

입법평가와 입법논증 - 연계 가능성 모색을 위한 이론적 연구 -

심우민*

〈국문초록〉

입법평가의 필요성에 대한 인식이 최근 들어 증대되고 있다. 그러나 이러한 입법평가는 입법의 합리화라는 측면에서 상당한 의미를 가지고 있는 것임에도 불구하고, 의회민주주의 원리와 객관성이라는 측면에서 한계를 가지고 있는 것이다. 달리 말하자면, 입법평가와 관련하여 객관성이 강조하는 결과주의적 측면이 존재하는데, 이러한 경향성에는 문제가 있어 보인다. 이러한 문제점을 극복할 수 있게 해 주는 것이 입법학 연구 분야 중 하나인 입법이론이다. 따라서 입법이론의 현 상황에 대하여 살펴볼 필요성이 제기된다.

일반적으로 입법에 관한 체계적인 이론이라고 할 수 있을만한 것이 존재하지 않는다고 언급되어진다. 이는 범철학적 논쟁의 두 축이라고 할 수 있는 자연법론과 법실증주의의 검토를 통하여 확인될 수 있다. 궁극적으로 체계적인 입법이론의 부재는 법적 사고의 이면에 존재하는 리걸리즘으로부터 기인하는 것이다. 리걸리즘의 사고방식에 의하자면, 당해 입법이 형식적인 측면에서 위법인지 여부만을 검토하게 되고, 그것이 정당성을 가지는 법인지에 대해서는 그다지 큰 주의를 기울이지 않게 된다. 결과적으로 입법이론의 형성은 이러한 리걸리즘적 사고방식을 어떻게 뛰어넘을 수 있는지의 문제와 결부된다.

입법평가에서 강조되는 것은 바로 객관성이다. 그러나 이러한 객관성은 오늘날 현대사회에서 의혹의 눈총을 받고 있다. 이와 관련한 가장 대표적인 이론은 ‘사회적 구성주의’이다. 이러한 사회적 구성주의 이론에 따라 본 논문에서는 입법지식의 형성에 대하여 살펴보았다. 이 부분에서 핵심적인 역할을 하는 것이 ‘상징적 상호작용’이라는 개념이다. 사회적 구성주의의 이론적 맥락은 논증의 필요성과 맞닿아 있다. 특히 본 논문에서는 법적 논증이론과 대비되는 개념으로 입법 논증이라는 개

* 연세대학교 법학연구원 전문연구원(기초법/입법학); legislation21@gmail.com

념을 제시하였다. 이러한 입법 논증이라는 개념은 리걸리즘적 사고의 한계를 극복할 수 있게 해 주는 기능을 할 수 있다고 생각한다.

결론적으로 본 논문에서 제시하고 있는 입법논증이라는 개념은 입법평가와 결부시켜 논의될 수 있는 것이라고 판단된다. 즉 입법평가가 가지는 객관성에 대한 강조에만 천착하는 것이 아니라, 오히려 그러한 객관성에 한계가 있을 수 있다는 입장에서 입법평가의 결과를 입법논증의 논거로서 활용할 수 있어야 한다.

※ **주제어**: 입법논증, 입법평가, 입법이론, 입법학, 입법지식의 형성, 사회적 구성주의

-
- I. 서 론
 - II. 입법평가와 입법이론
 - 1. 입법평가의 기능
 - 2. 입법평가의 한계
 - 3. 입법이론 연구의 역할
 - III. 입법이론의 난맥상
 - 1. 자연법론과 법실증주의에서의 입법
 - 2. 리걸리즘과 그 한계 극복
 - IV. 사회적 구성주의와 입법지식의 구성
 - 1. 상징적 상호작용
 - 2. 입법 지식의 구성
 - V. 입법논증의 필요성
 - 1. 사회적 구성주의와 입법논증
 - 2. 입법논증의 개념
 - 3. 법적논증과 입법논증의 차이
 - VI. 결 론: 입법평가 결과의 활용과 입법논증
-

I. 서론

민주주의의 공고화 이후 한국사회는 그야말로 입법의 홍수 속에 살고 있다. 각기 다른 이해관계적 맥락에서 제시되는 다양한 입법적 대안들은 간혹 사회적 갈등과 대립으로 이어지곤 한다. 결국 궁극적으로 문제시 되는 것은 과연 누구의 주장이 더욱 합리적이고 더욱 설득력을 가지는 것인가의 문제이다. 이러한 측면에서 최근 입법학 연구 분야 중 입법평가에 대한 관심이 높아지고 있다.

그러나 아직까지 우리 사회에서 입법평가라고 언급할 수 있는 제도적 수단이 제도화되어 있는 것은 아니다. 현 단계 한국사회에서 입법평가에 대한 논의는 그것의 실천적 가치, 활용 가능성, 그리고 실천 가능성의 차원에서 회자되고 있다. 이러한 논의 속에서 전제로 해야 할 것은 이미 우리 사회의 다양한 영역에서, 입법평가라고 부를 수 있는 것은 아니라고 할지라도, 그러한 성격을 가지는 제도들이 운영되고 있다는 사실이다. 이러한 측면에서 보자면, 입법평가의 활용 문제와 관련하여 가장 문제시 되는 것은 입법평가를 통해 도출된 결과를 실제 입법의 문제와 어떻게 연결시킬 것인가의 논의이다.

이러한 상황과 관련하여, 본 논문은 입법평가의 활용방안 중 하나로 입법논증(legislative argumentation)이라는 개념을 제시하고자 한다.¹⁾ 이러한 입법논증에 대한 논의는 아직까지 입법학 연구 분야에서도 본격적으로 이루어지고 있지 않다. 따라서 이 논문에서는 이러한 입법논증의 기초적인 개념과 입법평가와의 연계성을 살펴보는 데 중점을 두기로 한다.

1) 본 연구는 좀 더 이론적인 접근을 위한 하나의 시도이다. 입법논증이라는 개념은 신생 학문분야라고 평가받는 입법학 연구에 있어서도 정립되어 있는 개념이 아니다. 따라서 이 논문에서는 입법논증의 개념과 필요성에 대한 시론적 접근을 이행하고자 한다. 구체적인 입법논증의 내용과 이론적 쟁점에 대해서는 다른 논문들을 통하여 소개하고자 한다.

II. 입법평가와 입법이론

1. 입법평가의 기능

사회의 분화적 발전을 통한 생활관계의 복잡화의 결과 국민의 모든 생활영역에서 지나친 법제화가 촉진되며, 그 결과 법의 실효성 및 수용성의 저하가 발생하게 되었다. 이를 우려하면서 법제화의 원인 및 결과를 법정정책 관점에서 포괄적으로 분석함으로써 입법의 질을 높이려는 하나의 제도적 접근을 일반적으로 입법평가라고 부른다. 이는 특히 최근 논란이 되고 있는 규범 홍수 현상의 문제점을 정확히 파악하여 이에 대한 적절한 대응으로서의 예방수단 및 효과적인 억제방법을 개발하기 위한 것이라고 할 수 있다.²⁾

이와 같은 입법평가의 현대적 필요성은 이를 이론적·학문적 고려에서보다는 실무적인 고려에서 관심을 불러일으키고 있다고 할 수 있다. 그러나 이러한 입법학 연구 경향성에 대해서는 비판점들이 일부 제기되고 있다. (i) 입법평가제도는 규제완화를 정당화하는 데 사용되고 있다는 비판, (ii) 법률의 영향에 대해 통제하는 것은 입법자에게 인정되는 입법의 재량이라는 관념과 조화되지 않는다는 비판, (iii) 과연 이러한 입법평가와 관련하여 입법학 또는 법학은 어떠한 기여를 할 수 있을 것인가에 대한 비판이 제기된다.³⁾

그러나 이러한 비판에도 불구하고 입법평가의 제도화는 상당한 설득력을 확보하고 있음을 부인할 수 없다. 이러한 설득력의 전제가 되는 입법평가의 기능으로는 다음과 같은 것들이 제시된다. (i) 입법의 합리화기능이다. 법해석학에 법률은 기본적으로 합리적인 것이라는 점이 전제로 되지만, 입법학에 있어 법률

2) 박영도, 입법학입문(한국법제연구원, 2008), 540면; 이러한 입법평가에 대한 논의는 각국이 처한 특수한 사회적·문화적·경제적 상황에 따라 차이가 있다. 그러나 일반적으로는 이상과 같은 내용의 문제점들을 직시하기 시작하면서 이에 대한 논의가 시작된다고 할 수 있겠다.

3) 물론 세 번째 비판은 입법학에 대한 다양한 접근방식 중 다분히 법학적인 접근을 고려할 때 발생하는 문제일 수 있는 문제이다.

의 합리성은 성취해야 할 목표인 것이다. (ii) 정책의 타당화 및 정당화 기능이다. 정부정책의 정당성은 종래 합법성과 합리성에 의거하였다고 볼 수 있으나, 오늘날의 관점에서 민주적 정당성을 높이기 위한 결과의 타당성과 그것을 지지하는 과학성이 요구된다고 할 수 있다. (iii) 입법의 통제제도에 이바지하는 기능이다. 입법평가제도는 여론 및 의회에 의한 정치적 통제 외에도, 행정적·재정적·사법적 통제의 도구가 될 뿐만 아니라, 입법과정을 투명화 함으로써 입법자의 의사결정을 지원함과 아울러 비판적 기능을 수행하게 된다.⁴⁾

마더 교수는 각 단계의 입법평가의 내용에는 다음과 같은 사항들이 포함되어야 한다고 주장한다.⁵⁾ 이를 통해 입법평가의 현실적인 기능을 유추해 볼 수 있을 것이다.

