creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

**저작자표시**. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

**비영리**. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

**변경금지**. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

**저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.**

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

# 미국 제정법 해석에서의 신문언주의 방법론에 관한 고찰

## - John F. Manning의 법이론을 중심으로 -

**2016년 8월**

서울대학교 대학원

법학과

이 상 윤

# 국문 초록

이 논문은 미국에서의 제정법 해석 방법에 관한 여러 논의들을 검토해 보고, 특히 신문언주의(The New Textualism)의 법이론적 내용과 실천적 방법론을 고찰하였다. 미국 역사상 여러 법사상들이 등장하였다가 사라졌고, 그에 따라 다양한 제정법 해석방법론이 전개되다가 20세기 전반 이후 1970년대까지는 고전적 의도주의 내지 강한 목적주의에 기반을 둔 전통적 방법론이 미국 연방대법원의 실무를 지배하였다. 그러나 1980년대 이후 미국 연방대법원의 Antonin Scalia 대법관, 미국 제7연방항소법원의 Frank H. Easterbrook 판사 등이 전통적 방법론을 비판하면서 신문언주의(The New Textualism) 방법론을 제창하였고, 그 후 신문언주의는 현재까지 미국 연방대법원의 실무에 상당한 영향을 끼쳐 왔다. 또한 Harvard Law School의 John F. Manning 교수는 신문언주의의 이론을 보다 정교하게 구축하여 왔다.

Manning은 신문언주의가 다른 방법론들보다 이론적으로 우수하다는 주장의 주된 논거로서 미국의 헌법적 구조에 부합한다는 점을 제시한다. 입법, 행정, 사법의 연방 국가기관들이 가지는 권한의 범위와 한계가 궁극적으로 연방헌법에 의하여 규정된다는 점을 받아들인다면, 사법부가 법률을 해석하는 권한은 헌법에 근거한 것이므로, 사법부가 제정법 해석 방법론을 적용하는 것의 타당성은 헌법을 참조함에 의하여 정당화되어야 한다는 것이다. 법률 해석은 국가기관들 사이의 마주침이고, 법원이 어떠한 법률 해석 방법론을 취하는가에 따라 의회 등 정치적 기관과 법원 사이의 권한 배분이 달라진다는 Manning의 통찰은 충분히 강조되어야만 한다.

신문언주의자들은 미국 연방헌법의 구조에 반영된 법의 지배, 민주주의, 권력분립의 원칙 등과 같은 가치들로부터 도출된 입법부 우위의 원

칙에 기하여 법원은 의회의 충실한 대리인으로서 의회가 법률로 제정한 문언에 따라야 한다는 이론을 그 헌법적·정치이론적 기초로 삼는다. 이 논문에서는, 신문언주의자들이 '객관화된 의도' 개념, 의회의 입법적 타협 및 입법 목적에 관한 선택의 존중, 헌법적 구조 논거와 입법절차에 대한 긍정적 시각의 채용 등과 같은 법이론의 내용들을 전개하면서, 입법부의 우위는 법률 문언의 의미에 따라 법률을 해석하는 신문언주의 방법론에 의하여 가장 잘 이루어질 수 있다고 논증하는 과정을 서술하였다.

또한 신문언주의 방법론의 실제 적용을 이해하기 위해서, 그 구체적인 해석목표와 해석방법, 신문언주의자들이 말하는 '문언'의 의미가 무엇인지, 신문언주의자들은 어떠한 경우에 법률 문언과 다른 해석을 허용하는지, 그 근거와 기준은 무엇인지 등의 주제들에 관하여, 구체적인 판례 분석을 통한 고찰을 시도하였다.

한국의 입법부와 사법부 사이의 관계에 관한 헌법적 구조와 사법부의 국가기관으로서의 정당성 문제, 우리 법률의 해석 방법론에 관한 학계와 법원의 논의도 이 논문 후반부에서 중요하게 다루어진 주제이다. 이 논문이 미국에서의 제정법 해석 방법에 관한 논의들을 고찰하는 것은 궁극적으로 우리 법률의 해석에 관한 방법론들을 재검토하고 그 개선방향을 생각해 보기 위해서인데, 신문언주의의 방법론이 우리 법률 해석 방법에 어떠한 시사점이 있는지 알기 위해서는, 그 동안 국내에서 이루어진 논의들을 살펴보는 것이 반드시 필요하기 때문이다. 그러한 논의를 거쳐 이 논문은 신문언주의의 이론적 함의에 따라, 법원의 법률 해석 방법에 관한 선택은 민주주의와 권력분립의 원리 및 '법관의 법률 기속에의 원칙'을 규정한 우리의 헌법적 구조에 의하여 정당화될 수 있어야 하고, 또한 법원은 '국회의 입법절차에서 이루어진 타협'과 '국회가 법규범을 설정함에 있어서 규칙 또는 기준을 선택하기로 한 결정(즉 해석자들에 대하여 재량을 부여할지 여부에 관한 결정)'을 존중하여야 한다는 논지를 제시한다.

그리고 이 논문은 구체적인 법률 해석방법에 관하여도 신문언주의 이론이 시사하는 바에 의하여, 다음과 같이 제언한다. 법원은 법률 문언의 의미가 명백한 경우에는, 법관의 법률에의 기속 원칙에 따라 그 문언에 의하여 법률을 해석·적용하여야 할 것이다. 법률 문언의 의미가 애매하거나 모호한 경우에도, 법원은 모든 주의를 기울여 사법재량을 합리적으로 행사하기 위하여 노력해야 할 뿐 아니라, 스스로의 법률 해석이 사법재량의 합리적 범위 내에 있음을 보여주기 위하여 충분한 논증과 설명을 제시하여야 하고, 법관 자신의 도덕적·정책적 판단, 법률외적인 사회적 공공가치 등을 함부로 법률 해석의 근거로 삼아서는 안 된다고 주장한다.

**주요어** : 신문언주의, 입법부 우위, 객관화된 의도, John F. Manning, 헌법적 구조, 법률 해석

**학번** : 2011-21419

# 목 차

국문 초록 ····· i

제1장. 서론 ····· 1

제1절. 연구의 대상 및 의의 ····· 1
제2절. 연구의 순서와 방법 ····· 5
1. 연구의 순서 ····· 5
2. 연구의 방법 ····· 8

제2장. 제정법 해석의 기초 - 배경적 고찰 ····· 9

제1절. 미국에서 보통법(Common Law)과 제정법(Statute)의 관계 ····· 9
제2절. 미국의 제정법 입법절차 소개 ····· 13
1. 미국의 제정법에 관한 입법권 ····· 13
2. 미국의 제정법 입법절차 ····· 14
3. 미국 헌법상 규정된 입법절차의 의의 ····· 21
제3절. 제정법 해석에 관한 방법론 개관 ····· 22
1. 3가지 방법론들의 주장 요약 ····· 23
2. 3가지 방법론들의 차이점과 공통점 ····· 24

제3장. 제정법 해석에 관한 전통적 방법론 ····· 28

제1절. 미국 독립 이후 법사상과 제정법 해석 방법론의 변천 ····· 28
1. 영국의 제정법 해석 방법론 ····· 28
2. 영국법의 계수와 미국 제정법 해석 전통의 형성 ····· 31
3. 고전시대 이전의 법사상과 제정법 해석 방법론 ····· 32
4. 고전적 법사상과 제정법 해석 방법론 ····· 33
5. 혁신적 법사상과 법현실주의의 도전 ····· 35
6. 법과정 학파와 제정법 해석 방법론 ····· 37
제2절. 전통적 방법론의 의의 ····· 40
1. 법의 문언 대 법의 정신(The Letter of The Law Versus The Spirit of The Law) ····· 40

2. 전통적 방법론의 형성 ····· 41
제3절. 전통적 방법론의 이론적 기초 ····· 45
1. 입법부 우위의 원칙 ····· 45
2. 전통적 방법론과 충실한 대리인 이론 ····· 45
제4절. 전통적 방법론의 내용 ····· 46
1. 연성의 '명백한 의미' 규칙(Soft 'Plain Meaning' Rule) ····· 46
2. 입법사의 사용 ····· 48
3. Church of Holy Trinity v U.S. 판결에 나타난 전통적 방법론 55

**제4장. 신문언주의의 성립과 방법론의 새로운 전개 ····· 62**

제1절. 전통적 방법론의 동요 ····· 62
1. 공공선택이론(public choice theory)과 그 영향 ····· 62
2. 민주적 정당성의 소재에 대한 논쟁 ····· 68
제2절. 신문언주의 방법론의 성립 ····· 71
1. 신문언주의의 등장 ····· 71
2. 신문언주의의 초기 주장들 ····· 73
제3절. 비문언주의적 방법론의 동향들 ····· 77
1. 서설 ····· 77
2. 전통적 방법론의 변용 ····· 78
3. 동태적 해석론(Dynamism) ····· 80

**제5장. 신문언주의 법이론의 내용 ····· 84**

제1절. 헌법적·정치이론적 기초 ····· 84
1. 입법부 우위 원칙의 의의 ····· 84
2. 동태적 해석론의 반론 ····· 85
3. 입법부 우위 원칙의 논거 ····· 86
4. 입법부 우위의 구체적 관념 ····· 90
5. 입법부 우위 원칙 위반의 의미 ····· 92
6. 소결 ····· 93
제2절. 입법부 의도 개념의 정교화 ····· 94
1. 입법부 의도의 의의 ····· 94
2. 문제의 소재 : 신문언주의와 의도주의에서의 입법부 의도 ····· 95

3. 의도주의의 입법부 의도 관념 ····· 96
4. 입법부 우위와 입법부 의도 ····· 97
5. 객관화된 의도(objectified intent) ····· 99
6. 구성된 의도(constructed intent) ····· 102
제3절. 입법 절차와 입법 목적에 관한 새로운 관념 ····· 105
1. 도입 ····· 105
2. 문제의 소재 : 신문언주의의 우월성 주장 ····· 107
3. 어의론적 맥락 대(對) 정책적 맥락 ····· 108
4. 입법부 우위에 관한 쟁점의 제기 ····· 110
5. 입법적 타협의 존중 ····· 115
6. 입법 목적에 관한 일반성의 층위(Level of Generality) ····· 119
7. 소결 ····· 123
제4절. 신문언주의 이론의 진화 ····· 125
1. 개관 ····· 125
2. 헌법적 구조 논거의 강조 ····· 127
3. 입법적 결정의 표현으로서의 문언 ····· 130
4. 2세대 문언주의의 이론적 장점들 ····· 133
5. 소결 ····· 135

**제6장. 신문언주의의 실제 적용과 그 영향 ····· 137**

제1절. 신문언주의 방법론 개관 ····· 138
1. 신문언주의의 해석목표 ····· 138
2. 신문언주의의 해석방법 ····· 140
제2절. '문언'의 의미 ····· 142
1. 과학적 의미 또는 통상의 의미(Scientific or Ordinary Meaning) ····· 142
2. 전문적 법률 용어(Legal Terms of Art) ····· 145
3. 구어적 의미 또는 사전적 의미 ····· 150
제3절. 문언에 반하는 해석의 허용 여부 ····· 156
1. 부조리 법리(The Absurdity Doctrine) ····· 158
2. 문언과 불합리한(Unreasonable) 결과 ····· 165
3. 편집상의 오류 법리(Scrivener's Error Doctrine) ····· 168
제4절. 신문언주의의 영향과 미 연방대법원 실무의 최근 동향 ····· 171

1. 서언 ····· 171
2. Zuni Public School District No. 89 v. Department of Education 판결 개요 ····· 173
3. 목적주의의 변용 ····· 176

**제7장. 신문언주의에 대한 비판 및 검토 ····· 179**

제1절. 신문언주의와 법원의 역할 ····· 179
제2절. 신문언주의와 방법론적 가정들 ····· 184
제3절. 신문언주의와 언어의 불명료성 ····· 186
제4절. 신문언주의와 정의·형평 ····· 190
제5절. 신문언주의와 정치적 입장 ····· 191
제6절. 신문언주의와 사법재량 ····· 193

**제8장 한국의 헌법적 구조와 법률 해석 방법론 ····· 195**

제1절. 한국의 헌법적 구조와 사법부의 정당성 문제 ····· 195
1. 법관의 법률에의 기속 원칙 ····· 195
2. 가치 충돌 상황에 대한 법적 해결의 문제 ····· 202
3. 사법부의 국가기관으로서의 정당성(legitimacy) ····· 205
제2절. 한국 학계에서의 법학방법론에 관한 논의 소개 ····· 208
1. 법발견과 법형성 ····· 209
2. 법률의 해석 ····· 210
3. 법률 해석이론의 대립 ····· 211
4. 법률 문언의 가능한 의미 ····· 215
5. 유추와 목적론적 축소 ····· 216
제3절. 한국 대법원의 법률 해석 방법론 검토 ····· 217
1. 대법원의 법률 해석에 관한 입장 ····· 217
2. '실질적 임차인' 사건 : 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 ····· 220
3. '통상임금' 사건 : 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 ····· 227
4. '성전환자 성별정정' 사건 : 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정 ····· 242

제9장. 결론 ····· 256
제1절. 논의의 정리 ····· 256
제2절. 신문언주의의 이론적 함의 ····· 261

참 고 문 헌 ····· 266

Abstract ····· 272

# 제1장. 서론

## 제1절. 연구의 대상 및 의의

한국이나 미국과 같이 대통령제를 취한 헌정체제에는 국가기관들인 입법, 행정, 사법 각 부문 사이에 권력분립의 원칙, 견제와 균형의 원리가 구현되어 있다고 말해진다. 그 중에서 '법이 무엇인지' 선언하는 책무를 가진 사법부는, 법을 만들고 집행하는 다른 정치적 국가기관들에 비하여 상대적으로 권한의 크기가 작은, '가장 덜 위험한 기관(the least dangerous branch)'이라고 평가된다. 일반적으로, 정부의 조직과 운영에 관한 여러 주요 사항들-즉, 입법, 행정, 사법 각 부문 사이에 권한을 배분하고, 행정기관들을 조직하여 그들 사이의 관계의 틀을 짜며, 행정조직·행정작용·행정절차에 관한 법규를 제정하는 일 등-을 처리하는 권한과 책무는 정치적 기관들인 의회와 대통령에게 있다고 널리 인정된다. 그러나 특히 민주주의가 성숙된 국가에서, 사법부(법원과 헌법재판소)의 권한과 역할은 생각보다 중요하다. 사법부가 헌법과 법률을 어떻게 해석하는가에 따라 국가의 의사결정권한을 의회, 행정기관 또는 사법부 중 어느 부문에 배분할 것인지가 결정되기도 하는 것이다.

미국의 법학자들과 법률 실무가들 사이에서는, 사법부의 제정법에 대한 해석 방법론의 선택에는, 위와 같이 국가기관들 사이의 권한 배분에 관한 중요한 헌법적· 정치이론적 문제가 내재되어 있음을 주목하고, 일찍부터 그 이론적 근거와 실천적 방법에 관하여 활발한 논의가 이루어져 왔다. 종래에는 보통법 전통에 속하는 미국의 법체계가 우리의 대륙법체계와 다르다는 점 때문에 미국 제정법 해석 방법론에 관한 논의가 우리 법학계와 실무계의 주목을 그다지 많이 받지 못한 측면이 있었던 것이 사실이다. 그러나 미국은 특히 1930년대의 뉴딜 시대 이후 행정국가화 경향에 따라 제정법의 수효가 급격히 증가하고 그 의의와 기능도 증대되

어 왔는바, 물론 우리의 법체계나 사법현실 등과의 차이점을 충분히 고려하여야 하겠지만, 미국 제정법 해석 방법론에 관한 논쟁에 나타난 이론적, 실천적 함의는 우리 법률 해석 방법론에 대하여도 시사하는 바가 결코 적지 않다고 생각된다.

미국의 법학계 및 법원 실무상 제정법의 해석에 있어서, 의사주의, 목적주의, 문언주의의 3가지가 그 주된 방법론으로서 서로 대립하여 왔다. 미국이 18세기말에 독립할 무렵부터 영국법을 계수한 이래 여러 법사상들이 등장하였다가 사라졌고, 그에 따라 다양한 제정법 해석방법론이 전개되다가 20세기 전반 이후 1970년대까지는 고전적 의도주의 내지 강한 목적주의에 기반을 둔 전통적 방법론이 미국 연방법원의 실무를 지배하였다. 그러나 1980년대 이후 전통적 방법론이 비판을 받아 그 이론적 기반이 흔들리면서, 미국 연방대법원의 Antonin Scalia 대법관, 미국 제7연방항소법원의 Frank H. Easterbrook 판사 등과 같은 연방법원 법관들에 의하여 신문언주의(The New Textualism) 방법론이 제창되었고, 신문언주의는 그 후 현재까지 미국 연방법원의 실무에 상당한 영향을 끼쳐 왔다. 또한 법학자들 중 Harvard 대학교 Law School의 공법학 교수인 John F. Manning은 제정법 해석 방법론에 관하여 집필한 다수의 저작들 속에서 문언주의적 입장을 일관되게 유지하면서, 신문언주의의 이론을 보다 정교하게 다듬고 정리하여 왔다.

그 동안 국내에서 미국의 제정법 해석 방법론과 신문언주의 이론에 관하여 비교법적, 법학방법론적 관점에서 연구가 이루어진 바는 있으나,[1)]

1) 미국에서의 제정법 해석 방법론과 신문언주의에 관한 국내의 선행 문헌으로는, 최봉철, “문언중심적 법해석론 비판”, 법철학연구 제2권(1999) ; 윤남순, "미국법에서의 제정법 해석", 안암법학 제16호, 안암법학회(2003) ; 남기윤, “미국의 법사고와 제정법 해석방법론 - 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론 연구(4-1)”, 저스티스 제99호, 한국법학원(2007) ; 남기윤, “현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법론의 새로운 전개 - 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론 연구(4-2)”, 저스티스 제100호, 한국법학원(2007) ; 금태환, “행정법의 해석과 문언·입법취지 : 미국과 한국의 판례 분석을 중심으로”, 법조 56권 4호(통권607호)(2007. 4.) ; 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2009) ; 김종구, “미국 연방대법원의 법해석과 텍스트주의”, 미국헌법연구 제21권 제3호(2010. 12.) ; 홍진영, 행정청이 행한 법률해석의 사법심사 방

주로 미국 제정법 해석방법론들 전체에 대하여 다루면서 그 중 신문언주의에 대하여는 간략히 소개하거나 주로 비판적 관점에서 언급하는 정도에 그치는 경우가 많았고, 신문언주의 방법론의 이론적 근거나 구체적 내용에 대하여 심도 있는 논의가 이루어지지는 못하였다고 생각된다. 이러한 사정에는 우선 미국이 판례법 국가이기 때문에 대륙법계인 우리와는 법체계가 달라 미국에서의 논의가 우리에게 적용가능성이 크지 않을 것이라는 인식이 그 한 원인일 것으로 보인다. 또한 신문언주의가 형식적 해석에 얽매여 구체적 타당성과 정의를 외면하고, 정치적으로 보수적인 입장을 대변한다는 등의 부정적 인상도 국내에서 신문언주의가 진지한 주목을 받지 못한 중요한 원인이 되었을 것으로 생각된다.

그러나 이 논문은 미국의 제정법 해석에서의 논의, 특히 신문언주의자들의 법이론과 구체적 방법론이 상당한 설득력을 가지고 있고, 또한 한국의 법률 해석 방법에 관한 논의에도 충분히 참조점을 제공할 수 있다고 본다. 비록 한국과 미국이 법체계가 서로 다르고 각각의 현실에서 발전되어 온 법리와 개념에 차이가 있다고 하더라도, 양국은 모두 대통령제 국가로서 엄격한 권력분립의 원칙에 입각한 헌정체제를 가지고 있으며, 산업화와 행정국가화 경향에 따라 의회에서 제정된 다수의 성문법을 보유하고 있다는 공통점이 있다. 더구나 법률 해석은 국가기관들 사이의 마주침이고, 법원이 어떠한 법률 해석 방법론을 취하는가에 따라 의회 등 정치적 기관과 법원 사이의 권한 배분이 달라진다는 법정치학적, 법정책학적 논점은 매우 중요한바, 미국의 논의에서는 그 점이 일찍부터 분명히 부각되어 제정법 해석 방법론에 관한 각 유파들이 대립하는 주요 전선을 형성하여 왔다. 종래 우리 법이론과 법실무에서도 법률 해석의 위와 같은 측면에 대하여 논의가 없었던 것은 아니지만, 법률 해석 문제를 주로 법관이 한 법적 논증의 타당성과 합리성을 구체적 타당성과 법적 안정성이라는 해석목표에 비추어 평가하는 법학방법론적 측면에서 접

---

법론에 관한 고찰 - 규칙과 기준의 관점에서 살펴 본 Chevron 판결을 중심으로, 서울대학교 석사학위 논문(2013) ; 옥도진, “민법 해석방법의 이론과 실제 -문언을 중시하는 해석과 민법 제1조의 재조명”, 저스티스 제146-1호, 한국법학원(2015) 등이 있다.

근한 경우가 많았다고 생각되는바, 미국 신문언주의의 법이론은 우리 법률 해석 방법 논의에 대하여 중요한 통찰을 제공할 수 있을 것이다.

이 논문은 미국 제정법 해석상 신문언주의 방법론에 대하여, Manning에 의하여 보다 정교하게 구축된 법이론을 중심으로 고찰해 보고, 법률 해석에 관하여 우리 학계와 판례에서 다루어진 방법론을 검토해 본 다음, 신문언주의 방법론이 우리 법률 해석방법론에 대하여 가지는 함의를 생각해 보고자 한다. 신문언주의자들, 특히 Manning은 신문언주의가 다른 방법론들보다 우수하다는 점의 근거로서 미국의 헌법적 구조에 부합한다는 점을 제시한다. 미국 연방 정부의 국가기관들이 가지는 권한의 범위와 한계가 궁극적으로 연방헌법에 의하여 규정되어 있고, 사법부가 법률을 해석하는 권한도 헌법에 근거한 것이므로, 사법부가 어떠한 제정법 해석 방법론을 채용할 것인지는 헌법을 참조함에 의하여 정당화되어야 한다는 것이다.

신문언주의자들은 미국 연방헌법의 구조에 반영된 법의 지배, 민주주의, 권력분립의 원칙 등과 같은 가치들로부터 도출된 입법부 우위의 원칙에 기하여 법원은 의회의 충실한 대리인으로서 의회가 법률로 제정한 문언에 따라야 한다는 이론을 그 헌법적·정치이론적 기초로 삼는다. 사실 입법부 우위의 원칙은 의도주의와 목적주의도 함께 공유하는 이론적 토대인데, 신문언주의자들은 자신들이 입법부 우위의 원칙에 가장 잘 복무할 수 있는 해석방법론을 제시하는 점에서 의도주의나 목적주의보다 우월하다고 주장하는 것이다. 이 논문에서는, 신문언주의자들이 입법부 우위 원칙 외에도 '객관화된 의도' 개념, 의회의 입법적 타협에 대한 존중과 입법자들의 규칙(Rule) 또는 기준(Standard) 설정에 관한 선택의 존중, 헌법적 구조 논거와 입법절차에 대한 긍정적 시각의 채용 등과 같은 법이론적 내용들을 전개하면서, 그 이론적 강점을 논증하는 과정을 서술하고자 한다.

또한 신문언주의 방법론의 실제 적용을 이해하기 위해서, 그 구체적인 해석목표와 방법, 신문언주의자들이 말하는 '문언'의 의미가 무엇인지, 신문언주의자들은 어떠한 경우에 법률 문언과 다른 해석을 허용하는지, 그 근거와 기준은 무엇인지 등의 주제들에 관하여, 구체적인 판례들을 통하여 검토할 것이다.

한국의 입법부와 사법부 사이의 관계에 관한 헌법적 구조 문제와 현대 가치다원 주의 사회에서 사법부의 국가기관으로서의 정당성 문제, 우리 법률의 해석 방법론에 관한 학계와 법원의 논의도 중요한 주제이다. 신문언주의의 방법론이 우리 법률 해석과 관련하여 어떠한 이론적 시사점을 줄 수 있는지 알기 위해서는, 우선 한국의 헌법적 구조와 사법부의 정당성 문제, 그리고 그 동안 국내에서 이루어진 법률 해석 방법에 관한 논의들을 살펴보는 것이 반드시 필요하기 때문이다. 그러한 논의를 거쳐 이 논문은 신문언주의의 이론적 함의에 따라, 법원의 법률 해석 방법에 관한 선택은 민주주의와 권력분립의 원리 및 '법관의 법률 기속에의 원칙'을 규정한 우리의 헌법적 구조에 의하여 정당화될 수 있어야 하고, 또한 법원은 법률 해석에 있어서 '국회의 입법절차에서 이루어진 타협'과 '국회가 법규범을 설정함에 있어서 규칙 또는 기준을 선택하기로 한 결정(즉 해석자들에 대하여 재량을 부여할지 여부에 관한 결정)'을 존중하여야 한다는 논지를 제시한다. 그리고 구체적인 법률해석방법에 있어서도 신문언주의의 시사점에 따른 제언을 하고자 한다.

## 제2절. 연구의 순서와 방법

### 1. 연구의 순서

이하에서는 다음의 순서로 논의를 진행한다.

제2장에서는 우선 배경적 고찰로서, 미국 제정법 해석이론에 관한 기본적인 사항들을 정리한다. 이를 위하여 미국에서 보통법(Common Law)과 제정법(Statutes)의 관계를 살펴보고, 미국 의회의 제정법 입법절차와 그 의의를 소개한 다음, 미국 제정법 해석에 관한 주요 방법론들인 의도주의, 목적주의, 문언주의를 개관한다.

제3장에서는 미국 독립 이후 여러 법사상이 명멸하면서 제시된 다양한 제정법 해석 방법론의 변천 과정을 살펴보고, 고전적 의도주의와 강한 목적주의에 기반을 둔 전통적 방법론이 형성되는 과정을 설명한 후, 전통적 방법론의 이론적 기초인 입법부 우위(Legislative Supremacy) 및 충실한 대리인 이론(Faithful Agent Theory)을 개관한다. 그 다음 전통적 방법론의 내용으로서 '연성의 명백한 의미 규칙(Soft Plain Meaning Rule)'을 살펴보고, 입법사의 사용에 대하여 서술한 후, Church of Holy Trinity v. U.S. 판결에 나타난 전통적 방법론을 고찰한다.

제4장에서는, 1980년대에 전통적 방법론에 대하여 제기된 이론적 비판으로서 공공선택이론과 민주적 정당성 논쟁에 관하여 살펴보고, 전통적 방법론의 기반이 흔들리면서 등장한 신문언주의의 초기 주장들을 특히 실증적 논거들과 규범적 논거들에 초점을 맞추어 정리한 다음, 그러한 비판들에 대응하는 과정에서 종래의 전통적 방법론이 변용된 '신목적주의', 그리고 전통적 방법론의 이론적 기초인 입법부 우위의 전제 자체에 의문을 제기하면서 등장한 '동태적 해석론'과 같은 비(非)문언주의의 방법론들을 소개한다.

제5장에서는 Manning이 보다 정교화 하여 제시한 법이론을 중심으로 신문언주의의 이론적 근거들에 대한 본격적인 고찰이 이루어지는데, 그 논의에 있어서는 다양한 이론적 쟁점들에 관하여, 다른 방법론적 입장들과 신문언주의와의 차이를 부각시키는 방법을 취하기로 한다. 이에 따라 우선 신문언주의의 헌법적·정치이론적 기초를 동태적 해석론과 대비하면

서 논한 후, 신문언주의자가 말하는 '입법부 의도'의 개념은 의도주의자의 그것과 어떻게 다른지 살펴보고, 신문언주의는 입법 절차와 입법 목적에 대하여 목적주의자와 어떻게 다르게 바라보는지 검토한 다음, 신문언주의 이론 자체도 이론적 강조점을 옮기면서 진화하게 되었음을 살펴보고자 한다.

제6장에서는, 신문언주의자들이 실제로 적용하는 방법론을 좀 더 구체적으로 살펴본다. 신문언주의자가 말하는 '문언(text)'은 20세기 초 고전적 법형식주의자 또는 직해주의자(literalist)가 말하는 '문언'과 어떻게 다른지 살펴본 후, 신문언주의 방법론에 의할 경우 '문언'의 의미는 어떻게 확정되는 것인지를 미국 연방 법원의 판례들에 비추어 고찰한 다음, 법률의 문언을 따름으로써 불합리한(unreasonable) 결과가 초래되는 경우 문언에 반하는 해석을 허용할 것인지 여부에 관하여 특히 부조리 법리(The Absurdity Doctrine)의 적용 문제, 일반적인 불합리한 결과가 발생할 경우의 처리 문제, 편집상의 오류(Scrivener's Error) 문제 등과 관련하여 검토해 보고, 신문언주의의 영향과 미 연방대법원 실무의 최근 동향도 간략히 살펴본다.

제7장에서는, 신문언주의에 대한 비판들을 소개하고 이를 검토한다. 즉 신문언주의가 바라보는 법원의 역할은 헌법적으로 정당성이 결여되어 있는지, 신문언주의는 입법부의 의도에 관한 비현실적 가정에 의존하는지, 신문언주의는 법률 언어의 의미가 대부분 불명료하다는 것을 과소평가하는지, 신문언주의는 구체적 사건에서의 정의와 형평을 외면하는지, 신문언주의는 보수적인 정치적 목적을 숨기고 있는 것인지, 신문언주의는 법관의 재량을 사실상 제한하지 못하는지 등에 관하여 신문언주의에 대한 비판자들의 주장과 그에 대한 신문언주의자들의 반박을 검토할 것이다.

제8장은 한국에서 입법부와 사법부의 관계에 관한 헌법적 구조를 살펴본 후, 현대 사회의 가치 상쟁 상황에서 사법부의 국가기관으로서의 정

당성 확보 문제를 생각해 보고, 종래 우리 학계에서의 법학방법론에 관한 논의를 소개한 다음, 우리 법원 판례들에 나타난 법률 해석 방법론을 구체적인 사건들을 중심으로 검토해 본다.

마지막 제9장에서는 이제까지의 논의를 바탕으로 미국 제정법상 신문언주의 방법론이 우리의 법률 해석 방법론에 대하여 어떠한 함의와 적용가능성을 가지는지 생각해 보고자 한다.

## 2. 연구의 방법

이 논문에서는 법사상사적, 법학방법론적 연구방법이 많이 사용될 것이다. 미국 법사상의 전개에 따라 제정법 해석 방법론도 변천되었으므로, 그에 대한 서술이 필요하고, 또한 미국 제정법 해석에 관한 연방법원 실무에서의 방법론이 주된 연구 대상인 만큼, 이론적 논의 못지않게 미국 판례의 분석도 중요한 비중을 차지한다. 그리고 미국 제정법 해석 방법론에 관한 논의가 다양한 측면에서 이루어지는 점에 비추어, 법정치학적, 법정책학적, 정치경제학적 논의도 다루어질 것이다. 비교법적 논의를 위하여 논문 후반부에 한국의 법학방법론에 관한 논의들과 한국 판례에 대한 분석도 시도해 보았다. 이 글의 주제가 법률의 해석 방법론과 법관의 의사결정에 관한 것이고, 판례에는 법관이 법률의 해석목표와 해석수단에 관한 방법론적 철학에 기하여 주어진 법률 규정을 해석하여 구체적 사안에 적용하는 과정이 드러나기 때문에, 다소 장황하더라도 필요한 범위에서 가급적 판례들의 구체적인 사실관계와 논증과정을 소개하여 설명하려고 시도하였다. 한국법과 미국법의 체계나 법리가 같지 아니하여 제도상의 직접 비교는 어렵다고 하더라도, 법률의 내용이나 분쟁의 경위에 관한 구체적인 사실관계의 구조는 비슷한 경우가 있을 수 있으므로, 두 나라의 각 법률 해석 방법론의 이해와 비교에 도움이 되는 범위에서 판례들과 그 배경이 되는 법리들도 가급적 상세히 서술하기 위하여 노력하였음을 밝혀둔다.

# 제2장. 제정법 해석의 기초 - 배경적 고찰

## 제1절. 미국에서 보통법(Common Law)과 제정법(Statute)의 관계

영국법을 계수한 미국의 법체계는 법원 판례의 집적에 의하여 형성된 보통법(Common Law) 전통에 속하나[2], 실제 미국 연방의회는 다수의 성문의 법률(Statute, 이하 '제정법'이라고도 한다)을 제정하여 왔다. 미국은 20세기에 접어든 이후 특히 1930년대의 뉴딜 시대의 도래와 그 후 행정국가화 경향에 의하여 제정법의 수가 급격히 증대함에 따라[3] 예전에 제2차적 법원이라고 보았던 제정법의 의의와 기능이 커지게 되었다. 오늘날 미국의 법체계는 이제 대륙법계 국가들의 법질서와 거의 구별할 수 없을 만큼 변화하였다. 특히 미국의 법들 중에 대외적으로 큰 영향을 미치고 있는 것은 판례법보다 제정법들이라고 한다.[4]

따라서 미국의 법체계를 바라보는 시각에 있어서, 종래에 '한국은 성문법 국가이고 미국은 판례법 국가'라는 차이점을 필요 이상으로 강조하여 온 것은 아닌지,[5] 그럼으로써 미국에서의 제정법 해석 방법론을 둘러싼 논의들이 우리 법률의 해석 방법론에 있어서도 충분히 적용가능하다는 것을 놓치고 있었던 것은 아닌지 생각해 볼 필요성이 있다. 미국 법체계의 다른 한 축을 이루는 보통법에는 선례구속의 원칙(stare decisis), 판결이유(ratio decidendi, holding)와 방론(obiter dictum)의 구별론 등 특유한 방법론이 있지만, 이 글에서는 미국 제정법의 해석 방법론[6]을 둘러

---

2) 다만, 프랑스법계에 속하는 Louisiana 주는 예외이다.
3) 윤남순, "미국법에서의 제정법 해석", 안암법학 제16호, 안암법학회(2003), 159쪽
4) 김영희, 미국의 입법과정, 한국학술정보(주)(2007), 10~11쪽
5) 김영희, 위의 책, 10쪽
6) 방법론은 법적 사례에서 실질적 판단을 얻기 위한 규칙적 방식을 이론적으로 체계화하는 논의이다. 다시 말해 법개념에 대한 법철학적 인식을 기초로 하여 실정법학은 이를 법원론(法源論)으로 체계화하고, 여기에서 법원으로 인식된 법을 적용하는 구조에 관해 논의를 하는 것이 방법론인 것이다. 그러므로 방법론의 내용과 구조는 각 법체계의 법원론에 따라 달라지며, 법률해석의 방법도 법원론에서 법률이 차지하는 지위와 수행하는 기능이 어떠한지에 따라 달라진

싼 논의들을 고찰한다.

원래 영국의 보통법 체계에서는, 법원(法院)의 선례에 의해서 창조된 보통법이 전통적으로 본래적 법원(法源)이며, 제정법은 의회가 특정의 보통법 규칙이 적합하지 않다고 보는 경우 이를 수정하기 위하여 입법하는 것이 원칙이었으므로,[7] 제정법의 적용범위도 매우 협소하였다. 또한 개별적 특수원칙을 도출해 낼 수 있는 일반적 법원칙은 보통법에 존재하고 법관은 이 원칙을 보통법에서 발견하며, 제정법에 근거한 유추추론은 허용되지 않았다. 다시 말해 보통법과 제정법은 법원 면에서나 법적 추론의 방법 면에서 대립적이고 전혀 이질적 존재였다.

그러나 20세기 초 혁신주의자들(The Progressives)[8]은 '제정법의 형평(equity of a statute)' 법리[9]를 이용하여 제정법에 근거한 유추추론도 가능한 것으로 보았고 따라서 보통법과 제정법과의 관계도 대립적이 아니라 법질서 내의 동일한 요소로 인식하였다. 제정법 해석논쟁에 영향을 미친 또 하나의 중요한 요소는 미국법에서 제정법이 수행하는 기능이 점차로 증대되었다는 것이다. 건국 초부터 제정법이 보통법을 점진적으로 대체·보완해왔으며, 특히 1930년대 뉴딜(New Deal) 시대를 기점으로

---

다. : 남기윤, "미국의 법사고와 제정법 해석방법론 - 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교법학방법론 연구(4-1)", 저스티스 제99호, 한국법학원(2007), 6~7쪽

7) 영국의 보통법과 제정법과의 관계를 Fikentscher는 의회와 법원간의 게임으로 비유하여 설명한다. 즉, 첫 번째 단계에서 의회가 입법을 통해 상급법원에서 발전된 보통법을 수정·조종·억제하려 하면, 법관은 법률의 명백한 문언범위 내에서만 복종하려 하고 그 이상은 거부한다. 이에 대해 의회는 후속 법률에서 그의 의사를 더욱 정확하게 표현하여 규정하나, 법관은 이를 다시 될 수 있는 대로 좁게 해석하여 그 범위 내에서만 복종하려한다. 이러한 과정을 통해 의회는 법률을 개별 사례별로 상세하게 규정함으로써 법원의 좁은 해석에 대처하려 한다. 즉, 해당 사안이 법률의 적용범위 밖이라는 법관의 주장을 봉쇄하기 위해 가능한 모든 경우를 법률에서 명시적으로 규정하려는 것이다. 결국 입법과 판례법과의 관계는 양자가 서로 대립하면서도 상호 영향을 미치는 관계로 발전하게 된다. 즉 법률이 판례법을 변경하면 법률에 근거하여 내려진 판결은 법률로부터 다시 판례법을 만들게 되고, 이 판례법이 법률을 다시 변화시키는 것이다. : 남기윤, 위의 논문(각주 6) 7쪽

8) 제3장 제1절 제5의 가항 참조

9) 이는 '제정법의 문언으로는 그 제정법이 적용되지 않는다고 생각되는 경우에도 법률의 목적·정신을 고려하여 해석하여야 한다'는 법리로서, 16세기 영국법원에서 종전의 엄격해석 원리에 대한 반작용으로 대두된 법리인데, 그에 의해 법관은 법문언으로부터 벗어나 어느 정도 자유롭게 해석할 수 있게 되었다. 이 법리의 이론적 근거는 Aristoteles의 "에페에이케이아"(επιεικεια) 개념에서 유래하는 형평(equity) 사상으로, 이는 일반규칙이 개별사례에 적용될 때 발생할 수 있는 부적합성을 교정하여 적합하게 한다는 의미였다. : 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 9쪽

이른바 '법령의 시대(Age of Statute)'가 도래한 이후 제정법의 역할은 더욱 확대되어 왔다. 이에 따라 오늘날에는 제정법의 의의와 기능이 과거와는 현저하게 달라졌는데, 그 변화된 내용을 구체적으로 열거하자면, ① 제정법의 수가 엄청나게 증대되어, 오늘날 미국의 주된 법원(法源)이 되고 있다는 점, ② 제정법은 한정되고 특수화된 분야만을 규율한다는 과거의 통례에서 벗어나서 그 규율대상을 사실상 모든 분야로 확장하였다는 점, ③ 제정법은 점차로 포괄적이 되어, 초기 법률같이 단순하고 일반적인 지침을 제시하는 것이 아니고 특정 분야 전체(파산, 조세, 은행, 환경 등)를 포괄적으로 규율하려 시도하는 법률들이 많아졌다는 점, ④ 제정법은 초기 법률같이 보통법을 단순히 성문화하기보다, 보통법을 변경시키려는 강한 경향을 가지고 있다는 점 등을 들 수 있다.[10] 그에 따라 개별 법률이 특정의 보통법 규칙을 수정하는 기능만을 가진다는 관념은 더 이상 통용될 수 없게 되었다.[11] 법률은 포괄적인 적용범위를 갖게 되고 법률에 흠결이 있을 때에는 보통법으로부터 유추해석하는 것이 아니라 제정법으로부터 유추해석하기까지 하였다.

제정법의 역할과 기능의 증대에 따라 오늘날 미국 법체계는 이제 대륙계 법질서와 거의 구별할 수 없을 만큼 변화하였지만, 그럼에도 보통법이라는 특수한 체계가 존재하는 미국에서, 제정법은 대륙법계의 법률과는 엄연히 다른 지위에 있게 되는 것이다.[12] 이러한 보통법과 제정법과

---

10) 남기윤, 위의 논문, 16쪽

11) '20세기 중반 이후 미국법은 근본적인 변화를 겪어서 보통법에 의해서 지배되던 법체계로부터 제정법이 제1차적 법원이 되는 법체계로 되었다'고 단언하는 학자도 있을 정도로 되었다. : G. Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes, Cambridge(Mass), 1982, 1쪽

12) 아직도 보통법 체계를 유지하고 있는 미국은 법전화(codification)의 배경을 이루는 사상 그리고 법적 결정과정에서 제정법이 수행하는 기능(법원론)적 측면에서, 대륙계 성문법과는 전혀 다른 원리에 의해 지배되고 있다. 먼저 대륙의 성문법은 최우위 법원(法源)으로서 신법이 발효하면 종전의 법은 일시에 효력을 잃게 된다. 또한 법률에 흠결이 있는 경우에도 개별 법률의 유추해석에 의하거나 법전으로부터 도출되는 일반적 법원리에 근거하여 흠결을 보충하고 종전의 법은 아무런 역할을 하지 못하는 것이 원칙이다. 그러나 보통법이라는 특수한 체계가 존재하는 미국에서 제정법은 이와 전혀 다른 지위에 있게 된다. 즉, 미국의 제정법은 종전의 common law를 배제하는 것도 아니고 최우위로서의 법원의 지위를 보유하는 것도 아니다. 특히 법률 흠결의 경우 법관은 보통법을 근거로 하여 보충하는 것이 원칙이었다. 이러한 점은 그 형식·체계 면에서 대륙의 법전에 근접한 U.C.C.를 해석·적용하는 경우에도 명확하게 드러나고 있다. 예컨대 U.C.C. 제1-103조는 "U.C.C에서 명문의 규정으로 배제하고 있지 아니한 보통법과 형평법의 원칙은 … U.C.C.규정을 보충하는 효력을 갖는다" 고 규정하여, 이 법의 기초

의 관계에서 비롯된 여러 요소들에 의해 미국의 제정법 해석 방법론은 더욱 복잡하게 전개되었다. 제정법의 역할 확대에 따라 원래 보통법 국가인 미국에서, 보통법과 제정법간의 긴장관계가 형성되고 이 긴장이 점차로 증폭되는 현상을 겪게 되었다. 이러한 긴장관계는 바로 보통법 전통과 대의 민주주의라는 두 가지 원리 사이의 충돌을 의미하고, 이 충돌이 제정법 해석논쟁에 영향을 미친 것이다.[13] 즉, 제정법은 대의민주제 하에서 국민의 대표로 선출된 입법부가 제정한 법으로서 민주적 정당성을 가지고 있기 때문에 제정법을 중심으로 보는 해석관이 등장하게 되었다. 그러나 서서히 진화함으로써 안정성・지속성・일관성을 근본원리로 하는 보통법 전통에 익숙한 법관들에게 제정법은 단지 보통법을 보충하는 수단일 뿐이었으므로, 그들은 보통법 중심의 해석관을 옹호하였다. 19세기 고전 시대에 이르기까지 보통법 중심의 해석관이 지배하였기 때문에, 제정법은 보통법의 규칙과 원리를 조직・분류하고 보충함에 필요한, 보통법 보존을 위한 수단에 지나지 않았다. 이러한 목적 하에 다양한 해석기술이 등장하였는데 예컨대 "명백한 진술 규칙"(clear statement rules)은 제정법에 보통법을 변경시키도록 하는 명시적 규정이 없는 한 기존의 보통법에 따라 해석하라는 규칙이었다. 또한 제정법을 보통법에 의하여 발생된 폐해를 경감하기 위하여 고안된 흠결보충 수단으로 보는 "폐해준칙"(mischief rule)도 보통법 중심의 해석규칙이었다. 그러나 20세기 이후 제정법이 폭발적으로 증가함에 따라 입법의 잠식으로부터 보통법의 통합성을 보존하려는 보통법 중심의 해석관과 제정법 해석에 대한 새로운 기준으로서 민주적 정당성을 강조하는 제정법 중심의 해석관이 충돌하게 되었다. 민주적 정당성은 결국 법률을 제정하는 입법부와 법률을 적용하는 법원 사이의 헌법적 관계에 의해 정의되는 것으로, 1980년대 법률해석방법 논쟁의 중요한 요소로 작용하게 된다.

물론 보통법이라는 특수한 체계가 존재하는 미국에서 제정법이 우리와 같은 대륙법계의 법률과는 엄연히 다른 지위에 있게 되는 것은 분명하

---

자는 U.C.C.의 규정과 직접 충돌되지 않는 한 기존 법을 실효시키지 않으려는 의지를 보여주고 있다. : 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 20~21쪽

13) 남기윤, 위의 논문, 21쪽

다. 그러나 우리 민사법도 미국의 보통법과 유사하게, 민법의 규정 내용 자체가 명확하지 않을 경우 법원 판례에 의하여 확립된 법리가 법체계의 세부내용을 채우고 있음을 부인할 수 없고, 또한 우리 법원에서 민사법 뿐 아니라 공법, 형사법 등 법률 규정의 해석이 주요 쟁점으로 되는 사건에서는 미국 제정법 해석 사건들에서 사용되는 해석방법론이 충분히 이론적 시사점과 참조점을 제공할 수 있다고 보인다. 따라서 우리 학계와 실무계가 보통법 체계와 대륙법 체계 사이의 차이를 지나치게 강조하여 미국 제정법 해석에 관한 논의를 외면할 것은 아니라고 생각하며, 한국에서도 미국 제정법 해석 방법론에 관한 비교법적 논의가 보다 활성화되어야 할 필요가 있다고 본다.

## 제2절. 미국의 제정법 입법절차 소개

제정법 해석에 관한 여러 방법론들을 제대로 이해하고 평가하기 위해서는 미국에서 제정법 입법절차가 어떻게 작동하는지 알아 둘 필요가 있으므로, 이하에서 이를 간략히 소개하면서, 논의의 진행에 필요한 범위에서 우리 입법제도와의 차이점을 지적하기로 한다.

### 1. 미국의 제정법에 관한 입법권

우리와 마찬가지로, 미국 헌법은 대통령제를 취하고, 입법, 행정, 사법 각 정부 부문들 사이의 엄격한 권력분립의 원칙에 입각해 있으며, 입법자들은 그들의 정책적 지시를 제정법으로 만들어내고, 행정청들과 판사들은 그 제정법을 해석한다. 미국 연방헌법 제1조 제1항[14]에 의하면, 제

14) 미국 연방헌법 원문은 Article(조)와 Section(항)으로 구성되어 있으나, 보통 인용상 편의를 위하여 Section(항) 아래에 Clause(절)을 세분하여 번호를 붙여서 사용한다. 원래 미국 연방헌법의 Article(조)은 7개에 불과하나, 그 후 현재까지 여러 차례 개정을 거친 바 있는데, 연방수정헌법은 Article 단위에 해당하지만, “Amendment + 번호”로 표시한다. 우리말로는 Amendment 번호도 역시 ‘조’로 표시하는 것이 일반적으로서, 예컨대, Amendment 1은 ‘미국 연방수정헌법 제1조’라고 옮긴다.

정법을 입법하는 것은 연방의회의 고유 권한이다.[15] 물론 미국도 현대의 여느 행정국가처럼 대통령이나 행정 각 부에 의한 정부 입법이 사실상 활발히 행하여지고 있다. 그러나 국회의원 외에 정부도 법률안 제출권을 가지는 우리나라와 달리[16], 미국의 경우 실제로는 정부가 제안하는 입법이라도 형식상으로는 상원이든 하원이든 의회의 의원을 통하여 발의하여 본래의 의원입법과 동일한 절차를 밟아야 하는 것이다.

상하 양원을 통과한 법률안에 대하여 대통령이 거부권을 행사하면 곧바로 법이 될 수는 없고, 다시 양원의 가중 다수결에 의한 결의의 요건을 충족하여야 한다는 점에서 행정부가 입법에 소극적으로 관여할 수 있는 권한을 가진다고 할 수 있다. 또한 미국 연방법원은 의회가 만든 법에 대하여 사후적으로 위헌 여부에 관한 사법심사를 함으로써 사실상 법의 존폐 여부를 결정할 수 있다는 점에서 역시 입법에 관여할 권한을 가진다고 설명할 수도 있다. 그러나 미국의 대통령이나 연방법원이 법을 만드는 과정에 주도적으로 참여할 수는 없으므로, 행정부나 사법부가 가지는 위와 같은 권한들을 적극적으로 입법권이라고 부르기는 어렵다.

요컨대, 미국에서 입법은 형식적으로 상하 양원으로 구성된 연방의회 고유의 권한이지만, 실제로는 연방행정부와 연방법원도 권력의 분립에 따른 견제와 균형의 작용을 통하여 간접적으로 입법에 관여할 수 있는 것이다.[17] 이 점에서 우리 헌정 체제와 다르지 않지만, 다만 형식적인 법률안 제출권은 의회에 전속되어 있고, 의회가 상·하 양원으로 구성되어 있어 제출된 법률안은 양원을 모두 통과하여야 한다는 것이 두드러진 차이점이다.

## 2. 미국의 제정법 입법절차

미국 연방 의회가 제정법을 입법하는 근거는 미국 연방헌법 제1조 제7

15) 미국 연방헌법 제1조 제1항 : “이 헌법에 의하여 부여되는 모든 입법 권한은 미국 연방의회(Congress of the United States)에 속한다 ; 연방 의회는 상원(Senate)과 하원(House of Representatives)으로 구성된다.”
16) 대한민국헌법 제52조 : “국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다.”
17) 김영희, 앞의 책(각주 4), 17쪽

항 제2절[18]에 마련되어 있다. 그 헌법 규정에 의하면, 법률안이 제정법으로 되기 위해서는 상하 양원의 의회를 모두 통과하여야 하고(양원제, bicameralism), 그 각 통과 후에는 대통령의 승인 또는 거부를 위하여 법률안이 대통령에게 이송되어야 하며(대통령에의 이송, presentment), 만약 대통령이 승인하면 그 법률안은 제정법으로 되지만, 만약 거부하면 상하 양원이 2/3의 가중 다수결로 그 법률안을 통과시킬 경우에 한하여 그 법률안은 제정법이 될 수 있다. 그 외에 미국 상하원 연방의회는 미국 연방헌법 제1조 제5항 제2절[19]에 따라 입법절차에 관한 세부사항을 정하는 규칙을 제정하였다. 이하에서는 미국 연방 의회에서의 제정법 입법절차를 소개한다.

가. 법률안의 발의

연방 상원 또는 연방 하원의 의원은 법률안(bill)을 발의할 수 있다. 양원의 의원은 개원 중이면 언제나 법안을 제출할 수 있다. 법안을 주도하여 발의하는 의원을 primary sponsor라고 하는데, 제출되는 법안에는 그 의원의 서명은 꼭 들어가 있어야 한다. 그 법안에 동조하여 발의한 의원은 co-sponsor라고 한다.[20] 의원에 의하여 발의된 법안을 본회의장에 소개(introduce)하는 것은 양원의 의장이 할 일인데, 소개는 법안의

18) 미국 연방헌법 제1조 제7항 제2절 : “하원과 상원을 통과한 모든 법률안은 법률로 확정되기에 앞서 대통령에게 이송되어야 한다. 대통령이 이를 승인하는 경우에는 이에 서명하며, 승인하지 아니하는 경우에는 이의서를 첨부하여 이 법률안을 발의한 원(院)으로 환부해야 한다. 법률안을 환부 받은 원은 이의의 대략을 의사록에 기록한 후 이 법률안을 다시 심의해야 한다. 다시 심의한 결과, 그 의원의 3분의 2 이상의 찬성으로 가결할 경우에는 그 원은 이 법률안을 대통령의 이의서와 함께 다른 원으로 이송해야 한다. 다른 원에서 이 법률안을 다시 심의하여 의원의 3분의 2 이상의 찬성으로 가결할 경우에는 이 법률안은 법률로 확정된다. 이 모든 경우에서 양원은 호명, 구두 표결로 결정하며, 그 법률안에 대한 찬성자와 반대자의 성명을 각 원의 의사록에 기재해야 한다. 법률안이 대통령에게 이송된 후 10일 이내(일요일은 제외)에 의회로 환부되지 아니할 때에는 그 법률안은 대통령이 이에 서명한 경우와 마찬가지로 법률로 확정된다. 다만, 연방 의회가 휴회하여 이 법률안을 환부할 수 없는 경우에는 법률로 확정되지 아니한다.”

19) 미국 연방헌법 제1조 제5항 제2절 : “각 원(院)은 의사 규칙을 결정하며, 원내의 질서를 문란케 한 의원을 징계하며, 의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어 의원을 제명할 수 있다.”

20) 김영희, 앞의 책(각주 4), 58쪽

명칭만 읽는 것으로 대신하고,[21] 그 후 법안은 바로 소관 위원회로 회부된다.

연방헌법에 의하여 입법은 연방 의회의 전권이지만, 사실상 정부 입법도 많이 행하여진다.[22] 대통령으로 대표되는 행정부가 입법에 관여할 근거가 되는 것은 미국 연방헌법 제2조 제3항 전단으로서, 그 조항은 "대통령은 연방정부에 관한 정보를 수시로 연방 의회에 보고하고, 필요하고 적합하다고 판단되는 법안의 심의를 연방 의회에 권고해야 한다."고 규정하고 있는데, 이를 권고조항(recommendation clause)라고도 부른다. 그러나 사실상 정부입법이라고 하더라도, 법안 자체는 의회 의원의 명의로 발의되어야 하므로, 형식적으로는 의원입법의 형태를 취한다.[23]

나. 위원회(committee) 단계

(1) 위원회 회부

발의된 법안은 바로 소관 위원회로 회부되는데, 이는 하원이든 상원이든 마찬가지이다. 미국의 입법은 위원회 중심주의라는 특징을 가진다. 위원회 자체가 법안의 통과를 결정짓지는 않지만, 위원회의 입장이 어떤지가 법안이 법률로 될 가능성에 지대한 영향을 미친다. 이익집단들의 대(對)의회 로비가 집중적으로 이루어지는 것도 바로 이 단계에서이다.[24] 2016년 4월 현재 미국 연방 하원에는 20개의 상임위원회(Standing Committee), 3개의 특별위원회(Special Committee 또는 Select Committee)가, 연방 상원에는 16개의 상임위원회, 4개의 특별위원회(Special Committee 또는 Select Committee)가 각각 설치되어 있고, 4개의 양원 공동 위원회(Joint Committee)도 있다.[25] 각 위원회 아래에는

21) 그러나 이제는 법안의 명칭을 읽는 것조차 더 이상 관행이 아니고, 법안 명칭이 의회 의사록에 실리기만 하면, 소개된 것으로 취급된다고 한다 : 김영희, 위의 책, 58 ~ 59쪽
22) 김영희, 위의 책, 55쪽
23) 김영희, 위의 책, 56쪽
24) 이우영, "한국의 로비활동 법제화 노력에 대한 입법학적 관점에서의 분석", 서울대학교 법학 제46권 제3호(2005. 9.), 370쪽
25)하원 : http://clerk.house.gov/committee_info/index.aspx
상원 : http://www.senate.gov/committees/committees_home.htm

여러 소위원회(Subcommittee)가 있다.

발의된 법안이 어느 위원회의 소관 사항인지 관할을 정하는 것은 각 원의 규칙에 따른다. 법안은 한 위원회에 회부될 수도 있고, 순차적으로든 동시에든 복수의 위원회에 회부되는 것도 가능하나, 복수의 위원회에 회부되는 경우에는 주관 위원회(primary committee)를 지정해야 한다.[26] 법안이 법률로 되는 데에 실패하는 대부분의 경우가 위원회 단계에서 탈락한다고 한다.

(2) 위원회 심사 과정

위원회 혹은 소위원회는 법안을 심사하고, 공청회(public hearing)를 열며, 법안 수정작업(markup)을 한다. 위원회 절차는 공개하는 것이 원칙이나, 위원들의 표결을 거쳐 비공개로 하는 것이 가능하다.[27]

위원회 혹은 소위원회가 법안을 회부 받은 후 가장 먼저 취하는 조치는 행정부 내의 소관 부처(department, agency)를 찾아 공식보고서(official report)를 구하는 것이다. 어차피 법률로 통과되면 행정부가 시행할 것이기 때문이다. 위원회 혹은 소위원회는 필요하다고 판단하면 공청회를 개최할 수 있다. 공청회는 공개하는 것이 원칙이나, 비공개도 가능하기는 하다. 공청회는 사실상 서면으로 행해진다. 증인은 관행상 진술서(written statement)를 제출하고, 공청회장에 나와서는 구두 요약만할 뿐이다. 공청회가 끝나면, 본격적인 수정작업(markup session)으로 넘어간다.[28]

소위원회는 발의된 법안의 모든 부분에 대하여 수정을 가할 수 있지만, 소위원회가 위원회에 보고를 한 이후에는, 위원회 소속 위원들은 소위원회에서 수정되어 올라온 법률안에 대하여, 다시 수정할 만한 적절성(germaneness)이 인정되는 경우에만, 다시 수정을 할 수 있다. 수정작업(markup)이 끝나면, 위원회는 법안의 본회의 상정과 관련하여 태도를 결정하여야 하는데, ① 처음의 법안(original bill)을 그대로 상정하는 것,

26) 김영희, 앞의 책(각주 4), 78쪽
27) 김영희, 위의 책, 83쪽
28) 김영희, 위의 책, 83~84쪽

② 처음의 법안과 위원회 수정안(clean bill)[29]을 함께 상정하는 것, ③ 처음의 법안을 그저 보고하지 않는 것(table it) 중의 하나를 선택한다.[30]

(3) 위원회 보고서

위원회가 하원 또는 상원의 본회의에 상정하기로 결정하면, 위원회 보좌진(committee staff)들은 위원회 보고서(committee report)를 작성한다. 위원회 보고서에는 의회로 하여금 그 법률을 제정할 수 있도록 한 헌법상의 근거조항을 명시하고, 제정법의 목적과 제정법을 시행할 경우 예상되는 결과 등에 대한 소견이 들어가 있어야 한다. 또한 법안에 대한 항목별 분석(section-by-section analysis)이 포함되어야 하고, 새 법안이 현재의 법률에 어떻게 영향을 미치는지도 구체적으로 설명되어 있어야 한다. 그리고 그 법안이 법률로 제정되는 경우 필요한 예산이 어느 정도인지를 판단한 추정비용이 들어가 있어야 한다. 또한 위원회에서 행하여진 표결상황도 포함되어야 한다. 위원회 보고서는 위원회의 승인을 받은 후 되도록 빨리 본회의에 전달되어야 한다.[31]

다. 본회의 단계

연방 하원 또는 상원의 본회의로 위원회 보고서가 올라오면 법안은 의사일정목록에 등록된 후 순서에 따라 본회의로 상정되어 법안의 제안·설명, 질의, 토론을 거쳐 표결에 이르게 된다.

연방 하원의 경우, 조세 또는 국민에게 부담을 주는 법률안 등 중요한 의안들은 의사일정을 촉진시키고, 본회의에서의 집중적인 심의를 보장하기 위하여 전원위원회(Committee of the Whole) 제도가 보편적으로 활용된다. 전원위원회는 명칭이 위원회로 되어 있지만, 본회의의 변형 형태로서 하원의원 전원이 전원위원회 위원이 되는 것인데, 하원의장의 선

29) 너무나 많이 수정하여 완전히 다른 것이 되어 버린 법안. 원래의 법안과 사실상 다른 법안이므로 새로운 법안번호를 부여하는 것이 일반적이다 : 김영희, 위의 책, 84쪽
30) 김영희, 위의 책, 84쪽
31) 김영희, 위의 책, 85쪽

언에 따라 본회의가 전원위원회로 전환되어 법률안을 심의한다. 전원위원회가 신속한 의사진행에 큰 역할을 할 수 있는 것은, 본래 하원의원 전원은 435명이지만, 전원위원회의 정족수는 100명에 불과하므로, 하원 전체의 의사정족수인 과반수(218명)를 채우지 않고서도 의사 진행이 가능하기 때문이다.[32] 또한 전원위원회를 통하여 본회의에서 법안에 대한 실질적인 심의가 이루어질 수 있게 때문에, 위원회 중심주의적 운영에 따라 본회의의 심의가 형식화되는 것을 보완하는 장치가 되기도 한다. 이에 따라 연방 하원에서는 논쟁의 여지가 없는 법안일수록 본회의에서 토론 없이 통과시키고, 중요한 법안일수록 전원위원회에서 집중적으로 심의를 한다.[33][34]

연방 하원에서의 법안 심의를 촉진시키기 위하여, 하원 본회의에서는 의원 개인의 발언시간은 원칙적으로 1시간으로 제한되고(1시간 규칙)[35], 토론 종결을 위하여 일정한 시간을 설정하는 특별규칙을 어느 때나 제안할 수 있다. 하원 전원위원회에서는 법안에 대한 찬성 측과 반대 측의 각 발언시간을 5분씩으로 제한하는 5분 규칙(5 minute rule)[36]이 적용된다. 또한 하원 본회의에서 심의 대상이 된 법안과 적절한 관련성이 없는 내용의 심의를 금지하는 적절성규칙(germaness rule)이 적용되는데, 이 또한 신속한 법안 심의를 위하여 중요한 역할을 한다.

연방 상원의 경우에는, 전원위원회 제도가 존재하지 않고, 원칙적으로 무제한의 토론과 무제한의 법안 수정 제안이 가능하다는 점이 특징이다.[37] 상원 의원은 심의의 어느 단계에서든지 당 지도부에 일단 유보(hold)를 요구할 수 있고, 자신의 의사를 반영시키기 위하여 무제한 토론

32) 김영희, 위의 책, 98쪽
33) 김영희, 위의 책, 98~99쪽
34) 우리의 경우 전원위원회제도는 1948년 10월 제정 국회법에서 도입된 후 1960년 9월 개정 국회법에서 폐지되었다가 2002년 2월 현행 국회법에 다시 도입되었으나, 아직까지 제대로 활용되지 못하고 있다고 한다.
35) 만장일치의 동의가 있는 경우에 한하여, 1시간 이상의 발언이 가능하다.
36) 하원 전원위원회에서 법안과 수정안에 대하여 각 조문별로 심의를 할 때에 찬성 측과 반대 측에서 각 5분씩의 발언이 있으면, 토론은 종결되고 표결을 하여야 한다는 규칙이다. 그러나 다수결 또는 전원합의 표결에 의하여 사실상 무제한 연장될 수 있다. : 김영희, 앞의 책(각주 4), 100쪽
37) 김영희, 위의 책, 108쪽

과 같은 의사진행방해(filibuster)를 할 수 있다. 1917년에 의사진행방해를 막기 위하여 강제로 토론을 종결시키는 제도(cloture)가 도입되었는데, 토론 종결의 동의에 참석의원 중 3/5 이상이 찬성하면, 이후 토론은 1시간으로 제한되고, 법안 심의를 위한 시간도 추가 30시간으로 제한된다.[38]

라. 타원으로의 송부

법률안이 하원에서든 상원에서든 통과하면, 통과시킨 원은 법률안을 통과 시점의 정확한 내용 그대로 정서하여 메시지와 함께 다른 원으로 보내야 한다. 그 법률안이 다른 원에 도착하면, 이를 받은 상원 또는 하원은 처음 발의된 것과 같이 소개와 소관 위원회 회부, 본회의에의 상정과 심의, 표결 등의 절차를 밟는다. 하원(또는 상원)에서 원래 통과되었던 법률안이 다른 원인 상원(또는 하원)에서 수정 없이 통과되면, 다시 메시지와 함께 원래 통과시켰던 하원(또는 상원)으로 반환하고, 그 후 등록(enrollment)을 거쳐 대통령에의 이송절차로 진행된다.[39]

만약 원래 통과되었던 법률안이 다른 원인 상원(또는 하원)에서 수정된 경우, 원래 법률안과 수정된 법률안이 함께 원래 통과시켰던 하원(또는 상원)으로 반환되고, 이를 받은 하원(또는 상원)은 그 수정된 법률안에 동의할 것인지 아니면 다시 수정할 것인지 심의하여 다른 원인 상원(또는 하원)으로 재수정 법률안을 보내는 절차를 진행하기도 한다.[40] 하원(또는 상원)은 상원(또는 하원)의 수정안을 직접 수정하는 대신 상원(또는 하원)에 양원합동위원회(Conference Committee)의 구성을 요구할 수도 있다. 그에 따라 양원합동위원회가 구성되어 양원 대표(conferee)들이 합의를 이룬 경우 보고서를 작성하고, 그 보고서가 양원에서 채택되면, 최초에 그 법안을 통과시켰던 원에서 등록과 대통령에의 이송절차를

38) 김영희, 위의 책, 109쪽
39) 김영희, 위의 책, 110쪽 ~ 116쪽
40) 이에 따라 법률안이 양원 사이를 9번까지 왔다 갔다 한 기록도 있다고 한다 : 김영희, 위의 책, 115쪽

진행시킨다.[41]

마. 대통령의 승인 또는 거부

미국 연방헌법 제1조 제7항 제2절에 의하면, 미국 연방의회의 양원을 통과한 법률안이 법률로서 성립하기 위해서는, 대통령에게 제출되어 승인과 서명을 받아야 한다. 대통령이 법률안을 거부하는 경우에는 그 거부하는 메시지(veto message)와 함께 법률안을 의회로 환부한다. 대통령의 거부권 행사에도 불구하고 양원에서 각 재적의원 2/3 이상의 찬성으로 가결할 경우에는 그 법률안은 법률로 확정될 수 있는데, 이를 'override'라고 한다.

## 3. 미국 헌법상 규정된 입법절차의 의의

Manning은 미국 헌법이 제정법 입법절차를 위와 같이 '복잡하고 번거롭도록' 규정한 취지는, 정책적 제안이 제정법으로 성립되기 위해서는 광범위한 동의를 얻어야 하도록 요구하기 위해서라고 설명한다. 미국 헌법은 미국 연방의 각 정치적 기관들(하원, 상원, 대통령)을 분립시키고, 선출직인 각 기관들의 구성원의 임기를 서로 다르게 구성하며(연방 하원의원은 2년, 연방 상원의원은 6년, 대통령은 4년), 입법절차에서 여러 정치적 기관들 또는 당파들의 동의를 얻어야 하도록 '복잡하고 번거롭게' 설계하였는데, 이는 입법자들에게 '숙려'기간(a period of 'cooling off')을 부여함으로써, 입법자들이 사회에서 제기되는 그때그때의 정책적 열정에 성급하게 응하여 신중하지 못하게 입법하려는 경향을 억제하기 위해서라는 것이다.[42]

Manning은, 이러한 숙려는 또한 이성적인 심의(rational deliberation)와 공중의 참여(public participation)를 용이하게 해준다고 주장한다. 미

41) 상세한 내용은 김영희, 위의 책, 118~122쪽
42) Manning, John F. & Matthew C. Stephenson, Legislation and Regulation, Foundation Press(2010), 25쪽

국 헌법에서 규정한 입법절차는 일반 공중으로 하여금 반대의견을 표명할 수 있도록 하고, 다양한 형태의 입법조치들에 대하여 찬성하거나 반대하는 주장을 제기할 수 있도록 한다는 것이다. 물론 입법절차의 위와 같은 성격에는 정치적 소수파들로 하여금 정치적 다수파의 입법적 주도권을 봉쇄하도록 허용하고, 그 결과 연방 의회와 행정부를 무기력상태에 빠지도록 할 위험성이 잠재되어 있다. 그러나 Manning은, Madison, Wilson, Hamilton과 같은 미국 헌법의 기초자들은 입법자들이 과도한 입법을 할 위험성이 무력한 태도를 보일 위험성보다 훨씬 크다고 보았고, 특히 Hamilton은 "몇몇의 좋은 입법을 거부하여 생기는 손해는, 다수의 나쁜 입법을 방지하여 생기는 이득으로써 충분히 보상받을 것"이라고 언급하였다는 점을 지적한다.[43]

## 제3절. 제정법 해석에 관한 방법론 개관

제정법은 의회가 제정하지만, 일반적·추상적으로 규정된 제정법 조항들의 세부내용은 대부분 행정청의 집행과 특히 법원의 해석과정에서 드러난다. 미국 연방법원들은 제정법의 해석에 있어서 다양한 자료들을 검토한다. 그러한 해석 자료들은 매우 다양해서 이를 전부 열거할 수는 없지만, Manning은 연방대법원 판례에서 언급된 사항들을 원용하여, 제정법 규정의 문언(text), 입법사(the legislative history)[44], 전체적인 법률의 목적(the purpose of the statute as a whole), 부조리 법리(Absurdity Doctrine), 법원 실무에서 관행적으로 적용되는 해석규칙들(canons of construction), 후속 입법(subsequent legislation) 등을 예시하고 있다.[45]

미국의 법적 전통에서는 제정법 해석 방법론에 관한 다양한 견해들이 존재하는데, 그들은 제정법 해석에 있어서 법원의 적절한 역할, 제정법

43) 알렉산더 해밀턴 외, 페더랄리스트 페이퍼, 김동영 역, 한울(2013), 436쪽
44) 입법사에 관한 상세한 내용은 아래 제3장 제4절 '2. 입법사의 사용' 부분 참조
45) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 17~19쪽

해석의 목표, 사용가능한 해석 자료들의 범위와 그 사용방법, 해석 자료들이 충돌할 경우의 우선순위 등에 관하여 서로 대립하고 있다. 학계에서는 많은 이론들이 논의되었지만, 연방대법원 실무에서는 3개의 기본적 방법론들인 의도주의, 목적주의, 문언주의가 번갈아 등장하는 경향이 있다.[46] 이렇게 3가지[47]로 범주화하는 것은 지나친 단순화이기는 하다. 그 각각의 해석적 전통들 내에는 많은 다양성이 존재할 뿐 아니라, 그들 상호간에는 많은 공통점이 존재하기도 하는 것이다. 다음 장 이후에 펼쳐질 논의를 위한 예비적 설명으로서, 위 3가지 방법론들을 간략히 개관한다.

## 1. 3가지 방법론들의 주장 요약

### 가. 의도주의(Intentionalism)

의도주의는 입법자의 주관적 의사 내지 의도(legislator's intent)를 규명하는 것을 목표로 삼는 방법론이다. 의도주의는 최근에는 선호되지 않고 있지만, 제정법 해석에 대한 가장 전통적인 방법이다. 의도주의는, 법관이 어려운 제정법 해석 문제에 직면하면-법 규정이 명확하지 않거나 문제 있는 결과를 지시하는 것처럼 보일 때-법관은 주어진 문제에 관하여 가장 가능성이 높은 입법부의 의도를 재구성하도록 최선을 다해야 한다고 주장한다. 즉, 의도주의 법관은, 만약 법원에 제기된 그 구체적인 사건을 입법부가 직접 다루었더라면, 입법부가 구체적으로 무엇을 의도했을 것인가를 알아내려고 시도한다.

### 나. 목적주의(Purposivism)

---

46) Manning et al., 위의 책, 19~20쪽 ; 뒤에서 서술하겠지만, 위 방법론들 외에도 오늘날 학계에서는 동태적 해석론(Dynamic Statutory Interpretation Theory)이 유력하게 주장된다.

47) 최봉철 교수는 문언중심적 법해석방법론, 의도중심적 법해석방법론, 목적중심적(합리적) 법해석방법론이라고 구분한다. : 최봉철, 현대법철학, 법문사(2007), 261쪽

목적주의는 법의 객관적 이성 내지 목적(ratio legis, ratio iuris)을 규명하는 것을 목표로 삼는 방법론이다. 목적주의는 의도주의와 유사하지만, 목적주의자들은 구체적인 입법부의 의도-입법자들이 바로 현재의 문제를 다루었다면 했을 법한 일-라는 것은 환상에 불과하거나 재구성하기가 너무나 어렵다고 본다. 그렇기는 하지만, 목적주의자들은 주장하기를, 의회가 어떤 이유가 있어서 법률을 가결하였으므로, 법원은 다양한 자료들에서 뽑아낸 법률의 목적 또는 일반 목표를 증진시키는 방향으로 구체적인 법률 규정을 읽어야 한다는 것이다.

다. 문언주의(Textualism)

문언주의[48]는 법문의 의미를 언어관례(linguistic usage)에 따라 파악하는 것을 목표로 삼는 방법론이다. 해석에 관한 세 번째 유파인 문언주의는, 해석자들은 '합리적인 사람들이 의회가 채택한 정확한 법률 문언의 어의론적 내포(semantic import) 또는 용례를 어떻게 이해할 것인지'를 포착하도록 노력해야 한다고 주장한다. 문언주의자들은 의회의 의도나 목적이라는 포착하기 어려운 관념을 증진하기 위하여 문언을 벗어나는 것은 이론적으로 타당성이 없고, 실천적으로 불가능하다고 주장한다.

## 2. 3가지 방법론들의 차이점과 공통점

가. 차이점

Manning은 가상의 "no vehicles in the park(공원 내에 탈 것 금지)"라는 법률 규정을 상정하여 이 세 가지 방법론들의 차이점을 설명한다.

48) 문언주의(textualism)라는 용어는 1863년에 마크 패티슨(Mark Pattison)에 의해서 처음 사용되었는데, 이는 퓨리턴 신학(Puritan theology)을 비판하기 위한 것이었다(17 Oxford English Dictionary 854 (2d ed. 1989). 미연방대법원 판결에서는 그로부터 1세기 후 로버트 잭슨(Robert Jackson) 대법관에 의해 Youngtown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 사건에서 처음 사용되었다(343 U.S. 640)고 한다. : 김종구, "미국 연방대법원의 법해석과 텍스트주의", 미국헌법연구 제21권 제3호(2010. 12.), 293쪽 각주 22)에서 재인용

이하에서 그의 설명을 들어보자. 만약 그 규정에 의하여 자전거를 탄 사람이 공원으로 들어가려는 것을 막을 수 있는지 질문을 받았다고 할 때, 의도주의자들, 목적주의자들 그리고 문언주의자들은 그 질문에 대답함에 있어서 서로 다른 요소들을 강조할 것이다. 의도주의자는, 만약 그 법률의 제정에 앞서서 그 법안의 제안자들 중 한 명이 고민하는 동료 의원들에 대하여 그 법안은 "자전거 타기와 같은 일반적인 여가활동에 대해서까지 적용되려고 의도한 것은 아니"라고 확신시켜주었다면, 이를 매우 중요하다고 판단할 것이다. 목적주의자는, 무엇이 그 법률제정을 촉발하였는지에 보다 더 관심을 가질 것이다. 만약 입법부가 소음과 환경오염에 주로 관심을 가진 것으로 보인다면, 목적주의 해석자는 공원에서 자전거 타는 것이 그 규정에 위반되지 아니한다고 결정하는 쪽으로 기울어질 것이다. 반면, 만약 입법부가 보행자와 다양한 탈 것들 사이의 위험한 충돌 문제에 대비하였던 것으로 보인다면, 목적주의자는 그 규정을 자전거까지 포함하여 금지하는 것으로 읽을 가능성이 높다. 문언주의자는 사람들이 통상적으로 "탈 것"이라는 단어를 어떻게 사용하는지에 보다 관심을 가질 것이다. 문언주의자는 「자전거를 '탈 것'이라고 부르는 것이 부자연스러운가?」, 「사전은 그 단어를 어떻게 정의하는가?」, 「법률용어로 '탈 것'이라는 말이 자동차, 트럭, 오토바이 등과 같은 '전동장치가 달린 탈 것(motor vehicles)'이라는 말과 동일시되었는가?」 등의 질문을 제기할 것이다.

최봉철 교수는 위 3가지 방법론들의 차이점은 각각의 지표에 의하여 밝혀진 의미가 다를 때 드러난다고 설명한다. 문언주의자는, 법률의 문언에 의하여 파악된 의미가 입법자의 의도와 상치되거나 법률이 추구하는 합리성(이성 혹은 목적)을 충족시키지 못할 때라도 문언에 따라 파악된 의미가 그 법률의 의미라고 본다는 것이다. 마찬가지로 법률의 의미에 관하여 의도주의자는 입법자의 의도를 따라 파악된 의미를 가장 우선시하고, 목적주의자는 문언 또는 입법자의 의도에 따라 파악된 의미가 합리적이지 않다면, 보다 합리적인 의미를 갖도록 법률을 해석한다는 것이다.[49]

나. 공통점

Manning은 그 세 방법론들이 중요한 면에서 다르지만, 그들 사이에 중요한 공통점들도 있다고 설명한다.

첫째, 세 방법론들 모두 많은 동일한 해석도구들에 의존한다. 다만 서로 다른 해석도구를 강조할 뿐이다. 예를 들어, 목적주의자들은 문언의 어의론적 의미(semantic meaning)에 세심한 주의를 기울이고, 그것이 법률의 명백한 전체적 목적에 배치되지 않는 한 그 문언을 따른다. 반면 문언주의자들은 만약 법 규정의 문언이 애매할 경우, 법률의 목적을 알 수 있는 특정 종류의 증거를 채택할 것이다. 예컨대, United States v. American Trucking Ass'ns 판결(연방대법원, 1940)(목적주의를 취하면서도 "법률의 목적에 대하여, 입법부가 그 희망을 표현하기 위하여 채용한 단어들보다 더 설득력 있는 증거는 없다"고 판시하였다)과 National Tax Credit Partners, L.P v. Havlik 판결(제7 연방항소법원, 1994)(문언주의를 취하면서도, "법률의 배후에 있는 목적을 아는 것은 법원이 애매한 문언을 해독하는 데에 도움이 된다"고 언급하였다)을 대비해 볼 수 있다. 문언주의자들은 의도된 의미를 중요하게 여긴다.[50] 다만 그들은 의도를 확인하기 위한 모든 전통적 해석 도구들을 믿을 만한 것으로 여기지는 않는다. 마찬가지로, 거의 모든 해석자들이 극히 불합리한 결과를 초래할 수 있는 해석을 피하려고 한다. 비록 이유들이 서로 다르고, 정도 차이도 있지만 말이다. 그리고 사실상 모든 방법론들이 현재는 제정법 해석을 하려면 어느 정도 해석규칙(Canons of Construction)에 의존하게 된다는 점에 동의한다. 다만, 선호하는 해석규칙이 어떤 것인지, 어떻게 사용하는지는 서로 다르다.

---

49) 최봉철, 앞의 책(각주 47), 261 ~ 262쪽

50) Antonin Scalia, Common Law Courts in a Civil Law System : The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in A Matter of Interpretation : Federal Courts and The Law : "문언주의자들은 '객관화된 의도(objectified intent)'-합리적인 사람이 그 법률의 문언으로부터 추측할 수 있는 의도-를 추구한다."고 언급하였다.

둘째, 이들 방법론들은 모두 입법부 우위(Legislative Supremacy)의 이론에 근거하고 있다. 이는 '미국의 헌법 체제에서, 의회의 행위는 그것이 합헌적 테두리 내에 있는 한 우선적 지위(primacy)를 가지고, 법관들은 의회의 충실한 대리인으로서 행동해야 한다'라고 하는 관념들을 압축한 것이다. 법관들의 역할에 관한 그러한 관념에 대하여는 여러 중요한 도전들이 있어 왔지만, 연방 사법권에 관한 표준적인 설명은 이러한 충실한 대리인의 가정에 근거하여 구축되었다.[51]

이러한 '입법부 우위'라는 공통된 출발점은 세 가지 기본적 방법론들이 모두 '입법부의 의도'와 관련되어 있다는 것을 의미한다. 비록 그들이 그 구절을 서로 약간 다르게 이해하고 있기는 하지만 말이다. 기본적으로, '입법부의 의도'를 강조하는 것은 해석의 목적을 입법부에 귀속시킬 수 있는 결정 - 입법부의 지시, 교시, 의지, 의미, 선호 또는 욕구를 확인하는 것-을 실행하는 것으로 보기 때문이다. 그러한 일반적인 의미에서, '입법부의 의도'라는 개념은 입법부 우위의 관념에 입각한 모든 해석체계의 초석이라고 할 수 있다.

51) Cass R. Sunstein, Interpreting Statutes in the Regulatory State, 103 Harv. L. Rev.(1989), 405, 415쪽

# 제3장. 제정법 해석에 관한 전통적 방법론

## 제1절. 미국 독립 이후 법사상과 제정법 해석 방법론의 변천

### 1. 영국의 제정법 해석 방법론[52)]

가. 3가지 근본 규칙

역사적으로 보아 영국의 제정법 해석 방법론은 다음과 같은 세 가지 근본 규칙을 그 바탕으로 하고 있는데, 그 규칙들은 그 후 영국법이 미국에 계수되는 과정에서 미국 법원에 의하여 명칭이 바뀐 채 수용되었다.

(1) 폐해준칙(mischief rule)

영미법상 첫 번째 고전적 해석규칙으로 대부분의 방법론서의 첫 부분을 장식하는 해석준칙이 폐해준칙이다. 폐해준칙은 1584년의 Heydon's Case에서 Edward Coke 경이 확정한 것으로, 이에 의하면 모든 법률을 해석함에 있어 다음 네 가지 사항을 구별하고 준수하여야 한다는 것이다.[53)] : ① 법률 제정 전에 보통법이 규율한 것은 무엇인가. ② 보통법이 어떠한 해결책도 제시하지 않은 폐해와 결점은 무엇인가. ③ 공적인 위해를 시정하기 위하여(to cure the disease of the commonwealth) 의회가 어떤 구제책을 결정하고 규정하였는가. ④ 구제책은 어떤 진정한 의미를 가졌는가.

폐해준칙에 의하면, "폐해를 제거하여 이에 대한 구제책이 조성되도

52) 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 8 ~ 13쪽
53) 76 Eng. Rep. 637(K.B., 1584) : 남기윤, 위의 논문, 10쪽에서 재인용

록 법률을 해석하여야 하며 폐해를 이기적으로 유지하려는 교묘한 술책이나 회피책을 억제하고 그 대신 구제책이 입법자의 의도에 맞게 완전한 효력을 발휘하도록 해석하는 것이 모든 법관의 과제"라고 한다.

여기에서 알 수 있듯이 폐해준칙의 내용은 어떤 단일한 해석 원리로서 설명될 수 없는 여러 원리들을 포함하고 있다. 먼저 폐해준칙은 법률의 목적을 그 해석기준으로 삼음으로써 문언 중심적 해석을 거부하고 입법 목적을 구현하여야 한다는 해석방법을 주장한다.[54] 다음에 폐해준칙은 영국법에서 제정법의 기능이 아주 좁게 제한되어 있음을 분명히 보여준다. 단지 폐해가 존재하는 경우에만 의회의 개입과 구제책이 필요한 것이므로, 제정법은 오로지 보통법에서 불충분한 곳을 개별적으로 특정하여 수정해야만 한다는 것이다. 이로써 폐해준칙은 한편으로 보통법과의 관계에서 법률은 근본적으로 좁게 해석하여야 한다는 기본 원칙을 제시하면서도, 다른 한편으로 입법자의 역사적 의도에 근거한 주관적·목적론적 해석론을 영미법의 해석원리로 제시하였다는 점에서 의미가 크다. 이 폐해준칙을 기본으로 하여 이를 보충하는 두 가지 해석규칙인 문리준칙과 황금준clr이 발전하였다.

(2) 문리준칙(literal rule)

문리준칙은 해석 결과가 불합리하고 유해하다 하여도 법률의 명백한 문언에 따라야 할 것을 요구한다. 이 해석준칙의 근본 사상은 법률 문언이 입법자의 의도를 찾을 수 있는 가장 훌륭한 징표라는 데에 있다. 문리해석 준칙이 본격적인 해석준칙으로 자리 잡기 시작한 것은 18세기 중반경부터였다.[55]

(3) 황금준칙(golden rule)

문리해석 준칙의 엄격성을 완화하기 위해 1877년 Blackburn경이 '황금준칙(golden rule)'이라는 해석준칙을 도입하였다.[56] 이에 의하면 법률

54) 이에 따라 20세기 미국 해석론에서 폐해준칙은 목적주의적 해석의 전형으로 되었다.
55) Colehan v. Cooke, Willes 393, 395, 125 Eng. Rep. 1231, 1233(C.P. 1742)
56) Lord Blackburn in River Wear Commissioners v. Adamson, 2 App. Cas. 742,

문언에 따름으로써 오히려 불합리한 결과가 나온다면 법관에게 법률 문언을 넘어서서 해석하는 것이 허용되어야 한다는 것이다. 그러나 이 해석준칙은 법관 스스로가 입법자 역할을 하는 것은 금지하고 입법부의 의도에 구속될 것을 요구하고 있다.

