

헌법재판에서의 사회과학적 변론

-Brown사건과 생계보호기준사건의 비교를 중심으로

韓 尙 熙

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

- | | |
|---------------------------|------------------------|
| I. 헌법발견과 사회과학 | IV. 사회과학적 헌법변론의 문제 |
| II. 헌법판단에서의 사실분석 및 평가의 문제 | 1. 「헌법변론」의 의의 |
| 1. 생계보호기준사건 : 문제의 제기 | 2. 몇가지 개념들 |
| III. 사회과학적 헌법변론의 모델 | 3. 사회과학적 헌법문제의 설정과 디자인 |
| 1. Brown사건의 전개 | V. 결론 |
| 2. 그의미 | |

I. 헌법발견과 사회과학

"법의 생명은 논리가 아니고, 경험"¹⁾이라는 Holmes대법관의 명제는 미국의 형식주의적 법학에 대한 비판의 장을 여는 서곡이었다. 동시에 그것은 산업사회로 접어드는 미국자본주의에서 행정국가적 현상을 사법의 영역에서 재확인하는 선언이기도 하다. 소극적 자유와 형식적 평등의 이념을 바탕으로 계약자유와 원칙만을 최고의 법원리로 파악하였던 자유방임식의 시장경제 질서가 다양하고도 광범위한 국가개입에 의하여 유도·규율되는 상황에서 새로운 법현상-입법과 사법에서의-의 실천을 요청하는 법적인 표현이었던 것이다.

우리나라에 헌법재판제도가 도입되어 활성화된 지 이제 10년이 다 되어간다. 그동안 상당한 수의 법률이나 공권력행사가 위헌으로 선언되고 그보다 몇 갑절 많은 수는 나름의 정당성을 획득하기도 하였다. 하지만, 그 법률이나 공권력행사의 헌법적 정당성여부를 심판하는 기제로서의

1) Holmes, Jr., The Common Law(Boston: Little, Brown & Co., 1944), p.1

헌법재판은 입법이나 행정에 고유한 특성-일정한 사실인식 및 해석에 기반한 합목적적 정책결정이라는 속성과는 전혀 단절된 채, 단순한 형식적 법논리에만 입각하거나 심한 경우 외국의 예를 무차별적으로 도입하여 프루크로테스의 침대처럼 재단하는 획일적 판단에 그치고 있었다. 오랜 권위주의적 정치관행에서 야기되는 입법의 졸속성이나 행정의 관료주의화의 폐단을 헌법의 이름으로 교정하고 헌법실천의 계기가 되어야 할 헌법재판이 역시 그러한 졸속과 관료주의적 행태로서 반복되고 있는 것이다. 특히 주사행정, 주사입법(요즈음은 사무관행정·입법이라 할 것이다)의 과정에서 입법사실·행정사실을 임의적이고 자의적으로 선택하고 편의성과 획일성으로 해석, 평가하는 현실을 헌법재판과정에서 올바른 사실판단으로 교정할 수 있는 기회도, 능력도 갖추지 못하고 있다는 점은 우리 헌법현실의 파행성을 단적으로 표징하고 있다.

이 글은 이러한 실정에서 산업화사회에서 (헌)법현실의 구조변화에도 불구하고 형식주의적 법해석으로만 일관하는, 그럼으로써 입법과 행정의 합목적적 고려를 규제하지 못한 채, 하양 입법재량이나 행정재량의 논리로 헌법으로부터 자유로운 영역만을 산출하기 십상인 우리 헌법재판의 현실을 비판하는데서 출발한다. 그래서 이 글은 J. Monahan & L. Walker²⁾의 설명을 중심으로 헌법재판을 위한 변론의 과정에서 필연적으로 요청되는 사회과학적 입증 및 주장의 필요성과 그 가능성을 타진하고 그에 상당하는 분석기반을 제시하기 위하여 기도되었다. 이를 위하여 사회과학과 변론이 가장 긴밀히 결합되어 있는 미국의 예를 Brown사건을 중심으로 서술해 나가면서 동시에 이 점에서 빈약한 논증에 입각하였던 생계보호기준사건의 문제점을 지적하는 비교분석의 방법을 통하여 존재와 당위의 절단이라는 오도된 방법이원론을 비판하고 존재와 사물의 본성으로부터 법적 추론의 기반을 모색하는 헌법판단의 모델을 제시해 볼 것이다.

II. 헌법판단에서의 사실분석 및 평가의 문제

1. 생계보호기준사건 : 문제의 제기

시민단체인 참여연대는 「선진사회를 향한 '국민생활최저선'(National Minimum)확보운동」의 일환으로 「1994년 생활보호사업지침」(1994.1 보건복지부장관고시)상의 '94년 생계보호기준'이 최저생계비에도 훨씬 미치지 못하는 열악한 수준이어서 헌법상의 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리를 침해하고 있음을 이유로 1994. 2. 25. 이 기준에 대한 헌법소원심판을 청구하였다. 이에 의하면 '94년 생계보호기준'은 거택보호자에 대한 생계보호급여금이 1인당 백미 10Kg, 정맥 2.5Kg, 부식비 하루 820원, 연료비 하루 675원, 장의비 300,000원 등으로 월 65,000원 수준에 불과하며, 이는 1993년도 전국평균 월 최저생계비인 118,600원, 기초생존비 105,000원에도 미치지

2) Social Science in Law: Cases and Materials, 3rd ed.(Westbury, N.Y.:The Foundation Press, Inc., 1994)

지 못하는 만큼 인간으로서의 생존을 보호하여야 할 국가적 의무를 저버리고 있음을 지적하였다. 이에 대하여 보건복지부는 국가의 재정상태와의 연계성을 지적하면서, 직업훈련, 취업알선, 영구아파트우선입주권부여, 생업자금융자, 수도료, 전화료, TV수신료 등 각종 공과금감면 및 각종보호를 시행하고 있는 만큼 위헌이 아니라고 주장하였다.

헌법재판소는 이러한 주장에 대하여 모든 사실관계를 인정하면서 생활능력없는 국민에 대한 국가의 보호의무를 인정하고 인간다운 생활을 할 권리에 대한 나름의 주관적 공권으로서의 의미를 인정하면서도 국가가 행하는 생계보호가 헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지의 여부는 결국 국가가 국민의 “인간다운 생활”을 보장함에 필요한 최소한도의 조치는 취하였든가의 여부에 달려있다 …… 인간다운 생활이란 그 자체가 추상적이고 상대적인 개념으로서 그 나라의 문화의 발달 역사적 사회적 경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있는 것 …… 국가가 이를 보장하기 위한 생계보호수준을 구체적으로 결정함에 있어서는 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계등 복잡하고도 다양한 요소들을 함께 고려하여야 한다. 는 유보조항을 달면서 생활보호법에 의한 생계보호 외에도 다른 법령에 의한 각종 공과금감면 및 각종보호를 시행하고 있는 만큼 “그러한 각종의 급여나 부담의 감면 등을 총괄한 수준”에 의하여 판단하여야 할 것이며, 이 점에서 만장일치의 결정에 의하여 위 지침은 위헌이 아니라고 판단하였다.³⁾

여기서 이 사건에서 다툼의 대상이 되었던 것은, 청구인적격이라든가, 인간다운 생활의 권리의 성격 등과 같은 순수한 헌법도그마에 관한 문제가 아니라, 과연 기존의 국가적 보호조치들이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기에 필요한 최소한도의 수준을 만족시키고 있는가의 여부를 알 수 있다. 즉, 순수하게 규범적인 판단의 문제가 아니라, 일정한 규범판단을 전제로 그에 관련된 사실관계가 어떻게 이해되고 있는가 환언하자면 사실에 대한 평가의 문제인 것이다. 이 점에 관하여 헌법재판소는 생계보호는 “여타의 자산·근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것” 또는 “부양의무자의 부양과 기타 다른 법령에 의한 보호”를 우선하여야 할 일종의 “보충적인 것”임을 확인하면서, 월동대책비(년간 61,000원), 노인복지법에 의한 노령수당(월15,000원), 버스승차권(월 3,600원 상당) 등의 부가적 부조가 행하여지고 있고 또 보건복지부의 계획이 이 생계보호비의 점진적 지원을 확약하고 있는 만큼 “생계보호의 수준이 일반 최저생계비에 못미친다고 하더라도 그 사실망으로 곧 그것이 헌법에 위반된다거나” 청구인들의 헌법상의 권리를 침해한 것이라고는 볼 수 없다고 하였다.

여기서 청구인측이나 헌법재판소측에서 간과한 중요한 사실을 발견할 수 있다. 인간다운 생활의 권리나 생계보호의 보충적 성격등에 관한 법률적 판단에 대하여는 양측의 이견이 존재하지 않는 상황에서 그럼에도 불구하고 정반대의 결론을 주장할 수 있는 것은 사실의 평가에 있어서의 차이때문인 것이다. 그리고 바로 이 점에서 청구인들의 주장방법상의 허술함을 지적하

3) 1997.5.29 선고 94헌마33 1994년 생계보호기준위헌확인

지 않을 수 없다.

인간다운 생활이란, 헌법재판소의 결정에서와 같이, ① “그 나라의 문화의 발달 역사적 사회적 경제적 여건에 따라” 그 내연이 달라질 수 있는 것이며, 또한 ② “국가가 이를 보장하기 위한 생계보호수준을 구체적으로 결정함에 있어서는 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정 규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계등 복잡하고도 다양한 요소들을 함께 고려하여야” 하는 것이다. 그러나 위의 ②의 진술은 엄밀히 보아 ①을 부연하고 있는 것에 불과한 만큼, ‘인간다운 생활’이 가지는 의미는 결국에는 인간이라는 개념에 부여하는 사회·문화적 의미에 의하여 결정되지 않을 수 없다. 왜냐하면 ②에서 말하는 소득수준, (경제적) 생활수준, 재정 규모 등은 ①의 경제적 여건을 부연하는 것이고 국가의 정책은 이미 전제로서 인간다운 생활의 보장의무를 헌법적 의무로 인정하고 있는 헌법재판소의 입장에서 그 자체가 본건의 판단대상이 되고 있어 여기서 다시 언급하는 것은 언어의 남용에 불과하기 때문이다. 그렇다면 ②에서의 생활수준중 사회·문화적 생활수준은 결국 ①에 의하여 결정될 따름이며 결국 ‘인간’의 의미와 그에 부착되는 ‘~다운’에 대한 사회적·법적 평가에 달려 있다 할 것이다.

논리의 흐름이 이러함에도 불구하고 청구인과 헌법재판소는 이 ‘인간다운’이 가지는 사회·문화적 의미부여를 그대로 생략한 채, 자신의 예단으로 대체하고 있다. ①에서 말하는 문화적, 사회적 ‘여건’이 내포하는 사실성- 인간에 대한 사회구성원의 인식과 평가가 사회적으로 존재한다는 의미에서의 사실성이 전혀 언급되어 있지 않은 것이다. 과연 우리의 사회에서는 어떠한 삶의 모습을 ‘인간’으로서의 모습으로 상정하고 어떠한 수준의 것을 ‘~다운’이라는 관념의 최소한으로 인식하고 있는지에 대한 하등의 분석조차 언급되지 않는다. 한마디로 청구인과 헌법재판소는 모두 자신들이 입각하고 있는 전체(즉, ①의 판단)를 자신들의 편견으로 대체할 뿐 그것의 적절성이나 타당성에 대한 어떠한 입증도 않고 있는 것이다.

