

하트와 언어의 “개방적 구조”*

Brian Bix**

권 경 휘 옮김***

목 차

서론
I
II

III
IV
V

서론

이 글에서 나는 하트(H. L. A. Hart)의 “개방적 구조”(open texture)에 대하여 자세히 분석하고자 한다. 『법의 개념』¹⁾에서 하트는 형식주의와 규칙-회의주의의 중간입장에서 법의 해석에 관하여 논의하였다.²⁾ 이러한 하트의 입장은 언어의 개방적 구조에 관한 이론에 근거하였다(적어도 그것에 의하여 정당화되었다).³⁾ 언어의 개방적 구조라는 개념은 바이스만(F. Waismann)의 글⁴⁾에서 비롯되었으며, 아마도 바이스만의 글은

* B. Bix, “H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language”, 10 *Law and Philosophy* 51 (1991)을 번역한 것임. 이 논문의 번역을 허락해주신 빅스 교수님께 감사드린다.

** 브라이언 빅스. 미네소타 주립대 로스쿨 법철학 교수(Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy at the University of Minnesota).

*** 연세대학교 법학과 박사과정 수료.

1) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*(Oxford: Clarendon Press, 1961).

2) Hart, 앞의 책(주 1), 121-144쪽.

3) Hart, 위의 책(주 1), 120-132쪽.

1930년대 초반에 개진된 비트겐슈타인(L. Wittgenstein)의 구성적인 관점에 기초하고 있다.⁵⁾ 이 글에서 나는 먼저 하트의 글을 분석하고 그 후 바이스만과 비트겐슈타인의 글에서 그 기원을 밝혀보고자 한다.

I

『법의 개념』의 “형식주의와 규칙 회의주의”라는 단원에서 하트는 성문법에 의한 것이든 판례법에 의한 것이든 법 규칙들이 명백한 의미의 해석을 가지고 있다고 주장하였다. 규칙을 어떤 상황에 적용해야할 지 여부는 종종 일반적인 용어(*general term*)의 의미의 문제, 즉 낱말의 의미의 범위를 정하는 것의 문제가 된다. 예컨대, “공원 내 차량 금지”라는 규칙의 적용 여부는 어떤 물체가 규칙이 목적으로 하는 “차량”에 해당하는지에 따라 또는 어떤 지역이 규칙이 목적으로 하는 “공원”에 해당하는지에 따라 결정된다. 명백한 사례(*plain case*)에서 “일반적인 용어는 아무런 해석을 필요로 하지 않는다…그런 경우를 인식하는 것은 별 문제 없는 것이거나 ‘자동적인’ 것처럼 보인다…분류적 용어의 적용에 관하여 일반적인 일치가 있다.”⁶⁾ 그러나 용어의 의미의 “경계 영역”(penumbra)의 경우에는 일반적인 용어를 적용해야할지 하지 말아야 할지 명백하지 않다. “일반적인 용어의 사용을 찬성할만한 근거와 반대할만한 근거가 모두 있고 그것의 사용을 지시하는 확고한 관행이나 일반적인 일치도 없다.”⁷⁾ 하트는 규칙이 “주변적인 모호성”(a fringe of vagueness)⁸⁾을 가

4) Hart, 앞의 책(주 1), 249쪽; F. Waismann, “Verifiability”, 19 *Proceedings of the Aristotelian Society* 119(1945), 119-150쪽.

5) G. P. Baker, “Defeasibility and Meaning”, in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality and Society*(Oxford: Clarendon Press, 1977), 51쪽과 주 76번.

6) Hart, 위의 책(주 1), 123쪽.

7) Hart, 위의 책(주 1), 123-124쪽.

지고 있고 경계적인 사례에 적용될 때 비결정적이게 되는 경향을 규칙의 “개방적 구조”(일반적으로는 언어의 “개방적 구조”)라고 불렀다.⁹⁾ 더 나아가 하트는 이러한 법 규칙의 “개방적 구조”를 단점이 아닌 장점으로 보아야 한다고 말했다. 즉 입법자가 예측하지 않았거나 예상하지 못했던 유형의 문제나 상황에 규칙을 적용할 때 “개방적 구조” 덕분에 규칙을 합리적으로 해석할 수 있다는 것이다.¹⁰⁾

하트는 어떻게 사회통제를 효과적으로 할 수 있을까라는 전략적이거나 정치 이론적 의문에서가 아니라 어떻게 사회통제가 가능할 수 있을까라는 근본적인 의문에서 법을 통한 사회통제의 문제에 관심을 가졌다. 어떻게 국가는 법률과 판례를 통하여 국민을 지도할 수 있는가? 그리고 법률과 판례의 의미는 어느 정도까지 필수적으로 보충되어야 하는가? 이에 대하여 하트는 “만약 어떤 사건이 발생했을 때 별다른 더 이상의 지시 없이도 대다수의 개인들이 이해할 수 있도록 일반적인 행위의 기준을 제시할 수 없다면 우리가 법이라고 인식하는 것은 존재할 수 없을 것이다.”라고 말했다.¹¹⁾

하트는 두 가지 법의 원천들에 대응하는 두 가지 형태의 지도 방식, 즉 판례와 유사한 예시와 법률과 유사한 구두 지시를 생각했다.¹²⁾ 구두 지시와 비교하면 예시는 덜 명백하고 덜 결정적인 것처럼 보인다. 누군가가 우리에게 “내가 하는 대로 해라”고 말한 경우 그의 행동의 어디까

8) Hart, 앞의 책(주 1), 120쪽.

9) Hart, 위의 책(주 1), 124-125쪽.

10) Hart, 위의 책(주 1), 125-126쪽. 바이스만의 “개방적 구조”에 대한 쿼튼(A. Quinton)의 논의와 비교해보라: “언어의 비결정성은 긍정적인 장점을 가지고 있다. 그것은 언어의 지속적으로 발달하게 해주어서 새로운 발견에 적응할 수 있게 해준다. 양수에서 복소수까지 수의 개념의 범위가 확대된 것이 좋은 예이다.” A. Quinton, “Introduction”, in F. Waismann, *Philosophical Papers*(Dordrecht: D. Reidel, 1977), 13쪽.

11) Hart, 위의 책(주 1), 121쪽.

12) Hart, 위의 책(주 1), 121쪽.

지 따라야 하고 어떤 부분은 관련 없기 때문에 다르게 하여도 되는지 확신할 수 없다. 예시를 구두 지시로 바꾸면 이러한 문제들을 피할 수 있는 것처럼 보인다. 이제 시민들을 “일반적 범주들 속에 개별적 사실을 단지 ‘포섭’(subsume)하고 간단한 삼단논법에 의하여 결론을 도출하기 만 하면 된다.”¹³⁾ 그러나 하트는 일반적인 규칙들이 예시의 특징과 문제 점을 가지고 있음을 보여주었다. 하트에 의하면 규칙(예컨대, “공원 내 차량 금지”)을 제정할 때 입법부와 공무원은 어떤 상황이나 문제를 염두에 둔다. “차량 금지”를 예로 들자면 그들이 생각하는 것은 일상적인 자동차, 버스, 오토바이가 공원에 들어오지 않게 하는 것이다.¹⁴⁾ 그러므로 규칙을 해석하는 것은 규칙을 제정할 때 예상하였던 예시를 읽어내는 것이다.

하트는 의미에 관하여 “모범례”(paradigm) 접근과 “기준(criteria)” 접근을 혼용한다. 그의 분석에 따르면 규칙을 이해하기 위하여 일반적인 용어의 뜻을 밝히고자 할 때에 우리는 우선 규칙이 목적으로 하는 특정한 상황부터 떠올린다. “공원 내 차량 금지”라는 규칙을 해석할 때 우리는 “어떤 것이 차량인가 하면 자동차가 차량이다”고 생각하는 것에서부터 시작한다.¹⁵⁾ 규칙이 목적으로 하는 “차량”에 롤러스케이트나 장난감 자동차를 적용해야 할 것인지를 결정할 때에는 “현재의 사례가 ‘관련된’ 측면들에서 명백한 사례와 ‘충분히’ 유사한지를 고려”할 것이다.¹⁶⁾ 우리는 명백한 사례나 모범례(자동차)로 시작한다. 그리고 확장하려는 것이 얼마나 유사한 것인지 검토할 수 있게 해주는 기준들을 고려한다. 예컨대, 롤러스케이트는 자동차와 같이 (그렇게 심각한 정도는 아니지만) 소음을 발생시키고 안전과 질서를 위협한다. 둘 사이의 차이점은 롤러스

13) Hart, 앞의 책(주 1), 122쪽.

