

합리성의 재구성을 위한 방법론으로서 맥락추론의 의의

자유전공학부 경영학과
최 기 선

I. 서론
II. 맥락추론과 합리성의 재구성
1. 맥락추론
2. 합리성의 재구성
3. 사례 분석
III. 맥락추론에 대한 새로운 이해
1. 일반 법학방법론으로의 확장 가능성
2. 맥락추론 수행의 필요성
IV. 결론

I. 서론

법적 판단의 많은 부분에 합리성이 개입되는데, 이는 사회통념, 경험칙 등으로 표현되는 법관의 판단의 근거가 되는 암묵적 규범을 포함하며, 법적 추론의 사실상 모든 부분에 작용한다. 법적 추론에서의 합리성은, 성찰되지 않을 때 법실천 주체의 신념과 가치관, 혹은 그에 영향을 미치는 사회의 지배적 가치를 그대로 반영할 위험성이 있다. 주어진 규범과 사안에 대해 가장 합당한 법적 결론을 내리는 것이 법적 추론의 목적이자 존재의의라고 할 때, 만약 기존의 지배적 합리성이 성찰되지 않음으로 인해 그러한 목적이 제대로 달성되지 못한다면 이를 어떻게 해결할 것인가 하는 문제는 법적 추론이 어떻게 수행되어야 하는지에 관한 연구에 있어서 중대한 과제가 아닐 수 없다. 이에 그 해결책으로 맥락추론을 제시하고자 한다.

이를 위해서는 우선 맥락추론이 무엇인지에 대해 살펴보아야 하며, 학문 내지 인식의 객관성과 관련하여 맥락추론이 근거하고 있는 인식적 기반에 대해 확인할 필요가 있다. 인식적 기반에 대해 이해할 때 맥락추론이란 무엇인가에 대해 더욱 깊이 이해할 수 있으며, 소외되었던 여성의 경험과 맥락을 중시하는 추론으로서 맥락추론이 법학방법론으로서 정당화되기 위해서는 그 객관성이 앞서 검토될 필요가 있기 때문이다. 또한 맥락추론이 재구성의 대상으로 삼는 합리성이란 무엇인지와 그 특성이 확인되어야 한다. 이를 통해 합리성이 법적 추론에서 갖는 중요성을 구체화하고 맥락추론의 수행이 갖는 의미와 의의를 명확히 하고자 한다. 그 후 실제 맥락추론이 어떻게 수행되고 있는지를 판례 등을 통해 살펴볼 것이다. 이를 바탕으로 맥락추론이 어떤 새로운 의의를 가질 수 있을지에 대해 추가적으로 살펴보하고자 한다.

II. 맥락추론과 합리성의 재구성

1. 맥락추론

(1) 법여성학방법론으로서 맥락추론

맥락추론은 법여성학방법론¹⁾의 하나로, 여성주의 실천적 추론으로서 여성의 경험을 인식론의 근거로 삼아 끊임없이 문제를 제기하고 문제의 맥락을 중시하는 법률추론을 말한다.²⁾ 맥락추론은 중첩하는 수많은 공동체가 있음을 전제로 한다는 점에서, 이성적이고 남성적인 보편적 인간들로 이루어진 균질한 사회를 전제로 하는 기존의 법률추론과 구별된다. 즉 지배문화에 의해 논거를 추론하는 것을 비판하고, 지배문화에 의해 대표되지 않는 견해를 확인하고자 한다.³⁾⁴⁾

1) 주요한 법여성학방법론으로 의식향상, 이야기나누기, 여성문제 또는 배제 문제 제기, 맥락추론이 있다. 이에 대한 자세한 내용은, 전해정, “법학교육과 법여성학방법론”, 『한국여성학』 제22권 3호, 2006, 22-31p.

2) 전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 95-96p.

3) 위 논문, 94p.

4) 맥락추론은 아리스토텔레스가 주장한 실천적 인식을 기반으로 하는 실천적 추론의 하위 개념으로 이해된다. 그러나 폭넓은 의미로 이해되는 실천적 추론과 달리, 맥락추론은 인식의 주변적 위치에 존재해 온 여성의 경험과 그와 관련된 맥락을 충분히 고려하는 추론방식으로, 형식에 얽매이지 않고 다중적 관점을 고려한다는 의미에서의 실천적 추론과는 엄연히 구별되는 개념이다. 따라서 맥락추론을 ‘법률 충돌 등 여타 충돌이 일어나는 경우에 맥락추론은 복잡하게 뒤얽힌 인간적 상황들의 세세한 내용

이러한 맥락추론은 인식의 변화를 이끌어내고, 이 변화된 인식을 근거로 법적 관련성이라는 기존의 경계를 확장한다.⁵⁾ 예컨대, 과거 이혼재산분할 소송에 있어서 가사노동은 재산 분할 비율을 정함에 있어서 유의미한 사실로 파악되지 못했고, 이로 인해 가정 소득의 대부분을 남성의 경제활동에 의존해 생계를 이어가던 가정의 경우 가사노동을 담당한 여성의 재산형성 기여도는 낮게 평가될 수밖에 없었다. 그러나 이혼소송사건을 담당하는 법률가들이 당사자들의 주장을 새롭게 해석, 적용하면서 이혼재산분할 사건에 있어서 가사노동에 법적 관련성이 인정되게 되었고, 새롭게 인정된 가사노동의 가치를 근거로 하여 여성의 재산분할 비율이 상승했다.⁶⁾⁷⁾ 이러한 법적 관련성의 확장은 맥락추론을 통해 재구성되는 합리성에 기반한다.

(2) 맥락추론과 객관성

맥락추론은 인식의 객관성이란 무엇인가에 관한 문제와 깊은 관계를 갖는다. 이에 대해 알아보기 위해 객관성과 관련한 여성주의 인식론의 여러 입장들을 살펴볼 필요가 있다. 객관성에 대한 여성주의 인식론의 입장은 크게 세 가지로 나뉘며, 각각 여성주의 경험론, 포스트모더니즘, 입장론에 기반한다. (이하 세 가지 입장에 대한 설명은 김영희, “페미니즘과 학문의 객관성”, 『여성과 사회』, 1999, 185-213.에 강력히 의존하고 있다.)

첫번째, 객관주의적, 보편주의적 경향이 있다. 이러한 입장은 불편부당하고 가치중립적인 인식이란 객관적인 인식이라는 기존의 전제를 대체로 받아들이면서, 새로이 추가되는 여성적 시각의 역할은 그간의 남성적 편향을 교정하여 좀 더 보편적인 혹은 ‘과학적인’ 학문을 수립하는 데 있다고 보는 흐름이다. 이들은 학문적 객관성이 중립적인 것이어야 한다는 이상 자체는 그대로 인정하되, 이제까지의 연구들이 남성중심성으로 말미암아 이 이상에 미달했음을 드러내고 여성적 시각을 도입하여 그런 이상에 더 가까이 다가가려고 했다.⁸⁾ 즉, 이상적인 객관성이란 비성차별적인 동시에 중립적인, 이해관계가 개입되지 않은(disinterestedness) 객관성을 말한다. 이러한 입장에 대해 해석주체의 주관을 떠난 불편부당한 인식이 가능한가에 대한 의문이 제기될 수 있다. 그럼에도 불구하고 보편성의 추구 없이는 어떠한 학문과 실천적 판단도 이루어질 수 없다는 점에서 의의를 갖는다.

들을 고려하여, 이전의 지혜나 경험을 근거로 그 상황의 특수성에 맞는 해결책을 찾는 추론[전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 94p.]으로 이해하는 것은, 비록 실천적 추론의 일부라는 점에서 타당한 이해일 수 있으나, ‘맥락추론’을 다른 여타 추론 방식들과 구분하는 유의미한 개념 확정이라 보기는 힘들다고 생각된다. 따라서 본 논문에서는 주류 문화와 가치관에서 소외되었던, 즉 인식의 영역 밖에, 혹은 법적으로는 법적 관련성의 경계 밖에 존재해왔던 경험과 그에 기반해 구성되는 맥락을 근거로 하는 추론을 일컬어 맥락추론이라 하고자 한다.

