

# 법과 정책의 연관구조에 관한 방법론적 연구\*

高 豪 晟\*\*, 李 暉 遠\*\*\*

## 〈 目 次 〉

- I. 논의의 출발점
- II. 근대적 법학방법론의 형성
- III. 근대적 법학방법론의 내용과 문제점
- IV. 근대적 법학방법론에 대한 항의
  - 1. 자유범운동과 이익법학
  - 2. 사회학적 법학과 리얼리즘법학
  - 3. 2차대전 이후 일본의 법해석논쟁
- V. 새로운 법학방법론의 대두
  - 1. 법과 경제학 접근방법
  - 2. R. 드워킨의 권리기저적 재판·법해석론
  - 3. 법적 논의의 이론
- VI. 결 론

## I. 논의의 출발점

오늘날 법학자들은 '법에 관한' 매우 다양한 연구활동을 하고 있다. 법학자가 하는 활동을 '법학'이라고 한다면, 오늘날 법학은 법에 관한 매우 다양한 연구활동을 포괄하는 개념이 된다<sup>1)</sup>. 그러나 오늘날 법학자가 하고 있는 다양한 연구활동은, 물론 법

\* 이 연구는 '95년도 재단법인 제주대학교 발전기금 학술연구비에 의하여 연구되었음.

\*\* 濟州大學校 法政大學 法學科 副教授

\*\*\* 濟州大學校 法政大學 行政學科 助教授

1) 법을 연구대상으로 하는 학문활동은, 이론법학(기초법학)과 실용법학으로 보통 대별되고 있다. 이론법학에는, 법철학(법리학), 법사학, 법사회학, 법인류학, 법심리학, 법의학, 비교법학 등이 포함되는데, 이 중 법철학을 제외하면 모두 법에 관한 경험과학이다. 실용법학에는, 법해석학과 법정정책학(입법학)이 포함되는데, 법해석학에 대해서는 법률학, 실정법학이

에 관한 것이라는 공통점이 있기는 하지만, 그 연구의 성질 자체가 매우 상이한 것이기 때문에, 그 모든 것을 포괄하여 논의를 전개할 수는 없다.

그래서 여기에서는, 법학을 말하는 jurisprudence의 어원인 iuris 'prudencia'가 함축하고 있는 내용, 즉 실천지(實踐知)의 활동으로서의 법학만을 논의의 대상으로 삼기로 한다. 말을 바꾸자면, 일본에서의 용법에 따라 우리나라에서 보통 '법해석학'<sup>2)</sup>이라고 부르는 것을 법학으로 파악하는 데서 논의를 출발하고자 하는 것이다. 바로 이러한 실천지의 활동으로서의 법해석학이 고대 로마 이래의 오랜 전통을 자랑하고 있는 법학의 본령이며, 이론법학을 기초법학이라고 하는 것도, 이처럼 실천지의 활동으로서의 법해석학을 법학의 본령으로 파악하고 있기 때문이다.

이러한 의미의 법학을 한 마디로 정리하자면, '구체적 사례의 법적 평가활동'이라고 할 수 있을 것이다. 반드시 강조하여야 할 것은, 이러한 의미의 법학은 '구체적 사례의 법적 평가'의 방법론연구라든지, 기타 '구체적 사례의 법적 평가'에 '관한' 연구가 아니라, '구체적 사례의 법적 평가활동' 그 자체를 말하는 것이라는 점이다.

이런 점에서, '법학'이라는 용어에서의 '학'은, 요즈음 사용되고 있는 '정치학', '경제학', '행정학'이라는 용어에서의 '학'(science)과는 전혀 다른 것으로, 오히려 '문학'이라고 할 때의 '학'과 유사한 용법이라고 할 수 있을 것이다<sup>3)</sup>.

## II. 근대적 법학방법론의 형성

이상과 같은 의미의 법학은, 가상적인 사례에 대한 가상적인 법적 평가에 그치는 것이 아니라, 실제적인 사례에 대한 실제적인 법적 평가, 즉 제도화된 법학으로서의 '재판'에 직·간접적으로 관여하는 것이기 때문에, 법학의 모습과 방법론도 각 시대 각 사회에 있어서의 법시스템, 재판제도의 구조와 재판과정의 성질, 기능의 모습에 따라 규정되게 된다.

근대법체계의 형성기에는, 입법과 사법을 준별하고, 재판에 의한 법창조를 엄금하는 것이, 민주제, 권력분립제, 법치주의 등의 통치원리의 당연한 귀결로 간주되어, 그 이후, '비창조적 재판관(觀)'이 법학과 재판실무를 압도적으로 지배하게 되었다. 이러한 근대적 재판관(觀)은, 몽테스키외등의 계몽기 자연법론자에 의하여, 당시의

라는 용어도 병용되고 있다. 이 점에 대해서는, 田中成明, 法理學講義, 有斐閣, 1994, 3-4면 참조할 것.

2) 사실, 법의 '해석'은 법의 '적용'을 전제로 한 개념이다. 이런 점에서 보면, 법해석학이라는 용어는 그 개념폭이 너무 좁으며, 오히려 법적용학이라는 용어가 더 적절할지도 모른다.  
3) 법학이 과학인가 하는 논의는 사실 법학방법론상 가장 기본적인 것이다. 유명한 Larenz의 법학방법론 서문도 이러한 논의에서 시작하고 있다. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer-Verlag, 1991, 5-6면 참조할 것.

법관에 대한 뿌리깊은 불신과 일반·추상적인 법률에의 절대적 신뢰라는 시대정신을 배경으로 하여 주장되었고, 그것이 피하는 바는 재판관의 자의적인 권력행사를 억제하고, 시민적 자유와 법적 안정성을 확보하는 것에 있었다.

이러한 재판관(觀)은 특히 이른바 ‘근대 법전화사상’을 채택한 대륙법계국가에서 전형적으로 나타났다. ‘근대 법전화사상’은 크게 두 가지 요소로 나누어 볼 수 있는데, 그 하나는 로마법대전의 ‘고대 법전화사상’과 마찬가지로, 이른바 법원(法源)을 단일화한다는 것이다. 이렇게 법원이 단일화되면, 구체적 사례의 ‘법적’ 평가라는 것은, ‘법전’ 내지 ‘법조문’에 의한 평가라는 형태를 띠게 된다. 그래서 대륙법계의 법학은 기본적으로 ‘법전해석학’이라는 형태를 띠고 있는 것이다. 우리 헌법 제27조 1항이 ‘헌법과 법률이 정한 법관에 의한 법률에 의한 재판’이라는 표현을 쓰고 있는 것은, 이러한 법전화사상의 반영이라는 점도 주목할 만하다.

근대 법전화사상의 두번째 요소는, 개별적 사례의 집적이라는 형태가 중심적이었던 로마법대전의 이른바 casuistic한 법전과는 달리, 일반·추상적인 규범명제를 체계화시키는 법전이라는 형식을 취하고 있다는 것이다. 다양한 자연적 현상에 대해서 과학적 법칙을 발견할 수 있듯이, 다양한 규범적 현상에 대해서도 법칙을 발견하여 체계화시킬 수 있다는 확신에 기초한 이러한 근대 법전화사상에서는, 입법자가 특정한 사태에 대한 ‘정책론자’이기보다는 일반·추상적인 규범법칙을 발견할 수 있는 ‘학자’일 것이 요구되고 있다고 할 수도 있을 것이다.

그리고 근대적인 법전을 제정할 무렵에는, 법학자들이 이러한 일반·추상적인 법개념과 법명제를 발견하는 역할, 즉 ‘입법학자’로서의 역할도 담당하고 있었다. 특히 다양한 규범적 현상을 그 구성요소로 분해하여, 공통요소를 추출하고, 그러한 공통요소들을 개념화하고 명제화하여, 이른바 ‘총칙/총론’을 구성하는데 주력했던, 독일 판례법학자들에서 그러한 역할이 두드러졌던 것으로 생각된다.<sup>4)</sup>

19세기 초에 이미 근대적 통일법전을 제정한 프랑스에서는, 이러한 사상이 법률의 조문을 절대시하고, 일체의 법적 문제가 법률에 의하여 완전히 규율될 수 있다고 확신하는 ‘주석학파’에 의하여 전형적으로 나타났다. 주석학파는, 법관이 해석의 이름으로 입법자의 의도를 변경하여 입법권을 침해하지 않도록, 재판관의 임무를 법률의 조문에 구체적 사건을 엄격히 형식논리적으로 포섭하는 것으로만 한정하고, 법률해석의 목표는 논리적으로 모순없는 ‘입법자의사’의 탐구라고 주장하였다.

