

삼단논법적 법률해석론 비판*

- 대법원 판례를 예로 하여 -

양 천 수

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 문제 상황
- II. 법률해석의 의의
- III. 전통적인 법률해석의 방법론적 기초로서 삼단논법
- IV. 삼단논법적 법률해석론에 대한 비판
- V. 삼단논법적 법률해석의 대안은 무엇인가?
- 결론을 대신한 문제제기

I. 문제 상황

삼단논법적 법학방법론 그리고 이에 기반을 둔 삼단논법적 법률해석론은 오랫동안 지배적인 법학방법론으로 승인되어 왔다. 지금도 이 방법론과 법률해석론은 여전히 유효한 것으로 사용되고 있다. 이를 예증하듯이, 학생들을 대상으로 한 각종 사례문제를 보면, 대부분 이러한 삼단논법에 기반을 두어 해법을 제시하고 있다는 점을 발견할 수 있다.¹⁾ 필자 역시 이러한 삼단논법적 법학방법론과 여기에 기반을 둔 삼단논법적 법률해석론이 여전히 우리 법학방법론의 중심을 이루고 있다는 점 또한 중심을 이루어야 한다는 점에 대해 기본적으로 동

* 심사위원 : 은승표, 김현준, 이부하

투고일자 : 2009. 1. 18. 심사일자 : 2009. 3. 11. 게재확정일자 : 2009. 3. 20.

1) 이를 보여주는 것으로서 가령 송덕수, 『신민법사례연습』, 박영사, 2008 참고.

의한다. 그러나 그렇다고 해서 삼단논법적 법학방법론이 안고 있는 법이론적 한계를 간과하거나 무시해서는 안 된다고 생각한다. 필자는 삼단논법적 법학방법론이 안고 있는 한계를 정확하게 인식할 수 있어야만, 비판적이고 성찰적으로 이러한 방법론과 법률해석론을 사용할 수 있다고 생각한다. 이 글은 이러한 문제의식을 기반으로 하여, 두 개의 대법원 판례를 예로 하여, 삼단논법적 법률해석론이 어떤 한계를 지니고 있는지를 - 법이론적인 관점에서 - 검토하는 것을 주된 목표로 한다.

1. 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결

1) 사실관계

이 사건의 피해자는 원래 남자였다. 그러나 어린 시절부터 여성에 대한 귀속감을 느껴왔다. 그래서 한동안 여장남자 생활을 해오다가, 1991년과 1992년 사이에 일본에서 여성으로 성전환 수술을 받았다. 그 결과 피해자는 여성의 외관과 성기를 갖게 되었고, 다른 여성들처럼 남성과 성생활도 할 수 있었다. 심지어 매춘행위를 하며 생계를 유지해 나가기까지 했다. 그런데 이러한 피해자는 1995년 4월 24일 새벽 12시 30분경 세 명의 남자로부터 성폭행을 당했다(삽입이 이루어졌다). 이로 인해 피해자에게는 강간의 기수와 전치 1주의 안면부타박상이라는 결과가 발생하였다. 이에 검사는 가해자들을 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호에 관한 법률 제9조, 제6조 제1항, 형법 제297조(강간)를 근거로 하여 기소하였다. 이 사건에서는 특히 여성으로 성전환한 남자가 형법상 강간죄의 객체인 '부녀'에 해당하는지가 문제되었다.

2) 대법원 판결요지

“형법 제297조는 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자’라고 하여 객체를 부녀에 한정하고 있다. 위 규정에서 부녀라 함은 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것이라 할 것이다. 그러므로 형법 제297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지의 여부도 위 발생학적인 성인 염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물

론이고 심리적·정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적·개인적 성 역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 할 것이다.

그렇다면 위 피해자가 비록 어릴 때부터 정신적으로 여성에의 성취속감을 느껴왔고, 위의 성전환수술로 인하여 남성으로서의 내·외부 성기의 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며, 남성으로서의 성격도 대부분 상실하여 외견상 여성으로서의 체형을 갖추고 성격도 여성화되어 개인적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있다 할지라도, 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 위 피해자를 사회통념상 여자로 볼 수는 없다 할 것이다.”

2. 대법원 1997. 5. 30. 선고 97도597 판결

1) 사실관계

1996년 1월 5일 11시 20분경 피해자인 교통관리공사 직원은 가해자에게 주차 위반을 이유로 견인료를 납부하라고 요구하였다. 그러나 가해자는 자신이 주차 위반을 하지 않았다고 생각하였다. 이에 가해자가 견인차 사무소를 떠나려 하자, 피해자는 가해자가 운전하는 캐피탈 승용차를 가로 막았다. 이 결과 가해자의 차 범퍼 부분이 피해자의 다리를 충격하여, 피해자를 약 1m정도 끌고 가다 땅바닥에 넘어뜨렸다. 이 사건에서는 자동차로 피해자를 넘어뜨린 것이 폭력행위등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항, 형법 제261조가 규정하는 '위험한 물건의 휴대'에 해당하는지가 문제되었다.

2) 대법원 판결요지

“폭력행위등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에 있어서 '위험한 물건'이라 함은 흉기는 아니라고 하더라도 널리 사람의 생명, 신체에 해를 가하는데 사용할 수 있는 일체의 물건을 포함한다고 풀이할 것이므로, 본래 살상용·파괴용으로 만

들어진 것뿐만 아니라 다른 목적으로 만들어진 칼·가위·유리병· 각종 공구· 자동차 등은 물론 화학용품 또는 사주된 동물 등도 그것이 사람의 생명·신체에 해를 가하는 데 사용되었다면 본조의 '위험한 물건'이라 할 것이며, 한편 이러한 물건을 '휴대하여'라는 말은 소지뿐만 아니라 이용한다는 뜻도 포함하고 있다 할 것인데 (· · ·)"

3. 문제점

위에서 소개한 두 개의 대법원 판결을 면밀하게 읽으면, 우리는 법률해석에 관해 다음과 같은 의문을 던질 수 있다.

- 법률해석이란 무엇인가? 법률해석의 전제가 되는 삼단논법이란 무엇인가? 삼단논법은 무엇을 근거로 하여 형성되었는가? 삼단논법이 추구하는 이념은 무엇인가?
- 삼단논법적 법률해석에 의할 경우, '부녀', '위험한 물건', '휴대'와 같은 개념은 어떻게 해석할 수 있는가? 과연 '부녀', '위험한 물건', '휴대'가 지시하는 의미내용은 '실체'(Substanz)로서 고정되어 존재하는가?
- 실제로 진행되는 법률해석 과정은 삼단논법에 따라 이루어지는 것인가? 아니면 해석자가 지니고 있는 어떤 다른 요소가 법률해석 과정에 개입하는 것일까?
- 삼단논법적 법률해석은 어떤 측면에서 비판될 수 있는가? 그런데도 삼단논법적 법률해석론은 여전히 의미가 있을 수 있는가?

아래에서는 이러한 문제의식을 배후근거로 하여, 삼단논법적 법률해석론을 비판적으로 음미하도록 한다.

II. 법률해석의 의의

법률해석이란 일반적·추상적으로 구성된 법규정의 규범적 의미내용을 확정하는 작업을 말한다.²⁾ 일반적으로 법규정, 즉 '법률텍스트'(Normtext)는 추상적

2) 엄격하게 말하면, '법해석'이라고 해야 할 것이지만, 이 글에서는 '법률'이라는 개념을 헌법보다 하위에 있는 것으로서 국회가 제정한 '법률'을 뜻하는 것이 아니라, 일반적인 법

으로 구성되는 경우가 많다. 그 때문에 구체적인 분쟁이 발생했을 때, 법률텍스트 그 자체만으로는 이러한 분쟁에 대해 아무것도 말해 줄 수 없는 경우가 대부분이다. 바로 이러한 이유에서 해석이 필요하다. 한 개인이 누려야 하는 자유를 적정하게 사용할 수 있도록 보장하는 규율이자 이해조정 수단, 정당한 규율 또는 생활세계의 정당한 배후근거이자 체계통합에 기여하는 법은,⁴⁾⁵⁾ 바로 이러한 해석을 통해 비로소 실제 사건에서 자신의 역할을 구체적으로 수행할 수 있다. 이러한 법해석은 구체적으로 헌법해석, 민법해석, 형법해석 등 다양한 형태로 진행된다.

이러한 법해석과 구별해야 할 개념이 있다. 먼저 일반적인 견해에 따르면, '해석'(Auslegung)과 '유추'(Analogie)는 구별된다고 한다. 왜냐하면, 해석은 법문언의 가능한 의미 안에서 행해지는 것인데 반해, 유추는 이러한 한계를 벗어나 이루어지는 것이기 때문이라고 한다.⁶⁾ 이러한 이유에서 유추를 해석의 일종으로 파악하지 않고, 적용, 즉 유추'적용'으로 이해하기도 한다. 그러나 해석 그 자체가 유추적 성격을 띤다는 점에서 볼 때,⁷⁾ 해석과 유추를 이른바 '법문언의 가능한 의미'라는 기준을 근거로 해서 구별하는 태도에는 문제가 있다고 생각한다.⁸⁾

규범의 의미로 사용하고자 한다.

