

法學方法論 研究*

研究責任者·····	崔	大	權
研 究 員·····	白	忠	鉉
研 究 員·····	沈	憲	燮
研 究 員·····	崔	鍾	庫
研 究 員·····	李	相	冕

* 本 論 文 은 1981년 도 文 教 部 學 術 研 究 助 成 費 에 의 한 것 임.

法哲學的 法學方法論

——法哲學과 合理的 法學方法——

沈 憲 燮*

1

돌이켜 보면 法學方法論은 많은 변화를 거듭해 오늘에 이르고 있다. 그 중에는 한 동안 법률가들이 아주 正常的인 것으로 여기고 따라서 반질반질하게 닳은 길과 같은 것도 있었다. 그러나 그것도 法認識의 수수께끼를 좀 더 낮게 풀 수 있는 새로운 方法論의 ‘Paradigm’이 나오면 그만 옛길이 되었던 것 같다. 概念法學, 目的法學, 自由法學, 利益法學등이 그것들이다. 그러나 오늘날은 많은 方法論이 동시에 쏟아져 나와 있다. 評價法學, 新解釋哲學的 法學, 公理主義的 法思考, 토릭(問題中心)的 法學, 分析主義的 法理論, 法律的 Argumentation理論등 그야말로 法學方法論의 多元化時代가 펼쳐지고 있다. 그러면 이들이 모두 法學方法論이라 일컬어지는 데는 무슨 이유가 있는 것일까? 생각컨대 그것은 아마 모두가 ‘法の 認識’이라는 目標를 어떻게 하면 제각기 생각한 正當한 節次를 따라, 다시 말해서 計劃的으로 도달할 수 있는가라는 물음과 對決한 데 있지 않는가 생각된다.

法學方法論이란 말하자면 法認識 즉 法에 대한 內容的인 陳述에로 이르는 思考節次와 그 分析에 관한 陳述의 總體라고 볼 수 있다. 그런데 認識의 可能性과 그 本質을 다루는 것이 哲學의 임무이듯이 法認識의 그것을 다루는 것은 法哲學의 임무이다. 그래서 우리는 法學方法論에서 특히 法學과 法哲學의 提携을 볼 수 있는 것이다. 여기에서 法認識은 法哲學의 특수한 觀點, 즉 그 ‘根本的’이고 ‘限界的’인 觀點에서 물어진 것이다. 즉 「어떻게 해서 法律的 當爲判斷은 가능한가, 다시 말해서 얻어지는가?」라고. 그런데 우리의 法律的 思考가 궁극적으로는 抽象的으로 또는 個別的 事例와 관련하여 이루어 진다. 따라서 法律判斷도 一般的 法律判斷과 具體的 法律判斷으로 나누어 지는 것이다. 그런데 또 이러한 法律判斷들이 그야말로 ‘判斷’이라고 하면 다시 말해서 그것이 眞이거나 正當한 것이하고자 한다면 그 자체 正當化 다시 말해서 根據지워질 수 있어야 할 것이다. 그래서 法學方法論의 核心的인 질문이라면 그것은 「도대체 또 어떻게 해서 法律的 判斷(認識)들, 다시 말해서 一般的 法律的 當爲判斷과 具體的 法律的 當爲判斷들은 眞 또는 正當한 것으로 근거지워질 수 있는가?」가 될 것이다.

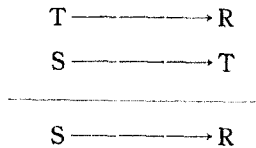
* 서울大學校 法科大學 副教授

2

오늘날 폴랜드의 法理論家 Wróblewski의 提議에 따라 法的 判斷의 正當化에 관해서는 ‘內的 正當化’(internal justification)와 ‘外的 正當化’(external justification)로 나누어 고찰하고 있다. ⁽¹⁾ 여기에서 內的 正當化는 具體的 法的 判斷이 前提들에서 論理的으로 正當하게 推論되는가를 문제 삼고 外的 正當化는 內的 正當化에 사용된 前提들에 대한 正當性을 문제 삼는 것이다.

그러면 우리는 먼저 具體的 法的 判斷, 즉 內的 正當化부터 먼저 살펴보기로 하자. 사실 具體的 法的 當爲判斷이 論理的 推論을 통해 얻어지는 가에 대해서는 논란도 많다. 晩年の Kelsen은 規範的 推論 자체를 거부했었다. ⁽²⁾ 이렇게까지 가지 않더라도 많은 法概念(不確定的概念, 價値概念등)의 概念的 不確定性을 들어 演繹은 또 부적합하다고 말한다. ⁽³⁾ 그러나 이는 뒤에서 잠깐 지적하지만 보통 생각하는 바와는 다르며 또 內的 正當化를 概念法學的으로 보아서는 안된다. 또 우리는 法推論의 演繹性(Deduktionspostulat)과 ‘法律에 의한 拘束의 原理’(Gesetzesbindungspostulat)와는 일단 구별해야 하는 것이다. 또 심지어는 具體的 法的 判斷은 法感情에 의해 直觀的으로 自由롭게 얻어지는 것이라고 한다. ⁽⁴⁾ 그러나 어떠한 法的 判斷도 그것이 책임질 수 있는 것이자면 根據지워질 수 있어야 한다. 다시 말해서 그 자체 正當화된 一般的인 法的 當爲判斷에서 導出된 것이라야 할 것이다. 이러한 導出이 論理的이지 않을 수 없을 것이다.

그러면 法推論의 內的 正當化의 構造는 어떠할까? 法學方法論의 巨匠인 Larenz는 이를 다음과 같은 이른바 ‘法的 效果決定의 三段論法’이라는 基本圖式으로 표현했다.