- (i) 입법적 조치로 해결될 것으로 예상되는 문제에 대한 분석과 정의
- (ii) 입법 목표의 결정 또는 이에 대한 명확화
- (iii) 문제해결에 사용될 수 있는 법적 수단이나 도구에 대한 검토와 선택
(각 수단들의 가능한 결과에 대한 사전 예측적 평가에 기초함)
- (iv) 규범 내용에 대한 초안 작성
- (v) 공식적인 제정
- (vi) 집행
- (vii) 사후 회고적 평가
- (viii) 필요하고 적절할 경우 사후평가를 입법에 반영

이러한 입법평가는 실제로 입법 현실 속에서 상당한 의미를 가지고 있는 것임에 틀림없다. 특히 입법의 문제에 대한 과학적인 접근을 시도함으로써, 법의 예측가능성과 실효성에 기여할 수 있을 것이라고 판단된다.

4) 박영도, 입법학입문, 542~543쪽.

5) Luzius Mader, "Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation", *Statute Law Review* Vol. 22 No.2 (2001), 121~122쪽.

2. 입법평가의 한계

입법평가라는 것은 기본적으로 입법자가 구상한 입법 대안 및 초안의 실효성을 객관적인 기준을 통하여 평가하는 데 초점을 맞추고 있다. 객관적 입법평가를 통해 제시되는 평가결과들은 입법자들이 입법판단을 함에 있어 더욱 현실적 합성과 실효성을 가지는 입법대안을 제시할 수 있게 해 준다는 측면에서 상당한 의미가 있다. 그러나 이러한 ‘객관적’인 실효성 중심의 ‘결과 평가 및 통제’는 민주적 의사결정을 통한 입법이라는 의회민주주의의 기본 취지를 몰각시킬 가능성이 존재한다. 이러한 문제점을 인식하면서, 마더 교수는 다음과 같이 언급한다.

평가는 명시적으로든 묵시적으로든 인과관계에 기초하고 있다. 평가의 주요 목적은 이러한 가정들이 틀리는지 맞는지에 대해 입증하는 것이 아니다. …… 달리 말하면, 평가는 입법의 효과에 대한 입법자의 가정과 지식을 향상시키려는 실용적인 노력이다. 그것은 확실성이나 과학적 입증이 아니라 입법 분야에서의 보다 그럴듯함을 목표로 한다.⁶⁾

그렇다면, 입법평가에서 활용되고 있는 기준과 세부 심사도구들⁷⁾은 어떻게 이해해야 할 것인가? 이에 대해서 또한 마더 교수는 다음과 같이 언급한다.

첫째, 이러한 정교한 도구들도 방법론적 한계가 있음을 알아야 한다. 인과관계에 대한 절대적인 확실성을 제공하는 경우는 거의 없다. 다만 입법활동의 중요한 측면에 대한 입법자의 인식을 각성시키고 어느 정도 불확실성을 감소시켜 입법의 질을 제고

6) Luzius Mader, “Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation”, 124쪽.

7) 입법평가의 기준으로는 법경제성, 영향, 실효성, 비용, 유효성(효율성), 친숙성, 적용적합성, 법합치성 등이 제시되고 있으며, 입법평가의 심사도구로는 효용가치분석, 비용결과분석, 급부경로분석, 인건비추산, 비용편익분석, 체계성 및 이해가능성 검토, 심무검토, 상호 의존성분석, 기능도식, 교차점분석 등이 제시되고 있다. 박영도, 입법학입문, 544~545쪽 및 563~564쪽.

할 수 있다. 둘째, 입법과정에 존재하는 현실적 한계 또한 인식할 필요가 있다. 즉 이러한 정교한 도구를 적용하는 데는 사실상 항상 가능하다고 볼 수 없는 시간, 돈, 그리고 인적자원이 소요된다.⁸⁾

이러한 마더 교수의 견해는 입법평가가 가지는 한계에 대해 명확히 언급하고 있다. 결론적으로, 이러한 취지에 따르자면, 입법평가라는 것은 단지 입법자들의 판단에 조력하는 차원에서 의미를 가지고 있는 것이라고 할 수 있다.

실제로 입법평가의 다양한 평가기법 중에는 단지 수치화 할 수 있는 객관성을 강조하는 것이 아닌, 다른 방법들에 대한 언급도 존재한다. 예를 들면, 독일의 입법학에 대한 기준을 제시하고 있는 『입법평가 입문』에 의하면, 특히 입법대안의 구상 단계와 관련하여 체계적인 전문가 및 일반인 워크숍⁹⁾이라든가, 가상법정절차¹⁰⁾와 같은 제도들이 활용되고 있다는 사실은 입법의 문제에 있어 객관성에 기반한 실효성만이 중요한 것이 아님을 알려준다.

3. 입법이론 연구의 역할

입법학이라는 학문이 좋은 법을 입법자들로 하여금 제정할 수 있도록 노력하는 데 그 기본적인 취지가 있다고 한다면, 분명 현대 입법학 연구의 중심 영역이라고 할 수 있는 입법평가가 기여하는 부분은 존재한다. 그렇지만 이러한 입법평가라는 것이 입법자의 입법판단을 대신할 수 있는 것은 아니다. 따라서 입법

8) Luzius Mader, 앞의 논문, 128-129쪽.

9) Carl Böhrer & Götz Konzendorf, 박영도·장병일(역), 입법평가입문: 법률, 법규명령, 행정규칙 (한국법제연구원, 2007), 28쪽 및 추가적으로 306쪽 참조.

10) 이러한 가상법정 절차는 미국에서 활용되어진다고 알려져 있다. 이러한 가상법정절차가 운영은 다음과 같이 이루어진다. 학자들은 개별 규율대안에 대해 찬성 또는 반대한다. 그런 다음 이들 찬성과 반대는 관심이 있는 비전문가 혹은 변호사 및 다른 전문가들에 의해 반박(반대심문)을 받게 되므로, 논거들이 분석되고 비판된다. 교환원칙에 의거하여 규율대안의 평가를 위해 배심원단을 교체할 수가 있다. Carl Böhrer & Götz Konzendorf, 앞의 책, 37쪽; 물론 이러한 가상법정 절차는 오늘날과 같은 효율성을 추구하는 입법현실에 있어 다소 부적합해 보인다.

평가 그 자체가 입법대안 및 판단기준을 선제적으로 제시할 수 있는 것은 아니고, 결국 입법자에 의해 형성된 대안에 대해 평가할 수밖에 없는 것이다. 즉 이것이 효과 및 결과평가 지향을 가지는 입법평가의 한계인 것이다.¹¹⁾

그러나 분명한 것은 입법의 문제에 있어 시대상황을 반영하는 효율성의 고려, 즉 입법평가에서와 같은 결과의 통제방식도 중요하지만, 민주성이라는 문제는 입법의지의 형성과정에 대한 문제도 상당히 중요한 논제로 등장하고 있다. 따라서 입법학의 연구의 주도적 경향이 이러한 입법평가 영역으로만 귀결되는 것은 다분히 문제가 있어 보인다. 바로 이러한 지점에서 입법학 연구의 기초적 관점의 제공과 방향설정을 해 주는 입법이론의 필요성이 존재한다고 생각한다.

입법이론이라는 것은, “입법학의 필요성, 학문적 가능성 및 한계의 모색, 그리고 이상적인 입법의 가능성을 위한 전제조건들의 탐구 등을 목적으로 하는 영역”이다.¹²⁾ 이러한 입법이론은 결국 입법학의 실천영역의 연구들, 즉 입법방법론, 입법과정론, 입법기술론, 입법평가론 등을 포괄하면서도, 왜곡되지 않은 방향으로 안내할 수 있는 총론적인 역할을 하는 것이라고 할 수 있다.¹³⁾ 물론 입법이론의 연구를 통하여, 제시되는 대안들도 마찬가지로 입법자들을 구속할 수 없는

11) 이와 같은 현상은 “효과지향적 입법 없이는 효과지향적 행정도 없다”라고 말할 정도로 새로운 국가의 행정모델로서 대두되고 있다. Luzius Mader, *Evaluation als Mittel des Dialogs zwischen Politik und Wissenschaft* (Verwaltung und Management, 1996), 140쪽; 입법평가는 입법자들의 저항으로 인하여 불가피하게 결과통제 내지는 정치적 프로그램에 대한 평가에 그칠 수밖에 없다. 박영도, 입법평가의 이론과 실제(한국법제연구원, 2008), 317쪽.

12) 학문으로서의 입법학이라는 측면에서 보자면, 입법학 연구는 크게 입법이론 연구와 실천적인 영역을 대상으로 하는 협의의 입법학 연구로 나누어 볼 수 있을 것이다. 그러나 이와 같이 개념적으로 구분된다고 하여, 양자가 각기 분리되어 입법학으로서 기능하기 보다는, 상호 유기적으로 연계되어 있다고 보는 것이 옳을 것이다. 이상영 교수는 입법이론, 입법방법론, 입법기술론을 입법학의 연구 분야로 설명하고 있으며(이상영, “법사회학적 입법연구: 토지공개념 삼개법안 입법과정을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 1993, 35쪽), 박영도 박사의 경우는 이러한 이상영 교수의 구분보다 한 걸음 더 나아가서 입법평가론이라는 비교적 최근의 연구 분야까지도 입법학의 연구대상으로 설명하고 있다(박영도, 입법학입문, 21쪽).

13) 이상영, 앞의 논문, 32쪽.

한계를 가지는 것이지만, 대부분의 이론적 논의들이 그러하듯 ‘규제적 이상(規制的理想)’을 제공해 줄 수는 있을 것이라고 판단된다.

