

## 다원주의로서의 역동적 법률해석\*

권 경 휘\*\*

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 일원주의로서의 원의주의에 대한 비판
- III. 다원주의로서의 역동적 법률해석
- IV. 결론

### I. 서론

법률을 어떻게 해석해야 하는가는 당연히 지속적인 관심사였지만 미국의 법학계에서 이 문제를 하나의 학문적인 관심의 대상으로 본격적으로 다루기 시작한 것은 1980년대부터였다.<sup>1)</sup> 이처럼 법률해석에 관한 이론적 논의가 본격적으로 다루어지기 시작한 상황에 대하여 에스크리지(W. N. Eskridge)는 다음과 같이 상징적으로 묘사하고 있다.

법률해석은 법학계의 신데렐라이다. 한때 조롱과 멸시를 받으면서 부엌에서 지내야했지만, 지금은 연회장에서 춤을 추고 있다.<sup>2)</sup>

\* 이 글은 2024년 1월 26일에 개최된 “서울대학교 법학연구소 공동연구학술대회: 민법의 해석”에서 발표된 것을 수정·보완한 것임.

\*\* 영산대학교 교수. 법학박사.

1) W. N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, 1994, p. 1. 미국의 법률해석론에 관해서는 남기윤, “현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법론의 새로운 전개”, 「저스티스」 제100호, 한국법학원, 2007; 최봉철, “미국의 법률해석론 개관”, 「저스티스」 제176호, 한국법학원, 2020 참조.

2) Eskridge (1994), p. 1.

1980년대에 이처럼 법률해석에 관한 논의가 활발해진 것은 다음의 세 가지 이유에서였다.<sup>3)</sup> 첫째는 United Steelworkers v. Weber 사건(1979)과 같이 정치적으로 논쟁거리가 되기에 충분한 판결들이 등장하였기 때문이었고, 둘째는 공공선택이론의 등장으로 인하여 입법자의 의도에 대한 종래의 논의를 불신하게 되었기 때문이었으며<sup>4)</sup>, 셋째는 국민의 대표인 입법부에 의하여 제정된 법률과 법원에 의하여 만들어지는 커먼로 사이의 민주적 정당성 문제가 제기되었기 때문이었다.

에스크리지에 따르면, 1980년대 법률해석에 관한 이론들에서 중심으로 다루어진 논의는 법률의 원의(original meaning)에 관한 것이었다.<sup>5)</sup> 즉, 법률의 원의를 어떻게 밝혀낼 수 있을까라는 문제에 집중하는 원의주의(originalism)<sup>6)7)</sup>가 주류적 입장이었다고 할 수 있다.

원의주의는 원의가 의미하는 바에 따라 크게 3가지의 입장으로 나눌 수 있다.<sup>8)</sup> 첫 번째는 원의를 입법자의 원래 의도(legislature's original intent)로 보는 의도주의(intentionalism)이고<sup>9)</sup>, 두 번째는 헨리 하트(H. M. Hart)와 삭스(A.

3) 남기윤, 「법학방법론」, 고려대학교출판부, 2014, 644면.

4) 공공선택이론이 가져온 입법자의 의도에 대한 불신에 관해서는 권경휘, “입법의도’는 법해석의 보편적 기준이 될 수 있는가?: 애로우의 불가능성 정리의 적용”, 「법과 사회」 제57호, 법과사회이론학회, 2018 참조.

5) Eskridge (1994), p. 13.

6) “원의주의”라는 표현은 1980년에 브레스트(P. Brest)에 의해 다음과 같은 의미로 처음 제안되었으며 이후 널리 받아들여지게 되었다. “원의주의’라는 표현을 통하여 나는 헌법의 문언과 제정자들의 의도에 구속력이 있는 권위를 부여하는 헌법재판에 대한 익숙한 접근 방법을 의미한다. 적어도 마샬(Marshall) 대법원장이 헌법이 서면 문서라는 사실의 중요성을 강조한 Marbury v. Madison 사건 이래로, 어떤 형태로든 원의주의는 미국 헌법의 전통에 있어서 주요 주제 중 하나가 되어 왔다.” P. Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston Law Review* vol. 60, 1980, p. 204.

7) 아직 우리학계에서는 originalism에 대한 확정된 번역어가 없는 상태라고 할 수 있다. 원본주의, 원의주의, 원래주의 등 다양한 번역어가 존재한다. 이에 대해서는 남기윤, “현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법: 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론의 연구(4-2)”, 「저스티스」 제100호, 한국법학원, 2007; 이계일, “볼킨(J. Balkin)의 ‘살아있는 원본주의’: 헌법의 예로 살펴본 법의 안정성과 역동성”, 「법철학연구」 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012; 함재학, “드워킨의 헌법사상: 헌법적 통합성과 파트너십 민주주의”, 「법철학연구」 제12권 제1호, 한국법철학회, 2009를 참조할 것.

8) 원의주의가 구체적으로 무엇을 의미하는 지에 대한 논란에 관해서는 L. B. Solum, “What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, *The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory*, ed. G. Huscroft & B. W. Miller, Cambridge University Press, 2011을 참조.

9) Eskridge (1994), p. 14.

M. Sacks)가 설명한 것처럼<sup>10)</sup> 법률의 목적 내지는 목표를 밝혀낸 후 그 목적 내지 목표에 가장 부합하는 해석이 무엇인지를 결정함으로써 법률의 모호성을 해결할 수 있다는 목적주의(purposivism)이며<sup>11)</sup>, 세 번째는 이스터브룩(F. Easterbrook) 판사와 스칼리아(A. Scalia) 대법관 등에 의하여 주장된 문언주의(textualism)<sup>12)</sup>로 법률에 사용된 언어의 명백한 의미가 법률해석의 출발점이자 대부분의 경우 종착점이라고 보는 입장<sup>13)</sup>이다.

이러한 주류적 입장에 반대하여 에스크리지는 “역동적 법률해석”(dynamic statutory interpretation)이라는 방법론을 주장한다.<sup>14)</sup> 본래 에스크리지는 “비원 의주의적 해석”(nonoriginalist statutory interpretation)이라는 명칭을 사용하고 자 하였지만 그의 동료 피스(O. Fiss)와 월커(L. Walker)가 이러한 명칭이 너무 복잡하다고 거부하였고, 그래서 역동적 법률해석이라는 명칭을 고안하게 되었다고 한다.<sup>15)</sup> 이러한 명칭의 고안 과정에서도 알 수 있듯이, 역동적 법률해석은 “해석자에 의한 법률해석이 반드시 원래의 입법자가 동의할 만한 해석일 필요는 없고, 제정과 해석 사이의 간격이 클수록 순수한 원의주의적 고찰은 불가능하고 별로 관련성도 없다”는 테제를 주장한다.<sup>16)</sup>

하지만 역동적 법률해석이라는 표현은 종래의 원의주의와의 차이를 명확하게 드러내지 못해 보인다. 에스크리지가 궁극적으로 주장하고자 하는 바를 이해하기 위해서 다음의 인용문을 살펴보자.

법관들은 법률을 어떻게 해석하는가? 그리고 그들은 법률을 어떻게 해석해야만 하는가? 많은 논평가들은 사법 해석이, 거대이론으로부터 영감을 받는다, 혹은 적어도 그래야만 한다고 주장한다. 우리는 이러한 논평가들이

10) H. M. Hart & A. M. Sacks, *Legal Process Basic Problems In The Making And Application Of Law*, ed. W. Eskridge & P. Frickey, Foundation Press, 1995.

11) Eskridge (1994), pp. 25-26.

12) 문언주의(textualism)라는 표현은 잭슨(R. Jackson) 판사가 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)에서 교조적 문언주의(doctrinaire textualism)와 다른 입장을 취한다고 표현한 것에서 비롯되었다. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), 640.

13) Eskridge (1994), p. 34.

14) 에스크리지의 역동적 법률해석에 대한 국내의 소개로는 안민영, “W. Eskridge의 역동적 법률해석론에 관한 방법론적 의의”, 『동아법학』 제98호, 동아대학교 법학연구소, 2023을 참조.

15) Eskridge (1994), p. vii.

16) Eskridge (1994), p. 5.

기술적으로나 규범적으로나 모두 잘못되었다고 생각한다. 즉, 법률해석에 대한 법관들의 접근방법은 어떠한 거대한 이론에도 영감을 받지 않고 일반적으로 절충적이며, 이것은 좋은 방법론이다. 다시 말해, 우리는 법률해석의 이론화에서 근본주의가 잘못된 전략이며, “실천적 추론(지혜)”에 기반을 둔 보다 겸허한 접근방법이 더 자연스럽고 유용하다고 주장한다.<sup>17)</sup>

따라서 “역동적 법률해석”이라는 표현보다는 원의주의가 법률의 원의를 입법당시에 정해지는 하나의 고정적인 것이라고 본다는 점에서 “일원주의”(monism)라고 구분하고 이와 달리 자신의 입장은 법률을 해석함에 있어서 상황에 따라 다양한 해석의 근거를 활용해야 하고 법률의 제정 이후에 발생한 고려사항들 역시 해석의 근거가 될 수 있다고 본다는 점에서 “다원주의”(pluralism)라고 표현하는 것이 더 나았을 것이라고 생각한다.

제2장에서는 일원주의로서의 원의주의가 가지는 문제점, 즉 법률해석을 입법당시에 정해지는 하나의 고정적인 의미를 “발견”하는 것으로 보는 것이 사건을 판결함에 있어서 결정적인 해답을 제시해주지 못한다는 것을 보여주고자 한다. 제3장에서는 다원주의로서의 역동적 법률해석이 이론적으로 어떻게 설명되고 정당화되는지 살펴보고자 한다. 제4장에서는 역동적 법률해석이 이론적으로 그리고 현실적으로 가지는 한계점에 대하여 지적하고자 한다.

## II. 일원주의로서의 원의주의에 대한 비판

에스크리지는 원의주의를 비판하고 역동적 법률해석을 옹호하기 위하여 판결하기 어려운 사건들(hard cases)에서는 원의주의가 결정성을 가지지 못한다는 것을 보여주고 역동적 법률해석이 가지는 장점을 보여주는 전략을 취하고 있다. 이 장에서는 이러한 에스크리지의 전략이 잘 드러나도록 민권법 제7장에 대한 해석을 제시한 3명의 대법관들, 즉 렌퀴스트(W. H. Rehnquist), 브레넌(W. J. Brennan), 스칼리아(A. G. Scalia)의 논변들을 필요에 따라 의도주의, 목적주의, 문언주의를 잘 대변하는 형태로 재구성해보고 이에 대한 에스크리지의

17) W. J. Eskridge, Jr. & P. P. Frickey, “Statutory Interpretation as Practical Reasoning”, *Stanford Law Review* vol. 42, 1990, pp. 321-322.

비판을 소개하고자 한다.

민권법 제7장의 해석이 문제가 되었던 대표적인 사례로는 *United Steelworkers v. Weber* 사건(1979)을 들 수 있을 것이다. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 백인이었던 웨버(B. F. Weber)는 카이저 알루미늄 앤 케미컬 코퍼레이션(Kaiser Aluminum and Chemical Corporation)의 화학공장에서 일하고 있었다. 1974년 단체교섭에 의하여 카이저사와 전미 철강노동조합은 공장 내의 아프리카계 숙련기술자의 비율이 지역노동자의 아프리카계 비율과 비슷해질 때까지는 연공서열에 따라 교육생을 선발하는 숙련교육과정에 선발인원의 50% 이상을 아프리카계로 채워야 한다는 자발적인 소수자우대조치(affirmative action)에 대하여 합의하였다. 그레머시(Gramercy) 공장에서 13명의 숙련교육과정생을 선발하였는데 이 중 7명이 흑인이었다. 이러한 소수자우대조치에 따라 웨버는 더 선임임에도 불구하고 백인이라는 이유로 탈락하게 되었다. 그러자 웨버는 카이저사가 숙련교육과정에 자신을 백인이라는 이유로 탈락시키고 흑인을 선발한 것은 민권법(Civil Rights Act) 제7장의 제703조 (a) 및 (d)를 위반한 것이라고 주장하였다.<sup>18)</sup> 민권법 제703조 (a)는 어떤 개인을 “인종, 피부색, 종교, 성별 혹은 출신 국가”를 이유로 차별하는 것을 불법으로 규정하고 있는데 이러한 규정이 자발적인 소수자우대조치를 금지하고 있는지가 문제가 되었다.<sup>19)</sup>

Weber 사건에서 브레넌 대법관을 포함한 다수의견은 목적주의의 관점에서 법률의 ‘정신’ 내지는 ‘목적’에 초점을 두고자 하였다. 그래서 그는 자발적인 소수자우대조치가 민권법 제7장에 위배되지 않는다는 주장하였다.

반면 이 사건에 대하여 반대의견을 낸 렌퀴스트 대법관은 의도주의의 관점에서 입법의 과정에 대한 고찰을 통하여 입법자들은 고용주들이 소수자에게 우대조치를 하는 것을 금지하는 것을 의도하고 있었고 따라서 해당 사건의 숙련교육과정에서 웨버가 인종을 이유로 탈락된 것은 불법이라고 주장하였다.

Weber 사건이 있는 후 1986년에 스칼리아 대법관이 임명이 되었는데, 그는 *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987)에서 민권법 제7장에 대하여 문언주의적 해석을 주장하면서 Weber 사건에서 제시된 다수의견을 비

18) 미국의 민권법 제7장에 대한 자세한 설명으로는 이병운, “미국의 고용차별금지법제에 관한 연구: 민권법 제7편을 중심으로”, 『동아법학』 제67호, 동아대학교 법학연구소, 2015를 참조.

19) Eskridge (1994), pp. 14-15.

난하였다.

이러한 Weber 사건을 중심으로 에스크리지가 일원주의, 즉 원의주의의 다양한 형태들(의도주의, 목적주의, 문언주의)을 어떻게 비판하는지 차례도록 살펴 보자.

## 1. 의도주의에 대한 비판

### (1) 의도주의의 의의

의도주의는 입법부의 의도를 법률해석의 핵심으로 보지만 실무적으로나 이론적으로나 대체로 그것은 법률의 언어가 명확하지 않아 해석이 필요한 경우나 명확한 법률의 의미를 따르게 되면 지나치게 불합리한 결과가 발생한 경우에 입법부의 의도에 기초하는 입장이다.<sup>20)</sup> 브라이어(S. Breyer) 대법관은 법관들이 입법의 역사, 즉 입법부의 의도를 활용하는 경우를 다음과 같이 정리하고 있다.

1. 법률의 문언을 그대로 적용할 경우 발생하는 불합리한 결과를 피하기 위하여<sup>21)</sup>
2. 편집상의 오류를 피하기 위하여<sup>22)</sup>
3. 전문화된 용어의 의미를 확인하기 위하여<sup>23)</sup>
4. 법률의 “합리적인 목적”을 확인하기 위하여<sup>24)</sup>
5. 정치적으로 다툼이 있는 법률의 합리적인 해석들 중에서 선택하기 위하여<sup>25)</sup>

이러한 의도주의는 근대 초기부터 오늘날에 이르기까지 영미 법학계에서 의식적으로든 무의식적으로든 주류적인 위치를 차지해왔다. 법률해석에 있어서 입법자의 의도가 가장 자주 언급되는 기준이며, 심지어 미연방대법원은 자신들

---

20) 물론 이론상으로는 법률의 언어가 명확하고 그 결과가 지나치게 불합리하지 않은 경우조차도 입법부의 의도가 우선한다는 입장이 존재할 수 있다.

21) S. Breyer, “On The Uses Of Legislative History In Interpreting Statutes”, *Southern California Law Review* vol. 65, 1992, pp. 848-849.

22) Beyer(1992), pp. 850-851.

23) Beyer(1992), pp. 851-853.

24) Beyer(1992), pp. 853-856.

25) Beyer(1992), pp. 856-861.

의 유일한 임무가 의회가 실제로 그러한 의도를 했는지 여부를 결정하는 것이라고 언급하기도 한다.<sup>26)</sup>

의도주의가 이처럼 주류적인 위치를 차지해 온 이유는 쉽게 납득할 수 있다. 법의 본성과 대의제 민주주의의 구조에 비추어 볼 때 의도주의는 매우 자연스러운 입장이라고 할 수 있기 때문이다. 즉, 입법부가 가장 주요한 법제정자이고 해석자가 그 대리인이라면, 해석자로 하여금 입법자의 의도를 따르게 하는 것은 대의제 민주주의의 당연한 요청일 것이다.<sup>27)</sup>

이러한 관점에서 버거(W. E. Burger) 대법관은 누군가가 입법부의 일원이라면 기존의 입법자의 의도를 벗어난 더 훌륭한 결과에 대하여 찬성하여 법률안의 개정안에 동의할 수 있겠지만 만약 그가 법률에 대하여 해석해야 하는 법관이라면 권력분립의 원칙을 존중하여 입법자의 의도에 따라야만 하고 그렇지 않고 입법자의 의도에 완전히 반하여 법률을 해석하는 것은 법률을 “개정”하는 것이라고 주장한다.<sup>28)</sup> 특히 그는 카도조(B. N. Cardozo)의 「사법과정의 본성」을 인용하여 판결하기 어려운 사건들에서 판사들이 자신의 권한을 넘어서도록 유혹받는 것을 경계한다.

판사는 자유로울 때조차 완전히 자유로운 것이 아니다. 그는 임의로 혁신을 추구해서는 안 된다. 그는 미와 선에 대한 자신의 이상을 좇아 돌아다니는 기사와 같은 존재가 아니다. 그는 신성한 원칙들로부터 영감을 받아야 한다. 그는 돌발적인 감정, 즉 모호하고 불규칙한 자비심에 굴복해서는 안 된다. 그는 전통에 기반하고 유추의 방법으로 이루어지며 제도에 의하여 훈련되고 ‘사회적 생활에서의 질서의 기본적인 필요성’에 순응된 재량행위를 행사해야만 한다.<sup>29)</sup>

버거에 따르면, 카도조가 주장하고자 하는 것은 “좋은 결과”를 경계해야 한다는 것이다. 즉, 한번 선한 동기를 가진 사람들이 부적절한 사법절차를 하는 것을 정당화해준다면, 이후에는 타인들이 겉으로 “좋은 결과”를 내세우는 무분

26) *Commissioner v. Engle*, 464 U.S. 206 (1984), 214.

27) Eskridge & Frickey (1990), p. 326.

28) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 216-217.

29) B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921, p. 141.

별한 행동들을 하는 것까지도 정당화해주어야 할 것이기 때문이다.<sup>30)</sup>

## (2) 의도주의의 실례: 렌퀴스트 대법관의 반대의견

Weber 사건에서 반대의견을 낸 렌퀴스트 대법관은 이 판결이 1979년이 아니라 더 미래인 1984년이나 나왔어야 할 시대를 앞선 판결이라고, 다시 말해서 입법자의 의도를 벗어나 법률의 원의를 변경시킨 상황은 오웰(G. Orwell)의 「1984」의 한 장면과 같다고 맹렬하게 비난하였다.<sup>31)</sup>

그의 연설을 들으면 점점 설득당하다가 결국 미쳐버리게 된다. ... 연설이 20여 분 정도 진행되었을 때 전달자가 급히 단상으로 올라와 종이쪽지를 연사의 손에 쥐여 주었다. 그는 연설을 멈추지 않고 그 쪽지를 펴 읽었다. 그의 목소리나 태도, 연설 내용엔 아무 변화가 없었다. 그러나 갑자기 명칭이 바뀌었던 것이다. 군중 사이에 이러쿵저러쿵하는 말도 없이 알았다는 과문이 일고 있었다. 오세아니아가 이스트아시아와 전쟁을 했다. ... 광장에서 펼쳐거리고 있는 깃발들과 벽에 붙어 있는 포스터들이 모두 잘못되었다. ... 연사는 연설 도중 멈추지도 않고, 문맥도 바꾸지 않고 한 노선에서 다른 노선으로 갑자기 바꾸었다.<sup>32)</sup>

인용문에서 연사는 동일한 내용을 이야기하고 있는 것처럼 연설을 이어 갔지만 사실은 비난하는 상대를 갑자기 바꾸어버렸다. 마찬가지로 1971년 민권법 제7장의 내용을 최초로 확인할 기회가 있었던 Griggs v. Duke Power Co. 사건(1971)에서 미연방대법원은 만장일치로 “소수이든 다수이든 어떤 집단에 대해서 차별적인 우선권을 부여하는 것은 의회가 금지하고자 한 바로 그것이다”고 판결하였고<sup>33)</sup> 이후 일관되게 이 입장을 취해 왔지만, 브레넌의 다수의견은 이 판결을 통해 민권법 제7장의 내용을 변경하였다는 것이다.<sup>34)</sup>

그러면서 렌퀴스트 대법관은 민권법 제7장에 관한 심의내용을 보면, 법안의

30) United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979), 219.

