

〈논문〉

## 키케로(Cicero, 기원 전 106년~43년)의 쟁점 구성 이론(status)에 대하여: 쿠리우스 소송(causa curiana)을 중심으로

安在源\*

### 요약

이 글은 서울대 법과 대학의 최병조 교수가 졸역, 『수사학』에 대해서 저술한 “법과 문학 사이에서-키케로의 『수사학』 국역본에 대한 총평: 法廷演說 부분을 예증 삼아” (서울대학교 『법학』, 제49권 4호)에 대한 답 글이다. 요컨대, 최병조 교수는 현대 법학 도그마를 바탕으로 키케로의 쟁점 이론과 『수사학』의 해당 텍스트(제98장~109장)를 이해하고 해석해야 한다고 제안한다. 우선 이 자리를 빌어서 최병조 교수의 총평에 대해서 진심으로 감사드린다. 그럼에도 나는 최병조의 교수의 키케로의 쟁점 구성 이론에 대한 입장에 대해서 다른 입장을 가지고 있다. 우선 총평이 제안하는 방식으로 현대 법학의 도그마에 맞추어서 텍스트 전체를 해석·번역해야 한다는 것은 무리가 있다고 본다. 이를 위해서는 여러 조건들을 충족시킬 때에 가능하기 때문이다. 우선, 키케로 시대에 법체계가 성립해 있었는지, 그리고 학문으로서 법학이 이미 성립해 있는지의 문제가 선결적으로 입증되어야 하기 때문이다. 또한 서양 고대 로마의 공화정 말기 당시에 발전했던 쟁점 이론의 정체성 규명과 관련해서 단적으로 기원전 1세기 초의 로마 법정에서 벌어졌던 재판에서 원고이든 피고이든 각기 주장의 근거로 내세우는 논거들이 과연 법률 조항인가 아니면 이성과 상식에 호소하는 주장인가, 소위 법정에서 동원되는 토포스들이 현대의 법정처럼 법률 문장인지 아닌지 물론 법률 조항도 있지만 개연성(eikos)에 입각한 이성예의 호소인지도 입증해야 한다고 보기 때문이다. 결론적으로 이와 같이 현대 법학, 특히 형법의 체계에 입각해서 키케로의 쟁점 이론을 이해하고 아울러 텍스트의 번역도 그에 상응해서 해야 한다는 최병조 교수의 주장에 대해서 나는, 법학이 이제 학문으로 막 태동하려는 시기에 탄생한 작품을 그리고 법들이 아직 하나의 체계가 형성되지 않은 시대에 저술된 고전 텍스트를 그리고 법체계가 완전히 자리잡은 현대의 시각으로 바로 볼 수 있는 지에 대해서는 재고의 여지가 있다는 것이 나의 입장임을 밝힌다.

주제어: 키케로, 수사학, 법학, 쟁점이론, 토포스

\* 서울대학교 인문학연구원, HK 문명연구사업단.

## 1. 시작하는 말<sup>1)</sup>

이 글은 서울대 법과대학의 최병조 선생이 줄여, 『수사학』에 대해서 저술한 “법과 문학 사이에서-키케로의 『수사학』 국역본에 대한 총평: 法廷演說 부분을 예증 삼아” (서울대학교 『법학』, 제49권 4호)-에 대한 답 글이다. 우선 이 자리를 빌어서 최병조 선생의 총평에 대해서 진심으로 감사드린다. 그럼에도 답 글을 쓰는 이유는 최병조 선생의 키케로의 쟁점 구성 이론을 바라보는 입장과 나의 입장 사이에 차이가 있기 때문이다. 요컨대, 최병조 선생은 현대 법학 도그마를 바탕으로 키케로의 쟁점 이론과 『수사학』의 해당 텍스트(제98장~109장)를 이해하고 해석해야 한다고 제안한다. 이는 단적으로 “당연히 이미 앞 절에서도 밝힌 바 있고, 바로 이어서도 밝히고 있듯이 *coniectura*, *definitio*, *quailitas*로 진행되는 論想의 흐름과 照應하는 것이고, 따라서 *recusatio sua*는 현대의 법학 용어로 표현하자면, 사실 관계의 확정, 구성요건해당성[罪目]의 검토, 위법성의 검토에 이은 책임 여부의 검토에 해당하는 것이고, 결국 ‘자신이 책임을 부인함’을 뜻한다.”<sup>2)</sup>는 것과 같은 제안에서 확인할 수 있다. 물론 총평이 제공하는 귀중한 법률 지식과 법학 내용들을 거부하는 것은 아니다. 그러나 총평이 제안하는 방식으로 현대 법학의 도그마에 맞추어서 텍스트 전체를 해석·번역하기 위해서는 여러 조건들이 충족될 때에 가능할 것이다. 우선, 키케로 시대에 법체계가 성립해 있었는지, 그리고 학문으로서 법학이 이미 성립해 있었는지의 문제가 선결적으로 입증되어야 하기 때문이다. 또한 서양 고대 로마의 공화정 말기 당시에 발전했던 쟁점 이론의 정체성 규명과 관련해서 단적으로 기원전 1세기 초의 로마 법정에서 벌어졌던 재판에서 원고이든 피고이든 각기 주장의 근거로 내세우는 논거들이 과연 법률 조항인가 아니면 이

1) 이 글의 심사를 통해서 귀중한 지적과 날카로운 비판과 격려를 해주신 세 분의 심사 선생님들께 진심으로 감사드린다. 심사 선생님 한 분의 지적에 대해서는 지면 관계상 후속 연구로 자세한 답변을 드리겠다. 특히, 자연학과 수사학의 관계를 조명하는 문제는 한국은 물론 서구의 학계에서도 아직 본격적인 조명을 거치지 않은 논의로 이 글에서 시론(試論)적인 분석만 시도하였기 때문이다. 하지만 베렌즈의 요지를 “관련 문헌을 검색하여 그 요지만을 나열했다는 인상을 지우기 어려움”이라는 지적에 대해서는 동의하기 어렵다. 물론, 베렌즈의 모든 글을 검토한 것은 아니지만, 해당 논문(2008)에 대한 엄밀한 독해와 분석에 입각해서 이 글을 작성했기 때문이다. 심사의 지적이 타당성을 확보하려면, 베렌즈의 주장과 이 글이 제시하는 논의에 대한 분석과 이에 대한 논거가 제시되어야 하는데, 이에 대한 언급은 없기에, 어떤 의미에서 “요지만을 나열했다”는 지에 대해서 열린 감을 잡을 수 없기 때문이다. 마지막으로 *Cicero the Advocate* (2006)은 키케로의 원문에 대한 “영역본”이 아니라 연구 논문 모음집임을 밝히는 정도로 심사 선생님의 지적에 답변하고, 다시 한 번 꼼꼼하게 읽어주신 데에 대해서 감사드린다.

2) 최병조(2008, 303).

성과 상식에 호소하는 주장인가, 소위 법정에서 동원되는 토포스들이 현대의 법정처럼 법률 문장인지 아닌지 물론 법률 조항도 있지만 개연성(eikos)에 입각한 이성애의 호소인지도 입증해야 하기 때문이다. 결론적으로 이와 같이 현대 법학, 특히 형법의 체계에 입각해서 키케로의 쟁점 이론을 이해하고 아울러 텍스트의 번역도 그에 상응해서 해야 한다는 최병조 선생의 주장에 대해서, 법학이 이제 학문으로 막 태동하려는 시기에 탄생한 작품을, 성문법 중심의 법 체계가 아직 형성되지 않은 시대에 저술된 키케로 텍스트를 법체계가 완전히 자리 잡은 현대의 법학 도그마로 바라 볼 수 있는 지의 가능성 여부를 따져보자는 것이 이 글의 목적이다.

이 글의 쓰게 된 또 다른 이유는 다음에 있다. 그것은 키케로의 쟁점 이론의 이해와 관련해서 독일의 법학자들의 견해와 영미권 학자들의 견해 사이에는 큰 차이가 있는데, 이 문제는 단순하게 이론적인 차이<sup>3)</sup>에서 그치는 것이 아니라, 법과 관련해서 현재 진행되고 있는 한국 사회의 제도적 변화와도 직결된 문제이기 때문이다. 이와 관련해서, 현재 한국의 재판방식은 이제 독일이나 일본의 그것이 아닌 영국이나 미국처럼 시민이 배심원으로 참여하는 방식으로 바뀌었고, 이와 관련해서 로스쿨이 대학의 전문 교육기관으로 자리잡았다. 바로 이와 같은 역사적 변환에 있어서 키케로의 쟁점 이론이 어떤 식으로든 로스쿨 교육과 변화된 한국 재판 방식에도 중요한 역할을 수행할 것이며, 또한 판결에도 일정 정도 영향을 끼칠 것이라 확신<sup>4)</sup>하기에, 내가 파악하고 있고, 내가 이해하고 있는 수준에서 키케로의 쟁점 구성 이론을 소개하고자 한다. 결론부터 말하자면, 키케로의 쟁점 구성 이론은 현대 법학 체계와는 근본적으로 다른 구성을 가지고 있다는 것이 나의 생각이다. 이를 위해서 먼저 쟁점 구성 이론이 어떤 역사적 기원을 기반으로 해서 발전한 논의인지를 다룰 것이다. 다음으로 쟁점 이론에 대해서 20세기 학자들이 전개했던 논쟁을 소개하고자 한다. 이어서 키케로의 텍스트 독해를 통해서 새롭게 찾아낸 사실들에 기초해 쟁점 이론에 대한 정의를 시도하고자 한다. 마지막으로 키케로 이후의 쟁점 구성 이론이 어떤 모습으로 변했는지를 제시하고자 한다. 그런데, 이 글이 다루고자 하는 주제가 어찌면 한국 독자들에게는 생소한 논의이기에 이해를 돕기 위해서 쟁점 구성이론의 실재를 보여주는 대표적인 사례인 “쿠리우스

3) 이와 관련해서는, *Cicero the Advocate* (2006)을 참조하시오.

4) 이 문제에 대해서도 보다 자세한 후속 연구가 요청되는 주제이다. 다만 이 글은 최병조 선생의 존평에 대한 답 글이기에 이 주제에 대해서는 천착할 수 없었음을 밝힌다. 다음 연구에서 자세하게 다루겠다.

소송(*causa curiana*)”을 중심으로 논의를 풀어 나가고자 한다.

## 2. 쟁점 이론<sup>5)</sup>의 그리스적 기원에 대해서

기원전 92년 로마에서 벌어진 쿠리우스 소송을 사례로 삼은 이유는, 이 소송이 엄격한 로마법 적용 전통과 그리스 철학과 수사학의 충돌과 그 결과를 보여 주는 흥미로운 사건이기 때문이다. 이 사건에 대한 키케로의 보고는 다음과 같다.

또한, 최근에 백인 민회에서 열린 만리우스 쿠리우스와 마르쿠스 코포니우스의 저 유명한 소송은 어떠한가? 아주 많은 사람들이 운집한 가운데에서 매우 큰 관심을 받으면서 진행된 소송 말일세. 그때에 나와 동갑이자 동료인 퀸투스 스카이 불라는, 법률 지식과 관련해서 모든 사람들 가운데에서 가장 탁월했고 타고난 지성에도 판단에 있어서도 아주 예리한 능력의 소유자였으며 언변에 있어서는 아주 세련되고 간결했으나, 내가 종종 말하곤 하듯이, 법률 전문가 사이에서는 가장 언변이 뛰어난 사람이었고, 연설가 사이에서는 가장 탁월한 법률 전문가였는데, 상속의 권리는 유언의 문서기록에 근거함을 주장했고, 만약 유복자가 실제로 태어나지도, 후견인의 보호가 필요하지 않은 나이(14살)가 되기 이전에 죽지도 않았다면, ‘유복자로 태어나서 죽은 아들’에 이어 상속인으로 지정된 자는 상속인으로 지정될 수 없다는 주장을 견지한 반면, 나는 반대로 유언장을 작성할 때에 유언 작성자는 마음 속으로 즉, [유언장은] 만약 후견인의 보호가 필요치 않은 성숙한 나이가 된 아들이 없다면, 상속인은 만리우스 쿠리우스가 된다는 생각을 가지고서 유언장을 작성했다는 주장을 밀고 나갔는데, 이 재판에서 우리 둘 각각은 법률 [해석]에 있어서의 권위를 인정받는 견해들과, 선행 사례들과 유언장의 여러 형식들에 대해서 다투었고, 이것이 실은 우리 둘 각각이 시민법의 중심에서 움직이고 있는 것이 아니고 무엇이겠는가?<sup>6)</sup> (『연설가에 대하여』 제1권 180장)

5) 쟁점 이론을 가장 체계적으로 정리한 저술은 L.C. Montefusco, *La dottrina degli “status” nella retorica greca e romana*이다. 다만 이탈리아어로 저술이어서, 영어로 된 논문을 소개 하면 M. Heath의 *Hermogenes on issues. Strategies of Argument in Later Greek Rhetoric*과 *The substructure of stasis-theory from Hermagoras to Hermogenes*가 참조할 만하다.