한편, 근대적 통일법전의 제정이 지체되고 있었던 동시대의 독일에서는, 역사적 방

4) 영미법에는 이런 사상이 없어, 영미의 제정법은 법칙적 법률이라기보다는 특정한 사태를 염두에 둔 정책적 법률로서의 형태를 띤다. 대륙법계에서도 현재는, 정책적 법률이 오히려 다수를 점하고 있으며, 이런 점에서 법학자들의 입법관여는 크게 감소되고 오히려 정책론자들이 입법의 주도권을 쥐고 있는 것으로 보인다.

법과 체계적 방법의 통합을 주장한 사비니의 역사법학과적 판데텐법학이, 점차로 법 개념 피라미트의 체계적 논리적 구성을 중시하는 방향으로 나아가고, 후에 예링으로부터 '개념법학'이라고 비판된 구성적 법률학으로 전화되고 있었다. 개념법학은, 프랑스의 주석학과와는 역사적 사회적 존립조건과 학풍을 상당히 달리하고 있고, 개념법학 자체가 반드시 비창조적인 것은 아니었지만, 형식적인 개념·논리에 편중하고, 재판의 임무를 법적 개념·명제로부터의 형식논리적 연역에 의한 법적 사안의 판정에 한정하고, 법관의 법창조적 활동을 엄금하는 점에서는, 주석학과와 공통된 특징을 가지고 있었다.<sup>5)</sup> 이러한 자동포섭기계적 재판관의 전제를 이루는 것은, 개념적 논리적으로 정비·구축된 법체계의 자기완결성과 무모순성이라는 도그마였지만, 이 도그마는 통일법전 편찬후는, 국가제정법체계에 타당한 것으로 파악되어, 주석학과와 거의 마찬가지로 국가법을 절대시하는 법실증주의적인 재판관이 성립되었다.

법전화사상을 채택하지 않은 영미법계에서는, 대륙법계처럼 완전한 모습으로 나타나지는 않지만, 대륙법계와 마찬가지로의 비창조적 재판관(觀)이, '선례구속성의 원리'라는 독자적인 전통을 점차로 발전시켜 확립하는 것에 의하여 형성되었다. 이 원리는 원래, W. 블랙스톤등을 대표적 주장자로 하는, '법선언적' 재판관을 배경으로 하고 있었다. 이러한 재판관은, 법을 고정적, 자기완결적인 룰의 체계로서 판결 이전에 이미 존재하는 것을 보아, 재판의 임무를, 법을 창조하거나 변경하거나 하는 것이 아니라, 법을 단지 발견하고 선언하는 것에 지나지 않는 것이라고 한다. 이것은, 대륙의 전통적 재판관과도 일맥상통하는 것이고, 영국에서도 미국에서도 19세기 전반에 걸쳐 주류적 지위를 점하고 있었다. 특히 사회경제적 상황이 상대적으로 안정되었던 19세기 후반에 들어와, 법적 안정성에의 요청이 높아지고, 선례구속성의 원리가 절대시되게 되면, 대륙의 개념법학적 재판관과 유사한 경향이 현저해지게 되었다. 그래서, 판례로 확립된 일반적 법적 명제로부터의 형식논리적 연역을 고집하거나, 법적 개념의 기계적인 조합만에 의하여 법적 사안을 판정하려고 하는 '기계적 법학'이, 재판실무를 지배하게 되었다.<sup>6)</sup>

### Ⅲ. 근대적 법학방법론의 내용과 문제점

법전화사상 또는 선례구속의 원칙에 입각하고 있는 근대적 법학에 있어서, 구체적 사례의 법적 평가는, 일반·추상적인 법규(법조문, 선례)를 대전제로 하고, 구체적인

5) 개념법학에 대해서는 Larenz, 전거서, 19-35면 참조.

6) 이점에 대해서는 Posner, The Problems of Jurisprudence, Harvard Univ. Press, 1990, 9-13면 참조.

사실관계를 소전제로 하여 결론을 도출하는 '삼단논법'(modus barbara 또는 modus ponens)에 의하여 이루어지는 것으로 파악한다. 이러한 파악방법의 함의는, 구체적 사례의 '법적' 평가라는 활동을 가치평가라는 실천적 활동이 아니라, 이론적 인식활동으로 규정짓는다는 것이다. 법적 평가를 이렇게 파악하는 경우, 구체적 사례의 법적 평가활동에 정책적 고려를 개입시킬 수 없다는 점은 너무나 분명하다.

다른 한편 이런 경우, 구체적 사례의 법적 '평가자', 즉 법관 또는 법학자는 비창조적, 수동적인 역할만을 하는 것으로 이해되는 것은 당연하다. 그는 단지 자동포섭 기계이며, '법률을 말하는 입'(la bouche, qui prononce les paroles de la loi, Montesquieu, 법의 정신)에 불과한 것이다. 여기에서 주목해 두어야 하는 점은, 법학 내지 재판을 이렇게 파악하는 경우, 법관 또는 법학자의 책임이 크게 감면된다는 것이다.

그러나 법전화사상 또는 선례구속의 원칙에 따라 구체적 사례의 법적 평가가 법조문이나 선례에 의해서만 평가되어야 한다고 하는 입장에 서더라도, 법적 평가를 소전제인 구체적 사실관계를 대전제인 법규에 '포섭'하는 이론적 인식과정으로 파악하는 것은, 지나치게 비현실적인 것이다. 너무나 많은 문제점이 있지만<sup>7)</sup>, 치펠리우스가 들고 있는 문제점 중 가장 간단해 보이는 문제점을 하나 소개하기로 한다.

치펠리우스는, 분해될 수 있고, 이동가능한 임시적인 목재 '바라크'를, 건물방화죄의 대상이 되는 '건물'(Gebäude)이라고 할 수 있는가 하는 사례를 들고 있다<sup>8)</sup>. 그는 이런 사례의 법적 평가에 있어서 문제로 되는 것은, 건물이라고 하는 대전제에 바라크라고 하는 소전제를 '포섭'(Subsumtion)하는 것이 아니라고 한다. 이런 사례에서 '포섭'이 문제되려면 건물이라는 개념이 확정되어 있을 때에만 가능하기 때문이다. 그러므로 치펠리우스는 이런 경우, '포섭'이 문제되는 것이 아니라, '건물'이라는 대전제의 '해석'(Auslegung)이 문제되는 것이라고 한다.

대전제의 '해석'이 문제되고 있다면, 이것을 예를 들어 확장해석해야 할 것인지, 축소해석해야 할 것인지, 또는 입법자의 의사를 기준으로 해석해야 할 것인지(주관적 해석), 법률의사 또는 법문의 객관적 의미내용을 기준으로 해석해야 할 것인지(객관적 해석)<sup>9)</sup> 등등, 간단하게 이론적 인식문제라고만 치부해 버릴 수 없는 문제점을 남

7) 가장 근본적으로는 이른바 실천적 삼단논법(practical syllogism) 또는 당위추론(deontic inference)의 문제가 있다. 전통적으로 논리학은 진이거나 위인 명제, 즉 판단(기술명제, 서술문)에만 적용되는 것으로 생각되었다. 하나의 추론이 타당하기 위한 조건은 전제가 진일 경우 결론도 진이라는 것이다. 그런데 전제가 기술명제(판단)이 아니고 명령, 규범일 경우, 이러한 조건은 충족되지 않는다. 왜냐하면 명령, 규범은 진도 위도 아니기 때문이다. 이런 의미에서 당위추론(deontic inference)이란 넌센스가 아닌가 하는 것이 실천적 삼단논법 또는 당위추론의 문제점이다. 실천적 삼단논법의 문제에 대해서는, 심헌섭, 법철학1, 법문사, 1982, 252-267면 참조할 것.

8) 치펠리우스(김형배 역), 법학방법론, 삼영사, 1976, 137면.

9) 이와 유사한 논쟁이 미국에서의 제정법의 해석에 관한 이론에서도 나타나고 있다. 법해석의

기게 된다.

