

## 제목: 권리는 논쟁의 여지가 있을 수 있는가?

『Taking Right Seriously』 제13장 Can Right be Controversial?

요약번역자 : 이한

시민교육센터 <http://www.civiledu.org>

1 이 마지막 장에서 나는 만연해 있는 하나의 반대 논리를 다룰 것이다. 이 논리가 만일 성공적이라면 나의 논변은 파괴될 것이다. 나의 논변은 법과 정치적 도덕성의 복잡한 문제에 흔히 단일한 정답이 있음을 전제한다. 반면에 여기서 다루려고 하는 반론은 종종 단일한 정답이란 없으며 오직 답안들이 있을 뿐이라고 주장한다.

2 매력적인 태도가 이 반대를 지지한다. 그것은 관용정신과 상식이 혼합된 것으로서 다음과 같은 판단에서 표현되곤 한다. 사람들이 독설을 퍼붓는 것까지에 표현의 자유가 미치는지, 사형제가 헌법의 맥락에서 잔인하고 비정상적인 처벌인지, 결정적인 선례가 없는 불법행위 사건에서 그 손해배상청구권은 경제적 손해에만 미치는지에 대하여 그 의견이 불일치 할 때, 논쟁에 숨어 있는 단일한 정답이 있는 척 하는 것은 어리석고 오만한 것이라고 하는 판단 말이다. 그들은 비록 몇몇 답들은 단순히 틀릴 수 있고, 몇몇 논변들은 명백히 나쁠 수는 있지만 그럼에도 불구하고 반대 입장에서든, 중립적인 입장에서든 다 같이 동등하게 좋은 것으로 인정될 수 있는 여러 개의 답들과 논변들이 있다고 주장한다.

3 만일 그렇다면 이들 답안 중 하나를 고르는 선택은 이성애 의해 강제된 결정이 아니라 자의적인 선택이 될 것이다. 검사가 시위자가 시위를 할 도덕적 권리가 있는지 여부를 판단 하는 것이 요구되거나, 판사가 불법행위에서 경제적 손해의 배상을 받을 권리가 있는지 여부를 결정할 것이 요구되거나 할 때, 모든 대중은 판단자의 선택이 정직하고 차분한 상태에서 편견이나 열정적인 감정 없이 이루어지기를 기대할 권리가 있다. 공중은 어느 특정한 결론을 받을 권리는 없다. 왜냐하면 특정한 결론을 기대할 권리는 판단자가 결정할 문제에 단일한 정답이 있다는 것을 전제하기 때문이다.

4 이 책은 이러한 온건한 감성을 존중하지 않는다. 2장에서 나는 법관이 어려운 사건에서 어느 하나의 결론을 택하는 데 재량을 행사할 수 있다는 인기 있는 이론을 반대한 바 있다. 나는 어려운 사건에서도 관련된 당사자의 권리를 창출한다기보다는 발견하는 것을 목표로 하여 재판의 절차가 이루어질 수 있다고 주장한다. 즉, 재판절차의 정치적 정당성은 그 성격의 건전성에 달려 있다고 말이다.

5 단일 정답이 없다는 주장의 근거는 무엇인가? 우리는 이러한 종류의 논변을 두 가지로 구분할 수 있다. 그 중 첫번째 것은 실용적인 practical 것이다. 그 주장은 논쟁적인 법적 이슈에서 하나의 정답이 있을 수 있다는 것을 원칙적으로는 인정한다. 그러나 그 논변은 당사자가 그 답에 대한 권리를 가지고 있다거나 판사가 그 정답을 발견할 의무가 있다거나 하는 말은 쓸모없는 것이라고 한다. 왜냐하면 누구도 그 정답이 무엇인지를 확신할 수 없기 때문 이라고 한다. 예를 들어 내가 리어왕이 엔드게임보다 더 나은 연극이라고 주장한다고 해보자. 우리가 미학에 있어 객관주의자라고 한다 하더라도, 그리고 어느 것이 더 나은 연극이

냐에 대한 정답이 존재할 수 있다고 해도 그러한 질문을 하는 것은 어리석은 일이다. 왜냐하면 어떤 경우에도 그 논쟁에서 지는 당사자가 납득할만하게 해결될 수 없기 때문이다. 심판으로 제 3자를 불러들이는 것도 논점을 벗어난 것이다. 왜냐하면 그 제3자라는 사람도 또 다른 개인적인 견해를 제시하는 것 이상을 할 수 없기 때문이다. 어려운 소송사건을 맡은 판사도 마찬가지다. 비록 하나의 최선의 법 이론이 원칙적으로 있을 수 있고 따라서 어려운 사건에 정답이 있을 수 있다 하더라도 이 정답이라는 것은 법철학자의 천국에 잠겨 있는 것이어서 변호사나 판사와 같은 평범한 사람에게는 접근불가능한 것이다.