(T=不法(構成)要件, →=條件文의 기호, R=法的效果, S=事態)

이를 읽으면 다음과 같다:

不法構成要件이 실현되면, 그것에 法的 效果는 타당하다.

事態는 不法構成要件이다.

따라서 事態에는 法的 效果가 타당하다.

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

(2) 이점 H. Kelsen, *Recht und Logik*, in: Forum, Wien 1965, 142쪽과 143쪽 참조. 이점은 in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 2, Wien 1968, 1469면 이하 참조.

(3) 이점 특히 K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 제 4 판, Berlin 1979, 194면 이하

(4) 이점 특히 H. Jsay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin 1929, 특히 85면 이하 참조.

그러나 이러한 모델에 대해서는 문제점이 지적되고 있다. 우선 그것은 命題推論인지 規範推論인지가 명확하지 않다. 그래서 規範 operator가 필요한 것이다. 또 그 小前提에도 문제점이 있다. 우선 S와 T사이에는 同一性이나 同型性 같은 것이 있는 것으로 착각하기 쉽다. 또 法推論이 이러한 小前提 하나만으로 표시되면 ‘S는 T의 한 사례이다’라고 단번에 말할 수 있는 경우에만 적용될 수 있는 것이지 構成要件과 事態사이가 몇단계의 解釋을 거쳐서야 다리가 놓아지는 경우에는 적합하지 않다고 지적된다(즉 傳統的 三段論法의 부적합성). 또 法推論의 일반적 圖式이자면 法律이 普遍的이므로 그것을 표시하는 普遍量化 記號로 표시되어야 한다.⁽⁵⁾ 이런 점을 고려하여 오늘날 法推論의 內的 正當化는 다음과 같이 표현되고 있다:

$$(1) (x) (Tx \rightarrow O (Rx))$$

$$(2) (x) (Sx \rightarrow Tx)$$

$$(3) Sa$$

$$(4) O (Ra)$$

(O=當爲되어 있음)

이를 읽으면 다음과 같다.

- (1) 모든 x 에 대해, x 가 不法要件이면, x 에는 法的 效果가 당위되어 있다는 것이 타당하다.
- (2) 모든 x 에 대해, x 가 事態이면, x 는 不法要件이라는 것이 타당하다.
- (3) 그런데 a 는 事態이다.
- (4) 따라서 a 에 대해 法的 效果는 당위되어 있다.

이를 또 예를 들어 읽어 보면 다음과 같다:

- (1) 모든 傷害에 대해, 傷害가 不具의 결과(重傷害)를 야기시키면, 그것에 대해서는 1년 이상 10년이하의 懲役에 처한다는 것이 타당하다.
- (2) 모든 傷害에 대해, 傷害가 허의 1/3가량을 절단시킨 결과를 야기시킨다면, 이는 不具의 결과라는 것이 타당하다. (世稱 金海郡키쓰사건 참조)
- (3) a 는 허의 1/3을 절단시켰다.
- (4) 따라서 a 에 대해 1년이상 10년 이하의 징역에 처한다는 것이 타당하다.

그런데 不法構成要件과 事態 사이의 龜裂이 여러 단계의 解釋의 連鎖를 통하여 메꾸어질 경우 다음과 같이 法推論의 圖式은 복잡하여질 것이다:

(5) 이런 점 특히 Koch-Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, 14면 이하 참조.

(1) (x) (Tx → ORx)

(2) (x) (M¹x → Tx)

(3) (x) (M²x → M¹x)

⋮

(4) (x) (Sx → Mⁿx)

(5) Sa

(6) O (Ra)

(M¹~Mⁿ)=中間解釋命題들)

이상과 같이 法推論의 內的 正當化는 演繹原理로 표현될 수 있다. 그러면 그것이 꼭 그렇게 보아야만 할 ‘當爲性’의 근거가 있는가? 우선 論理哲學者 Frege의 말, 즉 ‘推論過程의 的確性을 가장 확실하게 검토하고, 몰래 스며드려는 모든 前提들을 들추어 내어 그 根源을 탐구할 수 있게 하는데 있다’는 말이 생각난다.⁽⁶⁾ 그러나 정말 演繹原理의 當爲性은 正義, 法的 安定性, 法律에 의한 拘束의 原理를 實現하는데 그 ‘必要條件’이 된다는 데 있다. 즉 普遍的인 規範的 前提와 結論사이의 論理的 推論關係는 前提들이 충족될 때 그 결론이 相異할 수 없다는 의미에서 平等取扱의 原理, 즉 ‘동일한 범주에 속하는 자들은 동일한 방법으로 다루라는 行動原理’를 나타내 주는 것이다.⁽⁷⁾ 또 具體的인 法的 效果의 결정에 대해 前提들이 충분한 조건임을 인식할 수 있게 하여 法的 安定性의 확보에도 이바지한다. 우리는 여기에서 Russell의 이른바 整合的 思考의 倫理性을 보게 된다. 끝으로 演繹原理는 法律에 의한 拘束(法律拘束性)의 原理를 許容한다. 즉 그것은 法推論의 大前提로 가능한 한 法律的 規範이 선택되어야 한다는 것을 어쨌든 허용하는 것이다. 물론 우리는 이 양자를 혼동해서는 안된다. 많은 誤謬는 이러한 혼동에서 나왔던 것이다. 그러나 이상과 같은 法推論의 演繹原理는 具體的 法的 判斷의 根據지움의 ‘全部’를 나타낸다고 볼 수는 없는 것이다. 그 ‘可能的’ 核心이라는 것을 거증한 것이다. 우리는 6個月의 징역이나 7個月의 징역이나 하는 量刑決定이 모두 論理的으로 연역된다고 말할 수 없다. 심지어 主觀性의 介入도 볼 수 있는 것이다. 물론 오늘날 ‘規範的 決定理論’이 발전되어 ‘合理的’ 決定을 시도하고 있지만 效用極大化나 具體的 正義나 하는 문제로 여전히 어려운 상황인 것이다. 그렇게 嚴正한 Engisch도 우리의 全法生活이란 것도 수많은 가지로 나누어진 개개인 나름대로의 精神生活의 일부로 형성되어 있기에 主觀的인 正當性의 관념도 法文化의 긍정할 만한 요소라고 했다.⁽⁸⁾ 이렇게 볼 때 具體的 法的 判斷도 언제나 眞일 수는 없고, 기껏해야 正當하거

