논문에서 우리 대법원이 주도한 행정소송법 개정안을 둘러싼 政治力學을 本人-代理人理論으로 분석·제시하면서 대법원의 개정안이 입법부를 통과할 가능성이 희박함을 주장한 바 있다. 정치경제학적 관점에서 보면 행정소송은 (公益을 위해 존재한다기보다는) 집권정치인의 관료통제수단일 뿐이므로, 행정소송의 원고적격을 확장한다는 것은 再選를 위해 뛰는 執權政治人이 (官僚 統制權을 國民과 法院에게 分散시킨다기보다는) 관료에 대한 감시기능을 국민과 법원에 분산시킴으로써 國民과 法院을 利用해 官僚를 統制하려 한다는 것을 의미한다. 그런데 우리 法院이 행정소송법과 같은 근간이 되는 법률의 개정안을 제안할 정도로 정치적으로 깨어있는 상황이라면, 법원의 代理人費用이 너무 커서 정치인이 법원을 믿고 관료통제를 맡길 가능성은 희박하다는 결론이었다. 이 글은 말하자면 생경한 이해타산에 매몰된 정치참여자들이 살벌한 정치실재에서 벌이는 이전투구를 분석한 것이었지만, 實在에 대한 정확한 認識이 缺如된 當爲는 無意味하다는 명제를 널리 알리기 위해 쓴 것이었다. 말하자면 규범을 입안하고 해석함에 있어서는 실재에서 벌어지는 이기적 인간의 규범을 둘러싼 쟁투에 대한 실증적 정보를 지득하고 있어야 한다는 것이었다.

2. 이제는 위 논문에서 약속한 대로 當爲에 관해 논의할 차례이다. 대법원이 제시한 원고적격의 확장이 과연 바람직한가에 관해 평가해야 하는 것이다. 이와 같은 規範的 評價를 올바로 수행하기 위해서는 여러 단계의 논증이 필요하다. 평가에는 무엇보다도 지향점이랄까 준거점이랄까, 어쨌든 어떤 종류의 것이든 평가의 척도가 필요하다. 원고적격의 확장을 평가함에 있어서 평가의 척도는 우리 憲法上 인정되는 「法院의 바람직한 役割」이 된다. 원고적격은 결국 법원의 役割을 規定하는 機能을 담당하므로, 바람직한 법원의 역할을 정립하고 난 후 역으로 개정안의 확장된 원고적격 개념이 이러한 역할을 정의하기에 적절한지 여부를 살펴보는 것이다. 하지만 논리적으로는 이와 같은 평가 전에 반드시 짚고 넘어가야 할 爭點이 있다. 과연 법원이 원고적격을 확장하면서 명분으로 내건 「"客觀的 法秩序의 維持"라는 機能을 遂行할 수 있는 "制度的 能力(institutional competence)"을 갖추고 있는가 여부」가 바로 그것이다. 이 문제는 법원의 바람직한 역할에 대

1) 拙稿, "原告適格의 政治經濟學: 韓日 兩國의 行政(事件)訴訟法 改正案에 대한 比較·分析을 中心으로," **法學** 제46권 제2호, 70-135 (2005).

한 탐색에 논리적으로 선행한다. 따라서 나는 원고적격의 확장안에 대한 종국적 문제, 즉 원고적격 확장이 우리 憲法의 法院觀에 符合하는가의 문제에 대한 고민을 잠시 접어두고,[2] 그 문제에 대한 보다 適實한 대답을 준비하는 의미에서 그 디딤돌이 되는 논문 하나를 쓰기로 작정하였다. 法院의 制度的 能力을 파악한 후에야 법원의 바람직한 역할을 논할 수 있다고 생각하였기 때문이다. 불가능을 강요할 수 없는 마당에야 법원의 바람직한 역할은 법원의 제도적 능력 범위 안에서만 논할 수 있다고 본 것이다.[3]

3. 이 논문의 제목이 시사하는 바와 같이, 이 글에서도 방법론은 公共選擇理論이다. 공공선택이론은 정치참여자의 行爲動機에 관한 現實的인 假定에 입각해 自治(self-governing)라는 普遍的 價値를 추구하면서 一貫性 있는 분석틀을 제공하여 實證的 分析을 가능하게 한다는 점에서 찬사를 받는 방법론이다.[4] 하지만 공공선택이론의 진정한 長處는 法과 政治를 「하나의 틀」로 분석한다는 데 있다는 것이 나의 생각이다. Montesquieu가 **法의 精神**[5]을 집필하였지만, 기실 그의 법에 대한 연구, 특히 법에 대한 일반 이론은 정치철학을 위한 서론에 불과하였듯이,[6] 법을

---

2) 바람직한 법원의 역할은 논리적으로 다시 두 가지 논점으로 분리하여 생각할 수 있다. 하나는, 아무런 법적, 제도적 제약 없이 법원의 바람직한 역할에 대해서 논하는 것이고, 다른 하나는 그와 같은 바람직한 法院像을 우리 헌법상 국법구조가 용인할 수 있는가에 대해 논하는 것이다. 나는 2005년 7월 19일 대법원 비교실무연구회에서 발표한 "契約主義의 法院觀: 環境團體의 民事訴訟上 原告適格을 글감으로 하여"란 제목의 논문에서 전자의 문제, 즉 내가 가진 바람직한 법원관의 일단을 드러낸 바 있다. 현재 준비 중에 있는 "원고적격의 규범학"에서는 개정안의 확장된 원고적격을 글감으로 우리 헌법상 인정되는 법원의 바람직한 역할에 대해 논하려고 하고 있음을 밝힌다.

3) 법원의 제도적 능력은 법원의 바람직한 역할에 대한 논의에서 고려해야 할 중요한 논점이다. 계약주의의 법원관(註 2)에서 밝힌 바와 같이 우리 헌법 조문, 즉 헌법 제101조 제1항 "사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다"라는 규정은 너무나 추상적이어서 構成的 解釋을 할 수밖에 없다. 그런데 法實在에 대한 정보는 이와 같은 구성적 해석에 있어 큰 영향을 미치게 마련이다. 특히 법원의 판결이 실제로 객관적 법질서를 유지하는 기능을 성공적으로 수행할 수 있는지에 관한 정보는, 우리 헌법이 법원으로 하여금 適法性을 매개로 行政을 統制하는 것을 허용하는지 여부를 판단함에 있어 반드시 고려해야 할 요소가 된다. 후술하는 바이지만, 이러한 정보는 「政治(政府)의 실패」와 「法院의 失敗」를 그 가능성과 파급효과 면에서 비교·평가할 수 있는 자료를 제공해주는 의미가 있다. 법원이 실패할 확률이 정부가 실패할 확률보다 크다고 한다면 객관소송으로서의 행정소송을 지지할 근거가 크게 떨어지는 것이다. 註 70-92 및 그 본문 참조.

4) 공공선택이론에 관한 간략한 소개로는 拙稿(註 1), 93-94.

5) Montesquieu, Charles de Secondat(이명성 譯), **法의 精神**(2005).

제대로 파악해내기 위해서는 적어도 法과 政治를 서로 連繫된 하나의 體系로 살펴보아야 한다는 것이 내 평소의 생각이다.[7] 법과 정치를 각각 다른 방법론으로 분석·이해한다면 어떻게 법과 정치를 하나의 체계로 살펴볼 수 있겠는가!

4. 나는 이 글에서 법원이 個別具體的 判決로써 客觀的 法秩序 維持라는 기능을 수행할 수 있는 제도적 능력을 보유하고 있는지 여부를 분석적으로 살펴보려고 한다. 이 글은 이를 위해 다음과 같이 진행한다. 먼저 **제I장**에서는 대법원 改正案의 意味, 특히 그것이 국가구조 및 정치실재에 끼칠 영향을 살펴보고자 한다. 이번 개정안은 (현행법에서는 입법부가 결정하던) 「원고적격의 범위」를 법원 스스로 결정하도록 하고, 그 결과 행정소송이 허용되는 분쟁의 범위가 확장되는 변화를 가져올 것으로 판단된다. 이번 개정안은 이와 같은 **社會經濟-政治的 게임에서의 規則 變化**를 의미하는데, 이것이 우리나라의 國家構造에 가져올 변화, 즉 三府 사이에 配分된 權力의 變化를 살펴본다. 이와 같은 변화는 결국 정치참여자 사이의 역학에도 적지 않은 영향을 미칠 것인데, 이를 살펴봄으로써 개정안의 정치적 의미를 되새겨보는 것이기도 하다.

제II장에서는 이번 개정안을 제안하면서 대법원이 자임하고 나선 "客觀的 法秩序 維持"의 意義를 살펴본다. 이번 개정안은 국가구조에 큰 영향을 끼칠 것으로 판단되는데, 이런 중요한 개정안을 법원이 제안하면서 내세운 명분, 즉 객관적

---

6) 이혜령, "몽테스키외의 법의 정신," 한국방송통신대학교 문화교양학과 편, **東西洋古典: 思想 古典을 中心으로** 236 (2002).

7) 법은 社會秩序의 制度化이고, 특히 공법은 政治秩序의 制度化이다. 정치질서의 내용은 법이 독자적으로 형성하는 것이 아니라 정치과정에 의해 형성되는 것이다. 말하자면 법은 形式을 만들고 정치는 그 內容을 채운다. 하지만 형식과 내용은 서로에게 영향을 주게 되어 있다. 마치 소송의 實體面과 節次面이 서로에게 영향을 주고받으며 소송을 만들어가듯이 말이다. 따라서 법과 정치는 결코 서로에게 절연된 독자적 체계로 보아서는 안 될 것이다. 근자에 쓰여진 법과 정치의 관계에 관한 유용한 문헌으로는 Richard H. Pildes, "The Supreme Court, 2003 Term--Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics," 118 *Harv. L. Rev.* 28 (2004); Guy-Uriel E. Charles, "Constitutional Pluralism and Democratic Politics: Reflections on the Interpretative Approach of Baker v. Carr," 80 *N.C. L. Rev.* 1103 (2002). 많이 인용되는 같은 주제에 관한 문헌으로는, Peter Westen, "The Empty Idea of Equality," 95 *Harv. L. Rev.* 537, 596 (1982). 고전의 반열에 오른 같은 주제에 관한 문헌으로는 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980). 근자에 발표된 법원의 법해석에 관한 법학자와 정치학자의 상반된 시각에 관한 흥미 있는 논문으로는, Stephen M. Feldman, "The Rule of Law or the Rule of Politics? Harmonizing the internal and External Views of Supreme Court Decision Making," 30 *Law & Soc. Inquiry* 89 (2005).

법질서 유지가 무엇을 의미하는지를 확정함으로써 법원이 그런 역할을 담당할 수 있는지 여부를 평가하기 위한 토대를 쌓겠다는 것이다. 이번 개정안에서 법원은 객관적 법질서 유지를 매개로 정치적 영역에서 이루어져 왔던 公益判斷, 즉 國民들의 選好 結集의 기능을 자임하고 나선 것으로 볼 수 있다는 것이 여기서의 결론이다.

제III장에서는 법원이 공익판단을 할 수 있는가를 판단하기 위해 이용할 방법론인 公共選擇理論을 살펴본다. 법원이 공익판단을 자임하고 나선 것은 정치과정에서 반복하여 목격되는 民主主義의 失敗를 반복하지 않고 克服할 수 있다는 자신감이 있었기 때문이었다. 여기서는 "Condorcet 逆說"과 "Arrow 定理"를 중심으로 민주주의가 실패하는 기제임을 살펴봄으로써 법원이 그 실패를 극복할 수 있는 機關的 能力을 갖고 있는지 여부를 판단할 수 있는 이론적 토대를 마련한다.

제IV장에서는 입법과정과 사법과정을 비교·평가한다. 여기서는 법원도 정치과정의 실패를 불러오는 意思決定의 盲點으로부터 자유롭지 못하며, 오히려 법원의 실패가 정치의 실패보다 그 발생확률과 효과 면에서 더 큰 문제를 야기할 수 있음을 살펴본다.

제V장은 공공선택이론에 기해 법원의 취약한 의사결정과정, 즉 合議過程 및 그 보완책으로 제시된 先例拘束의 原則 및 原告適格을 실증적으로 분석해본다. 여기서는 먼저 다수의 법관으로 구성된 합의부가 합의판단을 할 때 일어날 수밖에 없는 循環現象을 보임으로써 법원의 의사결정기제도 실패할 수 있음을 실증한다. 이어서 선례구속의 원칙이 이와 같은 문제점을 해결하는 기능을 담당하고 있지만, 선례구속의 원칙은 법원의 判決 內容을 경로에 의존하게 하는 副作用이 있음을 밝힌다. 마지막으로 원고적격은 법원 결정의 經路依存性을 緩和하는 기능을 하고 있음을 밝힌 후, 우리 대법원의 개정안이 원고적격의 이런 기능을 약화시키는 방향으로 개정하고 있음을 보인다. 요컨대 법원의 의사결정 능력에는 한계가 있기 때문에 법원으로 하여금 일정한 사건에 관해 개입하지 못하도록 할 필요가 있고 그 역할을 원고적격과 같은 訴訟要件이 담당한다는 것을 논증할 것이다. 원고적격은 법원의 제도적 능력에 부합하는 사건만을 심사하도록 사건을 걸러내는 「濾過器 役割」을 하는 것이다.

제VI장에서는 법원이 집단의사결정에 내재한 이런 문제를 모두 극복한다고 하더라도 법원의 판결로 객관적 법질서를 「維持」하는 데에는 한계가 있음을 실증해 보이기로 한다. 실증적 정치경제학의 연구 성과에 의하면 어떤 사회적 문제에

관한 법원의 결정이 永續한다는 것은 환상에 지나지 않는다. 법원의 판결은 거대한 政治過程의 한 要素일 뿐이고 따라서 법원의 판결은 그 후 벌어지는 정치참여자들의 상호작용에 의해 얼마든지 변경될 수 있음을 살펴본다. 나는 이런 과정을 거쳐 결국 법원이 자임하고 나선 객관적 법질서 유지라는 과업을 법원이 수행해낼 수 없다는 결론을 내림으로써 이번 개정안의 문제점을 확인하려고 한다. 이번 개정안은 법원의 제도적 능력에 대한 근거 없는 신념에 기해 원고적격의 關門 機能을 대폭 弱化시켜 결국 우리 政府시스템의 集合的 選好結集 機能을 毁損할 수 있다는 것이 나의 結論이다.

Ⅰ. 問題의 提起: 原告適格 擴張의 法的・政治的 意味

1. 改正案의 內容

근자에 들어 유사한 행보를 걷고 있는 한일 양국의 행정소송법의 개정논의를 비교관찰해 보면, 우리나라의 大法院이 주체가 된 행정소송법 개정안은 다소 進步的인 色彩를 띠고 있는 데 반하여, 일본의 政府가 주체가 된 행정사건소송법 개정안은 다소 保守的으로 方向을 잡고 있는 것으로 보인다. 특히 이 글이 분석대상으로 삼고 있는 원고적격의 경우를 구체적으로 살펴보면, 2004년 12월 30일에 개정된 일본의 행정사건소송법은 원고적격에 관한 旣存 規定(개정법 제9조 제1항)을 存置하면서 최고재판소의 判例理論을 법규정(같은 조 제2항)으로 만들어 이를 補充하고 있는 반면,[8] 우리나라 대법원의 개정안은, 아래 표에서 보는 바와 같이, 원고적격에 大變化를 가져왔다. 그 동안 협소하다는 비판을 받아온 원고적

8) 일본의 개정행정소송법 규정은 다음과 같다.
(行政事件訴訟法 §9) ① 処分の取消しの訴え及び裁決の取消しの訴え（以下「取消訴訟」という。）は、当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者（処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなつた後においてもなお処分又は裁決の取消しによつて回復すべき法律上の利益を有する者を含む。）に限り、提起することができる。
② 裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠とする法令の規定の文言のみよることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分にをいて考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。 この場合のおいて、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するもとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様 及び程度をも勘案するもとする。

격에 대해서 프랑스법적인 고려를 앞세워 이를 **擴張**함으로써 독일식의 保護規範理論을 극복하려는 시도라고 보인다.[9] "法律상"을 "法적"으로 바꿈으로써, 국회에서 제정되는 **實體的 實定法律과의 直接的 連繫性을 稀釋**시키고, 이로 인한 不確實性을 克服하기 위해 "正當한"이란 수식어를 보충한 것이다.

[표 1] 원고적격에 관한 개정전 규정 및 개정후 규정 비교표

현행 행정소송법	대법원 행정소송법 개정안
(行政訴訟法 §12) "取消訴訟은 處分의 取消를 求할 法律上 利益이 있는 者가 提起할 수 있다"	(行政訴訟法 改正案 §12) "取消訴訟은 行政行爲 등의 取消를 求할 **法的으로 正當한 利益**이 있는 者가 提起할 수 있다."

2. 改正案의 法的·政治的 意味

(1) 원고적격에 관한 현행 행정소송법 규정인 "법률상 이익"과 개정안 규정인 "법적으로 정당한 이익"은 일견 큰 차이가 없어 보인다. 개정안이 "법적으로"라는 限定詞를 사용함으로써 「법률」과의 관련성을 여전히 유지하고 있기 때문이다. 하지만 대법원의 개정안은 行政訴訟의 基本 틀에 큰 변화를 가져올 뿐만 아니라 그럼으로써 國家運營體系에도 적지 않은 영향을 끼치고 있다고 판단된다. 현행 행정소송법은 —"법률상 이익"이란 규정을 통해— 개별 입법에 의해 법률상 이익이 인정된 사람만이 행정소송을 제기할 수 있도록 함으로써 의회가 행정소송에 이르는 관문의 폭을 조절하고 있는 반면, 개정안은 —"법적으로 정당한 이익"이란 규정을 통해— 개별 행정실체법과의 견련성을 희석시킴으로써 결국 법원이 법해석을 통해 행정소송의 관문의 폭을 조절하도록 하고 있기 때문이다. 또한 법원이 이와 같은 개정안을 내놓은 까닭은 보다 많은 이들이 행정소송을 제기할 수 있도록 하기 위함이라고 판단되고, 그렇기 때문에 개정안에 의해 보다 많은 이해관계인이 행정소송을 제기할 수 있을 것으로 기대되고 있기도 하다. 이런 까닭에 개정안은, —행정소송을 엄격한 의미에서의 主觀訴訟으로 파악하고 있는 현행 행정소송법과 달리— 행정소송의 客觀訴訟的 性格을 강화하여 法院에 의한 行政의 適法性 統制의 가능성을 활짝 열어놓을 것이라는 추론을 가능하게 하고 있다.

9) 石琮顯, "行政訴訟法 改正試案에 대한 批判," **고시연구** 제32권 제1호, 14, 16-17 (2005).

(2) 현행 행정소송법 하에서 원고적격을 결하여 却下判決을 받는다는 것은, **個別 行政實體法의 次元**에서 보면, 당해 행정작용에 있어서 법원의 판결에 의해 보호받을 수 있는 法律上 利益이 訴提起者에게 존재하지 않는다는 것을 의미한다. 왜냐하면 현행 행정소송법이 "법률상 이익이 있는 자"만이 행정소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있으며, 대법원은 일관되게 법률상 이익의 개념을 「근거법률에 의하여 직접적이고 구체적으로 보호되는 이익」으로 파악하고 있기 때문이다. 대법원은, 특히 독일의 保護規範理論의 영향을 받아, ① 侵益的 行政行爲, 즉 不利益處分의 相對方에 대해서는 근거법률의 해석 여부와 관계없이 自由權 保護의 측면에서 원고적격을 항상 인정해 왔고, 반면 ② 授益的 行政行爲에 대해서는 ㉠ 근거법률(개별 행정실체법)이 원고의 個別·具體的 利益을 직접 보호하고 있는 경우에만 원고적격을 인정해 왔으며, ㉡ 근거법률이 전적으로 公益만을 보호하는 경우에는, 법률에서 특별히 인정하는 공익소송 또는 단체소송의 경우가 아닌 한, 원고적격을 부인해 오고 있는 것이다.

(3) 이상을 **憲法的 次元**에서 보면, ①의 경우에 행정소송을 불허하면 이것은 裁判請求權을 부인함으로써 결과적으로 憲法上 保障된 自由權的 基本權을 침해하는 것이 된다. 이 경우는, [표 2]에서 볼 수 있듯이, 행정부의 침익적 행정작용으로 인하여 근대자유국가의 기본권, 즉 자유권적 기본권(생명·자유·재산권), 평등권, 정치적 기본권이 침해되는 경우이므로 그 보호를 구할 裁判請求權이 憲法上 保障된다. 반면, ②의 ㉠과 ㉡의 경우에는 행정부가 근대자유국가의 기본권을 침해하는 것이 아니라 국가가 복지사회를 지향하면서 국민에게 부여하기로 약속한 새로운 혜택을 약속대로 시행하지 못하는 경우이므로, ①의 경우와 事案構造가 다르다고 할 수 있다. 이 경우 국민에게 행정소송을 제기할 수 있는 재판청구권을 부여할지 여부는, 의회가 제정한 **個別 行政實體法**의 內容에 따라 결정되는, 말하자면 **議會의 立法裁量**의 범위에 속한다고 하겠다. 다시 말해 현대복지국가에서 국가가 국민에게 인정하기 시작한 새로운 유형의 권리 내지 법률상 이익은 그 내용뿐만 아니라 保護手段까지도 전적으로 입법부의 결정에 맡겨져 있다.[10] 따라서 새로운 유형의 권리에 대해 재판청구권을 수여할지, 수여한다면 行政裁判請求權을 인정할 것인지 아니면 나아가 民事裁判請求權까지도 인정할 것인지 등의 여러 가지 사항은 의회의 입법적 결정을 기다린다고 하겠다.[11] 이와

10) 이에 관한 유용한 문헌으로는, Cass R. Sunstein, "Standing and the Privatization of Public Law," 88 *Colum. L. Rev.* 1432 (1988).

11) 이에 관한 이해를 돕기 위해서 지난 20세기에 펼쳐진 近代自由國家의 發展史를 일별할 필요가 있을 것이다. 자유주의의 기치 아래 자유방임적으로 운영되던 근대자유국가는 20세기에 들어오면서 그 한계를 드러내기 시작하는데, 특히 1930년대의 대공황을 겪으면서 근대자유국가는 자유주의에 대한 심각한 회의에 빠지게 되고, 급기야는 당시 전세계를 휩쓸고 있던 집산주의(collectivism)와 케인즈 경제학(Keynesian economics)을 수용하게 되었다. 이로 인해 탄생한 거대한 현대행정국가는 각종 법률에 기해 근대자유국가의 기본권(생명·자유·재산) 이외의 새로운 권리를 탄생시켰다. 이러한 권리는 원래 재산권이 설정되지 않은 公共資源을 특정한 범주의 사람들에게 배분함으로써 형성되는 것으로, 이러한 권리의 창출·배분은 정치과정에서 국민 다수의 의사가 결집되어 이루어진다고 하겠다. 따라서 이러한 권리의 내용뿐만 아니라 권리의 행사방식도 국민 다수의 의사, 즉 의회의 입법에 의해 결정된다.

권리 . . . . 기대권 . . . . 자격 . . . . 반사적 이익 . . . . 분산이익(공익)

[표 A] 새로운 권리의 내용 스펙트럼

[표 A]가 보여주듯이 먼저 새로운 권리의 내용은 다양하게 정할 수 있다. 정부는 각종 프로그램을 통해 특정한 자격요건을 갖춘 사람에게 일정한 지원을 받을 수 있는 資格 내지 權利 ―사회보장혜택을 받을 자격, 성차별을 받지 않을 권리―를 줄 수도 있고, 不特定 多數에게 分散된 형태의 이익 ―깨끗한 공기의 제공, 공정한 경쟁기회의 보장 등 각종 規制利益―을 제공할 수도 있다. 피규제자도 특정한 업종 하나가 될 수도 있고, 국민 전체가 될 수도 있다. 또한 규제 프로그램의 집행자를 정부만으로 할 수도 있고, 市民訴訟 내지는 團體訴訟을 도입할 수도 있다. 보호방식에는 재판을 통한 보호도 포함될 수 있는데, 이러한 경우에는 법원이 규제 프로그램 집행의 일부를 담당하는 것으로 볼 수 있다.

		(공법의 私法上 효력에 기한) 민사소송	
행정소송 (부작위위법확인소송 +의무이행소송)		사용不可	사용可
	사용不可	① 배타적 公的 집행	③ 보충적 私的 집행
	사용可	② 司法的 감시	④ 최대 집행

[표 B] 規制受益者 보호를 위한 執行體系

[표 B]는 행정 당국에 의해 제공된 규제 프로그램이 상정할 수 있는 프로그램 執行手段, 즉 공적 강제와 사적 강제의 가능한 組合을 나타낸 것이다. Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein, "Public Programs and Private Rights," 95 *Harv. L. Rev.* 1193 (1982) 排他的 公的 執行 체제는 당해 행정규제 프로그램의 규제수익자 내지는 수혜자들이 그 프로그램의 운용에 대하여 일체 개입하지 못하도록 하는 것을 의미한다. 오로지 당해 정부부처만이 규제를 집행할지 여부를 결정한다. 반대로 最大 執行체제는 규제수익자들이 부작위위법확인소송과 의무이행심판뿐만 아니라 손해배상소송, 심지어는 유지청구소송과 같은 민사소송도 제기할 수 있는 경우이다. 시민소송이나 단체소송을 도입하는 경우도 최대집행 체제에 해당한다. 국회와 정부는 규제 프로그램을 설계할 때 당해 정부 프로그램의 내용과 성격에 따라 위 네 가지 대안 중 기능적

같은 결론은 보호하고자 하는 새로운 이익이 이른바 社會的 基本權으로 憲法에 규정되어 있어도 마찬가지이다. 왜냐하면 이러한 기본권은 「**具體的 效力**이 있는 基本權」이 아니므로 헌법상 재판청구권의 문제는 아예 생기지 않고 (재판청구권은 基本權 保障을 위한 基本權인데, 기본권이 구체적 효력이 없다는 것은 그 주체가 이를 행사할 수 없음을 의미하므로, 이와 같이 구체적 효력이 없는 기본권을 위한 재판청구권의 문제는 처음부터 생기지 않는 것이다), 경우에 따라 아래에서 보는 司法權의 憲法上 限界 문제가 제기될 수 있을 뿐이다.[12] 부연하면 ②의 ㉠과 ㉡과 같이 수익적 행정행위의 경우는 국가가 구체적 효력이 있는 기본권을 재확인하는 것이 아니라 [표 2]의 현대복지국가의 社會的 基本權의 내용을 具體化하는 것이다. 다시 말해 현대행정국가가 사회적 기본권을 구체화하는 **立法을 통해** "**새로운 利益**(new property)" 또는 "**福祉權**(welfare right)"을 國民 全體 또는 一部에게 授與하는 것이 된다.[13] 따라서 이렇게 수여된 새로운 이익에 대해

으로 볼 때 프로그램의 목적을 가장 잘 수행할 수 있는 것을 선택하게 될 것이다.

또한 위 선택 시에는 政府資源 (governmental resources)의 상태도 고려의 요소가 될 것이다. 정부자원이 충분하면 예측가능성이 떨어지는 ③ 사적 집행과 ④ 최대집행을 피하게 되고, ① 배타적 공적 집행이나 ② 사법적 감시를 채택할 가능성이 크다. 정부자원이 부족하면 국민으로부터 보조금(subsidy)를 받기 위해 ④ 최대집행을 선택할 가능성이 크다. 오늘날의 추세는 배타적 공적집행 단계에서 최대집행 쪽으로 進化하는 것으로 판단된다. 이것은 시장에 대한 신뢰의 표시이기도 하고, 참여민주주의가 실현되고 있다는 법적 징표이기도 하다.

