

법적 사고(Legal Mind)와 비판적 사고(Critical Thinking)

하 병 학

주제분류 비판적 사고, 법학방법론, 법적 논증이론

주요어 법적 사고, 비판적 사고, 법학방법론, 법적 논증이론, 정의

요약문

정의, 법은 인간의 기원과 함께 시작한다고 말할 수 있을 정도로 법은 인간사회를 규정하는데 중요한 요소이다. 오늘날 우리사회에서는 국제화에 의한 규범의 다양화와 과학발달에 의해 새로이 등장한 문제들로 인해 법의 역할이 확대되고 있다. 한편 국민들에게 양질의 법 서비스를 제공하기 위해 법학전문대학원제도를 도입하였다. 법학전문대학원 입학자격시험에서 비판적 사고능력이 중요한 능력으로 평가받고 있다. 그 이유는 법적 사고(legal Mind)를 기르기 위해 늘 강조되어 왔던 논리성을 넘어, 하나의 법적 판결을 위해 필요한 다양한 요소들에 대한 판단능력이 요구되는데, 바로 이러한 능력들을 기르는 데 비판적 사고가 적절하다고 판단되었기 때문이다. 즉 논리학과는 달리 법학에서는 보편적 명제와 구체적 사실을 결합하는 것을 특징으로 하며, 법률에 대한 의미 해석과 예외적 상황에 대한 판단도 포함하기 때문에 형식논리학적 사고만으로는 한계가 있다. 따라서 이와 같은 법적 판결의 특성을 모두 포괄할 수 있는 비판적 사고는 법논리학, 법학해석이론, 법적 논증이론 등을 포괄하는 법학방법론의 하나로서도 자리매김할 수 있다. 이 논문은 비판적 사고를 토대로 한 법적 판결에 대한 모델을 제시하고 있다.

“부정당한 법은 법이 아니다.(Lex iniusta non est lex)”
-토마스 아퀴나스-

1. 인간, 정의, 법

정의, 법은 인간에게 무엇인가? 이것은 인간의 삶에 있으면 유용한, 예컨대 자동차와 같은 것인가, 아니면 인간에게 본질적인 것인가? 서양철학의 원천이라 할 수 있는 플라톤의 『프로타고라스』를 보면, 정의, 법은 인간의 기원과 함께 시작한다고 해석할 수 있다. 그 내용을 요약하면 다음과 같다.¹⁾

제우스가 사멸(死滅)하는 존재자를 만들고 프로메테우스에게 존재자 각각에게 적당한 능력을 부여하라고 명령하였다. 에피메테우스가 다른 모든 존재자에게 자신들이 살아갈 수 있는 능력을 주었지만, 분배를 잘못하여 인간에게는 나누어 줄 것이 없게 되었다. 이 사실을 안 프로메테우스는 신들로부터 지능과 불을 훔쳐와 인간에게 나누어 주었다. 하지만 인간은 행복하게 되지 않았다. 재물을 가지려고 서로 싸움만 하였던 것이다. 이를 걱정한 제우스가 인간에게 다시 두 가지를 나누어 주었다. 그 하나는 부끄러움(aidos)이고, 다른 하나는 정의(正義, dike)이다.

위의 내용은 인간이 어떤 목적을 위해 어떤 수단을 사용해야 하는지를 생각하고(지능), 그 수단(불)을 활용할 수 있는 ‘도구적 이성’만으로는 진정한 인간성을 가질 수 없고, 여기에 정의와 부끄러움이 더 해야 함을 말한다. 인간의 조건으로서의 정의와 부끄러움을 개괄적으로 정리하면 다음과 같다. 즉 정의는 타자와의 함께 살아가는 사회를 구성하는 요소, 요컨대 법 또는 법이 지향하는 최종의 목적으로 이해될 수 있으며, 부끄러

1) Platon, *Protagoras*, uebersetzt von H.-W. Krautz, Stuttgart, 1987. 다른 신화를 보면, dike는 aidos가 낳은 딸이다.

움은 자신의 행위에 대한 판단의 마지막 준거점으로서의 양심에 기반 한 반성력, 요컨대 도덕으로 이해될 수 있다. 이 둘이 있을 때만 비로소 진정한 의미에서의 인간, 즉 타자와 더불어 살아갈 수 있는 ‘사회적 인간(homo sociale)’이 될 수 있다는 것이다.

그런데 정의란 무엇이고 법이란 무엇인가? 이에 대해서는 법학에서만 이 아니라 철학에서도 -다른 어떤 것들과는 달리, 예를 들면 “화학이란 무엇인가?”, “의학이란 무엇인가?” 하는 물음과는 달리- 훨씬 많이 논의되고 논란이 되어 왔다.²⁾ 따라서 모두가 동의할 수 있는 한 마디로 이를 규정하기는 쉽지 않다. 여기에서는 도덕과 법의 관계에 대해 두 가지만 간단히 지적하고자 한다.

첫째, 도덕, 도덕률이라고 불리는 것들 중에는 우리가 모두 동의하는 것도 있지만 그렇지 않는 것도 많고, 따라서 도덕과 관련된 어떤 판단에 대해 어떤 사람은 긍정하지만 어떤 사람은 부정하는 경우(예: “교육 목적의 사랑의 매는 허용가능하다”)가 많다는 점이다.³⁾ 또한 도덕으로 해결할 수 없는 사회적 문제가 점차 늘어가고 있는 점도 주목할 필요가 있다. 그래서 적어도 그 어떤 무엇만은 우리가 모두 동의하는 것으로 정할 필요가 있는데, 이러한 제도적 규약의 필요성을 통해 법은 발전해 왔다.

둘째, 법은 도덕에서 말하는 선과는 다른 가치를 가지고 있다는 점이다. 공자는 『논어』에서 다음과 같이 말한다.⁴⁾

어떤 사람이 “덕으로써 원한을 갚으면 어떻습니까?” 하고 물으니,
공자께서 “무엇으로 덕을 갚겠는가? 공평무사(直: 直)로써 원한을 갚고, 덕으로써는 덕을 갚을 것이다”고 말씀하셨다.

공자의 말에서 우리는 덕을 도덕으로, 직을 법으로 이해할 수 있다. 그는

2) 허버트 하트, 『법의 개념』, 오병선 옮김, 아카넷 2002, 1쪽.

3) 하트는 이를 “개방적 구조”라 하였다. (위의 책, 218쪽)

4) 공자, 『논어』, 현문 36, 김석원 옮김, 해원출판사 1994. 或曰 以德報怨 何如, 子曰 何以報德 以直報怨 以德報德.

한 마디로 악을 선으로 갚는 것도, 악으로 갚는 것도 반대하며, 직으로 갚아야 한다고 말한다. 그런데 직이란 무엇인가? 비록 위에서 번역자는 ‘직’을 ‘공평무사’로, 다른 데서는 ‘공명정대’ 등으로 번역하지만, 과연 공자가 말하는 ‘직’이 무엇인지, 어떻게 번역하는 것이 가장 적절한지는 확정하기 힘들다. 이것이 서양어로는 통상적으로 ‘정의(justice, Gerechtigkeit)’로 번역되고 있지만, 이 번역이 공자가 말하고자 하는 ‘직’의 의미를 완벽하게 대변하고 있다고 보기는 힘들다. 왜냐하면 공자의 ‘직’에는 기계적 법치주의가 아닌 인정(人情)을 바탕으로 한 인본주의가 들어 있기 때문이다.⁵⁾

2. 현대 우리사회와 법

최근 들어와 우리사회의 변화와 함께 법 관련 제반환경도 변하고 있다. 논자가 주목하는 현대 우리사회 법의 변화는 두 가지이다.

