creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사학위논문

스칼리아 원본주의 법해석 방법론 연구

- 드워킨과의 논쟁을 중심으로

2017 년 2 월

서울대학교 대학원

법학과 법철학 전공

최 용 범

스칼리아 원본주의 법해석 방법론 연구
- 드워킨과의 논쟁을 중심으로

지도교수 김 도 균

이 논문을 법학 석사 학위논문으로 제출함

2016 년 11 월

서울대학교 대학원

법학과 법철학 전공

최 용 범

최용범 석사학위논문을 인준함

2016 년 12 월

위 원 장 _____ 박은정 _____ (인)

부 위 원 장 _____ 이우영 _____ (인)

위 원 _____ 김도균 _____ (인)

국문초록

원본주의란 법의 의미는 제정 당시 시점에 고정되기 때문에 이후 사회변동이 발생하였다고 하더라도 정해진 절차를 거쳐 변경되지 않은 이상 법관은 제정 당시의 의미로 법을 해석해야 한다고 보는 법해석 방법론이다. 제정 시점의 의미를 탐구할 때 무엇을 중시하는지에 따라 원본주의는 다시 분화하는데 미국 연방대법원 대법관이었던 스칼리아는 법이란 문언으로 기록된 것 그 자체이므로 법관은 법 제정자의 주관적 의사가 아니라 법문언의 어문학적 의미를 밝히는 해석을 해야 한다고 강조하며 이를 원문주의라고 부른다. 한편 드워킨은 법을 해석할 때 해석자인 법관의 주관이 필연적으로 개입할 수밖에 없음을 강조한다. 법관은 법체계를 한편의 연작소설로 보고 법해석을 할 때 자신이 소설을 이어 쓴다는 마음을 가져야 한다고 본다. 법관은 새로운 이야기를 쓰는 창작자이자 동시에 소설의 통합성을 유지하기 위해 이를 해석하는 비평가이다. 따라서 법해석에는 법관의 도덕·신념이 반영될 수밖에 없으며 올바른 해석은 해석이 이루어지는 현시점의 상황을 적극적으로 고려해야만 한다. 스칼리아는 드워킨이 법을 법관의 자의적 판단에 맡겨 객관성을 상실한다고 비판하고 드워킨은 과학적 객관성을 추구할 수 없는 법의 특성에도 불구하고 스칼리아가 과학적 객관성의 미명에 사로 잡혀 불합리한 해석론을 고수한다고 비판한다. 스칼리아의 원본주의는 법치주의·민주주의의 가치를 지키기 위해 필수적인 법관의 자의적 판단을 배제하는 효과적인 방법론이지만 역시 해석자의 자의적 판단을 완벽하게 차단할 수는 없으며 그 결과 해석자의 (주로 보수적인) 정치관을 객관적 법이란 이름으로 강제하는 불합리가 발생할 수 있다. 이런 흠에도 불구하고 원본주의가 미국에서 맹위를 떨치는 것은 원본주의가 자의성을 배제한다는 의미의 '객관성'을 추구하는, 최고는 못될지라도 더 나은 해석 방법론의 가능성을 가지고 있기 때문이다. 우리 나라의 간통죄, 혼인빙자간음죄 위헌 결정문을 보면 원본주의가 방법론적으로 철저하게 배척되고 있음을 알 수 있다. 그러나 문화와 지역을 초월하여 모든 법해석이 '객관성'을 추구한다고 볼 때, 원본주의는 분명 우리 나라에도 법관의 자의적 판단을 제어하는 유효한 방법론으로 시사점을 던져준다.

주요어 : 원본주의, 법해석 방법론, 스칼리아, 드워킨, 사법통치, 법치주의
학 번 : 2014-22803

Ⅰ 서론

1. 논문의 의의 ····· 1
2. 논문의 목적 및 대상 ····· 5
3. 선행 연구 ····· 7
4. 번역어의 선택 ····· 8

Ⅱ 스칼리아 원본주의

1. 원의주의 ····· 10
2. 스칼리아의 원문주의
가. 의도와 입법사
(1) 의도 ····· 11
(2) 입법사 ····· 14
(3) 목적주의의 배제 ····· 15
나. 원문주의(Textualism)
(1) 의미 ····· 16
(2) 일반적 의미(ordinary-meaning) ····· 17
(3) 가능한 의미와 구별 ····· 19
(4) 전문 용어와의 충돌 ····· 21
(5) 일반적 의미가 고정되는 시점 ····· 23
(6) 엄격 해석주의와의 구별 ····· 24
(7) 필경사의 실수 ····· 27

다. 스칼리아의 헌법 해석론
(1) 원문주의 및 원의주의와의 관계 ····· 27
(2) 구체적인 방법 ····· 30
라. 원본주의의 정수(精髓) - District of Columbia v. Heller
(1) 수정헌법 제2조의 일반적인 의미 ····· 32
(2) 법해석에서 목적의 역할 ····· 33
(3) 입법 기록, 역사서, 논문 등의 기능 및 한계 ····· 34

3. 제정 법치주의(Rule of law as a law of rules) - 스칼리아 원본주의의 이론적 근거
가. 보통법의 악영향
(1) Holy Trinity 사건 ····· 36
(2) 보통법의 원리 ····· 37
(3) 제정법과 평등한 대우 ····· 39
나. 객관성과 법치주의 ····· 41
다. 자유·민주주의 ····· 43
라. 법관의 능력과 권한 ····· 44
마. 구체적 검토
(1) 열거되지 않은 권리(unenumerated rights) ····· 45
(2) 진화하는 기준 ····· 49
(3) 기준의 모호성 ····· 50

Ⅲ. 드워킨의 법해석론
1. 개괄 ····· 53
2. 드워킨의 법-도덕 분리 이론 비판
가. 하트의 법-도덕 분리 이론 ····· 55
나. 재량 ····· 58
3. 구성적 해석
가. 바보 사기꾼 법관? ····· 60
나. 의미론의 독침 ····· 63
다. 실천과 해석적 태도 ····· 64
라. 해석이론 ····· 65
마. 구성적 해석과 의도 ····· 68
4. 통합성으로서의 법해석
가. 통합성 ····· 69
나. 연작소설가 법관 ····· 72
5. 제정법 해석
가. 법률해석에서 입법의도의 문제 ····· 74
나. 제정자의 의도 탐색 ····· 74
다. 통합적 법해석에서 입법의도의 역할 ····· 77
라. 법률 문언의 역할 ····· 78
6. 헌법 해석
가. 도덕적으로 읽기 ····· 79
나. 헌법은 무엇을 말하고 있는가 ····· 80
다. 열거되지 않은 기본권 ····· 80

Ⅳ. 스칼리아와 드워킨 비교
1. 스칼리아 원본주의 비판
가. 드워킨의 비판 ····· 85
나. 의미론적 원본주의자 ····· 86
다. 비일관성 ····· 87
라. 스칼리아의 자의적 해석 ····· 90
마. 구체적 검토 - '불합리한 수색'의 해석 ····· 92
2. 스칼리아의 드워킨 비판 ····· 95
3. 드워킨의 재반박 ····· 96
4. 스칼리아와 드워킨의 차이
가. 원본주의자 드워킨 ····· 97
나. 작가의 추상적 의도와 제정자의 의미론적 의도 ····· 99
다. 법 해석에서의 의미론적 의도 ····· 101
5. 드워킨의 난점
가. 관점의 차이 ····· 103
나. 드워킨의 이중성 - 구속과 자유 ····· 104
다. 법관 - 법의 제국의 신탁자 ····· 105
라. 법관의 능력과 정당성
(1) 객관성 ····· 107
(2) 최종 해석의 정당성 ····· 109
(3) 법관의 지배 ····· 110
6. 스칼리아의 난점
가. 줏대없는 원본주의자(faint-hearted originalist) ···· 111

나. 선례 구속의 원칙 적용의 모호성 ····· 113
다. 불합리한 결과의 회피 ····· 114
7. 소결 - 차악과 최선
가. 동일한 출발선 ····· 115
나. 법해석에 도달하는 자세 ····· 116
다. 차악과 최선 ····· 117

Ⅴ. 구체적 사례 검토 - 우리나라의 경우
1. 법의 지배와 법학 방법론 ····· 120
2. 한국 법해석론의 문제점 ····· 123
3. 헌법 해석과 법률 해석
가. 객관성, 예견가능성, 유추해석 ····· 128
나. 헌법 해석과 법률 해석 ····· 135
다. 구체적 적용 - 병역법 제88조 '정당한 사유' 해석 138
라. 소결 ····· 140
4. 구체적 검토
가. 검토 대상 ····· 142
나. 스칼리아의 관점
(1) 한국의 원본주의 적용 가능성 ····· 143
(2) 쟁점 1 - 법률 의미가 제정 당시에 고정되는지 ·· 145
(3) 쟁점 2 - 위헌결정의 소급효의 시적 한계를 같은 법조항에 대한 헌법재판소의 이전 합헌 결정시로 제한할 수 있는지 ····· 147

Ⅵ. 결론
1. 우리는 모두 원본주의자다 ····· 149
2. 우리들의 원본주의 ····· 152

참고문헌 ····· 155
Abstract ····· 167

스칼리아 원본주의 법해석 방법론 연구
- 드워킨과의 논쟁을 중심으로

-최용범

Ⅰ서론

1. 논문의 의의 - 원본주의는 한국에서 어떤 의미가 있는가?

민주주의 국가에서 헌법이나 법률은 구성원이 직·간접적으로 참여한 표결 절차에서 통과될 때 법으로서 인정된다. 물론 이를 최초로 발의하고 초안을 잡은 누군가가 존재하고 법에는 그의 의사가 상당 부분 반영되어 있다. 하지만 초안이 토의를 거치며 발의자의 본래 의사는 상당부분 탈색되고 구성원은 수정된 최종안을 법으로 승인한다. 법은 통과된 뒤에도 발의자의 이름을 붙여 '○○○법'으로 불리기도 하지만 법은 발의자의 소유물이나 사적 기록이 아니므로 이 법을 해석할 때 '○○○'의 의견을 일일이 물어볼 필요는 없다. 예를 들어 '부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률'(별칭 '김영란법')의 해석은 김영란에게 직접 물어야만 해결되는 것이 아니고 이러한 방법은 우리 실무에서 적절하지도 않다. 그러나 미국 법률가 중에서는 헌법 조항을 해석할 때 건국 영웅(founding father)의 의사가 무엇이었는지가 제일 중요하다고 생각하여 그들이 토론한 회의록, 편지 심지어 개인적인 일기까지 찾아내어 조항의 의미를 밝히고자 하는 사람들이 있으며, 미국 국민 중에는 이러한 사고를 지지하는 숫자가 적지 않다.[1]우리 법문화의 관점에서는 익숙치 않은 이 태도는 원본주의(originalism)라고 불리우며 미국에서는 오래전부터 영향력을 행사해왔다.

원본주의란 헌법 또는 법률의 의미는 제정되는 시점에 객관적으로 고정되며 이후

1) 설문조사에 따르면 '대법원은 결정을 할 때 헌법의 저자의 원래 의도만을 고려해서 결정을 내려야 한다.'는 질문에 대하여 미국민의 37%~49%가 동의하는 것으로 나타난다. Jamal Greene, 'Profiling Originalism' Columbia Law Review, Vol.111(2), 363쪽

실질적으로 의미가 달라질 수 있는 사회적 변동이 존재한다고 할지라도 정해진 절차에 의하지 않고 법관의 해석으로 의미를 바꾸는 행위를 최대한 자제해야 한다는 법해석 방법론으로 전세계적으로 거의 유일하게 미국에서만 법률가 및 일반 국민들 모두에게 지지 받는 이론이다.[2] 예를 들어 미국 시민의 무기 보유권을 인정한 수정헌법 제2조는 대량살상용 총이 개발되기 이전인 1791년에 제정되었다. 총기 사고로 매년 수 천명이 사망하는 21세기 미국에서 규제 입법이 번번이 막히는 이유는 많은 미국인들이 수정헌법이 이를 기본권으로 보장하고 있다고 믿기 때문이다. 한편 한국은 미국에 비해 헌정사(憲政史)가 짧은데 반해 개정이 자주 이루어졌으므로 원본주의적 해석 결과와 실제 현실간의 괴리가 상대적으로 적다. 따라서 원본주의를 연구하고 한국 법현실에 적용할 실익이 거의 없다고 볼 수도 있다.[3] 그러나 한국에서도 600여년 전에 정해진 수도가 관습헌법이 되어 수도이전법률을 위헌으로 만든 전례가 있을 뿐만 아니라[4] 불과 십여년 사이에 동성애에 대한 사회적 인식이 급격하게 바뀌는 현실에서 70년의 헌정사[5]는 결코 짧은 시간이라고 볼 수 없다. 단적으로 원본주의에 따르면 남북 분단 상황에서 제정된 제헌헌법의 양심의 자유(제12조)는 국토방위의 의무(제30조)와의 관계상 양심적 병역거부를 그 내용으로 갖지 않는다고 보이므로 지금은 물론 한반도에 영구 평화가 찾아왔더라도 헌법을 개정하지 않는 이상 현 징병제는 절대로 양심의 자유를 침해할 수가 없다. 같은 논리에서 이미 위헌 결정이 난 혼인빙자간음죄 및 간통죄 역시 원본주의적 관점에서 보면 다른 결론이 나올 가능성이 높다.

---

2) 그린(Greene)은 과거의 일정 시점에 의미가 고정된 헌법이 현재를 규율(authority)한다는 원본주의 주장은 캐나다, 남아프리카 공화국, 인도, 이스라엘 및 대부분의 유럽의 법률가들에게 바보 같은 소리(pooh-poohed)로 들린다고 말한다. 그는 미국에서만 원본주의가 강력한 힘을 발휘하는 이유로 ① 과거의 인물을 우러러 보는(lionize)는 경향 ② 미국 헌법은 환경의 변화에 따른 진화의 산물이 아닌 혁명의 결과인 점 ③ 원본주의는 미국 내에서 자신들의 정치 요구를 법원을 통해 관철시키려는 정치사회 운동의 도구로 사용되는 점 ④ 미국은 다른 나라와 다르게 연방대법관 청문 절차에 일반 대중이 영향력이 미칠 가능성이 높은 점 ⑤ 미국의 정치문화의 풍조(ethos)는 여러 해석의 경쟁보단 단일한 해석을 더 선호하는 점 ⑥ 성서의 본뜻을 강조하는 복음주의 전통이 강한 미국의 종교성을 들고 있다. Jamal Greene, 'On the Origins of Originalism', Texas Law Review, Nov 2009, Vol.88(1) 3-7쪽; 한편 폰타나(Fontana)는 새질서를 창조한 건국헌법과 국가가 이미 존재하고 다만 질서를 재구성한 헌법을 구분하고 전자일수록 원본주의가 강하게 나타난다고 주장한다. Fontana, 'Response Comparative Originalism', Texas Law Review SEE ALSO, , Vol.88, 190쪽

3) 조홍식은 '근대성이 외부에 의해 강요된 우리나라는 미국 "Founding Fathers"의 갑론을박과 같은 헌법사(憲法史)를갖고 있지 않으며 (중략) 외국의 논의를 비교법적으로 참조하게 되는데, 이런 노력도 정작 그 외국의 논의가 출발점으로 삼은 어떤 정치사상에 대한 탐구와는 단절된 채 진행된다.'라며 외국 방법론의 무비판적인 이식을 경계한다. 조홍식, '물경시정치 - 비례입헌주의를 주창하며', 서울대학교 법학 제49권 제3호(2009) 99쪽

4) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등

5) 대한민국 헌법 전문은 '1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법'을 명시하여 연속성을 천명하고 있다. 또한 '대한민국은 3.1운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통을 계승'하므로 상해 임시정부의 '대한민국임시헌장'을 헌정사에 포함시키면 기간은 더욱 연장된다.

물론 이와 같은 결론은 직관적으로 불합리하게 느껴진다. 왜 이 세상에는 없는 죽은 자들이 옛날에 결정한 것에 현시대의 우리들이 구속되어야 하는가? 특히 한국은 식민통치와 군사독재를 겪으며 권력의 횡포에 시민들의 자유와 민주주의가 억압받은 역사가 있고, 87년 민주화 이후 사법부는 시민의 권익을 보호하고 나아가 신장시키는 중요한 기관으로 인식되어 왔다. 오랜 민주주의 전통을 토대로 종교적 복음주의 및 정치적 보수주의와 결합한 원본주의는 미국에서는 유효 적절한 이론일지 모르나 한국에 이를 적용하는 것은 반동적 사법문화를 지지하는 악영향을 미칠 가능성도 분명 존재한다. 그러나 원본주의를 미국만의 고유한 특성과 연관지어 보편적 법이론이 아닌 특수한 법 현상(phenomena)으로 보는 것은 원본주의가 지닌 법치주의·민주주의의 함의를 놓치는 일이다. 원본주의를 이론적 가치가 없는 보수적 정치 이념으로만 보면 스칼리아, 토마스 대법관 및 유수의 법실무가는 물론 법학교수들이 이를 지지·발전시켜온 이유를 합리적으로 설명할 수 없다. 여성의 낙태권, 동성애, 반인종주의 등을 지지하는 자유주의적 진영 및 법실무가, 학자들은 원본주의에 대한 비난과 비판을 말 그대로 폭풍같이 퍼부었지만 원본주의는 지금도 사라지지 않는다. 그 이유는 객관적 사회 규칙으로서 법을 발견하는데 원본주의는 확실히 나은 방법을 제공하기 때문이다.[6]

현재 시점에서 과거의 헌법 및 법률을 해석하는 것은 사회 정의와 구체적 타당성을 높이는 방법일 수 있다. 하지만 법률을 창설·변경·폐기하는 권한은 엄연히 입법기관인 국회에 있고 사법부는 이를 적용할 뿐이라고 일반적으로 인식한다. 예외적으로 헌법재판소가 위헌법률을 심사할 수 있으나 권력분립, 민주주의 원리는 물론 법체계의 안정성의 요청 때문에 급진적인 법해석은 자제된다.[7] 법의 최종 해석자인 사법부와 법관의 독립은 자의적 판단의 보호막이 아니라 정치적 판단에 흔들리지 않는 객관적 법해석의 보장과 독려의 의미로 보아야 한다. 법체계를 구성하는 원리는

6) 타라 스미스는(Tara Smith)는 '한 이론을 매장시키고도 남을 비판이 쏟아졌지만 원본주의는 왜 살아 있는가?', 왜 원본주의는 덜 계몽된 대중 뿐만이 아니라 수 많은 법학자와 철학자들의 지지를 받고 있는가?'라는 질문을 던지며 그 이유는 원본주의가 다른 모든 이론들 중에 법의 지배(rule of law)의 핵심인 해석의 객관성을 가장 잘 획득할 수 있기 때문이라고 본다. Tara Smith, 'Why Originalism won't die - common mistakes in competing theories of judicial interpretation', Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, Annual, 2007, Vol.2, p.160-161

7) 로날드 드워킨(R. Dworkin), 장영민 역, 『법의 제국』, 아카넷, 138쪽. 이하에서는 『법의 제국』라 간단히 표시하며 인용 쪽수만 병기하도록 한다.

부정의(不正義)를 적극적으로 시정하길 원하면서도 신중하고 객관적인 판단을 요구한다. 야구 감독이 선수에게 다음과 같이 지시한다. “1루에 나가 있을 때는 늘 최선의 판단으로 2루를 훔칠 수 있도록 하게. 그러나 함부로 도루를 해서도 안되네.” 안타를 치고 1루에 나가 보니 봐야할 사인(sign)이 너무 많다. 덕아웃에 앉아 있는 감독, 1루 코치, 타석에 서있는 타자, 응원석의 관중들. 야구선수는 이 **복잡한 상황을 누가 정리해줬으면 좋겠다**고 생각한다. 법관이 처한 상황은 1루에 나가 있는 야구선수보다 더 나쁘다. 적어도 야구선수는 세이프 또는 아웃으로 자신의 결과를 확인할 수 있다. 법관은 2루 베이스가 어디에 있는지도 확실히 알지 못한다. 한편 안이한 법관에겐 이보다 더 좋은 놀이터도 없다. 야구선수는 사인을 잘못 읽으면 아웃되지만 최종심의 법관의 판단은 이를 아웃이라 판단할 심판도 기준도 존재하지 않는다.

한국 사회는 대법원 및 헌법재판소 판단에 열광하고 실망한다. 보수와 진보, 여당과 야당, 다수자 소수자가 사법부의 입에 귀를 기울이고 오늘의 찬사와 내일의 비판을 예비한다. 대통령을 뽑는 나의 한 표가 선거 결과를 바꾼다고 실감하는 사람은 드물다. 그러나 재판관 한 명의 의견은 대통령이 한 결정을 뒤집을 수 있다.[8] 다수를 찍지 않은 나의 선택은 사표가 되지만 재판관의 소수의견은 사회의 논쟁을 촉발시키고 훗날 다수의견의 밑거름이 되기도 한다. 현 사회에서 시민 한 명과 재판관 한 명의 비중은 분명히 다르다. 현인(賢人)의 지혜는 존중받아 마땅하지만 철인국가(哲人國家)가 되는 것은 경계해야 한다. 민주주의의 대표성(representative) 및 정당성(legitimacy)의 부족함은 사법부의 판단이 객관적일 때에만 정당화(justified)될 수 있다. 법의 지배(rule of law)와 법관의 지배(juristocracy)는 명백히 다르다. 원본주의는 판단의 근거를 과거에 제정된 법의 의미에서 찾으므로 다툼의 가능성이 상대적으로 적다. 여기에 시간, 장소, 환경, 사회·도덕적 인식, 법문화의 변화를 고려하려는 노력을 뭉뚱그려 ‘합리적 해석’이라고 부르고 이것이 법관의 권한이자 의무라고 주장하는 사라들이 있다. 원본주의자들은 묻지 않을 수 없다. 합리적 기준이라는 것이 도대체 뭐냐고. 원본주의는 적어도 위대한 반대자로서 경각심을 일깨워준다.

8) 신행정수도 위헌판결에서 다수의견은 ‘대한민국 수도 = 서울’이라는 관습에 국민적 확신이 존재한다고 판단하며 신행정수도 이전을 공약으로 내세워 당선된 대통령이 국회와 협의해 제정한 입법을 무효화 했다.(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등)

2. 논문의 목적 및 대상

스칼리아는 원본주의의 뿌리를 영국 보통법 전통에서 찾는다. 이후 원본주의에서도 여러 지류(支流)가 갈라져 법의 의미를 고정시키는 기준으로 입법자의 의사, 문언, 역사 및 전통 등 의견이 갈린다. 본 논문은 그 중에서도 미국 연방대법관으로 30년간(1986~2016) 재직하며 미국 원본주의 이론을 이끈 고(古) 스칼리아 대법관[9]의 원본주의를 다룬다. 스칼리아는 입법자가 의도한 법률의 의미를 중심으로 전개되던 원본주의의 흐름을 법문언 자체의 사전·문법적 의미를 중심으로 해석하는 방향으로 바꾼 최초의 인물이다. 그는 독실한 카톨릭 신자이자 열렬한 공화당 지지자였고 보수 법조계를 이끄는 아이콘으로서 찬사와 반대 진영의 경멸을 동시에 받았다. 낙태, 동성애, 종교의 자유에 대한 그의 이념적 지향은 뚜렷했으나 스칼리아는 자신은 이념과 무관하게 법문언에 근거해서만 판결을 내린다고 주장했고 이 때문에 원본주의에 반대하는 진영에서조차 원본주의적 논리로 스칼리아를 반박하는 진풍경이 벌어지기도 했다. 미국 역사상 가장 영향력 있는 대법관으로 꼽히는 그는 원본주의자들의 왕[10]으로 불리며 법실무·이론계에 지대한 영향을 끼쳤다. 그는 2012년 『Reading Law』로 자신의 원본주의 이론을 집대성하였다. 스칼리아 본인은 부정하지만 그의 원본주의는 법률해석과 헌법해석에서 결이 조금 다르다. 전자에서는 철저히 문언을 중심으로 하는 원문주의(textualism) 방법을 취하지만 후자에서는 역사와 전통을 중시하는 기존의 원본주의 방법에 더 가깝다. 이 같은 방법론의 분화를 가리키며 드워킨은 스칼리아의 이론은 일관성을 잃고 갈팡질팡 한다고 비판한

9) 스칼리아(1936~2016)는 뉴저지 주에서 이탈리아 이민 가정의 외동아들로 태어났다. 조지타운 대학교와 하버드 로스쿨에서 수학한 후 그는 몇 년간 로펌 변호사로 활동하다 로스쿨 교수로 자리를 옮긴다. 1970년 대 미국 닉슨, 포드 정권에서 법무직을 수행하다 1982년 레이건 대통령에 의해 항소법원 판사로 지명되었고 1986년엔 찬성 98표 반대 0표로 연방대법원 판사로 임명되었다. 스칼리아는 30여년간 대체 불가능한 대법관으로 보수 진영의 절대적인 지지를 받았으나 다른 보수 대법관의 의견이라 할지라도 자신이 볼 때 일관성이 없다고 생각하면 가차 없이 비판하였다. 그의 법철학인 원본주의는 많은 이론적 결함이 지적되었으나 자기 의견은 알기 쉽게 설명하면서 반대 의견의 맹점을 독설적 수사로 논파하는 스칼리아의 능력은 호불호를 넘어 언제나 언론과 대중들의 관심을 받았고 이 강력한 호소력 때문에 원본주의에 반대하는 대법관조차도 스칼리아를 반박하기 위해 원본주의적 방법으로 논증을 시도하는 일이 점증했다. 그는 연방대법원의 불문율을 깨고 무수히 많은 강연, 연설, 언론사 인터뷰, TV출연 등을 통해 자신을 적극적으로 대중에게 노출시켰고 이 때문에 그는 연방대법관을 바라보는 미국 시민들의 관점을 완전히 바꿨다는 평가를 듣는다. 그의 보수적 종교관, 엘리트주의, 흑인 비하적 언행은 물론 후임 지명을 민주당 대통령이 하는 한 퇴임하지 않겠다고 말할 정도로 공화당 친화적인 성향은 늘 논쟁의 대상이었다. 그러나 그의 동료 대법관이자 오랜 논쟁 상대였던 긴즈버그는 스칼리아의 덕분에 '다수 의견은 초안보다 더 명징하고 설득력 있게'될 수 있었다고 인정할 만큼 그의 '죽여주는 반대의견(damning dissent)'은 정치색을 떠나 미국 법조인들에게 많은 영향을 주었다.

10) Bruce Allen Murphy, 『Scalla』 Simon&Schuster(2014) 22장 제목

다. 이 둘은 프린스턴 대학교에서 발표자와 토론자로 만나 공박을 주고받았고 이 내용은 이후 『A Matter of Interpretation』(1997)으로 엮여 출판되었다. 드워킨은 「The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve」(1997)[11]에서 논의를 한 차례 심화시켰다.

드워킨은 법철학은 사법(司法)의 총론이며 법적 판단의 묵시적 서장[12]이라고 선언하고 평생에 걸쳐 자유주의적 가치를 이론적으로 옹호해왔다. 동성애와 낙태에 관하여 드워킨은 이념적으로나 이론적으로 스칼리아와 대척점에 서있다. 드워킨은 법관이 법해석에서 주관적 판단을 개입하는 것은 불가피할 뿐만이 아니라 오히려 법이 적극적으로 요청한다고 보고 원본주의와 정반대로 법전에 나와 있지 않는 도덕원리를 인식하여 판결에 반영해야 한다고 주장한다. 그는 법을 전쟁, 사건 사고처럼 발생하는 순간 그 의미가 고정되는 역사적 사실로 보는 원본주의를 불가능한 이론적 구상으로 본다. 특히 스칼리아에게는 그의 원본주의 방식대로 법을 해석한다면 오히려 스칼리아와 정반대의 결론에 이른다고 주장하며 직격탄을 날린다. 이에 대해 스칼리아는 드워킨은 법관을 법의 궁극의 해석자로 옹립시켜 민주주의를 전복시키려 한다고 재반박한다. 판단 기준이 법관의 주관에서 기인하는 한 객관적 법해석은 불가능하다는 것이 스칼리아의 판단이다. 반면 드워킨은 물리적 실체를 증명하는 수준의 법해석의 '객관성'에 대한 환상을 버리면서도 충분히 객관적일 수 있다고 본다. 본 논문은 스칼리아의 원본주의를 기준으로 드워킨의 법이론을 비교·대조하며 '객관적 법해석'의 의미와 가능성을 살펴보는 것을 목적으로 한다.

Ⅱ장에서는 스칼리아 원본주의 및 원문주의를 방법론적 차원에서 살펴본 후 이론적 근거로 제시하는 객관성, 법치주의, 민주주의와의 지지관계를 스칼리아가 남긴 법정의견과 함께 검토한다. 드워킨의 이론은 법학, 정치철학, 윤리학의 경계를 넘나들며 종합 철학의 성격을 띤다. 유기적으로 연결된 이론을 분절하여 다루는 것은 적절하지 않으나 논문의 길이와 성격상 법해석론에 집중하여 Ⅲ장에서 다룬다. Ⅳ장은 스칼리아와 드워킨의 논쟁을 엮은 『A Matter of Interpretation』을 토대로 둘의 법해석 방법론을 대비하여 보여주기 위해 비판, 반박, 재반박의 틀로 구성되었다.

---

11) Dworkin, Ronald. "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve" Fordham Law Review 83.5 (2014-2015): 2221-2240. 이하 「Fidelity」라고 칭한다.
12) 『법의 제국』, 141쪽

다만 위 문헌에서 스칼리아와 드워킨이 주고 받은 공박은 다소 단편적이므로 이는 Ⅱ, Ⅲ장에서 검토한 둘의 이론을 덧붙여 심화된 가상 논쟁임을 밝힌다. Ⅴ장은 한국 법학방법론의 현재를 살펴보고 객관성을 추구하는 법이론으로서 원본주의를 한국 법체계에 적용시켜 봄으로써 새로운 법해석의 가능성을 살핀다. Ⅵ장에서는 논의를 요약하며 논문의 부족한 점과 앞으로의 연구 과제를 살펴본다.

3. 선행 연구

드워킨에 대하여는 김준석[13], 최정인[14], 이동민[15]의 학위 논문이 있고 드워킨의 법해석론에 근거하여 한국 판례를 해석한 김도균의 논문[16] 등 다수의 학자들에 의해 한국 법이론·실무에 접목시키려는 노력이 이루어지고 있다. 그러나 스칼리아에 대한 논문 다소 빈약한데[17] 스칼리아의 원문주의(textualism)를 주제로 김종구[18]의 논문이, 미연방 대법원의 헌법해석을 분석하며 스칼리아를 언급한 차강진[19], 정영화[20]의 논문이, 미국의 법해석 논쟁에서 스칼리아의 이론을 다룬 남기윤[21]의 논문이, 민주주의와 헌정주의의 갈등 측면에서 원본주의의 역할을 논의하며 스칼리아의 주장을 언급한 박성우[22]의 논문이, 스칼리아의 원문주의가 우리나라 대법원의 문언중심주의와 유사하다고 분석하며 이는 형식적 법치주의에 지나지 않는다고 비판한 최봉철의 논문[23]이 있다. 그러나 선행 연구는 스칼리아의 경우 비판의 대상으로 이론적 단점만 제시되어 원본주의가 왜 미국에서 강력한 영향력을 발휘하는지를 알기

---

13) '로날드 드워킨의 구성적 해석에 관한 연구 : 『법의 제국』을 중심으로, 서울대학교 석사논문(1996)
14) '드워킨의 연쇄소설 개념에 관한 연구 : 법과 문학의 관점에서', 서울대학교 박사논문(2006)
15) '영미법상 판례변경의 법리 : 법원칙 모델을 중심으로', 서울대학교 박사논문(2012)
16) 김도균, '우리 대법원 법해석론의 전환 : 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성을 향하여', 법철학연구 제13권 제1호(2010)
17) 다만 하버드 로스쿨 교수이자 원본주의 이론가인 매닝(Manning)의 신문언주의를 연구한 논문으로 이상윤, '미국 제정법 해석에서의 신문언주의 방법론에 관한 고찰 - John F. Manning의 법이론을 중심으로', 서울대학교 석사논문(2016)
18) 김종구, '미국 연방대법원의 법해석과 텍스트주의' 미국헌법학회 제21권 제3호(2010)
19) 차강진, '미국 연방대법원의 역할과 헌법해석', 부산대학교 법학연구 제40권 제1호(1999)
20) 정영화, '미국 연방대법원의 헌법해석의 진화와 쟁점', 홍익법학 제16권 제4호(2015)
21) 남기윤, '현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법 - 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론의 연구(4-2)', 저스티스 100권(2007)
22) 박성우, '민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화 : 미국헌법 해석에 있어서 원본주의(Originalism)논쟁의 의미와 역할' 한국정치학회 한국정치학회보 제40권 제3호(2006)
23) 최봉철, 문언중심적 법해석론 비판, 법철학연구 제2권(1999); 최봉철은 스칼리아의 법해석론을 언어학 관점에서 비판하고 드워킨의 구성적 해석론을 소개하는 등 본 논문의 구성과 유사한 접근을 한다. 그러나 2000년대의 스칼리아의 판결 및 주요 저작이 소개되지 못한 한계가 있다.

어렵고 드워킨의 경우 법해석 방법론 보다 다른 측면에 주목한 연구 결과가 많다. 본 논문은 스칼리아의 법철학을 전체적으로 조명하며 법해석의 객관성을 지향하는 방법론으로서 원본주의의 장점을 제시하고 이를 드워킨의 방법론과 대조함으로써 장점은 물론 단점도 좀더 뚜렷하게 살필 수 있게 서술한 점 및 이를 우리 나라의 판례에 적용시켜 분석함으로써 두 방법론의 실질적 함의를 살핀 데 의의가 있다.

4. 번역어의 선택

원본주의(originalism)의 이론적 뿌리는 영국 보통법부터 존재하나 이 용어는 1980년대 초 브레스트(Brest)에 의해 처음 사용되었고 그 이전에는 intentionalism 또는 interpretivism 등으로 불려왔다.[24] 원본주의가 미국에서 기원하고 그 밖에서는 큰 반향을 일으키지 못한 까닭인지 현재 한국에서는 통일된 번역어가 존재하지 않는 것으로 보인다.[25] Originalism의 번역어로는 원본주의, 원의(原意)주의, 원의(原義)주의, 원초주의, 원래주의, 시원주의, 본의주의 등이 사용될 수 있다. 한국의 경우 남기윤, 차강진은 원의(原意)주의를, 김종구는 원초주의를, 정영화, 박성우, 이계일은 원본주의, 함재학은 원래주의[26]를 번역어로 선택하였는데 아래와 같은 이유에서 원본주의가 번역어로 적절하다고 생각한다.

첫째, 번역어를 선택할 때는 그 단어 자체에서 직접적으로 전달되는 의미의 결이 중요한데 일상에서 잘 통용되지 않아 한자어를 보지 않는 이상 정확한 뜻을 추측하기 어렵다면 이 번역어의 선택을 자제하는 것이 옳다고 생각한다. 원의(原意, 原義), 원초(原初)는 일상에서 잘 사용하지 않는 반면 원본(原本)은 한국어를 사용자라면 누구나 비슷한 어의(語義), 어감(語感)을 공유한다. 둘째, original은 일반적으로 원본이라고 번역하지 원의라고 하지 않아서 원본주의는 original + ism 조어법에도 자연스럽게 맞아떨어진다. 셋째, 미국은 건국 영웅(founding fathers)에게 특별한 권위를 부여하며 그들이 서명한 문서의 원본(original)을 지금도 보관·전시하고 있

24) 박성우, 위 논문 58쪽 각주 8; 정영화, 위 논문 97, 98쪽;
25) 일본은 한국에 상대적으로 원본주의에 대한 연구가 활발히 이루어 지고 이에 대한 연구서도 단행본으로 나온 상황인데(大河内 美紀,『憲法解釈方法論の再構成—合衆国における原意主義論争を素材として』, 日本評論社) 번역어로 원의주의(原意主義)를 채택하고 있는 것으로 보인다.
26) 함재학, '드워킨의 헌법사상 : 헌법적 통합성과 파트너십 민주주의', 한국법철학회, <법철학연구> 12권1호 (2009), pp.183-222. 190쪽 각주 12

다. 이때 원본은 단순히 내용이 아니라 유일무이한 물질성(documents)이 포함된 것이므로 뜻에 강조점을 둔 원의(原意)보다 뜻과 물질성을 모두 포괄하는 원본(原本)[27]이 더 적절하다. 넷째, 스칼리아가 입법자의 의도(intention)에서 문언으로 해석의 중심을 옮기기 전까진 원본주의는 intentionalism 또는 interpretivism 등으로 불리며 주관적 색체가 강했고 이 경우 한자 意를 사용한 원의(原意)주의가 적절한 번역어가 될 수 있다. 그러나 스칼리아 이후 입법자의 의도만을 강조하는 원본주의자는 자취를 감추고 의미론(sementic)과 같은 언어철학을 활용하며 문언(text)의 객관적 의미를 중시하는 학자들이 늘어났다.[28]따라서 뜻(意)과 물질(本)을 포괄하는 상위개념으로 원본주의를 두고[29] 그 이론적 지류로서 원의주의(intentionalism/interpretivism) 및 원문주의(textualism)을 분류하는 편의성이 있다. 따라서 originalism의 번역어로는 원본주의를, 초기 원본주의는 원의주의(intentionalism/interpretivism)[30]를, 스칼리아의 법률 해석 방법론은 원문주의(textualism)를 각 번역어로 선택하고 필요에 따라 영어를 병기하도록 한다.[31]

27) 일본어에서 本은 한국어 권(卷)과 같은 의미로 책을 셀 때 쓰는 수량 명사라는 점에 비추어 한자어 本에는 책 또는 문서와 같은 물질성이 들어있다.

28) 정영화는 의도를 중시하는 초기 originalism을 구 원본주의로 법문(text)를 중시하는 최근 Originalism을 신 원본주의로 분류한다. 위 논문 98쪽

29) Winfried Brugger은 미국 법해석 사조를 독일의 4가지 법해석 방법론(문언해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석)에 대응시킬 때 interpretivism/intentionalism을 역사적 해석에, textualism을 문언해석에 대응시키며 양자를 절충한 상위 개념으로 originalism을 배치시키고 있다. Winfried Brugger, 'Legal Interpretation, Schools of Jurisprudnece, and Anthropology : Some Remarks From a German Point of view', The American Jourrnal of Comparative Law Vol. 42, No. 2(1994) 403쪽 표1(Table 1)

30) 다만 일반적으로 interpretivism의 번역어로 '해석주의'가 주로 사용되며 원본주의와 다소 다른 결에서 논쟁이 진행되기도 하므로 이하에 원의주의는 intentionalism만 가리키는 것으로 한다.

31) 또한 원문에 표기된 강조를 인용하면서 그대로 옮긴 경우 각주에 '원문 강조'임을 표기하고 그 이외에 별도의 각주 없이 강조 및 밑줄이 쳐진 부분은 이해를 돕고 가독성을 높이기 위해 논자가 직접 표기한 것임을 밝힌다.

Ⅱ 스칼리아 원본주의

1. 원의주의

원본주의란 용어를 최초로 사용한 것은 브레스트(Brest)이다. 그는 원본주의를 '문언 및 이를 만든 사람들의 의사에 엄격히 구속되어 헌법 재판의 한 형태'라고 정의하며[32]이는 일리(Ely)의 해석주의(interpretivism)와 동일한 개념이라고 소개하는데 일리는 해석주의를 헌법재판에서 '헌법적 이슈를 판단하는 법관은 성문헌법상 명언되었거나 뚜렷이 암시된 규범을 집행하는 것에 그치는' 태도를 말하며 도덕 원리와 같이 '헌법전 내에서는 발견될 수 없는 규범'을 적극적으로 반영하는 비해석주의와 반대되는 사조로 설명한다.[33] 원본주의 또는 해석주의에 의하면 법관은 최상위 법이자 주권자의 의지인 헌법에 구속되어야만 하므로 헌법에 나와 있지 않거나 배치되는 개인적 견해를 바탕으로 헌법을 읽어선 안된다. 법관은 민주적인 절차에 의해 선출된 사람이 아니기 때문에 민주적 정당성을 가진 입법부의 의사를 함부로 왜곡·훼손해선 안된다. 따라서 법관의 법 해석(interpretation)이란 없는 법을 창조(creation)하는 것이 아니라 이미 만들어져 있는 법을 발견(discovery)하는 행위다.

원본주의는 1980년대 초에 사용되기 시작했지만 그 뿌리는 미국 초기 헌법 재판으로 거슬러 올라간다. 미국 초대 대법원장인 마샬(Mashall)은 "언어는 다의적이기 때문에… 목적, 문맥, 입법자의 의도를 모두 고려하여 법을 해석해야 한다."고 말했고 연방 대법원은 '무엇이 정의인지를 판단하는 것은 법원이 할 일이 아니다. 이는 헌법을 주조(frame)한 주권자의 역할이다. 법원은 최선을 다해 그들이 당시 어떤 의미로 헌법을 만들었는지를 찾아서 다만 이를 적용'하고 '모든 시민(citizens)은 주권자이며 이 주권국의 구성원이다. (…) 헌법에서 '시민'은 흑인을 배제하려는 의도로 쓴 낱말이며 (…) 흑인은 헌법 제정 당시에 우월한 인종의 지배를

32) Brest, Paul. "Misconceived Quest for the Original Understanding, The." Boston University Law Review 60.2 (1980): 204-238. 브레스트는 원본주의의 하위 개념으로 문언을 중시하는 원문주의(textualism)와 입법자의 의사를 중시하는 원의주의(intentionalism)을 제시하고 양쪽이 이론적 순수성을 극단적으로 끌여 올릴 경우 둘은 결코 융합할 수 없지만 온건한 수준에서 둘은 보완적 관계가 된다고 본다. 아래에서 보지만 브레스트의 분류에 따르면 스칼리아는 온건한(moderate) 원본주의자에 가깝다.

33) 존 하트 일리(J. H. Ely), 전원열 역, 『민주주의와 법원의 위헌심사』(Democracy and Distrust), 나남신서. 36쪽

받는 노예(subordinate)이자 저열한 존재(inferior beings)로 인식되었다.'[34]고 판단하여 명백히 원본주의적 태도를 취하였다.[35]

원본주의의 최초 모습은 개인인 입법자의 의도에 방점을 두는 원의주의(intentionalism)에 가까웠다. 원의주의는 논자에 따라 다양하게 변형되지만 큰 줄기에서 다음과 같은 특징을 공유한다. 첫째, 헌법이 만들어진 순간 그 의미는 고정되고 그 이후로 동일한 언어의 의미가 달라진다 하더라도 예전의 뜻을 그대로 따라야 한다. 둘째, 법관은 주권자 또는 입법자의 의사에 구속되며 자신의 주관을 해석에 개입시켜서는 안된다. 원의주의는 민주주의에 합치되는 것처럼 보이고 법 해석의 근거를 제헌의회 회의록 등 역사적 사실에서 찾음으로서 자의적 판단을 배제하는 객관적 방법론으로 환영받았다.[36]그러나 아무리 건국세대로 한 나라의 기틀을 잡은 사람들이라 할지라도 사고와 환경이 완전히 바뀐 21세기 현대인들이 수 백년 전에 죽은 자(dead hands)들이 정한 규칙에 지배당한다는 결론[37]및 미국 헌법은 사실상 개정이 불가능하기 때문에 노예제·흑인차별과 같이 명백히 인권에 반하는 일조차 위헌이라 선언 할 수 없다는 결론은 쉽게 납득하기 어려워서 주류적 이론은 되지 못했다. 브레스트와 일리는 원의주의는 객관성을 표방하는 듯 보이지만 해석자에 따라 역사적 사료 조차 얼마든지 자의적으로 해석될 수 있고 결과적으로 보수적 이념에 봉사하게 되는 이론적 허점을 비판했고[38] 이후 학계는 물론 실무에서도 원의주의는 영향력을 잃게 되었다.

2. 스칼리아의 원문주의

가. 의도와 입법사

(1) 의도

34) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S (19 How.) 393, 621, 15 L. Ed. 691 (1857) 404-405쪽
35) Cass R. Sunstein, 'Second Amendment minimalism: Heller as Griswold', Harvard Law Review, Nov, 2008, Vol.122(1) 250쪽 각주 32
36) 존 하트 일리, 같은 책, 53쪽
37) Brest, 위 논문 225쪽; 존 하트 일리, 같은 책, 55쪽
38) 브레스트와 일리의 원의주의 비판은 아래의 스칼리아의 견해와 상당히 유사하므로 여기서는 자세한 설명은 생략한다.

스칼리아는 입법자가 의미하고자 한 것(What the lawgiver meant)인 입법자의 주관적 의도는 법률 해석에서 고려 대상이 아니라고 본다.[39]문학 비평에서는 '작가의 의도'(authorial intent)에 대한 논의가 유의미한 해석에 도움을 줄 수 있다.[40] 그러나 의도탐구가 유의미한 역할을 하는 문학 비평과 달리 법안은 서로 다른 목적을 가진 자들이 토론과 타협을 거쳐 만든 공동 창작물이다. 예를 들어 양자간 계약의 경우 한 당사자가 자기에게 유리한 계약서 초안을 상대방에게 건내면 상대방은 자신에게 불리한 조항을 삭제하고 자신에게 유리한 조항을 삽입시켜 돌려보낸다. 최종 완성된 계약서는 양당사자간의 이해관계가 짬뽕처럼 뒤섞여 도저히 일방 당사자만의 의도로 귀속시킬 수 없다. 심지어 당사자들은 진정한 의사합치에 이르지 못했음에도 단지 계약을 성사시키기 위해서 '합리적인 시간 내에'와 같이 의도적으로 불분명한 단어를 집어 넣고 서명을 한다. 고작 두명이 참여하는 계약에서 조차도 단일한 의도는 존재하지 않는데[41]수 백명이 참여하는 법률안의 경우는 말할 필요도 없다. 물론 입법자의 의도를 더 추상적인 차원에서 이해해서 최종 합의안으로 통과한 안을 법률로 인정하려는 의사라고 볼 여지는 있으나 이는 '입법권은 입법부에 속한다'의 동어반복에 불과할 뿐 법률 해석에 유용한 구체적 지침을 조금도 지시해 주지 못한다. 그렇다고 스칼리아가 의도를 법이론에서 완전히 추방시키는 것은 아니다. 그러나 이는 경제학에서 예측을 위해 가정하는 '합리적인 개인'처럼 법해석이 객관적이기 위해 법이 단일한 통일체라고 가정하고 그 안에 '입법 의도'가 들어 있다고 의제하는 것이지 결코 실제하는 것이 아니다.[42] 따라서 스칼리아는 입법자의 색채가 느껴지는 입법 의도(legislative intent)란 단어보다 중립적인 법률 의도(statutory intent)란 용어를 사용해야 한다고 주장한다.[43]

---

39) A. Scalia, ,「Common-Law Courts in a Civil-Law System : The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws」, 『A Matter of Interpretation』, Princeton univ. press(1997), 17쪽. 이하에서는『A Matter of Interpretation』이라고만 표시한다.

40) 셰익스피어의 희곡 『멕베스』에 나오는 intrenchant란 단어는 '자를 수 있는(cuttable)', '자를 수 없는(not cuttable)' 두 뜻을 모두 가지고 있다. 비평가들은 셰익스피어가 아무 생각 없이 이런 단어를 선택했다고 생각하지 않기 때문에 그가 무엇을 의도 했는지 - '자를 수 있는', '자를 수 없는' 중 어디에 더 중점이 있는지 아니면 중의적 단어에서 오는 비평적 논란 자체를 의도한 것인지 - 를 탐구하고자 한다. A. Scalia & Bryyan A. Garner, 『Reading Law : The Interpretation of Legal Texts』, Thomson/West(2012), 391쪽. 이하에서는 『Redaing Law』라고만 표시한다.

41)『Redaing Law』, 391-392쪽

42) 스칼리아는 설령 만장일치의 합의가 존재한다 하더라도 이는 의원의 주관적 의사일 뿐 객관적 법이 아니므로 이에 구속될 필요가 없다고 한다. Scalia, Antonin; Manning, John F. "Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation, A." George Washington Law Review 80.6 (2011-2012): 1610-1619. 1612쪽

법률 의도를 찾는 것은 일관된 통일체로서 표현된 법을 단어의 의미를 통해 파악하는 것이다. 따라서 이는 국회의원이 생각(meant)한 것이 아니라 국회가 한 말(said)에서 추출해야 한다.[44][45] 그러나 의도를 법논증에 활용하는 사람 대부분은 입법기록 제시하며 "국회는 이런 뜻에서 법을 제정했으며 이는 법문에 의해 명백히 지지됩니다."식의 전도된 주장을 펼친다.[46] 입법 의도는 현대의 입법 시스템이 갖추어지기 훨씬 전인 중세 보통법 시대에 적합한 용어일 뿐이므로 법해석 방법론에서 더 이상 사용돼서는 안된다.[47]

주관적 의도는 설령 존재한다고 가정하더라도 민주주의 원리 및 헌정체제 조화되지 않기 때문에 채택할 수 없다.[48] 헌법에 의해서 채택된 것은 법에 의한 지배이지 사람에 의한 지배가 아니다.(A government of laws, not of men) 입법사에 포함시킬 자료의 범위(의원이나 의회에 의해 작성된 문서에 한할지 이익·시민단체가 제출한 제안서, 의견서도 포함시킬지), 입법사로 인정된 자료 안에는 상충하는 의견들이 모두 들어 있는데 이것들의 경중을 어떻게 따질지에 대한 규칙은 존재하지 않는다. 따라서 만약 법관이 입법자의 주관적 의도를 탐색하게 할 경우 법관은 수 많은 입법사 중에서 자신의 주관에 부합하는 자료를 취사선택할 가능성이 높다.[49] 따라서 법의 해석을 입법자의 주관적 의도를 탐구하는 활동으로 보면 필연적으로 법관은 보통법

---

43) 『Redaing Law』, 393-394쪽

44) 예를 들어 옷을 잘 고치기로 소문난 가게에 "적당하게 고쳐주세요."라며 옷을 맡겼다. 이때 말한 이의 의도는 옷을 완벽하게 고쳐줄 뿐만 아니라 최근 유행에 맞게 핏을 살려주는 것이었으나 소문을 믿고 의례적으로 이렇게 말을 한 것이었다. 그러나 수선사는 옷을 고치기만 했을 뿐 핏을 봐주지는 않았다. 말한 것(고침)과 생각한 것(고침 + 핏)의 균열이 있을 때 해석자는 무엇을 선택해야 하는가 하는 문제에 대해 스칼리아는 '말한 것'을 선택한다.

45) 스칼리아는 이를 대변하는 문장으로 홈즈 대법관의 다음과 같은 문장을 거듭 인용한다. "우리는 입법부과 무엇을 의도했는지를 밝히는게 아니라 오로지 법이 어떤 의미를 가지는지만 생각한다." 『A Matter of Interpretation』, 23쪽; 『Redaing Law』, 375쪽

46) 『Redaing Law』 § 68. The false notion that the plain language of a statute is the best evidence of legislative intent

47) 당시에는 판사가 곧 입법자로서 법관의 법형성이 당연시 되었을 뿐만 아니라 대법원장 Hengham은 1305년 국회에서 "우리가 당신들보다 훨씬 나으니까 법을 제정하지 말아라."라고 호통을 치기까지 했다. 이런 맥락하에 보통법 판사는 생리·정신적 '입법 의도'를 판결에 끌어들일 수 있었으나 법이 사법권과 분리된 입법제도의 산물로서 인식되는 이상 '입법 의도'는 더 이상 고려 대상이 아니다. 『Redaing Law』, 395쪽

48) 스칼리아는 주관적 의도는 표현되지 않는다(unpressed)고 보며 이는 의회주의의 핵심인 '공개성'이 부정이 되므로 민주주의 원리와 조화될 수 없고 생각하는 듯 하다. 물론 회의록 등을 참고하면 개략적으로나마 입법자들의 의사를 찾아볼 수는 있다. 하지만 입법자의 본의(本意)가 무엇인지를 찾는 것은 매우 어려운 일이라는 점을 논외로 하더라도, 스칼리아는 시민들이 찾기 어려운 입법사를 찾게끔 강요하는 것 자체가 민주주의 원리에 위배된다고 본다.

49) 『Redaing Law』, 377쪽

해석 방식을 사용하여 자신의 주관을 개입시키게 된다.[50]

(2) 입법사

스칼리아에게 있어 해석의 대상이 법 자체인 이상 입법사(위원회 토론 기록, 전문위원 보고서[51], 위원회 진술 등)가 법해석에 미치는 영향은 미미하다.[52]입법사는 입법부의 주관적인 의도, 즉 의원 개개인의 의도를 검토하는 것이다. 그러나 소수의 법안 제안자를 제외하고 대부분의 의원들은 법안에 관심도 없고 심지어 그 존재 자체도 모른다. 주관적 입법 의도란 존재하지 않는 환상이란 사실[53]을 인정한다면 입법사는 필연적으로 배척되어야 할 자료이다.[54]

구성원이 수 백명에 달하는 입법부가 법안을 검토한다는 것은 불가능하므로 실질적인 법안의 제정 및 검토 권한은 소위원회에게 위임되었기 때문에 입법사는 중요한 검토 자료라는 반론이 있으나[55] 미국 연방 헌법은 행정부의 경우 대통령의 권한을

---

50) 스칼리아는 하버드 로스쿨 학장이었던 Landis의 문장을 인용한다. “입법 의도라는 미명하에 심각한 범죄가 행해지고 있다. 판사는 부정하겠지만, 제정법을 보통법 방법에 따라 해석함으로써 자신이 사실상의 입법자가 된다는 사실을 간과하고 있다. 판사는 입법부가 특정 단어에 의도를 심어 놨다고 보는 생각해 입법 의도를 찾지만 이는 명백하게 판사 자신의 것이다. 입법 의도를 운운하는 실무 관행을 용인하는 것은 샤먼의 주술적 힘으로 돌아가는 것이나 다를 바 없다.”, James M. Landis, A note on "Statutory Interpretation" 43 Harv. L. Rev. 886, 891(1930); 『A Matter of Interpretation』, 18쪽에서 재인용

51) 우리나라 국회법 제42조는 국회 상임위원회의 입법활동을 지원하기 위해 전문지식을 가진 전문위원을 두고 이들은 위원회 심사 의안을 조사하고 검토보고서를 작성하도록 하며 같은 법 제58조는 법안심사 전에 반드시 전문위원의 검토보고를 검토보고를 듣도록 규정하고 있다. 각 위원회마다 수석전문위원 1인을 두고 그 밑으로 전문위원, 입법심의관, 입법조사관 등이 배치되는데(국회사무처법 제8조) 전문위원은 법률안, 예산안, 청원 등 소관안건에 대한 검토보고(국회사무처법 제9조 제2항 제1호), 의안에 관한 자료수집·조사·연구(제2호) 위원회 질의시 질의자료 제공(제3호) 등의 업무를 수행한다.

52) 이익집단은 로비스트를 동원하여 위원회에 제출될 보고서 또는 의원 개인의 의사 발언을 통해 자신들에게 유리한 발언이 입법사에 남도록 영향력을 행사한다. 이 경우에는 비록 어떤 ‘의도’가 형식적으로는 의원 개인에게 귀속된다고 하더라도 이것이 그 의원의 실질적 의도라고 할 수는 없을 것이다.『A Matter of Interpretation』, 30쪽,『Redaing Law』, 377쪽

53)『Redaing Law』, 376쪽

54) 스칼리아는 자신이 항소법원 판사일 때 접했던 다음과 같은 상원 회의록을 인용하며 왜 입법사를 참고해선 안되는지 밝힌다. ‘위원회 보고서 자체는 금융위원회의 토론 대상도 수정 대상도 아닙니다. 그러므로 상원에서 또한 수정될 수 없습니다. (…) 만일 상원 의원들이 보고서 내용에 동의하지 않는 내용이 있다고 할지라도 이를 고칠 수단이 존재하지 않습니다.(…) 재판관, 행정관료, 세무 공무원 등 이런 입법 관련 서류를 볼 수 있는 사람들에게 이 점을 명확히 주장하고 싶습니다. 이것은 투표의 대상, 수정의 대상도 아니며 우리가 집중해야 하는 것은 법률에 표현되어 있는 의회의 의도(congressional intent)라는 것을.’ 『A Matter of Interpretation』, 33-34쪽

55) 최근 국회선진화법 권한행의 심판 별개 의견에서 위와 같은 의견이 표출된 바 있다. ‘우리나라 국회의 법률안 심의는 본회의가 아닌 소관 상임위원회를 중심으로 이루어지고, 국회에 접수된 안건 중 상당수가 위원회 단계에서 폐기되는 대신 위원회 심사를 거친 안건에 대하여는 본회의에서 거의 소관 상임위원회에서 심사·의결된 내용 그대로 가부(可否) 표결만 하는 이른바 ‘위원회 중심주의’를 채택하고 있다. 이와 같은 위원회 중심주의 하에서, 상임위원회의 심사는 법률을 제정하는 데 있어서 매우 중요한 과정(이다)‘ 헌재 2016. 5.

위임받은 관료 체계를 명백히 규정하였다. 그러나 입법부와 사법부는 그렇지 않다. 사법부에는 로클럭 등 법관의 업무를 도와주는 직원이 다수 존재하나 판결의 주체 및 책임은 오로지 법관에만 있고, 법관의 업무를 그 직원에게 위임할 수 없다.[56]입법권 역시 입법부 전체에 속한 것으로 소위원회에게 위임될 성질이 아니다.[57]

입법사를 검토하고 인용한 판결의 대다수는 입법사를 참조하지 않았다 하더라도 같은 결론에 도달하지만 논지를 강화시키는 차원에서 이를 활용한다.[58] 실무상 입법사는 유익한 경우가 드문데도 재판 관계인들 모두에게 엄청난 부담을 준다.[59][60] 스칼리아는 '유의미한 입법사가 존재하기 때문에 법원이 이를 인용하는 것이 아니라, 법원이 인용하기 때문에 입법사가 존재하게 된다.'[61]고 냉소한다.

(3) 목적주의의 배제

스칼리아는 의도와 입법사를 법해석의 결정적 요소로 중시하는 기존의 주류적 원본주의를 목적주의(purposivism)이라고 부르며[62]이러한 해석론은 법관에게 법을 해석하도록 명한 헌법에 반하고 객관적으로 확정할 수 없는 주관적 의도란 허상을 좇는 것이라 비판한다. 목적주의는 법을 제정한 자만이 그 의미를 결정할 수 있다는 전제에서 출발한다. 그러나 '법제정자의 주관적 의도'는 해석자에 따라 다르게 파악될 수밖에 없고 애초의 취지와 정반대로 법을 해석하는 자, 즉 법관이 법제정자와

---

26. 2015헌라1

56) 설령 판결문을 사실상 로클럭이 작성하였다 하더라도 이에 대한 분석과 비판은 이를 자신의 판단으로 채택하고 선고한 법관을 대상으로 하여야 하지 로클럭이 대상이 될 수 없다.

57) 『Redaing Law』, 386쪽; 국회선진화법 권한쟁의 인용 의견에서 위와 같은 견해가 표출된 바 있다. '우리 헌법이 국회에서 이루어지는 법률안 등 의안의 심의 주체를 '국회'라고만 규정하고 있는 점, 위원회는 국회 본회의의 안건 심의·표결을 능률적·효율적으로 처리하기 위한 예비적 심사기관에 불과하여 안건의 최종적인 처리 권한은 본회의에 있는 점 등을 종합해 보면, 우리 헌법은 국민을 대표하는 합의체 결정기관인 국회의 의사를 결정하는 주체는 본회의이며, 국회의 최종적인 권한 행사도 본회의를 통해 이루어진다는 의미에서 '본회의 결정주의'를 채택하고 있다고 할 것이다.' 헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1

58) 『Redaing Law』, 378쪽

59) 법원은 물론 의뢰인을 위해 방대한 입법사를 검토해야 하는 변호사 및 투여 시간 당 비용을 지불하는 의뢰인 모두에게 도움이 되지 않는다, 『Redaing Law』, 378쪽

60) 영국은 *Millar v. Taylor*(1769)판시 이후 약 200여년간 판결에서 입법사를 고려 대상에서 명백히 제외해왔다. 그러나 *Pepper v. Hart* (1992)에 이르러 위 판시를 뒤집고 입법사를 판단의 근거로 활용할 길을 열어주었다. *Pepper v. Hart에서* 유일하게 반대의견을 개진한 Lord Mackay는 재판 과정에서 법률에 관련한 모든 토론 기록을 검토하는 데 드는 시간과 비용이 과다하기 때문에 입법사를 증거로 고려해서는 안된다고 하였다. 스칼리아는 입법사를 배제하는 것이 영미법 재판 실무의 전통이었으나 미국이 먼저 입법사를 고려하기 시작했고 이 영향으로 영국 역시 잘못된 결정을 내렸다고 생각한다. 『Redaing Law』, 369쪽

61) 『A Matter of Interpretation』, 34쪽

62) 『Redaing Law』, 18쪽

무관하게 법의 의미를 확정하게 되어 자가당착에 빠진다. 특정 법을 만든 제정자의 목적은 얼마든지 일반성의 정도를 조절하여 다양한 선택지를 만들 수 있다. 예를 들어 특정 지역의 환경을 보전하는 특별법의 경우 멸종위기종의 보호, 환경개선으로 인한 인근 주민의 삶의 질 확보, 사회 복지 시스템 구축, 사회 정의 구현과 같이 다양한 목적을 추출해낼 수 있다. 법제정자가 위 목적 중 어느 하나를 고려하지 않았다고 보기는 어렵기 때문에 목적주의는 법관이 이 중 자신의 입맛에 맞는 목적을 선택해 사실상 해석자의 목적으로 법의 의미를 확정하는 것을 막을 수 없다.[63]

나. 원문주의(Textualism)

"나는 국회의원이 뭘 생각했는지는 궁금하지 않네. 내 일은 법률이 도대체 뭐라고 써있는지를 찾는 것일세."

-O. W. Holmes[64]

(1) 의미

원문주의란 법을 오로지 문언만을 대상으로 그 문언이 쓰여진 시점에 살던 합리적이고 언어에 능통한 독자라면 이해했을 관점에서 그 뜻을 공정하게 해석(fair reading)하는 것을 말한다. 문언만을 대상으로 한다는 것은 단지 문언이 해석의 출발점이 되는데 그치지 않고 종착점에 이르기까지 문언에서 벗어나지 않아야 한다는 것을 의미한다.[65] 원문주의는 진보나 보수적 이념과 동떨어진 가치 중립적인 도구(device)이며 과학이다.[66]. 만약 문언 해석이 특정한 목적이나 결과를 추구하기 위한 수단으로 이용된 된다면 이는 목적주의(purposivism)이나 결과주의(consequentialism)[67]일 뿐이지 원문주의라 할 수 없다. 물론 언어가 아무리 명확

63) 『Redaing Law』, 19쪽에서 인용

64) Oliver Wendell Holmes, Collected Legal Papers 207(1920), 『A Matter of Interpretation』, 23쪽에서 재인용

65) 문언을 법률 해석의 출발점으로 삼는 것에 대해선 대부분의 법학자·실무가들에게 이견이 없을 것이다. 그러나 해석의 종착점에서 문언의 역할 비중에 대해선 견해가 갈리고 이에 따라 해석의 구체적 적용 결과가 정반대로 나오게 된다. 뒤에서 살피듯 스칼리아는 원문주의 역시 문언 이외에 목적, 결과 등을 참고하는데 그치지 않고 이는 문언의 의미를 확정하기 위해서 불가피한 요소라는 것을 인정한다. 그러나 비원문주의는 문언에 반하더라도 합리적 정당화 사유가 있으면 해석이 허용된다고 보는 반면 원문주의는 그럼에도 불구하고 해석이 문언 밖을 넘어가는 갈 수 없다고 한다. 물론 원문주의자들도 '문언의 가능한 뜻'에 의견이 각자 다르며 비원문주의자들은 자신들의 해석이 '문언의 가능한 뜻' 범위에 포함된다고 주장한다. 따라서 원문주의와 비원문주의의 차이는 해석의 종착지에서 문언의 한계기능을 강하게 또는 약하게 인정하는 정도의 문제가 된다.

66) 『A Matter of Interpretation』, 14-15쪽

하더라도 법률 해석은 이를 구체적 사안에 적용하는 것을 전제로 하기 때문에[68] 순수 언어학적 방법만으로는 의미를 확정하는 것이 불가능하다. 따라서 해석자는 법문의 정확한 의미를 파악하기 위해 법률의 목적과 결과를 참조해야만 한다. 원문주의와 목적주의, 결과주의의 차이점은 법률의 목적과 결과를 해석의 고려 요소 중 하나로 보느냐 아니면 결정적 인자(因子)로 보느냐에 있다. 원문주의에서 법률의 목적과 결과는 법문의 어문학적 의미를 파악하기 위해 활용할 수 있는 여러 수단 중 하나다. 목적주의, 결과주의는 반대로 목적 또는 결과를 알기 위해 어문학적 의미를 탐구할 뿐이고 목적 또는 결과가 발견되면 해석이 종료된다.

원문주의는 단어 및 문장의 뜻은 다의적이고 끊임없이 변동하는 것을 인정하나 적어도 언어의 가능한 의미(permissible meanings)는 한정되어 있으며 언어는 이 한계를 벗어나서는 해석은 허용될 수 없다고 본다.[69] 법관은 언어의 허용된 의미 영역 안에서 문맥, 목적, 결과는 물론이고 "불리할 때는 피고인의 이익으로"와 같은 해석 준칙(canon)을 종합하여 한쪽으로 치우침 없이 해석해야 한다. 스칼리아는 과거의 문헌을 해석할 때 해석자는 자신의 선호, 지향, 이념 투영을 지양하고 오로지 언어의 의미 발견에 힘쓰는 어문(語文) 사학자의 태도로 접근해야한다고 강조하며 이를 '공정한 해석'(fair reading)이라고 부른다.[70]공정한 해석은 법문언과 사전, 신문, 등 문헌 자료, 역사 사료, 법률의 목적 및 결과 그리고 이를 종합하는 해석자의 지적 활동을 줄타기 하면서 어떻게 객관성과 합리성이 확보될 수 있는지에 대한 답을 줄 수 있어야 한다. 스칼리아는 이를 위해 세분화된 준칙(canon)을 제시한다.

(2) 일반적 의미(ordinary-meaning)[71]

스칼리아는 단어와 의미는 조각퍼즐처럼 정확하게 대응하지 않으며 따라서 어문학적 방법을 사용하더라도 법률에 대한 여러 가지 해석이 가능함을 인정한다. 해석의

---

67) 법률 제정자가 법률을 만드는 이유는 바로 이 법률을 통해 사회가 바람직한 방향으로 나아갈 것이라고 믿기 때문이며 따라서 법률은 사회를 더 나은 곳으로 변화시킬 결과를 중심으로 해석해야 한다는 법실용주의(pragmatism)를 지칭한다.

68) 『Redaing Law』 §1. Interpretaion principle - Every application of a text to particular circumstances entails interpretation. 53-55쪽

69) 『Redaing Law』, 31쪽; 『A Matter of Interpretation』, 24쪽

70) 『Redaing Law』, 33쪽

71) 『Redaing Law』, Introduction 1-46쪽; §6. Ordinary-Meaning Canon, 69-77쪽

다의성을 피하기 위해선 법률에 사용된 단어의 의미를 좁혀야 하고, 이를 위해선 생활 속에서 의사소통을 교환하여 동질한 어감(語感)을 공유하는 그 시대의 언중(言衆, interpretative community)[72]이 그 단어를 어떤 뜻으로 사용했는지를 탐구해야 한다.[73] 언중이 활동하던 시대에 편찬된 사전은 단어의 용례(用例)와 전례(典例)를 탐구할 귀중한 자료이다 그러나 '사랑'같은 단어는 유행어, 관용표현, 단어구 등에서 셀 수 없이 많은 뜻이 파생되고 이는 사전을 아무리 두껍게 만들어도 다 담을 수 없다. 따라서 정확한 법해석을 위해서는 사전 뿐만이 아니라 신문기사, 출판물은 물론이고 사적으로 주고 받은 편지, 일기 등 다양한 기록을 통해 언중들이 사용한 단어의 결을 파악하여야 한다.

일각에선 "단어는 아무런 의미를 지니지 않는다."고 주장하며 언중이 사용하는 일반적 의미를 찾는 것은 불가능하다고 주장한다. 그러나 스칼리아는 이들이 음악이나 행위예술을 통해서가 아니라 '아무 의미도 없는' 단어로 글을 써서 원문주의를 비판하는 것만 봐도 이들이 얼마나 자기 모순적인지 알 수 있다고 일갈한다.[74]모든 사람이 객관적으로 동의하는 완전무결한 단어의 정의(定意)는 존재하지 않는다. 일반적 의미란 대부분의 언어에 능숙한 사람이 시대, 장소, 맥락 등 제반 상황을 고려하여 합리적으로 판단한다면 동의할 수 있는 의미일 뿐이다. 예를 들어 아무도 반박할 수 없는 수준의 무결점의 대학수학능력시험 문제를 만드는 것은 불가능하다. 문제 역시 언어이기 때문에 필연적으로 다의적 또는 모호한 해석이 나올 수밖에 없다. 문제에 대한 완전무결한 단 하나의 해석이 불가능함을 인정한다면 정답으로 상정한 선지(選支)역시 100% 참일 수 없고 오답 역시 100% 거짓일 수 없다. 그러나 공부에 충실한 학생이라면 대부분 정답에 도달한다.[75]물론 출제오류의 가능성은 늘

72) 일반적으로 '해석 공동체'라는 낱말로 번역되나, 이는 해석학(hermeneutics) 같은 철학적 어감이 강해 대중의 일상적인 단어 용례를 강조하는 스칼리아의 법철학 특성을 고려하여 언중으로 번역하기로 한다.

73) 『Redaing Law』, 8쪽

74) A. Scalia, 'Originalism : The Lesser Evil', University of Cincinnati Law Review, Wntr, 1989, Vol.57(3); The Lesser Evil, 856쪽, 이하에서는 「Evil」이라고만 표시한다.

75) 2014년도 수학능력시험 세계지리 출제 오류와 관하여 하급심은 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010두17267, 17274(병합) 판결을 인용하여 '객관식 문제의 출제에서 문항 또는 답항의 문장구성이나 표현용어의 선택이 지나칠 정도로 잘못되어 결과적으로 평균수준의 수험생으로 하여금 정당한 답항을 선택할 수 없게 만든 때에도 재량권의 일탈 또는 남용이 된다고 할 것이나, 문항 또는 답항의 일부 용어표현이 미흡하거나 부정확하지만 평균수준의 수험생이 객관식 답안작성 요령이나 전체 문항과 답항의 종합.분석을 통하여 진정한 출제의도를 파악하고 정답을 선택하는 데에 장애를 받지 않을 정도에 그친 때에는 특별한 사정이 없는 한 그러한 잘못을 들어 재량권의 일탈 또는 남용이라고 할 수 없다.'라고 판시했으나(서울행정법원 2013. 12. 16. 선고 2013구합29124 판결, 강조는 필자) 항소심은 출제의도에도 불구하고 문제가 객관적 진실과 다른 경우에는 출재 재량권의 한계를 벗어나 위법하다고 판단하였고 이 판결은 그대로 확정되었다.(서울고등법원 2014. 10.