14) Hart, 위의 책(주 1), 125-126쪽.

15) Hart, 위의 책(주 1), 123쪽.

16) Hart, 위의 책(주 1), 124쪽.

케이트는 자동차보다 작고 공기를 오염시키지 않는다는 것이다. 유사점과 차이점이 모두 존재한다. 즉 어떤 기준들은 만족시키지만 다른 기준들을 만족시키지 않는다. 하트의 방식으로 표현하면 “일반적인 용어의 사용을 찬성할만한 근거와 반대할만한 근거가 모두 있다”.¹⁷⁾ 이것이 규칙의 “개방적 구조”이다. 즉 규칙을 만들 때 생각하지 않았고 그때 고려했던 상황(모범례)과 어떤 면에서 다른 상황이 일어난 것이다.¹⁸⁾

원래의 모범례에서부터 다른 사례로 확장시켜서 일반적인 용어를 적용해야할지 여부가 때때로 명백할 때가 있다. 그것은 두 사례 사이에 차이가 없기 때문이 아니다. 그것은 일반적인 용어를 확장시켜 적용해야 할지 여부가 문제된 적이 이전에도 여러 번 있었던 까닭에 그것에 관하여 합의가 이루어져 있기 때문이다.¹⁹⁾ “명백한 사례의 몇몇 특징들을 가지고 있지만 다른 특징들은 가지고 있지 않은 상황들이 자연과 인간에 의하여 끊임없이 발생”²⁰⁾하기 때문에 하트에게 있어서 “개방적 구조”의 문제는 끊임없이 발생되는 것이다. 일반적인 용어를 상대적으로 친숙한 어떤 주변 사례(borderline case)에 적용할 지 여부에 관하여 합의가 느리게 형성된다면 “개방적 구조”는 좀처럼 완화되지 못할 것이다. 왜냐하면 삶에서 좀 더 불명확한 주변 사례가 곧 생겨날 것이고 그것이 “명백한 사례”가 되어가고 있던 관행을 대체할 것이기 때문이다.

17) Hart, 앞의 책(주 1), 123쪽.

18) J. B. White, “What Can a Lawyer Learn From Literature?” (Book Review), 102 Harvard Law Review 2014(1989), 2035쪽을 참조: “‘명령들’의 집합이 아니라 텍스트의 집합이 법의 본성이다. 이것은 법이 원칙적으로 완전하게 예상될 수 없는 상황 속에서 임해진다는 것을 의미한다. 이것은 우리가 완전히 상상할 수 없는 문맥들과 의미들을 통하여 다른 사람들(또는 우리 자신들)에 의하여 실현되어진다는 것을 알고서 입법을 하거나 판결을 한다는 것을 (심지어 계약을 체결한다는 것을) 의미한다.”

19) 하트는 “명백한 사례는 유사한 상황을 계속 반복해 와서 친숙한 것일 뿐이다. 명백한 사례에서는 분류적 용어의 적용에 관한 일반적인 일치가 있다.”고 말한다. Hart, 위의 책(주 1), 123쪽.

20) Hart, 위의 책(주 1), 123쪽.

II

하트의 “개방적 구조”의 지적인 기원을 고찰하기 위하여 나는 약간 다른 이야기를 하겠다. 나는 바이스만의 저작들로 거슬러 올라가서 “개방적 구조”의 개념의 출처를 조사하고자 하며 또한 한 걸음 더 나아가 “개방적 구조”의 개념이 비트겐슈타인에게까지 거슬러 올라가는 것인지 여부를 고찰하고자 한다.²¹⁾ 하트가 자신의 개념의 기원으로 밝히고 있는²²⁾ 바이스만의 설명은 하트의 것과 유사하지만 많은 면에서 다르다.

바이스만의 “개방적 구조”를 이해하기 위해서는 그가 “개방적 구조”를 사용한 일반적인 문맥에서 이해하는 것이 유익하다. 바이스만은 그의 글들을 통해 비트겐슈타인의 사상을 좀 더 이해하기 쉬운 형태로 소개하고자 하였다. 그러나 바이스만은 비트겐슈타인의 사상을 자신의 개념으로 발전시켰다. “개방적 구조”는 그러한 개념들에 속하는 것이다. 즉 그것은 언어 철학에 대한 바이스만의 접근을 잘 보여준다.²³⁾ 바이스만은 비트겐슈타인과 같이 언어에 대한 형이상학적 실재론을 거부하였다. 그뿐만 아니라 그는 실재론에 대한 대안들로 제시되었던 수많은 입장들 과도 차이를 보였다. 예를 들어 바이스만은 물리적 대상 진술들(material object statements)은 감각 자료 진술들(sense-datum statements)의 조합과 같다(물리적 대상 진술들은 감각 자료 진술들의 조합으로 환원될 수

21) 비록 하트의 ‘개방적 구조’는 바이스만으로부터 나왔지만 하트가 말하는 “핵의 확실과 경계 영역의 의심”(Hart, 앞의 책(주 1), 119쪽)이라는 표현은 비록 하트가 명시적으로 밝히고 있지는 않지만 러셀(B. Russell)로부터 나왔을 것이다. B. Russell, “Vagueness”, in *Collected Papers of Bertrand Russell*, vol. 9(London: Unwin Hyman, 1988), 148쪽. (“모든 낱말들은 특정 영역에서는 의심의 여지가 없지만, 경계 영역에서는 의문스러워지는 것이 사실이다.”) (이 논문은 1922년 조웨트 학회(Jowett Society)에서 처음 발표되었고, 1923년 *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*에 실렸다.)

22) Hart, 위의 책(주 1), 249쪽.

23) Quinton, 앞의 논문(주 10), 12-13쪽.

있다)는 현상론자들의 입장에 반대하는 논증으로서 “개방적 구조”의 개념을 제시하였다.²⁴⁾

“개방적 구조”는 검증 이론(verification theory)의 특수한 문제를 해명하고자 도입되었다.²⁵⁾ 바이스만은 경험적 개념들의 “개방적 구조” 때문에 물리적 대상 진술들이 감각 자료 진술들로 번역될 수 없고 경험적 문장들은 확실하게 검증될 수 없다고 주장하였다.²⁶⁾ “‘금’과 같은 용어들은 (비록 그것의 실제 용법은 그렇게 모호하지 않지만) 총괄적이지 않고 개방적이다. 그래서 우리는 의심들이 새어나오는 모든 틈을 메울 수는 없다.”²⁷⁾

바이스만은 하트처럼 우리가 예상하지 못했던 상황이 일어날 수도 있는 불확실성에 관하여 적었다. “[문장에서의 용어의] 용법과 관련하여 우리가 고려하지 않은 어떠한 가능성은 그것이 아무리 희미할지라도 언제나 남아있다. 그것은 어떤 문장이 참이거나 거짓인 가능한 모든 상황을 완벽하게 예측할 수 없다는 것을 의미한다.”²⁸⁾ 다른 곳에서 바이스만은 용어의 완벽한 정의를 만드는 것은 불가능하다고 적었다. “우리가 예상하지 못했던 요소(factor)가 나타날 가능성을 없앨 수 없기” 때문에 새로운 요소를 충족시키기 위하여 “하나의 관념을 정의하고 수정하는 작업은 중국에 이르지 못하고 계속해서 이루어질 것이다.”²⁹⁾

24) Waismann, 앞의 논문(주 4), 120-121쪽.

