

法과 言語(Recht und Sprache)*

Arthur Kaufmann**

沈 憲 燮 譯***

I

“法과 言語”라는 論題는 여러가지 問題次元을 가지고 있기 때문에 이같이 짧은 講演에서는 그 全部를 다룰 수가 없다. 우선(完全성을 기함이 없이) 이 論題下에서 다루어 지는 重要的 側面들을 열거해 보자: 法言語와 法文化的 關係; 法言語의 文體; 法律專門用語와 日常言語의 關聯性; 法律言語, 判決言語, 法廷에서의 言語들 間의 差異點; 法律言語의 構文論的, 意味論的, 解釋學的 問題點들; 規範的인 것들의 言語化; 法言語社會學(예컨대 法言語, 社會, 文化的 關係); 構造主義的 法學의 問題로서의 法的 言語(예컨대 法言語는 어떻게 機能하는가?); 法言語의 形式化可能性(예컨대 電算機 도입문제).

傳統적으로 ‘法과 言語’라는 主題下에서는 ‘法律文體’에 관한 問題가 주로 다루어졌다. 法律家들의 言語는 많은 비난을 받지만, 그러나 反面 文體的인 獨特性 때문에 (지명한 사람들에 의해) 칭찬을 받기도 한다.

法律家들의 言語가 비난을 받는 것은 그것이 理解하기 어렵고 명료하지가 않고(직관할 수 없고) 따라서 대중적이 아니기 때문이다. 또한 法律家들의 言語는 재치가 없다는 비난도 한다: 예컨대 Goethe는 Faust에서 “理性和 眞意는 너무나 當然한 것이어서 재치가 필요없다”고 비꼬았고, 또한 Diderot는 “法律家들은 마치 목에 스페인목레이스를 달고 말하는 것 같다”고 비판했다고 한다.

그러나 다른 한편 Gustav Radbruch는 法言語 특히 法律言語에 特別한 美的 價値를 부여했는데, 왜냐하면 法律言語는 빈틈이 없고 격분하거나 감정적이 아니고 설득하려 들지 않고, 美辭麗句를 쓰지 않기 때문이다. 전해오는 이야기에 의하면 Stendhal은 그의 作品 “Parma

* 이 글은 아무투어 카우프만 교수가 1984년 3월 27일 서울大學校 法科大學에서 행한 講演文이다.

** 현재 München大學校 法科大學校 教授. 동大學校 法哲學 및 法情報學研究所長. 西獨 法 및 社會哲學會長

*** 서울大學校 法科大學 副教授. 이 번역은 카우프만 교수 지도하에 München大學校 法科大學에서 博士學位課程에 있으며 또 카우프만 교수 來校講演時 通譯을 맡았던 金永煥碩士의 번역초안을 기초로 정리한 것임.

의 修道院”을 쓸 당시 매일 아침 佛蘭西民法典의 몇몇 條項을 읽고 “思索을 整理”했다고 한다. 물론 그는 文體가 우아하기로 이름이 난 佛蘭西民法典을 읽었지만, 만약 그가 獨逸民法典을 읽었다면 소망대로 이루어지지 않는 것을 알았을 것이다. 그러나 獨逸民法典은 文體가 우아하지 않은 대신 훨씬 더 正確하고 合理的이고 論理的으로 構成되어 있다. 가장 理想的인 것은 合理的인 點과 大衆的인 것을 合一하는 것이겠고, 이점을 Rudolf von Jhering은 다음과 같이 말했다: “立法者들은 哲學者와 같이 생각해야 되지만, 그러나 農夫들과 같이 말해야 된다.”

이상으로써 간략하게 “法律文體”에 대한 얘기는 그만하고, 이하에서는 오늘날 ‘法の 言語理論’에서 中心이 되어있는 問題, 즉 ‘法言語構造’에 대한 問題를 다루기로 하겠다. 이 問題는 대부분 法言語를 Computer에 適用할 수 있게 만들려는 試圖들과 밀착되어 있다. 따라서 여기에서 제기되는 質問은 다음과 같다: 즉 어떤 條件下에서 法言語는 그와같이 形式化될 수 있으며, 또한 그러한 形式化가 가져다 주는 長·短點은 무엇인가?

그러나 나는 法言語의 形式化라는 이 問題를 直接的으로 그리고 詳細하게 다루지는 않겠다. 오히려 보다 根本的인 問題, 즉 言語가 法全般에 갖는 機能은 무엇인가 하는 問題를 다루려고 한다. 물론 이 문제는 法言語가 어떻게 構造的으로 되어 있는가 하는 문제도 내포한다. 따라서 우리가 法에 대한 言語의 機能에 대해 어떤 解決策을 찾게 된다면, 法言語의 形式化可能性과 適用與否에 대한 해답도 같이 주어질 것이다. 한마디로 말해서 내 講演의 主題는 ‘法の 言語理論으로서의 法理論’이다.

II

법이 言語를 必要로 한다는 것은 너무나 진부한 말이다. 그러나 言語를 통해서 비로소 法은 自己自身을 表現한다는 말은 매우 重要的인 말이다. 그런데 이 말이 의미하는 것은 무엇이며 또한 어떻게 根據지워질 수 있는가? 우선 言語의 重要的인 機能들을 알아보기로 하자.

意味論的으로 보면 言語는 對象을 指示하고 事態를 敘述하는 데 기여한다. 實踐的인 측면에서 관찰해 보면 言語는 사람들간의 意思疏通에 기여한다. 또한 이와같은 言語의 實踐的인 機能을 우리는 다음과 같이 細分할 수 있다: 傳達과 相互理解機能(情報), 社會的인 機能(共同體의 形成) 그리고 操作的인 機能(조작적 기능에 의해 우리는 言語를 가지고 생각하고 推論할 수 있으며, 또한 조작적 기능에는 그밖에 기억에 대해 중요한 의미를 가지는 感知機能도 속한다)

言語의 人格의 重要性은 言語의 한 特殊機能이 아니라 言語全般의 本質이다: 다시 말해 言語는 人格의 自己表現이고 人間精神과 人格性의 根源이며, 人間은 言語를 구사할 수 있을 때 비로소 眞正한 그리고 原初的인 意味에서의 人間일 수 있다: 즉 自己自身과 自己世界를 所有할 수 있다. 이미 이같은 理由에서 Descartes의 “나는 생각한다. 그러므로 나는

存在한다”라는 命題는 “外部世界”를 열어(개명해) 나가는 出發點을 적절하게 說明하지 못한 다. 自己自身과 世界——“自己世界”——를 찾아가는 人間들에 있어서 言語는 그 出發點이다. “太初에 말이 있었노라.” 言語는 人間的인 것 自體이다.