나. 영국 법원의 법률 해석 실무

영국법에서는 일찍이 14세기 중반부터 법률해석 방법론이 논의되기 시작하였고, 이때 이미 '제정법은 보통법(Common Law) 규칙을 변경하는 것이므로, 이를 좁게 해석해야 한다'는 원칙이 존재하였다. 이러한 엄격해석 원칙에 대한 반작용으로 16세기경 영국 법원에서 '제정법의 형평(equity of a statute)' 법리, 즉 '제정법의 문언상으로는 그 제정법이 적용되지 않는다고 생각되는 경우에도 제정법의 목적·정신을 고려하여 해석하여야 한다'는 법리[57]가 대두되었으나, 위 '제정법의 형평(equity of a statute)' 법리는 17, 18세기에 급격히 쇠퇴하였고, 19세기부터 문리준칙(literal rule)이 영국법의 지배적인 해석방법으로 자리 잡게 되었다고 한다.[58] [59]

영국 법원의 실무가 문리해석을 기본적인 해석규칙으로 삼게 되면서 입법사(legislative history)를 해석과정에 포함시키는 것을 거부하는 관행, 즉 배제준칙(exclusionary rule)이 확립되었고, 주관적·목적론적 해석방법은 힘을 잃게 되었다. 그와 같이 문리준칙이 지배적인 해석 방법으

---

746(House of Lords, 1877) ; 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 11쪽에서 재인용.

57) 이에 의해 법관은 법문언으로부터 벗어나 어느 정도 자유롭게 해석할 수 있게 되었는데, 그 법리의 이론적 근거는 형평(equity) 사상이었다. : 위 각주 9) 참조 ; 16세기 영국 법원이 이 사상을 수용한 이유도, 입법자가 모든 상황을 예견할 수 없음에도 법률의 일반성 때문에 개별 사례에서의 구체적 타당성을 기하기가 어렵다는 것에 있었다. 그러므로 이 법리의 목적은 개별 사례에 부적합한 법률을 수정하기 위한 것이었으며, 그 방법은 문자(letter) 대신에 법률의 의미(sense and reason)나 정신(spirit)에 초점을 맞추는 것이었다. : 남기윤, 위의 논문, 9쪽

58) Atiyah & Summers, Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford/New York(1987), 100쪽 ; 남기윤, 위의 논문, 11쪽에서 재인용.

59) 이와 같이 문리해석이 영국의 법실무를 지배하게 된 이유로는 ① 1688년의 명예혁명 이후에 확고하게 자리 잡은 의회주권 사상, ② 19세기 영국을 지배했던 법실증주의의 영향, ③ 영국 법관의 제정법에 대한 불신 등이 지적되고 있다. : 남기윤, 위의 논문, 11쪽

로 자리 잡게 됨에 따라 다른 해석방법들과의 관계도 다음과 같이 재정립되었다. ① 법문이 명백하고 일의적인 경우, 문리준칙 이외의 다른 해석방법의 원용은 허용되지 않는다. ② 문리준칙은 예외적으로 황금준칙(golden rule)에 의하여 제한될 수 있다. 즉, 문언을 적용함에 의하여 오히려 불합리한 결과가 나온다면 법문언을 넘어서서 해석하는 것이 허용된다. 그러나 이것은 대부분 법문언이 분명하지 않은 사례들에 국한된다. ③ 문리준칙에 대한 제한으로 폐해준칙(mischief rule)이 적용되지만, 목적론적 해석은 법문언이 불분명하거나 모순되는 경우에만 적용의 여지가 있다.

## 2. 영국법의 계수와 미국 제정법 해석 전통의 형성

영국법의 미국 계수는 1750년경부터 시작하여 남북전쟁에 이르기까지 약 1세기에 걸쳐 서서히 진행되었다. 영국 법체계의 계수는 동시에 영국의 법률해석 방법론의 수용을 의미하였지만, 미국 법원이 영국의 해석방법에 관한 실무관행을 무조건적으로 맹종한 것은 아니었고, 이를 미국의 특수한 상황에 적응시키려고 노력하였으며, 그 수단의 하나가 영국 제정법 해석방법을 미국식으로 변형한 것이었다.[60]

영국에서 지배적이었던 문리준칙(literal rule)은 “명백한 의미 준칙(plain meaning rule)”으로 표현되어 초기의 판결에 여러 차례 언급되면서[61] 19세기 중반부터 확실한 해석방법으로 자리 잡았고, 황금준칙은 “부조리 법리(The Absurdity Doctrine)”[62] 등의 표현방식으로 적용되었다.

---

60) 남기윤, 위의 논문, 13~15쪽

61) 예컨대, Jones v. Stokes, 1 N.C.(Mart.)25(1796) ; Gregory v. Bray, 1 N.C.(Mart.)29(1796) ; United States v. Fisher, 6 U.S. 358(1805) ; United States v. Wiltbarger, 18 U.S. 76(1820) : 남기윤, 법학방법론 : 기초이론·방법론의 역사·비교법학방법론·한국 사법에 대한 유형론적 방법론의 적용, 고려대학교출판부(2014), 582쪽 각주 33)에서 재인용

62) 상세한 내용은 아래 제6장 제3절 ‘1. 부조리 법리(The Absurdity Doctrine)’ 부분 참조 ‘absurdity’를 ‘부당함’으로 번역하는 경우도 있으나, ‘absurdity’는 ‘불합리함’(unreasonableness)보다 정도가 심한 경우, 즉 ‘그 결과가 극히 불합리하여 참을 수 없을 정도인 경우’라는 의미에서 이를 ‘부조리함’으로 번역하기로 한다 : 같은 취지로는 최봉경, “편집상의 오류”, 서울대학교 법학 제48권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2009), 홍진영, 행정청이 행한 법률해석의 사법심사 방법론에 관한 고찰 - 규칙과 기준의 관점에서 살펴 본

영국법의 계수에 따라 미국 법원들 중 일부는, 개별 사건들에서 제정법을 법질서 내에서 보통법과 동일한 요소로 취급하거나, 제정법 자체를 보다 폭넓고 유연하게 해석하기 위하여, 영국에서는 17, 18세기에 이미 쇠퇴하였던 '제정법의 형평' 법리를 활용하였다. 그에 대하여 현대의 동태적 해석론자들은 '제정법의 형평' 법리가 미국 역사의 초기부터 법원 실무의 전통으로 확립되었고, 따라서 그러한 '형평적 권한(equitable power)'은 미국 연방 사법권의 본질적 권한에 해당하므로, 법원은 제정법 해석에 있어서 반드시 입법부의 의도에 얽매일 필요가 없다고 주장한다. 그에 대하여는 신문언주의자 Manning의 강력한 반박이 있는데, 이에 관하여는 뒤에서 살펴본다.[63]

## 3. 고전시대 이전의 법사상과 제정법 해석 방법론

미국 독립 시부터 19세기 중반에 이르는 전(前)고전시대(The Preclassical Period)에는 법사상적으로 보통법적 관점이 지배했던 시기였고, 이 보통법적 관점을 지탱시켜 준 사상적 근거는 자연법이었다.[64] 자연법 사상에 의하면, 법은 이성적 법원리들의 형태로 이미 선재해 있으며, 보통법은 법관이 판결에 의해 기존의 법을 선언한 것이고 판결은 기존의 법의 종국적 증거라는 것이다. 자연법과 결합한 영국의 보통법 사상은 미국에 전파되었으며, 이 과정에서 큰 영향을 미친 사람은 Blackstone이었다. 법률해석론에서도 Blackstone이 미치는 영향은 컸는데, 그는 법률 해석과 관련하여 법률 문언의 중요성은 확신하였으나 법률 문언은 다만 입법 의도의 최선의 증거일 뿐이지 유일한 증거는 아니라고 믿었다. 앞서 언급했듯이 '제정법의 형평' 사상을 계승한 Blackstone은 "문언이 불분명할 경우, 법의 진정한 의미를 발견하는 가장 보편적이고 효과적인 방법은 조리와 법정신을 숙고하는 것"이라고 하였다.

---

Chevron 판결을 중심으로, 서울대학교 석사학위 논문(2013)

63) 아래 제5장 제1절 참조

64) 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 31쪽

이에 따라 고전적 법사상이 확립되기 전의 미국 법원에서는 19세기 중반까지 법률의 문언보다도 법의 목적(purpose)·정신(spirit) 또는 입법부의 의도(intent)를 강조하는 방법론이 지배적이었다.[65] 특히 입법부의 의도의 실현이 법률해석의 주요 과제라는 언급이 빈번하게 나타났고, 이때 입법부의 의도는 역사적 입법자의 사실상의 의도가 아니라 법률에 객관적으로 표현된 의도였다.[66] 물론 입법부 의도를 확인할 때에 법률의 문언이 가장 중요한 요소였지만 유일하거나 결정적인 것은 아니었고, 다른 요소 예컨대 당해 법률이나 다른 법률에서의 문맥, 폐해준칙, 황금준칙 등이 고려되었다. 이는 영국과는 전혀 다른 미국 특유의 사회적 여건을 법적 결정에 반영하려는 노력이었다고 평가할 수 있으며, 그 근거를 제공해 준 법사상이 위에서 본 자연법과 '제정법의 형평' 법리였다.

## 4. 고전적 법사상과 제정법 해석 방법론

### 가. 고전적 법사상의 내용

19세기에 이르러 판례법이 양적으로 증대됨에 따라, 보통법 전통을 옹호하는 법학자나 법관들을 중심으로 개별 사례들에서 형성된 법적 분류를 법리의 체계화·통합·추상화에 의하여 세련된 형태로 만들어 내려는 움직임이 일어났다. 그러한 체계화 과정의 극단에 이른 것이 Christopher Columbus Langdell에 의해 대표되는 19세기 후반의 형식주의적·고전적 법사상이었다. Langdell이 1870년부터 Harvard Law School에서 수립한 미국의 현대적 법학교육제도가 현대 법사상 및 법학 발전의 토대형성에 큰 역할을 하였는데, 그는, "법학은 과학이고 법학의 방법은 과학적 방법, 즉 자연과학과 마찬가지로 완결된 보통법 규칙으로부터 도출된 소수의 원리들을 개별 사례에 적용하는 연역·논리적 방법이어야

65) 예컨대 U.S. v. Freeman, 44 U.S. 556, 565(1845);Brown v. Duchesne, 60 U.S. 183, 194(1855); People v. Utica Ins. Co., 15 Johns. 358, 380(N.Y., 1818); Wilkinson v. Leland, 27 U.S. 627, 662(1829) : 남기윤, 위의 논문, 31쪽에서 재인용

66) 남기윤, 위의 논문, 32쪽

한다."고 주장하였다.[67]

이러한 법사상과 방법론에 근거하여 Langdell 학파의 법이론은 다음과 같은 세 가지 목표를 추구한다. 첫째, 법적 결론은 어떠한 자유재량이 개입할 여지없이 사실에 법률을 적용함으로써 도출되어야 하므로, 법은 형식적(formal)이어야만 한다. 둘째, 법규칙은 논리 필연적으로 연관된 소수의 근본개념과 원리로부터 연역적으로 도출되어야 하므로, 법은 체계적(systematic)이어야만 한다. 셋째, 법체계의 원리들은 정치적·철학적으로 논쟁되는 주장이나 방법에 기반을 두지 아니하고 명백하게 법적 소재로부터 도출되어야 하므로, 법은 자율적(autonomous)이어야만 한다.[68]

Langdell의 형식주의 법사상이 위와 같이 법을 형식적, 체계적, 자율적인 것으로 봄에 따라, 형식주의는 법의 각 영역에서 제한된 범위의 상급법원 판결들을 연구함으로써 보통법 체계의 보편적·추상적인 원리들을 발견할 수 있고, 그러한 원리들과 개념들로부터 정합적으로 도출된 하위규칙들을 구체적 사안들에 적용함으로써 모든 법적 문제들에 대하여 정답(right answers)을 찾아낼 수 있다고 보았다.[69]

### 나. 고전적·형식주의적 방법론

보통법의 완결된 체계가 강조되었던 이 시대에 제정법은 보통법 질서를 교란시키는 장애요소로 인식되었고, 이에 따라 법원은 제정법의 적용범위를 엄격히 제한하려는 형식주의적 해석방법을 취하였다. 그 해석수단으로서 "보통법을 변경시키는 제정법은 엄격하게 해석되어야 한다(statutes in derogation of the common law are to be strictly construed)."라는 원리가 다시 채택되었다.[70] 이에 따라 '명백한 의미 규

67) 남기윤, 위의 논문, 32쪽 ; 최봉철, "법현실주의", 서울대학교출판부, 미국 사회의 지적 흐름 법, 미국학총서 Ⅱ(1999), 16쪽 이하
68) 남기윤, 위의 논문, 32쪽
69) 한상수, 법의 철학적 기초, 세종출판사(2014), 47 ~ 48쪽
70) 이 원리가 미국에서 처음 등장한 것은 1797년의 Brown v. Barry, 3 U.S. 365, 367(1797) 판결이었고, 형식주의 시대의 판결에서 자주 인용되었다.

칙(plain meaning rule)'이 결정적 해석방법으로 인정받게 되었으며, 문언의 의미가 명백한 경우 해석절차는 종료하고 법률 문언 이외의 어떠한 자료에 대한 원용도 금지되었다.

이 시기에 이른바 '명백한 의미 학파(plain meaning school)'로 불리던 형식주의적 방법론은 외견상 1980년대 이후에 등장한 신문언주의 방법론과 유사성이 있으나, 그 두 방법론은 뒤에서 보는 바와 같이 이론적 기초, '문언'의 의미에 대한 관점, 실제 적용 방법 등에서 분명한 차이가 있다.

## 5. 혁신적 법사상과 법현실주의의 도전

### 가. 혁신적 법사상

고전적 법사상도 그 사상적 기반을 이루고 있었던 사회·경제가 변화함에 따라 그 정당성에 대한 비판을 받기 시작하였다. 자율적 시장경제를 전제로 한 개인주의적 이념에 기초하여 수립된 보통법(Common Law)의 규칙들은 자본주의가 발전하고 사회의 집단화·조직화가 강화됨에 따라 사회적 현실과 맞지 않게 되었다. 미국 연방대법원이 1905년에 Lochner v. State of New York판결[71]을 선고한 후 혁신주의자들(The Progressives)로 불리는 법학자들이 그 고전적·형식주의적 법리에 대하여 격렬하게 비판한 것을 기점으로 혁신적 법사상의 도전이 시작되었다.[72]

혁신주의에 사상적 기반을 제공한 사람은 Oliver Wendell Holmes 대법관이었다. 그는 형식주의 사상과 법을 논리적 원리체계로 보는 법사고에 대하여 강력하게 비판하였는데, "법의 생명은 논리에 있지 아니하다. 그것은 경험에 있다(The life of the law has not been logic : it

71) 198 U. S. 45(1905). Lochner 사건은 제빵 근로자의 노동시간을 규제하는 법률을 위헌으로 선언함으로써 계약의 자유를 헌법화한 판결이었다. 위헌판단의 근거는 수정헌법 제14조 제1항의 적법절차조항이었다.

72) 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 35쪽

has been experience)."라는 그의 표현은 바로 이러한 의미였다. Holmes에 의하면, 법적 결정은 선재해 있는 추상적 법률의 적용으로부터 논리적으로 추론되는 것이 아니라, 언제나 평가와 법외부적 사정에 대한 고려를 포함하고 있는 것이다.[73]

Holmes의 법사상은 Ernst Freund, John Chipman Gray와 Roscoe Pound로 이어졌다. 이들에게 법은 논리체계가 아니라 사회복지를 의식적으로 추구하기 위한 도구였다. 따라서 법의 핵심적 주제는 원리(principle)가 아니라 정책(policy)이며, 법을 운영하는 중심 기구는 법원이 아니라 입법부였다. 또한 법은 사회의 여러 이익을 형량·조정하는 수단이기 때문에 법률가는 제정법이 현실적으로 작용하고 있는 사회·경제적 상황과 조건들을 알아야만 하고, 따라서 이 임무를 올바르게 수행하는 자는 기하학적 원리주의자(geometric doctrinaire)가 아니라 사회공학가(social engineer)여야 한다고 주장되었다.[74]

### 나. 법현실주의의 법사상

법현실주의(legal realism) 운동은 이러한 시대적 상황을 배경으로 하여 발생하였다. 법현실주의자들은 1930 ~ 40년대에 미국 법학에 지배적 영향을 미쳤는데, 그들의 목표는 자신들보다 한 세대 위인 혁신주의자들보다 더 급진적인 것으로, 일체의 고전적 법질서를 부정·배격하려는 데에 있었다.

법현실주의는 통일된 학파가 아닌 일종의 지적 운동이기 때문에 학자들마다 그 주장하는 내용이 서로 다른 경우가 많지만, 법현실주의자들은 몇 가지 기본적 전제를 공유하였다. 첫째, 종전까지 미국 법사상의 기반이 되었던 도덕과 이성에 대한 회의였고, 둘째, 법과 현실이 유리되어 있다는 것이었다.[75] 이러한 현실 인식에서 그들은 그 괴리의 원인을 고전

---

73) 남기윤, 위의 논문, 36쪽
74) 남기윤, 위의 논문, 37쪽
75) 남기윤, 위의 논문, 40 ~ 41쪽 ; 보다 상세한 설명은 최봉철, 위의 논문(각주 67) 3~16쪽, 19~30쪽 참조

적 법질서의 형식주의·개념주의에서 찾았고 따라서 철저한 개념 해체를 목표로 하는 반(反)개념주의, 연역 추론의 부정과 규칙 회의주의를 그 방법적 수단으로 삼았다.

법현실주의자들은 고전적 법질서를 전면적으로 배격함과 동시에 전통적으로 인정되어왔던 해석준칙들까지도 비판의 대상으로 삼았다. 뛰어난 법현실주의자였던 Max Radin은 1930년의 논문에서 종전의 해석 방법론들인 의도주의, 'plain meaning rule', 해석규칙(canons of construction), 목적주의 등에 대하여 하나하나 비판하였다.[76] 역시 법현실주의자인 Karl Llewellyn도 1950년의 유명한 논문에서 여러 해석 규칙들(canons of construction)들 간에 나타나는 상반된 모순성을 지적하였다. 28가지 항목에 이르는 모순성을 지적하면서 그가 내린 결론은, '판결이 외관상으로는 해석규칙을 적용하여 논리 필연적으로 도출되는 것 같지만, 실제에 있어서는 상호 모순되는 해석규칙 중의 어느 것을 법관이 구체적 사건에서 선택하였는지에 따라 그 결론이 완전히 달라진다'는 것이다.

## 6. 법과정 학파와 제정법 해석 방법론

### 가. 법과정 학파(The legal process school)의 주장 내용

제2차 세계대전 이후부터 1960년대 말까지의 기간 동안 법과정 학파가 미국 법사상을 지배하였다. 그 학파의 대표적 학자들인 Henry Hart

---

76) Radin, "Statutory Interpretation", 43 Harvard L. Rev. 863, 870-71(1930). : 먼저 이제까지 미국 해석론의 확립된 원칙이었던 입법자의 의도에 관하여, Radin은 '의회의 집단적 의도는 누구의 의도를 입법자의 의도로 여길 것인가를 파악하기 어렵고, 법해석에서도 중요한 역할을 하지 않는다'고 주장한다. 왜냐하면 입법부의 임무는 동료시민에게 그들의 의사를 관철시키려는 데에 있는 것이 아니라, 단지 법률을 통과시키는 데에 있을 뿐이고 법률이 통과되자마자 의회의 의사는 모든 의미를 상실하기 때문이라는 것이다. 다음으로 Radin은 'plain meaning rule'에 대하여, 문언의 불명료성 여부를 확인하는 작업부터가 이미 해석과정이기 때문에 '일의적 문언'이라는 말 자체에 문제가 있고, 엄격해석과 자유해석간의 선택도 불분명한 분류에 의존하고 있어서 그 방법을 제시하지 못하고 있다고 비판한다. Radin은 목적론적 해석에 대해서도 회의적이다. 목적은 직접적 목적, 배후의 목적, 최종적 목적 등으로 여러 가지이며 경우에 따라서는 이 목적들 상호간에 모순이 발생할 수도 있다고 한다 : 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 25 ~ 27쪽

와 Albert Sacks(이하 'Hart/Sacks'라고 통칭한다)는 1958년에 'The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law'를 저술하였는데, 그들은 법의 운영은 정당한 기관이 적정한 역할을 떠맡아, 정당한 절차를 통하여 이루어져야 한다는 전제에 서 있다. 그들의 이론을 절차론 혹은 과정론이라고 부르는 이유는 결정 자체의 정당성 보다는 결정이 내려지는 절차의 정당성에 더 많은 관심을 두었기 때문이다.[77]

이 학파의 법이론은 형식주의와 법현실주의 양쪽 다를 극복하려고 하였다. 즉 한편으로는 법적 결정의 중립성이라는 형식주의의 주장이 환상이라는 법현실주의의 비판을 수용하면서도, 다른 한편 법원칙에 의한 결정을 부인하였을 경우에 발생할 법관의 자의라는 위험을 제도적 결정(Institutional Settlement)과 절차적 법이해를 통해 제어하려고 시도하였다.[78]

법과정 학파의 주장에 의하면, 국가는 공공의 이익을 보호하고 증진시키기 위하여 성립된 공동체이고, 입법은 공익을 실현하기 위한 목적적 활동이다. 공익 실현을 위하여 노력하는 입법, 행정, 사법의 각 국가기관은 각자 전문화된 권능(기관적합성, institutional competence)을 가지는데, 의사결정권한은 각 기관의 그러한 권능에 맞도록 분배되어야 한다. 즉 입법부는 공동체의 선호를 선택하고 결정하는 일에, 행정부는 지속적인 재량행사를 통하여 입법부가 마련한 대안들 중에서 적정한 대안을 선택·시행하는 일에, 사법부는 사리를 따르는 작업(reasoned elaboration)을 통하여 결정을 내리는 일에 적합하다고 한다.[79]

여기서 절차의 중요성이 제기되는데, 절차는 상호 연결된 각 국가기관들이 서로 조화롭게 잘 작동하도록 하는 수단이고, '적법하게 확립된 절차의 결과로 적법하게 도달된 결정은 전체 사회에 구속력이 있는 것으

77) 최봉철, 앞의 논문(각주 67), 30쪽
78) 남기윤 교수는 법과정 학파 주장의 핵심요소는 다음 세 가지라고 설명한다. 첫째, 자유민주주의 유지에 필수적 가치인 법의 지배 원리에 초점을 맞추고, 둘째, 뉴딜 및 현대 행정·복지국가에 대한 지지를 계속하며, 셋째 실체법과 대비하여 재판권과 절차를 이론적으로 강조한다. : 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 42쪽.
79) 최봉철, 앞의 논문(각주 67), 30쪽

로 받아들여져야 한다'고 하는 '제도적 결정(Institutional Settlement)'[80] 은 제정법에 정당성을 부여하는 중심개념이었다. 법과정 학파는 그러한 '제도적 결정' 개념에 의하여 '법의 지배'의 원리를 재해석하였던 것이다.[81]

나. 법과정 학파의 제정법 해석 방법론

법과정 학파의 대표자인 Hart/Sacks는 목적주의 해석 방법론을 정밀하게 구축하였다. 그들은, 모든 법률에는 입법자가 특정한 목표를 달성하려는 확고한 목적이 내재해 있다는 것을 기본전제로 삼으면서, 법원의 제1차적 임무는 바로 법률 목적을 탐색하여 가능한 한 이를 실현시키는 데에 있다고 보았다. 그에 따라 Hart/Sacks는 법원은 제정법을 해석함에 있어서 '입법부는 합리적인 목적을 합리적으로 추구하는 합리적인 사람들(reasonable persons pursuing reasonable purposes reasonably)로 구성되어 있다'고 추정해야 한다고 주장하였다.[82]

Hart/Sacks에게 제정법의 문언(the words of a statute)은 이중적 역할을 수행하는데, 하나는 입법 목적을 탐색하는 안내자로서의 역할 그리고 그 언어에 의해 생각할 수 있는 범위 내로 문언의 가능한 의미를 제한하는 역할을 할 따름이므로, 'plain meaning rule'은 배제되어야 한다. 또한 입법자가 특정 해석문제를 상정할 가능성도 극히 낮기 때문에 입법자의 구체적 의도 탐색을 목표로 하는 해석도 명백하게 거부된다. 입법사는 일반적인 입법 목적을 이해함에 있어 필요한 한도에서만 의미가 있고, 구체적인 입법자의 의사로서의 입법부의 의도와 일반적인 입법 목적으로서의 제정법의 목적은 명확하게 구별되며, 후자가 중시되어야 한다는 것이다.

또한 Hart/Sacks는 과거의 폐해준칙(mischief rule)을 탈바꿈시켜 이 준칙의 현대적 변형을 제시하였다. 즉, 법원은 구법과 비교하여 신법의

80) Manning, "The New Purposivism", 2011 Sup. Ct. Rev. 113 (2011), 118쪽
81) 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 42 ~ 43쪽
82) 최봉철, 앞의 논문(각주 67), 30 ~ 31쪽

입법 목적을 정해야 한다는 주장인데, 그에 의하면, 신법이 구법의 어떤 폐해를 시정하려고 하는지를 해명하면 입법자의 목적을 알 수 있으며, 이를 통해 법원은 그 폐해를 유효하게 시정할 수 있게 법률을 적용할 수 있다는 것이다. 영국법상 원래의 폐해준칙(mischief rule)은 제정법은 오로지 보통법에서 불충분한 곳을 개별적으로 특정하여 수정해야만 한다는 것이 그 본래의 취지였으나[83], Hart/Sacks는 제정법들 사이의 입법 목적을 비교하는 방법을 통하여 폐해준칙의 목적주의적 요소만을 취한 것이다.

Hart/Sacks가 제창한 법과정 학파의 법이론은 입법자의 주관적 의도를 해석기준으로 삼는 의도주의와 달리, 객관적인 입법 목적을 추구하는 목적주의 방법론을 정립함으로써, 뒤에서 보는 바와 같이 미국 연방대법원의 실무에 큰 영향을 미치게 된다.

## 제2절. 전통적 방법론의 의의

### 1. 법의 문언 대 법의 정신(The Letter of The Law Versus The Spirit of The Law)

법률 규정들은 일반적, 추상적으로 규정되기 때문에 불확정성의 문제를 피할 수 없다. 인간의 언어는 부정확하고, 입법자들은 법률 규정이 적용될 다양하고 구체적인 상황에 대하여 충분히 예견하지 못한 채 입법할 수밖에 없는 것이다. 따라서 법률 규정의 문언이 적용될 때에, 종종 입법부가 제정한 외견상의 일반적인 목적에 비추어 그 규정의 범위가 너무 넓거나 또는 너무 좁은 것처럼 보일 수 있다. 법률 문언에 구현된 규칙들, 즉 법의 문언(the letter of the law)과 법률의 일반적인 배경 목적, 즉 법의 정신(the spirit of the law) 사이의 이러한 잠재적인 부조화는 수천 년간 법률 해석자들과 법이론가들을 괴롭혀왔다.

---

83) 위 '1. 영국의 제정법 해석 방법론' 참조

이와 관련하여 법의 문언과 법의 정신이 충돌하는 경우, 법 해석자는 이를 해결하기 위해서 입법자의 의사를 탐구해야 한다는 생각[84]이 생겨났고, 나아가「법률의 문언이 그 이유 혹은 정신을 포착하지 못하는 경우, 법관은 '법의 정신을 실행하는 것이, 입법자가 현재의 사건을 명확하게 다루었다면 하였을 만한 행위에 보다 근접할 것'이라고 추정해야 한다.」고 하는 관념으로 발전하게 되었다.[85] 이러한 견해에서는, 법의 정신이 입법자가 말하려고 한 법의 본질이고, 법의 문언은 그 정신을 담은 외피에 불과한 것이다. 위와 같은 관념을 대표하는 법해석 방법론이 의도주의와 목적주의이다.

## 2. 전통적 방법론의 형성

### 가. 의도주의 방법론의 형성

전(前)고전적 시대에 해당하는 19세기 전반기부터 이미 미국 연방대법원은 '입법자의 의사'를 제정법 해석에서의 결정적 기준으로 인정하였다. 다만 처음에는 입법자의 의사(will)를 나타내는 말로 의도(intent)와

84) 이러한 주제에 관하여 아리스토텔레스는 '니코마코스 윤리학'에서 다음과 같이 적었다 :「법이 일반적으로만 규정하고 …… 그 일반적인 규정내용으로 포착되지 않는 사례가 발생한 경우, 입법자가 지나친 단순화라는 실수를 저질러 우리를 실망시키는 때에는, 그 누락을 시정하기 위하여, '만약 입법자 자신이 이곳에 있었다면 무엇이라고 말했을 것이고, 그가 (이 사례를) 알았다면 법률을 어떻게 규정하였을까'라고 말하는 것은 옳은 일이다.」: Manning et al., 앞의 책(각주 42), 28~29쪽

85) 영국 법률 보고서들을 수집한 16세기 법률가인 Edmund Plowden은 이렇게 적었다 :「법을 만든 것은, 법의 용어들이 아니라, 그 내적인 의미(sense)이고, 우리의 법은 (다른 모든 것들과 마찬가지로) 두 부분, 즉 육체와 영혼으로 이루어져 있는데, 법의 문언은 법의 육체이고, 법의 의미와 이유는 법의 영혼이다(*quia ratio legis est anima legis*) ... 그리고 종종 문언을 알면서도 그 의미를 알지 못하는 경우가 생기는데, 이는 때로는 의미가 문언보다 제한되어 축소되기도 하고, 때로는 의미가 보다 넓게 확장되기도 하기 때문이다. 그리고 형평은, 라틴어로 equitas인데, 문언을 확장하거나 축소시키는 것이다 ... 그래서 문언에만 의존해서는 안 되고, 의미에 의존해야 하며, 그 의미는 형평에 의하여 조절되고 인도되며, 그 안에서 법의 과실을 수확하는 것이다 ... 그리고 법 규정의 문언이 제한되어 있고 형평에 의하여 확장되는 경우에, 올바른 판단을 형성하기 위해서는 법 규정을 꼼꼼히 읽을 때에 입법자가 함께 있고 당신이 그에게 형평에 도달하기 위하여 알고 싶은 질문을 할 경우, 그 때에 당신은 만약 그가 함께 있었다면 답했을 것으로 생각되는 그러한 답변을 스스로에게 주어야 한다.」: Manning et al., 위의 책, 29쪽

목적(purpose)이 구별되지 않은 채 동의어로 사용되었으나, 남북전쟁 이후 고전적 법사상의 초기 단계부터는, 의도(intent)는 오늘날 통상 사용되는 바와 같이 '제정법 규정에 대하여 역사적인 입법부가 실제로 가졌던 주관적 의도'로서 이해되기 시작하였다.[86] 그러한 입법부의 의도를 탐구하는 것을 해석의 목표로 삼는 의도주의는 그 후 미국의 전통적 해석방법론의 하나로 자리 잡았는데, 이는 미국의 법적 전통에 깊이 뿌리내린 다음과 같은 관념에 근거하고 있다. 즉, 입법부의 우위(legislative supremacy)에 입각한 미국 헌정 체제에서, 제정법을 해석하는 판사는 입법부의 충실한 대리인(a faithful agent)으로서 입법부가 의도한 바를 가능한 한 정확하게 확인하도록 노력해야 한다는 것이다. 그 방법론은 19세기 말과 20세기 초에 걸쳐 'plain meaning rule', 즉 "언어가 명백하여 하나의 의미 이상을 허용하지 않는다면, 해석의 의무는 제기되지 않는다."는 원칙과 경쟁하였다. 그러나 1940년의 이정표적인 판례인 US v. American Trucking Ass'ns 판결[87]에서, 연방대법원은 'plain meaning rule'을 포기하면서 제정법 해석 사건들에서 "법원의 기능은 의회의 의도를 실현하도록 언어를 해석하는 것"이라고 판시하였다.

### 나. 목적주의 방법론의 전개

한편 1930~40년대에 법현실주의자들이 한편으로는 고전주의 시대의 형식주의에 따른 문언해석을 비판하고, 다른 한편으로는 그 당시 미국 제정법 해석론의 또 다른 기본축의 하나였던 의도주의를 비판하면서 목적주의가 본격적으로 형성되기 시작하였다. 법현실주의자들은, 의도주의처럼 입법부의 우위 원칙에 의한 법관의 제정법에의 구속을 유지하면서도, 법관의 창조적 해석을 가능하게 하는 유연한 해석기준으로서 '제정법의 목적(purpose)'을 제시하였던 것이다.[88] 목적주의의 기본적인 관념은

86) 남기윤, "현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법론의 새로운 전개 - 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론 연구(4-2)", 저스티스 제100호, 한국법학원(2007), 42쪽

87) 310 U.S. 534 (1940)

88) 남기윤, 앞의 논문(각주 6), 41쪽

의회는 어떤 목적을 성취하기 위하여 법률을 제정하고, 해석자들은 그에 따라서 법률을 읽어야 한다는 것이다. 원래 법현실주의자였다가 목적주의로 전향한 Max Radin이 그 점을 가장 분명하게 언명하였는데, 그는 "제정법을 법전에 넣은 입법부가 그 입법 목적을 공동체를 위하여 바람직한 것으로 설정할 수 있는 헌법적 권한을 가지고, 법원 또는 행정기관은 그것에 복종할 의심의 여지없는 의무를 진다."고 설명하였다. "제안자가 용어를 선택한 것은 우선 우리로 하여금 그 제정법의 목적을 알도록 하기 위한 것이고, 해석자들은 그러한 기능을 수행할 책임을 맡았다는 것을 명심해야 한다."는 것이다. 그러한 점에서 출발하여, Radin은 다음과 같이 결론짓는다 : 「입법부가 그 모든 단어에 관하여 세심한 주의를 기울여 용어를 선택하였을 것으로 추정된다고 말하는 것은 알려진 사실들과 직접적으로 배치되고, 법원의 제정법에 대한 관계에 부적절한 요소를 주입하는 것이다. 입법부는 그 지시를 구성하는 용어들에 대하여 존중을 요구할 헌법적 근거를 가지고 있지 않다.」 따라서 "목적이 명백하다면, 제정법의 수단적(implemental) 부분은 그 목적에 따라야 한다."는 것이다.

그 후 1950~60년대에 Harvard 로스쿨 교수들인 Hart/Sacks의 법과정학파가 역시 입법부 우위의 원리에 충실하면서도 의도주의에서 드러난 문제점, 즉 집단의 실제 의도를 확인하는 것이 곤란하다는 점을 극복하기 위하여 목적주의를 더욱 발전시켰다. 그들의 기본적 주제는 Radin의 그것과 매우 유사했다. 그들은 "분명한 목적이 없는 제정법이라는 관념은 법의 개념으로서는 이질적이고 받아들일 수 없는 것"이라고 믿었다. 따라서 해석자는 제정법에 어떠한 목적이 귀속될 수 있는지 결정해야 하고, 제정법의 용어들은 그 목적을 가장 잘 실현시킬 수 있는 방법으로 해석하여야 한다. 또한 그렇게 함에 있어서, 법관은 "입법부는 합리적인 목적을 합리적으로 추구하는 합리적인 사람들로 구성되어 있다(the legislature was made up of reasonable persons pursuing reasonable purposes reasonably)."고 추정해야 한다는 것이다.

다. 전통적 방법론의 성립

의도주의는 입법부 우위의 원리에 따라 입법자의 의사에 구속력을 인정하고, 의도주의 방법론의 해석목표는 제정법 규정에 대하여 역사적인 입법자가 실제로 가졌던 주관적 의도를 탐구하는 것이다. 목적주의 역시 입법자의 의사에 구속력을 인정하지만, 목적주의자의 해석목표는 역사적인 입법자의 사실상의 주관적 의도를 찾아내는 것이 아니라, 입법자의 의사가 일반화된 형태인 '제정법의 객관적인 목적(purpose)'을 밝히는 것이다. 의도주의는 특정한 규정의 의미를 탐색함에 있어 입법자의 원래의 실제적 의도(original actual intent) 또는 구체적 의도에 초점을 맞추는 반면, 목적주의는 객관적인 방법을 사용하여 보다 일반적으로 규정의 목적을 탐구한다. 의도주의의 목표는 입법자가 쟁점으로 된 법률적 문제를 어떻게 해결하려고 의도하였을 것인지를 탐색[89]하려는 것인 반면, 목적주의는 일반적인 입법 목적을 추구하는 점에 차이가 있는 것이다.[90]

위와 같이 의도주의와 목적주의는 이론상 해석목표를 서로 달리 하지만, 모두 법의 문언보다 법의 정신을 우선한다는 점에서 공통되며, 실제로 제정법을 해석하는 방법에 있어서는 크게 다르지 않았다. 그렇기 때문에 두 방법론은 제정법의 문언에 우선하여 입법부의 의도 또는 입법목적을 탐색하는 전통적 방법론[91]을 형성할 수 있었고, 그러한 전통적 방법론은 19세기 후반 이후 미국 연방대법원의 제정법 해석 판례들에 등장하다가 고전시대를 거쳐 20세기 전반에 미국 연방대법원 실무에서 주류적인 방법론으로 되었고, 그 후 1970년대에 이르기까지 미국 연방대법

89) 남기윤, 위의 논문, 42쪽

90) 목적주의가 제정법 해석의 목표로 제시하는 '제정법의 목적'을 어떻게 보느냐에 따라, 이를 '입법부의 실제 목적'으로 이해하게 되면 의도주의 방법론의 범주에 속하게 되고, '법원이 법률외적 가치들에 근거하여 구성하는 입법 목적'으로 이해하게 되면, 뒤에서 보는 동태적 해석론과 유사한 공적 가치 분석(public values analysis)의 방법론의 범주에 속하게 된다 : Edward O. Correia, "A Legislative Conception of Legislative Supremacy", 42 Case Western Reserve L. Rev. (1992), 1140쪽

91) 이 글에서는 1980년대에 신문언주의가 등장하기 이전까지 제정법 해석사건들에서 고전적인 의도주의와 강한 목적주의에 기하여 확립되어 미국 연방법원 실무를 지배하였던 방법론을 말한다. 남기윤 교수는 그와 같이 의도주의와 목적주의가 결합한 전통적 방법론을 '원의주의(originalism)'라고 표현한다. : 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 41쪽

원의 제정법 해석 실무를 지배하였다.

## 제3절. 전통적 방법론의 이론적 기초

### 1. 입법부 우위의 원칙

전통적 방법론은 이론적으로 입법부 우위(Legislative Supremacy)의 원칙에 근거하고 있다. 그 원칙은 '미국의 헌법 체제에서 의회의 행위는, 그것이 합헌적 테두리 내에 있는 한 우선적 지위(primacy)를 가지고, 법관은 의회의 충실한 대리인(a faithful agent)으로서 행동해야 한다'라고 하는 관념[92]을 압축한 것이다. 그 원칙에 의하면, 국가 공동체에서 공공정책을 결정하는 우선적 권한은, 국민들에 의하여 민주적으로 선출되고 그 행위의 결과에 정치적으로 책임을 지는 입법부에 있고, 따라서 법원이 제정법을 해석함에 있어서의 임무는, 입법부의 지시를 확인하고 이를 그대로 집행하는 것이다.

입법부 우위 원칙의 취지는, 비선출직이고 종신직인 연방판사들이 국가의 정책을 결정하는 것을 제한하려는 데에 있는데, 만약 사법부가 입법부의 의사에 구속되지 않고 자유롭게 정책 결정을 한다면, 그러한 사법부의 역할은 민주적 지배형태와 부합하지 않는 결과가 되기 때문이라는 것이다. 민주주의 이론, 특히 국가기관들이 각자의 권한 영역 및 민주적 정당성의 범위 내에서 활동하는 것을 보장하려는 데에 주안을 두고 있는 구조적 민주주의 사상이 제정법 해석 영역에서 표현된 원리가 입법부 우위의 원칙인 것이다.[93]

### 2. 전통적 방법론과 충실한 대리인 이론[94]

---

92) William N. Eskridge Jr., "The New Textualism", 37 UCLA Law Review 621(1990), 674~675쪽

93) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 41쪽

94) Manning, "Textualism and The Equity of The Statute", 101 Colum. L. Rev. 1 (2001),

전통적 방법론은 입법부 우위의 원칙에 따라, 의회의 충실한 대리인인 법원은 제정법의 문언에 대하여 의회가 전달하려고 의도하였던 의미를 부여해야 한다고 가정하였다.[95] 그러나 제정법 문언의 통상의 의미(ordinary meaning)가 항상 입법부의 의도를 정확하게 반영하는 것은 아닌데, 이는 언어는 불완전하고, 입법자들은 부주의하거나 예견력이 제한되어 있을 수 있기 때문이라는 것이다. 따라서 판사는 당해 제정법 해석 사건의 특정 상황에서 의회가 무엇을 의도하였을 것인지를 재구성(reconstruct)해내기 위하여 주어진 모든 자료들을 사용해야 한다. 그러한 자료들 중에는 법률의 전체적인 취지(overall tenor), 그 법률이 제정된 시기의 역사, 사회에서 깊이 공유된 가치들, 관련된 법률 규정들에서의 정책 판단의 유형들, 그리고 입법사(legislative history) 등이 포함된다. 그러한 자료들에 의하여 알게 된 법률의 배경 목적(background purpose)에 비추어, 의회가 제정법의 문언을 부정확하게 표현한 것으로 밝혀진 경우, 법원은 충실한 대리인으로서, 주인(principal)인 의회의 진정한 의도에 따라 제정법의 목적 또는 정책을 실행해야 한다는 것이 전통적 방법론의 입장이었다. 만약 법원이 제정법 문언의 어의론적 세부사항(semantic detail)에 얽매여 의회의 진정한 의도를 그르친다면, 이는 충실한 대리인으로서의 직무를 제대로 수행한 것으로 볼 수 없다는 것이다.

## 제4절. 전통적 방법론의 내용

### 1. 연성의 '명백한 의미' 규칙(Soft 'Plain Meaning' Rule)

전통적 방법론의 요체에 관하여, 미국 Yale대학교의 William Eskridge

---

10쪽 이하

95) Manning, 위의 논문, 12쪽

Jr. 교수는 전통적 방법론이 연성의 '명백한 의미' 규칙(Soft 'Plain Meaning' Rule)을 적용하였다고 설명한다.

즉 전통적 방법론은 우선 '명백한 의미 규칙(Plain Meaning Rule)'에 따라 제정법의 문언(text)을 중시한다. 왜냐하면 제정법 문언의 명백한 의미(plain meaning)야말로 입법자의 의도 또는 제정법의 목적을 알 수 있는 중요한 증거이기 때문이다. 그러나 전통적 방법론에 의하면, 제정법에 관한 입법사(legislative history)는 입법자의 의도 또는 입법 목적을 알 수 있게 해주는 보다 더 우월한 증거이므로, 입법사에 그 문언의 의미와 배치되는 강력한 반대 증거가 있다면, 입법사가 문언에 우선한다고 본다. 법률안의 제안자나 위원회가 입법절차에서 그 제정법 법률안의 내용 또는 그 입법에 의하여 고치려고 하는 폐해(mischief)에 관하여 이해한 바를 표현하였다면, 판사들은 그것을 제정법 문언의 의미에 관한 유력한 증거로 받아들여야 한다는 것이다. 그리고 다른 언어 사용자처럼, 입법부도 부정확하게 말하였거나 또는 언어를 느슨하게 혹은 독특하게 사용하였을 수 있으므로, 제정법 문언의 의미가 아무리 명확하더라도, 그 문언이 당초 입법을 촉발한 입법자들의 정신이나 목적과 충돌할 경우에는 판사는 그러한 법의 정신이나 목적을 문언보다 우선 시켜야 한다는 것이 전통적 방법론을 지탱한 관념이었다.[96]

요컨대, 전통적 방법론에서 가장 중시하는 증거는 입법자의 의도 또는 입법 목적을 알 수 있도록 해 주는 입법사이고, 제정법의 문언은 입법자의 의도 또는 입법 목적이 표현되는 한도 내에서만 의미를 가지는 것이다. 따라서 전통적 방법론을 취하는 판사는 제정법 해석 사건에 있어서 다음과 같은 질문들을 제기한다 : ① 제정법 문언이 '명백한 의미'를 가지는가? 아니면 문언 자체로 의미가 애매한가?, ② 문언의 명백한 의미가 그에 반하는 강력한 입법사에 의하여 반박되는가? 아니면 입법사가 제정법 문언의 명백한 의미를 뒷받침하는가?[97]

Eskridge는 신문언주의가 제정법 문언의 명백한 의미(plain meaning)에 무조건 우선권을 부여하는 강한 '명백한 의미' 규칙(Strong 'Plain

96) Manning, "Textualism and Legislative Intent", 91 Va. L. Rev. 419 (2005), 419쪽
97) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 623쪽

Meaning' Rule)을 적용하는 것과 대비하여, 전통적 방법론에서는 문언의 의미가 아무리 명백하더라도 입법사에 우선할 수 없다는 점에서 전통적 방법론이 적용하는 명백한 의미 규칙을 '연성(Soft)'이라고 부르는 것이다.[98]

전통적 방법론에 의할 경우, 제정법 문언의 의미가 애매모호할 때에는 입법사가 결정적인 증거로 된다. 문언의 의미가 명백하다고 하더라도 아직 해석문제가 해결된 것이 아니며 입법사에 의하여 반박될 수 있으므로, 법원은 입법자의 정확한 의도 또는 입법자가 그 입법에 의하여 달성하려고 한 목적을 확인하기 위하여 입법사를 탐색해야 한다. 결국 전통적 방법론에 의하면, 제정법을 해석하는 판사는 언제나 입법사를 중요한 증거로서 사용해야 하는 결과로 된다. 그러한 입법사에는 최초로 발의된 법률안, 위원회에서 변경된 사항들, 법률안에 대한 위원회 보고서, 위원회의 청문회에서의 발언 내용, 상원과 하원 본회의에서의 발언 내용, 법률안 또는 수정안에 대한 표결, 상하 양원 합동위원회(conference committee) 보고서 등이 포함된다.[99]

## 2. 입법사의 사용

### 가. 입법사(Legislative History)와 상상적 재구성(Imaginative Reconstruction)

미국 건국 이후 최초의 수십 년간 입법사의 사용은 선호되지 않았지만, 1860년경부터 법원은 법률의 일부에 나타난 언어의 의미를 명확하게 하기 위하여, 또는 심지어 법률 문언의 표면적 의미가 입법부의 의도를 포착하지 못한다는 것을 확인하기 위하여 때때로 입법사를 근거로 들기 시작하였다. 그럼에도, 제정법 해석에서 입법사의 사용은 1860년부터 1940년까지의 기간 동안, 비록 증가하기는 했지만, 아직 상대적으로 산발적이었다.[100]

---

98) Eskridge, 위의 논문, 626 ~ 627쪽
99) Eskridge, 위의 논문, 636쪽
100) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 140~141쪽

그러나 1940년경부터 상황이 달라지기 시작하였다. 기념비적인 United States v. American Trucking Ass'ns 판결에서, 미국 연방대법원은 "법률에 사용된 용어들의 의미를 해석하기 위한 어떠한 보조자료도 배제하지 않을 것"임을 분명히 하였다. 이는 '명백한 의미 규칙(Plain Meaning Rule)'의 포기로 평가되었는데, 그 후 연방대법원은 오랜 기간 동안 점점 더 입법사에 의존하였다. 이 기간 동안 입법사의 사용 증가를 나타내는 지표는 연방대법원이 1938년에 입법사를 19회만 인용한 반면, 1978년에는 336회나 인용하였다는 점이다.[101] 이러한 의존은 1970년대까지 너무나 두드러졌는데, 법원은 역설적이라는 인식도 없이 이렇게 설시하기까지 하였다 : "입법사가...애매하다... 이러한 애매성 때문에 우리는 입법부의 의도를 찾기 위하여 법률 규정 자체를 주로 검토해야 한다는 것이 분명해졌다."[102][103]

1940년 무렵부터 확립된 전통적 방법론을 취하는 경우, 법원이 그 해석을 뒷받침하기 위하여 한두 가지 정도의 입법사를 간략히 제시하는 경우도 있었으나, 때에 따라서는 Learned Hand 판사와 Richard Posner 판사가 '상상적 재구성'이라고 부른 방법을 동원하여 문제된 제정법의 입법사 전체에 대하여 엄청난 조사를 실시하기도 하였다. '상상적 재구성(Imaginative Reconstruction)'이란, 판사가 '만약 입법자였다면 현재의 구체적 사건에서 제정법을 어떻게 해석하였을지'를 입법자의 입장에서 상상하여 이를 해석의 기준으로 삼는 것으로서, 그와 같이 판사가 입법자의 의도를 재구성하기 위해서는 법률안이 최초로 발의될 때로부터 최종적으로 입법될 때까지의 법률안의 변천과 입법상의 논의과정을 모두 추적하여야 하는 것이다.[104] 즉 입법부의 원래 의도나 목적을 재구성하

101) Manning et al., 위의 책, 141쪽

102) Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971)

103) American Trucking Ass'ns 판결 이후 입법사에 의존하는 경향이 증가한 원인으로는 여러 가지가 제시된다. 우선, 1933년과 1940년 사이에 제정된 뉴딜 관련 법률 규정들이 전통적으로 그랬던 것보다 불확정적으로(open-ended) 규정되는 경향이 있었고, 그에 따라 법원은 법률 규정의 의미를 확정하기 위하여 외부의 자료들에 더 많이 의존할 필요가 있었다는 것이다. 또한, 입법사가 제정법의 문언보다 만들어내기가 쉽기 때문에(양원 전체가 입법사에 동의할 필요는 없는 것이다), 법원이 입법사에 대한 의존을 늘린 것은, 복잡한 산업사회화와 대공황에 대처하기 위하여 필요한 입법을 보다 쉽게 하려는 뉴딜 시대의 광범위한 요구를 나타낸다고도 설명된다 : Manning et al., 앞의 책(각주 42), 141쪽

기 위한 탐색에 있어서 입법과정에 등장하는 입법사는 거의 모두가 증거로 사용될 수 있다.

전통적 방법론이 융성하던 시기의 미국 연방대법원 판결들에서는 그와 같이 입법사를 광범위하게 사용하는 '상상적 재구성'의 방법이 나타난다. 예컨대, 대법원이 1978년에 선고한 Tennessee Valley Authority v. Hill 판결[105]에서 사용된 입법사는, 위원회 보고서들, 그 법률 제정 이후의 예산위원회 보고서, 의회 의원들·내무부 공무원(an Assistant Secretary)·Michigan주 천연자원부(Department of Natural Resources) 공무원(the Director)·야생동물 보호론자들 등의 청문회 발언들, 하원과 상원의 각 법안제안자의 진술들, 법률안의 변천 과정, 채택되지 아니한 법률안의 용어들, 양원합동위원회(conference committee)에서 이루어진 변경사항 등이다.[106] Tennessee Valley Authority 판결의 특징은, 다수의견이 법률 규정의 명백한 의미에 부합하는 해석을 지지하였지만, 그 주장은 신문언주의자처럼 문언의 의미에 대한 분석에 근거한 것이 아니라, 주로 다양한 입법사에 근거한 상상적 재구성의 방법에 의하여 뒷받침되었다는 점이다. 위 판결에서 다수의견과 반대의견은 모두 각자의 주장을 뒷받침하는 입법사를 증거로 제시하였는데, 다수의견은 하원 발의자의 견해를 강조했고, 반대의견은 예산위원회의 견해를 강조했다.[107]

### 나. 입법사의 다양한 형태들

전통적 방법론을 적용함에 있어서, 법원은 다양하고 서로 다른 형태의 입법사에 의존하였다. 제정법 해석 문제에 있어서 때때로 모든 입법사 자료들이 같은 답변을 가리키기도 하는데, 이 경우 법원은 확신을 가지고 판결을 내릴 수 있었다. 그러나 여러 입법사가 서로 다른 방향을 가리키는 경우도 있었다. 그에 따라 법원은 그러한 입법사 사이의 충돌

104) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 630쪽
105) 437 U.S. 153 (1978)
106) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 631쪽
107) Eskridge, 위의 논문, 648쪽

을 해결하기 위하여 대략적으로 입법사에 대한 증거가치의 위계구조(hierarchy of evidence)를 고안해 내었다. 그 위계구조는 각 입법사의 상대적인 신빙성에 근거한 것인데, 보다 구체적으로는, 입법을 한 의회의 견해들과 가정들이 얼마나 개연성 있게 반영되어 있는지, 개별 의원들이나 집단들에 의하여 조작될 위험성은 없는지, 얼마나 충분한 정보가 담겨 있는지 등이 고려되어 있다. Eskridge와 Frickey는 그러한 다양한 입법사의 증거가치에 대하여, 가장 권위 있는 입법사는 위원회 보고서이고, 그 다음이 법률안 제안자의 진술, 거부된 제안들, 본회의와 청문회에서의 토론내용, 의원이 아닌 법률안 기초자(주로 사실상 정부입법에서의 행정청)의 견해, 입법부의 부작위의 순서이며, 후속 입법사가 가장 권위가 떨어지는 입법사라고 설명한다.[108] 이하에서 전통적 방법론에서 사용되는 중요한 입법사의 형태들에 대하여 간략히 살펴본다.[109]

⑴ 위원회 보고서(Committee Reports)

일반적으로 알려진 바에 의하면, 가장 증거가치가 높은 입법사는 위원회 보고서이다. 법률안을 심의하여 본회의로 보고한 하원과 상원의 소관위원회들이 작성한 보고서들, 하원과 상원의 각 법률안의 타협된 형태인 양원 합동위원회(Conference Committee) 보고서 등이 그에 포함된다. 1940년대~1980년대에 법원이 위원회 보고서에 나타난 견해들과 의회의 의도를 동일시하는 것은 흔한 일로 되었다. 사실 1953년에는 Felix Frankfurter 대법관이 이렇게 말할 수 있었다 : "입법사의 방만한 사용에 대하여 어떻게 생각하든, 위원회의 보고서와 입법을 담당한 사람들의 발언들이 법률의 의미에 관한 권위 있는 설명으로 된다는 점에 관하여 의문이 제기된 바 없다."

위원회 보고서에 대한 이러한 의존이 분명하게 드러난 예는 Steadman v. Securities and Exchange Commission 판결[110]이다. 그 사건은 준사법적 행정기관인 Securities and Exchange Commission(SEC)

108) Eskridge, 위의 논문, 636쪽
109) 이하의 설명은 Manning et al., 앞의 책(각주 42), 152~162쪽을 주로 참조하였다.
110) 450 U.S. 91 (1981)

이 증권거래법 위반 혐의를 받는 투자자문가나 증권 중개인에 대한 처벌 여부를 판단하기 위하여 적용한 증거기준(the standard of proof)이 행정절차법(Administrative Procedure Act, APA)상 관련 규정[111]에 부합되는지 여부가 문제되었다. Brennan 대법관이 작성한 다수의견은 "이 사건에서 적절한 증거기준을 결정하는 일은 의회의 의도(congressional intent)를 파악하는 것이다. 의회의 의도를 탐색하는 것은 법 규정의 문언으로부터 시작되지만, 사용된 정확한 증거기준에 관하여 법률 규정이 불분명하다.", "그러나 입법사....는 의회의 의도를 명확하게 드러내는데, 하원의 위원회 보고서가 명백하게 증거의 우위 기준(a preponderance-of-the-evidence standard)을 채택하였으므로, 의회의 의도에 관한 어떠한 의문도 제거된다."고 판단하였다. 즉, 위 사건에서 대법원은 법률 규정 자체가 불분명함에도, 하원의 위원회 보고서를 의회의 의도와 동일시하여 그 보고서에 따라 법률 규정을 해석한 것이다.

(2) 개별 의원들의 진술들(Statements of Individual Legislators)

위원회 보고서가 가장 널리 사용되고 영향력 있는 형태의 입법사이기는 하지만, 법원은 때때로 개별 의원들의 진술로부터 추론을 하기도 하였다. 그 진술은 주로 법안 제안자들의 진술이었으나, 본회의 토론에서의 일반의원들의 진술, 위원회 청문절차에서의 의원들과 증인들 사이의 대화도 있었다. 법원은 공식적인 위원회 보고서의 맥락에서 벗어난 개별 의원들의 진술에 관하여, 그 부여하는 비중을 분명하게 구별하였다.

(가) 제안자의 진술들(Sponsor's Statements)

법률안 제안자의 진술은 개별 의원의 진술들 중에서는 특별한 지위에 있다. 법원은 제안자들의 견해를 비중이 있다거나 심지어 권위 있다고 묘사하기도 한다. 법원이 제안자들의 진술에 특별한 비중을 부여하는

111) 관련 규정인 APA §7(c)의 내용은 다음과 같다 : a sanction may not be imposed by an administrative agency except on consideration of the whole record or parts thereof cited by a party and supported by and "in accordance with the reliable, probative, and substantial evidence."

이유는 위원회 보고서를 신뢰하는 이유와 매우 비슷하다. 첫째, 만약 제안자가 법률을 만드는 데에 지도적 역할을 하였다면, 그(녀)의 진술은 그 법안의 배경이 된 사실적, 법률적, 정책적 맥락에 관하여 충분한 정보를 제공할 것이라는 점이다. 둘째, 그러한 진술들은 특별한 무게를 가질 자격이 있는데, 이는 '제안자는 그 제안된 법률이 무엇에 관한 것인지를 잘 아는 의회의 의원이고, 다른 의원들은 그 법률에 대한 제안자들의 성격 규정에 유의할 것으로 예상되기 때문'이다.[112] 다른 말로 하면, 일반 의원들은 제안자들을 존중하고, 그럼으로써 그 법안에 관하여 권위 있게 설명할 수 있는 권한을 효율적으로 위임하는 관행을 발전시켰다는 것이다.

(나) 본회의에서의 일반적인 진술들

19세기까지 법원의 공식적 입장은, 본회의에서의 진술내용은 제정법 해석에 사용되어서는 안 된다는 것이었다. 본회의에서의 진술내용은 개별적인 의원들의 의견에 불과할 뿐, 발언하지 않은 의원들이 그 진술내용에 동의하지 않을 수도 있고, 발언한 의원들 상호간에도 의견이 일치하지 않을 수 있으므로, 본회의에서의 진술내용만으로 법률 규정의 내용을 해석하기에는 불확실성이 크기 때문이었다.

뉴딜 이후 입법사의 사용이 최고조에 달했을 때조차도, 법원은 본회의 진술에 상대적으로 적은 비중만 두었을 뿐이었다. 위원회 보고서가 본회의 토론내용보다 더욱 믿을만하다는 관념은 여러 판결들에 나타난다. 그러한 문제들이 있음에도, 법원은 종종 본회의 토론내용을 입법부 의도의 유용한 증거로 취급하였다. 법원은 때때로, 예컨대, 본회의 토론이 법률 규정의 의미에 관한 다른 증거를 전체적으로 보강하거나 입법부의 목적에 관한 전반적인 의원들의 여론을 보여준다고 판단했다.

그러나 법원이 전통적 방법론에 따라 입법사에 대한 의존을 늘리자, 의회의 의원들이 하지도 않은 본회의 진술내용을 사후적으로 기록에 삽입하였다는 것이 밝혀지기도 하였다. 그 후 의회에서 이러한 사후적

112) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 159쪽

삽입을 막기 위한 예방조치들을 채택하였으나, 의원들은 이를 우회하기 위한 기발한 방법들을 찾아내었고, 다시 그에 대한 예방조치들이 만들어졌다.[113] 결국 입법사에 나오는 '본회의 진술들'의 증거가치는 제한적이라고 볼 수 있다.

(다) 청문절차에서의 진술들

위원회의 법안에 관한 청문절차에서 이루어진 의원들과 증인들의 진술에 관하여도, 본회의 진술과 같은 문제들이 제기된다. 법원은 자주, 청문절차에서 이루어졌으나 공식적인 위원회 보고서에 들어가지 아니한 진술들의 증거가치에 관하여 깊은 의심을 표명해 왔다. 이러한 회의적 입장에도 불구하고, 뉴딜 이후의 대법원은 여러 가지 이유로 청문절차에서의 진술들을 참조하였는데, 이는 종종 다른 입법사에서 얻어진 추론을 보강하기 위해서이거나 또는 의회가 법안을 심의할 때에 주목했던 문제들이나 상황들이 무엇이었는지 보여주기 위해서였다.

청문절차에서의 진술이 법률 규정의 해석에 도움이 될 수 있는 이유들로는 다음과 같은 사항들이 거론된다 : ① 청문절차의 기록들은, 증인들이 법률기초자들의 주의를 끌었던 문제들, 사실적 상황들 그리고 법률적 가정들을 드러낼 수 있다. ② 청문절차는, 법률안의 제안과 채택을 이루게 한 정치적 동력들-그 입법을 초래한 행정부의 역할을 포함하여-을 드러내 줄 수 있다. ③ 청문절차의 기록들은 법률을 만드는 데 지도적 역할을 한 주요 의원들(위원장을 포함하여)이 표명한 견해들을 담았을 수 있다.

(3) 거부된 제안들(Rejected Proposals)

연방대법원은 1987년에 선고한 INS v. Cardoza-Fonseca 판결[114]의 판결이유에서, 이민 및 국적법(the Immigration and Nationality Act)의 법률 규정을 해석하면서, '상원에서 통과된 법안이 양원 합동위원회 보고서에 의하여 거부된 점'을 법률 해석의 중요한 증거로 삼았다. 제안된 법

113) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 155~158쪽
114) 480 U.S. 421 (1987).

률 용어가 위원회, 상원/하원에서의 본회의 토론 또는 양원 합동위원회에서 거부된 사실은 상당히 증거가치가 높게 평가될 수 있다. 왜냐하면, 그것은 의회가 어떤 쟁점에 대하여 고려하였으나, 특정한 정책의 채택을 거부하는 데에 동의하였음을 나타내는 직접적인 증거이기 때문이다. 그러나 그러한 거부가 정말로 나중에 소송에서 문제된 쟁점과 직접 관련된 것인지 여부는 명확하지 않을 수 있다. 예컨대, 제안된 법률안 원안에 대한 변경은 단지 같은 내용의 조항을 보다 명확하고 이해하기 쉽도록 만들기 위한 것일 수도 있는 것이다. 법원은 일반적으로 거부된 제안들을 우선적인 증거로 고려하지는 않는다.

(4) 기타 증거들

의원이 아닌 법률안 기초자 또는 제안자들(행정부 공무원들, 법학교수들, 환경단체들)의 진술들, 법률 제정 이후 입법부의 행위인 후속 입법사(Subsequent Legislative History)[115], 법률 제정 이후 입법부의 부작위인 입법부의 묵인(acquiescence) 또는 침묵(silence) 등이다.[116] 법원이 위와 같은 증거들을 인용할 때는 있지만, 중요한 증거는 아니라고 여겨진다. 법원은 다른 유력한 증거들-예컨대, 제정법 문언, 위원회 보고서, 제안자의 진술 등-을 종합하여 결론을 내린 후 이를 뒷받침하는 증거로서, 위에서 든 부차적인 증거들을 거시한다. 그러나 정말로 다른 증거가 없는 경우에는 위와 같은 부차적인 증거들도 중요해질 수 있다.

## 3. Church of Holy Trinity v U.S. 판결에 나타난 전통적 방법론

### 가. Church of Holy Trinity v U.S. 판결[117] 개요

[사실관계 요약] 1887년 뉴욕시에 있는 성공회 교회인 Church of

115) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 160쪽 ; Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 635~636쪽
116) Eskridge, 위의 논문, 634쪽
117) 143 U.S. 457 (1892) ; 이하 판결 개요의 소개는, Manning et al., 앞의 책(각주 42), 38쪽 이하와 홍진영, 앞의 논문(각주 62), 59~60쪽을 참조하였다.

Holy Trinity는 영국 국적으로 영국에서 목회 활동을 하고 있던 Edward Walpole Warren 목사와 그가 위 교회의 주임 목사로 근무하기로 하는 내용의 계약을 체결하였다. 연방검사는 위 교회를 외국인 근로계약법(Alien Contract Labor Act) 위반을 이유로 기소하였다.

[관계법령] 외국인 근로계약법(Alien Contract Labor Act, 'ACLA')은 누구든지 "어떤 외국인이 미합중국 내에서 노동이나 용역을 제공하기 위하여 미합중국으로 이민하기 전에 그에 관한 계약을 체결함으로써 외국인의 이민을 촉진·장려하는 것(assist or encourage the importation or migration of any alien or aliens ... into the United States ... to the importation or migration of such alien or aliens ... to perform labor or service of any kind in the United States...)"을 금지하고 있었다.

[판결 요지] 연방대법원은 만장일치로 외국인 근로계약법은 교회와 목사 사이의 계약에는 적용되지 않는다고 판단하면서 다음과 같이 판시하였다 : "어떤 사물은 법률의 자구 범위 내에 있을 수 있지만, 그럼에도 불구하고 그 법률의 범위 내에 있지 않을 수 있는데, 그것은 그 사물이 그 법률의 정신이나 입법자의 의도의 범위 내에 있지 않기 때문이다(A thing may be within the letter of the statute and yet not within the statute, because not within its spirits nor within the intention of its makers)." "위 법률의 제목, 위와 같은 법률이 입법된 정치적 배경, 입법 당시 작성된 상하원의 위원회 보고서를 참조하여 보면, 의회는 위 법률의 넓은 문언에도 불구하고, 위 법률을 통하여 저임금 미숙련 노동력이 외국으로부터 유입되는 것을 막으려고 했던 것이지, Warren 목사와 같은 전문직 종사자의 이민을 막으려고 했던 것은 아니다. 또한, 미합중국의 국민들은 종교적인 사람들(religious people)이기 때문에, 종교에 불이익을 가하고자 하는 목적은 어떤 법률에든 반영되어 있을 수 없다. 이러한 경우 명백한 법률의 문언을 그 목적에 맞게 다듬는 것은 입법자의 의도를 판사의 의도로 대체하는 것이 아니라, 의회의 기획을 실현하는 더욱 효율적인 방법이다."

나. Holy Trinity와 강한 목적주의[118]의 전통

Holy Trinity 판결은 법의 문언과 법의 정신이 충돌할 경우 전자가 후자에 양보해야 한다는 관념에 관한, 가장 중요하고 이정표가 되는 판결이다. 그 판결은 법의 문언보다 정신이 우선해야 하는 이유를 너무나 분명하게 설명했기 때문에 그러한 명성을 얻을 수 있었다.[119] 법원은 영국인 Warren을 목사로 고용하는 행위가 ACLA의 법률 문언상 금지규정에 해당함을 명확하게 설시하면서 판결문을 시작한다. 그럼에도, 법원은 입법사에 관한 다양한 증거들을 검토한 후 의회는 그 법을 제정하면서, "저렴하고 비숙련의 노동(labor)이 유입되는 것"을 막는다는 일반적인 목적을 가지고 있었고, 따라서 법원은, 의회의 충실한 대리인으로서, 그러한 배경 목적 또는 일반적인 목표를 실현하기 위하여 법률 규정을 제한적으로 해석해야 한다고 판단했다. 법원은 입법부가 해외에 있는 성직자를 고용하는 행위를 법률상 금지되는 행위로 의도했다고 보는 것은 불합리하다고 판단했다. 따라서 법원은 '문언을 그 명백한 목적에 맞도록 재조정하는 것'을 법관의 의사에 의하여 입법자의 의사를 대체하는 행위로 보지 않고, 오히려 입법부의 의사 내지 의도를 실현하는 보다 훌륭한 방법으로 본다는 결론을 내린다.

Holy Trinity의 논증은 법원의 강한 목적주의에 입각한 전통적 방법론의 입장을 보여준다. 그 방법론은 19세기 말과 20세기 초에 걸쳐 '명백한 의미 규칙(plain meaning rule)', 즉 "언어가 명백하여 하나의 의미 이상을 허용하지 않는다면, 해석의 의무는 제기되지 않는다."는 원칙과 경쟁하였으나 뉴딜 시대가 끝날 무렵 법원은 Holy Trinity의 강한 목적주의를 완전히 채택하였음을 분명히 하였다. 앞에서도 언급한 바 있는

118) Manning은 전통적 방법론에 속한 목적주의를 '강한 목적주의'라고 부르는데, '강한 목적주의'는 명백한 제정법 문언보다 그 '목적'을 우선시키는 입장으로, '약한 목적주의'를 단지 애매한 문언을 명확하게 하기 위하여 '목적'을 사용하는 입장으로 각각 구분하여 사용한다. 제정법 해석자들이 목적을 후자와 같이 사용하는 것이 정당하다는 점에 관하여는 대체로 견해가 일치되어 있다고 한다. 이 글에서도 Manning이 사용한 바에 따라 강한 목적주의와 약한 목적주의의 용어를 사용하기로 한다. : Manning, 앞의 논문(각주 94), 3쪽

119) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 44쪽

1940년의 이정표적인 판결(US v. American Trucking Ass'ns)에서, 법원은 제정법 해석 사건들에서 "법원의 기능은 의회의 의도를 실현하도록 언어를 해석하는 것"이라고 다시 판시하면서 '명백한 의미 규칙'을 포기하였던 것이다.

다. Holy Trinity와 입법 목적의 파악

Holy Trinity는 또한 법원이 제정법의 목적을 파악하기 위한 방법을 제시한 판결로서도 중요하다. 위 사건에서 법원이 제정법의 목적을 확인하기 위하여 의존한 자료들은 아래와 같다.[120] 결국, 목적주의 판사는 그 자료들의 일부 또는 전부로부터 제정법의 목적을 추론할 수 있다. 그러나 제정법 목적을 파악함에 있어서 불확실성과 위험성이 생기는 것은 피할 수 없고, 그 경우 결국 가장 중요한 요소는 다양한 자료들로부터 입법 목적에 관한 확증을 찾아내는 법관의 능력일 것이다.

(1) 법률의 표제(Title)

법원은 ACLA의 공식적인 표제- 미국 내 노동(labor)의 수행을 위하여 계약 또는 동의에 따라 외국인들을 수입 또는 이주시키는 것을 금하는 법률-에 주목했다. 법원의 위 판단과 같이 실제로 법률의 표제는 해석자들에 대하여 '의회가 입법 목적에 관하여 어떻게 생각하였는지'에 관하여 말해줄 것으로 추정되기는 한다. 그러나 보다 구체적인 효력규정들(operative terms)의 문언이 명백할 경우에도, 제정법 표제의 일반적·추상적인 용어들이 그보다 우선해야 할 것인지는 분명하지 않다. 즉, ACLA의 표제에서는 단지 "노동(labor)"이라고만 규정했지만, 위 법률의 구체적인 금지 규정이 "노동 또는 어떠한 종류의 역무를 실행하기 위한(to perform labor or service of any kind)" 사람들의 수입을 금하고 있는 것이다. 그렇다면, 목사의 업무는 위 규정상 "또는 어떠한 종류의 역무(or service of any kind)"에 해당된다고 볼 수 있는데, 왜 일반적·추상

120) Manning et al., 위의 책, 45쪽 이하

적인 용어로 되어 있는 표제가 구체적·직접적으로 관련된 효력규정보다 우선적으로 고려되어야 하는가의 의문이 제기될 수 있는 것이다.

(2) 폐해(The Mischief)

폐해준칙(mischief rule)은 제정법 해석에 관한 가장 오래되고 유서 깊은 규칙들 중 하나이다.[121] 그에 관한 가장 유명한 진술은 Heydon 판결에서 찾을 수 있는데, 그 판결은 "모든 법관들의 직무는, 항상 폐해를 누르고 구제를 증진하도록 하는, 그리고 폐해를 지속시키려는 미묘한 조작과 회피를 억누르고 치유와 구제에 힘과 생명을 더하도록 하는, 그럼으로써 법률을 만든 사람들의 진정한 의도에 따르는, 그러한 해석을 하는 것이다."라고 설시하였다. 이는 '만약 해석자가 그 법률이 치유하려고 한 폐해를 찾아낼 수 있다면, 그 사실은 입법의 목적에 관하여 많은 것을 알려줄 것'이라고 하는 관념을 나타낸 것이다. Holy Trinity 판결에서, 법원은 "동시대에 발생한 사건들, 당시 존재하였고 입법부의 주의를 압박하던 상황들을 바라보았다." 그러나 법관이 어떠한 근거에 의하여 그러한 사실들을 확정한 것인가의 의문이 제기되는데, Holy Trinity 사건의 판결문을 작성한 Brewer 대법관은 단지 "입법의 동기들(motives)과 역사는 공지의 사실(matters of common knowledge)"이라고만 설시하였다.

(3) 입법사(The Legislative History)

Holy Trinity 판결은 법원이 제정법의 목적을 확정하기 위하여 어떻게 입법사에 의존하는지에 관한 초기의 사례이다. 가장 주목할 만한 것은, 법원이 판시하기를, 상원의 위원회 보고서가 "labor or service of any kind"라는 문구의 확대적용 가능성을 인지하고 있었고, 위원회가 "현재 회기 동안" 그 법안을 확실히 통과시키는 것을 보다 더 중요하게 생각하지 않았다면, "manual labor" 또는 "manual service"라는 보다 적절한 용어로 대체했을 것임을 특별히 언급했다는 것이다. 즉, 상원에서

121) 앞의 제1절 '1. 영국의 제정법 해석 방법론' 참조

법안을 기초하는 책임을 진 위원회가 그 법안의 제한적인 입법 목적에 대한 이해를 직접적으로 표현하였을 뿐 아니라, 용어를 보다 제한적으로 표현되도록 고치지 못한 이유까지도 설명하였다는 것이다.[122] 법원은 위와 같은 입법사에 비추어 위 법률 규정을 육체노동에만 적용되는 것으로 보다 제한적으로 해석하는 것이 입법부의 의도 혹은 제정법의 목적에 부합한다고 판단하였다.

(4) 사회적 가치들(Social Values)

Holy Trinity의 가장 유명한 측면은 "종교에 반대하는 어떠한 목적도 입법에 끌어들여서는 안 된다. 왜냐하면 우리는 종교적인 국민이기 때문이다."라는 법원의 판시이다. Holy Trinity 판결은 제정법의 목적, 따라서 제정법의 의미는 사회 전체에 깊이 담겨진 배경 가치들에 비추어 추론되어야 한다는 폭넓은 이론을 지지하는 것으로 읽힐 수 있다. 이러한 논증은 다음과 같은 가정에 입각해 있다 : ① 판사들이 미국 사회에 넓고 깊게 담겨진 가치들을 추론해 낼 수 있고, ② 입법자들은 미국인들로서 그들도 그 가치들을 공유하거나, 또는 그 가치들을 무시함으로써 유권자들을 격분시키기를 원하지 않을 것이기 때문에, 최소한 그러한 가치들에 반하여 행동하지 않을 것이다.[123] 그러나 판사들이 어떠한 증거로부터 그러한 가치들을 추론해낸 것인지, 그러한 추론이 정당한 것인지, 과연 입법자들은 그러한 가치들을 공유하였던 것인지 등에 관하여 의문이 제기될 수 있다. 자칫하면 판사들이 스스로 옳다고 생각하는 가치들에 의하여 법률을 해석할 위험이 있는 것이다.

(5) 제정법 목적의 다른 증거들

---

122) 이에 대하여 Adrian Vermeule 교수는 Holy Trinity 사건 관련 입법사에 대한 반대증거들을 언급하였다. 그에 의하면, 상원 위원회 보고서의 내용과 달리, 실제 그 법안은 당해 회기가 아니라 그 다음 회기까지 통과되지 못하였고, 법안의 제안자들은 "manual labor" 또는 "manual service" 등으로 협소하게 수정된 문구로는 법률안의 통과 가능성이 크지 않다고 보았다는 것이다 : Adrian Vermeule, Legislative History and the Limits of Judicial Competence : The Untold Story of Holy Trinity Church, 50 STAN. L. Rev. p1833 (1998) : Manning et al., 앞의 책(각주 42), 47쪽에서 재인용.

123) Manning et al., 위의 책, 48쪽

Holy Trinity에서 채택된 자료들 외에도, 목적주의 해석 방법론을 채용하는 법원은 일반적으로 다른 종류의 증거들에도 의존한다. 예컨대, 법원은 제정법의 목적을 추론하기 위하여 제정법 체계에 의하여 고안된 전체적인 구조에도 의존한다. 만약 제정법이 복잡하고 그물망 형태의 해결 체계를 고안하였다면, 법원은 그 제정법상 해결방법을 배제적인(즉 다른 해결책을 허용하지 않는) 것으로 추단할 것이다.[124] 보다 일반적으로, 법원은 특정한 규정의 의미를 그 법률 전체의 외견상 목적으로부터 추론하려고 시도할 수 있다.[125] 또한 그 규정이 속한 법률과 동일 주제에 관하여 규율한 다른 법률과의 관계는 그 입법 목적을 드러내는 데에 역시 도움을 줄 것이다.[126] 만약 여러 법률들의 각 입법 목적이 상충되도록 해석한다면, 이는 의회가 합리적이 아니라 자의적으로 행동하였다고 가정하는 것이 될 것이고, 법과정 학파[127]의 목적주의적 전제에 반하는 결과가 될 것이다.

---

124) 구조적 추론에 관한 고전적인 논의는 Charles L. Black Jr., Structure and Relationship in Constitutional Law (1969)에서 찾을 수 있다.
125) Commissioner v. Estate of Sternberger, 348 U.S. 187, 206 (1955)
126) Keifer & Keifer v. Reconstruction Fin. Corp., 306 U.S. 381, 389 (1939)
127) 앞의 제1절 '6. 법과정 학파와 제정법 해석 방법론' 참조

# 제4장. 신문언주의의 성립과 방법론의 새로운 전개

## 제1절. 전통적 방법론의 동요

위 제3장에서 살펴본 전통적 방법론이 1970년대까지 미국의 법학계와 연방대법원의 실무를 지배하는 동안 그에 대한 비판들이 없었던 것은 아니었지만, 이는 일반적으로 전통적 방법론의 가정들의 구도 내부에서 나온 제한적인 비판들로서 전통적 방법론의 기초 자체를 위협할 정도는 아니었다.[128] 그러나 1980년대에 이르러, 점점 많은 수의 학자들과 판사들이 몇몇 이론적 발전들에 힘입어 전통적 방법론을 비판하기 시작하였고, 그 비판내용도 보다 과격하고 근본적으로 되었다. 특히 공공선택이론(public choice theory)에 근거한 비판과 민주적 정당성 논쟁은 결국 전통적 방법론의 토대를 동요시키고, 미국 연방법원 실무와 법학계에서의 제정법 해석 방법론을 새로운 방향으로 변화시키게 된다.

### 1. 공공선택이론(public choice theory)과 그 영향

#### 가. 공공선택이론의 내용

공공선택이론은 입법·행정행위에서의 정치적 결정과정을 경제학적 방법으로 분석하려는 시도로서, 방법론적 개인주의(methodological

128) 가령 Max Radin과 같은 법현실주의자들은 입법부의 집단적 의도라는 것은 해석자가 만들어 낸 것일 뿐이라고 주장했다. 왜냐하면 입법부는 보통 법률에 의하여 제기되는 많은 구체적인 쟁점들에 관하여 확실한 집단적 예상이라는 것을 하지 않기 때문이라는 것이다. 또한 Reed Dickerson 교수는, 입법사들 중 일부, 특히 청문회에서의 증언 내용과 본회의에서의 토론 내용은 제정법의 해석에 있어서 입법자의 의도에 관한 증거로 인정하기에는 너무나 믿을 수 없다고 반대하였다. : Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 642쪽

individualism)와 경제적 인간(homo economics)이라는 두 가지 가정을 기본전제로 삼는다. 즉, 분석단위를 개인으로 한정하여 오직 개인만이 선택하고 행동하는 주체가 된다고 보며, 개인은 경제적·정치적 선택을 할 때 항상 이기심에 따라 사익의 극대화를 추구한다고 가정한다. 그러므로 이 이론에 의하면, 집합체의 작동은 집합체를 구성하는 개인들의 행동을 분석함으로써 알 수 있는데 정치인 역시 득표의 극대화나 재선을 추구하는 존재이기 때문에, 의회나 정부와 같은 국가기관은 공익을 담당하는 단일 기구가 아니라 사익을 추구하는 개인의 집합체가 된다.[129] 공공선택이론의 이러한 입법관에서 보면, 입법행위를 공익 실현을 위한 행위로 파악하면서 입법행위의 공익성에 법적 정당성을 부여해 온 전통적 법학의 입법관에는 두 가지 문제점이 있다. 첫째는 입법활동은 관련 이익집단의 사익에 봉사하는 것을 사실상의 목적으로 하는 행위로서 공익에 봉사하는 행위가 아니라는 점, 둘째는 현재 다수결 원리에 기초한 입법활동은 국민의 의사를 수렴하여 공익의 내용을 확정하는 기능을 제대로 수행하지 못한다는 점이다. 공공선택이론은 첫 번째 문제에서 이익집단에 의한 입법·행정과정에서의 영향력 행사, 지대추구행위(rent-seeking activity)를 경제이론에 따라 실증적으로 분석하여 전통적 입법관이 허구에 기초하고 있음을 지적한다. 두 번째 문제에서 입법과정 자체, 즉 공익내용을 확정하는 투표과정 자체의 특징과 문제점을 분석한다. 이 두 가지 문제점을 두고 제기된 이론적 접근방법에 관하여 살펴본다.

(1) 입법과정에 대한 이익집단의 영향력 행사

1960년대까지 정치학에서의 일반적 견해였던 공익이론(public interest theory)은 입법과정을 긍정적·낙관적으로 보았다. 그 이론에 의하면, 이익집단의 형성과 대립은 자연스러운 현상이고, 서로 경쟁하고 상충하는 이익집단들 간의 타협과 조화를 통해 이익의 균형이 성립하며, 그 최적 균형(optimum equilibrium)이 곧 입법이 된다. 그러므로 공익이

129) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 51쪽 ; 이 주제에 관한 보다 상세한 내용은, 허성욱, 공공선택이론과 사법심사에 관한 연구 - 사법심사의 준거기준으로서의 공공선택이론의 함의에 대하여, 서울대학교 박사학위 논문(2008), 11쪽 이하 참조

란 경쟁하는 이익들 사이의 최적 균형이며, 이에 따라 입법은 공익을 대변하는 것으로서 의원의 활동 역시 공익을 위한 활동이라는 명제가 성립된다.

그러나 공공선택이론(public choice theory)은 입법을 경제적 거래물로 취급하여, 입법도 시장경제 원리의 지배를 받는 다른 상품과 같이 일종의 공공재로 보고, 그러한 전제에 따라 이익단체가 수요자이고 의원이 공급자가 되는 입법시장에서의 수요와 공급을 분석한다.

우선 공급 측면에서 의원은 사익의 극대화를 추구하는 합리적 개인에 불과하므로 자신에게 가장 유리한 조건-예컨대 재선을 위한 재정지원 등-을 제시하는 이익단체에 입법을 공급하려 하고, 따라서 의원이 공익을 추구한다는 공익이론상의 명제는 부정된다.

또한 수요 측면에서 입법에 대한 수요는 이익집단의 발생과 활동에 의해 결정되는데, 공공선택이론은 이를 무임승차(free rider) 문제의 관점에서 바라본다. 입법은 이익단체의 구성원에게는 소비의 비경합성・배제불가능성의 특성을 가진 공공재이므로 입법에서 오는 편익-예컨대 이익단체의 목표인 조세감면・보조금 지급이나 행정규제의 완화 등-을 공짜로 소비하려고 하는 무임승차의 문제가 발생하는데, 무임승차 문제의 해결에는 소규모 집단이 특히 유리하다는 결론을 내린다. 왜냐하면 집단이 목표하는 편익이 집단이 부담하는 비용보다 큰 경우, 소규모 집단의 개별 구성원에게는 공동이익을 위해 자발적으로 협력하는 것이 경제적으로 유리하기 때문이다. 또한 소규모 집단이 동질적이고 조직화되었다면 그 구성원을 더 용이하게 통제할 수 있고, 비용부담에 참여시킬 수 있다는 점도 그 근거로 제시된다. 위 이론에 의하면, 대규모 집단은 무임승차자 문제로 인해 정치적 의사결정과정에 있어서 효율적인 영향력 행사를 위한 비용부담을 할 수 없고, 결국 소규모 이익집단의 로비활동에 의하여 일반 공중의 부담으로(예컨대 세금) 특수 이익집단의 이익을 보장하는 지대추구입법(rent-seeking legislation)이 제도적으로 양산되는 반면, 국민 전체에게 입법이익을 분산시키는 입법은 제도적으로 성립되기 어렵다는 결론이 된다.

결국 이것은 법의 내용을 확정하는 입법과정, 즉 공익의 내용확정 과정에 이익집단의 영향력이 행사됨으로써 공익의 내용이 왜곡될 수 있음을 보여주는 것으로, 전통적인 제정법 해석방법에 심각한 문제점을 던져준 것이다. 즉, Hart/Sacks의 목적론적 해석론에 의하면 입법이란 공익(구법의 목적)을 저해하는 폐해를 제거하려는 의원들의 도구이며 입법목적은 제정법에 내재하는 공익과 폐해 그리고 입법자가 선택한 구제책으로부터 도출되는 것으로서, 문언으로부터 곧바로 해결되지 않는 사례들은 이 입법 목적을 해석기준으로 삼음으로써 해결될 수 있다고 보았다. 그런데 공공선택이론의 회의적 입법관에 의하면, 공익의 내용을 확정할 수 없게 되는 결과, 제정법의 목적 자체의 존재 여부에 대하여 의문이 제기되는 것이다. 이에 따라 제정법 해석이란 불가능한 작업이거나 극히 자의적인 작업이 될 가능성이 크다는 결론이 나오게 되는 것이다.