1) 현대사회에서 법 역할이 확대되고 있다. 현대 사회는 법을 빼놓고 말하기 힘들 정도로 법과 깊은 연관성을 갖고 있다. 예전에 전통적 관습과 규범이 기능하던 곳에서 새롭고도 다양한 규범들이 유입되어 전통이 더 이상 제 역할을 할 수 없게 된 경우가 많아졌다. 교통·통신 등의 발달로 인해 우리사회가 점차 국제화됨에 따라 다른 나라의 규범과 생활방식들이 우리의 삶에 들어와 자연스럽게 스며들고 있기 때문이다. 이에 따라 우리사회에서 전통적인 규범, 관습, 상식 등으로는 더 이상 해결할 수 없는 가치관들의 충돌, 각 계층 간의 갈등을 자주 보게 된다. 따라서 예전에는 최고 통치자의 결정, 관습, 도덕 등이 맡았던 자리에 법이 들어서

5) 『논어』, 자로편에서는 다음과 같이 말하고 있다. 섭공이 공자에게 말하였다. “우리들 중에 [우리 마을에] 정직한 사람이 있으니, 그 아버지가 남의 양을 훔친 것을 아들이 증언했습니다.” 공자께서 말씀하셨다. “우리들 중의 정직한 사람은 이와 다릅니다. 아버지가 아들을 위하여 숨겨 주고, 아들은 아버지를 위하여 숨겨 주는데, 정직한 것은 그 가운데 있습니다.”

지 않으면 해결되지 않는 사회적 문제가 많이 발생하고 있다. 서울시 이전 문제, 대통령 탄핵, 호주제 철폐, 사형제도, 양심적 병역 거부 등의 사안들이 위헌법률심판, 탄핵심판, 헌법소원심판 등으로 결정되었던 사실들이 그 사례이다.

다른 한편 기존의 도덕적 규범의 정당성에 대한 인정은 지속되지만, 그러한 도덕적 규범만으로는 해결할 수 없는 새로운 사안들이 등장하고 있다. 첨단과학의 발달로 인해 기존의 통념, 관례, 도덕규범 등을 판단기준으로 삼아서는 더 이상 결정할 수 없는 의료, 환경, 사이버 등과 관련된 전문성을 지닌 해결사안 등이 늘어나고 있다. 안락사, 동물실험, 흉악범 전자발찌 부착, 사이버 폭력 등이 그 구체적인 예들이다.

현대사회의 이러한 발전으로 인해 오늘날 사실 법학이 적용되지 않는 분야가 과연 있는지 의심스러운 정도로 법이 다루어야 할 분야가 많아졌다. 법의 역할의 확대라는 특징은 외국의 법학과 커리큘럼에서 “law of A”에서 A에 들어가는 것들로 인간과 관련된 거의 모든 분야가 망라되고 있다는 점을 봐도 알 수 있다. 법 자체만 아니라 거의 모든 인간 활동영역에 대해 어느 수준의 전문적 이해가 요청되는 것이 오늘날 법조인의 모습이라 해도 과언이 아닌 것 같다. 그래서 법학을 공부하는 사람들이 공부해야 할 내용은 상상을 초월할 정도로 점점 확대되고 있다. 이에 따라 국제통상, 의료, 과학, 문화 등 다양한 학문영역에서 전문적 지식을 갖춘 대학졸업자들을 법 관련 전문인으로 육성하기 위해 도입한 제도가 바로 법학전문대학원이다. 법학전문대학원 설립의 목적은 “국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률 서비스를 제공하고 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적이고도 효율적으로 해결할 수 있는 법조인을 양성”이라고 밝히고 있다.⁶⁾

2) 법에서 의사소통의 역할이 확대되고 있다. 우리는 흔히 사회는 급변하고 있지만 법은 여전히 보수적이라 국민들의 불만을 듣는다. 법적

6) 법학전문대학원협의회 홈페이지, <http://info.lcet.or.kr>

용어가 일반인들에게는 여전히 생경하게 들리는 것이 그 사례다. 하지만 모든 국민들의 동의를 바탕으로 하며 바람직한 국가미래의 잣대가 되는 법이 사소한 상황변화, 단기간의 유용성을 기준으로 자주 바뀐다면 가치관의 혼란이 초래될 수 있다는 점을 고려할 때 법의 보수성은 바람직한 것이라 할 수 있다.

한편, 법이 궁극적으로 추구하는 것이 무엇인가? 법적 판결을 통해 모든 국민들의 권리를 보호하고, 사회적 갈등을 조정하고, 정의로운 사회를 구현하는 것이 그 목적이다. 이를 위해서는 무엇보다도 사안과 관련된 사람들이 법의 내용을 사전에 인식하고 법의 준수를 위해 노력하며, 사후에 법적 판결을 이해하고 그 정당성을 수용할 수 있어야 한다. 하지만 법적 용어의 생경함이 이러한 과정에 걸림돌이 되는 것은 결코 바람직하지 않다. 모든 백성들이 법을 이해하면 억울한 경우가 줄어들 것이라고 생각하여 세종대왕이 한글을 창제한 것은 법과 언어, 국민들의 정확한 법 이해를 통한 건강한 사회 유지와 관련해 결코 사소한 일이 아니다.⁷⁾ 예전에 전문분야의 대명사였던 의학이 오늘날 환자에게 병에 대한 친절한 소개가 치유의 첫걸음이자 의료 서비스의 기본임을 인식하고 의료 커뮤니티케이션 등에 관심을 돌리고 있는 점을 주목할 필요가 있다. 일반 시민으로 구성된 배심원도 이해할 수 있는 언어로 변론을 펼쳐야 하는 배심원제도를 생각하면, 법조인들에게는 정당한 판단뿐만 아니라 청중이, 배심원이, 국민이 이해할 수 있는, 설득력 있는 논변 능력이 요구되는 시

7) 이와는 반대로, 중국 춘추시대 정나라에서는 법을 성문화함으로써 백성들을 다루는 것이 더 힘들어질 것이라고 이유로 지배계급이 성문화를 반대했던 경우도 있었다고 한다. (참조: 김욱, 『교양으로 읽는 법 이야기』, 인물과 사상사, 2007, 43쪽) 같은 예로, 시오노 나나미는 로마인들이 최초로 성문법을 만든 경위를 다음과 같이 서술하고 있다. “법률이 말로 전해지는 불문을 영역에 머무는 한, 법률을 말로 전하는 역할을 독점하고 있는 귀족 계급에 유리하게 집행되기 쉽다. 법률을 누구나 읽을 수 있고 객관성을 가진 성문법 형태로 해야 한다는 평민의 요구는 지극히 당연한 것이었다. (...) 그리하여 로마 성문법으로는 처음인, 12조로 이루어진 12표법이 기원전 449년에 발표되었다.” (강정혜, 정의의 여신, 광장으로 나오다, 프로네시스, 2006, 85-86쪽)

대가 되었다. 이와 같은 설득과 논변의 법정의 모습은 외국의 법학대학원에서 의사소통, 수사학, 논증이론 관련 교과목들이 졸업 마지막 과정을 구성하고 있다는 점에서도 잘 드러난다.⁸⁾

법의 두 번째 특성은 ‘법 수사학’이라는 이름으로 정리할 수 있다. 이는 법학전문대학원에서 기존의 다양한 영역의 법적 전문지식 획득을 목표로 하는 교과목 외 판사, 검사, 변호사 등의 법 전문가, 배심원, 의뢰인, 국민과의 소통과 설득을 통해 동의와 이해를 구할 수 있는 논변능력을 기르는 교과목의 필요성과 연관된다. 이 특성은 법학전문대학원 입학생들이 전문법조인이 되기 위해 교과에서 배워야 할 소양과 관련된다. 논자는 이 문제는 이 글에서 논외로 하고, 첫 번째 법의 특성인 법 역할의 확대와 관련해서 우리사회의 이슈로 등장한 법학전문대학원의 입학자 격시험(LEET)이 어떠한 능력을 요구하고 있는가 하는 물음에 대해 ‘법적 사고(Legal Mind)’와 ‘비판적 사고(Critical Thinking)’의 관계를 밝히고, 나아가 법적 사고를 위한 토대이자 법학방법론으로서의 비판적 사고의 가능성을 제시할 것이다.