#### IV. 근대적 법학방법론에 대한 항의

삼단논법에 기초한 근대적 법학방법론은, 실제상 완전히 관철시키기는 어려운 것이 있음에도 불구하고, 근대법체계의 형성·발전기에는 일정한 역사적 역할을 담당한 것이었을 뿐만 아니라, 그 배후에 있는 법정정책적 요청 자체는, 오늘날에 있어서도 중요한 의의를 가지고 있다. 그러나 19세기말 이래의 사회경제적 구조의 변화에 따라 근대법체계가 동요하기 시작하자, 이러한 법학방법론을 고집하는 것이, 재판의 사회적 사명을 적절히 수행하는 것을 방해하는 경우도 있다는 것이 자각되게 되면서, 법학방법론상의 격렬한 항의가 제기되었다.

##### 1. 자유법운동과 이익법학

우선, 프랑스와 독일을 중심으로 19세기 말부터 20세기 초두에 걸쳐, S. 살레이유, F. 제니, E. 에를리히, H. 칸토로비츠 등을 대표적인 제창자로 하는 '자유법운동'이 일어나, 세계적 규모로 영향을 미치고, 재판관과 법학방법론에 일대전환을 초래하게 되었다. 자유법운동은, 법관이 일정한 범위 내에서 법창조적 활동을 하는 것을 승인하는 것에 의하여, 구체적 사안에 따라 새로운 법적 요청에 개별적으로 응하고, 기존의 국가제정법체계를 사회경제적 조건의 변화에 적응시키려고 하였다.<sup>10)</sup>

'법의 흠결'을 원리적으로 승인하는 것에 의하여, 법관을 국가법예의 엄격한 구속으로부터 해방할 것을 주장하는 것과 함께, 재판의 구체적 타당성을 확보하기 위해서, 법관이 이른바 '자유로운 법해석 내지 법발견'에 의하여 독자적인 법창조적 임무를 담당할 것을 강조하였다. 법관은 법흠결이 있는 경우에는, 국가법 이외의 법원에 의하여 재판하여야 할 뿐만 아니라, 무릇 재판에 있어서는 국가법지상주의와 개념논리편중의 태도로부터 벗어나, 당해사안의 구체적 사실관계에 적용한 형평한 재판을 꾀하여야 하고, 그러한 관점에서 법적 개념·논리를 목적론적으로 조작하여야 한다고 하였다.

또 법관이 그 법창조적 임무를 적절히 수행하기 위해서는 '자유법' 내지 '살아있는 법', 즉 현실의 사회생활을 규율하고 있는 관습법과 조리를 과학적으로 탐구할 필요가 주장되어, '법사회학'의 탄생을 촉진하게도 되었다.

기초는 입법자의 의도라는 '의도주의(원의주의)', 제정법이 꾀하고 있는 목적이라는 '목적주의', 제정법의 문언이라는 '텍스트주의' 간의 논쟁이 그것이다. 이 점에 대해서는, 박세일, 법경제학, 박영사, 1994, 686-696면, 참조할 것.

10) 자유법운동과 이익법학에 대해서는, 카우프만·하스머(심헌섭 역), 현대법철학의 근본문제, 박영사, 1980, 99-103면 참조.

거의 같은 무렵 독일에서, Ph. 헤크등에 의하여 주장된 '이익법학'은, 개념법학비판에 있어서는 자유법운동과 공동전선을 펴고, 그것과 많은 법이론적·사회적 성질을 공유하고 있었다. 그러나 자유법운동이 주장하는 자유로운 법해석 내지 법발견이 지나쳐, 법의 운용을 재판관의 주관적 감정에 맡겨버리는 '감정법학'에 빠지는 것을 피하기 위하여, "법률에의 충성"을 강조하는 점에 있어서, 자유법운동에 포함시키기 어려운 독자성을 가지고 있었다.

이익법학은, 법률을 이익충돌의 해결규준으로 파악하고, 개개의 법적 사안을 이 규준에 따른 이익형량에 기초하여 판정하는 것이 재판의 사명이라고 보았다. 법률해석에 있어서는, 이른바 '주관적 해석론'을 지지하고, 법의 흠결보충에 있어서도, 재판관의 완전한 자유재량을 배척하여, 재판관의 이익형량이 입법자의 가치판단에 구속되어야 한다는 것을 강조하였다.

자유법운동과 이익법학의 주장은, 점차 입법과 재판실무에도 침투되어, 재판의 법창조적 기능을 명확히 자각한 입법과 재판이 행해지게 되었다. 특히, 이 운동의 주장의 요약으로 보아지고 있는, 스위스민법 제1조<sup>11)</sup>는, 현재에도, 대륙법계국가의 민사재판의 지도원리로서 일반적으로 승인되고 있다.

## 2. 사회학적 법학과 리얼리즘법학

한편, 영미법계국가, 특히 미국에서도, 대륙에서의 재판관(觀)과 법학방법론의 변천과 거의 병행하여, 그 영향도 받으면서, 재판혁신운동이 전개되게 되고, 전통적인 개념논리편중의 기계적 법학의 재판관 대신에, 법창조적 임무를 자각한 기능적인 재판관이 유력해지게 되었다.

우선 19세기 말부터, O. W. 호움즈가, "법의 생명은 논리가 아니라, 경험이다", "재판소가 실제로 할 것의 예측, 바로 그것만이, 내가 법이라고 부르는 것이다", "일반적 명제가 구체적 사건을 결정하는 것은 아니다"는 등의 유명한 경구로, 법적 명제로부터의 형식논리적인 삼단논법추론에 의하여 법적 안정성이 확보된다고 하는 전통적인 생각은 환상에 지나지 않는다고 하여, 종래의 기계적 법학에 대한 비판의 화살을 퍼부었다. 그래서, 재판과정은 법관의 법창조적 선택활동이라고 하여, 법적 원리, 룰, 개념 이외의 정책적, 무의식적 요인이 중시되어야 한다는 것을 강조하는 새로운 재판관을 제창하고, 스스로 연방최고재판소 판사로서 실천하였다.<sup>12)</sup>

11) 문자상 또는 해석상 이 법률에 규정이 있는 법률문제에 대해서는 모두 이 법률을 적용한다. 이 법률에 규정이 없는 경우에는 법관은 관습법에 쫓아서, 관습법도 또한 존재하지 않는 경우에는, 자기가 입법자라면 법규로서 설정하였을 것에 쫓아서 재판하여야 한다. 전 2항의 경우에 있어서 법관은 확정된 확실 및 선례에 따라야 한다. 번역은, 광윤직, 민법총칙, 박영사 참조.

12) 호움즈의 사상에 대해서는, 최종고, 법사상사, 박영사, 1992, 413-415면 참조.

호움즈의 법에 대한 경험주의적·프래그마티즘적 경향은, L. D. 브랜다이스, B. N. 카도조등에 계승되고, R. 파운드에 의하여 '사회학적 법학'으로 체계화되었다.

파운드는 재판과정이, 법에 의한 사회통제에 있어서 중요한 지위를 점하고, 대립하는 제이익의 타협조정에 의하여 정의에 적합한 타당한 판결을 획득하는 법창조적 활동으로, 사법적 입법도 '사회적 효용의 원리'에 의하여 지배되어야 한다는 것을 강조하였다. 그는, 재판과정을 고정된 법적 룰의 기계적 적용이라고 생각하는 기계적 법학의 입장을 엄격하게 비판한 반면, 사회의 발전에 응하여 법이 탄력적으로 변화함에 있어서, 법적 안정성의 요청과 윤리적·이상적 요인이 점하는 역할을 중요시하고, 양자의 조정에 노력하여, 리얼리스트의 극단적인 주장에는 비판적이었다.

카도조는, 오랜 실무체험에 기초하여, 재판관이 입법자에 준하는 법창조적 임무를 가지고 있다는 것을 명확히 하고나서, 그 재판방법을 철학적방법·역사적방법·전통적방법 및 이들 세가지의 선택규준인 사회학적 방법으로 분류하고, 재판과정의 경험적 연구에 매진하였다.

한편 1930년대에 들어와 활발해진 '리얼리즘법학운동'은, 호움즈의 이른바 '법에 축설'을 계승하고, 그 일면적인 해석으로부터 출발하였다고 말할 수 있을 것이다<sup>13)</sup>. 이 운동에서 지도적인 역할을 한 K. N. 르웰린, J. 프랭크 등의 주장에는 상당한 차이가 보여지지만, 그 공통의 특징은, 법이라는 것은 결코 일반·추상적인 법적 룰 속에 있는 것이 아니라, 실제로 법을 창출하는 구체적인 판결 속에 있는 것이라는 생각에 입각하여, 실제의 재판과정에 대한 심리학적·사회학적 분석을 행하고, 전통적인 재판관과 법적 안정성이라는 생각에 가차없는 비판을 가했던 것이다.

