

法獲得方法의 基本構造에서 본 法學과 法實務

沈 憲 燮*

1. 危險의 徵候로서의 方法論의 舉論

오늘날 우리 法學界에서는 法方法論에 관한 근본적인 省察이 있어야 한다고 피력하는 사람들이 많아졌다. 어느 유명한 科學理論家는 어떤 學問이건 간에 그 方法論에 관해 일반적으로 논의한다는 것은 그 학문이 危機에 처해 있다는 것을 나타내 주는 조짐이라고 하였다.⁽¹⁾ 그것은 어떤 학문이건 ‘正常的인 시기’에 있어서는 그의 方法을 아무런 논의의 대상으로 삼지 않은채 適用하며 또 물려주기 때문이라는 것이다. 이 말은 타당한 것 같다. 오늘날 우리의 法學, 넓게 말해서 法을 獲得하려는 우리의 모든 作業, 즉 立法, 法解釋學, 判決, 나아가 국민의 法意識도 날로 그 威信을 잃고 있으며, 더우기 그들 상호간의 관계도 날로 非正常的이 되어가고 있다. 이럴 때 이러한 危機狀況을 치유하여 건강을 되찾아 보려는 논의가 일지 않을 수 없다. 여기에 바로 오늘날 法方法論에 대한 省察의 요구와 그의 의는 놓여있는 것이 아닌가 생각된다.

2. 法獲得의 方法에서 본 法

대저 方法論이란 일정한 認識에 이르는 思考節次를 일컫는다. 따라서 法方法論이란 것도 법을 獲得하려는 思考의 形式과 規則이라고 하겠다. 이렇게 볼 때 법을 獲得하려는 작업이 어딘가 전반적으로 正常的이 아닌 징조가 보일 때 그 方法論에 대한 反省과 點檢이 앞서는 것은 당연하다 하겠다. 그것은 또 法方法論이 갖는 다음과 같은 두개의 관점에서 보아 더욱 그러할 것이다.

2.1

우선 法の 獲得을 ‘方法論적으로’ 논한다는 것은 제 1차적으로 법에 관한 任意的이고 主觀的인 생각이나 恣意的인 決定을 법에서 부터 배제시키고, 오직 法的 ‘認識’ 내지 ‘判斷’ 만을 확보하려고 한다는 것을 의미한다. 철학자 Ayer에 의하면 ‘認識’이란 그것이 ‘確實하

* 서울대학교 法科大學 副教授

(1) Th. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution* 제 2판, Chicago 1970, 제 II 장 이하 참조.

다는 權利'(right to be sure)를 사람들이 가질 때 말할 수 있다고 한다.⁽²⁾ 논리실증주의자인 그의 요구가 지나치다고 한다면, 認識은 적어도 '規制化되고 根據지워진, 다시 말해서 正當化된 知識'이어야 한다고 할 것이다. 물론 이러한 規制와 正當化는 '여러' 방법으로 이루어질 것이다. 따라서 얻어야 할 인식이 '法的' 인식이라면 그 規制도 事實의 인식에서와는 다른 것이고 또 다른 實踐의 인식과 비교해서도 특수성을 가질 것이다.

2.2

다음으로 法獲得의 方法論에서 보는 法은 순 法理論적으로 考察할 때의 法과는 다르다. 우리가 순 이론적으로 法을 본다고 하면, 우리는 가능한 한 '있는 그대로의 法'을 드러 내 보이며 할 것이다. 그러나 法方法論의 관점에서 본다고 하면 우리의 視線은 바뀌어져야 한다. 여기에서의 법은 찾아야 하고 그리고 드러내 獲得하여야 할 目標로서의 法인 것이다. 그것은 閉鎖되고 흠없는 법이 아니라, 열려있고 보충해야 하는 법이다. 다시 말해서 단순한 所與로서의 법일 뿐만 아니라 課題로서의 法, 즉 '있어야 할 法'까지 포괄된 法이라고 말할 수 있다. 바꾸어 말한다면 여기에서의 법은 그것이 理想的으로 수행해야 할 모든 기능이 최대한 충족된 상태에서의 法, 즉 '正當한 法'에까지 확정된 法觀念과 같은 것이라 하겠다.

2.3

이상을 종합해 보면 法獲得의 方法論에서 바라다 본 法이란 근본적으로 合理的 論議를 거쳐 얻어질 正當한 法的 判斷이라고 결론지을 수 있다. 이는 곧 理性과 正義가 法方法論의 規則이요 目標라는 것을 말해주는 것이라 하겠다.