3. 법, 논리, 비판적 사고

3.1 법, 철학, 비판

‘비판적 사고(Critical Thinking)’라는 말은 현대에 들어와 하나의 용어로 안착되었다. 이 용어에서 먼저 ‘비판’의 의미를 살펴보자. ‘비판(Kritik)’은 어원적으로 희랍어의 kritikos의 여성형 형용사이며 ‘판단할 수 있는’,

8) 예컨대 논자가 졸업한 독일 에어랑엔-뉘른베르그 대학교 법학부는 6년의 과정 중 마지막 1년 과정에서 ‘졸업자격과정, 법실습’(schlüsselqualifikationen. Rechtspraxis)이라는 이름 아래 그동안 배운 법적 지식을 토대로 실제 법정에서 일어나는 논변과 설득의 능력을 실습하는 ‘법 수사학’, ‘법과 언어’, ‘법 담화’, ‘효과적인 의사소통’, ‘사법적 변론관리’, ‘법률가를 위한 중재’ 등 10 여개의 교과목들을 개설하고 있다. http://uni-vis.uni-erlangen.de/form?_s=2&dsc=anew/tlecture&tdir=rechts/juris/schlls&anonymous=1&ref=tlecture&sem=2009w&__e=547

‘판단에 능한’을 의미하는 $kritik\bar{e}$ 에 연관되어 있고, 이는 ‘법관’을 의미하는 $krit\bar{e}s$ 에서 온 말이다. 그리고 비판과 함께 언제나 등장하는 문제인 ‘판단기준’을 말하는 Kriterium은 희랍어 $krit\bar{e}rion$ 에 유래하는 말로 이는 $krit\bar{e}s$ 와 함께 ‘구분하다, 선택하다, 결정하다, 판단, 판결하다’를 뜻하는 동사 $krinein$ 에서 온 말이다. 결국 ‘비판적 사고’란 어떤 정당한 기준에 의해 옳고 그름을 구분하고 판단하는 능력이다. 이로써 ‘비판적 사고’가, ‘비판’이 그 유래에 있어 법과 떼려야 뗄 수 없는 본질적 관계에 있음이 드러난다.⁹⁾

그런데 ‘비판’은 철학에서도 가장 중요하고도 오래된 핵심개념이다. 예를 들면 플라톤의 『소크라테스의 대화록』 중 「크리톤」을 보면, 소크라테스는 “옳다는 판단을 내려야만 이에 따른다”라는¹⁰⁾ 행위의 대원칙을 내세우고 있다. 대화록 중 또 비판과 관련된 다른 사례 하나만 더 살펴보자. 『에우티프론』에서 판단, 처벌, 기준, 논쟁에 관해 다음과 같이 논의를 발견할 수 있다.¹¹⁾

소크라테스: (...) 가령 나와 당신이 수와 관련해서 두 수 가운데서 어느 쪽이 더 많은지를 두고 의견의 차이를 보인다면, 이 의견의 차이가 우리를 적으로 만들도록, 그래서 서로에 대해 화를 내게 만들도록 하겠소? 아니면 계산에 의지함으로써, 그와 같은 것들에서 우리가 곧 벗어나도록 하겠소?

에우티프론: 물론 그래야겠쥬.
(...)

9) 논자는 ‘비판’의 핵심 내용으로 네 가지 능력을 제시한 바 있다. 즉 첫째 관습적 사고, 선입견으로부터의 자유를 통한 문제제기 능력, 둘째 그러함과 그러하지 않음을 구별하는 판단능력(여기에는 분석과 해석이 바탕이 되어야 한다), 셋째 한계에 대한 인식능력, 넷째 자기성찰능력이 그것들이다. (줄고, 「논술능력 향상을 위한 비판적 사고와 비판적 사고능력 향상을 위한 논술」, 『철학과 현실』, 철학문화연구소, 2008년 봄, 76호, 163-169쪽.

10) 플라톤, 「크리톤」, 『소크라테스의 변명』, 최홍민 옮김, 민성사, 1999, 346쪽.

11) 플라톤, 「에우티프론」, 『에우티프론, 소크라테스의 변명, 크리톤, 파이돈』, 박종현 옮김, 서광사, 2003. 50~53쪽. 인용문의 밑줄은 논자의 강조를 뜻한다.

소크라테스: 그러면 우리가 무엇과 관련해서 의견의 차이를 보이기에, 그리고 무슨 결정을 볼 수 없기에, 서로 적이 되고 화도 내게 되겠소? (...) 그건 올바른 것과 올바르지 못한 것, 아름다운 것과 추한 것, 그리고 좋은 것과 나쁜 것이 아닌지 말이오. 그러니까 우리가 의견의 차이를 보이면서 이에 대해 충분한 결정을 내리게 될 수가 없어서, 서로 적이 될 경우에, 정작 그렇게 되고 마는 것은 그것들과 관련해서가 아니겠소? 나도 당신도 그리고 다른 모든 사람도 말이오.

(...)

소크라테스: 에우티프론, 사람들이 올바르지 못한 짓을 저지른 걸 시인하면서도, 그래 그걸 시인해 놓고서도, 그럼에도 불구하고 자신들이 처벌을 받아서는 아니 된다고 주장하오?

에우티프론: 결코 그리 하지는 않습니다.

소크라테스: (...) 자신들이 비록 올바르지 못한 짓을 저지르긴 했지만, 처벌을 받아서는 아니 된다는 걸 감히 말한다거나 주장하지는 않는다고 나는 생각하오. 다만 자신들이 올바르게 못한 짓을 저지른 게 아니라는 말을 하고 있다는 게 내 생각이오. 아니 그렇소?

에우티프론: 참된 말씀입니다.

위의 내용을 요약하면, 결정을 내리는 것이 어려운 이유는, 그리고 우리가 논쟁에 빠지는 이유는, 사람들은 자신이 잘못을 저질렀지만 처벌 받아서는 안 된다고 주장하기 때문이 아니라 잘못을 저질렀지 않았다고 주장하기 때문이라는 것이다. 왜냐하면 여기에서는 옳음(정의), 아름다움, 좋음 등은 사물의 길이, 무게 등 물질에 대한 측량과 관련된 판단과는 다른 유형의 판단이 적용되기 때문이다. 하지만 산술적 측량과는 다르기 때문에 옳음에 대한 판단, 법적 판단이 임의적이고 주관적이며 한갓 취미·기호 판단이라는 말이 아님은 물론이다. 오히려 물리적 측량에 의한 판단도 아니고, 한 개인의 주관적이고 임의적인 기분에 의한 판단도 아니면서도, 객관적이고 보편타당한 판단, 모두가 동의할 만한 판단의 가능성이 어디에 있는지 해명할 수 있는 깊은 곳으로 우리는 논의를 진행해

나가야 한다.¹²⁾ 이로써 우리는 법, 철학, 정의, 판단(단순한 관찰을 통해 결정할 수 있는 것을 넘어선 보편적 판단), 비판 등이 깊은 관계에 놓여 있음을 짐작할 수 있다.