6 ‘정답이 없다’는 명제를 지지하는 실용적인 논변에는 쉽게 대응할 수 있다. 그 논변은 판사가 정답을 찾으려 하는 것은 무의미한 것이라고 한다. 왜냐하면 당해 사건을 맡고 있는 판사의 답은 다른 법률가들의 답보다 더 정답에 가까울 개연성이 없기 때문이고, 그런 개연성이 없는 이유는 그 판사의 답이 정답이라 할지라도 이를 증명할 수 있는 방법이 없기 때문이다.

그런데 우리는 다음과 같은 세 질문을 주의깊게 구분하여야 한다.

(a) 합리적인 법률가들이 원고의 권리에 대한 판단의 전제가 되는 공통사실은 다툼이 없더라도 그 권리의 성립여부에 대해 견해가 불일치하는가? (b) 합리적인 법률가들이 불일치하는데도 원고에게 권리가 있는 것이 가능한가? (c) 일부 판사들이 승소판결의 견해를 갖고 있다고 하여 국가가 그러한 판사들의 견해를 당사자들에게 강제하는 것이 공정한가?

7 이 세 질문들 각각에 대한 “네”라는 답들 사이의 논리적 관계는 무엇인가? 실용적 논변은 (a) 질문에 “예”라고 답하면 설사 (b) 라는 질문에 “예”라는 답이 나온다 하여도, (c) 질문에는 예라고 답할 수 없다고 전제한다. 즉, (a) 질문에 “예”면 (c) 질문은 무조건 “아니오”로 나와야 한다고 본다. 그러나 이러한 전제는 틀렸다.

(b) 질문에 “예”라는 대답이 (c) 질문에 대하여 “예”라고 답하기 위해서 필수적임은 일단 명백하다. 왜냐하면 어려운 사건에서 당사자가 특정한 판결을 받아낼 권리를 가지고 있지 않다면 권리가 있는지 여부에 대하여 논쟁의 여지가 있는 결정에 의하여 그 사건을 해결하도록 하는 것은 무의미할 뿐만 아니라 불공정한 것이기도 하기 때문이다.

그러나 (b) 질문에 “예”라는 대답이 주어진다고 해서, 이것이 (c) 질문이 “예”라는 대답으로 나오는 충분조건이 되는 것은 아니다. 당사자 중 일방의 손을 들어주는 일부 판사집단의 결론이 오류가능하다 하고, 그 문제를 검토해본 다른 법률가들을 모두 만족시킬만큼 이 결론이 옳다는 것을 증명하지 못한다고 하더라도 그 결정을 다른 기관에 떠넘기거나 아니면 권리가 아니라 정책에 기반하여 결정하도록 하는 것보다는 낫다는 조건이 충족되어야 한다.

8 실용적 논변은 (a) 질문에 대한 “예” 대답이 (c) 질문에 대한 “예” 대답에 결정적이라 본다. 논쟁적인 권리는 판결에서 차지할 아무런 자리가 없다는 소리다. 그러나 이는 너무나 단순한 논변이다. 세번째 질문 (c)는 상대적인 물음이다. 즉, 대안과 비교해서 결정해야 하는 물음이다. 어려운 사건이 존재하지 않는다면 권리 테제가 보다 더 확고한 위치를 차지하겠지만 어려운 사건이 존재한다 해서 필연적으로 권리 테제를 거부해야 하는 것은 아니다. 나는 4장에서 권리테제와는 상이한 비교할만한 다른 대안들은 호소력이 없고 법실무에서 의존할만한 것이 아니라는 점을 보여준 바 있다.

9 우리가 처리해야 할 두 번째 논변은 이론적인 것으로 첫번째 논변보다 더 강력하다. 이 논변은 (b) 질문에 대한 답은 무조건 “아니오”라고 주장한다. 원고가 권리를 가진다는 명제가 논쟁적이라면 그 명제는 도저히 참일 수 없다는 것이다. 그러나 이는 진리에 대한 오해에 기반하고 있는 주장이다. 과학자들이 (아직 실험으로 입증되지 않은) 어떤 이론을 진리라 할 때 이는 논쟁적이지 않음을 의미하지 않는다. 최선의 근거를 가지고 주장하고, 최선의 판단을 논의 중에 내릴 뿐이다. 4장에서 체스심판관의 사례를 든 바 있다. 심판관마다 “체스 게임의 성격”에 대한 견해가 다를 것이다. 어떤 심판관은 상대방의 심리교란이 없는 상태에서 최적 상태의 두뇌활동의 능력을 겨루는 게임이라 생각할 것이고, 다른 심판관은 심리교란에도 불구하고 이겨내는 것이 체스게임의 기량에 포함된다고 생각할 수도 있을 것이다.