(2) 입법과정에서 다수결 제도의 문제점

공공선택이론은, 입법부의 의사결정과정에서 채택하고 있는 다수결 제도의 문제점에 대해서도 분석한다. 정치학에서의 전통적 견해는 다수의원의 의사결정이 입법부의 의사가 되고, 이것이 곧 의원에 의해 대표되는 국민의 의사라는 전제하에, 이러한 다수결 원리에 의해 입법부의 의사결정은 민주적 정당성을 얻게 된다고 주장한다. 그러나 공공선택이론은 다수결제가 집단적인 사회적 선호 선택과정에서 개별 구성원의 선호를 충실하게 반영하지 아니할 뿐만 아니라 대단히 자의적인 의사결정 방법이라고 지적하며, 이를 증명하는 여러 현상들을 제시한다.[130]

그중 하나가 다수결 투표의 순환현상(majority cycling)인데, 이는 각 구성원의 선호도가 각기 다른 2개 이상의 안건 중에서 연속적 투표를 통해 결정을 내려야 하는 경우, 투표결과는 안건상정 순서에 따라 달라지는 순환현상이 나타나게 되어 최종결과는 극히 자의적일 위험성이 있다는 것이다. 이에 관한 기본적 개념은 콩도르세가 1785년에 한 유명한 증명인 '콩도르세의 역설'(Condorcet's Paradox), 즉 '다수결의 원칙에 따

130) 박세일, 법경제학, 박영사(2000) 722쪽 이하

라 개인들의 선호를 합하더라도 일관된 집단적 선택의 결과를 얻는 것이 불가능하다'는 것을 보여주는 논증에 기원을 두고 있다. 콩도르세의 역설의 한 형태는 다음과 같다. 예컨대, 3명의 의원들이 A, B, C의 선택지들 중 하나를 택해야 하고, 각 의원의 선호체계는 다음과 같다고 가정해 보자.

의원1 : A > B > C
의원2 : B > C > A
의원3 : C > A > B

위와 같은 경우 A, B, C 중 어떤 결과가 '다수'에 의하여 선호되는 것인지는 말할 수 없다. 다수는 A보다 B를, B보다 C를 선호하지만, 또한 C보다 A를 선호하기도 하기 때문이다. 즉 개인들은 일관된 선호체계를 가지고 있다고 하더라도, 이들로 구성된 집단이 각 개인의 선호를 결집할 때에는 집단의 선호도가 일관되게 나타나지 않는다는 것을 의미한다.[131] 그 경우에는 안건상정순위 결정자(agenda setter)가 어떤 안건을 먼저 상정하는가에 따라 투표결과가 좌우되게 된다. 즉 위의 사례에서, A와 B를 먼저 투표에 부치면, 다수결에 의하여 A가 채택되고, 그 후 다시 A와 C를 투표에 부치면, 다수결에 의하여 C가 최종안으로 채택되게 된다. 반면, A와 C를 먼저 투표에 부치면, 다수결에 의하여 C가 채택되고, 그 후 다시 C와 B를 투표에 부치면, 다수결에 의하여 B가 최종안으로 채택되게 된다. 위와 같이 개인의 선호체계는 일관되어 있더라도 집단의 선호체계는 일관되지 않을 수 있다는 것을 투표의 역설(paradox of voting) 현상이라고 한다.

그렇다면 다수결제 이외의 방법으로 개개인의 선호를 집합하여 사회적 선호, 즉 공익을 확정할 수 있는 바람직한 방법이 가능한지에 관해 의문이 생기는데, Kenneth Arrow는 이러한 방법이 갖추어야 할 다섯 가지의 근본조건[132]을 제시하면서, 결론적으로 이 조건들을 동시에 만족시킬

131) 조홍식, 사법통치의 정당성과 한계(제2판), 박영사(2010), 182 ~ 186쪽
132) 그 근본조건은 ① 최소의 합리성(minimum rationality) ② 파레토 원리의 성립(pareto principle) ③ 비독재성(non-dictatorship) ④ 독립성의 원칙(independence of irrelevant alternatives) ⑤ 보편성의 원칙(universal applicability)이다. : 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 53쪽의 주67)에서 재인용.

수 있는 개인적 선호의 바람직한 집합방법, 공익확정방법은 존재하지 않는다는 것을 수학적으로 증명하는 'Arrow의 불가능성 정리(Arrow's Impossibility Theorem)'를 제시하였다. 그에 의하면 개개인의 선호를 합리적으로 집합하여 산출된 공익이란 개념 자체가 성립할 수 없는 결과가 된다.

그 이외에 개인 선호의 집합방법에서 문제되는 것은 '전략적 투표행위(strategic voting)', 즉 투표자들이 안건의 상정순서를 보면서 자신이 보다 선호하는 안의 통과를 위해 진정한 선호를 숨기고 거짓선호를 드러내는 전략적 행위와 '음성적 투표교환행위(log-rolling)', 즉 투표하는 의원이 다른 의원과 정치적 결탁을 하거나 또는 대가를 받고 진정한 선호에 일치하지 않는 투표를 하는 행위이다.

위와 같이 다수결 투표의 순환현상(majority cycling), 전략적 투표행위(strategic voting), 음성적 투표교환행위(log-rolling)에 의하여 투표결과에 대한 조작가능성이 존재하는 경우, 다수결에 의한 투표 결과는 각 구성원들의 진정한 선호를 반영하지 못한 채 전혀 예상할 수 없는 상태로 빠지게 되는데, 공공선택이론에서는 이것을 소위 '혼돈의 정리(chaos theorem)'라고 부른다.

나. 공공선택이론에 근거한 전통적 방법론 비판

(1) 의도주의에 대한 비판

의도주의는 입법부의 의도를 밝히는 것을 제정법 해석의 목표로 삼고 있다. 그러나 공공선택이론은 법안에 대해 찬성 또는 반대를 표시하는 의원의 동기는 법안의 실질적 내용과는 거의 무관하다는 점을 들어 의도주의를 비판한다. 즉, 법안에 대한 의원의 투표 동기는 정당 및 위원회에 대한 충성, 유권자들 또는 이익집단과의 유대, 그 밖에 순전한 심리적 요소들을 포함하는 불투명한 동기들로 이루어져 있으며, 이들 대부분의 동기들은 법률 규정의 의미나 의원들의 법률 문언에 대한 이해와 관계없다는 것이다. 또한 설령 개별 의원들의 의사가 확인될 수 있다고 하

더라도, 위에서 본 다수결 투표의 순환현상(majority cycling), 전략적 투표행위(strategic voting), 음성적 투표교환행위(log-rolling) 등에 비추어, 다수 의원들로 구성된 전체 입법부의 의사는 그러한 개별 의원들의 진정한 의사를 반영한다고 볼 수 없으므로, 전체 입법부의 의도라는 것이 존재하지도 않고, 가사 존재한다고 하더라도 이를 알 수 없다는 것이다.[133]

(2) 목적주의에 대한 비판

Hart/Sacks의 법과정 학파는 입법과정을 긍정적·낙관적으로 보았던 공익이론(public interest theory)에 바탕을 두고 제정법 해석 방법론을 전개하였다. 즉 법과정 학파는, 입법부가 '합리적인 목적을 합리적으로 추구하는 합리적인 사람들(reasonable persons pursuing reasonable purposes reasonably)'로 구성되었고, 모든 법률은 목적적 행위라는 두 가지 가정을 전제로 목적주의 방법론을 구축하였는데, 여기서 말하는 제정법의 목적은 종래에 공익을 저해하던 폐해를 시정하여 새로운 공익을 실현하려는 목적이고, 입법은 공익을 대변하는 것이라는 명제가 전제되어 있는 것이다.

그런데, 공공선택이론은, 법과정 학파의 위와 같은 낙관적 전제는 현실로부터 동떨어진 생각에 근거하고 있다고 비판한다. 즉 그 이론에 의하면, 재선을 의식한 의원과 지대를 추구하는 이익집단 간의 거래로 인하여, 공익이 아니라 사익 실현을 추구하는 지대추구입법(rent-seeking legislation)이 성립되는 경우가 많다는 것이다. 또한 입법이란 어떠한 공익 목적을 일관되게 추구하는 과정이 아니라 이익집단의 영향력 행사에 의하여 공익의 내용이 왜곡될 수 있고, 관련된 행위자들의 타협에 의하여 입법이 이루어졌을 수 있으므로, 일관된 제정법의 목적을 밝히는 것은 불가능한 작업이거나 극히 자의적인 작업이 될 가능성이 크다는 결론이 나오게 되는 것이다.[134]

## 2. 민주적 정당성의 소재에 대한 논쟁

133) 남기윤, 위의 논문 56쪽
134) 남기윤, 위의 논문 57쪽

### 가. 민주적 정당성 논의의 전개

민주적 대의제와 보통법 전통이라는 양 축을 근간으로 하고 있는 미국의 법체계에서 제정법 해석을 둘러싸고 발생하는 논쟁은 바로 이 양 축의 충돌에 그 뿌리를 두고 있다. 국민의 대표기관인 입법부에 의해 정립된 제정법은 주권재민에 기반을 둔 대의민주주의 개념의 본질을 이루는 요소로서 민주적 정당성을 확실하게 보유하고 있었기 때문에 제정법 중심의 법사상과 해석관이 등장한다는 것은 당연하였다. 그러나 축적된 사례에 의해 조금씩 서서히 진화함으로써 안전성·지속성·일관성을 근본원리로 하는 영국의 보통법을 1750년경부터 계수하여 그 전통에 젖어 있었던 법관들에게 있어서 제정법의 규칙들이란 보통법을 유지·보충하기 위한 수단에 불과하였기 때문에, 그들 법사상의 중심에는 보통법 중심의 해석관이 자리 잡고 있었다.[135]

미국 독립 이후 보통법 중심의 해석관과 보통법의 민주적 정당성에 의문을 제기하는 견해 사이의 대립이 계속되었지만, 1930년대의 뉴딜(New Deal) 시대 이후 사회개혁 입법이 양산되었고 이후의 "법령의 시대"(Age of Statutes)가 도래하면서 제정법 중심의 해석관이 들어서게 되었다. 이 해석관은 종전의 보통법 중심 사상과 달리 두 가지 점을 강조한다. 첫째, 법은 개별 사례를 기반으로 법원에 의해 점진적으로 창조되었다는 관념을 거부하고, 국민의 대의기관인 입법부를 통해 민주적 방법으로 창조되었다는 관념을 내세운다. 둘째, 법을 이미 선재해 있는 규범들의 집합체로 보는 보통법적 법개념을 거부하고, 현재의 사회적 가치·정책을 반영하는 의도적 규범 형식으로 인식하는 민주적 법개념에 입각한다. 이에 따라 민주적 정당성이 제정법 해석에 있어 새로운 기준으로 제시되었는데, 민주적 정당성은 법률을 제정하는 입법부와 법률을 해석하는 법원 사이의 관계를 헌법이 어떻게 설정하느냐에 의해 정의되는 것이지만, 이 시대에서의 민주적 정당성은 입법부 우위(legislative

135) 남기윤, 위의 논문 58쪽

supremacy)의 원칙과 충실한 대리인 이론에 따라 입법부의 의도 또는 제정법의 목적에 구속력을 부여하는 것을 제정법 해석의 목표로 삼는 전통적 방법론으로 나타났다.

나. 전통적 방법론의 동요로 인한 민주적 정당성 논쟁의 재연

그러나 앞에서 본 공공선택이론의 이론적 성과가 법학계에도 일반적으로 수용되면서, 입법부의 의도 또는 제정법의 목적을 탐색하여 해석의 기준으로 삼으려는 전통적 방법론의 이론적 전제는 유지될 수 없게 되었다. 입법부의 의도나 제정법의 목적이 객관적으로 단일하게 존재할 수 있는지, 존재한다고 하여도 이를 인식할 수 있는지에 대하여 심각한 의문이 제기되었기 때문이다.[136]

이는 또한 전통적 방법론의 이론적 토대인 입법부 우위의 원칙도 흔들릴 수 있다는 것을 의미하였다. 전통적 방법론이 법원의 역할을 의회의 충실한 대리인으로 제한한 것은 입법부 우위의 원칙에 근거한 것이었는데, 입법 자체가 이익집단간의 타협과 협상의 산물로 인식되고 공익추구 입법보다 사익 추구 입법이 증가함으로써 입법의 실패가 발생한다는 공공선택이론의 비판이 유력하게 제기됨으로써, 종전의 입법부 우위의 원칙은 설득력을 잃게 되었다.

이에 따라 1980년대 이후 미국 법학계 일각에서는, 입법부 우위의 원칙에 의문을 제기하면서, 법원이 제정법을 해석함에 있어 더 이상 '입법부의 충실한 대리인' 역할에 그칠 것이 아니라, 적극적인 개입·수정을 하여야 하고 그 해석권한을 적절히 행사하여 공익을 직접 실현하여야 한다는 주장이 제기되었다. 이는 곧 제정법을 해석함에 있어 민주적 정당성은 사법부에 있다는 주장으로서, 미국 건국 이후 지속적으로 전개되어 왔던 민주적 정당성에 관한 논쟁이 제정법 해석 방법론이라는 새로운 소재를 대상으로 하여 다시 지펴졌다는 것을 의미한다.[137]

136) 남기윤, 위의 논문 60쪽
137) 남기윤, 위의 논문 61쪽

## 제2절. 신문언주의 방법론의 성립

### 1. 신문언주의의 등장

공공선택이론이 밝혀낸 입법절차에 대한 부정적 입장에 근거하여 1980년대에 전통적 방법론에 대한 비판이 격화됨에 따라 전통적 방법론의 이론적 기반[138]이 와해되자, 이제 제정법 해석의 새로운 기준 모색이 불가피하게 되었다. 그러한 상황에서 등장한 것이 신문언주의[139]이다. 사익입법론, 다수결제도에 대한 회의 등 공공선택이론이 제기하는 여러 주장들에 의하여 제정법 해석에 있어서 입법부 우위의 원칙 자체에도 의문이 제기되고, 의회와 법원 사이의 관계에서 민주적 정당성의 소재를 어디에 둘 것이며 그 기준은 무엇인지에 관해 논쟁이 전개되는 상황에서, 신문언주의자들은 전통적 방법론과 마찬가지로 입법부 우위의 원칙을 그 이론적 기초로 삼되, 다만 전통적 방법론이 입법자의 실제 주관적 의도나 제정법의 목적을 찾기 위하여 입법사나 공공가치 등을 근거로 사용한 것에 대하여는 강하게 비판하면서, '오직 헌법에 정한 절차에 의하여 제정된 결과물인 법률의 문언만이 입법부의 의사로 귀속될 수 있고, 따라서 법원이 그 해석목표로 삼아야 할 것도 제정법의 문언이며, 헌법적 절차를 거친 바 없는 입법사나 다른 외재적 자료들을 입법부의 의도 내지 목적에 관한 권위 있는 증거로 사용하는 오랜 실무관행을 거부해야 한다'[140]고 주장하였다. 또한 신문언주의는 '숙련되고 합리적인 언어사용자(a skilled, objectively reasonable user of words)가 그 제정법의 문언을 어떻게 이해하였을 것인가'[141]에 초점을 맞추어 객관적·중립적으로 제정

---

138) '입법부의 의도'를 탐구하는 고전적 의도주의, '제정법의 목적'을 탐구하는 강한 목적주의 및 그 이론적 기초인 입법부 우위의 원칙과 충실한 대리인 이론을 말한다.

139) '신문언주의(The New Textualism)'라는 용어는 동태적 해석론자로서 신문언주의에 비판적인 Eskidge가 같은 제목의 논문에서 처음 사용하였다. 이 논문에서는 1980년대에 일단의 연방법관들을 중심으로 전통적 방법론을 비판하면서 등장한 새로운 문언주의 방법론을 '신문언주의'라고 부르기로 한다 : Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 621, 623쪽

140) Manning, "Second-Generation Textualism", 98 Calif. L. Rev. 1287 (2010), 1288쪽

141) Manning, "What Divides Textualists from Purposivists?", 106 Colum. L. Rev. 70 (2006), 91쪽

법을 해석함으로써, 제정법의 해석 과정에서 판사가 입법부의 의도 또는 입법 목적과 같은 애매한 관념을 내세워 스스로의 주관적 평가를 개입시키는 것을 방지하려고 한다. 신문언주의의 이러한 해석방법은 두 가지의 기능을 발휘한다고 설명되는데, 한편으로는 사법부의 개입으로부터 입법부의 우위를 보호할 뿐만 아니라, 다른 한편 의회 의원들의 입법사의 조작 등에 의한 입법부의 개입을 차단하고 법관이 법을 객관적·중립적으로 적용하는 것을 보장함으로써 사법부의 권한도 보장한다는 것이다.[142] 결국 공공선택이론의 영향과 민주적 정당성 논쟁으로 전통적 방법론의 이론적 기반이 와해되고 입법부 우위의 원칙까지 흔들릴 수 있는 상황에서, 신문언주의는 제정법의 문언에 초점을 맞춤으로써 입법부 우위의 원칙을 새롭게 정당화하는 한편, 민주주의와 권력분립의 원칙에 기하여 입법부와 사법부 각각의 역할을 적정하게 설정하려 한 것이다.

신문언주의 방법론의 제창자는 미국 연방대법원의 Antonin Scalia 대법관과 제7연방항소법원의 Frank H. Easterbrook 판사였는데, 특히 Scalia가 1986년 연방대법관으로 임명된 후 작성한 의견들은 미국 연방대법원 실무에서 신문언주의가 부상하는 신호였다. 그 외에도 연방대법원의 Clarence Thomas 대법관이나 컬럼비아 특별구 연방항소법원의 Kenneth Starr, James Buckley 판사, 연방 제9항소법원의 Alex Kozinski 판사 등이 신문언주의적 입장을 취함으로써 미국 연방법원 실무에 큰 변화를 일으켰고,[143] 또한 법학계에서는 Harvard 법과대학원의 John F. Manning 교수[144]가 1990년대 이후 다수의 논문들에서 위와 같은 연방법원 실무의 새로운 방법론을 이론적으로 분석하여 신문언주의의 이론을 보다 정교하게 정리하였다.

---

142) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 62~63쪽

143) 다음 세 가지의 변화양상을 보인다. 첫째, 법문언의 의미가 명백한 경우 입법사의 참조를 기피하고, 둘째, 법문언의 구조적 논거를 제시함으로써 법문언의 의미가 명백하다는 것을 밝히는 경우가 빈번해 졌으며, 셋째, 법원이 제정법 해석에서 문언적, 절차적 해석규칙(canons of construction)에 영향을 받는 경우가 증가했다는 것이다. : Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 656쪽

144) 그밖에 University of St. Thomas 법과대학원의 Robert J. Delahunty 교수도 신문언주의자이다.

## 2. 신문언주의의 초기 주장들

전통적 방법론이 해석목표로 삼은 입법부의 의도 또는 제정법의 목적은 1차적으로는 법률의 문언으로부터 도출해야 하는 것이다. 그러나 1940년경부터 미국 연방대법원은 입법사로부터 입법부의 의도 또는 제정법의 목적에 대한 권위 있는 증거를 제공받는다고 하는 실무 관행을 확립하였다. 앞에서 설명한 바와 같이 전통적 방법론은 법률의 문언과 입법사가 충돌할 경우, 입법사를 우선시켰는데, 이는 입법사를 입법부 전체의 견해와 동일시하였기 때문이었다.[145]

1980년대에 신문언주의의 초기 주창자들-특히 Scalia 대법관과 Easterbrook 판사-은 전통적 방법론이 그와 같이 입법사를 법률 문언보다 우선하는 증거로 사용하였던 실무 관행에 비판의 초점을 맞추었다. 그들이 제시한 비판의 근거는 공공선택이론에 근거한 실증적 논거와 헌법적 구조에 근거한 규범적 논거로 나눌 수 있다. 후술하는 바와 같이 신문언주의자들의 강조점은 초기의 실증적 논거에 기한 입법사 사용의 비판으로부터 이후 헌법적 구조에 기한 규범적 주장들로 옮겨가게 된다.[146] 이하에서는 전통적 방법론의 입법사 사용을 비판한 신문언주의자들의 초기 주장들에 관하여 살펴본다.

### 가. 실증적 논거

초기 신문언주의자들은 공공선택이론에 기한 실증적 논거에 기하여 입법부의 입법사의 사용을 비판하는 주장들을 강조하였는데, 첫째는 공공선택이론 중 이익집단이론에 근거한 것이고, 둘째는, 다수결제도의 문제점에 대한 공공선택이론의 비판에 근거한 것이다.

#### (1) 신문언주의와 이익집단이론

이익집단 이론가들은, 이익집단이 '선거 기부금, 투표, 장래의 이익

145) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1291~1292쪽
146) 아래 제5장 제4절 참조

제공에 대한 암묵적 약속, 그리고 때때로 노골적인 뇌물' 등으로 의원들로부터 입법을 '구매'하고, 또한 소규모의 특수 이익을 대변하는 단체들이 입법절차에서 과도하게 영향력을 높이며, 일반 국민들에게 비용을 전가시키는 지대추구입법을 만들어낼 가능성이 높다고 주장한다.

그러한 이익집단이론과 같은 맥락에서 신문언주의자들은, 편협한 이익 집단들이 종종 의원들을 유도하여 유리한 입법사를 만들어내도록 함으로써, 그 집단들이 의회 전체로 하여금 지지하도록 설득할 수 없는 사익적 목적을 성취하려고 한다고 주장한다.[147] 신문언주의자인 Buckley 판사는 이러한 입장에서 "만약 판사들이 어떠한 입법사의 단편을 의회 전체의 의도로 이해한다고 알려진다면, 입법자들은 입법사에 법률 규정들에 관한 일방적인 해석들을 뿌려두도록 고무될 것이다."라고 주장하였다.[148]

또한 신문언주의자들은 법원이 입법사에 의존하는 것을 비판하면서, 입법사는 법률 문언보다 훨씬 저렴하게 얻을 수 있는 것이므로, 이익집단들이 원하는 법률 용어를 법률 규정에 담기 위한 전체 비용을 지불하기를 원하지 않거나 지불할 능력이 없는 때에 훨씬 저렴한 비용으로 입법사를 획득할 수 있다고 주장하였다.[149]

Scalia 대법관은 위와 같은 취지에 따라 Blachard v. Bergeron 판결에서 그의 초기 의견에 흔히 나타나는 주제를 언급하였다[150] : 「의회의 위원회들은 종종 ..... 의뢰한 이익집단의 요청에 따라 입법사를 전략적으로 만들어낸다. 따라서 만약 이익집단이 정책의 세부사항에 대한 의회의 동의를 확보할 수 없을 경우, 아마도 그러한 세부사항을 친분 있는 위원회의 보고서나 친한 의원의 본회의 진술에 끼워 넣을 수 있을 것이다. 만약 그렇다면, 법원은 그러한 자료들이 그 법률 문언에 대한 {전체} 의회의 인식을 나타내는 것으로 추정해서는 안 된다.」[151]

---

147) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 172쪽
148) International Bhd. of Elec. Workers, Local Union No.474 v. NLRB, 814 F.2d 697, 717 (D.C. Cir. 1987)
149) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1293쪽
150) Manning, 위의 논문, 1293~1294쪽
151) {} 표시 안의 기재는 필자가 추가하였다.

(2) 신문언주의와 다수결 제도의 문제점

초기 신문언주의는 또한, 한 개인에게나 적용될 수 있는 '의도'라는 개념은 입법부라고 하는 집단적인 기관에는 허구적인 것이고, 입법부를 구성하는 개별 의원들의 선호는 입법부의 최종적 결정에 일관되게 반영되지 않을 수 있다고 하는 실증적 논거에 의존하였다. Easterbrook 판사는 법경제학적인 배경을 가진 신문언주의자로서, 공공선택이론에 근거하여 "입법은 이익집단들 사이의 협상의 산물로서 입법부가 단일한 의도를 갖는다는 것은 불가능하다."고 하면서 "입법부의 의도란 단지 '무모한 억측(wild guess)'에 지나지 않을 뿐"이라고 주장하였다.

의도주의자들의 주장에 의하면, 판사는 '만약 입법부가 현재의 구체적 사건에서 제정법을 어떻게 해석하였을지'를 입법부의 입장에서 상상하여 이를 해석의 기준으로 삼는 '상상적 재구성'의 방법을 취해야 한다는 것이다.[152] 이에 대하여 Easterbrook은 공공선택이론을  원용하여 다음과 같이 주장한다 :「입법자들이 욕구들과 선호들에 관한 개별적 목록들을 가지고 있다고 하더라도, 이러한 목록들을 일관된 집단적 선택으로 결집하는 것은 어렵거나 종종 불가능한 것으로 드러난다. 모든 투표 체계에는 결점이 있다. 입법부에 의하여 사용되는 투표 체계는 결정이 이루어지는 순서에 특히 많이 좌우된다. 입법부는 관행적으로 한 번에 하나의 제안을 처리하고, 그 다음에 하나씩 표결한다. 이러한 방법은 세 번째나 네 번째의 선택지는 고려하지 못하고, 입법자들이 하나의 선택지를 다른 것보다 얼마나 더 많이 선호하는지도 고려하지 못한다. 추가적인 선택지는 오직 순차적으로만 처리될 수 있고, 이 때문에 결정되는 순서가 매우 중요하게 된다. 의안의 순서를 통제할 수 있는 사람이 선택을 조작하여 오직 소수만이 지지하는 제안을 채택하도록 할 수 있다는 것을 보여주는 것은 쉬운 일이다. 법원이 각 의원들의 완전한 선호체계를 안다고 하더라도, 의안의 통제가 존재하기 때문에, 법원으로서는 전체 의회가 실제로 다루지 않은 의안을 어떻게 처리했을 것인지 말하는 것은 불

152) 앞의 제3장 제4절 참조

가능하다.」[153] 그러한 주장에 따르면, 제정된 법률의 문언상으로는 불분명한 쟁점에 관하여 가사 위원회나 제안자가 입법절차에서 어떠한 선호를 표시했다고 하더라도, 그러한 증거로부터 전체 입법부가 집단적으로 그러한 결론에 도달했을 것이라고 추론할 근거는 없어지게 되는 것이다. 따라서 의도주의의 '상상적 재구성' 방법론은 그 설득력을 잃게 된다.

나. 규범적 논거

초기 신문언주의자들의 이론적 강조점은 공공선택이론에 기한 실증적 주장에 있었고, 그 이론적 파급효과도 주로 그 측면에 의한 것이었으나, 미국 헌법의 구조에 기한 규범적 논거도 신문언주의의 초기부터 제시되었다. 즉 신문언주의자들은 개별 의원들의 주관적 의도가 아니라, 제정법의 문언만이 법이라는 점을 근거로 입법사의 사용을 비판하였다. 미국 연방헌법 제1조 제7항에 규정한, 상하 양원 의회의 통과 및 승인 또는 거부를 위한 대통령에의 이송이라는 절차를 거쳐서 법률로 제정된 것은 오직 법률의 문언이고, 입법사는 그러한 절차를 거치지 않았기 때문에 합법성(legitimacy)을 결여하였다는 것이다.

Scalia 대법관은 1993년의 한 동조 의견에서 다음과 같이 설시하였다 : "입법사의 가장 큰 결점은 그 비합법성이다. 우리는 입법자들의 의도가 아니라 법률에 의하여 지배된다. 법원이 1844년에 '제정된 대로의 법률이 양원 다수의 의지이고 그 의지가 말해진 대로의 형태가 법률 자체인 것....'이라고 말하였듯이."

신문언주의자들에 의하면, 입법사를 사용하는 것은 두 가지 측면에서 헌법상 권력분립의 원칙에 반하는 것이다.[154] 첫째, 사법부가 입법권을 침해할 우려가 있다는 것이다. 이는 대의 민주주의에서 주된 정책 결정들은 정치적 부문인 의회에 의하여 이루어져야 하고, 선출되지 않은 판사들은 법률을 해석할 때에 가능한 한 좁은 범위의 정책 선택권만을 행

153) Frank H. Easterbrook, "Statutes' Domains", 50 University of Chicago Law Review 533(1983), 547~548쪽

154) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 646쪽 이하

사하여야 한다는 전제에 서 있다. 판사들이 입법사를 사용하여 명백한 제정법 문언의 의미를 변경할 경우, 이는 법원이 비합법적인 정책 선택권을 행사할 재량을 증가시키는 것이다. 전통적 방법론은 법률 문언의 구체적인 의미를 넘어서 입법사에 대하여 폭넓게 조사, 사용하는 것을 허용함으로써 판사들로 하여금 제정법 규정에 그들 스스로가 선호하는 바를 써넣을 수 있도록 해 준다는 것이다.[155] 둘째, 입법부가 사법권을 침해할 우려가 있다는 것이다. 입법사는 의회나 그 산하의 위원회 또는 의원들이 법률에 대하여 일종의 법률외적인 해석을 한 것으로 볼 수 있는데, 법원이 입법사에 근거하는 것은 입법부나 그 구성원들로 하여금 본질적으로 사법적인 권한, 즉 법률 해석 권한을 행사하도록 허용하는 것이고, 이는 입법권과 사법권의 분리에 관한 미국 연방헌법 제1조와 제3조를 위반하는 것이 된다고 설명된다.

## 제3절. 비문언주의적 방법론의 동향들

### 1. 서설

1980년대 이후 전통적 방법론이 강력한 비판을 받았고, 특히 Scalia 대법관을 중심으로 한 신문언주의자들의 방법론이 미국 연방법원의 실무에 상당한 영향을 미침에 따라, 고전적 의도주의와 강한 목적주의에 기한 전통적 방법론은 이제 더 이상 예전과 같은 형태로 존속할 수 없게 되었다. 그러나 전통적 방법론의 지적 영향 하에 있는 연방 법관들과 법학자들은 입법부 우위의 전제 아래 법과정 학파식의 '제정법 목적' 개념을 유지하면서 종전보다는 제정법의 문언을 더 중시하는 정도로 전통적 방법론을 수정·변용하는 입장을 취하였다. 반면, 일부 법학자들은 전통적 방법론과 신문언주의가 공유하는 '입법부 우위'의 전제 자체에 의문을 제기

155) 이와 같은 의미에서, Harold Leventhal 판사는 입법사를 사용하는 것에 관하여 "군중을 둘러보고, 친구를 찾는 것과 같다."고 말하였다.

하면서, 법관은 필요하다면 입법부의 의사에 반하더라도 시대가치에 적합하게 법률을 성장·발전(grow and develop)시킬 수 있게 독자적으로 법률을 해석할 수 있어야 한다는 동태적 해석 방법론을 주장하였다.[156] 다음 장에서 신문언주의 방법론의 구체적 내용에 대하여 검토하기에 앞서서, 우선 비(非)문언주의적 방법론의 동향들에 관하여 간략히 개관하고자 한다.

## 2. 전통적 방법론의 변용

고전적 의도주의(Classical Intentionalism) 또는 강한 목적주의(Strong Purposivism)에 입각한 전통적 방법론은 제정법의 문언보다 법원이 입법사에 의하여 파악한 입법부의 의도 또는 제정법의 목적을 우선시하여 왔으나, 1980년대 이후 공공선택이론의 발전, 민주적 정당성 논쟁에 기한 비판으로 그 이론적 토대가 흔들리게 되었음은 위에서 설명한 바와 같다. 이제 전통적 방법론은 더 이상 그 순수한 형태로 존속할 수 없게 되었지만 입법부 우위 원칙의 견지에서 이 방법론을 방어하고 지지하는 학자나 실무가들은 이를 수정·변용된 형태로 유지하려고 하였다.[157]

그러한 전통적 방법론의 전제를 옹호하는 측에서의 대응은 여러 형태로 이루어졌는데, 일부 학자들은 공공선택이론이 제기한 이익집단이론과 다수결제도의 문제점에 관한 주장들을 반박하는 실증적 주장을 제기하기도 하였다.[158] 또 다른 학자들은 전체 의회는 입법부의 위원회 등 소수 구성원들에게 입법 과정의 세부 작업을 위임하였고, 그들의 견해에 대하여 본회의를 거쳐 전체 의원들이 명시적 또는 묵시적으로 동의하였으므

156) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 61쪽

157) 남기윤, 위의 논문, 61쪽

158) 예컨대, 일부 학자들은 ① 「소규모 이익집단들은 보통 재정이 부족하고, 제대로 조직화되지도 못하였으며, 그들끼리 서로 충돌하는 경우도 많다. 또한 입법자들이 공익 대신 이익집단의 요청에 따라 행동하는 것이 전형적인 행태라고 볼 수도 없다.」는 주장으로 공공선택이론의 이익집단이론을 반박하였고, ② 「양당제에서 당의 훈령은 입법부의 선호를 규율함으로써 순환 투표현상을 통제하도록 할 수 있고, 미국 의회에는 Arrow의 이론이 예견한 것보다 예측가능하고 합리적인 투표결과를 도출할 수 있는 다수의 규칙과 제도들이 있으므로, 입법부의 표결 결과는 정당성을 주장할 수 있다.」는 주장으로 공공선택이론의 다수결원리에 대한 비판에 대응하였다. : Manning, 앞의 논문(각주 140), 1298쪽 이하

로, 가사 전체 의회의 의사가 개별 의원들의 의사를 그대로 반영하지 못한다고 하더라도, 법원이 그러한 위원회 등 소수 의원들의 견해가 나타난 입법사를 전체 의회의 의도를 추정할 수 있는 자료로 사용하는 것에는 아무런 문제가 없다는 '추정적 의도' 또는 '묵시적 의도'의 논리를 펴기도 하였다.[159]

현대의 의도주의에서 문제가 되는 것은 입법자가 간과하였거나 법률 제정 이후 사회와 기술의 발전으로 인하여 입법 당시 전혀 생각하지 못했던 법적 문제가 발생한 경우, 즉 제정법의 흠결(gap)이 발생한 경우의 처리문제이다. 이에 대하여 현대 의도주의자들의 대부분은 입법자의 실제 의도가 아닌 '추정적 의도'를 기준으로 삼아 해결할 수 있다고 주장하기도 하지만[160], Merrill은 제정법의 흠결을 인정하고 법원의 법창조 권한을 인정하되, 이는 의회가 법원에 법창조를 할 수 있는 권한을 부여하였기 때문이라고 하는 '위임된 법창조(delegated lawmaking)'의 개념을 제시함으로써, 입법부 우위의 원칙과 조화될 수 있는 설명을 시도한다.[161] 법률 흠결 문제에 있어서는 현대 목적주의가 의도주의보다 법관의 흠결 보충 활동을 더욱 용이하게 하는 해석방법을 제공한다. 해석의 중점을 입법부의 구체적 의도에 두게 되면, 입법자가 예상하지 못했던 사례에 대하여 제정법 규정을 적용하는 근거를 설명하기가 어렵게 되는 반면, 제정법의 일반적 목적을 도출하여 이에 초점을 맞추면 유추적용에 대한 정당성의 근거를 제시할 가능성이 크게 되기 때문이다.[162] 목적주의의 그러한 측면은 "동태적 요소", "목적 분석의 유연성" 등의 표현을 통하여, 뒤에서 보는 동태적 해석론으로 나아가는 길을 열게 된다.

1980년대 이후 전통적 방법론을 비판하면서 등장한 신문언주의는 미국

159) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 66쪽

160) 예컨대 Earl M. Maltz, "Statutory Interpretation and Legislative Power: The Case for a Modified Intentionalist Approach", 63 Tul. L. Rev. 1, 22(1988) : 남기윤, 위의 논문, 43쪽에서 재인용 ; 그러나 입법부 의도를 가정적 의사에까지 확장하는 것은 입법자가 규율하지 않은 특정 문제가 아닌 일반적 상황에 초점을 맞추는 것으로, 결과적으로 이는 입법부의 일반적인 입법의도를 의미한다. 결국 입법의도는 목적론적 해석에 근접하는 것이 되어 원칙적으로 법률의 목적(ratio legis)과 다를 바가 없게 된다. : 남기윤, 위의 논문, 67쪽

161) T. W. Merrill, "The Common Law Powers of Federal Courts", 52 U. Chicago L. Rev. 1, 12-27(1985) ; 남기윤, 위의 논문, 67쪽에서 재인용

162) 남기윤, 위의 논문, 69쪽

연방법원의 제정법 해석 방법론에 상당한 영향력을 행사하여 왔다. 그러나 여전히 신문언주의 법관들은 법원 전체에서는 소수파로 남아 있고, 미국 연방법원 실무의 주류는 기본적으로 입법부 우위의 전제하에 제정법의 목적을 중시하는 목적주의적 입장에 입각해 있다고 볼 수 있다.[163] 다만 전통적 방법론과 비교할 때, 제정법의 문언의 의미가 명백한 경우에는 그 문언의 제한에 따르는 점과 문언의 의미가 명백하지 아니할 경우 제정법의 목적을 확인하기 위하여 입법사와 같은 자료들을 고려하나 입법사의 사용을 종전보다 제한하는 방향으로 변화되었다는 점에서 차이가 있다. Manning은 그러한 입장을 '문언적으로 제한된 목적주의(Textually-Constrained Purposivism)' 또는 '신목적주의(The New Purposivism)'라고 명명한다. 물론 이는 대체적인 흐름일 뿐이고, 구체적인 사건에서 연방대법관들의 제정법 해석 방법론은 상당한 견해 차이를 보여준다.

## 3. 동태적 해석론(Dynamism)

### 가. 의의

동태적 해석론은 공공선택이론이 제기한 입법과정상의 여러 문제점들에 의하여 전통적 방법론이 토대로 삼았던 입법부 우위의 원칙은 더 이상 유지될 수 없고 제정법 해석에 있어서 입법부와 사법부 사이의 관계를 다시 설정해야 한다고 주장하는 점에서 방법론상 신문언주의보다 더욱 급진적인 입장이다. 신문언주의는 입법부에 우위를 인정하는 점은 전통적 방법론과 같으나 입법부의 민주적 정당성이 인정될 수 있는 유일한 원천은 실제 법률로 제정된 문언의 의미이고, 그 밑에 깔려있는 불분명한 입법부의 의도나 입법 목적과 같은 관념은 아니라고 주장한다. 이에 대하여 동태적 해석론은 입법부와 헌법적으로 대등한 국가기관인 법원의 역할에 정당성을 두려고 한다. 그 이론에 의하면, 법원이 제정법을 적용

163) 상세는 아래 제6장 제4절

할 때 법률 문언·입법사·입법 후 법과 사회에서의 변화 및 현재의 공공가치라는 관점에 입각하여 최상의 결과를 얻을 수 있도록 적극적으로 제정법을 해석·적용하여야 하고, 그럼으로써 법원이 다양하고 변화하는 현실에서 민주적인 가치를 유지하는 역할을 수행해야 한다고 주장한다.[164] 동태적 해석론자들은 법률의 의미는 결코 확정되어있지 아니하고 시대와 함께 변화하며, 법관의 임무는 법률을 변화된 사회관계에 적응시켜서 이 변화를 촉진시키는 것이라고 주장하면서, 정책결정에 있어서 법관의 적극적 역할을 요구한다.[165]

20세기 초 법현실주의자인 Karl Llewellyn의 주장에도 제정법을 동태적으로 해석하려는 움직임은 있었지만, 이는 입법부 우위에 관한 미국의 전통적인 관념과 조화되기 어려웠기 때문에 제정법 해석 방법론의 발전에 큰 영향을 미치지 못하였다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 공공선택이론에 의한 입법과정상의 여러 문제점에 대하여 심각한 우려가 제기되자, 동태적 해석론자들은 입법과정에 의하여 공익이 저해될 수 있다는 문제의식 하에 사법부의 제정법에 대한 동태적 해석을 수단으로 "입법부의 무기력한 관성"(legislative inertia)과 부조리를 극복하려 했던 것이다.[166] 동태적 해석론자로 분류되는 사람들은 법학자들인 William N. Eskridge Jr., Ronald Dworkin, Daniel A. Farber, Thomas A. Aleinikoff, Philip P. Frickey, Cass R. Sunstein과 연방항소법원 판사들인 Guido Calabresi, Richard Posner[167] 등이다.

### 나. 해석의 목표와 방법

동태적 해석론자들은 제정법을 사회적 수요를 충족시키기 위한 일종의 도구로 보고, 제정법을 특정한 또는 변화된 사회관계에 적응시키기 위하여 법원은 법률 문언과 입법사 이외에도 동태적 해석 자료들을 고려

164) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 62쪽
165) 남기윤, 위의 논문, 74쪽
166) 남기윤, 위의 논문, 74쪽
167) Posner 판사는 초기에 의도주의에 기한 창조적 재구성론을 주장했으나, 그 후 법실용주의에 따라 법관의 창조적 역할을 강조하는 입장으로 바꾸었다. : 남기윤, 위의 논문, 74쪽

하여야 한다고 주장하는데, 이러한 자료에는 법률 제정 이후 법과 사회의 발전, 입법부가 전제로 하는 배경정책들, 입법 외부에 있는 사회의 지배적인 공공가치들이 포함되어 있다.[168] 동태적 해석론자들은 그와 같은 법원의 역할과 제정법 해석의 기본 방향에 있어서는 대체로 인식을 같이 하나, 구체적 목표와 해석기준에 관해서는 상당한 견해 차이를 보인다.[169] 동태적 해석론은 원의주의(originalism)[170]적 요소의 유무, 즉 '명확한 입법부의 의도에 반하는 해석을 허용할 것인지 여부'에 따라 '입법부 의도의 탐색을 우선으로 하되, 그러한 명확한 의도가 없을 경우에 한하여 해석자는 제정법 흠결을 보충하고 법률 문언의 불명확성을 제거하기 위해서 법률 제정 이후의 동태적 자료들을 고려하여 실용적인 측면에서 최상의 결과를 추구하여야 한다'고 주장하는 원의주의적 동태주의(originalist dynamism ; Posner, Farber)와 '변화된 사회관계에 법률을 적응시키기 위하여, 제정법에 흠결이 있을 경우뿐만 아니라 입법부의 명시적 의도에 반하는 경우에도 동태적 자료들을 사용하여야 한다'고 주장하는 탈원의주의적 동태주의로 구분된다. 탈원의주의적 동태주의는 다시 '입법부의 의사에 반하는 해석을 가능하게 하는 조건과 기준'에 따라, 개정적 동태주의(updating dynamism ; Calabresi[171], Eskridge[172], Frickey)

---

168) 남기윤, 위의 논문, 74쪽

169) 남기윤, 위의 논문, 75쪽

170) 법률 제정자의 원래 의도(original intent)를 해석의 기준으로 삼는 입장을 말한다.

171) Calabresi는 입법부가 상황변화에 대처하여 그 자신의 입법을 즉시 개정하는 능력이 부족하다는 데에서부터 출발하여, 그로 인해 발생하는 노후화된 법률을 법관은 적용하지 말아야 한다고 주장한다. 그러면 법관이 법률의 노후화 여부를 어떻게 판단하여야 하는지가 문제되는데, Calabesi는 지배적 법원리와 더 이상 조화되지 않고 다수의 지지를 상실한 경우가 이에 해당한다고 주장하며, 지배적 법원리의 판단 기준으로 다양한 동태적 자료들을 제시한다. : 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 75쪽

172) Eskridge와 Frickey는 법문언과 역사를 기본 자료로 사용하면서도 현행의 가치와 상황, 그리고 법 제정 이후의 공공가치 및 사회적·법적 환경의 진화가 해석에 어떻게 영향을 미쳐야만 하는지를 숙고하여야 한다고 주장하면서, 그들 해석의 지표로서 "실천적 추론"(practical reasoning) 모델을 제안한다. 이 모델은 이론적으로는 Hans G. Gadamer의 철학적 해석학, 법실천적으로는 법원의 실무 관찰을 통해 수립된 것으로 전통적 방법론에 의거한 수법, 즉 문언 또는 의도 등 단일한 해석 근거만을 확정하려는 방법(인식론적 방법)을 거부한다. 그 대신에, 다양한 정당화 논거와 관점들(문언, 목적, 입법사, 현행의 가치 등)을 동원하면서 현재 해석자의 관점과 과거 텍스트의 관점 간에 해석학적 순환과정을 통한 지평 융합에 의해 "문제해결"(problem-solving)을 꾀하려고 한다. Eskridge/Frickey는 이 모델에서 법해석 시에 사용되어야 할 세 가지 관점들을 제시하는데 법문언적 관점, 역사적 관점(입법사와 입법

와 창조적 동태주의(creative dynamism ; Dworkin[173], Sunstein)으로 나누어지는데, 보다 온건한 개정적 동태주의는 '법원이 노후화된 법률을 변화된 사회관계에 적합하도록 하기 위하여 동태적 자료를 사용하여야 한다'는 입장인 반면, 보다 급진적인 창조적 동태주의는 '법원이 단순히 입법부가 선택한 정책 결정만을 그대로 적용할 것이 아니라, 제정법 해석을 통하여 원래의 법률텍스트보다 새롭고 진화된 의미를 창조해 나가야 한다'고 주장한다.

---

목적), 그리고 진화적 관점(제정법의 진화와 현행의 가치·정책)이 그것이다. 현재 사안을 법문언이 분명하게 규율하고 있으면 비록 역사적 관점과 모순된다 하더라도 법문언적 관점이 해석 기준이 되고, 양 관점이 동일한 해석을 요구하면 그것에 구속된다. 만약 법문언 자체가 불분명하고 입법 이후의 사회적 법적 변화가 심하여 역사적 관점도 의미가 없을 때에는 진화적 관점이 해석 기준이 된다. 그러나 이러한 관점들이 결코 고립되어 관찰되는 것은 아니고 해석학적 순환과정을 통해 다른 관점과의 관계에서 상호 평가되어야 한다. : 남기윤, 위의 논문, 76쪽

173) Dworkin은 법률해석론을 그의 '통합성으로서의 법(law as integrity)'이라는 일반이론의 한 부분으로 전개한다. 통합성은 대체적으로 법의 내면적·도덕적인 정합성을 뜻하는데, Dworkin은 Hercules라는 이상적 법관상을 설정하면서, 법관이 법적용 시에 이 통합성을 구현하여야 한다고 주장한다. 통합성을 구현하는 구체적 방법을 그는 연작소설(chain novel)에 비유하여 설명하는데, 입법부가 법률 제정으로 첫 장을 서술하고, 뒤에 법원이 법적용의 방법으로 이를 발전적으로 기술해 나간다는 것이다. 즉, "Hercules는 의회를 -자기와는 달리 특별한 권한과 책임을 가진 작가로서- 법이라는 연작소설에서 자기보다 먼저 집필한 작가로 다루려고 한다. 그리고 자신의 역할에 관하여 의회가 시작해 놓은 법률의 구조를, 최선이라고 생각되는 방식으로 계속 발전시키는 근본적으로 창조적인 동업자로 보려고 한다." 의회가 제정한 법률의 연속이기 때문에 역사적 제약을 받지만, 법관은 역사를 가장 훌륭하게 서술해 가기 위해 그 해석은 사후의 발전을 충분히 고려하여야 한다. 따라서 그에게 있어 "법해석은 텍스트로부터 새롭고 진화된 의미를 창조해 나가는 지속적 과정"이 된다. : 남기윤, 위의 논문, 76~77쪽

# 제5장. 신문언주의 법이론의 내용

이 장에서는 법원의 Scalia 대법관과 Easterbrook 판사가 논문과 판결문 등에서 의견을 밝히고 공법학자인 Manning 교수가 이론적으로 보다 풍부하고 정교하게 정리하여 제시한 법이론을 중심으로, 신문언주의의 이론적 주장과 근거들에 대하여 고찰한다. 현대 신문언주의는 여러 비문언주의 방법론들과 주요 쟁점에서 대립하고 있는바, 신문언주의의 법이론을 이해하기 위해서는 각 이론적 쟁점별로 다른 방법론들과의 차이점을 부각시키는 것이 필요하다고 생각한다. 그에 따라 이하에서는 각 이론적 쟁점들을 중심으로, 다른 방법론들과 대비하여 신문언주의자들의 주장과 근거를 설명하는 방법을 취하기로 한다. 우선 신문언주의의 헌법적·정치이론적 기초를 동태적 해석론과 대비하면서 논한 후, 신문언주의자가 말하는 '입법부 의도'의 개념은 의도주의자의 그것과 어떻게 다른지 살펴본다. 그 다음에 신문언주의는 왜 어의론적(semantic) 증거를 중요시하며 '입법 절차와 입법 목적을 신목적주의와 어떻게 다르게 바라보는지'에 관하여 검토한 다음, 마지막으로 신문언주의자들의 이론적 내용 자체도 그 강조점이 바뀌면서 진화하였고, 그에 따라 미국 연방대법원의 제정법 해석 실무에서 상당한 이론적 흡인력을 가지게 되었음을 살펴보고자 한다.

## 제1절. 헌법적·정치이론적 기초

### 1. 입법부 우위 원칙의 의의

신문언주의자들은 전통적 방법론을 비판하였지만, 신문언주의 방법론은 전통적 방법론과 마찬가지로 입법부 우위(Legislative Supremacy)의 원칙에 근거하고 있다. 즉 신문언주의도 '미국의 헌법 체제에서 의회의

행위는 우선적 지위(primacy)를 가지고, 법관은 의회의 충실한 대리인(a faithful agent)으로서 행동해야 한다'라고 하는 관념[174]을 그 헌법적 또는 정치이론적 기초로서 받아들인다. 다만 신문언주의자들은, 입법부의 실제 주관적 의도를 찾으려고 무익한 시도를 했던 의도주의자들과 달리, 입법부의 '객관화된' 의도(objectified intent)-즉 합리적인 사람이 제정법의 문언을 전체 법질서의 맥락 속에서 읽었을 때에 인식할 수 있는 의도[175]-에 초점을 맞춤으로써, 입법부의 우위에 대한 보다 나은 이론적 근거를 제공한다고 주장한다. 신문언주의자들의 주장에 의하면, 입법자들과 판사들은 같은 사회적·언어적 공동체에 속하고 의사소통을 위한 관행들을 공유하므로, 충실한 대리인인 판사의 직무는, 관련된 공동체의 공유된 사회적·언어적 관행에 따라 입법부의 지시를 해독하는(decode) 것이다.

## 2. 동태적 해석론의 반론

동태적 해석론자들은 위와 같은 '입법부 우위'와 '충실한 대리인 이론'의 전제 자체에 의문을 제기하면서, 법관은 필요하다면 입법부의 의사에 반하더라도 시대가치에 적합하게 법률을 성장·발전(grow and develop)시킬 수 있게 독자적으로 법률을 해석할 수 있어야 한다는 주장을 전개한다.[176] 동태적 해석론자들이 신문언주의의 이론적 기초인 충실한 대리인 이론에 대하여 반박하면서, 미국 연방 사법부에 관하여 규정한 연방헌법 제3조는 연방 법원의 권한을 입법부의 의도만을 해독하는(decode) 것으로 제한하지 않았고, 법원이 판례에 의하여 보통법을 정립할 수 있는 것과 마찬가지로, 제정법 해석에 있어서도 법원에 폭넓은 권한을 부여하였다고 주장한다. 그러한 전제에 서면, 연방 법원은 제정법 정책의 해석과 발전에 있어서 의회의 동반자(partner) 또는 관계적 대리인(relational agent)[177]이라고 보아야 하고, 단지 충실한 대리인에 불과하

174) 앞의 제3장 제3절 참조
175) 위 각주 51) 참조
176) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 61쪽

다고 보아서는 안 된다는 것이다. 그러한 주장의 유력한 근거로 제시되는 것이 보통법(Common Law)상 고전적 원칙인 '제정법의 형평(the equity of the statute)' 법리이다. 그 법리가 적용되는 경우, 법원은 어떤 사안이 법률의 문언상 적용범위에 포함되지 않는 것처럼 보이더라도 그 법률의 취지 또는 목적에 비추어 이를 적용대상으로 포함시킬 수 있고, 반대로 어떤 사안이 법률의 문언상 적용범위에 포함되는 것처럼 보이더라도, 이를 그대로 적용할 경우 그 법률의 목적에 부합하지 않는 가혹한(harsh) 결과를 초래할 경우에는 예외적으로 이를 적용하지 아니할 수 있다.[178] 동태적 해석론자들의 주장에 의하면, 제정법 해석에 그러한 '제정법의 형평(the equity of the statute)' 법리를 적용할 경우, 제정법의 정책을 폭넓게 채택하여 입법 당시 예견하지 못한 상황 변화에 유연하게 적응할 수 있고, '같은 것은 같게' 취급하는 형평의 가치를 구현함으로써 제정법의 체계를 보다 통합적으로 만들 수 있으며, 일반적으로 규정된 법률들을 특정 사안에 적용함에 있어서 판사들로 하여금 보다 구체적 타당성과 합리성을 기하도록 할 수 있다는 것이다. 게다가, 전통적 방법론처럼 판사들에 대하여 입법부의 실제 의도를 찾기 위한 어려운 탐색을 요구하지도 않는다고 설명된다.[179]

### 3. 입법부 우위 원칙의 논거

위와 같은 동태적 해석론자들의 주장에 대항하여, 입법부 우위의 원칙과 충실한 대리인 이론을 정당화하는 이론적 근거로 헌법적이고 법실증주의적인(positivist) 근거와 정치이론적이고 규범적인(normative) 근거의 두 가지가 제시된다.[180]

#### 가. 법실증주의적 근거

177) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 82쪽 ; 상세한 설명은 아래 제7장 제1절 참조
178) Manning, 앞의 논문(각주 94), 22쪽
179) Manning, 위의 논문, 25쪽
180) Correia, 앞의 논문(각주 90), 1129쪽, 1132~38쪽

첫째는, 헌법상의 권력분립의 원칙에 기한 법실증주의적 근거인데, 미국 헌법의 규정, 헌법 기초자들의 의도, 의회의 역할에 관하여 연방대법원 판례에 나타난 해석 등에 의하면, 입법부 우위의 원칙이 헌법적 구조에 부합한다는 것이다.[181] 이와 관련하여 신문언주의자인 Manning은, 동태적 해석론자들이 입법부 우위 원칙을 비판하면서 근거로 드는 '제정법의 형평(the equity of the statute)' 법리는 16세기까지 거슬러 올라가는 영국 법원의 고전적인 보통법(Common Law) 실무에서 비롯된 것이고, 영국법이 미국에 계수되었기 때문에 영국법상 법리가 미국법에 대한 설명에 있어서 유용한 경우가 많기는 하지만, 미국의 사법권을 설명하는데 있어서 위와 같은 '제정법의 형평' 모델이 유용한지를 알기 위해서는 그러한 법리가 미국 헌법의 토대가 된 구조적 가정에 부합하는지 여부를 검토해야 한다고 주장한다.[182] 사법부의 제정법 해석에 있어서 특정한 해석 방법이 정당한지 여부는 헌법적 구조로부터의 추론(inferences from the Constitutional structure)에 기하여 가려져야 한다는 것이다. 물론 미국 헌법이 제정법을 해석하는 규칙들에 관하여 직접 규정한 것은 아니다. 그러나 Manning의 설명에 의하면, 모든 제정법 해석은 '일종의 국가기관들 사이의 마주침(an interbranch encounter of sorts)'이고, 해석 방법의 선택은 입법부와 사법부 사이의 권한 분배에 관한 불가피한 선택을 포함한다.[183] 미국 헌법의 구조가 그러한 권한의 분배에 관한 결정들을 반영한다고 본다면, 헌법적 설계에 의하여 확립된 구조적 목적들(structural objectives)이 보다 잘 달성될 수 있는 제정법 해석 방법론을 채택하는 것이 매우 중요하다는 것이다.[184]

Manning은 그러한 전제로부터 출발하여, 미국 헌법상 입법부와 사법부의 관계는, '제정법의 형평' 법리가 만들어지고 확고히 자리 잡게 된 영국의 통치구조와 판이하게 다르다는 점을 지적한다. 영국에서 입법권

---

181) Correia, 위의 논문. 1132~1133쪽

182) Manning, 앞의 논문(각주 94), 56쪽

183) Jane S. Schacter, "Metademocracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation", 108 Harv. L. Rev. (1995), 593~594쪽 : Manning, 위의 논문, 57쪽에서 재인용.

184) Manning, 위의 논문, 56~57쪽

과 사법권이 서로 융합되어 법관들이 입법에 관여하고 영국 상원이 최고법원의 지위를 가지기도[185] 하였던 것과 달리, 미국 헌법은 입법권과 사법권을 엄격히 분리하였는데, 이는 국가기관의 재량을 제한하고, '법의 지배'라고 하는 가치를 증진하기 위한 목적으로 설계된 것이다. 미국 헌법의 기초자들(Founders)은 그에 의하여, 제정법 해석에 있어서 법원의 재량에 의한 유연성(flexibility) 대신 예측가능성(predictability), 투명성(transparency), 제한성(constraint)이라는 가치를 선택하였다는 것이다. 따라서 미국의 사법권에 '제정법의 형평' 법리와 같은 재량을 인정하는 것은 권력분립의 원칙의 기초가 되는 중요한 가치들과 배치된다는 것이 Manning의 주장이다.[186] 즉 미국 헌법은 영국과 달리 입법권과 사법권이 기능상 중첩되는 것을 방지하고, 연방법원을 입법권으로부터 절연시켰는데, 연방법관들로 하여금 제정법 해석에 있어서 광범위한 형평적 재량을 행사할 수 있도록 허용한다면, 이는 입법권에 대한 침해를 초래할 것이고, 그러한 침해를 견제할 수도 없다는 것이다.[187] Manning은 그 밖에 미국 독립 시기의 연방주의자 논집, 건국 초기의 법원 판례 등 다양한 역사적 자료들을 검토한 후 영국에서 기원한 '제정법의 형평' 법리는 미국 헌법의 제정과정에서 살아남지 못하였고, 미국 독립 후 상당히 초기에 충실한 대리인 이론이 이미 지배적인 연방 해석이론으로 되었으며, 19세기 말까지는 미국 연방대법원이 연방 판사의 의무는 입법부의 의도를 집행하는 것이라고 하는 관념을 확립하였다고 주장한다.[188]

나. 규범적 논거

---

185) 2003년에 영국 상원의 최고법원으로서의 기능이 신설된 대법원으로 넘어갔고, 대법원은 2005년 구조개혁법에 따라 2009년 10월에 최고법원(the supreme court of the United Kingdom)으로 되었다 : 옥도진, "민법 해석방법의 이론과 실제 -문언을 중시하는 해석과 민법 제1조의 재조명", 저스티스 제146-1호, 한국법학원(2015), 126~127쪽, 각주 10)

186) Manning, 앞의 논문(각주 94), 58쪽

187) Manning, 위의 논문, 60쪽 ; 미국의 헌법적 구조에 관한 위와 같은 논의는, 마찬가지로 대통령제와 엄격한 권력분립의 원칙에 토대를 둔 우리의 헌법적 구조에 있어서의 입법부와 사법부 사이의 관계에 대하여도 시사하는 바가 크다고 할 것이다 : 아래 제8장 제1절 참조.

188) 상세는 Manning, 위의 논문, 61~70쪽, 78~105쪽 참조

둘째 논거는, 규범적(normative) 주장으로서 정치적 과정에 대한 현실적 이해에 터 잡은 것인데, 입법부의 우위는 다수결주의와 정치적 책임성의 소재에 의하여 정당화된다는 것이다.

입법부의 의원들은 고도의 정치적 절차에 의하여 선출되고, 그 과정에서 국민들은 의원들이 가지는 정치적 입장과 그들이 증진시키려고 하는 사회적 가치에 관하여 들을 기회를 가질 수 있다. 국민들이 선출된 의원들에 대하여 만족하지 못할 경우, 다음 선거에서 퇴출시킬 수 있다. 그러나 연방 판사들은 상원의 인준을 거쳐 대통령이 임명하며 일단 임명된 후에는 특별한 과오가 없는 한 종신직이므로, 국민들은 오직 간접적으로만-상원과 대통령을 통하여서만-연방 판사의 임명에 관여할 수 있을 뿐이다. 미국 연방 법관들의 정치적 책임성(political accountability)은 매우 희석되어 있는 것이다.

이에 대하여는, 비록 판사들이 정치적 책임성은 부족하지만, 사회적 정책을 결정하는 데에 있어서는 유능하고 불편부당하다고 인정되는 판사들이 입법부의 정치인들보다 나을 수 있다는 유력한 반론이 있다.[189] 공공선택이론에서 지적된 점들을 비롯하여[190], 입법절차에는 여러 결점이 존재한다는 것이 널리 받아들여지고 있다. 동태적 해석론자들은 법원의 제정법 해석에 법률외적(extra-legislative) 또는 공공적(public) 가치들을 고려해야 한다고 주장한다. 그들의 주장에 의하면, 법원이 입법부의 지시인 법률을 해석하면서 입법부가 명시적으로 밝히지 않은 공공적 가치들을 고려함으로써, 입법절차에서 발생한 해악들을 제거할 수 있고, 미성숙한 다원주의도 공익이 실현되는 공화주의적 이상에 보다 근접할 수 있도록 다듬을 수 있다는 것이다. 그와 같이 불공정하고 특수 이익에 치우친 입법, 비합리적인 입법이 법원에 의하여 개선될 수 있다고 하는 관념에는 강력한 호소력이 있다.

그러나 사법부에 의한 정책 결정(judicial policymaking)에 대하여는 두 가지의 근본적인 위험이 있다고 설명된다.[191] 첫째, 사법부가 결정한

189) Correia, 앞의 논문(각주 90), 1135쪽 각주 17)
190) 앞의 제4장 제1절 '1. 공공선택이론(public choice theory)과 그 영향' 참조
191) Correia, 앞의 논문(각주 90), 1135쪽

정책은 다수의 의사에, 즉 다수가 공유하는 가치에 반할 수 있고, 둘째, 사법부가 결정한 정책은 다수의 통제에 의하여 부여된 정당성(legitimacy)이 결여되어 있다는 것이다.

입법부의 지시에 나타나지 아니한 공적 가치는 다수의 동의에 의한 승인을 받은 바 없다.[192] 판사가 채택한 공적 가치는 낮은 수준의 정당성에 의존한다고 비판받는다. 만약 그러한 공적 가치가 폭넓은 사회적 합의를 반영한다면, 다수의 동의를 얻은 것처럼 보이기도 하지만, 특정 해석 문제의 해결에 관련된 공적 가치는 여러 개인 경우가 종종 있고, 그 경우에 판사는 가치들 사이에 형량을 해야 하며, 판사가 적용한 형량의 기준은 결과에 결정적인 역할을 함에도, 그 형량 기준 자체는 여전히 다수의 동의를 얻은 바 없는 것이다.[193] 결국 입법절차에서 인정된 가치는 강력한 민주적 정당성을 주장할 수 있지만, 법원이 법률외적 가치-입법부의 지시에 나타나지 아니한 공공적 가치-에 근거하여 한 판결은 그러한 민주적 정당성에 의존할 수 없으므로, 헌법이나 다른 제정법 또는 보통법 등에서 정당화 근거를 찾아야 하는데, 제정법 해석 사건에서 상충하는 가치들 중 판사가 선택한 가치가 다른 가치보다 우선한다는 것을 정당화하는 것은 결코 쉽지 않은 것이다.[194]

## 4. 입법부 우위의 구체적 관념

미국 연방 사법권에 관한 통설적인 설명은 입법부 우위와 충실한 대리인의 가정에 근거한 것이다.[195] 위에서 본 전통적 방법론과 신문언주의를 비롯하여, 미국 제정법 해석에 관한 기본적 방법론의 주된 형태들은

---

192) Philip P. Frickey, The Jurisprudence of Public Choice, 65 TEX. L. Rev. 873, 910 (1987) : Correia, 위의 논문, 1136쪽의 각주 22)에서 재인용

193) Correia, 위의 논문, 1136 ~ 1137쪽

194) 법관 등 법률가가 가지는 권위는 '법해석의 기술성', '처신의 모범성'에 근거할 수 있으나, 이는 정치기관이 가지는 민주적 대표성으로부터 얻게 된 정당성에 비하여 취약할 수밖에 없다. : 조홍식, 앞의 책(각주 131), 310쪽 ; 가치 다원주의와 가치의 통약불능성에 관하여는 아래 제8장 제1절 '2. 가치 충돌 상황에 대한 법적 해결의 문제' 참조

195) 이러한 관념은 미국의 법적 전통에 깊이 뿌리내리고 있고, 다수의 연방법원 판결의 의견들에도 명시적으로 표현되고 있다고 한다 : Cass Sunstein, 앞의 논문(각주 51), 415쪽

대부분 입법부 우위의 전제에 기초하고 있다 그렇지만, 제정법 해석에 있어서 사법부가 입법부에 대하여 가지는 종속적 관계의 정확한 성격을 규정하는 것은 반드시 쉽지만은 않다. 공공 정책의 결정에 있어서 법원이 입법부에 종속된다고 말하는 것은 정확히 어떤 의미인가?

이 점을 검토하는 데 있어서, 입법부의 우위(legislative supremacy)와 입법부의 유일성(legislative exclusivity)은 다르다는 점을 유의해야 한다. 법률을 만드는 데에 있어서, 입법부가 통상 최고의 기관이기는 하지만, 유일한 기관은 아니다. 법원도 종종 사실상 입법 작용을 하는 것이다. 사법부도 정책결정에 있어서 일정 범위에서 합법적인 권한을 가진다는 것을 받아들인다면, 제정법 해석 사건들에서도 그러한 권한을 가지는 것인지, 만약 가진다면 어느 범위까지인지가 문제된다.[196]

Daniel Farber는 강한 의미의 입법부 우위와 약한 의미의 입법부 우위를 구별한다. 전자의 관념에 의하면, 판사들은 정치적 국가기관들의 정직한 대리인이 되어야 하고, 따라서 판사들의 직무는 법률을 해독하고 집행하는 것이다. 입법부 우위의 '강한' 혹은 '형식주의적' 관념은, 입법부 우위 원칙을 제정법 해석 사건들에서 법원의 직무를 전반적으로 규율하고 구체화하는 지시로 바라본다. 그렇게 본다면, 법원은 단지 의회의 명령에 따라야 하고, 공공 정책에 관한 스스로의 견해를 고려해서는 안 된다. 구체적 사건에서 입법부의 지시가 명확하다면, 즉 법률 규정의 의미가 명백하여 하나의 해석만 가능하다면, 이는 타당한 관념일 수 있다. 그러나 의회의 지시가 상충하는 복수의 해석을 허용할 경우, 법원이 의회의 명령을 따랐다고 주장한다고 해서 선택에 대한 책임을 면할 수는 없으므로, 강한 의미의 입법부 우위의 관념은 정당화되기 어렵다.[197] 반면 약한 의미의 입법부 우위의 관념에 의하면, 판사는 합당하다고 판단하는 해석을 할 수 있지만, 입법부의 명확한 지시에 불복종(disobey)해서는 안 된다. 따라서 강한 관념과 달리 약한 관념은 입법부의 우위를, 단지 사법부의 행동에 대한 제한으로서만 바라본다. 약한 관념은 제정법이 한 가

196) Daniel A. Farber, "Statutory Interpretation and Legislative Supremacy", 78 Geo. L. J. 281 (1989-1990), 284쪽
197) Farber, 위의 논문, 284~287쪽

지 해석만 가능할 정도로 확정되어 있다고 가정하지 않고, 단지 제정법 문언과 입법사에 의하여 몇몇 해석이 금지된다고 가정할 뿐이다. 법원이 그러한 금지된 해석을 한 경우 이는 입법부의 지시에 불복종한 것이 되나, 불복종을 판정할 기계적인 규칙이 존재하는 것은 아니고, 제정법 문언의 의미가 진정으로 명확하지 않다면, 복종과 불복종을 판정하는 것은 종종 매우 어렵다.[198]

결국 제정법 해석에 있어서 입법부 우위의 원칙은 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다 : 제정법의 언어와 입법부의 의도가 명확하다면, 법원은 그와 반대되는 행동을 해서는 안 된다. 다른 말로 하면, 제정법이 명확하게 입법부가 집단적으로 이해한 바를 표현하고 있다면, 법원은, 설령 공공정책에 관한 스스로의 견해가 그와 다르다고 하더라도, 그에 따라야 한다. 그렇다고 해서 제정법의 언어와 입법부의 의도가 명확하지 않은 경우 법원이 이를 무시하고 스스로 정책결정을 해도 된다는 것은 아니다. 그 경우에도 입법부 우위의 원칙에 따라, 법원은 모든 주의를 기울여 입법부의 지시가 무엇인지 밝혀내도록 노력해야 한다. 단지 법원은 불명확한 법률의 언어와 입법부의 의도 이외에, 다른 요소들도 함께 고려할 수 있다는 것을 의미할 뿐이다.[199]

## 5. 입법부 우위 원칙 위반의 의미

Farber는 법원이 입법부 우위의 원칙을 위반하는 경우, 이는 다음과 같은 의미를 가진다고 설명한다.[200]

첫째, 법적 안정성을 해치게 된다는 것이다. 입법부 우위 원칙은 미국의 법문화에서 법원이 전통적으로 채용한 방법론의 기본을 이루는 사항이기 때문이다. Farber는, '사법부가 법률에 관한 정책 결정에 있어서 사실상 최고의 지위를 행사하고, 입법부는 단지 법률을 변경할 수 있는 권한만을 가지는 사회'를 상상해 볼 수는 있으나, 그것은 현실의 세계가 아

198) Farber, 위의 논문, 287~292쪽
199) Farber, 위의 논문, 292쪽
200) Farber, 위의 논문, 292~293쪽

니라고 설명한다. 입법부 우위 원칙은 미국의 국가기관 구성에 근본적이기 때문에, 미국 법문화의 구성원들-모든 국가기관들과 국민들-은 이를 당연한 것으로 받아들이고 있는데, 만약 법원이 그 원칙을 위배한다면, 모든 국가기관들과 국민들이 가지는 정당한 기대를 저버리고, 법적 안정성을 해치게 된다는 것이다.

둘째, 민주주의에 반한다는 것이다. 입법부 우위 원칙을 위반하면, 법원은 정부의 민주적 기관들에 의한 분명한 결정을 실행하기를 거부하는 것이 되기 때문이다. 미국의 법체계에서, 만약 법원이 법률을 위헌이라고 선언한다면, 그와 같은 거부는 허용된다. 만약 법원이 실제로 그 법률이 위헌적이라고 믿으면서도, 위헌 선언을 하지 않고 대신 위헌 결정과 동일한 결과를 얻기 위하여 완전히 부당한 '해석'을 한다면, 지적으로 부정직한 것이고, 사법적 공정(judicial candor)의 의무를 위배하는 것이 될 것이다. 반대로 만약 법원이 그 법률이 위헌이 아니라고 생각한다면, 이는 입법부가 그 지시를 관철할 권한이 있다는 것을 의미한다. 그 경우 법원이 법률의 지시를 이행하지 않는 것은 위법한 것이다. Farber는 입법부 우위 원칙의 위배는, 그것이 민주적 자치 정부에서의 기본적인 사회적 규범을 손상시키기 때문에 특히 심각하다고 강조한다. 그는, 법원이 합헌적으로 인정된 법률에 따르기를 거부한다면, 법원은 공공 정책을 결정할 최고의 권한을 참칭하는 것과 다름없다고 주장한다. 미국  헌정체제에서 법률의 제정이 입법부의 고유한 권한에 속한다는 것을 인정한다면, 법원이 그 법률의 집행을 거부하는 것은 어떤 의미에서는 헌법적 구조 자체에 대한 소규모의 공격이라는 것이다.[201]

## 6. 소결

입법부는 전능하지 않기 때문에, 입법 당시에 그 법률 규정으로부터 발생할 모든 상황을 예견할 수 없으므로, 법률의 불완전성은 불가피할

201) Farber는 입법부 우위 원칙의 요청은 강력하나, 그 원칙이 적용되는 범위는 제한적이기 때문에, 실제 법원의 정책결정 권한은 넓어질 소지가 있다고 지적한다. : Farber, 위의 논문, 293~294쪽

것이다. 문언주의자라고 하여 그러한 법률의 불완전성으로 인한 부정의와 불공평을 무조건 받아들이라고 하는 것은 아니며, 언어적 맥락을 고려하여 문언을 합리적으로 해석하기 위해서 노력하고, 문언의 의미가 불분명하다면 입법부의 지시를 밝히기 위하여 정책적 맥락도 고려할 것이다. 그러나 그러한 방법들로도 법률의 불완전성으로 인한 결과를 회피할 수 없을 경우에 문언주의 판사는, 입법부 우위의 원칙을 따라야 할 충실한 대리인으로서, '이것은 우리가 감내해야 할 부득이한 비용이다'라고 말할 가능성이 높다. Manning은 다음의 점이 중요다고 강조한다 : 「만약 법의 지배, 헌법상 양원 통과와 대통령에의 법률안 이송이라는 입법 절차적 요건, 대의민주주의로부터 얻어진 헌정체제의 가치들(systemic values)이 우리로 하여금 입법부 우위의 원칙과 충실한 대리인 이론을 준수하도록 지시한다면, 법관이 개별 사례에서 불완전해 보이는 결과를 회피하기 위하여 그러한 원칙을 저버리는 것은 헌법적 구조에 부합하지 않는 것이다.」[202]

## 제2절. 입법부 의도 개념의 정교화

### 1. 입법부 의도의 의의

미국 연방대법원이 1970년대까지 오랜 기간 동안 고수하였던 전통적 방법론은 위에서 본 바와 같은 입법부 우위의 원칙과 충실한 대리인 이론에 근거한 것이었다. 즉 입법부 우위에 입각한 헌정체제에서, 판사들은 -의회의 충실한 대리인들로서-의회가 제정법에 의하여 의미한 바를 가능한 한 정확하게 확인하도록 노력해야 하고, 따라서 입법부의 '의도'는 연방 제정법 해석 사건에서 기준점이 되어야 한다는 논리였다. 신문언주의는 1980년대에 전통적 방법론을 비판하면서 등장하였다. 신문언주의는 단순하게 규정할 수 없지만, '판사들은 제정된 법률 문언(text)의 맥락

202) Manning, 앞의 논문(각주 94), 126쪽

(context) 속에서 이해된 공적 의미를 추구하고 또 고수해야 한다'고 하는 기본적 명제와 관련되어 있다. 따라서 애매한 사안에서조차도, 많은 문언주의 판사들은 일반적으로 입법사를 입법부의 의도에 관한 '권위 있는' 증거로 취급하기를 거부한다.[203]

초기 신문언주의의 대표적인 주창자들-Scalia 대법관과 Easterbrook 판사-은 법현실주의 전통과 공공선택이론에 근거하여, 다수의 구성원들로 이루어진 입법부는, 실질적으로 다투어지는 해석적 쟁점에 관하여, '실제 존재하지만 표현되지 아니한 의도'라는 것을 가지지 않는다고 강조하였다. 그들의 주장에 의하면, 그러므로 판사들은 그러한 의도를 해석의 목표로 사용하는 것처럼 가장하는 것을 포기해야 하고, 대신 '법률의 언어가 같은 시대의 숙련된 언어사용자로서 동일한 문제를 생각하는 사람에게 들리는 의미'에 귀를 기울여야 한다. 따라서 신문언주의자들은 법률문언의 언어를, 의회의 일반적인 구성원이 읽었을 것과 같은 방법으로 읽고, 그렇게 확정된 의미를 적용하여야 한다고 주장한다. 그들의 주장에 의하면, 그러한 방법론은 의회의 진실한 의도에 대한 공상적인 추구를 되풀이하는 것이 아니다. 오히려 그것은 일종의 '객관화된 의도(objectified intent)'-합리적인 사람이 그 법률을 법전의 나머지 부분과 함께 놓고 보았을 때에 그 법률의 문언으로부터 추정하는 의도-를 보다 합당하게 포착하는 것이다.[204]

## 2. 문제의 소재 : 신문언주의와 의도주의에서의 입법부 의도

이에 대하여 신문언주의에 대한 비판자인 Caleb Nelson 교수는 신문언주의자들과 고전적 의도주의자들 사이의 차이가 신문언주의자들의 수사적 표현처럼 그렇게 크지는 않을 수 있다고 주장하였다.[205] 그는 주장하기를, 신문언주의자들이 그럴듯한 말을 하지만 결국에는 고전적 의도

---

203) Manning, 앞의 논문(각주 96), 420쪽
204) Manning, 위의 논문, 420~421쪽
205) Caleb Nelson, "What is Textualism?", 91 Virginia Law Review (2005), 348, 372쪽 : Manning, 위의 논문, 421~422쪽에서 재인용.

주의자들과 같은 것, 즉, '입법부가 실제로 의도하였던 것'을 알고 싶어 한다는 것이다. Nelson은 그러한 주장의 근거로 다음과 같은 점들을 들고 있다. 첫째, 신문언주의자들이 입법사의 사용을 거부하는 것은, 입법사에 나타난 법률안 발의자 또는 위원회의 견해를 전체로서의 의회의 의도에 대한 증거로 삼기에 부족하다고 보기 때문일 뿐이고, 따라서 입법사 사용에 대한 거부가 입법부의 의도에 대한 파악 자체의 포기를 의미하는 것은 아니라는 것이다. 둘째, 신문언주의 판사들은 종종 제정법 문언이 입법과정상 편집상의 오류(scrivener's error)에 해당하는 것이 명백할 경우, 문언의 명확한 의미를 희생시키기도 하는데, 이는 오직 입법부 전체의 진정한 의도를 추구할 때에만 합리화될 수 있다는 것이다. 셋째, 신문언주의자들은, 맥락에 따라서는 엄밀한 문언적 해석을 삼가고, 대신 입법부의 의도에 관한 '상상적 재구성'-즉, 소송에서 문제된 상황하에서라면 특정한 해석적 문제를 입법부가 어떻게 해결하였을 것인지 상상해 보는 것-을 시도하기도 한다는 것이다.

그러나 Manning은, Nelson의 위와 같은 주장은 신문언주의의 '입법부 의도'에 대한 관념을 오해한 것이라고 반박한다. 입법부의 '객관화된 의도' 개념은 신문언주의 법이론에서 핵심적인 사항이므로, 아래에서 Manning의 설명을 따라가기로 한다.

### 3. 의도주의의 입법부 의도 관념

고전적 의도주의자들은 입법부 우위의 전제와 충실한 대리인 이론으로부터 출발하지만, 그들은 의미(meaning)란 '발언자가 실제로 전달하려고 의도한 것'에 달려있다고 강조한다. 그 점에서 고전적 의도주의자들은 수백 명의 의원들로 구성된 의회를 마치 개인 발언자처럼 취급한다.[206] 만약 한 개인이 다수의 가능한 의미를 가진 용어를 사용하였다면, 특정한 상황에서 사용된 그 용어의 진정한 의미는 그 발언자가 의도한 의미에 달려있을 것이다. 고전적 의도주의를 특징짓는 것은 입법부를 의인화하

206) Manning, 위의 논문, 428쪽

는 경향인 것이다. 중요한 점들에서, 의도주의자들은 '입법부의 지시는 어떤 개인적 행위자의 발언을 다루는 것과 마찬가지로 다룰 수 있고, 또 그렇게 다루어야 한다'고 전제한다. 즉, 그들은 입법부의 다수가, 법률 규정의 문언에 관하여 일관되지만 드러나지 않은 배후의 의도를 가질 수 있다고 믿기 때문에, 그러한 입법부의 의도에 기하여 법률 문언의 의미를 보다 명확하게 할 수도 있고, 심지어 그러한 문언의 의미를 변경할 수도 있다고 주장하는 것이다.

따라서 법률 규정의 문언이 애매모호한 경우, 의도주의자들은 의회의 구성원들이 의도한 바를 밝히기 위한 증거로서 법률의 입법사를 탐색한다. 사람들은 종종 부정확하게 말하기 때문에, 말한 상황에 비추어 발화자가 자신의 의도를 제대로 표현하지 못한 것으로 보이는 경우에는, 듣는 사람들은 그들이 들은 내용을 발화자의 의도에 맞추어서 이해해야 한다. 같은 이유로, 의도주의자들은, 제정법의 문언이 전체로서의 법률의 취지, 그 법률 제정을 유발한 폐해들, 유사한 법률에 표현된 정책, 그리고 그러한 정책을 해명할 수 있는 일체의 상황 등에 나타난 입법자들의 외견상의 목적을 표현하지 못할 때에는, 판사들은 법의 문언이 아니라 정신을 집행해야 한다고 주장한다.[207]

그에 따라 고전적 의도주의는 다음과 같이 가정한다 : 「입법부가 법률을 제정하면서 문언을 명확하게 규정하지 못하였거나 또는 입법 목적을 적절히 반영하도록 규정하지 못한 경우, 판사는 당해 소송에서 문제된 상황 하에서라면 과연 입법부가 그 해석적 문제를 어떻게 해결하였을 것인지를 확인하도록 노력해야 한다.」[208]

## 4. 입법부 우위와 입법부 의도

고전적 의도주의자들처럼, 신문언주의자들은 입법부의 우위와 충실한 대리인의 이론을 그 제정법 해석방법론의 기초로 삼는다. 즉 신문언주의자들은, '미국의 헌정 체제에서 연방 판사들은 연방 의회가 헌법적 경계

207) Manning, 위의 논문, 428~429쪽
208) Manning, 위의 논문, 429쪽

내에서 설정하여 준 지시를 가능한 한 정확하게 확인하고 실행하여야 할 의무를 부담한다'고 믿는다. 그러나 문언주의자들은 입법부 구성원들이 '법률에 채택된 단어들이 가지는 합리적인 의미의 배후에 있으나, 그 의미와 다른 어떤 의도'를 공유한다는 것을 부인한다.[209] 즉, 그들은 문언에 의하여 명확하게 또는 충분하게 확정되지 아니한 정책 문제를 해결하기 위하여 전체로서의 의회가 어떻게 실제로 의도하였는지(또는 보다 정확하게는, 아마도 의도하였을 수 있는지)를 말하는 것은 불가능하다고 생각한다. 문언주의자들은 법현실주의 전통에 근거하여, 개인의 의도된 발언에 나타난 의미에 적용되는 이론들이 다수로 구성된 입법부가 복잡한 절차를 거쳐서 제정한 법률의 의미에 대하여도 그대로 적용될 수 있다고는 믿지 않는다. 어떤 학자가 표현한대로, 의회는 '그들(they)'이지, '그것(it)'이 아니고[210], 입법부의 다수가 의도한 정책은 오직 매우 복잡하고 경로 의존적(path-dependent)이며 불투명한 입법절차를 통해서만 법률로 정립되는 것이다.[211] 따라서 법률의 최종 형태가 입법절차의 복잡성, 경로의존성, 불투명성이라는 특성에 상당 부분 의존한다고 한다면, 문언주의자들은 어떠한 심각하게 다투어지는 해석적 문제에 있어서 '입법부 구성원들 다수의 실제 존재하지만 표현되지 아니한 의도'를 재구성하려고 시도하는 것은 공상적이라고 생각한다.

그렇다면, 입법부의 주관적 의도가 실제 존재한다는 것을 부인하는 신문언주의자들의 위와 같은 입장은, 입법부의 우위 또는 충실한 대리인 이론이라는 전제와 모순되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 이러한 의문에 대하여 Manning은 다음과 같이 설명한다 : 「문언주의자들의 입법절차에 관한 견해는 고전적 의도주의자들과 같은 입법부에 대한 의인화된 취급을 거부하도록 요청하지만, 그렇다고 하여 '입법부의 의도'라는 유용한 관념을 전부 거부하여야 하는 것은 결코 아니다. 입법부 우위의 요건을 충족하기 위하여, 반드시 고전적 의도주의자들이 하는 것

209) Manning, 위의 논문, 430쪽

210) Kenneth A. Shepsle, Congress Is a "They," Not an "It": Legislative Intent as Oxymoron, 12 Int'l Rev. L. & Econ. 239 (1992) : Manning, 위의 논문, 430~431쪽에서 재인용.

211) 입법절차의 성격에 관한 신문언주의의 관념에 대하여는, 아래 제3절 참조

처럼, 다수로 구성된 의회가 법률에 사용된 단어들에 관하여 통일된(single-minded) 그러나 표현되지 않은 의도를 형성할 만한, 인간과 같은 능력을 가지고 있다고 믿어야 하는 것은 아니다.」[212]

정치 이론의 문제로서, 신문언주의가 입법부 우위의 전제들과 충실한 대리인 이론에 근거하고 있다고 하면, 법원의 제정법 해석을 입법부의 의도에 최소한이라도 귀속시키지 않고서는 신문언주의는 이론적으로 성립될 수 없는 것이다. 그러나 전통적 방법론이 입법부의 주관적인 실제 의도를 찾아내기 위하여 노력하는 것과 달리, 신문언주의는 제정법 문언의 의미에 나타난 입법부의 의도를 객관화하여(objectify) 구성해(construct) 낼 것을 주장한다. 신문언주의자들이 말하는 '입법부의 객관화된 의도' 관념에 대하여 항을 바꾸어 설명한다.

