

〈논문〉

經濟學的 論證의 法的 地位^{* **}

— 排除的 法實證主義의 觀點에서 —

趙 弘 植^{***}

For the rational study of the law the black-letter man
may be the man of the present, but the man of the future is
the man of statistics and the master of economics.
- Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law" -

序

홀즈(Holmes) 대법관이 위에서 인용한 유명한 예언을 이야기한 것이 1897년이다. 논자에 따라서는 위 예언이 이미 법학계에 실현되었다고 평가하기도 하지만, 그로부터 110년이 지난 현재의 시점에서도, 경제학적 논증이 ‘法實務’에서 차지하는 ‘實踐의인’ 역할과 그 비중은 여전히 논란거리이다. 법경제학의 본산인 미국에서도, 경제학적 논증이 법실무에서 실현되고 있다는 가시적인 증거로는 리처드 포즈너(Richard Posner)와 프랭크 이스터브룩(Frank Easterbrook)이 연방항소법원 판사로 임명되었다는 사실 정도가 제시될 뿐이다. 경제학적 논증이 법실무에서 主位的 方法論으로서 자리매김 되는 것이 이토록 지지부진한 까닭은, 법적 판

* 이 글은 2007년 11월 19일 민사판례연구회에서 발표한 내용을 수정·가필한 것이다. 당해 민사판례연구회에 참여하여 논평해주신 여러 분들께 감사드린다. 특히 金載亨 교수님과 許盛旭 교수님, 박준석 교수님은 대화를 통해 많은 시사점을 제시해주셨다. 또한 서울대학교 법과대학에 재학 중인 金해마루군은 “경제학적 논증의 도입방안의 모색” 부분에 관한 자료를 정리·요약해주었으며, 이 글의 최종적인 교정·교열을 맡아 주었다. 金군의 學運이 長久하기를 바라마지 않는다.

** 이 논문은 서울대학교 법학발전재단출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

*** 서울대학교 법과대학 교수.

단에서 경제학적 논증이 차지하는(또는 차지하여야 할) 역할에 관하여 제기되는 수많은 논점에 대하여 법공동체가 수긍할만한 합의에 이르지 못하기 때문이다.

경제학적 논증의 법적 효력을 논하기 위해서는 먼저 이 개념을 정의하여야 하는데, 현실은 ‘경제학’의 정의에 대해서도 논의가 분분한 실정이다. 이런 까닭에 이 글은, 엄청난 손해배상금으로 세간의 관심을 모은 사건을 대상으로 하여, 그 판결에서 사용된 경제학적 논증의 法的 效力을 분석·검토하는 방식을 채택하기로 하였다. “정유사담합사건”으로 명명된 손해배상사건(“대상사건”)¹⁾에서 서울중앙지방법원(“담당법원”)은, 피고들(5개 정유회사)이 군납유류 입찰과정에서 담합행위를 하여 국가에 끼친 손해를 산정함에 있어 ‘計量經濟學的 方法’을 채택해 엄청난 액수의 배상을 명한 판결(“대상판결”)을 선고했다. 판결결과에 불만인 피고들은 원고 및 감정인단의 손해액 산정방법에 오류가 있다고 다투고 있다. 피고들은 손해액 산정에 관련된 여러 사유—가령 이 방법론의 채택이 근거 없이 이루어졌다는 점, 방법론이 표준방식대로 진행되지 않은 점 등을 늘어놓았지만, 그 요체는 결국 ‘事實認定에 있어 經濟學的 方法論의 採擇’이 법적 근거 없이 혹은 법에 반해 이루어졌다는 데 있다.

민사소송에서 경제학적 방법론의 채택이 논점이 되는 것은, 우리 사회가 갈수록 專門化·技術化되고 있는데 법체계에는 전문·기술적 영역에서 생겨나는 새로운 문제에 대한 認識體系(방법론)가 없기 때문이다. 법체계의 무기력은, 법체제로 하여금 전문·기술적 영역에서의 인식방법, 즉 전문·기술적 논증을 받아들이도록 강요한다. 이런 상황에서 법체계는 전문·기술적 논증을 수용하여야 하는가? 한다면 어떻게 하여야 하는가? 이제까지 법체계는 이런 문제 상황을 어떻게 처리해왔는가? 대상판결은 이러한 의문에 대해 대답하는 두 가지 판시사항을 제시하고 있다. 이하에서는 이를 글감으로 하여 전문·기술적 논증에 대한 법체계의 대응을 논하고자 한다.

이 글은 두 가지 논점, 법체계가 전문적·기술적 논증방식을 어떻게 수용하여야 하는가(規範的 觀點)와, 실제로 어떻게 수용하여 왔는가(實證的 觀點) 중 후자에 강조점을 두기로 한다. 경제학적 방법론과 관련해 규범적 관점에서 제기되는 논제들에 관해서는 이미 많은 논의가 이루어졌기 때문이다. 이하에서는 “社會的 事實로서의 法(law as social facts)”에 대한 관찰과 분석을 통하여 현대 법체계에 대한 인식의 차원을 한 단계 끌어올린 H. L. A. 하트(H. L. A. Hart)의 記述主義

1) 서울중앙지방법원 2007.1.23. 선고 2001가합10682 판결.

(descriptivism)에 입각해 논의를 전개하기로 한다. 우리 법체계가 어떤 새로운 시도를 수용할 수 있는지를 실증적으로 판단하기 위해서는, 우리 법체계의 독특한 구조를 면밀히 관찰하고 세련되게 분석하여 사회 현상으로서의 법을 더 잘 이해하여야 하기 때문이다.

I. 經濟學的 論證의 概念과 對象 法命題의 選定

1. 경제학적 논증의 개념

(1) 법적 판단에 있어서 사용되는 “경제학적 논증”의 개념을 정의하기란 至難하다. 수없이 많은 법경제학 관련 서적을 찾아보아도 딱히 수궁이 가는 정의를 발견할 수 없다. 논리적으로 생각해보면 경제학적 논증이 정의되기 위해서는 경제학이 무엇인가가 먼저 정의되어야 하는데, 경제학의 개념에 대해서는 더 많은 논란이 있는 것 같다. “Economics is what economists do.”라는 자조적 진술이 이를 웅변한다. 이런 사정 때문에 나는 경제학적 논증이 무엇을 말하는지를 알기 위해서는, 경제학적 논증의 개념을 텍스트(text)로 정의하기보다는 경제학적 논증이 필요하게 되는 ‘표준적 맥락(paradigmatic context)’을 살펴보아야 한다고 생각한다. 그것이 현실적인 해결책이라고 생각하는 것이다.

(2) 법실무에서 경제학적 논증에 의지하게 되는 계기는, 法的 推論이 한계를 보이고, 道德的 判斷 또한 관련당사자들의 교감을 얻는 데 실패하는 경우이다.²⁾ 말하자면 경제학적 논증은 ‘補充的 方法論’에 머무는 것이다.

법학·법실무의 전통적 접근법은, 올바르게 진행된 법적 추론을 통해, 다시 말해 특정한 사실관계를 일반 규칙에 포섭시키거나 유추의 방법을 올바르게 사용함으로써, 법문제에 대한 정답에 도달할 수 있다고 한다. (소위 “形式主義(formalism)”) 이런 시각에는, 법체계가 自律的이고 따라서 법체계 내에서의 법적 추론은 어떤 문제에 대해서든 自足的 解答을 제시할 것이란 낙관론이 자리한다. 가령 19세기 독일민법학을 대표예로 하는 概念法學은 법해석학을 ‘현실’의 학문이라기보다는

2) 이 부분은 주로 Arthur Leff, “Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism”, 60 *Virginia Law Review* 451 (1974)에 의존하였다.

‘논리’의 학문으로 생각한다.³⁾ 즉 실정법의 조문으로부터 논리적으로 도출된 것이 그에 대한 올바른 해석이며 이를 탐구하는 것이 법학의 임무로 보는 것이다. 따라서 개념법학에서는 법적 판단으로부터 법규와 사실 이외의 모든 고려는 배제되어야만 한다. 요컨대 개념법학의 기본적 사고양식은 “논리의 지배와 이익형량의 배제”라고 도식화할 수도 있겠다.⁴⁾ 개념법학이 이런 사고 양식을 가질 수 있는 것은, 법을, “자기완결성(Geschlossenheit)”을 가진 체계로 보기 때문이다. 개념법학에서는 法的 欠缺이나 相衝은 있을 수 없는 것이다.

(3) 하지만 법의 이런 ‘自己確信’은 적어도 현대사회에서는 지나치다. 첫째, 현대사회에서는 一般人的 經驗則이 형성되지 않은 專門的·技術的 領域이 탄생해서 끊임없이 법적 분쟁을 양산해내고 있다.⁵⁾ 전문적·기술적 영역에서는 거기서 발생하는 문제를 처리하는 나름의 해결방식이 뿌리내리고 있는데, 이 방식은 그 영역 獨自의 價値體系와 認識體系를 체화하고 있어서, ‘제너럴리스트(generalist)’인 법관이 이를 따라잡기에는 역부족이다. 이 같은 현상은 오늘날 법원에 오는 사건들을 보면 확연히 느낄 수 있다. 주석서에 기술된 도그마틱적 사고만으로 해결책을 찾을 수 없는 사건이 늘어나고 있는 것이다. 둘째, 현대사회는 공동체의 동질적 가치체계가 多元的 價値體系로 해체된 사회이다. 법적 판단은 법규의 인식과 요건사실의 확정만으로 내려질 수 있는 것이 아니라, “관련 사실의 정치적·사회적·경제적 평가, 이런 평가와 결부된 당사자의 실질적 이익의 형량, 나아가 결론으로서 당사자의 어느 쪽을 이기게 하는 것이 타당한지”⁶⁾ 같은 실질적인 고려나 판단을 필요로 하게 되었다. 이런 實質的 判斷을 指揮하는 가치체계를, 현대사회의 구성원은 더 이상 균질하게 가지고 있지 않다. 현대사회에서 빚어지는 갈등에는 언제나 비교 불가능한 가치의 문제가 도사리고 있는데, 다원화된 사회의 구성원은 이에 대해 일치된 도덕적 판단을 내릴 수 없는 것이다.⁷⁾ 이런 상황에서 법관이 도덕적 판단에 기초해 법적 판단을 정당화하는 것은 정치적 자살행위이다. 현대사회가 다원화·전문화·기술화하면 할수록 법체계의 무기력은 심화될 것이다.

3) 개념법학에 관한 요약 정리된 설명으로는 加藤一朗, 民法における論理と利益衡量, 1 이하(有斐閣, 1974).

4) *Id.*

5) ‘과학기술과 법’이란 법학의 영역이 탄생한 사실을 상기하라!

6) 加藤(註 3).

7) 拙稿, “법에서의 가치와 가치판단: 원고적격의 규범학(I),” 서울대학교 법학 48권 1호(통권 135호), 160-203 (2007).

(4) 이런 상황에서 쉽게 떠오르는 것은, 복잡한 논증을 시작하기 전에 모두가 ‘同意’할 수 있는 논의의 토대를 먼저 구축하고, 이를 토대로 보다 진전된 논의를 전개하는 방안이다. 경제학적 논증도 이런 방안의 하나로 제시되었다. 경제학적 논증이 ‘交感(consensus)에 기초한 결정’의 토대로 제시하는 것은 ‘福祉’의 확보이다. 특별한 사정이 없는 한, 사람들은 “배부르고 등 따스운” 상황을 마다하지 않을 것이므로, 이러한 후생의 확보·확대를 논의 전개의 토대로 삼자고 하는 것이다. 말하자면 행복의 추구는 모든 인간들의 삶에 있어서 가장 공통되고 보편적인 삶의 단면이므로 이를 기초로 이후의 논의를 전개해 나아가자는 것이다. 또한 행복의 추구라는 측면에서는 나의 기쁨이 다른 이의 즐거움보다 더 선호되어야 할 이유가 없으므로, 사회적 선택의 기초는 사회에서의 쾌락의 총합을 최대화하는 행동을 선택하는 것이 된다. 요컨대 경제학적 논증은 功利主義⁸⁾에 기초하고 있는 것이다.

(5) 공리주의가 쾌락과 고통, 다시 말해 效用을 道德性 測定의 基本 單位로 책정한 까닭은, 그렇게 할 때 사회 구성원 사이에 벌어지는 각각의 가치체계의 대립문제를 피해갈 수 있기 때문이다.⁹⁾ 공리주의는 眞·善·美를 통할하는 하나의 尺度(=효용)를 정해놓음으로써, 각 구성원이 가진 서로 다른 가치판단방식 사이의 상쟁을 피해가고자 함이다. 그리고 공리주의는, 각각이 느끼는 쾌락의 측정과 집계 of 어려움, (시장에서의) 사람들의 행동을 관찰함으로써 해결하려고 한다. 사람들이 원하는 바는 그들의 행동을 관찰함으로써 알 수 있고, 얼마나 원하는지는 그들이 그것에 대해 얼마나 많은 돈을 지불할 용의가 있는가(支拂用意願)에 따라 측정할 수 있다는 것이다. 왜냐하면 사람들은 모두 자신들의 행복을 극대화하기 위해 노력하는 합리적 존재이기 때문이다. 이와 같이 공리주의는, 구성원 각자가 내리는 가치판단은 시장에서 행동으로 표현되므로 이것을 관찰하고 측정함으로써 그들의 다양한 가치판단을 효용이란 하나의 척도로 변환할 수 있다고 본다.

8) 공리주의는, 모든 도덕적 질문에 어떤 선택지가 사회의 행복극대화에 도움이 되는지 여부에 따라 답하는 이론이다. Simon Blackburn, *The Oxford Dictionary of Philosophy* 388 (Oxford University Press, 1994)(공리주의는, “무엇을 하여야 하는가, 무엇을 숭배 하여야 하는가, 어떻게 살아야 하는가 등의 질문에 대해 효용 또는 행복을 최대화할 수 있는지 여부에 따라 답하는 ... 윤리이론이다.”).

9) 이 부분 설명은 Leff (註 2); Richard Posner, “The Economic Approach to Law,” in his *The Problems of Jurisprudence*, 353 이하(Harvard University Press, 1990).

(6) 이렇듯, 시장은 공리주의가 작동할 수 있도록 하기 위해 유용한 정보, 즉 무엇을 얼마나 원하는지에 대한 정보를 제공하는 기능을 한다. 하지만 그보다 더 중요한 시장의 기능은, 우리가 행복의 극대화(이는 공리주의의 목표이기도 하다)를 달성하기 위해 필요한 사회구성·운영원리를 탐색하려 할 때 참조하여야 할 모범사례를 제시하는 데 있다. 가령 甲이 시장에서 만난 乙에게 자신이 키운 송아지를 200만원에 팔았다고 하자. 甲과 乙 사이에 체결된 이 거래는, 甲은 송아지보다 돈 200만원을, 乙은 돈 200만원보다 송아지를, 더 가치 있다고 생각하고 있음을 증명한다. 甲과 乙은 공히 희소한 자원의 조건 속에서 합리적 선택을 모색하는 합리적인 이익추구자라고 가정하였기 때문이다. 따라서 이 거래를 통해 甲과 乙은 적어도 조금씩은 더 행복해질 것이고, 그 결과 사회 전체도 조금은 더 행복될 것이다. 이처럼 시장에서 어떤 거래가 성립되었다면 이 거래는 당사자 모두가 이를 원해서 이루어졌고, 당사자들은 이를 통해 조금 더 행복해졌으며, 그 결과 사회전체도 더 행복해졌다고 이야기할 수 있다. 시장에서의 거래가 이와 같이 사회전체의 행복을 증진시켜 준다면, 시장을 모방하는 규칙, 다시 말해 시장에서의 거래행위로 인해 자연스레 일어날 질서, 즉 自生的 秩序를 미리 그 사회의 규칙으로 정립해둔다면, 이 규칙 역시 사회전체의 행복을 증진시켜 주는 것이 된다. 이것이 바로 “市場模倣的 規則(market-simulating rules of law)”이 모색되는 이유이다.¹⁰⁾

(7) 이런 ‘시장모방적 규칙’의 모색은, 현재 범경제학자들에 의해 법의 모든 영역에서 일어나고 있다. 사인간의 다툼(私法 분야)에서는, 러니드 핸드(Learned Hand) 판사의 공식¹¹⁾으로부터 대상판결에서 거시된 손해배상산정¹²⁾의 예에 이르

10) 가령 Ronald Dworkin, “The Common Law,” in his *Law’s Empire*, 276, 286 (The Belknap Press, 1986); 로널드 드위킨(장영민 역), **법의 제국**, 404 (2004).

11) 우리 민법 제750조에 해당하는 미국의 非故意 손해배상법에서 과실 여부의 결정은 평균인의 주의정도를 기준으로 하는 추상적 과실을 토대로 판정해 왔다. 종래의 판례는 어느 정도로 주의의무가 있는지에 대해 건전한 상식에 의한다고 하는 다소 추상적 서술을 해왔는데, 핸드 판사가 이를 객관화하는 공식을 제시하였다. *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 164, 173 (2d Cir. 1947). 즉 타인에 대한 피해발생확률을 P , 피해를 L , 피해를 방지하기 위해 사전조치를 하는 데 드는 예방비용을 B 라고 하면, 행위자의 책임은 $B < P \times L$ 일 때 성립한다는 것이다. 다시 말해 사람들은 어떤 경우든 항상 사회 전체에 금전적으로 가장 비용이 덜 드는 행동을 해야 하고, 그렇지 않아서 타인에게 피해를 끼쳤을 경우 과실이 인정되어 배상책임을 진다는 것이다.

12) 손해액 산정에서 “금융경제학적 방식”의 합리성을 인정한 대법원 2004. 5. 28. 선고

기까지, 입법부의 입법이나 행정부의 행정작용에 대한 불복(公法 분야)에서는, 경제규제법, 독점규제법 그리고 지적재산권법에 이르기까지,¹³⁾ 그 포괄범위는 실로 방대하다. 이제는, 포즈너의 主著, *Economic Analysis of Law*가 법의 거의 모든 영역을 경제학적 분석의 대상으로 삼고 있고, 나아가서는 미국 연방대법관인 스테펜 브라이어(Stephen Breyer)까지도 재판과정에서 경제학적 논증의 개입이 더 확대되어야 한다고 주장하는 실정에 이르게 되었다.¹⁴⁾

(8) 이와 같은 상황에서 경제학적 추론의 완결적 개념 — 다시 말해 모든 경우를 포괄할 수 있는 일반적 개념을 정의하기란 어려우며, 경제학적 추론이 가지는 법적 의미도 또한 구체적인 문제를 중심으로 각 문제가 제기하는 다양한 논제에 관해 개별적으로 논할 수밖에 없을 듯하다. 하지만 경제학적 추론으로서 자리매김 되는 논증방식은 적어도 두 가지 공통적인 요소를 갖추고 있는 것 같다. 그 하나는, 경제학적 추론은 “어떤 해결방식 혹은 법규칙을 고안해내는 것이 經濟的 效率(혹은 사회후생)의 極大化에 도움이 되는가”를 고민한다는 점이고, 다른 하나는 그런 해결방식 혹은 법규칙을 고안해냄에 있어 市場의 自生的 秩序를 模倣한다는 점이다.

2. 대상 범명제의 선정

(1) 하트에 따르면, 법체계는 “규칙의 체계”로서 “一次的 規則(primary rules)”과 二次的 規則(secondary rules)”으로 구성된다.¹⁵⁾ 일차적 규칙이 국민에게 의무를 부여하는 규칙이라면, 이차적 규칙은 국민의 권리·의무를 확정하는 책무를 진 법적용기관, 대표적으로 법원에게 권한을 수여하는 규칙으로, 법원이 법적 판단을 할 때 준수하여야 할 규칙을 말한다. 대개 판례 평석은 일차적 규칙을 그 대상으로 삼아 왔다고 할 수 있다. 왜냐하면 법률가들은 사건의 실제적인 해결책

2003다69607,69614 판결도 하나의 예로 평가할 수 있다.