존재하나 이를 이유로 나머지 정상적인 문제 조차 모두 오류로 매도하고 대학수학능력시험은 거대한 지적 사기라고 주장한다면 합리적 일반인 누구도 이를 진지하게 받아들이지 않을 것이다. 마찬가지로 단어의 일반적 의미에 대해 완벽한 합의에 이르는 것은 불가능하지만 대부분의 사람은 이에 동의하며 이는 인류가 문명을 이룩하고 일상생활을 영위하는데 아무런 문제가 없는 것만 봐도 알 수 있으므로 일반적 의미란 결코 존재하지 않는다는 비판은 옳지 않다.

(3) 가능한 의미와 구별

모든 단어는 하나 이상의 뜻을 가지고 있으며 활용 빈도가 높고 일반적인 단어일수록 뜻은 더 많아진다. 사전에서 단어에 맞는 항목을 찾으면 여러 뜻이 나열되지만 이는 구체적인 맥락이 부여되기 이전에 그 단어의 '가능한 의미(permissible meaning)'에 불과하다. 그러나 앞서 보았듯 일반적 의미란 '대부분의 언어에 능숙한 사람이 시대, 장소, 맥락 등 제반 상황을 고려하여 합리적으로 판단한다면 동의할 수 있는 의미'이므로 '일반적인 의미'는 단어의 '가능한 의미' 중 하나이고 그 역은 성립하지 않는다.(일반적 의미 ∈ 가능한 의미) 예를 들어 법정에서 변호사가 "정의(justice)에 부합하지 않은 판단입니다."라고 변론한 경우 누군가는 이를 "정의(definition)"에 맞지 않은 판단이라고 오해할 수 있다. 둘 다 '정의'(正義, 定義)의 가능한 의미이지만 위 맥락에서 일반적 의미는 전자(正義) 하나 뿐이다.[76]스칼리아는 다음과 같은 실제 사례를 거론하며 일반적 의미와 단어와 가능한 의미를 구분한다.

(가) 신혼부부가 저수지에 놀러 갔다가 갑작스럽게 방류된 물에 휩쓸려 숨지는 사고가 발생했다.[77] 유족들은 국가의 저수지 관리 책임을 묻는 소를 제기하였고 조사

---

16. 선고 2014누40724 판결)
한편 시험 출제와 관련해 대법원은 '객관식 시험문제의 특성상 출제의도와 답항 선택의 지시사항은 시험문제 자체에서 객관적으로 파악.평가하여야 하고 특별한 사정도 없이 문언의 한계를 벗어나 임의로 출제자의 숨겨진 주관적 출제의도를 짐작하여 판단할 수는 없으나, 그것은 문항에 의하여 명시적으로만 결정되는 것이 아니라 문항과 답항에 대한 종합적 분석을 통하여 명시적.묵시적으로 진정한 출제의도와 답항선택에 관한 지시사항이 결정되는 것이므로, 수험생으로서는 위와 같은 명시적.묵시적 지시사항에 따라 문항과 답항의 내용을 상호 비교.검토하여 가장 적합한 하나만을 정답으로 골라야 한다'고 판시하였다.(대법원 2011. 7. 14. 선고 2010두17267, 17274(병합) 판결)

76) 스칼리아는 영단어 계산서, 조사, 직물 위의 무늬, 표시마크 등의 뜻을 가진 영단어 'check'를 예로 들고 있다.『Redaing Law』, 70쪽

결과 저수지 관리 공무원의 과실이 인정되었다. 그러나 국가는 1928년에 제정된 '국가는 어떤(any) 장소에서든 홍수(flood)나 급류(flood water)로 인한 어떤 피해(any damage)에도 책임이 없다.'는 조항을 근거로 면책을 주장하였다.

스칼리아는 영어 사용자들이 일반적으로 피해(damage)와 침해(damages)를 구분하는 점에 주목한다. 사망 사고가 발생한 경우 '생명이 침해(damages) 됐다.'고 말하지 '생명이 피해(damage)를 입었다.'고 하지 않는다. 물론 피해란 단어를 생명에 사용하는 것이 아예 불가능하진 않지만 '피해'는 일반적으로 법적 맥락에서 재산상의 손해를 가리킨다. 따라서 위 면책 조항은 오직 재산상의 손해에만 국한 된다고 해석해야 한다. 스칼리아는 이 사건의 다수의견은 침해와 피해를 구별하지 않고 피해에 신체 및 재산상의 손해가 모두 포함된다고 판결했지만 이는 언어의 일반적 의미를 잘못 파악한 것이라 비판한다.

(나)[78]피고인 스미스(Smith)는 마약과 MAC-10 총을 물물교환 하려다 체포 및 기소되었다. 피고인은 자신에게 적용된 법조 중[79] '총포(銃砲)를 사용하여(uses a firearm)… 마약 밀수 범죄 또는 폭력 범죄를 저지른 자'를 처벌하는 조항[80]은 발포와 같이 총기를 통상의 용도로 사용한 경우에만 적용되고 자신처럼 마약을 매수하면서 화폐대용 교환의 등가물(medium)로 총을 제공한 경우에는 적용할 수 없다고 주장하였다.[81]

다수의견은 피고인의 주장을 배척했지만[82] 스칼리아는 반대의견에서 사용(uses)이

77) United States v. James, 106 S. Ct. 3116 (1986); 스칼리아는 이 판결 당시에는 대법관이 아니었으나 스튼븐tm 대법관의 반대의견이 단어의 일반적인 의미를 좇은 판단이라며 저서에 인용하고 있다. 『Redaing Law』, 44-46쪽

78) Smith v. United States, 113 S. Ct. 2050 (1993)

79) Smtih가 기소된 범죄의 기본적 구성요건은 '판매 목적 마약 소지 음모'의 미수범으로 5년 이하의 징역에 해당하지만 여기에 '총포 사용'이 가중적 구성요건으로 추가 되면 30년 이하의 징역형으로 대폭 상승하게 된다.

80) 18 U.S.C. § 924(c)(1)

81) 스미스는 거래 상대방이 수사당국의 정보원임을 모른 채 마약을 매수를 시도하며 이를 돈이 아니라 자신이 갖고 있던 MAC-10 총과 맞바꾸려고 했다. 이후 함정 수사를 눈치 채고 도주를 하다 체포되었으나 총을 발포하며 저항하진 않았다.

82) 다수의견의 논거는 다음과 같다 ① '사용(uses)'의 사전적 뜻에는 활용(employ)란 의미가 포함되어 있고 ② 대부분의 사람들이 이를 '폭력의 수단으로서의 사용'이라 받아들인다고 사실이 물물교환과 같은 '그 이외의 사용'을 의미에서 배제할 필요충분적 근거가 될 수 없고 ③ 이는 법문 어디에도 '무기로서(as a weapon)'와 같은 한정 문구가 존재하지 않는 점에서도 지지되며 ④ 범죄와 관련이 있는(in relation to) 사용만 처벌 되므로 형벌의 무분별한 확장도 충분히 예방할 수 있고 ⑤ 같은 법 §924(d)(3)(c)는 '사용'의 예로 무기의 '판매, 운송, 거래, 증여, 수출'을 들고 있으므로 법문의 전체적(holistic)해석에 비추어 § 924(c)(1) 의 사용 역시 같은

라는 단어가 포괄적인 의미[83]를 가지고 있는 만큼 그 뜻은 전체 문맥 속에서 단어가 택해진 이유(intended purpose)를 고려해 결정되어야 한다고 주장했다. '일반적 의미'는 그 단어의 모든 '가능한 의미' 중 하나이다. 굳이 해석하자면 말이 안되진 않지만 맥락상 일반인이 고개를 갸우뚱 거리는 뜻은 그 단어의 '가능한 의미'일지언정 일반적인 의미라고 볼 순 없다. 예를 들어 "지팡이를 사용하시나요?"라는 질문에 대해 누군가는 이를 "할아버지가 가보로 물려주신 값비싼 지팡이를 진열장에 전시해 두었는가요?"라고 이해하는 것이 불가능하지는 않으나 이는 매우 특별한 상황에서만 바람직한 이해로 받아들여진다. 보통의 경우 이는 "보행보조 용도로 지팡이를 사용하나요?"란 의미로 이해되고 이와 다르게 이해한 경우 엉뚱한 답변을 하게 된다. 마찬가지로 총을 화폐 대용으로 지불하는 하는 것을 '총포의 사용'이라고 굳이 말한다면 이를 틀렸다고 할 수는 없다. 그러나 대부분의 사람들이 이 문구를 들으면 발포 등 최소한의 폭력적 목적과 연계하여 생각할 것임을 부인할 수 없다. 다수의견처럼 "이런 뜻도 가능하다"는 이유만으로 법해석을 한다면 머리가 가려워서 총으로 긁는 행위 조차 '총포의 사용'으로 처벌받아야 한다는 결론에 이르는데 이는 부당하다.[84]

(4) 전문 용어와의 충돌

법률의 해석은 전문·특수 분야의 언어를 해석하는 것이므로 일반인들이 사용하는 대중적 의미(public meaning)가 아니라 그 분야 특유의 조작적 의미(technical meaning)를 활용해야 할 때가 있다. 그러나 스칼리아는 언중들이 사용하는 일반적

의미가 부여되어야 한다.

83) 1950년판 웹스터 사전에 의하면 uses는 '흡연하다(partake of)' 및 '익숙하다(accustomed)'의 뜻도 가지고 있다.

84) 최근 대법원은 이와 유사한 사건에 관하여 판시한 바 있다. 피해자에게 "총으로 쏴 죽인다"라고 말하며 탄환이 들어 있지 않은 공기총을 하늘을 향해 1회 격발한 피고인 행위에 대해 원심은 구 총포도검법 제17 제2항의 사용이란 '총포 등을 그 기능에 맞게 쓰는 경우로서 탄환을 격발하는 경우'에 제한된다 보아 무죄를 선고하였으나 대법원은 '총포 등의 사용이 그 본래의 목적이나 기능과는 전혀 상관이 없거나 그 행위로 인하여 인명이나 신체에 위해가 발생할 위험이 없다면 이를 위 규정에서 정한 '사용'이라고 할 수는 없을 것이나, 반드시 탄알・가스 등의 격발에 의한 발사에까지 이르지 아니하였다 하더라도 그와 밀접한 관련이 있는 행위로서 그로 인하여 인명이나 신체에 대하여 위해가 발생할 위험이 초래된다면 이는 총포 등의 본래의 목적이나 기능에 따른 사용으로서 위 규정에서 정한 '사용'에 해당한다고 봄이 타당하다'며 파기환송하였다.(대법원 2016. 5. 24. 선고 2015도10254 판결) 법률의 체계가 같지 않아 직접적인 비교는 힘들지만 원심 및 대법원 모두 '사용'의 의미를 총포의 본래의 목적과 기능과 연관시켜서 해석하므로 스칼리아의 견해와 더 가깝다고 할 수 있다.(총포・도검・화약류 등의 안전관리에 관한 법률 제17조 제2항 : 제12조 또는 제14조에 따라 총포·도검·분사기·전자충격기·석궁의 소지허가를 받은 자는 허가받은 용도나 그 밖에 정당한 사유가 있는 경우 외에는 그 총포·도검·분사기·전자충격기·석궁을 사용하여서는 아니 된다.)

의미로 해석함이 원칙이고 다음과 같은 경우에만 예외를 인정한다.[85]

① 다른 조문 및 타법상의 해석이 전용될 때
② 법률 스스로 단어에 다른 의미를 부여했을 때
③ 전문 용어의 사용을 정당화할 관행 및 준칙이 존재할 때

①의 예로 상대방이 미성년자라 하더라도 이미 결혼을 하여 성년의제된 경우[86] 미성년자 유인(enticing)죄로 처벌하지 않은 것을 들 수 있다.[87] 법률상 정의(定意) 규정이 ②에 해당하며 민법상 '사용자'[88]의 뜻, 형벌 등 침익적 처분의 경우 '애매할 경우 당사자의 이익으로' 및 '연방 형법이 별다른 정의 규정 없이 보통법 용어를 차용한 경우 그 뜻도 그대로 가져온 것으로 본다.'[89]라는 해석 준칙이 ③에 해당한다. 예를 들어 위조(falsly made)란 보통법에서 허위문서와 구별되는 용어인데 별도 정의규정 없이 이를 구성요건으로 하는 법률을 입법목적이나 처벌의 필요성이 높단 이유만으로 확장해석할 수 없다.[90]

스칼리아는 조작적 의미와 일반적 의미가 충돌할 경우 위 예외에 해당하지 않는 한 일반적 의미가 우선한다고 주장한다.[91] 예를 들어 세법이 과일과 채소에 다른 세율

85) 『Redaing Law』, 73쪽
86) 민법 제826조의2(성년의제) 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다.
87) State v. Gonzales, 129 So. 2d 796 (La. 1961); 한편 하급심 판례 중에는 청소년 성매매 범죄를 저질러 청소년의 성보호에 관헌 법률 위반 혐의로 기소가 된 피고인이 피해자는 사실혼 관계에 있어 민법상 성년의제가 되었으므로 구성요건에 해당하지 않는다는 주장에 대해 청소년의 성보호에 관한 법률의 입법목적에 비추어 민법상 성년의제가 적용될 수 없다며 피고인의 주장을 배척한 사안이 있고(대구지방법원 2006. 12. 29. 선고 2006노3287 판결) 민법상 성년 의제의 효과는 공직선거법 및 근로기준법에 미치지 않는다는 것이 통설이다. 결국 타법의 전문용어를 전용을 어디까지 허용할지에 관한 해석의 문제가 발생하나 스칼리아는 이에 대해 구체적인 답변을 하지 않는다.
88) '서비스 사용자'와 같은 용례에서 알 수 있듯 사용자(user)는 일반적으로 손님(客)의 맥락을 가지고 있다. 그러나 민법에는 정의 규정이 없이 사용자를 고용주(主)의 의미로 사용한다. 이처럼 일반적 의미와 정반대의 뜻을 지니고 있음에도 불구하고 민법이 오래 시행되어 '사용자=고용주' 라는 관행이 확립되었고 따라서 별도 정의 규정 없이도 전문 용어로서 사용자를 해석할 수 있다.(근로기준법은 사용자를 '사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'라고 정의하여 예외 ① 에 해당한다 볼 여지도 있으나 민법과 근로기준법이 일반법과 특별법 관계에 있고 특별법상 정의규정이 일반법 전반에 전용되기는 어려우므로 이를 예외 ③으로 파악하는 것이 타당해 보인다) 스칼리아는 'consideration'이 일반적으로 '고려, 숙려'를 의미하지만 계약법상은 '교환적 가치'를 반드시 포함한 '약인(約因)'이 되는 예를 제시한다. 『Redaing Law』, 74쪽
89) UNITED STATES v. TURLEY, 352 U.S. 407, 77 S. Ct. 397 (1957)
90) 법률가가 아닌 이상 작성권한이 없는 자가 작성한 '위조'와 작성권한은 있되 그 내용이 거짓인 '허위문서'를 구별하는 것은 어렵다. 다수의견은 위조에는 허위문서도 포함된다고 해석하였고 스칼리아가 반대의견을 집필하였다. Moskal v. United States, 498 U.S. 103, 111 S. Ct. 461 (1990); 한편 우리나라 형법은 위조, 변조(형법 제225조, 231조) 및 허위문서(형법 제227조, 233조)를 구별하고 있다.
91) 따라서 정의규정이 존재하면 그 내용이 일반 상식과 불일치하더라도 법관은 조작적 의미를 일반적 의미보다

을 부과하면서 무엇이 과일 또는 채소인지를 명확하게 규정하고 있지 않다면 설령 토마토가 과학적으로는 과일에 속한다 할지라도 사람들은 토마토를 채소라고 알고 있으므로 후자의 해석을 따라야 한다.[92]

(5) 일반적 의미가 고정되는 시점 - 제정 당시[93]

언어의 일반적 의미는 고정 불변하지 않고 끊임 없이 변한다. 현대에서 '어여쁘다'는 예쁜 사람을 더 예스럽게 부르는 말이지만 조선 초기에는 '불쌍하다'라는 부정적인 뜻을 가지고 있었다. 따라서 같은 단어라도 텍스트를 읽는 시점에 통용되는 뜻을 과거 텍스트 적용한 독해는 정확한 해석이 아니다.[94] 적어도 일기, 편지와 같은 사적 문서에서는 글이 쓰여진 당시의 일반적 의미를 해석에 사용하는 것이 옳다. 그리고 이는 헌법, 법률, 규칙 등 공적 문서를 해석할 때도 마찬가지다. 그 이유는 법은 민주적 대표성을 가진 입법부에 의해 만들어 진 구속력이 인정되는 공적 문서이자 규율이고 민주주의 원칙에 비추어 이를 변경 및 폐지하는 것 역시 오로지 입법부에 의해서만 이루어져야 하기 때문이다. 만약 사법부의 법관이 제정 당시의 사용된 단어의 일반적 의미를 무시하고 현대에 변형된 뜻을 적용한다면 이는 입법부에 주어진 권한을 잠탈하게 되어 민주주의 및 권력분립 원칙에 위배된다.[95] 한편 스칼리아는 제정 당시에 의미가 고정된다고 해서 스마트폰, 세그웨이, 드론 등 그때는 도저히 예상할 수 없었던 과학기술을 법으로 규제하는 것을 포기해야 하는건 아니라고 한다. 예를 들어 아래와 같이 열감지기를 이용해 집안의 동태를 살피는 것은 가택수색(search)에 해당하여 영장이 없는 한 금지된다.[96]

우선 적용해야 한다. 이 원칙에 충실하여 서울고등법원은 대형마트 영업제한 처분취소소송에서 유통산업발전법은 점원의 도움 없이 상품을 판매하는 점포를 대형마트로 규정하는데 이마트, 홈플러스 등은 상품 판매를 보조하는 점원이 배치되어 있으므로 대형마트가 아니라는 판단을 하였고 대중·언론의 거센 반발에 부딪혔다. (서울고등법원 2014. 12. 12. 선고 2013누29294 판결; 박현철 기자, "판사님, 이마트는 대형마트 맞다고요", 한겨레, 2014-12-17 등록; 장호철 기자, 이마트가 대형마트 아니라는 법원... 기 막힌다, 오마이뉴스, 2014-12-15 등록) 그러나 대법원은 원고들이 동법 제8조 제1항에 따라 '대형마트'로서 개설등록 하였으므로 원고 점포의 실질이 위 대형마트의 요건에 부합하는지와 상관 없이 그 등록 형식에 따라야 한다며 원심을 파기하였다.(대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결)

92) Nix v. Hedden, 149 U.S. 304, 13 S. Ct. 881 (1893),『Redaing Law』, 77쪽

93)『Redaing Law』, §7 Fixed-Meaning Canon 78-92쪽

94) 훈민정음 서문은 말글과 문자가 다른 백성을 '어여삐 녀겨' 한글을 만든 세종대왕의 뜻을 담고 있다. 그러나 이 텍스트를 어여쁘다의 현대적 뜻으로 해석한다면 한글 창제의 본 뜻이 제대로 전달되지 않게 된다.

95)『Redaing Law』, 82쪽

96) Kyllo v. United States, 121 S. Ct. 2038 (2001). 마리화나를 집안에서 재배하는 사례가 늘자 경찰은 실내 재배시 방출되는 열이 주변보다 높은 점에 착안해 도로에서 열감지기로 비정상적인 열감도를 보이는 집을 탐색했고 이후 수색 영장을 발부 받아 집 내부에서 재배중인 마리화나를 적발, 관련 혐의로 기소하였다. 그러나

스칼리아는 부당한 수색을 금지한 수정헌법 제4조는 '부당한 수색' 여부를 물리적 침해가 있는지에 따라 판단[97]한 보통법 전통에 뿌리를 두고 있지만 당시에는 도청장치[98] 등 물리적 침입이 없으면서 사실상 수색의 효력을 발휘하는 과학기술의 발달을 도저히 예상할 수 없었다고 본다. 그러나 제4조 문언의 의미는 보호 필요성이 있는 사생활을 부당히 침해하는 것을 방지하는 데 있으므로 기술의 발달로 인해 인식영역이 확장되었으면 이를 감안하여 사생활이 부당히 침해되는지를 판단해야 하는 것이지 과거의 법리에 형식적으로 구속되어 '물리적 침해'여부만으로 기계적으로 판단해서는 안된다. 수정헌법 제4조는 '물리적 침해를 수반한 부당한 수색'이 아니라 '부당한 수색' 그 자체를 금지하고 있기 때문이다. 만약 열감지기를 이용한 탐지가 수색이 아니라고 한다면 사생활의 비밀을 보호라는 수정헌법 제4조의 제정 당시의 의미는 형해화 된다. 따라서 이를 부당한 수색으로 해석하는 것은 원문주의에 반하지 않는다.[99]

(6) 엄격 해석주의와의 구별[100]

스칼리아는 원문주의는 언어를 융통성 없게 해석하여 불합리한 결론에 도달하는 엄격 해석(strict construct)과는 아무 관계가 없다고 본다. 일반적 의미는 맥락을 비롯해 많은 사항을 고려해 얻어진다. 따라서 나무만 보다 숲을 놓치는 엄격 해석과

피고인은 경찰의 열감지기 사용은 미연방 수정헌법 제4조 '신체, 가택, 서류 및 재산에 대한 권리를 부당하게 체포, 수색하여 침해할 수 없다.'가 금지한 '부당한 수색(searches)'에 해당하며 이에 기반하여 수집한 증거는 위법하여 재판에서 배재되어야 한다고 주장하였다. 다수의견을 집필한 스칼리아는 영장 없는 열감지기 사용은 수정헌법 제4조 침해에 해당한다며 피고인의 주장을 받아들였다.

97) 비행기를 타고 순찰을 하던 마약단속경찰이 마당에 재배하고 있던 마리화나를 발견하고 관련 혐의로 기소된 사건에 관하여 미연방대법원은 법집행기관은 순찰 중에 눈을 가리고 다닐 필요는 없으며 사택지私宅地에서 발견한 사실이라도 이는 수정헌법 제4조를 위반하지 않는다고 하였다. Cal. v. Ciraolo, Cal. v. Ciraolo, 476 U.S. 207, 106 S. Ct. 1809 (1986)

98) 피고인이 통화하던 공중전화기에 도청장치를 달아 전화부스 외부에서 녹음한 자료는 수정헌법 제4조에 위배되어 증거로 사용할 수 없다는 판시로 Katz v. United States, 88 S. Ct. 507 (1967)

99) 과학기술의 발달과 법문언의 격차에 관한 문제는 이메일을 통한 해고 통보가 근로기준법 제27의 해고 방법인 '서면'에 해당하는지에 관한 문제에서 쟁점의 일부가 되었으나 대법원은 '서면으로 통지하도록 함으로써 사용자가 해고 여부를 더 신중하게 결정하도록 하고, 해고의 존부 및 시기와 사유를 명확히 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결되고 근로자도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지'이므로 이메일이 서면에 의한 해고통지의 역할을 수행하고 있다면 근로기준법 제27조의 서면통지로 유효하다며(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결) 다소 목적주의적으로 판단하였다.

100) 『Redaing Law』 §62. The false notion that words should be strictly construed 355-358쪽

달리 원문주의는 숲과 나무를 전체적으로 조망하는 공정한 해석(fair reading)이다. 예를 들어 엄격한 해석은 금지 구역 '주변(vicinity)'에서 군사업무를 방해한 자를 처벌하는 조항은 금지 구역 '안(in)'에서 군사업무를 방해한 자에게 적용할 수 없다고 본다. 그러나 주변은 안을 배제하지 않으며[101] 무엇보다도 이 해석은 불법성이 더 강한 자를 처벌할 수 없는 불합리한 결론에 이른다. 그러나 공정한 해석 방법에 의하면 이를 충분히 처벌할 수 있다.[102]물론 이런 구분은 법관에게 공정한 해석이라는 명목으로 법문을 무시할 빌미를 제공할 수 있다. 따라서 스칼리아는 이를 구별할 세 가지 준칙을 제시하여 주관적인 왜곡을 방지하고자 한다.

1) 법률이 예를 열거하다 마지막에 '기타', '그 밖의'로 종결을 지었을 때 이는 예시된 것과 동일한 유형에 속하는 것만을 포함한다.[103]

세부적으로 (1) 구체적 예시는 두 개 이상 제시되어야 하며 (2) 예시 사이의 공통점은 가능한 구체적인 수준에서 결정되어야 한다. 예를 들어 소, 돼지, 닭, 양의 공통점은 식용동물, 동물, 생물, 인간이 아닌 존재 등과 같이 추상화 단계에 따라 여러 가지가 존재하나 가능한한 가장 구체적인 공통점이 기준으로 채택되어야 한다. 그리고 이 기준은 합리적인 사람의 상식에 의해 결정될 것이나 법률의 객관적인 입법목적 역시 감안되어야 한다.[104]

2) 직역하면 매우 불합리한 결론에 도달하지만 약간만 수정하면 말이 안되는 결론을 피할 수 있는 경우엔 수정이 허용된다.[105]

---

101) Vicinity는 라틴어 vicus(village)가 어원으로 '주변', '근방' 뜻이 강하나 region, zone 같은 단어 역시 유의어로 사용될 수 있어 중심부를 배제하고 있지 않다. 우리말에서도 '저 근방에 있어'라는 말은 대략적인 장소 개념을 가리키는 것이지 지시된 장소의 중심부를 제외한 변두리만 '근방'이라고 보지 않는다.

102) Adler v. George,[1964]2Q.B.7.;『Redaing Law』, 358쪽에서 인용

103)『Redaing Law』, §32 Ejusdem Generis canon

104) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, **그 밖의 통신매체**를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 사람'. 이와 관련하여 대법원은 판결에서 '문언에 의하면,위 규정은 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하는 등의 목적으로 '전화,우편,컴퓨터나 그 밖에 일반적으로 통신매체라고 인식되는 수단을 이용하여'성적 수치심 등을 일으키는 말,글,물건 등을 상대방에게 전달하는 행위를 처벌하고자 하는 것임이 문언상 명백하므로,위와 같은 통신매체를 이용하지 아니한 채 '직접'상대방에게 말,글,물건 등을 도달하게 하는 행위까지 포함하여 위 규정으로 처벌할 수 있다고 보는 것은 법문의 가능한 의미의 범위를 벗어난 해석'이라고 판시한 바 있다.(대법원 2016. 3. 10.선고 2015도17847); 비슷한 취지로 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도5083 판결

105)『Redaing Law』 §37 Absurdity doctrine 234-239쪽

다만 (1) 불합리한지 아닌지는 합리적인 일반인의 언어 사용법에 비추어 판단하고 (2) 미세한 조치만으로 수정이 불가능하다면 불합리한 결론이라도 받아들여야 한다. 오타가 분명해 문장 자체가 성립하지 않는 경우 또는 문장의 뜻이 성립은 하나 전체 맥락상 말이 안되는 경우는 필경사의 실수(scrivener's error)로서 수정이 당연히 허용된다. 그러나 '승소한 자는 패소한 쪽의 변호사 비용을 지불해야 한다.'와 같이 문법과 맥락에는 문제가 없으나 해석의 결과가 불합리한 경우도 있는데 스칼리아는 이 경우에도 매우 제한된 조건에서 수정이 허용된다고 본다.[106] (a) 모든 사람들이 주저 없이 그 적용을 반대할 정도로 불합리한 결과를 지시하고 (b) 기술적으로 일정 단어를 삽입·제가·교환하여 해결할 수 있을 때에만 수정이 가능하고 이를 넘어선다면 원문주의의 한계를 벗어난 법형성이 된다.

3) 권한에는 그 권한을 행사하는데 수반하는 행위의 권한도 포함한다.[107]

스칼리아는 "명령에는 허가가 포함된다. 어떤 행위를 하라고 명령하면서 그 행위를 허락하지 않는다는 것은 불가능하다."는 벤담의 말을 인용하며 『베니스의 상인』의 '계약에 따라 피 한방울도 흘리지 말고 살점을 베어가라'는 판결을 비판한다. 살점을 베는 데는 당연히 피가 나오기 마련이고 계약에 직접적으로 명시되지 않아도 당연히 함축된 의미로 권한이 주어지기 때문이다. 물론 수반하는 권한인지 여부는 논란의 여지가 없고 명시된 권한을 행사하는 유일한 수단이어야 한다. 함축된 권리 이외에 더 효과적인 다른 수단이 존재해서는 안된다.

106) 『Redaing Law』, 237쪽
107) 『Redaing Law』 §30 Predicate-Act canon 192-194쪽

(7) 필경사의 실수[108]

스칼리아는 입법자 또는 그 직원이 문구를 잘못 입력한 것이 명백해 대중들이 한눈에 봐도 오자임이 명백한 경우를 필경사의 실수라고 부르며 이때는 법관이 해석으로 법문을 바로잡는게 허용된다고 한다.[109]필경사의 실수는 입법자와 그 표현이 불일치한 경우이므로 단순히 입법자가 미처 예상치 못해 불합리한 결론에 도달한 경우와 구별된다.[110]예를 들어 명백한 오탈자, 부정어의 누락, 형사법상 피고인(criminal defendant)이 들어갈 자리에 단순히 피고(defendant)라고 쓴 경우가 있다.

다. 스칼리아의 헌법 해석론

(1) 원문주의 및 원의주의와의 관계

입법자의 의도를 중시하는 원의주의와 문언을 중심으로 하는 스칼리아 원문주의는 얼핏 상호 대척점에 서있는 이론으로 보인다.[111]앞서 살펴보았듯 스칼리아는 입법자의 의도는 법률 해석에 일절 고려해서는 안되는 해악으로 간주할 정도로 원의주의를 배척하였고 문언 중심의 원문주의를 새로운 방법론으로 제시했다.[112] 그러나 처음에 원본주의란 입법자의 의도를 중시하는 원의주의와 사실상 같은 개념이었으므로 스칼리아는 원본주의와 결별하고 독자적인 이론으로 원문주의를 내세울 수 있

---

108) 옥도진은 이를 '편집상의 과오'라 부르며 구 민법(1990. 1. 13. 일부개정) 제 1057호의 2는 제 1056조를 인용하고 있었지만 이는 제1057조를 잘못 기재한 것으로 인정돼 2005년 바로 잡은 사례를 소개한다.(옥도진, 민법 해석방법의 이론과 실제 : 문언을 중시하는 해석과 민법 제1조의 재조명', 저스티스 146(1), 2015.2, 130쪽 각주 29) 구 민법 제1056조는 상속인이 없는 재산관리인이 2개월 이상의 기한을 두고 상속인의 채권자·유증자의 신고를 받는 조치를 취하며 제1057조는 위 기간 내에 아무도 나타나지 않는 경우 다시 2년 이상의 기한을 두고 상속인의 출연을 기다리도록 하고 있다. 제1057조의 2는 제1056조 기한이 지나도 상속권 주장자가 아무도 없을 경우 특별연고자에게 상속재산을 분배할 수 있도록 하는데, 이 경우 제1057조가 무의미해진다.

109) 『A Matter of Interpretation』, 20쪽

110) Scalia, Antonin; Manning, John F. "Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation, A." George Washington Law Review 80.6 (2011-2012): 1610-1619. 1613-1614쪽

111) 한국에서 '입법자의 의도'를 중시하는 태도는 역사적 해석 또는 주관설, 문언을 중시하는 태도는 문리·체계적 해석 또는 객관설이라고 보며 일반적으로 주관설과 객관설은 상반된 해석 방법론으로 인식된다.

112) 바넷은 스칼리아가 입법자의 의도에서 문언의 의미로 해석의 초점을 바꾼 최초의 원본주의자라고 말한다. Barnett, Randy E. "Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism." University of Cincinnati Law Review 75.1 (2006-2007) 9쪽

었다. 그럼에도 불구하고 자신을 평생 원본주의자라고 규정한 데에서 스칼리아가 지칭하는 원본주의(originalism), 원의주의(intentionalism), 원문주의(textualism) 간의 관계를 엿볼 수 있다. 결론부터 말하면 스칼리아에게 원본주의란 법의 의미가 제정 당시 시점에 고정된다고 보는 포괄적 이념[113]이다. 다만 헌법과 법률은 각각 '제정 당시의 의미'를 밝히는 방법에 다소 차이가 있고 스칼리아는 법률 해석의 경우 문언에 더 강조점을 두어 원문주의라는 용어를 사용한다. 원본주의가 법의 의미를 제정 당시에 고정시킬 수단(anchor)으로 크게 입법자의 의도(intention)와 문언(text)이 있다. 스칼리아는 법률 해석에서 전자를 배격하고 후자를 선택하지만 의미가 제정 당시에 고정된다는 점에서 원문주의는 원본주의의 일부임은 틀림 없다. 그리고 원의주의는 의미를 고정시키는 방법으로 '의도'를 중시하는 오류를 범하였지만 그래도 제정 당시에 의미가 고정된다는 대전제를 공유하기 때문에 원본주의의 한 식구가 된다. 원문주의는 법률해석에서는 적확 유효한 방법론으로 보이나 헌법의 의미를 고정할 단단한 나사는 아니므로 역사와 전통을 폭넓게 활용한다.

스칼리아는 헌법 역시 법이며 법률과 본질적으로 다르다고 보지 않다고 보면서도 다소 특수한(unusual) 텍스트라고 본다.[114] 법률은 조문 수가 많고 '운전자는 시속 60km이상으로 운전해선 안된다.'와 같이 구체적으로 기술되어 있어 다의적 해석의 가능성이 상대적으로 적다. 따라서 입법자의 의도(원의주의)를 배제하고도 문언 자체의 어문학적 이론과 해석준칙만으로 해석의 범위를 상당히 좁힐 수 있다. 그러나 헌법은 '법의 평등한 보호', '잔인하고 비정상적 처벌'처럼 짧고 추상적 언어로 쓰여 있어 문법적 해석만 사용하면 누구든 자신의 입맛대로 견강부회 할 수 있다. 예컨

113) 『Reading Law』 7장 제목은 '고정된 의미 준칙(fixed-meaning canon)'인데 이곳에서 스칼리아는 법률 해석에 관하여 일관되게 '원문주의'라 쓰던 데에서 벗어나 예외적으로 원본주의라는 단어를 사용하고 있다.

114) 스칼리아는 연방대법원의 위헌법률심사권을 인정한 Marbury & Madison 사건의 마샬 대법원장의 의견을 인용하며 이 의견의 핵심은 바로 '헌법은 기타 법률(laws)보다 우위에 있지만 통상의 법률 해석에 쓰이는 방법을 통해 고정된 의미를 획득할 수 있는 하나의 법'이라고 주장한다. 미연방 헌법상 대법원은 법을 해석할 권한만 있을 뿐 입법부가 제정한 법률을 폐기할 권한은 없다. 만약 헌법이 법이 아니라면 연방대법원은 이를 기초로 위헌판결을 내릴 명시적 근거가 없을 뿐만 아니라 합리적인 논거 역시 부족하게 된다. 왜냐하면 위헌심사를 행정부 또는 입법부 스스로 하지 않고 사법부가 전담해야 할 필연적 이유가 없기 때문이다.(Evil」, 854쪽) 그러나 스칼리아가 헌법이 법률(law)의 일종이라고 보는 이유는 바로 Mabury & Madison 선례가 그렇다고 선언했기 때문이지(stare decisis) 헌법과 법률이 본질적으로 같다는 통찰에서 나온 것은 아니다. 스칼리아는 같은 논문에서 선례구속의 원칙을 설명하면서 'Berger 교수가 Marbury & Madison의 결론은 헌법의 의미를 잘못 파악한 것임을 명징하게 보였음에도 불구하고, Marbury & Madison의 결론은 유지 된다.'라고 쓰고 있다.(같은 논문, 861) 또한 그는 '헌법의 문언 중 어디에도 법원에게 법률의 위헌여부를 심사할 권한이 규정되어 있지 않다. 오히려 법률의 합헌성은 추정된다.'(같은 논문, 854)고 본다. 스칼리아는 헌법과 법률의 동일성에 대한 이론적 탐구에 관심이 없다. 헌법이 법률인 것은 선례구속의 원칙에 의해 주어진 것이므로 이를 출발점으로 삼을 뿐이다.

대 헌법은 '잔인하고 비정상적 처벌'를 명하면서도 무엇이 잔인하고 비정상적인지는 말하지 않고 있지 않다. 그러므로 해석자가 잔인함에 관한 어떤 관념을 가지고 있느냐에 따라 '화학적 거세'는 잔인하거나 비정상적인 처벌일 수도, 아닐 수도 있다. 또 예전에는 잔인하지 않고 정상적인 처벌이 시간이 흘러 잔인하고 비정상적인 처벌이 될 수도 있다.

과거 일정 시점에 화학적 거세는 잔인하지도 비정상적이지도 않았기 때문에 지금도 합헌이라고 주장하는 원본주의자는 시대가 흘러 화학적 거세는 잔인하고 비정상적이 되었으므로 위헌이라고 생각하는 사람을 "헌법 문언에 반하는 주장을 한다."고 비난하기 곤란해진다. 스칼리아는 "수정헌법 제4조의 '잔인하고 비정상적 처벌'은 다른 조문과 달리 세월에 따라 달리 판단하라는 의도(evolutionary intent)로 제정되었을지도 모른다."며 이와 같은 해석의 어려움을 인정한다. "그러나 이는 가능성에 불과하고 이렇게 해석할 역사적 근거를 존재하지 않는다."[115]며 이를 거부한다. 왜냐하면 이렇게 될 경우 최종 해석자인 법관에게 판단 재량이 부여되고 시대에 따라 헌법의 의미가 변화 하게 되어[116]제정 당시에 법의 의미가 고정된다는 원본주의의 대전제에 반하기 때문이다. 스칼리아는 원본주의의 대전제를 지키는 길을 선택한다. 문법만으로는 확정할 수 없는 헌법 조문의 의미를 역사와 전통의 탐구를 보충하여 고정시킨다. 헌법은 문언의 의미가 제정 당시에 고정되기 때문에 '본질적으로 법률과 같'고 법률해석에서는 활용도가 높지 않은 역사와 전통을 폭 넓게 활용하기 때문에 '다소 특수한 텍스트'이다. 방법론 관점에서 말하면 헌법 해석과 법률해석은 원본주의를 기초로 하는 점에서 본질적으로 같다. 다만 해석 대상이 다르므로 방법론의 구체적 적용에 다소 차이가 있을 뿐이다.[117]

이는 스칼리아가 원본주의/원문주의 용어를 맥락상 글의 주제가 헌법해석인지 법률해석인지에 따라 달리 사용하는 점에서도 확인된다. 스스로를 원본주의자로 규정한 「The Lesser Evil」(1989)[118]은 헌법 해석론을 논한다. 여기서 그는 법관이 엄청

115) 「Evil」, 862쪽.

116) Brest, Paul. "Misconceived Quest for the Original Understanding, The." Boston University Law Review 60.2 (1980), 208쪽 각주 21번

117) 예를 들어 평면에는 보통자, 곡면에는 줄자를 사용해 길이를 재는 것은 같은 공통된 도량형(m)을 가진 같은 측량방법이다. 측량도구가 다른 것은 대상의 특수성을 고려한 측량방법의 구체적 변용일 뿐 본질적으로 다른 것은 아니다.

118) 미국 역사상 대통령(27대, 1909~1913)과 대법원장(10대, 1921~1930)을 모두 지낸 테프트(William

난 양의 각 주(州)별 헌법 비준 의사록을 읽으며 그 시대의 역사 속으로 침잠해야 헌법의 원래 의미를 알 수 있다고 주장한다.[119]스칼리아는『A Matter of Interpretation』(1997)에서 법률해석론을 이야기하며 원본주의 대신 원문주의란 용어를 사용한다. 그는 헌법 해석론과는 사뭇 다르게 국회 회의록 등 입법자의 의도에 근거한 법률 해석을 거부한다. 제정법 해석에 활용할 수 있는 준칙(canon) 및 이론적 근거를 집대성한『Reading Law』(2012)[120]에서도 그는 일관되게 원문주의/원문주의자[121]란 용어를 사용하는데 간혹 헌법 해석을 이야기 할 때에만 원본주의자(originalist)란 단어를 사용한다.[122] 이처럼 스칼리아는 법률해석에서는 원문주의, 헌법해석에서는 원본주의란 용어를 분명하게 구분하여 사용한다.

(2) 구체적인 방법

스칼리아는 원본주의 원칙상 헌법의 추상적 단어의 뜻은 제정 당시에 고정되고 이후의 사회변동은 조금도 고려해선 안된다고 본다.[123] 예를 들어 제헌 당시 사형제도가 '잔인하고 비정상적인 처벌'이라는 도덕 판단이 널리 퍼져있지 않았다면 설사 수 백년이 지나서 모든 사람이 사형은 잔인하고 비정상적이라고 생각할지라도 '사형은 잔인하고 비정상적인 처벌이 아니다'는 헌법 판단이 바뀌는 것은 아니다. 원리는 고정·불변하기 때문에 훨씬 자애로운 시대가 도래해도 잔인하지 않았던 형벌이 잔인하게 되는 것은 아니며 반대로 훨씬 폭력적인 미래 세대가 출현하더라도 잔인했던 형벌이 잔인하지 않게 되는 것은 아니다.[124] 다소 극단적으로 보이지만 스칼

Howard Taft, 1857~1930)를 기념하여 신시네티 대학에서 1986년부터 매년 개최되는 William Howard Taft Lecture on Constitutional Law의 1988년도 강연을 위해 쓴 글이다.

119)「Evil」, 856쪽

120) 이 책에 대한 리뷰를 쓴 에스크리지(Eskridge) 또한 이 책은 '문언에 기반한 제정법 해석'(text-based statuotory interpretation)을 다루고 있다고 쓰고 있다. Eskridge, Book review, Columbia Law Review 113.2 (2013): 531-592.

121) 원문주의와 그 반대자들(Textualism and Its Challengers)란 소제목 및 반대진영에 대해 반원문주의(nontextualism)란 표현이 사용하여 의식적으로 원본주의 대신에 원문주의를 사용하고 있다.『Redaing Law』, 15쪽

122)『Redaing Law』, 27쪽

123) 헌법재판소는 혼인남녀의 정조윤리가 전통윤리로 확립되어 있었지만 현재 결혼과 성에 대한 국민의 인식이 바뀌었으므로 간통죄를 형벌로 처벌하는 것은 더 이상 적절하지 않다고 선언하였다.(헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등) 이에 대해 재판관 강일원은 위헌 결론에 동참하면서도 이유를 달리 했는데 '성적 도덕관념도 크게 변화'한 것은 사실이지만 '어떤 방법으로 문제를 해결할 것인지는 입법정책적으로 입법자가 결정할 사항'이며 간통죄 '그 자체로 헌법에 위반될 수 없'으나 명확성, 비례의 원칙을 위반한다고 보았다. 이는 원본주의적 태도를 취했다고는 무리가 있으나 사회 의식의 변화에도 불구하고 이를 시정하는 우선권은 입법부에 둠으로써 스칼리아의 견해에 근접했다고 평가할 수 있다.

124)『A Matter of Interpretation』, 145-146쪽

리아는 헌법의 본질이 그러하다고 주장한다. 법과 현실 사이의 괴리는 사실의 문제일뿐 법의 해석을 바꿀 정당한 이유가 될 수 없다. 이는 정해진 절차에 의해서 헌법을 개정함으로써 해결할 수 있을 뿐이다.

과거의 고정된 원리를 확인하기 위해 스칼리아는 역사와 전통을 광범위하게 탐구한다. 역사의 한 페이지는 논리학 서적과 맞먹으며[125] 기본권 조항을 제대로 해석하려면 역사 속 건국 영웅들(founding fathers)이 이를 어떻게 이해하고 적용하였는가를 살펴봐야 한다.[126] 이를 위해 스칼리아는 18, 19세기의 각 주 헌법, 법률, 조례는 물론 법률 주석서 및 논문 나아가 미국 법제도가 계승한 18세기 이전의 영국 보통법 전통까지 고증한다. 그는 수십 수백권의 책, 전문가 보고서를 읽고 판결문 수 페이지에 걸쳐 전통과 역사를 논증한다. 이 때문에 법률해석에서 혹독히 비판한 바 있는 입법사를 가장 많이 사용하며 사실상 자신이 거부한 원의주의로 회기하였다는 비판을 받기도 한다. 그러나 스칼리아는 자신이 찾는 것은 오로지 그 당시의 문언의 일반적 의미일 뿐이고 과거의 자료는 문언의 뜻을 명확하게 하기 위한 참고자료일 뿐이지 자신은 결코 여기에 구속되지 않는다고 주장한다.

라. 원본주의의 정수(精髓) - District of Columbia v. Heller[127]

Heller 사건은 스칼리아가 직접 다수의견 집필을 맡아 작성하여 미국 사법 200여년의 역사에서 원본주의의 정수가 집약된 최초의 판결로 평가받는 판결이다.[128] 청구인은 등록 안된 권총의 휴대를 금지한 콜롬비아 특별구의 법이 수정헌법 제2조(질서정연하게 규율된 민병대는 자유국가의 안전을 위해 필요한고로 무기를 보유하고 휴대할 국민의 권리는 이를 침해하지 못한다)[129] 무기 소장권(right to bear arms)에 반하여 위헌이라고 주장하였다.[130] 합헌측은 수정헌법 제2조의 서두

125) Lee v. Weisman, 505 U.S. 577, 112 S. Ct. 2649 (1992) 632쪽. 홈즈대법관이 New York Trust Co. v. Eisner, 256 U.S. 345, 349, 65 L. Ed. 963, 41 S. Ct. 506 (1921)에서 한 말을 스칼리아가 재인용하였다.

126) 위 판례 같은 페이지. Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, 673, 79 L. Ed. 2d 604, 104 S. Ct. 1355 (1984), Marsh v. Chambers, 463 U.S. 783, 790, 77 L. Ed. 2d 1019, 103 S. Ct. 3330 (1983)를 각 인용하고 있다.

127) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570, 128 S. Ct. 2783 (2008). 이하에선 Heller사건이라 부른다.

128) Cass R. Sunstein, 'Second Amendment minimalism: Heller as Griswold', Harvard Law Review, Nov, 2008, Vol.122(1), 246쪽

129) 안경환의 번역을 따랐으며 원어는 다음과 같다. A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed

(prefactory clause)가 무기 소장권을 보호하는 목적에서 군대(=규율된 민병대)를 지시하고 있으므로 자기 보호와 같이 비군사적인 목적은 보호 대상이 아니며 이는 무기를 소지 휴대할 개인적 권리 조항이 아니라고 반박하였다. 스칼리아는 사전, 역사서, 법학 논문, 헌법 제정 회의록, 각 주의 비준 검토 회의록, 건국자들의 저서 등을 폭 넓게 검토한 후 수정헌법 제정 당시 군사적 목적이 아닌 자기 보호를 위해 무장을 할 개인적 권리[131]가 이미 존재했을 뿐만 아니라, 당시 사람들은 시민군(civil militia)을 헌법 질서가 무너졌을 때 폭제(暴制)에 저항할 이상적인 형태로 인식하고 있었는데 시민군은 개인의 총기 소유가 금지되면 분쇄될 수밖에 없으므로 수정헌법 제2조를 오직 민병대를 전제로 하는 집단적 권리라 볼 수 없다고 선언한다.

(1) 수정헌법 제2조의 일반적인 의미

⑴ 국민(The people) : 수정헌법 제2조를 포함하여 제1조, 제4조, 제9조에서 국민(the people)이란 단어를 쓰는 것은 보장하는 권리가 공동체 구성원 전원이 향유할 수 있다는 사실을 의미한다. 반면 식민지 시절 미국의 민병대(militia)란 건장한 남성을 의미하기 때문에 오로지 이 단어를 근거로 수정헌법 제2조가 민병대 조직을 위한 집단적 무기 소장권에 불과하다는 해석은 타당하지 않다.

(2) 무기의 소지 및 휴대(keep and bear arms) : 당대의 사전, 문헌(founding-era sources) 및 입법 기록을 살펴보면 '무기의 소지[132] 및 휴대[133]'는 민병대 참가에 국한되지 않고 일상적으로 무기를 지니고 밖에 다닐 수 있다는 의미이다.

(3) 침해될 수 없다(shall not be infringed) : 무기 소장권은 헌법이 제정되면서 창

---

130) '무기의 나라'라는 인상과 다르게 미연방 대법원은 200여년간 수정헌법 제2조와 관련된 판시를 거의 하지 않았고 따라서 그 의미는 불분명하게 남아 있었기 때문에 Heller 사건 이전까지는 무기 소장권은 민병대를 전제로 한 집단적 권리이지 개인의 권리가 아니라는 견해와 개인적 권리라는 학설간 다툼이 있었다. Heller사건 이전의 무기소장권에 관한 논의에 관하여는 안경환, '미국 연방헌법 수정 제2조(무기소장권)의 의미', 서울대학교 법학연구소, <서울대학교 법학> 38권3,4호 (1997)

131) 스칼리아는 더불어 사냥을 위한 무기 소지 역시 보호된다고 판시한다.

132) 스칼리아는 'keep arms'의 의미를 제시하기 위해 판결문 각주7에서만 1719~1845년에 작성된 10개의 문헌을 인용하며 그 용례를 보여준다.

133) 9개 주의 수정헌법 비준 회의록을 참고하며 'bear arms'는 자기 방어(self-defense)란 의미로 사용되었다고 논증한다. 한편 당시 'bear arms'는 관용적으로 '병사로서 참전하다'는 의미가 있긴 하였으나 이 경우 반드시 접미사로 against가 사용되어야 하므로 수정헌법 제2조에는 맞는 용례가 아니라고 분석한다.

설된 권리가 아니라 그 이전부터 존재한 권리(pre-exiting)이다. 역사를 보면 영국 스튜어트 왕조 시대부터 시민들을 진압하기 위해 무장금지조치 등이 취해진 이래 권리장전에서 자기 방어를 위한 무장할 권리가 인정된 이래로 이는 영국민의 개인적 권리로 보장받았다. 미국 독립시기에도 영국 왕실은 반발이 있는 지역을 무장해제하는 조치를 취했다.

(4) 질서정연하게 규율된 민병대(well-regulated militia) : 반대의견은 다른 연방헌법 조항[134]에 나오는 민병대(The[135] militia)는 이를 창설(create)한다가 아닌 조직(organize)한다고 쓰여 있는 것으로 미루어 해군 등 이미 존재하는 군대를 의미하며 수정헌법 제2조의 민병대 역시 같은 의미라고 주장한다. 그러나 수정헌법 제2조 민병대(a militia)란 무장이 가능한 모든 남성을 의미하고 '질서정연하게 규율된(well-regulated)'는 단지 훈련을 잘 받았다는 뜻이므로 수정헌법 제2조를 군대에 한정하여 해석하는 것은 타당하지 않다.[136]

(5) 자유 국가의 안전(security of a free state) : 이는 단일한 정치 공동체(a polity)를 의미하지 미국 내 여러 주를(several states) 지칭하는 것이 아니다. 건국 주역 중 하나인 알렉산더 헤밀턴의 저서『The Fedralist』를 보면 상비군보다 민병대를 선호하는 내용이 나오며 이 민병대는 주(州)가 아닌 국가를 지키는 것이다.

(2) 법해석에서 목적의 역할

서두 부분(prefactory clause)은 무기 소장권의 목적을 '잘 규율된 민병대'에 특정하고 있지만 목적은 문언의 의미가 명확하지 않을 때 해석의 지침을 줄 뿐이지 문언이 명확하다면 권리의 내용을 확장하거나 제한할 수 없고 내용 부분(operative clause)은 '무기를 보유하고 휴대할 국민의 권리'로 개인적 권리를 선언하고 있음이

---

134) Art. I, § 8, cls. 15-16

135) 스칼리아는 다른 조항이 수정헌법 제2조의 'a militia'와 다르게 정관사를 사용해 'the militia'라고 표기한 것으로 미루어 'the militia'란 헌법 제정 당시 이미 존재하는 군대를 가리키는 반면 수정헌법 제2조 'a militia'는 군대를 지칭하지 않는다고 반박한다.

136) 스칼리아는 무기 소장권이 반대파를 탄압하기 위해 영국 스튜어트 왕조를 제외한 나머지 국민들의 무장을 해제하는 것에 대한 시민적 자각에서 비롯되었음을 강조하며 만약 수정헌법 제2조를 군대에 국한하여 해석하고 개인의 무장을 제한한다면 무기 소장권의 연혁과 정반대로 헌법이 전제정치를 강화하는 수단이 된다는 점을 강조한다. Heller 판결 600쪽

명백하므로 이를 군사적 목적에 한정하여 해석할 이유가 없다.[137] 그 이유는 법은 권리와 의무를 성립시키기 위한 것이지 목적을 천명하기 위한 것이 아니기 때문이다. 따라서 목적은 해석의 지침을 제공해주기는 하나 ① 특정한 목적이 구체화되어 있다 할지라도 일반적 법의 내용이 목적 범위로만 축소되지 않으며 ② 추상적 목적이 설정되어 있다고 법의 내용이 목적을 포괄하는 범위까지 확장되지 않는다는 한계가 존재한다. 목적은 문언의 가능한 의미 선택지 중 최종결정을 할 때에만 그 역할을 할 뿐이고 목적은 어떤 경우에도 문언의 의미를 확장하거나 제한하지 못한다.[138]스칼리아는 그 예로 같은 법에 '어떤 차량(vehicle)도 공원에 들어올 수 없다.'란 조문과 '이 법은 공원을 안전하고 평온하게 유지하는 것을 목적으로 한다' 목적 조항이 들어있을 경우 목적 조항 때문에 말(horse)을 차량이라고 해석하여 규제할 수는 없다고 한다.[139]

(3) 입법 기록, 역사서, 논문 등의 기능 및 한계

스칼리아는 수정헌법 제2조 문언의 일반적 의미를 분석하는 곳(577~597쪽) 뿐만이 아니라 조항의 서두와 내용의 의미상 관계 분석(598~605쪽)에서 17, 18세기의 일반·법률용어 사전, 역사서, 법학 논문, 헌법 제정 회의록, 각 주의 비준 검토 회의록, 건국자들의 저서를 인용하며 단어의 일반적인 사용법을 보여준다. 그는 여기서 그치지 않고 자신의 해석이 결코 주관적임이 아님을 보여주기 위해 수정헌법 이후에 발간된 주석서(605~610쪽), 남북전쟁이 발발하기 이전까지의 19세기 판례(610~614쪽), 남북전쟁 이후 총기 관련 입법(614~616쪽), 남북전쟁 이후 주석서(616~619쪽)역시 수정헌법 제2조를 개인적 권리로 해석해 왔음을 보인다.

스칼리아는 원의주의가 제정자의 의도를 추적하기 위해 입법사(legislative history)를 살피는 것을 강하게 비판한 바 있다. 그러나 그는 언어의 사용법을 추적하는 방법으로 입법 기록 등을 참조하는 것은 당연히 허용되며 제정 이후 발간된 주석서, 판례 등 후입법사(post-enactment legislative history)[140] 역시 중요한 참고 자료

137) Heller 판결 598-605쪽
138) 『Redaing Law』, 57쪽
139) 『Redaing Law』 §34 Prefactory-Materials Canon 217-220; Heller 판결에서는 이유가 명확하게 제시되지 않았으나 스칼리아는 이후 저서에서 이를 추가하였다.
140) 스칼리아는 법 해석 의무에 직면한 법관 이전에 다른 사람들이 어떤 해석을 했는지를 살피는 것은 헌법 해

로 활용된다고 본다. 얼핏 표리부동하고 일관성을 상실한 것으로 비치나 스칼리아는 입법사를 권위적(authoritive) 법원(法源)으로 보는 것을 비판할 뿐 참고 자료(informative)로서의 유용성을 부정한 것으로 이해해야 한다. 원의주의는 이를 종교의 경전처럼 절대적이고 다른 자료들에 우선하는 권위와 구속력을 인정하는데 반해 스칼리아에게 이는 당시에 발행된 영어사전이나 신문기사와 동등한 지위에서 참조를 할 자료에 불과하다.[141]그러나 사람들은 입법 기록에 더 우월한 지위를 부여하려는 경향이 있고 이 때문에 스칼리아는 보통의 경우 입법 기록을 참조하는 것은 쓸모 있기보단 해악을 끼칠 때가 더 많다고 본다.[142]

그러나 이는 법관이 법을 해석할 시점과 법을 제정한 시점에 큰 차이가 없을 때 이야기이다. 해석의 대상이 제정자의 의도가 아니라 대중들이 사용하는 언어의 일반적인 의미일 경우 이를 확인할 가장 좋은 방법은 입법 기록이 아니라 사전이다. 그러나 헌법처럼 200여년 전에 제정된 특수한 텍스트의 일반적 의미를 알기 위해 법관은 그 시대의 분위기에 젖어들어 역사학자가 될 수밖에 없는데[143] 당대 최고의 지식인 이었던 건국 영웅(founding fathers)의 글은 그 시대의 전반적인 이해를 제공해주는 유용한 수단이다. 그러나 스칼리아는 자신이 이런 자료를 살피는 것은 어디까지나 헌법의 의미(import)를 파악하기 위해 맥락을 살피는 것에 불과하며 결코 제헌자의 의사에 구속력이 있는 것은 아니므로 원문주의 원칙에서 벗어나는 것이 아니라고 재차 강조한다.[144] 사전만으론 오래된 단어의 맥락을 직접적으로 파악하기 어려운 만큼 단어의 맥락을 파악하기 용이한 입법 기록은 유의미한 정보를 제공해주며 합리적인 이유 없이 이와 다른 의미를 부여한 해석을 해선 안된다.[145]

석에서 빠질 수 없는 부분이라고 본다.(Heller 판결문 2805쪽) 이는 입법사에 근거한 헌법 해석은 법관의 선입견에 의해 사료를 선별하고 그 결과 편파적이게 될 가능성이 높은 점을 인식하여 법관의 해석이 다수의 다른 해석과 일치함을 보임으로써 주관적 판단의 위험을 낮추기 위함으로 보인다.

141) 『Redaing Law』, 38쪽, 388쪽; 심지어 대부분의 경우 사전보다 믿을 바가 못된다고 한다. Scalia, Antonin; Manning, John F. "Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation, A." George Washington Law Review 80.6 (2011-2012): 1610-1619. 1616쪽

142) 『Redaing Law』, 388쪽

143) 「Evil」, 856-857쪽

144) 『A Matter of Interpretation』, 147쪽

145) 입법사에서 파악된 단어의 의미는 그 시대의 일반적 의미로 추정되나 다른 사료에 의한 반대 용례가 제시된 경우 추정은 깨어진다. 그러나 반대 용례가 특수한 맥락에서만 사용되거나 하는 등 일반적 의미라고 보기 어려운 경우 추정은 유지될 것이다. 이는 소송 단계의 주장 - 항변 - 재항변의 구조와 유사하다. 실제로 Heller사건에서 스칼리아는 반대의견이 제시하는 사료들이 왜 적절하지 않은지에 대해 많은 지면을 할애하고 반대의견 역시 스칼리아의 선별적 사료 선택을 비판하여 흡사 역사 토론을 보는 듯한 장면이 펼쳐진다.

3. 제정 법치주의(Rule of law as a law of rules)[146]
- 스칼리아 원본주의의 이론적 근거

가. 보통법의 악영향

(1) Holy Trinity 사건

뉴욕시에 위치한 Holy Trinity 교회는 자기 교회당에서 설교를 해줄 사람이 필요해 영국에 있는 목사와 계약을 체결하게 되었다. 그러나 미연방정부는 위 계약이 '계약하에 어떤 방식으로든 외국인이 미국으로 이주 또는 이민 하는 것을 장려하거나 도움을 줘서 … 그 외국인으로 하여금 … 어떤 형태든 노동 또는 업무(labor or service of any kind)을 영위하게'한 행위를 금지하는 법을 위반 하였다는 이유로 교회를 기소 했고, 연방 항소 법원은 벌금형을 선고했다. 그러나 연방 대법원은 다음과 같은 이유로 항소심을 파기 하였다.[147]

목사가 교회에서 본 업무(service)는 보수 지급을 목적으로 하는 노동(labor)행위란 사실은 부인할 수 없다. 법률에서 '노동'과 '업무'라는 일반적 단어를 사용한 것은 물론 '어떤 형태든(of any kind)'을 덧붙인 것은, 법문을 어떻게든 축소 해석하는 것을 방지하고 법률이 행위 일반을 전반적으로 규율해야 함을 강조하고 있는 것이다. … 직업 연기자, 예술가, 강사, 가수, 가사 사용인 등을 위 법의 적용에서 배제하는 제5항은 이를 제외한 나머지 모든 형태의 노동 또는 업무 행위에 법이 적용되어야 함을 의미한다. 하지만 국회가 이 법을 만들 때 이 사안과 같이 교회의 근로관계를 제한할 의도가 없었다는 사실을 지지하는 강력한 근거가 존재한다. 우리는 다음과 같은 규칙을 알고 있다. 설령 어떤 것이 법문(the letters) 안에는 포함 되지만 그 혼(spirit)에는 이르지 못하고, 입법자가 이를 의도하지도 않았다면 이는 법률

146) 대륙법계에서는 법치주의라고 하면 성문법에 의한 규율체계를 연상하지만 보통법계에서 법치주의는 성문법은 물론 판례법에 의한 규율을 포괄한다. 후자가 법치주의의 중심이 되어야 한다는 스칼리아의 견해를 정확히 전달하기 위해 논문의 제목이기도 한 rule of law as law of rules를 제정 법치주의로 번역하였다. A. Scalia, 'Rule of Law as a Law of Rules', The, 56 U. Chi. L. Rev. 1175, 1188 (1989) 이하 「Rule of Law」라고 표시한다.

147) Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457, 12 S. Ct. 511 (1892)

(the statute)에 속하지 않는다는.

연방대법원은 당시에는 증거로 취급하는 일이 거의 없었던 입법사까지 동원하는 등 다양한 비문언적 자료를 거시하며 이 법률은 오로지 육체 노동(manual labor)에만 적용된다고 결론내렸고 스칼리아는 이를 강하게 비판한다.[148] 국회가 만든 법에는 훌륭한 것도 형편 없는 것도 있다. 그러나 형편 없는 법이라고 해서 법원이 이를 개정할 권한은 없다. 물론 필경사의 실수와 같이 극히 예외적으로 법률의 오류를 시정할 수는 있지만 이 사안은 국회가 말실수(misspoke)한게 아니라 입법을 잘못한 것(overlegislate)이므로 사법부가 해석으로 법률을 수정해서는 안된다.[149]

(2) 보통법의 원리

오래 전부터 법의 혼(spirit)을 법문(letters)보다 우선시 하는 경향이 있었다.[150] 태고의 지혜로 판결을 내리는 솔로몬 왕은 법을 전문적으로 공부하지 않았음에도 불구하고 사람들 마음속에 '정의로운 법'의 상징으로 남아있다. 보통법은 사람들의 관행이 굳어진 관습법(customary law)라고 잘못 알려져 있으나 실은 이는 판사법이라고 해야 한다.[151] 보통법 역시 법을 적용한다는 점에서 법치주의의 한 형태이긴 하지만 보통법의 더 중요한 특징은 법관이 법을 직접 창조한다는 점이다.[152] 보통법 법관은 선례 구속의 원칙에도 불구하고 기존의 보통법이 눈 앞의 사건을 해결하기에 못미더우면 현재 사건을 선례와 구별(distinguish)하고 법을 사건에 가장 잘 들어맞는 형태로 재창조할 수 있다. 로스쿨 학생들은 보통법 케이스를 풀면서 솔로몬의 왕처럼 되는 체험을 하고 위대한 대법관들의 족적을 따라 최적의 법을 만드는 지적 희열에 도취된다.[153] 보통법 법관은 미식 축구 선수가 좌우앞뒤 뛰어가며 상대방의 태클을 피하고 터치다운을 성공시키는 것처럼 자신의 지적 역량을 한껏 발

---

148) Holy Trinity v. United States는 폐기되지는 않았지만 2007년 스트븐슨(Stevens)대법관이 Zuni Pub. Sch. Dist. No. 89 v. Department of Educ. 사건에서 별개의견(concurrence)으로 제시한 이외엔 1989년 이래 한번도 대법원 판례에 인용되지 않을 정도로 지지를 잃었다고 한다. 『Redaing Law』, 13쪽

149) 『A Matter of Interpretation』, 22쪽

150) 스칼리아가 자주 인용하는 마샬 대법원장 역시 '특히 헌법에서는 문자 때문에 조문의 혼이 경시 되어선 안된다.'고 말한 바 있다. Sturges v. Crowninshield, 17 U.S. (4 Wheat.) 122 (1819)

151) 『A Matter of Interpretation』, 4쪽

152) 『A Matter of Interpretation』, 6쪽

153) 『A Matter of Interpretation』, 7-8쪽; 스칼리아는 자신 역시 로스쿨 시절 법의 이러한 매력에 흠뻑 빠져 보통법을 신봉하였다고 고백한다. 「Rule of Law」, 1178쪽

휘하여 하나의 법을 완성시킨다. 이는 하나의 선례로 남고 다음 법관이 바통을 이어받아 지적 여정을 다시 수행한다. 보통법은 스크래블(scrabble) 게임처럼 법관이 판결을 내릴 때마다 점진적 커져나가는 법의 세계이다.

스칼리아는 보통법이 법관이 왕의 대리인이었던 수 세기 전에는 좋은 법체계였지만 민주주의가 정착한 지금은 솜씨 좋은 무면허 의사(unqualified good)[154]처럼 애매한 존재로 본다. 미국은 영국 식민지 시절 영국 왕이 파견한 법관들의 압제를 경험 역사 때문에[155] 왕의 대리인이자 입법자로서 무소불위의 권한을 행사한 법관을 통제하고자 하였고 이는 미연방 헌법이 배심제도를 헌법 제3장, 수정헌법 제 5~7조에서 거듭 규정하고 있는 데에서 알 수 있다.[156] 판사법은 소급입법일 수밖에 없으며 괴팍한 법관의 심술로부터 결코 자유로울 수 없다.[157] 19세기 무렵 란툴(Rantoul)과 필드(Field)는 보통법을 '이성이란 이름을 걸고 무지한 이들을 현혹시키는 독버섯'이라 비판하며 보통법을 명문 법률로 전환하는 성문법 운동(codification movement)를 벌였으나 일부 소송법에서만 성과를 거뒀을 뿐 실패로 끝났다.[158] 그 결과 아무리 훌륭한 보통법도 손가락 한 번 튕기며 현재 사건과 구별해버리면 법관이 선례의 구속에서 벗어나 마음대로 판결할 수 있게 되었다.[159]

---

154) 한 나라의 의료제도는 그 나라의 국민건강의 보호증진을 목적으로 하여 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전한 방법이다. 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 국민보건에 위해를 발생하게 할 우려가 있으므로 전체국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수밖에 없다. (중략) 무면허 의료행위자 중에서 부작용 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분하는 것은 실제로는 거의 불가능하며, 또 부분적으로 그 구분이 가능하다고 하더라도 일반인들이 이러한 능력이 있는 무면허 의료행위자를 식별할 수 있는 것은 결국 국가에서 일정한 형태의 자격인증을 하는 방법 이외에는 달리 대안이 없다.(헌재 2013. 8. 29. 자 2012헌바174 결정【보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조 등 위헌 소원 】)

155) 영국 식민지 시절 영국 조지 3세는 식민지 법관을 통해 미국을 관리했는데 그 대가로 법관은 임기와 높은 연봉을 보장받았다고 한다. 이러한 역사적 배경 때문에 미국은 독립 시기부터 법관보다는 시민들로 구성된 배심제도를 민주주의의 필수적 요소일 뿐만 아니라 부진정 입법자(quasi-legislators)로 인식하게 되었다고 한다. Stephanos Bibas, 'Originalism and Formalism in Criminal Procedure: The Triumph of Justice Scalia, the Unlikely Friend of Criminal Defendants', 94 Geo. L.J. 183, 204 (2005-2006) 186쪽

156) Neder v. United States, 527 U.S. 1, 119 S. Ct. 1827 (1999); 다수의견은 형사 재판 중 배심원에게 평결에 필요한 일부 지식을 설명하지 않았다 할지라도 이것이 평결에 아무런 영향을 미치지 않았으면 배심 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다고 판결했다. 그러나 스칼리아는 반대의견에서 헌법상 배심제도의 중요성을 강조하며 '*헌법은 법관의 유죄판단을 믿지 않는다.* … 압제자가 20년간 연방 판사를 임명하다 보면 그 판사들은 기꺼이 형법을 압제자의 입맛에 맞게 해석·적용할 것이다 … 따라서 시민들은 배심원으로 참가하여 자신들이 직접 유죄를 판단할 수 있어야 한다.'(강조는 판결 원문 그대로)

157) 보통법은 법관의 자의적 판단은 다른 법관 및 법학계의 비판에 의해 견제되므로 객관성을 유지할 수 있다고 주장한다. 그러나 이 비판이 여전히 '구체적 타당성'을 근거로 하는 것이라면 생각이 다른 두 배심원이 의견이 불일치 한 상황이나 다름 없고 객관적 갈등 해결은 불가능하다. 스칼리아는 오로지 제정법 규칙을 활용할 때에만 객관성이 획득될 수 있다고 본다.「Rule of Law」, 1180쪽

158)『A Matter of Interpretation』, 11-12쪽

(3) 제정법과 평등한 대우

스칼리아는 법관이 해석으로 제정법을 변경시키는 행위(judge-made law)는 이런 보통법 전통이 악영향을 미친 결과라고 본다.[160] 보통법 시대에는 법관이 따라야 할 법률(statute)이 거의 존재하지 않았으므로 당연히 해석을 통한 법의 축소·확대·변형 및 폐지·창설까지도 허용됐다. 하지만 현재는 민주적으로 선출된 대의기관이 법률을 만들고 법관은 이를 사건에 충실히 반영하는 제도가 확립되었다.[161] 법이 제정되면 이는 보통법의 영역을 벗어난 것이고 판사는 보통법의 방식을 더 이상 사용해선 안된다. 스칼리아는 그 이유를 권력분립의 원칙에서 찾는다. 성문화(codificaion)에 따라 보통법과 제정법의 규율 영역이 나뉜다면, 보통법은 입법부의 권한이 행사되지 않은 영역이고 제정법은 입법권이 행사된 영역이다. 입법권이 행사되지 않았다면 모르되 입법권이 행사되어 법률이 제정되었음에도 불구하고 법관의 법형성이 허용된다면 이는 권한을 찬탈(usurption)하는 것이다.[162] 뿐만 아니라 제정법은 평등한 대우(equal treatment)[163]란 측면에서 보통법보다 더 나은 사법 시스템이다. 보통법의 장점인 구체적 타당성(perfection)[164]은 법이 추구하는 여러 가치 중 하나일 뿐이며 다른 가치를 압도할 정도로 우월한 지위에 있지도 않다. 스칼리아는 구체적 타당성을 좇는 보통법은 이론적, 실무적으로 평등의 가치와 맞지 않는다고 주장한다. 구체적 타당성과 평등이 충돌할 때, 즉 부조리한 처우와 편파적인 대우가 문제될 때 사람은 후자를 더 부정의하다고 느낀다. 예를 들어 부모가 딸

---

159) 『A Matter of Interpretation』, 12쪽

160) 스칼리아는 '나는 민주주의에 따개비처럼 붙어 있는 보통법을 긁어 내자고 주장하는게 아니다. 보통법이 지금 있는 자리에서만 자가발전 하길 바랄 뿐이다.'라고 하여 보통법이 규율되는 영역과 제정법이 규율하는 영역을 분리할 것을 주장한다. 『A Matter of Interpretation』, 10-12쪽

161) 『A Matter of Interpretation』, 13쪽; 『Redaing Law』, 4쪽; 미국의 영국 보통법 계수 연혁에 대하여는 남기윤, 『법학방법론』, 574-592 참조

162) 한편 입법권의 불행사를 단순히 입법행위의 공백이 아닌 의도된 부작위로 볼 여지도 있다. 왜냐하면 성문화된 다른 영역이 존재함에도 불구하고 어떤 분야가 보통법 영역으로 남아 있다면, 이는 그 분야를 보통법 영역에 남긴다는 입법부의 의사가 표출된 것으로 봐야하기 때문이다. 스칼리아가 이런 논의를 함축하고 있었는지는 명확하지 않지만 이에 따르면 보통법 영역 조차 권력 분립의 원칙에 따라 보장되는 것이므로 미국 사법체계에서 보통법은 제정 법치주의의 하위에 위치하게 된다.

