

# 美國 法思想에서의 急進主義의 흐름

—1920, 30년대의 法現實主義運動과 1970년대 후반 이래의 批判法學運動—

梁 建  
〈漢陽大學校 法大 法學科〉

## 1. 머리 말

(1) 잘 알려져 있는 것처럼, 미국은 매우 訴訟이 빈번한 社會(aitigious society)이다. 그런 까닭에 미국의 法思想에서 중심적 주제를 이루어 온 것도 바로 訴訟을 통한 분쟁 해결을 담당하는 判事와 法院의 역할을 기술하고 正當化하는 문제였다.

그런데 美國의 法思想의 흐름 가운데에서 특히 20세기 이후의 그것을 보면, 때때로 裁判의 正當性을 근본에서부터 비판하고 그 토대를 허물어뜨리려는 일정한 흐름을 찾아볼 수 있는데, —이 小考의 論題에서의 ‘急進主義의’이라는 표현은 바로 그러한 의미에서 붙여진 것이다— 그러한 急進主義의 法思想 가운데 전체의 法學界 또는 法實務界의 큰 주목의 대상이 된 것으로, 1920, 30년대의 ‘法現實主義’(Legal Realism) 運動과, 1970년대 후반 이래로 현대에도 전개되고 있는 이른바 ‘批判法學’(Critical Legal Studies) 運動을 들 수 있다. 이 小考는 미국 法思想史에서의 이 두 急進主義의 흐름을 개관해 보는데 그 목적이 있다.

다만 그 전에, 미국 法思想의 主流를 이루어 온 큰 흐름을 시대별로 간략히나마 구분해 보는 것이 적절하리라 생각된다.

(2) 오늘에 이르는 미국의 法思想史는 대체로 다음과 같은 네 시대로 구분하여 볼 수 있다.<sup>1)</sup>

첫번째 시대는 建國 이래 1880년대경에 이르는 시기로 이 시기는 自然法論의 전통에 머물러 있던 때이다. 法은 흔히, (神的) 正義의 보편적 원리를 地上에서 반영한 것으로 묘사되었고, 法律家は 이를테면 ‘正義의 神殿의 司祭’로 파악되었다. 예컨대 변호사의 역할도, 사건의뢰인의 뜻대로의 도구로서가 아니라, 자체 공동체의 이익을 위한 受託者로 인식되었다. 그리고, 가장 보호되어야 할 보편적 원리로 파악된 것은 역시 私有財産權의 神聖性이었다.

그러나 초기의 미국 법사상에서의 이러한 法的 修辭들은 其實, 여러 딜레마들을 안고 있

1) Elizabeth Mensch, "The History of Mainstream Legal Thought," David Kairys ed., *The Politics of Law*, 1982, pp.18~39 참조.

## 2 美 國 學

는 것이었다. 무엇보다도 自然法 그것만으로는 실체가 너무 불확정적인 것이었기 때문에 개별적인 사건들에서의 司法的 판단을 지도하기 어려웠다. 뿐만 아니라, 순수한 自然法理論은 당시의 정치·경제가 원하지 않는 방향으로 이끌 수도 있는 것이었다.

때문에 당시의 법률가들은 사법적 판단이 의거할 당장의 실제적인 증거들을 實定法 속에서 찾게 되었는데, 그 실정법은 制定法(statutes)이 아니라 古來의 英國의 普通法(common law)이었다. 의회의 대표자들에 의한 制定法은 예측할 수 있는 것이었기 때문에 기피되었던 것이다.

그러나 自然法과 普通法의 관계는 문제로 남게 되었다. 普通法상의 여러 기술적 준칙들은 일시적이고 특이한 것들이 많았으며, 그것들은 분명히 英國法の 전통에 뿌리박은 것이었고, 많은 경우 봉건적 재산관계로부터 도출된 것이었다. 이처럼, 개개의 普通法상의 준칙들이 不變의 보편적 진리의 표현이라고 보기는 어려웠던 것이다.

自然法の 개념과 普通法の 전통 사이의 이같은 갈등의 가능성은 ‘自由로운 解釋’이라는 기술을 통하여 고조되었다. 즉, 판사나 법이론가들은 융통적이고 실용적인 미국적 정신을 가지고 普通法の 여러 법원칙을 해석하려 한 것이다. 그러나 이러한 기술을 가지고서도 개념상의 혼란을 피할 수는 없었으며, 私法上の 權利, 특히 財產權의 명확하고 객관적인 보장을 위하여는 私法 구조상의 전면적인 合理化가 필요하였다.

여기에서 1880년대를 전후하여 새로운 法思想의 전개가 시작된다. 이 두번째 시대는 대체로 New Deal立法에 대한 合審判決(1973년)에 이르기까지 지속되는데, 이 시대는 미국 법사상의 ‘고전적 시대’라고 불리우기도 한다.

고전적 법사상의 전개과정은 한마디로 법의 合理化, 體系化의 과정이라고 말할 수 있는데, 그것은 구체적인 諸社會關係와 실제적인 여러 도덕적 기준으로부터 법을 抽象化시킴을 기본 특성으로 한다. ‘法の 支配’란, 곧 實定化된, 객관적이고 형식적으로 규정된 權利體系의 확정으로 파악되었다. 모든 법적 분쟁에서의 중심적인 법적 문제는, 당사자들이 자신들의 被保護 활동영역 내에 있었느냐 아니면 그 경계를 넘어 타인의 영역을 침범하였느냐 하는 것이었다. 여기에서 각각의 영역 확정의 임무는 법원에 맡겨졌으며, 이 임무는 필연적으로 엄정한 客觀性과 不遍不意를 요구하였다.