Ⅲ. 입법이론의 난맥상

이하에서는 앞서 언급한 입법이론이 가지는 난관들에 대해 살펴봄으로써, 입법평가의 활용 방안을 모색하기 위한 관점을 마련해 보고자 한다.¹⁴⁾

1. 자연법론과 법실증주의에서의 입법

서구를 중심으로 한 법철학의 역사에 있어 가장 중심적인 논쟁거리는 바로 자연법론과 법실증주의의 대립적 관념의 표출이었다. 자연법론은 우리가 법이라고 부르는 현상은 어떤 도덕적 기준이나 판단과 관련하여서만 적절히 이해될 수 있다는 입장을 의미한다. 우리가 법이라고 인정하고 존중하는 것은 자연적 도덕질서(natural moral order), 즉 인간이 만든 기준이나 원칙이 아니고 객관적 도덕질서에 연관되거나 근거해서만 가능하다는 견해이다. 자연법론의 견지에서는 인간의 관행이나 제도는 이와 같이 상위의 기준에 비추어 측정되어야 하고, 만일 인간이 만든 특정한 제정법, 즉 헌법, 법률, 행정명령 등이 이러한 기준에 합치되지 못할 경우 법의 성격을 부여받지 못한다는 것이다.¹⁵⁾

법실증주의는 이와 반대로 법이라는 현상은 권력에 의해 강제되는 명령이나 규칙의 체계로 이해하는 것이 옳다는 것이다. 법실증주의자에게 법이란 일정한 방식으로 실정화된 것을 의미한다. 법이란 자연적인 것이 아니라 인위적인 인간의 산물이라고 본다. 이 점에서 법실증주의자들은 어느 법규가 법으로서 자격을

14) 이 부분은 Luc J Wintgens, “Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence” in Luc J Wintgens(ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation* (Hart Publishing, 2002)의 논의를 주로 참조하여 수정·전개하였다.

15) 오병선, “현대의 자연법론과 법실증주의의 수렴경향”, 법철학연구 제1권, 한국법철학회, 1998, 31쪽.

갖추려면 도덕적으로 참되거나 옳은 것과 반드시 연관을 가져야 되는 것은 아니라고 말한다. 즉 현실에 존재하는 법이 반드시 꼭 있어야 할 법과 부합되어야 하는 것은 아니라는 것이다.¹⁶⁾

일반적으로 논해지고 있는 바와 같이, 입법에 관하여 체계적인 이론이 없다는 것은 실정법과 자연법의 연관성에 의하여 설명할 수 있고, 이와 반대로 이 양자가 아무런 관련성을 가지지 않는다는 점에서도 설명이 가능하다. 우선, 전자의 입장에서 본다면 근대의 자연법은 논리적으로 올바르게 추론된 경우에만 실정법으로 입법된다고 할 수 있다. 반면, 후자의 입장에서 본다면 자연법은 실정법과 단절되어 있으므로, 실정법이라는 것은 민주적으로 정당화된 주권을 가지는 입법기관에 의해서만 만들어지면 되는 것이다. 전자의 경우 법을 만든다는 것은 자연법과 관련된 지식(knowledge)의 문제이지만, 후자의 경우에는 입법기관의 의지(will) 및 결정(decision)과 관련된 문제이다.¹⁷⁾

(1) 자연법론

‘자연법론’적 견지에서 규범을 만든다는 것은 지식의 문제이고, 그 결과 자연법적 원리들을 적용하는 것이라고 볼 수 있다. 달리 말하자면, 자연법 지식은 실질적인 법적 규칙의 창출을 결정짓는다. 자연법은 이러한 측면에서 실정법에 앞서 존재하는 것이며, 그러한 실정법의 인식론적 토대를 제공해 주는 것이다. 입법자의 결정을 통하여 그러한 자연법은 실정법으로서의 가치를 획득한다. 따라서 실정법은 입법자에 의해서 자연법적 규칙들이 적용되어진 것으로 고려되어질 수 있다. 아르니오(Aulis Aarnio)는 다음과 같이 이야기 한다.

자연법의 합리주의적인 성격으로 인하여, 입법(lawgiving)에 있어서의 목적의 문제는 생기지 않는다. 목적으로 행동하는 법의 창출자로서의 목적적인 입법자가 가지는 아이디어는 자연법의 원칙(doctrine)에는 드러나 있지 않다. 법의

16) 오병선, 앞의 논문, 32쪽.

17) Luc J Wintgens, “Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence”, 10쪽.

적용이라는 것은 지식의 문제로서 여겨진다.¹⁸⁾

아르니오는 지식과 규칙들의 적용 관계에 대해 지적하고 있다. 그러나 이러한 적용 관계는 사법적인 규범 설정에만 적용되어질 필요가 있다고 생각할 필요는 없으며, 또한 입법자에게는 적용될 수 없다고 생각할 필요도 없다. 즉 고전적 자연법론자의 입장에서 본다면, 규칙 창출(입법)은 인간 의지의 개입을 통하여 그것이 법적 형식을 부여받는 자연법적 지식의 문제라고 할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 법적 형식의 부여는 그들의 입장에서 법의 부차적인 측면에 지나지 않을 것이다.

이런 식으로 본다면, 인식론적인 이유에서 볼 때 자연법 이론과 구분되는 입법에 대한 이론은 필요 없다는 결과에 이르게 된다. 자연법적 지식은 그 자체로서도 올바른 법적 규칙을 세상에 공표하는 데 충분한 것이라고 판단하게 된다.

(2) 법실증주의

아르니오는 자연법적 관념이라는 것은 ‘극단적인 법실증주의’와 그다지 다르지 않다는 점을 강조한다.¹⁹⁾ 비록 실제적인 자연법에 대한 신봉은 사라졌다고 할지라도, 논리적 추론이라는 방식으로 적용되어지는 법적 규칙의 폐쇄적 총체(closed whole)로서의 법적 체계(system)라는 관념을 실증주의자들이 고수하고 있다고 그는 주장한다.²⁰⁾ 결과적으로, 규칙 창출의 자연법적 모델과 권력분립의

18) Aulis Aarnio, "Towards a theory of Legislation and its Role in Social Change" in Aulis Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence: Acta Philosophica Fennica* (Philosophical Society of Finland, 1983), 247쪽.

19) 이하에서는 이러한 극단적 법실증주의에 대한 관점을 법실증주의의 견해로 대체하여 이해하고자 한다. 그 이유는 사실상 근대적인 실정법이 정립된 이후 법실증주의적 사고는 우리의 법적 판단 속에 일정부분 이미 전제되어 있다고 할 수 있기 때문이다. 따라서 여기에서는 그 비판의 대상을 극단적인 법실증주의로 한다.

20) Aulis Aarnio, "Form and content in Law: Dimensions and Definitions of Legal Positivism", in Aulis Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence: Acta Philosophica Fennica* (Philosophical Society of Finland, 1983), 91쪽.

원칙에 근간을 둔 비자연법적 모델간에 끈질긴 관련성이 존재하는 것이라고 할 수 있다. 법질서를 폐쇄적이면서도 자족적인 통합체로 가정하기 위해서²¹⁾, 그것의 자연법적 토대로부터 법의 정당화를 분리시키는 것으로 충분한 것이 된다. 그렇게 되면, 자유주의 국가의 특성이라고 할 수 있는 법체계의 형식적 정당화는 단지 주권을 가진 입법자라는 관념에 근거를 두게 된다.

‘자연법 모델’에 있어서 입법자에 의한 법형성이라는 것은 인식적인(主知主義的; cognitive) 측면에서 있는 것이지만, ‘극단적 법실증주의’에 있어서 이러한 문제는 법을 확인·적용하는 사법부의 영역으로 귀결된다. 자연법 이론이 존재하지 않는 상황에서, 입법자에 의한 규칙 창출과 관련된 인식적인 측면은 더 이상 고려의 대상이 아니다. 그 이유는 입법자가 주권자가 되었기 때문이다. 권력 분립 원리에 따르면, 입법자의 규칙 창출은 주권적 행위로 간주되어진다. 동시에 이전에는 자연법과 연관되어 있던 적용(application)이라는 관념은 이제 판사에게로 떠밀려 내려간다. 즉 원래는 자연법에 대한 입법자의 태도였던 규칙에의 ‘적용 태도(適用 態度)’는 이제 판사의 입장이 되는 것이다.

달리 말하자면, 입법 행위에 앞서서 자연법에 대한 지식을 알아야 한다는 입법자의 입장은 이제 주권적 입법자가 산출해 내는 법적 규칙들과 관련성을 가지고 있는 판사에 의해 취해지는 입장이 된 것이다. 그러나 ‘적용 태도’는 본질적으로 자연법적인 것이고, 그것은 더 이상 입법자가 아닌 판사에게 적용되는 것이다. 그 이유는 실정법의 정당화 요소로서의 자연법의 상실과 이를 대신하는 주권이라는 관념으로 인한 것이다. 이러한 사고방식의 변화는 ‘리걸리즘(Legalism)’²²⁾에 의해 설명되어질 수 있다.

21) Aulis Aarnio, “Form and content in Law”, 82쪽.

22) 이러한 legalism이라는 단어는 율법주의(律法主義), 법률주의(法律主義) 등으로 번역되는 경우가 있으나, 이러한 번역어는 본래 단어의 취지를 살리지 못한다고 판단하여, “리걸리즘”이라는 번역어를 사용하기로 한다. 이러한 리걸리즘에 대한 개괄적인 설명은 다나카 시게아키, 박병식(역), 현대법이론(동국대학교출판부, 2007), 68쪽 이하를 참조할 것.

2. 리걸리즘과 그 한계 극복

리걸리즘은 도덕적 행동을 ‘규칙 따르기’(rule following)의 문제로 만드는 것이며, 또한 도덕적 관계를 규칙들에 의해서 결정되어지는 의무와 권리들로 구성되게 만드는 윤리적 태도를 의미한다.²³⁾ 그 규칙이라는 것이 어디에서 나온 것인지와 관계없이, 그것이 규칙 따르기에 수반되는 동의(agreement)를 규정하고 있다는 관점에 입각해 볼 때, 그것은 윤리적인 태도에서 자연법론과 양립가능하다. 반코브스키(Zenon Bankowski)는 다음과 같이 언급하였다.