13) 이는 미국 연방대법관 Stephen Breyer가 경제학적 논증에 기초해 판결하여야 한다는 소수의견을 제시한 법률 분야이다. 구체적으로는, *Whitman v. American Trucking Association*, 531 U.S. 457 (2001); *Verizon Communication v. FCC*, 535 U.S. 467 (2002); *Eldred v. Ashcroft*, 123 S. Ct. 769 (2003).

14) Stephen Breyer, *Economic Reasoning and Judicial Review* (American Enterprise Institute Press, 2004). 아래 인용한 면수는 위 책을 번역한 박철, 강선명, 이상훈, 이상우의 번역문 “경제학적 논증과 사법심사”(필자 소장) 상의 면수이다.

15) 자세한 것은 *infra* IV.2. (하트의 승인율과 체계상의 효력) 참조.

의 모색에만 집착해, 자신들이 사건을 처리하는 데 준수하는 규칙은 그 중요성을 의식하지 못하기 때문이다. 하지만 사건의 해결은 “徑路(path)”에도 의존하는 것이어서, 정작 중요한 것은 사건의 해결책을 찾아내는 데 지켜야 할 규칙에 대한 비판적 분석인지도 모를 일이다.

(2) 이 글은 경제학적 논증이 민사재판에서 갖는 법적 지위를 생각해보기 위한 것이다. 다시 말해서 경제학적 논증이 ‘民事事件의 法的 解決策을 찾아내는 方法論’으로 자리매김 될 수 있는지를 살펴보려는 것이다. 그런데 매우 합리적으로 보이는 경제학적 분석이, 그 합리성의 정도만큼 법적 논증에 쉽게 수용되지는 못하는 것 같다. 브라이어에 따르면, 경제학적 논증은 “조금 더 또는 조금 덜(a little more or a little less)”로부터 시작되는 것이기에, 그에 따른 법해석은 열려 있는, 그리하여 “덜 명확한,” 법해석이 될 수밖에 없다.¹⁶⁾ 법이론이라면 모르겠지만, 현실의 문제를 해결하기 위해 직접 적용되는 실정법은 이런 불명확성을 인내할 수 없다. 따라서 경제학적 논증이 ‘판례 평석의 대상’이 되기 위해서는, 그 내용이 명확한 구체적 명제의 형태로 정립되어야 한다.

(3) 대상판결은 매우 많은 법적 논점에 대해 판시하고 있다. 그 중에서 이 글의 테제와 관련된 판시 사항을 추려낸 것이 [표 1]과 [표 2]의 내용이다. 이 사건에서 국민의 권리·의무를 직접 규율하는 법명제는, “불법행위로 인한 재산상 손해는, 불법행위가 없었다면 있었을 재산상태에서 불법행위로 발생한 재산상태 사이의 차액을 기준으로 산정된다.”는 정도에 그치는 것 같다. 물론 이 법명제도 보기에 따라서는 그 수명자가 법원으로 생각될 수 있고 따라서 이차적 규칙으로서의 성격을 띤다고 생각할 수도 있을 것이다. 하지만 이 명제는 법원에게 권한을 수여하는 것이 아니라, 원고의 피고에 대한 권리(혹은 피고의 원고에 대한 책임)가 대체로 불법행위 전후의 재산상태 차이에 대해 인정된다는 것이므로, 일차적 규칙에 속한다고 보아야 한다.

¹⁶⁾ Breyer (註 14). 브라이어는 이 이외에도 경제학적 추론이 법해석에 쉽게 수용되지 못하는 이유로서 두 가지를 더 든다. 그 하나는 법원의 보수성이고, 다른 하나는 법원의 존경적 태도, 다시 말해 법원이 여타의 정부 기관의 전문적 판단을 존중하는 경향이다.

〔표 1〕 대상판결의 판결 요지 중 일차적 규칙

일차적 규칙: 국민의 권리·의무를 결정하는 규칙
<p>판시사항 (1) 불법행위로 인한 재산상 손해는, 위법행위가 없었다라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> · 불법행위로 인한 재산상 손해는, 낙찰가격과 경쟁가격과의 차액을 기준으로 하여 산정하여야 한다. · 이 경우 손해액 산정의 기준이 되는 경쟁가격은 문제가 된 시장의 다른 거래 조건을 그대로 유지한 상황에서 단지 담합이라는 특수한 사정만을 제외한 가격이 되어야 한다. <p>(1)* 손해액이 확실하게 산정되지 않는다는 사정을 내세워 손해배상책임을 부정할 수 없다.</p>

(4) 대상판결에는 제2차적 규칙도 다수 존재하는데, [표 2]는 그중 주요 명제만을 추린 것이다. 대상판결은, 손해액 증명이 곤란한 경우에, “손해액이 이론적 근거와 자료의 뒷받침 아래 과학적이고 합리적인 방법에 의하여 정당하게 추정되었다고 평가된다면 법원은 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야” 한다고 전제한 후, 그 과학적이고 합리적인 방법의 예로 “계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법에 의한 손해액 산정”을 承認하고 있다. 그리고 계량경제학상의 중회귀분석을 할 때 “경제학적 이론과 사실적 근거에 입각하지 아니한 채 단순히 주관적인 추측에 의거하여 모형을 설정하는 것은 배척되어야 한다.”라고 판시하였다. 담당법원은 또한 “전문적인 지식과 경험을 가진 감정기관에 대한 감정축탁결과는 특별히 경험칙이나 논리법칙에 반한다는 등의 사정이 없는 한 존중되어야” 함을 인정한 후, 그럼에도 불구하고 “계량경제학적 분석방법을 통하여 손해액을 산정하는 이 사건에 있어서, 사실관계의 해석, 정확하고 일관된 자료처리, 경제학적 이론과 사실적 근거에 바탕을 둔 추정방법과 모형의 설정, 사용된 자료의 성격, 추정 결과가 현실을 적절히 반영하는지 여부 등의 문제가 규범적으로 평가되어야 한다.”라고 판시하면서, 실제로 감정축탁결과에 이르는 과정과 관련한 구체적 내용에 대하여 法的 評價를 하고 있다.

[표 2] 대상판결의 판결 요지 중 이차적 규칙

<p>이차적 규칙: 법원이 법적 판단을 할 때 준수하여야 할 규칙</p>
<p>판시사항 (2) 불법행위로 인한 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우에 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 간접사실들을 종합하여 그 손해액을 판단할 수 있다.</p> <p>판시사항 (3) 손해액을 단순한 추측에만 의존하여 계산할 수는 없고, “손해액이 이론적 근거와 자료의 뒷받침 아래 과학적이고 합리적인 방법에 의하여 정당하게 추정되었다고 평가된다면 법원은 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야” 한다.</p> <p>판시사항 (4) 피고들의 담합이 없었을 경우에 형성되었을 가격을 추정하는 것이 중요한데, 이 가격 추정을 위하여 표준시장 비교방법 대신, 계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법에 의하여 원고의 손해를 산정하기로 한다.</p> <p>판시사항 (5) 전문적인 지식과 경험을 가진 감정기관에 대한 감정축타결과는 특별히 경험칙이나 논리법칙에 반한다는 등의 사정이 없는 한 존중되어야 할 것이지만, 계량경제학적 분석방법을 통하여 손해액을 산정하는 이 사건에 있어서, 사실관계의 해석, 정확하고 일관된 자료처리, 경제학적 이론과 사실적 근거에 바탕을 둔 추정방법과 모형의 설정, 사용된 자료의 성격, 추정 결과가 현실을 적절히 반영하는지 여부 등의 문제가 규범적으로 평가되어야 한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> · 이중차분법에 의해 손해액을 산정하는 경우, 손해액을 합리적, 과학적으로 추정하려면, 정확한 자료와 사실관계의 이해를 바탕으로 하여 확립된 경제이론에 의거해 낙찰가격에 영향을 미치는 여러 요인을 올바르게 식별한 후 각 요인이 실제로 낙찰가격에 미친 영향을 제대로 포착할 수 있도록 모형과 변수를 설정하여야 한다. · 비록 손해액을 추정함에 있어서 다소 불확실성이 존재할 수밖에 없다고 하더라도, 경제학적 이론과 사실적 근거에 입각하지 아니한 채 단순히 주관적인 추측에 의거하여 모형을 설정하는 것은 배척되어야 한다. · 아울러 자료의 정확성과 자료처리의 일관성은 과학적이고 합리적인 손해액 산정을 위한 계량분석에 있어서 가장 기본적인 사항이고, 계량분석결과는 통계적 유의성뿐만 아니라 현실적 적합성도 충족시켜야 한다.

이상의 판시 사항을 토대로 하여 이 글이 분석의 대상으로 삼을 대상 범명제를 재구성하면 다음과 같다.

범명제 ① : 계량경제학적 분석방법을 통해 손해액을 산정한 감정축타결과에 이르는 과정도 규범적으로 평가되어야 한다.

범명제 ② : 손해액이 경제학적 이론과 사실적 근거에 입각한, 과학적이고 합리적으로 수행된, 계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법에 의해 산정되었다면, 법원은 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야 한다.

이와 같이 대상 범명제를 재구성한 것은, 그렇게 할 때 “경제학적 논증의 법적 지위”를 個別·具體적으로 살펴보려는 이 글의 목적을 달성할 수 있기 때문이다. 이에 포함되지 않은 나머지 판시 사항은 논리적 층위에서 상위 명제를 논리적으로 뒷받침하는, 하위의 보조 명제로 볼 수 있다. 이하에서는 대상 범명제를 대상으로 삼아 상정할 수 있는 논점에 대해 논하기로 한다.

3. 대상 범명제는 경제학적 논증의 예인가?

(1) 경제이론은 규범경제이론(normative economics)과 실증경제이론(positive economics)으로 나뉜다. 전자가 가치판단을 넣어 어떤 질서가 바람직한지의 문제를 보는 반면, 후자는 있는 그대로의 현실을 분석해내는 데 주안점을 둔다. 전자가 處方이라면 후자는 診斷이다. 따라서 법적 판단에 사용되는 경제학적 추론은 주로 전자의 성격을 띠다고 하겠다. 왜냐하면 진단과 달리, 처방에는 실천적 가치판단의 요소가 개입되기 때문이다. 하지만 진단이 없으면 처방도 없듯이, 올바른 법적 판단에 이르기 위해서는 현실에 대한 정확한 분석이 반드시 선행되어야 한다. 이런 측면에서 실증경제이론도 규범경제이론에 못지않게 법적 판단에 있어서 경제학적 논증으로서 중요한 역할을 수행한다고 하겠다.

(2) 실증경제이론이 법적 판단에서 중요한 역할을 수행한다고 하는 것은, 대상 판결에서 제시된 손해배상산정의 예에서도 마찬가지로 드러난다. 이 사건의 핵심적 쟁점은, 피고들의 담합이 없었을 경우에 형성되었을 가격을 추정하는 방법의 선택이었다. 이런 가격추정방법의 선택 여하가 곧바로 손해배상액의 결정으로 이어지기 때문이다. 담당법원은, 이 선택을 함에 있어서 **일반 손해배상소송에 사용**

되었을 법한 “標準市場 比較方法”¹⁷⁾ 또는 “前後比較方法”¹⁸⁾을 배척하고 “계량경제학상의重回歸分析을 통한 二重差分法”(이하, “이중차분법”)¹⁹⁾을 채택하였다. 담당 법원에게는 이중차분법이 “가장 합리적이고 적절한 방법”이었기 때문이다. 담당법원이 그렇게 생각한 근본적인 이유는, 담합이 없었다면 있었을 시장의 자연스런 상황을 재현하는 데 이중차분법이 가장 적합하기 때문으로 보인다. 담당법원이 “손해액 산정의 기준이 되는 경쟁가격은 문제가 된 시장의 다른 거래 조건을 그대로 유지한 상황에서 단지 담합이라는 특수한 사정만을 제외한 가격이 되어야 한다.”고 판시하고 있기 때문이다.

(3) 하지만 그렇다고 하여도 담당법원에 의한 이중차분법의 선택이 경제학자들이 말하는 “시장질서의 바람직함”을 전제로 이루어졌는지는 확실하지 않다. 시장의 자연스런 상황의 재현은, 불법행위가 범해지지 않았더라면 있었을 상태를 찾다보니 나온 우연의 일치인지도 모르기 때문이다. 또한 담당법원에 의한 이중차분법의 선택이, 불법행위법을 규율하는 지도원리로 矯正의 正義를 채택하고 이에 기초해 이루어졌는지, 아니면 經濟的 效率의 극대화를 채택하고 이에 기초해 이루어졌는지도 판단하기 어렵다.²⁰⁾ 하지만 담당법원이 (담합이 없었다면 존재하였을) 시장의 상태를 기준점으로 삼았다는 점은 분명하고, 이는, 적어도 결과적으로는, 담당법원도 앞서 말한 의미의 시장모방적 규칙을 모색했다고 볼 수 있을 것이다. 기실 우리 법원이, 불법행위에 기한 손해배상액을 산정할 때 항상, 그런 사정이 없었다면 있었을 상태를 정확히 구현해내기 위해 애를 써왔다고 할 수는 없을 것 같다. 예컨대 충돌사고로 인하여 자동차가 파손되었을 때, 그 자동차 소유자에게 끼친 손해의 액수를 산정함에 있어 수리비, 렌터카 사용료 이외에 “교

17) 대상판결은, 이를, “담합이 없었던 시장을 표준으로 하여 그 시장에서의 가격과 담합이 있었던 시장에서의 가격을 비교하는 방법”으로 정의한다.

18) 대상판결은, 이를, “군납의 담합시기와 비담합시기의 낙찰가 자료를 단순히 비교하는 방법”으로 정의한다.

19) 대상판결은, 이를, “담합이 가격에 미친 영향과 담합 이외의 경제적 요인들이 가격에 미친 영향을 객관적으로 구별하고 측정하기 위한 계량경제학적 분석방법을 사용한 후, 담합기간 군납과 비군납의 낙찰가격의 차이에서 비담합기간의 군납과 비군납의 낙찰가격의 차이를 차감하여 담합으로 인한 가격인상분을 추정하는 방법”으로 정의한다.

20) 교정적 정의와 경제적 효율 사이의 관계에 관한 귀중한 문헌으로는, Richard A. Posner, “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law”, 10 *Journal of Legal Studies* 187 (1981); Jules L. Coleman, “Corrective Justice and Wrongful Gain”, in his *Markets, Morals, and the Law* 184 (Oxford University Press, 1998).

환가격의 손실분”까지를 고려하기 시작한 것은 근자의 일이기 때문이다.²¹⁾ 이런 대법원의 태도와 대조해보면, 대상판결에서 담당법원이 담합이 없었다면 존재하였을 시장가격을 정확히 추정하려고 노력한 점은 주목할만하다고 하겠다.

II. 事實問題와 法律問題: 法命題 ①에 대한 評價

1. 사실문제와 법률문제를 구별함으로써 얻게 되는 법률상 실익으로는, 법률심인 상고심에서의 심사범위를 확정하는 데 있음을 거론하는 것이 통례이다. 특단의 사정이 없는 한 법률문제만 대법원의 심사대상이 되는 것이다. 미국과 같이 배심제도가 채택된 나라에 있어서 양자의 구별은, 이에 더하여 당해 문제가 판사의 소관 사항인지 아니면 배심원단의 소관 사항인지를 결정하는 역할을 하게 될 것이다. 이렇듯 사실문제와 법률문제의 구별은 각 문제에 대한 ‘法院의 役割’을 달리 규정하는 기능을 갖고 있다.

2. 법률문제와 사실문제의 구별은 쉽지 않다.²²⁾ 양자는, 흑백의 구별과 같이 구분된다기보다는 스펙트럼의 양상과 같이 하나의 ‘연속체’ 상에 존재하는 상대적 개념이고, 그런 만큼 그 구별이 어렵다.²³⁾ 스펙트럼의 한쪽 끝에는 ‘누가’, ‘언제’, ‘어디서’, ‘무엇을’ 등의 ‘純粹 事實(pure fact)’ 혹은 “歷史的 事實(historical fact)”이 자리 잡고 있다. 日沒이 되었는지 여부 혹은 犯人의 身元이 누구인지 등이 그 예이다. 다른 쪽 끝에는 당해 법률의 違憲 與否, 國際私法上 法律의

21) 자세한 내용은, 신신호, “자동차의 일부과손으로 수리 후 가격하락과 손해배상의 범위”, *法曹* 2004 · 12 (vol. 579), 236 이하 참조. 이 자료를 제공해 준 염호준 판사에게 감사한다.

22) 사실의 문제와 법률의 문제에 관한 고전적 문헌으로는, Louis L. Jaffe, “Judicial Review: Question of Fact”, 69 *Harvard Law Review* 1020 (1956); Louis L. Jaffe, “Judicial Review: Question of Law”, 69 *Harvard Law Review* 239 (1955); J. L. Clark, “A Mixed Question of Law and Fact”, 18 *Yale Law Journal* 404 (1909); Recent Cases, “Negligence - Question of Law or of Fact”, 1 *Yale Law Journal* 74 (1891).

23) Kathleen L. Coles, “Mixed Question of Fact and Law: Illinois Standards of Appellate Review in Civil Cases Following the 1997 Amendment Supreme Court Rule 341”, 28 *Southern Illinois University Law Journal* 13, 32 (2003) (“Instead of a dichotomy, therefore, the concepts of fact and law are more accurately viewed as a continuum.”).

選擇 등의 순수한 법률문제가 위치한다. 이와 같이 비교적 구별이 쉬운 사례와 달리 그 구별을 어렵게 하는 경우가 있는데, 이는 ‘推論(inference)’이 관련된 경우이다. 가령 교통사고 시 신호등이 정지신호였는지 여부를 목격한 사람이 없을 때, 동행 차량의 움직임, 횡단보도에서 보행하는 사람의 유무 등에 의해 정지신호 여부를 추론하는 경우이다. 이는 순수한 사실은 아니지만 정황증거에 의해 입증되는 사실로서, 사실로 분류되는 “事實의 推論(inference of fact)”에 해당한다. 이와 같이 어떤 이슈에 대한 ‘결론’이 사실의 추론이어서 사실문제로 평가된다면, 법원은 그 사실을 입증하는 증거의 신빙성에 따라 이를 ‘사실’로서 그대로 받아들여든지 아니면 ‘사실이 아닌 것’으로 배척하면 그만이다. 다시 말해 그 결론은 참이든지 거짓이든지 둘 중의 하나이다. “참(truth)”은 정도의 차이를 인정하지 않는다. (이것이 사실이 불명확할 수 있음을 부정하는 것은 물론 아니다.) 여기에 법원의 실천적 판단이 개입할 여지는 없다. 칸트(Kant)의 용어로 말하면, 사실문제는 “理論理性”의 영역인 것이다.

3. 하지만 事故 시에 문제되는 ‘過失’의 유무나 범죄 시점이 ‘夜間’인지 여부를 판단하는 문제를 생각해보면 법률문제와 사실문제의 구별이 그리 간단한 것이 아님을 알 수 있다. 이 경우 순수 사실의 발견으로부터 시작해 과실 유무 혹은 야간 여부가 판단되는데, 이때의 판단은, 비록 사실인식에서 시작해 어떤 결론을 추론하는 것이지만, 앞서 본 간단한 사실의 추론과 성격이 다를 수 있을 것이다. 가령 일몰이 범죄구성요건 요소의 하나인 야간을 곧바로 의미하는 것은 아니기 때문이다. 여기에는 사실의 추론에서와 구별되는 ‘모종의 판단’이 개입하는 것이다. 미국의 판례에 따르면, 이 판단이 “法的 基準에 의해 規律되는 判斷”인지 아니면 “常識的 判斷”인지 여부에 따라, 당해 추론이 법의 추론인지 아니면 사실의 추론인지 여부가 결정된다고 한다.²⁴⁾ 가령, 과실은, 이런 저런 사실에 의하여 종합적으로 구성되는 사고 당시의 사정에 의해 그 유무가 판별되는 것이 상례이고, 이 점에 의하여 과실 유무에 대한 판단은 순수한 사실이 아니라 그런 사실에 기하여 이루어지는 추론에 해당한다. 그런데 위 판례 및 그 평석²⁵⁾에 따르면, 과실 유무의 판단기준을 법이 직접 제공하고 있다면 그 기준에 해당하는지 여부는 법률문제가 되는 반면, 특별한 기준이 제시되지 않아 사회통념에

24) *Farrell v. Waterbury Horse Railway Co.*, 60 Conn. 239, 21 Atlantic Rep. 675 (1891).

