

〈토 론〉

김 재 원*

저는 법학연구소로부터 한상희 교수님의 발표에 대해서 지정토론편에 달라는 부탁을 받았습니다. 주로 한상희 교수님 논문을 중심으로 해서 제 생각을 간략하게 말씀드리도록 하겠습니다.

제가 법사회학을 공부하고 있고 또 가르치는 입장에서 한상희 교수님이 주장하신 여러 견해에 전반적으로 동의하고 이견이 없습니다. 단지 제가 발표를 들으면서 느꼈던 점을 말씀드리자면은 우리가 왜 이 시점에서 서울대학교법학연구소가 이런 주제를 갖고 세미나를 열게 되었을까 하는 생각을 했습니다. 여러분도 다 아시는 것처럼 우리 학문이라는 것이 상당히 종합적이고 통합적으로 있다가 세분화되는 이러한 추세가 어제 오늘 일도 아니고 기정 사실화된 상황인데 이런 주제가 선택되고 논의하는 이유는 우리가 갖고 있는 법학의 문제점이 그만큼 심각성이 크기 때문이 아닌가하는 생각이 듭니다. 다시 말하면 법학의 위기에 대해서 우리가 공감하고 있는 것이 아닌가하는 생각하게 됩니다. 법학의 위기라는 말도 이제 진부하게 들릴 정도로 많이 써온 이야기이긴 하지만 제 나름대로 생각을 해보면 법학의 위기라는 것이 과거에는 주로 법해석에 대한 문제점들 또는 법적용에 대한 오류라든지, 입법과정에서의 문제점이 문제였다면 지금의 문제라면 사회가 급속히 다양화되고 복잡해지는 과정에서 법이전의 법의 전제가 되는 사실관계에 대한 이해관계가 상당히 다른 데서 이런 문제가 생기지 않나 라는 생각을 하게 됩니다. 특히 전통적으로 받아들여져왔던 사법의 권위가 많이 흔들리고 있는 문제 구체적으로는 사법이 갖고 있는 설득력이 상당히 약화된 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 이런 문제들은 우리 법원이 그동안 해온 여러 행태에서도 원인을 찾을 수 있는데, 예를 들어서 청구인의 주장이 이유가 없으므로 기각한다든지 하는 이런 표현에서 볼 수 있듯이 당사자들이 알고 싶은 것은 무슨 이유에서 지는 지 이유를 알고 싶은데 실질적으로는 이유가 없다는 설득력 없는 주장들이 과거에는 많이 있어왔습니다. 이런 주장이 있게 되는 근거로서 제가 생각해온 것은 3가지가 있지 않나 생각합니다. 하나는 우리가 앞서서도 이야기한 것처럼 법 형식주의적 입장에서 완결성에 대한 많은 신념을 가지고 있거나 그것에 오염되어 있거나 하는 측면이 있고, 또 하나는 법 외적인 것에 대한 우리 자신들의 무지, 이런 것들이 그동안 학제적인 연구와 법적용을 어렵게 하지 않았나 하는 생각을 합니다. 그

* 東亞大學校 法科大學 教授

밖에 우리가 실증주의에서 흔히 얘기하는 정치적인 고려를 법 속에 하는 것이 악마와 함께 손잡는 것이다라는 표현에서 나타나 있는 것처럼 상당히 꺼리는 이런 태도들이 종합적으로 작용해서 법외의 연구에 상당히 무지하고 등한시해온 이런 태도를 일관해왔다고 생각합니다. 특히 사법 권위가 설득력을 잃게 되는 이런 것은 과거 우리 사회에서 어른이 얘기하면 무조건 들어야 되고 아래 사람이 왜 그러냐라고 이유를 묻는 것 자체가 부당하게 보여지는 상황에서는 크게 문제될 수 없다고 생각합니다. 그러나 오늘날같이 변화된 상황에서는 이유를 알고 싶어하는 것이 바로 오늘날 우리가 사회과학에 눈을 돌리게 되는 어떤 배경이 아닌가하는 생각을 하게 됩니다. 한상희 교수님이 많이 언급하신 사례들을 보면 미국 워렌 법원에서 내렸던 판결들인데 워렌 법원의 판결들에 대한 사회심리학적 연구가 미국에서는 상당히 많이 나와 있습니다. 특히 이것이 워렌법원이 사법적극주의를 통해서 소수자 보호에 많은 심혈을 기울였습니다. 소수자 보호라는 것 자체가 과거의 법률로 보호되지 못하던 사람들에게 혜택을 주는 것이다보니까 이러한 새로운 접근 방법이 필요해서 사회과학적 입증방법을 활발히 수용한 것이 아닌가 이런 생각이 듭니다. 같은 맥락에서 한상희 교수님이 소수자 보호가 입헌주의의 본래 취지의 가장 중요한 것이라고 이해하고 계시기 때문에 그런 기본 전제에서 전략 전술적인 측면에서 사회과학적 지식을 활용하는 것이 중요하다 하셨는데 이것은 워렌커트가 사회과학적 연구를 활발히 한 것과 같은 맥락이 아닌가 생각이 듭니다. 제가 발표문을 읽으면서 생각이 났던 것 하나가 과거의 플라톤이 자기가 세운 아카데미 현관에 새겨 놓은 것이 “기하학의 훈련을 받지 않은 사람은 여기 들어와서는 안된다”라고 얘기했다고 합니다. 그 당시에서는 철학을 가르치고 국가 경영에 대해 가르치는 데 기본적으로 기하학적 지식이 없으면 그런 것들을 이해하지 못한다고 생각했는데 오늘날에 와서는 사회과학 자연과학을 포함하는 과학적 이론들을 염두에 두지 않고서는 법의 전제가 되는 사실판단을 하는데 상당한 어려워진 것을 매일 체험하고 상황입니다.