## 5. 객관화된 의도(objectified intent)

법철학자 Joseph Raz는 입법부의 객관화된 의도의 관념에 관하여 다음과 같이 설명한다. 그에 의하면, 해석의 목적은 어떤 형태의 입법부의 의도를 확인하는 것이 되어야 하고, 그렇지 않으면 해석적 결과를 입법부 우위 체제의 결과물로서 정당화하는 것이 어렵다는 것이다. 의회가 가장 어려운 해석 문제들에 관하여 실제의 또는 진정한 의도를 가지지 않았을 수 있다는 점을 인정하면서, Raz는 「'입법부의 의도'라는 이론적 요건은, '입법자들이 관련된 법률 문화 내에서의 지배적인 관행에 따라 해석될 수 있는 법률을 제정하려고 의도한다'고 하는 점이 인정된다면 충족될 수 있다.」고 주장한다 :「그 최소한의 의도만 인정된다면, '입법자들은 법률에 대한 통제권을 가진다'고 하는 본질적인 관념을 보존하기에 충분하다. 그러한 최소한의 의도를 가진 입법자들은, 다수의 지지를 얻을 경우, 그들이 만드는 법이 어떤 것인지 알고, 그들이 만드는 법을 어떻게 이해해야 하는지도 안다. 그들은 단지 그들 앞에 놓인 법률 문언이 공포될 경우 그들의 법률 문화에 따라 이해될, 그러한 문언의 의미를

212) Manning, 앞의 논문(각주 96), 432쪽

설정하면 되는 것이다.」[213]

그러한 객관화된 의도의 관념에 따라, 가사 입법자가 주어진 제정법의 세부사항에 관하여 실제로는 아무런 의도를 형성한 바가 없다고 하더라도, 법체계는 입법자에 대하여 '누군가가 그것을 말한 상황에 비추어, 말한 대로 일반적으로 이해될 수 있는 것을 말하려는' 최소한의 의도를 가지도록 하는 책임을 부담시킬 수 있는 것이다.

위와 같이 Raz가 설명한 것처럼, 입법부 우위의 요구는 오직 '입법자들이 법률을 제정하면서 지배적인 해석적 관행들에 따라 이해될 것으로 의도하였다는 것'만을 필요로 한다. 만약 그렇다면, 사회는 최소한 의원 각자에게, '말한 상황에 비추어 그 말한 바에 따라 통상적으로 이해되는 바를 말하려 한 의도'를 귀속시킬 수 있다. 지도적인 철학적 문언주의자인 Jeremy Waldron도 같은 의미를 다음과 같이 표현하였다 : 「"탈 것은 주립 또는 자치시립 공원에 입장 금지"와 같은 규정에 찬성 (또는 반대) 투표를 하는 입법자는, 거칠게 표현하면, 그 언어가 그에게 의미하는 바가 (그 조항이 통과될 경우에) 그 조항이 (법률로서) 제시될 사람들에게 의미할 바와 동일할 것이라는 가정 하에 그렇게 한다. 그러한 가정들이 입법절차에 널리 퍼져있다는 것은, 법률이 얼마나 많이 언어에, 언어를 구성하는 공유된 관행에, 그리고 관행들이 구성하는 의도들의 상호성에 의존하는지를 보여준다.」[214]

---

213) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 124쪽 ; Joseph Raz는 또한 '입법부의 최소한의 의도에의 귀속' 요건에 관하여 다음과 같이 설명하였다. "만약 어떤 사람이나 단체가 만드는 법이 그들이 만들려고 의도한 법이라고 가정하지 않는다면, 그들에게 입법권을 주는 것은 말이 되지 않는다." 특히, 그는 다음과 같이 강조한다 : "만약 입법부에 의하여 만들어진 법이 입법자가 의도한 법이 아니라고 가정한다면, 입법부의 구성원들이 누구이건, 그들이 민주적으로 선출되었건 그렇지 않건, 그들이 국가의 여러 지역이나 인구의 여러 계층들을 대표하건 말건, 그들이 어른들이건 어린이들이건, 제정신이건 미쳤건 무슨 상관인가? 그들이 결과적으로 만들게 된 법이 그들의 의도를 나타내는 것이 아니므로, 그들의 의도가 어리석거나 현명하거나, 당파적이거나 비당파적이거나, 사익을 위한 것이거나 공공 정신을 가지고 있거나, 아무 차이가 없다." ....."입법의 관념은 법에 관한 권한을 사람이나 기관의 손에 위임한다는 생각을 내포하고, 이는 법 또는 그 한 측면의 발전에 관한 자발적 통제권을 입법자의 손에 위임한다는 것을 내포한다. : Joseph Raz, Intention in Interpretation, in The Anatomy of Law : Essays on Legal Positivism (Robert P. George ed., 1996), 249, 267쪽

214) Jeremy Waldron, "Legislators' Intentions and Unintentional Legislation", Law and Interpretation : Essays in Legal Philosophy (Andrei Marmor ed., 1995), 329, 339쪽, Manning et al., 앞의 책(각주 42), 112쪽에서 재인용

이러한 전제들은 Scalia 대법관과 Easterbrook 판사의 '객관화된 의도'-판사는 법률 문언을, 적용 가능한 사회적, 언어적 관행을 잘 아는 합리적인 사람이 읽을 법한 바로 그 방식으로 읽어야 한다고 하는 관념에 입각한 개념-에 관한 주장을 아주 유사하게 표현한다. 신문언주의자들로서는, 그러한 종류의 객관화된 의도를 입법자들에게 귀속시키는 것은, 입법자들로 하여금 그들이 통과시킨 법률-그것이 어떤 법률이든, 입법자들이 개인적 또는 집단적으로 그 세부사항에 관하여 실제의 의도를 가졌든 아니든 간에-에 대하여 책임을 지도록 하는 알기 쉬운 방법을 제공한다.[215]

그 점에서 신문언주의는 입법부의 지시를 파악하는 가장 믿을 만한 방법을 제시하는 것으로 이해될 수 있다. 만약 전체로서의 의회가 법률 문언에 의하여 구체화되지 않았거나 심지어 잘못 구체화된 문제들을 어떻게 다루었을지 정확하게 확인할 수 없다고 한다면, -즉 의회의 실제 주관적 의도를 확인하는 것이 불가능하다면,-가능한 최선의 방법은 그 입법자의 입장에 있는 합리적인 사람이 실제로 채택된 단어들을 어떻게 이해할 것인지 검토하는 것이다. 확실히, 입법자의 지시를 가능한 정확하게 해독하려는 열망에 있어서 신문언주의자들은 고전적 의도주의자들과 공통점이 있다. 그러나 Nelson처럼 '신문언주의가 단지 다른 수단에 의한 의도주의일 뿐'이라고 말하는 것은, 신문언주의자들에게 의도는 구성된 것이라는 점, 즉 신문언주의자들이 '객관화된 의도'의 개념을 말할 때에, 그들은 결코 「입법부 다수가 '관련된 관행을 잘 아는 합리적인 사람이 제정된 문언에 부여하였을 듯한 의미'에 실제로 동의하였다.」고 주장하지 않는다고 하는 핵심 논점을 흐릴 위험이 있다.[216]

결국 신문언주의자들이 근거로 삼는 범위에서의 입법부의 '객관화된' 의도는, 다수로 구성된 회의체-판사들, 행정공무원들 또는 일반 공중들에 대하여 실제 아무런 의도를 가지지 아니하는-가 의미 있는 의사표시를 할 수 있도록 하기 위한 최소한의 요건을 충족할 목적으로 고안된 이론적 분석틀(a framework of analysis)인 것이다.[217]

---

215) Manning, 앞의 논문(각주 96), 433쪽
216) Manning, 위의 논문, 433~434쪽

## 6. 구성된 의도(constructed intent)

객관화된 의도의 '구성적' 성격을 강조하기 위하여, 현대 문언주의자들은 직해주의자들(literalists)이 아니라는 것을 언급하는 것이 도움이 된다.[218] 즉, 그들은 단어들과 구절들의 '통상의 의미(ordinary meaning)'만을 배타적으로 추구하지는 않고, 오히려, 그들은 관련된 언어 공동체(혹은 하부 공동체)의 공유된 이해와 관행들을 강조한다.[219] 그에 따라 신문언주의자들은, '숙련된, 객관적으로 합리적인 언어 사용자'가 법률 문언을 어떻게 이해하였을 것인지를 알려고 하고, 발언자(입법자)들과 의도된 청중(수범자)들 사이에 공통된 의미들과 관례들을 탐색한다. 어떤 경우에는 신문언주의자들은 어떤 제정법 문언이 그 맥락에 비추어 법률전문용어로서의 기술적 의미를 가진다고 해석하기도 한다. 그들은 확립된 거래 관행, 보통법 관례 또는 해석규칙들(canons of construction)-관대의 원칙(rule of lenity)과 같은 실체적 해석규칙들을 포함하여-을 검토하여 문언의 법률전문용어로서의 의미를 취하기도 하는 것이다.

그러나 신문언주의자들은, '거래 관행, 보통법 관례, 해석규칙들 등으로부터 전문적 의미를 추출해 내는 것이, 입법부 다수의 실제 주관적 이해를 나타낸다'고는 결코 주장하지 않는다. 신문언주의자들이 관련된 언어 공동체의 합리적인 구성원의 이해를 의회 의원들에게 귀속시킬 때에, 그들이 '법률 문언은 의원들이 법안에 찬성 표결을 할 당시 실제로 알고 있었던 것을 나타낸다'고 주장하지 않는다는 사실은 매우 중요하다.[220]

그와 관련하여, Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Greater Oregon 판결[221]은 언급할 만하다. 이는 미국 연방대법원이 1973년 멸종위기종 보호법(Endangered Species Act of 1973, ESA)상 "미국 내 또는 미국의 영해에서 [멸종위기]종을 취하는 것(take any

---

217) Manning, 위의 논문, 434쪽
218) 아래 제6장 참조 ; Manning, "The Absurdity Doctrine", 116 Harv. L. Rev. 2387 (2003), 2456~2476쪽도 참조
219) Manning, 앞의 논문(각주 96), 434쪽
220) Manning, 위의 논문, 436쪽
221) 515 U.S. 687 (1995).

[endangered] species within the United States or the territorial seas of the United States)을 불법행위로 정한 규정을 해석한 사건이다.[222] 쟁점이 된 것은 피고가 멸종위기종의 서식지를 변경시킴으로써 간접적으로 해를 가한 경우 위 법률 규정상 '취하는 것(taking)'에 해당될 수 있는지 여부였다. 법원은 내무부 장관의 해석-서식지 변경은 그 법률의 적용범위에 포함된다고 하는-을 존중하면서, ESA는 'take'에 관하여 '괴롭히거나, 해치거나, 쫓거나, 사냥하거나, 총을 쏘거나, 상처 입히거나, 죽이거나, 덫을 놓거나, 포획하거나, 또는 수집하는 행위(harass, harm, pursue, hunt, shoot, wound, kill, trap, capture, or collect)'를 의미하도록 폭넓게 규정하였고, 그 열거된 행위유형들 중 최소한 일부는 확실히 서식지 변경에 의한 간접적 효과도 포함한다고 판단하였다.

그러나 Scalia 대법관은 반대의견에서, 'take'는 야생동물보호법상 '기술적 용어'이고, 따라서 "특정 동물들('동물들의 군집'이 아니라)에 대하여 직접적이고 의도적으로('간접적이고 우연히'가 아니라) 이루어진 일단의 행위들을 의미한다"고 설시하였다. 반대의견은 비록 그 법률의 정의조항이 'take'를 폭넓게 정의하였음은 인정하였지만, 그 정의 중 어느 것도 법원이 'take'를 보통법 관례에 따라 '특정 동물들에 대한 직접적이고 의도적인 행위들'로 좁게 해석하는 것을 배제하지 않는다고 강조하였다. 여기서 관심 있는 것은, Scalia가 그러한 전통을 확인하기 위하여, 'take'의 기술적 의미를 표준적인 사전에서 검색하였을 뿐 아니라, 19세기 대법원 판결, Blackstone의 주석집들, 철새 관련 조약의 집행에 관한 법률, 그리고 북극곰 보존을 규율하는 조약 등과 같은 자료들을 검토하였다는 것이다. 그의 반대의견은 위 법률 규정상 'take'의 그러한 기술적 의미를 상당히 설득력 있게 설명하였다. 하지만 보다 중요한 것은, 반대의견이 「신문언주의자들이 관련된 언어공동체의 합리적인 구성원(여기서는, 법률가들 또는 야생동물 애호가들)의 이해를 의원들에게 귀속시킬 때에, 그들은 '의원들이 법안에 찬성 표결을 할 때에 실제로 알고 있었던 것을 서술한다'고 주장하지 않는다는 사실」을 강조하였다는 점이다.[223] 입법

222) Manning, 앞의 논문(각주 96), 436~438쪽
223) Manning, 위의 논문, 438쪽

자들 중 다수가 'take'의 의미에 관하여 어떠한 실제적인 의도를 가지고 있었다고 가정을 하더라도, 많은 의원들이 Scalia 대법관이 인용한 자료들에 표현된 전문화된 법률적 의미를 실제 알고 있었거나 그에 동의하였으리라고 생각하기는 매우 어려울 것이다.

위에서 Raz가 입법부의 객관화된 의도에 관하여, 입법자가 주어진 제정법의 세부사항에 관하여 실제로는 아무런 의도를 형성한 바가 없더라도, 법체계는 입법자에게 '누군가가 그것을 말한 상황에 비추어, 말한 대로 정상적으로 이해될 수 있는 것을 말하려는' 의도를 가지도록 할 책임을 지운다고 주장한 것과 같은 취지에서, 문언주의자들은 일종의 '객관화된' 의도-합리적 인간이 법의 문언으로부터 모아서 법전의 나머지들과 함께 놓아 둘 의도-를 찾는다. 문언주의자들은, 거의 어떠한 어려운 해석적 질문에 대하여도 주관적인 입법부의 의도를 확인하는 것은 불가능하기 때문에, 할 수 있는 최선은, 적용 가능한 사회적이고 언어적인 관행을 잘 아는 합리적인 입법자가 그 문언이 의미하는 것으로 이해한 그러한 의미를, 의회에 귀속시키는 것이라는 점을 인정한다. 그러한 이론에 따라, 의회의 아무도 실제로 그 "take"의 전문적 의미를 알지 못하였다고 하더라도, 적용 가능한 법률적 관행을 잘 아는 합리적인 인간의 이해를 의회에 귀속시키는 것이다.[224]

결국 Manning은, 신문언주의자들은 Raz가 서술한 정교한 의미에서 '입법부의 의도'를 중요시하지만, '신문언주의자는 다른 수단을 사용하는 의도주의자들이다'라고 주장하는 것은, 문언주의자들이 고전적 의도주의의 가장 중요한 전제-대부분의 입법의 배후에는, 유의미하게 확인 가능하고 입법부의 다수에 의하여 공유되나 법률 문언상으로는 부정확하게 표현된, 모종의 정책적 판단이 실제로 존재하고 있다는 관념-를 거부한다고 하는 사실을 간과한 주장이라고 반박한다. 문언주의자들은 입법 절차의 최종 생산물-즉, 법률 문언-에 집중하고, 적용 가능한 사회적·언어적 관행을 잘 아는 합리적인 사람이 법률에 규정된 단어들을 맥락 속에서 읽는 방법에 의하여 이해하는 바에 따른다. 분절되고, 길고 복잡하며,

224) Manning, 위의 논문, 438쪽

종종 감추어져 있는 입법적 타협의 성격 때문에, 문언주의자들은 그러한 구성이 해석자들로서 할 수 있는 최선이고, 객관화된 의도는 충실한 대리인이 그 주인에게 충실함을 보일 수 있는 가장 합당한-유일하지는 않더라도-방법을 제공한다고 믿는다는 것이다.[225] 위에서 언급된, 입법절차에 대하여 신문언주의자들이 가지는 관념에 관하여는, 다음 장에서 설명된다.

## 제3절. 입법 절차와 입법 목적에 관한 새로운 관념

### 1. 도입

위에서 살펴본 것처럼 종래 전통적 방법론이 입법사를 통하여 입법부의 실제 의도를 탐색하려고 시도하였던 데 대하여 신문언주의가 많은 비판을 하면서 등장한 이래, 신문언주의자들은 '관련된 사회적, 언어적 관행에 친숙한 합리적인 사람이 읽을 만한 방법'으로 법률의 문언을 읽음으로써 입법부의 '객관적 의도'를 구성해야 한다고 주장해 왔다. 신문언주의의 등장 이후 미국 연방대법원 내에서 '입법자의 의도와 목적은 항상 제정법의 문언에 우선한다'고 하는 고전적 의도주의 및 강한 목적주의에 기초한 전통적 방법론은 퇴조하고, 제정법의 문언이 명백한 경우에는 제정법의 외견상의 목적과 상충되더라도 원칙적으로 그 문언에 따라야 한다고 하는 해석관행이 이루어져 왔다. 다만, 공언된 문언주의자들-Scalia, Thomas 대법관-을 제외한 대부분의 다른 대법관들은, 제정법의 문언이 애매하거나 모호할 경우, 제정법의 목적을 확인하기 위하여 입법사를 살펴보아야 한다고 하는, 법과정 학파적인 신목적주의의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 그런데 법과정 학파의 목적주의는, '법의 문언이 아니라 정신을 따름으로써 입법부의 실제 주관적 의도를 파악해야 한다'고 하는 전통적 방법론의 핵심적 관념을 그대로 받아들이지 않

225) Manning, 위의 논문, 438쪽

는다. 오히려 법과정 학파식의 신목적주의는, 「판사들은 '입법부가 합리적인 목적을 합리적으로 추구하는 합리적인 사람들로 구성되어 있다'는 전제 하에, 법률의 용어와 구조, 배경이 되는 확립된 법적 가정들, 허용된 해석규칙들, 그리고 법률 제정에 관한 정책적 맥락들(입법을 촉발한 '폐해'에 관한 일반 공중의 인식과 법률의 '일반적 목적'을 시사하는 입법사 등이 포함됨)과 같은 폭넓은 자료들을 종합적으로 고려하여 입법부의 목적을 구성(construct)해내야 한다.」고 주장한다.[226] 따라서 주어진 제정법 문언의 의미를 해석함에 있어서, 신문언주의와 법과정 학파적 신목적주의는 모두, 입법부의 '실제'의 '주관적' 의도 또는 목적을 추구하는 것이 아니라, '객관적'으로 '구성'된 의도 또는 목적을 추구한다는 점에서 공통된다.

신문언주의와 신목적주의 사이의 공통점(common ground)을 좀 더 상세히 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 현대 문언주의자들은 법률 문언의 의미가 맥락(context)에 달려있다고 주장하기 때문에, 그들이 주장하는 제정된 문언과 제정되지 않은 의도 또는 목적 사이의 구별이 다소 분명하지 아니하다. 중요한 해석 문제가 제기되는 어떠한 사건에서도 문언의 의미를 확인하는 작업은 불가피하게 문언외적-따라서 제정되지 않은-맥락적 신호에 호소하게 된다. 사실, 현대 문언주의자들은 문언이 애매하다고 볼 경우, 법률의 목적은-입법사에서 얻어진 것이 아니라면- 그 자체가 법률의 맥락에 관한 중요한 요소라고 믿는다.[227] 둘째, 문언주의자들은, 목적주의에 입법부의 주관적 의도에 대한 탐색의 측면이 포함되어 있다는 점을 비판하는데, 이는 문언주의가 법원의 목적주의에 대한 전통적 이해에 대한 반작용으로 발생하였다는 사실에서 기인한 것으로 보인다. 그러나 Hart/Sacks가 법과정 학파 교재에서 공들여 보여준 것처럼, 목적주의는, 의회가 실제로 채용하려고 한 구체적인 목적을 탐색하는 주관적인 체계가 아니라, 가상의 '합리적인 입법자'가 그 법률의 맥락에서

226) 따라서 신목적주의자들은 제정법 문언의 의미가 명확할 경우 입법사의 사용을 자제하고, 그 문언의 의미가 애매모호할 경우에만 제정법 목적의 확인을 위하여 입법사를 참조해야 한다고 주장한다.

227) Manning, 앞의 논문(각주 141), 79쪽 이하

채용했을 만한 정책을 재구성하려고 하는 '객관적인 체계(an objective framework)'로 구성될 수도 있는 것이다.[228][229]

## 2. 문제의 소재 : 신문언주의의 우월성 주장

이에 따라 미국 법학계에서는, 현재는 문언주의와 목적주의 사이에 별 차이가 없다는 주장이 제기되었다. 목적주의적 입장에 서 있는 Georgetown 법과대학원의 Jonathan T. Molot은 「문언주의와 목적주의 사이의 경계는 갈수록 희미해져 왔다. 현대 문언주의자는 문언만큼이나 맥락을 중시하고, 현대 목적주의자도 과거 목적주의자보다 문언을 중시한다. 따라서 문언과 목적 모두 항상 중요하고, 해석자들은 특정한 사건에서 문언적 또는 목적적 신호들 중 어느 쪽이 더 강한지를 측정해야 한다.」[230]고 주장한다. 결국 Molot은 전체론적인(holistic) 방법론[231]을 채용해야 한다고 제안하는 것이다. 이는 Marshall 대법원장이 한 "입법부의 의도를 알아내기 위하여 노력할 때에는, 도움을 줄 수 있는 모든 것을 붙잡아라."라는 충고를 상기하게 한다.[232]

이에 대하여 신문언주의자인 Manning은, 문언주의와 목적주의 사이에는 양 진영에서 가끔 강조하는 것보다는 공통점이 상당 부분 있다는 점을 인정하면서도, 그 두 방법론 사이의 뚜렷한 차이점은 여전히 남아 있는데, 이는 입법절차를 바라보는 서로 다른 관념에 기인한다고 강조한다. 이 점을 설명하기 위하여 Manning은 다음과 같은 질문을 던진다 : 「만

---

228) Manning, 위의 논문, 85쪽

229) 이렇게 본다면, 미국 제정법에서의 신문언주의와 신목적주의는 독일식 법학방법론에서의 객관적 해석론의 입장으로 볼 수도 있다 : 아래 제8장 제2절 참조.

230) Jonathan T. Molot, The Rise and Fall of Textualism, 106 Colum. L. Rev. 1 (2006), 3, 35쪽

231) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 667쪽도 현대 문언주의가 전체론적 방법론을 채용한다는 점을 지적하면서, Scalia 대법관의 현대 문언주의 방법론은 해석자에게 입법부가 원래 의도하였던 의미에 관한 증거들로부터 벗어나, 법률이 보통의 합리적인 해석자에 대하여 가지는 분명한 의미를 찾기 위하여 법률의 논리, 구조, 그리고 유추들에 대한 전체론적 분석을 하도록 요구한다고 주장한다.

232) 우리 대법원이 취하는 전체적·종합적 법률 해석방법과도 일맥상통하는 면이 있다. : 아래 제8장 제2절 참조

약 현대 문언주의자가 '문언(text)이 오직 맥락(context) 속에서만 의미를 가지고, 법률의 목적은 맥락과 관련된 중요한 요소'라는 점을 인정한다면, 문언주의자들은 무슨 근거로 '목적'보다 '문언'을 따라야 한다고 말할 수 있는가?」 신문언주의자인 Manning은 신목적주의보다 신문언주의가 우월하다는 점을 논증하기 위하여, 우선 신문언주의가 우선하는 맥락적 증거는 어의론적(semantic) 사용례에 관한 증거로서 신목적주의자들이 중요시하는 정책적(policy) 고려에 관한 맥락적 증거와 구별되는 점을 설명한 다음, 입법절차와 입법 목적에 관한 새로운 관념에 비추어 문언의 어의론적 맥락을 우선시하는 신문언주의 방법론이 입법부 우위의 원칙에 따르는 충실한 대리인으로서의 연방 법관의 직무를 신목적주의보다 잘 수행하도록 할 수 있기 때문에, 신문언주의가 신목적주의보다 우월하다는 점을 논증한다. 이하 항을 바꾸어 Manning의 논증을 따라가 본다.

### 3. 어의론적 맥락 대(對) 정책적 맥락

신문언주의와 법과정 학파적인 신목적주의 사이의 구별에 관하여, Manning은 문언주의자들이 어의론적(semantic) 사용례에 관한 맥락(context)적 증거에 우선권을 주는 반면, 목적주의자들은 정책적(policy) 고려를 반영한 맥락(context)적 증거를 우선시한다고 설명한다.[233] 일견 애매해 보이는 문언이 해석자들에게 문제될 경우, 문언주의와 목적주의는 법률 문언 너머에 존재하는 맥락의 서로 다른 측면들을 강조한다. 문언주의자들은 언어의 관례적 사용과 말하기 습관에 관한 맥락적 증거로부터 시작한다. 그들은 법률 규정이 명확한 어의론적 의미(semantic meaning)를 가질 수 있다고 믿는다. 그들은 언어학적 정보, 사전적 정의 그리고 해석규칙들(canons of construction)을 모아서 그 법률 문언의 의미에 관한 최상의-가장 정합적이고, 가장 해명이 잘되는-설명을 하기 위하여 노력한다. 이러한 조사에는 또한 널리 이해되지만 일반 사전에는 수록되지 않은, 거래에서의 전문화된 용례, 실체적 해석규칙들-예컨대,

233) Manning, 앞의 논문(각주 141), 92쪽

관대의 원칙(the rule of lenity)[234]-, 그리고 대화의 뉘앙스들에 대한 검토도 포함된다.

문언주의자들은 어의론적 용례에 관한 맥락적 증거가 분명하게(decisively) 한 방향을 가리킨다면, 그 증거는 정책적 문제와 관련된 맥락적 증거보다 우선한다고 주장한다. 후자의 범주에는 다음과 같은 사항들이 포함된다. 즉, 입법자들이 제기하려고 하였던 폐해(mischief)에 관한 공식적 정보, 개별 법률 규정에 대한 여러 가능한 해석들 각각이 법률의 서문·제목 또는 전체적 구조에 나타난 정책과 어떻게 부합하는지에 관한 자료, 그리고 법률 규정에 대한 여러 가능한 해석들 각각이 유사한 법률 규정들에 나타난 정책과 어떻게 부합하는지에 관한 자료 등이다.[235] 목적주의자들은 물론 정반대의 주장을 한다. 즉, 그들은, 문언의 언어적 용례에 관한 명확한 맥락적 증거가 있더라도, 그 법률 규정을 뒷받침하는 정책적 고려들에 관한 맥락적 증거들에 대하여 우선권을 부여한다. 요컨대, 문언주의자들이 어의론적 사용례에 관한 맥락적 증거에 우선권을 주는 반면, 목적주의자들은 정책적 고려를 반영한 맥락적 단서를 우선시키는 것이다.

Manning은, "공원에 개 출입 금지(No dogs are allowed in the park)."라는 법 규정이 애완용 늑대를 공원에 데려오지 못하도록 금지하는 것인지에 관한 가상의 사례를 들어서 설명한다.[236] 보통의 용례에서 늑대는 개로 생각되지 않지만, 목적주의 판사는 이러한 금지규정을 채택한 상정 가능한 모든 이유(공공의 안전, 위생 문제 등)가 늑대에 대하여도 적용된다는 논리로, 위 규정이 적용된다고 판단할 것이라고 한다. 그러나 문언주의 판사는, 입법부 우위에 대한 존중은 그 제정법 규정의 언어적 의미가 문맥 속에서 명백할 경우 쓰인 그대로 집행할 것을 요구하기 때문에, 합리적인 언어사용자가 역시 개과 동물인 애완용 늑대를 위 규정에서 정한 '개'라는 용어에 포함되는 것으로 이해하는지 여부를 고려

234) 우리 형사법상 죄형법정주의 원칙에 기반을 둔 '명확성의 원칙' 또는 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' 원칙과 유사한 해석규칙이라고 할 수 있을 것이다.
235) Manning, 앞의 논문(각주 141), 93쪽
236) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 49쪽

하여 판단할 것으로 보인다는 것이다.

## 4. 입법부 우위에 관한 쟁점의 제기

### 가. West Virginia University Hospitals, Inc. v. Casey 판결

미국 연방대법원의 West Virginia University Hospitals, Inc. v. Casey 판결은 목적주의와 문언주의 사이의 방법론적인 구분선을 뚜렷하게 보여준다. 위 사건의 사실관계는 다음과 같다. 웨스트버지니아 대학병원(West Virginia University Hospitals, Inc., 이하 'WVUH')은 인접한 펜실베이니아 주에 거주하는 다수의 환자들을 펜실베이니아 주의 저소득층 의료보장제도(Medicaid Program)에 따라 치료하였다. WVUH는 펜실베이니아 주로부터 지급받는 진료비 상환 비율(reimbursement rates)에 대하여 이의를 제기하였으나 받아들여지지 않자, 펜실베이니아 주지사와 다른 공무원들을 상대로 소를 제기하여 승소하였다. WVUH는 그 소송 과정에서 자문을 받기 위하여 회계법인을 고용하고, 3명의 의사들이 병원 재정상황에 관하여 소송을 준비하고 법정에서 증언을 하였는데, 위 전문가들에게 지출된 비용으로 10만 불 이상이 소요되었다. WVUH는 위 소송 과정에서 회계법인 및 3명의 의사들에 대하여 지출한 소송비용인 전문가비용(expert's fee)이 42 U.S.C.S. §1988[237]에 따라 패소한 당사자로부터 상환 받을 수 있는 합리적인 "변호사비용(attorney's fee)"에 해당한다고 주장하면서, 그 상환을 청구하였다.

---

237) 시민권 소송(Civil Rights Suit)에서 승소판결을 받은 당사자의 소송비용 상환에 관하여 42 U.S.C.S. §1988는 "법원은, 그 재량으로, 승소한 당사자(미국 정부는 제외)에게 소송비용 중 일부로서 합리적인 변호사비용을 상환 받을 것을 허가할 수 있다(the court, in its discretion, may allow the prevailing party, other than the United States, a reasonable attorney's fee as part of the costs)."고 규정한다. 또한 28 U.S.C.S. §1920는 "미국 법원의 판사 또는 재판연구원은 다음의 비용을 징수한다."고 규정하고, 그 (3)항은 "인쇄와 증인들에 대한 여비 및 지출비용"을, 그 (6)항은 "법원이 지정한 전문가들의 보수(Compensation of court appointed experts) ...."를 각 규정한다. 또한 28 U.S.C.S. §1821(b)는 위 §1920(3)에서 규정한 증인 여비를 다음과 같이 제한하여 규정한다 : "증인은 출석에 대하여 1일 당 30달러의 여비를 받는다. 증인은 또한 왕복에 필수적으로 소요되는 시간에 따라서도 출석여비를 받는다."

위 사건에서 Scalia 대법관이 작성한 다수 의견은, WVUH가 주장하는 '전문가비용'이 위 관련 규정상 '변호사비용'에 포함되는지 여부를 파악하기 위하여 비용 상환에 관한 다수의 연방 법률들의 내용을 검토한 다음, '변호사비용'과 '전문가비용'은 서로 다른 비용 항목이고, 전문가들은 28 U.S.C.S. §1920 및 §1821에 따라 제한된 비용을 받을 수 있을 뿐이므로, '변호사비용'의 상환에 관한 42 U.S.C.S. §1988에 근거하여 패소한 당사자로부터 '전문가비용'을 상환 받을 수는 없다는 결론을 내렸다.[238]

입법사 중 청문회 자료와 위원회 보고서들에 의하면, 이 사건 법률 규정인 §1988의 법률안을 작성한 입법자들이, 시민권 소송의 원고들에게 사법절차에 대한 의미 있는 접근권을 가지게 하여 원고들과 피고들 사이에 공정한 경쟁을 할 수 있도록 보장하려고 하였고, 그에 따라 '이러한 목적을 증진시키려면, 승소한 시민권 소송의 원고들이 소송과정에서 지출한 비용을 회수할 수 있어야 한다'는 견해를 가졌다는 것은 명백하였다.[239] 그와 같은 입법사와 이 사건 법률 규정인 §1988의 입법 시기와 경위, 공식적 맥락에 비추어 보면, 그 규정의 일반적 목표 또는 배경 목적은 시민권 소송에서 승소한 원고들로 하여금 변호사 비용뿐 아니라 전문가 비용까지 회수하도록 허용하는 방향을 가리킨다고 볼 수 있다.

그러나 그 법률 규정상 변호사 비용에 관하여는 규정하였으나, 이 사건과 같이 법원이 지정하지 않은 전문가(회계법인)에게 지출된 보수나 전문가(의사)들에 대한 1일 당 30달러의 증인 여비가 아닌 실제 지출된 비용을 합리적인 변호사 보수에 준하여 패소 당사자들로부터 상환 받을 수 있는지에 관하여는 그 법률에 규정되지 않은 것이다. Scalia 대법관의 주된 논거는 '합리적인 변호사 비용'의 어의론적 의미(semantic meaning)는 전문가 비용을 포함할 수 없다는 것이다. 그가 쓴 다수의견

238) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 61쪽

239) 이 사건 법률 규정이 제정되기 전에 연방대법원은 1975년의 Alyeska Pipeline Svc. Co. v. Wilderness Soc'y 판결(421 U.S. 240)에서 "연방 관련 소송에서 승소한 당사자가 패소한 당사자로부터 변호사비용(attorneys' fees)을 회수할 수 있다고 정한 명문의 법률 규정이 존재하지 않으므로, 연방정부를 상대로 한 소송에서 승소한 당사자는 이미 지출한 변호사비용의 상환을 청구할 수 없다."고 판시하여 시민권소송에서 승소한 원고가 한 변호사비용의 상환청구를 배척하였는데, 의회가 그 후 위 대법원 판결을 무효화(override)하기 위하여 이 사건 법률 규정을 제정하였음은 거의 분명하였다. : Manning et al., 위의 책, 60쪽

은 이 결론을 법률 규정의 '명백한 의미(plain meaning)'로부터 도출하지 않는다. 사실, "변호사 비용"에 관한 법률가 직역에서의 전문화된 의미는 필시 '변호사의 청구 가능한 시간당 비용' 보다 넓은 의미를 가질 수 있다. 그러나 다수의견으로 하여금 전문가비용은 §1988에 정한 변호사비용으로 볼 수 없다고 확신하게 한 것은, 법률가 직역의 어법에서 그 용어의 사용례였다. 다수의견에 의하면, 비용 상환에 관한 다수의 다른 법률 규정들에서-§1988을 제정한 같은 의회에서 통과된 몇 개의 법률을 포함하여- "변호사 비용"과 "전문가 비용"은 별개의 비용 항목으로 나타나고, 그에 의하면 의회가 전자의 표현을 후자의 비용 항목을 포함하는 것으로 사용하지 않았음이 명백했다.

반면, Stevens 대법관이 작성한 반대의견은 명백히 목적주의적 입장을 취하였다. Stevens 대법관은, '법원은 의회가 합리적으로 그 명백한 목적을 실현하고, 그 작업 결과(법률)는 상대적으로 일관된 것으로 추정해야 한다'는 명제로부터 출발하여, "입법부 우위의 원칙은 법원으로 하여금 문언의 관행적 의미로부터 벗어날 것을 단지 허용할 뿐 아니라, 사실상 요구하기도 한다."고 주장하면서, 다음과 같이 설시하였다 : "우리[법원]가 의회의 작업 결과물에 누락이나 의도하지 않은 오류가 있을 때마다 불필요하게 의회의 실제 목적에 관한 설득력 있는 증거를 무시하고, 의회에 '시간을 내어 그 문제를 다시 고려하고' 그 목적을 보다 정확한 언어로 다시 진술하도록 요구한다면, 우리[법원]는 국가에 폐를 끼치는 것이다." 입법 절차에 관한 Stevens 대법관의 견해는, 의회는 보통 일관된 배경 목적을 가지고 행위 하지만, 불가피하게 그러한 목적을 완전하게 포착하지 못하는 언어를 채택하기도 한다는 취지로 볼 수 있다. Stevens 대법관이 '법률안의 제안자들과 상하 양원의 일반 의원들도 그 법률안에 원고들이 주장한 폭넓은 적용범위를 부여하는 것으로 이해하였을 것'이라고 판단한 것이 그럴듯해 보이고, 입법부 우위의 원칙에 비추어 보면, 그러한 목적주의적 주장은 상당한 설득력을 가질 수 있다.

나. 쟁점의 정리 : 입법부 우위에의 복무

그렇다면, 문언주의자들은 어떤 근거에서 어의론적 맥락에 관한 증거가 정책적 맥락에 관한 증거보다 우선되어야 한다고 주장하는가 하는 의문이 제기된다. Manning도 Casey 판결과 같은 사례에서, 문언주의자들은 '적법하게 제정된 문언의 명확한 용어를 선호한다'고 하는 단순한 관념만을 근거로 내세울 수는 없다는 점을 인정한다. 그러한 설명은 위와 같은 증거들 사이의 우열에 관한 중요한 질문을 회피하는 것이기 때문이다. Manning은 이에 대하여, 문언주의와 목적주의 중 어느 방법론이 더 나은가의 문제는 언어이론(language theory)에 의하여 답해질 수 없고, 반드시 정치이론(political theory)에 의하여 가려져야 한다고 주장하면서[240] 다음과 같은 논지를 편다. 문언주의자들과 목적주의자들은 양쪽 다, 그들의 각 방법론이 법률 규정의 의미를 찾는데 있어서 입법부의 지시를 확인하는 '객관적'인 기준에 근거한다는 점을 인정한다. 어느 쪽도 그 해석의 결과를 의회의 주관적인 실제 이해에 대한 묘사라고 정당화하려 하지는 않는다. 문언주의자들에게 척도는 '관련된 사회적·언어적 관행을 잘 아는, 가상의 합리적인 사람의 이해'이다. 법과정 학파 전통의 신목적주의자들에게 척도는 '법률 제정을 둘러싼 모든 상황을 잘 아는, 가상의 합리적 정책결정자의 이해'이다. 따라서 서로 다른 척도를 기준으로 비교해서는 그 두 방법론 사이의 우열을 가릴 수 없다는 것이다. 그런데, 문언주의와 목적주의는 모두 미국 헌법상 통치구조에 따른 입법부 우위와 충실한 대리인 이론을 그 정치이론적 토대로서 공유하고 있다. 그에 기하여 Manning은, 그 두 방법론 사이의 우열은 입법부 우위의 제한 하에 수행되는 연방 판사들의 직무를 어느 기준이 보다 적절히 설명하는가에 달려 있고, 따라서 문언주의자가 목적주의보다 우월하다는 것을 보여주기 위해서는 '왜 정책적 맥락이 아닌 어의론적 맥락이 입법부 우위를 존중하는 충실한 대리인의 의무를 실행하는 데에 보다 우수한 수단으로 될 수 있는지'를 보여주어야 한다고 설명한다.[241]

240) Manning, 앞의 논문(각주 141), 96쪽
241) Manning, 앞의 논문(각주 141), 95~96쪽

다. 목적주의와 입법부 우위

목적주의자들은, 미국의 헌정체제에서 법원으로 하여금 정책적 맥락에 우선권을 주도록 함으로써 입법부 우위 원칙에 보다 더 충실하도록 보장할 수 있다고 주장한다. 뛰어난 법현실주의자였다가 목적주의로 전향한 Max Radin은 어의론적 맥락보다 정책적 맥락을 옹호하는 구체적 논거를 제공한다. 그는 '입법부는 공동체를 위한 바람직한 입법 목적을 설정해야 할 헌법적 권한과 권력을 가지고, 법원과 행정부는 그것에 복종할 의심의 여지없는 의무를 부담한다'는 전제로부터 시작한다. 법률의 단어들은 주로 법률의 목적을 알려 주기 위하여 선택되었으므로, 그러한 기능을 염두에 두고 읽혀져야 한다는 것이다. 이에 Radin은 다음과 같이 설명하였다 : "입법부가 모든 단어에 세심한 주의를 기울여 법률 용어를 선택하였을 것이라고 '추정된다'고 말하는 것은 알려진 사실들과 정면으로 모순되고, 법원의 법률에 대한 관계에 부적절한 요소를 주입하는 것이다. 입법부는 그의 지시를 구성한 용어들에 대하여 존중을 요구할 헌법적 권한이 없다. 만약 정확한 용어를 조사하여 왜 대략 비슷한 효력을 가진 다른 용어 대신 이 용어가 사용되었는지 알아내는 데에 우리의 재능을 수고롭게 사용해야 법률의 목적을 알아낼 수 있다고 한다면, 이러한 불안한 숙고의 절차가 채용되어야 할 것이다. 그러나 그것은 불필요하다."[242] 이는 다른 말로 하면, 입법부 우위의 헌정체제에서 법원은 입법자가 가졌던 명백한 입법 목적이 실행되도록 할 책무를 가지므로, 법원의 임무는 제정된 문언에 기록된 각각의 어의론적 세부사항을 해독하는 것이 아니며, 오히려 "만약 목적이 명확하다면, 제정법의 수단적 부분(implemental part)은 그에 따라야 한다."는 주장이다.

요컨대, 목적주의자들의 주된 주장은 '입법자들은 어의론적 세부사항이 아니라 정책에 투표한다'고 정리할 수 있다. 그들은 또한 목적주의 방법론이 다음과 같은 부가적인 규범적 이점들도 가진다고 주장한다. 즉, 법률의 문언을 그 입법 목적에 비추어 독해하는 것은 주어진 법률 규정

242) Max Radin, A Short Way with Statutes, 56 Harv. L. Rev. 388, 407--08 (1942) : Manning, 위의 논문, 97쪽에서 재인용

전체를 내적으로 더욱 정합되게 만들고, 어의론적 맥락이 아니라 정책적 맥락에 집중하는 것은 주어진 법률을 다른 법률들의 정책 목적과 보다 정합되게 만든다. 또한 어의론적 맥락이 아니라 정책적 맥락을 강조하는 것은 판사들과 행정청들로 하여금 법률 규정을 시간의 경과에 따라 변화된 상황에 더 잘 적응시키도록 할 수 있다는 것이다.[243]

Manning은, 입법부의 우위는 사법부가 어의론적 세부사항을 고수함으로써 달성되지 않는다고 하는 Radin의 전제는 심각하게 고려되어야 한다고 인정한다. 즉 문언주의자들에 대하여 다음과 같은 근본적인 질문이 제기된다는 것이다 : 왜 입법부의 우위는, 목적주의자들처럼 당해 법률이 명백히 성취하려고 기도한 전체적인 정책에 가장 잘 복무하는 방법으로 법률 규정을 읽는 대신, 문언주의자들처럼 사전, 문법의 기술적 규칙, 또는 불분명한 해석규칙 등에서 어의론적 의미를 찾아낼 것을 요청하는가?[244] Manning은 이제, 정책적이 아닌 어의론적 맥락에 우선권을 부여하는 것이 입법정책을 형성하는 의회의 우위를 보다 더 존중하는 것이 된다는 신문언주의의 주장을, 입법절차 및 입법목적에 대한 신문언주의적 관념에 기하여 설명한다.

## 5. 입법적 타협의 존중

### 가. 입법절차에 관한 신문언주의의 관념

신문언주의자들은 입법절차에 관하여 목적주의적 견해와 상당히 다른 관념을 가지고 있는데, 그들은 입법 절차를 일관되고 합리적인 것으로 보기보다는, 정치적 타협 과정에서의 소란을 강조한다.[245] 목적주의자들이 제정법의 문언과 명백한 목적 사이의 부조화를 우연한 입법적 누락 또는 예견 실패를 반영하는 것으로 보는 반면, 문언주의자들은 그러한 명백한 부조화를 수백 명의 선출된 의원들과 무수한 선거구민들 및 이익

243) Manning, 위의 논문, 98쪽
244) Manning, 위의 논문, 99쪽
245) Manning, 앞의 책(각주 42), 61~62쪽

집단들 사이의 불가피한 투쟁·거래 그리고 타협의 결과로 보는 경향이 강하다. 신문언주의자들이 보기에, 입법절차는 너무나 복잡하고, 경로 의존적(path-dependent)이며, 불투명해서 입법부의 분명한 입법 목적이 시종일관 관철된다고 확신할 수 없다. Easterbrook 판사가 강조했듯이, 법률안은 "위원회들, 본회의에서의 토론시간을 위한 싸움, 다른 의원들이 관계없는 목표를 원하기 때문에 발생하는 타협, 통과, 거부권행사에의 노출 등등"과 같은 "전체 절차를 거쳐야" 한다. 모든 정책적 동기들은, 처음에 얼마나 정합적으로 보이든 간에, 그러한 복잡한 여과장치들을 통과해야 하는 것이다. 그리고 어떠한 쟁점도 고립된 채 검토되지는 않는다. 따라서 가사 입법부의 다수가 어떤 법률안의 문언에 특정한 정책의 적용범위를 포함시키거나 배제시키기를 원한다고 하더라도, 법률을 통과시키기 위하여 필요한 협상과정에서 당초에 희망한 그러한 적용범위에서 벗어날 수 있고, 법률안을 작성하는 문제는 당초에 그것을 유발시킨 개별적 정책 쟁점보다 훨씬 복잡할 수 있다. 입법과정에서 법률안에 있었던 문구의 변화는, 비록 그 결과가 어색하다고 하더라도, '기록되지 아니한 타협' 또는 '법률안 제정 과정에서 만난 다양한 거부권의 관문들을 통과하기 위하여 문언을 폭넓게 또는 좁게 다듬기 위한 필요'를 반영한 것일 수 있다는 것이다.[246]

연방대법원은 1986년에 Burger 대법원장이 작성한 의견에서 이러한 견해를 처음 설명하였다 :「입법부의 "분명한 목적"은 우선 먼저 제정법 자체의 분명한 언어를 참조함으로써 결정된다. 구체적인 규정들 대신 입법부의 폭넓은 목적을 적용하는 것은 의회가 다루도록 요구받는 문제들의 복잡성과 입법부의 행동의 역학관계를 무시한다. 의회는 모호한 사회적 또는 경제적 악을 근절하기 위한 의도에 있어서는 만장일치일 수 있다 ; 그러나 의원들이 그 의도를 실현하기 위한 수단에 있어서는 날카롭게 대립할 수 있기 때문에, 법률의 최후의 용어는 심하게 투쟁한 이후의 타협을 반영할 수 있다. 제정된 법률 자체의 용어 대신 입법부의 분명한 목적을 끌어들이는 것은 타협의 과정을 고려하지 않는 것이고, 결국 의

246) Manning, 앞의 논문(각주 141), 102쪽

회의 의도를 실현하는 것을 방해한다.」[247]

나. 입법적 타협의 존중

Manning에 의하면, 위와 같이 입법절차에 내재된 복잡성, 경로의존성, 불투명성을 받아들인다면, 목적주의가 제시한 '제정법의 목적'은, 애초에 그러한 입법을 촉발한 동기가 될 수는 있을지언정, 입법절차를 거쳐서 의회의 의원들 중 헌법상 정족수로 요구되는 다수가 법률안을 통과시킬 때까지 실제로 원했던 것이라고, 또한 더욱 중요하게는, 실제로 성취할 수 있었던 것이라고 믿을 만한 근거가 없게 된다. 이에 따라, '어의론적 의미에 기한 해석이 외견상 정책적 정합성에 들어맞는 것으로 보이는 해석보다 입법부 우위의 관념에 부합하는지'의 질문에 대하여, 문언주의자들은 다음과 같이 답변한다 : 「문언주의는 제정법 문언에 관한 명백한 어의론적 맥락에 우선권을 부여함으로써, 입법부의 우위에 대한 보다 합당한 설명을 제공하는데, 왜냐하면 어의론적 의미가 해석자들로 하여금 헌법적 구조의 기획과 이를 보충하는 입법절차 규칙들에 내재된 '입법적 타협의 중요성'을 존중하도록 할 수 있기 때문이다.」[248]

현대 정치학자들은 미국 연방헌법 제1조 제7항의 양원제와 대통령에 대한 법률안이송제의 요건은 입법에 관여하는 정치적 기관들을 서로 다른 유권자 집단에 상응하는 3개의 다른 기관들, 즉 하원, 상원, 대통령으로 나눔으로써 효과적으로 가중다수결의 요건을 만들어낸다고 설명한다.[249] 이러한 헌법적 구조는 결정비용을 증가시킴으로써 어느 한 당파가 사적인 이익을 위하여 입법을 하는 것을 어렵게 만든다는 것이다. 이

247) Board of Governors of Fed. Res. Sys. v. Dimension Fin. Corp. 474 U.S. 361(1986), Easterbrook 판사는 같은 주제를 전개하면서, "만약 주어진 제정법 용어가 원칙에서 벗어난다면(unprincipled), 그것은 타협의 상태이다. 법률은 화살표라기보다는 벡터이다. 특히 당신이 이익집단들의 작용을 볼 때에는."이라고 언급하였다. 이는 다른 말로 하면, 법은 혼란스럽고, 울퉁불퉁하며, 그 명백한 목적과 잘 맞지 않는데, 이는 의회가 근시안적이거나 부정확하기 때문이 아니라, 입법은 타협을 수반하고, 타협은 본성상 깔끔하지 않기 때문이라는 것이다 : Manning, 앞의 책(각주 42), 62쪽

248) Manning, 앞의 논문(각주 141), 103쪽

249) Buchanan & Tullock, The Calculus of Consent, 233~248쪽 ; 제2장 제2절 '3. 미국 헌법상 규정된 입법절차의 의의'도 참조

러한 현상은 성가시고 분절된 연방 입법절차에 의하여 증폭되는데, 그러한 절차는 정치적 소수파들에게 입법을 방해하거나 지연시킬 수 있는 특별한 권한을 부여한다. 즉 입법절차는 정치적 소수파들- 때로는 다수의 경쟁하는 정치적 소수파들-로 하여금 법률의 제정을 제지하고 동의의 대가로 타협을 요구할 특별한 권한을 갖도록 하는 것이다. 게다가 이러한 점은 상하 양원이 채택한 중요한 입법 절차 규칙들에 의하여 강화된다. 많고 다양한 거부권의 관문들을 세워둠으로써, 입법절차는 분명히 현상유지에 유리하도록 기획되어 있고, 어떠한 다수파가 그 정책적 충동을 매끄럽게 법률로 제정시키는 것을 어렵게 만든다. 어떠한 입법절차들-가장 주목할 만하게는, 의사 진행 방해와 만장일치의 요건들에 관한 상원의 규칙들-은 상당히 명백하게 소수파와 비주류에 속한 자들의 이익을 보호하려고 한다. 복잡한 입법절차는 대체로 의원들, 위원회들, 또는 소수파 연합들로 하여금, 종종 법률안의 종국적 통과에 필수적인 모종의 타협을 요구할 수 있도록 하고, 또한 입법절차의 진행을 늦추거나 정지시키는 많은 기회를 만들어준다. 입법절차의 이러한 특성은 상당한 장점이 있을 것이지만, 또한 입법적 타협의 결과는 종종-해석자들이 보기에-훨씬 다루기 힘들고 원칙에서 벗어난 것처럼 보이게 될 것임을 의미한다.

이러한 견지에서, 문언주의자들은 입법부 우위에 대한 존중은, 법원이 일관된 제정법의 목적을 끌어내려고, 그리고 문언을 억지로 그에 맞추어 해석하려고 시도하기 보다는, 이렇게 종종 자의적인 입법적 타협을 존중할 것을 요구한다고 주장한다. 문언주의자들에 따르면, 만약 사법부가 스스로에게 '모든 이상하게 만들어진 법 규정을 전체적인 목적과 보다 일관되도록 만들기 위하여 바로잡을 수 있는 권한'이 있다고 여긴다면, 그러한 제정법 해석 실무는 복잡하고 고된 입법절차에서 생겨나 최종적인 제정법 문언으로 나아가게 된 타협의 구도를 혼란스럽게 할 위험이 있다는 것이다.[250]

위와 같은 관념에 따라 Scalia 대법관은 Casey 판결에서, 애초에 입법

250) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 62쪽

을 촉발한 제정법의 목적이 시민권 소송에서 승소한 원고들에게 소송비용을 회수할 수 있도록 하여주는 것이었다고 하더라도, 그 후 복잡한 입법절차를 거쳐 실제 제정된 법률 문언의 어의론적 의미가 "변호사 비용"에 "전문가 비용"을 포함시키지 않는 것으로 나타났다고 하면, 법원은 그러한 입법과정에서 있었을 이해관계인들의 타협을 존중하여야 하고, 그와 달리 만약 반대의견처럼 외견상의 입법 목적을 끌어들여 제정된 법률 문언과 다른 해석을 한다면, 이는 입법과정에서 있었을 타협의 구도를 훼손하는 것이 될 것이라고 판단한 것이다. 이는 목적주의자인 Stevens 대법관이, 입법자들은 당초에 이 사건 법률 규정상 변호사 비용에 전문가 비용까지 포함시켜 규정할 의도를 가지고 있었지만, 입법기술상의 착오 또는 예견능력의 부족 등으로 인하여 법률 문언에 그러한 의미를 제대로 담지 못하였다고 가정하는 것과 대비되는 것이다.

문언과 목적 사이의 긴장관계에 관하여 만약 법원이 이를 통상적으로 입법적 표현의 실패를 반영한다고 가정하고, 법률 규정들을 일관된 정책적 목적과 부합되게 읽으려고 노력한다면, 제정법 체계는 보다 정합적이고 합리적으로 될 수 있을 것이다. 반면, 만약 법원들이 법률 규정의 어색함이 입법적 타협을 반영한다고 가정한다면, 입법과정에서의 타협이 존중되고, 정치적 소수파들의 권리는 예상 밖의 실질적 약화로부터 더 잘 보호받게 될 것이다. Manning은, 법원이 그 중에서 어떠한 추정을 채택해야 하는지의 질문에 대한 답변은 문언과 목적 사이의 부조화의 실제 이유가 무엇인지에 관한 실증적 논점뿐 아니라, 대립하는 가치들 중 어느 것을 우선시킬 것인지에 관한 규범적 논점에도 달려 있다고 설명한다. 법원이 어떠한 해석 방법론을 채택할 것인지는 그 중 어떠한 가치들이 더 보호를 받을 만하다고 판단하는가에 따라 달라진다는 것이다.[251]

## 6. 입법 목적에 관한 일반성의 층위(Level of Generality)

### 가. 목적의 구분

---

251) Manning et al., 위의 책, 62~63쪽

신문언주의자 Manning은 또한, 목적주의를 비판하면서, 판사들이 단일한 제정법의 '목적'을 파악할 수 있다고 하는 전통적인 관념은 문제가 있다고 주장한다. 무엇보다, 제정법의 목적은 다양한 층위(level)의 일반성(generality)에서 설정될 수 있다는 것이다. 예컨대, 변호사 비용 회수에 관한 §1988 조항의 목적은 어떻게 규정할 것인가? 이 조항의 목적은, 시민권 소송의 원고들에게 변호사 비용을 상환 받게 해 주는 것인가? 만약 그렇다면, 목적과 문언은 동일하게 되고, 보다 폭넓은 입법 목적에 근거한 목적주의자들의 주장을 뒷받침할 수 없게 된다. 따라서 목적주의자들은 보다 높은 층위의 일반성을 염두에 두고 있음에 틀림없다. 그러나 얼마나 높은 층위인가? 그 조항의 목적은 모든 합리적인 소송비용을 배상해 주는 것인가? 시민권 소송의 원고들과 피고들 사이에 공정한 경쟁의 장을 만드는 것인가? 시민권 소송을 장려하는 것인가? 공정한 사회를 증진시키려는 것인가? 목적이 너무나 동떨어져서 문언에 구현된 규칙들의 어의적 의미보다 우선할 수 없게 되는 것은 어느 지점에서인가?[252]

Max Radin은 이러한 일반성의 층위의 문제를 다음과 같이 설명한다 :「여러 목적들이 존재한다. 동일한 법 규정이 동시에 여러 개의 목적들을 위한 분명한 도구가 되는 경우는 그렇게 많지 않다. 그러나 거의 모든 목적은 다른 목적을 위한 수단이다. 우리는 우리의 행동과 사고에서 직접적 목적과 이면의 배경 목적을 구별한다 ..... 도박 계약을 무효화시키는 법 규정을 본다면, 우리는 단순히 그 목적이 도박을 억제하려는 것이라고 말할 수 있는가? 그것은 분명히 더 먼 목적이지만, 그 직접적인 목적은 보다 작은 것이다. 그것은 도박계약에 기한 소송을 제기하는 것을 불가능하게 만들거나 적어도 계약의 도박적 성격을 수세적 입장으로 만들려는 것이다 .... 법률을 그 목적에 의하여 해석하는 것은 법원으로 하여금 연쇄적인 목적들 중 하나를 선택하도록 요구하는 것이고, 이러한 선택은 보통 숨겨진 동기들에 의하여 결정되는 것이다. 일반성의 가장 높은 층위에서, 모든 제정법들의 궁극적인 목적은 정의와 법적 안정성인 것이다.」[253]

---

252) Manning et al., 위의 책, 63쪽
253) Manning et al., 위의 책, 63~64쪽

Radin의 위 주장과 같은 취지에서, 신문언주의자들은 전통적인 '제정법 목적'의 관념에 대한 두 번째 반론을 제기한다 :「전통적 목적주의자들이 목적을 제정법의 목적의 관점에서 생각하는 반면, 문언주의자들은 제정법이 목적과 수단에 관한 선택을 구현한 것임을 강조한다. 채택된 수단은 해석자들에게 입법부가 그 목적을 성취하기 위하여 지불할 용의가 있었던 가격에 관한 정보를 제공한다. 예컨대, 수단에 관한 입법부의 중심적 선택은 그들의 정책을 실시하기 위하여 규칙(Rule)에 의존할 것인지 아니면 기준(Standard)에 의존할 것인지이다.[254]」[255]

Easterbrook 판사는 어의론적 의미는 입법자들로 하여금 지시를 규칙으로 혹은 기준으로 정립할 수 있는 권능을 부여한다고 설명하였다.[256] 이러한 가능성은 타협에 도달하고 또 이를 기록하는 데에 있어서 매우 중요하다. 만약 해석자들이 '합리적인 사람이 맥락 속에서 그 법률 용어를 이해했을 방법'에 주목한다면, 입법자들은 정책적 지시를 담을 때에 법률 용어의 구체성(즉, 일반성)의 정도를 크게 할 것인지 작게 할 것인지 선택할 수 있다. 여기서 법률의 일반성 문제와 관련하여 자주 사용되는 사례를 생각해 볼 수 있다.[257] 법률로 공공장소에서 반드시 끈을 매도록 요구하는 대상으로 "동물들", 또는 "잠재적으로 위험한 동물들", 또는 심지어 "개과 동물들"이라고 하는 대신, 법률 기초자가 끈을 매도록 하는 법률을 "개(dogs)"에 적용되는 것으로 선택할 수 있다. 만약 입법부의 책임자가 끈을 매는 법률을 개에 대해서만 제한하는 것으로 타협하기를 원한다면, 그 어의론적 범주로부터 추상해서 그 배후에 있는 분명한 목적(공원의 행인들을 잠재적으로 위험하거나 방해가 되는 동물들로

254) 일반적으로 법규범은 그것을 해석하고 집행하는 판단자에게 어느 정도의 재량을 부여하는가에 따라 재량의 폭이 좁은 규칙(rule)과 그 폭이 넓은 기준(standard)으로 나누어지는데, 어떠한 법규범이 판단자로 하여금 주어진 사실관계에 대하여 단정적인 답을 할 수밖에 없도록 구속력을 갖는 경우에는 규칙(rule)에 가까운 것으로 볼 수 있고, 반면 어떤 법규범이 판단자로 하여금 주어진 사실관계에 대하여 배후의 원리, 정책을 직접적으로 적용할 여지를 넓게 부여하는 경우에는 기준(standard)에 가까운 것으로 볼 수 있다고 설명된다. : 홍진영, 앞의 논문(각주 62), 6쪽, 8~10쪽

255) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 64쪽

256) Easterbrook, "Text, History, and Structure in Statutory Interpretation," 17 Harvard Journal of Law and Public Policy 61 (1994), 68쪽

257) Manning, 앞의 논문(각주 141), 105쪽

부터 보호한다고 하는)으로 나아가는 것은 그 정확하게 표현된 금지를 보다 그럴듯한 일반적인 목적에 포섭될 수 있는 모든 다른 동물들에까지 적용되도록 변형시킬 것이다. 해석자가 그와 같이 변경하는 것은, 개방적 기준(standard)이 아니라 정확한 규칙(rule)을 채택한 입법부의 분명한 선택을 훼손하는 것이다. 합리적인 사람이 채택하였을 정책에 관하여 물음으로써(합리적인 사람이 그 단어를 어떻게 이해했을지 대신), 목적주의 판사들은 입법자들로 하여금 입법절차 내에서 기준 대신 규칙을 선택할 것인지에 관하여 타협을 하는 것을 훨씬 더 어렵게 만든다. 이와 같은 취지로 Easterbrook 판사는 다음과 같이 적었다 : 「X라는 목표를 성취하려고 하는 입법부는 2가지 방법 중 하나를 선택할 수 있다. 첫째, 의회는 목표를 설정하고, 기준(Standard)을 정하여 법원이나 행정기관들로 하여금 그 목표를 달성하기 위한 규칙을 설계하도록 지시하면서, 그 규칙은 의회 스스로가 선택하지 아니할 수 있다. 둘째 방법은 의회가 직접 규칙(Rule)을 선택하는 것이다. 의회는 Y라는 규칙을 통하여 X라는 목표를 추구한다. Y의 선택은, 'X라는 목표가 의회에 대하여 가지는 가치'의, 'X를 성취하기 위하여 얼마나 노력하는가'의, 그리고 'X를 성취하다가 어디서 멈추어야 하는가'의 척도이다. 다른 규칙처럼, Y는 부정확하고, 과대 또는 과소 포함하게 되어 있다. 그렇다고 하여 법원이 그 불가피한 부정확성을 인지하고, Y라는 규칙에 무언가를 첨가하거나 또는 빼면서, 그렇게 하는 것이 X라는 목표를 더 잘 성취할 수 있다고 주장하는 것이 옳게 되는 것은 아니다. X를 추구할 수단을 사법부가 선택하는 것은, 입법부가 X를 얻기 위하여 한 수단의 선택을 대체하고 직접 무효화시키는 것이다. 그것은 입법부가 법의 공백을 메울 권한을 위임할 것인지 아니면 위임하지 않고 그대로 보유할 것인지에 관하여 한 선택을 부정하는 것이다.」[258]

나. 법률 문언에 관한 일반성의 층위

258) Easterbrook, 앞의 논문(각주 154), 546~547쪽

나아가 헌법과 의회의 절차규칙들이 입법적 타협을 강조하는 것을 고려할 때, 사법부가 명백한 어의론적 의미를 고수하는 것은 입법부로 하여금 타협을 할 권한을 유지하도록 하는 데에 핵심적인 중요성을 띤다. 법원이 어의론적 의미의 세부사항을 존중함으로써, 입법자들은, 정책을 그들이 합의한 바에 연결시키기를 원하는 정도에 따라, 법률 문언에 관한 일반성의 층위(level of generality)를 표현할 수 있게 된다. 필요한 입법적 거래의 권한을 가진 지각 있는 사람들이 법률에 대한 그들의 동의의 대가로 제한을 부과하려고 하였다면, 법원이 적절한 어의론적 세부사항을 선택하는 것은 그 결과로서의 타협을 설명하는 유일하게 효과적인 방법이다. 입법자들은 법률의 제정을 용이하게 하기 위하여 절반 정도의 성과를 수용하면서 인식된 폐해를 완전히 처리하지는 못하는 법률 규정으로 타협하였을 수도 있다. 또는 그들은 폭넓은 법률 용어에 대한 제한(qualification) 또는 예외에 관하여, 법안 통과에 지장을 줄 가능성이 있는 거래를 삼갔을 수도 있는 것이다.

반대로, 만약 어의론적 의미가 맥락 속에서 명확한데도, 법원이 문언에서 벗어나 배경 목적으로 넘어가도록 권한을 행사한다면, 정책을 보다 넓거나 좁은 용어로 열심히 구성한 입법자들이 믿을만하게 그러한 목적을 달성하는 것이 어렵게 된다. 따라서 목적주의자들이 하나의 해석으로부터 다른 해석으로 전환하기 위하여 주장된 법의 '정신'에 의존할 때에, 그들은 법을 따르는 것을 명백히 거부하는 것만큼이나 효과적으로 입법부의 선택을 거역하는 것이다. 이것은 Scalia 대법관이 Casey 판결에서 다수의견을 위하여 "제정법의 목적은 그것이 바꾸려고 하는 것뿐 아니라, 내버려두기로 한 것까지 포함하는 것이다." 그리고 "그 목적의 최상의 증거는 양원에 의하여 채택되어 대통령에게 제출된 제정법의 문언이다."라고 설시하였을 때에 말하고자 하였던 것이다.[259]

## 7. 소결

259) Manning, 앞의 책(각주 42), 64쪽

최근에, 문언주의에 찬성하거나 또는 동정적인 대법관들은 '입법은 타협을 수반하고, 따라서 해석자들은 법 규정에 의하여 추구되는 목적뿐 아니라 그러한 목적을 달성하기 위하여 선택된 수단에도 면밀한 주의를 기울여야 한다'는 명제로 다수의견을 끌어들일 수 있었다. 더욱 놀라울만한 것은, 심지어 비문언주의 판사들조차 때때로 유사한 주장을 하는 것으로 보인다는 것이다. 예컨대, Stevens 대법관은 "법 규정들은 단일한 목적을 추구하기 위하여 고안되는 경우가 거의 없고, 주된 목표를 가장 효과적으로 추구할 최선의 수단이 아니라 하더라도, 법률 제정을 위한 타협과정에서 채택될 수 있다."고 설시하였고[260], Blackmun 대법관은 "어떠한 입법도 모든 비용을 감수한 채 그 목적만을 추구하지는 않는다. 어떠한 대립되는 가치들이 특정한 목적의 달성을 위하여 희생되거나 희생되지 않도록 결정하는 것은 바로 입법적 선택의 본질이다. 그리고 단순히 제정법의 최우선 목적을 증진시키는 것은 어느 것이나 법이 되어야 한다고 가정하는 것은 입법부의 의도를 실현시키기 보다는 혼란시킨다."고 설시하였다.[261]

Manning은 입법적 타협에 대한 존중이라고 하는 위와 같은 관념을 받아들인다면, 문언의 어의론적 의미를 우선시하는 문언주의 방법론이 정책적 고려를 중시하는 목적주의 방법론보다 우월하다고 결론지을 수 있다고 설명한다. 타협을 요구할 권한을 가진 일단의 입법자들은, 그 합의된 결정이 진행된 정확한 내용을 구체화할 수 있는 수단을 보유해야 한다. 확실히, 제정법의 용어선택(wording)이 우연히 이루어진 사건들에서는, 그 입법부의 지시를 외견상의 입법 목적을 보다 정확하게 반영하도록 조정하지 않고 쓰인 그대로 집행하는 경우, 그로 인한 사회적 비용이 발생할 것이다. 그러나 앞에서 논한 바와 같이 복잡한 입법절차의 결과들을 재구성하는 것에 관한 어려움들을 고려할 때, 반대의 전략-정책적 정합성(policy coherence)을 위하여 어의론적 통합성(semantic integrity)을 희생하는 것-은 그러한 비용을 회피할 수 있더라도, 이는 충돌하는 정책적 충동들을 믿을 만한 타협으로 환원하는 입법부의 능력

260) Landgraf v. USI Film Prods., 511 U.S. 244 (1994)
261) Pension Benefit Guar. Corp. v. LTV Corp. 496 U.S. 633 (1990)

을 위태롭게 함으로써만 가능하다는 것이 Manning의 주장이다.[262] 헌법과 의회 절차규칙의 관련 규정들에서 입법적 타협이 가지는 중요한 위치를 고려하면, 어의론적 통합성보다 정책적 정합성을 선호하는 것은 입법부 우위에 대한 잘못된 이해를 반영한다는 것이다. 문언주의자들은 어의론적 의미를 중요하게 여기는데, 이는 충실한 대리인으로서의 의무는 추상적인 입법부가 아니라, 입법절차의 복잡하고 미묘한 장애를 제거할 수 있었던 구체적인 결과물을 존중하는 것이라고 믿기 때문이라고 Manning은 주장한다.

Manning에 의하면, 결국 어의론적 의미와 입법적 타협에 관한 이러한 직관은 현대 대법원에 가장 큰 영향을 끼친 문언주의적 가정의 근저에 있는 것이다. 또한 Stevens 대법관도 인정하였듯, 법률은 단일한 목적을 추구하기 위하여 만들어지는 경우가 거의 없고, 그 제정에 필요한 타협은 그 주된 목적을 가장 효과적으로 추구할 수 있는 수단이 아닌, 다른 수단을 채택하도록 요구할 수도 있으며, 판사들은, 의회가 선택한 최종 목적뿐만 아니라, 의회가 그러한 목적을 추구하는 데에 적절하다고 생각하여 규정한 수단들에도 구속되는 것이다.[263]

## 제4절. 신문언주의 이론의 진화

### 1. 개관

1980년대에 신문언주의가 전통적 방법론에 반대하며 등장하였을 때에 그 주창자들은 특히 입법사의 사용에 대하여 비판의 초점을 맞추었다. 그러한 비판에 있어서 초기 신문언주의자들은 실증적 논거와 규범적 논거를 함께 주장하였다. 즉 그들은 '제정되지 않은 입법사를 법률 규정의 의미에 관한 권위 있는 증거로 다루는 것은 헌법상 양원제와 대통령이송

262) Manning, 앞의 논문(각주 141), 106~107쪽
263) Manning, 위의 논문, 108쪽

의 요건을 우회하는 것'이라거나, '해석적 조사를 문언뿐 아니라 입법사에까지 확장하는 것은 사법부의 재량을 증가시키는 것'이라거나, '문언보다 입법사를 신뢰하는 것은 법률안의 제정에 필수적인 입법적 타협을 허물어뜨릴 위험이 있다'는 등의 다양한 근거를 제시하였던 것이다.[264]

Manning에 따르면, 그러나 신문언주의의 등장 초기에, 입법사의 사용에 대하여 가장 두드러지고, 가장 영향력 있는 주장은 공공선택이론에 기한 실증적 근거였다. 공공선택이론의 두 측면이 문언주의자들에게 법원의 입법사 사용을 비판하는 효과적인 근거를 제공하였다. 첫째, 초기 문언주의적 비판은 이익집단이 사적인 이익을 위하여 입법적 결과를 조작한다고 전제하는 이익집단이론에 강하게 의존하였다. 둘째, Kenneth Arrow의 사회적 선택 이론과 주로 연관된 게임 이론적 통찰에 근거하여, 문언주의자들은 입법부가 법률규정이 명백히 제기하지 아니한 문제들에 관하여 정합적인 의도나 목적을 형성할 가능성에 의문을 제기하였다. 요컨대, 초기 신문언주의는, 이익집단들이 입법부를 지배하고 입법사를 만들어냄으로써 법률을 값싸게 구매하려고 한다는 가정에 의존하였고, 또한 입법절차에 대한 깊은 회의론을 반영하여, 의미 있는 입법부의 의도를 산출해 내기에는 입법절차가 너무나 혼돈스럽다고 보았던 것이다.[265]

이에 대하여 Manning은, 그러한 신문언주의의 초기 주장들은 제정법 해석 방법론으로서 지속가능한 논거를 제공하지 못하였다고 평가한다. 신문언주의는 입법부 우위의 원칙을 전제하고, 판사들을 의회의 충실한 대리인으로 바라보는데, 그 초기 주장들이 입법절차에 대하여 본질적으로 회의적인 견해를 전제함으로써, 판사가 제정법에 구현된 의회의 지시를 집행하기 보다는, 의회에 저항해야 한다는 듯한 분위기를 띠게 되었다는 것이다.[266]

Manning은, 신문언주의의 이론적 강조점이 1990년대를 기점으로 하여 몇 가지 측면에서 변화되었음을 지적한다.[267] 그 중 주목할 사항은 다음

264) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1290쪽
265) Manning, "Textualism as a Nondelegation Doctrine", 97 Colum L Rev. (1997), 675쪽
266) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1317쪽

두 가지이다. 첫째, 지도적 문언주의자들-특히 Scalia 대법관-이 입법절차에 관하여 현실주의적·실증적 주장보다는 형식주의적·헌법적 주장을 보다 강조하게 되었다는 점이고, 둘째, 문언주의의 보다 제한적이면서도 보다 근본적인 전제, 즉 '법원은 제정법 문언의 어의론적 내포가 그 외관상의 입법 목적을 완전히 표현하지 못한다고 하더라도, 명확하게 표현된 제정법 문언을 집행해야 한다'는 관념이 확실히 전면으로 등장하였다는 점이다. Manning은 위와 같은 이론적 강조점의 변화를 겪은 이후의 신문언주의를 '2세대 문언주의(Second-Generation Textualism)'라고 부르면서 초기의 '1세대 문언주의'와 구별하고 있는데, 위와 같은 이론적 변화들 중 첫 번째 변화는 보다 강경한 어조를 나타내었지만 실제로는 큰 영향력을 가지지 못하였던 반면, 두 번째 변화는 보다 온건하였지만 신문언주의에 이론적인 매력을 더하여 줌으로써 연방대법원의 제정법 해석 실무에 상당한 영향력을 끼쳤다고 평가한다. 이하에서 신문언주의의 이론적 진화를 살펴본다.

## 2. 헌법적 구조 논거의 강조

첫 번째의 변화는 주로 문언주의자들의 문언에 나타난 어조에 있어서의 변화였는데, Manning에 의하면, 표현에 있어서는 보다 강경하였지만, 실제 효과는 상대적으로 크지 않았다.[268] 그러나 특히 Scalia 대법관의 작업은 주목할 만하게 변화하였다. 비록 Scalia가 실증적 논거에 관한 현실주의적 관심을 포기하지 않은 것은 분명하지만, 1990년대 초부터 그의 주장에는 양원제와 대통령 이송제 및 관련된 위임금지의 전제들과 같은 형식주의적·헌법적 관심들에 명백히 무게가 실리기 시작하였다. Scalia의 헌법적 주장은 전형적으로 완곡한 형태였고, 입법사의 사용에 대한 그의 현실주의적·실증적 비판들을 '의회는 입법사가 아니라 법률을 통과시킨다'고 하는 형식주의적 관념에 거칠게 연결시키는 것이었다. 그러나 1990년대 초까지, 미국 연방 입법권의 위임 및 구성에 관한 미국 연방헌법

267) Manning, 위의 논문, 1317쪽
268) Manning, 위의 논문, 1304쪽

제1조[269]에 근거한 형식주의적 논증들이 중심으로 옮겨졌다. 예컨대, 1993년에, Scalia 대법관은 다음과 같이 적었다 : 「입법사의 가장 큰 결점은 그 비합법성이다. 우리는 법률에 의하여 지배되는 것이지, 입법자들의 의도에 의하여 지배되는 것이 아니다. 법원이 1844년에 설시하였듯이 "통과된 대로의 법률이 양원의 다수의 의사이고, 그러한 의사가 말하여진 유일한 형태는 법률 자체에만 존재한다."」[270]

또한 미국 연방대법원이 1994년에 선고한 Bank One Chicago v. Midwest Bank & Trust Co. 판결[271]에서, Stevens 대법관이 입법부 의

---

269) **미국 연방헌법 제1조(입법부)**

**제1항**

이 헌법에 의하여 부여되는 모든 입법권은 미국 연방 의회(Congress of the United States)에 속하고, 연방 의회는 상원(Senate)과 하원(House of Representatives)으로 구성한다.

**제7항**

제1절 : 세입 징수에 관한 모든 법률안은 먼저 하원에서 제안되어야 한다. 다만, 상원은 이에 대해 법안에서와 마찬가지로 수정안을 발의하거나 수정을 가하여 동의할 수 있다.

제2절 : 하원과 상원을 통과한 모든 법률안은 법률로 확정되기에 앞서 대통령에게 이송되어야 한다. 대통령이 이를 승인하는 경우에는 이에 서명하며, 승인하지 아니하는 경우에는 이의서를 첨부하여 이 법률안을 발의한 의원으로 환부해야 한다. 법률안을 환부 받은 의원은 이의의 대략을 의사록에 기록한 후 이 법률안을 다시 심의해야 한다. 다시 심의한 결과, 그 의원의 3분의 2 이상의 찬성으로 가결할 경우에는 이 의원은 이 법률안을 대통령의 이의서와 함께 다른 의원으로 이송해야 한다. 다른 의원에서 이 법률안을 다시 심의하여 의원의 3분의 2 이상의 찬성으로 가결할 경우에는 이 법률안은 법률로 확정된다. 이 모든 경우에서 양원은 호명, 구두표결로 결정하며, 그 법률안에 대한 찬성자와 반대자의 성명을 각 원의 의사록에 기재해야 한다. 법률안이 대통령에게 이송된 후 10일 이내(일요일은 제외)에 의회로 환부되지 아니할 때에는 그 법률안은 대통령이 이에 서명한 경우와 마찬가지로 법률로 확정된다. 다만, 연방 의회가 휴회하여 이 법률안을 환부할 수 없는 경우에는 법률로 확정되지 아니한다.

제3절 : 상·하 양원의 의결을 필요로 하는 모든 명령, 결의 또는 표결(휴회에 관한 결의는 제외)은 이를 대통령에게 이송해야 하며, 대통령이 이를 승인해야 효력을 발생한다. 대통령이 이를 승인하지 아니하는 경우에는 법률안에서와 같은 규칙 및 제한에 따라서 상원과 하원에서 3분의 2 이상의 의원의 찬성으로 다시 가결해야 한다.

**제8항**

제1절 : 연방 의회는 다음의 권한을 가진다. ....

제18절 : 위에 기술한 권한들과 이 헌법이 미국 정부 또는 그 부처 또는 그 관리에게 부여한 모든 기타 권한을 행사하는 데 필요하고 적절한 모든 법률을 제정한다.

270) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1305쪽

271) Bank One Chicago v. Midwest Bank & Trust Co., 516 U.S. 264

도의 징표로서 위원회 보고서를 사용하는 것을 이른바 '위임이론(delegation theory)'에 근거하여 옹호하면서 "입법자들은, 다른 바쁜 사람들처럼, 공적 책임을 이행할 때에 종종 믿을 만한 동료들의 판단에 의존한다. 만약 법률이 양당의 지지를 얻고 그 주제에 관하여 잘 아는 위원회들에 의하여 주의 깊게 고려되었다면, 하원의원들과 상원의원들은 투표를 할 때에 위원회 구성원들의 견해에 적절히 의존할 수 있다. 그러한 상황에서는, 대부분의 의원들이 믿을 만한 위원회의 견해를 기꺼이 지지하기 때문에, 법안 기초 과정에 관여한 사람들의 의도는 전체 의회의 의도로 적절하게 간주될 수 있다."고 설시하였는데, 이에 대하여 Scalia 대법관은 일부 동조의견에서 '만약 입법자들이 정말로 법률의 정책적 세부사항을 제공하기 위하여 위원회에 의존한다고 하면, 그러한 조치는 위임금지 원칙을 위반하는 것이 될 것'이라고 주장함으로써 입법사에 반대하는 헌법적 근거를 강조하였다[272] : 「의회가 세부사항을 정하는 것을 위원회에 넘기기를 원한다고 가정하면, 헌법의 바로 첫 번째 규정은 그것을 금지한다. 헌법 제1조 제1항은 "이 헌법에 의하여 부여된 모든 입법권은 미국 연방의회에 속하고, 연방 의회는 상원과 하원으로 구성한다."고 규정한다. 이러한 권한은 위임될 수 없다고 항상 가정되어 왔다. 또는 John Locke가 표현하였듯이, 입법권은 법률을 만드는 권한이지, 입법자를 만드는 권한이 아니다. 하원이, 법안의 개요만을 전체 의회의 표결로 채택할 뿐, 하위의 세부사항들은 관할 위원회들에 의해서만 표결되는 방식으로 작동하리라고는 아무도 생각하지 않을 것이다. 따라서 가사 입법이 문언을 채택하는 것이 아니라 '의도'를 형성하는 것으로 이루어진다고 하더라도(내가 동의하지 않는 명제인데), 의회는 그러한 의도의 형성을 그 구성원들 중 소규모 집단에 넘겨줄 수는 없고, 헌법이 규정하듯이, 의회 전체의 의도를 형성하여야 하는 것이다.」

이러한 분석-그의 입법사 연설에 대한 1992년 수정판에서 소개하였다-은 가정적 항변[273]의 형태를 띤다. 가사 입법절차가 실제로는 그가 이

272) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 173쪽

273) 소송에서 상대방의 주장 사실을 일단 가정적으로 인정하되, 그 주장에 의한 법률효과가 발생하지 않도록 하기 위하여 양립 가능한 다른 사실을 항변으로 주장하는 것을 말한다.

해한 바와 다르게 작동한다고 하더라도, 그러한 결과는 위임금지 원칙에 저촉된다는 것이다. 그에 따라 미묘하지만 중요한 방식으로, 1990년대의 문언주의는 보다 형식주의적이고, 헌법에 근거를 둔 분위기를 띠게 된다. 그럼으로써, 공공선택이론에 터 잡은 실증적인 가정들에 대하여는 더 적게 의존하게 되었다.

Scalia 대법관의 양원제와 대통령이송제에 대한 새로운 강조는, 신문언주의 이론을 보다 확고한 이론적 토대 위에 세운다. 초기 신문언주의의 현실주의적이고 회의적인 주장은 그 방법론을 위한 최상의 논거를 제시하지는 못한다. 법원이 그와 대등한 국가기관인 의회에 대하여 그 직무를 다른 방법으로 수행하도록-정책적 세부사항을 입법사가 아니라 문언에 넣도록- 요구하려면, 그러한 요구는 보다 상위의 법규범인 헌법에 확고하게 근거를 두는 것이 반드시 필요하다. 그렇지 않으면, 과연 법원이 입법부에 대하여 그 직무 수행방법을 고치도록 할 권한을 가지는 것인지 불분명하게 된다.[274] 확실히 판사들은, 이익집단이 친한 의원들이나 보좌관들로 하여금 입법사에 원하는 정책적 세부사항을 끼워 넣도록 함으로써 법원을 속이려고 하는지 합리적 의심을 할 수 있다. 그러나 그러한 문제를 제기할 법원의 권한은, 만약 어딘가 있다면, 입법부가 그러한 방식으로 법률의 의미를 구체화하는 것은 헌법이 이를 금지한다고 하는 판단으로부터 나와야 한다.[275] 비록 초기 문언주의자들이 확실히 헌법적 쟁점을 언급하기는 하였지만, 이는 확실히 주변적이었다. 그것을 전면에 내세움으로써, 문언주의자들이 법원의 다른 국가기관인 의회의 소관 사항에 대한 개입을 옹호하는 것은, 그러한 관행이 현명하지 못하기 때문이라고 생각해서가 아니라, 헌법에 의하여 금지된다고 여기기 때문이라는 점이 분명해지게 되었다.

### 3. 입법적 결정의 표현으로서의 문언

Manning은, 신문언주의의 두 번째 발전이 연방 법원의 제정법 해석

274) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1306~1307쪽
275) Manning, 위의 논문, 1307쪽

실무에 중요한 변화를 유발하였다고 평가한다.[276] 1990년대에 문언주의자들은 보다 범위가 좁지만 근본적인 주장, 즉 법원은 제정된 문언의 어의론적 의미가 명확한 경우, 가사 문언이 그 법률의 외관상의 전체적인 목적에 반한다고 하더라도 그 제정된 용어들을 존중하여야 한다는 주장을 강력하게 제기하기 시작하였다. 20세기 후반까지, 법원은 Holy Trinity Church v. US 판결에서 가장 유명하게 설명된 방법론-법률의 문자(문언)는, 아무리 명확하더라도, 그 명백한 정신(목적)과 충돌할 때에는, 물러서야 한다-을 꿋꿋하게 적용해 왔으나, 이는 대법원의 2세대 문언주의가 제기한 비판의 주된 표적이 되었다. Easterbrook 판사는 그의 저작들과 판결문들에서 2세대 문언주의의 지적인 체계를 발전시켰는데, 이는 다음과 같이 요약된다.[277] 첫째, 이익집단들이 절차를 지배하는지 여부와 관계없이 법률은 전형적으로 타협의 결과를 표현하고 타협은 항상 깔끔한 것이 아니다. 둘째, 법률은 목적뿐 아니라 수단에 관한 선택도 반영하고, 선택된 수단은 입법부가 그 원하던 목적을 성취하기 위하여 지불할 용의가 있었던 가격을 반영한다. 셋째, 법률의 일반성의 층위(level of generality)는 수단의 선택에 관한 매우 중요한 신호를 보내는데, 어떤 법률들은 규칙(rules)을 채택하고, 다른 법률들은 기준(standards)을 채택한다. 규칙인 법률에 대하여 기준으로 채택된 것처럼 다루거나 또는 반대의 경우는, 법률의 준수를 명백히 거부하는 것만큼이나 효과적으로 입법부의 선택을 무효화하는 것이다.