25) Waismann, 위의 논문(주 4), 119-150쪽. “개방적 구조”는 가능세계 의미론의 문제도 역시 발생시킨다는 주장에 관해서는 A. Margalit, “Open texture”, in A. Margalit, ed., *Meaning and Use*(Norwell, Mass.: Kluwer Academic Publishers, 1979), 149-151쪽을 참조할 것.

26) Waismann, 위의 논문(주 4), 121-123쪽.

27) Waismann, 위의 논문(주 4), 123쪽. 바이스만은 이러한 생각에 대하여 본래 “die Porosität der Begriffe”라고 이름 붙였다. 이는 ‘개념의 다공성(the porosity of concepts)’이라고 번역할 수 있을 것이다. Waismann, 위의 글(주 4), 121쪽의 각주를 참조.

28) Waismann, 위의 논문(주 4), 123쪽.

29) Waismann, 위의 논문(주 4), 125쪽.

바이스만의 논의를 더 잘 이해하기 위하여 나는 그의 다른 글에서 나타난 유사한 논의들을 고찰할 것이다. 비록 검증 원리가 바이스만의 “개방적 구조”의 분석이 종종 이루어지는 문맥이기는 하지만 “개방적 구조”의 개념이 검증 원리에 국한된 문제인 것은 아니다. 『언어 철학의 원리』³⁰⁾에서 바이스만은 검증 원리의 문제에 별로 관심이 없는 것처럼 보인다. 그는 다음과 같이 적었다. “‘공이 책상 위에 있다’는 주장이 중국적으로 검증될 수 있는지 여부를 물었었다. 이 질문에 대한 답은 그것은 우리의 임의적인 결단에 의해서 가능하다는 것이다.”³¹⁾ 그것은 “검증되었다”고 말할 때 우리가 의미하는 것에 전적으로 의존한다. 바이스만에 따르면 하나의 접근을 선택하는 데 있어서 어떤 선택적인 근거는 없다. 몇몇 접근들에 따르면 진술은 결단코 중국적인 타당성을 가질 수 없다.³²⁾

바이스만은 검증 원리에 대한 우리의 일상적인 접근뿐만 아니라 우리의 언어는 규범적인 배경조건들과 일상생활의 소규모의 문제들에 반응하면서 형성되어진다고 주장하였다. 비일상적인 상황들이나 데카르트식의 허위를 상상하기 시작하면 우리의 언어와 문법규칙들은 제대로 작동하지 않는다.³³⁾ 바이스만의 다음의 언급은 “개방적 구조”와 연관되

30) 『언어 철학의 원리』는 바이스만의 사고와 비트겐슈타인의 사고를 설명한 장편의 저술이다. 『언어 철학의 원리』에는 “개방적 구조”의 개념과 관련된 두 부분이 있다. F. Waismann, *The Principles of Linguistic Philosophy*(London: Macmillan, 1965), 68-86쪽과 221-225쪽 참조. 바이스만은 몇몇 부분에서는 철학적 탐구에 동조하기도 반대하기도 하면서 이 책의 내용을 끊임없이 수정하였고 때문에 저술의 시기를 밝히는 것은 어려운 일이다. 이 책은 바이스만의 사후 9년이 지나고 나서야 출간되었다. Quinton, 앞의 글(주 10), 9쪽.

31) Waismann, 위의 책(주 30), 74쪽.

32) Waismann, 위의 책(주 30), 74-75쪽.

33) Waismann, 위의 책(주 30), 75-76쪽. 킨튼은 바이스만의 독해에 있어서 배경조건들과 상관없는 새로운 환경들의 출현보다는 “배경조건” 속에서의 변화를 더 강조 한다. “바이스만의 주된 핵심은 일상적인 대화가 모호하다거나 우리가 그것들을 적용해야 할 것인지 여부를 결정할 수 없는 주변 사례가 있다는 것이 아니다(비록 바이스만이

어 있다:

어떤 시대의 법이든지 그것은 그 시대의 지배적인 특징들, 경향들, 관습들 그리고 필요에 맞추어져 있다. 모든 시대에 지속되며 상상할 수 있는 모든 갈등을 해결해줄 수 있는 닫힌 법체계라는 이념은 아무런 근거가 없는 유토피아적 환상이다. 실제로는 모든 법체계는 개별 사례들을 통하여 드러날 때에만 규칙으로서 밝혀지고 완성되는 틈들을 가지고 있다. 유사하게 우리는 문법이 불완전하다는 것과 사건들이 일어나는 상황들에 적용하기 위하여 새로운 규칙들을 도입함으로써 문법을 더 완전하게 만들 수 있다는 것을 인정해야만 한다. 어떤 언어도 모든 가능성을 대비하고 있지 않다. 언어의 불충분성을 안타까워하는 것은 오도된 것에 지나지 않는다.³⁴⁾

뒤의 단원에서 바이스만은 정의(definition) 즉 한계 지어진 정의의 문제(“충망라적인 정의(exhaustive definition), 즉 가능한 모든 방향들에서 개념을 제한하는 정의와 같은 것”은 존재하는가?³⁵⁾)를 다루면서 유사한 테제로 돌아간다. 그는 가상적인 이상한 상황들(예컨대, 모든 사람이 볼 수는 있지만 잡을 수는 없는 책상, 금과 동일하게 화학반응을 하지만 새로운 종류의 방사선을 방출하는 원소)을 고찰함으로써 논의를 시작한다.³⁶⁾ 결론에서 그는 자신의 “개방적 구조”에 대한 언급을 되풀이하고

그것들을 무시하지는 않았지만 말이다.). 효과 있는 기준들을 포함하지 않는 어떤 다른 조건들이 만족될 때 그것들의 적용에 있어서의 그러한 기준들이 실천에 있어서 만족된다. 그러므로 기준들은 만족시키지만 일상적으로 동반하는 조건들은 만족시키지 않는 상상 가능한 사례(conceivable case)에서 우리가 말해야 하는 것은 비결정적이라는 것이다.” Quinton, 앞의 글(주 10), 13쪽.

34) Waismann, 앞의 책(주 30), 76쪽.

35) Waismann, 위의 책(주 30), 222쪽.

36) Waismann, 위의 책(주 30), 222-223쪽.

있다.

아무리 시도해보아도 의심의 여지가 없는 방식으로 한계 지어지는 개념은 없다. 우리는 개념을 도입하고 몇몇 방향으로 그것을 제한한다. 예컨대, 우리는 은, 백금 등과 구별하여 “이것은 금이다”라고 말한다. 이것은 실천적인 목적으로는 대체로 충분하다. 그래서 우리는 더 이상 나아가지 않는다. 우리는 개념을 제한하지 않은 다른 방향들이 있다는 것을 잇는다. 우리가 생각해내고자 한다면 새로운 한계들을 필요로 하는 수백 가지의 상황들을 생각해낼 수 있을 것이다. 그러므로 우리의 개념들이란 불완전한, 엄밀하지 않은 것인가? 그러나 그렇다면 엄밀한 개념은 무엇인가? 의심되는 모든 사례들을 예상한 것인가? 의심이 들어올 수 없도록 모든 구석과 틈을 차단하고 있는 그런 정밀함으로 한계 지어진 것인가? 그러나 우리는 이러한 요구를 만족시킬 수 있는 개념을 가질 수 없다. 그리고 우리는 절대적인 정밀함의 요구 속에는 유토피아적인 것이 들어있다는 것을 알게 될 것이다. 어떤 개념이 고안된 목적에 충분하다면 그 개념은 좋은 것이다.³⁷⁾

“언어층들”³⁸⁾이라는 논문에서 바이스만은 다양한 방식의 문장들(예컨대, 감각 자료 진술들, 물리적 대상 진술들, 격언, 그리고 자연법칙들)은 다양한 방식으로 분석되어야만 한다고 주장하였다. “문장들은 다양한 의미에서 참일 것이고, 다양한 의미에서 검증 가능할 것이며, 다양한 의미에서 유의미할 것이다. 그러므로 ‘참’(truth)을 정의하려고 하는 시도나 유의미(meaningful)와 무의미(meaningless) 사이의 명확한 경계를 그으려는 시도 등은 실패할 수밖에 없다.”³⁹⁾ (현상론이나 행태주의가 시도

37) Waismann, 앞의 책(주 30), 223쪽.