(6) G. Frege, *Begriffsschrift*, Halle 1879, X면(인용은 앞의 주 5의 Koch-Rüßmann, 115면에서).

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

(8) K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 제 7 판 Stuttgart 1977, 135면.

나 받아들일 만한 것으로 正當化된다고 하겠다.

어쨌든 우리가 法推論의 核心이 演繹에 있다고 보아도, 論理란 前提들 자체의 正當性에 대해 말하지 않는다. 그것은 不正當한 前提들에 적용되어 또한 不正當한 結論을 귀결시키기도 한다. 그러나 이로써 論理를 비난할 수는 없는 것이다. 推論의 整合性의 判別만이 그 정신일 뿐이기 때문이다. 이리하여 우리는 法推論에서 사용되는 前提들, 즉 一般의인 法律의 當爲判斷들의 正當性, 다시 말해서 ‘外的 正當性’으로 눈을 돌리지 않을 수 없다.

3

그러면 一般的(抽象的) 法律判斷은 어떻게 해서 가능하며, 그것은 도대체 또 어떻게 해서 根據지워 지는가? 우리의 抽象的인 法的 認識의 出處는 말할 필요없이 法律이다. 따라서 法律拘束性의 原理는 合理的 法學方法의 ‘可能的’ 拘束原理라고도 하겠다. 그러나 아주 例外的인 경우를 제외하고는 이는 그 意味內容을 파악할 때에 비로소 얻어진다. 따라서 一般的인 法律의 當爲判斷은 ‘解釋’을 거치지 않으면 얻어질 수 없는 것이다. 따라서 우리의 질문은 곧 解釋은 어떻게 해서 가능하며 또 正當化되는가가 될 것이다.

3.1

Savigny 이후 解釋은 다음과 같은 네개의 規則(Canones)을 따르라 했다:

- (1) 法律文言의 ‘語義’를 確認하라(文理解釋)
- (2) 解釋하려는 法規定이 놓여 있는 法律上的 ‘文脈’을 留意하라(論理的·體系的 解釋)
- (3) ‘立法者의 規律意圖’가 달성될 수 있도록 法律을 解釋하라(歷史的 또는 主觀的·目的論的 解釋)
- (4) ‘法律의 目的’이 달성될 수 있도록 法律을 解釋하라(客觀的·目的論的 解釋)

따라서 解釋은 이러한 規則(目標)을 따라 혹은 文理解釋, 혹은 論理的·體系的 解釋, 혹은 歷史的 解釋, 혹은 目的論的 解釋으로 이해되었다. 그러나 어떠한 解釋이 正當化된, 다시 말해서 根據지워진 解釋이냐가 문제이다. 일찍이 Savigny는 이들은 각각 다른 종류의 해석이 아니라, 단지 그 ‘要素’로서 오히려 解釋이 이루어지려면 ‘함께’ 작용해야만 할 상이한 活動이라고 했다.⁽⁹⁾ 그러나 우리는 각 規則들의 要請사이의 ‘對立과 二律背反’(Esser)도 간과할 수 없는 것 같다. 이리하여 사람들은 좀 더 깊은 見地에서 보고자 했다. 여기에 法解釋의 ‘窮極目標’가 무엇이나에 관한 主觀說과 客觀說의 對立이 생겼다. 主觀說은 法律이란 立法者의 意志의·精神的 產物로서 그 속에는 立法者의 立法思想이 표현되어 있으며 또 權力分立의 原理에 비추어 보아 法解釋者가 立法者를 僭稱할 수 없다는 것등을 근거로

(9) F.K. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1840, 215면(인용은 앞의 주 3의 K. Larenz, 16면에서).

하여 法解釋은 立法者의 歷史的·事實的 意思, 즉 그의 立法意圖와 價値表象을 발견하는데 있다고 보았다. 이에 반해 客觀說은 法律이란 公布와 함께 立法者를 떠나 하나의 독립된 精神的 現實, 어떤 理性的·普遍的인 것이 되는 것이며 또 法律이 계속 變化하는 法的 要請을 충족시키기 위한 法形成이 가능하기 위해서는 法解釋도 계속적 現在性을 지녀야 한다는 것 등을 근거로 해석은 法律背後로부터가 아니라 法律자체에 內在하는 客觀的 意味를 발견하는데 있다고 보았다.⁽¹⁰⁾ 사실 이러한 主觀說과 客觀說의 對立도 만만치 않은 것 같다. 그래서 사람들은 解釋方法의 序列 다시 말해서 그 位階秩序의 不可能(Esser)을 말하기도 한다.⁽¹¹⁾