31) United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979), 219-220.

32) G. Orwell (박경서 옮김), 「1984년」, 열린책들, 2009, 211-212면.

33) Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

34) United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979), 221.

찬반자 모두 아프리카계 미국인에 대한 적대적 차별뿐만 아니라 우호적 차별에 대해서도 일관되게 비난하였음을 알 수 있고 따라서 자발적인 소수자우대조치에 대하여 설령 찬성하는 의원이 있었을지라도 그는 그것을 법으로 제정하지 못하였다고 주장하였다.<sup>35)</sup>

의도주의가 말하는 입법자의 의도라는 것이 어떠한 것인가에 대하여 검토하기 위하여 렌퀴스트의 논변 중 입법과정의 역사에 대한 논변을 자세히 살펴보고도록 하자. 나중에 1974년의 민권법이 될 법안 H.R. 7152는 처음 1963년 6월 20일에 하원(the House of Representatives)에서 제의될 당시만 해도 고용주의 사적 차별을 금지하는 조항을 포함하고 있지 않았다. 그러나 법제사법위원회(the Committee on the Judiciary)에서 고용에 있어서 사적 차별에 관한 제7장을 포함하도록 수정되었다. 이후 본회에서 채택되는 과정에서 여성에 대한 차별금지 및 직장교육에 대한 차별금지가 추가되게 되었다.<sup>36)</sup>

사법위원회의 보고서는 제7장의 목적이 인종, 피부색, 종교, 출신국가에 따른 고용 차별을 없애는 것에 있다고 언급하고 있지만 제7장의 조문들을 요약하고 있을 뿐 더 이상의 상세한 설명을 하고 있지 않다. 하지만 별도의 소수의견은 법안 H.R. 7152 어디에도 “차별”(discrimination)에 대한 정의가 없다는 것에 주목하고 장차 행정부가 인종 간의 균형을 추구하고자 한다고 주장하였다. 특히 소수의견은 법안이 실제로 어떻게 운용될지를 보여주기 위해 가상의 고용상황들을 상정하고서 각 예를 통하여 고용주가 “인종에 따라 고용하거나 모든 직업군에서 ‘인종의 균형’을 맞출 것을 강요받을 수 있다”는 것을 주장하였다.<sup>37)</sup>

법안 H.R. 7152가 하원에 상정되었을 때 그 법안의 통과를 지지하는 연설은 이 법안을 제안한 의원이자 사법위원회의 의장인 셸러(Celler) 하원의원에 의하여 이루어졌다. 이 법안의 통과를 위하여 그는 소수의견의 비판이 “법안이 하게 될 일을 심각하게 왜곡하고 그 효과를 과장하는 것”이라고 반박하였다.<sup>38)</sup>

법안의 제7장에 따라 설립된 고용기회평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission)가 기업이 원하는 사람을 고용하고 승진시키는 것을 막을 수

35) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 222.

36) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 231.

37) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 231-232.

38) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 232-233.

있는 권한을 가지고 있고 그 결과 ‘연방감독관’이 특정 인종이나 종교 집단의 직원만을 고용하거나 승진하도록 명령할 수 있다는 혐의가 제기되어 왔다. 법안에 대한 이러한 묘사는 완전히 잘못된 것이다.

...

어떤 법원도 특정 인종이나 종교 또는 여타의 집단에 어떤 특혜를 주도적으로 명령할 수 없으며 오직 차별의 종료를 명령할 수 있을 뿐일 것이다. 그러므로 연방감독관이 특정 인종이나 종교 집단의 구성원만을 고용하거나 승진하도록 명령할 수 있다는 진술은 명백하게 잘못된 것이다.

...

법안은 고용주가 특정 인종, 종교, 혹은 출신 국가를 이유로 근로자에게 유리하거나 불리하게 차별하는 것을 금지할 뿐이다.

...

또한 고용기회평등위원회가 단순히 특정 인종이나 종교에 속한다는 이유만으로 특정한 사람들을 자격과 무관하게 고용하도록 강요하여 기존의 고용에서 발생한 “인종 또는 종교적 불균형”을 해결할 권한을 가지고 있다는 것은 진실이 아니다.

하원의 심의과정에서 법안에 대한 지지자들은 셀러 하원의원의 이러한 주장을 되풀이하여 강조하였다. 결국 이 법안의 통과 여부를 놓고 대립하던 하원에서의 논쟁은 반대진영에서는 고용기회평등위원회에게 소수자에게 특혜를 주는 조치를 할 것을 요구할 권한이 있다는 주장을 펼치는 반면에 찬성진영에서는 그러한 비판이 오해이며 민권법 제7장은 오히려 소수자에 대한 특혜조치를 금지하고 있다고 반박하는 형태로 이루어졌다. 이러한 논쟁 끝에 결국 하원에서는 290 대 130으로 법안이 통과되게 되었고, 법안은 상원으로 넘겨졌다.<sup>39)</sup>

하원에서 벌어졌던 논쟁은 상원에서도 그대로 진행되었다. 법안에 반대하던 힐(Hill) 상원의원이나 얼빈(Ervin) 상원의원의 경우 고용기회평등위원회가 특정 인종에 대한 고용이 적다고 판단하고 고용주에게 특정 인종에 대한 고용을 강요할 수 있다고 비난하였다. 반면에 법안에 찬성하였던 험프리(Humphrey) 상원의원은 “인종적 차별 내지는 종교적 차별의 의미는 명백하다”고 주장하면

---

39) United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979), 234.

서 법안이 통과된다고 해서 공무원이나 법원이 고용주나 노동조합에게 특정한 소수집단을 우대할 것을 명령할 권한을 가지지 않는다고 반박하였다. 또 다른 지지자였던 쿠첼(Kuchel) 상원의원도 “고용주와 노동조합은 특정한 개인을 인종, 종교, 출신국가에 의하여 우대하거나 차별할 수 없다. 그러한 측면에서 우리 앞에 있는 이 법안은 색맹이라고 할 수 있다.”고 주장하였다.<sup>40)</sup>

렌퀴스트가 보기에 특기할만한 것은 법안을 지지하는 클락(Clark) 상원의원과 케이스(Case) 상원의원이 미래에 대한 예견력을 가지고 있는 듯이 Weber 사건을 예측하고 그러한 인종 할당제는 제7장의 차별금지규정을 위반하는 것이라고 지적하였다는 점이다.<sup>41)</sup>

이러한 논쟁이 격렬해지는 동안 덕슨(Dirksen), 맨스필드(Mansfield), 험프리, 쿠첼 등의 상원의원들은 하원의 지도자들 및 존슨 행정부와 협력하여 법안 H.R. 7152의 통과 가능성을 높이기 위하여 여러 가지 수정안을 논의하게 되었다. 이 중 “덕슨-맨스필드 수정안”이라고 불리는 대안이 최종적으로 통과되게 되었는데, 그것은 논란이 되었던 제7장의 조항들을 그대로 두면서도 반대측의 우려를 잠식시키기 위하여 제7장의 실질적인 금지의 범위를 정의하고 명확하게 하는 규정들을 추가한 것이었다.<sup>42)</sup> 예를 들어, 새롭게 추가된 규정인 제703조(j)는 제7장에서 규정된 것 중 어떠한 것도 고용주에게 그 고용 구성의 인종적 불균형 때문에 어떤 개인이나 집단에게 그 인종을 이유로 우대적 대우를 할 것을 요구하는 것으로 해석되지 않는다고 명시하였다.

입법의 과정에 대한 이러한 고찰을 통하여 렌퀴스트 대법관은 이러한 제703조(j)의 표현이 법안 H.R. 7152에 반대하였던 이들이 제기하였던 두 가지 의심 모두를 종식시키기 위하여 만들어진 것이라고 본다. 즉, 이 조항은 법안이 고용주에게 소수자를 우대하도록 요구하지 않는다는 것을 명확히 하고 동시에 고용주들이 소수자에게 우대조치를 하는 것을 금지한다는 것을 밝히고 있다는 것이다.<sup>43)</sup>

40) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 237-238.

41) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 241.

42) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 243.

43) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 244-245.

### (3) 입법자의 의도에 대한 비판

렌퀴스트 대법관의 논변에서 나타나고 있는 입법자의 의도는 구체적으로 무엇인가? 보다 일반적으로 말해서 의도주의가 법률해석의 초석으로 생각하는 입법자의 의도는 구체적으로 무엇인가? 여기에 대해서는 입법자의 실제 의도, 협정적 의도, 상상적 재구성된 의도라는 3가지 답변이 제시될 수 있다.<sup>44)</sup> 에스 크리지는 이 3가지 답변 모두가 드워킨(R. Dworkin)이 말하는 의미에서 “판결하기 어려운 사건들”(hard cases)<sup>45)</sup>에서 결정적일 수 없다고 주장한다. 차례로 살펴해보도록 하자.

#### 1) 입법자의 실제 의도

렌퀴스트 대법관의 논변이 입법자의 실제 의도를 재현해내고 있는 것인가? 혹은 렌퀴스트 대법관의 논변이 입법자의 실제 의도를 재현해낼 수 있는가? 이에 대해 답변하기 위해서는 “실제의 존재”인 의원들 개인의 차원을 살펴볼 필요가 있다. 예컨대, 민권법 통과에 동의를 한 의원 A의 실제 의도는 무엇인가? 이것은 다음과 같은 다양한 의문을 불러 일으킨다.<sup>46)</sup>

1. “동의”라는 행위가 우연히 혹은 실수로 이루어진 것은 아닌가?
2. 그가 동의하려고 했던 것이 바로 그 법안이었는가?
3. 그 법안에 들어 있는 문언들은 그가 의도하고 있던 것과 정확히 일치하는가?
4. 이러한 문언들은 그가 의도한 것을 정확하게 의미하는가?
5. 그는 이 문언들이 어떻게 이해되기를 의도했는가?
6. 법률의 제정을 통하여 그는 무엇을 달성하고자 하였는가?

의원들은 자신이 표결하는 법안이나 혹은 그곳에 들어 있는 일부 문제에 대하여 별다른 의도를 가지지 않는 경우가 많다. 민권법에 동의한 의원들은 실제 그 법안에 무관심하면서도 자신이 속한 정당이 동의한다는 이유만으로 그 법안

---

44) 입법자의 의도에 대한 다양한 관점에 대한 설명으로는 이계정, “입법자의 의사와 법률해석의 문제”, 『서울대학교 법학』 제63권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2022를 참조.

45) R. Dworkin (염수균 옮김), “난해한 사안”, 『법과 권리』, 한길사, 2010.

46) G. C. Mac Callum, “Legislative Intention”, *Yale Law Journal* vol. 75, 1966, p. 756.

에 동의를 표시한 것일 수도 있다. 혹은 민권법에는 동의하면서도 제7장과 관련된 주제에 대하여는 별다른 의도를 가지지 않았을 수도 있다. 의원들 중 대부분은 심의과정에서 침묵을 하였기 때문에 법안에 동의한 290명이 실제로 무엇을 의도하였는지는 알 수 없다. 심의과정에서 발언을 한 소수의 대표자들의 발언만으로는 심의과정에서 침묵을 한 다수의 의원들의 의도를 추측해낼 수 없다.<sup>47)</sup>

만약 법안에 웨버 사례와 같은 소수자우대조치를 허용하는 내용을 포함시킬지 여부를 놓고 투표를 했다면 어떠했을까? 법안에 반대하는 이들 중에는 법안에 소수자우대조치를 포함시키는 데 동의하는 이들도 있었을 수 있다. 이들의 전략적 목표는 법안을 더욱 과격함으로 만들어서 폐기시키는 것이다. 반대로 법안에 동의하는 이들 중에는 소수자우대조치에도 동의하지만 법안의 통과를 더 중요하게 생각해서 소수자우대조치를 포함시키는 것에 반대를 했을 수도 있다. 이들의 전략적 목표는 나중에 그 법안이 소수자우대조치를 허용하는 것이라고 혹은 그것을 금지하지는 않는다고 해석 가능한 형태로 일단 법안을 통과시키는 것이다.<sup>48)</sup> 따라서 법안과 관련하여 어떠한 발언을 하였는지 어떠한 투표를 하였는지 만으로는 입법자의 실제 의도를 알 수가 없다.

Weber 사건을 벗어나 보다 일반적인 차원에서 이야기하자면, 입법부가 법률을 제정함에 있어서 특정한 의도를 명시적으로 작성하지 않은 한 입법부의 실제 의도를 알아내는 것은 거의 불가능에 가깝다. 그것은 다음의 이유에서 그러하다. 한 개인의 경우에도 그 의도를 밝히는 것조차도 쉽지 않은데, 입법부라는 어떤 집단의 의도를 밝혀내는 것은 더욱 어렵다. 입법절차의 단계별로 참여한 집단의 의도가 다를 수 있을 뿐만 아니라 그들의 의도는 대체로 입법자료를 통해서만 고찰되기 때문이다. 또한 입법을 하는 과정에서 입법자들은 명시적이지 않은 다양한 다른 의도들에서 의사결정을 한다는 사실 때문이다.<sup>49)</sup>

## 2) 협정적 의도

이상의 논의를 통하여 우리는 입법자의 실제 의도를 인식할 수 없다는 사실을 알 수 있다. 하지만 이러한 사실만으로 렌퀴스트의 의도주의 논변이 틀렸다고

47) Eskridge (1994), p. 16.

48) Eskridge (1994), p. 17.

49) Eskridge & Frickey (1990), p. 326.

고 할 수는 없다. 왜냐하면 렌퀴스트가 자신의 논변을 통하여 밝혀내고자 한 것 내지는 밝혀낸 것은 입법자의 실제 의도가 아니라 협정적 의도(conventional intent)일 수 있기 때문이다.<sup>50)</sup> 이러한 입장은 대체로 다수의 입법자들이 법안 통과에 적극적이었던 소수의 견해, 즉 사법위원회의 보고서나 법안 발의자의 발언 등에 동의하거나 적어도 묵인하였다고 보고 이 소수의 견해가 입법부를 구속한다고 가정한다.<sup>51)</sup>

하지만 의회의 일부 의원들의 발언이 입법부를 구속하는 것으로 보는 관점 역시 문제가 있다. 우선, 이론적으로 볼 때 의회의 일부 의원들의 발언이 입법부를 구속하는 것으로 보는 것이 타당한가라는 문제를 제기할 수 있다. 만약 입법자가 그들의 발언을 구속력 있는 것으로 간주하고 자신의 의도와 부합하지 않는 진술들을 수정하였다면, 그들은 입법자의 의도에 대한 적절한 대리인으로 간주할 수 있을 것이다. 하지만 그러한 일이 이루어졌다고 단언할 수 없다. 이러한 문제 때문에 민권법안에 동의하였던 의원들의 지지 발언이 입법자의 의견을 대표한다고 말할 수 없다.<sup>52)</sup>

또한 대표적 지지자들의 발언에 대한 문제 역시 존재한다. 대표적 지지자들 내지는 반대자들의 발언이 실제 자신들의 의도와 일치한다고 단언할 수 있는가? 법안이 통과되면 고용주가 특정 인종에게 우대할 것을 요구받을 것이 틀림없다고 주장하던 반대파들 중에는 사실 그렇게 생각하지 않았던 이들도 있을 것이다. 그들은 단지 법안에 반대하기 위하여 그런 선동을 하고자 하였을 수도 있다. 반대로 법안이 통과되더라도 정부나 법원가 고용주에게 그러한 인종적 균형을 강요할 권한을 가지지 않는다고 주장하던 지지파들 중에는 사실 그러한 인종적 균형 정책을 염두에 두고 있었던 이들도 있을 것이다. 단지 법안을 통과시키기 위하여 그렇지 않다고 강변했을 뿐일 수도 있다.<sup>53)</sup>

더욱이 협정적 의도라는 관점은 법률제정절차에 관한 헌법 규정에도 위배된다. 법률제정절차에 관한 헌법의 규정은 법률이 제정되기 위해서는 의회의 양원에서 통과되고 대통령에게 제출될 것을 요구하는데 의회에 속한 일부 의원의 발언이 입법 전체의 의도를 구속한다고 보는 것은 문제가 있다.<sup>54)</sup> 또한 헌법이

50) Eskridge (1994), p. 18.

51) Eskridge & Frickey (1990), p. 327.

52) Eskridge (1994), p. 18.

53) Eskridge (1994), p. 19.

54) Eskridge (1994), pp. 19-20.

규정하고 있는 입법절차는 앞에서 우리가 논의하였던 문제들, 즉 집합의 문제와 전략적 행동의 문제를 다시 발생시킨다.<sup>55)</sup>

이러한 이론적 문제 외에도 실천적인 문제 역시 존재한다. 법률해석에 있어서 입법자의 의도를 고찰하는 것은 대부분 문제가 되는 사건이 “판결하기 어려운 사건들”일 때이다. 판결하기 어려운 사건은 대체로 입법자가 예상하지 못하였거나 사안에 대하여 갈등이 존재할 때이다. 어느 경우라도 입법과정에서 법안에 대한 지지자들이 그것에 대하여 적극적으로 이야기할 가능성은 높지 않다. 예상하지 못한 경우에는 당연히 그것에 대하여 발언한 것이 없을 것이고 갈등이 예상되거나 존재할 때에 지지자들은 논쟁을 피하기 위하여 그 주제에 대하여 애써 침묵하는 경향이 있기 때문이다.<sup>56)</sup>

실제로도 1964년 민권법을 통과시키면서 법안의 지지자들은 소수자우대조치가 문제가 될 수 있음을 인식하였고 실제로도 반대자들이 그러한 문제를 제기하였다. 지지자들은 소수자우대조치가 쟁점이 되게 되면 법안을 지지하는 세력이 둘로 나누어질 것을 예측하였다. 민권법을 지지하는 세력 중 시민단체는 소수자우대조치를 지지하겠지만 노동조합은 그것에 반대할 것이 틀림없었다. 그래서 지지자들은 하나의 회피책을 사용하였다. 그들은 “이 법안이 통과되면 소수자우대조치가 필요하지 않을 것이다. 왜냐하면 법안이 통과된 이후에는 고용주들이 아프리카계 미국인들에 대한 차별을 중지할 것이기 때문이다.”라고 주장하였다. 그러한 방식으로 법안의 지지자들은 이 문제에 대하여 침묵하였다.<sup>57)</sup>

따라서 렌퀴스트가 기대하는 것과 달리 클락 상원의원과 케이스 상원위원의 발언은 웨버 사례를 예견한 것이 아니고 민권법의 제정 이후 더 이상 고용주들이 아프리카계 미국인들을 차별하지 않는 상황을 가정한 발언이었을 뿐이다. 즉, 클락과 케이스는 민권법이 제정되고 난 이후에도 카이저사가 계속해서 아프리카계 미국인에 대한 차별을 유지해왔고 이를 해소하기 위한 자발적인 소수자우대조치를 계획하는 상황은 염두에 두고 있지 않았기 때문에 그들의 발언은 렌퀴스트의 결정적인 논거가 될 수 없다.<sup>58)</sup>

이상의 통찰에서 알 수 있듯이 만약 렌퀴스트 대법관이 입법자의 의도를 혐

55) Eskridge (1994), p. 20.

56) Eskridge (1994), p. 20.

57) Eskridge (1994), pp. 21-20.

58) Eskridge (1994), p. 21.

정적 의도로 이해하고 민권법안에 대한 대표적 지지자들의 발언을 입법자에게 귀속시키려고 시도하는 것이라면 그것은 실패한 논증일 수밖에 없다. 그렇다면 렌퀴스트 대법관이 취할 수 있는 전략은 무엇인가?

### 3) 상상적 재구성

입법자의 실제 의도와 협정적 의도에 기초한 입법자의 원래 의도를 밝히려는 시도는 성공하기 어렵고, 특히 문제가 되는 사안이 판결하기 어려운 사안들인 경우에는 더욱 그러하다. 이제 렌퀴스트 대법관을 포함한 의도주의자들이 선택할 수 있는 마지막 대안은 “상상적 재구성”(imaginative reconstruction)으로서의 의도이다.