법원이 그 객관성과 공정성의 토대로서 의거한 것은 憲法上の 現實, 그리고 보다 일반화되고 체계화된 私法上の 概念이었다. 먼저 헌법의 제정을 통하여 미국 국민들은 재산권을 중심한 私權의 보장과, 그에 대응한 公權力의 엄격한 제한에 기초한 정부를 채택한 것으로 지적되었다. 또한, 헌법에 의해 보장된 私權의 객관적인 확정은 普通法속에서 찾을 수 있다고 보았고, 이 보통법은 이미 잡다한 사회적 특수성이나 자연법적 도덕으로부터 벗어난, 일반적이고 논리적인 것으로 파악되었다. 普通法の 전체계는 궁극적으로 몇개의 기본적인 개념적 범주들(예컨대 契約의 自由, 財產權)에 기초하고 있으며, 이것으로부터 보통법상의

여러 준칙들이 도출될 수 있다고 보았다.

요컨대, 이 고전적 법사상은 形式主義와 概念主義에 기초한 것으로, 19세기 유럽에서의 概念法學의 美國版이었다고 말할 수 있다.

고전적 법사상에 대한 도전으로 나타난 것이 法現實主義運動이다. 1920년대부터 30년대 말에 이르는 시기에 法現實主義는 이론적으로나 실무적으로 일시나마 주류를 이룰 정도로 강력한 것이었는데, 이것은 고전적 법사상에서 가정되었던 法的 確定性的의 허구성을 철저히 드러낸 것이었다. 이에 대하여는 뒤에서 評論한다.

法現實主義로부터의 도전 이후 1940년경부터, 法的 不確定性(indeterminacy)으로부터 벗어나려는 시도가 나타나게 되는데, 이는 오늘날에까지 지속되고 있다.

1940년대에 Harold Lasswell과 Myres McDougal은 法現實主義로부터의 비판적 관점을 수용하여, 法教育의 개혁을 주창하였다. 이들은, 법과대학생들은 장차 政策決定者가 될 것이므로 법과대학의 종래의 커리큘럼을 전면 개편하고, 어떻게 政策을 결정하고 집행할 것인지를 가르쳐야 한다고 주장하였다.<sup>2)</sup> 이들의 ‘反法律主義的’ 입장은 일부의 법과대학에서 부분적으로 채택되기도 하였지만, 40년대 이후의 주류적 법사상은 법현실주의의 통찰을 제한적으로 수용하는데 그치는 것이었다. 고전적 법사상에서의 法的 論理的 完結性的의 가정은 유지될 수 없었지만, 法的 確定性的의 추구는 포기되지 않았다.

1960년대 이후 전반적인 反既成의 분위기 속에서 일부 마르크스主義 法理論이 등장하기도 하였는데<sup>3)</sup>, 그러나 주류적 법사상은 여전히 自由主義 이데올로기에 토대한 法的 確定性을 추구하는 것이었다. 그것은 司法審査(judicial review)를 둘러싼 憲法理論으로 나타나기도 하였고, 또는 ‘基本的 權利’ 개념을 중심으로 하는 法哲學的 탐구, 또는 ‘效率’ 개념을 토대로 한 法經濟學的 접근으로 전개되었다.

그러나 이들 주류적 법사상과는 달리, 法現實主義者들에 의한 法的 不確定性的의 관점을 계승하면서, 더 나아가 自由主義 이데올로기 자체에까지 비판적 관점을 철저히 관철시키는 법사상이 1970년대 후반 이래 전개되고 있는데, 이것이 곧 ‘批判法學運動’이다.

## 2. 法現實主義運動

(1) 法現實主義(Legal Realism)는 1920년대 및 30년대의 미국 법학에 지배적 영향을 미쳤던, 일종의 법에 관한 運動이다. 이 운동은 동일한 학문적 신조나 통일된 프로그램을 가진

2) H. Lasswell and M. McDougal, "Legal Education and Public Policy", *Yale Law Journal*, vol. 52, p. 203f. (1943); McDougal "The Law School of the Future: From Legal Realism to Policy Science in the World Community", *Yale Law Journal*, vol. 56, p. 1345f. (1947).

3) 예컨대, Richard Quinney, *Critique of Legal Order*, 1974; do., *Class, State and Crime*, 1977; Howard Zinn, "The Conspiracy of Law", R. Wolff ed., *The Rule of Law*, 1971, pp. 15~36.

#### 4 美 國 學

사람들의 집단으로 이루어진 것은 아니었고, 스스로를 法現實主義者로 규정지었던 법률가들에게서 공통적으로 나타난, 법에 관한 특정한 接近方法을 가리킨다.

法現實主義者들은 고전적인 법사상에서의 概念主義, 形式主義에 대한 반발에서 출발한다. 이들은 특히 裁判過程에 주목하여, 종래 判決을 三段論法에 의한 연역적 귀결로 보는 것을 반박하고, 法規는 결코 법원이 특정한 사건에서 특정한 결론을 내도록 지침이 되어 주지 못한다는 것을 강조하면서, 재판에 미치는 여러 사회적 힘을 인식하여야 한다고 말한다. 그리하여 法の 解釋과 事實의 確定이 무엇에 의해 결정되는가를 탐구하여 과학적 결론을 내려고 추구한다.

