

Judicial Interpretation and Social Science in the U. S.

Martin Shapiro*

(University of California, Berkeley)

In Europe there have long been two schools of thought about how to interpret statutes and constitutions. One stresses the formal meaning of the words, the general principles of law established by the codes and the general academic and judicial doctrines derived from those words and general principles. This approach is often called the formal approach. The other school of interpretation seeks to take into account the purposes for which the law was enacted and the extent to which one interpretation or another will best serve that purpose. This school is often called purposive or teleological.

In the United States the two schools are less distinct than in Europe. Instead some commentators and judges urge that the courts follow a traditional set of canons of statutory interpretation.¹⁾ Others argue that there is not, and probably cannot be, a coherent set of canons.²⁾ There is, however, actually an American consensus on both statutory and constitutional interpretation. That consensus says "formalism first and teleological interpretation second." All American interpreters agree that when the statutory or constitutional words have a single, clear, unambiguous meaning "on their face," that is as written, courts should follow that "plain meaning" even if the results are undesirable in the judge's view and even if such an interpretation does not best serve the purposes of the law. If, however, the legal text does not itself yield a single, clearly correct meaning, then judges should engage in purposive or teleological interpretation.

Within purposive interpretation there are a great many differences of approach both in

* James W. and Isabel Coffroth Professor of Law, School of Law (Boalt Hall), University of California at Berkeley.

1) I. William Eskridge, Jr. and Philip Frickey, Legislation (1988) pp. 639-689

2) Id. 689-695

Europe and the United States. In general these differences can be reduced to two fundamental ones. The first concerns judicial approaches to the legislative process and the constitution making process. In a democratic state one way to look at a statutory or constitutional provision is as a statement of the purpose of the majority of legislators or constitution ratifiers. The judge's job is to discover what the majority wanted. The opposing approach is to argue that the imputation of a single unified majority purpose to a democratic legal text is a perverse fiction. In real democratic legislative or constitution making processes the final text is rarely a statement of a single purpose of a unified majority. Instead such a text is usually the product of a set of interests, each with its own purposes. They compromise with one another to form a coalition that controls enough votes to be the "majority of the moment." The judge's job is not to discern a single dominant purpose that is not really there, but to enforce the particular mix of purposes that the majority of the moment chose.³⁾

The second major American debate is about considerations of policy or social utility. No matter which view of purpose one takes, what should the judge do when a particular interpretation of legal language is likely to yield a bad social result? American judges constantly say that they do not and must not substitute their own policy views for those of the statutory or constitutional law maker. Yet American judges are famous for doing exactly that.⁴⁾ Judicial policy preferences enter by a number of avenues. First, the legal text may be old and circumstances may have changed greatly since its purposes were originally stated. This problem is, of course, particularly acute in American constitutional law for the American constitution is old and difficult to formally amend. Thus we have the American debate between the "originalists" and the "non-originalists."⁵⁾ Should judges follow the purposes of the Framers or should they interpret the Constitution so as to achieve good results under current circumstances? This debate boils down to an argument about whether judges should be more or less active in injecting their own policy preferences into constitutional interpretation. Originalism comes down to opposition to judicial policy activism. Non-originalism is a defense of new policy initiatives by constitutional courts.

There is a second avenue to judicial policy making. If in reality most legislative decisions are compromises among various legislative factions, then statutory language is

3) Frank Easterbrook, *Statutory Domains*, 50 *Univ. Chicago L. Rev.* 533 (1983)

4) See Lawrence Baum, *American Courts* 4th ed (1998) pp. 290-292.

5) See Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *Boston Univ. L. Rev.* 204 (1980)

likely to be ambiguous or to declare or imply a number of policy goals somewhat in conflict with one another. For the only way differing factions can build a coalition is by papering over their differences in ambiguous language or incorporating their differing policy goals into a single legal text. Because of the nature of American parties and elections, the U. S. Congress is particularly prone to such ambiguous or multi-purpose statutes. A judge may falsely impute a single purpose to a statute which actually was produced by a coalitional compromise among several purposes. Or the judge may acknowledge that the statute before him or her balances and compromises among somewhat conflicting interests. Either way judges tend to inject their own policy preferences. Those judges who wish to see a single majority purpose in a statute when in reality there are several related but partially conflicting purposes are likely to choose as the favored "majority" purpose the one they themselves favor. Judges who see a statute as a subtle blend or balance of a number of interests or policy preferences are likely to see the balance struck by the statute as the one nearest their own preferences.