5) 전해정, 위 논문, 96p.

6) 서울가정법원의 1999년 재산분할 실태조사에 따르면 여성배우자(맞벌이주부 포함)의 재산분할비율은 21~30%가 19.6%, 31~40%는 30.8%였고 41~50%는 20.6%에 그쳤다. 그러나 2008년 12월~2009년 2월 전국 1심 법원에서 선고된 227건의 이혼소송사건에서 여성의 재산분할비율을 40~50%로 인정한 것은 135건으로 전체의 60%를 차지했다. (『‘상전벽해’...재산분할때 전업주부 몫 50%로 꺾춤』, 연합뉴스 2010. 04. 19. 기사 참조.)

7) 전해정, 위 논문에서는 Plessy v. Ferguson [163 U.S. 537 (1896), “분리하지만 평등하다(separate but equal)”는 근거로 흑인 분리교육의 합헌성을 인정한 판례] 으로부터 Brown v. Board of Education [347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954), “분리하지만 평등(separate but equal)”이 수정헌법 제1114조의 평등조항에 위배된다고 함으로써 흑인분리교육을 위헌이라고 판결.] 으로의 전환이 흑인에 대한 인종차별의 ‘법적 관련성’을 확장한 사례임을 말하고 있다. 위 논문에서는 이를 맥락추론을 통한 법적 관련성 확장에 견줄 수 있는 법적 관련성 확장의 사례로 들고 있으나, 이는 맥락추론의 일반 법학방법론으로의 발전 가능성을 보여주는 사례로도 이해될 수 있다. 이에 대해서는 ‘III. 맥락추론에 대한 새로운 이해’ 부분에서 후술.

8) 김영희, “페미니즘과 학문의 객관성”, 『여성과 사회』, 1999, 197-198p.

두번째, 주관주의적, 상대주의적 경향이 있다. 객관주의의 불가치적, 실증주의적 전제들을 전면적으로 비판하며 ‘객관성’의 가능성까지 부정한다. 모든 인식은 특정 관점에 바탕을 둘 수밖에 없으며, 관점 자체를 넘어설 수 있다는 생각이야말로 ‘남성적’이고 ‘근대적’인 발상이요, ‘객관성’이란 불가능할 뿐 아니라 그릇된 목표이다. 이는 탈구조주의나 해체론 등의 포스트모던한 조류와 합쳐져 여성의 공통성이나 성별 위계관계의 우선성을 무반성적으로 전제하고 들어갈 때 여성들의 다양하고 복합적인 상황이 단순화되면서 실제로 많은 여성집단이 논의에서 배제되는 결과가 생긴다고 주장한다. 그러면서 상대주의적이고 다원주의적인 태도를 견지한다. 이러한 입장에 대해 페미니즘이란 여성들의 현재 의식을 그대로 드러내는 것과는 다른 것이라는 비판, 남성중심적 인식을 비판하면서도 동시에 극단적 상대주의를 고수하는 것은 이율배반이라는 비판, 대안 제시에 있어서 무능력하다는 비판이 있다.

세번째, 주객 이분법을 넘어선 새로운 객관성을 모색하는 경향이 있다. 이러한 입장은 가치가 인식에 필연적으로 개입된다고 보는 점에서는 위의 ‘주관주의’와 일치하지만, 가치를 객관적 인식을 불가능하게 만드는 장애물이 아니라 인식의 정당하고도 필수적인 요소로 파악함으로써 객관성을 새롭게 해석해내려 한다. 이 경향은 객관성 개념을 근본적으로 변화시키려 하는 점에서 ‘객관주의’와는 다르지만, 상대주의나 무차별한 다원주의에도 동의하지 않는다. 오히려 분명한 입장(들)에 설 때에 비로소 현실과 대상에 대한 제대로 된 파악이 가능하다고 본다. 이들이 보기에는 입장이나 가치가 그 자체로 객관적 탐구의 장애요인이기는커녕, 일체의 이해관계를 떠난 인식을 이념형으로 하는 기존의 학문관이야말로 객관적 탐구라는 자기 목적을 제대로 수행하지 못하는 결함을 지닌다. 자신의 생각을 추동한 이해관계나 가치들을 식별하고 성찰할 여지를 스스로 없애버림으로써 오히려 그런 가치들에 무비판적으로 휘둘린다는 것이다. 그보다는 연구를 뒷받침하는 특정 가치들에 대한 적극적 성찰이 있을 때 참다운 객관적 이해에 좀 더 가까이 다가설 수 있다는 것이 이들의 믿음이다.

객관성 자체의 성립은 인정하지만 가치중립적 객관성 개념을 비판하고 입장/이해관계/가치를 고려한 새로운 객관성을 대안으로 제시하는 세번째 입장에 맥락추론은 근거하고 있으며, 맥락추론은 여성주의 인식론 중 입장론을 기반으로 한다.⁹⁾ 즉, 특정한 입장에서 이루어지는 인식이 다른 인식보다 더 나을 수 있다는 것이다.¹⁰⁾ 이러한 의미에서 범여성학방법론으로서 맥락추론은 스스로를 보편성이라 참칭하는, 그래서 스스로의 남성중심성, 가부장성을 반성하지 못하는 가치중립적 객관성 개념을 비판하고 피해자이자 피억압자로서 여성의 입장에 섬으로써 현상을 더 정확히 이해하고자 하는 시도로 이해될 수 있다. 맥락추론의 바탕이 되는 이러한 전제는 다음에서 잘 드러난다. “기존의 당파성을 배제하는 맥락추론은 지금까지의 판결이 객관적임을 가장하면서 여성의 목소리를 배제해왔음을 밝힘으로써, 우리나라 판결이 여성의 경험을 간과하여 왔음을 보여주고 있다.”[전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 108p.]

9) 전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 94p.

10) 이러한 입장은 다음의 내용에서 잘 드러난다. ‘또한 모든 이해관계가 인식과 동일한 관계를 갖는 것은 아니다. 가령 지배집단의 이해관계에 기반한 인식은 스스로를 보편적인 것으로 자임하는 만큼 비판적 반성의 여지를 스스로 봉쇄하는 반면, 피지배집단 혹은 주변적 집단의 경우에는 자기 이해에 충실함이 되며, 따라서 후자의 이해관계는 좀 더 충실한 인식의 바탕이 될 수 있다. 이처럼 사회적 위치들 가운데 특정한 위치가 다른 것보다 인식의 더 나은 출발점이 될 수 있다고 보는 점에서도 이들은 상대주의자들과 다르다.’ [김영희, “페미니즘과 학문의 객관성”, 204p.]

2. 합리성의 재구성

맥락추론이 가능하려면 기존에 논의된 합리성의 당파성을 비판하고, 소외되고 억눌린 사람들의 경험을 인정해야 한다.¹¹⁾ 맥락추론은 이를 바탕으로 기존의 합리성과는 다른 의미의 합리성을 주장한다. 기존의 합리성을 극복하고 새로운 합리성을 세우는 과정은, 소외되었던 경험과 맥락을 발견함으로써 이루어지는 맥락추론에 의해 추동되며, 이때 맥락추론을 수행함으로써 전개되는 합리성의 변화를 본 논문에서는 ‘합리성의 재구성’이라고 일컫고자 한다.