상상적 재구성이라는 방법은 포스너(R. Posner) 판사에 의하여 제안되었다.<sup>59)</sup> 상상적 재구성은 입법자의 입장에 자신을 놓고 입법자가 법을 적용하고자 하였던 방식을 밝혀내려고 노력하는 것이다.<sup>60)</sup> 이러한 접근방법에 대하여 포스너는 다음과 같이 설명한다.

제안된 접근방법[상상적 재구성의 접근방법]을 따르는 법관은 법률의 언어, 구조 그리고 역사만을 고찰하지 않고, 오늘날 알 수 있는 한도까지, 법이 제정되었을 당시의 가치관과 태도에 대해서도 연구한다. 1930년대 혹은 1960년대와 1970년 초의 입법자들에게 오늘날 널리 퍼져 있는 정부의 크기와 규제의 효율성에 대한 회의주의를 귀속시키거나 또는 1920년대의 의회에게 이해의 충돌에 관한 현재의 생각들을 귀속시키는 것은 잘못된 것이다. 법관이 하는 일은 현대의 가치관에 부합하기 위하여 법률을 최신의 것이 되도록 맞추는 것이 아니라 그 법률을 제정한 입법자들이 자신들이 예상하지 못한 상황들에 그 법률을 어떻게 적용하기를 원하였을지를 최대한 상상하는 것이다.<sup>61)</sup>

즉, 법관은 자신이 입법시기에 입법자들과 대화를 나누는 것으로 상상하고

---

59) R. Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform*, Harvard University Press, 1985, p. 287.

60) Posner (1985), pp. 286-287.

61) Posner (1985), p. 287.

그들의 가치와 관심 등을 고려하여 입법자들이 해석의 문제에 어떻게 대답했는지 재구성해내는 것이다. 포스너는 이러한 상상적 재구성이 결코 새로운 것이 아니고 1584년의 Heydon 사건(Heydon's Case (1584) 76 ER 637)의 쿠크(E. Coke) 판사의 주장에서도 찾을 수 있다고 한다.<sup>62)</sup> 쿠크 판사는 이 판결에서 소위 “문제 규칙”(the mischief rules)을 제시하였다.<sup>63)</sup>

첫째, 법률(the Act)이 제정되기 전에 커먼로는 무엇이었는가?

둘째, 커먼로가 규정하고 있지 않았던 문제(mischief)와 결함(defect)은 무엇이었는가?

셋째, 의회가 국가의 질병을 치료하기 위하여 어떤 해결책을 결정하고 지정하였는가?

넷째, 해결책의 진정한 이유는 무엇인가?

그리고 모든 법관의 역할은 그 문제를 억제하고 해결책을 발전시키기 위하여 그러한 해석을 하고, 그 문제가 지속되게 하는 교묘한 발상과 회피를 억제하여 사익을 위하는 것이며, 법률의 제정자의 진정한 의도(true intention)에 따라 치료책과 해결책에 힘과 생명력을 더하여 공익을 위하는 것이다.

또한 포스너는 쿠크 판사 외에도 블랙스톤(W. Blackstone), 드워킨(R. Dworkin)<sup>64)</sup>, 풀러(L. Fuller)<sup>65)</sup>에 이르기까지 다양한 이들이 유사한 견해를 제시하였다고 주장한다.

의도를 상상적 재구성하는 기준과 관련하여 에스크리지는 암묵적으로 실증주의적 이론인 맥놀개스트(McNollgast)의 논의를 받아들인다.<sup>66)</sup> 맥놀개스트에 따르면, 입법자의 의도를 재구성하기 위해서는 중추적 역할자(pivotal player)를 발견해야 하며, 그 중추적 역할자의 의도가 입법자의 의도로 상정되어야 한다.

62) Posner (1985), p. 287.

63) Heydon's Case (1584) 76 ER 637, 638.

64) R. Dworkin, "How to Read the Civil Rights Acts", *New York Review of Books*, December 10, 1979, p. 37.

65) L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review* vol. 71, 1958, pp. 662-667.

66) Eskridge (1994), p. 22.

주의할 것은 흔히 생각하는 것과 달리 입법안의 열렬한 지지자들은 중추적 역할자가 아니라는 점이다. 입법절차에서 중추적 역할자라고 할 수 있는 이는 입법절차의 각 단계에서 법안을 폐기시킬 수 있는 “비토 게이트”(veto gate)를 통과하는 데 결정적인 역할을 한 사람이다.<sup>67)</sup>

렌퀴스트의 논변 중 가장 흥미로운 것은 이러한 상상적 재구성을 시도하는 것처럼 보이는 부분이다. 즉, 렌퀴스트가 의사록을 살펴봄으로써 그가 논증하려고 하였던 것은 실제로 의회의 대다수 구성원들이 자발적 소수자우대조치에 반대할 의도를 가지고 있었다는 것이 아니고, 입법절차에서 결정적인 역할을 수행한 이가 그러한 의도를 가지고 있었다는 점이라고 볼 수 있다. 이렇게 볼 때 렌퀴스트가 제시하는 중추적 역할자는 덕슨 상원의원이다. 비록 그가 프리카게 미국인의 직장 내 고용평등에 대하여 다른 지지자들에 비하여 더 열정적이었고 볼 수 없지만, 그는 입법절차의 “비토 게이트”를 통과하는 데 결정적인 역할을 한 사람이었다. 그리고 덕슨 상원의원은 웨버 사례를 포함한 민권법에 대해서는 거부했을 것이 틀림없다. 그러므로 상상적 재구성된 입법자의 의도는 자발적인 소수자우대조치를 금지하는 것이다.<sup>68)</sup>

에스크리지는 렌퀴스트의 이러한 주장이야말로 상상적 재구성이 가지는 문제점을 잘 보여준다고 지적한다. 즉, 상상적 재구성의 기준이 되는 하나의 중추적 역할자를 확정하는 것이 어렵고 결국 협정적 의도가 가지고 있던 문제들에 다시 봉착하게 된다는 것이다. 물론 렌퀴스트가 올바르게 주장하는 것처럼 상원의 단계에서 덕슨 상원의원은 중추적 역할자였을 가능성이 높을 것이다. 하지만 입법절차의 단계에는 상원의 절차만 존재하는 것이 아니다. 그 이전 단계로 하원의 절차가 있었고 그곳에는 비토 게이트를 통과하는 데 핵심적인 역할을 한 별도의 중추적 역할자가 존재하였다. 또한 그 이후 단계로 존슨 대통령의 서명이 있었으며, 바로 존슨 대통령이 별도의 중추적 역할을 수행하였다. 그렇다면 왜 우리는 렌퀴스트의 주장처럼 덕슨 상원의원만을 유일한 중추적 역할자로 판단해야 하는가? 그는 최종적이지도 않았으며 아프리카계 미국인을 돕는 문제에 있어서 더 열정적이지도 않았다. 만약 덕슨 상원의원을 유일한 중추적 역할자로 확정할 수 없다면, 그의 발언에 중추적 역할자들 전체를 구속시키는

67) McNollgast, “Positive Canons: The Role of Legislative Bargains in Statutory Interpretation”, *The Georgetown Law Review* vol. 80, 1992, p. 724.

68) Eskridge (1994), p. 22.

것이 가능한가라는 질문을 던질 수밖에 없다. 바로 이 지점에서 논의는 협정적 의도가 실패하고 만 곳으로 돌아가고 만다.<sup>69)</sup>

보다 일반적인 차원에서 이야기하자면, 상상적 재구성이라는 입장은 다음과 같은 문제점을 가진다. 첫째, 상상적 재구성은 “법률을 제정한 입법자들이 자신들이 예상하지 못한 상황들에 그 법률을 어떻게 적용하기를 원하였을지”를 재현해낼 수 있을 것이라는 현실성이 없는 가정에 기초하고 있다. 역사학의 주류적 견해에 따르면, 역사가가 하나의 이야기로 엮어내기 전까지 과거에 관한 사실들은 그 자체로 의미를 가지지 못한다. 역사가가 그러한 사실들 중에서 어떤 것들을 선택하고 어떻게 해석하느냐에 따라서 그 사실들의 의미가 달라지게 된다. 또한 이러한 선택과 해석은 불가피하게 역사가의 편견, 이론, 입장 등에 영향을 받게 될 것이 틀림없다. 이것은 법관이 법률을 제정한 입법자들의 생각을 재현함에 있어서도 마찬가지이다. 결국 입법자와 더 큰 간격을 가지고 있을수록 또한 판결하기 어려운 사건일수록, 이러한 재현은 설득력을 잃게 될 것이다.<sup>70)</sup>

둘째, 상상적 재구성이라는 입장에서 입법자들의 이해를 재현하는 것은 입법부와 의 간격이 매우 큰 경우에는 확정적인 답변을 제시해주지 못한다. 입법자들은 법률을 제정하면서 특정한 사회적 상황을 전제한다. 하지만 이러한 전제가 틀렸다는 것이 드러났거나 혹은 시간이 지남에 따라 사회적 상황이 변화하였다면 법관은 입법자들의 이해를 어떻게 재현해야 하는가라는 의문이 제기된다. 즉, 입법부가 여전히 특정한 사회적 상황을 전제하고 있다고 가정하고 그들이 예상하지 못한 상황에 어떻게 답변하였을지를 재현해야 하는가? 아니면 입법부가 사회적 상황에 대한 전제를 바꾸었을 때 어떻게 답변하였을지를 재현해야 하는가?<sup>71)</sup>

셋째, 상상적 재구성이라는 입장은 법률을 해석함에 있어 고려해야만 하는 가치들을 무시한다. 즉, 법률을 제정한 입법자들이 자신들이 예상하지 못한 상황들에 그 법률을 어떻게 적용하기를 원하였을지를 존중하는 것이 물론 중요하겠지만 변화하는 사회에 법률이 효과적으로 혹은 올바르게 대응하는 것 역시 중요하다.<sup>72)</sup>

69) Eskridge (1994), pp. 22-23.

70) Eskridge & Frickey (1990), p. 330.

71) Eskridge & Frickey (1990), pp. 330-331.

이상에서 살펴본 것처럼 의도주의의 입장에서 입법부의 의도를 밝히는 3가지 방법, 즉 실제 의도, 협정적 의도, 상상적 재구성 모두는 성공적일 수 없다.

## 2. 목적주의에 대한 비판

### (1) 목적주의의 의의

앞에서 살펴본 것처럼, 에스크리지는 Weber 사건에서 나타난 렌퀴스트 대법관의 논변을 면밀하게 검토함으로써 의도주의가 불가능하다는 것을 논증하였다. 하지만 이것만으로는 원의주의를 완전히 반박하였다고 할 수 없다. 왜냐하면 원의주의에는 목적주의라는 매력적인 대안이 존재하기 때문이다. 목적주의는 의도주의에 대한 어느 정도 성공적인 대안이라고 평가할 수 있고, 그래서 어떤 이론가들은 이제 목적주의야말로 법률해석에 있어서 전통적인 이론이라고 생각하기도 한다.<sup>72)</sup>

실제로도 Weber 사건에서 다수의견을 작성한 브레넌 대법관은 목적주의의 관점을 취하여 렌퀴스트 대법관의 의도주의적 반대의견이 법률의 목적에 완전히 어긋나는 결과를 가져올 것이라고 비난하였다.<sup>74)</sup>

그렇다면, 목적주의는 어떠한 입장인가?<sup>75)</sup> 하트(H. M. Hart)와 삭스(A. M. Sacks)는 목적주의의 요지를 간명하게 다음과 같이 나타내고 있다.

법률을 해석하기 위해서 법원은 (1) 법률과 그 조문으로부터 어떠한 목적이 발견되어야 하는지를 결정하고 (2) 해석 문제와 관련된 법률의 문언이 그 목적을 최대한 달성하도록 그 문언을 해석해야만 한다.<sup>76)</sup>

이때 법률해석자들은 입법자의 의도를 발견하기 위해서 고찰하였던 구체적인

72) Eskridge & Frickey (1990), pp. 331-332.

73) J. R. Macey, "Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model", *Columbia Law Review* vol. 86, 1986, pp. 250-251.

74) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 202.

75) 미국의 목적주의 법해석론에 대해서는 공두현, "미국 목적주의의 발전: 법과정학파부터 신목적주의까지", 『법철학연구』 제27권 제1호, 한국법철학회, 2024를 참조.

76) Hart & Sacks (1995), p. 1374.

차원에서 벗어나 보다 일반적인 차원에서 법률의 목적을 고찰한다. 그렇기 때문에 목적주의는 의도주의보다 유연하게 법률을 해석할 수 있고 시간의 흐름에 따라 법률을 발전시켜나갈 수 있다. 그러므로 목적주의는 의도주의의 장점을 유지하면서도 그 단점을 보완해주는 매력적인 대안이라고 할 수 있다. 즉, 목적주의는 법률해석을 입법자가 기대하였던 것과 결합시킴으로써 그 정당성을 확보하면서도 동시에 새로운 문제에 해결하기 위하여 법률이 발전하는 것을 허용하는 장점을 가진다.<sup>77)</sup>

## (2) 목적주의의 실례: 브레넨 대법관의 논변

Weber 사건에서 브레넨 대법관은 민권법의 제정과정에서 상원의원들의 주장 그리고 이 법안을 도입하고자 하였던 케네디(J. F. Kennedy) 대통령의 특별교시로부터 법률의 목적을 발견하고자 하였다.

험프리 상원의원, 클락 상원의원, 에드워드 케네디 상원의원의 발언으로부터 브레넨 대법관은 민권법 제7장에 인종차별 금지조항을 제정할 때 의회의 주된 관심사는 미국 경제에서 흑인들이 처해 있는 곤경을 해결하는 것이었다고 주장한다. 당시에 흑인들은 주로 비숙련공으로 근무하였는데 기술의 발전으로 비숙련공의 수요가 점차 줄어들게 되었다. 이로 인하여 아프리카계 미국인의 상대적인 지위는 더욱 악화되고 있었다. 1947년에는 아프리카계 미국인의 실업률이 백인의 실업률보다 64% 높았지만 이 격차는 점점 더 벌어져 민권법 제정 당시에는 124%에 이르렀다. 그래서 의회는 이러한 상황을 해결하지 않으면 민권법의 목표, 즉 아프리카계 미국인을 미국 사회의 주류로 통합시키는 것을 달성할 수 없으리라고 보았다. 이를 위하여 의회는 아프리카계 미국인들에게 더 이상 비숙련공의 직업이 아니라 “미래가 있는 직업”을 가지게 하는 것이 필요하다고 판단하였다.<sup>78)</sup>

험프리 상원의원은 바로 이 점을 “흑인이 고급레스토랑에서 식사를 할 수 있다고 하더라도 그에게 청구서를 지불할 여유가 없다면 도대체 무슨 의미가 있을까? 고급호텔에 투숙할 수 있다고 하더라도 숙박비를 지불할 여유가 없다면 도대체 무슨 의미가 있을까? 흑인 아이에게 동일한 교육의 기회를 주더라도 그

77) Eskridge (1994), p. 26.

78) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 202.

가 자신이 배운 것을 활용할 수 있을 만한 직업을 갖지 못한다면 도대체 무슨 의미가 있을까?”라고 주장함으로써 강조하였다.<sup>79)</sup>

사실 이들 상원의원의 발언은 “흑인에게 가진 돈도 없고 직장도 없다면 호텔과 레스토랑에 입장할 수 있는 권리를 얻는 것은 아무런 의미가 없다.”는 의회에 보낸 케네디 대통령의 특별교서를 되풀이하고 있는 것이었다.<sup>80)</sup>

브레넨 대법관은 이러한 목적을 위해서 의회가 아프리카계 미국인들에게 폐쇄적이었던 직업에 고용될 기회를 개방하고자 하였고 그 결과 민권법 제7장의 인종차별 금지조항을 제정하고자 하였다는 점을 강조한다. 바로 그렇기 때문에 의회는 자발적인 소수자우대조치를 금지하려고 하지 않았다는 것이다.<sup>81)</sup>

이와 같은 논변을 바탕으로 브레넨은 만약 민권법 제7장이 자발적인 소수자우대조치를 금지하는 것으로 해석한다면 “오랫동안 아메리칸드림에서 제외되어 온 사람들”의 처우를 개선하기 위하여 만든 법률이 그러한 처우를 개선하기 위한 자발적인 소수자우대조치를 금지하는 역설에 빠지게 된다고 주장하였다.<sup>82)</sup>

### (3) 법률의 목적에 대한 비판

입법자가 법률을 제정할 때 추구하였던 목적이란 구체적으로 무엇인가? 우리는 법률을 통하여 과거의 입법자들이 추구한 목적을 어떻게 발견할 수 있는가? 이 문제에 답하기 위하여 목적주의자들은 “입법부가 이성적인 목적들을 이성적으로 추구하는 이성적인 사람들로 채워져 있다”고 가정을 한다.<sup>83)</sup> 즉, 목적주의가 법률해석을 위하여 발견하고자 하는 목적이란 이성적인 입법자가 이성적으로 추구한 이성적인 목적인 것이다.

물론 하트와 삭스는 이러한 가정이 입법과정의 현실을 반영한다고 생각하는지 명시적으로 밝히고 있지 않다. 그러나 1950년대의 정치학이나 법학계의 주류적 입장이 이러한 가정을 현실적이라고 생각하였다는 사실, 이러한 가정에 대하여 어떠한 주의도 표현하지 않았다는 사실, 그리고 (그들이 그러한 가정이 현실을 반영하지 못하였다고 생각했다면 시도하였을) 규범적인 정당화를 시도

79) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 203.

80) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 203.

81) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 203-204.

82) *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), 204.

83) Hart & Sacks (1995), p. 1415.

하지 않았다는 사실에 비추어 볼 때, 하트와 삭스는 이러한 가정이 입법의 현실을 반영한다고 생각했던 것 같다.<sup>84)</sup>

1950년대 이후 이러한 유의 낙관적인 가정들은 이론적으로나 경험적으로 많은 검증을 받았으며 그 결과 지나치게 순진한 것으로 여겨지게 되었다. 공적 의사결정에 경제학을 적용한 공공선택이론(public choice theory)<sup>85)</sup>은 이성적인 입법자들이 사실은 목적지향적인 법률을 만들어내지 않는다고 주장한다.<sup>86)</sup> 게임이론(game theory)<sup>87)</sup>은 입법부의 아젠다를 결정하는 사람이 입법결과를 결정한다고 주장한다. 또한 이익집단이론(interest group theory)은 많은 법률이 잘 조직화된 이익집단에 혜택을 제공하고 그러한 집단에 속하지 않은 일반인들이 그 비용을 지불하게 만든다고 지적한다.<sup>88)</sup> 즉, 하트와 삭스가 전제한 이러한 가정은 입법의 현실을 제대로 반영하지 못하는 것이다. 입법자들은 이성적인 목적만을 도전적으로 추구하지 않는다. 그들은 유권자에게 인기를 얻을 수 있는 활동을 하는 경향이 있다. 그래서 입법자들은 종종 문제가 되는 주제와 관련된 이익단체를 기쁘게 해줄 수 있는 정책을 추구하곤 한다. 더욱이 입법자가 공공의 이익이라는 이성적인 목적을 추구할 때조차도 정치적 타협을 해야만 하는 경우도 발생한다. 그러므로 법안을 제안하면서 입법자들은 지지를 높이기 위하여 그것에 공공의 이익을 위한 것, 유권자들을 기쁘게 해줄 수 있는 것, 이익단체에 혜택을 줄 수 있는 것 등 다양한 목적들을 추구한다.<sup>89)</sup>

이것은 1964년의 민권법 제정과과정에서도 마찬가지였다. 의회는 민권법 제7장을 제정하면서 다양한 목적들을 동시에 추구하였다. 하지만 브레년의 논변은 하나의 목적을 추출하여 그것을 유일한 목적 내지는 최상의 목적으로 만드는 것으로부터 출발한다. 그리고 이를 토대로 일종의 삼단논법을 구성한다.<sup>90)</sup>

84) Eskridge & Frickey (1990), pp. 333-334.

85) 공공선택이론에 관해서는 김성준, 「공공선택론」, 박영사, 2020을 참조.

86) 공공선택이론이 법률해석에 대해서 가지는 함의에 관해서는 W. N. Eskridge, Jr., "Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation", *Virginia Law Review* vol. 74, 1988을 참조.

87) 게임이론에 관해서는 김광호, 「게임이론: 전략적 사고와 분석의 기초」, 시그마프레스, 2021; 김영세, 「게임이론: 전략과 정보의 경제학」, 박영사, 2022를 참조.