3. 法獲得의 基本構造

法獲得의 方法論이 기본으로 삼는 과제는 根據지워진, 다시 말해서 '正當化된' 法的 判斷의 獲得에 있다. 그러면 이러한 正當化란 구체적으로 무엇을 가리키는 것인가? 이는 J. Wróblewski가 지적하듯이 두가지로 나누어 볼 수 있다.⁽³⁾ 즉 '內的 正當化'(internal justification)와 '外的 正當化'(external justification)인 것이다.

3.1 法獲得의 內的 正當化

法獲得의 內的 正當化란 法的 判斷이 그 근거가 된 前提들에서부터 '論理的으로' 推論되는가를 두고 말하는 것이다. 이것은 이른바 '法律的 三段論法'으로 불리어져 왔다.⁽⁴⁾ 오늘

(2) A.J. Ayer, *The Problem of Knowledge*, London 1958, 특히 28면 이하.

(3) J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in: *Rechtstheorie* 5, Berlin 1974, 39면 이하.

(4) 拙文, 法律的 三段論法, 서울대학교 法學, 제14권 2호, 141면 이하

날 이는 記號論理學을 사용해서 다루어지고 있기도 하다. 그래서 內的 正當化의 가장 단순한 형태는 다음과 같은 構造로 나타난다.⁽⁵⁾

(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

(2) T_a

(3) OR_a

이를 읽으면 (1)은 ‘모든 x 에 대해, x 가 構成要件(T)을 충족시키면, x 에는 法的 效果가 당위되어 있다(OR)’이고, (2)는 ‘ a 는 構成要件(T)을 충족시켰다’이고, (3) ‘ a 에는 法的 效果가 당위되어 있다(OR)’이다. 이러한 內的 正當化에 맞는 法的 문제로는 다음과 같은 예를 들 수 있겠다.

(1) 국회의원은 清廉의 義務가 있다. (憲法 82-①)

(2) 金氏는 국회의원이다.

(3) 金氏는 清廉의 義務가 있다.

그런데 이러한 단순한 圖式은 규범이 여러 擇一的인 構成要件의 徵表를 갖고 있거나, 여러 法的 效果가 규정되어 있거나, 規범의 표현이 여러가지의 해석을 가능케 할 경우 등에는 적합하지 않을 것이며, 이럴 경우에는 자연히 推論의 도식도 多段的이 되어 복잡하여질 것이다. 어쨌든 이러한 法獲得의 推論圖式은 그것이 ‘modus barbara’나 ‘modus ponens’로 표현되든 상관없이 논리적으로 타당한 것이므로 法推論을 정당화시켜주는 것이다.

사실 이를 모르는 사람은 없다. 그렇다고 해서 이를 ‘過小評價’해서는 안된다. 그것은 위의 圖式은 ‘모든 言明者는 그가 모든 면에서 같은 상황들에서는 똑같이 주장할 그러한 價値 내지 當爲判斷만을 주장할 수 있다’는 이른바 ‘普遍化可能性的 原理’(principle of universalizability)에 일치하기에 말이다.⁽⁶⁾ 그리고 이러한 普遍化可能性的 원칙은 形式的 正義의 原理의 기초를 이룬다. 왜냐하면 形式的 正義의 원리란 Perelman이 말하듯이 “동일한 범주에 속하는 자들은 동일한 방법으로 다루어야 하는 行爲原理”로 볼 수 있고, 이는 곧 “일정한 범주에 속하는 모든 자들은 일정하게 다루도록 의무지우는 規則을 준수하도록” 요구하기 때문인 것이다.⁽⁷⁾ 여기에서 우리는 법을 獲得하기 위해서는 적어도 ‘普遍的인 規範’을 근거로 해야 한다는 규칙도 또한 이끌어 낼 수 있다고 하겠다.

그러나 이러한 규칙은 보편화의 원칙과 마찬가지로 ‘過大評價’할 것도 못된다. 왜냐하면 그것은 그러한 普遍的 規範이 어떠한 내용을 가져야 하는가를 말해주고 있지 않기 때문이고 또 보편적 規범은 물론 그 자체 또한 보편적으로 타당하여야 할 例外規定에 의해 변경될

(5) 이 점 R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M 1978, 273면 이하.

(6) 이 원리에 관해서는 오늘날 특히 R.M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford 1963(년판), 86면 이하 참조.

(7) Ch. Perelman, *Justice et Raison*, Bruxelles 1963, 26면, 55면(‘De la justice’) 참조.