- 3) 법률해석의 개념은 삼단논법적 방법론을 취하느냐, 아니면 해석학적 방법론을 취하느냐에 따라 달리 정의할 수 있다. 삼단논법에 따르면, 법률해석이란 대전제인 법규범의 내용을 - 소전제와는 무관하게 - 기계적으로 구체화하는 작업이라고 말할 수 있다. 그렇지만 해석학적 관점에서 보면, 법률해석이란 해석자의 선이해가 개입되어 진행되는 것으로서 대전제인 법규범과 소전제인 사안 사이에서 이루어지는 '상응'(Entsprechung)과정이라고 말할 수 있다. 해석학적 법률해석의 개념에 관해서는 우선 빈프리트 하세머, 이상돈 (역), 「법해석학」, 빈프리트 하세머, 배종대 · 이상돈 (편역), 「형법정제」, 세창출판사, 1998. 52쪽 참고.
- 4) 법을 이해조정 수단이자 정당한 규율로 파악하는 견해로는 라인홀트 치멜리우스, 이재룡 (역), 「법의 본질」, 길안사, 1999 참고.
- 5) 이렇게 법을 생활세계의 배후근거이자 체계통합의 매체로 파악하는 경우로는 우선 위르겐 하버마스, 장춘익 (옮김), 「의사소통행위이론 2」, 나남출판, 2006, 555쪽 아래; 요약해서 소개하는 이상돈, 「기초법학」, 법문사, 2008, 단락번호 [2] 「법과 대화이론」 참고.
- 6) 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 1996, 109쪽 아래와 각주(29)에 소개된 문헌 참고; 다만 배종대 교수는 이러한 지배적인 견해와는 달리, 해석과 유추는 '구체적인 논증'을 통해 구별해야 한다고 본다(같은 책, 110쪽); 이외에 '법문언의 가능한 의미'를 기준으로 하여 해석과 유추를 구별하는 견해로는 우선 김영환, "형법해석상 해석과 유추의 한계 - 이상돈 교수의 반론에 대하여 - ", 「저스티스」 제29권 제2호(1997. 3), 77쪽 아래; 김영환, "법의 혼결과 목적론적 축소해석", 「판례월보」 제334호, 36쪽 아래 등 참고.
- 7) 배종대, 앞의 책(주6), 110쪽.
- 8) 이 문제에 대해서는 우선 양천수, "형법해석의 한계 - 해석논쟁을 중심으로 하여 - ",

결론적으로 말하면, 해석과 유추는 모두 질적인 측면에서는 동일하다고 생각한다. 다만 일정한 '내재적 기준'에 따라, 특히 죄형법정주의가 지배하는 형법 영역에서 '허용되는 해석'과 '금지되는 유추'로 구별할 수 있을 뿐이라고 생각한다.⁹⁾

다음 헌법해석에서 보면, 헌법'해석'과 헌법'변천'이라는 구별이 있다. 지배적인 견해에 따르면, 헌법변천이란 헌법규정에는 아무런 변화가 없는데도, 헌법규정의 의미내용이 변경된 것을 말한다.¹⁰⁾ 이러한 점에서 헌법변천은, 헌법규정이 정한 문언의 범위 안에서 이루어지는 헌법해석과는 구별된다고 한다. 그러나 헌법변천과 헌법해석을 구별하는 문제에 관해서는, 해석과 유추를 구별하는 문제와 같이 여러 가지 문제를 생각할 수 있는데, 이 글에서는 상세하게 논의하지 않기로 한다.¹¹⁾

III. 전통적인 법률해석의 방법론적 기초로서 삼단논법

1. 의의

전통적으로 법률해석은 삼단논법적 법학방법론의 한 부분을 이룬다. 여기서 '삼단논법'(Syllogismus)이란 흔히 '연역모델'(Deduktionsmodell)이라고도 하는데, 일정한 '대전제'(상위명제)를 전제로 하고, 이 대전제에 '소전제'(하위명제)를 '포섭'(Subsumtion)시켜, 일정한 결론을 도출하는 논리적 방법을 말한다.¹²⁾ 이러한 삼단논법을 법학방법론에 대입하면, 구체적으로 다음과 같은 법적 분쟁해결 절차를 도출할 수 있다. 우선 제1단계에 해당하는 대전제는 추상적인 법규범을 말한다. 제2단계에 해당하는 소전제는 실제로 발생한 법적 분쟁을 지칭한다. 그리고 대전제인 법규범을 소전제인 사안에 적용(또는 포섭)하여 얻은 법적 결론(법

『인권과 정의』 제379호(2008. 3), 144-158쪽 참고.

9) 이에 관해서는 이상돈, 「법이론」, 박영사, 1996, 121쪽 아래.

10) 계희열, 「헌법학(상)」, 박영사, 1996, 101쪽.

11) 예를 들어, 헌법해석과 헌법변천을 구별하는 데 사용할 수 있는 기준은 무엇인지, 헌법변천 역시 헌법해석의 범주로 포함시킬 수는 없는지, 구체적으로 말해 법률수정적 확정 해석 혹은 축소해석으로 볼 수는 없는지 등이 문제된다.

12) 삼단논법에 관한 일반적 설명은 이상돈, 앞의 책(주9), 32쪽 아래.

적 효과)이 바로 제3단계인 결론에 해당한다. 이 때 법률해석은 바로 대전제인 법규범을 구체화하는 데 사용되는 수단이 된다.

2. 삼단논법적 법률해석의 배후근거

이러한 삼단논법적 법률해석론은 다음과 같은 이론적·실천적 근거를 바탕으로 하여 형성되었다. 우선 이론적 전제로서 크게 실체존재론적 법인식론과 사법작용의 정치적 독립성을 들 수 있다.¹³⁾ 먼저 실체존재론적 법인식론이란 법규정이 지시하는 의미내용이 고정된 '실체'(Substanz)로서 존재하여, 해석자는 이러한 실체를 발견할 수 있다는 인식론을 말한다. 실체존재론적 사고는 전통적인 자연법사상에서 비롯하였다고 생각하는데,¹⁴⁾ 후에 분석적 언어이론(분석철학)을 통해 더욱 세련된 모습으로 발전한다.¹⁵⁾ 나아가 사법작용의 정치적 독립성이란 사법작용, 즉 법관의 법률해석과 적용이 - 정치적 세력의 이해관계와는 상관없이 - 객관적·중립적으로 이루어진다는 것을 의미한다. 즉 법관은 단지 법률이 담고 있는 실체적인 의미내용만을 말하고 있을 뿐이고, 법관 자신이 지니고 있는 정치적 당파성은 이러한 사법과정에 스며들 수 없다는 것을 뜻한다.

나아가 삼단논법적 법률해석론은 다음과 같은 사회적·역사적 근거도 지니고 있다. 우선 역사적 근거를 다음과 같이 말할 수 있다. 일반적으로 삼단논법적 법률해석론은 19세기에 독일에서 번성했던 법실증주의를 이념적 기초로 삼고 있다고 한다. 법실증주의는 오직 경험적으로 검증할 수 있는 법만을 법학의 대상으로 삼고자 하면서, 그러한 법으로서 국가가 제정한 '법률'(Gesetz)을 언급한다.¹⁶⁾ 이러한 법실증주의는 실정법 체계를 흠결이 없는 완결된 체계로 파악한다. 따라서 법실증주의에 따르면, 법관은 법을 해석할 필요 없이, 단지 법을 발견하여 구체적인 법적 분쟁에 적용하기만 하면 된다. 설사 법을 해석할 필요가 있다 하더라도, 법관은 입법자가 마련한 법문언의 의미내용 안에서만 법을 해석해야 한다. 그러면 이러한 법실증주의가 등장한 이유는 무엇인가? 크게 두 가지

13) 이상돈, 앞의 책(주9), 169쪽 아래.

14) 이 때문에 카우프만(Arth. Kaufmann)은 자연법론과 법실증주의가 동일한 사고구조를 갖는다고 한다. Arth. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., München 1997, S. 32.

15) 이상돈, 앞의 책(주9), 37쪽 아래.

16) 이러한 법실증주의에 관해서는 우선 이상영 · 김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교 출판부, 2007, 53쪽 아래 참고.