6) *Quid vero? Clarissima M’. Curii causa Marcique Coponii nuper apud centumviros quo concursu hominum, qua exspectatione defensa est? Cum Q. Scaevola, aequalis et conlega meus, homo omnium et disciplina iuris civilis eruditissimus et ingenio prudentiaque acutissimus et oratione maxime limatus atquesubtilis atque, ut ego soleo dicere, iuris peritorum eloquentissimus, eloquentium iuris peritissimus, ex scripto testamentorum iura defenderet negaretque, nisi postumus et natus et, ante quam in suam tutelam veniret, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum et natum et mortuum heres institutus; ego autem defenderem eum hac tum mente fuisse, qui testamentum*

키케로의 묘사대로, “저 유명한 소송(*clarissima causa*)”은 재판의 진행 과정을 구경하기 위해서 수많은 사람들이 재판정에 모였고, 그 재판 결과에 초미의 관심을 끈 세기의 사건이었다.<sup>7)</sup> 부연하자면 다음과 같다. 코포니우스(Coponius)라는 어떤 사람이 있었다. 이 사람은 상속과 관련해서 유언장을 작성하였다. 마침 아들이 없었다. 그런데 그의 아내가 실제로는 임신하지 않았는데, 그는 그녀가 임신한 것으로 착각하여, 앞으로 태어날 아들에게 재산을 남긴다는 유언을 하고 사망하였다.<sup>8)</sup> 그런데, 문제는 실제로 아이가 태어나지 않았고, 따라서 엄격한 법 적용을 중시하고 실제로 가장 탁월한 법률 전문가였던 대제사관이었던 스키아볼라(*Scaevola Pontifex*, 기원전 168/160-87년)는 유언장의 엄격한 문언 해석에 기초해서 쿠리우스가 상속인이 될 수 없다는 점에 입각해서 죽은 코포니우스의 유산 상속인은 그의 친척인 마르쿠스 코포니우스가 되어야 한다고 주장하였다. 주장의 근거인 즉 유언장을 엄격하게 적용하면, 그러니까 유언장의 내용을 현대의 법학 도그마를 이용해 설명하자면, 쿠리우스가 상속인이므로 지정되기 위한 구성요건이 충족되지 않았기 때문이라는 것이다. 아이가 태어났고 후견인의 보호 과정 중에 사망한 경우, 후견인인 쿠리우스가 상속인으로 지정되는데, 아이가 태어나지 않았고 따라서 유언의 상속인 지정 규정을 충족시키는 사실 요건이 전혀 충족되지 않았다는 것이다. 소위 쿠리우스가 상속인이 되기 위한 구성요건인 유언장의 문언에 해당하는 사실관계가 실제로 성립하지 않았기 때문에 쿠리우스는 상속인이 될 수 없다는 것이 스키아볼라의 입장이고, 이는 엄격한 법 적용(*strictum ius*)에 해당한다. 이러한 방식은 그리스 식 법정 문화가 로마에 들어오기 전의, 그러니까 법률 문언에 기초한 엄격한 법 적용을 고수했던 로마의 법 전통이었다. 이에 반해서 크라수스는 앞으로 태어날 아이의 후견인이 쿠리우스이고, 아이가 성숙한

---

fecisset, ut si filius non esset, qui in suam tutelam veniret, M'. Curius esset heres, num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio iure civili versari?

- 7) 이 대목에서 키케로가 수많은 소송 가운데서 유독 이 소송 사건을 자주 언급하는 이유가 확인된다 하겠다. 키케로가 이 소송 사건을 언급하는 텍스트는 다음과 같다: *De Or.* 1. 238, 242-244, 2. 24, 140-1, 220-2; *De inv.* 2.122-3; *Brut.* 114-5, 194-8, 256, *Top.* 44; *Pro Caec.* 53,67, 69. 이와 관련해서는 J. Stroux (1929), U. Manthe (1997)와 최병조 (2007, 234-237)를 참조할 만하다.
- 8) 키케로가 이 소송 사건을 너무나 자주 인용하기 때문에 **발견론**, 2권 122장과 **연설가에 대하여**, 제2권 141장에 이 유언장의 내용을 재구성하면 다음과 같다: si mihi filius genitur unus plusve, is mihi heres esto; si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tum mihi M'. Curius heres esto (cf. Leemann 2. Bd. p.68).

나이가 되기 이전에 사망할 경우, 후견인으로 지정된 쿠리우스를 상속인으로 지명하는 것이 유언장 작성자 쿠포니우스의 원래 의도였으므로 유언 작성자의 원래 취지를 살려서 유언장을 해석해야 하고, 따라서 쿠리우스가 상속인이 된다고 주장하였다. 그런데 재판은 크랏수스가 배심원단의 압도적인 판결을 얻어 승소했다. 키케로는, 크랏수스가 재판에서 승소하게 된 원동력은 법률 지식도, 철학 지식도 아닌 수사학적 유머 능력이었다고 전한다.<sup>9)</sup> 하지만 크랏수스가 승리하게 된 배경은 그리스 식 법정논쟁 방식이 로마의 재판에도 도입되었다는 주목해야 할 것이다.<sup>10)</sup> 로마에서 재판 제도의 변화는 아마도 기원전 150년 즈음에 이루어진 것으로 추정된다. 이에 대해서 가이우스는 다음과 같이 전한다.

그러나 법률에 기초해서 진행되었던 저 모든 재판들은 점점 혐오의 대상이 되어 갔다. 왜냐하면 법률을 제정했던 당시 옛날 사람들의 지나친 엄격함으로 말미암아 심지어 아주 사소한 실수를 범한 것임에도 불구하고 재판에서 패배하는 일이 생겨났기 때문이다. 그래서 아이부티우스 법과 두 개의 율리우스 법 제정을 통해서 법률에 입각한 재판 제도는 폐지되었다. 그 결과 우리가 소위 방식서 소송이라 부르는 형식화된 표현을 하고서 우리는 소송을 진행하게 되었다.<sup>11)</sup>

인용과 관련해서, 나는 세 가지 점을 주목하고자 한다. 우선, 아이부티우스 법의 제정을 통해서 도입된 재판 방식의 변화이다. 나중에 “in iure, 방식서 소송”이라고 불리는 이 재판방식의 특성은 재판 청구에 대한 심사는 법무(法務)를 관장하는 프라이토르(praetor)가 하는 일이지만, 이제 재판의 결정을 배심원이 담당한다는 점이다. 그런데, 인용에 따르면, 이것이 원래 그리스 식 재판 방식이라는 점에서, 새로운 재판 방식의 도입은 그리스 방식을 로마 방식으로 절충한 결과로 여겨진다. 다음으로 살펴보아야 할 것은 그리스 방식을 왜 도입할 수밖에 없었는가에 대한 물음이다. 이는 로마의 도시화, 제국화와 직결되어 있는 것으로 보인다. 전통적

9) 키케로, **연설가에 대하여**, 제2권 221장 hilaritate quadam et ioco.

10) 이에 대한 전거를 우리는 『헤렌니우스에게 보내는 수사학』에서 찾을 수 있다. (제1권 22장) Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis, nos in iure [civili] plerumque utimur [in hac parte nos iuris civilis scientia iuvabit]: in iudiciis tamen nonnihil utimur ut hoc modo.

11) 가이우스, **법학제요**, 제1권 30장 Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.

농경 사회에서 로마의 근간으로 작동했던 12표 법은 이미 제국 로마에서 벌어지는 문제를 해결하기에는 너무 낡은 법이었기 때문이다.<sup>12)</sup> 마지막으로, 나는 로마의 엄격한 법 지배 전통을 비판적으로 바라보는 관점의 전환에 주목하고자 한다. 이에 대한 키케로의 말을 들어보자.

심지어 어떤 농간과 지나치리만큼 능수능란한 하지만 악의로 가득 찬 법 해석을 통해서 종종 부당한 일들도 발생한다. 이로부터 저 “가장 엄격한 법이 가장 큰 불의”가 유래됐고, 이는 이미 일상적인 속담이 되어버렸다.<sup>13)</sup>

그런데, “가장 엄격한 법이 가장 큰 불의”로 보는 키케로의 시각은, 엄밀하게 보면, 로마 전통이 아니다. 이는 그리스인이 법을 바라보는 시각이다. 이는 의심할 여지가 없는 사실인데, 메난드로스의 작품을 번안한 테렌티우스의 코메디아 『자신을 고문하는 자』에서 그 전거가 발견되기 때문이다.

그들은 “종종 가장 엄격한 법이 가장 큰 불의”라고 말한다.<sup>14)</sup>

그렇다면, 이 대목에서 “가장 엄격한 법이 가장 큰 불의”라는 말이 어떤 논의 과정을 거쳐서 성립되어 있는지 혹은 이 말의 뿌리에 해당하는 생각이 도대체 무엇인지를 추적하는 것도 흥미로운 분석일 것이다. 왜냐하면, 이 분석은 수사학 혹은 쟁점 이론의 정체성을 규명하는 일과 직결된 논의이기 때문이다. 단적으로 이런 소위 법치주의에 반하는 소위 ‘불순한’ 생각을 명시적으로 표현한 사람은 아리스토텔레스이다. 물론 아리스토텔레스도 가능한 한 “무엇보다도 올바르게 입안된 법률 자체가 가능한 한 모든 것을 미리 규정지어 놓고, 배심원들에게 가능한 한 작은 여지를 남겨두는 것이 바람직하다”<sup>15)</sup>고 주장한다. 하지만 법률에 의해서 규정되지 않는 것들이 재판에서는 일어나는데, “사건이 일어났는지 아닌지, 중요한 지 아닌지, 정의로운 것인지 아닌지”는 “입법자가 원천적으로 관여할 수 있는 영역도 아니고 그것은 입법화의 대상도 아니”라는 것이다. 이렇게 입법자에

12) 키케로, **법률**, 제2권 59장, *Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit.*

13) 키케로, **의무론**, 제1권 33장 *Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud “sumum ius summa iniuria” factum est iam tritum sermone proverbium.*

14) 테렌티우스, **자신을 고문하는 자**, 796행, *dicunt: “ius sumum saepe summast malitia.”*

15) 아리스토텔레스, **수사학**, 제1권 1131 a 31.

의해서 정해 놓지 않는 문제들에 대해서는 “배심원이 스스로 알아야 하는 것이지, 공방 당사자에게서 배워서는 안 된다”고 아리스토텔레스는 주장한다.<sup>16)</sup> 그의 주장 가운데에서 우리가 눈 여겨 보아야 할 표현은 아마도 “가능한 작은 여지” 일 것이다. 즉 그 “여지”가 왜 발생하는지에 대해서 따져 보아야 할 것이다. 단적으로 이 틈새 공간에 대해서 아리스토텔레스는 다음과 같이 표현한다.

모든 일들 가운데에서 가장 중요한 이유는 입법자의 판단이 개별 사례가 아니라 앞으로 일어날 일들과 보편에 관한 것과 관련되어 있는 반면, 의회에 참여하는 사람들이나 배심원은 실제로 현재의 일들과 특정한 사건들에 대해서 판정을 내리기 때문이다.<sup>17)</sup>

인용에 따르면, 이 틈새 공간이 생겨나는 것은 한편으로 입법자의 판단이 “개별”을 대상으로 하지 않고 보편을 대상으로 삼기 때문이고, 다른 한편으로 입법자의 판단은 미래에 대한 것이지, 과거나 현재 사건을 판단 대상으로 삼지 않기 때문이라고 한다. 이는 재판에서 다루어지는 과거 사건의 판단에 대해서는 입법자의 관심 영역이 아니라는 지적에서 더욱 확연하게 드러난다. 그런데, 이와 관련해서 언급해야 할 것은 법률의 이러한 보편적 성격이 갖는 한계는 개별의 구체적인 사례를 직접 매개하지 않는다는 점이다. 따라서 보편적 법률과 개별 사건 사이에 있는 간극을 연결시켜주는 장치가 필요한데, 이 장치가 아리스토텔레스는 “형평”이라는 개념이라고 소개한다. 이에 대한 아리스토텔레스의 주장은 다음과 같다.