163) 「Rule of Law」, 1775쪽

164) 'perfection'은 직역하면 '완벽함'이 되겠지만 '보통법은 인류 이성의 결정체(The Common law is the perfection of human reason)'에서와 같이 보통법에서 합리적 이성으로 현출된 모든 요소를 고려하여 사안에 딱 맞는 정답을 찾는 과정을 긍정적으로 평가한 상징적 표현이다. 대륙법계인 우리나라에는 이에 딱맞는 개념이 존재하지 않으나 법문의 형식적 해석을 보완하고 그 사안에 맞는 합리적 해결을 강조할 때 판결문, 법률서적에서 사용하는 '구체적 타당성'을 번역어로 사용한다.

에게 TV시청을 아예 못하게 하는 것은 바람직한 훈육 방법이 아니라고 생각하면서도 이를 군소리 없이 따르는 딸이 있다. 이런 딸이라도 부모가 오빠에게는 아무런 제제를 하지 않는 것을 보면 매우 부당하다고 느낀다. 제정법처럼 분쟁 이전에 정해진 규칙이 있으면 법관의 자의적 판단 가능성이 줄어들고 그 만큼 판결의 예측 가능성이 높아지며 이는 판결에 더 나은 정당성을 부여한다. 그러나 이 제정법을 법관 마음대로 구부리고 펴 바꾼다면 평등을 추구하는 제정법 본연의 취지가 완전히 사라져 버린다.[165]

패소 당사자는 "선례는 9개의 요인에 근거한 결론이지만, 이 사건은 추가로 1개 요인을 더 고려하여 결론이 바뀌었습니다."라는 보통법 방식의 판결을 받아들이기 어렵다. 1개의 다른 요인이 판결이 고려되어야 하는지는 차치하고서라도 무려 9개가 선례와 같은데 고작 1개가 다르다고 결론이 뒤집히는 것은 부당하다고 여겨지며 당사자는 법의 공정한 판결이 아니라 법관의 자의적 판단을 받았다고 느낀다.[166][167]

---

165) 정해진 규칙을 이유 없이 변경하는 것 자체가 참가자간의 평등을 해치는 일이고 이는 법감정 반한다. 이를 보여주는 극명한 사례가 <나는 가수다 시즌 1> 이다.(이하 '나가수'라 한다) '나가수'는 한 자리에 모으는 것만으로도 화제인 가수 7인을 경쟁시켜 꼴찌를 탈락시키는 포맷으로 방송 이전부터 화제였다. 경연 결과 '국민가수'이자 경력이 제일 오래된 김건모가 7위를 하자 출연진들이 '자발적으로' 재경연을 요구해 방송제작자는 처음의 규칙을 깨고 김건모에게 재도전의 기회를 주기로 결정했다. 방송이 나간 후 '국민적 소요상태'라 불릴 만큼 엄청난 비난이 김건모와 '나가수' 제작진, 출연진에게 쏟아졌다. 거의 모든 신문과 칼럼이 이를 '형평성' 또는 '공정성'이 훼손되어 원칙을 지키지 못한 사례로 지적했다. 진중권은 국민들의 분노를 '권력을 뺐겼다는 느낌, 쿠테타 같은 느낌이 있습니다. 실망이 분노까지 치달을 수밖에 없었죠. 이해가 갑니다.'라고 분석하였다. 결국 김건모는 다음 경연에서 좋은 공연을 선보여 꼴찌를 면했고 후배 가수인 정엽이 꼴찌를 기록하여 하차가 결정되었다. 그러나 대중들은 이를 받아들이지 않았다. 대중들은 김건모가 '대가수'로서 실력이 부족했기 때문에 분노한 것이 아니다. 대중들은 애당초 '나가수'의 초기 규칙 자체에 문제가 있다는 사실은 인정하되, 부당한 규칙이라 할지라도 김건모는 '대선배'였기 때문에 규칙을 변경하여 살아남을 수 있었고 정엽은 '후배가수'였기 때문에 규칙에 따라 하차해야만 한 점이 분노의 핵심이었다. 이처럼 사람들은 결과의 구체적 타당성보다 각인에 대한 평등한 대우가 사라졌을 때 즉각적으로 부정의하다고 느낀다.

166) 미국 수정헌법 제6조는 형사 소송에서 피고인이 자신에게 불리한 증인을 직접 대면(confrontation)할 권리를 보장한다. 그러나 연방대법원은 증인의 진술이 충분히 신빙성이 있고 전문법칙의 예외 조건을 충족하는 경우 증인을 대면할 수 있는 피고인의 권리를 제한할 수 있다고 하며 신빙성 판단 기준으로 8~9개의 기준을 제시했다.(Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56) 그러나 이후 이는 수정헌법 제6조에 어긋난다며 폐기되었고 다수의견을 집필한 스칼리아는 위 판례 이후 실무에서 동일한 기준을 가지고 법관마다 신빙성에 긍정적·부정적 요소로 다르게 판단하는 등 기준 자체가 명확하지 않고 법관의 자의에 의해 결정되어 왔다고 지적하였다. Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 124 S. Ct. 1354 (2004); Stephanos Bibas, 아래 논문, 189쪽

167) 대법원은 '근로자성'의 판단 기준을 이와 유사한 방식으로 규정한다. '근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 결정되는 것이고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 ① 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 ② 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 ③ 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, ④ 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, ⑥ 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對償的) 성격을 갖고 있는지 여부와 ⑦ 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 ⑧ 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑨ 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, ⑩ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에

나. 객관성과 법치주의

헌법이 보통법처럼 법관에 의해 변형·발전하는 체계로 보고 나름의 법적 도덕적 판단에 따라 기본권을 늘리고 줄이는 것은 헌법을 성문화한 목적(written constitution)에 정면으로 반한다.[168] 법이 존재만 할 뿐 당사자가 법이 무엇이고 적용 결과가 어떠할지를 알 수 없다면 아무 소용이 없다.[169]법을 법관의 머릿속에서 꺼내 법전에 기록한 것은 불확실성을 줄이기 위함인데 법관에게 판단 재량이 늘어날수록 다시 불확실성은 커진다. 법률의 경우도 마찬가지여서 법관이 변형생성기계(Mr. Fix-it)처럼 제정법에 변형을 가하는 순간 어쩌다 구체적 타당성에 맞는 판결을 내릴지는 몰라도 예견가능성을 떨어뜨리고 따라서 법의 지배가 훼손된다. 이를 딱딱한 형식주의(formalism)이라고 비난할지 모르나 법의 지배는 본래 형식(form)과 긴밀한 연관을 갖는다.[170]아무리 내용이 정당하고 시급을 다퉈 국회를 통과한 법이라도 대통령이 서명 공포하지 않으면 이는 법이 아니다. 살해 현장을 녹화한 유일한 증거가 불법 증거라면 이를 배제하고 무죄 선고를 내리는 것이 법이다. 이를 형식주의[171]라 비난하는 것은 옳지 않으며 오히려 장구(長久)한 형식주의

의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등 당사자 사이의 관계 전반에 나타나는 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.'(대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결, 번호는 논자가 추가) 여기에 대법원은 이후 '기본급이나 고정급이 정하여졌는지,근로소득세를 원천징수하였는지,사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 마음대로 정할 여지가 크다는 점에서,그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.'는 원칙까지 추가하였다.(대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결) 그리고 위 기준에 의해 골프장 캐디, 학습지 교사의 근로자성은 부정하였고(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결, 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결, 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결) 대입 학원 강사의 근로자성은 인정 하였다.(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결) 이는 구체적 타당성을 기하기 위한 노력으로 보이나 스칼리아가 지적한 것과 같이 분쟁 당사자는 물론 이를 읽는 제3자 조차도 어떤 요인이 근로자성을 인정하는데 결정적인 것인지 알기 어려워 결과에 승복하기 어려워지는 측면이 있다.

168) 『A Matter of Interpretation』, 13쪽

169) 로마 제국 네로 황제는 사람들이 읽지 못하게 일부러 칙령을 기둥 높은 곳에 붙여 선포하였다. 스칼리아는 이를 법이 형식적으로 존재할 뿐인 전제정치(tyranical)라고 말한다. 『A Matter of Interpretation』, 17쪽; 「Rule of Law」, 1179쪽

170) 『A Matter of Interpretation』, 25쪽

171) 법학에서 '형식주의'란 용어는 철학개념인 '형식(form)'의 혼입으로 인해 쓰는 사람 마다 다른 의미를 띤다. 스칼리아의 형식주의는 법규범의 의미는 그 자체의 문언상 의미에 의해 확정되고 법관의 해석 등 외부적 요소에 의한 개입을 차단하여 예견가능성 확보한다는 의미이다. 칼 슈미트는 이 유형의 형식주의를 다음과 같은 문장으로 묘사한 바 있다.

"거래에서는 특정 종류의 물품보다는 예측 가능한 명확성 쪽이 더욱 중요하기 때문이다.(나에게는 개개의 열차시간표가 출발 시각이나 도착 시각을 어떻게 규정하고 있는지보다도, 오히려 그것이 믿을 수 있게끔 기능하여 나의 행동을 거기에 맞출 수 있느냐가 더 중요하다.)"

만이 우리를 사람의 지배에서 해방시켜 법의 지배를 실현시킨다.[172]

형식을 무시하더라도 구체적 타당성을 좇아 사안에 꼭맞는 해결책을 찾는다면 이는 물론 훌륭한 일이다. 그러나 법관 개인의 생각이 사회의 객관적인 가치 및 이를 반영한 구체적 타당성과 다른 경우가 많고 둘이 다를 경우 이를 구별할 객관적 형식이 없으면 법관은 자의적 판단으로 법의 이름을 참칭할 위험이 크다.[173] 예를 들어 법관은 플라톤, 아리스토텔레스, 로크, 롤즈 및 국민 설문조사 중 자신이 선호에 따라 판결의 이유가 될 근거를 취사선택 할 수 있고 각 선택별로 결론이 달라질 수 밖에 없다.[174] 인용된 어떤 사상가나 자료도 엉터리라고 매도할 수는 없고 각 결론은 나름의 타당성을 가지고 있다. 그러나 이 판결은 법관의 주관적 선택에 의한 것이지 객관적인 기준에 따른 결론이라고 말하긴 힘들다.[175]법의 지배가 자의적 선택으로부터의 해방을 의미하는 한 성문법이란 형식만이 법관이 따라야 할 객관적 기준이 된다. 물론 원본주의자들 사이에서도 무엇이 객관적 기준으로서 법의 올바른 해석인가 의견이 갈린다. 그러나 원본주의는 해석의 출발점이 과거의 일정 시점에 고정되어 있다는 점에는 동의를 하므로 법관의 자의적 판단의 여지가 줄어든다.[176] 반면에 반원본주의는 원본주의가 틀렸다 데에만 입을 모을 뿐[177]해석 방법으론 백가쟁명식으로 저마다의 도덕성을 제시할 뿐 결코 객관적 기준을 확립하지 못한다.[178] 이 무질서한 기준의 혼돈에 비하면 원본주의가 찾고자 하는 문언의 일반적 의미는 어렵더라도 도전해봄직한 일이다.[179]

물론 칼슈미트는 형식 개념의 혼동이 법학에 끼친 해로운 영향을 언급하며 형식 개념을 법형식, 기술적 형식, 감성적 형식, 초월론적 철학의 형식으로 나눈 다음 스칼리아의 예견가능성을 높이는 형식주의를 기술적 형식주의로 분류하였고, 진정한 법형식은 규범의 실체적 내용을 부여하는 주권자의 결정이라고 본다. 칼 슈미트, (김항 역), 『정치신학』, 그린비, 43-49쪽

172) 『A Matter of Interpretation』, 25쪽

173) 「Evil」, 863쪽

174) 「Evil」, 855쪽

175) 『Redaing Law』, 89쪽

176) 「Evil」, 864쪽

177) 스칼리아는 이 때문에 반원본주의란 통일된 이론이라고 부를수도 없는 단지 원본주의에 반대하는 의견들에 불과하다고 평가 절하한다. 『Redaing Law』, 89쪽

178) 「Evil」, 855쪽

179) 「Evil」, 864쪽

다. 자유·민주주의

원본주의는 입법을 완료한 과거의 다수에 의해 규범의 의미가 결정되고 설령 시대가 흘러 이제는 다수가 다른 결론을 지지한다고 하더라도 법을 개정하지 않는 이상 과거의 규범을 여전히 따라야 된다고 보므로 실질적 자유와 민주주의가 억압된다는 비판을 받는다.[180] 그러나 이는 국소적 기간을 떼서 몇몇 사건만 개별적으로 관찰했을 때에만 그렇게 보일 뿐 장기적으론 원본주의가 현재의 자유와 민주주의 모두를 신장시킨다. 흑백 분리 정책이 위헌이라 선언한 브라운 판결[181]처럼 원본주의에 반하는 사법부의 판단이 시민적 자유를 한 단계 성장시켜 역사적 성취로 기록된 경우가 분명히 존재한다.[182] 그러나 스칼리아는 "그래서 어쨌다고?"라고 반문한다. 몇 개의 좋은 결과가 나왔다고 민주주의의 원리에서 벗어난 법이론이 정당화될 수는 없다. 같은 논리라면 우리는 전제정, 귀족정 나아가 전체주의 조차도 민주주의보다 훨씬 좋은 결론을 내는 경우가 있으며 따라서 이를 허용해야 된다는 주장을 거부할 수 없다. 뉴딜 시대의 연방대법원이 사회개혁 법안을 폐기[183]하면서 내세운 것이 실질적 적정절차 원칙였던 것[184]에서 보듯 반원본주의는 자유와 민주주의를 확장일도로만 이끄는 방법이 아니라 정반대로 축소시킬 수도 있는 양날의 칼(two-way street)이다.[185]

불합리한 법이 존재한다고 해도 이를 폐기할 때는 민주주의 절차를 따라야 하지 법원이 해석으로 날려버릴 것이 아니다.[186] 사법부가 정치적 사건에 소극적일수록 소수자들이 상대적으로 보호받지 못하는 것은 사실이지만 그렇다고 법관의 양심으로 법을 대체할 수도 없는 노릇이다. 민주주의의 자치(self-governance)가 실현되기

---

180) 「Evil」, 855쪽
181) Brwon v. Board of Education 347 U.S 483(1954)
182) 그러나 스칼리아는 브라운 판결은 수정헌법 제14조 평등조항을 원문주의에 따라 해석하여도 흑인과 백인을 분리하고 차별하는 모든 법률을 위헌이라 판단할 수 있다고 주장한다. 『Redaing Law』, 88쪽
183) "1930년대 대공황기와 그에 뒤이은 뉴딜기동안에 미국은 급속히 진보적 방향으로 키를 돌렸고 … 연방대법원은 처음에는 이러한 시대의 흐름을 수용하려 하지 않았다. 연속된 판결에서 법원은 주요 뉴딜 법률들에 대하여 계약자유위반 등의 이유로 사형선고를 내렸다." 존 하트 일리(J. H. Ely), 전원열 역, 『민주주의와 법원의 위헌심사』(Democracy and Distrust), 나남신서 中 전원열 '역자 해제' 22쪽
184) 아래 Casey 판례 998쪽
185) 「Evil」, 856쪽
186) Heller 판결문 636쪽

위해선 오로지 원본주의만이 허용될 뿐이고[187] 이로 인한 상대적 불평등은 사회가 민주주의를 채택한 이상 감수해야 한다.[188] 그렇다고 반원본주의가 자유 수호에 더 적합한 것도 아니다. 제아무리 뛰어난 법관일지라도 국민의 대표자 다수로 구성된 입법기관이 제정한 객관적 기준인 법보다 더 빼어난 판단을 한다는 보장이 없다. 입법기관이 아무 생각 없이 법을 제정하는 것이 결코 아니고 제정시 법원칙과 구체적 타당성을 최대한 고려한다. 법관은 법률을 준수하면 시민의 자유를 지킬 수 있는데 섣불리 이를 변경하다가 죄 있는 자는 풀어주고 억울한 자는 가두게 되는데[189]권력 분립의 원칙에 비추어 법관은 법률을 변경할 권한도 능력도 없다.[190] 법관은 법에 구속될 때만 평등하고 민주적인 판결을 내릴 수 있다.[191] 선출직이 아니더라도 법관은 대중의 이해(利害)로부터 자유로울 수 없는데 만약 법이 판단의 울타리를 제공해주지 않으면 대중의 압력에 굴복한 판결을 내릴 위험이 존재하고 결과적으로 다수의 폭력으로부터 소수자를 보호할 수 없게 된다. 이처럼 원본주의는 평등의 이상에 더 가까울 뿐만 아니라 다수의 전제로부터 소수자를 보호하는 실질적 민주주의 기능도 담당할 수 있다.

라. 법관의 능력과 권한

형법이 일정 행위를 도덕 밖의 행위(immoral)로 선언하고 규제하는 것에서 알 수 있듯 대부분의 법은 사회의 지배적인 도덕 판단을 기초로 제정된다. 달리 말하면 국민의 대표자에 의해 제정된 법률이야 말로 사회적 합의가 존재하는지를 판별할 객관적 지표인 것이다.[192]물론 법관은 법률 전문가이므로 법률의 구체적 적용시 법관의 해석 능력이 필요하며 또한 존중 받아야 한다. 그러나 법률 해석이 아닌 국가정책이나 사회적 가치판단에서 법률가가 비법률가보다 더 낫다고 볼 근거는 없다.

---

187) 『Redaing Law』, 88쪽

188) Emp't Div. v. Smith, 494 U.S. 872, 110 S. Ct. 1595 (1990), 890쪽

189) Cty. of Riverside v. McLaughlin, 500 U.S. 44, 111 S. Ct. 1661 (1991) 72쪽

190) Cty. of Riverside v. McLaughlin, 500 U.S. 44, 111 S. Ct. 1661 (1991) 60쪽; 영장없는 체포시 48시간 이내에 판사에게 적부심을 받아야 하나 주말과 공휴일이 끼어있는 경우 시간이 연장되도록 한 주법이 수정헌법 제4조에 위반되는지 문제되었으나 다수의견은 위헌이 아니라고 판단하였다.

191) 스칼리아는 국기를 불사르는 것은 정치적 표현의 일종이므로 이를 처벌하는 것은 표현의 자유를 보장한 수정헌법 제1조에 위배한다는 5:4 다수의견에 가담하였다. 당시 보수계는 레이건 대통령에 의해 임명된 스칼리아에 대한 배신감을 성토하였는데 스칼리아는 이 판결이 자신의 정치적 신념과 정반대임을 인정하면서도 수정헌법 제1조를 해석하면 이와 같은 결론에 이를 수밖에 없다며 안타까워 했다. Tex. v. Johnson, 491 U.S. 397, 109 S. Ct. 2533 (1989)

192) Thompson v. Okla., 487 U.S. 815, 108 S. Ct. 2687 (1988) 865쪽, 이하에선 Thompson사건이라 한다

그런데도 법관은 자꾸 사회학, 심리학에 대한 아마추어적 지식을 적용해 전문 영역 밖의 일까지 판결하려고 하는데 이는 법관의 권한과 능력을 벗어난 것이다.[193]물론 미국 사법 제도에서 위헌법률을 판단할 권한을 연방대법원에 부여하고 있고 무엇이 법권의 권한 내 법률 해석이며 무엇이 가치 판단인지 분명하지 않다. 스칼리아는 그 기준으로 헌법 문언이나 역사 및 전통을 제시한다. 법관의 법 해석은 오로지 이 영역 내에 근거를 가지고 있을 정당성을 가진다. 따라서 문언과 역사·전통 어디에도 근거하지 않고 심지어 이에 반하는 가치를 사회가 변화하였다는 이유만으로 판결의 판단 이유로 삼는 것은 능력도 정당성도 없는 사법부가 주권자에 오르는 사법통치나 다름 없다.[194] 따라서 명확한 근거 없이 도덕적 당위에 근거하여 헌법상 기본권을 작출하는 이른바 열거되지 않은 권리(unenumerated rights)는 인정될 수 없다. 스칼리아는 헌법상 근거가 없음에도 도덕적 요청에 이끌려 연방대법관의 다수결로 헌법상 기본권을 새로 만들어 내는 결정에 줄기차게 반대 해왔다.

마. 구체적 검토

(1) 열거되지 않은 권리(unenumerated rights)

가) 적정 절차의 원칙(due process)[195]

수정헌법 제14조는 적정 절차(due process)를 거치지 않고 생명, 자유, 재산을 침해할 수 없다고 규정한다. 이 문언이 간결하고 추상적으로 규정되어 있는 점에서 착안하여 이는 제헌자가 '적정 절차'인지에 관한 판단을 후대의 해석자에게 위임한 열린 구조(open-texture)라고 보고 수정헌법 제9조[196]와 더불어 헌법에 열거되지 않은 권리를 도출하는 중요한 원천으로 보는 시도를[197]스칼리아는 완강히 거부한

193) Lee v. Weisman, 505 U.S. 577, 112 S. Ct. 2649 (1992) 636쪽. 공립 고등학교 졸업식에 목사가 참석하여 축복과 예배를 올리는 시스템은 비기독교인의 종교의 자유를 침해한다는 다수의견의 판시에 대해 스칼리아는 기본권 조항만큼 오래된 전통을 아무 근거 없이 위헌으로 선언한다는 취지의 반대의견을 집필하였다.

194) Webster v. Reprod. Health Servs., 492 U.S. 490, 109 S. Ct. 3040 (1989) 532쪽. 스칼리아는 Roa v. Wade 판결를 파기하고 싶었으나 다른 대법관들은 이를 꺼려하였고 자신이 가담하지 않으면 Roa v. Wade판결을 제한하는 판시 조차 다수의견이 될 수 없기 때문에 어쩔 수 없이 다수의견에 가담하였지만, 다수의견의 논리를 신랄하게 비판하는 동조의견을 남겼다.

195) 이에 관하여 존 하트 일리, 전원열 역, 『민주주의와 법원의 위헌심사』, 나남신서 61-76쪽 참조

196) "시민이 본래 가지고 있던 권리는 헌법에 열거(enumeration)되지 않았다는 이유로 부인될 수 없다."

197) 이에 관하여는 Cook, Gregory C. 아래 논문 854-861쪽; Williams, Ryan C. "One and Only Substantive

다. 스칼리아는 적정 절차를 실질적(substantive)으로 해석할 가능성 자체를 부정하진 않지만[198] 이를 인정하기 위해선 보호를 주장하는 권리가 뿌리 깊은 전통을 가지고 있어서 사람들이 이를 사회의 근본적(fundamental) 가치로 인식해야만 한다고 본다.[199] 하지만 스칼리아는 여기서 그치지 않고 전통이란 '기독교 전통'처럼 막연해선 안되고 문제가 된 사안과 직접적으로 연관지을 수 있을 정도로 구체적이어야 한다고 보아[200] 추상적 전통을 끌고와 권리보호를 주장할 위험을 제한한다.[201] 예를 들어 '동성간 합의하에 이루어진 성관계(sodomy)'[202]나 '정부(情夫)가 생물학적 자녀에게 가지는 친권'에 대해 헌법에 보호를 요청하면서 '성인의 성적 자유'나 '부의 친권'의 전통이 존재함을 주장하는 것으론 부족하고 '동성간 성행위'나 '간통에 의해 발생한 가족관계'에 대해 전통이 어떤 태도를 보이는지를 증명해야 한다.[203] 만약 전통을 이렇게 축소해서 해석하지 않으면 누구든 자신에게 유리한 전통 하나쯤은 찾아낼 수 있고 법관이 이 중 마음에 드는 전통을 선택함으로써 결론이 나기 때문이다. 스칼리아는 전통을 구체적 과거의 사실에 고정시킴으로서 실질적 적정

Due Process Clause, The." Yale Law Journal 120.3 (2010): 408-514. 참조

198) Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110, 109 S. Ct. 2333 (1989); Cook, Gregory C. "Footnote 6: Justice Scalia's Attempt to Impose a Rule of Law on Substantive Due Process." Harvard Journal of Law & Public Policy 14.3 (1991): 853-894, 861-862쪽; 그러나 스칼리아는 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472 (2003)에서는 적정 절차 원칙에서는 자유권이 도출될 수 없다고 강조하여 일관된 설시를 하고 있지는 않다.

199) Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97, 54 S. Ct. 330 (1934)105쪽. 카도조(Cardozo) 대법관의 설시로 스칼리아는 이를 인용한다.

200) Michael H. v. Gerald D. 사건은 마이클(Michael)이란 남성이 캐롤(Carole)과 성관계를 하여 빅토리아(Victoria)를 낳았으나 당시 캐롤은 제럴드(Gerald)와 법률상 혼인 관계여서 빅토리아는 제럴드의 자녀로 등재가 되었다. 이후 마이클은 자신이 빅토리아의 부(父)임을 확인하고 빅토리아에 대한 접견권을 법원에 신청하였고 유전자 검사 결과 98%이상의 확률로 친부임이 인정되었으나 주법의 친생자 추정 조항에 의하면 유전자 검사 결과에도 불구하고 친권은 인정될 수 없었고, 재판에서는 주법이 적정절차 원칙에서 파생되는 생물학적 부(父)의 권리를 침해하는지가 문제되었다. 다수의견을 집필한 스칼리아는 '정부(情夫)의 생물학적 자녀에 대한 권리'를 보호하는 전통은 발견되지 않으며 따라서 이는 실질적 적정 절차 원리에 의해 보호되는 권리가 아니라고 판단하였다. 한편 우리나라는 친생자 추정 조항에 관하여 '민법 제정 이후의 사회적·법률적·의학적 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채, 이미 혼인관계가 해소된 이후에 자가 출생하고 생부가 출생한 자를 인지하려는 경우마저도, 아무런 예외 없이 그 자를 전남편의 친생자로 추정함으로써 친생부인의 소를 거치도록 하는 심판대상조항은 입법형성의 한계를 벗어나 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다.'라며 위 정반대의 결론을 내린 바 있다. 헌재 2015. 4. 30. 자 2013헌마623

201) Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110, 109 S. Ct. 2333 (1989) 127쪽 각주 6번. 연방대법원은 실질적 적정 절차 원리가 무한정 확장하는 것을 제약하기 위해 오래 전부터 전통적으로 보호 받는 가치인지를 고려해왔다. 하지만 스칼리아는 전통을 구체적 수준으로 제약함으로써 실질적 적정 절차 원리의 적용 범위를 더욱 축소시켰다. 스칼리아의 다수의견에 합류한 오코너, 케네디 대법관은 각주 6번은 새로운 이론(novel)이며 동의할 수 없다고 명시적으로 밝힐 만큼 스칼리아 본유의 이론이라고 볼 수 있다. 이에 관하여 Cook, Gregory C. 위 논문; Shattuck, Timothy L. Raschke. "Justice Scalia's Due Process Methodology: Examining Specific Traditions." Southern California Law Review 65.6 (1991-1992): 2743-2792. 참조

202) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841 (1986). 이후 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472 (2003)가 동성애 처벌을 위헌이라 선언하면서 파기 되었다.

203) Cook, Gregory C., 위 논문 864쪽

절차의 원리를 법관의 지배가 아닌 법의 지배하에 두고자 한다.[204]

나) 낙태권[205]

실질적 적정 절차 원칙을 기반으로 미국 연방대법원이 내린 판결 중 가장 큰 논란을 불러 일으킨 것은 1973년 여성의 낙태권을 인정한 Roe v. Wade[206] 판결이다. 스칼리아는 여성의 낙태권을 인정할 문언적 근거가 없는 것은 물론 오히려 낙태를 제한하는 전통이 오랫동안 지속되었음에도 불구하고[207] 실질적 적정절차 원칙[208]으로부터 해석으로 낙태권을 도출한 것에 일관되게 반대 의견을 피력해왔다.[209] 스칼리아의 입장에서 볼 때 낙태는 문언적 근거가 없을 뿐만 아니라 ① 권력분립 ② 제정 법치주의 ③ 객관적 기준 및 논리적 일관성 ④ 민주적 정당성 측면에서 심대한 문제가 있어 도저히 정당화 될 수 없다.

스칼리아는 자신이 갖고 있는 인간 본성에 관한 철학·가치관을 차치하고서도 순수하게 헌법을 독해한다면 낙태권은 결코 인정될 수 없다고 강조한다. 낙태와 같이 찬반 양론이 모두 감정적으로 격앙되어 있는 주제[210]에 있어선 법관은 더더욱 문언에 근거하여 판결을 내려야만 한다.[211]그는 사법부는 헌법 문언을 제헌 당시의 헌법 구상에도 반하여 해석할 정통성이 없을 뿐만 아니라(illegitimate)[212] Dred Scott 사건[213]과 같이 적정 절차 원칙을 이름을 빌린 해석이 대법원 판결 역사의

---

204) Cook, Gregory C., 위 논문, 865쪽

205) 이에 관하여는 Moses, Michael F. "Institutional Integrity and Respect for Precedent: DO They Favor Continued Adherence to an Abortion Right." Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 27.2 (2013): 541-568; 오승이, '법여성주의를 통해 본 낙태죄의 비판적 고찰 : 여성의 낙태권과 태아의 생명권을 중심으로', 서울대학교 석사학위논문, 43-47쪽 참조

206) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705 (1973)

207) Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 112 S. Ct. 2791 (1992) 980쪽 이하에선 Casey 판결이라 한다.

208) 이는 표현의 자유, 종교의 자유 등 헌법에 독립적으로 규정된 단일한 자유가 아니라 모든 형태의 자의적 규제 또는 제한으로부터 자유로울 합리성의 총체(rational continuum)라며 실질적 적정절차 원칙을 설명한 것으로 Moore v. E. Cleveland, 431 U.S. 494, 97 S. Ct. 1932 (1977) 502쪽

209) 스칼리아 사후 8명의 연방대법관은 5:3 으로 여성의 낙태권이 헌법상 권리임을 재확인하였다. Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S. Ct. 2292 (2016)

210) '연방대법원은 (이 결정으로 인해) 다음 회기(term)동안 거리를 가득 메운 낙태 반대 시위와 쇄도하는 항의서로 몸살을 앓을 것이다.' Webster v. Reprod. Health Servs., 492 U.S. 490, 109 S. Ct. 3040 (1989) 535쪽

211) 『Redaing Law』, 346쪽

212) Moore v. E. Cleveland, 431 U.S. 494, 97 S. Ct. 1932 (1977) 544쪽(화이트 대법관의 반대의견)

213) 노예 자유주인 일리노이 주법에 따라 자유인 신분을 획득한 흑인 드레드 스콧이 전주인을 폭행 등으로 고소한 사안에서 미국 연방대법원은 미국 헌법에 규정된 시민(citizens)은 깜둥이(negro)를 포함하지 않고, 주법

큰 오점으로 남겨진 것에서도 알 수 있듯 낙태권 역시 같은 방법으로 문언의 근거 없이 해석을 통해 도출하는 것이 얼마나 위험한지 지적한다.[214] 낙태권이란 '자기 결정권의 일종으로 양심과 신념의 영역이자 자신의 몸을 통제하는 내밀의 영역으로 개인의 존엄성과 긴밀히 연결되어 있어 침해될 수 없는 자유'라고 설시는 개인의 정치적 견해를 권리로 치장하려는 미사여구에 불과할 뿐 법적 주장이 아니다. 이런 식의 해석이 허용 되면 헌법은 더 이상 헌법이 아니고 우리는 헌법이 아니라 헌법의 이름을 참칭하는 자의 지배를 받게 된다.[215]스칼리아는 이를 사법(司法) 제국(The Imperial Judiciary)이라 칭하며 비선출직인 법관이 국민들에게 헌법이 무엇인지를 엄포하고 이것이 바로 국민의 뜻이라고 선언[216]하는 나치와 다를 바 없다고 비판한다.[217] 물론 스칼리아는 사법부는 일반적 민주주의 원리와 달리 다수의 뜻과 다른 판단을 할 수 있는 역할을 부여받았다고 인정한다.[218] 그러나 이는 법관이 문언과 전통과 같은 사실 확정의 문제에서 정치적 압박과 무관하게 객관적 법을 선언하라는 의미이지[219] 양심(conviction)과 같이 논쟁의 소지가 있는[220] 가치판단의 영역[221]에서 마음대로 판단하라는 뜻이 아니다. 로스쿨에서 법을 공부하지 않은 시민이라고 해서 법관보다 가치 판단능력이 떨어진다고 할 수 없는데[222] 정치적 토론으로 해결해야할 문제를 대법원이 판결로 확정짓고 결정을 시민들에게 하달하는 순간 시민은 더 이상 민주주의의 구성원이기를 멈춘다.[223]낙태 등의 허·불허는 각 주의 입법 권한에 속하지 사법부가 헌법의 이름으로 결정을 내려서는 안된다.[224]설령

으로 노예를 자유인으로 만드는 것은 적정 절차(due process)없이 재산을 박탈하는 것을 금지하는 헌법에 반하여 무효라고 판결한 사건으로 남북전쟁의 도화선이 되었다 평가받는다. Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857); 한편 드레드 스콧 사건이 실질적 적정절차 원칙을 적용했다는 것은 스칼리아의 견해이며 현대적 의미에서 실질적 적정절차 원칙을 처음 적용한 것은 United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 58 S. Ct. 778 (1938)이라고 평가된다. Cook, Gregory C. "Footnote 6: Justice Scalia's Attempt to Impose a Rule of Law on Substantive Due Process." Harvard Journal of Law & Public Policy 14.3 (1991): 853-894. 853쪽

214) Casey 판결 998쪽

215) Casey 판결 983-984쪽

216) 양창수는 헌법재판소의 관습헌법 결정을 ''서울이 수도임은 관습헌법에 해당한다는 그 판단은, 종국적으로 헌법재판소가 헌법이라고 선언하는 것이야말로 헌법이라고 전제하지 않는다면 쉽사리 이해되기 어려운 것이다. 그렇다면 우리 나라에서 헌법은 사람들이 흔히 알고 있는 것처럼 국민들이 결단하여 정하는 것이 아니라, 헌법재판소, 보다 구체적으로 말하면 헌법재판소의 재판관들이 정하는 것이라고 하여야 하지 않는가?'라며 헌법재판관들의 해석으로 헌법이 창조되는 위험을 비판적으로 고찰하고 있다. 양창수, '법치주의의 저편', 본질과 현상 Vol.1(2005) 182쪽

217) Casey 판결 996쪽

218) Webster v. Reprod. Health Servs., 492 U.S. 490, 109 S. Ct. 3040 (1989) 535쪽

219) Casey 판결 999쪽

220) Casey 판결 1,000쪽

221) Casey 판결 982쪽

222) Casey 판결 1,001쪽

223) Casey 판결 997쪽

낙태권을 인정한다 할지라도 어떤 법률이 낙태권을 침해하는지를 판단한 객관적 기준은 존재하지 않는다. Casey판결이 제시하는 “과도한 부담(undue burden)"[225]기준은 결국 법관이 알아서 적당히 판단하라는 말과 다를 바 없는데 결국 법률의 운명은 이 심사를 맡은 법관이 어떤 가치관을 가지고 있느냐에 따라 결정된다.

(2) 진화하는 기준

가) 잔인하고 비정상적인 처벌[226]

스칼리아는 수정헌법 제8조 ‘잔인하고 비정상적 처벌의 금지’에는 범죄의 가벌성에 비례하는 처벌을 의미하는 균형성의 원리(principle of proportionality)[227]가 포함되어 있지 않으며[228] 금지되는 것은 처벌 방법 또는 유형 그 자체일 뿐이라고 본다. 균형성은 개념상 보복, 억제, 갱생 같은 행형학(行刑學)적 고려와 연결될 수밖에 없는데 법적 판단은 이런 정책적 고려와 어울리지 않는다고 본다.[229]

나) 사형제

스칼리아는 연방대법원이 유독 사형제에만 초헌법적 기준으로 판단하는 것(a death-is-different jurisprudence)을 꼬집으며 문언과 전통에 근거하지 않고 오로지 개인의 주관에 따라 사형제를 위헌이라고 판단하는 동료 대법관을 비판한다.[230]

---

224) Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 112 S. Ct. 2791 (1992)

225) Roe v. Wade 판결은 여성의 임신 주기를 3분기로 나누어 낙태 수술이 출산보다 더 안전한 1기에는 여성의 낙태권이 절대적으로 보장되고 출산시 태아가 생존할 수 있는 최초 시기까지인 2기에는 산모의 생명을 보호하기 위한 입법이 허용되며 그 이후인 3기 부터는 태아의 잠재적 생명의 지위를 고려하여 낙태가 안된다고 판단하였다. 그러나 Casey 판결은 낙태권을 인정한 Wade 판결의 핵심만 유지한 체 낙태 규제의 적절성을 판단하는 형식적인 3분기설을 폐기 하고 관련 입법이 여성의 낙태권 행사에 ‘과도한 부담’을 주는지를 판단하는 실질심사로 변경하였다.

226) Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242 (2002) 정신 지체가 있는 자에 대한 사형 선고가 수정헌법 제8조가 금지하는 ‘잔인하고 비정상적인 처벌에 해당하는 문제된 사건. 이하 Atkins 사건이라 한다.

227) 미국 연방대법원의 균형성의 원리에 관하여는 Farrell, Ian P. "Gilbert & Sullivan and Scalia: Philosophy, Proportionality, and the Eighth Amendment." Villanova Law Review 55.2 (2010): 321-368. 참조; 이에 의하면 연방대법관 역사상 스칼리아는 유일하게 수정헌법 제8조에 균형성의 원리가 들어 있지 않다는 이론을 펼쳤다. 같은 논문 323쪽

228) Harmelin v. Mich., 501 U.S. 957, 111 S. Ct. 2680 (1991) 965쪽; 스칼리아는 자신의 원본주의 방법을 이용하여 제헌 당시 일반인들의 이해에는 균형성의 원리가 수정헌법 제8조에 포함되어 있지 않았음을 논증한다.

229) Ewing v. California, 538 U.S. 11, 123 S. Ct. 1179 (2003) 31쪽; 고가의 골프공 3개를 훔친 죄로 재판을 받은 어잉(Ewing)은 이전 절도 전과 때문에 캘리포니아 주법에 의해 25년형을 선고받았고 이는 균형성의 원리에 맞지 않는다며 연방대법원의 판단을 구했다.

연방대법원은 '잔인하고 비정상적'(cruel and unusual)'처벌에 해당하려면 1791년 권리장전(bill of rights)이 공포될 당시 그러하거나 적어도 현시점에서 이를 잔인하고 비정상적이라고 보는 사회적 합의가 존재해야 한다고 거듭 판시해왔다.[231] 스칼리아는 사형제도가 다른 조문에 언급되어 있는 이상 과거에 이를 '잔인하고 비정상적'이라고 생각하지 않았음은 자명하며 현시점을 기준으로 보더라도 사형제의 유·폐지에 관한 '사회적 합의'는 존재하지 않고[232] 오직 일부 대법관들의 희망사항만 있다고 비판한다.[233] 다수의 연방대법원 판례는 '사회가 성숙함에 발맞추어 진화하는 고결함의 판단 기준'에 따라[234]사형을 법정형으로 규정한 일부 법률을 위헌이라고 판단하였으나 스칼리아는 세월에 따라 진화하는 기준은 존재하지 않으며 법관은 이를 판단의 근거로 사용해선 안된다고 본다.[235]이는 사법부가 그 기준을 발견할 수 있다는 전제 하에서만 정당화될 수 있다. 그러나 사법부는 국민의 대표인 국회의원이 제정한 법률이 사회적 합의가 결여되었다고 판단할 능력이 없다.[236]

(3) 기준의 모호성

가) 레몬 테스트(Lemon test)[237]

미연방대법원은 Lemon v. Kurtzman(1971)에서 ① 법률이 종교적 입법 목적을 가지거나 ② 법률이 종교를 장려하거나 억압하는 일차적 효과가 발생하거나 ③ 이 법률로 인해 정부가 종교에 대해 지나치게 관여하는 결과가 초래될 경우 중 하나만

---

230) Atkins사건 337-338쪽

231) Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399, 405, 91 L. Ed. 2d 335, 106 S. Ct. 2595 (1986); Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302, 330-331, 106 L. Ed. 2d 256, 109 S. Ct. 2934 (1989).

232) Atkins사건 334쪽. 스칼리아는 사형제가 존재하는 38개 주중 정신 지체자에 대한 사형선고를 금지하는 것은 18개주 47%에 불과한데 이를 어떻게 '사회적 합의'라 할 수 있는지 반문한다. 나아가 사형 금지 주가 늘어난 것은 사실이지만 과거 14년 동안 그 수는 정체되어 있었으므로 '사형 금지 입법이 증가하는 일관된 추세'도 존재하지 않다고 본다.

233) Atkins사건 348쪽

234) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 2 L. Ed. 2d 630, 78 S. Ct. 590 (1958)에서 워런 대법원장의 설시이다. 원문은 "The basic concept underlying the Eighth Amendment is nothing less than the digmity of man(중략) The Amandment must draw its meaning from the evoling standards of decency that mark the progress of a maturing society"

235) Wilson v. Seiter, 501 U.S. 294, 111 S. Ct. 2321 (1991) 수감중이던 윌슨(Wilson)은 교도소가 과수용, 냉난방, 환기 등 여러 조건이 열악하다며 소송을 제기했고 이런 환경이 수정헌법 제8조가 금지하는 '잔인하고 비정상적인 처벌'에 해당하는지 문제된 사건이다.

236) Thompson v. Okla., 487 U.S. 815, 108 S. Ct. 2687 (1988) 865쪽

237) Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971)

해당되어도 수정헌법 제1조 정교 분리 조항(establish clause)에 위배된다는 레몬 테스트를 제시하였다. 그러나 당국이 이 기준을 엄격히 따라 비종교 정책에 치중할 경우(③기준 충족) 종교를 억업하는 효과가 발생하고(②기준 위반) 반대로 종교 정책을 추진하면서도 종교를 장려하지 않는 효과를 달성하기 위해 세부적 규칙을 제정하면(②기준 충족) 종교에 지나치게 관여하는 결과(③기준 위반)가 되어 자의적 기준이라는 비판이 꾸준히 제기 되어왔다.[238]

스칼리아는 레몬 테스트를 '죽은게 분명하다 믿고 있었는데 어느새 나타나 무덤가를 배회하는 망령(ghoul)'이라며 반드시 폐기해야 한다고 비판한다. 그는 연방대법원 역시 레몬 테스트의 모순점을 알기 때문에 이를 적용할 수 있으면서도 의도적으로 적용을 회피한 다수 사건을 지적하면서, 그럼에도 불구하고 명시적으로 이를 폐기하지 않는 이유는 역설적이게도 레몬 테스트가 마음만 먹으면 손쉽게 무력화시킬 수 있는 취약한 기준이기 때문이라고 비판한다. 연방대법원은 위헌으로부터 지키고 싶은 제도를 심사할 때는 레몬 테스트를 무시하고, 눈에 거슬려 없애버리고 싶은 제도가 있으면 레몬 테스트를 소환하여 결정에 활용한다. 제도는 지키고 싶은데 레몬 테스트가 자신의 결론에 방해가 될때는 이를 "눈여겨 볼 지침에 불과하다"[239]며 꿔다 논 보릿자루로 만들면 된다. 연방대법원은 '이 쓸모 있는 집요정(a docile and useful monster)'을 이용해서 자의적으로 자기 입맛에 맞는 결론을 이끌어낸다.[240]

나) 이익 형량(balancing test)[241]

종래 미국 연방대법원은 종교의 자유에 적용되는 법은 법 자체에 예외를 상정하지 않는 이상 이 법이 개인의 기본권에 제한을 가한다는 이유로 위헌이 되는 것은 아니다. 헌법의 기본권 조항은 개인의 신념에 반하는 행위에 강제력을 부과하는 법률에서 자유로울 무제한의 권리를 의미하지 않는다.[242] 일단 법이 제정된 이상 이 법

238) 강승식. "미국헌법상 종교의 자유." 미국사연구, 22 (2005.11): 223-257. 234-235쪽
239) Hunt v. McNair, 413 U.S. 734, 93 S. Ct. 2868 (1973)
240) Lamb's Chapel v. Ctr. Moriches Union Free Sch. Dist., 508 U.S. 384, 113 S. Ct. 2141 (1993) 398-399쪽
241) 이에 관하여 강승식, 위 논문 239-246쪽; 임지봉. "미국헌법상 종교행위의 자유." 미국헌법연구, 19.1 (2008.2): 145-169.
242) Emp't Div. v. Smith, 494 U.S. 872, 110 S. Ct. 1595 (1990) 878쪽. 아메리카 원주민 출신인 원고들은 부족 전통 예배 중에 주법으로 금지된 약물을 사용했다는 이유로 해고당했다. 이들은 해고를 다투지 않고 실업수당을 신청했지만 관리청은 이들의 실직 사유가 형법 위반에 해당되기 때문에 실업급여 지급 대상자가 아

이 반드시 필요했는지(compelling interest)를 심사해서도 안된다.[243] 왜냐하면 이를 검토하는 순간 징병제, 금지 약물, 최저임금제, 아동 노동 및 동물학대 금지 등 어떤 사회적 규율도 안전할 수 없고[244] 사회는 무정부상태가 될 것이기 때문이다.[245] 나쁜 법일지라도 아무 것도 없는 혼란 보다 나을 때가 있다.[246]

니라며 신청을 기각하였고, 원고들은 기각의 근거가 된 법률은 예배 중에 사용한 약물의 경우도 예외 없이 처벌함으로써 원고들의 종교의 자유를 침해한다고 주장한 사건이다. 스칼리아는 다수의견에서 법이 종교 행위 자체를 금지하는 목적으로 제정된 것이 아닌 사회 일반을 규제하기 위해 제정되었지만 부수적으로 종교의 자유를 제한하게 된 경우는 기본권의 침해가 발생했다 볼 수 없다고 판시하였다.

243) 스칼리아는 모든 기본권 분야에서 공익(compellin interest) 테스트를 부정하는 것은 아니고, 종교의 자유와 표현의 자유 영역에서 부정한다.

244) 위 판례 889쪽

245) 위 판례, 888쪽

246)「 Rule of law,」, 1179쪽

Ⅲ. 드워킨의 법해석론

1. 개괄

드워킨의 법실증주의에 대한 전방위적 비판에 평생을 쏟았다고 해도 과언이 아니다. 그는 현대 미국의 법실증주의라 할 수 있는 원본주의[247]에 대해 근본적으로 동의할 수 없다는 의지를 여러 차례 표명했다. 그러나 법률 해석의 경우 상당히 강한 어조로 문언에 충실할 것을 강조하는 드워킨의 태도 때문에 제정법 영역에서 해석 결과만을 가지고 볼 때 드워킨과 스칼리아 간에는 두드러진 차이를 찾기 어렵다. 원본주의가 기본적으로 헌법해석 방법론에서 출발한 점에서 알 수 있듯 드워킨과 스칼리아의 차이는 헌법 해석에서 극명하게 드러난다. 드워킨은 자신의 헌법 해석론을 '도덕적으로 읽기(moral reading)'라고 명명하며 일부 헌법 조문의 경우 법관, 변호사는 물론 시민들 모두 헌법에 규정된 추상적 언어를 각자의 정치·도덕적 감수성을 투영하여 해석·적용해야 한다고 주장한다. 이처럼 해석자가 누구냐에 따라 헌법의 의미가 경합·변화할 수 있다고 보면 헌법은 고정 불변하는 규율체계가 아니라 시대와 문화에 따라 변화하는 도덕 체계와 유사해 진다. 스칼리아는 헌법이 제정 당시 의미에 단단히 고정되어야 한다고 보며 법관의 도덕 판단을 엄금(嚴禁)하므로 도덕적으로 읽기와 스칼리아 원본주의는 헌법 해석에 있어선 대척점에 서있을 수밖에 없다. 이론의 차이가 발생한 이유는 성장 또는 교육 과정에서 어떤 이념, 종교, 정치관의 영향을 받았는지와 밀접한 관련이 있으나 사회의 개인에 대한 영향사는 본 논문과 같은 '법적 연구'와는 다소 거리가 있다. 본 논문은 법이 사회 공동체를 규율하는 정당하고 유효한 규칙이 되기 위해 갖추어야 할 '객관적 기준'이 무엇인가에 관한 둘의 견해 차이가 방법론의 차이로 이어졌다고 본다.

사안에 적용할 법이 다양한 도덕 기준 및 개인의 주관적 양심과 '객관적'으로 구별

247) 세복(Sebok)은 법실증주의는 미국에서 ① 형식주의 ② 법과정학파 ③ 원본주의 순서로 발전해왔다고 본다. (Sebok, Anthony J. "Misunderstanding Positivism." Michigan Law Review 93.7 (1995): 2054-2132. 2058쪽) 드워킨 역시 명시적으로 원본주의라는 말을 사용하지는 않지만 법실증주의의 규칙집 모델(rull-book)의 한 유형으로 미국에서 유행하는 초기 원본주의(intentionalism)을 설명하고 있다.(R. Dwrorkin, 『A Matter of Principle』, Harvard university press, 12쪽. 이하에서는 『A Matter of Principle』이라고만 표시한다.) 따라서 이하에서 드워킨의 비판은 법실증주의에 집중되지만 이는 원본주의에 그대로 적용될 수 있다.

될 수 없다면 이를 유효한 규칙이라고 보기 어렵다. 특히 자결(自決)을 대원칙으로 하는 민주주의 체계 아래에서 선출되지 않은 법관의 판결은 정당하다고도 볼 수 없다. 법실증주의 및 원본주의는 따라서 법은 도덕은 물론 법관의 주관적 판단으로부터 구별되는 '객관적 의미'가 있다고 본다. 그러나 드워킨은 법과 도덕을 구별하는 절대적 기준(master key)는 존재하지 않으므로 도덕과 분리된 법적 판단은 불가능하다고 본다. '객관적 의미'란 애초에 존재하지 않는데도 이를 찾으려고 하다 보니 무리한 법이론이 제시되고 혼란을 야기될 수밖에 없으며, 드워킨은 이 혼란을 '의미론의 독침'에 찔렸다고 표현한다. 드워킨에 의하면 법은 법규칙 뿐만이 아니라 법원리[248]도 포함한다.[249]드워킨은 하트의 '법-도덕 분리 이론'의 결함을 지적하며 이는 법이 필연적으로 해석적 개념이며 구성적 해석의 대상이기 때문임을 논증한다. 드워킨은 법을 구성적으로 해석하는 경우 법관의 주관적 도덕 판단이 반드시 들어갈 수 밖에 없지만 동시에 판단에는 제약이 존재하며 결코 자의적이지 않다고 주장한다. 과학적 증명으로서 '객관성'은 법에서는 불가능하며 타당하지도 않다. 그는 통합성으로서의 법체계 안에서 최선의 해석을 찾으라는 제약이 법관에게 부여되며 '객관성'을 최선의 해석을 찾으려는 법관의 진지한 노력으로 치환한다. 법관은 법문언 뿐만이 아니라 판례, 법문화, 사회 도덕 등 모든 자료를 참고하여 최선의 해석을 제시해야 한다. 따라서 문언의 엄격한 구속을 주장하는 원본주의를 거부하고 필요한 경우 문언을 넘어선 해석이 가능하다고 본다. 본 장에서는 이와 같은 드워킨의 주장을 자세히 살핀다.

---

248) 법규칙과 법원리는 한국 법개념에 친숙한 개념이 아니다. 거칠게 구분하자면 법규칙은 법률에 정해진 절차를 거쳐 형식을 갖춘 법률, 시행령, 시행규칙을 법원리는 법규칙은 아니지만 법원(法源)으로 인용되는 '정의원리'에 해당한다. 민법 제1조는 '민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.'라고 규정하고 있고 여기서 조리(調理)가 드워킨의 법원리와 유사하다고 볼 수 있으나 이미 법규칙에 포함되어 있으므로 딱 들어맞는다고는 할 수 없다.(만약 조리의 법원성을 부정하는 견해에 따르면 법원리에 더 근접해진다.) 한국에는 법원리가 존재하는지, 만약 존재한다면 무엇인지에 대해선 많은 논의가 진행되진 않으나 김도균은 법원리가 존재하며 그 예로서 '동등한 인간 존엄성과 법앞의 평등'을 제시한다. 김도균, '한국 법질서와 정의론: 공정과 공평, 그리고 운의 평등', 서울대학교 법학 제53권 제1호 2012년 3월 325~413면. 344-375쪽

249) 드워킨은 법규칙만 법으로 보고 법원리를 법에서 배제하려고 하는 법실증주의자의 사상적 기원을, '법규칙'과 '법규칙을 포함한 일반적 개념으로서 법'을 뜻하는 단어가 프랑스('loi'와 'droit') 와 독일('Gesets'와 'Recht')에서는 구별되나 영어에선 오로지 'law'가 양자를 모두 지칭하고 있기 때문이라고 분석한다.(R. Dworking,『Taking rights seriously』, Bloomsbury, 56쪽. 이하에서는 『Taking rights seriously라 한다) 정의에 반하는 법률을 비난할 때 통상 '이건 법도 아니야'라고 말하지 '이건 법률도 아니야'라고 말하지 않는데에서 알 수 있듯, 한국어에서는 두 개념이 '법률'은 법규칙을 '법'은 법규칙과 법원리를 포괄한 일반적 개념을 뜻한다고 구분할 수 있다.

2. 드워킨의 법-도덕 분리 이론 비판[250]

가. 하트의 법-도덕 분리 이론

법실증주의는 법은 법관의 판결 선고 또는 입법부 다수 구성원의 표결 및 공포와 같이 법의 형식적 표지를 갖춘 법규칙(rule)이고 그 이외의 것은 사회적으로 사실상 구속력이 있는지 여부와 상관 없이 도덕 원리(principle)에 불과하며 법이라 할 수 없다고 본다. 그러나 드워킨은 규칙과 '아무도 잘못된 행동을 통해 이익을 얻을 수 없다.'와 같은 원리(principle)를 구별하는 절대적인 기준(master key)은 존재하지 않으며 따라서 법은 규칙과 원리로 구성된다고 주장한다. 드워킨은 먼저 법실증주의의 특징을 다음 세 가지로 요약한다.[251]

A. 법은 이를 사용하는 공동체가 공권력을 통해 직간접적으로 행위의 강제 및 처벌을 위해 사용하는 특별한 규칙이며 법은 그 내용이 아니라 이를 법으로 할지 말지를 결정하는 특수한 기준(pedigree)에 부합하는지 여부에 따라 판명된다. 이 기준에 부합하는 것이 유효한(valid) 법이고 나머지는 강제력이 없는 평범한 규칙에 불과하다.

B. 특수한 기준에 의해 판별된 유효한 법만이 공동체의 법이다. 따라서 법관이 재량으로 판결을 한다면 이는 새로운 법을 만드는 것이다.[252]

C. 누군가 법적 의무가 있다는 말은 사안을 규율하는 딱 떨어지는 유효한 법이 있다는 의미이다.

---

250) 이에 관한 자세한 설명으로 김도균, '법적 권리에 대한 연구(Ⅰ)', 서울대학교법학 제43권 제4호: 171~228. 참조

251) 『Taking rights seriously』, 33쪽

252) 이는 판례가 법원(法源)으로 인정되는 영미 보통법 전통에 의한 것이므로 대륙법 체계에 바로 적용할 수는 없다. 그러나 대륙법계에서도 판례는 명령·규칙·조례와 같은 하위 법규처럼 법률을 구체화 하는 사실상의 기준이 되는 점을 고려하면 법관의 재량 행사는 판사법(judge made law)을 형성한다고 봄이 옳다고 생각한다.

하트는 법을 도덕 등 다른 규칙과 구별하는 기준을 제시하기 위해 우선 규칙의 종류를 일차규칙(primary rules)과 이차규칙(secondary rules)으로 나눈다. 일차규칙이란 '사람을 죽이지 말라', '간음하지 말라' 처럼 공동체 구성원에게 권리 또는 의무를 직접적으로 부여하는 하지만 사실상의 권리, 의무만 있을 뿐 아직 법적 권리, 의무가 생기는 것은 아닌 규칙이다. 반면 이차규칙은 이런 일차규칙을 성립, 수정, 폐기하는 방법 및 이를 수행하는 기관의 구성과 그 운영에 관한 규칙이다. 하트는 이차규칙에 의해서 승인된 규칙만이 유효한 법으로서 권위(authority)와 구속력을 가진다고 봄으로써 폭력에 의해서 강요된 명령[253]과 단순한 사회 규범[254]을 법에서 제외하며 이처럼 법과 법이 아닌 규칙을 구별하는 공동체의 기준을 승인규칙(rule of recognition)이라 부른다. 따라서 '국회에서 다수결에 의해 통과된 사안만이 법이다'라는 승인규칙을 가진 공동체[255]는 법률로서의 형식을 갖춘 것만이 법이 되고 사회에서 아무리 절대적인 강제력을 가진 도덕·종교적 규칙이라 할지라도 이차규칙을 통해 입법화 되지 않는 이상 법에서 제외된다. 이에는 단 하나의 예외가 존재한다. 승인규칙 자체는 자신에 의해 승인될 수 없기 때문에[256] 일차규칙과 마찬가지로 공동체가 이를 따르기로 승인함으로써 법이 된다. 따라서 공동체가 어떤 승인규칙을 가지고 있는지는 알려면 그 공동체의 구성원이 무엇을 승인 규칙으로 받아들이고 있는지를 관찰하는 방법밖에 없는데[257] 승인 규칙은 법에 대한 것이므

253) 오스틴(Austin)은 법이란 모든 사람이 관습적으로 따르고 본인은 누구에게도 복종하지 않는 주권자가 내린 명령이라고 보는데, 드워킨은 ① 복잡한 사회 시스템을 가진 현대 사회에서 주권자가 누구인지를 판단하기 어려우며 ② 주권자의 명령과 총을 든 강도의 겁박을 구분하기 어렵다 지적한다. 그러나 하트에 의하면 수용자가 승인하여 스스로 규칙의 의무를 지는 것(obliged)과 힘과 폭력에 의해서 선택의 여지가 없이 강요된 것(obligated)이 구분된다. 법은 규범적 속성을 가지고 있으며 법의 구속력이란 수용자가 규칙을 자신의 의무로 승인한 상태에서의 강제력을 의미하므로 수용자의 의사에 반하는 명령(order)은 법에서 제외된다. 『Taking rights seriously』, 33-35쪽

254) 하트는 구속력이 발생하는 승인을 두 가지로 구분한다. 첫째는 수범자가 행위를 정당화하거나 불행사를 비난할 수 있는 기준으로 받아들인 것이다. 이에 따르면 매주 월요일에 영화를 보는 행위는 습관은 될지언정 구속력이 있다고 볼 수는 없다. 둘째는 이차규칙에 의해 규칙이 성립하여 공동체 전원이 실제로 승낙 했는지 여부와 관계 없이 승인이 의제되는 경우이다. 원시 공동체는 첫 번째 승인에 의해 오직 일차규칙만을 가지는데 이 사회에서는 도덕 규칙과 법 규칙을 구별할 수 없으므로 '법'을 가졌다고 할 수 없다. 사회가 고도로 발달하면 일차규칙만으로는 공동체를 유지하기가 버거워지고 규칙을 위한 규칙인 이차규칙이 자리잡는데 이차규칙에 의한 두 번째 승인에 의해 법과 도덕 규칙이 구분되고 따라서 법적 구속력이 발생한다. Hart, The Concept of Law 97-107; 『Taking rights seriously』, 36쪽

255) 대한민국 헌법 제49조 '국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.'

256) 하트가 승인의 종류를 공동체에 의한 직접적 승인과 이차규칙에 의한 승인 두 가지로 한정하였고, 최초로 이차규칙에 의한 승인률을(예를 들어 '헌법·법률에 의한 제정을 법으로 한다.')을 명문화 할 때는 이를 승인할 명문 규칙이 없으므 공동체가 직접 승인해 줄 수밖에 없다. 예를 들어 종교 지도자의 설교를 구속력 있는 규칙으로 받아들이는 사회에서 별안간 입법부가 조직되고 입법부에 의한 입법만을 법으로 한정하는 승인규칙을 명문화한다 하더라도 구성원들은 이를 무시하고 종교 지도자의 설교에만 구속하고 있는게 명백하다면 입법부의 명문화 시도는 원대한 포부를 일기장에 적는 것처럼 구속력도 없고 규칙도 아닌 공허한 행위에 불과하고 결코 승인규칙이 될 수 없다.

로 이 법을 주로 다루는 법 실무가 및 법 관련 기관의 규칙 수용 여부를 살펴보면 가장 잘 이해될 수 있다. 하트에 의하면 법은 내용이 공공 이익이나 사회 정의에 부합하는지, 실질적으로 사회 구속력을 갖는지 여부와 상관 없이 오로지 형식적으로 승인규칙을 통과한 것이고(위 A, B) 법관이 재판에서 사안에 맞아 떨어지는 법이 있는 경우 이를 적용할 법적 의무가 있지만 원리는 단지 판사의 재량에 달려있다.(위 C)

위와 같이 하트의 법과 그 외의 사회 기준의 구별을 받아들일 경우 재판에 임하는 법관에게는 ① 법 아닌 기준의 재량행사를 포기하고 철저하게 법에 의해서만 사건을 판결하기 ② 법 외 기준을 재판에 활용하되 이를 행사할 의무는 인정하지 않고 그때 그때의 법관의 주관적 판단에 따라 적용하기 ③ 법관은 사회 정의·평등의 관점에서 명백하게 어긋난 경우 이를 바로잡기 위해 법 아닌 다른 사회 기준을 사안에 적용해야할 법적 의무가 있다고 보고 이를 누락한 판결은 법을 적용하지 않은 것과 마찬가지로 잘못된 판결하기 세 가지 선택지가 있다고 본다.

유한한 법률과 판례를 해석·유추하여 이를 변용하지 않은 채 세상의 모든 사건에 완벽하게 대응하는 것은 불가능하다는 사실을 인정하면 ① 방법은 포기할 수밖에 없다. 법실증주의 C기준에 의하면 '법 아닌 다른 기준'은 '법'이 아니어서 법관이 이를 적용할 의무는 인정되지 않으므로 법실증주의는 ③ 방법 역시 포기[258]해야 하고 따라서 ②방법만이 법실증주의자의 유일한 선택지로 남는다. 드워킨은 ②방법에서 재량의 의미를 검토하며 하트의 이론이 불가능 함을 논변하고자 한다.

---

257) 헌법 또는 법률에 승인규칙이 명문화 되어 있는 것은 헌법제정권력 또는 인민의 대표자들에 의한 결정이므로 승인규칙을 확인하는 유력한 증거이며 위 명문 규정에 의해 사법 관행이 형성되므로 별도로 승인규칙을 관찰해야할 필요는 줄어드는 것이 사실이다. 그러나 하트가 물리적 폭력에 의한 강제와 규칙 수범자의 자발적은 수용을 구분하고 후자에만 구속력 있는 승인을 인정한 이상, 명문화된 승인규칙이 사회에서 준수되는 외형이 관찰되더라도 내실은 처벌의 두려움 때문에 비자발적인 복종을 하고 있다면 승인규칙은 존재하지 않는다고 해야 한다.

258) 수범자는 법을 지킬 의무만 있고 법 이외의 기준을 지킬 의무는 없지만, 법적 사안에서 법관은 법은 물론 법 이외의 기준 모두를 판단해 고려해야할 의무가 있는 구조를 상상해볼 수 있다. 그러나 만약 법관이 법 이외 기준을 판결에 적용할것임이 수범자에게 확실히 예상된다면 그가 법적 의무만을 기준으로 행동하는 것은 무의미하다. 왜냐하면 법에 위반되지 않는 행동이라 할지라도 다른 사회적 기준에 위배된다면 법관이 의무위반이라고 판결할 것이므로 수범자는 이를 회피하기 위해 법관이 취할 사회적 기준을 자신의 행동에 반영할 것이기 때문이다. 이런 태도는 '법관이 판결이 반영하는 의무 기준이 법'이라는 승인규칙을 형성하고 결국 법과 법아닌 기준을 구별하는 법실증주의의 전제가 무너진다. 따라서 법실증주의 하에서는 법관에게 법 이외의 기준을 판결에 반영할 법적 의무를 지워서는 안된다.

나. 재량(discretion)[259]

법이 없는 곳에서의 재량이란 무슨 의미일까? 일단 재량이란 행사의 범위를 제한하는 상위 규칙의 존재를 전제로 한다. 무인도의 로빈슨크루소는 지켜야할 규칙이 없으므로[260] 그는 자유만 있을 뿐 어떤 재량이 있다고 할 수 없다. 재량은 도너츠 안쪽의 동그란 구멍처럼 이를 둘러싼 빵(규칙)이 없으면 존재할 수 없다.[261] 드워킨은 법실증주의자가 말하는 재량이란 규칙이 애매모호해서 기계적으로 적용하기 어려운 경우 그 적용가부를 판단할 능력이라고 파악한다.[262]법의 경우로 말하자면 법관은 운송수단(vehicle)에 관한 규칙의 뜻이 명확하지 않으므로 세그웨이(segway)가 이에 포함되는지를 판단할 재량을 가진다. 그러나 법 실증주의자의 특징(A, B, C)를 일관할 경우 '규칙이 애매하면 재량을 행사하라'는 아무런 내용이 없거나 모순될 수 밖에 없다.[263] ① 형식적 표지를 만족하는 규칙만이 법적 구속력이 있고 ② 재량은 규칙이 없는 곳에서 발생한다면 재량을 행사하는 법관은 자신의 판단에 아무런 법적 구속력을 받지 않아야만 한다. 그러나 재량이란 의미상 재량을 구속할 규칙을 전제로 한다. 따라서 법실증주의자의 강령을 따르는 법관은 규칙이 존재하지 않는 아리까리한 사건(hard case)에서는 아무 판단도 할 수 없거나, 판단을 할 경우 법적 구속력은 없지만 구속력은 있는 모종의 원리(principle)를 도입해야 한다.

보통법은 물론이고 제정법 역시 법원의 판단에 의해 효력을 상실하는 경우를 종종 목격한다. 그런데 어떤 판례가 파기될 것인지 어떤 법이 상위법에 반하여 폐기될 것인지를 완벽하게 규제할 수 있는 규칙은 존재하지 않는다. 이를 판단할 때 권력분립의 원칙, 선례 구속의 원칙 등으로 불리는 '원리'를 활용하는 것은 주지의 사실인데 만약 원리를 적용하는데 아무런 구속이 없다면, 다시 말해 법관에게 구속 없는 재량이 주어진다면 세상에는 어떤 규칙도 구속력이 있을 수 없다. 왜냐하면 이

259) 『Taking rights seriously』, 48-56쪽

260) 물론 소설에서 로빈슨크루소는 자신이 사회인임을 망각하지 않기 위해 스스로 규칙을 부과하고 그럼으로써 재량을 가진다. 예를 들어 '와인은 일주일에 하루만 마신다'는 규칙을 만든 경우에 그는 하루에 와인을 몇잔 마실지, 무인도에 처음 도착한 날은 예외로 할지 등과 같은 재량을 행사할 수 있다.

261) 『Taking rights seriously』, 48쪽

262) 『Taking rights seriously』, 49쪽. 드워킨은 이를 약한 의미의 재량이라고 말한다. 드워킨은 또 다른 약한 의미의 재량('누구도 판단을 뒤집을 수 없는 최종 판단권')과 강한 의미의 재량('기존의 규칙을 변경하는 능력')도 존재하나 이는 법실증주의자가 수용할 수 없는 의미여서 논의에서 제외한다.

263) 『Taking rights seriously』, 51쪽

는 '법관이 마음에 들지 않아서 폐지하기 전까지 구속력이 있는' 규칙은 상식상 이상할 뿐만 아니라 하트가 말한 이차규칙(폐기)을 통과하지 못하기 때문이다. 따라서 규칙이 법적 구속력이 있다고 말하려면 규칙의 폐기를 결정하는데 동원되는 원리들 상호간의 우선순위, 판단 결과에 미치는 영향력 등이 법관의 판단을 제한하는 구속력이 이있어야만 한다. 드워킨은 이 구속력 있는 원리는 바로 법이어야 하며 법실증주의처럼 '법은 아니지만 구속력 있는 원리'라고 논점회피를 해서는 안된다고 본다.