로 그 이유를 찾을 수 있다. 첫째, 계몽주의 사상에 영향을 받은 이성법 전통과 법전편찬 운동을 한 이유로 들 수 있다. 근대 계몽주의는 주술적 권위에 의존하던 중세나 절대왕정의 권위주의에 대항하여, 이성을 통해 권위를 '탈주술화'하고자 하였다. 동시에 이러한 이성을 통해 역사가 발전할 수 있다는 점을 인정하였다. 그런데 이러한 이성은 자연법의 형태로 구체화되는데, 법전편찬운동은 이러한 자연법을 대법전의 형태로 실정화하고자 하였다. 이러한 맥락에서 법관은 실정법을 적용함으로써 이성을 구체적으로 실현할 수 있다. 둘째, 계몽주의에 바탕을 두어 형성된 근대 대의제 사상 역시 법실증주의가 등장하게 된 이유라고 할 수 있다. 대의제는 전체 국민의 의사를 대변하는 입법자가 다른 국가권력보다 우위에 있음을 천명한다. 이 때문에 대의제는 입법국가의 형태를 띤다. 국민의 대표자인 입법자가 제정한 법률만이 진정한 법의 자격을 갖출 수 있다. 여기서 바로 법실증주의가 등장한다.

나아가 삼단논법적 법률해석론의 사회적 근거를 다음과 같이 말할 수 있다. 역사적으로 보면, 삼단논법이 등장할 즈음의 대륙법계 국가에서는, 특히 프랑스에서는 법복귀주의의 부패가 심했다. 이러한 이유에서 프랑스 혁명이 진행되고 나서는, 엄격한 권력분립을 통해 법관의 부패나 횡포를 최대한 억제하려 했다. 바로 이러한 맥락에서 법관의 자의를 최대한 억제하려는 삼단논법적 법률해석론이 등장했다고 볼 수 있다. 연방 최고법원의 적극적인 역할을 강조하는 '사법적 극주의'가 일반적으로 승인되고 있는 영미법계와는 달리, 법률에 대한 법관의 구속 이념이 여전히 지배적인 이념으로 승인되고 있는 대륙법계의 상황을 보면, 역사적 · 사회적 상황이 얼마나 제도에 영향을 미칠 수 있는지 확인할 수 있다.¹⁷⁾

3. 삼단논법적 법률해석과 관련한 문제

1) 대전제와 관련한 문제로서 해석 목표에 관한 논의

삼단논법적 법학방법론에 따르면, '해석목적'과 '해석목표' 그리고 '해석규칙'(해석카논)을 각각 구별할 수 있다. 우선 '해석목적'은 법률을 구체화하는 것이

17) 이러한 영미법과 대륙법의 차이에 관해서는 존 헨리메리만, 윤대규 (역), 『시민법전통』, 철학과 현실사, 1995 참고.

라고 한다. 이에 반해, '해석목표'는 해석목적을 달성하기 위한 전제로서, 실제로 객관적으로 존재하는 법규범의 의미내용을 밝혀내는 것이라고 한다. 한편 '해석규칙'은 이러한 해석목표를 찾기 위한 방법이라고 한다. 그런데 특히 해석목표가 무엇인지에 관해 견해가 대립하였다. 주관설과 객관설의 대립이 그것이다.¹⁸⁾

주관설은 '입법자의 의사'를 확인하는 것을 해석목표로 본다. 그 이유는 근대 입법국가에서는 입법자의 의사가 가장 확고한 민주적 정당성을 갖고 있기 때문이라고 한다. 이러한 주관설에 따르면, 법률해석에서 가장 중요한 해석규칙은 바로 역사적 해석이다. 이에 대해 객관설은 법률이 담고 있는 객관적인 의사를 확인하는 것을 해석목표로 이해한다. 왜냐하면, 아무리 입법자라 할지라도 완전 무결할 수는 없고, 더군다나 사회가 변하면서 입법자가 원래 의도했던 법규범의 의사와 실제 현실 사이에서 괴리가 발생할 수 있기 때문이라고 한다. 즉 법률은 입법자보다 영리하다는 것이다. 이러한 객관설에 따르면, 목적론적 해석이 가장 중요한 해석규칙이 된다.

그러나 이러한 객관설과 주관설의 대립은, 삼단논법적 법학방법론이 법이론의 견지에서 비판받고 있는 오늘날의 시점에서 볼 때, 더 이상 유지되기 어려운 점이 있다. 그 전제 자체가 법이론의 시각에서 볼 때 문제가 있기 때문이다.¹⁹⁾ 이러한 문제점에 대해서는 아래 IV.에서 자세하게 다루기로 한다.

2) 해석규칙과 관련한 문제

해석규칙이란 법규범이 담고 있는 의미내용을 구체적으로 밝혀내는 데 사용하는 방법을 말한다. 해석규칙은 19세기의 역사법학자이자 로마법학자인 사비니(F.C.v. Savigny)로부터 비롯한다. 그 당시 사비니는 해석의 필요성을 인정하고, 해석규칙으로서 문법적 해석, 논리적 해석, 체계적 해석, 역사적 해석을 제시하였다. 이렇게 사비니가 제안한 해석규칙은 그 후에도 계속 발전하였고, 후에 목적론적 해석과 헌법합치적 해석 등이 추가되어 오늘날에 이르고 있다.²⁰⁾

18) 해석목표에 관한 논의는 우선 K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin usw. 1991, S. 316 ff.

19) 계희열 (편역), 「헌법의 해석」, 고려대학교출판부, 1993, 23쪽 아래.

20) 해석규칙에 대한 소개는 먼저 이상돈, 앞의 책(주9), 64쪽 아래; 배종대, 앞의 책(주6), 113쪽 아래 참고.

한편 헌법해석 영역에서는 이러한 해석규칙과 구별되는 것으로서 '해석원칙'(또는 '해석준칙')이라는 개념이 거론된다. 해석원칙은 헌법학자인 콘라드 헤세(K. Hesse)의 헌법해석방법론에서 찾아볼 수 있다. 콘라드 헤세는 해석원칙으로서 헌법의 통일성 원칙, 실제적 조화 원칙, 기능적 적정성 원칙, 통합작용 원칙, 헌법의 규범력 원칙을 들고 있다.²¹⁾ 문제는 이러한 해석원칙을 어떻게 전통적인 해석규칙과 구별할 수 있는가 하는 점이다. 이 문제는 상당히 복잡한 것인데, 여기서는 필자가 갖고 있는 생각만을 간단하게 언급하고자 한다. 우선 전통적인 해석규칙과 헌법해석원칙은 그 전제를 달리 하고 있다. 즉 헌법해석원칙은 삼단논법적 법학방법론을 필연적으로 전제하는 것은 아니라고 생각한다. 그렇다면 해석규칙과 헌법해석원칙은 전혀 별개의 범주인가? 그렇지 않는다고 생각한다. 해석원칙은 해석규칙을 다른 관점에서 구체화한 것이라고 생각한다.²²⁾ 결론적으로 양자의 차이를 말하면, 해석규칙과 헌법해석원칙은 그 본질 면에서는 같은 것이나, 다만 방법론적 전제를 달리 하는 것이라고 할 수 있다.²³⁾

해석규칙과 관련한 문제로는 다음과 같은 것을 생각할 수 있다. 한 법규정에 대해 각기 상이한 해석규칙을 사용하는 것이 양립할 수 있을 때, 과연 어떤 해석규칙을 가장 우선적인 해석규칙으로 볼 수 있는가? 이는 해석규칙의 메타규칙에 관한 문제이다. 이 문제에 대해서는 전통적으로 다음과 같은 해결방안이 제시되었다. 이미 앞에서 언급한 것처럼, 주관설은 역사적 해석을 가장 우월한 해석규칙으로 인정한다. 이에 반해 객관설은 목적론적 해석을 우선시 하려 한다. 한편 분석적 법이론가라고 일컬어지는 코호(H.-J. Koch)와 뤼스만(H. Rüßmann)은 문법적·체계적 해석을 가장 우선시 하고, 다음으로 역사적 해석, 목적론적 해석이라는 순으로 해석규칙을 서열화한다.²⁴⁾ 다른 한편 삼단논법적 법학방법론을 받아들이지 않는 공법학자 프리드리히 뮐러(F. Müller)는 민주적 정당성의 관점에서 문법적 해석을 모든 해석규칙의 한계로 설정하려 하기도 하

21) 계희열 (편역), 앞의 책(주19), 85쪽 아래.

22) 헌법학자로서는 독일의 프리드리히 뮐러가 이렇게 생각한다. F. Müller, *Juristische Methodik*, Berlin 1990, S. 214. 참고; 또한 같은 견해로서 크리스티안 슈타르크, "헌법 해석", 계희열 (편역), 앞의 책(주19), 325쪽 아래 참고.

23) 물론 전통적인 해석규칙은 삼단논법적 방법론뿐만 아니라, 해석학적 방법론을 전제로 한다 하더라도 사용할 수 있다. 이에 관해서는 크리스티안 슈타르크, 위의 논문(주22), 325쪽 아래; 이렇게 보면, 해석규칙과 해석원칙 사이의 실질적 차이는 사라진다.

24) H.-J. Koch/H. Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, S. 176 ff.

었다.²⁵⁾ 그러나 - 아래 IV.에서 자세히 다루겠지만 - 이러한 시도는 모두 성공하지 못했다고 평가할 수 있다. 왜냐하면, 해석규칙의 메타규칙을 생각하는 것은 쉽지 않기 때문이다.²⁶⁾ 이러한 결론은 삼단논법적 법학방법론이라는 전제 자체를 순수하게 인정하기 쉽지 않다는 결론과도 관련을 맺는다.