그런데 여기에서 근원적으로 공정한 것(형평)이 정의로운 것이긴 하지만, 법에 따른다는 의미에서 정의로운 것이 아니라 법정 정의를 바로 잡는다는 것이라는 의미에서 정의로운 것이다. 이것은 모든 법이 보편적이기는 하지만, 어떤 것들과 관련해서는 보편적 규정을 올바르게 말할 수 없다는 데에 그 까닭이 있다.<sup>18)</sup>

16) 아리스토텔레스, **수사학**, 제1권 1135a 27-31, ἔτι δὲ φανερόν ὅτι τοῦ μὲν ἀμφοιβητοῦντος οὐδένέστιν ἔξω τοῦ δεῖξαι τὸ πρᾶγμα ὅτι ἔστιν ἢ οὐκ ἔστιν, ἢ γέγονεν, ἢ οὐ γέγονεν· εἰ δὲ μέγα ἢ μικρόν, ἢ δίκαιον ἢ ἀδίκον, ὅσα μὴ ὁ νομοθέτης διώρκειν, αὐτὸν δὴ πού τὸν δικαστὴν δεῖ γινώσκειν καὶ οὐ μανθάνειν παράτων ἀμφοιβητούτων.

17) 아리스토텔레스, **수사학**, 제1권 1354b.4- b.8, τὸ δὲ πάντων μέγιστον, ὅτι ἡ μὲν τοῦ νομοθέτου κρίσις οὐ κατὰ μέρος, ἀλλὰ περὶ μελλόντων τε καὶ καθόλου ἔστιν, ὁ δ' ἐκκλησιαστής καὶ δικαστὴς ἤδη περὶ παρόντων καὶ ἀφορισμένων κρίνουσιν.

18) 아리스토텔레스, **니코마코스 윤리학**, 1137b.11-14, τὸ ἐπι εὐκὲς δίκαιον μὲν ἔστιν, οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου. αἴτιον δ' ὅτι ὁ μὲν νό



아리스토텔레스는 “형평”의 개념이 요청되는 근본적인 이유를 다음과 같이 전개한다. 우선, 형평성은 법이 가지고 있는 보편적 성격 때문에 생겨나는 법률과 사실, 법률과 현실 사이의 간극 때문에 요청되는 원리라고 한다. 이는 모든 현실을 법률로 포섭해 낼 수 있다는 근대의 소위 “만법(萬法, pandectismus) 사상”과는 조금 다르지만, 어찌되었든 보편과 개별 사이에 있는 근본적인 거리 문제, 소위 법률의 “포섭” 가능성에 대해서 근본적인 물음을 던지고 있는 것이다. 이에 대해서 아리스토텔레스의 입장은 다음과 같다.

바로 이것이 근원적으로 공정한 것(형평)의 본성으로, 보편적인 규정으로 말미암아 모자라는 한에서 법을 바로 잡는 것이다. 사실 이것이 왜 모든 것이 법에 따라 이루어지지 않는 지에 대한 이유이기도 하다. 어떤 문제들에 대해서는 법을 제정하는 것이 불가능해서 (투표에 의한) 결정이 필수적이다.<sup>19)</sup>

결론적으로, 인용에 따르면, 개별 사건에 대해서는 법률이 아니라 투표를 통해서 결정하는 것이 필연적이라는 것이다. 이 대목에서 엄격한 법 적용에 입각해서 재판관을 진행하는 로마의 재판 전통과 배심원의 투표에 의해서 결정되는 그리스의 재판 전통 사이에 있는 차이가 확연하게 드러난다 하겠다. 물론, 법과 형평성에 대한 문제제기를 처음 한 사람은 아리스토텔레스가 아니다. 그는 다름 아닌 고르기아스(Gorgias, 기원전 480-380년)이다.

많은 경우, 엄격한 정의보다 인간적인 형평성을 선호하고, 다른 한편으로 많은 경우 법의 엄격함보다는 말의 율바름을 중시한다. 입법자들은 이 원리를 가장 신적이고 가장 공통적인 법(法)이라고 생각한다.<sup>20)</sup>

하지만, 고르기아스의 이런 주장의 배경에는 그리스의 문화의 특수성도 함께 언급되어야 하는데, 고대 그리스의 폴리스는 agon(경쟁) 문화를 중시하는 사회였다.

---

μος καθόλου πᾶς, περὶ ἐνίων δ' οὐχ οἷόν τε ὀρθῶς εἰπεῖν καθόλου.

19) 아리스토텔레스, *니코마코스 윤리학*, 1137b. 26-29, καὶ ἔστιν αὕτη ἡ φύσις ἢ τοῦ ἐπεικουῦς, ἐπ'ἀνόρθωμα νόμου, ἢ ἐλλείπει διὰ τὸ καθόλου. τοῦτο γὰρ αἴτιον καὶ τοῦ μὴ πάντα κατὰ νόμον εἶναι, ὅτι περὶ ἐνίων ἀδύνατον θέσθαι νόμον, ὥστε ψηφίσματος δεῖ.

20) 고르기아스, *Gorgias. Fragam* 6.12-15, πολλὰ μὲν δὴ τὸ πρᾶον ἐπεικὲς τοῦ αὐθάδους δικαίου προκρίνοντες, πολλὰ δὲ νόμου ἀκριβείας λόγων ὀρθότητα, τοῦτον νομίζοντες θεϊότατον καὶ κοινότατον νόμον.

이와 관련해서는 보다 자세한 분석이 요청되는데, 어쨌든 이와 관련한 전거로 에우리피데스(Euripides, 기원전 485-406년)의 인용을 읽어보자.

재판은 공정했다.<sup>21)</sup>

인용에서 우리는 그리스의 재판이 가지고 있는 성격을 규정함에 있어서 매우 중요한 개념이라 할 수 있는 *ισόρροπος*라는 말을 만나게 된다. 이 말은 원래 데모크리토스(Democritos, 470/460-380/370년)가 원자를 설명할 때 사용하던 개념이다.<sup>22)</sup> 곧, 모든 원자는 각각의 원자들에게 평등하고 동등하고 대등한 관계에 놓여 있음을 뜻하는 술어이다. 그런데 흥미로운 점은 이를 에우리피데스가 아곤 개념과 함께 사용한다는 것이다. 그런데, 아곤은 일종의 경기이고, 경기란 공정성과 이에 참여하는 주체들의 평등이 보장될 때 성립하는데, 중요한 점은 이러한 공정성과 평등을 원리로 해서 작동하는 아곤 전통이 재판 전통에서도 그대로 확인된다는 것이다. 이는 그리스의 논박 전통(*dissoi logoi*), 로마의 논쟁 전통(*in utramque partem dicere*)에서도 확인되는데, 결론적으로, 한마디로, 쟁점 이론은 그리스의 소피스트 고르기아스와 자연학자 데모크리토스 원자론적 전통에 그 기원이 있음이 분명하다. 다시 말해서 쟁점 이론은 그 출발부터 실정법 체계가 아닌 토론과 경쟁 전통에서 유래한 논의임을 강조하고자 한다.

### 3. 쟁점 구성 이론에 대한 현대의 논쟁들

그러면, 로마 법 전통과 그리스 철학과 수사학의 전통의 충돌의 양상과 그 결과를 보여주는 논의인 소위 쟁점(*status*) 이론을 둘러싸고 벌어진 현대의 논쟁에 대해서 본격적으로 살펴보도록 하자. 추정, 정의, 성격 규정과 관련된 문제 제기 방식의 범주화를 핵심으로 하는 쟁점 이론은, 오코 베렌즈(O. Behrends, 2008)에 따르면, 회의주의 철학의 직접적인 영향을 받은 것이고, 이는 키케로와 법학을 체계화한 세르비우스(Servius, 기원전 106년-43년)의 스승인 필로(Philo, 기원전 154/3-84/3년)를 통해서 로마로 소개된 논의라고 한다. 물론 쟁점 이론의 기원에 대해서는 그

21) 에우리피데스, **탄원자들**, 706 -70행 ἦν δ' ἀγὼν ἰσόρροπος. κὰν τῶιδε τὸν στρατηγὸν αἰνέσαι παρῆ.

22) 데모크리토스 (A 1 I 218, 1. AE+T. III 15, 7 (D. 380)), Π., Δημόκριτος διὰ τὸ παντ ἀρόθεν ἴσον ἀφεστῶσαν [τὴν γῆν] μένειν ἐπὶ τῆς ἰσορροπίας οὐκ ἔχουσαν αἰτία ν δι' ἣν δεῦρο μάλλον ἢ ἐκεῖσε ῥέψειεν ἄν· διὰ τοῦτο μόνον μὲν κραδαίνεσθα ἰ, μὴ κινεῖσθαι δέ.

것이 스토아의 논리학에서 왔다고 주장하는 학자도 있다. 대표적인 법학자로 헝가리의 쾨첸(M. Könczöl, 2008)을 들 수 있다. 이에 대해서는 보다 자세한 논의가 있어야 하겠지만, 쟁점 이론의 방법론적 기초가 수사학이 아닌 철학에서 온 것은 분명하다. 이와 관련해서 우리는 수사학자 퀸틸리아누스(Quintilianus, 서기 35-96년)를 증인으로 불러와야 할 것인데, 그에 따르면, 수사학의 추정, 정의, 성격규정 논의의 기원은 아리스토텔레스의 『범주론』에서 비롯되었기<sup>23)</sup> 때문이다. 소위 이러한 문제제기 방식 논의 일반에 재판 절차와 진행과 관련해서 제기할 수 있는 문제제기 범주를 아우르는 소위 재판의 성립을 둘러싸고 제기될 수 있는 문제(quaestiones translative)들의 범주를 쟁점 이론에 포함시킨 사람은 헤르마고라스(Hermagoras, 기원전 2세기)라고 키케로는 전한다.<sup>24)</sup> 여기에 법률 자체에 대한 문제 제기를 통해서 쟁점을 만드는 범주가 추가되는데, 이 범주의 하위 분야에는 문언(scriptum)과 의사(ratio, voluntas), 모순 법률(contrariae leges), 유추(ratiocinatio), 중의성(ambiguitas)의 쟁점들이 있다.

앞에서 소개했던 쿠리우스 소송은 바로 법정에서 문언의 엄격한 적용을 따를 것인가 아니면 문언을 작성한 사람의 취지나 생각을 따라야 하는 지에 대한 쟁점(문언과 의사의 쟁점)에 대한 판결을 놓고서 다루는 재판이었다. 이 사건이 쟁점 이론의 성격 규정과 관련해서 중요한 것은 이 소송 사건의 해석과 관련해서 수많은 굵직한 논쟁이 촉발되었기 때문이다. 대표적으로

- 1929년 Stroux의 *summum ius summa iniuria*,
- 1953년 Viehweg의 *Topik und Jurisprudenz*,
- 1972년 Horak의 *Die rhetorische Statuslehre und der moderne Aufbau des Verbrechensbegriff*,
- 1991년 Sobata의 *System and Flexibility in Law*,
- 2007년 Behrends의 *Die geistige Mitte des Römischen Rechte*

등을 소개할 수 있다. 이상의 논문들에서 벌어진 논쟁을 정리하면, 특히 쟁점 이론의 성격 규정과 관련해서, 과연 쟁점 이론이 법 적용(Rechtsanwendung)에 대한 논의인지 아니면 법 발견(Rechtsfindung) 혹은 법 창조에 관한 논의인지 아니면 판결을 발견하는 기술(Urteilsfindung)의 논의인지로 정리된다. 이 논쟁의 포문을

23) 참조, **수사학 교육**, 제3권 6장 22절 이하.

24) 참조, 키케로, **발견론**, 제1권 16장.