드워킨은 이와는 정반대로 법에는 법규칙은 물론 법원리(principle)[264] 역시 포함되어야 한다고 주장한다. 법학자들은 과실 책임의 여부에 대하여 논할 때 법리(doctrine)[265]보다는 법원리(principle)에 중점을 둔다.[266] 드워킨은 '법을 따른다'는 말을 곧이 곧대로 받아들여 해석자의 주관을 배제하고 기계적으로 법을 적용하는 것은 불가능하다고 본다. 이것이 가능하기 위해선 법이 논쟁의 여지가 없는 확립된 기준(established standard)으로 존재해야 하는데 과연 어떤 사안에 확립된 기준이 존재하는지, 기준이 있다면 이를 변형·축소·확대하는 것이 어느 정도 허용되는지, 변용이 허용된다면 이를 정당화할 이유는 무엇인지는 법원리의 도움 없이 법리만으로는 결코 해결할 수 없기 때문이다. 예를 들어 소송에서 어떤 법리를 주장하기 위해 판례 또는 법규를 인용하는 것은 법리에서 법리를 도출하여 해석자의 주관과는 무관한 것으로 보이지만 반대 당사자는 상대방이 인용한 판례와 법규는 사건과 무관하므로 사용해선 안된다고 반박한다. 그러한 판례 및 법규가 존재하는 것은 사실이지만 이것이 이 사안에 적용할 수 있는 확립된 기준이라는 주장은 저쪽의 해석일 뿐이며, 다른 확립된 기준을 주장하거나 심지어 기준 자체가 존재하지 않는

264) 드워킨은 원리(principle)를 넓게는 법규칙이 아닌 나머지 모든 사회 기준을 지칭하기도 하나 좁은 의미로 '경제·정치·사회적 기준에 비추어 바람직한지 여부와는 상관 없이 도덕적으로 정의롭고 공정한지를 판단하는 기준'이라 정의하며 경제·정치·사회를 이롭게 한다고 여겨지는 기준을 의미하는 정책(policy)과 구분한다. 광의의 원리는 협의의 원리 및 정책을 모두 포함하고 법과 도덕의 분리 가능성을 논하는 자리에서 드워킨은 광의의 원리를 사용하는 것으로 보인다.『Taking rights seriously』, 38-39쪽

265) 드워킨은 대비를 명확하게 하기 위해 'moral principle' 과 'legal doctrine'처럼 수식어를 붙이기도 하나 대체로 doctrine은 주로 분석 법철학(analytical jurisprudence)이나 법실증주의(legal positivism)와의 관계에서 도덕 판단이 배제된 순수한 법리(legal doctrine)이라는 의미로 사용된다.('using conventional doctrinal methods to demonstrate their specifically legal meaning as revealed in cased and statutes', 'summaries of the various legal rules and doctrines, 'it is the just the moral use of the concept that the doctrinal approach of English jurisprudence ignored') doctrine은 교리, 신조, 원칙 등의 의미를 가지고 있으나 이하에서는 드워킨의 사용 맥락에 맞추어 '법리'라는 번역어로 통일한다. 『Taking rights seriously』, 14-15쪽

266)『Taking rights seriously』, 15쪽

다고 다투기도 한다. 이는 법리를 도출하는 근거로 제시되는 법리는 사실 해석자의 주관에 의해 변용되고 선택되는 것이며 따라서 법리의 형식을 띠지만 도덕 원리가 내포되어 있음을 보여준다.

3. 구성적 해석

가. 바보 사기꾼 법관?

법률가들은 자주 법적 판단이 아리까리한 사건(hard case)을 마주한다. 논쟁 끝에 사안의 결론이 나면 판결문에는 적용된 법률과 법리가 어떠한 것인지 서술된다. 그리고 판결에 대해 지지 또는 비판이 이어진다. 한쪽에선 법은 사회 정의를 지키기 위한 마지막 보루이자 방패이므로 법관은 법을 기계적으로 적용하면 안되며 사회적 약자를 지키기 위해 법을 개선하고자 최선을 다해야 한다고 주장한다. 반대편에선 판사가 '있는 법'을 적용하지 않고 '있어야 할 법'을 적용하는 것은 사법권의 한계 일탈이자 민주주의의 파괴라고 비판한다. 이 둘은 정반대의 주장을 하는 것으로 보이지만 법이란 역사적으로 명백한 사실로 사건이 발생하기 이전부터 단일하고 고정 불변한 실체를 가진 채 존재하고 있었으며 법관이 할 첫 번째 일은 법을 발견하는 일이라는 인식을 공유한다. 드워킨은 이를 법의 개념에 대한 '명백한 사실설'이라고 부르며, 법은 도덕적 가치 판단과 분리된 사실의 영역으로 여기는 법실증주의 노선 안에서의 싸움이라 본다.[267] 명백한 사실설은 사슴은 눈을 비비고 다시 보아도 말

---

267) 『법의 제국』, 21-28쪽. 예를 들어 주택임대차보호법이 계약명의자인 임차인만 보호하고 있음은 명백하나 이는 부당하다고 생각하는 법관이 '있어야 할 법'은 실질적 임차인까지 보호하는 것이라고 판단하고, 후자의 해석을 따라 판결을 선고했다고 가정하자. 이러한 판결은 '있는 법'에 따라 청구기각을 하는 결론과 상극(相克)으로 보이지만 드워킨의 입장에선 둘다 '있는 법'과 '있어야 할 법'을 이분법적으로 구분하는 '명백한 사실설'을 따른다는 점에서 법실증주의 노선 안에서의 다툼에 불과하다. 드워킨의 '해석적 개념으로서의 법'에 따르면 법이란 해석을 통해 구성된 결과물일 뿐 해석 이전에 사실로서 '있는 법'이나 해석한 다음 '있어야 할 법'의 구분은 허상(虛像)이고 무익한 논쟁만 파생시킨다. 법을 '명백한 사실'로 볼지 '해석적 개념'으로 볼지를 구별하는 실익은 이른바 '아름다운 판결'(대전고등법원 2006.11.1, 선고, 2006나1846)과 법적 안정성을 이유로 이를 파기한 대법원 판결(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결)간 견해 대립을 살펴봄으로써 알 수 있다. 이 사건의 피고는 원고와 임대차계약을 위해 딸을 보냈으나 딸은 실수로 계약자 이름을 피고가 아닌 딸 자신으로 하여 계약을 체결했다. 집주인인 원고는 피고에게 건물명도 소송을 제기하였고 변론 과정에서 피고는 임대주택법상 보호이익을 잠탈하려는 의도가 없었고 대상 건물에 실거주 하였으며 보증금 또한 피고가 지급했음이 밝혀졌다. 원심은

'법률용어로서의 의미만이 아니라 그 법률이 달성하고자 한 정책목표와 우리 사회가 법체제 전체를 통하여 달성하고자 하는 가치를 아울러 고려해야 한다 … 이러한 **법해석학의 관점**에서 볼 때 … 법상의 임차인의 요건

이 아닌 사슴인 것처럼 법은 제아무리 좋은 말로 호도한다고 해도 법 그 자체는 변하지 않는다고 본다. 드워킨은 만약 명백한 사실설이 정말 옳다면 법적 능력의 정점에 서있는 대법관들 사이에서 법이 무엇인지에 관해 다툼이 발생하는 이유를 합리적으로 설명할 수 없다고 주장한다.[268] 드워킨은 그 예시로 미국에서 큰 논쟁을 불러 일으킨 판결을 든다.

1882년 재혼한 할아버지가 자신을 상속인으로 지정한 유언장을 변경할 것을 우려한 엘머(Elmer)가 할아버지를 독살한 사건이 발생했다. 당시 사건 발생지인 뉴욕의

을 그렇게까지 문언적, 법형식적으로 해석할 것이 아니라 이 사건과 같은 특별한 사정이 있는 예외적 사안에서 임대차계약의 목적과 재정적 부담과 실제 거주자라는 실질적 측면에서 사회적 통념상 임차인으로 충분히 관념될 수 있는 피고 2가 위 법상의 임차인 요건을 갖추었다고 보는 것이 위 법의 공익적 목적과 계획에 부합하는 해석'이라고 설시하였다. 그러나 대법원은 '법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. … (원심 판결이) 구체적 타당성 있는 해결인가 하는 문제는 차치하고서라도, **법률 해석의 본질과 원칙**에서 벗어나 당해 사건에서의 구체적 타당성 확보라는 명분으로 1회적이고 예외적인 해석이 허용된다면, 법원이 언제 그와 같은 해석의 잣대를 들이댈지 알 수 없는 국민은 법관이 법률에 의한 재판이 아닌 자의적인 재판을 한다는 의심을 떨치지 못할 것이며, 이는 법원의 재판에 대한 국민의 신뢰를 크게 해칠 뿐만 아니라 모든 분쟁을 법원에 가져가 보지 않고서는 해결할 수 없게 함으로써 법적 안정성을 심히 훼손하게 될 것'이라며 원심을 파기하였다.

원심은 '입법부가 만든 법률을 최종적으로 해석하고 집행하는 법원이 어느 정도 수선의 의무와 권한을 갖고 있다고 생각한다. 이는 의회가 만든 법률을 법원이 제멋대로 수정하는 것이 아니라 그 법률이 의도된 본래의 의미를 갖도록 보완하는 것이고 대한민국헌법이 예정하고 있는 우리 헌법체제의 일부'이며 '우리 모두는 차가운 머리만을 가진 사회보다 차가운 머리와 따뜻한 가슴을 함께 가진 사회에서 살기 원하기 때문에 **법의 해석**과 집행도 차가운 머리만이 아니라 따뜻한 가슴도 함께 갖고 하여야 한다고 믿는다. 이 사건에서 따뜻한 가슴만이 피고들의 편에 서있는 것이 아니라 차가운 머리도 그들의 편에 함께 서있다는 것이 우리의 견해이다.'라고 덧붙인다. 이는 '차가운 머리(있는 법)'와 '따뜻한 가슴(있어야 할 법)'의 이분법 하에 법개념을 바라보는 '명백한 사실설'의 태도이다. 명백한 사실설이 전제에 깔려 있으면, 법관이 따뜻한 가슴으로 '있는 법'을 수선해야 한다는 원심의 주장은, 자의적 판단의 위험성 때문에 법관은 '차가운 머리'를 유지해야 한다는 대법원의 반론에 취약할 수밖에 없다. 법이 정말 '명백한 사실'이라면 제아무리 마음이 뜨겁다 해도 법이 변화할리는 없다. 법관의 '따뜻한 마음'은 제대로 된 법을 인식하는데 방해가 될 뿐이며 '차가운 머리'만을 사용해야 한다. 드워킨이 비판하는 '명백한 사실설', 즉 법실증주의는 개념적으로 사법 소극주의에 우호적이다. 그러나 이 구분을 폐기하고 드워킨처럼 법을 해석적 개념으로 바라볼 경우 법관은 따뜻한 마음은 더 이상 비난의 대상이 아니게 된다. 온도의 차만 있을 뿐, (생물학적이든 정신적이든) 가슴을 갖지 않고 법을 해석하는 법관은 존재하지 않는다. 모든 법은 법관의 가슴, 즉 주관의 산물이자 해석의 결과물이라고 보면 원심과 대법원의 판단은 따뜻함의 정도의 차이가 있을 뿐이므로 '차가운 머리로 법을 해석하지 않았다'는 원심에 대한 대법원의 비판은 힘을 잃는다. 즉, 해석적 개념으로서의 법은 법실증주의에 비해 사법 적극주의에 우호적이다.

268) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결에서 다수의견은 자신의 토지에 오염물을 매립한 피고는 그 토지의 전전양수인인 원고에게 불법행위 책임을 진다고 보았으나 소수의견은 다수의견에 대하여 '불법행위가 성립할 수 있다는 새로운 법리를 제시'하고 있으나 '불법행위 제도의 이념에 어긋날 뿐만 아니라 법적 안정성은 물론 구체적 정의의 관점에서도 견디기 어려운 문제점을 드러내 도저히 수긍할 수 없고' 대법원의 기존 견해가 '변경되는 상황을 지켜볼 수밖에 없다는 점은 안타까운 일'이라며 우리나라 전원합의체 판결에서도 이례적으로 강한 어조로 다수의견을 비판하였다. 만약 소수의견의 성토 대상이 다수의견의 도덕 가치가 아닌 법논리 뿐이라고 한다면 우리는 법학이란 대법관들조차 서로의 법논리가 엉터리로 보이며 토론에 의해서도 의견차이가 해결될 수 없는 구제불능의 학문이라는 결론에 이를 수밖에 없다. 그러나 다수의견과 소수의견 모두 '불법행위는 무엇이어야 한다'는 도덕 가치 판단이 들어 있고, 이 가치 판단에 의거해 상대방을 비난한다고 보면 소수의견의 비판의 강도를 이해할 수 있게 된다.

유언법에 피상속인을 살해한 상속인의 상속능력에 대해 아무런 규정이 없었고[269] 엘머의 변호인은 법원이 도덕적 신념에 의해 유언의 내용을 변경하는 것은 불가하다고 주장하였다. 그러나 뉴욕 주 대법원은 '입법자의 의도 속에 들어 있는 것은 설사 그것이 법문에 담겨 있지 않더라도, 법문에 들어 있는 것처럼 해석하여 법률의 내용 속에 들어 있는 것으로 보아야 하며, 법문에 담겨 있더라도 그것이 입법자의 의도에 들어 있지 않다면 법률의 진의가 아니'라며 뉴욕 주 판결을 깨고 엘머는 상속인이 될 수 없다고 판단하였다.[270]

위 판결에서 다수의견의 결론은 유언법에 '의하면' 상속을 받을 수 없다고 말하고 있지 결코 유언법에 '불구하고도' 상속을 부정해야 한다고 주장하지 않는다. 법이 부당하므로 이를 무시하고 법을 정당하게 변형한다고 주장하는게 아니라 다만 있는 법 법을 올바르게 해석했을 뿐이라 주장한다.[271] 명백한 사실설은 법은 법규칙에 나와 있는 것 뿐이므로 엘머 같은 천하의 불효자도 유언법상 상속결격자가 아니며 이를 주장하는 자는 있는 법을 해석하는게 아니라 바꿔야 한다는 입법론을 제기하는 것이라 본다. 그런데 이에 따르면 엘머 사건에서 다수의견에 선 대법관은 나쁘게 보면 '자신의 입법론을 법인척 가장하여 판결을 선고하는 사기꾼'[272] 좋게 봐도 '입법론을 법이라고 착각하는 바보'일 수밖에 없는데[273]어느 쪽이든 받아들이기 힘든 결론이다. 드워킨은 '명백한 사실설'이 법관을 바보 또는 사기꾼으로 매도하는

269) 한편 대한민국 민법 제1004조(상속인의 결격사유) 1호는 '고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려한 자'의 상속능력을 배제한다.

270) 다수의견을 설시한 얼(Earl)판사는 그러나 유언의 성립, 유효성, 효력에 관한 법률 및 재산 처분과 관련된 법률을 환경적 고려 없이 문언대로만 해석하면 살인자가 상속인이 되어야 한다.'고 인정한다. 이에 대해 그레이(Gray)판사는 반대의견에서 '상속을 받기에 바람직하지 않은 이의 상속능력을 박탈하는 법은 정의와 평등의 원칙(principles)에 비추어 매우 타당하다 … 그러나 이 원칙은 입법시에 고려하면 족하다 … 법이 침묵하고 있는데 범죄를 저질렀다고 상속인이 될 수 없다는 (다수의견의) 주장은 이해할 수 없으며 … 법(the laws)은 (다수의견과 같은) 판결(judicial action)을 허용하지 않는다.'고 설시했다. 'Riggs v. Palmer, 22 N.E. 188 (N.Y. 1889)

271) 『법의 제국』, 54쪽

272) 드워킨은 하트(Hart)가 언어를 핵심과 주변부를 나누고 의미에 관한 다툼은 언어의 주변부를 어디까지 인정할것인가에 대한 논쟁으로 치환시킴으로써 '사기꾼 법관'이론이 조금은 완화된다고 인정한다. 예를 들어 자동차는 운송 수단(vehicle)이란 단어의 핵심에 속하지만 최근에 등장한 세그웨이는 사람에 따라 단어의 주변부에 넣기도 하고 빼기도 한다. 따라서 세그 웨이가 운송 수단이라고 생각하는 사람은 정말 그렇게 생각하는 것이지 세그 웨이가 운송 수단이 아닌 줄 알면서 거짓말을 하는게 아니다. 그러나 드워킨은 이러한 설명은 여전히 '상속적격', '불법행위' 등에 대한 법관들 사이의 견해 다툼을 설명할 수 없다고 본다. 사회적으로 주목을 받는 사건일수록 법관들은 개념 의미의 '핵심', 즉 본질이 무엇인가에 대해 견해 차이를 가진다. '배은망덕한 상속인은 상속인 적격이 있는가?'라는 논의는 '상속인' 의미의 핵심이 무엇이냐에 대한 질문이지 결코 주변부에 해당하느냐에 대한 질문이 아니다. 따라서 드워킨은 이 설명이 단어의 핵심 의미를 다투는 현재의 실무를 전혀 설명하지 못한다고 비판한다. 『법의 제국』, 62-70쪽

273) 『법의 제국』, 68쪽

결론에 도달하면서도 법이 '명백한 사실'이라는 전제를 포기 못하는 이유는 법이 명백하지 않다면 사슴을 말이라 호도 하는(指鹿爲馬) 논변이 횡횡하여 '객관적 법은 존재하지 않는다'는 허무주의에 빠질 것을 우려해서라고 진단한다.[274]

나. 의미론의 독침

의미론(sementics)은 사슴이이 말이 될 수 없는 것처럼 고정 불변하는 의미의 본질 또는 핵심이 존재한다고 본다. 그러나 드워킨은 법을 과거에 만들어져 고정 불변하는 역사적 사실이 아니라 현재 시점에서 끊임없이 적용되고 변화하는 실천적인 개념으로 봐야 엘머 사건을 올바르게 이해할 수 있다고 본다. 드워킨은 법의 이러한 특성 때문에 법의 개념은 '법이란 ~ 이다.'처럼 사전적으로 뜻을 정의하는 의미론으로는 완벽하게 이해될 수 없으며 의미론으로 법의 개념을 파악하려는 불가능한 시도를 '의미론의 독침'에 찔렸다고 말한다.[275] 해석 대상은 해석자가 이를 해석하는 과정에서 불가피하게 해석자만의 인식이 가미되고 따라서 그 만큼 변형 된다. 법정에서 당사자들은 같은 손해배상 조항을 두고 한쪽에선 적용할 수 있다, 다른 한쪽에선 적용할 수 없다고 다툰다. 그러나 이는 사슴이냐 말이냐를 논하는 부조리극이 아니라 해석적 개념인 법을 다룰 때 피할 수 없는 본질적인 과정이다. 같은 문학작품을 읽고 사람마다 감상이 다른 것을 누구도 이상하게 생각하지 않듯 드워킨은 법 역시 사람들마다 가치관에 따라 해석이 다른 것은 당연하다고 주장한다. 한편 드워킨은 주장은 궤변이 아닌가 의심되기도 한다. 법치주의 아래에서 모두가 입법자(국회)가 만든 법률의 수범자가 되어야 한다. 따라서 법은 입법자가 정의한 의미로 결정되어야지 저마다 자신들만의 법을 주장하며 다툴 수 있다거나 사실상 법관에게 법이 무엇인지를 판단할 최종 권한을 주는 것은 있을 수가 없는 일이다. 드워킨은 이런 우려가 이미 의미론을 전제한 것으로 순환논법에 불과하다고 본다. 즉 명백한 사실설은 '법은 고정적 의미가 있다. 왜냐하면 의미가 바뀌면 법이 아니기 때문이다'라는 주장에 지나지 않는 것이다. 이는 동전을 떨어뜨린 곳은 그곳이 아닌데 가로등 불빛이 환하다고 그 아래에서만 동전을 찾는 일이나 다름 없다.

---

274) 『법의 제국』, 70-72쪽
275) 『법의 제국』, 73-75쪽

다. 실천과 해석적 태도

드워킨은 법을 해석하는 관점으로 논쟁에 직접 참여하는 내부자와 이를 밖에서 관찰하는 외부자의 시선을 나눈다. 외부자는 남의 싸움을 구경하면서 그 모습 자체를 중립적으로 기술(記述, describe)하는 것을 중요시하며 다툼의 옳고 그름, 참과 거짓과 같은 가치 평가는 법의 정확한 개념 정의가 이루어진 다음에야 하위 주제로 논할 뿐이라고 한다.[276] 법에 대한 이러한 관점은 '과거에 ~란 법이 있었다.', '~에는 이런 법이 있다.'같은 법사학자, 비교법학자처럼 확인할 수 있는 사실로서의 규칙을 법으로 본다.[277] 그러나 드워킨은 법은 물리적 실체를 가진 개념이 아니기 때문에 법률가는 박물학자가 유물을 발굴하듯 법을 발견할 수 없고 법의 개념은 다양한 해석 중에서 현상을 가장 잘 설명할 수 있는 주장이 선택되는 해석적 개념이라 본다. 따라서 법률가는 논쟁에 직접 참여하는 내부자의 시점을 취해야 한다고 주장한다.[278] 현실의 법문제에서 중요한 것은 법이 사회 속에서 어떤 얼굴을 띠고 나타나는지 이지 이미 효력을 상실해 화석이 된 구법이 언제 제정되었는지는 전혀 중요하지 않다. 예를 들어 상해범에 대한 재판이 이루어지고 있을 때 좋은 변호사는 현재의 법률·판례·법체계·법원리를 동원하여 피고인에게 내려질 합당한 처벌을 논하지 『경국대전』의 율법이나 인도의 형법전[279]에 대한 법제사 강의를 하지 않는다.

내부자로서 법적 분쟁에 참여하는 자는 좋든 싫든 법의 개념에 자신의 가치를 부여하게 되고 그 결과 법에 대한 해석적 태도[280]를 갖게 된다. 예를 들어 평소에는 자

---

276) 법실증주의자 존 오스틴(J. Austin)의 다음과 같은 말이 외부자의 시선을 잘 나타낸다. "법이 존재한다는 것과 그 법이 좋은 법인지 나쁜 법인지 판단하는 것은 별개의 문제이다. 설령 우리가 좋아하지않더라도 현실로 존재하는 법만이 법이다."(J. Austin, The Province of Jurisprudence Determined, London, 1832, 157, 김도균. "칸트와 법치주의." 철학사상, 24 (2007.06): 35-80. 39쪽에서 재인용)

277) R. Dworkin, 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy', Oxford J Legal Studies 2004 24: 1-37.

278) R. Dworkin, 위 논문, 9-15쪽;『법의 제국』, 79쪽

279) 만약 구법 또는 비교법을 현재의 법적 논쟁에 활용할 경우에는 유의미한 해석 대상으로서 다시 기능할 것이지만 이를 주장하는 자는 '~법이 있었다.'라는 단순한 역사적 사실의 기술에 그치는 것이 아니라, 현재의 법체계와의 계통적·원리적 유사성을 지적하고 그에 따라 현재의 법을 해석해야 한다는 식의 내부자 관점에서의 해석을 제시하는 것이다.

280) 드워킨은 '귀족에게 모자를 벗어 인사를 하는' 예의범절에 대해 해석적 태도가 발생하는 예시를 든다. 처음에 이는 관습적·기계적으로 행해졌으며 그 자체를 따르는 것이 목적이다. 시간이 흐르면 ① 관행은 단순히 존재하는데 그치는 것이 아니라 모종의 가치가 있으며, 그 관행은 이 가치를 구현하기 위한 행위이다. ② 가치를 좀 더 잘 표현할 수만 있다면 관행은 바뀔 수 있다 와 같은 관행에 대한 '해석적 태도'가 발현된다. 사람들은 모자를 벗는 것은 '경의'를 표하는 의미인데 이를 위해선 모자를 벗는 데 그치는게 아니라 엎드려 절을 해야 된다고 생각할 수 있고 이 경우 예의범절은 모자벗기에서 절하기로 진화하게 된다.

신과 상관 없다고 생각했던 법이 재판이 닥치면 승패를 가르는 중요한 열쇠가 되고 각자의 해석적 태도에 따라 '최선의 법'을 주장하게 된다. 법관은 과거의 법률이나 판례를 받아쓰기 하는 필경사가 아니라 이를 해석하고 자신의 해석을 재판에 적용함으로써 법을 실천하는 자이다. 우리는 숨쉬기, 눈깜빡임 같은 자동적인 생리학적 반응을 실천한다고 말하지 않는다.[281] 또한 제사의 의미를 모르는 아이가 어른들을 따라 절을 하는 것은 '따라하기'일 뿐이지 예의범절을 실천하고 있다고 할 수 없다.[282] 실천이란 행동에 대한 가치 판단, 다시 말해 해석적 태도를 지니고 현실적으로 참여한다는 뜻이다. 좋든 싫든 제사에 참여하고 있다면 누구나 이에 대한 해석적 태도를 가질 수밖에 없다. 마찬가지로 법적 과정에 내부적으로 참여하고 있는 모든 사람은 법에 대한 해석적 태도를 가질 수밖에 없다.

라. 해석이론

법을 적용하기 위해선 먼저 이를 해석해야 한다. 그러나 법의 해석은 사과처럼 해석자의 존재 바깥에 있는 물리적 객체가 아니다. 보통의 경우 사과는 이를 적극적으로 인지하려는 노력 없이 눈, 코, 입 등의 감관(感官)을 통해 직접적으로 인지된다. 또한 기능이 제대로 작동하는 감관과 언어교육을 마쳤다면 사람들은 하나의 대상을 놓고 사과인지 수박인지를 다투지 않는다. 사과는 그냥 사과일 뿐이다.[283]그러나 법은 다르다. 서점에서 카프카의 소설을 찾아낼 수 있다고 해서 카프카를 이해하는 것은 아니듯 법전에 쓰인 문자를 읽는 일과 법을 이해하는 일은 다르다. 따

281) 반농담조로 '숨쉬기 운동을 실천중이야'라고 말하기는 한다. 하지만 이 경우 숨쉬기란 단순한 생리학적 행동이 아니라 '건강 증진'이라는 가치를 지닌 운동의 일환이 되기 때문에 실천적 영역으로 국면을 옮긴 것이 된다.

282) 제사를 귀찮아하는 반감('이걸 왜 하는 거지?') 조차도 '제사는 쓸데없는 일'이라는 해석적 태도를 포함하고 있다. 왜 이 사람은 '제사는 쓸데 없는 일'이라고 생각하는 것일까? '쓸데 없는 일'의 가치판단은 제사의 실천이 어떤 가치를 지향하고 있는지를 이해하지 않으면 불가능하다. 그는 제사란 음복사상과 유교공동체주의의 가치가 들어있음을 이미 안다. 그러나 그는 사후세계를 믿지 않고 개인주의적 사고를 가지고 있어서 제사를 지내는 행위는 절대로 그 가치를 실현할 수 없기에 무의미하다고 생각한다. 그는 내부자로서 제사에 참여하면서 제도에 대한 회의주의적 해석적 태도를 드러낸다. 반대로 외국인이 한옥마을에서 1일 제사 체험을 한다고 가정해보자. 그는 한국어와 한국문화를 전혀 모르고 통역 없이 체험행사에 참가했다. 한복을 입고 절하기 등 모든 행동을 따라하지만 그는 이 행동들이 무엇을 의미하는지 모른다. 그러나 외국인은 앞의 한국인처럼 제사를 쓸데 없는 일이라고 판단할 수는 없다. 왜냐하면 외국인은 제사의 실천에 전혀 참석하지 못했으므로 제사의 가치를 이해할 수 없으며 따라서 무의미하다는 판단이 불가능하기 때문이다. 그는 외부자로서 제사를 중립적으로 관찰할 따름이며 가치판단이 불가능하므로 해석적 태도를 지닐 수 없다.

283) 물론 사과를 단순히 인지하는 단계를 넘어 개인의 사상이나 감정을 투영함으로써 사과에 가치가 부여되는 해석적 단계도 존재한다. 예를 들어 나희덕은 시 「야생사과」에서 새, 개미가 파먹은 야생 사과를 베어 물고 달기도 시기도 쓰기도 한 자신의 인생을 관조적으로 되돌아보게 된다. 시인은 야생 사과를 단순히 인지하는데 그치지 않고 개인의 감상 또는 사상을 투영하여 타인은 좀처럼 생각할 수 없는 자신만의 '야생 사과' 해석을 획득한 것이다. 나희덕, 『야생사과』, 창비, 時 「야생 사과」

라서 '법은 무엇인가?'라는 질문에 대답하기 위해선 사과를 인식하고, 제목 글자만 보고 책을 구별하는 행동과 다른 '법의 해석'이 무엇인지를 먼저 해명해야 한다.

드워킨은 이를 해석활동에 대한 상위 이론인 해석 이론이라 부르며 그 종류로 대화적 해석, 과학적 해석, 창조적 해석으로 나눈다.[284] 대화적 해석은 우리가 늘상 사용하는 방법이어서 이것이 '해석활동'이라는 사실조차 생소하지만, 이는 다른 사람이 한 말이 어떤 의미인지 알아내기 위한 엄연한 해석 방법이다. 대화적 해석은 발화자가 왕과 같은 지위를 가지고 있기 때문에 발화에 대한 해석자의 가치 평가는 무의미하다. 예를 들어 뜬금 없이 애인이 "우리 헤어져."라고 말하면 갑작스러운 이별 통고를 받은 이는 오만가지 생각 - '거짓말이겠지?', '너무 잔인한거 아냐?' - 이 든다. 그럼에도 불구하고 이별 통보는 일방적으로 전해진다. 대화적 해석의 핵심은 발화자의 의도지 이에 대한 상대방의 해석은 중요하지 않다. 반대로 창조적 해석은 발화자(해석대상)와 상대방(해석자) 사이의 상호작용이다.[285]해석의 단초는 물론 대상에 출발하지만 해석자는 자신의 주관적 가치를 투영하여 대상을 판단한다. 예를 들어 위의 예가 영화 속 한 장면이라면 관객들 마다 자신에 따라 이별통고의 의미를 해석하고 그 스펙트럼은 잔인한 변덕부터 상대방을 안달나게 하는 밀고 당기기에 이르기까지 넓게 형성된다. 과학적 해석은 해석 대상을 가치(價値)가 아니라 수치(數値)적으로 판단한다. 생물학자는 개구리와 대화하거나 평가하지 않고 설명한다. 과학적 해석에서 이별 통보는 호르몬 작용 또는 목소리의 데시벨 크기로 분석된다. 세 가지 해석 이론은 해석대상(원인)과 해석자(목적) 양자가 해석 결과에 미치는 영향 비중에 따라 상대적으로 구별된다. 과학적 해석은 대상을 사실에 가깝게 설명하므로 해석자의 주관이 개입될 여지가 적어 인과적 성격을 띤다. 반면 창조적 해석은 해석자의 주관이 폭넓게 수용되므로 목적적이다. 대화적 해석은 과학적 해석에 비해서는 목적적이고 창조적 해석에 비해서는 인과적이다.[286]

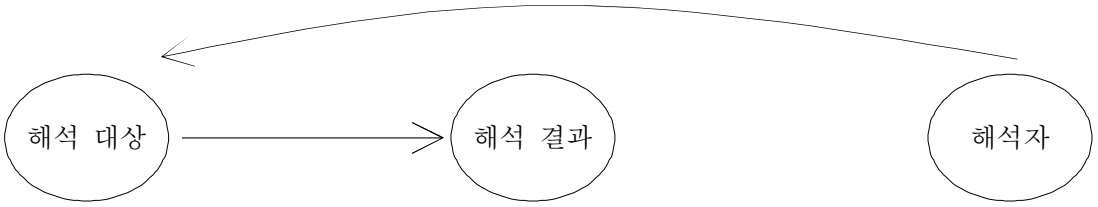
---

284) 『법의 제국』, 79쪽

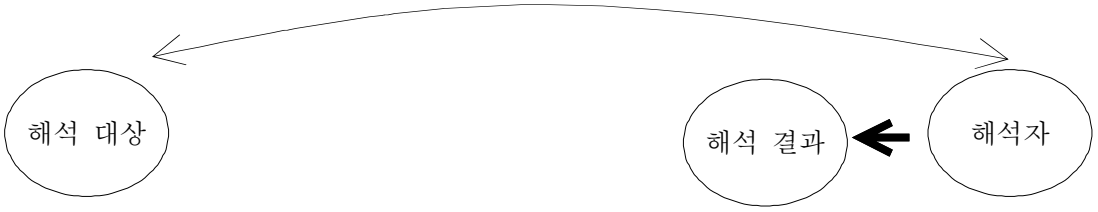
285) 『법의 제국』, 84쪽

286) '대화적 해석은 어떤 더 기계적인 의미에서 인과적인 것이 아니라 목적적이다.'(『법의 제국』, 80쪽), '우리가 정말로 염두에 두고 있는 것은 보통의 인과적 설명이며(중략)사회적 관행과 예술작품의 해석은 단순한 원인에 관한 거시 아니라 본질적으로 목적에 관한 것이기 때문이다.'(『법의 제국』, 81쪽) 해석은 원인과 목적 사이에서 발생하기 때문에 순수하게 인과적 또는 순수하게 목적적 해석은 존재하지 않고 늘 대상적으로 성격이 결정된다.

과학적 해석



대화적 해석 or 작가의도설



창조적 해석

드워킨은 해석자의 주관(신념·경험·가치판단)에 비추어 대상이 스스로가 속한 형식·장르에서 가능한 최선의 예로 만들기 위해 목적을 부여하는 해석을 구성적 해석(constructive interpretation)이라고도 부르며[287] 창조적 해석은 본질적으로 구성적 해석에 해당한다고 주장한다.[288] 그러면서 문학 작품, 사회적 관행, 법 등이 구성적 해석의 대상이라고 한다.

287) 『법의 제국』, 83쪽

288) 일상 대화에서 상대방이 문법적으로 틀리거나 엉뚱한 말을 할 때에도 우리는 '자비의 원리(principle of charity)'에 따라 '무슨 말을 하려고 한 거지?'를 추측하고 최대한 말이 되는 의미를 상대방의 진의라고 생각한다. 쿤(Kuhn)이래 과학철학에서는 자료해석이란 패러다임을 가장 잘 설명해주는 방법에 불과하지 절대적으로 객관적 해석은 존재하지 않는다고 본다. 이처럼 대화적 해석, 과학적 해석에서도 해석자가 해석 대상을 최선을 다해 이해하려고 한다는 점에서 모두 구성적 해석의 성질을 일정부분 가지고 있다. 다만 드워킨은 구성적 해석이 가장 잘 드러나는 것은 창조적 해석이므로 '본질적'이라는 수식어를 붙인다.(『법의 제국』, 81-85)

마. 구성적 해석과 의도

드워킨은 의도란 발화 시점에 확정되는게 아니라 이후에도 변할 수 있으며 심지어 제3자의 해석에 의해 더 잘 파악될 수 있다고 본다. 우리는 오래된 친구·연인이 '나를 나보다 더 잘 안다'고 말하기도 한다. 자신은 미쳐 깨닫지 못했거나 심지어 반대되는 말을 했음에도 상대가 지적한 본인의 의중이 더 적확할 수 있는 것이다.[289] 의도는 단순한 '의식적인 마음상태', 즉 일시적이고 표면적인 정신·심리적인 상태가 아니다. 구성적 해석의 대상이 되는 문학 작품에서 의도란 작가에 전속된 것이 아니고 독자(해석자)는 작가보다 작가를 더 잘 이해할 수 있으며[290] 작가는 독자에 의해 새롭게 해석된 작품이 자신이 창조할 당시의 의식적인 마음상태와 다르다고 하여 거부하지 않는다.

독자(해석자)가 여러 조건을 조합·구성해서 대상이 되는 의도를 구별하고 예술작품에서 작가의 의도를 해석할 때 그 의도란 후자라고 말한다.[291] 그리고 법과 같은 사회적 관습에서의 의도(취지·의미)역시 구성적 해석의 대상이다.[292] 따라서 드워킨은 구성적 해석에서 의도는 배제되는게 아니라 오히려 요청된다고 말한다. 정신·심리적인 상태가 아닌 의도는 그 담지체의 존재이유 또는 본질을 의미하며, 해석은

---

289) 이에 관해 Dworkin, Ronald. "Law as Interpretation." Critical Inquiry 9.1 (1982): 179-200 참조. 위 논문은 이후 제목을 바꾸어 R. Dworkin, 『A Matter of principle 』, Cambridge : Harvard Univ. Press, 1985. 6장 How law is like literature에 재수록 되었다.

290) 잘 알려진 데로 김수영은 생계를 위해 토끼를 치고 원고료 때문에 매문(賣文)하는 자신에 대해 비판적이었다. 김수영의 글을 쓸 당시 정신 상태는 토끼와 원고료를 떼놓고는 생각할 수 없으나 이 때문에 김수영의 작품세계는 토끼, 원고료, 술, 담배에 대한 정신적 도착(倒錯)이라고 해석한다면 제대로된 비평가 소리를 듣기는 힘들 것이다. 누군가 김수영은 시작(詩作)의 동기가 '민주주의'라고 주장할 때, 그는 김수영이 남긴 글과 그에 대한 기록 속에서 '민주주의'만을 추출하고 나머지 사실은 배제한 것이다. 그는 토끼, 원고료 등은 역사적으로 사실이지만 김수영의 진짜 의도와는 상관 없기 때문에 배제하는 판단, 즉 김수영에 대한 자신만의 구성적 해석을 한 것이다. 따라서 그가 김수영의 '의도'라고 말하는 것은 사실 '그가 구성적으로 해석한' 의도일 뿐이다. 드워킨은 따라서 문학 작품의 의미는 작가의 의도에 의해서만 결정될 뿐이고 독자는 이를 단지 감상할 뿐이라는 '작가의도설'을 반대한다. 왜냐하면 작품의 의미를 파악 하기 위해 작가의 의도를 탐색하는 일은 작가의 의도를 탐색하기 위해서 작품의 의미를 해석해야 하는 순환론에 빠지고, 결국 해석자가 주관적인 판단을 개입하지 않고선 '작품의 의미'와 '의도'가 결코 밝혀지지 않기 때문이다.

291) 『법의 제국』, 87쪽

292) 평민이 귀족 앞에서 모자를 벗는 관습이 있는 사회에서 누군가 '모자를 벗는 행위는 상대방에게 존경을 표시하는 의미를 가지고 있기 때문에 귀족이란 이유만으로 기계적으로 모자를 벗을 의무는 없다.'라는 해석을 내놓았을 때, 그때까지 모자를 늘 벗어 오던 사람들은 '그렇다, 내가 모자를 벗으면서 행한 것은 그런 의미이다; 이렇게 하는 것은 잘못일 텐데 라고 생각할 때 내가 가졌던 느낌에 맞는다. 그것은 내가 지금까지는 표현할 수 없었지만 지금은 표현할 수 있는 그 느낌이다.'라며 타인의 해석을 자신의 의도로 수용할 수 있다. 『법의 제국』, 92쪽

해석자가 그 대상의 존재이유·본질을 파악을 목적으로 하므로 의도는 해석의 형식적 틀을 제공해준다.[293] 예를 들어 '평민이 귀족 앞에서 모자를 벗는 관습'을 해석할 경우 해석자는 역사적으로 고증할 수 없는 이 관습에 최초로 합의한 사람들의 정신·심리적 상태가 필요한게 아니라, 관습의 본질을 파악하기 위한 방법으로 관습에 '의도'가 들어 있으며 그 의도는 '낮은 자가 높은 자에게 표하는 존경'이라는 해석을 도출할 수 있다. 어떤 이는 반대로 그 의도가 '기득권층이 피지배계급에 대한 지배를 공고히 하기 위한 통치술'이라고 해석할 수 있다. 어떤 방식으로든 해석자는 해석의 형식적 틀로서 의도를 사용하며 이 의도는 해석 대상이 아니라 해석자에 의해 구성된 것이다. 따라서 해석을 위해 의도를 파악한다는 것이 곧 작가(창작집단)의 정신·심리적인 상태를 발견하는 것과 같은 의미가 될 수 없다. 물론 문학이론 중 작가의도설과 같이 작품의 의미는 작가의 의도를 그대로 이해했을 때 가장 잘 파악되며 이에 기초한 해석이 가장 바람직하다는 이론도 있다. 드워킨은 작가의도설이 '작품의 가치를 가장 잘 파악하기 위해서'라는 대전제를 포함시키는 순간 '형식·장르에서 대상을 가능한 최선의 예로 만들기 위해 목적을 부여'하는 구성적 해석에 포획된다고 본다.[294] 문학 이론이 작품의 최선의 의미를 파악하려는 시도인 이상 모든 예술작품의 해석은 구성적이다.

4. 통합성으로서의 법해석

가. 통합성

드워킨은 정치적 유토피아에는 공정한 정치구조의 이념인 공정성(fairness), 자원과 기회의 정의로운 배분에 관한 정의, 공정성과 정의에 관한 규칙을 시행하는 적정절차 세 개의 이념으로 충분히 운영되지만 현실 정치는 이 완벽한 정치적 공동체를 목표로 삼고 나아가는 도정(道程)인 불완전한 상태이므로 위 셋과 구별되는 또 다른 정치적 덕성(德性)으로서 통합성(integrity)이 필요하다고 본다.[295] 통합성이란

293) 『법의 제국』, 92쪽
294) 『법의 제국』, 94쪽
295) 『법의 제국』, 240-241쪽. 드워킨은 이 세 용어가 학자마다 다르게 정의되고 있음을 인정하며 논의 전개를 위해 공정성은 정치권력을 올바르게 배분하는 정치적 절차를 찾는 문제, 정의는 선출된 정치 기구가 공동체의 자원을 배분하는 원리, 적정 절차는 어떤 시민이 정치적 절차에 의해 제정된 법을 위반하였는가를 판단하는 올바른 절차의 문제라고 자신만의 정의를 내린다.

변덕스럽게 상황에 따라 내키는 대로 행동하는 것이 아니라, 무엇이 됐든 삶을 진실 되게 개진할 신념 또는 원리를 중심으로 일관된[296] 언행을 보이는 것이다.[297]예를 들어 어제 갤러리에서 즉흥적 끌려 구매한 그림을 오늘 집에서 보니 흉물로 보여 폐기한 자는 통합성을 결여한 것이다. 통합성을 가진 미술 컬렉터는 즉흥적 감정, 단순한 감, 개인적 취향이 아니라 오랜 시간 이론과 경험을 통해 구축한 자신만의 '구매 철학'을 가지고 작품을 매입하며, 뛰어난 통합성을 가진 컬렉터의 작품군은 그의 이름을 딴 '○○ 컬렉션'으로 별도의 가치를 인정받기도 한다.[298]

통합성이 별도의 정치적 덕성[299]으로 분리 되는 것은 통합성이 정의, 공정성, 적정절차와 상충될 때가 있고 경우에 따라 나머지 이념을 희생시키더라도 통합성을 우선한 판결을 내릴 때가 있기 때문이다.[300] 징병제가 개인의 양심의 자유를 침해하는지에 대한 긍정·부정 비율이 49:51이라고 가정하자. 양심의 자유가 침해된다고 생각하는 사람 입장에서는 현 국민개병(國民皆兵) 방식의 징병제보다 제비뽑기를

296) 드워킨은 통합성은 일관성보다 '더한 것이거나 덜한 것'이라며 둘을 구분한다.(『법의 제국』, 313쪽) 예를 들어 줄곧 한국 고미술품만 수집해오던 컬렉터가 한국 현대 미술품을 구매했을 때, 일관성의 의미를 좁게 설정하면 위 컬렉터는 '한국 고미술품' 수집의 일관성을 잃은 것이 된다. 그러나 이는 '좋은 한국 작품'을 수집한다는 원리적 통합성을 상실하진 않았다고 항변할 수 있고 이때 통합성은 일관성보다 덜한 개념이다. 한편 비평가는 컬렉터의 소장품이 '한국 미술품'이란 일관성만 있을 뿐 가치적 측면에서 어떤 원리적 통합성도 없다고 비판할 수 있고 이때 통합성은 일관성보다 더한 개념이 된다. 결국 두 개념은 일관성의 기준을 어떻게 설정하느냐에 따라 같아질수도 달라질 수도 있다.

297) 『법의 제국』, 243쪽

298) 대표적인 예가 일제 시대 약 3,000여점이 넘는 민족 문화제를 수집한 간송 전형필(1906~1962) 컬렉션이 있다. 그는 '민족 문화 보존'이라는 통합성 원리 하에 전장(田莊)을 팔아서까지 청자, 백자, 고화 등을 수집하였고 현재 '간송 컬렉션'에 속한 작품은 낱개가 가진 가치와 별도로 컬렉션에 속했다는 사실 만으로 다른 가치를 부여 받고 있다.

299) '정치적' 덕성으로 통합성은 개인의 도덕성 차원이 아니라 단일한 인격체로 의인화된 공동체를 전제한다. 왜냐하면 사법부(司法府)가 단일한 인격체가 아니라 수 많은 법실무가들의 개별적 집합체에 불과하다면 법관 A의 판결과 법관 B의 판결이 모순되도 통합성에 반한다고 비난할 수 없기 때문이다. 따라서 우리가 정치적 통합성의 직관을 가지고 있다는 사실을 받아들이면 우리는 자동적으로 국가 등 정치 공동체가 법인(法人)처럼 의인화 되어 단일한 인격체로 행동해야 한다는 사실 역시 받아들여야 한다. 『법의 제국』, 제5장 실용주의와 의인화(223-254쪽)

300) 『법의 제국』, 256쪽. 다만 드워킨이 '통합성 〉 정의, 공정성, 적정절차'식의 무조건적인 우위를 주장하지 않은 점을 유의해야 한다. 경우에 따라서는 통합성이 다소 떨어지는 법이라 할지라도 정의나 공정성의 요청 때문에 정당화되는 경우가 있다.(『법의 제국』, 311쪽) 한편 드워킨은 국가 보조금에 관한 법은 정책적 고려로 제정되었을 뿐 개인에게 보조금을 지급받을 법적 권리를 주는 것이 아니라며 원리(principle)과 정책(policy)을 구분하고, 국가의 정책에는 원리에 비해 통합성의 요구가 약하다고 지적한다.(『법의 제국』, 316-319쪽) 우리나라 대법원과 헌법재판소 역시 통합성이 다소 떨어지는 정책이 평등 원칙을 위반하지 않는다고 보고 있다.(헌재 2005. 9. 29. 자 2004헌바53 결정, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결. 국가나 지방자치단체가 국민이나 주민을 수혜 대상자로 하여 재정적 지원을 하는 **정책**을 실행하는 경우 그 정책은 재정 상태에 따라 영향을 받을 수밖에 없다고 할 것인바, 국가나 지방자치단체가 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 없다면, 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐만 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치에도 어긋난다.)

통해 51%만 입대하는 법이 더 정의롭다. 그러나 사람들은 이 같은 솔로몬식 해결책[301]이 '이상하다'는 직관을 가지는데 이는 국가의 정책이 자의적으로 적용되는데 통합성을 잃고 반감을 가지고 있기 때문이다.[302] 즉 사람들은 최악의 부정의를 모면하는 방책일지라도 자의적 성격을 가진 조치를 거부하는 성향이 있고 이를 정치적 차원에서 반영하기 위해 독립된 덕성으로서 통합성이 필요하다.[303]

만약 법을 해석할 때 통합성을 고려하지 않는다면 법관은 자기가 내린 결정들 간의 일관성만 유지하면 되고 다른 판례는 물론이고 과거의 정치적 결정의 소산인 법을 따르지 않았다는 이유로 비난받을 수 없다. 이때 재판은 법관의 개인의 판단으로 환원된 원님 재판에 불과하다.[304]통합성은 법률과 선례에 대한 법관의 구속을 설명해주는 법의 생명과 같은 덕성이다.[305]법은 통합성 아래에서 해석될 때에만 그 법에 의해 발생하는 의무가 개인의 의사에 반하여 강제되는 폭력이 아니라, 바로 자신이 스스로 정한 규칙에 의해 발생하는 의무임을 설명할 수 있다. 왜냐하면 공동체 구성원의 대표자들이 제정한 법을 도외시하고 원님 재판을 하면 자기 지배 또는 자기 입법의 원리가 훼손되어 법은 자신의 의사에 반하는 폭력이 되기 때문이다.[306]이는 반대로 법이 통합성을 갖춘 이상 구성원은 이에 따를 책무가 있음을 의미한다. 왜냐하면 공동체의 통합성을 거부하는 것은 곧 개인의 통합성도 부정하는 것이기 때문이다. 이로써 통합성은 개인의 도덕적 삶과 공동체 구성원으로서 정치적 삶은 융화시킨다.[307]

---

301) 드워킨은 이를 장기판식 해결이라고 부르며 공정성 또는 효율성의 가치에서 보면 최악의 경우를 면하지만 하나의 일관된 원리가 적용되지 않아 통합성의 덕에는 이르지 못하는 방법이라고 정의한다.(『법의 제국』, 259쪽 각주 6번)

302) 통합성은 자의적 법적용의 금지라는 차원에서 평등의 원칙과 유사성을 갖는다.『법의 제국』, 268쪽

303) 드워킨은 천문학자들이 해왕성을 발견하기 전부터 해왕성이 그 자리에 있어야 한다는 사실을 알았고 훗날 해왕성을 정말로 발견했던것에 비유해 우리의 직관이 암시하는 어떤 정치적 덕성이 존재하고 그것이 바로 통합성이라 주장한다.(『법의 제국』, 266쪽) 우리나라는 소액사건심판법에서 대법원의 판례에 상반된 판단을 절대적 상고이유로 규정하여(제3조 제2호) 법의 독립된 원리로서 통합성을 인정하고 있다.

304)『법의 제국』, 제5장 실용주의와 의인화(223-254쪽)

305)『법의 제국』, 244쪽

306)『법의 제국』, 274-275쪽. 이에 따라 개인의 정치적 의무란 단순히 공동체의 형식적인 결정에 복종하는 것이 아니라 개인이 공동체의 원리로 인식하는 체계(통합성)에 대한 충성이 된다.(『법의 제국』, 276쪽) 따라서 개인은 공동체에 대한 무조건적인 충성의무는 성립하지 않고 공동체의 통합성에 맞지 않은 결정을 거부할 가능성이 열린다.

307) 통합성은 개인의 도덕성을 공동체 전체 질서 안으로 포섭함으로써 '자유로운 개인이 공동체 속에서 가진 책무'라는 언뜻 불가능해 보이는 기획을 그럴듯하게 만드는 드워킨의 핵심 개념이다. 드워킨에 의하면 진정한 정치 공동체는 보험 계약과 같은 사적 관계보다는 끈끈하고 가족과 같은 혈연 관계보다는 느슨한 형제애(fraternity)의 공동체이다. 따라서 공동체의 법은 보험 약관을 해석하듯 개별 규정의 존재에 따라 규칙의 유무가 결정되는 방식이 아니라, 구체적 규칙을 통괄하는 원리에 정합하는 차원에서 해석되어야만 한다. 그러나 이 원리는 어디까지나 개인이 자율적으로 수용한 것이지 개인의 개성이 사라지는 더 끈끈한 집단, 즉 가족 및

나. 연작소설가 법관

통합성은 법이 화석(火石)처럼 과거 시점에 의미가 고정되었다 보는 원본주의와 정반대의 법해석을 가능하게 한다. 법관은 현재 시점[308]의 정의, 공정성, 적정절차 등의 원리가 최선의 모습으로 조화를 이루며 드러나는 해석을 할 적극적 역할이 있다.[309]법관은 정의, 공정성, 적정절차에 대한 적절한 견해를 가지고 있어야 할 뿐만이 아니라 이들이 상충할 경우 어떤 가치를 어떤 방식으로 조정할 것인지에 관한 상위 원리 역시 숙지하고 있어야 한다.[310]법관은 법률 및 이전 판례와 원리적으로 부합하고 또 현재 시점에서도 과거의 법적 결정들을 최선으로 보이게 만들 수 있는 통합적인 해석을 찾아야 한다. 이 작업은 법관 개인이 가진 도덕·정치적 신념에 의존하지 않을 수 없으므로[311] 해석을 통해 법을 창조하는 것이 되지만 동시에 기존에 존재하는 법적 결정으로부터 완전히 자유로운 것도 아니다. 법해석은 번역보다는 창조적이나 새로운 소설을 쓰는 것보다는 제약이 있는 작업이다.[312] 드워킨은 법관의 이러한 역할이 문학에서 작가와 비평가의 일을 동시에 수행하는 것과 유사하다고 보며[313] 둘의 특성을 결합한 연작소설가로서의 법관상을 제시한다.

미국 드라마나 일본 애니메이션 등에는 하나의 시리즈를 여러 명의 작가가 순차적으로 집필하는 방식이 일반적으로 사용된다. 특히 마블 코믹스 등 미국 히어로 물은 배트맨, 스파이더맨 등의 캐릭터와 기본적인 세계관 및 주변인물의 틀이 설정되고 시리즈별로 작가를 달리 하여 수 십년간 인기를 끌어오고 있다. 드워킨은 법이 이처럼 특징과 얼개가 설정되어 있고 법관들이 이를 해석해서 이야기를 계속 연장시켜나가는 집성체(enterprise)라고 본다. 새로운 재판을 담당하게 된 법관은 아무

혈족 본연의 원리가 아니다. 따라서 법은 '종묘사직의 이름으로', '가문의 명예를 위하여' 등 개인의 집단에 대한 무조건적인 헌신을 요구하지 않는다. 공동체는 법을 통합성의 원리 하에 운영할 제약을 받고 대신 개인도 통합성을 갖춘 법을 따를 의무가 발생 한다. 아래에서 살피듯 법관은 공동체가 내린 기존의 법해석 테두리를 벗어나지 못하는 제약을 받으면서도, 통합성의 원리에 부합한다면 형식적 법문언을 넘는 해석도 가능하게 된다. 드워킨은 통합성을 통해 관행주의와 실용주의를 동시에 극복하고자 한다.

308)『법의 제국』, 324쪽
309)『법의 제국』, 322쪽
310)『법의 제국』, 362쪽
311)『법의 제국』, 334쪽, 361쪽
312)『법의 제국』, 333쪽
313)『법의 제국』, 326쪽

것도 없이 시작하지 않는다. 통합성으로서의 법은 법관에게 법령과 유사한 판례를 등 과거에 있었던 법공동체의 결정과 이 재판에서의 판결이 서로 모순되지 않아야 된다고 요구하기 때문에 법관은 법령·선례를 무시하고 재판을 할 수 없다. 따라서 법관은 우선 비평가로서 이전의 법적 결정을 해석해야 한다. 그러나 이는 구성적 해석이기 때문에 법관은 과거의 세밀한 의도·방향 등에 꼼짝 없이 구속되지 않는다. 훌륭한 비평적 관점을 취한 법관은 다양한 층위에서 기존의 결정을 해석하고 더불어 현재의 가치를 불어넣는다. 과거의 배트맨은 명확한 선악의 이분법 속에서 움직였지만 현재는 배트맨은 선악의 이중성을 갖고 자신의 행동이 옳은지를 고뇌하는 캐릭터로 그려진다. 독자들은 이러한 해석을 '색다르다'고 느끼면서도 과거의 배트맨의 이미지와 모순된다고 생각하지 않는다. 그리고 이렇게 현대적 관점에서 재해석을 해야만 배트맨이 과거에 반짝 인기를 끈 캐릭터로 사장되지 않고 현재에도 유의미한 영웅으로 함께할 수 있다고 믿는다. 법의 해석과 이를 수행하는 법관의 임무도 이와 같다. 법관이 해석할 대상은 과거에 제정된 법이지만 이를 통합성을 잃지 않으며 현대적 관점을 취한 해석이 충분히 가능하며 이를 통해서만 법이 현재를 규율하는 유의미한 규범으로 정당성을 가질 수 있다. 따라서 법관은 구성적 해석을 통해 과거의 법을 현재의 법으로 해석하여 판결에 적용할 수 있고, 과거의 흔적을 찾아볼 수 없는 환골탈태(換骨奪胎) 수준의 급진적 해석이라 할지라도 통합성에 부합한다면 결코 불가능한게 아니다. 오히려 급진적 해석에 성공한 후속작가야 말로더 훌륭한 작가이듯, 훌륭한 법관일수록 적극적으로 과거의 법을 해석하고 변형한다.[314]

314) 드워킨의 연작소설론에 대한 비판은 이 논문에서 다루지 않는다. 다만 대법원은 '공동저작'이 인정되기 위한 해석론을 제시한 바 있는데 이에 의하면 둘 이상의 작가가 하나의 작품을 쓰기 위해선 작가들 사이에 공동 창작 행위를 한다는 의사가 존재해야만 한다. 현직 법관은 물론이고 전직을 포함하여 자신이 단일한 법 텍스트를 공동 창작하고 있다고 생각하는 법관은 거의 없을 것이므로 이러한 법현실 속에서 통합성으로서의 법관념 및 드워킨의 연작소설론이 타당한가에 대한 비판적 검토가 필요하다고 보인다.
'2인 이상이 공동창작의 의사를 가지고 창작적인 표현형식 자체에 공동의 기여를 함 으로써 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 창작한 경우 이들은 저작물의 공동저작자가 된다. 여기서 공동창작의 의사는 법적으로 공동저작 자가 되려는 의사를 뜻하는 것이 아니라, 공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사를 뜻한다. 그리고 2인 이상이 시기를 달리하여 순차적으로 창작에 기여함으로써 단일한 저작 물이 만들어지는 경우에,선행 저작자에게 자신의 창작 부분이 하나의 저작물로 완성 되지는 아니한 상태로서 후행 저작자의 수정·증감 등을 통하여 분리이용이 불가능한 하나의 완결된 저작물을 완성한다는 의사가 있고,후행 저작자에게도 선행 저작자의 창작 부분을 기초로 하여 이에 대한 수정·증감 등을 통하여 분리이용이 불가능한 하나의 완결된 저작물을 완성한다는 의사가 있다면, 이들에게는 각 창작 부분의 상호 보완에 의하여 단일한 저작물을 완성하려는 공동창작의 의사가 있는 것으로 인정할 수 있다. 반면에 선행 저작자에게 위와 같은 의사가 있는 것이 아니라 자신의 창작으로 하나의 완결된 저작물을 만들려는 의사가 있을 뿐이라면 설령 선행 저작자의 창작 부분이 하나의 저작물로 완성되지 아니한 상태에서 후행 저작자의 수정·증감 등에 의 하여 분리이용이 불가능한 하나의 저작물이 완성되었더라도 선행 저작자와 후행 저작 자 사이에 공동창작의 의사가 있다고 인정할 수 없다. 따라서 이때 후행 저작자에 의 하여 완성된 저작물은 선행 저작자의 창작 부분을 원저작물로 하는 2차적 저작물로 볼 수 있을지언정 선행 저작자와 후행 저작자의 공동저작물로 볼 수 없다.'(대법원 2016. 7. 29.선고

5. 제정법 해석

가. 법률해석에서 입법의도의 문제

드워킨은 통합성으로서의 법에서도 과거의 법적 결정은 무엇이 있었고 어떠한 이유로 결론에 도달하였는지 등의 역사는 대단히 중요하다고 강조한다.[315] 현재 법실무는 법률의 입법의도 및 이를 추단할 수 있는 각종 입법 사료(legislateive history)를 중요한 참고 자료로 사용하고 있으므로 이를 깡그리 부인하는 것은 현실과 맞지 않는다. 문제는 이를 거슬러서는 안되는 명령으로 보고 입법 사료와 배치되는 해석을 틀렸다고 단정하는 태도이다. 초기 원본주의(intentionalism)는 법을 제정한 입법자의 절대적 권위를 인정하므로 법의 해석이란 입법자의 입법의도가 무엇인지를 찾는 작업이라 본다. 따라서 입법의도를 찾았다면 법관은 이를 그대로 적용시켜야지 주관적 판단을 개입시켜서는 안된다. 드워킨은 이러한 태도를 화자의도설이라 부르며 해석이론상 대화이론을 전제하고 있다고 본다.[316]그러나 드워킨에게 법은 구성적 해석의 대상이므로 화자의도설은 근본적으로 잘못될 수밖에 없는 이론이다. 드워킨은 화자의도설이 발견할 수 있다고 믿는 입법의도가 허상임을 드러내기 위해 이를 노력하는 가상의 법관 헤르메스를 등장시킨다.

나. 제정자의 의도 탐색 - 헤르메스의 불가능한 시도[317]

① 누가 법률의 작자(作者)인가?

'입법부'와 같이 단일한 의사체(意思體)를 인정할 것인지 아니면 법률에 찬성한 개개인의 합인 '입법자들'을 인정할 것인가? 법률에 반대한 의원은 의사는 배제되어야

2014도16517판결)
315) 『법의 제국』, 323쪽
316) 『법의 제국』, 443쪽
317) 『법의 제국』, 446쪽 이하

하는가? 아니면 의도 형성에 어떤 방식으로든 관여를 하는가? 법률이 일단 제정된 다음 이 법률을 폐지하지 않고 유지하는 입법부 구성원의 의도 역시 고려 사항인가? 이 법률을 공포한 대통령의 의사는 고려 사항인가? 법률의 제정 과정에 관여를 한 시민단체·로비기관·학계의 의도 및 영향력은 입법의도에 아무런 영향을 미치지 못하는가? 화자의도설은 '입법의도'를 찾기 위해서 누구를 입법자로 인정할 것인가를 먼저 결정해야 한다. 그러나 일상 대화와는 다르게 법률은 다양한 창작자들의 집합이어서 단일한 입법자를 상정하는 것이 불가능하다.

② 입법자의 의사는 어떻게 하나로 결합될까?

헤르메스는 위 질문에 대해 오로지 법률에 찬성한 의원들의 의사만을 고려해야 된다고 결론을 내렸다. 그러나 법관들끼리 법문의 해석에 대한 견해 차이가 존재하는 것과 마찬가지로 법률을 심의하고 찬성한 의원들 역시 법률이 정확히 무엇을 의미하는지 의견이 다를 수 있다. 그렇다면 헤르메스는 의견이 다른 구성원들의 의사를 하나로 취합하는 일관성 있는 이론을 가지고 있어야 한다. 따라서 아래와 같은 상황에서 어떤 답을 내릴지 헤르메스는 결정해야 한다.

견해가 다른 의원 집단 A, B, C가 가 있고, 구성원 수는 A 〉B 〉 C일 때

(a) A집단이 반대 의원을 포함한 전체 의원 수의 절대 다수인 경우

(b) A집단이 반대 의원을 포함한 전체 의원 수의 절대 다수가 아닌 경우

㈠ A 〉B + C 인 경우
㈡ A 〈 B + C 인 경우

(a)의 경우 A만으로 법안 통과가 가능했으므로 B, C의 견해는 입법의도에 조금도 영향을 미치지 못하는가? 그렇다고 할 경우 법안에 대한 표결행위는 아무 의미를 갖지 않으며 법안에 대한 순수한 이해만이 입법 의도가 된다. 그러나 이에 따르면 A와 견해를 같이 하면서도 정략적 또는 개인적 이유 때문에 반대표를 던지거나 기

권을 한 의원의 의사의 처리 방법이 문제된다. A가 절대다수임에도 불구하고 B, C의 견해가 반영된다면 반영의 방법과 수준이 문제된다. (b)-(㉠)의 경우 찬성 집단 중 상대 다수에 불과한 A만 입법의도로 보아야 할지, B, C의 의견을 반영해야 할지 문제되며 상대 다수조차 되지 못하는 (b)-(㉡)의 경우 같은 문제가 발생하나 민주적 정당성 관점에서 B, C의 견해를 반영해야 할 필요성이 더 있을 것이다.

③ 마음상태란 무엇일까?

천만다행으로 헤르메스는 단 하나의 입법부의 의사를 체현한 의원 이몽룡을 발견했고 이제 이몽룡 한 사람의 마음상태만 알면 입법의도를 알 수 있다고 가정하자. 이몽룡의 마음상태는 물론 이몽룡 개인의 인생 여정과 떼놓고 생각할 수는 없지만[318] 일단 법률의 제안 단계에서 표결까지 법률과 관련한 심리 상태만이 문제가 된다고 하자. 이몽룡은 법안 통과와 관련해 개인적 희망[319]을 가지고 있었을 테지만 공적 의사결정과정이므로 이를 제외한 다음 마음상태란 공적 의사결정 행위의 결과물인 법률이 어떻게 해석될지에 대한 예상이라고 하자. 만약 예상의 관점이 '이 법률을 법관은 어떻게 해석할 것인가?'에 맞추어져 있다면 이는 대화 모델의 전제상 헤르메스 → 이몽룡(의 의도 탐색) → 헤르메스(의 해석 예상) 같은 순환론에 빠진다. 이는 법관은 해석을 할 때 자신의 주관이 아니라 외부의 객관적인 해석법칙을 따라야 되며 따라서 이몽룡이 예상하는 것은 바로 이 객관적 해석법칙이라고 하더라도 해결되지 않는다. 왜냐하면 이는 이몽룡이 자신의 주관적 마음상태에 대한 객관적 해석 법칙의 우위를 인정하고 자신의 의도를 해석 법칙에 의탁(依託)하는 것인데 이 경우 입법자의 의도를 최우선으로 하는 대화 모델의 전제가 무너지기 때문이다. 결국 발견해야할 이몽룡의 마음상태로서 희망, 예상 모두 적절하지 않다.

④ 가상의 신념

희망, 예상을 배제하고 공적 기관인 이몽룡이 법안에 의미, 효력, 범위 등에 가질

318) 헤르메스의 전제는 해석을 발화자의 의도에 구속시키는 대화 이론이므로 의도를 파악하기 위해선 성장과정, 학력, 종교, 배우자, 부상전력 등이 중요한 간접 사실로 참조되어야만 한다.
319) 예를 들어 종교적 신념 때문에 종교인에 대한 면세법안을 반기거나 법안 통과로 인해 다음 선거에서 표를 얻을 희망을 들 수 있다.

가상의 의사를 상정하고 이를 공적인 가치인 신념이라 부르자. 이 경우 이몽룡의 가상의 신념과 이몽룡의 실제 생각이 상충할 가능성이 생긴다. 이몽룡은 법안이 탐관오리를 엄단할 매우 효과적인 법이라 생각해서 찬성 투표를 했으나 헤르메스는 정반대로 이몽룡의 가상의 신념은 법의 목적이나 효과가 불투명하며 매우 나쁜 법이라고 상정할 수 있는 것이다.[320]

헤르메스는 ①~④ 질문을 통과하는 과정에서 자신이 '의도는 무엇인가'에 대한 자신의 가치를 사용하지 않을 수 없다. 무엇보다도 마음상태를 가상적 신념이라고 가정했을 경우 입법자의 실제 의사를 배척하는 결과가 발생하여 전제인 대화 이론과 정반대의 결론에 다다르게 된다. 결국 법률 해석에 있어서 입법자의 마음상태로서 의도를 발견하고 법관은 이 의도에 구속되어야 한다는 이론은 수 많은 허점으로 인해 채택될 수 없다.

다. 통합적 법해석에서 입법의도의 역할

연작소설의 후속 작가로서 법관은 법률의 입법의도란 개념 자체를 부정할 수 없다. 의도가 없는 언어행동은 무의미하므로 법관은 법률을 의미 있는 해석 대상으로 대하기 위해서라도 입법의도라는 형식적 틀이 필요하다.[321]그러나 제정자의 마음상태가 입법의도라고 보는 화자의도설과 달리 드워킨은 입법의도란 법관이 법을 해석하면서 형성되며 법해석 목적을 달성하기 위해 법에 적용되는 것으로 본다.[322]입법의도를 적용하는 주체가 법관이라고 해서 법관이 자기가 선호하는 방식 대로 법을 해석할 무한한 권한이 생기는 것은 아니다. 법관은 소설을 처음 쓰기 시작한 창작자처럼 자신이 최고라고 생각하는 법을 제시하는 것이 아니라 후속 작가로서 기존의 법률이 현재 시점에 가장 좋은 모습으로 보이는 해석을 제시해야 한다.[323] 이 해석

320) 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률(김영란법)은 재석 247인, 찬성 226인, 반대 4인, 기권 17인으로 안정적으로 통과했으나 입법의 정당성, 적용 범위, 효력 등에 대해 많은 논란이 계속 되고 있다. 이몽룡은 위 법안을 긍정적으로 평가해 찬성표를 던졌지만 이는 이 법이 향후 어떻게 적용될 것인가에 대해 잘못된 정보를 기반으로 한 것이라 가정할 경우 헤르메스는 이몽룡이 정확한 정보만 제공받았다면 표명했을 가상의 신념을 상정하고 이몽룡의 실제 의사는 배척할 수 있다.

321) 『법의 제국』, 92쪽

322) 『법의 제국』, 88쪽

323) 『법의 제국』, 474쪽; 드워킨은 이를 백지(clean slate)에서 시작해서는 안된다는 비유적 표현으로 설명하기도 한다. 「Fidelity」, 1254쪽

은 법률의 입법의도를 형성하는 요소라고 인정할 수 있는 전문보고서, 의사록, 회의록, 의원의 의사진행발언 등 입법사 역시 포괄한다.[324] 그러나 입법사를 해석의 영역에 포괄시키는 이유는 이것이 정치 공동체의 입법자가 공식적으로 이루어졌기 때문이므로 국회의원 개인의 비공식적 또는 사적인 생각과 발언은 입법의도를 구성한다고 볼 수 없다.[325]이처럼 입법의도란 법률의 제정 과정에서부터 현시점에 이르기까지의 공적인 언행을 일련의 요소로 삼고 통합적으로 해석하는 것이기 때문에 한 요소가 판단에 미치는 영향의 비중은 시간이 흘러가면서 변할 수밖에 없다. 최초의 법률 제정 이후 이에 대한 공동체의 태도가 유의미하게 바뀌었다고 볼 사건이 발생할수록 법률 해석에서 입법 당시의 자료를 의존할 필요성은 적어진다.[326]

라. 법률 문언의 역할

스칼리아 원본주의는 드워킨과 마찬가지로 입법자의 의도가 법률 해석에서 차지하는 비중을 축소하고 대신 제정 당시의 법문의 일반적인 의미에 집중한다. 단어의 뜻이 명확하면 법률 해석은 그 자리에서 끝나고 불명확할 경우 사전 등 어문학 자료와 해석준칙을 활용하여 올바른 뜻을 탐색한다. 그러나 드워킨은 법률이 명확한지 불명확한지를 구별할 실익은 전혀 없다고 본다. 왜냐하면 법문이 불명확하여 해석을 못하는게 아니라 반대로 여러 해석이 가능하기 때문에 법문이 불명확해지기 때문이다.[327] 만약 법문이 한치의 다른 해석도 허용하지 않을 정도로 명확해 보일지라도 이는 다른 해석은 터무니 없다는 해석을 거친 결과일 뿐이며, 이 '터무니 없는 해석'을 지지하는 사람에게는 법문은 불명확하게 보일 것이므로 해석을 마치기 전에는 문언이 명확한지 불명확한지 말할 수 없다. 음주운전 여부를 결정하는 혈중알콜농도 조차도 측정 시점과 기준을 어떻게 설정하는지의 관점에서 보면 불명확하다.[328] 법문이 명확하다는 판단은 이를 지지하는 해석이 법률을 최선의 모습으로

---

324) 『법의 제국』, 479-481쪽

325) 『법의 제국』, 482. 대표적인 예로 국회의원이 방송이나 라디오에 출현하여 현안에 대해 자신의 생각을 발언한하는 것을 들 수 있다. 드워킨에 의하면 통합성으로서의 법 원리는 의인화된 정치공동체가 원리적으로 일관된 행동을 해야한다는 전제하에서 구성된다. 이 때문에 국회의원이 입법기관으로서 하는 공적 언행은 공동체의 언행으로서 기록되고 법을 해석할 때 고려해야 하지만 개인 자격으로 생각을 표현하는 것은 사인의 사상과 양심의 자유를 행사하는 것에 불과하며 의인화된 정치공동체와 일관될 필요가 없고 당연히 법률 해석에서도 배제된다.