American interpretation favors formal interpretation but acknowledges the legitimacy of purposive interpretation. American statutory and constitutional language, however, does not provide great opportunity for formal interpretation. The American Constitution is old and its language not very precise. American statutes are typically the product of momentary coalitions of legislative factions not in total agreement on any single purpose. Thus they tend to be ambiguous or internally contradictory. Thus whatever the preference for formalism, American interpretation is pushed toward the purposive. And purpose interpretation always leaves the judges a great deal of room to confuse their own policy preferences with those of the legislators or constitution makers.

How does this inclination toward purposive interpretation relate to the use of social science evidence in judicial decision making? If judges ask themselves "Which interpretation is more likely to lead to the real world changes that it is the purpose of the legislation to achieve?", they open the way to social science in law. If they ask that question they invite lawyers to submit evidence and argument to show that a particular interpretation will most efficiently achieve what the legislators were seeking to achieve. Social science methods and findings are obviously relevant to determining what interpretation will work best in the real world. If judges view themselves as implementors of legislative purposes, they must listen to arguments about how they can best implement those purposes. Social science evidence is one highly persuasive mode of

making such arguments.

Let me take the obvious example of antitrust law. American judges have concluded that the purpose of American antitrust laws is not to prevent the emergence of large firms. Instead, the purpose is to insure that consumers receive the best products and services at the lowest cost. Thus certain actions which reduce competition, but nevertheless benefit consumers more than unlimited competition would, should be permissible. American judges accept so-called "efficiency defenses" in antitrust cases.⁶⁾ For instance, it may be lawful for a manufacturer to refuse to sell to any but its own authorized dealers. This arrangement may be lawful if the manufacturer can show that only its authorized dealers can insure that the ultimate consumer will receive the product in good condition and provide proper servicing. Work by economists in economic theory initially showed the general legitimacy of efficiency defenses. In particular cases, efficiency defenses offered by particular defendants for their specific practices are supported by economic data and economic analysis prepared by economists. They are submitted to the court through the briefs and oral arguments of the defense lawyers and through the testimony of economists called by the defense. Government antitrust prosecutors rely on exactly the same kind of economic analysis to try to show that the particular practice being prosecuted does not result in net benefits to the consumer. The social science of economics rather than amendments to antitrust statutes has brought efficiency defenses into American antitrust law.

Antitrust is perhaps the area of law in which social science is most obviously relevant. Yet today if one looks at the lawyers' briefs submitted to the Supreme Court in many areas of both statutory and constitutional law, one finds about half the brief devoted to conventional legal argument and about half devoted to policy analysis. This policy argument is usually based on social science data and analysis. The great school desegregation case, Brown v. Board of Education,⁷⁾ is a highly controversial example. The Supreme Court relied on social science studies to conclude that segregation laws violated the equal protection clause of the Constitution. These studies concluded that black children were not able to learn as well in segregated classrooms as they could in unsegregated ones.

The controversy over Brown should not obscure the reality that social science evidence

6) See E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics 3rd ed. 1986

7) 347 U.S. 483 (1954)

and analysis is today routinely presented in all constitutional cases where it might be relevant. A prayer in a public school case will almost invariably involve the presentation to the court of findings from dozens of studies of student attitudes toward prayer and of the sociological and psychological dynamics of school teachers and students. A death penalty case will involve the presentation of crime statistics, studies of police and prosecutorial behavior, studies of the quality of death penalty case defense lawyers, econometric and psychological studies of the deterrent effect of the death penalty and sociological studies of the "population" of death penalty recipients. The Supreme Court decided that the "cruel and unusual punishment" clause of the U.S. Constitution is not to be interpreted by simply looking up the words cruel and unusual in the dictionary. As a result, it is impossible for the judges to refuse to listen to all sorts of social science evidence on how and to whom the death penalty is assigned.

Examples in constitutional law could be endlessly multiplied. The point is even more obvious in many areas of regulation. Congress often enacts statutes that state general purposes and delegate implementing decisions to administrative agencies. The agency decisions are subject to judicial review to determine whether the agency decisions actually do carry out the purposes of the legislature. In many instances judicial review necessarily involves evidence from the physical and biological sciences. Suppose a statute says companies must employ "the best available technology" to prevent pollution, and the EPA has ordered companies to install a certain kind of smoke filter. The question for a reviewing judge is whether that particular filter is the best available technology. The legal case will proceed largely by the presentation of chemical and engineering data and analysis.