25) *Recent Cases* (註 22), 74-75.

기해 행위를 판단해야 하는 경우에는 사실문제가 된다고 한다. 이와 같이 법률문제의 경우, 증거에 의해 어떤 사실(가령, 실수나 일몰)이 증명된다고 하더라도 그것이 곧바로 어떤 결론(가령, 과실이나 야간)으로 이어지지 않는다. 즉, 어떤 결론에 이어지기 위해서는 법원이 법적 기준에 의한 판단을 주입해야 한다. 그리고 이 법적 기준은 자연의 작품이 아니라 사회적으로 만들어진다. 칸트의 용어로 말하면, 법률문제는 “實踐理性”의 영역이다.

4. 양자의 구별이 어려운, 難問의 대표적인 예로는, 순수사실과 추론된 사실이 섞여 있는 “最終事實(ultimate facts)”과 법률문제와 사실문제가 혼합되어 있는 “混合問題(mixed questions of fact and law)”²⁶⁾를 들 수 있다. 이에 관련한 대표적 사건인 Pullman-Standard v. Swint²⁷⁾에서는 소송당사자인 회사가 연공서열(seniority)에 입각해 마련한 고용체계에 차별적 의도가 있었는지 여부가 법적 쟁점으로 부상하였는데, 그 쟁점해결의 선결문제로서 이 ‘差別的 意圖의 有無’가 사실문제인지 아니면 법률문제인지가 다투어졌다. 관련 민사소송법 규정(Federal Rules of Civil Procedure Rule 52(a))은, 항소심 재판부는 명백한 오류가 없는 한 제1심 재판부의 사실인정을 받아들여야 한다고 규정하고 있었다. 미대법원은, 제1심 법원의 사실인정을 배척하고 ‘차별적 의도가 존재하였다’는 결론을 내린 항소심 판결을 파기하였다. 차별적 의도의 존재 유무는 사실문제이므로 항소심으로서는 제1심 법원의 사실인정을 받아들여야 했다는 것이다.

미대법원이 이와 같은 판결을 내린 이유는 다음과 같다. 첫째, “최종사실(ultimate facts)”을 “보조사실(subsidiary facts)”과 구분하지 않고 모두 “순수 사실(pure facts)”의 영역에 속하는 것으로 보았다.²⁸⁾ 둘째, ‘차별적 의도가 존재하였다.’라는 발견은 “혼합문제(mixed questions of fact and law)”로 보지 않고 사실문제로 보았다. 즉, 차별적 의도의 존재는, “사건에 따라서는 항소심으로 하여금 관련 사실이 … 법개념에 해당하는지 여부를 결정하기 위해 그 관련 사실을 검

26) 이에 관한 문헌으로는 The Supreme Court 1995 Term Leading Case, “Mixed Questions of Law and Fact”, 110 *Harvard Law Review* 317 (1996); Patricia J. Kaeding, “Clearly Erroneous Review of Mixed Questions of Law and Fact: The Likelihood of Confusion Determination in Trademark Law”, 59 *University of Chicago Law Review* 1291 (1992).

27) 456 U.S. 273 (1982).

28) *Id.* 287.

토하도록 허용하는, 그런 종류의 혼합문제”가 아니라고 결론을 내린 것이다.²⁹⁾ 이 결론을 뒷받침하기 위해 미대법원은, ‘차별적 의도’는 “실제적 동기(actual motive)”를 의미하는 것이지 다른 어떤 사실로부터 도출되는 법적 추정이 아니라고 하면서,³⁰⁾ 결론적으로 차별적 의도라는 문제는 ‘순수 사실’의 문제이므로, 제1심 재판부의 차별적 의도에 관한 사실인정은 명백한 오류가 없는 한 항소심 재판부에 의해 번복될 수 없다고 결론짓고 있다.

5. 법-사실 구별의 문제가 지난한 것은, 이 부분에 관한 명확한 기준이 이론상³¹⁾이나 실무상³²⁾ 확립되지 않은 것을 보면, 쉽게 알 수 있다. 이런 까닭에, 양자의 구별기준을 정립하려는 이론적 시도들은 대개 機能的인 혹은 政策的인 고려에 근거하고 있는 것 같다.³³⁾ 여기서 조셉 라즈(Joseph Raz)의 구별 기준을 잠시 살펴보자.³⁴⁾

“대우 자주 입법자나 법원은, 법을 만들면서, 보다 분명한 표현보다는 다소 덜 분명한 표현을 사용하는 것을 선호한다. 그들은 규율되지 아니한 사건들을 남겨두어 그 사건들의 운명이 적당한 때에, 법에서 허용하는 한계 내에서 법원의 재량을 사용하여 법원에 의해 결정되도록 하는 것을 선호한다. 그러한 사건들에서 법은 전체적인 법적 구조를 결정하고, 가장 분명한 사건을 제외한 모든

29) *Id.* 289.

30) *Id.* 289-90.

31) 양자를 존재론적 혹은 질적으로 구별하는 시도가 徒勞에 그칠 것이라는 주장으로는, Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, “The Myth of the Law-Fact Distinction”, 97 *Northwestern University Law Review* 1769 (2003). 이들에 따르면, 법률문제는 “사실적 문제라는 보다 일반적 범주의 부분(part of the more general category of factual questions)”에 지나지 않는다고 한다. *Id.* 1770.

32) 미대법원도 이 문제를 해결하기 위한 규칙이나 기준에 대해 합의에 이르고 있지 못하다고 한다. Martin B. Louis “Allocating Adjudicative Decision Making Authority Between the Trial and Appellate Levels: A Unified View of the Scope of Review, the Judge/Jury Question, and Procedural Discretion”, 64 *North Carolina Law Review* 993, 1003 (1986) (“division of power over mixed questions has been neither simple nor consistent, even though the process of law application itself does not vary from one context or venue to another”).

33) Allen & Pardo (註 31); Coles (註 23); Louis (註 32); Henry P. Monaghan, “Constitutional Fact Review”, 85 *Columbia Law Review* 229, 233 (1985) 등이 이에 관한 문헌이다.

34) Joseph Raz, “Law and Value in Adjudication”, in his *The Authority of Law* 180, 193-94 (1979).

사건에 존재하는 흠결을 메우는 것을 법원에 맡긴다. ...

보통법은 이러한 사건들을 두 개의 범주로 구분한다. 개별 사건에서의 흠결이 판사에 의해 메워지는, 즉 판사의 의견이 선례가 되는(그래서 어느 정도까지 규제되지 아니한 사건에서 각 판결로 간극을 좁힌다) 사건들과 결정이 배심원에게 남겨진 사건들이다. 배심원들의 결정은 설명되지 않고, 따라서 구속력 있는 선례가 되지 않는다. 차이는 法과 事實 사이의, 그리고 법원에 의해서 설명되어야 하는 특별한 법적 의미로 사용된 용어와 법원이 설명할 필요는 없지만, 적용을 배심원에게 남겨두어야 하는, 분명하고 일상적인 의미로 사용된 용어 사이의 전문적인 법적 구분과 관련된다. 그러나 실제 개별 사건에서의 결정은 법원칙에 관한 두 가지 문제의 결합이다. 첫째는, 불충분하게 정해진 법을, 흠결을 메우고 더욱더 상세한 법적 가이드라인을 제시하여 그 이상의 법적 발전을 위한 구조라고 볼지 여부 혹은 각 사건에서 판단을 다시 하도록 법원에 맡겨졌기 때문에 법이 불충분하게 규정된 상태로 남아 있다고 여길지 여부이다. 둘째는 결정을 판사에게 맡길지 아니면 배심원에게 맡길지 여부이다. 보통법은 일반적으로 법을 진보적으로 발전시키는 것이 가장 필요할 때 그 일은 판사에 의해 행해지는 것이 가장 나은 반면, 각각의 새로운 사건에서 충분한 재량이 행사되는 것이 필요한 경우 그 문제는 각 사건의 결정에 사회에서 통용되는 태도나 변화하는 가치관을 불어넣기 위해 배심원에게 맡겨져야 한다고 여긴다.”

이런 시도가 사실문제인지 법률문제인지 결정하기 어려운 문제, 즉 앞서 본 ‘최종 사실’이나 ‘혼합문제’에 대한 재판권의 귀속과 같은 절차적 이슈를 해결하기 위해 고안된 것임은 물론이다. 이들 이론에 따르면, (판사가 담당해야 할 법적 판단의 범위를 결정하는 기능을 담당하는) **법-사실 구별의 기준은, 판사 혹은 외부 전문가의 機關的 特性, 즉 “相對的 專門性”과 “투입 가능한 資源의 크기” 및 道德的 要素 가령 “公正性” 등의 요소를 고려해 결정하여야 한다는 것이다.**³⁵⁾ 다시 말해 판사 혹은 외부 전문가 중 누가 당해 문제에 관한 終局的 決定權을 담지하기에 더 나은 위치에 있는지 여부가 이런 요소들에 의해 결정되는 것이다.

6. 이와 같은 기능적·정책적 관점에서 본다면, 경제학적 추론에 의해 나온 결론이 사실문제인지 아니면 법률문제인지는 一義的으로 판단할 것은 아니라고 본다. 경제학적 추론의 범주에 속하는 각각의 경제학적 사고방식마다 앞서 본 정책

35) 이와 같은 요소들에 관한 요약 정리된 문헌으로는, Coles (註 23), 38-43.

적 고려요소의 경중이 각기 다를 것이기 때문이다. 가령 非故意 不法行爲로 인한 손해의 배상에 관한 핸드 판사의 공식을 살펴보자.³⁶⁾ 이 공식은 경제학적 추론의 예로 가장 빈번히 거론되는 예 중의 하나인데,³⁷⁾ 이는, 안전장치를 설치하는 비용이 “사고기대손실”(안전장치를 달지 않더라도 사고가 발생하지 않을 확률을 계산하여 이를 사고비용에서 뺀 나머지 비용)보다 적다면 과실이 인정되고, 크다면 과실이 인정되지 않는다고 공식화한다. 이 공식에 의해 과실 유무를 판단할 때, 비용(안전장치 설치비용이나 사고비용)의 크기가 순수 사실 혹은 ‘상식적으로’ 추론된 사실에 의하여 계산된다면, 이는 사실문제가 된다. 하지만 그렇게 계산된 비용들이 핸드 판사의 공식을 구성하는 법적 개념에 포섭되는지 여부 또는 핸드 판사의 공식 자체에 대한 평가는 법적 판단을 필요로 하는 법률문제가 될 것이다.

7. 이상을 배경지식으로 삼아 대상사건에 대해 살펴본다. 이 사건에서 계량경제학적 논증을 통해 나온 ‘결론,’ 즉 감정축탁결과는, 비록 그것이 순수사실 자체가 아니고 순수사실로부터 추론된 결론이라고 하더라도, 사실문제로 보인다. 감정을 맡은 경제학적 논증의 전문가가 (제너럴리스트인 법관보다) 당해 문제에 대해 종국적 결정을 하는 것이 타당하기 때문이다. 그러므로 감정축탁결과가 참이라고 신뢰할 수 있다면, 법원은 이를 ‘그대로’ 받아들여야 한다. 대상판결도 이를 인정해, “전문적인 지식과 경험을 가진 감정기관에 대한 감정축탁결과는 특별히 경험칙이나 논리법칙에 반한다는 등의 사정이 없는 한 존중되어야 할 것”이라고 판시하고 있다.³⁸⁾

36) *Supra* 註 11 및 그 본문 참조.

37) 가령 로널드 드워킨(註 10), **법의 제국**, 392.

38) 같은 취지의 판례로는 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결. 이에 따르면, 자유심증주의가 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실체적 진실발견에 적합하기 때문이지 법관의 자의적인 판단을 인용한다는 것은 아니다. 따라서 증거판단에 관한 전권을 가지고 있는 사실심 법관은 증거의 증명력을 자유판단에 의해 평가할 수 있지만, 가령 유전자 검사와 같은 과학적 증거방법은, “그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가진다.” 그러므로, 비록 “사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없”는 것이다. 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결.

그러나 이 사건에서 촉탁된 감정의 결론에 이르는 過程과 관련된 문제, 다시 말해 전문가에 의해 제시된 결론이 ‘중회귀분석을 통한 이중차분법’이 적절히 수행되어 나온 것인지 여부는 별도로 따져보아야 한다. 대법판결은 이 문제가 法律問題임을 인정하여, “계량경제학적 분석방법을 통해 손해액을 산정한 감정촉탁결과에 이르는 과정도 規範적으로 평가되어야 한다.”(법명제 ①)라고 판시한 후, “손해액이 이론적 근거와 자료의 뒷받침 아래 과학적이고 합리적인 방법에 의하여 正當하게 추정되었다고 평가된다면 법원은 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야 한다.”라고 판시하고 있다.

8. 생각해보면 담당법원은 이 문제를 사실문제로 보고 이에 대한 규범적 평가를 하지 않을 수도 있었던 것 같다. 왜냐하면 사실문제와 법률문제는, 질적으로 구별되는 것이 아니라 하나의 연속체 상에 존재하는 상대적인 개념이고, 추론이 개입된 경우에도 사실의 추론이 있을 수 있기 때문이다. 추론이 개입된 경우, 그 추론이 상식에 기초했는지 아니면 법적 기준에 기초했는지 여부가 문제될 것인데, 이 사건과 같이 경제학적 추론이 개입된 경우, 이를 규율할 법적 기준이 존재하는지 여부가 불분명하다. 그리고 상술했듯이, 현재는, 양자의 구별이 존재론적으로 결정된다기보다는 기능적·정책적으로 결정되어야 한다는 주장이 설득력 있게 제시되는 상황이기도 하다.

이런 문제의식을 가지고 보면, 당해 문제가 법률문제인지 아니면 사실문제인지를 결정하기 위해서는 먼저, 가령 판사에게 전문가의 감정 작업의 적정성을 판단할 능력이 있는지, 있다면 어느 정도 있는지, 다시 말해 법원에 의한 규범적 평가의 대상은 어디까지인가를 미리 따져보아야 할 것 같다. 나의 직관적 결론은, 법원의 규범적 평가는 그 감정이 ‘자격 있는 전문가’에 의해 ‘표준적인 방식’에 따라 이루어졌는지 여부와 같은 節次的·形式的 統制에 그쳐야지 전문감정인의 판단 내용에 대한 實體的·內容的 統制로까지 나아가서는 안 된다는 것이었다. 판사가 내세우는 공정성이란 장점이 이런 평가 능력까지는 담보하지 않기 때문이다.

9. 하지만 담당법원은 절차적·형식적 통제³⁹⁾에 그치지 않고 실체적·내용적

39) 대법판결은 “보완감정결과의 증거능력”을 논하면서 감정인단의 감정인으로서의 전문능력이 있는지 여부에 대해 판단하고 있다.

통제에까지 나아간 것으로 보인다. “계량경제학적 분석방법을 통하여 손해액을 산정하는 이 사건에 있어서, 사실관계의 해석, 정확하고 일관된 자료처리, 경제학적 이론과 사실적 근거에 바탕을 둔 추정방법과 모형의 설정, 사용된 자료의 성격, 추정 결과가 현실을 적절히 반영하는지 여부 등의 문제가 규범적으로 평가되어야 한다.”고 판시하고 있기 때문이다.

이와 같은 담당법원의 태도가, 앞서 제시한 나의 직관적 결론과 달리, 법원이 전문감정인의 판단과정과 내용에 대해서도 실체적·내용적 통제를 하여야 함을 강변하는 것인지 여부는 불분명하다. 하지만 담당법원은, 무의식적으로나마, 전문가의 인식체계가 법의 영역에 침투해 버리고, 그 결과 법체계가 자신의 방법론을 보존하지 못하고 전적으로 전문가의 인식에 매달리게 되는 것(가령 법이 경제학의 시녀가 될 수 있음)을 두려워했던 것 같다. 나아가서는 이로 인해 전문가의 인식체계뿐만 아니라 그것이 터 잡고 있는 가치체계(가령 경제학자들의 공리주의)까지도 법의 영역에 着根하게 되는 것을 저어했던 것 같다. 이렇게 본다면 범명제 ①은 법체계에 침투한 전문영역의 인식체계가 법체계의 인식체계뿐만 아니라 가치체계까지도 파괴하는 것을 막기 위한 고육책이라 볼 수 있을 것이다. 이에 대한 평가는 후술(V.2.(4)과 결 1.)하기로 한다.

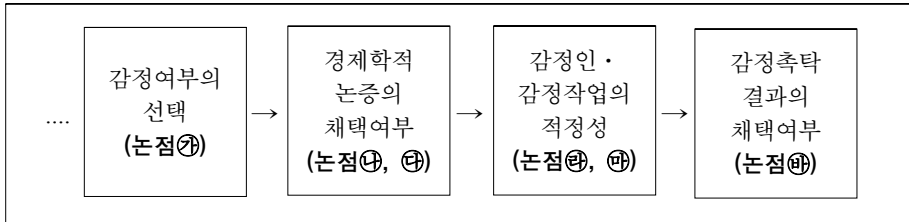
Ⅲ. 法命題 ②의 內容 分析:

經濟學的 論證의 法的 效力 有無의 問題

1. 위에서 본 바와 같이, 범명제 ①은 전문감정인이 감정작업을 하는 과정과 관련된 이슈를 다루고 있다. 전문인에 대한 감정촉탁결과가 법원에 의해 수용되기까지는, [그림 1]에서 볼 수 있듯이, 논리적으로 그 보다 선행하는 쟁점이 수 없이 존재한다.

논리적으로 따져보아야 할 첫 번째 논점은, 손해액의 산정 자체를 법원 스스로 할 것인가 아니면 전문가에 의한 감정에 의할 것인가 여부(논점㉑)이다. 두 번째 논점은 전문가에 의한 감정에 있어서 어떤 방법론에 의할 것인가(논점㉒)의 문제이다. 이는 손해액 추정의 방법론의 선택을 의미하는데, 무슨 기준에 의해 표준 시장 비교방법 대신, 계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법을 선택했는지 가 논점으로 떠오른다. 세 번째 논점은, 계량경제학적 방법론 안에서 생기는

여러 가지 쟁점에 관하여도 다시 여러 방법론이 경쟁할 텐데, 무슨 근거로, 가령 회귀분석 모형의 추정방법으로 가중최소자승법이 아닌 통상최소자승법을 채택하였는지(논점㉔)의 문제이다.⁴⁰⁾ 이 이후에는 앞서 살핀 바와 같이, 감정인을 資格 있는 사람 중에서 제대로 선정했는지(논점㉕), 선정된 감정인은 감정 작업을 정해진 방법론의 標準의인 方式으로 適切히 遂行했는지(논점㉖), 그렇게 나온 鑑定結果를 信賴할 수 있는지(논점㉗) 등의 논점이 이어진다.



[그림 1] 法的 論点의 흐름도

이상은 논리적 순서를 빠짐없이 추급해 추출할 수 있는 논점을 모두 망라한 것이 아니다. [그림 1]에서 볼 수 있듯이, 각 논점 사이에는 다시 여러 개의 논점이 꼬리에 꼬리를 물고 일어날 것이기 때문이다. 이상을 살피면서, 필자는, 하나의 판결이 이루어지기 위해서는, 실제적 논점은 말할 것도 없이, 방법론적으로도 수많은 논점이 도사리고 있음을 새삼 깨닫게 되었다.