38) F. Waismann, “Language Strata”, in A. Flew, ed., *Logic and Language second series*(Oxford: Basil Blackwell, 1961), 11쪽. 이 논문은 1946년에 조웨트 학회에서 발표된 이후로 1961년까지 출간되지 않았지만 수정되지 않았다.

39) Waismann, 위의 논문(주 38), 26쪽.

하는 것처럼⁴⁰⁾ 어떤 언어층의 분석틀을 다른 언어층에 적용하려고 하거나 어떤 언어층을 다른 언어층으로 환원시키려는 것은 잘못이다. 다양한 언어의 층들에 대한 바이스만의 논의는 다양한 “언어게임”에 관한 비트겐슈타인의 논의와 유사하다.

논문 “언어층들”에는 “개방적 구조”와 관련된 두 개의 논의가 있다. 첫째, 물리적 대상 문장은 감각 자료 진술들의 조합으로 환원될 수 없다. “고양이에 대한 문장은 고양이에 관한 문장이지만 감각 자료 문장의 진리 함수나 감각소여(sensibilia) 또는 아무도 모르는 무엇의 무한한 모임이 아니다.”⁴¹⁾ 둘째, (기학적 수치와 비교해보면) 물리적 대상의 기술(description)은 결코 완전하지 않다.

어떤 것(예컨대 이 책상)에 관하여 내가 아무리 많은 특징들을 말한다고 하더라도, 그것과 다른 어떤 것 사이의 관계들에 대하여 내가 아무리 많이 말했다고 하더라도 또는 그것의 일대기에 대하여 내가 아무리 많은 진술을 했을지라도 나의 기술(description)이 엄밀하다, 즉 지식이 더 이상 증가될 수 없다고 말할 수 있는 수준에 이르지 못한다. 어떠한 실재 사물도 엄밀하지 않다. 그것에 관한 나의 지식은 언제나 확장될 수 있다. 최상의 기술(maximum description)이란 존재하지 않는다.⁴²⁾

이러한 논의들은 그의 논문 “검증가능성”에 나타난 논의와 일치한다.

III

바이스만의 “개방적 구조”는 (『철학적 고찰』과 『철학적 문법』으로

40) Waismann, 앞의 논문(주 38), 28-29쪽.

41) Waismann, 위의 논문(주 38), 29쪽.

42) Waismann, 위의 논문(주 38), 27쪽.

출간된⁴³⁾ 중기 비트겐슈타인의 사상으로부터 나왔지만 관련된 사고들은 후기 비트겐슈타인의 저작에도 여전히 남아있다. 다음은 『철학적 탐구』⁴⁴⁾에서 인용한 것이다.

나는 “저기 의자가 있다”고 말한다. 그런데 내가 그것을 가져오려고 다가가면 그것이 갑자기 시야에서 사라진다면 어찌할 것인가? (“그렇다면 그것은 의자가 아니라 일종의 환상이었다.”) 그러나 잠시 후 우리는 그것을 다시 보고 만질 수 있게 된다. (“그렇다면 그 의자는 결국 저기에 있었으며 이것이 사라진 경우가 일종의 환상이었다.”) 그러나 잠시 후 그것이 다시 사라진다. 혹은 사라지는 것처럼 보인다고 가정해보자. 이제 우리는 무엇이라고 말해야 하는가?⁴⁵⁾

오직 정상적인 경우에만 낱말의 쓰임은 명확히 규정된다. 우리는 이 러저러한 경우에 무엇을 말해야 할지 알고 있으며 아무 의심도 하지 않는다. 비정상적인 경우일수록 우리가 무엇을 말해야 할지 더욱 의심스러워진다.⁴⁶⁾

43) L. Wittgenstein, *Philosophical Remarks*(Chicago: University of Chicago Press, 1975) (이하 43a로 인용한다.); L. Wittgenstein, *Philosophical Grammar*(Oxford: Basil Blackwell, 1974). (이하 43b로 인용한다.)

44) 이 책은 바이스만의 “개방적 구조”에 관한 논문보다 8년 뒤에 처음 출간되었다.

45) L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*(New York: Macmillan, 1958), § 80; Wittgenstein, 앞의 책(주 43b), 220쪽 이하.

46) Wittgenstein, 앞의 책(주 45), § 142; 일반적인 설명으로는 G. P. Baker and P. M. S. Hacker, *Wittgenstein: Rules, Grammar & Necessity*(Oxford: Basil Blackwell, 1985), 229-232 쪽 참조. 비트겐슈타인은 법의 문맥에서의 “개방적 구조”와 유사한 분석을 논의한 적이 있다.

“우리들의 개념들은 마치 사실들의 골격에 의해 제약되어 있는 듯 하다.” 이것이 의미하는 것은 다음과 같은 것이다. 당신이 실제와 다르게 어떤 사실들을 상상한다면, 그것들을 기술한다면 그러면 당신은 어떤 개념들의 적용을 더 이상 상상할 수 없다. 왜냐하면 그것들의 적용 규칙은 새로운 상황들 속에서 어떠한 유사물도 가지고 있지 않기 때문이다. 그러므로 내가 말하고자 하는 것은 다음과 같은 것이 된다. 인류들을 위해서 어떤 법이 주어진다. 그리고 법

이러한 표면적 유사성들에도 불구하고 베이커(G. P. Baker)와 해커(P. M. S. Hacker)는 바이스만의 개념과 후기 비트겐슈타인의 사고 사이에는 큰 개념적 차이가 있다고 주장한다. 그들은 “바이스만의 ‘개방적 구조’의 개념이 『철학적 탐구』의 관점에서 보면 이중으로 정합적이지 못하다”고 한다.⁴⁷⁾ 그들은 바이스만의 개념에 관하여 두 가지 비판을 한다. 첫 번째 비판은 바이스만이 말하는 물리적 대상 진술들은 부당하게도 가능한 모든 경험을 초월한다는 것이다.⁴⁸⁾ 이러한 비판과 관련하여 그들은 철학적 탐구 이전의 비트겐슈타인의 언급을 인용한다.

만약 내가 가능한 모든 경험을 초월한다면 내가 어떻게 가설을 만들 수 있겠는가? 그러한 가설이 의미에 의하여 뒷받침될 수 있겠는가? (그것은 금으로 바꿀 수 없는 지폐와 같은 것인가?)⁴⁹⁾

두 번째 비판은 바이스만의 개념이 일련의 규칙을 완전하게 혹은 완전하지 못하게 따르는 것이 무언지에 대한 왜곡된 관념을 아무런 근거 없이 전제하고 있다는 것이다.⁵⁰⁾ 나는 바이스만의 분석이 적절한지 여부를 검토하기 위해서가 아니라 베이커와 해커가 말하는 것처럼 바이스

학자는 자신에게 일상적으로 나타나는 모든 경우에 대하여 그 결론을 이끌어 낼 수 있을 것이다. 그렇다면 그 법은 분명히 그것의 사용을 가진다, 뜻을 가진다. 그럼에도 불구하고 그것의 효력은 여러 가지 것들을 전제한다. 만약 그가 심판해야만 하는 존재가 일상적인 인류들과 구별되는 것이라면 그 경우에는 예컨대 그가 어떤 행위를 악의적인 의도를 가지고 행하였는지 여부를 결정하는 것은 어려운 것이 아니라 (단순히) 불가능한 것이 될 것이다.

L. Wittgenstein, *Zettel*(Berkeley: University of California, 1970), § 350.

47) G. P. Baker and P. M. S. Hacker, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*(Oxford: Basil Blackwell, 1980), 383쪽(주 12번).

48) Baker and Hacker, 위의 책(주 47), 432쪽.

49) L. Wittgenstein, *The Blue and Brown Books*(Oxford: Basil Blackwell, 1958), 48쪽.

50) Baker and Hacker, 위의 책(주 47), 432쪽.