If the question is one of banking regulation or price regulation of natural gas or securities law, just as obviously the case will proceed largely in terms of economic data. If the question is one of electoral districting law, political science evidence will be presented. If education regulation or welfare is at issue, the evidence will come from psychology and sociology.

American judges play an active role in determining whether administrative agency rules and regulations achieve the purposes of Congressional statutes. They ask whether agency rules are the best rules for carrying out Congressional purposes.⁸⁾ Where the Congressional purposes are economic, social or political, it would be hard for judges to

8) See Martin Shapiro, *Who Guards the Guardians* (Athens, Ga.: University of Georgia Press, 1988)

ignore economic, social or political evidence bearing on how well the agency rule fulfilled the Congressional purpose. That evidence is necessarily the product of research by social scientists.

There is, of course, a judicial alternative. Judges can simply say that they cannot understand scientific evidence and so defer to the administrative agencies on all technical questions. Given the modern world and modern regulatory legislation, if judges take this route they are really abandoning any effective level of judicial review of administrative agency action. American judges have not chosen to abandon judicial review. Thus they have no choice but to cope with evidence from the physical, biological and social sciences.

The argument made here is a simple one. Legislators and constitution writers sometimes clearly state non-conflicting purposes and the precise means by which those purposes are to be achieved. American judges will follow such directions. Statutes and constitutional provisions may incorporate conflicting policy goals or be unclear as to which of several policy goals has been chosen or announce several policy goals without clearly stating priorities among them. When this happens American courts will engage in purposive interpretation and will make policy choices of their own. Where courts make policy choices they need and want precisely what all policy makers should want. They need knowledge of the real world circumstances in which the policy will operate. Thus American lawyers' arguments to courts, and often even the judges' opinions, contain extensive presentation of social science data and analysis supporting a particular choice among the number of alternative policies and means of implementation that the legal text might be interpreted as having enacted into law.

By its very nature and language, the relatively short, relatively general U. S. Constitution, with its sweeping Bill of Rights, is often unclear or ambiguous as to its purposes, often announces two or more conflicting purposes at once, and rarely announces fixed priorities among its goals. It almost never specifies fixed means for achieving whatever purposes it announces. American judges nearly always engage in purposive constitutional interpretation. Only rarely do they announce that they are following constitutional language or their own previous case law without regard to real world consequences. Even when they do mechanically follow constitutional language or case precedent they will usually explicitly argue that they are doing so because to do otherwise would do more real world harm than good. The lawyer's briefs to the

Supreme Court in major cases typically contain about half policy and half law. The most professional, craftsman-like constitutional argument is one that says two things to the Court. Here is the data and analysis showing that the policy choice I am urging you to adopt would be the best public policy in terms of results. Here is the legal analysis that shows that this best public policy choice is also compatible with the language of the Constitution and serves the purposes of the Framers.

〈번역본〉

미국 법원의 헌법·법률에 대한 해석과 사회과학

Martin Shapiro · 임지봉*

(University of California, Berkeley · 建國大學校 法科大學 教授)

유럽에서는 오랫동안 헌법이나 법률의 해석과 관련하여 두 가지의 입장(학파)이 존재해왔다. 하나는 그 헌법이나 법률 자구(字句)의 형식적 의미, 그 성문법전(成文法典)에 의해 형성된 법의 일반원칙들, 그리고 그 자구와 법의 일반원칙들로부터 나온 학설상·사법상(司法上)의 일반원칙들을 강조하는 입장이다. 이러한 접근은 종종 “형식주의적 접근(formal approach)”이라고도 불린다. 헌법이나 법률 해석에 관한 또 다른 하나의 입장은 그 헌법이나 법률이 제정된 목적들, 하나의 혹은 또 다른 하나의 해석이 그 목적에 가장 잘 부합하는 정도를 고려하려고 애쓴다. 이 입장은 종종 “목적합치적 혹은 목적론적 접근(purposive or teleological approach)”이라고 불려 진다.