(1) ‘합리성’ (‘합리적인 성질’이 아니라 ‘무엇이 합리적인가에 대한 관념의 총체’)

합리성은 모든 이론과 사고에 적용되는 중요한 평가척도로서, 특히 법실천(구체적인 사건에 법을 해석하고 적용하여 결론을 이끌어내는 행위)의 정당성을 평가하는 기준이 된다.¹²⁾ 그런데 법적 판단에 있어서 ‘합리성’이라는 단어의 의미는 두 가지 차원으로 파악할 수 있다. 첫번째 의미의 합리성은 합리성 평가의 대상이 되는 주장이나 행위 측면의 합리성으로, ‘이치에 합당한 성질, 또는 그러한 수준’을 말한다. 즉 평가 척도에 따른 목적된 성질로서의 합리성을 가리킨다. 예컨대 ‘형사법에서의 입증은 합리적인 의심을 넘어설 정도로 이루어져야 한다.’라는 말과 ‘의심은 검증된 사실에 근거한다면 합리적이다.’라는 평가 기준이 있다고 가정할 때, 의심이라는 정신적 작용이 갖는 성질들 중 그것이 검증된 사실에 근거한다면 획득되는 의심의 성질이 바로 이런 의미에서의 합리성이라고 할 수 있다. 즉, 말 그대로 ‘합리적인 성질’을 말한다.

두번째 의미의 합리성은 행위나 주장의 합리성을 판단하는 주체의 측면에서의 합리성으로, ‘무엇이 합리적인가에 대한 관념의 총체’, 다시 말해 합리성 판단의 준거가 되는 척도들의 체계를 말한다. 예를 들어, ‘우리는 근대적 합리성을 극복해야 한다.’라는 문장에서 ‘근대적 합리성’이란 근대의 합리적인 성질을 뜻하는 것이 아니라, 무엇이 합리적인지에 관한 근대적 사고방식을 지칭한다. ‘맥락추론을 통해 합리성이 재구성된다.’라고 할 때의 합리성은 이런 측면의 합리성을 말한다.¹³⁾ 법적 판단에 작용하는 합리성은 그 모습이 드러나는 경우도 있고 드러나지 않는 경우도 있는데, 이러한 합리성 개념이 판결문 등에 명시적으로 드러나는 경우 주로 ‘경험적’, ‘사회통념’과 같은 단어로 표현되는 것으로 보인다.

11) 전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 96p.

위 논문에서는 소외되고 억눌린 사람들의 경험을 감정적 요소로 규정하고 있지만, 이는 정확한 이해가 아니라고 판단된다. 예컨대, 강간(판례의 입장인 최협의설에 따른 법적 의미의 강간이 아니라, 동의의 부존재나 거부 의사에도 불구하고 이루어진 간음이라는 통상적인 의미의 강간을 말함) 피해여성의 경험을 근거로 한 맥락추론에는 피해자가 경험했던 극심한 공포도 중요한 고려사항이 되겠지만, ‘현재까지 항거가 불가토록 하는 명시적인 폭행이나 협박’이 이루어지지 않는 경우에도 권력적 불균등이나 간음을 거부할 때의 불이익(예컨대 폭행이나 살해)을 생각할 때 간음에 동의하지 않음에도 불구하고 거부 표시를 할 수 없겠다는 피해자의 판단은 감정적인 내용이 아님에도 중요한 고려사항이 되는 동시에, 합리성을 재구성하는 데 있어서 중요한 경험적 맥락으로 작용할 수 있다. 맥락추론이 합리성을 재구성하는 것은 그것이 이성적 요소만을 고려하던 합리성을 감정적 요소까지 인정하는 합리성으로 발전시키기 때문이 아니라, 소외된 경험과 맥락을 발견함으로써 기존의 합리성이 갖고 있던 오류들을 들추어내고 합리성을 새로이 구성하는 과정을 추동하기 때문이다.

12) 김현철, “법적 추론에 대한 법이론적 고찰 - 헌법의 경우”, 『법과 사회』 제30권, 2006, 95-96p.

13) 대강 ‘합리성의 재구성’을 ‘인식의 변화’로 이해할 수도 있다. 합리성도 인식의 일부로 이해될 수 있다는 점에서 완전히 잘못된 이해는 아니다. 그러나 합리성은 법적추론의 정당성 평가척도로서 구체적인 합리성 평가에 관여하는 기준들을 가리킨다는 점, 사실적/당위적 차원에서 어떠한 주장이나 행위가 이루어져야 하는지에 대한 강력한 당위를 내포한다는 점에서 합리성이 아닌 인식과 구분된다.

한편, 모든 정당성의 기준을 오로지 합리성으로 귀속시키는 것은 바람직하지 않으나,¹⁴⁾ 법적 판단의 거의 모든 부분에 합리성이 개입하는 것이 사실이다. 요건이나 효과 등에 대해 아무리 세세히 규정하거나 법원칙을 엄격히 세운다 하더라도 그 요건, 효과, 원칙 등에 대한 해석과 적용 하나하나에는 합리성이 작용할 수밖에 없다. 또한 규범이 규율할 수 있는 것에 비해 사실의 가능성이 훨씬 더 방대하고 이로 인하여 모든 사실적 경우의 수를 미리 예견할 수 없음으로 인하여 필연적으로 합리성이 사안의 포섭에 있어서 동원될 수밖에 없음은 물론이다. 이때의 합리성은 행위나 주장의 합리적인 정도를 판단하는 기준의 총체로서의 합리성을 말하고, 사회통념, 경험칙, 조리 등으로 표현되는 법관의 판단의 근거가 되는 암묵적 규범을 포함하며, 법적 추론의 사실상 모든 부분에 작용한다. 법적 추론이 결론에 이르기까지 과정 속에서 법규범과 원칙 등으로 매울 수 없는 빈 곳들을 우리는 합리성을 동원하여 해결하며, 법규범과 원칙 또한 합리성을 통해 해석하고 적용한다. 제 아무리 많은 원칙과 규정 기타 명시적인 판단의 준거가 주어진다고 해도, 모든 판단이 순수하게 그것만으로 완결되지는 못하며, 결국 법관을 비롯한 법실천의 주체에 의해 적합하다고 생각되는 합리성이 법적 판단에 동원된다는 것이다. 예를 들어, ‘폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.’는 대전제와 甲과 乙 사이에 있었던 사실관계를 소전제로 하여 甲이 3년 이상의 유기징역에 처하는지에 대한 판단을 내리는 상황을 떠올려보자. 이러한 단순한 법실천에 있어서도 수많은 합리성이 개입되게 된다.¹⁵⁾ 무엇이 강간인지, 甲의 행동이 그러한 강간에 해당하는지, 폭행과 협박은 각각 무엇을 의미하는지, 乙이 남성일 때에도 이 규정이 적용되는 것인지, 구체적으로는 乙이 甲에게 감자탕의 고기를 덜어준 행위가 간음에 대한 동의의 근거가 되는지¹⁶⁾ 등에 대한 합리성과 그러한 합리성을 근거로 한 판단이 요구된다.

(2) 합리성과 당위

그런데 ‘무엇이 합리적인가에 대한 관념의 총체’로서 합리성은 ‘무엇이 합리적인가’에 대한 기술에 그치는 것이 아니라 ‘그러한 합리적인 방식으로 판단이 이루어져야 한다’는 당위적 의미를 함께 내포하고 있다. 가령 A법학전문대학원에 지원했다가 2차에서 탈락한 甲이 학교 측이 정성평가의 세부 기준을 공개하지 않은 것을 이유로 기본권 침해를 주장하여 헌법 소원을 제기하고자 한다고 해보자. 이러한 판단과 행동이 합리적인지에 대한 판단에 작용하는 통상적인 법적 합리성을 이루는 개별 판단 기준들에는 다음과 같은 것들이 아마 포함될 것이다.

- ① 국가와 국민 간의 법적 문제와 사인 간의 법적 문제는 구분된다.
- ② 기본권 보장, 보호의 책무는 국가가 국민에 대해 진다.
- ③ 국가는 기본권을 이유로 사인 간의 관계에 개입해서는 안 된다.
- ④ 기본권 보호를 근거로 사인 간의 문제에 개입하기 위해선 추가적인 정당화가 필요하다.