그러면 이에 대해 어떻게 생각해야 할까? 우리는 여기에서 몇가지 점을 고려하여야만 해답이 나올 것 같다. 우선 解釋은 法的 認識을 일기 위해서 한다. 그런데 認識의 標識는 뭐니해도 眞理다. 眞理는 전통적으로 ‘知와 對象과의 一致’(對應說)로 규정되어 왔다. 따라서 이는 ‘主體—客體’의 古典的 모델이 타당한 곳에서 가장 잘 밝혀진다. 그런데 客體로서의 ‘法律’의 存在는 우선 이를 만족시킨다. 또 法律拘束性의 原理는 法解釋의 規制原理일 것이 강요된다. 따라서 法解釋이 이에 적합하자면 그것은 法律의 文言에 意味를 ‘賦與’하는 것이 아니라 ‘發見’하는 것이어야 할 것이다. 오늘날 日常言語哲學에서는 意味解釋에 관해서 매우 세밀한 분석을 하고 있다. 이를 경청해야 한다. 즉 言語의 意味는 共同體에서 타당한 言語慣用(Convention)에 의거하고 있다고 보고 있다. 또 그 發生에 있어서 ‘意圖’(intention)도 고려하고 있다.⁽¹²⁾ 이렇게 볼 때 眞인 法認識을 겨냥하는 法解釋은 法律의 言語의 意味를 法律과 立法者에 구속되어서 ‘발견’하는 文理的 解釋과 歷史的 解釋이라고 말할 수 있겠다. 따라서 ‘解釋’의 ‘可能性’의 條件을 물으면서 解釋者의 ‘先理解’(Vorverständnis)와 ‘先判斷’(Vorurteil)도 解釋의 不可缺的 決定要素로 보려는 新解釋哲學의 理論은 그 불가피한 解釋의 主觀性 때문에 眞인 解釋을 발견하려는 한은 적합하지 않다.

그러면 體系的 解釋과 客觀的·目的論的 解釋은 어떻게 보아야 할 것인가? 우선 體系的 解釋은 그 의미를 나누어 볼 수 있다. 하나는 語義가 多義의일 경우 文脈을 고려하여 하나의 規準的인 의미를 ‘發見’하라는 것이고, 이는 文理解釋에 대해 단순히 補助的이다. 다른 하나는 規範의 語義를 다른 규범과 矛盾되지 않게 ‘確定’하라는 것으로, 이는 目的論的 解釋이나 다름없다. 오늘날 解釋方法의 絶頂으로 일컬어지는 客觀的·目的論的 解釋은 엄격히 따지고 보면 문제점이 많다. 사실 立法者가 立法과 더불어 일정한 目的을 추구한다는 말은 얼른 이해된다. 그러나 立法者가 의도하지 않은 目的을 法律 자체가 가진다는 것은 이

(10) 이 主觀的 法解釋理論과 客觀的 法解釋理論에 대한 자세한 연구는 A. Mennicken, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, Bad Homburg v.d.H., 1970, 19면 이하 참조.

면 참조.

(11) J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/M 1972, 127면 참조.

(12) 言語哲學에서의 意味解釋에 관한 자세한 소개는 앞(주 5)의 Koch-Rüßmann 126면 이하 참조.

해하기가 힘들다. 그래서 ‘法律의 目的’이란 실은 法解釋者의 目的設定의 隱弊라고 흔히 지적되고 있다. 그러나 사실 目的論的 解釋은 보통 어느 정도 言語的으로나 歷史的으로 그 解釋이 가능한 法規範에 관해 말해진다. 따라서 그것은 그러한 해석이 충분하지 못한 경우 그 意味確定을 보충하기 위해 法律의 理性的(!) 意味를 ‘選擇’하라는 命令으로 이해해야 할 것이다. 그러나 그 불충분한 해석은 目的選擇에 대해 制限된 拘束性밖에 행사할 수 없으므로 目的論的 解釋의 이름 밑에서 서로 對立되는 決定도 나올 수 있는 것이다. 이러한 해석이 文理解釋 처럼 고유한 眞인 解釋은 아니다.

主觀說과 客觀說의 對立은 따지고 보면 法解釋의 목표가 法的安定性에 있느냐(具體的)正義에 있느냐라는 法價値의 대립이 그 배경이 되고 있다. 사실 제각기 最大限의 實現을 지향하고자 하는 것이 價値의 屬性이고 보면 양자 사이는 팽팽한 緊張關係에 놓여 있다고 하겠다. 그러나 다시 생각해 보면 이는 이들이 서로 그 作用方法에 있어서 상대방을 제한하는 것을 또한 의미하기도 한다. 이들 사이는 서로 상대방을 無效로 만들거나 또는 일반적인 例外로 만들 수는 없는 것이다. 다시 말해서 그 어느 일방도 絕對的인 優位를 차지할 수 없는 것이다. 이렇게 볼 때 主觀說과 客觀說의 對立을 두고 兩者擇一으로 보지 않고, 각자에 部分的 眞理를 인정하면서 事情에 따라서는 어느 하나에 優位를 인정하나 그 반대가 될 수도 있는 것으로 보는 것이 타당하다고 하겠다. 또 主觀說 밑에서 客觀說의 要素(예컨대 ‘兩有한’意思)를 발견할 수 있고, 반면에 客觀說도 解釋者의 主觀的 意欲을 고려할 때에만 진정 살아난다고 하겠다.⁽¹⁴⁾