이러한 논리전개상의 문제는 「보충성」의 인식에도 나타난다. 실제 「보충성」은 국가적 개입 외에 달리 방법이 없는 경우 그 개입이 허용되고 또 규범적으로 요청된다는 하나의 조건명제이다. 여기서 달리 방법이 없다 함은 그 자체 일정한 사실관계에 대한 인식을 전제로 하는 것이고 따라서 기존의 사회·문화적 현상이나 경제적 조치등의 적절성 즉 합리성여부에 대한 경험적이고 과학적인 판단이 필요한 것이다. 환언하자면, 헌법재판소가 말하는 월동대책비 외 제반의 수단들이 청구인의 「인간다운 생활」을 보장함에 필요한 최소한의 수준을 만족시킴에 적절하고 또 합리적인가를 분석하고 그에 대한 평가를 이루어낸 다음에 보충성의 요건충족여부를 판단하여야 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 단순히 그러한 조치들이 존재한다는 사실만으로 보충성판단에 이르고 있으며, 이에 대한 청구인측의 그 어떠한 이의제기 조차도 없다.⁴⁾

4) 한마디로 도구적 합리성의 관념과 규범적 합리성의 관념을 혼동하면서 전자를 후자로 완전히 대체하는 우를 범하고 있는 것이다. 전자는 목적실현에 있어서의 수단의 효율성 즉, 당해 수단을 통하여 목적을 어느 정도로 실현시키며, 그 비용은 경제성이 있는가의 문제를 경험적, '과학적'으로 분석하고 평가함을 의미하지만, 그것이 단순히 당사자의 자치와 행정재량이라는 규범논리로 치환되어 있을 따름이다.

문제는 여기서 그치지 않는다. 청구인측의 주장이나 헌법재판소의 판단 모두가 현상에 대하여 무관심하다는 우를 범하고 있다. 헌법재판소의 결정이 암묵적으로 전제하고 있는 바와 같이, 인간다운 생활이 지향하고 있는 바가 미래를 향한 계획이 아니라, 현실에서의 실현 즉 실천이라고 한다면, 현재의 시점에서 청구인의 생활상태가 어떠하며, 그에 대한 사회적 평가는 무엇이며 헌법규범적 맥락에서는 어떠한 의미를 부여하여야 할 것인가를 먼저 판단하여야 함에도 불구하고 단순히 기존의 제도가 어떻게 되어 있고 그것이 무슨 의의를 가지는가에 대한 전도된 분석만 행하고 있는 것이다. 그래서 청구인의 현재의 생활상태에 대하여 그 사회부조제도가 어떠한 비중과 기능을 수행하고 있는가의 문제 보다는, 국가재정에서 사회부조가 차지하는 몫⁵⁾만을 염두에 두게 된다.

결국 양측의 주장은 헌법분쟁을 해결하는 데 필요한 가장 기초적인 전제조건들 즉 헌법문제를 특정하고 그것을 그에 상응하는 시선에서 분석, 평가하는 메카니즘 자체가 결여되어 있다는 점에서 전혀 과학적 타당성이 결여된 판단으로 나아가고 있는 것이다. 그래서 구체적 사건성을 전제로 하는 우리나라의 헌법재판제도에 상응하는, 사건적 특성에 대한 고려가 전혀 없이 단순히 제도나 규정만을 형식주의적인 법해석으로 예단하고 처결하는 일종의 사법적 독단으로 일관하는 것이다.

III. 사회과학적 헌법변론의 모델

1. Brown사건의 전개

Brown사건은 우리 헌법재판현실에 대한 위의 비판에 적절한 대안의 모범을 보여준다. 물론 헌법판단에 있어 사회과학적 접근법을 활용한 것은 물론 Brown사건이 최초는 아니다. 오히려 Lochner원칙의 적용을 부인하고 모성보호를 위하여 세탁부의 취업시간을 제한한 주법에 대하여 합헌판단을 내린 Muller v. Oregon⁶⁾사건이 이러한 접근법에서 일단의 계기를 마련한 최초의 사건이라 할 것이다. 여기서 청구인측의 변호인으로 나선 L. Brandeis변호사(이후 대법관이 되었음)는 그 변론서에서 약 100면에 달하는 분량을 과다노동이 여성의 신체와 육아에 미치는 영향, 그리고 그로부터 야기되는 제2세인 아동들의 신체적, 정서적 침해들을 나열하고 이러한 문제점들을 극복하여야 할 의무가 분명히 Oregon주의 경찰행정상의 의무임을 입증하고자 하였다. Brewer대법관이 쓴 만장일치의 의견서는 다음과 같이 선언하면서 이를 받아들였다.

5) 실제 이것조차도 전도된 논리에 입각하고 있다. 기존의 사회부조예산의 크기로부터 개별적인 부조금액의 타당성을 따질 것이 아니라, 인간다운 생활을 영위하는 데에 필요한 국가적 지원의 크기부터 먼저 결정하고 그에 따라 예산배정의 타당성을 따지는 것이 올바른 것이다.

6) 208 U.S. 412(1907)

헌법문제는 공공여론이 합의점에 이르더라도 해결될 수 없는 경우가 있다. 그것은, 불변의 형식을 통하여 입법행위에 제약을 가하고 이로부터 인민정부에 영속성과 안정성을 부여하고자 하는 것이 바로 성문헌법의 특유한 목적이기 때문이다. 동시에 사실문제가 논란의 대상이 되어 있거나 논란의 여지가 있을 때에는 그리고 특정한 헌법상의 제한이 미치는 범위가 이러한 논란으로 인하여 영향을 받을 때에는 그 사실관계에 관한 광범위하고 지속적으로 받아들여지고 있는 신념 또한 고려의 가치가 있다. 모든 일반적인 지식에 관한 사항은 사법적 심리의 대상인 것이다.

의학적, 사회학적, 심리학적 지식들이 모성보호라는 헌법상의 요청을 해석하는데 결정적인 모티프로 작용함을 선언한 것이다. 그리고 바로 이러한 점이 입법에 대한 사법심사에서의 합리성 심사(rationality test)의 계기를 이루기도 하였다.⁷⁾ 하지만 이 사건에서의 변론의 방법은 엄밀한 과학적 분석과 평가의 과정을 거친 것이라기 보다는 오히려 일정한 학문영역의 전문가들이 의견의 형태로 제시한 것이 대부분이라는 점에서 완전히 사회과학적 접근법을 취한 것은 아니었다. 단지, 그 변론이나 심사에서 문제의 설정 및 해결방법을 추구하는 과정이 사회과학적 정향을 가지고 있었다는 점에서 의의가 있을 뿐이다.

Brown사건⁸⁾은 이러한 연방대법원의 태도변화와 더불어 활발하게 진행되었던 사회과학적 지식의 축적을 바탕으로 보다 전략적이고 본격적인 차원에서 진행된 사건이라는 점에서 의미를 가진다. 이 사건은 남북전쟁에 이어, Plessy v. Ferguson⁹⁾에서 선언된 「분리하되 평등(seperate but equal)」이라는 100여년¹⁰⁾에 걸친 인종차별의 정책에 대한, 미국 흑인들의 제2의 혁명이라는 도전이었다. 유색인종인권옹호협회(the National Association the Advancement of Colored People: NAACP)를 중심으로 T. Marshall변호사의 지도하에 기획, 진행되었던 이 사건에서 중심적인 헌법문제는 두 가지였다: 첫째, 분리하되 평등의 원칙이 흑인들을 불합리하게 차별하는가? 둘째, 그 근거가 되는 수정헌법 제14조에서 규정하고 있는 「법앞에서의 평등한 보호(Equal Protection of Law)」의 제정취지가 인종통합까지도 염두에 두고 있었는가? 그러나 후자의 문제는 수정헌법 제14조의 제정자(the Founding Fathers)들의 입법의사의 추적이 100년이라는 시간의 경과로 불가능하다는 결론에 이르러 수많은 역사학자와 헌법사학자가 동원되었음에도 불구하고 정작 본안의 판단에서는 별다른 주목을 끌지 못하였다. 문제는 전자 즉, 다른 모든 여건이 동일하다 할지라도 분리한다는 사실 그 자체만으로 흑인들은 차별대우를 받는다고 할 수 있을

7) Brandeis변호사는 그 이후에도 W.C. Ritchie & Co. v. Wayman, 244 Ill. 509(1910)사건에서는 610면의, 그리고 Bunting v. Oregon, 243 U.S. 426(1917)에서는 무려 1021면에 이르는 변론서를 제출하는 등 가장 적극적으로 사회과학적 변론 전략을 취하였다.

8) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483(1954). 이 사건은 Brown I 사건으로 그 이듬해의 인종통합의 방법을 선언한 Brown II사건(1955)는 이 글에서는 다루지 않는다.

9) 163 U.S. 537(1896)

10) 실제 이 원칙은 1850년 Massachusetts 최고법원의 Shaw대법관이 Roberts v. the City of Boston이라는 학교인종분리사건에서 내린 결정문에서 이미 확립하여 계속 시행되었던 미국의 관행이었다.

것인가 아닌가의 문제가 핵심으로 떠올랐다. 그리고 바로 이 부분에서 전례없이 광범위한 지식계의 동원이 이루어졌던 것이다.

Marshall변호사는 1930년대 중반이후 본격적으로 진행되었던 인종차별철폐를 위한 사법투쟁의 경험을 바탕으로 이 사건을 중심사건으로 규정하고 남부의 학교에서 이루어지는 인종분리정책에 대한 전면전을 열었다. 그는 위의 첫째의 문제를 인종분리정책이 흑인들의 심성에 어떠한 영향을 미치는가의 문제로 전환시켰다. 즉, 인종분리라는 사실 자체가 흑인들에게는 치유할 수 없는 열등감을 야기하고 이것이 흑인들의 열악한 사회적 지위를 규정하는 주된 요인으로 작동하기 때문에 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위반하는 제도임을 헌법문제로 제기하였던 것이다. 그래서 인종분리를 국가(즉 주정부)가 법률로써 강제하는 그 당시의 관행은 흑인들의 사회적 지위를 영구적이고 치유불가능할 정도로 열악하게 만드는 비합리적이고 자의적인 차별의 행위라고 주장하였다.

그리고 이를 입증하기 위하여 그는 소담은 소규모의 세미나와 집회를 개최하고 인류학자나 사회학자, 심리학자들로 하여금 그에 상응하는 연구결과물들을 산출하도록 유도하였다. 그에 가장 두드러진 것중의 하나가 M. Deutscher & I. Chein의 글이다.¹¹⁾ 이들은 849명의 사회과학자들을 분리하는 집단(즉, 백인집단)과 분리되는 집단(즉 유색인종집단)으로 구분하여 각각 설문을 달리 하여 조사하였다.