수도 있기 때문이다.

결론적으로 말해서 위의 內的 正當化의 형식적 구조는 普遍化 原則과 形式的 正義의 확보에 이바지하며, 따라서 法獲得作業에 合理性과 正當化를 어느 정도 부여하는 것이다. 그러나 그것은 어디까지나 相對的이다. 왜냐하면 그것은 前提들 자체의 合理性과 正當化에 의존되어 있기 때문이다. 이를 논하는 것은 外的 正當化의 영역에 속하는 것이다.

3.2 法獲得의 外的 正當化

어느 哲人이 오래 전에 남긴 말, 즉 “건진한 사람은 결코 틀리게 推論할 위험은 없으나 틀리게 판단할 위험은 많다.……推論에 있어서는 결코 틀리지 않는다.……그러나 어려움과 틀릴 위험은 ‘前提들’의 설정에 있다”고 한 말은 과장이 없지 않지만 아직도 타당한 것 같다.⁽⁸⁾ 法獲得의 外的 正當化란 바로 그 內的 正當化에 사용된 前提들의 根據지움에 있는 것이다. 이러한 전제들은 여러가지일 수 있겠다. 얼른 생각나는 것은 (1) 實定法規, (2) 經驗命題, (3) 實定法規도 아니고 經驗命題도 아닌 前提들을 들 수 있다. 그런데 마지막의 實定法規도 아니고 經驗命題도 아닌 前提들로서 중요한 것은 法學命題(解釋 및 學說)과 判例를 들 수 있다. 따라서 外的 正當化의 기본적인 대상으로서의 前提들로서는 (1) 法律, (2) 法學(理論), (3) 判例, (4) 經驗을 들 수 있다고 하겠다. 그런데 이와 같이 전제들이 상이함에 따라 그 正當化도 달라질 것이다. 이를 간단히 검토하여 보자.

3.2.1 法獲得과 法律

오늘날 사람들에게 어디에서 법을 獲得하느냐고 물으면 누구나 서슴치 않고 ‘法律’을 가리킬 것이다. 더구나 다행인 것은 法律이란 자연과학의 대상처럼 말없는 것이 아니고 言語로 표현되어 있기에 말이다. 문제되는 것은 이러한 ‘法律의 正當化’이다. 여기에는 法 그 자체의 ‘存在論的 正當化’와 그 효력에 관한 ‘規範的 正當化’로 나누어 볼 수 있다. 우선 법 그 자체의 正當化에는 Fuller의 이른바 法の ‘內的 道德性’이 요구된다 하겠다.⁽⁹⁾ 즉 첫째로 법은 一般性이 있어야 하고, 둘째로 법은 널리 公布되어야 하고, 셋째로 법은 週及的 이어서는 안될 것이고, 넷째로 법은 가능한 한 明確해야 하고, 다섯째로 법은 서로 모순되는 규범들을 갖고 있어서는 안되며, 여섯째로 법은 不可能을 요구해서는 안될 것이고 등등. 다음으로는 법의 規範的 正當化가 문제이다. 이것도 우선은 쉽게 이루어 진다. 즉 하나의 규범은 그것이 法秩序의 效力規準에 일치한다는 것이 지적됨으로써 法律로 정당화되는 것이다. Kelsen의 말처럼 法律의 정당화는 ‘法の 自己決定’으로 이루어지고 있다고나 할까.⁽¹⁰⁾ 그러나 法獲得의 관점에서는 이에 머물 수 없다. 이른바 ‘法律의 不法’도 있지 않는가?

(8) A. Schopenhauer의 말: 인용은 K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 제 3 판, Heidelberg 1963, 13면에서.

(9) Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven and London 1969(제 2 판), 38면 이하.

(10) H. Kelsen, *Die Selbstbestimmung des Rechts*, in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*,

따라서 法律의 正當化란 법질서 안에서의 정당화만 물을 수 없고, 法律의 ‘無制限的’ 實踐的, 規範的 正當化를 요구한다. 여기에는 우선 위의 普遍化可能性的 원리가 있다. 그러나 이는 形式的 원리이다. 正當한 內容은 오직 저 Habermas의 ‘ideale Sprechsituation’이나 Perelman의 ‘auditoire universel’에서의 모두의 ‘合意’(Konsens)에서만 얻어질 것이다.⁽¹¹⁾ 그러나 이는 현실로 이루어질 것 같지도 않고 또 끝 없다. 이에 多數決과 代議制에 의한 法律이 正當化되나 그것이 制限된 理性과 正當性을 갖고 있는 것은 의심할 수 없는 것이다.