비교적 온건한 르웰린은, 법적 룰·개념이 재판과정에서 결정적인 규제작용을 가진다고 하는 전통적인 사고방식에 회의적이었지만, 법적 룰·개념 자체를 사회생활의 요구에 적용시키고, 재판관의 행동을 실제로 규제하고 있는 규칙의 탐구에 의하여 오히려 실질적인 법적 안정성을 획득하는 것이 중요하다고 주장하였다.

그것에 대하여, 급진파 프랑크는, 이러한 '룰회의주의(rule-skepticism)'에 그치는 생각에도 비판적이고, 법적 안정성을 신화라고 통박하여, 판결의 내용을 실제로 결정하는 것은, 법적 추론보다도 오히려 재판관의 감정이라고 주장하였다. 또 재판에 있어서의 사실인정도, 재판관의 법적 판단에 의하여 가공된 것으로, 결코 실제대로의 사건의 재현은 아니기 때문에, 법적 룰·개념으로부터의 형식논리적인 삼단논법은, 판결을 사후적으로 합리화하기 위하여 이용되는 것에 지나지 않는다고 주장하여, '사실회의주의(fact-skepticism)'로까지 나아갔다.

재판의 비합리적 측면을 과장하는 측면도 있는 리얼리스트들의 재판관은, 당연히 전면적으로 수용되지 않았지만, 재판과정에 있어서의 법적 룰·개념과 논리 이외의 제

13) 미국의 리얼리즘법학에 대해서는, Schlegel/Hill, American Legal Realism & Empirical Social Science, University of North Carolina Press, 1995, 참조할 것.

요인에의 관심을 높이고, 전통적인 기계적 법학의 재판관의 극복에 도움을 주었다.

### 3. 2차대전 이후 일본의 법해석논쟁

일본에서는, 1950년대 전반에, 종래의 법학에 대한 불신·반성을 배경으로 하여, 來栖三郎과 川島武宜 등의 법학자의 문제제기를 직접적인 계기로 하여 이른바 '법해석논쟁'이 개시되었다. 그 이후 오늘에 이르기까지 매우 다양한 논의가 전개되고 있다<sup>14)</sup>.

우선, 來栖三郎은 법해석에 내재되어 있는 주관적 가치판단의 요소를 강조하면서, 이를 도외시하는 기존의 법학을 개념법학으로 비판하였다. 來栖는 개념법학을 '무엇이라도 기존의 카테고리 속으로 밀어넣고, 일체의 사상의 해결을 현존법규로부터 찾아내려는 방법'으로 이해하고, 이러한 개념법학이 법의 권위를 빌어 자신의 주관적 객관의 이름으로 주장하려고 하는 권위주의적 태도를 취하는 것, 법관의 자의의 배제 내지 법적 안정성의 기능이라는 명분을 너무 쉽게 제시하고 있는 것 등을 엄격하게 비판하였다.

그리고 재판에 의한 법창조기능을 승인하면서, 법해석에 대해서도 일정한 범위 내에서 복수의 해석의 가능성을 인정하고, 그 속에서 하나를 바른 해석으로서 선택하는 것은 개인의 '주관적 가치판단'에 의하여 이루어진다는 것, 따라서 법해석의 다툼은 형식적 이유가 아니라 실질적 이유에 기초하는 것이고, 정치상의 문제에 관련된 때에는, 해석의 결과에 대하여 정치적 책임을 져야 한다고 주장하였다.

來栖는 법해석을 제약하는 '틀'에 대해서도 언급하고 있는데, 고차의 법률규범에 의한 구속, 다른 법률규범과의 균형, 법적 가치판단의 체계적 정합성, 현존하는 사회관계를 전제로 할 것, 추론의 논리성의 제약을 그러한 '틀'로 들고 있다. 그러나 來栖는 이러한 '틀' 자체가 해석자의 가치판단에 의하여 좌우된다는 것을 강조하고, 기본적으로는 법규에 의한 제약보다도 현실의 사회관계에의 적합성의 요청을 중시하였다. 그래서 법해석의 바른 방법으로서, '법규범을 실정법의 규정으로부터의 논리적 연역에 의해서가 아니라, 현실의 사회관계의 관찰·분석에 의하여 그 중에서 우러나도록 해야 한다'는 '사회학적 방법'을 제창하였다.

來栖의 문제제기 이후 일본에서는, 법해석의 주관성에 대한 활발한 논의가 전개되었다. 碧海純一은, 1960년에, 그후 널리 이용되게 된 객관설과 주관설이라는 구분으로 이러한 논쟁을 정리하였다. 碧海는, 객관설과 과학성을 같은 뜻으로 이해하고, '역사의 발전이라든가 진보의 방향'의 과학적 인식에 의하여 가치판단의 바름의 객관적인 식별이 원리적으로 가능하다는 渡邊洋三등의 마르크스주의적 입장을 객관설의 전형으로 파악하고, 객관설은 '자연주의적 오류'에 빠지고 있기 때문에 지지하기 어

14) 일본에서의 법해석논쟁에 대해서는, 田中成明, 전거서, 355-365면 참조할 것.

럽다고 한다.

그리고 碧海 자신은, 사회학적 방법 기타 어떠한 방법에 의해서도 법해석에 있어서의 가치판단으로부터 주관적 요소를 배제하는 것은 원리상 불가능하다고 보는 주관설에 찬동하고, 법해석에 있어서의 '존재하는 사태의 이론적 인식'과 '존재하여야 하는 사태의 실천적 선택'을 가능한 한, 명확히 밝히고, '법해석에 수반하는 가치판단의 객관화의 제조건'을 탐구하는 것이 중요한 과제라고 주장하였다. 碧海는 그 후, K. R. 포퍼에 따라, 객관성을 '간주관적 논의(비판)가능성'으로 보는 입장으로 이행하였다.

來栖三郎과는 달리 川島武宜는, '법학의 과학화'라는 목표에 집착하였다. 그의 법학의 과학화구상은 시기에 따라 상당한 변화를 보이고 있지만, 가장 특색있는 주장을 한 것은, 1964년 신판 「과학으로서의 법률학」<sup>15)</sup>에서이다. 여기에서 川島는 재판의 선례를 소재로 하여 장래의 재판의 예견을 행하는 비해석학적 과학적 실용법학을, 재판현상에 대한 경험과학적 연구로서 구상하였다. 재판과정에 대한 리얼리즘법학의 견해에 강한 영향을 받아서, 판결중의 추상적인 해석적 법률론은 재판의 정당성의 설득 기술에 지나지 않고, 실무가에 맡겨두는 것이 좋다고 하여, 학문적으로 경시하고, 재판실무와 법학의 분업을 강조하였다. 그래서 경험과학으로서의 법률학은, 그러한 실무가의 실천활동을 대상화하여 인식하는 것에 의하여 비로소 진리성을 가질 수 있다는, 재판실무에 대한 외적 시점의 철저화를 꾀하는 법학론을 제시하였다.

이러한 예견적 법률학에 있어서의 판례연구의 구체적 방법에 대해서는, 판례규범 내지 판례가설의 구성은, 법해석과는 성질을 달리하는 것으로, 판결의 대상이 된 분쟁사실과 그 판결의 결론 양자로부터의 귀납적 논리에 의하여 정형적 사실과 정형적 결론을 상관적으로 추상화하고 구성하는 작업이라고 한다. 그리고 이러한 작업은, 재판관의 가치판단행동을 시야 속에 넣으면서도, 경험과학의 시점에서 객관적인 사실인식의 평면에서 행하고, 이렇게하여 구성된 판례가설은, 항상 장래의 재판에 의하여 검증되고 수정될 가능성을 포함하는 것이라고 보았다.

川島의 이러한 현실주의적인 판례연구방법론은, 당시의 판례연구붐을 배경으로, 그 후의 판례연구에 커다란 영향을 주었다고 한다. 그러나 리얼리즘법학의 영향이 강한 재판과정과 판례의 이해태도에 대해서는 비판도 많고, 또 판례가설의 구성이, 가치판단의 개입없이 사회학적 작업만으로 가능할 것인지도 의문스럽다고 비판되고 있다.

