

〈논문〉

법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심*

朴 恩 正**

요약

이 글에서 필자는 오늘날 여러 이유에서 ‘오로지 법률에만 구속되는 법관상’, ‘독립적인 법관상’, ‘양심적인 법관상’이 구현되기 어려워져 가는 상황을 염두에 두면서, 우리 헌법 제103조가 정하고 있는 법관의 독립과 양심문제를 법해석방법의 맥락에서 논하고자 한다.

우선 법관의 독립원칙을 실정화 내지 제도화한 배경, 헌법 제103조에서의 양심에 대한 통상적인 설명방식의 문제점, 법관의 법률구속원칙의 완화 경향에 대해 살펴본 다음, 법관의 해석활동의 특성을 주로 가치판단 문제와 관련지어 규명해 보겠다. 그 작업은 법해석방법론의 문제점과 한계를 지적하는 동시에, 헌법 제103조에 담겨있는 긴장, 즉 법관의 범준수의무와 주관적 내면적 태도 사이에서 오는 긴장의 성격을 논하기 위한 것이다. ‘일반적 정의’의 요구와 ‘개별적 정의’의 요구의 충돌로 재현되는 이 긴장국면은 특히 하드케이스에서의 법해석과정에서 필연적으로 나타나며, 해석활동의 본질적인 어려움은 이와 연관되어 있다는 게 필자의 생각이다. 이 글에서 필자는 해석과정에 동반되는 이 긴장을 포착한 해석이론들을 점검하면서 이 긴장의 해소가능성을 타진해 본다. 필자는 이들 이론에 의해 헌법 제103조에 담긴 긴장이 해명될 수는 있지만 해소될 수는 없다는 결론에 이른다. 그렇다면 해석방법론상의 한계에서 오는 문제는, 법관의 판결이 시민들에게 미치는 엄청난 영향의 측면에서 볼 때, 사법의 도덕성의 문제로 넘어갈 수밖에 없다. 해석이 궁극적으로 정당화되기 위해서는 사법적 도덕성 요청이 충족되어야 한다. 이 점을 염두에 두면서 마지막으로 필자는, 올바른 판단과 결정을 위한 법관의 방법상의 추구는 궁극적으로 법관의 자기이해라는 성찰적 과제로 이어진다는 점을 지적하고, 헌법 제103조의 의의를 방법론을 덕목론에 이어주는 가교 역할을 하는 데서 찾을 수 있다고 주장한다.

주제어: 법관의 독립, 법관의 양심, 법해석방법, 가치판단, 사법적 덕목

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비(공동연구) 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 출발점

“법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.” 이 헌법 제103조는 법관이 ‘헌법과 법률에 의하여’ ‘그 양심에 따라’ ‘독립하여’ 심판할 것을 정하고 있다.¹⁾ 이 중 ‘헌법과 법률에 의하여’ 부분은 우선 그렇다 치고 나머지 두 부분을 어떻게 이해할 것인가. 헌법은 법관은 독립하여 심판한다고 정하고 있을 뿐, 어디로부터 어떻게 독립한다는 언급은 없다. 양심에 대한 언급도 막막하다. 양심에 따른 결정은 자신의 도덕의식에 따른 내적 확신을 가진 사람에게는 명증하겠으나, 양심에 호소하는 소리를 듣는 사람에게는 의심을 남긴다. 고통을 느끼는 사람에게 고통은 확연히 체험되지만, 다른 사람이 그것을 객관적으로 가늠하기는 어려운 것처럼 말이다. 양심이나 독립은 본질적으로 우리 내면의 의식 내지 의지에 연관된다는 점에서 기본적으로 제도적 규율 안으로 들어오기에 적절하지 않은 면이 있다. 그렇다면 이 헌법조문은 무엇을 말하고자 하는가? 법관의 독립적이고 양심적인 직무 수행에 대해 정하고 있는 이 헌법규정이 법질서 전체에서 지니는 의미는 무엇인가? 법관이 법률에 구속된다는 것과 법관이 독립적이고 양심적으로 직무를 수행한다는 것은 서로 어떤 관계에 놓이는가? 법관의 법률구속원칙은 이론적으로나 실무상으로 과연 가능한가? 법해석방법론은 법관의 법률구속을 보장해 줄 수 있는가? 이러한 물음들은 지금까지 우리 학계나 실무에서 별로 다루어지지 않았다.²⁾

민주화 이후 사법부의 독립이 어느 정도 이루어지면서 과거에 비하면 사법부 외부의 국가기관으로부터 법원이나 법관의 독립을 침해하는 사례가 줄어든 것은 사실이다.³⁾ 그에 비하면 오늘날 일반 법관들의 경우 사법부 밖으로부터의 독립 침해

1) 애초 제헌 헌법은 제77조에서 “법관은 헌법과 법률에 의하여 독립하여 심판한다”라고 규정했는데, 1962년 개정 헌법에서 양심에 대한 문구가 추가된 이후 지금까지 헌법 조문으로 유지되어 오고 있다.

2) 법해석문제와 관련하여 헌법 제103조를 다룬 논문으로는 이덕연, “헌법 제103조에서 법관의 독립과 양심”, **공법연구**, 제38집 제2호(한국공법학회, 2009), 349면 이하; 송민경, “법관의 양심에 관한 연구”, **사법논집**, 제58집(2014), 4면 이하; 김현섭, “법관의 양심과 독립에 대한 헌법 제103조의 해석”, **한국법철학회 월례독회 발표문(2015. 4. 25)** 정도가 있다.

3) 지난 2009년 신영철 대법관이 재판장 시절 촛불집회 재판에 관여한 사건, 이명박 정부에서 김황식 대법관을 임기 도중에 감사원장 그리고 후에 국무총리에 임명하는 등 법관 출신을 행정부 고위관료로 임명한 사례, 최근 경력법관 임용예정자 신원조사 과정에서 국가정보원이 대면 면접 형식으로 시국현안에 관한 의견을 묻은 사건 등에서 법원과 법관의 독립 침해 문제가 거론된 바 있다. 신영철 대법관의 촛불집회 재판 관여 사건

위협보다는 인사권자 등 사법부 내부로부터 오는, 그리고 법관 자신의 개인적 경험이나 선입견, 이해관계 등에서 오는 독립 훼손 위협은 더 커졌다고 볼 수 있다. 우리 헌법 제103조가 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 ‘심판해야한다’라고 당위형 대신에 ‘심판한다’라는 서술형을 택한 것은 수사적 어법상 당위의 자명성을 논쟁의 여지없이 부각하기 위함일 것이다. 그러나 역설적이게도 이 서술형은 그만큼 더 당위의 요원함을 느끼게도 한다. 오늘날 ‘오로지 법률에만 구속되는 법관’, ‘독립적인 법관’, ‘양심적인 법관’이 존재하는가?

현대인들에게 독립이니 양심이니 하는 개념들은 별 울림이 없다. 양심이라는 단어는 진부하게 들린다. 오늘날 인지과학을 비롯하여 각종 경험과학적 연구에 의해 인간의 행동과 내면세계가 속속들이 파헤쳐지는데다가, 가정환경이나, 출신배경, 교육, 종교 등이 인격형성에 영향을 미친다는 것을 밝히는 사회과학적 연구 성과들이 쌓이면서 양심이나 인격 같은 내면가치는 점점 희미해지고 있다. ‘독립’이라는 이미지도 선명하게 들어오지 않는다. 따지고 보면 현대사회에서 완전히 독립적으로 살아가는 인간은 존재하지 않는다. 고도로 분업화되고 기능화된 사회에서 이체는 그 누구도 홀로 일하고 홀로 책임지는 그런 자유로운 존재자로 남기 어렵다. 아니, 현대인들은 사회정치적 환경에, 그리고 자신의 직업적 개인적 이해관계에 점점 종속되어가고 있다. 인간이자 직업인으로서 월급을 받고 살아가는 법관도 예외는 아니다. 전통적인 독립성 척도에서 보면 사실 오늘날 법관들은 물적으로나

에 대해서는 재판장으로서 법관들에게 수차례 이메일을 보내는 등 사건배당에서 사법 행정권을 남용하고 재판에 관여한 것으로 불 소지가 있다는 2009년 3월 대법원진상조사단 조사결과 발표가 있었다. 이 건에 대해 같은 해 5월 대법원공직자윤리위원회에서 경고 또는 주의 촉구 권고가 있었고, 이에 따라 이용훈 당시 대법원장의 유감 표명과 경고 조치가 취해졌다. 당시 조사결과를 두고 “상당수 판사들은 재판 간섭이라고 느끼지 않았다고 되어 있다”, “그 정도를 보고 압력행사라고 느낀다면 판사로서 소신이 없는 것이다” 등의 발언들이 나와 문제가 되었다. 특히 후자는 대법원장의 발언이었다는 점에서 비판대상이 되었다. 당시 법학계 그리고 판사회의에서는 재판개입으로 여겨질 소지가 조금이라도 있는 행동이라면 이미 법관의 독립을 훼손하는 것으로 해석해야 한다는 견해가 지배적이었다. 이와 관련해서 법률신문 2009. 4. 29.자 “[법의 날 특별좌담] 사법부의 바람직한 발전방안” 참조(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Print-News?serial=46622>, 최종방문일 2015. 7. 5). 박근혜 정부에서도 황찬현 서울중앙지방법원장의 감사원장 임명 등으로 계속되고 있는 고위법관출신들의 행정 고위직 임명에 대해서는 언론과 법학계에서 삼권분립을 유명무실화 한다는 우려가 나왔다. 경력법관 임용예정자의 국정원 신원조사 사건에 대해서는 언론뿐만 아니라 서울지방법번호사회 등 법조계 안팎에서 비판이 있었고, 2015년 7월 9일 박명대 법원행정처장이 국회 법제사법위원회에 출석하여 관련 대법원 규칙을 개정하겠다고 답변한 바 있다.

인적으로 그리고 내면적으로 점점 종속적이 되어가고 있다.

이 글에서 필자는 오늘날 여러 이유에서 ‘오로지 법률에만 구속되는 법관상’, ‘독립적인 법관상’, ‘양심적인 법관상’이 구현되기 어려워져 가는 상황을 염두에 두면서, 우리 헌법 제103조가 정하고 있는 법관의 독립과 양심문제를 법해석방법의 맥락에서 논하고자 한다. 방법에 대해 생각한다는 것은 그 자체로 이미 반성적 고찰을 한다는 것을 뜻한다. 법을 적용하고자 하는 사람이 방법에 대해 생각한다는 것은 법을 무조건 적용하겠다는 것이 아니라, ‘어떻게’ 적용할지 고민하는 것이며, 이는 말할 것도 없이 더 나은 해석을 위한 방법을 성찰하려는 것이기 때문이다. 개별사건에서 법을 해석하고 적용하기 위한 방법에 대해 마지막까지 고심하는 사람은 어느 단계에서 어쩔 수 없이 개념에서 오는 한계와 함께 해석과 이해 자체의 한계에 대해서 깨닫게 된다. 그러므로 방법에 대한 성찰은 어느 지점에서부터는 사람에 대한 성찰 즉 성찰자 자신에 대한 성찰로 이어지게 된다. 그래서 법에서 방법에서 출발한 문제는 방법 이상의 문제로 넘어가게 된다. 이 글에서 필자는 법해석방법의 맥락에서 법관의 독립과 양심 문제를 검토하면서, 방법에서 출발한 문제가 어떻게 방법적 이슈를 넘어 우리를 더 멀리 법철학적 관심과 주제로 인도하는지 해명해 보고자 한다.

우선 법관의 독립을 실정화 내지 제도화한 배경, 헌법 제103조에서의 양심에 대한 통상적인 설명방식의 문제점, 오늘날 법관의 법률구속원칙의 완화 경향에 대해 살펴본 다음, 법관의 해석활동의 특성을 주로 가치판단 문제와 관련지어 규명해 보겠다. 그 작업은 법해석방법론의 문제점과 한계를 지적하는 동시에, 헌법 제103조에 담겨있는 긴장, 즉 법관의 법준수의무와 주관적 내면적 태도 사이에서 오는 긴장의 성격을 논하기 위한 것이다. ‘일반적 정의’의 요구와 ‘개별적 정의’의 요구의 충돌로 재현되는 이 긴장국면은 특히 하드케이스에서의 법해석과정에서 필연적으로 나타나며, 해석활동의 본질적인 어려움은 이와 연관되어 있다. 이 글에서 필자는 해석과정에 동반되는 이 긴장을 포착한 아르투어 카우프만(Arthur Kaufmann)의 해석학적 순환이론과 한나 아렌트(Hannah Arendt)의 판단력이론을 토대로 이 긴장의 해소가능성을 타진해 본다. 필자는 이들 이론에 의해 헌법 제103조에 담긴 긴장이 해명될 수는 있지만 해소될 수는 없다는 결론에 이른다. 그렇다면 해석방법론상의 한계에서 오는 문제는, 법관의 판결이 시민들에게 미치는 엄청난 영향의 측면에서 볼 때, 사법의 도덕성의 문제로 넘어갈 수밖에 없다. 해석이 궁극적으로 정당화되기 위해서는 사법적 도덕성 요청이 충족되어야 한다. 이 점을 염두에 두

면서 마지막으로 필자는, 올바른 판단과 결정을 위한 법관의 방법상의 추구는 궁극적으로 법관의 자기이해라는 성찰적 과제로 이어진다는 점을 지적하고, 헌법 제103조의 의의를 방법론을 덕목론에 이어주는 가교 역할을 하는 데서 찾을 수 있다고 주장한다.

II. 법관의 독립의 실정화 배경

일반적으로 법관의 독립에 대해서는 재판 업무를 수행함에 있어서 법관은 모든 외부의 영향으로부터 자유로워야 한다는 것과(‘직무상의 독립’ 혹은 ‘물적 독립’), 이를 위해 법관의 자격을 법률로 정하고 임기를 헌법에 규정하는 등의 신분 보장을 받는다는 내용으로 설명한다(‘인적 독립’). 사법부의 독립에 대해서는 법원의 사법작용이 국회나 행정부 등 다른 국가기관으로부터 자유로워야 한다는 것으로서, 이를 우리 헌법은 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”고 명시하고 있다. 통상은 법관의 독립보다는 사법부 내지 법원의 독립에 대해서 더 자주 언급되지만, 법적 판단과 결정의 실현이라는 맥락에서 보면, 독립 문제에서 핵심은 사법부의 독립보다는 법관의 독립에 놓인다고 봐야 할 것이다. 독립과 함께 언급된 양심도 물론 법관의 양심을 의미하며 이에 따른 책임도 법관에게 추궁되는 것이다. 요컨대 법관의 독립은 재판 업무를 수행함에 있어서 법관이 다른 국가 기관이나, 법원, 동료법관, 여론으로부터 영향이나 압력을 받지 않으며, 특히 사법활동이 정치와 분리되고, 또 법관 자신의 주관적 선호가 재판에 영향을 미치도록 해서는 안 된다는 내용으로 정리할 수 있다.

이렇듯 법관의 독립은 개념상으로는 내용상으로 상당히 복잡하고 이질적인 요소들로 이루어져 있다. 이는 법관의 법 적용 권한을 둘러싼 역사적 복잡성이 반영된 결과로도 볼 수 있다. 서구 근대의 법치국가 개념과 긴밀한 연관 속에서 발전한 이 독립원칙에는 역사적으로 다양한 집단들 - 법관과 소송당사자, 법관들, 법원과 다른 국가기관 - 사이의 이해관계, 정치적 사회적 영향, 법관 개인들의 내면적 동기와 경험 등이 착종되어 있는 것이다.