14) 위 논문, 96p.

15) 물론 어디까지나 주어진 대전제-법규범을 출발점으로 한 법해석과 적용 과정이며, 그 과정에서 다양한 법원칙이 작용할 것이다. 그러나 법문에 의한 구속과 법원칙에 대한 고려가 이루어질 때에도 합리성은 함께 작용한다. 예컨대 이 사례에서 ‘국가형벌권의 작용은 신중하여야 하며 법해석을 통해 가벌성을 확대하는 것에는 신중해야 한다.’는 법원칙이 있다고 하더라도, 그것만으로는 결론에 다다를 수 없다. 결국은 규범에 대한 해석과 판단은 어떠한지에 관한 당위적 차원의 합리성과 사실관계에 어떤 의미를 부여할 것인지에 대한 사실적 차원의 합리성이 활발히 작용할 수밖에 없다.

16) 『접시에 고기 덜어준 ‘호의’를 성관계 ‘동의’라고 해석한 법원』, 로톡뉴스 2019. 11. 15. 기사 참조. <https://news.lawtalk.co.kr/judgement/1424>

여기서 ①과 ②는 사실적 판단에 대한 합리성이며 ③과 ④는 당위적 판단에 대한 합리성이다.¹⁷⁾ 이러한 법적 합리성은 각각의 기준에 부합하는 방식으로 주장이나 행위에 대한 평가가 이루어지는 것이 옳다는 당위(예컨대, ‘공법적 문제와 사법적 문제를 혼동해서는 안 된다’거나 ‘국가가 기본권을 이유로 사인 간의 법률관계에 개입하기 위해서는 추가적인 정당화가 이루어져야 하는 것으로 판단해야 한다’는 당위)를 내포하고 있다. 즉, 합리성은 합리성을 구성하는 요소인 각각의 개별적인 평가기준들에 있어서 “~해야 한다. / ~하지 말아야 한다.”는 형식의 관념을 함축하고 있다.¹⁸⁾ 합리성에 당위가 내포되어있다는 이러한 사실은 법실천의 차원에서 중요성을 갖는다. ‘어떻게 판단하는 것은 옳고 어떻게 판단하는 것은 그른지’의 기준으로서 합리성이 작용할 때 우리는 그러한 당위적 판단으로 말미암아 법적 추론이 정당인지 정당하지 않은지를 비판적으로 검토할 수 있으며, 나아가 양립할 수 없는 다른 형태의 합리성과의 갈등 상황에서 그러한 다른 형태의 합리성을 비판하는 실천적 주장을 펼 수 있다.

여기서 말하는 합리성에 내포된 당위는, 당위적 차원에서 어떤 당위적 판단이 합리적인가에 대한 기준으로 작용하는(즉, 사실적 차원에 작용하는 합리성과 구분되는 것으로서의) 합리성과는 다른 것을 가리킨다. 예를 들어, ‘가정의 일은 사적 영역이므로, 국가가 개입해서는 안 된다.’는 합리성이 있다고 할 때, 이는 사적인 일에는 국가가 개입해서는 안 된다는 당위적 판단을 내용으로 하는 합리성인 동시에, 이러한 합리성은 ‘사적 영역에 국가가 개입해서는 안 된다고 판단해야 한다.(혹은, 사적 영역에 국가가 개입해서는 안 된다는 주장은 합리적인 것으로 평가해야 한다.)’는 당위를 내포하고 있는 것이다.

3. 사례 분석¹⁹⁾

(1) 교원소청심사위원회결정취소²⁰⁾ (피해자다움과 관련한 맥락추론과 합리성의 재구성)

1) 사건 개요

2015년 4월 모 대학 교수인 원고가 여학생들을 수차례 성희롱 및 성추행한 이유로 해임되었다.²¹⁾ 원고는 이에 불복하여 교원소청심사를 청구했으나 피고(교원소청심사위원회)가 원고의 청구를 모두 기각하는 결정을 하자, 그 취소를 구하는 이 사건 소송을 제기하였다. 제1심은 해임이 적법하다고 보아 원고의 청구를 기각했으나, 항소심에서는 위법한 해임으로 판단했다.

2) 대법원 판단 (대법원 2018. 4. 12. 선고, 2017두74702, 판결)

17) 물론 책무를 진다는 것을 당위적 의미를 갖는 것으로 해석하여 당위적 판단에 대한 합리성으로 이해할 수도 있다.

18) 이때 합리성이 내포하는 “~해야 한다, ~하지 말아야 한다.”는 당위는 ‘어떠한 행위나 주장이 미래의 평가자에 의해 합리적인 것으로, 혹은 비합리적인 것으로 평가될 것이다’라는 관념으로 환원될 수 있다고 생각한다. 이러한 당위의 시간적 이해와 관련한 내용은 추후의 연구에서 다루고자 한다.(III-2 참고.)

19) 아래의 두 사례 외에도 맥락추론을 통해 합리성이 재구성되는 과정은 많은 법여성학 논의에서 나타난다. 대표적인 예로 강간죄 구성요건 문제에서 최협의설에 대한 비판을 들 수 있을 것이다.

20) 대학교수의 학생들에 대한 언동이 성희롱에 해당하는지 및 그에 대한 피해자 진술의 증명력을 인정할 수 있는지가 문제된 사건.

21) 구체적인 징계 사유는 다음과 같았다.

이 사건에 대한 대법원의 판결에는 맥락추론을 통해 합리성이 재구성되는 논리적 양상이 잘 드러난다.

우선 재판부는 소외되었던 피해여성의 경험과 성희롱 사건의 특수한 맥락을 고려하고 있다.

“법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록...”

“피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 ‘2차 피해’를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다.”

“(원심의) 이와 같은 이유 설시는 자칫 법원이 성희롱 피해자들이 처한 특별한 사정을 고려하지 않은 채...”

“원고의 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 가해자가 교수이고 피해자가 학생이라는 점, 성희롱 행위가 학교 수업이 이루어지는 실습실이나 교수의 연구실 등에서 발생하였고, 학생들의 취업 등에 중요한 교수의 추천서 작성 등을 빌미로 성적 언동이 이루어지기도 한 점, 이러한 행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 이루어져 온 정황이 있는 점...”

그러면서 성희롱 관련 소송의 심리에 있어서 성적 굴욕감이나 혐오감은 우리 사회 전체의 평균인이 아닌 피해자의 처지에서 판단되어야 함을 설시하고 있다.

“우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하였어야 옳았다.”²²⁾

(1) 피해자 소외 1 관련 징계사유

- ① 소외 1이 봉사활동을 위한 추천서를 받기 위해 친구들과 함께 원고의 연구실을 방문했을 때, 뽀뽀해 주면 추천서를 만들어 주겠다고 하였다(제1-2 징계사유).
- ② 수업 중 질문을 하면 소외 1을 뒤에서 안는 듯한 포즈로 지도하였다(제1-3 징계사유).
- ③ 소외 1이 원고의 연구실을 찾아가면 “남자친구와 왜 사귀냐, 나랑 사귀자”, “나랑 손잡고 밥 먹으러 가고 데이트 가자”, “엄마를 소개시켜 달라”고 하는 등 불쾌한 말을 하였다(제1-4 징계사유).