만의 분석이 실제로 비트겐슈타인의 분석과 다른 것인지 혹은 다르다면 어느 정도 다른 것인지 검토하기 위하여 이러한 비판들을 고찰하고자 한다.

나는 첫 번째 비판, 즉 가능한 모든 경험을 초월한다는 비판이 바이스만에게 얼마나 적합한지 확신할 수 없다. 바이스만은 물리적 대상 진술들이 감각 자료 진술들의 긴(혹은 심지어 무한한) 목록으로 환원되어질 수 없고, 우리는 우리의 개념들이 예상하지 않은(예상할 수 없는) 상황들에서 어떻게 적용될지 알 수 없기 때문에 우리의 개념들은 모호성(vagueness)의 가능성을 항상 가지고 있다고 적었다. 바이스만이 보기에 우리의 개념들은 우리가 지금까지 경험한 모든 것을 고려하고 있다. 그러나 그것들은 우리가 아직 경험하지 못했거나 심지어 우리가 상상조차 할 수 없었던 것들을 고려할 수 없기 때문에 그러한 것들을 고려하고 있지 않다. 그러므로 가능한 모든 경험들을 초월한다는 비트겐슈타인의 비판은 바이스만에 적합하지 않아 보인다. 문맥상으로 보면 비트겐슈타인의 그 언급은 바이스만이 아닌 다른 이들을 대상을 하고 있었다는 것이 명확하다. 그 비판은 우리가 경험을 초월하여 사고와 논리를 통해서 우리의 지식을 확장시킬 수 있다고 믿는 이들을 향하고 있다.⁵¹⁾

또한 설령 두 번째 비판을 받아들인다고 하더라도 그것은 바이스만의 접근을 약간 수정하는 것에 지나지 않는다. 바이스만은 우리의 개념들이 완전하게 정의되지도 않고(완전하게 한계 지어지지도 않고) 완전하게 검증가능하지도 않으며, 이러한 완전한 정의 내지 검증가능성을 추구하는 “이상”을 결코 이룰 수 없는 것이고 또한 일상적인 상황에서는 이러한 “흠결”(deficiency)이 부정적인 결과를 가져오지 않는다는 비트겐슈타인의 주장에 동의한다.⁵²⁾ 비트겐슈타인의 관점에서 볼 때 바이스만의

51) Wittgenstein, 앞의 책(주 46), § 260쪽 참조.

52) Waismann, 앞의 논문(주 4), 123-126쪽; Waismann, 앞의 책(주 30), 76, 223쪽; Waismann, 앞의 논문(주 38), 26-28쪽 참조.

문제점은 그가 비트겐슈타인의 글쓰기를 따라하지 않았다는 것이다. 만약 개념을 정의하고 한계 짓는 완전한 일련의 규칙들이 있다고 말하는 것이 헛소리라면 우리는 개념들을 “완전하지 못하다”고 보거나 “비결정적이다”고 보지 않을 것이다.⁵³⁾ 이러한 측면에서 보면 비트겐슈타인의 접근이 조금 더 낫지만 이것은 단순히 철학적인 글을 쓰는 스타일의 문제에 지나지 않는다고 생각한다.

결국 “가설은 관련된 증거들에 의하여 단순히 개연성이 더하여지거나 덜하여질 수 있을 뿐이라는 명제와 관련해 볼 때 개방적 구조는 가설의 개념과 내적으로 연관되어 있다.”고 말함으로써 베이커와 해커는 개방적 구조의 개념을 거부하고자 한다.⁵⁴⁾ 중기 비트겐슈타인은 물리적 대상 진술들이 우리의 경험에 의하여 결코 완전하게 검증되거나 반증될 수 없고 개연성이 더하여지거나 덜하여질 뿐인 “가설”이라는 믿음에 대하여 흥미로워했다.⁵⁵⁾ 그리고 그러한 믿음은 생전에 출간되지 않은

53) 예컨대, Baker and Hacker, 앞의 책(주 47), 383, 432-433쪽 참조.

54) Baker and Hacker, 위의 책(주 47), 383쪽(주 12번), 432쪽. 그들은 “가설”의 논의를 “경험을 초월한다.”는 비판과 연결시키고 있다. 그러나 비트겐슈타인이 “가설” 접근을 직접적으로 언급하고 있지 않은 비판으로부터 이러한 연결을 이끌어내는 것은 어렵다. 예를 들어 『비망록(Zettel)』의 260 단락은 명백하게 “가설” 접근을 다루지 않고 있는 그 앞의 단락들(『비망록』 § 256, 258)을 언급하고 있다.

“사유에서 경험이 확장될 수 있다고 믿는 철학자들은…”

“논리학에서 일반성은 우리의 논리적 예견이 도달하는 것보다 더 멀리 확장될 수 없다.”

『청갈색책』에 나타난 다른 비판은 물리적 대상 문장에 대한 “가설” 접근이 아닌 심리 철학의 특수한 문제, 즉 내가 느끼는 감정을 다른 사람도 동일하게 느낄 수 있는지, 이러한 믿음이 하나의 가설로서 볼 수 있는지 여부의 문제에 대하여 논의하고 있다. Wittgenstein, 앞의 책(주 49), 48쪽.

55) Baker and Hacker, 위의 책(주 47), 432쪽. 비트겐슈타인의 ‘가설’에 대한 사고와 바이스만의 글과의 유사성은 (비트겐슈타인과 비엔나 학파의 회원들의 대화를 바이스만이 기록한 것을 포함하고 있는) 『비트겐슈타인과 비엔나 학파』와 『철학적 고찰』에서

바이스만의 초기 논문인 “가설(Hypotheses)”에 반영되었다.⁵⁶⁾ 그러나 바이스만은 개방적 구조의 개념을 다루는 그 후의 논문들에서 “가설”에 대하여 상술하지 않았고 심지어 언급조차 하지 않았다.⁵⁷⁾

IV

하트가 바이스만의 분석을 도입한 것에 관한 이야기로 되돌아가서, “개방적 구조”의 개념에 대한 두 사람의 분석의 차이는 예측불가능성의 유형(예외적 상황의 유형)에 있다. 즉 바이스만의 분석이 훨씬 더 극단적이다. 그는 거대하게 성장하는 고양이와 사라지는 사람에 관하여 적었다. (그는 이러한 상황이 그러한 대상들을 각각 “고양이”, “친구”라고 이름 붙이는데 어떤 영향을 미칠지를 물었다.⁵⁸⁾) 그가 “예측하지 않았던

찾을 수 있다. F. Waismann, *Ludwig Wittgenstein and the Vienna Circle*(Oxford: Basil Blackwell, 1979), 99-101, 158-162, 210-211쪽; Wittgenstein, 앞의 책(주 43a), 200-201, 282-297쪽.

56) F. Waismann, “Hypotheses” in F. Waismann, *Philosophical Papers*(Dordrecht: D. Reidel, 1977), 38-59쪽.

57) 최근의 사적인 서신에서 베이커는 바이스만의 “개방적 구조”의 논의에서 “가설”의 개념적 구조가 명백하게 나타나지는 않았다고 하더라도 이러한 개념적 구조가 개방적 구조의 논의에 있어서 전제되어 있다고 주장하였다. 이러한 결론은 논문 “검증가능성”의 몇몇 부분을 “가설” 접근에 관한 초기의 저술들(Waismann, 앞의 논문(주 56)을 볼 것)과 비트겐슈타인의 “가설”에 대한 언급(Waismann, 앞의 책(주 55), 99-101, 158-162, 210-221쪽 참조)에까지 그 기원을 찾을 수 있다는 것에 기초한 것이다.(베이커로부터의 서신 1990. 3. 27, 1990. 5. 8) 그러나 베이커는 이제 자신도 나처럼 비트겐슈타인과 바이스만에 대한 베이커와 해커의 대조에 관하여 의심하고 있다고 말하였다. 그는 가설들과 [비트겐슈타인의 후기 저술에서의] 기준들 사이의 대조가 자신이 이전에 생각했던 것만큼 엄밀한 것인가에 대하여 염려하고 있다고 말하였다.(베이커로부터의 서신 1990. 3. 27)

58) Waismann, 앞의 논문(주 4), 121-122쪽.

