

英國法과 美國法の 比較 研究 (V)

— 法理論 (legal theories)(2) —

安 京 煥* · 金 鍾 鐵**

IV. 미국 법이론의 형성과 발전: 사법우위의 다층적 법이론

1. 미국혁명과 건국 - 단절과 연속

미국의 독립은 단순한 독립이 아니라 혁명이다.¹⁾ 식민 모국의 법제도를 원용해온 초기 미국의 법이론이 혁명이라는 급박한 사회상황을 겪으면서 새로운 양상을 띠게 되었다는 것은 지극히 당연한 일이다.²⁾ 그러나 모든 혁명의 역사에서 보듯 혁명은 과거와의 단절과 연속의 복합과정이다. 미국 법이론의 발전사도 예외가 아님을 보여준다. 미국법의 독자적 특성이 구체화되기 시작하고 법체계의 통일적 발전이 추구되기까지는 적지 않은 시간이 소요되었다. 혁명을 전후하여서는 헌법분야에 괄목할만한 변화가 있었던 반면, 사법분야에서의 변화는 상대적으로 미약했다고 일반

* 서울대학교 法科大學 教授

** 漢陽대학교 法科大學 專任講師

1) Bernard Bailyn, *The Ideological Origin of the American Constitution* (Harvard University Press, 1992) 이 책에서는 영국제도의 부패부조를 척결한 도덕혁명이라는 관점이 강하게 부각되어 있다. 번역서로는 배영수 역, *미국헌법의 이데올로기적 기원* (새물결, 1999) 참조. 이 번역서에 대한 안경환의 서평은 *헌법학연구* 5-1 (한국헌법학회, 1999), pp. 410-412 및 *조선일보* 1999. 4. 20 참조. 한국출신의 재미사학자 김성복 교수도 이러한 점을 강조하여 미국헌법은 도덕혁명의 결과를 성문화한 경전에 비유할 수 있으며 그 대표적인 예가 탄핵에 관한 헌법 제2조 4항의 “반란, 수뢰, 기타 중대한 비행”(treason, bribery and other higher crimes and misdemeanors) 구절임을 강조했다. Sung Bok Kim, “문명의 관점에서 본 미국의 법과 정치 -Clinton Impeachment를 중심으로-” 1999. 6. 2 (서울대학교 법학연구소 초청강연 요지). 또한 더욱 구체적으로 미국의 독립 혁명이 기독교 사상을 실현하는 청교도혁명의 연장이라는 주장이 있다. Paul K. Ryu, *The World Revolution* (American West Independent Publishing, 1997) 이 책에 대한 서평은 김철수, “한국의 재통일을 위해”, *기독교사상*, 468권 (1998. 12), pp. 181-185; 안경환, “세계혁명”, *法學* 38권 2호 (1987), pp. 149-53. 번역서는 음선필 역, *세계혁명* (벽호, 1999).

2) Grant Gilmore. *The Ages of American Law* (Yale University Press, 1977), pp. 8-11 참조.

적으로 이야기된다. 기실 미국 법이론의 역사는 헌법의 역사라고 할 만큼 정치 이데올로기의 제도화로서의 성문헌법의 탄생에 주안점이 주어짐으로써 구질서, 즉 영국법 질서와의 단절³⁾에 논의의 초점이 맞추어져 왔다. 특히 정치질서 면에서 연속의 흔적을 애써 찾아내려는 것은 무리이다. 우선 미국은 이미 독자적인 정치 결사체로 활동하던 13개의 주들이 연합하여⁴⁾ 합중국으로 탄생한 연방국가였기에 단일 국가로서 런던을 중심으로 한 중앙집권적 정치체제를 가진 영국의 정치제도와는 구별되지 않을 수 없다. 또한 영국이 17세기 헌법혁명 이후 의회중심의 단일권력 체제를 유지해 온 것과는 달리 인류역사상 초유의 엄격한 삼권분립의 정치질서를 연방정부의 기본구조로 채택함으로써 헌법이론의 관점에서 영국 구제도의 영향을 탈피하다시피 하였다. 더구나 연방정부 조직의 골간을 성문헌법에 규정함으로써 정치 관행에 의존해 온 영국과는 근본적으로 다른 길을 걷지 않을 수 없었다.

그러나 무엇보다도 단절의 의미를 가시화시킨 것은 권리장전(Bill of Rights)이다. 권리장전이 Jefferson이 초안한 독립선언서에서 이미 천부자연권으로 선언된 권리들을 성문법의 형태로 제도화한 것이라는 것은 주지하는 바와 같다.⁵⁾ 기본권의 성문화는 정부권력의 행사를 제한함으로써 인권의 신장을 도모한다는 점에서 의의가 크다. 즉 주권자인 국민의 의지를 대변하는 입법에도 외적 제한이 생긴 것을 의미한다.⁶⁾ 그러나 헌법의 아버지들 사이에 구체적으로 어떠한 방법과 절차를 통해

3) 그러나 헌정사의 큰 변화도 흔히 혁명이라는 어휘에서 연상되는 상황보다는 급격하지 않았다는 점을 유의해야 한다. 미국이 연방권력구조를 중심으로 연방헌법을 제정한 것은 1789년 3월 4일의 일로, 독립선언(1776년) 이후 10여 년 후의 일임을 기억해 둘 필요가 있다. 무엇보다도 구체제와의 단절을 강하게 상징하는 권리장전이 헌법 '수정'(amendments)의 형식으로 연방헌법에 수용된 것은 그보다도 2년 후인 1791년 12월 15일의 일이었다. (주지하듯이 이 권리장전은 연방정부의 행위에 대해서만 적용되는 것으로 각 주 정부에 의한 권리 침해는 연방헌법의 범위 밖으로 인식되었다. 이와 같은 현상이 부분적으로나마 타파된 것은 남북전쟁을 겪고 난 후였으며 권리장전의 대부분의 조항이 연방, 주의 구별 없이 적용된 것은 20세기에 들어서야 가능하였다.) 그리고 John Marshall 대법원장이 *Marbury v. Madison* 판결을 통해 헌법의 최종 해석권자는 연방대법원임을 선언한 것이 19세기초의 일이다. 이는 오늘날 미국 헌법의 기본구조가 그 기본적 골격을 갖추기까지 적지 않은 시간이 필요했음을 의미한다.

4) 연방헌법의 성립 이전인 '연합헌장'(Articles of Confederation) 아래서의 미국의 정치적 성격은 13개의 독립된 주권체의 연합이라는 관점에 착안하여 State를 '방가(邦家)' 또는 '국가'로 번역하는 역사학도들의 시도가 있다. 배영수, 전계역서 (주 1) ('방가'); 정경희, 제임스 메디슨과 미국헌법의 성립, 서울대 박사학위 논문 (1998) ('국가') 참조.

5) 그러나 이러한 정설에 대해 권리장전은 '권력구조'에 관한 원리를 선언한 것이라는 Yale 대학의 Amar교수의 반론이 있다. Akhil R. Amar, "The Bill of Rights as a Constitution," 100 *Yale Law Journal* 1131, 1146-57 (1991) Amar교수는 일련의 논문을 통해 권리장전의 각 수정조항을 대상으로 이러한 가설의 논증 작업을 시도하고 있다.

6) 권리장전의 정치 철학적 의미에 관한 종합적인 논의는 Michael J. Lacey & Knud Hakossen eds., *A Culture of Rights - The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law -1791 and 1991* (Cambridge University Press, 1991). 그러나 근래에 와서 정

이러한 제한의 원리를 실현할 것인가에 대하여 명시적 합의가 존재하지 않았다. 방법론에 대한 명시적 합의의 부재가 미국헌법사를 특징지워 온 위헌법률심사제를 둘러싼 정치적, 법적 이론의 대립으로 나타난다. 대의민주주의 사회에서 주권자인 국민에 대해 직접 책임을 지지 아니하는 단 9명의 판사가 헌법의 명문에 의한 수권도 없이 무슨 권한으로 국민에 의해 선출된 정치적 기관이 국민의 이름으로 시행한 정책을 무효로 선언할 수 있는가? Dworkin이 미국법이론의 ‘달렘마’라고 지적했던 이 근본적인 질문에 대한 대답이 법의 본질을 무엇으로 볼 것인가에 대한 근본 인식의 차이에 따라 달라질 수 있음은 미국 법이론사가 증명하고 있다.⁷⁾ 사실 미국 법이론사는 사법심사의 정당성을 둘러싼 헌법 논쟁의 역사라고 해도 과언이 아니다. Hart와 Thomas Grey는 미국의 정치체도에서 법원이 주도적 역할을 한다는 사실이 미국 법이론의 성격을 특징지우며, 주요한 정책결정 과정에서 의회와 법원의 정치적 비중을 어떻게 정할 것인가의 기준에 의해 여러 유형의 법이론이 구별될 수 있다고 본다.⁸⁾ 이처럼 영국에는 존재하지 않던 제도를 둘러싼 논쟁이 끊임없이 재현되고 있다는 사실이 미국의 법이론사가 영국의 단선적 법이론사와는 다른 복잡한 양상을 띠게 되는 본질적인 이유라고 말할 수 있다.⁹⁾

부기관을 통해 헌정을 수행한다는 종래의 대의적 입헌주의의 원리에 대해 정면으로 반론이 제기되고 있다. 이들 ‘민중헌법학자’ (populist)들의 주장에 의하면 헌법은 헌법에 의해 창설한 국가기관과는 별도로 국민(the People)이 ‘보유’하는(retain) 독자적인 권한이 있고, 이러한 국민주권의 원리는 미국헌법에 담긴 기본원리라고 한다. 자세히는 Akhil Reed Amar, “The Consent of the Governed - Constitutional Amendment Outside Article V.” 94 *Columbia Law Rev.* 457-508 (1994); Richard D. Parker, *Here the People Rule - A Constitutional Popular Manifesto* (Harvard University Press, 1994) 참조.

7) Ronald Dworkin, “The Forum of Principle” 56 *N.Y.U. L. Rev.* 469 (1981).

8) H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Clarendon Press, 1983) pp. 124-125; Thomas Grey, “Modern American Legal Thought” 106 *Yale L. J.*(1996) p. 510.

9) 앞서 영국의 경험에서 보았듯이 사법심사제도가 어느 한 법이론의 논리적 귀결이 될 수는 없다. 그러나 법의 유효성을 실정법 이외의 당위규범의 판단에 위임하는 자연법론을 비롯한 이성법주의가 주권자의 의지에 법의 유효성의 판단의 중점을 두는 법실증주의에 비해 사법심사와 더욱 친할 수 있는 여지가 큼은 부정할 수 없다. 그러나 법실증주의를 취하는 경우에도 법창설자인 주권의 개념에 따라 위헌법률심사제도가 허용될 수 있는 여지는 충분히 있다. Blackstone이나 Austin처럼 주권을 분리 불가능한 무제한적인 권능으로 보지 아니하고 Bentham의 경우처럼 여러 정치체에 분산될 수 있으며 ‘명시적 헌장’(express convention)에 의해 그 구체적 권능을 제한할 수 있는 것으로 본다면 주권자의 의지의 표현으로서의 법률이 이와 같은 한계를 일탈한 경우에는 무효를 주장할 수 있는 여지가 남는 것이다. (Hart, 전게서 [주 8], 230ff) 다만 구체적으로 유, 무효를 판단할 기관이 누구인가의 문제만이 남을 뿐이다. 법적 통제를 강조하는 입장이라면 사법심사제를 선호할 것이고 정치적 통제를 선호하는 입장이라면 이에 대해 부정적일 것이다. 그러나 정치적 통제를 선호한다고 하더라도 법원을 단순한 실무기관이 아니라 정책기관으로 인식한다면 사법심사제를 경원시할 이유가 없게 된다.

혁명 당시의 사상적 논쟁은 혁명과 새 국가의 건설이라는 양대 목표를 달성하기 위해 어떤 형식의 제도적 장치를 마련할 것인가에 대한 대립으로 일관되고 있다고 볼 수 있다. 17세기 이후 서구사회를 지배하던 세속화된 고차법사상(higher law)¹⁰⁾에 의해 이러한 목적을 달성할 수 있다면, 새로운 제도적 장치는 이 고차법의 핵심을 무엇으로 볼 것인가에 대한 정치 이데올로기의 차이에 의해 결정지워졌다고 할 수 있다. 제헌 당시의 지배적인 정치이념은 자유주의(liberalism)와 공화주의(republicanism)로 파악하는 것이 보통이다.¹¹⁾ 자유주의와 공화주의의 차이는 시민사회의 성격¹²⁾을 무엇으로 볼 것인가에 따라 결정된다. 헌법의 아버지들에게 자유주의 정신을 제공한 사상가는 Locke이다. 그는 시민사회를 정치사회인 국가와 구별하며 국가는 시민사회의 원활한 통제를 위해 계약에 의해 형성된 인위적 사회로 그 영역은 그 계약이 정한 사항에 제한되어야 하며 어떤 경우에도 정치사회 형성의 원인이 된 시민사회의 본질적인 자율은 침해할 수 없다고 보았다. 그리고 이 시민사회의 핵심은 천부인권으로서 절대적인 보장을 받는 재산권의 원활한 행사라고 본다.¹³⁾ 반면 근대적 공화주의의 사상적 원조는 Montesquieu라고 할 수 있다.¹⁴⁾ Montesquieu가 의미한 시민사회는 정치사회와 동일한 것으로서 시민의 정치적 자유권이 자연권의 핵심이 된다. 따라서 시민사회의 민주적 결정만이 최고의 권위를 가지며 이를 제한하는 시도는 거부된다.¹⁵⁾ 이처럼 상이한 정치이념은 법의 기능을

10) Edward Corwin, *The Higher Law Background of American Constitution* (Cornell University Press, 1955); 42 *Harvard L. Rev* 149-185 (1928).