88) Eskridge & Frickey (1990), pp. 334-335.

89) Eskridge (1994), p. 27.

90) Eskridge (1994), p. 28.

대전제: 의회의 목적은 아프리카계 미국인들을 주류 사회에 통합시키는 것이었다.

소전제: 소수자우대조치는 그들이 좋은 직장에 취업할 수 있는 좋은 방법이다.

결론: 소수자우대조치는 이 법률에 부합하므로 허용된다.

하지만 브레넌의 논변 어디에도 입법자들이 추구한 다양한 목적 중 하나를 채택하는 것을 정당화하는 과정이 존재하지 않는다. 실제 그가 인용한 상원의원들은 전부 진보적 민주당원들이었고 따라서 그들의 발언이 의회 전체의 목적이었다고 보기 어렵다. 그리고 브레넌 대법관의 주장과 달리 법안의 통과 과정에서 중추적인 역할자 중 한 명으로 활동한 덕슨 상원의원은 해당 법안의 목적이 결과의 목적이 아닌 기회의 목적이라고 주장하기까지 하였다.<sup>91)</sup>

에스크리지는 이러한 브레넌 대법관의 논변이 가지는 약점이야말로 목적주의가 겪는 어려움을 여실히 보여준다고 주장한다. 즉, 목적주의자들은 자신들의 주장과 달리 법률에서 그 목적을 “발견”하는 것이 아니라 법률에 목적을 “귀속”시키고 있는 것이다.<sup>92)</sup>

이 점에서 목적주의는 의도주의가 가지는 문제점을 그대로 공유하고 있다. 즉, 의도주의가 다양한 중추적 역할자들 중 한 명을 선택하여 그의 의도를 의회의 의도로 재구성하는 것이 불가능한 것처럼, 목적주의도 다양한 목적들 중 하나를 목적을 채택하는 방법을 가지고 있지 않다. 그뿐만 아니라 설령 하나의 목적을 설득력 있게 채택하는 데 성공하더라도 그 목적은 너무나 일반적이고 변형 가능한 것이어서 그것을 특정한 사건들에 적용했을 때 그 결론이 해석자에 따라 그리고 맥락에 따라 달라질 수밖에 없다.

에스크리지는 이러한 사실이 다음의 3가지 역설을 통하여 표현될 수 있다고 설명한다.<sup>93)</sup>

### 1) 제1역설

제1역설은 다음과 같다. 민권법 제7장의 목적이 기회의 평등을 제공하는 렌

---

91) Eskridge (1994), p. 28.

92) Eskridge (1994), p. 28.

93) Eskridge (1994), p. 29.

퀴스트 대법관의 주장에 동의하더라도, 우리는 민권법 제7장이 자발적인 소수자우대조치를 허용한다는 브레년의 결론에 동의할 수 있다. 반대로 민권법 제7장의 목적이 아프리카계 미국인들에게 좋은 일자리를 제공하는 것이라는 브레년의 주장에 동의하더라도 우리는 민권법 제7장이 자발적인 소수자우대조치를 금지한다는 렌퀴스트의 결론에 동의할 수 있다.<sup>94)</sup>

이러한 역설이 발생하는 이유는 민권법의 목적으로 제시되는 목적이 너무나 일반적이어서 다양한 형태로 적용하는 데 전혀 문제가 없기 때문이다. 먼저 법률의 목적에 대해서는 렌퀴스트 대법관의 주장에 동의하더라도 결론에 있어서는 브레년 대법관의 주장에 동의할 수 있다는 것부터 살펴보자. 만약 카이저사가 소수자우대조치를 추구하는 숙련교육과정을 도입하지 않는다면, 전문경험의 요구라는 구조적 장벽에 의하여 대부분의 아프리카계 미국인들은 사실상 숙련공이라는 직업을 얻을 수 없을 것이다. 에스크리지는 이것이 과연 턱스 상원의원이 “모든 세대에서 말해 온 인류의 양심”으로 묘사한 기회의 평등이라고 할 수 있는가라고 반문한다. 따라서 소수자우대조치를 허용해야만 사실상 기회의 평등이라는 목적을 추구할 수 있다는 것이다.<sup>95)</sup>

이제 법률의 목적에 대해서는 브레년 대법관에 동의하면서도 결론에 있어서는 렌퀴스트 대법관의 주장에 동의할 수 있다는 것을 살펴보자. 소수자우대조치를 허용하는 것이 반드시 아프리카계 미국인으로 하여금 좋은 직장을 얻을 수 있도록 해주는가? 단기적으로는 그럴 수 있지만 장기적으로는 그렇지 않을 수도 있다. 마치 우리나라에서 비정규직 직원을 장기간 채용하였을 경우 정규직으로 전환하는 제도를 도입하자 많은 기업들이 그 기간이 도래하기 전에 비정규직 직원을 해고하는 것처럼, 부담을 느낀 기업들이 오히려 아프리카계 미국인들의 비중이 높은 지역에는 공장을 짓지 않을 수도 있고 그래서 그들이 좋은 직장을 얻는 데 실패할 수도 있다.<sup>96)</sup>

## 2) 제2역설

제2역설은 이론적으로는 브레년이 강조한 목적과 렌퀴스트가 주장한 목적이 사실은 동일한 것일 수도 있다는 것이다. 즉, 민권법을 제정할 당시에 입법자들

94) Eskridge (1994), p. 29.

95) Eskridge (1994), p. 29.

96) Eskridge (1994), p. 30.

은 (렌퀴스트가 주장하는 목적인) 색맹인 정책, 즉 인종에 대하여 중립적인 채용 및 승진을 추구하면 (브레넨이 주장하는) 아프리카계 미국인들이 좋은 직장을 얻는다는 목적을 달성할 수 있으리라고 생각했을 수 있다. 만약 그러했다면 시간이 흐름에 따라 다음과 같이 전개되었다고 볼 수 있다. 민권법을 제정할 당시에는 그 둘은 하나의 목적이었다. 하지만 입법자들의 생각과 달리 인종에 대하여 중립적인 채용 및 승진을 추구하여도 아프리카계 미국인들은 좋은 직장을 얻지 못하였다. 여전히 역사적이고 구조적인 장벽들이 그들을 가로막고 있었기 때문이었다. 그 결과 인종에 대하여 중립적인 채용 및 승진이라는 목적과 아프리카계 미국인의 주류 사회 편입이라는 목적이 분리되게 되었다.<sup>97)</sup>

이러한 두 번째 역설이 주는 교훈은 법률의 목적 자체도 법률의 해석만큼이나 역동적인 특성을 가지고 있다는 것이다. 법률의 대상이 되는 문제가 변화함에 따라 그리고 새로운 해석자가 문제에 접근함에 따라 법률의 목적 역시 변화된다.<sup>98)</sup>

### 3) 제3역설

제3역설은 브레넨 대법관은 아프리카계 미국인들이 좋은 직장을 얻는 것이 민권법 제7장의 유일한 목적이라고 생각하지 않았다는 점이다. 이것은 법률의 목적에 대한 해석자의 이해가 법률을 적용하는 맥락에 의존하기 때문에 동일한 해석자 내에서도 법률의 목적이 역동적이라는 뜻이다. 그 실례로 Weber 사건으로부터 8년 뒤에 브레넨 대법관은 *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987) 사건을 판결하면서 보다 더 확장된 의미로 민권법 제7장의 목적을 해석하였다.<sup>99)</sup>

## 3. 문언주의에 대한 비판

### (1) 문언주의의 의의

문언주의(textualism)는 법이란 법률의 문언(text) 자체이고 법률해석의 시작

97) Eskridge (1994), p. 30.

98) Eskridge (1994), pp. 30-31.

99) Eskridge (1994), p. 31.

과 (대개의 경우) 마지막은 법률언어의 명백한 의미(plain meaning)라고 보는 입장이다. 문언주의는 자신들의 주장이 미연방헌법 제1조 제7항 (법률의 제정)의 중요한 핵심을 반영하고 있다고 주장한다. 즉, 문언주의는 법률 자체가 입법과정에서의 다수의 선호를 반영하므로 법률해석은 그러한 선호, 다시 말해서 법률의 문언에 기초해야 한다고 주장한다.

문언주의가 가장 중요하게 생각하는 법률해석의 기준은 법률은 그 문장의 의미가 명백하다면 그 의미 그대로 해석되어야 한다는 “명백한 의미의 규칙”(plain meaning rule)이라고 할 수 있다. 따라서 법률의 문언의 의미가 명백하다면 특별한 사유가 없는 한 사실상 법률해석의 문제가 발생하지 않는다고 본다.<sup>100)</sup>

문언주의는 1980년대 이후 이스터브룩 판사와 스칼리아 대법관 등에 의하여 일신되었는데 이러한 입장을 “신문언주의”라고 구별한다.<sup>101)</sup> 이들은 법률문언의 의미가 맥락에 따라 다를 수 있다는 비판을 인정하여 문체의 규정이 속한 법률의 다른 부분 내지는 유사한 법률과의 정합성 속에서 발견할 수 있는 의미를 강조하고, 공공선택이론의 주장을 인정하여 고전적 문언주의가 내세우던 다수의 선호 논거를 포기한다.

법률문언이 모호할 수 있다는 것을 인정하고 이에 대한 보완책으로 법률문언의 “일상적인 용법”(ordinary usage)과 법체계의 정합성(coherence)에 주목하는 신문언주의의 입장을 가장 잘 표현하고 있는 스칼리아 대법관의 언급은 다음과 같다.<sup>102)</sup>

법령집에 있는 용어의 의미는 의회의 대다수 구성원이 이해하였던 것으로 입증될 수 있는 의미에 기초해서 결정되어서는 안 된다. 대신에 그것은 (1) 맥락과 일상적인 용법에 가장 잘 부합하고 따라서 법률의 용어에 투표하였던 전체 의회가 (물론 그것의 수범자인 시민들도) 이해하였을 가능성이 가장 높으며 (2) 해당 규정이 통합성을 이루어야만 하는 법들의 집합과

100) A. Scalia, B. A. Garner & F. H. Easterbrook, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, West Group, 2011, p. 33.

101) “신문언주의”라는 표현은 에스크리지가 1990년 쓴 “신문언주의”라는 동명의 논문에서 비롯되었다. W. N. Eskridge, Jr., “The New Textualism”, *UCLA Law Review* vol. 37, 1990. 신문언주의에 관해서는 박종현, “미연방대법원에서 문언주의 전통의 균열”, 「미국헌법연구」 제33권 제1호, 미국헌법학회, 2022 참조.

102) *Green v. Bock Laundry Machine Company*, 490 U.S. 504 (1989), 528.

가장 잘 부합하는 의미에 기초해서 결정되어야 한다.

인용문에서 알 수 있듯이, 스칼리아 대법관이 강조하는 정합성은 (입법자의 역사적 기대와의 동시적 정합성이 아니라) 법률의 다른 부분 내지는 유사한 법률의 용어들과의 동시적 정합성이다.<sup>103)</sup> 신문언주의는 이러한 방식으로 모호한 법률문언의 의미를 밝혀냄으로써 입법자료에 대한 탐구에 대한 유혹으로부터 벗어날 수 있다고 주장한다.<sup>104)</sup>

## (2) 문언주의의 실례: 스칼리아 대법관의 논변

Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987) 사건에서 스칼리아 대법관은 문언주의의 입장에서 Weber 사건에서 제시된 브레넌 대법관을 포함한 다수의견이 법률문언의 명백한 의미를 무시한 것이라고 비난하였다.

먼저 그는 Weber 사건에서 쟁점이 되었던 민권법 제7장 제703조 (a)는 “개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신국가로 인하여 고용을 거절하거나 해고하는 경우 또는 고용에 따른 보수, 기간, 조건 또는 특권에서 차별하는 것”이라고 규정하고 있는 바 이는 전혀 애매하지 않다고 주장하였다.<sup>105)</sup> 그러므로 법원은 법률의 명백한 의미에 따라 판결해야 했는데 Weber 사건을 통해 사실상 법률의 내용을 변경하였다는 것이다.

Weber 사건은 법률의 문언을 무시하고, 대신에 (Holy Trinity Church v. United States, 143 U. S. 457, 143 U. S. 459 (1892) 사건에서 따온) “정신”과 “제88대 의회가 그중 일부만 인식하거나 전혀 인식하지 못한 실천적이고 공정한 [고려들]”을 주장하였다. 이러한 실체가 없는 지침에 기반하여 Weber 사건은 인종과 성별을 이유로 하는 고의적인 차별을 금지하는 민권법 제7장이 “과거의 인종[혹은 성별]의 분리(segregation)와 계급구조를 철폐하기 위하여 설계”되었고 “백인[또는 남성]의 이익을 불필요하게 제약하지 않고”, “백인[또는 남성]을 해고하고 그들을 새로운 흑인[또는 여성] 고

103) Eskridge (1990), p. 655.

104) Eskridge (1990), p. 656.

105) Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987), 670.

용인으로 교체할 필요가 없으며”, “백인[또는 남성] 고용인의 승진을 절대적으로 가로막지 않으며”, “인종[또는 성별]의 균형을 유지하기 위한 것이 아니라 단지 현재 존재하는 인종[또는 성별]의 불균형을 제거하고자 하는 ... 임시조치”일 때에 한하여 인종과 성별을 이유로 하는 고의적인 차별을 금지하지 않는다고 결론내렸다.<sup>106)</sup>

그는 사실상 Weber 사건은 사적 고용주에 의한 고의적 차별의 합법성 여부가 민권법 제7장이 아니라 법원이 만든 “행동 법규”(code of conduct)에 의하여 판단된다는 것이라고 선언한 것이라고 비난하였다. 특히 그는 이 행동 법규가 법률과 그것의 입법역사를 정면으로 거스르는 의회의 “목적”이라는 점술 외에는 아무런 뚜렷한 기준도 없이 만들어진 것에 불과하다고 지적하였다.<sup>107)</sup>

### (3) 다수의 선호에 대한 비판

에스크리지는 “콩도르세(M. Condorcet)의 역설”을 활용하여 문언주의의 주장과 달리 법률의 문언이 다수의 선호와 연결되어 있지 않을 수 있다고 비판한다.<sup>108)</sup> 여기에서 말하는 콩도르세의 역설이란 18세기 프랑스의 혁명가였던 콩도르세가 다수결이라는 사회후생함수가 개인들의 선호를 반영하는 데 실패할 수 있다는 것을 보여준 것을 말한다.<sup>109)</sup> 이러한 콩도르세의 역설은 20세기 후반에 들어서 공공선택이론(theory of public choice)에 의하여 재조명 받게 되었다. 입법과정을 포함한 정책과정 등에 대하여 경제적인 분석을 하고자 하였던 공공선택이론은 개인들의 선호를 올바르게 반영하는 사회후생함수란 존재하지 않는다는 애로우(K. Arrow)의 불가능성 정리<sup>110)</sup>, 민주주의를 경제이론으로 분석한 다운스(A. Downs)의 「경제이론으로서의 민주주의」<sup>111)</sup>, 정치적 의사결정

106) Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987), 670.

107) Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987), 670-671.

108) 에스크리지는 “콩도르세의 역설”보다는 “다수 순환”(majority cycle)이라는 표현을 더 선호한다. Eskridge (1994), p. 34.

109) 콩도르세의 역설에 대한 보다 자세한 설명으로는 김영세, 「정치게임과 공공경제」, 청람, 2015, 93-96면을 볼 것.

110) K. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 3<sup>rd</sup> ed., Yale University Press, 2012.

111) A. Downs (박상훈 · 이기훈 · 김은덕 옮김), 「경제 이론으로 본 민주주의: 민주주의에서 정당정치는 어떻게 이루어지나」, 후마니타스, 2013.

에 있어서 다수결제도가 가지는 한계를 분석한 뷰캐넌(J. M. Buchanan)과 툴록(G. Tullock)의 「국민합의의 분석」<sup>112)</sup> 등의 연구를 통하여 개인들의 의견을 반영하는 사회후생함수의 어려움을 보여주하고자 하였는데, 이러한 논의의 특수한 한 사례로 콩도르세의 역설을 내세운 것이다.

문언주의가 다수의 선호를 반영하지 못할 수 있다는 에스크리지의 비판을 단순화시켜 정리해보면 다음과 같다. 1964년의 미국의회에는 오직 3명의 의원 갑, 을, 병만이 있다고 가정해보자. 그리고 그들에게는 다음의 3가지 선택지가 존재하였다고 하자.<sup>113)</sup>

- a. 민권법 제7장은 모든 자발적 소수자우대조치를 금지한다.
- b. 민권법 제7장은 모든 자발적 소수자우대조치를 허용하며, 정부가 고용주에게 그러한 조치를 채택하도록 요구할 수 있는지 여부는 확정적이지 않다.
- c. 민권법 제7장은 자발적 소수자우대조치를 허용하지만, 정부가 고용주에게 소수자우대조치를 요구할 수 없음을 명확히 한다.

갑, 을, 병 세 사람이 민권법 제7장에 대한 선택지 a, b, c에 대하여 투표를 할 때, 그들의 선호도는 다음과 같다.

갑:  $a > b > c$

을:  $b > c > a$

병:  $c > a > b$

선택지 둘을 먼저 짝지어서 투표를 하고 이들 중 승자를 나머지 선택지와 다시 투표한다고 하자. 그렇다면 짝을 짓는 방법은 다음과 같이 존재할 수 있다.

- (1) a와 b 중에서 투표를 하고 그 승자와 c 중에서 투표를 하는 경우
- (2) b와 c 중에서 투표를 하고 그 승자와 a 중에서 투표를 하는 경우

---

112) J. M. Buchanan & G. Tullock (황수연 옮김), 「국민 합의의 분석」, 지식을 만드는 지식, 2012.

113) Eskridge (1994), p. 35.

(3) a와 c 중에서 투표를 하고 그 승자와 b 중에서 투표를 하는 경우

(1)의 경우부터 살펴보자. a와 b 중에서 투표를 하면, a는 2표(갑, 병), b는 1표(을)를 얻는다. 이제 승자 a를 c와 짝지어 투표를 해보자. 그러면 a는 1표(갑), c는 2표(을, 병)을 얻어 c가 선정된다. 따라서 (1)의 경우에 의회의 선택은 c가 된다.

(2)의 경우를 살펴보자. b와 c 중에서 투표를 하면, b는 2표(갑, 을), c는 1표(병)를 얻는다. 이제 승자 b를 a와 짝지어 투표를 해보자. 그러면 a는 2표(갑, 병), b는 1표(을)를 얻어 a가 선정된다. 따라서 (2)의 경우에 의회의 선택은 a가 된다.

이제 (3)의 경우를 살펴보자. a와 c 중에서 투표를 하면, a는 1표(갑), c는 2표(을, 병)를 얻는다. 이제 승자 c를 b와 짝지어 투표를 해보자. 그러면 b는 2표(갑, 을), c는 1표(병) 얻어 b가 선정된다. 따라서 (3)의 경우에 의회의 선택은 b가 된다.

이처럼 어떤 방식으로 선택지를 짝지우는가에 따라 의회의 선택이 달라지게 된다. 이처럼 다수결은 그 진행방식에 따라 전혀 다른 결과를 가져올 수 있다.

에스크리지가 이러한 콩도르세의 역설을 강조하는 것은 의회의 입법과정인 이러한 혼돈에 지배를 받는다는 것을 보여주기 위해서가 아니다. 오히려 그는 어떻게 의회가 이러한 혼돈에 빠지지 않고 의제 결정자가 합의를 이끌어 낼 수 있는지를 보여주고자 한다.<sup>114)</sup>

만약 의제 결정자가 b를 원한다면 다음의 두 가지의 전략으로 그러한 합의를 이끌어낼 수 있다. 첫 번째 전략은 입법과정에서 (3)의 경우를 이끌어 내는 것이다. 의제 결정자는 처음 법안을 제출할 때 b를 법안에 담는다. 그러면 법안의 반대자들이 a를 담고 있는 “수정안”을 주장할 것이다. 이제 의제 결정자는 c를 담고 있는 “수정안에 대한 수정안”을 제출한다. 심의 절차에 따라 먼저 수정안에 대한 수정안을 받아들일 것인지에 대한 투표를 하게 되는데 이는 a와 c에 대한 선호도 투표를 의미한다. 따라서 c를 담고 있는 “수정안에 대한 수정안”을 선택하게 된다. 이제 최초의 법안과 “수정안에 대한 수정안”에 대한 투표를 실시하게 되는데 이는 b와 c에 대한 선호도 투표를 의미하고 따라서 의회

114) Eskridge (1994), p. 36.