326) 『법의 제국』, 490쪽

327) 『법의 제국』, 493쪽

328) 혈중알콜농도는 음주 후 30~90분에 이를 때 최고점에 이르고 하락한다. 따라서 측정 시점이 언제냐에 따

보여준다는 법관의 확신을 다르게 표현한 것에 불과하다.[329]

6. 헌법 해석

가. 도덕적으로 읽기

드워킨은 모든 해석은 대상물의 고정된 의미를 발견하거나 기계적으로 추출하는 것이 아니라 해석자가 가진 여러 선입견, 경험이 반영된 결과물일 수밖에 없으므로 해석자의 주관으로부터 가치중립적인 '객관적'해석은 불가능하다고 본다. 해석자는 자신의 '정치적 도덕성'(political morality)에 따라 헌법을 해석해야 한다고[330] 보는 법해석 방법론을 그는 도덕적으로 읽기(moral reading)이라 부른다.[331] 도덕적으로 읽기는 다종다양한 개인의 가치관이 반영된 법해석들의 경합을 당연히 긍정하고 무엇이 옳은 해석인지에 대해 확실한 정답을 주지 않는다. 따라서 모든 정치 체제는 누구에게 최종 해석자의 권위(authority)를 주고 이를 공동체의 해석으로 받아들이는지에 대한 헌법 및 정치·문화적 관행을 갖고 있고 드워킨은 미국에선 사법부 및 법관이 그 역할을 담당한다고 본다.[332]

라서 알콜수치는 다르게 나올 수밖에 없고 이를 조정하기 위해 위드마크 공식을 사용한다. 그러나 위드마크 공식 역시 개인의 신체적 특성을 반영하지 못하므로 이를 적용할 때는 특별한 사정이 없는 이상 당사자에게 가장 유리한 기준을 적용하여 음주운전 여부를 판단해야한다는 것이 대법원의 태도이다.(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006두15035 판결)

329) 드워킨은 인공지능의 체스 경기를 예로 든다. 인공지능은 어려운 수와 쉬운 수를 구별하지 않는다. 결과적으로는 뻔하고 쉬운 수로 보여도 이는 복잡한 연산과 확률 계산을 거친 결과물이다. 사람의 판단이 인공지능과 다른 점은 사람은 직관적으로 쉬운 수를 인지하고 이에 해당하는 계산을 생략한다는 것이다. 그러나 이 직관은 원래부터 부여된 신비한 재능이 아니라 훈련을 통해 터득이 된 것이다. 체스 초심자에게는 아무리 기본적인 한 수라도 쉽게 느껴지지 않는다. 반면 체스 챔피언은 일반인들은 몇 시간이 걸릴지도 모르는 판단을 직관적으로 결정한다. 결국 '쉬운 수 - 어려운 수', '쉬운 사건 - 어려운 사건', '명확함 - 불명확함'은 처음부터 구별된 영역이 아니라 해석자의 기술과 능력에 따라 상대적으로 분별된다. 『법의 제국』, 495쪽 각주 14

330) 드워킨 관점에서 모든 해석은 주관적일 수밖에 없으므로 모든 법학방법론은 정도의 차가 있을 뿐 도덕적 읽기이다. 따라서 해석자는 본인의 정치적 도덕성에 따라 법을 해석할 '수 밖에 없다.'는게 더 정확한 표현이다. 판사, 변호사들은 헌법을 다루며 습관적으로 자신의 도덕적 견해를 투영하고 있는데, 이러지 않고선 일을 하는 것이 불가능하다.(they have no real option but to do so). 다만 대부분의 사람들은 이런 현실을 부인하고 본인은 헌법을 '객관적'으로 해석하고 있다고 생각하는데 드워킨은 도덕적 읽기를 솔직하게 인정하고 받아들이는 것이 중요하다고 강조한다. R. Dworkin, 『Freedom's Law』, Cambridge, Mass. : Harvard University Press(1996), 3쪽. 이하에서는『Freedom's Law』라고 표시한다.

331)『Freedom's Law』, 2-7쪽

332)『Freedom's Law』, 2쪽

나. 헌법은 무엇을 말하고 있는가

드워킨은 미 연방 헌법이 모든 시민들을 평등하게 배려하고 자유를 보장하기 위해 고안된 정교한 가치의 성채라 본다. 그는 일반 추상적 언어로 쓰여 있는 기본권 조항(bill of rights)은 추상화의 정도에 따라 3단계로 구분한다. 미 수정헌법 제3조는 행정법규와 유사하게 정부가 비 전시(戰時)임에도 사유지에 군대를 주둔시키는 구체적 행위를 금지한다. 반면 수정헌법 제1조는 이보다 추상적인 '표현의 자유'의 보호를 규정하며 수정헌법 제14조는 '법의 평등한 보호'와 같이 고도로 추상화된 원리를 선언한다. 드워킨은 헌법 제정자들은 단어가 어떤 의미를 전달하고 읽는 사람에 따라 해석에 차이가 있을 수 있음을 인지할 정도로 명민한 사람들이었으며 이처럼 헌법의 각 조가 추상화의 단계를 달리하고 있는 것은 우연이 아니라 고안된 것이라고 본다. 예를 들어 이들이 원본주의의 해석론처럼 후세 사람들이 자신들이 정한 도덕 기준에 구속되기를 원했다면 수정헌법 제14조는 '이 헌법이 만들어진 시기에 평등하다고 생각되는 보호'라고 명기했어야 한다. 구성적 해석에 따라 헌법을 최선의 모습으로 해석한다면 '평등원칙', '적정절차원칙' 등 추상적 언명은 일부러 구체적인 서술을 하지 않은 것이며(不作爲) 따라서 말해지지 않은 부분은 단순히 빈 공간이 아니라 유의미한 헌법의 구성요소이다. 드워킨에 의하면 헌법은 당대의 정치적 도덕성이 반영되도록 고안된 놀라운 축조물이며 쓰여진 것(작위)과 쓰여지지 않은 것(부작위) 모두 유의미한 구성 부분이다.[333] 헌법은 문언으로 명시된 기본권에 한정하여 보호하지 않는다. 헌법은 시민들을 평등하게 배려하고 기본적 자유를 보장하는 포괄적인 원리(principle)를 선언하고 있으며 모든 기본권은 이 자유와 평등 원리 자장 아래 놓여 있다. 그리고 헌법은 법관이 이 자유와 평등을 적극적으로 해석하여 기본권이 무엇인지를 판단할 권한을 부여하였다.[334]

다. 열거되지 않은 기본권

드워킨은 헌법에 열거된 기본권과 열거되지 않은 기본권을 구별하는 틀은 이미 '헌법에 쓰여있는 것만이 권리'라는 전제에서 출발한 것이므로 논쟁을 위한 공정한 출

333) 『Freedom's Law』, 73쪽
334) 『Freedom's Law』, 73-74쪽

발점이 아니라고 본다.[335] 그는 언어(text)가 해석에서 매우 중요한 역할을 차지하는 것은 사실을 인정한다.[336] 그러나 언어는 해석(interpretation)의 대상이지 결코 의미를 일대일로 지시(reference)할 수 없다는 것을 상기시킨다.[337]

예를 들어 '총, 칼, 폭발물'의 항공기내 반입을 금지하는 법규가 있는데 각 승객이 스위스 칼, 최루가스, 최루액을 가지고 탑승하려다 검색대에 적발되었다고 가정 해보자. 이때 '총, 칼, 폭발물'은 반입 금지 품목의 해석기준이 될 뿐이지 직접적으로 '스위스 칼, 최루가스, 최루액' 반입의 금지를 지시하지 못한다. 승무원은 스위스 칼은 '칼'에 해당한다고 손쉽게 해석하고 반입을 금지한다. 승무원은 최루가스가 '폭발물'의 범주에 들어가는지 판단하는데 잠시 머뭇거렸지만 만의 하나라도 최루가스가 폭발할 가능성을 배제할 수 없다고 판단하여 이를 승객이게 고지하고 반입을 금지한다. 그러나 최루액은 총, 칼, 폭발물 어디에도 해당이 안되어 반입을 허용하려고 보니 최루가스를 뺏긴 승객이 기가 찬다는 표정으로 승무원을 노려보고 있다. 이때 수석 승무원이 나타나 법규가 폭발물과 함께 총을 반입금지 품목으로 두는 것은 법규가 항공기 납치를 방지할 목적으로 제정되었다고 설명하며 최루액은 테러에 사용될 수 있는 위험한 물건이므로 폭발물에 준하여 반입을 금지시킬 수 있다고 기준을 제시해준다. 승무원은 이 기준을 승객에게 고지하고 반입을 금지시킨다.

스위스 칼, 최루가스, 최루액이 금지 품목인지를 결정하는데 '총, 칼, 폭발물'은 절대로 그대로 '적용'될 수 없고 오로지 해석 기준으로 '활용'될 뿐이다. 최루액은 폭발물이어서가 아니라 폭발물이라고 해석되기 때문에 폭발물이 되었다. 마찬가지로 스위스 칼은 칼이기 때문이 아니라 칼이라고 해석되기 때문에 금지된다. 어떤 승객은 스위스 칼이 아들을 위해 산 기념품일 뿐 칼이 아니라고 주장하며 난동을 부릴 수 있고[338] 승무원은 아무리 기념품으로 샀더라도 테러에 이용될 수 있는 위험한

335) 『Freedom's Law』, 72쪽

336) 『Freedom's Law』, 77쪽; 드워킨은 자신은 헌법에 명기된 기본권과 쓰여 있지 않은 권리 사이에 아무런 차이가 없으며 따라서 헌법 문언은 아무런 의미가 없다는 주장을 하는 것이 결코 아니며 법관 마음대로 제정자의 의도를 무시하고 자기가 지키고 싶은 권리를 기본권으로 해석할 수 있다고 보지 않는다고 거듭 강조한다. 『Freedom's Law』, 80쪽

337) 『Freedom's Law』, 78쪽

338) '스위스 칼은 칼이 아니다'라는 주장은 '백마는 말이 아니다.'는 공손룡의 주장에 기대어 논증을 시도할 수도 있다. 공손룡은 실체와 속성 중 감관으로 지각 가능한 속성만이 참이라고 본다. 백마는 '하얌(白)'과 '말 모양'이라는 속성일 뿐이지 말(馬)의 실체가 아닌 것이다. 마찬가지로 스위스 칼은 스위스의 속성과 칼의 속성을 가지고 있을 뿐 칼의 실체가 아니다. 손영식, ' 「공손룡자」「백마론」 연구 -실체와 속성, 존재와 인식-',

물건이기 때문에 칼에 해당한다고 반박하여 해석의 합리성으로 승객의 주장을 거부할 수 있다. 그리고 이 구조는 최루액이 폭발물이어서 금지된 것이 아니라 위험하기 때문에 폭발물로 의제되는 구조와 동일하다. 명명백백한 사건과 아리까리한 사건은 정도의 차이가 있을 뿐 해석의 근본적인 구조는 동일하다.

문언이 추상적일수록 판단자의 해석 작업은 요청된다. 만약 헌법을 일대일 대응 식의 닫힌 구조라고 본다면 헌법은 아무것도 규율하지 못하는 텅빈 칠판이 된다.[339] 헌법이 해석의 영역이라는 것이 인정되면 더 이상 열거되지 않은 기본권은 '열거되지 않았'다는 이유만으로 부정할 수 없다. 왜냐하면 모든 헌법 규범은 정도의 차가 있을 뿐 해석의 결과이며 따라서 모든 헌법 규범이 열거되지 않은 규범이기 때문이다. 헌법에 의해 인정되는 기본권 여부는 그 해석이 합리·타당한지로 판단하는 것이지 결코 헌법에 열거되어 있는지 여부로 결정되는 것이 아니다.[340] 누군가 헌법은 제정자의 의도에 구속되므로 제14조 평등조항은 인종간 평등을 의미하지 않는다고 주장을 한다면 그는 '헌법은 제정자의 의도에 구속된다'는 하나의 해석을 제시한 것이지 헌법에 열거 또는 명시된 조항을 인용한 것이 아니다. 그리고 '열거되지 않은 기본권은 헌법상 기본권이 아니다'는 주장은 '해석을 하지 말라는 해석'을 제기하고 있는 것이다.

(a) 평등보호 조항 → 여성의 성적인 이유로 부당한 차별을 받지 않을 권리
(b) 표현의 자유 → 국기를 불태울 자유
(c) 적정절차 조항 → 사생활의 자유 → 여성의 낙태권

평등보호, 표현의 자유, 적정절차는 모두 헌법에 규정되어 있으나 이로부터 도출되는 권리는 모두 헌법에 쓰여져 있지 않다. 미 헌법계에서 (a), (b)는 헌법에 열거된 권리라고 보고 (c)를 열거되지 않은 권리라고 분류하지만 드워킨은 (a)~(c)는 모두

서강대학교 철학연구소, <철학논집> 43권0호 (2015), pp.167-194

339) 『Freedom's Law』, 81쪽; 포스너(Posner) 역시 이 경우 '(헌법은) 아무도 의심하지 않는 사안에 대한 답을 적어 놓은 문서'가 되버린다고 지적한다. 모든 사람에게 '표현의 자유'가 있다는 명제를 부인하는 사람은 없다. 그러나 어떤 표현이 어디까지 보호되는지는 헌법에 나와있지 않으므로, '혐오 표현' 또는 '외설 표현'이 보호되는지는 해석을 통해 '표현의 자유'에 속한다고 주장해만 한다. Richard A. Posner, 'Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up : The Question of Unenumerated Constitutional Rights', U.Chi.L.Rev. Vol.59(1992), 446쪽

340) 『Freedom's Law』, 82쪽

동일한 해석작용일 뿐이고 헌법에 열거되고 안되고는 아무런 관계 없이 자의적인 이름붙이기라고 본다.[341]물론 누구든 스위스 칼은 칼이 아니라거나, 낙태권은 헌법상 권리라는 해석을 거부할 수 있다. 그러나 그가 이를 거부하는 이유는 상대방의 해석이 타당하지 않다고 생각해서이지 이를 오로지 문언에 있다 없다를 기준으로 논하는 것은 무가치한 논변이다.[342] 헌법은 원리의 체계이기 때문에 통합성 원칙에 따라 여러 요소를 종합적으로 고려해야 하고 문자는 그 중 한 요소에 불과하다. 따라서 문자의 미명(微明)에 사로잡혀 '쓰여 있으면 기본권 쓰여 있지 않으면 아무 것도 아니'라는 주장은 원리로서의 헌법 체계를 왜곡하는 것이다.[343]

드워킨은 결코 문자를 무시하지 않고 오히려 해석의 중요한 고려 사항으로 삼는다. 다만 문자란 우상을 숭배하며 이를 헌법 해석의 절대적인 기준으로 삼는 이들의 주장이 허구임을 지적한다. 문자를 중시하는 것과 문자만 고려하는 것은 매우 다른 해석적 태도이다. 다음은 현대인 A와 17세기에서 타임슬립한 성균관 유생 B사이의 대화이다. A는 대통령이 국가를 상징하는 존재이고 실질적으로 매우 중요한 역할을 하는 것은 사실이지만 왕처럼 절대적인 존재는 아니라고 설명한다. 그러나 왕정 이외의 정치체제를 겪어 보지 못한 B는 A의 설명이 말장난이자 궤변에 불과하다고 느낀다.

성균관 B : 21세기에는 왕을 대통령이라고 부르는가 보지?
현대인 A : 대통령은 왕이 아니라 행정부의 장(長)이야.[344]
성균관 B : 장이라고 호칭을 바꾼다고 해서 왕이 아닌 것은 아니야. 그래도 대통령이 국가를 대표하고[345]나라를 지킬 책임이 있는 사람[346] 아니야?
현대인 A : 대통령은 한국을 대표해서 영국 여왕이랑 만나기도 하고 통상 조약을 체결[347]하기도 해. 국경일에 축사를 하면 TV에도 나오지. 그래도 왕은 아니야. 조약은 국회의 동의[348]를 받아야 하고 대통령이 잘못하면 탄

341) 『Freedom's Law』, 78쪽
342) 『Freedom's Law』, 79쪽
343) 『Freedom's Law』, 81-83쪽
344) 대한민국 헌법 제66조 제4항
345) 대한민국 헌법 제66조 제1항
346) 대한민국 헌법 제66조 제2항, 대한민국 헌법 제74조
347) 대한민국 헌법 제73조
348) 대한민국 헌법 제60조

핵이 될 수도 있어.[349]

성균관 B : 왕이랑 다르지 않는데? 조선에서도 신하들이 왕의 결정에 반대하면서 집무를 거부하기도 하고 인륜을 저버리면 연산군, 광해군처럼 쫓겨나기도 해. 대통령은 나라에 영(令)을 발하고[350] 죄인을 사해주며[351]전쟁이 나면 백성들을 통솔[352]하여 나라를 지키는 사람 아니야?

현대인 A : 대한민국 정부 입법부, 사법부, 행정부가 나뉘어져 있고 어느 한 기관만 정부를 대표한다고 할 수 없어. 이 중 행정부의 장인 대통령의 역할이 돋보이고 지금도 대통령을 왕처럼 소중히 생각하는 사람이 있는 것도 사실이야. 그러나 대통령은 통치하지만 헌법에 기속되서[353] 왕처럼 마음대로 할 수 있지 않아. 대한민국의 주인은 대통령이 아니라 국민[354]이거든.

성균관 B : 왕도 백성을 위해 나라를 다스려. 하지만 그렇다고 백성이 나라의 주인이 되는 것은 아니지. 대통령은 국가의 원수이고 국민의 대표로서 대한민국을 통치하는데 왕이 아니다? 말장난이라는 생각밖에 안드네.

지배하거나 지배받는 이분법적 사고 안에서 국가 원수이자 국민의 대리인인 대통령을 위치 짓는 것은 불가능하며 애써 설명을 하다 보면 B처럼 왕을 왕이 아니라고 하는 말장난으로 들릴 수밖에 없다. 마찬가지로 법이 명백한 사실이며 객관적 의미가 들어 있다는 '의미론의 독침'에 찔린 상황에서 문언은 중요한 고려 사항이나 절대적인 판단 기준은 아니라는 드워킨의 주장은 궤변으로 들릴 것이다. 그러나 현대인은 논리적으로 설명할 순 없어도 대통령과 왕이 다른 지위임을 안다. 마찬가지로 문언에 해석 가중치를 두는 것과 문언만 절대적으로 고수하는 것은 분명하게 다른 해석적 태도이다. 전자의 타당성을 인정한다면 헌법에 열거되지 않았다는 이유만으로 기본권성이 부정되지 않으며 해석의 타당성만 뒷받침한다면 문언의 한계를 넘는 해석 역시 허용될 수도 있다.[355]

349) 대한민국 헌법 제65조, 제111조 제1항 제2호
350) 대한민국 헌법 제75조
351) 대한민국 헌법 제79조
352) 대한민국 헌법 제76조
353) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186
354) 대한민국 헌법 제1조
355)「Fidelity」, 1260쪽

Ⅳ. 스칼리아와 드워킨 비교

1. 스칼리아 원본주의 비판

가. 드워킨의 비판

드워킨은 충실한 헌법 해석이란 헌법 조문, 과거의 판결 및 역사가 구성하는 헌법 총체(constitution as a whole, 憲法總體)를 최대한 일관되고 설득력 있는 원리를 통해 설명하고 더 나아가 미래에 해석의 지침을 제공 하는 작업이며[356] 그 결과 헌법적 통합성(constitutional integrity)에 도달한다고 본다. 법관이 해석해야 할 대상이 헌법 총체인 이상 드워킨은 법관에게 그 일부에 불과한 문언을 신주단지처럼 경배하라고 강요해선 안된다고 본다. 해석에서 문언이 차지하는 위상이 매우 큰 것이 사실이지만 선례나 이미 정착한 관행을 문언 대로는 도저히 설명할 수 없을 때에는 문언을 넘어선 해석이 가능하고[357] 문언에 대한 충성을 강조하는 스칼리아는 충성을 바칠 주군(主君)을 잘못 고른 것이라 비판한다. 하지만 드워킨은 스칼리아 원본주의에는 더 큰 문제점이 있다고 본다. 스칼리아는 마치 문언에 충성을 맹세하고 헌법을 있는 그대로 해석하는 듯 행동하지만 헌법 어디에도 스칼리아 식의 해석만이 정답이라고 쓰여있지 않다. 문언 해석은 설득력 있는 논변을 제시하는 누구에게도 열려 있으며 스칼리아 또한 자신의 정치적 보수주의를 투영한 문언해석을 전개했을 뿐이다. 그러나 드워킨은 스칼리아의 말마따라 정말로 문언에만 충실하게 해석하면 할수록 헌법 문언은 원본주의와 정반대로 독해되어야 한다고 주장한다. 따라서 문언에 충성을 맹세해놓고 문언에 반하는 결론을 고수하는 스칼리아는 주군을 배신하고 자신의 주관적 보수관을 헌법의 자리에 옹립시키는 문언의 찬탈자이자 역적이다.[358]

---

356)「Fidelity」, 1249-1250쪽
357)「Fidelity」, 1260쪽
358)「Fidelity」, 1250쪽

나. 의미론적 원본주의자

드워킨은 스칼리아 비판에 앞서 '의도'는 말하려는 의도(intent to say)와 기대 의도(intent to expect)로 나눌 수 있고 스칼리아는 전자는 수용하지만 후자는 배척한다고 주장한다. 드워킨은 다음과 같은 예시를 든다.

어느날 사장이 인사 관리자를 불렀다. 사장은 (무덤덤한 표정으로) 신입사원을 뽑을 건데 최적의(qualified) 지원자를 선발하라고 말했다. 사실은 사장의 아들이 지원자 중 한 명인데, 사장은 아들이 최적의 지원자이며 인사 관리자 역시 이 사실을 잘 알고 있기 때문에 굳이 언급을 하진 않은 것이다. 이 상황에서 사장이 말하고자 한 것(intended to say)은 '최적의 지원자를 선발'하라는 것이므로 만약 인사 관리자가 사장의 아들보다 더 나은 지원자를 발견하면 이 사람을 뽑아야 한다. 하지만 해고당할 것이 두렵다면 인사 관리자는 사장의 지시를 어기고 아들을 선발할 것이다.[359]

드워킨은 의도를 기대 의도(expectation intention)와 의미론적 의도(sementic intention)로 구별한다. 기대 의도는 발화자 내심의 의사를 의미한다. 위 사장의 말, 행동 어디에도 자기 아들을 신입 사원으로 뽑으라는 내용은 없다. 그러나 사장은 분명하게도 자기 아들을 선발하기를 기대했다. 기대 의도는 자신이 말한 것의 문언적 의미(최적의 지원자를 선발)와 무관한 본인의 내적 기대, 희망이다.[360] 반대로 의미론적 의도는 발화자의 내적 기대·희망과 무관하며 언어 규칙에 의해 제3자가 객관적으로 인식할 수 있는 의미이다. 인사 관리자가 설령 사장의 기대 의도를 알면서 다른 지원자를 선발했다고 하더라도 사장의 '의미론적 의도'를 어긴 것은 아니다.[361] 왜냐하면 사장은 '최적의 지원자'를 뽑으라 했지 자기 아들을 뽑으라고 지시하지 않았기 때문이다.

---

359)R. Dworkin, 「comment」, 『A Matter of Interpretation』, 116쪽. 『A Matter of Interpretation』에는 스칼리아의 발표문과 이에 대한 드워킨의 토론문이 같이 들어 있다. 이하에서는 같은 책이지만 구분하기 위해 드워킨의 토론문 부분은「comment」라 표기하기로 한다.

360) 풍자 표현이 대표적이다. 비꼬려는 의도로 "잘한다", "계속해", "대단하다" 등 서로 의미가 다른 여러 표현을 사용할 수 있지만 발화자의 기대 의도는 언어의 표면적 뜻과 상관 없이 상대방에 대한 책망일 뿐이다.

361) 따라서 사장은 인사 관리자를 해고하더라도 '내 명령을 어겼어'라는 이유를 댈 순 없다.「Fidelity」, 1255쪽

드워킨은 기대 의도를 거부하고 의미론적 의도를 채택한 원문주의자 스칼리아가 위 예시 속 인사 담당자라면 사장의 바람과 상관 없이 자신의 판단하에 더 나은 후보자를 선발할 것이라고 본다. 이는 스칼리아가 비판적으로 분석한 Holy Trinity 사례[362]에도 그대로 들어 맞는다. 입법자는 법률이 성직자에게 적용되지 않았을 것이라는 기대 의도를 가지고 있었지만 이런 기대는 법문에는 전혀 표시되지 않았다. 따라서 법관은 법률의 의미론적 의도에 따라 법률이 성직자에게도 적용된다고 해석해야 한다.[363]법률 해석에서 스스로를 원문주의자라 칭한 스칼리아는 드워킨의 분류에 따르면 의미론적 원본주의자에 해당한다.

다. 비일관성(inconsistency)

드워킨은 스칼리아가 의미론적 원본주의자로 자신을 포장하지만 특히 헌법 해석을 할 때 의미론적 원본주의를 내팽개치고 기대 원본주의로 회귀한다고 비판한다. '법의 평등한 보호'를 규정하는 수정헌법 제14조 입법자들은 백인 우월적 사고를 가지고 흑인을 차별하는 제도를 지속적으로 지지했으므로 그들의 기대 의도는 흑백분리 제도가 전혀 불평등하지 않다는 것이고 따라서 기대 원본주의자는 이를 근거로 흑백분리 제도가 평등원칙 위배로 위헌이라 선언한 Brown 판결을 비난할 수 있다. 하지만 의미론적 원본주의자라면 입법자의 의도와 상관 없이 문언에 표시된 '평등'의 의미만을 고려하여야 하므로 부당한 흑백 분리 제도의 위헌성을 지적한 Brown 판결에 찬성해야 한다.[364] 같은 논리에서 기대 원본주의자는 사형제도가 수정헌법 제8조가 금지하는 '잔인하고 비정상적인 형벌'이 아니라고 본다.[365] 그러나

362) 목차 Ⅱ.3.가.(1)
363)「comment」, 118쪽
364)「comment」, 119쪽. 드워킨이 든 예시와 Brown 판결을 비교해 보면 다음과 같다.

	드워킨 예시	Brown 판결
문언	최적의 후보자를 선발	법의 평등한 보호
발화자(입법자)의 기대 의도	자신의 아들 선발	흑백 차별 찬성
발화자(입법자)의 의미론적 의도	인사 관리자 재량 내의 최적의 후보자 선발	흑백 차별은 법의 평등한 보호에 반함

365) 드워킨은 헌법 제정자가 사형제가 '잔인하고 비정상적'이라고 생각했다면 적정 절차 후에 생명을 빼앗아야 된다는 다른 헌법 조항을 남기지 않았을 것이라고 생각한다.「comment」, 120쪽; 이는 사형제도의 위헌성 판단에 있어서 다수의견과 유사하다. 대한민국 헌법 제110조 제4항은 사형을 단심 군사재판의 예외로서 규정하고 있고 헌법재판소는 위 조항을 근거로 헌법이 사형제를 간접적으로 인정하고 있다고 보았다. 한편 재판관

이를 문법적으로만 해석하면 다음과 같은 세 가지 가능성이 나오며 의미론적 원본주의자는 무엇이 더 의미론적으로 충실한 해석인지 선택해야 한다.

① 구체적concrete + 과거 기준dated
'제정 당시'(dated)에 잔인하고 비정상적이라고 인정되었던 구체적(concrete) 처벌을 금지하는 것이라고 보는 것

② 원리적principled + 과거 기준dated
추상적 원리(principled)[366]로서 잔인하고 비정상적인 처벌을 금지하되, 잔인하고 비정상적인 도덕 판단의 기준은 제정 당시(dated)에 고정하는 것

③ 원리적principled + 현재 기준 undated
추상적 원리(principled)로서 잔인하고 비정상적 처벌을 금지하고 가치 판단의 기준 시점은 시대에 따라서 변할 수 있다고 보는 것(undated)

①은 입법자가 부주의해서 구체적 상황을 상정하지 못했을 때는 물론 예측할 수 없는 기술 발달로 가능해진 잔혹한 처벌을 헌법이 규제할 수 없어서[367] 최고법인 헌법이 있으나 마나한 존재가 된다는 문제 때문에 스칼리아 역시 이렇게 해석할 수 없다고 말한다.[368]스칼리아는 또 ③이 과거 시점에 의미를 고정시키는 원본주의의 대전제에 반할뿐더러 다수결에 의한 민주주의 절차를 거치지 않고 법관의 해석으로 헌법을 변형시키는 것이라 보아 반대한다.[369] 스칼리아는 ②가 ①의 불합리한 결과

김희옥은 위헌의견에서 '사형의 선고를 억제하여 최소한의 인권을 존중하기 위하여 규정된 것이므로 간접적으로도 헌법상 사형제도를 인정하는 근거 규정이라고 보기 어렵다'라고 하였다. 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23

366) '잔인함이란 무엇인가?'와 '무엇이 잔인한가?'는 다른 질문이다. 첫째 질문의 답은 판단자의 지식·신념·도덕 등에 기반하여 '인간의 존엄에 반하는 고통스럽고 비상식적인 행위'처럼 추상적인 원리의 구조를 띠게 된다. 그러나 둘째 질문은 첫째 질문에서 얻은 추상적 원리를 토대로 현실에서의 구체적 적용례를 묻는다. 잔인함에 대한 추상적 원리를 공유하는 사회일지라도 사형이 그 구체적 예에 해당하는지는 의견이 다를 수 있다. 반대로 사형이 잔인하다고 생각하는 사람들은 각자 '잔인함'의 추상적 원리를 다르게 생각할 수 있다. 헌법이 금하는 잔인함이 '추상적 원리'인지 '구체적 행위'인지에 따라 심사 대상·기준·범위는 확연히 달라진다.

367) 예를 들어 미국 헌법의 제정자는 현대 물리·화학·생물 분야의 성취를 도저히 예측할 수 없었으므로 핵·화학무기나 DNA변형 물질을 이용한 처벌이 잔인하다는 '구체적'인 사고가 불가능하다.

368) A. Sclaia,「response」, 『A Matter of Interpretation』, 145쪽. 이는 드워킨의 토론문에 대한 스칼리아의 답변으로 이하에서는 「response」라고 표시한다.

369) 스칼리아는 "한번 이런 타협을 하는 순간 평등조항 등 다른 헌법 조문들도 같은 방법으로 해석하지 않을 방도가 없다. 이렇게 되면 줏대없는 원본주의자나 온건한 비원본주의자를 구별할 수가 없게 된다."며 ③과 같은 타협을 하는 순간 원본주의의 이론적 독자성을 지키기 어렵다는 인식을 보여준다. 그리고 "원본주의야 말

를 피하면서도 ③처럼 원본주의를 무너뜨리지 않는 가장 합리적인 해석이기 때문에 이를 선택한다.[370]

그러나 드워킨은 스칼리아가 ②를 선택한건 의미론적 원본주의자 답지 않은 태도라고 비판한다. 의미론에 충실하게 해석하면 해석자는 쓰여있는 것 뿐만 아니라 쓰여있지 않은 맥락도 읽어내야 한다. 당시 최고 지성인이었던 미국 독립 영웅(founding fathers)이자 헌법 제정자들은 헌법이 위처럼 다의적으로 해석될 수 있음을 충분히 인지하고 있었다. 실제로 그들은 필요에 따라 자신의 의도를 가장 적확하게 전달하기 위해 구체적 문구[371]와 추상적 문구[372]를 번갈아 사용했다. 만약 제정자의 진짜 의도가 ②였다면 그들은 불필요한 해석상의 혼란을 불식하기 위해 현재처럼 '잔인하고 비정상적인 처벌은 금지된다.'가 아니라[373]'헌법 제정 당시에 잔인하고 비정상적인 처벌이라고 널리 인정되는 처벌'(punishments widely regarded as cruel and unusual at the date of this enactment)이라고 명확히 썼어야 한다.[374]이러한 의미론적 이해를 토대로 헌법을 보면 문언에 가장 충실한 해

로 큰 틀에서 민주주의 헌정 체제와 더 잘 어울린다."라고 보아 ③해석은 민주주의 원리와 배치된다고 판단한다.「Evil」, 862쪽

370)「response」, 145쪽. 예를 들어 조선 시대에 '잔인한 형벌'을 금지하는 헌법이 제정되었고 현재까지 유지되고 있는데 근래에 형벌로서 화학적 거세가 입법화 되었다 가정하자. 유교는 성(性)을 가문(家門)의 명맥을 잇는 가치와 중요하게 결부시켰던 반면 현대 사회는 이를 자기결정권과 더 연관짓는다. 만약 스칼리아가 화학적 거세가 '잔인한 형벌'에 해당하여 위헌이라고 판단할 경우 그 이유는 화학적 거세가 '가문의 명맥'을 끊어 유교의 가치를 명백히 침훼하기 때문이지, 개인의 성적 자기결정권을 침해해서가 아니다.
한편 헌법재판소는 혼인빙자간음죄에 대한 위헌 결정에서 이는 헌법 제10조 행복추구권에서 파생되는 성적자기결정권의 제한으로 '여성에 대한 남성우월의 고전적인 정조관념에 입각'해 있는데 과거와는 달리 '성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화'가 생겨 이제는 '여성을 유아시(幼兒視)함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적자기결정권을 부인'하는 것이어서 이전의 합헌 결정(헌재 2002. 10. 31. 99헌바40 등, 판례집 14-2, 390)을 뒤집은 바 있다.(헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등) 그러나 스칼리아가 취하는 ②에 의하면 견해에 따르면 성적자기결정권은 제헌 당시(1980년 8차 개헌때 행복추구권 도입되었으나 자기결정권은 국민의 가장 기본적 권리이므로 제헌헌법 제28조에 의해 이미 보호되고 있다고 볼 수 있다)의 가치 기준에 고정되므로 성에 의한 의식 변화를 고려한 위 판시는 잘못된 논거에 근거한 것이다.

371) 수정헌법 제3조는 '군은 평시 주인의 허가 없이 어떠한 민간인 집에서도 거처할 수 없으며, 전쟁시에도 법에 의해 한정된 곳을 제외하고는 거처할 수 없다.'며 법률로 규율해도 충분할 구체적인 행위를 헌법으로 금하고 있다.

372) 수정헌법 제8조 '지나치게 많은 보석금을 요구하거나 지나치게 많은 벌금을 부과 하거나 잔인하고도 비정상적인 처벌은 금지된다.', 수정헌법 제14조 '어떤 주에도 법의 적정 절차 없이 개인의 생명, 자유 또는 재산을 빼앗아서는 안 되며, 그 사법권 범위에서 개인에 대한 법의 동등한 보호를 거부하지 못한다.'

373) 스칼리아와 같은 의미론적 원본주의자가 법관이어서 제정자의 의도가 쓸모 없어 보일지라도 이런 가정은 유효하다. 왜냐하면 제정자가 고려하는 것은 스칼리아가 자신의 기대의도 - '내 구체적 생각이 정확하게 전달될까?' - 에 구속되는 것이 아니라 스칼리아가 의미론적 규칙에 따라 법을 해석할 것을 예상하고 바로 그 규칙의 방식에 따라 의미론적 의도 - '문법 규칙에 따르면 내 말이 어떻게 해석될 것인가?' -를 법으로 제정하는 것이기 때문이다. 이는 관련위원회에서 법률심사가 통과하면 법제사법위원회에서 자구심사를 다시 거치는 현제도와도 상통한다. 입법자는 분명하게 해석자(=법관)의 눈에 언어(=법문)이 어떻게 해석될 것인가를 고려하며 법을 제정한다.

374)「comment」, 120쪽

석은 바로 ③이라는게 드워킨의 결론이다. 스칼리아는 법률 해석인 Holy Trinity사건에서는 해석 결과가 아무리 바람직하더라도 문언의 의미를 벗어나선 안된다고 비난한 바 있다. 그러나 헌법 해석에서는 헌법 문언에 가장 충실한 해석을 자신의 주관적 보수관에 맞지 않는다는 이유로 받아들이지 않는다. 스칼리아는 법률 해석에서는 의미론적 원본주의자, 헌법 해석에서는 기대 원본주의자로 행동하며 이론적 일관성을 잃는다. 문언에서 벗어난 해석은 법의 왜곡이자 찬탈이라는 스칼리아의 비판은 이제 부메랑이 돼서 자신에게 돌아온다.

라. 스칼리아의 자의적 해석

스칼리아가 문언의 올바른 해석으로 ①~③중 ②를 선택한 것은 이것이 민주주의 및 원본주의 이념에 합치되기 때문임은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 그는 문언에 기반한 해석만이 법관의 주관을 배제하고 객관적 법을 발견할 수 있으며 민주주의 원리에도 합치하기 때문에 원문주의가 타당하다고 주장하였다. 결국 그는 (a) 객관적 해석의 수단으로서 문언을 제시하고 (b) 문언이 사실은 다양한 해석 가능성에 열려 있어 주관적일 수 있음을 인정한 다음 (c) 객관적 해석을 해야 되기 때문에 문언의 주관적 해석 가능성을 배제한다. 그러나 (b)를 인정하는 순간 (a)는 폐기되어야 할 주장이지, (c)와 결합하여 '[원리적principled + 과거 기준dated]이 올바른 문언 해석이다'라고 주장해서는 안된다. 이는 '객관적으로 해석되어야 하기 때문에 객관적인 해석을 한다'라는 공허한 동어반복 그 이상도 이하도 아니다. 또한 해석이 민주주의 원리와 부합한다는 이유는 가치와 관련된 도덕·정치 철학적 논거로서 반원본주의자 또는 기대 원본주의자는 주장할 수 있을지언정, 문언만을 기반으로 한 해석을 주장하는 '의미론적 원본주의자'가 원용할 이유는 아니다. 해석자의 주관적인 민주주의관(觀)이 반영되지 않고서는 헌법과 법률 문언을 아무리 조합해 보아도 민주주의가 무엇인지 도저히 알 수 없기 때문이다.

스칼리아는 법률 제정행위로 인해 문언의 의미가 고정되므로 의미론적 의도는 고고학자 또는 역사학자가 발굴하려는 유물처럼 법문안에 객관적으로 발견될 수 있다고 본다. 스칼리아는 사전적 의미를 중심으로 문맥(context) 및 여러 해석 준칙을 고려한 원문주의 방법론을 제시하지만 그럼에도 불구하고 좁혀지지 않는 해석의 가능성

중 어느 하나를 선택하는 것은 해석자의 주관적 선택일 수밖에 없고[375] 이는 제정된 법률을 해석을 하는 바로 지금 이 시점에서 가장 합리적인 의미를 띠게 하는 구성적 해석이다.[376] 예를 들어 미국 대통령은 35세 이상이어야 한다는 헌법 조문에서 '35세'란 문언은 정신 및 신체 연령 모두를 의미할 수 있다. 또 '만'나이인지 한국식 나이인지도 문제된다.[377] 물론 이는 미국 헌법이기 때문에 한국식 셈법은 가당치 않으며 정신 연령에 기대는 것은 대통령 선거를 너무 혼탁하게 만들 우려가 있기 때문에 상식적 판단으로 이는 생물학적 만 나이를 의미한다고 해석할 수 있고 이것이 스칼리아가 즐겨 쓰는 언어의 가능한 의미(permissible meaning)와 일반적 의미(ordinary meaning)의 구분이다. 드워킨의 관점에서 볼 때 스칼리아가 가능한 의미 속에서 일반적 의미를 구별하는 행위 자체가 구성적 해석이다. '35세'라는 단어에 형이상학적 의미의 끈이 묶여 있어 '생물학적 만 나이'로 해석되는 것이 아니다. 이는 합리적인 판단일지언정 문언 그 자체의 해석이라고는 결코 말할 수 없다. 무엇이 문언의 일반적인 의미인지는 결곡 스칼리아가 주관적으로 최종 결정할 수밖에 없다. 문언의 합리적 해석이란 처음부터 문언 이외의 요소에 크게 의존하며 따라서 객관적 원문주의란 허상에 불과하다.

스칼리아는 과거에 고정된 원래 의미를 찾아내 이를 법해석에 적용하기를 요구하는데 이는 역사학자나 언어학자가 이 일을 수행하는데 더 적절해 보인다. 그러나 스칼리아는 법을 해석하는 일은 법관의 업무이며 법관은 사전 등 개인적으로 이 작업을 수행 할 수 있을 뿐만 아니라 재판 과정에서 각 분야의 전문가들이 제출한 보고

375) 피쉬(Fish)는 문자·언어는 이를 사용하는 자의 의도가 없으면 아무 의미도 가질 수 없다고 주장한다. 자신은 객관적으로 문법에 따라 언어를 이해할 뿐 주관적 의도는 전혀 들어 있지 않다고 주장하는 자조차 무의식적으로 '누군가'의 의도를 사용하고 있다. 예를 들어 '새빨간 거짓말'이란 말을 사용한 자는 이를 객관적 언어 규칙에 따라 사용했을지언정 이 말을 최초로 만든 '누군가'의 (상대의 거짓을 강조하는) 주관적 의도를 차용하고 있는 것이다. Fish, Stanley. "There Is No Textualist Position." San Diego Law Review 42.2 (2005): 629-650. 631-633쪽

376)「Fidelity」, 1252쪽

377) 대한민국 헌법 제111조 제4항은 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관중에서 대통령이 임명한다고 쓰여 있다. 2006년 노무현 대통령은 이미 헌법재판관으로 3년을 재직한 전효숙 헌법재판관을 6년의 임기가 보장된 헌법재판소장에 임명하고자 사퇴처리 하고 새로운 헌법재판소장으로 임명하고자 하였다. 그러나 조순형 의원은 사퇴를 한 순간 헌법재판관이 아니기 때문에 '재판관 중'에서로 규정한 헌법 조문에 반한다는 문제 제기를 하였다. 이전까지는 임기 연장에 관한 실체적 하자만 문제시 되었으나, 조순형 의원이 제기한 '절차적 문제' 이후 반대 여론이 비등해졌고 결국 노무현 대통령은 임명동의안을 철회하였다. 그러나 의미론적으로만 보면 '재판관 중'이라는 문구는 전직·현직을 모두 포함할 수 있고(가능한 의미), 이미 사퇴를 한 사람을 제외하는 것은 조순형 의원의 구성적 해석이다. 한편 정태호는 조순형 의원의 주장에 따르면 1987년 헌법에 최초로 헌법재판소가 생기면서 소장을 임명할 때를 해결하기가 곤란한 점을 들어 헌법 제111조 제4항은 전현직을 포함하여 해석하는 것이 옳다고 본다. 정태호. "헌법재판소장 임명의 헌법적 문제." 법학논총, 27.1 (2007.6): 377-406.

서의 도움을 받으면 대부분의 경우 올바른 답을 찾을 수 있다고 주장한다.[378] 그러나 스칼리아가 판결에서 역사적 사실로 인용한 부분이 역사가들에 의해 부정되는 경우가 많다.[379] 특히 법률가는 논쟁이 되는 시대의 역사적 사실을 탐구할 때는 이미 결론을 짓고 입맛에 맞는 사료만 고르고 이에 반하는 사실과 맥락을 무시하는 경우가 많다.[380] 이는 주관의 개입 여지를 최소화 하고 객관적인 법에 의한 판결이 가능하다는 원본주의의 핵심 논거와 반대로 객관을 사칭하지만 사실은 법관의 주관적 선호에 따른 판결의 위험성이 존재한다.[381][382]그리고 이런 위험은 대법원에 비해 상대적으로 경력도 부족하고 전문보고서의 도움도 받기 어려운 하급심에서 더 심각하다.[383]

마. 구체적 검토 - '불합리한 수색'의 해석[384]

스칼리아는 단어의 기계적인 해석으로 불합리한 결론에 이르는 엄격 해석과 원본주

378) 『Redaing Law』 §69 The false notion that lawyers and judges, not being historians, are unqualified to do the historical research that originalism requires 399-402; 그러나 스칼리아는 대법관 초기에 역사적 맥락을 파악하기 위해서는 그 시대의 분위기를 이해야할 뿐만 아니라 사료를 취합·분석하고 그 사료의 신빙성까지 판단해야 하는데 경우에 따라선(someimes) 역사학자가 법률가보다 이 일에 더 적합하다고 말한 적이 있다.「Evil」, 856-857쪽

379) 스칼리아는 District of Columbia v. Heller에서 1800년대 당시에 비군사적 목적으로 총기를 휴대할 개인적 권리가 확립되어 있었고 수정헌법 제2조는 이를 확인한 것에 불과하다고 주장하였으나 많은 수의 역사학자들은 이를 부인한다. 역사학자이자 퓰리처 상 수상자인 라코브(Rakove)는 실제로 스칼리아의 해석이 잘못됐다는 내용의 전문가 보고서(amicus brief)를 심리 중 제출했으나 스칼리아는 이를 판결에서 언급하지 않는다. Sunstein, 위논문, 255쪽; Revecca Piller, 'History in the Making: Why Courts Are Ill-Equipped to Employ Originalism', The Review of Litigation, Winter 2015, Vol.34(1), 200쪽

380) Rakove, Jack N. "Second Amendment: The Highest State of Originalism, The." Chicago-Kent Law Review 76.1 (2000-2001): 103-166.

381) 필러(Piller)는 원본주의자들이 역사 운운하는 것을 '법률사무소 역사학(law office history)'라고 부르며 ① 역사학은 사실의 복잡성과 판단의 불확정성을 인정하며 이를 방법론으로 수용하지만 법학은 확정적 결론을 목적으로 하고 결론을 지지하기 위해 논거를 취사선택하는 특성이 있는 점 ② 법원에 제출하는 전문가 보고서(amicus brief)는 역사 논문이라 할 수 없어 오류 가능성이 높고 이를 검증할 수단도 없는 점 ③ 역사를 연구할 기초적 훈련을 받지 않은 법관은 잘못된 판단을 할 가능성이 높은 점을 들어 원본주의는 역사와는 다른 법관의 주관적 결론을 역사라는 이름으로 정당화 할 수 있다고 비판한다. Piller, 위 논문; 선스타인 역시 Heller 사건에서 다수의견과 반대의견은 서로 치열하게 다투면서도 핵심 근거가 된 역사적 사실에 대해서는 크게 다뤄지지 않았다고 주장하며 '법률가가 과연 역사를 다룰 능력이 되는가'란 의문은 원본주의가 풀어야 할 큰 숙제라고 한다. Sunstein, 위 논문 257쪽

382) 선스타인은 Heller 판결은 원본주의의 방법을 사용한 결과주의(consquentialism) 판결이라고 평한다. 결과주의는 사회의 인식과 실제 법 사이에 괴리가 있을 때 법을 새롭게 해석하여 그 간극을 좁히고자 하는데, 수정헌법 제2조 총기를 소유할 권리가 2008년이 돼서야 개인의 권리로 인정된 것은 이를 개인의 권리로 인정받고자 하는 사회의 열망이 점점 높아졌기 때문이다. 이 열망은 대법관 후보 인사청문회를 통해 인선에 직접적으로 반영되고 공화당으로부터 지명을 받은 5명의 대법관은 자신의 법해석과 가치에 충실하면서도 사회의 인식에도 합치되는 Heller판결을 내리게 된다. 선스타인은 이처럼 원본주의가 결코 현재의 사회 인식에서 자유롭지 못하다는 사실을 지적한다. Sunstein, 위 논문

383) Piller, 위 논문, 203쪽

384) 본 논문 Ⅱ.2.나.(5).1)

의는 다르다고 주장하면서 단어의 일반적인 의미(ordinary meaning)에 합리적으로 접근하는 방법으로 새로운 과학기술의 적용 가능성, 필경사의 실수 인정 등을 제시한다. 그러나 그 결과 스칼리아는 자신의 주관적 생각을 일반적인 의미로 표방하게 되고 자신이 매섭게 비판한 비원본주의자가 되버린다.

스칼리아는 불합리한 수색을 금지하는 수정헌법 제4조[385]에는 '사생활의 보호'라는 문구가 들어 있지 않지만 그 원래 의미(ordinary meaning)은 사생활의 보호를 포함하므로 사생활의 침해가 발생한 순간 불합리한 수색이 되어 위헌이라 해석한다.[386] 그러나 스칼리아는 수정헌법 제4조의 제정 당시에는 외부에서 열탐지기로 실내 온도를 측정하는 등 과학 기술에 의한 사생활 침해를 생각할 수 없었으며 오로지 물리적 침입을 기준으로 부당한 수색 여부를 판단하였으므로 과거 판례는 이 기준에 따라 집 외부에서 육안으로 내부를 관찰하는 것을 위헌이 아니라고 선언하였음을 인정한다.[387]이를 극복하기 위해 스칼리아는 역사와 전통으로 참고 범위를 확장하며 수정헌법 제4조에서 '사생활 보호'라는 문언에 없는 관념을 끄집어 낸다.(1단계 해석 확장) 그런데 사생활 보호는 역사적으로 물리적 침입만을 보호할 뿐 집 외부에서 열탐지기로 내부를 탐지하는 행위까지 보호하지 않았다. 스칼리아는 사생활 보호의 관념은 물리적 침해 여부만으로 기계적으로 판단하는게 아니며 과학기술을 이용하여 사실상 물리적 침해에 상응하는 방법으로 사생활을 침해한 경우도 제4조의 보호영역이라고 한다.(2단계 해석 확장) 그러나 해석의 가능성을 확장하는 순간 제4조는 스칼리아가 자의적으로 판단하는 의미로 전락할 가능성이 높아진다. 문언에 기반한 해석의 객관성이 스칼리아 원본주의의 장점인데 이를 버리는 순간 것잡을 수 없는 해석기준의 혼란이 발생한다. 스칼리아는 다음과 같은 예에 효과적으로 대처하기 어렵다.

Ⓐ 수사 기관이 새로 개발된 투명망토를 이용해 타인의 집에 침입

385) '불합리한 압수와 수색에 대하여 신체, 주거, 서류, 물건의 안전을 확보할 국민의 권리는 침해되어서는 아니된다. 선서나 확약에 의하여 상당하다고 인정되는 이유가 있어 특별히 수색할 장소와 압수할 물건, 체포·구속할 사람을 특정한 경우를 제외하고는 영장은 발부되어서는 아니된다.'

386) Kyllo v. United States, 533 U.S. 27, 121 S. Ct. 2038 (2001) 2042쪽, 2046쪽; 스칼리아는 수정헌법 제4조의 문언이 불명확하여 연방대법원의 해석에 일관성이 없음을 인식하고 혼란을 불식시키는 방법은 제헌 당시에 존재하던 보통법 관습으로 돌아가는 것이라 주장한다. Cal. v. Acevedo, 500 U.S. 565, 111 S. Ct. 1982 (1991) 581-583쪽

387) Kyllo v. United States, 533 U.S. 27, 121 S. Ct. 2038 (2001), 2042쪽, 2046쪽

Ⓑ 수사 기관이 투시력을 주는 약을 복용한 후 거리에서 집 내부를 탐색
Ⓒ 수사 기관이 과학적으로 검증된 최면술을 이용해 집 내부의 비밀을 캐냄

Ⓐ의 경우 설령 제정자가 예상 못한 최신기술이 사용되었지만 물리적 침입을 수반한 사생활의 침해란 사실은 동일하다. 그러나 Ⓑ는 물리적 침입이 없이 '육안으로 관찰하는 것은 위법하지 않다.'는 법리를 무력화 시키는 과학기술이 발명된 경우다. Ⓒ는 물리적 침입도 없고 기존의 법리를 무력화시키지도 않지만 사생활의 침해가 발생하는 경우다. Ⓐ~Ⓒ는 비슷해 보이지만 구조가 다르며 수정헌법 제4조에 위반한 부당한 수색에 해당하는 지는 해석자의 판단에 따라 다를 수밖에 없다. 원문주의에 의하더라도 예상하지 못했던 과학기술의 발달을 규제 가능하다는 스칼리아의 주장은 함수 f(X) = {x1, x2, x3 …}로 표현할 수 있다. 입법 당시에 X는 x1~x3 밖에 없었다 할지라도 나중에 출현한 x10(=투명망토)이 함수 f(X)에 포함되지 않는 것은 아니다.[388] 그러나 함수에 포함되지 않았던 예외 x0('육안으로 관찰하는 것은 위법하지 않다')이 진화하여 y1(=투시력)이 되거나 전혀 예상하지 못했던 z1(=최면술)이 출현한 것은 양상이 다르다.

물론 스칼리아는 함수 f(X)를 다르게 구성함으로써, 즉 수정 헌법 제4조의 원래 의미는 '물리적 침입 없으면 얻을 수 없는 집안 내부의 정보를 일반적으로 사용되지 않는 최신 기술을 통해 획득하는 행위'를 금지하는 것이라고 새롭게 해석[389]함으로써 Ⓑ, Ⓒ를 함수에 포함시킨다. 그러나 이는 스칼리아의 구성적 해석이지 수정헌법 제4조의 원래 의미가 아니다. 만약 수정헌법 제정 시기의 대중들에게 Ⓑ, Ⓒ가 미래에 발생했음을 알려주고 수정헌법 제4조의 적용 여부를 묻는다면 이에 반대하는 사람이 분명 적지 않을 것이다. 언중(interpretative community)의 해석 자체가 정립되지 않은 경우 일반적 의미를 확정하는 것은 결코 객관적일 수 없다.[390] 왜냐하

388) District of Columbia v. Heller에서 수정헌법 제2조의 총기를 소지할 권리에서 '총기'가 제정 당시의 제품에만 한정되는가가 소쟁점이었고 다수의견을 집필한 스칼리아는 현대의 총기도 당연히 보호 대상이라고 했다. 상식적으로도 헌법이 200년 된 총기만 보호한다는 것은 받아들이기 어려우며 이는 ①의 전형적인 예라 할 수 있다.

389) Kyllo v. United States, 533 U.S. 27, 121 S. Ct. 2038 (2001), 2050쪽

390) 스칼리아는 일반적인 의미란 문언의 언어적 의미이므로 언중의 구성원 중 일부가 다른 견해를 가지는 것은 문제되지 않는다고 반박할 것이다. 그러나 필자의 주장은 단어의 일반적 의미 따위는 존재하지 않는다는 것도, 구성원 중 소수가 일반적 의미를 거부한다는 것도 아니다. 일반적 의미란 문언 뿐만이 아니라 맥락을 고려해야 된다는 스칼리아의 견해를 고려할 때, 수정헌법 제4조 문언 제정 당시 전후 맥락을 따져 그 의미를 진지하게 고민해봤을 미국 시민은 극히 소수에 불과했을 것이다. 그렇다면 '물리적 침입'를 보호하든 '사생활 보호'까지 보호하든 수정헌법 제4조에 대한 일반적 의미가 과연 존재하는 것인가 라고 합리적인 의혹을 제기할 수 있다. 스칼리아가 할 수 있는 최선의 재반박은 여러 사료를 통해 '합리적 언어사용인'이라면 제4조의 일반

면 함수는 정의하는 사람에 따라 일반성의 정도를 다르게 구성할 수 있고 이 과정에서 주관적 가치 판단이 들어가기 때문이다. 예를 들어 원문주의에 의한 수정헌법 제4조는 (1) 제정 당시 태어난 사람들에 의한 물리적 침입을 동반한 수색만을 금지하고 이후에 태어난 사람은 규제 대상에서 제외하는 해석 (2) 제정 전후 출생을 불문하고 물리적 침입을 동반한 수색만을 금지하는 해석 (3) 물리적 침입이랑 상관 없이 사람에 의한 불합리한 수색을 금지하는 해석 (4) 물리적 침입이랑 상관 없이 사람(안드로이드 포함)에 의한 불합리한 수색을 금지하는 해석 처럼 일반성의 단계를 조절함에 따라 다른 해석이 나온다. 스칼리아는 종래의 (2)에서 (3)으로 해석의 기준을 옮겼고 향후에 안드로이드가 개발되면 (4)로 이동 해야할지도 모른다. (1)~(4) 중 무엇이 원문주의에 반한다고 말할 객관적인 기준은 없으며 이는 해석자의 주관적 판단으로 결정된다. 먼 훗날 기술이 발달하여 Ⓑ, Ⓒ 또는 (4)가 문제될 경우 이 역시 부당한 수색으로 금지할 것인지 아니면 수색이라는 문언적 한계를 넘어서서 아니라고 할 것인지는 전적으로 해석자의 가치 판단에 달려 있다.

2. 스칼리아의 드워킨 비판

드워킨은 헌법이 시대에 따라 변하는 도덕 원리라고 생각한다. 스칼리아는 헌법이 도덕 원리라는 점에는 동의하나 그 평가 기준이 변화하는 것은 반대한다. 헌법은 제정자들은 나치 제국처럼 미래에 출현할 잔혹한 세대로부터 기본권을 보호하는 최후의 보루인데 만약 도덕을 평가하는 기준을 후세대가 바꿔버릴 수 있다면 최후의 보루로서 헌법의 기능은 무화되기 때문이다.[391] 헌법은 시민들에게 "당신이 향유하는 기본권은 무슨 일이 있어도 정부에 의해 침해되지 않습니다.“라고 말해야 한다. 드워킨의 헌법은 ”지금 정부가 보호하는 당신의 기본권은 향후 다소 변동될 것입니다.“라고 말하는 것이나 다름 없는데 이는 기본권을 헌법으로 보장하는 본질에 반한다.[392] 헌법은 불확실(uncertainty)할지언정 불확정(undeterminate)적이어선 안

적 의미가 사생활 보호까지 포괄한다고 충분히 해석할 수 있다는 것이지만, ‘합리적 언어사용인’이란 가정을 하는 순간 이는 ‘합리적’인 해석이지 스칼리아의 주장처럼 ‘객관적’인 해석일 수 없다. 역사상 단 한 번도 단어의 ‘일반적 의미’가 무엇인지 투표를 한 적이 없고 따라서 ‘일반적 의미’는 어디까지나 ‘일반적인 맥락’에서만 유효한 개념이다. 특수한 맥락에서의 문언의 뜻은 합리적 해석의 결과이기 때문에 수용할 수는 있지만 스칼리아처럼 이것이 문언의 객관적인 ‘일반적 의미’이기 때문이라고 주장한다면 받아들이기 어렵다.

391)「response」, 146쪽

392)「response」, 148쪽

된다.[393]헌법이 불확정적이면 법관은 헌법의 궁극의 해석자가 되어[394]시민은 공동체의 근본 규범을 정할 권한을 박탈당한다. 불확정성은 법관이 의지할 객관적 판단 기준이 없다는 것을 의미한다. 헌법은 모든 차별을 금지한다. 그리고 이 금지가 실효적이려면 우리는 무엇이 차별인지에 대해 대답할 수 있어야 한다.[395]원본주의는 무엇이 평등인가에 대한 기준을 과거의 일정 시점에 고정시킨다. 우리는 역사와 전통 속에서 평등이 대체로 어떤 것인지를 확인할 수 있고 따라서 남녀가 분리된 화장실이 헌법이 금지하는 차별이 아니라고 말할 수 있다.[396] 물론 역사와 전통이 정확히 무엇인지는 불확실하지만 적어도 유의미한 기준은 존재한다. 그러나 평등이 무엇인지를 확정할 권한을 법관에 맡긴 드워킨은 도대체 어떤 근거로 남녀가 분리된 화장실이 차별인지 아닌지를 판단할 수 있느냐고 스칼리아는 묻는다.[397]

3. 드워킨의 재반박

드워킨은 스칼리아가 제기하는 '궁극적 해석자로서의 법관'이 어떻게 정당한지를 묻기 전에 '법에 어떻게 쓰여있는지'를 먼저 살펴봐야한다고 답한다. 스칼리아의 비판은 이미 법관에게는 도덕적 해석을 할 권한이 없다는 판단이 전제되어 있다. 그러나 헌법이 법관에게 적극적인 도덕 판단을 하라고 쓰여 있다면 스칼리아의 비판은 허수아비를 때리는 일처럼 무의미하다.

꿈이나 상상과 다르게 헌법을 해석하는 작업은 자의적일 수 없고 법에 쓰여 있는 내용으로부터 출발해야 한다. 밀턴이 『실락원』에서 쓴 "Satan's gay hordes"란 단어를 현시점에서 '사탄의 동성애 군단(軍團)'으로 해석하는 것은 그럴 듯해 보이지만 "gay"가 동성애자라는 의미를 띠기 시작한건 밀턴 사후 몇 세기 이후부터라는 역사적 사실을 안다면 위와 같은 해석은 터무니 없다는 사실을 깨닫게 된다.[398] 미

393)「response」, 147쪽
394)「response」, 147쪽
395)「response」, 148쪽
396) 그러나 일각에서는 생물학적 성에 따라 나눈 화장실은 성소수자 등의 평등을 침해하므로 '성중립화장실'을 설치해야 한다고 주장하고 실제로 미국 캘리포니아주는 관공서 등에 '성중립화장실'설치를 의무화하는 법안을 실행할 예정이다. 문종숙, '[해외통신원]캘리포니아, 성중립화장실 의무화', 법률신문, 2016-10-20
397)「response」, 148-149쪽
398) 당대에 'gay'는 'showy'(눈부신, 뽐내는, 치장하는)의 의미로 이를 대입하면 '사탄의 위용있는 군단'으로 해석할 수 있다.「Fidelity」, 1252쪽

합중국 대통령의 최저연령을 35세로 정한 헌법 조문에서 '35세'를 아무런 증거 없이 정신연령이나 감성연령으로 해석하는 것은 무척 바보스러운 짓이다.[399]마찬가지로 헌법 조문을 면밀히 살펴보면 헌법 제정자들이 '평등', '잔인하고 비정상적인 처벌'을 쓴 이유는 제정 당시의 구체적인 행위를 보호하려는게 아니라 판단 시점에 법관의 도덕적 능력을 발휘하여 판단할 재량을 부여하기 위함이라고 읽어야 한다.[400]

물론 헌법을 '도덕적으로 읽'(moral reading)어서 '평등', '잔인함'에 관한 추상적 원리(principle)이 무엇인지 판단하는 것은 원본주의적 방법에 비해 어렵고 사람마다 견해차가 크다.[401]그러나 도덕적으로 읽는다고 해서 스칼리아가 의심 하는 것처럼 하얀 백지(clean slate)에 첫 선을 긋듯 법관에게 무제한의 재량이 부여되는 것이 아니다. 법관은 헌법적 통합성에 도달하기 위해서 기존의 헌법 실무 및 전통을 충분히 버무려 조화를 이룰 해석을 제시해야 하며 이때 문언과 역사는 해석의 디딤돌(foothold) 역할을 수행한다. 법관은 개인적 신념이 이 디딤돌에 부합하지 않는다면 이를 헌법 해석으로 제시할 수 없다. 예를 들어 드워킨에게 무엇이 평등에 반하느냐고 사견을 물으면 그는 "공동체가 모두에게 인간으로서 존엄을 향유할 최소한의 의식주와 의료 서비스를 보장"하지 않으면 평등에 반한다고 대답한다. 하지만 이러한 평등이 미국 헌법 체계의 평등과 부합하느냐고 재차 묻는다면 드워킨의 대답은 "아니다"이며, 따라서 의료보험 제도를 도입하지 않는 부작위는 자신의 관점에서는 불평등하지만 미국 헌법을 위반하는 것은 아니라고 말한다.[402]

4. 스칼리아와 드워킨의 차이

가. 원본주의자 드워킨

헌법에 뭐라 쓰여 있는지를 살펴보라는 드워킨의 일성(一聲)은 복합적인 오해를 불러 일으켰다. 드워킨 이전에도 문언과 입법자의 의도를 중시하며 사법소극주의에

399)「Fidelity」, 1252쪽
400)「Fidelity」, 1251쪽, 1253쪽
401)「Fidelity」, 1253쪽
402)「Fidelity」, 1254쪽

가까운 견해를 해석주의(interpretivism), 사회적 변화를 감안하여 문언을 다소 뛰어넘는 해석을 허용하며 사법적극주의에 가까운 견해를 비해석주의라고 부르며 양 진영간 치열한 다툼이 있었다.[403]그러나 드워킨은 비해석주의의 결론을 취하면서도 자신은 헌법을 해석하고 있다고 주장한다.[404]법문언은 함부로 무시할 수 없는 힘이 있으므로 쉽게 이에 벗어난 해석을 해선 안되고 가능한 이를 통한 해석을 시도해야 하며[405] 헌법 해석에서 문언은 본질적인 부분일 뿐만 아니라 헌법 제정자들의 생각 역시 언제나 중요 도구로 활용된다.[406]따라서 여성의 낙태권처럼 헌법 문언에 드러나지 않는 권리를 기본권으로 인정하기 위해서는 초법적인 자연권을 근거로 내세워서는 안되고 그럴 필요도 없다. 왜냐하면 헌법을 정확히 해석하면 헌법이 법관에게 도덕적 판단을 할 정당한 권한을 부여했음을 알 수 있고 이에 의거해 낙태권을 인정할 수 있기 때문이다.

드워킨은 원본주의의 방법으로 원본주의에 반대되는 결론을 원본주의에 돌려준다. 스칼리아가 진정한 의미론적 원본주의자(semantic originalist)라면 그는 법관의 도덕적 판단 재량을 인정해야 한다.[407]진짜 원본주의자는 자구(字句)에 얽매이지 않고 헌법을 적극적으로 해석해야 한다. 드워킨은 스칼리아와 마찬가지로[408] 의미론적 의도가 해석에 반드시 필요하다고 생각한다.[409]이런 명시적인 표현 때문에 많은 학자들이 드워킨을 의미론적 원본주의라고 평가한다.[410]그러나 드워킨은 자신은 원

403) 존 하트 일리(J. H. Ely), 전원열 역, 『민주주의와 법원의 위헌심사』(Democracy and Distrust), 나남신서 1장 '해석주의의 매력'(35-54쪽) 참조.

404) 드워킨은 해석주의/비해석주의의 용어 대립 자체가 부적절하다고 본다. 모든 법관은 법을 해석하므로 '비해석'을 통해 판결을 내리는 것은 불가능하다. 문제는 법을 '어떻게' 해석해야 하는지 이다. 비해석주의라는 말은 정당한 권한이 없는 법관이 함부로 헌법을 창조한다는 부정적 전제를 이미 내포하고 있다. 따라서 드워킨은 이러한 용어법 자체를 비판하면서도, 진짜 해석주의의 방법을 취하면 비해석주의의 결론에 도달하게 된다고 본다.『Freedom's Law』, 4쪽

405)「Fidelity」, 1260쪽

406)「Fidelity」, 1250쪽

407)「comment」, 121-126쪽,「Fidelity」, 1257쪽

408) 스칼리아는 "나와 드워킨은 우리 모두 의미론적 의도(semantic intention)을 받아들인다는 점에선 의견의 합치를 이룬다."라고 말한다.「response」, 144쪽

409) "우리는 헌법 조문의 의미를 발견하기 위해서 반드시(must) 저자의 의미론적 의도를 검토해야 한다. "「Fidelity」, 1255쪽

410) Goldsworthy, Jeffrey. "Dworkin as an Originalist." Constitutional Commentary 17.1 (2000): 49-78.; Whittington, Keith E. "Dworkin's 'Originalism': The Role Of Intentions In Constitutional Interpretation." Review Of Politics 62.2 (2000): 197. MasterFILE Premier. Web. 25 Aug. 2016.; Booher, T.L. Putting Meaning in its Place :orginalism and Phiilosophy of Language, Law Philos (2006) 25: 387; Whitesell, S. L. "Church of Originalism, The." University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 16.5 (2013-2014): 1531-1572. 이 논문들은 드워킨을 의미론적 원본주의자 또는 이로부터 발전한 초월적(high) 원본주의자, 신(new) 원본주의자 등으로 분류한다.

본주의자가 아니라고 주장한다.[411]이는 '의미론적 의도'라는 같은 단어를 드워킨과 스칼리아가 다른 뜻으로 사용하기 때문에 촉발된 오해이다.

나. 작가의 추상적 의도와 제정자의 의미론적 의도

드워킨은 작가 자신이 생각하는 작품의 의미인 구체적(concrete) 의도와 작품이 독립된 생명체로서 모든 사람에게 해석의 가능성이 열려 있다고 보는 추상적(abstract) 의도를 구분한다.[412]예를 들어 셰익스피어는 16세기에 『베니스의 상인』을 저술할 당시 피도 눈물도 없는 악인 샤일록이라는 구체적 관념(conception)을 가지고 있었다고 가정하자. 그러나 21세기 독자는 작가의 구체적 관념에 구속되어 샤일록을 악인으로만 해석할 필요가 없다. 오히려 이는 셰익스피어의 추상적인 예술적 목적[413]을 배반하는 것이다.[414]그는 자신의 샤일록이 밀랍인형처럼 굳어 전시되기보다는 세월에 따라 재해석되어 독자들이 새로운 의미를 찾기를 원하는 추상적 의도를 가지고 있었다. 따라서 해석자는 구성적 해석을 통해 현대에 걸맞은 샤일록을 만들어야 한다.[415] 이 때문에 작가의 구체적 의도와 다르거나 심지어 상반된 독자의 해석이 옳을 수 있다.

문학에서 구체적 의도와 추상적 의도의 구분은 법에서 제정자의 기대 의도와 의미론적 의도와 대응된다. 앞선 예에서[416] 드워킨은 지원자들 중 아들이 포함되어 있음에도 불구하고 이를 언급하지 않고 "최적의 지원자를 뽑으라"고 말한 사장의 기대 의도는 "내 아들을 뽑아!"이지만 인사 담당자는 의미론적 의도에 따라 다른 사

411) 「Fidelity」 각주 18. 드워킨은 자신이 의미론적 원본주의자의 위치에서 글을 쓴 것은 스칼리아의 이론이 자기모순임을 드러내기 위한 전략(ad hominem)일 뿐이었는데 다른 이들은 의미론적 원본주의가 마치 드워킨의 견해라고 착각했다고 설명하며 자신은 단 한순간도 원본주의를 받아들인 적이 없다고 말한다.

412) 『A Matter of Principle』, 163쪽

413) "나는 어떤 것이 예술작품이기 위해선 이를 저자의 의사표시로 보는게 아니라 저자와 독립적인 대상으로 다루어져야 한다고 본다. 이것이 저자 또한 자신이 창작활동을 하면서 전제하는 사실이다. 장보는 사람은 쇼핑리스트에 자신이 생각하는 것을 그대로 적지만 예술활동의 저자가 자신의 작품에 품는 의도는 이런게 전혀 아니다. 그는 작품의 의미가 시대에 따라서 변화할거라고 생각한다." 『A Matter of Principle』, 157쪽

414) 『법의 제국』, 88쪽

415) 음악 장르에서 이런 경향은 더 두드러져 나타난다. 말러는 악보에 '자연의 소리처럼 매우 여유롭게', '죽어가듯이', '어느정도 억제되어, 진심으로 즐겁게'라는 지시를 남겨놓았다.(정윤수, [정윤수의 길 위에서 듣는 음악]악상 기호로 가득찬 말러의 오선지, 주간경향 1148호) 예술의 전당에서는 죽어가는 듯한 소리도 작은 방에서는 천둥소리일 수 있듯 음악은 공간의 영향을 많이 받는다. 더군다나 현대의 악기는 모차르트 시대보다 기술적으로 훨씬 뛰어나서 음색은 물론 소리 전파력이 다르다. 지휘자는 작곡가의 추상적 의도에 충실하기 위해서 자신의 의도를 구성적으로 개입시킬 수밖에 없다.