그러므로 恒常 사람들이 言語를 現實의 構成要素로 파악했던 것은 當然하다. 言語라는 媒介體를 통해 人間은 世界를 정복해 가며 共存者를 파악해 가고, 言語를 통해 人間은 힘을 구사한다. 만약에 이러한 과정이 부자연스럽게 이루어질 때, 즉 言語를 통해 自己의 생각을 전달하는 것이 아니라 거꾸로 감추려고 할 때, 또한 言語라는 것이 미리 계산된 암시만을 전달하게 될 때, 그리고 사람들의 생각들이 言語規律이나 情報彈壓에 의해 임의로 조작될 때, 그때 바로 言語는 權力의 비열한 “結託者”가 되고 만다(Eva Hesse). 그러나 무엇보다도 중요한 것은 人間은 言語를 통해서 自己自身 뿐만 아니라 “自己의 世界”를 創造해 나가며 그리고 어느 누구도 똑같은 言語를 使用하거나 똑같이 생각하지 않기 때문에, 어느 누구도 他人과 同一한 世界를 갖고 있지 않다는 點이다. Karl Kraus는 이점을 다음과 같이 적절하게 말하고 있다. “世界는 言語라는 틀에 의해 체쳐져 있다.”

法도 또한 하나의 “世界”이다. 다르게 말하면 : 法이 適用되고 實現되어질 때에는 항상 두개의 세계가 중개된다. 즉 한편으로는 法的으로 重要的 生活事態를 내포하는 日常生活의 世界와 다른 한편으로는 當爲를 內容으로 하는 規範들의 法世界가 중개된다.

그러나 어떤 의미에서 도대체 ‘世界’라고 말할 수 있는가? Wilhelm von Humboldt의 言語學研究 以來 우리가 아는 바에 의하면 世界는 言語의 產物이며, 世界는 단지 言語에 의해서만 存在하며 言語밖에서는 存在하지 않는다. Humboldt는 이점을 가리켜 “世界의 言語化”라고 말한다. 또한 이미 Humboldt는 言語學에, Ergon으로서의 (Potenz, 可能性) 言語와 Energia로서의 (Akt, 行爲) 言語라는 區別을 도입하였다. 言語는 Ergon(可能性)인데, 왜냐하면 言語는 人間에 의해 創造되기 때문이다. 모든 言語는 特定한 世界理解 또는 世界像을 내포한다. (예컨대 남아메리카의 Gaucho族들은——흑인과 스페인사람들의 혼혈종족——말의 색깔에 대해서는 200여개의 표현방법을 알고있는 反面, 식물 이름에 대한 표현방법은 4개 밖에 없다——다시 말해 식물들은 그들의 世界理解에 아무런 역할을 하지 않는다). 또한 言語의 構文(Syntax)도 Ergon이다. 反面에 Energia로서의 言語는 世界(實在)理解의 중개자, 世界開明의 힘을 意味한다. 어린애는 現實과 言語를 同時에 배운다. 즉 어린애는 現實을 통해 그 表現을 배우기도 하는 한편, 또한 거꾸로 言語를 통해서 言語의 形成되어진 現實을 파악한다.

모든 言語와 言語表現行爲에는 이미 特定한 世界解釋이 들어가 있다. 또한 相異한 世界解釋은 言語에 의해 나타나게 되며, 그렇지 않으면 傳達되어질 수 없다. 새로운 言語가 만 들어지지 않으면 반드시 예전 單語에 다른 意味가 주어진다. 따라서 말(單語)과 言語(法則) 規律에 대한 論爭은 오늘날과 같은 多元的 社會에 있어서는 全的으로 전형적인 것이다.

言語는 現實을 形成해 가며, 言語를 가진 者만이 世界를 갖게 되며, 事物을 命名할 수

있는 출만이 事物에게 意味를 부여할 수 있고 事物을 정복할 수 있다. 여태까지 어느 누구도 이름을 모르는 天體는 “意味”하는 바가 없으며, 그 天體는 “世界밖”에 存在하는 것이며, 어느 누구에 있어서도 “存在”하지 않는다. 따라서 이름을 부여하는 것(命名)만이 본래적으로 創造的인 것, 現實을 形成해 나가는 것이다. 또한 法の 世界도 言語로부터 유래한다.

그런데 이와같은 생각은 새로운 것이 못된다. 이미 David Hume은 그의 著書 “人間本性에 관한 논의”(1739/40)에서 法을 하나의 言語形式으로 파악했다. 물론 그는 거기에서 극단적인 唯名論的 立場을 취했다. 즉 그에 의하면 예컨대 所有權과 같은 法的인 特性(Rechtseigenschaft)들은 그것에 相應하는 經驗的인 것이 없기 때문에 단지 “ 그렇게 말해진 것”에 불과하다고 한다. 法은 단지 記號體系이며, 그리고 人間共同體에 있어 重要하다고 여겨지는 (法的) 特性들의 有效한 귀속에 대한 合意에 이바지 한다. 그리고 이와 같은 論議的· 情報傳達的 機能이 얼마만큼 實效性이 있는가는 各共同體 構成員이 共同體에 대한 根本規約를 어느정도 認定하느냐에 달려있다. 따라서 法的 規範은 이와같은 實用的이고 有效한 言語를 구성하는 데 대한 하나의 提案에 불과하며, 또한 共同體의 構成員들의 意見對立을 중재· 화해시키는 意思疏通技術에 불과하다. Hume이 확신하는 바에 의하면, 法的 根據가 原初的으로 미리 存在한다는 생각은 단순한 착각에 불과하다. 예컨대 占有權을 根據 지우는 法律意思行爲가 存在한다고 생각하면 그것은 착각이다: 그와 같은 것들은 조작적일 뿐만 아니라 도대체 重要하지도 않다. 즉 法的 債務등과 같은 것은 存在하지 않으며, 그와 같은 것들은 다만 言語行爲에 불과하고 우리는 規約에 맞게 그 言語行爲에 特定한 (法的) 結果를 귀속시키는 데 불과하다.