그러나 이들은 고전적 법사상에 대한 반대의 점에서는 공통되지만, 그것을 전제로 제시되는 자신들의 견해에서는 자기 다양한 입장을 보여주고 있다. 法現實主義運動의 대표적 인물로는 Karl Llewellyn과 Jerome Frank를 들 수 있는데, 전자는 右派로, 후자는 左派로 분류되기도 한다.

(2) R. Pound의 '社會學的 法律學' (Sociological jurisprudence)이 1910년대에 등장, 1차대전으로 인한 사회적 분열을 배경으로 하면서 T. Roosevelt 대통령의 '保守的 進歩主義'를 법이론적으로 반영하는 것이었다면, 法現實主義는 이를 더 진전시켜 나간 것으로, F. Roosevelt대통령의 New Deal시대를 법적으로 뒷받침하는 것이었다고 할 수 있다. 法現實主義者들은 獨占規制法과 여러 社會立法을 강력히 지지하였으며, 실제로 상당수의 인물들이 실천에 뛰어들어, New Deal 정책을 위한 국가기관에 참여하는 등, 公務에 관여하였다.

그러나 이들의 급진적 성향에는 일정한 한계가 있었으며, 기존의 憲法體制와 資本主義체제 자체에 대한 신뢰에는 변함이 없었다. 이들의 반발은 保守的 司法에 대한 것이었으며, 과학한 급진주의자라기 보다는 국가의 개입의 확대를 통한 改革主義의 지지자들이었다.

한편, 法現實主義의 知的 토대는 社會學的 法律學에서의 마찬가지로 實用主義에서 찾을 수 있다. 그러나 Pound의 경우에는 관념론을 비롯하여 19세기의 철학적, 법학적 사상이 혼재하여 있었던 것과는 달리, 이들은 그것보다는 이론의 실천적 적용가능성에 더 관심을 두었다.

法現實主義者들은 특히 O.W. Holmes판사의 實用主義哲學과 그 법이론<sup>4)</sup>에서 많은 영향을 받았으며, Holmes의 계승자로 자처하였다.

이들은 또한, 당시 다른 분야에서의 과학의 발전에서 영향을 받았는데, 특히 J. Frank는 S. Freud 등의 심리학에서 직접적인 영향을 받았다.

(3) 앞에서 언급한 것처럼, 法現實主義者들은 이론보다는 실천에 더 큰 관심을 두었기 때문에, 이들의 주장은 이론적 체계를 구성하고 있지는 못하다. 다만 그 가운데에서도 비

4) 그 기본적 입장은 다음과 같은 경구적 표현에 잘 집약되어 있다. “法の 生命은 論理가 아니라 經驗이다.” O.W. Holmes, *The Common Law*, ed. by M. Howe, 1963, p.5.

교적 이론적 표현에 노력을 기울인 것은 K. Llewellyn이다.

法現實主義의 이론적 내용<sup>5)</sup>의 기초를 이루는 것은 實證主義 및 이와 관련된 行態主義의 입장이다. 이 점은 그들의 法概念에서 잘 나타나 있다. Llewellyn은 법을 이렇게 규정짓는다. “(법에 관련한 업무에 종사하는) 공무원들이 분쟁에 관하여 행하는 바가 바로 法이다.”<sup>6)</sup> 여기에서 공무원들이란 판사, 변호사, 교도관 등을 모두 포함하는 것이지만, 특히 중시되는 것은 判事이다. 이것은 法現實主義者의 법개념이 주로 변호사의 입장에서 파악된 것임을 의미하는 것이기도 하다. 변호사에 대해 가장 중요한 것은 판사의 행동이기 때문이다.

이같은 行態主義的 法概念은 J. Frank에 의해서 더 철저히 나타나고 있다. 그는 判決에 관한 종래의 형식주의적 法思考를 ‘法規(Rules)×事實(Facts)=判決(Decision)’이라고 표현하고, 여기에 대비시켜 자신의 견해를, ‘刺戟’(Stimuli)×判事の 퍼스널리티(Judge’s Personality)=判決’( $S \times P = D$ )이라는 도식으로 나타낸다.<sup>7)</sup>

이러한 법개념에 기초하여 이들이 法研究의 중심과제로 삼는 것은, 法에 관한 事實로서의 (法)公務員의 行動(behavior)을 記述하고 이를 ‘豫測’(prediction)하는 일이며, 그 중에서도 특히 핵심적 연구주제를 이루는 것은 裁判過程(judicial process)에 관한 분석이다. 그 내용은 그들 각각에 따라 일정하지 않지만, 가장 극단적인 입장을 보여주는 것은 Frank의 분석이다.<sup>8)</sup> Frank는 미국의 재판과정이 실제에 있어서는 裁量的 판단에 의한 이슬람의 Cadi 재판과 마찬가지로 말한다. 그에 의하면, 판결의 기초를 이루는 것은 法規가 아니다. 재판은 감정, 육감, 편견, 기질, 기타의 비합리적 요소들에 의해 조건지워지며, 법규에 관한 지식은 특정한 판사에 의한 판결을 예측하는데 아무 도움이 되지 못한다.