전자의 집단에 대하여는:

- ① 나는, 강제된 인종분리는 비록 동일한 시설이 제공된다 할지라도 분리되는 인종집단 또는 종교집단이 구성원들에 대하여 심리적으로 좋지않은(detrimental) 영향을 미친다고 믿는다.
- ② 나는, 강제된 인종분리는 비록 동일한 시설이 제공된다면 분리되는 인종집단 또는 종교집단이 구성원들에 대하여 결정적으로 심리적으로 좋지않은 영향을 미치지 않는다고 믿는다.
- ③ 아직 이 문제에 관하여 생각한 바 없다.

그리고 후자에 대하여는:

- ① 나는, 인종분리를 강제하는 집단의 구성원은 비록 그들이 분리되는 인종집단 또는 종교집단에 대하여 동일한 시설을 제공한다 할지라도 강제된 인종분리에 의하여 심리적으로 좋지않은 영향을 받는다고 믿는다.
- ② 나는, 인종분리를 강제하는 집단의 구성원은 비록 그들이 분리되는 인종집단 또는 종교집단에 대하여 동일한 시설을 제공한다면 강제된 인종분리에 의하여 심리적으로 좋지않은 영향을 받는지는 않는다고 믿는다.

11) "The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion," The Journal of Psychology, vol.26, 1948

③ 아직 이 문제에 관하여 생각한 바 없다. 는 질문에 답하도록 하여 전자의 집단으로부터는 90%가 1에, 2%만이 2에 4%는 3에, 그리고 후자의 집단으로부터는 83%가 1에, 4%가 2에, 그리고 9%가 3에 답하고 있다는 사실을 도출해 내고 이로부터 사회과학자들의 대부분이 법으로 강제되는 인종분리정책은 두 집단 즉, 분리하는 집단과 분리되는 집단 모두에 좋지 않은 심리적 영향을 미치는 것으로 믿고 있다는 결론을 이끌어 내었다. 부연하자면, 인종분리 그 자체가 인간의 심성에 사악한 영향을 미친다는 일종의 보편적인 인식을 입증한 것이다.

이보다 앞서 K. Clark & M. Clark¹²⁾는 학교에 다니는 아동들을 상대로 실험적인 조사결과를 얻어내고 있다. 그들은 253명의 흑인아동들을 인종통합된 학교에 다니는 집단(복부아동)과 인종분리된 학교에 다니는 집단(남부아동)으로 나누어, 똑같은 모양을 하고 있지만 피부색이 각각 다른 두 쌍의 인형을 앞에 두고 다음과 같은 질문을 하였다.

| 문 항 | 선택된 인형 | 복부아동(%) | 남부아동(%) |
|----------------------------------|--------------|----------|----------|
| 1. 가지고 놀고 싶은 인형을 골라보라. | 유색인형 백인인형 | 28 72 | 37 62 |
| 2. 착한(nice) 인형을 골라보라. | 유색인형 백인인형 | 30 68 | 46 52 |
| 3. 나쁘게 보이는 인형을 골라보라. | 유색인형 백인인형 | 71 17 | 49 16 |
| 4. 좋은(nice) 색깔을 가지고 있는 인형을 골라보라. | 유색인형 백인인형 | 37 63 | 40 57 |

이 분석에 의하면 남부아동(49%)에 비하여 복부아동(71%)이 보다 유색인형에게 반감을 보이는 것으로 나타난다(3번문항). 하지만, 저자들은 이러한 사실을 적시하면서 동시에 그럼에도 불구하고 나머지 문항에서 나타나는 호감도에 있어서 복부와 남부간에 별다른 유의미한 차이가 없음에 주목한다. 그래서 법정에서는 “이 조사결과로부터 남부의 흑인아동들은 자신들이 백인보다 좋지 않은 사람들이라는 감정에 자신을 적용시키고 있었고 어릴 때부터 패배감을 가지고 있었기 때문에 배척하는 행위에 별다른 고통을 느끼지 않고 있음을 알 수 있다. 이러한 것은 건전한 것이 아니다. 병리현상에 적용한다는 것은 잘못된 일이다”라고 주장하였다.¹³⁾

바로 이런 연구결과들이 Brown사건의 청구인측 변론서의 내용으로 담기게 된다. Marshall을 중심으로 한 변호인단은 후자의 분석을 바탕으로 인종분리나 차별, 편견이 흑인아동들에게 보다 많은 심리적 충격을 주며 그것은 열등감, 인간적인 혐오감으로 발전하게 된다고 주장하였다. 뿐만 아니라 전자의 분석을 근거로 그러한 판단이 특정한 실태조사에 한정된 것이 아니라 사회

12) "Racial Identification and Preference in Negro Children," in: T. Newcomb and E. Hartley, eds., *Readings in Social Psychology*, 1947; as quoted in J. Monahan and L. Walker, op.cit., pp.152-3.

13) J. Monahan and L. Walker, op.cit., p.154에서 재인용.

과학자들 일반에 공유되고 있는 하나의 상식적인 진실임을 내보이고 있다. 이 변론서의 결론부분을 구성하는 법리구성은 바로 이러한 사실에 대한 분석과 평가를 바탕으로 이루어진다. 한마디로 인종분리의 교육제도는 학생들에게 치유불가능한 열등감을 야기하고 있기 때문에 그 본질에 있어 차별적(inherently unequal)인 것이며 따라서 수정헌법 제14조에 위반된다고 주장한 것이다.

“이 결정은 ... 흑인학교와 백인학교의 [건물이나 교육과정 교사의 자질과 연봉 기타 가시적인 요소들]을 단순비교하는 것에서부터 더 나아가야 한다. 즉, 공립교육에서의 인종분리 그 자체의 효과에 대하여 바라보아야 할 것이다. ... 공립학교에서 오로지 인종에만 근거하여 분리교육하는 것이 비록 다른 가시적 또는 물리적 요소들이 동일하다 할지라도 이들 소수집단들에게 평등한 교육의 기회를 박탈하고 있는 것은 아닌가? ... 비슷한 연령과 자질을 가진 아이들을 분리시키는 것은 공동체내에서의 그들이 속한 인종집단의 지위에 대한 열등감을 느끼도록 만들며 그것은 ... 그들의 심상에 전례 없는 방식으로 영향을 미치게 된다. ... Plessy v. Ferguson 사건 당시의 심리학적 지식은 어떠했던, 이러한 결론은 오늘 날 권위있는 자들에 의하여 뒷받침되고 있다. 따라서 이 결론에 반하는 Plessy v. Ferguson 판결의 취지는 배척된다.”¹⁴⁾

그래서 그 유명한 「제11번 각주(footnote 11)」가 탄생하게 된다. Warren대법원장은 청구인측의 주장을 받아들이는 결정문에서 “Plessy v. Ferguson사건 당시의 심리학적 지식이 어느 정도였던지 간에 [법의 강제력을 바탕으로 이루어지는 인종분리는 흑인아동의 교육적, 정신적 발달을 저해시키는 경향이 있으며 인종적으로 통합된 학교에서 그들이 얻을 수 있는 혜택의 상당부분을 박탈한다는] 결론은 오늘날의 권위있는 자들에 의하여 뒷받침되고 있다”고 선언하면서, 이 부분에 각주를 달아 위의 논문들과 더불어 유사한 취지의 논문들을 인용하였다.¹⁵⁾ 전술한 바와 같이 헌법제정자들의 역사적 의사를 추적하지 못하였던 현실에서 인종분리제도의 헌법적 의미를 판단하는 가장 중요하고도 결정적인 자료로 일련의 사회과학적 연구결과물을 활용하였던 것이다.

2. 그 의미

Brown사건에서의 헌법문제는 비교적 단순한 것이다: “인종분리의 교육제도는 평등조항에 위반하는가?” 그러나 그 단순한 명제에 대하여 당시 미국사회는 벌써 한 세기동안 부정적인 답변을 하여 왔다. 물론 그러한 합헌의 답변관행은 인종과 피부색에 대한 잘못된 사고들-인종우월

14) Brown v. Board of Education of the City of Topeka, 2347 U.S.483 (1954)

15) 참고로 이 각주에는 위의 논문들 외에도, Witmer and Kotinsky, Personality in the Making(1952), c.VI: Chein, What are the Psychological Effects of Segregation Under Condition of Equal Facilities?, 3 Int. J. Opinion and Attitudes Res. 229(1949); Brameld, Educational costs, in Discrimination and National Welfare(MacIver, ed., 1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States(1949), 674-681. Myrdal, An American Dilemma(1944) 등이 있다.

주의적 편견들에 기반한 것이다. 이에 필요한 것은 이러한 편견들을 파기하고 최고법으로서의 헌법에서 선언하고 있는 이념을 새로이 끌어들이 수 있는 또다른 명제의 발견이다.¹⁶⁾ 그 변호인단들은 편견에 사로잡힌 다수자(백인)들의 주장을 뒤집을 수 있는 대항논리를 소수자적인 입장에서 새로이 개발하고 이를 사회과학의 힘을 빌어 성공적으로 관철시켰다. 그들은 소수자로서의 흑인들이 이 사건을 통하여 진정으로 얻고자 하는 것이 무엇인가를 확실하게 특정해 내고 그를 바탕으로 그 주장의 적실성과 설득력을 확보하는 수단으로 사회과학을 활용한 것이다. 먼저 이들은 형식주의적 법학에서 제기되는 위의 문제를 사회과학적 문제형식으로 전환하였다.

그들은 “인종분리의 교육제도가 흑인들에게 어떠한 영향을 미치는가?”의 문제를 먼저 제기하고, 그로부터 해답을 추구한다. 그래서 그들은 교육제도가 지향하는 이념과 목적을 실현하기 위하여 수행되고 있는 교육수단들의 합리성과 효율성 자체를 실증적으로 검토하고 또 그의 부정적 측면을 입증하고자 하였다. 인성의 계발과 사회화라는 교육의 기본목표가 인종분리의 학교제도에서는 도저히 달성될 수 없는, 또는 적어도 흑인아동의 측면에서는 가장 비효율적으로 작동하거나 오히려 역의 효과를 야기할 수도 있다는 점을 공격의 실마리로 삼았던 것이다. 부연하자면 그들은 중국목적(평등사회의 실현)에 대한 직접적인 도전은 다수자인 백인의 편견과 사회적 관행으로 인하여 도저히 성공가능성이 없음을 깨닫고, 오히려 중간목적(교육제도를 통한 평등기회의 보장)의 허구성을 고발하고자 하였던 것이다. 이 점에서 교육학이나 사회학, 심리학, 인류학과 같은 다양한 사회과학분야들이 그 효력을 발휘할 수 있었다. 목적의 수준이 중국목적에서 중간목적으로 내려오면서 보다 사회적 실천의 계기와 근접할 수 있었고, 따라서 현상의 여하와 그 중간목적의 실현여부라는 인과율적인 효율성판단이 가능하게 된 것이다. 이에 위의 헌법 문제는 다시 그 내용을 전환하게 된다: “인종분리의 교육제도는 인성계발과 사회화에 효율적(합리적)인가?” 헌법적 당위규범판단이 이제는 사실의 영역에서 합리성의 판단으로 전환되는 것이다. 그래서 이들은 이 문제에 대한 부정적 답변 즉 비효율적이거나 역기능적이라는 사실만 입증해 내면 된다.