것”이라고 말할 때 그는 “현재 내가 상상조차 할 수 없는 총체적으로 새로운 경험” 내지는 “어떤 사실에 대한 우리의 해석에 총체적인 영향을 미치는 새로운 발견”을 의미했다.⁵⁹⁾ 하트가 말하는 입법자와 이것을 비교해보면 하트의 입법자들은 공원의 출입에 관한 규칙을 제정할 때 롤러스케이트, 스케이트보드, 골프카트의 출입 가능성에 대해서도 생각할 수 있었을 것이지만 그들은 자동차에 대해서만 생각한 경우이다.⁶⁰⁾

바이스만의 “개방적 구조”의 개념을 하트의 개념의 극한으로 이해함으로써 두 개념을 관련지을 수도 있을 것이다. 공원 내에 들어올 수도 있고 “차량”으로 간주될 수도 있는 수많은 대상들의 목록을 만들어 “공원 내 차량 금지.”에 해당하는지 여부를 자세히 밝히는 분류표를 제시하는 매우 꼼꼼한 입법자를 상상해보라. 그때에는 하트의 “예상하지 않았던” 상황은 바이스만의 것과 유사할 것이다. 또한 그때에는 하트가 매우 세심하게 입법된 법률이라고 할지라도 그 적용에 있어서 사법재량(judicial discretion)을 피할 수 없다고 생각한 이유는 바이스만이 경험적 용어들을 완전하게 정의할 수 없다고 생각한 이유와 (동일하지는 않더라도) 유사할 것이다.

V

하트는 언어의 “불가피한 개방적 구조의” 본성으로부터 몇몇 사례들에서 법관이 “개방적 대안들 사이에서 새로운 선택”을 해야 할 필요가

59) Waismann, 앞의 논문(주 4), 127쪽.

60) 바이스만의 “개방적 구조”와 하트의 “개방적 구조” 모두와 “가족 유사성”(family resemblance)을 가지고 있는 제3의 분석은 “어떤 개념들의 한계가 명확하게 결정적인지”에 관한 바이스만의 논의였다. 바이스만은 “비결정성의 불투명성으로 둘러싸인 의미의 핵”에 관하여 말할 수 있는 개념들에 관하여 그것을 적었다. Waismann, 앞의 책(주 10), 222쪽.

있다고 논증했다.⁶¹⁾ 부분적인 비결정성(partial indeterminacy)라는 결론을 언어의 “개방적 구조”라는 전제로부터 이끌어냈다고 하더라도 전제의 근거를 제대로 제시하고 있지 않다. “개방적 구조”는 논증되었다기보다는 단언되어졌다. 베이커는 하트의 논증이 순환논리라고 비판한다. 바이스만의 “개방적 구조”는 용어의 뜻이 그것의 적용의 방식을 지배하는 규칙에 의하여 구성되어지고, 어떠한 규칙도 그 적용에 있어서 전혀 의심의 여지가 없는 방식으로 만들어질 수 없다는 논증/가정으로부터 나왔다. “개방적 구조”에 있어서 적용의 비결정성은 이미 주어져 있는 것이다. 적용의 비결정성을 개방적 구조의 결과로서 발견한다고 하더라도 그것은 놀라운 일이 아니다.⁶²⁾ 베이커는 다음과 같이 적고 있다. “일반적으로 인식되고 있지 않지만, 개방적 구조는 특정한 의미론에서만 의미를 가지는 것이다…결과적으로 하트가 그것을 자신의 법철학에 반영시키는 것은 불가능하다.”⁶³⁾ (나처럼) 하트의 “개방적 구조”는 바이스만의 것과 다르다고 믿는다면 하트의 개방적 구조의 전제와 결과를 발견하기가 더 복잡할 것이다.

나는 하트가 (내가 보기에 “개방적 구조”에 기초된 것 이상이라고 요약되는) 부분적인 비결정성이라는 결론을 이끌어내면서 언어에 대한 견해보다는 사람들이 규칙을 어떻게 제정하고 어떻게 생각하는지에 관한 견해를 바탕으로 하였다고 생각한다. 하트는 어떤 일반적인 언어철학을 만들거나 정교화하거나 옹호하는 것에 관심을 두지 않았다. 그의 관심은 (기술적으로) 규칙이 적용되는 방식과 (규정적으로) 규칙이 적용되어야만 하는 방식에 있었다. 하트는 법관이 재량행위를 한다는 주장을 언어의 본성으로부터 증명하지 않았다.⁶⁴⁾ 그보다 그는 법을 적용하는데

61) Hart, 앞의 책(주 1), 125쪽.

62) Baker, 앞의 논문(주 5), 37쪽.

63) Baker, 위의 논문(주 5), 37쪽(주 46번), 50-57쪽 참조.

64) Baker, 위의 논문(주 5), 37쪽 참조.

있어서 법 텍스트는 왜 재량행위의 여지가 있는 방식으로 해석되어야 하는가의 이유를 제시하였다.

하트는 “개방적 구조”에 관한 논의에서 낱말들, 문장들 그리고 규칙들이 서로 대체가능한 것처럼 지칭하고 있다. 아마도 이것은 어떤 개념의 영역이나 범위를 기술하는데 있어서 충분한 주의를 기울이지 않아서 그것을 정확하게 사용하지 못한 것의 반영일 것이다. 또한 그것은 기술적 용어의 분석(바이스만의 “개방적 구조”)을 규칙의 분석(규칙과 같은 것의 분석과 현대 법체계에 있어서의 법관에 의한 규칙의 적용의 분석)에 적용하였기 때문에 생겨난 하트의 개념 내의 긴장을 반영하는 것일 수도 있다.

바이스만은 일반적인 언어에 관하여 적었지만 하트는 법의 문맥(특히 규칙을 적용하고 해석하는 문맥)과 그 문맥으로부터 도출되어진 생각과 관련된 문제들의 문맥에서 언어에 관하여 적었다. 공원을 지나고 있을 때 만약 나의 친구가 장난감 차 또는 스케이트보드를 가리키면서 “차량”이라고 말한다면 나는 그 친구의 용법이 어색하거나 색다르다고 느끼겠지만 그 말을 이해할 수 있다. 즉 나는 일반적으로는 그런 명칭을 붙이지 않는 대상을 “차량”이라고 지칭하는 용법을 이해할 수 있다. 용어의 일상적인 용법으로부터의 확장이 과격하거나 유별나지 않기 때문에 나는 그것을 고치려고 하지 않을 것이다. (만약 내 친구가 바나나 또는 책을 “차량”이라고 지칭한다면 아마도 나는 그것을 고치려고 할 것이지만 말이다.) 일상적인 대화에서의 용어의 적용에 있어서는 어떤 관용 내지 느슨함이 유익하다. 나는 나의 친구가 말하고자 하는 것을 대강 이해한다고 생각하고, 그 친구도 자신이 말하고자 하는 것을 내가 대강 이해하고 있다고 생각하는 한 모든 것이 잘 이루어진다.⁶⁵⁾

명령, 지시, 제안 등과 관련된 상황은 다르다. 그러한 사용에 있어서는

65) 예컨대, D. Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*(Oxford: Clarendon Press, 1984), 196쪽 참조.

행동을 지도하는 것에 초점이 맞추어지고 종종 그러한 문장들은 수많은 상황들에 적용되어지기 때문에 (규칙의 용어들의 엄밀한 범위에 의하여 적어도 부분적으로 결정되어지는) 규칙 적용의 정확한 범위가 중요하다. 그래프(G. Graff)는 조금 다른 문맥에서 “법의 실천적 문제는 법 문맥 밖에서는 적용되지 않는 수많은 인위적인 구속들을 해석적 절차에 부과한다. 이러한 구속들은 인식론적인 고찰보다는 실천윤리적인 고찰에서 일어난다.”라고 적었다.⁶⁶⁾ 언어가 행동을 지도하고 조정할 때의 해석과 의미의 문제는 언어가 자신의 생각을 표현하는 방법으로서 그리고 사람들 사이의 의사소통의 방법으로서 사용될 때의 해석과 의미의 문제와 다르다.