法에 대한 이와같은 理解, 즉 法을 단순한 귀속행위로 파악하고 法以前에 先驗的으로 주어지는 것을 認定하지 않으려는 見解는 오늘날 機能的인 法理論에서도 主張되고 있다. 機能的인 法理論은 그의 反對理論, “存在論的”인 理論들을 다음과 같이 批判한다. 즉 法存在論은 法을 事物化시키고 化石化하는 것으로, 한마디로 “存在化”시킨다. 그러나 이와같은 批判은 단지 實體存在論에만 妥當한 말이다. 法을 人格的인 構造· 關聯性과 함께 構成되어진 것으로 파악하는 “構造的· 關係의 存在論”에는 위 비난이 해당되지 않는다. 그리고 또한 이와같은 理論에 의해서만 우리는 生活流離的인 實在論에 빠짐이 없이 極端的인 唯名論을 벗어날 수 있다. 따라서 우리는 Hume의 다음과 같은 見解, 즉 法이 言語에 의해 構成되었다는 見解는 따르지만, 反面 그의 다음과 같은 見解, 즉 法이 言語에 의해서만 構成되어 있다는 見解는 따르지 않는다. 물론 내 講演에서는 法이 言語에 의해 構成되었다는 것이 重要한 것이며, 따라서 나는 以下에서 더 詳細히 이와같은 法과 言語의 關係를 다루려 한다.

III

오늘날의 言語哲學에 있어서는——내가 간략하게 말한다면——크게 두개의 潮流가 形成

되어 있는데, 이 모두 Wittgenstein에 의해서 代表되어 진다. 즉 하나는 Wittgenstein의 “Tractatus”에 의해 그리고 다른 하나는 Wittgenstein의 “Philosophische Untersuchungen”(哲學研究)에 의해서! 첫번째 潮流는 “理想的 言語(人工言語)”, 즉 단지 記號들만이 적용될 수 있는 순수한 形式의 人爲言語를 만들고, 바로 그와같은 “形式的 言語(方法)” (Carnap)를 통해 學問을 無意味한 말이나 그로 유래되는 假象의 문제로부터 보호하려고 한다. 反面 두 번째 潮流는 英國哲學者 G.E. Moore에 의해 始作된 “日常言語(normale Sprechsprache)”에서 出發하는 “日常言語哲學”인데, 이것은 單語들을 形而上學的인 次元으로부터 해방시켜 그 本來의 意味에로 환원시키고, 自然的인 言語의 올바른 適用을 통해 概念의 애매성을 제거하려고 한다. (간단히 말해) 理想言語哲學의 方向에서는 言語를 순수하게 만드는 것이 哲學의 課題라고 하면, 日常言語學의 立場에서는 거꾸로 哲學을 순수하게 만드는 것이 言語의 課題이다.

이 두 方向의 어느것도 다른 것에 대해 優위를 차지하고 있지 않다. 그렇다고 하여 그 理由가 言語構造自體——나는 이것을 言語의 兩次元性이라고 表現하였는데——에 있다고 생각하는 것은 옳지 않다. 모든 生動的인 言語는 항상 2가지 次元에서, 즉 水平的·直線的인 次元과 垂直的·超越的인 次元에서 움직인다. 水平的·直線的인 次元에서는 言語의 合理的이고 構造的인 側面이 관계되고 記號的言語가 問題된다: 즉 여기에서 重視되는 것은 形式論理의 一義性和 正確性이며 이러한 것들은 抽象에 의해, 言語規律을 통해, 때로는 人工言語를 통해 추구되어 진다(言語의 조작적기능과 記號적 기능). 反面 垂直的·超越的인 次元에서는 言語의 意圖的·比喩的인 側面이 관계되고 類推的言語가 問題된다: 여기에서 重要시되는 것은 言語의 超越的·論理的인 意味이며, 이러한 것은 이미 ‘事物의 論理’에 의해 一義性·正確性을 排除한다(言語의 傳達機能과 象徵的 機能). 記號的言語는 반복적이며 혁신적 기능이 없는 反面 類推的言語는 창조적이며 그리고 혁신적 기능을 갖는다. 물론 모든 言語行爲에는 이 두가지 側面들이 섞여 있으며, 이 두가지 側面들은 兩者擇一의 문제가 아니라 어느정도로 서로 섞여져 있는가가 문제된다. 그러나 만약 一次元的인 言語가 可能하다면 그것은 단지 垂直的이고 즉 多義的이어서 그 言語를 가지고는 어떤 것도 表示·把握할 수 없는 言語이거나, 아니면 단지 水平的이고 따라서 너무 一義的이어서 그 言語는 生命이 없거나 단지 感情이 없고 재치·걱정이 없는 Computer만이 사용하는 그런 言語일 것이다. (계산에精通한 Computer에는 어느것도 當할 수 없지만 反面 Computer는 言語를 알지 못한다.) 言語는 항상 日常言語에 의해 生動力이 있게 되며 또한 自己自身을 새롭게 만든다. 따라서 專門言語가 日常言語와 단절을 하게 되면 그 專門言語는 즉시 죽은 言語가 되어 버린다.

이상에서 言及한 것은 또한 日常言語(普通言語)와 專門言語의 關係에도 妥當하다. 물론 여기에서 말하는 專門言語는 法的 言語, 특히 法律言語를 말한다. 여기에서 주의해야 할 것은 法的 專門言語는 學問的인 言語가 아니라는 點인데, 왜냐하면 構文과 意味論이 어떤

明示的인 法則에 의한 것이 아니기 때문이다. 根本的으로 보면 法的인 言語는 專門言語라 할 수 없고 단지 身分言語에 불과한데, 왜냐하면 專門家들이 一定한 言語使用에 合意한 것에 불과하기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 우리는 이점을 기억하면서 以下에서 法的의 專門用語라는 말을 使用하자. 위에서 言及한 言語의 兩次元性은, 물론 똑같은 意味에서는 아니라도, 法的의 專門言語와 日常言語間에도 妥當하다. 즉 한쪽은 비교적 明瞭한 反面 다른쪽은 抽象的이며; 한쪽은 比喩的인 것이 主가 되는 反面 다른쪽에서는 記號的인 概念이 重視되고; 한편은 內容이 풍부해서 情報的인 價値를 갖는 反面 다른편은 形式에 重點이 주어져 操作的 價値를 갖게 된다. 이 두 측면은 서로 相互關聯되어져야 되며, 그래야만 生活事態를 그 內容으로 하는 日常世界와 法的 規範世界가 서로 分離되지 않는다. 그리고 또한 이 두 세계는 모두 言語的인 形象이기 때문에, 生活事態를 法的으로 파악하기 위해서는(“포섭”하기 위해서는) 우선 言語的인 次元에서 두 세계가 相應되어져야 한다. 따라서 여기에서 提起되는 質問은 日常言語와 法律言語의 特殊한 機能은 무엇이며, 또한 이 두 言語가 어떻게 具體的인 訴訟節次에서 서로 相應되어져서 하나의 法適用, 즉 法的事態와 規範의 ‘一致’가 可能하게 되는가 이다.