이러한 주제들은 몇몇 1세대 문언주의 저작들에서도 나타나기는 했지만, -그리고 비문언주의자들에 의하여 집필된 초기 대법원 의견들에서 효과적으로 나타났지만,- 연방대법원의 신문언주의자들이 1990년대에 이를 그 법이론의 중심으로 위치시켰다. 법원의 가장 공언된 문언주의자들인 Scalia 및 Thomas 대법관은 입법적 타협의 중요성을 개별적 의견들에서 여러 차례 강조하였다. 보다 중요하게는, 그들과 Kennedy 대법관-완전한 문언주의자는 아니지만 최소한 문언주의에 동조적인-은 그러한 논증을 명백하게 서술한 여러 의견들로 다수의 대법관들을 끌어들이는

276) Manning, 위의 논문, 1309쪽
277) 앞의 제3절 참조

데에 성공하였다. Scalia 대법관은 다수의견에서, “판사들은 정책적 논변이 제정된 문언의 관행적인 의미와 모순될 경우, 정책적 논변을 근거로 법률을 해석해서는 안 되는데, 이는 그 법률이 제정될 수 있도록 한 입법적 타협의 대상에 포함되었던 당해 논점의 이쪽 혹은 다른 쪽 측면에 관한 정책적 고려를 무시하는 결과가 되기 때문이다.”라고 적었다. Kennedy 대법관도 마찬가지로 다수의견에서 “법률의 중요한 부분에 있는 어떠한 핵심적 용어도” 전형적으로 “다투어지는 규정에 있어서 상충되는 이해관계를 가지는 집단들 사이의 타협의 결과를” 반영하고, “법원과 행정청은 이러한 종류의 타협을 존중하고 집행해야 한다.”고 설명하였다. 나아가, Thomas 대법관은 복잡한 규제적 법률의 명확한 문언으로부터 벗어날 것을 주장하는 다소 강력한 목적주의 논증을 배척하고, ‘입법절차에서 있었을 타협을 존중해야 한다’는 신문언주의적 논거에 의하여 법률 문언에 따른 해석을 채택하면서, 다음과 같이 다수의견을 설시하였다 : 「법률의 문언에 불만을 가지고, 상고인은 법률의 가장 중요한 목적을 찾아내어 적용하려고 시도한다. 그러나 불만은 종종 입법적 타협의 대가이다. 그리고 이 법안의 제정을 둘러싼 협상들은 이익집단들, 의회, 그리고 대통령 사이의 입법적 투쟁의 전형적인 이야기를 들려준다..... 그 법률안[상고인이 비판한 이상한 경계획정을 회피하는 법안]이 입법절차에서 살아남지 못했을 가능성도 상당히 높다. 위원회의 법안 수정(markup) 동안, 양원에서의 본회의 토의에서, 양원 합동 위원회 동안, 또는 대통령과의 협의 과정에서 있었던 거래들은 우리 법원이 판단하거나 사후 비판할 것이 아니다.」[278]

Manning에 의하면, 이러한 의견들은, 법률의 어의론적 내포가 명확한 경우 그 문언을 엄격히 고수하려는 법원의 경향이 같은 기간 동안 증가하는 것과 동시에 발생하였다. 확실히 법원의 그러한 원칙에의 고수는 완벽히 엄격한 것은 아니고, 목적주의는 아직도 법원에 그 옹호자들을 가지고 있다. 그러나 법원의 2세대 문언주의자들은 Holy Trinity 판결의 방법론을 법원의 주류적 법이론으로부터 떠나보내는 데에 성공하였다고

278) Barnhart v. Sigmon Coal Co., 534 U.S. 438, 461(2002)

말하는 것이 옳을 것이다. 이러한 새로운 문언주의는 법원에서 1세대의 실증적 비판이 그랬던 것보다 많은 흡인력을 가지게 되었다.[279]

## 4. 2세대 문언주의의 이론적 장점들

Manning은 초기 문언주의와 비교하여 보다 온건하지만 보다 근본적인 형태인 2세대 문언주의에는, 법원의 다수의견을 그 방법론에 반복적으로 끌어들이는 데 도움이 되었던 몇 가지 장점들이 있다고 평가한다.[280]

첫째, 2세대 문언주의는 1세대 문언주의와 같은 실증적 부담을 보다 덜 진다. 2세대 문언주의는, '법률 문언에 구현된 규칙이 법률의 외견상의 목적으로부터 이탈되면, 그러한 이탈은 입법부의 모종의 실수나 누락을 반영한다'고 하는 전제를 다툰다. 그로부터 시작하여, 2세대 문언주의는, '문언이 아무리 명확하더라도 문언을 배경 목적에 맞추는 것이 입법부의 우위에 복무하게 된다'는 관념을 반박한다. 따라서 2세대 문언주의는 상대적으로 온건한 실증적 가정, 즉 '법률의 문언이 명확하지만 그 목적과는 잘 맞지 않을 경우, 그 이상한 형태는 우연보다는 타협을 반영할 수 있다'는 가정에 의존한다. 미국 헌정체제에서의 해석자는 그러한 타협을 추정할 강한 규범적 이유를 가진다. 만약 해석자가 그와 다르게 추정한다면, 정치적 소수파들에게 입법적 변화를 제지하고 동의의 대가로 타협을 주장할 수 있는 권한을 부여한, 헌법 및 법률상의 중요한 절차적 안전판을 약화시키게 된다는 것이다. 예컨대, 정치학자들은 헌법 제1조 제7항의 양원제와 대통령이송제의 요건이 거의 가중다수결의 요건에 근접함으로써, 정치적 소수파들에게 입법적 변화를 막는 특별한 권한을 부여한다는 것을 보여주었다.[281] 상하 양원에 의하여 채택된 입법절차들-가장 주목할 만한 것으로, 위원회의 취사선택(gatekeeping), 상원의 의사

279) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1312~1314쪽
280) Manning, 위의 논문, 1314쪽
281) James Buchanan & Cordon Tullock, The Calculus of Consent (1962) ; Bradford R. Clark, Separation of Powers as a Safeguard of Federalism, 79 Tex. L. Rev. 1321 (2001)

진행방해(filibuster), 그리고 상원의 만장일치 동의 요건-은 그러한 헌법적 설계의 특성을 두드러지게 한다. 따라서 명확한 문언은 타협의 산물을 반영한다고 가정함으로써, 2세대 문언주의는 소수파들과 비주류들로 하여금 다수파에 대하여 절충을 하도록 요구할 권리를 보존하도록 하는데, 이는 가사 그 종국적 결과인 법률 규정이 깔끔하게 논리적이거나 내적으로 일관되거나 또는 당초에 다수파로 하여금 입법을 하도록 촉발한 것으로 보이는 배경 목적과 정확히 들어맞지 않는다고 하더라도 그러하다.[282]

둘째, 2세대 문언주의가 해석자들에게 오직 명확한 문언의 용어들을 엄격히 준수하도록 지시하기 때문에, 입법사를 둘러싼 실증적 혼란은 덜 두드러지게 되었다. 2세대 문언주의는 만약 문언이 명확하게 말한다면, 법원은 그 신호를 존중해야 한다고 가정한다. 따라서 새로운 문언주의적 주장은 입법사가 본래 믿을 수 없다거나 입법절차가 일관되지 않다고 하는 실증적 주장에 근거하지 않는다. 다만, '입법사와 법률문언 둘 다 명확하게 말하지만 상충되는 신호를 보낼 경우, 입법사는 법률 문언에 우선할 수 없다'고 하는 결론만을 요청할 뿐이다. 그러한 상황에서, 주장의 핵심은 문언만이 정치적 소수파들과 비주류들을 보호하는 절차적 장애물들을 통과하였다는 점인 것이다.[283]

셋째, 1세대 문언주의와 대조되게, 2세대 문언주의는 반의회적 편향이라는 비난에 덜 취약하다. 1세대 문언주의는 의회에 대하여 이익집단이 행사하는 것으로 생각되는 영향력을 통제하려고 하면서, 한편 유의미한 입법부의 의도를 산출하기에는 입법절차가 너무나 혼돈스러운 것으로 규정하였다. 그러나 2세대 문언주의는 입법절차를 그 모든 약점과 함께 받아들이는 것으로 보인다. 절차가 복잡하고 경로 의존적이라는 것을 아직 인정하기는 하지만, 2세대 문언주의는, Faber와 Frickey가 썼듯이, 판사들은 민주주의를 발견한 그대로 받아들여야 한다(judges must take democracy as they find it)는 점을 인정한다.[284] 만약 헌법과 법률이 규

282) 이에 관한 구체적 설명은 앞의 제3절 참조
283) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1315쪽
284) Manning, 위의 논문, 1315쪽

정한 절차 규칙이 소수자들과 비주류 선호자들에게 입법절차에서 비례적이지 않게 큰 발언권을 부여한다면, 판사의 직무는 명확하지만 불합리하게 쓰인 문언을 집행함으로써 그러한 절차에 효력을 부여하는 것이다. 확실히 2세대 문언주의는, 1세대 문언주의와 유사하게 이익집단의 영향력에 관하여 여전히 말한다. 즉 2세대 문언주의는 '법률은 경쟁하는 이해관계인들-이익집단을 포함한-사이의 타협의 결과를 나타낸다'고 하는 폭넓은 주장을 할 때에 이익집단의 영향력을 언급한다. 그러나 2세대 문언주의는, 1세대 문언주의와 달리, 결코 그 이론적 근거를 이익집단에 관한 실증적 주장에 의존하지는 않는다.[285]

## 5. 소결

1세대 문언주의가 공공선택이론에 근거하여 입법절차에 대하여 본질적으로 회의적으로 바라보고 입법부에 저항하는 듯한 논조를 띤 것과 달리, 2세대 문언주의는 보다 의식적으로 입법절차를 받아들인다. 즉 민주주의가 자기 규정적(self-defining)이 아니고, 판사들은 입법절차의 규칙들을 알아낸 그대로 수용하여야 한다는 중요한 통찰을 인정하는 것이다.

2세대 문언주의자들에게 중요한 것은 입법절차가 소수파들과 비주류들에게 법률이 통과되도록 하는 대가로 타협을 요구할 권리를 부여하도록 설계되어 있다는 점이다. 그러한 출발점으로부터, 2세대 문언주의자들은 '판사의 업무는 법률의 명확한 용어들이 집행되도록 보장함으로써, 해석과정에서 관련된 이해당사자들의 타협을 요구할 비상한 권한이 약화되거나 무시당하지 않도록 하는 것'이라고 주장한다. 비록 많은 이들이 2세대 문언주의의 신조들에 동의하지 않지만, 그것이 입법부 우위의 의미 있는 이론에 확고하게 의존하고 있다는 점은 부인하기 어렵다.

결국, 2세대 문언주의는, 판사들은 입법부가 그 정책을 표현한 일반성의 층위를 존중해야 한다는 단순한 관념으로 요약된다. Manning은, 2세대 문언주의는 그와 같이 '의회가 폭넓은 목표를 구현하기 위하여 보다

285) Manning, 위의 논문, 1315쪽

선호되는 수단(규칙들 또는 기준들)을 구체화함으로써 목적을 표현한다'는 점을 강조함으로써, 목적주의의 철학과도 잘 어울리게 되었고, 비문언주의자인 대법관들에게까지도 이론적 흡인력을 미칠 수 있었다고 평가한다. 그에 따라 근래의 연방대법원의 제정법 해석 실무에서는, 최소한 문언이 명백한 경우에는, 입법사나 배경 목적이 그에 배치된다고 하더라도, 원칙적으로 그 문언을 준수한다고 하는 관행이 정착되었다는 것이다.

# 제6장. 신문언주의의 실제 적용과 그 영향

신문언주의는 제정법 해석을 규범적 판단이나 정책적 판단과는 별개의 것으로 보는 형식주의(formalism)적인 성격을 가지는데, 그러한 입장에 의하면, 만약 법관이 '법이 어떠한 것인가'를 판단하는 것을 넘어서 '법이 어떠한 것이어야 하는가'까지 판단할 권한을 갖는다면, 민주주의와 권력분립의 원칙에 반하게 된다.[286] 이에 따라 신문언주의는 제정법의 해석에 있어서 입법사나 정책적 고려, 사회 공공의 가치 등 제정법 문언의 언어적 맥락과 관계없는 다른 자료를 고려하는 방법론에 대하여 비판적이고, 제정법 해석은 그 규정된 문언의 범위 내에서 이루어져야 하는 것으로 보므로, 문언의 해석을 제정법 해석의 중심과제로 삼는다.[287]

제5장에서 신문언주의의 법이론적 논거들을 살펴보았지만, 그럼에도 문언주의에 대하여는 흔히 다음과 같은 상식적이고 피상적인 인상을 가질 수 있다 :「문언주의는 판사들에 대하여 문자 그대로의(literal), 그리고 지나치게 정적인(static) 해석방법론을 적용하도록 요구한다. 또한 문언주의는 입법자들에 대하여는 그들의 정책을 제정법에 불가능한 수준까지 상세하게 규정하도록 강요한다. 그리고 문언주의는 종종 판사들로 하여금 법률규정의 문구에 얽매여 비합리적이고 부정의한 결과를 받아들이고 이를 그대로 실행하도록 강제한다.」

만약 문언주의가 정말로 위와 같은 것들을 요구한다면, 법률을 해석하는 판사들에게 문언주의를 받아들이라고 주장한다는 것은 부당하게 보일 수 있다. 그러나 위와 같은 비판은 신문언주의(The New Textualism)를 문자 그대로 해석하는 직해주의(literalism) 또는 엄격해석주의(strict constructionism)와 동일한 것으로 오인한 데에서 비롯된 것일 수 있다. 현대의 신문언주의자들은 제정법 해석의 문언(text)을 해석함에 있어서 맥락(context)의 중요성을 강조한다. 또한 그들은, 제정법의 문언이 이른

286) 김종구, 앞의 논문(각주 48), 287쪽
287) 최봉철, 앞의 책(각주 47), 262쪽 이하

바 '편집상의 오류'에 해당하는 경우나 문언 그대로 해석하는 것이 참을 수 없을 정도로 부조리한 결과(absurd result)를 낳는 경우에까지 무조건 문언에 얽매인 해석을 주장하는 것은 아니다. 다만 정말로 그러한 예외적인 경우에 해당하는지 신중하게 판단하여야 한다고 주장할 뿐이다.

신문언주의를 정확하게 이해하기 위해서는 신문언주의자들이 문언의 의미를 어떻게 바라보고 있는지, 제정법 해석 사건들에서 신문언주의의 방법론이 실제로 어떻게 적용되는지에 관하여 분명한 인식을 가지는 것이 필요할 것이다. 이하에서 신문언주의 방법론의 실제 적용과 그 방법론이 미국 연방대법원 실무에 미친 영향에 관하여 살펴보기로 한다.

## 제1절. 신문언주의 방법론 개관

### 1. 신문언주의의 해석목표

20세기 초의 형식주의자들은 - '명백한 의미' 학파('plain meaning' school)라고도 불렸는데 - 언어는 그 자체의 본원적인(intrinsic) 의미를 가지고, 의회가 그러한 의미에 따라 법률을 제정하면, 법원은 법률 규정의 본원적인 의미를 발견만 하면 된다고 생각하였다. 그래서 때때로, 법원은 제정법의 "네 모서리 안"에서 해석을 한다고 주장하곤 하였고, 또는 "제정법 문언이 명백한 의미(plain meaning)를 가질 때에는, 해석의 의무는 생기지 않는다."[288]고 선언하기도 하였다.

그러나 신문언주의에 의하면, 이와 같이 문자 그대로 해석하는 직해주의(literalism) 혹은 엄격 해석주의 (strict constructionism) 방법론은 제정법의 해석에 있어서 맥락(context)이나 일반 대중의 이해(common public understanding)를 고려하지 않고, 단어의 사전적 정의(dictionary definitions of words)에만 따르는 것이다. 오늘날의 신문언주의자들은 언어가 맥락(context)과 상관없이 본원적인 의미를 가진다고 믿지는 않는

288) Caminetti v. United States(1922)

다. 신문언주의자들은 형식주의자들처럼 제정법 해석의 기초를 제정법의 문언에 두고 있지만, 언어는 오직 맥락 속에서만 의미를 가진다고 믿기 때문에, 고립된 단어의 사전적 의미가 아니라 전체 맥락 속에서의 단어의 통상적인 의미(ordinary meaning)에 관심을 가진다. 또한 신문언주의자들은, 제정법에 규정된 문언은, 다른 언어들과 마찬가지로, 관련된 언어 공동체(linguistic community)가 그 문언에 공통적으로 이해한 내용을 부여하고, 특정한 맥락 속에서 그 문언을 해독하기 위한 관행들과 실천들을 공유할 수 있을 때에만 의미를 가질 수 있다고 하는 통찰을 받아들여 왔다.

이것은 언어가 일정한 의미를 가지지 않는다는 뜻은 아니다. 단지 언어의 의미는 관련된 언어 공동체가 공유하는 이해와 관행에 의하여 결정된다는 것이다. 우리는 "No vehicles in the park(공원 내에 탈 것 금지)."라는 규정이 무엇을 의미하는지에 관하여 대략적인 관념은 가지고 있는데, 이는 우리가 "vehicle(탈 것)"이라고 말할 때에 그 의미하는 바가 무엇인지에 관하여 우리 사회가 합의에 이르렀기 때문이다. 그리고 물론, 그 용어는, 다른 많은 것들처럼, 다른 문맥에서는 다른 의미들을 갖는다. "vehicle"은 "사람이나 물건이 그 안에 또는 그 위에서 옮겨지거나 옮겨질 수 있는 것"을 의미할 수 있지만, 또한 "어떠한 목적을 달성하기 위하여 사용되는 매개체로서의 예술 형태[289]"를 의미할 수도 있다. 그러나 우리는 "No vehicles in the park(공원 내에 탈 것 금지)." 규정은 그 단어를 두 번째가 아니라 첫 번째의 의미로 사용하였다는 것을 의식적으로 생각하지 않아도 곧바로 안다. 따라서 우리가 언어들이 주변 문맥 속에서 사용된 방식을 인식할 수 있는 언어적이고 문화적인 능력을 가졌기 때문에 언어들은 우리에게 의미를 가지고, 이것이 매일의 일상회화에 관하여 진실인 것처럼 법률 규정에 관하여도 진실이다.[290] 따라서 제정법의 문언을 해석할 때에 신문언주의 법률가는 이렇게 묻는다 : "숙련되고 합리적인 언어 사용자라면, 전체적인 맥락 속에서 그 제정법 문언의 의미를 어떻게 이해할 것인가?"[291]

---

289) 예컨대, Music can be a vehicle for ideas(음악은 사상의 전달 수단이 될 수 있다).
290) 앞의 각주 214) 참조

## 2. 신문언주의의 해석방법

위에서 본 바와 같이 신문언주의자는 제정법 문언의 의미가 맥락(context)에 달려있다고 주장하고, 중요한 해석 문제가 제기되는 사건에서는 문제되는 제정법 문언의 의미가 명백하지 아니한 경우가 대부분이며, 신문언주의자들은 문언이 애매모호할 경우 제정법의 목적은 그 자체가 (정책적) 맥락에 관련된 중요한 요소라는 것을 인정하고 있다. 따라서 신문언주의자들은 '숙련되고, 합리적인 언어사용자가 문언을 그 주어진 맥락에서 어떻게 이해하였을 것인가'의 질문에 대한 해답을 구하기 위하여, 문언의 '어의론적 맥락'에 관한 증거-관련된 사회적, 언어적 관행들을 잘 아는 합리적인 사람이 그 언어를 사용하는 방법에 관한 증거-뿐 아니라, '정책적 맥락'에 관한 증거-법률을 제정한 합리적인 입법자들이 폐해를 누르고 개선책을 추진하기 위하여 취한 방법에 관한 증거-도 역시 고려한다. 신문언주의자는 정책적 맥락에 관한 증거보다 명확한 어의론적 맥락에 관한 증거에 우선권을 부여할 뿐이다.

신문언주의가 제정법 문언의 의미를 밝히기 위하여 주로 사용하는 해석 수단은 사전과 문법서, 그 규정이 포함된 법률 전체의 구조와 그 법률 내의 다른 규정들, 해당 사항과 관련된 다른 법률들의 규정 내용, 확립된 해석규칙들(canons of construction)[292] 등이다. 이러한 수단들을 사용하여 신문언주의자는 다음과 같이 해석한다. ① 입법자와 같은 언어공동체에 속한 숙련되고 합리적인 언어 사용자가 제정법에 사용된 단어를 읽고 전체 맥락 속에서 이해하였을 통상적(ordinary) 또는 합리적(reasonable) 의미를 밝히려고 노력한다. ② 의미가 다의적이거나 애매한 경우, 사전과 문법서 같은 보조수단을 참조한다. ③ 이러한 보조수단에 의해서도 문제가 해결되지 않는 경우, 법률 전체의 구조나 언어의 맥락에서 그 단어를 전체적으로 독해한다. ④ 그럼에도 불분명한 경우, 다른

291) Manning, 앞의 논문(각주 94), 108~109쪽

292) Eskridge는 신문언주의의 해석규칙(canons of construction)은 원칙적으로 문법 및 논리규칙, 절차주의(proceduralism)와 연방주의(federalism)라고 설명한다. 논리규칙은 "expressio unius est exclusio alterius", "eiusdem generis"와 같은 논리 추론규칙이고, 절차주의는 행정기관 해석 존중원칙을 의미한다. : Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 663쪽

법률과 관련하여 판단하거나 다른 법률의 유사 문구와 일치되게 해석한다.[293] ⑤ 신문언주의의 해석규칙(canons of construction)을 검토한다. ⑥ 문언의 의미를 결정함에 있어 법률외적 자료들인 입법사(legislative history), 법관 자신의 도덕적 또는 정책적 판단, 사회의 공공가치(public values) 등과 같은 근거를 끌어들이는 것은 허용되지 않는다.[294]

신문언주의는 문언의 의미를 좁게 제한하여 해석하는 엄격 해석주의(strict constructionism)와 동일한 것으로 인식되는 경우가 많지만, Scalia 대법관은 문언주의는 엄격 해석주의와 혼동되어서는 안 된다고 주장하면서, 엄격 해석주의는 저급한 형태의 문언주의라고 비판한다. 그에 의하면, 제정법의 문언은 특별히 확장 해석하거나 축소 해석해서는 안 되고, 그 정당한 의미(fair meaning)를 담아내기 위해 합리적으로(reasonably) 해석되어야 한다는 것이다.[295] Manning도 같은 취지에서, 신문언주의자는 직해주의자(literalist)가 아니라는 것을 강조한다. 그에 의하면, 신문언주의자는 단어들과 구절들의 '통상의 의미(ordinary meaning)'만을 배타적으로 추구하지는 않고, '숙련된, 객관적으로 합리적인 언어 사용자'가 법률 문언을 어떻게 이해하였을 것인지를 알려고 하고, 발언자들과 의도된 청중들 사이에 공유된 가정들을 확인하려고 하므로,[296] 관련된 언어 공동체(혹은 하부 공동체)의 공유된 이해와 관행들을 중요하게 여긴다.

신문언주의가 주장하는 방법론의 내용이 구체적으로 무엇이고 다른 유파의 방법론들과 어떻게 다른 것인지 알기 위해서는, 실제로 개별 사안에서 신문언주의자들이 '문언'의 의미를 어떻게 바라보는지 살펴보는 것이 필요하다. 절을 바꾸어 검토한다.

---

293) 위 ①과 ②의 해석방법은 독일식 법학방법론에서 '문리해석'이라고 부르는 것과 유사하고, 위 ③과 ④의 해석방법은 '체계적 해석'이라고 부르는 것과 유사한데, Scalia는 후자의 해석방법을 다음과 같이 설명한다. "제정법 해석은 전체적인 시도이다. 개별적으로는 애매한 규정도 나머지 법률 구도와 맞추어 보면 분명해지는 경우가 많다. 왜냐하면 같은 용어가 다른 곳에서는 분명한 의미로 사용되거나 또는 오로지 하나의 의미만이 나머지 법과 모순 없이 사용될 수 있기 때문이다" United Sav. Ass'n v. Timbers of Inwood Forest Assocs., 484 U.S. 365, 371(1988).

294) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 70쪽 이하에서 설명된 내용을 일부 수정하였다.

295) Scalia, 앞의 책(각주 50), 23쪽

296) Manning, 앞의 논문(각주 96), 438쪽

## 제2절. '문언'의 의미

신문언주의자들이 인정하는 바와 같이, 우리는 문맥 속에서 언어들이 의미하는 바를 알아낼 수 있는데, 이는 우리가 서로의 의사소통을 위한 실천들과 관행들에 암묵적으로 동의한 공동체의 일부이기 때문이다. 그러나 그러한 공동체들은 많이 존재한다. 의사들, 화학자들, 건설업자들, 예술가들, 그리고 법률가들은 모두 일반인들이 일상의 대화나 글쓰기에서 단어들을 사용하는 통상의 의미와 다를 수 있는 전문용어나 축약어를 사용하여 의사소통을 한다. 따라서 전문화된 언어 공동체 안에 있는 사람들에게 언어의 의미가 명백하더라도, 그러한 공동체에 속하지 아니한 일반인들에게는 불분명할 수 있고, 같은 단어나 구절이 서로 다른 언어 공동체들에 있어서는 다른 의미로 받아들여질 수 있다.

따라서 의사전달이 이루어지는 공동체 내에서의 전문화된 의미들과 관행들에 주의를 기울이는 것은 매우 중요하다. 게다가 같은 단어 또는 구절이 다른 의미를 가지는 경우, 판사들은 그 단어나 구절이 입법자들에 의하여 어떠한 의미로 의도되었거나 이해되었는지를 결정할 어떠한 방법론을 필요로 한다. 아래에서 보는 사건들에서는 법원이 법률 '문언'의 의미를 확정하려고 할 때에 제기되는 여러 가지 문제들이 나타난다.

### 1. 과학적 의미 또는 통상의 의미(Scientific or Ordinary Meaning)

가. Nix v. Hedden 판결[297] 개요

[사실관계] 1883년 관세법(The Tariff Act)은 수입된 채소(vegetables)에 대하여는 가액의 10% 관세를 부과하고, 과일(fruit)에 대하여는 면세한다고 규정하고 있었다. 원고들인 John Nix, John W. Nix, George W. Nix, and Frank W. Nix는 수입한 토마토에 관하여 납부한 과세를 돌려받기 위하여 뉴욕항의 관세 징수관 Edward L. Hedden을 상

297) 149 U.S. 304 (1893)

대로 이 사건 소를 제기하였다. 식물학적으로, 토마토는 과일로 분류된다. 사전들은 '과일'을 식물의 씨 또는 씨를 포함하는 식물의 일부라고 정의한다. 원고들은 위와 같은 점들을 근거로 토마토는 '과일'에 해당하므로, 수입된 토마토는 면세되어야 한다고 주장하였다.

[판결 요지] Gray 대법관의 의견작성(만장일치) : 「관세법 규정상 토마토는, 사용되는 예와 일반적 인식에 따라 채소로 분류되어야 한다. 토마토와 같이 무역과 통상에서 특별한 의미를 얻지 아니한 용어들은 통상의 의미에 따라 해석하여야 한다. 토마토는 덩굴식물의 열매로서 식물학적으로는 과일로 분류된다. 그러나 이는 오이, 호박, 콩, 완두콩도 마찬가지인데, 사람들의 일상적인 사용례에서는 그들은 모두 텃밭에서 재배되고, 감자, 당근, 순무, 사탕무, 꽃양배추, 양배추, 샐러리, 상추 등의 채소들처럼, 요리의 메인코스에서 사용될 뿐, 과일들처럼 후식에서 사용되지는 않는다.」

나. 통상의 의미 대(對) 전문화된 의미

Nix 판결은 법률 문언이 '통상의 의미'와 '전문화된 의미'를 둘 다 가지고, 그 두 의미가 서로 다른 법률적 효과를 발생하는 경우의 어려움을 보여준다. 문제는 토마토가 과일인지 채소인지 정확한 답이 없다는 점이라기보다는, 그 정확한 답이 문맥과 공동체에 달려있다는 점이다. 식물학자는 토마토가 과일이라고 주장할 것이고, 주방장은 그것이 채소라고 주장할 것인데, 각자가 속한 언어공동체의 사용 관례에 비추어 보면 그 두 주장은 모두 틀리지 않다. Nix 판결에서는, 제정법에 있는 단어들을 언제 통상의 의미에 반대되는 전문화된 의미로 해석할 것인지가 문제되었다.

이 질문에 접근하는 한 가지 방법은 입법부가 대상으로 삼는 사람들이 누구인지를 고려하는 것이다. Felix Frankfurter 대법관이 설명하였듯이, "만약 제정법이 보통 사람들을 위하여 씌어졌다면, 의회가 그 언어들이 보통사람들의 마음으로 읽혀질 것을 의도하였다고 가정하지 않는

것은 자의적일 것이다. 만약 그 언어들이 전문가들을 대상으로 규정되었다면, 판사는 그 언어들을 전문가의 마음으로 읽어야 한다." 그러나 그것이 합리적인 출발점이라고 하더라도, 제정법이 대상으로 삼은 청중이 항상 명백한 것은 아니기 때문에 그것만으로는 완전하지 않다. 법원은 부분적으로는, "[제정법상] 언어의 통상적인 의미가 입법부의 목적을 표현한다."는 최초의 추정을 채택함으로써 이 문제를 처리해 왔다.[298] Gray 대법관이 Nix 판결에서 "'과일'과 '채소'라는 단어들이 무역이나 상업에서 전문적 의미를 획득하였다고 볼 만한 증거는 없으므로, 그들은 통상의 의미를 부여받아야 한다."라고 설시하였을 때에 이러한 추정을 사용한 것으로 보인다. 즉, 관세법이 식물학계가 아니라 무역이나 상업계에 우선적으로 적용되는 것은 분명하고, 무역이나 상업에 종사하는 사람들이 토마토에 관하여 식물학계에서 인정되는 전문적인 의미를 부여하였다고 볼 증거는 없으므로, 그러한 문맥에서 토마토는 통상적인 의미로 이해되어야 한다는 취지라고 보아야 할 것이다.

그러나 그것으로 충분한 분석이라고 할 수 있는지에 관하여 Manning은 의문을 제기한다. Gray 대법관은 그의 결론에 도달하면서, 상인들은 과일과 채소 같은 용어들을 기술적 의미가 아니라 통상적 의미로 이해할 것이라는 명제에 대하여 아무런 구체적인 증거도 제시하지 않았다는 것이다. 법원이 어떻게 무역과 상업계의 실무나 이해를 확정하여야 할 것인지의 질문에 관하여, 신문언주의자라면, 합리적 언어사용자의 개연성 높은 이해에 달려 있다고 답변할 것이고, 비문언주의자라면, 법원이-아마도 입법사에서- 의회의 구성원들 스스로가 과일, 채소와 같은 용어들을 통상의 또는 기술적 의미로 이해했는지 여부를 살펴보아야 할 것이라고 답변할 것이다.[299]

이 사안에 대하여 Manning은 신문언주의자로서 다음과 같은 해석 가능성을 제시한다. 즉 식물학적으로 '과일'의 범주는 '채소'의 하위 범주인 반면, 관세법 규정은 '과일들'과 '채소들'을 상호 별개의 배제적인 범주들로 규정하고 있으므로, 그러한 법률 규정들 전체의 구조에 비추어 관세

298) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 114쪽
299) Manning et al., 위의 책, 114~115쪽

법은 '과일'과 '채소'의 의미에 관하여 식물학에 근거한 전문적인 의미를 채택하였다고 볼 수 없고, 따라서 의회의 객관적인 의도는 토마토에 대하여 통상적인 의미를 부여한 것으로 구성할 수 있다는 추론을 제시한다.[300] 상당히 설득력 있는 논증이라고 생각된다.

## 2. 전문적 법률 용어(Legal Terms of Art)

고유의 전문화된 특수용어를 발전시켜 온 하부 공동체(subcommunity)들 가운데 중요한 것으로는 법률가 직역이 있다. 제정법은 물론 법률적 문서이지만, 또한 일반인들을 규율 대상으로 하는 것이 보통이다. 아래의 Moskal v. United States 판결[301]에서는 제정법 문언이 가지는 통상의 의미와 '법률전문용어'로서의 의미가 상충될 경우 법원은 어느 것을 취해야 하는지가 문제되었다.

### 가. Moskal v. United States 판결 개요

[사안 요약] ○피고인(상고인) Raymond Moskal은 자동차 등록증 세탁 사기 범행에 가담하였다. 피고인의 공범은 펜실베이니아 주에서 중고차를 구입하여 자동차 주행거리계를 실제보다 3만 마일 짧은 거리로 조작한 후 자동차등록증을 그 조작된 주행거리 숫자에 따라 변경하였다. Moskal은 그 변경된 자동차등록증을 다시 버지니아 주의 공범에게 보내주었고, 그 공범은 버지니아 관계 당국에 이를 제출하여 그 변경사실을 모르는 공무원이 그 허위 주행거리 숫자가 포함된 버지니아 자동차등록증을 발급하여 주었다. 그 '세탁된' 자동차등록증은 다시 펜실베이니아의 Moskal에게 보내져서, 다른 구매자에게 중고차를 판매하는 데에 사용되었다. ○18 U.S.C. §2314는 "불법적 또는 사기적 의도로, 허위로 만들어졌거나(falsely made), 위조되었거나, 변조된 증권 .... 을, 그와 같이 허위로 만들어졌거나, 위조되었거나 변조되었음을 알면서 주 사이의 통상

300) Manning et al., 위의 책, 115쪽
301) 498 U.S. 103 (1990)

(interstate commerce) ....에서 이전한(transports) 사람"은 처벌하도록 규정되어 있는데,[302] 피고인 Moskal은 위와 같이 '허위로 만들어진(falsely made)' 자동차등록증을 펜실베이니아에서 버지니아로, 다시 버지니아에서 펜실베이니아로 이전한 행위가 위 규정을 위반하였다는 이유로 기소되었다. ○Moskal은, 세탁된 자동차등록증을 작성한 버지니아 주 공무원들은 그러한 허위성을 몰랐으므로, 그 자동차권리증은 진정하게 성립된 것이지 '허위로 만들어진' 것이 아니라고 주장하였다.

[판결 요지] 다수의견(Marshall 대법관 작성) : 「§2314에 규정된 '허위로 만들어진(falsely made)'의 통상의 의미와 그 입법 목적을 고려하면, 이 사건과 같이 주행거리가 사기적으로 변경된 자동차등록증을 이전한 행위에도 위 규정이 적용된다고 보아야 한다. 그러한 자동차등록증에는 (중고차의 주행거리에 관한) '허위의' 정보가 포함되도록 만들어졌기 때문에 '허위로 만들어진(falsely made)'이라는 법률 문언은 위와 같은 경우를 포괄할 수 있을 만큼 그 의미가 충분히 넓다. 위와 같이 보는 것은 '연방형법 규정이 확립된 의미를 가진 보통법(Common Law) 용어를 다르게 정의하지 않고 사용할 경우, 그 용어는 그 확립된 의미를 가지는 것으로 본다'고 하는 제정법 해석 원리에 배치되지 않는다. 의회가 §2314를 제정할 다시, 많은 법원들이 "허위로 만들어진"의 의미를 내용이 허위인 문서들을 제외하는 것으로 해석하기는 하였으나, 그러한 해석이 보편적인 것은 아니었고, 다른 법원들은 다양한 견해를 채택하기도 하였으므로, 보통법에 있어서 확립된 용례가 존재하였다고 볼 수 없다. 게다가 "허위로 만들어진"의 의미를 진정하게 성립되었으나 내용이 허위인 문서를 제외하는 것으로 좁게 해석하는 것은 §2314를 입법한 의회의 일반적 목적, 즉 주 사이의 통상을 악용하여 사기적 증권들을 이전하는 행위를

---

302) **18 U.S.C. §2314** : "Whoever, with unlawful or fraudulent intent, transports in interstate or foreign commerce any falsely made, forged, altered, or counterfeited securities or tax stamps, knowing the same to have been falsely made, forged, altered, or counterfeited"... "Shall be fined not more than 510,000 or imprisoned not more than ten years, or both."

**18 U.S.C. §2311** : §2314의 적용에 있어서 "증권(securities)"에는 "유효한... 자동차등록증(valid ... motor vehicle title)"이 포함된다.

처벌하려는 목적과 맞지 않는다.」

나. 통상의 의미, 법률적 의미, 그리고 입법부의 의도

Moskal 판결에서, 다수의견은 그 형벌 규정의 주요 용어 ("falsely made")를 그 통상의 의미에 따라서 읽음으로써, 주행거리계를 조작하는 사기 범죄의 실행에 대한 형사 책임을 인정하였다. 반면 Scalia 대법관이 작성한 반대의견은 그 주요 용어를 좁고 기술적인 법률전문용어-피고인의 책임을 면하게 해주었을 해석-로 취급하였다.

"허위로 만들어진 falsely made"의 구절을 그 통상의 의미로 받아들이면, 허위의 주행거리계를 포함시켜 읽는 것은 자동차 등록증을 "허위로 만들어진" 것으로 되게 한다는 Marshall 대법관의 논증은 명백해 보인다. 그러나 Scalia 대법관에 의하여 수집된 증거들로부터, "허위로 만들어진"은 훨씬 좁고 전문적인 법률적 의미- '위조된'과 거의 유사한-를 가지고, 이는 진정하지 않은 문서에 적용될 뿐, 허위의 정보가 담겨진 진정한 문서에는 적용되지 않는다는 결론을 도출하는 것도 또한 강력한 논증이다.[303] 해석자는 의회가 어떠한 의도로 위 법률 규정을 제정하였다고 보아야 할 것인지가 문제되는 것이다.[304]

Scalia 대법관은 Morissette v. US 판결에서의 Jackson 대법관의 유명한 의견을 인용하였는데, 이는 의회가 법률전문용어를 사용할 경우, "다른 지시가 없는 한, 의회는 '각 차용된 단어가 그 유래된 원래 법체계의 문맥 전체 속에서 그 단어에 부여된 일단의 관념들' 및 '그 단어의 사용이 법관의 사고에 전달하는 의미'를 알고 또한 적용한 것으로 추정된

303) Moskal 판결의 사안은 작성권한 있는 공무원에 의하여 작성된 것이므로, 우리 형법 제227조의 허위공문서작성죄의 간접정범 또는 형법 제228조의 공정증서원본불실기재죄에 해당할 수 있지만, 형법 제225조의 공문서위조죄는 성립할 수 없는 사안으로 보인다. 우리 형법상의 용어로 옮긴다면, '허위로 만들어진(falsely made)'의 의미를 다수의견처럼 '작성권한 있는 자(공무원)가 작성하였더라도 내용이 허위인 허위공문서작성죄 또는 공정증서불실기재죄의 경우'까지 포함하는 것으로 넓게 해석할 것인지, 아니면, 반대의견처럼 '작성권한 없는 자에 의하여 작성된 공문서위조죄의 경우'만 해당하는 것으로 좁게 해석할 것인지가 쟁점이라고 이해된다.

304) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 123쪽

다."는 것이다.

Scalia가 이 사건에서 합리적으로 추정한 것인지 의문을 제기할 수 있다. 만약 입법자들이 "과실 있는(negligent)"과 같이 너무나 명백히 전문적인 법률적 의미가 담긴 용어를 선택하였다면, 그 단어를 전문적 의미로 사용하려는 의도를 가졌던 것으로 합당하게 추정할 수 있을 것이다. 그러나 "허위로 만들어진"과 같은 용어는 다르게 볼 수 있다. 의회의 구성원들이 그 용어를 그 전문적 의미로 이해했을 것인지 아니면 통상의 의미로 이해했을 것인지는 분명하지 않다. Scalia 대법관이 그 구절의 전문적 법률용어로서의 용례에 관하여 다수의 증거들을 제시하였고, 입법 절차에서의 일부 참여자들은 "허위로 만들어진"의 법률전문용어로서의 의미에 친숙했을 가능성이 있다. 그러나 그 절차에서의 누군가가-특히 그 법안에 관심을 가진 제안자 또는 아마도 보다 가능성 있게는, 보좌관 중 하나가-다른 법률자료에서 전문적 구절을 뽑아 법 규정에 집어넣었다는 것이 가장 현실적인 시나리오일 수 있다. 그 입법에 찬성투표를 한 대부분의 일반 의원들은, "허위로 만들어진"이라는 구절이 통상의 의미 또는 법률전문용어로서의 의미로 받아들여져야 하는지 혹은 Moskal이 꾸미고 실행한 유형의 사기행위가 그 법률이 금지하는 범위 내에 들어야 하는지 여부의 질문에 이쪽이건 저쪽이건 아무런 의견이 없었을 가능성이 높다. 만약 의회가 이쪽이건 저쪽이건 아무런 구체적인 의도도 가지고 있지 않았을 것 같다면, "허위로 만들어진"과 같은 구절을 통상의 의미가 아니라 전문적 의미로 읽어야 할 근거는 무엇인지에 관하여 Manning은 다음과 같이 설명한다.[305]

이에 대해서는 앞에서 설명한 입법부의 객관적 의도(objectified intent)의 이론이 그 답변을 제공한다는 것이다.[306] Joseph Raz가 입법부 우위가 인정되는 법체제에서, '입법부의 의도'라는 이론적 요건은, '입법자들이 관련된 법률 문화 내에서의 지배적인 관행에 따라 해석될 수 있는 법률을 제정하려고 의도한다'고 하는 점이 인정된다면, 충족될 수 있다고 주장하였는데, 신문언주의도 입법부에 대하여 일종의 '객관화된' 의도-합

305) Manning et al., 위의 책, 124쪽
306) 앞의 제5장 제2절 참조

리적 인간이 법의 문언으로부터 모아서 법전의 나머지들과 함께 놓아 둘 의도를 귀속시킨다. 그러한 이론에 따르면, 의회의 아무도 실제로 위 §2314에서 정한 "허위로 만들어진"의 법률전문용어로서의 의미를 알지 못하였다고 하더라도, 적용 가능한 법률적 관행을 잘 아는 합리적인 인간의 이해를 의회에 귀속시킬 수 있는 것이다.

Moskal 판결에서 Marshall 대법관의 다수의견이 채택한 목적주의적인 방법론은 검토할 필요가 있다. 물론 Marshall 대법관의 의견은 "허위로 만들어진"은 보통법에서 명백한 기술적 의미를 가진다고 하는 반대의견의 주장을 배척하였으나, Marshall 대법관은 또한 "의회가 법을 제정함에 있어서의 일반적 목적은 제정법 해석 규칙[법원들로 하여금 전문적 법률용어들에는 보통법적 의미를 부여하도록 지시하는]보다 우위에 있다."고도 주장하면서, "의회가 2314조를 제정함에 있어서의 폭넓은 목적은 주간 통상을 남용하는 사기적 증권들을 이전하는 행위를 처벌하는 것이고, 의회가 '허위로 만들어진'에 관한 다수의견의 보다 폭넓은 의미를 채택하려 하였을 개연성이 높다."고 설시하였다.

만약 이 사건에서 상당한 증거는 "허위로 만들어진"이라는 문언의 법률전문용어로서의 보통법적 의미에 대한 Scalia 대법관의 주장을 뒷받침하지만, Marshall 대법관이 그 법률의 일반적 목적에 관하여는 옳다고 가정할 경우, 제정법 해석에 있어서 문언의 의미와 제정법의 목적 중 어느 것을 우선시킬 것인지에 관한 문언주의적 입장과 목적주의적 입장 사이의 충돌 문제가 생기게 된다. 이때에는 "허위로 만들어진"의 의미가 얼마나 명백하다고 볼 수 있는지에 따라 우선순위가 결정될 것으로 보이고, 위 법률전문용어의 의미의 명백성 여부는 법률가들의 언어공동체에서 "허위로 만들어진"의 보통법적 의미가 얼마나 잘 확립되어 있는지에 관한 평가에 따라 달라질 것이다. 요컨대, "허위로 만들어진"을 법률전문용어인 "위조된"으로 제한적으로 해석하는 관행이 확립되어 있다면, 신문언주의자는 -그리고 아마도 신목적주의자도- 이를 문언의 의미가 명백하다고 보아 "위조된"의 의미로 해석할 것이다. 반면, 그러한 보통법적 의미 관행이 확립되어 있지 않다면, 위 "허위로 만들어진"은 그 의미가

좁게도 또는 넓게도 해석될 수 있어 애매한 경우에 해당하므로, 제정법의 목적 등에 관한 맥락적 증거들을 검토할 여지가 생기게 될 것이며, 신문언주의자도 그 증거가 입법사가 아니라면, 그러한 검토에 동의할 수 밖에 없을 것이다.

앞에서 언급한 바와 같이 Frankfurter는 '통상적 의미와 기술적 의미 사이의 선택은 그 제정법 조항이 지향된 청중과 동일한지 여부에 달려있다'고 설시하였다. 그러나 대부분의 법률들은 결국 최소한 부분적으로는 법률가들에게 향하고, 사실 많은 제정법 조항들은 법률가들 이외의 다른 사람이 그 법률 문언을 자세하게 들여다볼 것 같지 않다. 한편, 대부분의 법률들은 결국 비법률가들의 행동에 영향을 미치기 위하여 설계되었다. 이것은 (제정법의) 법률전문용어로서의 의미가 상당히 명백한 경우에조차도, 법원이 잠재적으로 영향 받는 당사자들이 그러한 법률적 전문용어에 익숙할 것 같지 않다는 논리로, 제정법이 그 통상의 의미를 부여받는다는 매우 강한 추정을 적용해야 한다는 것을 의미할 수 있다. 그러한 관념은 형사법에서 "관대의 원칙(the rule of lenity)"이라고 알려진, 중요하고 오래된 해석규칙과 관계가 있다. 요컨대, 관대의 원칙은 법원으로 하여금 애매한 형사법 규정을 피고인에게 유리하게 해석하도록 지시한다. 그 원칙은 형사법 영역에서 법원이 전문적인 보통법적 의미에 의존하는 것을-최소한 그러한 의존이 형사적 책임범위를 확장할 경우에는-삼가야 한다는 것을 의미할 수 있을 것이다. 그러한 입장에 의한다면, Moskal 판결에서 "허위로 만들어진"의 의미를 Scalia 대법관의 주장처럼 명백히 '위조된'의 의미로 좁게 해석할 수 없기 때문에 그 의미가 애매하다고 본다고 하더라도, Marshall 대법관의 다수의견이 제정법의 목적에 근거하여 피고인의 형사 책임 범위를 확장하는 방법으로 해석한 것은 위 관대의 원칙에 위반될 소지가 있다고 볼 수 있을 것이다.[307]

## 3. 구어적 의미 또는 사전적 의미

307) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 126쪽

위에서 본 사건들에서는 제정법에 규정된 문언의 '통상의 의미'를 따를 것인가 아니면 '전문적인 의미'를 부여할 것인가가 문제되었는데, 아래에서 살펴볼 Smith v. United States 판결[308]에서는 제정법 용어의 '통상적인 의미'가 실제로 무엇인지를 어떻게 확정할 것인가라는 보다 근본적인 질문이 제기되었다. 때때로 우리는, 어떤 단어나 구절이 우리 자신을 포함한 보통의 언어 사용자에게 의미하는 것을 단순히 안다고, 본능적으로 느낀다. 그러나 우리가 그렇게 확신을 가지지 못할 경우가 발생할 수 있다. 우리가 단어의 의미를 알기 위하여 의존할 수 있는 자료들 중 가장 기본적인 것은 사전이다. 미국 연방대법원은 특히 신문언주의의 등장 이후 사전에 대한 의존을 절대적인 면에서나 다른 해석 자료들에 대한 상대적인 면에서도 크게 늘렸다.[309] 그러나 풍부한 인간 언어의 맥락적 뉘앙스의 범위를 사전이 충분히 포착할 수 있는가, 문제된 단어나 구절을 통상적으로 사용하는 방법에 관한 일반인의 본능적 감각보다 사전이 더 넓거나 좁게 정의하고 있다면 어떻게 할 것인가, 더 일반적으로, 만약 동일한 언어 공동체가 하나의 용어에 대하여 어떤 때에는 甲의 의미로 사용하고, 다른 때에는 乙의 의미로 사용한다면, 법원이 구체적 사안에서 몇 가지 가능한 '통상의 의미들' 중 어느 것이 정확한 것이라고 결정할 수 있는가 하는, '문언'에 관한 중요한 문제들이 다음 사건에서 다루어졌다.

가. Smith v. United States 판결 개요

[사실관계] John Angus Smith는 마약 밀매자로 위장한 수사관에게 코카인을 매수하는 교환대가로 기관단총인 MAC-10을 주겠다고 제안했다가 검거되었다.

[법률규정] 연방법률 Title 18 U.S.C. §924(c)(1)는 마약 거래 범행을 하는 동안 그리고 그와 관련하여 총기(firearm)를 사용한 사람은 5년 이상의 징역형에 처하고,[310] 그 총기가 '기관총(machine gun)'일 때에는 30

308) 508 U.S. 223 (1993)
309) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 126쪽

년 이상의 징역형에 처하도록 규정하고 있다.

[쟁점] 마약 거래의 교환대가로 총기를 제공한 경우, “마약 거래 범행을 하는 동안 그리고 그와 관련하여 총기를 사용한 때”에 해당하는가?

[판결 요지] O′ Connor 대법관이 작성한 다수의견 : 마약을 얻기 위하여 총기를 교환대가로 준 사람은 “마약 거래 범행을 하는 동안 그리고 그와 관련하여” 그 총기를 “사용한” 것에 해당한다. ⓐ Smith가 그의 총으로 한 행위는 “사용”의 통상의 의미와 사전적 정의에 정확히 들어맞는다. 만약 의회가 924(c)(1)의 규정의 요건으로, 피고인이 총기를 사용하는 것만이 아니라, 특정한 방법으로 - 무기로서 - 사용하는 것을 의도하였다면, 의회는 법률규정에 그와 같이 명시하였을 것이나, 의회는 그렇게 하지 않았다. 총기를 ‘사용하는 것’의 가장 친숙한 예가 무기로서 ‘사용’하는 것이지만, 그렇다고 하여 그 문구가 총기가 ‘사용’될 수 있는 모든 다른 방법을 배제한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 반대의견처럼 위 규정의 ‘사용’을 ‘무기로서 사용’한다는 의미로 좁게 사용할 경우, 총으로 피해자를 때리는 행위도 제외되어야 할 것이다. 총의 본래 용도는 발사되는 데에 있지 몽둥이로 사용되는 데에 있지 않기 때문이다. 또한 924(d)(1)는 다양한 범죄행위를 열거하고, 그 범죄행위에 “사용하려고 한 총기”는 몰수할 수 있다고 규정하면서, 그 열거된 범죄들 중 다수는 총기를 무기로서가 아니라 교환이나 거래의 대상으로 사용하는 경우도 포함하여 규정하였는데, 이는 의회가 Smith의 경우와 같은 거래행위를 ‘총기를 사용하는’ 것에 포함시키려고 하였음을 적극적으로 보여준 것이다. ⓑ Smith는 마약 거래 범행을 “하는 동안 그리고 그와 관련하여” 총기를 사용하였다. Smith의 총기 사용이 마약 거래 범행을 ‘하는 동안’ 있었다는 것은 부인할 수 없고, 그러한 사용이 범죄‘와 관련’되어 있다는 것도 의심의 여지가 없다. 이 사건에서 총기가 현장에 있었던 것은 마약범죄를 위한 목적, 또는 적어도 마약범죄를 용이하게 할 목적 때문이었고, 총기는 이 사건 마약 거래의 중요한 부분으로서 총기가 없었다면 마약 거래가 불가능하였다. ⓒ The rule of lenity(관대의 원칙)가 적용되어야

310) if a defendant "uses ... a firearm. ... during and in relation to ... [a] drug trafficking crime..."

한다는 Smith의 주장은 받아들일 수 없다. 여기서 채택한 것보다 924(c)(1)의 규정을 좁게 해석하는 것은 법률 규정의 명백한 언어와 구조를 마음대로 변경하는 것일 뿐 아니라, 마약 거래 범행에 총기를 끌어들임으로써 수반되는 폭력과 살인의 위험성의 증가에 대처하기 위한 그 법률 규정의 목적에도 배치될 것이다.

나. 사전의 사용과 남용

Smith 판결에서의 다수 의견은 "사용(use)"의 사전적 정의에 강하게 의존하였는데, "채용하다(to employ)" 또는 "이용하다(to utilize)"를 포함하는 넓은 개념 규정의 근거로 웹스터사전과 블랙법률사전을 인용하였다.[311] 미국 법원에서 의미를 확정하기 위하여 사전을 사용하는 실무는, 점차로 보편적이 되고 있지만, 논란의 여지는 있다. 반대론자들의 주된 논거는 사전적 정의에 초점을 맞추는 것은 입법을 촉발시킨 정책적 동기를 놓치거나 저평가할 것이라는 점이다. Learned Hand 판사는 이러한 취지에서 "사전으로 요새를 만들지 마라 ; 제정법은 항상 성취하려는 목적 내지 목표를 가진다는 것을 기억하고, 그에 대한 동감적이고 상상적인 발견이 그 의미에 대한 가장 확실한 안내이다."라는 유명한 경고를 하였다. 심지어 Easterbrook 판사도 사전은 단지 "단어들의 박물관, 역사적인 목록일 뿐, 입법부의 작업을 해석할 수단이 아니다."라고 주장한 바 있다.[312]

그러나 사전이 종종 제정법의 의미를 밝혀줄 수 있다고 보는 것은 타당하다. 사전은 사람들이 맥락 속에서 언어를 어떻게 사용하는지에 관한 역사적 기록이고, 최소한 합리적인 사람이 주어진 단어나 구절을 어떻게 사용하거나 이해하는지에 관하여 생각할 수 있는 시작점을 제공할 수 있는 것이다. 그래서 목적주의자들인 Hart/Sacks도 "판사들은 스스로의 경험과 판단에 의하여 특정 단어들의 정확한 언어적 의미에 관한 질문들에 답한다 .... 그러나 그러한 질문들이 객관적으로 권위 있는 자료를

311) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 136쪽
312) Manning et al., 위의 책, 136쪽

참조함으로써 대답될 수 있다면, 좋은 일이다. 그러한 권위는 평판 좋은 사전들에 의하여 제공된다."라고 언급하였다.[313] 연방대법원의 가장 헌신적인 목적주의자들도, 의회가 그 선택한 단어들을 통하여 달성하려고 한 목적들을 포착하기 위한 유용한 시작점으로서 사전들을 참조하는 데에 어떠한 잘못이 있다고 느끼지 않는다.

마찬가지로, 가장 엄격한 문언주의자도, 사전이 도움은 되지만 제정법 해석 문제들에 대하여 결정적으로 답변할 수는 없다는 데에 동의한다. 단어들은 전통적인 사전이 기록하지 못한 전문적 의미를 가질 수 있다. 그리고 사전이 뉘앙스를 기록하는 무한한 용량을 가진 것은 아니기 때문에, 해석자들은 사전이 포착하지 못한 구어적 의미들의 가능성에 민감해야 한다. Scalia 대법관은 후자의 상황이 Smith 판결에서 일어났다고 주장한다. 그의 주장에 의하면, 924조(C)(1)항의 맥락에서 "use"라는 말은 사전에서 추론할 수 있는 전반적인 의미를 갖는 것이 아니고, "[총기를] 그 특정의 목적을 위하여, 예컨대 무기로서 사용하는 것"이라는 보다 좁은 구어적 의미를 가진다는 것이다. 확고한 문언주의자로서, Scalia 대법관의 주장은 "사용"이라는 통상적인 의미는 제정법의 목적에 비추어 좁게 해석해야 한다는 것이 아니다. 오히려 Scalia는, 합리적인 사람이라면 그 "총기를 사용한다"는 용어의 어의론적 의미를 그와 같이 좁은 의미로 이해할 것이라고 주장하는 것이다. 이 점을 설명하기 위하여 그는 다른 유사한 단어의 용례를 근거로 들었다. Scalia 대법관은 이렇게 썼다 : "누가 '당신은 지팡이를 사용하느냐?'고 물을 때, 그는 당신이 할아버지의 은손잡이 보행용 막대기를 홀에 장식용으로 걸어놓았느냐고 묻는 것이 아니다. 그는 당신이 지팡이를 가지고 걷는지 알고 싶어하는 것이다." 그는 같은 취지에서, 만약 검사가 증인에게 그가 총기를 사용한 적이 있는지 묻는 질문에 증인이 '아니'라고 답하였고, 그가 자신의 할아버지의 엔필드 소총을 수집가에게 판 적이 있었더라도, 위증죄를 유죄로 인정하기 위한 '허위성' 요건은 충족되지 않은 것이라고 주장한다.[314]

313) Manning et al., 위의 책, 137쪽
314) Manning et al., 위의 책, 137쪽

다. 의견 불일치와 명백한 의미

신문언주의는 해석자들이 제정법 문언의 명백한 의미를 포착하고 그에 동의할 수 있다고 가정한다. 그러나 Smith 판결에서, 사전적 의미(다수의견에 의하여 선호된) 대 구어적 의미(반대의견에 의하여 강조된)의 관련성에 대하여 판사들 사이에 의견이 일치하지 않는 점으로부터 제정법 문언으로부터 명백한 의미를 추출해내는 것이 가능한지 의문을 가질 수도 있다. 연방대법관들이 전문적 의미, 사전적 의미, 그리고 구어적 의미 중 어떤 유형의 의미가 주어진 사건에 적절한지에 관하여 의견이 일치하지 않는다면, 어떻게 일반인이 그러한 각 유형의 의미들 사이의 충돌을 해결할 수 있을 것인가 하고 물을 수 있는 것이다. 이와 관련하여 Posner 판사는 "그 문언의 작성자들이 가정한 언어적, 문화적 능력을 가진 모든 또는 대부분의 사람들이 그 의미에 동의한다면," 그 제정법은 명백한 것이라고 썼다.[315] 만약 판사들이 Smith 판결에서처럼 단어 또는 구절의 의미에 관하여 의견이 불일치한다면, 그 의미가 명백하다는 주장은 부정될 것인지에 관하여, Manning은 제정법 해석을 포함한 모든 법적 분석에서 어느 정도의 불확실성은 존재한다고 전제하고, '해석자들은 주어진 문언에 대한 대립하는 해석이 옳을 상대적인 개연성에 관하여 일상적으로 판단한다'고 하는 Gary Lawson 교수의 주장을 인용하면서, 판사와 판결의 평석자들이 제정법 문언의 의미가 '명백하다'고 말할 때에는 그들은 제정법의 의미가 '어떠한 의견불일치도 불가능할 정도로 확실하다'는 것을 뜻하는 것은 아니고, 단지 '대부분의 합리적인 사람이 그 법률을 그 판사가 설명하는 방식으로 이해할 개연성이 높다'는 의미라고 설명한다.[316]

그럼에도 Manning이 인정한 바와 같이, Smith 판결에서의 다수의견과 반대의견 사이의 대립은 합리적인 사람들(그리고 합리적인 대법관들)이 언어의 통상의 의미에 관하여 의견이 불일치할 수 있다는 것과 제정

315) Manning et al., 위의 책, 138쪽
316) Manning et al., 위의 책, 138쪽

법 문언의 의미의 명백성 여부는 종종 보기보다 해결이 쉽지 않다는 것을 보여준다. 이 글에서 다수의견과 반대의견의 대립되는 해석들 중 어느 것이 "사용하다"의 통상의 의미에 부합한다고 평가할 수는 없을 것이나, 다만 한 가지만은 언급할 필요가 있다. 즉 Scalia 대법관의 반대의견은 이 사건에서 총기를 '사용하다'의 의미는 언어적 맥락에서 이를 총기를 '무기로 사용하다'는 좁은 의미를 가지는 것이 명백하다고 보았고,[317] 반면, 다수의견은 '사용하다'의 의미는 이 사건 사안과 같은 경우에도 적용될 정도로 넓게 해석해야 함이 명백하다는 것을 근거로 '형사법 규정의 의미가 애매할 경우 피고인에게 유리하게 해석해야 한다'는 관대의 법칙을 적용하지 않았다. 즉, 판례들에서 일반적으로 문언의 의미가 명백한지 여부, 그에 따라 문언 이외에 다른 해석수단들이 사용되어야 하는지 여부 등에 관하여 의견 대립이 발생하는 경우(즉, 한쪽은 문언의 의미가 명백하므로 문언대로 따라야 한다고 주장하고, 다른 쪽은 문언의 의미가 애매하므로 입법 목적이나 입법사를 참조해야 한다고 주장하는 경우)는 자주 볼 수 있으나, 이 사건은 다수의견과 반대의견이 모두 문언의 '통상의 의미'가 명백하다고 주장하면서 서로 다른 의미내용을 주장한다는 점에서 제정법 해석 방법에 관한 또 다른 어려운 문제를 보여준다고 할 것이다.

## 제3절. 문언에 반하는 해석의 허용 여부

판사가 제정법을 해석하면서, 법률의 문언이 명백하지만, 그 문언에 따르게 되면 불합리한(unreasonable) 결과가 초래된다고 판단될 경우, 법적 안정성을 유지하기 위하여 문언을 그대로 따를 것인가? 아니면 입법자의 의도, 입법 목적, 형평의 관념 등 다른 근거에 의하여 문언의 적용을 배제하고 '합리적인' 결과가 산출될 수 있도록 법률을 적용하여 구체적인 정의를 실현할 것인가? 만약 후자의 입장을 취하는 것이 가능하다고 볼

317) 일종의 '목적론적 축소'에 해당한다고 볼 수 있다.

경우, 어느 정도 '불합리'하여야 법률상 명백한 문언을 배제하는 것이 허용될 것인가? 미국 제정법 해석에 있어서 어떠한 방법론을 취하는지에 따라서 위에서 본 질문들에 대한 답변은 달라질 것이다.

전통적 방법론과 대비할 때, 제정법 해석의 기준으로 '문언'의 의미를 중시하는 신문언주의가 '불합리한 결과를 낳는다'는 이유로 제정법을 그 명백한 '문언'의 의미에 반하여 해석하는 것에 소극적인 입장이라는 것은 당연한 귀결이다. 전통적 방법론은, 의회가 보통 일관된 배경 목적을 가지고 행동하지만, 시간이나 자원의 부족, 주의력이나 예측능력의 부족 등 여러 가지 원인으로 인하여 불가피하게 그러한 목적을 완전하게 포착하지 못하는 언어를 채택하기도 한다고 본다. 법률에 누락이나 의도하지 않은 오류가 있을 경우, 의회의 충실한 대리인인 법원으로서는, '입법자들이 보다 명확하게 생각하거나 보다 뚜렷한 언어를 사용했더라면 구체화할 수 있었을 그 목적을 산출하도록' 법률 규정을 읽어야 한다는 것이다. 그러나 앞에서 설명한 바와 같이 신문언주의자들은 제정법의 문언이 외견상 불합리한 결과를 산출하는 것으로 보는 경우, 이를 입법자의 실수로 판단하는 것에 신중한 입장이다. 법률은 혼란스럽고, 울퉁불퉁하며, 그 명백한 목적과 잘 맞지 않는 경우가 있는데, 이는 의회가 근시안적이거나 부정확하기 때문이 아니라, 입법은 타협을 수반하고, 타협은 본성상 깔끔하지 않기 때문이라는 것이다. 이러한 견지에서, 신문언주의자들은, 명백한 문언이 외견상 불합리한 결과를 산출한다고 보이는 경우에도, 법원이 스스로 제정법의 목적에 부합한다고 판단하는 합리적이고 깔끔한 결과를 억지로 끌어내려고 시도하기 보다는, 그렇게 종종 불합리할 수 있는 입법적 타협의 결과인 제정법의 문언을 존중하도록 요구한다. 만약 사법부가 불합리한 결과를 회피한다는 이유로 모든 이상하게 만들어진 법 규정을 전체적인 입법 목적과 보다 일관되도록 만들기 위하여 바로잡을 수 있는 권한이 사법부 스스로에게 있다고 여긴다면, 이는 복잡하고 불투명한 입법절차에서 생겨나 최종적인 제정법 문언으로 나아가게 된 타협의 구도를 혼란스럽게 할 위험이 있다는 것이 신문언주의자들의 주장이다.[318]

그러나 신문언주의자들이라고 해서 명백한 문언에 의하는 것이 불합리한 결과를 산출하는 어떤 경우라도 문언을 그대로 고수해야 한다고 주장하는 것은 아니고, 언어는 불가피하게 부정확한 의사전달매체이며, 입법자들이 완전한 예측능력을 갖추지 못하였을 뿐 아니라 가끔 실수를 하기도 한다는 것을 부인하는 것도 아니다. 영미의 재판실무에서 제정법의 문언에 반하는 해석(contra legem)을 하는 경우, 부조리 법리(The Absurdity Doctrine)와 '편집상의 오류(Scrivener's Error)' 법리는 그 대표적인 논증들이기도 하다.[319] 그러나 위와 같은 법리들의 적용 여부나 그 적용 범위에 관하여는 신문언주의자들 사이에서도 그 의견이 반드시 일치되지는 않는다. 이하에서 차례로 살펴본다.

## 1. 부조리 법리(The Absurdity Doctrine)

### 가. 의의

부조리 법리는 제정법의 문언이 명백하다고 하더라도 그에 따를 경우 부조리한 결과(absurd result)[320]를 낳는 경우에는 문언에 반하는 해석을 허용해야 한다는 법리이다. 미국 연방대법원은 역사상 가장 문언주의에 기울어졌을 때조차도, '명백한 의미 규칙(plain meaning rule)'의 적용에 따른 형식주의적 엄격성을 부조리 법리의 적용에 의하여 완화시켰다.[321]

Manning은 부조리 법리에 대한 일반적인 근거를 다음과 같이 설명한다. 부조리함(absurdity)이란 상식(common sense)에 반하는 것이고, 상식은 사회에서 널리 그리고 깊게 수용된 가치들로 이해된다.[322] 입법

---

318) 앞의 제5장 제3절 참조
319) 박철, "법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석", 법철학연구 제6권 제1호 (2003. 5.), 206~211쪽
320) 결과가 단지 불합리한(unreasonable) 정도를 넘어서, 그 결과가 터무니없어서 받아들이기 어려울 정도로 극히 불합리한 경우를 의미한다.
321) Manning, 앞의 논문(각주 218), 2388~2389쪽
322) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 88쪽

자들은 선거구민들로 구성된 사회 전체를 대표하는 것이므로, 법률을 적용한 결과가 널리 그리고 깊게 수용된 사회적 가치들[323]에 위배될 경우, 법원은 그것이 입법자들의 표현상의 실수이거나 예측능력의 부족에 기인한 것이고, 이러한 부조리한 결과는, 만약 제정과정에서 그 문제가 제기되었더라면 의회가 이를 고칠 능력이 있었고 또한 기꺼이 이를 고쳤을 것이라고 추정한다는 것이다. 그렇게 본다면, 부조리 법리는 불분명한 사회적 가치 등을 근거로 명백한 문언의 의미를 배척함으로써 신문언주의적 방법론과 긴장관계에 있음을 알 수 있다. 항을 바꾸어 부조리 법칙이 적용된 몇 가지 사례를 살펴본다.

나. 문제된 사례들

(1) Green v. Bock Laundry Mach. Co. 판결[324]

위 사건은 신문언주의자인 Scalia 대법관이 부조리 법리의 적용을 인정하는 의견을 밝힌 드문 사례이다. 그 사안의 내용은 다음과 같다.[325] 원고(Paul Green)는 주교도소에 수감 중이다가 석방되어 세차장에서 근무하던 중, 세차 장치를 정지시키기 위해 건조기(dryer) 속에 손을 뻗어 넣는 과정에서 묵중한 회전드럼이 그의 오른 팔을 감고 들어가 중상을 입었다. 이에 원고는 세차기 제조회사인 피고 Bock laundry machine company를 상대로 제조물책임(Product Liability) 소송을 제기하였다. 그 소송에서 원고는 자신이 세차기의 작동방법과 그 위험성에 대하여 부적절하게 설명 받았다(instructed inadequately)고 진술하였으나, 피고는 원고를 반대신문하면서 그가 중죄인 주거침입공모 및 주거침입죄로 유죄판결을 받은 적이 있음을 배심원들이 알게 하였다. 원고는 배심원 평결에 의하여 패소판결을 받자 이에 불복하면서, '피고가 반대신문을 통하여 원고에게 불이익한 선입견을 수반하는 증거를 제공하였는데, 법원이 이를

323) Manning은 '사회적 가치들'이라는 용어를 '그 입법이 이루어진 사회에서 공유된, 일련의 윤리적, 경제적, 정치적, 그리고 다른 가치들'의 축약어로 사용한다.
324) 490 US 504 (1989)
325) 최봉경, 앞의 논문(각주 62), 359~360쪽에 소개된 내용을 일부 수정하였다.

채택함으로써 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 609 (a)[326](1)를 위반하였다'고 주장하였다. 그 조항에 의하면, 진술자(소송당사자 또는 증인)에 대한 반대신문과정에서 그 진술자가 유죄판결을 받은 전과가 있음이 밝혀진 경우, 그것이 진술자가 한 진술의 신빙성을 탄핵하기 위한 목적으로서 다음과 같은 일정한 요건을 갖춘 때에는 법원이 그 증거를 반드시 채택해야 하는데, 그 증인의 전과가 ① "중죄에 해당하고, 법원이 그 증거의 증거가치가 '피고(the defendant)'에게 불리한 선입견을 주는 효과를 능가한다고 판단할 때"와 ② "부정직 또는 허위진술과 관련된 범죄일 때(형량은 불문)"에만 그러하다. 다수의견에 의하면, 위 규정의 취지는 원래, 진술자(소송당사자 또는 증인)의 전과가 중죄인 경우, 그 전과 사실에 의하여 형사 사건 피고인(the defendant)이 불리한 선입견을 받게 될 경우 법원이 그 증거가치와 선입견 효과를 형량(balance)하여 그 전과에 관한 증거의 채택 여부를 결정하도록 하는 반면, 진술자의 전과 관련 증거가 검사에게 불리한 경우(즉, 피고인에게 유리한 경우)에는 이를 무조건 채택하도록 하기 위한 것이다. 다수의견은 '그러나 위 법률 조항은 단지 피고(the defendant)라고만 규정하여 민사소송의 경우에도 피고에게만 형량의 이익을 부여하는 것인지 여부가 애매하게 규정되어 있다'고 보고 입법사를 검토한 후, '위 조항은 입법자들이 형사소송의 피고인(the defendant)에만 적용할 의도로 규정한 것이므로, 원고와 피고를 차별하여 취급할 이유가 없는 민사소송의 경우에는, 원고나 피고 측 모두 진술자의 중죄에 해당하는 전과는 법원이 이를 증거가치와 선입견 효과에 관한 형량의 여지없이 모두 채택하여야 한다'고 설시한 다음, 따라서 원고의 중죄 전과에 관한 증거를 채택한 제1심 법원의 조치에 잘못이 없다고 판단하였다.[327]

---

326) "General Rule. For the purpose of attacking the credibility of a witness, evidence that the witness has been convicted of a crime shall be admitted if elicited from the witness or established by public record during cross-examination but only if the crime (1) was punishable by death or imprisonment in excess of one year under the law under which the witness was convicted, and the court determines that the probative value of admitting this evidence outweighs its prejudicial effect to the defendant, or (2) involved dishonesty or false statement, regardless of the punishment."

이에 대하여 Scalia 대법관은 동조의견에서, 위 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 609 (a) (1)는 이를 문자 그대로(literally) 해석하여 '피고(the defendant)'에 민사소송의 피고까지 포함시킬 경우, 원고와 피고를 차별하여 취급할 아무런 이유가 없는 민사소송에서 피고에게 '불리한 선입견 방지를 위한 형량의 이익'을 부여하는 반면, 원고에게는 그러한 이익을 부여하지 않게 되는 부조리한 결과(absurd result)를 낳게 되므로, 그러한 결과를 회피하기 위하여 다른 의미로 해석해야 한다고 설시하면서, 위 조항은 문언과 달리 '형사 피고인(criminal defendant)'으로 좁혀서 해석해야 한다고 판단하고, 이는 다수의견의 결론과 같게 되나, 다만 입법사에 의존한 다수의견에는 가담하지 않겠다는 이유를 밝혔다.

(2) 기타 사례들

U.S. v. Kirby[328]판결에서는 '우체국의 설립과 규제를 위한 법률'의 문언이 문제되었다. 관련된 조항은 '우편물이나 그 운송인 또는 배달인 또는 운송하는 말이나 기타 운송수단의 통행을 고의로(knowingly and willfully) 차단하거나 지연시키는 자는 매 위반행위마다 100달러 이하의 벌금에 처한다...[329]'고 규정하고 있었다. 피고인은 군 보안관(county sheriff) Kirby였는데, 그는 당시 우편물을 운송 중이던 우편배달원 Farris를 법원의 구속영장에 기해 체포하였다. 당시 Farris는 살인죄로 기소가 된 상태였다. 법원은 먼저 피고인이 우편물이나 우편물 운송보트의 통행을 차단하거나 저지할 어떠한 의도도 없이 위 우편배달원을 체포했음을 설시하고 있다. 그리고 문자 그대로 위 조문을 기계적으로 해석,

---

327) Blackmun, Brennan, Marshall 대법관의 반대의견은, 민사사건이건 형사사건이건 또 원고이건 피고이건 전과 사실이 알려지는 순간 선입견의 불이익을 입을 수 있으므로, 위 조항상 '피고(the defendant)'의 의미를 '모든 당사자(any party)'의 의미로 해석하여야 한다(즉, 모든 경우에 증거가치와 선입견 효과를 형량하여 그 전과에 관한 증거의 채택 여부를 결정하여야 한다)고 설시하였다.

328) 74 U.S. (7Wall.) 482, 487 (1868), 이하 사안의 설명은 최봉경, 앞의 논문(각주 62), 360~361쪽에 소개된 내용을 일부 수정하였다.

329) 원문은 다음과 같다. : "That if any person shall knowingly and willfully obstruct or retard the passage of the mail or of any driver or carrier or of any horse or carriage carrying the same, he shall, upon conviction, for every such offense pay a fine not exceeding one hundred dollars..."

적용한 기소에 대하여는 '법률의 문언은 불의, 억압 또는 부조리한 결과를 낳지 않도록 제한하여 적용되어야 한다(General terms should be so limited in their application as not to lead to injustice, oppression, or an absurd consequence)'고 판시하였다. 그리하여 그러한 부조리한 결과를 피하기 위하여 법률 문언에 예외를 둘 수 있는 것은 모든 입법의 전제라고 보았다.

그런데 위 Kirby 판결문의 말미에 부조리 법리에 관한 다른 예가 등장한다. 우선 Pufendorf가 언급했다는 예를 든다. "길거리에서 피를 뿌리는 자는 누구나 최고형에 처한다."는 볼로냐의 법을 병의 발작으로 길거리에 쓰러진 사람의 혈관을 절개한 외과의사에게 적용할 수 없다는 것이다. 나아가 Plowden이 든 예도 상식(common sense) 차원에서 소개하였는데, "감옥을 탈출한 죄수는 중죄로 벌한다."는 에드워드 2세의 법률이 화재가 발생한 감옥에서 탈출한 죄수에게 적용될 수 없다는 것이다. 그 이유는 불에 타 죽지 않으려고 탈출하였다고 하여 교수형에 처할 수는 없기 때문이라는 상식적인 내용이다.

### 다. 부조리 법리에 대한 비판

신문언주의가 전통적 방법론과 다른 비문언주의 방법론에 대하여 가하는 비판은 부조리 법리에 대하여도 마찬가지로 적용된다. 신문언주의는 법원에 대하여 입법과정에서 이루어진 타협의 결과로서의 문언을 존중할 것을 요구하므로, 가정적인 입법부의 의도나 애매한 사회적 가치 등을 근거로 명백한 문언을 배제하도록 하는 부조리 법리는 포기되어야 한다는 것이다. Manning은, 비록 Scalia 대법관 등 신문언주의자들도 참을 수 없이 부조리한 결과가 발생하는 예외적인 상황에서 부조리 법리의 적용을 긍정하기는 하지만, 현대 신문언주의 방법론을 적절하게 적용한다면, 부조리 법리의 적용이 필요한 경우는 거의 없다고 주장한다.[330]

그는 우선, 부조리 법리가 전통적으로 판단하는 부조리함(absurdity)

330) Manning, 앞의 논문(각주 218), 2454쪽 이하

은 법률 문언을 문자 그대로 읽는 직해주의 방법론에 의할 때 주로 발생한다고 본다. 그러나 문언을 사회적이고 언어적인 맥락에서 이해하는 현대 신문언주의적 방법론을 적용할 경우, 법률 규정을 문자 그대로의 의미나 사전적 정의들에 따라 형식적으로 해석하는 대신, 언어 관행이나 확립된 뉘앙스 등을 고려하여 완화된 해석을 함으로써 부조리한 결과의 발생을 상당 부분 예방할 수 있게 된다고 설명한다. Manning은 이와 관련하여 Smith 판결에서 총기의 '사용(use)'이라는 용어에 관하여 Scalia 대법관의 반대의견이 어의론적 맥락에 초점을 맞춤으로써 보다 합리적인 해석-총을 무기로 사용하는 경우에만 높은 형량을 적용하는-을 할 수 있었다는 점을 예로 들어 설명한다.[331] 또한 부조리 법리는 아직 필요한 법리와 관행들이 발달하지 않은 초보적인 단계의 법체계에서 법관이 구체적 사건에서의 타당한 결과를 도출하기 위하여 사용하던 추상적인 법리인데, 성숙한 현대 미국의 법체계에서는 많은 법 영역에서 필요한 구체적 법리와 관행이 발달되어 있으므로, 법원은 대부분의 사안에서 이미 확립된 정확한 법리와 관행을 적용하여 합리적인 결과를 도출하는 해석을 하는 것이 가능하다고 주장한다. 그리고 미국 연방헌법은 제정법의 위헌 여부를 판정할 수 있는 명확한 가치들을 규정하고 있으므로, 법원은 결과가 부조리하여 위헌적인 결과를 초래할 경우에는 법률 자체의 위헌 선언을 하여야 한다고 주장한다. 그에 의하면, 법원이 법률의 명백한 문언의 적용으로부터 감지되는 불합리성을 함부로 제거하려고 하는 것은 사실상 입법절차의 최종 결과물인 문언을 배제하는 결과가 되고, 이는 법원이 입법부의 지시를 위반하게 된다는 것을 인정해야 한다는 것이다. Manning은, 미국의 헌정 민주주의 체제에서 법원은 입법부의 지시가, 법원이 그때그때 인식한 애매한 사회적 가치들에 위반되었을 때가 아니라, 오직 헌법에 규정된 가치들에 위반할 때에만 사법심사에 의하여 그러한 제거에 나서야 한다고 강조한다.

라. 부조리 법리 대상 사례들의 재검토

331) Manning, 앞의 논문(각주 94), 111쪽 각주 434)

이에 따라 Manning은 위에서 본 부조리 법리의 적용사례들을 재검토한다. 즉 법원이 막연한 사회적 가치에 근거한 부조리 법리를 적용함으로써 명백한 문언에 반하는 해석을 하기 보다는, 아래에서 보는 바와 같이 맥락을 고려하여 합리적인 해석을 하거나, 성숙한 법체제에서 오랜 기간에 걸쳐 확립된 보다 정확한 법리를 적용함으로써 충분히 합리적인 결과를 도출할 수 있다고 제안하는 것이다.[332]

(a) Kirby 판결 사례 : 살인 혐의를 받는 우편배달원을 체포한 경찰관에 대하여는, 미국 연방대법원 판례상 "공무원의 합리적인 법집행 행위는 일반적으로 형사 처벌의 대상이 아니다."[333]라는 전통적인 법리를 적용할 경우 부조리의 법칙을 적용하는 것과 동일한 결과를 얻을 수 있다.

(b) Plowden 사례 : 화재를 피하기 위하여 감옥에서 탈출한 수감자에 대하여는, 형사법에서 널리 인정되는 긴급피난에 의한 위법성 조각의 항변(defense of necessity)을 적용하면, 역시 부조리의 법칙을 적용하는 것과 같은 결과를 얻을 것이다.

(c) Pufendorf의 사례 : 외과의사가 도로에 쓰러진 사람을 치료하는 과정에서 출혈이 발생한 경우 그 외과 의사를 볼로냐법상 "길거리에서 피를 뿌리는 자(one who draw blood in the streets)"에 포섭시키는 것은 문언의 맥락을 무시한 해석이다. "피를 뿌린다.는 문언은 형사법의 맥락에서는 '폭력행위에 의한 출혈'을 의미한다고 보아야 할 것인데, 그러한 맥락을 도외시하고 문자를 곧이곧대로 해석하여 '의료적인 처치'를 한 외과의사에 대하여 "거리에서 피를 뿌린 자"에 대한 처벌규정을 적용한다면, 이는 법률 문언의 해석을 잘못한 것일 뿐으로서, 이를 '법률 문언의 해석 자체가 정당함에도 부조리의 법칙이 적용되어야 하는 경우'로 볼 수 없다.

---

332) 이하는 Manning이 Manning et al., 앞의 책(각주 42), 101쪽 이하에서 설명한 내용이다.

333) Brogan v. United States, 522 U.S. 398, 406(1998) ; 우리 형법상으로도 정당행위에 의한 위법성조각사유로 인정될 수 있을 것이다.

## 2. 문언과 불합리한(Unreasonable) 결과

앞서 본 바와 같이 미국 연방대법원은 19세기 중엽 이후 제정법 해석 사건들에서 명백한 의미 규칙(Plain Meaning Rule)과 부조리 법리(The Absurdity Doctrine)를 적용하여, 원칙적으로는 제정법의 명백한 문언에 우선권을 부여하되, 문언의 명백한 의미에 따를 경우 부조리한 결과를 초래할 때에는 그 문언을 배척한다는 입장을 견지하였다.

그 후 연방대법원은 고전적 의도주의와 강한 목적주의에 입각하여 제정법의 문언보다는 입법사에 보다 비중을 두는 전통적 방법론을 형성해 오던 중 1940년의 이정표적인 판결(US v. American Trucking Ass'ns)에서 명백한 의미 규칙(Plain Meaning Rule)을 포기하였다. 그 판결에서 연방대법원은 제정법 해석 사건들에서 "법원의 기능은 의회의 의도를 실현하도록 언어를 해석하는 것"이라고 하면서,「명백한 의미에 의할 때 심히 불합리하거나 무익한 결과로 이어지는 경우, 이 법원은 법률용어들을 넘어서 법률의 목적을 살펴왔다. 그러나 종종, 분명한 의미가 부조리한(absurd) 결과를 산출하는 것은 아니고, 단지 전체로서의 입법부의 다양한 정책에 비추어 부당한(unreasonable) 결과를 산출할 뿐인 경우에도, 이 법원은 문자 그대로의 용어보다는 그 목적을 따라 왔다. 법 규정에 사용된 용어의 의미를 해석하는 데에 도움을 받을 수 있다면, 그것의 사용을 금지하는 법규칙은 존재하지 않는다. 이는 피상적으로 검토할 때 그 용어들이 아무리 명확하게 보일지라도 그러하다.」라고 설시하였다.[334] 이로써 연방대법원은, 문언에 따르는 것이 부조리한 결과가 아니라 단지 불합리한 결과를 산출할 뿐인 경우에도, 법원이 판단한 제정법의 목적이 제정법의 문언과 다른 방향을 가리킨다면, 명백한 문언의 의미와 다른 해석을 할 수 있다고 선언한 것이다.

그러나 1980년대에 신문언주의가 등장한 이후, 신문언주의자들은 앞에서 본 바와 같이 입법절차를 바라보는 새로운 주장을 전개하였고, 그러

334) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 44쪽

한 주장이 연방대법원의 실무에 상당한 영향을 미침으로써, 연방대법원은 보다 강화된 명백한 의미 규칙(Plain Meaning Rule)을 적용하고 있다. 즉 문언주의자인 Scalia, Thomas 대법관은 물론, 대부분의 비문언주의 대법관들도 제정법 문언의 명백한 의미가 단지 불합리한 결과를 산출할 뿐인 경우에는 문언에 따라야 한다는 입장을 보이고 있다.

이러한 입장은 Public Citizen v. United States Department of Justice 판결[335]의 반대의견에도 나타난다.[336] 그 사건에서 다수의견은 부조리의 법리를 적용하여 명백한 문언의 의미에 기한 해석을 배척하였는데, Kennedy 대법관은, Rehnquist 대법원장과 O'Connor 대법관이 가담한 반대의견에서[337] 다수의견의 해석 방법론을 공격하면서, 부조리 법리에 따라 명백한 문언의 적용에 대한 예외를 인정하려면 그에 의하여 초래되는 결과가 정말로 부조리해서 의회가 그러한 결과를 의도하였을 가능성이 없고 그 부조리함(absurdity)이 대부분의 사람들에게 명백할 정도가 되어야 하는데, 이 사건의 경우는 그러한 정도에 이르지 못하였다고 설시하였다.[338] 그에 따라 다수의견은 입법부의 법률 제정의 최종성과 구속력에 대한 적절한 존중을 부여하지 않았다는 것이다. Kennedy 대법관은 완전히 부조리한(completely absurd) 해석들-어떠한 합리적인 의회라도 의도했다고 생각할 수 없는-이 법률에서 배제되어야 한다는 것은 인정했다. 그러나 단지 불합리한(unreasonable)한 해석은 내버려두어야 한다는 것이다. Kennedy 대법관에 의하면, 법률을 다듬어서 보다 합리적으로 만들려고 하는 다수의견의 의사는 권력 분립의 원칙을 위반하는 것이다. 그 후 그는 다수의견이 Holy Trinity Church 판결에 의존하는 것을 비판하면서, "법원이 스스로에게 보다 편안한 다른 해석을 발견하기 위하여, 입법부의 의도를 참조하기 위하여 부적격의 자료들을 뒤지는 것은, 민주적 해석을 발전시키지 못한다."고 주장하였다.