3.2.2. 法獲得과 法學

立法節次를 거쳐 만들어진 法律도 모든 문제를 해결해 주는 것은 아니다. 위에서 우리가 法의 內在的 道德性을 열거했지만 그것은 要請인 것이다. 실제에 있어서 法律이 法獲得을 결코 完全히 결정하고 있지 못함은 자명해진 사실이다. 이는 특히 첫째 法律의 言語가 애매하거나, 둘째 法的 規制를 必要로 하나 타당한 규범이 없는 경우들이 있거나(法欠缺의 경우), 셋째 法規範이 서로 衝突되거나, 네째 法律의 文言에 반해서 결정해야 할 아주 특수한 경우가 있거나 할 때이다. 이렇게 볼 때 法律이란 法獲得에 있어서는 不可缺하게 중요하나 구체적인 法獲得의 관점에서 본다면 역시 ‘豫備決定’ 내지 ‘프로그램’이라고 하겠다.⁽¹²⁾ 오늘날 어느 立法者가 註釋을 금하거나 解釋書를 가슴아파 한다면 이는 정말 정당화될 수 없다. 이에 法獲得의 ‘制度化’로서 우선 法學이 불가피하게 된 것이다.

3.2.2.1

法學이 하는 일은 크게 解釋과 體系構成이다. 즉 法學은 法獲得에 있어서 學問的, 體系的 작업을 한다. 일찍부터 法學은 法解釋을 근거지우는 이른바 解釋의 ‘canones’를 열거하려 애썼고, 法欠缺의 경우 이를 補充할 論據를 제시하려 했고, 規範衝突이나 立法上的 誤謬가 있을 때 이를 修正할 가능성을 검토하였다.

3.2.2.2

解釋의 canones로는 Savigny이후 (1) 文言(文理的), (2) 文脈(論理的, 體系的), (3) 發生史(歷史的), (4) 目的(目的論的)을 드는 것이 보통이었으나, 요즈음은 여기에다 比較法學的, 合憲的 解釋 등이 덧붙여져 그 수가 일정하지 않다. 요컨대 이러한 해석의 canones는 말하자면 ‘解釋의 手段’이다. 그런데 이러한 수단의 확고한 序列이 문제이다. 文理가 해석의 출발점이기는 하지만 解釋의 餘地가 있을 때 이를 어떻게 확정하는가이다. 그래서 ‘더 깊이 놓

Schriften von Kelsen, Merkl, Verdross, Wien., 1668, 1445면 이하.

(11) J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie-Was leistet die Systemforschung?* Frankfurt/M 1979(년판), 특히 136면 이하; Ch. Perelman, *Droit, Morale et Philosophie*, Paris 1968, 48면이하 (‘Cing leçon sur la justice’) 참조.

(12) 이 점 J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, Frankfurt/M 1972(년판), 17면이하 참조.

여있는 觀點'(Engisch)⁽¹³⁾, 다시 말해서 '解釋의 目標'가 어디 있느냐, 즉 해석이 立法者의 意思를 따라야 하는가 法律 자체의 意思, 즉 그 客觀的 意味를 따라야 하느냐 하는 논쟁, 말하자면 主觀說과 客觀說의 대립으로 나아간 것이다. 그러나 이러한 主觀說과 客觀說은 사실 각각 다른 法理念의 표현이다. 즉 전자는 法的 安定性에, 후자는 正義에 기초를 둔 것이다. 그러나 價値와 理念이란 원래 그 속성이 서로 한치도 양보않는 最大限의 實現을 지향한다. 이 해결할 수 없는 근본적인 대립이 해석의 canones의 서열을 잡아주기는 힘들 것이다. 사실 해석의 canones는 '唯一하게 正當한 結果'(Kriele)⁽¹⁴⁾를 보장은 않지만, 그러나 그것이 法解釋의 正當化를 위한 形式 내지 論據인 것은 의심할 수 없다.

3.2.2.3

어쨌든 法學은 法律을 해석하고 體系化하여 그 결과를 法獲得의 근거로 삼는다. 이 결과란 일정한 개념, 일정한 學說, 일정한 法原理로 이루어진 말하자면 도구마들이다. 그런데 우리가 이러한 도구마를 종래처럼 움직일 수 없는 것으로 보아서는 안된다. 위에서 지적한 바의 法獲得의 근본적인 의미에서 보면 그것은 단순히 體系의 檢討를 통과했다고 해서 수락할 것은 아니다. 그것은 근본적으로 正當한 法の 獲得을 위한 '假說' 내지 '提案'일 뿐인 것이다.

