

〈특집: 민주주의와 법치주의〉

勿輕視政治* - 比例立憲主義를 主唱하며 -

趙 弘 植**

요 약

현대사회는 비교불능의 가치가 상쟁하는 다원적 사회이다. 서로 다른 가치관을 가진 사람들은 사회를 규율하는 법에 각자의 가치와 가치판단방식을 반영하기 위해 서로 경쟁한다. 현대사회에서 제기되는 법적 문제는 비교불능의 다양한 가치 사이에서 벌어지는 ‘가치분쟁’으로, 이러한 분쟁에 대해서는 구성원 모두를 설득할 수 있는 실천적 ‘정답’도, 구성원들 사이의 ‘합의’도 기대하기 어렵다. 이와 같은 상황에서 대부분의 사람들은 - 당해 문제가 자신의 본질적 가치에 관련된 경우가 아닌 한 - 대부분의 다른 사람들이 행동하는 방식대로 행동하려고 한다. 국가는 이와 같은 ‘도덕적 조정문제’ 상황을 해결하기 위해서 존재하는 것으로, 그 본질적 기능은 특정한 가치(판단방식)를 ‘선택’하고 이를 반영한 ‘규칙’을 제정함으로써 구성원들 사이의 상호작용을 ‘조정’하는 것이다. 저자는, 실정법 및 그 해석의 대부분이 도덕적 조정문제를 해결하는 규칙이라는 전제하에, 그 ‘조정 규칙’을 제정하는 권위는 각 국가기관, 즉 입법부·행정부·사법부에 그 각 기관이 가진 민주적 정통성의 크기만큼 비례적으로 할당되어야 한다고 주장한다. 그리고 민주주의와 법치주의의 상호관계도, 도덕적 조정문제에 관한 한, “국가기관은 민주적 정통성의 크기만큼 결정하라!”는 명제로 정식화되어야 한다고 주장한다.

주제어: 가치의 비교불능성, 대중입헌주의, 도덕적 조정문제, 드워킨, 라즈, 관례, 민주주의, 민주적 정통성, 법의 지배, 법현실주의, 비례입헌주의, 비트겐슈타인, 사법자제, 사법적 진술, 실천적 권위, 의존테제, 이론적 권위, 정답테제, 정당성, 지위적 권위, 통상정당화테제, 트로페, 특성적 권위, 해석적 전회

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 교수.

I. 민주주의와 법의 지배

“민주주의는 일인일표(一人一票), 전문가주의는 일사일표(一思一票)”

- 조홍식, 민주주의와 시장주의 -

1. “법의 지배(Rule)”에는 이를 이해하는 다양한 관념이 있다. 널리 수용된 견해에 따르면, 법의 지배는 법공동체의 구성원이 미리 정해진 규칙에 의하여 얻게 된 공권력의 행사방식에 관한 충분한 지식을 토대로 자신의 삶을 설계하고 영위해 나갈 수 있는 법적 상태이다.¹⁾ 법의 지배를 이와 같이 이해한다면, 여기서의 법은 일정한 속성, 가령 공공성, 일반성, 추급성, 지속성, 일관성 등을 갖추고 있어야 하며, 나아가 정부의 행위에 대한 법원에 의한 법적 통제가 확보되어야 한다.²⁾ 이것이 확보될 때 비로소 법의 지배가 상정한 위와 같은 법적 상태가 이루어져 그 속에 사는 사람들이 미래를 설계할 수 있기 때문이다. 이런 의미의 ‘법의 지배’는, 정부의 행위라면 모두 법의 의해 수권되어야 한다는 “법에 의한 지배(rule by law)”³⁾ 및 실체적 정의의 관념으로 무장한 “‘농후한’ 법의 지배”⁴⁾와

-
- 1) 대표적으로 프리드리히 하이에크(Friedrich A. Hayek)에 의하면, 법의 지배는 “정부는 그 모든 행위에 있어 미리 정해지고 선언된 규칙에 의해 구속됨을 의미한다. 이 때의 규칙은 정부가 주어진 상황에서 그 강제력을 여하히 사용할 것인가에 관하여 상당히 확실하게 예측할 수 있게 하고 또한 사람들이 그런 지식에 기초하여 개인사를 설계하는 것을 가능하게 하는 그런 규칙이다.” Friedrich A. Hayek, *The Road of Serfdom* 54 (1944). 이와 같은 개념 정의는 다수의 학자에 의해 수용되고 있다고 판단된다. 예컨대 Cass Sunstein, “Understanding (and Misunderstanding) the Rule of Law,” in his *Legal Reasoning and Political Conflict* ch. 4 (1996); Joseph Raz, “The Rule of Law and Its Virtue,” in his *The Authority of Law* ch. 11 (1979); John Rawls, “The Rule of Law,” in his *A Theory of Justice* §38(206-213) (1999).
- 2) 다시 말해 여기서의 법은, 미리 공포되어야 하고 일반추상적이어야 하며 일정 기간 지속되어야 하고 소급적이어서는 안 되고 추급적이어야 하며 일관성이 있어야 할 뿐만 아니라 불가능을 강요해서는 안 된다. 또한 공권력의 주체인 정부가 일반 국민과 똑같이 법에 복종할 것을 보장하기 위해 정부의 행위가 독립적인 법원에 의해 심사되어야 한다. Raz(註 1), 212-13.
- 3) Raz(註 1), 212-13. ‘법에 의한 지배’는 피지배자인 국민의 입장이 배제된 것이다. 따라서 여기서의 법은 소급적일 수도, 불가능을 강요하는 내용일 수도 있다. “법률국가(Gesetzstaat)”가 그 예라 할 수 있을 것이다.
- 4) 2차대전 이후의 독일에서의 “법치국가(Rechtsstaat)”의 이념이 이를 대표한다고 할 수 있다. Friedrich A. Hayek, “Liberalism and Administration: The *Rechtsstaat*,” in his *The Constitution of Liberty* ch. 13 (1960). 또한 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* ch. 1 (1985).

는 구별되는 개념이다.

2. 그런데 이와 같이 이해된 법의 지배는 민주주의와 반드시 동행하는 것은 아니다. 민주제가 아닌 가령 엘리트가 지배하는 귀족적 정치체제하에서도, 심지어는 전제적 정치체제하에서도 합리적 지배자를 만난다면 법의 지배는 얼마든지 가능하다. 독립하기 전의 홍콩과 마카오, 권위주의적 지도자가 지배해 온 싱가포르의 시민들은 비록 민주주의에 기초한 자치정부를 가지지 못했지만, 법의 지배하에 안정되고 예측가능한 삶을 영위하였다고 할 수 있기 때문이다. 또한 헌법이 제정되기 전의 상태를 생각해 보면, 양자의 구별은 더욱 분명해진다. 헌법 이전의 상태에서는 민주주의는 가능해도 법의 지배는 불가능하다. 민주주의 방식에 의해 헌법이 제정될 수 있는 반면, 헌법이 제정되기 전이므로 법의 지배는 있을 수 없기 때문이다. 헌법 ‘속’에서의 민주주의만을 생각한다면, 헌법 ‘이전’의 민주주의의 가능성을 놓치게 된다.⁵⁾ 이렇듯 법의 지배와 민주주의는 개념적으로 구별되는 것이고 따라서 각기 다른 이념을 담고 있다고 볼 수 있다.

3. 법을 해석·적용할 때 심심치 않게 만나는 것이 해석하기 어려운 “난문(hard cases)”이다. 국회에서 제정된 법률(이하, “제정법”)을 해석할 때 난문을 만나면 대개 상위법인 헌법을 참조함으로써 문제를 해결한다. 헌법의 해석에 있어 난문을 만나면 참조할 상위법은 더 이상 존재하지 않는다. 근대성이 외부에 의해 강요된 우리나라는 미국 “Founding Fathers”의 갑론을박과 같은 헌법사(憲法史)를 갖고 있지 않으며, 조선의 정치체제를 기능적으로 파악하여 그 근대적 의미를 간취해낸다고 하여도⁶⁾ 그것이 맥락을 달리하는 현대에 주는 함의에 관해서는 감당하지 못할 견해의 차이가 있게 마련이다. 또한 우리나라는 근대적 선례를 축적하기에는 턱없이 짧은 근대의 역사를 가지고 있다. 이런 까닭에 외국의 논의를 비교법적으로 참조하게 되는데, 이런 노력도 정작 그 외국의 논의가 출발점으로 삼은 어떤 정치사상에 대한 탐구와는 단절된 채 진행되고 있다.

5) 관련 문헌으로는, “규칙을 선택하는 행위(choice of rules)”와 “규칙 내에서의 행위(behavior within rules)”를 구별하는 Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy* (2000).

6) 예컨대 Chaihark Hahm, *The Confucian Constitutionalism* (2000) (unpublished J.S.D. dissertation, Harvard Law School).

4. 이 글은 ‘제정법’ 해석에 있어서 ‘법원’의 역할과 한계를 탐색하는 것을 목표로 한다. 제정법적 난문에 조우할 때마다 마주치는 문제는 **의회와 법원의 마땅한 관계**에 관한 것이다. 가령 법원이 제정법을 해석할 때 의회의 의사에 기속되는지 아니면 나름대로 파악한 법률의 목적을 고려해 기능적 해석을 할 수 있는지의 문제는 결국 양자의 관계를 여하히 설정하느냐에 달려 있기 때문이다. 이 문제에 대한 답변은 국가공동체의 구성과 운영에 있어서 정치과정과 사법과정이 각각 담당하여야 할 역할에 대한 파악과 불가분의 관계에 있다. 민주주의와 법의 지배는 바로 이 양자의 관계를 정의하는 이념이다. 이것이 제정법의 해석을 논하면서 헌법을 전망하고 이해할 수 있는 사고의 틀, 다시 말해 헌정체제를 뒷받침하는 정치철학에 대한 근저적(根底的)인 탐구가 필요한 까닭이다.