일본의 법해석논쟁은, 1960년대 중엽에 들어와, 加藤一郎이 '법규에 의하는 것이 아니라, 이익형량에 의한 실질적 타당성에 기초하여 결론을 구하고, 그것을 법규등에 의하여 이론구성한다'는 이익형량론, 星野英一이 '해석을 결정하는 것은, 오늘날 어떠한 가치를 어떻게 실현하고, 어떠한 이익을 어떻게 보호할 것인가 하는 판단이다'

15) 川島武宜, 科學としての法律學, 弘文堂, 1964.

는 이익형량론을, 민법해석의 방법으로 제시하자, 이 이익형량론의 시비가 그 후의 논쟁의 주요쟁점으로서 부각되었다.

이들의 이익형량론은, 첫째, 법관이 그 적극적인 법창조활동에 의하여 판결의 구체적 타당성을 확보하는 것을 기대하고, 그 능력을 기본적으로 신뢰한다는 점, 둘째, 이익의 비교형량·가치판단에 의한 타당한 결론의 획득 및 그 실질적 이유제시와, 법규·이론구성에 의한 결론의 형식적 이유제시를 구분하고 전자를 중시한다는 점, 셋째, 이익형량·가치판단에 있어서 법률가의 권위를 부정하고, 일반인의 상식을 존중하여, 일반인을 실질적으로 납득시킬 수 있어야 한다는 강조한다는 점, 넷째, 타당한 결론을 얻기 위해서는, 사회관계·이익상태의 차이에 의한 유형화의 필요성을 주장한다는 점 등에 그 특징이 있다.

## V. 새로운 법학방법론의 대두

오늘날에는, 판례법주의 아래에서도 성문법주의 아래에서도, 재판이 일정한 범위 내에서 일반적인 법적 기준을 정립하는 기능을 가지고 있고, 판결작성이 정도의 차는 있어도 창조적 활동이라는 것은, 그것을 사법적 '입법'이라고 하든, '법' 창조라고 부르든, 부정할 수 없는 사실로서 원칙적으로 승인되고 있다.

이제 논의의 초점은, 재판에 의한 법창조가 담당해야 하는 역할과 그것에 대한 제약, 그 합리성을 확보하기 위한 방법·기준의 해명으로 이행하고 있다. 그러나 이러한 제문제에 대해서는, 여러가지 견해가 예리하게 대립하고 있고, 결정적이라고 말할 수 있는 것은 아직 찾아지지 않은 상태이다.

최근의 법학방법론은 크게 세 가지 방향에서 전개되고 있다. 첫째는, 실증주의적인 귀납·검증(반증)과 형식논리학적인 연역 이외에도, 합리적인 정당화와 논의의 가능성을 인정하는 실천철학적 입장에서, 법적 논의 독자적인 합리성을 해명하려고 하는 '법적 논의의 이론', 둘째는, 근대경제학의 미시경제분석방법을 법제도의 분석·평가에 적용하려고 하는 '법과 경제학' 접근방법, 셋째는 하드·케이스에 있어서도 '유일하게 바른 답'이 존재하며, 법관은 원리에 구속되고, 판결은 개인의 권리의 존중·보호에 관한 '원리논거'에 의하여야 한다고 주장하는 R. 드워킨의 '권리기저적 재판·법해석론'이 그것이다.

### 1. '법과 경제학' 접근방법

'법과 경제학' 접근방법이라는 것은, 근대 경제학의 미시경제분석의 방법, 특히 시장 메커니즘에 의한 효율적인 자원배분을 합리성기준으로 하는 비용·편익분석(cost-benefit-analysis)을, 사법제도를 중심으로 모든 법제도의 분석·평가에 적용

하려고 하는 어프로치이다<sup>16)</sup>. 70년대 이래, 미국에서, R. A. 포스너 등의 시카고학파와 G. 칼라브레시의 예일학파를 중심으로 융성하고, 현재에는 세계적으로 영향을 미치고 있고, 널리 주목을 모으고 있다. 시카고학파가, 효율성 한 가지 만을 강조하는 자유시장 만능주의인 것에 대해서, 예일학파는, 정의·형평에 의한 효율성의 제약에도 배려하고, 시장의 효율적인 작동의 확보를 위한 국가의 개입을 인정하여, 정치경제적 입장은 상당히 차이가 나고 있다. 또 이 접근방법은, 미시경제학 모델에 의하여 법제도나 그 변경의 효과를 설명·기술하는 '실증적 분석'과, 어떠한 제도설계·법적 결정이 바람직한가에 대하여 제안하는 '규범적 분석'으로 분류되지만, 양자는 중첩되고 있고, 법률학적 방법론과 직접 관련된 것은, 규범적 분석이며, 외적 시점에서의 법률학적 방법론의 한 가지 전형이다.

### (1) 기본개념과 방법

법과 경제학 접근방법에 있어서, 효율성은, 일반적으로 파레토기준에 따른 효용극대화에 의하여 판정된다. 그러나 포스너 등은, 잠재적 파레토기준이라든가 보상원리라고 불리는 '칼도· Hicks기준'에 의하여 판정된다고 하고, 그 현실의 판정의 지표로서, 재화·서비스에 대하여 사람이 지불해도 좋다고 하는 화폐가치를 측정하여, 가장 높게 평가하는 사람에게 그것이 귀속되도록 제도설계·평가를 해야 한다는 '부의 극대화' 이론을 사용한다.

법과 경제학 접근방법은, R. 코스가 "사회적 코스트의 문제"(1960)에서 시장의 실패의 한 가지 예인 '외부불경제'의 '내부화'에 관하여 제시한 '코스의 정리'를 출발점으로 한다. 이 정리에 의하면, 환경오염 등의 외부불경제문제에 과세·보조금방식으로 대응하지 않아도, 거래비용이 무시될 수 있는 경우에는, 당사자 간의 자주적인 거래교섭에 의하여, 손해방지비용 등의 외부비용을 어떻게 부담시킨다고 하여도, 파레토최적의 자원배분이 실현될 수 있고, 법적 권리를 어떻게 할당하는가는 효율성에 영향을 미치지 않는다고 한다. 그리고 거래비용이 걸리는 경우에는, 법적 권리의 할당이 효율성에 영향을 미치지만, 이 할당에 대해서는, 칼라브레시가, 코스의 정리를 응용하여, 가장 낮은 비용으로 손해나 위험을 회피할 수 있는 자에게 부담시키는 것이, 비용을 최소화하고 효율적이라는 '최소비용 손해회피자의 원리' 등, 비용부담·권리할당에 관한 일련의 가이드 라인을 제시하고, 이러한 가이드 라인이 타당하는 완전경쟁시장에 가능한 한 가깝도록 현실의 시장을 규제하고 거래를 유도하는 룰을 작성해야 한다고 한다<sup>17)</sup>.

'법과 경제학' 접근방법에 있어서는, 이처럼, '법은 시장을 모방해야 한다'는 시장

16) 법경제학의 개요에 대해서는, Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Company, 1977, 15-24면 참조할 것.

17) 이 점에 대해서는, 박세일, 전계서, 73-96면 참조할 것.

모방이론이 기초로 되어 있지만, 시장에 있어서의 개인의 합리적 자율적 행동이라는 과정, 거기에서 생기는 효율성이라는 결과의 어느 쪽을 모방해야 하는가 등에 대해서는, 견해가 나누어져 있다.

이러한 시장모방이론에 따라 할당된 법적 권리를 어떻게 보호할 것인가에 대해서는, 칼라브레시와 멜라메드가, 첫째, 소유권 룰, 둘째, 배상책임 룰, 셋째, 불가양성 룰의 세 가지 방식으로 나누어 효율성의 관점에서 분석하고 있다<sup>18)</sup>. 어떤 권리가 소유권 룰에 의하여 보호되고 있는 경우에는, 그것을 침해하려고 하는 제삼자는 미리 권리보유자의 합의를 얻지 않으면 안되고, 합의되지 않는 한, 권리보유자가 제삼자의 권리침해를 전면적으로 금지할 수 있다. 배상책임 룰에 의하여 보호되고 있는 경우에는, 제삼자는 그 권리를 자유롭게 침해하여도 상관없지만, 사후적으로 손해를 배상하지 않으면 안된다. 그러나 배상액은 법원에 의하여 결정되기 때문에, 권리보유자가 요구하는 대가와 동액일 필요는 없다. 따라서, 거래에 비용이 걸리는 케이스에서는, 소유권 룰 쪽이 배상책임 룰보다도 거래에 큰 비용이 걸리고, 파레토 열위의 현상이 유지될 가능성이 있고, 효율성의 관점에서는 부적절하게 된다. 그것에 대하여, 배상책임 룰의 경우는, 일종의 강제적인 권리이전에 의하여 파레토 우위의 상황으로의 이행이 가능하고, 효율성의 관점에서 적절한가 어떤가는, 배상액의 산정문제에 달려 있다. 또 어떤 권리를 불가양성 룰에 따라 보호하는 것은, 무엇인가의 다른 사회적으로 선한 것의 촉진·보호를 위하여 효율성을 문제로 하지 않는다는 결정에 다름아니고, 신체의 자유, 투표권 등, 일정한 권리의 이전은, 가령 권리보유자가 원하여도, 금지된다.