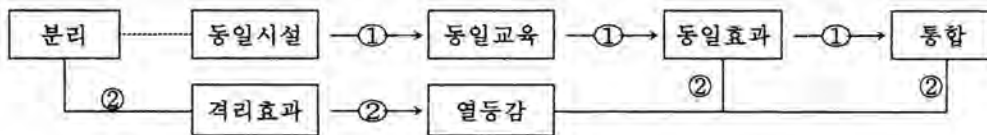
그러면 인성계발과 사회화정도의 측정은 어떻게 할 것인가?¹⁷⁾ 그들은 이를 자신들의 지향점으로부터 도출하였다. 백인이 지배하는 기존의 사회질서로 흑인들이 평화롭고 조화롭게 통합되는 것을 이 교육제도의 목적으로 설정하고 따라서 흑인들이 백인들과 같은 사고와 정서를 가지는 것 즉 흑인들이 백인들과 자연스럽게 동일시할 수 있는 상태를 기본모델로 구축하였다. 그러나 실제의 조사결과 그러한 동일시 보다는 오히려 흑인들이 스스로 백인들로부터 구분되고자

16) 이 사건의 진행에 관한 간단한 역사적 고찰은 A. H. Kelly, "School Segregation Case," in: J. A. Garraty, ed., *Quarrels That Have Shaped the Constitution*, (New York: Harper & Row, Publishers Inc., 1962) 참조.

17) 이러한 문제설정에서 있어 핵심적인 증거를 제공한 것은, 소수자가 다수자의 횡포에 대하여 가장 심각하게 고통받는 것은 다름 아닌 소외라는 인식이다. 자신의 의사나 이해관계나 관심사가 사회과정에서 전혀 반영되지 못하는 현실 그 자체가 소수자를 소수자로 만든다. 이들이 문제제기하였던 것은 그러한 교육제도로 상징되는 이 소외의 현상이다. 교육에서의 소외가 사회진출기회의 차이로 이어지고 그것은 다시 열악한 생활현실로 재생산되는 악순환의 현실에서 이를 깨칠 모티프를 추구하였던 것이다.

하고 그럼으로써 전체사회에서의 자기정체성을 확립하지 못하는 현상에 착안하여 열등감이나 인간에 대한 혐오감이라는 매개변수를 도출해 낸 것이다. 이 사건의 기초지식을 제공하였던 수많은 사회과학논문들이 주로 사용하였던 것이 바로 이 열등감이라는 쯤의 변수였던 것도 바로 이 때문이다. 그것은 심리학, 교육학 등 사회과학에서 다양한 방법으로 측정가능한 심리상태이자, 동시에 이념이나 가치의 측면에서도 전체사회로의 통합을 가로막는 가장 중요한 사회심리 상태라는 점에서 이 사건의 분석에 키워드와 같은 의미를 가지는 것이다.

부연하자면 열등감이라는 변수는 우선 서술과 설명이 가능한 개념이다. 현재 혹은아동이 느끼고 있는 심적 상태가 개방적/폐쇄적인지, 후자인 경우에는 그것이 정의 측면에서 그러한지(예컨대, 자부심, 자존심) 아니면 쯤의 것인지(수치심, 혐오심)의 서술이 얼마든지 가능하며, 이를 야기하게 되는 원인 또한 표본집단의 추출방법을 조작함(인종통합학교재학생/인종분리학교재학생 등)으로써 얼마든지 실증적으로 분석할 수 있는 것이다. 뿐만 아니라 그러한 분석의 결과에 대한 해석 또한 평등이라는 헌법이념과 사회화라는 교육목적에 연계지움으로써 일단의 사회적 현상이 선의 상태인지 아닌지의 판단이 가능하게 된다.



변호인단들은 교육현실에 대한 인과분석에서 ①의 논리로 일관하는 다수자들의 사고를 ②의 논리로써 극복하고 또 반박하였다. 흑인아동들을 정규적인 사회과정에 흡수하고 통합하는 메카니즘으로서의 교육이 동일시설이 제공된다 할지라도 ②의 과정에 따른 부정적 매개변수가 존재하고 이것이 이들의 정상적인 통합기회를 원천적으로 박탈함을 인과율과 합리성의 수준에서 입증해 내었다. 기존의 논의가 막후로 숨겨놓았던 분리라는 변수를 통합의 성부를 결정하는 가장 유의미한 독립변수로 노출시키고 그것이야말로 통합을 저해하는 비교육적이고 반사회적 행위임을 증명한 것이다.

그렇다면 수정헌법 제14조가 평등보호를 통하여 인종간의 구분없이 모든 사회구성원이 하나의 사회질서로 통합되는 것을 지향하고 있다 할 때 이 통합의 이념을 저해하는 최대의, 결정적인 요소는 그 자체로서 수정헌법 제14조에 위반되는 위헌적인 것이라 하지 않을 수 없게 된다. 막연한 형식논리에 입각한 다수자들의 편견을 엄밀한 과학적 입증에 의하여 뒤집어 버리고 헌법이 가장 효율적이고 순기능적으로 작동할 수 있는 현실적인 여건을 제시하였던 것이다.

IV. 사회과학적 헌법변론의 문제

1. 「헌법변론」의 의의

이제 다시 사회과학적 방법론에 입각한 헌법변론의 문제로 돌아가기로 하자. 헌법은 그것이 가지는 개방성, 미완결성, 역사성이라는 특성에 따라 다른 법과는 달리 언제나 별도의 구체화행위-집행행위가 필요하고 이 점에서 항상 정책적 고려라는 매개행위를 전제로 하게 된다. 헌법실천의 대상이 되는 당대의 사회현실에 대한 나름의 분석과 평가를 바탕으로 일정한 헌법실천의 의지가 작동되어야만 헌법이 시대적 의미를 획득하게 되는 것이다. 그리고 이러한 일련의 행위들은 주로 입법과 집행의 영역에서 이루어진다.

헌법재판은 입법과 집행의 작용에 대한 반발의 형태로 제기된다. 입법행위나 집행행위와 같은 공권력의 행사로부터 자신의 기본권을 침해당한 자가 구제를 청구하는 것이 우리 헌법재판제도의 핵심인 만큼 헌법재판의 전과정은 바로 이 점에서 입법과 집행작용 그리고 그로부터 영향을 받게 되는 개개인의 생활현실과 직접적이고도 불가분의 관계속에서 이루어지게 된다. 이 점에서 헌법재판은 형식주의적 법학에서 말하는 바와 같은 규범적 판단 외에도 그 전제로서 또는 그 판단의 기준으로서 사실적 분석과 판단이 선행하게 되는 것이다.¹⁸⁾

부연하자면, 입법과 집행의 작용은 법규범적 통제 외에도 당대의 시대상황에 대한 사실적 분석과 판단에 기초한다. 그것은 철저하게 사실의 인식과 인과관계의 규명, 그리고 일정한 정책목표를 전제로 한 목적과 수단의 합리성의 판단에 바탕을 둔다. 법학에서 상황구속성 또는 사항강제라고 말하는 語義 이상의 판단-계산(reckoning)에 입각하고 있는 것이다. 실제 사항강제는 일정한 현실상황을 고려할 때 법적으로 선택지가 한정됨을 의미하는 것이지만, 실제의 입법과 집행의 영역에서는 이러한 '어쩔 수 없음'의 관념보다는 오히려 그 현실상황의 '일정성' 자체를 선별하여 동원하는 형성적 성격이 강하게 나타난다. 예컨대, 위의 생계보호기준사건에서 보듯, 거택보호대상자의 현실생활이 어떠한 모습이기 때문에 어떠한 조처가 불가피하다는 판단과 더불어 현재 국가의 재정상황이 어떻고, 그 재정의 분배가 어떻게 결정되어 있기 때문에 현재와 같은 보조금지급이 불가피하다는 주장이 공존할 수 있는 것이다. 그래서 법학에서 말하는 사항'강제'성은 엄밀히 보자면 입법과 집행의 측면에서는 '사항'강제에 다름이 아니며, 그러한 인식과 평가를 법판단의 전제로 한 위에 사법과정에서 논의되는 것이 사항'강제'인 것이다.

이러한 형편에서 사법이 단순히 '강제'여부에 대한 판단에만 머무르는 것은 결과적으로 법치의 이름으로 입법과 집행에 대한 무한한 재량과 형성의 여지를 인정하는 셈이 되어 버리고 만다. 사항의 판단을 사법과정에서 적절히 통제하지 못함으로써 소수자와 다른 「눈」을 가진 다수

18) 이 점에 관하여 자세한 것은 T. Stacy, "The Search for the Truth in Constitutional Criminal Procedure," Columbia Law Review, vol.91, 1991 참조.

자가 소수자를 사항강제라는 이름으로 억압하고 그것을 법의 이름으로 정당화하는, 법의 지배가 아니라 합리성의 지배가 사법과정을 관철하는 현상이 야기될 수 있는 것이다. 또는 당위/존재의 이원론에 입각한 형식주의적 법논리들이 그 이항대립적 구분에만 집착함으로써 오히려 합리성의 판단에 기반한 존재의 논리가 당위·규범의 논리를 실질적으로 대체하는 전도된 결과만을 야기하게 될 따름이다. 이것을 우리는 생계보호기준사건에서 본다.

사법과정 특히 헌법재판과정에서, 사실을 보는 이 「다른 눈」의 존재의미를 인정하지 않을 수 없는 것도 이 때문이다. 이 글은 당위/존재의 이원론적 구분 자체를 무화시키자는 주장을 하고자 하는 것은 아니다. 그것은 단지 존재인식과 평가에 있어서의 「다른 눈」의 존재의미를 헌법재판의 과정에서 충분히 포섭되어야 하며, 그것이 소수자보호라는 입헌주의 본래의 취지를 살리는 길이라고 보기 때문이며, 그 방법 중의 하나가 사회과학적 변론의 전략이라고 보기 때문이다. 그래서 입법이나 집행의 과정에서 간과되거나 배제되었던 「다른 눈」들이 사법과정이라는 또다른 다름의 장에서 재정치화되는 계기를 마련하고자 하는 것이다.

형식적 평등과 소극적 자유주의를 바탕으로 표준화와 총체화에 주력하였던 근대헌법과는 달리 현대헌법은 보편적·편재적 이성을 바탕으로 하는 추상적 인간이 아니라 구체적인 생활환경에서 현실적이고 감각적으로 실존하는 구체적 인간을 다룬다. 종래 순수하게 私法의 영역에서 의사사치에 방임되었던 그래서 정치로부터 소외시켜 두었던 제반의 생활영역들-경제관계, 환경관계, 소비자보호, 여성과 모성의 보호 등-을 다시 헌법적 관심영역으로 포섭하고 있다. 하지만, 그러한 과정에서 간과하지 말아야 할 것은 바로 상술한 '사항강제'라는 이름하에 이루어지는 판료적 재량과 형성영역의 도래이다. 헌법적 관심이 '사적' 생활로 이전하면서도 그것을 그대로 정치영역으로 재편성하는 것이 아니라 오히려 행정국가라는 이름으로 변형시켜 버리고 여전히 그들을 탈정치화시키고 있는 것이다. 형식주의적 법학이나 독일, 일본, 우리나라 등에서 이루어지고 있는 판료화된 법조제도가 바로 이러한 현상을 가속화시키고 있다. 법의 문제를 입법이나 집행의 문제와는 전혀 별개의 차원에서 설정해두고 두 영역의 판단기준을 전혀 달리 함으로써 법판단과 정치판단을 2원화시킴과 동시에 사회내의 다수자와 소수자의 대립을 대립 그 자체의 현실문제로 파악하기 보다는 오히려 법으로 상정되는 국가의지와 일 개인의 대립의 문제로 변이시켜 버리는 것이다. 부연하자면, 행정이나 입법의 테크노크라트와 사법의 테크노크라트를 분리시킴으로써 사실판단의 상위로 인하여 발생하는 대립과 분쟁의 문제를 전혀 다른 차원의 패러다임 즉 법판단의 논리로서 처리하고자 하는, 그럼으로써 결국에는 다수자의 의지가 관철되는, 분쟁사실의 왜곡과 그 처리방법의 편향성을 야기하게 되는 것이다.