3.2.2.4

이러한 法學은 法獲得에 있어서 여러 기능을 수행한다.⁽¹⁵⁾ 첫째로 법학은 '安定的 機能'을 갖는다. 法學은 그의 理論을 갖고서 實際의 문제를 어떻게 해결해야 하는가를 확정한다. 즉 法學이 制度化되어 있기에 그 해결방법은 오랜 기간동안 고정될 수 있다. 이에 법학은 普遍化 可能性의 원칙과, 따라서 正義의 기초적 內容에도 이바지한다. 물론 이는 理論이 언제나 固守되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 새로운 해결을 제안할 수 있다. 다만 그것은 종래의 것과 같은 정도의 근거로서는 부족하고, 진통과의 訣別을 정당화할 정도의 근거를 제시해야 할 것이다. 말하자면 Perelman의 이론바 '慣性の 原理'(Principe d'inertie)가 타당한 것이다.⁽¹⁶⁾

둘째로 法學은 '發展的 機能'을 갖는다. 法學에서의 法律的 論議는 그 時間的, 物的 및 人的 면에 있어서 그때 그때의 일시적 논의와는 다르게 제도화되어 있다. 그래서 이론을 더욱 細分化하고 면밀한 檢討를 할 수 있게 하여 法獲得에 發展을 가져올 수 있게 한다. 셋째로 法學은 '負擔輕減的 機能'을 갖는다. 이미 검토되어 정립된 이론은 새로운 검토없이 법적 근거지움에 이끌어 들일 수 있다. 넷째로 法學은 '發見的'(heuristic) 機能을 갖는

(13) K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 제 7 판, Stuttgart 1977, 84면.

(14) M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 제 2 판, Berlin 1967, 85면.

(15) 이 점과 관련하여서는, J. Esser, 앞(주 11)의 책, 특히 90면 이하; R. Alexy, 앞(주 4)의 책, 326면하 참조.

(16) Ch. Perelman, 앞(주 6)의 책, 232면 ('La règle de justice') 참조.

다. 즉 학설은 많은 解決의 案들과 觀點들을 가지고 있어, 이것을 이용하면 法獲得에 큰 도움이 되며 새로운 考察을 위한 좋은 출발점이 되는 것이다.

3.2.3 法獲得과 判例

法獲得의 方法論에서 判例의 역할도 증대하다. 한때는 법관을 법문구를 발음하는 입으로 생각도 하였지만 이는 이제 하나의 환상이다. 法律에는 주지하듯이 不確定的 概念, 規範的 構成要件徵表, 一般條項, 裁量概念, 나아가 欠缺, 矛盾, 심지어 誤謬 등이 내재되어 있다. 또 法學에 의해 제안된 解釋과 學說은 너무 많고 상이해서 문제이다. 물론 그것이 '多數說' 이나, '支配說' 이나, '通說' 이나, '少數說' 이냐를 따져야 할 것이다. 그러나 도구마란 '證明' 이 없는지라 신통치 않은 학설도 추종자들이 많고 상대방이 공격하는데 지쳐버리면 支配說로 군림한다. 실로 대답할 수 없는 것이 없다는 자세가 학설들이라 어디를 분잡아야 할런지 알 수 없는 것이다. 이렇게 본다면 法律도 法學도 判決을 完全히 결정하여 법관을 法律과 學說의 '노예'로 만들 수는 없게 되었다. 말하자면 判決에 의한 法(의 發展的) 形成(Rechtsfortbildung)은 불가피한 것이다.

3.2.3.1

사실 大陸法체계에서도 判例에 주어지는 '事實上'의 의미는 대단하다. 문제는 그것에 대한 理論的 평가이다. 오늘날 그것을 '法源'으로 보는가는 한낱 '말의 문제'가 되어버린 것이 아닌지 의심스럽게 되었다.