이상을 정리하면, 현대복지국가에 들어서면서 그 이전 근대자유국가에서 인정되던 권리, 즉 생명·자유·재산권 외에 새로운 권리가 탄생하게 되었는데, 이들 새로운 권리는 모두 정치과정에서 다수의 의사에 의해 창출된 것이다. 그런 만큼 새로운 권리는 입법 당시의 정책적 고려에 의해 다양한 내용을 가지며, 그 보호 형식 또한 다양하다. 그리하여 이들 새로운 권리 중에는 법원판결에 의한 보호가 예정된 것도, 예정되지 아니한 것도 있을 수 있다.

자세한 것은, 拙稿(註 2) 참조.

12) 미국의 경우, 개별 실체법률에서 일반 시민이면 누구나 소송을 제기할 수 있는 시민소송 조항이 헌법상 사법권의 범위를 무한정 확장하여 위헌이라는 견해가 강력히 제기되고 있음을 상기하라. 대표적 문헌으로는 Antonin Scalia, "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers," 17 *Suffolk U. L. Rev.* 881 (1983).

13) 현대복지국가가 만들어 낸 법률상 이익이 가져올 법체계에 대한 영향에 대한 문헌으로 Charles A. Reich, "The New Property," 73 *Yale L.J.* 733(1964); Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein (註 11); R. Shep Melnick, *Between the Lines: Interpreting Welfare Rights* (1994). 이러한 행정법규에 의해 창출된 새로운 유형의 이익과 원고적격의 관계에 관한 문헌으로는 Cass R. Sunstein(註 10); Kevin A. Coyle, "Standing of Third Parties to Challenge Administrative Agency Actions," 76 *Cal. L.*

재판청구권을 부여할지 여부는 — 새로운 이익을 수여할지 여부 및 그 내용을 결정하는 것(이 의회의 입법재량에 속하는 것)과 마찬가지로 — 議會의 立法裁量에 속하는 사항일 뿐이다. 그러므로 여기에서는 헌법상 보장된 재판청구권의 침해 문제가 제기될 수 없다. 헌법상 문제가 될 수 있는 사항이 있다면, 그것은 재판청구권이 보장되지 않아서가 아니고, 새로운 이익에 대한 광범위한 재판청구권의 부여가 자칫 **行政에 대한 法院의 過度한 統制**로 이어져 司法權이 憲法上 限界를 逾越하는 문제가 제기될 수 있을 뿐이다.

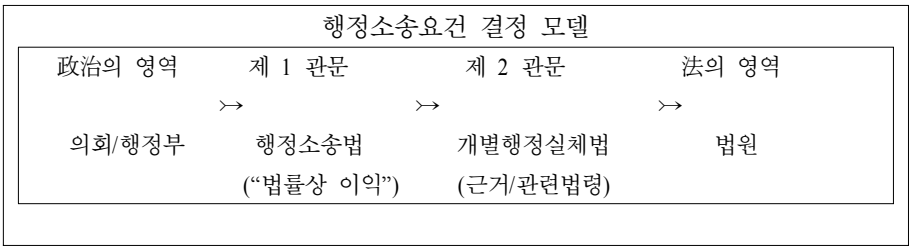
[표 2] 헌법상 기본권과 재판청구권의 관계

基本權의 種類	效力	裁判請求權의 保障 與否
근대자유국가의 기본권: 평등권, 자유권적 기본권(생명·신체의 자유, 재산권), 정치적 기본권	구체적 효력	헌법상의 재판청구권 보장 → **사법권의 최소 범위**
현대복지국가의 기본권: 사회적 기본권	추상적 효력	재판청구권 보장 여부는 입법재량 → **의회에 의한 사법권의 범위 획정**

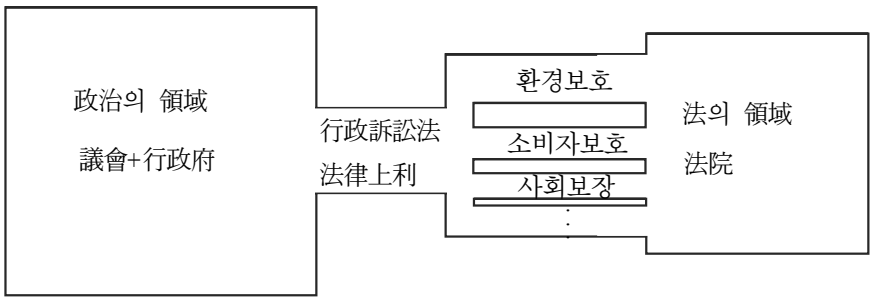
(4) 그런데 원고적격에 관한 현행 규정을 개정하여 "法律上 利益"에서 "法的으로 正當한 利益"으로 변경한다면, 앞서 본 현대행정국가의 기본권보장체계 및 행정소송체계는 유지될 수 없게 되고, 그 체계 하에서 허용되지 않던 수많은 행정소송이 제기될 수 있게 된다. **[그림 1]**에서 볼 수 있듯이, 현행 시스템은 법원으로 가는 통로를 「두 개의 關門」이 통제하고 있는데, 그 하나는 行政訴訟法이고, 다른 하나는 個別 行政實體法이다. 전자는 행정소송을 제기할 수 있는 요건으로 소제기자가 행정소송을 제기할 "법률상 이익"이 있을 것을 요구하고 있는바, 따라서 원고적격 유무는 문제가 된 행정처분과 관련된 개별 행정실체법이 소제기자의 이익을 개별·구체적으로 보호하고 있는지 여부에 따라 결정된다. 다시 말해 행정소송에서 원고적격은 원고가 피해를 입었다고 주장하는 이익이 당해 행정실체법이 개별·구체적으로 보호하는 이익인지 여부에 따라 그 유무가 판단되고 있는 것이다. 환언하면 현행 행정소송법은 — "**법률**상 이익"이 있는 자만이 행정소송을 제기할 수 있도록 규정함으로써 — 행정소송을 제기할 수 있는 사람

Rev. 1061 (1988).

의 범위를 個別 行政實體法에 의해 좌우되도록 하고 있다고 하겠다. 따라서 현행 시스템 하에서는 의회가 개별 행정실체법의 제정을 통해 행정소송을 제기할 수 있는 사람의 범위를 결정하게 된다. 의회는 입법과정에서 法律 規定의 彫琢을 통해 특정한 범위의 사람에게 개별·구체적인 이익을 제공하는 것으로 입법할 수 있고, 그리하여 **[그림 2]**에서 볼 수 있듯이, 행정의 각 영역마다 행정소송을 제기할 수 있는 사람의 범위를 개별적으로 결정할 수 있게 된다. 예컨대 환경보호의 영역에서는 공익의 형태로, 소비자보호의 영역에서는 개별·구체적 이익의 형태로, 사회보장의 영역에서는 권리의 형태로, 각 수혜자가 누리는 이익의 형태를 개별적으로 규정할 수 있는 것이다.[14] 요컨대 현행 시스템 하에서 行政訴訟 提起者의 範圍 決定은 **立法裁量**에 속한다고 할 수 있다.



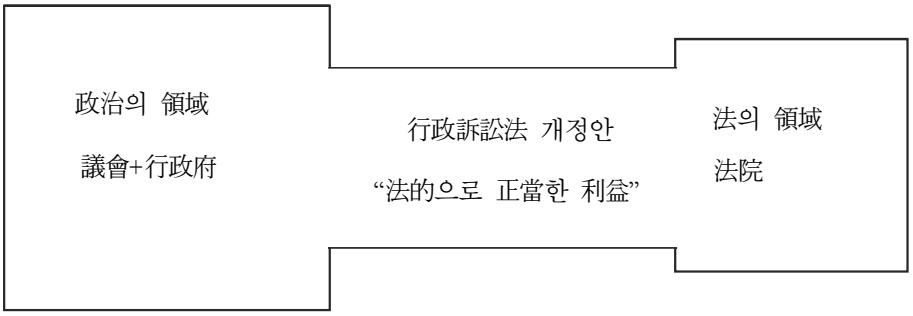
[그림 1]



[그림 2] 현행 행정소송법상 원고적격모델

14) 註 11에 있는 [표 A] 및 [표 B]를 참조하라.

(5) 그런데 이번 개정안은 "법률상 이익"이 있는 자뿐만 아니라 "법적으로 정당한 이익"이 있는 자까지도 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 행정소송법의 개정은 [그림 3]에서 볼 수 있듯이, 원고적격과 개별 행정실체법과의 관련성을 희석시킴으로써 「法院으로 가는 關門」을 — 당해 이익이 기본권인지, 혹은 개별 행정실체법이 보호하는 이익인지 여부에 관계없이 — **一律的**으로 **開閉**하는 효과가 있다.[15] 앞서 본 개별 행정실체법의 제·개정이 그 입법내용에 따라 訴提起의 可能性을 새로운 이익의 종류에 대해 **個別的**으로 **決定**하는 것과 비교해보면 그 의미가 크다는 것을 알 수 있다. 따라서 이번 행정소송법의 개정은, 憲法上 規定된 司法權의 範圍에 **直接的인 影響**을 미치게 되고, 헌법상의 문제를 야기하는 것이 된다.[16]



[그림 3] 행정소송법 개정안의 원고적격

실제로 "법적으로 정당한 이익"이 무엇을 의미하는가는 법원의 태도에 달린 것이겠지만, 현행법 하에서 인정되는 범위보다 넓은 범위의 이해관계인이 행정소송을 제기할 수 있을 것으로 판단된다. 즉 정당한 이익에는 적어도 개별 행정실

15) 행정실체법과 행정소송법의 관계, 특히 기능관련에 관해서는 제도경제학적 관점이 필요하다. 기초적 지식을 얻기 위해서는, 朴世逸, **법경제학**, 655-697, 740-741, 747-757 (2000). 한편 법도그마틱의 관점에서 양자의 관계를 논한 국내 문헌으로는, 金重權, "행정실체법과 행정소송법의 교차점에 관한 소고," 서울대학교 BK21 법학연구단 법제도비교연구센타 주최 2003년 제1회 학술회의 자료집 27 (2003.5.30.).

16) 소송요건과 사법권의 관계를 직접 다룬 문헌으로는 拙稿, "環境訴訟에서의 訴益과 憲法," **憲法의 規範力과 法秩序**(허영박사 정년기념논문집), 590 (2002).

체법이 개개인에게 개별·구체적으로 보장하는 이익보다 넓은 범위의 이익이 포함될 것으로 예상된다. 왜냐하면 원고가 주장하는 이익이 "법적으로 정당한 이익"인지 여부는 全的으로 法院의 判斷에 달려 있는데, 법원이 이 판단을 함에 있어 **多樣한 法源**을 동원할 것이기 때문이다. 여기에는 個別 行政實體法은 물론이고, 憲法上 諸規定(기본권 규정, 제도보장 규정 및 정부구조 규정)과 헌법적 효력을 인정받고 있는 憲法上 一般原則, 나아가 行政法上 一般原則(그것이 무엇을 의미하는지는 별론으로 하고), 大法院 判例, 심지어는 條理 내지 事物의 本性까지도 포함될 가능성이 농후하다. 법원은 이를 통해 자신의 選好를 법의 이름으로 투영하려는 유혹에 빠지게 될 위험이 있다. 또한 법원은 이를 통해 자신의 權力 範圍를 스스로 결정할 수 있으며, 그런 까닭에 이제 행정소송이 허용되는 범위의 결정은 **司法裁量**의 領域에 속하는 것이 되고 만다. 결론적으로 말해 이번 행정소송법 개정안은, ① 다양한 형태의 이익 주장이 행정소송을 통해 제기되어 법원의 결정을 기다리게 될 것이고, 이로써 **법원이 심사·결정할 이익분쟁의 종류와 태양이 다양화되고 그 수가 급증할 것**으로 판단되고, 나아가 ② 어떤 사건을 심사할 것인지 여부, 즉 **행정소송을 제기할 수 있는 분쟁의 범위를 법원 스스로 결정하도록 하게 될 것**으로 판단된다.

3. 改正案에 대한 學界의 評價

사정이 이렇다 보니 대법원의 개정안에 대해서 많은 비판이 제기되고 있다.[17] 원고적격의 확대는 보다 많은 이해관계인에게 法院으로 가는 門戶를 開放해 基本權保障에 이바지할 뿐만 아니라 行政의 適法性을 보다 확실히 保障하는 효과가 있어 일견 긍정적으로 평가할 수 있다고 하겠다. 그럼에도 불구하고 개정안이 학계로부터 큰 비판을 받고 있는 까닭은, 개정안이 法院으로 하여금 憲法上의 基本權保障體系를 無視하고 實體法의 내용과 斷絶된 채 원고적격 존부를 판단할 수 있게 함으로써 결과적으로 공익·사익을 조정·분배할 수 있는 立法府의 立法形成權을 簒奪하였기 때문이다.[18] 그리하여 개정안으로 인해 "法治國家(Rechtstaat)

17) 石琮顯 (註 9); 鄭夏重, "行政訴訟法改正案의 問題點," **法律新聞** 제3311호, 14 (2004. 11.4.); 金重權, "行政訴訟法改正案의 問題點에 관한 管見," **法律新聞** 제3315호, 15 (2004.11. 8.).

18) 石琮顯 (註 9), 16-17; 鄭夏重 (註,17), 14 ("이익의 조정과 배분의 특권은 입법자에 있기 때문에 여기서도 근거법률이 원고의 이익을 보호하고 있는지 여부에 초점을 두어야 하는 것은 당연한 것이다."). 또한 金重權,(註 17), 15 ("행정실체법에 대한 제3

가 訴訟國家(Prozeßstaat), 司法(府)國家(Justizstaat)나 法官國家(Richterstaat)로 환치"될 것이라든지,[19] "司法保護의 擴大는 권리구제의 확대가 아니라 오히려 權利侵害의 擴大로 이끌 수 있다"[20]라든지 등의 우려가 높은 것이다.

우리나라의 학계는 행정소송법과 같은 기본법의 입법과정에서 나름대로 적지 않은 영향력을 발휘해왔다. 이런 상황을 감안할 때, 학계의 부정적 의견에도 불구하고 이번 행정소송법의 개정안이 대법원안으로 확정·제출된 것은 주목을 요하는 대목이 아닐 수 없다. 요컨대 이번 행정소송법안은 **大法院의 意志**가 강하게 반영된 것이라 볼 수 있겠다.[21] 대법원이 이와 같은 강한 의지를 보일 수 있는 토대에는 政治的 計算도 있었겠지만,[22] 무엇보다도 행정소송의 기능을 (개개 국민의 주관적 권리의 보호로 볼 것이 아니라) **客觀的 法秩序의 維持를 목표로 하는 行政統制로 보아야 한다는 當爲**가 자리하고 있다. 다시 말해 바람직한 사회를 구현하기 위해서는 객관적인 법질서가 유지되어야 하고, 이 역할을 법원이 自任하고 나서야 한다는 당위가 있는 것이다.

법원의 이와 같은 당위판단에 대해서는 수많은 疑問과 反論이 제기될 수 있을 것이다. 理論的으로는, ① 行政訴訟의 機能을 개개 국민의 주관적 권리의 보호가 아니라 객관적 법질서의 유지를 목표로 하는 行政統制로 볼 수 있는지,[23] ② 행정소송의 기능을 후자로 본다면 이와 같은 인식이 憲法上의 國家構造에 부합하는지, ③ 부합한다면 그것이 과연 바람직한지[24] 등의 의문이 제기될 수 있다. 實際的으로는, ① 법규에 반하는 행정작용이 하루에도 수없이 일어나는 상황에서 객관적 법질서의 유지가 가능한지, ② 개개 사건에 대한 개별적 판결로써 객관적 법질서의 유지가 가능한지 등의 의문이 고개를 든다. 앞서 밝혔듯이 이 글은 이

자의 권리를 배려하는 식으로, 행정소송법이 아닌 행정실체법을 통해서 행정법을 바라보는 것이 선행되어야 한다.").

19) 金重權, (註 17), 15.

20) 鄭夏重, (註 17), 15 (Schmidt-Aßmann, "Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit," in **FS für Menger**, S. 111을 인용).

21) 이에 관해서는 拙稿(註 1), 78-79.

22) 행정소송법 개정안을 제출함에 있어 상정할 수 있는 대법원의 戰略的 地位에 관해서는, *Id.,* 120-23 참조.

23) 이에 관련된 문헌은 도처에서 찾아볼 수 있다. 그 한 예로는 **공법연구** 제31집 제3호 (2003.3.)에 발표된 논문을 들 수 있다. 특히 행정재판의 기능에 관한 문헌으로는 김연태, "행정소송의 기능: 취소소송을 중심으로," **고려법학** 제38호, 211 (2002) 참조.

24) 이는 다시 객관적 법질서를 유지할 필요가 있는지, 무엇을 위한 법질서 유지인지, 법질서 유지 자체가 목적이 될 수 있는지 등의 구체적 의문으로 이어진다.

상의 의문 모두와 관련된 根源的인 問題라 할 수 있는 「법원이 개개 사건에 대한 판결을 통해 객관적 법질서를 유지할 수 있는지」에 관해 대답할 것이다. 이에 대한 논의를 전개하기 전에 먼저 객관적 법질서 유지의 의미를 분명히 하는 것이 순서이다.

Ⅱ. 「客觀的 法秩序 維持」의 意義

1. 객관적 법질서 유지 ① : 公益 判斷의 自任

법원이 자임하겠다고 나선 객관적 법질서의 유지가 무엇을 의미하는가에 관해서는 다양한 의견이 개진될 수 있을 것이다. 이를 法規範이 受範者들에 의해 그대로 遵守되는 狀態라고 정의한다면 큰 저항감을 느끼지 않고도 받아들일 수 있을 것이다. 법은 「바람직한 社會秩序를 制度化」한 것이므로, 法規定대로 實踐되는 狀態를 객관적 법질서 유지라고 보는 것은 자연스럽다고 할 수 있다. 보다 구체적으로 말하면 입법부에 의해 제정된 법규정을 현실에 그대로 실현하는 것을 객관적 법질서의 유지라고 할 수 있을 것이요, 더욱 쉽게 이야기하면 국회를 통과한 실정법규를 그대로 지키는 것이 객관적 법질서 유지라고 할 수 있을 것이다.

하지만 위와 같은 개념규정을 받아들인다고 해도 객관적 법질서 유지가 국회에서 제정된 모든 法規定이 文面 그대로 無條件的으로 遵守·實現되는 것을 의미한다고 할 수는 없다. 실정법 규정은 세상에서 벌어질 수 있는 사정과 상황을 모두 고려해 제정되지도 않을 뿐만 아니라, 법개념이라는 것도 다양한 현실을 모두 담을 수 있을 만큼 완전한 그릇이 못된다. 법규정은 그것이 법현실에 적용될 때 비로소 그 의미가 확정되는 것이다. 또한 법은 "바람직한" 상태를 추구하기 위한 道具인 만큼 객관적 법질서 유지에는 불완전한 법규정을 보충하는 의미에서라도 「法現實에 대한 考慮」라는 요소가 반드시 포함되어야 한다. 특히 多數人의 立體的 關係를 다루는 — 말하자면 公益에 관련된 公法의 경우는 더욱 그러할 것이다.

"도구적 합리성(instrumental rationality)"으로 무장한 **行政의 客觀性**과 이를 담보하기 위해 만들어진 구성물로서의 **行政法의 完璧性**을 전제로 하는 전통적 행정법학의 입장에서 보면, 객관적 법질서의 유지는 행정에 대해 "形式的 合法性(formalist legality)"을 요구하는 것만으로도 충분히 달성될 수 있을 것이다.[25] 하

지만 행정과정을 反省的으로 그리고 實證的으로 들여다보면 전통적 입장이 지나친 낙관론임을 쉽게 알 수 있다.

여기서 행정법에 대한 전통적 시각을 비판하는 두 가지 입장, 즉 美國의 "批判法學(critical legal science)"의 反省的 批判과 "實證的 政治理論(positive political theory)," "政治經濟學(politicial economy)," 또는 "公共選擇理論(public choice theory)"의 實證的 考察을 살펴보기로 한다.[26] 미국에서 행정법을 설명하는 전통적 법학이론이라 할 수 있는 理想主義的 視覺("理想論")은, 미국 공법 전반을 지배하는 규범구조 속에는 바람직한 實體的 價値體系가 이미 정해져 있다고 보고, 行政法이 규정하는 행정과정을 이와 같은 規範的으로 正當한 價値體系 내지 秩序를 具現하기 위한 構成物이라고 본다.[27] 비판법학은 이와 같은 立憲的 입장의

---

25) 행정법에 대한 전통적 시각은 形式的 合法性을 추구함으로써 행정에 대한 통제를 원활하게 달성할 수 있다고 보는 것 같다. 이에 따르면, 관료의 행정작용은 순수한 道具的 合理性(instrumental rationality)의 한 형태이다. 행정의 목적은 법률에 미리 상세히 정해져 있고, 이러한 목적들은 또한 민주적 선택과정을 통해 사회적으로 공유되고 특정되었다는 점에서 객관적이다. 행정의 임무는 이제 이를 수행하는 것으로 되어 사회적 자원들을 다른 사회적 목표 달성을 위해 비축해 가면서, 사전에 정해진 목적을 효율적으로 추구하게끔 해준다. 이러한 관료의 권한 행사와 그에 수반되는 위압은, 국민이 스스로 선택한, 국민을 위한 행동, 즉 自己後見主義(self-paternalism)에 지나지 않게 되는데, 왜냐하면 이는 국민이 이미 내린 결정, 즉 사회가 추구할 바에 대한 최선의 공동 판단을 국민 자신에게 강제하는 것이기 때문이다. 이로써 행정은 정당성을 얻게 되고, 행정에 대한 통제는 형식적 합법성의 단속만으로 충분히 달성될 수 있다고 보게 되는 것이다. 이상이 행정법에 대한 전통적 관념이었다. 자세한 것은, Jerry L. Mashaw, "Explaining Administrative Process: Normative, Positive, and Critical Stories of Legal Development," 6 *J.L. Econ. & Org.* 267 (1990).

26) 이하는, Mashaw(註 25)의 간결한 설명에 의존하였다. 이하 특히 강조할 필요가 없는 한 일일이 주석을 달지 않기로 한다. 또한 여기 다는 주석은, 위 논문을 포함해 편저한 Peter H. Schuck, *Foundations of Administrative Law* 83-96 (2d. ed. 2004)에 따른 것이다.

27) 이상론은, 먼저 행정청을 巨視 政治過程을 통해 합의된 公共善의 목표를 추구하는 專門的 集團으로 보고 그들의 행위를 정당한 것으로 자리매김한다. 다만 문제가 있다면, 그것은 民主的 正當性이 부족한 행정청에 의한 官僚專制의 可能性이 — 행정청 역할의 과도한 확대를 배경으로 — 심각하게 제기된다는 것이다. 행정의 도구적 합리성(또는 전문성)에 터잡아 제기되는 이러한 관료전제의 가능성 앞에서, 個人의 權利를 보호하고 다양한 參與의 기회를 보장하며 이해관계를 조절하기 위해서는 투명하고 합리적인 절차가 요구되는바, 행정절차는 바로 이러한 요청에 부응하는 것이고 행정법은 이러한 절차를 중심으로 구성된다고 보는 것이 이상론의 주된 내용이다. 따라서 統治의 效率性이라는 이상과 自治 혹은 참여에 의한 協治(governance)라는 이상 간의 緊張을 調整하는 것이 이상론 내에서의 행정법 논의의 중심을 이룬다. 이상론의 또 다른 특징은, 시민의 절차적 권리를 보장하는 한편 다양한 이해관계를 조절하는 절차를

規範的 前提에 근거하여 總體的으로 행정법을 把握하는 이상론에 대해 통렬한 비판을 가하고 있다. 그 골자를 보면, 행정절차는 사람들을 행정부의 專斷的 支配 아래 두면서도 사람들로 하여금 "行政의 客觀性(objectivity of administration)"을 믿게 만드는데, 행정법에 대한 이상론적 설명은 관료제의 정당성을 맹신하게 하는 "欺罔의 機制(mechanism of deception)"로 기능하고 있다는 것이다.[28] 실증적 정치이론도 이와 유사한 냉소적 견해를 제시하고 있는데, 이에 따르면 행정과정이란 政治的 勝者가 입법 단계에서 이익집단 사이에 펼쳐진 政治鬪爭에서 쟁취한 成果를 維持하는 手段이고, 행정법이 규율하는 행정부의 의사결정구조는 의회가 잠재적 일탈가능성이 있는 行政官僚를 統制하기 위해 마련한 裝置일 뿐이라고 파악한다. 비판법학이나 실증적 정치이론 양자 공히 설명하기를, "법에 대한 規範的 修辭(the normative rhetoric of the law), 즉 법률문헌이나 판결문에서 분석되는 결정적 자료란 대개 副次的인 것으로 — 법률가들의 언변 속에 감추어진 보다 根本的인 物質的 過程의 産物 또는 構成物에 지나지 않는다"[29]고 한다.

비판법학이나 실증적 정치이론에 관한 詳論은 이 글의 목적을 넘는 것이어서 다음 기회로 미루고, 여기서는 비판법학이나 실증적 정치이론의 行政法觀의 분석력이 제시하는 「행정과정에 대한 법적 통제의 표피 속에 숨겨진 裏面」에 대한 통찰 한 가지만을 지적하고자 한다. 그것은 행정과정에 대한 통제가 법규정 속의 문언의 해석만으로 간단히 해결되기엔 너무나 복잡다단한 문제이며, 그런 만큼 위법성을 매개로 한 법원의 행정통제에는 法 以外의 要素가 —그것이 공익에 관계된 것이든 가치에 관계된 것이든 이데올로기에 관계된 것이든 관계없이— 뒤따르게 마련이라는 것이다. 따라서 이미 행해진 「行政作用」과 법규정 속에 나타난 「規範狀態」의 差異에 착목해 그 차이를 제거하는 방법으로 이루어지는 위법성 통제는 —그것이 權利의 침해에 대한 救濟를 위한 것이 아닌 한— 행정작용의 국면에서는 소기의 성과를 거둘 수 없게 된다. 비판법학이 적절히 지적하듯이, "어떠한 입법 목적도, 심지어 그 입법절차 자체가 민주적 선택과정을 이상적으로 실현시킨 것이라 해도, [국민]의 집단적 요구를 완벽하게 대변할 수는 없다. [법률은] 欠缺이 있고, '실제 사례에 적용하기에는 貧弱'할 뿐만 아니라 어느 한

구축하는 역할은 法院의 몫이라고 보는 것이다. 다시 말해 이상론에서 행정절차의 통제자는 입법부나 행정부가 아닌 사법부이다. *Id.,* 83-84. 이렇게 본다면 이상론은 우리 행정법학계의 主流的 立場과 일치한다고 볼 수 있을 것이다.

28) *Id.,* 84.

29) *Id.*

법률에서 선언된 입법 목적이 다른 법률의 상반되는 立法目的과 交叉할 수도 있는 것이다. 적어도, 官僚에 의한 立法目的 調整 및 法 欠缺 補完작업으로 인해 법문언만으로는 절대 통제될 수 없는 행정 判斷 및 裁量이 행사되는 경우가 생기기 마련이다."[30] 요컨대 법률이 아무리 민주적 절차를 거쳤어도 국민의 集團的 要求를 완벽하게 代辯할 수 있는 詳細한 立法을 할 수는 없고, 그런 상태에서 관료의 재량행사를 법문언만으로 통제한다는 것은 불가능하며, 또한 국민이 직접 입법을 통해 결정하는 것보다 官僚에게 융통성 있는 權限을 委任하는 것이 보다 우수한 정책을 만드는 것일 수 있다. 따라서 **법률로써 통제할 수 없는 관료의 판단·재량의 영역은 항상 존재할 수밖에 없는 것**이다.