물론 이러한 왜곡현상을 치유하기 위하여는 수많은 처방이 필요하다. 그러나 이 글에서 말하고자 하는 사회과학적 변론의 전략은 이 왜곡이 가장 첨예하게 표출하는 현장-법원을 재정착화시킨다는 점에서 의미를 가진다. 특히 헌법재판은 법체계 밖에서 정치적·정책적 고려와 타협에 의하여 결정되는 입법이나 집행을 대상으로 헌법적 판단을 내리기 위한 제도인 만큼, 일반적인

사법과정과 달리 이러한 변론방법의 전환 내지 보완은 필수적이라 할 수 있다. 환언하자면, 입법등의 공권력행사를 장악하고 있는 다수자가 사실에 대하여 동원하는 인식이나 평가의 준거들을 소수자의 입장에서 비판하고 그 소수자 나름의 준거들로서 그것을 대체하고자 하는, 그럼으로써 소수자 자신의 인식과 평가 - 즉, 理解와 의지에 따른 헌법의 재구성작업으로 나아갈 수 있다는 것이다. 바로 이것이 헌법재판의 정치화의 문제이다. 헌법의 의미를 고착시킨 채 그에 적합한 사실관계를 추출해 내는 것이 아니라, 분쟁주체들이 자기 나름으로 사실관계에 대한 인식과 평가를 바탕으로 헌법내용을 자신의 것으로 이끌어내고 이로써 분쟁의 소재로 상정하는 일련의 검증과정으로 헌법재판을 재구성하는 작업인 것이다. 그리고 이렇게 될 때에야 비로소 헌법재판이 단순한 형식주의적 법논리의 무한반복에 그치는 것이 아니라, 끊임없는 대립과 논쟁의 과정을 통하여 헌법을 변화하는 시대상황에 적용시키고 나아가 그렇게 발견되는 헌법내용이 현실을 규율할 수 있도록 규범력을 부여하는 헌법발전의 계기를 구축할 수 있다. 뿐만 아니라, 헌법재판의 전과정을 통하여 헌법분쟁에서의 의제설정(agenda setting)의 기회를 소수자에게도 부여한다는 점에서 헌법과정의 다양하고도 다층적인 참여를 이루어낼 수 있게 된다는 이점도 가지게 된다.

2. 몇 가지 개념들

그렇다면 사회과학적 헌법변론을 수행하기 위하여 어떠한 작업이 필요하게 되는가? 이를 살펴보기 전에 이해의 편의를 위하여 몇 가지 개념들부터 먼저 정리하기로 한다.

(1) 이론과 가설, 개념

헌법변론에서 사회과학이 문제되는 것은 주로 사실(facts)의 주장에 관련된다. 따라서 여기서 말하는 사회과학은 대부분이 경험주의적 모델에 입각한 것이다. 즉, 현실에 대한 실증적 분석을 바탕으로 과학적이고 객관적인 일반명제-이론-를 추구하는 틀을 바탕으로 한다. 하지만, 그러한 경우에도 이 일반명제로서의 이론은 다양한 수준에서 논의될 수 있다. 연구분야나 대상에 대한 기본개념이나 아이디어로 구성되어 있는 분석의 틀(analytic framework)로서의 이론은 가장 일반적이고 추상적인 수준의 이론으로 이를 패러다임이라고 하기도 한다.¹⁹⁾ 시스템이론이나 합리적 선택이론 등과 같은 유형들이 이에 속한다. 그러나 이것은 말 그대로 너무 고차의 수준을 이루고 있는 만큼, 경험적 검증이 불가능하여 구체적인 현실문제를 다룸에 있어서는 직접적인 효용은 갖지 못한다. 오히려 통상적으로 가설(hypothesis)로서의 이론이 이 부분에서 의미를 가진다. 이것은 구체적으로 현실적인 변수들을 설정하고 그들간의 상호관계를 객관적이고 과학적

19) 안정시, "과학적 정치학," 김영국 편, 현대정치학의 대상과 방법, 법문사, 1981, 49면 참조.

으로 분석, 정리한 것이다. 예컨대, 변수A, 변수B는 변수C의 매개를 통하여 변수D의 결과를 야기한다는 식으로 현상들간의 인과적 관계를 설명하고 또 예측할 수 있도록 하는 것이다. 이러한 것들은 경험으로부터 또는 상술한 패러다임의 연역과정을 통하여 정립되는 일련의 명제들로 이루어진다. 그리고 그것이 현실적인 관찰과 분석을 통하여 객관적으로 검증됨으로써 하나의 과학을 이루게 된다.²⁰⁾

이 글에서의 사회과학은 바로 이러한 저수준의 의미에서의 이론 즉 가설과 검증의 차원을 의미하는 물론이다. 그래서 사회과학적 헌법변론이라는 것은 헌법재판에서의 주장을 규범논리적인 것에서부터 사실관계부분을 추출하여 가설의 차원으로 변환하고 사실관계에 대한 조사와 분석을 통하여 과학적으로 이를 검증하는 절차, 또는 범위를 약간 확장하자면 그러한 검증절차의 결과를 다시 헌법의 맥락에서 규범논리적으로 재구성하고 정당화하는 일련의 과정을 의미하게 된다.

여기서 헌법적 주장을 과학적 이론의 형태로 변환시키기 위해서는 무엇보다도 경험적인 가설의 설정이 먼저 이루어져야 한다. 즉, 규범적 명제를 경험적 명제로 전환시켜야 하는 것이다. 이때 경험적 명제는 구체적 현실과 관련하여 관찰가능한 서술적-평가적이 아니라- 개념의 조합으로 이루어진다. 예컨대, 「인간다운 생활」이라는 평가적, 규범적 명제는 「어떠한 사회적·문화적 생활의 수준」에 대한 「사회적 인식과 평가(의견)」이라는 형태로 전환되어야 하는 것이다. 명목개념 nominal concept과 조작개념 operational concept은 이러한 작업을 위한 단위를 이룬다. 전자는 「생활수준이란 소득과 지출과 여가시간 그리고 주관적인 만족도의 조합으로 이루어진다」와 같이 관찰자가 나름으로 개념을 설정하는 것을 말하며, 후자는 그러한 개념을 실제로 관찰·측정가능한 변수들로 구체화하고 요소화하는 것을 말한다.²¹⁾ 그래서 소득과 지출을 앵글지수로 표현하고 주관적 만족도를 아주 만족, 약간 만족, 약간 불만족, 아주 불만족 등으로 척도화하는 것이 이에 해당한다.²²⁾

① 심판사실과 입법사실

통상적으로 법과정에서 사회과학적 방법론이 의미를 가지는 것은 사실입증, 입법판단 및 정황제시의 세 부분에서이다. K. David²³⁾에 의하면, 법적 관심의 대상이 되는 사실들은 주로 심판

20) 자세한 것은 전개논문, 50-52면 참조.

21) 이러한 변수를 특정하고 측정, 분석하는 방법으로 주로 사회통계학을 사용한다. 이에 관한 개략적인 소개로는 줄고, 「법사회학을 위한 통계분석기법 개요」 최대권외편, 법사회학의 이론과 방법, 일신사, 1995; 정대연, 사회통계학, 백산서당, 1992 등 참조.

22) 이렇게 개념의 조합으로 이루어진 명제는 그것을 이루는 변수들에 관한 경험적 측정(관찰)과 분석에 의하여 검증된다. 이 때 이 가설을 零假設이라고 하고 만일 관찰과 분석에 의하여 그 명제 즉, 가설이 뒷받침될 때에는 이를 취하고 그렇지 않은 경우에는 歸無假說 즉, 정반대되는 명제가 채택된다.

23) "An Approach to problems of Evidence in the Administrative Process," Harvard Law Review, vol. 55, 1942; "Facts in Lawmaking," Columbia Law Review, vol. 80, 1980; "Judicial, Legislative, and Administrative Lawmaking: A

사실(adjudicative facts)과 입법사실(legislative facts)로 대별되며, 전자는 당사자들의 행위, 그 정황, 전후맥락 등과 같이 직접 당사자들과 관련된 구체적 사실관계들의 존부나 그 여하를 의미하는 반면, 후자는 법이나 정책내용에 관한 문제로서 구체적인 행위나 사실의 인식과 직접 관련된다기 보다는 오히려 법관들의 법판단에 도움이 되는 사실관계들을 말한다고 한다.

심판사실은 특정한 사실의 존재여부, 또는 그 사실의 인과적 관계들을 중심으로 다툼이 있는 경우 그 사건에 한정하여 진위를 밝혀야 할 필요가 있는 경우를 말한다. 따라서 이 사실에 대한 입증은 당해 사건과 당해 당사자에 관하여서만 타당한 것이며, 이 점에서 구체적이고 개별적이지 입법사실과 같이 일반적 타당성은 존재하지 않는다. 여기서는 문자 그대로의 입증의 문제-환언하자면, 인식을 바탕으로 한 증명의 문제와 입증책임의 문제가 발생한다. 그러나 인식작용이라 하더라도 그것이 현상계에 대한 관찰로부터 직관적으로 인과의 고리가 발견되거나 또는 자연과학적인 인과설명이 가능한 경우를 제외할 경우 별도의 문제도 또 나타난다. 예컨대, 상표의 유사성이나 외설·음란, 명예훼손의 입증과 같은 사회일반적인 인지 내지 인식여하를 바탕으로 그 의미가 규정되는 경우에는 그 행위의 법적 성격에 대한 '객관적' 진술이 불가능하게 된다.

바로 이 점에서 사회과학적 조사의 필요가 나타나게 되는 것이다. 주로 여론조사의 방식으로 진행되는 이 부분은 사회심리학이나 인류학적 분석방법론을 원용할 때에야 비로소 그 의미영역이 확정될 수 있기 때문이다.²⁴⁾ 이에 사회과학적 조사분석은 심판사실의 입증을 위한 가장 유효하고도 적실성있는 전략요소를 이룬다. 입증에 있어 최우선적인 고려사항이 「객관적·합리적으로 신뢰할 수 있음」의 여부라고 할 때 객관성과 일반성 및 과학적 합리성을 모토로 하는 사회과학은 이 점에서 아주 엄밀한 분석의 틀을 제시해 주기 때문이다. 그래서 만일 그러한 사실을 주장하는 당사자가 어떠한 사회조사에 입각해서 그 주장내용을 입증하지 못하는 경우에는 그대로 입증이 없음으로 인한 불이익을 받게 되는 것이다.²⁵⁾ 위의 생계보호기준사건의 예를 들어 보자면, 기존의 65,000원의 보조금이 현실적으로 당사자의 생활여건을 어떻게 형성하고 있는가의 문제, 즉 위의 표에서의 ①에 상당하는 부분의 요증사실이 이에 해당한다.