11 한 심판의 판단이 이성에 의해 도출된 결정이 아니라 선택이라고 말하는 것은 이 문제에 아무런 도움도 주지 않는다. 심판의 견해 선택은 무엇이 체스의 본질에 관한 가장 최선의 설명인가를 납득하여 이루어지는 일이다. 이러한 선택은 분쟁이 되는 사건이 쉬울 때나 어려울 때나 본질적으로 동일한 성격의 것이다. 그 선택은 단지 해당 심판관 자신만의 판단이라고 강조하는 것도 전혀 도움이 안된다. 심판관들이 (b) 질문에 대하여 “아니오”라고 답해버리면, 철학자가 아니라 직업인으로 행동할 때 그들이 하는 것 모두가 이치에 맞지 않게 되기 때문이다. (왜냐하면 실제 심판관들은 합리적인 심판관들 사이에 견해가 불일치하더라도 한 쪽 플레이어가 어떤 권리를 갖는 것은 가능하다는 전제에서 심판을 본다)

12 물론 그렇다고 “정답은 없다”라는 명제가 틀렸다는 결론이 자동적으로 도출되지는 않는다. 어떤 철학적 이론은, 특정한 명제는 그것이 합의된 테스트를 거쳐서 진리라는 점이 보여지지 않으면 참일 수 없으며 통상적인 법률 분쟁을 포함한 일상적인 경험의 경우는 더 말할 나위도 없다는 점에 우리가 동의하도록 만들 수 있을지 모른다. 그러나 다행히 형제는 역전되어 있다. 그러한 주장을 펼치는 이론적 논변은 그다지 설득력이 없으며 이로 인해 우리는 일상 경험이 적절하다는 점을 거부하지 않아도 된다. 반면에 그와 같은 철학적 이론에 의해서 해석된 “정답이 없다”는 테제는 무엇을 의미하는지조차 불분명하다.

13 이제, 판사들이 어려운 사건을 두고 4장에서 소개된 헤라클레스처럼 토의하는 회합을 한다고 해보자. 이 판사들은 합의된 법을 그와는 가장 잘 정당화하는 법이론과 일관된 법명제가 참이라고 본다. 견해가 불일치할 시에는 상대방의 논변을 설득력 있는 논변 정도로 놓는다고 하자.

14 철학자가 방문하여 판사들은 심각한 오류에 빠져 있다고 주장한다. 어려운 사건에 정답이 있음을 전제로 해서 토론하고 있는데 그 점이 틀렸다고 지적한다고 해보자. 정답이 있다는 신화를 퍼뜨려야 하는데 정치적 가치가 있을 수 있지만 여전히 신화는 신화라고 철학자는 지적한다.

15 이 때 판사들이 철학자의 주장에 설득되어야 하는 이유가 있는가? 철학자의 주장은 우선 다음 고려사항으로 인해 양보되고 절충되어야 할지도 모른다. 로스쿨에 다니고 재판정에서 판사도 몇년 해보면 법이론 중 어느 것이 최선의 이유를 제공하고 결정적인 논변이 없더

라도 설득력 있는 더 나은 해결책의 근거를 발견할 수 있다. 이 경우 그의 결론에 대한 믿음, 합리적 이유에 의해 뒷받침되는 믿음을 유지해서 그 명제가 참이 아니라 할 수 있는가.

16 철학자는 자신이 그런 결론에 유도되도록 훈련받았기 때문에 그렇게 느끼는 것 뿐이며 제3의 객관적인 관찰자(비참여자)는 어느 결론이 더 나은지를 결정할 수 없을 것이라고 한다. 그러나 이 제3자란 무엇을 의미하는가? 법학 훈련을 거치지 않으면 견해 형성할 능력이 없는 것은 당연하다. 훈련은 거쳤지만 판사석에 있지 않은 자를 의미한다면, 판사석에 앉아 있느냐 앉아 있지 않느냐가 최선의 결정을 내리는 능력에 차이를 가져올 이유가 없다.

17 따라서 철학자 자신의 훈련된 능력이 스스로를 당황시킬 것이다. 더군다나 그는 이와 관련한 다음과 같은 문제도 떠안게 된다. 그는 어려운 사건에서 당사자 중 어느 쪽도 승소할 권리를 갖지 않는다고 논증하고 싶어한다. 원고든 피고든 어느 쪽도 권리를 갖는다는 명제가 거짓도 아니고(거짓이 되면 상대 당사자가 권리를 갖는다는 명제가 참이 되므로) 참도 아니다. 이것은 결국 아마도 그 명제의 진리 값에 대한 정답이 없다는 주장의 결과일 것이다.