나아가 Barnhart v. Sigmon Coal Co. 판결[339]에서 신문언주의자인

335) 109 S.C. 2558 (1989)
336) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 659쪽
337) Scalia 대법관은 이 사건 심리에 관여하지 않았다.
338) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 96쪽
339) 앞의 각주 278) 참조

Thomas 대법관이 집필한 다수의견은 부조리 법리에 기한 반대 주장을 배척하면서, 문언의 의미가 명백할 때에는 그에 따라야 한다는 신문언주의적 논거[340]를 제시하였다. 위 판결의 사안은 다음과 같다.[341] 1992년 제정된 석탄산업 퇴직자 건강연금법(Coal Industry Retiree Health Benefit Act of 1992)은 석탄산업의 퇴직 근로자들을 위하여 설정된 건강연금의 재원을 마련하기 위하여 두 종류의 사업자들에게 의무 분담금을 부과하도록 규정하는데, 첫째는 석탄산업 퇴직연금에 관한 협약에 서명한 석탄 사업자들인 '서명 사업자들(signatory operators)'이고, 둘째는 서명 사업자들과 구체적 형태의 사업 제휴를 한 회사들인 '관계인들(related persons)[342]'이었다. 한편, 위 법률은 서명사업자들이 더 이상 사업에 종사하지 않을 경우에는 일정한 관계인에게 수익자(퇴직근로자)를 위한 분담금을 부과하고, 그에 해당하는 '서명사업자나 관계인 또는 관계인의 승계인'이 없는 경우 그 분담금은 연합기금으로 충당하도록 규정하였는데, 그 법률 문언상으로는 관계인의 승계인에 대해서는 분담금의 지급 책임을 부과하면서 정작 서명사업자의 승계인에게는 그러한 책임을 면제시켜주는 결과가 되었다. 이 사건에서 광산회사인 Jericol이 석탄회사인 Shackleford를 인수하였는데, Shackleford는 석탄산업 퇴직연금에 관한 협약에 서명한 '서명 사업자'에 해당하였다. 사회안전청장(the Commissioner of Social Security)은 Jericol에 대하여 Shackleford에 재직하였다가 퇴직한 86명의 광산근로자들을 위한 분담금을 부과하였다.

위 Barnhart 판결에서 반대의견은, 위 법률의 목적은 '석탄산업 퇴직근로자들의 건강연금체계를 위하여 가장 책임 있는 사람을 확정하고 기금의 장기적인 유지를 확보할 수 있는 우선순위를 정하는 것'이라고 전제한 다음, 위 법률 규정을 문언대로 해석할 경우의 불합리성을 예를 들어 설명하였다. 즉, 서명한 석탄 사업자가 유제품업체와 제휴하고(즉 그 유제품업체는 '관계인'이 된다), 만약 각 회사가 그 각 자산을 서로 다른

340) 제5장 제3절 참조

341) 금태환, "행정법의 해석과 문언·입법취지 : 미국과 한국의 판례 분석을 중심으로", 법조 56권 4호(통권607호)(2007. 4.), 221쪽~222쪽을 참조하였다.

342) ① 서명사업자가 포함된 계열 회사 중 하나, ② 서명사업자와 공통된 통제 하에 있는 상인이나 기업, ③ 서명사업자와 공동이익을 가지거나 연합 사업을 경영하는 자

매수자들에게 매도한다면, 위 법률의 문언에 의하면, 그 서명 사업자의 퇴직자들을 위한 재정적 책임을, 유제품업체의 승계인에게는 부과하지만, 그 서명한 석탄 사업자의 승계인에게는 부과하지 않게 되는데, 이는 부조리(absurd)하거나 이치에 닿지 않는(incoherent) 결과이고, 의회가 그러한 결과를 의도하지는 않았으므로, 위 법률 규정상 '서명사업자'의 개념에는 서명사업자의 승계인도 포함된다고 해석하는 것이 그러한 부조리한 결과를 피할 수 있는 해석이라고 판시하였다.

Thomas 대법관이 집필한 다수의견은 위 법률의 문언에 따른 결과가 불합리하다는 것을 부정하지는 않았지만, 법원은 입법절차에서 있었을 타협을 존중해야 한다는 신문언주의적 논거에 의하여 법률 문언에 따른 해석을 채택하면서, 다음과 같이 판시하였다 : 「이 법률안의 제정을 둘러싼 협상들은 이익 집단들, 의회와 대통령 사이의 입법적 쟁투에 관한 전형적인 이야기를 말해준다. 사실, 이 법률은 많은 이해 당사자들 사이의 긴장을 완화시키는 데에는 실패하였다. 그 미묘한 입법 작업은 법률 규정들을 서로 다른 방향으로 끌어당기려고 시도하는, 큰 이해관계가 걸린 당사자들 사이의 타협을 나타낸다. 따라서 하나의 개별 규정에 변경을 가하는 것은 전체를 흐트러지게 하였을 것이다. 입법자들이 서명 사업자의 승계인들에게 책임을 부과하려 하였다면, 그 법률안이 입법절차에서 살아남지 못했을 가능성도 상당히 높다. 위원회의 법안 수정(markup) 동안, 양원에서의 본회의 토의에서, 양원 합동 위원회 동안, 또는 대통령과의 협의 과정에서 있었던 거래들은 우리가 판단하거나 사후 비판할 것이 아니다.」

### 3. 편집상의 오류 법리(Scrivener's Error Doctrine)

편집상의 오류는 입법과정에서 단순한 표기상(clerical) 또는 인쇄상(typographical)의 오류로 인해 의도와는 다른 표현이 선택되거나 방치된 경우를 의미한다. '편집상의 실수' 또는 '편집상의 과오'라고도 표현[343]된

343) 우리 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다60949 판결 등에서도 '편집상의 오류' 법리를 인정하였는데, 판례상으로는 '입법과정상의 오류', '입법과정상의 착오', '법률개정 과정상의 실수'

다. 편집상의 오류는 제정법의 문면 자체로 입법적 판단의 잘못이 아니라 표현상의 실수인 것이 명백한 경우라고 설명된다.

미국 판례상 나타나는 사례들로는 어떤 법률 규정이 다른 규정{예컨대, §866.53(c)항}을 인용한다는 것이 잘못해서 인접한 다른 규정{예컨대, §866.53(d)항}을 인용한 경우[344], 특정한 법률 용어가 전체 문맥에 비추어 말이 되지 않고 단어를 잘못 선택한 것이 명백한 경우[345], 또는 문법적인 실수 또는 구두점 위치의 실수로 인하여 언어적으로 말이 안 되는 표현으로 되어 버린 경우[346] 등이 있다.

그러나 편집상의 오류 여부의 판정이 항상 분명한 것은 아니다. United States v. Locke 사건[347]의 사안을 소개한다. 1976년에 광업권에 대한 등록제를 확립하기 위하여 제정된 연방토지정책 및 경영법{Federal Land Policy and Management Act(FLPMA)}은 그 법률 제정 전에 광업권을 보유한 사업주들로 하여금 그 법률 제정 시로부터 3년 내에 Bureau of Land Management (BLM)에 등록하도록 하고, 그 등록한 해와 그 이후의 매년 "12월 31일이 되기 전날까지(prior to December 31)" 광업권을 계속 보유할 의향이 있다는 통지서와 그 부속서류들을 주 담당 공무원들과 BLM에 제출하도록 규정하면서, 위 기한 내에 위와 같은 서류를 제출하지 아니한 사업주는 광업권을 포기한 것으로 간주한다고 정하였는데, 피상고인은 12월 31일에 필요 서류를 제출하였다. 이에 행정청인 BLM은 피상고인이 필요 서류를 기한 내에 제출하지 못하였음을 이유로 광업권을 포기한 것으로 간주하겠다고 통고하였고, 그러자 피상고

---

등의 용어를 사용하고 있다. : 최봉경, 앞의 논문(각주 62), 346쪽 각주 12)

344) United States v. Coatoam, 245 F.3d 553, 557 (6th Cir. 2001), King v. Hous. Auth., 670 F.2d 952, 954 n.4 (iith Cir. 1982), United States v. Scheer, 729 F.2d 164, 69 (2d Cir. 1984) ; Manning, 앞의 논문(각주 218), 2459쪽에서 재인용

345) 예컨대, 법률 문언상 "신청을 신청하면(upon request of the ... request) 증명서를 발급해야 한다."고 규정되어 있으나, 전후 문맥상 이는 "신청을 수령하면((upon receipt of the ... request)"이라고 규정하려는 의도였음이 명백하다고 판단한 사례 : United States v. Scheer, 729 F.2d 164, 69 (2d Cir. 1984) ; Manning, 위의 논문, 2459쪽에서 재인용

346) Commonwealth ex rel. Smathers v. Tay-lor, 28 A. 348, 352 (Pa. 1894) ; Manning, 위의 논문, 2459쪽에서 재인용

347) 471 U. S. 84(1985)

인이 이 사건 소를 제기하였다. 연방대법원 다수의견은 법률 규정의 문언이 명백하므로, BLM의 조치가 정당하다고 판단하였으나, 대표적인 목적주의자인 Stevens 대법관이 작성한 반대의견은, 위 사안에 대하여 위 법률규정의 취지는 1년 단위로 정기적인 서류의 제출을 요건으로 규정한 것이 분명하고, 그렇다면, 한 해의 마지막 날인 12월 31일이 아니라 12월 30일을 제출기한으로 설정할 아무런 합리적인 이유가 없으므로, 입법자는 "12월 31일 또는 그 전날까지(on or prior to December 31)"라고 표현하여야 할 것을 실수로 "12월 31일이 되기 전날까지(prior to December 31)"라고 잘못 표현하였음이 분명하다고 보았다. Stevens 대법관은 의회가 의도적으로 "on or"라는 표현을 누락하여 부주의한 사람들에 대한 함정을 마련하였을 리가 없으므로, 이는 '편집상의 오류'에 해당하는 것으로 보아야 한다고 보았다. 위 사건에서 다수의견은 Stevens 대법관의 주장은 명백한 문언에 반할 뿐 아니라, 입법사를 살펴보아도 Stevens 대법관의 주장을 뒷받침할 근거가 없으므로, 위 규정은 문언 그대로 해석해야 한다고 판단한 것이다.

Scalia 대법관과 같은 신문언주의자도 '편집상의 오류'의 경우에는 명백한 문언에 반하는 해석을 긍정한다. Scalia 대법관은 '편집상의 오류 법리'는 의회가 '명백히 잘못 말한(obviously misspoke) 사안'에 적용되고, '부조리 법리'는 의회가 '명백히 과도하게 입법한(obviously overlegislated) 사안'에 적용되므로 양자는 구별해야 한다고 설명한다.[348]

Manning도 신문언주의는 문언을 전체적인 맥락을 고려하여 해석하여야 한다는 입장인데, 제정법 규정들의 전후 맥락에 비추어 문언 자체의 내적 합리성이 결여되었거나, 명백한 문법상, 구두점상의 오류가 있는 경우에는, 그러한 오류가 입법과정에서의 타협을 반영할 가능성은 거의 없으므로, 부조리 법리가 적용되는 경우와는 다르게 보아야 한다는 입장이다.[349] 다만, 위 Locke 판결에 나타난 바와 같이 어떠한 사안에 대하여

348) Scalia 앞의 책(각주 50), 20~21쪽

349) Manning, 앞의 논문(각주 218), 2460쪽 ; 최봉경 교수도 문언에 반하는 해석은 편집상의 오류에 한하여 인정되어야 한다는 입장이다 : 최봉경, 앞의 논문(각주 62), 347쪽

‘편집상의 오류’ 법리가 적용되어야 할지 아니면 ‘부조리의 법리’가 적용되어야 할지에 관한 판단이 어려운 경우가 존재한다는 점은 지적해 둘 만하다.

## 제4절. 신문언주의의 영향과 미 연방대법원 실무의 최근 동향

### 1. 서언

1980년대에 Scalia 대법관과 Easterbrook 판사를 중심으로 등장한 신문언주의는 미국 연방법원의 제정법 해석 방법론에 상당한 영향력을 행사해왔다. 위에서 본 바와 같이 신문언주의는 Holy Trinity 판결로 대표되는 전통적 방법론, 즉 ‘입법사에 의하여 파악된 입법부의 의도나 제정법의 목적은 법률의 문언에 우선할 수 있다’는 방법론에 대하여 강력한 비판을 제기하여 왔는데, Manning은 전통적 방법론에 대한 신문언주의의 비판이 성공했다는 하나의 지표로서 연방대법원이 Holy Trinity 판결을 1989년에 인용한 이래, 20년 이상 다수의견에서 긍정적으로 인용하지 않고 있다는 점을 들고 있다.[350]

그러나 21세기 초반의 시점에서 연방대법관들 중 입법사의 사용에 반대하는 신문언주의자로 분류되는 대법관들은 Scalia[351]와 Thomas 대법관뿐이고, Stevens[352]와 Breyer 대법관이 확고한 목적주의자로 자처한 반면, 나머지 대법관들은 제정법 해석에 관하여 명확한 입장을 표명하지는 않는다. Manning은, 21세기 초반 미국 연방대법원의 최근 경향에 관하여 신문언주의자들과 전통적 목적주의자들 사이에서, 여전히 제정법의

350) Holy Trinity 판결이 다수의견에서 긍정적으로 인용된 가장 최근의 판결은 Public Citizen v. United States Department of Justice, 491 U.S. 440, 454(1989)였다.
351) 2016년에 타계하였다.
352) 2010년에 퇴임하였다.

목적을 중시하되 문언의 의미에 따른 제한을 받아들이는 다수 대법관들이 중간에서 균형을 이루고 있다고 설명한다.[353] 즉 미국 연방대법원의 주류는 Holy Trinity식의 강한 목적주의에는 동의하지 않고 법률에 규정된 문언의 의미가 맥락에 비추어 명백하다고 판단될 경우에는 원칙적으로 그 문언의 의미에 따르지만, 여전히 제정법의 해석에 있어서 그 법률 제정의 배경이 된 목적은 중요하다고 보고, 특히 제정법 문언의 의미가 명백하지 않을 경우에는 입법사와 같은 자료들을 사용하는 신목적주의의 입장이라는 것이다.

결국 연방대법원의 다수 대법관들은 - 신문언주의자와 신목적주의자 모두 - 제정법의 명백한 문언이 다른 해석 자료들보다 우선한다는 점에 대하여 의견이 대체로 수렴되어 있다고 볼 수 있다.[354] 또한 신문언주의 대법관들도 법률 문언의 의미가 애매모호할 경우 이를 해결하기 위하여 제정법의 목적을 파악하는 것이-입법사의 사용으로부터 얻는 것이 아니라면-필요하다는 것을 부인하지는 않는다.[355] 그러나 구체적 사건에서 그 법률 문언의 의미가 명백한지 아니면 애매모호한지, 입법사와 같은 특정 자료들을 제정법 목적의 증거로 사용할 수 있는지, 사용할 수 있다면 어떠한 상황에서 사용 가능한 것인지 등에 관하여 연방대법관들 사이에 입장 차이가 있다.

비록 연방대법원의 주류적 실무는 입법사의 완전한 배제를 요구하는 신문언주의자들의 주장을 받아들이지 않았으나, 전통적 방법론이 융성하던 시기보다는 입법사를 근거자료로 삼는 것을 대폭 줄이는 대신 법률 문언에 더 주의를 기울이는 것으로 균형에 도달하였고, 그에 따라 입법사 사용에 대한 논의는 더 이상 제정법 해석 방법론의 중심 주제가 아니

353) Manning, 앞의 논문(각주 80), 146~147쪽

354) Manning, 위의 논문, 147쪽

355) National Tax Credit Partners, L.P. v. Havlik, 20 F. 3d 705, 707(7th Cir. 1994)(Easterbrook 판사 : "규칙 배후의 목적을 아는 것은 법원으로 하여금 애매한 문언을 해석하는 데에 도움을 줄 수 있다. 그러나 우선 어떤 애매함이 존재하여야 한다.") ; Antonin Scalia, "Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law", 1989 DUKE L.J. 511, 515 ("확실히 법원이 특정한 해석을 선택할 때에 제공하는 가장 빈번한 정당화 근거는 '다른 해석적 대안은 법률의 이유 또는 목적에 들어맞지 않는 결과를 초래한다'는 것이다.")

라고 평가된다.[356] 이러한 새로운 균형은 비문언주의자인 Kennedy 대법관이 Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Services, Inc. 판결에서 작성한 다수의견에 잘 표현되어 있다. : 「우리가 반복하여 판결해 왔듯이, 권위있는 진술은 법률 문언이고, 입법사나 다른 법률외적 자료(extrinsic material)가 아니다. 법률 해석에 있어서 외적 자료들은 애매한 용어에 대한 입법부의 이해를 믿을 만하게 밝히는 정도에서만 역할을 할 뿐이다. 그러나 모든 외적 자료들이 입법부의 이해를 살펴보는 데에 믿을 만한 원천이 되는 것은 아니고, 특히 입법사는 두 가지 중요한 비판에 취약하다. 첫째, 입법사는 그 자체 불확실하고, 애매하며, 상충된다. 입법사에 대한 법원의 조사는 Leventhal 판사의 유명한 경구를 빌리면, "군중을 둘러보고 친구를 골라내는 것"[357]과 같은 형태로{자의적으로} 실시되는 경향이 있다. 둘째, 위원회 보고서와 같이 그 자체는 헌법 제1조의 요건을 갖추지 못한 입법사에 법원이 의존하는 것은, {의회 전체에 대한} 대표권이 없는 위원회 의원들에게-또는 더 나쁜 것은, 선출되지 아니한 보좌관들과 로비스트들에게-그들이 법률 문언을 통하여 성취할 수 없었던 결과들을 확보하기 위하여 입법사에 대한 전략적 조작을 시도할 권능과 유인을 부여할 수 있다는 것이다. 우리는 이러한 문제들이 충분히 만연하여 입법사 자체가 모든 상황에서 의존할 수 없게 되었는지 여부에 관하여 여기서 언급할 필요는 없는데, 그 점에 관하여는 대법관들 사이에 의견이 일치되지 아니한다. 그러나 분명한 점은, 이 사건에 있어서 위와 같은 비판들이 둘 다 딱 들어맞는다는 것이다.」[358]

## 2. Zuni Public School District No. 89 v. Department of Education[359] 판결 개요[360]

---

356) Manning, 앞의 논문(각주 140), 1307쪽 이하

357) Wald, Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term, 68 : Manning, 위의 논문, 1308쪽에서 재인용.

358) { } 안의 부분은 필자가 추가 ; 문언주의에 대한 비판자인 Eskridge 교수도, 앞의 논문(각주 92), 621, 625쪽에서, 현대 문언주의가 문언의 중요성을 환기시키고 법원으로 하여금 입법사에 보다 비판적 태도를 취하게 하는 데에 기여하였다고 평가하였다.

359) 550 U.S. 81 (2007).

360) Manning, 앞의 논문(각주 80), 141쪽 이하 ; 홍진영, 앞의 논문(각주 62), 91쪽 이하도 참조

이 사건은 위에서 서술한 연방대법원 내 다수 대법관들의 제정법 해석에 관한 신목적주의적 입장, 즉 법률 규정이 애매할 경우 기꺼이 입법사로부터 입법 목적을 추출해내려 하면서도, 법률 문언의 제한을 받아들이는 경향이 잘 나타나 있다.

Zuni District School District No.89 v. Department of Education 판결에서는, Impact Aid Act(IAA)에 따라 연방의 교육재정 보조금을 주에 지급하는 복잡한 법률 문언의 해석이 문제되었다. IAA에 따라, 연방정부는 지역 교육구의 재정이 연방정부의 활동에 의하여 감소되는 경우(예컨대, 군사기지로 인하여 학령기 아동의 수가 늘어나는 경우), 해당 지역 교육구(school districts)에 보조금을 지급한다. 그 법률은 주가 주 보조금을 감액함으로써 연방 보조금을 상쇄하는 것을 금지하는데, '주 전체에 대한 학생당 지출을 균등화'하려는 주 계획의 실시에 필요한 경우에는 예외적으로 그러한 주 보조금 감액이 허용된다. 따라서 연방 교육부 장관은 주 보조금 감액의 허가 여부를 결정하기 위하여 당해 주가 주 전체에 걸쳐서 학교 재정에 관하여 '학생당 지출을 균등화'하는 계획을 가지고 있는지 여부를 판단해야 하는데, IAA는 그 판단기준으로 '학생당 지출이 가장 높은 교육구에서의 지출액이 그 가장 낮은 교육구에서의 지출액보다 25%를 초과하여 높지 않은지 여부'를 규정하면서, 다만 장관은 그 계산을 함에 있어서 "학생당 지출의 백분위 순위가 95%보다 높거나 5%보다 낮은 지역의 교육구들은 제외해야 한다."[361](이하 '제외 조항'이라 한다)고 규정하였다. Zuni 판결에서 문제된 것은 이러한 제외 조항이 장관으로 하여금 그 95%와 5%를 계산함에 있어서 '교육구들의 수'를 기준으로 할 것인지(예를 들어, 100개의 교육구들 중 상위와 하위 각 5개씩을 제외하는 것)인지, 아니면 '재적 학생 수'를 기준으로 할 것인지(예를 들어, 학생 10만 명이 있을 경우 총 지출액 기준 상위와 하위 각 5,000명을 포함하는 교육구들을 제외하는 것)인지였다. 장관은 후자의 방

361) Secretary must "disregard local educational agencies [school districts] with per-pupil expenditures ... above the ninety-fifth percentile or below the fifth percentile of such expenditures."

법을 사용하였다.

Breyer 대법관이 집필한 다수의견은, “문제된 용어의 기술적 성격 때문에 우리는 먼저 그 법률 규정의 배경적이고 기본적인 목적들을 검토하여야 한다.”고 설명한 다음, 장관은 IAA의 종전 규정 하에서 현재의 계산방법을 20년간 사용해 왔고, 제외 조항을 추가하는 개정 법률은 장관이 초안한 행정부안에서 온 것이며, 입법절차에서 아무도 제외 조항의 용어가 교육부의 오래된 계산 체계를 변경하려고 의도된 것임을 표명한 바 없다고 설시하였다. 다수의견은 또한, ‘주가 교육구들간 비용을 균등화하는지 여부’를 결정함에 있어서, 통계적 예외자들을 배제하려는 목적임은 분명한데, 교육구 내의 전체 학생 수가 아니라 교육구의 수에 기하여 백분위 수를 계산하는 것은 그러한 목적에 반하는 것이 되므로, 장관의 계산방법은 의회가 이 사건 법률 규정을 제정하면서 가졌음직한 의도를 집행한 것이라고 판단하였다. 다수의견은 그 다음에 제외 조항에 있는 “백분위 수(percentile)”라는 ‘기술적’ 용어의 의미를 신중하게 검토하였다. 관용어, 수학, 과학 사전들을 참조하여 분석하고 나서 법원은, IAA에 규정된 “백분위 수”에 관하여 그 법률은 어떠한 수가 기준이 되어야 하는지, 즉, 교육구들 자체의 수인지 아니면 교육구 내 학생들 전체의 수인지를 명확하게 규정하지 않았고, 따라서 법률 문언의 의미는 장관이 ‘재적 학생 수를 기준으로 백분위 수를 계산하는 것’을 막지는 않는다고 결론을 내렸다.

이에 대하여 Scalia 대법관의 반대의견은, 제외 조항은 장관에 대하여 그 학생당 지출이 구체적인 백분위 수보다 높거나 낮은 ‘지역 교육청들[local educational agencies(school districts)]’에 초점을 맞추도록 명백하게 지시한다고 설시한다. Scalia 대법관은 그 법률 문언이 명백하다고 보면서, 다수의견에 대하여 “이미 권위를 잃은 Church of the Holy Trinity 판결의 기적적인 귀환”을 알리는 것이라고 비판하였다. 그는 또한 다수의견이 입법사에 의존한 것을 비판하면서, “판사들이 의회가 문언과 다르게 ‘의도했으리라고’ 믿는 것은, 무엇이든 판사들이 ‘의회가 의도했을 것임에 틀림없다고, 즉 그렇게 의도했어야 했다고’ 생각하는 것으

로 되는 경향이 있는데, 이는 당황스럽지만 전혀 놀랍지 않은 것이다." 따라서 Holy Trinity판결과 반대로, "우리는 법률을, 우리가 원하는 대로가 아니라, 의회가 적은대로 해석해야 한다."고 덧붙였다.

이 사건에서 Stevens 대법관은 Scalia 대법관의 의견에 반박하기 위하여 다수의견에 대한 보충의견을 집필하였는데, 전형적인 강한 목적주의의 전통에 입각하여 다음과 같이 설시하였다. : 「[Scalia 대법관은] 법률 문언에서 벗어난 사법부의 판결은 '정책 위주의 해석'으로 나타날 수 있다고 적확하게 설시한다. 정책을 추구하는 것이 의회의 의도에 충실한 한 ... 그 판결은 또한 사법부의 기능을 옳게 행사한 것이다. Scalia 대법관의 현재 주장은, '모든 정책 위주의 해석은, 입법부의 의사를 실현하기 위하여 충실히 노력하기보다는, 건전한 정책이 무엇인가에 관한 판사의 개인적 견해를 실현한다'는 부정확한 가정에 의존한다. 내가 다년간 함께 일 해온 바로는 정확히 그 반대가 판사들이 하는 일이다. 만약 우리가 우리 판사들이 지적으로 정직하다고 추정한다면, 의회의 법률에 대하여 정책 위주의 해석을 두려워할 이유가 없다.....이 사건은, 문제된 법률이 장관이 집행하는 규칙을 채택하기 위하여 입안된 것이 명백한 경우이다. 그 문언은 ..... 충분히 애매하긴 하지만, 나는 좀 더 직선적인 길을 따라 결론에 이르고자 한다. 이 사건은 입법사가 명명백백하고, 법률의 문언만으로는 의미를 헤아리기 어려운 사건이다. 따라서 나는 문언에 대한 원고들의 독해가 옳다고 생각하면서도, (장관의 조치를 지지한) 항소법원의 판단을 유지하고자 한다.」

### 3. 목적주의의 변용

여기서 주목할 것은, Breyer 대법관의 다수의견은 전통적 방법론에 기한 Stevens 대법관의 견해를 지지하거나, 문언의 의미와 무관하게 목적을 집행할 권한이 법원에 있다고 천명하지는 않았다는 것이다. 오히려 문언주의와 신목적주의 사이의 공유된 전제들과 일관되게, 다수의견은 입법목적과 법률 문언을 다루기 위한 다음의 법리를 설명하였다. :「법

률 용어는 중요하다. 왜냐하면 만약 법률의 명백한 언어가 의회가 장관의 해석내용을 배제하려 했음을 분명하게 지시하였다면, ..... 통상적으로는 입법사도, 장관의 계산 방법의 합리성도 모두 결정적일 수 없기 때문이다. ..... 이 법원의 선례들에 따라, 문제된 법률 언어는 우리 분석의 종착점이 된다. 가령 관세법이 의류에만 관세를 부과하도록 규정하였다면, 의류와 자동차를 똑같이 처리해야 한다는 정책적 주장이 아무리 강하더라도, 위 관세법을 적용하여 자동차에 대해서까지 관세를 부과할 수는 없는 것이다.」

그러한 출발점으로부터, 다수의견은 제외 조항에 있는 "백분위 수(percentile)"라는 '기술적' 용어의 의미를 분석한 다음 그 용어의 의미의 폭이 충분히 넓으므로 장관의 계산방법이 법률 문언의 의미 범위 내에 포섭된다고 판단한 것이다. 즉 신목적주의 방법론의 특징을 이해하기 위하여 중요한 것은, 다수의견이 Stevens 대법관의 견해와 달리, 법률의 취지나 입법사로부터 얻어진 입법 목적이 장관의 주장을 명확히 뒷받침한다는 것을 밝히는 것만으로 충분하다고 생각하지는 않았고, 법률의 문언이 장관의 해석과 배치되지 않는다는 것을 상세히 논증할 필요가 있다고 생각했다는 것이다. 결국 현재 연방대법원의 주류적 입장인 신목적주의의 방법론은 다음과 같이 구성할 수 있다 : 「제정법 해석에 있어서 법률의 배경 목적은 관련성이 있고(relevant), 심지어 결정적일 수도 있다. 그러나 법원이 그러한 목적을 고려함에 있어서 얼마나 그리고 어느 정도까지 재량을 가지는지에 관하여 법률 문언 자체로부터 단서를 얻는 것이 필요하다.」

따라서 Holy Trinity 판결에서의 강한 목적주의에 기한 전통적 방법론과 달리, 연방대법원의 신목적주의는 배경적 법률 목적이 법률 문언의 명백한 의미보다 우선할 수 없다는 것을 분명히 한다.[362] 대법원은 이제 법률의 문언이 허용하는 범위에서만 입법 목적에 의존하는 입장을 취하는 것이다. 신목적주의자들의 이러한 입장에 대하여 Manning은 제정법의 목적의 구분에 관한 신문언주의의 관념이 연방대법원의 다른 비문언

362) Manning, 앞의 논문(각주 80), 167쪽

주의 대법관들에게도 받아들여졌기 때문이라고 설명한다.

Manning을 비롯한 신문언주의자들은 제정법의 목적은 목적주의자들의 주장처럼 단일한 것이 아니고, 그러한 목적은 다양한 층위(level)의 일반성(generality)에서 설정될 수 있다고 주장하여 왔다.[363] 즉, 법률의 집행을 위임하는 의회의 권한은 '행정청 또는 법원에 할당하기를 원하는 재량의 정도를 정할 매우 폭넓은 권한'을 포함하는데, 의회가 법률에 규정한 일반성의 다양한 층위를 존중함으로써 법원은 의회로 하여금 그 용어의 선택을 통하여 중요한 도구적 목적을-즉 의회가 규칙 또는 기준 중 어느 것을 선택함으로써 집행자들에 대하여 어느 정도의 재량을 부여할 것인지를-결정할 수 있도록 한다는 것이다. 그렇게 본다면, 전통적인 강한 목적주의는 오직 '숨은 목적' 혹은 '배경적 목적'-즉 입법자들로 하여금 입법에 나서도록 촉발한 배경이 되는 정책적 이유-에만 초점을 맞춤으로써, 제정법에서 일반성의 층위에 따른 일련의 연쇄적인 목적들 중 하나를 법원이 임의로 선택할 수 있도록 하였고, 그에 따라 오히려 목적주의의 핵심적 주장인 '의회는 어떤 목적을 위하여 법률을 통과시키고 충실한 대리인은 그 목적을 실현할 수 있도록 그 법률을 해석해야 한다'는 명제에 위배되는 결과를 초래하였다는 것이다. 반면 신목적주의는 제정법의 문언에 나타난 그러한 목적에 관한 일반성의 층위에 있어서의 입법자의 결정-즉 규칙이냐 기준이냐의 결정-을 존중해야 한다는 점에 있어서 신문언주의의 관념에 동의하게 되었고, 그에 따라 문언에 의한 제한 내에서 목적을 추구하는 태도를 취하게 되었다는 것이 Manning의 설명이다. 그에 의하면, 입법절차와 입법 목적에 관한 신문언주의의 새로운 관념이 연방대법원의 목적주의자들에게도 상당 부분 받아들여짐으로써, 오늘날 연방대법원의 신목적주의적 입장이 -전통적인 목적주의와 신문언주의 사이의 새로운 균형으로서- 형성된 것으로 이해할 수 있을 것이다.

363) 앞의 제5장 제3절 참조

# 제7장. 신문언주의에 대한 비판 및 검토

위에서 신문언주의의 이론적 논거들과 그 실제적 적용에 관하여 살펴보았다. 그러나 신문언주의에 대하여는 전통적 방법론, 신목적주의, 동태적 해석론 등 다른 방법론을 지지하는 여러 학자들로부터 강력한 비판이 제기되어 왔다. 이 장에서는, 신문언주의에 대하여 제기된 비판들의 주요 내용들을 정리하고, 앞에서 이루어진 논의들을 바탕으로 하여 그러한 비판들에 비추어 신문언주의 방법론을 평가·검토하기로 한다.

## 제1절. 신문언주의와 법원의 역할

신문언주의는 입법부 우위의 원칙에 따라 법원의 역할을 입법부의 충실한 대리인으로 제한하고 있는데, 이는 헌법적으로 정당성이 결여되어 있다는 비판이 있다. 주로 동태적 해석론자들에 의하여 제기되는 주장인데, 법률의 흠결을 보충하지 않고는 해결할 수 없는 문제들이 늘 발생하고 있고, 사법입법이라고 하여 법관에게 일정한 정도의 법창조적 기능을 부여하는 것은 오래된 역사이며,[364] 헌법은 이러한 해석권한을 사법부에 위임한 것으로 보아야 한다는 것이다.[365] 또한 신문언주의가 권력분립의 원칙에 근거하여 입법과 사법간의 엄격한 분리를 주장하는 것에 대해서도, Eskridge는 헌법이 권력분립만을 규정한 것이 아니며, 많은 부분에서 권력 간의 상호견제를 목적으로 하는 권력 간의 협동과 상호작용관계에 관해서도 규정하고 있다고 주장한다.[366] 따라서 권력 분립의 원칙으로부터 법관의 법창조 역할의 부정을 곧바로 추론할 수도 없다는 것이다[367].

---

364) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 73쪽
365) 옥도진, 앞의 논문(각주 185), 143쪽
366) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 73쪽
367) Eskridge는 Scalia 대법관의 주장의 전제-권력 분립은 법원에 대하여 오직 가장 최소한의 입법기능 외에는 부정한다-가 증명되지 않았다고 주장한다. 즉, 공화주의적 이론가들은 이러

이에 대하여는 앞에서 논의한 바와 같이[368] 신문언주의자들은 법실증주의적 근거와 규범적 근거를 들면서 입법부 우위의 원칙을 옹호하고 있다. 즉 첫째, 헌법상의 권력분립의 원칙에 기한 법실증주의적(positivist) 근거로서 입법부 우위의 원칙이 미국의 헌법적 구조에 부합한다는 것이고, 둘째, 규범적(normative) 근거로서 입법부의 우위는 다수결주의와 정치적 책임성의 소재에 의하여 정당화된다는 것이다. 앞에서 한 서술을 다시 반복하지는 않겠으나, 특히 위 법실증주의적 근거와 관련하여 신문언주의자인 Manning은, '법원이 제정법을 해석함에 있어서 입법부의 실제 명령으로부터 벗어나더라도 법률 규정을 널리 공유된 사회적 가치들, 그 제정 이후 변화된 사회 상황 등과 조화롭게 해석할 권한이 헌법에 의하여 부여되어 있다'고 하는 주장에 대하여, 그러한 주장은 궁극적으로 헌법적 구조의 매우 중요한 전제들에 위배된다고 단언한다. 그에 의하면, 헌법이 입법을 사법으로부터 엄격하게 분리한 것은, 입법부를 일반적으로 규정된 법률에 대한 임시적인 예외를 만드는 것으로부터 단절시키려고 하는 법의 지배의 전통을 반영하는 것인데, 판사들로 하여금 개별 사안에서 입법부의 일반적 지시에 대한 예외를 함부로 인정하도록 허용하는 것은 헌법상 권력분립의 원칙이 금지시키려고 한 바로 그 행위에 해당한다는 것이다.[369]

이 쟁점과 관련하여, 동태적 해석론은 입법부 우위의 원칙에 의문을 제기하고 제정법 해석에 있어서 법원의 적극적 역할을 주장하면서, 종래의 '충실한 대리인' 이론에 대응하여 '관계적 대리인' 이론[370]을 제시한다. 그 이론의 내용과 이에 대한 신문언주의의 반박을 간략히 소개한다.

동태적 해석론자인 William Eskridge 교수는, 법률이 제정된 이후 시간의 경과에 따라 사회적인 변화를 겪기 때문에 제정법 해석에서 사법부의 역할에 대한 적절한 유추는, 의회의 충실한 대리인(a faithful agent)

---

한 전제에 의문을 제기하고, 헌법에 의하여 만들어진 '숙의적 민주주의(deliberative democracy)'는 상당한 규범 창조 활동이 의회뿐 아니라 법원에 의해서도 이루어질 것으로 계획한다고 주장한다. : Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 674쪽

368) 앞의 제5장 제1절 참조

369) Manning, 앞의 논문(각주 218), 2391쪽

370) Manning et al., 앞의 책(각주 42), 82~83쪽

이 아니라, 관계적 대리인(a relational agent)이 되어야 한다고 주장한다. 관계적 대리인은 계속적인 계약관계에 있는 대리인으로서, 그 제1의 의무는 매번 주인의 일반적 목적과 구체적 명령을 실행하기 위하여 그(녀)의 최선의 노력을 다하는 것이다.

Eskridge의 설명은 다음과 같다. 관계적 대리인처럼, 판사는 계속적인 사업에서 하위자이고, 의회가 발한 지시에 따른다. 관계적 계약처럼, 법규정들은 해석적 쟁점이 제기되기 훨씬 전에 종종 일반적 용어로 표현된다. 관계적 주인처럼, 입법부는 종종 한 번만 구체적인 의도에 기한 지시를 한 후, 판사(대리인)로 하여금 구체적인 세부사항을 채워 넣고 오랜 기간 동안 예견되지 않았던 상황들에서 그 법 규정을 실행하도록 한다. 따라서 관계적 대리인처럼 판사는 종종 선행하는 입법부의 지시를 구체적인 상황들에 적용하면서 창조성을 실행하여야 한다는 것이다.

Eskridge는 관계적 대리인은 그 법 규정을 오랫동안 실행하면서 그 실행 당시 적절히 고려해야 할 다양한 유형의 변화된 상황들에 맞닥뜨리는데, 이는 종종 원래의 지시의 통상의 의미 또는 구체적인 의도에 반하는 결정으로 이어질 수도 있다고 주장한다. 심지어 주인이 특정한 쟁점에 대하여 구체적인 의도를 가졌어도, 관계적 대리인은 또한 그 사업의 목표들을 전체적으로 고려하여 주인의 구체적 의도와의 충돌을 합리적으로 해결할 일반적 의도를 가질 수 있다는 것이다.

Eskridge는 관계적 대리인 이론에 대하여 예를 들어 설명한다. 집안의 여주인인 윌리엄스(Williams)와 그가 잠시 외국으로 떠난 동안 집안과 아이들을 돌보아야 하는 가내 피용자인 다이아몬드(Diamond)가 포함된 상황에서, 윌리엄스가 다이아몬드에게 다음과 같은 명시적인 지시를 주었다고 가정하자 : “월요일마다 5파운드의 고기 수프를 가져올 것..... 한 주 동안의 준비로서 충분하도록” 이러한 지시가 매우 구체적이지만, 변화된 상황에서는 곧바로 조정이 필요할 것이다. 만약 사회적 맥락에서의 변화들이 발생하면, -예컨대, 아이들 중 하나가 고기 수프에 알러지가 있는 것으로 드러나는 경우- 윌리엄스의 구체적인 의도는 ‘다이아몬드가 아이들의 건강을 보호하기 위하여 행동해야 한다’는 그녀의 일반적인 의

도에 양보해야 한다. 마찬가지로, 주인의 새로운 지시들은, 설령 명시적으로 원래의 지시를 철회하거나 변경하지 않는다고 하더라도, 원래의 계획을 변경하는 것을 적절한 것으로 만들 것이다. 예컨대, 만약 윌리엄스가 다이아몬드에게 아이들에게 콜레스테롤을 낮추는 머핀을 먹이도록 지시하는 메모를 보낸다면, 다이아몬드는 고(高)콜레스테롤 고기수프를 저콜레스테롤 치킨으로 대신하는 것이 허용될 것이다. 마지막으로, 주인의 재량을 제약할 가능성이 있는 새로운 상위 정책들-고기수프를 배급제로 하는 시(市)의 결정과 같은-은 관계적 대리인으로 하여금 계획을 변경하도록 요구할 것이다. 요컨대, Eskridge는 원래의 지시가 아무리 구체적이라고 하더라도, 충실한 관계적 대리인은 (따라서 좋은 해석자는) "우선 원래의 지시에 깔린 가정들을, 그 목적을 포함하여 이해하고," 그런 다음 "그 법률 규정이 그 입법자들의 세계가 아닌 실제의 세계에서 어떻게 그 목적을 최고로 달성할 수 있는지 알아내야 한다."고 주장한다. Eskridge 교수는 윌리엄스와 다이아몬드 사이의 가상적 사례에서 진실인 것은, 입법부와 사법부 사이의 현실 세계에서의 관계에서도 똑같이 진실이라고 주장한다.

Eskridge 교수의 동태적 해석론과 그의 관계적 대리인 이론의 가장 큰 장점은, 제정법의 불가피한 노후화의 문제들을 해결해 주는 것처럼 보인다는 것이다. 그러나 Manning은, Eskridge의 주장처럼 판사들로 하여금 새로운 상황에 대하여 제정법을 동태적으로 적용하도록 함으로써 이를 최신화(updating)하도록 허용할 경우에, 3가지 위험성이 있다고 지적한다.[371]

첫째, 판사들은 '언제 새로운 변화가 명확하고 구체적인 법규적 지시로부터의 이탈을 정당화하는지' 알아내는 데에 그다지 유능하지 않을 수 있다. 모든 이탈이 실제로 주인의 이익을 위하여 복무하는 것은 아니라는 것이다. 다이아몬드가 시장에 갔을 때, 고기수프의 가격이 올랐고, 감자는 할인판매 중이라는 것을 알게 되었다고 상상해 보자. 그는 "윌리엄스가 가사를 효율적으로 운영하도록 원했고, 비록 고기수프를 사라고 말

371) Manning et al., 위의 책, 83~84쪽

했지만, 그 대신 내가 이번 주에 감자수프를 만든다면, 나는 윌리엄스의 일반적 의도에 보다 충실하게 봉사하는 것이 될 것이다. 그래서 좋은 관계적 대리인으로서, 나는 그렇게 행동할 것이다."라고 추론할 수 있다. 그러나 만약 윌리엄스가 아이들로 하여금 충분한 단백질을 얻도록 보장하기 위하여 고기수프를 특정한 것이었다면, 이것은 심각한 실수가 될 것이다. 완벽한 관계적 대리인은 이러한 실수를 하지 않을 것이지만, 만약 실제 세계의 대리인들-판사들을 포함하여-이 그러한 실수에 취약하다면, 대리인들로 하여금 원래의 명령에 나타난 지시들이 명확하게 변경되거나 어떠한 종류의 비상 상황이 생기지 않는 한, 그에 따르도록 하는 것이 더 나을 수 있다는 것이다. 가사 대리인이 항상 주인의 최선의 이익을 위하여 행동하려고 하는 경우라도, 이것이 최선의 방법일 수 있다. 게다가 대리인들이 그들 스스로의 이익을 도모하려는 의도를 가질 가능성까지 고려해 본다면, 일부 바람직한 적용을 희생하는 비용을 치루더라도, 대리인의 재량을 제한하는 주장은 보다 설득력이 있다.

둘째, 제정법에 대한 동태적 해석 방법론이 입법절차에 관하여 헌법 등에 정해진 안전판을 적절히 존중하지 아니한다는 점을 우려할 수 있다. 이러한 입법절차는 지연되고, 성가시게 하며, 파편화되도록 신중하게 설계되었다. 그러한 종류의 절차에는 명백한 비용이 있는데, 그 중에는 시대에 뒤진 법률들을 최신화(updating)하는 데에 있어서의 어려움도 포함된다. 그러나 그 체제는 부분적으로는 현상유지에 유리하게 하기 위한 추정 때문에, 부분적으로는 소수파들의 권한을 강화하고 법적 변화를 위한 전제조건으로서 충분한 숙려와 정치적 합의를 보장하기 위한 바람 때문에 그러한 방식으로 설계되었다. 제정법 해석에 대한 동태적 방법론은 변화된 상황에 대한 답변으로서 보다 빠르고 유연한 법적 변화를 용이하게 하지만, 정확히 그 이유 때문에 그것은 '법률적 변동은 주의 깊게 고려되고 실질적 다수에 의하여 지지되도록 보장하여야 한다는 이익'을 감쇄시킬 수 있다.

셋째, 동태적 제정법 해석은 그만큼 법적 안정성과 예측가능성의 이익을 감쇄시킬 수 있다. 때때로 입법부들은 엄격하고 유연성 없는 법률적

지시들을 신중하게 채택할 수 있는데, 이는 항상 모든 우연한 상황에 적합하지는 않더라도, 영향을 받을 수 있는 당사자들로 하여금 법 규칙들을 쉽게 확인할 수 있고 예측할 수 있도록 함으로써 스스로의 행동을 계획할 수 있도록 해주는 것이 중요하기 때문이다. 게다가, 입법부들은 종종 스스로 계속하여 특정한 정책에 전념하기를 원할 수도 있는데, 이는 상황 변화에 따라 정책이 함부로 변경되지 않는 것이 입법부 자신의 행동에 바람직한 영향을 미치기 때문이다.

## 제2절. 신문언주의와 방법론적 가정들

신문언주의자인 Scalia 대법관은 Green v. Bock Laundry Mach. Co. 판결[372]에서, "법원은 법률 규정의 의미를 밝힘에 있어서, ① 맥락 및 통상의 용례와 부합되고, 따라서 그 법률 용어들에 투표한 의회 전체에 의하여 이해되었을 가능성이 가장 높은 의미,..... 그리고 ② 그 법률 규정이 통합되어야 할 배경적 법체계와 가장 조화-친절한 허구(benign fiction)로서, 의회가 항상 염두에 두고 있다고 생각되는 조화-될 수 있는 의미를 추구하여야 한다."고 설시하였는데, Eskridge는 이에 대하여, Scalia 대법관은 법률 제정에 관여한 상하 양원과 대통령이 그 법률에 대한 모든 것-즉, 법률이 차용하거나 재입법하는 규정들에 관한 사법부의 해석, 그 법률에 적용될 법률해석규칙들(문법과 구두점 규칙을 포함하여), 그 법률이 포함될 수 있는 배경적 법률영역-을 다 알고 있다고 가정하고 있는데, 그러한 가정은 사실상 아무런 근거가 없다고 주장하면서, 신문언주의의 방법론이 비현실적인 가정에 근거하고 있음을 비판한다.[373]

이와 관련하여 Eskridge는, "의회의 의원들은 법률 규정들에 관하여 모두 아는 것이 아니고, 입법절차의 성격은 그들로 하여금 당면한 특정

372) 109 S. C. 1981 (1989)
373) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 679쪽

문제에 집중하고 장래의 해석 문제에는 신경 쓰지 않도록 할 유인을 제공한다. 한 의원이 법률안의 제정을 확실히 하기에 충분한 표를 얻기 위하여 합의를 한 경우, 그는 법률안이 보다 넓은 범위의 법체계에 통합되는 것이나, 또는 다른 법률에서 차용된 규정에 관한 예전의 법원의 해석 내용의 타당성에 관하여는 통상 관심을 가지지 않는다. 종종 그 의원은 그의 법률 지식을 감추어 둘 유인을 가질 것인데, 왜냐하면, 그러한 지식은 그 법률안의 통과를 좌절시킬 문제들을 야기하는 경향이 있기 때문이다."라고 주장한다.

Eskridge의 위와 같은 실증적 주장은 일견 상당한 설득력이 있어 보이지만, 신문언주의가 '입법자들은 제정하는 법률에 대한 모든 것을 실제로 알고 있다고 가정한다'고 하는 주장은, 신문언주의에서 말하는 입법부의 '객관화된' 의도 개념을 오해한 데에서 비롯된 것으로 보인다. 앞에서 설명한 바와 같이[374] 신문언주의자들은 입법부 우위의 헌정체제에서 법원의 해석 대상이자 의회의 최종 생산물인 법률 문언을 입법부에 귀속시킬 수 있는 최소한의 요건을 충족하기 위한 이론적 분석틀(a framework of analysis)로서 입법부의 '객관화된' 의도를 고안한 것이다. 신문언주의는 고전적 의도주의와 달리, 입법부의 '객관화된' 의도를 구성할 뿐, 입법부가 실제로 주관적 의도를 가졌다고 전제하지 않는다. 즉, 신문언주의자들이 관련된 언어공동체의 합리적인 구성원들의 이해를 입법자들에게 귀속시킴에 있어서, 그들은 제정법의 의미는 '의원들이 법안에 찬성 표결을 할 때에 실제로 알고 있었던 것을 나타낸다'고는 결코 주장하지 않는 것이다. 입법자가 주어진 제정법의 세부사항에 관하여 실제로는 아는 바가 없었고, 아무런 의도를 형성한 바가 없었다고 하더라도, 입법자는 최소한 "(법률 제정에 의하여) 지시를 하였다면, 그것을 지시한 맥락에 비추어, 지시한 대로 정상적으로 이해될 수 있는 것을 표현하려는" 의도를 가져야 할 책임이 있다는 의미에서, 신문언주의자들은 "일종의 '객관화된' 의도-합리적 인간이 법의 문언으로부터 모아서 법전의 나머지들과 함께 놓아 둘 의도"를 입법부에 귀속시킬 수 있다고 주장하는 것이다. 또한

374) 앞의 제5장 제2절 참조

이 때 그 법률 문언이 전문적인 법률용어일 경우, 설령 의회의 의원들 대다수가 실제로는 그 전문적인 의미를 알지 못하였다고 하더라도, 법원은 적용 가능한 법률적 관행을 잘 아는 합리적인 인간의 이해를 의회에 귀속시켜야 한다는 것[375]이 신문언주의자들이 말하는 객관화된 의도의 구성적 성격인 것이다. 그리고 신문언주의자들의 주장에 의하면, 그와 같이 객관적으로 구성된 입법부의 의도에 귀속될 수 있는 제정법 문언에 충실한 것만이 입법부 우위에 기반을 둔 헌정체제에서의 법원의 임무라는 것이다.

따라서 신문언주의가 '입법자들은 제정하는 법률에 대한 모든 것을 실제로 알고 있다'는 가정을 하지 않는 것은 물론, 입법부의 실제 주관적 의도에 대하여 어떠한 가정도 하지 않는다는 것을 정확하게 이해하는 것이 필요하다고 생각한다. Eskridge가 인용한 Scalia 대법관의 주장은 입법부의 객관화된 의도 개념을 설명한 것인데, 입법자가 법률 문언에 대하여 '언어공동체의 합리적인 언어사용자가 이해할 수 있는 의미'로 표현하려는 의도를 가져야 하고, 또한 '그 법률 규정이 통합되어야 할 전체 법체계와 가장 조화될 수 있는 의미'를 추구하려는 의도를 가져야 한다는 것은 헌정질서에서 입법자의 당연한 책무이므로, 입법자가 그러한 의도들을 가지고 있다는 신문언주의의 가정이 비현실적이라고 볼 수는 없다.

## 제3절. 신문언주의와 언어의 불명료성

신문언주의는 '언어 관례란 사회 구성원에 의해 공유되므로 이에 의하면 법률의 의미를 보다 확실히 정할 수 있다'는 전제에 서 있는데, 법

375) Scalia 대법관이 Moskal 판결에서 인용한 Jackson 대법관의 유명한 의견, 즉, 의회가 법률 전문용어를 사용할 경우, "다른 지시가 없는 한, 의회는 '각 차용된 단어가 그 유래된 원래 법체계의 문맥 전체 속에서 그 단어에 부여된 일단의 관념들' 및 '그 단어의 사용이 법관의 사고에 전달하는 의미'를 알고 또한 적용한 것으로 추정된다."는 것도 위와 같은 취지로 생각된다. : 앞의 제6장 제2절 '2. 전문적 법률 용어(Legal Terms of Art)' 참조

률 해석 방법으로서의 신문언주의가 제대로 기능을 발휘하려면, 문언 자체로부터의 합리적 추론을 통해 그 의미를 완전하고 확정적으로 밝혀낼 수 있어야 하지만, 법률상 언어가 대부분 불명료하고 다의적이라는 점을 과소평가하였고, 언어란 문화와 상황에 의존되어 있어 근본적으로 불명확성을 가지고 있다는 점을 간과했다는 비판이 있다.[376] 또한 문언의 의미에 관하여 전문적(technical) 용어 정의를 사용할 것인지 아니면 일반인들이 인식하는 통상적(common) 용어 정의를 사용할 것인지 여부에 대하여 신문언주의자들 사이에도 논란이 있다는 지적도 신문언주의가 주장하는 문언 확정의 곤란성을 지적하는 점에서 같은 취지로 보인다.[377] 위와 같은 비판은 결국 그와 같은 언어의 불확정성에도 불구하고 신문언주의가 법률 규정의 맥락(context)이나 입법사, 사회의 공적 가치 등을 고려하지 아니한 채 형식적인 해석에만 매달리므로, 타당한 방법론이 될 수 없다는 비판으로 이어진다.[378]

우선 유의할 점은 신문언주의를 20세기 초에 형식주의를 표방한 '명백한 의미' 학파('plain meaning' school)나 엄격해석주의(strict constructionism) 또는 직해주의(literalism)와 혼동해서는 안 된다는 점이다. '명백한 의미' 학파는 언어가 그 자체의 본원적인(intrinsic) 의미를 가진다는 전제하에, 의회가 그러한 의미에 따라 법률을 제정하면, 법원은 법률 규정의 본원적인 의미를 발견만 하면 된다고 생각하였다. 그래서 "법원은 제정법의 '네 모서리' 안에서 해석을 한다."고 주장하거나 또는 "제정법 문언이 명백한 의미(plain meaning)를 가질 때에는, 해석의 의무는 생기지 않는다."[379]고 선언하기도 하였다. 그러나 현대 신문언주의자들은 단어의 사전적 정의(dictionary definitions of words)에만 따라 문자 그대로 해석하는 방법론을 직해주의(literalism)라고 비판하면서, 제정법의 해석에 있어서는 '숙련되고, 합리적인 언어사용자가 문언을 그 주어진 맥락에서 어떻게 이해하였을 것인가'를 고려해야 한다고 주장한다.[380]

---

376) 최봉철, "문언중심적 법해석론 비판", 법철학연구 제2권(1999), 286쪽 이하 ; 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 72쪽
377) 옥도진, 앞의 논문(각주 185), 142~143쪽
378) 남기윤, 앞의 논문(각주 86), 72쪽
379) Caminetti v. United States(1922)

신문언주의자들은 제정법 문언의 의미가 맥락(context)에 달려있다고 주장하고, 중요한 해석 문제가 제기되는 사건에서는 문제되는 제정법 문언의 의미가 명백하지 아니한 경우가 대부분이며, 문언이 애매모호할 경우 제정법의 목적은 그 자체가 정책적 맥락에 관련된 중요한 요소라는 것을 인정하고 있다. 따라서 신문언주의자들은 제정법 해석에 있어서, 문언의 '어의론적 맥락'에 관한 증거뿐 아니라 '정책적 맥락'에 관한 증거도, 입법사를 제외하고는 역시 고려한다. 다만 신문언주의자는 문언의 의미가 명백한 경우 정책적 맥락에 관한 증거보다 어의론적 맥락에 관한 증거에 우선권을 부여할 뿐이다.

문언의 의미의 확정과 관련하여 Manning은, 신문언주의의 '합리적인 언어 사용자' 방법론이 일반적으로 규정된 제정법에 남겨진 모든 의미상의 공백을 메운다고 생각해서는 안 된다고 강조한다.[381] 신문언주의자들은 언어 사용자들이 과거에 그 법률 용어를 사용한 방법에 관한 역사적 기록으로서 사전을 자주 참조하지만, 거기에서 멈추는 것은 아니다. 여느 합리적인 언어 사용자와 마찬가지로, 신문언주의자들은 언어의 통상적인 의미와 부가적인 의미들, 확립된 기술적 용어의 전문화된 의미들, 그리고 제정법의 의미에 공백이 있는 경우 이를 메울 수 있는 배경적인 관행들에 주의를 기울인다는 것이다. Manning에 의하면, 신문언주의자들은 제정법의 문언 자체만으로는 의미에 공백이 있을 경우, 법체계의 바탕이 되는 확립된 관행에 기하여 해석하는 것에 찬성하는데, 그러한 문언외적(extra-textual) 관행들-법체계에 받아들여진 절차들, 증거규칙, 법리들-을 사용하는 것은, 그것들이 분명히 확립된 관행들이기만 하다면, 신문언주의의 전제들에 배치되지 않는다. 초보적인 수준의 법체계와 달리, 법체계가 성숙함에 따라 법률전문용어의 바탕을 이루는 법률적 이론과 관행이 풍부하게 갖추어 지게 되므로, 그러한 관행들은 점점 중요해지게 된다. 이러한 취지에서 Scalia 대법관은 위 Moskal 판결[382]에서 '의회가 법률전문용어를 차용하여 입법한 경우, 그 용어에 부착된 관념들 일체를

380) 김종구, 앞의 논문(각주 48), 295쪽 이하 ; 제6장 참조
381) Manning, 앞의 논문(각주 94), 126쪽
382) 제6장 제2절 '2. 전문적 법률 용어(Legal Terms of Art)' 참조

인식하고 채택한 것으로 가정해야 한다'고 판단하였던 것이다. Manning에 의하면, 합리적인 언어 사용자는 말하는 사람들과 의도된 청중들 사이에 공유된 토대들을 찾아내야 하는데, 이는 법률 언어에 있어서도 마찬가지이다. 법률 해석자들은 '합리적인 근면한 법률가'가 맥락 속에서 주어진 법률 규정에 연관시킬 만한 일련의 전제들, 즉 확립된 관행들을 적용해야 한다는 것이다.

앞에서 살펴보았듯이[383] 구체적인 사건에서 신문언주의 방법론에 따라 문언의 의미를 확정하는 것은 결코 쉬운 일이 아니지만, 신문언주의자들이 그러한 어려움을 과소평가하여 사전 등에 의한 형식적 해석으로 만족해 버리는 것 같지는 않다. 그들도 문언의 의미를 확정하기 위하여 가능한 어의론적, 정책적 맥락에 관한 증거들을 대부분 고려한다. 결국 이 쟁점에 관하여 신문언주의자와 비문언주의자가 갈라지는 것은 입법사를 비롯한 문언외적 자료들을 어느 범위에서 사용할 것인가로 귀결된다고 할 수 있다. 그 점에 관한 각 방법론의 주장들에 관하여는 앞선 장들에서 서술한 내용으로 갈음하고자 한다. 다만, 신문언주의에 대한 유력한 비판자인 Eskridge도 신문언주의자인 Scalia 대법관의 '소모적인 입법사에 대한 검토 작업에 불필요하게 말려들지 말라'는 주장을 긍정적으로 보면서, 그가 몇몇 판결에서 한 몇 문단의 엄격한 법률적 분석이 목적주의자들의 입법사에 대한 수십 페이지에 걸친 유랑과 마찬가지의 결과를 산출하였는데, 이러한 입장은 큰 호소력이 있다고 평가한 점[384]은 언급할 만하다고 생각된다.

또한 현대 신문언주의의 주장은 법률의 문언이 명백한 경우 법원은 이를 고수하여야 한다는 것으로 귀결되는데, 신문언주의자들은 그와 같이 문언이 명백한데도 법원이 제정법의 목적 등 정책적 맥락에 관한 다른 증거에 의하여 그 명백한 문언과 다른 해석을 한다면, 입법절차에서 이루어진 타협을 해칠 위험이 있고, 입법부가 법률의 일반성의 층위에 관하여 한 수단의 선택을 무효화시킬 위험이 있다는 점을 강조한다.[385]

---

383) 제6장 참조
384) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 669쪽
385) 앞의 제5장 제3절 참조

## 제4절. 신문언주의와 정의·형평

목적주의자들과 동태적 해석론자들은, 신문언주의가 법적 안정성을 이유로 판사들에 대하여는 형식주의적이고 정적인(static) 해석방법론을 적용하도록 요구하고, 그에 따라 종종 판사들로 하여금 구체적 사건에서의 정의와 형평을 외면한 채 불합리하고 부정의한 결과를 집행하도록 강제한다고 비판한다.

입법자가 일반적으로 규정한 법률의 문언에 따르게 되면 구체적 사안에서 불합리한 결과가 초래되는 경우, 위에서 본 바와 같이 영미에서도 법관이 그러한 결과를 제거하고 구체적 타당성과 정의를 실현할 의도 하에 부조리 법리, 편집상의 오류 법리 등 예외적 조치를 위한 법리를 동원하는 경우가 있다. 신문언주의자들은 입법자의 명백한 실수가 있는 경우에 편집상의 오류 법리의 적용을 긍정한다. 또한 법률 문언대로의 적용이 참을 수 없을 정도로 부조리한 결과를 낳는 경우에 부조리 법리를 적용하여야 한다는 데에 대부분의 신문언주의자들이 동의하고, Scalia 대법관도 Green v. Bock Laundry Mach. Co. 사건에서 부조리 법리의 적용을 인정하였다.

그러나 Manning은 신문언주의의 입장을 합당하게 취할 경우, 부조리 법리는 더 이상 적용될 여지가 없다는 입장이다. 우선 부조리 법리가 전통적으로 판단하는 부조리함(absurdity)은 법률 문언을 문자 그대로 읽는 직해주의 방법론에 의할 때 주로 발생하나, 문언을 사회적이고 언어적인 맥락에서 이해하는 현대 신문언주의적 해석을 적용할 경우, 경계사례에서 대부분의 부조리함을 제거할 수 있게 되었다는 것이다.[386] 또한 성숙한 현대 미국의 법체계에서는 많은 법 영역에서 필요한 법리와 관행이 발달되어 있으므로, 기존에 확립된 법리를 적용하거나 합헌적 해석을 시도하고, 그에 의하여도 해결되지 않을 경우, 즉 위헌적 결과를 초래할 경우에는 법률 자체의 위헌 선언을 하여야 한다는 것이 Manning의 주장이다.[387] 미국 헌법은 입법부의 허용되는 행동과 허용될 수 없는

386) Manning, 앞의 논문(각주 218), 2458쪽 이하

행동 사이의 경계를 표시하는 분명한 가치들을 규정하고 있는데, 명백한 법률의 문언이 그와 같이 헌법이 규정한 가치들에 위배되지 아니한 채 단지 결과가 부조리한 것으로만 보일 경우, 법원이 이를 회피한다는 명목으로 스스로 설정한 사회적 가치에 근거한 판단에 따라 의회의 지시, 즉 법률의 문언을 배척하는 것을 함부로 허용해서는 안 된다는 것이다.

그와 같이 부조리한 정도에 이르지 않고, 단지 불합리한 결과를 초래함에 그치는 경우, 신문언주의자들은 법관이 이미 확립된 법리와 관행에 의하여 그러한 결과를 피할 수 있도록 시도하여 보고, 그러한 법리나 관행도 존재하지 않는다면, 명백한 법률 문언을 그대로 집행해야 한다고 본다. 현대 신목적주의자도 문언이 명백하다면, 동일한 결론에 이를 것으로 보인다. 동태적 해석론자들은 법원에 대하여 보다 적극적이고 유연한 해석을 주문할 것으로 보이나, 그에 대하여는 Manning이 부조리 법리의 문제점에 관하여 지적한 위 내용들이 고려되어야 할 것이다.

## 제5절. 신문언주의와 정치적 입장

Scalia 대법관과 신문언주의자들에게는 '숨겨진 정치적 목적'이 있다는 주장이 있었다. 즉, 미국의 공화당 집권 시에 Chevron 법리에 따라 공화당이 지배하는 행정청들을 존중하고, 민주당이 지배하는 의회의 진보적 법률들을 좁게 해석함으로써, 보수적 공화당원들인 신문언주의자들이 정부의 권한을 축소하려 한다는 것이다.

미국의 20세기 말 ~ 21세기 초 상황에서 신문언주의자들인 Scalia, Thomas 대법관이 정치적 보수주의자들인 것은 분명하다. 그러나 제정법 해석 방법론으로서의 신문언주의를 이론적으로 검토함에 있어서는, 신문언주의적 방법론이 반드시 정치적으로 보수주의로 귀결된다는 점이 입증되는지 확인하여야 한다. 신문언주의는 형식주의적 입장을 취하여 제정법을 대체로 제한, 축소 해석하는 경우가 많고, 사법소극주의와 연결되어

387) Manning, 위의 논문, 2465쪽 이하

일견 보수주의와 관련된 것처럼 보이기도 한다.

그러나 사법 소극주의는 정치적 보수주의로 귀결되고, 사법 적극주의는 정치적 진보주의로 귀결되는가? 반드시 그렇다고는 볼 수 없다. 정치적 부문-의회와 행정부-을 장악한 세력이 보수주의자들일 때 사법 소극주의는 정치적 보수주의와 연결되겠지만, 반대로 진보주의자들이 의회와 행정부를 장악한 상황에서는 사법 소극주의는 정치적 진보주의와 연결되고, 오히려 사법부 구성원들이 정치적으로 보수적인 입장이라면, 의회와 행정부에 대항하여 사법 적극주의적인 판결을 할 것이다.[388]

신문언주의가 제정법 해석에 있어서 정치적 부문인 의회 및 행정부에 대한 존중과 사법 자제의 태도를 강조하는 것은 분명하나, 그러한 문언주의적 방법론이 정치적으로 보수주의로 귀결될지, 아니면 진보주의로 귀결될지는 의회 및 행정부를 장악한 세력의 정치적 입장에 따라 달라질 문제가 될 것이다. 그리고 미국(그리고 우리도) 헌정 체제하에서 법원에게 '국민에 의하여 선출되고 국민에 대하여 책임을 지는' 정치적 부문의 결정을 기본적으로 존중할 것을 요구하는 것이 바로 신문언주의의 해석철학인 것이다. 따라서 미국 연방대법원 내의 신문언주의자들이 정치적 보수주의자들이라고 하여 신문언주의 방법론 자체를 정치적 보수주의와 연결시키는 태도는 성급한 일반화의 오류로 볼 수도 있다고 생각되며, 그렇게 연결시키기 위해서는 추가적인 논거가 필요하다고 보인다.

신문언주의에 비판적인 Eskridge도 같은 취지에서 신문언주의자들에게 보수적 목적이 있다는 주장에 대하여, 부분적으로는 사실이라고 하더라도, 전체적으로 맞는지는 의문이라는  입장을 밝혔다. 그에 의하면, 민주당원들이 비판하는 연방대법원 판결들 중 다수가 비문언주의적 방법론을 취한 바 있고, Scalia 대법관은 때때로 그의 신문언주의적 방법론을 적용하여 전통적 보수주의자들의 반대를 누르고 법률에 대한 진보적 가치를 옹호하는 판결을 선고하기도 한다는 것이다.[389]

---

388) 이러한 관념에 따라 사법 적극주의와 사법 소극주의의 개념을 다시 규정한 글로는, 임지봉, "사법적극주의와 사법소극주의", 고시계 46권 7호(533호), 국가고시학회(2001), 4~9쪽 참조

389) Eskridge, 앞의 논문(각주 92), 669쪽

## 제6절. 신문언주의와 사법재량

Eskridge는 '신문언주의는 입법부 우위, 민주주의와 권력분립의 원칙을 강조하면서 입법사의 사용을 억제함으로써 법관의 재량을 제한하여야 한다는 주장을 내세우나, 신문언주의 방법론이 실제로 법관의 재량을 제한한다고 보기 어렵다'고 비판한다.[390] 그는, '사실상 방법론에 의하여 법관을 제약할 수 있는 것은 아니며, 성과 지향적인 법률가는 어떠한 방법론에 의하더라도 제한받지 않을 것이고, 신중하고 성실한 법률가는 신문언주의건 전통적 방법론이건 그에 따른 제한을 받을 것'이라고 주장한다.

Eskridge의 주장은 일리가 있다고 생각한다. 확실히 구체적인 법률 해석 사건에서 방법론만으로 법관의 재량을 제한하기에 충분하지는 않을 수 있고, 주어진 사법재량을 어느 정도까지 행사하느냐는 법관의 성향이 중요한 요소일 수 있을 것이다. 그러나 방법론의 여러 유파들 중에서 어떤 입장을 취할 때에 사법재량을 상대적으로 더 넓게 행사할 수 있는지에 관한 차이는 분명히 존재한다. 법관이 제정법 해석에 관한 자신의 견해를 밝히기 위해서는 근거를 밝히고 논증을 제시해야 하는데, 문언주의적 입장을 취하는 것보다는 목적주의나 동태적 해석론을 취할 경우 법률의 문언에 의한 제한을 벗어나 법관 자신의 정책적 판단을 펼칠 여지가 더 크다는 것은 부인할 수 없는 것이다.

Wood 교수가 '신문언주의 방법론을 적용하더라도, 사법재량의 제한에 관한 차이는 정도의 문제일 뿐, 근본적인 변화는 없을 것'이라고 한 주장에 대하여, Scalia 대법관은 위와 같은 취지에서 다음과 같이 반박하였다.[391] : 「법률을 자기 의지대로 해석하려고 드는 판사들(willful judges)은 항상 있어 왔고, 의심할 여지없이 앞으로도 있을 것이다 ..... 그러나 내 생각에는, 법률을 자기 의지대로 해석하려고 드는 판사들이 더 이상 어둠 속에서 자기 마음대로 할 수 없게 된다면, '판사들은 제정법과 헌법 규정 스스로가 말하는 바에 따라 최선의 해석을 해야 한다'고

390) Eskridge, 위의 논문, 674쪽
391) Scalia, 앞의 책(각주 50), 131~133쪽

공개적으로 선언하고 또 법과대학원에서 그렇게 가르친다고 한다면, 그 때에는 {방법론에 의한 사법재량의 제한에 있어서} 정도의 차이가 아니라 근본적인 차이를 가져올 것이다. Wood 교수는, 만약 문언주의 판사가 사법재량을 확장하려고 든다면, 문언주의는, 의도주의나 다른 해석 방법론들과 마찬가지로 자의적인 사법재량의 행사를 막지 못한다고 주장한다. 나는 동의할 수 없다.... 물론, 스스로의 의지를 관철하려는 판사가 있다면, 문언주의가 그를 막을 철갑의 방호벽(ironclad protection)이 될 수는 없다. 하지만 어느 정도의 방호벽(some protection)은 된다. 반면, {전통적 방법론이 적용하는} '입법부의 의도'라는 기준은, 판사로 하여금 실제로 존재하지 않는 것(제정법 사건에서 문제된 협소한 쟁점에 관하여 입법부가 실제로 어떤 의도를 가진다고 하는 것은 거의 있을 수 없다)을 찾도록 유발하고, 또한 판사로 하여금 입법부가 가장 합리적인 것-즉 판사 스스로가 최선이라고 생각하는 것과 동일한 것-을 의도했을 것이라고 추측하도록 만듦으로써, 적극적으로 판사들이 스스로의 의지를 관철하도록 부추기는 결과를 초래한다. 다른 비문언주의적 방법론들도 마찬가지로 판사 자신의 의도를 실현하는 결과를 가져오기 마련이다.....국민들과 그들의 대표들이 만든 제정법과 헌법을 판사들이 마음대로 고친다는 것은 단지 '꽤 중요한' 문제 정도가 아니라, 민주적 정부의 존립에 있어서 '매우 핵심적인' 문제이다. 나는 우리가, 대통령들이나 장군들에 대하여 그렇게 해왔듯, 판사들에 대하여도 적정한 권한 영역 내에 머물도록 요구할 수 있다고 믿는다.」({ }안의 기재 부분은 필자가 첨가)

# 제8장 한국의 헌법적 구조와 법률 해석 방법론

이제까지는 미국에서 제정법 해석 방법론에 관하여 전개된 여러 논의들을 고찰하였다. 이 장에서는 우선 그러한 논의들이 우리 법률 해석 방법론에도 적용가능한지 검토하기 위한 전제로서 우리 헌법적 구조에 나타난 입법부와 사법부의 관계 및 가치 다원적인 사회에서 사법부의 국가기관으로서의 정당성 문제를 생각해 본다. 나아가 구체적인 법률 해석 방법의 문제를 고찰하기 위하여, 현재까지 우리 학계에서 이루어진 법학방법론에 관한 논의들을 살펴본 다음, 우리 대법원 판례에 나타난 구체적인 사례들을 중심으로 실제 적용된 법률 해석 방법론을 검토해 본다.

## 제1절. 한국의 헌법적 구조와 사법부의 정당성 문제

### 1. 법관의 법률에의 기속 원칙

가. 의의

미국과 마찬가지로, 우리 헌법과 법률에도 법관이 따라야 할 법률 해석 방법에 대하여 직접 규정하고 있지는 않다. 그러나 우리 헌법 규정들을 검토하여 보면, 우리 헌법에 있어서도 입법부와 사법부가 대등한 지위에서 서로 분립되어 견제와 균형의 원리에 따라 구성되어 있는 것은 분명하나, 미국 헌법상 입법부 우위의 원칙이나 충실한 대리인 이론에 상응하는 헌법적 구조의 가치가 우리 헌법에도 반영되어 있음을 부인하기는 어렵다고 생각된다.

우선 대한민국헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다.”라고, 그 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”라고 각각 규정함으로써 권력분립의 원칙을 선언하고 있는바, 이는 입법권을 국회에, 사법

권을 법원에 각각 전속시키고, 법원이 입법권의 핵심영역을 침범할 수 없도록 정하고 있다고 보아야 할 것이다.[392][393]

특히 대한민국헌법 제103조는 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다."(밑줄 표시는 필자)라고 정하여 법관의 법률에의 기속(羈束) 원칙을 명확히 규정하고 있다. 이는 입법부가 어떠한 사항을 법률로 명시적으로 규정하였으면, 그 법률이 헌법에 위반되지 않는 한, 법관은 반드시 그에 따라야 하고, 구체적 타당성, 이익형량 등에 의한 법관 스스로의 법 정립 기준들은 법률의 규정 내용보다 뒤로 물러나야 한다는 의미이다. 즉 위와 같은 법관의 법률에의 기속 원칙에 따라, 법률로 제정된 사항에 관하여는 입법부의 결정이 사법부에 대하여 우월한 지위를 가지고 있고, 사법부가 입법부의 그러한 결정에 따라야 한다고 봄이 타당하다.[394] 물론 입법자의 입법에 관한 우월권과 입법에 관한 독점권은 구별되어야 하고, 법관의 법형성 또는 법창조를 금지하는 입법자의 입법 독점권을 인정하기 위해서는 비현실적인 전제조건들, 즉, 법률에 흠결이 없어야 하고, 시대상황을 초월하여 지속적이어야 하며, 법률 문언이 모든 면에서 명료하고 일의적이어야 한다는 등의 조건들이 충족되어야 할 것이다.[395] 따라서 법관이 법률을 해석·적용하는 과정에서, 법관에게 일정한 사법재량의 여지가 주어진 경우가 있을 수 있고, 법관에게 그러한 재량의 행사가 허용된 범위에서 사실상 법원에 의한 법형성 또는 법창조가 이루어질 수 있다. 그러나 그러한 사실상의 사법입법(司法立法)이 허용된다고 하더라도, 이는 어디까지나 제정된 법률보다는 열위(劣位)에 있는 것이고,[396] 입법자가 법적 문제에 대하여 권위 있는 결

---

392) 물론 위 각 헌법규정에 따라 국회가 사법권의 핵심영역을 침범할 수 없다는 것도 당연하다.

393) 이명구, "법관의 헌법과 법률에의 기속 - 법관에 의한 법창조의 한계문제를 중심으로", 사회과학논총 2집, 한양대학교(1983. 12.), 391쪽

394) 이명구, 위의 논문, 391쪽

395) 마틴 크릴레, 법발견의 이론, 홍성방 역, 유로(2013), 87쪽

396) 마틴 크릴레, 위의 책, 92쪽 : 독일의 마틴 크릴레(Martin Kriele) 교수는 '법관은 법에 대하여 더 많은 자유를 가져야 하는가'라는 19세기 자유법학파의 문제제기에 대하여, '그러한 질문에 대하여는 부정적인 대답이 주어질 수밖에 없는데, 왜냐하면, 법관은 법률에 구속되기 때문이다. 이 원칙을 벗어난다는 것은 곧 입법권으로부터 입법에 관한 우월권을 박탈하고 법적 결정을 법관의 자의와 통제할 수 없는 이해관계가 지배하는 암담한 영향력에 내맡기는 것을 의미하게 될 것이다. 요컨대, 이는 곧 권력분립과 민주주의 원칙의 포기와 전체 헌법구

정을 내린 사항에 있어서 사법부가 입법부와 대등하거나 경합적인 권한을 가진다고 볼 수는 없는 것이다.[397]

나. 이론적 근거

이렇게 보는 이론적 근거는 미국에서 입법부 우위의 원칙이 주장되는 근거와 다르지 않다.

첫째는 민주적 정당성이다.[398] 법원은 국회에 비하여 민주적 정당성이 간접적이라는 것이다. 법원은 대한민국헌법 제101조 제1항에 의하여 사법권을 부여받았고, 헌법은 헌법제정권력을 가진 국민들에 의하여 제정된 것이므로, 위와 같은 헌법 규정 자체가 법원에 민주적 정당성을 부여한 것은 분명하다.[399] 그리고 대한민국헌법 제104조 제1항, 제2항에 의하여, 대법원장과 대법관은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하는 점에서 역시 민주적 정당성을 가지는 것이다. 그러나 국민(선거인)들에 의하여 선출되고 국민들에 대하여 직접 정치적 책임을 지는 국회의원들로 구성된 국회에 비하여, 신분이 보장되어 있고 임명이나 퇴임에 국민들이 직접 관여하지 않는 법관들로 구성된 법원은 간접적인 민주적 정당성만을 가진다고 보아야 할 것이다.[400] 또한 법원의 재판은 정치적 의사결정의 요소가 결여되어 있고, 국민(선거인)에 의한 직접적인 통제를 받지도 않는다.

---

조의 붕괴를 의미하게 될 것이다'라고 언급하였다.

397) 이명구, 앞의 논문(각주 393), 391쪽

398) 이명구, 위의 논문, 390쪽

399) 유은정. "미국연방대법원, 사법심사 그리고 국민". 강원법학 제36권 (2012), 315쪽

400) 이에 대하여는 반론도 있다. : 허완중, "민주적 정당성", 저스티스, 제128호, 한국법학원 (2010. 2.) 133쪽. 허완중 박사는 민주적 정당성의 개념을 "국가권력이 국민에게서 비롯되고 국민에게 소급됨"이라고 정의하면서(137쪽), "국가행위에는 국민에게 바로 소급하거나 국민에게서 비롯되는 정당성이 필요하다"고 하면서, "이러한 정당성이 인정된다는 전제 아래에서만 비로소 국민과 구별되고 조직적으로 분리된 기관에 의한 국가행위를 국민이 그러한 권력을 행사하도록 한 것으로 인정한 것"이라고 보았다(141쪽). 그러나 국가권력의 창설과 존속에 민주적 정당성이 부여된다고 하여 그 국가권력 행사에 민주적 정당성이 있는 것이 아니기 때문에, 이러한 점에서 국민이 직접 선거로 뽑은 대통령과 국회의원에게 더 강력한 민주적 정당성이 부여되고 국민이 직적 선출하지 않은 사법부나 헌법재판소는 민주적 정당성이 약하다고 볼 것은 아니라고 주장한다(142쪽).

둘째는 법적 안정성이다. 사법(司法)은 개별적인 문제를 해결하여 그 구체적 타당성을 보장하는 데에 특징이 있는 반면, 입법이 일반적·추상적 규범의 정립을 통하여 달성하는 만큼의 법적인 지속성이나 안정성을 확보하지는 못하기 때문에, 법원으로 하여금 개별 사건에서 입법부와 대등한 법형성 권한을 행사하도록 허용할 경우 법적 안정성을 심하게 해치게 될 수 있다는 점도 지적된다.[401]

셋째는 기관 적합성(institutional competence)이다. 특히 현대 사회와 같이 급속하게 변화하는 행정국가·사회국가의 법률 제정에 있어서, 이견이 있는 사회개혁을 실천에 옮기거나 장기적인 계획을 작성하거나 복잡한 문제를 상이하게 규율하거나 하는 일은, 대표성과 공개성의 원칙에 따라 구성된 입법부가, 법적 기준에 따라 구체적인 문제를 결정하는 임무를 띠고 있는 사법부보다 적임이라는 점이다. 위와 같은 문제들을 국회에서의 입법에 의하여 해결하지 않고, 법원의 재판에 의하여 해결하려고 하는 것은 법원에 대하여 부적절한 부담을 지우는 것이고, 법원이 그러한 사항들에 대하여 입법부 대신 정책적 결정을 맡는 것은 법원의 인적·물적 자원이나 재판제도의 본질에 맞지 않는다는 점이 제기된다.

### 다. 원칙 위반의 의미

법원은 당해 사건에서 적용될 법률이 헌법에 위반된다고 판단되면, 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하여 위헌결정의 선고를 받음으로써 법률의 적용을 거부할 수 있다. 이는 대한민국헌법 제103조에서 정한 법관의 헌법에의 기속 원칙에 비추어 당연한 법관의 책무이고, 입법부 우위나 법관의 법률에의 기속 원칙에 반하는 것이 아니다. 그러나 만약 법원이 당해 사건에서 적용될 법률이 불합리하기는 하지만 헌법에 위반될 정도는 아니라고 생각한다면, 이는 입법부가 스스로의 지시를 법원에 대하여 관철시킬 권한을 가진다는 것을 의미한다. 그 경우에 법원이 입법부의 지시, 즉 법률 규정이 불합리하다는 이유로 그에 따르기를 거부한

401) 이명구, 앞의 논문(각주 393), 390쪽

다면, 그리고 그 거부 사유가 정당화될 수 없어서 사법재량의 한계를 벗어난 것이라면, 법원의 그러한 거부행위는 위 대한민국헌법 제103조에 위반될 소지가 있는데,[402] 이는 그 거부행위가 명시적인 거부의 형태를 띠건(이는 현실적으로 상정하기 어렵다), 아니면 입법부의 결정을 법원 스스로의 판단으로 대체함으로써 우회적인 거부의 형태를 띠건 마찬가지일 것이다.

라. 사법부의 역할에 관한 헌법적 함의

법관의 법률 기속에의 원칙은 법률 해석에 관한 우리 헌법적 구조를 잘 보여 준다고 할 수 있다. 우리 헌법상 입법은 국회가 담당하여야 하는 영역이고, 법원에 계속된 사건에서 법률의 해석이 쟁점이 되었을 때에 사법작용은 입법부의 의사를 밝혀야 하는 것이지, 법률 해석의 명목하에 입법을 행하여서는 안 된다는 것이다. 그와 관련하여 최대권 교수는, 사법부의 적극적 역할과 관련하여 제기되는 주장들, 즉 법원의 법창조적 기능을 강조하는 주장, 사법적극주의에 관한 주장, 그리고 사법판단을 정책결정의 문제로 보는 주장 등이 오해될 수 있는 위험성을 지적하면서, 위 주장들 중 어느 것도 사법부의 적극적인 입법 작용을 지지하거나 옹호하는 이론이 아니라는 점을 강조한다.[403]

첫째, 영미나 독일에서 '법원의 법 창조적 기능'이라는 표현이 나타내는 관념은 3가지로 정리할 수 있는데, ① 미국 법현실주의자들의 '법전 등에 쓰여 있는 법이란 법일 수 있는 개연성을 가질 뿐이고 법원이 법이라고 말한 바가 비로소 법이 된다'는 관념, ② 선례구속의 원칙이 인정되

402) 다만, 그 경우 법원의 잘못을 어떻게 시정해야 할 것인지의 문제가 있을 수는 있으나, 이는 입법부에 의하여 해결되는 것은 별문제로 하고, 헌법재판소가 시정할 권한을 주장할 수 있는지는 의문라고 생각된다. 헌법재판소가 '법원의 잘못된 판단에 대하여 위헌 여부를 심사할 권한이 있다'는 취지의 결정을 선고한 바는 있으나(헌법재판소 2012. 5. 31.선고 2009헌바123결정), 가사 헌법재판소의 결정처럼 법원의 판결에 어떠한 잘못이 있다고 가정하더라도, 현행법상 헌법재판소가 법원의 재판에 대하여 위헌여부 심사권을 가진다는 근거가 없고, 헌법재판소 스스로의 결정례에도 반하는 것으로서 동의하기 어려운 결정이라고 생각된다.

403) 최대권, "제정법의 해석", 서울대학교 법학 제30권 제1·2호(77·78호), 서울대학교 법학연구소(1989. 5.), 135쪽

는 보통법계 국가들에서, '법원이 판결을 통하여 선언한 법원칙이 추후의 유사한 사건을 규율하는 법원(法源)을 형성하는 까닭에, 특히 상급법원의 사법작용이란 바로 법창조 작용이다'라는 관념, ③ 법단계설[404]에 기한 Hans Kelsen의 순수법학에서 '입법, 행정, 사법작용 사이에 본질적인 차이가 있는 것이 아니며 그 어느 작용이든 상위법에 대한 관계에서는 법의 집행·적용 작용이고 하위 법에 대한 관계에서는 법 정립(定立)작용이므로, 사법부가 일반적·추상적 법률에 기하여 구체적 사건에서 하위 규범을 정립하는 판결을 하는 것도 법창조 작용이다'라는 관념 등이다. 위와 같은 관념들은 법원의 판결이 보통법계에서는 판례'법'이 되고, 우리나라와 같은 대륙법계에서도 '사실상'의 구속력을 가지는 선례로서 승인되고 있는 점을 설명해 주지만, 위 관념들 중 어느 것도 법원이 입법부의 의사에 반하는 법창조 내지 법형성을 할 수 있다고 정당화하는 근거로서 주장된 것이 아니라는 것이다.