사실 법의 발전적 형성을 요하는 여러 경우들을 보면 그것들은 법관에 '法定의 全權委任'(Stratenwerth)을 부여한 것이나 다름없는 것이다.⁽¹⁷⁾ 法獲得의 觀點에서 보면 이러한 法形成은 근본적으로 법이 이상적으로 실현하여야 할 기능을 고려하여 생각할 문제이다. 法的 安定性과 權力分立이라는 法治國家의 원리로 보아 법원은 法律에 당연히 구속된다. 그러나 法的 問題를 '正當하게' 해결하려는 이른바 法律의 '規範的 기능' 내지 '改善의 기능'을 앞세워야 하는 영역(私法)에서는 법에 대한 '生産的 批判'(Zippelius)은 제한되게나마 긍정되어야 할 것이다.⁽¹⁸⁾ 그러나 이는 법의 이른바 '企劃的 기능'(Pawlowski)을 앞세워야 하는 영역(刑法)⁽¹⁹⁾에서는 바람직하지 못하다. 그래서 '金額判決'은 말이 많았던 것이다.⁽²⁰⁾ 사실 이러한 판결의 근거로 내세우는 결정이 가져올 '不當한 結果'의 고려란, 立法者가 할 일이지 법관이 할 일은 아닌 것이다. 명백한 'contra legem'!

(17) G. Stratenwerth, *Zum Streit der Auslegungstheorien*, in: *Germann-Festschrift*, 1969, 272면.

(18) R. Zippelius, *Einführung in das juristische Methodenlehre*, 제 3판, München 1980, 97면.

(19) 法의 規範的, 改善的, 企劃的 기능에 관해서는 H.M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, Karlsruhe 1981, 특히 293면 이하 참조.

(20) 이에 대한 批判으로는 姜求眞, 서울대학교 「判例回顧」(1978년도), 제 7호, 1979, 192면 이하 참조.

3.2.3.2

判例가 ‘法源’이냐의 문제와는 별도로 사실상 存在하는 判例拘束도 따지고 보면 위의 學說에서와 마찬가지로 普遍化可能性의 원리와 ‘본질적으로 같은 것은 같게 다루어야 한다’는 形式的 正義의 관념에 그 근거를 두고 있다. 따라서 ‘본질적으로’ 같은 事案인 限 判例에 따르도록 요청된다 하겠다. 그러나 이것도 判例를 영구히 고수하라는 것은 아니다. 영국에서 마저도 先決例拘束을 부인하는 판결이 내려진 터이다. 그러나 판례구속의 원리로 보아 그것으로부터의 일탈은 Perelman의 ‘慣性의 원리’를 충족시켜야 할 것이다. 즉 전통과의 결별을 뒷받침할 ‘充分한’ 근거를 거증할 論證責任을 저야할 것이다.

이렇게 볼 때 判例는 위에서 본 學說과 비슷한 기능을 수행한다 하겠다. 즉 法獲得에 있어서 安定的, 發展的, 負擔輕減의 기능등을 수행하는 것이다. 어쨌든 判例는 이러한 범위 내에서 法的 安定성과 (判例에 대한) 信賴保護라는 중요한 法價値에 이바지하는 것이다.

3.2.3.3

判例와 學說사이의 이와 같은 機能上的 同一性은 이들 사이의 상호관계에서 잘 밝혀진다. 주지하듯이 한편 判例 속에는 이미 정립된 學說이 담겨져 있고, 다른 한편 學說은 그것이 現行法의 학설이려고 하는 한 判例를 받아 들이는 것이다. 그래서 Esser는 判例란 ‘理論과 實際사이의 (血液)循環’을 조종한다고 했다.⁽²¹⁾ 물론 학설이 매우 概念的·體系의인 事案解決의 提案인데 비해 判例는 직접 行爲의 遂行에 사용되는데 특수성이 있다(J.L. Austin의 이른바 ‘遂行的 言明’⁽²²⁾). 그러나 이들은 內容의으로는 아주 일치하는 점이 많다는 것을 유념하여야 하겠다.

3.2.4 法獲得과 經驗 및 一般公衆

法獲得의 과정, 다시 말해서 法推論은 거의 빠짐없이 經驗的 命題를 내포하고 있다(禁止와 命令은 ‘反對’ 관계에, 禁止와 許容은 또 命令과 義務免除는 ‘矛盾’ 관계에 있다는 등의 直接推論을 빼놓고는 말이다.). 예컨대 해석함에 있어서 文理에 쫓는다 해도 그것은 결국 經驗的인 言語慣用的 確認이며, 歷史的 해석도 입법에 참여한 이들의 經驗的인 역사적 意思의 확인인 것이다. 또 法獲得이 널리 評價를 통해 이루어진다고 해도 그것이 순 主觀的 評價일 수는 없고 우선 사회내에 존재하는 경험적인 支配的 評價(‘善良한 風俗, ‘社會常規’)에로 향할 것이다(이른바 ‘社會的 評價法學’⁽²³⁾). 더우기 法推論의 小前提 즉 ‘事實確定’은 경험적 명제의 개입없이 이루어질 수 없는 것이다.