IV

日常言語에 있어서는 言語의 여러가지 機能중 무엇보다도 傳達·相互理解機能과 그것과 밀접하게 연관된 社會的機能이 重要하다. 日常生活에 있어서 言語는 우선 意思疏通, 情報·經驗들의 交流 그리고 共同體를 形成하는 데 기여한다. 人間들의 共同體는 전적으로 그렇지는 않더라도, 주로 意思疏通 連絡網(關聯體)에 의해 구성된다. 즉 言語에 의한 共同體이다. 그러나 反面 言語는 既存의 共同體에 의존하게 되는데, 왜냐하면 사람들은 言語를 스스로 習得하는 것이 아니라 共同體에 의해서, 즉 주위세계로부터 習得하는 것이기 때문이다. 따라서 人間(그리고 人間共同體) 또는 言語중 무엇이 더 먼저인가 하는 질문은 無意味한데, 왜냐하면 이 둘은 단지 共存하는 것들이기 때문이다. 이점에 대한 Wilhelm Humboldt의 말은 많이 인용되고 있다: 즉 “人間은 言語에 의해서만 人間이 되나, 言語를 發明하기 위해서 人間은 이미 人間이어야 한다.”

이상에서 言及한 것을 통해 도대체 어떻게 人間들 사이에 意思疏通이 可能한가 하는 문제는 說明되어진다. 이미 言及한 바와 같이 어느 누구도 다른 사람과 똑같은 言語를 갖고 말하거나 생각하지 않으며, 어느 누구도 특정한 單語에 同一한 意味를 부여하지 않으며, 따라서 어느 누구도 다른 사람과 같은 世界를 갖지 않는다. 그러므로 엄격히 말해서 말한 者만이 自己의 말이 意味하는 바를 알기 때문에 그말을 理解하기 위해서는 Meta言語가 必要할 것이고 또한 메타言語를 理解하기 위해서는 메타메타言語가, 이렇듯 무한대로 퍼져 나간다. 그럼에도 불구하고 言語를 通해 의사소통이 가능한 것은 대부분 言語의 社會的 淵源 때문

이다. 즉 言語는 人間들의 關係에서 形成·發展되며, 이미 애당초부터 어린애들은 言語를 使用할 때 自己의 父母·親舊·先生들이 생각하는 바와 같은 言語의 意味를 습득한다. 물론 이 과정은 거꾸로의 方向으로도 진행된다. 이런 方式으로 言語에 의해 담겨진 內向에 대해 共同的인 經驗이 成立하며, 言語들은 ‘平均的인 意味(Durchschnittsbedeutung)’을 갖게 되고 個個의 立場들은 교류될 수 있게 된다. 그리고 단지 이와같은 言語의 相互主觀性에 의해서만 人間들 사이의 共同的인 世界가 成立되며, 이러한 共同的인 世界의 윤곽은 日常 言語의 모호성 때문에 어느정도는 不確實하게 남아있게 된다.

人間은 言語에 의해 다른사람과 의사소통할 수 있는 能力을 얻게 되는 것뿐만 아니라, 人間들은 言語에 의해 共同體에서의 共同生活을 규정하는 法則도 배우게 되며 또한 社會的인 生活을 실천하게 된다. (動物들에 있어서도 規律的인 行爲樣態가 있기는 하나 이와같은 規律은 口述的·論議的인 言語에 의한 것은 아니다.) 또한 社會化도 言語에 의해 이루어진다. 成人들은 規範의 世界를(具體的인 事態들을 포섭할 수 있는) 抽象的인 規範의 形態로 接하게 되는 것이 아니라, 오히려 具體的인 行態方式(Verhaltensmuster)의 形態로 接하게 된다. 즉 日常的인 의사소통에서나, 他人의 世界를 접촉하는 데서, 또는 生活形態를 답습하는 데서 接觸하게 된다. 그러한 行爲方式이나 範例(生活規則)는——주의를 해서 말한다면 이것을 Stereotype이라고 말할 수도 있다——抽象的으로 定義될 수 있는 內容을 지니는 靜的이고 完結된 것들이 아니다. 오히려 그것들은 價値差異를 갖고 있는 言語形象들이며 이와같은 言語形象들은 規範的인 內容을 그때그때의 狀況으로부터 얻게되고, 따라서 어떤 狀況에서 그 言語를 使用하는가에 따라 그 內容도 변화된다. 다시 말해 이와같은 言語形象들은 言語의 使用과 無關係하게 確定될 수 없으며, 단지 具體的인 狀況에서만 그리고 “言語遊戲”(Sprachspiel)에서만 特定된 意味를 갖게 된다. 이와같은(日常) 言語의 多義性은 결코 지양될 수 없다. 사람들은 可能的인 限 一義的인 人工言語를 發展시키려고 했지만, 그러나 역설적으로 人工言語는 바로 그 一義性 때문에 의사소통이나 生活을 묘사하는 데 적절하지 못하다. 왜냐하면 의사소통은 항상 서로 다른 人間들 사이에서 그리고 서로 다른 經驗들에 관해서 이루어지기 때문이다. 그러므로 (日常)言語의 多義性은 결코 短點이 아니다. 물론 正確하지 않기 때문에 事物을 은폐하거나 위조할 위험이 따르는 한이다. 그러나 만약 言語가 一義的이고 正確하기만 하면 그 댓가로 그 言語는 경직되어 버리고 따라서 그 言語는 몇개 안되는 記號로 환원될 수 있다. 다시 말해 (日常)言語의 多義性은 柔軟性, 動態性, 意味의 豊富性을, 한마디로 生動性을 보장해 준다. 이것과 마찬가지로 行態方式이 多樣하다는 것도 短點이 아니다. 特定된 狀況이 주어지면 包攝이나 三段論法등의 特別한 思考過程을 필요로 하지 않고도, 行態方式들은 곧바로 理解되어 진다. 예컨대 피해자를 때려 눕히는 謀殺者(Mörder)는 비록 日常言語에서 謀殺이 定義되어 있지않아 謀殺의 定義는 모른다 하더라도, 謀殺이라는 行態方式은 直接的으로 意識하고 있다. 이러한 점들로부터 無數한 社會化過程에서 習得한