18 이러한 결과 중 어느 것도 꼭 판사의 과업에 이상하거나 터무니없는 것으로 보이지는 않을 것이다. 위와 같은 법 명제에 대한 진리 값 판단 각각은 판사가 판결이라는 과업의 기본 규칙 내에서 합리적으로 내릴 수 있는 범주의 것이다. 판사가 관련법에 의하여 생각해보니, 원고의 경제적 손해에 대해 피고가 손해배상책임을 지게끔 하는 이론이, 피고의 책임이 없다는 이론과 완전히 동일할 정도로 그 논거가 강력한 경우를 상상해보자. 그 과업의 규칙은 이제껏 기술된 바와 같이, 그 상황을 이론적 가능성 중 하나로 인정한다. 만일 실제로 그 가능성이 현실화된다면, 판사는 이 규칙 아래에서는, 어느 쪽 당사자의 손을 들어주는 범명제도 참으로 인정하거나 거짓으로 거부할 수 없다. 어떤 구체적인 어려운 사건에 있어서 판사는 철학자가 모든 어려운 사건에 대하여 미리 내리는 판단과 동일한 판단을 할 수도 있는 것이다.

19 어느 쪽 범명제도 참이 아니라는 이 판단을 우리는 동점 판단이라고 부를 수 있다. 동점 판단은 판사의 과업 내에서의 판단으로 다음과 같은 특징을 가지고 있음을 알 수 있다. (a) 동점 판단은 일방 당사자의 권리를 인정하는 범명제가 참이라는 판단과 동일한 성격을 지닌 판단이다. 우리는 각각의 판사들이 어려운 사건을 원고가 승소하게끔 하는 범명제를 참이라고 확신하는 정도를 좌측 극단으로부터 오른쪽으로 갈수록 피고가 승소하게끔 하는 범명제를 더 확신케 하는 저울을 그려볼 수 있다. 이 저울 위에서 동점지점은 바로 저울의 중앙지점 단일지점이다. 어려운 사건에서 판사는 세 가지 판단(원고승, 피고승, 동점) 중 하나를 내릴 수 있다. 그러나 어쨌든 동점 판단은 나머지 두 판단과 마찬가지로 성격의 적극적인 판단인 것이다. 즉 나머지 두 판단과 완전히 동일한 인식론적, 목적론적 전체 위에서 있는 것이다. 세번째 종류의 판단을 '정답은 없다'는 판단이라 명명할 수 있겠지만 실상은 동점 판단이 정답이라는 판단에 다름 아니다. (이는 마치 해태팀이 이길까 롯데팀이 이길까라는 내기에서 해태와 롯데가 비길 것이라는 결과에 거는 사람이, 한 쪽 팀이 이길 것이라는 결과에 거는 사람과 동일한 성격의 내기를 하고 있는 것과 마찬가지로)

20 재판을 해야 하는 판사가 다음과 같이 말한다고 해보자. (I) 피고가 책임이 있다는 명제 (p)도, 책임이 없다는 명제(-p)도 참이 아니다. 그러나 위 진술이 (II) 나는 명제(p)와 명제 (-p) 사이의 아무런 차이도 보지 못하겠다는 것을 의미하지는 않는다. II와 같은 진술을 하는 판사는 판결을 내려야만 한다면 결국 (I)과 같이 진술하는 것 이상을 하지 못한다. 그에게는 심지어 (II)가 (I)의 증거로서 생각될 수도 있다. 그러나 그렇다고 해서 진술(I)과 (II)가 동일한 진술이 되는 것은 아니다. 이는 “나에게는 원고 측의 논거가 더 강력해 보인다”는 진술이 “원고 측의 논거가 더 강력하다”라는 진술과 동치가 아닌 것과 마찬가지로이다. 진술 (I)과 진술(II)를 모두 발언한 판사가 나중에 동료 판사의 이야기를 듣고 원고 측의 권리를 인정하는 논거가 더 강력하다고 마음을 바꾸었을 때 (I)은 거짓명제였으나 (II)는 여전히 참인 명제라고 생각할 것이다. 왜냐하면 (II) 명제는 그 당시 판사의 판단 상태를 사실적으로 기술한 것에 불과하기 때문이다.

24 내가 (I)와 (II)의 차이점을 강조한 것은 소위 “정답은 없다”라는 답안은 재판을 해야 하는 판사의 과업 내에서 이루어지는 판단에서는 원고 승소나 피고 승소의 나머지 판단과 동일한 성격을 가진 판단이라는 점을 재차 뒷받침하기 위해서였다. 정답은 없다는 판단은 잔여적인 판단도 아니고, 나머지 두 판단이 틀릴 수 있는 것처럼 동일하게 오류가능성이 있는 판단이다. 그 판단은 다른 답을 지지하는 설득력 있는 논변이 없을 때나 설득력 있는 논변이 양쪽 모두에게 있을 때에 자동적으로 참이 되는 잔여적이거나 내정값(default)이 되는 판단도 아니다. 원고 측 승소 판단을 내리는 판사가 그의 논변에 대한 사실로부터 (I)을 주장하는 판사는 원고가 실제로 권리가 있다는 결론으로 도약하는 것과 마찬가지로, 분석으로부터 나온 사실보다 훨씬 더 많은 것을 보고하는 결론으로 도약하는 셈이다.