반면, 입법사실은 심판사실과는 달리, ①광범위하고 일반적인 성격을 가지며 ②당해사건과 직접관련되기 보다는 그 배경이나 주변적인 사실관계에 대한 진술로 구성되고, ③다른 진술과 첨예한 대립이 아니라 어느 정도는 양립가능한 형태로 제시되며 ④사실명제와 더불어 판단이나 정책명제가 혼재되어 있고, ⑤입증이 용이하지 않으며, ⑥당사자들과는 직접 관련되어 있지 않

Proposed Research Service for the Supreme Court," Minnesota Law Review, vol. 71, 1986 등 참조.

24) 다만 주의하여야 할 것은 심판사실에 대한 사회조사결과를 증거로서 제출할 경우 전문증거의 제한을 받게 될 가능성이 있다는 점이다. 일정한 사회현상에 대한 일반인의 인식이나 감정, 평가를 사회조사자가 수집하여 법정에서 제출하게 되는 구조를 취하고 있기 때문에 이러한 문제는 의연히 남는다. 따라서 그 결과의 제출은 반드시 당해 사회조사를 주관하였던 조사자의 법정진술과 더불어 하여야 할 것이다.

25) 이 점은 우리나라에서 특별히 주목하여야 할 부분이다. 통상 유사성, 외설·음란성, 명예훼손 등의 관념을 법적 개념으로 규정하고 법관의 직관에 의한 법판단의 대상으로 하고 있으나, 그 요건으로서의 일반인의 인식혼란여부, 성적·인적 공격성향 등의 인식은 법판단의 대상이 아니라 사실판단의 대상이기 때문이다.

다는 점에서 그 특징을 가진다.²⁶⁾ 부연하자면, 입법사실은 당사자들의 주장과는 별도로 독립한 영역에서 이루어지는 사회현상 일반에 관한 진술로서 법관의 사실판단 및 그를 바탕으로 한 사실평가에 도움이 되는 요소이다. 따라서 이 입법사실은 당사자에게 주장과 증명의 의무가 부여되는 것이 아니라, 법판단을 행하는 법관이 자신의 판단을 근거지우기 위한 하나의 판단준거로서의 성격을 띤다. 실제 이러한 부분을 소송법상으로 요구되는 증거능력과 증명력의 기준에서 재단하게 되면 상당히 많은 입법사실에 관한 주장들이 탄핵되어야 할 것이다. 하지만, 구체적인 분쟁을 해결하기 위한 판단기체로서의 민·형사재판과는 달리, 헌법재판의 경우에는 구체적 사건 즉 헌법사건을 중심으로 헌법규범의 의미내용을 확정하고 그로써 사회일반에 타당한 법규범을 특정한다는 목적을 가지고 있는 만큼, 구체적인 분쟁과 더불어 보다 일반적인 형태의 법규범을 정립하는 일종의 입법작용으로서의 성격이 적지 않으며 이 점에서 보다 가치관련적이고 정책지향적인 판단의 자료가 필요하게 된다. 요컨대, 입법사실에 관한 주장과 검증이 필요불가결한 것이며, 그 점에서 그것은 당사자의 의무가 아니라, 법관의 의무인 것이다.

물론 이들의 구분은 상대적인 것이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 K. David는 전통적인 소송구조 특히 증거조사와 관련한 소송제도는 전자에 적합하도록 구성되어 있고 주로 상급심 특히 법률심에서 중요한 의미를 가지는 후자의 경우에는 상당한 한계를 가지고 있어 소송제도의 개정이 필요하다고 역설한다.²⁷⁾ 이러한 David의 주장은 우리의 헌법재판현실에서도 그대로 타당하다. 헌법재판의 법적 성격에 대한 논란²⁸⁾은 차치하고서라도 객관적 기판력이 인정되기도 하는 헌법재판의 현실적 기능을 중심으로 본다면 그것은 구체적인 사실이나 법발견을 통한 분쟁의 해결이라는 측면보다는 보다 추상적이고 일반적 수준에서 사회내에서 법적 효력을 가지는 행위준칙을 발견하고 선언하는 입법적 기능을 무시할 수는 없다. 그러나 그럼에도 불구하고 헌법재판소법 제40조에서는 헌법재판절차에 관하여 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하도록 규정하고 있어 정작으로 필요한 입법사실에 대한 주장과 방어를 제도화시키지 못하고 있는 실정이다. 환언하자면, 입증책임이나 (합헌성의) 추정과 같은 심판사실의 증명에 특유한 논의들이 그대로 입법사실의 경우와 혼탁된 채²⁹⁾ 후자에 특유한 속성들을 제대로 변론과정에 반영하지 못하는 재판현실을 야기하고 있는 것이다.³⁰⁾

26) K. David. op.cit.(1980)

27) op.cit.(1942). 이를 받아들여 1975년 개정된 연방증거조사법(the Federal rules of Evidence) 제201조에서는 심판사실에 관한 석명권에서 입법사실과 심판사실을 포괄하도록 하였으나, 여전히 미흡하다는 것이 중론이다.

28) 이를 잘 정리하고 있는 것으로는 박승호, 헌법재판의 본질, 공법이론의 현대적 과제, 구별박사학위논문집, 1991 참조.

29) 실제, J. Monahan & L. Walker, "Empirical Questions without Epirical Answers," Wisconsin Law Review, vol.1991, 1991에 의하면, 미국연방대법원의 위헌법률심사기준으로서의 합리성심사나 엄격심사는 엄밀히 보자면 합헌성의 '추정(presumption)'이 아니라 합헌성의 '가설(assumption)'으로, 그리고 '입증책임(burden of proof)'의 문제는 '논증의무(responsibility of argument)'로 대체하여 처리하는 것이 바람직하다고 한다. 그것은 이들 문제가 실질적으로는 법판단이라고 보다는 오히려 일종의 사회과학적 진실규명과 관련한 것이고 이 점에서 후술하는 '사회적 권위'로부터 결정의 정당성을 획득하는 하나의 선택행위에 불과한 것이 된다.

30) 대표적인 것이 형법 제241조에 관한 위헌심판(1993.3.11. 선고 90헌가70)으로 간통에 대한 역사적, 사회적 평가에 대한

위에서 예로 든 두 사건에서의 논쟁사실도 엄밀히 본다면, 입증의 대상이 아니라 주장들(학고 통합 또는 실질적인 생계보조)을 뒷받침하는, 일반적인 수준에서의 입법사실이다. 그것은 당해 사건에 대한 법관들의 판단을 유도하고 그에 나름의 과학적 근거를 부여하는 토대를 제공하고 있다. 하지만, 여기서는 그 어떠한 진술이 다른 진술을 일방적으로 배척하거나 상호 모순되는 관계에 있는 것은 아니다. 또한 어떠한 사실의 발견을 바탕으로 전적으로 부인될 수 있는 것도 아니다. 문제는 이러한 두 주장에 대하여 무엇을 다른 것에 우선하여 법판단에 고려할 수 있으며, 또 그렇게 하여야 하는가이다. K. David의 입법사실론은 이 점에서 한계에 부딪힌다. 그것은 '입법' 즉 사실관계에 대한 일정한 진술로써 법발견에 대한 가이드라인을 제시한다는 점에서는 타당하지만, 그러나 그 진술이 절대적이거나 배타적인 것은 결코 아니라는 점에서, 따라서 상호 대립되는 진술들중에서 어느 하나를 '선택'할 수 있는 여지가 있다는 점에서 순수한 '사실'로서의 성격을 탈각된다. 오히려 그것은 의견이나 견해에 가까운 진술일 따름이다. 이 점에서 J. Monahan & L. Walker³¹⁾는, 사회과학적 진술들은 오로지 그 개념화의 틀 속에서만 타당할 따름이라는 상대주의적 관점을 바탕으로, 입법사실이라는 논의를 "사회적 권위(social authority)"로 대체한다. 이들은 사회적 권위를 다음과 같이 설명한다:

법원은 법규칙의 창조와 관련된 사회과학적 연구결과를 사실발견의 준거로서가 아니라 권위의 근원으로 취급하여야 한다. 보다 구체적으로 말하자면, 법원은 사회과학적 연구결과들을 마치 선례를 다루는 것과 같이 하여야 한다는 것이다.³²⁾

부연하자면, 이들의 논의에서 사회과학은 어떠한 사실관계의 진실성을 '입증'하기 위한 도구가 아니라, 법관이 구체적인 사실에 적용할 법규범을 발견하고 선택하는 일종의 정책결정으로서의 법창조행위를 유도하고 그에 나름의 「사회적 정당성」을 부여하는 기체로서의 의미가 설정되는 것이다. 여기서 중요한 것은 진실의 발견 보다는 사회적 상당성(plausability)의 문제이며 설득력의 문제이다. 위의 Brown사건의 예를 들자면, 그것은 분리교육이 구체적인 아동에 대하여 구체적으로 어떠한 교육결과를 야기하였는가의 문제에 대한 입증이 아니라, 열등감이 고착되어 형성될 수 있는 「개연성」의 판단에 대한 권위있는 준거를 「각주 11」에서 찾고 있는 것이다. 그래서 「각주 11」에 열거된 각종의 사회과학적 논문들에 대한 대립되는 조사결과물이 있음에도 불구하고 그러한 대립연구들이 이 「개연성」을 절대적이고 결정적으로 배척하지 못하는 한에 있어서는 이 결정은 나름의 상당성을 인정받고 그로부터 판결의 권위를 확보할 수 있게 되는 것이다. 이들은 바로 이 점에서 사회과학적 연구결과물들을 선례와 같이 취급하고자 제안한다. 법관은 선례가 당해 사건과 전혀 무관한 것이거나, 아니면 그 선례 자체가 오류에 빠진 것이

어떠한 '입증'도 '논증'도 존재하지 않는다. 다수의견, 보충의견, 반대의견 가릴 것없이 모두 재판관들의 단순한 입장과 속단만이 결론에 이르는 전제사실로 제시되고 있을 따름이다.

31) "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law," University of Pennsylvania Law Review, vol.134, 1986

32) ibid.

라는 판단이 내려지지 않는 한 당해 선례에 의존한다. 영미법상의 선례구속의 원칙은 관점을 바꾸어 보면 자신의 결정에 대한 또다른 권위를 추구하는 행위이며, 따라서 그것은 보기 나름으로 선례의존의 원칙에 다름이 아닌 것이다.

3. 사회과학적 헌법문제의 설정과 디자인

헌법주장에서 채택되어야 할 사회과학적 방법이라는 것은 어떠한 사실에 대한 일반적이고 보편적인 인식의 획득을 위한 수단과 절차를 말하는 것은 아니다. 그것은 문자 그대로 사회과학적 진리획득의 방법이지 헌법재판을 위한 하나의 도구나 전략으로서의 그것이 아니기 때문이다. 오히려 이 글의 목적과 관련하여 볼 때 그것은 가장 실용적이고 가치관련적일 수밖에 없다. 특정한 헌법적 주장이나 변론을 위하여 가장 적실성있고 설득력 있는 사실판단 및 해석을 이끌어 내기 위한 수단이나 그 절차를 말하고 있는 것이다. 따라서 여기서 말하는 사회과학적 방법이라는 것은 “사회과학자처럼 생각”³³⁾하는 것을 말한다.