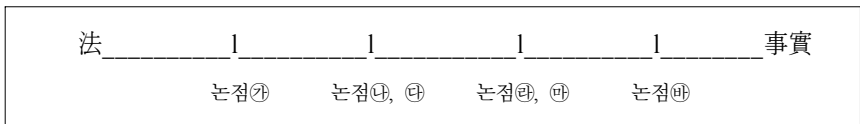
2. 대상판결은, 위에 거시한 논점㉔, ㉕, ㉖ 쟁점 모두를 法律問題로 파악하고 있는 것으로 판단된다. 대상판결은, 우선 논점㉔, ㉕, ㉖ 쟁점 모두에 대한 指導原理로서, “불법행위로 인한 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우에 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 간접사실들을 종합하여 그 손해액을 판단할 수 있으므로 이 사건에서는 원고의 청구취지에 기재된 손해액의 범위 내에서 원고의 주장사실을 바탕으로 하여 가장 합리적이고 적정한 방법으로 평가된 손

40) 대상판결은, 회귀분석 모형의 추정방법 이외에도, 보완감정결과의 증거능력, 담합효과 의 연도별 분리, 유찰수의계약 자료의 처리문제, ‘국방부×고정가격제’ 상호작용항의 도입 여부, 수송수단 및 납품조건 변수의 포함 여부, 계수추정치의 현실적합성의 문제, 통계적 유의성의 문제 등에 대하여 규범적인 평가를 하고 있다.

해액을 인정하기로 한다.”라고 전제한 후, “손해액을 추정함에 있어서 다소 불확실성이 존재할 수밖에 없다고 하더라도, 경제학적 이론과 사실적 근거에 입각하지 아니한 채 단순히 주관적인 추측에 의거하여 모형을 설정하는 것은 배척되어야 한다.”라고 판시하고 있다. 또한 감정축타결과를 둘러싼 구체적 쟁점에 대하여 범명제 ①(계량경제학적 분석방법을 통해 손해액을 산정한 감정축타결과에 이르는 과정도 규범적으로 평가되어야 한다.)과 같이 판시함으로써, 불법행위로 인한 損害額의 確定方法의 選擇 및 그 遂行의 適切性은 法律問題임을 분명히 하고 있는 것이다.

3. 이상을 논점별로 다시 분석해 보면, **논점㉔**(감정 채택 여부)에 대해서는, 손해액을 정확하게 측정하기 어려운 경우에는, “손해액을 단순한 추측에만 의존하여 계산할 수는 없”다고 판시하여, 손해액의 추정 작업은 법원 스스로 할 것이 아니라 전문가에 의한 감정에 의할 것임을 말하고 있다. **논점㉕**(경제학적 방법론의 채택 여부)에 대해서는, “손해액이 이론적 근거와 자료의 뒷받침 아래 科學的이고 合理的인 方法에 의하여 正當하게 推定되었다고 평가된다면 법원은 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야 한다.”라고 판시하였는데, 담당 법원은, 이로써, 표준시장 비교방법 대신 계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이층차분법을 선택한 기준이 ‘科學性과 合理性의 優劣’임을 말하고 있다.

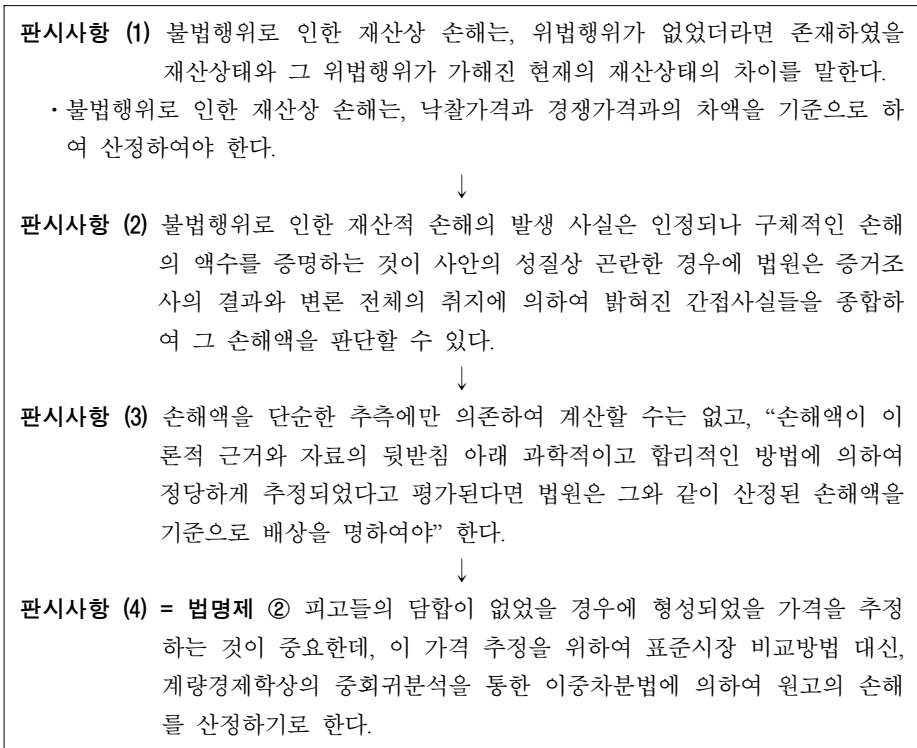
논점㉖에 대해서는, 우선 이 논점이 **논점㉔**, **㉕**(=범명제 ①)와 범주적으로 구분되는 논점인지 여부에 관하여 논란이 있을 수 있다. 만약 **논점㉔**, **㉕**와 같은 범주라면, 대상판결에는 앞서(II.8.) 설명한 대로의 문제점이 지적될 수 있을 것이다. 사건으로는, [그림 2]에서 볼 수 있듯이, **논점㉔**가 **논점㉕**, **㉖**보다 법-사실의 연속체 상에서 법 쪽에 더 가깝게 위치해 있는 것으로 보인다. 어쨌거나 **논점㉔**에 대해 대상판결은 “정확한 자료와 사실관계의 이해를 바탕으로 하여 確立된 經濟理論에 依據해 낙찰가격에 영향을 미치는 여러 요인을 올바르게 식별한 후 각 요인이 실제로 낙찰가격에 미친 영향을 제대로 포착할 수 있도록 模型과 變數를 設定하여야 한다.”라고 판시하였다.



(그림 2) 法-事實 連續體

4. 나는 이런 논점들을 추출해내면서 보다 ‘根底的인 疑問’을 갖게 되었다. 그것은, 우리의 법체계가 어떤 법적 쟁점에 대한 해결책을 찾는 과정에서 조우하게 되는 이러한 방법론적 문제들을 해결해주는 규칙 혹은 기준을 가지고 있는지 여부, 다시 말해 “**채택하고자 하는 방법론의 법적 효력은 어떻게 결정하여야 하는가?**”의 문제이다. 이런 근저적인 문제에 대한 일반적인 답을 찾을 수 있다면, 개별 사건에서 각기 다른 모습으로 드러나는 이런 방법론적 의문을 일거에 해결할 수 있을 것 같다. 이런 의문은, 가령, “전문·기술적 영역에 대해 법체계는 어떻게 대응할 것인가?” 또는 “경제학적 논증을 법체계는 어떻게 수용할 것인가?” 등의 매우 추상적인 질문의 형태로 제기되어 법철학적 논쟁을 불러올 수도 있을 것이다. 이에 대한 논의는 후일의 과제로 돌리고, 이 글에서는 **법명제 ②의 법적 효력을 평가해봄으로써** 위의 근저적인 의문에 대한 단서를 찾아보기로 한다.

[표 3] 판시사항 層位圖



5. 범명제 ②는, [표 3]에서 볼 수 있듯이, 그에 논리적으로 앞서서 판시사항 (1), (2), (3)을 해결하기 위한 범명제이다. 원고의 피고에 대한 권리의 범위는 판시사항 (1)에 의하여 결정되지만, 손해액의 확정은 손해액 추정에 필요한 방법론의 선택에 의하여 영향을 받게 된다. 그리하여 판시사항 (2)는 손해액의 증명이 곤란한 경우는 간접사실을 종합해 결정할 수 있음을, 판시사항 (3)은 손해액을 단순한 추측에만 의존하여 계산할 수 없고 과학적이고 합리적인 방법에 의하여 추정하여야 함을, 각 판시하고 있다. 이상의 판시사항을 근거로 판시사항 (4)가 결정된 것인데, 그 내용은 계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법에 의하여 손해액을 산정한다는 것이다. 판시사항 (1)이 손해의 범위, 다시 말해 원고의 권리의 범위를 정하는 규칙이라면, 판시사항 (2), (3), (4)는 액수를 추정하는 방법론에 대한 규칙이라고 할 수 있다. 이렇게 본다면 범명제 ②는 ‘국민의 권리·의무에 관한 실체적 규칙’이 아니라 이 규칙이 적용될 사실을 어떻게 확정할 것인가에 관한 규칙, 즉 사실인정에 사용될 ‘方法에 관한 規則’이라고 할 수 있다. 따라서 범명제 ②의 법적 효력의 유무는, 곧 법원에 의한 ‘事實認定 方法論의 選擇’을 규율하는 법이 존재하는지, 그리고 범명제 ②가 이 법에 의하여 승인되는지 여부의 문제가 된다.

IV. 排除의 法實證主義, 源泉테제 및 法的 效力

‘事實認定의 方法論’의 선택은 학계와 실무계로부터 마땅한 관심을 받지 못하였다. 그 까닭은, 이 문제가 법률가들에 의해 무시되어서가 아니라 그들이 평소 일을 할 때 무의식적으로 반복하던 ‘방법’ 또는 ‘방식’에 관한 것이어서 그 중요성을 인식하지 못했기 때문이라. 그 방법이 일의 내용에 영향을 미칠 수 있음을 인식하지 못한 채, 전전계승되어온 방법을 너무나 당연시했던 것이다. 기실 그 방법을 확인할 수 있는 규정을 찾기도 쉽지 않다. ‘방법’은 규칙에 의해 정해지기보다는 ‘그냥 따라함으로써 터득될 뿐’이다. 가령 야구 경기에서 ‘아웃’과 ‘세이프’를 판정하는 심판은 그 판정에 도달하기 위해 자신이 어떤 방법을 택하는지 인식하지 못한다. 야구 심판들은 아웃-세이프를 판정할 때 어떤 방법을 사용하는지 인식하지 못한 채 ‘그냥 하던 대로’ 하는 것이다. 그런데 사건이 양적으로 커지고 질적으로 복잡해짐에 따라, 사람들이 이제는 그 방법까지도 주목하

게 되고 급기야는 그 방법론에 관한 다툼이 사건의 요체가 되기에 이르렀다. 비유하자면, 한국시리즈에서는 관행으로 전승되던 방법(가령 주자가 베이스에 도달하는 시점은 눈으로 감지하고 야구공이 일루수에게 도달하는 시점은 귀로 감지하는 방법) 대신에 비디오 판독방법을 사용하자는 제안이 나오는 것과 같다.

이런 까닭에 이 방법에 관한 논쟁, 특히 어떤 방법론의 선택이 법적 효력이 있는지 여부를 해결하기 위해서는 법철학적·법리학적 접근이 필요하다. 우리 법체계를 이루는 가장 기초적인 조건에 관해 파악하지 않고는, 다시 말해 법의 개념이나 법체계의 개념을 파악하기 전에는, 이 논쟁을 해결할 수 없기 때문이다. 이하에서는 현대 법체계를 가장 적확히 描寫한 것으로 평가되는 H.L.A. 하트와 그 제자 조셉 라즈의 배제적 실증주의적 법철학에 기초해 논의를 전개하기로 한다.

1. 법실증주의(legal positivism)와 원천테제(Sources Thesis)

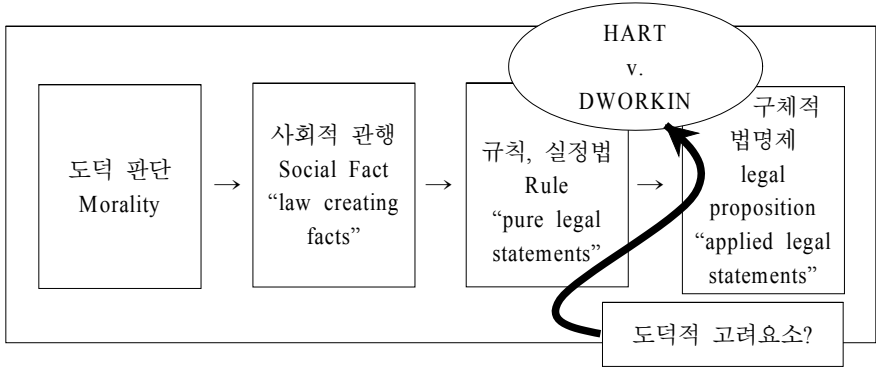
하트의 법의 개념에 의하면, 법은, 언어가 사람들이 그때그때 살아가면서 맥락에 따라 사용함으로써 비로소 언어가 되듯이(소위 “非本質主義”), 사람들이 그때그때 그렇게 삶으로써 법이 된다.⁴¹⁾ 따라서 하트와 라즈에게 있어서는, 어떤 “社會的事實(social fact)”에 의해서 확인될 수 있는 것만이 법이다.⁴²⁾ 단지 좋거나 옳다는 주장만으로 법이 되는 것은 아니다. 법을 ‘사실’로 보게 된 데에는 역사적 배경이 있는데, 가령 고대 로마의 귀족들은 법을 專有하기 위해 법을 神秘化하였다.⁴³⁾ 이런 까닭에 법의 成文化는 평민들의 권리를 신장시키는 변법운동의 측면을 가지고 있다. 법을, 귀족들의 신비한 지식으로서가 아니라 평민들이 공유할 수 있는 대상으로 만들자는 취지였던 것이다. 딱히 그 내용 확인의 방법이 제시되지 않는 자연법에 반해, 制定法은 의원들의 입법행위, 그리고 그 결과로 생

41) H. L. A. 하트(오병선 역), **법의 개념**(2001), 한편, 라즈는, 법적 규칙(legal rule)은 그것이 실행될(practiced) 때에 비로소 규칙이 된다고 보지만, 규칙 일반에 대해 이런 설명을 할 수는 없다고 한다. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 53 (1975).

42) Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (2d ed. 1980); *Practical Reason and Norms* (註 41); *The Authority of Law* (註 34). 특히 *The Concept of a Legal System* 을 참조하라.

43) ‘무엇인 법인가’의 문제와 ‘무엇이 법이어야 하는가’의 문제를 구분하게 된 것은 제러미 벤담(Jeremy Bentham)이 “법의 탈신비화”를 주창한 이후에나 가능한 것이었다고 한다. 하트가 이런 고전적 실증주의의 맥을 잇고 있는 것은 물론이다. 오병선, “하트의 법철학 방법과 법의 개념의 개요”, 하트(註 41), 407 (역자 해설부분).

긴 문서 등의 사회적 사실로 남기 때문에 그 내용을 쉽게 확인할 수 있다. 慣習法의 경우 사람들이 무의식적으로 따르는 관습 자체가 그 내용을 알려주고, 判例法의 경우 판결의 형태로 전해지므로 역시 그 내용을 쉽게 확인할 수 있다. 법실증주의는, 이런 역사를 배경으로 음미될 때, 자유와 권리를 보호·신장한다는 평가를 정당하게 받을 수 있을 것이다.



(그림 3) Hart-Dworkin 비교표

[그림 3]에서 볼 수 있듯이,⁴⁴⁾ 도덕의 영역에서는 사람마다 가치판단 방식이 다르기 때문에 각자가 저마다의 도덕 판단을 하고 있다. 그러나 사회를 구성·규율하는 규칙은, 이런 도덕적 불확정성을 감내할 수 없기 때문에, 더 이상 논란의 여지를 남기지 않는 일종의 ‘매듭(knot)’이 필요하다. 서로 다른 가치관이 상충하는 “道德的 調整問題(moral coordination problem)” 상황에서는 일단 “社會的 慣例(convention)”가 정해지면 그 도덕성을 따지기보다는 이에 따르는 것이 더 도덕적일 수 있다.⁴⁵⁾ 왜냐하면 도덕성을 따지기 시작하면서 상이한 가치판단방식 사이의 비극적 상충이 벌어질 수 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 이에 하트와 라즈는 일정한 사회적 사실로 매듭지어지고 “社會的 貫行(social practice)”으로 확인 가능한 “規則

44) [그림 3]은, Ronald M. Dworkin, “Introduction”, in *The Philosophy of Law* 1-9 (Ronald M. Dworkin ed. 1977); Raz, *The Authority of Law* (註 34) 62; Matthew D. Adler, “Populair Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law?”, 100 *Northwestern University Law Review* 719, 719-745 (2006)의 논지로부터 영감을 받아 작성한 것이다.

45) David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (1969).

46) 拙稿, “법에서의 가치와 가치판단”(註 7).

(rule)”만을 법이라고 주장한다. 이를 “源泉테제(source thesis)”라고 한다.⁴⁷⁾

하트를 비판하면서 입지를 굳힌 드워킨도 법이 “사회적 원천(social source)”에서 비롯된다는 것을 부인하지 않는다. 다만 그런 원천으로부터 나온 규칙의 체계는 완결적이지도 정합적이지도 않아서, 구체적 사건을 해결하는 데 여러 난점을 노정한다고 한다. 기실 법의 원천으로 지목되는 사회적 사실만으로는 “판단하기 어려운 사건(hard case)”이 없지 않다. 그런데 법원은 이러한 사건에 대해서도 ‘법에 의하여’ 판단하여야 하므로, 이를 위해서는 법의 원천인 제정법, 관습법, 판례법 이외의 ‘어떤 것’을 법의 개념으로서 받아들여야 한다. 그리고 그 ‘어떤 것’은, 법의 원천인 사회적 사실과 어우러져 “통합성(integrity)” 있는 법으로 완결될 수 있는 것이어야 한다. 드워킨에 따르면, “규칙(rule)”이 실제 사건에 적용되기 위해서는 구체적인 범명제로 구체화되어야 하는데,⁴⁸⁾ 이 때 “原理(principle)”의 형태로 도덕적 고려요소가 개입되어야 한다. 사회적 사실로 확인되는 규칙의 체계가 완결적이지도 정합적이지도 않기 때문이다. 이것이 드워킨의 “整合性 테제(coherence thesis)”이다.⁴⁹⁾

이에 반해 하트와 라즈는 법의 “欠缺(gap)”을 인정하고, 이 경우 법원은, 재판을 거부할 수 없기 때문에, “司法裁量(judicial discretion)”을 행사하게 된다고 한다. 규칙의 체계가 완벽할 수 없기 때문에, 그 규칙에 기해 재판하도록 수권 받은 법원이 스스로 그 규칙의 내용을 구성하게 하는 것 역시 그 규칙의 일부가 되어야 하기 때문이다.⁵⁰⁾ 그리하여 가령 “판단하기 어려운 사건”에서 새로운 판례가 만들어진 경우, 하트와 라즈는 법원이 재량을 행사했다고 말한다. 드워킨은 이 경우 재량의 행사라고 이야기하는 것이 일반국민의 입장에서 선뜻 받아들여지겠느냐고 반문하면서, 규칙 이외에 도덕적 고려요소를 본질로 하는 ‘원리’에 입각해 판단해야 할 의무를 판사에게 지워야 한다고 주장한다. 재량을 없앨 때 더 좋은 판결이 기대되기 때문이다. 판사가 심사숙고하여 도덕적 판단을 하고 이에 기해 이것이 법이라고 선언하는 것이 더 바람직하지 않느냐고 반문하는 것이

47) Raz, *The Concept of a Legal System* (註 42); *Practical Reason and Norms* (註 41); *The Authority of Law* (註 34). 특히 *The Concept of a Legal System*을 참조.

48) 라즈는, 여기서 규칙을 “순수 범명제(pure legal proposition)”라고 하고 구체적 범명제를 “응용 범명제(applied legal proposition)”라 한다. Raz, *The Authority of Law* (註 34), 62.

49) 로널드 드워킨(註 10), 240-45, 321-90.

50) 하트(註 41), 199.

다. 이런 입장을 이론적으로 밀고 나가려다 보니 모든 법적인 문제에는 정답이 있다는 “正答테제(right answer thesis)”를 주장하게 된다.⁵¹⁾ 판사에게 최선을 다해 법체계에 정합적으로 부합되는 원리를 찾고 그것에 근거하여 판단을 정당화하려고 요구하는 것이다.