4. 법률해석론에 관한 국내의 논의

필자가 아는 한에서, 법률해석론에 관해 국내에서 전개되는 논의를 보면, 삼단논법적 법학방법론에 터잡아 법률해석론을 논하는 것이 아직까지도 지배적인 것으로 보인다. 아래에서는 헌법해석, 민법해석, 형법해석에 한정해서 법률해석론에 관한 논의를 소개하기로 한다.

먼저 민법학에서 전개된 법률해석론을 본다. 민법학에서는 법률해석론 자체에 관해 논의가 그리 많이 이루어진 것 같지는 않다.²⁷⁾ 대표적인 민법 교과서를 살펴보면, 민법해석에 관해 전통적인 삼단논법에 입각해 서술하고 있을 뿐이다.²⁸⁾ 다만 일찍이 김형배 교수는 민법학 방법론에 관한 독일의 논의를 본격적으로 소개하기도 하였다.²⁹⁾ 그렇지만 이러한 연구만으로는 김형배 교수가 정확하게 어떤 방법론에 입각하여 법률해석론을 전개하고 있는지 그리 명확하지는 않다. 필자가 조심스럽게 판단하기에는, 김형배 교수는 여전히 삼단논법적 법학방법론에 입각하여 법률해석론을 전개하고 있는 것이 아닌가 한다. 그밖에 민법학의 법률해석론에 관한 연구로서 양창수 교수(대법관)가 수행한 연구를 거론할 수 있다.³⁰⁾ 양창수 교수는, 한편으로는 법률해석에서 '선이해'(Vorverständnis)가 작

25) 프리드리히 뮐러, "법규범의 구조에 관한 주요명제", 제회열 (편역), 앞의 책(주19), 267쪽.

26) 이상돈, 앞의 책(주9), 69쪽.

27) 다만 상법학자인 남기운 교수는 사법학자로는 보기 드물게 법률해석론을 포함한 법학방법론에 관해 심도 깊은 연구를 수행하였다. 예를 들어, 남기운, 「유형론적 방법론과 회사법의 신이론」, 학우, 1999; 남기운, "독일 사법학 방법론의 현상과 신경향들", 「저스티스」 제95호(2006. 12), 77-107쪽 등 참고.

28) 박윤직, 「민법총칙」, 박영사, 1992, 81쪽.

29) 김형배, "법률의 해석과 흠결의 보충 - 민사법을 중심으로 -", 「민법학연구」, 박영사, 1989, 2쪽 아래; 김형배, "판례의 법형성적 기능", 「민법학 연구」, 박영사, 1989, 44쪽 아래.

30) 양창수 교수는 민법학자로서는 드물게 법철학적 사유와 법학방법론에 많은 관심을 기울이고 있다. 이를 예증하는 문헌으로서 양창수, "법해석의 다양한 양상 또는 실정법학자

용한다는 점을 인정하고 있지만,³¹⁾ 다른 한편으로는 해석규칙 가운데서 입법자의 의사를 존중하는 역사적 해석(주관적 해석)에 우선권을 인정한다.³²⁾ 즉 양창수 교수는 해석규칙 사이에서 일정한 서열을 인정할 수 있다고 보는 것이다. 이러한 점에 비추어 보면, 양창수 교수 역시 삼단논법적 법률해석에서 완전하게 벗어났다고는 말할 수 없을 것이다.

다른 영역과는 달리, 형법학 영역에서는 법률해석론에 관해 수준 높은 논의가 진행되었다. 특히 형법 제170조가 규정한 '실화죄'에 대한 대법원 1994. 12. 20. 94모32 결정과 관련하여 심도 깊은 형법해석 방법론 논쟁이 전개되기도 하였다.³³⁾ 이 논쟁에서 확인할 수 있는 것은, 형법학에서는 삼단논법적 법학방법론을 넘어서 해석론이 어느 정도 스며들어 있다는 점이다. 그러나 아직까지 다수의 형법 교과서를 보면, 삼단논법적 법학방법론에 바탕을 둔 형법해석론이 지배적이라는 점을 알 수 있다. 이러한 경향은 허용되는 해석과 금지되는 유추의 구별기준으로서 여전히 '문언의 가능한 의미'(möglicher Wortsinn)가 인정되고 있다는 점에서도 찾아볼 수 있다.³⁴⁾

민법학이나 형법학과는 달리, 헌법학에서는 헌법해석의 '특수성'에 관해 활발한 논의가 이루어졌다.³⁵⁾ 민법이나 형법과 같이 '규칙'(Regel) 중심으로 짜인 법규범과 비교해 볼 때, 헌법은 '원칙'(Prinzip) 중심으로 짜인 법규범으로서 고도의 추상성과 개방성을 지닌다.³⁶⁾ 이렇게 헌법규범이 고도의 추상성과 개방성이라는 특수성을 지니고 있다는 점은 우리 헌법의 기본권 규정을 일별해 보아도

의 법학방법론 - 크라머의 「법학방법론」 - , 「민법연구」 제6권, 박영사, 2001, 11쪽 아래.

- 31) 양창수, "내용이 변동하는 집합적 동산의 양도담보와 그 산출물에 대한 효력", 「민법연구」 제5권, 박영사, 1999, 428쪽: "그러한 의미에서 대상판결은 법원이 개별적 사실관계를 파악하는 「준거틀」로서의 법적 전이해가 매우 중요한 의미가 있음을 알게 한다."
- 32) 양창수, "동산질권에 관한 약간의 문제", 「민법연구」 제1권, 박영사, 1992, 272쪽.
- 33) 이 논쟁을 정리하는 문헌으로서 양천수, "형법해석의 한계 - 해석논쟁을 중심으로 하여 - ", 「인권과 정의」 제379호(2008. 3), 144-158쪽 참고.
- 34) 우리 대법원의 확고한 태도이기도 하다. 가령 대법원 1994. 12. 20. 94모32 결정은 "(· · ·) 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 범형성이나 법창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수는 없을 것이"라고 한다.
- 35) 헌법해석에 관해서는 우선 계획열 (편역), 앞의 책(주19); 이부하, "독일에서의 헌법해석의 방법론", 「공법연구」 제32집 제4호(2004. 3), 191-211쪽 등 참고.
- 36) '원칙'과 '규칙'의 구별에 관해서는 우선 로베르트 알렉시, 이준일 (역), 「기본권이론」, 한길사, 2007, 111쪽 아래.

금방 알 수 있다. 이러한 이유에서 전통적인 범규범을 대상으로 한 삼단논법적 법률해석론은 헌법을 해석하는 데 적합하지 않다는 것이 지배적인 견해이다.³⁷⁾ 다만 삼단논법적 법률해석을 떠나고자 하는 경우에는, 과연 어떤 방법으로 헌법을 해석해야 하는지에 관해서는 아직까지 논의가 분분하다. 그런데 필자가 보기에 이렇게 헌법해석에 관해 제시되는 문제는 단순히 헌법해석 자체만의 문제라기보다는, 법률해석 일반의 문제로 확장해서 이해할 수 있다.

이렇게 학계에서 전개되는 논의 상황에 대해, 판례는 법률해석에 관해 어떤 태도를 취하고 있는지 문제된다. 필자가 파악한 한도에서 말한다면, 우리 대법원이 법률해석에 관해 정확하게 어떤 방법론에 입각하고 있는지를 명시적으로 보여주는 판례는 아직까지는 보이지 않는다. 그렇지만 실무가 일반적으로 취하는 판결서 양식이 삼단논법적 구조와 유사하다는 점,³⁸⁾ 그리고 전통적으로 판례는 '법리'나 '문리'라는 용어를 사용해 왔다는 점에서 보면, 판례는 전반적으로 삼단논법적 법학방법론에 입각한 법률해석론을 취하고 있다고 추측할 수 있다. 더군다나 최근 판례는 형법 제170조에 관한 전원합의체 결정에서, '허용되는 해석'과 '금지되는 유추'의 구별기준으로서, 다시 말해 형법해석의 한계기준으로서 '문언의 가능한 의미'를 제시함으로써, 이러한 필자의 판단을 더욱 개연성 있는 것으로 뒷받침하였다. 그러나 지금까지 대법원이 축적한 판결례들을 실질적으로 분석하면, 대법원이 명시적으로 선언하는 것과는 달리, 삼단논법적 법학방법론을 전제로 한 법률해석론에서 상당히 벗어나 있다는 점을 확인할 수 있다. 이 점은 형법상 '복사문서의 문서성'에 관해 판례가 보여준 태도변경을 보더라도 쉽게 뒷받침된다.³⁹⁾ 또한 형법학자인 하태훈 교수나 이용식 교수가 적절하게 지적한 것처럼, 판례는 일종의 '의미창조적 확장해석'을 시도하고 있다는 점에서도,⁴⁰⁾ 판례가 실질적으로는 삼단논법적 법학방법론에서 벗어나, '정책'지향적으로 형법규범을 해석하고 있다는 점을 간취할 수 있다.