처음 연 사람은 스트루룩스(Stroux, 1929)다. 그는 쿠리우스 소송 사건을 로마의 엄격한 법 적용 전통이 그리스의 수사학에 패했던 사건이라고 주장한다. 이러한 그의 주장은 19세기 이래 정합적 체계에 입각한 포섭 이론(Subsumptionstheorie)에 기초하고 있는 법학 도그마에 큰 논란을 불러 일으켰다. 스트루룩스의 주장에 대한 독일 법학자들의 태도는 극단적으로 양분되었다. 당시 1920년대 독일 법학계는 반(反)실증주의 노선을 걸었던 자유주의 노선과 실증주의 노선이 충돌 전선을 형성하고 있었는데, 아마도 Stroux는 자유주의 노선을 취한 것으로 추정된다. 어찌되었던, 그의 주장에 극단적인 반감을 표시한 법학자들은 소위 안정적인 법 지배 전통을 지키고 법치주의의 권위가 흔들리는 사태에 대한 심각한 우려 때문이었다. 그러나 스트루룩스의 문제 제기가 아직도 그 유효함을 잃지 않은 이유는 근본적으로 그의 접근이 로마에서 실제 벌어진 소송 사건의 분석에서 출발하기 때문이었다. 어찌되었든 이처럼 18세기 이후 독일법학자들의 절대적으로 신봉하고 있던 법의 지배에 대한 신념은 다시 피벡(Viehweg)에 의해서 공격받는데, 이에 대한 보고로 피벡의 계승자라 할 수 있는 소바타(Sobata)의 견해를 인용하자.

토포스라는 말이 본격적으로 소개-사용되기 전까지, 19세기의 독일 법학은 전적으로 형이상학적 존재론에 토대를 둔 실증적 과학주의에 의해서 지배되었다. 비록 이러한 현상이 외국인에게 특히 Common law (보통법, 관습법, 불문법) 전통에 익숙한 사람에게는 매우 낯선 것이었음에도 불구하고, 독일법학자들은 자신들을 과학자들로 생각했고, 자신들이 주요 업무가 법의 논리적 체계에 입각한 규범들을 적용하는 것이라고 간주했다. 그래서 법정 판결과정은 삼단논리에 입각한 결론을 내리는 과정이라고 생각했다.<sup>25)</sup>

그런데 더욱 흥미로운 점은, 소바타에 따르면, 피벡의 제자인 발벡(Ballweg)은 스승 피벡의 주장보다 더 강력한 입장을 취한다는 것이다. 그는 심지어 아리스토텔레스의 수사학과 논증 이론의 중요성을 되살린 인물로 인정받는 페릴만(Perlmann)의 보편 청중 주장마저도 거부한다. 왜냐하면, 보편 청중의 실체가 규범에의 호소이거나 법체계의 근거가 되는 법 정신에 호소하는 것이기 때문인데, 그것은 실체가 아닌 아무것도 아닌 것(nihil)에 호소하는 것이기 때문이라는 것이다. 이들은 소위 마인츠(Mainz)학파라 불리는데, 이 학파가 전체적으로 취하는 입장은 법정의 판결 과정이 삼단논법(syllogismus)에 입각한 연역 추론(deduction)에 입각해서 진행되는

25) Sobata (1991, 275).

독일의 재판 전통에 대한 강력한 반발로 정리된다. 이들에 따르면, 법정 추론의 전개 방식은 작은 것에서 큰 것으로 이동하는 혹은 반대로부터 근거를 찾아내는 귀납(induction) 추론과 효과적인 설득을 위한 토포스 모으기와 이를 효과적으로 조직하는 변론 구성(Narrative)이 더욱 중요하고, 이러한 이유에서 법관은 일상의 현실을 법이라는 추상적인 체계로 포섭하려고 드는 포섭 기계에 불과한 것이 아니라 변화와 현실을 반영할 수 있는 반성적 적응력과 판단력의 소유자이어야 한다고 요청된다는 것이 소바타의 요지이다.

호락(Horak, 1972)의 논의는 아마도 이와 같은 새로운 움직임에 대한 전통적인 법학자들의 대응 가운데 하나로 보인다. 그러니까 그의 전략은 아마도 앞에서 언급했듯이, 어찌되었든, 19세기 이후 지배해 온 법 지배 전통을 흔드는 스투룩스나 피베크이 전진 기지로 삼고 있는 쟁점 이론이나 토포스 논의를 직접적으로 흔듦을 통해서 독일의 보수적 법 지배 이데올로기를 강화하려는 시도로 보이는데, 그 대표적인 시도가 근대의 형법학의 개조라 할 수 있는 리스츠와 벨링의 범죄의 정의를 status 논의와 비교 해명하려는 것이다. 그에 따르면, 범죄란 [법적으로] 구성요건 (tatbestandsmäßige)에 해당하고 위법(rechtwidrige), 유책(schuldhaftige)의 행위(Handlung)라고 정의한다. 그는 논의의 초두에서 하나의 시론(試論)적 성격의 시도임을 밝히면서도 이 범죄 정의의 술어를 구성하는 부분 개념들을 쟁점 이론 논의에 적용시킨다. 그는 추정 쟁점의 경우 범죄 정의에 해당하는 개념이 없다고 인정하고, 이어서 그는 구성 요건에 해당하는 개념이 소위 정의(definitio)의 쟁점이라고 강력하게 주장한다. 이 주장을 전개하면서 그는 이 정의 쟁점이 작명을 둘러싼 싸움이 아니라 혹은 일종의 Etikett(이름 짓기)을 정하는 작명(作名) 논쟁이 아니라, 사실과 규범, 행위와 행위 주체가 법률적으로 범죄로서 구성될 수 있는지의 여부를 놓고 벌이는 다툼이라고 결론 맺는다. 이러한 주장에 대한 평가는 다양하다. 비악커(Wiacker, 1988)는 호락의 주장에 대해서 일정 정도의 학문적 성과는 인정하지만 과도한 주장이라는 평가를 내린다.<sup>26)</sup>

잠시, 근대 형법학의 핵심 도그마인 범죄 이론의 핵심개념, 구성요건해당성이라는 개념을 살펴보자. “구성요건해당성”이란 형벌 법규에 과형의 근거로서 추상적으로 규정되어 있는 행위 유형, 이를 테면, 형법 제250조 『사람을 살해한...』(살인죄의 구성요건) 또는 동 제329조 『타인의 재물을 절취한 ...』(절도죄의 구성요건) 등과 같이 행위의 관념 현상이라고 하고, 그 실체는 위법 행위의 유형에 있다고 한다. 말하자면, 구성요건은 위법인 행위 중에서 특별히 범죄로서 처벌할

26) Wiacker (1988, 670; 각주43).

가치가 있다고 인정되는 것을 추출, 유형화하여 개념적으로 설정된 것이라고 한다.”<sup>27)</sup> 이와 같이 구성요건은 법률상 추상적 개념 규정이고, 이 법률상의 개념에 들어맞는 구체적인 사실이 구성요건에 해당하는 사실로 된다. 이와 같은 논의의 배경에는 중요한 법 사상 혹은 법률 적용 원리가 들어있는데, 그것은 바로 “죄형 법정주의(*sine lege nulla poena*)”이다. 이 원리에 따르면 엄격하게 형식화된 어떤 구성 요건에 해당하는 행위만을 범죄로 인정한다는 것이다. 그래서 법학자들에 따르면, 구성요건이 없으면 범죄는 없다는 주장까지도 나온다. 이러한 죄형법정주의 법 적용이 법학의 중심 개념으로 자리 잡게 된 것은 근대 국가의 성립과 관련된 것으로, 그 핵심 기능은 인권 보호를 위함이었다. 이는 다음의 하위 원칙들을 통해서 나타난다. 죄형법정주의의 원리에서 우선 관습법의 금지 원칙, 이어서 유추 해석의 금지 원칙, 소급효의 금지 원칙, 절대적 부정기형금지의 원칙이 나온다고 한다.

이상의 논의를 종합해 볼 때, 구성요건이라는 용어를 쟁점 이론의 정의 쟁점 범주로 보거나 그렇게 번역하기 위해서는<sup>28)</sup> 크게 두 가지를 전제로 한다. 우선 실정법으로서 형식화 된 법 체계가 전제되어야 한다. 그러나 로마의 법 체계는, 특히 키케로 시대의 로마는 근대 국가에서 확인할 수 있는 법 체계가 있었던 사회가 아니었다. 초기 농경 사회를 기반으로 제정된 12표 법과 도시 국가를 통치하는 과정 중에서 고시된 법령 정도가 전부라고 할 수 있었는데, 이와 같은 법적 상황은 당시 세계 제국이 된 도시 로마의 각종 문제를 해결함에 있어서 요구되는 법률적 요청을 충족할 수 없었던 것이 역사적인 사실이다. 이러한 사회적 요구는 매우 중요한 변화를 함축하고 있었는데, 이러한 사회적 요구에 쉽게 적용할 수 있었던 대안이 그리스의 법정 변론 방식이었고, 그것의 이론적-실천적 방법론을 제공한 것이 쟁점 이론이었다. 또한 이러한 사회적 요구는 사회-정치 구성의 근본적인 성격 전환도 함께 함의되어 있었는데, 법체계의 확립을 통한 법의 지배를 가능케 하는 정치 체제로의 전환이 바로 그것이다. 이와 관련해서 우리는 로마의 양극화 문제를 거론하지 않으면 안 되는데, 사회적 합의와 통합은 공화정 말기에는 거의 불가능한 상황이라고 보는 것이 학자들의 일반적인 중론이다. 따라서 소위 *pax romana*를 위한 법 체계의 정비는 강력한 통치 체계가 확립되는 황제정 시대에나 가능했다. 따라서 키케로 시대에 죄형법정주의 원리에 입각한 구성요건 해당성을 검토하기 위한 법 체계가 없었던 것은 분명한 것으로 보인다. 이와 관련

27) 정영석(1979).

28) 최병조(2008, 282-323).

해서 푸어만(Fuhrmann, 1997)의 이 문제에 대한 주장은 설득력이 있다: “로마 시대의 판결은 죄형법정주의의 원리에 의해서 내려지지 않았다.”<sup>29)</sup> 구성요건해당성 검토를 위한 법체계가 아직 갖추어지지 않았기 때문이다.

다음으로 구성요건해당성이 정의 쟁점에 해당한다는 주장이 성립하기 위해서 키케로 시대의 재판에서 내려지는 판결 방식에는 판결의 대전제로서 법이 있어야 하고, 이 법에 의거해서 규범과 사실 관계의 구성요건해당성의 검토를 거쳐서 내려지는, 연역 추론의 방식이 전제되어야 한다. 현재 한국이나 독일의 판결 방식처럼 말이다. 그러나 로마의, 적어도 키케로 시대의 재판은 대전제를 제시하고 이어 소전제의 매개 논거를 통해서 행위와 사실의 위법성을 결정하는 판결을 내리는 방식으로 진행된 것이 아니었다. 오히려, 특히 쟁점 구성 방식에 의존하는 소송에서는 반대의 귀납 추론이 주를 이루었다고 보는 것이 타당할 것이다. 사실 관계의 확정에서도 개연성에 근거한 주장을 통해서 배심원단을 설득하는 것이고, 어떤 행위와 사실의 정의도 법원(法源)으로서 보편적 규범이나 법 체계의 연역적 추상화를 통해서 법 규범에의 호소를 통한 어떤 특정 행위를 명명하고 정의하는 것도 물론 가능했지만, 실은 배심원단이 생각하고 있다고 믿는 의미를 찾아서 정의를 내리는 작업이 정의를 둘러싼 쟁점의 실제였기 때문이다. 이와 관련해서 키케로는 정의 쟁점이 핵심 쟁점인 소송에서 사용해야 하는 전술과 관련해서 다음과 같이 제시하고 있다.

배심원의 생각과 의견에 깊숙이 파고드는 자가, 그리고 공유할 수 있는 단어의 의미와 그 단어에 대해서 배심원들이 마음속으로 취하게 될 생각에 더 잘, 더 가까이 접근할 수 있는 자가 승소하는 것이 필연적이기 때문이다”<sup>30)</sup>

이와 관련해서 실제 키케로 시대의 라틴어의 경우, 아직 표준 문법도 확립되지 않았고, 제대로 된 사전도 없었던 시대였음을 주목해야 한다. 그리고 배심원단의 구성을 보자면 배심원단이 철학적 사유를 할 수 있는 지식인으로 구성된 것도 아니었다. 다만 이런 단어의 정의와 해석의 문제가 실제로 법정에서 자주 다툼의 대상이 되었고, 이 때문에 사회적으로도 단어들의 정의와 의미에 대해서 연구가 요청되었고, 이 문제를 실천하기 위해서 바로(Varro, 기원전 116년-27년) 같은 문법학자들이 생겨난 것으로 보인다. 만약 사정이 이와 같다면, 바로의 『라틴어에

29) Fuhrmann (1997, 42-43).