11) Mark Tushnet, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (Harvard University Press, 1988) pp. 4-17. 공화주의 이상의 “재발견”은 앞서 언급한 Bernard Bailyn의 저술(주 1)과 J.G.A. Pocock의 저술, *The Machiavellian Moments: Florentine Political Thought and the Atlantic Republicanism Tradition* (Princeton University Press, 1975)의 출간으로 비롯된다. 이들 저술에서 두 교수는 미국의 헌정은 고전적 공화주의에 기초했으며, 미국혁명과 헌법의 탄생은 어떤 의미에서 최후의 시민적 르네상스라고 주장했다. 이들에 의해 ‘재발견’된 시민적 공화주의의 정치이념은 1987년 미국헌법 제정 200주년을 전후하여 맹렬한 논쟁의 주제로 제기되었다. 자세한 것은 97 *Yale Law Journal* (1988) Symposium, pp. 1493-1730 참조.

12) 이들 양대 이념은 상호 배타적 관계에 있는 것이 아님은 물론이다. 이하 자유주의와 공화주의에 대한 비교는 Tushnet (전게서 [주 11], pp. 4-17)외에도 Suzanna Sherry, “The Founders of Unwritten Constitution”, 54 *Chicago L. R.* 1127(1987)의 논지를 채 구성한 것이다. 특히, 시민사회의 성격에 관한 기본 아이디어는 Gunther Teubner, “The ‘State’ of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany” 42 *Brigham Young Univ. L. Rev.* 553 (1993) pp. 554-558에 소개된 Charles Taylor의 이론에 크게 의존하였다.

13) John Locke, *Two Treatise on Civil Government* (Thomas Peardon ed. The Liberal Arts Press New York, 1952) Ch. 5. SS. 25-51 참조.

14) 그러나 특정의 사상가보다는 17, 18세기 영국의 “반공정파” (Country Party) 이론가들의 집합적인 영향으로 보는 강력한 견해가 있다. Pocock, 전게서 (주 11), Ch. 12 참조.

15) Lawrence M. Levin, *The Political Doctrine of Montesquieu's Esprit des Lois: Its*

무엇으로 볼 것인가의 차이에서 유래한다고 볼 수 있다. 자유주의적 입장에서는 시민사회의 준립기반이 되는 사유재산권을 민주주의 이념에 근거한 다수결에 의해 침해하는 상황, 즉 다수의 전제(tyranny of the majority)를 우려한다.¹⁶⁾ 반면에 공화주의의 입장에서는 시민의 자율적 결정권이 소수의 엘리트들에 의해 전유되는 것은 부패한 정부의 출현과 직결된다고 보고 독자적 결정권을 보유한 다양한 정치적 결사체를 통해 최대한 정치적 과정에 참여함으로써 소수의 전횡을 방지하고자 한다. 공화주의를 미국적 상황에 적용한 결론은 독자적 주권을 가진 개별 주의 권한을 존중하여 특수한 목적에 의해 성립된 연방의 통제권의 범위를 최대한으로 제한해야 한다는 것이다. 연방헌법과 연방정부의 창설은 자유주의와 공화주의 양대 정치이념의 타협과 절충의 산물이다. 자유주의자는 성문화된 연방헌법을 통해 有産階層의 사유재산권을 보장하고자 하며 공화주의자는 연방의 권한을 성문헌법의 한계 내에 묶어둠으로써 개별 주의 독자적 권리를 연방(혹은 연방의 이름을 빈 강한 지배적 주들)이 침해하는 것을 방지하고자 하였다. 따라서 자유주의자는 연방법원의 활성화를 통해 개인의 자유권을 보장하고자 하며 공화주의자는 연방법원의 권한축소를 통해 각 주의 자결권을 확보하고자 한다. 결론적으로 상이한 정치이념이 건국의 정치구조 형성에 있어 연방주의자와 반연방주의자, 대의민주주의론과 대중민주주의론, 사법심사 대 반사법심사의 대립으로 나타난다.¹⁷⁾ ‘헌법의 아버지들’(the Founding Fathers)은 이와 같은 정치적 이념의 차이에도 불구하고 성문헌법에 연방 차원의 엄격한 권력분립을 선언하고 주와 연방의 관계를 규정함으로써 양대 세력간의 대립이 지양될 수 있을 것으로 기대했다.¹⁸⁾ 그러나 Tushnet이 지적하듯이 헌법의 아버지들의 낙관적인 기대와는 달리 양자간의 충돌은 불가피하였고 이 대립이 미국헌정사의 전기간을 통해 지속되었다.¹⁹⁾

양대 이념 중에 미국헌정의 지배적 이념으로 주도한 것은 연방주의, 대의민주주

Classical Background (1936, reprinted Greenwood 1973); 장세용, 몽테스키외의 정치사상 (한울아카데미, 1995), 제5장.

16) James Madison in *The Federalist Papers* (No. 10) 참조.

17) 자유주의와 공화주의의 제도적 표현의 차이는 필연적인 것이 아니다. 연방주의, 사법심사의 제도가 공화주의와 결합할 여지는 얼마든지 있으나, 다만 혁명 이후의 정치적 상황이 공화주의세력보다는 자유주의 세력의 구도대로 전개되었다는 의미일 뿐이다. 공화주의 전통이 연방주의, 사법심사제도 등과 결합할 수 있는 여지에 대하여는 Tushnet, 전게서 (주 11), pp. 11-13 참조.

18) Harvard의 Tribe 교수는 미국헌법의 제1유형으로 권력분립과 연방과 주의 권한 분배에 관해 규정한 제1, 2, 3조를 들었다. 그가 주의 입법행위를 제한하는 규정 가운데 제1조 제10항의 “계약조항”(Contract Clause)을 권력분립 이외에도 개인의 자유보호라는 또 하나의 이상을 실현하기 위한 독자적 유형(제3유형)으로 따로 취급하고 있는 것은 특기할 만하다. Laurence Tribe, *American Constitution* 2d ed. (Foundation Press, 1988); 안경환, “미국헌법의 구도,” 法學 제31권 1·2호, pp. 56-75.

19) Tushnet, 전게서 (주 11), p. 7.

의론, 사법심사제와 친한 자유주의이다. 그러나 공화주의에 기원을 둔 주권주의, 참여민주주의, 사법자체론이 강력한 대립 이데올로기로서의 지위를 굳게 지켜왔다. 특히 건국 초기의 상황은 어느 일방이 주도한 것이 아님은 분명하다. 연방헌법이 연방정부의 실제적 권리를 규정하고, George Washington에 이어 연방주의자 John Adams가 제2대 대통령에 취임함으로써 연방주의자가 기선을 제압하였으나 새로이 탄생한 연방정부가 오늘날과 같이 강력한 권한을 행사하게 된 것은 아니었다. 특히 주목할 것은 오늘날 미국헌정제도의 상징이 된 정책법원으로서의 연방대법원의 위상이 확립되기까지에는 상당한 시일이 소요되었다는 점이다. 19세기 초 John Marshall 대법원장을 맞아 핵심적 연방기관으로 자리잡기까지는 법원은 의회와 행정부에 비해 열악한 기관이었다. 19세기 초반에 *Marbury v. Madison* 판결을 계기로 사법심사제를 도입한 이후에도 연방의회가 제정한 법률을 위헌으로 판단하는 것은 한동안 자제되었다. (후술하듯이 연방 차원의 사법심사가 확고히 정착하기 시작한 것은 남북전쟁 이후의 일이고 주 차원에서는 1840년대에 들어서였다.²⁰⁾ 이는 공화주의자 Jefferson이 제3대 대통령으로 당선되었으며 그의 인민주의가 1830년대 Jackson식 민주주의의 초석이 되었던 사실과 무관하지 않다.²¹⁾

2. 19세기의 법이론 - ‘법형식주의’(legal formalism)의 전개

그러나 전체적으로 볼 때 19세기는 자유주의가 공화주의를 제압한 시대였다고 할 수 있다. 19세기초 공화주의자 Jefferson의 강력한 견제에도 불구하고 연방대법원은 사법심사권을 쟁취하는데 성공하였고 일련의 중요한 판결들을 통해 자유주의의 근간인 정치사회와 시민사회의 분리를 전제하는 공법(public law)과 사법(private law)의 구별을 확립시켜 나갔다.²²⁾ 이 과정에 핵심적 역할을 한 헌법조항이 주의 법률이 계약상의 채권채무 관계를 침해하지 못하도록 규정한 “계약조항”(제1조 10항)이다.²³⁾ 이 조항은 주의 권한을 제한하고 개인의 재산권을 보장함에 입법 목적이 있다는 점에서 공화주의보다는 자유주의의 정치이념에 더욱 부합한다

20) Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960* (Oxford University Press, 1992) p. 19.

21) 잭슨 민주주의는 법원의 민주성을 제고하는 방향으로 전개되었는데 판사를 임명직에서 선거직으로 전환하였을 뿐만 아니라 배심원의 권한을 강화하였다. Arthur Schlesinger Jr, *The Age of Jackson* (Little Brown, 1947) Ch.5; Edward White, *Tort Law in America: An Intellectual History* (Oxford University Press, 1985), Ch. 1.

22) 공법과 사법의 구분과 시민사회의 구성 이념과의 관계에 대해서는 Horwitz, 전거서 (주 20), p. 25ff 참조.

23) Russell Galloway, *Justice For All? - The Rich and the Poor in Supreme Court History* (Carolina Academic Press, 1993), 안경환 역, 법은 누구 편인가 (교육과학사, 1994), 제5장 참조.

고 할 수 있다. 연방대법원은 이 조항을 근거로 특정 주의 법이 민주주의 원칙과 사회정의를 표방하여 부의 재분배를 시도하는 것을 원칙적으로 봉쇄하였다. 연방대법원이 표방한 법의 본질이 정부권력을 제한하는 규범인 이상, 법과 정치(혹은 도덕)의 준별, 법의 중립성을 강조하는 ‘규범주의’(normativism)의 입장임은 쉽게 간파할 수 있다.

19세기초에서 남북전쟁에 이르기까지의 미국헌법 이론사가 “고차법”(higher law) 사상에 뿌리를 둔 성문헌법을 통해 법의 유효성을 실체적 내용에 따라 판단하는 사법심사제를 구축하고, 공·사법의 구별을 통해 시민사회의 자유경제 질서의 확립을 규범주의적 법이론을 통해 확립하기 시작했다. 한편 미국의 私法질서도 19세기에 들어 새로운 발전 양상을 보여 준다.²⁴⁾ 미국혁명이 모국 영국의 사법질서를 매도와 타도의 대상으로 삼았으나 영국사법의 뿌리인 커먼로 원칙까지 배척한 것은 아니었다. 혁명세대는 Blackstone의 절대주권론을 비판함으로써 저항권을 발전시켰지만 자연법에 근거한 법원칙의 구현으로 인정되어 온 커먼로를 수용하는 데 별다른 저항을 보이지 않았다.²⁵⁾ 1774년 대륙회의가 영국 커먼로를 수용할 것을 선언했고 1776년부터 1784년까지 13개 주 가운데 11개의 주가 영국 커먼로를 정식의 法源으로 수용하였다.²⁶⁾ 로마법을 비롯한 대륙법계의 영향²⁷⁾이 전혀 없었던 것은 아니지만 건국 당시의 법률가들이 영국법 전통을 통해 실무를 익혔던 사실을 감안하면 최소한 법기술적 측면에서 영국법 전통의 계승은 필연적인 귀결이었을 것이다.²⁸⁾ 따라서 건국 초기에 엄격한 ‘선판례 구속의 원칙’(stare decisis)에 따른 형식적 법 적용이 계속되고 사법작용의 본질을 법형성이 아니라 법발견으로 이해한 것은 영국의 주류와 별로 다르지 않았다.

그러나 새로운 헌법질서가 구축되고 미국법원의 독자적인 판례들이 축적되면서 영국 커먼로 전통에 대한 도전이 잇달아 제기되었다.²⁹⁾ 대표적인 예로 ‘법전제정운동’(codification movement)을 들 수 있다. 인민주권론에 바탕을 둔 이 운동은 선거

24) Horwitz, 전계서 (주 20) 참조.

25) 자연법에 근거한 법의 일반원칙으로 커먼로를 파악한 혁명 전까지의 미국의 지배적인 법이론에 대하여는 Morton Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780-1860* (Oxford University Press, 1977), pp. 4-9; Corwin, 전계서 (주 10) 참조.