2. 하트의 승인율(rule of recognition)과 체계상의 효력(systemic validity)

영국이라는 사회의 실제 규칙들을 분석한 하트는, 법을 “규칙의 체계(system of rules)”로 보게 되었는데,⁵²⁾ 이 규칙에는 국민에게 의무를 부여하는 규칙인 “一次的 規則(primary rules)”과 이런 일차적 규칙을 제정·적용·해석하는 기관에게 권한을 수여하는 규칙인 “二次的 規則(secondary rules)”이 있다. 이차적 규칙은 다시 일차적 규칙의 변경에 관한 “變更律(rule of change),” 그 시행에 관한 “司法律(rule of adjudication),” 이들 규칙을 여타의 사회규범과 구별하여 법으로 승인함으로써 “무엇이 법인가”에 관한 불확실성을 제거해주는 “承認律(rule of recognition)”이 있다.⁵³⁾ 이 두 종류의 규칙은 상호 관련하여 하나의 법체계를 구성하는데, 대상사건에서의 불법행위는 일차적 규칙을 위반하는 것이고, 불법행위에 대해 재판하여 피해에 대한 손해배상을 명하는 권한을 정한 규칙은 사법률이다. 승인율은 이런 일차적 규칙 혹은 변경률·사법률의 효력 유무를 결정하는 판단기준의 역할을 한다.

51) Ronald Dworkin, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?” in his *A Matter of Principle* 119 (1985).

52) H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 84 이하(2nd ed. 1994) (이 책은 하트(註 41)로 번역된 원전이다. 하트(註 41)의 번역이 불분명한 경우는 원전을 인용하였음을 밝힌다.). 이런 까닭에 Hart는 자신의 이론을 스스로 “기술적 사회학(descriptive sociology)”이라고 규정짓는다. *Id.* 서문.

53) *Id.* 92-94. 한편 라즈는 법체계에 있어서 승인율이 반드시 필요한 것은 아니라고 한다. 하트는 법이 “규칙의 체계”라고 할 때, 규칙에 강조점을 두는데 반해, 라즈는 체계에 방점을 찍는다. 하트에 따르면 “복수의 규칙들로 하여금 하나의 체계를 이루도록 만들어 주는 것도 또한 (승인의) 규칙일 뿐, 법체계의 개념이 규칙 개념에 선재하거나 규칙 개념을 인도하는 것으로 파악되지 않는다.” 라즈에 의하면 “법의 규범성에 대한 설명은 법의 개념보다는 법체계의 개념에 달려있고”, “법의 개념에 대한 분석은 법체계의 개념에 대한 분석에 달려있”는 것이므로, ‘규칙’이 아닌 ‘법체계’가 라즈 법이론의 중심으로 떠오른다. 라즈는, “어떠한 규칙이 특정한 법체계의 일부로 존재하는지 여부를 판단하기 위하여 굳이 승인율과 같은 궁극적 규칙을 전제할 필요는 없다고 말한다.” 요컨대 라즈는 승인율이 없어도 법체계가 구성될 수 있다고 보는 것이다. 박준석, “하트와 라즈의 법철학”(필자 소장).

그런데 다른 모든 규칙의 효력유무를 판정하는 승인율은 하나의 “관례(convention)”이다.⁵⁴⁾ 가령 판사들은 체계 내의 특정한 규칙 “R”을 확인할 때 명시적으로 언명되지 않은 승인율을 사용하는데, 이 때 가장 단순한 표현으로서 “R은 법이다”(혹은 “R은 효력이 있다.”)라는 표현이 사용되는 것을 관찰할 수 있다. 그런데 무슨 기준에 의해 R이 법으로 승인되었는지는 일반화된 규칙으로 설명하기 어렵다. 이는 마치 (게임의 승패에 관한 규칙은 언명되지만, 게임의 특점(여부의 판정)에 관한 규칙(이 언명되지 않는 것)과 같은 것이다.⁵⁵⁾ “그 규칙은 경기 임원과 경기자가 승리로 연결되는 특정한 국면을 확인할 때 사용”될 뿐이다.⁵⁶⁾ 이렇듯 승인율의 존재는 사실의 문제로서, 어떤 상위 규범에 의해 수권되는 것이 아니다. 단지 그 사회의 시민과 정부관리가 이를 구속력 있는 사회적 규칙으로 받아들이고 준수한다는 사실에 의해 존재하게 된다. 한스 켈젠(Hans Kelsen)은 법체계의 정점으로 “근본규범(Grundnorm)”이란 ‘허구’를 가정하는 데 그쳤지만, 하트는 사회를 분석적으로 관찰해 승인율이라는 ‘사회적 실재’를 찾아냈던 것이다.⁵⁷⁾

하트 이후의 법실증주의자들은 법체계에는 승인율이 있다는 데 동의한다. 승인율은 “법의 원천(sources of law)”이 무엇인가를 결정한다. 법의 원천은 법적 기준의 창조·변경·취소를 규율하는 방식을 만들어내는 “사회적 사실(social facts)”이다. “배제적 법실증주의(exclusive legal positivism)” 혹은 “경성 실증주의(hard positivism)”에 따르면, 法의 效力은 법의 원천에 관해 자세히 살핌으로써 그 유무를 판정할 수 있다. 하트에 따르면,⁵⁸⁾ “어떤 규칙이 효력이 있다고 말하는 것은, 그 규칙이 승인율이 제공한 기준을 만족시킨 것으로 받아들이는 것이다. 그

54) 정확히는 Lewis가 말하는 관례(convention), 즉 통상 “Lewis-convention”으로 칭하는 관례이다. Lewis (註 45).

55) 게임 중에 특점이 되는 행위(골 넣기 등)를 정의하는 일반화된 규칙은 거의 존재하지 않고, 그 대신 그 규칙은 경기 임원과 경기자가 득점 행위로 연결되는 특정한 국면을 확인할 때 사용된다. 가령 야구 경기에서 안타인지 에러인지를 확인하는 규칙은 구체적으로 규정되어 있지 않고, 다만 심판 또는 득점기록원의 선언에 특별한 유권적 지위를 부여하는 규칙이 있을 뿐이다. 요컨대 “R은 법이다”라는 표현은 “아웃” 또는 “골”이라는 표현과 같이 사람들이 공통적으로 적당하다고 인정하는 규칙에 준거해 어느 상황을 평가하는 언어이다. 하트(註 41), 133-34.

56) *Id.* 133.

57) 자세한 것은 Raz, *The Authority of Law* (註 34) 122-145; *The Concept of a Legal System* (註 42) 197-200; Stanley L. Paulson, “Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They?” 6 *Ratio Juris* 227 (1993).

58) Hart, *The Concept of Law* (註 52) 100-110.

리하여 그 규칙을 그 체계의 규칙으로서 수용하는 것이다.”⁵⁹⁾ 그래서 법이 효력이 있기 위해서는 “효력의 연쇄고리(validity chain)”가 확립되어야 한다. 규칙의 체계(=법)는, 그 최고 정점에 승인율이 있고, 그 밑에는 승인율이 효력을 인정하는 하위의 규칙들이 있으며, 다시 그 밑에는 이런 규칙들이 효력을 인정하는 또 다른 하위의 규칙들이 포진하는, 계층적 구조를 가지고 있다. 효력의 연쇄고리가 확립된다는 것은, 당해 규칙의 원천이 단계적으로 승인되어 올라가 결국에는 “궁극적 승인율(ultimate rule of recognition)”에 의해 인정받는 것이다. 이를 “體系上の 效力(systemic validity)”이라 한다.⁶⁰⁾

배제적 법실증주의자인 안드레이 마-모(Andrei Marmor)는 법의 “관례적 성격(conventional character)”에 착목해 법의 효력 유무를 결정하려고 한다.⁶¹⁾ 어떤 규범 N 이 특정 시점 T , 체계 S 에서의 효력을 인정받는 것은, 오로지 이 명제, 즉 ‘ S 체계의 법에 따르면 T 시점에서 N ’이라는 명제가 참인 경우이다.⁶²⁾ 마-모는 법을 “승인의 관례(convention of recognition)”(=하트의 승인율)에 의해 구성되는 “사회적 실무관행(social practice)”이라고 보기 때문에,⁶³⁾ 위 명제가 참이기 위한 조건은 “위 명제가 그 사회의 실무관행과 부합하는지” 여부가 된다. 마-모에게 있어서 관례는, 어떤 행동이나 견해가 사회적 실무관행(=법실증주의에 있어서 법)이 되는 “방식”을 “구성”(인식·승인하는 것이 아니라)한다. 따라서 어떤 규범이 법적 효력을 인정받기 위해서는 승인의 관례가 구성한 원천(=법적 기준의 창조·변경·취소를 규율하는 방식을 만드는 사회적 사실)으로부터 그 효력을 도출하여야 한다. 요컨대 관례는 원천을 구성하고 원천은 사회적 관행(=법)을 산출하는바, 따라서 어떤 규칙이 법적 효력이 있는지 여부는 그 규칙이 사회적 관행에

59) *Id.* 100, 102, 106.

60) Raz, “Legal Validity,” in his *The Authority of Law* (註 34) 146, 150-153.

61) Marmor에 따르면, 법의 기초는 보이지 않지만 무수한 관례에 의하여 구성된다. 가령 새로 임명된 교원에게 신입생 선발의 면접을 맡길 때, 그는 어떻게 하여야 하는지 고민에 빠질 것이다. 면접 요령에 대해 알려주는 규칙도 없을 거니와 있다고 해도 텍스트가 전달할 수 있는 의미는 제한적이기 때문이다. 이런 경우의 대부분은, 면접에 함께 참여함으로써 면접의 방식을 터득하게 된다. 이와 같이 어떤 제도에는 도저히 텍스트로 소통할 수 없는 많은 요소들이 있다. 그 요소들이 관례로 구성되어 전승되고 있는 것이다. 자세한 것은, Andrei Marmor, “Legal Conventionalism”, 4 *Legal Theory* 509 (1998).

62) *Id.*

63) “승인의 규칙의 존재는 공무 담당자 측이나 사인 측이 이 기준에 따라 여러 규칙을 확인한다고 하는 일반적인 관행 속에서 발견될 것이다.” 하트(註 41), 132.

부합하는지 여부에 달려 있다는 것이다.

3. 라즈의 권위로서의 법(Law as Authority)

또 다른 법실증주의자인 라즈는, “서비스적 권위관(service conception of law)”에 의하여 법의 효력을 설명한다.⁶⁴⁾ 법은 라즈에게 있어 “權威(authority)”이다. 모든 권위는 그 “정통성(legitimacy)”을 주장하는데, 이는 정부가 국민들에게 권위를 주장할 때에는 항상 그 정통성을 함께 주장하는 것과 같은 이치이다. 아버지가 아들에 대해 아버지로서의 권위를 주장할 때에는 자신이 친부(=血緣上 嫡統)라는 전제에 입각해 있는 것과 마찬가지로이다. 라즈에 따르면, “정통한 권위(legitimate authority)”가 정당화(justification)되기 위해서는 권위의 명령이 수명자에게 봉사하여야 한다(“通常 正當化 테제(normal justification thesis)”). 이럴 때 수명자는 자신이 스스로 행위의 근거를 찾지 않고 권위의 지시에 따를 수 있기 때문이다. 권위의 지시가 수명자의 행위근거로 자리매김 될 수 있는 것은, 바로 그 지시가 수명자가 원래 가지고 있는 행위근거들에 기초하고 있기 때문이다(“依存테제(dependence thesis)”).⁶⁵⁾ 기상청이 “외출 시 우산지참”이라는 지시를 내린 경우, 사람들이 이에 따르는 까닭은 기상청의 지시 때문이 아니라 비를 맞지 않겠다는 독자의 행위근거를 가지고 있었기 때문이다. 기상청의 지시는 (자신의 이유에 의존하지 않고) 이런 사람들의 근거에 의존해 내려진다. (다시 말해 기상청은 사람들이 비를 맞지 않도록 하기 위해 지시를 내리는 것이다.) 그런데 사람들이 독자적으로 판단할 때보다 기상청이 이들을 대신해 판단하는 것이 보다 더 정확한 판단을 할 수 있다. 바로 이 때문에 기상청의 권위는 정당화되는 것이다.

이와 같이 정당화된 권위의 지시는 이제 수명자에게 다른 근거(가령 경험칙상 개구리가 울면 비가 오는데 오늘은 개구리가 울지 않는다는 근거)를 배제하게 해주며(“排除的 根據(exclusionary reason)”), 다른 근거(옥상에 올라가 보니 비구름

64) 이 부분은, Raz, “Legitimate Authority,” in his *The Authority of Law* (註 34) 2-37; ch. 9 in his *Ethics in the Public Domain* (1994).

65) Raz의 서비스적 권위관에 관해서는, Raz, *The Authority of Law* (註 34); Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1986). 특히 “의존 테제(dependence thesis)”와 “통상 정당화 테제(normal justification thesis)”에 관해서는, Raz, *The Morality of Freedom*, 38-57. 한편 Raz는 2006년에 자신의 서비스적 권위관에 관해 제기된 비판에 대해 답변하고 있다. Joseph Raz, “The Problem of Authority; Revisiting the Service Conception”, 90 *Minnesota L. Rev.* 1003 (2006). 이 글에서 Raz는 자신의 서비스적 권위관을 정갈하게 다듬어 제시하고 있다.

이 있다는 근거)를 더 고려할 필요가 없게 해준다(“先取的 根據(preemptive reason)”). 다시 말해서 이제 수명자는 권위의 지시라는 것만으로 다른 도덕적 요소를 고려할 필요도 없이 이에 근거해 행동하면 되는 것이다.

라즈는 법을 이와 같은 의미의 “權威的 社會制度(authoritative social institution)”로 규정함으로써, 원천테제를 뒷받침한다. 법이 (수명자에게 지시할 수 있는) 권위임을, 다시 말해 법이 정통한 도덕적 권위임을, 주장할 수 있는 것은, 수명자가 고려할 수 있는 모든 행위근거(=도덕적 고려요소)를 미리 고려해 “최종적인 결론(authoritative resolution)”⁶⁶⁾을 내놓았기 때문이다. 그러므로 이제 우리는, 법을, 더 이상 (법이 이미 결말지은) 도덕적 고려요소에서 찾을 것이 아니라 다른 데(가령 법의 원천)에서 찾아야 한다. 권위는, 고민할 필요를 덜어주기 위해 존재하는데, 권위가 우리를 위해 결말지은 근거들을 다시 보지 않고서는 권위의 지시를 받아들일 수 없다고 한다면, 권위는 더 이상 권위가 아니다. 고민할 필요를 전혀 덜어주지 못하기 때문이다. 따라서 법이 ‘최종적인 결론’으로서 자리매김 되기 위해서는, 법이 결말을 지으려고 한 고려사항들 이외의 자기만의 기준(가령 법이 어디에서 나왔는지(원천) 혹은 혈통·민주적 정통성과 같은 “系譜(pedigree)”)에 의해 그 법을 확인할 수 있어야 한다. 원천테제는 그 다른 기준이 바로 법의 원천이라고 주장하는 것이다. 그렇다면 어떤 규범이 법적으로 효력이 있기 위해서는, (그리하여 권위가 되기 위해서는,) 그 근거를 (옳다든지 정당하다든지 하는) 도덕적 고려요소에서 찾아서는 안 되고, 오로지 체계상 효력의 연쇄 고리가 빠짐없이 연결되어 법의 원천에까지 이르고 있다는 데에서 구해야 할 것이다.

4. 사법재량과 법체계의 구성원으로서의 자격(membership of a legal system)

한편, 어떤 사회적 규칙이 법적 효력을 인정받는 데서 그치지 않고, 법체계의 구성원으로 인정받는 것은 더욱 제한적 요건을 충족하여야 한다. 가령 國際法이나 (국제사법에 의해 적용되게 된) 外國法은 법체계의 구성원은 아니면서도, 특정 사건에 그 법적 효력을 인정받아 그 법체계에 적용될 수 있는 것과 같다. 라

⁶⁶⁾ Andrei Marmor, “Exclusive Legal Positivism”, in Jules Coleman & Scott Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 104, 109 (2002).

즈에 의하면 법체계의 구성원이 되기 위해서는 ① 實效性(efficacy)⁶⁷⁾이 있어야 하고, ② 制度化되어야 하며, ③ 法の 源泉이 있어야 한다.⁶⁸⁾

한편 이슈가 된 문제를 규율할 규칙이 없는 경우, 법실증주의에 따르면 사법재량을 행사하여야 한다. 사법재량에 관해 주의하여야 할 점은, ‘특정한 규칙’의 불확정성과 ‘그것을 그 체계의 규칙으로 확인할 때에 사용되는 판단기준’의 불확정성을 개념적으로 구별하여야 한다는 것이다. 하지만 하트가 지적했듯이, 양자의 구별은 그 자체로 모든 경우에 명백한 것은 아니다.⁶⁹⁾ 하트에 따르면 후자의 불확정성은 법원의 판결 그 자체에 의하여 해소된다.⁷⁰⁾ 다시 말해 승인율의 불명확한 점은 법원 스스로 결정함으로써 명확해지고, 승인율의 내용이 되는 것이다.⁷¹⁾ 이런 점에서 승인율의 내용은 ‘법원의 관행’에 의하여 구성된다고 말할 수 있다. 그러나 특정한 규칙의 불확정성은 법원의 판단에 의해 해소되거나 보충되지 않는다. 규칙이 없는 영역도 있을 수 있는 것이다.

67) 규칙의 실효성은 “특정한 행동을 요구하는 법 규칙(a rule of law)에 복종하지 않기보다는 복종하는 경우가 더 많다는 사실”을 의미하는 것으로, 규칙의 효력과는 필연적으로 연결되지 않는다. 다시 말해 “체계의 승인율이 그 판단 기준 중에 어느 규칙이 오래 전에 실효성을 잃었다면 더 이상 체계의 규칙으로 인정되지 않는다는 규정을 포함하고 있는 경우가 아니라면, 어느 특정 규칙의 효력과 그 규칙의 실효성의 관계는 필연적으로 연결되어 있지 않다는 것이 명백하다.” 하트(註 41), 135면.

68) Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law”, & “The Identity of Legal Systems”, in his *The Authority of Law* (註 34) 37-52, 78-102.

69) 하트(註 41), 192.

70) 가령 영국의 궁극적 승인율이라 회자되는 “의회에서 여왕이 제정하는 것은 무엇이든 법이다.”라는 공식에 관하여 보면, “의회에서 여왕에 의하여 제정되었다”라는 것이 무엇을 의미하는지를 질문할 수 있고, 그리고 이런 의문이 생길 때는 법원에 의하여 해결된다. 그렇다면 법원의 결정이 궁극적 승인율의 내용을 결정한다는 뜻이 된다는 것인가? 하트에 따르면, “법원은 가장 기본적인 헌법상의 규칙에 관하여 사전에 예상되지 않았던 문제를 해결할 때에 그 문제가 일어나고 그리고 그것에 대한 판결이 내려진 후에 그것을 판결하는 권한이 수락된 것으로 된다.” 하트(註 41), 199.

71) 그런데 이것이 쉽게 받아들여지지 않을 것이다. 법원에 재판할 권한을 준 재판의 규칙, 즉 사법부를 승인한 것이 승인율인데, 다시 이 승인율의 내용을 그 법원이 결정한다면, 이는 역설이 아닌가? 비유컨대, “어떻게 헌법이, [헌법이] 무엇인가를 결정할 권한을 수여할 수 있는가?” 그러나 하트는 이 문제를 쉽게 해결하고 있다. 하트(註 41), 199. 즉 모든 법체계가 존재하는 데 필요한 조건은, “규칙 모두가 모든 점에서 의심의 여지를 가지는 것은 아니다.”라는 것이다. 다시 말해 승인율이 모든 점에서 불명확해 판사가 결정하는 데 아무런 제약이 없다면, 그것은 법체계의 기초로 성립할 수 없겠지만, 우리가 가진 승인율은 그렇지 않음을 경험적으로 알고 있다. 또 규칙의 체계가 완벽할 수 없기 때문에, 그 규칙에 기해 재판을 하도록 수권받은 법원이 그 규칙의 내용을 선택하게 하는 것이 그 규칙의 일부가 되어야 하지 않을까? *Id.*

사법재량에 의해 내려진 판결의 법적 효력은 어떠한가? 결론부터 말하면 그 판결은 법적으로 유효하다. 왜냐하면 법원에게 규칙이 없는 경우에도 재판할 수 있는 권한을 수여한 사법률은 “궁극적 승인율(ultimate rules of recognition)”에 의해 승인되고 있기 때문이다. 사법재량에 의해 내려진 판단은, 이 규칙에서 승인받은 권한에 입각해 이루어진 것이므로 “효력의 연쇄고리”는 이어지고 있는 것이다. 하지만, 그 판결은 아직 법체계의 구성원은 아니다. 법체계의 구성원이 되기 위해서는, 그 판결이 다른 법원들에 의해 존중되어 實效의이어야 하고, 判例法으로 제도화되어야 한다.