이상에서 본 바와 같이 객관적 법질서의 유지가 실정법규의 무조건적 준수·실현을 의미하는 것은 아니라고 한다면, 객관적 법질서 유지를 법원이 자임하고 나선 것은, 결국 법률로써 통제할 수 없는 관료의 재량 영역을 자신의 판단으로 채우겠다는 것으로 볼 수밖에 없다. 요컨대 법원은 객관적 법질서 유지를 명분으로 삼아 법집행에 반드시 부수하게 마련인 재량의 행사, 즉 **行政裁量을 司法裁量으로 代替하겠다고 나선 것**이다. 법률로써 통제할 수 없는 관료의 재량 영역은 무엇인가? 이는 입법할 때 법문언으로 미리 규정할 수 없는, **狀況에 卽應한 公益判斷**을 의미한다. 그렇다면 법원이 자임하고 나선 것은, 행정의 영역에서 이루어지던 "무엇이 공익에 부합하는가"에 대한 판단이라고 볼 수밖에 없다.

이와 같은 결론을 다른 관점에서 다시 한번 살펴보자. 객관적 법질서 유지가 실정법규의 무조건적 준수·실현을 의미하는 것이 아니라고 한다면, 객관적 법질서 유지에는 形式的 合法性의 擔保 이외에 무언가 추가되는 요소가 있다고 할 수 있을 것이다. 그렇다면 법원이 객관적 법질서 유지를 자임하고 나선 것은 이러한 무언가를 추가하는 역할을 담당해내겠다는 의사의 표현으로 받아들여야 할 것이다. 그런데 무언가를 추가하는 역할의 중요성은, 客觀訴訟에 있어 더욱 부각된다. 특정인의 권리가 침해되어 이를 구제하기 위해 제기된 소송(主觀訴訟)과 달리, 특정인의 권리 침해가 없는 상태에서 행정의 적법성 여부를 따지기 위해 제기된 객관소송에서라면, ―그것이 구체적인 권리의 침해 여부를 따지는 것이 아니고 보다 많은 사람과 관련된 공익에 끼치는 영향을 따지는 까닭에,― 법규정이 담고 있지 못하는 무언가를 고려해야 할 필요성이 더욱 커질 것이다. 나는 이 추가되는 요소가 바로 **公益判斷**이라고 생각한다. 특히 객관소송적 성격의 행

30) *Id.,* 93.

정소송에서는 무엇이 공익에 부합하는지에 관한 판단이 문제된 행정작용을 유지할 것인가 여부를 결정함에 있어 중추를 이룬다고 할 수 있을 것이다.

이렇게 볼 때 객관적 법질서를 유지하겠다는 것은 법원이 행정작용의 적법성 여부를 판단하면서 공익판단을 해내겠다는 뜻으로 이해해도 무방하다고 본다. 따라서 법원이 개개 사건에 대한 판결로써 객관적 법질서를 유지할 수 있는가라는 질문은 **法院이 公益判斷을 제대로 遂行할 수 있는지**, 다시 말해 **법원이 우리 사회에 바람직한 것이 무엇인지를 판정할 수 있는가**라는 질문으로 치환될 수 있을 것이다. 우리 대법원이 객관적 법질서 유지를 명분으로 행정통제에 나선 이유는, 법원이 이제 우리 사회의 바람직한 상태에 대한 지침을 제시하는 역할을 자임하겠다고 작정하였기 때문이라고 보아야 한다. 그렇지 않다면 법원이 行政訴訟의 客觀訴訟化에 그토록 집착할 이유가 없을 것이다.[31]

그런데 공익의 내용을 어떻게 확정할 수 있는가? 법원이 神秘主義에 터잡아 司祭를 자칭하지 않는 한, 그리고 民主共和國의 이념을 받아들인다면, 公益이 外在해 있거나 超越者에게서 주어진 것이(고 판사들만이 그것을 확인할 수 있는 능력이 있는 것이)라고 볼 수는 없을 것이다. 민주공화국에서 사는 우리는, 공익의 내용은 우리 사회 구성원의 뜻에 따라 결정되는 것이라고 볼 수밖에 없고, 그렇다면 공익은 결국 구성원의 선호를 결집한 것이 되어야 한다. 이와 같이 보는 것이 民主主義의 이념인 主權在民 사상과도 부합하고, 공화국의 이념인 自治에도 부합하는 것이다. 법원에게는 불행한 일이지만, 國民 選好의 結集은 종래부터 政治過程에 맡겨진 所任이었다.

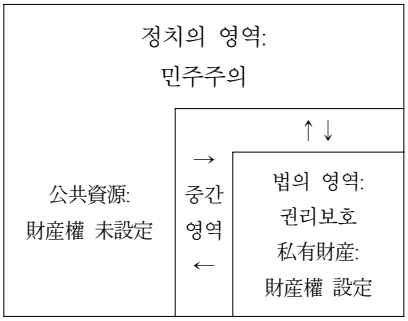
2. 객관적 법질서 유지 ② : 政治 領域에의 介入

"객관적 법질서 유지"의 의미를 보다 분명히 하기 위해 "主觀的 權利保護"와의 차이점을 살펴본다. 법원이 이번 개정안을 제시하기로 결정한 것은, 이제 더 이상 행정소송의 기능을 개개 국민의 主觀的 權利의 保護에 머무는 것으로 보지 않겠다는 뜻이므로, 주관적 권리의 보호와 다른 점을 살펴봄으로써 객관적 법질

31) 우리나라 법관들은 헌법재판소와 경쟁하면서 행정소송제도를 통한 권익구제를 활성화해야 한다는 "공통의 인식과 위기의식"을 느끼게 되었으며, "행정소송제도를 획기적으로 활성화하기 위해서는 행정소송법의 개정이 필요하다는 인식을 하기에 이른 것"이다. 대법원이 행정소송법 개정을 적극적으로 주도하게 된 動因에 관해서는, 拙稿(註 1), 120-23.

서 유지의 의미를 살펴보자는 것이다.

먼저 법원은 주관적 권리의 보호를 통해서도 行政統制를 할 수 있음을 인정하여야겠다. 違法·不當한 行政作用으로 인해 권리가 침해된 개인을 구제하는 것은 위법·부당한 행정작용의 法的 效果를 除去함으로써 結果的으로 행정을 통제하기 때문이다. 따라서 주관적 권리 보호를 목표로 하는 행정소송, 즉 主觀訴訟으로서의 행정소송도, 객관적 법질서의 유지를 목표로 하는 행정소송, 즉 客觀訴訟과 마찬가지로, 행정을 통제하는 기능을 담당한다고 하겠다. 그러나 統制 對象이 되는 行政作用의 範圍에 있어서는, 객관소송과 주관소송 사이에는 큰 간극이 존재한다. 주관소송이 개개 국민의 權利의 侵害를 매개로 촉발되는 것에 비해, 객관소송은 객관적 법질서의 유지가 목표이므로 국민의 권리침해가 없더라도 行政法規의 違反만 있으면 제기할 수 있기 때문이다.[32]



[그림 4] 정치와 법의 영역

이 차이는 보기보다는 매우 큰 의미가 있다. [그림 4]에서 볼 수 있듯이, 근대 자유국가 이래로 법원은 개개인의 생명·자유·재산을 보장하고(人格法·財産法) 사인 사이에 벌어지는 이들 권리의 거래·교환을 뒷받침하며(契約法) 이들 권리가 침해될 때 이를 보호하는 역할(不法行爲法)을 해왔다. 또한 법원은 이들 권리가 政治的 多數(political majority)에 의해 영향을 받을 때 이에 대해 법적 보호(主觀訴訟으로서의 行政訴訟)를 제공해왔다. 다시 말해 법원은, **權利가 設定된 領域**, 즉 생명·신체·재산의 영역([그림 4]에서 작은 상자, 이하 "**작은 상자**")에서

32) 물론 대법원의 개정안이 이와 같은 극단적 형태의 객관소송을 염두에 둔 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 여기서 이와 같은 객관소송을 상정한 것은, 주관소송과의 구별을 보다 분명히 하기 위해서이다.

이들 권리 사이에 형성된 자율적 질서를 지탱하고, 다수의 의사가 권리의 영역을 침해하려 할 때 법적 보호를 제공하는 역할을 해왔던 것이다. 반면, 권리가 설정되지 아니한 영역([그림 4]에서 큰 상자에서 작은 상자를 뺀 나머지 부분, 이하 "**나머지 부분**")은 — 권리가 설정되지 아니한 까닭에 국가공동체 구성원 모두에게 귀속된 **共有資源**이므로 — 그 생산・사용・배분에 관한 의사결정은 民主的 政治過程에 맡겨져 왔다.[33] 말하자면 政治의 領域이었다. 그리하여 "나머지 부분"에 관하여 민주적 절차를 거쳐 나온 결정이 국민의 권리(작은 상자)에 영향을 끼치지 않는 한 그 결정은 민주적 정당성을 가진 결정으로 유지되어 왔다. 行政官僚의 **裁量的 決定** 또한 이와 같은 민주적 결정과정의 연장선상, 즉 국민 → 의회 → 행정관료로 이어지는 연장선상에 있는 것으로, 그것이 공유자원의 사용・배분에 관한 것으로서 국민의 권리를 침해하지 않는 한, (정치적 통제는 별론으로 하고) 사법적 통제로부터 자유롭게 유지되어 온 것은 마찬가지이다.

이와 같이 보는 것은 「법원이 정치적 결정에 참여해서는 안 된다」는 명제에 입각해 있다. 정치에 대해 널리 받아들여지고 있는 David Easton의 定義, 즉 "社會的 價値의 權威 있는 配分"[34]에 입각해 본다면, 법원은 사회적 가치를 배분할 권위를 가지고 있지 못하다. 환언하면 임명된 법원의 판사들은 선거를 통한 정치적 책임추궁에서 자유롭기 때문에, 사회의 가치・자원을 배분할 만한 민주적 정당성을 구비하고 있지 않다. 따라서 법원은 정치적 의사결정으로부터 絶緣되어야 한다는 것이다.

이러한 인식은 미국의 연방대법원의 판시에도 반복적으로 등장하고 있는데, 미국의 연방대법원은 법원을 다수의 횡포로부터 개인과 소수를 보호하는 역할, "**多數의 횡포로부터 個人과 少數를 保護하는 전통적인 非民主主義的인 役割**"에 머물러야 하고, "**多數의 利益에 供하기 위하여 立法府와 行政府가 어떻게 機能하여야 하는지에 대한 處方을 내리는 더욱 非民主主義的 役割**"을 자임해서는 안 된다는 것을 천명하고 있는 것이다.[35] 요컨대 후자는 정치과정에서 다루어져야 하

33) 이와 같이 재산권이 설정되지 아니한 공유자원을 어떻게 생산・운영・배분할 것인가에 관한 결정을 통상 政策決定이라고 한다. 정책결정은 本質的으로 政治的인 것이고, 따라서 국민의 민주적 통제를 받아야 한다. 자세한 것은 註 48의 본문 참조.

34) David Easton, *The Political System,* 126-30 (1953).

35) Scalia(註 12), 894.
"[T]he law of standing roughly restricts courts to their traditional *undemocratic role of protecting individuals and minorities against impositions of the majority*, and

며, 따라서 법원은 오로지 전자의 역할만을 하여야 한다는 것이다.

그런데 개정안의 모토로 제시된 행정소송을 통한 객관적 법질서의 유지는, 법원이 정치의 영역으로 인식되어 온 영역에 대해서도 개입하겠다는 것을 의미한다. 행정소송을 주관소송으로 보는 현행제도 하에서는 民主的 意思決定 및 그 具體化로서의 行政作用에 대해 법원이 개입할 수 있는 유일한 계기는 국민의 權利 또는 法律上 利益의 侵害가 발생하는 것이지만, 개정안은 그 계기를 대폭 확대함으로써 이제까지 국민의 권익 침해로 인식되지 아니한 분쟁에 대해서도 법원이 판단할 수 있는 길을 열어놓았고 이는 결국 行政府가 어떻게 役割을 수행하여야 하는지에 대한 處方을 내리는 것이기 때문이다. 따라서 개정안은 법원이 정치의 영역에 개입하도록 문호를 개방하는 역할을 한다고 할 수 있을 것이다.

3. 客觀的 法秩序 維持 ③ : 實質的 立法機能 遂行

법원이 자임하고 나선 객관적 법질서 유지가 공익 판단이 주축이 된 적법성 보장이라고 한다면, 이런 맥락에서 내려진 법원의 판결은 司法作用인가 아니면 立法作用인가? "우리 사회에 무엇이 바람직한가?"에 대한 판단, 즉 公益 判斷은 줄곧 입법의 몫이었기에 이런 의문이 생기는 것이다. 현재와 같이 국가가 공익을 증진하기 위해 제정한 규칙이 사람들의 삶의 거의 모든 부분을 규제하고 있는 상황에서, 법원은 이러한 규칙과 관련해 제기된 소송에서 공익 판단을 할 수밖에 없을 것이다. 따라서 입법과 사법을 어떻게 준별하여야 하고 그 각 기능을 어떤 기관에 맡겨야 하는가의 문제는 앞으로 계속해서 제기될 것으로 판단된다.

정부의 역할이 증대된 현대국가는 복지국가일 뿐만 아니라 규제국가로서, 이제 정부는 국민생활의 거의 모든 영역을 「規制」하게 되었다. 근대자유국가는 일정한 경우 — 예컨대 경찰행정의 영역 — 에 한해서 개인의 삶에 간섭했지만, 현대규제국가는 국민의 삶 거의 모든 면을 규제하고 있다. 근대자유국가에서 개개인의 삶은 私法에 의해 충분히 규율된 반면, 현대규제국가에서 국민의 삶은 私法 위에 그 때 그 때 정책적 필요에 의해 제정되는 규제법규에 의해 중첩적으로 규율되고 있고, 그런 만큼 규제법규의 의미가 커져가고 있다. 복지(급부)행정의 경우는 국가에 대해 요구할 수 있는 권리를 국민에게 줌으로써 국민의 삶에 積極的으로

---

excludes them from *the even more undemocratic role of prescribing how the other two branches should function in order to serve the interest of the majority itself*." (傾斜體 강조는 필자가 추가한 것이다)

영향을 끼치지만, 규제행정의 경우는 국민의 자유로운 활동(즉 기존의 권리)을 제한함으로써 국민의 삶에 消極的으로 영향을 끼친다. 규제법규는 法律의 形式으로 제정되어야 하겠지만, 현대규제국가의 막중한 과제에 비추어볼 때 법률만으로는 부족하고, 따라서 각종 行政立法이 탄생하게 된다. 이런 각종 규제법규의 규정은 不確定的인 경우가 많고, 또한 규제법규와 기존의 私法 사이의 關係가 애매해 이를 확정하기 위해 법원을 찾게 되는 경우가 잦아진다.

辭典的 意味에서 본다면 立法은 법을 만드는 것이고, 司法은 법을 적용하는 것이지만, 오늘날 司法에 의한 法形成(lawmaking)에 대해 의심할 수는 없다.[36] "헌법은 본질적으로 司法에 의하여 形成된 實定法"[37]이라는 명제도 있거니와, 기실, **현대규제국가에서는 입법부는 法律, 행정부는 行政立法, 그리고 사법부는 (法解釋을 담은) 判決의 형태로 社會經濟-政治的 게임의 規則들을 탄생**시키고 있다. 요컨대 근대헌법의 제정 당시에는 의회권력에 전속된다고 생각되던 입법권이, 현대규제국가에 와서는 의회에 의해서만 행사되는 것이 아니라 각 행정부처와 법원에 의해서도 끊임없이 행사되고 있는 것이다.[38] 그렇다면 입법과 사법을 구별

---

36) 이에 관한 문헌은 헤아릴 수 없이 많다. 몇 가지 예를 들면, Robert A. Dahl, *How Democratic is the American Constitution?* (2002); Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review* (1994); Archibald Cox, *The Court and The Constitution* (1987); Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (1981); John Hart Ely (註 7); Jessy Choper, *Judicial Review and the National Political Process* 55-59 (1980); Alexander Bickel, *The Least Democratic Branch* (1962). 입법과 사법의 구별에 관한 대표적인 미연방대법원의 판례로는, Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989). 이 판결에 대한 각종 평석은 모두 입법과 사법의 규범적 구별을 논하고 있다.

37) Maxwell L. Stearns, "Standing Back from Forest: Justiciability and Social Choice," 83 *Cal. L. Rev.* 1309, 1388 (1995) ("[C]onstitutional law is essentially a study in judicially created positive law.").

38) 자세한 것은 John Ferejohn, "Judicializing Politics, Politicizing Law," 65 *Law & Contemp. Probs.* 41 (2002). 오늘날 대부분의 법률은, 행정부의 발의에 따라 의회에서의 형식적인 심사를 거쳐서 입법되는 경우가 많아졌고, 법원도 복잡다단한 사건에서의 재판권의 행사를 통해서 사실상 입법권을 행사하는 경우가 많아졌다고 할 수 있다. Ferejohn에 따르면 법원에 의한 입법활동은 크게 두 가지 방식으로 이루어지는데, 그 하나는 의회의 법률을 헌법상의 가치에 반한다는 이유로 違憲判斷을 하는 것과 같은 消極的인 方式의 입법활동이고, 다른 하나는, 立法의 空白을 새로운 법리에 의해 補充하는 積極的인 方式의 입법활동이다. 또한 주어진 법률규정의 문언에 여러 가지 해석의 여지가 있는 경우에, 그 중의 하나의 선택을 해서 법률해석을 하는 것은 그것 자체가 사실상 입법과정의 일부라고 볼 수 있다. 왜냐하면 법원에 의해 당해 법률문언에 대한 해석이 있기 전까지는 실질적인 규범력을 가진 법률 문언은 아직 완

하는 진정한 차이는 무엇인가?

2차 세계대전 이후 세계 각국에서는 종래 정치의 장에서 해결되던 굵직굵직한 문제들이 사법부의 영역으로 넘어와 사법적 판단에 의해 해결되는 현상이 발생하고 있다.[39] 이처럼 오늘날의 정치권력의 행사는 Montesquieu가 권력분립을 외치던 근대국가의 성립기와는 사뭇 다른 방식으로 이루어지고 있다. 이 과정에서 政治權力과 司法權力은 서로가 서로에게 끊임없이 영향을 미치게 되고, 그 와중에서 양 권력 사이의 상호작용을 인식하게 된 각 권력주체들은 자신들의 정치적 혹은 사법적 결정이 사법적 판단 혹은 정치적 반응에 의해 어떻게 영향을 받고 변화될 것인가에 관해 지대한 관심을 가지게 되었다. 그리하여 정치권력과 사법권력은 이제 서로가 상대방의 의사결정에 대해 자신들의 선호를 반영하려는, 혹은 상대방의 의사결정을 자신들의 선호에 부합하는 내용으로 이끌어내려는 유인을 가지는 상황에까지 이르게 되었다.[40] 이러한 정치와 사법의 역학관계를, 권력분립의 원칙이나 사법부독립의 원칙의 뿌리를 흔드는 위험한 상황이라고 단정할 수 있지만, 또 다른 관점(정치와 사법의 본질이나 역사적 경험)에서 보면 이러한 역학관계는 매우 자연스러운 현상으로 볼 수도 있을 것이다.[41]

이와 같이 정치권력과 사법권력 사이에 형성된 긴장관계는 어디까지가 法形成이고 어디까지가 法解釋인가 하는 근본적인 문제를 제기한다. 立法에 의한 規則은 일반적이고 장래에 향하여 적용되는 것(「一般抽象性」)임에 반하여 司法에 의한 規則은 소급적으로 법원 앞에 서있는 당사자에게만 적용되는 것(「個別具體性」)

성되지 않았다고 볼 수 있기 때문이다.

39) 이에 관해서는 許盛旭, "정치와 법: 법원의 법률해석 기능에 대한 실증적 고찰에 관하여," **법학** 제46권 제2호 (통권 135호), 344 이하 (2005). 허성욱은 대표적인 예로, 전후 이탈리아와 프랑스에서 사법부에 의해 내각의 구성이나 대통령의 운명이 결정되는 사건이 발생했고, 2000년 미국 대통령 선거에서는 최종적으로 대법원에 의해 새로운 대통령이 사실상 결정되었으며, 우리나라 또한 예외가 아니어서 현 정부 하에서 대통령의 탄핵 여부 및 신행정수도를 위해 마련된 특별법의 합헌 여부가 결정된 것을 들고 있다. 위 같은 면.

40) 본문에서 본 바와 같이 법원은 법해석 기능을 통해 분명 정치적 영역에 속하는 사안에 대한 정책적인 결정을 하게 된다. 법원에 의한 정치적인 사안에 대한 정책적인 결정이 이루어지게 되면, ―이를 Ferejohn은 "**정치의 사법화**(Judicialization of Politics)"라고 한다― 그 결정은 곧바로 정치영역의 반향을 불러와서 ―이를 Ferejohn은 "**사법의 정치화**(Politicization of Legal Area)"이라 한다― 정치인들은 그 판결과 법원의 구성에 대해 많은 관심을 가지게 되는 것이다. Ferejohn (註 38) 참조.

41) 許盛旭(註 39), 346.

이라고 볼 수도 있으나, 오늘날 광범위한 假救濟가 동반된 確認判決의 一般化는 판결이 실제에 있어 將來效를 가질 수 있음을 보여주고 있다. 또한 법률이 판결보다 더 많은 사람들에게 영향을 미친다는 점에서 그 차이를 찾으려 할 수도 있으나, 集團訴訟이 제도화될 때 영향을 받게 될 當事者의 數와, 대법원 판례를 制定法보다 더 존중하는 美國의 傾向[42]을 생각해보면 이 차이 또한 본질적인 것은 아닐 것이다.

따라서 사법부도 현실적인 측면에서 보면 입법부와 마찬가지로 불특정 다수에게 장래에 적용될 법의 형성권한을 가지고 있다고 못 볼 바 아니다. 하지만 그렇다고 해도 사법을 입법과 동일시할 수는 없다. 왜냐하면 입법부와 달리, 법원이 우리 국가 구조 하에서 법형성을 할 수 있는 것은 "**개별 사안에 대하여 필요한 경우에**(*ad hoc* and as needed)" 한하기 때문이다.[43] 다시 말해 법원이 현실적인 법형성 권한을 가지는 것은 원고에 의해 법원에 제기된 사건에 대해 그 **「事件」의 해결을 위해 필요한 범위**에서이고, 그 이외의 경우에 있어서는 법형성권한을 자제할 것이 요청되는 것이다. (반면 의회는 공유자원 내지 공적 가치의 생산과 분배에 관하여 자유롭게 입법할 수 있고, 심지어는 개인의 생명・자유・재산권 등 기본권에 대해서도 공동체를 위해서라면 그 본질적 내용을 침해하지 않는 범위에서 자유롭게 입법할 수 있다). 이렇게 본다면 현대규제국가의 소송요건(원고적격을 포함해서)은 결국 **입법부와 사법부 사이의 법형성권한을 배분하는 기제**, 그 이상도 이하도 아닌 것이 된다. 그리하여 문제는 무엇이 "개별 사안에 대하여 필요한 경우", 즉 (입법의 대상인 정책사항이 아니라) 「사건」에 해당하는가, 그리고 무엇을 징표로 사법심사에 적합한 사건을 걸러내느냐가 될 것이다.

Ⅲ. 公共選擇理論과 民主主義의 失敗

1. 槪說

(1) 제II장에서는 법원이 자임하고 나선 객관적 법질서 유지의 의의를 살펴보았다. 그리하여 이번 개정안에서 법원은 객관적 법질서 유지를 매개로 정치적 영역에서 이루어져 왔던 공익 판단, 즉 국민들의 선호 결집의 기능을 자임하고 나

42) 이에 관해서는 Henry P. Monaghan, "Constitutional Adjudication: The Who and When," 82 *Yale L.J.* 1363 (1973).

43) Stearns(註 37), 1320, 1385-1412.

선 것임을 살펴보았다. 법원이 이와 같은 의미가 있는 개정안을 제시할 수 있는 배경에는 두 가지의 근거가 있는데, 그 하나는 **民主主義의 失敗**(내지는 政治의 失敗)에 대한 인식이고, 다른 하나는 이와 같은 실패를 법원은 반복하지 않고 **克服**해낼 수 있다는 **自信感**이다. 전자는 공익을 위해 존재한다는 정치과정이 국민의 기대에 부응하지 못하고 특정 이익이나 이데올로기에 매몰된 집단에 의해 좌우되는 현실에 대한 인식이고, 후자는 법원은 법에 기한 판결로써 이와 같은 민주주의의 실패를 반복하지 않을 수 있다는, 환언하면 법원은 무엇이 공익에 부합하는지를 판가름해낼 수 있다는 자신감이다. 하지만 후술하는 바와 같이 법원도 정치과정의 실패를 불러오는 의사결정의 맹점으로부터 자유롭지 못하며, 오히려 법원의 실패가 정치의 실패보다 그 발생확률과 효과 면에서 더 큰 재앙을 가져올 수 있다. 이하에서는 먼저 민주주의가 실패하는 機制부터 살펴보기로 한다.

(2) 민주주의가 정당성을 갖고 지지되는 까닭은, 민주주의 과정을 통해 도출된 결론이 그 사회의 각 구성원들의 선호를 合理的으로, 그리고 公正하게 집약한 결과라는 점 때문이다. 따라서 민주주의가 지지되기 위해서는 民主主義 그 자체가 제대로 기능할 수 있는 社會選好函數라는 점이 보장되어야 한다. 인류가 원하는 사회체계가 있다면, 그것은 ① 사회 각 구성원들의 선호를 모두 加減없이 그대로 반영함으로써 **合理性**(rationality)을 충족하면서, 동시에 ② 민주주의가 숭상해 마지않는 普遍的 價値도 함께 존중함으로써 **公正性**(fairness)도 충족하는 체계일 것이다. 실제로, 다수결원리를 전제로 하는 민주주의 원리를 신봉하는 사람들 — 대표적으로는 樂觀的 政治多元論者들은 민주주의가 비록 완벽한 제도는 아니지만, 그것을 통해 社會 構成員들의 個別的인 選好들을 이른바 公益이라는 이름의 社會全體의 選好體系로 변환시키는 것에는 아무런 문제가 없다고 생각하고, 이를 성공적인 제도라고 평가하고 있다.[44]

그러나 민주주의에 대한 實證的 評價는 그리 긍정적이지 않다. 공공선택이론의 결론은, 민주주의, 즉 "多數主義 規範(majoritarian norm)"을 만족시킴과 동시에

44) 정치다원론자들은 이익집단의 정치에 대한 영향에 대해서 긍정적인 견해를 피력한다. 다원주의자들은, 서로 경쟁하고 상충하는 이익집단들 사이의 이익의 타협과 조화 그리고 균형이 정치이고, 그 최적균형이 곧 입법이라고 본다. 이들은 공익이란 따로 존재하는 것이 아니라, 본래가 이들 상호대립하는 제 이익집단들의 이익주장의 타협이 공익이고, 또한, 그들 간의 적정한 균형이 공익이라고 본다. 다원주의적 정치관에 관해서는 대표적으로 Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States* (2nd ed., 1979) 참조.

合理的인 결과를 보장할 수 있는 집단적 의사결정 과정을 고안해내는 것은 불가능하다는 것이다.[45] 환언하면 공정성과 합리성을 동시에 만족시킬 수 있는 집단 의사결정방법을 고안해낼 수는 없다는 것이다. 먼저 單純多數決의 원리에 의해서는 사회 구성원들의 개별적 선호를 제대로 반영한 사회의 선호를 도출해낼 수 없다는 점, 즉 합리성을 충족시킬 수 없다는 것이 이미 일찍부터 밝혀진 바 있다. 사회의 어느 한 구성원이 多數頂上選好(multi-peaked preference)를 가지는 경우에는 단순다수결에 의한 투표의 결과가 "循環現象(cycling phenomenon 또는 cyclical majority phenomenon)"[46]으로 인하여 다수의 의견이나 선호를 반영하는 것이 아니라 案件上程 順序를 결정하는 사람, 즉 "案件上程者(agenda-setter)"의 뜻을 반영하는 것으로 끝나거나, 아니면 투표자들의 戰略的 行爲로 인하여 투표의 결과가 투표자의 진정한 의견이나 가치를 반영하지 못하고 전혀 예측할 수 없게 되어 버린다. 요컨대 공익의 내용이 민주과정에 의하여 왜곡될 수 있는 위험성이 있다는 것이 밝혀진 것이다. 이를 混沌의 定理(Chaos Theorem) 또는 콩도세 逆說(Condorcet Paradox)이라고 한다.[47] Kenneth Arrow는 여기서 한 걸음 더 나아가서, 단순다수결의 원리뿐만 아니라 다른 어떤 방식을 통해서도 — 즉 2/3贊成制(two-third majority rule), 滿場一致制(unanimity rule), 順位投票制(rank-order voting) 등을 비롯한 그 어떤 방식을 사용하더라도 낙관적 정치다원론자들의 민주주의에 대한 긍정적 평가 또는 기대가 환상에 불과하다는 것을 수학적으로 증명해낸 바 있다. 이하에서는 이를 상론한다.