위의 생계보호기준사건을 예로 들자면, “월 65,000원의 생계보조금은 최저생계비에 훨씬 미달하므로 인간다운 생활의 권리를 침해하였다”라는 문제제기는 사회과학적으로는 무의미에 가까운 질문이다. 문제의 설정 자체가 전혀 규정되지 아니한 개념(즉 최저생계비, 미달, 인간다운 생활, 침해 등)의 연속으로 일관하고 있고 따라서 별도의 논의과정을 통하여 그것을 확정하여야 할 필요가 있기 때문이다. 만약 이러한 개념들에 대하여 논쟁의 당사자들이 전혀 다른 개념화에 입각하고 있을 때에는 그 어떠한 결론도 간단히 무시될 수 있는 것이다. 그래서 사회과학자라면 이 질문은 “어떠한 사람(또는 사람의 집단)의 현재의 생활상태가 어떠한 모습이며(서술 description), 그 원인은 어떠한가(설명 explanation), 현상태가 계속된다면 그 결과는 어떻게 나타날 것이며(예측 predict), 이에 어떠한 의미를 부여할 수 있을 것인가(평가 evaluation)”의 문제제기로 변환될 것이다. 그렇지 않으면 “현행의 생계보조금제도는 어떠한 목적을 가지고 있으며, 그것이 현실적으로 어떠한 기능을 수행하고 있고 이 기능과 목적과의 관계는 어떠한가, 따라서 그에 대하여는 어떠한 평가가 가능하다”라는 식의 논의도 이루어질 수 있다.

이는, 한마디로 경험적으로 관찰가능하고 인과연결에 의하여 설명가능한 방향으로 헌법주장을 재구성함을 의미한다. 물론 이러한 문제설정은 현상을 분석하고 평가하는 목적에 따라 달라질 수 있다. 하지만, 그럼에도 분명한 것은 현상의 서술과 설명, 그리고 예측은 적어도 그가 사용하는 개념에 입각하는 한 동일한 결론에 이를 수 있어야 하며 이를 통상적으로 검증가능성, 또는 재현가능성이라고 한다. 뿐만 아니라, 그러한 일련의 분석은 구체적인 분석대상에만 한정되는 개별적 현상이어서는 아니되며, 여타의 事象들과 더불어 일반화가 가능한 것이어야 한다. 따라서 일정한 이론을 바탕으로 한 가설을 제시하고 이를 분석결과에 의하여 검증하는 방법을 취

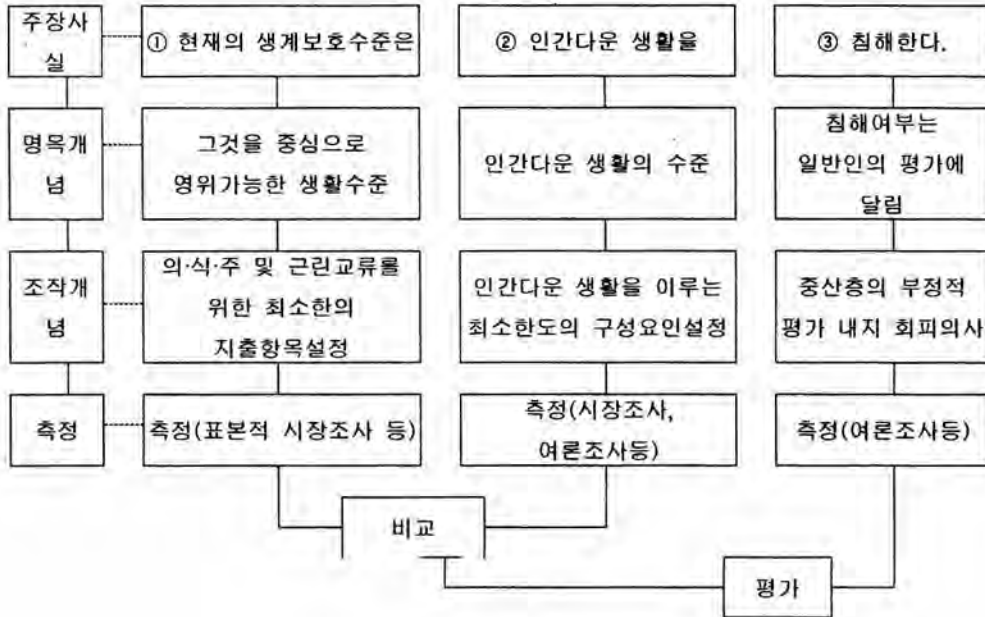
33) J. Monahan, and L. Walker, op.cit., p. 31

하게 된다. 예컨대, 「인간다운 생활」이란 문화적 평가이며 따라서 사회구성원들이 일정한 삶의 수준에 대하여 부여하는 의미로부터 판단가능하다라는 명제를 분석의 전제로 취하였다면, 그것을 검증할 수 있는 유효한 방법(실태조사나 여론조사등)과 개념화작업(그러한 문화적 의미부여를 결정하는 요인-직업, 여가, 의식주의 수준 등-은 무엇이며 어떻게 측정가능하도록 조작할 것인가)을 거치게 되고 이로부터 현상에 대한 기술을 행하여 나가는 것이다.

아래의 그림은 이상의 설명을 도식화한 것이다. 여기서 개념의 설정과 그에 따른 측정은 현실을 서술하기 위한 단계이다. 이 부분에서 주의할 점은 현재의 주장사실, 즉 헌법문제를 어떤 식으로 설정하는가이다. 이 경우 65,000원이라는 보조금수준으로 영위할 수 있는 생활상태를 서술하기 위하여는 우선 그로 충당할 수 있는 물질적 생활비용의 수준(의식주생활의 비용) 및 문화비용(근린교류비용, 대중매체접근비용 등) 등의 고려가 필요할 것이며, 나아가 당사자가 스스로 조달할 수 있는 소득수준 및 그 조달비용의 문제도 동시에 고려되어야 한다. 그리고 이러한 분석을 위하여 기존의 최저생계비조사라든가 계층별 가계수지 통계³⁴⁾ 등을 활용함으로써 그 신빙성을 확보해 둘 필요가 있다. 뿐만 아니라 이러한 분석은 그 생활상태와 「인간다운 생활」의 비교를 통하여 생활수준의 열악성을 증명하기 위한 것인 만큼, 「인간다운 생활」의 지표화작업도 도모할 필요가 있다. 여기서는 최저생계비조사결과가 주요한 참고자료가 될 것이지만, 더불어 당사자의 생활공간을 중심으로 생활요소들을 추출하고 그 비용을 산출하여 비교의 준거로 삼아야 할 것이다. 그래서 이 부분에서는 현장조사가 필수적이다. 또한 그러한 생활상태를 전국적으로 표준화하기 위한 작업도 생략되어서는 아니된다. 각종의 사회복지관련 문헌조사, 표본추출의 방법에 의한 실태·여론조사 등 다양한 조사방법을 활용할 필요가 있는 것이다.³⁵⁾ 이러한 '객관적' 생활수준에 대한 조사는 다시 그러한 생활수준에 대한 일반인의 의견을 집약하는 여론조사가 견비되어야 완결적이라 할 수 있다. 이 모든 작업들이 단순한 사실의 기술에 그치는 것이 아니라, 그것이 하나로서 어떠한 헌법문제에 대한 주장을 뒷받침하기 위한 도구적이며, 따라서 그러한 사실상태에 대한 일반인의 의미부여여하에 대한 검증이 필수적인 것이기 때문이다. 표본추출에 의한 여론조사는 이러한 목적을 위하여 가장 효과적인 방법이다.

34) 이들은 통계청등에서 제공하고 있다(천리안 SDATA에서 이를 구할 수 있다). 또한 노동단체에서도 자체적으로 분석하기도 한다.

35) 위 사건의 심판청구서에서도 최소생계비에 대한 언급은 있지만(참여연대, 사회복지공익소송자료모음집, 1997.6 참조), 여타의 보조금이나 청구인의 자구노력 등에 의한 생계비차액보전가능성에 대한 검증이 없이 그 자체로서 별다른 주의를 환기하지 못하고 있다. 대도시에서의 2인가족 최저생계비 38만원에 대하여 청구인들에 대한 각종의 지원금(합계 178,200원)의 차액의 조달방법에 관한 개별적 조사와 더불어 일반적 표본조사가 이루어져야 하는 것이다. 위 결정은 "생계보호기준의 구체적 결정에 있어 고려할 여러 가지 요소"는 지원금외에도 피청구인의 답변에서 나타나는 직업훈련, 취업알선, 영구아파트 우선입주권부여, 생업자금융자 등의 보호조치를 포함하고 있는 만큼, 청구인들에 대한 이러한 보조적 보호조치의 가능성, 실효성에 대한 판단과 더불어 그것이 청구인과 유사한 상황에 처한 다른 사람들에 있어서도 어떠한 의미와 실효성을 지니고 있는지를 조사하고 그에 상당하는 분석과 평가를 제시해 두었어야 했었다. 그것은 주장의 설득력이라는 점에서 뿐 아니라, 우리 헌법재판소의 사실관계에 관한 판단의 '습관'이 구체적이지 않고 항상 포괄적이고 근거제시 없이 이루어지고 있다는 점에서 이러한 속단을 예방하는 차원에서 반드시 필요한 것이었다.



헌법문제의 설정은 서술과 설명의 전과정을 디자인함에 있어서 가장 먼저 설정되고 또 그것을 이끌어내야 할 것이지만, 거꾸로 이상과 같은 분석의 방법에 의하여 제한을 받기도 한다. 사실관계로부터 측정이 불가능한 개념을 정립할 경우라든가, 너무 특수한 개념을 사용하여 측정된 결과가 일반화되기 어려운 경우는 조사작업 자체가 유의성을 상실하기 때문이다. 따라서 헌법문제를 설정할 때에는 그 문제영역이 가지는 헌법적 유의미성과 더불어 측정가능성, 설명력, 그리고 일반화가능성 등으로 고려하여야 한다. 이 점에서 기존의 사회과학적 연구성과물들은 아주 좋은 참조를 이룬다. 이른 바 이론과 방법의 문제이다.

사회과학적 이론은 설명을 주된 요소로 한다. 특히 '과학적' 이론은 일정한 인과의 연결을 통한 사실요소들간의 관계를 체계적으로 정리하고 설명하고자 한다. "과학적 원칙에 의하여 수집되고 분석된 연구자료와 이러한 과정에서 얻어진 일련의 통칙들이 하나의 보다 높은 차원의 지식체계로 통합된 결과"³⁶⁾를 이론이라고 한다. 이러한 이론은 우리가 관심을 가지는 현상에 대한 자료와 정보를 객관적(objectivity)이면서도 간단하고 충실하게 대표(parsimony)할 뿐 아니라, 그것을 인과의 연결에 의하여 설명하고 있다. 그래서 이론은, 관심영역을 바라보는 인식의 준거를 제공할 뿐 아니라, 그 전제로서의 관찰과 연구의 대상을 특정하는데 도움을 준다. 뿐만 아니라, 그 대상을 분석할 수 있는 개념과 분석의 준거들을 마련하면서 이를 통하여 자료의 수집,

36) 안청시, 전계논문, 49면.