둘째, 사법적극주의와 관련하여, 사법적극주의를 "법이 목적하는 정의가 무엇인가를 가려내어 그것을 적극적으로 실현시키고자 하는 정의실현의 자세"라고 규정하면서, "…때로는 본래 없는 새로운 의미를 부여할 필요도 생기고, 본래의 입법자의 의도나 시대사조를 무시하고 전혀 다른 별개의 의미로 해석해야 할 필요도 생기는 것인데, 이러한 필요를 충족시킬 수 있도록 과감하게 당초에 입법이 예정하지 않은 의미로 확대하여 해석하거나 또는 다른 의미로 변경 또는 축소하여 해석함으로써, 즉 법해석을 통하여 적극적인 법 창조적 기능을 법원이 수행하여야 한다."는 주장[405]에 대하여 최대권 교수는 그러한 주장이 '법률 문언의 의미 자체로서는 불명확한 경우 정당화될 수 있는 합리적인 해석원칙에 의하여 입법부의 의사를 밝혀야 한다'는 의미의 범위 내라면 허용될 수 있지만, 만약 그와 같이 밝혀질 수 있는 입법부의 의사 이외의 다른 의미를 법원이 필요에 따라 법률 규정에 주입할 수 있다는 주장이라면, 이는 법원의 법

404) Hans Kelsen은 존재와 당위 사이의 엄격한 구별을 전제로, 존재 영역에 있는 도덕이나 자연법을 배제하고 근본규범-헌법-법률-명령이라는 위계질서에 근거하여 법의 효력을 규명하는 법단계설을 제시하였다.

405) 이회창, "사법의 적극주의—특히 기본권 보장기능과 관련하여", 서울대학교 법학 제28권 2호, 서울대학교 법학연구소(1987), 148쪽

해석 작용을 빙자한 입법권의 행사를 옹호하는 것으로서 수용될 수 없다고 비판한다.[406] 법률에 의하여 정의를 실현하는 것은 국회의 임무이고, 법원의 임무는 법이 아닌 것을 법이 아니라고 밝히는 것이며, 법률 문언에 합리적인 해석원칙에 의하여 정당화될 수 없는 의미를, 정의의 요청 또는 시대적 요청이라는 이유로 부여하는 것은 법원의 권능 내지 임무를 벗어난 작용이라는 것이다. 최대권 교수는 위와 같은 주장이 등장하게 된 시대적 배경에 대하여도 설명하고 있다. 민주화 이전 권위주의 시대에 사법부가 법이 아닌 것을 법이 아니라고 말하지 못하고 법을 법이라고 이야기하지 못하였던 태도, 즉 「소극적으로 법의 정의를 외면하고 정의실현을 소홀히 하는 자세」를 '사법소극주의'라고 완곡하게 표현하여 왔으나, 사법부의 그러한 태도는 사법부의 직무유기에 불과할 뿐 엄밀한 의미에서의 '사법소극주의'라고 표현해서는 안 된다고 주장한다. 즉 사법소극주의·사법적극주의라는 용어들이 유래된 미국과 같은 나라에서, 위 용어들은 합리적인 해석방법에 의하여 정당화될 수 있는 여러 해석들 가운데 어떠한 것을 선택하는가에 관련된 태도를 지칭한다는 것이다.[407] 법원의 직무유기를 '사법소극주의'라고 부르고, 이에 대한 반작용으로 '합리적인 해석원칙에 의하여 정당화될 수 없는 의미라도 정의가 요구하는 것이라면 제정법에 부여할 수 있다'는 의미로 사법적극주의를 부르짖는 것이라면, 이것은 도저히 받아들일 수 없는 주장이라고 강조한다.[408] 최대권 교수의 위와 같은 주장은 민주화 이후 우리 사법부의 역할과 사법소극주의의 의미에 관하여 중요한 통찰을 제공해 준다고 생각된다.

셋째, 구미 선진국들에서는 정치학, 특히 정책학의 영향 하에 헌법재판소의 헌법판결을 포함하여 사법부 판결을 정책결정(policy-making)이라고 부르는 입장이 많이 제기되고 있으나, 우리나라에서 '정책'이나 '정치'

406) 최대권, 앞의 논문(각주 403), 136쪽

407) 헌법 해석에 있어서, 법률의 합헌적 해석도 가능하지만 과감하게 위헌 판단을 하는 태도가 사법적극주의이고, 가능한 한 사법부의 위헌 판단을 피해야 한다는 태도가 사법소극주의라고 할 수 있을 것이다. 제정법 해석에 있어서, 사법소극주의자는 제정법의 문언에 따르는 엄격한 해석을 하는 경향이 있을 것이고, 사법적극주의자는 제정법의 목적을 고려한 유연한 해석을 하는 경향이 있을 것이다.

408) 최대권, 앞의 논문(각주 403), 136~137쪽

라는 말이 풍기는 의미는 '법을 떠나, 법과 상관없이 또는 법을 무시하고라도 무엇이나 행할 수 있는 선택결정의 문제'를 이야기하는 것으로 들리는 점을 지적한다. 그러나 위와 같이 사법부 판결도 정책결정의 문제라고 부르고 있는 것은 법의 지배 원칙 내지 법치주의가 확립된 나라들에서의 이론 내지 주장으로서, 그러한 주장의 취지는, '법원의 판결이 가지는 정치적 의미를 따지자면 그것은 정책결정의 문제가 된다'는 뜻일 뿐이라는 것이다. 사실 법률의 제정 여부, 제정할 법률의 내용 등은 모두 입법정책에 관한 문제이나, 그러한 입법은 헌법 등 상위법의 구속 하에 또는 상위법을 구체화하는 형태로 이루어질 수밖에 없으므로, 입법에 의한 정책 결정이라는 것은 상위법이 지시하는 정책 또는 상위법에 의하여 허용되는 정책을 표현한다는 의미에 불과하다는 것이다. 그렇다면, 입법의 결과인 제정법을 선언하고 적용하는 사법부의 판결이란 제정법이 체현하고 있는 가능한 여러 정책들 가운데 하나를 선택하는 정책결정에 불과하게 되고, 사법부의 판결을 정책결정이라고 하는 것은 오로지 이러한 의미에서일 뿐이므로, 사법부의 판결에 의한 정책결정이라는 말을 사법부가 입법부에 우선하여 정책을 결정할 수 있다는 의미로 오해해서는 안된다고 강조한다.[409]

최대권 교수의 위와 같은 주장들은 우리의 헌법적 구조와 법률적, 사회문화적 상황에서도 법관의 법률 기속에의 원칙은 확고한 근거를 가지고 있고, 그와 달리 미국의 동태적 해석론자들과 유사하게 사법부의 적극적 역할과 기능을 강조하는 주장들은 법원의 적극적 법형성 또는 법창조 활동을 옹호하는 근거로서 정당화될 수 없다는 점을 설득력 있게 제시한다고 생각된다.

## 2. 가치 충돌 상황에 대한 법적 해결의 문제

법관이 다루는 사건 중 어려운 사건(Hard Case)은 그 분쟁의 실체에서 양 당사자들이 각자 옹호하는, 서로 양립 불가능한 가치들이 첨예하

409) 최대권, 위의 논문, 137쪽

게 충돌하는 경우가 대부분이다.[410] 그러한 상황을 법적 논증으로 해결할 수 있는가, 아니면 정치의 문제로 풀어야 하는가의 문제가 제기될 수 있다. 법률 해석 방법을 논함에 있어서 그와 같이 통약불가능한 가치와 다양한 가치판단 방식은 결론을 좌우하는 근본적인 문제이다.

가치의 통약불능성(incommensurability of value)은 다원적인 가치들이 "하나의 잣대로 평가될 수 없음"을 의미한다.[411] 그러한 통약불능성은, 인간이 동일한 사물, 사건, 관계 등을 받아들이고 평가하는 방식, 즉 '가치판단방식'이 서로 다르다는 것에서 기인한다. 한편, 구성적 통약불능성(constitutive incommensurability)이란, 그러한 대체불가능이 헌신결정(獻身決定, commitment)에 의해 이루어진다는 개념이다.[412] 결국 가치의 다원성은 가치들 사이에서의 선택을 강요하고, 선택은 헌신결정을 의미한다. 통약불가능한 가치들 사이에서 선택을 하는 것은 선택되지 않은 다른 가치의 포기를 의미하는 것이다.[413]

Cass R. Sunstein은 가치의 선택이 이성에 의해 정당화되지 않는 상황을 "극단적 통약불능성(radical incommensurability)"이라고 하면서, 이것은 사람들 사이의 문제(interpersonal case)에서 쉽게 발견된다고 설명한다.[414] 인간이 모여 사는 정치사회에는 다양한 가치가 상쟁하고 있는데, 누구나 수긍할 수 있는 상위가치가 있어 이에 환원할 수 있는 것도 아니고, 가치를 상호 비교·평가할 수 있는 준거가치도 존재하지 않는 경우가 발생하는 것이다. 이런 극단적 통약불능성이 사회를 지배하게 되면 '만인의 만인에 대한 투쟁'이 현실화될 수 있다. 비교할 객관적 잣대가 없는데 복수의 궁극적인 가치관이 우열을 걸고 다투면, 피투성이의 쟁투에 빠지게 되는 것은 지극히 자연스러울 것이다. 사람들은 저마다의 인생관이나 세계관에 헌신결정하기 때문이다.

---

410) 아래 제3절에서 인용하는 대법원 판결들을 비롯하여 대부분의 어려운 사건은 그러한 양립불가능한 가치들의 충돌 상황에 해당한다고 보아야 할 것이다.
411) 조홍식, 앞의 책(각주 131), 246~247쪽
412) 조홍식, 위의 책, 249쪽
413) 조홍식, 위의 책, 257~ 260쪽
414) Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law", Free Market and Social Justice 70 (1997) : 조홍식, 위의 책 262쪽에서 재인용.

Sunstein은 그러나 '통약불능(incommensurable)'을 '비교불능(incomparable)'과 구별하면서, 전자가 후자를 의미하지는 않는다고 주장한다.[415] Sunstein의 주장은 통약불능하기는 해도 비교가능한 경우가 있다는 것이다. 선에 대한 가치판단 방식이 저마다 다르다고 믿는 사람이라고 해서, 반드시 합리적 선택의 가능성이나 선택지 사이의 교환(trade-off)의 가능성을 부인할 필요는 없을 것이다. 사실 사람들은 통약이 불가능함에도 불구하고 자주 선택을 하고 있고, 또한 이런 선택에 대하여 합리성 기준에 의한 평가가 불가능한 것은 아니다. Sunstein의 주장의 요체는 ① 가치의 선택이 실천이성에 의해 정당화되지 않는 '극단적 통약불능'의 상황은 극히 예외적이라는 것과, ② 따라서 대부분의 경우에는 실천이성에 따른 가치판단에 터 잡아 합리적인 선택을 할 수 있다는 것으로 요약될 수 있다. 그에 의하면, 이러한 실천이성에 따른 선택이 정당한가 여부는 결국 성공적인 논증이 이루어질 수 있는지 여부로 평가될 것이다.

통약불능이 비교불능을 의미하는지 여부에 따라 주어진 상황에서 법적 결정이 우선할지 아니면 정치적 결정이 나을지 여부가 가려질 것이다. 만약 가치가 통약불능한 상황 속에서도 비교를 통해 합리적인 선택을 할 수 있다면, 실천이성이 활동할 공간은 마련될 것이고, 법적 결정에 의한 해결이 우위에 설 것이다. 만약 가치가 통약불능하므로 서로 비교할 수 없다면, 인간의 선택은 기호, 취향의 결과일 뿐 실천이성이 개입할 여지는 없게 되고, 정치적 선택에 의한 결정이 필요하게 될 것이다.[416]

결국 위와 같은 논의에 의하면, 법원이 다루는 어려운 사건에서 그 분쟁의 실체가 통약불능한 가치들이 서로 충돌하지만 비교가 가능한 경우에 한하여, 법원은 실천이성에 따른 가치판단에 터 잡아 합리적인 선택을 할 수 있을 것이고, 그러한 선택이 정당한가 여부는 결국 법원이 한 법적 논증이 성공적이었는지 여부에 따라 평가될 것이다. 통약불능한 가치들을 서로 비교하기 위해서는 이익형량의 판단에 의하여야 하나, 그러한 판단이 패소한 당사자를 설득시키기에는 부족한 경우가 적지 않을 것

415) Sunstein, 앞의 논문, 81~85쪽 이하. 조홍식, 위의 책, 267쪽 이하에서 재인용.
416) 조홍식, 위의 책 284~285쪽

이다. 법적 해결이 가능하기 위해서는 분쟁의 양 당사자들 사이에 최소한의 공통적인 상호 이해의 토대, 즉 실천이성에 의한 가치판단에 동의할 수 있는 토대가 존재해야 할 것이고, 그러한 토대가 없는 분쟁 상황이라면, 즉 통약불가능한 가치들이 비교도 불가능한 상황이라면, 법적 해결의 정당성을 인정받기가 쉽지 않을 것이다. 그러한 상황이라면, 법적 해결보다는 오히려 민주적 정당성의 근거를 가지는 정치적 해결이 보다 나을 수 있다. 법관은 어차피 가치들을 형량하여 선택을 해야 하고, 그 과정에서 법관 스스로의 도덕적, 윤리적 가치관이 개입될 위험성이 매우 큰데, 만약 법관이 스스로의 선호를 개입시켜 판단하였다는 의심을 받게 된다면 패소한 당사자로부터 그러한 법적 논증의 정당성을 인정받기가 어려울 것이다.

요컨대, 통약불능한 가치들의 상쟁 상황에서, 법적 결정을 위해서는 실천이성에 의하여 납득 가능한 논증을 제시해야 할 부담이 있고, 만약 다투는 가치들이 통약불능하고 비교도 불가능한 상황이라면 법적 결정이 정치적 결정보다 우위에 있다고 보기 어려운 것이다. 결국 다양한 가치들이 상쟁하는 현대 사회에서 간접적인 민주적 정당성만을 가지는 사법부는 어떻게 국가기관으로서의 정당성(legitimacy)을 인정받을 수 있는가의 문제가 제기된다.

### 3. 사법부의 국가기관으로서의 정당성(legitimacy)

대한민국의 주권은 국민에게 있고, 국가권력의 민주적 정당성은 국민에게서 나온다는 것이 대한민국헌법의 근간인 국민주권과 민주주의 원리이다. 그러나 국가기관이 가지는 정당성(legitimacy)은 직접적인 민주적 정당성 이외에도 정의(justice) 또는 정당화(justification)의 개념과 연결되는 정당성(legitimacy) 개념도 있는데, 어떤 국가기관이 상위의 법규나 윤리에 부합하게 행동함으로써 그 기관에 도덕적, 정치적 권위를 부여한 국민에 의하여 인정받는 경우, 그 국가기관도 정당성을 가진다고 설명할 수 있다.[417]

또한 정당성을 법적(legal)·사회학적(sociological)·도덕적(moral) 정당성(legitimacy)으로 분류하는 견해에 따르면, 법적 정당성은 법규범에 부합하는지의 문제이고, 사회학적 정당성은, 국민이 그 국가기관의 결정을 합당하다고 여기는지의 문제이며, 도덕적 정당성이란 도덕적으로 정당화되는지의 문제이다. 미국 연방대법원의 정당성(judicial legitimacy)에 관하여 이를 법적, 사회학적, 도덕적 측면에서 규명하는 논의가 있어서 소개하려고 한다. 그에 의하면, 법원의 법적(legal) 정당성은 법원이 법적 권한의 범위 내에서 합리적인 법적 판단을 내렸을 때에 인정될 수 있다. 그리고 법원의 사회학적 정당성은, 국민들이 법원에 대하여 존경과 복종을 받을 합당한 기관이라는 믿음(제도적 정당성), 판결 자체의 내용이 정당하다는 믿음(실체적 정당성), 법원의 판결이 반드시 준수되어져야 한다는 믿음(권위적 정당성)을 가지고 있을 때에 인정될 수 있다. 마지막으로 법원의 판결이 법적으로 옳고 다수 국민의 지지를 받는다고 하더라도 그 도덕성이 인정되지 않는다면 법원의 도덕적 정당성이 인정될 수 없다고 한다.[418]

미국 국민들이 연방대법원의 정당성을 인정하는 것은, 단순히 법관들이 재량이 허용되지 않는, 기계적이고 형식적으로 엄격하게 법을 해석하고 적용할 것이라는 믿음, 즉 법적 정당성 때문만은 아니라고 한다. 그 대신 미국 국민들은, 비록 연방대법관들이 정치적, 정책적 판단을 한다고 하더라도, 직업정치인들처럼 전략적인 선택을 하는 것이 아니라, 원칙에 따라 제한된 재량을 행사한다고 믿고 있고, 그렇기 때문에 연방대법원의 국가기관으로서의 정당성을 인정한다고 한다.[419]

미국에서의 위와 같은 논의는 우리 법원의 정당성에 관한 논의에 있어서도 시사하는 바가 많다고 생각된다. 우선 법원은 정치적 기관들에 비교할 때 직접적인 민주적 정당성이 결여되어 있기 때문에 입법부 및 행정부와 대등한 국가기관으로 자리매김하기 위해서는 국민들로부터 다른 방법으로 정당성을 인정받는 것이 필요하고, 이를 위해서는 법원의 판결

417) 유은정, 앞의 논문(각주 399), 312쪽
418) 유은정, 위의 논문, 314쪽
419) 유은정, 위의 논문, 315쪽

이 법적으로 옳은 결론을 내려야 할 뿐 아니라(법적 정당성), 법원이라는 기관 자체와 그 판결이 다수 국민들로부터 존중과 지지를 받아야 하고(사회학적 정당성), 법원 구성원들의 도덕성도 인정을 받아야 한다는(도덕적 정당성) 것이다. 나아가 보다 중요한 것은, 미국 국민들은 일반적으로, 연방대법관들이 순전히 법률을 형식적·기계적으로 적용할 것이라고 믿지는 않지만, 그렇다고 직업정치인들처럼 오직 전략적인 목표에 따라 선택한다고 생각하지도 않고, 오직 법관들에게 주어진, 제한된 범위의 사법재량을 원칙에 따라 합리적으로 행사할 것이라고 믿고 있으며, 바로 그 때문에 연방대법원이 한 판단을 존중한다고 하는 점이다. 필자가 보기에, 우리 국민들의 법원에 대한 시각도 크게 다르지 않으리라고 생각한다.

이를 바꾸어 말하면, 미국이든 한국이든, 법원이 사법재량을 주어진 권한 범위 내에서 합리적으로 행사할 때에만 국민들로부터 존중을 받고 그 권위를 인정받을 수 있으며, 법률을 형식적·기계적으로 적용하여 구체적 타당성에 맞지 않는 판단을 할 때는 물론이고, 주어진 재량 범위를 벗어나 전략적, 정치적 고려를 과도하게 판결에 반영할 경우에도, 국민들의 신뢰를 잃고 사법부의 국가기관으로서의 정당성에 손상을 입을 수 있다는 의미가 될 것이다. 또한 그와 관련하여서는 법원이 적정한 결론을 내리기 위하여 '제한된 사법재량을 원칙에 따라 합리적으로 행사'하였음을 보여주기 위한 논증과 설명의 의무를 다 하는 것이 역시 정당성 확보 차원에서 중요할 것으로 생각된다.

그와 관련하여 최대권 교수는, 법관이 제정법을 해석함에 있어서 합리적인 이유 제시의 의무를 진다는 점을 강조한다. 즉, 제정법의 해석이란 그 객관적 의미를 밝혀내는 작업이고, 법관이 문리해석, 논리해석, 목적론적 해석과 같은 해석기준들 중 어느 하나를 선택하여 제정법을 해석하는 경우, 별도로 정당화의 필요성이 없을 만큼 그 정당함이 자명한 것이 아닌 한, 그 정당성의 뜻을 밝히는 것이 사법적 판단의 속성이며, 만약 그렇게 하지 않는다면, 이는 사법적 판단의 탈을 쓴 재량행위(즉 행정)와 구별될 수 없다고 주장한다.[420] 사법적 판단은 그 판단의 결과뿐 아니라

그 결과에 이르게 된 이유 내지 결과를 정당화하는 근거를 밝혀 행함을 그 속성으로 하는데, 그러한 속성으로 인하여 사법적 판단은 이성에 바탕을 둔 합리적 과정으로 됨으로써, 단순한 이해관계자 사이의 타협이나 정치적 또는 행정적 편의에 의한 결단의 과정과 구별될 수 있는 것이고, 특히 대법원 판결은 앞으로의 사건을 규율할 선례를 형성하는 기능도 가지는 까닭에 그 판결이 추후 스스로 또는 하급심 법원을 승복시킬 수 있을 만큼 합리적이어야 한다고 설명한다.[421]

앞에서 본 바와 같이 법률 해석 방법의 선택이 사법재량을 완전히 통제할 수는 없을 것이다. 그러나 그렇다고 하여 해석 방법이 사법재량의 통제에 전혀 효과가 없다고 결론을 내리는 것은 성급한 일이 될 것이다.[422] 방법론의 의의는 법적 논증의 기본 규칙이라는 점에서 찾을 수 있기 때문이다. 판단은 근거가 있을 때에만 정당화되고, 어떤 근거가 법적 정당화의 힘을 갖기 위해서는 근거로부터 결론에 이르는 추론이 법적 관행에 의해 준수되는 형식에 맞아야 하는데, 해석 방법론은 그러한 법적 정당화의 필수적 형식 또는 법명제로서 인정되기 위해 갖추어야 할 기본 문법에 해당하는 것이다. 법관이 판결에서 제시한 법적 논증이 그러한 정당화의 힘을 갖지 못한다면, 그리고 그에 따라 일반 국민들에 대한 설득력을 갖지 못한다면, 장기적으로는 사법부의 국가기관으로서의 정당성을 잠식하는 결과를 초래할 수 있을 것이다. 따라서 법원이 헌법적 구조에 부합하는 올바른 해석 방법론을 구축하고, 이를 함부로 위배하지 않는 실무 관행을 수립하는 것은, 사법부의 정당성을 유지하기 위해서 매우 중요하다고 생각한다.

## 제2절. 한국 학계에서의 법학방법론에 관한 논의 소개

420) 최대권, 앞의 논문(각주 403), 123쪽
421) 최대권, 위의 논문, 123~124쪽
422) 앞의 제7장 제6절 참조 ; 같은 입장으로는 김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2009), 147쪽~148쪽

우리 학계에서는 독일 학자들의 법학방법론이 주로 논의되었다. 미국 제정법 해석방법론이 소개되기는 하였지만, 미국은 주로 판례법 국가로 인식되어 있기 때문에 우리 법률 해석 방법론에 있어서는 같은 대륙법계 국가인 독일식 법학방법론이 보다 적용가능성이 크다는 것이 그 이유였던 것으로 보인다. 이하에서는 종래 우리 학계에서 법률해석방법론에 관하여 논의된 내용을 간략히 정리하여 소개한다.

## 1. 법발견과 법형성

우리나라와 독일 등 대륙법계에서 전통적으로 법학방법론의 두 기둥은 해석에 의한 '법발견(Rechtsfindung)'과 유추 및 목적론적 축소에 의한 '법형성(Rechtsfortbildung)'이다. 그들 사이의 관계는 다음과 같이 설명된다. 즉 '법발견'이란 법관이 '법률 문언의 가능한 의미' 안에서 법률로부터 당해 사안에 대한 법적 결정을 찾아내는 것이다. 반면 당해 사안에 대한 법적 결정이 '법률 문언의 가능한 의미'를 넘어선 것이라면, 이것은 바로 규율되어야 할 사안에 대하여 적합한 법 규정이 존재하지 않는 이른바 '법의 흠결'의 경우이고, 여기서 유추, 목적론적 축소 등의 추론방식에 의하여 법흠결을 보충하기 위한 법관의 '법형성'이 이루어진다.[423]

법관이 '법률 문언의 가능한 의미' 안에서 해석에 의하여 법발견을 하는 경우, 그 자체의 정당성은 크게 문제되지 않는다. 그러나 그와 달리 법관이 당해 사안에 관하여 법이 흠결되었다고 판단한 후 '법률 문언의 가능한 의미'를 초월해서 유추나 목적론적 축소에 의하여 법형성을 하는 경우, 사법(私法)의 영역에서는 일반적으로 그러한 법형성이 허용된다고 설명하지만, 죄형법정주의가 적용되는 형사법이나 조세법률주의가 적용되는 조세법, 그리고 침익적 행정행위의 근거가 되는 행정법규의 경우에는, 피고인, 납세자 또는 행정행위의 상대방에게 불리한 방향으로 유추나 목적론적 축소에 의한 법형성을 하는 것은 엄격히 금지된다. 사법 영역이나 침익적 행정행위가 문제되지 않는 공법 영역 등 법관에 의한 법형

423) 김영환, "법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소", 법철학연구 12권 2호, 세창출판사(2009), 7 ~ 8쪽

성이 허용되는 경우라도, 이는 '법관의 법률에의 구속' 원칙과는 상충될 소지가 있으므로, 법치국가적 관점에서 그러한 법형성에 대하여는 별도의 정당화가 요구된다.[424]

## 2. 법률의 해석

### 가, 해석의 의미와 기준

법률의 해석은 어느 법률이 사용하고 있는 문언의 의미내용을 밝혀서 구체적인 사실관계에 대한 법률의 적용범위를 구체화, 명확화 하는 작업이다. 그 해석의 기준 또는 방법으로는 일반적으로 문리해석, 논리적・체계적 해석, 주관적・역사적 해석, 객관적・목적론적 해석 등이 있다고 설명된다.[425]

① 문리해석이란, 모든 법해석의 출발점은 법률 문언이므로 법관은 그 문언의 언어학적・문법적 의미를 준수하여야 한다는 것이다. ② 논리적・체계적 해석이란, 법률이 하나의 통일체를 구성한다는 인식을 바탕으로 대상 규범의 법률 전체에 대한 체계적 위치와 맥락 등을 고려하는 것이다. ③ 주관적・역사적 해석이란, 그 규정의 제・개정과정과 입법 당시의 논의를 통하여 입법자가 달성하고자 했던 목표와 의도가 무엇인지를 찾는 것이다. ④ 객관적・목적론적 해석이란, 법규범의 역사적 의미내용을 설명하는데 그치는 것이 아니라 주어진 상황과 당장 발생한 문제에 규범을 적용하기 위하여 법 규정의 의미를 법률의 목적에 따라 객관적으로 해석하는 것이다.

### 나. 전체적, 종합적 해석방법

---

424) Karl Engisch(안법영, 윤재왕 역), 법학방법론, 세창출판사(2011), 162쪽, 김영환, 법철학의 근본문제, 홍문사(2008), 255쪽

425) 김영환, "법학방법론과 법학교육", 법철학연구 9권 2호, 세창출판사(2006), 16~17쪽 ; 김학태, "법률해석의 한계 - 판례에서 나타난 법해석방법론에 대한 비판적 고찰 -", 외법논집 22집, 한국외국어대학교 법학연구소(2006. 5.), 181~196쪽

앞서 본 각 해석기준 또는 방법은 병렬적이면서 상호보완적이므로 그 중 하나의 기준만으로 법률을 해석하는 것은 충분하지 못하다. 따라서 법해석은 법률 문언의 일상적인 의미에서 출발하여 입법자의 의사와 법의 목적, 체계적 연관성 등을 규명하여 그 가능한 의미의 범위를 확정하게 된다. 즉, 입법자는 법률을 규정함에 있어서 언어를 통하여 앞으로 법관에 의하여 그 적용범위가 구체화될 규제영역을 결정한다. 이 경우 그 규제범위는 1차적으로 당해 법률이 가지고 있는 언어의 통상적인 의미에 의하여 제시되지만, 법관은 이 통상적인 의미를 출발점으로 삼아 다른 유사개념의 의미내용, 입법 연혁, 다른 법률과의 논리적 관련성, 입법 취지와 목적 등을 종합적으로 고려하여 구체적 법률을 해석하여야 한다. 이를 전체적·종합적 해석방법이라 할 수 있다. 이는 뒤에서 보는 바와 같이 우리 대법원의 입장이기도 하다.

### 3. 법률 해석이론의 대립

가. 개관 : 주관적 해석론 대 객관적 해석론

우리 학계와 독일에서 논의되는 법학방법론에서는, 법률 해석의 목표와 관련하여 주관적 해석론과 객관적 해석론이 대립한다.[426] 주관적 해석론은 '입법자의 의사'를 탐구하는 것을 해석의 목표로 보고, 해석의 척도는 법률 속에 표현된 입법자의 의사이며, 올바른 해석방법은 입법자의 의사를 재발견하는 것이라고 주장한다. 반면, 객관적 해석론은 '법의 목적'에 초점을 맞추어 법률에 내재된 의미를 확정하는 것을 해석 목표로 삼고, 법률이 제정되면 그 법률은 입법자가 미처 생각하지 못했던 의미를 지닐 수 있을 뿐 아니라, 입법자의 의사가 아니라 그로부터 독립되어 법률에 내재하는 객관적인 의미 혹은 목적이 중요하다고 주장한다.

나. 근거

426) 김영환, "한국에서의 법학방법론의 문제점", 법철학연구 18권 2호, 세창출판사(2015), 150~152쪽

주관적 해석론은 '법관의 법률에의 구속'이라는 법치국가적 요청을 강조하면서, 헌법으로부터 부여된 사법(司法)의 임무는 가능하면 입법자의 의사에 따라 법률의 의미를 발견하는 것이고, 법관이 이를 넘어서서 입법자의 역할을 대신해서는 안 된다고 주장한다. 이에 대하여 객관적 해석론은 '법적용의 구체적 타당성'이라는 정의의 요청을 보다 우위에 두면서, 법률 안에서의 법의 발견은 개별적인 사례에서 발견되는 규범성을 법률과 상호 일치시켜 해당 사례에 적합한 법의 의미를 법률 안에서 형성하는 데 있다고 주장한다.

다. 상이한 해석기준

그 두 해석이론 간의 논쟁은 원래 해석의 목표가 무엇이어야 하는가에 관한 것이었지만, 오늘날 이 문제는 오히려 상이한 해석기준 간의 선호문제로 파악되어 논의된다. 두 해석이론 모두 해석의 출발점으로서 '법률 문언의 의미'를 들고 있다는 점에서는 일치한다. 그러나 법률 문언으로부터 해당 사례에 대해 명백한 의미를 발견할 수 없을 경우, 이러한 한계사례를 해결하기 위한 해석기준이 무엇인지에 관하여 두 해석이론이 첨예하게 대립된다. 주관적 해석론은 '입법자의 의사'를 중심으로 이를 구체화하려 하므로, 역사적 해석방법을 중요시하고, 객관적 해석론은 '법률의 목적'에 초점을 맞추므로, 목적론적 해석방법을 강조한다고 설명된다.[427]

라. 비판

주관적 해석론에 대한 비판으로는, 첫째, 입법자가 과연 누구인지, 입법자의 정확한 의사가 무엇인지 분명하지 않을 수 있다는 점, 둘째, 해석의 범위가 축소되고 법률의 흠결의 범위는 지나치게 넓어지게 되어, 법

427) 김영환, 위의 논문, 151쪽

률 개정의 필요성이 대두되는 경우가 많다는 점, 셋째, 변화하는 생활관계에 따른 법률 문언의 의미 폭을 제대로 파악하지 못한다는 점 등이 지적된다. 이에 반해 객관적 해석론에 대하여는, 첫째, 법률의 '객관적' 목적에 관하여 자의적으로 해석할 소지가 있다는 점, 둘째, 법률 문언의 의미를 넘어서 법형성을 할 위험이 내재한다는 점, 셋째, 해석과 입법의 한계가 불분명해지고, 그럼으로써 해석자가 입법자를 대신하게 되어 삼권분립에 정면으로 배치될 소지가 있다는 점 등의 비판이 제기된다.[428] 이에 따라 오늘날 Karl Engisch와 Karl Larenz를 비롯하여, 학자들 중에는 주관적 해석론과 객관적 해석론을 상호 보완함으로써 각 이론의 문제점을 해결하려고 하는 절충적 입장을 취하는 경우가 있다.

### 마. Karl Engisch의 절충적 견해

#### (1) 법률 해석의 의의

주관적 해석론과 객관적 해석론을 절충한 입장의 예로서, Engisch의 견해를 소개한다. 그는 주관적 해석론과 객관적 해석론 중에서 어떠한 해석이론을 취할 것인가에 관하여, 선험적이고 필연적인 원칙이 존재하는 것이 아니라고 주장하면서 다음과 같이 설명한다. 즉, 학문적 차원에서는 역사적 관점을 취하거나 객관적 관점을 고려하여 법률 문언에 합리적이고 합목적적이며 현재의 상황에 부합하는 의미내용이 담겨 있는지 밝힐 수 있으나, 그러한 역사적 또는 객관적 의미내용이 얼마만큼 실제 법적용에 구속력을 갖는지는 별개의 문제이며, 이 문제는 여러 국가권력들 사이의 관계, 입법과 사법의 기능, 특히 법적용자가 법률에 대해 갖고 있거나 갖고 있어야 할 태도 등을 고려할 때에만 대답할 수 있다는 것이다.[429] 과거에 절대군주의 시종이었던 법관은 주권자인 군주의 개인적인 의사를 탐구하는 주관적 방법에 따라 법을 해석하였지만, 권력분립과 다수 정당 제도를 갖춘 입헌민주주의 국가에서는 사정이 달라졌는바, 그렇더라도 의회주의 및 민주주의 헌법 체제에서는 객관적 해석방법만이 유

428) 김영환, 위의 논문, 152쪽
429) 칼 엥기쉬, 법학방법론, 안법영·윤재왕 역, 세창출판사(2011), 157쪽 이하

일하게 옳다고 주장해서도 안 된다고 한다. 민주주의에서도 입법은 입법자의 의사에 따르며, 이 점에서 정치적·결단적 의미를 갖고 있다는 것이다. 결국 Engisch는 주관적 해석론 또는 객관적 해석론 사이의 선택 문제는 완벽하게 해결될 수 없다고 하면서, 아래와 같이 절충적 해석방법을 제시한다.

(2) 구체적 해석방법

Engisch가 구체적인 해석방법으로 제시한 견해는 다음과 같다.[430]

① 입법자가 명시적으로 명령, 금지, 허용, 의욕한 내용은 법률의 내용으로 인정해야 한다.

- 이때 언어사용(일상 언어 또는 법적 전문용어) 또는 법률상의 개념정의를 통해 자세히 규정된 문언의 의미는 좁은 의미의 해석의 한계가 된다(즉 법률 문언에 표현되어 있지 않은 입법자의 의사는 해석에 의해서는 법률로부터 도출될 수 없다).

- 언어 사용은 다른 해석방법들(체계적 해석 등)과 함께 입법자의 의사를 탐구하기 위한 수단이 된다. 어떠한 해석방법을 우선적으로 고려해야 하는가에 대해서는 각 방법의 적합성에 따라 결정한다.

- 입법사는 반드시 고려해야 하지만, 입법자의 의사를 탐구하기 위한 보조수단으로 그칠 수 있다.

② 입법자가 의욕한 내용이 분명하게 표현되어 있지 않다면, 상황에 따라 '확장해석' 또는 '제한해석'을 통해 법률로부터 입법자의 진정한 의사를 추론해 낼 수 있다. 물론 이 경우에도 해석이 명백한 문언에 모순되어서는 안 된다.

③ 위 ①과 ②를 통해서도 입법자의 의사를 인식할 수 없을 때 : 해석을 하는 시점을 기준으로 현재에 근접하고 이성적이며 '객관적-목적론적'인(즉 현재의 법 적용과 관련하여 합목적적이라고 여겨지는) 해석이 적절하다. 이때에도 가능한 문언의 의미와 갈등을 빚는 상태에 빠져서는 안 된다.

---

430) 칼 엥기쉬, 위의 책, 161~162쪽

④ 입법자가 명시적으로 의욕한 것과 모순되는 법적 사고를 전개하는 것은 결코 해석이 아니라, 넓은 의미에서 법형성이고, 따라서 흠결보충, 편집상 오류의 제거, 법률에 반하는 법형성 등 별도의 정당화를 필요로 한다.

## 4. 법률 문언의 가능한 의미

한국 및 독일의 법학방법론과 미국의 제정법 해석 방법론을 단순 비교할 수는 없지만, 지나친 단순화의 위험을 무릅쓰고 말한다면, 한국 및 독일의 주관적 해석론은 미국의 의도주의와, 한국 및 독일의 객관적 해석론은 미국의 목적주의와 대체로 유사한 주장을 하는 것으로 보인다. 반면, 한국 및 독일의 법학방법론에는 문언주의에 해당하는 유파는 별도로 없고, 법률 문언의 명백한 의미를 밝히는 문리해석이 법률 해석의 당연한 출발점이라는 것과 '법률 문언의 가능한 의미'는 '법발견'의 한계점이자 '법형성'의 출발점이고, '해석'과 '유추'의 경계선이 된다고 하는 것[431][432]에 주관적 해석론과 객관적 해석론의 입장이 대체로 접근한다.[433] 다만 법률의 문언이 명백하지 않을 경우, '법률 문언의 가능한 의미'를 밝히기 위해서는 문리해석 외에 다른 해석방법이 동원되어야 하는데, 주관적 해석론의 역사적 해석방법을 적용하는 것보다는 객관적 해석

---

431) 김학태, 앞의 논문(각주 425), 184쪽

432) 김학태, 위의 논문, 183쪽 ; 그러나 그러한 '법률 문언의 가능한 의미'가 실제로 명확히 확정될 수 있는지에 대하여 회의적 입장을 제기하는 학자들이 많은데, Walter Sax는 '법률 문언의 가능한 의미'라는 것은 단지 형식적인 기준에 불과하고 구체적인 사례의 해석과정에서 법률의 목적과 관련되어야 실질적으로 밝혀질 수 있다고 주장하면서, 법문의 의미와 취지에 합치될 수 있는 모든 법적용은 바로 해석의 범위로 포함되므로 결국 유추와 해석은 구별될 수 없다고 강조하였다. 모든 의미가 내재된 개념이란 결코 임의적으로 평가될 것이 아니라 오직 유추적으로만 가능하기 때문에, 모든 해석방법은 필연적으로 유추적 방법을 통하는 것이고 따라서 법해석으로서의 법발견(Rechtsfindung)의 모든 과정은 유추적인 특성을 가질 수밖에 없다고 주장하였다. 같은 취지에서, Arthur Kaufmann은 허용되는 해석(zulassige Auslegung)과 금지되는 유추(verbotene Analogie)의 기준으로 일반적으로 제시되는 이른바 가능한 언어의 의미의 한계를 설정한다는 것은 존재론적으로 결코 있을 수 없으므로 양자를 구별할 수 없다고까지 주장하였다.

433) 반대하는 입장으로는 최봉철, "한국의 법문화 : 대법원의 법해석론", 법학연구 8권(98. 12.), 연세대학교, 219쪽

론의 목적론적 해석방법을 적용하는 것이 일반적으로 '법률 문언의 가능한 의미'를 넓고 유연하게 파악하게 된다. 결국 한국과 독일의 법학방법론에서, '법률 문언의 가능한 의미'는 법발견인 해석과 법형성인 유추 사이의 경계를 짓는 규제적, 형식적 기준으로서 주로 논의되었고, 여기서의 '법률 문언의 가능한 의미'를 어떻게 파악·확정하여야 하는지에 관하여는 비교적 많이 다루어지지는 않은 것으로 보인다.[434]

## 5. 유추와 목적론적 축소

유추란 어떤 사실관계에 적용할 법률이 존재하지 않을 경우에 그것과 가장 유사한 사실관계에 적용되는 법률규정을 찾아내서 적용하는 것이다. 또한 목적론적 축소는 법문의 목적을 고려해 볼 때 지나치게 넓게 파악된 법문을 그 목적에 맞게 축소 적용하는 것을 말한다. 즉 유추가 문언상 해당 법률의 적용범위에 포함되지 않는 듯한 사례에 대하여 '같은 것은 같게'라는 원칙에 따라 법률의 적용범위를 확대시키는 것이라면, 이에 반해 목적론적 축소는 문언상 해당 법률의 적용범위에 포함되는 듯한 사례에 대하여 '다른 것은 다르게'라는 원칙에 따라 해당 법률의 적용을 배제하는 것을 의미한다. 다시 말해 유추와 목적론적 축소는 모두 정의의 원칙을 구현하는 것이지만, 유추는 평등대우를 강조하는 것임에 반하여, 목적론적 축소는 차별적 취급을 중시하는 것이라고 이해된다.

대부분 유추가 이루어지는 법흠결은 명시적인 흠결인데 반하여, 목적론적 축소가 이루어지는 법흠결은 은폐된 흠결이다. 왜냐하면, 목적론적 축소는 지나치게 넓게 파악된 법문의 범위를 해당 법률의 목적에 의하여 축소하는 것이기 때문이다.

목적론적 축소를 통한 법흠결의 보충은 법학방법론상 가장 해결하기 어려운 사례에 속한다고 한다. 왜냐하면, 목적론적 축소는 규범의 적용범

434) 대법원의 판결들에서 나타나는 법률 해석방법에 관한 의견의 차이도 결국은 '법률 문언의 가능한 의미 내'라고 하는 형식적인 해석 기준에는 동의하지만, 그것의 실질적인 내용에 관해서는 서로 의견이 다르게 나타나기 때문에 상호 대립적인 해석의 기준을 제시하는 것이라고 볼 수 있다 : 김학태, 앞의 논문(각주 425) 183쪽

위를 법의 목적에 따라 축소하는 것을 말하고, 이러한 방식으로 해당사례에 대하여 법규범을 적용되지 않게 구성함으로써 법문언과 정반대의 결과를 가져오기 때문이다. 그 결과 목적론적 축소에 의한 법형성은 대부분 법률에 반하는 법해석으로 보이기도 한다.

## 제3절. 한국 대법원의 법률 해석 방법론 검토

### 1. 대법원의 법률 해석에 관한 입장

대법원은 사법(私法)의 해석에 있어서 추구해야 할 두 가지 이념으로서 법적 안정성과 구체적 타당성을 제시하면서, 그 두 이념 사이의 관계에 있어서는 '법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 것'을 법해석의 목표로 규정한다. 즉 법원은 당해 사건에서 사법의 해석이 문제된 경우, 구체적 타당성(정의와 형평)이라는 실질적 이념을 실현하기 위하여 노력하되, 어디까지나 법적 안정성이라는 규제적 이념이 훼손되지 않도록 하는 범위 내에서만 그러해야 한다는 입장으로 이해된다.

대법원은 위와 같은 해석목표를 이루기 위한 해석방법에 관하여는 '법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는' 문리 해석을 원칙으로 하되, '법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등'을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원하여야 한다고 설시하였다. 즉 우리 대법원은 문리해석을 원칙적인 기준으로 제시하였지만, 당해 사안에서의 구체적인 타당성을 찾기 위하여 논리적・체계적 해석, 주관적・역사적 해석, 객관적・목적론적 해석 등 모든 해석방법을 동원하도록 요구하는, 전체적・종합적 해석방법을 채택하고 있다고 보아야 할 것이다. 다만 대법원은 만약 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면, 문리해석 외의 다른 해석방법은 원칙적으로 활용할 필요가 없거나 제한될

수밖에 없음을 분명히 밝히면서, 객관적·목적론적 해석을 사용하여 법률 규정에서 사용된 용어를 그 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 논리적·체계적 해석을 무시해서는 안 된다는 취지로 판단하면서 다음과 같이 설시하였다 : 「법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 그리고 실정법이란 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록, 즉 구체적 타당성을 가지도록 해석할 것도 요구된다. 요컨대, 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 앞서 본 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결. 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결 등 참조)」.

사법(私法) 분야에서는 법률 문언의 가능한 의미[435]의 한계 내에서의 법발견인 해석뿐 아니라, 그러한 한계를 넘어가는 법형성인 유추[436]나 목적론적 축소도 이론적으로는 허용된다. 그러나 대법원은 법관의 법률에 대한 기속 원칙 때문에 유추에 의한 법형성을 매우 꺼리고 있다고 보인다. 그래서 대법원 판결의 입장은 논리적으로는 법률의 흠결을 인정하고 유추에 의한 법형성을 하는 것이 분명하다고 보이는 경우에도, 판결문상에는 법률의 흠결이라고 명확히 밝히는 대신, 확장해석이나 목적론적 해석이라는 표현을 사용하고,[437] 스스로 유추나 유추해석을 하였다고

435) 근래에는 대법원 판결상 '법률 문언의 통상적 의미'라는 용어가 많이 나타난다.
436) 대법원은 '유추해석'이라는 용어를 사용한다.

설시하는 경우는 거의 없으며, 오히려 대법원의 견해가 나누어진 경우 상대방측의 의견을 비판하는 부정적 의미로 '유추해석'이라는 표현을 주로 사용한다.

법발견과 법형성의 경계인 '법률 문언의 가능한 의미'가 불분명한 경우가 많기 때문에 어려운 해석 사안은 주로, 명백한 문언의 의미에 충실하고 법적 안정성과 사법부의 자제를 강조하는 문언주의적 입장과 법률의 정책적 목적을 적극적으로 고려하고 구체적 타당성과 사법부의 능동적 역할을 강조하는 목적주의적 입장이 충돌하는 경우이다.

대법원은 형벌법규와 조세법 등 침익적 행정처분의 근거법규에 대하여는 법치국가의 원리에 따라 사법(私法)보다 엄격하게 해석하는 입장이다. 죄형법정주의가 적용되는 형사법의 근거법 영역에서는 유추나 목적론적 축소(이하 유추 등)에 의하여 가벌성의 범위를 확장하는 법형성이 금지되고, 마찬가지로 조세법률주의, 법관의 법률에의 기속 원칙 등이 적용되는 조세법 등 침익적 행정법규의 영역에서도 행정처분의 상대방에게 불리한 법형성이 금지된다. 물론 법률의 해석은 법발견으로서 유추 등에 의한 법형성과는 다른 것이지만, 법발견과 법형성의 경계인 '법률 문언의 가능한 의미'라는 기준은 분명하지 않을 때가 많으므로, 형사사건이나 침익적 행정처분에 관한 사건의 경우 민사사건보다는 문리해석의 원칙이 강조된다.

---

437) 위와 같은 판시내용에 대하여 우선은, 법학방법론의 측면에서 볼 때 대법원의 용어사용이 정확하지 않다는 점은 지적해야 하겠다. 즉 '법문언의 가능한 의미'의 범위 내에서의 법발견인 '해석'과 그 범위를 벗어난 법형성인 '유추'는 엄밀하게 구별하여야 함에도, 대법원은 '유추해석'이라는 모호한 용어를 사용하고 있다. 또한 '법문언의 가능한 의미'의 범위 내에서의 '해석'이라면, 그것이 확장해석이든 축소해석이든 허용된다고 보아야 할 것인데, 대법원은 '확장해석'은 '법문언의 가능한 의미'를 벗어난 '유추'와 마찬가지로 이를 허용할 수 없다는 취지로 판시하고 있다. : 김영환, 앞의 논문(각주 426), 155~156쪽 참조 ; 다만 현실적으로 '해석'과 '유추'의 경계인 '법문언의 가능한 의미'라고 하는 것이 명확하지 아니한데, '유추'가 아니라 '확장해석'에 불과하다는 이유로 피고인에 대한 가벌성의 범위를 함부로 넓히는 결과가 초래되는 것은 죄형법정주의의 원칙상 바람직하지 아니하므로, '확장해석'을 금지하는 대법원의 태도가 전혀 부당하다고는 볼 수 없을 것이다. 그러나 대법원이 금지되는 '유추'가 아니라 허용되는 '목적론적 해석'에 해당한다는 이유로 가벌성을 긍정하는 사안들에 있어서도, 위에서 본 바와 마찬가지의 이유로, 목적론적 해석의 이름하에 사실상 유추를 함으로써 죄형법정주의의 원칙에 실질적으로 반하는 결과가 생기는 것은 아닌지 항상 비판적으로 검토해야 한다는 점은 역시 지적되어야 한다.

이하에서는 사법(私法) 분야에서 법률의 해석에 관하여 문언주의적 입장과 목적주의적 입장이 명확히 갈린 사안들을 소개하고, 대법원이 적용한 법률해석 방법론을 검토하기로 한다.

## 2. '실질적 임차인' 사건 : 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결

### 가. 사건 개요

위 사건의 사실관계는 다음과 같다. 원고인 대한주택공사는 충남 연기군 조치원읍에서 임대아파트를 신축하여 임대하는 사업을 실시하던 중, 1999. 2. 19. 피고 갑과 임대아파트 1세대(24평형)에 관하여 임대차기간 5년으로 정하여 임대차계약을 체결하였다. 그러나 피고 갑은 당시 67세이던 피고 을의 둘째 딸로서 위 임대아파트에는 피고 을이 실제 입주하여 거주하였다. 피고 갑은 이미 1988년에 혼인한 후 따로 살고 있었고, 위 임대아파트에 거주한 적은 없었다. 그 후 임대주택법상의 임대의무기간이 경과하자 원고 공사는 위 임대아파트 전부를 분양전환하기로 결정하였다. 구 임대주택법(2005. 7. 13. 법률 제7598호로 개정되기 전의 것, 이하 편의상 '임대주택법'이라고 한다) 제15조 제1항은 우선분양권리자로 "입주일 이후부터 분양전환 당시까지 당해 임대주택에 거주한 무주택자인 임차인"으로 규정하고 있는데, 피고 갑은 위 계약 당시부터 이미 다른 주택을 소유하고 있었기 때문에 그 임대주택을 분양받을 수 없었다. 피고 을은 원고에게 임대차계약의 명의자는 형식상 딸로 되어 있을 뿐이고 실제로는 자신의 거주를 위하여 임차한 것이며 자신이 혼자서 계속하여 그 임대주택에 거주하였으므로, 피고 을 자신의 명의로 분양해 줄 것을 요청하였으나, 원고 공사는 피고 을이 계약서상의 임차인이 아니라는 이유로 그 요청을 거절하고, 임대차계약기간의 만료를 원인으로 임대차계약상 명의자인 피고 갑에 대하여는 그 임대아파트의 명도를, 실제 거주하고 있는 피고 을에 대하여는 그 임대주택에서의 퇴거를 각 청구하는

이 사건 소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

(1) 항소심 법원의 판단 요지

위 사건의 제1심 법원은 원고의 청구를 모두 인용하였으나, 그 항소심인 대전고등법원[438]은 다음과 같이 판시하면서 피고들의 항소를 받아들여 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각하였다 : 「임대주택법은 임대주택의 건설을 촉진하고 국민주거생활의 안정을 도모하기 위한 공익적 목적에서 제정되었으므로 위 법률을 해석하고 적용함에 있어서는 위와 같은 입법 목적을 충분히 참작하여야 한다. 임대주택법 제15조 제1항 및 그 시행령(2005. 9. 16. 대통령령 제19051호로 개정되기 전의 것) 제13조 제2항에서 '무주택자인 임차인'을 임대주택에 대한 우선분양 권리의 발생요건으로 정하고 있는 것은 임대주택이라는 한정된 자원의 분양에 있어 아직 주택을 소유하고 있지 못한 서민이자 그 주택에 대한 실수요자를 우선적으로 배려하기 위한 목적이다. 따라서 위 규정에서 말하는 '임차인'의 의미를 밝히고 이 사건에서 피고 을이 그 임차인에 해당하는지를 판단함에 있어서는 위와 같은 규정의 목적을 충분히 고려하여야 한다. 임대주택법이 달성하고자 한 정책적 목표, 위 법이 의도한 계획과 보호 범위 등 법해석학의 관점에서 볼 때, 임대주택법 제15조 제1항의 '임차인'의 의미를 문언적, 법형식적으로만 해석할 것이 아니다. 위에서 본 바와 같은 특별한 사정이 있는 이 사건에서는 임대차계약의 목적, 재정적 부담과 실제 거주자라는 실질적 측면에서 사회적 통념상 임차인으로 여겨지는 피고 을이 이른바 '실질적 의미의 임차인'에 해당되어 이 사건 임대주택에 관하여 우선분양을 받을 권리를 가진다. 따라서 임대차계약기간 만료를 이유로 피고들에게 명도와 퇴거를 구하는 원고의 청구는 허용되지 않는다.」

438) 대전고등법원 2006. 11. 1. 선고 2006나1846 판결

(2) 대법원의 판단 요지

○ 원고가 위 항소심 판결에 불복하여 상고를 제기하였는데, 대법원은 그 상고를 받아들여 항소심 판결을 파기, 환송하면서 다음과 같이 설시하였다 : 「법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데에 두어야 할 것이다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법[439]을 추가적으로 동원함으로써, 앞서 본 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 할 것이다. 한편, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.」고 전제한 다음, 「임대주택법 제15조 제1항에서 규정하는 '임차인'이란 어디까지나 위 법률이 정한 요건과 절차에 따라 임대주택에 관하여 임대사업자와 임대차계약을 체결한 당사자 본인으로서의 임차인을 의미한다고 할 수밖에 없고, 이와 달리 당사자 일방의 계약목적, 경제적 부담이나 실제 거주사실 등을 고려한 '실질적 의미의 임차인'까지 포함한다고 변경, 확장 해석하는 것은 앞서 본 법률 해석의 원칙과 기준에 어긋나는 것으로서 받아들일 수 없다.」

○ 대법원은 그와 같은 판단의 근거에 관하여 다음과 같이 설명한다.

- 임대주택법 제15조 제1항의 '임차인'의 개념은, 임대주택을 건설하여 임대의무기간 동안 임차·사용하게 하다가 그 기간이 경과하면 무주택

439) 대법원은 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 문리해석 이외의 모든 해석방법을 '체계적·논리적 해석방법'이라고 통칭하였는데, 이는 법학계에서 논리적·체계적 해석, 주관적·역사적 해석, 객관적·목적론적 해석으로 구분하여 사용하는 해석방법의 범주들을 모조리 하나의 범주 아래 통합한 것으로서, 불필요한 혼동의 우려가 있는 용어 사용이 아닌가 하는 의문이 있다는 점은 지적해야 하겠다.

등 일정한 자격요건을 갖춘 임차인에게 우선 분양함으로써 임대주택의 건설을 촉진하고 국민주거생활의 안정을 도모하려는 임대주택법과 이 사건 임대차계약의 근간이 되는 중심개념으로서, 그것이 객관적으로 명확하게 해석되지 않으면 임대사업자와 임차인 등이 법과 계약에서 정한 의무를 이행하고 권리를 실현함에 있어서 상당한 혼란과 지장이 초래될 것이다.

- 임대주택법상 임대주택의 '임차인'에 관하여 특별한 해석규정은 없고, 항소심 법원이 설시한 이른바 '실질적 의미의 임차인'을 포함한다는 취지의 규정도 없으므로, 결국 임대주택법상의 임차인이라는 용어는 임대차에 관한 일반법인 민법의 규정, 그리고 사회에서 통상적으로 이해되는 '임차인'의 의미로 돌아가 해석할 수밖에 없는바, 그것은 민법 제618조가 규정하는 바와 같이 '임대차계약에서 목적물의 사용수익권을 가짐과 동시에 차임지급의무를 부담하는 측의 일방당사자'를 의미한다고 보는 것이 문언에 충실하면서도 가장 보편타당한 해석이라고 할 것이다.

- 그런데 여기에서 임대차의 일방당사자라는 것은 위와 같은 사용수익 및 차임지급을 약정하여 임대차계약을 체결한 당사자를 말하는 것이지, 목적물을 실제로 사용·수익하거나 보증금·차임 등을 실제 출연하는 자의 의미가 아니다. 이는 임대주택법의 다른 규정들의 취지에 비추어 보아도 알 수 있다. 즉 임대주택법 제13조, 제14조, 제18조, 제22조에 의하면, 임대주택법은 일정한 자격요건을 갖추고 선정절차를 거친 자로서 일정한 형식의 계약서 작성을 통하여 임대차계약을 체결한 자를 임차인으로 취급하면서 그로 하여금 임대차계약의 내용을 준수할 것, 특히 무단 임차권양도나 주택의 전대를 금지하도록 함으로써, 계약체결 당사자로서의 임차인과 그 임대주택에 실제로 거주하는 자가 함부로 분리되는 것을 불허하는 취지임이 분명하다.

다. 검토

임대주택법 제15조 제1항에서 우선분양권리자로 규정한 '임차인'이 그

문언의 통상의 의미에서 임대차계약상 임차인 명의인이라는 것은 항소심 법원도 부정하지는 않는다. 항소심 법원은, 그러나 임대주택법의 전체적인 입법 목적이나 임대주택법 제15조 제1항 등 관계 법령의 입법 목적에 비추어 보면, 일정한 특별한 사정이 있는 경우에는 위 법률조항 상 '임차인'에는 계약명의상 임차인 외에, '실질적 의미의 임차인'도 포함된다고 보아야 한다고 전제하고, 피고 을이 그러한 '실질적 의미의 임차인'에 해당하여 임대주택법 제15조 제1항에 정한 '임차인'으로서의 요건을 갖추었으므로, 우선분양권을 가진다고 판단한 것이다. 유추가 문언상 해당 법률의 적용범위에 포함되지 않는 듯한 사례에 대하여 '같은 것은 같게'라는 원칙에 따라 지나치게 좁게 규정된 법률의 적용범위를 확대시키는 것이라면, 항소심 법원의 위와 같은 논증은 유추논증에 해당한다고 생각된다. '임대차계약을 스스로의 명의로 체결하지 않고, 단지 임대차보증금의 자금을 제공한 다음 주택에 실제로 거주하고 있는 사람'은 '임차인'이라는 법률 문언의 가능한 의미에 포함된다고 볼 수 없기 때문이다.[440] 즉 항소심 법원은 임대주택법 제15조 제1항에 '실질적 의미의 임차인'에 대하여도 특별한 사정이 있는 경우에는 우선분양권을 부여하는 조항이 포함되어 있었어야 할 것임에도, 입법부가 미처 이를 알아차리지 못하는 바람에 누락한 '법률의 흠결'이 있다고 보고, 이를 유추에 의한 법형성으로 보충하려 한 것이다. 그와 같은 유추에 의한 법형성은 일종의 사법입법(司法立法)으로서 민사법 영역에서 금지되는 것은 아니지만, 법관의 법률에의 기속 원칙에 비추어 별도의 충분한 정당화가 필요하다.

이에 항소심 법원은 위와 같은 유추논증의 근거로 '법률의 목적'을 들면서 다음과 같이 설시하였다. 즉 우선 "임대주택법의 입법목적이 '임대주택의 건설을 촉진하고 국민주거생활의 안정을 도모하기 위한 공익적 목적'이라는 것과 임대주택법령상 관계 규정에서 '무주택자인 임차인'을 임대주택에 대한 우선분양 권리의 발생요건으로 정하고 있는 것은 임대주택이라는 한정된 자원의 분양에 있어 아직 주택을 소유하고 있지 못한

440) 이 점에 관하여는 항소심 법원도, "법률용어로서의 '임차인'이라는 단어가 임대차계약의 양 당사자 중 부동산을 빌리는 측 당사자를 의미한다는 사실은 굳이 법률가가 아니더라도 잘 알고 있다."고 설시하고 있다.

서민이자 그 주택에 대한 실수요자를 우선적으로 배려하기 위한 목적"이라고 전제하였다. 피고 을이 무주택자이고 이 사건 임대아파트에 대한 실수요자이며 임대차보증금의 자금 제공자였으므로 피고 을의 주거안정은 임대주택법상 관계 규정들의 정책목표와 계획상의 보호범위 내에 있었는데, 피고 을의 법률지식의 부족 등 우연한 사정으로 계약상 임차명의인으로 되지 못하였다고 하여 관계규정상 '임차인'에 해당하지 않는다고 보는 것은 문언적, 법형식적 해석이고, 실질적 측면에서 사회적 통념상 임차인으로 충분히 관념될 수 있는 피고 을이 관계규정상 '임차인'의 요건을 갖추었다고 보는 것이 위 법률의 공익적 목적과 계획에 부합하는 해석이라고 판단하였다. 특히 항소심 법원은 "법률 문언의 올바른 의미를 밝히기 위해서는 법률용어로서의 의미만이 아니라 그 법률이 달성하고자 한 정책목표와 우리 사회가 법체제 전체를 통하여 달성하고자 하는 가치를 아울러 고려하여야 한다."고 설시하기도 하고, "가장 사려 깊고 조심스럽게 만들어진 법도 세상사 모든 사안에서 명확한 정의의 지침을 제공하기는 어려운 법이다."라고 전제하면서, 법은 일종의 기성복 같은 것이어서 그 옷 치수에 맞지 않은 사람이 나오면 법원이 어느 정도 이를 수선할 의무와 권한을 가진다고 설시한 다음, "이는 의회가 만든 법률을 법원이 제멋대로 수정하는 것이 아니라 그 법률이 의도된 본래의 의미를 갖도록 보완하는 것이고 대한민국 헌법이 예정하고 있는 우리 헌법체제의 일부라고 생각한다."라고 설시하였다. 항소심 법원의 위와 같은 입장은 "법률이 달성하고자 한 정책목표"와 "우리 사회가 법체제 전체를 통하여 달성하고자 하는 가치"를 강조함으로써 법률의 객관적인 목적을 중시하고, '법원은 입법자가 당해 법률을 제정함으로써 고치려고 한 폐해와 증진시키려고 한 정책적 고려가 무엇인지 파악하여 적극적으로 법률을 해석하여야 한다'는, 목적주의의 해석철학을 나타내고 있다고 보아야 할 것이다. 또한 나아가 법률을 그 제정 이후의 시대 상황의 변화에 따라 역동적으로 해석하여 적용하여야 한다는 동태적 해석론의 입장으로도 볼 수 있다.

그러나 신문언주의자들이 주장하는 바와 같이, 법원이 사안에서의 구체

적 정의 실현을 내세우면서 법률의 정책적 목적과 사회 일반의 가치를 고려할 경우 헌법상 법관의 법률에의 기속 원칙에 투영된 민주주의와 법치주의라는 이념에 반할 위험이 있다는 것을 항상 인식하여야 하고, 법관의 법률 해석 권한의 행사가 입법부가 결정하여 법률의 문언으로 제시한 범위를 벗어나지 않는지 유의해야 한다. 대법원은 같은 취지에서, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 그 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하여야 하고, 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없으며, 가사 법률 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다고 설시하였는데, 이는 문리해석의 원칙을 선언하고, 문언의 통상적인 의미에 반하는 목적론적 해석에는 한계가 있다는 것을 분명히 한 것이다.

대법원은 이 사건에서 문제된 임대주택법 제15조 제1항의 '임차인' 개념은 임대주택법과 이 사건 임대차계약의 근간이 되는 중심개념으로서, 그것이 객관적으로 명확하게 해석되지 않으면 임대사업자와 임차인 등이 법과 계약에서 정한 의무를 이행하고 권리를 실현함에 있어서 상당한 혼란과 지장이 초래될 것이라는 점에서 법적 안정성의 요청이 크고, 임대주택법상의 '임차인'이라는 용어는 그 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로서 '임대차계약에서 목적물의 사용수익권을 가짐과 동시에 차임지급의무를 부담하는 측의 일방당사자'라는 통상적인 의미를 가지며, 임대주택법상 여러 규정들은 계약체결 당사자로서의 임차인과 그 임대주택에 실제로 거주하는 자가 함부로 분리되는 것을 불허하는 취지임이 분명하다고 설시한 다음, 항소심 법원처럼 '실질적 의미의 임차인'이라 하여 위 법상 임차인의 의미를 확대하거나 변경하여 해석하는 것은, 그 개념 자체의 모호성, 판단 기준의 불명확성, 임대주택법의 취지와 전체 법체계, 법률용어의 일반적 의미와 상대방 당사자인 임대사업자측의 의사와 신뢰에 반하는 것인 점, 나아가 임대주택법에 따른 임대주택의 공급 및 관리

에도 혼란을 초래할 우려가 있다는 점에서 그대로 받아들일 수 없다고 판단하였다. 결국 대법원은 '법률 문언이 통상적인 의미에 따라 명백하게 규정된 경우에는, 법원은 그에 따라야 하고, 정책적 목적이나 구체적 타당성 등을 이유로 문언과 다르게 해석하는 것은 법적 안정성이라고 하는 중요한 해석목표를 해칠 우려가 있으므로 원칙적으로 허용될 수 없다'는 입장을 다시 확인한 것으로 보아야 한다. 대법원은 '법원이 구체적 타당성을 명분으로 법률 해석의 본질과 원칙에서 벗어나 1회적이고 예외적인 해석을 할 경우'의 위험성에 대하여 언급하면서, "…… 해석이 허용된다면, 법원이 언제 그와 같은 해석의 잣대를 들이댈지 알 수 없는 국민은 법관이 법률에 의한 재판이 아닌 자의적인 재판을 한다는 의심을 떨치지 못할 것이며, 이는 법원의 재판에 대한 국민의 신뢰를 크게 해칠 뿐만 아니라 모든 분쟁을 법원에 가져가 보지 않고서는 해결할 수 없게 함으로써 법적 안정성을 심히 훼손하게 될 것이기 때문이다. 임대주택법 제15조 제1항이 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 임대주택이 피고 을과 같은 실수요자에게 우선 공급되도록 하려는 공익적 목적을 가진다고 하더라도 위와 같은 법리는 마찬가지로 적용되어야 한다."고 적절하게 설시하였다.

## 3. '통상임금' 사건 : 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결

### 가. 사건 개요

#### (1) 사실관계[441]

○ 피고 회사의 상여금지급규칙은 상여금 지급률을 1년에 통상임금의 700%로 정하여 짝수 달에는 100%, 설과 추석에는 각 50%씩 지급하도록 정하였다.

○ 피고 회사와 그 생산직 근로자들로 구성된 노동조합 사이에 체결

441) 이미선, "통상임금", 사법 27호, 사법발전재단(2014년 3월), 339쪽

된 단체협약에서는, 기본급과 미사용 월차휴가 수당(통상임금의 100%) 등 매달 지급되는 수당과 미사용 연차휴가 수당(통상임금의 150%)만을 통상임금에 산입되는 임금으로 정하였고, 정기상여금과 설·추석상여금, 하기휴가비 등은 통상임금 산입 범위에서 제외하였다. 피고 회사는 이러한 통상임금 산입 기준을 단체협약의 적용대상이 아닌 관리직 직원에게도 적용한 것으로 보인다.

○ 원고는 피고 회사의 관리직 직원으로 근무하다가 퇴직한 사람으로서, 정기상여금도 통상임금에 포함된다고 주장하면서, 그 상여금을 통상임금에 포함하여 계산하였더라면 받을 수 있었던 임금과 실제 이를 포함시키지 못한 채 피고로부터 받은 임금 사이의 차액인 미사용 연·월차 수당 4,447,973원, 퇴직금 840,356원의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.[442] 원고는 제1심과 항소심에서 모두 승소하였고, 피고 회사가 상

---

442) 관련 법률 규정은 다음과 같다.

**[근로기준법]**

**제2조(정의)**

① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

5. "임금"이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.
6. "평균임금"이란 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말한다. 근로자가 취업한 후 3개월 미만인 경우도 이에 준한다.
7. "소정(소정)근로시간"이란 제50조, 제69조 본문 또는 「산업안전보건법」 제46조에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말한다.

② 제1항 제6호에 따라 산출된 금액이 그 근로자의 통상임금보다 적으면 그 통상임금액을 평균임금으로 한다.

**제3조(근로조건의 기준)**

이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다.

**제15조(이 법을 위반한 근로계약)**

① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다.

② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.

**제56조(연장·야간 및 휴일 근로)**

사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로) 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.

**[근로기준법 시행령]**

**제6조(통상임금)**

① 법과 이 영에서 "통상임금"이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로

고를 제기하였다.

(2) 대법원의 판단과 쟁점

대법원 다수의견은 정기상여금이 통상임금에 해당하기는 하지만, 노사 간에 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 합의가 있는 경우, 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에는 근로자가 그러한 합의의 무효를 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다고 판단하고, 항소심 법원이 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 위배되는지 여부를 제대로 심리하지 아니하였다는 이유로, 항소심 판결을 파기 환송하였다. 반대의견은 정기상여금이 통상임금에 해당하고, 근로기준법의 강행규정성에 비추어 신의칙이 적용될 여지는 없으므로 상고를 기각하여야 한다는 입장이다. 별개의견은 항소심 판결이 파기 환송되어야 한다는 결론에는 다수의견과 같은 입장이나, 노사 간에 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의한 경우 그 합의는 유효하고, 따라서 정기상여금은 통상임금에 해당하지 아니하므로, 원고의 청구는 기각되어야 한다는 취지로 판단하였다. 결국 이 사건의 쟁점인 ① 정기상여금이 통상임금에 해당되는지 여부, ② 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사 합의가 있는 경우 근로자가 그러한 합의의 무효를 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여, 대법관들은 다수의견, 반대의견, 별개의견으로 나뉘어 법률 해석을 둘러싸고 치열한 논쟁을 전개하였다.

나. 대법원의 판시 내용

(1) 정기상여금이 통상임금에 해당되는지 여부에 관하여

(가) 다수의견의 판단 요지

○ 어떤 임금이 통상임금에 속하는지 여부는, 그 임금이 소정 근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임

---

에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다.

금의 명칭이나 지급 주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다.[443] 여기서 소정 근로의 대가라 함은, 근로자가 소정 근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 소정 근로의 대가가 무엇인지는 근로자와 사용자가 소정 근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의 금품을 지급하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 한다.[444]

○ 통상임금은 근로조건의 기준을 마련하기 위하여 법이 정한 도구개념이므로, 사용자와 근로자가 통상임금의 의미나 범위 등에 관하여

---

443) 대법원은 '통상임금'의 개념요소인 정기성, 일률성, 고정성에 관하여 아래와 같이 구체적으로 판시하였다.

① 어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서 정기성을 갖추어야 한다는 것은 임금이 일정한 간격을 두고 계속적으로 지급되어야 함을 의미한다. 통상임금에 속하기 위한 성질을 갖춘 임금이 1개월을 넘는 기간마다 정기적으로 지급되는 경우, 이는 노사 간의 합의 등에 따라 근로자가 소정 근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 대가가 1개월을 넘는 기간마다 분할 지급되고 있는 것일 뿐, 그러한 사정 때문에 그 임금이 소정 근로의 대가로서의 성질을 상실하거나 정기성을 상실하는 것은 아니다. 따라서 정기상여금과 같이 일정한 주기로 지급되는 임금의 경우 단지 그 지급주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 통상임금에서 제외된다고 할 수는 없다.

② 어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 일률적으로 지급되는 성질을 갖추어야 한다. '일률적'으로 지급되는 것에는 '모든 근로자'에게 지급되는 것뿐만 아니라 '일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자'에게 지급되는 것도 포함된다. 여기에서 '일정한 조건'이란 고정적이고 평균적인 임금을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 고정적인 조건이어야 하고 통상임금이 소정 근로의 가치를 평가한 개념이라는 점을 고려할 때 작업 내용이나 기술·경력 등과 같이 소정 근로의 가치 평가와 관련된 조건이라야 한다.

③ 어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 그것이 고정적으로 지급되어야 한다. '고정성'이라 함은 '근로자가 제공한 근로에 대하여 업적, 성과, 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질'을 말하고, '고정적인 임금'은 '임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정 근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금'이라고 정의할 수 있다. 고정성을 갖춘 임금은 근로자가 임의의 날에 소정 근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정된 임금으로, 이와 달리 근로자가 소정 근로를 제공하더라도 추가적인 조건을 충족하여야 지급되는 임금이나 조건 충족 여부에 따라 지급액이 변동되는 임금 부분은 고정성을 갖춘 것이라고 할 수 없는데, 여기에서의 조건은 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일근로를 제공하는 시점에서 성취 여부를 확정할 수 없는 조건을 말한다.

444) 근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다.

단체협약 등에 의해 따로 합의할 수 있는 성질의 것이 아니다. 따라서 성질상 근로기준법상의 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 노사 간에 합의하였다 하더라도 그 합의는 효력이 없다. 연장·야간·휴일 근로에 대하여 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하도록 한 근로기준법의 규정은 각 해당 근로에 대한 임금산정의 최저기준을 정한 것이므로, 통상임금의 성질을 가지는 임금을 일부 제외한 채 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금을 산정하도록 노사 간에 합의한 경우 그 노사합의에 따라 계산한 금액이 근로기준법에서 정한 위 기준에 미달할 때에는 그 미달하는 범위 내에서 노사합의는 무효이고, 무효로 된 부분은 근로기준법이 정하는 기준에 따라야 한다.

○ 이 사건에서, 피고 회사의 상여금은 근속기간에 따라 지급액이 달라지기는 하나 일정 근속기간에 이른 근로자에게는 일정액의 상여금이 확정적으로 지급되는 것이므로, 위 상여금은 소정근로를 제공하기만 하면 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다.

(나) 별개의견의 요지

○ 통상임금에 관한 노사합의나 노사관행은 어떤 임금이 통상임금에 포함되느냐의 여부를 판단하는 기준이 된다. 연장근로, 야간근로 또는 휴일근로(이하 '연장근로 등'이라고 한다)에 대하여 지급되는 임금을 제외한 나머지 임금은 그 실질에 따라 통상근로(소정근로)에 대한 임금과 총 근로(통상근로와 연장근로 등을 포함하는 전체 근로를 의미한다)에 대한 임금의 두 종류로 구분된다. 통상임금에 포함될 수 있는 임금은 총 근로가 아닌 통상근로에 대한 대가인 임금일 수밖에 없고 어떤 임금이 총 근로가 아닌 통상근로에 대한 대가인지의 여부는 객관적으로 확인되는 노사의 의사에 의하여 판단될 수밖에 없다.

○ 일반적으로 노사합의나 노사관행은 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당만을 통상임금에 포함시키고 있다는 점에 별다른 의문이 없는 것으로 보인다. 특별한 사정이 없는 한 상여금이나 1개월을

넘는 기간마다 지급되는 수당을 통상임금에 포함시키는 해석은 노사합의나 노사관행의 법적 효력을 부정하는 위법한 해석이라 할 것이고, 원칙적으로 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당만이 통상임금에 포함된다고 해석하여야 한다. 본질적으로 어떤 임금이 통상임금에 포함될 수 있느냐의 여부는 임금이 통상근로(소정근로)에 대한 대가이냐 아니면 총 근로에 대한 대가이냐에 의하여 결정되는 것이다. 어떤 임금이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것이냐 아니냐의 여부는 기본급에 준하는 형식적 속성도 갖고 있는지 여부를 판단하는 2차적 기준일 뿐이다. 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당은 기본급에 준하는 실질을 갖는다고 볼 수 없고 오히려 전혀 다른 실질을 갖고 있으며, 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것이냐에 관계없이 통상근로(소정근로)에 대한 대가로서 실질을 갖는 것이 아니라 총 근로에 대한 대가로서의 실질을 갖는다. 결국 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당은 통상임금에 포함될 수 없다.

○ 통상임금의 범위는 본질적으로 임금지급의 형식에 의하여 정하여지는 것이 아니라 임금의 실질에 의하여 정하여지며, 임금의 실질을 결정하고 이에 따라 통상임금의 범위를 결정하는 근본적 책임과 권리는 1차적으로 노사 당사자에게 귀속되는 것이다. 그럼에도 법원이 노사합의나 노사관행의 효력을 부정하고 스스로 새로운 틀에 의한 임금을 형성하려고 하는 것은 해석의 한계를 벗어나는 것으로서 찬성하기 어렵다.

(2) 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 노사 합의가 있는 경우 근로자가 그러한 합의의 무효를 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위배되는지에 관하여

(가) 다수의견의 요지

○ 단체협약 등 노사 합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 무효를 주장하는 것이 신의성실의 원칙(이하 ‘신의칙’)에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신

의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 노사 합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 노사 합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춤은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 노사 합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.

○ 우리나라에서 노사 간 임금협상시 임금 총액을 기준으로 합의한 후 그 범위 안에서 각 개별 임금 항목이 할당되는 것이 실태이고, 대부분의 기업에서 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하는 것이 관행으로 되었는데[445], 위와 같은 방식의 임금 협상과정을 거쳐 이루어진 노사 합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금 수준을 정한 경우, 근로자가 그러한 임금 협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금 협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 노사가 합의한 임금 수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다면, 이는 종국적으로 근로자 측에까지 피해가 미치게 되어 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는

445) 대법원 다수의견 : “노사가 자율적으로 임금 협상을 할 때에는 기업의 한정된 수익을 기초로 하여 상호 적정하다고 합의가 이루어진 범위 안에서 임금을 정하게 되는데, 우리나라의 실태는 임금 협상 시 임금 총액을 기준으로 임금 인상폭을 정하되, 그 임금 총액 속에 기본급은 물론, 일정한 대상 기간에 제공되는 근로에 대응하여 1개월을 초과하는 일정 기간마다 지급되는 정기상여금, 각종 수당, 그리고 통상임금을 기초로 산정되는 연장·야간·휴일근로수당 등의 법정수당까지 그 규모를 예측하여 포함시키는 것이 일반적이다. 이러한 방식의 임금 협상에 따르면, 기본급·정기상여금·각종 수당 등과 통상임금에 기초하여 산정되는 각종 법정수당은 임금 총액과 무관하게 별개 독립적으로 결정되는 것이 아니라, 노사 간에 합의된 임금 총액의 범위 안에서 그 취지에 맞도록 각 임금 항목에 금액이 할당되고, 각각의 지급형태 및 지급 시기 등이 결정된다는 의미에서 상호 견련관계가 있는 것이다. 그런데 우리나라 기업 대부분에서는 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제 아래, 임금 협상 시 노사가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하는 실무가 장기간 계속되어 왔고, 이러한 노사 합의는 일반화되어 이미 관행으로 정착된 것으로 보인다.”

결과를 가져오므로 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없다. 그러므로 이와 같은 경우, 근로자 측의 추가 법정수당 청구는 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다.

○ 이 사건의 경우, 원고의 청구가 신의칙에 위반된다고 볼 여지가 있는 사정[446]이 상당히 드러나 있으므로, 원심 법원으로서는 추가적인 심리[447]를 통하여 신의칙 위배 여부를 살펴보았어야 함에도, 원심이 그러한 사정들에 대하여 제대로 심리하지 아니한 채 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 위배되지 않는다고 단정하고 말았다. 따라서 원심의 판단에는 신의칙에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있으므로, 이를 파기 환송한다.

(나) 반대의견의 요지

○ 신의칙을 적용하여 실정법상 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위 안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다. 신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반한다. 근로기준법이 강행규

446) 대법원 다수의견은 그러한 사정에 관하여 '피고 회사는 이 사건 상여금이 통상임금에 해당한다는 점을 인식하지 못한 채 노동조합과 이 사건 상여금을 통상임금에서 제외하는 내용의 단체협약을 체결하였고, 이러한 단체협약에 따른 통상임금 기준을 조합원이 아닌 원고와 같은 관리직 직원들에게도 적용하는 것에 대하여 피고와 관리직 직원들 사이에 명시적 또는 묵시적인 노사합의 내지 관행이 있었으며, 이 사건 상여금이 통상임금에 산입될 경우 근로자들은 당초 노사 간 임금협상 등을 통하여 받은 이익을 초과하는 예상 밖의 이익을 기대할 수 있게 되는 한편, 피고로서는 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되어 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 볼 수 있는 사정'이라고 설시하였다.

447) 대법원 다수의견은 그 추가적인 심리사항에 대하여 "피고와 노동조합의 임금협상 실태와 피고와 관리직 직원들 사이에 이 사건 상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 명시적 또는 묵시적 노사합의 내지 관행이 이루어졌는지 여부, 그리고 이 사건 상여금이 통상임금에 산입될 경우 피고가 부담하게 될 추가 법정수당액과 전년도 대비 실질임금 인상률 및 그에 관한 과거 수년간의 평균치, 피고의 재정 및 경영상태, 피고의 관리직 직원들에 대한 이 사건 상여금의 구체적인 지급방식 및 그 변경 내용, 동기 및 경위, 그 변경된 지급방식의 원고에 대한 적용 여부 등"을 들고 있다.

정으로 근로자에게 일정한 권리를 보장하고 있음에도 근로자나 사용자가 그 강행규정에 저촉되는 내용의 노사 합의를 한 경우, 신의칙을 내세워 사용자의 그릇된 신뢰를 권리자인 근로자의 정당한 권리 찾기에 우선할 수는 없다.

○ 근로자가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사 합의를 무효라고 주장하는 것에 대하여 '신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건'이 갖추어졌다고 볼 수 없다. 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사 합의의 관행이 있다고 볼 근거가 없음은 물론이고, 만에 하나 그런 관행이 있다고 한들 그것이 근로자에 의하여 유발되었거나 그 주된 원인이 근로자에게 있다고 볼 근거는 어디에도 없다. 근로자가 이를 무효라고 주장하지 않을 것이라고 사용자가 신뢰하였다는 전제 자체가 증명된 바 없지만, 그 '신뢰'가 존재한다고 하더라도 이를 정당한 것이라고 말할 수 없다.

○ 근로자가 받았어야 할 임금을 예상외의 이익으로 취급하여 이를 되찾는 것을 정의와 형평관념에 반한다고 하는 것 자체가 정의 관념에 반한다. '중대한 경영상의 어려움'이나 '기업 존립의 위태'는 모두 모호하고 불확정적인 내용으로서, 도대체 추가 부담액이 어느 정도가 되어야 그러한 요건을 충족한다는 것인지 알 수 없다. 사용자는 상여금도 그 성격에 따라 통상임금에 해당할 수 있음을 알았다고 보이고, 사용자가 상여금의 통상임금 해당 가능성을 알지 못하였더라도 이를 법적으로 보호할 가치가 있는 선의(善意)라고 볼 수는 없다.

다. 검토

피고 회사의 상여금지급규칙에 따라 지급되는 상여금이 근로기준법상 '통상임금'이라는 점과 그럼에도 상여금을 통상임금에서 제외한 피고 회사의 단체협약 등 노사 합의의 내용은 근로기준법의 강행규정을 위반하여 원칙적으로 효력이 없으며, 근로자로서는 그 무효를 주장하여 수당 등의 추가 지급을 청구할 수 있는 것이 원칙이라는 점은 다수의견과 반

대의견의 견해가 일치한다.

그러나 다수의견은 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하더라도, '신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춤은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여', 이 대법원 판결 이전에 이루어진 노사 합의에 대해서 일률적으로 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없으므로, 그 경우 근로자는 수당 등의 지급을 청구할 수 없다는 법리를 전개하였다.

다수의견은 그와 같이 '근로기준법의 강행규정성보다 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정'을 설명하기 위하여, 우선 "건전한 재정은 기업에 있어 생명줄과도 같다. 재정의 악화는 경영난으로 이어지고 그것이 심화되면 기업의 존립이 위태로워진다. …… 기업의 지속적인 존립과 성장은 노사 양측이 다 같이 추구하여야 할 공동의 목표이므로 기업 재정에 심각한 타격을 주어 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립기반에 영향을 주면서까지 임금을 인상할 수는 없는 것이다. 따라서 임금의 인상은 기업이 생산·판매 활동 등을 함으로써 얻을 수 있는 수익에 기초하여 노동비용 부담능력 안에서 이루어져야 한다는 내적 한계가 있고, 이는 노사 상호 간에 양해된 사항이라 할 수 있다."라는 설시로부터 시작한다. 그 후 우리나라에서 노사 간 임금협상시 기본급, 상여금, 각종 수당 등 각 임금 항목은 임금 총액과 무관하게 별개로 결정되는 것이 아니라, 노사 간에 합의된 임금 총액의 범위 안에서 그 취지에 맞도록 각 임금 항목에 금액이 할당되고, 각각의 지급형태 및 지급시기 등이 결정되는 것이 실태라고 설명한 다음, "우리나라 대부분의 기업에서는 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제 아래에서, 임금협상시 노사가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하는 실무가 장기간 계속되어 왔고, 이러한 노사합의는 일반화되어 이미 관행으로 정착된 것으로 보인다."라고 설시한다. 다수의견은 어차피 기업의 수익 기초는 동일한 것이므로, 만약 노사 양측이 임금협상 당시 정기상여금이 통상임금에 해당할 수 있다는 점을 인식하였다면, 해당 정

기상여금이 통상임금에 산입됨을 전제로 다른 기본급, 수당 등의 지급조건을 조정하는 등의 조치를 취함으로써 결과적으로는 근로자에게 지급되는 임금 총액은 정기상여금이 통상임금에 산입되는 경우와 그렇지 않은 경우 사이에 실질적인 차이가 없도록 하는 등 기업의 부담능력 범위 내에서 다른 대안을 마련하여 노사합의를 이루었을 것으로 봄이 타당하다고 설명을 한 다음, "앞서 본 바와 같은 방식의 임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자 측이 앞서 본 임금협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다면, 이는 종국적으로 근로자 측에까지 그 피해가 미치게 되어 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는 결과를 가져오므로 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없음이 분명하다. 그러므로 이와 같은 경우 근로자 측의 추가 법정수당 청구는 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다."라고 결론을 내렸다.