行態方式들은 恣意的으로 벗어날 수 없다는 것도 밝혀진다: 즉 一定한 行態方式들은 그에 相應되는 具體的인 狀況이 나타나면 저절로 意識化된다. Rousseau의 Emile과 같은 人間, 즉 고립되어 자라난 後 갑자기 人間社會에 끼어들어 단지 사소한 모욕에도 모욕한 者를 죽이는 者만이 自己는 社會生活의 規律을 모른다고 말할 수 있을 것이다.

이미 論述한 바와 같이 社會 共同生活의 規律들은 法律을 통해 전달되는 것이 아니라 오히려 國民들은 그것을 日常的인 Communication이나 相互行爲를 통해 습득한다. 그러므로 法과 不法에 대해 國民들이 갖는 表象(관념)들은 法律言語의 範疇에서 이루어지는 것이 아니라 日常生活에 의해 規定된다. 그러므로 行爲者가 行爲時에 갖는 不法意識은 特定한 法的 表象들을 통해서가 아니라 그 行爲의 社會的 意味에 의해 규정된다. 그것은——行爲者 意識의 次元에서 볼 때——社會有害性的인 意識(Bewußtsein der Sozialhädlichkeit)이다. 그리고 行爲者는 自己行爲의 社會的인 意味內容을 보통은 明白하게 파악하고 있지 않으며 압축된 日常言語의 形態로 파악한다: 즉 文書偽造者는 단지 “조작” 또는 “속임수” 등 만을 생각하고 있지 文書의 法的 概念은 생각하지 않는다. 따라서 여기에서 생기는 의문은 어떻게 이같은 非專門家的인 意識이 法的인 重要性을 얻게 되는가 하는 점이다.

바로 이점에서 法實現의 過程과 관련된 法律, 특히 法律言語의 機能을 좀더 詳述하겠다. 이미 위에서 法律專門言語에서는 操作的인 價値가 중시되며 情報的인 價値는 副次的인 이라는 점을 시사한 바 있다. 이러한 見解에 대해 論爭이 없는 것은 아니다. 예컨대 獨逸聯邦裁判所는 刑法의 規定들은 “모든 者들이 어떤 行爲가 刑罰을 받는가를 예견할 수 있도록” 規定되어야 하며, “그래야만 法에 相應하게 自己의 行爲를 조정할 수 있게 된다”고 한다. 그리고 이러한 見解를 根據지우기 위해 (獨逸)憲法에서 規定한 確定性的인 原理(Bestimmtheitsgebot), 즉 “法律없으면 刑罰없다”는 根本原則을 내세운다. 즉 이 見解에 따르면 法律은 우선적으로 國民들의 情報에 기여해야 한다.

나는 이 見解가 옳지 않다고 생각한다. 왜냐하면 一般國民들이 法律에 대한 情報를 얻게 된다면 그것은 단지 間接的인 것이며, 그것도 주로 미디어를 통해 보도되는 裁判 특히 刑事裁判에 의해서 이루어진다. 그 외에 편견없이 現實을 관찰해 보면, 法律이 市民을 그 受命者로 한다는 말은 할 수 없는 것이다; 그러나 만약에 市民이 法律의 受命者라면 그 法律은 달리 規定되어야 할 것이다. 즉 훨씬 具體的이며, 무엇보다도 大衆的이어야 하고, 日常言語的인 것으로 되어야 하며, 또한 簡略한 表現方式로 규정되어야 할 뿐 아니라 詳細하고 教訓的이어야 한다. 法令誌들을 통한 法律公布는 法律을 알리는 데 기여하는 것이 아니라 權威的인 文言들을 確定시키는 데 기여할 뿐이다.

그럼에도 불구하고 法律은 法律家들만을 위해 存在하는 것은 아니며, 法律規定들은 사람들이 以前에 생각했던 것처럼 단지 裁判規範단은 아니다. 위대한 Paul Johann Anselm Feuerbach 以來 自由法治國家的인 時代의 위대한 공적은 다음과 같은 思想에 있다. 즉 法

律의 機能은 國家權力 특히 刑罰權力을 根據지우는 데에만 있는 것이 아니라, 오히려 그 權力을 制限하는 데 있으며 또한 단지 法律의 限界內에서만 責任을 지도록 市民들을 保障해야 한다는 思想에 있다. 이러한 점들이 가장 重要한 刑法에 있어서 이것이 意味하는 바는, 犯罪者의 行爲는 法律의 징포들과 相應해야 하며 行爲에 대한 行爲者의 表象과 法律의 意圖가 一致되어야만 한다는 것이다. 그래야만 비로소 行爲者는 刑法的으로 責任을 갖게 된다. “法律없으면 刑罰도 없다”는 根本原理의 취지는 바로 이와같은 保障의 機能에 있다. 그리고 바로 이점으로부터 法律言語의 獨特性이 說明된다. 다시 말해 여하한 경우에도 內容의인 情報가 우선적인 것이 아니고, 法的安定性의 保障 그리고 限界를 긋는 形式이 우선되는 것이라면, 立法者는 構成要件을 規定하는 데 있어서 可能한 限 正確하게 해야 할 것이다. 물론 그 댓가로 法律은 쉽게 理解하기 어렵게 되고 大衆性을 잃게 된다. 이와같이 생각한다면 ‘理想的’인 것은 임의로 解釋을 붙일 수 없는 一義的인 言語가 될 것이다.

바로 이와같이 一義的이고 一次元的인 그리고 記號的(digital)인 言語는 Leibnitz 以來 오늘날까지 合理主義가 추구하는 바이다. 이러한 合理主義의 諸般 追求들은 一定한 理念的인 人間像, 世界象 그리고 學問像으로부터 유래된다: 즉 人間은 合理的인 存在이며 따라서 人間의 認識은 순수한 合理的인 行爲이며, 모든 認識의 궁극적인 目標은 全體世界를 完結된 體系下에 一義的으로 그리고 不變的으로 서술하는 데 있다는 생각이다. 그러기 위해서는 一般言語가 지니는 不確定性和 二重性 그리고 은유적인 성격을 제거할 수 있는 言語, 즉 論理的으로 “순화된” 形式的인 (記號的인) 言語, 科學言語가 필요하다.