V. 法命題 ②에 대한 排除的 法實證主義의 評價

1. 승인율의 존재 양식

이상에서 본 배제적 법실증주의에 기초해서 범명제 ②를 평가해보자. 우선 주목하여야 할 점은, 범명제 ②에 대한 道德性 판단은, 배제적 법실증주의의 입장에서, 범명제 ②의 법적효력 유무의 판단에 영향을 주지 않는다. 배제적 법실증주의의 입장에서는, 어떤 규칙이 도덕적인지 아닌지는 그 규칙의 법적 효력 유무에 영향을 주지 않기 때문이다. 배제적 법실증주의 아래에서는 일정한 사회적 사실로 매듭지어지고 사회적 관행으로 확인 가능한 규칙만이 법인 것이다.

“R은 법이다.” 혹은 “R은 효력이 있다”는 표현은, R이 그 법체계의 승인율이 “구비하는 모든 판단 기준을 충족시키고 있음을 의미한다.”⁷²⁾ 다시 말해서 “규칙이 유효하다는 [판사]의 진술은 그 규칙이 법원에서 법으로 다루어질 수 있음을 확인하기 위한 모든 검사를 충족시켰다고 승인하는 내적 진술로서, [그] 진술은 그의 판결의 예언이 아니고 판결을 위한 이유의 일부가 된다.”⁷³⁾ 따라서 범명제 ②가 법적 효력이 있는지 여부를 밝히기 위해서는, 이에 관해 승인율이 제시하는 판단기준이 무엇인지를 살펴봐야 한다.

그 판단기준은 어떻게 확인할 수 있는가? 하트로부터 직접 들어보자.⁷⁴⁾

⁷²⁾ *Id.* 135.

⁷³⁾ *Id.* 138.

⁷⁴⁾ *Id.* 132-135.

승인율의 존재는 “공무담당자 측이나 사인 측이 이 기준에 따라 여러 규칙을 확인한다고 하는 일반적인 관행 속에서 발견”된다. “다양한 법의 [원천]이 존재하는 현대의 법체계”에서는 승인율은 “좀 더 복잡해진다.” 다시 말해 “**법을 확인하기 위한 복수의 판단기준이 존재한다.** 즉 성문 헌법, 입법부에 의한 제정법, 재판상의 선례 등이다.” 또한 이 판단기준들에는 “**대개의 경우 상대적인 종속 또는 우월성의 서열을 부여함으로써 발생할지 모를 충돌에 대한 대비가 마련되어 있다.**” …

관습과 선례의 법으로서의 지위는 입법권의 묵시적인 행사에 의해서가 아니라 “**비록 종속적이거나 독립된 지위 …를 부여해 준 승인율의 수락에 의하여 부여받고 있다.**” … “**독특한 판단기준의 계층적 서열을 가진 이러한 복잡한 승인율의 존재 역시 그와 같은 판단 기준에 의하여 규칙을 확인하는 일반적인 관행을 통하여 표현된다.**”

“**법체계의 일상생활 속에서 승인율이 규칙으로서 명시적으로 정립되는 경우는 드물다. … 왜냐하면 승인율은 대부분 언명되지는 않고 법원이나 기타의 공무 담당자 또는 사인이나 그의 법률고문이 특정의 여러 규칙을 확인하는 방식에서 그 존재가 나타나기 때문이다.**” (고딕 강조는 나의 것이다.)

하트에 의하면, 어떤 법률의 효력을 진지하게 주장하는 사람은, 자신이 법을 확인하기 위해 적당한 것으로 수락한 승인율을 실제로 사용하는 것이고, 그 사람이 이렇게 승인율에 의하여 법률의 효력을 평가한 것은, 그 승인율이 그에 의해 수락되었을 뿐만 아니라 체계의 일반적 운영 속에서도 실제로 수락되어 채택되고 있음을 말한다고 할 수 있다.⁷⁵⁾ 물론 “**법원이 규칙에 의하여 부여된 판단기준을 사용하는 것과 다른 사람들이 그 기준을 사용하는 것에는 차이가 있다. 왜냐하면 특정한 규칙이 법으로 확인된 것에 입각하여 법원이 특정한 결론에 이르렀을 때 그 결정은 다른 규칙에 의하여 부여된 특별한 유권적 지위를 가지기 때문이다.**”⁷⁶⁾ 이 경우 “**‘규칙의 유권적인 적용’과 규칙이 그 용어상 명백히 요구하고 있는 것에 대한 ‘일반적인 이해’와의 사이에[는] 충돌의 가능성이 있다.**”⁷⁷⁾

이렇듯 승인율이 수락되고 있는 곳에서는 어디에서나 “**의무의 일차적 규칙을 확인하기 위한 유권적 판단기준이 私人和 공무담당자 모두에게 부여되어 있**”는

75) 켈젠은 이 두 가지를 근본규범의 형태로 가정해버렸지만, 하트는 이것이 입증될 수 있다고 한다. *Id.* 142.

76) *Id.* 133.

77) *Id.* 134.

데, 그러한 기준은 “하나 또는 그 이상의 여러 가지 형태를 취할 수 있다.” 예컨대 “유권적인 법문(authoritative text), 입법부에 의한 제정법(legislative enactment), 관습적 실행(customary practice), 특정된 사람들의 일반적 선언(general declarations) 또는 특정의 사건들에 관한 과거의 법원 판결(past judicial decisions) 등의 다양한 형태로 존재하는 판단 기준이 우리에게 부여된다.”⁷⁸⁾

예를 들어 본다.⁷⁹⁾ 어떤 제시된 규칙이 법적으로 유효한지 의문이 생기는 경우 이에 답하기 위하여 우리는 그것과는 다른 규칙에 의하여 제시된 효력의 판단기준을 사용하여야 한다. 서울시 의회에서 만든 이 조례가 법적 효력이 있는가? 있다, 왜냐하면 그것은 법률의 위임을 받아 환경부 장관이 내린 시행규칙이 부여하는 권한의 행사로서, 시행규칙이 명시하는 절차에 따라 만들어진 것이기 때문이다. 이 첫 단계에서, 시행규칙은 조례의 효력을 평가하는 판단기준을 제공하고 있다. 하지만 여기서 그치지 않고 더 나아가 시행규칙의 효력에 의문을 제시하면서, 장관에게 그 시행규칙을 제정하도록 수권한 제정법의 조건에 의하여 그 효력을 평가할 수도 있다. 종국적으로 법률의 효력에 의문이 제기되고, 여기서 ‘헌법재판소가 합헌이라고 선언한 것은 법’이라는 규칙에 준거하여 이를 평가하게 되면, 우리는 이제 효력에 관한 탐구를 더 이상 할 수 없게 된다.⁸⁰⁾ 이 궁극적 규칙은, 그 법적 효력을 평가하기 위한 기준을 부여하는 규칙을 가지고 있지 않기 때문이다. 우리의 법체계는 이런 방식으로 구성되고 운영되고 있다는 것이 하트의 사회학적 묘사이다. 물론 이 궁극적 규칙에 대해서도 의문이 제기될 수 있다. 즉, 우리나라의 법원, 입법부, 공직자 또는 시민들이 이 규칙을 실제로 궁극적 승인의 규칙으로 사용하고 있는지를 물을 수 있다. 또 그런 궁극적 승인을 가진 체계가 바람직한지 여부를 물을 수도 있을 것이다. 하지만 이 궁극적 규칙을 유효하게 하는 상위의 규칙은 없다.

2. 범명제 ②에 대한 배제적 법실증주의의 평가

이상을 토대로 범명제 ②의 법적 효력을 살펴본다. 범명제 ②는 손해액을 추정하는 여러 가지 방법 중 (가령 “추측”이나 “표준시장 비교방법” 대신에,) 계량경

78) *Id.* 132. 고딕 강조는 나의 것이다.

79) 이 예시는 하트의 것을 우리 법체계에 맞게 변형한 것이다. *Id.* 140.

80) 하지만 大衆立憲主義(popular constitutionalism)의 관점에서 보면 이 궁극적 승인의 규칙도 다시 국민의 법관념에 의해 평가받을 수 있을 것이다. Cf. Adler (註 44).

제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법을 선택하였다. 다음과 같이 세 가지 정도의 구체적 문제를 상정할 수 있다.

- (a) 범명제 ②는 ‘법’인가?
- (b) 법이 아니라면, (이와 같은 선택을 규율할) 기존의 ‘법’에 의해 그 ‘법적 효력’은 인정되는가?
- (c) 기존의 법이 없다면 위 선택은 사법재량 행사의 결과인데, 범명제 ②가 ‘사법재량 행사의 결과’라면 그 법적 효력은 인정되는가?

기술한 바와 같이 배제적 범실증주의의 입장에서 보면, 어떤 규칙이 법체계의 일부인지 여부나 그 법적 효력의 유무는, 그 규칙의 도덕성 여하에 따라 결정되는 것이 아니다.

(1) 범명제 ②는 법인가?

라즈의 기준에 따르면,⁸¹⁾ 범명제 ②는 우리 법체계의 일부는 아닌 것으로 보인다. (범명제 ②가 채택한) ‘이중차분법’이 우리 법원이나 업계의 실무관행상 손해배상액을 추정하는 방법으로 정착되어 實效적으로 시행되고 있는지 의문이고, 이중차분법이 制度化되었다고 볼 수는 더더욱 없기 때문이다.⁸²⁾

(2) 범명제 ②는 법적 효력이 있는가?

배제적 범실증주의에 따르면, 어떤 규칙의 법적 효력은 다음과 같은 세 가지 경우에 인정된다. 첫째, 그 범명제와 부합하는 실무관행을 法の源泉에서 찾을 수 있거나, 둘째, 찾을 수 없다면, 효력의 연쇄고리 상의 상위 범명제들 중 어느 하나와 부합하는 실무관행을 법의 원천에서 찾을 수 있거나, 셋째, 찾을 수 없다면, 효력의 연쇄고리 상의 상위 범명제들을 논리적으로 따라 올라가 최상위의 명제가 승인율에 의하여 수락되는 경우이다.

손해배상액의 산정을 ‘계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법’에 의한

81) 앞서 본 바와 같이 법체계의 일부 즉 그 구성원이 되기 위해서는 ① 실효성이 있어야 하고, ② 제도화되어야 하며, ③ 법의 원천이 있어야 한다. *Supra* 註 68 및 그 본문 참조.

82) 법의 제도적 성격에 관해서는, Raz, “The Institutional Nature of Law”, in his *The Authority of Law* (註 34), 103.

것을 규정한 法律은 찾아볼 수 없다. 또한 업계의 慣習이 이중차분법에 의한 손해액 산정으로 귀착되었다는 증거는 어디에도 없다. 判例에 관해 보면, 우선 판례가 법의 ‘원천’이 될 수 있는지 여부를 결정하여야 한다. 우리나라 실무에서는 판례의 법적인 구속력이 부인되고 있지만, 실제에 있어서는 법적 구속력과 다를 바 없는 사실상 구속력이 인정된다고 한다. 이론적으로는 “‘법’은 ‘法源’과 다르다.”고 하면서 “판례가 법원은 될 수 있지만 법은 아니다.”라는 주장이 있는데, 여기에 귀담아들을 만한 점이 있다고 생각된다. 하지만 하트의 승인율 이론에 입각해 생각하면, 우리의 판례 역시 하트가 말하는 법의 원천으로서 인정받을 수 있다고 판단된다. 입법권의 행사가 없더라도 관습과 선례의 법의 원천으로서의 지위는 승인율에 의하여 부여될 수 있기 때문이다. 하트가 말했듯이, “입법권의 묵시적인 행사에 의해서가 아니”더라도, 승인율은 관습과 선례에 대해 “비록 종속적이거나 독립된 지위 — 불안정한 것인지는 모르지만 — 를 부여”할 수 있는 것이다.⁸³⁾

어쨌거나 우리 판례를 보면, 같은 유형의 사안에서 이 문제를 직접적으로 결정한 판결은 찾을 수 없고, 시세조종행위로 인해 투자자가 입은 손해액을 산정함에 있어 정상주가를 추정하기 위해 금융경제학적 방식에 의할 수 있다는 대법원판결이 하나 발견될 뿐이다.⁸⁴⁾ 하지만 경제학적 방식에 의하지 않고, 어찌 보면, 특히 경제학자의 입장에서 보면, 단순한 ‘추측’에 의해 판단했다는 비판을 받을 우려가 있는 하급심판결 및 이를 수락한 대법원 판결은 수를 헤아리기 어렵다.⁸⁵⁾ 이런 충돌의 상황에서 범명제 ②의 법적 효력을 위 대법원판결(2003다69607,

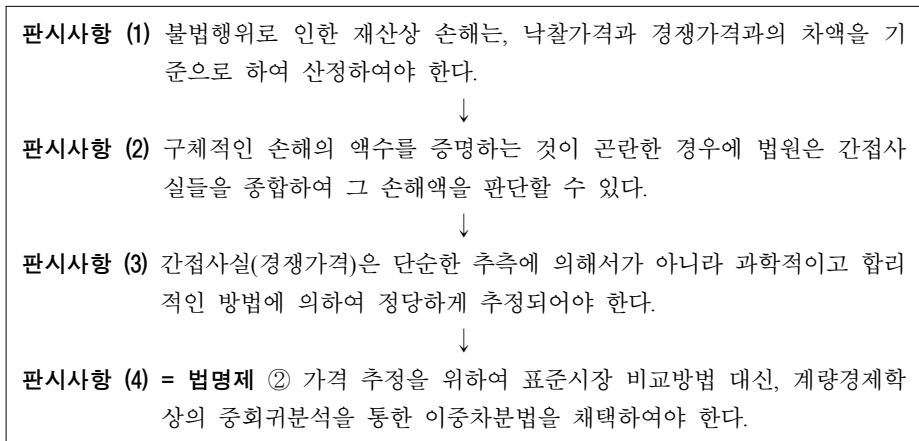
83) 하트(註 41), 133 cf. Raz, “The Identity of Legal Systems,” in his *The Authority of Law* (註 34), 93 (“A legal system consists of a rule of recognition and all the laws that ought to be applied according to it. When the courts apply a rule that they were not obliged to apply they may make it thereby into a law (if there is in the system a rule of precedent that will oblige all courts henceforth to apply it), but they do not apply an existing law and the rule was not part of the system before its application.”) (傾斜體 강조는 나의 것이다.)

84) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다69607, 69614.

85) 예컨대 자동차가 파손되었을 때 복원 수리된 차량의 교환가격이 중고차시장에서 수리하지 않은 다른 차량의 가격에 비하여 10~20% 정도 저감된 가격으로 거래된다. 그럼에도 불구하고 대법원이 이와 같은 파손된 차량의 교환가격의 손실분을 손해배상의 범위에 포함시킨 것은 근자(1990년 이후)의 일이다. 그 이전에 교환가격의 손실분을 손해로서 인정하지 않은 판결들은, 적어도 경제학자의 관점에서 볼 때에는, 합리성을 결여한 주먹구구식 결정으로 평가될 수 있을 것이다. 자세한 것은 신신희(註 21) 244, 258-260 및 그 인용 판례 참조.

69614)에 의하여 곧바로 인정할 수는 없을 것이다.

그러나 법명제 ②가 효력의 연쇄고리를 따라가면서 논리적으로 만나게 되는 상위 법명제들이 법적 효력을 모두 인정받으면, 다시 말해 그 중 어느 하나라도 그 源泉이 있는지, 아니면 그 최상위 법명제가 궁극적 승인율에 의해 수락된다면 효력의 연쇄고리의 연결에 의하여 그 법적 효력은 인정된다. 그런데 [표 4 판시사항의 층위도 요약]에서 볼 수 있듯이, 효력의 연쇄고리는 확립되어 있다고 판단된다. 즉 법명제 ②(=판시사항 (4))는 판시사항 (3)에 의해 승인되고 있고, 판시사항 (3)은 판시사항 (2)에 의하여 승인되고 있으며, 판시사항 (2)는 판시사항 (1)에 의해 승인되고 있는 것으로 보인다. 따라서 법명제 ②의 상위 명제들인 판시사항 (1), (2), (3)이 모두 법적 효력을 인정받으면, 법명제 ②의 효력도 긍정되는 것이다. 하지만 그 연쇄고리 상의 법명제 중 하나라도 그 법적 효력을 인정받지 못하면, 법명제 ②는 효력을 인정받지 못하게 된다.



[표 4] 판시사항 층위도 요약

먼저 판시사항 (1)에 관해서 보면, 수많은 판례가 같은 취지의 판시를 하고 있어 그 법적 효력에 의문의 여지가 없다. 문제는 판시사항 (2)와 (3)이다. 먼저 판시사항 (2)에 관해서 보면, 손해배상 사건 중에는, 그 손해의 성질상 손해액에 대한 입증이 대단히 곤란하여 이를 확정하기가 사실상 불가능한 경우가 종종 있다. 이런 경우 대법원은, 손해액을 산정할 수 없다는 이유로 원고가 그 손해를 진보받지 못한다면 심히 공평의 원칙에 반하는 결과가 되므로, “慰藉料의 補完的 機

能”을 빌어 위자료를 지급해야 한다고 판시해왔다.⁸⁶⁾ 하지만 그렇다고 하여도 법원이 손해액의 확정이 단순히 곤란하다는 이유로 위자료로 해결하려고 한다면, 손해액 산정의 예측가능성은 현저하게 떨어질 것이다.⁸⁷⁾ 대법원도 같은 견지에서, 위자료의 보완적 기능을 함부로 확장하여 위자료의 명목 아래 사실상 재산상 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안 된다고 판시하고 있다.⁸⁸⁾

이와 같은 상황에서 중요한 문제로 떠오르는 것은, 손해액의 산정이 곤란한 경우에 어떻게 손해액을 산정해낼 것인지의 문제이다. 정신적 손해에 대해서는 법원이 자유재량에 따라 위자료를 정할 수 있는 반면, 재산적 손해는 객관적인 자료를 토대로 계산하여야 하기 때문이다.⁸⁹⁾ 이에 관해서는 비록 (불법행위가 아닌) 채무불이행으로 인한 손해배상청구소송에서의 판결이지만, 대법원은 판시사항 (2)와 똑같은 판결을 하고 있다. 즉 “채무불이행으로 인한 손해배상청구소송에 있어, … 구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론의 전취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무불이행과 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과 관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다.”고 판시한 것이다.⁹⁰⁾ 대법원은 또한 다른 사건에서, 채무불이행으로 인한 손해배상책임이 인정된다면 손해액에 관한 입증이 불충분하다 하더라도 법원은 그 이유만으로 손해배상청구를 배척할 것이 아니라 그 손해액에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하고 입증을 촉구하

86) 대법원 1984.11.13. 선고 84다카722 판결(“법원은 위자료액을 산정함에 있어서 피해자측과 가해자측의 제반사정을 참작하여 그 금액을 정하여야 해[는데] ……., 특히 재산상 손해의 발생이 인정되는 데도 입증 곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다고 할 것이다.”).

87) 김재형, “프로스포츠 선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임,” *民法論* III, 367, 389 (2007).

88) 대법원 1984.11.13. 선고 84다카722 판결(“그런데 이러한 위자료의 보완적 기능은 재산상 손해의 발생이 인정되는 데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로, 함부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 재산상 손해액의 확정이 가능함에도 불구하고 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 사실상 재산상 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안 될 것이다.”).

89) 김재형(註 87), 395.

90) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951·6968 판결(소위 “서정원” 판결).

여 이를 밝혀야 한다고 판시한 바 있다.⁹¹⁾ 판례뿐만 아니다. 저작권법을 포함한 다수의 법률은, 손해가 발생한 사실은 인정되나 손해액을 산정하기 어려운 때에 변론의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 규정을 두고 있다.⁹²⁾ 이상을 종합하면 판시사항 (2)의 법적 효력은 이를 인정하는 데 문제가 없다고 보인다.