37) 계희열, 앞의 책(주10), 66쪽 아래; 허영, 「헌법이론과 헌법(상)」, 박영사, 1989, 96쪽 아래.

38) 이상돈, 앞의 책(주9), 32쪽 아래.

39) 자세한 내용은 이상돈, 앞의 책(주9), 66쪽 아래.

40) 하태훈, "형법법규의 해석과 죄형법정 원칙", 「형사판례연구」 제11권, 박영사, 2003, 19쪽; 이용식, "형법해석의 방법", 「서울대 법학」 제46권 제2호(2005. 4), 40쪽; 이 문제에 관해 필자는 별도의 논문을 준비하고 있다.

5. 삼단논법적 법률해석에 따른 대상판결 판단

위에서 우리는 삼단논법적 법률해석론에 관해 개략적이거나 살펴보았다. 그렇다면 이러한 법률해석론은 실제로 발생하는 법적 분쟁을 원래 삼단논법이 의미한 대로 해결하고 있는가? 이 글 I에서 소개한 두 개의 대법원 판례를 삼단논법적 법률해석론의 시각에서 검토함으로써, 위 문제에 답하도록 한다.

먼저 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결을 본다. 이 판결에서는 여성으로 성전환을 한 생물학적 남성이 형법 제297조가 규정하는 강간죄의 객체인 '부녀'에 해당하는지가 문제되었다. 삼단논법적 법학방법론에 따르면, 이 사건에 대한 대전제인 형법 제297조가 규정하는 '부녀' 구성요건표지가 지시하는 의미내용은 '실체'(Substanz)로서 객관적으로 고정되어 있다. 따라서 해석자는 해석규칙을 사용하여 이러한 의미내용을 '발견'하기만 하면 된다. 그러나 위 사건을 보면, '부녀' 개념이 지시하는 의미내용이 과연 실체로서 고정되어 있는지 의문이 없지 않다. 왜냐하면, 위 사건의 경우처럼 여성으로 성전환수술을 받은 생물학적 남성을 '부녀' 개념에 포함시킬 수 있는지 문제가 되기 때문이다. 가령 '부녀' 개념은 '생물학적'으로 판단해야 하는가, 아니면 '사회적'으로 판단해야 하는가? 이에 관해 대법원은 'XX 염색체'라는 생물학적 기준을 들어, 여성으로 성전환한 생물학적 남성을 '부녀'로 판단하지 않았다.⁴¹⁾ 이 남성이 남성들을 대상으로 매춘행위를 하며 생계를 유지해 왔는데도 말이다. 그렇다면 이러한 판단은 삼단논법적 법률해석론에 따라 이루어진 것이라고 말할 수 있는가?

이와 같은 문제는 대법원 1997. 5. 30. 선고 97도957 판결에서도 그대로 되풀이 된다. 이 판결에서는 캐피탈 승용차로 피해자를 넘어뜨린 것이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항에 의거, 형법 제261조가 규정하는 '위험한 물건을 휴대'한 경우에 해당하는지가 쟁점이 되었다. 결론적으로 대법원은 이를 긍정하였는데, 이러한 결론의 타당성은 논외로 하더라도,⁴²⁾ 과연 이러한 결론이 삼단논법적 법률해석론에 입각한 것인지에 대해서는 의문이 없지 않다. 왜냐하면, '위험한 물건을 휴대하여'라는 법문언은 삼단논법적 법률해석론이

41) 이러한 대법원 판결의 결론을 비판하는 평석으로는 먼저 정현미, "성전환수술자의 강간죄의 객체 여부", 『형사판례연구』 제6권, 박영사, 1998, 166쪽 아래; 김일수, "합동강간치상죄의 불능미수", 『판례연구』 (고려대) 제8집, 1996, 115쪽.

42) 이러한 대법원 판결의 결론에 대해 부정적인 평석으로는 강용현, "자동차를 이용한 폭행과 '위험한 물건의 휴대'", 『저스티스』 제31권 제4호, 115쪽 아래.

예정하는 것처럼 '기계적으로' 해석할 수 있는 것은 아니기 때문이다. 가령 '위험한'이라는 개념은 규범적 개념이어서, 이를 해석하기 위해서는 일정한 가치 판단을 전제로 할 수밖에 없다. 나아가 '휴대'라는 비교적 서술적인 개념에 관해서도 우리 학계에서는 크게 세 가지의 해석론이 대립한다.⁴³⁾ 그러나 만약 '휴대'라는 법문언이 지시하는 내용이 '실체'로서 객관적으로 고정되어 있다면, 과연 이와 같은 견해 대립이 생길 수 있을까? 심지어 대법원은 이러한 해석론 중에서 가장 일상적인 표현과는 거리가 있어 보이는 해석론을 취하였다. 이에 따르면, '휴대' 개념은 '적극 이용하여'라는 개념까지 포함한다. 그러나 필자는 이러한 대법원의 해석이 삼단논법적 법률해석론에 근거를 둔 것이라고 볼 수는 없다고 생각한다. 결국 여기서 우리는 삼단논법적 법률해석론이 본래 추구했던 목표, 즉 객관적 · 중립적으로 법규범을 해석한다는 목표를 현실적으로 실현하는 것이 쉽지 않다는 점을 확인할 수 있다. 그런데 이와 같은 문제는 삼단논법적 법률해석론을 정확하게 사용하지 않아서 발생하는 것이 아니라, 삼단논법적 법률해석론이 취하는 '삼단논법적 법학방법론' 그 자체 때문에 발생한다는 점에 주의할 필요가 있다.

IV. 삼단논법적 법률해석론에 대한 비판

1. 이론적 전제에 대한 언어이론적 비판

1) 삼단논법적 법률해석론의 이론적 전제

이미 설명한 것처럼, 삼단논법적 법률해석론은 이론적으로 실체존재론적 법인식론을 전제로 삼는다. 이러한 이론적 전제는 언어분석철학의 성과를 받아들여 발전된 분석적 법이론의 전제로서 아직까지도 생명력을 유지하고 있다.⁴⁴⁾ 진리

43) 강용현 판사는 이러한 견해 대립을 협의설, 중간설, 광의설이라는 이름으로 소개한다. 협의설은 '휴대하여'의 의미를 사전적 의미 그대로 '몸에 지니는 것을 의미'하는 것으로 해석한다고 한다. 중간설은 기본적으로 협의설과 같으나, '휴대하여'가 반드시 손에 집어들어야 하는 것은 아니라고 한다. 광의설은 '휴대하여'를 '적극 이용하여'라고 새기는 견해라고 한다. 강용현 판사는 협의설을 지지한다.

44) 이를 보여주는 것으로서 H.-J. Koch/H. Rüßmann, 앞의 책(주24) 참고.

이론의 측면에서 보면, 이러한 실체존재론적 법인식론은 '진리대응이론'과 연결된다.⁴⁵⁾ 진리대응이론은 언어로 구성된 일정한 명제가 진리로 승인되려면, 이러한 명제가 실제로 존재하는 대상과 일치해야 한다고 주장한다. 즉 일정한 언어적 명제가 실제 대상과 '대응'하는지 여부를 통해 검증될 수 있을 때 비로소 '참'이라고 인정할 수 있다는 것이다. 이러한 진리대응이론을 대변하는 것으로서 비트겐슈타인(L. Wittgenstein)의 '전기 언어이론'과 오스트리아 빈을 중심으로 결성된 '논리실증주의'를 거론할 수 있다.

비트겐슈타인은 1918년에 출간한 『논리철학논고』(Tractatus logico-philosophicus)에서 이른바 '그림이론'을 제시한다. 이를 간단하게 요약하면 다음과 같다.⁴⁶⁾ 비트겐슈타인에 따르면, 세계는 '있는 그대로' 존재하는 것이 아니다. 다시 말해, 세계는 인간의 언어와 무관하게 그 자체 독립해서 존재하는 대상이 아니다. 비트겐슈타인에 따르면, 세계는 오직 인간의 언어를 통해서만 인식할 수 있다. 그러면 세계는 어떻게 언어를 통해 인식되는가? 바로 언어가 세계를 반영함으로써, 바꿔 말해 언어가 세계를 그려냄으로써, 우리는 이러한 언어를 통해 세계를 인식할 수 있다고 한다. 다만 여기에서 주의해야 할 점은, 언어가 대상 하나하나를 그려내는 것은 아니라는 점이다. 오히려 언어는 이러한 대상들이 결합하여 구성해낸 '사태'(Tatsachen)를 그려낸다. 예를 들어, 언어는 '여기에 책상이 있다.'는 사태를 반영하지, '책상'이라는 대상 자체를 반영하는 것은 아니라는 것이다. 그리고 이러한 사태가 실제로 존재하면, 이것이 바로 '사례'(Fall)가 된다. 결론적으로 비트겐슈타인에 따르면, 세계는 바로 이러한 사례들로 구성된다.