추지하는 바와 같이 오늘날에는 數學的으로 計算할 수 있는 計算的 言語가 점차로 重要的 役割을 하고 있다. —단지 電算機나 자동제어장치(Kybernetik)만을 보아도 그것을 알 수 있다. 法制度나 法學도—비록 記號를 갖고 작업하는 可能性이 規範領域에서는 存在의 領域보다 훨씬 적지만—결코 예외가 될 수 없다. 물론 우리는 아직 시작단계에 있기는 하지만!

그러나 여기에서 나에게 重要的 문제는 科學에서, 따라서(만약 이렇게 名稱해도 좋다면) 科學的인 法學에서는 단지 이와같이 合理的으로 構成된 人工言語만이 許容될 수 있는 것인지 즉 Carnap이 말했던 바와 같이 “形式的인 言語形式”만을(日常言語에서 常例的·內容的인 言語方式과는 正反對로) 쓸 수 있는가 하는 문제이다. 이것을 달리 과장해서 말한다면; 科學에서는 단지 計算만 하는 것이고, 말해서는 안되는 것인지?

科學的인 (學問的인) 論理學을 對話言語(日常言語)와 分離시키고 概念과 概念들 간의 關係를 數學的으로 상징화시키려는 계획은 Leibniz에서 유래한다. 그는 合理主義의 총아였으며 오늘날까지도—비판주의, 낭만주의, 유심론(Spiritualismus), 生의 哲學, 實存哲學에도 불구하고—대다수의 머리속에 특히 오늘날은 自然科學에서 보다는 精神科學理論 代表者들에게 그 잔재가 남아 있다. 現代의 自然科學은 이미 오래前에 現實은 數學的으로 추구·서

술할 수 없는 領域을 가지고 있다는 점을 발견했으며 따라서 그들은 더이상 正確性, 論理—貫性등을 끝까지 추구하지 않는다. 또한 그들은 경우에 따라서는 한 現象에 대한 여러가지 생각들을(예컨대 電子의 경우) 다 올바른 것으로 받아들이고 있는데, 그것은 “眞理”라는 것은 補充的인 命題들이 相互關聯될 때 비로소 나타나기 때문이다. 이에 反해 精神科學, 특히 法學에 있어서는 아직도 Leibniz時代와 같이 合理主義가 꽃피우고 있고, 다음과 같은 생각 즉 世界는 무엇보다도 科學의 世界는 理性에 의해 남김없이 파악될 수 있다는 見解가 관을 치고 있다. 대부분의 사람들은 認識과 命題들의 合理性을 科學性 그 自體의 유일한 尺度로 여긴다.

이에 따라 法律도 순전히 合理的인 形象으로만 파악되고 또 그것은 순전히 合理的으로만 解釋될 수 있다고 한다. 바로 여기에서, 어떤 前提下에서 法律과 法律解釋이 갖는 그와같은 合理性이 實現可能한가 하는 質問을 던져보면 매우 흥미있을 것이다. 물론 나는 이점을 詳述할 時間의 여유는 없다. 그러나 간략하게 다음과 같이 말할 수는 있다: 즉 여기에서 요구되는 合理性은 法規範이 構文的으로나 意味論的으로 상징적인 記號言語로 치환될 수 있을 때 비로소 도달할 수 있는데, 그런데 이것은 다시금 그 前提로서 立法者가 “올바른” 事例들의 總數를 위와같은 言語規則을 통해 確定해 놓아야 한다. 이러한 것들이 無限한 現實을 축소하게 만든다는 것은 明白하다. 여하튼간에 “判決을 하는” Computer에로의 길은 열려져 있다. 다만, 주의할 점은 그러한 Computer에 의해 生成되는 法은 裁判官들에 의해 生成되는 法과는 다른 “法”이라는 점이다: 다시 말해 그 “法”은 平等原則이 완전히 기계에 의해 조작되는 “法”이 될 것이고, 具體的인 歷史的 狀況과 個體性들을 고려하지 않는 “法”이 될 것이며, “個個의 人格”을 고려함이 없이 盲目的으로 判決을 내리는 正義의 諷刺畫(eine Karikatur der Justitia), 즉 非歷史的이고 沒人格的인 “法”이 될 것이다.

물론 Computer없이도 의례히 잘 “處理”될 수 있는 몇몇 分野에서는 人間關係를 위와같이 Computer를 통해 處理해 나가는 것도 意味가 있을 것이다. 그러나 그렇게 되면 原來的인 意味에서의 “法”, “判決”이란 말을 해서는 안될 것이다. 왜냐하면 法은, 合理主義的인 見解와는 反對로——合理的인 次元에 전적으로 놓여있는 것은 아니기 때문이다. 人間은 完全한 合理的인 存在가 아니며 따라서 自己의 行爲를 完全하게 合理的으로 判斷하지도 않는다. 그렇다고 나는 理性의 뒷전에 있는 “非合理性”을 옹호하고자 하는 것은 아니다. 正反對로 내가 주장하고 싶은 것은 아무리 기계적인 合理性을 發展시키더라도 항상 그렇게 될 수 없는 것이 있으며 그것은 바로 精神이다. 記號化는 명예스러운 것이나 그렇다고 그것을 宇宙의 開明者(Verräterin des Logos)로 만들어서는 안된다.

形式, 抽象, 一般化, 概念性등은 法을 形成하는데 있어 전적으로 不可缺한 것들이다. 왜냐하면 그것들이 없으면 平等取扱(Gleichbehandlung)과 正義가 存在할 수 없기 때문이다. 그러나 法發見에 있어서 항상 可變的인 生活事態의 固有性 및 特別性등을 고려하지 않게

되면, 法律規範으로부터 단순히 正義를 推論할 수 밖에 없을 것이고 또한 그러한 正義는 “同一한 것이 영원히 反復되는” 경직된 기계화를 의미할 것이며 自動的인 正義, Computer “正義” 즉 非人間的인 “正義”가 될 것이다.