(2) 피해자 소외 2 관련 징계사유

- ① 수업시간에 소외 2를 뒤에서 안는 식으로 지도하고 불필요하게 소외 2와 한 의자에 앉아 가르쳐 주며 신체적 접촉을 많이 하였다(제3-1 징계사유).
- ② 복도에서 소외 2와 마주칠 때 얼굴에 손대기, 어깨동무, 허리에 손 두르기와 함께 손으로 엉덩이를 툭툭 치는 행위를 하였다(제3-2 징계사유).
- ③ 소외 2와 단 둘이 있을 때 팔을 벌려 안았다(제3-3 징계사유).
- ④ 학과 MT에서 아침에 자고 있던 소외 2의 볼에 뽀뽀를 2차례 하여 정신적 충격을 주었다(제3-4 징계사유).
- ⑤ 장애인 교육 신청서를 제출하러 간 소외 2에게 자신의 볼에 뽀뽀를 하면 신청서를 받아 주겠다고 하여 소외 2가 어쩔 수 없이 원고의 볼에 뽀뽀를 하였다(제3-5 징계사유).

22) 대법원은 이러한 기준을 바탕으로 해당 사안에 대한 심리를 진행하였으며 이러한 과정은 입장론에

위에서 살펴보았듯 법원은 성희롱 사건에 있어서 여성피해자가 겪는 경험들을 적극적으로 고려하고 있고, 불편부당한 객관적 관찰자가 아닌 평균적인 피해자의 입장에서 판단이 이루어져야 함²³⁾을 얘기하고 있다는 점에서 이는 맥락추론의 수행으로 보여진다.

대법원은 이를 바탕으로 피해자다움을 요구하는 기존의 가해자 중심적 합리성을 지적하며, 맥락추론을 통해 재구성된 합리성을 바탕으로 기존의 합리성에 입각하여 이루어진 원심의 판단을 비판한다.

“이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙²⁴⁾에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.”

“피해자가 익명으로 이루어진 강의평가에서 이에 대한 언급 없이 원고의 교육방식을 긍정적으로 평가하였든가 또는 그 후에도 계속하여 원고의 수업을 수강한 점 등을 근거로 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하였다. 그러나 이는 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 법원이 충분히 심리를 한 끝에 상반되는 증거를 비교·대조하여 증명력을 평가하여 내린 결론이라고 보기 어렵다.”

“(성희롱 사건의 특수한 맥락을 고려하지 않은 원심 판단은) 법원이 은연중에 가해자 중심적인 사고와 인식을 토대로 평가를 내렸다는 오해를 불러일으킬 수 있어 적절하지 않다.”²⁵⁾

“우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하였어야 옳았다.”

(2) 부부강간죄를 비롯한 강간죄의 객체 확정에서의 맥락추론

과거 형법 297조(강간)은 다음과 같이 규정하고 있었다. “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”²⁶⁾ 이때 ‘부녀’란 “성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것”²⁷⁾이며, “강간죄의 성립을 인정하기 위해서 피해자를 법률상 여자로 인정할 수 있어야 한다.”²⁸⁾ 대법원은 강간죄의 객체로 부녀만을 규정한 것이 헌법의 평등조항에 위배되지 않는다고 하였다.²⁹⁾ 그러나 이러한 ‘부녀’ 개념에도 불구하고 실질적인 부부관계가 있는 경

기반한 맥락추론으로 이해될 수 있다. 한편, 이를 성희롱 사건 소송 심리 일반에 있어서 판단이 어떻게 이루어져야 하는가에 대한 판단 기준 제시로 이해한다면, 이러한 판단 기준은 맥락추론의 결과로서 도출된 재구성된 합리성의 일부로도 이해될 수 있다.

23) 특정한 입장에서 이루어지는 인식이 현실을 더 잘 이해할 수 있다는 여성주의 입장론적 태도.

24) 새로이 구성된 합리성을 말하는 것으로 보인다.

25) ‘은연중에’라는 표현으로 미루어볼 때, ‘자신의 생각을 추동한 이해관계나 가치들을 식별하고 성찰할 여지를 스스로 없애버림으로써 오히려 그런 가치들에 무비판적으로 휘둘리는’ 가치중립적 객관성 개념에 대한 여성주의 입장론의 비판적 태도와 다소 유사하다고 볼 수 있다.

26) 2012년 ‘부녀를’에 해당하는 부분을 ‘사람을’로 개정하였다.

27) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결.

28) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결.

29) 대법원 1967. 2. 28. 선고 67도1 판결.

이에 대한 근거로서, “헌법은 **일반 사회관념상** 합리적인 근거있는 차등까지 금하지 아니하며 남녀의 생리적, 육체적 차이에 의하여 강간에 남성에 의하여 감행되는 것이 일반적이므로 이러한 실정에 따라 사회적, 도덕적 견지에서 강간죄의 피고자인 부녀를 보호하려는 것이 **일반 사회관념상** 합리적인 근

우에는, 즉 정상적으로 혼인관계가 지속되고 있는 상황에서는 남편이 아내의 의사에 반하여 성교행위를 강요하였다고 하더라도 강간죄가 성립하지 않았다.³⁰⁾³¹⁾ 한편, 성전환 수술을 받은 남자는 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당되지 않으며, 이는 임신³²⁾가능성을 기준으로 강간죄 객체인 ‘부녀’를 판단했기 때문이다.³³⁾ 요컨대, 강간죄의 객체로 남성은 인정되지 못했으며, ‘부녀’의 해석에 있어서도 실질적인 부부관계에 있는 여성과 성전환 수술을 받은 남성은 포함되지 못했다.

법률과 법원의 과거 이러한 태도는 가부장적 합리성에 기반한 것으로 보여진다. 구체적으로는 다음과 같은 합리성들이 작용하고 있는 것으로 판단된다.

- ① 강간은 남성에 의해 여성을 대상으로 이루어진다.
- ② 강간죄의 보호법익은 성적 자기결정권이 아닌 정조이다.³⁴⁾
- ③ ①, ②에 따라 남성은 강간죄의 보호객체가 될 수 없다.
- ④ 부부관계는 사적 영역으로, 법의 개입이 자제되어야 한다.
- ⑤ ②, ④에 따라 보호객체에 기혼여성은 해당하지 않는다. (행위자가 남성 배우자인 경우)
- ⑥ 정조에 대한 보호필요성은 임신가능성을 전제로 한다.
- ⑦ ②, ⑥에 따라 보호객체에 성전환수술을 받은 남성은 해당되지 않는다.³⁵⁾

강간죄의 객체를 ‘부녀’로 규정한 해당 규정은 2012년 개정되어 그 객체에 남성도 포함될 수 있도록 하였다. 2009년 부산지법은 기존의 판결을 깨고 법률상 부부관계가 있는 경우에도 강간죄를 인정하였다.³⁶⁾ 법원은 또한 성전환수술을 받은 남성도 ‘부녀’에 해당하며 따라서 강간죄의 객체가 됨을 인정했다.³⁷⁾ 이와 같은 변화들은 기존의 가부장적 합리성을 비판하고 이를 대체할 새로운 합

거없는 특권을 부녀에게만 부여하고 남성에게 불이익을 주었다고는 할 수 없기 때문이다.”라고 설시하였다.

30) “... 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설령 남편이 강제로 처를 간음하였다고 하더라도 강간죄는 성립하지 않는다.” [대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결; 대구고법 1970. 6. 24. 선고 70노138 형사부 판결;확정]

31) 이러한 판단에 대해서는 주로, 부부 간 성적 요구에 응할 의무가 있음을 근거로 추가적 정당화가 이루어져왔다.

32) 실제 판결들의 경우, 이를 ‘수태가능성’이라 표현했다.

33) ‘본 사건에서 외관상으로 여성적인 신체구조를 갖추게 되었다고 하더라도 여성의 내부성기인 난소와 자궁이 없기 때문에 임신 및 출산이 불가능한 상태이므로 여러 요소를 종합적으로 고려해 볼 때 **사 회 통 념 상** 여자로 볼 수 없다고 하였다.’ [전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 106p. - 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결]

34) 관련된 견해 대립과 합리성이 재구성되는 양상에 대한 추가적인 설명은 이주형, “성전환자의 강간죄 객체성립 여부”, 『刑事判例研究』 제18권, 2010, 84-110p.; 송승엽, “강간죄의 행위객체에 관한 연구”, 석사학위논문, 한양대학교 대학원 법학과, 2010.; 노미덕, “성적 자기결정권의 보호와 강간죄의 객체에 관한 여성주의적 고찰”, 석사학위논문, 전남대학교 대학원 법학과, 2008. 참고.