법관의 독립 이념은 역사적으로 군주 개인의 지배로부터 법률의 지배로 옮겨가는 서구 근대국가와 근대법의 탄생시점과 맞물려 있다. 즉 이 이념은 법을 주권자의 명령이 아닌 일반규칙으로 확립하고, 전제군주체제로부터 권력 분립과 균형의

정치체제로 넘어가는 과정에서 나온 것이다. 이 과정에서 군주의 재판 개입에 저항하고 이를 통해 시민의 권리를 보호한다는 성과물이 오늘날 일컬어지는 법관의 ‘물적 독립’ 원칙으로 결실을 맺었다. 그리고 이 물적 독립에 대응하는 관계를 이루면서 법관은 오로지 법률에만 구속된다는 원칙 즉 법관의 법률구속원칙이 대두하게 된다. 그 후 물적 독립 원칙에 이어 법관의 신분을 보장한다는 ‘인적 독립’ 원칙이 세워지고, 여기에 다시 대응하는 관계를 이루면서 공개재판 등 사법절차의 투명성에 관한 제반 원칙들이 대두된 것이다.⁴⁾

이렇게 법관의 독립원칙과 짝을 지어 빛을 보게 된 법관의 법률구속원칙은 결과적으로 이중적 성과를 거두게 된다. 이 원칙에 의해 한편으로는 법관직의 독립성과 그 자명함이 확정됨으로써 사법은 이제 권력이 아니라 하나의 “논리적 기능”⁵⁾이라는 설명이 가능하게 되었고, 다른 한편으로 독립적 사법이 범할 수 있는 자의의 위협으로부터 시민들을 보호한다는 측면도 이 법률구속원칙으로부터 설명할 수 있게 된 것이다.⁶⁾

역사적으로 이렇게 확립된 법관의 독립원칙이 사회적으로 그 기능을 제대로 수행했는지는, 즉 시민의 자유 보호에 얼마나 충실했는지는 단정적으로 말하기 어려울 것이다. 어쨌든 그런 가운데도 이 독립원칙은 적어도 투쟁 개념으로서 강력한 호소력을 지니게 되었고, 그래서 그 후 수많은 국가의 헌법에서 한결같이 강조되고 유지되어 올 수 있게 된 것이다.⁷⁾

법관의 독립과 사법부의 독립원칙은 이렇게 실정화했지만, 이와는 별도로 과연 법관과 사법부가 진정 독립적이 되었는지, 아니, 애초 독립 자체가 가능한지라는 물음은 여전히 남는다. “사법권은 법원에 속한다”라고 말할 때의 독립 요청은 이 요청이 전제되지 않았을 때보다는 적어도 더 나은 판결을 해야 한다는 의미를 떨 것이다. 시몬(Dieter Simon)은 법관의 독립에 대한 연구결과를 요약하면서, 오늘날

4) 법관의 독립이념의 역사적 탄생배경에 대한 설명은 Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters* (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975) 참조.

5) 이 표현은 B. W. Pfeiffer, *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes* (Göttingen) 에 나오며 여기서는 Simon, 앞의 책, 5면에서 재인용.

6) Simon, 앞의 책, 5면 이하.

7) 독일 사법부 독립사를 분석하면서 Simon은 사법부가 독립을 “자신의” 독립으로 이해하면서 적극적으로 이에 편승하여 사법체계를 지속적으로 독립·확장시키는 데 주력했다고 지적한다. 즉 “사법개혁”, “독립적 사법” 등의 기치 하에 임용, 보수, 독자적인 행정을 위한 투쟁을 적극적으로 펼쳤고, 이 “독립적 사법”의 움직임이 독일의 국가관료주의와도 연결되는 측면이 있다고 지적한다.

오로지 법률에만 구속되는 법관상이나 독립적인 법관상에 대한 믿음은 점점 흔들리고 있다고 지적했다. 그리고 이런 상황에서는 오로지 법률에만 구속되는 법관을 상정하기보다는 오히려 “제약받지 않는 법관”⁸⁾에 대해 의식적으로 염두에 두면서 법관의 독립 문제를 논해야 한다고 주장한다. 또한 법관이 사회적 정치적 환경과 자신의 직업적 개인적 이익에 점점 매일 수 있다면, 독립적인 법관을 상정하기보다는 물적으로나 인적으로 그리고 내면적으로 “종속적인 법관”⁹⁾에 대해서 의식적으로 염두에 두어야 한다고 말했다. 한 세대 전 독일 상황에 대한 이 진단은 오늘날 우리 헌법 제103조의 위상을 점검하는 데도 여전히 유용하다고 생각한다.

Ⅲ. 법관의 양심에 대한 통상적 접근의 문제점

헌법 제103조에서 규정하고 있는 양심에 대해서는 통상 주관적 양심설과 객관적 양심설을 대치시켜 이해한다. 이에 따르면 전자는 양심을 헌법 제19조의 양심의 자유처럼 법관이 국민의 한 사람으로서 가지는 개인의 양심으로서의 그의 인격형성에 관계되는 내심으로 파악한다. 이에 반해 후자는 법관 개인이 아닌 법을 해석하고 적용하는 법관이라는 지위에서 가지는 양심을 뜻한다. 그런 의미에서 객관적 양심은 “법조적” 양심이라고 표현되기도 한다.¹⁰⁾ 이런 객관적 양심은 개인적인 내심으로부터도 독립하여 헌법과 법률에 따른다는 뜻으로 설명되며, 그렇기 때문에 헌법 제19조에서 말하는 양심과도 구별된다고 한다.

이런 주관-객관 구분도식을 받아들이면서 학계와 실무에서는 대체로 주관적 양심설을 배척하고 객관적 양심설을 지지한다. 이런 입장의 핵심적인 주장은, 만약 주관적 양심설을 인정하게 되면 법관이 헌법과 법률의 규정에도 불구하고 자신의 개인적 확신 내지 내심에 따라 재판하는 것을 허용하는 셈이 되므로 이를 받아들일 수 없다는 것이다. “재판상 양심은 법관으로서의 양심이지 한 개인의 양심이 아니기 때문에 객관적으로 발견되는 법이 자신의 주관이나 가치관에 반한다고 해서

8) Simon, 앞의 책, 68면 이하.

9) Simon, 앞의 책, 21면 이하.

10) 예컨대 권영성, **헌법학원론**, 법문사(2010), 1072면 “법해석을 직무로 하는 자의 법조적 양심인 법리적 확신 ……”.

이를 거부할 수는 없습니다.”¹¹⁾ 대부분의 헌법학자들도 이런 이유에서 주관적 양심설을 배척하고 객관적 양심설을 받아들이는 것으로 보인다.¹²⁾ 이런 입장에 의거한 객관적 양심설은 법을 해석하는 법관이 객관적인 헌법과 법률에 따른다는 것을 의미하는 이외에 양심에 관한 어떤 실질적 함의를 전하지는 않는다. 그러므로 객관적 양심설을 취하게 되면 “그 양심에 따라”라는 문구는 있으나 없으나 차이가 없게 되어, “그 양심에 따라”는 결과적으로 “독립하여”와 같은 뜻으로 읽히게 된다.¹³⁾ 그래서 “그 양심에 따라”는 불필요한 문구일뿐더러, 이를 헌법에 명시함으로써 오히려 헌법 제19조와 관련하여 오해를 불러올 여지가 있다고 보는 견해도 있다.¹⁴⁾

실무에서는 객관적 양심을 재판의 대상이 되는 사건에서 어떤 법관이든 같은 결론을 내려야 한다는 의미로 받아들여기도 한다. “법관은 객관적 양심에 따라 판단할 뿐, 재판 대상이 되는 사건은 어떤 판사를 만나든 같은 결론이 나와야 합니다.”¹⁵⁾ 그러나 이런 주장은 우선 현실에도 부합하지 않을뿐더러, 객관적 양심을 법관이 재판 대상 사건에서 같은 결론을 내려야 한다는 의미로 받아들인다면, 법문의 불명확함이나 가치판단적 요소 때문에 판결에서 불가피하게 나타나는 법관들 사이의 견해 차이를 폄하하거나 “성급한 의견일치를 중용”하는 방향으로 영향을 미칠 수 있다.¹⁶⁾

헌법 제103조의 양심은 이렇듯 이론상으로나 실무상으로 애물단지처럼 되어 버

-
- 11) 신영철 대법관의 촛불집회 재판 관여 사건이 한창 논란 중이었을 때 이용훈 당시 대법원장이 신임법관 임명식에서 한 말이다. 법률신문, 2009년 4월 6일자(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=46298>, 최종방문일, 2015. 7. 5).
- 12) 앞의 권영성 외에 김철수, **헌법학신론**, 박영사(2013), 1654면; 허영, **한국헌법론**, 전정11판, 박영사(2015); 성낙인, **헌법학**, 법문사(2014), 713면.
- 13) 예컨대 김철수, 앞의 책, 1654면 “‘그 양심에 따라 ... 심판한다’라고 함은 법관이 재판함에 있어 법을 해석하는 경우에는 자기의 자주적인 판단에 따를 것이며, 다른 어떠한 지시에 따라서도 안 된다는 것을 말하는 것으로 ‘독립하여’와 같은 뜻이라고 할 것이다.” 또한 성낙인, 앞의 책, 713면 “법관이 적용하는 법 중에서 객관적으로 존재하는 정신을 가리킨다.” 그리고 정중섭, **헌법과 정치제도**, 박영사(2010), 796면 “재판관의 개인적인 내심에서도 독립하여야 한다는 의미 ...”.
- 14) 정중섭, 앞의 책, 796면 “[객관적 양심설]은 당연한 내용이므로 재판의 독립을 정하면서 명시할 필요는 없다고 보인다. 오히려 [헌법] 제19조가 정하고 있는 양심의 자유에서 말하는 양심과 혼동을 가져올 수 있다.”
- 15) 김황식, **연필로 쓴 페이스북, 之山通信**, 나남(2013), 77면. 양승태 대법원장 2013. 12. 2. 신임법관 임명식사(<http://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?gcurrentPage=2&searchWord=&searchOption=&seqnum=87&gubun=38>).
- 16) 김현섭, 앞의 발표문.

렸다. 필자 생각에 법관의 양심에 대해 - 그 실정화의 타당성 여부를 떠나 - 최소한 의미있는 고찰을 하기 위해서는 우선 양심 개념을 주관-객관이라는 이분법적 도식으로부터 구해내야 한다고 본다. 헌법이 정한 법관의 양심에 대해 순전히 주관적으로 접근하는 경우, 양심은 개인의 주관적인 도덕과 내심 영역에 국한되는 것으로 간주되어 애초부터 객관적인 법체계 안에 설 자리를 잃게 된다. 반면 객관적인 양심으로 이해하는 경우, 법관의 양심 문제는 결국 헌법과 법률을 잘 따르라는 당연한 직무지침으로 여겨지면서 헌법적 의의를 찾기 어렵게 된다. 그런 가운데 법관의 양심은 정치권이나 언론에서 곧잘 “튀는 판사”의 독단으로 희화화되거나, 아니면 비리나 부패에 연루된 법관들의 비양심을 질타하는 용도로 거론된다.¹⁷⁾ 그래서 헌법 제103조에 대한 일반시민들의 시선도 그리 우호적이지는 않다.¹⁸⁾

법관은 개인적 가치관이나 사사로운 선입견을 배제하고 법률에 의거하여 합리적인증을 거쳐 판단하고 결정해야 한다. 그러므로 자신의 지적 활동이 (헌법 제19조에서 말하는 의미의) 개인적 양심과 불일치할 때 법관은 법관으로서의 양심을 우선시켜 당연히 헌법과 법률에 충실하여 재판에 임해야 한다. 법관은 자신이 판결로써 떠받치는 법률을 당연히 긍정할 수 있어야 한다. 자유민주적 신념 속에서 법률을 긍정하고 책임있는 양심적 결정으로 그 임무를 수행할 때 법관의 독립도 가능해지기 때문이다. 물론 그러기 위해서는 자유민주국가의 법질서는 편향된 세계관이나 정치적 종교적으로 특정한 입장에서 서 있지 않아야 한다. 즉 기본적으로 자유민주법치국가의 법률이라면, 시민으로서든 법관으로서든 건전한 한 인간이 양심상 따를 수 없는 내용을 담아서서는 안 된다고 본다. 그렇지 않다면 이를 지지

17) 인터넷 불법 도박 사이트를 개설해서 수십 억 원의 이득을 취한 피고인에게 이례적으로 낮은 형을 선고하면서, 거대한 사행사업의 주체인 국가가 저지르는 거악에 비하면 피고인은 비교적 소규모로 사행사업을 영위한 것에 불과하므로, 거악을 저지른 국가가 이런 개인을 단죄하는 것은 정의롭지 못하다는 취지의 양형이유를 밝힌 판결(서울중앙지법 2013. 2. 6. 선고 2012고단5143 판결)에 대해 한 일간지 논설위원은 “개인의 독단”을 양심으로 내세운 판결이라고 비판했다. 허승호, “법관의 양심”, 동아일보 2013. 2. 21.자 논설. 지난 2015년 4월 새누리당 박대출 대변인은, 법원 내부통신망을 통해 박상옥 대법관 후보자에 대해 반대의견을 표시한 판사들을 ‘정치판사’로 분류하면서 “‘정치판사’가 아니라 법치사회를 바로 세우는 ‘양심판사’를 기대한다.”고 논평하기도 했다(m.lawissue.co.kr/news/articleView.html?idxno=21232).

18) 법관의 독립과 양심규정이 이해관계를 좇는 일부 법관들에게 “마음대로의 피난처” 역할을 한다는 것이다. 인터넷 댓글 “양심을 못 믿어서 법을 만든 것인데 법관의 양심이 법이네?”.

하지 않는 사람들 – 법관을 포함한다 – 에게 언제나 양심의 갈등을 불러일으킬 것이다.

그런데 여기서 의문이 생긴다. 법관의 책임있는 양심적 결정은 개인적 주관적 내심과 전혀 무관한 세계에서 이루어지는가? 법률과 양심이 충돌하는 것을 피하고자 양심 개념에서 개인적 주관적 성격을 제거한다면 양심이라는 개념 자체가 흔들리는 것이 아닌가? 예컨대 헌법재판소가 “양심이란 인간의 윤리적 도덕적 내심영역의 문제이고 헌법이 보호하려는 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서는 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리”를 의미한다고 말했을 때, 이 양심의 의미는 법관의 그것을 설명하는 것과는 전혀 무관하단 말인가?¹⁹⁾ 입법 임무를 부여받은 국회의원이나 학문연구에 종사하는 교수도 양심에 따라 직무를 수행할 의무를 진다.²⁰⁾ 그러나 이때 국회의원이나 교수의 직무상의 양심에 대해서 주관-객관 분리도식을 적용하여 그 내면성과 주관성을 일체 부정하려 들지는 않을 것이다. 법률가로 훈련받는 사람은 우리 생활의 한 부분을 그 맥락에서 떼어내어 대상화하여 형식적 스타일로 조정 내지 재구성함으로써 일반개념이나 범주를 만들어 낸다. 주관-객관 도식에 의거하여 법관의 양심을 객관적 양심이라고 정의하는 데에도 법사고 고유의 이런 형식합리주의가 반영되어 있다. 우리의 관심주제는 이 대상화 과정에서 조정 내지 선별됨으로써 객관적이고 간결하고 명확한 개념을 얻는 대신에 이 조정 방법을 통해서 다룰 수 없는 것들은 사라지게 된다. 법관의 양심에 대한 법학적 개념정의에도 이런 국면이 드러난다. 그래서 법관의 양심에서 주관성이 희생된 것이다.