그러면 정말 解釋方法의 序列은 불가능한 것인가? 사실 言語(分析)哲學도 이를 決定的으로 말하여 주는 것은 아니다. 또 主觀說과 客觀說은 그 자체가 序列의 문제인 것이다. 또 오늘날 哲學的 解釋學이 ‘正當한 理解의 構造’를 밝히고 있지만 ‘깊은’ 思辯만에 序列을 기대할 수도 없는 것 같다. 결국 결정적인 것은 여러 方法論者들이 말하듯이 ‘國法論的 考慮’인 것 같다. 다시 말한다면 解釋方法의 序列은 ‘法律에 의한 拘束의 原理’에 비추어 결정할 문제가 아닌가 생각된다. 그것은 解釋의 目標도 이에 제약되기 때문이다. 이렇게 볼 때 文言의 意味와 立法者의 目的이 目的論的 解釋보다 優位에 설 것은 확실하다. 그런데 우리는 ‘成文’憲法을 갖고 있고 또 이는 ‘成文’法秩序를 예정하고 있다. 따라서 文言의 語義(意味)가 立法者의 目的에 비추어 비로소 결정될 言語確定 보다 또 우위에 서게 될 것도 명백하다고 하겠다. 이러한 생각을 종합해 보면 뒤에 언급하려는 法形成(法補充 내지 法修正)을 생각하지 않는 한 우리는 解釋規則의 順位에 대해 다음과 같이 말할 수 있을 것 같다: 「우선 法規의 語義가 명백한 경우 그것을 다른 解釋目標를 고려하여 修正할 수 없다.

(13) 新解釋哲學의 法解釋理論에 관해서는 우선 拙譯. 「現代法哲學의 根本問題」(아루부어·카우프만/민포리트·하스더 共著), 博英文庫 219, 서울 博英社, 120면이하 참조.

(14) 主觀說과 客觀說의 대립에 관해서는 앞(주 10)의 A. Mennicken이외에, 특히 앞(주 8)의 K. Engisch, 85면 이하 참조.

다음으로 語義가 명백하지 않아서 法律適用을 결정할 수 없을 경우 立法者의 目的에 따른다. 끝으로 立法者의 目的을 고려해서 결정을 할 수 없을 경우 法律의 이른바 ‘理性的(!) 目的’에 비추어 法律文言의 해석을 보충한다!」.⁽¹⁵⁾

3. 2

우리는 이상과 같은 결론과 함께 ‘하나의 正當한 決定은 方法的으로 正當하게 根據지워진 決定이다.’(Engisch)라는 말도 정말 의미있게 파악할 수 있는 것 같다.⁽¹⁶⁾ 그러나 문제는 그러한 順位の 解釋方法을 적용하는 데 있어서의 困難과 限界이다. 우선, 法律文言의 ‘語義’를 발견하는 것부터가 그렇다. 言語慣用이란 多樣할 수도 있고 또 시대에 따라 변화하기도 한다. 이렇게 그 發見에 어려운 점이 있지만 하여튼 法律의 言語慣用은 日常의 言語慣用보다 또 立法當時의 言語慣用은 現在의 言語慣用보다 優位에 두어야 할 것이다. 그럼에도 文言이 ‘多義的’이라든가, ‘不確定’(模糊)하다든가, ‘評價’를 필요로 한다든가 하여 그 言語的 意味가 一義的으로 밝혀지지 않을 수 있다. 물론 多義性은 文脈(體系)上的 地位를 고려해서 제거될 수 있으나 거기에도 한계가 있을 것이다. ‘不確定的’ 즉 ‘模糊한’ 개념도 오늘날 言語分析哲學에 의해 많이 整理되고 있다. 즉 不確定的 개념이란 이래도 해석할 수 있고 저래도 해석할 수 있는 개념이 아니라, 그것에 맞게 해석될 경우(肯定的 경우)와 그것에 맞지 않게 해석될 경우(否定的 경우)를 명백히 갖고 있으나, 나아가 그것에 맞게 해석되는지 안되는지를 명백히 결정할 수 없는 경우(中立的 경우)를 갖고 있는 개념을 말한다. 어쨌든 이 中立的인 경우만은 不確定하나 다른 해석 방법에 그 肯定·否定이 결정되는 것이다.⁽¹⁷⁾ 끝으로 ‘價值概念’도 오늘날 分析的 道德哲學에 의해 크게 정비되었다. 즉 價值概念은 이제 記述的 意味要素라는 두 개의 상이한 意味要素를 갖고 있음이 밝혀졌다.⁽¹⁸⁾ 따라서 法適用이 그 精神上 주로 그 記述的 意味要素에 관심을 둔다고 볼 때, 거기에는 위의 의미에서의 不確定性이 문제되고 모두가 評價를 필요로 한다고만 말할 수는 없을 것이다.

그러나 法律文言의 言語的 意味의 發見이 이루어지지 않으면, 우선 그 意味는 立法者가 ‘意欲’한 것에 맞게 확정되어야 한다. 이를 Larenz는 ‘歷史的 立法者의 規制意圖, 目的 및 規範表象’이라고 표현했다.⁽¹⁹⁾ 따라서 이러한 立法者의 目的을 달성하기에 꼭 필요한 意味로 法律文言의 그것을 確定하는 것이다. 이 이른바 ‘主觀的·目的論的 解釋’의 論理構造를

(15) Koch·Rüßmann, 앞(주 5)의 책, 182면, 또 앞(주 8)의 K. Engisch, 250면 이하, 앞(주 3)의 K. Larenz, 307면 이하 참조.

(16) K. Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München 1963, 14면.

(17) 不確定的 개념에 관해서는 H.-J. Koch., *Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in: *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, H.-J. Koch Kronberg/Ts 1976, 186면 이하 참조.

(18) 이 점 R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford 1961(년판) 111면 이하 참조.

(19) 앞(주 3)의 K. Larenz, 315면 이하에서 자세히 설명되고 있다.