416) 본 논문 목차 Ⅳ. 1. 나.

람을 뽑을 수 있다고 말하였다. 사장이 어떤 돌발상황도 없이 자신의 목적을 달성하고자 했다면 그는 인사 담당자에게 속마음을 직설적으로 말했어야 한다. 그러나 무슨 이유가 됐건[417] 점잔을 빼며 "최적의 지원자를 뽑으라"고 지시했다. 의도를 말하지 않은 부작위는 사장의 '인사담당자가 자신의 기대 의도에 반하더라도 어쩔 수 없다'는 의미론적 의도를 형성하였고 인사 담당자가 사장의 의도에 정말로 충실하려면 아들이 아니라 다른 사람을 뽑아야 한다.

의도(intention)란 단어를 들으면 본능적으로 '누구의' 의도인지를 묻게 된다. 대화처럼 타인과의 의사소통과 해석이 문제되는 경우 의도의 귀속 주체는 자연스럽게 상대방이라고 생각한다. 법에서 종물이 주물에 귀속되는 것처럼 일반적으로 의도는 발화자에게 귀속된다. 그러나 추상적, 의미론적 의도는 발화자에게 일방적으로 귀속되지 않는 특이한 성격을 갖는다. 부모 몸에서 나왔다고 해서 결코 자식을 부모의 종물이라고 말할 수 없는 것처럼 추상적 의도·의미론적 의도는 각 문학작품의 저자, 법의 제정자로부터 나왔지만 결코 이에 종속되지 않는다. 그러나 '이름을 불러 주기 전에는 그는 다만 하나의 몸짓에 지나지 않'[418]았다는 시구처럼 (의미론적) 의도를 통해 해석되지 않은 텍스트는 '하얀 것은 종이, 검은 것은 글자'에 불과 하다. 의미론적 의도를 주입한 다음에야 비로소 글자는 생명을 얻고 의미를 가진다.[419] 이렇게 의미를 가진 다음에서야 문언이 애매 모호한지, 어떤 해석이 문언과 불협화음을 내는지를 판단할 수 있다.[420]드워킨에게 있어서 의도는 저자와 제정자의 종물은 아니지만 없어서도 안된다. 그래서 그는 인간은 의도 없이는 이해할 수 없고[421]해석을 위해선 의도를 **적용**해야 한다[422]고 말한다. 구성적 해석은 의도가 적용될 수 있

417) 사장은 인사 담당자에게 자신이 아들을 낙하산 꽂는 류의 사람으로 비춰지기 싫었을 수도, 다른 직원들의 사기에 영향을 미치는게 두려웠을 수도, 이를 금지하는 법령이 있어서 회피하려는 것이었을 수도 있다.

418) 김춘수 「꽃」

419) 글자(letter)가 단어와 문장을 이루고 의미를 띠는 것은 너무 당연한 것처럼 느껴지지만 여기엔 '글자를 왼쪽에서 오른쪽 순으로 읽어야 한다.'는 해석자의 의도가 이미 개입되어 있다. 드워킨은 "왜 글자를 배열된 순서대로 읽어야 하는가? 배열을 뒤섞어서 읽는게 옳은 해석이어서는 안되는가?"라고 묻는다.(「Fidelity」, 1261쪽) 글자 순서를 뒤섞어 읽는 아나그램(anagram)은 단순히 말장난이 아니라 진짜 의미를 내포하는 경우도 있다. 예를 들어『해리포터와 비밀의 방』에 학생시절의 볼드모트인 톰 마볼로 리들은 아나그램을 이용해 자신의 정체를 드러낸다.(Tom Marvolo Riddle → I am Lord Voldemort) 이 경우 아나그램이 진짜 해석 방법이 되고 기존의 순서대로 읽기는 틀린 해석이 된다. 글자가 의미를 가지기 위해선 이를 순서대로 읽을지 뒤섞어 읽을지 해석자의 '의도'가 먼저 적용되어야만 한다.

420)「Fidelity」, 1260쪽

421) "의도라는 개념은 모든 해석적 주장에 대하여 형식적 틀을 제공해 준다.", "의도라는 것이 특정인이나 일반인에 귀속될 수 없는 경우에도 의도가 있는 것과 같은 외관을 갖는다."(『법의 제국』, 92쪽)

422) 강조는 원문 그대로. 『법의 제국』, 88쪽

는 방법을 제공해준다. 작가는 독자로부터 자기 작품에 관해 배울 수 있고[423] 제정자는 법관으로부터 가르침을 받을 수 있다. 구체적 의도는 추상적 의도에 의해, 기대 의도는 의미론적 의도에 의해 수정될 수 있다. 따라서 해석자는 대상을 구성적으로 해석하면서 추상적·의미론적 의도를 얻고, 이를 다시 대상에 적용하며 상호작용한다. 따라서 추상적·의미론적 의도는 어느 누구의 단독 소유가 아니라 해석자와 대상 모두의 공유물이다.

스칼리아는 의미론적 의도가 어느 한쪽의 단독 소유 또는 양쪽의 공유도 아니라고 본다. 의미론적 의도는 제정자가 만든 것도 법관이 불어넣는 것도 아니고 문맥, 역사, 전통에 의해 의미가 드러나는 것이다.[424] 골을 넣었다고 축구공이 축구 선수의 것이 아닌 것처럼 법은 스스로 객관적 의미(import)를 지니며 법관에게 발견되길 기다리는 무주물(無主物)이다. 때문에 스칼리아 역시 추상적·의미론적 의도가 입법자(저자, 사장)의 구체적·기대 의도와 다를 수 있다는 점에는 동의한다. 그러나 마찬가지로 법관(독자, 인사담당자)도 자신의 지분권을 주장해선 안되므로 드워킨처럼 개인의 정치적 도덕성을 활용해서는 안된다.[425]

다. 법 해석에서의 의미론적 의도

입법자가 멸종 위기 동물을 사냥하는 행위를 예외 없이 금지하는 법률과 허가를 받으면 밍크를 사냥할 수 있는 법을 연달아 통과시켰다고 가정하자. 이로부터 우리는 입법자가 당시 밍크는 멸종위기종이 아니라고 생각했다고 추론할 수 있다. 그러나 이후 밍크가 멸종 위기에서 처하게 된다면 법관은 당시 입법자의 의도와 다르게 밍크 사냥을 금지할 수 있다. 미국 연방헌법은 제8조에서 '잔인하고 비정상적인 처벌'을 금지하며 동시에 제14조[426]에서 "적정 절차 없이 … 생명을 빼앗아선 안된다."

423) 드워킨은 하버마스를 인용한다.『법의 제국』, 83쪽 각주 2번

424) 스칼리아는 "(의미론적 의도 보다) 명백한 의미(import)란 단어가 더 적절하다고 본다. 왜냐하면 명백한 의미라는 단어가 '(누군가에 의해) ~ 의미를 띠도록 의도된'처럼 주관적인 뉘앙스가 아니라 '어떤 의미로 이해되는가'같이 객관적 뉘앙스를 더 잘 반영하기 때문이다.", "단어의 성스럽고 명백한 의미(divine import)를 발견하는 것은 '문맥의 상호 연관관계를 통해 의미를 파악하는 것'(noscitur ex sociis)그 이상도 이하도 아니다." (「response」, 144쪽) 며 드워킨의 의미론적 의도와 자신이 수용한 의미론적 의도가 강조점이 다르다는 사실을 분명히 느끼고 있었다.

425) 스칼리라가 의미론적 의도를 다루는 방식은 드워킨의 세가지 해석이론 중 자료를 수집하고 그 객관적인 의미를 파악함을 목적으로 하는 '과학적 해석'에 가까워 보인다.

426) 수정헌법 제14조는 권리장전(제1조~제10조)이후 약 80년이 지나 추가되었다.

라고 규정한다. 이로부터 당시 헌법 제정자는 사형제가 '잔인하고 비정상적인 처벌'의 구체적 유형에 속하지 않는다고 생각했다고 추론할 수 있다. 그러나 멸종 위기의 밍크와 마찬가지로 법관이 구성적 해석을 통해 사형제가 '잔인하고 비정상적 처벌'이라는 판단이 서면 제14조 문언에도 불구하고 사형제가 위헌이라고 판단할 수 있다.[427]

	밍크	사형제
의미론·추상적 의도	멸종위기종을 보호하라	잔인하고 비정상적인 처벌을 금지한다
기대·구체적 의도	밍크는 멸종위기종이 아니다	사형제는 잔인하고 비정상적인 처벌이 아니다
드워킨의 판단	밍크가 멸종위기종이라면 입법자의 기대 의도에도 불구하고 밍크 사냥을 금지해야 한다	사형제가 잔인하고 비정상적인 처벌이라면 입법자의 기대의도에도 불구하고 사형제를 금지해야 한다.

스칼리아는 멸종위기 밍크의 경우 드워킨과 마찬가지로 후대의 법관이 입법자의 기대 의도와 다르게 멸종위기종이라 판단할 수 있다 인정한다. 그러나 이는 누구나 인정하듯 '멸종위기'라는 개념은 세월에 따라 변화하기 때문이다. 반면 '잔인하고 비정상적'이 무엇인가에 대한 도덕 판단은 철학자들의 장난감이 아니라 사회에 널리 인식되고 있는 잔인함을 있는 그대로 파악하는 것이며[428]따라서 영원히 바뀌지 않는다고 본다.[429]수정헌법이 제정되던 1791년 사형제가 널리 행해졌음이 명백한 이상 이는 잔인하고 비정상적인 처벌이 되지 않는다.

드워킨에게 법의 의미론적 의도란 비평가의 작품에 대한 비평과 같다. 비평은 작품에 대한 이야기이고 따라서 작가의 의도와 불가피한 연관관계가 있지만 그 누구도 비평이 비평가의 주관의 산물임을 부인하지 않는다. 반면 스칼리아에게 의미론적 의도는 사물의 DNA나 원소(元素)같은 구성물질이다.[430] 법관은 과학자처럼 있는 그대로의 의미(import)를 발견할 뿐이고 자신의 주관적 생각 같은 불순물은 엄격히 통제해야 한다. 구성물질이 시간이 지나면 산화(酸化) 같은 화학변화를 겪는다면 이

427)「comment」, 120-121쪽
428)「response」, 145쪽
429)「response」, 146쪽
430) 스칼리아가 의미론적 의도를 대하는 태도는 드워킨의 세 가지 해석이론 분류 중 '과학적 해석'에 가장 가까워 보인다.(논문 목차 Ⅲ. 3. 라. 해석이론 참조)

를 반영하여 판단을 새로 해야 한다. 그러나 새로운 판단이 가능한 것은 대상의 속성에 변화가 내재되어 있고 실제로 그 변화가 발생했을 때 뿐이고, 실체가 변화하지도 않았는데 법관이 관점을 바꾸어 평가를 달리 해서는 안된다. '멸종위기종'의 속성이 변화하면 법관은 객관적으로 변화한 것만을 판단에 반영한다. 그러나 '도덕'은 변화하지 않기 때문에 법관의 주관이 개입할 여지가 없다. 둘이 사용하는 의미론적 의도는 전혀 다른 의미이다.

5. 드워킨의 난점

가. 관점의 차이

스칼리아는 드워킨에게 주관적일 수밖에 없는 법관에게 왜 자꾸 해석을 맡기려고 하는지를 묻는다.[431]드워킨은 스칼리아가 일관성 없이 의미론적 원본주의자와 기대원본주의자를 왔다 갔다 하는 이유는 법관의 가치판단을 허용하면 해석의 객관성이 상실될 것을 우려하기 때문이라고 진단한다.[432] 둘 사이의 견해차는 객관적 법해석이 어떻게 가능한가에 대한 것에서 그치지 않고 더 근본적으로 '객관성'이란 무엇인가에 대한 관점의 차이에서 비롯된다. 드워킨은 '주관적 = 자의적' 같은 등식은 성립하지 않으며 구성적 해석은 그 자체로 해석자의 해석의 폭을 제약하는 구조를 포함하고 있다고 본다. 같은 문학 작품에 대한 상이한 평론(評論)이 존재한다고 해서 비평을 기준이 없는 자의적 감상이라고 매도하지 않듯 구성적 해석의 결과 법관 A와 B의 법해석이 다르다고 해서 이를 자의적 판단이라 할 수 없다는 것이 드워킨의 입장이다. 그러나 스칼리아에 의하면 A와 B의 법해석이 엇갈리는 것이 현실에서 불가피하더라도 '객관적' 법해석을 위해선 법관의 주관적 판단을 최대한 억제하고 해석의 차이를 최소화 해야 된다.

431)「response」, 147쪽
432)「comment」, 122쪽

나. 드워킨의 이중성 - 구속과 자유

드워킨은 독자라 할지라도 소설을 마음대로 해석할 수 없고 작품이 유의미하기 위한 전(前)해석의 범위[433] 내에서 독해해야 된다고 본다. 독자는 글을 읽고 쓰는 문자적 능력 이상으로 내용을 유의미하게 받아들일 해석 능력을 지녀야 한다.[434] 표지 글자로『백경』과 『베니스의 상인』을 구별하는 것을 넘어 『백경』은 '물고기를 잡으려는 노인의 사투'(『노인과 바다』)와 다른 이야기를 하고 있다는 것을 이해할 수 있어야 한다.[435] 전해석은 텍스트가 유의미하기 위한 최소 조건이기 때문에 독자가 마음대로 할 수 없는 영역이다.

해석 단계에서도 작품이 가진 힘은 어떤 독자들의 터무니 없는 해석을 물리친다. 아가사 크리스티의 작품은 추리 소설로 영미 문학에서 높은 평가를 받고 있지만 철학적 소설을 장르소설보다 높이 평가하는 누군가가 아가사 크리스티의 소설을 '죽음에 대한 철학철 고찰'이며 빼어난 철학 소설이라고 해석하는 것은 "소설을 엉망진창으로 만들기 때문에" 실패할 수밖에 없다. 중요한 것은 실패의 원인은 해석자에게 있지 작품에 있지 않다는 점이다. 아가사 크리스티의 작품은 추리 소설로서는 여전히 훌륭하다. 해석자는 "죽음과는 아무런 상관도 없고 구성, 스타일, 인물 등은 철학적 소설이란 장르에 맞지 않"(fit)음에도 불구하고 맞지 않은 옷을 억지로 끼워 맞추기 때문에 작품을 망친다.[436]마찬가지로 헌법이라고 해서 모두 도덕적으로 읽는게 허용되는 것은 아니다.[437] 도덕 원리를 표상하지도 않고 단지 구체적인 행위를 금지할 뿐인 수정헌법 제3조[438]를 한 평화주의자가 일본의 헌법 제9조[439]처럼

---

433) 드워킨은 해석의 제단계를 ① 전해석 단계 ② 해석 단계 ③ 후해석 단계로 나눈다. 이중 전해석 단계란 의사소통을 하는 당사자들이 유의미한 대화를 할 수 있기 위해 말하는 대상이 무엇인지에 관한 최소한의 합의가 이루어지는 단계이다. 예를 들어 사과에 대한 대화를 할 때 A는 과일(apple)을 B는 반성적 행동(apology)를 상정한다면 둘은 상대방 언어를 모르는 외국인들 사이의 대화처럼 무의미할 것이다. 전해석 단계에서의 합의가 이루어진 다음에야 해석 단계로 나아가 부합과 정당화 테스트를 통해 다양한 해석이 펼쳐질 수 있다.

434) 드워킨은 전해석 역시 해석의 일종임을 분명히 한다. 『법의 제국』, 117쪽 각주 22

435) 『법의 제국』, 104쪽; 드워킨은 두 문학 평론가가 「비잔틴행 항해」와 「마틸다의 거짓말」다른 작품을 생각하고 있으면서 어느 해석이 가장 좋으냐를 논하는 것은 무의미한 일이라고 덧붙인다. 『법의 제국』142쪽

436)『A Matter of Principle』, 150쪽

437) 드워킨은 '대통령은 35세 이상이어야 된다'는 헌법 조문을 예로 들며 대부분의 헌법 조항은 도덕적 읽기를 해서는 안된다고 말한다.『 Fredom's law』, 8쪽

438) '군은 평시 주인의 허가없이 어떠한 민간인 집에서도 거처할 수 없으며, 전쟁시에도 법에 의해 한정된 곳을

엄격한 반전조항으로 읽는 것은 “제3조를 엉망진창으로 만들기 때문에”실패할 수밖에 없다.

여기까지만 보면 드워킨은 스칼리아 못지 않은 원문주의자처럼 보인다.[440] 그는 법관은 연작소설의 작가가 전작의 등장인물, 스토리, 배경에서 벗어날 수 없듯 기존의 법률, 판례를 무시하고(strike out) 완전 새로운 법을 창조해선 안된다며 구속을 가한다.[441]손오공이 구름을 타고 날아 봤자 부처님 손 안이듯 법관이 제아무리 날고 기어도 기존 법체계의 구속을 벗어날 수 없다. 그러나 역설적으로 손오공이 부처님 손 위를 근두운을 타고 구만리 날아다닌 것처럼 법관 역시 법체계 안에서만큼은 한없이 자유로워진다. 헌법의 문언은 모든 수단을 동원해서라도 마지막까지 포기해서는 안되는 주인공이지만, 사회적 현상이 거듭 발생하여 새로운 원리가 생성됐다고 인정할만한 사정 변경이 있고 이 새로운 원리가 도저히 문언에 녹아들을 수 없다면 문언을 무시할 수 있다[442]헌법은 문언을 비롯하여 역사, 전통, 사회 도덕 원리 등이 통합적으로 구성된 총체다.[443]따라서 헌법의 일부에 불과한 문언만 고집하는 것은 오히려 총체로서의 헌법을 저버리는 일이다. 법관은 새로운 원리와 문언 중 무엇이 헌법의 총체(總體)에 더 근접하느냐에 따라 판단을 한다. 헌법 총체에 충성을 맹세한 법관은 일인지하 만인지상(一人之下 萬人之上)의 무한한 권능을 얻는다.

다. 법관 - 법의 제국의 신탁자

법관은 원리의 헌장(憲章)인 헌법 총체에 몸과 정신을 바치고 그 대가로 헌법 총체의 말씀을 지상에서 독점할 권한을 얻는다. 드워킨은 법이론가는 물론 법실무가를 끊임 없이 괴롭혀 왔던 ‘법과 정의가 충돌할 때 법관은 무엇을 더 우선해야 하는가’라는 질문이 사이비 질문이라고 일축한다. 헌법 총체는 법관에게 도덕적 판단을 할

제외하고는 거처할 수 없다.’

439) “전쟁을 포기하고, 국가의 교전권을 인정하지 않으며, 군대를 보유하지 않는다.”

440) 피쉬(Fish)는 드워킨이 법실증주의자를 비판할 때는 ‘문언과 의미는 일대일 대응관계가 존재하지 않는다.’고 하지만 자신의 해석론이 아무런 의미도 없게 되는 것을 방지하기 위해 ‘가능한 의미폭은 제한된다’고 주장하며 상대방에 따라 유리한 전장을 고르듯 법실증주의자와 비실증주의자를 넘나든다고 비판한다. Fish, Stanley. "Wrong Again." Texas Law Review 62.2 (1983): 299-316.

441)『A Matter of Principle』, 159쪽

442)「Fidelity」, 1260쪽

443)「Fidelity」, 1250-1251쪽

크나큰 자유(leeway)를 부여하였으므로 딱딱하고 형식적인 법에 얽매이는 일이야말로 헌법 총체의 뜻에 반하는 것이다. 법관은 양심과 정의에 따른 판단이 옳다는 확신이 들면 헌법 총체의 의지에 순명(順命)하여 그 길을 나아가야 한다.[444]

헌법 총체는 비선출직 법관이 궁극의 헌법의 해석자로 시민들의 자결(自決)원리를 무시하고 민주주의를 파괴한다는 비판에 대해서도 방어 논리를 제공한다. 이 비판은 민주주의를 단순한 수량적 다수주의(majoritarian)로 이해했을 때만 유효하다. 입법부 다수의 의지에 따라 제정한 법률을 폐기할 수 있는 위헌 법률 심사제도(judicial review)는 본질적으로 수량적 다수주의에 맞지 않는 반다수주의적 제도인데, 미국이 이를 채택하고 있는 것은 미국의 헌정 체계가 수량적 다수주의로서 민주주의를 채택하고 있지 않다는 것을 의미한다. 진짜 민주주의란 모든 시민들이 호혜적 공동체 속 안에서 동등한 지위를 지니고 상호 부조를 나누는 체계이고 드워킨은 이를 헌법적 민주주의(constitutional democracy)라 부른다.[445]이에 따르면 법관은 소수자가 공동체 안에서 누릴 동등한 지위가 훼손되었다고 판단할 경우 다수 의지에 반하더라도 이를 헌법 총체의 이름으로 금지할 수 있다.

법관은 헌법 총체의 사도(司徒)로서 자신에게 주어진 사명을 인식하고 판결을 통해 헌법 총체의 뜻이 고루 퍼지길 힘써야 한다. 물론 법관이 당면 재판의 범위를 넘어 관계 없는 헌법 원리를 천명할 필요는 없다. 그러나 적어도 해당 판결의 결론을 정당화 시켜주는 근거를 밝히고 동시에 결론이 유사하거나 다른 사건들 사이의 우위나 관계를 정리해야 한다.[446]미국 연방 대법원은 사실상 이전 판결을 폐기하는 결론을 내리면서 잘못된 선례를 명시적으로 언급하지 않고 어물쩍 넘어가는 경우가 있는데[447]대법원이 주판을 굴리며 판결의 손익을 계산하고 정치적 타협을 하는 사이에도 수 많은 시민들이 언제 올지 모르는 다음 판결을 기다리며 부정의에 고통받는 다는 사실을 깊이 새겨야 한다. 여러 사람이 이등 시민으로 차별받으며 반쪽 인생을 살아가는 기본권의 침해가 자행되는 사안에서는 법관이 무엇을 말하느냐 뿐만

444)「Fidelity」, 1263쪽
445)「Fidelity」, 1264쪽
446)「Fidelity」, 1267쪽
447) 드워킨은 동성간 합의에 의한 성관계를 처벌하는 법률에 대해 합헌 판결을 내린 Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841 (1986) 이후 연방 대법원은 Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 116 S. Ct. 1620 (1996)를 통해 포괄적인 동성애 차별을 금지함으로써 사실상 Bowers v. Hardwick판결을 뒤집었음에도 명시적으로 파기하지 않는 점을 비판한다.「Fidelity」, 1267-1268쪽

이 아니라 언제 말하느냐도 매우 중요하다.[448]

이와 같은 드워킨의 법관관(觀)은 신의 말씀을 전하는 델포이 신전의 신탁자를 연상케 한다. 이들은 경건하고 거룩하며 방종하지 않고 수 많은 시련과 수련을 거쳐 신의 선택을 받았다고 할 만한 자들이다. 그러나 그들이 정말로 정당성과 능력이 있는지는 다른 문제다. 정당성의 원천인 올림푸스 십이신은 이제 신화 속에만 남아 있다. 신탁자는 진짜 신의 선택을 받아서가 아니라 반대로 신탁자가 지상에서 신을 독점했기 때문에 진짜로 인정받은 것이다. 드워킨의 법관이 헌법의 최종 해석자가 될 능력과 정당성이 있는지는 신화적 분위기와 별개로 더 검증해보아야 한다.[449]

라. 법관의 능력과 정당성

(1) 객관성

법철학자는 법이 무엇인가에 관한 쓸모 있는 의미이론 또는 공통의 기준, 기본 규칙 등을 제시할 수 없다. 그런 규칙은 없기 때문이다.[450]유전(油田)이 세워져 추출

448)「Fidelity」, 1268쪽

449) 안준홍은 드워킨이 내한할 당시 일화를 소개하며 드워킨의 법철학은 '법관의 지배'일뿐 '법의 지배'라 보기 어렵고 평가한다. "한국 형법은 간통을 범죄로 규정하고 처벌한다. 나는 그것이 위헌이라고 생각한다. 그러면 그것은 법이 아닌가" 하는 질문에, 그는 "그렇다면 그것은 법이 아니다"고 답하였다. 다시 "헌법재판소에서 위헌이 아니라고 하면" 하고 물었더니, 그는 "그렇다면 그것은 법이다"고 답하였다. 대답을 듣는 사람은 그 상반된 답들 사이에서 망연하였다.(안준홍, '법의 제국과 법의 지배', 한국법철학회, 『법철학연구』 19권 1호 (2016), 49, 53쪽)

드워킨은 일체의 형이상학적 절대성을 거부하고 시대·문화에 따라 완전히 상반된 법이 존재할 가능성을 긍정하며 특히 법의 통합성은 '무엇이 공동체의 법인가'에 대한 정치적 결정을 현 법체제 하에서 최선의 모습으로 해석되기를 요구한다고 생각한다. 간통죄가 합헌인지 위헌인지에 대한 절대적인 답은 없다. 그러나 시대와 문화 및 이에 대한 선례가 구체적으로 주어지면 헌법재판소의 최선의 해석은 합헌과 위헌 중 어느 하나로 정해지고 둘다 옳을 수는 없다. 위의 드워킨의 답변은 시대·문화 등의 맥락이 생략된 경우 만고불변의 법은 없다는 의미로 이해할 수 있다.

이는 명재상으로 칭송받는 황희 정승의 유명한 일화를 떠올리게 한다. 두 하녀가 말다툼을 하다 황희에게 판가름을 부탁하자 그는 "너의 말도 옳고, 네 말도 옳구나."라고 말하였다. 부인이 옆에서 듣고 무책임한 답변이라 책망하자 그는 "부인 말도 옳구려."라고 대답한다. 황희의 말을 각 주장은 각 맥락에서 나름의 타당성을 가진다는 의미로 이해할 때, 만약 맥락이 하나로 고정되면 타당한 주장도 하나로 좁혀지므로 황희는 셋 중 어느 하나가 옳다고 답변할 수 있다. 일견 현명해 보이는 이 태도의 문제점은 판단의 대상이 '올바른 주장'에서 '올바른 맥락'으로 옮겨 갔을 뿐 답이 나온 것이 아니라는 점이다. 분쟁 당사자들이 드워킨이나 황희 말의 취지를 이해했다 하더라도 그들은 "그래서 누구 맥락이 옳다는 건가요?"묻게 된다. 스칼리아는 올바른 맥락이란 과거 시점에 언중이 사용하는 일반적 의미라고 구체적 지침을 제시한다. 그러나 드워킨이 말하는 통합성으로서의 법은 "최선을 다하자"같은 도덕적 명제일 뿐 구체적 지침을 제시하지 않는다. 안준홍이 언급한 '망연함'은 드워킨 이론의 오류가 아니라 '막연함'에서 비롯된다고 생각한다.

450)『법의 제국』141쪽

되기를 기다리는 석유처럼 법안에는 발견하지 못했을 뿐이지 진정한 의미가 분명 숨어 있을 것이란 믿음은 그야말로 '허황된 소리'(I doubt there is anything there to believe)며 드워킨 자신은 조금도 이런 내용을 주장한 적이 없다고 강조한다.[451]심지어 논의가 유의미하기 위해 최소한의 합의라 할 수 있는 전해석 조차 시공간에 따라 뒤바뀌며 따라서 매우 우연적인 것이므로[452]의미가 전해석 구조에 숨어 있는 것도 아니다.[453]옳은 해석은 이것이 얼마나 그럴듯한지에 따라 달려 있으므로 '시속 60km 이상으로 운전해서는 안된다'처럼 도저히 빠져나갈 구멍이 없어 보이는 교통법규 조차도 어떤 천재적인 법논변가에 의해 법규성이 부정될 수도 있다.[454]그럼에도 불구하고 법의 회의주의에 빠지지 않는 이유는 우리가 바로 지금 이 자리에 함께 있기 때문에 전해석을 공유하게 되었으며[455]'무엇이 법인가'에 대한 논쟁에 각자의 상상력을 발휘하며 해석적 실천에 참여하고 있기 때문이다.[456]

---

451) 『A Matter of Principle』, 168쪽.

452) 『법의 제국』 142쪽

453) 『법의 제국』 143쪽

454) 『법의 제국』 143쪽

455) 현대 미국의 페미니즘 법학자와 조선시대 성리학자 간에 여성의 정절에 대한 법규범에 대한 논쟁을 벌인다고 가정해보자. 이들은 언어, 시공간, 문화 어느 것에 관해서도 전해석을 공유하지 못하므로 논쟁 자체가 성립하지 않으며 객관적 법해석은 불가능하다. 그러나 이로부터 "전해석이 공유되지 않으면 논쟁이 불가능하기 때문에 객관적 법해석은 불가능하다."는 명제는 도출될 수 없다. 이는 "슈퍼맨과 배트맨이 싸우면 누가 이길까?"라는 논쟁을 지켜본 누군가가 "가공의 인물들은 실제로 싸울 수 없으므로 아무도 이길 수 없다."라고 대답한 뒤 "따라서 현실의 모든 격투 경기에서는 아무도 승리할 수 없다."고 결론 짓는 것과 동일한 오류이다. 전해석을 공유하고 있지 않으면 논쟁은 불가능하다. 현실에서의 논쟁은 물리적인 시공간을 공유할 때에만 가능하므로 우리가 논쟁을 벌이고 있다면 이는 전해석을 공유하고 있는 것이다. 이미 전해석을 공유한 채 논쟁에 참여하고 있는 당사자가 전해석을 공유하지 않는 논쟁 양상에 의문을 제기하는 것은 논쟁의 장을 닫아버리는 것이지 우월하거나 유의미한 논증을 제시하는게 아니다. 슈퍼맨과 배트맨은 가공인물이지만 오랜 기간 캐릭터를 구축해 왔고 이를 기준으로 둘을 동일한 해석 기준선상에 놓아 보는 것은, 영화 <배트맨 대 슈퍼맨 : 저스티스의 시작>(2016)에 예에서처럼 불가능하지도 무의미하지도 않다. 물론 해석적 단계에서 누가 더 좋은 해석을 제시하는가에 대한 확정적 정답을 제시하는 것은 불가능하다. 그러나 전해석을 공유한다면 어느 쪽이 더 우월한 해석인지에 대한 판단이 가능하다. 드워킨에게 논쟁 자체가 이루어지지 않는 것과 논쟁에 대해 모든 사람들이 100% 일치하는 판단을 내리지 못하는 것은 완전히 다른 차원이다. 전자의 경우 우리가 아무것도 말할 수 없는 법회의주의가 성립한다. 그러나 후자는 다툼이 있을 지언정 유의미한 논증이 가능하다. 우리는 이미 전해석을 공유하고 있으므로 전자를 제시하며 법회의주의를 주장하는 것은 잘못이다.

456) 『법의 제국』 117쪽, 142쪽; 다툼과 논쟁이 있다는 것은 어떤 행위의 옳음에 대해 자신의 논거를 제시하고 상대방을 설득시키려는 노력을 다하고 있음을 의미한다. 예를 들어 나는 바나나 아이스크림을 좋아하지만 너는 쵸코 아이스크림을 좋아하고 이를 그저 취향의 차이로서 '나는 나, 너는 너'라고 생각한다면 '어떤 아이스크림이 진짜 맛있는가?'에 대한 다툼과 논쟁은 존재하지 않고 당연히 맛과 취향에는 아무런 변화가 없을 것이다. 그러나 제과 회사에서는 어떤 아이스크림 맛을 출시할지, 같은 맛 안에서도 당도·점도·형태를 어떻게 할지 결정을 해야 하며 이는 단지 연구실장의 취향의 차이가 아니라 정말로 어떤 것이 더 나은지에 대한 다툼과 논쟁의 산물이다. 연구원 A는 쵸코가 아이스크림의 진정한 적자(嫡子)라고 생각하지만 연구원 B는 바닐라가 신흥 강자라고 주장한다. 연구원 C는 아이스 커피에 밀리고 있는 아이스크림을 혁신시켜 마시는 형태로 출시해야 된다고 생각한다. 이들이 이런 고민 없이 막 만들어도 아이스크림이 불티나게 팔리던 옛날 사람이거나, 아이스크림이 통 팔리지 않는 북극 사람이었다면 이들의 주장은 무의미해진다. 그러나 이들이 지금 상품 출시에 있어서 진지한 자세로 자신의 생각이 남들보다 더 나음을 믿고 설득하고 있는 점은 아무도 부인하지 못한다.

객관적 해석은 경험적인 것이 아니고 자명(self-evident)하지도 않다.[457]바보가 아니고서야 법해석이 수학처럼 정답이 존재하며 이를 증명할 수 있다고 생각하지 않는다.[458]그러나 아이스크림 맛에 대한 선호도 같이 단순한 취향차이에 그치지도 않는다. 법관은 "나는 법을 이렇게 해석하는게 가장 마음에 드는데, 너는 저렇게 해석하는게 제일 맘에 들 수 있구나. 너의 취향을 존중해"라고 생각하지 않고 "너의 해석이 나름의 근거를 가진 가능한 법해석이라는 것은 인정하지만 나의 해석이 사안에서 가장 적합한 최선의 해석이야"라고 생각한다는 의미에서 객관적이다. 다시 말해서 해석의 우열을 인정하고 그 중 자신의 해석이 최선이며 다른 사람도 나와 같은 결론에 이르러야 한다고 생각한다는 의미에서 객관적이다.[459]법관은 물론 '내 결론이 틀릴 수 있다.'고 늘 염두하여야 하고 변호사, 법학 교수, 다른 동료 법관 등이 자신을 설득시켰다면 잘못을 인정하고 결론을 바꾸어야 한다.[460]그러나 상대방이 자신을 설득시키지 못하는 한 자신의 결론은 정말로 남들보다 낫다고 생각한다.

(2) 최종 해석의 정당성

드워킨은 자신의 논변에 수긍하지 못할 사람들을 예상했는지 다음과 같이 덧붙인다. "입법부, 사법부 또는 국민투표를 통한 인민 중 누가 헌법 총체의 최종 해석을 책임질지는 정답이 없고 입법부가 그 최종 책임자가 되는 헌법을 제정하는 것 역시 충분히 가능하다.", "몇번이나 말하지만, 나는 헌법적 민주주의가 구현되기 위해 법관이 최종 해석자가 되는 미국식 헌법 체계만이 정답이라고 주장하는 것이 아니다."[461] 그러나 미국 헌법은 법관이 최종 해석자가 되는 체계를 선택했으므로 주어진 전제 하에 최선을 다할 뿐이다.

드워킨은 사법 적극주의를 취할 경우 사법독재의 위험이 있는 것은 사실이나 사법독재가 마치 눈 앞의 현실인 것처럼 두려워하고 거부해서는 안된다고 본다. 법의 최종 해석자로서 다수의 횡포 및 이로 인한 불공정한 결과를 시정하는 법관의 역할은 사회 전체에 큰 이익을 주기 때문에 현실화되지 않은 사법독재를 걱정하며 이를

457)「Fidelity」, 1259쪽
458)「Fidelity」, 1258쪽
459)『A Matter of Principle』, 173쪽
460)『A Matter of Principle』, 172쪽
461)「Fidelity」, 1264쪽

거부하는 것은 타당하지 않다[462] 법관은 대내외적 비판에서 결코 자유롭지 않기 때문에 사법 폭정(暴政)의 위험은 억제될 수 있다. 법관은 헌법의 구성 원리, 기존의 판례, 법률의 구속 하에 판단을 해야만 하며 자신이 결정한 사안의 결론은 이전 이후의 판단에도 일관되게 적용되어야 한다는 제약이 따른다.[463]그리고 법관 개인의 판단은 사법부 내의 다른 법관들의 판단과 배치될 경우 비판받을 수 있으며 완전히 시대의 흐름에 역행하는 판단은 사법부 바깥으로부터의 저항에 부딪힐 것이다. 마지막으로 대법관도 사람인지라 나이가 들면 자리에서 물러나고 시민들에 의해 선출된 대통령은 시민들의 중지에 맞는 새 대법관을 임명한다.[464]

미국은 오랜 역사 동안 법의 사도(司徒)인 법관에 헌법의 수호자 역할을 부여하는 제도를 채택해 왔다. 물론 여기에는 정치적 혼란이 덮칠 위험이 존재한다. 그러나 이런 위험에도 불구하고 유럽인권재판소부터 남아프리카공화국, 인도, 체코 헌법재판소 등 세계 각지에서 미국의 제도를 본따 운영하고 있는 점은 미국이 이들을 선도하고 있음을 자각하고 자신들의 제도에 자신감을 가질 충분한 이유가 된다고 이야기를 맺는다.[465]

(3) 법관의 지배

'객관성'을 설득력 차원에서 설명하는 드워킨의 법해석론은 비선출직으로서 민주적 정당성을 갖주치 못한 법관이 최종해석자가 되는 지점에서 민주주의의 자결(自決) 원칙과 충돌한다. 드워킨의 말대로 최종 해석자로서의 법관이 헌법이 고정한 상수(常數)라면 이를 정당화 하기 위한 법해석의 '객관성'은 설득력 이상이어야 한다. 왜냐하면 법전문가일 뿐인 법관이 온갖 소송 대상에 대해 전문가적 식견을 가지고 논변을 펼칠 수도 없을 뿐만 아니라[466] 설득력의 우위를 판단할 표본으로서 대법관 9명은 적절하다고 보기 어렵기 때문이다.[467]만약 이들이 편향됐거나 악의적이라면

462) 『Taking rights seriously』, 177쪽, 182쪽
463) 『Freedom's Law』, 83쪽
464) 『Taking rights seriously』, 177쪽, 182쪽
465) 「Fidelity」, 1268쪽
466) Scalia, Antonin. "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers." Suffolk University Law Review 17.4 (1983): 881-900. 896-897쪽. 스칼리아는 법관의 지식이란 캠브리지 같은 상아탑에서 나온 것이지 디트로이트 같은 현장의 생생함을 갖고 있지 않다고 본다.
467) 스칼리아 대법관은 사회의 인식이 변화하였음을 이유로 동성결혼 사실상 허용하는 결정을 한 연방대법원에

이는 사법 폭정(暴政)이 된다.[468] 드워킨의 법관은 입법부와 집행부의 결정을 손쉽게 뒤집을 수 있어 권력분립의 원칙이 깨질 위험이 크다.[469]권력 분립의 원칙이 깨어지거나 약해진 만큼 권력의 오·남용 가능성은 커진다. 만약 이들이 선량하고 현명하여 대체로 올바른 결정을 내린다면 이 자체의 '좋음'은 부인할 수 없으나 적어도 이를 '민주주의'라고 부를 수는 없다.[470]이는 요순(堯舜)이나 세종대왕의 치세가 그리워 법관들에게 "우리를 통치해 주세요"[471]라고 말하는 것이나 다름 없다. 법관의 사건에 대한 주관적 편향이 옳건 그르건 간에, 훨씬 이전부터 적용되며 확립된 원칙에 의한 결정과 멀어질수록 법에 의한 지배에서 멀어지고 사법 독재의 위험은 커진다.[472]

6. 스칼리아의 난점

가. 줏대없는 원본주의자(faint-hearted originalist)

대해 "연방 사법시스템은 미국을 대표하지 않는다. 예를 들어 이 대법원의 9명의 대법관은 남녀가 섞인, 하버드 또는 예일에서 열심히 공부한 사람이고 이 중 4명은 뉴욕 태생이다. 8명은 서쪽 또는 동쪽 해안 주 출신이다. 고작 한명만이 중부 출신이다. 남서부나 진짜 서부(캘리포니아 제외) 태생이랄 사람은 단 한 사람도 없다. 미국 시민 중 1/4에 해당하는 복음주의 기독교인은 물론 유력 청교도 교파 역시 없다."라고 비판하였다. Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015)

468) "판사들 간에 이견이 생기면 세상에서 가장 분명했던 일들도 아리송해지고 진리 자체가 의문시되는 겁니다. 이렇게 되면 국왕은 법을 자기 뜻대로 해석할 수단을 얻게 되고 그러면 다른 사람들은 수치 때문에든 혹은 공포 때문에든 거기에 동의하게 됩니다. 판사들은 주저없이 국왕의 이익을 옹호할 것입니다. 국왕에게 유리한 판결을 내릴 핑계는 얼마든지 찾을 수 있으니까요. 왕에게 유리한 방향으로 형평성을 주장할 수도 있고, 혹은 법률 문구가 우연찮게 맞아 떨어지거나 그렇지 않으면 법률 문구를 뒤틀어서 갖다댈 수 있겠고, 이런 것들이 모두 실패하는 때는 법률보다 상위에 있는 국왕대권에 호소하면 되는 거지요. 이는 자신의 의무를 잘 알고 있는 판사들에게 결코 실패할 리 없는 근거가 되는 것입니다." 토마스 모어(주경철 역), 『유토피아』, 을유문화사, 47-48쪽

469) 스칼리아는 '자신의 의견을 사람들에게 말하고 싶어 안달이 난 연방대법원'은 '모든 헌법 문제에서 자신이 입법부와 집행부를 제치고 가장 우위에 있다고 주장'한다고 비판한다. United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013); 이 판례에 대한 자세한 논의로 박정명, '미국 연방대법원의 사법권 행사에 관한 연구 : United States v. Windsor 판결을 중심으로', 서울대학교 석사학위논문(2015) 참조

470) Scalia, Antonin. "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers." Suffolk University Law Review 17.4 (1983): 881-900. 896-897쪽; 인공지능 알파고는 바둑기사 이세돌와의 대국에서 인간의 눈에는 '악수(惡手)'가 결코 악수가 아닐 수 있음을 보여주었다. 물론 이후 기보(棋譜)연구를 통해 '악수인줄 알았던 묘수'를 이해할 수 있다. 그러나 다시 알파고가 '악수'를 둔다면 인간은 이해하지도 못하면서 '묘수'로 인정해야 하는가 아니면 알파고의 우위를 인정하면서도 인간의 이해 범위 내에서 '악수'라고 평가해야 하는가는 매우 복잡한 문제다. 민주주의 체계에서 '선량하고 현명한 사법부'의 위치도 이와 다르지 않다. 시민들이 이해하지 못할 사법부의 결정을 그 권위에 의해 받아들일 것이냐 아니면 아무리 타당할지라도 시민의 이해 범위 밖의 결정을 거부해야하는가는, '민주주의'를 어떻게 이해하느냐에 따라서 다양한 답이 나올 수 있으나 본 논문에서는 이를 민주주의에 맞지 않는다고 전제하고 논의를 진행하며 추후 연구를 통해 논지를 보강하도록 한다.

471) Alice Su, 'Supreme Court Justice Antonin Scalia rejects idea of 'Living Constitution'', NJ.com, 2012-12-10

472) McCreary Cty. v. ACLU, 545 U.S. 844, 125 S. Ct. 2722 (2005) 890-891쪽

스칼리아 원본주의에 따르면 헌법은 제정 당시의 역사와 전통에 따라 의미가 고정되고 이는 개헌을 거치지 않는 이상 변하지 않는다. 그러나 순수한 원본주의가 완벽하게 실현되기 위해서는 해석의 대상인 헌법의 기본권 규정(bill of rights, 權利章典)은 시공간을 초월하여 완벽한 이상사회를 구현한 헌장(憲章)이어야 한다. 그러나 실제 세계에서 헌법은 정치적 타협과 불완전한 합의의 산물이다.[473] 만약 성경이 신의 말씀이 아니라 모순된 여러 이야기를 짜깁기한 책자에 불과하다면 성경은 권위를 상실하게 되고 따라서 이를 그대로 실천하는 것은 매우 불합리한 일이 된다. 마찬가지로 헌법이 인민의 의지를 100% 반영한 헌장이 아니라 당대 정치 엘리트들 사이의 정치적 타협에 불과하다면 원본주의는 '있는 그대로의 헌법'을 따를 이론적 정당성을 주장하기 힘들다.

헌법 텍스트의 불완전성과 별도로 순수한 원본주의가 유지되기 어려운 더 큰 문제점이 있다. 원본주의는 '삼키기에는 너무 쓴 약(too strong to swallow)'이어서 앞만 보고 달리는 경주마처럼 이를 타협 없이 일관할 경우 미국 헌법은 노예제도 같이 현대 관점에서 받아들일 수 없는 법률조차 합헌이라 선언할 수밖에 없고, 눈 앞의 부조리에 대해 헌법은 현실의 규범력을 잃어 존재 의의를 상실하게 된다. 이를 피하기 위해 대부분의 원본주의자는 '선례 구속의 원칙'등을 통한 이론적 타협(adulterate)을 할 수밖에 없다.[474] 그러나 타협할 선례 자체가 존재하지 않아 이론적 절충조차 불가능한 최악의 경우, 원본주의자는 원본주의를 배신하는 결정을 할 때도 있다. 예를 들어 1791년에 태형(笞刑, public lashing)과 묵형(墨刑, hand-branding)은 '잔인하고 비정상적'이라고 생각되지 않았고[475]태형과 묵형의 위헌성을 판단한 선례 역시 존재하지 않는다. 선례에 기댄 타협도 불가능 하므로 우직한 원본주의자라면 태형과 묵형이 합헌이라 선언해야만 하나 스칼리아는 자신을 포함하여 현대의 어떤 원본주의자도 이를 위헌이 아니라고 생각하지 않는다고 말한다.[476]

---

473)「Evil」, 861쪽. 건국 헌법 초안자 중 다수는 노예제도에 반대하였음에도 이를 헌법에 규정하지 못했다고 한다. 헌법 제정 당시의 치열한 논쟁에 관하여는 Powell, 'The Original Understanding of Original Intent', Harvard Law Review Vol.98(5) 참조

474) 스칼리아는 대표적인 예로 대법원이 헌법에 권한규정이 없음에도 불구하고 Mabury판결 이래로 헌법재판을 하는 것을 든다.「Evil」, 861쪽

475)「Evil」, 861쪽

476)「Evil」, 862쪽; 이후 줏대 없는 원본주의자처럼 원본주의가 중화될 수 있다면 그 기준은 무엇인가에 대한 질문이 쏟아지자 스칼리아는 이는 현실에서는 일어나지 않는 가정적 상황이라고 한발 물러섰다. 그는 현대에 국회가 태형 또는 묵형을 입법하지 않을 것이며 자신이 원본주의 신념에 반하는 판결을 내리게 될 기회는 오

스칼리아는 원본주의에 따른 결론이 ① 선례구속의 원칙의 적용을 받아 수정될 수 있고 ② 선례가 존재하지 않더라도 헌법이 도저히 용인할 수 없는 결과를 명하고 있을 때에는 원본주의자라 할지라도 적절한 이론적 타협을 할 수밖에 없다고 보며 이는 헌법 자체가 불완전한 정치적 타협물이기 때문이라고 한다. 해석 대상인 헌법이 불완전하여 해석 값이 불합리한데 불순물 없는 순도 100% 원본주의를 고집하는 것은 아둔한 일이다. 스칼리아는 원본주의가 사안에 따라 중화되어 적용되어야 한다고 믿는 이들을 '줏대 없는 원본주의자'(faint-hearted originalist)라고 부르며 여기에 자신을 포함시킨다.[477]스칼리아는 실제로 여러 방법을 통해 자신이 볼 때 불합리한 원본주의적 결론을 수정해왔다. 이런 엉거주춤한 때도 때문에 '원본주의자들의 왕'이라 불리는 스칼리아는 해석 결과가 마음에 들지 않으면 줏대 없이 원본주의 결론을 버리고 자의적으로 판단 한다는 비판을 받는다.[478] '줏대 없는'이란 낱말에서 알 수 있듯 스칼리아가 원본주의를 수정하는 방법은 그 자신 말고는 알기 매우 어렵다.

나. 선례 구속의 원칙 적용의 모호성[479]

대법관으로서 수 많은 판결을 남긴 스칼리아는 의식 또는 무의식적으로 원본주의에 대한 고수·중화·배신 중 어느 하나를 선택해왔다. 그는 확정되어 선례가 된 판결은 비록 법의 원래 의미에 맞지 않는 해석이라 할지라도 이것이 대중 도저히 받아들일 수 없을 정도로 불합리하지 않은 이상 이를 뒤집지 않아야 하며[480]원본주의적 해석

지 않을 것이라고 말하고 자신하며, 이는 원본주의를 공격하기 위해 고안된 이론상의 문제점일 뿐이라고 말한다. Scalia speech, Annual Convention of the Federalist Society, Washington, D.C., November 22, 2008, www.fed-soc.org,『Scalia』, 169에서 재인용

477)「Evil」, 862쪽

478) 원본주의자로 스스로를 규정하는 바넷(Barnett)은 스칼리아는 자신의 관점에 맞지 않는 경우 헌법의 원래 의미를 무시하므로 원본주의자라 할 수 없으며(Scalia is is simply not an originalist) 그의 방식 대로라면 누구든 원본주의를 자처하면서도 자기가 내리고 싶은 결론을 끄집어 낼 수 있다고 비판한다. Barnett, Randy E. "Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism." University of Cincinnati Law Review 75.1 (2006-2007): 12-13

479) 스칼리아는 원본주의가 선례구속의 원칙을 깔끔하게 설명하지 못함을 인정한다. 그러나 반원본주의는 "시간의 경과에 따라 바뀐 법의 의미를 현재 재판에 적용하라"라는, 선례 구속의 원칙을 설명하지 못하는 데 그치는게 아니라 아예 정면으로 배치되는 주장을 앞장세우기 때문에 선례 구속의 원칙에 있어서도 원본주의가 반원본주의보다 더 나은 이론임은 바뀌지 않는다고 주장한다.「Evil」, 861쪽; 『A Matter of Interpretaio n』,12쪽; Planned Parenthood v. Casey 983-984쪽 참조

480)『Redaing Law』, 87쪽

에 합치하는 헌법만 고집하여 선례를 깡그리 무시하는 것에 반대한다.[481]그러나 동시에 그는 법률이나 절차에 대한 결정과 다르게 헌법재판에서는 헌법에 맞지 않는다는 판단이 들면 움츠러들 필요 없이 선례를 뒤집어야 한다고 말한다.[482]한편 그는 선례 구속의 원칙은 선례가 현재 사건과 구별될 경우에는 더 이상 '선례'가 아니므로 적용 자체가 배제되고, 사건의 선례가 된다면 판시 사항 전부에 구속력이 발생하는 '전부 아니면 전혀(all or nothing)'의 방식으로 작동하는 것이며 선례 판시 사항 중 일부에만 구속력을 인정하는 방식은 자의적 선별의 위험 때문에 금지된다고 본다.[483]선례 구속의 원칙에 대한 이러한 스칼리아의 태도는 서로 모순되어 객관적인 접점을 찾기 어렵고 결국 '스칼리아만 아는' 기준으로 판결을 내린다는 비난에서 자유롭지 못하다.[484]

다. 불합리한 결과의 회피

선례구속의 원칙에 기대지 않더라도 스칼리아는 현실의 요청에 맞추어 헌법 해석을 수정한다. 대표적인 예가 Kyllo v. United States 사건이다. 과거에 연방대법원은 수정헌법 제4조의 문언은 영장없는 '신체, 가택, 서류, 동산'의 수색을 금지할 뿐 전화통화의 도청을 명시적으로 금하고 있지 않으며 헌법제정 이후 전화기가 발명되었다고 하더라도 '수정헌법의 언어는 집에서 전화회선으로 연결된 나머지 모든 세계를 보호하는 모양새로 확장 해석될 순 없'으므로 헌법에 반하지 않는다는 원본주의 판결을 내린 바 있다.[485] 그러나 스칼리아는 같은 수정헌법 제4조가 문제된 Kyllo v. United States 사건에서 문언적 한계를 뛰어 넘어[486] 헌법제정 이후 발달한 과

481) 스칼리아는 동료인 토마스 대법관은 선례 구속의 원칙을 인정하지 않아서 헌법에 맞지 않는 선례라고 생각되면 이를 바꿔버리지만 자신은 그렇게 하지 않는다고 말한다. By Douglas T. Kendall, 'A Big Question About Clarence Thomas', The Washington Post, 2004-10-14.

482) Webster v. Reprod. Health Servs., 492 U.S. 490, 109 S. Ct. 3040 (1989) 532쪽 이하 참조.

483) 오코너 대법관은 여성의 낙태권을 인정한 Roe 판결 결론만 제외하고 사실상 이를 폐기하였음에도 사법부의 신뢰와 법적 안정성 및 법치주의 요청에 따라 선례와 본질적인 차이가 없으면 함부로 선례를 파기 해서는 안된다며 Roe 판결을 뒤집지 않았다. Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 112 S. Ct. 2791 (1992) 860-864쪽. 그러나 스칼리아는 선례 구속의 원칙은 그 자체에도 마찬가지로 적용되어야 하는데 오코너의 주장은 '내가 원하는 것만 남기고 나머지는 버리'(keep-what-you-want-and-throw-away-the-rest)자는 주장과 다를바 없으며 이 새로운 선례구속의 원칙은 법원 입맛에 맞는 판결만을 양산해 낼거라 비판한다. 위 판결 993쪽

484) Barnett, 위 논문 15쪽

485) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438(1928)

486) Kyllo v. United States 사건의 반대의견은 외부에서의 열감지기 사용을 보호범위에 포함시키는 스칼리아의 해석(다수의견)이 집 '안(in)'에서의 수색을 금지하는 수정헌법 제4조의 문언에 맞지 않는다며 '원본주의'적 논거로 비판한다. Kyllo v. United States 사건 2048쪽

학기술 역시 헌법의 보호범위 안으로 포섭한다. 물론 원본주의 원칙을 고집할 경우 20세기의 눈부신 과학기술의 발달로 인한 기본권 침해를 눈뜨고 바라봐야 하는 부조리가 발생하므로 스칼리아의 결론은 정의와 구체적 타당성에 부합하는 것은 사실이다. 역설적이게도 스칼리아는 반대의견이 제시하는 문언과 전통에 근거한 해석을 기계적이라며 배척[487]하며 장기적 관점에서 헌법을 해석할 필요가 있다고 강조하는데[488] 이는 원래 반원본주의자들이 스칼리아의 원본주의 해석을 비판할 때 사용하는 논거이다. 이처럼 스칼리아는 이처럼 묵과할 수 없는 결론이 나올 때는 원본주의를 배신하고 '줏대 없는 원본주의자'가 된다.[489]

7. 소결 - 차악과 최선

"예외는 정상사례보다 흥미롭다. 정상적인 것은 아무것도 증명하지 않지만 예외는 모든 것을 증명한다."[490]

- 칼 슈미트

가. 동일한 출발선

(1) 모든 법은 해석의 대상이다. 만약 해석이 필요 없을 정도로 뜻이 명확하다면 그건 이미 당신이 그 뜻을 해석해버렸기 때문이다.
(2) 법관은 법 이외에 경제·환경 등 정책적 판단에 있어서는 입법부의 의사를 존중하고 자신의 판단을 내세우는 '적극주의자'가 돼서는 안된다.

언뜻 읽어보면 첫 번째 명제는 드워킨, 두 번째 명제는 스칼리아의 주장으로 보인다. 놀랍게도 답은 정반대다.[491]물론 드워킨은 (1)에, 스칼리아는 (2)에 당연히 동의한다.[492] 이 둘의 공통된 발언은 의외로 다수 찾아볼 수 있다. 헌법은 대단히 특수

487) Kyllo v. United States 사건 2044쪽
488) 'we must take the long view, from the original meaning of the Fourth Amendment forward' 위 판례 2046쪽
489) 바넷은 스칼리아 이론은 다수 민주주의(majoritarian democracy), 사법소극주의, 정책판단이 어지럽게 뒤섞여 있을 뿐 원본주의가 아니라고 본다. Barnett, Randy E, 위 논문 15쪽
490) 칼 슈미트,(김항 역), 『정치신학』, 그린비, 27쪽
491) (1)은 스칼리아『Redaing Law』, 53쪽, (2)는 드워킨 『법의제국』, 554쪽
492)『법의 제국』493쪽,

하지만 본질적으로 제정법이다.[493]불특정 다수들이 모여 만든 법에 단일한 주관적 의도가 있다고 생각하는 것은 환상이며[494] 의도(intent)는 주관적인 것이 아니라 해석의 필요에 의해 의제된 것이므로[495] 해석자는 의미론적 의도를 통해 법을 해석해야 한다. 무엇보다도 드워킨과 스칼리아 모두 자신의 방법론이 헌법을 있는 그대로 해석한 결과이며 방법론 그 자체는 진보적, 보수적 결론 양쪽 모두 도달할 수 있고 그 자체로 이념적 도구가 아니라고 강조한다.[496]이들의 말을 진실로 받아들인다면 이들은 같은 출발선에서 시작했다. 그런데 어떻게 이렇게 상이한 방법론을 갖게 되었을까?

나. 법해석에 도달하는 자세

스칼리아, 드워킨 모두 '문언 해석'이 출발선이 되어야 한다는 데에 동의한다. 스칼리아는 법문언을 해석의 출발점으로 삼지 않는 사람은 없고 이런 의미에서 모든 사람이 원문주의자가 될 수 있다고 본다. 하지만 진정한 원문주의자는 문언에서 시작해서 문언에서 끝나야 하고 다른 도착지로 이탈하면 안된다.[497]그러나 드워킨에게 문언은 법을 구성하는 요소 중 하나일 뿐이고 법관이 진정으로 충실(fidelity)해야 할 대상은 최고법인 헌법 총체다. '문언 해석'을 하는 모든 사람은 자신의 주관을 투영해 법을 해석으로서 제시한다. 그러나 법을 통합적으로 바라보기 위해선 법해석이 단지 문언의 독해(讀解)에서 그치는게 아니라 본질을 꿰뚫는 총체적 해석(解釋)으로 나아가야 한다.[498]스칼리아와 드워킨이 말하는 '문언 해석'이란, 한쪽은 '문언 + (해석)'을, 다른 한쪽은 '(문언) + 해석'을 뜻하기 때문에 발음만 같은 동음이의어이다. 비유하자면 스칼리아는 문언이라는 트랙을 벗어나면 실격이 된다고 생각하고 달리는 주자다. 트랙을 따라가다 결승선을 통과한 바로 그 자리가 올바른 법해석이다. 반면 드워킨은 '달리기란 무엇인가?'를 고민하면서 달리는 주자다. 통합성으로의 달리기는 경기 기록 뿐만 아니라 보폭, 호흡, 심박수, 관중의 환호를 모두 고려해야 한다. 한 걸음 내딜 때마다 모든 변수가 재조정되고 올바른 달리기의 정답

493) 「Evil」, 854쪽;『법의제국』, 530쪽;
494) 본 논문 Ⅱ.2.가.(1) 및 Ⅲ.5.가. 참조
495) 『A Matter of Interpretation』, 17쪽,『법의 제국』, 88쪽
496)『Redaing Law』, 16쪽, 33쪽,『Freedom's Law』, 2-7쪽
497)『Redaing Law』, 16쪽
498)『법의 제국』, 322-323쪽

도 달라진다. 주자에게 결승선은 없다. 최선을 다하는 것 자체가 올바름인 이 달리기는 끝나지 않는다.[499] 인간의 한계를 초월한 이 주자의 이름이 헤라클레스[500]인 것은 어찌 보면 당연하다.

같은 출발선에서 달리기 시작했을 뿐 그 목적이 다른 드워킨과 스칼리아가 상이한 방법론을 갖는 것은 이 때문이다. 물론 드워킨은 달리기의 성자(聖者)라 할지라도 대회에 출전한 이상 트랙을 무시하고 달릴 수 없듯 법해석에서 법문의 중차대한 역할을 인정한다. 따라서 문언이 법관의 다른 해석을 허용하지 않을 정도로 굳건할 경우 드워킨은 스칼리아와 같은 결론에 도달할 가능성이 높다.[501]그러나 입법부가 제정한 법률을 폐기할 수 있는 예외적 상황인 사법 심사(judicial review)에서 둘의 차이는 극명하게 드러난다. 쫓아 달릴 트랙(문언)이 희미한 상황에서 스칼리아는 역사와 전통이라는 가상의 트랙을 긋고 달린다. 반면 드워킨은 온 경기장을 활용하며 보여줄 수 있는 최선의 달리기를 보여준다.

다. 차악과 최선

스칼리아는 법의 자의적 적용을 피하고 모든 시민이 법 앞에 평등하기 위해선 법이 시민들에게 명확하고 예견가능한 의미를 가져야 하고 법관이 이를 마음대로 변형해선 안된다고 본다.[502] 자신의 편견을 완벽히 제어하는 법관은 이 세상에 존재하지 않는다.[503] 사회가 변화하여 기존의 법과 맞지 않게 되더라도 법관은 이를 정말로

499) “통합성으로서의 법관념은 답이 아니라 접근방법, 문제제기의 방식”『법의 제국』, 340쪽
500)『법의 제국』, 340쪽
501) 이는 구체적 헌법 조문의 경우도 마찬가지다. 드워킨은 ‘적정절차’, ‘평등한 대우’, ‘잔인하고 비정상적 처벌’ 등과 같은 몇몇 추상적 문언에만 도덕적으로 읽기가 허용될 뿐 나머지 구체적 헌법 조문은 법률과 마찬가지로 엄격히 해석해야 한다고 보았다. 스칼리아는 드워킨처럼 대통령의 최저연령을 35세로 제한하는 헌법 규범에는 도덕적 읽기가 허용되지 않는다고 말하는 자를 온건한 비원본주의자(moderate nonoriginalist)라 부르며, 이론상으로는 원본주의와 반원본주의가 사사건건 대립할 것처럼 보이지만 실제로는 온건한 비원본주의자와 자신과 같은 줏대 없는 원본주의자는 화해할 수 없을 정도로 대립각을 세우지 않는다고 말하였다.(「Evil」, 862쪽) 이는 한국 실무계를 보아도 다르지 않다. 대법관들의 이념적 성향이 상이함에도 불구하고 의견이 갈리는 사건의 수는 극히 일부분에 불과하다. 최근 10년간 우리나라 대법원은 190건의 전원합의체를 선고하여 연 평균 20여 건이 되지만 한해 대법원 상고건수가 3만여 건을 상회하는 것을 볼 때 전원합의체 회부 비율은 0.06% 이하, 이 중 전원일치 비율이 50%로 보면 대법관들 사이에서 의견이 일치하지 않는 사건은 극히 적다고 할 수 있다. 신동진 기자, ‘10년간 전원합의체 190건 전수분석’, 동아일보, 2016. 6. 28; 이동현 기자, ‘전원합의체 선고 53%가 만장일치 … 획일화 길 걷는 대법원’, 중앙선데이, , 2014. 2. 2.
502) Stephanos Bibas, 'Originalism and Formalism in Criminal Procedure: The Triumph of Justice Scalia, the Unlikely Friend of Criminal Defendants', 94 Geo. L.J. 183, 204 (2005-2006), 188쪽
503)「Evil」, 862쪽

객관적으로 판단하여 시정할 능력이 부족하고 설령 있다고 할지라도 자신이 판단한 그대로 적용하리란 보장이 없다. 입법부의 판단 역시 불완전하지만 적어도 이는 민주적으로 선출된 대표에 의한 것이므로 민주주의적 정당성 차원에서 받아들일 수 있다. 그러나 법관은 민주적 정당성 역시 갖추지 못했다.[504]공동체가 민주주의 체계를 채택하였다면 법을 변경할 가장 적합한 능력과 정당성을 갖춘 이는 인민의 대표인 입법부이어야만 한다. 다수의 의지를 결하여 민주적 정당성을 갖추지 못한 사법부가 공동체 전체가 따를 의무·권리 또는 가치관을 부과하는 것은 부적절하다.[505]

반면 드워킨은 법을 역사적 유물처럼 객관적으로 발견할 수 있다는 신화를 버리고 법관의 구성적 해석을 통한 주관적 판단이 반드시 법해석에 들어갈 수밖에 없는 현실을 직시하라고 한다. 사회의 도덕과 법을 구별하는 궁극적 기준은 존재하지 않기 때문에 법관은 형식적 법규칙 뿐만이 아니라 당대의 법원리 역시 판단에 포함시켜야 하며 따라서 사회의 변화한 기준에 따라 같은 법문이라도 다른 해석이 가능하게 된다. 물리법칙의 증명과 같은 수준의 객관성은 법에서 이루어질 수 없다. 그러나 법관은 주관을 판결에 반영하면서도 기존의 법역사, 제도, 문화를 무시할 수 있는 것이 아니라 이에 합치하고 정당화할 의무를 가지고 있기 때문에 자의적이지 않으며 자신의 해석이 남들보다 정말로 낫다고 생각한다는 의미에서 객관적이다. 민주주의란 단순 다수결에 의한 소수자를 억압하는 장치가 아니라 모든 공동체원이 일원으로서 동등한 자격과 최소한의 권리를 보장하는 제도로서 이해될 때, 법관이 다수의 의견에 반하여 판결을 내리는 것은 오히려 법관의 민주적 역할을 수행하는 것이다.

스칼리아는 문언이 부정확하면 법관은 법해석을 제대로 할 수 없다고 생각한다. 어떤 방법론이든 결함이 있을 수밖에 없고 불가피하게 나쁜 결과를 초래할 수 있으므로 법관은 최대한 자제해야만 한다.[506] 스칼리아가 방법론을 악마에 비유하면서 그 중에서 차악(遮惡, The lesser evil)인 원본주의를 택한 것은 당연한 귀결이다.[507] 반면 드워킨은 법에 대한 해석은 정답이 있다고 생각한다. 방법론은 덜 나쁜 것이

504) 「Response」, 147쪽
505) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472 (2003)
506) 스칼리아는 사법 심사(judicial review)를 수행하는 연방대법원의 역할을 도서관에서 일하는 사서에 비유하며 같은 실력의 두 후보자가 사서직에 지원을 했는데 한쪽은 과묵하고 다른 쪽은 말이 많다면 단연코 과묵한 쪽이 사서직에 어울린다고 설명한다. 「Evil」, 864쪽
507) 「Evil」, 862쪽

아니라 반대로 가장 최선(the best)의 길을 알려준다. 달리기 선수 A는 달리는 길을 알려주는 트랙이 없으면 달려선 안된다고 생각한다. 선수 B는 트랙이 없다고 기준이 없는 것은 아니고 여전히 최선의 달리기를 할 수 있다고 생각한다. A는 트랙이 지워진 경기장을 뛰어다니는 B가 분수도 모르고 날뛴다고 생각하고 B는 A가 달리기의 참뜻을 망각하고 있다고 생각한다. A와 B가 누구인지는 다 알 수 있을 것이다.

Ⅴ. 구체적 사례 검토 - 우리나라의 경우

1. 법의 지배와 법학 방법론

현대 민주주의 국가에 '법의 지배'(法治, rule of law)가 적용되어야 함을 부정하는 사람은 없다. 그러나 무엇이 법의 지배인지에 대해 서로 다른 관념을 가지고 있다. 스펙트럼의 양 끝에 정부의 행위가 법에 의해 정해져 있기만 된다는 '법에 의한 지배'(rule by law)부터 법이 실질적으로 정의로워야 한다고 요구하는 '농후한 법의 지배'가 있다.[508] 전자는 형식적인 법의 존재와 이를 엄격히 집행하는 것을 강조하므로 예견가능성이 매우 높아지는 반면 구체적 타당성이 떨어진다. 반대로 후자는 구체적 타당성을 높여 실질적 정의실현을 추구한 결과 법관의 재량과 권한이 커지고 그 결과 미리 정해진 법에서 어떤 판결이 나오기 예견하기 어려워 진다. 순수하게 어느 한쪽만 취하는 법률가도 없지만 마찬가지로 정확하게 이 둘의 중간을 취하는 것도 불가능하다. 따라서 법의 지배에 대한 어떤 관념이든 예견가능성과 구체적 타당성의 두 무게추 중 어느 한 쪽을 더 중시할 수밖에 없고, 자신이 인정하든 부인하든[509]원본주의자/반원본주의자(해석주의자/비해석주의자) 또는 사법적극주의/사법소극주의의 이분법 중 한 곳에 자리 잡으며, 그 위치에서 어떤 이론적 정당화를 펼치느냐에 따라 다양한 법치주의의 유형이 파생된다.

508) 물론 이 둘은 개념상 법의 지배(rule of law)와 다르다고 설명된다. 그러나 어떤 입장이 그에 반대되는 입장을 비판할 때 이 둘은 '나쁜 법의 지배'의 전형으로 기능하고 그 단점을 상대방의 이론을 공격하는데 사용한다. 예를 들어 정의로운 법을 강조하는 측은 반대편의 법치는 통치자의 지배 수단(rule by law)에 불과하다고, 법률의 형식을 강조하는 측은 반대편을 법관의 자의적 지배(juristocracy)에 지나지 않는다고 비판한다. 따라서 이 둘은 모든 법의 지배 관념의 유토피아/디스토피아라고 할 수 있다. 실제로 김도균은 둘을 법에 의한 통치(유형 (Ⅰ)-A), 실질적 평등(유형 (Ⅱ)-C)로 법치주의 아래 포섭하고 있다. 아래 표 참조

509) 드워킨 자신은 비해석주의자가 아니라고 생각했지만, 학계는 대체로 드워킨을 비해석주의자로 평가한다. 심지어 드워킨은 반원본주의자임을 누누이 밝혀왔음에도 그를 원본주의자 계열에 위치시키는 학자들이 존재한다.

[법치관의 유형]

	A	B	C
형식적 법치관 (I)	I-1 법에 의한 통치(rule-by-law): 통치행위의 수단으로서의 법	I-2 형식적 합법성(통치의 제한): 일반성, 소급효금지, 명확성, 안정성	I-3 민주주의+합법성: 합의에 의해서 제정된 법의 지배 (민주적/공화주의적 법실증주의)
실질적 법치관 (II)	II-1 개인의 권리보호: 재산권, 계약권, 사생활의 보호, 사적 자치의 원리 (자유지상주의적 자연법론)	II-2 동등한 인간존엄성/정의의 요청 (평등자유주의적 자연법론)	II-3 실질적 평등, 복지권, 공동체의 보호, 인권실현의 사회경제적 기반 (사회민주주의적 자연법론)

510)

거칠게 분류한다면 [형식적 법치주의 - 높은 예견가능성 - 사법소극주의(=법관의 낮은 재량) - 낮은 구체적 타당성 - 원본주의], [실질적 법치주의 - 사법적극주의(=법관의 폭넓은 재량) - 높은 구체적 타당성 - 낮은 예견가능성[511] - 반원본주의]의 쌍이 성립할 수 있고 스칼리아는 전자, 드워킨은 후자에 속한다. 예컨대 법의 지배를 '법공동체의 구성원이 미리 정해진 규칙에 의하여 얻게 된 공권력의 행사방식에 관한 충분한 지식을 토대로 자신의 삶을 설계하고 영위해 나갈 수 있는 법적 상태'[512]라 정의할 때 이는 형식적 법치주의/원본주의적 견해에, '국가가 제정한 실정법 이상의 원리, 입헌적 법질서의 배경가치를 이루는 원리들에 그 근원을 두고 있는, '법에 있어서 실정법을 넘어서는 무엇'의 지배를 포함'[513]하여 법치주의를 정의하면 실질적 법치주의/반원본주의적 견해에 근접하게 된다.