요컨대 법관에게 요구되는 직무상의 양심이라 하더라도 양심에서 그 본질인 내면성과 주관성을 배제할 수는 없다. 양심에 따른 판단과 그에 따른 행위는 행위주체의 차원에서 이루어진다는 점에서, 또 개인의 직접적인 자기 확신에서 비롯된다는 점에서 양심에서 주관성을 배제할 수 없다. 법관의 양심도 각 개인이 가지는 양심의 연장선 위에 놓이며 다만 법관이라는 직무 속에서 더 구체화한 개념에 지나지 않는다. 이와 관련하여 이덕연 교수는 다음과 같이 적절히 지적한다. “법관의

19) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7(병합) 결정.

20) 헌법 제46조 ② 국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다. 그리고 서울대학교 교수윤리헌장 윤리규범 III. 3: “교수는 연구결과를 공표하고 활용할 때 자신의 학문적 양심에 부합하는 사회적 및 윤리적 책임을 다한다.”

독립과 관련된 헌법명제로서 법관의 양심이 자연인으로서의 주관적인 윤리적 판단에 따른 양심이 아닌, 직무상의 양심이라고 하더라도 주관적인 내면의 세계를 대상으로 하는 그 본질은 다를 것이 없다. 다수 학자들이 법관의 양심을 일반적인 양심의 자유에서 상징하는 ‘주관적 양심’과 구별하기 위하여 굳이 ‘객관적인 양심’이라고 한 것은 진지한 고민 없이 주관과 객관의 상투적인 대구형식을 빌린 것일 뿐이다. 법관에게 요구되는 직무상의 양심 역시 그 주관성이 부정되거나 희석되는 것은 결코 아니고, 헌법이 법관에게 요구하는 양심준수의 규범적 명령 자체가 객관적인 것일 뿐이다.”²¹⁾

지금까지 지적한 대로 헌법 제103조의 법관의 양심에 대한 통상적인 설명에 문제가 많다는 점에서, 여기서 철학과 윤리학 전통에서 양심개념이 어떻게 논의되어 왔는지 잠시 살펴보는 것도 도움이 될 것 같다. 동서고금에서 양심개념에 대한 다양한 견해들이 있지만, 양심이 개인의 도덕의식과 연관되어 존재하는 인간의 내면적인 깨달음으로서 인간의 진정한 자기반성의 토대가 되는 것으로 보는 데는 공통적이다. “인간이 타고난 도덕적 본심”, “악을 부끄러워하는 마음”, “스스로에게 도덕적 의문을 품는 능력”, “반성의 최고원리”, “우리 내면의 자율적 심판관”, “실천 이성의 활동”, “인격의 자기인식”, “본래적인 자기 자신으로 불러 세우는 염려의 소리”, “너와 내가 함께 잘못을 감시하고 경계하는 공동의 눈초리”, “근원적인 자기의 요구” 등등.²²⁾ 이런 다양한 견해들은 양심 개념을 형식적인 측면에서 접근하는지 아니면 내용적인 측면에서 접근하는지, 양심 판단에서 개인의 주관적 요소를 강조하는지 아니면 보편성 내지 소통가능성을 더 중요시하는지, 양심의 권위를 내부에서 찾는지 아니면 외부의 권위를 사회화 내지 내면화한 결과로 보는지, 양심에 따른 결단을 감정의 작용으로 보는지 아니면 이성도 같이 작용하는 것으로 보는지 등에 따라 여러 갈래를 이룬다.

칸트의 근대 주체철학의 영향을 받은 이래 오늘날 양심논의에서는 대체로 양심의 개인적 주관적 요소가 강조되는 가운데 양심을 개인에게 도덕적 행위 동기를 유발하고, 자기반성을 가능하게 하고, 개인의 판단과 자기결정에서 최종심급의 역할을 하는 것으로 보고 있다. 대표적으로 칸트는 양심을 각 주체로서의 개인의 “내면에 자리 잡은 자율적 심판관”으로 일컬으면서, 행위주체가 자기 안에 내재하

21) 이덕연, 앞의 글, 361면.

22) 진교훈 외 19인, 양심: 고대로부터 현대에 이르기까지의 양심의 의미, 서울대학교출판문화원(2012).

는 도덕법칙에 스스로의 행동을 적용시키는 것이 양심이라고 말한다.²³⁾ 이때 양심은 스스로 도덕법칙을 정립할 수 있는 선의지를 가진 인간이 자기 자신에 대해서 지니는 일종의 의무의식으로 여겨지며, 자신이 자신을 평가하는 것이 양심이기 때문에 이 주관적 확신을 평가하는 외부의 기준은 없는 셈이다.²⁴⁾ 이렇게 양심을 주관성의 형식으로 가져갈 때는, 주관적으로는 옳은 양심에 따른 확신이라 하더라도 인식주체가 가진 한계 등으로 인해 내용상 오류가 가능하다는 문제를 안게 된다. 이런 이유 때문에 칸트와 달리 양심문제를 개인의 주관적 도덕의식 이상의 차원에서 다루고자 하는 철학자들은 간주관성의 차원에서 보편성을 지니는 양심개념을 추구한다. 이런 방향에서 파악한 양심 개념에 대해 ‘객관적’ 양심이라는 표현을 쓸 수도 있을지도 모르겠다. 그렇지만 양심과 관련하여 ‘객관적’이라는 표현은 인식주체 밖에 뭔가가 존재한다는 인식론적 존재론적 가정을 상정한다는 점에서 문제가 있다. 인식주체 밖에 객관적인 그 무엇이 존재한다면 그것은 양심이 아니라 윤리규범일 것이다. 법관의 양심을 ‘객관적’ ‘법조적’ 양심으로 표현하는 것도 이런 의미에서 부적절하다.²⁵⁾

그런데 철학전통 안에는 양심을 주관성의 형식으로 끌어들이 절대화하는 시도만 있었던 것은 아니다. 서양에서 근대 이전의 철학으로 거슬러 올라가면 개인의 주관적 도덕의식을 넘어서는 차원에서 양심을 논하는 경향이 지배적이었다. 우선 어원상으로도 con-scientia, syn-deresis의 con과 syn에서 알 수 있듯이, 양심은 우리 내면의 법정에서도 공공성 내지 공동체성 즉 “함께 안다”라는 요소를 지니고 있었다. 이 어원은 양심의 규제적 기능에는 우리가 올바르게 행했는지 혹은 그릇되게 행했는지를 지켜보는 “공동의 인식”이 있다는 자각이 포함됨을 암시한다. 자기 안에서 ‘보편적인 자기’를 확신하는 과정을 상호인정과정과 연결시키고자 하는 양심관은, 공동의 윤리로서의 인륜성(Sittlichkeit)의 입장에서만 “진정한 양심”이 가능하다고 보는 헤겔(G. W. F. Hegel)의 양심론,²⁶⁾ 타자윤리학에 근거한 레비나스

23) Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (윤리형이상학 정초, 백중현 역, 아카넷(2005), 134면 이하); *Kritik der Praktischen Vernunft*, Philosophische Bibliothek, A 175 (2003), 215면 이하.

24) 김관영, “칸트에 있어서 양심의 문제”, 진교훈 외, 앞의 책, 144면.

25) 에컨대 성낙인 교수는 법관의 양심을 “법관이 적용하는 법 중에서 객관적으로 존재하는 정신을 가리킨다”고 설명한다. 앞의 책, 713면. 이 객관적 정신이 무엇인지에 대해서는 언급이 없다.

26) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §137. 헤겔의 양심론에 대해서는 최신한, “헤겔, 야코비, 양심의 변증법”, *헤겔연구*, 제23호(한국헤겔학회, 2008), 86면 이하 참조.

(Emmanuel Levinas)의 양심론,²⁷⁾ 그리고 행위주체들의 담론적 소통과 사회적 행위에 대한 책임에서 출발하는 아펠(Karl Otto Apel)의 양심론²⁸⁾에도 엮여있다. 동양의 사유 전통에서도 맹자는 양심을 “악을 부끄러워하는 마음”으로 규정하면서 사심(私心)에 대비되는 양심을 저항권을 인정하는 그의 정치철학의 근거로 삼았다.²⁹⁾ 양심을 “세상 사람을 향해 움직이는 마음”으로 묘사하면서 양심이 있어서 책임있는 인식의 기능에 주목한 사상가도 있다.³⁰⁾

서양에서 근대를 전후로 양심의 주관화 경향이 강하게 대두된 데에는 종교분쟁 등의 영향이 없지 않았을 것이다. 오늘날은 가치상대주의라는 시대정신의 영향 하에 양심은 도덕적 판단과 인격을 근거지우는 현상으로 파악되면서도 내용적 측면보다는 형식적 측면에서 고찰되고, 간주관적 논의가능성이 배제된 채 그 논의의 폭이 좁아져 거의 개인의 자기결정권 영역 안으로 들어가 버렸다. 우리 헌법 제19조의 양심의 의미도 이런 자기결정에서의 최종심급 역할이라는 맥락에서 읽히고 있다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 주관화의 경향이 강하게 나타나기 이전의 사유전통에서는 양심의 자기결정 능력보다는 스스로에게 도덕적 의문을 품는 능력, “함께 안다”라는 책임성 쪽에 더 비중이 놓여 있었다. 이런 사유배경에 비추어 본다면 헌법 제19조의 양심은 근대 주관화의 영향의 산물로 이해할 수 있고, 이에 비해 헌법 제103조에서 법관과 관련하여 언급된 양심은 근대 이전의 “함께 안다”의 사유전통의 흔적을 지닌 개념으로 볼 수 있다.

IV. 법관의 법률구속원칙의 완화 경향

앞에서 살펴보았듯이 역사적으로 법관의 독립이념은 법관은 오로지 법률에만 구속된다는 것을 전제로 탄생했다. 그리고 이 법관의 법률구속원칙은 법률의 총합으로

27) 레비나스에 대해서는 김연숙, “레비나스의 양심론”, 진교훈 외, 앞의 책, 제3부 제3장 참조.

28) Karl Otto Apel, *From a Transcendental Semiotic Point of View*, Manchester University Press (1998), 52면, 259면. 양심이 지니는 공적 관찰이나 감시기능 부분에 주목한 Apel에 대해서는 백춘현, “아펠의 양심론”, 진교훈 외, 앞의 책, 344면 이하.

29) 맹자의 양심론에 대해서는 장승희, “맹자의 양심론”, 진교훈 외, 앞의 책, 제1부 제1장 참조.

30) 왕수인은 양심과 양지(良知)라는 표현을 함께 썼다고 한다. “남의 아픔을 느끼기 위해서는 예민하게 ‘생각’해야 한다”. 여기서는 이해경, “왕수인의 양심”, 진교훈 외, 앞의 책, 79면에서 재인용.

서의 법질서는 통일적이고 자기충족적인 시스템을 이룬다는 가정에 기초하고 있었다. 그러나 이 가정은 그 자체로 애초 한계를 지닌 것이기도 하지만, 법의 생태적 기반이 변하면서 이 법률구속원칙은 점차 상대화 내지 약화되는 방향으로 나아가게 되었다. 입법자를 기다릴 수 없는 빠른 사회변화, 자유법운동, 입법양의 폭발적인 증대, 일반조항 도입 등 입법스타일의 변화, 복지국가 대두, 사회정의의 요구, 헌법재판 활성화 등의 흐름은 법관의 법률구속메커니즘이 작동하기 어려운 여건을 만들어 가게 된 것이다. 이른바 ‘법관법’의 대세 흐름이 나타난 것이다. 특히 지난 수십 년간 확대된 입법영역은 형법과 같은 규제입법과 달리, 사회복지/생활보호/건강 증진/남녀평등/청소년보호/장애인보호/적극적 평등조치 등처럼 정치적 비전과 목적을 담은, 한마디로 정책촉진적 성격을 지닌 법률들이었다. 이와 같은 야심찬 입법스타일은 법적응답계에서 법관이 바람직한 제도 및 정책 내용에 대해 고려케 함으로써, 목적적 법논증으로 기울게 하고 구체적 이익을 비교형량하는 심사방식을 확대시키는 등, 좁은 의미의 실정법률 해석보다는 법형성의 방향으로 나아가게 한 것이다.³¹⁾ 특히 이 흐름은 20세기말 그리고 21세기에 들어서면서 법실증주의에 제동이 걸리는 분위기와 겹치면서³²⁾ 법철학에서도 전통적인 포섭논리나 삼단논법은 실제로 법관들에게 별 도움을 주지 못한다는 지적과 함께, 법관의 법률구속원칙에 회의적인 성향의 논의들이 강세를 보이게 되었다. 그중에서도 법발견 과정에 대한 심화된 통찰을 통해 ‘선이해’의 문제를 재평가하게 만든 철학적 해석학과, 문언의 의미론적 구속력에 회의를 제기케 한 언어이론은 법철학에 적지 않은 영향을 미쳤다. 이들 이론에 입각하여 이제 법의 흠결 시와 같은 예외적인 상황에서 법관의 법형성이 불가피하다는 수준의 주장을 넘어, 법률텍스트를 통한 구속가능성 자체를 의문시하는 주장까지 나오게 되었다.

법관의 법률구속원칙의 실현에 대한 기대가 점점 약화되고, 그래서 누구의 표현대로 법률이 해석을 지배하는 게 아니라 해석이 법률을 지배한다고 말할 정도가

31) 사회변화에 따른 법관의 역할 변화에 대해서는 박은정, **왜 법의 지배인가**, 돌베개(2010), 제6장을 참조할 것.

32) 울프리트 노이만(Ulfrid Neumann)은 지난 2015년 10월 1일 고려대학교 초청강연에서 “실증주의 이후 시대의 법률과 판결”이라는 주제로 발표하면서, 법학적 사고가 “법실증주의 이후의 시대”로 넘어갔다고 진단하고 그 배경으로 세계화 등의 흐름으로 국제상거래관습법(*lex mercatoria*)처럼 입법당국에 의한 제정이 아닌 사회적 실천에 의거한 법제정 사례, 법원리의 중요성 대두, 인권사상 증대 등을 들고 있다. 그러면서 법실증주의로부터 멀어지는 만큼 법관의 법률구속원칙도 상대적으로 완화될 수밖에 없다고 지적했다.

되면, 다시 제기될 수밖에 없는 물음이 바로 입법기관과 법적용기관 사이의 권력 균형 문제다. 이 권력 균형은 특히 **법관이라는 개인**에 의해 깨어진다는 점에서 문제가 된다. 오늘날 “사법국가”, “법관공화국”, “사법엘리트”, “사법의 정치화” 등을 지적하는 소리는 입헌민주주의 기획의 초기단계에서 일찍이 해결했다고 여겼던 문제들이 다시 등장하고 있음을 알려준다. 법관의 법률구속의 전제 및 그 가능성, 법원의 중립성, 법관의 민주적 정당성, 사법관료주의 등의 문제가 그것이다.

이러한 상황에서 자연스럽게 다음과 같은 물음이 떠오른다. 해석자의 자유를 제한하고 법관의 법률구속을 보장할 확고한 법해석방법론은 가능한가? 법관의 법률구속에 관한 기술적 제도적 보장책은 가능한가? 필자는 이 물음들에 대체로 회의적인 전망을 가지고 있다. 그렇다고 하여 물론 법해석방법의 무용론을 주장하려는 것은 아니다. 다만, 법률에 구속되는 법관상이 약화되고 앞으로도 점점 더 약화될 것이라는 전망 하에, 어느 때보다도 더 복잡한 양상을 띠게 될 법관의 독립 문제를 염두에 두면서 법해석방법론의 문제를 재검토하고자 한다.