분석하면 다음과 같은 것이 된다.⁽²⁰⁾

- (1) 존재하는 일정한 目的(Z)은 當爲(O)되어 있다. OZ
 (2) 일정한 手段이 적용안되면(—M), 그 目的은 달성되지 않는다. —M→—Z
 (3) 따라서 일정한 手段은 당위되어 있다 OM

즉 ;

- (1) OZ
 (2) —M→—Z
 (3) OM

그러나 이러한 推論이 論理的으로 整合的의자면 目的이 當爲되어 있으면 그 必要條件도 당위되어 있다는 前提가 첨부되어야 한다. 이는 아마도 일반적으로 받아들일 수 있는 전제이나, ‘目的은 手段을 聖化한다’는 말도 있어 조심해야 하는 것은 사실이다. 그래서 歷史的 해석은 文理的 해석에 反하거나 憲法合致성을 잃을 경우는 물려서야 할 것이다. 어쨌든 이러한 歷史的 해석은 立法者의 目的이 충분히 명확하지 않다든가 또 相衝되는 目的들을 함께 실현하려고 했다가 할 경우 限界에 부닥치게 된다.

이와 같이 立法者의 目的에 비추어 보아도 法文의 의미가 결코 확정되지 않을 경우 오늘날 높이 평가되고 있는 客觀的·目的論的 解釋에 기댈 수 밖에 없다. 이는 法解釋을 過去나 現在 實存하는 인간의 目的이 아니고, 法秩序에서 客觀的으로 요구된 理性的인 目的에 따라야 한다고 한다. 오늘날의 Argumentation理論에 따르면 이러한 目的이란 現行法秩序 안에서 理性的 論議를 바탕으로 決定하려는 이들이 설정하게 될 그러한 目的들인 것이다.⁽²¹⁾ 그러나 이러한 설명은 우리가 위에서처럼 법률이란 어떤 자가 그것을 갖고 하나의 結果를 의도할 때 비로소 目的을 가진다고 본다면 문제는 또 달라질 것이다. 그러면 이를 ‘解釋’의 방법으로서 그래도 의미있게 이해할 수 있는 방도는 없는가? 오늘날 새로운 方法論者들은 이를 ‘結果考慮’(Folgenberücksichtigung)(的 해석으)로 보려고한다.⁽²²⁾ 이들은 이렇게 봄으로써 종종 法的決定이 社會的 結果(作用)를 너무나 등한히 하는 결과 그것이 生活遊離性과 形式主義에 흘러 社會正義를 등지는 것을 막을 수 있다고도 한다. 또 특히 結果에 대한 經驗的分析을 통해 社會科學과 法的決定의 提攜도 가능케 한다고도 본다. 그러나 이런 이유보다도 법률가는 法律文言의 意味가 一義的으로 확정되지 않는다 해서 決定을 거절할 수는 없는 상황에 있으며, 이 경우 내리는 決定에는 價値判斷이 따르기 마련이다. 그런데

(20) 이 점 앞(주 5)의 Koch-Rübmann, 216면 또 R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M 1978, 292면 참조.

(21) 위의 R. Alexy, 296면 참조.

(22) 結果考慮의 解釋에 대해서는 앞(주 3)의 Koch-Rübmann, 227면 이하에 잘 설명되고 있다. 이를 고려하고 있는 方法論者들로 Podlech, Wälde, Rothleuthner, Kilian등이 언급되고, 英美學者로는 R. Wasserstrom, *Judicial Decision*, Stanford 1961, 특히 5장과 6장 참조.

이것이 가능한 한 合理的이기 위해서는 그러한 價値判斷을 受諾할 그런 結果를 고려에 넣는 것이라는 것이 核心的인 論據인 것 같다. 사실 진정한 客觀的·目的論的 解釋은 이렇게도 이해될 수 있지 않는가 생각된다. 다시 생각해 보면 結果考慮는 立法者나 하지 法官이 할 일이 아니라고 단언하기는 어렵게 된 것 같다.

이러한 法律이 허용하는 범위내에서의 ‘結果考慮’의 해석은 그 論理構造에 있어서는 앞에서 지적한 主觀的·目的論的(歷史的) 해석과 같다.⁽²³⁾ 그것은 여기에서도 일정한 法律解釋의 장래의 結果의 達成 또는 回避가 당위되어 있는 것이다. 그래서 여기서도 그 첫 前提는 ‘OZ’인 것이다. 그래서 그 당위된 결과를 위해 必要條件인 일정한 해석은 당위되고 있는 것이다. 특히 두 해석 모두가 일정한 法律解釋과 目的達成 사이의 관계에 관한 ‘經驗的’假定위에서 있다(장래의 결과도 事實의이다!). 다만 그 目的으로서의 結果가 歷史的 解釋에서는 ‘立法者의 目的’이어야 한다. 結果考慮의 解釋에서는 그것이 法律拘束의 원리를 벗어난 根據지움이기 때문에 그런 制限은 없는 것이다.⁽²⁴⁾

4

法律家들은 종종 오늘의 法을 알려면 法典의 條文속에서만 그것을 찾으려 해서는 안될 것이라는 말을 한다. 이는 一般的인 法律的 當爲判斷이 “法律”의 解釋에서만 일어나는 것은 아니라는 것을 말한다. 그러면 또 어떻게 얻어진다는 것인가? 이는 진통적으로 “法의(發展的)形成”(Rechtsfortbildung)을 통해서라고 한다.⁽²⁵⁾ 그러면 이른바 “法形成”은 어떤 것인가? 오늘날 方法論의 巨匠들도 法形成을 法解釋과는 뚜렷한 限界를 그을 수 없는, 말하자면 그 延長으로 보고 있다.⁽²⁶⁾ 나아가 法解釋과 法形成의 統一성과 單一성을 파괴하는 일이 있어서는 안된다고 보는 이들도 있다.⁽²⁷⁾ 그래도 Larenz는 양자 사이가 本質的으로 다른 것은 아니지만 區別은 可能的 것으로 보고, “解釋”(말의 可能的 意味의 한계 안에서의 法適用 secundum legem), “法律內在的 法形成”(法律의 原來計劃 범위 안에서의 法適用 praeter legem), “法律超越的 法形成”(法律의 計劃은 넘어서, 그러나 全體法秩序와 그 指導原理안에서의 法適用 extra legem, sed intra ius)으로 구별해 보이고 있다.⁽²⁸⁾ 그러나 말의 “可能的”의미도 명확하지 않고 또 法律의 計劃에는 立法者의 目的도 들어갈 수 있는 것이다. 생각해 보면 立法者가 명백히 말한 것을 따라 決定할 때 法形成을 이야기할 수는 없다. 그러나 法形成은 文理