이러한 견해에 따르면, 법원의 판결은 전혀 不確定的이며 거의 豫測不可能한 것으로 파악된다. 법원이 어떤 특정한 문제에 관하여 판결을 내릴 때까지는 그 문제에 관한 법은 아직 존재하지 않는 것이다. 판결이 내려지기 이전에 우리가 접할 수 있는 法은, 법원이 무엇을 할 것인가에 관한 법률가의 추측일 뿐이다. 이러한 관점에서 Frank는 법을 이렇게 규정짓는다. “어떤 일정한 주어진 상황에서 法이라 함은 다음의 두가지 중의 하나이다. (a) 現實的 法(actual law), 즉 주어진 상황에 관한 과거의 특정한 판결, 또는 (b) 蓋然的 法(probable law), 즉 미래의 특정한 판결에 관한 추측.”<sup>9)</sup>

Frank는 후에 事實審에서의 事實確定(fact-finding)의 과정에 초점을 돌렸다.<sup>10)</sup> 그 결과로

5) 이를 정리한 것으로, Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, 1978, pp.45~58 참조.

6) K. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and its Study*, (1930), rev. ed., 1960, p.12.

7) J. Frank, “What Courts Do in Fact,” *Illinois Law Review*(Northwestern Univ. School of Law), Vol.26(1932), p.645, Cohen and Cohen eds., *Readings in Jurisprudence*, 1952, pp.474~7.

8) J. Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), 1970.

9) 위 책, pp.50~51.

10) J. Frank, *Courts on Trial*, 1949.

## 6 美 國 學

그는 중견의 ‘法規 懷疑論者’(rule sceptic)로부터 ‘事實 懷疑論者’(fact sceptic)로 변하게 되었다. 그는 事實審에서의 事實確定의 과정이 재판에서의 아킬레스의 踵에 해당한다고 말하면서, 이 과정 속에 무수한 오류의 원천들이 있음을 지적하였다. 여기에 덧붙여 판사의 퍼스널리티가 가미됨으로써 事實確定은 전혀 불확실하고 주관적인 작업이 되어버린다. Frank의 이같은 견해는 法現實主義者들 가운데에서도 극단적인 견해이다.

(4) 法現實主義는 어떤 실체적인 이론적 내용이라기 보다는 하나의 接近方法을 의미하고 있음은 그들 스스로 강조하고 있다. 그러나 그들의 특유한 방법이 무엇이나 할 때, 전통적인 形式主義의 否定이라는 공통점 이외에는 적극적으로 어떤 점을 제시하기가 쉽지 않다. 다만 이들의 대다수에서 나타나는 공통적인 방법론이 있다면, 그것은 經驗主義의 接近이라고 말할 수 있을 정도이다. 이것은 이들이 科學主義의 영향 아래에서 法的 科學(legal science)을 추구한 데에서 나온 결과인데, 이는 특히 ‘司法的 統計’의 방법을 강조하는 것으로 나타났다. 그러나 이들은 法的 事實에 관한 자료의 수집 그 자체를 목적시하는 경향을 보여주었다.

(5) 法現實主義運動은 Llewellyn을 비롯한 일부의 시도<sup>11)</sup>에도 불구하고 체계적인 이론적 구성은 제시하지 못하였다. 그럼에도 불구하고 法現實主義者들이 기여한 가장 큰 공적은, 法的 論理的 確定性이 其實 허구임을 밝힘으로써 종래의 형식주의적인 고전적 법사상에 대한 확고한 극복을 이룩하였다는 점이다. 그들의 社會學的 觀點은 오늘날에는 상식이 되어 있으며, Lon Fuller와 같은 비판자들까지를 포함하여<sup>12)</sup>, ‘社會속의 法’이라는 觀點은 公理처럼 수용되고 있다. 특히 社會學的 法理論의 전개과정의 觀點에서 보면, 法學 중심으로 志向되었던 Pound의 社會學的 法律學과, 하나의 독자적 전문영역으로 발전되어가는 오늘날 미국의 法社會學과의 사이의 연결해 주는 중개적 역할을 담당하였다고 평가될 수 있다.

그밖에도 실천적인 영역에서의 그들의 영향을 간과할 수 없다. 進步的 法改革과 法典化 작업에 참여했던 그들은 오늘날의 미국에서의 制定法 時代를 촉진시키는 역할을 하였다. 그들은 또한 法學教育의 개혁에도 영향을 미쳤다. 判例 이외에 法實態에 관한 資料를 첨부하는 오늘날의 法學教材(이른바 ‘cases and materials’의 형태)의 채택, 법과대학의 교수진에 다른 社會科學 분야의 교수들을 포함시켰던 점, 實習教育의 중시 등은 모두 이들의 영향에 의한 것이다.

그러나 法現實主義者들이 法規範과 法現實사이의 괴리에 주목하면서도, 그 현상을 보았을 뿐, 그 괴리의 의미를 파악하지 못한 것은 한계로 남는다. 이 문제는 특히 David Trubek을 비롯한<sup>13)</sup> 오늘날의 批判的 法理論에서 탐구되고 있는 중요한 과제이다.

11) 예컨대 K. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, 1962.

12) 法現實主義에 대한 비판적 견해를 정리한 것으로, T. Bechtler, “American Legal Realism Reevaluated,” T. Bechtler ed., *Law in a Social Context*, 1977, pp. 36~43 참조.