V. 법해석방법론의 문제점과 한계

법이 있는 곳에 해석이 있다. 법학의 강점도 해석학적 잠재력에 있다. 법관의 임무는 법률을 적용하기 위해 법문을 해석하고 이해하는 것이다. 법해석방법론은 법해석과정에서 법관의 자유에 일정한 제약을 가하고 법관의 법률구속이념을 실현하기 위해 고안되고 발전된 것이다. 해석에서는 무엇이 최선의 해석인지를 둘러싸고 언제나 논쟁과 불일치가 생기기 마련이다. 왜냐하면 해석작업은 인간의 판단과 행위의 영향 하에 놓일 수밖에 없기 때문이다.

법관이 따라야 하는 법률 자체에는 이미 법적용자를 법률에 대해 어느 정도 독립적이게 만드는 여러 표현방식들이 들어 있다. 예컨대 ‘야간’, ‘소음’, ‘위험한 물건’, ‘적절한 조치’ 등 개념의 내포와 외연이 확정적이지 않은 법개념들이 대표적이다. 이런 불확정적 개념들은 범명제의 구성요건 단계에만 들어 있는 게 아니라 법률효과에서도 등장한다. 이른바 ‘규범적 개념’들도 그런 표현방식에 속한다. ‘음란한’, ‘건전한’, ‘불명예스러운’ 등의 개념들은 기본적으로 지각가능한 대상을 서술하는 개념과 대비하여 의미내용이 가치판단에 근거할 때만 파악된다는 점에서 규범적이다. 이때 가치판단은 반드시 주관적 개인적 평가에만 의존하지 않고 다른 사람

들의 평가도 포함할 것이지만, 어쨌든 이 판단과 관련한 어느 정도의 불확정성은 감수해야 한다. 법관의 법률 구속 의무를 느슨하게 만드는 이런 개념군에는 재량도 포함된다. 오늘날 재량개념은 “법적으로 구속되는” 재량으로 이해되지만, 이때 판단의 여지 안에 들어오는 여러 대안들 가운데서 최종 혹은 최선의 대안을 확정하는 데 있어서 결정자의 개인적 확신을 허용할 수밖에 없다. 일반조항도 표현 그대로 높은 일반성을 띠므로써, 법 적용자로 하여금 자기 앞에 놓인 사례를 광범위한 사례집단들에 적용시켜가면서 법률효과를 귀속시키는 것을 가능하게 한다.³³⁾

위에서 언급한 불확정 법개념이나 규범적 개념 등을 적용하는 데는 가치판단 요소가 수반된다. 이런 개념들을 적용할 때 법관은 일정한 범위 안에서 입법자를 대신하여 가치판단 내지 의사결정을 할 수 있는 권한을 부여받은 것이다. 또 법관은 법의 ‘흠결’을 보충하거나 법질서 안에서 이따끔 발견되는 ‘오류’를 수정해야 할 부득이한 상황에도 처하게 된다. 이때는 법관은 스스로 만족스러운 해결책을 찾아 나서야 한다. ‘법의 일반원칙’, ‘법의 정신’, ‘평균인의 척도’, ‘비례성원칙’, ‘이익형량’ 등은 이때 법관이 의존하는 사유 장치들이며, 이것들을 원용하는 데도 가치판단적 요소가 개입한다. 이때 판단자는 무엇이 사실상 효력을 갖고 있는 윤리적 견해인지 확인해야 하며, 경우에 따라서는 사실로서의 합의가 올바른 법적 결론에 도달하게 하는지에 대해서도 숙고해야 한다. 이와 관련하여 법 적용자는 때로는 평균인 테스트 같은 객관적인 척도에 의지하지만, 또 때로는 개인적 견해를 더 많이 펼칠 수 있는 일정한 판단의 여지를 가지게 된다.

이렇게 해석과정에서 불가피한 ‘판단의 여지’ 즉 해석과정에 불가피하게 개입되는 가치판단 요소 때문에 “해석의 건전성”을 둘러싸고 논란이 생기고 해석의 정당화와 관련하여 회의가 생긴다. 가치판단과 관련된 부분이 불가피하게 주관적 요소를 끌어들이게 되고 이로 인해 범규범의 효력이 상대적이고 불확실한 영역으로 떨어질 수 있다고 보기 때문이다. 그러나 판단자는 자신의 결론이 불확실성을 면할 수 없다는 것을 자각하면서도 자신의 해석에 대한 정당화를 포기할 수 없다. 법을 해석한다는 것은 “그 법률을 특정 사안에 적용하는 것을 정당화한다는”³⁴⁾ 것을 의미하기 때문이다. 그리고 확정적인 결론을 내리기 어려운 사례에서도 요구되는

33) 불확정적 개념, 규범적 개념, 재량, 일반조항과 관련한 자세한 설명은 칼 엥기쉬, **법학 방법론**, 안법영/윤재왕 옮김, 세창출판사(2011), 182면 이하에 잘 정리되어 있으며 필자도 이 부분을 참조했음을 밝힌다.

34) 닐 맥코믹, 로버트 서머즈, “해석과 정당화(上)”, 박정훈 역, **법철학연구**, 제5권 제2호 (2002), 188면.

개인적인 판단은 도덕적 상대주의자들이 말하는 개인적인 취향과는 엄연히 다른 것이다.

해석의 정당성을 확보할 수 있는 올바른 해석기준을 수립하고자 법률가들은 각기 지금까지 다양한 해석방법에 의존해 왔다. 올바른 해석을 위한 확고한 기준을 수립할 수 있다는 것은 찬성하는 혹은 반대하는 해석논거들 사이의 상대적 비중을 결정하는 명확한 규칙을 수립할 수 있다는 뜻이기도 할 것이다. 즉 어느 한 해석논거가 다른 해석논거에 의해 배제되는 조건이나, 선택된 해석을 정당화하는 데 필수적인 한 논거가 다른 논거보다 우월하기 위한 조건, 한 논거에 누적을 통한 비중이 부과되는 조건 등을 제시해줄 일관된 정보와 지침을 확보할 수 있다는 것이다. 그리고 이를 통해 여러 해석방법들 사이에 우선순위를 정할 수 있다는 것이다. 그렇지만 이러한 시도는 지금까지 성공하지 못했다. 동일한 유형의 논거일지라도 각각의 정당화 맥락에 따라 전혀 다른 비중을 갖게 될 뿐더러, 언어적 해석방법, 체계적 해석방법, 목적적 해석방법 등으로 제시되는 여러 해석방법들이 한 줄로 세우기에는 한마디로 너무 이질적이다.³⁵⁾ 물론 이들 해석논거들의 상호작용을 검토하면서 잠정적인 서열을 제시하는 것은 가능할 수도 있다.³⁶⁾ 그러나 이 서열은 기껏해야 “해석을 위한 노력의 경제성 원리” 정도를 말해 줄 뿐이기 때문에 쉽게 바뀔 수 있다.³⁷⁾

드워킨이 옳게 지적한 대로, 기본적으로 가치판단과 관련된 해석방법들은 위계적일 수 없고 “상호지지적”인 관계에 놓일 뿐이다.³⁸⁾ 이 때문에 방법론적 규칙을 세우려는 시도는 언제나 무망해지는 것이다. 또한 법해석에 있어서 언어란 단어의 의미를 식별하고자 하는 데 목적이 있는 게 아니라 궁극적으로 행위의 의미를 식별하고자 하는 데 그 목적이 있는 것이다. 론 풀러(Lon Fuller)가 지적한 대로 “언어를 통한 의사 전달은 어느 한 사람으로부터 다른 사람에게로 의미가 든 상자를 발송하는 식”³⁹⁾은 아닌 것이다.

35) 울프리트 노이만, “실증주의 이후 시대의 법률과 판결” 강연문(주 32). 노이만에 따르면 예컨대 체계적 해석 방법에 따른 논거도, 그것이 논리적 일관성 획득의 맥락에서인지 아니면 가치평가의 일관성 보장이라는 맥락인지에 따라 전혀 다른 비중을 갖게 된다는 것이다.

36) 대체로 언어적-체계적-역사적-목적론적 해석방법의 순서로 언급되는 데 대해서는 심현섭, **분석과 비판의 법철학**, 법문사(2001), 217-218면.

37) 맥코믹과 서머즈는 비교법적 연구결과를 통해 올바른 해석을 위한 지침 수립은 어느 국가의 법체계에서도 지금까지 성공적이지 못함을 밝힌다(앞의 글, 210면).

38) 로널드 드워킨, **정의론**, 박경신 옮김, 민음사(2015), 309면.

결론적으로 해석방법론으로부터 법관은 불확실성을 떨쳐 낼 수 있는 확실한 정보제공을 기대하기 어렵다. 해석논거를 위한 결정적인 기준을 제공하는 해석방법에 대해 불안정한 형태로나마 이론적 합의를 찾기 어렵다면, 앵기쉬의 지적대로, 해석방법론은 공중에 떠있는 상태다.⁴⁰⁾ 법학에서 방법론의 융성은 역설적으로 법학이 이 부분에 취약하다는 암시이기도 한 것이다. 그렇다면 해석자로서의 법관을 최종적으로 인도하는 전략은 무엇일까? 다음과 같은 고민을 들어보면 적어도 그것은 방법론상의 합의에 대한 기대 같은 것은 아닌 것 같다. “우리들은 일정한 결론을 내리고도 그 결론이 가장 적절·타당한 것이라고 보증받을 수 없다. 그 결론을 낸 시점에 있어서는 더욱 그러하다. 우리들은 자기의 결론이 그러한 불확실성을 면할 수 없다는 것을 자각하면서도 그것을 자기의 전인격적 책임 아래 끝을 내고, 다른 사람으로부터의 비판과 평가에 맡기지 않을 수 없는 것이다.”⁴¹⁾

해석방법론이 공중에 떠있는 상태라면, 법관을 법률에 구속시키기 위한 방법론적 보장책은 없다고 봐야 한다. 그런 가운데 “자기의 전인격적 책임 아래”, “사려 깊고 균형잡힌 총체적 관념”, “인생 그 자체로부터 지식” 등에 대한 호소를 듣는다. 이것이 갖는 의미는 무엇인가. 그것은, 법발견으로 불리든, 법인식 혹은 범형성으로 불리든, 법적으로 올바른 결정을 이끌어낸다는 것은 단순히 ‘앎’의 문제만은 아니라는 것이다. 실천철학의 전통 용어를 빌어서 말한다면, 그것은 이론지 이상의 실천지를 요구하는 활동이다. 즉 법관의 해석활동은 이론지와 실천지를 결합하는 활동이라는 것이다. 이 주제로 다가가는 한 우회로로서 우선 지적 활동으로서의 법관의 해석활동의 특성에 대해 살펴보자.

39) 론 풀러, **법의 도덕성**, 박은정 옮김, 서울대학교출판문화원(2015), 314면.

40) “그러나 해석론 전체에 대한 확고한 이론적 토대가 마련되어 있지 않아서 서열관계에 관한 모든 이론들은 여전히 공중에 떠 있다.” 앵기쉬, 앞의 책, 137면.

41) 사법연수원, **법조윤리론**(2014), 31면. 그밖에 Benjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, Yale University Press (1921): “언제 하나의 이익이 다른 이익을 능가하는지를 묻는다면 ... 경험과 연구와 성찰로부터, 요컨대 인생 그 자체로부터 그 지식을 얻지 않으면 안된다고 말할 수 있을 뿐이다.”(여기서는 **법조윤리론**에서 재인용). 또한 맥코믹/서머즈, “해석과 정당화(下)”, 박정훈 역, **법철학연구**, 제6권 제1호(2003), 348면: “해석은 간주관적으로 승인된 모든 법적 가치들에 대하여 사려깊고 균형잡힌 총체적 관념을 획득하기 위해 연구하고 노력하는 사람들에 의해서만 제대로 행해질 수 있다.”

VI. 법관의 해석활동: 실증주의의 대척점

앞에서 언급한 대로 해석에서는 무엇이 최선의 해석인가를 둘러싸고 언제나 논쟁과 불일치가 따른다. 그러므로 엄밀히 말하면 누군가가 텍스트를 해석한다고 말하는 순간 그는 실증주의의 대척점에 서게 된다. 실증주의과학의 의미에서는 논쟁의 여지가 있는 것은 원칙적으로 과학일 수 없기 때문이다. 법실증주의사고에서 해석 문제가 진지하게 다루어지지 않은 이유는 여기에 있다. 법을 근본규범에 입각한 자기준거적인 구조로 보는 한스 켈젠(Hans Kelsen)의 순수법학이나, 법적용과정을 규칙에 의해 지도되는 과정으로 보는 하트(H. L. A. Hart)의 분석법학에서 해석과 관련한 어려움은 다루고 있지 않다.⁴²⁾

켈젠은 『순수법이론(Reine Rechtslehre)』에서 정당한 해석만이 허용된다는 주장은 허구에 불과하다고 지적하면서, 해석의 건전성 문제나 정당화 문제를 법이론 안에서 다루기를 거부한다. 법을 자기준거적인 것으로 보는 관점은 한마디로 해석(행위)주체의 입장을 부정하는 것이다. 켈젠은 법단계설을 바탕으로 법적용을 상위규범의 수권에 의해 하위규범이 구체화되는 과정으로 보고, 여기에 헌법의 수권을 받아 법률을 제정하는 입법자도 포함시킨다.⁴³⁾ 이에 따라 법적용도 입법의 한 형태로 설명된다. 법관에 의한 법형성의 동기는 이를테면 입법부가 유독 다른 법률이 아닌 이 법률을 통과시키는 동기와 같다는 것이다. 이와 함께 켈젠은 판단활동에서 인지적 요소와 의지적 요소를 엄격하게 구별하면서 법관의 판단활동을 순전한 의지활동으로 보고, 이 법관의 활동에 대해서만 (유권)해석이라는 표현을 사용하고자 한다. 그리고 법학적 해석에 대해서는 법규범의 가능한 의미들을 밝히는 것으로서 법률에 따른 결정의 범위를 제한하는 정도의 의미를 부여한다.

법단계설에 따르면 상위규범이 정한 일정한 범위 안에서의 수권에 따라 하위규범이 작용한다. 이때 상위규범의 수권은 모든 세부적인 내용들에 대해서까지 정해

42) 켈젠은 『순수법이론(Reine Rechtslehre)』 제1판(1934) 제6장에서 해석에 대해 다루고 있다. 이 부분과 거의 같은 논문 “Zur Theorie der Interpretation”이 심헌섭, 켈젠법이론선집, 법문사(1990), 97면 이하에 실려 있다. 윤재왕 교수는 *Reine Rechtslehre* 제1판과 제2판(1960)을 비교하면서 해석방법으로부터 오는 규범적 구속력을 일체 거부하는 켈젠의 입장을 자세히 다루고 있다. 윤재왕, “한스 켈젠의 법해석이론”, *고려법학*, 제74호(고려대학교법학연구원, 2014), 525면 이하. 하트의 대표적인 저서 **법의 개념**의 색인 항목에는 ‘해석’이 빠져있다.

43) Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin, 1925), 231면 이하.