법과 경제학 접근방법은, 이상과 같은 기준과 분석방법을, 불법행위법 만이 아니라, 사법의 주요영역, 또 소송법, 형법, 헌법 등의 영역에까지 확대하고, 종래의 법적인 논의에서는 간과되는 경향이 있었던 효율문제를 예리하게 부각시켜서, 그 의의나 당부를 둘러싼 논의가 활발하게 전개되고 있다.

## (2) 그 의의와 문제의 소재

법과 경제학 접근방법이, 법적 분쟁의 자주적인 방지·해결에의 인센티브와 관련하여 효율문제를 분석하고, 법시스템의 설계·운용에 있어서의 중요한 '토포스'를 제시하고 있는 것의 의의는, 바르게 평가되어야 할 것이다. 그러나, 그 출발점으로 되어 있는 정리나 원리는, 거래비용이나 손해방지비용 등의 외부비용을 화폐라는 일원적 척도로 환산할 수 있고, 더구나 그들에 관하여 완전한 정보가 존재하고 있는 경우에는 적용가능하지만, 법적 분쟁의 경우, 생명이나 신체에 대한 위해가 얽힌 문제에 한하지 않고, 이러한 정리나 원리의 적용의 전제조건 자체가 심각한 분쟁의 대상인 경

18) Calabresi/Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability", 85 Harvard Law Review 1089, 1972 참조할 것.

우가 많고, 바로 그 때문에 법적 규제가 필요하게 된 것이다. 권리의무나 책임에 관한 법적 규정이 있어서 비로소, 이러한 정리나 원리가 적용가능하게 되는 것은 아닐까.

이러한 효율측정기준의 적용가능성에 관한 문제 외에도, 법적 관점에서는, 비용을 누구에게 부담시키는 것이 공정하고 정의에 적합한 것인가라는 분배문제를 시야에 넣고 있지 않는다는지, 고려하여도 부차적 위치밖에 주지 않고 있다는, 결정적인 한계가 있다. 또 무엇이 효율적인가 하는 결과가 사전의 권리의 분배상황에 따라 좌우되는 것도 문제일 것이다. 효율 만이 법적 제도의 평가기준이고, 정의도 효율로 환원가능하다고 하는 극단적인 입장을 지지하기 어려울 뿐 만 아니라, 분배의 공정·정의도 경제적 효율과 나란히 중요한 평가기준으로 보는 견해에 있어서도, 전반적으로 효율에 웨이트를 둔 양자 간의 트레이드·오프를 인정하는 경향이 강하다.

확실히 입법과정에서는, 비교적 자유롭게 트레이드·오프의 문제를 논의하고, 아무리 정의에 적합한 목적이라도, 그 법적 실현에 막대한 비용이 걸리는 경우 등에는, 효율을 정의에 우선시키지 않을 수 없다는 경우도 있을런지 모른다. 그러나, 일정한 기본적 인권등, 입법단계에서의 효율과의 트레이드·오프도 금지하는 정의가치가 있는 것도 간과해서는 안된다. 재판과정인 경우에는, 실정법상의 권리의무·책임의 규정을 비롯하여, 이러한 트레이드·오프에 대한 법적 제약은 한층 더 강해진다.

법과 경제학 접근방법은, 효율성기준의 적용이라는 목적·수단 모델과 자주적 거래 교섭의 존중이라는 타협적 조정 모델의 양 성질을 가지고 있지만, 법적 사고에의 그 도입에 대해서는, 신중한 검토가 필요할 것이다.

## 2. R. 드워킨의 '권리기저적 재판·법해석론'

드워킨은, 하드·케이스에 있어서의 이익형량에 대하여 법관의 재량에 의한 입법적 창조활동을 인정하는 H. L. A. 하트의 사법적 재량론을 비판하여, 하드·케이스에 있어서도 '유일하게 바른 답'이 존재하고, 법관은 룰 만이 아니라 원리에도 구속되며, 판결은 '정책논거 (arguments of policy)'가 아니라, '원리논거 (arguments of principle)'에 따라야 한다고 주장하고<sup>19)</sup>, 그의 견해를 둘러싸고 활발한 논의가 전개되고 있다.

최근에는, 드워킨은, 해석학의 영향도 받아 '통합으로서의 법'이라는 구성적 해석 이론을 제창하고, 장래에의 전망·전개도 배려하면서, 과거의 제정법이나 판례와의 정합성을 가능한 한 추구하고, 그들의 배후에 있는 원리에 기초하여 법실천 전체를 가장 잘 정당화할 수 있는 해석에 의하여 현시점에서의 법적 권리의무를 확정하여야 한다고 하지만<sup>20)</sup>, '원리논거'와 '정책논거'의 대비는 기본적으로 계승하고 있다.

19) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard Univ. Press, 1977, 150-206면 참조.

이러한 드워킨의 재판·법해석론은, 법관의 내적 시점을 말하자면 전체화하는 이론이고, 외적 시점을 철저화하는 '법과 경제학' 접근방법과는 대조적이며, 이익형량론에도 비판적이다. 현재 법관 등의 실무가나 헌법학자를 중심으로, 상당히 널리 주목되고 영향을 미치고 있다.

드워킨이 말하는 원리논거는, 개인의 권리의 존중이나 확보라는 것에 의하여 정치적 결정을 정당화하는 방식이고, 정책논거는, 사회 전체의 집합적 목적의 촉진이나 보호라는 것에 의하여 정당화하는 방식으로, 그의 재판이론은, 그의 독특한 반공리주의적인 '권리 테제'에 기초하고 있다. 그 테제에 의하면, 개별화된 정치적 목적으로서의 권리는, 사회의 집합적 목적에 대한 개인의 정치적 '정치적 방패'으로서, 예를 들어 그의 권리가 일정한 정책에 의하여 탄생한 것이라도, 일단 제정법 등에 의하여 제도화되면, 원리의 문제로 전화되고, 이미 정책논거에 의하여 좌우되지 않게 된다. 권리는, 권리보지자인 특정의 개인에게 이익·부담을 똑같이 일관하여 배분하는 것을 요구하는 것과 함께, 그 정의상, 사회 전체의 이익이 약간 증가한다는 이유만으로는 권리의 부정을 정당화할 수 없다는, 사회적 목표 일반에 우선하는 최저한의 방어적 웨이트를 가지고 있고, 긴급한 정책이나 다른 개인의 권리에 의하여 좌우되는 경우는 있어도, 단지 사회 전체의 복지나 경제적 효율 등의 사회목표에 의하여 제약하는 것은 허용되지 않는다. 그리고, 그의 권리이론에 있어서는, 권리는, 배경적 권리와 제도적 권리, 추상적 권리와 구체적 권리로 구분되지만, 하드·케이스는, 구체적 권리를 승인하거나 부인하거나 하는 것에 의하여 판정되고, 법적 제도의 자립성 때문에, 그 경우에 법관이 의거하는 구체적 권리는, 배경적 권리보다도 제도적 권리, 다른 어떤 형태의 제도적 권리보다도 법적 권리가 아니면 안된다고 한다.

하드·케이스에 있어서도 '유일하게 바른' 법적 결정이 항상 존재한다는 그의 재판이론, 권리와 효용·효율을 원리적으로 대립하는 범주로 보는 반공리주의적인 권리기저적인 이론 등, 드워킨의 리버럴한 정치이론의 기본적 입장에 대해서는, 여러 가지 비판이 가해지고 있다. 그러나 그러한 입장에 전면적으로 가담하지 않는다고 해도, 법적 사고에 있어서 원리논거가 일반적으로 정책논거에 우선하는 웨이트를 점하고 있다는 주장 자체는, 기본적으로 적절한 방향을 지시하고 있다고 생각된다. 재판의 제도적 구조의 대상면의 제약원리에서 보아도, 특정한 분쟁당사자 간의 법적 권리의무의 존재·내용의 확정이라는 것이, 사법적 결정에 있어서 중추적 위치를 점하고 있고, 이른바 사법적 입법을 행하는 경우에도, 정책문제를 취급하는 방식은, 입법부와 같은 것은 아니고, 역시 사법적 재판 독자의 방식에 의하여야 하고, 드워킨의 이상과 같은 견해는 그 핵심적 특질을 파악하고 있다고 보아도 좋을 것이다.