이상이 바로 비트겐슈타인이 제시한 전기 언어이론이다. 통상 '그림이론'으로 지칭되는 이 이론은 세계라는 '물자체'(Ding an sich)가 결코 언어와 무관하지 않다는 점을, 즉 세계는 언어를 매개로 하지 않고는 결코 인식될 수 없다는 점을 일깨웠다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다고 생각한다. 그러나 언어가 사태를 그려낸다는 주장에 대해서는 쉽사리 수긍하기 어려운 점이 있다. 어떻게 언어가 사태를 그려낼 수 있다는 말인가? 이 때 그 기준이나 요소는 과연 무엇인가? 이러한 문제에 대해 비트겐슈타인은 '논리적 유사성'을 대답으로 내놓는다.

45) 진리대응이론에 관해서는 변종필, 『형사소송에서 진실개념』, 고려대 법학박사 학위논문, 1996, 74쪽 아래 참고.

46) 아래의 내용은 주로 유스투스 하르트나, "비트겐슈타인과 현대철학", 엄정식 (번역), 『비트겐슈타인과 분석철학』, 서광사, 1990, 68쪽 아래를 참고하였다.

그리고 '논리적 유사성'은 '크기', '운동', '위치'라는 속성으로 구성된다고 한다. 그러나 결국 비트겐슈타인은 어떻게 언어적 명제가 사태를 그려내는가에 대해 명확한 대답을 제시하지 못하고 있다. 바로 이러한 이론적 결함 때문에, 비트겐슈타인은 후에 그림이론과 결별하고, 새롭게 '말놀이'를 핵심으로 하는 후기 언어이론으로 방향을 바꾼다.

논리실증주의는 비트겐슈타인의 전기 언어이론을 수용하여 등장한 학파이다. 논리실증주의에 따르면, 철학의 과제는 언어를 명료하게 하는 것이다. 논리실증주의는 이제까지 철학이 경험적으로 검증할 수 없는 명제에 너무 집착해 왔다고 본다. 그러나 논리실증주의에 따르면, 경험적으로 검증할 수 없는 명제는 무의미한 명제일 뿐이다. 따라서 이제 철학의 임무는 경험적으로 검증할 수 있는 명제와 검증할 수 없는 명제를 구별하여, 검증할 수 있는 명제만을 검토하는 것이다. 이렇게 함으로써 비로소 진리에 도달할 수 있다고 한다. 여기서 알 수 있듯이, 논리실증주의는 '경험적으로 검증할 수 있는지 여부'를 통해 일정한 명제의 '진리성'을 판단하려 한다. 이 점에서 논리실증주의 역시 진리대응이론과 관련을 맺는다. 그러나 이러한 태도는 새로운 언어이론과 진리이론이 등장하면서, 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

2) 이론적 전제에 대한 비판

그러나 삼단논법적 법률해석론의 바탕이 되는 진리대응이론은 다음과 같은 새로운 언어이론이 등장함으로써 비판에 직면하였다. 먼저 구조주의 언어학의 창시자라고 불리는 소쉬르(F.D. Saussure)의 언어이론을 거론할 수 있다.⁴⁷⁾ 소쉬르에 따르면, 언어기호인 '기표'('시니피앙')와 언어기호가 지시하는 의미내용인 '기의'('시니피에') 그리고 기의가 지시하는 대상은 각각 구별된다. 이 때 진리대응이론에 따르면, 기표와 기의는 대상과 일치해야 한다. 그러나 이와 달리, 소쉬르는 기표와 기의는 대상과 단절된다고 한다. 즉 일정한 언어기호가 지시하는 의미내용은, 그 언어기호가 가리키는 실제 존재대상과는 무관하다는 것이다. 예를 들어, '강아지'라는 기표가 지시하는 기의는, 실제로 존재하는 강아지라는 대상과는 무관하게 그 의미가 부여된다. 그렇다면 도대체 '강아지'라는 기표는

47) 이에 관해서는 페르디낭 드 소쉬르, 최승언 (역), 「일반언어학 강의」, 민음사, 1991, 83쪽 아래.

어떻게 '강아지'라는 의미내용을 가질 수 있을까? 이에 대해 소쉬르는, 일정한 기표가 기의를 갖게 되는 것은 그 기표가 실제 대상을 가리키기 때문에, 달리 말해 실제 대상을 그려내기 때문은 아니라고 한다. 오히려 일정한 기표가 다른 기표에 대한 관계에서 볼 때 차이가 발생하기 때문에, 그 기표에게 기의가 주어진다고 한다. 예를 들어, 우리가 '교과서'라는 기표로부터 일정한 기의를 인식할 수 있는 것은, 그 '교과서'가 '참고서'라는 기표나 '사전'이라는 기표와 차이가 나기 때문이다. 나아가 소쉬르는 이러한 의미론적 차이는 바로 '랑그'(Langue)라는 보편적인 언어구조에 기반을 두고 있다고 한다. 결국 소쉬르에 따르면, 언어의 의미는 대상을 통해 부여되는 것이 아니라, 전체 언어구조를 통해 부여된다. 이러한 소쉬르의 언어이론으로부터 우리는 다음과 같은 점을 간취할 수 있다. 즉 언어기호(기의)가 갖는 의미는 실제 존재하는 대상과는 관계가 없다는 것이다.⁴⁸⁾ 바로 이 점에서 소쉬르의 언어이론은 진리대용이론이 구상하는 언어이론과는 차이가 있다.

이 점은 후기 비트겐슈타인에게서도 발견할 수 있다.⁴⁹⁾ 비트겐슈타인 사후에 출판된 『철학적 탐구』(philosophische Untersuchungen)는 언어철학적인 면에서 『논리철학논고』와는 다른 방향을 취하고 있다. 바로 '말놀이(언어게임)'이론으로 대변되는 후기 언어이론이 그것이다. '언어사용이론'이라고도 하는 말놀이이론을 통해, 비트겐슈타인은 언어기호의 의미가 그림이론에서 말한 것과는 다른 방식으로 부여된다고 한다. 즉 언어의 의미는 그 언어가 사용되는 방식을 통해 부여된다고 한다. 예를 들어, '배'라는 언어기호는 이 '배'가 어떤 방식을 통해 사용되는가에 따라 그 의미가 부여된다고 한다. 비트겐슈타인은 이러한 언어 사용을 언어게임, 즉 '말놀이'(Sprachspiel)라고 불렀다.⁵⁰⁾ 이에 따르면, 우리는 언어기호를 사용하면서, 언어기호 사용에 관해 일정한 놀이를 하고 있다고 말할 수 있다. 이 때 우리는 언어기호 사용에 관한 놀이의 '규칙'을 준수함으로써, 그 언어기호의 의미를 상호주관적으로 공유할 수 있다. 이 점은 우리가 카드놀이

48) 이를 하버마스(J. Habermas)는 '언어행위에서 나타나는 사실성과 타당성의 긴장관계'라고 표현하였다. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992, S. 15 ff.

49) 유스투스 하르트나, 앞의 논문(주46), 109쪽 아래; 또한 이상돈, 앞의 책(주9), 173쪽 아래.

50) L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, in: ders., *Tractatus logico-philosophicus/Tagebücher 1914-1916/Philosophische Untersuchungen*, Werkausgabe Band 1, Frankfurt/M. 1984, § 7.

같은 일정한 계임을 연상하면 쉽게 이해할 수 있다. 그런데 이러한 언어사용규칙이 - 마치 고정불변한 규칙처럼 - 모든 사람에게 동일하게 적용되는 것은 아니라는 점에 주의해야 한다.⁵¹⁾ 왜냐하면, 언어기호는 사용자가 처한 상황이나 사회적 지위에 따라 조금씩 다르게 사용될 수 있기 때문이다. 그런데도 우리가 별 무리 없이 일정한 언어기호가 일정한 의미내용을 지시하는 것으로 받아들일 수 있는 이유는, 비록 언어사용규칙이 항상 동일한 것은 아니지만, 각각의 규칙이 서로 가족과 같은 친근감을 갖고 있기 때문이라고 한다. 비트겐슈타인은 이를 '가족유사성'이라고 불렀다. 비트겐슈타인에 따르면, 우리는 가족유사성이 본질이 무엇인지는 알 수 없지만, 그러한 유사성이 존재한다는 것은 알 수 있다고 한다.