는 b를 담고 있는 최초의 법안을 선택하게 된다.<sup>115)</sup>

두 번째 전략은 하원에서 이루어질 수 있는 것인데 그것은 규칙위원회(Rules Committee)를 장악하고 있는 의제 결정자가 원하는 법안을 통과시키는 방법이다. 의제 결정자는 처음 법안을 제출할 때 b를 법안에 담은 후, 규칙위원회에서 심의과정에 “a를 제시하는 수정안”의 제출을 금지하는 수정폐쇄규칙(modified closed rule)을 내세운다. 그러면 심의과정에서 나올 수 있는 유일한 수정안은 c를 담고 있는 수정안이다. b와 c에 대한 선호도 투표만이 존재할 수 있고 b를 담고 있는 최초의 법안이 통과되게 된다.<sup>116)</sup>

하지만 현실에서는 의제 결정자가 자신이 원하는 b를 금지하는 a를 막는 세 번째 전략이 가장 선호된다. 이것은 소위 로그롤링(logrolling)이라고 불리는 방법이다. 이때 “통나무(log)를 굴린다(roll)”(로그롤링)라는 표현은 벌채한 나무를 벌목꾼들이 서로 보조를 맞추어 이동시키던 것에서 유래한 것으로 의원들이 법안통과를 위하여 투표 거래를 하는 것을 뜻한다. 을은 b를 가장 선호하고 그다음으로 c를 선호하며 정반대의 선택지인 a를 가장 싫어한다. 이때 병은 b보다 a를 선호하긴 하지만 c를 가장 선호한다. 그래서 을은 가장 싫어하는 a를 막기 위하여 병에게 c를 통과시키기로 합의하는 것이다. c를 가장 싫어하는 갑은 반대를 하겠지만 을과 병의 합의에 의하여 c가 통과되게 된다.<sup>117)</sup>

실제 민권법 제7장이 통과될 때 활용된 전략이 이 세 번째 방법이었다. 민권법 제7장의 지지자들은 b를 원했지만 상원에서 남부의 상원의원들이 83일 연속으로 필리버스터를 행사하며 법률의 통과를 저지하고자 하였다. 법안의 통과를 위하여 지지자들은 선택지 c를 지지하였던 덕슨 상원의원이 이끌던 그룹의 표를 매수하였다. 그 결과 민권법 제7장은 c의 내용을 담은 상태로 통과되게 되었다. 따라서 문언주의자들은 민권법 제7장의 문언을 법률해석의 처음이자 마지막으로 삼아야 한다고 주장하는 근거로 그것이 다수의 선호를 반영하고 있다는 논거를 제시하는 것은 타당하지 않다.<sup>118)</sup>

이러한 고찰을 통하여 우리가 알 수 있는 것은 문언주의의 주장과 달리 사실 법률 자체가 다수의 선호를 나타내는 것이 아닐 수 있다는 것이다. 즉, 법률의

115) Eskridge (1994), p. 36.

116) Eskridge (1994), p. 36.

117) Eskridge (1994), p. 37.

118) Eskridge (1994), p. 37.

문언은 다수의 선호와 무관하게 의제 결정자의 세 가지 전략 중 하나의 결과물에 불과할 수 있다.

다수의 선호에 대한 이러한 비판을 받아들이더라도 문언주의자들은 여전히 미연방헌법 제1조 제7항(법률의 제정)이 문언주의를 정당화해준다고 주장할 수 있다. 즉, 법률이 미연방헌법 제1조 제7항의 요건을 갖추었다는 사실 자체에 의하여 법률문언이 법률해석의 시작이 되어야 한다고 주장하는 것이다. 이에 대하여 에스크리지는 이러한 응답이 문언의 의미 자체에 대한 정당화를 내포하고 있다고 보기 어렵고 문언주의의 입장을 약화시킨다고 주장한다.<sup>119)</sup>

#### (4) 명백한 의미의 규칙에 대한 비판

명백한 의미 규칙에 대해서도 에스크리지는 다음과 같은 3가지 문제점들 때문에 제대로 작동하기 어렵다고 지적한다.

##### 1) 애매성

법률문언은 애매성을 가지는 경우가 빈번하며 따라서 명백한 의미 규칙을 적용하기가 쉽지 않다. 현대사회에서 법률문언의 애매성은 다양한 이유에서 발생한다. 우선, 그것은 법률을 제정하는 입법자가 복수라는 사실 때문에 발생한다. 입법자들은 입법과정에서 서로 다른 목표와 전략을 가지고 법률의 문구를 작성하고 수정하기 때문에 법률문언은 불가피하게 애매성을 가질 수 밖에 없다. 그 뿐만 아니라 입법자들은 고의로 법률문언에 애매성을 포함시키기도 한다. 즉, 입법자는 명확하게 규정하기 어려운 문제에 대하여 행정부나 사법부에 권한을 위임하는 일반조항을 만들기도 한다.<sup>120)</sup>

스칼리아 대법관은 민권법 제703조(a)(1)의 문언이 애매하지 않다(unambiguous)고 주장하고 따라서 Weber 사건에 법원이 법률의 문언에 따랐어야 한다고 비난하였다.

에스크리지는 이러한 비난이 민권법 제703조(a)(1)이 가지고 있는 애매성을 무시한 것이라고 지적한다. 즉, 스칼리아 대법관은 “인종에 기반한 차별”이라는

119) Eskridge (1994), p. 37.

120) 일반조항에 대한 자세한 논의로는 J. W. Hedemann (윤철홍 옮김), 「일반조항으로의 도피: 법과 국가에 대한 하나의 위협」, 법원사, 2019을 볼 것.

문언이 인종을 기반으로 한 모든 종류의 구별(differentiation)을 의미한다고 가정한다. 하지만 이러한 정의가 차별의 가장 일반적인 의미일지는 몰라도 민권법 제703조의 “차별”이 가지는 의미가 아닐 수 있다. 예를 들어, 얼그레이를 선택하고 랍상소우충을 선택하지 않을 때 우리는 맛에 기반한 차별을 한다고 대체로 표현하지 않는다. 또한 연인과 더 많은 시간을 보내고 동성친구와 시간을 별로 보내지 않더라도 대체로 성별에 기반한 차별이라고 표현하지 않는다. 왜냐하면 통상적으로 우리는 차별이라는 말을 사용할 때에는 “불쾌한” 구별을 의미하기 때문이다. 이제 우리의 질문은 무엇이 “불쾌한” 구별인가하는 것이다. 결정권자가 아프리카계 미국인을 싫어해서 숙련교육과정에 제외하거나 백인을 싫어해서 숙련교육과정에 제외시키는 것은 분명 불쾌한 구별에 해당할 것이다. 하지만 과거의 차별의 역사를 고치기 위하여 법적 도덕적 공감을 느껴서 결정권자가 숙련교육과정에 백인의 일부를 제외시킨 것은 불쾌한 구별인가? 바로 이 부분이 논란이 되는 부분이다.<sup>121)</sup>

에스크리지는 언급하고 있지 않지만, 이미 우리는 이러한 문제를 바라보는 관점에 대한 논쟁만으로도 한 권의 책을 적을 수 있다는 사실을 알고 있다.<sup>122)</sup> 사건의 당사자인 웨버의 관점에서 그리고 Weber 사건에서의 렌퀴스트 대법관과 Johnson 사건에서의 스칼리아 대법관의 관점에서 보자면 어떠한 이유에서든 백인을 숙련교육과정에서 제외시키는 것은 불쾌한 구별이며 차별에 해당한다. 하지만 역사적 책임에 대하여 연대의식을 가진 사람의 관점에서 보자면 혹은 그러한 차별을 받아온 집단의 구성원의 관점에서 보자면, 숙련교육과정에서 웨버를 포함한 백인의 일부를 제외시킨 것은 불쾌한 구별이라고 할 수 없을 것이다.

## 2) 맥락적 의미

명백한 의미 규칙을 적용하기 어려운 또 다른 이유로 에스크리지는 법률문언의 의미가 맥락에 영향을 받는다는 사실을 제시한다.<sup>123)</sup> 만약 A가 B에게 “고기를 줘 줘.”라고 쪽지를 남긴다면, 이때 쪽지의 의미는 맥락을 모르고서는 올바르게 이해될 수가 없을 것이다. 만약 B가 A에게 매일 고기를 공급하는 사람

121) Eskridge (1994), pp. 38-39.

122) 예컨대, M. Sandel (김명철 옮김), 「정의란 무엇인가」, 김영사, 2014를 볼 것.

123) Eskridge (1994), p. 40.

이였다면, 그러한 맥락으로부터 B는 통상적으로 공급해 온 종류의 고기를 요청한다고 그 의미를 이해할 것이다. 반면에 A가 고급스러운 파티를 준비하고 있고 B도 그 사실을 알고 있다면 그러한 맥락으로부터 B는 스테이크에 사용될 최상급 고기를 요청한다고 그 의미를 이해할 것이다.<sup>124)</sup>

이와 유사한 맥락적 분석이 법률의 문언에도 적용될 수 있다. 1964년 의회가 민권법 제7장을 제정하여 고용에 있어서 인종을 이유로 한 차별을 금지했을 때 그 문언의 의미는 그 법률이 나오게 된 다음과 같은 맥락을 이해해야만 올바르게 이해할 수 있다.

Brown v. Board of Education of Topeka 사건(1954) 이후에도 아프리카계 미국인의 지위는 크게 향상되지 못하였고, 그 결과 뉴욕이나 시카고 등 대도시를 중심으로 인종차별철폐운동이 크게 확산되었으며 심지어 폭동화되는 경향까지 보였다. 그래서 정치권을 중심으로 기회의 균등 및 인종차별의 철폐를 표명하였고 케네디 대통령도 의회에 보내는 특별교서에 그러한 내용을 담아 보내기도 하였다. 이러한 맥락 속에서 민권법 제7장이 탄생되게 된 것이다.<sup>125)</sup> 바로 이러한 분위기 속에서 자발적인 소수자우대조치의 사례는 케네디 행정부와 언론에서 좋은 발전으로 극찬을 받았었다.<sup>126)</sup>

### 3) 해석자의 맥락

명백한 의미 규칙의 적용이 쉽지 않은 세 번째 이유는 문언의 의미는 그 문언을 해석하는 해석자의 맥락에도 영향을 받기 때문이다. 즉, 문언의 해석은 해석자의 관점이 문언 및 역사적 맥락과 상호작용하는 과정에서 이루어지기 때문에 문언의 의미에 대한 보편적이고 객관적인 해석이란 존재할 수 없다는 것이다.<sup>127)</sup> 이러한 에스크리지의 주장에는 가다머(G. H. Gadamer)의 해석학으로 받은 영향이 강하게 나타난다.<sup>128)</sup>

민권법 제7장을 해석함에 있어서 브레넌은 역사적 책임에 대하여 연대의식을 가지고 있는 사람의 관점에서 그 법률문언의 역사적 맥락을 수용함으로써 민권

124) Eskridge (1994), p. 40.

125) 이러한 민권법 제7장의 제정 배경에 대해서는 이병운(2015), 393-394면을 참조.

126) Eskridge (1994), p. 40.

127) Eskridge (1994), p. 41.

128) 에스크리지가 가다머로 받은 영향에 관해서는 W. N. Eskridge, Jr., "Gadamer/Statutory Interpretation", *Columbia Law Review* vol. 90, 1990을 볼 것.

법 제703조(a)는 자발적인 소수자우대조치를 금지하지 않는다는 결론을 내렸다. 반면에 렌퀴스트나 스칼리아는 반대의 관점에서 그러한 역사적 맥락을 거부하거나 다르게 이해함으로써 민권법 제703조(a)는 자발적인 소수자우대조치를 금지한다는 주장을 하였다.

### (5) 정합적 의미 규칙에 대한 비판

스칼리아 대법관은 정합적 의미 규칙에 의하여 법률문언의 애매성이 해소될 수 있다고 주장한다. 하지만 에스크리지는 정합적 의미는 해석자의 관점에 따라 전혀 다른 답을 내놓을 수 있으므로 판결하기 어려운 사안에 대하여 결정적인 답을 주지 못한다고 비판한다. 예를 들어, 스칼리아 대법관은 민권법 제703조(a)의 문언이 전혀 애매하지 않다고 주장하였지만 그가 말하는 정합적 의미 규칙을 적용해보면 상반된 두 가지 결론 모두에 이를 수 있다는 것이다.<sup>129)</sup>

실제로 Weber 사건에서 브레넌 대법관은 자신의 주장을 강화하기 위하여 정합적 의미 규칙이라고 할 수 있을 만한 논변을 추가하였다. 즉, 민권법 제703조(a)가 자발적인 소수자우대정책을 금지하지 않는다는 자신의 결론은 민권법 제703조(j)와의 정합적 의미 해석을 통하여 더욱 강화된다는 것이다. 민권법 제703조(j)는 제7장의 어떠한 규정도 고용주에게 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신국가를 이유로 특정한 개인 내지 집단에 대하여 우대취급을 할 것을 “요구”하는 것으로 해석되어서는 안 된다고 규정하고 있는데, 브레넌은 제703조(j)의 “요구”라는 표현에 주목하여 이것에 정합적이게 민권법 제703조(a)를 해석하는 것을 시도한다. 즉, 제703조(j)가 “금지한다”가 아니라 “요구하는 것으로 해석되어서는 안 된다”로 규정한 것은 자발적인 소수자우대조치를 요구하지는 않지만 그것을 “허용은 한다”는 의미로 해석해야 하고, 이에 부합하도록 제703조(a)를 해석해야 한다는 것이다.<sup>130)</sup>

하지만 정합적 의미 규칙은 정반대의 해석도 제시한다. 민권법 제7장은 제703조의 적용이 배제되는 경우를 명시적으로 규정하고 있는 제703조(e)-(i)를 마련하고 있다. 따라서 제703조는 이러한 예외의 경우를 제외하고는 반드시 적용되는 것으로 해석되어야 한다. 이 경우에는 제703조(a)가 브레넌 대법관의 주

129) Eskridge (1994), p. 43.

130) United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979), 195.

장에 반하는 의미를 가지게 된다.<sup>131)</sup>

### Ⅲ. 다원주의로서의 역동적 법률해석

에스크리지가 지적하는 것처럼 일원주의로서의 원의주의가 제대로 작동하지 않는 것이라면 법률해석은 어떠한 방식으로 이루어져야 하는가? 다시 말해서 에스크리지가 말하는 역동적 법률해석은 어떻게 이루어지는가? 일원주의로서의 원의주의를 비판하는 과정에서 간접적으로 나타난 것처럼 에스크리지는 “법률해석이 단일하기보다는 다면적이자 발전적이고, 해석자에 의한 정치적 선택과 재량을 포함하고 있으며, 역사적인 정치문화뿐만 아니라 현재에도 영향을 받는다”고 주장한다.<sup>132)</sup>

에스크리지는 원의주의에 대한 자신의 비판 내지는 자신이 제시하는 역동적 법률해석이 결코 혁신적인 것이 아니라고 주장한다. 미국의 경우에 법학자들은 헌법과 보통법이 역동적으로 해석된다는 것을 오래전부터 인식해왔고 20세기 초에 이르러서는 법률해석에 있어서도 그러한 통찰을 적용하게 되었다.<sup>133)</sup> 또한 이것은 미국만의 고유한 특성이 아니고 대륙법계 국가들에게서도 발전적 해석(evolutionary interpretation)이라는 문제로 인식되어온 것이라고 할 수 있다.

권력분립과 입법의 우위라는 관점에서 법률해석과 관련해 또 한 가지 어려운 문제는 소위 발전적 해석(evolutionary interpretation)의 문제이다. 구법제정 당시의 상황이 바뀌어서 옛날처럼 해석되어서는 안 될 경우 어떻게 할 것인가가 문제가 된다. 과거의 해석이 잘못된 것은 아니다. 과거법원도 과거의 해석이 잘못되었다고 말하지 않는다. 다만 상황이 바뀌어서 새로운 해석이 필요할 뿐이다. 과거와는 다르게 상황이 바뀌면 예전 그대로 해석할 경우 당사자는 물론이고 법원과 사회 전체에 오히려 해가 된다. 결국 새로운 해석을 통해서 법을 창조하는 수밖에 없다. 물론 다른 방법이 전혀 없는 것은 아니다. 입법자에게 공을 넘겨 새로운 법률을 제정할 때까지 기

131) Eskridge (1994), pp. 42-43.

132) Eskridge (1994), p. 48.

133) Eskridge (1994), p. 48.

다리면 된다. 하지만 이런 해법은 당사자들이 만족스러워하지 않을뿐더러 입법자에게도 큰 짐이 된다. 그래서 대륙법계 국가에서는 일반적으로 판사에게 발전적 해석을 할 것을 요구한다.<sup>134)</sup>

하지만 원의주의가 입법자의 원래 의도를 재현해 내는 것에 실패할 수밖에 없다는 것을 보여주는 것 내지는 역동적 법률해석이 실제 법관이 적용하는 방법이라는 것을 보여주는 것만으로는 역동적 법률해석이 정당화되는 것이 아니다. 그렇다면 역동적 법률해석은 어떤 철학적 근거 내지는 이론적 정당화를 가지는가?

1990년에 발간된 “실천적 추론으로서의 법률해석”에서 에스크리지는 자신의 입장이 실천적 추론에 있어서 아리스토텔레스의 실천적 지혜(phronesis)<sup>135)</sup> 이론에서 영감을 받았다고 밝히고 있다.<sup>136)</sup>

우리의 모델에 대한 철학적 영감은 아리스토텔레스의 실천적 지혜(phronesis) 이론이다. 아리스토텔레스의 실천 이론은 설령 옳은 것에 대한 보편적인 이론이 없을 때조차도 특정한 사례들에서 옳은 것을 결정할 수 있다는 명제로부터 출발한다. 아리스토텔레스의 실천적 지혜라는 개념은 우리에게 우리의 모델에 대한 영감과 규범적 정당화를 제공해주고 있는 두 학파를 포함하여 의미에 관한 현대철학에 깊은 영감을 주고 있다. 이러한 두 학파 중 하나는, 주체가 객체로부터 의미를 끌어낸다고 하는 해석에 대한 전통적인 은유를 상호작용적 이론으로 대체하는, 가다머(H.-G. Gadamer)의 현대해석학이다. 가다머는 해석이란 해석자와 텍스트 사이의 공통적인 기반을 찾는 것이라고 주장한다. 다른 하나의 전통은, 데카르트와 칸트의 근본주의 철학에 대한 퍼스(C. S. Peirce)와 제임스(W. James)의 비판으로부터 출발하였고 최근 로티(R. Rorty)와 번스타인(R. Bernstein)과 같은 철학자

134) J. H. Merryman & R. Pérez-Perdomo (김희균 옮김), 「대륙법 전통: 비교를 통해 알아보는 대륙법과 영미법」, 책과 함께, 2020, 88면.

135) “phronesis”에 대해서는 “실천지”, “실천적 지혜” 등 다양한 번역어가 사용되고 있다. 여기에서는 “실천적 지혜”라는 번역어를 사용하고자 한다.

136) 아리스토텔레스의 실천적 지혜의 개념에 대해서는 손병석, “아리스토텔레스에 있어서 실천지의 적용단계: 숙고와 선택·결정에서 제기되는 판단과정의 위치설정문제를 중심으로”, 「철학연구」 제48집, 철학연구회, 2000; 김대오, “아리스토텔레스 윤리학에서 실천지의 역할”, 「철학연구」 제65집, 철학연구회, 2004를 참조.

들이 계승하고 있는, 미국의 실용주의이다. 해석학 전통과 실용주의 전통 모두는 아리스토텔레스의 실천적 지혜의 테제, 즉 포괄적 이론들에 반대하는 해석적 기획의 구체적 상황성, 다양한 가치가 해석자를 다양한 방향으로 이끈다는 것을 인식하는 해석과 논증의 복잡성, 복잡한 문제에 대한 실현 가능한 해결책의 중요성을 강조한다. ... 이러한 전통들은 우리가 묘사하는 접근방법을 제안한다.<sup>137)</sup>

「니코마코스 윤리학」에서 아리스토텔레스는 실천적 지혜가 보편성보다는 오히려 개별성과 더 관련이 있다고 강조하였다.