3.2.4.1

그런데 法獲得의 과정에서 고려되는 經驗的 命題는 여러가지이다. 그것은 개별적 事實, 개별적 行爲와 行爲者의 動機, 과거, 현재 그리고 미래의 事件과 狀態에 대한 것일 수 있

(21) J. Esser, 앞(주 11)의 책, 189면.

(22) J.L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford 1970(년판), 233면 이하 참조.

(23) ‘社會的 評價法學’에 관해서는 H.M. Pawlowski, 앞(주 18)의 책, 78면 이하 참조.

다. 그것은 또 自然科學의 및 社會科學의인 法則性일 수 있다. 이러한 명제는 여러 經驗科學 즉 言語學, 社會學, 經濟學, 心理的, 醫學을 비롯한 自然科學 등의 知識을 바탕으로 하여서만 얻어진다. 여기에 법학에서도 이른바 ‘學問相互間的 協力’의 필요성이 밝혀지는 것이다. 그러나 이를 근거로 모든 法律的 論議를 經驗的 論議로 환원시키려 해서는 안될 것이다. 이른바 ‘事實確定으로 얻어지는 小前提도 ‘包攝’이라는 法的 評價를 거쳐 이루어진다. 그것은 엄격히 보면 事實의 명제는 아니다. 따라서 ‘規範과 事實의 合致’라는 말은 하나의 rhetoric일뿐!⁽²⁴⁾ 더우기 事實에서 規範이 도출되는 것은 아니기에 말이다.

3.2.4.2

經驗에는 법외특에 있어서 중요한 의미를 가지는 社會的 事實로서의 一般公衆의 경험적인 法的 評價도 包含된다. 사실 ‘權威的인’ 判決에서 法獲得의 불안정은 일단락된다. 再審의 경우를 빼놓는다면 그것은 ‘確定力’도 갖추고 또 強制執行의 온갖 제도도 마련하고 있다. 그러나 法獲得에의 探究가 여기에서 성공적으로 끝난다고 믿는 것은 잘못이다. 판결은 具體的 節次에 대해서 최후의 말일지 모르나, 그 곳에서 노출된 抽象的 ‘法問題’에 대해서 그런 것은 아니다.⁽²⁵⁾ 判決은 다시 批判됨에 서지 않을 수 없다. 우리는 판결 ‘후에’ 비로소 학문적 논의가 불붙기 시작하는 것을 본다. 그러나 드디어는 모든 국가권력의 출처인 一般公衆의 審判庭 앞에 서게 되는 것이다. 더우기 재판은 公開的이기에 말이다. 오늘날 여기에는 신문, 텔레비 등 막강한 輿論形成의 媒體마저 갖추어져 있다. 법적 문제라고 해서 전문가만 말할 수 있는 것은 아니다. 市民도 흥미에서 도전, 도전에서 태도결정을 보인다. 그들은 무엇이 ‘法’인가를 即時, 그리고 直覺的으로 法典이나 教科書도 보지 않고 안다고 믿으며 또 때로는 꼼꼼하게 따지고 앉아있는 法律家보다 더 빨리 대답을 찾는다. 국민의 ‘法的 確信’도 이렇게 생기는 것이다. 누구나 근거없이 부당하게, 다시 말해서 불평등하게 취급된다거나 인간적 대우를 받지 못하면 반항한다. 말하자면 인간에는 근원적인 ‘法感情’이 자리잡고 있다(Coing).⁽²⁶⁾ 여기에 ‘自然法’과 人間尊嚴性的의 ‘心理的’, ‘人間學的’ 기초는 놓여 있다. 그러나 느낌의 存在에서 느낌 것의 存在를 당장 이끌어 내리는 것은, 주관적 느낌의 의미를 부인하려는 것과 마찬가지로 위협스러운 일이다.⁽²⁷⁾ 문제는 다만 그러한 法感情이 하나의 秩序에로 확고하게 客觀化되지 못하는데 있다. 그래서 ‘正法’과 正義에 대한 表象들은 내용적으로 서로 심각하게 충돌하고 있는 것이다.

그러면 다시 主題에로 돌이켜 경험적인 支配의 評價를 보자. 사실 이것의 적극적 ‘肯定’

(24) 예컨대 A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt/M 1972, 특히 272면 이하 참조.

(25) 이 집 K. Adomeit, Rechtstheorie für Studenten, Heidelberg/Hamburg 1979, 10면.