미국에서는 유럽보다는 두 입장의 대립이 덜 뚜렷하다. 대신 일부 법학자와 판사들은 법원들이 법해석의 전통적 표준들에 따라야만 한다고 주장한다. 다른 일부는 통일성 있는 일관된 법해석의 표준들이란 존재하지 않고, 아마 존재할 수도 없다고 주장한다. 그러나, 법률과 헌법의 해석에 있어 실제로 미국인들 사이에는 하나의 합의(American consensus)가 존재한다. 그 합의에 의하면 “형식주의적 해석이 첫 번째이고 목적론적 해석이 두 번째”¹⁾이다. 미국의 모든 법해석자들은 헌법이나 법률의 자구가 그것이 쓰여진 대로 문면상(文面上) 하나의 명확한 의미만을 가진다면, 그 해석의 결과가 판사자신의 관점에서는 바람직하지 않은 것이라 할지라도 그리고 그러한 해석이 그 법의 목적들에 비추어 최상(最上)의 것이 아니더라도, 법원은 그 “명확한 의미”에 따라 해석을 해야만 한다는 데에 동의한다. 그러나, 그 자구의 해석이 하나의 명확하게 옳은 의미만을 가지는 것이 아니라면, 그 때 판사들은 목적합치적 혹은 목

* 원저자 : Martin Shapiro(U.C. Berkeley 로스쿨 석좌교수)

번역 : 임지봉(건국대학교 법과대학 조교수, 법학박사)

역자주 1) “형식주의적 해석”을 우선 하고 그것이 여의치 않을 경우 “목적론적 해석”을 취한다는 뜻이다.

적론적 해석에 매달려야만 한다.

목적론적 해석에 있어서도 유럽과 미국은 그 접근에 많은 차이점들을 보인다. 일반적으로, 이 차이점들은 두 개의 근본적인 차이점들로 단순화시켜 볼 수 있다. 그 첫 번째는 헌법·법률의 형성(제정·개정)과정²⁾에 대한 법원의 접근태도와 관련이 있다. 민주국가에서 헌법규정이나 법률규정을 보는 하나의 방식은 그것들을 입법자들이나 헌법비준자들 다수의 목적을 표현해 놓은 것으로 보는 것이다. 판사가 할 일은 다수가 무엇을 원했는가를 발견하는 것이다. 이와 반대입장은 민주사회에서 하나의 통일된 “다수의 목적”의 탈을 법규정에 씌우는 것은 잘못된 의제(擬制)라고 주장한다. 진정으로 민주적인 헌법·법률의 형성(제정·개정)과정에서 최종적인 법률 자구가 다수의 통일된 하나의 목적을 말하고 있는 경우는 좀처럼 없다. 대신에 그러한 자구는 보통 그 자체가 일정한 목적을 가지는 일련의 이익들(interests)의 산물이다. 그 일련의 이익들은 “그 당시의 다수”가 되기 위한 충분한 표를 가지기 위해 합종연횡을 거쳐 하나의 “연립(coalition)”을 형성한다. 판사의 직무는 거기에 실제로는 존재하지도 않는 단 하나의 지배적인 목적을 발견해내는 것이 아니라, 그 당시의 다수가 선택한 여러 이익들의 특별한 혼합(the particular mix of purposes)을 집행하는 것이다.

미국인들의 헌법·법률 해석에 관한 두 번째의 주요한 논쟁은 정책이나 사회적 효용성(policy or social utility)에 관한 것이다. 판사가 어떤 목적관(view of purpose)을 선택하느냐에 관계없이, 어떤 법률 자구의 구체적 해석이 나쁜 사회적 결과를 가져올 가능성이 있을 때 그 판사는 어떻게 해야만 하는가? 미국의 판사들은 그들이 법률이나 헌법 제정·개정자의 정책적 관점들을 대체하는 판결을 내리지 않고 또 내려서도 안 된다고 일관되게 말해왔다. 그러나, 미국의 판사들은 바로 그러한 일(법률이나 헌법 제정·개정자의 정책적 관점들을 대체하는 판결을 내리는 일)을 해 온 사람들로 유명하다. 사법부에 의한 정책선호들(judicial policy preferences)은 많은 경로를 통해 판결에 반영된다. 첫째, 법규정이 처음에 규정된 이후, 많은 시간이 흐르면 그 규정은 낡은 것이 되고 그 법규정을 둘러싼 상황들도 크게 변화한다. 물론 이 문제점은 미국 헌법의 해석에 있어 특히 심각하게 나타난다. 왜냐하면, 미국 헌법은 오래되었고 공식적으로 개정하기가 힘들기 때문이다. 따라서, 미국에서는 헌법해석을 둘러싸고 “오리지날리스트들(originalists)”과 “非오리지날리스트들(non-originalists)”간의³⁾ 논쟁이 있어왔다. 즉, 판사들은 미국헌법을 만든 미국헌법의 아버지들이 생각한 헌법제정 목적들을 따라야만 하는가, 아니면 판사들은 미국헌법을 해석함에 있어 현재의 상황하에서 최상의 결과들을 끌어낼 수 있는 해석을 해야하는가가 그것이다. 이 논쟁은 결국 판사들이 그들 자신의 정책선호들을 헌법해석에 반영함에 있어 다소간에 적극적이어야만 하는가에 대한 논

역자주 2) 원문은 “the legislative process and the constitution making process”라고 되어있다. 법과 헌법의 “형성”절차로 법과 헌법의 제정·개정을 통해 새로운 사항이 법과 헌법에 규정되는 것을 의미한다.