2. 多數決의 原則과 中位投票者 定理(median voter theorem)

(1) Condorcet 역설의 의미를 이해하기 위해서는 먼저 공공선택을 위해 가장 빈번히 이용되는 다수결원리부터 살펴볼 필요가 있다. [그림 4]의 "나머지 부분" 즉 재산권이 설정되지 아니한 공유자원을 어떻게 생산·운영·배분할 것인가에 관한 결정을 통상 政策決定이라고 하는데, 이러한 정책결정·집행은 **表面的으로는** 대통령 또는 국회의원들과 같은 정치인에 의해 결정되고, 이렇게 결정된 정책은 공무원으로 통칭되는 행정관료들에 의해 수행된다고 할 수 있다.[48] 그러나 표

45) Stearns(註 37), 1360.
46) 아래 註 52-58 및 그 본문 참조.
47) 아래 註 59-62 및 그 본문 참조.
48) 이와 같이 파악하는 것이 법을 공부하는 사람들의 전형적 이해방식이다. 정책과정의

면적인 정책결정·집행과정을 역으로 추급해보면, 정책결정은 결국 국민들이 주체가 되어 하는 것임을 알 수 있다. 즉 관료들은 정치인에 의해 고용되고 정치인은 국민들에 의해 선출되므로 **政策決定의 最終 主體는 國民**이라고 할 수 있다. 따라서 **정부의 정책은 어느 한 개인만의 선택이 아니라 수많은 국민들에 의하여 집합적으로 선택되는 것**이다. 이와 같이 파악하는 것은 政治實在에도 부합할 뿐만 아니라 **민주주의의 이념인 主權在民 및 공화국의 이념인 自治(self-governing)에 부합**하는 것이기도 하다. 왜냐하면 정치실재에 있어 국회의원은 再選을 목표로 의정활동을 하기 때문에 국민들이 원하는 것이 무엇인지에 관해 끊임없이 관심을 갖고 국민의 선호를 반영하려고 노력하고 있으며, 국민이 앞서 설명한 과정, 즉 국민 → 정치인 → 관료에 이르는 정책과정의 주체가 되는 것은 민주주의가 예정한 정치과정에 그대로 부합하기 때문이다.

하지만 國民 모두의 選好를 結集해서 共同體의 選好를 導出해내는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 예컨대 국가가 필요로 하는 公共財를 생산할 때 어느 정도에 맞추어야 할지를 결정하기 위해서는 각 個人의 공공재에 대한 效用函數와 所得水準을 알아야 하는데 이것을 정확히 파악하는 것은 불가능한 일이다.[49] 따라서 국민의 의견을 통합하여 최종적인 결과를 이끌어내는 특정한 절차를 고안해 내야 하는데, 그 대표적인 예가 바로 多數決에 의한 投票制度라 할 수 있다.

(2) 多數決制度란 여러 대안 중에서 投票의 過半數를 얻은 代案이 選擇되는 제도를 말한다. A·B·C 세 사람으로 구성된 마을에서 치안을 담당할 방범대원의 수를 결정하는 문제를 예로 들어보자. 제시된 대안은 세 가지로, 세 명안, 다섯

실재를 들여다보지 않고 마치 도표를 보듯 만들어진 제도가 구상대로 움직여질 것으로 단정하는 전형적 태도와 이를 비판하는 비판법학과 실증적 정치이론에 관한 유용한 문헌으로는 Mashaw(註 25).

49) 이와 같은 문제를 選好示顯(preference revelation)의 問題라고 한다. 시장에서 거래되는 사적 재화의 경우 선호시현의 문제는 생기지 않는다. 일정한 상품에 대해 소비자들의 선호가 커진다면, 그것은 수요증가로 이어지고, 따라서 가격이 상승하게 된다. 이러한 가격상승에 반응하여 이윤을 추구하는 기업은 당연히 생산량을 늘리게 되고, 결과적으로 사람들이 많이 원하는 상품이 많이 생산되는 효율적인 자원배분이 가능해진다. 그러나 공공재의 경우에는 위와 같은 가격에 의한 선호시현은 불가능하고, 대신에 투표과정을 통해 선호가 전달되는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 전달과정은 대체로 불완전하다. 예컨대 공원보다는 공공도서관을 더 많이 건설하겠다는 공약을 내건 시장 후보가 공원을 더 많이 건설하겠다는 후보를 누르고 당선된다면, 공원보다는 도서관을 더 선호하는 국민의 수가 많다는 것을 짐작할 수는 있지만, 각 개인이 정확히 얼마나 많은 도서관이나 공원을 원하는지는 알 수 없다. 盧熒圭·元允喜, **재정학** 81 (2004).

명안, 일곱 명안이다. 이 세 가지 대안을 놓고 투표한 결과 세 명안은 어느 누구도 지지하지 않고, 다섯 명안에 대해서는 두 명이 지지하고, 일곱 명안에 대해서는 한 명이 지지한 경우에는 다섯 명안이 투표자의 과반수에 해당하는 표를 얻어 마을의 안으로 채택될 것이다(3명: 5명: 7명 = 0표: 2표: 1표). 이렇게 여러 대안 중 과반수의 득표를 한 대안을 "多數決 勝者(majority winner)"라고 한다.

그런데 A, B, C가 자신의 소득수준에 따라 각각 3명, 5명, 7명의 방법대원이 필요하다고 생각한다고 가정하자. 치안서비스는 公共財이므로 서비스를 제공하는 방범대원에게 지급되는 보수는 주민들의 세금으로 마련된다. 따라서 소득 수준이 각기 다른 A, B, C는 각자 자신이 원하는 수준이 있게 마련이다. 이 때 있을 수 있는 대안 모두를 한꺼번에 상정하여 투표를 하면 어떤 안도 과반수를 얻지 못하게 된다(3명: 5명: 7명 = 1표: 1표: 1표). 어떠한 대안도 과반수의 득표를 하지 못하게 되고 따라서 다수결 승자는 없는 것이 된다.

이와 같이 다수결 승자가 없는 경우에는, 마치 리그戰을 벌이듯이 모든 대안을 한 쌍씩 맞붙여 투표를 해보고 그 모든 대결에서 승리하는 대안을 채택하려고 하게 된다. 위의 예에서 방범대원을 한 명씩 증가시키는 것에 대해 주민들에게 찬반을 물어 다수의 찬성을 얻는 방법대원의 수를 찾아보자.

[표 3] 방범대원의 수에 대한 주민들의 찬반의사표[50]

방범대원의 수	1	2	3	4	5	6	7	8	. . .
A	찬성	찬성	찬성	반대	반대	반대	반대	반대	반대
B	찬성	찬성	찬성	찬성	찬성	반대	반대	반대	반대
C	찬성	찬성	찬성	찬성	찬성	찬성	찬성	반대	반대
결 과	가결	가결	가결	가결	가결	부결	부결	부결	부결

먼저 방법대원을 전혀 고용하지 않는 상태에서 한명을 고용하는 데에는 모든 주민이 찬성한다. 즉 방법대원 0명 대 방법대원 1명의 대결에서는 1명의 대안이 만장일치로 승리한다(0명: 1명 = 0표: 3표). 왜냐하면 이러한 증가에 대해 모든 주민의 限界便益이 租稅負擔額(=限界費用)보다 커서 純便益이 증가하기 때문이다. 똑같은 이유로 한 명에서 두 명으로(1명: 2명= 0표: 3표), 두 명에서 세 명으로(2명: 3명 = 0표: 3표) 증가시키는 것 역시 모든 주민들이 찬성한다. 세 명에서 네

50) *Id.,* 84에 나온 표를 변형한 것이다.

명으로 증가시킬 때에는 더 이상 모든 주민이 찬성하지 않는다. B와 C는 여전히 이 경우에도 한계편익이 조세부담액보다 높기 때문에 찬성하겠지만, A는 한계편익이 조세부담액보다 오히려 낮기 때문에 순편익이 감소하여 반대하기 때문이다(3명: 4명 = 1표: 2표). 그러나 다수결에 의하여 이러한 증가 역시 可決된다. 네 명에서 다섯 명으로의 증가도 마찬가지로 찬성 두 표와 반대 한 표로 가결된다(4명: 5명 = 1표: 2표). 그러나 방범대원을 다섯 명에서 여섯 명으로 증가시키는 것에 대하여 투표를 한다면, 더 이상 다수의 찬성을 얻지 못한다. 왜냐하면 이러한 증가에 대하여 한계편익이 조세부담액보다 높은 C만이 찬성을 하고 그렇지 못한 A와 B는 반대를 할 것이기 때문이다(5명: 6명 = 2표: 1표). 마찬가지로 여섯 명에서 일곱 명의 증가 역시 다수결에 의해 부결된다(6명: 7명 = 2표: 1표). 물론 일곱 명 이상으로 증가시키는 것은 주민 모두가 반대하게 된다(7명: 8명 = 3표: 0표).

(3) 이상에서 대안들끼리의 一對一 對決(pairwise contest)을 시킨 결과, 어떤 대안과 붙어도 다수의 지지를 얻을 수 있는 대안이 방범대원 다섯 명안이라는 것을 알게 되었다. 18세기 프랑스의 수학자이자 철학자인 Marquis de Condorcet는 다수의 지지를 얻는 대안이 없는 경우에 집단의 선호를 결정하는 기제를 제안하였는데 그것이 바로 대안들끼리의 일대일 대결이었다. 이와 같이 일대일 대결에서 모두 승리한 대안을 집단의 선호로 결정하는 기준을 "Condorcet 基準(Condorcet criterion)"이라 하고, 이 기준을 채택한 투표규칙을 "Condorcet投票規則(Condorcet producing rule)"이라 하며, 이와 같이 어떤 대안과 함께 투표에 부쳐지더라도 모두 이길 수 있는 대안을 "**Condorcet 勝者**(Condorcet winner)"라고 한다. Condorcet 승자는 적어도 그 어떤 대안보다 다수의 선호를 반영하는 선택이다. 따라서 Condorcet 승자는 多數決投票制度의 均衡이라고 할 수 있다. 공공선택이론가들(public choice theorists) 혹은 사회선택이론가들(social choice theorists)은 集團的 意思決定의 適切性을 Condorcet winner의 선택을 보장하는지 여부에 의거해 평가한다.[51]

그런데 위의 예에서 Condorcet 승자인 5명의 방범대원은 주민 B가 가장 선호하는 대안이다. 주민 B는 세 명의 주민이 각각 선호하는 방범대원의 수 중에서 中間에 위치하는 數를 선호하고 있다. 이와 같이 어떤 투표자가 선호하는 결과보

51) Stearns(註 37), 1334. 한편 Condorcet는 다수결승자가 존재하지 않는 경우에 Condorcet 승자가 최고의 집단선택이라고 주장한 바 있다. *Id.,* 1333.

다 더 높은 수준의 결과를 선호하는 투표자의 수와, 더 낮은 수준의 결과를 선호하는 투표자의 수가 같을 때, 그 투표자를 中位投票者(median voter)라고 한다. 즉 주민 B보다 더 많은 방범대원을 선호하는 주민의 수와 더 적은 방범대원을 선호하는 주민의 수가 각각 한 명으로 같기 때문에 주민 B가 중위투표자가 된다. 이와 같이 다수결원리를 통한 의사결정에서는 결국 중위투표자의 선호가 Condorcet 승자, 즉 그 결과를 지배하게 되는 것을 "**中位投票者 定理**(median voter theorem)"라고 한다.

"Condorcet 勝者"는 대안 중에서 "多數決 勝者"가 존재하지 않을 때 의지하게 되는, 말하자면 次善의 政治的 意思決定이라고 할 수 있다. Condorcet 승자는 다수결 승자와 달리 「多數」를 행복하게 해주지 못한다. Condorcet 승자가 채택되면, 기실 오직 중위투표자만이 자신이 원하는 수준을 얻을 뿐이지, 그 밖에 모든 투표자는 원하는 수준보다 높거나 낮은 수준에서 만족해야 하기 때문이다. 하지만 Condorcet 승자는 있을 수 있는 대안끼리 서로 경쟁시킨 결과, 여타의 모든 대안을 꺾은 최후의 승자이므로 다수의 의사에 의해 공동체의 의사가 결정된다는 民主主義 規範, 즉 「**多數(決)主義 規範**(majoritarian norm)」에는 부합하는 것이라 아니할 수 없을 것이다.

3. Condorcet 逆說(Condorcet paradox)과 民主主義의 失敗

(1) 구성원 개개인의 선호를 집단의 선호로 결집함에 있어 ① 다수결 승자가 있으면 가장 바람직하지만, ② 다수결 승자가 없으면 Condorcet 승자도 훌륭한 집단의 의사결정이 될 수 있음을 앞에서 보았다. 그런데 집단의 선호를 결정할 때 다수결 승자는 고사하고, Condorcet 승자조차 존재하지 않는 경우가 있다.[52] 예컨대 공립학교에 대한 정부지원의 폭에 대한 주민들의 선호가, 같은 수의 주민들로 구성된 세 그룹으로 나뉜다고 하자. 주민 甲그룹은 자녀들의 교육에 대하여 보통의 관심을 가지고 있다. 따라서 중간 수준의 지출규모(M)를 가장 선호하고, 그 다음은 큰 규모(L), 그리고 작은 규모(S)의 지출수준을 가장 적게 선호한다. 주민 乙그룹은 자녀들의 교육을 대단히 중요하게 여기는 부모다. 그래서 공립학교가 상당히 높은 수준의 교육서비스를 제공하기를 원하는데, 만약 그렇지 못하다면 그는 자녀들을 다른 마을의 사립학교에 보낼 작정이다. 즉 그는 큰 규모의

52) 이하는 盧熒圭・元允喜(註 49), 86-87의 간결한 예시적 설명에 의존하였다.

지출수준을 가장 선호하고(L), 그 다음은 작은 규모(S), 마지막으로 중간 규모(M)를 선호한다. 반대로 주민 丙그룹은 자녀들의 교육에 극히 무관심하다. 따라서 작은 규모(S), 중간 규모(M), 그리고 큰 규모(L)의 순으로 지출수준을 선호한다. 이 주민들의 선호를 요약한 것이 [표 4]이다.

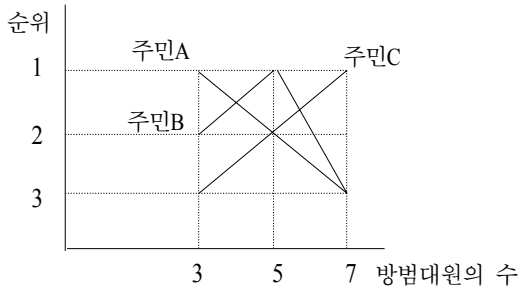
[표 4] 갑·을·병 선호순위표

	甲	乙	丙
선호순위 1	M	L	S
선호순위 2	L	S	M
선호순위 3	S	M	L

이제 투표를 시작해보자. 먼저 S, M, L을 대안으로 제시하고 이에 대해 투표를 해보면, 어느 대안도 과반수의 득표를 하지 못한다. 왜냐하면 같은 수의 주민으로 구성된 甲, 乙, 丙 세 그룹은 각각 M, L, S에 투표할 것이기 때문이다. 앞서 본 바와 같이 多數決 勝者가 없는 경우에는 각 대안끼리의 일대일 대결에서 승리하게 되는 Condorcet 勝者를 찾게 되는데, 이번의 예에서는 앞의 예에서와 달리 Condorcet 승자가 존재하지 않는다.

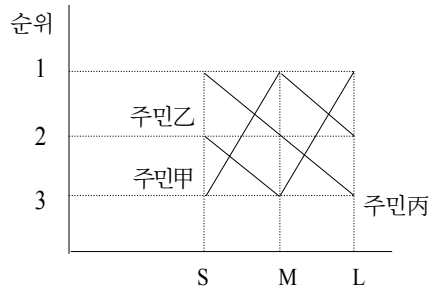
먼저 M과 S를 투표에 부치면 甲그룹은 M에다 표를 던지고, 乙그룹과 丙그룹은 S에 투표한다. 따라서 다수결에 의하여 S가 승리한다. 다음, S와 L을 투표에 부치면 이번에는 甲그룹과 乙그룹의 찬성을 얻는 L이 2:1로 승리한다. 마지막으로 L과 M을 투표에 부쳐 보자. 이번에는 M이 甲그룹과 丙그룹의 찬성표를 얻고 2:1로 승리한다. 즉, S는 M을 이기고, L은 S를 이기고, 다시 M은 L을 이기므로, 즉 M<S<L<M<S<L . . .이 되는 것이다. 따라서 어느 것도 확실한 승자가 될 수 없다. 이러한 현상을 Condorcet 逆說 혹은 다수결투표제도의 循環現象이라고 부른다.

(2) 순환현상이 발생하면 다수결투표제도의 균형은 존재하지 않는다. 다수결에 의해서 다른 모든 안을 이길 수 있는 안, 즉 Condorcet 승자가 존재하지 않는 것이다. 이와 같은 순환현상을 일으키는 원인은, 투표자 중에서 여러 개의 봉우리를 갖는 선호, 즉 多數頂上選好(multiple-peaked preference)를 가진 사람이 있기 때문이다.



[그림 5] 방범대원의 수에 대한 주민선호의 순위[53]

[그림 5]는 앞의 예에서 방범대원의 수에 대한 주민들의 선호를 순위로써 나타낸 것이다. 주민 A는 세 명의 방범대원을 가장 선호하므로 그 수가 1순위가 되고, 방범대원의 수가 커질수록 순편익이 감소하므로 순위도 떨어진다. 반대로 주민 C는 일곱 명의 방범대원을 가장 선호하므로 거기서 가장 높은 순위를 보이고 그 수가 줄어들수록 순위가 떨어진다. 주민 B는 다섯 명의 방범대원을 가장 선호하므로 세 명이나 일곱 명은 낮은 순위에 있게 되는데, 세 명이 일곱 명보다 약간 더 선호된다고 하자. 이렇듯 [그림 5]에서 나타나는 주민들의 선호는 주민 A는 세 명에서, 주민 B는 다섯 명에서, 그리고 주민 C는 일곱 명에서 하나의 가장 높은 효용 수준을 가지고 있고, 각각 이 수준에서 멀어질수록 선호는 감소한다. 이와 같은 선호체계를 單一頂上選好(single-peaked preference)라고 한다. 투표자들의 선호가 단일정상선호를 나타내면 투표의 순환현상은 나타나지 않고 Condorcet 승자라는 다수결투표제도의 균형이 존재한다.



[그림 6] 공공교육지출의 규모에 대한 주민선호의 순위[54]

53) 출처, 盧熒圭・元允喜(註 49), 88.

그런데 교육지출의 규모에 대한 선호에 있어서는, [그림 6]에서 볼 수 있듯이, 단일정상선호만 있는 것이 아니다. 즉 주민 甲그룹과 주민 丙그룹은 단일정상선호지만, 주민 乙그룹의 선호는 단일정상선호가 아니다. 주민 甲그룹은 M에서, 주민 丙그룹은 S에서 단일정상이 형성되지만, 주민 乙그룹은 S에서도 정상이 형성되고 L에서도 정상이 형성된다. 주민 乙그룹의 경우는 複數頂上選好(double-peaked preference)인 것이다. 투표자 중 일부라도 복수정상의 선호를 가지고 있는 경우에는 항상 순환현상이 발생한다.

복수정상선호는 우리 주변에서 어렵지 않게 발견된다. 교육지출의 규모의 예에서 알 수 있듯이 누구라도 주민 乙그룹과 같이 생각할 수 있고 이것이 매우 특이한 예라고 할 수 없다. 따라서 순환현상은 결코 예외적인 현상이라고 할 수 없을 것이다. 특히 상정안건이 단일 안건이 아니라 복수 안건의 경우,[55] 예컨대 교육지원안과 동시에 농산물가격지지안이 함께 상정된 경우에는 複數·多數頂上選好는 보다 일반적인 현상이 될 수 있다고 하겠다.[56] 또한 소득분배와 관련된 안건의 경우는 거의 대부분이 투표의 순환현상에서 벗어날 수 없다.[57] 예컨대 조세정책은 소득분배의 측면이 강하므로 순환현상의 발생가능성이 매우 높다.[58]

(3) 순환현상이 발생한다는 것은, 多數決制度에 의해 의사를 결정하는 경우 결코 「安定된 均衡」, 안정된 최종결과라는 것이 존재할 수 없다는 것을 의미한다. 앞에서 보았듯이, 민주주의가 정당성을 갖고 지지되는 까닭은, 민주주의 과정을 통해 도출된 결론이 그 사회의 각 구성원들의 선호를 合理的으로, 그리고 公正하게 집약한 결과라는 점 때문인데, 순환현상은 아예 선호결집의 결과가 그 때 그 때 다를 수 있다는 것을 말해주기 때문이다. 다시 말해 보통 사람이라면 A보다 B를 선호하고(A<B) B보다 C를 선호하면(B<C), A보다 C를 더 선호하는 것을 합리적인 것으로 생각한다. 이를 "移行性(transitivity)"이라고 한다. Condorcet역설은,

54) 출처, 盧熒圭·元允喜(註 49), 88.

55) 그리하여 안건이 일차원적일 경우에는 중위투표자 정리가 중심으로 떠오르지만, 안건이 다차원적일 경우에는 제도의 설계(institutional structure)가 중심으로 떠오르게 된다. 이에 관한 문헌으로는 Kenneth A. Shepsle & Barry R. Weingast, "Structure-Induced Equilibrium and Legislative Choice," 37 *Pub. Choice* 503, 504 (1981).

56) 朴世逸(註 15), 730 (복수 안건의 경우 복수/다수정상선호의 발생가능성에 관한 문헌으로 G. Kramer, "On a Class of Equilibrium Conditions for Majority Rule," 41 *Econometrica* 285 (1973)을 인용).

57) *Id.*

58) 盧熒圭·元允喜(註 49), 90.

개인들은 이행성 기준을 충족하는 선호체계를 가지고 있는데, 이들로 구성된 집단이 각 개인의 선호를 결집할 때에는 집단의 이행성이 확보되지 않고[59] 경우에 따라 다른 결과에 도달할 수 있다는 것을 의미한다. 이와 같이 사회적 선호의 경우에는 A<B이고 B<C이라 해도 A<C가 아닐 수 있는데, 이런 현상을 "社會的 選好의 非移行性(intransitivity of social preference)"이라고 한다. 사회적 선호가 비이행적이라는 것은 集團의 選好結集이 非合理的으로 이루어지고 있다는 것을 의미한다. 흔히 정부정책의 일관성이 없다든가 혹은 정부정책이 불안정하다든가 등의 비판이 자주 제기되는데, 이러한 政府政策의 不安定 내지 一貫性 不在는 投票라는 政治過程 자체 속에 內在되어 있다고 보아야 할 것이다.

사정이 이러하다보니 단순다수결 이외의 방법을 동원하여 이러한 문제를 극복하려는 노력이 경주되어 왔다. 결론적으로 말하면, 민주주의라고 하면 일반적으로 수용할 수 있는 公正性 條件, 즉 최소한의 합리성, 파레토기준, 비독재성, 무관한 선택대상으로부터의 독립성, 보편성[60]을 충족하면서 국민 개개인의 선호를

---

59) Stearns(註 37), 1330 ("The Condorcet Paradox reveals that in a group composed of three or more individual decision makers whose preferences satisfy the transitivity criterion, transitivity may be defeated when those preferences are aggregated.").

60) Arrow는 여러 가지 다양한 선호체계를 가지는 주체들로 구성된 사회에서 어떤 政策이 사회전체의 厚生의 크기를 增加시킬 수 있는가의 문제에 대해 연구를 하는 과정에서, 결국 最小限의 前提條件을 充足시킬 수 있는 社會厚生函數는 존재하지 않는다는 점, 즉 사회후생함수로서 제대로 기능을 발휘하기 위해서 필수적으로 충족해야 한다고 볼 수 있는 다음의 다섯 가지 전제조건을 충족하는 集合的 決定過程(collective decision process)은 존재하지 않는다는 것을 수학적으로 증명하였다. Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1963). Arrow는 아래 (1), (2), (4), (5)의 조건을 충족하는 선호함수는 결국 獨裁者를 만들어 낼 수밖에 없어 (3)의 조건을 충족할 수 없다는 점을 수학적으로 증명한 바 있다.

(1) 最小限의 合理性(Minimum rationality): 사회가 B보다 A를 더 선호하고, C보다 B를 더 선호한다면 그 사회는 A를 C보다 더 선호한다.

(2) 파레토 基準(The Pareto standard): 사회의 어느 한 구성원이 B보다 A를 더 선호하고, 나머지 다른 구성원이 그 문제에 대해 특별한 의견이 없다면 그 사회는 B보다 A를 더 선호한다.

(3) 非獨裁性(Non-dictatorship): 사회의 선호는 그 사회의 어느 한 구성원의 선호에 의해 독재적으로 결정되어서는 안 된다.

(4) 무관한 선택 대상으로부터의 獨立性(Independence of irrelevant alternatives): A와 B에 대한 선호의 우열의 결정에 있어서, 현재 안건에 상정되지 않은 C는 A, B에 대한 선호결정에 영향을 주지 않는다.

(5) 普遍性(Universal applicability): 사회후생함수는 특정한 상황에서의 개인들의 선호만을 반영하는 것이 아니라, 모든 경우의 개인들의 선호를 반영할 수 있는 것이어

合理的으로 결집하여 사회적 선호로 확정하는 방법은 없다. 단순다수결이 아니라 加重多數決(2/3찬성제; two-third majority)를 사용하여도 마찬가지이고, 贊反投票制가 아니라 順位投票制(rank-order voting)를 사용하여도 바람직한 방법이 되지 못한다. 요컨대 공정성 조건을 충족함과 동시에 합리적으로 개인선호를 결집하는 방법, 즉 공익내용을 확정하는 방법은 존재하지 않는다. 이것이 바로 Kenneth Arrow가 수학적으로 밝혀낸 정리, 즉 Arrow의 不可能性定理(Arrow's impossibility theorem)이다.[61]

(4) Arrow 정리의 현실적인 함의는 매우 충격적이다. 첫째, 민주주의에서 구성원들의 선호를 집약해서 이를 사회의 선호, 즉 公益(public interest)으로 표현하려는 어떤 노력도 결국 실패할 수밖에 없다는, 다시 말해서 공익내용의 확정을 위한 바람직한 방법, 사회적 선호를 만들기 위한 個人 選好의 바람직한 結集方法은 존재하지 않는다는 결론에 이르게 된다. 둘째, 따라서 구성원 개개인의 선호체계의 통합인 社會的 均衡(social equilibrium)의 不安定性이 나타나 어떠한 대안도 안정적인 균형점이 될 수 없다. 셋째, 대안선택의 순서나 대안선택 방법 등의 조작으로 어떠한 대안도 社會的 最適案, 즉 公益으로 될 수 있음을 의미한다. 즉 정책의제 설정권자에 의한 사회적 선택결과의 操作可能性(manipulability)이 문제시되는 것이다. 민주주의를 지지하는 사람들에게는, 민주주의 과정을 통해 확인된다고 여겨져 온 공익이란 것이 실제로는 실체가 없거나 案件上程者들의 자의에 의해 언제든지 바뀔 수 있는 것이라는 결론은 당혹스럽기 짝이 없다.[62] 節을 바꾸어 이를 상론한다.