우리는 자연법 이론이 리걸리즘의 범위나 대의를 벗어나는 것이 아니라는 것을 알 수 있다. 중요한 것은 규칙들이고, 그러한 것들이 어떻게 만들어진 것인가는 중요하지 않다. 리걸리즘의 입장에서는 자연법의 힘은 자연법이 만들어내는 규칙들에 있는 것이지 자연, 즉 그러한 규칙들을 만들어낸다고 하는 신 또는 실천이성에 있는 것은 아니다.²⁴⁾

리걸리즘의 사고방식에 의하면, 규칙들에 관한 이론이 필요가 없다. 그 이유는 오직 중요한 것은 규칙 그 자체이기 때문이다. 리걸리즘은 규칙에 기반하여 사물을 바라보는 방식을 의미한다. 리걸리즘은 자연법론과 양립할 수는 있지만, 반드시 그래야만 하는 것은 아니다. 이는 단지 일정부분 리걸리즘과 자연법론이 목적이 같고, 그러한 것들이 결합된다면 이 두 가지가 가지는 효과도 커진다는 것을 의미한다. 반코브스키는 이에 대하여 다음과 같이 언급한다.

리걸리즘은 법과 가치사이의 연관관계를 크게 부정하지는 않는다. 단지 그것을 숨기고 눈에 보이지 않게 할 뿐이다. 리걸리즘은 규칙 이외의 모든 것들을 부정할 정도로 규칙을 중시하기 때문에, 규칙들은 우연한 것이 아니게 된다. 규

23) Judith N Shklar, *Legalism: Law, Morals and Political Trials* (Harvard University Press, 1986), 1쪽.

24) Zenon Bankowski, “Don’t Think About It?: Legalism and Legality”, *Rechtstheorie* (Beiheft, 1993), 47쪽.

칙들이 보편적인 도덕을 지배하게 된다.²⁵⁾

그 결과 반코브스키는 리걸리즘의 세 가지 측면을 구체화 시킨다. (i) 규칙들은 우연적인 것이 아니다. (ii) 규칙 이외의 영역에는 규범성이 존재하지 않는다 (즉 규범체계의 포괄성). (iii) 규칙과 가치사이의 관계는 은폐되어 있다. 이러한 점들은 리걸리즘과 자연법론이 상치되지 않고 서로 양립할 수 있음을 보여주는 것이다. 그러나 리걸리즘이 완전히 그 효력을 발휘하기 위해서 자연법론과의 연관성 하에서 작동할 필요는 없다. 사실 리걸리즘의 입장에서는 규칙이 어디로부터 나온 것인가는 중요하지 않다. 따라서 리걸리즘은 실증주의와도 잘 어울릴 수 있다.

규칙들이 우연적이 아닌 것이라는 생각, 또는 규칙들은 만들어지는 것이 아니라라는 생각에 도달하게 되는 기반적 사고인, 규칙과 가치의 숨겨진 연관성이라는 견지에서 반코브스키가 언급한 세 가지 측면은 서로 연결되는 것이다. 그 결과 이러한 생각은 리걸리즘의 보호 하에 있는 법적 체계의 포괄성이라는 관념과 연결된다. 그 이유는 그러한 체계 밖에는 어떠한 규칙도 존재하지 않기 때문이다. 법과 법이 아닌 것 사이에는 명확한 경계선이 그어져 있기 때문에,²⁶⁾ 법적 체계를 둘러싸고 있는 주변부는 법적 체계 그 자체와 어떠한 연관성도 가지지 않는다. 그러나 만일 법과 가치 사이에 어떠한 연관성이 존재한다고 한다면, 그러한 연관성은 법의 자연법화 경향에 의해 은폐되어지는 것이라고 할 수 있다.

리걸리즘에 대한 비판으로, 법의 도구주의적(instrumentalistic) 입장에 대해 생각해 볼 수 있다. 즉 법이라는 것은 만들어지는 것이고, 가치는 그 규칙(법)에 의해서만 현실화된다는 것을 우리는 도구주의적인 것이라고 부를 수 있다. 그러나 결국 이러한 도구주의적 관념 하에서도 위에서의 논의와 유사하게 법을 정당화하기 위하여 자연법이 원용된다. 좀 더 자세히 보자면, 실정법이 자연법을 구체화한 것(실정법의 자연법화 경향; a naturalisation tendency of positive law)

25) Zenon Bankowski, "Don't Think About It?: Legalism and Legality", 47쪽.

26) Judith N Shklar, 앞의 책, 2~3쪽.

으로 생각하는 것이다. 만일 그렇다면, 법이라는 것이 아무리 주권을 가진 입법자에 의하여 만들어진 것임에도 불구하고, 이미 그 자체로서 충분히 정당화된 것이라고 할 수 있는 상황이 된다.²⁷⁾ 이러한 생각은 법이라는 것이 현실을 반영하고 있는 것이라는 표상주의(representationalism)와 연관되어져 있다. 캠벨(Campbell)은 이런 생각을 다음과 같이 표현한다.

기본적으로 이러한 생각은 법을 주어진 것으로 수용하는 태도부터 나온 것이다. 이는 결국 법에 포함되어 있는 규정들과 법률들은 어떤 의미에서는 현실 세계를 묘사하는 것이라고 하는 강력한 가정에 의존하게 되는 사고에 귀착되게 된다.²⁸⁾

이러한 표상주의 이론 하에서는 입법이라는 것이 존재할 수 없으며, 오늘날에도 법이론의 주류적인 이데올로기는 표상주의 이론에서 완전히 벗어나 있지 않은 상황이라고 볼 수 있다. 입법이론이 존재하지 않는 상황과 법학을 사법 판결 단계의 학문으로 한정하는 것은, 법을 법 규범의 완전한 체제로 한정하는 사고 방식에 의하여 설명된다. 이는 다소 도구주의적인 생각에서 입법기관의 생각을 실제 무대에서 숨기는 허위 인식론적인 리걸리즘 사상에 바탕을 두고 있는 것이다.

이런 점에서, 합법성(legality) 그 자체는 법적 규칙의 형식적인 요소이며, 따라서 규칙이 법으로서의 성질을 가지기 위한 필요충분조건이 되는 것이다. 한편으로는 합법성은 규칙의 규범적인 성격, 즉 구속력 있는 성질을 지니며(필요조건), 다른 한편으로는 그것이 충분조건으로 인정되기만 하면, 규칙이 공식적인 것으로 존재하기 위하여 다른 요건이 필요하지 않게 된다. 따라서 이러한 형식적인 측면만 충족되면 된다는 사고 하에서 오늘날 문제되는 입법의 인플레이션이 발생하는 것이라고 할 수 있다.

이러한 상황 속에서 입법기관의 입법행위는 궁극적으로 오직 헌법에 의하여

27) Luc J Wintgens, "Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence", 13쪽.

28) C. M. Campbell, "Campbell: Legal Thought and Juristic Values", 1 *Brit. J.L. & Soc'y* 13 (1974).

만 제약을 받는다. 법제도가 입법에 대한 위헌심사 제도만 마련하면, 입법을 통제할 수 있는 것이다. 그러나 여기서 다시, 이러한 통제는 입법기관의 행위가 합헌성을 가진다는 가정에 기반을 두고 있기 때문에 리걸리즘이 대두된다. 즉, 입법기관은 헌법을 올바르게 적용하였다고 추정 받는다(법률의 합헌성 추정). 이런 형태의 위헌법률심판에서는 명백한 헌법위반의 경우에만 문제될 뿐이다.

결론적으로 이상과 같은 리걸리즘적 사고방식 하에서는 입법의 문제는 결국 형식적인 합법성의 조건만 충족되면, 어떠한 입법이든 가능한 것이 된다. 그 결과 사실상 입법이론이라는 것은 필요 없는 것이 되고 만다. 이러한 연구의 경향성은 결국 다음과 같은 것들로 귀착된다고 할 수 있다. 즉, 잘 정비된 법조문을 만들기 위하여 입법기술이나 법률안 초안을 작성하는 기술을 효율적으로 활용하는 것, 모순이 없는 법들을 만들기 위해 의무론적 논리(deontic logic)를 사용하는 것, 법사회학적 연구기법을 활용하는 것 등이 있다.

이런 접근방법들은 대부분 관사와 입법기관 양자에 의하여 이루어지는 규칙의 적용 및 창출에 있어 리걸리즘적인 형식에 집착한 나머지, 법의 정당성(또는 민주성)이라는 측면을 상당부분 경시하고 있기 때문에, 사실적인 부분에서의 분석방법이나 입법을 위한 구체방법에 대한 연구에 집중하고, 규범적인 분석을 수행하고 있지 못하다. 결과적으로 입법기관은 법을 만드는 데에 있어서 합법성의 원칙만을 존중하면 충분한 것이 되어버린 것이다.

그러나 강조되어야 할 점은, 기본적으로 이러한 리걸리즘적인 사고를 완전히 벗어날 수는 없다는 점이다. 만일 리걸리즘적 사고를 경시하게 된다면, 법의 이념 중 한 요소인 법적 안정성을 저해하게 될 것이기 때문이다.²⁹⁾ 따라서 이러한 리걸리즘적인 사고에, 법이 가지는 민주성과 정당성을 접목시킬 수 있는 이론적 논의가 추가적으로 필요하다고 할 수 있으며, 바로 이 부분에 입법이론의 가치가 있는 것이라고 할 수 있다. 따라서 다음에서는 이와 관련된 사회적 구성주의의 논의를 통하여 입법지식의 형성과정에 대해 살펴보기로 한다.

29) 이러한 측면에서 빈트겐스 교수는 약한 리걸리즘을 주장하고 있다. 이에 대해서는 Luc J Wintgens, "Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence", 20쪽을 참조할 것.