역자주 3) Originalists란 헌법의 해석에 있어 그 헌법규정을 만든 사람들의 “원래의 의도(original intent)”를 중시하여 그에 맞추어 헌법을 좁게 해석하는 사람들을 이야기하고, non-originalists란 이에 반대하여 헌법의 해석에 있어 그 헌법규정을 만든 사람들의 “원래의 의도(original intent)”에 얼마일 필요가 없다고 주장하는 사람들을 말한다.

쟁으로 요약될 수 있다. 이때 오리지널리즘은 사법정책적 적극주의에 반대되는 입장이 된다. 反오리지널리즘은 헌법재판에 의한 새로운 정책 주도(主導)를 옹호한다.

사법부에 의한 정책형성의 두 번째 경로는 다음과 같다. 만약 현실에 있어 대부분의 입법부 결정들이 입법부내의 여러 정파들간의 타협안들이라면, 법규정상의 자구들은 애매모호하거나 혹은 어느 정도 서로간에 충돌을 일으키는 많은 정책적 목표들을 선언하거나 암시하는 것이 되기 쉽다. 왜냐하면 다른 정파들이 연립을 형성할 수 있는 유일한 길은 그들간의 차이점들을 애매모호한 언어들로 얼버무리거나 그들의 서로 다른 정책목표들을 단 하나의 법규정 속에 같이 쑤서 넣어버리는 것이기 때문이다. 미국 정당제도와 선거제도의 특수한 성격 때문에, 미국 연방의회는 특히 이러한 애매모호하거나 여러 목적들을 내포하는 법들을 많이 만들어내는 경향이 짙다. 실제로는 몇몇 목적들간의 연립적 타협에 의해 만들어진 법률에 판사는 판결을 통해 단 하나의 목적을 귀속시키는 잘못을 범할 수 있다. 아니면, 판사는 판사 앞의 그 법률이 어느 정도 충돌되는 이익들간의 타협과 그것을 통한 균형의 산물임을 인정할 수도 있다. 위의 어떤 경우에 있어서건 판사들은 그들 자신의 정책적 선호들을 그들의 법 해석에 주입(注入)시키는 경향이 있는 것이다. 실제로는 몇몇의 서로 관련된 그러나 부분적으로는 충돌하는 목적들이 존재하는 법률규정 속에서 단 하나의 다수의 목적만을 보고자 하는 판사들은 “다수의 목적(majority purpose)”으로서 사실상 자기 자신이 선호하는 목적을 선택하기 쉽다. 어떤 법률규정을 많은 이익들이나 정책선호들의 미묘한 혼합이나 균형(a subtle blend or balance of a number of interests or policy preferences)으로 보는 판사들은 그 규정에 나타난 균형을 그들 자신의 정책선호에 가장 가까운 것으로 보기 쉽다.

미국에서의 헌법이나 법률해석은 형식주의적 해석을 더 선호하지만, 목적론적 해석의 정당성 또한 인정한다. 그러나, 미국의 헌법이나 법률상의 언어들은 형식주의적 해석에 많은 여지를 주지는 않는다. 미국 헌법은 오래되었고 그 헌법상의 언어들은 고도로 정확하지는 않다. 미국의 법규정들은 전형적으로 입법부내 정파들 사이에서 맺어지는 그때그때마다의 연립의 산물이지 결코 어느 유일한 목적에 대한 전적(全的)인 합의의 산물은 아니다. 따라서 법규정들은 애매모호하거나 내적(內的)으로 상반되는 경향이 있다. 따라서, 형식주의적 해석에 대한 선호에 관계없이, 미국에서의 법해석은 목적론적 해석으로 나아간다. 그리고 목적론적 해석은 항상 판사들에게 그들 자신의 정책선호들을 입법자나 헌법제(개)정자들의 정책선호와 혼동할 큰 여지를 남기게 되는 것이다.