이상에서 言及한 것을 要約해 보면 다음과 같다: 法律言語(用語)는 그 意圖에 따르면 抽象的-概念的이고 正確하고 一義的이며, 그 言語는 一次元的이며 단지 合理的인 範疇의 次元에서만 움직인다. 그러나 엄격한 의미에서의 一義的인 法律言語는 단지 最上으로 抽象化시킬 때에만 可能하며, 따라서 이러한 法律言語는 모든 實際的인 關聯性을 排除하게 된다. 그와같은 法律은 解釋할 여지도 없기 때문에 解釋을 必要로 하지도 않는다. 그러한 法律은 恣意的으로 조작할 수 있으며 따라서 法的安定性을 保障해 주지도 못한다. 法的安定性을 진지하게 중시하는 者는 言語와 (言語)計算간의 相互作用(關聯性)을 分析해야 하며, 그리고 言語와 (言語)計算간의 相互作用은 바로 言語는 言語計算을 포괄할 수 있으나 反面 論理的인(記號的인) 計算은 言語를 배척한다는 데에 있을 것이다. 그러므로 現實的으로 指向한 言語——또한 法律言語——는 本來 一義的일 수가 없다.

그러므로 一義的인 法律言語라는 “理想”은 到達될 수 없다. 또한 그러한 理想은 추구할 價値도 없는데, 왜냐하면 法律言語도 生動的이고 따라서 兩次元的인 言語이기 때문이며, 만약 그렇지 않다면 日常言語·法市民들간의 言語와 다리를 놓을 수 없기 때문이다(相互關聯될 수 없기 때문이다). 모든 專門言語가 그렇듯이 法律言語도 또한 恣意的으로 日常言語로부터 멀어져서는 안된다. 그러므로 法律言語는 단지 비교적으로 볼 때만 抽象的이고 正確할 뿐이며 그리고 그것도 規律對象의 種類에 따라 그 程度가 다르다(예컨대 竊盜는 大氣汚染 犯罪 보다는 훨씬 더 正確하게 규정될 수 있다).

V

法實現過程에서 어떻게 위에서 言及한 두 “世界”, 즉 生活事態의 日常世界와 規範들의 法世界가 서로서로 相互一致 되어질 수 있는가 라는 問題는 아직도 남아있다. 다시 말해서 어떻게 專門言語와 日常言語가 중개·교류될 수 있는가 하는 문제 말이다. 끝으로 나는 이 問題를 刑法에서의 例를 통해 說明하겠는데, 왜냐하면 刑法의 歸屬論에 있어서 이와같은 “번역”-과정이 지니는 문제성은 가장 明白하게 나타나기 때문이다.

오늘날의 刑法的 歸屬論(Imputationslehre)이 갖고 있는 欠缺點은 무엇보다도 너무 靜的인 考察方法에 있다. 사람들은 刑法的 歸屬에 있어서 마치 犯罪行爲의 意味가 미리 주어졌 있는 것처럼, 마치 확정된 것처럼 생각하고 있으며, (刑法)歸屬에 있어서는 그와같은 行爲意味를 再發見하는 것만이 重要하다고 생각하고 있다(非專門家的 範疇에서의 並行的 價値判斷). 이러한 見解에 따르면 歸屬行爲에 있어서는 어떤 形式的인 과정(生成的인 것)은 진행되지 않는다.

그러나 歸屬이라는 것은 法官과 行爲者(被告人) 사이의 Communication과정(의사소통과정)이며, 이 과정에서는 行爲者가 무엇을 表象했던가가 確定될 뿐만 아니라, 더 나아가 行爲者와 法官의 두 理解地平(Verstehenshorizonte)이 비로소 여기에서 相互一致하게 되는 것이다. (물론 法官은 自己의 言語를 使用함으로써 法律의 意味도 確定된다.) 그 以前에는 그와같은 相互一致는 存在하지 않는다. 日常의인 경우(보통의 경우에는) 行爲者認識과 法律의 意圖(目的)을 合致시키는 데 별 어려움이 없으나, 例外的인 경우에는 그와같은 相互一致는(意思疏通過程을 통해) 생성되어야 한다.

이와같은 의사소통과정은 一方的으로 진행되는 것이 아니다. 즉 行爲者가 갖고있는 日常言語의인 表象(관념)들이 法律言語로 번역되는 데 그쳐서는 안된다. 오히려 다른 방향으로 부터의 接近, 즉 法律의 專門言語의인 概念들이 行爲者의 日常言語에 대해 개방되어져야 하며, (法律概念은) 폐쇄적이고 추상적인 類概念들(Klassenbegriffe)로부터 具體的인 類型(Typus)으로 變해야 된다. 위에서 言及한 例의 경우 文書偽造者가 “조작” 또는 “속임수” 등으로 表象했던 것은 “文書偽造”라는 法律的인 概念과 相互關聯을 맺어야 한다. 그런데 이것은 또한 法律概念이 行爲者의 表象과 相互關聯을 맺게 될 때, 다시 말해 法律에서 말하는 “文書偽造”는 그와 같은 “조작”과 “속임수” 등을 의미하는 것이며 또한 왜 그러한 것인가를 說明할 수 있을 때 비로소 可能하게 된다: 이것이 단순히 生活事態를 法的으로 포섭하는 것이 아닌 것은 의심할 바 없다. 이렇듯 相互關聯的인 過程(절차)에서 行爲者가 생각하고 있는 行態方式과 法官이 생각하고 있는 法律概念은 서로서로 接近되어 간다. 즉 言語的인 表現들의 併合化가 이루어진다: 日常的인 行態方式들은 概念化 되어지고, 反面 概念들은 類型化 되어진다: 行爲者의 言語는 “觀念化” 되어지고, 法律의 言語는 “日常化” 되어진다. 兩理解領域은 결코 완전하게는 合致될 수 없으므로 따라서 刑法的 歸屬에 있어서는 充分할 程度의 “類似性”이 도달되는 것으로 족하다. 그러나 이 말은 단지 刑法的 歸屬은 항상 問題性을 내포하고 있는 判斷이라는 그 自明性을 표현한 데 불과하다.