분류, 측정, 분석의 범위와 내용을 특정하게 한다.³⁷⁾

다만, 이론은 그 자체로서 일정한 사실관계에 대한 충분한 설명점을 제공하지는 않는다. 통상적으로 이론은 상당한 정도의 일반화수준에서 추상화되어 있기 때문에 헌법변론을 위한 도구로서는 또다른 조작이 필요하기 때문이다. 사회조사방법론에서 이론과 가설·검증의 단계를 별도로 고려하고 이론적 진술(theoretical statements)로부터 경험적 가설을 도출하는 작업에 주의하고 있음도 이에서 연유한다. 요컨대, 추상적인 이론을 경험적인 사실의 수준으로 조작하고 그로부터 현상에 대한 설명력을 획득하기 위한 과정이 필요한 것이다. 앞서 말한 명목개념과 조작개념 그리고 측정의 단계들은 모두 이러한 가설의 정립과 그 검증의 절차를 이룬다. 명목개념은 이론적 개념을 경험적으로 관찰가능하도록 조작한 개념이라면, 조작개념은 이것을 현실요소로써 설명할 수 있도록 변수화시킨 것을 말한다.

이러한 구체화의 과정을 거치면서 이루어지는 사회과학적 분석은 측정과 분석을 통하여 가설을 인용하거나 배척하는 방법에 의하여 이론을 수용하거나 배척 또는 변경하는 결론을 얻어낸다. 하지만, 헌법변론에서는 기존의 사회과학적 이론에 대한 검증의 의미 보다는 그러한 이론들의 도움으로 자신의 헌법적 주장을 보다 설득력있게 개진하는 것이 주된 목적인 만큼, 무엇보다도 평가의 작업이 중요하게 나타난다. 바로 이 점에서 헌법적 관심은 이 모든 과정에서 필요한 것이며 또 그것을 지도하는 준거로 작용하여야 할 것이지만, 그 중에서도 이러한 분석의 결과에 대한 평가에서 가장 중요한 역할을 한다. 통상적으로 평가는 일정한 사실인식에 대한 나름의 가치를 적용함으로써 그 사실의 선악, 好惡를 가리는 작업이다. 헌법은 이 때의 판단준거로서의 가치의 핵심부분에 자리한다. 위의 그림에서 평가는 두 가지의 의미를 가진다. 먼저 보조금수준에 대한 조사결과와 인간다운 생활에 대한 조사결과를 양자를 비교·분석한 결과물을 일반인의 가치부여결과와 비교하면서 그에 대한 사회일반적인 평가를 내리는 작업과, 그 비교·분석의 결과물 및 사회일반적 평가결과를 헌법적으로 재구성하고 나름의 헌법적 판단을 내리는 작업이 그것이다. 이들 중 후자의 작업은 필연적으로 헌법도그마에서 전개되는 헌법해석학적 방법론들이 동원되어야 할 것이지만, 무엇보다도 애초에 정립하였던 명목개념들을 유효하게 헌법적 개념범주내에 포섭하는 노력이 중요한 의미를 가진다. 환언하자면, 명목개념들을 설정하고 이를 측정하기 위하여 사용하였던 조작개념 내지는 각종의 측정변수들이 헌법적 개념을 설명함에 충분하거나 또는 필요한 것이어야 한다는 것이다. 그래서 그러한 측정의 결과는 다른 요인들과 더불어 반드시 일정한 헌법사실을 구성한다든지(충분조건), 또는 그 측정결과로부터 일정한 헌법사실이 발생가능함을 입증하는(필요조건) 작업이 헌법해석학의 틀 내에서 설명되어야 하는 것이다.

예컨대, 생계보호기준사건에서, 기존의 65,000원과 보조금외의 소득(이는 보조금지급기준을 고려할 때 이미 저소득, 즉 열악한 소득수준임이 전제되어 있다)의 총액으로 이룰수 있는 생활

37) 자세한 것은 전제논문 참조.

수준은 어떠한 여타의 조건을 고려하더라도 「인간다운 생활」을 영위할 수 없다는 주장은 충분 조건으로서의 판단요소이다. 반면에 헌법재판소의 결정과 같이 이 보조금만으로는 「인간다운 생활」이 불가할 지 모르겠으나, 그와 더불어 여타의 사회부조제도 및 당사자의 노력 등 그외의 요소들을 첨가함으로써 그러한 생활이 가능할 수도 있다는 주장은 후자의 형태를 이룬다. 여기서 전자의 주장은 일의적 원인-결과를 형성한다는 점에서 헌법적 개념의 광·협 여하에 따라 위헌여부의 판단이 이루어질 수 있게 된다. 즉, 「인간다운 생활」의 권리를 어느 정도로 넓게 인정할 것인가 또는 그것에 주관적 공권성이나 구체적 권리로서의 성격을 인정할 것인가, 국가의 배려의무는 어느 정도로 규정할 것인가 등 헌법적 의미내용을 확정하는 것으로 헌법심판의 결과가 결정될 수 있다. 하지만, 후자의 경우에는 기존의 헌법사실 이외에 다른 사실관계들이 개입하면서 그 결과의 여하를 결정하게 되기 때문에 헌법판단에 이르는 하나의 정황을 이루기는 하지만, 그로부터 직접적으로 어떠한 결정을 이끌어내기는 어렵게 된다. 이 점에서 필요조건에 입각한 헌법주장은 행정개입의 청구와 같이 어떠한 국가적 행위를 적극적으로 도출하기 위한 헌법변론보다는 오히려 방해배제와 같이 소극적으로 국가행위를 저지하는 전략하에서 이용할 수 있을 것이다. 부연하자면, 침해행정이나 기본권을 제한하는 행위의 요건이라 할 비례의 원칙에 대한 소극적 입증의 방법이 될 수 있는 것이다.

V. 결론

사회과학적인 방법이 헌법변론의 모든 것을 차지하고 있는 것은 결코 아니다. 그것은 헌법해석과 그로부터 도출되는 헌법주장의 한 부분에 불과하며 단순히 보조적인 위치에서 당사자의 헌법해석을 뒷받침하고 정당화하는 하나의 수단에 지나지 않는다. 그러나 그럼에도 불구하고 이러한 경험적, 과학적 분석과 증명이 없이는 전술한 바와 같이 헌법판단 이전의 단계에서 이루어지는 사실인식과 정책판단의 문제를 극복할 수 없다는 점에서 중요한 의미를 지닌다. 특히 헌법재판과 같이 객관적 소송의 성격을 강하게 띠는 분쟁처리메카니즘에서는 그 주장들이 대부분 '정치적' 차원에서 이루어지는 만큼, 주장의 정당성확보는 무엇보다도 중요하며 여기서 사회과학적 증명의 필요성은 더욱 강화된다. 부연하자면, 이러한 경험적 조사·분석을 통하여 현존재로부터 사물의 본성을 도출하고 이로써 헌법명제의 타당성여부를 검증하고 또 도전하는 기반을 확보하는 것이다.

물론 이러한 방법론의 도입에는 상당한 한계가 있다. 무엇보다도 우리의 법학교육이나 법조충원장치가 과학적 사고 특히 경험적 사고의 가능성을 거의 박탈하고 있는 구조로 되어 있는 터에 헌법재판소의 구성 역시 법 이외의 다른 사고를 할 수 있는 여유를 갖고 있지 못하다. 헌법재판관의 자격이 법관에 한정되어 있을 뿐 아니라, 헌법연구관 등의 스태프 조차도 하나같이 법학

전공자, 그것도 해석법학전공자들로만 충원하고 있어 마치 높은 담장으로 둘러싸인 수도원과 같이 외부로부터 차폐된 한계를 그대로 보여주고 있다. 그러나 바로 이러한 한계가 오히려 사회과학적 방법론의 도입을 더욱 요청하고 있다. 전술한 바와 같이 입법과정에서 사실에 관한 다수자의 인식과 평가가 그대로 법의 형태로 전환되고 이 것이 아무런 검증의 과정도 거치지 않은 채 법조인의 일면적인 법해석에 의하여 헌법적 정당성을 획득하게 되는 일방통행식 관행들을 가장 유효하고도 적실성있게 차단할 수 있는 방법중의 하나이기 때문이다. 바로 이 점에서 위의 생계보호기준사건의 경우와 같은 시민소송 내지는 시민단체의 법운동에 있어 이 방법론의 도입은 그 주장의 설득력이라는 점 뿐 아니라, 법조가 결여하고 있는 제반의 사회과학적 이해능력의 한계를 극복한다는 점을 고려할 때 더욱 의미를 가진다.

〈參考文獻〉

- A. H. Kelly, "School Segregation Case," in: J. A. Garraty, ed., *Quarrels That Have Shaped the Constitution*, (New York: Harper & Row, Publishers Inc., 1962).
- "An Approach to problems of Evidence in the Administrative Process," *Harvard Law Review*, vol. 55, 1942
- Brameld, *Educational costs, in Discrimination and National Welfare*(MacIver, ed., 1949).
- Brown v. Board of Education of the City of Topeka*, 2347 U.S.483, 1954.
- Chein, *What are the Psychological Effects of Segregation Under Condition of Equal Facilities?*, 3 *Int. J. Opinion and Attitudes Res.* 229(1949)
- "Facts in Lawmaking," *Columbia Law Review*, vol. 80, 1980
- Frazier, *The Negro in the United States*, 1949.
- Holmes, Jr., *The Common Law* (Boston: Little, Brown & Co., 1944).
- J. Monahan & L. Walker, "Empirical Questions without Empirical Answers," *Wisconsin Law Review*, vol.1991, 1991.
- "Judicial, Legislative, and Administrative Lawmaking: A Proposed Research Service for the Supreme Court," *Minnesota Law Review*, vol. 71, 1986.
- Myrdal, *An American Dilemma*, 1944.
- "Racial Identification and Preference in Negro Children," in: T. Newcomb and E. Hartley, eds., *Readings in Social Psychology*, 1947.
- "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law," *University of Pennsylvania Law Review*, vol.134, 1986
- Social Science in Law: Cases and Materials*, 3rd ed.(Westbury, N.Y.:The Foundation Press, Inc., 1994)
- T. Stacy, "The Search for the Truth in Constitutional Criminal Procedure," *Columbia Law Review*, vol.91, 1991.
- "The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion," *The Journal of Psychology*, vol.26, 1948
- Witmer and Kotinsky, *Personality in the Making*(1952), c.VI
- 박승호, *헌법재판의 본질, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭박사정년기념논문집*, 1991.
- 안청시, "과학적 정치학," 김영국 편, *현대정치학의 대상과 방법*, 법문사, 1981.
- 정대연, *사회통계학*, 백산서당, 1992.

참고, “법사회학을 위한 통계분석기법 개요,” 최대권의편, 법사회학의 이론과 방법, 일신사, 1995