5. 법이론은 크게 법의 권위에 관한 이론과 법의 해석에 관한 이론으로 대별된다. 전자는 어떤 조건 아래에서 법이 정통성(legitimacy)과 정당성(justifiability)을 가지는가를 설명하고, 그럼으로써 시민이 법을 준수할 의무를 가지게 되는 조건을 확정한다. 이는 필연적으로 법을 기초지우는 ‘정치도덕(political morality)’의 원리에 대한 설명을 필요로 한다. 후자는 법해석의 원리가 결정되는 방식에 관한 설명이다. 조셉 라즈(Joseph Raz)에 따르면, 법해석의 원리들은 적어도 부분적이거나 법의 권위에 관한 이론에 의존하고 있다.⁷⁾ 이하에서는 법이 “조정문제” 상황을 해결하기 위해 내려진 권위적 지시임을 밝히고(II), 조정문제 상황을 해결함에 있어서 정치부문과 법원이 각각 담당하여야 할 역할을 논증한 후(III, IV), 이를 토대로 민주주의와 법의 지배(의 관계)를 재조명하기로 한다(V).

II. 가치의 비교불능성, 도덕적 조정문제 그리고 권위

“아주머니 아드님을 끼워드리면, 이 스키장의 질서는 유지될 수 없습니다. 여기서 기다리는 사람들은 모두 자기가 먼저 타야 할 절절한 이유를 가지고 있기 때문입니다.”

- 어느 스키장 안전요원의 답변 -

1. 오늘날 법공동체를 구성하는 사람들은 각기 다른 가치관을 갖고 있다. 가치

⁷⁾ Joseph Raz, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries,” *Constitutionalism: Philosophical Foundations* 152-93 (Larry Alexander ed., 1998).

관 사이에 벌어지는 상쟁과 그로 인해 벌어지는 공동체 구성원 사이의 불일치를 우리는 쉽게 목격한다. 낙태의 허용여부를 놓고 pro-life 진영과 pro-choice 진영 사이에서 벌어지는 헌법논쟁,⁸⁾ 보험사기에 대응해 재산권을 지키려는 보험회사와 그 직원들로부터 감시당하고 사진이 찍힌 교통사고 피해자 사이에 벌어지는 프라이버시 논쟁,⁹⁾ 미국산 소고기의 수입조건 고시(告示)를 둘러싸고 벌어지는 광우병리스크에 관한 안정성 논쟁 등이 모두 그 예이다.¹⁰⁾ 이런 논쟁에 참여한 사람들은 저마다 다른 가치관을 가지고 있고 또한 자신의 가치평가방식의 우월함을 주장하고 있다. 이런 사회적 이슈에 참가한 사람들이 교감을 이루지 못하는 것은 실천적 논증이 부족해서가 아니다. 논쟁참여자들은 저마다 소중히 여기는 가치가 있는데 이들 가치들이 다원적(多元的)일뿐 아니라 비교불능(比較不能)이기 때문이다.¹¹⁾

도식적으로 말하자면, 대립한 가치들이 ‘비교가능’한 경우에는 ‘비교형량’에 기초한 논증으로, ‘통약가능(通約可能)’한 경우에는 ‘비용편익분석’에 의하여, 나아가 가치들을 ‘일원적’으로 파악할 수 있는 경우에는 그 일원적 가치로부터 출발한 ‘논리적 연역’으로, 각각 문제를 해결할 수 있을 것이다. 하지만 대립된 가치들이 비교불능이라면 모종의 ‘선택(選擇)’이 불가피하다. 실천적 논증이 교감에 이르게 할 수 없기 때문이다.

2. 개인의 경우 이런 선택은 의식되지 않고 이루어지는 것이 통례이다. 오락가락할 때도 있지만, 일관된 가치체계를 갖고 있기 때문에 통상 가치의 상충이란 문제의식이 생기지도 않기 때문이다. 하지만 공동체는 각기 다른 가치관을 가진 구성원들이 모여 사회적 이슈에 대한 “집합적 대응(collective action)”을 모색하여야 한다. 각 구성원들의 가치체계는 상호 비교불능이다. 한 사람의 ‘정답’은 다른 사람에게서는 ‘그 자신만의 생각’으로 비쳐지고, 또 한 사람의 실천적 논증은 다른 사람에게서는 이성이 마비된 감각적 결단에 지나지 않는다. 이런 상황에서 모두가 교감할 수 있는 공동체의 결정을 실천이성에 기초해 논증해내는 것은 불가능하다. 이런 까닭에 비교불능의 가치문제에 있어서는, 공동체 구성원 대부분이 인식

8) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

9) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결(공 2006, 1897).

10) http://article.joins.com/article/article.asp?total_id=3160810(2008. 5. 27. 방문).

11) 우선 拙稿, “법에서의 가치와 가치판단,” *서울대학교 법학* 제48권 제1호, 160 (2007).

할 수 있는 ‘객관적으로 옳은’ 결정이란 존재할 수 없고, 인식할 수 있는 모든 것은 상대적이며, 항상 남에게 자리를 양보할 준비가 되어 있을 뿐이다.¹²⁾

3. “조정문제(coordination problem)” 상황은 대다수의 사람이 취할 것 같은 행동에 따라 자신도 행동하려고 대다수의 사람이 생각하는 상황이다.¹³⁾ ‘합리적(rational)’인 개인이 이런 소극적 태도를 취하는 것은 결과가 일방의 선택에 의해서 좌우되지 않을 뿐만 아니라 타방을 제어할 수도 없기 때문이다. 조정문제 상황에 처한 개인은 타방의 움직임을 예상하면서 각자의 행동을 조정할 수밖에 없는, 말하자면 상호의존적 선택에 직면해 있는 것이다. 이런 경우라면 위의 소극적 태도가 합리적이다.

현해탄을 사이에 두고 있는 우리나라와 일본은 각기 다른 교통시스템을 가지고 있다. 우리나라는 차량이 도로의 우측 편을 사용하는 반면, 일본은 그 반대이다. 이와 같은 규칙이 통용되기 전의 상황을 생각해보라. [그림 1]에서 볼 수 있듯이 서로 마주보는 운전자는 각자 상대방이 도로의 어느 편을 사용할까를 예측하면서 자신의 방향을 정하게 된다. 각자의 예측이 들어맞지 않으면 충돌을 피할 수 없다. 예측이 들어맞는다면 좌측이든 우측이든 상관없다. 결국 [그림 1]의 보수행렬(payoff matrix)이 보여주듯이, 차량이 사용할 수 있는 도로의 측면이 정해져 있으면 어느 쪽이든 관계없이 운전자 모두에게 이익이 된다. 이렇듯 조정문제 해결의 핵심은, 좌측통행인가 우측통행인가 하는 규칙의 내용에 있는 것이 아니라 규칙의 제정, 그 사실 자체에 있는 것이다. 그리고 조정문제를 해결하는 규칙은 사회의 자생적인 관례(convention)에 의해서도 또는 국가의 권위에 의해서도 제공될 수 있다. 이런 종류의 문제에 직면한 사람들은 무언가의 선택지를 지정하는 관례나 법령에 일치해 복종함으로써 모두가 이익을 볼 수 있는 것이다.

¹²⁾ Hans Kelsen, “What is Justice,” in his *What is Justice* (1957).

¹³⁾ Joseph Raz, *Morality of Freedom* 49 (1986).

		운전자 B	
		代案	
운전자 A	A1: 좌측통행	A: 1 B: 1	A: 0 B: 0
	A2: 우측통행	A: 0 B: 0	A: 1 B: 1

[그림 1] 조정문제 보수행렬

4. 도덕의 영역에서는 사람마다 가치판단 방식이 다르기 때문에 각자가 저마다의 도덕판단을 하고 있다. 그러나 사회를 구성·규율하는 규칙은 그 구성원들 사이에 형성되는 이러한 도덕적 불확정성을 감내할 수 없기 때문에, 더 이상 논란의 여지를 남기지 않는 일종의 ‘매듭(knot)’이 필요하다. 이렇게 보면 사회적 이슈에 관하여 구성원들 사이에서 서로 다른 가치관이 상충하는 상황은 도덕의 영역에서 벌어지는 조정문제, 즉 “도덕적 조정문제(moral coordination problem)” 상황이라 할 수 있을 것이다. 이런 도덕적 조정문제 상황에서는 일단 그 문제에 관한 매듭이 만들어지면 그 도덕성 여하를 따지기보다는 이에 따르는 것이 ‘더 도덕적’이다.¹⁴⁾ 도덕성을 따지면서 불거질 상이한 가치관 사이의 비극적 상충보다는 일단 어떤 방향으로든 매듭이 지어지는 것이 더 낫기 때문이다. 그 매듭이 구성원 사이에 형성한 기대(expectation)는 정당한 것으로 이를 존중하는 것이 도덕적이다. 실제로 요즘 같이 바빠 돌아가는 세상을 살아가는 사람들은 대개의 경우 깊이 따지기보다는 다른 이들이 행동하는 방식대로 행동하려고 한다. 문제는 대부분의 다른 이들이 어떻게 행동할 것인가를 확신할 수 없다는 데 있다. 따라서 바로 이런 경우 사람들이 따를 수 있는 규칙을 설정해 줌으로써 사람들 사이의 상호작용을 조정하는 것이야말로 실정법이 가진 대표적 기능이라 할 수 있을 것이다.¹⁵⁾

¹⁴⁾ 대표적 문헌으로 David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (1969); William S. Boardman, *Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law*, 97 *Ethics* 546, 549-55 (1987).