또한 실천적 지혜는 보편적인 것뿐만 아니라 개별적인 것도 알아야 한다. 실천적 지혜는 행위에 관련되는데, 행위는 개별적인 것들에 관련되기 때문이다. 그런 까닭에 지식이 없는 사람이 특히 경험이 있을 경우 지식을 가진 사람보다 더 효과적으로 행한다. 연한 고기가 소화가 잘되고 건강에 좋은 것은 알지만 어떤 종류의 고기가 연한지 알지 못하는 사람이 있다면, 그는 건강을 증진할 수 없고, 오히려 가끔류가 건강에 좋은 것을 아는 사람이 건강을 더 잘 증진할 것이다. 그리고 실천적 지혜는 실천적인 만큼 두 종류의 지식이 모두 필요하지만 특히 개별적인 것을 다루는 지식이 필요하다.<sup>138)</sup>

에스크리지는 현대에 있어서 아리스토텔레스의 다원주의적 입장에서 있다고 볼 수 있는 두 가지 지적 전통, 즉 실용주의(pragmatism)와 해석학(hermeneutics)을 자신의 이론적 근거로 제시하였다.

또한 1994년에 출판한 「역동적 법률해석」에서는 역동적 법률해석의 이론적 근거 내지 정당화로 이러한 실용주의와 해석학 외에도 실증적 정치이론(positive political theory)을 추가적으로 제시한다.

각각의 이론적 배경은 다음과 같이 역동적 법률해석을 설명해주고 정당화해 준다. 우선, 실용주의는 법률해석에 있어서 사회와 법의 변화가 법률해석을 역동적이게 만들지만 법률문언의 명확한 의미, 권위 있는 법적 자료, 신뢰 이익에

137) Eskridge & Frickey (1990), pp. 323-324.

138) Aristoteles (천병희 옮김), 「니코마코스 윤리학」, 숲, 2018, 제6권 제7장 1141b.

의하여 제약을 받는다는 것을 보여준다. 또한 철학적 해석학은 자신의 지평 때문에 해석자가 역동적 법률해석을 하지만 해석자가 기투되어 있는 세계와 전통 등에 의하여 제약을 받는다. 그리고 실증적 정치이론은 정치적 압력에 의하여 역동적 법률해석을 하게 되지만 해석자는 하위에서 문제를 제기하는 것과 상위에서 자신의 해석을 무효화하는 것에 의하여 제약을 받게 된다.<sup>139)</sup>

이러한 이론적 배경에 대한 구체적인 설명은 *Boutilier v. Immigration and Naturalization Service* 사건(1967)과 연계하여 전개될 것이다. *Boutilier* 사건의 개요는 다음과 같다. 이 사건의 배경이 된 1952년 이민 및 국적에 관한 법률(Immigration and Nationality Act, 이하 ‘이민법’)은 종래의 이민법 등을 통합하고 당시의 시대적 분위기를 반영하여 1952년에 제정되었다. 이 법의 주요 골자는 국적 및 귀화요건, 입국불허사유, 추방사유였다. 여기에서 문제가 된 것은 이민법 제212조(a)(4)에 규정된 입국불허사유 중 하나인 “정신병적 성격”이라는 표현이었다. 캐나다 국적을 가지고 있었던 *Boutilier*는 21세였던 1955년에 그의 가족들과 함께 최초로 미국에 입국하였으며 그 후 그들은 뉴욕에서 살고 있었다. 그가 가장 마지막으로 입국한 것은 잠시 캐나다 여행을 다녀온 1959년이었다. 1963년에 미국 시민권을 신청하면서 그는 귀화심사관에게 자신이 1959년 10월에 동성애(sodomy) 혐의로 체포되었던 적이 있음을 시인하는 진술서를 제출하였다. 또한 이듬해 그는 정부의 요구에 따라 자신의 성적 일탈행동의 전체 내용을 밝히는 또 다른 진술서를 제출하였다. 이 진술서에서 그는 최초의 동성애 경험은 미국에 입국하기 약 7년 전이었던 14세 때였으며 이후 최초로 미국에 입국하기 직전 5년 동안 연평균 3-4회 정도의 동성애 관계를 가졌으며 입국 이전에 서너 차례 이성애의 관계 역시 가졌었다고 밝혔다. 그리고 1955년 미국 입국 이후에 그는 연평균 3-4회 정도의 동성애 관계를 가졌으며 1959년부터는 동성애 관계를 나누던 남성과 동거를 시작하였다고 한다. 공중보건국(Public Health Service)에 1964년에 제출된 진술서를 보내 입국 당시에 입국불허사유가 존재하는지에 대하여 의견을 구하였고, 공중보건국은 *Boutilier*가 “정신병적 성격”이라는 A급 장애를 앓고 있다는 증명서를 발급하였다. 이에 심사관은 추방절차를 시작하였고 *Boutilier* 측은 수년간 동성애라는 성적 일탈행동을 하였다는 사실관계는 인정하지만 자신은 “정신병적 성격”에 해당하지 않는

---

139) Eskridge (1994), p. 69.

다고 주장하였다. 즉, 이 사건의 핵심적인 쟁점이 된 것은 사실관계의 문제가 아니라 Boutilier가 이민법 제212조(a)(4)에 규정된 “정신병적 성격”에 해당하는가 혹은 그 용어가 지나치게 모호해서 위법한가라는 법적 문제였다.<sup>140)</sup>

## 1. 실용주의

아리스토텔레스는 일반적이고 추상적 법을 특수하고 구체적인 상황에 적용하면서 종종 등장하게 되는 미리 예상치 못한 사례에서 해석자가 해야 하는 역할에 대하여 다음과 같이 주장하였다.

법은 보편적으로 말하는데 예외적인 경우가 생기면, 입법자가 보편적으로 말함으로써 그런 경우에 대응하는 데 실패한 곳에서는 누락된 부분을 바로 잡는 것이 옳다. 입법자가 그 자리에 있었다면 말했을 법한 것과 입법자가 그럴 줄 알았으면 자신의 법에 포함시켰을 법한 것을 말함으로써 말이다.<sup>141)</sup>

미국의 실용주의적 전통은 이러한 아리스토텔레스의 관점에서 법률해석을 이해할 것을 주장한다. 이들은 법률해석에 있어서 근본주의적 접근방법, 즉 일원주의적 접근방법이 잘못되었다고 주장하면서 법관이 법률해석을 할 때에는 다양한 각도에서 문제를 고려하여야 한다고 주장한다. 이러한 실용주의적 관점을 받아들여서 에스크리지는 법률은 고정적인 것이 아니고 발전하는 것이며 따라서 법률해석은 법의 명백한 의미, 입법과정뿐만 아니라 오늘날 사회의 필요와 목표에 따라 어떤 의미로 해석되어야 하는지를 밝혀내는 작업이어야 한다고 본다.<sup>142)</sup>

역동적 법률해석의 입장도 법률을 제정한 직후에는 대체로 법률해석은 간단한 문제일 수 있다는 것을 부정하지는 않는다. 이 경우에는 법률이 대상으로 삼는 문제가 무엇인지 그리고 그러한 문제를 어떻게 다루어야 하는지 어느 정도 명확할 것이기 때문이다.

하지만 법률을 제정한 직후에도 다음의 3가지 문제가 발생할 수 있으며 그

140) Boutilier v. Immigration and Naturalization Service, 387 U.S. 118 (1967), 119-120.

141) Aristoteles (2018), 제5권 제10장 1137b.

142) Eskridge (1994), p. 50.

경우에 법률해석은 다양한 사항들을 고려해야만 한다.<sup>143)</sup>

- (1) 입법자들이 법률을 제정하면서 서로 합의에 이르지 못하여 그대로 남겨놓은 문제들이 발생한 경우
- (2) 입법자들이 법률을 제정하면서 간과하거나 예측하지 못하였던 문제들이 발생한 경우
- (3) 법률이 사회 및 정치문화에 통합되어 가는 과정에서 저항에 부딪힌 경우

Weber 사건은 (1)의 방식으로 설명될 수 있을 것이다. 즉, 입법자들은 자발적인 우대조치에 대하여 서로 합의에 이르지 못하여 이것에 대하여 침묵하였다고 볼 수도 있다. 또한 Green v. Bock Laundry Machine Co. 사건의 경우에는 (2)의 방식으로 설명이 될 수 있는데, 입법자들은 형사소송에 관련된 논의에 집중하면서 민사소송에 관한 문제를 간과하였다.<sup>144)</sup>

Boutilier 사건 역시 입법자가 법률을 제정하면서 간과하거나 예측하지 못했던 문제가 발생한 경우를 잘 보여준다. 입법자들은 1952년 이민법을 제정하면서 “동성애자와 성적 변태자”의 경우를 예상하고 “정신병적 성격”을 입국불허 사유로 규정하였다. 하지만 입법자들은 Boutilier와 같은 양성애자의 경우를 간과하였다. 즉, 입법자들은 양성애자의 경우에도 동성애자와 마찬가지로 이민법 212조(a)(4)에서 말하는 “정신병적 성격”에 해당하는가라는 문제를 간과하였다.<sup>145)</sup>

입법자가 미리 예측하고 특정한 의도를 하였다고 하더라도 법률이 제정된 이후 상황이 변화함에 따라 법률은 발전하게 된다. 이러한 변화는 반드시 많은 시간이 필요한 것은 아니어서 경우에 따라서는 법률의 제정 직후에도 곧바로 법률이 발전할 수도 있다. Boutilier 사건의 배경이 된 1952년 이민법은 이러한 경우를 잘 보여준다. 처음에 이민법이 제정될 당시에 입법자들은 “정신병적 성격”이라는 표현이 “동성애자와 성적 변태자”를 포함하기에 충분하다는 공중보건국의 주장에 따라 “동성애자와 성적 변태자”에 대하여 입국을 불허하기 위하여 동법 제212조(a)(4)에 그러한 표현을 사용하였다. 이러한 공중보건국의 주장

---

143) Eskridge (1994), p. 51.

144) Eskridge (1994), p. 51.

145) Eskridge (1994). p. 52.

은 당시 의학계의 주류적 입장, 즉 동성애는 질병의 일종, 즉 정신병적 성격이라고 보는 입장을 반영한 것이었다. 하지만 법률이 제정된 직후에 법률을 둘러싼 상황, 즉 공중보건국의 입장이 변화함에 따라 법률은 입법자가 의도한 결과를 발생시키지 못하게 되었다. 의학적 검사를 통해서 “동성애자와 성적 변태자”를 식별하는 것이 어렵다는 현실적인 이유에서 공중보건국은 “동성애자”만 “정신병적 성격”에 포함되는 것으로 제212조(a)(4)의 의미를 축소시킨 것이다. 그래서 입법자들은 “동성애자와 성적 변태자”에 대하여 입국을 불허하기를 의도하였지만 법률은 “동성애자”만 불허하게 되었다. 이것은 법률과 관련된 전제 내지 상황의 변화에 따라 법률이 발전하게 된 좋은 예시가 된다.<sup>146)</sup>

이후에도 상황은 계속해서 변화하였고 이민법은 또 다른 발전을 겪게 되었다. 이민법이 제정되었던 1950년대에는 동성애를 정신병의 일종으로 이해하는 것이 의료계의 주류적 입장이었지만 1960년대에 이루어진 경험적 연구들은 동성애가 정신병과는 무관하다는 결론을 제시하였다. 이러한 의료계의 입장변화는 제212조(a)(4)의 해석에 있어서도 변화를 가져왔다.<sup>147)</sup> 실제로 제9순회법원(the Ninth Circuit)은 *Fleuti v. Rosenberg* 사건(1962)에서 이러한 상황의 변화를 받아들이는 역동적 해석을 하여서 제212조(a)(4)의 “정신병적 성격”이라는 용어가 “동성애자”를 포함한다는 것을 알려주기에는 너무 모호하고 불확정적이라고 판결하였다.<sup>148)</sup>

더욱이 1969년에 일어난 스톤월 항쟁(Stonewall riots)<sup>149)</sup>은 많은 것을 바꾸어놓았다. 스톤월 항쟁 이후 동성애자를 포함한 성소수자 차별에 대한 저항이 활발하게 일어났고 따라서 사회적 분위기가 동성애자 등을 “정신병적 성격”으로 간주하기 어려워졌다. 결국 미국정신의학협회(American Psychiatric Association)은 정신적 장애에서 동성애를 삭제하였고 다른 의사협회들도 이러한 결정에 따르게 되었다. 이처럼 의료계의 주류적 입장이 더 이상 동성애를 정신병의 일종으로 간주하지 않게 되자 1979년에 공중보건국도 이민법 제212조(a)(4)에 대하여 역동적 해석을 하였다. 즉, 공중보건국은 “정신병적 성격”에 동

146) Eskridge (1994), p. 51.

147) Eskridge (1994), p. 53.

148) *Fleuti v. Rosenberg*, 302 F.2d 652 (1962).

149) 스톤월 항쟁은 뉴욕 그리니치빌리지의 스톤월 인이라는 가게를 중심으로 시작된 성소수자 운동으로 성소수자가 평등과 존중을 요구할 수 있는 힘을 보여주게 된 분수령이 되었다.

성애 등이 포함되지 않는다고 보고 제212조(a)(4)와 관련된 동성애자 등에 대한 의료검사를 실시하거나 관련된 증명서를 발급하는 것을 중단하기로 하였다.<sup>150)</sup>

이처럼 입법자들이 미리 예측하지 못하였거나 해결하지 못한 문제들 때문에 그리고 법률과 관련된 전제 내지는 상황의 변화 때문에 법률은 입법자가 의도한 결과를 발생시키지 못하게 되고 그 결과 해석자는 법률을 역동적으로 해석하게 된다.<sup>151)</sup>

실용주의적 관점에서 에스크리지는 법률의 명백한 의미(문언), 입법과정, 법률의 발전 등의 다양한 요소들이 법률해석에 있어서 중요하게 작동한다고 주장하지만 이러한 과정이 구체적으로 어떠한 과정으로 이루어지는가는 좀 더 설명이 필요한 부분이다. 이에 대해서 1990년에 발간된 “실천적 추론으로서의 법률 해석”에서 에스크리지는 역동적 법률해석을 개괄적으로 설명할 수 있는 다음의 모델을 제시하였다. 그 모델은 다음과 같은 순서로 이루어진다.<sup>152)</sup>

- (1) 해석자는 법률의 문언, 입법과정, 문언의 발전 등 광범위한 자료들을 검토하여 이를 바탕으로 법률에 대한 예비적 견해를 형성한다.
- (2) 해석자는 법률에 대하여 이루어질 수 있는 다양한 해석들을 문언에의 충실성, 역사적 정확성, 현대적 상황과 가치와의 부합이라는 복합적인 기준에 비추어 검증함으로써 자신의 예비적 견해를 발전시킨다.

주의할 것은 원본주의 내지는 일원주의의 잘못된 전제와 달리 문언에의 충실성, 역사적 정확성, 현대적 상황과 가치와의 부합이라는 3가지 기준들 중 어느 것도 다른 것들을 완전히 압도하지는 않는다는 점이다. 예컨대 문언주의는 문언에의 충실성이 다른 모든 가치들이 압도한다고 전제하고 의도주의는 역사적 정확성이 다른 모든 가치들을 압도한다고 전제하지만, 이러한 전제들이 잘못되었다는 것은 앞에서 충분히 살펴보았다. 이제 해석자가 하나의 해석을 수용하게 되면 자신의 견해를 뒷받침해줄 수 있는 논거들을 고찰하게 된다.<sup>153)</sup>

이처럼 법률에 대한 예비적 견해를 형성하고 그것을 검증하는 과정에서 해석

---

150) Eskridge (1994), pp. 53-54.

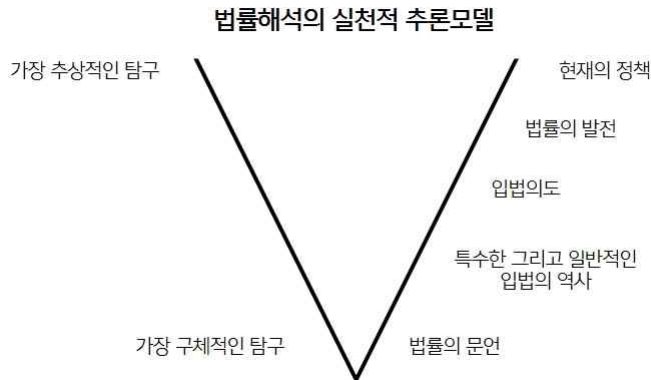
151) Eskridge (1994), p. 52.

152) Eskridge & Frickey (1990), p. 352.

153) Eskridge & Frickey (1990), p. 352.

자가 활용하는 논거들은 수평적인 관계가 아니라 계층관계가 존재한다. 예를 들어, 일차적으로 해석자는 법률의 문언에 기초한 논거들을 입법의 목적에 기초한 논거들보다 더 중요시한다. 하지만 더 중요시되는 논거들은 매우 구체적이어서 제한적인 적용범위를 가지고 있는 반면에 덜 중요시되는 논거들은 추상적이어서 광범위하게 적용될 수 있다. 중요성과 추상성이라는 이 두 가지 상반된 특징 때문에 해석자는 위아래로 이동하면서 각 논거들이 나타내는 다양한 고려사항들을 평가하고 비교하면서 법률을 해석한다.<sup>154)</sup>

여기에서 해석자가 법률을 해석하는 과정에서 위아래 이동하면서 평가하고 비교하는 논거들과 고려사항들은 하나의 “추상의 깔때기”로 도식화될 수 있다. 1990년의 “실천적 추론으로서의 법률해석”에서는 다음과 같은 추상의 깔때기를 제시하였다.<sup>155)</sup>

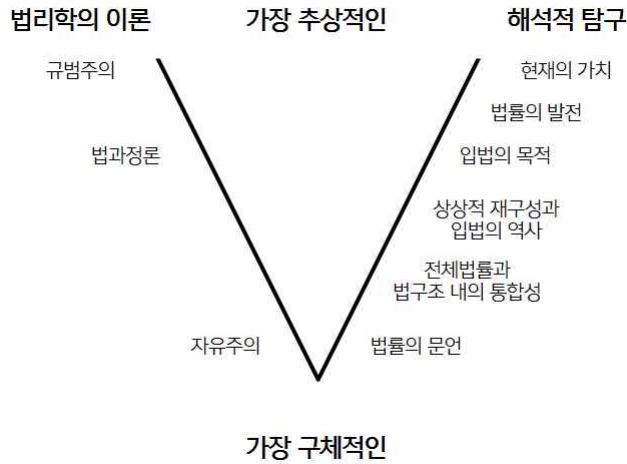


이후 1994년에 출판한 「역동적 법률해석」에서는 오른쪽의 논거들과 고려사항들을 더욱 세분화하여 추가하고 이를 법리학의 이론과 연계함으로써 다음과 같은 수정된 형태의 추상의 깔때기를 제시한다.<sup>156)</sup>

154) Eskridge & Frickey (1990), pp. 353-354.

155) Eskridge & Frickey (1990), p. 353.

156) Eskridge (1994), p. 56.



## 2. 철학적 해석학

지금까지 우리는 실용주의가 해석의 대상인 법률의 발전을 어떻게 설명해주고 법률해석의 역동적인 모습을 어떻게 구체화해주는지를 살펴보았다. 이제 우리는 철학적 해석학이 해석의 주체인 해석자 및 그가 속한 시대/문화와 역동적 법률해석을 어떻게 설명해주는지 살펴보려고 한다.

여기에서 말하는 철학적 해석학<sup>157)</sup>은 가다머가 자신의 주저라고 할 수 있는 「진리와 방법」에서 개진한 것으로 전통적인 해석학과는 구별되는 개념이다. 그는 「진리와 방법」의 서문에서 자신의 목표를 다음과 같이 밝히고 있다.

이 책의 연구는 해석학의 문제에 관계된다. 이해라는 현상 및 이해된 것의 올바른 해석이라는 현상은 정신과학적 방법론의 고유한 문제만은 아니다. 오래전부터 신학적 해석학과 법학적 해석학도 있었다. 이 해석학들은 학문의 이론적 성격을 지닌 것이 아니고, 오히려 학문을 통해 양성된 판사나 목사의 실천적 활동에 상응했고 또 기여했다. ... 텍스트의 이해와 해석은 학문의 관심사일 뿐 아니라 명백히 인간의 세계경험 전체에 속한다. 해석

157) 가다머의 철학적 해석학은 독일의 법학자들에게 많은 영향을 미쳤다. 이에 관해서는 양천수, 「법해석학」, 한국문화사, 2017을 참조.