3.2 법과 논리

법, 법학, 법조인은 예전부터 일반적으로 합리성과 논리적 사고를 대변해 왔다. 합리적, 논리적이란 말은 그 어원이 희랍어의 ‘logos’로 같다. 일반적으로 ‘합리적’이란 어떤 타당한 기준에 따른 판단이라는 의미가 중심이라면, ‘논리적’이란 논거와 결론 사이의 무모순성, 정합성, 체계성 등을 강조한 말이다. 법은 서로 다른 가치관과 이익을 추구하는 상이한 인간들이 충돌할 때도 함께 건전하게 살아가기 위해 인간이 만든 최선의 방책이며, 모든 법적 판결은 모두가 수용 가능한 법을 근거로 하는 결론이라는 점에서 합리적이다. 따라서 ‘법적 사고(legal mind)’를 규정함에 있어 가장 핵심적인 것도 “논리성”¹³⁾이며, 법적 사고란 바로 “습득한 법적 지식을 복잡한 사안에 적절하게 적용하여 논리적으로 전개할 수 있는 능력”이라고 말한다.¹⁴⁾

‘법학, 법학자는 논리적이다’라는 말은 법 자체가 체계적으로 이루어져 있으며, 법적 판결은 법조인의 개인적인 취향에 따른 것이 아니라 법, 법의 정신에 입각하여 규칙과 절차에 따라 일관성 있게 이루어진다는 말이다. 하지만 법의 논리성은 형식논리학의 논리성과는 상이한 점이 있다는 사실을 간과해서는 안 된다. 법학, 법학자의 논리성은 논리학자의 논리성

12) D. 흄은 갈등이 정의의 토대임을 다음과 같이 말하고 있다: “자연이 인간에게 충분히 남아들 정도의 외적인 안락함을 가져다주어 ‘힘든 노동’이 필요 없다고 가정해 보자. 농사를 지어야 할 일도 없고 거친 항해를 해야 할 일도 없는, 그런 행복한 상태에서는 모든 다른 사회적 덕이 꽃피고 수십 배로 늘어나지만, 정의의 조심스럽고 의심 많은 덕은 단 한 번도 꿈꿔 보지 못할 것이 자명해 보인다.” (『도덕 원리 탐구 III “정의에 대하여”)

13) 이상욱, 「법적 사고란?」, 『고시연구』, 고시연구사(연구), 2002년 12월호(통권 제 345호), 264쪽.

14) 위의 논문, 265쪽.

보다 고도의 수준의 상황맥락적 이해와 판단을 요구한다. 왜냐하면 논리학은 궁극적으로 공리와 정리, 정의와 규칙 등의 형식을 중심으로 한 연역체계를 다루며, 그 체계를 구성하고 있는 기호들은 일의적인, 임의적인 의미를 지닌 것들이다.¹⁵⁾ 하지만 법은 이보다 훨씬 더 복잡하다.

첫째, 논리학은 일반적으로 하나의 의미만을 가진 명제를 다루는 데 비해, 법률은 자연언어로 이루어져 있어 항상 해석을 통해서만 의미가 드러난다. 또한 논리학에서 명제를 구성하는 기호들에 대한 정의(definition)와 한 명제로부터 다른 명제를 도출할 때 사용되는 규칙은 일의적인 규약이지만, 법에서의 규칙과 정의는 경험적이며 일의적인 것만은 아니다. 예를 들면, ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’에서 ‘특정강력범죄’는 언어분석을 통해, 또는 사전적 의미를 유추해서 규정지을 수 없고 시대상황에 따라 경험적으로 다양하게 규정지을 수 있을 뿐이다. 따라서 법률 해석에 있어 기준은 다양할 수가 있어 법률을 해석할 때마다 적절한 판단이 요구된다.

둘째, 몇몇 공리에서 모든 정리를 기계적으로 이끌어내는 논리 체계의 본질은 무모순성이다. 하지만 각각의 개별법들은 하나의 체계 안에 있을 지라도 생긴 시기와 사회환경에 차이가 있고, 따라서 하나의 법 체계를 구성하는 각 개별법들, 상위법과 하위법은 그 법을 제정할 때의 목적과 사회환경에 대한 해석에 따라 상호 충돌할 가능성을 담고 있다. 예컨대 양심적 병역거부는 ‘양심의 자유’와 ‘병역의 의무’가 해석에 따라 상호충돌할 수 있기에 법적 논쟁이 이루어지는 것이다.

셋째 수학, 논리학은 사실, 현실을 중시하고 않고 연역적 체계만을 대상으로 한다. 하지만, 법은 한편으로 법을 구성하고 있는 추상적 명제와

15) 형식논리학의 이러한 특징은 현대에 들어와 논리학을 대변하는 ‘기호논리학’, ‘수리논리학’, ‘논리연산’(calculation) 등의 용어에서도 잘 나타난다. 이러한 특징으로 인해 논리학은 컴퓨터를 만들어낼 수 있었다. 현대논리학의 가능성을 연 라이프니츠는 논리학의 핵심을 “형식적 표현과 한 명제에서 다른 명제로의 오류 없는 전환”이라고 설명한다. (Couturat, L. *La logique de Leibniz de'apre des documents inedits*, Repr. Olms: Hildesheim, 1961, 326: “Charateristica omnis consistit in formatione Expressionis et trasitu ab Expressione ad Expressionem”).

개념을, 다른 한편으로 법이 적용되는 구체적인 사실·사안에 연결시킬 때 비로소 법의 정신을 구현할 수 있다. 따라서 존재론적으로 전혀 다른 보편명제와 구체적 사실인 이 둘을 연결함으로써 결론으로 등장하는 법적 판결은 필연성을 담보하지 않는다는 특징을 지닌다. 다시 말해 하나의 사안에 대해 법적 판결에서는 상호 대립되면서도 어느 정도 타당성을 지닌 상이한 결론들이 도출될 수 있으며,¹⁶⁾ 또한 비록 하나의 결론에 도달할지라도 현실적 측면에서 예외적인 경우도 발생할 수 있다. 이러한 특징은 인간이 완전히 극복하기에는 힘들 정도의 어려움이다.

이와 같은 법의 논리성의 특성 때문에 칼 라렌츠는 “어느 누구도 이제 더 이상, 법률 규칙의 적용은 개념적으로 형성된 상위명제로의 논리적 포섭에 다름 아니라고 [...] 진지하게 주장할 수 없다.”¹⁷⁾라고 말한다. 요컨대 법적 판단은 범규범으로부터 엄밀한 의미에서 논리적으로 도출되는 것이 아니고, 그 사이에는 다양한 형태의 해석, 평가, 결정이 필요하다는 것이다. 하지만 이러한 어려움은 오히려 법을 발전시키는 커다란 원동력이었다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.¹⁸⁾

따라서 이와 같은 법의 논리성 때문에 법학도에게는 한갓 형식논리학, 기호논리학을 넘어 자연언어로 이루어진 개념, 진술, 논증과 사실판단, 가치판단 등을 이해하는 능력이 요구된다. 이를 위해 아주 유용한 것이 비판적 사고이다. 왜냐하면 비록 비판적 사고에서도 논증은 핵심요소이지

16) 이러한 특징으로 인해 벨기에의 법학자 Ch. 페렐만은 절대적 진리, 필연적 진리, 형식논리학을 벗어난 논증론, 신수사학, 비형식논리학을 강조하게 되었다. Chaim Perelmamm, *Logik und Argumentation*, herausgegeben und uebersetzt von F. R. Varwig, Weinheim 1994, S. 63.