한가지 더 여담으로 제가 토마스 홉스에 관련된 글을 보니 이런 글이 나와 있습니다. 여러분도 아시는 것처럼 홉스가 여러 가지 국가 이론에 대해 얘기했는데 홉스가 그 당시에 많은 영향을 받은 것이 그 당시에 자연과학의 발전에 많은 영향을 받은 것으로 사가들이 기술하고 있습니다. 그 중에서 갈릴레이의 운동법칙에 많은 영향을 받았는데 만약에 그 당시에 갈릴레이의 운동법칙이 있지 않고 영향을 받지 않았다면 홉스의 국가이론도 많이 달라지지 않았을까 이런 주장들이 많이 나오고 있습니다. 즉 갈릴레이의 운동법칙 이전에는 물체가 운동한다는 것에 무슨 힘이 작용해서 운동하느냐에 대해서 연구했는데 갈릴레이는 다른 시각에서 모든 물체는 힘의 영향을 계속해서 움직이는 성향을 갖고 있고 오히려 정지하고 있는 것이 무슨 힘에 의해서일까라는 것을 연구했다고 합니다. 이런 식의 새로운

접근방법들이 토마스 홉스에 영향을 끼쳐 홉스는 국가이론에 기초가 되는 인간관에 있어서 인간의 욕망이란 것이 정지되지 않으면 끝없이 갈 수밖에 없다는 기계론적인 인간론을 갖게 되는 것도 결국은 단순히 그 사람이 가졌던 철학적인 기반이라든지 인간관보다는 그 시대를 풍미했고 또 홉스가 영향을 받았던 새로운 과학이론의 연구 결과가 아닌가하는 생각을 합니다. 그런 의미에서 보면 우리 모두가 우리 사회가 갖고 있는 현재 혹은 과거에 축적된 과학적 이식에 영향을 받고 있다는 것은 당연하고 사법적 판단에 있어서도 전제가 되는 사실에 있어서 이런 지식을 활용하는 것이 당연해 보입니다.

단지 제가 한상희 교수님의 발표를 보면서 우려되는 점을 말씀드리면 발표문의 98페이지에 인용되고 있습니다, 법원은 사회과학적 연구결과들을 마치 선례처럼 다루어야 한다는 그런 표현이 나오는데 이런 견해가 갖는 위험성이나 문제점은 이런식으로 접근하게 되면 과학적이다, 합리적이다, 이성적이다라고 판단되는 것은 합법적이어야 한다는 결론을 이끌어내기 쉽습니다. 달리 얘기하면 불합리한 것은 불법적이다, 합리적이고 이성적인 것은 합법적이다라는 결론을 낸다면 이는 사실상 근대 자연법, 세속적인 자연법의 재판에 불과한 얘기입니다. 과학적이고 실증적인 접근을 해왔는데 귀결점은 자연법적인 그런 접근으로 회귀하는 그런 점을 우리가 보고 그런 것에 대한 주의를 환기할 필요가 있지 않을까 합니다.

결국 제가 말씀드리고 싶은 것은 과학이라는 것도 한시대 유행이고 우리가 많이 논의되는 것처럼 객관성의 문제, 맥켄타이라는 사람이 얘기하는 Whose nationality라는 얘기를 합니다. 누가 볼 때 합리적이냐 그런 식의 입장 또는 간주관성 intersubjectivity 이런 식의 관점에서 보면 과학이라는 것을 가지고 들어오는 것에 대한 어떤 선택적인 선별적인 제도가 필요하지 않을까 하는 생각이 들고 법이 갖고 있는 주요한 기능 중의 하나가 소수자의 보호다 결국은 과학이라는 것은 그 시대 다수가 갖고 있는 혹은 지배적인 소수가 갖고 있는 신념을 반영하는 것이기 때문에 결국 그것을 사실 판단에 확대 적용하는 경우에는 법이 갖고 있는 소수자 보호 기능이 약화되는 위험이 있다는 그런 생각이 듭니다.

끝으로 한상희 교수님은 논문을 통해서 소수자 보호를 위해서 전략전술적인 측면에서 사회과학적인 분석과 논의를 하는 것이 상당히 유용하다고 말씀하셨습니다. 브라운 사건과 같은 경우에 그것은 타당하다고 생각하는데, 다른 사건에서는 인권을 보호하는데 반대편에 서있는 사람들이 이러한 사회과학적으로 설득력 있는 증거를 제시할 경우도 있기 때문에 이런 상황을 대비해서는 우리가 CLS라든지 이런 데서 얘기하는 법규범 자체가 갖고 있는 정치적 성격에 대한 직접적인 분석을 통해서 접근하는 직접적인 전략도 함께 구사해야 하지 않을까 하는 생각도 하였습니다.