학적 현상은 원래 방법의 문제가 결코 아니다. 해석학적 현상에서는 텍스트를 다른 모든 경험 대상과 마찬가지로 학적인 인식에 예속되게 하는 이해의 방법이 중요한 것이 아니다. 여기서는 우선 과학의 방법적 이상에 따라 보증된 인식의 구성이 결코 중요하지 않다. 그러나 여기서도 인식과 진리는 중요하다. 즉 전승의 이해에서는 텍스트만 이해되는 것이 아니라, 통찰도 획득되고 진리도 인식된다. 이것은 어떠한 종류의 인식이며 진리인가?<sup>158)</sup>

여기에서 밝히고 있는 것처럼, 철학적 해석학은 정신과학의 방법론적 기초에 머물렀던 해석학에 대한 이해방식을 버리고 이제 해석학을 “인간의 세계경험 전체에 있어서 이해란 어떻게 가능한가?”라는 질문에 답함으로써 이해라는 현상 자체를 밝히는 것으로 이해하게 된 것이다.<sup>159)</sup>

철학적 해석학에 따르면, 텍스트의 의미는 이미 존재하는 것을 “발견”하는 것이 아니다. 해석자는 텍스트를 해석하면서 자신의 시각, 사고의 틀 등을 텍스트에 가져온다. 따라서 텍스트는 저자가 의도한 것보다 훨씬 더 많은 것을 말하게 될 뿐만 아니라 해석자의 시야, 즉 지평(Horizont)에 의하여 상이하게 해석되게 된다. 해석자의 지평 자체가 해석자가 기투된 세계에 의해 영향을 받기 때문에 해석자가 속한 시대와 문화에 따라 해석은 매우 상이할 수 있다.<sup>160)</sup> 에스크리지는 텍스트의 이러한 특성을 설명하기 위하여 브론테(C. Brontë)의 『제인 에어』를 그 예시로 삼는다.

우선, 텍스트는 시간이 지남에 따라 그 의미가 달라진다. 『제인 에어』는 1847년 출간 당시부터 높은 인기를 얻었으며 여전히 전세계의 인기를 얻고 있는 고전이 되었다. 소설의 본문은 전혀 바뀐 것이 없지만 세대마다 이 소설에 대한 해석은 전혀 달라졌다. 출간 당시의 많은 비평가들은 자신들의 지평 속에서 『제인 에어』를 해석하였고 그 결과 로체스터에 대한 제인의 사랑, 자신이 결혼한 사실을 숨기고 제인과 결혼을 하려는 로체스터의 시도, 로체스터의 아내의 사망 이후 그들의 결혼 등이 너무 저속하다고 평가하였다. 하지만 20세기에 이

158) H.-G. Gadamer (이길우 · 이선관 · 임호일 · 한동원 옮김), 『진리와 방법 1』, 문학동네, 2013, 9면.

159) R. Palmer (이한우 옮김), 『해석학이란 무엇인가』, 문예출판사, 1988, 240면.

160) Eskridge (1994), p. 58.

르러 많은 비평가들은 자신들의 페미니스트적인 지평 속에서 이 소설을 해석하였으며 그 결과 지적이고 독립적인 제인이 전통적인 여성상에 저항하는 제인의 모습을 높게 평가하였다. 하지만 「제인 에어」에 대한 상반된 이 두 가지 해석 모두는 브론테가 소설을 쓰면서 의도한 것이 아니었다.<sup>161)</sup>

시간이 지남에 따라 더욱 다양한 해석들이 등장하였다. 에스크리지 자신은 자신의 지평 속에서 이 소설을 해석하는데, 로우드 자선학교에서 교육을 받는 동안 두 명의 연상의 여성, 즉 템플 교장선생님과 3살 연상의 학생인 헬렌 번즈가 어린 제인을 도와 성장하도록 도와주는 것에 주목한다. 특히 그는 “헬렌. 나를 좀 봐. 너나 템플 선생님이나, 정말 사랑하는 사람의 사랑을 받기 위해서라면 나는 팔이라도 부러뜨릴 거야. 아니면 황소가 내게 돌진하도록 두거나 말 뒤에 서서 말이 내 가슴에 발길질해도 참을 거야.”<sup>162)</sup>라고 말하는 제인의 대사에 주목하면서 헬렌과 제인 사이의 사랑을 적어도 부분적으로는 육체적인 것으로 해석한다. 그는 비록 현대적 의미는 아닐지 몰라도 제인 안의 “동성애”를 발견할 수 있다고 주장한다.<sup>163)</sup> 또한 에스크리지 소개하고 있지는 않지만, 리스(J. Rhys)와 같은 작가는 로체스터의 부인 버사 메이슨에 대한 묘사에서 제국주의를 발견한다. 중남미 식민지 출신의 백인들 혹은 혼혈들은 크리올(Creole)이라고 불렸는데 유럽의 백인들에게 차별을 받았을 뿐만 아니라 심지어 정신병자 취급을 당하였다. 리스는 「제인 에어」에 등장하는 버사 메이슨이 바로 크리올이었으며 그녀를 정신병자처럼 묘사하는 장면들이 바로 그러한 제국주의의 영향이라고 비판하면서 탈식민주의 관점에서 「제인 에어」의 프리퀼이라고 할 수 있는 「광막한 사르가소 바다」를 저술하였다.<sup>164)</sup>

또한 동일한 해석자라고 할지라도 시각이 변화함에 따라 텍스트를 다르게 해석할 수 있다. 이를 가다머는 “인간의 현존재는 결코 어떤 특정한 관점에 전적으로 얽매여 있지 않으며, 따라서 결코 진정한 의미에서 완결된 지평을 갖고 있지 않다.”고 표현한다.<sup>165)</sup> 에스크리지는 자신을 예로 드는데, 그는 처음부터 헬렌과 제인의 “동성애”적 해석을 한 것은 아니었다고 이야기한다. 그가 19세기 여성 우정에 관한 학문을 배우게 되고 스스로가 동성애자로서의 정체성을

161) Eskridge (1994), p. 59.

162) C. Brontë (조애리 옮김), 「제인 에어」, 을유문화사, 2024, 98면.

163) Eskridge (1994), p. 59.

164) J. Rhys (윤정길 옮김), 「광막한 사르가소 바다」, 펭귄클래식코리아, 2008.

165) Gadamer (2012), 189면.

가진 이후에 새로운 지평 속에서 「제인 에어」를 바라보게 되었다는 것이다.<sup>166)</sup> 철학적 해석학의 이러한 통찰은 법률해석에 있어서 다음과 같은 의미를 시사한다. 즉, 그것은 원의주의를 포함한 모든 형태의 일원주의를 강력하게 비판한다.

가다머의 해석학의 첫 번째이자 가장 중요한 함의는 근본주의에 대한 맹신으로부터 법률해석을 해방시켜준다는 것이다. 법률해석에 대한 일반 이론화의 대부분은 법률해석을 위한 어떤 방법 또는 또 다른 방법의 우월성을 주장하고자 한다. 1980년대의 논쟁에서 스칼리아 대법관은 입법과정의 형식적 구조와 일관성이 있는 유일한 방법으로서 문언주의를 주장하였고, 포스너 판사는 지시적 발화가 의미하는 것에 대한 가장 논란이 없는 증거로 상상적 재구성을 주장하였다. 또한 알레니코프는 가장 합리적인 정책 결과를 이끌어내는 현재 중심적 접근을 주장하였다. Boutilier 사건을 토의의 대상으로 삼을 때, 가다머의 해석학은 이러한 “방법” 중 어떠한 것도 법률해석에서 발생하는 모든 것을 말해주지 않을 뿐만 아니라 심지어 해석자에게 주요한 제약으로 작동하지도 않는다는 것을 시사해준다.<sup>167)</sup>

다시 말해서 가다머의 해석학은 원의주의의 전제와 달리 법률해석은 이미 존재하는 원래의 의미를 발견하는 것이 아니라 끊임없이 법률의 의미를 구성해가는 과정이다.<sup>168)</sup>

주의할 것은 텍스트의 해석에 중요한 영향을 미치는 해석자의 지평이 완전히 우연적이거나 주관적인 것은 아니라는 점이다.<sup>169)</sup> 가다머는 “해석학적 순환”을 다음과 같은 “역사적 전통의 운동과 해석자의 정신적 운동이 상호작용을 일으키는 이해의 과정”으로 이해할 때에 이러한 사실이 분명해진다고 본다.

텍스트에 대한 우리의 이해를 이끌어주는 의미에 대한 기대는 주관성의

166) Eskridge (1994), pp. 59-60.

167) Eskridge (1990), p. 638.

168) Eskridge (1994), p. 62.

169) Eskridge (1994), p. 60. 이에 대해서는 “실제로 가다머가 말하고자 하는 요점의 일부는, 해석자들이나 그들의 개인적인 관점은 거의 문제가 되지 않는다는 사실이다. 왜냐하면 해석자들이 전통과 단절하고서 아무런 편견도 없이 주제내용에 접근하려고 시도하는 경우에도, 그 전통은 규범적 위력을 유지하기 때문이다.”고 지적하는 G. Wanke (이한우 옮김), 「가다머의 철학적 해석학」, 사상사, 1993, 135-136면을 볼 것.

행위가 아니라 우리 자신과 전통을 결합시켜주는 공통점에 의해 규정된다. 그러한 공통점은 전통에 대한 우리의 관계 속에서 끊임없이 형성되어간다. 그 공통점은 단지 우리를 미리 제약하는 전제조건이 아니고 우리 자신이 이해의 과정에서 역사적 전통에 참여함으로써 지속적으로 우리 자신을 규정해가는 방식으로 우리 스스로 만들어내는 어떤 것이다.<sup>170)</sup>

이렇게 이해할 때 해석자가 속한 지평은 역사적 과거의 지평과 완전히 무관한 것도 아니고 두 지평이 서로 배타적인 것이 아니다. 이러한 사실을 가다머는 “지평융합”(Horizontverschmelzung)이라는 표현을 사용하여 설명한다.<sup>171)</sup>

사실 현재의 지평은 끊임없이 형성되는 과정 속에 있다. 우리는 모든 선입견의 타당성 여부를 부단히 검증해야 하기 때문이다. 무엇보다도 우리 자신의 근원인 전통을 이해하고 과거와의 만남을 시도하는 것이야말로 바로 그러한 검증과정의 일환이다. 따라서 현재의 지평은 과거가 없이는 결코 형성될 수 없다. 현재와 무관하게 추구해야 할 역사적 지평이 존재할 수 없듯이 현재의 지평 역시 독자적으로 존재할 수 없다. 오히려 이해라는 것은 서로 무관하게 존재하는 것처럼 보이는 상이한 지평들의 상호융합 과정이다.<sup>172)</sup>

에스크리지는 Boutilier 사건을 둘러싼 제2순회법원 법관들 사이에 벌어진 다음의 논쟁은 철학적 해석학이 법률해석을 잘 설명해줄 수 있음을 보여준다고 지적한다. 무어(L. Moore) 판사는 동성애자를 “정신병적 성격”을 가진 자로 간주하여 입국을 불허하려는 것에 반대하면서 그렇게 확대해석하게 되면 레오나르도 다 빈치, 케인스(J. M. Keynes), 비트겐슈타인(L. Wittgenstein)과 같이 저명한 인사들조차도 동성애를 이유로 입국을 거부해야 하는 결과를 가져온다고 지적하였다. 이러한 무어 판사의 입장에 대하여 카우프만(I. Kaufman) 판사는 다수의견을 작성하면서 “감정이 이성과 제정된 법을 압도하도록 허용하는 것”이라고 맹렬히 비판하면서 동성애자를 “정신병적 성격”에 속하는 것으로 해석

170) H.-G. Gadamer (임홍배 옮김), 「진리와 방법 2」, 문학동네, 2012, 175면.

171) Gadamer (2012), 192-193면.

172) Gadamer (2012), 192면.

하는 것이 “의회가 판단한 것”과 일치한다고 주장하였다.<sup>173)</sup>

해석학의 입장에서 볼 때 무어와 카우프만 모두는 역동적인 해석을 하고 있다. 즉, 카우프만은 자신의 생각과 달리 이민법 제212조(a)(4)의 원의 혹은 의회의 원래 의도를 발견하는 작업을 수행한 것이 아니다. 카우프만은 다음과 같은 3가지 전제하에서 자신의 논의를 전개하였다.<sup>174)</sup>

- (1) 모호한 법률용어를 해석할 때에는 의회의 “구체적인 의도”를 적용해야 한다.
- (2) 의회의 위원회 보고서는 의회의 구체적인 의도에 대한 명백한 증거이다.
- (3) 위원회 보고서의 특정한 문구는 Boutilier 사건에 대한 의회의 구체적인 의도를 나타낸다.

앞에서 원의주의를 비판하는 과정에서 논의하였던 것처럼, (1)과 (2)는 이론적으로 그리고 현실적으로 그 타당성이 의문스럽다. 또한 무어는 (3)의 전제에 대하여 집중적으로 비판을 하였다. 카우프만이 주요한 논거로 제시하고 있는 것은 위원회 보고서가 기초하고 있는 공중보건국의 보고서이다. 공중보건국은 “정신병적 성격”에 대하여 “평생동안 행동이나 행위로 나타나는 성격 구조의 발달적 결함 또는 병적 성향”이라고 정의하였다. 그러면서 공중보건국은 단순히 동성 간의 관계를 가지는 자라고 해서 곧바로 이러한 정의에 부합하는 것은 아니고 적어도 그들이 사회에 적응할 수 없는 위험성을 나타내는 경우에만 이에 해당한다고 보았다. 따라서 카우프만의 주장과 달리 위원회 보고서는 동성애자의 문제에 대하여 의회의 구체적인 의도를 나타내는 명백한 증거라고 보기 어렵다. 특히 Boutilier 사건의 경우에는 더욱 문제가 복잡한데, 그의 변호사들은 정신병리학적 문제가 없다는 의학전문가들의 소견서를 제출하였다. 이것은 공중보건국의 보고서에서 상정한 동성 간의 관계를 가지면서도 정신병적 성격에 해당하지 않는다는 증거였다. 더욱이 Boutilier는 입법과정에서 전혀 고려되지 않았던 양성애자였기 때문에 의회의 구체적인 의도에 해당하지 않는다고도 주장하였다.<sup>175)</sup>

173) Eskridge (1994), p. 62.

174) Eskridge (1994), pp. 62-63.

175) Eskridge (1994), p. 63.

이러한 카우프만의 주장은 타당하고 결국 무어와 카우프만 모두는 법률을 그대로 적용한 것이 아니고 역동적인 해석을 한 것이었다. 즉, 두 판사의 논쟁은 법률해석이 어떻게 역동적인지를 구체적으로 잘 보여준다.

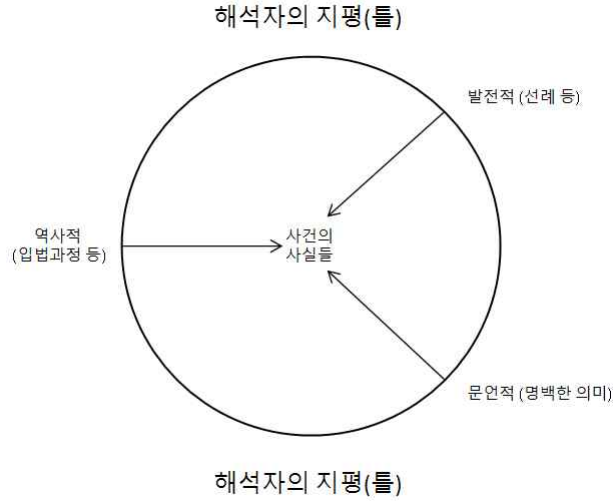
Boutilier 사건은 법률해석이 ... 어떻게 역동적인지를 잘 보여준다. 텍스트가 해석될 때 시간이 지남에 따라 텍스트의 지평이 변화한다. 또한 새로운 해석자가 기존의 해석자를 대체할 때 그리고 모든 해석자들이 기투되어 있는 세계 역시 변화할 때, 시간이 지남에 따라 해석자의 지평도 변화한다. 더욱이 해석학은 세 번째 측면에 역동적이라고 주장한다. 즉, 법률이 새로운 사실적 문맥들에 적용될 때 텍스트와 해석자 사이의 상호작용도 변화한다. 무어에게 있어서 제212조(a)(4)를 Boutilier 사건에 적용하는 것은 법률의 범위를 축소하고 공중보건국이 법률을 적용함에 있어서 더 신중해야만 한다고 주장할 기회였다. 반면에 카우프만에게 있어서 Boutilier 사건의 사실들은 법률을 확대하여 의회가 예상하지 못한 상황을 포함할 수 있는 기회였다. 어떠한 해석이 받아들여지더라도 법원의 판결 이후에 법률은 이전과 동일하지 않을 것이다.<sup>176)</sup>

지금까지 살펴본 것처럼 철학적 해석학은 해석자의 지평의 중요성, 텍스트의 지평의 변화, 새로운 사실적 상황에 대한 적용의 중요성이라는 3가지 교훈을 준다. 이것은 실용주의에 기반하여 설명하였던 역동적 법률해석의 모델을 다음과 같은 형태로 보완하게 해준다.<sup>177)</sup>

---

176) Eskridge (1994), p. 63.

177) Eskridge (1994), p. 63.



해석학적 순환에서 영감을 받은 이러한 모델은 전통적인 문언적 탐구, 역사적 탐구, 발전적 탐구가 상호 연결되어 있고 서로 영향을 미친다는 사실을 보다 명확하게 보여준다. 또한 이러한 모델은 우리가 법률문언을 이해하기 위해서는 역사적 상황과 발전을 포함한 법률의 전체 이야기를 이해할 필요가 있으며 동시에 법률문언을 이해하지 않고서는 그 전체 이야기는 이해할 수 없다는 것을 주장한다.<sup>178)</sup>

이러한 해석학적 모델은 앞에서 살펴본 실용주의적 이해를 두 가지 측면에서 보완한다. 첫째, 해석자의 지평이 법률해석에서 가지는 중요한 역할을 보여준다. 상이한 해석자들은 각자가 가진 상이한 선이해들 때문에 텍스트에 대하여 상이한 질문을 하고 입법과정과 판례들을 상이하게 독해한다.

둘째, 해석자가 텍스트를 이해하는 것과 그것을 특정한 상황에 적용하는 것 사이의 연관성을 보여준다. 가다머의 표현을 빌리자면, 이 모델은 “법학적 해석학에서 해석의 과정은 곧 구체적 사례마다 법을 구체화하는 것, 다시 말해 법을 적용하는 것이다.”<sup>179)</sup>는 사실을 시사해준다.

178) Eskridge (1994), pp. 63-64.

179) Gadamer (2012), 224면.

### 3. 실증적 정치이론

일반적으로 법학자들은 법률해석을 하향식(top down)으로 바라본다. 하향식 접근방법이란 최종적인 정점에 대법원을 두고 그 대법원의 관점에서 법률해석을 바라보는 것을 의미한다.<sup>180)</sup> 이에 따르면 대법원은 자체적으로 법률을 해석하고 자신이 내린 판결을 통하여 하위에 있는 하급법원, 국가기관, 시민 등의 해석을 통제하는 역할을 하는 것으로 묘사된다.<sup>181)</sup> 하지만 실증적 정치이론은 이러한 접근방법이 두 가지 측면에서 잘못되었다고 지적한다. 첫째, 하향식의 관점과 달리 대법원의 판결은 개인, 기관, 하급법원의 법률해석에 많은 영향을 받는다. 따라서 법률해석은 상향식(bottom up)의 관점에서 바라보아야 한다. 둘째, 법률해석을 상향식으로 바라보게 되면 그 정점에 대법원이 아니라 의회와 대통령이 존재한다는 것이다. 즉 대법원은 의회와 대통령이 자신의 판결에 대하여 어떻게 반응할지 예측하면서 그리고 의회와 대통령이 법률 개정 등을 통하여 이러한 판결을 무효화시킬 가능성을 염두에 두고서 판결을 내린다는 것이다.<sup>182)</sup>

상향식 접근방법에 따르면, 실용주의와 철학적 해석학의 통찰을 통하여 포착되었던 의회의 기대와 역동적인 적용 사이의 중재는 대법원이 아니라 먼저 시민, 이익단체, 공직자 등의 소매차원에서 이루어진다. 대체로 소매 차원에서 법률의 발전의 방향은 이미 역동적으로 합의되기 마련이고 도매 차원에 해당하는 대법원에서는 그러한 합의를 수용하거나 수정하는 역할을 할 뿐이다.<sup>183)</sup> 즉, 대법원은 자신보다 법체계 내에서 하위에 있는 법원, 기관, 시민, 공직자 등이 법률을 어떻게 해석하기를 원하는가라는 정치적 압력에 의하여 결정적인 영향을 받는다는 것이다.<sup>184)</sup>

기존의 법체계에 대한 이러한 정반대의 이해는 현대 국가에서 만들어지는 많은 법들이 시민을 그 대상으로 하는 것이 아니라 국가기관을 그 대상으로 한다는 사실로부터 설명된다. 국가기관들은 자신들을 대상으로 하는 법률에 대한 일차적인 해석자가 된다. 예컨대, Boutilier 사건에서 쟁점이 되었던 이민법은

180) Eskridge (1994), p. 69.