IV. 사회적 구성주의와 입법지식의 구성

현대적인 입법이론 연구에 있어 문제시 되는 상황은 입법이라는 것이 사회를 구성하고 있는 개개인들의 의지적인 측면과 연계되어 있다는 사실이다. 그 결과 특정한 주장이 아무리 객관적이고 과학적인 근거를 가지고 있다고 할지라도, 다양한 관점을 바탕으로 그러한 주장에 대한 반대 의견의 제시는 항상 가능한 것이 된다. 결국 객관성이라는 것이 의심받을 수밖에 없는 상황에 도달하게 되는 것이다.³⁰⁾

이러한 측면에서 우리가 접근할 수 있는 이론이 바로 ‘사회적 구성주의’(social constructivism)이다.³¹⁾ 사회적 구성주의는 기본적으로 객관성에 대한 의구심을 표출하는 이론으로서, 현대적인 사회과학 연구의 비교적 새로운 흐름이라고 할 수 있다.

1. 상징적 상호작용

사회적 구성주의에서의 ‘사회적’이란 용어의 의미는 사회적 구성원들간에 이루어지는 상호작용을 의미하며, 이들 구성원들 사이의 상호작용은 원활한 의사소통 없이는 불가능하다. 그런데 인간의 의사소통은 한 구성원과 다른 구성원의

30) 이는 오늘날 회자되고 있는 객관주의에 대한 비판의 맥락과 맞닿아 있다. 이러한 객관주의는 본질주의적 인식론을 전제로 하고 있다고 평가받고 있다. 이러한 본질주의적 인식론에 대한 비판으로는 Karl R. Popper, *The Open Society and Its Enemies, Vol. 1* (Routledge, 1966); 이한구(역), *열린사회와 그 적들 I: 플라톤과 유토피아*(민음사, 1998)를 참조할 것. 이러한 본질주의는 플라톤의 경우에 자연주의와 관련되고 역사주의와 관련되며 궁극적으로 정치적 전제주의와 연결된다. 열린사회를 지향하는 포퍼는 이러한 본질주의를 비판하고 방법론적 유명론을 주장한다.

31) 객관주의에 대한 대안적 논의로는 흔히 폰 글라저스펠트(von Glasersfeld)에 의해 대표되는 ‘급진적 구성주의’와 비고츠키(L. S. Vygotsky)의 영향을 받은 거겐(Kenneth J. Gergen)에 의해 대표되는 ‘사회적 구성주의’로 구분된다. 그러나 급진적 구성주의의 경우 인식론적 개인주의에 치우치게 되어 극단적인 상대주의로 귀결된다는 단점이 있으므로, 이하의 논의에서는 사회적 구성주의에 그 초점을 맞추어 논의를 전개하기로 한다.

단순한 물리적 만남에서 가능한 것이 아니라, 한 구성원이 갖는 의미를 다른 구성원에게 전달할 수 있는 매개 수단에 의해서만 가능하다. 그러므로 인간 사회는 다른 동물 사회에서 요구되지 않는 상징이라는 독특한 매개 수단의 창조를 필요로 한다. 여기서 상징이란 “그 의미가 유전에 의해서가 아니라 사용자에게 의해서 부여된 일체의 행위 및 사물”³²⁾을 의미하는 것으로, 상징이 갖는 의미는 인간집단이 임의로 부여한 것으로 사회적 합의에 기초하고 있다.

사회적 구성주의의 이론적 틀을 제공했다고 평가 받는 비고츠키의 문헌에서도 이러한 다른 동물들과 인간의 차이를 상징이라는 기호, 곧 매개적인 보조수단의 창조가능성에 대해서 설명하고 있다.

문맹인의 경우에서조차도 자연적 기억이 유일한 유형이 아니다. 그와 반대로 완전히 상이한 발달계열에 속하는 다른 유형의 기억이 자연적 기억과 공존한다. 막대기에 눈금을 새기거나 매듭을 이용하는 것, 쓰기의 시작 그리고 단순한 기억 보조물 이 모든 것들도 인간이 역사 발달의 초기 단계에서조차도 원래 인간에게 주어진 정신기능의 한계를 뛰어넘어 문화적으로 세련된 행동 조직으로 진보함을 보여준다. 비교 분석에 의하면, 가장 고등한 동물이라 하여도 이러한 활동이 부채함을 보이고 있기 때문에, 우리는 이러한 기호 조작들이 사회적 발달의 구체적 상황에서 나온 산물이라고 믿는다.³³⁾

비고츠키는 다른 동물들과 달리 인간만이 생물학적 차원의 기억 메커니즘 외의 또 다른 기억 과정의 메커니즘을 가지고 있다고 지적하고, 구체적인 예시로써, 인간만이 경험을 다른 보조물을 사용하여 기억하는 독특한 행동을 한다고 주장한다. 이와 같이 비고츠키는 자극과 반응의 관계 설명에서, 자극(S)에 의해 직접적으로 결정되는 반응(R)인 기초적 기능(elementary function)과 자기 생성적 자극(행동의 즉각적인 원인이 되는 임의적 자극의 창출)을 사용하게 하는 고등적 기능(higher function)으로 구분하고, 후자에서는 전자와 달리 자극과 반응

32) Lesile White, *The Science of Culture: A Study of Man and Civilization* (Grove Press, 1949), 25쪽.

33) L. S. Vygotsky, *Mind in Society: The Development of Higher Psychological Process* (Harvard University Press, 1978), 39쪽.

을 연결하는 기호(X)라는 매개체를 요구한다고 한다.

비고츠키는 이러한 매개과정을 설명하면서, “이 보조 자극은 가역적 행위라는 특수한 기능을 가지고 있기 때문에 정신작용을 더욱더 고등하게 하고 질적으로 새로운 형태로 변형시키면서 인간으로 하여금 외적 자극의 도움을 받아 외부로부터 자기의 행동을 통제하도록 한다. 기호의 사용은 특수한 행동 구조를 갖게 하여, 인간으로 하여금 생물학적 발달로부터 탈피하여 문화에 기초한 정신적 과정의 새로운 형태를 창출하게 한다”³⁴⁾고 주장한다. 또한 비고츠키는 기호와 도구 사이의 유사점으로 매개 기능을 들면서도, 도구가 인간에 있어서 외적으로 방향지워지는 데 반해, 기호는 인간 자신을 통제하는 것을 목표로 내적인 방향으로 작용하고 있다고 주장한다. 그는 사회적 성격을 갖는 기호가 한 개인의 내면으로 들어오는 과정을 내면화라 부르고, 이 과정이 인간으로 하여금 고등정신 기능을 획득하게 한다고 주장하고 있다.

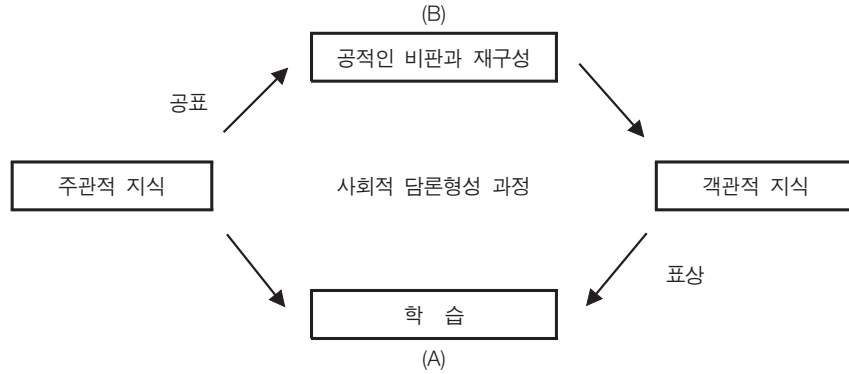
이상과 같은 비고츠키의 주장에서, 사회적 구성주의가 입법학연구에 시사해주는 요소들을 간취해 낼 수 있다. 즉 사회구성원들간의 상징적 상호작용, 의사소통, 매개, 상징, 내면화 과정 등은 오늘날 입법의 문제를 고민하는데 활용될 수 있다. 즉 법이라는 것, 그리고 사회적으로 의미를 가지는 사건 등에 대한 각 개인들의 인식은 위에서 언급한 상징적 상호작용, 그리고 기호의 매개 등의 논의와 연결되며, 이는 입법의 문제를 고민하는 출발점을 제공한다.

2. 입법 지식의 구성

이상에서 살펴본 바와 같이, 기본적으로 사회적 의미를 형성하는 것과 관련된 상징적 상호작용 또는 사회적 담론형성 과정을 개념적 도식으로 표현하면 다음과 같다.³⁵⁾

34) L. S. Vygotsky, 앞의 책, 40쪽.

35) 기본적으로 이 도식을 구성하는 데에는 다음의 글의 도식을 참조·변형하였다. P. Ernest, *The Philosophy of Mathematics Education* (The Falmer Press, 1991); 임재훈·홍진곤, “조작적 구성주의와 사회적 구성주의에서 구성의 의미와 과정”, *대한수학교육학회 논문집* 제8권 제1호, 1998, 306쪽 재인용.

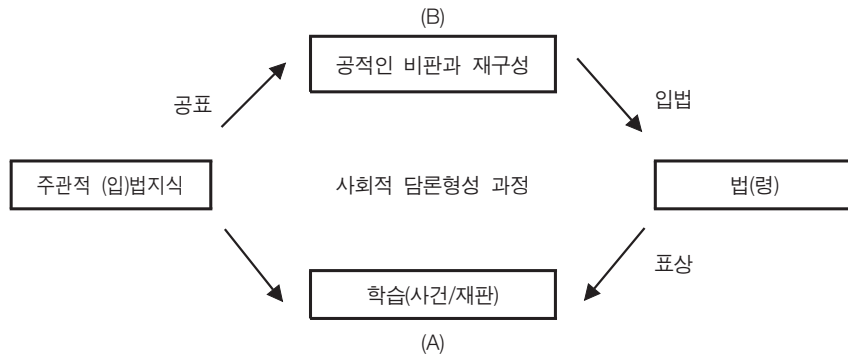


〈그림 1〉 사회적 구성주의 측면에서의 지식의 구성

(A)의 과정은 객관적인 지식이 주관적인 지식으로 변화되는 과정을 의미한다. 물론 여기에서 말하는 “객관적”이라는 용어의 의미는 기존 본질주의 인식론에 기반한 객관성을 의미하는 것이 아니라, 주관의 반대되는 용어로 외부적인 사회·문화적 영향력을 의미하는 것이다. 이러한 지점에서 객관성의 의미를 다시 논할 필요성이 존재한다. 사회의 객관적인 지식이 개인의 주관적 지식으로 내면화된다는 것은 언어와 지식의 학습을 통해 객관적인 수학적 지식에 대한 내적인 주관적 표상을 구성하는 것을 의미한다. 개인은 학습을 통해 객관적인 지식의 고유한 표상을 가지게 된다. 이 과정에서 사회가 개인의 인식에 개입하는 매개물로서 언어와 같은 사회적 표현이 중요한 역할을 한다.