35) 관련된 추가적인 설명은 이주형, 위 논문; 송승현, “강간죄의 객체에 성전환여성의 인정여부”, 『법과 정책』 제19권 제2호, 2013, 233-271p. 참고.

36) 부산지법 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결. 필리핀 국적의 처가 생리중임을 이유로 성관계를 거부하자, 남편이 가스분사기와 과일칼로 협박을 하여 처의 반항을 억압한 후 1회 간음한 경우, 법률상 처를 강간죄의 객체로 인정한 판결. 강간죄의 규정이 ‘정조를 보호하기 위한 것이 아니라, 인격권에 해당하는 “성적 자기결정권”을 보호하기 위한 것이기에, ... 처의 성적 자기결정권의 침해가 있었다면 강간죄가 성립’한다는 것이 판결요지.

37) 대법원 2009. 9. 10. 2009도3580 판결(주거침입강간등) “피해자가 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 성취속감을 나타냈고, 성전환 수술로 인하여 여성으로서의 신체와 외관을 갖추었으며, 수

리성을 세움으로써 이루어질 수 있었으며, ‘판결을 통해 만들어지는 의식의 변화(본 논문에서 말하는 ‘합리성의 재구성’을 의미한다.)는 맥락추론에 기반한다.’³⁸⁾

Ⅲ. 맥락추론에 대한 새로운 이해

1. 일반 법학방법론으로의 확장 가능성

앞서 살펴보았듯 맥락추론은 피해자나 피억압자로서 여성의 소외되었던 경험을 발견해내고 이를 법적 추론의 근거로 삼음으로써 법적 관련성을 확장하고 합리성을 재구성하는 법여성학방법론을 말한다. 그런데 주류적 합리성과 그로부터 소외되는 경험과 맥락은 비단 여성문제에 있어서만 발견되는 것은 아니다. 기존의 법리에 의해 중요한 것, 즉 법적 관련성이 있는 것으로 파악되지 못했던 소외계층이나 집단의 경험이 새로이 밝혀지고 법적 주장의 근거로 사용되면서 법원의 판단이 바뀌어 온 것은 역사적으로 볼 때 오히려 흔한 일이었다. 만약 어떤 소수자집단이 법적으로 보호받을 만하다고 판단되는 권리의 실현을 방해받고 있고, 그것이 그들의 경험과 사안의 맥락을 기존의 합리성이 충분히 고려하지 못하여 발생한 것이라면, 법여성학적 문제가 아니라고 해서 맥락추론이라는 방법론이 사용되지 못할 하등의 이유가 없다.

역사적으로 이루어져왔던 법체계의 크고 작은 변화들도 맥락추론과 합리성의 재구성의 과정을 거치며 발전해온 것으로 이해할 수 있다. 대표적으로 노동법체계의 등장을 예로 들 수 있다. 절대적으로 여겨지던 사적자치의 원칙(계약자유의 원칙)을 수정하여 교섭력의 불균형으로 인해 발생한 열악한 근로조건을 국가가 획일적으로 개선하여야 한다는 관념이 등장하고, 때로는 노동자들의 집단행동을 보장함으로써 교섭력의 불균형 자체를 시정해야 한다는 것이 보편적인 당위로 등장하게 된 것은, 근로조건을 사용자 일방이 결정함에 따라 장시간 근로와 열악한 근로환경을 감수할 수밖에 없는 노동자의 현실로부터 문제의식을 갖게 되면서였다.³⁹⁾ 이와 같은 합리성의 재구성 양상은 난민법상 ‘충분한 근거 있는 공포’에 관한 특수한 입증정도의 문제에도 잘 드러난다. 난민법상 난민임의 입증에 있어서 그 입증은 합리적으로 볼 때 그럴듯하다면 증명이 된 것으로 보며, ‘의심스러울 때는 신청인에게 유리하게’ 해석해야 한다는 원칙이 국제법적으로 통용되고 있다. 이는 일반 법영역에서 요구되는 것과는 상이한 것으로, 이는 만약 난민임에도 잘못 판단하는 경우 난민신청자는 죽음에 가까운 상황에 내몰릴 수 있다는 점, 난민신청자의 주관적인 상황으로 미루어볼 때 충분한 입증능력을 갖추기 어려울 수밖에 없다는 점 등을 근거로 정당화되고 있다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

술 이후 20여 년간 개인적, 사회적으로 여성으로서의 생활을 영위해온 점 등을 고려할 때, 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자로서 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당한다.”고 본 사례. 주목할 점은 “근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로서의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동, 태도, 성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적, 사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적, 사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.”고 판단한 [대법원 2006. 6. 22. 2004스42 전원합의체 결정]을 인용하며 해당 결정을 내렸다는 점이다.

관련해서는 대법원 1996. 6. 11. 96도791 판결; 대법원 2006. 6. 22. 2004스42 전원합의체 결정; 이주형, 위 논문 참고.

38) 전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 108p.

39) 관련 내용은 김형배, 박지순, 노동법강의(제8판), 신조사, 2019, 9p 참고.

40) 난민법역의 특수한 입증책임에 관한 내용은 <난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침(일명 난민편

만약 이와 같이 맥락추론의 다른 법역으로의 확장가능성이 인정된다면, 법학 일반에 있어서, 혹은 주류적 인식으로부터의 소외의 문제가 발생하는 모든 영역⁴²⁾에 있어서 널리 사용될 수 있는 유용한 방법론으로 맥락추론이 발전하는 것도 충분히 가능하다고 생각된다. 특히 ‘맥락추론의 인식론적 기반인 여성주의 입장론에 따르면, 여성을 비롯하여 중심에서 배제되어 온 주변집단은 자신이 경험하지 못한 다른 종류의 억압일지라도 성찰을 통해 그 억압의 맥락을 더 잘 이해할 수 있기 때문에 자신의 억압받은 경험을 바탕으로 다른 종류의 억압에도 민감하게 반응할 수 있다.’⁴³⁾는 점을 고려할 때 맥락추론과 합리성의 재구성에 있어서 법여성학과 다른 법역 간의 상호보완적 발전가능성 또한 엿볼 수 있다.

2. 맥락추론 수행의 필요성 : 당위의 시간성과 당파성 해소의 원리

왜 맥락추론을 수행해야 하는가? 법실천에 있어서 맥락추론의 수행을 통해 합리성을 재구성해야 한다는 주장은 재구성되기 전의 합리성과 재구성된 합리성 사이의 우열이 보여질 수 있음을 전제로 가능한 한편, 이때 이러한 선결문제의 해결은 설득력 있는 정도, 혹은 합리적인 정도의 이유 제시로는 충분히 이뤄지지 않는다고 판단된다. 소외되었던 경험과 맥락을 고려하는 새로운 합리성이 기존의 합리성보다 좋거나 옳다는 점을 전제로 하는 맥락추론이 그 근거지움에 있어서 합리적인 정도에 그칠 뿐이라면 맥락추론의 필요성 또한 그저 기존의 합리성과 대립하는 또 다른 합리성이 될 뿐이며, 결국 근거지움에 있어서 그 합리성 스스로를 근거로 삼는 되는 순환논리에 의존할 수밖에 없다. 즉, 그것으로는 충분한 근거지움이 이루어졌다고 보기 힘들며 따라서 합리성 간의 우열을 보이기 위한 보다 엄밀한 논증이 요구된다.