정확히 보면 하트의 접근은 언어 이론에 근거하지 않았다. 적어도 언어 이론을 개별적 용어들의 의미에 관한 이론이라고 정의한다면 하트의 접근은 언어 이론에 근거하지 않았다. 하트는 어떤 때에는 언어와 관련된 무엇인가가 법관이 재량행위를 하는 것을 불가피하게 만든다고 주장하는 것처럼 보이지만 또 어떤 때에는 법관이 재량행위를 하지 않는 방식으로 규칙을 해석할 수 있다고 인정하는 것처럼 보인다. 그러나 하트는 사법재량을 제거하려는 어떠한 시도도 부정적인 결과(예컨대, 변화하는 상황들을 만족시키도록 규칙을 재평가하는 것에 있어서의 불변성, 불가능성)를 갖게 될 것이라고 주장한다.⁶⁷⁾ 하트는 단순히 언어에 기초된 규칙들 속에서 용어들의 의미를 밝히는 방식(대상이나 사건이 용어에 포섭되려면 그것들이 만족시켜야만 하는 필요충분조건을 부여하는 방식)을 고찰하였고 거부하였다.⁶⁸⁾ (법 규칙은 내버려두고라도) 일상적인 의사소통을 이해하는 방식으로서 개별적 용어에 집중하는 것

66) G. Graff, “Keep off the Grass”, “Drop Dead”, and Other Indeterminacies: A Response to Sanford Levinson”, 60 *Texas Law Review* 405(1982), 411쪽.

67) Hart, 앞의 책(주 1), 126-127쪽.

68) Hart, 위의 책(주 1), 126-127쪽.

의 문제점은 풀리(L. Fuller)의 “개선”(improvement)의 예를 통하여 설명되었다. 풀리는 “모든 개선은 ~에게 즉시 보고되어야만 한다.”는 문장 구조에서 “개선”의 의미는 문장의 문맥(요구하는 것과 관련된 것이 무엇 인지뿐만 아니라 누가 누구에게 명령하는 것인지, 상황과 관련된 관습이 어떤 것인지)을 벗어나서는 이해될 수 없다는 것을 보여주었다.⁶⁹⁾

이러한 점에서 저자(또는 화자)가 낱말들을 통하여 전달하고자 하는 어떤 의미와 그 낱말들만을 고려했을 때 그 낱말들이 실제로 의미하는 것 사이의 구별(“화자가 의미하는 것과 그 낱말들이 의미하는 것 사이의 잘 알려진 구별”⁷⁰⁾)을 받아들이는 것이 도움이 된다. 이러한 구별은 철학자들에서 다양한 형태로 나타난다. 예컨대, 19세기의 해석학자 솔라 이어마허(F. Schleiermacher)는 말하는 행위를 두 가지 구별되는 방식으로, 즉 언어(말해진 낱말들의 의미)와 관련해서 그리고 화자의 사고의 표현으로서 이해해야한다고 적었다.⁷¹⁾ 이러한 구별은 우리가 말의 우스꽝스러운 오용들과 암호적 명칭들을 이해할 수 있다는 사실에 의해서도 설명되어진다.⁷²⁾ 이러한 구별은 법의 많은 영역에서도 명시적으로 그리

69) L. Fuller, “Positivism and Fidelity of Law”, 71 *Harvard Law Review* 630(1958), 664-667쪽.

70) M. Dummett, “A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hackin g” in E. Lepore, ed., *Truth and Interpretation*(Oxford: Basil Blackwell, 1986), 460쪽.

71) F. Schleiermacher, “General Hermeneutics” in K. Mueller-Vollmer, ed., *The Hermeneutics Reader*(Oxford: Basil Blackwell, 1986), 75쪽.

72) D. Davidson, “A Nice Derangement of Epitaphs” in E. Lepore, ed., *Truth and Interpretation* (Oxford: Basil Blackwell, 1986), 433쪽. 암호적 명칭의 예로는 미국 정치에서 교묘하게 인종차별을 나타내기 위하여 일종차별주의적인 암호적 낱말로서 “주(州)의 권리”(States’ Rights)라는 말을 사용해 오고 있는 것과 동부 유럽에서 교묘하게 유대인을 지칭하기 위하여 반-유대주의적인 암호적 낱말로서 “세계시민”(cosmopolitan)이라는 말을 사용해 오고 있는 것을 들 수 있을 것이다. 숙련된 관찰자는 미국 남부의 정치인이 “주의 권리”를 언급하는 것을 듣고서 그 정치인이 인종차별을 언급하고자 한다는 것을 알 수 있을 것이다. 그리고 화자 역시 청중들이 그 관용구를 그렇게 이해할 것이라는 것을 알고 있었다. 비록 이것이 관용구의 문자 그대로의 의미는 아니지만 말이다.

고 함축적으로 나타난다.⁷³⁾

이러한 구별은 법학의 학술적인 글에서의 불명료한 논의들을 명백하게 하는데 사용되어질 수 있다. 텍스트는 문맥과 관련 없이 명확하게 정의되어질 수 있는 의미의 “핵”을 가지고 있다는 생각을 “해체”(deconstruction)한 볼킨(J. M. Balkin)을 예로 들어보자. 볼킨은 다음과 같이 적었다. “만약 두 당사자가 축산과 관련된 계약들에 ‘소’라는 낱말이 ‘말’을 의미하는 규약을 적용하고자 한다면 ‘소’의 핵인 의미는 급격하게 바뀔 것이다…우리가 핵인 의미를 가지는 ‘소’라는 낱말을 사용하는 것은 ‘정상적인’ 문맥에서이다.”⁷⁴⁾ 볼킨은 “핵”인 의미는 “주변적”(peripheral) 의미처럼 문맥에 의존한다고 결론 내렸다. 이러한 논의의 문제점은 곧 밝혀진다. 볼킨이 말하는 계약의 당사자들은 우리말의 낱말 “소”를 “비정상적인 문맥”에서 사용한 것이 아니다. 어떤 의미에서 그들은 우리말의 낱말 “소”를 사용하지 않았다. 우리는 그들이 “소”라는 우리말의 낱말을 부적절하게 사용했다고 기술할 수도 있고, 그들이 “소”라는 낱말을 우리말에서 사용되는 것과 다른 방식으로 사용하는 규칙과 적용을 가지고 있는 그들의 고유한 언어를 사용하였다고 기술할 수 있다.⁷⁵⁾ 이상의 논의로부터 우리는 (우리말에서) “소”라는 낱말이 소를 의미한다는 사실과 이 당사자들이 말을 의미하고자 “소”라는 낱말을 사용했다는 사실을 구별할 수 있을 것이다. 만약 볼킨의 “해체”의 핵심이 단지 공통 언어에서 개인 언어(idiolect)로 (예를 들어, 우리말에서 이러한 당사자들의 규약

73) 예컨대, J. W. Harris, *Law and Legal Science*(Oxford: Clarendon Press, 1979), 132-143쪽 (법적 판결을 정당화하기 위한 두 가지 “합리성의 모델들”로서의 “의도 모델”과 “자연적 의미 모델”)참조.

74) J. M. Balkin, “Deconstructive Practice and Legal Theory”, 96 *Yale Law Journal* 743(1987), 780쪽(주 106번).

75) Baker and Hacker, 앞의 책(주 46), 332쪽: “만약 누군가 비정상적인 문법적 규칙들을 따른다면 그것은 그가 무엇인가를 잘못 말하고 있다는 것을 의미하는 것이 아니라 그가 다른 무엇인가를 말하고 있다는 것을 의미한다. 마치 누군가가 체스의 규칙과 다른 규칙을 따르고 있다면 그는 다른 게임을 하고 있는 것처럼 말이다.”