(B)의 과정을 주관적 지식이 사회의 객관적 지식이 되는 과정을 의미한다. 사회적 구성주의는 대체로 주관적 지식의 심리적 발생과정보다는 주관적 지식으로부터의 객관적 지식으로의 이행, 즉 지식의 사회적 구성에 초점을 두고 있다. 주관적 지식이 객관적인 지식이 되기 위해서는 사회적 과정이 필요하다. 여기서 사회적인 측면에서의 ‘상징적 상호작용’이 지식형성 또는 구성 과정에 핵심적인 것으로 등장한다.

이러한 사회적 합의과정, 즉 상징적 상호작용의 개괄적 도식은 법적 지식의 형성과 관련하여 논의될 수 있다.



〈그림 2〉 사회적 구성주의 측면에서의 입법지식의 구성

(A)의 과정은 객관적인 지식으로 존재하는 법(법령)이 주관적인 (입)법지식이 되는 과정을 나타낸다. 기존에 사회적으로 형성되어 있던 법지식(단순히 법 그 자체뿐만 아니라, 그 법에 기반하여 형성된 판례 등에 대한 지식도 포함)을 각종 사회적 또는 주관적인 사건 및 재판들을 통하여 학습해 가는 과정을 의미한다. 즉 객관적으로 존재하는 법지식은 언어 및 사건들에 기반한 학습을 통해 내적인 주관적 표상을 구성하게 된다. 이러한 내적 과정을 거쳐 구성된 법지식은 개인이 가지게 되는 객관적 법지식의 고유한 표상이 된다. 또한 앞서 지식의 구성과정에서 살펴본 바와 같이, 이러한 과정 속에서 사회가 개인의 인식에 개입하는 매개물로서 언어와 같은 사회적 표현이 중요한 역할을 한다.

(B)의 과정은 주관적 법지식이 사회의 객관적인 법지식, 즉 법률로 변화되는 과정을 나타낸다. 앞서 언급했던 바와 마찬가지로, 주관적 지식이 객관적인 지식이 되기 위해서는 사회적 과정, 달리 말하면 사회적 측면에서의 상징적 상호작용의 과정이 필요하다. 그러나 이 부분에서는 사회의 일반적인 지식과 (입)법 지식간에는 다소간의 차별성이 존재한다. 그것은 이러한 공적인 비판과 재구성 과정, 즉 상징적 상호작용 과정이 절차적인 측면에서 이미 제도로서 형성되어 있기 때문이다.³⁶⁾ 일반적으로 법률제정 절차에만 한정하여 보자면, 이 과정

36) 물론 다소 차이점이 존재하지만, 이러한 설명은 알렉시(Robert Alexy)의 ‘특수경우테제

은 의회에서의 입법절차에 의해 제도화 되어 있는 것이다. 따라서 이 영역은 단순히 무정형의 사회적 담론 절차 속에서 해소될 수 있는 문제가 아니라, 기존의 헌정절차 속에서 일정부분 형식화 되어 있는 것이다. 바로 이 지점이 입법학 또는 그 근간인 입법이론의 고유성을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

V. 입법논증의 필요성

1. 사회적 구성주의와 입법논증

사회적 구성주의의 기본적 관점은 객관주의 및 본질주의 인식론으로부터의 탈피라고 할 수 있다. 즉 객관적이고 본질적인 의미가 존재하는 것이 아니라, 그러한 의미는 사회 내에서의 상징적 상호작용에 의하여 구성되어진다는 관점이라고 할 수 있다. 이는 과학적 방법에 의한 객관적이고도 유일한 의미의 파악이라는 것은 불가능하다는 관점을 전제로 한다.

만일 입법적 의미와 관련하여, 그것을 과학적 방법에 의해 객관적으로 발견하는 것이 불가능하다면, 입법의 문제에서 제도적으로 그러한 방법론적 시각을 일정부분 탈피할 수 있는 방안에는 어떠한 것이 있을까? 각자의 입법주장이 각자의 (입)법 지식에 근거를 두고 있고, 그 어떠한 지식 또는 의미도 절대적인 것이 아니라면, 결과적으로 입법 문제에 있어 대안은 실제 그러한 의미를 구성하는 현장 참여자들이 각자의 논거에 기반한 입법 대안의 주장을 펼치고, 그 중 가장 설득력을 가지는 것을 잠정적 입법대안으로 받아들이는 방안이 가장 적절할 것이다.³⁷⁾

(Sondefallthese)'와 닮아 있다. 이러한 특수경우예제란 법적담론의 경우 일반적인 담론과는 달리 현행법 질서의 범위 내에서 이루어지는 제도적 제한이 존재한다는 것으로 이해될 수 있다. Robert Alexy, 변종필·최희수·박달현(역), 법적논증이론(고려대학교출판부, 2007), 297쪽 이하 참조.

37) 빈트겐스 교수는 입법의 원리로 대안의 원리(The Principle of Alternativity), 규범적 밀도의 원리(The Principle of Normative Density), 잠정성의 원리(The Principle of Temporality),

2. 입법논증의 개념

이러한 문제, 즉 설득력 있는 입법대안의 제시와 관련을 가지고 있는 것이 바로 “입법논증”이라는 것이다. 사실 입법논증이라는 것은 입법학 연구에 있어서도 그다지 보편화된 논의는 아니고, 다만 국내에서는 최대권 교수에 의해 “입법변론”이라는 용어로 주장된 바 있다.³⁸⁾ 그의 논의는 사법판결과 입법의 구조적 유사성에 기반하고 있다. 사실적인 영역에서의 문제를 확인하고, 이를 규범적인 언어 또는 체계 속에서 판단할 수 있는 기준을 적용·정립한다는 견지에서 사법판결과 입법은 상당한 유사성을 가지고 있다. 따라서 사법판결에 있어서의 변론의 개념을 입법의 영역에 도입하고자 한 것이라고 볼 수 있다.

입법논증은 사회적 구성주의의 관점에서 입법적 주장과 의미를 구체화하기 위한 작업을 나타내는 개념요소로 활용될 수 있을 것이다. 입법논증이라는 모티브를 현재의 실무적 측면의 입법학 연구가 집중하고 있는 효율성 중심의 결과평가 또는 통제가 가지는 결과주의적 한계를 넘어설 수 있는 하나의 계기로 활용해 보고자 한다.

3. 법적논증과 입법논증의 차이

(1) 법적논증의 개념

이상에서 주장하는 입법논증이라는 것이 기존의 법철학에서 논의되어 오던

정합성의 원리(The Principle of Coherence)를 제시하는 데, 위의 설명은 특히 잠정성의 원리와 관련이 있다. 이러한 입법의 원리에 대한 설명은 Luc J. Wintgens, “Legisprudence as New Theory of Legislation”, *Ratio Juris* Vol. 19 No. 1 (2006), 10쪽 이하를 참조할 것.

38) 최대권, “입법학연구: 입법논증을 중심으로”, 서울대 「법학」 제31권 제1호, 1990; 이하 본 논문에서는 “입법변론”이라는 용어를 대신하여 “입법논증”이라는 용어를 사용하기로 한다. 입법변론이라는 용어는 대단히 간명하게 그것이 가지는 취지를 보여주고 있기는 하지만, 다소 사법판결에서의 변론과 혼동되어 원래의 취지와 동떨어진 이해를 불러일으킬 수 있기에 “입법논증”이라는 단어를 사용하기로 한다.

법적논증과 어떠한 차이점을 가지는지를 살펴보고자 한다.

법적논증이론은 고전적인 자연법론과 법실증주의의 해묵은 대립을 넘어선다는 의미가 있다. 즉 “그러한 법이 어떻게 인식되고 실현되는가?”라는 법인식론적 방향으로 법철학적 논의들이 선회하게 된다.³⁹⁾ 특히 최근 들어 법적 논증이론이 주목받게 된 이유는 사회의 민주화와 관련성을 가진다. 즉 권위적인 사회에서는 법적 결정이 법률에 근거한 것이라는 사실에 의해 정당화되었다고 한다면, 민주적인 사회에서는 사정이 다르다. 국가의 정책적인 결정이 국민의 동의를 받아야 하는 것과 마찬가지로, 법적 결정도 단순히 법률에 따른 것이라는 형식적인 합법성만으로는 결코 정당화될 수 없다.⁴⁰⁾ 따라서 법적결정이 정당화되기 위해서는 제시되는 법적 근거가 합리적이고 설득력이 있을 것이 요구된다. 바로 이 지점에서 법적 논증이론이 필요하게 된 것이다.⁴¹⁾

이러한 법적논증론의 배경은 앞서 본 논문에서 제시하고 있는 사회적 구성주의의 맥락과 맞닿아 있다. 즉 그 자체로 본질적으로 객관적인 법이라는 것은 존재하지 않으며, 그러한 것은 사회적인 담론 속에서 상징적 상호작용을 통해 형성되는 것이기에, 특정한 절차 속에서 법적 논증을 통한 정당화가 필요하게 된다고 할 수 있다.⁴²⁾

39) 김영환, “법의 논증적 구조와 해석학적 법이해”, 현대법철학의 흐름(법문사, 1996), 128쪽.