그러면, 이러한 목적론적 해석의 경향이 사법부 결정 형성에 나타나는 사회과학적 증거들의 사용과 어떻게 연관되는 것일까? 판사들이 그들 자신에게 “어떤 법해석이 입법부가 법률을 통해 이루고자 하는 법형성의⁴⁾ 목적인 현실세계에서의 변화를 더 잘 유도해낼 수 있는가?”를 묻는다면, 그들은 법 속에서 사회과학에의 길을 열게 된다. 그들이 그들 자신에게 그러한

역자주 4) 법제정과 함께 법개정도 포함하는 넓은 의미의 법형성을 의미한다.

질문을 던진다면, 그들은 변호사들로 하여금 어느 특정한 법해석이 입법자들이 이루려고 한 바를 가장 효과적으로 이룰 것임을 보여주는 증거와 변론들을 제출케 할 것이다. 사회과학적 방법론과 사회과학에서의 발견들은 분명 어떤 법해석이 현실세계에 가장 적합한 것인가를 결정하는데 관련성을 가진다. 만약 판사들이 그들 자신을 입법적 목적들에 효력을 부여하는 입법적 목적들의 이행자라고 본다면, 판사들은 그 목적들을 어떻게 하면 가장 잘 이행할 수 있는가에 관한 논의들에 귀를 기울여야만 한다. 사회과학적 증거는 그러한 논의들을 만들어 내는 아주 설득력 있는 한 방식이다.

이에 관한 이해를 돕기 위해 독점금지법의 한 예를 들어보자. 미국 판사들은 미국 독점방지 입법들의 목적이 대기업들의 출현을 막는데 있는 것은 아니라고 결론 내려왔다. 대신에, 소비자들이 가장 낮은 비용으로 최상의 제품과 서비스를 제공받는 것을 보장하는데 독점방지 입법들의 목적이 있다고 본 것이다. 따라서, 어떤 조치가 무제한적 경쟁보다 경쟁은 줄이지만 그럼에도 불구하고 소비자들을 이롭게 한다면 그것은 용납되어야만 한다고 본다. 미국 판사들은 독점방지에 관한 사건들에서 소위 “효율성 방어(efficiency defenses)”라는 개념을 받아들였다. 예를 들어, 제조업자들이 구매권이 있는 딜러들에게만 물건을 팔고 그렇지 못한 딜러들에게는 물건을 팔 것을 거부한다면 그것은 적법한 것일 게다. 만약 그 제조업자가 구매권이 있는 딜러들만이 궁극적 소비자가 좋은 상태의 제품을 받을 것과 적절한 서비스를 제공받을 것을 보장할 수 있음을 보여줄 수 있다면 이러한 합의는 특히 적법한 것일 수 있다. 경제이론에 있어 경제학자들의 연구성과는 처음부터 이러한 효율성 방어의 일반적 정당성을 보여주었다. 특정 사건들에서, 특정 피고인들에 의해 그들 세계에서의 구체적 관행들을 설명하기 위해 제공되어진 효율성 방어들은 경제학자들에 의해 준비된 경제학적 데이터나 경제학적 분석들에 의해 지지되어 진다. 그 효율성 방어들은 피고측 변호인들의 준비서면(briefs)과⁵⁾ 구두변론(口頭辯論), 피고측에 의해 증인으로 소환된 경제학자들의 구두증언(口頭證言)을 통해 법원에 제출되어진다. 정부의 反독점소송 전담검사들은 기소된 그 특정 관행이 소비자들에게 결과적으로 순이익을 주지 않음을 입증하기 위해 피고측과 정확히 같은 종류의 경제학적 분석에 의존해 소송을 수행해 나간다. 독점금지법 규정의 개정이 아니라 경제학의 사회과학적 연구결과들이 미국의 독점금지법에 효율성의 방어들을 가져왔다.

독점금지법은 아마도 사회과학이 가장 분명하게 관련되는 영역일 것이다. 그러나 오늘날 헌법이나 법률의 많은 영역에서 미국 연방대법원에 제출되어진 변호인들의 준비서면을 볼 것 같으면, 그 준비서면의 약 반가량은 전통적이고 형식적인 법리논쟁에 그리고 나머지 한 반가량은 정책분석에 할애되어 있음을 알 수 있다. 정책적 논의는 보통 사회과학적 데이터와 사회과학적 분석들에 근거한다. 인종간의 분리교육에 관한 위대한 판결인 브라운 對 토페카

역자주 5) Briefs는 “준비서면” 이외에 “소송사건적요서(訴訟事件摘要書)”라고도 번역된다. 이 준비서면은 변호인이 작성해 법원에 미리 제출하는 변론의 요지를 말하는 것으로, 변호인이 법정에서 주장하려는 법률상의 논점, 그 법률상의 논점에 관한 변호인의 입장과 견해 및 그 입장과 견해를 뒷받침하는 근거와 증거 등이 기재된다.