드워킨이 말하는 정책논거는, 공리주의적인 목적·수단 모델의 방법의 한 가지 전형

20) Dworkin, Law's Empire, Harvard Univ. Press, 1986, 225-275면 참조

이라고 이해되지만, 제정법 등의 실정법규범이 정책목표나 이익·부담의 분배 등을 둘러싼 분쟁에 일정한 결말을 내리고, 그것을 법적 권리의무관계로서 규범적으로 고정화하는 것을 꾀하는 것인 이상, 개개의 법적 논의·결정에 있어서 정책논거가 원리논거에 우선하는 것을 인정하는 것은, 단지 사법부의 권한이나 능력을 뛰어넘는 것일 뿐 아니라, 일반적 기준의 정립과 그 적용·준수라는 법시스템의 기본적인 기능양식에도 반하고, 법의 지배와 상충되지 않을 것이다.

물론, 한 마디로 권리라고 해도, 드워킨도 인정하고 있는 것처럼, 다종다양한 것이 층층적 구조를 취하여 존재하고 있기 때문에, 구체적 사례에 있어서 같은 레벨에서 권리가 대립하는 경우 등에는, 원리논거만으로 결말을 내리는 것은 불가능하고, 권리 상호의 비교형량에 있어서 정책문제에 대한 논의·판단을 하지 않으면 안된다. 그렇지만, 이 경우에도, 정책논거에 직접 의거하는 것은, 소수자나 약자의 권리의 확보·실현에 불리한 결과를 초래하기 쉽기 때문에, 정책논거는, 원리논거와 같은 레벨에서 서로 대항하며 구체적인 법적 권리의무의 존부·내용의 확정을 직접적으로 좌우할 수는 없지만, 서로 대립하고 있는 원리논거의 어느 쪽을 우선 선택하는가에 있어서, 간접적으로 이용되는 것에 그쳐야 할 것이다.

### 3. 법적 논의(juristische Argumentation)의 이론

독일에서는 1950년대부터, 법적 사고의 합리성기준을 그 시대에 지배적인 외부의 논리학·과학에서 구해 왔던 종래의 입장을 바꿔서, 고대 그리스·로마 이래 오랜 전통을 자랑하는 법실천 내부에서 구축하여 왔던 법 독자의 합리성을 그것에 적합한 지적 지평에서 파악하려고 하는 기운이 높아져 왔다<sup>21)</sup>.

매우 일찍 이러한 방향에의 시좌전환을 제창한 것은, 오랫동안 재판실무에 종사한 후에 학계에 들어왔던 독일의 법철학자 Th. 피벡이었다. 그는, 그의 주저 「토픽과 법률학」(초판, 1953)에서, '법의 지혜(iuris prudentia)'에 독특한 복잡한 사고양식이, 원래 고대·중세에 레토릭이나 토픽과 밀접하게 결부되어 형성되어 왔다는 것에 입각하여, 구체적 문제의 지금 여기에서의 바른 해결의 부단한 탐구라는 법적 사고의 기본적 과제는, 연역적 공리론적인 '체계사고'가 아니라, '문제사고'의 술인 토픽에 의하여 행해져야 하고, 그 논의의 구조나 합리성기준은, '상황적' 사고양식인 레토릭적 지평에서 비로소 충분히 해명할 수 있다는 것을 역설하였다. 그의 이러한 제언은, 법적 사고를 '교의학적 사고'와 '탐구학적(zetetisch) 사고'의 상호전환적인 동태적 통합으로 파악하는 견해와 함께, 찬부 양론, 활발한 논의를 야기시켰고, 법률학에 있어서의 레토릭적·토픽적 지평이나 교의학적 계기를 방법론 논의의 중요 쟁점으로 부

21) 법적 논의의 이론에 대한 개괄적 소개에 대해서는, Neumann, Juristische Argumentationslehre, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986 참조할 것.

상시켜서, 지혜의 지적 지평의 재평가를 촉진하게 되었다.

주목해야 할 것은, 이러한 법률학 내부에서의 동향이, 근대적인 지적 지평의 한계를 실천이성으로서의 지혜의 재인식에 의하여 초극하려고 하는 실천철학 복권운동과 연동하고 있다는 것이다. 이러한 연관을 단적으로 보여주고 있는 것은, 50년대 말 이래, 실천철학의 복권을 둘러싼 유력한 조류를 구축한 철학자들이, 실천적 추론·논의에 독특한 논리나 합리성의 해명의 모델로서, 자연과학·수학에 대신하여, 재판절차, 법정변론, 법의 해석·적용 등의 법적 제도·실천에 착안하여야 할 것을 강조하고 있다는 것이다.

예를 들면, '신레토릭'론의 제창자인 벨기에의 철학자 Ch. 페렐만은, "철학자가 법학자에게서 배울 수 있는 것" (1966)이라는 논문에서, 데카르트 등의 고전적 합리주의의 완전한 의지 내지 전능의 이성을 상징하는 절대적 모델과 대비시키면서, 법률학 모델이, 불완전한 인간적인 의지와 이성의 변증적 논의를 실효적으로 조직화하고, 의견의 대립 속에서 힘의 행사를 배제하면서 적절한 이유(good reason)에 의하여 정당화된 이치에 적합한(reasonable) 결정으로 이끄는 절차로서, 역사적 상황에 제약되면서도 결코 자의적인 것은 아니라는 것을 강조하고 있다. 그리고 철학도, 합리적인 결정과 행동을 이끄는 실천이성에 대해서는, 과학에 대신하여, 법률학과 공통의 특징에서 배워야 할 시대가 도래하고 있다고 시사하고 있다.

그 외에도, '이유탐구적 어프로치(good reasons approach)'의 기초를 구축한 일상언어학파의 철학자 툴민도, 「논의의 용법」(1958)에서, 주장의 정당화나 논의의 평가에 관한 이론인 '실용적 논리학(working logic)'은, 수학보다도 오히려 법률학을 모델로 해야 하고, "논리학은 일반화된 법률학이다"고 주장하고 있다. 그에 의하면, "소송은 바로 특별한 종류의 합리적 논쟁이고, 그러기 위해서 논의의 절차와 룰이 여러 제도 속에 편입되어 강화되고 있다"는 것이고, 논의의 합리적 과정을 법률학과의 비유에 의하여 해명함에 있어서의 주제는, "단지 법(ius)에 대해서만이 아니라, 보다 일반적으로 이성(ratio)에 대한 지혜(prudentia)로 될 것이다"로 보고 있다. 또 독일의 철학자 H-G. 가다머의 해석학(Hermeneutik)은, 독일의 법률학적 방법론만이 아니라, 현대 영미법리학의 제일인자 R. 드워킨이 「법의 제국」(1986)에서 제시한 구성적 법해석론에도 영향을 미치고 있지만, 이 가다머도, 주저 「진리와 방법」(1960)에서, 그의 철학적 해석학의 하나의 범형을 법의 해석·적용이라는 실천에서 구하고 있다.

최근에는, J. 하버마스의 '담론윤리학'을 비롯하여, 실천적 논의에 독자적인 논리구조나 합리성기준의 해명을 꾀하는 일반이론이, 툴민 등의 이유탐구적 어프로치나 신레토릭론의 성과에 입각하면서, 다채롭게 전개되고 있다. 그리고 이러한 일반이론의 성과에 입각하여, 법률학적 방법론을 실천철학적 지평에서 재구축하려고 하는 경향이 유력해지고 있다.<sup>22)</sup>

예를 들면, 독일의 법철학자 R. 알렉시는, 「법적 논의의 이론」(초판, 1978)에서, 법적 논의를 일반적 실천적 논의의 한 특수사례로서 파악하고, 양자의 상호의존관계나 이동 등의 분석에 의하여 법적 논의의 합리성의 식별기준을 논구하고, '실천이성의 한 특수분야로서의 법률학'의 가능성과 그 방법을 명확히 하려고 시도하였다. 그 후에도, 실천이성의 절차주의적 이해에 기초하여, 법률학적 방법론만이 아니라, 법시스템론·기본권이론도 시야에 넣고, 논의와 절차를 기축에 놓은 법이론을 전개하고 있다. 영국의 법철학자 N. 맥코믹도, 「법적 추론과 법이론」(1978)에서, 법이나 법적 추론에 관한 이론은 "실천이성과 그의 여러 한계에 관한 어떤 일반이론을 기초로 하지 않으면 안된다"는 입장에 서서, "법적 추론은 고도로 제도화되고 형식화된, 도덕적 추론의 한 특수유형이다"고 파악하고, 울트라 합리주의와 완전한 비합리주의의 양극단을 피하면서, 법적 추론의 여러 양식을 통합적으로 음미하고 위치지우려고 시도하였다. 그 방법론적 기초는 상당히 다르지만, 알렉시 등과도 크게 중첩되는 지적 지평에서, 독자적인 '제도론적 법이론'을 전개하고 있다.