13) D. Trubek의 이른바 ‘新現實主義’(New Realism)에 관하여, D. Trubek, “Complexity and

### 3. 批判法學運動

(1) 이미 앞에서 지적한 것처럼, 미국의 법사상에서 이례적으로 철저한 의미의 急進主義의 성격을 보여주면서 동시에 적지 않은 주목의 대상이 되고 있는 것이, 1970년대 후반 이래 전개되고 있는 批判法學運動이다.

批判法學運動의 공식적 출발은 1977년에 발족된 '批判法學會議'(Conference on Critical Legal Studies)에서 비롯된다. 이 모임은 일단의 소수의 급진주의적 법학교수들로 구성되어 시작되었으며, 주로 '法과 社會 學會'(Law and Society Association)의 知的 풍토와 방향에 불만을 가진, 우수한 법과대학의 소장교수들을 중심으로 이루어졌다.<sup>14)</sup> 이들은 '法과 社會 學會'가 너무 經驗主義的, 行態論的 경향을 띠었다고 보고, 보다 理論科學的 접근의 필요성에 공감하였다.

그러나 批判法學運動의 내용과 성격을 현단계에서 규정짓고 평가하기는 용이하지 않다. 이 운동은 현재에도 형성과정 중에 있다고 볼 수 있으며, 그들 사이에 이론적 입장의 상위를 드러내고 있어서 아직 통일적이고 일관된 이론구성을 찾아보기는 어렵다. 여기에서는 다만 批判法學運動의 기본적 관점을 개괄적으로 일별하는데 그치기로 한다.<sup>15)</sup>

批判法學運動의 기본적인 과제는 기존의 지배적인 주류를 이루는 自由主義的 法觀念들<sup>16)</sup>을 그 근본에서부터 비판하고 '脫神秘化'함으로써 여러 법적 문제들의 참된 모습을 드러내 보여주는 데에 향하여져 있다. 이 과제는 두 단계를 통해 수행되고 있는데, 하나는 形式主義的 法思考의 비판으로, 이것은 法現實主義(Legal Realism)에 토대를 두고 있다. 다른 하나는 기존의 自由主義 이데올로기를 現狀肯定的 盲目的 이데올로기라고 비판하는 것으로, 이는 프랑크푸르트學派의 批判理論(Critical Theory), 네오마르크시즘, 構造主義(structualism) 理論 등에 입각하고 있다.<sup>17)</sup>

Contradiction in the Legal Order," *Law & Society Review*, Vol.11. Winter 1977, p.529f. 참조.

- 14) 이 모임의 회원수는 발족 이후 크게 증대되어, 1984년 초에는 약 350명에 이르고 있다. 그 주도적 인물로는 Duncan Kennedy(Harvard), Morton Horwitz(Harvard), Roberto Unger(Harvard), Peter Gabel(New College of California), Karl Klare(Northeastern), Robert Gordon(Stanford), Mark Tushnet(Georgetown) 등을 들 수 있다.
- 15) 批判法學에 관한 문헌은 일일이 열거할 수 없을 정도로 수다하다. 批判法學運動의 소산인 최근의 단행본으로, David Kairys ed., *The Politics of Law*, 1982 참조. 이 책은 또 다른 급진주의적 법률가 집단인 'National Lawyers Guild'와의 共同的인 산물이다. National Lawyers Guild는 특히 反人種主義를 핵심으로 하는 진보주의적이고 실천적인 법률가집단으로, 그 회원수는 7000여명에 이른다.
- 16) 그 지칭은 다양하다. '自由主義的 法律主義'(liberal legalism), '自由主義的 合理主義'(liberal rationalism) 등.
- 17) 批判法學運動의 대표적인 주도자라고 할 수 있는 D. Kennedy 교수는 그의 법이론의 方法論的 토대로서, 構造主義, 現象學 및 네오마르크시즘의 셋을 들고 있다. D. Kennedy, "The Structures of Blackstone's Commentaries," *Buffalo Law Review*, vol.28, p.209 (1979).

(2) 먼저 批判法學者들은 概念主義的, 形式主義的 法思考를 배격하고, 法的 推論에 있어서의 궁극적인 不確定性(indeterminacy)을 강조한다. 이 점에서 비판법학자들은 法現實主義를 이어받고 있다. 그러나 法現實主義者들은 法的 推論의 不確定性을 주장하는 한편, 이데올로기적으로는 自由主義에의 굳은 신봉을 버리지 않고 있었다. 그들은 New Deal의 신봉자였으며, 모든 公共政策上的 쟁점들은 공통된 공유의 목적을 어떻게 달성할 것이냐 하는 기술적 문제일 뿐이라고 보았고, 그것은 전문가들에 의해 해결될 수 있는 것들이라고 믿었다. 이 점에서 보면 法現實主義는 미국 법사상사에서 '宮廷革命'(palace revolution) 이상의 것은 아니었다고<sup>18)</sup> 볼 수 있다. 그러나 批判法學者들은 바로 自由主義 이데올로기 그 자체에까지 근본적인 비판을 가하고 있으며 이 점에서 양자는 상이한 입장을 드러내고 있다.<sup>19)</sup>

한편, 批判法學運動의 표적이 되고 있는 기존의 '自由主義的 法律主義'에서도 形式主義的 法思考를 그대로 고수하고 있는 것은 아니다. 이 입장에서도 法現實主義的 批判을 수용하여 形式主義的 法思考는 배격하고 있다. 그러나 이 입장에 있어서는 法的 推論과 단순한 政治的 논란과를 구분짓는 그 어떤 확실한 구별기준의 설정이 여전히 가능하다고 믿고 있고 있다. 法的 推論에서의 기준은 접근방법에 따라, '基本的 權利'에서 구하여지거나(예컨대 Ronald Dworkin의 경우)<sup>20)</sup>, 또는 '效率'에서 찾아내거나(法經濟學者들의 경우)<sup>21)</sup>, 혹은 전통적인 '道德'에서 모색되기도(예컨대 Charle Frieds의 경우)<sup>22)</sup> 한다.