17) K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York, 1975, S. 154(재인용: 로베르트 알렉시, 『법적 논증 이론, 변증법/최희수/박달현 옮김, 고려대학교출판부, 2007, 21쪽)

18) “기계판사”가 과연 가능하며, 가능하다고 하더라도 그것이 법의 본질을 실현할 수 있는가에 대해 동의하기는 쉽지 않다. (“로봇판사”에 대해서는 참고, 김옥, 『교양으로 읽는 법 이야기, 인물과 사상사, 2007, 25쪽. 위에서 기술한 법의 발전 토대와 흡사한 내용은 참고, 위의 책, 5장 “법은 ‘딜레마’로 인해 더욱 완전해진다.”.)

만, 비판적 사고가 다루는 논증에는 일의적인 명제로 구성된 연역적 논증을 넘어서서 자연언어로 구성된 규범논리학, 개연성에 기반을 둔 비형식논증, 축약논증, 유비논증 등이 포함되며, 더 나아가 목적, 취지에 대한 이해와 상황과 맥락에 의거한 의미 해석 등도 다루어지기 때문이다.

3.3 법의 또 다른 이름인 “정당성”

1장에서 언급하였듯, ‘정의란 무엇인가?’를 확정적으로 단언하는 것은 쉽지 않다. 하지만 플라톤이 말한 것에서도 유추할 수 있듯, ‘이러이러한 것을 법이라고 규약한다면, 이에 위배되는 행위에 대해 처벌되는 것이 정당하다’를 확정짓는 것에서는 큰 어려움이 없다. 따라서 법은 관습으로서의 규약이든, 성문화된 제도이든, 국민 모두의 동의를 바탕으로 한 규약을 통해 정의의 실현으로 발전해 왔다.

법, 정의와 함께 등장하는 용어 중 우리가 빼놓을 수 없는 것 하나는 바로 “정당한(just)”이라는 표현이다. 정의는 명제적 가치를 지니고 있지만, 정당성은 법의 생성, 실천, 적용 등 무엇과 무엇의 관계에 해당된다. 이러한 관계를 우리는 크게 둘로 나누어 살펴볼 수 있다. 첫째, 어떤 법이 정의를 지향한다고 할지라도 그 법 자체가 항상 정의와 일치한다고 말하기는 힘들다는 점이다. 즉 정의와 법, 법의 정신과 법 제정의 괴리 가능성 때문에 “악법도 법이다”, “부정당한 법은 법이 아니다”¹⁹⁾ 등의 논쟁이 벌어지는 것이다. 이때 “A라는 법은 정당하다”라는 말은 그 법이 법의 목적인 정의를 구현하는 데 적합하다는 의미(법과 정의의 관계), 또는 그 법이 생성되는 절차가 민주적이고 적법하다(법과 생성절차의 관계), 또는 그 법이 상위법과 정합성을 갖고 있다(상위법과 하위법의 관계) 등의 의미이다. 이는 법 해석의 전문적인 문제이다.

둘째, 법 자체가 아니라 한 사례에 대해 법 적용에 있어서 정당성에 대한 논의이다. 즉 “B라는 판결은 정당하다”는 말은 그 판결이 합법적이

19) St. Augustine I, *De Libero Arbitrio*, 5; Aquinas, *Summa Theologica*, Qu. xcvi, Artes, 2, 4(재인용: 하트, 위의 책 10쪽).

라는 의미(법과 판결의 관계)이다. 이는 법적 논증의 중요한 관심사다.

이와 같은 법에 있어서 정당성 확보를 위한 학문분야인 법논리학, 법 해석방법론과 법적 논증이론²⁰⁾ 포괄하는 것이 법학방법론이다.²¹⁾ 논자는 비판적 사고가 법학방법론의 기초 토대가 될 수 있다는 생각이다. 왜냐하면 비판적 사고는 주로 법률 해석을 중심으로 하는 법해석방법론과 법적 판결의 논리성에 초점을 두는 법적 논증, 그리고 법적 판결에 필요한 개별진술의 신뢰성 여부에 대한 판단, 예외의 경우 등에 대해서도 설명력을 제공할 수 있기 때문이다.

3.4 법적 사고 토대로서의 비판적 사고

전문적인 법조인이 되기 위해서는 어떤 능력이 필요한가? 전문적인 법조인이 되기 위해 공부하는 곳이 법학전문대학원이라면, LEET(Legal Education Eligibility Test)는 이러한 공부를 하는 데 적합한지를 검사하는 법학전문대학원 입학시험이다. 이 시험은 학습 후 성취도 검사가 아니라 학습 전 필요한 기초능력 검사이기 때문에 법과 관련된 구체적인 지식에 대한 문항이 없다. 다시 말해 법적 사고(legal mind)가 “무수하게 발생하는 사실 관계들 속에서 법적으로 의미가 있는 요소를 추출해내는 탁월한 능력”을²²⁾ 뜻하는 것이라면, 이 시험은 법적 사고능력을 테스트하는 것이 아니라 법적 사고능력을 함양할 수 있는 기초소양을 테스트하는 것을 목적으로 한다. 한국의 법학적성시험 LEET에도 “법학전문대학원 교육을 이수하는 데 필요한 수학 능력과 법조인으로서 지녀야 할 기본적 소양과 잠재적인 적성을 가지고 있는가를 측정하는 시험”이라고²³⁾

20) 영미권에서는 주로 비판적 사고, 비형식논리학이라는 용어가 사용되나, 독일, 프랑스, 네덜란드, 이탈리아 등에서는 주로 논증이론(Argumentationstheorie)라는 용어가 일반적이다.

21) 심헌섭, 「법철학적 법학방법론-법철학과 합리적 법학방법」, 서울대학교 『법학 제 24권 제1호, 1983, 1쪽.

22) 강정혜, 『정의의 여신, 광장으로 나오다』, 프로네시스, 2006, 104쪽.

23) <http://www.lect.or.kr>

규정되어 있다. 하지만 이 규정이 말하는 바는 방대하여 그 구체적 내용을 파악하기에는 어렵다. 그래서 LEET의 모델인 미국의 법학적성시험(‘LSAT: The Law School Admission Test’)에서 도움을 받아보자. 이 시험의 목표는 다음과 같이 소개되어 있다. “LSAT은 법학대학원을 성공적으로 마치기 위해서 필수적이라고 생각되는 능력을 측정하도록 설계되었다. 그 능력은 바로 복잡한 지문을 정확하고 통찰력 있게 읽고 이해하는 능력, 정보를 구성하고 다루며 그로부터 합당한 추론을 이끌어내는 능력, 비판적으로 생각하는 능력, 다른 사람의 추리와 논증을 분석하고 평가하는 능력이다.”²⁴⁾ 이러한 목적과 부합하여 이 시험은 논리적 추론(logical reasoning) 2개, 분석적 추론(analytic reasoning) 1개, 독해(reading comprehension) 1개 등 네 개 분야로 이루어져 있다. 따라서 아직 법을 공부하지는 않아 구체적인 법적 지식을 갖추지 있지는 않지만 법적 사고를 기르기 위해 필요한 기초사고능력이 어떤 것인지는 쉽게 파악할 수 있다.