야 한다.

61) Arrow는 Arrow의 정리가 수록된 *Social Choice and Individual Values*로 1972년 노벨 경제학상을 수상하였다. Arrow가 불가능성정리를 수학적으로 증명하려 하였을 때, 그는 Condorcet 역설을 알지 못했다고 한다. Arrow는 중앙의 계획정부에 의해 사용될 수 있는 사회후생함수를 만들어내려고 하다가, 그와 같은 사회후생함수를 찾는 데 실패하고, 대신에 합리적으로 선호를 결집할 수 있는 기제를 고안해내는 것이 불가능하다는 것을 증명하게 되었다. 이와 같은 Arrow의 발견은 다수결제도의 구조적 문제를 제기한 Condorcet역설을 (사회구성원의 선호를 결집하려는) 여타의 선호결집방법에 대해서까지 일반화한 것이다. Stearns(註 37), 1330, n 75.

62) Arrow의 정리에도 불구하고 민주주의를 지지할 수 있는 근거를 논증하려는 시도로는 拙稿, "民主主義와 市場主義," **법학** 제45권 제4호, 324, 340-342 (2004).

4. 一事不再議의 原則(循環現象에 대한 對備策), 議題操作(그 副作用) 및 法律案 廢棄 (立法慣性)

(1) Arrow의 정리는 공익내용의 확정방법이 없다는 명제를 증명하고 있지만, 그 진정한 가치는 이러한 정치과정의 구조적 결함이 야기하는 문제를 정확히 인식하여 그 問題를 最小化할 法的·制度的 裝置를 考案해내야 하는 필요성을 제시했다는 데 있다. 다시 말해 이러한 정치과정의 구조적 결함을 이용하여 집단의 선호를 자신의 선호로 대체하려는 사람들을 견제하고 보다 합리적인 집단의 의사결정기제를 고안해내야 할 필요성을 상기해준 것이다.[63]

(2) 순환현상에 대해 고안된 대비책은 **「投票回數의 制限」**이다. Condorcet 승자가 존재하지 않는 상황에서 Condorcet투표규칙을 채택하면 순환현상을 피할 수 없다. 따라서 Condorcet 역설이 발생하는 상황에서는 순환현상이 발생하지 않도록 투표를 제한할 수밖에 없다. 그렇지 않으면 지속되는 순환으로 집단의사를 결정할 수 없고 결국 민주주의 자체에 대한 철저한 불신을 초래하기 때문이다. 요약하면, Condorcet 승자가 존재하지 않는 상황에서 Condorcet투표규칙을 따를 경우 순환현상이 발생하여 집단의사를 결정할 수 없게 되는바, 이와 같은 상황에서 집단의사를 결정하려면 Condorcet투표규칙 외의 규칙을 채택할 수밖에 없게 된다.

구체적으로 살펴보면, 앞서 본 공공교육지출규모를 결정하는 예에서 代案의 수는 세 가지였는데, 이때 세 번의 일대일 대결, M 대 S, S 대 L, L 대 M의 일대일 대결을 순차적으로 치루면 집단의 의사를 결정할 수 없는 순환현상이 발생하는 것이 밝혀진다. 이렇듯 n개의 대안이 있는 경우, n번의 일대일 대결을 펼치면 순환현상이 밝혀지기 때문에, 일대일 대결의 횟수를 n-1번으로 제한하는 것이다. 실제로 행해지는 투표에서는 순환현상을 가져올 만큼 투표가 계속 되풀이되지는

63) 정치현실은 이론적 모델이 제시하듯 그렇게 Condorcet역설이 그대로 지배하는 것은 아니라고 한다. 입법과정에 대한 몇 가지 실증연구를 보아도 실제 입법과정 및 결과는 이론의 모델이 예측하는 것보다는 훨씬 안정적이고 때로는 그 결과를 예측할 수도 있다고 한다. 朴世逸(註 15), 783. 순환현상에 대한 대비책, 즉 여기서 설명하는 투표회수의 제한을 포함한 여러 대비책이 안정적인 입법과정을 가능하게 한 것은 물론이다. 실제로 입법부에는 각종 위원회에 의한 법안의 사전심사제도, 안건상정방법 및 순위결정방법, 심의순위와 심의방법 등에 대한 각종의 구체적이고 일관된 규정들이 있기 때문에 순환의 발생을 어느 정도 차단할 수 있다고 한다. 뿐만 아니라 실제로는 소위 투표과정에 이데올로기의 역할이 있기 때문에 단순히 목전의 사적 이익의 변화에 따라 투표결과가 끊임없이 변화하는 것은 아니라고 한다. *Id.*

않는데, 예컨대 세 가지 안 중에서 하나를 선택하는 경우라면, 셋 중에서 두 가지 대안에 대하여 먼저 승자를 결정하고, 그 승자와 나머지 안에 대한 투표로서 최종안을 결정하는 것이 일반적이다. 앞의 공공교육지출규모 결정의 예에서 M대 S에서 승자를 가리고, 여기서의 승자인 S와 나머지 대안인 L을 투표에 부쳐 L이 승자로 결정되면, 이 L안을 최종선택으로 결정하는 것이다. 이 때 한번 부결된 M안을 다시 재의결에 부치지 못하도록 하여야 하는데, 이것이 순환현상을 방지하기 위한 대표적인 의사결정방식이다. 우리나라에도 이와 같은 의사결정방식이 제도화되어 있는데, 국회법 제92조에 규정된 「一事不再議의 原則(no-reconsideration rule)」이 바로 그것이다. 한번 否決된 案件의 再上程을 금지하는 일사부재의의 원칙에 의해서 의회 내에서의 의사결정은 순환현상을 면할 수 있게 된다. 한편 일사부재의의 원칙과 같이 부결된 대안의 재상정을 금지하면 순환현상은 막을 수 있지만, Condorcet 승자인 대안을 확정할 수 없게 된다. 이와 같은 규칙 하에서는 설사 Condorcet 승자가 존재한다 하더라도 Condorcet 승자를 확인할 수 없기 때문에, 이를 "非Condorcet投票規則(non-Condorcet producing rule)"이라 하고, 비Condorcet투표규칙 하에 사회적 선호를 결정하는 기준을 "非Condorcet 選好基準(non-Condorcet preference criterion)"이라 한다. 비Condorcet투표규칙 하에서 선택된 대안은 집단의 少數만이 원하는 대안일 가능성, 즉 "Condorcet 少數者代案(Condorcet minority)"일 가능성을 항상 내포하고 있다.

(3) 일사부재의의 원칙이 순환현상을 방지하지만, 심각한 부정적 결과를 초래한다. R. McKelvey가 처음으로 지적한 "**議題操作**(agenda manipulation)"의 가능성이 그것이다.[64] 의제조작은, 순환 현상으로 인해 투표결과가 안건상정의 순서, 즉 경로(path)를 결정하는 사람인 案件上程者(agenda setter)의 뜻에 따라 얼마든지 달라질 수 있음을 의미한다. 예컨대 앞의 공공교육지출규모 결정의 예에서 L을 최종승자로 만들고 싶다면, 상정순서를 M과 S를 붙이고, 여기의 승자인 S와 L을 붙이면 된다. 반대로 M을 최종승자로 만들고 싶으면 S와 L을 먼저 붙이고, 여기의 승자인 L과 M을 붙이면 된다. 이와 같이 투표결과가 다수의 의견에 따라 결정되는 것이 아니라 안건상정순서를 결정하는 사람의 뜻에 따라 결정되는 것을 「**經路依存性**(path-dependency)」라고 한다.[65]

---

64) R. D. McKelvey, "Intransitivities in Multidimensional Voting Models and Some Implications for Agenda Control," 12 *J. Econ. Theory* 472 (1976).

65) 朴世逸(註 15), 726-733 참조.

이러한 순환 현상이 있게 되면 투표자들은 자연히 **「戰略的 行爲」**(strategic behavior)를 하게 된다. 안건의 상정 순서를 보고 자신이 보다 선호하는 안의 통과를 위해 자신의 진정한 선호를 숨기고 거짓 선호를 드러내는 전략적 행위를 하게 되는 것이다. 예컨대 위의 예에서 안건의 상정 순서가 S와 M을 투표한 다음, 그 결과와 L을 투표하는 것으로 확정되었다고 하자. 이러한 순서에 의할 때 L이 최종안이 될 것을 우려한 사람은 최초의 투표에서 자신의 진정한 선호인 S를 지지하지 않고 그 반대로 M을 지지함으로써 M을 통과시키고, 그 결과와 L을 경쟁시켜 결국 자신이 피하고 싶은 L의 최종안 확정을 봉쇄하게 된다.[66]

(4) 이상에서 본 바와 같이, 투표회수의 제한조치는 입법과정에 대한 신뢰를 송두리째 앗아갈 수 있는 순환현상을 방지하기 위해 채택되었지만 경로의존성이란 또 다른 문제를 야기한다. 관점에 따라서는 순환현상보다 의제조작이 사회에 더 큰 해악을 끼친다고 볼 수 있을 것이다. 사회 구성원의 관점에서 보면, 순환현상은 선호결집 자체가 불가능한 일이라는 것을 깨닫게 해서 기껏해야 선호결집 자체를 포기하게 만드는 데 그치지만, 의제조작은 구성원들이 "주최 측의 농간"에 놀아나는 것도 모르고서 안건상정자의 뜻에 종속되는 결과를 초래할 수 있기 때문이다 (이렇게 본다면, 입법과정은 어느 모로 보나 문제가 있는, 치유가 불가능한 기제라고 생각하게 된다). 투표결과가 경로에 의존하게 되면, "非Condorcet 少數者代案(non-Condorcet minority)," 즉 "Condorcet 소수자대안(Condorcet minority)"에도 미치지 못하는 지지를 얻는 極少數者의 代案이 집단의 선호가 될 수 있는 가능성을 배제할 수 없게 된다. Condorcet 소수자대안이 집단의 선호가 되는 것은 순환현상을 방지하기 위해 채택된 "비Condorcet투표규칙" 때문에 발생하는 부득이한 현상이지만, 의제조작을 통해 비Condorcet 소수자대안이 집단의 선호로 채택된다면 이것은 큰 문제이다. 이것은 극히 적은 숫자의 사람들이, 즉 극소수의 이익집단 또는 이데올로기집단이 사회 전체의 의사를 결정하는 것을 의미하는 것이어서 多數主義 規範에 정면으로 배치되기 때문이다.

다행히도 입법과정은 이와 같은 불행한 사태를 예방할 수 있다. 왜냐하면 아무리 의제조작을 한다고 하여도 본회의 투표에서 議決定足數의 지지를 얻지 못하면 의회를 통과하지 못하기 때문이다.[67] Maxwell L. Stearns는 이것을 "**立法慣性**

66) *Id.*

67) 소수의 이익집단 또는 이데올로기집단의 발의에 의해 제안된 입법안은 사실 본회의에 올라가기도 전에 폐기될 가능성이 농후하다. 오늘날 입법과정은, 본회의 상정전에 위

(legislative inertia)"이라고 하고 입법관성으로 보존되는 현상(status quo)이 과거 다수의 지지를 받아 형성된 것임을 상기하면서, 立法過程은 입법관성과 같은 사전방지장치가 마련되어 있지 아니한 司法過程보다 優越한 選好結集機制라고 결론짓고 있다.[68] 이익집단 내지 이데올로기집단이 의제조작을 시도하여도 의회에서는 입법관성으로 인해 최소한의 지지를 얻지 못하면 의회를 통과할 수 없(고 이로써 과거 다수의 지지를 받은 상태를 성공적으로 지탱하고 있)음에 반하여, 법원은 判決을 拒否할 수 없는 만큼 訴提起者가 아무리 少數者集團이라도 법원의 판결을 얻음으로써 자신의 선호를 사회적 선호로 만들 수 있는 가능성이 열려 있다는 것이다.[69] Stearns는 이와 같은 사법과정의 약점을 보완하기 위해서라

원회에서 한번 걸러지는데, 이 소관위원회에서는 회부된 법률안을 심사하여 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정하면 폐기되기 때문이다. 국회법 제87조는 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 의안으로서 그 결정이 본회의에 보고된 날부터 폐회 또는 휴회 중의 기간을 제외하고 7일 이내에 의원 30인 이상의 요구가 없는 때에는 그 안건은 폐기된다고 규정하고 있는 것이다. 또한 이렇게 폐기된 법률안은 일사부재의의 원칙에 의해 재상정되지 않는 것으로 해석되고 있기도 하다. 林鍾燁 외 4인 共著, **立法過程論**, 162-63 (1998). 미국과 같이 양당제가 정착되고 있는 상황에서는 극소수의 이익집단 내지 이데올로기집단의 선호가 입법과정에서 사회적 선호로 선택될 가능성은 희박해 보인다. 왜냐하면 안건이 본회의에 상정되어야 비로소 의제조작을 할 수 있는데, 일정한 지지를 얻지 못하는 안건은 아예 본회의에 상정될 가능성이 희박하기 때문이다. 요컨대 조작할 대상이 마련되지 않는 것이다.

68) Stearns(註 37), 1363("The end result — legislative inertia or a legislative package that is the product of coalition-building across bills, including trades with non-Condorcet minorities — is more likely to satisfy the majoritarian norm than forced judicial lawmaking almost as a matter of definition.").

69) Stearns(註 37), 1381("The above distinctions between courts and legislatures are critical to the evolution of the modern standing doctrine. Because courts, unlike legislatures, lack the institutional structures with which to identify non-Condorcet preferences and to default to the status quo when faced with a cycle, litigants who are displeased with legislative inertia have a strong incentive to attempt to force a non-Condorcet preference into law through the courts. Stated differently, the inability of courts to default to the status quo when faced with preferences that cycle provides litigants with an opportunity, through litigation, to shift the burden of legislative inertia. But as we have seen, for some sets of legislative preferences, inertia may well be the most rational, or least bad, alternative. Moreover, allowing non-Condorcet minorities to force creation of positive law in the federal courts thwarts the Arrovian sense of fairness, which is premised upon a majoritarian norm. As demonstrated above, two unique features of judicial decisionmaking serve to exacerbate litigants' incentive to upset legislative inertia. First, albeit in stylized and piecemeal fashion, judges precommit to a form of ordinally ranked preferences through their written

도 原告適格과 같은 소송요건은 꼭 필요한 제도적 개념이라고 역설하고 있다. 이에 관해서는 뒤에서 상술하기로 한다.

(5) 이상에서 살펴본 입법과정의 문제점들은 민주주의에 대한 신뢰에 큰 타격을 준다. 민주주의 절차를 걸쳐 나온 결정이 경로의존적이라면 어떤 방식으로 의사결정을 하는지에 따라서 그 결론이 달라지고, 따라서 이에 따라 결정된 집단의 의사는 공정하고 합리적인 것이 아니라 恣意的이고 非合理的(arbitrary and irrational)이라는 평가를 받을 수밖에 없기 때문이다. 따라서 가능한 한 意思決定方式은 事前에 확고한 原則으로 정하여, 순환현상, 의제조작 및 전략적 행위로 말미암아 생기는 임의성과 비합리성을 최소화해야 할 것이다.

하지만 이와 같이 자의성과 비합리성을 최소화한 의사결정방식이 있다고 해도 정치적 의사결정과정에 부수하는 순환의 문제가 완전히 해결되는 것은 아니다. 왜냐하면 의회에서 패배한 사람들이 또 다른 場(forum), 즉 행정부와 법원에서 그 復活(repechage)을 노릴 것이기 때문이다. 現代行政國家 하에서는 국가가 하는 일이 그 범위와 규모면에서 이전에는 상상할 수 없던 수준에 이르고 있기 때문에, 의회가 전문성 있는 行政府에 많은 결정을 委任하는 것은 피할 수 없는 일일 것이다. 현재의 입법을 소위 委任立法으로 통칭하는 것도 이 때문인데, 행정부가 위임된 사항에 관해 法規命令 및 行政規則을 制定할 때 또 다시 政治過程을 통과하여야 한다. 이 과정도 의회의 입법과정만큼, 어쩌면 그 이상 문제가 있는 것이고 이에 대한 대비책 또한 마련되고 있음이지만, 집단의 선호결정의 어려움은 행정부에서 끝나지 않는다. 이제는 이 정치적 이전투구의 양상이 法院에까지 轉移되고 있는 양상이다. 章을 바꾸어 살펴본다.

Ⅳ. 立法過程에 대한 司法過程의 比較·評價

1. 槪說: 政治的 少數者와 法院의 公益判斷

이 章은 法院의 脆弱한 意思決定機制로 인해 법원에 의한 객관적 법질서의 유지가 불가능하고 정치의 실패보다 司法의 失敗가 우리 국가운영시스템에 오히려 더 큰 재앙이 될 수 있음을 보여주는 데 그 목표가 있다. 일찍이 미국연방 판사

---

opinions. Second, the doctrine of stare decisis, which limits the number of votes relative to the number of options, creates substantial opportunities for even a minority to force its preferences into law.").

인 Frank H. Easterbrook는 최초로 Arrow의 정리에 기초해 미국 연방대법원의 의사결정을 분석하면서, 司法府가 완전히 一貫性 있는 意思決定을 한다는 것, 다시 말해 대법원이 완전한 일관성이 보장된 판례 체계를 구축하는 것은 達成 不可能한 目標라고 갈파한 바 있다.[70] 여기서는 이와 같은 연구 성과를 되풀이하는 대신, 원고적격과 같은 소송요건이 법원의 일관성 있는 의사결정을 위해 필수적임을 논증하는 데 필요한 범위의 논의만을 소개하기로 한다.

앞서 보았듯이 법원이 행정소송에서의 판결로 객관적 법질서를 유지하고자 한다면, 행정의 적법성 여부를 판단함에 있어 반드시 공익판단이 개입되어야 하고 이러한 公益判斷은 實質的인 立法機能임을 살펴보았다. 다시 말해 행정소송의 기능을 권리구제가 아니라 객관적 법질서의 유지로 본다면 행정의 적법성 여부를 판단하면서 무엇이 이 사회에 바람직한 것인지를 판단할 수밖에 없게 되는데, 이것은 근대자유국가 이후부터 정치적 영역에서 다루어져 왔던 것이다. 그럼에도 불구하고 법원이 이러한 공익판단 기능을 자임하겠다고 나설 수 있는 것은, 사회적 선호의 결정방법으로서 실패한 정치과정을 법원이 대신할 수 있다는 자신감이 있었기 때문이다. 그런데 이렇게 법원이 자신감을 가질 수 있는 배경에는 또 다른 요소가 있다. 주지하듯이 법원의 판사들은 선출되지 않고 임명되는데 그런 만큼 다수주의 규범이 지배하는 정치의 장에서는 힘을 발휘할 수 없다. 그럼에도 불구하고 이런 자신감을 가질 수 있는 것은, 법원이 전면에 나서 주길 바라는 세력이 있기 때문이다. 정치과정에서 벌어지는 勢對決에서 패배한 政治的 少數者들이 그들이다. 법원의 자신감은 이들 정치적 소수자들이 있기 때문에 가능한 것이다.

여기서 정치의 실패 과정을 다시 한번 돌아보자. 사회의 선호를 결정할 때 다수결 승자나 Condorcet 승자가 존재하는 경우에는 정치적 소수자가 적어도 다수주의 규범을 받아들인다면 이를 수용하는 데 문제가 없다. 하지만 순환현상을 방지하기 위해 채택된 (일사부재의와 같은) 非Condorcet投票規則 하에서 집단의 선호가 결정된 경우에, 정치적 패자는 자신의 패배를 선뜻 받아들이지 못할 것이다. 왜냐하면 Condorcet 승자가 없는 경우에 집단의 선호로 선택된 대안은 결국은 안건 상정자의 뜻에 따라 선택된 것이든지 아니면 정치참여자들의 전략적 행위의 결과일 뿐이라고 생각될 수 있기 때문이다. 非Condorcet投票規則 하에서 집단의 선호가 결정되면, Condorcet 승자가 있는지 여부를 확인할 수 없기 때문에,

70) Frank H. Easterbrook, “Ways of Criticizing the Court,” 95 *Harv. L. Rev.* 802 (1982).

선택된 대안은 “Condorcet 少數者代案(Condorcet minority)”에 불과한 것으로 보게 되는 것이다.

패배를 받아들이지 않는 정치적 패배자는 패자부활을 노리는데, 그 첫 무대는 두말할 것도 없이 행정부가 된다. 입법과정에서 패배한 이익집단들은 행정부에서 관료를 捕獲(capture)함으로써 骨格立法의 내용을 구체화하면서 자신들의 선호를 반영하도록 노력한다.[71] 이러한 이익집단 로비의 위력은, 공익보다는 豫算의 極大化를 위해 노력한다는 官僚像[72]을 상정한다면, 결코 경시할 수 없을 것이다. 하지만 정치적 패배자 — 이들이 「이익집단」이든 아니면 특정 이데올로기에 偏執하는 집단, 즉 「이데올로기집단」이든 관계없이 —의 활동이 집단의 선호결정을 왜곡할 수 있는 위험성은 행정부 단계에서보다 법원에서 더 클 수 있다. 여기에는 몇 가지 이유가 있다. 차례로 살펴본다.

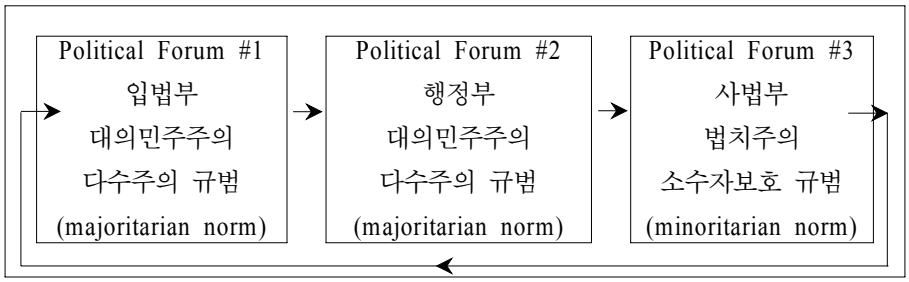
2. 政治的 少數者의 敗者復活 試圖로 인한 政府 意思決定의 循環現象

입법과정에서 非Condorcet投票規則을 채택한 까닭은, 비록 이 규칙 하에서는 Condorcet 승자를 가려낼 수 없지만 그렇다 하더라도 (생길 수 있는) 순환현상을 예방함으로써 집단선호의 결정 자체가 불가능해지는 破局的 狀況을 막는 데 있다. 그런데 이 규칙 하의 입법과정에서 재상정이 금지된 대안이, 이제 場(forum)을 바꿔 법원에서 재상정된다면, 그리하여 입법으로 선택된 대안과 일대일 대결을 펼치게 된다면, [그림 7]에서 볼 수 있듯이 애써 막은 순환현상이 되풀이되는 결과가 된다.

---

71) 포획이론뿐만 아니라 행정규제에 관한 기존 이론을 일목요연하게 설명한 초기의 논문으로는 Richard A. Posner, “Theories of Economic Regulations,” 5 *Bell J. Econ. & Mgmt Sci.* 335 (1974). 그 이후의 연구를 집대성하여 개괄적 설명을 한 저서로는 Mueller, *Public Choice III* (2003).

72) W. Niskanen, Jr., *Bureaucracy and Representative Government* (1971). Niskanen은 위 저서에서 관료들이 공익보다는 자기의 힘, 즉 예산의 극대화를 위해 노력한다는 가정 하에 관료들의 행동을 경제학적으로 분석하였다.



[그림 7] 政治的 少數者의 敗者復活

물론 법원이 그 문제에 관한 "最終 決定(final words)"을 할 수 있는 기관이므로 법원의 결정으로 상황이 종료되는 것이지 결코 순환현상이 새롭게 시작되는 것은 아니라고 이해할 수 있을 것이다. 기실 이런 이해가 대법원 또는 헌법재판소의 최종 판결을 대하는 일반 법률가의 통념이기도 하다. 하지만 후술하는 바와 같이 결코 법원은 사회의 어떤 문제에 관한 최종 결정을 할 수 있는 위치에 있지 않다.[73] 집권 정치인은 법원을 수많은 정치참여자들(political players) 중의 하나일 뿐이라 보고, 국민 다수가 법원의 판결을 지지하지 않는다면 — 아니, 다수가 지지한다고 하더라도 자신의 이익이나 선호에 부합하지 않는다면 법원의 판결을 뒤엎을 새로운 입법을 하게 되어 있다. 이렇듯 법원의 판결은 때때로 後續立法을 불러일으켜 결과적으로는 그 판결이 지지하려는 선호 내지 이익을 오히려 후퇴시키는, 逆進的 結果에 이를 수 있음이 實證的으로 立證된 바이다. 요컨대 **법원이 사회적 선호의 선택에 관한 최종 결정을 한다는 것은 환상**에 불과하며 법원의 결정은 또 다른 정치과정을 불러일으키는 하나의 계기가 될 뿐이다. 따라서 법원이 — 원고적격과 같은 기술적 법개념으로 — 판결할 수 있는 사건의 범위를 적절히 통제하지 않는다면 입법과정에서 의사결정규칙으로 애써 막은 순환현상의 물꼬를 터주는 결과를 초래하게 되고, 결국 입법·행정·사법으로 구성된 정부시스템은 순환현상으로 말미암아 사회적 선호를 결집할 수 없는 상황에 몰리게 될 것이다.

73) 제VI장 참조.

3. 多數主義와 法院의 役割

사회적 선호를 결정함에 있어, 우리가 무엇보다도 먼저 착목하는 가치는 보다 많은 構成員들의 選好가 거기에 反映되어야 한다는 것이다. 「一錢一票」 原理에 의해 자원이 생산·배분되는 市場에서는 富者의 選好가 그 富에 比例해 반영되는데 반해, 정치과정에서 「一人一票」에 의하여 의사가 결정되는 것은, 자유롭고 평등한 사람들로 구성된 이 사회의 집합적 선호결정에 있어서 보다 많은 구성원들의 선호가 반영되어야겠다는 기본전제에서 비롯된 것이다. 이것이 바로 多數主義 規範(majoritarian norm)인데, 이것은 主權在民이라는 民主主義의 이념에 부합할 뿐 아니라, 구성원이 자신의 명운에 영향을 줄 사회의 규칙을 스스로 결정한다는 共和國의 自治(self-governing)의 이념에도 부합한다.

다수주의 규범의 입장에서 보면, 사법부의 判決過程은 — 행정부의 결정 및 집행과 달리 — 多數主義 規範에 正面으로 反한다고 아니할 수 없다. 그럼에도 불구하고 법원이 우리 정부의 한축을 담당할 수 있는 까닭은, 정부구조를 설계함에 있어 다수주의 규범에 의해 국가 의사를 결정함으로써 소외되는 少數者를 保護해야 할 必要性과 當爲에 대한 인식이 있었기 때문이다. 국가를 설계함에 있어 이와 같은 소수자를 보호할 필요성에 공감한 설계자들은, 두 가지 도구개념을 고안하는데, 그 하나가 權利이고, 다른 하나가 法院에 의한 司法審査였다.[74] 요컨대 법원은 多數의 政治的 힘에 의해 少數의 權利가 침해당할 때 이를 보호하기 위해 존재하는 것이다. 법원이 公益守護機關이 아니라 權利保護機關이라고 하는 까닭이 여기에 있다. 특정한 사람의 권리가 침해되지 아니하였음에도 법원이 공익을 매개로 행정통제를 한다는 것은 법원의 이러한 자리매김에 반하는 것이고, 결국 법원이 이 사회에 무엇이 좋은지를 판결로 밝히려고 하는 것이며, 이런 시도는 (사회의 선호는 구성원의 선호가 최대한 반영되어야 한다는) 다수주의 규범에 반하는 발상이 되는 것이다. 미국의 연방대법원은 이를 확실히 파악하고 있었고 그런 까닭에 현재와 같은 사법자제적 태도를 탄생시켰다고 할 수 있다. Michael Wells는 이와 같은 사정을 다음과 같이 정리한 바 있다.