26) Horwitz, 전계서 (주 25), p. 4.

27) 혁명 초기 미국법에 미친 대륙법 이론(civil law)의 영향에 대하여는 R. H. Helmholz, “Use of the Civil Law in Post-Modern American Jurisprudence,” 66 *Tulane L. Rev* 1649 (1977).

28) Gilmore, 전계서 (주2), pp. 19-20; Lawrence M. Friedman, 안경환 역, *미국법역사 (A History of American Law)* (2d ed.) (대한교과서, 1988) 제1부 참조.

29) 이와 같은 영국법 배척 운동의 근거에는 반영국정서(Anglophobia)가 깔려 있었던 것도 부정할 수 없다. Gilmore, 전계서 (주 2), p. 22.

에 의해 구성된 의회의 입법을 범형성의 주축으로 보고, 이러한 민주적 정당성의 기초가 결여된 법원은 법창설의 권능을 보유하지 않는다고 주장했다.³⁰⁾ 공화주의자 Jefferson은 Mansfield 판사가 보여준 사법적극주의에 대한 경계로 미국 법원이 재판의 준거로 삼을 수 있는 커먼로의 선례를 13세기 이전의 판결로 제한해야 주장한 것은 그 극단적인 예라고 할 수 있다.³¹⁾

이같은 법실증주의적 경향에 대하여 커먼로의 유지를 옹호하는 측은 아이러니컬하게도 인민주권론을 근거로 법원의 범형성권을 옹호하였다. 그 대표적 이론가는 George Washington에 의해 초대 연방대법원 판사로 임명된 James Wilson이다. 그는 식민지 미국의 대표성을 인정하지 않은 영국의회의 법률이 식민지에서는 법적 효력이 없음을 영국 커먼로의 확립된 원칙을 근거로 주장하는 데 앞장 선 법률가로 알려져 있다.³²⁾ 그는 법을 주권자의 명령으로 파악하는 법실증주의자에 반대하여 모든 법은 주권자인 인민의 동의를 요구하며, 이러한 동의의 요건은 의회제정법에만 적용되는 것이 아니라고 보았다. 커먼로도 오랜 시일을 두고 형성된 관행의 산물이므로 그 자체가 인민의 동의를 받고 있는 법체계의 일부분이라고 주장하였다. 또한 커먼로의 형성에 관여하는 법원의 권한도 사실상 인민주권의 수탁자로서의 정당한 권한이라고 주장했다. 이처럼 자연법이라는 고차법에 근거하던 커먼로를 새로운 시대정신이 된 인민주권론에서 근거를 찾는 움직임은 Horwitz가 ‘도구주의 법인식의 태동’(The Emergence of an Instrumental Conception of Law)이라고 명명한 법의 본질과 기능에 대한 중요한 인식의 변화를 낳았다.³³⁾ 즉 커먼로를 인민의 의지를 실현하는 수단으로 인식하기 시작한 것이다. Horwitz는 19세기초의 상당수의 법률가들이 법원이 새로운 사회상황을 맞아 새로운 법을 적용함으로써 사실상의 입법행위를 하였다는 주장을 제기하였다.³⁴⁾ 그리고 이와 같은 적극적인 정책형성의 기능은 18세기 법률가들이 보여준 엄격한 선판례 구속의 원칙에 대한 비판과 병행되었다. 예를 들어 후에 Connecticut주 대법원장이 된 Zephaniah Swift는 사회적 상황이 다른 시대에 형성된 관행과 선례는 새로운 시대정신에 맞추어 새롭게

30) 자세한 것은 Friedman, 전계 번역서 (주 28), 제2부 제2장 참조.

31) Horwitz, 전계서 (주 25), p. 18.

32) Wilson의 법이론에 관하여는 Atiyah & Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Clarendon Press, 1987) pp. 235-236; Horwitz, 전계서 (주 25), pp. 18-20; Robert Green McCloskey ed., *The Works of James Wilson* (Harvard University Press, 1967); James De Witt Andrew, ed., *The Works of James Wilson, Associate Justice of the Supreme Court of the United States* (Callaghan and Co., 1896)

33) Horwitz, 전계서 (주 25), ch. 1.

34) Horwitz, 전계서 (주 25), pp. 22-24.

해석, 적용되어야 하며 법원은 형식적 기관중심의 법 적용에서 벗어나 정책적 의도에 맞추어 적극적으로 법을 형성하여야 한다고 보았다.³⁵⁾ 이 같은 커먼로에 대한 인식의 변화는 자본주의 시장경제의 발달에 따라 종래의 법리를 고수할 수 없는 법 영역이 급속히 증가한 사실에 기인함은 물론이다.³⁶⁾

19세기 미국의 헌법이론과 사법이론의 발전으로부터 특기할 것은 사법영역에서의 법원의 기능주의적 법 인식이 헌법이론 분야에서의 엄격한 규범주의와 맞물려 있다는 사실이다. 즉 헌법이론에서는 Tribe의 이른바 제3 헌법유형인 기득권조항(vested rights)³⁷⁾을 근거로 법의 독자성, 중립성을 강조하고 정책적 법의 해석을 거부한 것은 私法분야(상법, 재산법, 불법행위법)에서의 도구주의적 법인식과는 대조된다. 그러나 이와 같은 표면적 차이점의 이면에는 공통적인 경제 사회적 목적이 존재한다는 사실을 인식하는 것이 중요하다. 헌법영역에서 계약조항을 기득권으로 인정함으로써 정치적 목적으로 계약조항을 융통성 있게 해석하려는 시도를 배격한 것과 시장경제의 운용의 편의를 위해 융통성 있는 사법원리를 발전시킨 것은 연방 전체를 무대로 하려는 당시의 산업, 상업자본가들의 편익에 부응하는 것이었다. 그리고 표면적인 법인식의 차이와 무관하게 사회변화의 큰 흐름에 정책결정자로 주도적 역할을 하는 것은 법원이라는 단일한 인식이 자리하고 있다. 그 상징적 사례는 1842년 연방차원의 커먼로의 존재를 선언한 *Swift v. Tyson* 판결³⁸⁾이다. 연방법원이 독자적으로 주법을 해석할 수 있다고 선언함으로써 법체계의 연방화를 상징하는 이 판결은 연방헌법에 수권되지 아니한 사항은 주법의 관할사항으로 한 연방헌법³⁹⁾의 정진과 충돌할 가능성을 내포하고 있다.⁴⁰⁾ 이 판결의 집필자가 Joseph Story라는 사실은 특히 주목할 필요가 있다. 그는 1812년, 약관 32세에 연방주의자 대통령

35) Horwitz, 같은 책, pp. 25-26.

36) Gilmore는 중농주의에 바탕한 Jefferson의 반 맨스필드주의가 산업화, 도시화가 본격화되기 시작하면서 구 커먼로의 형식성을 탈피하여 보다 원활한 시장경제의 발전을 위해 사법체계의 전반의 변혁이 불가피해졌으며 맨스필드주의로 무장한 법원이 이에 부응한 것으로 해석한다. (Gilmore, 전게서 [주 2], p. 24). 시장경제의 발전과 도구주의의 관련성에 관하여는 Horwitz, 전게서 (주 25), p. 254 참조.

37) Tribe, 전게서 (주 18), Ch. 9; 안경환, 전계 논문 (주 18), pp. 113-132.

38) 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842)

39) 연방헌법 수정 제10조 참조. “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

40) 1938년 연방대법원은 이 같은 근거에서 *Swift*를 번복한다. *Erie R. Co., v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). Erie 판결의 입장은 *Swift* 이전의 연방대법원의 판결로 되돌아간 것이다. *Wheaton and Donaldson v. Peters and Grigg*, 33 U.S. (8 Pet.) 591, 658 (1834). 이 판결에서 McLean판사는 연방은 독립된 주권을 보유한 24개 (당시) 주의 연합에 불과한 것으로 연방차원의 커먼로는 존재할 수 없으며, 오로지 입법에 의해서만 커먼로가 연방법제 속에 편입될 수 있다고 선언한 바 있다.

James Madison에 의해 연방대법원판사로 임명된 연방주의자로 법전제정운동에도 적극적으로 가담하였으며 1831년 이후에는 Harvard 법대 Dane 석좌교수직을 겸임하면서 미국법체계의 기초를 세운 방대한 전문서를 저술한 바 있다.⁴¹⁾ 그가 연방을 중심으로 법의 체계성, 통일성을 확보하여 안정적인 경제사회변동을 추구하였다는 점은 쉽게 확인할 수 있다. 헌법의 계약조항을 엄격히 해석하여 주의 경제적 자유권 침해를 봉쇄하는 데 앞장 섰던 그가 Swift v. Tyson판결에서는 법원이 적용할 선판례의 범위를 단순히 미국법원의 판결에만 제한해서는 안되고 영국은 물론 대륙법계의 사례와 이 판결들이 미친 정치적 경제적 효과를 광범위하게 참조해야 한다고 주장한 것은⁴²⁾은 그의 연방 중심의 사법철학을 단적으로 보여 준다.

결론적으로 말해서 19세기에는 친자유주의, 연방주의자가 주축을 이룬 연방대법원이 미국 사회질서의 기본정책의 방향을 결정하는 선례를 축적함으로써 사법우위의 정부라는 미국 특유의 정치제도를 발전시키는 토대를 마련했다고 볼 수 있다. 이후에서 살펴듯이 미국법이론의 특성을 결정 지우는 것은 개별적 법이론들이 현상적으로 문제삼고 있는 법의 본질, 기능이 아니라 정책형성의 중추기관으로서의 법원의 역할이다. 따라서 법인식의 변화도 사법 적극·소극주의를 설명 혹은 비판하는 방편적 성격에 지나지 않는다.

19세기 초반의 도구주의적 법인식을 발전시켰던 사법의 영역에서도 1830년을 고비로 법과 정치(혹은 도덕 등 실체적 내용)를 구별하고 법의 독자적, 중립적 성격을 강조하는 현상이 점차 확산되기 시작했다. 초기 자연법과 인민주권론에 바탕을 둔 법승인론에 의지하여 커먼로의 법적 성격을 옹호하던 입장이 법이론의 과학성을 무기로 법의 독자성을 강조하는 입장으로 변모하기 시작한 것이다. Horwitz는 이 과정에 핵심적 역할을 한 것이 법전문서의 경쟁적 출간이라고 보고 있다.⁴³⁾ 초기 영국을 포함한 구대륙의 법사상과 정치이론이 중점을 이루던 19세기 초반까지의 법학저술은 1826년 James Kent의 『미국법 주석서』(*Commentaries on American Law*)⁴⁴⁾의 출간을 계기로 법실무가를 위한 기술적 법지식의 전수에 초점을 두는 변화를

41) Story(1779-1845)는 1831-45의 기간 동안 무려 9권의 전문서를 완성하는 놀라운 업적을 남겼다. Story의 전문서 저술에서 Dicey도 전문서를 집필할 동기를 얻었다고 한다. A.V. Dicey, 안경환·김종철 역, 憲法學入門, pp. cxxix-cxxx 참조. Story의 생애에 관한 대표적인 저술로는 G. Dunne, *Justice Joseph Story and the Rise of the Supreme Court* (Simon & Schuster, 1970). 이 저술에 대한 서평으로는 G. Gilmore, 39 *U. O. Chicago L. Rev.* 244 (1971) 참조.

42) 41 U.S. (16 Pet.) 2 (1842). 이 점에 관하여는 Gilmore, 전게서 (주 2), pp. 34-35 참조.

43) Horwitz, 전게서 (주 25), pp. 257-258.

44) James Kent(1763-1847)에 대한 상세한 정보는 William Kent, *Memoirs and Letters of James Kent* (Little Brown, 1898); Friedman, 전게 번역서 (주 18), pp. 147-150 등 참조.