5. ‘실체적 정의’ 관념을 가진 사람으로서는 법을 조정문제의 해결책으로 볼 수 없을지도 모르겠다. 하지만 개인의 일상사에서 사람들의 사회생활에 이르기까지 우리가 내리는 결정은 모두, 적어도 부분적으로나마, ‘조정’으로서의 속성을 가지고 있다. 연찬회 복장을 캐주얼로 하여야 할까 정장으로 하여야 할까, 정장으로 하는 경우에도 연미복으로 하여야 할까 평상복으로 하여야 할까, 분리수거 쓰레기의 수집일을 월요일로 하여야 할까 금요일로 하여야 할까, 중국기업과의 계약을 우리말로 하여야 할까 중국어로 하여야 할까 아니면 영어로 하여야 할까, 회장으로 선출될 수 있는 나이를 35세 이상으로 할까 40세 이상으로 할까 등의 문제는 사람마다 다소의 불편이 있지만 심각한 논박보다는 일단 어떤 방향으로 결정을 하고 이에 따르는 것이 통례이다. 이렇듯 반복하여 계속 일어나는 문제를 해결해주는 것은 ‘사회적 관례(social convention)’이고, 사람들은 그 관례가 어떤 내용의 것이든 이에 따를 준비가 되어 있다. 하지만 이런 관례가 사회 내에서 자생적으로 성립하기까지는 긴 세월을 필요로 하고, 존재한다고 해도 명확히 공시되지 않는 경우가 많다. 이런 상황에서 조정문제를 해결하는 명시적 ‘규칙’을 제정할 주체는 정부라고 볼 수밖에 없다.¹⁶⁾ 이런 종류의 일을 수행할 것이 기대되는, 가장 “두드러진 지위”에 있는 주체가 바로 정부이기 때문이다.¹⁷⁾

6. 계약·유언의 방식, 시효 기간의 장단, 도로의 사용에 관한 규칙 등은 바로 이런 반복·계속적 조정문제에 대해 정부가 마련한 해결책이다. ‘문명화’된 인류라면 필연적으로 가져야 한다고 생각되는 여러 법제도도 사실은 ‘조정’으로서의 성격을 가지고 있다. 근자에 불거지는 개헌논의를 상기해보시라. 데이비드 흄(David Hume)은 심지어 사유재산제도 그 자체도 반복·계속되는 조정문제를 해

¹⁵⁾ 대표적으로, Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* ch. 3 (1977); John Finnis, “Law as Co-ordination,” *Ratio Juris* vol. 2, no. 1 97-104 (1989). 또한 Gerald Postema, “Coordination and Convention at the Foundation of Law,” 11 *Journal of Legal Studies* 165 (1982); Leslie Green, *The Authority of the State* 89-121 (1988); 長谷部恭男, 比較不能な價値の迷路 3-6 (1999). 한편, 실정법을 조정문제의 해결책으로 파악하는 입장과 하트(H.L.A. Hart)와 라즈의 법에 관한 ‘원천테제’는 밀접한 관련이 있다. 즉 (일정한 사회적 사실로 매듭지어지고 사회적 관행으로 확인가능한 ‘규칙(rules)’만이 법이라는) 원천테제는 법을 조정문제의 해결책으로 볼 때 그 설득력이 배증하는 것이다. 가령 拙稿, “경제학적 논증의 법적 지위: 배제적 법실증주의의 관점에서,” *서울대학교 법학* 제48권 제4호, 124, 149-50 (2007).

¹⁶⁾ Raz(註 13), 49.

¹⁷⁾ *Id.* 56.

결하기 위해서 생겨난 제도라고 지적한 바 있다.¹⁸⁾ 존 로크(John Locke)는 정치 사회의 필요성을 “재산(property)”의 보다 안전한 향유와 결부시켜 논할 만큼 사유재산의 중요성을 논한 바 있지만,¹⁹⁾ 무엇이 누구에게 귀속하는가에 관하여 선험적으로 정당한 유일의 규칙체계가 존재하지는 않을 것이다.²⁰⁾ 그렇다고 각인에게 실천적 판단을 맡길 수도 없는 노릇이다. 사람들이 자신의 삶을 영위하고 재화와 서비스를 서로 교환하며 공동생활의 이익에 참여할 수 있기 위해서는 여타의 사람과 ‘함께’ 자신도 어떤 규칙의 체계에 따른다는 선택이 필요하기 때문이다. 그렇다고 한다면 상정할 수 있는 다수의 규칙체계 중에서 어느 것이든 하나를 정하여 이에 따르게 하는 것이 그 사회뿐만 아니라 사회 구성원 각자에게도 마땅하고 유리한 것이 된다. 요컨대 조정문제에서는 “진리(眞理)가 아니라 권위(權威)가 법을 만”드는 것이다.²¹⁾

7. 하지만 그렇다고 하여도 권위의 지시라면 그 어떤 것이라도 모두 정당화(justify)되는 것은 아니다. 권위의 지시가 규범성을 획득하기 위해서는, 지시의 내용이 그 지시의 ‘수명자’에 대하여 타당한 근거에 ‘의존’하고 있고(“의존테제”), 수명자가 각각 독자적 판단에 의해 그 근거에 합치하는 행동을 취하려고 하는 것보다 오히려 권위의 지시에 쫓는 편이 그 근거에 보다 잘 합치하는 행동을 취할 수 있는 것이어야 한다(“통상정당화테제”).²²⁾

안드레이 마모(Andrei Marmor)는 정당화될 수 있는 권위로서 두 가지를 제시한다.²³⁾ 하나는 이론적(理論的) 권위인데 이는 어린 자녀를 대신해 판단하는 부모의 권위로서 그 판단의 ‘수월성’ 또는 ‘전문성’을 요체로 한다. 자녀가 어떻게 하여야 하는가에 관해 그 부모가 더 나은 판단을 할 수 있다는 것이다. 다른 하나는 실천적(實踐的) 권위로서, 부모와 같이 특별한 지식이나 경험이 있는 것은 아니지만 주어진 상황의 특수성으로 인해 문제를 해결함에 있어 보다 적절한 ‘지

18) David Hume, *A Treatise on Human Nature* bk. III, pt. II, sec ii (L.A. Selby-Bigge ed., 1979).

19) 자세한 것은, John Locke, *Two Treatise of Government* ch. V (Peter Laslett ed., 1988); James M. Buchanan, *Property as a Gurantor of Liberty* (1993) 참조.

20) 長谷部恭男, 憲法の理性 72 (2006).

21) 이는 토마스 홉스(Thomas Hobbes)의 언명이다. 沈憲燮, “權威에 관하여: 排除的 法實證主義에서 包容的 法實證主義로,” *분석과 비판의 법철학* 113 (2001).

22) 이에 관해서는 우선은 拙稿(註 15), 154-55 참조.

23) Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* 89, 134-35 (revised 2d ed., 2005).

위(position)'에 있기 때문에 생기는 권위이다. 조정문제 상황이나 “최수의 딜레마” 상황에서는,²⁴⁾ “누구도 무엇이 옳은가를 확인할 수 없”는 경우라고 하는 “상황”의 특수성이 “어떤 자가 무엇이 법이어야 하는가를 확정하지 않으면 안”되도록 만든다.²⁵⁾ 도덕의 영역에서는 전문가가 따로 없고²⁶⁾ 구성원 모두가 일정한 연령에 도달하면 스스로 도덕 판단을 할 수 있다고 사람들은 생각한다. 따라서 이러한 실천적 판단의 영역에서의 권위는 조정문제 상황을 해결함에 있어 다른 구성원보다 “더 나은 위치에 있는(better situated)” 사람에게 주어져야 한다.²⁷⁾

8. 국가 또는 그 기관이 일반인(·단체)보다 공동체의 구성원들에 관련된 조정문제를 해결하기에 “더 나은 위치”에 있다는 데 이론이 없을 것이다. 국가는 국가로서 존재하고 실제로 대부분의 사람들에게 의해 복종되고 있다는 사실 자체에 의하여 일반 개인이나 단체보다도 눈에 띄는 존재이고, 그 때문에 조정문제를 보다 효과적으로 해결할 수 있는 입장에 있다.²⁸⁾ 그리하여 일단 국가기관이 법령에 의해 특정한 선택지를 지정한 경우, 대다수의 사람들은 그 법령에 따르는 것이 자신의 이익이 된다고 생각할 것이다.

그런데 국가기관이 ‘두드러진 존재’인 것은 어째서인가? 국가기관이 국민에 의해 지지되고 국민에게 책임진다는 의미의 “민주적 정통성(democratic legitimacy)”을 갖고 있기 때문이라고 나는 생각한다. 기실 누가 조정문제를 해결할 것인가의 문제가 또 다른 조정문제인지 여부에 관해서는 다양한 대답이 있을 수 있다. 하지만 도덕 문제에 관해 ‘객관적’ 정답이 존재하지 않는다고 한다면, 그리고 도덕적 ‘자율성’이 인간에게 필요한 기본조건이라고 한다면, ‘민주주의’를 수용한 정

²⁴⁾ Raz(註 13), 56. 존 피니스(John Finnis)는 조정문제를 최수의 딜레마 상황도 포함하는 넓은 의미로 새긴다. 즉 당사자의 이해가 반드시 일치하지는 않지만 개개의 당사자의 이익이 아니라 사회전체로서의 이익이 사람들에게 의해 추구되고 있는 상황을 포함한 넓은 의미로 사용하고 있고, 이런 광의의 조정문제상황을 해결하는 것이 법의 권위를 설명하고 정당화한다고 주장한다. 장기적으로 보면 사람들의 입장은 서로 바뀌기도 하기 때문에 이해가 대립하는 상황에 관해서도 어떤 방향으로든 그 해결책이 설정되는 것 자체가 중요하다는 것이 그 이유이다. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* 255 (1980). 한편 마모는 조정문제와 최수의 딜레마상황을 집합적 대응(collective action) 문제라는 하나의 범주로 본다. Marmor(註 23), 89.

²⁵⁾ 沈憲燮(註 21), 114.

²⁶⁾ *Id.* 137.

²⁷⁾ Marmor(註 23), 134.

²⁸⁾ 長谷部(註 20), 73.