> Sensitive to its status as the antidemocratic branch of government in a nation founded on the principle of majority rule, the Court seeks to avoid

74) 이에 관해서는 拙稿, "분산이익소송에서의 당사자적격: 삼권분립과 당사자적격, 그리고 사실상의 손해의 함수관계," **판례실무연구(IV)**, 439, 452-453 (2000).

unnecessary constitutional decisions and to eschew judicial intervention **unless** the litigant seeking it makes a compelling case that he is so entitled. In recent years the Court has implemented these policies chiefly through its standing doctrine.[75]

4. 利益集團 政治(interest group politics)의 制度化로서의 對立當事者 訴訟構造

세 번째 논거는 법원의 機關的 能力(institutional competence) 및 民主的 正當性이다. 두 번째 논거를 대하면서 갖게 되는 의문은 "판사가 [소수자의 권리보호]의 문제를 잘 처리해 왔다면, [다수자의 이익보호]의 문제에 대해서도 잘 해보라고 맡기면 왜 안되는 것인가?"[76]이다. 불행하게도 판사들은 "그러한 종류의 일을 사법부가 잘 처리할 것이라는 보장이 없으며, 기실 판사들은 어떤 의미에서는 그런 종류의 일에 부적절하도록 특별히 의도되었기 때문"이다.[77] 법원은 입법부와 같이 국민을 대표하여 주도권을 가지고 문제를 선도적으로 해결하지도 못하고, 행정부와 같이 정보를 수집하고 그에 터잡아 전문적 판단을 제공하는 인적 재원도 갖추고 있지 못하다. 현실적으로 볼 때 법원은 쟁점을 파악하고 그 해결책을 모색함에 있어 訴訟當事者의 訴訟活動에 의지할 수밖에 없다.[78]

또한 判事들은 그 사회에서 가장 높은 수준의 敎育을, 그것도 구체적인 결과보다는 抽象的인 原則을 더 중요하게 생각하도록 하는 내용의 교육을 받은 엘리트 집단에서 선발되었고, 더욱이 판사들은 그들의 판결에 대해서 有權者인 시민들에

---

75) Michael Wells, "The Impact of Substantive Interests on the Law of Federal Courts," 30 *Wm. & Mary L. Rev.* 499, 513 (1989). (글자체 강조는 필자가 첨가한 것임).

76) Antonin Scalia, "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers," 17 *Suffolk U. L. Rev.* 881, 896 (1983).

77) 이것은 미연방대법원 대법관 Antonin Scalia의 독백이다. *Id.*

78) 따라서 법원은 변론활동을 통하여 재판에 필요한 사실 및 고려요소를 적절하게 제공할 수 있는 사람을 선별할 필요가 있는 것이다. 이러한 필요성은 재판 결과가 사회에 끼치는 영향을 고려하면 더욱 배가된다고 하겠다. 특히 현대에 들어서면서 사회구성원 사이의 이해관계가 복잡다단해짐에 따라 여러 가지 태양의 불법적인 소송이 난무하고 있다. 예컨대 행정처분의 취소를 구하는 소송에 있어서도 행정처분의 취소를 목적으로 하는 것이 아니라 사업자측의 사주에 의하여 오로지 다른 이해관계인의 소송을 사전에 봉쇄하기 위하여 사이비 이해관계인이 제기하는 소송, 이른바 通謀訴訟(sham or collusive litigation)도 존재하는 것이다. 당사자적격은 이와 같은 불법적인 소송을 막는 역할도 한다고 하겠다. 이에 관하여는 Stewart & Sunstein(註 11), 1282.

게 어떠한 責任도 지지 않도록 되어 있다. 사법부는 결국 다수자로부터 소수자의 권리가 침해되는 경우 그것의 구제라는 목적을 위해서 완벽하게 만들어진 조직인 것이다. 소수의 엘리트 집단이 "그 사회의 모든 국민에게 무엇이 좋은지를 결정하도록 하는 것은, (당신이 군주제를 지지하는 사람이 아니라면) 생각만 해도 끔찍한 일이 아닐 수 없다"는 언명이 과장이 아닌 것이다.[79]

법원에서의 패자부활시도가 행정부에서의 그것보다 더 위험한 까닭은 이와 같은 법원의 기관적 특성에 기인한다. 행정부는 민주적 통제과정, 즉 국민 → 국회의원 → 행정관료로 이어지는 民主的 統制過程의 延長線上에 놓여 있고 행정관료의 裁量判斷 또한 本質的으로 政治的인 것이어서, 피규제자라면 누구라도 - 그것이 이익집단이든 이데올로기집단이든 관계없이 — 자신의 목소리가 가능한 한 반영되어야 한다고 기대하게 된다. 이에 반해, 법원은 —"原則에 기한 決定(principled decision)"을 내린다고 하지만— 오직 **訴訟當事者만을 상대로 그들의 변론활동에 기해 결정**을 내리며, 또한 그 결정은 특히 公法訴訟[80]에 있어서는 소송당사자 이외의 사람, 나아가 **사회전체에 영향**을 끼치게 되어 있다. 정치적 패배자가 바로 이런 소송구조의 특성을 적절히 이용하여 이해관계인이 배제된 상황에서 판결의 형태로 사회의 선호를 자신의 이데올로기로 대체하려고 할 가능성은 항상 열려져 있는 것이다. 이렇게 볼 때 법원의 **對立當事者 訴訟構造는**, 소수의 편협한 이익집단 내지 이데올로기 집단에 의해 집단의 선호가 결정되는 **利益集團 政治를 制度化한 것**으로 볼 수 있을 것이다.[81]

---

79) Scalia(註 76), 896. 이 또한 Scalia의 비명이다. 이어 Scalia는 그 끔찍한 결과를 다음과 같이 이야기한다. 즉, "만약 법원이 다수자의 이익의 보호를 위하여 행정부에 대해, 현재 존재하고 있는 민주적인 정치과정 자체가 요구하고 있지 않은, 어떤 입법취지에의 준수를 요구한다고 하면 그것은 처음에는 그 의도가 아무리 좋은 것이었다 하더라도 결국에는 행정부에 대해서 그들 자신 집단의 政治的인 偏見을 현실화하도록 요구하는 경향으로 흐를 가능성이 있다." *Id.*

80) 공법소송에 관해서는 Abram Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation," 89 *Harv. L. Rev.* 1280 (1976).

81) 법원이 이익집단에 휘둘릴 수 있는 가능성에 관한 간결한 문헌으로는 William F. Shughart, II & Robert D. Tollison, "Interest Groups and the Courts," 6 *Geo. Mason L. Rev.* 953 (1998). 이 논문은 사법심사가 다수자 전제에 대한 방어책이 아니라 少數者 專制의 버팀목으로 작용할 수 있는 가능성을 시사하고 있다. 대립당사자주의 하의 사법심사가 행정 실재에 미치는 악영향에 관한 문헌으로는, Martin M. Shapiro, *Who Guards the Guardian? Judicial Control of Administration* (1988); Jeremy Rabkin, *Judicial Compulsions: How Public Law Distorts Public Policy* (1989); Robert Kagan, "Adversarial Legalism and American Government," 10 *Journal of Policy Analysis &*

5. 法院의 一刀兩斷式 決定方式

사법과정이 집단의 선호결정을 왜곡할 수 있게 하는 또 다른 원인은 法院의 決定方式이다. 법원은 소송당사자의 청구에 대하여 반드시 판결로 결정을 내려야 하며, 그 결정의 방식 또한 "原則에 기한 決定"이어서 타협의 여지가 거의 없는 전부 아니면 전무, 즉 一刀兩斷의 방식이다. 순환현상을 방지하기 위해 채택된 투표회수의 제한은 경로의존성이란 문제를 야기하는데, 투표결과가 경로에 의존하게 되면 極少數者들이 지지하는 "비Condorcet 소수자대안"이 집단의 선호로 채택될 가능성이 생기게 된다. 하지만 의회에서는, 앞서 본 立法慣性으로 말미암아,[82] 이러한 가능성은 급격히 줄게 된다. 아무리 의제조작을 하여도 본회의 투표에서 의결정족수의 지지를 얻지 못한 대안은 법률로서 성립되지 않기 때문이다.[83]

의회의 입법과정에는 입법관성이란 의제조작에 대한 방비책이 마련되어 있는데 반하여, 법원은 제도적으로 판결을 거부할 수 없기 때문에 의제조작의 가능성은 그만큼 크다고 할 수 있다. 대법원의 개정안에 대한 우리 학계의 우려는 바로 이 가능성에 대해 제기되고 있다고 판단된다. 대법원의 개정안은 주안점을 행정의 적법성 통제에 두고 있다고 하는데, 이것은 객관소송 형태의 행정소송을 통해 政治人 固有의 領域이 侵害될 소지가 새롭게 생김을 의미한다. "法律上 利益"을 보호하기 위한 主觀訴訟만이 허용되는 경우라면 법원이 나선다고 해도 기껏해야 個人의 利益 —(정치인에 의해 통과된) 개별 법률에 의해 규정된 特定한 範圍의 개인의 이익—과 관련된 사건에 그친다. 그러나 "法的으로 正當한 利益"을 보호하기 위한, 적법성 통제를 위한 客觀訴訟의 경우라면, 集團의 苦衷 —(국회를 통과한) 법률과의 관련 없이 판사 개개인이 판단하는 「법」적 이익과 관련된 모든 사건이 법원의 사정권 안에 들게 된다. 이런 까닭에 개정안에 대해 "브레이크 없는 司法積極主義가 극히 이기적이고 편협하며 몰이성적인 개인이나 集團과 遭遇하는 상황이 그저 기우만은 아니다"라는 비판이 제기되고 있는 것이다.[84] 요컨대

Management 369 (1991); R. Shep Melnick, "Administrative Law and Bureaucratic Realty," 44 *Admin. L. Rev.* 245 (1992) 참조.

82) 앞의 註 68-69 및 그 본문 참조.

83) 물론 입법과정에서도 의결정족수를 얻을 수 없는 소수정치인들은 후술(註 88-91 및 그 본문 참조)하는 "政治的 結託(logrolling)"을 통해 少數者 聯合(minority coalition)을 결성함으로써 입법관성을 극복할 수 있다. 하지만 그 가능성은 결코 크다고 할 수 없을 것이다.

원고적격과 같은 소송요건이 존재하지 않는다면 법원은 비Condorcet 소수자대안을 가진 이익집단이 자의적으로 法形成(lawmaking)을 시도하는 것에 대해 무방비 상태로 노출될 것이다.

의회의 입법과정과 사법과정을 차별화하는 또 다른 요소는, 법원의 판사들이 "원칙에 따른 투표"를 하고, 또한 자신이 시현한 選好의 順序(ordinal ranking)를 변경하지 않는다는 것이다.[85] 이것은 제도적으로 그리고 관습적으로 보장되고 있다고 할 수 있다. 먼저 제도적 측면을 보면 판결이 내려지면 그 판결 이유가 판결문의 형태로 제시될 뿐만 아니라 그 판결은 公刊되어 누구나 열람할 수 있다. 우리의 법원조직법도 "대법원 재판서에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하여야 한다."라고 규정하고 있는 바이다.[86] 이로 인해 법관은 자신의 선호의 순서를 감출 수 없다. 그렇다고 해도 법관이 자신의 선호를 숨기고 전략적으로 투표하는 것이 원천 봉쇄되는 것은 아니다. 왜냐하면 법관은 공식적으로 자신의 기존 입장을 변경하는 것이 금지되지는 않고 있기 때문이다. 하지만 법관에게 이런 일은 극히 예외적인 일이 될 것이라고 판단된다. 왜냐하면 이렇게 자신의 입장을 바꾸는 데에는 큰 비용, 즉 "名譽費用(reputational costs)"이 들기 때문이다.[87]

이에 반해, 입법과정에서 의원들은 원칙에 따른 투표를 하지 않는다.[88] 의원들은 정치적 목적을 달성하기 위해 때로는 원칙을 버리고 상대방과 타협한다. 특히 정치적 소수자들은 자신들의 목표를 관철시키기 위한 정치적 연합을 결성함에 있어 投票를 서로 交換(vote trading)하기도 하는데, 이를 보통 "政治的 結託(logrolling)"이라고 한다. 물론 투표권을 직접적으로 사고파는 행위는 민주주의의 기반을 뒤흔드는 것이므로 법으로 엄격히 금지되어 있지만, 간접적인 형태로 하는 투표의 교환은 현실 정치에서 쉽게 발견되는 현상이다. 정치적 결탁은 정부지

84) 金重權 (註 17), 15.

85) Stearns (註 37), 1375-77. 한편, 원칙에 따른 투표는, 이를 공공선택이론의 용어로 표현하면, 「무관한 선택 대상으로부터의 獨立性(Independence of irrelevant alternatives)」이 된다. 즉 A와 B에 대한 선호의 우열의 결정에 있어서, 현재 안건에 상정되지 않은 C는 A, B에 대한 선호결정에 영향을 주지 않는다는 독립성을 말한다. Maxwell L. Stearns, "The Misguided Renaissance of Social Choice," 103 *Yale L.J.* 1219, 1249-50 (1994).

86) 법원조직법 제15조.

87) Stearns(註 37), 1344, 1376.

88) Stearns(註 85), 1276-81, 특히 1277.

출을 비효율적으로 증가시킬 수 있다는 비판이 제기되지만,[89] 반면 사회후생을 증진시키는 긍정적인 측면을 가지고 있는 것도 사실이다.[90] 일반인들이 말하는 "對話와 妥協에 의한 民主主義"가 기실 이와 같이 상대방의 선호를 존중하면서 자신의 선호를 조금씩 양보해 이루어지는 것이라고 본다면, 정치적 결탁의 긍정적 측면을 어렵지 않게 간파할 수 있을 것이다.[91]

Maxwell L. Stearns는 이와 같이 입법과정과 사법과정을 비교·분석한 후 집단의 선호결집기제로 입법과정이 우월하다고 결론짓고 있다.[92] 즉 입법부는 원칙에 따른 투표를 하지 않고 투표의 교환을 하지만 이를 통해 "集團的인 合理性(collective rationality)"을 높일 수 있다는 것이다. 반면 법원은 집단적인 합리성을 제고하기보다는 당해 사안의 해결에 치중하는바, 원칙에 따른 결정이 이를 제도적으로 뒷받침하고 있다는 것이다. 또한 의회에서는 입법관성, 즉 아무런 결정을 하지 않음으로써 미래에 나타날 수 있는 Condorcet 승자가 집단의 선호가 될 수 있는 여지를 남겨놓는 반면, 법원은 당해 사안에 대해 반드시 어떤 결정을 하게 됨으로써 이런 여지를 남겨놓지 않는다.

Ⅴ. 법원의 합의과정의 실패, 선례구속의 원칙 및 원고적격

1. 法院의 合議過程의 실패

(1) 앞에서 법원이 자임하고 나선 객관적 법질서 유지에는 공익판단이 필연적으로 개입될 수밖에 없음을 살펴보았다. 따라서 법원이 이번 개정안을 제시하면서 객관적 법질서의 유지를 위해 행정통제를 하겠다고 나선 것은 이러한 공익판

89) Gordon Tullock, "Some Problems of Majority Voting," 67 *J. Pol. Econ.* 571 (1959).

90) 그 간단한 예를 참조하려면 盧熒圭·元允喜 (註 49), 91-93 참조.

91) Arrow의 정리를 비판하는 여러 입장 중에서 비교적 많은 호응을 얻고 있는 것은, Arrow가 내세운 가정이 엄격하다는 것이다. 그리하여 그 가정을 완화하거나 다른 것으로 대체하면 성공적인 집단적 선호결집방법이 도출될 수 있다고 주장하고 있다. Arrow는 사람들의 선호가 序數化(ordinalized)되어 있다고 가정하고 있는데, 사람들의 선호가 基數化(cardinalized)되어 있다고 가정하면 성공적인 집단적 선호결집방법이 도출될 수 있다는 주장이 설득력있게 제기되고 있다. Stearns에 따르면, 입법부는 투표교환을 용인함으로써 결국 국회의원들로 하여금 자신들의 선호를 (단순히 순위만을 매기는 것이 아니라) 기수화하도록 만들고 있고, 그 결과 성공적인 집단의사결정을 가능하게 하고 있다고 한다. Stearns(註 37), 1380-81.

92) Stearns(註 37), 1380-81.

단을 수행할 자신감이 있음을 나타낸 것이다. 하지만 Condorcet 역설과 Arrow의 정리는 공정성 조건을 충족함과 동시에 합리적으로 개인선호를 결집하는 방법, 즉 공익내용을 확정하는 바람직한 방법은 존재하지 않는다고 결론짓고 있으며, 제IV장에서 본 바와 같이 공공선택론자들은 적어도 집단의 선호를 결정함에 있어서는 입법과정이 사법과정보다 우월하다고 결론짓고 있다.

법원이 법해석을 통해 공익판단이라는 막중한 과업을 수행할 수 있으려면 이와 같은 부정적 평가를 극복하여야 할 것이다. 가장 먼저 시도할 수 있는 것은, Arrow의 정리를 반박하는 것이다. Arrow의 정리에 대한 반론은 그가 제시한 공정성 조건이 너무나 과도하다는 것이었다. 그리하여 Arrow가 제시한 다섯 가지의 공정성 조건 중 어느 것 하나를 완화한다면 개인선호를 합리적으로 결집할 수 있다는 것이 논증되기에 이른다. 하지만 Arrow가 제시한 다섯 가지의 공정성 조건은 모두 민주주의의 가치를 받아들이는 한 쉽게 포기할 수 없는 것들이다. 나는 "民主主義와 市場主義"라는 제하의 논문에서 신자유주의의 광풍 앞에 떨고 있는 민주주의를 옹호하기 위해 Arrow의 정리를 극복할 수 있는 방안을 탐색하면서,[93] 다섯 가지 조건 중 "非獨裁性(non-dictatorship)" 조건의 완화를 제안한 바 있다. 민주주의를 자신의 선호를 대변하는 대안에 투표하는 투표과정으로 보지 않고 자신의 선호 자체를 되돌아보는 熟考過程으로 보고, 公論의 場을 만들어 그 속에서 백성들이 토론하고 숙고할 수 있도록 함으로써 公的 理性(public reason)을 만들어 이를 獨裁者의 자리에 앉히자는 것이었다. 민주주의를 투표행위로 각자의 선호를 밝힌 후 머릿수의 多少에 의해 소수가 다수의 선호에 복종하는 과정으로 보지 않고, 함께 토론하고 고민하면서 公共善(common good)을 발견하고 창조해가는 숙고심의의 과정으로 볼 수 있다면 민주주의는 새롭게 자리매김될 수 있다고 본 것이다.

우리 대법원이 객관적 법질서의 유지를 자임하면서 이번 개정안을 낼 수 있었던 것은 아마도 이와 같은 공적 이성의 역할을 법원의 판사들이 담당할 수 있고 또 하여야 한다는 자신감과 책임감이 있었기 때문에 가능한 것이라고 생각하고 싶다. 나는 진심으로 법원이 법해석과정에서 이 막중한 과업을 수행할 수 있다고 믿고 싶다.

하지만 이와 같은 법원의 자신감에 대해서는 너무나 많은 反論이 제기되고 있다. 이런 반론의 직접적 공격목표는 法解釋의 不完全함이지만 그 출발점은 앞서

93) 拙稿(註 62), 361-66.

본 立法過程의 失敗이다. 법원의 법해석·적용이 立法的 實質을 가지고 있지만 법원이 法形成을 하겠다고 내놓고 나설 수 없는 상황이기 때문에, 법원은 立法趣旨 내지 立法意圖의 解釋이란 이름 아래 議會의 公益判斷을 借用하는 모습을 취하게 된다. 그런데 이런 입법이라는 것이 실패하게 마련인 과정의 결과물인 마당에야 차용할 공익판단이 어떻게 있을 수 있겠는가? 앞서 본 바와 같이 "투표의 결과, 즉 [입법]이라는 것이 투표자의 진정한 선호일 수도 있고, 성공한 전략적 행위의 결과일 수도 있으며, 아니면 우연의 결과일 수도 있고, 혹은 案件上程者의 의도된 결과일 수도 있다"면,[94] 법해석에 큰 문제가 발생하는 것이다. 이와 같은 상황에서 법원의 해석이라는 것은 "결국은 하나의 粗雜한 推測(wild guess)일 뿐"이라는 비판이 설득력을 얻는 것이다.[95]

(2) (1)에서 본 것은 법해석에 관한 전통적 논란에 관한 하나의 斷想을 제공해 주는 것에 불과하다고 치부할 수도 있을 것이다. 법해석방법론 중에는 文言主義(textualism)와 같이 입법취지를 의도적으로 배제하는 방법론이 있을 뿐만 아니라 사건을 재판할 판사들이 스스로 무엇이 공익에 부합할 것인가를 숙고할 수 있기 때문이다. 하지만 법원의 합의과정을 살펴보면 이러한 기대가 장밋빛 樂觀論에 지나지 않음을 알게 된다. 법원의 판결과정에는 앞서 본 입법과정의 결함이 그대로 재현될 가능성이 있기 때문이다. 예컨대 대법원의 審判權은 대법관 전원의 3분의 2 이상 또는 대법관 3인 이상으로 구성된 合議體에서 행하여야 하므로,[96] 여러 명의 대법관들로 구성된 재판부가 결정을 하기 위해서는 반드시 合議를 하여야 한다. 일반 법원의 경우에도 중요한 사건의 경우는 판사 3인으로 구성된 合議部에서 재판한다. 이러한 합의에 이르는 과정에서 구성원 판사들은 각자 자신의 選好를 示顯하는데, 이 때 펼쳐지는 상황은 앞서 본 입법과정에서 다수결투표가 시행될 때와 전혀 다르지 않다. 판사 세 명으로 구성된 합의부 재판부에서 판결을 함에 있어 각각 다른 생각을 가진 경우에, 그 각각의 생각을 일대일 대결을 통해 取擇해내려고 하는 상황을 생각해보라. 앞서 본 공공교육지출규모 결정의 예에서와 같은 상황이 충분히 펼쳐질 수 있는 것이다.

(3) 우리의 법원조직법은 이와 같은 예측이 결코 근거 없는 추론에 불과한 것

94) William Riker, *Liberalism against Populism: A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, 167 (1982). 朴世逸(註 15), 732에서 재인용.

95) Frank H. Easterbrook, "Statute's Domain," 50 *U. Chi. L. Rev.* 533, 547-548 (1983).

96) 법원조직법 제7조 제1항.

이 아니라고 볼 만한 규정을 가지고 있다. 먼저 법원조직법은 "合議裁判은 … 過半數로 決定한다"고 규정하여[97] 법원의 합의도 합의부 법관들의 多數決投票에 의하여 결정함을 보여주고 있다. 그리하여 합의부가 합의할 때 제일 먼저 찾는 것은 多數決 勝者이다. 2說 이상이 제기된 경우라도 이 모든 의견을 두고 투표를 해서 과반수를 얻은 의견이 합의부의 의견으로 결정된다. 한편 과반수를 얻는 의견이 존재하지 않는다면, 그 다음은 Condorcet 勝者를 찾는 투표를 하게 된다. 합의부를 구성하는 법관 중에 복수정상선호를 가진 이가 없다면 앞서 본 中位投票者定理에 따라 중위투표자의 선호가 합의부의 결정이 될 것이다. 우리 법원조직법은 이를 엄정하게 규정하고 있다. 즉 법원조직법은, "합의에 관한 의견이 3說 이상 分立하여 각각 過半數에 달하지 못하는 때에는" "數額에 있어서는 과반수에 달하기까지 最多額의 의견의 數에 순차 少額의 의견의 수를 더하여 그 중 最少額의 의견"을 합의부의 의견으로 하고, "형사에 있어서는 과반수에 달하기까지 피고인에게 가장 不利한 의견의 數에 순차 유리한 의견의 수를 더하여 그 중 가장 유리한 의견"을 합의부의 의견으로 하는 것으로 규정하고 있다.[98]

이와 같이 법원조직법은 앞서 살핀 입법과정의 의사결정과 똑 같은 방식으로 먼저 다수결 승자를 찾고 그 다음으로 Condorcet 승자를 찾기 위해 중위투표자의 선호를 찾는다. 그렇다면 합의재판부의 합의판단, 즉 법원의 의사결정이 실패할 수 있음은 자명해진다. 왜냐하면 합의부를 구성하는 법관 중에 누군가가 복수정상선호를 가진 경우라면 **合議部의 合議判斷에 있어서도** 입법과정의 의사결정에서 발견할 수 있는 **循環現象이 그대로 發生**할 수 있기 때문이다.[99] (한편 법원조직법은 이와 같은 순환현상이 발생할 수 있는 경우에 합의재판 방식에 대해 전혀 규정하고 있지 않다.) 또한 복수정상선호를 가진 법관이 극히 예외적인 것도 아니다. 후술하는 바와 같이 법원칙보다는 구체적 사실관계의 차이를 중시하는 법관, 말하자면 **法的 安定性보다 具體的 妥當性을 重視하는 法官은 複數頂上選好를 가지고 있고, 이런 법관이 합의판단에 관여하면 여지없이 순환현상에 봉착하는 것**이다.

---

97) 법원조직법 제66조 제1항.

98) 법원조직법 제66조 제2항 제1호 제2호.

99) 한편, 법원의 독립성과 입법부의 의도에 기한 법해석에 의해 법원은 다수결 결정에서의 순환현상을 제한하는 기능을 한다는 견해로는 William M. Landes & Richard A. Posner, "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective," 18 *J.L. & ECON.* 875 (1975).

2. 合議過程 失敗의 例示

(1) 법원의 합의과정에서 나타날 수 있는 순환현상을 분명히 이해하기 위해서는 具體的인 例가 필요하다. 우리 대법원에 따르면, 환경영향평가지역 내에 거주하는 사람은 비록 당해 건축허가 처분의 상대방이 아니라고 하더라도, 당해 사업이 환경영향평가의 대상 사업이라면 당해 건축허가에 대해 행정소송을 제기할 수 있는 원고적격이 있다. 다시 말해 환경영향평가법은 환경이라는 공적 이익만을 보호하기 위해 존재하는 것이 아니라 환경영향평가지역 안에 거주하는 사람의 個別·具體的인 私的 利益까지도 이를 보호하고 있으므로, 동 지역 안에 거주하는 사람은 환경에 영향을 미칠 개발사업의 시행을 허가하는 행정처분에 대하여 행정소송을 제기할 수 있는 원고적격이 있다고 판시하고 있는 것이다.[100] 요컨대 대법원의 판례는 환경영향평가지역 내에 거주하는지 여부에 따라 원고적격을 인정하고 있다.

이제 다음과 같은 사실관계가 펼쳐지고 있다고 가정하자. 환경영향평가법과 관련하여 원고적격을 인정할지 여부가 문제된 두 개의 사건이 있다. ① 사건은, 원고가 환경영향평가지역 안에 거주하진 않지만 실제로 환경상 피해를 심각하게 받을 수 있는 상태인데, 원심법원은 대법원 판례의 例外로서 원고적격을 인정하였다.[101] 반면, ② 사건은 원고가 환경영향평가지역 내에 거주하지 않고 실제로도 환경상 피해를 받는지 여부가 불분명한 상태인데, 원심 법원은 대법원 판례에 따라 원고적격을 부정하였다. 이 두 사건은 상고되어 현재 대법원에 계류되어 있는데, 대법관들은 하급심에서도 유사한 사건들이 빈발하고 있는지라 차제에 상충하는 듯이 보이는 이 두 하급심 판결을 정리함으로써 **環境影響評價를 둘러싼 原告適格 問題를 一擧에 解決할 必要**를 느낀다.