법학 방법론을 "법의 해석과 적용에 관한 이론"이라고 정의할 때[514] 일반·추상적인

510) 김도균. "칸트와 법치주의." 철학사상, 24 (2007.06): 35-80. 47-49쪽.

511) 실질적 법치주의자들은 예견가능성이 떨어진다는 점을 부인할 수도 있다. 실제로 드워킨은 통합성으로서의 법과 법관 헤라클레스는 해당 사안의 '정답'을 찾을 수 있다고 보므로 이에 따르면 결코 예견가능성이 떨어진다 할 수 없다. 그러나 스칼리아가 지적했듯 세상엔 논거로 인용할 훌륭한 사람들이 너무 많고 그 중 누구를 인용하는지에 따라 결론은 달라지므로 드워킨의 견해는 오직 드워킨에게만 예견가능할 뿐이다.

512) 조홍식, '물경시정치 - 비례입헌주의를 주창하며', 서울대학교 법학 제49권 제3호(2009), 98쪽. 조홍식은 하이예크(Hayek)의 정의를 인용하고 있는데, 이는 법과 도덕의 관계에서 분리테제를 지지하는 법실증주의자의 견해이며 '실정법의 지배'이자 형식적 법치관으로 이해된다. 김도균, 위 논문, 45쪽

513) 김도균, 위 논문, 46쪽; 김도균이 위와 같은 정의를 직접 표명하고 있지 않지만 한국 사회의 법과 정의 문제에 천착하며 '정의가 법이 지향하는 중요한 이념임을 받아들이는'점에 비추어 김도균의 법치관 이라 해도 무방하다 본다. 김도균, '한국 법질서와 정의론: 공정과 공평, 그리고 운의 평등', 서울대학교 법학 제53권 제1호 2012년 3월 325~413면

514) 김영환, '한국에서의 법학방법론의 문제점 - 법발견과 법형성 : 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로 -', 한국법철학회, 법철학연구 제18권 제2호(2015) 136쪽. 그러나 해석이 없는 적용은 불가능하며 적용 없는 해석은 무의미하므로 이 둘은 개념상 분류일 뿐 사실상 한 쌍으로서 법학 방법론을 구성하고 있다고 보아야 한다. 따라서 이하에서 '법해석론'이라는 용어는 법학 방법론 전반을 아우루는 의

이론의 느낌이 강하게 들어 법실무에는 도움이 되지 않는다고 쉽게 생각할 수 있다. 그러나 법의 지배는 사법과정을 통해 법을 해석하고 적용함으로써 비로소 달성될 수 있기 때문에 법학 방법론에 대한 성찰과 검토는 반드시 필요하며, 방법론이 부재한 판결은 사법국가(juristocracy) 또는 법관의 지배에 불과하고 법의 지배라 할 수 없다.[515] 더욱이 법학 방법론은 '무엇이 법인가'에 대한 법관의 태도에 결정적인 영향을 미치며 이는 한두 명 차이로 사건의 결론이 뒤바뀌는 전원합의체의 결론이 법학 방법론에 지대한 영향을 받는다는 것을 의미 한다.[516]예를 들어 대법원은 9:7로 형법 제55조 제6호[517]의 '다액'은 소액도 포함한다고 판시[518]하면서, 다수의견은 이 해석이 법문의 의미 범위를 넘어 섰다는 반대의견에 대해 다음과 같은 반론을 펼친다.

(죄형법정주의는) 입법정신을 해하지 않는 범위내에서 국민들에게 불이익이 되지 않는 방향으로 그리고 합리적으로 해석하는 것까지도 절대적으로 금하려는 것은 아닌 것으로 생각된다. 또 사회현상이 급속도로 변천되고 법률이 미쳐 그 사회변천에 따라가지 못하여 그 법률과 사회실상과의 괴리가 심하게 되어서 해석여하에 따라서 그 결과가 심히 부당하게 혹은 국민에게 가혹한 결과를 가져온다고 보일 때에 이를 완화하는 방향으로 "해석"함은 형법해석에서도 불가능한 것이 아닐 뿐 아니라 필요한 것이라고 할 것이다. 모든 법은 법규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도에서 이를 합리적으로 해석함으로서 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현상에 적응시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정등을 촉구하는 것은 오히려 법원의 임무에 속하는 일이고 **법률개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 그 뒤쳐진 법규정의 재래적 해석적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 뻔히 알면서 이를 그대로 따를 수 밖에 없다고 체념해 버리는 것은 온당치 않은 태도라고 생각한다**.

미로 사용된다.

515) 안준홍, '법의 제국과 법의 지배', 한국법철학회, 『법철학연구』 19권 1호(2016) 54쪽; 박은정 역시 `법해석방법론은 법해석과정에서 법관의 자유에 일정한 제약을 가하고 법관의 법률구속이념을 실현하기 위해 고안되고 발전된 것이다.'라며 법학방법론과 법치주의의 연관관계를 분석하고 있다. 박은정, '법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심', 서울대학교 법학 제57권 제2호 2016년 6월 63~103면 77쪽

516) 드워킨 역시 형식적 법치관을 취하는 법관은 사법소극주의, 실질적 법치관의 법관은 사법적극주의의 경향을 띠며 서로 상반된 결론에 도달한다고 주장한다. 『A Matter of principle 』, 1장 Political Judges and the Rule of law,

517) 형법 제55조(법률상의 감경)

① 법률상의 감경은 다음과 같다. <개정 2010.4.15>

6. 벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다.

518) 대법원 1978. 4. 25. 선고 78도246 전원합의체 판결

다수의견은 법전에 쓰여진 대로만 법을 해석하고 적용할 경우 불합리한 결과가 나온다면 법관은 이를 시정할 책임이 있다는 사법적극주의를 취한다. 이에 반해 반대의견은 사법소극주의의 전형적인 논변으로 맞선다.

법률에 명문규정이 있어 그 의미내용이 명확할 경우에는 비록 그 법규가 그보다 앞질러 진전하는 경제 기타 사회적 실정에 아니 맞는다 하더라도 법관은 모름지기 국회의 입법작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 사회적 실정에 맞게 하기 위한다 하여 또는 피고인에게 유리하게 해준다 하여 명문규정을 억지로 고쳐서 적용하여서는 아니된다 할 것이다. 따라서 본건 다수설과 같이 다액이라는 명문을 금액으로 고쳐서 해석한다는 것은 **법관의 법률해석권의 범위를 일탈하여 국회의 입법권을 침해**하는 것이라는 비난을 받아도 할 말이 없을 것이다.[519]

법학 방법론은 결론을 정당화하는 수단이 아니다. 반대로 결론에 다다르는 길이다. 물론 법관은 자신이 선택한 또는 우연히 걷게 된 길을 이탈하여 다른 목표지점에 도달할 수 있다. 하지만 이를 지켜본 사람들은 길과 도착지의 불일치를 쉽게 알아챌 수 있다. 법관이 자주 그리고 일관성 없이 일치와 불일치를 왔다 갔다 한다면 우리는 그가 법이 아닌 자의에 의해 판결을 내린다고 비난할 강한 이유를 갖게 된다. 법학 방법론은 법의 지배가 이루어지고 있는지를 점검할 수 있는 가장 법적인 수단이며 따라서 현재 대법원, 헌법재판소가 어떤 법학 방법론을 취하고 있는지를 확인하는 작업은 매우 중요하다.

2. 한국 법해석론의 문제점

한국에선 법해석 방법론으로 문리, 논리, 체계, 역사, 목적론적 해석 및 객관·주관적 해석, 유추해석, 반대해석, 종합적 해석 등이 법학서와 판례에 언급된다. 그러나 이

519) 반대의견은 또한 '무릇 재판할 사안에 대하여 적용할 법규가 없을 경우 법관이 법률이념에 맞도록 다른 법규를 유추적용 한다던가 또는 법규가 있기는 있으되 그 의미 내용이 모호 애매할 경우 법관이 그 입법취지에 따라 적절한 해석을 함으로써 그 법규의 의미내용을 확정 한다던가 하는 작업은 법관의 직권인 동시에 직무라 할 것이고 그와 같은 작업의 결과가 법률의 형식적 연원의 하나가 될 때 이를 판례입법이라고 일컫는다.' 고 덧붙이고 있는데 이는 법실증주의 법해석론의 훌륭한 요약으로 당시 반대의견은 법실증주의를 충분하게 이해하고 자신의 사법관으로 삼고 있었음을 알 수 있다.

런 해석론은 구체적인 사례를 논할 때 주장을 지지하는 논거로 활용될 뿐 한국의 일반적 해석 이론은 정립되지 못했으며 독일 학자들의 책만 몇 권 번역되어 출판되어 있는 실정이다.[520] 실무로 눈을 돌리면 상황은 더 악화되어 대법원은 일관되고 체계적인 법해석론이 존재하지 않을 뿐만 아니라 오히려 구체적 타당성의 필요에 따라 결론이 정해지면 이를 정당화하는 근거로 해석 방법이 선택된다는 느낌을 지울 수 없다.[521] 그 결과 종합적·목적론적 해석이 자주 이루어지지만 방법론상 계열을 위치 짓기 어려운 '입법취지'[522]라는 용어를 사용함으로써 구체적으로 어떤 방법을 사용 하였는지 그리고 그 방법이 제대로 적용되었는지 및 다른 판례에서 적용된 해석론과 모순되지 않는지 등에 대한 비판적 연구는 거의 전무한 실정이다. 그 결과 학자에 따라 우리 대법원은 문리해석보다 목적론적 해석을 최우선으로 삼는다는 견해[523]문리 해석을 중시한다는 견해[524]드워킨의 통합성 개념을 취해 종합적 해석론의 경향을 보인다는 견해[525]가 다양하게 주장되나 이는 다른 시기의 다른 판

520) 김영환, 위 논문, 140쪽 및 각주 12번 참조

521) 특히 사법 분야에는 법률 해석을 통해 의미를 밝히고 난 뒤 '신의 성실의 원칙', '공평의 원칙'을 이유로 결론을 뒤집는 판례가 종종 나온다. 이러한 결론이 법률 해석론으로 타당하게 설명될 수 있는지는 별론으로 하더라도, 수백 수천명의 이해관계가 얽힌 사건에서 법관 몇 명의 판단으로 법이 말하는 바를 '신의 성실의 원칙에 반한다'는 한줄로 뒤집어 버리는 것이 법치주의 및 민주주의 관점에 정당한지에 대해 진지한 논의가 이루어진 적이 있는지 의문이다. 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결의 다수의견은 원고가 주장하는 금액이 근로기준법상 통상임금에 해당한다고 보면서 이를 청구하는 것은 신의칙에 반한다고 판단하였다. 이에 대해 반대의견은 '근로기준법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 그 강행규정성을 배척하는 다수의견의 논리는 너무 낯선 것이어서 당혹감마저 든다. 그리고 거듭 살펴보아도 그 논리에서 합리성을 찾을 수 없다.'며 불합리성을 성토하였다.

522) 이를 입법자의 의사로 이해할 경우 역사적·주관적 해석이 되지만, 이를 입법자와 독립적이고 객관적으로 발견 가능한 목적이라고 이해할 경우 객관적·목적론적 해석이 된다. 해석 방법론은 서로 보완적 기능을 수행하므로 양자가 반드시 배척하는 관계라고 볼 수는 없으나 판례가 둘을 구별하지 않고 한 단어로 묶어 부르며 해당 판결에서 주로 사용한 방법론이 무엇인지 부터가 논란이 되는 것은 큰 문제이다.('동물보호법의 목적과 입법 취지, 동물보호법 제8조 제1항 각 호의 문언 및 체계 등을 종합하면' 대법원 2016.1.28.선고 2014도2477 판결; '유통산업발전법의 입법 목적 등과 아울러 … 그 취지가 있는 것으로 보이는 점' 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결; '입법적으로 해결하여야 할 분야에 입법 취지를 넘는 해석을 하는 것은 헌법상의 원칙에 반하며' 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결; '제262조의 자수를 그 입법 취지와 목적에 비추어' 대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결; '입법 의지에 기인한다…입법 목적,해당 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지' 대법원 2016.7.21.선고 2013도850전원합의체 판결.) 한편 판례는 제도의 취지라는 용어를 사용하기도 하는데 목적론적 해석에 조금 더 근접하는 듯 보이나 역시 불명확하다.('형평의 원칙이나 한정승인제도의 취지' 대법원 2016.5.24.선고 2012다87898판결; '추진위원회 제도의 입법 취지를 형해화할 정도에 이르는 경우에 한하여' 대법원 2014. 4. 14. 선고 2012두1419 전원합의체 판결) 실제로 이계일은 '입법취지'라는 단어를 역사적·주관적 해석론과의 연관관계에서 파악하고 있는데(이계일, '법해석기준의 서열론에 대한 비판적 연구', 한국법철학회, <법철학연구> 18권3호 (2015), pp.125-184, 132쪽) 김영환은 이것이 입법자의 의사인지 객관적 법의 목적인지 불분명하며 한국의 법해석 논쟁은 입법취지라는 개념 앞에서 유명무실해진다고 비판한다. 김영환, 위 논문, 153쪽

523) 오세혁, '한국에서의 법령해석 -우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석', 한국법철학회, <법철학연구> 6권 2호. 2003 pp.119-150. 144쪽

524) 최봉철, '문언중심적 법해석론 비판', 한국법철학회, <법철학연구> 2권 0호. 1999 pp.271-296

525) 김도균, '우리 대법원 법해석론의 전환 : 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성을 향하여', 법철학연구 제13권 제1호(2010) 103쪽

례를 분석한 귀결일 뿐이고 우리 대법원은 형식상 문리 해석의 우선성을 천명하긴 했으나[526] 문리 해석과 다른 법률 해석 방법론사이의 관계 및 언제 어떻게 다른 방법이 활용될 수 있는지에 대한 통일되고 일관된 이론이 존재하지 않다고 하는 것이 옳다.[527]

헌법재판소와 헌법재판의 경우 법해석방법론은 사법소극주의와 적극주의의 양상으로 나타난다. 미국 헌법과 다르게 대한민국은 법률 최고심인 대법원과 별도의 기관으로 독일식 헌법재판소를 설치하고 법률의 위헌여부를 심판하도록 규정하고 있다.[528]따라서 연방대법원의 위헌 심사(judicial review)의 합헌성 문제와 맞물려 사법소극주의가 강력하게 요청되는 미국에 비해 대한민국은 사법적극주의가 발현할 여지가 크고 실제로 30여년간 '헌법의 수호자'로서 임무를 적극적으로 수행해왔다.[529] 그러나 그 결과 사법의 정치화 또는 사법 통치(juristocracy)[530]의 문제가

526) '법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.'(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결)

527) 김영환, 위 논문; 최봉철, 위 논문; 실제로 대법원은 '법률의 해석은 해당 법규정이 속하는 법체계 전체의 논리적 맥락에 따라 입법 목적을 고려하여 법률에 사용된 개념과 문언의 의미를 구체화하는 것이다. 남북 분단의 장기화·고착화로 인해 민간 차원의 남북교류가 단절된 현실에서 남한주민 과의 가족관계에서 배제된 북한주민을 보호할 필요가 있음을 부정할 수 없으며, 이러한 사정은 남·북한주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 법률관계의 안정을 도모할 목적으로 제정된 남북가족특례법을 해석·적용할 때에 적절히 반영하여야 할 것이다.'(대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결)라며 입법 목적을 적절히 반영해야 할 필요성을 강조해 문리 해석의 우월성을 천명한 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결을 무색케 한 바 있다.

528) 제111조 ①헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.
1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판
2. 탄핵의 심판
3. 정당의 해산 심판
4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판
5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판

529) 최대권은 비슷한 문화를 공유하는 일본에 비해 한국의 위헌법률심판이 활발한 것은 오랜 독재 체제 하에 억압받았던 집단 및 사회세력이 민주화 이후 사회적 화합보다는 정치적 변화를 요구하는 집단 동태 현상(group dynamism)을 보이기 때문이며 한국의 헌법재판은 명백히 사법적극주의의 모습을 띤다고 진단한다. 최대권, '비교 사회,문화적 문맥에서 본 사법적극주의와 사법소극주의 - 하나의 탐색 -', 서울대학교 법학, Vol.46 No1 pp.19-39 25쪽; 정종섭도 군사독재에 대한 반성으로서 헌법재판소가 국민의 기본권을 보장하려는 적극적인 태도가 발현된다고 진단한다. 정종섭, '한국의 민주화에 있어서 헌법재판소와 기본권의 실현 - 1988년부터 1998년까지', 서울대학교법학 제40권 제3호(1999), 228쪽

530) 양건은 사법통치를 '법원·헌법재판소 같은 사법기관을 중심으로 정치적 목적의 실현과 공공적 쟁점의 해결이 추구되고, 특히 헌법재판이 그 중심이 되는 헌정운용의 양태'로 정의한다. 그는 한국 헌법재판소가 1988년부터 2006년까지 판시한 위헌법률심판·헌법소원 중 한정위헌·헌법불합치를 포함한 위헌결정 비율은 23.1%에 달할 정도로 한국 헌법재판소는 세계적으로도 손꼽히는 사법적극주의적 기관이라고 말한다. 양건, '87년 헌법의 운용상 특징과 헌법개정 문제 -"사법통치"및"분할정부"현상을 중심으로-', 한양대학교 법학연구소, <법학논총> 24권 2호. 2007 pp.105-125. 106-109쪽

대두하여 헌법재판소는 모든 국가 작용을 국민의 기본권과 엮어서 심판하는 '헌법의 지배자'가 되었다고 비판받기도 한다.[531]헌법재판소는 국가의 헌법상 의무[532], 정당해산[533], 정책[534]·제도[535], 선거[536]는 물론 대법원의 법해석[537]까지 적극적으로 판단한다.[538]그러나 헌법재판소는 동일한 법률에 대해 몇 년 만에 합헌에서 위헌으로 결론을 바꿔[539] 판단의 합리성 및 정당성에 의구심이 제기되기도 한다.[540] 헌법이 살아있는 생명체처럼 사회변동에 발맞추어 개념이 변화하는지 만약 사회변동을 헌법해석에 반영해야 한다고 하더라도 입법이 아닌 9인의 헌법재판관이 결과적으로 결정권을 갖는 상황이 과연 합당한지에 대한 깊은 논의[541]가 실무적으로 진행되고 있지 않다.

물론 앞에서 언급 하였듯 사건을 해결하는데 단 하나의 방법론만 사용될 순 없고

---

531) 한수웅, '헌법재판의 한계', 중앙법학 제17집 제3호, 2015.9, 7-51. 8-10쪽

532) 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788(청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정' 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위를 위헌이라 선언)

533) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1(통합진보당 해산 사건)

534) 헌재 2016. 9. 29. 2012헌마1002등(사법고시 폐지가 직업의 자유를 침해하는지에 대하여 5:4의견으로 합헌 결정)

535) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254(산업재해보상보험법이 근로자의 통상적인 출퇴근을 산업재해에서 배재하는 것은 산재보험의 생활보장적 성격에 반한다고 보아 위헌 결정)

536) 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192 등(국회의원 선거구간 인구편차가 1:3이 되는 것은 선거권과 평등권을 침해한다고 판시하며 대안으로 1:2를 제시), 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92 등(국회의원 선거구간 인구편차 기준으로 1:3 제시), 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224 등(국회의원 선거구간 인구편차 기준으로 1:4제시), 한편 헌재 2009. 3. 26. 2006헌마67(자지단체 의회 선거구 인구편차 1:4 제시)

537) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등(헌법재판소가 한정위헌 결정을 한 법률을 적용한 법원의 판결을 취소), 헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123 등(신청인이 조세처분취소소송에서 법원 확정판결이 난 뒤 헌법재판소가 확정판결의 근거가 된 법률은 실효된 것이어서 조세법정주의에 반한다고 판단한 사건)

538) 반면 국회와 대통령에 대하여는 매우 소극적인 태도를 보이고 있다.(신종철 기자, '금태섭 "헌재, 국회의장 권한쟁의심판 인용 0건"…정세균은?', 로이슈 2016-10-04) 헌법재판소는 '권력분립의 원칙이나 국회의 위상과 기능에 비추어 그 자율권은 존중'해야 하며(헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1) '헌법 규정을 명백히 위반한 흠'이 있는 경우 위헌을 확인할 수 있지만(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등) 입법부가 위헌을 시정하는 조치를 취하지 않아도 이를 강제할 기속력이 없다고 본다.(헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12). 또한 대통령의 통치행위는 사법심사의 대상이 된다고 보면서도(헌재 1996. 2. 29, 93헌마186) '고도의 정치적 결단'에 '사법적 기준만으로 심판하는 것은 자제'되어야고 판단한다.(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814),

539) 위 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254 반대의견에서 김창종, 서기석, 조용호 재판관은 '헌법재판소가 심판대상조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 밝힌 것이 **불과 3년 전**이다. 심판대상조항의 위헌 여부를 헌법재판 테두리 안으로 다시 끌어와 이전보다 엄격히 판단해야 할 정도로 헌법현실이 급변한 것으로는 보이지 않고, 달리 새롭게 해석할 필요성도 찾을 수 없다. 이러한 점에 비추어 보면, 심판대상조항이 헌법에 위반되지 않는다는 선례의 판단을 섣불리 변경할 것은 아니다.'(강조 논자)라고 비판한 바 있다.

540) 김능환 전대법관은 퇴임사에서 '헌법재판소는 여러 번에 걸쳐 합헌이라고 선언했던 법률을 헌법이 바뀐 것도 아닌데 어느 날 갑자기 위헌이라고 하고, 또 헌법이나 헌법재판소법에서는 법률의 위헌 여부를 심판하라고 규정하고 있으므로 어느 법률이 헌법에 위반되는지 위반되지 않는지를 선언해야 하는데도, 그렇게 하지는 않고 법률의 해석론을 전개해 어느 법률을 이렇게 해석하면 헌법에 위반된다고 한다.'고 헌법재판소를 비판한다. 로이슈, '김능환 대법관, 헌법재판소 비판…이건희 회장 꼬집어', 2012-07-10

541) 이는 형식상 사법기관의 외형을 취하는 헌법재판소의 성격이 무엇이며 정치적 역할을 어디까지 안정할 수 있는지에 대한 논의와 연결된다. 이에 관하여 한수웅, 위 논문, 11-19쪽

만고불변의 서열을 정하는 것은 가능하지도 타당하지도 않다.[542] 미국의 경우만 보더라도 새로운 판결이 내려질 때마다 해석주의/비해석주의 또는 원본주의와/반원본주의를 널뛰기 한다. 그러나 적어도 미국은 판결문을 집필하는 자나 이를 반대 또는 비판하는 자 모두 자신이 취하는 방법의 이론적 근거를 대략적로나마 인식하고 방법론의 발전 역사에서 다투어진 논거들이 반복·개량되며 현시대 미국의 방법론으로 끊임없이 태어나고 있는 것을 앞서 확인한 바 있다. 또한 고 스칼리아, 토마스 대법관과 스티븐스 전 대법관은 실무가로서 법학 방법론의 조류를 이끈 반면 대한민국에서 방법론은 일부 학자들의 논의 사항일 뿐 현직 실무가들은 관심이 전무하다고 해도 과장이 아니다.[543]법학 방법론은 결론에 결정적인 영향을 미치기 때문에 법관은 자신의 방법론을 고민해야 하고 필요한 경우 판결의 이유와 마찬가지로 판결문에 기재해야한다. 그래야만 사법의 정당성이 확보될 수 있고 때문에 실무에서 법학 방법론의 고민이 요청된다.

법학 방법론은 단지 '왠지 타당할 것 같은' 직관이나 개인적인 선호·경향으로 결정되어서는 안되며[544] 결론을 내린 후에 갖다 붙이는 장식이어서는 더더욱 안된다. 법관에게 판결의 이유를 판결문에 적시하도록 하면 법관은 이유를 합리적으로 기재하기 위해 자신의 판단을 끊임없이 자문하고 수정하게 되고 그 결과 법치주의에 근접하게 된다. 이는 법학 방법론도 마찬가지다. 음주를 한 자는 직선을 따라 똑바로 걸어 보기 전까지는 자신의 판단이 문제가 없다고 생각한다. 걷고 난 다음 자신이 서 있는 곳이 원래 위치보다 얼마나 떨어져 있는지를 보고서야 취했다는 사실을 인정한다. 법관은 자신의 방법론을 고민하고 이를 사건에 적용 및 제시하기 전까지는 결론이 편향돼 있지 않은지 알 수 없다. 실무에서 법학 방법론이 중요하게 다루어져야 하는 이유는 바로 이 때문이다.

---

542) 이계일, '법해석기준의 서열론에 대한 비판적 연구', 한국법철학회, <법철학연구> 18권3호 (2015), pp.125-184

543) 이는 미국 연방대법관이 자서전을 비롯하여 논문, 강연, 법률서 출판 등 자신의 이론을 대중에게 표출하는 기회를 많이 갖는데 반해 한국에선 여러 이유로 이러한 작업이 이루어지지 않기 때문이라고 본다. 최근 김영란 전 대법관이 퇴임후 『다시 판결을 생각한다』(창비)를 출간하였는데 전·현직 대법관이 자신이 내린 판결에 대해 의견을 정리한 최초의 서적으로 앞으로 이런 형태의 서적이 더 많이 나오고 이에 대한 학술적 논의가 활발히 진행되어야 방법론 역시 발전할 수 있다고 본다. 한편 현직 법관이 쓴 책으로 문유석의 『판사유감』(21세기북스), 유영근의『우리는 왜 억울한가 : 법률가의 시선으로 본 한국 사회에서의 억울함』(타커스) 등이 있으나 법학 이론서라고 보기엔 부족하다.

544) 헌법 제103조는 '법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.'라고 규정하고 있다.

3. 헌법 해석과 법률 해석

가. 객관성, 예견가능성, 유추해석

법해석에서 객관성과 예견가능성은 동의어로 혼동되기 쉽다. 두 개념 모두 해석자인 법관의 자의를 최소화하고 판단 결과에 대한 신뢰를 높이며 그 결과 법치주의의 실현에 도움을 주기 때문이다. 대다수의 경우 이 둘을 혼용해서 사용하더라도 의미 전달에 문제가 없으므로 객관적 법해석은 예견가능해야 한다거나, 역으로 예견가능한 법관의 판단은 객관적이라는 평가를 내리기 쉽다. 그러나 실무에서 객관성이란 단어의 용례는 다종다양하다. 판례는 과학적 물리성[545], 학문으로서의 진리[546], 사회통념상 인식 가능성[547], 합리성[548]등의 뜻으로 '객관성'을 호명한다. 한편 객관성

545) 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 방법으로서 형사소송법 제312조 제2항 에 예시되어 있는 영상녹화물의 경우 형사소송법 및 형사소송규칙에 의하여 영상녹화의 과정, 방식 및 절차 등이 엄격하게 규정되어 있는데다(형사소송법 제244조의2, 형사소송규칙 제134조의2제3항,제4항,제5항 등)피의자의 진술을 비롯하여 검사의 신문 방식 및 피의자의 답변 태도 등 조사의 전 과정이 모두 담겨 있어 피고인이 된 피의자의 진술내용 및 취지를 과학적·기계적으로 재현해 낼 수 있으므로 조서의 내용과 검사 앞에서의 진술 내용을 대조할 수 있는 수단으로서의 **객관성**이 보장되어 있다고 볼 수 있으나,피고인을 피의자로 조사하였거나 조사에 참여하였던 자들의 증언은 오로지 증언자의 주관적 기억 능력에 의존할 수밖에 없어 객관성이 보장되어 있다고 보기 어렵다. 결국 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형사소송법 제312조 제2항 에 규정된 '영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법'이란 형사소송법 및 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작된 영상녹화물 또는 그러한 영상녹화물에 준할 정도로 피고인의 진술을 **과학적·기계적·객관적**으로 재현해 낼 수 있는 방법만을 의미하고,그 외에 조사관 또는 조사 과정에 참여한 통역인 등의 증언은 이에 해당한다고 볼 수 없다. 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도16586 판결

546) 대학수학능력시험(이하 '수능시험'이라 한다)의 출제원칙이 학교 교육 정상화에 기여할 수 ○○고등학교 교육과정의 내용과 수준에 맞추어 출제하는 것이라고 하더라도,고등학교 교육과정의 교과서로 출제범위가 제한된다는 것은 교과서가 진실한 정보를 담고 있다는 것을 전제로 하는 것이다. 그러므로 출제 문항이 사실에 대한 일반적인 학문적 평가나 판단을 구하는 것이 아니라 **객관적 사실** 자체의 정오 여부를 묻고 있는데 출제의도에 의하여 정답으로 예정된 답안이 객관적 사실 즉 진실과 일치하지 않는 경우에는 비록 ○○고등학교 교육과정을 마친 평균 수준의 수험생들이 출제의도에 의하여 정답으로 예정된 답안을 선택할 수 있고 그렇게 선택하는 데 별다른 장애를 받지 않는다고 하더라도, 학생들에게 진리를 탐구하도록 하는 ○○고등학교 교육과정의 정상적인 이수에 ○○대학수학능력의 존부를 측정하는 수능시험의 특성 및 문항 자체가 객관적 사실에 부합하는 답항을 정답으로 선택할 것을 요구하는 점들을 고려할 때 출제의도에 의하여 정답으로 예정되었지만 진실에는 부합하지 않는 답항뿐만 아니라 **객관적 사실 즉 진실**이 기재된 답항도 함께 정답으로 인정하여야 하고, 이러한 **객관적 사실 즉 진실**이 답항으로 구성되지 않는 경우에는 출제의도에 의하여 정답으로 예정된 답항만을 정답으로 인정하여서는 안 된다. 서울고등법원 2014. 10. 16. 선고 2014누40724 판결

547) 1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 **객관적**·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고, 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라,1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다. 여기서 구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 **객관적으로 외부에 표시**되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고,이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다. 대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결

을 판단하는 기준 주체는 법률 전문가적 식견이 없는 일반인[549], 합리적인 법률 전문가[550]로 나뉜다. 객관성에 대한 일반·추상적 정의가 같아도 다시 판단 주체에 따라 구체적 기준이 달라지므로 판례의 태도를 조합하면 10여개 이상의 서로 상이한 기준을 모두 '객관적'이라고 말할 수 있다. 예견가능성이 높다는 뜻을 '준법정신을 가진 사회의 평균적 일반인이 법을 해석했을 때 도달하는 판단이 보편적이고 대부분 같은 결론에 이르는 것'[551]으로 이해할 때 예견 가능성과 객관성은 서로 다른 개념임을 알 수 있고 둘은 아래의 예에서 보듯 상충할 수 있다.

Ⓐ '기각'이라 말 밖에 입력되어 있지 않은 AI법관

Ⓑ 한명의 법관을 제외한 나머지가 색맹인 나라에서 색깔 확인 임무를 맡은 법관

Ⓐ에서 모든 사람은 AI법관이 어떤 판단을 할지는 확정적으로 예견가능하다. 그러나 AI법관을 객관적 이라 평가 하지 않는다. Ⓑ의 법관은 객관적이지만 그가 어떤

548) 저작권자의 허락 없이 저작물을 이용한 사람은 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 이용료 상당액의 이익을 얻고 이로 인하여 저작권자에게 그 금액 상당의 손해를 가하였다고 보아야 하므로, 저작권자는 부당이득으로 이용자가 저작물에 관하여 이용 허락을 받았더라면 이용대가로서 지급하였을 **객관적으로 상당한** 금액의 반환을 구할 수 있다. (중략) 이용계약의 내용,저작권자와 이용자의 관계,저작물의 이용 목적과 이용 기간, 저작물의 종류와 희소성, 제작 시기와 제작 비용 등과 아울러 유사한 성격의 저작물에 관한 이용계약이 있다면 그 계약에서 정한 이용료, 저작물의 이용자가 이용행위로 얻은 이익 등 변론과정에서 나타난 여러 사정을 두루 참작하여 **객관적이고 합리적**인 금액으로 부당이득액을 산정하여야 한다. 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다82385 판결

549) '선거운동'은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 **객관적**으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. (중략) 선거 관련 국가기관이나 법률 전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 **일반인**, 특히 선거인의 관점에서 그 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로,개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제 된 행위를 경험한 선거인이 그 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다.(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결의 다수의견)

550) 주관적인 요소인 행위자의 목적의사를 인정하기 위해서는 그 행위의 능동성이나 계획성을 통하여 **객관적**으로 확인하고 파악하여야 함을 가리키는 것으로 이해하 여야 할 것이지, 목적의사가 '객관적'으로 인정되어야 한다고 하여 다수의견과 같이 반드시 선거인이 그 목적의사를 명백히 인식할 수 있어야 한다는 의미로 새길 수는 없다. 대법원은 공직선거법상 고의 외에 각종 목적, 이를테면 '선거에 영향을 미치게 할 목적' 등을 범죄 성립요건으로 규정한 경우에 그 목적은 초과주관적 위법요소로서 이에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하며, 그러한 목적이 있는지는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁후보자와의 인적 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합 하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 함을 밝혀왔다.(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결의 반대의견)

551) 헌법재판소 2005. 3. 31. 자 2003헌바12 결정; 헌법재판소는 죄형법정주의 및 명확성의 원칙과의 관계에서 '예견가능성'을 언급한다. 헌법재판소 1997. 9. 25. 자 96헌가16 결정; 대법원은 손해배상 책임의 성립을 판단할 때 예견가능성은 객관적으로 존재하였으나 자신이 인식하지 못한 사정이라도 그 자신이나 일반인(평균인)이 인식할 수 있었던 사정까지도 함께 고려해야 한다고 본다.(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다24407 판결)

판단을 할지 일반인들은 예견할 수 없다. Ⓐ, Ⓑ 에서 객관성과 예견가능성은 구별된다. 그러나 Ⓐ 맥락에서 객관성은 '기계적으로 산출된 것이 아닌 조리에 합당한 판단'을, Ⓑ 맥락에선 '과학적 사실'을 의미하여 서로 같지 않다. 그러나 우리는 Ⓐ, Ⓑ의 경우처럼 '객관성'이라는 동일한 단어에 맥락에 따라 다른 의미를 부여하며 의사소통 하는데 익숙하다. '코페르니쿠스 이전에는 천동설이 사회통념상 객관적 지식이었지만 지동설이 객관적 사실이다.'라는 문장을 대화 안에서 이해하는 일은 어렵지 않다. 객관성의 의미 범위가 이처럼 넓다면 법해석의 객관성을 주장하기 전에 '어떤' 객관성을 추구해야하는지를 먼저 밝혀야 한다. 이는 법해석의 객관성이 요청되는 상황과 떨어져서 생각할 수 없다. 예를 들어 개인의 자유와 신체에 직접적 영향을 미치는 형벌법규는 민사규범에 비해 더 명확해야 하며[552] 개별적 인과관계를 입증하기가 불가능한 손해배상 사건에서 역학적 인과관계를 인정할 필요가 있다[553]는 주장은 객관성의 기준을 상황에 따라 높이거나 낮추는 것이 합리적이라는 사고를 전제로 한다.[554]

예견가능성의 요구가 높은 상황일수록 객관성은 예견가능성과 호환 가능한 개념이 되며 평등, 정의(正義), 학문적 진리 등이 일반인의 예견가능성보다 우선시해야 할 상황[555]에는 예견불가능한 법해석도 객관적일 수 있다. 그러나 일반인 입장에서 예견불가능한 법해석을 허용할 때는 법관의 자의적 판단을 통제하고 객관성을 보장하기 위한 원리 역시 제시되어야 하는데 이 중 대표적인 것이 '유추 해석'이다.[556][557]

552) 헌재 2005. 3. 31. 자 2003헌바12 결정 반대의견

553) 이소은. "담배소송의 제조물책임 관련 쟁점에 대한 고찰." 저스티스, 150 (2015.10): 298-332. 그러나 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011다22092 판결은 역학적 인과관계가 증명되었다고 해서 개별인과관계를 추정할 수 없다고 판시하였다.

554) 드워킨은 이를 '분야의 우위'라고 부르며 이것이 일반인들의 견해에 부합하는 이상 인정해야 한다고 본다. 『법의 제국』, 354-359쪽

555) 드워킨은 관행주의(conventionalism)는 공권력의 행사가 법률 등 과거의 정치적 결정에 구속되어야 하는 이유로 '예측가능성'을 드는 반면 자신이 지지하는 통합성으로서의 법관념은 그 이유를 시민들 간의 평등을 확립하는 데서 찾는다고 주장한다.(『법의 제국』, 148-149쪽) 평균적 일반인에게는 명확하여 법관의 판단을 예견가능한 법이 만약 차별 받는 소수자 집단을 양성한다면 드워킨은 예측가능성을 희생해서라도 소수자 차별을 시정하는 법해석을 하는 것이다. 예를 들어 구 호적법 제120조는 호적정정 신청의 이유로 호적의 기재에 착오나 유루가 있을 때로 규정하였고 평균적 일반인이 해석하는 법의 객관적 의미는 여기에 성전환의 사정변경을 포함하지 않는다.(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정의 반대의견) 그러나 드워킨적 입장에서 보면 '성전환자의 고통을 덜어 줄 수 있는 최선의 선택'을 위해 성전환 역시 호적 정정의 개념에 포함된다고 해석할 수 있는 것이다.(위 판례 대법관 김지형의 보충의견)

556) 김영환은 해석과 유추를 구분하고 유추란 법이 흠결되어 있을 때 법률 A의 특정구성요건의 전부 또는 다수를 상황 B의 구성요건으로 이전시키는 것이며 "동일한 것은 동일하게 처리하라"는 정의의 요청에 따른 법관의 법형성이라고 본다. 김영환, '법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소', 한국법철학회, <법철학연구> 12권 2호. 2009 pp.7-34

557) 남북가족특례법 제11조 제1항의 해석상 북한주민의 상속회복청구권의 제척기간의 연장에 관하여 별도의

법해석이 예견가능한 범위 안에서 이루어 진다면 유추해석은 불필요 하므로, 유추해석을 하는 법관은 그 해석이 예견가능성한 범위 밖임을 인정하는 것이다.[558] 예견가능성의 범위를 벗어나 법적 안정성이 흔들림에도 불구하고 유추 해석을 해야하는 특수한 상황을 정당화 할 수 있는 이유로 법관이 제시할 수 있는 것은 일반 추상적인 상위의 원리일 수밖에 없다.[559]

이 상위 원리를 구체적으로 어떤 상황에서 적용하며 그 결과 유추 해석이 허용되는가를 판단할 때, 기준이 되는 판단 주체는 민주주의 자결원칙상 전문가 집단이 아니라 평균적 일반인이어야 한다. 그리고 평균적 일반인 관점에서 법해석에 상위 원리를 적용할 경우 유추 해석은 원칙적으로 부정되고 예외적으로 허용될 수밖에 없다는 점을 알 수 있다. 왜냐하면 평균적 일반인은 상위 원리를 예견가능한 범위 안에서만 적용하므로 유추해석을 할 필요가 없기 때문이다. 예를 들어 동성혼을 법적으로 허용하는 것이 일반인들의 평등 관념에 부합하지 않는 공동체에서 이에 관한 입법이 계속 좌절되자 한 동성 커플이 법관 이몽룡에게 법해석을 통해 이를 해결해 달라는 소를 제기하였다고 가정하자.[560] 강한 후견주의(paternalism)[561]를 허용하

규정이 없는 법률의 흠결이 존재하기 때문에 가장 유사한 취지의 규정을 **유추**하여 흠결된 부분을 보충하는 법률해석이 가능하다. 이때 **유추 적용**한다는 취지는, 특정 사항에 관한 다른 조항을 그대로 적용한다는 뜻이 아니라 규율의 내용과 성질에 반하지 않는 범위 안에서 그 다른 조항을 적용한다는 의미이므로(대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결 반대의견)

558) 원래 법규의 의미・내용과 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하여 선언하는 권한 즉 법률의 해석・적용의 권한은 법원에 있으며, 법원은 법규의 흠결을 이유로 재판을 거부할 수 없으므로 재판할 사항에 대하여 적용할 법규가 없을 경우에는 법률이념에 맞도록 다른 법규를 **유추적용**하고, 법규가 있다고 하더라도 그 의미 내용이 애매모호할 경우에는 그 입법취지에 따라 적절한 해석을 함으로써 그 법규의 의미 내용을 확정하는 권한을 가지고 있다고 할 것이다. 그러나, 이 사건의 경우와 같이 법규가 있고 그 의미 내용 역시 명확하여 달리 해석할 여지가 없는 경우에는 다른 것을 다르게 취급하여야 한다는 정의의 요청(이른바 목적론적 축소해석의 경우) 또는 합헌적인 해석의 요청(이른바 헌법합치적 해석의 경우)에 의하여, 그 법규의 적용 범위를 예외적으로 제한하여 해석할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 설사 다수의견이 보는 바와 같이, 명문의 규정이 거래의 관행과 조화되지 아니하는 점이 있다고 하더라도, 법원으로서는 모름지기 국회의 입법 작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 명문의 효력규정의 적용 범위를 무리하게 벗어나거나 제한하는 해석을 하여서는 아니 될 것이다.(대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결 반대의견)

559) 대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결 반대의견은 다수의견이 '평화통일을 지향하는 헌법정신'에 반할 뿐만 아니라, '법은 누구에게도 불가능한 것을 요구할 수 없다'는 금언 및 '형평의 원리'에 반하므로 유추 해석의 필요성을 역설한다.

560) 이는 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 결정의 사실관계를 요약·변형한 것이다.

561) 드워킨은 후견주의를 '당사자는 다르게 생각하더라도 실제로는 그에게 좋은 선익(善益, own good)을 가져오는 결정을 강제하는 것'이라고 정의하고(R. Dworkin,『Justice for hedgehogs』, Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University Press(2011), 361-262쪽) 주관적(subjective) 후견주의와 객관적(objective) 후견주의를 구분한다. 주관적 후견주의에서 후견인은 무엇이 당사자의 선익 인지에 대한 본인의 판단이 틀릴 수 있음을 인정하는 반면 객관적 후견주의의 후견인은 '사후세계의 존재'처럼 절대적·객관적 기준을 가지고 '벌을 받지 않기 위해선 자살을 해서는 안된다'는 판단을 당사자에게 부과한다. 드워킨은 객관적 후견주의는 민주주의가 각 개인이 자기 삶의 근본을 설계할 주체(ethical independence)임을 전제하고 있기 때문에 허용될 수 없으나 주관적 후견주의는 후견인의 판단이 합리적(reasonable)인 경우에 한하여 허용될 수

지 않는 이상 이몽룡은 평균적 일반인의 평등 관념에 따라 동성혼 허용과 평등 사이의 상관관계는 부정할 수밖에 없고 따라서 유추 해석은 원칙적으로 불가능하다고 결론내린다. 다만 다음과 같은 예외적인 상황에서 유추 해석이 허용될 수 있다.

① 입법기관이 사회 변동을 확인하고 이를 입법화 하여 발효되기 이전까지 법적 공백이 존재하는 경우

② 입법기관이 국민의 의사에 반하는 입법을 한 경우

③ 국민의 의사 또는 선호가 존재하지 않는 특정 분야에 입법기관이 구체적 입법을 완료 하였으나 이 입법이 다른 법령, 선례와 부합하지 않고 구체적 타당성이 부족한 경우[562]

물론 ①~③은 유추 해석이 허용될 수 있는 일반적 상황의 예시에 불과하고 이를 유추 해석이 허용되거나, 허용되지 않는 절대적 기준은 아니다. 그러나 구체적 상황에 따라 요구되는 법해석의 객관성에 대한 의미가 달라진다는 사실을 받아들이면, 법관은 상황에 따라 '객관성'을 평가하는 여러 기준 간 가중치를 조정하여야 하고

있다고 본다.(R. Dworkin, "Euthanasia, Morality, and Law: Transcript." Loyola of Los Angeles Law Review 31.4 (1998): 1147-1160. 1151-1152쪽) 그는 당사자가 지적으로 미성숙한 경우 또는 일시적으로 광기에 휩싸여 자해를 하는 경우에 후견인은 합리적 판단으로 당사자의 의견에 반하는 결정을 내릴 수 있다고 본다.(같은책, 289, 336쪽) 드워킨은 '어떤 삶을 살 것인가?'에 대한 답은 오로지 개인에게 전속된 것이므로 이를 무시하는 후견주의는 허용돼서는 안 된다고 여러 번 강조한다.(한편 그는 실제 세계는 모든 공동체 구성원이 평등한 배려(equal concern)을 받을 수 없는 구조로 왜곡되어 있으므로 사회 보험(insurance)같은 조치로 공동체의 평등을 회복해야 한다고 본다. 사회 보험은 언뜻 후견주의의 일종으로 보이나, 사회 보험은 다수의 사람이 스스로의 판단 하에 선택할 것이라 개연적(probalilistic), 통계적(statistic)으로 추론되는 제도일 뿐 실제 당사자의 의사에 반한다고 볼 수 없어 후견주의가 아니다. (같은책, 351-363쪽) 그러나 내일 통계적으로 비가 올 확률이 높으므로 우산을 준비하는 것이 좋다고 안내하는 것과 우산 지참을 강제하는 것이 다르듯 논자는 드워킨의 주장이 통계 뒤에 숨은 객관적 후견주의의 일종이라고 생각한다. 이는 드워킨이 강조하는 '소수자의 평등을 확립하는 법해석'이 민주주의에 정면으로 배치되어 이론적 타당성을 상실할 것을 우려한 장치라고 생각하나, 이에 대하여는 후속 연구에서 다루기로 하고 여기에서는 드워킨 조차 민주주의와 객관적 후견주의가 양립할 수 없다고 명시한 점만 강조하고자 한다.) 본 논문에서는 객관적/주관적 후견주의라는 드워킨의 구분을 따르되, 의미 전달을 위해 강한 후견주의, 약한 후견주의라고 부르고자 한다.

562) 국민의 동질적인 의사를 확인하는 것은 이론·실천적으로 매우 어렵기 때문에 현실에서 ②와 ③의 구분은 늘 다툼의 대상이 될 것이다. 그러나 각 경우에 따라 법해석의 '객관성'의 의미가 변화하므로 이를 구분할 실익이 분명 존재한다. 더욱이 법관이 구체적으로 인식한 상황이 ②인지 ③인지가 판결문에 표시가 된 경우 법관과 인식을 달리 하는 제3자는 법관의 판단을 '사실의 오류'로 비판할 수 있게 되는 이점이 있다. 예를 들어 징병제가 양심의 자유에 반하는지에 관해 '국민의 병역 의무'와 '개인의 양심'사이의 순수 이론적 논쟁은 논쟁의 승패를 결정할 마땅한 기준이 없다. 그러나 법관이 법해석의 근거로 국민의 80%가 징병제에 반대한다는 사실을 내세운 경우 이를 반박하는 자는 다른 사실을 제시함으로써 여론조사의 증명력을 탄핵할 수 있는데 우리는 어느 쪽이 더 '사실에 부합'하는지를 기준으로 논쟁의 승패를 판단할 수 있다.

이는 이 가중치를 조정하는 일응의 기준을 제공해 준다. 예를 들어 ①~③ 어디에도 해당하지 않는 일반적 상황에서는 일반인이 법문을 읽고 예견가능한 결과와 일치하는 법해석을 객관적이라고 말한다.[563] ①~③의 상황에서는 예견가능한 결과와 다른 법관의 법해석도 합리성 또는 통합성 등 다른 이유가 있을 때 객관적 법해석으로 인정될 수 있다.[564]

상황 별로 더 세분화 하면 ①은 입법이 사회 변동의 후속 조치로 이루어 질 수밖에 없는 한계에서 비롯된 것인데 민주주의가 제대로 작동하는 사회에서 법적 안정성 및 예견가능성은 쉽게 무시되어선 안되므로 이에 가중치를 둔 해석이 객관적이라고 인정된다.[565]②처럼 법문에 따른 예견가능한 결과가 국민의 의사에 반할 경우 이와 다른 해석을 한다고 해서 법적 안정성이 크게 흔들리지 않으므로 예견가능성의 가중치는 낮으며 정의·평등과 같은 일반 추상적 원리에 부합하는 해석이 객관적이라고 인정된다.[566]③은 우월한 가중치를 둔 평가 기준이 없다. 설령 국민의 구체적인 의사가 존재하지 않았다고 하더라도 입법이 이루어진 이상 이를 신뢰한 자의 이익을 보호할 필요성(예견가능성)이 있는 한편 다른 법령, 선례와 부합하지 않는 법을 수정하여 통일적 해석을 할 필요성(통합성) 역시 있다. 권력분립의 원칙을 고려해야 하나 이를 형식이 아니라 실질적 원리로 구성하면 일방적인 입법기관의 우선권을 주장할 수도 없다.[567]따라서 이때는 모든 평가 기준을 고려하되 더 설득력 있는 해

563) 이는 언중(言衆)이 사용하는 단어의 일반적인 의미에 의한 법해석을 주장하는 스칼리아 원문주의와 유사하다.

564) 이는 드워킨의 법해석론과 유사하다.

565) 저작물의 공정이용은 저작권자의 이익과 공공의 이익이라고 하는 대립되는 이해의 조정 위에서 성립하므로 공정이용의 법리가 적용되기 위해서는 그 요건이 명확하게 규정되어 있을 것이 필요한데, 구 저작권법은 이에 관하여 명시적 규정을 두지 않으면서('저작물의 공정한이용'에 관한 규정은 2011.12.2.법률 제11110호로 개정된 저작권법 제35조의3 으로 비로소 신설되었다) 제23조 이하에서 저작재산권의 제한사유를 개별적으로 나열하고 있을 뿐 이므로, 구 저작권법 하에서는 널리 공정이용의 법리가 인정되는 것으로 보기는 어렵다.(대법원 2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결

566) 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다.(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결); 법률에 명문의 규정이 있는 경우에도 시대가 바뀌고 사회가 달라짐에 따라 법과 실제 생활과의 사이에 불가피하게 간격이 생길 수 있으며, 이 때에 만일 명문규정의 엄격한 적용만을 고집한다면 그것은 법적 안정성이 유지될지는 모르나 사회생활의 유동・발전에 대한 적응성을 결여하는 중대한 결함이 생길 수 있으므로 이를 실제 생활에 부합하게 해석할 사회적 필요가 생기게 된다.(중략)국민의 대부분이 명문규정에 별 의미가 없는 것으로 생각하고 그 규정에 맞지 아니한 행위도 유효한 것으로 믿고 그에 따라 행동하는 경우에, 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되어 무효로 되는 등 특별한 사정이 없다면 법원만이 그 행위를 무효로 보아 국민의 거래행위를 제약할 것은 아니라 할 것이다.(대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결 보충의견)

567) 절대군주의 왕권을 제한하기 위해 탄생한 근대적 권력분립 원리는 군주의 권리를 빼앗아서 다른 기관에 담

석이 객관적이라고 인정된다.[568]만약 일반인이 법문에서 예견가능한 결과와 다른 해석을 할 구체적 상황과 이유가 갖추어 졌다면 법관은 유추 해석을 통해 판단을 할 수 있고 이 역시 객관적 판단으로 존중받아야 한다.

이상은 '법관의 법해석은 예견가능한 해석을 원칙, 유추 해석을 예외로 하되, 적절한 원칙·예외 판단을 토대로 이루어진 법해석은 객관적이라고 인정될 수 있다'로 정리할 수 있다. 그러나 법관의 해석을 제한하는 기능을 하는 원칙과 예외의 구분을 판단하는 주체가 법관인 이상, 이는 법관 스스로가 자신에게 부과한 내적 규범에 불과하다.[569] 스스로와의 약속을 지키며 끊임 없이 자신을 성찰하는 훌륭한 법관이 물론 다수 있지만, 외부의 제제로부터 자유로워 자신의 권한을 오·남용하고 자의적으로 원칙과 예외를 바꿔치기하는 나쁜 법관이 출현할 가능성 역시 무시할 수 없다.[570] 나쁜 법관은 자의적으로 '객관성'의 이름 하에 예외를 선언함으로써 손쉽게 권력분립 및 국민주권의 원리를 무시할 수 있고[571] 이때 '객관성'은 결론을 정당화하는 명목 뿐인 이름이 된다.

사법부가 법의 최종해석자인 현 체계 내에서 이를 근본적으로 막을 방법은 없

당하게 하기만 해도 목적이 달성되었지만 권력의 융합과 분리가 여러 기관에 걸쳐 발생하는 현대 국가 체제에선 입법, 사법, 행정을 정확히 분리하여 한 기관에 맡기는 형태의 권력분립은 더 이상 유효할 수 없다. 장영수, '현행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위', 고려대학교 법학연구원, <법학논집>30권 0호(1994) 35-37쪽

568) 남북가족특례법에 관한 대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결이 이 예이다. 일반인은 법률의 존재도 알기 어려운 이 분야에 구체적인 국민의 의사가 있다고 보기 어려우므로 이 법은 행정부 관련 부서 및 국회의 논의를 거쳐서 탄생한 법률로 보아야 한다. 다수 의견은 제척기간의 본질, 법적 안정성을 반대 의견은 헌법 정신, 형평 원칙, 입법자의 의사 등을 해석의 이유로 제시한다. 이 논쟁에서 과학적 객관성을 요구하는 것은 무의미하다. 물론 표결이 8:5로 갈린 만큼 첨예한 논쟁에서 "누가 더 설득력 있는가"를 "누가 더 객관적인가"로 바꿔 불러선 안된다고 생각할 수 있다. 이는 용어법의 문제이지만, 당사자 모두 편향되지 않은 판단을 받고 싶어하고, 일상 언어에서 이를 가장 잘 표현하는 단어가 '공명정대' 또는 '객관적'이라면 '설득력 있는 판단'을 '공명정대한 또는 객관적 판단'으로 바꿔 부르는게 현실에 더 부합한다고 생각한다.(드워킨은 해석적 개념으로서 법언어를 유연하게 사용하는 것이 더 낫다고 주장하고 이 논지는 '객관성'이란 단어에도 유효하다. 『법의 제국』, 160-166쪽) 다만 이 설득력 있는 판단을 과학적 진리로 받아들이고 절대적으로 고수하는 태도는 경계해야 한다.

569) 드워킨은 통합성의 법관념을 가진 법관의 신념은 '내적' 또는 '주관적'임을 인정하나 이 역시 '현상학적으로 진정한 제약'이라고 강변한다.(『법의 제국』, 335쪽)

570) 헌법재판소는 보호의무자의 동의와 정신의학전문의 1인의 소견서만 있으면 정신질환자의 의사에 반해도 강제 입원이 가능한 정신보건법에 대하여 '(정신의학)전문가의 의견이 필요하다는 점은 부인할 수 없다. 다만 이러한 필요성을 인정하더라도 그 진단에 있어서 남용가능성은 언제나 존재하기 때문에, 이를 차단할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 한다.(중략) 정신과전문의 1인에게 전적으로 부여함으로써, 그의 자의적 판단 또는 권한의 남용 가능성을 배제하지 못'하고 절차보조인 같은 '객관성을 담보할 수 있는 자의 관여'가 전혀 보장되어 있지 않아 헌법불합치 결정을 내렸다.(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9)

571) 칼 슈미트는 '예외상태를 결정하는 자가 주권자'라고 선언한 바 있다. 칼 슈미트,(김항 역), 『정치신학』, 그린비, 16쪽

다.[572]다만 방법론은 법관이 합리성, 구체적 타당성, 설득력 등[573]을 판단할 때 그 기준을 본인이 아닌 평균적 일반인에 두어야 함을 끊임 없이 강조하고 이에 어긋난 해석을 비판할 근거를 제공할 뿐이다. 법의 해석은 원칙적으로 예견가능한 범위 내에서 이루어져야 하며 이 해석은 객관적이라고 추정된다. 따라서 추정을 뒤집기 위해선 단지 개인의 신념이나 추상적 도덕 언명에 의존해서는 안되고 (1) 유추 해석을 해야 하는 구체적인 상황의 존재 (2) 구체적 상황과 유추 해석의 논리적 연관성 (3) 유추 해석으로 달성되는 결과와 침해되는 법적 안정성 간의 형량 (4) 해당 유추 해석을 무분별하게 적용하지 않기 위한 제한 범위 설정[574]으로 나누어 논증해야 하며 이는 '예견가능한' 객관성의 추정을 복멸할 정도의 합리성을 지녀야 한다.[575]

나. 헌법 해석과 법률 해석

일반 법원에 근무하는 법관 이몽룡은 배당 받은 형사 사건에 적용되는 A법조문이 부당하다 생각하여 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였으나 합헌 결정이 나왔고 그는 피고인에게 ○○ 판결을 선고하였다. 몇 년 후 이몽룡은 헌법재판관으로 임명되었고 A법조문의 위헌성을 심사하는 사건에서 ◆◆ 의견을 냈다.

---

572) 다만 법의 해석과 집행 사이의 균열이 아직 존재하여 '법의 최종해석자 = 주권자'는 현재는 성립하지 않는다. 예를 들어 대법원은 보험회사가 자살보험금의 지급 청구권에 대해 소멸시효 항변을 하는 것이 권리의 남용에 해당하지 않는다고 판시하였으나(대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다218713, 218720 판결) 금융감독원은 대법원의 판단을 부정하고 보험회사에 대한 징계권 등을 수단으로 보험금지급을 사실상 강제하는데 성공했다.(구성수 기자, '백기 든 알리안츠 "소멸시효 지난 자살보험금 지급"', CBS노컷뉴스, 2016-12-06) 또 헌법재판소가 국회의원의 심의·표결권이 침해되었다는 결정을 내렸는데(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등) 이를 안지킨다고 해도 강제할 방법은 없다.(헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12)

573) 이를 학술적 개념으로 정치하게 정의하고 구별하는 것은 본 논문에서 다룰 수 없다. 다만 이 세 가지는 구분된다는 점, '합리적이지만 설득력이 없는 정치인'이라는 표현 및 구체적 타당성에도 불구하고 법적 안정성를 고려한 판결이 설득력이 있을 때가 존재한다는 인식 등을 고려하면, 이하에서 '설득력'을 이유 여하 불문하고 상대방이 주장을 수용하게끔 만드는 힘으로 정의하도록 한다.

574) 대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결의 반대의견은 유추해석을 주장하면서도 ''남한 상속인의 법적 안정성의 침해를 최소화하도록 정해야 한다.'며 민법 제999조 제2항 전단 등을 이용하여 무분별한 유추해석의 확장을 제한하고자 한다.

575) 동성 결혼 허용에 관한 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 결정의 논증 형식은 결론의 타당성을 별론으로 하고 좋은 법학 방법론을 제시하고 있다고 생각한다. 위 결정은 '가. 현행법의 해석론'의 표제 하에 원고들의 혼인신고에 대한 피고의 불수리처분이 적법하다고 잠정적으로 결론을 내린 뒤 '나. 재해석이 가능한지 여부' 표제 하에 '입법이나 법률개정이 없더라도, 신청인들이 주장하는 바와 같이 헌법합치적 해석의 원칙이나 기본권 최대 보장의 원칙에 따라 현행법에 대한 일반적인 해석만으로 동성 간의 혼인이 허용될 여지가 있는지 살펴보기로 한다.'고 예외적 유추해석의 가능성을 검토한다. 법관은 '신청인들의 입장에 공감이 가는 바가 없지 아니하고, 신청인들이 처한 상황이 안타까운 것도 사실'이라며 개인적인 공감을 표시하지만 사회의 근간을 이루는 혼인 제도는 '일반 국민의 공청회 등을 통한 의견수렴, 신중한 토론과 심사숙고의 과정을 거쳐 국민의 대의기관인 국회의 입법적 결단을 통하여 결정해야 한다. 이것은 사법부의 새로운 해석 내지 **유추해석**을 통하여 해결할 수 있는 문제'가 아니라고 결론짓는다.

위 예에서 대부분의 사람은 ○○에는 '유죄', ◆◆에는 '위헌'을 넣어 읽는다. 일반 법원의 법관은 설령 자신의 신념과 배치된다 하더라도 법률의 내용에 구속되고 이는 법치주의의 당연한 귀결이므로 ○○에 들어갈 단어는 '유죄'가 맞다. 그러나 헌법재판관이라고 해서 단지 자기 신념에 비추어 '부당하다'는 이유만으로 법조문을 위헌이라 판단해서는 안된다. 헌법재판관은 헌법이 자신의 신념과 배치될 경우라도 이에 구속되어야 하므로 ◆◆에는 헌법 해석 결과에 따라 합헌·위헌 둘 다 들어갈 수 있다. ◆◆에 '위헌'이 더 친숙해 보이는 것은 헌법해석에는 가치 지향이 폭 넓게 반영된다는 일반적 인식 때문이다. 헌법 재판관은 일반 법관과는 **다르게** 자신의 신념을 투영하여 헌법을 해석하고 이를 토대로 법률의 위헌성을 심사할 수 있는 것처럼 **보인다.** '~한 자는 징역형에 처한다'와 같이 구체적 명제로 제시된 법률과 달리 '~자유를 가진다'처럼 일반·추상적 명제 형태의 헌법 기본권 조항은 헌법 해석과 법률 해석이 달라야 한다는 주장을 뒷받침할 문언적 근거로 **보인다.** 그러나 헌법 조문을 '~자유를 가진다. 이때 자유의 범위는 헌법재판소가 결정한다.'식의 포괄위임으로 해석할 수 없음이 명백한 이상[576]헌법 재판관의 헌법 해석을 구속하는 상위 원리가 반드시 존재해야 하고 이 원리에 배치되는 재판관 개인의 가치 판단은 허용되지 않는다. 법치주의 원칙상 이견이 없을 이 설명은 그러나 사법 소극/적극주의 양쪽 모두 자신의 주장을 강화하는 논거로 쓸 수 있고 따라서 텅 빈 문장이다. 왜냐하면 이 설명에서 사법 소극주의는 재판관의 주관을 배제하는 구속을, 사법 적극주의는 상위 원리를 적극적으로 파악하라는 위임을 각 강조하며 자기 방법론의 정당성을 주장하기 때문이다. 위 예에서 이몽룡은 자신을 구속하는 '상위 원리'를 스스로 설정할 위치에 있다. 행복추구권 및 인격권(헌법 제10조) 등 고도로 추상적인 권리를 선언하는 헌법 체계 하에서 이몽룡이 자신의 '주관적 신념'에 맞는 상위 원리를 찾아내고 논리를 구성하는 것은 어려운 일이 아니다. 때문에 신념에 반하는 법률에 구속되는 일반 법관의 이미지는 친숙한 반면 신념에 반하는 헌법에 구속되는 헌법재판관의 이미지는 쉽게 떠오르지 않는다. 헌법 해석은 일반적인 법률 해석과 다르게 누가 더 설득력 있게 자신의 신념을 전개하느냐의 싸움으로 **보인다.**

576) 입법권은 국회에 속한다.(헌법 제40조) 세부적 사항에 대해선 대통령령 및 행정규칙에 위임할 수 있지만(헌법 제75조, 헌재 2014. 7. 24. 자 2013헌바183 결정) 구체적 범위는 반드시 법률로 규정해야 하고 포괄위임은 금지된다.(헌재 2013. 8. 29. 자 2011헌바390 결정) 마찬가지로 헌법재판소는 헌법재판을 통해 헌법상 기본권에 대한 판단을 위임 받았지만(헌법 제111조), 헌법의 제·개정권(헌법 제1조 제2항) 및 절차에서 헌법재판소가 빠져있는 이상(헌법 제128~제130조) 이 위임 역시 포괄위임 금지원칙의 적용을 받는다.

그러나 법률에서 일반조항과 구체적 조항을 해석할 때 법관의 재량[577]의 폭이 다른 것과 마찬가지로 헌법과 법률은 해석 재량의 양적 차이가 있을 뿐 질적으로 구분되는 다른 해석 체계가 아니다. 특히 법관은 법률을 상위법인 헌법에 합치하는 방향으로 해석할 의무가 있으므로[578] 모든 법률 해석은 의식적 또는 무의식적으로 헌법 해석을 거친 다음에 이루어진다.[579] 법률, 시행령, 행정규칙의 각 해석 방법이 질적으로 다르지 않듯 '상위법으로서의 헌법'해석만 다르게 취급할 이유가 없다.[580] 헌법 해석과 법률 해석이 달라 보이는 것은 첫째 대부분의 법률을 해석할 때 그 전제가 되는 헌법 해석이 설시가 안되고 생략되어 있기 때문이고 둘째 헌법 해석에는 법관에게 주어진 재량의 폭이 넓다 보니 상대적으로 법관이 받는 구속이 드러나지 않기 때문이다. 만약 헌법을 도외시하고 맹목적으로 법률 체계 내에서만 법률 해석을 한다거나, 재량을 무제한의 권한으로 착각하고 자신의 신념에 맞춰 헌법 해석을 하는 것은 법관의 잘못된 해석이지 이를 근거로 헌법 해석과 법률 해석이 다르다고 단정지어서는 안된다. 따라서 예견가능성과 유추해석 그리고 객관성에 대한 앞선 검토는 헌법 해석과 법률 해석에 동일하게 적용된다. 법관의 법해석은 평균적 일반인이 예견가능한 결과와 일치해야 함이 원칙이며 법형성에 해당하는 유추 해석은 예외적으로 허용된다. 원칙과 예외의 진폭은 상황(앞장 ①~③)에 따라 달라질 수 있으나 예외는 결코 원칙이 되어선 안된다.[581]

---

577) 여기서 재량이란 상위 원리의 구속을 받는다는 점에서 드워킨이 비판하는 법실증주의에서의 재량이 아니다. 본 논문 Ⅲ.2.나. 참고

578) 허완중, '한정합헌결정은 합헌결정인가?', 국제헌법학회, 한국학회, <세계헌법연구> 16권3호 (2010), pp.485-512, 492쪽; 이에 대한 판례로 다음과 같은 설시가 있다. '헌법적 가치와 법익의 충돌 및 조화 헌법상의 기본권 상호간, 또는 기본권과 국민의 의무 등 헌법적 가치나 법익이 상호 충돌하고 대립하는 경우, 모든 기본권의 가치적인 핵심을 존중하고 이를 보장하여야 할 헌법적 의무를 지고 있는 국가로서는 성급한 법익교량이나 추상적인 가치형량에 의하여 양자택일식으로 어느 하나의 가치만을 쉽게 선택하고 나머지의 가치를 버리거나 희생시켜서는 안 되고, 충돌하는 가치나 법익이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점이나 경계를 찾도록 노력하여야 하며 이러한 조화점이나 경계는 구체적 사건에 있어서 개별적, 비례적으로 모색되어야 하는 것이다. 그리고 이러한 해석 원칙은 헌법적 가치나 법익이 충돌하는 경우뿐만 아니라, 그 <u>하위규범인 법률을 해석·적용함에 있어서도 항상 헌법적 가치나 법익이 주목되고 실현·관철될 수 있도록 함으로써 헌법과의 실질적이고 내용적인 합치가 확보되도록 하여</u>야 하는 것이다.'(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결 반대의견)

579) 아리까리한 사건(hard case)과 쉬운 사건에서의 법 해석 방법이 질적으로 다르지 않다는 드워킨의 지적은 헌법 해석과 법률 해석 사이에서도 유효하다. 이들이 다르게 보이는 것은 '좋은 수가 무엇인가에 대하여 서로 다른 이론을 가지고 있기 때문이 아니라, 같은 이론을 적용하는 다른 기술을 가지고 있기 때문이다.' 『법의 제국』, 495쪽 각주 14

580) 법률 중에도 민법 제2조 신의칙, 제103조 사회상규 및 형법상 정당행위 등 일반조항이 있는 한편 헌법 에서도 헌법 제 27조 제2항 '군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.'처럼 구체적인 규정이 있다. 따라서 '헌법 = 일반·추상적', '법률 = 구체적'이라는 분류는 전반적인 특징을 가리킬 뿐 모든 헌법·법률의 특성을 지시하지 않는다.

다. 구체적 적용 - 병역법 제88조 '정당한 사유' 해석

Ⓒ 일반 법원에서 '양심적 병역 거부자'에 대한 형사 재판을 담당하는 이몽룡

Ⓓ 헌법재판소에서 '양심적 병역 거부자'를 처벌하는 조항의 위헌성을 판단하는 이몽룡

병역법 제88조는 입영 통지서를 받고 '정당한 사유' 없이 이에 응하지 아니한 경우 3년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있고 대법원은 '정당한 사유'란 '질병 등 병역의무 불이행자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유'에 한할 뿐 이른바 '양심적 병역 거부'는 이에 해당하지 않으며 헌법재판소는 병역법 제88조에 대한 대법원 해석은 양심의 자유에 관한 헌법 19조를 침해하지 않는다고 일관되게 판시해왔다.[582] 이는 병역법 제88조를 구체화한 판례법에 해당하며, '양심적 병역거부'가 '정당한 사유'에 해당한다고 해석하고 싶어도 그럴 수 없는 법의 흠결이 존재한다.[583] 따라서 설령

581) 대법원은 '법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다.'면서 해석의 원칙을, '한편 실정법은 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록 해석할 것도 또한 요구된다.' 며 해석의 예외를 설정하면서 '법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다.'라며 원칙과 예외를 전도해서는 안됨을 강조한다.(대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결)

582) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결 다수의견; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22 다수의견

583) '정당한 이유', '신의 성실의 원칙' 등 이른바 일반 조항의 경우 구체적인 법률요건과 법률효과로 구성된 법규칙과 대비되어 보통의 포섭 방법으로는 이를 해석하기 어렵기 때문에 이를 개별 법규칙의 저편에 있는 일반적 법원칙으로서 논의의 차원을 달리한다고 보는 견해가 있다. 이렇게 볼 경우 일반 조항에 대한 해석은 '법률 해석'의 이름을 빌렸을 뿐 '법적용자의 법감정 내지 윤리감각에 호소하여 법규칙을 원래의 모습대로 적용하는 것을 제한 또는 배제하게 하는 하나의 법적 장치'에 불과하며 '신중하게 마련된 **제도로서** 법적 안정성이 무겁게 고려되어야하는 영역이다…**일반적인 법원칙으로서**의 신의칙을 통하여 아예 무너뜨리는 오류를 경계하지 아니하면 안 된다'처럼 사법소극주의 경향을 띠게 되며, 이를 적용하는 것은 '실제에 있어서 **법의 흠결을 보충**하는 국면에서 장래의 법규칙 형성을 선도하여 방향을 제시하는 향도적 역할'(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다44327 판결)을 하는 것으로 법관의 법형성, 즉 판례법의 입법을 의미한다. 이런 인식 하에서는 본 논문에서 이와 헌법 해석의 본질적 동일성을 논하는 것은 오류가 된다. 그러나 이렇게 법규칙과 법원리를 엄격히 구별하고 법원리를 '윤리 감각에 호소 하는 장치'가 되는 순간 일반 조항은 법적 인식의 영역 바깥으로 내몰려 이를 법전 내에 규정한 우리 법체계와는 맞지 않을 뿐만 아니라, 일반 조항에 대한 체계적이고 논리적인 '법적 인식'을 불가능하게 만들어 그 요건과 적용 결과를 법관의 자의적인 '윤리 감각'에 기대게 하므로 부적절하다. 본 논문은 법률 해석과 헌법 해석이 본질적으로 다르지 않다는 전제 하에 일반 조항은 구체적 법률 조항과 헌법의 일반·추상적 조항의 중간적 성격을 띠는 것으로 본다. 일반 조항을 이렇게 볼 때에만 이를 '법관의 윤리 감각'과 구별되는 엄연한 법적 개념으로 인식할 수 있다. 그 요건과 적용 결과는 평균적 일반인의 예견가능성의 구속을 받으며 해석의 결과는 문언을 구체화 한 판례법이 되고 이것이 일반 조항을 해석하는 기준으로서 작용한다. 예외적으로 유추해석이 정당화될 상황에서 이는 판례법을 변경하여 새로운 판례법을 만드는 법형성이이 된다. 이렇게 보면 '정당한 사유'와 같은 일반 조항에 대한 위헌심사는 논리적으로 '해석에 의해 형성된 법률'이므로 헌법재판소법 제45조가 규정한 '법률 또는 법률 조항의 위헌여부만을 결정'에 당연

개인적으론 이 법의 흠결이 부당하다고 생각하는 이몽룡일지라도 없는 법을 창조하여 무죄 판결을 내릴 수 없다. 다만 예외적으로 유추 해석이 허용된다면 판례 변경의 방식으로 사실상의 법 형성을 통해 무죄 또는 위헌 결정이 가능하므로 이몽룡은 이를 검토하기로 한다.