서 이루어지는 것은 아니며, 그래서 “상위단계의 법생성으로부터 하위단계의 법생산으로의 전환은 단지 상위단계가 정해 놓은 범위를 채우는” 활동으로서 이때 “언제나 상위단계에는 없는 내용적 요소가 하위단계에 추가되어야만” 한다.⁴⁴⁾ 이 내용을 채우는 부분과 관련하여 상대적 불확실성이 생기는데, 켈젠은 이 문제를 “자유재량”의 문제로 다룬다.⁴⁵⁾ 이는 하트가 규칙의 체계로서의 법체계를 완결된 구조가 아닌 열린 구조로 봄으로써 상대적 불확실성을 인정하면서도, 이를 법관의 재량사항으로 보는 것과 같다. 하트의 경우 중심부와 주변부라는 극히 단순화된 이분법을 끌어들이어 이 불확실성 문제를 처리하고자 했다면, 켈젠의 경우는 인식작용과 의지작용의 이분법을 끌어들이므로써 이 문제를 처리하고자 한 것이다.

판결을 법관의 의지활동으로만 이해하는 입장을 취하게 되면 법관에게 결정에 대한 근거 제시 요청을 할 수 없게 된다. 마치 신의 심판에 대해 근거 제시를 요구할 수 없듯이 말이다. 결국 켈젠의 법이론상으로는 해석은 법학의 문제가 아니며, 그러므로 분석적 법실증주의와도 무관한 문제가 되는 것이다.⁴⁶⁾ 이런 이유에서 그는 정당한 해석만이 허용된다는 주장이나 해석방법만으로 유일하게 정당한 결정에 이를 수 있다는 주장을 거부하면서, 심지어는 상위규범에 제시된 범위를 넘어서는 해석의 효력조차 적극적으로 인정함으로써 어느 의미에서는 해석이론의 존재기반 자체를 무너뜨린다.⁴⁷⁾

켈젠이나 하트가 법이론에서 해석의 의미를 축소한 이면에는 이분법이라는 과도한 사유의 단순화가 놓여 있다. 그러나 켈젠이 생각하는 것처럼 판단에서 인식적 요소와 의지적 요소의 확고한 경계가 유지되는지는 의문이다. 또 중심부와 주변부에 대한 하트의 주장도 지나친 단순화라는 비판을 피하기 어렵다. 어쨌거나 켈젠이 합리적인 해석방법을 추구하는 법이론의 효용가치를 한껏 떨어뜨렸다고 해서, 이제 어차피 정답은 없으니 법대에 앉은 법관은 자기 임의로 무엇이든 해도 된다고 켈젠이 주장했을 리는 물론 없을 것이다. 법이론의 과도한 정당성 주장을 거부하는 데서 오히려 순수법학의 비판적 잠재력을 찾을 수 있다고 보는 학자들은 여기서 켈젠이 강조한 순수화 즉 탈정치화는 법학에 관한 것이지 법 자체에 관한

44) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 243면. 여기서 번역은 윤재왕, 앞의 글, 535-536면에서 재인용.

45) Kelsen, 앞의 책, 243면 이하.

46) 켈젠에 있어서 법해석은 이론상으로는 법학보다는 정치학이나 사회학에 속하는 문제에 더 가깝다고 지적한 견해에 대해서는 론 폴러, 앞의 책, 312면.

47) 이에 대해서는 윤재왕, 앞의 글, 553면.

주장이 아니었음을 상기시킨다.⁴⁸⁾ 즉 법 자체는 결코 정치와 분리될 수 없다는 점에서, 법실무에 대한 학문이론의 무가치성을 주장하는 순수법학은 실무의 법 적용자로 하여금 자신의 활동이 정치적 활동임을 깨닫고 책임을 느끼게 하는 계기를 만들어 준다는 것이다. 윤재왕 교수도 “켈젠 해석이론의 배후”로 들어가 방법 이론으로부터의 어떤 구속력도 거부되는 데서 생기는 공백을 켈젠이 법관 자신의 자기이해와 책임성 문제로 채운다고 지적한다. “법관의 판결은 결코 순수한 것일 수 없으며, 그런데도 자신의 판결이 순수한 인식의 소산이라고 강조한다면 이는 정치적 책임의 회피이고, 동시에 이데올로기적이라는 혐의에 노출되지 않을 수 없다.”⁴⁹⁾ 이 문구가 켈젠 자신으로부터 나왔다면 아주 좋았을 것이다! 자신의 직무의 중요성과 책임에 대한 실천적 깨달음은 해석의 정당화를 목표로 하는 인식적 노력과 동전의 양면을 이루고 있다. 그렇다면 켈젠의 순수법이론의 기획은 서로 붙어 있는 양면을 떼어 놓으면서 이것을 다시 붙일 수 있음을 보여주려 한 것일까.

VII. 법관의 해석활동: 가치판단과 ‘정답테제’ 문제

켈젠처럼 실증주의적 사고에 따르든 아니면 비실증주의적 사고에 따르든, 가치 판단 문제에서 해석방법만으로는 하나의 정당한 결정을 도출할 수 없다고 생각한다면, 이는 해석의 차원에서 가치에 대한 이해 시도는 진리 추구와는 무관하다는 주장으로 귀결되는가? 필자는 그렇지 않다고 생각한다. 해석대상의 의미에 대한 관심과 최선의 이해에 대한 관심은 아무래도 진리 추구라는 목표를 향한다고 봐야 한다. 법적 결정은 물론 법관의 권한에 속하지만 그것을 정당화해주는 원천은 법관이라는 ‘지위’가 지니는 형식적 권한이 아니라 판결이 정당하다는 근거 제시에 있다. 법판단을 정당화해주는 모델은 울프리트 노이만(Ulfrid Neumann)이 지적한 대로 권위를 통한 정당화모델보다는 진리를 통한 정당화모델에 더 가깝다.⁵⁰⁾ 물론 그렇다고 하더라도 재판활동은 엄연히 사법권이라는 공권력의 작용이라는 점에서, 독립적인 법관의 재판활동을 그 “계획적이고 진지한 진리 탐구 활동”적 측면 때문

48) 법학의 탈정치화를 “정치적 허무주의”로 받아들여서는 안 된다는 데 대해서는 켈젠, “순수법학이란 무엇인가”, 켈젠법이론선집, 280-282면.

49) 윤재왕, 앞의 글, 559면.

50) 울프리트 노이만, “법, 진리, 권위”, 2013. 4. 6. 한국법철학회 강연문 참조.

에 학문의 자유의 한 표현으로까지 보려는 것은 무리다.⁵¹⁾

오늘날 가치상대주의 분위기는 실천적 물음에서 진리 도달가능성에 대한 회의를 과장한다. 그러나 진리가 뛰나는 빌라도의 물음에 비록 확신에 찬 대답을 못한다 하더라도 법에서 진리 내지 정당성 추구의 포기는 파국을 의미한다. 국가권력에 대한 비판적 논의를 가능하게 해주는 것도 진리라는 규제이념이 전제되기 때문이다. 독립된 사법부가 심급구조와 집단적 의사결정의 형태로 스스로의 시정 기구를 가지는 것도 마찬가지다. 물론 진리에 대한 주장은 잠정적이고 수정가능하다. ‘참이나 거짓이나’는 오로지 서술적 명제에만 한정하여 검증될 뿐이라는 협소한 학문관을 따른다면 법학은 학문 안에 발을 들여 놓을 수 없을 것이다. 그러나 법학이 그런 협소한 학문관을 받아들여야 할 필연성은 없다. 법해석자는 자신의 해석적 판단이 진리라는 주장을 무한정 내세우지는 못하면서도, 진리 추구를 피할 수 없다.⁵²⁾ 론 풀러(Lon Fuller)의 지적대로 “법이론이 최고의 법적 권위를 엄격하게 정의하는 일에 큰 비중을 두는 경향을 보이는 것은, 이 점이 모호해지면 필경 전체로서의 법체계가 와해될 수 있다”⁵³⁾는 생각 때문일 것이다. 그러나 법을 민주주의의 언어로 설명하는 오늘날, 의회와 행정처럼 다수결원리에 의해 움직이는 기관도 아닌 사법의 소수 전문 엘리트의 지배를 권위모델만으로 정당화 한다는 것은 불가능하다. 특히 법을 준수하는 시민들의 입장에서 보면, 시민들은 자신에게 유죄 판결을 선고한 세속의 법관에게 그 유죄판결의 근거를 알고 싶다고 요구할 수 있으며 물론 당연히 요구한다.

법관은 판결에서 논증을 통해 최상의 근거 제시가 이루어진 결정을 해야 한다.⁵⁴⁾

51) “일부 사람들 중에는 이러한 법원의 권력기관적 성질에 충분히 주의를 기울이지 못하고 있지 않는가 하는 생각도 해 봅니다…… 가끔 법관의 일을 조용한 방에서 소송서류를 꼼꼼하게 읽어 파악한 사실에다가 법을 논리적으로 적용하는 단순히 지적(知的)인 작업이라는 시각에서만 말씀하시는 분을 만나면, 그 분에게 재판을 받는 사람의 입장에서 법대에 앉아 있는 법관이 어떻게 보이는지 물어보고 싶어집니다.” 양창수, “바람직한 법관상 - 기예와 지혜 사이”, <근대사법 및 한성재판소 설립 120주년 기념 1895~2015 소통컨퍼런스: 역사에 비춰 본 바람직한 법관상> 자료집(서울중앙지방법원, 2015. 5. 11), 15면. “계획적이고 진지한 진리 탐구 활동”이라는 표현은 라드브루흐에서 나온다. 구스타브 라드브루흐, **법철학**, 최종고 옮김, 삼영사(2011), 238면.

52) 드위킨, 앞의 책, 208면.

53) 론 풀러, 앞의 책, 211면. 풀러의 문장은 다음과 같이 이어진다. “하지만 이 경우도, 위로부터의 지시 또한 목적의식에서 비롯되는 지적 활동을 완전히 생략할 수 없다는 점을 간과한 것이다.”

54) 물론 진리 요청과 관련하여 개별 법관의 관점만이 중요한 것은 아니며, 민주국가에서 포기될 수 없는 진리 요청은 법학을 포함한 법체계 전체로 하여금 진리 요청에 어떻

이때 정당한 근거 제시가 이루어진 결정과 관련하여, 그것이 유일하게 정당한 결정이라는 주장을 펼 수 있는가? 앞에서 검토한 대로 켈젠의 순수법이론은 그런 주장 가능성을 원천적으로 차단한다. 이에 비해 드워킨은 법적 판단에 있어서 유일하게 정당한 결정이 원칙적으로 존재한다고 주장한다. “정답테제”로 불리는 이 주장에 대해서는, 이미 여러 학자들이 지적한 대로, 존재사실에 대한 주장으로 받아들이기 보다는 하나의 “규제이념”으로 받아들이는 게 맞는 것 같다. 즉 드워킨의 정답테제는 “유일하게 정당한 결정”이 존재한다는 데 대한 이론적 탐구라기보다는, 실무에서의 법관의 주관적 태도에 부합하는 이념으로 받아들여야 한다는 것이다. 즉 법관은 자신의 판결활동과 관련하여, 가능한 한 모든 방법을 동원하여 모든 사건에서 오직 하나의 결정만이 정당하다는 믿음을 가지고 그 정답에 가까이 가기 위해 노력해야 한다는 것이다.⁵⁵⁾

드워킨의 말대로 가치판단이 참일 때는 그냥 참일 수가 없으며 그것이 참인 이유가 반드시 있어야 한다. 즉 충분한 논거가 존재할 때 참이라고 할 수 있다. 그런데 지금까지 살펴본 대로라면, 이러한 논거지움의 과정은 자명한 공리적 토대나 그런 토대 위에서 확립된 규칙이나 원리적 서열에 따라 명확하게 밝힐 수 없다. 이런 불확실한 가운데도 정당성을 확보하기 위한 논거지움은 포기될 수 없다. 이 끝없는 정당화 부담 때문에 켈젠은 규범의 효력 근거에 관한 논의를 가치에 관한 논의와 절연시키고자 했던 것이다. 그러나 그의 시도는 물론 성공하지 못했다.⁵⁶⁾

가치판단을 해야 하는 부분이 법문화에서 긍정적이고 발전적인 요소로 작용할지 아니면 그 반대로 작용할지는 판단자로서의 법관의 역량과 연관하여 논해야 할 것이다. 필자는 가치판단적 요소가 법문화에서 당연히 긍정적 요소로 작용해야 하며

게 부응하는지 묻게 한다. 따라서 사법부 외부에서 행하는 사법비판의 길이 열리는 것은 당연하다. 이에 대해서는 노이만, 앞의 강연문 참조.

55) 노이만, 앞의 강연문.

56) 규범의 효력을 불명확하고 상대적인 가치가 아닌 규범에 근거짓기 위해 켈젠이 고안한 근본규범은 사유상으로만 전제된 규범일 뿐이었다. 켈젠은 가치판단을 “현실의 행위가 객관적으로 효력 있는 규범에 맞게 존재해야 하는 대로 존재한다는 판단”이라고 정의함으로써 가치판단이라는 용어 자체를 다른 의미로 사용하고 있다. 이에 대해서는 *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960), 16면 이하. 또한 켈젠은 규범이 인간의 의지에 의해 제정되는 한, 그 규범에 의해 형성된 가치는 어차피 자의적일 뿐이라고 주장한다(18면). 규범과 가치의 관계에 대한 켈젠의 주장에 대해서는 오세혁, “켈젠의 법이론에 있어서 규범과 가치 - 규범과 가치의 상관관계를 중심으로”, **법철학연구**, 제18권 제3호(2015), 97면 이하 참조.

또한 그렇게 작용할 수 있다고 생각한다.⁵⁷⁾ 그런 방향에서 이제 해석의 문제를 법관의 자기이해 문제와 연관시켜 보기로 한다.

VIII. 해석과 법관의 자기이해

법관은 추상적인 일반규칙을 가지고 공중의 이목을 끄는 개별적인 사건을 처리하는 사람이다. 법관의 의식활동에 의해 일반규칙과 일회적인 사건 사이의 심연이 매워진다. 하지만 일반성과 개별성을 결합하는 이 의식과정에 동반하는 고유한 법학적 방법에 대해서는 앞에서 지적한 대로 확실한 합의는 없다. “리걸 마인드”라는 말이 풍기는 신비스러운 분위기에는 사법적 결정이 본질적으로 투명한 것이 되기 어렵다는 암시가 담겨 있는지도 모르겠다. 논리적인 형태만 부여하기로 한다면 한 사건에서 서로 상반된 결론에 이른 두 개의 판결문을 작성하는 것도 불가능하지 않다.⁵⁸⁾ 방법이 논리에 기초하는 것이라면 이때 논리는 형식논리를 넘어 앵기쉬가 표현한 대로 “실질에 부합하는” 논리여야 할 것이다. 참된, 올바른, 받아들일 수 있는 결정에 이르는 실질논리. 이 실질에 도달하기까지는 결코 논리적이라고 표현할 수 없는 지적 감행과 어떤 매개가 작용한다.