대법관들은 이 두 사건의 처리에 대해 각각 다른 평가를 내리고 있는데, 이들 대법관들은 大同小異한 數의 대법관들이 짝을 지어 세 그룹으로 나뉘어 있다. ㉮

100) 대법원 1998.4.24. 선고 97누3286 판결(용화온천 사건); 대법원 1998.9.22. 선고 97누19571 판결(남대천양수발전소 사건); 대법원 1998.9.4. 선고 97누19588 판결(영광원자력발전소 사건) 등. 이런 판지에 대한 평석으로는, 拙稿(註 74).

101) 같은 취지의 대법원 판결 예로는, 대법원 2005.3.11. 선고 13489 판결(소각시설 설치사업으로 인하여 사업 시행 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경피해를 받거나 받을 우려가 있음에도 폐기물처리시설설치기관이 주변영향지역으로 지정·고시하지 않는 경우 법 제17조 제3항 제2호 단서 규정에 따라 당해 폐기물처리시설의 설치·운영으로 인하여 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해우려가 있다는 것을 입증함으로써 원고적격을 인정받을 수 있다고 판시).

그룹은 현재의 판례를 지지한다. 비록 현재의 판례가 부족하지만 마땅한 대안이 없는 마당에야 환경영향평가지역을 기준으로 範疇化(categorization)할 수밖에 없었다고 생각한다(**판례 지지 + ② 판결 지지**). 이들은 법적 안정성을 구체적 타당성보다 중시하기 때문에, 판결의 개별화를 반대하고 두 사건의 결론이 같은 이론적 근거에 터잡아 내려져야 한다고 생각한다(**개별화 반대**). 그리하여 대법원이 자신들이 원하는 결정을 내리지 않는다면 적어도 양 사건에 대해 같은 방향으로 결정해주기를 바란다. ㉯ 그룹에 속한 대법관들은 현재의 대법원 판례는 법현실을 모르고 내려진 잘못된 결정이라고 생각한다. 이들은 환경영향평가지역이 사업자들에 의해 자의적으로 책정되고 있는 사실을 잘 알고 있기 때문에, 환경영향평가지역의 內·外가 기준이 되어서는 곤란하다고 보고, 대신에 실제로 심각한 환경상 피해를 받고 있는지 여부에 의해 원고적격 여부를 결정하여야 한다고 생각한다(**판례 반대 + ① 판결 지지**). 이들은 두 사건의 사실관계에 큰 차이가 없는 것으로 생각한다(**양 사건 구별불가**). 하지만 이들은 판결의 개별화를 지지하고, 따라서 두 사건의 결론이 다른 방향으로 내려질 수 있다고 생각한다(**개별화 지지**). ㉰ 그룹에 속한 대법관들은 법적 안정성보다는 구체적 타당성을 중시하기 때문에, 법원이 거대한 이론을 제시해 이를 기초로 사건을 처리하는 태도에 반대하고 당해 사건의 구체적 사실관계에 착목하여 그 때 그 때마다 타당한 결정을 하여야 한다고 생각한다. 말하자면 얼마 전 퇴임한 미국 연방대법관 Sandra O'Connor의 最小主義(minimalism)[102]를 취하고 있다(**개별화 지지**). 이들은 두 사건의 사실관계에 차이가 있다고 생각한다(**양 사건 구별가능**). 이들은 현재의 판례가 원고적격을 인정할 수 있는 하나의 근거를 제시하고 있을 뿐이고 절대적인 것이 아니지만, 굳이 이를 변경할 필요를 느끼지 못한다(**판례 지지**).

[표 5] 대법관 그룹별 선호표

㉮ 그룹안 A: ①판결 반대(적격 부인) + ②판결 지지(적격 부인)
㉯ 그룹안 B: ①판결 지지(적격 인정) + ②판결 반대(적격 인정)
㉰ 그룹안 C: ①판결 지지(적격 인정) + ②판결 지지(적격 부인)

102) 이에 관해서는 Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (1999).

이와 같은 각 그룹 대법관들의 선호를 정리한 것이 [표 5]이다. [표 5]에서 볼 수 있듯이, ㉮ 그룹은 대법원의 현재 판례를 지지하고 일관성 있는 사건처리를 원하므로 현 판례에 대한 예외를 인정한 ①판결에 대해서는 반대하고, 현 판례를 따른 ② 판결을 지지한다. ㉯ 그룹은 대법원의 현재 판례를 변경하려고 하고 양 사건의 사실관계가 구별이 불가능하다고 생각하므로 현 판례의 예외를 인정한 ①판결에 대해서는 지지하고, 현 판례에 따른 ②판결에 대해서는 반대한다. ㉰ 그룹은 개별구체적 사정에 따라 사건을 개별적으로 처리하고자 하는바, 양 판결 모두가 각각의 사실관계에 비추어보면 지지될 수 있는 것이라고 생각한다.

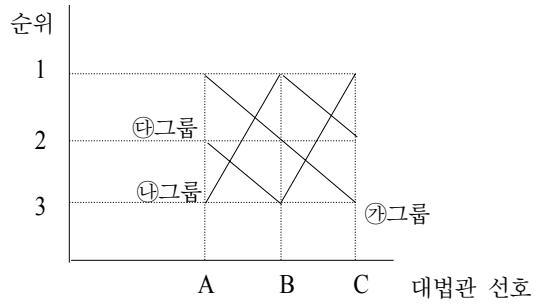
[표 6] 대법관 그룹별 선호 순위표

㉮ 그룹: A>B>C
㉯ 그룹: B>C>A
㉰ 그룹: C>A>B

한편 각 그룹의 대법관들은 각각 상대방 그룹의 선호가 다름을 알고 있으므로 합의할 때 격론이 벌어질 것으로 예상하고 있다. 이들은 또한 결국 합의할 수 없음을 알고 다수결투표로 결론을 정할 것으로 예상한다. 그리하여 선호의 우선순위를 정함에 있어 ㉮ 그룹의 대법관들은 A안을 첫 번째(현재의 판례를 지지하므로), B안을 두 번째(판결의 개별화를 반대하므로), C안을 세 번째에 올려놓는다(**A>B>C**). ㉯ 그룹의 대법관들은 B안을 첫 번째로 정하고(현재의 판례를 변경하여야 한다고 생각하므로), C안을 두 번째(판결이 개별화될 수 있다고 생각하므로), A안을 세 번째(A안은 현판례를 고집하고 동시에 판결의 개별화를 반대하므로)에 올려놓는다(**B>C>A**). ㉰ 그룹의 대법관들은 C안을 첫 번째(양 사건의 사실관계가 다르다고 생각하므로), A안을 두 번째(양 사건을 굳이 같은 방향으로 판결해야 하는 경우라면 현재의 판결을 지지하므로), B안을 세 번째에 올려놓는다(**C>A>B**).

(2) 앞서(V.1.(3)) 보았듯이, 법원조직법은 합의재판부가 합의판단을 할 때 의견이 일치하지 않는 경우에 대비하여 합의판단의 방식에 관해 규정하고 있는데, 이에 따르면 ① 대안 모두를 올려놓고 다수결 투표를 하여 다수결 승자를 찾고, 과반수의 지지를 얻는 의견이 존재하지 않으면 ② 대안 중 중위투표자의 선호를 찾아냄으로써 Condorcet 승자를 찾는다. 하지만 법원조직법은 복수정상선호를 가

지고 있는 법관 때문에 생길 수 있는 순환현상에 대해서는 전혀 규정하고 있지 않다.



[그림 8] 대법관 그룹별 선호의 순위[103]

[그림 8]에서 볼 수 있듯이 ㉰ 그룹의 법관들의 선호는 두 개의 봉우리를 가진 복수정상선호이다. ㉰ 그룹의 법관들은 거대이론에 기해 사건을 해결하기보다는 미세한 사실관계의 차이점에 착목해 사건마다 구체적 타당성 있는 판결을 하려고 하는데, 이것이 一貫性을 缺如하는 選好體系를 형성하게 한 것이다. 따라서 ㉮, ㉯, ㉰ 그룹의 선호 중에는 Condorcet 승자가 없게 되고, 이들 선호는 서로 물고 물리는 순환현상을 일으키게 된다. 전원합의체의 합의를 주재하는 대법원장이 법원조직법 규정에 따라 세 가지 대안, 즉 A, B, C를 모두 투표에 부치면 어느 대안도 과반수를 득표할 수 없다. 다음으로 중위투표자의 선호를 찾으려고 하는데, 이 경우는 법원조직법이 규정한 수액에 관한 사항도 아니고, 형기에 관한 사항도 아니며 또한 ㉰ 그룹의 법관들의 선호가 복수정상선호여서 중위투표자의 선호를 찾는 것이 불가능하다. 따라서 대법원장은 일대일 대결을 통해 최후의 승자를 대법원의 의견으로 결정하려고 할 것이다. 그리하여 먼저 두 가지 대안끼리 투표(A 대 B)에 부쳐보고 여기서 승리한 대안(A)을 나머지 대안(C)과 함께 다시 투표(A 대 C)에 부쳐 여기서 이기는 대안(C)을 첫 번째 투표에서 패배한 대안(B)과 함께 마지막 투표(C 대 B)에 부쳐 여기서의 승자(B)를 법원의 의견으로 하려고 할 것이다. 하지만 이와 같이 Condorcet 승자를 찾으려는 투표규칙, 즉 "Condorcet投票規則(Condorcet producing rule)"을 채택한 경우에 복수정상선호를

103) 출처, 盧熒圭・元允喜(註 49), 88.

가진 투표자가 있으면 순환현상이 일어난다. 이 경우에도, A와 B 대결에서는 A, A와 C 대결에서는 C, C와 B 대결에서는 B가 승자로 결정되는, 즉 A>B>C>A ...의 순환현상이 생기는 것이다. 이 예시에서도 대법원이 Condorcet투표규칙를 채택하면 결국 법원의 의견을 확정할 수 없는 지경에 이르게 되는 것이다.

(3) 이와 같은 법원 내부의 순환현상은, 법원이 政治化되어 있을 때, 보다 적확한 표현으로 派黨化(factionalized court)되어 있을 때 더욱 일어난다. 미국의 경우 Burger 대법원장 시대와 Rehnquist 대법원장 시대의 대법원 구성은 保守와 進步가 共存하는 양상을 띠고 있었는데, 이와 같이 대법관들이 보수와 진보로 나뉘어 있다는 것은 대법원이 複數頂上選好를 가지고 있다는 것을 의미한다.[104] Stearns의 분석에 의하면, 이 두 시대의 대법원은, 구성원 자체가 이념적으로 나뉘어져 있어, 대법원 자체의 선호에 따른 법형성이 당시 다수자의 의사에 반하는 것이 아닌지를 확신할 수 없었다고 한다. 따라서 이런 상황에서 법원이 積極主義的 자세로 사회의 정책문제에 개입하면 비Condorcet 소수자대안이 法化될 수 있는 위험성이 높게 되고, 바로 이런 까닭에 법원은 원고적격을 엄격하게 적용하여 사법심사의 범위를 좁힘으로써 법원 스스로 自制的 모습을 취하게 되었다는 것이다. 헌법재판소나 대법원의 구성이 다양화되고 있는 현재의 상황에서 귀담아 들어야 할 대목이 아닐 수 없다.

3. 先例拘束의 原則

(1) 합의과정에서 순환현상이 발생하면 법원은 자신의 의견을 결정할 수 없는 상태가 된다. 이 상황을 벗어나려 할 때 법원은 딜레마에 빠질 것이다. 즉 Condorcet투표규칙을 채택하면 循環現象에 처하게 되지만, 그렇다고 비Condorcet 투표규칙, 예컨대 投票回數의 制限을 채택하면 案件上程者의 뜻에 따라 결론이 좌우되는 결과가 되는 것이다. 위의 예에서 합의를 주도할 대법원장이 ㉮ 그룹에 속해 있다고 가정하자. ㉮ 그룹의 대법원장은, 가장 선호하는 A안을 법원의 의견으로 결정하려고 할 것이다. 그리하여 먼저 B와 C를 일대일 대결에 올리고 여기서 승리한 B를 A와 대결하게 함으로써 결국 A안을 최종승자로 만드는데 성공할 것이다. 대법원장이 ㉯ 그룹에 속하면 A와 C를 먼저 대결하게 하고, 여기서 승리한 C와 B를 투표에 부쳐 결국 B를 승리하게 할 것이다. 이와 같이 순환현상

104) 이에 관해서는 Maxwell L. Stearns, “Standing and Social Choice: Historical Evidence,” 144 *U. Pa. L. Rev.* 309 (1995).

을 피하려고 비Condorcet투표규칙을 채택하면 안건상정자, 즉 대법원장의 뜻에 따라 법원의 의견이 결정되는 경로의존성이 노정되는 것이다. 이런 과정을 거쳐 만약 A안이 법원의 의견으로 선정되었다고 하더라도 이것이 대법관 다수의 선호를 반영한 것이라고 단정할 수 없다. 예컨대 ① 사건에 관해서만 보면, [표 4]에서 볼 수 있듯이 ㉮ 그룹과 ㉰ 그룹이 ① 판결을 지지하고 있음을 알 수 있고, 이와 같은 ① 판결에 대한 지지는 대법원장의 뜻에 따라 선정된 A안(①판결 반대 + ②판결지지)에 반하는 결과가 된다. 이런 결과가 못마땅하다면 예컨대 ㉮ 그룹에 속한 대법관들이 戰略的 投票를 할 수도 있을 것이다. 즉 B와 C 대결에서 C를 지지해 결국 A가 채택되지 못하도록 할 수 있는 것이다. 또한 대법관끼리의 政治的 結託이 일어날 수도 있다. 이렇듯 입법과정에서 나타날 수 있는 여러 가지 變則的 行態가 사법과정에도 그대로 재현될 수 있다. 原則에 기한 投票가 이런 가능성을 완화하는 것은 물론이지만,[105] 대법관들도 자신의 견해를 변경할 자유가 보장되어 있기 때문에 사법과정이 이런 현상에서 완전히 자유로운 것은 아니다. 결론적으로 비Condorcet투표규칙을 채택해 나온 대법원의 合議結果는 대법관 多數의 뜻에 부합하지 않는 非合理的이고 恣意的인 結果가 될 수 있는 것이다.

(2) 순환현상을 방지하기 위해, 입법과정에서 투표회수 제한의 방법을 사용한다면, 판결과정에서는 「**先例拘束의 原則**(doctrine of stare decisis)」을 채택한다. 이는 의회에서 벌어지는 순환현상을 방지하기 위해 고안된 일사부재의 원칙의 等價物로서 사건의 결정방안에 대한 합의 시에 일정한 제한을 가함으로써 합의 재판부 판사들에게 나타날 수 있는 순환현상을 방지하는 역할을 한다고 하겠다.[106] 다시 말해서 선례구속의 원칙은 합의판단에서 투표가 반복되는 것을 막아 循環現象을 방지하고, 선례의 가치를 높여 法的 安定性을 가져오는 효과가 있다. 하지만 그로 인한 폐해가 적지 않은데, 그 까닭은 實體法의 發展이 선례구속의 원칙으로 인하여 경로에 의존하도록 만들기 때문이다.[107] 다시 말해 동일한 群에 속하는 사례들이 제기되는 순서에 따라 법적 결과가 달리 도출될 수 있다는 것이다. 먼저 제기되면 그 사건에 관해 판결이 내려져야 하고 그렇게 해서 내려진

105) Stearns(註 37), 1348-49.

106) *Id.,* 1349-59, 특히 1357("jurisdictional equivalent of a prohibition on the reconsideration of a rejected motion").

107) Easterbrook(註 70), 818-19.

판결은 선례로서 남아 뒤에 제기되는 사건의 결정에 결정적 영향을 미치기 때문이다. 적어도 뒤에 제기되는 사건은 합의판단 시에 보다 많은 數의 지지를 얻어야 선례를 변경할 수 있을 것이다.

우리 법원조직법은 미국에서 인정되는 의미의 先例拘束의 原則을 인정하고 있지 않다. 미국에서 선례는 매우 큰 의미가 있는데, 왜냐하면 보통법국가인 미국은 제정된 법률이 없는 상태에서 판결을 하여야 하므로 선례는 우리의 법률과 같은 효력이 있게 되고, 당해 사건의 사실관계가 선례에서의 사실관계와 차별화할 요소를 갖고 있지 않다면 선례와 같은 판결을 하여야 하기 때문이다. 이와 달리 우리나라에서는 다음과 같은 근거로 선례구속의 원칙이 인정된다고 볼 수 없다는 것이 일반적 견해이다.[108] 첫째, 법원조직법은 "上級法院의 재판에 있어서의 判斷은 當該 事件에 관하여 下級審을 羈束"할 뿐이라고 규정하고 있다.[109] 둘째, 상급법원의 판단이 당해 사건 이외의 경우에도 사실상 하급심을 구속한다 하더라도 그것은 審級制度에 따른 부수적 효과일 뿐이며, 상급법원의 판단이 스스로를 구속한다고 해도 그것은 法令解釋의 統一을 도모하는 데 따르는 당연한 결과에 불과한 것이지 결코 법원의 판단에 법률적 효력을 인정한 것은 아니다.

하지만 그렇다고 해서 우리나라 상급심 법원의 판결이 무의미한 것이 아니고 오히려 **「事實上의 拘束力」**을 가지고 있는 것으로 판단된다. 왜냐하면 법원조직법은, "종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 解釋適用에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우"에는 "대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체"에서 재판하여야 하고,[110] 이 때 "2설이 분립되어 각설이 과반수에 이르지 못하는 때에는 원심재판을 변경할 수 없다"고 규정하고 있기 때문이다.[111] 이 규정을 뒤집어보면 대법원의 해석적용에 관한 의견이 합의체 판결로 변경되지 않는 한 대법원은 스스로의 의견에 구속되고, 하급심법원 또한 「상급법원 판단의 당해 사건에서의 기속력」으로 인하여 결국 대법원의 의견에 구속되기 때문이다. 사실상의 구속력을 가진다고 볼 수 있는 또 다른 논거는, 判例違反이 민사소송법이 규정한 一般的 上告理由로 인정되고 있다는 것이다. 민사소송법은 "판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반"이 있는 경우에 상고할

108) 2005.10.31. 서울대학교 교수 호문혁과의 인터뷰.
109) 법원조직법 제8조.
110) 법원조직법 제7조 제1항 제3호.
111) 법원조직법 제66조 제3항.

수 있다고 규정하고 있는데,[112] 판례위반의 원판결은 "직접적으로 법령위반은 아니나 법령해석의 잘못이 있는 것으로 되어 결국 법령위반이 된다."라고 보는 것이다.[113] 이와 같은 사실상의 구속력은 ― 선례구속의 원칙과 마찬가지로 ― 법원의 합의가 순환현상에 빠지는 것을 방지하는 기능을 수행하기에 충분하다고 보인다.

4. 原告適格

(1) 선례구속의 원칙은 사법과정에서 벌어지는 순환현상에 대처하기 위해 고안된 법원칙으로 사건마다 판결 결과가 달라지는 것을 방지함으로써 법적 안정성을 도모하지만, 입법과정에서 투표회수의 제한과 마찬가지로 副作用 또한 적지 않다. 선례구속의 원칙 하에서는 어떤 결정이든 먼저 내려지게 되면 그 결정이 선례로서 큰 영향력을 발휘하게 되는데, 선례의 내용이 경로에 의존하게 되는 것이다. 즉 선례구속의 원칙 하에서는 同一한 事例群에 속하는 소송이 동일한 법원에 제기되는 경우에도 그 事件들이 提起되는 順序에 따라 판결에 의해 형성되는 實體法의 內容이 좌우되게 된다.

위(II. 3)에서 살핀 바와 같이 정부가 어떤 목표를 달성하기 위해 국민생활의 거의 모든 영역을 「規制」하게 된 현대행정국가에서는 법원의 결정은 실질적 입법기능을 담당하고 있다. 民法이 규제적 기능을 담당하던 근대자유국가에서는 자유주의에 기한 방임적 질서가 사람들의 삶을 안정적으로 규율해 왔고 그런 만큼 법적 결정은 제기되는 사건의 순서와 무관하게 하나의 正答에 定向되어 있을 수 있었다. 그러나 特定한 目標를 달성하기 위해 國家를 操縱해가는 현대행정국가에서는 인간의 삶 거의 모든 부분에 걸쳐 쏟아져 나오는 각종 규제로 말미암아 입법과 사법이 선명하게 구분될 수 없는 상황에 이르게 되었다. 그리하여 이제는 입법부는 法律, 행정부는 委任命令, 그리고 사법부는 法解釋으로써 社會經濟-政治的 게임의 規則들을 탄생시키고 있는 것으로 볼 수 있게 되었다. 이와 같이 우리 사회의 규칙을 실질적으로 정하는 기능을 담당하는 법원의 결정이 경로의존적이라면 이것은 문제가 아닐 수 없다.

(2) 원고적격은 이와 같이 큰 문제가 될 수 있는 법원 결정의 經路依存性을

112) 민사소송법 제423조.

113) 이시윤, **민사소송법**(신정판), 762 (1994).

緩和하는 기능을 한다.[114] 흔히 원고적격이 문제가 된 사안은 본안에 관해서도 청구를 인정받기 힘들다. 따라서 원고적격을 인정하더라도 本案에서 기각하면 되는 것이 아닌가, 그렇다면 각하를 하나 기각을 하나 큰 차이가 없는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 그러나 원고적격은 경로조작, 즉 사건 제기 순서의 조작에 따라 실체법의 내용이 조작될 수 있는 가능성을 사전에 봉쇄하는 의미가 있다.

원고적격은 소송당사자가 법원에 대해 사건의 해결에 필요한 **法形成을 要求할 수 있는 資格**에 관한 정보, 즉 소를 제기할 수 있는 요건에 관한 정보를 제공한다고 하겠다.[115] 선례구속의 원칙이 비Condorcet투표규칙의 성격을 가지므로 그로 인한 경로의존성은 피할 수 없는 것이지만, 이러한 경로의존성이 소수자집단에 의해 의도적으로 이용되고 그로 말미암아 그들의 선호가 과도하게 법원의 결정에 반영되는 것은 막아야 한다. 원고적격은 법원의 결정에 이르는 경로가 偶然性에 의해 결정되도록 함으로써 少數者의 戰略에 의해 법원의 결정내용이 조작되는 것을 막는 역할을 하는 것이다.[116] 다시 말해 極少數者들이 경로를 조작하여 法形成에 不當한 影響力을 行事할 수 있는 상황에서, 원고적격은 법원에 법형성을 요구할 수 있는 요건으로 "**소송당사자의 통제 밖에 있는 사실관계에서 발생하는 권리나 손해를 요구**"함으로써, 부당한 경로조작을 방지하는 기능을 한다.[117] 원고적격은 이런 방식으로 경로에 대한 당사자의 영향력을 제한함으로써 선례구속의 원칙이 순기능을 할 수 있도록 만들어준다.

원고적격은 경로조작을 방지함으로써 법원 결정의 公正性을 제고하는 데 기여한다.[118] 즉 원고적격은 정치적 소수자의 경로조작 시도를 걸러내는 濾過器로서 작용함으로써 모든 이에게 공정한 결정을 가능하게 하는 것이다. 원고적격은 또한 다수결에 의한 결정을 존중하는 民主主義 規範에도 봉사한다.[119] 多數決 規範(majoritarian norm)은 공동체의 결정을 다수의 의사에 따르게 함으로써 구성원들

114) Stearns(註 37), 1356-59.

115) *Id.,* 1359.

116) 이런 의미에서 보면 원고적격은 경로의존성을 (봉쇄하는 것이 아니라) 완화하는 것에 그친다고 할 수 있을 것이다. 왜냐하면 원고적격이 실체법의 내용이 우연성에 의해 결정되는 것은 막지 못하기 때문이다. *Id.*

117) *Id.,* 1361-62.

118) *Id.,* 1362.

119) *Id.,* 1362-64.

이 자신의 명운을 스스로 결정한다는 構成員 自治(self-governing)의 민주주의 이념에 봉사한다. 원고적격은 특정한 사람이 경로조작을 통해 공동체의 의사결정에 자신의 선호를 과중하게 반영하도록 하려는 의도를 분쇄함으로써 다수결 규범에 봉사하고 민주주의의 이념을 드높인다고 하겠다. 이렇듯 原告適格은 先例拘束의 原則과 함께 法院의 意思決定에 있을 수 있는 恣意性과 非合理性을 緩和하는 기능을 담당한다고 하겠다.

5. 原告適格 擴張을 試圖한 行政訴訟法 改正案의 問題點

원고적격을 이와 같이 본다면 우리 행정소송법 개정안은 문제가 아닐 수 없다. 행정소송법의 규정은 이러한 原告適格의 機能이 충분히 발휘될 수 있도록 규정되어야 하는데, 이번 개정안의 내용은 오히려 정치적 소수자가 법원을 통해 자신들의 선호를 관철시킬 수 있는 가능성을 열어놓았다는 느낌을 지울 수 없기 때문이다. 몇 가지 근거를 제시해본다.

첫째, 개정안은 행정소송을 제기할 수 있는 資格에 관한 情報를 분명히 提供하는 데 失敗하고 있다. 상술하였듯이(I), 개정안은 소를 제기할 수 있는지 여부를 법원의 판결에 맡김으로써 訴提起 可能性에 대한 不確實性을 增幅시켰다. "법적으로 정당한 이익"이란 개념은 매우 不確定的이다. 현 행정소송법 아래에서는 원고적격 유무가 개별 행정실체법 규정의 해석에 달려 있고 개별 행정실체법은 당해 법률이 소제기자의 사적 이익을 개별·구체적으로 보호하고 있는지 여부에 관해 판단할 수 있는 여러 규정을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고 현행법 아래에서도 원고적격 유무에 관해서는 해석상 간단치 않은 문제가 끊이지 않고 제기되고 있음은 주지의 사실이다. 그런데 개정안은 그나마 단서를 제공해주는 개별 행정실체법과의 연결고리를 끊어버림으로써 불확실성을 더욱 키웠다.

둘째, 정치적 소수자들은 이와 같은 불확실성을 환영할 것이 분명하다. 불분명한 만큼 操作의 可能性은 커지기 때문이다. 원고적격은 경로조작의 가능성을 제어하기 위해 존재하는 개념인 것을 생각해보면, 개정안은 이런 機能的 考慮를 하지 않은 것으로 보인다.

셋째, 행정소송에서 법원의 결정은 실질적 법형성의 의미가 있음을 살펴보았는데, 그렇다면 원고적격은 결국 법형성의 권한을 입법부와 사법부에 배분하는 기능을 한다고 할 수 있을 것이다. 法形成 權限의 配分과 같은 중요한 과제는 국민의 대표인 立法府가 遂行하는 것이 국가구조 전체의 측면에서 바람직하다고 할

수 있다. 개정안은 경로조작에 취약한 법원에게 법형성권의 배분을 맡기는 효과가 있는 것이다.

넷째, 따라서 원고적격 규정을 입안함에 있어 주안점으로 삼아야 할 것은 개별사안에 있어 司法에 의한 法形成의 必要性이 있는 경우, 즉 법원이 법형성할 수 있는 경우를 적절히 정하는 것이 될 것이다. 다시 말해 현대행정국가체제 아래에서는 입법, 행정, 사법 모두 法形成 機能 — 환언하면 무엇이 이 사회에 바람직한가에 관해 결정하는 기능을 수행하고 있는데, 그 중 사법부가 담당해야 할 부분을 적절히 선별해낼 수 있도록 원고적격이 구성되어야 한다는 것이다. 이점에 기초해 판단하면, 개정안은 法院 스스로 自身의 權力을 決定하도록 放任하고 있고, 그럼으로써 법원이 법형성하기에 적절하지 않은 것까지도 법원이 담당하게 할 위험성이 있는 것으로 보인다. 우리 사회에서 어떤 문제가 政策議題化될 때 의회는 그 문제를 어떻게 처리할지에 관해 (헌법이란 제약 아래에 있기는 하지만) 완전한 권한을 가지고 있고 그 권한 속에는 그 문제에 대해 개입하지 않겠다는 "無意思決定"의 권한도 포함된다.[120] 다른 한편 행정부도 입법부로터 이러한 입법권을 위임받고 있기 때문에 그 범위 내에서 마찬가지의 권한을 가지고 있다. 행정작용은 이와 같은 권한의 행사로서 의미가 있는 것이다. 그런데 이와 같은 의회와 행정부를 중심으로 한 법형성에 대해 법원이 개입할 수 있으려면, 그 介入을 正當化할 만한 充分한 契機가 있어야 한다. 요컨대 원고적격은 이와 같은 계기를 규정한 것이다. 원고적격을 이렇게 본다면 개정안은 법원이 스스로 그 계기를 판단하겠다는 것이고, 그런 까닭에 개정안은 결과적으로 공익·사익을 조정·분배할 수 있는 立法府의 立法形成權을 簒奪하고 있다는 비판을 받는 것이다.