현대 기호논리학, 수리논리학은 아리스토텔레스의 전통논리학이 가진 한계를 극복하면서 보다 엄밀한 논리연산을 추구하면서 발전하였지만, 너무 수학화된 나머지 모든 학문의 도구, 특히 자연언어, 일상언어로 이루어진 인문학의 도구라는 본연의 임무를 잃게 되었다. 이러한 한계를 극복하기 위해 일의적 기호로 구성되고 필연성을 담보하는 연역추론을 넘어서 자연언어로 이루어진 여러 유형의 판단, 진술, 평가 그리고 가치추론, 개연적 추론 등을 함께 다루는 “비판적 사고(Critical Thinking)”가 등장하였다. 비판적 사고에 대한 정의는 다양하지만, 가장 널리 받아들여지고 있는 정의 두 가지만 살펴보자. R. H. 에니스는 비판적 사고를 다음과 같이 정의한다.²⁵⁾

“비판적 사고는 무엇을 믿고 무엇을 할 것인지에 관한 의사결정에

24) www.lsac.org

25) S. Norris/R. H. Ennis, *Evaluating Critical Thinking*, Prentice Hall 1989, 18.

초점을 맞춘 합당하고 반성적인 사고다.”

여기에서는 자신의 믿음과 행위를 위한 판단이 어떤 것을 기초해서 타당성을 가질 수 있는지에 대한 자기검열적 사고를 강조하고 있다. 한편 R. 폴은 비판적 사고를 다음과 같이 정의한다.

“비판적 사고는 (어떤 주제나 내용 또는 문제에 관한) 사고의 양태이다. 그 속에서 사고 속에 내재한 구조들을 숙련시키고 그것들에 지적 기준을 부과함으로써 자신의 사고의 질을 증진시킨다.”²⁶⁾

이는 비판적 사고의 과정과 목적을 주목한 정의라 할 수 있다. 에니스는 비판적 사고의 과정에서 우리가 따져봐야 할 것으로 12가지 주요 내용을 다음과 같이 제시한다. (1) 진술의 의미 파악, (2) 추론 과정에서 모호함이 있는지 판단, (3) 어떤 진술들이 서로 모순되는지 판단, (4) 결론이 필연적으로 도출되는지 판단, (5) 진술이 충분히 구체적인지 판단, (6) 진술이 어떤 원리를 실제로 적용한 것인지 판단, (7) 관찰 진술이 신뢰할 만한지 판단, (8) 귀납적 결론이 개연성이 있는지 판단, (9) 문제가 정확히 무엇인지 판단, (10) 어떤 것이 전제인지 판단, (11) 정의가 무엇인지 판단, (12) 권위 있다고 생각된 것에 의한 진술이 받아들일만한지 판단.²⁷⁾ 그리고 R. 폴은 비판적 사고의 요소를 다음과 같이 제시하였다. (1) 개념, (2) 함축과 결론, (3) 정보, (4) 문제, (5) 목적, (6) 추론, (7) 가정, (8) 관점.²⁸⁾

물론 두 학자의 주장에서 차이를 보듯, 여기에서 제시하는 것들이 모두 타당하며, 다른 어떤 것도 더 이상 필요로 하지 않는 자기완결적인

26) R. Paul, L. Elder, *Critical Thinking. Tools for Taking Charge of Your Learning and Your Life*, Prentice Hall 2001, xx

27) R. H. Ennis, A Concept of Critical Thinking. *Harvard Educational Review* 32(1), 1962, 83.

28) Richard Paul/Linda Elder, *Critical thinking, tools for taking charge of your learning and your life*. Prentice 2001, 96쪽.

내용이라 할 수는 없다. 하지만 우리는 이를 활용하여 법적 판단을 위한 비판적 사고의 기본적인 내용을 다음과 같이 정리할 수 있다.

- 가) 논리적 타당성: 전제로부터 결론이 필연적으로, 또는 상당 수준의 개연성을 지니며 도출되는가? 다른 전제, 진술과 모순되지는 않는가?
- 나) 의미 해석: 한 진술을 구성하고 있는 개념들의 정의는 무엇인가? 진술의 의미와 목적이 무엇인가?
- 다) 진술 평가: 관찰 진술이 신뢰할 만한가? 권위에 의한 진술이 수용할 만한가?

3.4.1 논리적 타당성은 전제와 결론의 관계를 말한다.²⁹⁾ 이에 대한 일반적이고도 가장 간명한 모델은 다음과 같다. 전제에서는 법률과 법률이 지향하는 법의 정신을 나타내는 보편명제로서의 대전제와 법이 적용되는 구체적인 사안을 나타내는 단칭명제로서의 소전제가 있다. 그리고 구체적 판결이 바로 결론이다. 이는 법적 논증에서 내적 정당화라고도 불린다.³⁰⁾

29) 이와 같은 논리적 사고능력 테스트를 위한 LEET 예시로 2009학년도 법학적성시험 예비시험 중 <추리논증> 1번을 분석하면 다음과 같다.

- * 다음의 논증이 타당하기 위해서 보충되어야 할 전제는?
 “참을 깨달은 자는 배움이 있는 자이다. 책임의 소중함을 느끼는 자가 아니라면 거래를 위해 희생을 각오한 자가 아니다. 진정한 지도자는 거래를 위해 희생을 각오한 자이다. 그러므로 진정한 지도자는 배움이 있는 자이다.”
- ① 참을 깨달은 자는 책임의 소중함을 느끼는 자이다.
- ② 책임의 소중함을 느끼는 자는 참을 깨달은 자이다.
- ③ 배움이 있는 자는 책임의 소중함을 느끼는 자이다.
- ④ 참을 깨달은 자는 거래를 위해 희생을 각오한 자이다.
- ⑤ 참을 깨달은 자는 책임의 소중함을 느끼는 자가 아니다.

지문분석: [주어진 것]	[배열 바꿈을 통한 풀기]
참깨 -> 배움	진지 -> 회각
~책소 -> ~회각 (= 회각 -> 책소)	회각 -> 책소
진지 -> 회각	책소 -> 참깨 !!!!
(?)	참깨 -> 배움
-----	-----
진지 -> 배움	진지 -> 배움

- (1) (x) (Tx → Ux) (법률)
- (2) Ta (법률 적용 대상 행위)
- (3) Ua (법적 판결)

이는 다음을 뜻한다. ‘법적 개체인 모든 x에 대해 다음이 타당하다. 즉 x가 법적 규범에 해당되는 T라는 행위를 하면, x에게 U라는 판결이 내려진다. a라는 법적 개체는 행위 T를 했다. 따라서 a에게는 판결 U가 내려진다.’ 예를 들면 다음과 같다.

- (1') 사람을 살해한 자(Tx)는 5년 이상의 징역에 처한다.(Ux)
- (2') 김영철(a)은 사람을 살해하였다.(T)
- (3') 김영철은 5년 이상의 징역에 처한다.(Ua)

3.4.2 의미 해석: 법조문들은 모두 보편명제이며, 따라서 그 주어와 술어는 모두 보편개념들로 이루어져 있다. 예컨대 위에서 인용한 형법 제 250조 살인죄 조항에서 “사람을 살해한 자”는 어떤 개별자를 지칭하는 것이 아니라, 많은 사람들이 해당될 수 있는 하나의 보편개념이다. 따라서 어떤 사람이 이러한 자인지 결정하기 위해서 다시 ‘무엇이 사람인지’, 예컨대 ‘태이는 사람인지’에 대한 정확한 해석이 요구된다. 이는 술어 ‘살인’에 대해서도 마찬가지다. 다시 말해 입법화된 실정법이라고 해서 그 의미가 늘 분명한 것은 아니다. 또한 구체적인 판례로 이루어진 법이라 할지라도 그 판례와 그것을 적용하는 사건의 사이에는 불확정성 (indeterminacies of examples)이 내재되어 있어, 이를 연결하기 위해서는 해석을 통해 보편명제를 추출해야 한다.³⁰⁾ 다시 말해 보편적이고 추상적인 개념과 명제는 구체적인 개체, 사실과 존재론적으로 범주가 다르며

30) 알렉시, 위의 책, 311쪽. 또한 같은 곳 주석 25에서 J. Wroblewski, *Legal Decision and its Justification* S.412 참조: “내적 정당화는 주어진 전제들로부터 그 결론으로 간주되는 법적 결정에 이르게 되는 추론의 타당성을 다룬다.”