22 우리는 (I)과 (II)의 차이가 보다 더 분명한 과업을 상상할 수 있다. 경마업자가 시중에 나와 있는 가장 정확한 사진 관독기보다는 덜 정확한 관독기를 쓰면서, 그 관독기의 검토결과 어느 말이 우승했는지 명백하게 가려질 수 없을 정도로 결과가 불분명하면, 더 나은 장비를 쓴다면 이를 관독할 수 있음에도 불구하고 승자는 없다는 규칙을 채택할 수 있다. 그런 경우에 기계가 우승자를 구분할 수 없다는 명제와 우승자가 없다는 명제는 같은 것이 된다. 그러나 위와 같은 과업은 판사가 수행하고 있는 과업은 아니다. 판결이라는 과업을 기초지을 어떠한 규칙도 특정한 판사나 판사 집단으로 하여금 자동적으로 동점 판정을 내리도록 하는 것이 없다.

23 (c) 판결이라는 과업 내에서 특정한 판사에 의해 이루어진 동점판단, 즉 “정답이 없다는 판단”은 논쟁의 여기저기 클 가능성이 매우 높다. 그럼에도 불구하고 많거나 극소수의 사건들이 동점이 될 가능성을 사전에 생각해 볼 수는 있다. 예를 들어 판사가 재판을 수행하는 법 체계가 매우 원시적인 것이라고 가정해보자. 그곳에는 판례도 거의 없고 입법된 바도 거의 없으며, 매우 초보적인 헌법조차도 거의 찾아볼 수 없다. 이런 법 체계 하에서는 판사가 임기를 시작하기 이전에라도, 몇몇 사건에서는 동점이 될 것이라는 점을 예상할 것이며, 실제로 재판을 했을 경우에도 분명 몇몇 경우는 그렇게 결과가 나올 것이다. 그곳에는 이미 확립된 법이라는 것이 거의 없고 때문에 어려운 사건에서 결정적으로 다른 결과를 도출하는 법이론이 둘 이상일 경우에 자주 이미 확립된 법에 들어맞는 훌륭한 정당화를 똑같이 제공해 줄 것이며, 판사들에게도 그렇게 보일 것이다.

24 그러나, 반대로 판사가 재판할 하게 되는 법체계가 매우 진보된 것이며, 헌법규칙과 각종 관행으로 가득차 있으며, 선례와 입법된 법도 매우 많은 경우를 생각해보자. 동점이 나올 확률은 매우 낮다고 할 수 있다. 실제로 그 확률은 너무나 낮아서 실제로 판사가 내릴 수 있는 판단의 목록에서 동점의 경우를 제거하는 판결의 추가적인 규칙을 정당화해 줄 정도일 수도 있다. 그 판결의 지침은 동점 판단이 나올 이론적 가능성을 부인하지는 않지만, 실제로 접근 가능한 복잡한 법적 자료가 있는 상황에서는 판사들이 충분히 숙고해서 생각해 보면, 모든 것을 고려했을 때 한계적으로라도 한 쪽 당사자의 주장의 손을 들어주게 될 것이라고 전제할 것이다. 이 추가적인 지침은 사전에 예측된 오판의 확률이 사전에 예측된 동점 사안 발생의 확률보다 크다면 그리고 동점 판결을 제거함으로써 얻게 되는 분쟁의 종결성이나 기타 정치적인 이점이 있는 경우에 합리적인 것이라 할 수 있다. 물론 그러한 지침은 사전적인 확률예측의 계산을 정당화할 수 있을 정도로 법체계가 충분히 복잡하지 않다면 합리적이기보다는 오히려 멍청한 것이 될 것이다.

25 이제 “어려운 사건에 정답이 있을 것이다”라고 가정하는 판사들은 심각한 오류를 저지르고 있는 것이라는 철학자의 주장으로 돌아갈 수 있게 되었다. 만약 우리가 그의 주장을 재판이라는 과업 내에서의 주장, 즉 판사가 할지도 모르는 주장으로 본다면, 그 주장은 거의 명백히 틀린 것이다. 왜냐하면 그 주장은 다음과 같은 것이 되기 때문이다: 한 가지 답안이 비합리적인 주장에 의해서만 도전받을 수 있을 정도로 정해진 한 가지 방식에 의하여 증명되지 못하는 모든 사안에 있어서 동점판단이 필연적으로 옳은 판단이라는 뜻이기 때문이다. (동점 사안을 무시하라는 추가적인 지침이 존재하지 않는다면) 모든 판사들은, 일부 몇몇 어려운 사건의 경우에는 사실상 동점판단을 낳는다는 점에는 동의하겠지만 그 모든 사건들에 대해 모두 동점판단이 정답이라고는 어느 판사도 생각하지 않는다. 그 철학자는 다른 주장에 맞서 자신의 주장을 지지하기 위해서는 우리가 생각할 수 있는 척도의 정중앙에 모든 어려운 사건이 위치해 있음을 확실하게 보여주는 논변을 만들어내야만 할 것인데, 그것을 너무도 불가능한 일이어서 체쳐두어도 좋을 것이다.