3) 중간결론

지금까지 살펴 본 것처럼, 소쉬르의 언어이론이나 후기 비트겐슈타인의 언어이론을 통해 볼 때, 진리대응이론은 더 이상 설득력을 확보하기 어렵다. 같은 맥락에서 진리대응이론에 바탕을 두고 있는 실체존재론적 법인식이나 삼단논법적 법률해석론 역시 더 이상 확고하게 관철하기 어렵다. 그리고 여기서 우리는 해석목표와 관련해 전개되었던 주관설과 객관설의 대립이 무의미한 논쟁이라는 점도 추론할 수 있다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 해석목표에 관한 논쟁은 법규범의 객관적인 의사가 실체로서 존재한다는 것을 전제로 한다. 그러나 위에서 살펴본 것처럼, 과연 법규범이 이러한 객관적 · 실체적인 의사를 담고 있는지 의문이고, 설사 이러한 의사가 객관적으로 존재한다 하더라도, 법규범의 언어기호가 이러한 의사를 정확하게 그려낼 수 있는지 문제된다. 왜냐하면, 소쉬르의 언어이론이나 비트겐슈타인의 후기 언어이론이 시사하는 것처럼, 법규범의 언어기호가 입법자의 의사나 법규범 자체의 객관적인 의사를 정확하게 그려낼 수 없기 때문이다. 따라서 주관설과 객관설의 대립은 더 이상 실익을 지닐 수 없다. 오히려 문제는 어떻게 하면 법규범을 정당하게 해석해낼 수 있는가 하는 점이다.

51) S.-D. Yi, *Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung*, Frankfurt/M. 1992, S. 135.

2. 대전제인 법규범 자체가 안고 있는 법이론적 문제점

삼단논법적 법률해석론은 대전제인 법규범 자체가 법이론적인 측면에서 한계를 갖고 있다는 점에서도 유지하기 어렵다. 그 한계란 법률언어가 지니는 '통시적 모호성'과 '공시적 모호성'을 말한다.⁵²⁾ 먼저 법률언어의 '통시적 모호성'이란 시간이 흘러감에 따라 법률언어의 의미 역시 달리 이해할 수 있다는 것을 말한다. 즉 법률언어 역시 언어인 이상 시간의 흐름에 개방될 수밖에 없다는 것이다. 나아가 '공시적 모호성'이란 언어 자체가 의미론적으로 지닐 수밖에 없는 모호성을 말한다. 이러한 공시적 모호성은 무엇보다도 '공공의 위험'(형법 제168조), '정당한 이유'(형법 제16조)와 같은 '일반조항'이나, '음란한'(형법 제243조-제245조)과 같은 '가치충전 필요개념'에서 쉽게 발견할 수 있다. 나아가 I.에서 소개한 대상판결에서 문제가 된 '위험한 물건'에서도 그리고 심지어는 '부녀'와 같은 서술적 개념에서도 이러한 공시적 모호성을 발견할 수 있다. 이러한 통시적 모호성이나 공시적 모호성은 법률언어가 언어인 이상 떨쳐버릴 수 없는 한계이다. 그리고 바로 이러한 모호성 때문에, 삼단논법적 법률해석론이 예정하는 것처럼 대전제인 법규범을 기계적으로 해석해서 그 의미내용을 발견할 수는 없다.

3. 삼단논법적 법률해석론에 대한 해석학적 비판

마지막으로 삼단논법적 법률해석론에 대해서는 '철학적 해석학'(philosophische Hermeneutik)의 관점에서 비판할 수 있다. 슈라이어마허(F.D.E. Schleiermacher)의 성서해석에서 출발하여 가다머(H.-G. Gadamer)에 의해 집대성된 철학적 해석학은, 일정한 텍스트를 해석하는 작업이 결코 해석자와 분리되어 이루어질 수는 없다는 점을 밝혀주었다.⁵³⁾ 바꾸어 말하면, 해석객체는

52) 법률언어가 갖는 '통시적 모호성'과 '공시적 모호성'에 관해서는 이상돈, 앞의 책(주9), 43 쪽 아래; 윤재왕, 「법관의 법과 법률에의 구속」, 고려대 법학석사 학위논문, 1989, 33 쪽 아래 참고.

53) 철학적 해석학에 대한 일반적인 소개로는 우선 리처드 팔머, 이한우(역), 「해석학이란 무엇인가」, 문예출판사, 1996; 한스 인아이헨, 문성화(역), 「철학적 해석학」, 문예출판사, 1998; 양천수, 「해석학의 법철학적 수용」, 고려대 법학석사 학위논문, 2000 등 참고.

해석주체로부터 독립되어 '이해'될 수는 없다는 것이다. 왜냐하면, 해석과정에는 항상 해석자가 미리 지니고 있는 판단, 즉 '선이해'(Vorverständnis)가 작용하기 때문이라고 한다.

철학적 해석학의 관점에서 보면, 삼단논법적 법률해석이 추구하는 목표는 일종의 허구에 지나지 않는다. 대전제인 법률텍스트의 의미가 해석자의 선이해와 무관하게 확정될 수는 없기 때문이다. 특히 법률텍스트는 상당수가 규범적 언어나 가치충전 필요개념, 일반조항 등으로 구성되어 있기 때문에, 그 만큼 해석자의 선이해가 개입할 여지가 크다. 그러므로 철학적 해석학에 따를 때, 법률해석은 더 이상 법을 발견하는 과정, '법인식' 과정이 아니다. 오히려 법률해석은 해석자의 선이해가 개입하여 이루어지는 일종의 법형성 과정이라고 보아야 한다. 따라서 법률해석은 - 엄밀히 말하면 - 삼단논법이 기획했던 것처럼 더 이상 정치적으로 중립적이면서 객관적인 작업이라고 말하기 어렵다. 법관이 법률을 해석하는 과정에서 자연스럽게 법관이 지니고 있는 선이해를 통해 법관의 정치적 성향이나 당파성, 정책적 · 윤리적 관점이 개입하기 때문이다.

한편 이러한 해석학의 관점에서 볼 때, 해석목표나 해석규칙에 관한 논의 역시 큰 의미가 없다는 점을 다시 한 번 확인할 수 있다. 먼저 해석목표에 대한 논의부터 본다. 전술한 것처럼, 해석목표에 관해서는 주관설과 객관설이 대립한다. 그러나 언어이론의 관점에서 볼 때, 이러한 해석목표에 관한 논쟁은 별 실익이 없다는 점은 이미 살펴보았다.⁵⁴⁾ 그런데 이뿐만 아니라, 이 논쟁은 해석학의 견지에서 보더라도 별 실익이 없다. 해석학의 견지에서 볼 때, 해석과정에 중요한 것은 해석자가 지니고 있는 선이해이지, 법규범이 담고 있는 의사는 아니기 때문이다. 설사 법규범이 일정한 '의사'를 담고 있다 하더라도, 해석과정에서 이러한 의사는 선이해를 통해 새롭게 형성될 수밖에 없을 것이다. 또한 해석학에 따를 때, 해석규칙의 '메타규칙'에 관한 논의 역시 큰 실익이 없다는 점도 알 수 있다. 왜냐하면, 이 경우에도 해석을 실질적으로 결정하는 것은 해석자의 선이해이지, 해석규칙은 아니기 때문이다. 해석규칙은 선이해를 통해 이미 결정된 해석내용을 근거 짓는 수레일 뿐이다. 따라서 해석규칙의 우선순위를 결정해서 객관적이고 공정한 법률해석을 실현하려는 시도는, 그 의도에 대해서는 긍정적인 평가를 줄 수도 있지만, 결국 실현할 수 없는 것을 시도했다고밖에 평가하기 어렵다. 정당하고 설득력 있는 해석은 해석규칙의 우선순위를 결정함으로써

54) 위의 IV.1.(3) 참고.

가 아니라, 다른 방법으로써 달성해야 한다고 생각한다.

나아가 철학적 해석학에 따르면, 삼단논법이 상징하는 대전제와 소전제의 분리, 즉 법률해석과 사실확정의 분리 역시 더 이상 유지할 수 없다. 사실확정 과정 역시 실제 소송과정에서는 법관이 지닌 선이해로부터 영향을 받기 때문이다. 이 때 특히 법관이 지닌 규범적 선이해가 사실을 확정하는 데 크게 작용한다. 즉 법관이 당해 사건에 어떤 법규범을 적용할 것인가에 따라 사실관계 자체가 달리 확정될 수도 있는 것이다. 이러한 이유에서 법률해석과 사실확정 과정은 서로 분리될 수 없다. 바로 이러한 이유에서 독일의 법철학자 카우프만은 법률 해석을 '존재와 당위의 상응'(Entsprechung von Sein und Sollen)이라고 말하기도 하였다.⁵⁵⁾

4. 대상판결에 대한 검토

지금까지 전개한 논증을 통해 볼 때, 결론적으로 삼단논법적 법률해석은 더 이상 유지하기 어렵다고 말할 수 있다. 이 점은 이 글 I.에서 소개한 대상판결에서도 찾아볼 수 있다. 예를 들어, 여성으로 성전환을 한 생물학적 남성을 '부녀'로 파악하지 않은 해석은, 삼단논법을 통해 도출한 것이 아니라, 성전환자에 대해 법원이 일정하게 갖고 있는 정책을 반영한 것이라고 말할 수 있다. 또한 자동차를 몰고 간 것을 '위험한 물건의 휴대'로 본 것도, 이 사안에 대해 가벌성을 인정하려는 법원의 형법정책적 선이해를 표현한 것이라고 볼 수 있다.