31) 허버트 하트, 위의 책, 162~169쪽.

이 들은 오직 해석을 통해 연결될 수 있다. 따라서 법적 판견은 개념들의 정의, 법률의 의미와 궁극적 목적에 대한 올바른 해석을 요구한다. 심헌섭 교수는 법 해석에 관해 일반적으로 통용되는 다음의 네 가지 방법을 제시하고 있다.³²⁾

- 1) 법률문헌의 ‘어원’을 확인하라. (文理해석)
- 2) 해석하려는 법규정이 놓여 있는 법률상의 ‘문맥’을 유의하라.
(논리적·체계적 해석)
- 3) ‘입법자의 규율의도’가 달성될 수 있도록 법률을 해석하라.
(역사적 또는 주관적·목적론적 해석)
- 4) ‘법률의 목적’이 달성될 수 있도록 법률을 해석하라.
(객관적·목적론적 해석)

심 교수의 견해를 간추려 말하면, 이것들은 서로 완전히 나누어지는 분류와 같은 것이 아니며 무엇을 우선순위로 할 것인가를 정할 수 있는 것도 아니다. 그는 법 형성을 논의하는 경우 법규의 어의가 명백하면 그것을 우선으로, 그렇지 않으면 입법자의 목적을 우선으로, 그것으로 결정할 수 없으면 법률의 이성적 목적에 비추어 해석하자고 제안하고 있다. 하지만 법률의 ‘어의’를 발견하는 것이 최우선이지만 여기에서도 일의적 해석이 불가능한 경우가 많고 다른 것들 역시 그러함을 토로하고 있다. 그러면서 “법적 결정을 모색함에 있어서는 무엇보다도 논리적으로 엄정하게, 방법적으로 정직되게 그리고 토론에 있어서는 합당한 관점이라면 모두 받아들여 고려하는 것이 필요하다”며 “방법다원론”의 불가피성으로 결론 맺고 있다.³³⁾ 이는 즉 법해석에서 한 가지 원리만을 확정하는 것은 불가능하며, 법의 정신의 실현을 위해 법률의 언어적·논리적 의미, 입법자의 의도, 법의 목적 등 다양한 것들을 고려해야 함을 말한다.

32) 심헌섭, 『분석과 비판의 법철학』, 법문사, 2001, 214쪽. 또한 O. 회페, 『정의. 인류의 가장 소중한 유산』, 박종대 옮김, 이제이북스, 2004, 88쪽.

33) 심헌섭, 위의 책 225-226쪽.

법학에서 논증과 해석은 어떤 관계에 있는가? 김성룡은 “해석과 논증이 법의 적용이라는 활동의 두 기둥”이라고 말한다.³⁴⁾ 이들은 상호의존적이다. 첫째 법률 해석이 전제되어야 법적 판결로서의 논증이 이루어진다. 둘째 법률 해석의 타당성은 논증을 통해 확보된다. 다시 말해 법해석의 결과는 하나의 주장이다. 그런데 어떤 주장이 옳다면 그 주장은 항상 근거를 가지고 있어야 한다.³⁵⁾ 다시 말해 하나의 개념·문장의 의미를 밝히는 과정이 해석이지만, 이미 그 해석을 하는 사람의 머리에서는 논증을 수행한 것이고, 그 해석이 정당한지 따지는 과정이 또한 논증이다. 따라서 해석과 논증은 불가분의 관계에 놓이게 된다.

3.4.3 진술 평가: 법적 판단이란 법과 사건의 관계를 연결짓는 판단이다. 따라서 올바른 법적 판결을 위해서는 그 판결을 뒷받침하는 소전제에 해당하는 사실 관련 진술들에 대한 평가가 필요하다. 여기에는 목격자, 증인의 진술, 각종 통계자료와 정보, 전문가의 의견 등 여러 가지가 해당된다. 이러한 각종의 사실 관련 진술에 대해 그 진위여부, 신뢰성, 타당도, 개연성, 적합성의 정도에 대한 평가가 필요하다. 예컨대 의료, 과학, 환경 등 전문성이 요구되는 사실판단을 위해서는 전문적 지식을 습득하거나 전문가들의 진술에 대한 평가능력이 요구된다.

앞의 논리적 타당성에서 제시했던 간명한 모델에 의미 해석과 진술 평가를 포함시키면 다음과 같은 모델을 만들 수 있다.

(1) (x) (Tx → Ux) (법률)

34) 김성룡, 『법적 논증의 기초』, 경북대학교출판부, 2006, 65쪽.

35) 왜 우리는 타당하다고 생각되는 근거를 가진 주장만을 수용할 수 있는가? 이에 대해서는 직접적인 답이 불가능하다. 왜냐하면 이에 대한 대답 자체가 다시 근거를 가진 주장이기 때문이다. 따라서 이에 대해서는 오직 간접적인 답만 가능하다. 그 간접적인 답이란, 타당하다고 생각되는 근거를 갖지 못한 주장 또는 오직 주장뿐인 것을 받아들이면 어떠한 결과가 나오는가 하는 귀류법적인 (reductio ad absurdum) 방법이다. 이를 통한 답은 다음과 같다: “임의로 주장된 것은 임의로 부정된다. (quod gratis asseritur gratis negatur)”

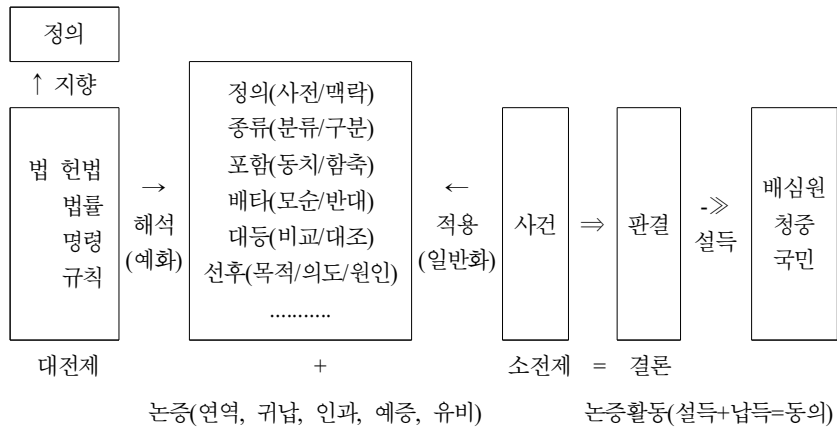
법적 사고(Legal Mind)와 비판적 사고(Critical Thinking) / 하병학

- (2) (x) (Bx → Tx) (법률 해석)
- (3) Ca (법률 적용 대상 행위 또는 목격자 증언)
- (4) (x) (Cx → Bx) (전문가 의견)
- (5) Ua (법적 판결)

- (1') 사람을 살해한 자는(Tx) 5년 이상의 징역에 처한다.(Ux)
- (2') 신생아는(Bx) 인간이다.(Tx)
[또는: 신생아를 죽이는 것은(Bx) 사람을 살해하는 것이다.(Tx)]
- (3') 의사 김영철은(a) 산모의 신체로부터 노출된 태아를 죽였다.(C)
- (4) 산모의 신체로부터 노출된 태아는(Cx) 신생아이다.(Bx)
[또는: 산모의 신체로부터 노출된 태아를 죽이는 것은(Cx) 신생아를 죽이는 것이다.(Bx)]
- (5') 김영철에게 5년 이상의 징역에 처한다.(Ua)

이상과 같이 정당성 확보를 위한 법학방법론의 토대로서의 비판적 사고를 거칠게 도식화하면 다음과 같다.