시 교육위원회 사건의 판결이 이에 관해 큰 논란을 불러일으킨 한 예이다. 미국 연방대법원은 인종간 분리교육법이 헌법상의 평등권조항을 위반했다고 결론짓기 위해 사회과학적 연구성과들에 의존했다. 이 사회과학적 연구성과들은, 흑인학생들이 흑인학교 교실에서는 인종간 분리가 없는 학교의 교실에서만큼 잘 학습할 수 없다고 결론지었다.

브라운사건 판결에 대해 논란이 있다고 해서 그 논란이, 사회과학적 증거와 사회과학적 분석이 오늘날 그것과 관련되는 모든 헌법사건들 속에서 일상적으로 제시된다는 현실을 무색케 해서는 안 된다. 공립학교에서의 기도문암송이 종교의 자유를 침해하는 것이냐를 따지는 사건들에서는, 기도문암송에 대한 학생들의 태도와 교사와 학생들간의 사회학적·심리학적 역학관계에 대한 많은 연구결과들이 거의 한결같이 법원에 증거로 제시될 것이다. 사형사건(死刑事件)의 경우는 범죄통계, 검찰과 경찰의 행위분석에 대한 연구들, 사형사건담당 변호사들의 자질에 대한 연구들, 사형의 범죄억제적 효과에 대한 계량경제학적·심리학적 연구들, 그리고 사형수 집단에 대한 인구학적·사회학적 연구성과물들이 법원에 제시될 것이다. 미국 연방대법원은 미국헌법상의 “잔인하고 이상한 처벌(cruel and unusual punishment)” 금지조항이 “잔인하고 이상한”이라는 자구의 단지 사전적(辭典的) 의미에 의해 해석되는 것은 아니라고 판결을 통해 선언한 바 있다. 그 결과, 사형이 어떻게 부과되고 누구에게 부과되는지에 대한 모든 종류의 사회과학적 증거들에 귀기울일 것을 판사가 거절하는 것은 불가능하게 되었다.

헌법해석과 관련해서는 그러한 예들이 무궁무진하게 발견될 수 있다. 규제의 많은 영역들에서 그 점은 훨씬 더 명확하게 나타난다. 연방의회는 그 법률의 일반적 목적에 대해서만 언급하고 시행에 관계되는 결정은 행정부에 위임하는 법률들을⁶⁾ 자주 만든다. 행정부의 결정들은⁷⁾ 그 결정이 입법부의 목적들을 실제로 잘 수행하느냐의 측면에서 법원의 사법심사(司法審査)를 받는다. 많은 경우들에 있어 법원의 사법심사는 필연적으로 생물학 등 자연과학적 증거들을 포함한다. 기업들은 공해방지를 위한 가능한 최상의 기술을 갖추고 있어야 한다는 법규정이 있고, 환경보호국(EPA, Environmental Protection Agency)이 기업들에게 일정종류의 매연 여과장치를 설치토록 명했다고 가정해보자. 사법심사를 행하는 판사에게 문제되는 것은 그 특정 여과장치가 가능한 최상의 기술이나 하는 것이다. 그 사건 심리는 주로 화학적·공학적 데이터와 분석에 의해 진행되어질 것이다.

만약 어떤 사건이 금융규제, 천연가스의 가격규제 혹은 증권거래법상의 규제에 관한 것이라면, 그 사건은 분명 경제학적 데이터를 주로 활용하며 재판심리가 진행될 것이다. 만약 어떤 사건이 선거구획정법에 관한 것이라면, 정치학적 증거들이 제시될 것이다. 만약 교육에 있어서의 규제나 복지가 쟁점이라면, 재판심리는 심리학과 사회학적 증거들에 의존할 것이

역자주 6) 위임입법들을 말한다.

역자주 7) 여기서 “행정부의 결정”이란 입법부의 위임입법에 의해 만들어진 행정부의 명령이나 규칙 등을 말한다.

다.