40) 법적논증의 요청은 이미 국내의 현행법에도 명문으로 구체화 되어있다. 형사소송법 제 361조의5 제11호, 민사소송법 제426조 1항 제6호, 그리고 간접적으로 형사소송법 제361조의 제14호, 형사소송법 제383조 제4호 등이 그것이다. 김성룡, 법적논증이론(I)(준커뮤니케이션즈, 2009), 12쪽.

41) 김영환, 앞의 글, 129~130쪽.

42) 이러한 측면에서 법적 논증이론은 전통적인 법학방법론과 차별성을 가진다. 전통적인 법학방법론의 입장은 법의 적용 및 해석과정이란 법적 삼단논법을 의미한다. 이러한 법적 삼단논법은 대전제인 규범, 소전제인 생활사태, 그리고 이 둘 간의 포섭에 의한 결론으로 판결이 이루어진다고 보는 입장이다. 결과적으로 법학방법론은 법의 적용을 법관의 법인식행위로 파악하기 때문에, 판결을 근거 짓는다는 것은 곧 법관이 입법자가 마련해 놓은 법의 의미를 인식해 가는 과정을 그대로 제시한다는 의미만을 지닐 뿐이다. 김영환, 앞의 글, 131쪽.

(2) 법적논증과 입법논증의 차이

입법논증이라는 것은 사법판결과 기본적으로 유사한 논의 구조를 가지고 있다는 점에 착안하여 생각해 볼 수 있다. 즉 기본적으로는 규범적 또는 내적 관점을 견지하고, 이를 바탕으로 사실적 또는 외적 관점의 요소들을 끌어들이는 점에서 사법판결과 입법판단은 유사성을 가진다.⁴³⁾

이러한 관점에서 본다면, 입법논증이라는 것도 기본적으로 법의 문제와 관련되어 있는 것이다. 즉 법과 관련한 설득적 추론이라는 측면에서, 실정법을 제정하는 법규범적(legal-normative) 판단이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 즉 외적 관점에서 발견되는 사실들을 규범적인 언어로 변경시키기 위한 입법적 주장을 펼친다는 점에서 법규범적 판단의 성격을 가지는 것이라고 할 수 있다.

이러한 입법논증은 기본적으로 법적 규율을 받는다. 앞서 언급했던 바와 같은 헌법이라든지, 아니면 이러한 헌법적 내용에 기반을 둔 각종 입법절차를 규정해 놓은 법률들(실질적 의미의 헌법)의 적용을 받는다. 즉 입법자들에게는 이러한 규정들이 행위의 준거기준으로 작동하는 것이다.

그렇다면, 이러한 입법논증이 법적논증과의 관계에서 가는 차이점은 무엇인가? 사법판결의 구조와 입법판단의 구조가 유사하다면, 그 구체적인 차이점이 무엇인지 또한 살펴보아야 할 것이다. 이러한 각각의 논증이 가지는 차이점은 다소 제도적인 측면에 그 초점이 맞추어져 있다.

첫째, 놀(Peter Noll)교수의 논의에 따르면, 입법과정에는 재판과정과는 달리 어떠한 증거절차도 존재하지 않으며, 다투어지고 있는 사실에 대하여 어떠한 입

43) 이러한 외적 관점과 내적 관점의 유명한 구분은 주로 하트(H.L.A. Hart)의 논의와 결부되어 있다. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press, Oxford, 1981), 87~88쪽. 이와 같이 법학에 있어서의 내적 관점과 외적 관점의 구분에 대한 세부적인 설명은 Richard L. Schwartz, "Internal and External Method in the Study of Law", *Law and Philosophy* Vol. 11, No. 3(1992)을 참조해 볼 것.

44) A. Daniel Oliver-Lalana, "Legitimacy through Rationality: Parliamentary Argumentation as Rational Justification of Law", Luc J. Wintgens (ed.) *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence* (Ashgate, 2005), 245쪽.

증의무도,⁴⁵⁾ 입법상 결정에 대한 어떠한 이유구비강제(Bergündungswang)도 존재하지 않는다.⁴⁶⁾

둘째, 법원의 법적용은 구체적인 사건이 야기되면서부터 그 특정의 다툼을 해결하는 데 중점을 두는 수동적인 활동인데 비해, 법제정은 구체적인 사건과 관계 없이 일반적인 원칙을 정하는 것을 그 목적으로 한다. 따라서 사법과정에서는 개념적·논리적 사고방법이 우선하나, 입법과정은 목적성·기술성이 우선한다는 점에서 양자는 그 성격을 달리한다.⁴⁷⁾

셋째, 사법과정은 현재 존재하는 법(률)을 적용하여 사건을 재판하는 것, 즉 판결을 하는 당사자인 판사가 사용하는 행위의 판단기준은 법률인데 비해, 입법과정은 이와 달리 정면으로 그 법을 제정하는 행위라는 점, 그리고 입법자에서 행위 준거기준으로 등장하는 것은 헌법 또는 더 넓게는 입헌주의 원리라는 점에서 입법과정은 사법과정보다 광범위한 형성의 자유를 지니고 있다.

결과적으로, 사법판결과 입법판결이 구조적으로 유사성을 가진다는 점에서 법적논증의 상당부분 내용들을 입법논증에도 활용할 수 있지만, 이상과 같은 차별성으로 인하여, 입법논증은 법적논증과 또 다른 차별적 특성을 보유한다.⁴⁸⁾

45) 이러한 입법자의 의무와 관련하여, 최윤철 교수는 독일연방헌법재판소의 견해를 제시하면서, 입법자의 법률관찰 의무와 법률 개선 및 교정의무를 제기하고 있다. 이에 대해서는 최윤철, “입법자의 법률관찰의무”, 토지공법연구 제21집, 2004; “독일에서의 법률개선의무에 관한 논의”, 공법연구 제31집 제3호, 2003; “입법자의 법률상 하자제거의무”, 법조통권 561호, 2003 그리고 홍완식, “입법자의 법률개선의무에 관한 연구”, 공법연구 제31집 제2호, 2002도 참조할 것.

46) Peter Noll, *Gesetzgebungslehre* (Reinbek, 1973), 46쪽, 94쪽.

47) 박영도, 입법학입문, 249쪽.

48) 이와 관련하여 알렉시는 다음과 같이 언급한다. “법적 논증의 합리성은, 그것이 법률에 의해 규정되는 범위 내에서, 언제나 입법의 합리성과 관련되어 있다. 법적 결정의 무제한적 합리성은 입법의 합리성을 전제로 한다. 그런데 입법의 합리성은 당해 사회에서 실천적인 문제들이 합리적으로 해결되고 있음을 전제로 한다. 이러한 합리성을 포괄하는 법적 논증 대화 이론에 도달하려면 일반적인 합리적 논증대화 이론을 그 일부로 포함하는 규범적 사회이론으로 확대되어야 할 것이다.” Robert Alexy, 앞의 책, 399쪽.

VI. 결론: 입법평가 결과의 활용과 입법논증

그렇다면 현재 이상과 같은 논의가 이루어지고 있는 입법평가는 입법논증과 어떠한 관계를 가질 수 있는 것인가?

앞서 언급한 바와 같이, 오늘날 사회는 민주성의 요구가 강화되고 있다. 이러한 민주성의 요구는 가치의 통약불가능성이라는 전제를 가지고 있는 것으로 판단된다. 물론 항상 이러한 통약불가능성이 문제되는 것은 아니지만, 사회적 이슈로 대두되는 다양한 입법 문제들 중 상당부분은 이러한 통약불가능성에 기초하고 있다고 해도 과언이 아니다. 이러한 견지에서 의회는 사회내의 다원적 정치적 주장들이 절차 속에서 경쟁적으로 자신들의 주장을 펼칠 수 있는 장이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾

이러한 측면에서 입법평가 제도는 사실 의회구조와는 잘 어울리지 않는 측면이 있다. 행정부의 경우에는 행정부 및 각 부서들은 일원적인 정책적 목표를 가지고 법안을 추진하기 때문에, 그것이 어떻게 하면 효율적이고 효과적으로 목표를 달성할 수 있을지를 자체적으로 평가하는 일은 비교적 수월하다고 할 수 있다. 그러나 앞서 언급한 의회의 다원적 구성을 생각해 본다면, 이러한 입법평가라는 것이 적합하지 않을뿐더러, 심지어 다원적 구성이 가지는 다양한 정치적 의견들의 형성을 저해할 가능성도 내포하고 있는 것이다.

그렇다면 의회구조 또는 정치과정 속에서 입법평가라는 것은 별다른 의미를 가질 수 없는 것인가? 이에 대한 논의를 위해서는 현대적인 입법현실의 상황을 간략하게 확인해 볼 필요성이 있다.

다원주의적 사회는 각기 다른 다양한 의견들이 입법에 수용될 수 있기를 요구

49) 이와 관련하여 헌법재판소는 다음과 같이 언급하고 있다. 국회의 입법절차는 국민의 대표로 구성된 다원적 인적 구성의 합의체에서 공개적 토론을 통하여 국민의 다양한 견해와 이익을 인식하고 교량하여 공동체의 중요한 의사결정을 하는 과정이며, 일반국민과 야당의 비판을 허용하고 그들의 참여가능성을 개방하고 있다는 점에서 전문관료들만에 의하여 이루어지는 행정입법절차와는 달리 공익의 발견과 상충하는 이익간의 정당한 조정에 보다 적합한 민주적 과정이기 때문이다.” 헌재 2004. 3. 25, 2001헌마882.