으로) 옮겨감에 따라 또는 하나의 공통 언어에서 다른 공통 언어로 (예를 들어, 우리말에서 불어로) 옮겨감에 따라 낱말의 의미(문맥과 무관한 의미, “핵”인 의미)가 변화될 수 있다는 것이라면 그의 핵심은 옳지만 그것은 너무나 진부한 이야기일 뿐이다.

VI

『법의 개념』의 “개방적 구조”라는 절에서 하트는 화자의 의미를 강조하는 입장과 낱말의 의미를 강조하는 입장의 중간입장에서 그리고 의미론과 법률해석론의 중간입장에서 논의하고 있다. 법관이 규칙제정자가 생각하였던 문제에 집중하기를 원하는 것처럼 보인다는 점에서 하트는 화자가 의미하고자 했던 것에 집중하는 (그리고 법률해석론과 유사한) 접근을 취하고 있다. 그러나 하트는 법관이 입법(판결) 자료로부터가 아니라 오직 규칙의 문구로부터 규칙제정자의 목적을 찾아내고자 노력해야 한다고 보았다. 규칙제정자의 목적들은 이러한 문맥에서 사용되어지는 언어에 의한 “분명한 사례”와 동일하다.⁷⁶⁾ 규칙제정자가 그런 방식으로 규칙을 정형화하기 때문에 그는 분명한 사례들을 염두에 두고 있을 것이고 “입법에 있어서 목적은 어떤 선택을 가지고 있기 때문에 결정적이다.”⁷⁷⁾

하트가 보기에 규칙제정자의 목적은 언어 속에 들어 있다. 개별사례에 있어서 낱말들의 적용이 분명하지 않은 때에는 “[규칙제정자의] 목적은 이런 방향에서는 비결정적이다.”⁷⁸⁾ 만약 하트가 단순히 규칙제정자가 의미하고자 했던 것에만 관심을 기울였거나 그들의 의도를 이행하는

76) Hart, 앞의 책(주 1), 125쪽.

77) Hart, 위의 책(주 1), 125쪽.

78) Hart, 위의 책(주 1), 126쪽.

것에만 관심을 가졌다면 그는 그런 결론에 이르지 않았을 것이다. 아마도 그는 규칙제정자가 선택한 낱말들이 어떠한지 간에 규칙제정자의 목적은 여전히 결정적일 수 있고 결정적이라고 생각했을 것이다. 또 아마도 그는 규칙제정자의 목적을 밝혀내기 위하여 관련기록들을 검토하고 반사실적 질문들(예컨대, “규칙제정자가 공원에서 스케이트보드의 문제를 고려하지 않았다고 하더라도 만약 그가 그것을 생각하였다면 그는 어떻게 말했을 것인가?”)을 할 것을 주장하였을 것이다. 그러나 그는 그러지 않았다.

반면에 하트의 접근은 또한 단순히 낱말들의 의미에만 의존하지도 않았다. 사실 하트는 판결들이 때때로 의미를 제공할 수 있다고 보았다. “예상치 않았던 사례가 발생하였고 경쟁하는 이익들 중에서 가장 잘 만족시켜주는 것을 선택함으로써…우리가 판결을 내렸을 때 우리는 규칙의 목적에 관한 일반적인 용어의 의미의 문제 역시 해결하게 될 것이다.”⁷⁹⁾

하트의 논의를 더 모순적이고 이상하게 만드는 것은 개방적 구조와 관련하여 “우리”라는 말의 사용이다. “우리는 행위의 일반적 규칙을 만들어야 한다.”, “우리의 목적은 결정적이다.”, “우리는 우리의 목적을 더 확정적이게 만들어야만 할 것이다.”⁸⁰⁾ 규칙의 적용에 관한 하트의 분석은 규칙을 만든 사람들, 집단들, 제도들이 동시에 규칙을 적용하고 수정할 책임도 가지는 가상적 상황을 토대로 이루어진다. 이러한 상황은 대부분의 법체계에서 나타나는 통상적인 상황과는 너무나도 차이가 있어서 문제의 여지가 훨씬 적다. 규칙의 적용과 관련하여 법이론가들이 직면하는 문제들은 규칙 적용자가 항상 다른 사람들이 정해놓은 규칙을

79) Hart, 앞의 책(주 1), 126쪽; Wittgenstein, 앞의 책(주 46), § 120 참조. “‘이 법은 그러한 사례들까지 예상하고 주어진 것이 아니었다.’ 그것은 그 법이 아무런 의미가 없다는 것을 의미하는가?”

80) Hart, 위의 책(주 1), 125-126쪽; 강조는 필자가 추가한 것이다.

적용한다는 사실에서 비롯된 것이다. 예컨대, 미국에서는 법관들이 제정 법들과 다른 법관들에 의하여 만들어진 규칙들을 적용한다. 이러한 상황 속에서 규칙을 어떻게 적용(해석, 수정, 보충)해야만 하는가에 관한 견해는 다양한 제도들의 올바른 역할과 그것들의 관계에 대한 이론에 의지하게 된다. 예컨대, 법관의 역할을 단순히 입법자의 의지를 실현하는 것이라고 보는 사람들⁸¹⁾과 그렇게 특징지을 수 없는 모든 사법행위는 비합법적이라고 보는 사람들은 “예상치 않았던 사례”에 대하여 하트와 다른 접근을 권고할 것이다. (아마도 그들은 법관이 입법자의 목적들이나 가치들을 실현하는 것으로 이해될 수 있는 판결만을 하기를 원하는 것일 것이다.)

그가 그것을 적은 후 30년이 지났지만 “개방적 구조”와 법의 결정성에 관한 하트의 짙은 논의는 여전히 귀중하고 자극적인 텍스트로 남아있다. 그러나 하트의 논의로부터 많은 것을 얻기 위해서는 상황들의 특수한 유형들과 제도적 관계들의 특수한 관점들에서 비롯된 다양한 요소들, 즉 언어의 본성에 근거한 결론들, 규칙과 규칙의 적용의 본성에 관한 결론들, 어떻게 해야 규칙을 가장 잘 적용할 수 있는지에 관한 권고, 그리고 규칙의 적용에 관한 권고들을 구별해야만 한다.

(투고일 2009년 5월 19일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어 : 하트, 개방적 구조, 바이스만, 사법재량, 정책적 논변, 재량행위

81) 예컨대, R. Posner, *Law and Literature*(Cambridge: Harvard University Press, 1988), 220-247쪽.

[Abstract]

H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language

Brian Bix*

trans. Kyung-Hwi Kwon**

H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language tries to clarify the writings of both Hart and Friedrich Waismann on “open texture”. In Waismann’s work, “open texture” referred to the potential vagueness of words under extreme (hypothetical) circumstances. Hart’s use of the term was quite different, and his work has been misunderstood because those differences were underestimated. Hart should not be read as basing his argument for judicial discretion on the nature of language; primarily, he was putting forward a policy argument for why rules should be applied in a way which would require that discretion.

Key Words : Hart, open texture, Waismann, judicial discretion, policy argument, discretion

* Frederick W. Thomas Professor of Law and Philopophy at the University of Minnesota

** All but Dissertation(ABD), College of Law, Yonsei University.

Dear Kyung-Hwi Kwon,

Thank you very much for sending me a copy of your translation of “The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein’s Rule-Following Considerations to Legal Theory,” and the copy of the journal in which it appeared.

I am also pleased to hear that your presentation to the Korean Law and Society Association went well (I would be very curious to read your presentation, but my limited ability with languages will prevent me; I hope that if and when you should publish in English, that you will share your work with me then).

As for my “H.L.A. Hart and the Open Texture of Language,” I would of course be honoured to have you translate that work.(As with my Wittgenstein article, this article was updated and revised for inclusion in Law, Language and Legal Determinacy(Oxford, 1993), pp. 7-35. I think the book version is an improvement over the journal-article version. However, I understand that the book version needs to get permission to translate from Oxford University Press.)

Again, I would most welcome copies of any translation that is eventually published.

Best wishes,

Brian Bix

Brian H. Bix

Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy
University of Minnesota

229 19th Ave. S.

Minneapolis, MN 55455-0400

bix@umn.edu

tel. 612-624-2505

fax 612-625-2011