이에 대하여 批判法學者들은 法的 推論의 궁극적인 不確定性을 끝까지 관철시키면서, 법은 여러 外裝을 걸친 단순한 政治일 뿐이라고 말한다. 이들에 의하면, 法的 推論에 있어서 객관적으로 옳은 결과란 존재할 수 없으며, 궁극적으로는 價値들 사이의 選擇이 불가피하다.

批判法學者들은 더 나아가, 價値選擇에 있어서 부딪치게되는 '근본적 모순'을 지적한다. Dunkan Kennedy에 의하면, 個人의 自律과 共同體의 힘 사이, 自由와 安全 사이에는 '근본적 모순'(fundamental contradiction)이 존재한다. 개인의 自由는 그것을 성취하기 위한 共同體의 強制行爲에 의존하는 동시에 그것과 양립될 수 없다. 이 모순은 모든 사회문제에 遍在하며, 모든 法的 문제들은 하나의 단순한 딜레마, 즉 個人的 自己決定에 대립하는 集合的 自己決定의 적절한 정도의 문제로 환원될 수 있다. D. Kennedy는 이 근본적 모순이

18) Allan C. Hutchinson and Patrick J. Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," *Stanford Law Review*, vol.36, p.205 (1984).

19) 法現實主義와 批判法學運動의 關係性, 비교에 관하여 note, "Round and' Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship," *Harvard Law Review*, vol.95, pp. 1670~86 (1982) 참조.

20) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977 참조.

21) 예컨대 R.Posver, *The Economics of Justice*, 2nd ed., 1983 참조.

22) C. Fried, *Right and Wrong*, 1978 참조.



하나의 歷史的 人工的(historical artifact)이라는 사실을 직시하여야 하며, 이는 곧 救援은 아니라도 도움이 된다고 말한다.<sup>23)</sup>

批判法學者들이 보기에, 기존의 주류적인 自由主義의 法觀念에서는 이러한 모순이 合理的으로 타협되고 조정될 수 있는 것으로 자제하는데, 이것은 근본적 모순의 배경이 아니라 그 再生産일 뿐이며, 支配와 位階(hierarchy)에 가득찬 현실의 참모습을 은폐하고 現狀肯定의 盲目的인 虛偽意識(false consciousness)을 낳게 한다. 支配와 位階의 현실은 근대 서구의 자유사회에서 특히 '法の 支配'라는 이념에 의해 가리워져 있다. 法の 支配의 이념에 따라, 支配와 位階의 法現實은 마치 非人爲的이거나 中立的인 선택의 결과인 것처럼 호도되며, 현존의 社會的 位階가 其實 '繼續的 鬭爭'(interrupted fighting)<sup>24)</sup>의 소산임은 감추어진다.<sup>25)</sup>

(3) 기존의 주류적인 自由主義의 法觀念에 대한 이같은 批判的 觀點에 따라 批判法學者들이 보여주는 法の 참모습은, 法이 既存秩序의 正當化의 수단이라는 데에서 발견된다. 法이 어떻게 기존질서의 正當化의 수단으로 기능하는가에 관하여 批判法學者들은 특히 Gramsci의 '헤게모니'의 개념<sup>26)</sup>에 의거한다. 法은 宗教 또는 텔레비전의 영상들처럼 하나의 信念體系(belief-system)이며, 이 信念體系는 다른 여러 신념체계들과 얽혀서 사람들로 하여금 그들이 그 가운데에서 살며 일하고 있는 모든 位階的 關係들이 自然的인 것이며 또한 필요한 것이라고 확신시킨다.<sup>27)</sup>

法이라는 信念體系를 기술함에 있어서 여러 批判法學者들이 의거하고 하는 것은 構造主義理論이다. 이들은 法觀念들이 構造(structures), 즉 複合的인 文化的 符號들(cultural codes)로 파악될 수 있다고 본다. 사람들이 法現實을 비롯한 社會現實을 경험하는 것은, 서로의 말과 행동을 解釋할 수 있게 하여주는 共有의 意味體系를 집합적으로 구축하고 유지함으로써 가능한 것인데, 法은 이러한 意味體系의 하나이다. 權利와 義務로 얽혀있는 法이라는 意味體系는 他人과의 相互作用에 있어서 積極的 相互作用(契約, 課說 等)과 消極的 相互作用(犯罪, 不法行爲 等)을 구별하게 해준다는 점에서 중요할 뿐 아니라, 나아가 이러한 意味體系의 구축 자체가, 현존의 社會現實이 자연적이며 불가피한 것처럼 보이게 하는 효과를 갖는다는 점에서 중요성을 갖게 된다. 意味體系는 사람들의 의도에 의해 하나하나 구축되는 것이지만, 사람들은 이들 意味體系를 外顯化(externalize)시켜서 자신들 위에서 자신들을 統制하는 存在로 만들고, 더 나아가 이들 意味體系의 構造들이 現存 그대로이지 않

23) Dunkan Kennedy, "The Structures of Blackstone's Commentaries," 前掲, pp.211~13, 221.