Ⅵ. 法院에 의한 客觀的 法秩序의 "維持"의 可能性: 法院 判斷의 終局性

1. 정치적 사안에 대한 법원의 법률해석작용에 대해 일반안이 가지고 있는 대표적인 오해의 하나는 "법원이 법해석에 관한 最終的이고 完結的인 解釋權限을 가지고 있다"라는 것이다.[121] 즉, 정치적 사안에 관한 법률해석에 관하여 다툼이

120) 무의사결정에 관한 개괄적 설명으로는, 鄭正佶, **정책학원론**(개정판), 217 이하 및 265 이하 (2002) 참조.

생겨서 그 사건이 소송의 형태로 법원으로 가게 되면 그에 대해 내려진 법원의 판단은 그 사안에 관한 분쟁을 종국적으로 종결짓는 것이어서 법원이 판단한 그 내용대로 정치질서가 형성되고 유지된다는 것이다.

그러나 法律解釋過程을 實證的으로 分析해보면 일반인이 가진 위와 같은 인식이 근거가 부족한 오해임을 어렵지 않게 알 수 있다.[122] 왜냐하면 정치적 사안에 대한 법원의 법률해석은 어김없이 政治過程으로부터의 反作用을 불러오기 때문이다. 이러한 정치과정의 반작용은 때로는 判決內容에 대한 완곡한 批判의 형태로 부드럽게 나타나기도 하지만, 때에 따라서는 法官에 대한 彈劾 시도나, 법관임명절차의 개선을 통한 司法府 構成員 變化의 시도처럼 과격한 형태로 나타나기도 한다. 또한 정치의 장인 의회는 법원의 법률해석이 자신들의 선호에 부합하지 않는 경우에는 그 法律解釋을 無力化하는 새로운 立法을 하는 방식으로 법원의 법률해석에 대해 반응하기도 한다.

이러한 반작용의 실증적 사례들은 수없이 찾아볼 수 있는데, 우리나라의 경우에는 헌법재판소에 제기된 노무현대통령 탄핵사건과 신행정수도 사건을 예로 들 수 있을 것이다. 헌법재판소가 노무현 대통령에 대한 탄핵 여부[123]와 신행정수도의건설을위한특별조치법의 합헌 여부[124]를 결정한 후, 정치인들은 헌법재판소 재판관의 구성 및 임명에 대해 전에 없던 관심을 가지기 시작하고 재판관의 임명이 초미의 정치적 관심사항으로 떠올라 각 정파가 자신들의 정치적 선호를 대변할 수 있는 재판관이 선임될 수 있도록 영향력을 행사하려는 노력을 기울이게 되었다. 또한 신행정수도의건설을위한특별조치법에 대해 위헌 판결이 선고되었음에도 불구하고, 집권 정치인들은 행정수도이전에 관한 새로운 특별법을 만들어 여전히 사실상의 행정수도이전을 추진하고 있는 것이다. 미국의 경우는 더욱 적나라한 실증적 사례를 가지고 있다. 대표적인 예로 1930년대 Franklin D. Roosevelt에 의해 추진되었던 대법관 교체시도[125]와 2000년 미국 대통령 선거에

121) John A. Ferejohn & Barry R. Weingast, “A positive Theory of Statutory Interpretation,” 12 *Int'l Rev. L. & Econ.* 263 (1992) (“The court has the last word.”).

122) 법률해석이 가지는 정치적 의미에 관한 분석과 그 함의를 논한 매우 유용한 문헌으로는 許盛旭(註 39).

123) 헌법재판소 2004.5.14. 선고 2004헌나1.

124) 헌법재판소 2004.10.21. 선고 2004헌마554・566(병합).

125) 집권 민주당과 Roosevelt 대통령은 1930년을 전후한 경제대공황을 탈출하기 위해 New Deal 정책으로 상징되는 적극적 시장개입정책을 펼쳤는데, 연방대법원은 이러한 정책에 대해 자유방임적 시장질서에 반한다는 이유로 위헌판결을 서슴지 않았다.

서 최종적으로 대법원에 의해 새로운 대통령이 사실상 결정된 사례[126]를 들 수 있는바, 이런 사건이 발생한 후 연방법관의 임명을 놓고 민주당과 공화당의 정치적 신경전이 더욱 심해진 것은 물론이다.

법원의 법률해석에 대해 이처럼 정치주체들이 높은 관심을 가지게 된 것은, 시대와 상황이 바뀜에 따라 종래에는 입법기관인 의회에 의해서만 이루어진다고 보았던 입법활동이 법원에 의해서도 사실상 이루어지고 있기 때문이다. 따라서 법률해석과정에 관한 시각을 정립함에 있어서도 권력분립 원리의 이러한 새로운 국면에 대해 상응하는 주의를 기울여야 할 것이다.

2. 법률해석과정에 있어서 정치의 과정과 법원의 상호 역학관계에 관한 실증적인 관점에서의 통찰력 있는 분석으로는 John A. Ferejohn과 Barry R. Weingast의 분석[127]을 들 수 있는데, 그 분석틀에 따라서 우리나라의 정치현실 및 법률해석의 과정에 대한 간단한 분석을 해보기로 하자.

[그림 9] Possible action of the court

Roosevelt 대통령은 자신의 정책에 비협조적인 대법원에 대해 종래 9명이었던 대법관 수를 늘림으로써 보다 자신의 정책에 동조적인 사법판단을 얻기 위해서 노력하였고, 이후 대법원은 스스로 종래의 태도를 바꿈으로써 가까스로 파국을 면하였다. 당시 Roosevelt 정부는 결국 대법관의 숫자를 늘리지는 않았지만, 연방 항소법원의 판사를 파격적으로 늘려서 자신들의 선호에 부합하는 입장에 서 있는 판사들로 사법부의 구성을 바꾸었고, 대법원도 종래의 입장에서 선회하여 Roosevelt 행정부의 정책에 대해 찬성하는 판결을 내리게 되었으며, 종국에는 Roosevelt 대통령의 임기 중에 대부분의 대법관이 Roosevelt에 의하여 새롭게 임명되었다. 당시 상·하원의 의석의 각 2/3 이상을 차지하고 있었고 국민들의 전폭적인 지지를 얻고 있었던 Roosevelt 행정부와 민주당은 New Deal 정책에 반대하는 보수적인 대법원 판결을 바꾸기 위해서 대법관 수를 늘려서 자신들의 정책에 부합하는 선호를 가진 대법관을 추가로 임명하려는 시도를 하였는데, 그러한 상황에서 Roberts 대법관이 극적으로 입장을 바꿈으로써 대법관 숫자가 그대로 유지되었던 것이다. 이를 "switch in time to save nine"이라고 부른다. McNollgast, "Politics and the Courts: A positive theory of judicial doctrine and the rule of law," 68 *S. Cal. L. Rev.* 1631, 1631(1995).

126) Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

127) Ferejohn & Weingast(註 121). 이하에서는 특별히 강조할 필요가 없는 한 일일이 주석을 달지 않기로 한다.

[그림 9]와 같은 정치적 상황을 생각해보자.[128] 과거의 어떤 회기의 의회의 선호를 반영한 입법의 결과를 Q(현 상태의 입법)라고 하고, 그 당시에는 Q가 R(국회의 중위자 선호)과 P(대통령이 수반인 행정부의 중위자 선호)의 중간 영역에 위치하고 있었는데, 세월이 지나면서 상원과 하원 모두의 선호가 進步的으로 바뀌어서 P와 R이 모두 왼쪽으로 옮겨져서 [그림 9]와 같이 현재는 Q가 [P, R]의 바깥쪽에 위치하고 있다.[129] Q는 현재의 정치적 상황 하에서는 "構造的으로 誘導되는 均衡点(Structure-induced equilibrium; SIE)"[130]인 [P, R]의 범위 밖에 있기 때문에, 정치인들에 의해 언제든지 [P, R]의 범위내의 다른 점으로 옮겨가는 정치적 결정이 이루어질 수 있는 상태이다. 이런 상황에서 법원에서 그와 관련된 사건의 재판을 하게 된 경우를 생각해보자.

이러한 상황은 현재의 우리나라의 정치상황 및 사법부의 현실과 대단히 흡사하다. 가령 국가보안법의 경우를 생각해보자. 1980.12.31. 종래의 반공법을 폐지하고 새롭게 제정된 국가보안법은 당시의 정치권력의 입장에서 보면 아직 냉전의 세계적 분위기가 끝나지 않았었고, 북한과의 대립구도가 상존하는 정치현실에서는 동법 제1조의 목적, 즉 "국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함"에 있어 꼭 필요한 법으로 인식되었고, 법원도 그 취지에 맞는 법률해석을 하였다. 그러나 그 후 여러 차례

---

128) [그림 9]는 유클리드 공간에서의 함수를 전제로 한다. 이렇게 가정함으로써 우리는 각 의사결정 주체들의 서로 다른 선호점들 사이의 선호의 정도의 차이를 우리가 2차원 공간 혹은 3차원 공간에서 인지하고 있는 「거리」의 개념으로 이해할 수 있다.

129) 일단 여기서는 의회가 입법권을 가지고 있지만 대통령이 법률안 거부권을 가지고 있는 경우를 상정하여 살펴보기로 한다. 이처럼 어떤 법률안이 법률로 효력을 발휘하기 위해서는 의회와 대통령 모두의 동의를 거쳐야 한다는 사실은 통과된 법률을 해석하는 법원에 대하여 법률해석에 있어서 선택 가능한 영역의 공간(the set of politically viable interpretation)을 확보해 준다는 의미를 갖는다. 이러한 분석은 비단 의회와 대통령의 구조뿐만 아니라, 법률안이 통과되기 위해서는 서로 다른 선호를 갖는 두 개 이상의 기관의 동의를 거쳐야 하는 모든 사안에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 하나의 원으로 구성된 의회에서도 법률안이 위원회의 심의와 본회의의 심의를 모두 거쳐야만 된다거나, 미국의 상원과 하원과 같이 법률이 의회를 통과하기 위해서는 상원과 하원 모두의 동의를 얻어야 하는 경우라면 마찬가지로 적용될 수 있다.

130) $W^P(x)$, $W^R(x)$를 각각 대통령이 이끄는 정부와 의회에서 x보다 더 선호되는 정책점들의 집합이라고 표시하는 경우(이는 정책대상들의 집합을 1차원 스펙트럼이라고 가정했으므로 정부와 의회의 중위자들에 의해 x보다 더 선호되는 점들의 집합과 동일하게 된다) $W^P(x) \cap W^R(x) = \varnothing$이 되는 x들을 "Structured Induced Equilibrium"("SIE")이라고 정의한다.

정권이 바뀌었고, 북한과의 접촉 및 교역의 범위가 점차 확대됨에 따라 종래의 군사정권 하에서처럼 엄격하게 국가보안법을 적용하는 것은 곤란한 상황으로 변해갔고, 나아가서 결국 현재의 정치권력은 국가보안법의 존재의의까지도 인정하지 않게 되는 상황이 되었다.

이런 상황에서 국가보안법에 대한 법원의 해석은 판사들이 법률해석에 관해 어떤 성향을 가지고 있는지에 의해 각기 다른 모습으로 나타난다.[131] [그림 9]에서 Q는 국가보안법을 제정할 당시의 입법자의 선호로서 그림을 기준으로 상당히 오른쪽, 말하자면 保守的으로 치우쳐 있는 것으로 그려져 있다. 당시에는 Q가 대통령과 국회의 정책선호의 중간, 즉 당시의 [P, R]에 위치하고 있었으나, 그 후 정치적 상황이 변화하여 진보적 성격의 열린우리당이 집권함으로써 P와 R이 모두 왼쪽으로 이동하게 된 것이다. 이러한 상태에서 법원이 국가보안법을 해석하는 상황을 상정해보기로 한다. 한편 판사들이 법률해석에 있어서 취할 수 있는 입장에 관해서는, Ferejohn과 Weingast의 예에 따라 다음과 같이 크게 세 가지 경우로 나누어서 생각해보기로 한다.

(1) 純眞한 文言主義者(Naive textualist: NT): 이는 판사들이 현재 주어진 법률을 그 법률을 제정한 당시의 의회의 의사에 가장 충실하게 해석하려 한다고 보는 입장이다. '순진한'이라는 표현을 사용한 까닭은, 이 입장에서의 판사들은 자신들의 법률해석이 정치적으로 생존가능한지 여부는 고려하지 않는다고 가정하기 때문이다.

(2) 政治的 考慮를 하는 充實한 代理人(Politically sophisticated honest agents: SA): 이는 판사들이 현재 주어진 법률을 해석함에 있어 그 결과가 현재의 정치상황에 비추어 볼 때 정치적으로 생존가능하면서도 원래의 입법자들의 의사에 가장 근접한 점을 선택한다고 보는 입장이다.

(3) 積極主義的인 政策決定者(Unconstrained policy advocate: UPA): 이는 판사들이 그들 나름의 잘 정리된 선호를 가지고 있고, 법률해석을 통해 자신들의 선호를 현실화시키려는 의지를 가지고 있다고 보는 입장이다. 이 입장에서도 판사들은 자신들의 선택이 정치적으로 생존가능한지 여부에 관해서 고려하는 것으로 가정한다.

먼저 NT의 경우에는 Q를 유지하려고 할 것이고 그에 부합하는 법률해석 및 판결을 하게 될 것이다. 그러나 Q는 SIE인 [P, R]의 바깥에 있기 때문에 그러한

131) 국가보안법의 예는 許盛旭(註 39)을 의존하였다.

법원의 법률해석은 정치적으로 생존가능하지 않다. 새로운 입법(L)에 의해 법원의 그러한 판단은 폐기되고 만다. 즉 현재의 법원이 국가보안법을 1980년대의 시절에서와 같은 취지로 해석하고 그에 따른 판결을 선고한다면, 의회에서는 조금도 주저하지 않고 현재의 국가보안법을 폐지하거나 전면개정하게 될 것이다.

SA의 경우에는 판사들은 현재의 정치적 상황을 고려하면서 원래의 입법자의 의사에 가장 충실한 법률해석을 하게 된다. 이 경우에도 가장 이상적인 법률해석은 Q이지만, 앞에서 보았듯이 Q는 정치적으로 생존가능하지 않다. 만약 법원이 Q와 P사이의 어떤 점을 선택한다면 이는 의회에 의해 [P, R]의 다른 한 점에 의해 폐기될 것이므로 이 경우 판사의 최선의 선택은 P가 된다. 판사가 P를 선택하면 그에 대해서는 어떠한 정치적 반응도 일어나지 않는다. 즉 법원은 국가보안법위반 형사재판에 있어서 1980년 당시에는 5년 내지 10년의 실형을 선고했을 사안에 대하여 집행유예 등의 판결을 선고하게 될 것이고, 국가보안법의 존폐에 대한 확고한 정치적 합의가 이루어지지 않은 현재의 정치상황에서는 국가보안법 집행유예 판결을 이유로 여야가 국가보안법의 폐지 혹은 전면개정으로 곧바로 나아가지는 않게 될 것이다.

UPA의 경우를 보자. 이 경우 판사들은 가능하면 정치적으로 생존가능한 선택점들 중에서 자기 자신들의 선호에 가장 부합하는 점을 선택하게 된다. 만약 자신들의 선호가 R보다 왼쪽이라면 R을 선택하게 되고, 자신들의 선호가 [P, R]의 범위 내에 있다면 그대로 자신들의 선호를 법률해석에 반영할 것이며, 자신들의 선호가 P보다 오른쪽에 있다면 P를 선택하게 된다. 즉 UPA의 판사들은 국가보안법의 해석에 있어서 기준점을 원 입법자의 의도인 Q에 두는 것이 아니라 스스로의 선호체계에 가장 부합하는 어떤 한 점에 두게 되는 것이다.

3. 위의 분석에서 우리가 알 수 있는 것은, 어떤 정치적 사안에 대한 법원의 법률해석이 만약 그 시대의 정치의 영역에서 받아들일 수 있는 범위를 벗어난 것이라면 그에 대해서는 어김없이 政治過程으로부터의 反作用을 불러일으키게 되어서 새로운 정치질서가 형성된다는 것이다. 즉, 법원은 정치적 사안에 대한 최종적인 해석권한을 가지고 있지 않다는 것이다.[132] 이렇게 본다면 **법원이 判決로써 客觀的 法秩序를 "維持"한다는 것은 한낱 幻想**에 불과하다고 아니할 수 없을 것이다.

---

132) Ferejohn & Weingast(註 121) ("The court does not have the final word on politically disputed matters.").

結論

대법원은 행정소송법 개정안을 통해 원고적격에 관한 규정을 "法律상 이익"에서 "法的으로 정당한 이익"으로 개정할 것을 제안하였다. 현행법 체계 하에서는 行政訴訟이 許容되는 紛爭의 範圍가 입법부의 개별 法律에 의해 결정되는 데 반해, 개정안 아래에서는 그 범위가 —"법적으로 정당한 이익"에 대한 法院의 解釋을 매개로 하여— 궁극적으로 법원의 判決에 의해 결정되게 된다. 학계에서는 법원이 이번 개정안을 계기로 행정소송의 대상이 되는 분쟁 범위를 확대할 것으로 예측하고, 이에 기해 대법원의 개정안은 결국 原告適格을 擴張하여 행정에 대한 適法性 統制의 가능성을 활짝 열어놓음으로써 행정소송의 客觀訴訟的 性格을 강화하고 있다고 평가하고 있다.

이러한 대법원의 개정안에 대해서는 여러 측면에서 우려의 소리가 높다. 먼저 지적할 것은 개정안이 담고 있는 행정소송의 客觀訴訟化 傾向이 國家構造에 미칠 영향이다. 개정안은 현행법상 立法裁量에 속한 행정소송의 대상 범위의 결정을 司法裁量의 영역으로 옮겨 놓음으로써, 결국 사법부 스스로 자기의 권력, 즉 司法權의 範圍를 결정하도록 하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 이것이 우리 헌법이 예정한 三府 사이의 權力配分에 영향을 미치게 될 것임은 긴 설명을 필요로 하지 않는다.

하지만 그보다도 더욱 문제인 것은, 법원의 意思決定構造의 脆弱性이다. 국민은 국가의 행정작용에 대해 이런 저런 불만이 있게 마련이다. 개정안은 현행법상 행정소송이 허용되지 않는 여러 가지 형태의 분쟁에 대해 법원에 제소할 수 있는 길을 개방하게 되는데, 이러한 분쟁에 있어 법원이 해결하여야 할 주된 논점은 公益判斷, 즉 무엇이 우리 사회에 바람직한가가 된다. 民主共和國에서 公益의 內容은 國民의 選好를 結集한 것이 되어야 하는데, 법원은 그 의사결정구조의 취약성으로 말미암아 국민들의 선호를 결집하는 데 결정적 한계를 노정할 수밖에 없다. 다시 말해 법원은 공익판단을 할 수 있는 制度的 能力을 缺如하고 있으며, 이로 인해 결국 객관적 법질서 유지라는 과업을 달성할 수 없게 된다. 따라서 개정안의 원고적격의 확장 시도는 신중히 재고되어야 할 것이다.

이러한 결론에 도달하기 위해 이 글이 사용한 公共選擇理論은 다음과 같은 여러 가지 귀중한 정보를 제공하였다. 공공선택이론의 분석적 통찰력이 제공하는 이와 같은 硏究 成果는 앞으로 각종 公法의 設計 및 解釋에 반드시 考慮되어야

할 것이다.

1. 대법원이 공익판단을 자임하고 나선 것은 정치권에 대한 道德的 優越感과 정치과정에서 반복되는 민주주의의 실패를 극복할 수 있다는 自信感 때문이다. 그러나 법원의 의사결정구조도 정치과정에서 볼 수 있는 選好 結集의 失敗를 반복할 수 있다. 왜냐하면 법원의 의사결정구조는 對立當事者 訴訟構造를 채택함으로써 (민주주의 실패의 원인으로 꼽히는) 利益集團 政治를 制度化하고 있고, 사건을 合議해 決定할 때에는 법원 자신의 선호를 결정할 수 없게 되는 循環現象에 노출될 가능성이 있기 때문이다.

2. 법원 스스로의 선호를 결정할 수 없는 순환현상은, 합의재판부의 구성원 중에 (일관성 있는 원칙보다) 구체적 사건에서의 妥當性을 중시하는 판사가 있거나, 합의재판부의 구성원이 進步와 保守로 나뉘어 있어 複數頂上選好體系를 가지고 있는 경우에 나타난다. 순환현상에 노출되는 경우, 法院의 意思決定構造는 결코 議會의 의사결정구조보다 優位에 서지 못하고, 오히려 사법과정의 失敗 確率 및 波及 效果는 정치과정의 그것보다 더 클 수 있다. 따라서 특히 법원이 진보와 보수로 派黨化되어 있는 경우에는, 법원은 우리 공동체의 價値體系에 대한 實體的 爭點에 대한 判斷을 自制하여야 한다.

3. 법원의 취약한 의사결정구조를 개선·극복하기 위해 법원이 채택할 수 있는 대책은 先例에 拘束力을 인정하는 것인데, 이는 의회에서 벌어지는 순환현상을 방지하기 위해 고안된 一事不再議의 원칙의 等價物이다. 그런데 선례에 구속력을 부여하는 것은 동일한 事例群에 속하는 事件들의 提起 順序에 따라 판결 결과가 달리 도출되는 經路依存性이란 부작용을 만들어내기도 한다. 이와 같은 경로의존성은 政治的 少數者로 하여금 經路를 操作해 자신의 선호를 집단의 선호로 만들려고 하는 行爲誘引을 갖게 한다.

4. 原告適格은 선례의 구속력으로 인해 법원에 의한 법형성이 경로에 의존하게 되는 현상을 극복하는 기능을 한다. 원고적격은 — 원고가 자신의 사건에서 법원에게 法形成을 요구하기 위한 전제조건으로 — 그 사건이 원고가 제어할 수 없는 일련의 사실관계로부터 발생할 것과, 그로 인해 원고가 직접적인 영향을 받을 것을 요구한다. 원고적격은 이로써 사건 제기의 순서가 우연한 사건의 발생에 좌우되도록 하고, 그럼으로써 政治的 少數者가 법원에 이르는 經路를 操作해 자신의 선호나 이데올로기를 共同體의 法으로 만들려는 시도를 격퇴한다.

5. 이와 같이 본다면 원고적격은, ① 법원으로 가는 關門 역할을 함으로써 三府 사이에 배분된 權力의 均衡을 유지할 뿐만 아니라 ② 법원의 의사결정구조의 취약성을 이용해 자신의 선호를 집단의 선호로 만들려는 정치적 소수자의 경로 조작을 사전에 방지하여 共同體의 意思決定을 民主主義 規範에 더욱 복종하도록 하는 기능을 한다.

<Abstract>

Political Economy of Standing(Ⅱ)

— Analyzing the Public Law Model of Administrative Litigation Based on Public Choice Theory —

Hong Sik Cho*

Korea has recently made efforts to reform administrative litigation system by drafting its amendment to the Administrative Litigation Act ("ALA"). The Korean Supreme Court's proposed amendment to the ALA expands the scope of an individual's standing to file an administrative lawsuit. While ALA currently provides that anyone with a "statutory interest" can file an administrative lawsuit, its proposed amendment changes the basis of standing from "statutory interest" to "legally just interest." Currently, the standing to file an administrative lawsuit is determined by the statute that provides the basis of a plaintiff's cause of action. The Legislature currently determines who can file an administrative litigation under any given administrative act. However, the proposed amendment will permit courts to determine the scope of standing. If the proposed amendment to ALA is passed by the Legislature, the amendment may be interpreted as permitting the courts to consider relevant constitutional provisions and principles, judicial precedents, and even "jory" (reason of nature) not to mention the statute that authorized the administrative act. As a result, the amendment, if adopted by the Legislature, will authorize courts to determine who can file an administrative lawsuit.

The proposed amendment is criticized in many aspects. The strongest criticism of the proposed amendment is that it ignores the constitutional governing structure by breaking the delicate balance of power distributed to the three branches, *i.e.* the Legislature, the Executive, and the Judiciary. The standing provision limits courts to their traditional role of protecting individuals and

* Associate Professor of Law, Seoul National University

minorities against the imposition by the majority, and prohibits the courts from prescribing how the other two branches of the government should function. Under the amendment, courts themselves determine their subject matter jurisdiction.

The next criticism of the proposed amendment is that courts are devoid of appropriate decision-making mechanism. By requiring a personal stake as a prerequisite to justiciability, standing has essentially played the role of a gatekeeper for courts determining the likelihood that a court will hear a certain matter. Standing determines by whom important public questions can be adjudicated; it thus affects policy formation, government accountability, and social participation in important and sensitive issues that affects a large portion of the public. The proposed amendment to the standing provision will open the floodgate to courts so that plaintiffs can file "public interest litigation," *i.e.* litigation filed not to protect private rights but to vindicate what is desirable for the society. This is the reason why the amendment is deemed to move administrative litigation system closer to the "public law model". (as opposed to private law model)

However, the author believes that it is impossible for courts to determine what is the public interest in individual cases. In a democratic society, the public interest should be regarded as a result of process through which individuals' preferences are aggregated to form group's collective preferences. Courts cannot fairly and rationally aggregate individuals' preferences to make a group's collective preference.

The public choice theory supports the second criticism. The public choice theory is "positivist," focusing on an economically-based world of individuals and groups pursuing their own self interest, as well as special interest group domination of politics. Under the public choice view, the current standing provision (employing statutory interest test) would be necessary to maintain the separation of administrative litigation from the essential legislative function of government, the determination of "what is good for the society." From this perspective, it is left to the sovereign to determine what is the public interest.

Public choice theorists would suggest that the amendment distorts the judicial role. By opening the door to courts, courts would face questions of broad social, environmental, and political significance best left to the legislative and executive branches of government. Public choice theorists would argue that "what is desirable to the society" is a question of policy and that its determination by the judiciary is an exercise of legislative power when such choices involve political considerations.

The author believes that the Supreme Court, along with all collegiate courts, is subject to a phenomenon referred to in the public choice literature as "cycling," in which for any proposed outcome in a given case, an alternative exists that has majority support. Stare decisis is the public choice equivalent of a prohibition on motions for reconsideration of defeated alternatives, a common cycle-prevention technique, and stare decisis presumptively prevents collegiate court judges from taking the requisite number of pairwise contests over time to reveal cyclical preferences. In turn, stare decisis enhances the stability of court judgments. While stare decisis improves the rationality of collegiate court decision making, it also produces an unintended and deleterious byproduct. With stare decisis in place, the evolution of collegiate courts', especially the Supreme Court's doctrine will depend, to a large extent, upon the order in which cases are presented or, in the language of public choice, will be "path dependent." Stare decisis thus provides interest groups with strong incentives to manipulate the order in which cases are brought before the Supreme Court and lower collegiate courts. The current standing provision substantially ameliorates the problem that stare decisis creates. The standing provision does so by presumptively preventing ideological litigants from opportunistically manipulating the critically important path of case decisions in the Supreme Court and in lower collegiate courts.

In summary, the author believes that the role of courts in "public interest cases" should be limited to traditional private law function of deciding bi-polar disputes and would look askance at any liberalization of the traditional standing doctrine that would blur dividing line between the legislature and the judiciary.