다음으로 판시사항 (3)을 보면, 그 법적 효력을 인정하는 데 일견 큰 무리가 없다고 판단된다. 우선 판시사항 (3), 즉 “손해액을 가능한 한 과학적이고 합리적인 방법에 의하여 정당하게 추정”하여야 한다는 것은 판시사항 (2)가 허용하는 합리적 해석의 범위 안에 있는 것으로 상식에 기초한 지극히 당연한 추론으로 보인다. 대법원이 손해배상액을 산정하기 곤란한 경우에 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 간접사실들을 종합하여 손해액을 정하여야 한다고 판시하였지만, 그렇다고 법관에게 손해를 주먹구구식으로 인정하여도 좋다는 권한을 부여한 것은 아니기 때문이다.⁹³⁾

이상에서 본 바와 같이, 범명제 ②(=판시사항 (4))가 그 법적 효력을 인정받기 위한 전제가 되는 판시사항 (1), (2), (3)은 모두 법적 효력이 인정된다고 하겠다. 그렇다면 남는 문제는, 범명제 ②가 판시사항 (3)에 의해 지지되는지 여부이다. 다시 말해, 남는 쟁점은 무엇이 판시사항 (3)에서 말하는 ‘과학적이고 합리적인 방법’에 의한 ‘정당한 추론’인가가 된다. 담당법원은 대상사건에서 계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법에 의한 추정이 이에 해당한다고 판시하였다. 담당법원이 이런 결정을 하게 된 데에는 다음과 같은 대상사건에 특유한 요소가 작용한 것으로 보인다.

- i) 대상사건은 유래가 없을 정도로 소가가 큰 사건이므로, 원·피고 모두 통상보다 큰 감정비용을 감당할 준비가 되어 있다는 점
- ii) 대상사건에서 원고가 입은 손해는 “담합으로 인한 손해”로서, 이는 “다른 조건이 동일한 상황에서 담합이 없었을 경우에 형성되었을 가격” 즉 경쟁가격과 실제 구매가격과의 차액인데, 국내 정유시장은 피고들이 과점하고 있기 때문에 경쟁가격의 산정이 극히 어려운 점

91) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다42892·42908 판결; 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다 29972 판결 등.

92) 저작권법 제126조; 특허법 제128조 제5항; 컴퓨터프로그램보호법 제32조 제5항 등.

93) 同旨, 김재형(註 87), 396.

- iii) 이런 상황에서 경쟁가격을 산정하기 위해서는 문제가 된 시장의 다른 거래 조건을 그대로 유지한 상황에서 단지 담합이라는 특수한 사정만을 제외한 가격이 되어야 하고, 담합과 아무런 인과관계가 없는 시장 또는 거래상의 요인으로 인한 가격상승분은 이를 고려하여서는 안 되는 점
- iv) 군납 유류시장은 싱가포르 현물시장 및 국내 대량수요처와 다른 특수성이 있고, 유류 구매가격은 입찰주체별 특수성과 가격에 영향을 미치는 많은 변수들의 효과를 적절히 감안하여야 하는 점
- v) 피고들은 중회귀분석을 통한 이중차분법을 지지하고 있고, 원고 역시 위 방법에 의한 감정결과가 계량경제학상 승인된 기술상의 법칙에 따라 이루어진 신뢰할 수 있는 원칙과 방법의 산물이라고 평가하는 점

요컨대 담당법원은, 이상과 같은 대상사건의 특별한 성격, 즉 엄청난 액수의 訴價, 사건의 복잡성 및 원·피고의 태도를 고려한 끝에, 법명제 ②와 같은 결정을 한 것으로 판단되고, 이는 법적 효력이 인정되는 판단으로 보인다.

(3) 비트젠슈타인의 古代都市와 民事正義

하지만 그렇다고 하더라도 법명제 ②는 ‘대상사건’에서 그 법적 효력을 인정받은 것에 불과하다. 이를 만연히 一般化할 수는 없다. 기실 우리 법원의 실무관행을 보면, 고액의 감정료가 드는 방식을 사용한 예를 찾기가 쉽지 않다. 경제학자의 눈으로 보면, 이제까지의 배상액 추정은 (주먹구구식이라고 천시될 수도 있는) ‘귀납추론(heuristic device)’의 방식에 기초했다고 볼 수 있을 것이다. 그리고 그와 같은 방식을 채택한 이유가 오로지 소송경제였다고 단정하고, 訴價가 큰 사건의 경우에는 소송경제의 천칭이 바뀌어야 한다고, 그래서 새로 채용된 천칭에 의할 때 계량경제학적 방법을 채택하는 것이 정당화된다고 주장할 수도 있을 것이다. 하지만 법원이 그 동안 채택한 소액 산정의 방식은 訴訟經濟 외에, 그보다 더 본질적인 요소, 다시 말해 민사사건에 있어서의 정의 관념, 즉 법원의 民事正

義⁹⁴⁾의 관념을 반영하는 측면도 있다고 본다.

비트겐슈타인(Wittgenstein)은 言語를 고대도시에 비유했는데, 이 비유는 법체계에도 그대로 타당한 것으로 평가되고 있다.⁹⁵⁾

“우리들의 언어는 고대도시로 볼 수 있다. 즉 작은 도로와 광장, 오래되고 새로운 집들, 다양한 시대를 거치면서 덧붙여진 집들의 迷宮과, 그리고 그 외곽에는 직선의 규칙적인 도로와 통일적인 집들이 가득 찬 수많은 新都市가 둘러싼 古都市인 것이다.”⁹⁶⁾

우리는 법체계를 들여다볼 때 하나 같이 新都市와 그에 이르는 新作路만을 보고 어떤 규칙성을 확보할 수 있는 거대이론을 꿈꾼다. 그러나 오래된 도심에까지 이르면, “좁은 길의 미로가 나온다. 한쪽으로부터 이곳에 이르면 이렇게 생겼구나 하지만, 같은 곳을 다른 쪽에서 접근하면 더 이상 이곳을 안다고 생각할 수 없다.”⁹⁷⁾ 이와 같이 도저히 전체에 대한 전망을 누릴 수 없는 상황에서 당면한 사건을 해결하려 한다면 거대이론을 구상하는 것은 지나친 사치가 된다. 외곽의 신도시나 이에 이르는 신작로에 대한 지식만으로는 이 오리무중의 고대도시의 都心을 파악할 수 없기 때문이다. 따라서 비트겐슈타인과 같이 “중도적 입장 (intermediate cases)”을 발견·창조해야 할지도 모르겠다.

실제에 있어, 보통사람들은 고대도시 속의 미로를 파악할 수 없다고 한다. 오로지 전문가만이 지식을 가지고 있고, 이것이 그 전문가의 존재이유이다. 사람들이 그 미로에 빠져들어 조각 조각난 정보를 기억함으로써 언어를 배우듯, 법률가들 역시 그와 마찬가지로 법을 익힌다.⁹⁸⁾ 마치 조야한 지도만으로 유럽

94) 민사정의는 법원이 누대에 걸쳐 민사사건을 처리하면서 내려온 가치판단을 통틀어 지칭하는 말이다. 따라서 민사정의를 정의하는 것은 가능하지도, 바람직하지도 않다고 본다. 우리는 오직 개별사건에서의 판결 속에서 그 내용을 간취할 수 있을 뿐이다.

95) Wittgenstein의 비유는 여러 학자들이 common law를 설명할 때 원용한 바 있다. 대표적으로 James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* 113-14 (1995).

96) Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, par. 18 (1976).

97) *Id.*, par. 203.

98) Sir Edward Coke는 이를 “인위적 이성(artificial reason)”이라 칭하고 일반인이라면 누구나 가질 수 있는 “자연이성(natural reason)”과 구별하였지만, Gerald J. Postema, *Bentham and Common Law Tradition* 30-38, 61-63 (1986), 동의할 수 없다. 왜냐하면 법해석에 있어서 필요한 기술적 측면을 인위적 이성으로 따로 구분할 필요가 없기 때

의 도시를 찾아 나설 수 없듯이 일반인이 알팍한 법지식만으로 법원의 관례와 관행을 설명할 수는 없다. 그리하여 법의 문외한인 일반인들은 마치 새장에 갇힌 새처럼 자신이 낯익은 영역에서만 배회하는 것을 신중한 처사로 생각해야 할지도 모를 일이다.

이것이 우리 법체계의 현실이고, 또 그 난해함을 생각할 때 그 현실이 나아질 가능성도 없다면, 이런 현실 파악은 우리의 논제에 대해 무엇을 함의하는가? 범명제 ②의 결정은 비록 사건의 결론과는 다소 거리가 있는 손해액 추정 방법을 결정하는 것이지만, 그 방법론은, 마치 트로이의 목마처럼 스며들어와, 비트겐슈타인의 고대도시의 도심을 송두리째 파괴할 수 있을지도 모른다. 고대도시의 도심 속의 미로와 그곳을 수놓은 기기묘한 건축물들은 어느 하나 버릴 것 없이, 그 시대를 산 사람들의 삶과 價値가 녹아 있다. 현재의 우리들은 선인들의 사고 방식을 정확히 이해할 수 없지만, 우리의 삶을 구성해 온 우리의 價値選擇이 후속세대들에 의해 존중받기를 원하지 않는가?

이런 생각을 하면서, 나는, 우리 법원이 이제까지 채택해 온 귀납추론적 손해액 산정방식을, 과학성과 합리성의 잣대만으로 재단하는 것은 신중치 못한 처사일 수 있다는 결론에 도달하였다. 都心の再開發이 항상 능사가 아니듯이 말이다. 요컨대 범명제 ②(=판시사항 (4))는, 앞으로 법률가의, 특히 법관들의 깊은 논의가 필요한 논제이고, 그러한 논의가 정리되고 실무관행이 가닥을 잡아갈 때 비로소 그 법적 효력을 보다 넓게 인정받을 수 있는 가능성이 생길 것으로 본다.

(4) 범명제 ①에 대한 재평가

이상의 논의를 염두에 두고 생각해보면, 범명제 ①에 나타난 담당법원의 태도는 지지되어야 할 측면이 있다. 담당법원은 사안의 성질상 계량경제학적 방법을 채택할 수밖에 없었지만, 그로 인하여 전문감정인의 사고방식이나 가치체계가 법원의 그것을 완전히 대체할 것을 방지하기 위해 범명제 ①과 같은 판시를 한 것으로 볼 수 있다.

사회의 현대화가 고도화될수록 전문·기술적 영역이 확대·세분화되고 이에 따라 법의 대응능력은 더욱 떨어진다. 법체계는 이러한 전문·기술적 영역에서 벌어지는 새로운 문제에 대한 인식체계(방법론)를 갖고 있지 못하기 때문이다.

문이다. 일반인들도 교육을 통해 필요한 기술을 배우면 당위판단이 핵심인 법해석을 할 수 있다고 본다.

이런 상황은, 법체계로 하여금 전문·기술적 영역에서의 인식방법, 다시 말해 전문·기술적 논증을 받아들일 수밖에 없게 만든다. 그런데 전문·기술적 논증을 받아들일 때, 그 전문·기술적 논증의 전제들, 다시 말해 전문·기술적 영역의 인식체계가 더 잡은 가치체계가 함께 따라 들어온다. 인식체계는 가치체계에 대해 인과성(causation) 혹은 적어도 관련성(correlation)을 갖고 있고 따라서 인식체계의 침투는 가치체계를 수반한다. 하지만 이렇게 수반해 들어오는 전문·기술적 영역의 가치체계를 법체계가 그대로 수용할 수는 없다. 법체계는 전문·기술적 영역을 다룰 수 있는 인식체계는 갖고 있지 않지만, 가치의 문제에 대해서는 독자적이고 전문적인 체계를 이미 갖고 있기 때문이다. 담당법원은 일견 법원의 능력을 초월한 사항에 대해서까지 엄격한 규범적 평가를 시도하고 있는데,⁹⁹⁾ 이는 우리 법체계가 옹호해 온 가치체계를 지키기 위한 노력으로 볼 수 있을 것이다.

(5) 범명제 ②가 사법재량의 행사라면, 그 법적 효력은 여하한가?

판시사항 (3)은 범명제 ②(=판시사항 (4))의 법적 효력 유무를 확정적으로 결정하기에는 다소 덜 분명한 표현을 사용하고 있는 면이 있다. Raz의 통찰대로,¹⁰⁰⁾ 법원은, 판시사항 (3)을 만들어내면서 “규율되지 아니한 사건들(unregulated disputes)”을 남겨두어, 그 사건들의 운명이 적당한 때에, 법에서 허용하는 한계 내에서 법원의 재량을 사용하여 법원에 의해 결정되도록 하는 것을 선호하였던 것 같다. 판시사항 (3)은, 손해배상액 산정의 방법론을 결정함에 있어 만나게 되는 이슈에 관하여 전체적인 법적 구조를 결정하고, 가장 분명한 사건을 제외한 나머지 사건들에 존재하는 “欠缺”을 메우는 것을 법원에 맡긴 것으로 판단된다. 그리고 판시사항 (3)은, 각 사건마다 법원이 판단을 다시 할 것을 의도한 것이 아니라, 흠결을 메우고 더욱 더 상세한 법적 가이드라인을 제시하여 그 이상의 법적 발전을 도모하기 위해 ‘큰 틀’을 결정하고 ‘여백’을 남겨둔 규칙으로 판단된다.

⁹⁹⁾ 담당법원은, “전문적인 지식과 경험을 가진 감정기관에 대한 감정촉탁결과는 특별히 경험적이나 논리법칙에 반한다는 등의 사정이 없는 한 존중되어야 할 것이지만, 계량경제학적 분석방법을 통하여 손해액을 산정하는 이 사건에 있어서, 사실관계의 해석, 정확하고 일관된 자료처리, 경제학적 이론과 사실적 근거에 바탕을 둔 추정방법과 모형의 설정, 사용된 자료의 성격, 추정 결과가 현실을 적절히 반영하는지 여부 등의 문제가 규범적으로 평가되어야 한다.”라고 판시하고 있다. 고딕 강조는 나의 것이다.

¹⁰⁰⁾ *infra* 註 34 및 그 본문 참조.

담당법원은 대상 사건을 이러한 ‘여백’에 속하는 사건으로 보고, 사법재량을 행사하여 법명제 ②와 같이 판시한 것으로 볼 수 있을 것이다.

법명제 ②가 담당법원이 사법재량을 행사한 결과라면, 법명제 ②는 법적 효력을 인정받을 수 있다. 왜냐하면 상술했듯이, 법원은 규칙이 없는 경우 사법재량을 행사할 수 있는 권한을 부여받았기 때문이다. 판시사항 (4)의 이슈를 결정함에 있어 의존할 규칙(=판시사항 (3))이 불분명하거나 불확정적이라면, 법원은 판시사항 (3)의 흠결을 사법재량을 행사하여 메워야 하는데, 법명제 ②는 그와 같은 사법재량을 행사한 결과이므로 그 법적 효력을 인정하는 데 문제가 없게 되는 것이다.

그러나 사법재량을 행사하는 경우에도 법원이 무엇이든 자신이 원하는 바라면 이를 근거로 재판할 수 있는 것은 아니다. 라즈에 의하면,¹⁰¹⁾ “이 사건에서 법원은 p 라고 결정해야 하는가?”라는 형태의 질문에 대해, 가령 그 사건에 적용할 법에 흠결이 있는 경우와 같이 정확한 법적 해답이 없는 경우, 이 분쟁은 “규율되지 아니한” 것이 된다. 하지만 규율되지 아니한 분쟁도, 규율된 분쟁에서처럼, 그 분쟁에 적용되고 그 해결에 관하여 법원을 지도하는 “법(laws)”에 따라야 한다. 다만 규율되지 아니한 분쟁에 적용될 법에는 흠결이 있기 때문에, 그 법이 몇몇 해결책을 적합하지 않다고 배제하고 나머지 가능한 해결책들 중 전부 또는 일부 사이의 선택에 관하여 몇몇 일반적인 지침을 제공한다고 할지라도, 법에 의해 그 분쟁에 관한 특정한 해결방법이 요구되는 것은 아니다. 요컨대 규율되지 아니한 분쟁은, 부분적으로 규율되고 있다. 그러므로 법원은 새로운 법을 만들 뿐만 아니라 ‘既存의 法’도 이를 적용하여야 한다. 이렇게 본다고 한다면, 손해배상액 산정의 방법을 결정함에 있어서 사법재량을 행사하는 경우에도, 법원은 앞서 본 ‘민사정의’의 관념을 유념하여야 함을 잊어서는 안 될 것이다.

¹⁰¹⁾ 이하는, Raz, “Law and Value in Adjudication”, in his *The Authority of Law* (註 34), 180, 194-95.

結: 展望과 提案

1. 논의의 정리

이상에서 살펴본 대상판결에 대한 평가를 정리하면 다음과 같다. 첫째, 담당법원이 사실인정의 방법론으로 경제학적 논증(‘계량경제학상 중회귀분석을 통한 이층차분법’)을 채택한 결정(=법명제 ②)은 그 법적 효력이 인정된다. 하지만 그럼에도 불구하고, 사실인정의 방법론으로 경제학적 논증을 一般적으로 受容할 수는 없다. 경제학적 논증이 여타의 사건에 대해서도 사실인정의 일반적 방법론으로 적용될 수 있는 것은 아니다. 우리 법원의 실무관행은 손해액을 추정할 때 경험칙에 터 잡은 귀납추론을 사용해왔고 이 방법은 訴訟經濟의 이념에 立脚해 있을 뿐만 아니라 우리 法의 價値體系를 反映하고 있기 때문이다. 둘째, 담당법원이 ‘전문감정인이 촉탁받은 감정에 있어 그 결론에 이르는 전과정’에 대한 법적 통제를 자임한 결정(=법명제 ①)은 그 법적 효력이 인정된다. 촉탁된 감정이 적격자에 의해 표준방식대로 진행된 경우, 법원이 전문감정인의 판단내용에 대한 실체적·내용적 통제를 자임하는 것은 감정의 整合性(coherence)을 해칠 우려가 있다. 법원이 감정인으로부터는 ‘전문지식만’을 빌린 채 감정인의 신발 속에 들어가 감정인처럼 추론할 능력을 보유하고 있다고 단정할 수 없기 때문이다. 하지만 법명제 ①은 여전히 지지되어야 한다. 법원의 통제능력에 대한 의구심에도 불구하고 법명제 ①이 지지되는 까닭은, 법원이 감정과정에 대한 법적 통제를 방기하게 되면, 전문감정인의 사고방식이나 가치체계가 법원의 그것을 완전히 대체할 우려가 있기 때문이다.

이상에서 다룬 문제는, 결국은, 전문적·기술적 영역에서 발전한 전문적·기술적 논증방식을 법체계가 어떻게 수용하여 왔는가(실증적 관점) 혹은 어떻게 수용하여야 할 것인가(규범적 관점)의 문제이다. 법명제 ①에 대한 논의가 이 문제를 규범적 관점에서 다루었다면, 법명제 ②에 대한 논의는 이 문제를 실증적 관점에서 다루었다. 이제까지 법체계는 변화하는 사회에 대하여 한편으론 適應하면서 다른 한편에선 그 체계의 自律性을 유지하려고 노력해왔다. 현대사회가 고도로 전문화·기술화되면서 법체계의 대응능력은 약화되었지만, 법체계는 보전되어야 할 것이다. 법체계에는 우리의 삶과 가치가 녹아 있기 때문이다. 이 점이 법체계가 법적 판단에 필요한 전문·기술적 논증을 어떻게 수용하여야 하는가 하는 문제의식을 불러일으키는 것이다.

2. 승인율의 변화가능성

법명제 ②의 법적 지위가 승인율에 달려 있음은 V.에서 살폈다. 그런데 하트에 따르면, 승인율 자체가 변화할 수 있다.¹⁰²⁾ 승인율은, 법체계의 정점에 위치한 궁극적 규칙으로 수용되고 있지만, ‘관례’이다. 법적용자들이 “내적 관점(internal point of view)”에서 이를 규범으로 받아들여 이를 실행하고 있지만, 승인율의 존재는 일반적인 관행을 통해 확인되고 표현되고 있다.¹⁰³⁾ 우리는 사회의 관례가 시간이 흐르면서 서서히 변하는 것을 경험으로 알고 있고 승인율도 예외가 될 수는 없다. 그렇다면 미래에 법명제 ②가 일반적으로 승인될 수 있는 가능성을 부정할 수는 없을 것이다.

