

Robert Alexy,
Theorie der juristischen Argumentation.
(Die Theorie der rationalen Diskurses als Theorie
der juristischen Begründung)

Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M 1978

沈 憲 燮*

근래에 나온 많은 책 중에서 소개할 만한 것으로 나는 Alexy의 위의 책을 들고 싶다. 이 책은 Alexy의 博士學位論文(Göttingen 大學)을 Suhrkamp가 출판한 것이다. 참으로 斬新하고 獨創적인 책이다. 그리고 정말 젊고 진정한 學問의 情熱을 보여주는 책이다. 이 책이 다룬 문제는 法學方法論의 核心問題이나, 이를 누구도 매료시킬 만큼의 哲學的 바탕 위에서 비추어 보고 있다.

그러면 그가 다룬 法學方法論의 核心問題란 무엇인가? 그것은 다름이 아닌, 즉 하나의 法的 判斷이 有效한 것으로 전제된 法規範과 참인 經驗命題로부터 論理的으로 演繹되지 않는다고 할 때 그것이 달리 根據지워 질 수 있는 規則과 節次는 어떠한 것이어야 하는가에 대한 문제이다. 이러한 문제가 단순히 전통적인 法解釋學의 方法들로서 완전히 해결될 수 없고, 궁극적으로 評價(Wertung)의 문제라는 점은 누구나 승인한다. 그런데 문제는 이 '評價'이다. 이를 判斷者의 자유로운 決斷의 문제로 보아 버릴 것인가? 그래서 客觀적으로 검토할 수 없는 評價로 만족할 것인가? Alexy는 이러한 태도란 法的 決定의 正當化와 法學의 學問性에 비추어 보더라도 바람직하지 못하다고 단언한다. 그러면 이러한 評價에 客觀성을 부여할 方途가 있단 말인가? Alexy는 西獨聯邦憲法裁判所가 “法官의 決定은 合理的 論議(rationale Argumentation)에 의거해야 한다”고 한 말을 결정적인 출발점으로 삼는다. 그러면 이러한 合理的 論議는 과연 가능하며 또 그것에서 어떠한 성과를 기대할 수 있을 것인가?

이에 대해 Alexy는 현대의 道德哲學的 論議, 言語哲學, 그리고 한참 발전되고 있는 Argumentation의 이론에 비추어 보면 그 전망이 밝다고 본다. 그것은 오늘날 規範的 言明의 正當성을 문제삼는 合理的인 '實踐的 討論'(praktischer Diskurs)의 이론이 여러 각도

* 서울대학교 法科大學 副教授

에서 시도되고 있기 때문이다. 사실 法律的 論議란 訴訟이나 法學的 討論등 廣이한 여러 상황에서 전개되는 하나의 ‘言語的 活動’(sprachliche Tätigkeit)으로 볼 수 있고, 따라서 그것은 일종의 討論 또는 談話(Diskurs)로 규정될 수 있다. 또 法律的 논의에서도 規範的 言明의 ‘正當性’이 항상 문제되기에 그것을 實踐的 討論의 特殊境遇(Sonderfall)로 보는데 의심없다는 것이다. 이러한 바탕위에서 그의 探究는 시작되는 것이다.

이 책은 크게 세 부분으로 이루어져 있다. 第一編은 현대의 一般的 實踐的 討論의 이론에 대해 자세히 검토하고 비판한다. 여기에서는 우선 현대의 道德哲學의 一大革命을 가져온 英美의 分析哲學的 倫理理論을 놀랄만한 理解力과 分析力을 가지고 파헤치고 또 그 弱點들을 들춘다. 여기에 현대도덕철학의 巨匠들, 즉 Stevenson, Hare, Toulmin, Baier 등의 論議가 취급되는 불문이다. 다음으로는 현대 獨逸의 實踐的 討論의 이론을 살핀다. 여기에는 누구보다 먼저 너무나 유명한 프랑크푸르트 學派의 Habermas의 ‘合意論的 眞理理論’(Konsensustheorie der Wahrheit)이 소개되고 검토된다. 그리고 나서 매우 주목되고 있는 에어랑겐 學派의 Lorenzen과 Schwemmer의 이론바 ‘實踐的 助言’(praktisches Beraten)의 이론이 또 검토된다. 그리고 나서 佛語圈에서의 이론바 New Rhetoric의 大家인 벨지움의 Perelman의 Argumentation의 이론이 자세히 검토되고 있다.

이 책의 第二編은 이러한 一般的 實踐的 論議의 이론에 대한 검토를 토대로 하여 자기 나름대로의 合理的인 實踐的 論議의 이론에 대한 設計(試圖), 즉 實踐的 論議의 合意를 위한 節次와 規則으로 이루어져 있다. 여기에서 우선 實踐的 論議에 ‘合理性’을 부여하는 것은 談話者(討論者)들의 根據지움의 行動에 대한 일련의 要請들, 다시 말해서 討論의 規則들뿐이라는 점이 강조된다. 그래서 그는 이러한 規則들과 形式들을 제시한다. 즉 “어떠한 言明者도 矛盾에 빠져서는 안된다”는 등의 4개의 根本規則, “어떠한 言明者도 그가 주장하는 바를 요청이 있으면 根據지움에 하며, 다만 그것을 거절할 수 있는 정당한 이유가 있으면 그렇지 않다”는 등의 3개의 理性規則, “A라는 사람과 B라는 사람과는 달리 다룰리는 이는 이를 근거지움 의무를 지고 있다”는 등의 4개의 論議負擔의 規則들이 치밀하게 전개되고 있다.