치공동체에서 무엇보다 중요한 것은 그 공동체의 결정이 구성원들에 의하여 이루어진다는 것이 될 것이다. 무엇보다도 민주주의는 “통치자와 피치자의 동일성”을 요체로 하는 원리이며,²⁹⁾ 또한 절대적인 진리를 인식할 수 없음에도 통일적인 정치적 결정을 내려야 하는 경우라면 다수결에 따른 결정이 가장 덜 해롭기 때문이다. 다수결에 따른 결정은 자신의 의사에 기초해서 자신의 행동을 결정하는 자유를 가능한 한 많은 사람들에게 확보해 주는 기제인 것이다.³⁰⁾ 이렇게 본다면 민주주의 국가에서는 국민에 의해 지지되고 국민에게 책임지는 국가기관, 그 중에서도 특히 의회가 조정문제를 해결해주는 권위의 주체가 되어야 할 것이다. 의회는 일반인이나 여타의 국가기관보다 민주적 정통성의 측면에서 가장 우월하기 때문이다. 이것이 ‘조정문제에 관한 한’ 의회에서 제정된 법률이 ‘있는 그대로’ 존중되어야 하는 결정적인 이유이다.

III. 드워킨의 해석적 전회 및 트로페의 극단적 법현실주의

“어떤 이가 내게 말한다. ‘아이들에게 게임을 보여줘 봐요.’라고. 내가 아이들에게 주사위로 하는 게임을 가르치자, 다른 이가 말한다. ‘그런 게임을 말하는 게 아니었는데.’라고. 그가 내게 명령했을 때 [정말로] 주사위로 하는 게임은 제외하고 생각했던 것일까?”

- 비트겐슈타인, 철학논구 -

1. 법실증주의는 진리에 관하여 대응설 혹은 일치설(correspondence theory)적 입장을 취한다.³¹⁾ 이에 따르면 법명제는 그것이 “권위있는 법원(authoritative sources)”의 의미내용을 정확히 기술하고 있거나 혹은 그 의미내용을 정확히 기술한 명제로부터 파생하는 경우에는 참이고, 반증되는 경우에는 거짓이다. 또한

²⁹⁾ Carl Schmitt, *Die Geistesgeschichtliche Lage heutigen Parlamentarismus* 28-29 (3d. ed., 1961). 長谷部(註 20), 167에서 재인용.

³⁰⁾ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert Der Demokratie* (2d. ed., 1929). 長谷部(註 20), 169에서 재인용. 한편 다수결을 지지하는 논거를 정리한 문헌으로 추천할 것은, Robert Dahl, *Democracy and Its Critics* ch. 10 (1989).

³¹⁾ 이 이론이 주장하는 것은, ‘진리를 결정하는 기준은 언어와 그것이 서술하는 대상과의 일치에 있다.’는 것, 다시 말해 ‘주체=객체’라는 것이다. 진리일치론에 관한 평이한 설명으로는, 박이문, **철학이란 무엇인가?** 86-87 (2008).

진위가 불분명한 경우, 즉 ‘난문’에서는 법원(法院)의 재량을 인정한다. 그리고 무엇이 ‘권위있는 법원’인가는 “사회적 사실(social fact)”의 문제로서, 가령 하트(H.L.A. Hart)에 따르면 그 사회의 공직자에 의해 현실적으로 수용되고 있는 “승인룰(rule of recognition)”에 의해서 무엇이 그 사회의 법원인지 여부가 결정된다. 요컨대 어떤 규범이 법원(法源)인지 여부는 그 탄생의 “계통(pedigree)”에 의해 정해진다.³²⁾

2. 이에 대해 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)은 진리일관론(coherence theory)³³⁾에 입각해 “모든 것은 해석이다.”라고 주장한다.³⁴⁾ 법체계 속에는 그 효력이 어떤 형식적 기준에 의해 결정되는 “규칙(rule)”뿐만 아니라 그 존재가 내용의 정당성에 의존하는 “원리(principle)”도 존재한다. 그리고 ‘난문’에서는 원리를 포함한 법원(法源)의 총체를 보다 잘 설명하고 정당화하는 ‘정치도덕’을 구성하고³⁵⁾ 그것과 ‘일관’되는 정도를 살핌으로써 법명제의 진위를 판단할 수 있고, 또 판단하여야 하며, 따라서 ‘난문’에서도 정답은 존재한다고 주장한다(“정답테제”).

3. 드워킨의 정답테제에 대한 비판 중 결정적인 것은, 드워킨이 주장한 법원의 총체를 정당화하는 정치도덕의 후보는 복수일 수 있고, 이 때 판사가 그 중 어느 것이 보다 나은 것인지를 ‘객관적’으로 판단할 수는 없다는 것이다.³⁶⁾ 이 비판에 대한 드워킨의 답변이 바로 그의 “해석적 전회(interpretive turn)”이다. 이는, 모든 법명제의 진위는 그 사회에 있어서의 과거의 법령이나 판례의 총체를 보다 잘 설명하고 정당화하는 정치도덕에 의존하지만, 그 정치도덕은 각 개인의 해석에 의해 각 개인의 관점으로부터 구성된다는 것이다.

사진이 미술인가라는 논제를 예로 살펴본다.³⁷⁾ 종래의 미술관(美術觀)에 따르면, 미술이란 캔버스나 종이 위에 펜이나 붓으로 형상을 그린 것이다. 대응설에

³²⁾ 우선은, 拙稿(註 15) 참조.

³³⁾ 박이문(註 31), 87-88.

³⁴⁾ Ronald Dworkin, *Law's Empire* passim, 특히 46-49 (1986).

³⁵⁾ Dworkin(註 4), 328-29.

³⁶⁾ Bayes의 정리를 이용해 Dworkin의 정답테제의 성립불능을 논증한 문헌으로는 Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence* 212-15, 389 (1990); 長谷部恭男, 權力への懷疑 216-213 (1991) (이 책의 이 부분 면수는 역순임).

³⁷⁾ 한편, 드워킨은 에티켓 규칙의 발전을 예로써 해석적 전회를 설명하기도 한다. Dworkin (註 34), 46-49.

따르면 사진을 미술이라고 하는 사람은, (종래의 미술관은 하나의 사회적 사실이므로) 미술의 의미를 이해하지 못하는 사람이다. 그러나 드워킨의 입장에서 보면, 이는 미술이라는 범주, 특히 그 존재목적과 관련하여 이론적인 논쟁이 있을 뿐이고, 누가 무엇을 잘못 파악하고 있는 것은 아니다.³⁸⁾ 말하자면 드워킨에 있어서 모든 것은 ‘해석’이고, 남는 문제는 어느 해석이 더 설득력이 있는가이다.

4. 드워킨의 해석적 전회의 논리적 귀결은, 모든 범명제는 (인식이 아니라) ‘해석’의 결과라는 것이다. 프랑스의 헌법학자인 미셸 트로페(Michel Troper)는 해석주의(interpretivism)를 극단적으로 취하는 사람이다.³⁹⁾ 트로페에 따르면, 규범을 적용하기 위해서 그 인식이 필요한 것은 분명하지만 규범은 직접적으로 표현되지 않고 불확정적이기 때문에 이를 곧바로 인식할 수 없다. 따라서 텍스트에 대한 해석이 필요한데, 해석이 필요한 것은 불분명한 텍스트만이 아니다. 어떤 텍스트도 해석이 필요 없을 정도로 판명하지 않다. 왜냐하면 어떤 텍스트가 판명한 의미를 갖는지 여부를 알기 위해서 그것은 반드시 미리 해석되어야 하기 때문이다(“트로페의 역설”).⁴⁰⁾

트로페가 이와 같이 새기는 것은, 해석이 기본적으로 인식작용이 아니라 ‘의지(意志)’작용이라고 보기 때문이다. 또한 트로페에게 있어서, 그 의지의 주체는 의회가 아니라 ‘법원’이다. 다시 말해서, 텍스트의 의미는 입법자가 입법할 때 그 텍스트를 이해하는 방식이 아니고, 오히려 실정법에 따라 최고법원이 텍스트를 적용하는 순간에 그 텍스트를 이해‘하여야만’ 하는 방식이다. 이렇듯 해석은 최고법원에 의해 이루어지는 텍스트에 대한 의미의 ‘부여’이다. 따라서 트로페의 해석이론에서는, 최고법원(·헌법재판소)에 의해 부여된 해석만이 어떤 법적 수단에 의해서도 다투어질 수 없는 ‘권위적’ 해석(=‘유권(有權)’해석)이고 실정법이 법적 결과에 부착할 수 있는 유일한 의미이다. 트로페는 선언한다. 그 해석들은 참도 거짓도 아니고, 이야기할 수 있는 것은 그 해석들이 유효하다는 것뿐이라고.

³⁸⁾ 이 논증은 Lon Fuller의 것이기도 하다. Lon Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart,” 71 *Harvard Law Review* 630-72 (1958).

³⁹⁾ Michel Troper의 법해석이론에 관해서는, Michel Troper, “The Logic of Justification of Judicial Review,” 1 *International Journal of Constitutional Law* 99 (2003); 長谷部(註 36), 1-31. 드워킨과 트로페 양자 사이의 차이점에 관해서는 長谷部(註 36), 207-204 (이 책의 이 부분 면수는 역순임).

⁴⁰⁾ Michel Troper, “Justice constitutionnelle et démocratique,” dans M. Troper, *Pour une théorie juridique de ‘Etat* 333 (1994). 長谷部恭男(註 15), 113에서 재인용.

5. 트로페의 ‘현실주의적’ 해석이론에 따르면, 법적용기관이 해석을 행하기 이전에 존재하는 것은 텍스트뿐이고 규범은 존재하지 않는 것인바, 그렇다면, “해석은 법학적 삼단논법의 결론(개별적 규범)만이 아니고, 대전제(일반적 규범)도 창설하는 활동”이 되는 것이다.⁴¹⁾ 요컨대 진정한 입법자는 ‘텍스트의 해석자’이지 그 ‘작가’가 아니라는 것이다. 트로페의 이론은 그것이 극단적인 만큼 안정을 파괴하는 결과를 불러온다. 모든 법규범은 최고법원의 ‘유권’ 해석을 통해서만 생산되기 때문에 모든 법규범은 소급적인 것이 되고, 법의 지배는 설 자리를 잃고 ‘법관국가(法官國家; juristocracy)’⁴²⁾만이 남게 될 것이다.