181) Eskridge (1994), p. 70.

182) Eskridge (1994), p. 69.

183) Eskridge (1994), p. 69.

184) Eskridge (1994), pp. 70-71.

이민국과 공중보건국을 대상으로 하는 지시들로 구성되어 있었다. 따라서 이민법 제212조(a)(4)의 “정신병적 성격”에 동성애자를 포함시켜야 하는가라는 논쟁은 법원이 아니라 이민국과 공중보건국 내에서 먼저 이루어졌다.<sup>185)</sup> 1979년에 의료계의 주류적 입장의 변경을 받아들여서 공중보건국은 “정신병적 성격”에 동성애 등이 포함되지 않는다고 보고 제212조(a)(4)와 관련된 동성애자 등에 대한 의료검사를 실시하거나 관련된 증명서를 발급하는 것을 중단하기로 하였다.<sup>186)</sup> 그러자 이민국은 제212조(a)(4)에 동성애자를 포함시키는 것을 유지하면서도 공중보건국의 도움 없이는 동성애자에 대한 확인이 어려웠으므로 성적 성향을 자발적으로 고백하는 사람에 대해서만 입국을 불허하는 것으로 현실적인 타협을 하였다.<sup>187)</sup>

또한 공중보건국의 역동적 해석 역시 그보다 하위에 있던 현장의 의견을 받아들인 것이었다. 시민사회에서는 1969년 스톤월 항쟁 이후 동성애를 비롯한 성소수자에 대하여 차별하는 것에 반대하는 합의가 형성되고 있었고, 의학계에서는 1973년 미국정신의학협회의 결정을 시작으로 더 이상 동성애를 정신적 질환으로 보지 않기로 하는 합의가 형성되었다.<sup>188)</sup>

이러한 하위가 가지는 영향력 외에도 상황식 접근방법은 법률의 해석자가 자신보다 상위에 있는 개인이나 기관이 어떻게 법률을 해석할 것인가를 예상하고 이러한 예상에 영향을 받아 법률을 해석한다는 사실을 잘 보여준다. 예컨대, 세무사는 법률을 해석하면서 세무법원이 어떻게 해석할 것인지 염두에 둘 것이고, 세무법원은 대법원이 어떻게 해석할 것인지를 염두에 둘 것이다. 여기까지는 상황식 접근방법에서도 잘 설명이 되는 영역이다. 하지만 하향식 접근방법은 대법원조차도 의회가 법률을 폐지하거나 개정함으로써 자신들의 판결을 파기할 가능성을 염두에 두고 해석을 한다는 점을 지적한다.<sup>189)</sup>

이것은 순차적 게임으로 설명할 때 가장 잘 이해될 수 있다. Boutilier 사건과 이민법을 예로 들어보자. 1960년대 Boutilier 사건과 관련하여 공중보건국은 양성애자는 동성애자가 마찬가지로 “정신병적 성격”에 해당한다고 해석하였다. 이때 공중보건국은 자신의 입장이 법원과 의회에 의하여 받아들여질 수 있을

185) Eskridge (1994), p. 71.

186) Eskridge (1994), pp. 53-54.

187) Eskridge (1994), p. 71.

188) Eskridge (1994), pp. 71-72.

189) Eskridge (1994), pp. 74-75.

것인가를 예측하고 이에 따라 대응하여 결정을 한 것이다. 이러한 예측은 정확하여서 법원은 Boutilier 사건에 공중보건국의 입장에 동의하였고 의회는 법원의 이러한 판결을 무효화하려는 시도를 하지 않았다. 반면에 1970년에 공중보건국은 정책을 개선해야 한다는 의료계의 지배적 입장을 반영하여 더 이상 동성애자를 “정신병적 성격”으로 간주하지 않았다. 이때 공중보건국은 자신들의 새로운 정책이 법원과 의회에 의하여 지지를 받을 것이라고 예상하였다. 이러한 예상 역시 적중하였다. 이처럼 공중보건국이 이러한 역할을 수행할 수 있었던 것은 의료에 관한 전문기관으로서 다른 게임참여자들이 존중할 것이 기대되었기 때문이었다.<sup>190)</sup>

이상에서 알 수 있듯이, 실증적 정치이론은 해석자의 법률해석이 정치적 압력에 의하여 역동적이게 되지만 동시에 순차적 게임에서의 자신의 역할에 의하여 제약을 받게 된다는 것을 보여준다.

#### IV. 결론

에스크리지는 원의주의를 비판하고 자신의 역동적 법률해석을 정당화함에 있어서 크게 3가지의 이론을 활용하고 있다. 첫 번째, 시간의 흐름에 따라 법이 변화하는 모습과 법을 둘러싼 다양한 가치들의 중요성을 강조할 때 발견할 수 있는 실용주의이고, 두 번째는 하나의 단일한 해석이 불가능하다고 주장하면서 문화와 지평의 중요성을 강조할 때 발견할 수 있는 철학적 해석학이고, 세 번째는 게임이론, 맥닐개스트의 이론, 공공선택론을 활용할 때 발견할 수 있는 실증적 정치이론이 그것이다.

문제는 이 3가지 이론들이 인간이 자신의 행동과 자신이 속한 사회제도를 어떻게 바라볼 것인가에 대한 서로 다른 관점들을 나타내고 있다는 점이다. 이러한 이론적 간격에도 불구하고 에스크리지는 “상이한 지적 전통들(실용주의, 해석학 그리고 실증적 정치이론)이 법률해석의 역동성을 설명하기 위하여 상호작용한다”고 주장한다.<sup>191)</sup>

하지만 아무리 이러한 이론들의 세부적인 차이점을 무시하더라도 이 3가지

190) Eskridge (1994), pp. 75-76.

191) Eskridge (1994), p. 80.

이론들은 완전히 하나로 통합될 수 없을 것이고 아마도 서로 다른 2개의 그룹으로 묶는 것이 우리가 할 수 있는 최대의 노력일 것이다. 하나는 인간의 행위를 “설명”하고자 하는 입장이고 여기에는 실증적 정치이론이 포함될 것이다. 다른 하나는 인간의 행위를 “이해”하고자 하는 입장이며, 여기에는 실용주의와 해석학이 포함될 것이다.<sup>192)</sup>

그렇다면 에스크리지는 과연 이 두 가지의 서로 다른 그룹을 조화시킬 수 있을 것인지 의문스럽다. 예를 들어, 실증적 정치이론이 포함되어 있는 설명의 그룹은 인간의 선호 관계(preference relation)에 대하여 “완비성”(completeness)과 “이행성”(transitivity)이라는 두 가지 전제를 요구하고 있다. 완비성이란  $x$ ,  $y$ 라는 재화에 대하여 두 재화 중 어느 쪽이 더 선호되는지 아니면 무차별한지 판단을 내릴 수 있다는 의미이다.<sup>193)</sup> 또한 이행성이란  $x$ 보다  $y$ 가 더 선호되고 또한  $y$ 보다  $z$ 가 더 선호된다면,  $x$ 보다  $z$ 가 더 선호된다는 뜻이다.<sup>194)</sup> 이러한 완비성과 이행성이 전제되지 않으면 인간은 설명의 그룹에서 다루는 대상이 될 수가 없다.

하지만 실용주의와 해석학이 포함되어 있는 이해의 그룹에서는 이러한 전제들에 대하여 정면으로 반대할 것이 틀림없다. 인간의 선호가 하나의 고정적인 판단으로 설명되어야 한다면 맥락과 무관하게 이행성이 성립해야 한다는 전제를 납득하기 어려울 것이기 때문이다.

아마도 에스크리지가 자신의 이론적 배경들 속에서 조화를 찾는 방법은 가다머의 해석학이 포함되어 있는 해석의 그룹에게 우월적 지위를 부여하는 방법뿐일 것이다. 그래야 자신이 내리고자 하는 역동적 법률해석이라는 결론을 계속해서 유지할 수 있을 것이기 때문이다.

이제 역동적 법률해석은 실제로 어떻게 작동할 수 있을지 생각해보자. 에스크리지는 원의주의에 속한 문언주의, 의도주의, 목적주의를 가장 정수적인 형태라고 할 수 있는 극단적인 모습으로 재구성해내고 원의주의가 사실은 판결하기 어려운 사건들에서 결정적인 답을 줄 수 없다는 점을 집중적으로 비판하였다. 그러면서 에스크리지는 다원주의로서의 역동적 법률해석을 제시하면서 다양한

192) 이러한 설명과 이해의 문제에 관해서는 G. H. Wright (배철영 옮김), 「설명과 이해」, 서광사, 1995를 참조.

193) 이준구, 「미시경제학」, 문우사, 2016, 72면.

194) 이준구, 앞의 책, 72-73면.

가치들이 상황에 맞게 존중되어야 한다고 주장한다. 문제는 기본적인 입장과 이론적 배경 때문에 역동적인 법률해석은 구체적인 상황에서 어떤 가치가 존중되어야 하는지에 관한 기준을 제시하려고 하지 않는다는 점이다. 따라서 역동적 법률해석은 이미 결정을 내린 해석자에게 자신의 입장을 정당화해주는 이론적 도구일 수는 있을지 몰라도 결정을 내리면서 고뇌하는 해석자에게는 큰 도움을 주지 못하는 현실적인 한계가 존재해 보인다.

투고일 : 2024.5.21. / 심사완료일 : 2024.6.17. / 게재확정일 : 2024.6.19.

## [참고문헌]

## 1. 국내문헌

- 김광호, 「게임이론: 전략적 사고와 분석의 기초」, 시그마프레스, 2021.
- 김성준, 「공공선택론」, 박영사, 2020.
- 김영세, 「정치게임과 공공경제」, 청람, 2015.
- \_\_\_\_\_, 「게임이론: 전략과 정보의 경제학」, 박영사, 2022.
- 남기윤, 「법학방법론」, 고려대학교출판부, 2014.
- 양천수, 「법해석학」, 한국문화사, 2017.
- 이준구, 「미시경제학」, 문우사, 2016.
- Aristoteles (천병희 옮김), 「니코마코스 윤리학」, 숲, 2018.
- Brontë, C. (조애리 옮김), 「제인 에어」, 을유문화사, 2024.
- Buchanan, J. M. & Tullock, G. (황수연 옮김), 「국민 합의의 분석」, 지식을 만드는 지식, 2012.
- Downs, A. (박상훈 · 이기훈 · 김은덕 옮김), 「경제 이론으로 본 민주주의: 민주주의에서 정당정치는 어떻게 이루어지나」, 후마니타스, 2013.
- Dworkin, R. (염수균 옮김), 「난해한 사안」, 「법과 권리」, 한길사, 2010.
- Gadamer, H.-G. (이길우 · 이선관 · 임호일 · 한동원 옮김), 「진리와 방법 1」, 문학동네, 2013.
- Gadamer, H.-G. (임홍배 옮김), 「진리와 방법 2」, 문학동네, 2012.
- Hedemann, J. W. (윤철홍 옮김), 「일반조항으로의 도피: 법과 국가에 대한 하나의 위협」, 법원사, 2019.
- Merryman, J. H. & Pérez-Perdomo, R. (김희균 옮김), 「대륙법 전통: 비교를 통해 알아보는 대륙법과 영미법」, 책과 함께, 2020.
- Orwell, G. (박경서 옮김), 「1984년」, 열린책들, 2009.
- Palmer, R. (이한우 옮김), 「해석학이란 무엇인가」, 문예출판사, 1988.
- Rhys, J. (윤정길 옮김), 「광막한 사르가소 바다」, 펍킨클래식코리아, 2008.
- Sandel, M. (김명철 옮김), 「정의란 무엇인가」, 김영사, 2014.
- Wanke, G. (이한우 옮김), 「가다머의 철학적 해석학」, 사상사, 1993.
- Wright, G. H. (배철영 옮김), 「설명과 이해」, 서광사, 1995.
- 공두현, “미국 목적주의의 발전: 법과정확학으로부터 신목적주의까지”, 「법철학연구」 제27권 제1호, 한국법철학회, 2024.

- 권경휘, “‘입법의도’는 법해석의 보편적 기준이 될 수 있는가?: 애로우의 불가능성 정리의 적용”, 『법과 사회』 제57호, 법과사회이론학회, 2018.
- 김대오, “아리스토텔레스 윤리학에서 실천지의 역할”, 『철학연구』 제65집, 철학연구회, 2004.
- 남기윤, “현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법: 한국 사법학의 신과제 설정을 위한 비교 법학방법론의 연구(4-2)”, 『저스티스』 제100호, 한국법학원, 2007.
- \_\_\_\_\_, “현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법론의 새로운 전개”, 『저스티스』 제100호, 2007.
- 박종현, “미연방대법원에서 문언주의 전통의 균열”, 『미국헌법연구』 제33권 제1호, 미국헌법학회, 2022.
- 손병석, “아리스토텔레스에 있어서 실천지의 적용단계: 숙고와 선택·결정에서 제기되는 판단과정의 위치설정문제를 중심으로”, 『철학연구』 제48집, 철학연구회, 2000.
- 안민영, “W. Eskridge의 역동적 법률해석론에 관한 방법론적 의의”, 『동아법학』 제98호, 동아대학교 법학연구소, 2023.
- 이계일, “볼킨(J. Balkin)의 ‘살아있는 원본주의’: 헌법의 예로 살펴본 법의 안정성과 역동성”, 『법철학연구』 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012.
- 이계정, “입법자의 의사와 법률해석의 문제”, 『서울대학교 법학』 제63권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2022.
- 이병운, “미국의 고용차별금지법제에 관한 연구: 민권법 제7편을 중심으로”, 『동아법학』 제67호, 동아대학교 법학연구소, 2015.
- 최봉철, “미국의 법률해석론 개관”, 『저스티스』 제176호, 한국법학원, 2020.
- 함재학, “드워킨의 헌법사상: 헌법적 통합성과 파트너십 민주주의”, 『법철학연구』 제12권 제1호, 한국법철학회, 2009.

## 2. 외국문헌

- Arrow, K., *Social Choice and Individual Values*, 3rd ed., Yale University Press, 2012.
- Brest, P., “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston Law Review* vol. 60, 1980.
- Breyer, S., “On The Uses Of Legislative History In Interpreting Statutes”, *Southern California Law Review* vol. 65, 1992.

- Cardozo, B. N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921.
- Dworkin, R., “How to Read the Civil Rights Acts”, *New York Review of Books*, December 10, 1979.
- Eskridge, W. N., Jr., “Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation”, *Virginia Law Review* vol. 74, 1988.
- \_\_\_\_\_, “Gadamer/Statutory Interpretation”, *Columbia Law Review* vol. 90, 1990.
- \_\_\_\_\_, *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, 1994.
- Eskridge, W. J., Jr. & Frickey, P. P., “Statutory Interpretation as Practical Reasoning”, *Stanford Law Review* vol. 42, 1990.
- Fuller, L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review* vol. 71, 1958.
- Hart, H. M. & Sacks, A. M., *Legal Process Basic Problems In The Making And Application Of Law*, ed. W. Eskridge & P. Frickey, Foundation Press, 1995.
- Mac Callum, G. C., “Legislative Intention”, *Yale Law Journal* vol. 75, 1966.
- Macey, J. R., “Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model”, *Columbia Law Review* vol. 86, 1986.
- McNollgast, “Positive Canons: The Role of Legislative Bargains in Statutory Interpretation”, *The Georgetown Law Review* vol. 80, 1992.
- Posner, R., *The Federal Courts: Crisis and Reform*, Harvard University Press, 1985.
- Scalia, A., Garner, B. A. & Easterbrook, F. H., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, West Group, 2011.
- Solum, L. B., “What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, *The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory*, ed. G. Huscroft & B. W. Miller, Cambridge University Press, 2011.

3. 판례

Boutilier v. Immigration and Naturalization Service, 387 U.S. 118 (1967).

Commissioner v. Engle, 464 U.S. 206 (1984).

Fleuti v. Rosenberg, 302 F.2d 652 (1962).

Green v. Bock Laundry Machine Company, 490 U.S. 504 (1989).

Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

Heydon's Case (1584) 76 ER 637.

Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987).

United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

[국문초록]

## 다원주의로서의 역동적 법률해석

권 경 휘\*

법률의 원의(original meaning)를 어떻게 밝혀낼 수 있을까라는 문제에 집중하는 원의주의(originalism)는 원의가 의미하는 바에 따라 크게 3가지의 입장으로 나눌 수 있다. 첫 번째는 원의를 입법자의 원래 의도(legislature's original intent)로 보는 의도주의(intentionalism)이고, 두 번째는 헨리 하트(H. M. Hart)와 삭스(A. M. Sacks)가 설명한 것처럼 법률의 목적 내지는 목표를 밝혀낸 후 그 목적 내지 목표에 가장 부합하는 해석이 무엇인지를 결정함으로써 법률의 모호성을 해결할 수 있다는 목적주의(purposivism)이며, 세 번째는 이스터브룩(F. Easterbrook) 판사와 스칼리아(A. Scalia) 대법관 등에 의하여 주장된 문언주의(textualism)로 법률에 사용된 언어의 명백한 의미가 법률해석의 출발점이자 대부분의 경우 종착점이라고 보는 입장이다. 이러한 주류적 입장에 반대하여 에스크리지(W. N. Eskridge)는 “역동적 법률해석”(dynamic statutory interpretation)이라는 방법론을 주장한다.

제2장에서는 일원주의로서의 원의주의가 가지는 문제점, 즉 법률해석을 입법당시에 정해지는 하나의 고정적인 의미를 “발견”하는 것으로 보는 것이 사건을 판결함에 있어서 결정적인 해답을 제시해주지 못한다는 것을 보여주었다. 제3장에서는 다원주의로서의 역동적 법률해석이 이론적으로 어떻게 설명되고 정당화되는지 살펴보았다. 제4장에서는 역동적 법률해석이 이론적으로 그리고 현실적으로 가지는 한계점에 대하여 지적하였다.

주제어 : 법률해석, 원의주의, 목적주의, 의도주의, 문언주의, 역동적 법률해석, 에스크리지

\* 영산대학교 교수. 법학박사.

[Abstract]

## A Study on Originalism and Dynamic Statutory Interpretation

Kyung-Hwi Kwon\*

Originalism, which focuses on how to ascertain the original meaning of statutes, can be broadly divided into three positions based on what 'original meaning' signifies. The first is intentionalism, which views the original meaning as the legislature's original intent. The second is purposivism, as explained by H. M. Hart and A. M. Sacks, which suggests that the ambiguity of statutes can be resolved by identifying the purpose or goal of the statutes and determining the interpretation that best aligns with that purpose or goal. The third is textualism, advocated by Judge F. Easterbrook and Justice A. Scalia, which posits that the clear meaning of the language used in the statutes is both the starting point and, in most cases, the endpoint of statutory interpretation. Contrary to these mainstream positions, W. N. Eskridge advocates for a methodology called 'dynamic statutory interpretation.' Chapter 2 aims to illustrate the problems inherent in originalism as monism, specifically that viewing statutory interpretation as the 'discovery' of a single fixed meaning determined at the time of enactment does not provide definitive answers for adjudicating cases. Chapter 3 will examine how dynamic statutory interpretation as pluralism is theoretically explained and justified. Chapter 4 will point out the theoretical and practical limitations of dynamic statutory interpretation.

Key words : statutory interpretation, originalism, purposivism, intentionalism, textualism, dynamic statutory interpretation, W. N. Eskridge

---

\* Professor of the Philosophy of Law, Youngsan University. Ph.D. in Law.