26 만일 재판이라는 과업이 방금 위에서 언급한 추가적인 특별한 지침을 채택하였다면 철학자의 주장을 보다 온건한 방식으로 받아들여질 수 있을지 모른다. 그는 지침의 합리성이나 합당성에 반대하면서 실제로 완전 동점인 사안이 발생할 사전적 확률이 충분히 크기 때문에 판사가 그 확률을 무시하는 것은 어리석은 일이라고 주장할 수도 있다. 그렇다면 그 철학자의 주장은 다음과 같은 형태로 수정되어야 한다: 그는 어려운 사건이라면 모두 정답이 없음을 주장하는 것이 아니라, 모든 어려운 사건에 정답이 분명히 있다고 추정하는 것이 비합리적임을 주장하고 있을 뿐이라고. 이보다 온건한 주장, 즉 동점의 경우를 허용하도록 재판이라는 과업이 수정되어야 한다는 주장은 고려해야 할 가치는 있을 것이다. 비록 판사들은 법 체계가 충분히 복잡할 경우 이와 같은 제안을 거부하겠지만 말이다.

27 따라서 우리가 철학자의 주장을 과업 내에서의 주장으로 취급하는 경우, 온건한 버전이건 완고한 버전이건 판사를 오랫동안 괴롭힐 만한 것이 못된다. 왜냐하면 그 두 버전 모두 재판이라는 과업의 근본적 건전성을 흔들다기보다는 이를 오히려 전제하는 것이기 때문이다. 철학자는, 이에 자신의 주장이 과업 내에서의 주장으로 파악되어서는 안된다고 하면서

이러한 비판을 반박할지도 모르겠다. 즉, 자신의 주장은 과업에 충실한 판사로서의 주장이 아니라, 재판이라는 과업 자체의 합리성을 근본적으로 공격하는 것으로 이해되어야 한다고 말이다. 그러나 그렇게 되면 우리는 매우 결정적인 질문에 직면하게 된다. 철학자의 주장이 판사의 과업 내에서의 주장이 아닌 다른 어떤 것으로 취급할 수 있는 방법이 있는가? 우리는 전체 과업의 외부적인 비판으로서 그 주장을 어떻게 이해할 수 있을 것인가?

28 두 가지 가능성이 열려 있는 것으로 보인다. 우리는 철학자의 주장을 범명제가 참이기 위한 조건에 대해 달리 규정하고 있는, 우리와는 상이한 사법 과업에 속하는 자의 주장으로 받아들일 수도 있고, 모든 재판 과업에 외부적인 것으로, 그 과업에서 범 명제가 참이기 위한 조건이 무엇이든 간에 판사들이 결국에는 존중할 수 밖에 없는 실태에 관한 사실이라고 주장할 수도 있다. 그러나 이 두 가능성 중 어느 것도 철학자의 목적에 전혀 봉사하지 못한다.

29 우리는 어려운 사건에서는 정답이 결코 없다는 철학자의 판단이 완벽하게 건전한 법적 과업이 되는 경우를 쉽게 상상해 볼 수 있다. 일군의 판사들이 다음과 같은 규칙을 따르기로 했다고 해보자. 범 명제는, 그 명제가 이미 확립된settled 법으로부터 도출될 수 있는 경우, 그리고 합의된 사실이나 가정된 사실에 의거하여 단순히 연역에 의해 도출될 수 있는 경우에 참으로 주장될 수 있다는 규칙 말이다. 반대로, 이 규칙 하에서 확립된 법이나, 합의되거나 다툼이 없는 사실에 의거하여 그 반대가 연역될 경우에는 거짓으로 판정된다. 이러한 규칙 하에서는 어려운 사건은 모두, 원고를 승소케 하는 범명제나 피고를 승소케 하는 범명제 모두를 참으로도 거짓으로도 판정되지 않게 할 것이다. 결국 모든 어려운 사건에서 정답이 없게 되는 셈이다.