30) 키케로, 수사학, 제123장.

대하여』는 순수하게 문법적인 이유라기보다는 언어사회학적 그리고 법적인 이유에서 저술되었을 가능성이 높다 하겠다. 따라서 이와 같은 역사-사회의 제약적 조건은 키케로 시대의 로마 법정이 구성요건해당성의 원리에 의해서 판결을 내리지 않았음을 확인시켜준다. 이와 관련해서 크랏수스가 배심원단의 압도적인 판결을 얻어 승소했는데, 앞에서 언급했듯이, 재판에서 승소하게 된 원동력은 법률 지식도, 철학 지식도 아닌 수사학적 유머 능력이었다고 전하는 키케로의 보고가 흥미롭다.<sup>31)</sup> 결론적으로 로마 법정의 판결 구조의 이와 같은 성격 때문에 푸어만은 쟁점 이론에 대해서, 그것은 호락이 주장하는 것과 같은 법 적용 이론도 아니고, 일군의 법학자들이 주장하는 법발견 이론도 아니고, 그것은 주어진 법정에서 승소를 위한 판결을 발견하기 위해서 쟁점을 결정하고 이에 따라서 논거들을 배치하는 판결 발견(Urteilsfindung)의 기술이라고 간주한다.<sup>32)</sup>

이와 관련해서 나는 쿠리우스 소송 사건으로 다시 돌아가고자 한다. 왜냐하면 이 소송 사건이 로마의 판결 구조의 성격을 그대로 드러내주는 사건이기 때문이다. 이와 관련해서 만테(U. Manthe)의 주장이 설득력이 있다. 우선 그의 주장을 읽어 보자.

쿠리우스 소송의 판결은 실효성이 살아있는 법률에 입각한 구성요건의 일반 적용(보편 적용)에 포섭된 사실 관계에 기초해서 내려진 판결이 아니다. 오히려 그것은 수사학적 다툼에 의해서 결정된 재판이었다. 이 판결은 올바른 것이다. 그것은 정의를 지키는 것이기 때문이다.<sup>33)</sup>

내가 만테의 주장에 동의하는 근거는 다음과 같다. 엄격한 법(strictum ius)을 주장한 스키아볼라의 주장을 분석해볼 때에, 만약 현대 법학의 도그마인 구성요건해당성 원리를 적용한 판결이 가능하기 위해서는 법률 내지 그에 상응하는 법리가 전제되어야 하는데, 이 법리가 정해진 것은 아우렐리우스(Marcus Aurelius, 기원전 121년-181년) 황제 때였기 때문이다.<sup>34)</sup> 또한 이 대목에서 구성요건해당성의 개념의 해석과 관련해서 흥미로운 점을 발견하는데, 아이가 태어나지도 않았기 때문에

31) 키케로, **연설가에 대하여**, 제2권 221장 : hilaritate quadam et ioco.

32) Fuhrmann (1997, 44).

33) Manthe (2007, Ch.8), Das Gerichtsurteil in der Causa Curiana war nicht das ergebnis einer Subsumtion des Sachverhaltes unter den allgemein gefassten Tatbestand eines gültigen Rechtssatz, sondern das Ergebnis eines rhetorischen Kampfes. Dennoch war das Urteil richtig, denn es gewährte Gerechtigkeit.

34) Modestinus D. 28.6.4. pr., cf. Wiacker (1988, 670).



이러한 유언의 상속인 지정 규정을 충족시키는 사실 요건이 전혀 충족되지 않았고, 소위 쿠리우스가 상속인이 되기 위한 구성요건인 유언장의 문구에 해당하는 사실관계가 실제로 성립하는지 여부를 따지는 것이 구성요건해당성의 검토라고 한다면, 이 검토는 쟁점 이론의 소위 정의 단계뿐만이 아니라 다른 쟁점에서도 적용되어야 마땅하다. 특히, 법률 문제를 가지고 따지는 쟁점 문제에 있어서는 그렇다. 그러니까 만약 소위 쟁점 이론의 제2단계라 하는 정의 단계가 구성요건 해당성이라면, 이 단계는 제3단계의 하위 문제 가운데에 하나인 문언과 의사의 쟁점에도 적용 되는 원리가 되어야 한다. 그렇게 되면, 키케로의 구분은 범주 오류를 일으키게 된다. 그렇다면 구성요건해당성이라는 현대 법학의 개념을 가지고 서양 고대의 법정 쟁점 이론을 통해서 다루어지는 사건 일반을 분석하려면, 구성요건해당성이라는 원리는 하나의 특정 범주가 아닌 보편적 원리 내지 원칙으로 작동해야 마땅하기 때문이다. 그런데 키케로는 이러한 어느 사건이든 적용할 수 있는 법 적용원리에 대한 이해를 가지고 있었던 것으로 보이지 않는다. 만약 그가 이 개념을 알고 있었다면, 그는 스카이볼라의 주장을 구성요건해당성에 입각해서 해설했어야 마땅했기 때문이다. 그러나 키케로는 쿠리우스 소송 사건을 문언과 의사의 쟁점에 할당하여 설명하고 있다. 이러한 정황을 종합해 보건대, 키케로가 구성요건해당성에 대한 이해를 가지고 있었다고 보기는 어렵다고 판단한다.

그런데 만약 구성요건해당성이 하나의 보편적 원리로 보는 것이 가능하다면, 우리는 분석의 심급을 개별 쟁점을 다루는 논의가 아닌 보다 추상적이고 보다 일반화된 차원에서 작동하는 원리로 다루는 논의의 지평으로 상정해야 한다. 그런데 실은 이와 같은 입장에서 쟁점 이론 논의를 전개하는 법학자가 베렌즈(2008, 54-61)이다. 그는 소위 쟁점 이론을 법정에서 벌어지는 구체적인 공방들의 쟁점 이론으로 보지 않는다. 오히려 그는 법체계와 법학이 성립하기 위해서 요청되는, 그러니까 법 체계를 정초하기 위해서 요청되는 규범 세계를 정립하는 핵심 방법론으로 이해하고 있다. 하지만 베렌즈의 경우도, 정의 단계를 법 적용의 원리인 구성요건해당성으로 파악하고 있지는 않다. 정의 문제와 관련해서 그의 핵심 주장은 정의는 사실 관계와의 확인 과정 혹은 해당성 여부를 통해서 검토되는 문제가 아니라, 사실 관계의 개념적 규정 혹은 설명에 초점이 맞추어져 있다는 것이다.<sup>35)</sup> 그 대표적인 예가 화폐(denarius)의 정의이다. 이 문제는 은화가 실제

35) 이 문제와 관련해서 베렌즈(2008)는 59쪽 각주 72에서 쟁점 구성 이론을 필로의 회의주의 철학의 한 응용형태라고 주장한다. 그러나 이에 대해서는 보다 자세한 논구가 요청된다 하겠다. 왜냐하면 퀸틸리아누스(수사학 교육, 제3권 23장)에 따르면, 쟁점 이

은으로서 갖는 가치와 화폐라고 규정된 약속 내지 정의(definitio)가 바로 돈을 정의이고 이름 주는 방식이라는 것이다. 그러니까 은화 1 데나리우스는 실제 가치로는 1 데나리우스가 되지 않을 수 있다. 그것은 화폐로 만드는 과정에서 은의 일부가 손실 될 수 있었기 때문이다. 그런데 화폐로 된 은화는 실제로 은의 손실에도 불구하고 1 데나리우스의 실제가치를 가지고 있는데, 그것을 정하는 규정 혹은 약속에 의해서 정해진 것이기 때문에 그렇다고 한다. 따라서 베렌즈에 따르면 정의 단계에서 중요한 것은 사실 관계가 중요한 것이 아니고, 어떤 개념을 규정하는 규범들 혹은 개념들의 분류와 범주화가 더욱 중요해진다. 유, 중, 종차가 중요한 것이다. 이러한 방식을 통해서 이름주기, 혹은 정의는 진행된다는 것이다. 따라서 베렌즈가 주장하는 정의는 소위 구성요건해당성에서 말하는 법률이 있고 그 법률에 의거해서 사실 관계의 해당성을 검토해서 행위자의 위법성을 여부를 따지는, 베렌즈의 용어를 빌리자면, 개념과 현상의 해당성 여부를 따지는 것이 결코 아니다. 물론 개별 소송에서 벌어지는 사건들에 대해서 베렌즈는 보편적 사례의 응용 사례라고 주장한다. 이상의 논의를 종합해볼 때에 베렌즈 주장의 핵심은 적어도 쟁점 이론이 법 적용의 이론은 아닌 것이 분명하다. 베렌즈에 따르면, 쟁점 이론은 법 체계를 구성하는 개별 법률의 발견에 있어서 방법론적으로 중요한 역할을 수행하는 논의인 셈이다.

#### 4. 키케로의 쟁점 구성 이론에 대해서

이 논의의 핵심은 쟁점 이론을 법 적용의 한 논의로 보려는 관점을 어떻게 보느냐이다. 그런데, 이 입장의 대표적인 법학자가 호락(1972, 121-142)이다. 쟁점 이론 논의가 법 적용 이론이 되기 위해서, 이미 앞서서도 말했듯이, 법 체계가 전제되어 있어야 한다. 이와 관련해서 나는, 법학이 이제 학문으로 막 태동하려는 시기에 탄생한 작품을 그리고 법들이 아직 하나의 체계가 형성되지 않은 시대에 논의된 쟁점 이론을 그리고 법 체계가 완전히 자리 잡은 시대의 시각으로 바라 볼 수 있는 지에 대해서 회의적인 입장이다. 물론 근대 법학의 관점에서 이 쟁점 이론을 분석하는 것도 가능하다는 점을 인정한다. 그러나 호락이 주장하는 대로 근대 법학의 도그마에 맞추어서 쟁점 이론을 재구성하는 것은 무리가 있다고

---

론은 필로의 회의주의 철학보다 더 앞선 시기인 아리스토텔레스의 범주론에서 기원하고 있다고 주장하기 때문이다. 또한 회의주의의 수용과 관련해서도 주목해 보아야 할 철학자가 카르마다스(Charmadas)인데, 이 철학자가 엄밀한 의미에서 회의주의자인지에 대해서(참조, 연설가에 대하여, 제1권 84장)도 보다 엄밀한 논의가 필요하기 때문이다.

본다. 그러기 위해서는 여러 조건들을 충족시켜야 하기 때문이다. 우선 앞에서 말했듯이, 키케로 시대에 법 체계가 성립해 있었는지, 그리고 법학이 학문으로 이미 성립해 있는지의 문제가 선결적으로 해명되고 입증되어야 하기 때문이다. 이는 쟁점 이론의 정체성 규정과 직결된 문제이기도 하다. 단적으로 쟁점 혹은 법정에서 벌어지는 재판에서 원고든 피고는 자신의 주장을 위해서 끌어오는 혹은 조회하는 논거들이 그러니까 토포스들이 과연 법률 조항인가 아니면 이성과 상식에 호소하는 주장인가, 다른 말로 하면 법정에서 동원되는 토포스들이 현대의 법정처럼 법률 문장인지 아닌지 물론 법률 조항도 있지만 개연성(eikos)에 입각한 이성애의 호소인지를 입증해야 하기 때문이다. 그러면 구체적으로 쟁점 구성 이론의 핵심논의라 할 수 있는 키케로의 일반 문제(일반 조항)와 특정 문제(구체 사건)의 상관성에 대해서 분석하도록 하자. 키케로는 이에 대해서 다음과 같이 주장한다.