다수의견의 위와 같은 입장은, 법률 해석에 관한 적극적인 목적주의적 태도로 볼 수 있다. 근로기준법이 근로자의 적정임금의 보장이라고 하는 공익을 실현하기 위하여 그 기준에 미치지 못하는 근로조건에 관한 노사합의의 효력을 무효로 하도록 규정하고 있으나, 다수의견은 위 법률 규정이 추구하는 가치 이외의 다른 법적 가치를 근거로 개별 사안에서의 이익형량을 통하여 구체적 타당성을 실현하려고 하는 것이다. 그러나 법원의 그러한 시도는 신문언주의자들이 지적한 위험성을 띠게 된다. 즉 입법자가 고도의 공익을 실현하기 위하여 당사자의 의사를 배제하기로 이미 결단을 내려놓은 법률관계에 대하여, 법원이 신의칙을 도구로 변경

을 가함으로써 결국 입법자가 강행규정에 의하여 의도한 법적 상태는 실현될 수 없는 결과를 초래하게 되므로, 입법자가 설계한 강행규정과 법관이 적용하는 신의칙은 실질적으로 갈등관계에 서게 되는 것이다.[448]

결국 다수의견의 판단은, 신의칙에 의하여 강행규정의 적용을 배제할 만한 특별한 사정들, 즉 총액 기준 임금협상의 실태, 상여금을 통상임금에서 제외하는 노사합의 내지 관행, 근로자 측의 임금협상 당시 양해한 전제와 기초를 넘은 예상 밖의 이익 추구, 사용자측의 예측하지 못한 새로운 재정적 부담 및 그로 인한 중대한 경영상의 어려움 또는 기업의 존립을 위태롭게 하는 결과의 초래 등과 같은 사유들이 근로기준법의 강행규정성보다 우선할 만큼 정당화되는지의 여부에 달려 있다고 할 것이다.

반대의견은 다수의견을 강하게 비판하고 있는데, 그 주장에는 법적 안정성을 중시하는 문언주의적 입장과 궤를 같이 하는 면이 많다. 즉 반대의견은 "실정법의 개별 조항에 의하여 명백히 인정되는 권리·의무의 내용을 신의칙을 이유로 변경하는 것은 법체계에 심각한 혼란을 초래하여 법의 권위와 법적 안정성에 큰 위협이 될 수 있다. 신의칙을 적용하여 그와 같은 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위 안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다.", "근로기준법이 강행규정으로 근로자에게 일정한 권리를 보장하고 있음에도 근로자나 사용자가 그 강행규정에 저촉되는 내용의 노사합의를 한 경우에, 신의칙을 내세워 사용자의 그릇된 신뢰를 권리자인 근로자의 정당한 권리 찾기에 우선할 수는 없다."고 설시하여, 강행규정을 신의칙에 의하여 배제하는 것이 원칙적으로 허용되지 않고, 그러한 배제가 허용되려면, 매우 예외적인 사정이 인정되어야 함을 강조하는바, 이는 신문언주의자들이 제정법 해석에서 부조리 법칙(The Absurdity Doctrine)의 적용은 극히 예외적인 경우에만 인정하는 것과 같은 태도로 볼 수 있다.

계속하여 반대의견은 다수의견이 신의칙 적용의 근거로 든 특별한 예

448) 박상언, "강행규정에 위배된 합의의 무효 주장과 신의성실의 원칙" 민사판례연구회 37권 (2015), 18쪽

외적 사정들도 모두 받아들이기 어렵다고 하면서, 법정수당의 추가 지급으로 인한 '중대한 경영상의 어려움'이나 '기업 존립의 위태'는 모두 애매하고 불확정적인 내용으로서, 근로기준법상 보장되는 권리가 사업장이나 개개 소송마다 달라질 가능성이 커지고, 이는 곧 근로기준법상 근로자들에게 고루 보장되어야 하는 권리가 형평에 맞지 않게 인정되거나 부정되는 결과를 초래할 수 있는 점, 사용자는 상여금도 그 성격에 따라 통상임금에 해당할 수 있음을 알았던 것으로 보이고, 사용자가 상여금의 통상임금 해당 가능성을 알지 못하였더라도 이를 법적으로 보호할 가치가 있는 선의라고 볼 수 없는 점 등을 지적한 다음, "다수의견이 '강행법규보다 신의칙을 앞세울 만한 특별한 사정을 인정하는 기준'으로 내세운 것들은 단체협약의 체결을 위한 노사협의의 장에서나 논의될 만한 사정에 불과함에도, 다수의견은 이를 '정의와 형평의 관념'으로 포장하여 권리실현의 장이 되어야 할 법정에 무리하게 끌어들여 권리 배제의 사유로 삼고 있다. 이러한 다수의견의 태도는 강행규정에 반하여 무효인 법률행위를 무효라고 주장할 수 있는 당연한 권리를 법관이 신의칙을 동원하여 마음대로 박탈할 수 있다는 것과 다를 바 없다."고 다시 강조하고 있다.

다수의견에 대한 보충의견은, 반대의견에 대하여 비판하면서, "임금협상의 경위와 그 목표 및 결과 등은 도외시한 채 상여금·수당의 지급형태와 조건은 그대로 유지되어야 한다는 전제에서, 정기상여금을 통상임금에서 배제하기로 하는 노사합의 부분만을 분리하여 그 부분이 형식적으로 근로기준법의 강행규정에 위배되어 무효이므로 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 한 추가 법정수당을 지급받을 수 있어야만 한다는 견해야말로, 사건의 전체적인 실질과 형평은 외면한 채 근로기준법의 강행규정성을 고수하여야 한다는 일면만을 중시하여 실정법의 형식적인 적용을 획일적으로 관철하려는 것이다."라고 설시하였는데, 이는 전형적인 목적주의적 논거에 해당한다. 보충의견은 또한 "다수의견이 '기업의 중대한 경영상의 어려움'을 신의칙 적용 요건 중의 하나로 제시한 것은, 근로자의 추가적인 법정수당 청구가 기업의 재정상태나 경영상태 등에 비추어 감당할 수 있는 정도인지를 기준으로 하여 현저히 형평에 반

하는 결과가 발생하는 경우에만 신의칙을 적용하도록 함으로써 신의칙이 무한정 확대 적용되는 것을 방지하기 위함이다."라고 하면서, 법원이 개별적·구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 '중대한 경영상의 어려움'을 초래하는지 여부를 판단함으로써 신의칙의 적용범위를 적정하게 제한할 수 있음을 강조하였다.

한편 별개의견은, 어떤 임금이 통상임금에 포함될 수 있느냐의 여부는 임금의 실질에 의하여, 즉 그 임금이 통상근로(소정근로[449])에 대한 대가이냐 아니면 총 근로에 대한 대가이냐에 의하여 결정되는 것이므로, 다수의견과 반대의견이 통상임금 해당 여부의 기준을 임금 지급의 형식적 속성에 의하여, 즉 어떤 임금이 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지의 여부에 따라 구분하려고 하는 것은 정당화 될 수 없다고 설시한다. 그런데, 별개의견에 의하면, 임금의 실질을 결정하고 이에 따라 통상임금의 범위를 결정하는 근본적 책임과 권리는 1차적으로 노사 당사자에게 귀속되는데, 일반적인 노사합의나 노사관행은 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당만을 통상임금에 포함시키고 있다는 점에 별다른 의문이 없는 것으로 보이므로, 특별한 사정이 없는 한 상여금이나 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당을 통상임금에 포함시키는 해석은 노사합의나 노사관행의 법적 효력을 부정하는 위법한 해석이라고 보아야 한다는 것이다. 그러면서 별개의견은 도구개념인 통상임금을 그와 같이 해석하는 것이 현실을 규범과 조화롭게 해석할 수 있고, 근로자에게는 불이익이 거의 없는 반면, 사용자의 경영에 예상하지 않았던 부담을 지게 함으로써 국민경제에 돌발적인 충격을 야기하는 것을 막을 수 있다고 설시한다.

이 대법원 전원합의체 판결에 나타난 다수의견, 반대의견, 별개의견 중 어느 것이 법리적으로 정당한지는 이 글의 서술 범위를 넘는 것이지만, 이 글의 주제인 법률 해석에 있어서 법원의 역할, 그리고 법적 안정

449) 근로기준법 제2조 제7호는 "'소정근로시간'이란 같은 법 제50조, 제69조 본문 또는 「산업안전보건법」 제46조에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말한다."고 규정한다. '소정근로'는 총 근로 중 연장근로, 야간근로, 휴일근로를 제외한 통상근로를 말한다.

성이라는 해석목표와 관련하여 다음 사항은 언급할 필요가 있다.

우선 별개의견이 주장한 사정들, 즉 노사 합의의 관행은 상여금을 통상임금에 해당하지 않는 것으로 보고 임금협상을 하여 왔다는 사정, 법원이 그러한 관행을 부정하고 상여금을 통상임금에 해당하는 것으로 해석할 경우 사용자측에 예상하지 않았던 부담을 지게 함으로써 국민경제에 돌발적인 충격을 야기할 것이라는 사정 등이 모두 사실이라고 가정할 경우, 법원은 근로기준법상 통상임금 규정을 해석함에 있어서 그러한 법률외적 사정들을 고려해야 하는지, 만약 고려해야 한다면 어느 정도까지 고려해야 하는지가 문제될 수 있다. 이에 대하여는 반대의견이 대법원이 법률 해석에 있어서 과도한 정책적 고려를 하는 것을 경계하는 사법자제적 태도를 나타내면서 다음과 같이 설시한 것을 언급할 만하다 : "대법원은 최고의 법해석 기관으로서 통상임금에 관한 법리를 법에 따라 선언해야 한다. 그에 따른 경제적 우려를 최소화하는 것은 정부와 기업의 역할이다. 대법원은 통상임금의 법원칙을 바로 세우고, 정부는 대법원판결의 결론이 연착륙할 수 있도록 다양한 노동정책을 펼치면 되는 것이다. 그렇지 않고 대법원이 앞으로 시행될 노동정책까지 고려하여 현행 법률의 해석을 거기에 맞추려 한다면, 이는 법해석의 왜곡이다."

다수의견은 근로기준법상 '통상임금'의 해석 자체에 관하여는 위와 같은 정책적 고려를 하지 않았지만, 신의칙 규정의 적용에 의한 이익형량을 하면서, 법원이 구체적 사안에 응하여 정책적 판단을 할 수 있는 여지를 남겨두었다. 그러나 앞서 본 논의[450]에 의하면, 이는 입법자가 '규칙(rule)'의 형태로 지시한 법률 규정을 법원이 해석에 의하여 '기준(standard)'으로 바꿈으로써, 스스로 사법재량을 넓힌 것이 아닌가 하는 비판을 받을 수 있는 사항이다. 또한 그렇게 함으로써 반대의견이나 별개의견의 결론에 비하여 법적 안정성의 측면에서 심각한 난점이 발생되었다고 보인다. 다수의견에 의할 경우 위 신의칙 법리가 어느 범위의 기간 동안 발생한 상여금 등에 대하여 적용되는지, 상여금 이외의 다른 임금 항목에는 신의칙 법리가 적용될 여지가 없는 것인지, 사용자의 경영

450) 앞의 제5장 제3절 참조

상 어려움의 판단에 있어서 아직 소를 제기하지 않고 있는 다른 근로자들이 장래에 소를 제기할 경우에 발생할 재정상 부담까지 함께 고려하여야 하는지, 어떠한 경우에 기업의 중대한 경영상 어려움 또는 존립 위태라는 점을 인정할 수 있을지 등에 관하여,[451] 근로자나 사용자 모두 법원의 판단을 받아보기 전에는 결과를 예측하기 어렵고, 법원마다 재판결과가 달라질 가능성이 있어서 법적 지위의 불안을 초래할 수 있지 않을까 생각된다.[452]

## 4. '성전환자 성별정정' 사건 : 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정

가. 사실관계

○ 신청인은 1951. (월일 생략) 출생하여 호적상 여성으로 등재되어 있다. 신청인은 성장기부터 남성적 기질과 외관을 뚜렷이 보이고 남자 옷을 입어야 마음이 편해지는 등 일상생활에서 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감으로 혼란을 겪어 왔다. 그 후 20대에 이르러 타지로 나가 공사인부 등 주로 육체노동에 종사하는 등 남성으로서 생활하면서 계속적으로 성전환수술을 받기를 원하였으나 경제사정이 여의치 못하여

451) 상세한 내용은 박상언, 앞의 논문(각주 448), 54~63쪽

452) 아래 성전환자 성별 정정 사건에서 반대의견이 설시한 바와 같은 취지에서 이렇게도 설시할 수 있을 것이다 : "다수의 기업들과 근로자들이 관련된 사안에서 통상임금의 범위와 같은 중요하고 민감한 문제는 국민의 대표기관인 국회에서 충분한 의견수렴과 심의를 거쳐서 관련된 문제들에 대한 요건과 효과를 상세히 규정하는 방식으로 해결하는 것이 근본적이고 합리적인 대처방법이라고 생각된다. 국회에 의한 입법이 아니라 법원에 의한 신의칙 적용이라는 방식을 활용하여 해결하는 경우, 자칫하면 추가적인 입법조치의 필요성에 대한 사회적 관심을 약화시킴으로써 오히려 근본적인 해결을 저해하는 부작용을 야기할 수도 있다. 따라서 반대의견이 주장하는 바와 같이 현 단계에서 법원으로서는 이 사건과 같은 사안에서 사용자측에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 할 수 있는 상황에 대한 법적·제도적인 보완이 절실하다는 점을 충분히 지적하면서, 현행 근로기준법의 해석으로는 이 문제를 해결할 수 없다는 점을 선언하고, 국민의 대의기관인 국회가 사회적 여론을 수렴하여 구체적인 요건과 절차, 효과 등을 담은 입법조치를 하기를 강력히 촉구함으로써 당사자들에게 근본적이고 효과적인 구제가 가능한 여건을 조성하는 데에 일조하는 것이 더욱 중요하다."

실현하지 못하다가 41세 때인 1992년 7월 성전환증의 진단을 받고, 유방·자궁 및 질 제거술과 이어서 음낭성형 및 인공고환 삽입술을 받아 남성 성기 및 음낭을 갖게 되었으며, 그 후 계속 남성호르몬을 투여 받음으로써 남성의 신체와 외관을 갖추게 되었을 뿐 아니라 정신과적 검사 결과 남성으로서의 성적 정체감이 확고한 것으로 나타났다. 신청인은 법률상 혼인한 경력이 없고 여성으로서 자녀를 출산한 경험도 없으며 성전환수술 후 비로소 그의 처지를 이해하는 여성을 만나 현재까지 동거하고 있지만 남성으로서의 생식기능은 존재하지 않는다.[453]

○ 신청인은 호적상 성별란 기재를 '여'에서 '남'으로 정정해 달라는 등의 신청을 하였으나[454], 제1심 및 항고심 법원은 「구 호적법(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 2008. 1. 1.부터 가족관계의 등록 등에 관한 법률의 시행에 따라 폐지되기 전의 것, 이하 편의상 '호적법'이라고 한다) 제120조에 의한 호적 정정은 '호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재 당시에 착오가 있다고 인정되는 경우'에 한하여 이를 허가할 수 있는 것인바, 여성으로 태어난 신청인이 출생 당시의 성별에 따라 호적상 기재가 이루어졌으므로, 신청인이 사회적으로 남성으로 살아왔다거나 사후적으로 성전환 수술을 받아 여성으로서의 외형적 특징을 잃게 되었다는 사유는 위 호적 정정 사유에 해당하지 않는다.」고 판단하여 위 신청을 기각하였다. 신청인은 이에 불복하여 재항고를 제기하였다.

나. 대법원의 판시 내용

(1) 다수의견의 판단 요지

다수의견은 아래와 같이 판시하여 원심 결정에는 헌법과 호적법의

---

453) 관련 법률 규정은 다음과 같다.
**구 호적법(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 2008. 1. 1.부터 가족관계의 등록 등에 관한 법률의 시행에 따라 폐지되기 전의 것) 제120조(위법된 호적기재의 정정)** : "호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 유루가 있다고 인정한 때에는 이해관계인은 그 호적이 있는 지(地)를 관할하는 가정법원의 허가를 얻어 호적의 정정을 신청할 수 있다."

454) 성별란 기재의 정정과 아울러, 이름도 여성적인 이름에서 남성적인 이름으로의 개명을, 호주와의 관계란도 '누이'에서 '형'으로의 정정을 각 신청하였다.

관계규정을 위반하여 재판에 영향을 미친 위법이 있다고 판단하였다.

○ 사람의 성(性)을 결정함에 있어서는 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 하는데,[455] 성전환자[456]의 성은 사회통념상 출생 시와 다르게 전환된 성이 법률적으로도 그 전환자의 성이라고 평가할 수 있는 경우가 있다.[457]

---

455) 다수의견 설시 내용 : 「종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔다. 그러나 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었다.」, 「대법원은 이미 '사람의 성은 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 내부 생식기와 외부 성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적·정신적인 성과 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다.'고 판시함으로써(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 참조) 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다는 점을 명백히 하였다.」

456) 성전환증(Transsexualism)은 1950년대 이후 비로소 의학계에서 학문적인 관심을 받게 되어 국제보건기구(WHO)는 제10차 국제질환분류(ICD-10, 1994년)에서 성전환증을 성정체성(성적 동일성) 장애(Gender Identity Disorder)의 하나로 분류하여 자신의 해부학적 성에 대한 불편함이나 부적절감을 가지고 있으면서, 자신과 반대되는 성으로 살고 인정받고 싶은 욕망, 그리고 자신의 신체를 선호하는 성의 신체에 가능한 일치되도록 호르몬 치료와 수술을 받고자 하는 욕구라고 정의하면서 성전환증으로 진단되려면 전환된 성으로서의 정체성이 최소한 2년 이상 지속되어야 하고, 다른 정신장애증상 또는 성염색체 이상이 존재하지 아니하여야 한다고 하였다. 한편, 미국 정신과 학회가 마련한 정신장애의 진단 및 통계 편람 제3판(DSM-Ⅲ, 1980년)에서는 성전환증을 사춘기 이상의 환자가 자신의 선천적 성에 대하여 지속적으로 불편함과 부적절함을 느끼며 일차 및 이차적 성징을 제거하고 반대 성징을 획득하려는 집착에 2년 이상 사로잡혀 있는 상태라고 정의하였고 위 편람 제4판(DSM-Ⅳ, 1994년)에서는 성전환증이라는 용어를 별도로 사용하지 아니하고 성정체성 장애에 포함시켜 분류하였으나, 현재 많은 임상가들은 성전환증이라는 진단용어를 사용하고 있다. 성전환증의 원인이 유전적인 영향 등 선천적인 것인지, 아니면 사회적인 학습 등 후천적인 것인지 아직 규명되지 아니하였으나, 의학계에서는 대체로 성전환증의 진단을 받고 치료를 계속하여도 위 증세가 치유되지 않는 사람은 궁극적으로 성전환 수술로서 자신이 귀속되고자 원하는 성에 일치하는 외부 성기와 외관을 형성시켜 줄 수밖에 없되, 성기 수술은 복원이 불가능하므로 정신과 진단 및 호르몬 치료를 받고 반대의 성으로 정신적·사회적 적응이 이루어진 사람에 한하여 엄격한 진단 아래 최후의 방법으로 시술하여야 한다는 연구·임상결과가 집적되어 있다. : 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정

457) 다수의견 설시 내용 : 「성전환증을 가진 사람의 경우, 출생 당시에는 아직 그 사람의 정신적·사회적인 의미에서의 성을 인지할 수 없으므로, 사회통념상 생물학적인 신체적 성징에 따라 법률적인 성이 평가될 것이다. 그러나 이후 성장 과정에서 출생 당시의 생물학적 성에 대한 불일치감 등을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고, 개인적 및 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들로부터도 그 성으로 인식되고 있으며, 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된

○ 호적제도는 우리나라 국민 개인의 신분관계를 법이 정한 절차에 따라 호적에 등록하여 이를 공시하는 제도이다. 호적에 기재된 사항이 진실에 부합하지 않는다고 인정할 만한 명백한 증거가 있는 경우에는, 그 기재 사항을 진정한 신분관계에 맞추어 수정함으로써, 호적이 진정한 신분관계를 공시하도록 하여야 한다.

○ 성전환자의 경우에는 출생 시의 성과 현재 법률적으로 평가되는 성이 달라, 성에 관한 호적의 기재가 현재의 진정한 신분관계를 공시하지 못하게 되므로, 현재 법률적으로 평가되는 성이 호적에 반영되어야 한다.

○ 현행 호적법에는 출생 시 호적에 기재된 성별란의 기재를 위와 같이 전환된 성에 따라 수정하기 위한 절차 규정이 따로 마련되어 있지 않다. 그러나 진정한 신분관계가 호적에 기재되어야 한다는 호적의 기본원칙과 아울러 아래에서 보는 여러 사정을 종합하여 보면, 위와 같이 성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 호적정정에 관한 호적법 제120조의 절차에 따라 호적의 성별란 기재의 성을 전환된 성에 부합하도록 수정할 수 있도록 허용함이 상당하다.

① 성전환자도 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리가 있고 이러한 권리들은 질서유지나 공공복리에 반하지 아니하는 한 마땅히 보호받아야 한다.

② 호적법이 성전환자의 호적상 성별란 기재를 수정하는 절차규정을 두지 않은 이유는 입법자가 이를 허용하지 않기 때문이 아니라 입법당시에는 미처 그 가능성과 필요성을 상정하지 못하였기 때문이라고 할 것이다.

③ 일반적으로 호적법 제120조에 의한 호적정정 절차는 경정 절차와는 달리 호적 기재 당시부터 존재하는 잘못을 시정하기 위한 절차로 이해되고 있다. 그렇지만 위 호적정정사유 중 '호적의 기재가 법률상 허

---

다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다. 이와 같은 성전환자는 출생 시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것이다.」

용될 수 없는 경우'를 해석함에 있어서 호적 기재 후의 사정의 변경에 의하여 법률상 허용될 수 없음이 명백하게 된 경우를 반드시 배제하여야 할 필요가 있다고 보기 어렵다. 또한 호적법 제120조에 의한 호적정정 절차를 둔 근본적인 취지는, 호적의 기재가 진실에 반하는 것이 명백한 경우에 그 기재 내용을 판결에 의하지 아니하고 간이한 절차에 의하여 사실에 부합하도록 수정할 수 있도록 함에 있다. 따라서 구체적인 사안을 심리한 결과 성전환자에 해당함이 명백하다고 증명되는 경우에는 호적법 제120조의 절차에 따라 그 전환된 성과 호적의 성별란 기재를 일치시킴으로써 호적기재가 진정한 신분관계를 반영할 수 있도록 하는 것이 호적법 제120조의 입법 취지에 합치되는 합리적인 해석이다.

○ 신청인은 여러 사정[458]에 비추어 사회통념상 남성으로 평가될 수 있는 성전환자에 해당함이 명백하다고 볼 수 있으므로 신청인에 대한 이 사건 호적정정 및 개명을 허가할 여지가 충분히 있다. 그런데도 원심은 성전환자에 대한 호적정정을 허용할 근거가 없다는 등의 이유로 이 사건 신청을 배척하였다.

(2) 반대의견의 요지

반대의견은 아래와 같이 판시하여 성전환자에 대하여 호적법 제120조의 호적정정절차에 따라 호적상 성별란을 정정하는 것은 허용될 수 없고, 같은 취지인 원심의 결론은 정당하여 신청인의 재항고를 기각하여야 한다는 견해를 밝혔다.

○ 호적법 제120조에 의한 호적정정은 신고 그 자체가 진실에 반하거나 또는 신고는 정당하지만 호적 기재 과정에서 잘못이 있어 호적에 기재된 내용이 그 최초 기재 당시부터 진실에 부합하지 아니한 경우를 전제로 하여 이를 시정하는 것이다. 호적법 제120조에 규정된 '착오', '호적의 정정'이라는 문구 등은 그 객관적 의미와 내용이 명확하여 해석상

458) 다수의견은 그러한 사정으로, "신청인은 미혼으로 자녀가 없으며 성장기부터 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감을 나타내면서 성인이 된 후에는 오랜 기간 동안 남성으로서 살다가 의사의 진단 아래 성전환수술을 받아 남성의 외부 성기와 신체 외관을 갖추었고, 현재 남성으로서의 성정체성이 확고하여 여성으로 재전환할 가능성이 현저히 낮고 개인생활이나 사회생활에서도 남성으로서 인식된다."는 등을 들고 있다.

의문의 여지가 없고, 호적법을 제정할 당시의 입법 취지도 그 내용이 처음 호적에 기재된 시점부터 존재하는 착오나 유루를 정정하고자 하는 것으로서 만일 호적기재가 기재 당시의 진정한 신분관계에 부합되게 적법하게 이루어졌다면 정정의 대상이 될 수 없는 것이었음이 명백하다.

○ 선천적으로 불완전한 성적 특징을 가진 자에 대하여 착오나 출생신고 당시 오인으로 인하여 호적에 잘못된 성별로 기재한 경우(예컨대, 진성반음양자, 가성반음양자 등에 관한 사례)와 달리, 성전환자의 경우는 다음과 같은 이유로, '처음부터 잘못 기재된 호적을 출생 시에 소급하여 정정'하기 위한 호적법 제120조가 그대로 적용될 수 없다.

① 출생신고 당시 성별의 판정이 잘못된 것이 아니고 따라서 최초의 호적 기재도 착오라고 할 수 없다.

② 성의 판별이 생물학적으로 명백하게 결정되는 것이 아니고 다수 의사의 진단과 상당한 기간 동안(다수의견에서 인용한 국제보건기구의 견해 등에 의하면 최소한 2년 이상)의 선행 치료과정이 있어야 하며, 그 밖에도 신분관계 및 사회생활에 중대한 변동이나 부정적 영향을 야기하지 아니하는 등의 일정한 요건에 대한 복잡하고 정교한 판단절차를 필요로 한다.

③ 성의 변경이 허용되더라도 종전까지의 법률적 성 결정 나아가 호적기재가 정당한 것으로 인정되고 오로지 장래를 향하여 그 변경의 효력이 발생하게 된다(이 점은 다수의견도 인정하고 있다).

○ 다수의견은 성전환자와 같이 '호적 기재 당시를 기준으로 하면 그 기재 내용이 진실에 부합하더라도 사후에 다른 사정에 의하여 기재사항이 변경된 경우'에 호적법 제120조의 직접 적용에 의하여 호적정정이 가능한 것으로 설명하고 있으나, 반대의견의 견해로는 그러한 경우에 호적법 제120조가 직접 적용될 수 없음이 명백하므로, 성전환자의 경우 호적법 제120조를 유추해석하여 호적에 기재된 사항의 '변경'을 허용할 수 있는지 문제되나, 이는 호적법 제120조에 대한 문리해석이나 입법 취지 등과는 관계없이, 객관적으로 명백한 호적법 제120조의 규정내용에 일부 내용을 추가·제거 또는 변경하는 것과 동일한 효과를 가져 오는 것으로

서 정당한 유추해석의 한계를 벗어나는 것이므로, 이러한 유추해석에 찬성할 수 없다.

○ 새로운 사회현상으로 대두된 성전환증에 관한 문제의 해결이나 그와 같은 문제로 고통 받는 당사자들의 구제를 위해서는, 국민의 대의기관인 국회가 사회적 여론을 수렴하여 구체적인 요건과 절차, 효과 등을 담은 입법조치를 함으로써 해결하여야 하는 것이다. 다수의견의 해석과 같이, 법원이 미봉책에 불과한 호적법 제120조의 적용 내지 유추적용 방식을 활용하여 성전환수술을 받은 사람의 호적정정허가신청을 선별적으로 인용한다면, 재판기준의 일관성 결여, 당사자 본인이나 이해관계인들의 법적 지위의 불안 등을 초래하여 법적 안정성을 해칠 수 있을 뿐 아니라, 오히려 근본적이고 합리적인 입법조치의 필요성에 대한 사회적 관심을 약화시킬 수 있는 부작용을 야기할 수 있다.

다. 검토

구 호적법 제120조는 “(위법된 호적기재의 정정)”이라는 표제 아래 “호적의 정정”을 신청할 수 있는 사유로서 “호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 유루가 있다고 인정한 때”를 규정하고 있다. 위 법률 규정에 의한 호적 정정 절차는, 경정 절차와는 달리, 호적 기재 당시부터 존재하는 잘못을 시정하기 위한 절차로 이해되고 있고, 호적 기재 이후 그 기재 사항에 변경이 있는 경우 경정이 허용되는지 여부에 관하여, 구 호적법은 사소한 행정구역 명칭, 지번 등이 변경된 경우 외에는 그러한 경정절차에 관하여 규정하고 있지 않다. 성전환자의 경우, 출생 당시에 호적에 기재된 성별을 구 호적법 제120조에 정한 호적 정정절차에 의하여 정정할 수 있는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

다수의견과 반대의견은 모두, 성전환자의 경우에는 출생시의 성과 현재 법률적으로 평가되는 성이 달라, 성에 관한 호적의 기재가 현재의 진정한 신분관계를 공시하지 못하게 되므로, 현재 법률적으로 평가되는 성이 호적에 반영되어야 할 필요가 있다는 점과 그럼에도, 구 호적법에는

출생시 호적에 기재된 성별란의 기재를 위와 같이 전환된 성에 따라 수정하기 위한 절차 규정이 따로 마련되어 있지 않다는 점에 견해가 일치한다.

다수의견은 그러나 구체적인 사안을 심리한 결과 성전환자에 해당함이 명백하다고 증명되는 경우에는 호적법 제120조의 절차에 따라 그 전환된 성과 호적의 성별란 기재를 일치시킴으로써 호적기재가 진정한 신분관계를 반영할 수 있도록 하는 것이 호적법 제120조의 입법 취지에 합치되는 합리적인 해석이라고 판단하면서, 그 근거로는 진정한 신분관계가 호적에 기재되어야 하는 것이 호적의 기본원칙이라고 하는 호적법의 목적, 그리고 호적법 제120조에 의한 호적정정 절차를 둔 근본적인 취지가 호적의 기재가 부적법하거나 진실에 반하는 것이 명백한 경우에 그 기재 내용을 판결에 의하지 아니하고 간이한 절차에 의하여 사실에 부합하도록 수정할 수 있도록 함에 있다는 점 등을 제시함으로써, 목적주의적 입장을 취하였다. 또한 성전환자도 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리가 있고 이러한 권리들은 질서유지나 공공복리에 반하지 아니하는 한 마땅히 보호받아야 한다는 점[459]도 근거로 들었는바, 이는 헌법을 최고규범으로 하는 전체 법질서에서의 호적법의 체계적 위치와 맥락을 고려한, 논리적·체계적 해석의 일종인 헌법합치적 해석으로 평가할 수 있을 것이다.[460] 그 외에

---

459) "지속적인 성적 귀속감의 형성, 의학적 치료와 나아가 수술을 통하여 전환된 성에 부합하는 성기와 신체 및 외관을 갖추고 사회적인 역할도 그와 동일하게 수행하고 있어 사회통념상 전환된 성을 가진 자로 인식되어 법률적으로 전환된 성으로 평가될 수 있는 성전환자임이 명백함에도 불구하고, 막상 호적의 성별란 기재는 물론 이에 따라 부여된 주민등록번호가 여전히 종전의 성을 따라야 한다면 사회적으로 비정상적인 사람으로 취급되고 취업이 제한됨으로써 결국, 이들의 헌법상 기본권이 침해될 우려가 있다고 할 것이다. 한편, 성전환자의 호적이 정정됨으로써 그 개인이 주변의 멸시 및 신분상의 불이익에서 벗어나서 정상적인 사회구성원으로 받아들여지고 전환된 성에 따라 법률적인 지위를 인정받고 사회적인 활동을 할 수 있는 등 장래에 향유하게 될 이익은 사회적 혼란의 방지 등 호적정정을 불허함으로써 얻어지는 공공의 이익에 비하여 현저히 크다고 할 것이다. 그런데도 법령상 절차규정의 미비를 이유로 성전환자임이 명백한 사람에 대한 호적의 정정을 허용하지 않는다면 위 헌법정신을 온전히 구현할 수 없게 된다고 할 것이다."(대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정)

460) 고봉진, 판례 법학방법론, 한국학술정보(2013), 110쪽, 그 점은 다수의견에 대한 보충의견에서 보다 명시적으로 표현되는데, 그 내용은 다음과 같다. :「구체적 사건의 재판에서 법령을 해석·적용하는 것은 법원에 주어진 권한이자 사명에 속하므로, 법원이 재판규범으로서 그 법

다수의견은 호적법이 성전환자의 호적상 성별란 기재를 수정하는 절차규정을 두지 않은 이유는 입법자가 이를 허용하지 않기 때문이 아니라 입법 당시에는 미처 그 가능성과 필요성을 상정하지 못하였기 때문이라는 점도 근거로 제시하였는데, 이는 법률이 시간의 변화에 따라 노후화되는 경우, 법관이 적극적·능동적으로 변화된 상황에 맞도록 법률을 해석하여야 한다는 동태적 해석론의 입장으로 해석할 수 있는 내용이다.

그러나 반대의견은 호적법 제120조에 규정된 '착오', '호적의 정정'이라는 문구 등은 그 객관적 의미와 내용이 명확하여 해석상 의문의 여지가 없고, 호적법을 제정할 당시의 입법 취지(즉, 입법자의 의도)도 그 내용이 처음 호적에 기재된 시점부터 존재하는 착오나 유루를 정정하고자 하는 것으로서, 만일 호적 기재가 그 기재 당시의 진정한 신분관계에 부합되게 적법하게 이루어졌다면 정정의 대상이 될 수 없는 것이었음이 명백하다고 보았다. 따라서 성전환자의 경우 성별이 기재된 출생신고 당시를 기준으로 하면 생물학적 요소에 기한 그 성별의 판정이 잘못된 것이 아니고 따라서 최초의 호적 기재도 착오라고 할 수 없는 점, 전환된 성의 판별은 정신적·사회적 요소를 고려하여야 하는 복잡하고 정교한 판단절차를 필요로 하는 것이고, 성의 변경이 허용되더라도 종전까지의 성 결정은 정당한 것으로 인정되며, 오로지 장래를 향하여 그 변경의 효력이 발생하는 점 등을 고려하면, 성전환자에 관한 호적의 성별란 기재 성을

---

률규정을 해석·적용함에 있어서는 마땅히 헌법합치적인 해석에 따라야 한다. 이러한 헌법합치적 법률해석은 국가의 최고규범인 헌법을 법률해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리에 그 기초를 두고 있는 것으로서, 어느 법률규정에 대하여 합헌적 법률해석이라는 이름 아래 그 법률규정의 문언이 갖는 일반적인 의미를 뛰어 넘어서거나 그 법률규정의 입법목적에 비추어 입법자가 금지하고 있는 방향으로까지 무리하게 해석하거나 헌법의 의미를 지나치게 확대함으로써 입법자의 입법형성권의 범주에 속하는 사항 등에 이르기까지 함부로 간섭해서는 아니 되겠지만, 이러한 한계를 벗어나지 않는 이상, 합헌적 법률해석은 민주적 정당성을 가진 입법자가 제정한 법률을 헌법에 합치되도록 해석함으로써 법률의 효력을 유지하려는 것이므로 입법권을 최대한 존중하는 것이고 국민주권의 원리에도 부합한다. 따라서 만약 어떤 법률규정에 대해 합헌적 법률해석의 가능성이 열려 있음에도 불구하고, 법원이 그러한 해석을 단념하여 버린다면 합헌적 법률이 제정될 때까지는 위헌적인 법률공백 상태가 계속되는 것을 그대로 방치하는 셈이 되고, 이는 법원에게 주어진 사법권 행사의 권한과 사명을 동시에 저버리는 결과를 낳게 된다. 그러므로 합헌적 법률해석을 무조건 유추해석 또는 확장해석이라는 이름으로 경계할 것은 아니고 법률의 문언적 의미가 갖는 내포와 외연을 모두 고려하여 헌법질서의 테두리 안에서 이루어질 수 있는 합리적인 해석방법이라면 이를 받아들이는 것이 온당하다.」

전환된 성에 맞도록 고치는 것은 호적법 제120조에 정한 호적정정사유에 해당하지 않는다고 판단하였다.

나아가 반대의견은 위와 같이 성전환자에 대한 호적의 성별란 기재 내용을 고치는 것이 호적법 제120조의 직접 적용대상이 되지 않는데도, 다수의견이 이를 적용하려고 하는 것은 법률 해석이 아니라 법형성인 유추에 해당하는데, 이는 객관적으로 명백한 호적법 제120조의 규정내용에 일부 내용을 추가·제거 또는 변경하는 것과 동일한 효과를 가져 오는 것으로서 정당한 유추해석의 한계를 벗어나는 것이라고 보았다. 반대의견이 다수의견을 비판하면서 법률 해석의 방법에 관하여 설시한 다음의 견해는 문리해석의 원칙을 강조하면서 유추의 위험성을 경계하는, 전형적인 엄격해석주의 혹은 문언주의적 입장을 보여준다. :「법률 규정의 해석에 있어서는 법률에 정하여진 문구의 문리적 의미가 해석의 출발점이며 법문의 가능한 의미를 벗어나 그 의미를 창출하는 것은 유추해석으로서 원칙적으로 허용되지 않는다. 형벌법규나 조세법규에서는 유추해석이 금지되고 있고, 그 밖의 사법적 영역에 속하는 법률의 해석에 있어서 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 사회적 정의 관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우에 실정법의 입법정신을 살려 유추해석이나 확장해석을 할 여지가 있지만 이는 입법 취지의 범위 내에서 예외적으로 이루어져야 한다. 사법 적극주의의 입장에서 입법목적에 충실한 결과를 이룰 수 있도록 목적론적인 해석을 하여야 할 경우도 있지만, 유추해석 등에는 입법에 의하여 설정된 한계를 넘어설 수 없다는 기본적인 한계가 있으며, 만약 이와 같은 한계를 넘는다면 이는 법해석이 아니라 새로운 법률의 형성으로서 헌법상의 입법권 침해 문제를 야기하게 된다. 뿐만 아니라, 일정한 법적인 문제를 해결하기 위하여 목적론적인 해석이 필요한 경우에도 그 해석이 문제의 해결을 위하여 유효적절하고 법체계상 아무런 문제점이 없어서 만일 입법자가 그와 같은 문제를 인식하였다면 그와 같은 해석과 궤를 같이 하는 입법을 하였으리라고 상정할 수 있는 경우에 한하여 유추해석 등을 하게 되는 것이고, 그 해석이 문제해결에 유효적절한 수단이 되지 못하고 오히려 다른 문제점을 낳

을 우려마저 있다면, 위와 같은 유추해석 등은 허용되지 아니한다.」

또한 반대의견은 그러한 성전환자의 성 변경과 같은 문제는 그 요건과 효과, 공시방법, 성 변경 이후에 관한 국가적, 사회적 배려 의무 등의 해결이 필요한데, 이는 호적정정만으로 해결될 수 없는 사항들이므로, 국민의 대의기관인 국회가 사회적 여론을 수렴하여 구체적인 요건과 절차, 효과 등을 담은 입법 조치를 하여야 하는 것이지, 법원이 호적정정절차와 같은 미봉책으로 해결하려 해서는 안 된다고 주장한다. 즉 반대의견은, 「호적법 제120조의 호적정정제도가 성전환자에 대한 성 변경의 문제 또는 이와 유사한 문제에 대처하기 위하여 마련된 것이 아님은 분명하다. 성전환자와 같이 의학과 생물학의 발전 및 이를 토대로 한 사회학적 연구 등을 배경으로 하여 비로소 발생한 새로운 문제에 대해서는 이를 적절하게 규율하고자 하는 입법목적을 가지고 제정된 새로운 입법을 통하여 새로운 방식에 따라서 대처해야 할 것이다. 더욱이 남녀 간 성의 결정은 개인적 삶의 기본요소가 될 뿐만 아니라, 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서의 공동생활의 근간이 되는 핵심적 요소이며, 윤리적, 철학적, 종교적 사고와도 밀접한 관련을 가지는 것이기 때문에, 이러한 본질적인 문제를 어떻게 해결할 것인가는 일반 국민의 의견수렴, 신중한 토론과 심사숙고의 과정을 거쳐 국민의 대의기관인 국회가 입법적 결단을 통하여 결정해야 한다. 이는 애당초 명백한 호적기재의 오류를 정정하기 위하여 마련된 제도인 호적정정절차에 대한 새로운 해석 내지 유추해석을 통하여 해결할 수 있는 단순한 문제가 아닌 것이다.」라고 설시한 다음, 「성전환자의 성 변경과 같은 중요하고 민감한 문제의 해결을 위하여 근본적이고 합리적인 대처방법인 입법이 아니라, 다수의견처럼 미봉책에 불과한 호적법 제120조의 적용 내지 유추적용 방식을 활용하는 경우, 자칫하면 추가적인 입법조치의 필요성에 대한 사회적 관심을 약화시킴으로써 오히려 유사한 처지에 있는 당사자들의 문제를 근본적으로 해결할 수 없도록 하는 부작용을 야기할 수도 있다. 따라서 현 단계에서 법원으로서는 이 사건과 같은 사안에서 당사자의 성을 적절한 기준에 따라서 변경할 수 있는 법적·제도적인 보완이 절실하다는 점을 충분히 지

적하면서, 현행 호적법 제120조의 호적정정의 방법으로는 이 문제를 해결할 수 없다는 점을 선언하고, 국민의 대의기관인 국회가 사회적 여론을 수렴하여 구체적인 요건과 절차, 효과 등을 담은 입법조치를 하기를 강력히 촉구함으로써 당사자들에게 근본적이고 효과적인 구제가 가능한 여건을 조성하는 데에 일조하는 것이 더욱 중요하다.」라고 제안하고 있다.

이 사건의 쟁점인 호적법 제120조의 '정정'의 의미와 범위에 관하여 다수의견에 대한 보충의견이 제시한 견해는 상당히 설득력이 있다. 반대의견의 주요 논거는 '성전환자는 종전의 성에서 반대의 성으로 성을 변경한 자이고 따라서 성전환자의 호적상 성별은 기재 당시를 기준으로 하면 진실에 부합하였으나 사후에 다른 사정에 의하여 변경되었으니 이는 호적기재의 사후적 변경에 해당할 뿐, 호적정정의 사유가 아니다'라는 점인데, 보충의견은 이를 직접 반박하면서, 문리해석에 의하더라도 성전환자의 출생 당시 호적상 성별은 '그 기재에 착오가 있는 경우'에 해당될 수 있다는 취지로 주장한다.[461] 보충의견에 의하면, 「성전환자에 대하여 출생 당시에는 달리 정신적·사회적 성 결정 요소를 확인할 수 없어 생물학적 요소 만에 의하여 출생 시 신고된 성이 그의 성인 것으로 알고 있었으나, 성장한 후 일정 시점에서 사회통념상 인정되는 성은 출생 시 신고된 성과 반대의 성인 것으로 사후에 비로소 확인될 수밖에 없다는 점에 성전환자에게 특유한 문제가 존재하고 이를 해결하기 위하여 호적정정의 필요성이 제기된다. 그런데도 반대의견이 성전환자의 성 결정에 관한 그러한 역동적 과정을 사상한 채 단지 성전환자가 성기수술을 통하여 성을 변경한 사람이라고 해석하는 방법은 문제의 핵심을 너무 단순화한 데에서 나온 것으로 옳지 않다.」는 것이다. 즉, 성전환자의 성은 출생 시의 생물학적 요소와 성장과정 이후 드러난 정신적·사회적 요소가 서로 일치하지 아니하는 것이고, 출생 직후 호적 신고의 시점에서는 생물학적 요소만을 확인할 수 있었기 때문에 (성장 이후에야 모든 요소들을 종합적으로 고려하여 밝혀질 수 있었던) 진정한 성과 다른 성을 착오로 신고하

461) 같은 취지로 고봉진, 위의 책, 117쪽

였을 뿐이므로, 그러한 성전환자의 특수성에 비추어 이 또한 '호적의 기재에 착오가 있는 경우'에 해당한다고 해석해야 한다는 견해인 것이다.

법관의 법률에의 기속 원칙에 비추어 보았을 때, 보충의견의 위와 같은 주장은 호적정정제도의 취지나 호적법 제120조의 입법목적 등에 기댄 다수의견의 주장보다는 훨씬 강력한 논증이라고 생각된다. 성전환자의 특수성에 근거한 보충의견의 위와 같은 반박에 의하여, "호적법 제120조에 규정된 '착오', '호적의 정정'이라는 문구 등은 그 객관적 의미와 내용이 명확하여 해석상 의문의 여지가 없다."고 하는 반대의견은 그 근거가 흔들리게 되었고, 성전환자에 있어서는 위 법률 문언의 의미가 최소한 명백하지 아니할 수 있다고 볼 여지가 생기게 되었으며, 그렇게 될 경우에는 입법자의 명확한 지시가 없는 경우에 해당하게 되어 정책적 맥락에 기한 해석이 가능할 수 있다고 보는 것이 앞에서 본 신문언주의 방법론의 시사점인 것이다. 호적법 제120조는 1960년에 호적법이 제정될 때부터 있었던 조항인 반면, 성전환증이 의학적으로 성정체성 장애의 하나로 분류되고 성전환 수술에 의하여 성의 전환이 인정된 것은 그보다 훨씬 이후의 일이므로, 입법자가 성전환자의 호적상 성별 문제를 예견하지 못하였다고 보는 것에는 무리가 없을 것이다.

그러한 정책적 맥락의 고려에 있어서, 사실 정치적, 사회적 소수자들의 인권의 보호에 대하여는 법원의 보다 적극적인 역할을 인정하는 것이 정당화될 수 있는 측면이 있다. 정치적 다수파에 의하여 지배되는 정치적 기관들과 달리 사법부는 소수자들의 인권을 수호하는 것을 헌법적 책무로 삼고, 그 점에서 정치적 다수파에 의하여 좌지우지 되지 않는 사법부라고 하는 국가기관의 정당성이 인정된다고 하는 견해가 유력하게 제기되는 것이다.[462] 이 사건의 경우 반대의견처럼 사법부가 성전환자들의

462) 예컨대, 조홍식, 앞의 책(각주 131) : 사법부가 의회에서의 민주적 의사결정 및 그 구체화로서의 행정작용에 대하여 개입할 수 있는 계기는 소수자의 권리가 침해될 경우라고 보아야 한다(55쪽). ; 민주적 정통성의 크기만큼 결정하라고 하는 비례입헌주의는 정치부문이 공동체를 위하여 중요한 결정을 하고, 정치과정에서 결정되지 않은 나머지를 법원이 결정하도록 요구하나, 다만 그러한 비례적 입헌주의는 소극적 기본권의 보호 문제에까지 확대 적용되어서는 안 되는데, 이는 인류의 보편적 가치에 관한 결정이 사회 다수파의 의사에 의하여 좌우되어서는 안 되기 때문이다(316쪽~317쪽). ; 같은 취지로는 임지봉, "민주주의의 실패와 사법적극주의: 동성동본금혼 규정에 대한 헌법재판소 결정의 의의를 중심으로", 헌법실무연

주장을 배척하면서 입법적 해결을 촉구하더라도, 국회가 정치적 소수자들을 위하여 실제 행동에 나서거나 그러한 입법이 성공할 가능성은 그다지 높아 보이지 않는다. 따라서 정치적 기관에 의하여 해결될 가능성이 적은 소수자들의 인권에 대해서는 사법부가 법적 안정성이라는 이유로 소극적으로 대응할 것이 아니고, 적극적·능동적 해석을 하여야 한다는 주장도 충분히 설득력이 있을 수 있다고 생각된다.

만약 입법부가 명백한 법률 문언에 의하여 지시한 사항이 있다면, 그에 어긋나는 판단은 법관의 법률에의 기속 원칙에 의하여 원칙적으로 허용되지 않는 것이나, 입법부가 명확한 정책결정을 한 바 없는 사항으로서 정치적 해결이 곤란한 영역- 예컨대, 위에서 언급한 소수자의 인권에 관련된 영역-에 해당하는 사항에 대하여 법원이 어느 정도 적극적인 해석을 하는 경우는 법관의 법률에의 기속 원칙에 어긋나지 아니한다고 볼 수 있는 것이다.

신문언주의의 주장에 나타나는 바와 같이, 법원은 입법부의 결단을 존중하여야 하지만, 입법부가 사법재량을 부여한다는 신호를 보내는 영역에서는, 또는 아무런 신호를 보내지 않는 영역에서는, 법원은 합리적인 범위 내에서 그러한 재량을 행사할 수 있고, 또 행사하여야 할 경우가 있는 것이다. 입법부가 분명한 규칙(Rule)에 의하여 지시를 하고 있음에도, 법원이 이를 기준(Standard)으로 해석하거나 또는 입법부가 정한 규칙이 적용되지 않는 사안이라고 하면서 법관의 법률 기속에의 원칙을 우회한 법형성을 하는 것, 바로 그러한 법원의 권한 행사를 우리가 경계해야 하는 것이다.

---

구 2권(헌법실무연구회, 2002), 135~137쪽.

# 제9장. 결론

## 제1절. 논의의 정리

미국의 독립 이후 여러 법사상들이 등장하였다가 사라졌고, 그에 따라 제정법 해석 방법론도 다양하게 제시되었으나 대체로 의도주의, 목적주의, 문언주의가 그 주류를 이루는 유파들이었다. 20세기 전반 이후 고전적 의도주의와 강한 목적주의에 기반을 둔 전통적 방법론이 형성되면서 1970년대까지 미국 연방대법원의 실무를 지배하였으나, 1980년대에 신문언주의가 전통적 방법론을 강력히 비판하면서 등장한 이후 연방대법원의 제정법 해석 실무에 상당한 변화를 초래하였으며, 이에 따라 전통적 방법론은 이론적 수정과 변용을 겪었고, 법학계에서는 동태적 해석론이 대두하였다.

신문언주의자들은 전통적 방법론을 비판하였지만, 동태적 해석론자들의 도전에 대응하여 전통적 방법론의 토대였던 입법부 우위의 원칙과 충실한 대리인 이론을 옹호하고 이를 신문언주의의 헌법적·정치이론적 기초로 삼았다. 그러한 전제에서 신문언주의는 입법부의 '객관화된 의도'로서의 문언의 의미를 발견하는 것을 해석목표로 삼고, 문언의 어의론적 맥락을 중시하는 것이 입법적 타협을 존중하는 것일 뿐 아니라 입법자가 그 목적의 실행을 위하여 한 수단의 선택-규칙 또는 기준의 선택-도 존중하는 것으로서 법원으로 하여금 입법부 우위에 가장 잘 복무할 수 있도록 하는 방법론이라는 점을 논증하였다.

또한 실제 신문언주의 방법론의 적용에 있어서, 현대 신문언주의는 직해주의나 엄격 해석주의와는 다르고, 전체 맥락 속에서의 단어의 통상적인 의미(ordinary meaning)를 확인하여 합리적인 해석을 하기 위해서 노력한다는 점도 살펴보았다. 법률 문언의 명백한 의미에 그대로 따름으로써 불합리한 결과가 발생할 경우, 신문언주의자들은 부조리 법리나 편집상의 오류 법리의 적용을 부인하지는 않으나, 외견상 불합리한 결과를

제거하려고 하다가 입법적 타협의 결과를 무너뜨리는 해석이 되지 않도록 하기 위하여 신중한 입장을 보인다.

신문언주의의 방법론이 우리 법률 해석 방법에 어떠한 시사점이 있는지 알기 위한 전제로서, 우선 민주주의와 권력분립의 원리 및 '법관의 법률 기속에의 원칙'을 규정한 점에서 우리의 헌법적 구조도 신문언주의의 토양이 된 미국의 조건과 다르지 않고, 현대의 가치 다원적 사회에서 분쟁해결기관인 사법부가 국가기관으로서의 정당성을 얻기 위해서는, 적정한 결론을 얻기 위하여 사법재량을 주어진 권한 범위 내에서 합리적으로 행사하여야 할 뿐 아니라, 논증과 설명의 의무도 다 하여야 한다는 점을 살펴보았다. 이러한 논지를 구체화하는 과정에서 우리 학계의 법학방법론에 관한 논의와 우리 법원에서 법률 해석 방법을 적용한 실제 판결들을 검토해 보았다.

법률 해석의 방법론에 있어서, 우리 및 독일의 논의와 미국에서의 논의는 일견 복잡하고 서로 다른 방향으로 전개된 것으로 보이기도 하지만, 기실 그 논의의 양상은 많은 부분 중첩되고, 결국 해석목표를 어떻게 설정하고, 어떤 해석방법을 중시하는가에 따라 크게 몇 가지의 입장으로 정리될 수 있다. 즉 법률을 해석함에 있어서 '원칙적으로 법률의 문언 자체에 충실할 것인가' 아니면 '입법자의 의도 또는 법률의 객관적인 목적도 고려할 것인가' 나아가 '그 외에 사회 일반이 공유하는 공공적 가치(public value)들, 정의와 형평의 관념 등 법관이 정당한 결론을 내리기 위하여 동원 가능한 모든 해석 자료들을 고려할 수 있는 것인가'에 따라 미국에서처럼 의도주의, 목적주의, 문언주의, 동태적 해석론 등으로, 또한 우리와 독일에서처럼 주관적 해석론과 객관적 해석론으로 나뉘는 것이다. 그와 같이 이론적으로는 여러 유파들로 구별되지만, 구체적인 법률해석 사안에 있어서 위 각 유파들은 각자의 방법론적 입장에 따라 대개 두 가지 혹은 세 가지 정도의 서로 다른 답변을 내놓는 것이 일반적이다.

그러면, 구체적인 사건을 처리하는 판사는 어떻게 해야 하는가? 위와 같은 여러 해석방법론들 중 어떤 것이든 자신이 평소에 옳다고 여겨온

방법론을 일관되게 적용하면 되는가? 아니면, 사건마다 당해 사안에 적절하다고 판단되는 방법론을 하나 선택하면 되는 것인가? 그것도 아니라면, Engisch가 제안하듯, 여러 방법론이 주장하는 각 해석목표와 해석수단을 숙지하고 당해 사안에 여러 방법론 중 적합한 요소들을 추출하여 전체적·종합적으로 적용하는 절충적인 방법을 사용해야 하는가?

물론 법률 해석 방법론 자체에 관하여는 우리의 현행 헌법이나 법률에 규정된 바가 없고, 각각의 방법론은 모두 장단점을 가지고 있기 때문에, 한국의 상황에서 법원이 어떠한 방법론을 선택하여 법률을 해석한 경우 그 논거의 충실함이나 논증 과정의 합리성, 결론의 타당성 등이 논의대상이 될 뿐, 법원이 선택한 해석방법 자체에 대한 방법론적 논의는 그다지 심도 있게 이루어지지는 않았던 것으로 보인다. 이에 우리 사법부도 법률 문언에 기한 해석을 원칙으로 하면서도, 사안의 구체적 타당성을 실현하기 위하여 필요하다고 판단되는 경우 전체적·종합적 해석방법을 동원하여 목적론적 해석을 적극적으로 하여 왔다.

그러나 그러한 전체적·종합적 해석방법을 취할 경우, 모든 법률해석은 국가기관들 사이의 마주침이고, 법원이 법률해석에 대하여 어떠한 입장을 취하는가에 따라 국가기관들 사이의 권한 배분에 영향을 줄 수 있다는 점이 충분히 고려되지 않을 수 있다. 법원이 스스로를 의회의 충실한 대리인으로 인식하고 문언에 충실한 해석을 하는 경우에는 국가 공동체를 위하여 중요한 사항에 관한 정책결정의 권한을 입법부가 행사하게 될 것이다. 반면 법원이 문언에 얽매이지 않고 형평과 정의를 실현한다는 목표 아래 공동체의 가치 등 다양한 근거를 고려하여 유연하고 적극적인 법률해석을 하는 경우에는, 정책결정의 권한이 사실상 법원으로 넘어가게 될 것이다. 또한 행정청의 제정법 해석이 문제되는 사건에 있어서, 법원이 Chevron 법리[463]를 적용하여 제정법의 규정 내용이 명확하지 아니하고 행정청의 해석이 합리적인 범위를 벗어나지 않는 한 행정청의 결정을 존중한다(defer)는 입장을 취할 경우에는, 행정부가 상당한 정책결정

463) Chevron USA, Inc v. Natural Resources Defense Counsil, Inc(1984) 참조. (그 판결은, 법률규정이 특정한 문제에 관하여 “침묵하고 있거나 모호할 경우”, “법원은 그 자신의 법규해석으로 행정기관의 합리적reasonable 해석을 대체해서는 안 된다.”고 판시하였다)

권을 행사할 수 있게 될 것이고, 법원이 제정법의 규정 내용을 제한적으로 해석하면서 행정청의 해석내용에 대하여 엄격한 사법심사(judicial review)를 할수록 문제된 사안에서 사실상의 정책결정권은 법원이 행사하는 결과가 될 것이다.

입법부가 법률을 제정하고 행정부가 법률을 집행하지만, 그 법률의 해석과 관련하여 구체적인 분쟁이 발생한 경우, 사법부는 당해 사건에서 이미 존재하는 법이 무엇인지 선언할 뿐이라고 말해지기도 한다. 몽테스키외가 「법의 정신」에서, '법관은 법을 말하는 입일 뿐이고, 권력이라는 면에 있어서 영(zero)과 같은 것'이라고 말한 것은 그러한 의미였다. 그러나 사법부가 법률을 어떻게 해석, 적용하느냐에 따라서는, 입법부나 행정부의 의사를 배제하고 사법부가 사실상 법을 형성(Gestaltung) 또는 창조(Erschöpfung)하는 입법의 기능을 행사하는 경우가 있고, 이렇게 해서 만들어지는 법을 독일에서는 법관법(Richterrecht)이라고 부르는 것이다.[464]

법률의 해석이 위와 같이 국가기관들 사이의 권한 배분을 변경시키는 결과를 초래할 수 있고 또한 (앞에서 본 바와 같이) 법률 해석 방법론의 선택은 종종 구체적 사안에서의 결론에 결정적이라는 점을 인정한다면[465], 그리고 국가기관들 사이의 권한 배분에 관하여 규정한 규범은 헌법이고, 법원이 법률을 해석할 권한을 가지는 것은 헌법에 근거한다는 점을 인정한다면, 법원이 법률 해석 방법론을 선택함에 있어서는 반드시 그러한 선택이 헌법적 구조에 의하여 정당화되는지를 고려해야 한다는 것이 Manning을 비롯한 신문언주의자들의 주장이다. 사법부가 대등한 국가기관인 입법부에 의하여 제정된 법률에서 명백하게 표현된 법률 문언을 배제하는 판단을 하고 그러한 판단을 입법부에 대하여 주장하려면, 두 기관 사이의 권한 배분을 정한 보다 상위의 규범인 헌법에 근거하여야 하고, 반드시 먼저 헌법에 의하여 그렇게 할 권한이 사법부 스스로에

464) 이명구, 앞의 논문(각주 393), 382쪽

465) 예컨대, 법관이 구체적 타당성에 맞는 결론을 먼저 정하고 그러한 결론을 도출할 수 있는 방법론을 선택한다고 하는 유력한 주장이 있을 수 있으나, 그렇게 보더라도, 법률 해석 사건에서 해석 방법론 선택의 당부 자체를 검토할 필요성-방법론을 헌법적 구조에 부합하는 방향으로 구성할 필요성-은 감소하지 않는다.

게 부여되어 있는지를 검토해 보아야 한다는 것이다. 그에 관하여 Manning은, 미국 연방헌법의 제정과정에서 '어떻게 해야 국가기관들의 권력을 가장 잘 배분하고 서로 견제하도록 할 것인가'에 관한 많은 중요한 논쟁들과 결정들이 있었고, 그 결과물들 중에서 입법부 우위의 원칙과 사법부를 입법부의 충실한 대리인으로 보는 이론이 미국의 헌법적 구조에 각인되어 있다고 강조한다.[466] 그러한 입법부 우위의 원칙은 미국 연방대법원의 오랜 판례에 의하여 확인되었고, 법학계의 통설적 입장이라는 것이다. 그리고 앞서 설명한 여러 가지 이유에서 신문언주의 방법론이 입법부 우위의 원칙을 비롯한 헌법적 구조에 가장 잘 부합하는 방법론이라고 설명한다.

앞에서 살펴본 바와 같이 대한민국헌법 제103조에서 규정한 '법관의 법률에의 기속' 원칙에 의하면, 미국 헌법상 입법부 우위의 원칙이나 충실한 대리인 이론에 상응하는 헌법적 구조의 가치가 우리 헌법에도 반영되어 있다고 보아야 할 것이다. 위 원칙에 따라 입법자가 법적 문제에 대하여 권위 있는 결정을 내린 사항에 있어서는, 사법부는 입법부의 우위를 인정하고 그 결정에 따라야 하는 것이다. 또한 다양한 가치들이 상쟁하는 현대 한국 사회에서 간접적인 민주적 정당성만을 가지는 사법부로서는 사법재량을 주어진 권한 범위 내에서 합리적으로 행사할 때에만 국민들로부터 존중을 받고 그 권위를 인정받을 수 있으며, 이를 위해서는 법원이 적정한 결론을 내리기 위하여 '제한된 사법재량을 원칙에 따라 합리적으로 행사'하였음을 보여주기 위한 논증과 설명의 의무를 다하여야만 국가기관으로서의 정당성(legitimacy)을 인정받을 수 있다는 점도 이미 설명한 바와 같다.

---

466) 그러한 고려들의 예들로서, 가령 Adrienne Koch, ed, Notes of Debates in the Federal Convention of 1787 Reported by James Madison 155-66 (Ohio 1966)(양원제를 논의함) ; 같은 글 336-43 (거부권의 행사에 있어서 판사들이 대통령과 연합하는 문제에 관하여 논의하고 결국 이를 거부함) ; 같은 글 460-65 (거부권을 논함) ; Federalist 62(Madison), in Clinton Rossiter, ed, The Federalist Papers(Mentor 1961) (양원제에 의한 권력 견제) ; 같은 책의 Federalist 70(Hamilton) (양원제의 숙려적 가치들) ; 같은 책의 Federalist 73(Hamilton) (대통령 거부권의 유익한 효과) ; 같은 책의 Federalist 78(Hamilton) (사법부의 권한들)

## 제2절. 신문언주의의 이론적 함의

이상의 논의를 바탕으로 할 때, 신문언주의의 이론적 주장들은 우리 법률 해석 방법론에 대하여도 시사하는 바가 많다고 생각된다.

우선 신문언주의는, 법률 해석이 국가기관들 사이의 권한 배분에 관한 문제이고, 법률 해석 방법의 선택은 헌법적 구조에 나타난 가치에 의하여 정당화되어야 한다는 점을 좀 더 명확히 인식하도록 요청한다. 우리 헌법상 민주주의와 법치국가의 원리, 법관의 법률에의 기속 원칙에 의하면, 법관은 입법부가 한 결정에 따라야 할 의무가 있고, 법률 규정의 불확정성과 불완전성 때문에 법관에게 어느 정도 사법재량이 있다고 하더라도 그 재량의 행사는 일정한 한계 내에서 이루어져야 하는 것이다. 법원이 법관의 법률에의 기속 원칙에 따라 입법부에 의하여 제정된 법률 문언에 충실한 해석을 할 것인지, 아니면, 문언에 얽매이지 않고 형평과 정의를 실현한다는 목표 아래 공동체의 가치 등 다양한 근거를 고려하여 유연하고 적극적인 법률해석을 할 것인지에 따라 국가 공동체를 위하여 중요한 사항에 관한 정책결정의 권한을 입법부와 사법부 중 어느 기관이 행사하게 될 것인지가 달라질 것이다. 후자의 경우, 법원이 만약 정당한 사법재량의 한계를 넘어가게 되면, 권력분립의 원칙을 위배하여 입법부의 권한을 침해할 위험성이 있는 것이므로, 법원의 법률해석 방법의 선택은 단지 그 논거의 충실함이나 논증 과정의 합리성, 결론의 타당성 등이라고 하는 법학방법론적 척도로만 평가할 수 없는 것이고, 헌법적 구조에 의한 정당화가 필요한 것이다. 즉 법원이 법률 문언의 가능한 의미를 벗어나는 해석을 할 경우에는, 단지 구체적 타당성만을 근거로 삼아서는 안 되고 법관의 법률에의 기속 원칙이 예외적으로 후퇴하여야 할 이유와 근거에 관하여 논증과 설명의 의무를 다해야 한다는 것이 신문언주의의 시사점이라고 할 것이다.

다음으로, 신문언주의는 법원에 대하여 입법절차를 보다 긍정적으로 바라볼 것을 요구한다. 신문언주의자들은 입법절차가 복잡하고, 경로 의존적이며, 불투명하다는 점과 소수의 이익집단들이 일반 국민들의 부담

으로 지대를 추구하는 입법을 시도할 수도 있고, 국회의 다수결에 의한 표결 과정은 일반 의원들의 진정한 의사를 제대로 반영하지 못할 수도 있다는 점을 인정하지만, 그러한 정치과정의 실패를 법원이 함부로 교정하려 할 경우 더 큰 실패를 초래할 수도 있다고 보는 것이다. 신문언주의자들은, "판사들은 민주주의를 발견한 그대로 받아들여야 한다(Judges must take democracy as they find it)."고 주장하면서, 미국의 헌법과 양원의 의사진행규칙상 정치적 소수파는 다수파에 대하여 타협을 요구할 권한을 가지고, 법률 문언은 입법과정에서 다수 이해관계인들 사이의 타협의 결과를 반영하는 것인데, 법관이 외관상 불합리하게 보이는 법률 문언을 매끄럽게 다듬기 위하여 그 문언에 반하는 해석을 할 경우, 정치적 소수파가 입법과정에서 성취해 낸 타협의 결과를 무위로 돌릴 수 있다고 경고한다. 또한 의회는 제정법 규범을 규칙으로 설정함으로써 법원에게 재량을 좁게 인정할 것인지, 아니면 기준으로 설정함으로써 법원에게 폭넓은 재량을 허용할 것인지 선택할 권한을 가지고 있는데, 만약 의회가 규칙으로 설정하였음에도 법원이 스스로의 정책적 판단에 따라 이를 기준으로 해석하여 재량을 폭넓게 행사한다면, 역시 입법부 우위의 원칙에 반하게 된다는 것이 신문언주의의 주장이다. 그러한 시사점을 고려한다면, 우리 법률해석에 있어서도, 법원이 법률 규정이 외견상 불합리하게 보인다는 이유로 입법자의 실수라고 판단하여 이를 '합리적이라고 생각되는 방향으로' 변경하는 해석을 시도하는 것은 신중할 필요가 있다고 생각된다. 또한 법률 문언이 명백함에도, 이를 확장하여 해석하거나 일반조항을 적용하는 등으로 사법 재량을 스스로 넓히는 것 또한 경계해야 할 것이다.

위와 같은 신문언주의의 법이론적 시사점에 기하여 구체적 법률 해석 방법의 선택에 관한 제언을 하고자 한다.

① 먼저 법률 문언의 의미가 명백한 경우에, 법관의 법률에의 기속 원칙에 의하면, 법원은 그 문언에 의하여 법률을 해석·적용하여야 한다. 설령 그 문언에 따를 경우의 결과가 외견상의 입법취지에 맞지 않는 불합리한 결과를 초래한다고 판단되더라도, 그것이 위헌적인 결과가 아닌 한,

법원으로서는 명백한 문언을 배제하지 않는 것을 원칙으로서 고수하여야 한다. 그리고 만약 구체적 타당성이나 정의, 형평 등을 위하여 명백한 문언을 배제하는 해석을 하려고 한다면, 법원으로서는 상세한 근거 제시에 의한 논증과 설명에 의하여 그러한 판단을 정당화해야 하는 부담을 지게 되는 것이다. 그 경우 입법 취지나 구체적 타당성을 추상적 근거로 들면서, 별다른 상세한 논증 없이 명백한 문언을 배척하는 목적론적 해석방법을 채용하는 것은 매우 신중할 필요가 있다. 법관의 법률에의 기속 원칙에 비추어 보면, 그 경우에 법관이 자유재량에 따라 문리해석과 목적론적 해석 중에서 선택하면 되는 것이 아니고, 문리해석을 원칙으로 고수하여야 하며, 만약 목적론적 해석방법을 선택하였다면 헌법 제103조를 위반하였다는 혐의를 벗어나기 위해서 별도의 충분한 근거제시가 필요하다는 것이 신문언주의의 이론적 함의인 것이다. 또한 만약 법관이 정책적 고려에 의하여 주어진 사법재량을 벗어나면서 논증과 설명의 의무도 충분히 이행하지 않는다면, 장기적으로는 사법부의 국가기관으로서의 정당성과 권위에도 손상을 끼칠 것이다.

② 법률 문언의 의미가 애매하거나 모호한 경우, 법관이 문언을 무시해도 되는 것은 아니고, 단지 그와 같이 규정한 것을 입법자가 해석자인 법원에 대하여 판단 여지 또는 재량을 부여한 것으로 해석할 수 있는 상황에서라면, 그리고 법원이 법률 해석에 관한 사법재량의 행사에 대하여 충분한 합리적 근거를 제시할 수 있다면, 입법부로부터 부여받은 권한의 범위에서 원칙에 따라 재량을 행사할 수 있다는 것일 뿐이다. 법률 문언이 애매모호한 경우는, 법률의 어의론적 맥락만으로는 문언의 의미를 밝히기 어려우므로, 정책적 맥락에 관한 증거도 함께 고려하여야 하는바, 그 경우에는 문리해석 외에도 논리적·체계적 해석, 주관적·역사적 해석, 객관적·목적론적 해석 등 다양한 해석방법이 고려될 수 있을 것이다. 그러한 여러 해석방법들을 적용한 결과가 서로 충돌할 경우 - 보통 문리해석과 객관적·목적론적 해석 사이에 또는 주관적·역사적 해석과 객관적·목적론적 해석 사이에 상충관계가 있는 경우가 많을 것이다 - 어느 증거를 우선시킬 것인가는 해석자의 법철학적, 법학방법론적 입장, 구

체적 사건에 있어서 법률 규정의 성격, 법률의 문언, 관련 법률들 사이의 관계, 입법 목적 등 여러 요소들에 따라서 달라질 수 있으므로, 일률적으로 답하기 어려운 문제이다. 다만 그 경우에도 역시 법관은 법률 기속의 원칙에 따라 모든 주의를 기울여 사법재량을 합리적으로 행사하기 위하여 노력해야 하며, 특히 법관 자신의 도덕적, 정책적 판단, 법률외적인 사회적 공공가치 등을 함부로 개입시켜서는 안 된다는 것이 신문언주의의 이론적 함의인 것이다.

근래 미국에서 신목적주의(The New Purposivism)는 법률의 문언이 명백할 경우 제정법의 목적을 고려할 필요 없이 그 문언에 따르는 입장을 취하고, 신문언주의(The New Textualism)는 법률의 문언이 명백하지 않을 경우 어의론적 맥락 외에 제정법의 목적에 관한 정책적 맥락-입법사로부터 얻은 것만 아니라면-을 고려하는 입장을 취함으로써 서로 접근하고 있음은 앞에서 살펴보았다. 즉 미국 연방대법원 대법관들의 주류는 최소한 이론적·원칙적으로는, 문언의 제한을 받는 목적주의적 입장(문언이 명백할 경우 문언에 따름) 혹은 목적의 제한을 받는 문언주의적 입장(문언이 명백하지 않을 경우 목적을 고려)으로 대체로 수렴되고 있는 것이다. 우리 대법원에서도 대법관들 사이에 법률 해석 방법론에 관한 이론적·원칙적인 공감대가 형성되기를 희망해 본다. 다만 이 논문의 입장은, 대법원이 현재와 같이 문리해석을 원칙으로 내세우면서도 실제로는 구체적 타당성을 실현하기 위한 전체적·종합적인 해석방법의 이름 아래 그때그때 적절하다고 생각되는 해석방법을 광범위하게 적용하는 방법론에 대하여는 동의하기 어렵다는 것이다. 신문언주의의 이론적 함의를 받아들인다면, 민주주의 및 권력분립의 원리와 법관의 법률에의 기속원칙이 적용되는 우리 헌법의 구조 하에서 법원은 법률 문언의 가능한 의미를 존중하는 문리해석의 원칙을 지금보다 더 확고한 기준으로 세워야 한다고 본다. 그리고 법원이 극히 예외적인 사유를 이유로 그러한 법률 문언과 다른 해석을 하기 위해서는 충분한 논증과 설명 의무를 다해야 하고, 이 때 그 정당화 근거로서 법관 자신의 정의·도덕 관념이나 주관적 기준에 의한 구체적 타당성, 사회 일반의 공공 가치 등을 드는 것

만으로는 충분하지 않다는 인식이 중요하다. 법원은 그러한 정책결정을 국회 등 정치적 기관이 아니라 법원 스스로가 떠맡아야 할 합당한 근거[467]를 제시해야 하는 것이다. 사법부가 그러한 책무를 다 할 때에 국민들로부터 신뢰와 권위를 인정받고 국가기관으로서의 정당성을 확보할 수 있다는 것이 이 논문의 주장이다.

467) 예컨대, 국회에 의한 입법 등 정치과정에 의한 해결을 기대하기 어려운 소수자의 권리 보호가 대표적인 사례일 것이다. 이에 관하여는 위 각주 462) 참조

# 참 고 문 헌

## [국내문헌]

### <단행본>


고봉진, 판례 법학방법론, 한국학술정보(2013)

권영성, 헌법학원론, 법문사(2010)

김상준 등, 법관의 의사결정 - 이론과 실무, 사법발전재단(2010)

김성룡, 법적 논증론(I) - 발전사와 유형, 준커뮤니케이션즈(2009)

김영환, 법철학의 근본문제, 홍문사(2008)

김영희, 미국의 입법과정, 한국학술정보(주)(2007)

김철수, 헌법학신론, 박영사(2013)

남기윤, 법학방법론 : 기초이론·방법론의 역사·비교법학방법론·한국 사법에 대한 유형론적 방법론의 적용, 고려대학교출판부(2014)

마틴 크릴레, 법발견의 이론, 홍성방 역, 유로(2013)

박세일, 법경제학, 박영사(2000)

심헌섭, 법철학I - 법·도덕·힘, 법문사(1983)

_____, 분석과 비판의 법철학, 법문사(2001)

조홍식, 사법통치의 정당성과 한계(제2판), 박영사(2010)

최봉철, 현대법철학, 법문사(2007)

한상수, 법의 철학적 기초, 세종출판사(2014)

칼 엥기쉬, 법학방법론, 안법영・윤재왕 역, 세창출판사(2011)

알렉산더 해밀턴 외, 페더랄리스트 페이퍼, 김동영 역, 한울(2013)


### <논문>


금태환, “행정법의 해석과 문언・입법취지 : 미국과 한국의 판례 분석을 중심으로”, 법조 56권 4호(통권607호)(2007. 4.)

김영환, “법학방법론과 법학교육”, 법철학연구 9권 2호, 세창출판사(2006)

_____, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 법철학연구 12권 2호, 세창출판사(2009)
_____, ″한국에서의 법학방법론의 문제점″, 법철학연구 18권 2호, 세창출판사(2015)
김종구, “미국 연방대법원의 법해석과 텍스트주의”, 미국헌법연구 제21권 제3호(2010. 12.)
김혁기, “법해석에 의한 모호성 제거의 불가능성”, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2009)
김학태, “법률해석의 한계 -판례에서 나타난 법해석방법론에 대한 비판적 고찰-”, 외법논집 22집, 한국외국어대학교 법학연구소(2006.05)
남기윤, “미국의 법사고와 제정법 해석방법론 - 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론 연구(4-1)”, 저스티스 제99호, 한국법학원(2007)
_____, “현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법론의 새로운 전개 - 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론 연구(4-2)”, 저스티스 제100호, 한국법학원(2007)
민유숙, “성전환자에 대한 호적정정의 가부”, 대법원판례해설 2006년 상반기(통권 제60호), 법원도서관(2006)
박상언, “강행규정에 위배된 합의의 무효 주장과 신의성실의 원칙”, 민사판례연구회 37권(2015)
박철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 법철학연구 제6권 제1호 (2003. 5.)
____, “사법재량론”, 사법논집 31집, 법원도서관(2000)
옥도진, “민법 해석방법의 이론과 실제 -문언을 중시하는 해석과 민법 제1조의 재조명”, 저스티스 제146-1호, 한국법학원(2015)
유은정. “미국연방대법원, 사법심사 그리고 국민”, 강원법학 제36권 (2012)
윤남순, “미국법에서의 제정법 해석”, 안암법학 제16호, 안암법학회(2003)

이명구, “법관의 헌법과 법률에의 기속 - 법관에 의한 법창조의 한계문제를 중심으로”, 사회과학논총 2집, 한양대학교(1983. 12.)
이미선, “통상임금”, 사법 27호, 사법발전재단(2014. 3.)
이용구, “사실인정 과정의 논증”, 재판실무연구, 광주지방법원(2009)
이우영, “한국의 로비활동 법제화 노력에 대한 입법학적 관점에서의 분석”, 서울대학교 법학 제46권 제3호(2005. 9.)
이회창, “사법의 적극주의—특히 기본권 보장기능과 관련하여”, 서울대학교 법학 제28권 2호, 서울대학교 법학연구소(1987)
임지봉, “사법적극주의와 사법소극주의”, 고시계 46권 7호(533호), 국가고시학회(2001)
_____, “민주주의의 실패와 사법적극주의: 동성동본금혼 규정에 대한 헌법재판소 결정의 의의를 중심으로”, 헌법실무연구 2권, 헌법실무연구회(2002)
최대권, “제정법의 해석”, 서울대학교 법학 제30권 제1·2호(77·78호), 서울대학교 법학연구소(1989. 5.)
최봉경, “편집상의 오류”, 서울대학교 법학 제48권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2009)
최봉철, “한국의 법문화 : 대법원의 법해석론”, 법학연구 제8권, 연세대학교 법학연구원(1998)
_____, “법현실주의”, 서울대학교출판부, 미국 사회의 지적 흐름 법, 미국학총서 Ⅱ(1999).
_____, “문언중심적 법해석론 비판”, 법철학연구 제2권(1999)
허성욱, “공공선택이론과 사법심사에 관한 연구 - 사법심사의 준거기준으로서의 공공선택이론의 함의에 대하여”, 서울대학교 박사학위 논문(2008)
허완중, “민주적 정당성”, 저스티스 제128호, 한국법학원(2010. 2.)
홍진영, “행정청이 행한 법률해석의 사법심사 방법론에 관한 고찰 - 규칙과 기준의 관점에서 살펴 본 Chevron 판결을 중심으로”, 서울대학교 석사학위 논문(2013)

## [외국문헌]

### <단행본>

Manning, John F. & Matthew C. Stephenson, Legislation and Regulation, Foundation Press(2010)

Scalia, Antonin, A Matter of Interpretation : Federal Courts and The Law, (An Essay with commentary by Amy Gutmann ed. et al.,), Princeton University Press(1997)

Scalia, Antonin & Bryan A. Garner, Reading Law : The Interpretation of Legal Texts, Thomson/West(2012)

Vermeule, Adrian, Judging Under Uncertainty : An Institutional Theory of Legal Interpretation(2006)

### <논문>

Correia, Edward O., "A Legislative Conception of Legislative Supremacy", 42 Case Western Reserve L. Rev. (1992)

Easterbrook, Frank H., "Statutes' Domains", 50 University of Chicago Law Review 533 (1983).

_____, "The Role of Original Intent in Statutory Construction", Harvard Journal of Law & Public Policy Vol.11 (1988)

_____, "Text, History, and Structure in Statutory Interpretation," 17 Harvard Journal of Law and Public Policy 61 (1994).

Eskridge Jr., William N., "The New Textualism", 37 UCLA Law Review 621(1990)

_____, "Book Review: The New Textualism and

Normative Canons", 113 Colum. L. Rev. 531(2013)

Farber, Daniel A., "Statutory Interpretation and Legislative Supremacy", 78 Geo. L. J. 281 (1989-1990)

Gold, Andrew S., "Absurd Results, Scrivener's Errors, and Statutory Interpretation", University of Cincinnati Law Review Vol.75 (2006-2007)

Manning, John F., "Textualism as a Nondelegation Doctrine", 97 Colum L Rev. 673 (1997)

_____, "Constitutional Structure and Statutory Formalism", 66 U. Chi. L. Rev. 685 (1999)

_____, "The Nondelegation Doctrine as a Canon of Avoidance", 2000 Sup. Ct. Rev. 223 (2000)

_____, "Textualism and the Equity of the Statute", 101 Colum. L. Rev. 1 (2001)

_____, "The Absurdity Doctrine", 116 Harv. L. Rev. 2387 (2003)

_____, "Textualism and Legislative Intent", 91 Va. L. Rev. 419 (2005)

_____, "What Divides Textualists from Purposivists?", 106 Colum. L. Rev. 70 (2006)

_____, "Statutory Pragmatism and Constitutional Structure", 120 Harv. L. Rev. 1161 (2007)

_____, "Clear Statement Rules and The Constitution", 110 Colum. L. Rev. 399 (2010)

_____, "Second-Generation Textualism", 98 Calif. L. Rev. 1287 (2010)

_____, "The New Purposivism", 2011 Sup. Ct. Rev. 113 (2011)

_____, “Inside Congress's Mind”, 115 Colum. L. Rev. 1911~1952 (2015)

Miranda McGowan, “Do as I Do, Not as I Say: An Empirical Investigation of Justice Scalia's Ordinary Meaning Method of Statutory Interpretation”, 78 Miss. L. J. 129 (2008)

Nelson, Caleb, “What is Textualism?", 91 Virginia Law Review 347(2005)

Scalia, Antonin, “The Rule of Law as a Law of Rules", 56 U. Chi. L. Rev. 1175(1989)

_____, “Originalism : The Lesser Evil", University of Cincinnati Law Review Vol. 57 (1989)

Schauer, Frederick, “Formalism”, The Yale Law Journal, Vol. 97, No. 4(1988. 3.)

Sullivan, Kathleen M., “Foreword : The Justices of Rules and Standards", 106 Harv. L. Rev. 22(1992)

Sunstein, Cass R., “Interpreting Statutes in the Regulatory State”, 103 Harv. L. Rev. (1989)

_____, “Problems with Rules", 83 Cal. L. Rev. 953(1995)

_____, "Incommensurability and Valuation in Law", Free Market and Social Justice 70(1997)

_____, “Must Formalism Be Defended Empirically”, 66 U. Chi. L. Rev.(1999)

_____, “Book Review : Justice Scalia's Democratic Formalism", 107 Yale. L. J. 529(1997-1998)

Sunstein, Cass R. & Adrian Vermeule, “Interpretation and Institutions”, 101 Mich. L. Rev. 885 (2003)

# Abstract

## A Study on The New Textualist Approach to Statutory Interpretation in United States

Sangyoon, Lee
School of Law
The Graduate School
Seoul National University

Until 1970s, the traditional approach to statutory interpretation based on Classical Intentionalism and Strong Purposivism prevailed throughout the US Supreme Court. The Supreme Court's traditional approach was to consider virtually any contextual evidence, especially the statute's legislative history, even when the statutory text had an apparent 'plain meaning'.

In the 1980s, however, a competing philosophy known as 'The New Textualism' emerged and got to produce a significant effect on both judicial behavior and academic writing. 'The New Textualism' is associated with the basic proposition that judges must seek and abide by the public meaning of the enacted text understood in context. Accordingly, even in cases of ambiguity, many textualist judges refuse to treat legislative history as 'authoritative' evidence of legislative intent.

As a textualist, professor John F. Manning contends that textualist approach represents the best account of legislative supremacy and the 'faithful agent' theory which are the common theoretical foundations for the three mainstream approaches - intentinalism, purposivism,

and textualism – of statutory interpretation. According to professor Manning, legislative supremacy ascribes to legislators an intention to adopt texts that will be interpreted according to the accepted social and linguistic conventions for reading language in context. If so, then giving precedence to clear semantic detail fits more tightly with the framework of legislative procedure that empower political minorities to block or slow legislation or to exact compromise as the price of their assent. By allowing legislators to set the level of generality at which they express their policies, semantic detail enables legislators to frame directives as rules rather than standard, or vice versa. This possibility is vital to the process of reaching and recording compromise. If the Court feels free to adjust the semantic meaning of statutes when the rules embedded in the text seem awkward in relation to the statute's apparent goals, then legislators cannot reliably use words to articulate the boundaries of the frequently awkward compromises that are necessary to secure a bill's enactment.

We can get some lessons for the Korean legal approach to statutory interpretation from the New Textualist approach. Korean constitutional structure share the common values and principles – such as democracy, the separation of powers, and the legislative supremacy – with the US constitutional system. Hence, in a pluralistic contemporary society where diverse and incommensurable values are in competition like ours, the Court – which has only indirect democratic legitimacy – should respect policy decision of the Legislature and needs to exercise its own judicial discretion reasonably to make policy decisions.

Endorsing the implication of the new textualist arguments, this article suppose that the Court should abide by a statutory text when the text has a plain meaning. Even if a statutory text is vague or

ambiguous, the Court should use judicial discretion within its legitimate authority and fulfill its duty of argument and articulation especially when it deviates from the statutory text. A judge should eschew invoking his/her own moral or policy judgement, extra-textual public values to back up his/her statutory interpretation.

**keywords** : The New Textualism, Legislative Supremacy, Objectified Intent, John F. Manning, Constitutional Structure, Statutory Interpretation

**Student Number** : 2011-21419