V. 삼단논법적 법률해석의 대안은 무엇인가?

- 결론을 대신한 문제제기

지금까지 간략하게 삼단논법적 법률해석론을 소개하고, 이러한 삼단논법적 법률해석론이 안고 있는 법이론적 문제점을 지적해 보았다. 여기서 새로운 문제를 제기할 수 있다. 만약 삼단논법적 법률해석론이 법규범을 해석하는 데 사용할 수 있는 완전한 '방법론'이 될 수 없다면, 우리는 과연 어떤 방법을 통해 법규범

55) Arth. Kaufmann, *Analogie und 'Natur der Sache'*, Heidelberg 1965 참고.

을 해석해야 하는가? 삼단논법적 법률해석론의 대안은 과연 무엇인가? 철학적 해석학의 관점을 법률해석에 전적으로 적용해야 하는가? 그러나 이 경우에도 문제가 없지 않다. 문학해석이나 역사해석과는 달리, 법률해석은 수법자의 권리와 밀접한 관련을 맺는 규범적 해석인 이상, 법률해석이 무작정 법관의 선이해에 무방비 상태로 노출되게 할 수는 없을 것이다. 만약 그렇게 한다면, 법률해석에 법관의 자의가 선이해라는 이름으로 개입할 수도 있고, 그렇게 되면 자유주의적·시민적 법치국가가 추구했던 '법관의 법률구속 이념'은 형해화될 수 있기 때문이다. 바로 이러한 점에서 우리는 어떻게 정당성을 획득할 수 있는 법률해석을 수행할 수 있을까 하는 문제에 봉착한다. 그러나 이 문제는 그 자체로 독자적인 논의를 필요로 하는 것이므로, 여기서는 이러한 문제제기를 하는 것으로 결론에 갈음하고자 한다.⁵⁶⁾

주제어 : 삼단논법, 삼단논법적 법률해석론, 해석규칙, 말놀이, 철학적 해석학, 비트겐슈타인, 소쉬르

56) 바로 이러한 문제 때문에, 카우프만은 한편으로는 해석학적 관점을 수용하면서도, 법률해석의 정당성을 확보하기 위해 분석법학에서 발전해 온 '법적 논증이론'(juristische Argumentationslehre)을 수용해야 한다고 말한다. 이에 관해서는 Arth. Kaufmann, 앞의 책(주14), S. 46 ff.; 한편 필자는 기본적으로 해석학적 관점을 수용해야 한다고 생각하지만, 그렇다고 해서 삼단논법적 법률해석론의 기본 틀을 완전히 폐기해서는 안 된다고 생각한다. 삼단논법적 사고는 법학교육의 측면에서도 여전히 - 완전하지는 않지만 - 유용한 틀을 제공할 수 있다고 보기 때문이다.

참 고 문 헌

- 강용현, “자동차를 이용한 폭행과 「위험한 물건의 휴대」”, 『저스티스』 제31권 제4호.
- 제희열, 『헌법학(상)』, 박영사, 1996.
- 제희열 (편역), 『헌법의 해석』, 고려대학교출판부, 1993.
- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1992.
- 김영환, “형법해석상 해석과 유추의 한계 - 이상돈 교수의 반론에 대하여 -”, 『저스티스』 제29권 제2호(1997. 3).
- 김영환, “법의 흠결과 목적론적 축소해석”, 『판례월보』 제334호.
- 김일수, “합동강간치상죄의 불능미수”, 『판례연구』 (고려대) 제8집, 1996.
- 김형배, “법률의 해석과 흠결의 보충 - 민사법을 중심으로 -”, 『민법학연구』, 박영사, 1989.
- 김형배, “판례의 법형성적 기능”, 『민법학 연구』, 박영사, 1989.
- 남기윤, 『유형론적 방법론과 회사법의 신이론』, 학우, 1999.
- 남기윤, “독일 사법학 방법론의 현상과 신경향들”, 『저스티스』 제95호(2006. 12).
- 배종대, 『형법총론』, 홍문사, 1996.
- 변종필, 『형사소송에서 진실개념』, 고려대 법학박사 학위논문, 1996.
- 송덕수, 『신민법사례연습』, 박영사, 2008.
- 양창수, “동산질권에 관한 약간의 문제”, 『민법연구』 제1권, 박영사, 1992.
- 양창수, “내용이 변동하는 집합적 동산의 양도담보와 그 산출물에 대한 효력”, 『민법연구』 제5권, 박영사, 1999.
- 양창수, “법해석의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론 - 크라머의 「법학방법론」 -”, 『민법연구』 제6권, 박영사, 2001.
- 양천수, 『해석학의 법철학적 수용』, 고려대 법학석사 학위논문, 2000.
- 양천수, “형법해석의 한계 - 해석논쟁을 중심으로 하여 -”, 『인권과 정의』 제379호(2008. 3).
- 윤재왕, 『법관의 법과 법률에의 구속』, 고려대 법학석사 학위논문, 1989.
- 이부하, “독일에서의 헌법해석의 방법론”, 『공법연구』 제32집 제4호(2004. 3).
- 이상돈, 『법이론』, 박영사, 1996.

- 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2008.
- 이상영 · 김도균, 『법철학』, 한국방송통신대학교출판부, 2007.
- 이용식, “형법해석의 방법”, 『서울대 법학』 제46권 제2호(2005. 4).
- 정현미, “성전환수술자의 강간죄의 객체 여부”, 『형사판례연구』 제6권, 박영사, 1998.
- 하태훈, “형벌법규의 해석과 죄형법정 원칙”, 『형사판례연구』 제11권, 박영사, 2003.
- 허영, 『헌법이론과 헌법(상)』, 박영사, 1989.
- 프리드리히 뮐러, “법규범의 구조에 관한 주요명제”, 제희열 (편역), 『헌법의 해석』, 고려대학교출판부, 1993.
- 페르디낭 드 소쉬르, 최승언 (역), 『일반언어학 강의』, 민음사, 1991.
- 크리스티안 슈타르크, “헌법해석”, 제희열 (편역), 『헌법의 해석』, 고려대학교출판부, 1993.
- 로베르트 알렉시, 이준일 (역), 『기본권이론』, 한길사, 2007.
- 한스 인아이헨, 문성화 (역), 『철학적 해석학』, 문예출판사, 1998.
- 라인홀트 치펠리우스, 이재룡 (역), 『법의 본질』, 길안사, 1999.
- 리차드 팔머, 이한우 (역), 『해석학이란 무엇인가』, 문예출판사, 1996.
- 유스투스 하르트낙, “비트겐슈타인과 현대철학”, 엄정식 (편역), 『비트겐슈타인과 분석철학』, 서광사, 1990.
- 위르겐 하버마스, 장춘익 (옮김), 『의사소통행위이론 2』, 나남출판, 2006.
- 빈프리트 하쎄머, 이상돈 (역), “법해석학”, 빈프리트 하쎄머, 배종대 · 이상돈 (편역), 『형법정책』, 세창출판사, 1998.
- 존 헨리메리만, 윤대규 (역), 『시민법전통』, 철학과 현실사, 1995.

- J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992.
- Arth. Kaufmann, *Analogie und 'Natur der Sache'*, Heidelberg 1965.
- Arth. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., München 1997.
- H.-J. Koch/H. Rübmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982.

- K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin usw. 1991.
- F. Müller, *Juristische Methodik*, Berlin 1990.
- L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, in: ders., *Tractatus logico-philosophicus/Tagebücher 1914-1916/Philosophische Untersuchungen*, Werkausgabe Band 1, Frankfurt/M. 1984.
- S.-D. Yi, Wortlautgrenze, *Intersubjektivität und Kontexteinbettung*, Frankfurt/M. 1992.

[Zusammenfassung]

Kritik der Auslegungslehre des juristischen Syllogismus

Yang, Chun-Soo

Professor, Yeungnam Universität

Bisher beherrscht der Syllogismus die Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Er liegt der Auslegungslehre der juristischen Methodenlehre zugrunde. Die Auslegungslehre des juristischen Syllogismus muss aber aus rechtstheoretischer Sicht in ihre Grenzen geraten. Die vorliegende Arbeit zielt darauf, rechtstheoretische Grenzen der Auslegungslehre des juristischen Syllogismus aufzuklären. Zunächst erklärt die vorliegende Arbeit Bedeutung der juristischen Auslegung überhaupt (II.). Danach behandelt sie den Syllogismus, der den traditionellen juristischen Auslegungslehren zugrunde liegt (III.). Zum Schluss versucht die vorliegende Arbeit, die Auslegungslehre des juristischen Syllogismus zu kritisieren (IV.). Dazu beruft sich der Autor auf zwei Philosophien: die Spätsprachphilosophie von Wittgenstein und die philosophische Hermeneutik von Gadamer.

Schlüsselwörter : Sylloigsmus, Auslegungslehre des juristischen Syllogismus, Auslegungskanon, Sprachspiel, philosophische Hermeneutik, Wittgenstein, Saussure