합리성은 당위를 내포하고 있으며 합리성은 이로 말미암아 법실천에 있어서 중요성을 갖는다는 점을 앞서 살펴보았다. 이에 비추어볼 때 특정 합리성이 타당한지 보이는 것과 합리성 간의 우열을 가리는 것은 각각 특정 당위⁴⁴⁾가 타당한지를 보이는 것, 당위체계⁴⁵⁾ 간의 우열을 가리는 것을 의미하며, 당위의 정당화나 당위 간의 우열 문제가 해결되지 않는 한 맥락추론의 필요성도 충분히 논증될 수 없음을 의미한다. 그러나 이는 메타윤리학의 오랜 문제로, 지금까지 많은 시도가 있었으나 명쾌히 밝혀보여지지 않았다. 이는 당위의 특성에서 기인하는데 당위를 논증을 통해 결론으로 도출하

람)> 제42항, 제196항, 제203항.; 김종철, 김재원, “특집 : 난민법 제정의 의미와 향후 과제 ; 난민법 입법과정과 제정법의 의의 및 향후 과제”, 『공익과 인권』 제12권, 2012, 135-187p.; 김종철, “난민정의에 대한 한국 판례의 비판적 고찰 - 합리적인 근거 있는 우려를 중심으로”, 『서울국제법연구』 제21권 제2호, 2014, 53-84p. 참고.

41) 입증책임의 일반원리가 난민법 영역에 있어서 고수될 수 없으며 이는 수정되어야 한다는 합리성의 재구성 양상은 고기복, “난민인정절차에 있어서 입증책임에 관한 연구”, 『아태공법연구』 제12권, 2004, 93-121p. 참고.

42) 대표적으로 소수자문제가 여기에 해당될 것이다.

43) 전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 96p.

44) 해당 단락에서, 논증의 목적이 되는 것을 ‘당위명제’, ‘당위적 관계’ 등이 아니라 단순히 ‘당위’라고만 표현한 것은 합리성이 함축하는, 그리고 사실-당위 문제에서 문제시되는 ‘당위’라는 관념 자체도 개념 정의에 있어서 불분명한 부분이 많다는 점에서 이 또한 추후 연구에서 다루어야 할 사안이라고 판단했기 때문이다. 이러한 이유로 잠정적인 표현을 사용했다. 다만 본 단락에서 ‘당위’로 지칭하고자 하는 것은 모든 당위적 관념을 포괄적으로 지칭하고자 하는 것은 아니며, 사실-당위 문제에서 논증가능성이 문제시되는 것만을 가리킨다.

45) 합리성을 ‘무엇이 합리적인지에 관한 관념의 총체’, 즉 합리성 판단의 준거가 되는 척도의 총체라고 이해할 때, 각각의 척도 내지 기준이 함축하는 것을 당위, 합리성이 함축하는 당위들의 총체를 당위체계라고 지칭하고자 한다.

기 위해서는 그 전제가 되는 상위의 당위가 있어야 하며(사실-당위 이원주의) 이로 인해 당위의 근거지움은 무한소급의 문제에 직면할 수밖에 없고 무한소급의 문제를 피하기 위해서는 순환논증(또는 자연주의적 오류)을 범할 수밖에 없기 때문이다.⁴⁶⁾ 이와 관련된 가장 주요한 논쟁이 바로 사실-당위 문제이며, 관련하여 정서주의, 직관주의, 자연주의 등 여러 메타윤리학적 견해들이 대립하고 있다.

생각건대, 이러한 갈등은 당위에 대한 비시간적 이해로 말미암아 발생했으며 당위를 시간적으로 이해(A. 당위의 시간성)하고 당위의 정당화 및 당위 간의 우열의 문제를 실존적 갈등의 문제로 전환함으로써 비로소 해소될 수 있다고 생각한다. 당위란 평가에 의존하여 성립할 수밖에 없는 관념이며 만약 평가관 미래의 누군가에 의해 과거의 사실에 대해 이루어질 수밖에 없는 것이라면 당위 또한 시간적으로 이해되어야 한다. 이때 당위는 다름 아닌 ‘미래의 평가자가 과거의 사실에 대해 내리는 평가의 기준’⁴⁷⁾이 된다. 당위를 이렇게 이해할 경우, ‘과거는 사실의 차원에서 미래에 대해 우위를 갖고, 미래는 당위의 차원에서 과거에 대해 우위를 갖는다’는 점에서 기존의 논의에서와 같은 논증의 필요성은 발생하지 않으며, 다만 미래의 평가자에 의한 평가의 기준이 어떠한지에 대한 예측과 그러한 기준을 수긍할지 말지, 어떠한 기준을 수긍할 것인지에 관한 실존적 선택⁴⁸⁾만이 남게 된다. 이러한 실존적 선택 앞에서의 갈등은 미래에 의한 평가의 기준이 될 당위에 대한 예측 내지 기대⁴⁹⁾가 정확할수록, 또는 현재 행위의 준칙이 되는 당위적 관념과 미래의 당위 사이의 간극을 줄일수록 그 만큼 극복될 수 있을 것이다. 합리성의 차원에서 설명한다면, 이는 미래의 평가자가 내릴 평가의 근거가 되는 합리성과 더 닮아 있는 합리성이 그렇지 않은 합리성보다 실존적 갈등의 극복의 측면에서 우월함을 의미한다. 그런데 이때 ‘사실을 인식하고 난 후에는 인식하기 전으로 돌아갈 수 없고(B. 당파성 해소의 원리)’ 소외되었던 어떠한 사실도 새로이 인식되지 않는 극단적인 경우를 전제하는 것의 비현실성이 인정된다면, 현재나 과거에 비해 미래의 평가자는 기존의 합리성이 고려하지 못했던, 즉 소외(혹은 은폐)되었던 경험과 맥락을 더욱 고려하는 합리성을 근거로 하여 현재나 과거의 사실에 대해 평가할 것이다. 요컨대, 당위의 시간성과 당파성해소의 원리를 받아들인다면 맥락추론은 실존적 갈등을 극복하기 위한 주요한 방법론이 될 수 있을 것이다.

그러나 해당 주제의 중대성이 크다는 점, 해당 논의를 전개하기 위해 검토해야 할 종래의 연구들

46) 예를 들어, ‘핸들을 꺾지 않는다면 세 사람을 차로 칠 수밖에 없다면 한 사람만을 치는 방향으로 차를 꺾어야 해’라는 당위는 그 정당화에 있어서 ‘더 적은 사람의 생명을 박탈하는 선택을 해야 해’와 같은 수많은 상위의 당위를 요청하게 된다. 무한한 소급을 중단시키기 위해 가령 ‘효용의 총량을 극대화하는 것이 옳다’는 식의 최상위 당위, 즉 다른 어떤 상위 차원의 당위를 요청하지 않는 자기원인적인 당위가 동원되는데, 이는 결국 순환논증 또는 자연주의적 오류일 수밖에 없다. 물론 정서주의나 자연주의적 입장에 따를 때에는 이것은 오류가 아니거나, 이러한 논증 자체가 무의미하다.

47) 주44에서 언급했듯, 모든 당위적 관계나 관념을 포괄하는 의미의 당위를 지칭하지는 않는다.

48) 자신의 행위를 평가할 기준이 될 미래의 당위를 완전히 예견할 수 없다는 점, 자신이 그럴듯한 것으로 받아들이고 있는 당위적 관념과 미래의 평가자가 평가내릴 기준이 될 당위는 일치하지 않는다는 점에서 피할 수 없는 갈등이 발생한다. 필자는 이를 명제적 당위의 근거없음을 인식함으로써 마주하게 되는 실존적 갈등으로 이해하고자 한다.