이렇게 특정 인물과 특정 시간의 표지로 둘러 싸여 있는 공방에서 형성된 핵심 쟁점들은 인물과 시간의 표지를 벗기면 다시 일반 조항 논의 형태와 방식으로 되돌아간다.<sup>36)</sup>

이와 관련하여 최병조 선생의 『법학』, 314 쪽에서 “앞의 것은 생략한 채 뒤의 것만 번역한 것으로 짐작된다.”는 지적은 타당하다. 이에 따라서 제대로 번역하면 “인물과 시간을 제거하면 다시 일반 문제로 그리고 다시 조회의 대상이 되는 형태와 방식으로 되돌아간다.” 정도일 것이다. 서평자의 지적은 타당하다. 이 지적이 타당한 것은 일단 발표자의 번역이 어정쩡한 번역이기 때문에 그렇고, 이렇게 어정쩡한 번역이 나오게 된 것은 발표자가 이 구절의 “불특정(infinitae)”과 “조회(consultationum)”의 의미를 같은 것으로 취급했기 때문이다. 그런데 이 번역을 보다 엄밀하게 구분해야 하는 이유는 바로 이 자리에 등장하는 “조회(consultatio)” 개념 때문이다. 이 개념에 의지해서, “조회의 형식과 방식”으로 되돌아간다는 말이 법정에서 무엇을 의미하는 지를 물을 수 있기 때문이다. 현대 법정, 특히 독일이나 한국의 법정에서 법정의 경우, 구체적으로 법 적용을 해야 하는 경우, 조회의 대상이 법률 조항이다. 구체 사건과 법률 조항, 그러니까 ‘사실과 규범’ 혹은 ‘사실과

36) 키케로, **연설가에 대하여**, 제2권, 106장 Ita diceptationes eae, quae in his controversiis oriuntur, quae sunt certis personis et temporibus notatae, fiunt rursus infitae detractis personis ac temporibus et rursus ad consultationum formam rationemque revocantur.

인격' 사이의 해당성 여부를 따질 때, (이를 서평은 “구성요건해당성(Tatbestandmäßigkeit)” (『법학』 304쪽)이라고 불렀다), “사실관계의 확정”이든, “구성요건해당성의 검토”이든, “위법성의 검토”이든, “책임 여부의 검토”이든 조회의 준거(reference)로서 작동하는 것이 법률이고 법 체계이기 때문이다. 그렇다면 이런 조회 대상으로 법률이 그리고 법 체계가 키케로 시절에 확립되어 있었는지를 묻지 않을 수 없고, 실제 법정 다툼에서 원고든 피고든 그들이 주장하는 주장의 논거를 법률에 조회해서 전개했는지가 또한 물음의 대상이다. 이에 대한 입증이 선행될 때 촌평이 제안하는 현대 법학적 해석의 적용은 타당할 것이다. 그런데, 퀸틸리아누스의 『수사학 교육』에는

그리스 사람들이 크로노스(chronos)라고 부른 시간으로부터 문제 제기가 나온다. 어떤 아이의 엄마가 임신 중에는 노예였는데, 출산을 했을 때에는 자유민인 경우, 이 아이가 자유민인가, 노예인가.<sup>37)</sup>

라는 쟁점 사례가 나온다. 임신했을 때는 노예였는데, 아이를 낳을 때에는 해방되어 자유민이 된 여인이 낳은 아이가 자유민인가 아닌가 하는 쟁점인데, 이는 법정 수사학 학교의 단골 사례였다. 흥미로운 점은, 대략 퀸틸리아누스 이후 약 100년 정도 후에 가면, 이 문제는 더 이상 법정 쟁점이 되지 않았고, 수사학 학교에서도 더 이상 다루어지지 않은 주제가 되었다는 것이다. 그 이유는, 임신 노예의 경우, 법령으로 혹은 법령에 준하는 원로원의 결정에 의해서 법률(lex)로 제정되었기 때문일 것이다. 이에 대한 전거는 다음과 같다.

그러나 노예인 여자가 로마 시민의 아이를 임신했다면, 그런데 해방되어 로마시민이 되었다면, 그런데 아이를 낳았다면, 태어난 아이는 로마시민이 된다.<sup>38)</sup>

가이우스(Gaius, 서기 2세기 활약)가 전하고 있듯이, 만약 퀸틸리아누스가 활동했던 시대에 임신한 노예 사건에 대한 규정이나 법률이 있었다면, 더 이상 법정

37) 퀸틸리아누스, **수사학 교육**, 제3권 6장25절 *tempus, quod chronon vocant, ex quo quaestio an is quem dum addicta est mater peperit servus sit natus.*

38) 가이우스, **법학제요**, 제1권 88장 *Sed si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa civis Romana facta sit et tunc pariat, licet civis Romanus sit qui nascitur, sicut pater eius, non tamen in potestate patris est, quia neque ex iusto coitu conceptus est, neque ex ullo senatus consulto talis coitus quasi iustus constituitur.*

에서 논쟁의 소지가 사라졌을 것이고 따라서 수사학 학교의 교재에 실리는 것 자체가 불가능했을 것이다. 이러한 사례를 보건대, 물론 퀸틸리아누스 시대 이전, 더 정확히 키케로 시대에 벌어졌던 법정 공방의 실체는 법정 다툼 가운데에서 자신의 주장에 힘을 실어주는 논거 곧 토포스가 일부는 물론 법률도 있었겠지만, 일부는 법률이 아닌 개연성에 입각한 이성예의 호소를 특징으로 하는 토포스가 많았다. 퀸틸리아누스의 경우, 노예 사례의 핵심 쟁점이 “시기”를 가지고 논쟁을 벌였다는 것이고, 가이우스의 경우, 자유민의 신분 조건을 계승하기 때문에 태어난 아들은 자유민이라는 주장이고, 그것은 곧 법에 그렇게 규정되어 있다고 주장하면 끝나는 싸움이었다. 우리는 이 대목에서 퀸틸리아누스와 가이우스 사이에, 다시 말해서 수사학자와 법학자 사이에 그들이 사용하는 논증 구조가 체계적으로 달라지고 있음을 확인한다.

그러면 우리는 키케로가 앞에서 말한 일반 조항으로 드는 사례들의 실제 양상이 어떠한지를 검토해야 할 것이다. 거기에 법률 문장은 물론 다른 일반 이성예 호소하는 토포스가 있는지 없는지를 말이다. 그런데, 이와 관련해서 흥미로운 점은 키케로가 드는 일반 조항의 예들에는 법률 조항이 없는 것도 아니지만, 오히려 그가 드는 예는 적어도 『수사학』만 보면, 대부분이 철학적인 토포스들이다. 예를 들면, “감각적 사실은 진리로 받아들일 수 있는가?”, “우정은 어떤 의무를 수행해야 유지되는가?”, “법은 자연에서 기원하는가 아니면 계약에 속하는가?”, “다수에게 유익하다 해서 그것을 법이라 부를 수 있는가?”식의 그야말로 철학적 토포스들이다. 법률 문장의 경우 지금까지 조사한 바로는, 특히 쟁점 논의와 관련해서는 흔하지 않다. 법률 문장이 조회의 대상으로 그러니까 현대 법학에서 말하는 구성요건을 따질 때, 일종의 사실에 대한 규범으로서의 토포스로 등장하는 경우가 있다. 그런데 이와 관련해서는 『토피카』 작품을 따져야 할 것이다. 그런데 이 작품은 법 적용을 위한 논의라기보다는 법 발견을 위해서 그리고 법 체계와 법학의 형성과 관련해서 초점이 맞추어진 텍스트로 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 이에 대해서는 함부로 단언할 수 없는 문제이기 때문에, 추후에 보다 자세한 연구를 약속하고 이 정도에서 물러나기로 하자. 왜냐하면 비약커와 같은 로마법 학자들의 의견은 일반적으로 키케로 시절에 법학이 체계화 과정을 겪는 중이고, 이 과정에서 『토피카』의 작품이 중요한 역할을 했다는 입장을 취한다. 그런데 일반 조항의 문제와 관련해서 우리가 눈 여겨 보아야 할 것, 특히 쟁점 구성 이론 논의와 관련해서 주목해서 따져야 사항이 있다. 그것은 키케로가 안토니우스의 입을 빌어 일반화의 중요성을 강조하고 있다는 점이다.

코포니우스의 이름과 쿠리우스라는 이름은 재판의 성격과 본질을 규정함에 있어서 아무런 관련성이 없다. 또한 논증을 풍부하게 함에 있어도 그다지 큰 힘을 보태는 것도 아니다. 모든 문제는 사건과 사실에 담겨있는 보편적 성격에 달려있지, 시간이나 특정한 이름에 달려있는 것이 아니기 때문이다. 유연장이 다음과 같이 쓰여졌다고 하자. “나에게 아들이 태어난다면, 그런데 그 아이가 먼저 죽어버린다면, 기타 등등, 그 경우에 저자가 유산 상속인이 될 것이다” 여기에서, 실제로 아이가 태어나지 않은 경우, 아이가 사망할 경우 유산 상속인으로 지명된 자가 유산 상속인 될 수 있는 지 여부에 대한 쟁점이 생겨난다. [평등에 기초하는] 영구적 권리(ius perpetuum)와 보편성에 토대(genus universum)를 두는 모든 문제 제기는 특정 이름을 문제 삼지 않고, 대신에 체계적인 말하기 능력과 추론의 원천에 다가갈 수 있는 능력이 요청된다 하겠다.<sup>39)</sup>

인용에 따르면, 법정 논쟁에서 특정 이름과 특정 시간 등은 그렇게 중요한 것이 아니라고 한다. 대신에 중요한 것은 그 특정 인물과 특정 시간을 제거해 놓았을 때, 법정에서 제기할 수 있는 문제 제기가 그 형식에 있어서 일반적 차원에서 성립 가능한 지가 관건이라는 점이다. 그런데 이 대목에서 핵심은 따라서 문제 제기의 일반화일 것이다. 이는 키케로의 “여기에서, 실제로 아이가 태어나지 않은 경우, 아이가 사망할 경우 유산 상속인으로 지명된 자가 유산 상속인 될 수 있는 지 여부에 대한 쟁점이 생겨난다. 평등에 기초하는 영구적 권리(ius perpetuum)와 보편성에 토대(genus universum)를 두는 모든 문제 제기는 특정 이름을 문제 삼지 않고, 대신에 체계적인 말하기 능력과 추론의 원천에 다가갈 수 있는 능력이 요청된다 하겠다(si natus filius non sit, videaturne is, qui filio mortuo institutus heres sit, heres esse: perpetui iuris et universi generis quaestio non hominum nomina)” 라는 주장에서 명시적으로 드러나고 있다.

안토니우스에 따르면, 일반 차원에서 문제를 제기할 줄 아는 능력이 중요한 이유는, 한 편으로 법정에서 벌어지는 수많은 쟁점들을 일일이 사건 나열(case by case) 식으로 추적할 수도 없고 그것은 시간 낭비인데, 이 개별 케이스를 일반화할 줄

39) 키케로, **연설가에 대하여**, 제2권 141장 nihil ad copiam argumentorum neque ad causae vim ac naturam nomen Coponi aut Curi pertinuit; in genere erat universo rei negotique, non in tempore ac nominibus, omnis quaestio: cum scriptum ita sit SI MIHI FILIVS GENITVR, ISQVE PRIVS MORITVR, et cetera, TVM MIHI ILLE SIT HERES, si natus filius non sit, videaturne is, qui filio mortuo institutus heres sit, heres esse: perpetui iuris et universi generis quaestio non hominum nomina, sed rationem dicendi et argumentorum fontis desiderat.

안다면 연설가에게 큰 도움이 될 것이라는 생각 때문이고,<sup>40)</sup> 다른 한편으로는 “사람에 호소”하는 대인 논증(argumentatio ad hominem)이 아닌 보편에 조화를 할 때에, 연설과 논증에 원천에 대한 체계(sed rationem dicendi et argumentorum fontis desiderat)를 획득할 수 있기 때문이라고 한다. 이와 관련해서 최병조 선생의 『법학』 313 쪽에서 “특히 주어를 ‘어떤 자’로, 즉 불특정인으로 파악함으로써 특정인을 지시하는 is qui~의 취지를 놓친 것은~역자가 이 문장을 제대로 이해하지 못했음을 반증한다’는 주장도 다시 따져보아야 할 필요가 있다. 이에 대한 반증 전거가 바로 이어지는 106장에 나오기 때문이다:

한편 어떤 일이 정당하게 행해졌거나 혹은 용인되어야만 한다고 방어하는 경우, 즉 사건 동기가 정당화 될 수 있을 때인데, 예를 들자면 오피미우스가 “내가 한 일은 정당한 것이다. 모든 사람의 안전과 국가를 지키기 위해서 한 것이므로” 라고 말할 때, 이에 대응해서 테키우스가 “너는 아무리 극악무도한 사람이라 할 지라도 재판관을 치르지 않고 어떤 법적근거도 없이 시민을 살해할 수 없다”라고 대응할 때, 이 맞대응으로부터 “국가의 안전을 이유로 국가 전복자로 [아직] 유죄 판결을 받지 않은 시민을 살해한 것이 적법할 수 있는가?”라는 핵심 쟁점이 형성된다. 이렇게 특정 인물과 특정 시간의 표지에 싸여 별이는 공방으로부터 형성된 핵심 쟁점들은 인물과 시간의 특정 표지를 벗기면 다시 일반 조항 논의 형태와 방식으로 되돌아간다.<sup>41)</sup>

인용을 분석하면, 쟁점이 형성되기 전의 원고와 피고의 충돌에서 “오피미우스”와 “테키우스”라는 특정 인물이 등장한다. 그런데 흥미로운 점은 핵심 쟁점(disceptatio)에서는 특정인물의 표지가 제거해야 한다는 표현이다. 이유인 즉, 앞에서 살피었듯이, 그리고 특정 인물의 표지는 핵심 쟁점 단계에 들어가면 아무런 의미가 없기 때문이다. 핵심 쟁점 단계에서는 그야말로 보편의 지평 혹은 일반화의 지평이 논쟁의 핵심이 되기 때문이다. 이렇게 키케로의 일반화가 중요한 이유를 정리하면

40) 참조, 연설가에 대하여, 제2권 138-139장.