보인다. 이들 저술이 법실무가의 수요를 감안한 상업적 동기⁴⁵⁾에서 출간된 것도 부정할 수는 없지만 그 이면에는 법의 본질과 기능에 대한 인식의 변화가 전제되어 있다. 짐증하는 사법입법의 반민주성에 대한 논의에 법률가들이 대항하는 방법의 하나가 법이 탈정치적인 독자적 지식체계 위에 형성된 것임을 보여주는 길임은 영국의 선례가 입증하는 바이다.⁴⁶⁾

또한 기능주의 법이론이 다시 규범주의 법이론으로 전환하게 된 것은 혁명 이후 가시화되기 시작한 사법원리의 근대화가 중산 계층의 희망대로 일정 수준 이상으로 진척되어 커먼로의 규범주의를 대체할만한 새로운 법원리를 축적한 것과 시기적으로 일치한다고 볼 수 있다. 결론적으로 말해서 법률가의 직업이익과 중산계층의 이익이 수렴되는 단계에서 법이 정치적 수단으로 인식되는 것이 이미 기득권 세력으로 정착한 이들 중산계층에 오히려 부담으로 작용할 시점이 된 것이다. 정치·경제적 전환기를 거치고 새 질서가 뿌리를 내리게 되면서 법의 안정성을 해치는 결과 지향적 실체적 법유효성 판단보다는 형식적 기준에 따른 판단이 요청되는 단계에 접어 든 것으로 볼 수 있다. 가장 상징적인 법체계의 변화는 1848년 New York에서 시작된 법전제정운동으로 가속된 형평법(equity)과 커먼로(common law)의 통합을 들 수 있다.⁴⁷⁾ 실체적 정의관념에 의거해 커먼로의 형식적 법 적용으로 구체적 현실타당성이 외면되는 것을 구제해 온 형평법이 커먼로와 동일한 절차에 의해 통합되고 양자의 사이에는 단지 구제방법상의 차이가 존재할 뿐이라는 인식이 탄생하게 된 것은 Weber의 형식적 법유형이 실체적 법유형을 제압하는 과정으로 이해될 수 있다.⁴⁸⁾ 경제사회적 측면에서 북부 산업 및 상업자본과 남부 농장자본간의 주도권 경쟁의 성격을 지녔지만 정치이념적으로는 연방권한의 확대를 원하는 자유주의와 주의 독자적 권한고수를 원하는 공화주의의 대결로 볼 수 있던 남북전쟁도 결과적으로 자유주의의 확고한 승리를 확인하는 계기가 되었다. 내전은 헌법에 기본

45) Kent와 Story의 전문서들이 폭발적 인기를 누리자 이에 자극받아 상업적 목적으로 법학자나 법실무가가 아니면서도 법서를 전문으로 집필하는 저술가들이 생겨났다. Gilmore, 전게서 (주 2), p. 29 참조.

46) 이 논문의 전반부를 이루는 영국 법실증주의의 법사회학적 함의에 대한 부분(안경환·김종철, “영국법과 미국법의 비교연구(V) - 법이론(legal theories)[1]”, 法學 제40권 제1호[1999], pp. 224-227) 참조. 노예제도가 제공하는 딜레마가 법을 정치나 도덕과 분리시키려는 형식주의의 발전의 한 원인이 되었다는 주장도 많은 공감을 얻고 있다. Atiyah & Summers, 전게서 (주 32), p. 249; Gilmore, 전게서 (주 2), pp. 36-39 참조.

47) David Dudley Field의 주도에 의해 뉴욕주에서 시발된 민사법전 제정운동은 전면적인 성공을 거두지는 못했으나 1860년의 조지아 주 민법전, 1872년의 캘리포니아 주 법전의 제정 등 약간의 성과를 남겼다. Friedman, 전게서 (주 18), p. 493 이하. 그러나 현실적으로 법전이 제정된 것은 개혁의 이상보다는 실무가의 편의 때문이라는 주장이 있다. Gilmore, 전게서 (주 2), p. 227.

48) Weber의 법유형론에 관한 간략한 설명으로는 이근관, “Max Weber의 법사회학에 관한 일고”, 최대권 외 공저, 법사회학의 이론과 방법 (일신사, 1995), pp. 149-167 참조.

권조항이 추가되는 계기가 되었으며 그 헌법적 의미는 연방에만 권리장전상의 자유권침해의 한계를 두던 것이 이제 개별주도 규제의 대항에 포함되기 시작한 것을 의미한다.⁴⁹⁾ 이제 自州住民의 보호자로서의 주정부의 이미지가 탈색되고 연방헌법에 의한 개인의 자유권의 직접적, 절대적 보장이 시대정신이 되었다. 이러한 시대정신의 구현자로 연방대법원이 본격적으로 나서기 시작한다. 특히 경제적 자유권은 가히 절대적 권리로 인식되어 굳이 계약조항에 근거하지 않더라도 헌법이 인정하는 천부적 자연권으로 취급되었다. 이는 자유권을 절대적으로 도그마화하여 사회상황의 변화에 따른 정책적 고려로부터 보호하려한 것으로 시민사회의 규율과 관련된 사범영역에서의 법의 독자성을 강조하는 戰前의 움직임을 더욱 강화하는 계기가 되었다. 그 절정은 연방대법원이 자유방임적 입헌주의에 근거하여 각종 사회복지입법을 위헌 선언한 “Lochner 시대”라고 할 수 있다.⁵⁰⁾

법의 독자성과 형식성이 강조된 결정적인 계기는 1870년 이후 Harvard를 중심으로 Christopher Columbus Langdell의 법이론에 바탕하여 전개된 법학교육개혁이다. 이후 20세기 초반까지 미국 법이론을 지배하면서 ‘고전적 근대법이론’(Classical Legal Thought) 혹은 ‘법형식주의’(legal formalism)로 불리워진 분석적 법이론(analytical jurisprudence)은 독자적 통일적 지식체계로서의 법의 성격을 강조했다.⁵¹⁾ 영국의 분석적 실증주의자들이 의회입법을 법형식의 중심으로 본 것과는 달리 랭델주의자들은 사유재산권의 보호에 중점을 둔 커먼로 중심의 법관을 정착시키는 데 공헌하였다. 이들은 ‘소크라테스식 교수법’으로 알려진 새로운 사례 분석 중심의 교육법(case method)을 통해 커먼로를 체계적으로 분석, 종합하는 교육을 통해 의회보다는 법원 중심의 법형성을 강조하는 미국 법이론의 전통을 확고히 하였다.⁵²⁾

Langdell식 법형식주의의 특징은 세 가지로 요약된다. 첫째, 법의 형식성을 강조한다. 사실관계에 대한 법리의 적용은 순수한 법개념의 상호작용에 의해 이루어져야 한다고 본다. 따라서 과학으로서의 법은 실험실 격인 도서관에서 사례집을 실험재료로 하여 형성되는 것이라는 Langdell의 주장이 이 맥락에서 이해된다.⁵³⁾ 둘째,

49) 미국 연방헌법 수정 제13-15조 참조. 흔히 “전후 수정조항”(Post-Civil War Amendments)으로 불리는 이들 조항의 직접적인 제정동기는 노예의 해방과 관련된 것이었으나, 구체적인 적용 과정을 통해 ‘주의 연방화’ 현상을 촉진시키는 데 기여했다.

50) Galloway, 전게서 (주 23), Ch.8 참조.

51) Langdell식 법형식주의에 관하여는 White, 전게서 (주 21), Ch.2-3; Grey, 전계 논문 (주 8), 495-497 (1996); Horwitz, 전게서 (주 20), Ch.1에서 주요한 아이디어를 얻었다. 이외에도 Grey, “Langdell’s Authority,” 45 *Pittsburg L. Rev.* 1 (1983) 참조.

52) 최대권, “미국사회에 있어서의 지적 흐름에 관한 연구 —법학교육을 중심으로—” 서울대학교 미국학연구소 편, *미국사회의 지적 흐름*(서울대학교 출판부, 1999), pp. 289-329 참조.

53) Gilmore, 전게서 (주 2), p. 42, 47.

법의 통일된 체계성을 강조한다. 법규범은 핵심 법개념과 원리에 의해 연역적으로 추론되어 일관되게 적용되어야 한다. 예를 들어 계약법의 경우 ‘意思理論’이 주류를 형성하면서 계약에 관련한 일체의 법리를 당사자의 意思 중심으로 체계화하려 하였다. 그 결과 다양한 유형의 계약들이 ‘청약’(offer)과 ‘승낙’(acceptance)이라는 계약법 전체에 적용되는 일반개념을 통해 일관되게 분석, 판단되었다.⁵⁴⁾ 1880년 이후에 확립된 National Reporter System을 통해 양산되는 각급 법원의 판례들의 취사·분석에 이처럼 추상화된 개념논리들이 현실적으로 유용했던 것도 Langdell주의자의 법학교육 개혁이 성공할 수 있는 원인이 되었다.⁵⁵⁾ 셋째, 법과 도덕의 분리이다. 독자적 지식체계로서 법은 순수한 법적 자료들로부터 분석되어야지 정치적, 철학적 주장을 혼용해서는 안 된다고 보았다. 미국헌법이 수용한 자연법적 전통에 근거한 법분석도 비과학적인 것으로 배격되었다.

이와 같은 특성이 법의 실체적 유효성 판단보다는 형식적 유효성 판단에 주력하게 되어 극단적으로는 모든 법의 정수는 사례집과 교과서 속에 존재하는 법률가의 법이지 정치가나 행정가의 법인 제정법은 부수적인 법에 불과하다는 주장으로까지 전개된다. 입법학이 법과대학의 교과과정에서 소외된 것은 당연한 귀결이다. 이 같은 법의 독자성, 형식성, 일반성의 강조와 추상적 개념적 법분석의 성행이 사법을 정부의 간섭으로부터 자유로운 영역으로 만들려는 자유주의자의 사법철학에 기여한다.⁵⁶⁾ 제반 이익집단의 조정자로서 국가의 중립적 성격이 강조되고 일반적, 실증적, 공적 성격의 법체계를 제공하는 것을 국가의 주된 임무로 삼는 프로젝트에 형식주의가 최상의 법이론을 제공하게 된 셈이다. 법형식주의의 헌법적 표현이 *Lochner v. New York*⁵⁷⁾ 판결로 대변되는 자유방임적 입헌주의가 된다. 연방대법원은 이와 같은 형식주의에 바탕하여 경제적 자유권을 절대적 권리로 선언하고 부의 재분배를 위한 사회개혁입법을 무효로 선언했다. *Lochner*류 판결들은 실증주의적 법이론이 사법적극주의와 결합하는 특이한 유형을 보여주는 예로서 미국 법이론사가 순수히 법의 기능을 둘러싼 논쟁의 성격보다는 사법 중심의 정치제도를 둘러싼 논쟁의 성격을 지님을 보여주는 좋은 예가 될 수 있다.

54) Horwitz, 전게서 (주 20), p. 13.

55) Gilmore, 전게서 (주 2), pp. 58-60. National Reporter System은 사기업인 West Publishing Co.에 의해 시도, 확립된 것으로 미국 법학교육에 획기적인 기여를 했다. 연방대법원의 공식 판례집인 U.S. Reporter를 비롯한 각급 공식 판례집보다 신속성에 있어서나 수록판례의 범위에 있어서나 크게 앞선다.

56) 이처럼 새로운 법의 인식을 통해 정치적 보수주의를 정당화하였다는 점에서 Langdell은 18세기 중엽 Blackstone이 영국에서 수행했던 것과 비슷한 역할을 담당했다고 볼 수 있다. Gilmore, 전게서 (주 2), p. 64, 68, 73 참조.

57) 198 U.S. 45 (1905)

3. 20세기의 법이론 - 다층적 법이론의 전개

(1) 진보주의 법이론 (Progressive legal theory) - Holmes와 Pound

그러나 정치적 보수주의와 결합한 형식주의 법이론이 점차 현실과 유리되어 시대의 조류에 역행하게 되자 사회현상의 변화를 수용하려는 법이론이 태동할 수 있는 분위기가 조성되었다. 19세기 말엽에서 20세기초에 이르면서 Holmes, Pound, Cardozo로 이어지는 실용주의 법이론(pragmatism)은 법을 사회개혁의 수단으로 인식하고 이론 중심의 법리보다는 정책의 실현을 위한 법리의 효용을 강조하기 시작한다. Holmes는 Darwin과 Spencer의 진화론의 영향 아래 사회현상과 유리된 개념과 논리의 세계에 비중을 두는 형식주의 법학을 비판하였다. Langdell의 계약법 교과서에 대한 서평에서 처음 사용되었다가 후일 그의 주저인 『보통법』(*The Common Law*)에 재사용하여 유명해진 “법의 세계는 논리가 아니라 경험의 세계이다”⁵⁸⁾라는 격언은 Holmes의 반형식주의적 법관을 간명하게 요약한다. 그러나 Holmes가 법의 영역에서 논리의 역할이 전무하다는 주장을 편 것은 아니다.⁵⁹⁾ 그의 주저인 『보통법』(*The Common Law*, 1881)과 『불법행위법』(*Torts*, 1883)은 그 독특한 경험주의적 방법론에도 불구하고 법을 하나의 독자적 논리 체계로 파악하고 있는 증거로 자주 언급된다. 사실 이 두 저술이 교과서와 판례 중심의 Langdell식 법학교육에 기여한 공로가 적지 않다고 일반적으로 인식되고 있다. 특히 주관적 요인보다는 표현주의(external standard)에 의거하여 계약법, 불법행위법 그리고 형법상의 책임(liability)개념을 통일적으로 설명하는 그의 주장은 Langdell주의자가 추구하던 법의 통일성, 체계성의 또 다른 일면에 불과하다는 지적이 많다. 이를 두고 Holmes를 Langdell의 조악한 형식주의를 한 단계 더 높은 경지로 발전시킨 법률가로 평가하기도 한다.⁶⁰⁾ 어쨌든 후세의 모든 학파가 Holmes를 사상적 원조로 숭앙하도록 하는 그의 법이론의 독특함은 사법소극주의의 특이한 면모에서도 드러난다. Summers는 Holmes를 Bentham의 공리주의의 영향을 받아 법의 효과에 주목하면서 법이 추구하고자하는 사회적 목적의 실현을 위한 도구로 파악한다는 점에서 ‘실

58) “The life of the law has not been logic: it has been experience”. Lecture 1, opening page, *The Common Law* (1881). 이 문구는 공리주의 법리에 대한 공격일 뿐만 아니라 법을 순수한 유클리드적 연역에 의존하는 고정된 체계로 파악하는 Langdell에 대한 비판이기도 하다. Sheldon M. Novick, “Introductory Note,” *The Common Law* (Dover Publications, 1991), p. iii 참조.

59) Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (Clarendon Press, 1995), p. 38 이하. Richard Posner, *Law and Legal Theory in England and America* (Clarendon Press, 1995), p. 20 이하.

60) Gilmore, 전게서 (주2), pp. 48-56. Gilmore는 Langdell과 Holmes를 한데 묶어 미국법사에 있어 “신념의 시대”(Age of Faith)를 주도한 양대 거목으로 지칭한다. 그의 책 p. 56 참조.

용주의적 도구주의법이론가' (pragmatic instrumentalist)로 평가하기에 부족함이 없다고 본다.⁶¹⁾ 그러나 Duxbury의 연구는 Holmes가 오히려 공리주의를 배격하였으며 그의 법이론은 사회적 약자에 결코 우호적인 것이 아닌 냉정한 법실증주의의 요소가 강했던 사실을 밝혀준다.⁶²⁾ Holmes가 이상으로 삼는 법은 자연권에 바탕한 유산자의 무조건적 자유를 보호하기 위한 것도 아니지만 법이 사회적 약자를 위한 적극적 사회개혁에 기여하여야 한다는 것도 아니었다는 것이 Duxbury의 분석이다.⁶³⁾ 대신 사회다윈론의 입장에서 사회적 경쟁에서 승리한 자들의 의지로서의 법을 존중하였다는 것이다.⁶⁴⁾ 실제로 *Lochner v. New York*에서 반대의견을 통해 개진된 Holmes의 사상은 헌법이 경제적 자유권을 헌법적 권리로 선언하지 않은 동시에 사회복지에 위한 어떤 경제적 논리도 헌법적 권위를 가지는 것으로 보지 않았다는 점이다.⁶⁵⁾ Holmes의 개성은 Summers가 '실용주의적 도구주의자들'(pragmatic instrumentalists)로 명명한 여타의 이론가들이 사회개혁입법에 우호적인 법이론을 제공하면서도 법원자체의 법형성 기능도 아울러 강조한 것과는 달리 Holmes는 법원의 법형성 기능에 소극적인 것에서도 드러난다.⁶⁶⁾

사회공학(social engineering)의 실현수단으로 법을 인식하고 법원칙보다는 법의 정책적 효과를 중시하며, 법원보다는 의회를 법실현의 주요기관으로 파악하는 진보주의 법이론의 완성자는 Roscoe Pound라는 것이 정설이다.⁶⁷⁾ Pound는 19세기말엽 이후 미국 법이론의 주류적 경향이 된 Langdell의 법형식주의와 자유방임주의를 비

61) Robert Summer, *Instrumentalism and American Legal Theory* (Cornell University Press, 1982), pp. 24, 28-29.

62) Duxbury, 전계서 (주 59), pp. 43-46. 연방대법원 사상 가장 진보적인 인물로 평가받는 William Douglas판사도 Holmes 때문에 평등권의 법리의 발전이 늦어졌다고 비난했다. Holmes 자신도 평등권 조항이 가장 설득력이 약한 헌법조항이라도 평한 바 있다. 안경환, “미국법의 이론적 조명 - 더글라스 판사의 법사상”, 고시계, 1986, p. 70.

63) Duxbury, 전계서 (주 59), pp. 43-46.

64) Gilmore, 전계서 (주 2), p. 49.

65) Gilmore 전계서 (주 2), pp. 66-67 참조. Grey는 이와 같은 상반된 평가를 두고 절충적 견해를 제시하기도 한다. 즉 개인적으로는 진보적이지 않았으나 법률가로서는 공동체의 지배적인 의견이 존중되어야 한다고 보았다는 것이다. Grey, 전계 논문 (주 8), p. 498, fn. 18.

66) Summers, 전계서 (주 61), pp. 22-26; Hart, 전계서 (주 8), pp. 128-129; Atiyah & Summers, 전계서 (주 32), p. 253. Cf. Gilmore, 전계서 (주 2), p. 15, fn 14.

67) 그러나 일단의 학자가 Benjamin Cardozo가 선구자라고 주장한다. Gilmore, 전계서 (주 2), pp. 76-77; Richard Posner, 전계서 (주 59), pp 34-35; White, 전계서 (주 21), Ch. 4. 어떤 분류에 속하든 Cardozo는 미국 법이론사에서 중요한 인물의 한 사람이다. Cardozo의 대표적 저서 *The Nature of Judicial Process*(1921)는 미국법의 지성사에 빼 수 없는 고전이다. 또한 그는 “법과 문학”의 선구자로 인식되어 1989년에 창간된 한 학술지는 그의 이름을 따서 Cardozo Journal of Law and Literature로 명명하였다. 그러나 이 글에서는 Cardozo의 법이론에 관한 상론을 피한다.

판하고 나섰다.⁶⁸⁾ 그는 Langdell식의 법형식주의를 ‘기계론적 법학’(mechanical jurisprudence)으로 폄하하면서 사회현상으로서의 법을 인식하는 ‘실용적, 사회학적 법학’(a pragmatic, a sociological legal science)을 주창하였다. 그에게 법과학의 산물로서의 법적 논리와 법원리는 자의적인 권력의 지배로부터 정의로운 법의 지배를 실현함으로써 인간에 봉사하는 수단이지 그 자체가 목적일 수 없다.⁶⁹⁾ 즉, 추상적 법개념과 일반원칙이 법의 요소인 것은 분명하지만 이들은 어디까지나 사회문제를 해결하기 위한 수단으로 기능해야지 그 자체가 핵심적 실체일 수는 없다는 주장이다. 19세기말 이후 미국의 입법과 판례가 사회의 변화에 적절히 대응하는 수단을 제공하지 못한 것은 이와 같은 기계론적 법이론에 얽매어 시대상황에 창조적으로 대처하는 정책지향적 사회학적 법이론을 구축하지 못했기 때문이라는 주장이다.⁷⁰⁾ Pound는 특히 법형성 기능을 판례 중심으로만 파악하고 입법의 역할을 무관심하였던 Langdell주의자와는 달리 입법의 주도적 역할을 강조한다. 커먼로의 탄력 있는 법창설 기능을 기대하면서도 법변화의 계기를 제공하는 것은 입법을 통해서임을 지적하고 있다.⁷¹⁾ 따라서 법의 실제적 효과를 감안하지 못한 법개념과 원리들에 집착하여 Langdell주의자의 커먼로 형식주의와 동일한 운명에 처해있는 법명령론에 바탕한 실증주의는 경험적 실증주의로 대체되어야 한다.⁷²⁾

헌법이론에서 19세기초 이후 철용성을 구축해 왔던 계약자유 원칙을 위시한 절대적 경제적 자유권에 대해서도 형식주의와 동일한 비판이 가해진다. 사회적 조건을 고려함이 없이 고차법적 조항으로부터 연역적으로 추급되는 계약의 자유라는 것은 오류이며 실질적 내용을 도외시한 ‘기계론적 법 적용’이라고 비판한다. 특히 Lochner 판결에서의 다수의견을 사회진화론적 입장에서 경쟁의 자유를 이야기하면서 실질적인 경제적 조건의 불평등을 고려하지 않고 법과 자유의 본질을 왜곡하고 있다는 것이다.⁷³⁾

이어서 Pound는 Jhering의 ‘이익법학’을 수용하여 법은 다양한 사회이익을 공익에 부합하게 교량하는 역할을 하여야 한다고 주장한다.⁷⁴⁾ 법형식주의자들의 과학적 법은 이름뿐인 과학, 연역론(deduction)에 바탕한 낡은 과학이지만, 사회학적 법이론은 실용성, 정책적 필요에 바탕한 진정한 과학이라고 주장한다.⁷⁵⁾ 사회현상으로서

68) Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence," 8 *Columbia L. Rev.* 605, 609 (1908).

69) Pound, 같은 논문, p. 605.

70) Pound, 같은 논문, pp. 613-615.

71) Pound, 같은 논문, pp. 614, 621-623.

72) Pound, 같은 논문, p. 621.

73) Pound, 같은 논문, p. 616.

74) Pound, 같은 논문, p. 610.

75) Pound, 같은 논문, p. 608 이하.

의 법을 인식하자면 법률가들도 인접사회과학의 방법론을 배우지 않으면 안 된다. ‘브랜다이스 브리프’(Brandeis brief)가 예증한 것처럼 구체적 입법의 효과에 대한 경험적 연구가 재판에 선행해야 한다는 것도 이와 같은 의식을 반영한 것이다.⁷⁶⁾ 그러나 Pound의 경험적 법이론도 Holmes와 마찬가지로 법의 내적 논리를 완전히 부정하지 아니하고 추상화된 법원칙을 방향타로 삼고 있다는 점에서 Langdell의 형식주의를 완전히 탈피한 것은 아니었다.⁷⁷⁾ 이는 Pound가 미국법학원 (American Law Institute)의 『연방법재록』(Restatements) 편찬 프로젝트에 적극적 참여한 것에서도 확인된다.

보다 근원적으로 과학적인 심지어는 체계적인 법원리의 존재 의의 자체를 부정하는 새로운 법이론이 진보주의 법이론을 발전적으로 비판하면서 1920년대 이후 Yale과 Columbia 법과대학을 중심으로 전개되었다. 이를 법현실주의 운동(legal realism movement)이라 부른다.⁷⁸⁾

(2) 법현실주의운동

사실 Duxbury가 근대법 이론사의 패러독스(paradox)로 명명한 바 있듯이⁷⁹⁾ 법현실주의 운동은 대저 법이론이 가지는 구체적 정형을 결여한 특징이 있다.⁸⁰⁾ 개별 영역에서 이 운동에 참여하고 있다고 자처하는 이론가들 사이에서도 근본적인 차이점이 적지 않다.⁸¹⁾ 다만 대개의 일반적인 경향을 귀납적으로 추론할 수 있을 뿐이다.⁸²⁾ 법현실주의의 대표적 특성은 진보주의자 혹은 실용적 도구주의자로 불리워지

76) Grey, 전계 논문 (주 8), p. 499.

77) Pound가 1930년을 전후하여 초기의 진보주의적 색채를 완화하고 형식주의적 태도를 보인 것은 분명하다. 특히 행정국가화 경향이 강화되면서 Dicey의 법의 지배론을 인용하여 커먼로의 중요성을 강조하고 규범주의 법인식을 강화시킨 것으로 이해된다. 자세한 것은 Horwitz, 전계서 (주 20), pp. 217-222, 227-228; Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy* (Butterworth, 1989), p. 166.

78) 법현실주의가 Harvard의 Langdellism에 대한 비판에서 출발한 점을 착안하여 이들의 논쟁을 일러 ‘Ivy League의 지적 결승전’이라고 비유하기도 한다.

79) Duxbury, 전계서 (주 59), p. 65.

80) William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Moment* (Oxford University Press, 1973), pp. 73-83; 법현실주의에 관한 종합적인 자료집으로는 W. Fisher, M. J. Horwitz, T. Reed eds, *American Legal Realism* (Oxford University Press, 1993). 국내의 대표적인 문헌으로는 최봉철, “법현실주의”, 서울대학교 미국학연구소 편, 미국사회의 지적 흐름-법 (서울대학교출판부, 1999), pp. 3-64. 참조.

81) 이 때문에 Twining은 법현실주의를 그 역사적, 분석적, 응용적 맥락으로 나누어 이해하여야 한다고 주장한다. Twining은 법현실주의 운동은 미국에 고유한 현상으로 본다. Twining, 전계서 (주 80), p. 375.

82) 따라서 학파(school)나 운동(movement)이라는 표현보다는 ‘분위기’(mood) 정도로 이해되어야 한다는 주장이 적지 않다. Duxbury, 전계서 (주 59), p. 69; Horwitz, 전계서 (주 20), p. 169 참조. 특히 Llewellyn연구자인 Twining은 일반적으로 인정되는 법현실

는 Holmes와 Pound가 시도했던 경험론적 사회과학 방법론을 통한 법형식주의 비판을 보다 철저히 추구한다는 데 있다.⁸³⁾ 우선 현실주의자들은 진보주의 법이론이 법형성의 중심을 커먼로에서 의회입법으로 전환했던 것을 다시 커먼로 중심으로 되돌린다.⁸⁴⁾ 법현실주의 연구가 Wilfried Rumble이 지적한 것처럼 법현실주의자들이 목표로 했던 것은 법형식주의자들이 채택한 사례중심의 법연구를 폐기하는 것이 아니라 그 형식주의적 폐해를 극복하는 것이었다.⁸⁵⁾ 그러나 형식주의자들이 소수의 상급심 판례를 중심으로 법의 발견에 주력했던 것과는 달리 광범위한 하급심 판례를 중심으로 구체적 사실에 주안점을 두는 특성을 보인다.⁸⁶⁾ 법현실주의의 시각에

주의 대표적 특성들이 그 대표자로 지목되어온 Llewellyn 자신의 이론과 상충되는 부분이 적지 않음을 지적하고 있다.(Twining, 전게서 [주 80], pp. 80-81) 필자들도 이 논문에서 법현실주의의 특성으로 언급하는 것은 특정 이론가를 염두에 두기보다는 대개의 법이론서들이 일반적으로 인식하고 있는 경향을 정리했을 뿐이다. 이 논문에 기본적으로 참조한 저술은 Duxbury, 전게서 (주 59), Ch. 2; Grey, 전계 논문 (주 8), pp. 500-502; Wilfred Rumble, "The Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence," 66 *Cornell L. Rev.* 986 (1981); Twining, 전계서 (주 80), Chs. 5, 15.