일반규칙을 개별사례에 적용할 때 요구되는 판단자의 능력과 관련하여 가다머(Hans-Georg Gadamer)는 이런 견해를 밝힌 적이 있다. 판단자는 자신이 이미 가

57) 이와는 달리 가치의 “통약불가능성” 때문에 사법은 좋음이나 옳음의 이슈에 대해 실질적 입장을 취하는 일에 대해 거리를 두어야 한다는 주장도 가능하다. 가치의 통약불가능성에 대해서는 Cass R. Sunstein, “Incommensurability and Valuation in Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 92, No. 4 (1994), 779면 이하. 조홍식 교수는 “가치의 통약불가능성이 가지는 의미는 무엇이 권리인가의 문제보다 무엇이 공익인가의 문제에서 더 크다”고 지적하면서 기본적으로 가치판단과 관련한 사법통치의 정당성에 의문을 제기하는 것으로 보인다. 그의 **사법통치의 정당성과 한계**, 제2판, 박영사(2010), 240면. 가치의 통약불가능성에 대한 주장은 가치판단과 관련한 해석기준의 서열화는 불가능하다는 주장과 같은 노선에 속한다. 여기서 통약불가능성 문제를 자세히 다룰 수는 없다. 다만, 가치의 통약불가능성을 주장하는 학자들도 통약불가능이 비교불가능을 의미하지는 않는다는 점, 대부분의 사람들은 구체적인 맥락이 주어지는 경우 무엇이 옳은지 혹은 그른지에 대해 심사숙고하며, 이에 따라 선택하고 그 선택 결과를 받아들이는 점을 인정한다는 정도만 지적하기로 한다.

58) 실제로 판사가 판결문을 두 개 써왔다고 주장한 사건에 대한 보도가 있었다. “판결문을 두 개 써왔다”, *조선일보* 2013. 11. 21.자 기사.

지고 있어서 적용하기만 하면 된다는 그런 의미의 규범적 실천적 “지식을 소유한 사람”이라기보다는, 스스로의 노력으로 이 “지식을 탄생시키는 상황에 직면하는 사람”이라는 것이다.⁵⁹⁾ 일반범주를 개별사례에 적용할 때 요구되는 이 판단력에 대해 설명하면서 그래서 칸트(Kant)도 다음과 같이 말했을 것이다. “지성은 규칙들을 통해 배우고 보강할 수 있는 것이지만, 판단력은 특수한 재능으로서 배울 수 있는 것이 전혀 아니고, 단지 숙련될 수 있을 뿐이다.”⁶⁰⁾

우리는 올바른 규칙이나 원리를 알고 있지만 막상 이것을 어떤 상황에 어떻게 적용해야 할지 모를 때가 있다. 예컨대 비례성원칙이나 과잉금지원칙에 대한 지식을 우리는 가지고 있다. 목적달성을 위한 수단은 적정해야 하고, 그 수단은 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘어서는 안 된다는 것이다. 그러나 이 원칙을 특수한 상황에 ‘적용’한다고 할 때에, 이 원칙이 그 어떤 판단도 배제할 정도로 자족적인 지침 구실을 한다고 느끼기는 어렵다. 특정 상황에서 그 수단이 과연 어느 정도일 때가 목적달성에 적정한지는 판단과정을 거쳐야 한다. 이것이 바로 실천이성의 역할이다.

판단의 자리는 이론, 경험, 양심이 혼재된 실천의 영역이다. 판단을 통한 결정이라는 그 ‘중국성’으로 인한 실천적 성격은 법학이 다른 어떤 학문분야와도 공유하지 않는 법학 고유의 특징이다. 그래서 법학은 ‘legal science’로 불리기보다는 실천지 - prudentia - 를 함의하는 ‘jurisprudence’로 더 자주 불리어 왔을 것이다. 해석의 차원에서 가치에 대한 법관의 숙고도 추상적 이론적 탐구가 아니라 궁극적으로는 행위를 목표로 하는 것이다. 그러므로 일반성과 개별성을 결합하는 해석적 지식은 추상적 이론적 지식들로만 이루어지지 않는다. 그것은 일반규칙이나 원리에 근거한 이론적 패턴의 지식과, 특정한 상황 내지 맥락을 고려하는 실천적 패턴의 지식의 이중주를 이룬다. 법관이 지니는 통찰력의 특성은 이론과 태도가 함께 간다는 데 있다. 그래서 사법적 판단에서는 규칙으로부터 출발하는 관점 못지않게 사람 즉 법관으로부터 출발하는 관점이 고려되어야 한다. 사법적 통찰력의 특성은 뒤편뒤편해도 개별 사례를 다룬다는 것과 연관되어 있다. 개별적인 것들은 개별적인 방식으로만 체험되고 이해될 수 있다. 그리고 개별적이고 특수한 것들은 무엇보다도 ‘지각’과 관계된다.⁶¹⁾ 즉 그것들은 일반적 체계적 지식의 대상이라기보다

⁵⁹⁾ Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 3. Aufl., J. C. B. MOHR (1972), 300면.

⁶⁰⁾ 임마누엘 칸트, **순수이성비판 1**, 백종현 옮김, 아카넷(2009), 374면.

는 우선 지각의 대상이다. 바로 이 점 때문에 사법적 통찰에서 핵심적인 역할을 하는 쪽은 규칙보다는 오히려 사람 즉 법관 쪽인 것이다. 법관은 자기 앞에 놓인 사건에서 법적으로 중요한 사실이 무엇인지 판단하기 위해서는 규칙을 알아야 한다. 그러나 어떤 규칙이 중요한지 판단하기 위해서는 어떤 사실이 중요한지 알아야 한다. 이 인식과정에서 법관은 불확실한 가운데서 무수한 선택을 감행한다. 어떤 사실은 중요하지 않다고 여겨 배척하고, 어떤 사실은 인정하거나 무게를 부여하고, 신청된 증거조사의 어떤 것은 받아들이고 어떤 것은 거부하고……. 사실에 대한 이 취사선택 – 자유심증주의! – 의 결과로 새로운 것이 태어난다! 그리고 이것에 의해 법원을 찾아온 사람들의 운명이 갈리는 것이다.

법관 자신으로부터 출발하는 관점이 중요한 이유는 여기에 있다. 필자 생각에 독일의 법철학자 아르투어 카우프만(Arthur Kaufmann)의 해석학적 방법론은 법관의 자기이해 문제를 해석학적 지평으로 끌어들이므로써, 법관의 해석작업의 본질을 잘 설명해주는 것 같다. 가다머 계통의 철학적 해석학(philosophische Hermeneutik)의 입장을 받아들이며⁶²⁾ 카우프만은 법해석행위를 통해 포괄적인 의미에서 법관 자신의 인격 중의 어떤 것이 판결에 혼입된다고 주장한다. 그러므

61) Iris van Domselaar, “Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2015 (44) 1, 24면. 그리고 1심에서 유죄였다가 2심에서 무죄판결을 받은 강력범죄 540건을 분석한 결과를 토대로 판단자의 감지능력 차이가 법판단에서 결정적인 역할을 한다는 사실을 밝힌 김상준, **무죄판결과 법관의 사실인정**, 경인문화사(2013).

62) 텍스트에 대한 올바른 해석과 이해에 관한 연구분야인 해석학(hermeneutics, Hermeneutik)의 어원은 신들의 전령(傳令)인 Hermes라는 이름에서 유래한 것으로 설명된다. 이때 신의 의도를 인간에게 전하는 과정에서 언어의 제약성, 시공간적 간격, 전령의 역할 등과 관련하여 해석의 문제가 생긴다고 본다. “Hermeneutics”, *Dictionary of Biblical Interpretation*, Nashville (1999), 497면. 독일어의 Auslegung이 해석주체와 독립적으로 존재하는 대상으로서의 텍스트에 대한 해석을 의미한다면(객관주의), 철학적 해석학에서의 해석(Interpretation)은 해석주체의 주관성 내지 역사성이 대상에 투사된다는 의미가 강하다. 가다머의 철학적 해석학에 따르면 역사적 존재인 인간에게 있어 모든 해석과 이해는 과거와 현재가 ‘작용사적으로(wirkungsgeschichtlich)’ 중재되는 사건으로서 ‘선이해’ 내지 ‘선판단’ 없이는 불가능하다. 가다머는 선입견으로 폄하된 선이해를 재평가하고, 이를 통해 근대 이래 ‘방법’을 통한 진리발견이 주체에 의한 객체의 대상화 내지 도구화를 가져왔다고 비판하면서, 인간경험에 있어서 진리에 이르는 길은 사물의 존재가 스스로 드러나도록 하는 것이라고 주장한다. 이런 관점에서 해석과 이해는 전승된 존재방식으로서의 텍스트에 생명력을 불어넣는 것이며, 이는 텍스트 자체가 지닌 역사적 지평과 해석자의 지평이 해석학적 순환을 통해 만남으로써 이루어진다고 주장한다. 해석학적 순환, 이해의 전제로서의 선이해, 작용사 등에 대해서는 Gadamer, 앞의 책, II. *Grundzüge einer Theorie der Hermeneutischen Erfahrung* 참조.

로 법관의 결정이 올바른가의 물음은 결국 법관이 자기 자신을 올바르게 이해하고 있는가의 물음과 직결되어 있다고 생각한다.⁶³⁾

우선 카우프만은 통상적으로 회자되는 독립적인 법관상에 대해 의문을 제기한다. 즉 법 앞에 선 법관이 일체의 정치적 사회적 개인적 영향이나 선입견들로부터 차단된 채, 순수한 객관적 인식에 따라 그 이전에는 자신이 알 수 없었던 사실관계를 판단하고 그런 다음에 법적 판단을 한다는 식으로 이해하기를 거부한다.⁶⁴⁾ 그런 법관상은 법령집은 일체 해석의 필요가 없이 거의 모든 가능한 법률문제에 대한 대답을 이미 가지고 있는 것으로 상정하는 것이며, 더 나아가 법관은 의지가 없는 존재이며, 사법권력 같은 것은 존재하지도 않는다고 여기는 식이라는 것이다. 그러면서 그는 법에 대한 인식은 단순히 사례를 법률에 포섭시킨다는 의미의 수동적 행위가 아니고, 해석자가 해석대상에 관여하면서 함께 ‘형성’하는 것이라고 본다. 카우프만은 법관의 범형성력에 대한 자신의 견해가 주관주의의 의미로 받아들여지는 것에 대해서는 반대하는데, 왜냐하면 해석자는 텍스트를 지탱하는 모든 전통과 함께 이해의 지평으로 들어간다고 보기 때문이다.

법관은 서류의 첫 페이지를 읽는 순간 “아, 이런 사건이구나”라고 감을 잡게 되는데, 카우프만에 따르면 이는 법관 자신이 사건 경과를 관찰해서 인지했다거나 언론 등을 통해 사건에 대한 상세한 지식을 얻었다는 뜻이 아니라, 유사한 사건들을 알며 그래서 “선이해(Vorurteil, Vorverständnis)”⁶⁵⁾를 가진다는 것을 뜻한다. 이해의 전제로서 이런 선이해가 없다면 법관은 자기 앞에 놓인 것이 무엇에 관한 사건인지 알 수 없고, 다른 사례와 비교할 수도 없기 때문에 올바른 판단에 이르는 것 자체가 불가능해진다.⁶⁶⁾ 이 선이해에 의해 해석은 언제나 해석주체의 자기 이해 즉 자신이 ‘잠정적’ 결과로서 이미 예상했던 것을 논증적으로 근거짓는 활동이라는 의미에서 “해석학적 순환” 내지 “해석학적 나선구조” 하에 이루어진다.

63) Arthur Kaufmann, “Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit”, *Festschrift für Karl Peters*, Mohr Siebeck (1974), 144면. 법관의 독립과 양심 주제와 관련한 또 다른 글로는 Kaufmann, “Gesetz und Recht”, *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf* (1962), 357면 이하.

64) Arthur Kaufmann, “Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit”, 144면.

65) 해석학적 의미에서의 ‘선이해’는 일상 언어 관용에서는 ‘선입견’이나 ‘편견’ 같은 부정적 함의를 더 많이 지니기 때문에 카우프만은 ‘Vorurteil’ 대신에 Vorverständnis라는 용어를 쓰기를 권장한다(앞의 글, 148면). 카우프만 외에도 이 용어의 선택은 Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl. (Frankfurt a.M., 1972).

66) Arthur Kaufmann, 앞의 글, 147면.

텍스트를 이해하려는 사람은 말하자면 언제나 초별 그림을 그리며, 특정 의미에 대한 기대를 가지고 텍스트를 읽기 때문에 “텍스트에서 첫 번째 의미가 지시되자마자 전체의 의미를 ‘예비투사한다(vorauswirft)’”⁶⁷⁾ 그리고 선이해와 관련된 이 예비투사는 - 해석학적 ‘순환’에 의해 - 원칙적으로 끝없이 검열과정을 거친다는 것이다.

이런 관점에 따르면 사실의 인정과 법률의 적용도 실제 판단과정에서는 분리되지 않는다.⁶⁸⁾ 사실의 인정과 법률의 적용은 시간적으로 순차적으로 진행되는 단절 관계가 아니라, 해석학적 순환을 통해 서로가 서로를 정제하고 상응하는 관계에 놓인다. 즉 사실에 대한 인식 없이 규범적 인식은 불가능하며, 또한 규범적 관점 없이 사실만을 통한 사실 확정도 불가능하다. 이런 의미에서 법률도 법관의 해석을 만나기 전에는 “잠재적인 가능태로서 주어진 법률”일 뿐, 해석학적 순환을 통한 정제 혹은 상응과정을 거치면서 비로소 “진정한 실정법”이 생성된다.⁶⁹⁾ 이렇게 특정사건을 통해 구체화된 규범(구성요건)과 이 규범을 통해 정해진 사실을 확정하는 과정에서 법관에게 객관적으로 주어진 것들과 함께 제3의 요소로서 법관 자신의 선이해 내지 이해, 포괄적으로 말하면 그의 인격적 존재가 판단에 혼입된다.

‘선이해’는 판단자가 자신의 선이해를 의식하지 못할 때 부정적 요소를 지니게 된다. 그러므로 “자신의 판단은 오로지 ‘있는 그대로다’라고 말하는, 즉 ‘오로지 법률에만 구속된다’라고 말하는 법관이야말로 실은 종속된 법관이다. 왜냐하면 그는 성찰되지 않은 자신의 선이해와 거리를 둘 수 없기 때문이다.”⁷⁰⁾ 즉 법관은 자신

67) Arthur Kaufmann, 앞의 글, 148면.

68) 실제 판단과정에서 사실인정과 법률적용이 따로 떨어질 수 없다는 점은 굳이 카우프만의 이론을 끌어들이지 않더라도 실무상으로는 직관적으로 받아들여지고 있다. “법률의 적용과 사실의 인정은 따로 떨어져 있는 것이 아니다. 사실이라고 하는 것은 여러 가지 법률문제와 결부되어 인정된다. 사실의 인정이 진행됨에 따라서 재판관의 머리속에서는 어떠한 법규를 적용할 것인가, 그 법규를 어떻게 해석할 것인가라는 전망이 점차로 서게 되며, 당사자 측도 경우에 따라서는 민사인 경우 청구의 취지를 변경할 것인가를 고려하게 되고, 형사인 경우 공소사실을 변경하는 경우도 생긴다. 요컨대 사실문제와 법률문제는 실제과정에서 불가분으로 결부되어 있다. …… 양쪽이 불가분으로 재판관의 직관 혹은 재판관의 전인격적인 작용에 의하여 사실의 인정과 법의 적용이 행하여지고 판결 삼단논법은 실제의 심판 과정에서는 그대로 적용되지 않는다.”(사법연수원, **법조윤리론**, 35면).

69) “법관의 해석 작업 이전에는 어느 의미에서 진정 법도 진정한 사실도 존재하지 않으며, 단지 원자재들(Rohmaterialien)로만 이것들이 존재할 뿐이다.” Arthur Kaufmann, 앞의 글, 148면.