41) 키케로, 수사학, 제106장 In eis autem causis ubi aliquid recte factum aut concedendum esse [factum] defenditur, cum est facti subiecta ratio, sicut ab Opimio: Iure feci, salutis omnium et conservandae reipublicae causa, relatumque est ab Decio: Ne sceleratissimum quidem civem sine iudicio iure ullo necare potuisti, oritur illa disceptatio: potueritne recte salutis reipublicae causa civem eversorem civitatis indemnatum necare. Ita disceptationes eae quae in his controversiis oriuntur quae sunt certis personis et temporibus notatae fiunt rursus infinitae detractis et temporibus et personis, et rursus ad consultationis formam rationemque revocantur.

두 가지다.

먼저, 개별 사건의 일반화 문제는 법정의 성립과 관련된 핵심 논의이기 때문이다. 그러니까 모든 개별 사건은 특정 개인의 사적인 일이지만 그것이 분쟁으로 발전하는 순간, 그것의 해결과 조정 그리고 심판의 몫은 이제 국가 차원에서 다루어지는 문제이고, 그것은 특정인물(persona) 홍길동의 문제가 아니라 시민 홍길동이 문제이고, 더 나아가면 시민 홍길동에서 홍길동은 더 이상 문제가 되지 않고, 시민 X로 치환되기 때문이다. 그런데, 시민 X로 치환되지 않으면 법정의 구성 조건이자 원리인 형평(aequitas)의 원리가 작동하지 않는다. 또한, 어떤 특정인의 사건이 시민 X의 사건으로 성립할 때, 이 사건의 판결하는 주체로 배심원들이 참여할 수 있게 되는데, 이 배심원이 판결을 수행할 수 있는 근거는, 그들이 담당하게 될 사건들이 어떤 종류의 사건이든 이제 한편으로 심판자로서 국가(civitas)를 요청하고, 다른 한편으로 그 사건들이 그 국가에 의해서 자격과 정체성(persona)을 부여 받은 시민(civis)의 일로 다루어지고 있다는 점이기 때문이다. 결론적으로 쟁점 이론이 제공하는 일반화 능력은 그러니까 개별 사건을 하나의 공동체적 사건으로 만드는, 그래서 소송이 가능토록 만드는 조건이라 하겠다. 또한 우리는 이 대목에서, “이렇게 입법자에 의해서 정해 놓지 않는 문제들에 대해서는 배심원이 스스로 알아야 하는 것이지, 공방 당사자에게서 배워서 안 된다”고 하는 아리스토텔레스의 주장이 의미하는 바가 무엇을 뜻하는 지를 확인할 수 있다. 그것은 다름 아닌, 개별 사건이지만, 그 사건이 가지고 있는 보편적 성격과 일반적 의미를 지칭한다 하겠다.

다음으로, 일반화 문제는, 법학의 발전사에 이론이 어떤 영향을 끼쳤는가를 살피는 계기를 제공하기 때문이다. 예를 들면, 위의 인용의 “나에게 아들이 태어난다면, 그런데 그 아이가 먼저 죽어버린다면, 기타 등등, 그 경우에 저자가 유산 상속인이 될 것이다(SI MIHI FILIVS GENITVR, ISQVE PRIVS MORITVR, et cetera, TVM MIHI ILLE SIT HERES, si natus filius non sit)” 식의 구문 구조를 살펴보자. Si 이하의 문장에 근거해서, 즉 일종의 조회과정을 통해서, 여기에서, 실제로 아이가 태어나지 않은 경우, 아이가 사망할 경우 유산 상속인으로 지명된 자가 유산 상속인 될 수 있는지 여부에 대한 쟁점이 생겨난다(videaturne is, qui filio mortuo institutus heres sit, heres esse)”라는 쟁점을 만들고 있다. 그런데 흥미로운 점은 소위 일종의 규범에 해당하는 문장에 조회해서 만든 구문이 법정의 판결이 아니라 일반 문제 형식이라는 사실이다. 그러니까 본격적으로 법정 판결을 향해 다루어야 하는 문제제기가 형성되고 있다는 점을 주목해야 할 것이다.



그런데 이런 식의 문장 구문 구조는 이후 가이우스의 『법학 제요』의 서술 방식과 거의 유사하다는 언급해야 할 것이다. 이와 관련해서 언급해야 할 또 다른 특징은 “만약(*si*)~” 이하에 조건문에 포함되는 표현들의 경우, 어떤 경우는 법률 조항이기도 하지만, 어떤 경우는 보편 이성에 호소하는 토포스가 많이 등장한다. 그런데, 이런 토포스들이 일정 시기를 거치면서, 특히 제정기를 거치면서 법률 조항으로 자리 잡고 특히 하드리아누스(Hadrianus) 황제시기를 거치면서 체계화가 진행된다는 점이다.<sup>42)</sup> 그렇다면, 이상의 내용에 기초해 조심스럽게 추정컨대, 키케로 시대에 유행했던 쟁점 구성 이론의 일반화 방식이 법 체계의 구성에 그리고 어떤 문장이 법률로 성립할 수 있도록 따질 수 있는 방법론적 프레임을 제공한 것으로 보인다. 이는 물론 보다 전문적인 논의가 필요한 것으로 보인다. 다음으로 쟁점 이론의 조회 형식과 구조가 법 적용과 관련된 것이 아니라 오히려 근거로 제시해야 할 법 발견과 더욱 밀접한 관련을 가지고 있다는 점이다. 그러니까 법정에서 쟁점화를 통해서 형성된 문제 제기들이, 역사적으로 그러한 유사한 사건들이 자주 발생하게 되니까, 쟁점화를 통해서 형성된 문제가 법률로 가는 과정, 즉 법률화를 촉진하는 계기를 제공했을 가능성이 더 높지 않나 싶다. 따라서 그리고 이러한 법정에서 사용된 문제 제기와 토포스들이, 그것이 법률 문장이 아닌 경우, 그것들은 법 발견(Rechtsfindung)에 기여를 하는 것이지 법 적용(Rechtsanwendung)에 기여를 한 것은 아닌 것이 분명하다.

이와 관련해서 다시 한 번 언급해야 할 사항은 베렌즈의 분석일 것이다. 그에 따르면, 법체계의 형성과 관련해서 쟁점 이론이 결정적인 영향을 주었다고 한다. 나는 그의 주장이 설득력을 가지고 있다고 판단한다. 그러나 그의 설명 가운데에서 수사학의 쟁점 이론이 물론, 이론의 기원은 철학에 있지만, 그렇다고 해서 하나의 연역 중심의 보편적 추론의 응용 형태가 아니라는 점을 지적하고자 한다. 왜냐하면 이미 앞서도 살피었듯이, 구체적인 사건 자체 안에서 보편으로의 상승 과정이 있고, 여기에서 쟁점 이론은 그 역할과 기능을 수행하기 때문이다. 그러니까, 법률이라는 일반 조항이 있고, 그 일반 조항에 조회를 하는 방식으로 키케로 시대에는 쟁점 구성이 체계적으로 그리고 일관적으로 이루어지지 않았기 때문이다. 어떤 쟁점이든 그 자체로 법이라는 구성요건에 입각하지 않아도 제각기 보편으로 일반화와 추상화된 형식을 가지고 있기 때문이다. 그런데 이것은 오히려 반대의 과정을 겪었을 가능성이 높다. 그러니까 앞에서 언급한 것에서 볼 수 있듯이, 수사학 학교에서 배운 논의와 역사 현장에서 추출된 사건들이 연역적 과정을 통해서 하강

42) 참조, Wiacker (1988, 598 이하).

하는 것이 아니라 귀납적 과정을 통해서 일반화의 영역으로 상승했다는 것이다. 왜냐하면 수사학의 쟁점 이론의 추론 방식이 철저히 상향식 귀납적인 형태를 나타내기 때문이다. 그것은 판결을 내려야 하는 쟁점의 형태로 종료되기 때문이다. 이 쟁점의 문제 제기 형식 자체는 누구나 합의하고 인정할 수 밖에 없는 것이어야 하고, 그러한 한에서 이 쟁점은 보편성을 확보하게 된다. 최종적으로 보편 쟁점을 구성하는 일이 쟁점 구성의 핵심 과제인 셈이다. 결론적으로 이 과정에서 쟁점 이론은 법 발견(Rechtsfindung)에 기여를 하는 것이지 법 적용(Rechtsanwendung)에 기여한 것이 아님이 분명하다.

### 5. 키케로의 이후의 쟁점 이론의 역사적 변화 과정에 대해서

이미 앞서서도 살펴왔듯이, 구체적인 사건 자체 안에서 보편으로의 상승 과정이 있고, 여기에서 쟁점 이론의 역할과 기능은 완결된다. 어떤 쟁점이든 그 자체로 법이라는 구성요건에 입각하지 않아도 제각기 보편으로 일반화와 추상화된 형식을 가지고 있기 때문이다. 이를 다시 언급하는 이유는 쟁점 이론의 독자적인 생명력을 강조하기 위해서이다. 호락의 입장을 따르든, 베렌즈의 노선을 따르든, 이들의 주장을 따르든, 수사학의 쟁점 이론은 현대 법정 소송 관련 학문의 혹은 법학 일반의 체계화를 도움을 주었던 한 이론에 불과하고 말았을 것이다. 그러나 쟁점 이론은 법학의 분과 학문이 아니다. 이를 잘 보여주는 역사적 사례를 이제 살펴보자.

이 문제와 관련해서 단적으로 나는 쟁점 이론도 로마의 국체와 정체의 변화와 함께, 다시 말해서 즉 공화정에서 제정으로 전환되는 과정에서 중요한 변화를 겪었다는 점을 지적하고자 한다. 그러니까, 아우구스투스의 조치 이후 로마 법정은 근본적인 변화를 가져오게 되는데, 특히 로마의 법 체계와 황제정 치하의 법정은 이제 배심원단이 판결을 내리는 방식으로 진행되지 않은 경우<sup>43)</sup>가 주를 이루게 된다. 이에 대해서 퀸틸리아누스는 다음과 같이 보고한다.

지금의 소송은 배심원의 판결에 의해서 재판이 결정되지 않는다. 법무관이 특정 법률에 의거해서 처리한다. 그러나 원래는 원로원이 주로 심문하고 인민들의 권한에 속한 사항이었다.<sup>44)</sup>

43) 참조, O.E. Tellegen-Corperus (2001).

44) 퀸틸리아누스, **수사학 교육**, 제3권 10장 1절, Quod nunc in publicis iudiciis non accidit, quoniam praetor certa lege sortitur, principium autem et senatus cognitionibus frequens et

퀸틸리아누스는 예전에는 인민(populus)의 판결에 의해서 결정된 재판들을 이제는 특정 법률에 의거해서 법무관이 처리(sortitur)하고 있다고 전한다. 이에 따르면 배심원의 판단의 자리에 특정 법률이 자리하고 있고, 이 법률에 기초해서 법무관들이 재판이 아니라 마치 물건 분류하듯 사건을 분류하고 처리하고 있다. 이는 적어도 도미티아누스(Domitianus) 황제 시절의 법정 모습인데, 이런 상황에 쟁점 이론은 더 이상 쓸모 없는 방법론이 되었을 것이라고 보는 것이 자연스러운 시각일 것이다. 그런데 흥미로운 점은 이러한 재판 환경의 변화에도 불구하고 쟁점 이론은 살아 남았다. 과연 그 이유가 무엇일까?