83) 법현실주의자들은 경제학의 제도학과, 행태주의 심리학, 실용주의 등 다양한 사회과학적 접근법을 수용했다. 자세히는 Duxbury, 전계서 (주 59), pp. 79-135.

84) 법형식주의에 대한 공격에서는 보조를 같이 했던 진보주의와 법현실주의가 보여주는 이와 같은 차이점을 지나치게 확대 해석할 필요가 없다는 주장도 있다. 사실 이들 법이론이 번성하던 1930년대는 소위 뉴딜 입법들이 양산되고 행정국가화 현상이 가속됨으로써 미국법의 근본 구조에 대변혁이 진행되던 시기였다. 커먼로 편향으로 입법에 대해서는 무관심했던 법형식주의와는 달리 실용주의적 입장에서 서서 입법을 통한 사회개혁에 적극적인 법현실주의자들이 적지 아니하였다. Summers는 이 점에 착안하여 법현실주의의 주류를 실용주의적 도구주의로 파악하고 법현실주의라는 표현의 부적절함을 강조한다. (Summers, 전계서 [주 61], pp. 36-37) 그러나 Duxbury는 법현실주의라는 명칭이 만족스럽지는 못하더라도 진보주의와 통용되어 온 법현실주의를 통틀어 실용주의적 도구주의로 파악하는 Summers의 분류법은 양자간의 본질적인 차이를 무시한 지나치게 포괄적인 개념이라고 비판한다. (Duxbury, 전계서 [주 59], pp. 70-71) Grey도 진보주의와 법현실주의의 차이점을 강조하면서 법현실주의자들이 뉴딜 정책에 적극적인 면이 있었음을 시인하더라도 그 주도세력은 진보주의로 보아야 한다고 본다. 특히 Grey는 일부 법현실주의자들의 뉴딜정책에의 기여를 제한된 범위로 국한시킨다. 즉 그들이 보여준 체계적 법원칙, 법개념의 부정, 사법작용 중심의 법연구, 사법결정의 즉흥적, 결과 중심적 속성이 법원의 중립성에 대한 허위 의식을 불식시킴으로써 루즈벨트의 법원재편계획에 힘을 실어 주는 등 뉴딜정책의 성공에 간접적으로 기여한 것에 불과하다고 본다. (Grey, 전계 논문 [주 8], p. 502) Duxbury도 Jerome Frank, William Douglas 등 법현실주의자들이 Roosevelt정부에 참여한 것이 꼭 법현실주의를 실천하기 위한 것은 아니었다고 지적한다. (Duxbury, 전계서 [주 59], pp. 70-71) Cf. Horwitz, 전계서 (주 20), p. 170.

85) Rumble, 전계 논문 (주 82), p. 1000.

86) Gilmore, 전계서 (주2), 79ff 참조. 이 같은 주장은 법실무가로서 법현실주의의 대표적 이론가가 된 Jerome Frank의 법이론에서 가장 두드러진다. Twining, 전계서 (주 80), 71, fn 2, 3 참조.

서 보면 진보주의나 법형식주의나 언어의 체계인 원칙이나 개념에 집착하기는 마찬가지이다.⁸⁷⁾ 진보주의가 중시하는 입법이나 법형식주의가 중시하는 관례(특히 상급심)를 통해 형성된 법적 개념이나 체계적 원리가 실제로는 껍데기에 불과하고 구체적으로 현실 속에서 통용되는 법이란 것은 분쟁 해결 절차를 통해서 내려지는 법적 결정 그 자체라고 본다.⁸⁸⁾ 이와 같은 구체성을 가지는 법인식 속에 통일성을 기대하기란 애당초 불가능하다.⁸⁹⁾ 법형식주의자들이 법의 핵심요소로 본 추상적 개념과 도그마들이나 진보주의자들의 정책적 목적 같은 것이 구체적 타당성을 가진 법 발견에 별다른 도움이 되지 못한다. Llewellyn은 “법현실주의자들이 원하는 것은 법과 법이론가들이 단순한 말들(words)이 아니라 … 뭔가 손에 잡히는 것(tangibles), 사람들(people), 그리고 물건들(things)을 다루는 것이다. 현실주의자들은 규범(rules)과 법(law)을 목적(ends)에 이르는 수단(means)으로 본다.”⁹⁰⁾

이와 같은 현실주의적 법인식이 최소한 법적 사실의 채집 과정에 있어서 법과 도덕을 엄격히 분리하는 것은 지극히 당연하다.⁹¹⁾ 이점에서 법현실주의의 실증주의적 요소를 발견할 수 있다.⁹²⁾ 또 법관은 규범의 발견자, 적용자가 아니라 분쟁의 해결사 내지는 조정자로서 인식된다. 법관도 인간인 이상 조정 과정에서 논리보다는 직관에 의존하게 된다. 이처럼 논리가 아닌 직관을 통해 형성된 법을 추상화된 규범으로만 이해해서는 그 같은 결론에 이르는데 영향을 미친 비규범적 요소들의 역할을 간과하게 되고 법의 진정한 면모를 파악할 수 없게 되어 미래의 법을 제대로 예측(prediction)하기가 어려워진다.⁹³⁾ 따라서 법의 확실성을 담보하기 위해서는 법적 결정에 이르는 과정을 주시해야 하며 법이론의 주된 관심은 법이 아니라 법형성의 과정과 법관의 행위 양식에 집중된다.⁹⁴⁾ 결론적으로 현실주의자들에게 있어 진보란 법 그 자체의 진보가 아니라 행위 이론적 사회과학 방법론을 통한 법·연

87) Horwitz, 전게서 (주 20), p. 170.

88) Rumble, 전계 논문 (주 82), p. 992.

89) Rumble, 같은 논문, p. 999.

90) Llewellyn, “Some Realism about Realism”, 44 *Harvard L. Rev.* 1223 (1931); Horwitz는 이와 같은 법의 현실관련성을 강조하는 것이 다양한 법현실주의자들의 공통된 특성이라고 한다. Horwitz, 전게서 (주 20), p. 187.

91) Llewellyn은 법현실주의적 접근법의 법과 도덕의 분리가 감정적인 것임을 강조한다. 그가 규범적 개념으로서의 법의 속성을 완전히 무시하지는 않았다는 증거이다. Twining, 전게서 (주 80), p. 79에 인용된 Llewellyn의 *Jurisprudence* 발췌문(항목 4) 참조.

92) 법과 도덕의 분리라는 동일한 접근법을 통해 Austin의 분석법리학과 법현실주의를 비교하는 것으로는 Rumble, 전계 논문 (주 82), pp. 1006-1011 참조.

93) 이와 같은 ‘결과 지향적’ ‘예견가능성’ 위주의 법관을 연방대법원에서 실천한 대표적 인물이 William Douglas이다. Rumble, 전계 논문 (주 80), p. 997, fn 57; 안경환, 전게서 (주 62) 참조.

94) Rumble, 전계 논문 (주 80), p. 1001 참조.

구'(study of law)의 진보를 의미한다.⁹⁵⁾

이와 같은 법현실주의적 경향의 헌법적 표현은 20세기 초반 연방대법원을 지배하던 형식주의적 자유방임주의에 대한 공격이다. Robert Hale은 헌법상의 자유권, 특히 경제적 자유권은 권리 행사자의 사회·경제적 상황에 따라 보호의 강도가 달라질 수 있다는 상대성을 논증함으로써 연방대법원이 적법절차조항 등 일반규정을 원용하여 계약의 자유 등 경제적 자유권을 절대적 자유권으로 인정해온 태도를 비판한다. 시장의 현실은 완전경쟁이 아니다. 생산수단을 소유하지 못한 경제적 약자는 생존권을 담보로 하여서만 경제적 강자의 우월한 교섭력에 대응할 수 있으므로 절대적 자유방임을 용인하고 강제하는 것은 경제적 유산자의 경제적 지배를 암묵적으로 강화하는 결과가 된다.⁹⁶⁾ 양자의 경제적 자유의 균형을 맞추기 위해서는 경제적 강자의 자유를 일부 제한함으로써 경제적 약자의 생존의 자유를 보장하는 것이 불가피하다는 것이다. 시장경제가 강력한 교섭력을 가진 강자에 의해 사실상 조정, 통제되는 상황에서 '자유'경제를 거론하는 것은 탁상공론에 불과하다. 이와 같은 모순에 대한 대안은 자유권을 정부에 대한 공권으로만 인식할 것이 아니라 사인에 의한 침해로부터도 헌법적 보호가 가능한 것으로 해석되어야 하며, 따라서 단순히 입법이 경제적 자유권의 내용에 간섭한다는 사실만으로 무효가 될 것은 아니며 보호되고 침해되는 이익간의 교량이 필요하다고 한다.⁹⁷⁾

(3) 법과정론

법형식주의, 진보주의, 법현실주의의 이론적 공방 끝에 이들을 변증적으로 발전시킨 새로운 이론적 경향이 탄생했다. 일반적으로 법과정론자(Process Jurists)로 불리는 이들 법이론가들은 2차대전 이후 급성장하여 초기 Warren 법원기에 전성기를 맞았고 오늘날에도 여전히 미국의 주류 법문화에 강력한 영향력을 행사하고 있다. 여기에서는 과정주의의 선구자 격인 Fuller의 이론을 중심으로 그 특색을 살펴본다.

우선 Fuller는 법은 단순한 규범의 체계가 아니라 목적의식적 행위(purposive

95) Grey, 전계 논문 (주 8), p. 501.

96) Robert L. Hale, "Law making by Unofficial Minorities," 20 *Columbia L. Rev.* 455 (1920).

97) Robert Hale, "Our Equivocal Constitutional Guaranties", 39 *Columbia L. Rev.* 594 (1939). Duxbury는 Hale이 공·사법의 영역을 엄격히 구분하고 경제적 자유권을 공법에 의한 사법영역의 침투를 방지하기 위한 방패막이로만 인식하는 것은 정부기관 못지않게 구성원들을 행정적으로 통제하는 민간단체들의 실체를 제대로 파악하지 못한 것이라고 비판한다. (Duxbury, 전계서 [주 59], p. 110) 그러나 정부가 공익의 대변인으로서 이들 민간단체들의 전횡을 감독할 책임이 있다고 주장한 점은 조합주의적 경향(corporatism)이 강화된 현대법 체계의 특성에 비추어 시사하는 점이 크다고 평가한다. 현대법의 조합주의적 경향에 대한 평가는 Roberto Unger, *Law in Modern Society: Toward a Social Theory* (Free Press, 1976), pp. 200-203 참조.

activity)라고 본다. 그는 법은 “인간의 행위를 규범의 지배에 복속시키는 모든 기획(enterprise)”⁹⁸⁾이라고 정의함으로써 법의 외연을 확대하였다. 따라서 커먼로를 법의 기본형식으로 보고 일반원칙에 부응하지 않는 입법과 행정의 재량행위(discretion)를 법의 영역에서 제외시켰던 법형식주의를 극복하고 다양한 사회통제 유형을 법이론의 관심대상으로 포함시켰다. 또 법의 양식을 국가법에만 국한시키지 않고 다원주의적 법인식을 가능하게 함으로써 형식적 권위구조로부터 법적 성격을 도출하는 법형식주의를 비판할 수 있는 이론적 토대를 마련했다. Fuller는 법현실주의가 실증주의적 법형식주의의 현실 괴리성을 날카롭게 파헤치면서도 법형식주의의 본질적인 문제점이 법과 도덕의 분리라는(그릇된) 전제에서 발생한 것임을 간과하지 못하고 이를 답습한 오류를 범했다고 주장한다.⁹⁹⁾

따라서 존재의 법과 당위의 법, 즉 실정법과 도덕은 구별될 수 없고 법은 그 도덕적 수준과의 관련하에서만 이해될 수 있다는 주장이 뒤따른다.¹⁰⁰⁾ 그러나 Fuller가 복원하려는 자연법은 실체적 내용을 가진 외적 존재로서의 고차법적인 자연법이 아니라 법의 실효성을 제한하는 절차적(procedural) 속성을 가진 내적 도덕성(internal morality), 즉 세속적(secular) 자연법이다.¹⁰¹⁾ 내적 도덕성의 강도는 ‘규범 강제적 도덕’(morality of duty)과 ‘최상위 수준의 도덕’(morality of aspiration)을 정점으로 역사적 사회적 조건에 따라 달라진다. 다원주의적 법인식은 법이 기능하는 사회적 관계(human interaction)의 다양성을 전제하고 있기 때문에 구체적인 사회적 관계에 따라 요구되는 도덕적 강도도 다를 수밖에 없다. 예를 들어, 대표적인 법양식인 국가법의 경우 의회와 법원에게 시대 상황을 고려하여 법의 내적 도덕성의 강도를 적절히 정할 임무가 부여된다. 그러나 의회와 법원도 각각 추구하는 사회적 질서의 내용이 다르므로 내적 도덕성의 정도에 있어서 완전히 일치하지는 않는다. 따라서 법원은 법규범을 해석, 적용함에 있어 다양한 사회적 질서가 추구하는 목적에 준거하여야 하며 그 사회적 질서에 정통한 법형성권자(의회)의 판단을 존중하여야 한다. 법형식주의나 법현실주의와 같이 법적 판단의 대상이 되는 사회적 질서의 목적을 배제하는 것은 법이 목적의식적 행위임을 간과한 것으로 올바른 현실적응성을 가질 수 없다. 그렇다고 법의 지배라는 자유민주주의의 기본원칙을 방기하는 것은 아니며 단지 법의 지배의 이상을 규범주의의 소극적 통제의 양상에서 벗어나 법을 실현하는 기관들의 행위양식을 재배치하는 방식으로 실현하고자 한다. 이를테면 ‘기관적합성’(institutional competence)에 기준을 둔 사회통제권의 재배정

98) Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1969), pp. 96, 106.