30 그러나 우리가 방금 상상한 판사의 과업은 결코 현실의 재판 과업이 아니다. 따라서 철학자의 주장은 우리가 상상한 종류의 과업에서는 아무리 타당하다고 해도 현실의 재판과는 무관하다. 이제 철학자는 방금 묘사된 그의 과업이야말로 실제로 작동하고 있는, 예를 들어 영국이나 미국에서 현실로 작동하고 있는 법적 과업의 모습이며 필자가 묘사한 판사의 과업이야말로 단순히 가상의 것에 불과하다고 주장할지도 모른다. 제4장에서 나는 미국 및 영국과 같은 나라(그리고 의심할 여지 없이 다른 나라들에서도) 내가 여기서 묘사한 바와 같은 과업이 작동하고 있음을 논하였다. 만약 나의 논변이 맞다면, 철학자는 그가 주장하는 성격의 과업이 보다 현실에 충실하다고 주장하는 것이 거의 불가능할 것이다. 그러나 만일 내가 틀렸고, 철학자가 묘사한 과업이 실제로 작동하고 있다고 해보자. 정답이 없다는 명제를 지지하는 이론적 논변은 원칙적으로, 어려운 사건에는 아무런 단일한 옳은 답이 없다는 점을 보여줄 수 있어야 한다. 그러나 이제 철학자의 주장은 설사 옳다고 하더라도 사실상 우리에게 익숙한 법체계가 어려운 사건에서는 정답을 허용하지 않는 형태의 ‘범명제의 참에 대한 조건’을 지녔다는, 보다 온건한 주장에 불과하게 되었다. 거기다가 철학자의 이와 같은 온건한 주장조차 사실이 아니다.

31. (2) 철학자가 자신은 승인과 부인의 상이한 기초 규칙을 가진 몇몇 재판 과업 내에서 주장하는 것이 아니라, 실제 세계real world 에 대하여 이야기하고 있다고 주장한다고 해보자. 그의 주장은 법에서 어려운 사건에는 정답이 있을 것이라는 점을 전제하는 규칙을 받아

들이는 어떠한 법체계도 실상은 미신 위에 기초하고 있는 셈이라는 것이다. 그는 어떤 다른 재판 규칙에 대해 이야기하고 있는 것이 아니라, 어떤 종류의 재판 과업이라도 현실적이 되려면 마주할 수 밖에 없는 객관적인 현실에 대해서 보고하고 있다고 주장한다.

32 그러나 이 객관적인 현실이라는 것은 도대체 무엇인가? 그 현실은 객관적 사실로서 시스템의 구조나 내용에 상관없는 권리와 의무-법적인 권리와 의무까지 포괄하는-를 포함해야 한다. 그 사상은 자연법 이론을 지지하는 법률가들에게는 익숙한 것이지만, 상식이라는 이름으로 어려운 사건에서는 정답이 있을 수 없다고 주장하는 철학자의 손에서 발견되기에는 놀라운 장난감이다. 만일 권리와 의무가 어떤 객관적이고 독립적인 세계의 일부라면, 왜 우리는 세상 그 누구도 어떤 이에게 권리가 없다고 생각하지만 그 어떤 이에게 여전히 권리가 존재한다고 생각하거나, 실제로 그는 권리가 있다는 점을 증명하지는 못하더라도 실제로는 권리가 있을 수 있다고 생각하지 못할 이유가 없게 된다. (즉, 판사들 사이에 명확하고 모두가 납득 가능한 증명이 없어도 권리가 있다고 할 수 있으니, 철학자 스스로의 주장을 반박하는 꼴이 된다)

33 따라서 우리의 철학자가, 인간의 관습으로부터 독립적인 참의 조건을 갖는 객관적인 법 현실에 대해 주장하는 것은 스스로에게 위험한 결과를 가져오게 된다. 그리고 다른 방식으로 그것은 그의 주장에 위험하다. 위와 같은 법현실 논거는 그의 가장 기본적인 주장을 양립불가능하게 만든다. 그는 (p)(피고가 경제적 손해에 대해 책임이 있다)와 (-p)(피고는 책임이 없다)가 참도 거짓도 동시에 아닐 수 있다고 주장한다. 이러한 주장을 어떻게 이해할 수 있는가? 손해배상 책임의 준부가 우리가 기술한 바와 같은 재판 과업으로부터 독립적인 객관적 사실의 문제라면 (p)와 같은, 손해배상을 받아낼 권리를 주장하는 명제가 참이 아닌 경우에는 당연히 거짓이 될 수 밖에 없다.

34 우리는 철학자의 주장을, 과업의 특수한 참 조건을 보고하는 것으로 볼 때에만 그것을 말이 되는 소리로 이해할 수 있다. 그의 주장은 내가 방금 인정한 바와 같이 오직 쉬운 사건에서만 법명제의 참 거짓을 판명하는 과업에서는 건전한 것이 된다. 그럴 경우에는 어려운 사건에서는 법 명제는, 참이나 거짓 어느 쪽으로도 주장될 수 없기 때문이다. 그 경우에는 법 명제가 참으로 입증되지 않았다 하더라도 그것이 곧 그 법명제가 거짓임을 보증해주지 않는다. 우리 판사들이 구축한 과업(그러나 동점 판단을 금지하는 특별한 지침이 없는 과업)은 비록 동점 판단이 실제로 일어날 가능성은 매우 발달한 법체계에서는 낮지만 동점 판단의 이론적 가능성을 인정한다. 한쪽의 손을 들어주는 결론을 회피하는 동점판단을 금지하는 특별한 지침이 그러한 회피를 금지하는 것이 과업의 작동을 방해하지 않으리라는 예측에 기대어, 명령에 의해 추가되면 말이다. 그러나 그와 같은 특별한 진리조건이 없는 경우에는 명제가 참이 아니라는 것을 거짓이라는 결론에 이르는 근거로 참조할 수 밖에 없으므로 정답이란 없다는 테제는 결코 유지될 수 없다.