이와 관련해서 키케로는 『발견론』에서, 물론 다른 텍스트에서도, 특히 『연설가에 대해서』에서 법률과 관련해서 제기될 수 있는 문제 제기들의 충돌로 성립하는 문제를 쟁점(constitutio)으로 파악하지 않고, 그것들은 단지 공방(controversia)라 정도라고 평가하면서 이를 쟁점으로 분류한 헤르마고라스를 비판한다.<sup>45)</sup> 그런데, 이러한 키케로와는 달리 퀸틸리아누스는 헤르마고라스의 쟁점 논의를 적극적으로 수용한다. 이 수용의 특징은 쟁점 논의의 가장 상위 범주를 이성에 기초한 쟁점들과 법률에 기초한 쟁점들로 분류한다는 점이다. 그렇다면, 이러한 상위 범주의 분류 방식과 관련해서 키케로가 비판한 이유를 묻지 않을 수 없고, 이를 다시 비판하는 퀸틸리아누스의 입장을 따지지 않을 수 없을 것이다. 그것은 다음과 같이 해명될 수 있다. 엄격한 법 적용 중심의 로마 사회로 쟁점 이론이 도입되기 위해서는 이성에 입각한 논쟁뿐만이 아니라, 물론 이는 그리스의 특수성에 기인하지만, 로마에서는 법률 자체를 쟁점화시킬 필요가 있어서 아마도 헤르마고라스는 쟁점 이론에 법률에 기초한 쟁점 이론을 편입시킨 것 같다. 그런데 키케로가 보기에 쟁점이란 공격자와 방어자의 충돌을 통해서만이 벌어지는 부딪힘인 반면, 법률의 해석과 관련해서는 쟁점이 생기지 않는다고 본 것 같다. 특히 『발견론』을 저술하던 시기의 키케로의 나이는 18살이었는데, 그에게 법률 스승이 스카이볼라였다는 점을 주목해 볼 필요가 있을 것이다. 바로 이러한 엄격한 법적응주의자인 스승 스카이볼라의 영향이어서인지 키케로는 『발견론』에서는 법률에 기초한 논쟁을 일관적으로 “쟁점”이라 부르지 않고 “공방”으로 규정한다. 그러다가 그의 태도에 변화가 생긴 것은 아마도 나이가 들어서 인 것으로 추정되는데, 이 변화를 읽을 수 있는 전거가 바로 『연설가에 대하여』에 소개하는 쿠리우스 소송사건에 대한 보고이다. 앞에서 자세히 다루었듯이, 여기에서는 그야말로 큰 변화가 나타

---

populi fuit.

45) 키케로, **발견론**, 제1권 10장-19장.

나고 있다. 이러한 변화는 『수사학』에서 더 크게 나타나는데 법률관련 공방을, 『발견론』에서처럼 “공방”이라 부르지 않고 “쟁점”이라 부른다는 점에서 잘 드러난다. 그러나 이 쟁점은 성격 규정의 쟁점 범주의 속하는 하나의 하위 범주로 취급되고 있지, 퀸틸리아누스처럼 상위 범주로 취급하고 있지는 않다.

바로 이 대목에서 우리는 퀸틸리아누스가 법률에 기초한 쟁점을 상위 범주로 상정한 이유에 대해서 해명을 해야 할 것으로 보인다. 그것은 법정 구성 환경과 조건의 변화로 인해서 이성에 기초한 쟁점화를 통해서 법정에서 승소할 수 있는 경우들이 줄어 들어갔고, 따라서 법정에서 승소를 위해서는 어찌되었든 실정법에 근거해서 판결이 결정되는 사례가 증가했기 때문에, 재판에서 승리하려면 법률 자체를 쟁점화 하는 수밖에 없었다. 이는 퀸틸리아누스가 법률에 기초한 쟁점에 할당한 텍스트의 분량과 논의의 질에서 잘 드러난다. 어찌되었든 이렇게 새로이 바뀐 법정 환경에서도 쟁점 이론은 법률 자체를 쟁점화 하는 방식으로 살아남게 된다. 이는 동로마에서는 헤르모게네스(Hermogenes, 서기 160-225년)에게서, 서로마에서는 포르투나티아누스(Fortunatianus, 서기 4세기)에게서 더욱 분명히 확인되는 사실이다. 아마도 여기에서 우리는 쟁점 구성 논의가 가지고 있는 근본적인 생명력을 확인할 수 있을 것이다.<sup>46)</sup> 결론적으로 쟁점 이론은 물론 중세와 같은 법 포섭-적용의 시대를 제외하고 혹은 전제-독재정치 체제가 아니라면, 일말의 조그만 틈이라도 토론과 논쟁이 허용되는 공간에서는 살아남는 힘을 가지는 방법론임이 틀림없다. 법 자체를 쟁점화시키는 방법론을 가리키는 이론이 쟁점 이론이었기 때문이다.

끝으로, 수사학 학교에서 쟁점 이론은 연역 과정을 통해서 하강하는 것이 아니라 귀납적 과정을 통해서 일반화의 영역으로 상승한다는 점을 다시 강조하고자 한다. 왜냐하면 수사학의 쟁점 이론의 추론 방식이 철저히 상향식 귀납적인 형태를 나타내기 때문이다. 그것은 판결을 유도하는 보편 쟁점의 형태로 완결되기 때문이다. 그런데, 세상에서 벌어지는 많은 문제들이 있다. 아리스토텔레스의 주장에 따르면, 보편의 법률이 구체의 개별사건들을 포섭해내지 못하는 문제들이 그것들인데, 이 경우에도 사람들은 문제들을 해결해야 한다. 이 문제들을 보편과 일반의 지평 위에서 말싸움을 통해서 해결하는 방법을 다루는 이론이 쟁점 이론이다. 바로 이 지점에서 법이라는 연역적 체계가 형성해주는 보편 혹은 일반의 지평은 다른 과정을 통해서 성립하는 또 다른 보편-일반의 지평이 열리게 된다는 점이다. 바로 이런 일반의 힘 때문에 법이라는 연역적 세계에서 오는 소위 보편의 힘과 맞서

46) 참조, L.C. Montefusco (1986)와 M. Heath (1994).

는 또 다른 일반의 힘(정치적 권리에서 오는 힘, 이 문제와 관련해서는 정치와 법치 그리고 ius 대 lex의 문제를 다루어야 하는데, 이에 대해서는 다음 기회로 미루기로 하자)이 생기는 것이 아닌가 싶다. 바로 이 힘이 아마도 쟁점 이론의 끈질긴 생명력일 것이고, 바로 이런 성격 때문에 쟁점 이론은 법정은 물론 민회, 의회에도 확장 적용되었던 이론이었다.

투고일 2010. 5. 13

심사완료일 2010. 6. 7

게재확정일 2010. 6. 14

## 참고문헌

- Aristotelis Ethica Nichomachea*, ed. I. Bywater, Oxford 1894. (니코마코스 윤리학, 번역 강상진 외 2인, EJB 출판 2006년).
- Aristotelis Ars Rhetorica*, ed. W.D. Ross, Oxford 1959.
- Cicero, *De inventione*, ed. G. Achard, Paris 1994.
- \_\_\_\_\_, *De legibus*, ed. N. Rudd, Oxford 1998. (법률론, 번역 성염, 한길사 2007).
- \_\_\_\_\_, *De officiis*, ed. M. Winterbottom, Oxford 1994.
- \_\_\_\_\_, *De Oratore*, ed. K. Kumaniecki, Stuttgart 1969.
- \_\_\_\_\_, *Topica*, ed. T. Reinhardt, Oxford 2003.
- Gaius, *Institutionum commentarii*, ed. E. Seckel, B. Kuebler, Leipzig 1903. (trans. by W.M. Gordon, O.F. Robison, Cornell 1988).
- Quintiliani Institutio oratoria*, ed. M. Winterbottom, Oxford 1970.
- Rhetorica ad Herennium*, H. Caplan, W. Heinemann, Harvard 1954.
- Thesaurus Linguae Graecae (TLG)*.
- O. Behrends, Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akademie, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 125, 2008.
- A. C. Braet, Hermogoras and the Epicheireme, in *Rhetorica* vol. XXII, 2004.
- \_\_\_\_\_, On the Origin of Normative Argumentation Theory: The Paradoxical Case of the Rhetoric to Alexander, in *Argumentation* 10, 1996.
- D. Breuer, H. Schanze (Hrsg.), *Topik*, München 1981.
- M. Fuhrmann, Redekunst am Beispiel Ciceros, in *colloquim didacticum series 2*, Stuttgart 1997.
- M. Heath, *Hermogenes on issues. Strategies of Argument in Later Greek Rhetoric*, Oxford 1995.
- \_\_\_\_\_, The substructure of stasis-theory from Hermagoras to Hermogenes, in *Classical Quarterly*, 1994.
- F. Horak, Die Rhetorische Statuslehre und der moderne Aufbau des Verbrechenbegriffs, in *Festgabe für Arnold Herdlitzcka*, ed. F. Horax und W. Waldstein, München 1972.
- M. Könczöl, Law, Fact and Narratives in Ancient Rhetoric: The case of the *causa curiana*, in *International Journal for the Semiotics of Law* 21,

2008.

- A. D. Leeman, H. Pingster, H. W. Nelson, *De oratore II: Kommentar*, Heidelberg 1985.
- U. Manthe, Ein Sieg der Rhetorik über die Jurisprudenz. Der Erbschaftsstreit des Manius Curius-eine vertane Chance der Rechtspolitik, in *Große Prozesse der Römischen Antike*, hg. v. U. Manthe und J. Ungern-Sternberg, München 1997.
- L.C. Montefusco, *La dottrina degli "status" nella retorica greca e romana*, Hildesheim 1986.
- J. Powell, J. Patterson(ed.), *Cicero the Advocate*, Oxford 2006.
- J. Stroux, summum ius summa iniuria, in *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam 1949(1929).
- O.E. Tellegen-Corperus, The Role of the Judge in the Formulary Procedure, in *Legal History* vol.22-2, London 2001.
- \_\_\_\_\_, Quintilian and Roman Law, in *Revue Internationale des droits del' Antiquité*, 3emme Série, XLVII, 2000.
- \_\_\_\_\_(ed), *Quintilian and Roman Law: The art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven 2003.
- Th. Schirren, G. Ueding, *Topik und Rhetorik*, Tübingen 2000.
- T. Seng, "Definitio", in *Historisches Wörterbuch der Rhetorik* Bd. 2.(457-461), Tübingen 1994.
- K. Sobata, System and Flexibility in Law, in *Argumentation* 5, 1991.
- J. Stroux, Summum ius summa iniuria, in *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam 1949.
- J. W. Vaughn, Law and Rhetoric in the *causa curiana*, in *Classical Antiquity* vol. 4, 1985.
- F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I-II*, München 1988.
- 정영석, "구성요건론", *연세대학교 사회과학논집*, 10집, 1979.
- 최병조, *로마법강의*, 박영사 2007.
- \_\_\_\_\_, *로마법연구*, 서울대 출판부 1995.

<Abstract>

## Cicero's Status Theory: focusing on *causa curiana*

Ahn, Jaewon\*

This essay is a brief reply to the Professor Choi's "Roman Law in the Cicero's *Partitiones oratoriae*.- A short Review of Jae-Won An's Korean Translation(2007). First of all I am cordially appreciated for his sharp critical reading of my translation. In sum, Prof. Choi suggested that the status theory should be interpreted according to the modern law Dogmatism and the related passages of Cicero's Text is to be translated with *termici technici* of modern Law. As for his suggestion, I have attempted to argue that it is difficult, at least, for me to read the Cicero's text according to modern law dogmatisms. The reasons for this are as follows. First, Roman law in the Cicero's time was not systemized in the state of Pandect law system. Second, some essential principle of modern Law like *sine lege nulla poena* does not exist in the late Republic of Rome. Finally, what to conclude is that status theory is not to be regarded as modern criminal legal procedure, because Cicero's status theory is applied to not only to the criminal court, but also to private legal procedure even to political issues. As for Prof. Choi's understanding of legal controversies as *status legales*(p. 323), however, what I would like to mention is that *status legales* is a major subcategory of status theory which includes also *status rationales* as more essential part.

Key words: Cicero, Rhetoric, Law, Status Theory, topos

---

\* HK Civilization Research Project, Institute of Humanities, Seoul National University.