99) Duxbury, 전계서 (주 59), p. 224.

100) Fuller, 전계서 (주 98), Ch. 2.

101) Fuller, 같은 책, pp. 96-97.

이 과정주의자들의 대안이다.¹⁰²⁾

Fuller의 주된 관심도 다양한 사회적 행위 양식, 특히 사법과정의 적절한 관할범위(jurisdiction)를 특정하는 데 집중되어 있다. Fuller에게는 (광범위한 의미의) 사법작용(adjudication)¹⁰³⁾에 따른 법형성 자체도 목적의식적 행위이므로 그에 고유한 통일된 정체성이 있다. Fuller는 사법작용의 정체성을 당사자주의에 입각한 ‘합리적 의견개진’(reasoned arguments)의 과정에서 찾는다. 따라서 사법과정의 본질은 사법과정을 관통하는 독특한 합리성(rationality)의 추구에 있다.¹⁰⁴⁾ 사법결정이 여타 양식의 법이 표방하는 목적을 일방적으로 추종해서는 사법 고유의 기능과 정체성을 상실한다고 경고한다. 법원은 자신이 판단적격을 가지는 사안에 대하여 정치적 고려에 좌우되지 않는 중립적이고 합리적으로 정리된 원칙에 입각하여 분쟁당사자들의 합리적 주장을 평가하는 과제를 수행한다. 그러나 이와 같은 형식적 기관적 합리성의 추구가 실질적 복합적 상황판단을 필요로 하는 현대행정에는 부적합한 경우가 적지 않다.¹⁰⁵⁾ 따라서 이와 같은 업무는 사법기능과 행정, 입법기능을 복합적으로 행사하는 새로운 기관 — 예를 들어 행정위원회 — 이 수행하는 것이 바람직하게 된다.¹⁰⁶⁾

Fuller가 자연법의 복위와 사법작용의 정체성을 동시에 추구하는 동기는 20세기의 역사적 상황에 연유한다. 특히 당위의 측면을 외면한 여러 법이론들이 인류에 대한 범죄를 저지른 나치 정권과 스탈린 전체주의 앞에 속수무책이었던 것이다. 이 같은 역사적 상황 아래서의 법이론의 사명은 법으로 하여금 자유민주주의의 수호자로 만드는 것이다. 법의 유효성을 궁극적으로 개인의 자유와 민주주의라는 가치에 귀속시키기 위해서는 당위의 법을 인식하는 것이 필수적이다. 정치의 법에의 복속, 즉 현대적 의미의 법의 지배라는 규범주의적 법인식의 표출이다: “주권자가 법이 무엇인지를 결정하지만 그 자신 법에 의해 결정되어진다.”¹⁰⁷⁾

그러나 Fuller가 법의 당위적 측면을 부활시켰다고 해서 실증적 측면을 도외시한 것은 아니다. 무엇이 옳고 그른가를 밝혀 주는 일반원칙은 ‘발견’되는 것이지만, 이러한 일반원칙이 존재하지 않는 기술적인 영역에서는 규범을 ‘창조’하지 않을 수 없다. 입법이든 선관레이든 법의 형식으로 현실적으로 주어진 명령을 무조건 무시할

102) Horwitz, 전제서 (주 20), p. 254.

103) Fuller는 최광의의 adjudication의 개념을 사용하고 있다. 여기에는 부모가 자식들의 싸움에 관관으로서의 역할을 수행하는 행위도 포함한다. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, 92 *Harvard L. Rev.* 353ff (1978).

104) Fuller, 같은 논문, pp. 365-372.

105) Fuller, 전제서 (주 98), p. 177.

106) Fuller, 전제서 (주 103), pp. 394-404.

107) Fuller, “Reason and Fiat in Case law,” 59 *Harvard L. Rev.* 376, 387 (1946).

수는 없다. 어떤 이데올로기나 자연법적 원칙도 법형성권의 존재 자체를 부인할 수는 없기 때문이다.¹⁰⁸⁾ 법을 순수히 법형성권자의 명령(fiat)으로만 보아서도 안되지 만 법이 언제나 이성(ratio)의 완벽한 구현일 수도 없다. 즉, 법은 이성과 명령의 결합인 것이다.¹⁰⁹⁾ 그러나 실정법은 궁극적으로 이성법이 설정한 한계 내에서만 효력을 보유한다. 따라서 실정법을 해석·적용하는 사법작용은 이성법에 부합하는 일반원칙을 발견·실현하는 작용이 된다. 그리고 실정법을 형성하는 행위뿐만 아니라 일반원칙을 발견하는 행위도 목적의식적 행위이므로 그 추구하는 목적에 최대한 부합하여야 한다. 사법과정은 여타의 정책결정과정과는 다른 특유한 형식적 기관적 합리성에 복무하여야 하며 이 합리성을 충족시키지 못하는 주장은 사법과정의 보호를 받을 수 없다.¹¹⁰⁾

이 점은 구체적인 헌법재판을 예를 들어 설명할 수 있다. 법형식주의와 정치적 운명을 같이 했던 자유방임주의 헌법이론이 법현실주의와 진보주의 헌법이론의 공격에 마침내 굴복한 예를 1938년의 *Carolene Products Co.*¹¹¹⁾판결에서 찾을 수 있다. Stone판사가 다수의견을 집필한 이 판결은 보수적 사법적극주의 시대에 종언을 고하면서 그 유명한 각주 4를 통해 사법심사에 의한 위헌법률심사의 대상을 소수자의 보호와 정치적 과정의 원활한 운용을 방해하는 경우 등의 예외적 상황에 한정시킨 것이다.¹¹²⁾ “Lochner법원”의 자유방임적 사법적극주의는 법원이라는 특유한 형식적 기관이 준수해야 할 합리성의 범주를 일탈한 것으로 문제의 각주가 시정의 방향을 제시한 것이라는 것이 법과정론자의 입장으로 이해될 수 있다.

Caroline판결 이후 세를 얻은 법과정주의와 진보적 사법자제론은 연방대법원의 Felix Frankfurter판사를 좌장으로 하여 2차 대전을 거쳐 60년대까지 판사들의 주된 법이론이자 사법철학이 되었다. Frankfurter는 자유민주주의의 이상과 목적의식적 행위로서의 법인식을 사법자제의 법이론으로 통합한 것으로 널리 알려져 있다. 민주적 정당성을 가지는 의회가 특정의 목적을 가지고 입법을 한 이상, 법원이 실현시켜야 할 것은 법문언을 통해 확인될 수 있는 의회의 의도이지 그와 독자적으로 법원의 가치판단에 따른 정의인 것은 아니라는 것이 그 핵심논조였다.¹¹³⁾

108) Fuller, 전계 논문 (주 107), p. 388.

109) Fuller, 전계 논문 (주 107), p. 387.

110) Fuller, 전계 논문 (주 103), p. 366.

111) 304 U.S. 144 (1938).

112) 오늘날 기본권 침해에 대한 사법심사의 ‘이중적 기준’의 산실로 알려진 이 각주의 본래의 의미는 이러한 ‘진보적’ 사법자제의 원리를 천명한 것이다.

113) Duxbury, 전계서 (주 59), pp. 230-232. Herbert Wechsler, Jesse Choper, Laurence Tribe, John Ely 등 미국헌법의 ‘대가’들은 대부분 법과정주의자의 범주에 묶을 수 있다.

따라서 목적론적 법인식은 법원의 창조적 법형성을 유도하는 것이 아니라 오히려 제한하는 기능을 한다. 이와 같은 사법자제론의 이면에는 고전적 자유방임주의의 자리를 행정국가의 팽창에 의해 새로이 해석된 적극적 자유주의가 차지하고 있다. 고전적 자유방임주의가 국가간섭으로부터의 자유를 추구했다면 신자유주의는 국가의 간섭을 통한 실질적 자유를 추구한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 신자유주의시대의 법형성의 주도권은 실질적 합리성의 판단에 유리한 정책판단을 기능으로 하는 의회와 행정부이지 형식적 합리성 판단을 본질로 하는 법원이 아니라는 전제가 내포되어 있다.¹¹⁴⁾ 이와 같은 사법자제의 철학에 심각한 딜레마를 제공한 것이 바로 *Brown v. Board of Education* 판결이다.¹¹⁵⁾ 흑백간의 분리 교육의 철폐를 내용으로 하는 이 판결이 실제보다는 절차를 중시하고 형식적 합리성의 원칙을 사법심사의 기준으로 삼는 과정주의의 기본철학에 쉽게 조화되지 않을 소지가 충분하였다. 당시 연방대법원의 세력분포는 Frankfurter를 위시한 과정주의적 사법자제주의가 다수를 점한 가운데 William Douglas 등 진보주의 이론으로 무장한 소수파가 시민적 자유권의 본질을 두고 대립하고 있는 양상이었다. 시민적 자유권과 경제적 자유권을 달리 취급할 헌법적 이유가 불분명하다는 입장인 다수파에 대하여 Stone 철학의 계승자인 소수파가 권리장전상의 시민의 자유권은 여타의 헌법적 권리에 비하여 ‘우월적’(preferred) 지위에 있다는 이론을 제기하면서 다수주의적 정치체도의 결함을 보정하고 ‘선별되고 고립된 소수자’(discrete and insular minorities)를 위해 법원이 적극적으로 나서야 한다는 입장이었다. Brown 판결이 Warren 대법원장의 정치적 수완에 의해 만장일치로 발표되기는 하였으나 주류 법이론인 과정주의가 이 판결을 옹호하는 데는 많은 어려움이 따랐다. 사실 자유방임주의의 이론적 근거로서 진보주의 진영에서 출현해서 폐기했던 실체적 적법절차론이 시민적 자유권과 평등권의 보장을 이유로 다시 위헌법률심사의 근거로 활용되는 데 대한 비판이 없을

114) Frankfurter의 과정주의에 바탕한 사법자제를 과장해서 이해해서는 안 된다. 연방대법원 판사로 임명되기 전 Harvard에서 행정법을 강의하던 Frankfurter는 진보주의 법이론의 입장에서 행정부의 전문적인 정책결정을 법원은 최대한 존중하여야 한다는 입장이었다. 그러나 연방대법원 판사가 된 후에는 실체적 사법심사는 극히 자제되어야 하지만 절차적 통제는 필요하다는 입장으로 한발 물러섰던 것이다. 다시 말해서 Frankfurter의 사법소극주의는 진보주의의 협소한 사법소극주의보다는 적극적인 법원의 역할을 주장한 것이고 다만 Stone 판사 등 시민적 자유권 영역에서 보다 적극적인 법원의 개입을 주장하는 입장에서 보면 소극주의의 입장이었던 셈이다. 자세히는 Horwitz, 전제서 (주20), pp. 235-237 참조. 이 점은 Frankfurter 판사 자신의 회고록과 Holmes와 주고 받은 서신에서도 확인할 수 있다. Harlan Philips, *Felix Frankfurter Reminiscences* (Reynal, 1960); Robert M. Mennel & Christine L. Compson (eds), *Holmes and Frankfurter - Their Correspondence, 1912-1934* (University of New Hampshire Press, 1996).

115) 349 U.S. 294 (1954).

수가 없었다. 1958년 Harvard의 Holmes강연을 통해 Learned Hand 판사는 Brown 판결의 문제점을 들어 사법심사의 정당성 자체를 공격하였고¹¹⁶⁾ 다음 해 같은 강연에서 Herbert Wechsler 교수는 사법심사의 정당성은 부정하지 않지만 사법심사가 정치적으로 ‘중립된 원칙’(Neutral Principles)에 의거하여 행하여져야 한다는 주장을 제기하였다.¹¹⁷⁾ 그러나 시대의 대세는 기본권의 확충과 경제사회적 평등의 추구로 기울어졌으며 1960년대 이후 Warren 법원은 진보적 사법적극주의 시대를 구가하였다.¹¹⁸⁾ 그 여파로 1970년 이후의 미국의 법이론의 발전은 위렌법원의 성과물에 대한 보완과 비판이라는 과제를 중심으로 전개되었다.

