

<토 론>

이 철 우\*

법학교육개혁과 관련하여 많은 논의가 이루어지는 현 상황에서 법에 대한 사회과학적 연구와 교육이 어떻게 이루어져야 할 것인지에 관심을 모으고 있는 우리들에게 샤피로(Shapiro)와 다나세(Tanase) 두 교수의 말씀은 많은 감흥을 주었다고 생각된다.

샤피로 교수는 미국에 있어서 헌법과 법률에 대한 사법부의 해석을 통해 어떻게 사회과학적 지식이 사법과정에 침투하는지에 대해 개괄을 해주었다. 샤피로 교수에 의하면, 사회과학적 지식이 침투하는 가장 주된 통로는 헌법과 법률에 대한 목적론적 해석이다. 법규의 의미가 항상 명료한 것이 아니며 입법자의 의도가 항상 분명한 것이 아니라는 점에서 목적론적 해석은 불가피하다. 그렇다면 문제는 입법의 목적이 과연 무엇인가, 또는 어떠한 해석이 가장 입법의 목적을 잘 실천하는가 하는 것이다.

샤피로 교수가 언급하듯이, 정책지향적 고려는 헌법의 기본권 조문에 대한 해석에서부터 효율성의 판단이 정규적으로 채택되는 반독점법과 같은 영역에 이르기까지 법의 모든 영역에서 이루어지고 있다. 같은 견지에서 다나세 교수는 실용주의 철학, 법현실주의, 법경제학으로부터 지적 동기를 얻고 있는 정책분석(policy analysis)의 중요성을 강조하였다.

우리는 사법적 결정이 법관 스스로 사회적 선(social good)이라고 생각하는 것을 지향하게 되는 것을 배제할 수 없다는 점에 동의한다. 단 문제는 그것의 철학적 근거가 무엇이나는 것이다.

샤피로 교수는 법관의 목적론적 해석을 근거지우는 것은 바로 당해 입법의 목적이라고 말하는 듯하다. 그리고 입법의 목적은 입법자가 그 입법이 성취해야 한다고 믿는 그 무엇으로부터 도출된다는 것이다. 결국 목적론적 해석의 궁극적 기초는 입법자의 본래적 의도(original intent)라는 것이다.

그러나 샤피로 교수가 지적하듯이, 곧바로 식별가능한 그리고 단일한 입법의의도는 존재하지 않는다. 그렇다면 입법의 목적은 결국 판사가 입법자에게 가져다 씌우는(impute) 그 무엇이 될 것이다. 그러나 어쨌든 정당화의 근거는 입법자가 입법의 목적이라고 믿는 것이다.

토론자가 확인하고 싶은 것은 샤피로 교수가 목적론적 해석이라고 말하는 것은 단일한 식별가능한 형태로 존재하지 않는 입법자의 의도를 법원이 구성적으로 해

---

\* 成均館大學教 法科大學 助教授

석함을 뜻하는 것인가 하는 점이다. 필자가 이러한 의문을 제기하는 것은 샤피로 교수의 언술 속에 입법자의 본래적 의도를 중시하는 입장(originalism)과 그렇지 않은 입장(non-originalism)이 수렴하고 있는 듯이 보이기 때문이다.

다음은 사회과학적 지식의 성격에 관한 문제이다. 사회과학적 진리는 협상과 갈등하는 표상들의 산물이라는 점에서 자연과학적 진리와 다르다. 그것은 발견적 과학모델(revelatory model of science)에 입각한 관찰을 통해 얻어지는 것이 아니다. 그것은 발견되는 것이 아니라 해석되는 것이다. 그러한 점에서 사회과학적 데이터는 물리학적·생물학적 증거와 마찬가지로 취급될 수 없다.

경제적 합리성과 효율성이 중요한 가치로 받아들여지는 반독점법 같은 영역에 종사하는 법률가들은 어떠한 정책이 가장 효율적인 결과를 가져오는가에 대해 결론을 내리는 것이 불가능하다는 불평을 하면서 법정책의 경제적 효과에 대해 불가지론적 입장이 될 수밖에 없음을 종종 토로한다. 로버트 고든(Robert Gordon)을 비롯한 비판법사학자들(critical legal historians)도 미국법의 진화에 있어서 법과 경제의 관계에 관해 인과적 불확정성(causal indeterminacy)을 강조한다.