<법 비판적 사고>



4. 결어를 대신하여

논자는 이 글에서 법이 인간, 철학, 논리, 비판 등과 본질적인 관계에 놓여 있음을 밝히고자 하였다. 그리고 비판적 사고가 어떠한 의미에서 법논리학, 법해석방법론, 법적 논증이론을 포괄하는 하나의 법학방법론으로서 자리잡을 수 있는지를 보여줌으로써 LEET에서 비판적 사고능력을 중요시하는 이유를 보여주고자 하였다. 특히 3년이라는 짧은 교육기간으로 인해 비판적 사고가 법학전문대학원 입학자를 위한 교육보다 입학자격으로 요구되는 것은 자연스러운 현상이다.

앞에서도 살펴보았듯, 법학전문대학원 제도는 국제화와 함께 “국민들의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공”하기 위해 도입되었다. 그동안의 법학교육이 송무중심의 법률가를 양성하기 위한 수험교육에 치중되었으며,³⁶⁾ 사법고시를 통한 국가 중심의 법정립을 추구하였다면, 앞으로는 법의 민간화, 시민화(Privatisierung des Rechts)의 경향이 강하게 나타날 것으로 보이며, 국가마다 상이한 법률 간의 조정이 강조될 것으로 보인다.³⁷⁾ 이러한 상황에서 모든 학문의 중요한 방법론으로 안착하고 있는 비판적 사고가 논증과 해석이 강조되는 법학방법론에서도 일조할 수 있으므로 법 비판적 사고에 대한 보다 체계적이고도 상세한 연구가 지속될 필요가 있다.

(가톨릭대학교 교양교육원)

36) 권오승, 「법학교육개혁의 과제와 추진」, 『법과 사회』, 제18호, 법과사회이론연구회, 2000, 103쪽.

37) 홍영기는 법학전문대학원의 등장과 함께 “기존의 법도그마틱 결과들을 답습하는 학습패턴에서 벗어나, 스스로 법해석, 적용의 방법들을 고안하고 만들어 낼 수 있는 전문적인 능력이 요구된다”고 하며 법학방법론에 대한 연구를 강조하고 있다. (『로스쿨과 학부에서의 형법학 및 기초법학 교육』, 『법학연구』, 제4호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2009, 10~11쪽.

참고문헌

- 강정혜, 『정의의 여신, 광장으로 나오다』, 프로네시스, 2006.
- 공 자, 『논어』, 헌문 36, 김석원 옮김, 혜원출판사 1994.
- 권오승, 「법학교육개혁의 과제와 추진」, 『법과 사회』, 제18호, 법과사회이론 연구회, 2000.
- 김성룡, 『법적 논증의 기초』, 경북대학교출판부, 2006.
- 김 옥, 『교양으로 읽는 법 이야기』, 인물과 사상사, 2007.
- 심헌섭, 「법철학적 법학방법론-법철학과 합리적 법학방법」, 『서울대학교 법학』 제24권 제1호, 1983.
- 심헌섭, 『분석과 비판의 법철학』, 법문사, 2001.
- 알렉시, 로베르트, 『법적 논증 이론』, 변종필/최희수/박달현 옮김, 고려대학교 출판부, 2007.
- 이상욱, 「법적 사고란?」, 『고시연구』, 고시연구사(연구), 2002년 12월호(통권 제345호).
- 플라톤, 「에우티프론」, 『에우티프론, 소크라테스의 변론, 크리톤, 파이돈』, 박종현 옮김, 서광사, 2003.
- 플라톤, 「크리톤」, 『소크라테스의 변명』, 최홍민 옮김, 민성사, 1999.
- 허버트 하트, 『법의 개념』, 오병선 옮김, 아카넷 2002.
- 홍영기, 「로스쿨과 학부에서의 형법학 및 기초법학 교육」, 『법학연구』, 제4호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2009.
- 줄 고, 「논술능력 향상을 위한 비판적 사고와 비판적 사고능력 향상을 위한 논술」, 『철학과 현실』, 철학문화연구소, 2008년 봄, 76호.
- Couturat, L. *La logique de Leibniz de`apre des documents inedits*, Repr. Olms: Hildesheim, 1961.
- Ennis, R. H., *A Concept of Critical Thinking*. Harvard Educational Review 32(1), 1962.
- Norris, S./Ennis, R. H., *Evaluating Critical Thinking*, Prentice Hall, 1989.

철학탐구 제26집

Perelmamm, Chaim, *Logik und Argumentation*, herausgegeben und uebersetzt von F. R. Varwig, Weinheim, 1994.

Platon, *Protagoras*, uebersetzt von H.-W. Krautz, Stuttgart, 1987.

Paul, R., Elder, L., *Critical Thinking. Tools for Taking Charge of Your Learning and Your Life*, Prentice Hall, 2001.

법학전문대학원협의회 홈페이지, <http://info.leet.or.kr>

독일 에어랑엔 대학 법학부 홈페이지. http://univis.uni-erlangen.de/form?__s=2&dsc=anew/tlecture&tdir=rechts/juris/schlss&anonymous=1&ref=lecture&sem=2009w&__e=547

미국 법학전문대학원 홈페이지 www.lsac.org

Rechtliches Denken und kritisches Denken

Byung-Hak Ha

Das Recht, die Gerechtigkeit ist ein unentbehrliches Element, die Menschlichkeit zu charakterisieren. Zur Zeit in Korea wird die Rolle des Rechtes vergrößert, weil die neuen Normen aus den Ausländern eingeflossen sind und wegen der Entwicklung der modernen Wissenschaften viele neue Probleme auf das gesetzliche Urteil warten. Indem das Law-School-System in Korea eingeführt wird, zieht sich man großes Interesse auf die Recht-Methodenlehre und Critical Thinking. Einerseits ist die Critical Thinking die Grundfähigkeit für Legal Mind, deswegen hat sie in Leet (Eintrittstest für Law-School) große Bedeutung. Andererseits kann sie eine Recht-Methodenlehre sein, weil sie in sich die juristische Logik, Hermeneutik, Argumentationstheorie usw. enthält. Denn ein gesetzliches Urteil braucht nicht nur logisches Denken, sondern auch die richtige Interpretation der Begriffe und Gesetze in den juristischen Kontext und richtiges Urteil über verschiedene Aussagen von Experten und Zeugen usw. Dieser Aufsatz zeigt für das rechtliche Urteil auf ein Modell des auf Grund des Kritischen Denkens.

Key Words: Legal Mind, Critical Thinking, Legal Reasoning, Legal Methodology, Justice

하병학 e-mail: speechact@catholic.ac.kr

투 고 일	2009년 10월 16일
심 사 일	2009년 11월 11일
게재확정	2009년 11월 13일