6. 트로페는 파국에 직면한 자신의 이론을 위해 방책을 준비해 두었다. 즉 자신의 이론이 판사들이 특정한 사건을 어떻게 결정할 것인가에 관한 예측불능의 상태를 반드시 초래하는 것은 아니라는 것이다. 트로페에 따르면, 판사들은 텍스트를 권위적으로 해석할 권력을 사용해 자신의 지배력을 다른 국가기관에 연장하려고 한다. 그런데 판사들이 일관성 없게 사건을 결정한다면, 그 누구도 어떻게 행동하여야 할지 예측할 수 없는 상태를 만들어 결국 자신에게 주어진 권력을 유지할 수 없게 된다. 다시 말해서 국가의 다른 기관을 구속하기 위해서 자신의 결정에 이유를 부여한 결과, 판사는 자신의 권력을 일관성 있고 예측가능한 방식으로 사용하게 된다는 것이다. 그 결과 판사들은 자신의 결정을 구속할 선례의 체계를 구축하고 그 선례에 따르도록 스스로를 구속하게 된다는 것이다.

IV. 판사의 정통성 및 비트겐슈타인의 규칙 준수

“너는 강상을 높여서 말한다만, 강(綱)이 상(常)에 스며서 낮아지지 않으면 어찌 강상이라고 하겠느냐.”

- 김훈, 남한산성 -

1. 트로페의 이론은 여러 측면에서 공박할 수 있다. 먼저 지적할 것은 그의 이

41) 長谷部(註 36), 6.

42) 사법국가(juristocracy)에 관해서는 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (2004).

론이 지나치게 낙관적이라는 점이다. 특히 판사들이 그의 예측대로 자기 절제에 철저하다고 가정하는 것은 무리한 것으로 본다.⁴³⁾ 법원이 한번만이라도 자기 절제에 실패한다면, 도저히 ‘권위적’ 결정을 다시 할 수 없게 될 것이다. 법원은 정통성 측면에서 민주적 기관에 비해 턱없이 취약하기 때문이다.

히구찌 요이치(樋口陽一)에 따르면, 영미권에 있어서는 “경세가(經世家; statesman)로서 자립한 법률가의 권위”가, 대륙법계 국가에 있어서는 “로마법 이래의 법학교수의 권위”가, 정치부문의 ‘정통성’에 대비되는 위헌심사기관의 ‘정통성’을 지지하는 자원이다.⁴⁴⁾ 상술한 바와 같이 도덕문제에 있어서 전문가가 있을 수 없다고 한다면, 가치문제를 다루는 법률가나 법학교수의 권위는 기껏해야 ‘법해석의 기술성’이나 ‘처신(處身)의 모범성’에 기초하고 있을 것이다. 왜냐하면 법률가나 법학교수는 모두 사회의 가치문제를 다루기에 입법기관보다 ‘더 나은 위치’에 있다고 하기 어렵기 때문이다. 따라서 그들에게 권위가 있다고 한다면, 그것은 ‘기술성’이나 ‘도덕적 우월성’과 같은 그들의 고유한 “특성(disposition)”에 기초할 수밖에 없다.

하지만 법해석의 기술성은 그것에 집착할 때 나타나는 현실과의 단절로 인해, 처신의 모범성은 현대에 있어서 나타나는 인간사의 복잡성으로 인해, 각각 유지되기 어렵다. 법관의 ‘특성적 권위(dispositional authority)’⁴⁵⁾의 취약성과 비교해 보면, 정치기관이 그 두드러진 “지위(position),” 즉 민주적 대표성으로부터 얻게 된 정통성이 얼마나 강건한지 알 수 있다.

2. 트로페 이론의 또 하나의 난점은 트로페의 역설에서 볼 수 있듯이, 그의 이론이 법체계를 끝없는 ‘불확정성’의 나락으로 떨어뜨릴 수 있다는 점이다. 그의 말대로 모든 텍스트나 표현의 의미를 이해하기 위해서는 해석이 필요하다고 한다면, 어떤 표현도 확정적으로 이해하는 것이 불가능하다. 그리고 이것이 사실이라면 규칙의 의미를 사람들에게 가르치는 것도 완전히 불가능하다.

이 점에 관해서는 비트겐슈타인이 적절한 예를 제공하고 있다.⁴⁶⁾ 산수 교사가

43) 판사 행동의 유인구조에 관한 유용한 문헌으로는, 허성욱, **사법심사와 공공선택이론** (서울대학교 박사학위 논문, 2007).

44) 樋口陽一, **憲法** 449 (1998).

45) 이에 관한 문헌으로는 Joon-Seok Park, *The Concept of Authority* (2007).

46) Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, par. 33 (1976). 비트겐슈타인에 기대어 본문에서 논한 법해석의 문제점을 설명한 문헌으로는, Marmor(註 23), 112-18; 長谷部(註 15), 114-19.

학동(學童)에게 ‘+’ 기호의 의미를 설명하려고 한다. 선생은 그 학동에게 어떤 규칙 - 가령 연속된 자연수를 만들기 위해 ‘+1’을 수행하라는 규칙에 따라 숫자들을 연속해서 써보라고 한다. 선생은 연속된 숫자 ‘2, 3, 4, 5, 6’을 예로 제시하여 설명하고, 이어 그 학동에게 연속된 숫자를 계속 만들어보라고 한다. 학동은 이제 숫자의 연속 ‘7, 8, 9, 10, 12’를 만든다. 선생은 학동에게 10 다음에는 11을 썼어야 했다고 말한다. 하지만 학동은 대답하기를, “‘+1’은 자연수가 10에 미달할 때까지만 1을 더하고 10에서 19 사이의 숫자에 대해서는 2를 더하고, 또 그 이후는 이런 저런 방식으로 더하는 것을 의미했다고 생각했습니다.”라고 한다. 이런 오해는 물론 쉽게 교정될 수 있다. 그러나 만약 그 학동이 믿기를, “일반적으로 ‘+1’은 통상적인 덧셈으로 이해했지만, ‘39,589 + 55,928’라고 하는 특수한 경우에는 그 기호의 작용이 0을 만든다.”고 생각했다면, 이런 오해를 교정할 수 있는 확률은 0에 가까울 것이다. 누구나 한정된 삶을 사는 가운데 한정된 ‘+’의 적용사례만을 경험하고 있고, 또한 그 한정된 사례로부터 무수히 존재하는 있을 수 있는 적용사례에 관한 일반적인 규칙을 도출해내는 것은 불가능하기 때문이다.

이와 같이 어떤 규칙의 해석 방법은 헤아릴 수 없을 만큼 다양하다. 아무리 많은 수의 예를 들더라도 그 예들로부터 추론할 수 있는 규칙의 의미에 부합할 수 있는 해석의 수는 무한대이고, 따라서 몇 안 되는 예로 규칙의 의미를 확정할 수 없다. 이런 까닭에 비트겐슈타인은 이 역설(“비트겐슈타인의 역설”)을 다음과 같이 정식화한다. “규칙에 의해서는 여하한 행동도 확정할 수 없다. 여하한 행동도 그 규칙에 부합하는 것으로 [해석할 수 있기] 때문이다.” 그리고 “무엇이든 그 규칙과 부합할 수 있다고 하는 것은, 무엇이든 그 규칙에 위반할 수 있다고 하는 것이기도 하다.” 그렇다면 “그것에는 부합도 위반도 존재할 수 없다.”⁴⁷⁾

3. 비트겐슈타인의 역설은 트로페의 해석이론을 거의 회생불능의 것으로 만드는 것 같다.⁴⁸⁾ 트로페의 이론대로 법원이 최종적인 법제정권을 갖는다고 한다면 ‘유권’ 해석에 의해 텍스트의 의미가 확정되지 않으면 안 된다. 그러나 비트겐슈타인의 역설이 지적하듯이, 해석이 텍스트로부터 나오는 바로 그 순간, 그 해석이 언어로 되어 있기 때문에, 그 해석은 다시 해석을 필요로 하는 텍스트가 된다. 이렇게 되면 어떤 법조문이 최고법원에 의해 ‘권위적’으로 해석된 경우에도,

47) *Id.* par. 201.

48) 同旨, 長谷部(註 15), 116.

해석 작업은 끝이 없이 계속되어야 할 것이다. 트로페의 생각과 달리, “해석 그 자체는 의미를 확정할 수 없”는 것이다.⁴⁹⁾ 따라서 아무리 최고법원이 정합적인 판례의 체계를 구축한다고 해도, 그에 의해 법원 자신을 제약하는 것도, 다른 국가기관에 제약을 가하는 것도, 모두 불가능하고, 그 결과, 사람들은 공권력의 행사에 관하여 합리적으로 예측할 수 없게 된다.⁵⁰⁾

4. 따라서 이와 같은 무한 퇴보(退步)를 멈추게 하기 위해서는 해석의 어느 지점에서 ‘해석이 아닌’ 다른 방안에 의해 의미가 확정될 수 있어야 한다.⁵¹⁾ 비트겐슈타인에 의하면, 언어에는 “해석할 필요가 없는 규칙의 이해 방식,” 요컨대 구체적 장면에서 규칙 위반 여부를 바로 알 수 있는 이해 방식이 존재한다.⁵²⁾ 이런 방식으로 언어의 의미를 이해할 수 있게 하는 것은 사람들이 일정한 “관습(custom),” “관행(practice)” 그리고 “제도(institution)”에 속해 있기 때문이다. 그리고 이런 것들로 구성된 것이 바로 사람들이 공유하는 “생활양식(form of life)”이다.⁵³⁾ 결론적으로 말의 의미는 사람들이 공유한 생활양식을 통해 취득한 ‘언어규칙(linguistic rules)’과 ‘관례(conventions)’에 의해 바로 이해할 수 있고, 이런 방식으로 의미를 결정하기에 미흡할 때에만 해석, 즉 다른 언어에 의한 재정식화(再定式化)가 필요하게 되는 것이다.⁵⁴⁾

이렇게 본다면, 모든 언어의 의미를 이해하기 위해서는 해석이 필요하다는 비트겐슈타인의 역설은 단순한 “오해”가 된다.⁵⁵⁾ 사람들은 통상 해석하지 않고도 이미 오랜 세월동안 정립되어 통용되어 온 언어관례에 의해 말의 의미를 이해한다. 대부분의 표현들이 이와 같은 방식으로 이해될 수 없다면, 개인 사이의 의사소통은 아예 불가능할 것이다. 이는 사람들이 모국어를 문법책에 의해서가 아니라 실제 사용함으로써 배우는 것과 같은 이치이다.