24) Hutchinson and Monahan, 前掲, p.210 참조.

25) 이러한 관점에 따라 勞使關係法, 契約法, 不法行爲法, 刑法, 言論關係法 등 각각의 법영역에서의 문제들을 분석한 것으로, D.Kairys ed., 前掲, Ch. II 참조.

26) 그 개관을 위하여, E. Greer, "Antonio Gramsci and 'Legal Hegemony'," D. Kairys ed., 前掲, pp.304~9 참조.

27) Robert W. Gordon, "New Developments in Legal Theory," Kairys ed., 前掲, pp.285~7 참조.

면 안된다고 믿게끔 된다. 사람들은 스스로 構造들을 만들고서는, 이 構造들이 마치 歷史, 人間性, 또는 그 어떤 法則에 의해 결정되는 것처럼 믿고 행동한다. 이것이 이른바 'reification'의 과정이다.<sup>28)</sup> 批判法學者들도 인간의 사회적 행동에 대한 여러 制約들이 존재한다는 것을 부인하지는 않지만, 이들 제약들이 필연코, 우리가 과거 또는 현재에 알고 있는 어떤 특정한 사회적 장치들을 갖게끔 명한다고 생각하는 것은 잘못이라고 보는 것이다.

이러한 관점에서 보면, 이 세계는 더 이상 우리를 압박하고 강제하는 어떤 결정된 經濟的 諸條件이나 또는 社會的 諸力이 아니라, 인간에 의해 부단히 창출되는 과정으로 파악되며, 法에 관한 여러 문제들, 예컨대 法變動이 진정한 社會經濟的 變動을 가져올 수 있는가 라든지, 또는 法은 社會經濟的 關係에 전적으로 의존하는 것인가 하는 문제들도 전혀 다른 각도에서 접근하게 된다. 法이든 經濟든 모두 다 사람들이 外顯化시켜서 자신들을 지배하게 만든 信念體系로 파악되기 때문이다. 결국 이 관점에서는, 진정한 '敵'은 우리들 자신, 우리들 머리 속, 우리가 스스로 과한 想像의 限界에 있는 것이며<sup>29)</sup>, 여기에서 벗어남으로써 歷史에서 變動의 가능성이 열린다고 보는 것이다.<sup>30)</sup>

(4) 위에서 개관한 批判法學的 思考의 요체를 한마디로 줄여 말한다면, 그것은 法現實을 포함한 모든 社會現實이 그 어떤 自然的이거나 또는 必然的인 결과가 아니라 歷史를 통해 이루어지는 것이고 繼續的인 鬭爭의 遇然한 산물이라는, '社會的 遇然性'(social contingency)<sup>31)</sup>의 규명과 폭로에 있다고 할 수 있다.

그러나 이미 앞에서 언급한 것처럼, 批判法學運動은 통일적인 이론구성을 가지고 있는 것은 아니며 그 내부에 상당한 이론적 상위와 대립을 안고 있다. '社會的 遇然性'을 강조하는 批判法學的 基本 觀點에 비추어 본다면, 自由主義的 접근단이 아니라 마르크시즘 역시 물리쳐야 할 대상이다. 自由主義는 이 사회현실을 市場의 본성에 뿌리박은 기술적 요청들의 결과로 보는 점에서, 한편 마르크시즘에서는 미리 예정된 필연적 과정의 전개로 파악하는 점에서, 이 둘 모두 '社會的 遇然性'의 觀點과 배치된다. 이렇게 보면 批判法學的 觀點은 自由主義와 마르크시즘 사이의 中道의 노선이라고 말할 수 있다. 그러나 批判法學運動 내부의 일단의 학자들은 修正主義的 마르크시즘의 일파를 형성하고 있어서, 이들과 그 밖의 구성원들과의 사이에 기본적인 이론적 대립을 보이고 있는 것이다. 그 대립의 분기점을 이루는 것을 단순화시켜 말한다면, 삶의 物質的 條件, 政治와 意識의 영역들(특히 法意識의 表現으로서의 여러 法原則의 구조와 실질)과의 관계가 명확히 어떤 것이냐 하는 문제

28) Peter Gabel, "Reification in Legal Reasoning," S. Spitzer ed., *Research in Law and Sociology*, vol.3, 1980, pp.25~51 참조. Beirne and Quinney eds., *Marxism and Law*, 1982, pp.262~278 에 제수록.

29) 때문에 批判法學에서의 주요한 주제를 이루는 것의 하나는 法意識(legal consciousness)의 構造와 內容을 규명하는 일이다. Hutchinson and Monahan, 前掲, pp.217~9 참조.

30) Gordon, 前掲, pp.237~291 참조.

31) Hutchinson and Monahan, 前掲, p.216.