이 책의 第三編은 드디어 法律的 論議(Juristische Argumentation)의 이론을 다루고 있다. 우선 法律的 論議의 正當性(存在根據)에 대한 언급이 주목된다. 즉 第二編에서 시도된 實踐的 論議의 規則을 준수한다 해도 그것은 다만 그런 討論에 合理性은 부여하지만 그 모든 結果에 대한 終局的인 ‘確實性’은 보장하지 못한다. 여기에 부득이 法的 規則의 存在根據 다시 말해서 그 不可缺性이 대두된다는 것이다. 그런데 法律的 論議에서는 規範的 言明의 特殊境遇라고 볼 수 있는 法律的 判斷의 正當化가 문제된다고 보고, 이것은 다시 Wroblewski의 提案에 따라 內的 正當化와 外的 正當化로 나누어 진다. 우선 內的 正當化에는 “法律判斷의 根據지움에서는 적어도 하나의 普遍的 規範이 전제되어야 한다”는 등의 5개의 規則들과 그 推論形式이 제시된다. 다음으로 外的 正當化에는 小前提의 획득을 위한 經驗的 論議

의 規則과 形式, 그리고 大前提의 ‘解釋’을 위한 形式(言語的 解釋, 發生史的 解釋, 目的論的 解釋, 歷史的, 比較的, 體系的 解釋)과 “解釋의 方法에 해당되는 論議形式의 모두는 만족되어야 한다”, “달리할 理性的 근거가 존재하지 않는 한 法律文言과 立法者의 意思에 따른 論據가 優先한다”는 등의 4개의 規則, 다음으로 “모든 法學的 命題는 그것이 의심이 있을 때에는 적어도 하나의 一般的인 實踐的 論議를 적용해서 근거지워져야 한다”는 등의 3개의 法學的 論議에 대한 規則, 또 다음으로는 先決例適用에 있어서 “하나의 先決例가 決定의 可否에 고려될 수 있는 때에는 고려되어야 한다”는 등의 2개의 規則, 끝으로 이른바 “特殊的 法律的 論證”, 즉 類推, 逆推 등의 形式과 그러한 論證形式은 만족시켜 주어야 한다는 規則이 언급되고 있다.

第三編의 法律的 論議의 마지막 부분에서는 다시 그것과 一般的인 實踐的 論議와의 관계에 대해 자세히 언급된다. 여기에서는 우선 양자 모두가 正當性에의 요청을 갖고 있어서 ‘部分的 一致性’을 보인다는 점, 또 兩論議의 規則과 形式은 모두 이른바 ‘普遍化可能性의 原理’(Universalisierbarkeitsprinzip)의 적용이라고 볼 수 있고, 따라서 모두 形式의 正義의 原理에 합치되고, 양 論議에 모두 經驗的 論議가 종종 결정적 역할을 한다는 점에서 서로 ‘構造的 一致性’을 보인다는 점등이 지적된다. 그리고 實踐的 論議의 弱點으로 法律的 論議가 불가피하지만, 여기에서 제시된 그 條件, 規準 그리고 規則도 法律的 論議의 合理性, 따라서 그 形式의 正當性만을 보장할 뿐이어서 一般的 實踐的 논의의 약점들이 많이 감소는 되었지만 완전히 除去되지는 않았다고 지적된다.

생각해 보면 Alexy의 책을 통해 우리가 중요하다고 생각되는 점은 한두가지가 아닌듯 싶다. 사실 문제의 ‘評價’를 놓고는 사람들은, 혹은 ‘既存하는 事實的인 評價’로 만족한다든가, 혹은 ‘法秩序에 內在하는 內的 評價’에서 이끌어 낼려고 한다든가, 혹은 ‘超實定的인, 즉 自然法的인 原理’ 들에로 되돌아가려고 하는 경향들이 눈에 보인다. 그러나 Alexy는 이 모두를 거부하고, 評價의 진정한 合理性을 보장해 주는 ‘實踐理性的 法典’을 제시하고 있다. 이리하여 法律的 論議를 實踐哲學의 문제로 보아야 한다는 점이 특히 강조되어 있다. 이로 인해 또한 法과 道德의 관계가 새롭게 비추어 졌다고 하겠다. 그러나 Alexy는 Kriele처럼 양자를 同一視하려고는 하지 않는다. 그가 제시하고 있는 實踐的 論議와 法律的 論議의 規則과 節次는 實踐世界에 있어서의 “理性和 正義의 現實化”(Realisierung der Vernunft und Gerechtigkeit)의 한 모델이라고 하겠다. 다만 문제는 그것이 ‘實質的 正當性’의 摸索에 어느 정도 이바지 할 것인가일 것이다. Alexy는 오늘날 沈滯상태를 벗어나지 못하고 있는 독일의 法哲學界의 뉴 페이스이다. 그는 많은 注目받는 논문을 계속 발표하고 있다. 핀란드의 헬싱키에서 올해 열리는 世界法哲學大會에서 ‘法原理’라는 제목의 글로써 Dworkin의 法哲學을 검토하기로 되어 있다. 그는 아직도 教授資格論文을 제출하지 않고 계속 Göttingen에서 法理論家 Dreier와 哲學者 Patzig 교수의 지도를 받으면서 研究에 매진하고

있는듯 하다. 그러나 그는 벌써 지난해 이미 Göttinger 學術院賞을 받은 소식도 있다. 그의 업적은 道德的 및 法的, 즉 實踐的 문제를 理性的이고 分析的인 視角에서 다루었다는 데 있다고 하겠다. 요즘 한참 再登場되고 있는 ‘實踐哲學의 復權’(Rehabilitierung der praktischen Philosophie)에 발맞추어 그의 學問的 업적은 더욱 높이 평가되고 있는 것이다. 다시 말해서 종래의 ‘法律’中心的 思考方法과 ‘理論理性’의 閉鎖性을 개방시켜 놓는데 그의 獨創性은 남김없이 발휘된 것이다.