먼저 이몽룡은 표면적으론 Ⓒ에서는 법률 해석을 Ⓓ에서는 헌법 해석을 수행하며 다른 해석 작업을 할 것으로 보인다. 그러나 Ⓒ 법률 해석은 Ⓓ 헌법 해석의 결론에 수반하기 때문에 양자는 결코 분리되거나 다른 해석 작업이 아니다.[584] 만약 '양심적 병역거부'를 '정당한 사유'에서 배제하는 기존 병역법 제88조의 해석이 위헌이라면 Ⓒ 역시 그 결론을 따른다. 반대로 합헌이라면 개인적 신념과 반할지라도 이몽룡은 유죄 판결을 내려야 한다. 이몽룡은 병역법 제88조가 제정될 당시에는 '양심적 병역 거부'에 대한 일반인들의 인식이 거의 존재하지 않았고 거듭된 판례의 설시를 통해 일반인 역시 '정당한 사유'에는 '양심적 병역거부'가 포함되지 않는 인식이 널리 퍼져 있음을 인정한다. 따라서 유추 해석 가능성을 검토하기 위해 먼저 현재의 구체적 상황을 검토하기로 한다.

⑴ 이몽룡이 현재 '양심적 병역거부'를 보호할지에 대한 찬반 여론이 팽팽하게 맞서 어느 한쪽이 다수라고 섣불리 말하기 어려운 상황이라고 판단해서 유추 해석이 허용될 수 있는 ①~③ 어디에도 해당하지 않는다고 판단할 경우

⑵ 이몽룡은 '양심적 병역거부'에 대한 국민적 관심과 찬반 토론이 활발하게 일어나고 있고 (③ 제외) 찬성 의견이 반대 의견을 압도하여 '양심적 병역거부'를 인정하지 않는 입법이 국민의 일반적 의사에 반한다고는 볼 수 없지만(② 제외) 다수가 대체 복무제 도입에 공감하고 있고 향후 이를 입법화 할 것이 합리적으로 예상된다고 볼 수 경우(①의 경우)

히 포함된다. 결정 주문은 '정당한 사유에 양심에 따른 병역거부를 포함하지 않는 것으로 해석하는 한 위헌'(헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등 소수의견)처럼 '한정 위헌' 또는 '한정 합헌'의 형태를 취지만 이는 일반 법원을 기속하지 못하는 해석에 대한 위헌 결정(대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결 등)이 아니라 기존의 판례법을 유지·폐지하는 본질적 위헌결정이다.

584) 실제로 이강국은 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결에서 대법관으로, 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등에서 헌법재판관으로 병역법 제88조의 법률해석 및 헌법해석을 하며 각 무죄 및 '정당한 사유에 양심에 따른 병역거부를 포함하지 않는 것으로 해석하는 한 위헌'이라는 한정 위헌 결정을 하였다. 이때 두 설시를 살펴보면 문구가 거의 변하지 않고 같은 내용임을 알 수 있다.

⑶ 이몽룡은 '양심적 병역거부'에 대한 찬반 토론이 활발한 것은 인정하지만(③ 제외) 이는 표면상의 대등한 대립일 뿐 이를 진짜 반대하는 자는 소수이고 여론이 왜곡되었거나 과다 대표되었다고 판단할 경우[585](②의 경우)

⑴ 상황에서 이몽룡은 현재의 판례법이 객관적 법해석으로 강하게 추정되며 그럼에도 불구하고 이를 복멸시킬 매우 강한 설득력 있는 논거를 제시하지 않는 이상 유추 해석은 불가능하다고 보고 이는 대체복무제 등이 입법에 의해 해결될 문제라고 결론 짓는다. ⑵ 상황에서 ⑴보다는 유추 해석의 가능성과 논거의 범위가 넓다. 이몽룡은 향후 입법화될 대체 복무제를 현재 사건 당사자에게 부인함으로써 야기되는 개인의 양심의 자유 침해 및 공동체의 정의 훼손이 유추 해석으로 인해 침식되는 법적 안정성보다 월등함을 제시함으로써 유추 해석을 객관적 법해석으로서 시도할 수 있다. 마지막으로 이몽룡은 ⑶ 상황에선 유추 해석 자체보다 자신이 표면상의 의견 대립에도 불구하고 ⑶ 상황이라 판단한 구체적 이유를 제시하는 것에 더 공을 들여야 한다. 이를 제시하는데 성공했다면 유추 해석의 당위성을 입증할 책임은 ⑴, ⑵에 비해 경감된다.[586]

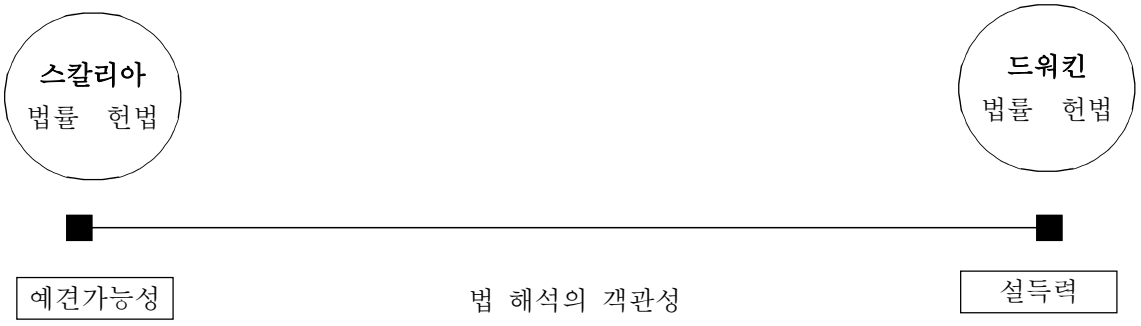
라. 소결

스칼리아는 객관성이란 예견가능성을, 드워킨은 설득력을 의미한다고 본다. 예견가능성을 높이기 위해선 두 가지가 필요하다. 법의 의미가 고정되어 있어야 하고 해석자의 주관적 가치 평가가 배제되어야 한다. 따라서 스칼리아의 객관성은 법의 의미를 과거시점에 고정시키고 법관의 주관적 판단을 배제시킴으로써 보존된다. 반대로 드워킨은 예견가능성조차 큰 틀에서 설득력 개념으로 설명될 수 있다고 강조한다. 교통규칙 위반여부를 높은 확률로 가늠할 수 있는 법은 공동체를 규율할만한

585) "다수의견이라는 것도 따지고 보면 진정한 국민의 다수의견이라기 보다는 위와 같은 세력의 일방적 의사이거나 또는 이익단체간의 조정타협의 산물에 불과한 경우가 많음을 알 수 있기 때문이다." 이회창, '사법의 적극주의 - 특히 기본권 보장기능과 관련하여', 서울대학교 법학, 1987, Vol.28(2), 160쪽

586) 광주지법 2016. 10. 18. 2015노1181 등은 '양심적 병역거부자'에 대하여 무죄를 선고하며 그 이유로 우리나라가 가입하여 법률적 효력이 인정되는 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제18조가 '양심적 병역거부권'을 보호하고 있음을 든다. 이 경우 '입법행위'로 판결이 변경된 것일 뿐 법관의 법해석의 문제는 아니다. 한편 대법원 및 헌법재판소는 위 국제규약의 법규성은 인정하면서도 그 문언으로부터 '양심적 병역거부권'을 도출할 수 없다고 해석하고 있다.

‘설득력 있는 법’이다. 그러나 설득력의 요소 중에는 평등, 정의처럼 다른 중요한 것도 있으므로 경우에 따라선 ‘예견가능성이 낮음에도 설득력 있는 법’이 충분히 존재한다. 스칼리아 원본주의는 예견가능한 객관성을 위해 헌법을 법률처럼 취급하며 둘다 의미가 변하지 않는 굳건한(dead) 대상으로 취급한다. 때문에 이를 벗어난 법관의 해석은 권력분립 원칙의 훼손, 민주주의의 찬탈이며 자의적이고 주관적이라 여겨진다. 반대로 드워킨은 설득력 있는 객관성을 위해 법률을 헌법처럼 취급하며 “이런 것도 법이냐?”라는, 죽은(dead) 법을 기계적으로 적용할 때의 불합리성을 법관의 구성적 해석을 통해 메꿔 법을 이 시대에 살아 숨쉬는(living) 것으로 만들어야 된다고 본다.



법을 단순한 확률로 환원하지 않는 이상 법 해석의 객관성을 오로지 예견가능성만으로 판단 할 순 없다. 법치주의의 요청상 예견가능성이 중요한 요소임은 부인할 수 없으나 다른 상위 원리들과 충돌할 경우 예견가능성은 양보될 수 있다. 이 때의 법해석을 설득력 있다는 의미에서 ‘객관적’이라고 부르는 예가 일상 언어 및 실무에서 드물지 않게 사용되므로 ‘객관성’이라는 단어를 스칼리아처럼 예견가능성에 한정하여 사용할 필요는 없다. 한편 입법부에서 제정한 법은 일반인들이 예견가능한 범위 내에서만 존재하므로 이를 벗어난 모든 해석은 법이 흠결된 영역이다. 따라서 유추 해석은 법관의 해석에 의한 법창조 행위로서 이를 정당화할 상황에서 설득력 있는 논거와 함께 할 때에만 예외적으로 허용된다.

4. 구체적 검토

가. 검토 대상

법률이 헌법재판에 의해 위헌성이 확인된 경우 제도적으로 그 효력을 무효화 시키는 조치를 취할 필요가 있다. 특히 위헌 결정은 늘 후발적이기 때문에 위헌인 법률이 제정되어 효력이 발생한 시점부터 위헌 결정이 난 시점 까지 그 법률의 효력을 소급 하여 무효화 할 것인지 문제된다. 헌법재판소법 제47조 제2항은 위헌 결정의 효력이 불소급한다는 원칙을 규정하면서도 3항에서 '제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.'며 예외적 소급효를 규정하는데[587], 이는 형사법은 다른 법보다 국민의 신체의 자유, 재산권, 명예권 등 기본권에 직접적인 침해를 가하므로 구체적 타당성 견지에서 소급효를 인정할 이유가 충분하기 때문이었다.[588]그러나 형법이 소급하여 효력을 상실한 경우 형사재심청구(헌법재판소법 제47조 제4항) 및 형사보상(형사보상법 제2조)이 이루어지는데 혼인빙자간음죄 위헌결정[589] 이후 '합헌결정을 통해 그 정당성을 인정한 사실이 있음에도 불구하고, 그 이후 위헌결정이 선고되었다는 이유로 합헌결정 이전에 해당 형벌조항으로 처벌받았던 모든 사람을 무죄로 인정하고 국가로부터 보상금까지 받을 수 있도록 하는 것이 과연 우리 헌법이 추구하는 정의 관념에 부합하는지에 관한 의문이 본격적으로 제기'[590]되기 시작했고, 이에 제3항 단서 '다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.'를 신설함으로서 위 문제를 입법으로 해결하

587) '헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기 보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책의 문제인 것으로 보인다. 우리의 입법자는 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였는바, 이에 의하여 구체적 타당성이나 평등의 원칙이 완벽하게 실현되지 않는다고 하더라도 헌법상 법치주의의 원칙의 파생인 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙에 의하여 정당화된다 할 것이고, 특단의 사정이 없는 한 이로써 헌법이 침해되는 것은 아니라 할 것이다.'고 선언하며 구체적 타당성에 비추어 소급효를 인정해야할 경우로 ① 위헌결정을 한 당해 사건 ② 위헌제청신청 등을 한 다른 사건 ③ 법원에 계속중인 사건 및 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면 소급효를 인정해도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 구법에 의해 형성된 기득권자의 이득이 해쳐질 사안이 아닌 경우로 소급효의 부인이 오히려 정의와 평등 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때를 든다. 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10 등

588) 허완중(책임연구관), '한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석', 헌법재판소 헌법재판연구원, 헌법이론과 실무(2015-A-15) 6쪽

589) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등

590) 헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216

였다.

그러나 원래 형벌조항의 경우 예외적으로 소급효를 인정한 이유는 법적 안정성보다 피고인의 인권과 실질적 정의 보장을 우선하기 위한 취지였는데 재심청구 및 형사보상청구에 따른 국가의 재정적 부담을 줄일 목적으로 소급효를 제한하는 것이 평등권 등 국민의 기본권을 침해하여 위헌이 아닌지 문제가 되었고[591] 헌법재판소는 전원일치로 합헌이라고 선언하였다.

그러나 이를 스칼리아의 방법론으로 살펴보면 헌법재판소 결정에서는 다루지 않았던 쟁점이 나옴에도 전원일치의견은 한국 헌법재판소의 경향이 다소 치우친 것은 아닌지 의문이 들게 된다. 첫째 원본주의에 의하면 헌법과 법률의 의미는 제정당시에 고정되고 사회변동에 따라 변화하지 않는다. 따라서 혼인빙자간음죄는 물론 간통죄 역시 50년 전에는 합헌이었던 형벌이 이제 와서 위헌이 될 수는 없다. 그 논리적 귀결로 어떤 형벌 조항이 위헌이라면 제정 시점부터 위헌(원시적 위헌)일 수 밖에 없으므로 소급효를 제한하는[592]동 단서의 위헌성이 문제된다. 둘째, 설령 사회변동에 따라 형벌 조항이 제정 이후 어떤 시점부터 위헌이 된다 하더라도(후발적 위헌) 언제부터 위헌적 법률이 되었는지를 확인하는 것은 매우 어려운 일인데[593] 국민의 대표자인 입법기관이 아닌 헌법재판소의 합헌결정을 기준으로 소급효의 범위를 제한하는 것이 민주적 정당성 및 합리성이 있는지 문제된다.[594]

나. 스칼리아의 관점

(1) 한국의 원본주의 적용 가능성

591) 헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216의 청구인 주장 요지

592) 법문은 '소급효'를 제한한다고 되어 있지만 원본주의에 따르면 위헌 결정은 처음부터 존재하는 위헌성을 확인하는 것이므로 엄밀한 의미의 소급효라 할 수 없다.

593) 헌법재판소 제47조 제3항 단서는 헌법재판소의 합헌 결정 이전에 간통죄를 저질렀으나 유죄의 확정시점은 합헌결정 이후인 경우에 피고인의 재심청구를 받아들여야 하는지 명확하게 규정하지 않고 있으나 대법원은 이 경우에도 피고인의 재심청구를 받아줘야 한다고 결정하였다.(대법원 2016. 11. 10. 자 2015모1475 결정)

594) 물론 스칼리아, 드워킨이 실제로 어떤 판단을 할지 정확히 파악하는 것은 불가능하다. 그러나 본고의 목적은 해당 조문을 어떤 방법론으로 바라보느냐에 따라 판결 결과와 이유가 충분히 달라질 수 있음을 보이는 데 이 있다. 또한 본고는 동 조항의 위헌 여부에 대한 결론을 내는데 목적을 두고 있지 않으므로 방법론 이외의 부수적 헌법 쟁점은 다루지 않도록 한다.

한국에서 입법자의 의사에 엄격하게 구속되는 초기 원본주의(intentionalism)는 존재하는 법해석론인가라는 질문에 대해 학자들은 부정적으로 대답하며 그 이유로 ① 원본주의의 이론적 권위 원천인 미국 건국 영웅(founding fathers)에 비견할 국부國父가 한국에는 존재하지 않으며[595] ② 한국은 근대화로 인한 급속한 전통과의 단절을 경험하여 과거와 현재의 맥락적 차이가 크고[596] ③ 선례를 축적하기 턱없이 부족한 법역사[597] ④ 건국 초기의 제정 이유를 추적할 사료가 아예 쓰여지지 않았거나 유실되어 현재 확인할 수 없고 ⑤ 법률안에 대해 입법이유서를 쓰지 않아 입법자의 의사를 정확히 파악하기 힘들다는[598] 이유를 든다.[599] 나아가 입법부의 입법활동에 대한 사법부의 불신[600] 또한 법관이 법률 해석에서 제정자의 의도에 구속되지 않는 중요한 이유라고 본다.

---

595) 최근의 '건국절'논쟁은 우리 나라에 국부가 존재하지 않는다는 사실을 상징적으로 보여준다. 이승만 초대 대통령을 '국부'로 삼고자 하는 진영은 1948년 8월 15일을 대한민국의 건국일로 본다. 그러나 헌법 전문에서 상해 임시정부의 적통을 계승을 천명하고 있고 이승만 스스로도 임시정부의 연장선상에서 대한민국을 인식했다는 점을 들어 대한민국의 기원을 3.1 운동 이후에 설립된 임시정부에 둔다. 전자는 제헌헌법만을 인정하지만 후자는 '대한민국임시헌장'을 헌정사에 포함시킨다. 장은교 기자, 이승만 "1919년 대한민국 건국" 친필 사인 문서 공개됐다, 경향신문 2016-10-02 기사 입력; 서희경, 『대한민국 헌법의 탄생』, 창비, 39-119쪽 참조

596) 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다.(대법원 2005. 7.21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결)

597) 이상 조홍식, '물경시정치 - 비례입헌주의를 주창하며', 서울대학교 법학 제49권 제3호(2009)

598) 이상 옥도진, 민법 해석방법의 이론과 실제 : 문언을 중시하는 해석과 민법 제1조의 재조명', 저스티스 146(1) 134쪽

599) 한편 헌법재판소는 입법사의 일종인 법률안의 전문위원 검토보고서 및 그 개정논의를 위헌성 판단에 참고한다. 헌재 2015. 6. 25. 자 2013헌가17, 24, 2013헌바85(병합) 결정 별개의견 '2011. 9. 15. 아동청소년성보호법 개정으로(법률 제11047호) 가상의 아동·청소년이용음란물에 대한 규제가 시작되었는바, 당시 입법경위를 보면 "표현물"과 관련해서는 단순히 아동·청소년을 이미지화한 그림이나 만화 등이 아니라, 컴퓨터 그래픽 또는 그 밖의 기술로 마치 실제 아동·청소년이 등장한 것과 마찬가지로 보이는 표현물 내지 실제 아동·청소년의 사진을 기술적으로 합성한 표현물을 예정했던 것으로 보인다{윤석용 의원이 대표발의한 아동청소년성보호법 일부개정법률안 검토보고서(2011. 4. 여성가족위원회 수석전문위원) 참조}. 그런데 법 시행 이후 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"에 실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는 그림, 만화 등으로 표현된 아동·청소년의 이미지도 포함되는 것인지 불명확하고, 만약 이러한 표현물도 포함된다면 그 규율범위가 지나치게 광범위하다는 비판이 일자, 관련 조항에 대한 개정 논의가 시작되었는데, 개정 논의에서는 "표현물"에 그림이나 만화도 포함될 수 있다는 입장과 실제 아동·청소년의 사진을 이용하거나 실제 아동·청소년이 등장한 것으로 오인할 수 있는 표현물로 제한하여야 한다는 반대 입장이 대립하다가, 그림, 만화 등이 더 자극적일 수 있기 때문에 "표현물"이라고 정하되 규제 대상의 광범성으로 인한 문제는 법 집행기관이 구체적 사안을 해결함에 있어 판단할 수 있다고 보고, '명백성' 요건만을 추가하는 것으로 정리된 것으로보인다{아동청소년성보호법개정안(법률제11572호)에 대한 국회(정기회) 아동·여성대상성폭력대책특별위원회회의록(법안심사소위원회)및제311회 국회(정기회)아동·여성대상성폭력대책특별위원회회의록 참조}'

600) "부주의하게 표현방법만을 바꿀 생각으로 "개정"하였고 위원회에서도 부주의하게 이 개정초안을 기초자의 설명대로 통과시켰다고 본다. 왜냐하면 위원회에서 당시 이점에 관하여 특별한 정책적 고려나 충분한 토의도 없이 구법의 규정이 개정된 당시의 경위나 심지어 그 분위기에 맞추어 명백하다고 본다."(대법원 1978. 4. 25. 선고 78도246 전원합의체 판결)

(2) 쟁점 1 - 법률 의미가 제정 당시에 고정되는지

(가) 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 소급효를 제한하든 헌법재판소법 제47조 제3항 단서에 대한 결정에서 재판관 전원일치로 입법부에 의한 입법활동이 없이도 시대 상황에 따라 법률의 의미나 내용이 바뀜을 분명히 했다.

해당 형벌조항이 성립될 당시에는 합헌적이며 적절한 내용이었다고 하더라도 시대 상황이 변화하게 되면 더 이상 효력을 유지하기 어렵거나 새로운 내용으로 변경되지 않으면 안 되는 경우가 발생할 수 있다.

헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216

이와 같은 전제에서 헌법재판소는 형법상 간통죄는 이전에는 합당한 존재 이유와 기능을 가진 합헌적 형벌이었으나 이후 사회적 인식의 변화로 위헌적 형벌이 되었다고 밝혔다.

우리 사회에서 혼인한 남녀의 정조유지가 **전통윤리로 확립**되어 있었고, 일부일처제의 유지와 부부간의 **정조의무 역시 도덕기준의 하나로 정립**되어 왔다. 그러나 최근 전통적인 가족 구조 및 가족 구성원의 역할이나 지위에 대한 인식이 변화하고 있고, 급속한 개인주의 및 성개방적 사고가 확산됨에 따라 결혼과 성에 대한 인식도 바뀌어 가고 있다.[601] (…) **과거** 우리 사회에서 간통죄의 존재가 여성을 보호하는 역할을 수행하였던 것은 **부인할 수 없다.**
(…) 그러나 오늘날 우리 사회의 변화는 간통죄의 위와 같은 존재이유를 상당 부분 상실하도록 하였다. (…) 오늘날 간통죄의 존재가 여성 배우자를 보호하는 기능은 상당 부분 상실되었다고 할 것이다.

헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17 등

601) 재판관 김이수는 다수의견과 별도로 형벌은 '전체 법질서의 흐름과 사회구성원들의 경험적 인식의 변화에 따라 달라질 수 있는 것이다'는 의견을 표명했다.

(나) 정당화 근거

헌법재판소는 시대에 따라 형벌조항이 합헌에서 위헌으로 변동할 수는 정당화 근거로서 시대적 정의, 법적 안정성·지속성, 국가형벌권 신뢰를 든다. 그리고 국민의 의식 변화 역시 판단의 정당화 근거로 제시된다.

그런데 합헌으로 평가되던 법률이 사후에 **시대적 정의의 요청**을 담아내지 못하게 되었다고 하여 그동안의 효력을 전부 부인해 버린다면, 끊임없이 개별 규범의 소멸과 생성이 반복되고 효력이 재검토되는 상황에서 **법집행의 지속성과 안정성이 깨지고 국가형벌권에 대한 신뢰**는 무너져 버릴 우려가 있다.

헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216

이러한 사회 구조의 변화, 결혼과 성에 관한 국민의 의식 변화, 그리고 성적 자기결정권을 보다 중요시하는 인식의 확산에 따라, 배우자 있는 사람이 배우자 아닌 사람과 성관계를 하였다고 하여 이를 국가가 형벌로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 **더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵**게 되었다.

헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17 등

(다) 스칼리아 관점에서의 비판

원본주의는 법률의 의미는 제정 당시에 고정되며 법률에 정해진 절차를 거치지 않고선 해석으로 이로 변경해서는 안된다고 본다. 또한 세월에 따라 법률의 위헌여부를 판단하는 기준은 진화하지 않는다.[602] 심사의 대상과 심사의 기준이 고정 불변하므로 제정 당시에는 합헌이었던 법률이 나중에 위헌이 되는 것은 불가능하다. 물론 이 경우 현실과 법규범의 괴리가 발생하나 이는 정해진 절차를 통해 폐기로 해결해야 하는 것이지 법원의 해석에 의할 것이 아니다.[603] 법관이 헌법과 법률의 고정된 의미를 무시하고 변화한 의미를 부여함은 입법부의 권한을 잠탈하는 것으로 민주주의 및 권력분립 원칙에 위배된다.[604]

602) Wilson v. Seiter, 501 U.S. 294, 111 S. Ct. 2321 (1991)
603) Heller 판결문 2822쪽
604) 『Redaing Law』, 82쪽

물론 대한민국의 헌법과 헌법재판소법은 미국과 달리 헌법재판소를 설치하고 이에 법률의 위헌성을 심사할 권한을 부여하였다. 그러나 헌법과 법률 어디에도 시대적·사회적 변화에 맞추어 헌법 및 법률의 의미가 변한다는 규정은 존재하지 않고, 이는 대한민국과 미국의 법체계상 차이와 상관 없이 법치주의, 민주주의, 권력분립의 원칙에 비추어 결정하여야 할 문제이다. 만약 법률의 창설과 폐지의 권한이 입법부에 전속된다면 권력분립의 원칙상[605] 헌법재판소의 해석으로 법률의 의미를 변형하고 이를 기준으로 위헌을 선언하여 사실상 법률을 폐기하는 것은 결과적 타당성은 별론으로 하고 민주주의 절차적 또는 과정적 정당성은 없다 보아야 한다.

(3) 쟁점 2 - 위헌결정의 소급효의 시적 한계를 같은 법조항에 대한 헌법재판소의 이전 합헌 결정시로 제한할 수 있는지

(가) 헌법재판소의 태도

법률의 합헌성에 관한 최종 판단권이 있는 헌법재판소가 당대의 법 감정과 시대상황을 고려하여 합헌이라는 유권적 확인을 하였다면, 그러한 사실 자체에 법적 의미를 부여하고 존중할 필요가 있다. 헌법재판소가 특정 형벌법규에 대하여 과거에 합헌결정을 하였다는 것은, 적어도 그 당시에는 당해 행위를 처벌할 필요성에 대한 사회구성원의 합의가 유효하다는 것을 확인한 것이므로, 합헌결정이 있었던 시점 이전까지로 위헌결정의 소급효를 인정할 근거가 사라지기 때문이다.

헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216

(나) 스칼리아 관점에서의 비판

헌법재판소에 의한 사회구성원의 합의가 유효하다는 유권적 확인이 존중받기 위해선 그 전제로 헌법재판소가 사회적 합의를 발견할 수 있어야만 한다. 일반적으로

605) 심지어 헌법재판소는 관습법은 형식적 법률이 아니어서 위헌법률심판의 대상이 아니라는 대법원의 판단에도 불구하고(대법원 2009. 5. 28. 자 2007카기134) 이를 법률과 같은 효력을 가진다고 보아 심판 대상에 포함시킨다.(헌재 2016. 4. 28. 자 2013헌바396 등) 이에 대해서는 헌법재판소 반대의견도 '관습법에 대한 위헌심사는 법원이 담당하는 것이 타당하다'(재판관 이진성, 김창종, 조용호)거나, '관습법에 대한 위헌심사는 헌법이 예정하고 있는 것이 아니다.'(재판관 조용호)라고 비판한다.

법률은 그 자체로서 사회적 합의가 표현된 객관적 지표이고[606] 법률이 폐기되지 않은 사실은 입법활동의 없음(無)이 아니라 부작위로서 법률을 폐기해서는 안된다는 사회적 합의로 보아야 한다. 법관은 법해석에 있어서 전문성을 인정받을 뿐 비법률가보다 정책·가치 판단을 잘한다고 볼 근거가 없다. 헌법재판소는 국회의원이 제정한 법률이 사회적 합의가 결여되었는지를 판단할 능력이 없음에도[607][608] 사회학, 심리학에 대한 아마추어적 지식을 적용해서[609]사회적 합의의 유무를 판단하는데, 이는 민주적 정당성이 없이 법관 자의에 의한 판단이며 사법독재로 이어진다.[610]

2015년 여론조사에서 국민들의 65.6%는 위헌결정으로 간통죄의 폐지에 반대하는 것으로 나타났다.[611] 이는 현재 남자 여덟에 여자 한명, 서울대 출신이 여섯 고려대, 경북대, 건국대 각 한명으로 구성되어 있는[612] 헌법재판소 재판관 구성의 한계이다.[613] 설령 헌법재판소의 찬반 비율이 사회와 일치하더라도 위헌결정을 위한 정족수(6인)에 미치지 아니하면 합헌을 선고할 수밖에 없는데 이 경우에도 위헌결정의 소급효를 제한한다면 헌법재판소가 스스로 제시한 논거인 '과거에 합헌결정을 하였다는 것 사회구성원의 합의가 유효하다는 것을 확인한 것'에 정면으로 위배된다.[614]또한 현재 법조문은 이전의 합헌결정의 옳고 그름과 관계 없이 무조건 소급효를 제한하고 있는데 견해 변경의 이유는 사정변경 뿐만 아니라 이전의 잘못된 판단에 대한 반성과 수정일 때도 존재하고 이 경우에까지 일률적으로 소급효를 제한하는 것은 문제가 있다.[615]

---

606) Thompson v. Okla., 487 U.S. 815, 108 S. Ct. 2687 (1988) 865쪽
607) Thompson v. Okla., 487 U.S. 815, 108 S. Ct. 2687 (1988) 865쪽
608) 양건은 현재 헌법재판의 정치적 성격을 고려할 때 재판관의 자격을 법조인에 한정하는 헌법이 타당한지 의문을 제기하면서 법관 자격이 없는 법학교수까지 대상을 넓혀야 한다고 주장한다.(양건, 위 논문, 10쪽) 그러나 애초에 문제가 '정치적 고려'가 포함되는 헌법재판의 특수성이라면 이는 합리적 해결책이라 보기 어렵다.
609) Lee v. Weisman, 505 U.S. 577, 112 S. Ct. 2649 (1992) 636쪽
610) Webster v. Reprod. Health Servs., 492 U.S. 490, 109 S. Ct. 3040 (1989) 532쪽
611) 현대호,김명아 , 『2015국민법의식 조사 연구』, 한국법제연구원
612) 2016년 10월 현재 박한철 헌법재판소 소장, 이정미, 김이수, 이진성, 김창종, 안창호, 강일원, 서기석, 조용호 재판관
613) Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015)
614) 실제로 간통죄 위헌결정 직전의 합헌 결정은 단순위헌 4인, 헌법불합치 1인으로 위헌 의견이 다수였으나 정족수 미달로 위헌결정을 내리지 못하였다. 헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17 등
615) 허완중, 위 논문, 36쪽

Ⅵ. 결론

1. 우리는 모두 원본주의자다

십 년이면 강산도 변한다는 말을 자주 입에 올린다. 옛날 동성애는 인류의 패악으로 인식되었으나 오늘날은 반대로 이를 비난하는 사람이 몰상식하고 비도덕적인 사람으로 취급받는 분위기다. 새 술은 새 부대에 담으라는 말은 변한 강산에는 이에 맞는 새로운 규칙이 적용되어야 한다는 뜻이다. 영국과 독립전쟁을 벌인 직후 가족의 생명을 보호하기 위해 현재의 엽총 수준의 무기를 지닐 권리를 부여한 미국 수정헌법 제2조가 현대의 정신분열자나 테러리스트들이 대량살상무기를 손에 넣을 권리를 부여한다거나, 가부장 전통에 따라 남성 위주의 가계제도가 지금도 유효한 영향력을 미친다는 해석은 일반 상식에 반하며 정당성을 주장하기 어렵다. 원본주의가 미국 일부는 물론 대부분의 나라에서 환영받지 못하는 가장 큰 원인이 바로 여기에 있다.[616]

그러나 시대 변화를 어떻게 체계에 반영시킬 것인가에 관한 문제에 이르면 대답은 간단하지 않다. 모든 것을 이성적으로 고려해 판단을 내리는 이상적인 철인(哲人)이 나타나 국가 공동체를 이끌어주면 두말할 나위 없이 좋다. 간혹 인류의 역사에서 '백마를 타고 온 초인'이 등장해 한 나라의 수준을 일거에 끌어 올린 때도 있다. 그러나 이 예외적인 시간을 제외한 나머지는 일인 또는 소수가 다수를 억압하고 착취하는 폭정의 역사로 기록되어 있다. 20세기에 들어서도 구국의 영웅이자 지도자를 참칭하는 수 많은 사람들이 자행한 반인륜 범죄는 철인정치가 과연 현실에서 구현 가능한 선택지인지 자문하게 한다. 민주주의는 형편 없는 정치체제일지 모르나 적어도 인류 역사에서 가장 나은 체제라는 처칠의 말은, 수 많은 결함에도 불구하고 민주주의를 차악(遮惡)으로 선택할 수밖에 없는 정당성을 웅변한다. 똥 묻은 개가

616) Dieter Grimm(송석윤 역), '헌법과 사회변동 -헌법해석 방법론에 대한 몇 가지 생각-', 서울대학교 법학, 2001, Vol.42(3) 207쪽

겨 묻은 개를 향해 더럽다고 비난하는 것은 틀린 지적은 아니다. 그러나 그렇다고 해서 똥 묻은 개가 깨끗해 지는 것도 아니다. 원본주의의 결함은 작지 않으나 이 때문에 곧바로 이를 폐기하지 않고 살펴보아야 하는 이유는 바로 이 때문이다.

우리는 민주주의와 함께 법치주의를 채택했다. 법의 지배가 실현되기 위해서 법은 수범자 관점에서 예견가능해야 하고 법집행자를 포함하여 모두가 법 앞에 평등해야 한다. 법집행자가 법을 변경할 권한이 있다면 그는 자신에게 불리한 법을 바꿔버림으로써 법치주의를 형해화할 수 있으므로 사법권과 입법권은 분리되어야 한다. 그러나 법의 외형은 그대로 두면서 해석을 통해 뜻을 바꿔버린다면 권력분립의 의의가 형해화 되므로 해석을 통한 법의 변경은 되도록 자제되어야 한다. 예를 들어 일본 보수 우파들에게 교전권(交戰權)을 부정한 일본 헌법 제9조[617]는 70년 전에 제2차 세계대전 패전국 지위에서 강요된 문서에 불과하며 일본을 전쟁을 못하는 '비정상국가'로 만드는 부조리의 결정체이다. 그럼에도 불구하고 이를 고치기 위해선 정해진 절차를 따라 개헌을 해야하지 이를 우회하여 정부 각의(閣議)결정으로 해석을 바꿔버리는 것은 법치주의 하에서 용인할 수 없는 것이다.[618]

입법부가 만든 법의 올바른 의미를 구하는 작업을 우리는 해석이라고 부른다. 그러나 무엇이 올바른지에 대해서는 법률, 헌법에 쓰여있지 않다. 따라서 우리는 해석을 하기 위해 '무엇이 올바른 해석인가'에 대한 해석을 다시 다툴 수밖에 없고 이것이 법해석론의 영역이다. 원본주의는 법의 의미를 제정 당시에 고정시켜 해석하는 것이 타당하다고 주장한다. 반면 드워킨은 올바른 해석이란 현 시점에서 과거의 법이 가장 좋은 모습으로 비춰지는 것이며 판단의 주체는 법관이라고 말한다. 물론 드워킨은 법관이 법의 기존 의미나 판례를 무시해선 안되며 충돌하는 여러 법원리를 충분히 고려하여 판단해야 한다며 나름의 객관성을 기하고자 노력한다. 그러나 그가 제시한 이상적 법관의 이름을 인간을 초월한 헤라클레스로 명명한 것에서 드워킨이 말하는 '올바른 법해석'이 초인적 영역에 놓여져 있음을 알 수 있다. 스칼리아와 드

617)① 일본국 국민은 정의와 질서를 기조로 하는 국제평화를 성실하게 희구하고 국권의 발동에 의한 전쟁과 무력에 의한 위협 또는 무력의 행사는 국제분쟁을 해결하는 수단으로써는 영구히 이를 포기한다.
② 전항의 목적을 이루기 위해서 육해공군 기타의 전력은 보유하지 않는다. 국가의 교전권은 인정하지 않는다.

618) 연합뉴스, '日헌법학자 90% "집단자위권 법안 위헌"', 2016-07-09, 윤희일 기자, '[뉴스 깊이보기]'전쟁할 수 있는 일본' 첫발... '집단적 자위권법', 29일부터 시행', 경향신문, 2016-03-28

워킨의 대립은 정치체제에서 민주주의와 철인정치의 대립을 법해석론으로 옮겨온 것이다. 원본주의는 많은 결함에도 불구하고 현실에서 가능한 유일한 차악(the lesser evil)의 법해석론일 수 있는 것이다.

원본주의는 해석의 객관성을 경시하는 여타 법이론 및 실무에 경종을 울린다. 원본주의는 분명 미국이나 일본처럼 제헌헌법이 거의 변함 없이 이어진 경성헌법 국가일수록 객관성을 강조하는 이론적 강점이 명확히 드러난다. 그러나 빚이 강하면 그늘이 짙어지는 것처럼 법의 제정시와 현재의 괴리도 커지고 해석으로라도 괴리를 시정하자는 주장의 정당성은 커진다. 단점이 장점보다 더 커질 때 '줏대 없는 원본주의'는 현실에 굴복 또는 타협 함으로써 결함을 털어낸다. 이는 분명 일관성이 없는 자의적 타협이 될 소지가 크다. 그러나 어떤 이론도 완벽할 수 없고 자의적이라는 비판에서 자유로울 수 없다. 원본주의는 일관성을 원칙의 영역에, 비일관성을 예외의 영역에 두고 예외를 최소화 하고자 노력하는 이론이며 적어도 반원본주의에 비해서는 자의적 요소가 적다는 스칼리아의 주장은 새겨들을 가치가 있다. 스칼리아의 지적 대로 반원본주의는 원본주의가 틀렸다는 주장 이외에는 공통점이 없어 백가쟁명식의 주장을 펼친다. 원칙과 예외가 서로 뒤섞여 객관적 기준이랄게 없어지면 남는 것은 법관 개인의 주관적 선호 뿐이다. 드워킨을 포함하여 원본주의에 반대하는 그 누구도 이런 결론을 받아들이지 않으며 객관성을 보장하기 위한 저마다의 이론을 제시하고 은연중에 원본주의적 방법을 차용한다. "우리는 모두 원본주의자다.(We are all originalists)"라는 선언[619]을 흘려들을 수 없는 것은 바로 이 때문이다.

2. 우리들의 원본주의

'함께 쌀을 나누어 먹는 나라이다. 이것이 민주공화국(共和國)의 원래 뜻입니다. 사람들이 편안하게 쌀을 나누어 먹지 못하고, 밥을 나누어 먹지 못하고 아스팔트 위

619) 스칼리아와 함께 대표적 원본주의자로 분류되는 보크는 1987년 레이건 대통령에 의해 미연방대법관으로 지명되었으나 청문회에서 민주당 상원의원 바이든 등은 그의 원본주의 철학을 집중 공격했고 보크는 결국 낙마했다. 그러나 바이든은 1988년 자신의 위원회활동을 두둔하기 위해 원본주의적 발언을 하였고 보크는 바이든이 지금에서라도 견해를 바꾼 것을 환영한다고 비꼬며 "우리는 모두 원본주의자"라는 칼럼을 기고한다. Robert H. Bork Jr, 'We're All Originalists Now', Wall Street Journal, 1988-04-05.

에 앉아 있도록 만들어 놓는다면 헌법 제1조 1항 위반입니다.'

방송인 김제동은 성주의 사드 배치 농성 현장에서 이처럼 대한민국 헌법을 해석했다. 김제동은 헌법 각 조를 인용하며 설득력 있는 해석을 이어간다.[620]그의 말은 조문에 어긋나지 않고 조리 있으며 무엇보다도 김제동 본인의 '정치적 올바름'에도 충실하다. 그러나 대부분의 법률가들은 축적된 법역사, 선례, 문화 및 체계를 통해 헌법을 해석하며 김제동의 위 말은 그럴듯한 해설(解說)일지언정 헌법의 진짜 해석(解釋)이라고 진지하게 생각하지 않을 것이다. Republic의 수 많은 후보 번역어 중에 공화국이 살아 남은 데에는 우연적 요소가 개입되어 있을 뿐만 아니라 이를 '쌀米을 나누어共 먹는口 나라國'로 해자(解字)한 것은 재밌는 발상일지언정 '객관적' 해석이라고 부르기엔 무리가 있다. 그러나 전문 지식을 동원한 법률가들의 헌법 해석에 국민들은 자주 물음표를 던진다. 선례와 법적 안정성 등을 이유로 법률가 나름의 '객관적 해석'을 제시하면 일부는 헌법은 법학자들만의 전유물이 아니라는 이유로 이를 수용하기를 거부한다. 법학자들에게 김제동식의 설명은 비전문적이어서 객관적이지 않게 보인다면 다른 사람들은 법학자들의 설명이 너무 전문적이고 이해하기 어렵기 때문에 객관적이라고 부르기를 거부한다. 입론(立論)과 비판 그리고 재비판이 어지러히 자기 주장을 하는 가운데 객관성은 증발하여 형체를 알아보기 힘들다. 어떤 이는 법이 사회규범으로서 현실을 규율해야 되기 때문에 객관성 대신 권위나 명령에서 힘의 원천을 찾기도 한다. 그러나 우리가 법의 객관성을 포기하는 순간 민주주의는 소수가 "나를 따르라"고 외치면 이를 따라다니는 대중들의 이념으로 변질되어 버린다. 법률가이기 전에 민주시민으로서 우리는 허점 투성이고 만신창이가 된 객관성일지라도 이를 포기해선 안된다. 우리는 객관성의 징표를 찾고 이에 기대어 이 시대, 이 곳의 법에 대한 해석을 제시할 의무가 있다.

객관성이라는 단어와 가장 잘 어울리는 과학은 가정을 수립하고 그 예측 값과 실제 결과를 비교·검증함으로써 객관성에 접근한다. 교황청이 갈릴레오의 입을 막는다 한들 지구는 자전을 멈추지 않듯 과학에서 실제 결과는 변하지 않기 때문에 이론은 검증 가능하고 따라서 객관성을 추구할 수 있다. 이 때문에 사람들은 양자역학처럼 자신이 이해하지 못하는 이론일지라도 가정과 결과만 일치하면 이를 객관적이라고

620) 전문은 박세열 기자, '김제동 사드 집회 발언 화제 "내가 종북? 난 경북이야"', 프레시안, 2016-08-07

받아들이는데 주저하지 않는다. 그러나 현실의 결과물로서 헌법률은 변용에 취약하다. 주도 세력이 마음 먹으면 손쉽게, 심지어 자의적 방향으로 이를 바꿀 수 있기 때문에 '있는 법'은 객관성을 검증할 유효한 징표가 아니다. 오히려 사람들은 있는 법인 헌법률을 부정하고 '있어야할 법'을 상정하고 이를 호명한다. 모든 해석은 정도의 차만 있을 뿐 있는 법에서 출발해서 있어야 할 법에 종착한다. 각인의 해석은 각인의 '있어야 할 법'을 투영하며 따라서 '해석의 객관성'이란 '주관의 객관성'이라는 형용모순에 가까워진다. 과학은 현실을 통해서 가설을 검증하고 가설을 현실에 맞추어 나가지만 법은 가정을 통해 현실을 비판하고 현실을 가정으로 끌고 가고자 한다. 과학은 가설이 현실에 맞으면 객관적이라고 하지만 법은 현실에 맞지 않는 가정이 어떻게 객관적인지를 설명하고자 한다. 법에서는 '객관성'이 무엇인지, 도대체 있기는 한지, 있다면 어떻게 가능한지에 대해 격론이 펼쳐진다.

드워킨은 과학과는 다른 법의 이런 속성을 알고 우리들에게 과학적 객관성에 대한 환상을 버리라고 충고한다. 만고불변한 법의 형상은 없기 때문에 이를 찾으려는 시도는 허상을 좇는 것이며 주관적인 기준에 불과한 그 허상을 법의 이데아로 숭배하지 말라고 한다. 그는 과학적 객관성을 포기해도 법관은 통합성의 구속을 받으며 자의적이지 않은 법의 해석에 도달할 수 있다고 본다. 그러나 통합성은 정의, 평등, 법적 안정성 등 너무 많은 개념들 사이의 균형을 맞추라고 요구한다. 우리는 접시가 장대 끝에서 떨어지지 않고 회전하는 것을 눈으로 확인함으로써 곡예사가 완벽한 균형점을 찾았음을 알 수 있다. 그러나 법은 실체가 없기 때문에 아무리 훌륭한 법관의 해석인들 우리는 이것이 정말로 통합적인 해석인지 확인할 길이 없다. 한편 스칼리아는 우리에게 다른 길을 제시한다. 그는 법을 제정된 시점의 일반적 의미에 고정시키고 이를 실체가 있는 물건으로 취급하고자 한다. 육화(肉化)한 법은 해석자의 가정이 틀렸음을 증명할 강력한 힘을 가지게 된다. 비교와 검증이 가능하게 된 법은 과학이 획득할 수 있는 것에 근접한 객관성을 추구할 수 있게 된다. 인류 대부분은 지구가 둥근 것을 실제로 본 적이 없지만 이를 객관적 지식으로 인정하기를 주저하지 않는다. 마찬가지로 스칼리아의 주장대로라면 제정 당시의 일반적 의미를 몸에 익힌 자가 현재 아무도 없다 할지라도 그 해석 만큼은 객관적이라고 인정받을 길이 열린다. 스칼리아의 주장 및 원본주의가 설득력있게 들리는 이유는 우리가 법 해석의 객관성을 포기할 수도, 드워킨의 설명에 만족할 수도 없기 때문이다. 스칼리

아의 주장은 법은 객관적이어야 한다는 이유로 객관성에 법을 맞춰버린 프로크로스테스의 침대식 방법일 수도 있다. 그러나 스칼리아의 눈에는 드워킨이야 말로 객관성이란 의미를 자기 입맛에 맞게 재단한 프로크로스테스로 보일 것이다. 스칼리아의 원본주의가 틀렸거나 우리나라에 맞지 않는다고 해도 우리는 그의 주장에 더 귀를 기울일 필요가 있다. 이는 객관성에 대한 강력한 호소이자 요청이기 때문이다.

우리는 구미 국가에 비해 짧은 법역사를 가졌지만 이 기간 동안 일본에 의한 피지배, 6.25전쟁과 남북분단, 산업화, 군부독재, 민주화 이후 신자유주의 등 다른 나라에 결코 뒤지지 않을 사건과 역사를 거치며 때로는 굽혀지기도 때로는 활짝 펼쳐지기도 했다. 근래에는 우리 법문화가 파란만장한 시간을 거쳐 점차 계수법의 영향에서 벗어나고 우리만의 사건을 우리만의 방식으로 판단하고자 노력하는 모습이 보인다. 스칼리아 또는 드워킨의 법이론을 또는 원본주의 이론을 이식하는 것은 가능하지도 바람직하지도 않다. 그러나 우리만의 법을 찾아가는 여정에도 객관성의 방향을 알려주는 표지판이 필요하다면 이들의 논쟁을 연구하고 우리의 도정에 참고할 가치는 충분하다. 원본주의는 객관성의 잠정적 이름일 뿐이다. 우리가 이름을 부르기 전에 객관성은 단지 원본주의에 지나지 않았으나, 이제 그 이름을 찾아 불러주어야 한다.

참고 문헌

단행본

Bruce Allen Murphy, 『Scalia』, Simon&Schuster(2014)

Jack, M. Balkin, 『Living Originalism』, Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University Press(2011)

R. Dworkin, 『Taking rights seriously』, Bloomsbury

_____, 『A Matter of principle 』, Harvard university press,

_____, 『Freedom's Law』, Cambridge, Mass. : Harvard University Press(1996)

_____,『Justice for hedgehogs』, Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University Press(2011)

Richard A. Brisbin, 『Justice Antonin Scalia and the Conservative revival』, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1997

Scalia, Antonin ,『A Matter of Interpretation』, Princeton univ. press(1997)

_____ & Bryyan A. Garner, 『Reading Law : The Interpretation of Legal Texts』, Thomson/West(2012)

_____(edit by Kevin A. Ring),『Scalia's Court- A Legacy of Landmark Opinions and Dissents』, Regnery Publishing(2016)

김도균·최병조·최종고, 『법치주의의 기초:역사와 이념』 서울대학교출판부

나희덕, 『야생사과』, 창비

남기윤, 『법학방법론 : 기초이론·방법론의 역사·비교법학방법론·한국 사법에 대한 유형론적 방법론의 적용』, 고려대학교출판부(2014)

서희경, 『대한민국 헌법의 탄생』, 창비

조르주 아감벤(김항 옮김), 『예외상태』, 새물결

존 하트 일리(J. H. Ely, 전원열 옮김), 『민주주의와 법원의 위헌심사』(Democracy and Distrust), 나남신서

칼 슈미트,(김항 옮김), 『정치신학』, 그린비

토마스 모어(주경철 옮김), 『유토피아』, 을유문화사

현대호,김명아 , 『2015국민법의식 조사 연구』, 한국법제연구원

논문

강승식. ‘미국헌법상 종교의 자유’, 미국사연구, 22 (2005.11): 223-257.

김도균, ‘법적 권리에 대한 연구(Ⅰ)’, 서울대학교법학 제43권 제4호: 171～228.

_____, ‘우리 대법원 법해석론의 전환 : 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성을 향하여’, 법철학연구 제13권 제1호(2010)

_____, ‘한국 법질서와 정의론: 공정과 공평, 그리고 운의 평등’, 서울대학교 법학 제53권 제1호 2012년 3월 325～413면

_____. ‘칸트와 법치주의’, 철학사상, 24 (2007.06): 35-80.

김동규. ‘텍스트-해석의 권위’, 철학탐구, 18 (2005.11): 237-275.

김영환, ‘법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소’, 한국법철학회, <법철학연구> 12권 2호. 2009 pp.7-34

_____, ‘법학방법론의 의의와 그 전반적인 체계’, 한양대학교 법학연구소, <법학논총> 24권 2호. 2007 pp.9-30

_____, ‘법학의 방법과 법학교육 ; 법학방법론과 법학교육’, 한국법철학회, 법철학연구 제9권 제2호(2006)

_____, ‘한국에서의 법학방법론의 문제점 - 법발견과 법형성 : 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로 -’, 한국법철학회, 법철학연구 제18권 제2호(2015)

김종구, ‘미국 연방대법원의 법해석과 텍스트주의’ 미국헌법학회 제21권 제3호(2010)

김준석, ‘로날드 드워킨의 구성적 해석에 관한 연구 : 『법의 제국』을 중심으로, 서울대학교 석사논문(1996)

남기윤, ‘현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법 - 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론의 연구(4-2)’, 저스티스 100권(2007)

박성우, ‘민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화 : 미국헌법 해석에 있어서 원본주의(Originalism)논쟁의 의미와 역할’ 한국정치학회 한국정치학회보 제40권 제3호(2006)

박은정, ’법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심‘, 서울대학교 법학 제57권 제2호 2016년 6월 63～103면

박정명, ‘미국 연방대법원의 사법권 행사에 관한 연구 : United States v. Windsor 판결을 중심으로’, 서울대학교 석사학위논문(2015)

손영식, ‘「공손룡자」「백마론」 연구 -실체와 속성, 존재와 인식-’, 서강대학교 철학연구

소, <철학논집> 43권0호 (2015), pp.167-194
안경환, '미국 연방헌법 수정 제2조(무기소장권)의 의미', 서울대학교 법학연구소, <서울대학교 법학> 38권3,4호 (1997)
안성조, '삶의 형식과 법의 지배', 한국법철학회, <법철학연구> 16권1호 (2013)
안준홍, '법의 제국과 법의 지배', 한국법철학회, 『법철학연구』 19권 1호(2016)
양 건, '87년 헌법의 운용상 특징과 헌법개정 문제 -"사법통치"및"분할정부"현상을 중심으로-', 한양대학교 법학연구소, <법학논총> 24권 2호. 2007 pp.105-125
양창수, '법치주의의 저편', 본질과 현상 Vol.1(2005)
오세혁, '한국에서의 법령해석 -우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석', 한국법철학회, <법철학연구> 6권 2호. 2003 pp.119-150
오승이, '법여성주의를 통해 본 낙태죄의 비판적 고찰 : 여성의 낙태권과 태아의 생명권을 중심으로', 서울대학교 석사학위논문
옥도진, '민법 해석방법의 이론과 실제 : 문언을 중시하는 해석과 민법 제1조의 재조명', 저스티스 146(1)
윤병렬, '가다머에게서 하이데거 해석학의 유산과 "철학적 해석학"'. 현대유럽철학연구, 15, 471-502.;
이계일, '법해석기준의 서열론에 대한 비판적 연구', 한국법철학회, <법철학연구> 18권3호 (2015), pp.125-184
이계일, '볼킨(J. Balkin)의"살아있는 원본주의"-헌법을 예로 살펴본 법의 안정성과 역동성-', 한국 법철학회, 법철학연구 제15권 제1호(2012)
이동민, '영미법상 판례변경의 법리 : 법원칙 모델을 중심으로', 서울대학교 박사학위논문 (2012)
이상윤, '미국 제정법 해석에서의 신문언주의 방법론에 관한 고찰 - John F. Manning의 법이론을 중심으로', 서울대학교 석사논문(2016)
이소은, '담배소송의 제조물책임 관련 쟁점에 대한 고찰' 저스티스, 150 (2015.10): 298-332.
이회창, '사법의 적극주의 -특히 기본권 보장기능과 관련하여-', 서울대학교 법학, 1987, Vol.28(2)
임지봉, '미국헌법상 종교행위의 자유' 미국헌법연구, 19.1 (2008.2): 145-169.
장영수, '현행헌법체계상 헌법재판소의 헌법상의 지위', 고려대학교 법학연구원, <법학논집>30권 0호(1994)
정영화, '미국 연방대법원의 헌법해석의 진화와 쟁점', 홍익법학 제16권 제4호(2015)
정종섭, '한국의 민주화에 있어서 헌법재판소와 기본권의 실현 - 1988년부터 1998년까지',

서울대학교법학 제40권 제3호(1999)
정태호, '헌법재판소장 임명의 헌법적 문제', 법학논총, 27.1 (2007.6): 377-406. Print.
조홍식, '물경시정치 - 비례입헌주의를 주창하며', 서울대학교 법학 제49권 제3호(2009)
차강진, '미국 연방대법원의 역할과 헌법해석', 부산대학교 법학연구 제40권 제1호(1999)
최봉철, '문언중심적 법해석론 비판', 한국법철학회, <법철학연구> 2권 0호. 1999 pp.271-296
최정인, '드워킨의 연쇄소설 개념에 관한 연구 : 법과 문학의 관점에서', 서울대학교 석사학위논문(2006)
한수웅, '헌법재판의 한계', 중앙법학 제17집 제3호, 2015.9, 7-51
함재학, '드워킨의 헌법사상 : 헌법적 통합성과 파트너십 민주주의', 한국법철학회, <법철학연구> 12권1호 (2009), pp.183-222
허완중, '한국 헌법에 따른 헌법재판소법 제47조 제3항의 해석', 헌법재판소 헌법재판연구원, 헌법이론과 실무(2015-A-15)
_____ '한정합헌결정은 합헌결정인가?', 국제헌법학회, 한국학회, <세계헌법연구> 16권3호 (2010), pp.485-512

Barnett, Randy E. "Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism." University of Cincinnati Law Review 75.1 (2006-2007): 7-24.
Booher, T.L. Putting Meaning in its Place :Originalism and Philosophy of Language, Law Philos (2006) 25: 387
Brest, Paul. "Misconceived Quest for the Original Understanding, The." Boston University Law Review 60.2 (1980): 204-238
Cass R. Sunstein, 'Second Amendment minimalism: Heller as Griswold', Harvard Law Review, Nov, 2008, Vol.122(1)
Cook, Gregory C. "Footnote 6: Justice Scalia's Attempt to Impose a Rule of Law on Substantive Due Process." Harvard Journal of Law & Public Policy 14.3 (1991): 853-894.
Eskridge, Book review, Columbia Law Review 113.2 (2013): 531-592.
Farrell, Ian P. "Gilbert & Sullivan and Scalia: Philosophy, Proportionality, and the Eighth Amendment." Villanova Law Review 55.2 (2010):
Fish, Stanley. "Wrong Again." Texas Law Review 62.2 (1983): 299-316.
_____, "There Is No Textualist Position." San Diego Law Review 42.2 (2005): 629-650.

Fontana, 'Response Comparative Originalism', Texas Law Review SEE ALSO, , Vol.88
Goldsworthy, Jeffrey. "Dworkin as an Originalist." Constitutional Commentary 17.1 (2000): 49-78
Jamal Greene, 'Profiling Originalism' Columbia Law Review, Vol.111(2)
_____,'On the Origins of Originalism', Texas Law Review, Nov 2009, Vol.88(1)
Louis E. Feldman, 'Originalsim through Raz-colored glasses', U. Pa. L. Rev. Vol.140.
Moses, Michael F. "Institutional Integrity and Respect for Precedent: DO They Favor Continued Adherence to an Abortion Right." Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 27.2 (2013): 541-568.
Powell, 'The Original Understanding of Original Intent', Harvard Law Review Vol98(5)
R. Dworkin, 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy', Oxford J Legal Studies 2004 24: 1-37.
_____, "Euthanasia, Morality, and Law: Transcript." Loyola of Los Angeles Law Review 31.4 (1998): 1147-1160.
_____, "Law as Interpretation." Critical Inquiry 9.1 (1982): 179-200
Richard A. Posner, 'Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up : The Question of Unenumerated Constitutional Rights', U.Chi.L.Rev. Vol.59(1992)
Rakove, Jack N. "Second Amendment: The Highest State of Originalism, The." Chicago-Kent Law Review 76.1 (2000-2001): 103-166.
Revecca Piller, 'History in the Making: Why Courts Are Ill-Equipped to Employ Originalism', The Review of Litigation, Winter 2015, Vol.34(1)
Robert, John G. Jr.; Ginsburg, Ruth Bader; Kagan, Elena; Barkow, Rachel E.; Manning John F.; Minow, Martha; Sunstein, Cass R. "Justice Antonin Scalia." Harvard Law Review 130.1 (2016): 1-30.
Scalia, Antonin, "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers." Suffolk University Law Review 17.4 (1983): 881-900.
_____, 'Originalism : The Lesser Evil', University of Cincinnati Law Review, Wntr, 1989, Vol.57(3)
_____, 'Rule of Law as a Law of Rules', The, 56 U. Chi. L. Rev. 1175, 1188 (1989)
_____ & Manning, John F. "Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation, A." George Washington Law Review 80.6

(2011-2012): 1610-1619.

Sebok, Anthony J. "Misunderstanding Positivism." Michigan Law Review 93.7 (1995): 2054-2132.

Shattuck, Timothy L. Raschke. "Justice Scalia's Due Process Methodology: Examining Specific Traditions." Southern California Law Review 65.6 (1991-1992): 2743-2792.

Smith, Tara. "Originalism's Misplaced Fidelity: Original Meaning is Not Objective." Constitutional Commentary 26.1 (2009-2010): 1-58.

_____, 'Why Originalism won't die - common mistakes in competing theories of judicial interpretation', Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, Annual, 2007, Vol.2

Stephanos Bibas, 'Originalism and Formalism in Criminal Procedure: The Triumph of Justice Scalia, the Unlikely Friend of Criminal Defendants', 94 Geo. L.J. 183, 204 (2005-2006)

Whitesell, S. L. "Church of Originalism, The." University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 16.5 (2013-2014): 1531-1572.

Whittington, Keith E. "Dworkin's 'Originalism': The Role Of Intentions In Constitutional Interpretation." Review Of Politics 62.2 (2000): 197.MasterFILE Premier. Web. 25 Aug. 2016.

Williams, Ryan C. "One and Only Substantive Due Process Clause, The." Yale Law Journal 120.3 (2010): 408-514.

Winfried Brugger, 'Legal Interpretation, Schools of Jurisprudnece, and Anthropology : Some Remarks From a German Point of view', The American Jourrnal of Comparative Law Vol. 42, No. 2(1994)

<판례>

미국

Sturges v. Crowninshield, 17 U.S. (4 Wheat.) 122 (1819)
Dred Scott v. Sandford, 60 U.S (19 How.) 393, 621, 15 L. Ed. 691 (1857)
Riggs v. Palmer, 22 N.E. 188 (N.Y. 1889)
Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457, 12 S. Ct. 511 (1892)
Nix v. Hedden, 149 U.S. 304, 13 S. Ct. 881 (1893)
New York Trust Co. v. Eisner, 256 U.S. 345, 349, 65 L. Ed. 963, 41 S. Ct. 506 (1921)
Olmstead v. United States, 277 U.S. 438(1928)
Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97, 54 S. Ct. 330 (1934)
United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 58 S. Ct. 778 (1938)
Brwon v. Board of Education 347 U.S 483(1954)
UNITED STATES v. TURLEY, 352 U.S. 407, 77 S. Ct. 397 (1957)
Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 2 L. Ed. 2d 630, 78 S. Ct. 590 (1958)
State v. Gonzales, 129 So. 2d 796 (La. 1961)
Adler v. George,[1964]2Q.B.7.
Katz v. United States, 88 S. Ct. 507 (1967)
Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971)
Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705 (1973)
Hunt v. McNair, 413 U.S. 734, 93 S. Ct. 2868 (1973)
Moore v. E. Cleveland, 431 U.S. 494, 97 S. Ct. 1932 (1977)
Marsh v. Chambers, 463 U.S. 783, 790, 77 L. Ed. 2d 1019, 103 S. Ct. 3330 (1983)
Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, 673, 79 L. Ed. 2d 604, 104 S. Ct. 1355 (1984)
Cal. v. Ciraolo, 476 U.S. 207, 106 S. Ct. 1809 (1986)
Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841 (1986)
Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399, 405, 91 L. Ed. 2d 335, 106 S. Ct. 2595 (1986)
Thompson v. Okla., 487 U.S. 815, 108 S. Ct. 2687 (1988)
Tex. v. Johnson, 491 U.S. 397, 109 S. Ct. 2533 (1989)
Webster v. Reprod. Health Servs., 492 U.S. 490, 109 S. Ct. 3040 (1989)
Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110, 109 S. Ct. 2333 (1989)
Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302, 330-331, 106 L. Ed. 2d 256, 109 S. Ct. 2934 (1989)

Moskal v. United States, 498 U.S. 103, 111 S. Ct. 461 (1990)
Emp't Div. v. Smith, 494 U.S. 872, 110 S. Ct. 1595 (1990)
Cty. of Riverside v. McLaughlin, 500 U.S. 44, 111 S. Ct. 1661 (1991)
Harmelin v. Mich., 501 U.S. 957, 111 S. Ct. 2680 (1991)
Wilson v. Seiter, 501 U.S. 294, 111 S. Ct. 2321 (1991)
Cal. v. Acevedo, 500 U.S. 565, 111 S. Ct. 1982 (1991)
Lee v. Weisman, 505 U.S. 577, 112 S. Ct. 2649 (1992)
Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 112 S. Ct. 2791 (1992)
Smith v. United States, 113 S. Ct. 2050 (1993)
Lamb's Chapel v. Ctr. Moriches Union Free Sch. Dist., 508 U.S. 384, 113 S. Ct. 2141 (1993)
Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 116 S. Ct. 1620 (1996)
Neder v. United States, 527 U.S. 1, 119 S. Ct. 1827 (1999)
Kyllo v. United States, 121 S. Ct. 2038 (2001)
Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242 (2002)
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472 (2003)
Ewing v. California, 538 U.S. 11, 123 S. Ct. 1179 (2003)
Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 124 S. Ct. 1354 (2004)
McCreary Cty. v. ACLU, 545 U.S. 844, 125 S. Ct. 2722 (2005)
District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570, 128 S. Ct. 2783 (2008)
United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013)
Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015)
Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S. Ct. 2292 (2016)

하급심

서울서부지방법원 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 결정
대구지방법원 2006. 12. 29. 선고 2006노3287 판결
대전고등법원 2006. 11. 1. 선고, 2006나1846 판결
서울고등법원 2014. 10. 16. 선고 2014누40724 판결
서울고등법원 2014. 12. 12. 선고 2013누29294 판결
광주지방법원 2016. 10. 18. 선고 2015노1535 판결

대법원

대법원 1978. 4. 25. 선고 78도246 전원합의체 판결
대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결
대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결
대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결
대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결
대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결
대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결
대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결
대법원 2005. 7.21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결
대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결
대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정
대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다24407 판결
대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결
대법원 2007. 1. 11. 선고 2006두15035 판결
대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결
대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결
대법원 2009. 5. 28. 자 2007카기134
대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다44327 판결
대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결
대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결
대법원 2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결
대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결
대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결
대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결
대법원 2014. 4. 10. 선고 2011다22092 판결
대법원 2014. 4. 14. 선고 2012두1419 전원합의체 판결
대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결
대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결
대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도16586 판결
대법원 2016. 1.28. 선고 2014도2477 판결
대법원 2016. 3. 10.선고 2015도17847

대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결
대법원 2016. 5. 24. 선고 2015도10254 판결
대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다87898판결
대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다82385 판결
대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결
대법원 2016. 7. 29. 선고 2014도16517판결
대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결
대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다218713, 218720 판결
대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결
대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도5083 판결
대법원 2016. 11. 10. 자 2015모1475 결정

헌법재판소

헌재 1993. 5. 13. 92헌가10 등
헌재 1995. 12. 27. 95헌마224 등
헌재 1996. 2. 29. 93헌마186
헌재 1997. 9. 25. 96헌가16
헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등
헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92 등
헌재 2002. 10. 31. 99헌바40 등
헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814
헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등
헌재 2005. 3. 31. 2003헌바12
헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17 등
헌재 2009. 3. 26. 2006헌마67
헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등
헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등
헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23
헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12
헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788
헌재 2012. 5. 31. 2009헌바123 등
헌재 2013. 8. 29. 2011헌바390

헌재 2013. 8. 29. 2012헌바174

헌재 2014. 7. 24. 2013헌바183

헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192 등

헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1

헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623

헌재 2015. 6. 25. 2013헌가17, 24, 2013헌바85(병합)

헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216

헌재 2016. 4. 28. 2013헌바396 등

헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1

헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9

헌재 2016. 9. 29. 2012헌마1002등

헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254

기사

로이슈, ‘김능환 대법관, 헌법재판소 비판…이건희 회장 꼬집어’, 2012-07-10
이동현 기자, ‘전원합의체 선고 53%가 만장일치 … 획일화 길 걷는 대법원’, 중앙선데이, , 2014-02-02
장호철 기자, 이마트가 대형마트 아니라는 법원... 기 막힌다, 오마이뉴스, 2014-12-15
박현철 기자, “판사님, 이마트는 대형마트 맞다고요”, 한겨레, 2014-12-17
윤희일 기자, ‘[뉴스 깊이보기]'전쟁할 수 있는 일본' 첫발... '집단적 자위권법', 29일부터 시행’, 경향신문, 2016-03-28
신동진 기자, ‘10년간 전원합의체 190건 전수분석’ , 동아일보, 2016-06-28
박세열 기자, ‘김제동 사드 집회 발언 화제 "내가 종북? 난 경북이야"’, 프레시안, 2016-08-07
장은교 기자, 이승만 “1919년 대한민국 건국“ 친필 사인 문서 공개됐다, 경향신문 2016-10-02
신종철 기자, ‘금태섭 “헌재, 국회의장 권한쟁의심판 인용 0건”…정세균은?’, 로이슈 2016-10-04
문종숙, ‘[해외통신원]캘리포니아, 성중립화장실 의무화’, 법률신문, 2016-10-20
구성수 기자, ‘백기 든 알리안츠 "소멸시효 지난 자살보험금 지급"’, CBS노컷뉴스, 2016-12-06
Robert H. Bork Jr, ‘We're All Originalists Now’, Wall Street Journal, 1988-04-05.
By Douglas T. Kendall, ‘A Big Question About Clarence Thomas’, The Washington Post, 2004-10-14
Alice Su, ‘Supreme Court Justice Antonin Scalia rejects idea of 'Living Constitution'', NJ.com, 2012-12-10
Jeffrey Rosen, ‘A Damning Dissent" New Republic, 2013-06-04
Bruce Allen Murphy, 'Jusice Antonin Scalia and the dead consititution', NYtimes, 2016-02-14

Abstract

A Study on Scalia's Originalism As a Legal Methodology - compared to Dworkin's criticism

Choi Yong Beom

School of Law

The Graduate School

Seoul National University

Originalism is a legal methodology that the meaning of law is determined when it was enacted, after that, never changes without formal procedure. It say the judge should interpret law as it is. Originalism is seperated to search for "the meaning of law when it was enacted", Scalia, a former justice of United States supreme court, insists the law is what is written itself. Therefore the judge do not rely on the intent of lawmakers but only see the letter of laws. He call his methodology Textualism. By the way, Dworkin emphasize the judge cannot help but using their subjective thought and belief when they interpret the law. The judge see the law as a chain-novel so they treat themselves novel-writer who come the last and continue to write the novel. The judge is a creator as well as a criticizer. So the right interpretation get involved with changed situtation after law's enaction. Scalia criticizes Dworkin let the judge to interprete the law as they wish, Dworkin criticizes Scalia that he ignores the difference between law and science that the law cannot achieve "Scientific objectivity". Dworkin thinks Scalia adheres to absurd methodology. Scalia's originalism might have advantages to prevent the judge from deciding in random, hence, it improves values of the rule of law and democracy. However no methodology can achieve perfectly pure objective position. His originalism can be used to enhance interpreters' (mainly conservative) political

perspectives pretending it is the very objective. Despite of all these drawbacks, it is why originalism nerver dies in U.S that originalism is not the best but, at least, the lesser evil to pursue objectivity in interpretation. We can see originalism would not being adapted in Korea when we read several sentences of courts. But if we can say all legal interpretation are pursuing 'objectivity', originalism implies and teaches a valid method to control arbitrary judgements to us.

keywords : originalism, Scalia, Dworkin, interpretative methodology, the rule of law, juristocracy
Student Number : 2014-22803