49) 평가와 평가에 대한 기대는 구분된다. 가령 다음과 같은 경우를 예를 들자. [A는 대학생이다. A는 다음 날 수업이 있다는 사실 때문에 ‘술을 마시면 안 되는데’라고 생각했다. 그런데 친구의 꼬드김으로 고민 끝에 술을 마셨는데, 그로 인해 지갑을 잃어버리고 다음날 수업을 가지 못했다고 한다. 이때 수업을 가지 못하고 침대에 누워있는 A는 ‘어제 술을 마시지 말았어야 하는데’라고 생각한다.] 이때 A가 전날 술을 마실지 말지에 대해 고민하면서 떠올렸던 당위적 관념을 X라 하고, 다음날 침대에 누워서 떠올리는 당위적 관념을 Y라고 하자. Y는 술을 마신 자신의 과거 행동에 대한 평가임이 분명하다. 그러나 X도 평가라고 할 수 있는가? X는 평가라고 할 수 없다. 이는 평가의 대상이 될 행동이 아직 없기 때문이다. X는 자신의 행동이 미래의 평가자의 판단에 의해 어떻게 평가될지에 대한 기대에 불과하며, 관념의 형식의 차원에서 볼 때 ‘당위적 판단’일 수는 있으나 여전히 평가일 수는 없다.

이 매우 방대하고 깊다는 점, 정교하게 논리를 전개하기 위해서는 훨씬 더 많은 설명이 요구된다는 점 등에서 이는 소논문 또는 간략한 발제의 형식으로 논증될 수 있는 것이 아니라고 판단했다. 이에 관하여서는 추후의 연구를 통해 다루고자 한다.

IV. 결론

맥락추론은 법여성학방법론의 하나로, 여성주의 실천적 추론으로서 여성의 경험을 인식론의 근거로 삼아 끊임없이 문제를 제기하고 문제의 맥락을 중시하는 법률추론을 말한다. 이러한 맥락추론은 인식의 변화를 이끌어내고, 이 변화된 인식을 근거로 법적 관련성이라는 기존의 경계를 확장한다. 맥락추론은 객관성 자체의 성립은 인정하지만 가치중립적 객관성 개념을 비판하고 입장/이해관계/가치를 고려한 새로운 객관성을 대안으로 제시하는 여성주의 입장론에 근거한다. 이러한 의미에서 법여성학방법론으로서 맥락추론은 스스로를 보편성이라 참칭하는, 그래서 스스로의 남성중심성, 가부장성을 반성하지 못하는 가치중립적 객관성 개념을 비판하고 피해자이자 피억압자로서 여성의 입장에 섬으로써 현상을 더 정확히 이해하고자 하는 시도로 이해될 수 있다. 맥락추론이 가능하려면 기존에 논의된 합리성의 당파성을 비판하고, 소외되고 억눌린 사람들의 경험을 인정함으로써, 기존의 합리성과는 다른 의미의 합리성을 주장한다. 기존의 합리성을 극복하고 새로운 합리성을 세우는 과정(합리성의 재구성)은, 소외되었던 경험과 맥락을 발견함으로써 이루어지는 맥락추론에 의해 추동된다. 이때의 합리성이란 ‘무엇이 합리적인가에 대한 관념의 총체’, 다시 말해 합리성 판단의 준거가 되는 척도들의 체계를 말하는 두번째 의미의 합리성을 가리키며, 이는 법실천에 있어서 큰 중요성을 갖는다. 합리성은 각각의 기준에 부합하는 방식으로 주장이나 행위에 대한 평가가 이루어지는 것이 옳다는 당위를 내포하고 있으며, 법실천에서 합리성은 이러한 당위로 말미암아 중요성을 갖는다. 이를 바탕으로 성폭력 사건에서의 피해자다움의 문제, 강간죄의 행위객체에 남성, 기혼여성, 성전환자가 해당되는지의 문제에서 맥락추론이 어떻게 수행되었으며 어떤 합리성의 재구성이 이루어졌는지를 살펴보았다.

그런데 주류적 합리성과 그로부터 소외되는 경험과 맥락은 비단 여성문제에 있어서만 발견되는 것은 아니다. 역사적으로 이루어져왔던 법체계의 크고 작은 변화들도 맥락추론과 합리성의 재구성의 과정을 거치며 발전해온 것으로 이해할 수 있다. 그 대표적인 예로 노동법체계의 등장과 국제난민법의 특유한 입증책임을 살펴보았다. 만약 이와 같이 맥락추론의 다른 법역으로의 확장가능성이 인정된다면 법학 일반에 있어서, 혹은 주류적 인식으로부터의 소외의 문제가 발생하는 모든 영역에서 널리 사용될 수 있는 유용한 방법론으로 맥락추론이 발전하는 것도 충분히 가능하다고 생각된다. 한편 맥락추론의 수행은 합리성의 타당성 내지 합리성 간의 우열이 보여질 수 있음을 전제로 하는데 합리성은 당위를 내포하고 있으며 그로 말미암아 법실천에서 중요성을 갖는다는 점에서 당위의 정당화 내지 당위체계 간의 우열을 어떻게 보일 것인가가 선결문제로 남는다. 생각건대, 이는 시간적 당위 인식을 통해 해결될 수 있으며, 이를 바탕으로 당파성 해소의 원리를 받아들인다면 맥락추론 수행의 필요성이 논증될 수 있다고 생각된다.

참 고 문 헌

김형배, 박지순, 노동법강의(제8판), 신조사, 2019.

고기복, “난민인정절차에 있어서 입증책임에 관한 연구”, 『아태공법연구』 제12권, 2004, 93-121p.

김종철, “난민정의에 대한 한국 판례의 비판적 고찰 - 합리적인 근거 있는 우려를 중심으로”, 『서울국제법연구』 제21권 제2호, 2014, 53-84p.

김종철, 김재원, “특집 : 난민법 제정의 의미와 향후 과제 ; 난민법 입법과정과 제정법의 의의 및 향후 과제”, 『공익과 인권』 제12권, 2012, 135-187p.

김영희, “페미니즘과 학문의 객관성”, 『여성과 사회』, 1999, 185-213p.

김현철, “법적 추론에 대한 법이론적 고찰 - 헌법의 경우”, 『법과 사회』 제30권, 2006, 95-115p.

노미덕, “성적 자기결정권의 보호와 강간죄의 객체에 관한 여성주의적 고찰”, 석사학위논문, 전남대학교 대학원 법학과, 2008.

송승엽, “강간죄의 행위객체에 관한 연구”, 석사학위논문, 한양대학교 대학원 법학과, 2010.

송승현, “강간죄의 객체에 성전환여성의 인정여부”, 『법과정책』 제19권 제2호, 2013, 233-271p.

이주형, “성전환자의 강간죄 객체성립 여부”, 『刑事判例研究』 제18권, 2010, 84-110p.

전해정, “맥락추론과 여성의 역량강화”, 『한국여성철학』 제14권, 2010, 91-118p.

전해정, “법학교육과 법여성학방법론”, 『한국여성학』 제22권 3호, 2006, 5-37p.

<난민지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침(일명 난민편람)> 제42항, 제196항, 제203항.

대법원 1967. 2. 28. 선고 67도1 판결.

대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결.

대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결.

대법원 2006. 6. 22. 선고 2004스42 전원합의체 결정.

대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결.

대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결.

대구고법 1970. 6. 24. 선고 70노138 형사부 판결.

부산지법 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결.

서울고법 2017. 11. 10. 선고 2017누34836 판결.

Plessy v. Ferguson [163 U.S. 537 (1896)]

Brown v. Board of Education [347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954)]

『‘상전벽해’…재산분할때 전업주부 몫 50%로 쟁충』, 연합뉴스 2010. 04. 19. 기사 참조.

<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0003230895>

『접시에 고기 떨어진 ‘호의’를 성관계 ‘동의’라고 해석한 법원』, 로톡뉴스 2019. 11. 15. 기사 참조. <https://news.lawtalk.co.kr/judgement/1424>