(23) 이 점 앞(주 3)의 Koch·Rüßmann, 231면 또 앞(주 20)의 R. Alexy, 297면 참조.

(24) 이 점도 위의 Koch·Rüßmann, 231면 참조.

(25) 法形成에 관한 方向提示의인 훌륭한 글로는 金亨培, ‘判例의 法形成的 機能’, 『現代民法論』(岩李光信博士華甲記念) 所收, 서울 1982, 1면 —29면. 또 金大彙, 法官의 法律에 의한 拘束과 法發見(서울大 大學院 碩士論文), 서울 1981.

(26) 앞(주 3)의 K. Larenz, 350면 이하 또 앞(주 11)의 J. Esser, 177면이하 참조.

(27) 이 점은 앞(주 10)의 A. Mennicken, 특히 100면 이하.

(28) 앞(주 3)의 K. Larenz, 특히 354면 이하 참조.

解釋과 歷史的 解釋 사이의 對立에서부터 시작되기도 한다. 이는 一義的인 文句를 立法者의 目的에 비추어 그 의미를 修正하려 할 때일 것이다. 어쨌든 法解釋과 法形成의 구별은 쉬운 일이 아니다. 그래서 사람들은 法律에 “欠缺”이 있다고 볼 수 있는 경우에 法形成은 可能하고 따라서 이것을 限界線으로 삼고자 했다. 그러나 欠缺 “그 자체”라는 固定된 개념은 존재하지 않는다. 사람마다 다르게 분류하고 또 그 內容도 다르게 이해되고 있다.⁽²⁹⁾ 이는 欠缺이란 따지고 보면 法律뿐만 아니라 그것을 다른 期待된 秩序와 對比시키는 데서 비로소 밝혀지는 關係概念이기 때문일 것이다. 그래서 欠缺보다 이 대비시킬 秩序에 대한 문제에 오히려 더 큰 비중을 가져야 할 것 같다. 그러면 어떤 경우 法形成을 이야기하는 것이 합목적적일까? 최근 Koch는 法律拘束性的의 兩極인 “立法者가 말한 것”과 “立法者가 意欲한 것”을 準據點으로 놓고 그것들이 法的 決定을 要求(O), 禁止(V), 放置(F)할 경우를 관련시켜 밝히려 하고 있다. 그래서 그는 다음과 같은 매트릭스를 제시하고 있다.⁽³⁰⁾

法的 決定		法律 文言		
		要求(O)	禁止(V)	放置(F)
立法者의 目的	要求(O)	1	4	7
	禁止(V)	2	5	8
	放置(F)	3	6	9

그의 설명에 의하면 위의 매트릭스에서 1에서 3까지는 法律文言이 決定을 요구하기에 명백히 “解釋”이다. 그러나 4, 5, 6, 8, 9는 “法形成”의 경우들이다. 특히 5는 法律文言도 立法者도 의욕하지 않는 경우, 즉 法形成中 가장 문제의 경우인 *Contra-legem* 決定이다.⁽³¹⁾ 그런데 7은 法律文言은 방치하나 立法者는 의욕하므로 그 때의 法的 決定을 法形成이라 부르는 합목적적이지 아니다. 그런데 8, 9는 法律文言이 방치한 可能的 의미의 영역이고 立法者의 目的이 아닌 다른 目的에 의한(Larenz의 의미에서의) 解釋이 될 수 있다는 것이다.

그러면 이러한 法形成에 의해 획득된 一般的인 法的 當爲判斷은 어떻게 해서 正當化되는가? 이에 대해 우리는 한 말로 대답하기는 힘들다.⁽³²⁾ 사실 모든 法解釋 또는 法適用은 일종의 法形成이라고 본다면(Esser) 특별히 法形成의 正當化를 물을 必要도 없을 것이다. 그러나 法解釋과 法形成이 구별된다고 볼 때 法形成에 의해 얻어진 法律밖의 一般的 當爲判斷의 正當化 문제는 매우 중요한 것이다. 그러나 法形成의 영역은 엄격한 의미에서의 法律

(29) 보통 드는 것만도 10 가지 이상이다. 특히 자세하게는 U. Klug, *Rechtslücke und Rechtsgeltung*, in: *Festschrift für H.C. Nipperdey*, Bd. I, München 1965, 71면 이하 참조.

(30) 앞 (주 5)의 Koch-Rübmann, 248면 이하 참조.

(31) 法上の 讓渡擔保制度는 이의 典型的인 예일 것이다. 刑事判例로는 이른바 金額判決(78도 246)이 이에 해당된다.

(32) 더우기 法形成이 금지되어 있는 法領域 (특히 刑法 등)도 있다.