토론자는 사회과학적 지식의 가치와 법적 결정에 있어서 그것이 가지는 의미를 부정하는 것이 아니다. 여기서 강조하고자 하는 것은 사회과학적 주장들을 법과정에서 활용하기 전에 그것들의 인식론적 기초를 심각히 생각해야 한다는 점이다.

이와 관련한 또 하나의 문제는 법적 결정의 제도적 맥락에 관한 것이다. 법적 규칙의 흠결을 사법적 해석이 메우는 것은 불가피하다. 그런데 입법부는 정치적 압력에 예민한 나머지 의도적으로 법적 규칙의 흠결을 만들거나 방치하기도 한다. 그리고 그러한 규칙의 의미를 명확히 하는 일, 나아가 법적 규칙을 창조하는 번거로움이 사법부에 요구된다. 사법부는 그러한 일을 함에 있어 정책지향적 고려를 도입한다. 이때 제기되는 의문은 과연 법원이 정책을 만드는 일에 적합한가 하는 것이다. 더욱이 미국에서는 사회경제적 여파가 큰 결정이 배심에 의한 사실판단에 맡겨지는 경우가 있다.

따라서 단순히 사법과정을 통해 정책을 만드는 여지가 많다는 점을 인정하는 것으로는 충분치 못하다. 마찬가지로 중요한 것은 정책적 고려가 법과정에서 실제로 어떻게 처리되고 있고 어떻게 더욱 잘 처리될 수 있는가 하는 것이다. 이는 다나세 교수가 제도분석(institutional analysis)이라고 부르는 것의 주제가 아닌가 싶다.

관련된 또 하나의 문제는 몇 달 전 이 자리에서 한국법사회학회가 회집하였을 때 이국운 교수가 제기한 것이다. 그 모임의 주제는 오늘의 논의주제와 매우 유사했다. 그 자리에서 이국운 교수는 사법과정에 사회과학적 데이터를 도입하는 것이 사회정의를 증진시키는 데 기여하는가라는 의문을 제기했다. 그의 문제제기는 사회과학적 데이터의 도입이 소송비용을 증진시킬 가능성에 초점을 두었다. 이 문제도 심각히 생각해 볼 필요가 있다. 이에 관해 미국에서는 어떠한 대응이 있는지 궁금하다.

토론자가 말하고자 하는 것의 핵심은 현존하는 법적 규칙의 문언을 그 자체로서 신비화하지 말자는 것과 마찬가지로 법과정에 있어서 사회과학적 지식의 활용, 특히 사회공학(social engineering)의 도구로서의 활용을 신비화하지 말자는 것이다.

토론자는 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)의 열렬한 지지자는 아니지만, 경제적 효율성을 제고하는 것처럼 보이는 법적 장치들이 의도적인 엔지니어링의 소산이 아니라 법관이 공정성과 같은 법적 가치에 충실한 결과임을 지적하는 그의 견해에 공감한다.

토론자는 체계이론(systems theory)의 방법론적 기초에는 회의를 품고 있지만, 현대법을 법의 실정화(positivisation of law)로 특징지우는 니클라스 루만(Niklas Luhmann)의 견해에 공감한다. 그에 따르면 현대법은 그 자신의 바깥에 궁극적 준거점(point of reference)을 두고 있지 않다. 현대법은 자기준거적(self-referential) 또는 자기재생산적(autopoietic) 체계이다.

법학이 법을 통한 사회공학의 과학이 되어야 한다고 믿는 사람들은 자연법이 누렸던 지위에 “목적”(purpose) 또는 “정책목표”(policy goal)를 위치시키려 한다. 토론자는 법과정에 불가피하게 수반되는 정책적 고려를 결코 외면하려는 것은 아니나, 법관의 역할을 사회치료사(social therapist)와 유사한 것으로 규정하는 것이 루만의 지적처럼 법체계에 과부하를 초래하고 법체계와 그것의 환경(environment)간의 착종을 가져올 수 있음을 우려한다.

토론자는 “법은 인지적으로 개방된, 그러나 규범적으로 폐쇄된 체계”라는 루만의 명제를 언급하는 것으로 토론을 마무리하고자 한다.