의 선이해를 의식하고 자신을 이데올로기 혐의 앞에 세울 줄 알 때 올바른 판결에 이를 수 있다는 것이다. “법관이 자신의 선이해와 종속을 의식할수록, 그래서 간주관적 합의에 노력할수록, 그는 더 객관적 독립적으로 판단할 수 있다.”⁷⁰⁾ 그러므로 법관의 주관주의의 위험은, 카우프만식으로 말하면, 가치판단 같은 성찰적 고려와 관련된 주관적 요소를 방법상의 근거 제시의 맥락에 끌어들이는 법관의 경우보다는, 오히려 모든 것이 객관적으로 주어진 것에 의한 것이라고 말하면서 판결의 주관적 요소를 은폐하는 법관에게서 나타나는 위험이라고 말할 수 있다.

이렇게 해석학적 순환이론의 관점에서 보면 법관은 “법률의 입”이 아니라 “인격으로서 판결을 떠받친다”.⁷²⁾ 판결은 법률과 법관의 인격의 혼성물이다. 그러므로 법률은 판결을 위한 필요조건이기는 하나 충분조건은 아니라고도 말할 수 있다. 카우프만의 해석학적 순환이론은 법관의 독립과 양심의 문제 차원을 더 복잡하게 만드는지도 모른다. 법결정의 올바름은 결국 법관이 자기 자신을 올바르게 이해하는 정도에 달려 있다고 보기 때문이다. 법관을 포함하여 그 누구도 자신을 올바르게 이해하기란 결코 쉽지 않다. 자신의 판단력, 경험, 능력, 인간에 대한 태도, 감수성, 명예욕 등등.

카우프만의 법해석학적 순환이론이 법관의 독립 실현을 가능하게 하는 이론이라고 주장할 수는 없을 것이다. 그리고 어차피 독립은 법관 스스로 관철하는 것이 아니겠는가. 결론적으로 카우프만의 법해석이론의 의의는 법관이 자신의 선입견을 의식하는 것이야말로 법관의 독립을 위해 가장 중요한 요소임을 설득력있게 지적 해주며, 그런 방향에서 법관의 법해석 작업을 재평가했다는 데 있다고 말할 수 있겠다.

70) Arthur Kaufmann, 앞의 글, 148면.

71) Arthur Kaufmann, “Der BGH und die Sitzblockade”, *NJW* (1988), 2581면 이하.

72) 이 표현은 Karl Peters의 *Strafprozess - Ein Lehrbuch* (1966), 99면에 나오며 여기서는 Arthur Kaufmann, “Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit”, 149면에서 재 인용했다. 이덕연 교수도 카우프만의 해석학적 방법론에 입각하여 “법관의 법해석작업은 단순한 ‘인식작업’이나 ‘언어분석작업’이 아니라, “구체적인 반성과 자기극복의 노력 속에서 온 인격을 걸고 진행되는 ‘이해와 실천의 수행작업’”이라는 결론에 이른다 (앞의 글, 352면).

IX. 법관은 ‘하는 사람’인가 ‘보는 사람’인가

법관의 판단작업을 법관의 자기이해와 자기성찰의 관점에서 주목했던 또 다른 철학자는 한나 아렌트(Hannah Arendt)다. 그녀는 “아이히만 재판”을 계기로 판단의 특수한 경우로서의 판단력 문제를 연구했다.⁷³⁾ 아렌트는 하드케이스와 연관시켜 법관의 판단력 문제를 다룬다는 점에서 특히 주목할 만하다.⁷⁴⁾ 법관은 우선 자기 일이 아닌 남의 일을 반추하면서 판단에 임하는데, 이때 판단자로서 그는 한 면으로는 규칙에 따라 판단하라는 ‘일반적 정의’의 요구에, 그리고 동시에 다른 한 면으로는 정황에 맞게 판단하라는 ‘개별적 정의’의 요구에 처한다. 이러한 상황은 아렌트에 따르면 하드케이스에서 특히 발생한다. 이 이중적이고 모순적 요구 상황을 아렌트는 법관의 판단에 적용되는 특수한 해석학 및 그 조건을 설명하는 출발점으로 삼는다.⁷⁵⁾ 하드케이스가 아닌 통상적인 사건에서는 이른바 포섭 여부를 판단하는 것으로도 족하다. 일반규칙에의 포섭 여부가 중심이 되는 이 단계에서의 판단력 – ‘규정하는 판단력(bestimmende Urteilskraft)’ – 은 사실관계에서의 원인이나 형식적 정의를 따지므로 일방적이고 간주관적 전제 없이도 가능하다. 그래서 흔히 법관은 여론으로부터 영향을 받지 않고 법을 해석해야 한다고 말할 때, 이는 법적용을 이러한 지배적인 포섭모델에 입각하여 이해한 결과라 할 것이다. 그런데 규칙으로부터 오는 어떤 어려움들 때문에 규정하는 판단의 힘만으로는 감당할 수 없을 때가 있다. 즉 포섭이 어렵거나, 범함결 시 또는 가치형량이 요구되는 하드케이스에서는 법관은 어쩔 수 없이 앞에서 말한 모순문제를 다루어야만 한다. 이때 아렌트는 법관이 사유의 확장을 통해 방법상으로 ‘규정적 판단력’을 스스로 교정할 수 있는 ‘성찰적 판단력’을 발휘할 수 있다고 보고, 이 판단유형의 전환과정을

73) 법적 판단에 대해 처음으로 문제 삼은 저술은 Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, Erw. Aufl. (München, 2001). 그리고 Hannah Arendt, *Das Urteilen. Texte zu Kants Politischer Philosophie*, Hrsg. v. R. Beiner, Übers. v. U. Ludz (München, 1998).

74) 아렌트가 염두에 둔 하드케이스는 라트브루흐가 이른바 “법률적 불법” 상태로 규정된 나치의 불법국가 상황으로서 이렇게 극히 예외적인 케이스라는 점에서 일반적인 하드케이스에 적용되기는 어렵다고 생각할 수도 있다. 그러나 개별적 정의 요구에 부응함으로써 예컨대 소급효를 금지하는 일반법률에 위배되는 상황과 유사한 갈등상황은 반드시 극단적 상황에서만 생긴다고 볼 수는 없을 것이다.

75) Hannah Arendt, *Denktagebuch 1950 bis 1973*, 2 Bde., Hrsg. v. U. Ludz & I. Nordmann, (Dresden, 2002), 408면.

일종의 해석학적 순환으로 설명하고자 한다.⁷⁶⁾ 그 순환의 해석학적 출발점은 공통 감각(상식, *Gemeinsinn*, *sensus communis*)이다. “성찰과정의 척도는 무엇인가? …… 따라서 그 척도는 전달가능성이며 거기에 딱 맞는 것은 공통감각(상식)이다.”⁷⁷⁾ 오늘날 공통감각은 아렌트도 지적했듯이 더 이상 그것으로부터 출발할 수 있는 그 무엇이 아니라 얻고자 노력해야 하는 그 무엇이 되어버린 듯하다. 그러나 공통감각이 무너진 시대를 겪었던 아렌트는 사유의 전환 내지 확대를 위한 진정한 발판을 다시 모두가 공유하는 보편적 인간경험에서 구할 수밖에 없었는지도 모른다.⁷⁸⁾

아리스토텔레스 이래 실천철학의 전통에서는 세계와의 관계 그리고 자기와의 관계를 공통감각을 척도로 설정해가는 판단자가 ‘하는 사람’인지 아니면 ‘보는 사람’인지, 즉 ‘행위자’인지 아니면 ‘관찰자’인지를 둘러싸고 의견이 대립되어 왔다. ‘하는 사람’으로서의 판단자가 ‘정치가’ 쪽에 더 가깝다면 ‘보는 사람’으로서의 판단자는 ‘철학자’ 쪽에 더 가깝다. ‘하는 사람’은 주로 사회의 일반적 상식, 건전한 인간이해, 세론(*doxa*)을 판단의 척도로 삼는다. 그런데 우리의 역사적 경험은 전체주의 하에서는 건전한 인간이해도 집단화된 대중감정에 따른 오도된 인간이해 앞에 무너진다는 것을 보여주었다. 그러므로 판단에서 사실로서의 상식이나 합의 또는 법해석공동체 내부의 지배적 제도적 관점이라는 판단 척도만으로는 일반규칙으로부터 오는 모순을 다루기 어렵다. 여기서 판단자는 “확대된 사유방식”을 추구해야 하는데, 아렌트는 ‘하는 사람’의 판단을 ‘보는 사람’의 판단과 결합시킴으로써 법관을 위한 사유의 확대를 시도한다.⁷⁹⁾ ‘하는 사람’이 사실로서의 일반적 상식이나 인간이해 차원에 비추어 판단한다면 ‘보는 사람’은 여기서 한 걸음 더 들어가 “이상적 규범적 상식”⁸⁰⁾을 추구하고자 한다. 판단을 거쳐 법적 효과를 결정하는 법관

76) 아렌트의 판단력이론을 해석학적 순환이론을 적용하여 분석하면서, 칸트의 판단력 비판에 의거하여 아렌트가 판단력의 특수한 경우로서 법관의 “성찰적 판단력”이라는 새로운 판단유형을 제시했다고 지적한 연구서로는 Stefanie Rosenmüller, *Der Ort des Rechts. Gemeinsinn und richterliches Urteilen nach Hannah Arendt*, Nomos (2013) 참조.

77) Hannah Arendt, *Das Urteilen*, 92-93면.

78) 아렌트가 판단의 차원을 심화시키는 발판으로 삼는 상식은 *sensus communis*로서 *communis opinio*와는 다르다는 데 대해서는 Marieke Borren, “A Sense of the World’: Hannah Arendt’s Hermeneutic Phenomenology of Common Sense”, *International Journal of Philosophical Studies*, Vol. 21, No. 2 (2013), 225-255.

79) Hannah Arendt, *Das Urteilen*, 76면.

80) Rosenmüller, 앞의 책, 234면 이하. 여기서 아렌트는 상식개념을 이중적으로 사용하고 있음을 알 수 있다. 즉 ‘하는 사람’의 판단에서는 경험적 개념으로, 보다 성찰적 판단 단계에서는 규범적 개념으로 사용한다.

은 관찰자로서 판단하면서 동시에 행위자로서 판단에서 법적 결과를 결정하는 사람이다. 관찰자인 동시에 행위자라는 이중적인 역할을 하면서 법관은 자신의 일이 아닌 남의 일에 대해 반추한다.⁸¹⁾ 이 반추과정에서 법관은 한편으로는 포섭하는 판단을 하면서, 다른 한편으로는 다른 고려해야 할 관점들을 끌어들이면서 자신의 직책을 마지막까지 수행하는 가운데 스스로를 통제하면서 자신의 앞서의 (포섭) 판단을 정정해나간다. 그래서 법관 자신이 ‘보는 사람’과 ‘하는 사람’의 만남의 장소가 되는 것과도 같다. “이 보는 사람은 모든 하는 사람 안에 자리 잡고 있다…… 이 비판적 판단능력이 없이는 행위자 혹은 해결자는 보는 사람으로부터 풀려나 중내는 지각되지조차 못하게 될 것이다”⁸²⁾

사람들은 자신 일에 있어서는 비당파적일 수는 없다. 따라서 “자신의 일에 대한 판단에서는 내면의 심판자 혹은 내면의 법정을 가질 수 없다.”⁸³⁾ 그러나 다른 사람의 일을 반추해야 하는 사람이라면 필히 비당파적이어야 하며 또 비당파적이 될 수 있다. 이때 그는 비로소 내면의 심판자를 가지게 된다. 즉 양심의 문제에 처하게 되는 것이다. 판단에 있어서 양심이라는 것 즉 양심적으로 판단한다는 것은, 남의 일에서 “증인” 혹은 “비판적 친구”로서 관찰하고 행위하는 자신을 돌아본다는 것이다.⁸⁴⁾

아렌트의 성찰적 판단모델은 나치 불법국가 경험의 산물이다. 통상의 규칙이 파괴된 상황, 통상의 범죄유형에 포섭되지 않는 극히 예외적인 범죄적 상황에서 법원은 기존의 판단척도를 해석학적 출발로 삼아서는 안 되고, 이때에는 질적으로 동의가능한 합의형식을 찾기 위해 모두가 공유하는 보편적 인간경험으로 돌아가 진정으로 사유 즉 철학을 시작해야 한다는 것이다. 아렌트가 판단을 일반화해주는 거점이자 해석학적 출발점으로 삼은 공통감각(상식) 개념은 칸트철학에서 “비사교적 사교성” 개념의 위상과 비슷하다.⁸⁵⁾ 이 지상에서 인간은 서로 다른 모습으로 다른 것을 원하면서도 어쩔 수 없이 모여 살아야만 하는 존재다. 이 비사회성 요청과 사회성 요청의 동시성 때문에 인간에게는 제도적인 안착이 더없이 중요하며, 법은 그런 의미에서 우리 실존과 정치를 가능하게 하는 조건을 만든다. 판단의 기

81) Leora Y. Bilsky, *When Actor and Spectator Meet in the Courtroom. Hannah Arendt and Eichmann in Jerusalem*, G. N. Arad Hg. (Bloomington, 1996), 137면.

82) Hannah Arendt, 앞의 책, 85면.

83) Hannah Arendt, 앞의 책, 76면.

84) Hannah Arendt, *Denktagebuch 1950 bis 1973*, 657면.

85) Rosenmüller, 앞의 책, 18면.

초를 보편적 인간경험에 둔다는 점에서 아렌트가 말하는 판단력은 드워킨의 헤라클레스와 같은 초인적 천재성을 발휘하는 능력과는 다르다고 말할 수 있다.⁸⁶⁾ 아렌트가 상징하는 이상적인 법관은 철학적이지만 철학자는 아니고 정치적이지만 정치가는 아닌 사람이다.

아렌트는 헌법국가의 권위도 상식개념에 기반을 두고 설명한다. 그리고 민주적 정당성의 관점에서 입법의 우위를 인정하는 까닭에 성찰적 판단에 입각한 법관의 검증에는 한계가 있다는 태도를 견지한다.⁸⁷⁾ 그럼에도 불구하고 아렌트가 제시한 법관의 성찰적 판단 유형에 대해서는 다양한 비판이 제기될 수 있다. 우선 이것에 예외 상황에서 적용되는 판단모델로 상정된 것이며, 무엇보다도 “규범적 상식”에 대한 단일한 이해기반을 확보할 수 없기 때문에, 법관 개인의 주관적 정치적 신념이 판단에 영향을 미치는 길을 피할 수 없다는 비판이 가능하다. 그렇다면 성찰적 판단력은 결국 레토릭에 불과한 것인가? 아렌트는 그러나 무엇이 “특정 상황에 맞는 공통감각(situierte Gemeinsinn)”인지에 대한 공동의 인식은 가능하며, 또 법관의 ‘하는’ 판단에 들어있는 정치적 함의를 성찰적 판단력으로 검증하는 것도 가능하다고 생각한다. 이를 위해 아렌트가 마지막 검증심급으로 원용하는 것이 바로 판단에서의 양심의 심급이다. 그것이 과연 동의할 수 있는 합의형태로서 충분한지를 스스로 검증하는 이 심급에서 판단자는 명령조로 자기에게 전해지는 소리를 듣게 된다. “멈춰. 나는 그것은 할 수 없어.”⁸⁸⁾ 판단의 책임을 피하기 위해서 멈추는 것이 가능한 이 성찰적 심급에서는 칸트와 달리, 할 수 없는 이유로써 결과도 고려된다. ‘보는 사람’이 자기 안에서 지켜보는 ‘하는 사람’의 판단상황은 토마스 아퀴나스의 양심론에 비추어 다음과 같이 묘사될 수도 있겠다. 지적 본성을 가진 인간 존재가 보편법칙에 관한 지식을 개별 행위에 적용하기 위해 판단하고 선택할 때, 행위자는 갈등 상황 – “그렇게 해야 함에도 불구하고 그렇게 하고 싶지 않다”는 상황 – 에 처하여 멈칫하고 스스로를 돌아보게 되는데, 이때 그는 단지 갈등하고 선택하는 역할만 하지 않고 갈등하고 선택하는 이 과정을 “관찰하고 목격하는 증인”의 역할도 한다는 것.⁸⁹⁾

86) 드워킨에 의하면 해석적 탐구는 “어떠한 증명도 허용치 않고 어떠한 수렴도 약속치 않는 탐구”이다(드워킨, **정의론**, 203면).