일본에서는, 비교적 이른 시기에, 법관이었던 中村治郎이 「재판의 객관성을 둘러싸고」(1970) 속에서, 피백, 페렐만, 톨민 등의 견해를 긍정적으로 받아들여 논의를 전개하고 있다. 그러나 법률학적 방법론에 있어서 이러한 방향에의 과도수정이 제창되기 시작한 것은, 실천철학의 복권이나 레토릭의 재평가가 사상계의 관심을 모으게 된 1970년대 말이 되어서부터이다. 법적 논의에 독자적인 합리성을 실천철학적 입장에서 해명하려고 하는 이상과 같은 여러 조류는, R. 드워킨의 재판·법해석이론 등과 함께, 일본의 법률학방법론에도 점차 영향을 미쳐가고 있고, 현대형 소송의 속발이나 민사소송이론의 새로운 전개 등과도 연동하여, 법적 논의나 재판절차 등, 법적인 것의 지적인 깊이와 넓이를 그것에 적합한 지적 지평에서 바르게 이해하려고 하는 기운도 높아지고 있다.<sup>22)</sup>

그러나, 고전적인 실천지 내지 지혜를 실천철학으로서 재생시키려고 하는 여러 조류는, 독일의 법학자 M. 크릴레의 표현<sup>24)</sup>을 빌리자면, "무엇이 행해지고 무엇이 타당해지는 것이 이성적인가라는 실천적 질문에 대해서도, 합리적인 논의에 의한 상호이해의 획득이 가능하다"고 보는 출발점이나 "실천적 판단을 합리적으로 기초지우는 것이 가능하다"고 보는 기본사상에 있어서는 공통하고 있지만, 그 의거하는 방법론적 기초나 이론적·실천적인 관심방향에는, 상당히 근본적인 대립도 보여지고 있다.

22) 하버마스 이론의 법학적 측면에 대해서는, 심현섭, "독일철학 및 법철학에서의 정의론의 동향", 법학 통권93호, 서울대 법학연구소, 1993, 12, 40-47면 참조.

23) 일본에서의 논의에 대해서는, 田中成明, 전거서, 375-376면 참조.

24) Kriele, Recht und praktische Vernunft, 1979, 5면

## VI. 결 론

구체적 사례의 법적 평가문제를, 일반·추상적인 법규를 대전제로 하고, 구체적인 사실관계를 소전제로 하여 삼단논법에 의하여 결론을 도출하는 '이론적 인식'의 문제라고 파악하는 근대적인 법학방법론에 대하여 20세기초부터 항의가 제기되어, 오늘날에는 구체적 사례의 법적 평가문제를 이론적 인식의 문제로 보기 보다는 실천적 평가의 문제로 보는 것이 일반화되었다. 그래서 문제의 초점은 법적 사고가 이론적 인식이 실천적 평가인가 하는 점이 아니라, 실천적 평가로서의 법적 사고의 합리성을 어떻게 보장할 것인가 하는 점으로 옮겨져 있다.

특히 최근에는 법의 기능이 현저하게 확대·다양화되고, 이에 따라 전통적인 분쟁지향형 소송 이외에 이른바 '정책지향형 소송'이라는 현대형 소송도 증가함에 따라, 실천적 평가로서의 법적 사고에 발전된 정책학적 요소를 도입해야 할 필요성이 커지게 되었다. 전술한 '법과 경제학' 접근방법은 그러한 필요성이 응하는 가장 대표적인 이론이라고 할 수 있다.

그러나, 법적 사고에 이러한 정책학적 요소를 도입함에 따라, 법적 사고를 이론적 인식의 문제로 설정시키려고 했던 근대적 법학방법론에 내재해 있던 정책적 요소, 즉, 법관의 자의를 배제하고, 개개인의 권익을 평등하게 보장하려고 하는 목표가 약화되는 측면이 부각되지 않을 수 없게 되었다. 드워킨의 '권리기저적 재판·법해석론'은, 법적 사고에 정책학적 요소를 도입함으로써 나타나게 되는 이러한 문제점을 성공적으로 부각시키고 있다.

'법적 논의의 이론'은, 이상과 같은 딜렘마에서 벗어나는 실마리를 보여주고 있는 것으로 생각된다. '법적 논의의 이론'은, 논의의 절차에 주목하는 방법으로 상호모순적인 요청들간의 갈등에 대해서도 적절한 절차를 통한 합리적 논의와 합의에 의해서 합리적인 결론을 이끌어내는 가능성을 긍정하고 있다. '법적 논의의 이론'에서 핵심적인 과제는 논의절차의 기준을 마련하는 일이고, 그것이 자칫 절차만능주의로 잘못 이해될 우려도 없지 않지만, 법적 논의를 포함한 실천적 논의의 위상을 설득력 있게 제시하고 있다는 점은 높이 평가하지 않을 수 없을 것이다.

이상과 같은 관점에 입각하면서 법적 사고와 정책적 사고의 차이점 및 그 관계를 생각한다면, 다음과 같은 결론이 가능할 것이다. 법적 사고와 대비되는 의미의 정책적 사고는, '타협적 조정모델'과 '목적·수단모델'로 크게 나누어 볼 수 있을 것이다. 이에 대하여 법적 사고는 '포섭모델' 또는 '요건·효과모델'이라 할 수 있다.

이 경우, '타협적 조정모델'이라 함은, 무엇인가의 규범적 판단구조에 의무론적으로 구속되는 것이 아니라, 관계자의 그때마다의 교섭에 의하여, 서로 합의가능한 타협안을 찾아 이해조정을 꾀하는 것을 말한다. 특히 경제나 정치의 영역에서 일반적으로 사용되고 있다. '목적·수단모델'이라 함은, 일정한 목적을 실현하는 데 가장 효

울적인 수단을 선택한다는, 공리주의적 고려에 기초하여 결정을 정당화하는 것을 말하고, 특히 행정의 영역에서 중시되고 있다.

그러나 근대적인 법의 지배의 원리는, 정치·행정·경제 등의 영역에서의 활동이 준거할 기본적 구조를 미리 법에 의하여 일반적으로 규정하고, 사법적 재판에도, 구체적인 위법행위에 대한 사후적 개별적인 구체·제재를 같은 법적 기준의 적용에 의하여 행하는 것을 요청하는 것이다. 그러므로, 법적 사고의 요건·효과모델의 존재이유도, 타협적 조정모델과 목적·수단모델을 원리적으로 배제내지 제약하는 것에 의하여, 자의적인 재량행사를 억제하는 것에서 찾아진다. 이런 점에서 현대적인 법시스템 아래에서도 요건·효과모델이 구조적으로 사법적 재판·법적 사고의 중추에 위치하고 있고, 목적·수단모델과 타협적 조정모델은, 요건·효과모델과 같은 레벨에서 대신할 수 없고, 보조적 수법으로서 다른 레벨, 구체적으로는 요건·효과모델의 요건, 법적 삼단논법의 대전제의 내용을 확정하는 단계에서 도입·활용되는 데 그칠 수밖에 없을 것이다.

다만, 법적 사고에 있어서의 이익형량·가치판단에 타협적 조정모델 또는 목적·수단모델의 방법을 도입하는 경우에도, 그 조정의 절차과정의 공정이나 결과의 설득력의 확보에 대해서 각별한 배려가 필요할 것이다. 특히 이러한 조정의 절차과정에서의 양당사자의 대등하고 주체적인 참가보장이 실효적으로 행해지고, 그 정당화이유가 일반화의 요청을 충족하고 있어야만, 자의적 판단을 배제할 수 있을 것이다.