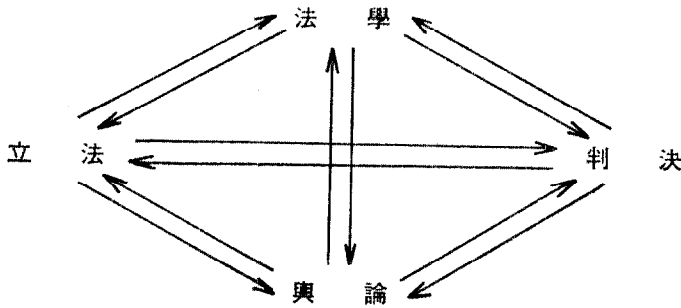
(26) H. Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts, Heidelberg 1947, 특히 27면 이하 참조.

(27) 이 집 또한 K. Adomeit, 앞(주 24)의 책, 11면 참조.

자체가 문제가 된다. 오늘날의 이른바 多元的 社會에서 그런 평가가 존재할까 이다. 또 설사 있다고 해도 그것이 多數의 그것일 수 밖에 없는 이상 小數에 대한 그 拘束性이 문제라 하겠다. 이는 결국 ‘法律’로 받아 들여질 때 普遍的으로 구속적일 수 있지 않을까? 다시 말해서 그것이 ‘立法者’를 결정할 때 말이다. 이리하여 우리의 범획득의 모색은 다시 法律에로 되돌아온 것이다.

4. 結 論

이상으로 우리는 法獲得의 旅程의 循環을 끝마친 셈이다. 우리는 法獲得의 前提에 대해 情報를 제공할 수 있는 네개의 主體를 발견하였다. 즉 (1) 法律을 가진 立法者, (2) 解釋書를 가진 法學者, (3) 判決을 내리는 法官, (4) 法的 見解를 가진 國民이 그것이다. 이들 넷은 서로 영향을 주고 받는다. 물론 그 強度에 있어서 모두 같은 것은 아니다. 어떤 시대에는 公衆이 (말하자면 慣習法이), 어떤 시대에는 學說이 (말하자면 學說法 내지 法律家의 法이), 어떤 곳에서는 判決이 (말하자면 判例法이), 어떤 곳에서는 法律이 (말하자면 成文法이) 우위에 선다. 그러나 결코 어떤 것도 法獲得에 完全히 배제되지 않고 協力하고 있는 것은 의심할 수 없다. 이를 Adomeit는 똑같은 뜻에서는 아니지만 다음과 같은 다이어그램으로 具像化해 보였다.⁽²⁸⁾



그러나 우리가 알아야 할 것은 이 네 주체가 제공하는 法獲得의 前提들은 위에서 살핀 바와 같이 모두 근본적으로는 ‘條件附’(prima facie)의 正當化만 갖추고 있다는 점이다. 말하자면 그것들은 모두 絶對의 正當化를 갖고 있지 못하다. 물론 그러한 法獲得의 절차를 규정하는 規則을 除外한다면 말이다. 따라서 모두 이른바 破棄可能性을 내포하고 있는 것이다.⁽²⁹⁾ 그러나 바로 그러하기에 또 法前提들로 의미가 있는 것이다. 마치 自然法則과 理論이 反證可能하기에 자연법칙이고 이론인 것과 같이! 모든 理論的 認識이 Popper의 이른바 ‘眞理에의 近接’(verisimilitude)에로의 道程에 있듯이⁽³⁰⁾ 모든 법적 인식들도 法, 즉 正法

(28) K. Adomeit, 위의 책, 12면.

(29) 이 점 黃山德, 法哲學講義, 제 3 권, 서울(邦文社) 1973, 380면 이하 참조.

(30) 이 점 K. Popper, *Conjectures and Refutations*, New York 1965(년판), 232면 이하등 참조.

에로의 '중단없는 탐구' 라고 말할 수 있다. 法, 즉 正法은 法獲得의 '目標' 이고 또 그것으로 남는 것이다. 어느 한 主體도 '절대적' 法을 가졌다고 하면 이는 법 자체를 그르치는 것이다. 누구도 '자기의' 법을 절대화하지 않을 때 진정한 법을 얻을 수 있을 것이다. 正法에로의 旅程은 이들 네 주체들 사이의 왕성한 血液循環이 있을 때 더욱 앞당겨 질 것이다. 특히 法學과 法實務 사이에, 다시 말해서 理論과 實踐(Theorie und Praxis) 사이에 말이다. 이래야만 危機도 正常으로 되돌아 오는 것이다.