49) Wittgenstein(註 46), par. 198.

50) 長谷部(註 15), 116; 長谷部(註 36), 58-59.

51) Wittgenstein(註 46), par. 201.

52) *Id.*

53) *Id.* pars. 198, 199, 202, 241.

54) Marmor(註 23), ch. 2 & 112-18.

55) Wittgenstein(註 46), 201.

V. 비례입헌주의와 몇 가지의 함의

“괴물과 싸우는 자는 그 때문에 자신이 괴물이 되지 않도록 노력하여야 한다.”

- 프리드리히 니체, 선악의 피안 -

1. “정치는 법을 정의하고 법은 정치를 규정한다.” 법과 정치에 관한 이와 같은 상투적 언명이 구전되는 것은 여러 가지 측면에서 통찰을 제공하기 때문이리라. 나에게 있어 이 언명은 ‘누가 법을 정의하여야 하는가?’라는 문제를 제기하는 것이었다. 정치과정과 사법과정은, 마치 ‘닭과 달걀’과 같이, 물고 물리며 얽히고설켜 있어 그 선후와 우열을 분간하기 어렵다. 뒤죽박죽의 혼돈상태에 있는 법과 정치의 관계설정 노력이 결국 ‘누가 게임의 규칙을 정의하여야 하는가?’라는 문제를 인식하게 한 것이었다. 민주주의와 법의 지배의 개념 및 양자의 관계를 논하는 것도 결국 위 문제에 대한 해답을 궁구하려는 시도로 본다. 앞서의 논의는 이 문제에 대한 나름의 답변을 내놓기 위한 준비작업이었다.

2. 상술한 대로, 우리 사회는 다양한 가치관을 가진 사람들로 구성되어 있다. 사회를 구성하고 운영하기 위해서는 그 구성원 사이의 도덕적 불확정성을 극복하여야 한다. 그런데 가치는 다원적이고 상호 비교불능이다. 따라서 사람들이 따를 수 있는 규칙을 설정해 줌으로써 사람들 사이의 상호작용을 조정하는 것이야말로 ‘실정법’이 수행해야 할 역할이다. 가치판단에 관해서는 누구도 무엇이 옳은가를 확인할 수 없으므로 누군가가 무엇이 법인가를 확정하여야 하는 것이다. 문제는 누가 이 실정법을 정의하여야 하는가이다. 가치판단의 영역에서는 ‘전문가’가 따로 없다. 따라서 규칙을 제정할 권위는, 도덕적 조정문제 상황을 해결함에 있어 다른 구성원보다 ‘더 나은 위치에 있는’ 사람에게 주어져야 한다. 가치의 문제에 관해 객관적 정답이 존재하지 않기 때문에, 구성원들이 그 결정을 쉽게 인식할 수 있는 사람에게 권위가 주어져야 하는 것이다. 민주주의 국가라고 한다면, 민주적으로 선출된 사람이 ‘두드러진 지위’에 있는 사람이다. 따라서 민주주의국가에서 법을 정의하는 ‘제1 작가(作家)’는, 조정문제에 관한 한, 정치부문(=의회+행정부)이다.

의회가 만든 법률 텍스트는 대개의 경우 널리 수용된 규칙과 관례에 따라 ‘바로’ 이해된다. 그러나 때로는 언어와 의도의 불확정성으로 인하여 텍스트의 해석

이 필요하게 된다. 해석 작업은 텍스트를 보다 분명한 텍스트로 재정식화하는 작업이다. 그런데 앞의 텍스트가 조정문제의 해결책이므로 그 해석 역시 조정문제의 해결책이다. 따라서 “또 하나의 권위”⁵⁶⁾에 의한 결정, 즉 ‘유권’해석이 필요하게 된다. 이 때 누구의 해석이 유권해석이어야 하는가라는 문제가 제기되는데, 이는 또 다른 차원의 조정문제이다. 왜냐하면 대부분의 사람들은 다른 대부분의 사람들이 따를 것 같은 해석을 따르려고 하기 때문이다. 이때 만약 최고법원이 자신의 해석을 유권해석이라 주장하고 또한 사실상 사람들이 그 해석을 따른다면, 개개인이 이들 해석에 따르는 것은 개인의 이익이 될 뿐만 아니라 사회 전체의 이익이 된다. **법의 지배**라는 이념은 최고법원을 조정문제를 해결하게 하는 ‘두드러진 지위’에 오르게 한다. 그리하여 법원은 정치부문이 매듭짓지 아니한 부분을 결정하는, 말하자면 ‘해석자’가 아니라 ‘제2 작가’가 되는 것이다.

3. 이상이 내가 주창하고자 하는 ‘비례입헌주의(proportional constitutionalism)’의 개요이다. 그 요체는, 시민을 대표하는 공직자는 조정문제에 관한 한 **“민주적 정통성의 크기만큼 결정하라.”**는 것이다. 구체적으로는, 법적 문제의 대다수는 도덕적 조정문제라는 점, 도덕적 조정문제에 관해서는 객관적 정답이 없다는 점, 따라서 결정의 내용보다 결정 그 자체가 중요하다는 점, 그 결정은 민주적 정통성이 큰 정치부문에서 이루어져야 한다는 점, 법원은 정치과정에서 결정되지 않은 나머지를 결정하여야 한다는 점이다. 이를 도식화하면, ‘정치부문:법원=견인차:향도’로 될 것이다.

4. 비례입헌주의는 제정법의 해석에 있어서 적지 않은 함의를 갖는다. 첫째, 비례입헌주의는 사법의 ‘자제(自制)’를 요구한다.⁵⁷⁾ 법원의 결정은 정치과정에서 기결(既決)된 결정에 대한 존중에 터 잡아 이루어져야 한다. 정치과정이 조정문제를 해결하기에 보다 나은 위치에 있고 이미 결정을 내렸기 때문이다.⁵⁸⁾ 각종 헌법이론과 판례가 이에 기초하고 있다. “정치적 문제(political question)”의 법리, 위헌심사에 있어서 “이중기준론(二重基準論)” 등이 그 예이다. 둘째, 비례입헌주

⁵⁶⁾ Marmor(註 23), 135.

⁵⁷⁾ 대표적으로 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962).

⁵⁸⁾ 가령 Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation* 14 (1999)(법의 기초로서 입법에 “우선적 지위(place of pride)”를 부여하고, 차위(次位)의 지위를 법을 발전시키는 법원에 부여함).

의는 법원의 “진솔(candor)”을 요구한다.⁵⁹⁾ 정치부문의 결정이 없거나 결정이 있어도 그 내용을 알 수 없는 경우, 도덕적 조정문제에 관한 한 정답이 없다는 전제하에 자신의 결정에 이르게 된 가치판단의 기준을 솔직히 밝혀야 한다. 그래야만 조정문제에 관하여 보다 적절한 지위에 있는 의회가 작동을 할 수 있다.⁶⁰⁾

5. 보다 구체적 논점에 대한 함의를 살펴본다. 첫째, 공법소송을 제기할 수 있는 조건, 가령 행정소송법상 원고적격은 이미 정치과정에서 매듭지어진 조정문제를 사법과정에서 재론하지 못하도록 소제기자의 범위를 제한하는 의미가 있다. 권리 또는 법률상 이익이 인정되지 않음에도 행정소송을 제기하는 시도는, (자기의 권리나 이익에 대한 침해가 없는 까닭에) 무엇이 공익에 부합하는지에 관한 법원의 결정을 구하는 것이다. 무엇이 공익에 부합하는지는 가치판단 그 자체이다. 따라서 정치과정에서 이미 매듭지어진 결정은, 그것이 조정문제인 한, 이에 복종하는 것이 더 마땅하고 사회적으로 유리하다.⁶¹⁾ 따라서 결정된 정책의 ‘내용’에 대한 재론의 여지를 남기지 않도록 원고적격 요건을 엄격히 정하는 것이 필요하다. 둘째, 제정법의 해석 시 입법자의 의도를 어느 정도 존중할 것인가에 관해서 여러 논의가 있다. 특히 문제가 되는 경우는, 제정법을 해석할 때 입법자의 의도를 탐색하지 않고는 법률텍스트의 의미를 알 수 없을 때이다. 문제된 사항에 관하여 정치과정에서 이미 결정되었다고 보아야 할 정도로 입법자의 의도가 분명하다면 이를 존중하여야 할 것이다.⁶²⁾

6. 다음은 비례입헌주의의 사정(射程)이다. 비례입헌주의는 ‘헌법적 조정문제’ 상황이라면 모르지만, 가령 제임스 킬리(James Tully)가 헌법의 “혼”⁶³⁾이라고 한

59) 우선은 David L. Shapiro, “In Defense of Judicial Candor,” 100 *Harvard Law Review* 731 (1987).

60) 이에 관해서는, 법해석에 있어 “제도적 전회(institutional turn)”를 촉구하는 Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, “Interpretation and Institutions,” 101 *Michigan Law Review* 885 (2003).

61) 이에 관해서는 Antonin Scalia, “The Doctrine of Standing As an Essential Element of the Separation of Powers,” 17 *Suffolk University Law Review* 881, 897 (1983); 拙稿, “분산이익소송에서의 당사자적격,” *판례실무연구* IV, 439, 450 (2000).