하고 있다는 측면에서 민주성을 추구하고 있는 반면, 신자유주의 또는 신공공관리(New Public Administration: NPM) 등의 국가운영방식은 정책과 법의 긴밀한 협조를 통한 효율성을 추구하고 있다.⁵⁰⁾ 이러한 민주성과 효율성이라는 가치는 단순하게 어느 것이 더 우월한 것이라고 할 수는 없다. 결국 가장 이상적인 제도는 이러한 두 가지의 요구가 가급적 동시에 충족될 수 있는 방안을 모색하는 것이라고 할 수 있겠다.

이러한 상황에서 입법평가의 결과를 활용한 입법논증은 비록 완전한 것은 아닐지라도, 민주성과 효율성이라는 두 가지 요건을 충족시킬 가능성을 가지고 있는 것이라고 판단된다.

외적 관점으로부터의 사실적 요소들은 입법판단을 하는 데 고려되는 사항들이다. 그런데 이러한 사실적 요소들은 다분히 그 자체로서 객관적인 것이 아니라, 다분히 담론 또는 사회문화적 요인의 영향을 받아 입법적 지식을 구성하는 것이다. 이러한 견지에서 이러한 각자가 가지는 입법적 지식들은 논증 방식을 통해 담론절차 속에서 형성되고, 이를 통하여 설득력을 가지는 입법논증 또는 주장들이 채택되는 절차를 거치게 하는 것이 법 형성(입법)을 바라보는 기본관점이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 논증 절차 속에서 입법평가를 통해 도출된 결과들은 입법논증의 논거(arguments 또는 reasons)로써 활용될 수 있을 것이라고 판단된다.

결론적으로 입법평가라는 것을 법의 효율성 등을 평가하기 위한 방법으로 사용하는 것이 아니라, 각자의 입법적 주장을 펼치는 “논거”를 제공해 줄 수 있는 제도적 수단으로 활용하는 것이다. 입법평가를 통한 입법의 합리화는 정치적 결정을 대신할 수 없으며,⁵¹⁾ 또한 정치적 책임도 면제시켜 주는 것이 아니라는 점을 상기한다면, 오히려 입법평가의 결과들을 적극적으로 입법논증의 차원에서 활용할 수 있는 제도화가 필요하다고 판단된다.⁵²⁾

50) 임종훈 교수도 ‘민주성’과 ‘효율성’을 입법과정의 분석의 틀로 제시하고 있다. 임종훈·박수철, 입법과정론 (박영사, 2006), 13쪽 이하.

51) Luiz Mader, *L'évaluation Législative: Pour une analyse empirique des effets de législation* (Lausanne, 1985), 174쪽.

그러나 입법평가의 제도화 논의에 있어, 특히 의회에서의 입법평가 제도화라는 측면에서 본다면, 특정한 기구나 조직에 이러한 입법평가 임무를 전적으로 부여하는 것은 그다지 바람직한 것은 아니라고 할 수 있다. 그들의 평가업무는 이미 다양한 정치적 의사를 가지는 의원들을 지원하기 위한 목적이 전제된 것이기 때문이다. 따라서 입법평가의 주체를 특정 조직이나 자연인에게 귀속되게 하는 것이 아니라, 상호 경쟁적으로 자신들의 주장을 논증할 수 있는 환경으로 만들 필요성이 존재한다.

52) 이러한 논증의 문제와 관련하여 추후 좀 더 심도 있게 논의될 필요성이 있는 학자들로는 페를만(Chaim Perelman)과 툴민(Stephen Toulmin)이다. 이 두 학자는 현대적인 수사학적 성격을 가지는 논증이론의 토대를 형성한 학자들로 평가받고 있다. 논증 절차 속에서의 ‘설득’이라는 측면에서 고려될 수 있는 것은 페를만이 제시하고 있는 ‘보편청중(universal audience)’의 개념과 관련이 있으며, ‘논거’의 종류 및 그 활용의 문제와 관련해서는 툴민의 ‘논증 모델(argumentation model)’의 개념이 논해될 수 있을 것이다. 이러한 입법논증과 관련한 세부적인 논의들은 앞서 서두에서 언급했던 바와 같이 다른 논문을 통하여 제시하고자 한다.

참고문헌

〈국내서〉

- 김성룡, 법적논증이론(I)(준커뮤니케이션즈, 2009)
- 김영환, “법의 논증적 구조와 해석학적 범이해”, 현대법철학의 흐름(법문사, 1996)
- 박영도, 입법평가의 이론과 실제(한국법제연구원, 2008)
- _____, 입법학입문(한국법제연구원, 2008)
- 임종훈·박수철, 입법과정론 (박영사, 2006)
- 오병선, “현대의 자연법론과 법실증주의의 수렴경향”, 법철학연구 제1권, 한국법철학회, 1998.
- 이상영, “법사회학적 입법연구: 토지공개념 삼개법안 입법과정을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 1993.
- 임재훈·홍진곤. “조작적 구성주의와 사회적 구성주의에서 구성의 의미와 과정”, 대한수학교육학회 논문집 제8권 제1호, 1998.
- 최대권, “입법학연구: 입법논증을 중심으로”, 서울대 「법학」 제31권 제1호, 1990.
- 최윤철, “독일에서의 법률개선 의무에 관한 논의”, 공법연구 제31집 제3호, 2003.
- _____, “입법자의 법률관찰의무”, 토지공법연구 제21집, 2004.
- _____, “입법자의 법률상 하자제거의무”, 법조 통권 561호, 2003.
- 홍완식, “입법자의 법률개선 의무에 관한 연구”, 공법연구 제31집 제2호, 2002.

〈국외서〉

- Aarnio, Aulis. “Form and content in Law: Dimensions and Definitions of Legal Positivism”, in Aulis Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence: Acta Philosophica Fennica*(Philosophical Society of Finland, 1983)
- _____. “Towards a theory of Legislation and its Role in Social Change” in Aulis Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence: Acta Philosophica Fennica*(Philosophical Society of Finland, 1983)
- Bankowski, Zenon. “Don't Think About It?: Legalism and Legality” in

- Rechtstheorie*(Beiheft, 1993)
- Campbell, C. M.. “Campbell: Legal Thought and Juristic Values”, *1 Brit. J.L. & Soc'y* 13(1974)
- Ernest, P.. *The Philosophy of Mathematics Education*(The Falmer Press, 1991)
- Hart, H.L.A.. *The Concept of Law*(Clarendon Press, Oxford, 1981)
- Mader, Luzius. “Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation”, *Statute Law Review* Vol. 22 No.2(2001)
- _____. *L'évaluation Législative: Pour une analyse empirique des effets de législation*(Lausanne, 1985)
- Noll, Peter. *Gesetzgebungslehre*(Reinbek, 1973)
- Oliver-Lalana, A. Daniel. “Legitimacy through Rationality: Parliamentary Argumentation as Rational Justification of Law”, Luc J. Wintgens(ed.) *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence* (Ashgate, 2005)
- Schwartz, Richard L.. “Internal and External Method in the Study of Law”, *Law and Philosophy*, Vol. 11, No. 3 (1992)
- Shklar, Judith N.. *Legalism: Law, Morals and Political Trials*(Harvard University Press, 1986)
- Vygotsky, L. S.. *Mind in Society: The Development of Higher Psychological Process*(Harvard University Press, 1978)
- White, Lesile. *The Science of Culture: A Study of Man and Civilization*(Grove Press, 1949)
- Wintgens, Luc J.. “Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence” in Luc J Wintgens(ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*(Hart Publishing, 2002)
- _____. “Legisprudence as New Theory of Legislation”, *Ratio Juris* Vol. 19 No. 1(2006)

〈번역서〉

다나카 시게아키, 박병식 (역). 현대법이론(동국대학교출판부, 2007)

Alexy, Robert, 변종필 · 최희수 · 박달현(역). 법적논증이론(고려대학교출판부, 2007)

Böhret, Carl & Konzendorf, Götz, 박영도 · 장병일(역). 입법평가입문: 법률, 법규명령, 행정규칙(한국법제연구원, 2007)

Popper, Karl R., 이한구(역). 열린사회와 그 적들 I: 플라톤과 유토피아(민음사, 1998)

〈Abstract〉

Legislative Evaluation and Legislative Argumentation
- A Survey on the Possibilities of Connection -

Sim, Woo-Min

(Professional Researcher, The Institute of Legal Studies, Yonsei University)

The legislative evaluation is getting more attention nowadays in Korea. However, though It has very important significance in rationalizing of legislation, there are some limitations in the relation of the principle of parliamentary democracy and the objectivity of legislation. In other words, the consequentialistic aspect in legislative evaluation is getting more stressed in the respect of the objectivity, but this tendency has many problems. These problems can be overcome through legislative theory. So It is necessary to survey the situations of legislative theory.

Generally speaking, It is said that there is no systemic theory about legislation. This fact can be identified through the debate between jusnaturalism and legal positivism. The reason why there doesn't exist systemic legislative theory is originated from the legalism which is the background of both theories. According to the legalistic methodologies of thought, legislations should be reviewed in the respect of formal rules, while It is not considered whether those legislations are justified. In these reasons, the establishment of legislative theory relies on the fact that the legalistic methodologies of thought can be overcome.

It is the objectivity which is the most important conceptual element in legislative evaluation. However the objectivity is doubted in the contemporary social science. The "social constructivism" is the most typical example of that doubt. In this reason, this article identifies the constructive process of legislative knowledge according to the social constructivism, in which the

idea of symbolic interaction takes main role. The social constructivism can be connected to the necessity of legislative argumentation. Especially, in this article “legislative argumentation” is explained in comparison with “legal argumentation”. Through these explanations, this article insists that legislative argumentation can take a role to overcome the limitations of legalistic methodologies of thought.

In the conclusion, this article shows that the idea of legislative argumentation can be related to legislative evaluation. Legislative evaluation should consider not only the importance of objectivity but also the result of evaluation as an argument(or a reason) which is used for legislative argumentation.

※ **Keywords** : Legislative Argumentation, Legislative Evaluation, Legisprudence, The Construction of Legislative Knowledge, Social Constructivism (Constructionism)