행정부의 명령·규칙들이 의회제정법의 목적들을 달성하는 것이냐를 판단함에 있어 미국의 판사들은 적극적인 역할을 수행한다. 미국의 판사들은 행정부의 명령이나 규칙들이 입법부의 입법목적들을 수행하는데 최상의 것이냐를 묻는다. 입법부의 입법목적들이 경제적·사회적 혹은 정치적인 것인 경우, 그 행정명령이나 행정규칙들이 얼마나 잘 입법부의 입법목적들을 수행하는가에 관련되는 경제학적·사회학적·정치학적 증거들을 판사들이 재판에서 무시하기는 힘들 것이다. 이러한 재판에서의 주요한 증거는 필연적으로 사회과학자들의 연구성과물이다.

물론, 판사들이 다른 대안을 선택할 수도 있다. 판사들은 그들이 사회과학적 증거들을 이해할 수 없어서 모든 기술적 문제들에 있어서는 행정부의 결정에 따른다고 간단히 말해 버릴 수도 있다. 현대 세계와 현대의 규제입법을 고려해 봤을 때, 만약 판사들이 이러한 방식을 취한다면, 그들은 실로 행정부의 행정행위에 대한 효과적인 수준의 사법심사를 포기하는 것이 된다. 미국 판사들은 이제껏 사법심사를 포기하는 선택을 하지 않았다. 따라서 그들은 자연과학적 증거와 사회과학적 증거를 회피하지 않고 선택의 여지없이 받아들여 왔다.

여기서의 논쟁은 간단한 것이다. 입법자들이나 헌법제정자 혹은 헌법개정자들은 때때로 서로 충돌하지 않는 목적들과 그 목적들이 달성될 수 있는 구체적인 정당한 수단들을 법규정에 명백히 규정한다. 헌법과 법률의 규정들은, 상호충돌하는 정책목표들을 구체화하거나, 여러 정책목표들 중 어느 것이 선택되어졌는가에 대해 불분명한 규정형식을 취하거나, 몇몇 정책목표들간의 우선 순위에 대해 명확히 언급함이 없이 그 목표들을 공표한다. 이런 경우, 미국 법원들은 목적론적 해석에 종사할 것이고 그들 자신의 정책결정들을 할 것이다. 법원들이 정책선택을 하는 경우, 그들은 모든 정책형성자들이 정책입안시 원해야만 하는 정확히 바로 그것을 필요로 하고 또 원한다. 그들은 그 정책이 시행될 실제 현실세계 속의 상황들에 대한 지식을 필요로 한다. 따라서, 법원에 대한 미국 변호사들의 주장과 종종 판사들의 판결 자체도, 법에 구체화되었던 많은 대안적 정책들과 시행수단들 가운데의 특정한 선택을 지지하는 사회과학 데이터와 분석에 대한 광범위한 제시를 포함한다.

미국 연방헌법의 성격과 자구에 비추어보면, 비교적 짧고 비교적 포괄적인 미국 연방헌법은 권리장전과 함께 종종 그 목적에 관해 불명확하고 애매모호하며, 종종 두 개 혹은 그 이상의 상호충돌하는 목적들을 한꺼번에 공표하고, 그 목표들간에 정해진 우선순위를 좀처럼 공표하지 않는다. 헌법은 그것이 공표하는 목적들이 무엇이건 간에, 그 목적들을 달성하는데 필요한 정해진 수단들을 거의 확정하지 않는다. 미국 판사들은 거의 항상 목적론적 헌법해석에 매달린다. 그들이 현실세계에서의 결과에 관계없이 헌법상의 자구나 선포례를 따른다고 공표하는 일은 아주 드물다. 판사들이 헌법상의 자구나 선포례를 기계적으로 따르는 경우에서 있어서 조차도, 그들은 그렇게 하지 않으면 현실세계에서 득보다는 해가 더 많을 것이기 때

\문에 그들이 그렇게 한다고 분명히 말한다. 미국 연방대법원에 제출되는 변호사의 준비서면은 주요 사건들에 있어 전형적으로 받은 정책 받은 법을 담고 있다. 가장 변호사답고 숙달된 헌법논의라 한다면 그것은 대법원에 다음의 두 가지 것을 이야기하는 것일 게다. 즉, 결과의 관점에서 제가 당신께 받아들이라고 말하는 정책선택이 최상의 공공정책이 될 것임을 보여주는 데이터와 분석이 여기 있다는 것, 또 이 최상의 공공정책선택이 또한 헌법상의 자구와 조화되는 것이고 미국 헌법을 만든 미국헌법의 아버지들이 생각한 목적들에 이바지함을 보여주는 법적 분석이 여기 있다는 것이 그 두 가지 이다.