승인율의 변화와 관련하여 두 가지 논점이 있다. 하나는 승인율을 구성하는 관행의 主體가 누구인가이고, 다른 하나는 승인율을 구성하는 관행의 性格이 무엇인가이다. 승인율의 주체에 관하여, 하트는 “공직자(officials)”라고 하였다가 사후에 출판된 **법의 개념**(제2판) “후기(postscript)”에서 “법관”이라고 견해를 변경했다는 것이 지배적 평가이다. 이는 처음부터 법관의 실무관행이 승인율을 구성한다고 주장한 라즈의 영향으로 추측된다. 그렇다면 경제학적 논증이 법체계에 수용될지 여부는 결국 法官 共同體에 의해 결정된다고 하겠다.

승인율을 구성하는 실무관행의 성격에 관해서는 여러 견해가 대립한다.¹⁰⁴⁾ 하트는 승인율을 “루이스-관례(Lewis-convention)”로 보았다.¹⁰⁵⁾ 가령 한국과 일본의 각기 다른 교통시스템에서 볼 수 있듯이, 우측통행과 좌측통행 사이의 선택과 같은 “조정문제(coordination problem)”의 상황에서는 도덕적 정답을 찾을 수 없다. 이런 상황에서는, 일단 결정하는 것 자체가 바람직하다. 어느 방식을 채택할 것인가에 관해 도덕적 논쟁을 하면서 생기는 사회적 비용이 클 뿐만 아니라 모두

102) 하트(註 41), 131-144, 192-200.

103) 하트(註 41), 133(“독특한 판단기준의 계층적 서열을 가진 ... 복잡한 승인율의 존재 역시 그와 같은 판단 기준에 의하여 규칙을 확인하는 일반적인 관행을 통하여 표현된다.”). 한편 내적 관점에 관해서는 拙稿, “법에서의 가치와 가치판단”(註 7) 참조.

104) 본문에서 보는 루이스-관례설, SCA설, 이외에 마-모의 “구성적 규칙(constitutive rule)” 이론이 있다. Marmor (註 61). 마-모는 John R. Searle, *The Construction of Social Reality* (1995)에 기대어 이론을 전개한다.

105) Hart는 2판 후기(postscript)에서 ‘법의 기초가 되는 사회적 규칙은 관례(conventions)’라고 말하고 있는데, Hart (註 52), 255-56, 관례는 다음과 같은 특성을 가진 사회적 규칙이다. 즉 각인에 의한 관례의 수용 여부는 그것이 ‘일반적으로 수용되고 있는지’ 여부에 달려 있다. 이는 다른 사람이 수용하지 않더라도 그 규칙에 순응할 마음의 준비가 되어 있는 규칙과 구별된다.

가 수긍할 수 있을 만한 도덕적 결론에 이를 가능성도 희박하다. 하트는 승인율을 이런 상황에서 내려지는 관례(=사회적 약정)라고 생각하였다. 그런데 승인율을 루이스-관례로 생각하면 일단 내려진 결정은 그냥 따르는 것이 도덕적으로 바람직하다고 생각되기 때문에, 승인율의 변화를 설명하기도 정당화하기도 어렵다.

승인율을 “조정적 관례(co-ordinative convention)”라고 보는 것은 합의하기 어려운 상황에서 문제를 애써 외면한 채 결정할 사람만을 결정하는 것과 같고, 그렇게 되면 이 관례는 법을 도덕적 고려요소와는 전혀 무관하게 만드는 것이 된다.¹⁰⁶⁾ 또한 사람들이 자신의 도덕적 판단과 관련 없는 관행을 만들 것이라고 생각하는 것도 비현실적이다. 오히려 “승인의 관례 자체도 사람들이 가진 가치관이나 현실적 필요(혹은 그 가치관이나 필요에 대한 새로운 해석)에 의하여 영향을 받을 가능성을 부인할 수 없다. 이는 역사적 변화로서 장구한 세월에 걸쳐 점증적으로 일어나지만 결국 승인의 관례 자체를 바꿀 수도 있다.”¹⁰⁷⁾

이런 까닭에, 현재는 승인율을 “공유된 협동 행위(shared cooperative activity: “SCA”)라고 보는 것이 대세라고 판단된다.¹⁰⁸⁾ 이들 SCA 지지자들은 승인율을 구성하는 법관의 실무관행을 설명하기 위해 마이클 브랫먼(Michael Bratman)의 SCA 개념을 받아들였다.¹⁰⁹⁾ 우리가 가령 “함께 요리를 했다”라고 말할 때, ‘함께 ~을 하다’는 무엇을 의미하는가? 이는 “당신이 저녁식사를 요리하는데, 내가 단지 ‘동시에’ 저녁을 요리한다.”는 것을 의미하진 않을 것이다. 브랫먼은, 진실한 공동행위를 “개개인의 행위와 의도의 조직화된 집합(a structured set of individual actions and intentions)”이라고 환원적으로 정의한 후,¹¹⁰⁾ 그 구성요소를 다음과

106) 가령 Scott Shapiro에 따르면, 승인율은 루이스-관례라고 보기에는 강한 수용의 모습이 국민들에게 있다고 한다. “대부분의 미국사람들은 미국헌법을 계속 일어나는 공동행위의 문제에 대한 자의적인 해결책으로 보려고 하지 않는다. 다수는, (다른 이들이 무엇을 했건 간에) 미국민의 대표에 의해 비준된 텍스트에 주의를 기울일 도덕적 의무가 있다고 믿으려 한다.” Scott J. Shapiro, “Law, Plans, and Practical Reason”, 8 *Legal Theory* 387, 393 (2002). Cf. Adler (註 44), 768-69.

107) Marmor (註 66), 108. 요컨대 승인율 자체도 계속하여 지속적인 해석론적 압력에 노출되어 있다는 것이다.

108) Jules Coleman, “Inclusive Legal Positivism”, in his *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, 94-95, 96-100; Shapiro (註 106), 393, 426-32 (2002); Christopher Kutz, “The Judicial Community”, 11 *Philosophical Issues*, 442, 455-60 (2001).

109) Michael Bratman, *Faces of Intention* 93-161 (1999).

110) 그런데 마-모는, “공동의 의도(collective intention)”를, 개인적 의도들이 맞물려 만들어진 ‘행위와 의도의 집합’으로 정의할 수 없는 “본원적 현상(primitive phenomenon)”이

같이 정의한다.¹¹¹⁾

- **相互應答性:** SCA의 참여자 각자는, 타방도 마찬가지로 응답할 것을 의식하면서, 타방의 의도나 행동에 응답하려고 한다. 각자는, 타방도 마찬가지로 행동하려고 한다는 것을 의식하면서, 타방의 행위를 눈여겨보면서 자신의 행위를 조종하려고 한다.
- **共同活動에의 다짐:** SCA의 참여자 각자는 공동활동을 할 것을 적절히 다짐하고(비록 다른 이유에서이겠지만), 상호응답성은 이런 다짐을 추구하고 있다.
- **相互支持에의 다짐:** SCA의 참여자 각자는 공동활동에서 자신의 역할을 하려는 타방의 노력을 지지할 것을 다짐한다. 만약 내가 네가 네 노트(혹은 네 그림 붓)를 찾는데 내 도움이 필요하다고 믿는다면, 나는 그런 도움을 제공할 준비가 되어 있다. 또는 당신도 내가 내 역할을 하도록 지지할 준비가 마찬가지로 되어 있다. 이런 상호에 대한 지지의 다짐은, 우리를, 공동활동을 성공적으로 수행할 수 있는 상태에 있게 한다. 이는 우리가 특정한 방식의 도움이 필요할 때라도 마찬가지이다.

스캇 샤피로(Scott Shapiro)에 의하면, 판사들이 그룹으로 “규칙의 통일된 시스템을 창조하고 유지하는” 활동은 SCA의 원형에 속하는 것이다.¹¹²⁾ 이는 함께 집에 페인트칠을 하는 행위와도 같다. 즉 공통의 지식을 가지고, 서로의 의도에 기초해 상호 응답적인 방식으로, 너와 내가 페인트칠 행위를 의도할 때, 비로소 ‘우리’가 수행하는 공동의 행위가 되는 것과 같은 이치이다. 따라서 판사들의 승인은 다음과 같은 세 가지 조건 하에 창조되고 유지된다고 하겠다.¹¹³⁾ 첫째, 모든 판사들은 자기와 다른 판사가 함께 통일된 규칙의 시스템을 창조하고 유지할 것을 의도한다. 둘째, 모든 판사들은 규칙의 법적 효력을 판단하는 기준에 관

라고 주장한다. 어쨌거나 사회적 실무관행은 이런 공동의 의도를 가지고 새로운 실체를 창조해낸다. 법 시스템은 한 그룹의 개인들이 가진 공동의 의도에 의존하는데, 이들은 공동으로 일정한 실체를 승인하고 나아가 공동으로 규칙의 시스템을 창조하고 유지하는 데 자신의 역할을 하려고 노력한다고 한다. Marmor (註 61), 518-31.

111) Bratman (註 109), 94-95. 한편, Bratman이 든 세 가지 요소 모두가 승인의 요소로 수락되고 있는 것은 아니다. Coleman은 세 가지 요소를 모두 수용하지만, Shapiro는 상호응답성 및 공동활동에의 지지만을, Kutz는 공동활동에의 다짐만을 승인의 요소라고 한다.註 108에 소개된 문헌 참조.

112) Shapiro (註 106), 426.

113) 이하의 설명은 *Id.* 417-32. 본문의 설명은 Adler의 간결 명료한 요약에 기초한 것이다. Adler (註 44), 752.

한 자기의 생각이, 다른 판사가 가진 생각들과 융화할 것을 의도한다. 셋째, 그리고 이상의 것들은 판사들이 공통의 지식으로 공유한다. 결과적으로 각 판사는 다른 판사와 똑같은 기준, 즉 법적 효력을 판단하는 기준을 ‘상호응답적으로’ 적용한다. 다시 말해 판사들 사이에 발견되는 기준에 관한 차이들은 교섭, 심의, 권위에의 의존 등을 통해 해결되고, 그럼으로써 판사들의 의도는 상호 투명해진다. 이런 과정을 통해 승인율이 형성되는 것이다.¹¹⁴⁾

승인율을 이와 같은 엄격한 의미의 SCA로 파악한다면, 우리 법원의 실무관행이 근시일 내에 경제학적 논증을 폭넓게 수용할 수 있을 만큼 변화할 수 있을지는 두고 볼 일이다. 다만 그 가능성을 부인할 수 없는 근본적 이유는, 현대사회의 분쟁이 갈수록 전문화·기술화되어 이들 영역에서 자리 잡은 전문적·기술적 논증방식을 무시할 수 없게 된 현실에 있다. 이들의 사고방식이 사회의 저변에 퍼질수록 우리 법원의 관행도 영향을 받을 것이기 때문이다.

3. 법정책학적 제안: 경제학적 논증의 도입방안의 모색

경제학적 논증이 재판의 방법론, 혹은 규칙의 규칙, 혹은 승인율이 승인한 이차적 규칙으로 자리 잡을 때까지는 상당한 시간이 걸릴 것이다. 사법재량의 행사가 일관된 관행으로 자리매김 되기 위해서는 동일한 취지의 판결들이 누적되기까지 짧지 않은 시간이 소요될 것이다. 법원은 그와 같은 새로운 실무관행을 정착시키기 위해서 民主的 正統性 측면에서 적지 않은 정치적 비용을 치러야 한다. 따라서 법원으로서 그 비용을 최소화하기 위한 최선책은, 和解를 권장하는 방법이다. 그 화해과정에서 피해액을 확정하기 위한 방법으로 경제학적 논증이 널리 이용된다면, 법원이 경제학적 논증을 재판의 방법으로 받아들이는 데 훨씬 수월할 것이다. 달리 표현하면, 법원이 국민의 법관념이 형성될 때까지 기다린다면, 그 전에 새로운 방법론을 승인하는 것보다 훨씬 비용이 절감될 것이다. 국민의 법관념을 먼저 형성케 하고, 그 후 공직자의 관행을 변화시키는 것이 합리적이라면, 당사자 사이의 화해는 양자를 이어주는 가교가 될 것이다.

다음으로 법원이 경제학적 논증을 받아들이는 방안으로 상정할 수 있는 선택지는 다음의 세 가지로 요약할 수 있다. 첫 번째 방식은, 법관이 ‘제너럴리스트’라는 점을 긍정적으로 평가하고 이를 굳건히 유지하려는 보수적 대응이다. 따라

¹¹⁴⁾ 한편 Dworkin은 SCA의 개념적 필요성을 느끼지 못한다고 비판한다. Ronald Dworkin, “Thirty Years On”, 115 *Harvard Law Review* 1655, 1663 (2002).

서 법관은 전문·기술적 영역에서도 일반 영역과 마찬가지로 기존의 실무관행에 맞게 재판하면 족하다. 말하자면 전문·기술적 논증은 법관이 참조할 대상에 지나지 않으며, 법관이 이를 받아들일 때에도 법체계에 맞게 재구성해서 받아들여야 한다. 여기서는 기존 법체계 내에서의 整合性(coherence)이 가장 큰 덕목이 될 것이다. 이 방식에서는 논쟁의 대상이 된 문제의 태반이 법률문제로 포섭될 것이다. 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)이 **법의 제국**에서 경제학적 해석에 대해 밝힌 대응책이 여기에 속한다고 볼 수 있다.¹¹⁵⁾ 따라서 반실증주의에 서게 되면 첫 번째 방식이 선호될 것이다.

두 번째 방식은, 브라이어 대법관이 제시한 방안으로,¹¹⁶⁾ 제너럴리스트로서의 판사로 구성된 법원의 구성은 그대로 유지하되, 다만 전문가(specialist)로 하여금 재판 과정에 적극 개입하게 하는 방안이다. 이를 통해 법원의 결정능력을 제고할 수 있기 때문이다.¹¹⁷⁾ 이 방안은 전문·기술적 논증을 법과정(legal process)에 反響하게 만드는 시스템으로, 구체적으로 이를 어떻게 제도화하느냐가 문제이다. 법원 내에 전문가집단을 만들어 이들의 의견이 특단의 사정이 없으면 법관의 판단을 대체하도록 하는 방안을 생각해볼 수 있을 것이다. 또한 전문가가 법원 실무에 대해 보다 잘 이해하도록 만드는 것도 중요하다. 이 방식에서는 논점의 대부분이 사실문제로 포섭될 것이다. 브라이어의 제안은 “包容的 法實證主義(inclusive legal positivism)”¹¹⁸⁾의 경향을 띠는 것 같다. 브라이어가 민주적 입법을 중시하는 점을 보면¹¹⁹⁾ 드워킨의 입장과는 구별되지만, 문언개방적 해석을 지지하고 드워킨의 정합성 개념을 수용하는 듯한 모습이 엿보이기 때문이다.¹²⁰⁾ 브라이어의 방식은 정합성과 결정능력의 제고를 동시에 충족시키려는 제안으로 평가할 수 있을 것이다.

115) 드워킨(註 10), 391 이하.

116) Breyer (註 14).

117) *Id.* 15 (“사법적 의사결정에 대하여 더 많이 알수록, 그리고 보다 가까이 사법적 의사결정에 대한 전문적 비판을 수행할수록 더 좋다는 것이다.”).

118) 포용적 반실증주의에 관해서는 Coleman (註 108) 참조.

119) Breyer (註 14) 14 (“나는 미국에서의 법형성이 대단히 민주적인 절차를 통해 이루어진다는 점을 지적하고자 하는 것이다. 새로운 법은 법원이나 입법부에 의해서 위로부터 만들어져 내려오는 경우보다는 아래로부터 만들어져 올라온 경우가 더 많다.”).

120) *Id.* 10 (“나는 그 문제를 전문가(specialist) 판사들에게 돌린다 해도 해결할 수 없다고 믿는다. 제너럴리스트 판사들에 의한 심사는 기술적 판단에 어떤 비전문적 상식을 도입하게 하고 필요한 정도의 법적 정합성(coherence)을 가져오게 한다.”).

세 번째 방식은, 각 분야의 전문가를 법관으로 임명하여 법원의 構成 자체를 다양화하는 방안이다. 결과적으로, 전문·기술적 논증은 곧 법관의 논증을 스스로 構成하게 된다. 세 방식 중 가장 進步의이라 할 수 있다. 이 방식은 배제적 법실증주의를 떠올리게 한다. 마치 법의 원천이 있는 것만이 법이 되듯이, 판사만이 판결을 할 수 있다는 것으로 들리기 때문이다. 전문가의 능력을 빌리려면 그 전문가를 판사로 받아들여야 한다는 것이다. 굳이 이 방식을 주장하는 사람을 찾는다면, 리처드 포즈너(Richard Posner)의 입장이 이에 속한다고 할 수 있을 것이다.¹²¹⁾

세 가지 방식 중 어느 것을 선택할지는, 사법부의 역할을 어떻게 볼 것인가, 보다 근본적으로는 법이 무엇인가와 같은 근본적인 문제와 맞닿아 있어, 쉽게 결정할 수 있는 일이 아니다. 이 부분에 관한 학문공동체의 관심을 촉구한다.

주제어: 법경제학, 경제학적 논증, 경제학적 추론, 가치체계, 인식체계, 시장모방적 규칙, 하트, 라즈, 배제적 법실증주의, 포용적 법실증주의, 기술주의, 일차적 규칙, 이차적 규칙, 승인율, 원천 테제, 조정문제, 관례, 사회적 관행, 법의 흠결, 사법재량, 법적 효력, 효력의 연쇄고리, 체계상의 효력, 권위, 서비스적 정당화, 통상정당화 테제, 의존테제, 드워킨, 반실증주의, 정합성 테제, 법률문제, 사실문제, 사실의 추론, 브라이어, 비트겐슈타인, 소송경제, 민사 정의, 루이스-관례, 공유된 협동 행위

¹²¹⁾ 가령 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 71-100, 353-392 (1990); *Overcoming Law* 33-170, 387-470 (1995).

<Abstract>

The Legal Status of Economic Reasoning in Adjudication

— From the Perspective of Exclusive Legal Positivism —

Hong-Sik Cho*

In 2005, the Korean Ministry of National Defense (“plaintiff”) filed a lawsuit against five major domestic refineries (“defendants”), with the Seoul Central District Court claiming that they suffered damages in amount to Korean Won 165,967,357,805 due to the collusive bid riggings performed by the defendants. On January 23, 2007, the court rendered a judgment holding that the defendants were liable for the collusive bid riggings as claimed by the plaintiff and responsible for the damage of Korean Won 80,997,385,398. Calculating the damage amount, the court mainly relied on the econometric method. Depending upon Joseph Raz’ “exclusive legal positivism,” this essay explores whether Korean legal system recognizes the economic reasoning that the court relies on in calculating the damage amount. Main point of this essay’s conclusion is two-pronged. First, the court decision to rely on econometric method in calculating damage is valid in Korean legal system. Second, the court decision to normatively control various aspects of expert witness’ damage-calculating practice is also valid even though expert witness’ practice is so professional that courts seem to be unable to handle.

Key words: law and economics, economic reasoning, epistemic system, value system, market-simulating rule, H.L.A. Hart, Joseph Raz, exclusive legal positivism, inclusive legal positivism, descriptivism, primary rules, secondary rules, rule of recognition, sources thesis, coordination

* Associate Professor, College of Law, Seoul National University

problem, convention, social practice, legal gap, judicial discretion, legal validity, validity chain, systemic validity, authority, service conception of authority, dependence thesis, normal justification thesis, Ronald Dworkin, anti-positivism, coherence thesis, question of law, question of fact, inference of fact, Stephen Breyer, Ludwig Wittgenstein, litigational efficiency, civil justice, Lewis-convention, shared cooperative activity, SCA