이다.<sup>32)</sup>

修正主義의 마르크시즘의 신봉자들은 삶의 特質的 條件이 사회와 역사를 움직이는 원동력이라는 견해를 충실히 따르고 있는데, 대표적으로 Richard Abel과 Peter Gabel을 들 수 있다. 예컨대 R. Abel은 미구의 不法行爲法을 분석하면서, 현대의 不法行爲法은 資本主義의 발전과 긴밀히 연관되어 있으며, 資本主義的 生産에서와 마찬가지로, 소수의 지배계급이 자신의 이익을 위하여 국가권력을 동원한 결과로 나타난 것이라고 말한다.<sup>33)</sup>

Gabel은 Jay Feirman과 공동집필한 논문에서 契約法의 역사와 資本主義의 전개와의 관계를 분석하는 가운데, 자본주의 전개의 각 단계마다 그 정당화에 봉사한 '이데올로적 이미지'가 산출되었다고 보면서, 그러한 이데올로기적 이미지로서의 法原則들이 음모나 조작의 산물은 아니고, 法原則을 형성, 적용하는 법률가들이 資本主義 體制의 論理에 젖어들게 됨으로써 나오는 것이라고 풀이한다.<sup>34)</sup>

이러한 修正主義的 마르크시즘의 일파와는 달리 Duncan Kennedy와 Roberto Unger 등은 상이한 분석을 제시한다. D. Kennedy에 의하면, 사회적 투쟁의 결과는 그 어떤 사회적 요인에 의하여 미리 예정되어 있는 것은 아니며, 법에 있어서의 그 결과도 아무 내재적 논리를 갖고 있지 않다고 말한다.<sup>35)</sup> 그는 私法상의 여러 法原則을 분석하면서 이들 法原則이 非一貫的이며, 상호모순된 가치들을 옹호하고 있음을 강조하고, 특히 個人主義와 利他主義, 自由主義와 集合主義의 갈등이 法原則의 전개과정에 반영되고 있음을 지적한다.<sup>36)</sup>

R. Unger도 또한 D. Kennedy와 마찬가지로 근본적인 '矛盾'이라는 틀을 채택하고 있다. 그는 근대 契約法이 상호모순된 일단의 이념들의 갈등의 표현이라고 보면서, 더 나아가 현존의 法原則들은 이러한 모순의 존재를 가리우고 부인하는 역할을 하고 있다고 말한다.<sup>37)</sup>

요약한다면, Abel, Gabel 등은 資本主義가 일정한 예정된 단계를 거쳐 진전되면서, 각 단계마다 그 구조에 상응하는 법원칙들이 산출된다고 보는데 대하여, Kennedy, Unger 등은 資本主義의 예정된 진전을 부인하고, 또한 法을 자본주의 발전의 단계에 대응하여 설명하려 하지 않으며, 그 대신 법원칙의 전개과정을 서로 대립하는 가치관들 사이의 끊임없는 갈등의 표현이라고 파악하는 점에서 서로 상위를 드러내고 있다. 이것은 곧 '社會的 偶然性'의 정도에 관한 견해의 대립이라고 파악될 수 있을 것이다.<sup>38)</sup>

위에서 살펴 본 批判法學運動의 이론적 전망은 기존의 주류적인 自由主義的 法觀念에 대

32) Hutchinson and Monahan, 前掲, p. 219f. 참조.

33) R. Abel, "Torts", Kairys ed., 前掲, p. 185f. 참조.

34) Peter Gabel and Jay M. Feinman, "Contract Law as Ideology," Kairys ed., 前掲, p. 172f. 참조.

35) D. Kennedy, "Legal Education as Training for Hierarchy," Kairys ed., 前掲, p. 50.

36) D. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," *Harvard Law Review*, vol. 89, p. 1685f. (1976) 참조.

37) R. Unger, "The Critical Legal Studies Movement," *Harvard Law Review* vol. 96, pp. 616~48 (1983) 참조.

38) Hutchinson and Monahan, 前掲, p. 226.

한 批判이라는 측면에서 긍정적으로 평가되기도 하는 반면, 그 스스로의 代案이 없고 實踐論이 결여되어 있다는 점에서 비판의 초점이 모아진다.<sup>39)</sup>

#### 4. 맺 음 말

法現實主義運動과 批判法學運動은 모두 法과 法的 推論의 不確定性을 주장하는 점에서 공통되며, 그 점에서 急進主義의 성격을 드러내고 있다. 만일 그 주장대로 법의 不確定性을 끝까지 철저히 하여 관철시킨다면 法學의 獨自性은 완전히 허물어지고 말 것이다. 때문에 이러한 주장이 법학의 주류적 위치를 지속적으로 차지한다는 것은 생각하기 힘든 일이다.

다만 法現實主義의 주장은 부분적으로 수용되었고, 法實際에도 큰 영향을 미쳤지만, 그러나 오늘날의 批判法學運動이 앞으로 얼마나 그 영향력을 행사할 수 있을지는 미지수이며, 특히 그것이 法實際에 어떤 변화를 가져올 수 있을지에 대하여는 의문이 없지 않다. 왜냐하면 法現實主義運動과 달리 批判法學運動은 단순히 법의 영역에 국한하지 않고 그 토대를 이루는 이데올로기적 전제에 대한 비판까지 시도하고 있기 때문이다. 또한 批判法學運動에서의 代案과 實踐論도 극히 초기의 모색 단계에 머무르고 있다. 그러나 批判法學運動에서의 그 批判的 통찰이 그대로 수용되기는 어렵다고 하더라도 그것이 法現實의 개선에 어떤 영향을 미칠 수 있는 가능성까지도 부인하는 것은 성급한 판단이 될 것이다.

39) 예컨대 P. Johnson, "Do you sincerely want to be Radical," *Stanford Law Review*, vol.36, p. 274f. (1984) 참조.

批判法學의 입장에서의 代案의 시도로서 제시되고 있는 것으로, R.Unger, "The Critical Legal Studies Movement," 前掲, p. 561f. 참조.