拘束性으로부터는 자유로운 영역이다. 여기에서의 正當化의 論據는 그야말로 合理的인 理論 argumentation과 前提探索인 發見術(ars inveniendi)로서의 托辟의(問題中心的) 思考에 의해 작성된 “觀點目錄”(Topoikatalog)에서 구하여야 할 것 같다.⁽³³⁾ 실로 이러한 목록은 이미 이때까지 멀리했던 目的論的 解釋方法에 의해 상당히 제시되었다. 즉 法的安定性的 確保, 平和의 構築, 社會的 福祉, 生存配慮, 人道性, 去來上의 要請과 信賴保護, 衡平, 正義, 平等, 事物의 本性, 나아가 法倫理의 原理 等等. 사실 法形成을 解釋의 繼續으로 보려는 Larenz를 보면 法形成은 이러한 客觀的 目的論的 解釋의 論據에 의해 근거지워 지고 있음을 볼 수 있다.⁽³⁴⁾ 물론 그것을 法律에 “客觀的”으로 內在된 것으로 봄으로써 法律內在的 法形成의 正當化로 일컫고 있지만, 어쨌든 이러한 目的論理에 의해 法的 構成要件이 存在하는데도 法的效果를 거부하거나(“目的論的 還元”) 또는 擴大하거나(“目的論的 擴大”), 그리고 法的 構成要件이 存在하지 않는데도 法的效果를 선언하거나(“類推” 또는 “勿論推論”) 또는 선언하지 않거나(“反對推論”)하는 法形成은 정당화되는 것이라고 하겠다. 이 경우 실로 Kaufmann이 말하듯이 法推論은 “類比的”이고 事物의 本性에 의거하게 된다.⁽³⁵⁾ 그러나 法形成의 모든 경우, 다시 말해서 法律拘束의 측면에 놓여 있는 모든 選擇과 決定이 이들 방법에 의할 수 없다. 그러나 그것들이 功利極大化의 문제로만도 볼 수 없다. 그것들은 道德的 正當化까지 요구한다. 말하자면 正義의 문제인 것이다. 벨지움의 철학자요 法哲學者인 Perelman은 道德的 正當化의 “合理的”論證을 理性的 論據만을 確信하는 이들로 구성된 “普遍的 聽衆”(auditoire universel)의 同意에서 찾았다.⁽³⁶⁾ 이라고 보면 正義란 충분한 자기 이익을 파악하고 있는 모든 이의 合(同)意인 셈이다. 따라서 모든 關係자들이 恣意히 자기 이익을 파악하고 있으면서도 同意할 수 있는 그런 規範들만이 正義롭다는 것이다. 法形成의 正當化도 항상 이에 비추어 생각해야 할 것이다. 그러나 그러한 正義概念의 履行節次가 결코 現實化되지 않는 法形成(判決)의 경우 그 “理由”만은 同意할 만한 것이어야 하지 않겠는가? “討論만이 唯一한 統制當局으로 남는 것은 틀림없는 것이다!”(Viehweg)⁽³⁷⁾

5

이상으로 우리는 合理的인 法學方法의 骨格을 構想해 보았다. 序頭에서도 말했지만 오늘날 많은 法學方法論이 존재한다. 여기에서는 이 모두에 대해 자세히 설명할 기회를 갖지도 못했을 뿐만 아니라 ‘合理的 方法論’의 優先 때문에 어떠한 方法論은 소홀히 고려되기도

(33) 法律的 Argumentation理論의 試圖에 관해서는 앞(주 20)의 R. Alexy의 책, 그리고 托辟的 法學에 관해서는 Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 제 5 판, München 1974. 참조.

(34) 앞(주 3)의 K. Larenz, 322면 이하 참조.

(35) Arthur Kaufmann, *Analogie und die 'Natur der Sache'*, Karlsruhe 1965, 지금은 그의 *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt/M 1972, 272면 이하 참조.

(36) Ch. Perelman·L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, 특히 40면 이하 참조.

(37) 앞(주 32)의 Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 43면.

했다. 그러나 주지하듯이 法的 決定의 獲得이란 단순하지 않다. 그것은 複雜하며 多元的인 次元에서 이루어진다. 그래서 거기에는 合理的(rational) 決定뿐만 아니라, 반드시 그렇지 못한 다시 말해서 ‘舍當한’(reasonable) 決定으로도 만족해야 할 경우도 있는 것이다. 실로 Engisch가 지적했듯이 “法律家は 한쪽으로는 참과 의심없이 바름의 영역을, 다른 쪽으로는 거짓과 확실한 오류의 영역을 보고 있다”고 하겠다.⁽³⁸⁾ 우리는 가능한 한의 分析을 통해 첫째 쪽으로 보려고 했으나 법률가 앞에 놓인 길이 그렇게 명백하고 곧기만 한 것이 아님은 두 말할 필요가 없을 것이다. 그래서 法的 決定을 모색함에 있어서는 무엇보다 論理的으로 嚴正하게 方法的으로 正直되게 그리고 討論에 있어서는 舍當한 觀點이면 모두 받아들여 고려하는 것이 필요하다고 할 것이다. 이렇게 볼 때 法獲得의 方法에도 方法多元論이 불가피한 것같이 보인다. 사실 우리의 고찰에서도 오늘날 대표되고 있는 方法論은 모두 고려될 것을 볼 수 있을 것이다. 이는 우리가 “哲學에는 하나의 方法이 있는 것은 아니고, 여러 方法들이 있는 것이다”. 나아가 “哲學의 諸疾病의 主要原因은 偏食이다”라는 Wittgenstein의 말을 探究와 批判의 方法에 留意했기 때문이다.⁽³⁹⁾

(38) 앞(주 16)의 K. Engisch, 22면.

(39) L. Wittgenstein, *Philosophischen Untersuchungen*, Nr. 133; Nr. 593 in: *Schriften von L. Wittgenstein*, 제 1권, Frankfurt/M 1963(년판) 347면 465면.