35 나는 이와 동일한 논변을 여기서보다는 훨씬 길게 다른 곳에서 전개한 바 있다. 그리고, 법의 문제에 항상 정답이 있는가라는 일반적 문제에 관심이 있는 사람들은 그 더 긴 논변을 찾아보면 될 것이다(No Right Answer, in Law, Morality and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart, London 1977). 그러나 나는 나의 논변의 이 부분에 대하여 당



시에는 예견하지 못했던 한 가지 가능한 반대를 언급해야겠다. 이 반대는 일반적인 방식을 통해서 언어철학자들 사이에 친숙한 논변에 호소한다. 즉 존재하지 않는 개체에 대한 명제는 참도 거짓도 아니라는 것이다. 프랑스의 현재 왕이 대머리라는 명제는 참도 거짓도 아니라고 논하는 전통이 있다.(비록 이 명제는 적절하게 이해될 경우 단순히 거짓에 불과한 명제라고 논하는 철학적 전통도 있다) 프랑스의 왕에 관한 명제는 어떤 특별한 과업 내에서만 이해될 수 있는 명제이면서 동시에 (전자의 철학적 견해에 따르더라도) 참도 거짓도 아닌 명제로 보이지 않는다.

36 그러나 어려운 사건에서 범명제와 존재하지 않는 개체에 관한 명제 사이의 비교는 단순히 무가치한 것이다. 존재하지 않는 개체는 명제의 주어가 존재하지 않는 것으로 이해된다는 오직 그 이유에서만 문제를 발생시킨다. 논쟁의 여지가 있는 범명제는 법적 권리의 존재나 어떤 다른 법적 관계를 주장하거나 거부한다. 그에 관한 논쟁은 정확히도 그같은 주장이나 거부가 맞는지 아닌지에 관한 것이다. 만약 우리가 경제적 손해에 대하여 손해배상 청구를 할 권리가 존재하지 않는다고 가정한다면 그러한 사건에서 원고가 손해배상청구권이 있다는 명제는 더 이상 문제의 소지가 있는 것이 아니다. 그것은 단순히 거짓인 명제가 되는 것이다. 이와 비견할만한 명제로는 현재 프랑스에 왕이 있다는 명제다. 그 어느 누구도 그와 같은 명제가 참도 거짓도 아니라고 생각하지 않는다. 그것은 (우리 대부분이 생각하듯이) 거짓이거나 아니면 파리 백작의 극단적인 지지자의 일부가 믿듯이) 참이거나 둘 중 하나일 뿐이다.

37 그렇다면 우리는 결국 이 장의 주제가 되었던 일반적인 반대(정답이 있다는 명제에 대한 일반적인 반대)에 대하여 무엇을 이야기 할 수 있을 것인가? 상식이나 현실주의가 정답이 있을 수 없다, 즉 어려운 사건에는 오직 수용할만한 일정한 범위의 정답들만이 있을 뿐이라는 주장을 지지한다는 점은 더 이상 명백하지 않고, 그 주장을 지지하는 실제적인 논변은 잘못된 인식에 기초한 것이다. 이론적 논변은, 논변을 전개하는 사람들의 능력과 모순되며, 그 주장이 비판하고자 하는 바로 그 전제로 해소되어버리지 않는 방식으로 진술조차 될 수 없다. 혹은 최소한 진술될 수 없는 것처럼 보인다. 일부 독자들은 여전히 나의 논변에 설득되지 않은 채로 남아 있을 것이다. 즉, 진짜로 어려운 사건에서는 한 쪽이 단순히 옳고 다른 쪽이 단순히 틀리는 있을 수 없지 않은가 하는 의문이 들 것이다. 그러나 왜 그럴 수 없는가? 한 쪽이 옳고 다른 쪽이 틀리다는 가정supposition은 너무나 심층적인 차원에서 우리의 사고 방식에 너무도 단단히 박혀 있는 것이어서 우리가 그러한 문제에 대해서 얼마나 회의적이건 얼마나 빈틈없건 상관없이 그러한 가정을 일관성 있게 부인하지 못하게 되는 것일 수도 있다. 그러한 점이 정답은 없다는 이론적 논변을 일관된 방식으로 진술하는데 따르는 어려움을 설명해줄 지도 모른다. 어려운 사건에 단일한 정답이 있다는 신화는 완강할 뿐만 아니라 성공적이기도 하다. 그 명제의 완강함과 성공은 그것이 전혀 신화가 아니라는 점을 보여주는 증거다.