62) Cf. Marmor(註 23), 136-39. 마모에 따르면, 이 경우에도 당해 문제가 조정문제라고 한다면, 법원은 굳이 입법자의 의도를 존중할 필요가 없다. 어차피 정답이 없는 마당에 불확실한 의도를 찾아볼 필요 없이 스스로 결정하면 된다는 것이다.

63) James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* 103 (1995).

소극적 기본권의 보호의 문제에까지 확대 적용할 수는 없다. 노예제의 금지와 같은, 인류의 보편적 가치에 관한 결정은 사회의 그때그때의 다수파의 의사에 의해 좌우되어서는 안 되기 때문에 조정문제 상황의 해결책으로 볼 수 없는 것이다. 헌법재판소의 판례도 그것이 어느 영역에 관한 결정인지에 따라서 그에 부여되는 권위의 정도가 변할 것이다.⁶⁴⁾

7. 다음으로, 비례입헌주의는 입법·행정부와 사법부 사이의 관계, 다시 말해 정치부문과 법원의 관계에 대해서만 이야기하고 있다. 공직자와 일반 시민 사이의 관계에 대해서는 별도의 연구가 필요하기 때문이다. 공직자와 일반 시민의 관계에 관한 연구의 초점은, 매튜 애들러(Matthew D. Adler)의 문제제기와 같이, “어느 집단의 실천(practices)이 [우리] 법을 정초하는가?”라는 질문에 초점이 맞추어져 있다.⁶⁵⁾ 법률가들은 대개 법적 문제에 관한 ‘해석공동체’는 법률전문가로 구성되고 자신들의 실무관행이 법규정의 의미를 결정하여야 한다고 생각하지만, 미국만 하더라도 오히려 반론이 더 강력한 세를 형성하고 있는 것으로 보인다. 헌법적 의사결정에 있어 “일반 대중의 헌법관(popular view about the Constitution)”이 반영되어야 한다는 “대중입헌주의(popular constitutionalism)”가 그것이다.⁶⁶⁾ 이는 앞서 본 트로페와 대척관계(對蹠關係)에 놓인 입장으로서는, “강성

64) 가령 당해 판례의 주된 기능이, 계약법·재산법의 영역에 있어서 명확한 규칙의 확립으로 보이는 경우와 같이 조정문제의 해결에 있다면, 당해 판례는 사인에게 행동기준을 제공하고 그 예측가능성을 보장하고 있기 때문에 판례 변경에 의하여 사회전체에 보다 큰 이익을 가져온다는 확실한 보장이 없는 한 판례를 변경해서는 안 된다. 하지만 당해 판례의 기능이 그때그때의 다수파의 의사에 의해서 좌우되어서는 안 되는 기본적 가치의 유지나 개인의 자율을 확보하는 인권의 보장에 있는 경우에는, 사회전체에 보다 큰 이익이 생기는 경우에도 판례변경에 나설 수 없을 것이다. 長谷部恭男, 憲法 14.4.7. (4版, 2008).

65) Matthew D. Adler, “Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law?” 100 *Northwestern University Law Review* 719 (2006).

66) 대중입헌주의는 시민이 표출한 헌법에 대한 견해를 공직자들이 존중할 것을 요구한다. 학자마다 정도의 차이는 있으나, 구체적으로는 선거에 나타난 시민의 선택에 대한 사법부의 존중, 사법심사에 대하여 다른 정부기관이 피력한 견해에 대한 사법부의 존중, 그리고 법원의 헌법결정에 대한 입법부나 대통령의 부동의의 자유 등을 개념적 징표로 한다. 대표적으로 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (1991). 이외에도 Jeremy Waldron(註 58); do, *Law and Disagreement* (1999); Mark Tushnet, *Taking Constitution Away From the Court* (2000); Keith E. Whittington, “Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses,” 80 *North Carolina Law Review* 773 (2002); Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*

(deep)⁶⁷⁾ 대중입헌주의에 의하면, 헌법적 결정의 궁극적인 기준은 공식적 관행이 아니라 “시민(We, the People)”⁶⁸⁾의 헌법문화가 되어야 한다.

대중입헌주의는 포퓰리즘(populism)을 경원시하는 우리나라에서는 다소 생소하게 느껴지는 입장이지만, 기실 우리 헌법재판소가 내린 몇몇 판례를 잘 설명하는 측면이 있다. 가령 전대통령 노무현에 대한 탄핵소추를 기각한 판결은 길거리에 모여 촛불집회로 의사표시를 한 일반 대중의 헌법적 판단에 기초하고 있다는 분석이 가능하다. 시민들이 의회의 소추판단에 대하여 쫓겨하고 이어진 총선에서 이를 뒤엎는 의사표시를 명백히 함으로써 결국 헌법재판소가 대통령 탄핵의 위헌성을 선언하는 결과를 낳았다는 것이다. 수도이전법률에 대한 위헌 선언도 비록 방향은 반대였지만 같은 맥락에서 파악할 수 있을 것이다.

8. 잠정적인 결론이기는 하지만, 대중입헌주의를 그대로 받아들일 수는 없다고 본다. 대중입헌주의는 우리 법공동체가 취해야 할 바람직한 모습을 제안하지도, 우리 법공동체를 있는 그대로 묘사하지도 않기 때문이다. 트로페의 견해가 그러했듯이 대중입헌주의도 지나친 면이 있는 것이다.

먼저 규범적 측면에서 보면, 대중입헌주의가 정치도덕상 항상 바람직하다고 말할 수 없다. 헌법적 의사결정에서 사법부의 우위와 결별함으로써 민주적 가치에 기여하는 편익이 그로 인해 야기된 불확실성의 증가라는 비용을 하회하는 경우가 많다고 보는 것이다. 무엇보다도, 대중이 헌법적 문제에 관심을 가질 수 있는 ‘헌법적 계기(constitutional moment)’가 그리 흔하지 않다.⁶⁹⁾ 사회적 영향이 큰 “공법소송”이 제기되고 있음을 부정할 수 없지만,⁷⁰⁾ 공법소송에서도 법적 문제는 대부분 소송당사자에 의해서만 다루어진다.⁷¹⁾ 또한 대중입헌주의의 골자(骨子)라

(2004); Akhil R. Amar, *America's Constitution: A Biography* (2005). 주목할 점은, 이들의 제자들, 특히 Yale Law School의 Amar의 제자들이 미국 유수의 Law School의 교편을 잡고 있다는 사실이다.

67) “강성”이란 표현은 Adler(註 65), 726-27에서 차용한 것이다.

68) 이 표현은, Ackerman(註 66). 이 표현의 패러디는 Larry D. Kramer, “The Supreme Court 2000 Term - Foreword: We the Court,” 115 *Harvard Law Review* 5 (2001).

69) “헌법적 계기”에 관해서는, Bruce Ackerman, “The Living Constitution,” 120 *Harvard Law Review* 1737 (2007); do, *The Future of Liberal Revolution* 48-51 (1992).

70) 공법소송에 관해서는, Abram Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation,” 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976).

71) 소송 실체에 있어서는 당사자 이외의 소송참가가 극히 제한되어 있다. 이에 관한 문헌으로는 拙稿, “원고적격의 정치경제학 II,” *서울대학교 법학* 제46권, 제4호, 121,

할 수 있는 ‘의회에 대한 최고법원의 존중’⁷²⁾ 및 ‘최고법원 판결의 법적 효력의 제한’⁷³⁾과 같은 주장은⁷⁴⁾ ‘헌법적 조정문제’ 상황에서라면 모르지만, 기본적인 가치의 유지나 개인의 자율을 확보하는 인권의 보장에까지 확대 적용하기는 어려울 것이다. 이 같은 우려는 대중입헌주의자들이 시민의 헌법관이 표출되는 형식으로 대중투표, 청원, 심지어는 대중집회 및 “농성(mobbing)” 등을 거론하는 것을 보면 더욱 심각하게 느껴진다.⁷⁵⁾

9. 다음으로 기술적(記述的) 측면에서 보면, 대중입헌주의가 우리의 법체계를 있는 그대로 묘사하는 것으로 볼 수 없다. 법의 개념에 관해 오늘날 널리 받아들여지는 하트의 견해에 의하면, 공직자들의 실무관행, 즉 “공식적 관행(official practice)”에 의해 확립된 승인률에 의해 수용된 “규칙(rule)”만이 법이라고 한다.⁷⁶⁾ 단지 일반인들이 좋다가나 옳다고 하여 법이 되는 것이 아니다. 요컨대 “하트에게 있어서는 엘리트들의 교감이 법을 정의한다.”⁷⁷⁾ 반실증주의자인 드워킨도 법이 “사회적 원천(social source)”으로부터 비롯된다는 것을 부인하지 않는다. 다만 그런 사회적 사실로부터 나온 규칙의 체계는 완결적이지도 정합적이지도 않기 때문에 “원리(principle)”의 형태로 도덕적 고려요소가 개입되어야 “통합성(integrity)”있는 법체계로 완성된다고 주장하는 것이다.⁷⁸⁾ 드워킨이 이런 역할

167-68 (2005).

72) 우선은, Robert C. Post & Reva B. Siegel, “Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Polycentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act,” 112 *Yale Law Journal* 1943 (2003).

73) 미국 연방대법원은 일찍이 *Cooper v. Aaron* 사건에서 그 헌법적 결정이 모든 비사법적(非司法的) 공무원을 구속한다고 선언한 바 있다. 이에 대한 대중입헌주의자들의 비판으로는, Kramer(註 66), 233-53; Tushnet(註 66), 6-32; Whittington(註 66), 786-808.

74) 이외에도 브루스 액커먼이 말하는 “비공식적 헌법개정(informal constitutional amendment)”의 상황, 즉 시민이 투표나 기타 정치 과정에서 헌법적 견해를 직접 표출한 경우, 판사가 이를 존중하여야 한다는 주장(Ackerman(註 66), 54-55)이 강성 대중입헌주의의 주장에 속한다. Adler(註 65), 721.

75) 강성 대중입헌주의자들은 정치과정이 헌법규정이 집행되는 주된 기제라는 주장을 한다. Adler(註 65), 721.