(4) 법과정론 이후

1970년대는 법이론의 혼돈의 시대였다. 베트남 전쟁과 Watergate사건이라는 양대 사건의 결과 정치적 기관에 대한 불신이 팽배하게 되었고¹¹⁹⁾ 미국헌법 제정 200주년(1987)을 계기로 나라의 근본법의 사상적 뿌리에 대한 논쟁이 가열되었다.¹²⁰⁾ 여전히 과정론자가 주류법학의 지위를 유지하고 있지만 “카르텔의 붕괴”라는 Posner의 표현대로 이 기간 동안 미국 법이론은 지극히 다양한 양상을 띠게 되었다.¹²¹⁾

1970년대 이후의 법이론의 흐름은 크게 세 유형으로 분류될 수 있다.¹²²⁾ 첫째는, 권리주의 그룹(rights theorists)으로 불리우는 유형으로 과정주의의 형식적 합리성에 근거한 사법자제적 경향에 대하여 실체중심적 법이론을 제시하였다. 이 유형은 대체로 규범주의 법이론으로 다시 회귀하여 지나치게 극대화된 행정국가화 경향에 제동을 거는 수단으로 법적 권리를 확충하고 법원이 인권의 보루로 적극 관여하는 것을 골자로 한다. 둘째 그룹은 신자유주의의 법체계도 실질적 기본권의 확충과 경제적 불평등의 해소에 미흡한 한계를 노출한다고 분석하고 보다 급진적인 법체계의 변혁을 추구하는 그룹이다. 대개 “비판법학운동”(Critical Legal Studies Movement)으로 불리는 이 그룹은 60년대 신좌파운동에 영향하여 20세기초의 법현실주의의 정신을 계승하여 자유주의적 ‘법의 지배’론을 정면으로 비판하는 특성을 가진다.¹²³⁾ 세 번째 그룹으로는 법현실주의의 계승자로 자처하여 사회과학, 특히 경

116) Learned Hand, *The Bill of Rights* (Harvard University Press, 1958).

117) Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law,” *73 Harvard Law Review* 1 (1959).

118) Archibold Cox, *The Warren Court - Constitutional Decision as an Instrument of Reform* (Harvard University Press, 1979).

119) John Ely, *On Constitutional Ground* (Harvard University Press, 1996) ch.10. 이 저술에 대한 서평은 안경환, *法學* 38권 3·4호 (1997) pp. 287-292 참조.

120) 예를 들어 전기 주 11 및 본문 참조.

121) Posner, 전게서 (주 59), p. 112.

122) Grey, 전게 논문 (주 8), pp. 505-507; Duxbury, 전게서 (주 59), Chs. 5-6 참조.

제학적 방법론을 통해 결과중심적 법이론을 제시하는 법과 경제학과(Law and Economics)를 들 수 있다.¹²⁴⁾ 그러나 Horwitz는 이 그룹이 정치·경제적으로 신우파의 이념을 대변하면서 시장경제의 중립적 특성을 강조하는 점에서 시장경제체제의 정치적 함의를 과해치는데 지대한 공헌을 한 법현실주의와는 그 질을 달리하는 것으로 보아야 한다고 한다.¹²⁵⁾

이밖에도 “법과 사회”, “법과 문학” 운동, “법여성학”, “비판인종법학” 학과 (내지는 운동) 등을 추가적으로 들 수 있다. “법과 사회”(Law and Society) 운동도 법현실주의의 정통 계승자로 자처하면서 사회과학적 방법론을 법학에 적용하여 법현상을 규명하려는 시도를 보였고¹²⁶⁾ “법과 문학”(Law and Literature)은 법의 인문학적 요소에 착안하여 인문주의와 인간성의 회복에 주력하다.¹²⁷⁾

법여성학(feminist jurisprudence)의 주창자들은 전통적인 법이론으로는 진정한 남녀평등과 여성 특유의 문제에 대한 정의로운 해결이 불가능하다면서 비판과 대안을 제시했다.¹²⁸⁾ 법여성학도 자유주의를 기저로 하는 기존의 법제를 바라보는 시각의 차이에 따라 여러 가지 입장으로 나타난다. 기존의 법체제 내에서 여성의 평등한 지위의 확보에 주력하는 “평등 어프로치”(equality approach), 남녀의 생리적 차이와 사회적 차이를 감안한 실질적 평등을 추구하는 입장(difference approach), 남성과 여성의 본질적 윤리의 차이에 주목하여 대안을 주장하는 “상이한 목소리”(different voice approach),¹²⁹⁾ 기존의 법제를 남성의 지배와 여성의 복종으로 파악하여 전면적인 혁파를 주창하는 “급진적 지배이론”(dominance approach)¹³⁰⁾ 등 다양하다. 이러한 비판의 결과 포르노 규제법의 제정과 낙태규제법의 폐지 운동에 상당한 기여를 했다.

123) 자세히는 한인섭, “비판법학”, 서울대학교 미국학연구소 편, 미국사회의 지적 흐름 (서울대학교출판부, 1999) pp. 137-174 참조.

124) 자세히는 김일중, “법과 경제의 접목: 경제학도가 본 진화과정”, 서울대학교 미국학연구소 편, 미국사회의 지적 흐름 (서울대학교출판부, 1999) pp. 175-287 참조.

125) Horwitz, 전계서 (주 20), p. 270.

126) 자세히는 한상희, ““법과 사회” 운동의 전개와 한계,” 서울대학교 미국학연구소 편, 미국사회의 지적 흐름 (서울대학교 출판부, 1999), pp. 65-136 참조.

127) 자세히는 안경환, “미국에서의 법과 문학운동”, 法學 39권 2호 (1998), pp. 215-248; 안경환, “법과 문학”, 서울대학교 미국학연구소 편, 미국사회의 지적 흐름 (서울대학교출판부, 1999), pp. 331-375.

128) 법여성학의 전반적인 면모에 대해서는 Frances E. Olson, *Feminist Legal Theory, Vol. 1-2* (Dartmouth College Press, 1995). 간략한 요약으로는 Surya Shinha, *Jurisprudence: Legal Philosophy* (West Publishing Co., 1995), Ch.13B 참조.

129) Carol Gilligan, *In A Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Harvard University Press, 1962).

130) Catherine MacKinnon, *Feminism Unmodified - Discourses of Life and Law* (Harvard University Press, 1987).

소수인종 법학자들에 의해 주도된 비판인종법학 또한 평등권의 논의에 입체성을 가미했다. Harvard 대학의 Derrick Bell, Colorado대학의 Richard Delgado, UCLA 의 Mari Matsuda 등이 진정한 인종간의 평등을 쟁취하기 위해 기존의 ‘인종 흡수적’ (integration) 평등권 담론의 허구성을 비판하면서 나름대로 독창적인 이론을 대안으로 제시하기도 했다.¹³¹⁾

또한 자유주의와 대의민주주의의 헌정의 대원칙에 대한 Richard Parker¹³²⁾와 Yale 의 Akhil Reed Amar¹³³⁾ 등의 “민중주권론”의 주장 또한 헌법이론의 논쟁의 폭을 확대했다. 특히 Amar는 건국 초기의 자료들을 새로운 시각으로 분석한 일련의 논문들을 통해 미국헌법의 기본적 성격과 헌법관에 새로운 논쟁의 장을 열었다.

한 마디로 20세기의 종장에 접어들면서 법이론은 “거대이론”(grand theory) 내지는 “단일”(unitary) 이론을 탈피하고자 하는 경향이 현저하다.

이상에서 미국법이론의 발전과정을 간략히 살펴보았다. 그 결론은 다음과 같다. 우선 영국의 경우와는 달리 사법부가 정치과정에 깊숙히 관여하는 전통을 특징으로 한다. 그러나 자유주의와 공화주의의 대칭 구도는 영국과는 달리 지배적 법이론의 독주를 허용하지 아니하고 다양한 패턴의 법이론들이 공존하면서 시대적 상황에 따라 우열을 다투는 양상을 보인다. 따라서 여러 법이론적 경향들이 특정 사법심사관을 매개하기보다는 사법심사의 정당성을 둘러싸고 다양한 법이론들이 동원되는 양상을 보인다.

V. 맺음말

이상에서 우리는 영국과 미국의 법이론이 각각 정치우위의 단선적 이론의 발전과 사법우위의 다층적 이론의 발전으로 대비될 수 있음을 살펴보았다. 이같은 차이가 단순히 순수 법이론적 정향의 차이가 아님은 분명하다. 영국의 경우 정치우위의 법제도적 전통이 자리잡은 이유는 단순히 범실증주의가 자연법주의를 제압한 결과라고 보기는 어렵다. 오히려 일반이론을 불신하고 보수적 경험주의라는 전통적 인식론에 바탕하여 정치, 법제도의 체계적 일관성을 추구하기보다는 필요에 따라 기존의 체제 내에서 새로운 요소를 편입시켜온 실용적 접근법이 정치적 수단을 사법적 수단보다 선호했음을 의미한다. 미국의 경우도 자연법주의건 실증주의건 시대적 상황에 따라 서로 교차적으로 법원의 역할을 정당화 혹은 비판하는 수단이 되었기 때

131) Sinha, 전제서 (주 128), 13C 참조.

132) *Here the People Rule* (Harvard University Press, 1994).

133) Amar, 전제 논문 (주 6) 참조.

문에 영국에 비하여 다양한 법이론들이 만개할 수 있는 계기가 되었다고 볼 수 있다. 근대입헌국가의 권력분립의 이상이 사법과 정치의 분리를 필요조건으로 하였다면 양자간의 관계를 어떻게 설정할 것인지는 각 나라들의 결단 (혹은 특수한 문화적 토양)에 의한 것이고 근대 서구법사상의 순수한 이론적 대립의 필연적 소산은 아닌 것이다. 영미의 법이론이 보여주는 법인식의 차이는 이 같은 정치적 선택의 반영이라고 본다.

<Summary>

Comparative Analysis of Anglo-American Law(V)* — Legal Theories (2)—

Kyong-Whan Ahn** · Jongcheol Kim***

In this part of the article, we seek to demonstrate that the American legal theories have at least two contrasting features against the English legal theories. First, unlike their cross-Atlantic counterparts which have consistently accorded the courts the secondary, ancillary role in the policy-making process as judges have recognized and acquiesced in the sovereignty of Parliament, the American legal theories have assumed, though with some exceptions, that the courts had played an important role in their national policy-making process. It is easily conceivable that the American style judicial review lies at the centre of this thought.

Secondly, despite this somewhat general feature, the American legal theories have developed diverse patterns of theory in terms of the relationship between politics and law, while their English counterparts have shown a very unitary pattern. More specifically, the English legal theories converge into one commonality, that is, the dichotomy of fact and value which was ultimately led to the supremacy of politics over the judiciary. On the other hand, although the American legal theories reflect Americans' high dependence upon litigation as a means of social control, the ways they reflect such reality show a great diversity of patterns.

'Langdellian legal formalism' adopting strict separation between law and politics was led not to the English style parliamentary sovereignty but to judicial

* This article is the second part of our comparative study of Anglo-American legal theories. As we pointed out in the first part published in the last edition of this journal, the overall study is a part of a series of comparative study of Anglo-American law which Ahn has contributed to this journal over the past few years. Needless to say, therefore, this English summary should be read along with that of the first part in which the first two of overall three main sections were produced.

** Professor of Law, Seoul National University.

*** Full-time Lecturer of Law, Han Yang University.

activism of the Lochner era by sidelining the statute-making power of the legislators as ancillary to the common law-making power of the courts. Progressive Legal Theory developed by Holmes and Pound criticised the mechanical separation between law and fact and at the same time stressed the primary role of the legislature rather than the courts in social engineering, though they did not totally deny judicial review. Legal Realism presumed the necessity of the law-fact dichotomy and locating the courts at the centre of the law-making process while recognizing the instrumentality of law. Process Jurists, in particular, Fuller focussed on the plurality of society and human interactions and thus moved on to the concept of law as purposive activity and legal pluralism responding to social plurality. This school pointed out not only the problematic simplicity of the dual dichotomy of law and fact but also that there is the independent systemic rationality - mainly procedural rather than substantive - pertaining to adjudication as a sort of law-discovery process. In particular, as we can see in the example of Justice Frankfurter, the latter has functioned as a limitation on the courts' law-making power rather than as the justification for that. A reflection of this approach in the American Constitutional Law can be best found in "double standard" first suggested in the famous Footnote 4 by Justice Stone in *the Carolene Products Co. case* [304 US. 144] in 1938. This approach assumed that the degree and scope of judicial scrutiny depends upon whether legislation affects political processes which could ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation and that regulation of the economic sphere can rarely fall into this category. American legal theories since 1970s including Rights Theories and Critical Legal Studies Movement have also developed surrounding the legitimacy of judicial supremacy over legislation and with diverse patterns which cannot be explained in a simplistic positivist dichotomy of law and fact.