그러므로 나는 刑法的 歸屬을 行爲者와 法官間的 意思疏通關係라고 말한다. 오늘날 사람들은 “責任對話(Schulddialog)”라는 말을 한다. 責任對話라는 것을 마치 法官과 行爲者가 서로 의사소통을 해서 終局에는 그들 사이에 犯罪者의 責任에 대한 合意가 이루어진다는 式으로 理解를 한다면 착각이다. 왜냐하면 一般的으로 被告人은 法官과 진지하게 對話를 할 용의가 없으며, 또한 刑事訴訟法에 의하면 對話를 할 必要가 없으며 裁判을 그와 無關하게 進行되게끔 둘 수도 있다(그렇게 되면 여하튼 辯護人이 그를 代辯한다). “責任對話”라는 말이 意味하는 것은 다른 것이다. 즉 그것이 意味하는 바는 刑法에 있어서 責任判斷은 良心的인 判斷(Gewissensurteil)으로서만 可能하다는 것이다. 人間의 基本的인 法益侵害를 規律하는(또한 그러한 法益侵害만을 規律해야 하는) 刑法에 있어서 良心的인 判斷은 상당한 정도 一般化될 수 있다. 다시 말해서 良心은 어느정도 代理해서, 즉 Karl Jaspers가 말한 것처럼

“마치 그 自身の 問題처럼 여길 수 있는 內的인 結束性을 가지고”, 判斷을 내릴 수 있다. 언젠가 한번 刑事判決을 해 왔던 사람은 Karl Engisch의 다음과 같은 말, 즉 他人에 대한 責任判斷은 “人間에 대한 우리의 理解가 中斷될 때” 더이상 이루어질 수 없다는 말을 肯定할 것이다. 行爲者를 理解할 수 있을 경우에만 내가 말하는 “代理的인 良心判斷(stellvertretendes Gewissensurteil)”은 可能하다.

이러한 생각으로부터 法官은 刑事訴訟에 있어서 두개의 역할, 즉 法律의 역할과 被告人의 역할을 떠맡게 된다는 것이 추론된다. “並行的인 價値評價”는 法官이 행하는 것인데, 즉 그는 刑事犯의 日常言語的인 世界와 刑法의 專門言語的인 世界를 仲介해야만 한다. 그러므로 法官은 두개의 言語, 즉 一般市民들의 言語와 法律言語에 모두 능통해야 한다. 그런데 職業的인 法官은 이와같은 要請을 充足시키지 못한다. 그러므로 다음과 같은 危險, 즉 法官은 行爲者의 世界를 自己에게 익숙한 法律概念이라는 안경을 쓰고 고찰하기 때문에 行爲者의 世界를 제대로 파악하지 못하고 따라서 自己의 두번째의 역할을 제대로 수행해 내지 못하게 되는 危險이 따른다. 이것이 바로 왜 獨逸에서 職業裁判官 以外에 非專門家를 裁判官으로 배서시키는가 하는 데에 대한 主要根據이다. 이미 “非專門家裁判官”이란 말 自體부터 그는 하나의 仲介人, 즉 法을 모르는 一般人(문외한)과 그에 능통한 法官間的 通역인이라는 것을 의미한다. 그의 任務는 行爲者 뿐만 아니라 法律도 理解하는 것이다——다시 말해 職業的인 法官은 非專門家的 法官에게 法律을, 反面 非專門家的 法官은 職業的 法官에게 行爲者를 理解시켜야 한다. 그러기 위해서는 그 前提로서 法律言語(用語)는 日常言語로부터 고립되어서는 안된다. 言語的으로 소외된 法律에 있어서 “並行的 價値評價”는 더 이상 機能할 수 없는 것이다.

以上에 言及한 것으로부터 結論을 내리기로 하자. “並行的 價値評價”는——즉 歸屬은——다름이 아니라 法官이 행하는 것이다. 行爲者는 自己의 行爲를 “並行的으로”判斷하지 않으며 오히려 自己에게 친숙한 行態方式에 따라 判斷한다. 위에서 詳述한 行爲者의 不法領域은 社會有害性意識이다. 그러나 自己行爲가 갖는 社會的 意味에 대한 行爲者의 모호한 意識은 法廷에서의 의사소통관계에서 그 行爲의 法的 意味에 대해 裁判官이 갖게되는 明白한 意識으로 농축된다. 違法性에 대한 認識은 訴訟節次에서 비로소 法官에 의해 形成(生成)되는 것이며, 그리고 나선 責任判斷에 있어서 行爲者에게 歸屬되어진다. 따라서 法的인 意味에 있어서의 責任은 事實 이미 Edmund Mezger가 인식한 것처럼 法官의 머리속에 있는 것이다.(여기에서 “Labeling Approach” 理論이 올바른 점을 포함하고 있는 것을 알 수 있다). 그러나 그렇다고 해서 行爲者가 하등의 責任도 갖고 있지 않다는 것은 아니다——그는 責任을 갖고 있다. 그 責任이 道德的인 責任인지, 社會倫理的, 社會的인 責任인지는 여기에서 차치하기로 한다. 法官의 任務는 이와같은 “日常的인” 責任을 法的 責任의 次元으로 고양시키는 데에 있다.

그러므로 刑法的인 歸屬은 두개의 次元에서 行해진다: 그 하나는 行爲者의 日常言語的인 世界라는 客觀的 次元이고, 다른 하나는 法官의 專門言語的인 Metaebene이다. 法官은 Metaebene에서 行爲者의 責任에 關係 判斷을 내리며, 그 責任을 “法的 責任”이라고 定義내린다. 이 Metaebene에 關係서는, 그리고 단지 이 次元에 關係서만, 나의 München大學 동료교수인 Paul Bockelmann의 다음과 같은 말이 妥當하다. 즉 問題가 되는 것은 法學的인 言語의 使用方式이며, 日常言語나 他學問의 言語方式은 문제되지 않는다! 그러나 法官의 責任判斷은 客觀的인 次元에서 責任이 存在한다는 것, 즉 달리 말해서 行爲者가 自己의 行爲를 이미 責任으로 理解하고 있다는 것을 前提로 한다——그런데 그는 自己行爲를 自己의 言語使用法에 따라 理解하고 있지 法學的으로 理解하고 있는 것은 아니다.

나는 以上에서 言及한 것을 통해 日常言語的인 日常生活과 專門言語的인 規範의 世界를 仲裁하는 歸屬의 問題가 “解決”되었다고 主張하고 싶지 않다. 아마도 이 問題는 궁극적인 해결을 볼 수 없으며, 그것은 마치 人間들의 生活事態를 法的으로 歸屬시키는 問題가 궁극적으로 도달하게 될 傳來的인 Universalienproblem과 같이 영원한 課題로 남아 있을 것이다.