76) Hart는 승인율이 ‘공직자(officials)’의 실무관행으로 구성된다고 하였지만, 사후에 발간된 “후기(postscript)”에서 판사의 실무관행이 승인율을 구성한다고 입장을 변경하였다는 것이 대세적 견해이다. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Postscript (2d., 1994).

77) Adler(註 65), 733. 또한 Leslie Green, “The Concept of Law Revisited,” 94 *Michigan Law Review* 1687, 1702 (1996).

78) Dworkin(註 34), ch. 6.

을 수행할 사람으로 “헤라클레스”와 같은 판사를 상정한다는 것은 주지의 사실이다. 따라서 실증주의 진영이나 반실증주의 진영 모두는 법이 무엇인지를 결정함에 있어 공직자, 특히 ‘판사’의 역할을 중시하고 있는 것이다.⁷⁹⁾ 하트와 드워킨의 논의를 수긍한다면, 시민의 이해와 실천이 법체계를 구성함에 있어 “기초적 역할(bedrock role)”을 한다는 대중입헌주의의 주장은 기술적인 면에서도 수용하기 힘든 측면이 있다.⁸⁰⁾ 이 주제에 관한 강호제현의 연구를 촉구해 마지않는다.

⁷⁹⁾ Cf. Adler(註 65), 737-45. 애들러에 의하면, 드워킨은 하트보다는 덜 엘리트주의적이고, 심지어는 강성 대중입헌주의자이다.

⁸⁰⁾ Adler(註 65), 721. 반면, 애들러는 일부 영역의 경우 승인율의 구성주체가 판사가 아니라 일반 시민일 수 있다는 영역주의(departmentalism)를 주장하고 있다. 영역주의에 관해서는 Matthew D. Adler, “Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Countermajoritarian Difficulty,” 145 *University of Pennsylvania Law Review* 759, 876-77, nn 330-31 (1997).

참고문헌

- 박이문, **철학이란 무엇인가?** (2008)
- 沈憲燮, “權威에 관하여: 排除的 法實證主義에서 包容的 法實證主義로,” **분석과 비판의 법철학**, 113 (2001)
- 허성욱, **사법심사와 공공선택이론** (서울대학교 박사학위 논문, 2007)
- 拙稿, “분산이익소송에서의 당사자적격,” **판례실무연구 IV**, 439 (2000)
- 拙稿, “원고적격의 정치경제학 II,” **서울대학교 법학** 제46권, 제4호, 121 (2005)
- 拙稿, “법에서의 가치와 가치판단,” **서울대학교 법학** 제48권 제1호, 160 (2007)
- 拙稿, “경제학적 논증의 법적 지위: 배제적 법실증주의의 관점에서,” **서울대학교 법학** 제48권 제4호, 124 (2007)
- Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (1991)
- Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (1992)
- Bruce Ackerman, “The Living Constitution,” 120 *Harvard Law Review* 1737 (2007)
- Matthew D. Adler, “Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Countermajoritarian Difficulty,” 145 *University of Pennsylvania Law Review* 759 (1997).
- Matthew D. Adler, “Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law?” 100 *Northwestern University Law Review* 719 (2006)
- Akhil R. Amar, *America’s Constitution: A Biography* (2005)
- Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962)
- William S. Boardman, “Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law,” 97 *Ethics* 546 (1987)
- Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy* (2000)
- James M. Buchanan, *Property as a Gurantor of Liberty* (1993)
- Abram Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation,” 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976)
- Robert Dahl, *Democracy and Its Critics* ch. 10 (1989)

- Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* ch. 1 (1985)
- Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986)
- John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980)
- John Finnis, "Law as Co-ordination," *Ratio Juris* vol. 2, no. 1 97 (1989)
- Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart," 71 *Harvard Law Review* 630 (1958)
- Leslie Green, *The Authority of the State* (1988)
- Leslie Green, "The Concept of Law Revisited," 94 *Michigan Law Review* 1687 (1996)
- Chaihark Hahm, *The Confucian Constitutionalism* (2000) (unpublished J.S.D. dissertation, Harvard Law School)
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Postscript (2d., 1994)
- Friedrich A. Hayek, *The Road of Serfdom* (1944)
- Friedrich A. Hayek, "Liberalism and Administration: The *Rechtsstaat*," in his *The Constitution of Liberty* ch. 13 (1960)
- Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (2004)
- David Hume, *A Treatise on Human Nature* (L.A. Selby-Bigge ed., 1979)
- Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert Der Demokratie* (2d. ed., 1929)
- Hans Kelsen, "What is Justice," in his *What is Justice* (1957)
- Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004)
- Larry D. Kramer, "The Supreme Court 2000 Term - Foreword: We the Court," 115 *Harvard Law Review* 5 (2001)
- David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (1969)
- John Locke, *Two Treatise of Government* ch. V (Peter Laslett ed., 1988)
- Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (revised 2d ed., 2005)
- Joon-Seok Park, *The Concept of Authority* (2007)
- Robert C. Post & Reva B. Siegel, "Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Polycentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act," 112 *Yale Law Journal* 1943 (2003)

- Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990)
- Gerald Postema, "Coordination and Convention at the Foundation of Law," 11 *Journal of Legal Studies* 165 (1982)
- John Rawls, "The Rule of Law," in his *A Theory of Justice* (1999)
- Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue," in his *The Authority of Law* ch. 11 (1979)
- Joseph Raz, *Morality of Freedom* (1986)
- Joseph Raz, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries," *Constitutionalism: Philosophical Foundations* 152-93 (Larry Alexander ed., 1998)
- Antonin Scalia, "The Doctrine of Standing As an Essential Element of the Separation of Powers," 17 *Suffolk University Law Review* 881 (1983)
- Carl Schmitt, *Die Geistesgeschichtliche Lage heutigen Parlamentarismus* (3d. ed., 1961)
- David L. Shapiro, "In Defense of Judicial Candor," 100 *Harvard Law Review* 731 (1987)
- Cass Sunstein, "Understanding (and Misunderstanding) the Rule of Law," in his *Legal Reasoning and Political Conflict* ch. 4 (1996)
- Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, "Interpretation and Institutions," 101 *Michigan Law Review* 885 (2003)
- Michel Troper, "The Logic of Justification of Judicial Review," 1 *International Journal of Constitutional Law* 99 (2003)
- M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat* (1994)
- James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (1995)
- Mark Tushnet, *Taking Constitution Away From the Court* (2000)
- Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* ch. 3 (1977)
- Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation* (1999)
- Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (1999)
- Keith E. Whittington, "Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses," 80 *North Carolina Law Review* 773 (2002)

Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation* (1976)

長谷部恭男, 比較不能な價値の迷路 (1999)

長谷部恭男, 憲法の理性 (2006)

長谷部恭男, 權力への懷疑 (1991)

長谷部恭男, 憲法 (4版, 2008)

樋口陽一, 憲法 (1998)

<Abstract>

Don't Take Politics Lightly
— An Essay on *Proportional* Constitutionalism —

Hong Sik Cho*

This essay concerns the relation between political process and judicial process. This particular relation is so problematic that people, lawyers or otherwise, have repeatedly expressed the following puzzling statement: “While politics defines law, law regulates politics.” As far as legal interpretation is concerned, this statement can be paraphrased as follows: “Who determines the law?”

We are living in a pluralistic contemporary society where diverse and incommensurable values are in competition. People with diverse values compete with one another so that their society's law can reflect and communicate their own ways of valuing things. A reasonable person would try to support his or her claim with factual and normative arguments which he or she finds convincing from his or her own internal viewpoint. However, there are multiple viewpoints that reasonable people might regard as valid or at least tolerable. Therefore, if each person arrives at a “right answer” of his or her own in accordance with his or her own internal viewpoint, the predictability in law we are seeking is not enhanced significantly. Given the diversity of incommensurable values, it is unlikely that the various answers people would provide in “hard cases” on the basis of their own internal views would concur with one another. Hence, law ought to provide as clear guidance as possible by setting up rules that adopt certain ways of valuing things.

One of the functions of most positive laws is to coordinate people's social interactions by setting rules for people to follow when they intend to behave as most other people behave but are uncertain as to how most other people do actually behave. It is the government that issues public, general, clear and

* Professor, College of Law, Seoul National University.

prospective rules to provide such guidance because the government is the *salient* body in society that is usually expected to perform this task.

Among the governmental organs, it is the Legislature that is supposed to issue rules. In a democratic society, the Legislature is *better* situated to decide what its subjects ought to do, which is not always a matter of “knowing what is best,” so to speak. Why? The Legislature is in the most salient position in terms of democratic legitimacy. In other words, all representatives are democratically elected and accountable for their own decisions. Therefore, this essay claims that the Legislature is the *first* writer of rules. This is typically the case when the authoritative directives are meant to solve a collective action problem, like coordination problems, or in prisoner’s dilemma situations.

From time to time, however, people are uncertain about what course of action a given rule indicates, and at such times an authoritative interpretation becomes necessary. Moreover, at such times the question of whose interpretation people should follow in its turn presents a kind of coordination problem, where most people wish to follow whichever authority most other people are likely to follow. This essay claims that the Court is the second writer, rather than interpreter of rules, which implicates a couple of corollary propositions. First, the Court should respect policy decision the first *writer*, i.e., the Legislature, has made. It is concerning undecided matters that the Court can make its own policy decisions. Second, the Court should have candor so that it can expressly state that it is making its own policy decision when it actually does so. Such candid message can trigger political process where public deliberation takes place about the relevant issues. In sum, this essay proposes the so-called proportional constitutionalism by claiming the following statement: “Decide as much as your democratic legitimacy.”

Key words: candor, convention, democracy, democratic legitimacy, dependence thesis, dispositional authority, incommensurability, interpretive turn, Joseph Raz, judicial restraint, justifiability, legal realism, Ludwig Wittgenstein, Michel Troper, moral coordination problem, normal justification thesis, popular constitutionalism, positional authority, practical authority, proportional constitutionalism, right answer thesis, Ronald Dworkin, rule of law, theoretical authority