87) Rosenmüller, 앞의 책, 30면.

88) Hannah Arendt, *Über das Böse. Eine Vorlesung zu Fragen der Ethik*, Hrsg. v. J. Kohn (München, 2003), 52면.

89) 지적 행위자가 걸으려는 드러나지 않는 자신의 내면의 갈등과 선택과정을 바라보는

X. 방법에서 덕목으로

헌법 제103조는 한 면으로는 헌법과 법률에 대한 복종을 요구하는 동시에 다른 면으로 해석자에게 여하한 영향으로부터 벗어날 것을 요구한다는 점에서 ‘**제약의 차원**’과 ‘**자유의 차원**’을 동시에 담고 있다. 법관은 자유로울 때에라도 완전히 자유로운 것은 아니며, 법에 구속될 때에라도 전적으로 구속되지 않는다는 뜻이기도 하다. 이 ‘자유와 구속의 변증법’에 비추어 지금까지 논한 주제에 대해 몇 가지 입장을 정리해 보자. 첫째, 법관에게 있어서 독립은 확정된 원칙이나 그것자체로서 달성해야 할 최종목표가 되는 것은 아니다. 법관의 독립은 완성형이 아니라 끊임없는 **진행형의 과제**로서 그 직무수행에 대한 신뢰와 병행하여 점진적으로 이루어지는 것이다. 둘째, 법관의 법률구속원칙에 있어서 구속은 법률에 무조건 복종한다는 의미가 아니라, 판결에 대한 **윤리적(내적) 확신과 함께 법률에 복종**한다는 의미를 지닌다. 법관이 실정법률에 반하는 결정을 해도 된다는 의미가 아니라, 법관은 객관성을 빌미로 법률 뒤에 숨는 **익명적 존재**가 되어서는 안 된다는 것을 의미하는 것이다. 셋째, 독립적인 법관의 양심은 ‘**법과 상충한다**’기보다는 ‘**법을 실현**한다’는 의미를 지닌다. 넷째, 자기 일이 아닌 남의 일에 대해서 반추하면서 ‘하는 사람’인 동시에 ‘보는 사람’의 역할을 하는 사람은 본질적으로 **성찰적인 인물상**으로서만 설정될 수 있다.

해석적 탐구는 우리의 이해를 넓히기 위해서 필요하지만 이해에서의 우리의 피할 수 없는 한계를 깨닫기 위해서도 필요했는지 모른다. 앵기쉬는 법해석방법론에 대한 저술의 마지막 부분에 다음과 같은 말을 남겼다. “방법론에 천착하다 보면 애초의 문제였던 법률로부터 훨씬 더 먼 곳으로 이끌려 간다.” 지금까지 필자는 법관의 법해석과 관련하여 방법론의 의의와 한계를 논하고, 카우프만의 해석학적 방법론과 아렌트의 판단력이론에 비추어 법관의 자기이해와 자기성찰이 법해석론의 불가결한 부분으로 들어가게 되는 이유도 밝혔다. 그리고 해석적 차원에서의 가치에 대한 법관의 숙고는 이론적 탐구가 아니라 궁극적으로 행위를 목표로 하는 탐구라는 것에 대해서도 지적했다.

이제 마지막으로 필자는 이 모든 논의들을 매개로 방법론이 우리를 더 멀리 덕목론으로 데려가는 과정에 대해 간단히 언급하고자 한다. 이를 위해서는 드워킨의

상황에 대한 이 묘사 부분은 이경재, “토마스 아퀴나스의 양심 개념”, 진교훈 외, 앞의 책, 375면을 참조했다.

헤라클레스를 잠시 불러올 필요가 있다. 해석문제를 누구보다도 더 진지하게 다룬 드워킨은 마지막에 헤라클레스를 내세운다. 주어진 사건에서 무엇이 법인지에 대해 도덕적 의식을 가지고 법실무 전체를 원리정합적으로 정당화하라는 요청에 부응하여 자신의 신념에 기초한 결정을 내리는 헤라클레스! 헤라클레스의 구성적 해석에서 법관의 양심이 기능하는 국면은 어디일까? 송민경 판사는 드워킨의 구성적 해석론에 입각하여 양심을 구체적 법논증과정의 일부로 포함시키면서, 이때 양심이 법을 일관된 법원리에 비추어 해석하라는 지침으로 기능한다고 설명한다.⁹⁰⁾ 그런데 법을 일관된 법원리에 비추어 해석하는 지침으로 기능하는 것을 양심이라고 보게 되면, 양심의 문제는 논증적 합리성의 차원 즉 논증의 성공으로 종결짓게 된다. 그러나 법적 결정의 정당성 문제는 법관의 입장에서는 논증의 성공 문제로 다루어지지만, 법관의 성공적인 논증에 따른 판결의 결과로부터 영향을 받는 시민의 입장에서 보면, 성공적인 논증만으로는 해석이 정당화된다고 볼 수는 없다. 성공적인 논증은 법적 결정의 정당화에 필수적이기는 하나 충분한 조건은 되지 못한다. 해석이 궁극적으로 정당화되기 위해서는 사법적 도덕성이 충족되어야 한다. 이 사법적 도덕성은 헤라클레스가 지침으로 삼는 원리적 도덕성의 실현과는 다른 것이다. 만약 패소한 시민이 다른 헤라클레스에게 갔더라면, 즉 다른 법원리에 기초한 신념을 토대로 다른 결정을 내린 다른 법관에게 갔다면, 그는 승리할 수도 있었다! 그렇다면 그의 입장에서는 자신이 왜 헤라클레스의 결정을 받아들여야 하는지에 대한 답이 필요한 것이다.⁹¹⁾ 헤라클레스가 실무에 대한 최상의 정당화를 도모하는 법적 이상주의자라면, 자신의 권리를 찾고자 법원 문을 두드린 시민도 어느 의미에서 “법이상주의자”⁹²⁾이다.

법해석 작업의 주관의존성이라는 불가피한 한계에도 불구하고 재판이라는 특수한 공적 활동이 법관이라는 특수공직자에 의해 운영되고 유지된다는 것은, 시민들 – 소송에서 패한 시민들을 포함하여 – 편에서 보면, 법을 해석하는 법관에 대한 신뢰가 전제된다는 것이다. 법관의 독립적 활동은 법관의 특권 행사가 아니라 사

90) 송민경, 앞의 글, 38면, 20면.

91) 사법적 덕목과 연관하여 이 부분을 다룬 글로는 Iris van Domselaar, “Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2015 (44) 1, 25면 이하.

92) 법원 문을 두드리는 시민에 대한 이 표현은 심헌섭, “법조윤리의 좌표: 거시적 관점에서 본 전문윤리로서의 법조윤리”, 서울대학교 법과대학 편, *法律家の 倫理와 責任*, 박영사 (2003)에 나온다.

법과정에 참여하는 시민들에게 응당한 몫이 돌아가게 하기 위한 것이다. 재판의 결과를 시민들이 존중하는 바탕에는 일종의 상호성 원리가 작용하고 있다. 그 또한 시민이기도 한 법관이 동료시민들에 대해 가지는 배려와 존중의 원칙이 그것이다.

여기서 사법적 덕목에 대해 자세히 논할 수는 없다.⁹³⁾ 예의, 성실, 신중, 절제, 용기, 공정, 겸손, 의사소통 능력, 형평, 시민에 대한 배려와 존중 등등. 이것들은 재판의 결과를 시민들이 받아들일 수 있도록 하는 바탕을 이루는 양심의 덕목들일 것이다. 양심이라는 단어가 그렇듯이 덕목이라는 단어도 오늘날 진부해진 표현이며 거의 사라져가는 단어다. 윤리적 태도로서의 덕목은 관찰하기도 배우기도 어렵다. 그러나 올바른 판단과 결정이 법관이라는 개인을 거치지 않고 법령집 자체로부터 반사적으로 튀어나오지 않는 한, 이 덕목들을 내면화하고 지향하려는 태도 없이는 ‘중국적인’ 판단의 자리는 존재하지 않는다.

이로써 필자는 헌법 제103조를 통해 법해석에서의 방법론의 문제가 덕목론이라는 다음 과제로 이어진다는 점을 밝혔다고 생각한다.

투고일 2016. 4. 6	심사완료일 2016. 5. 18	게재확정일 2016. 5. 20
----------------	-------------------	-------------------

⁹³⁾ 법관의 개별적인 덕목들과 이것들의 상호관계에 대해서는 박은정, 강태경, 김현섭, 바람직한 법관상의 정립과 실천 방안에 관한 연구, 법원행정처(2015), 제5장 참조할 것.

참고문헌

- 권영성, **헌법학원론**, 법문사(2010).
- 김철수, **헌법학신론**, 박영사(2013).
- 김현섭, “법관의 양심과 독립에 대한 헌법 제103조의 해석”, 한국법철학회 월례독회 발표문(2015. 4. 25).
- 김황식, **연필로 쓴 페이스북, 之山通信**, 나남(2013).
- 박은정, **왜 법의 지배인가**, 돌베개(2010).
- 박은정, 강태경, 김현섭, 바람직한 법관상의 정립과 실천 방안에 관한 연구, 법원행정처(2015).
- 사법연수원, **법조윤리론**(2014).
- 성낙인, **헌법학**, 법문사(2014).
- 송민경, “법관의 양심에 관한 연구”, **사법논집**, 제58집(2014).
- 심현섭, “법조윤리의 좌표: 거시적 관점에서 본 전문윤리로서의 법조윤리”, 서울대학교 법과대학 편, **法律家の 倫理와 責任**, 박영사(2003).
- _____, **분석과 비판의 법철학**, 법문사(2001).
- 양창수, “바람직한 법관상 - 기예와 지혜 사이”, <근대사법 및 한성재판소 설립 120주년 기념 1895~2015 소통컨퍼런스: 역사에 비취 본 바람직한 법관상> 자료집(서울중앙지방법원, 2015. 5. 11).
- 오세혁, “켈젠의 법이론에 있어서 규범과 가치 - 규범과 가치의 상관관계를 중심으로”, **법철학연구**, 제18권 제3호(2015).
- 윤재왕, “한스 켈젠의 법해석이론”, **고려법학**, 제74호(고려대학교 법학연구원, 2014).
- 이덕연, “헌법 제103조에서 법관의 독립과 양심”, **공법연구**, 제38집 제2호(한국공법학회, 2009).
- 정종섭, **헌법과 정치제도**, 박영사(2010).
- 조홍식, **사법통치의 정당성과 한계**, 제2판, 박영사(2010).
- 진교훈 외 19인, **양심: 고대로부터 현대에 이르기까지의 양심의 의미**, 서울대학교 출판문화원(2012).
- 허 영, **한국헌법론**, 전정11판, 박영사(2015).
- 닐 맥코믹, 로버트 서머즈, “해석과 정당화(上)”, 박정훈 역, **법철학연구**, 제5권 제2호(2002); “해석과 정당화(下)”, 박정훈 역, **법철학연구**, 제6권 제1호(2003).

- 로널드 드워킨, **정의론**, 박경신 옮김, 민음사(2015).
- 론 폴러, **법의 도덕성**, 박은정 옮김, 서울대학교출판문화원(2015).
- 임마누엘 칸트, **순수이성비판 1**, 백종현 옮김, 아카넷(2009).
- _____, **윤리형이상학 정초**, 백종현 역, 아카넷(2005).
- 칼 앵기쉬, **법학방법론**, 안법영/윤재왕 옮김, 세창출판사(2011).
- Apel, Karl Otto, *From a Transcendental Semiotic Point of View*, Manchester University Press (1998).
- Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, Erw. Aufl. (München, 2001).
- _____, *Das Urteilen. Texte zu Kants Politischer Philosophie*, Hrsg. v. R. Beiner, Übers. v. U. Ludz (München, 1998).
- _____, *Denktagebuch 1950 bis 1973*, 2 Bde., Hrsg. v. U. Ludz & I. Nordmann (Dresden, 2002).
- _____, *Über das Böse. Eine Vorlesung zu Fragen der Ethik*, Hrsg. v. J. Kohn (München, 2003).
- Bilsky, Leora Y., *When Actor and Spectator Meet in the Courtroom. Hannah Arendt and Eichmann in Jerusalem*, G. N. Arad Hg. (Bloomington, 1996).
- Borren, Marieke, “‘A Sense of the World’: Hannah Arendt’s Hermeneutic Phenomenology of Common Sense”, *International Journal of Philosophical Studies*, Vol. 21, No. 2 (2013), 225-255.
- van Domselaar, Iris, “Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2015 (44) 1.
- Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl. (Frankfurt a.M., 1972).
- Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 3. Aufl., J. C. B. MOHR (1972).
- Kant, Immanuel, *Kritik der Praktischen Vernunft*, Philosophische Bibliothek, A 175 (2003).
- Kaufmann, Arthur, “Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit”, *Festschrift für Karl Peters*, Mohr Siebeck (1974).
- Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin, 1925).

_____, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960).

Rosenmüller, Stefanie, *Der Ort des Rechts. Gemeinsinn und richterliches Urteilen nach Hannah Arendt*, Nomos (2013).

Simon, Dieter, *Die Unabhängigkeit des Richters* (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975).

Sunstein, Cass R., “Incommensurability and Valuation in Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 92, No. 4 (1994).

<Abstract>

Independence and Conscience of the Judges Based on Interpretive Method for Article 103 of the Korean Constitution

Pak, Un Jong*

In this paper I aim to discuss the problem of independence and conscience of the judges as outlined in Article 103 of the Korean Constitution in the context of the interpretive methodology.

First of all this paper will look at the background in which the independence of the judges has been institutionalized, and also the problems regarding usual explanation for conscience in Article 103 of the Constitution. And I will try to reveal the characteristics and difficulties of the interpretive actions of the judges, especially in connection to the issue of value judgment. This would require pointing out the problems and limitations of the interpretive methodology and at the same time defining the nature of tension embedded in Article 103 of the Constitution, namely the tension between the obligations of the judges to abide the law versus the subjective, internal demeanor of the judges. This tension-ridden condition reenacted by the demand to follow ‘general justice’ versus ‘individual justice’ appears inevitably in the process of judicial interpretation. I will examine the theories that capture this kind of tension that accompany the interpretation process and aim to feel out the possibilities of resolving this tension. At the end I come to the conclusion that these theories can explain but cannot resolve this tension in Article 103 of the Constitution. If so the problem which arises from the limitations of the interpretative methodologies, from the perspective that a judge’s final decision greatly impacts citizens, becomes a problem of judicial ethics. In order to ultimately justify the interpretation of the judges the demands of judicial ethics must be satisfied. Keeping this demand in

* Professor, College of Law / School of Law, Seoul National University.

mind, I point out that the significance of Article 103 of the Constitution is in its role of bridging legal methodology to virtue ethics.

Keywords: independence of the judges, conscience of the judges, interpretive method of law, value judgment, judicial virtue

