

〈특집: 판례, 어떻게 볼 것인가? - 다양한 시각과 쟁점〉

벤담의 Common Law 체계에 대한 비판과 입법론 구상에 대한 연구* **

李相泳***

요약

이 글은 벤담의 다양한 논의들 중에서 ‘Common Law 체계와 선례구속원칙’에 대한 논의를 정리하려고 시도한다. 위험을 무릅쓰고 아주 도식적으로 보면, ‘공리성’에 기초하는 벤담의 사상적 흐름은, Common Law 비판 -> 법 일반론 -> 법학(분석적 법이론) -> 법원과 사법 과정 -> 법개혁과 입법 -> ‘Pannomion’(완전한 법체계) 등으로 이어진다.

전반적으로 보아 벤담의 논의에서 빠짐없이 포함되는 것은 Common Law에 대한 분석과 비평일 것이다. 특히 Common Law 체계에 대한 비평에서, 그리고 벤담 자신의 ‘공리성 원칙’을 구체화하고 체계화하려 했던 과정에서 ‘선례구속’ 또는 ‘판례법’은 중요한 주제였다. 이 글은 벤담의 논의 중 ‘Common Law 체계와 선례구속원칙’에 한정하여, 벤담의 법과 법학, 그리고 사법과정에 대한 관심이 ‘Common Law 체계’에 집중되는 과정과 그 시기의 특징적 내용을 소개하고, 벤담의 ‘Common Law 체계와 선례구속원칙’에 대한 논의 중 몇 가지 중요한 주제를 정리하고자 하였다.

Common Law 체계와 이론, 그리고 선례구속의 원칙에 대한 벤담의 논의와 비판은 이렇게 요약된다. 먼저, 비록 선례구속의 원칙이 실질적으로 효력이 있고 의미가 있다고 하더라도, 그것이 지속적이라면 그것은 공적인 기준의 문제, 공적으로 선언되는 것 그리고 공적으로 권위를 갖고 공적으로 접근 가능한 것이어야 한다는 것이다. 또한 ‘법의 허구성’과 관련된 자연권의 공격에서 벤담은 Common Law의 판례법을 ‘개를 훈련시키는 법(dog-law)’이라고 지적하기를 서슴지 않는다.

궁극적으로 아마도 벤담은 가장 본질적이고 보편적인 원칙에 근거하는 방법을 통해, 근원적인 차원에서 완벽한 법체계(Pannomion)의 기획에 토대를 만들어보려고 시도한 것이었다고 할 수 있다.

주제어: 제레미 벤담, 선례구속원칙, 공리성, 법 개념, 입법

* 이 논문은 2008학년도 한국방송통신대학교 학술연구비의 지원을 받아 작성된 것임.

** 이 논문은 2008년 3월 21일 서울대학교 법학연구소가 개최한 학술대회 “판례, 어떻게 볼 것인가?”에서 발표된 논문을 수정·보완한 것이다.

*** 한국방송통신대학교 법학과 교수.

벤담(1748-1832)은 그 저술의 양)과 다양함만큼이나 여러 각도에서 평가를 받는다. ‘현대 입법론은 벤담으로부터 출발한다’, ‘법이론은 벤담을 넘지 않고서는 분석할 수 있는 토대를 얻지 못한다’, ‘자연법과 자연권 없는 사회개혁의 가능성과 정당성’, 그리고 ‘모든 법학과 법학자는 벤담주의자(Benthamite)와 비벤담주의자(non-Benthamite) 둘로 나뉜다’ 등과 같이 벤담의 현재적 의미를 확인하려는 평가는 실로 다양하고 큰 비중을 갖고 있다. 그리하여 벤담에 관해 거론되던 논의들은 벤담에게 다양한 이름표를 부여하기도 하였다. 예를 들면 “정치경제적 차원에서 공리주의자, 정치적 관점에서 의회주의와 의회개혁론자, 근대 입법론의 주창자, 형벌이론과 형사정책 영역에서 panopticon의 창시자, 결과주의적 법경제학의 선구자이자 신자유주의의 비조, 법실증주의와 분석법학의 숨은 그러나 실질적 공헌자, 자연권과 자연법에 대한 급진적 비판자, 법학에서 경험과학적 관점을 도입한 현실주의자, 근대 영국의 사법제도와 의회의 주류에 반기를 들고 대안을 제시하려 했던 Common Law의 이단자 … ”

일반적으로 벤담의 법과 입법, 그리고 사법과정에 대한 논의는 그 다양함에도 불구하고 몇 가지 방향과 경향으로 정리²⁾³⁾되기도 한다. 우선 우리에게 가장 많

1) 벤담은 60여 년 동안 평균적으로 매일 10-20쪽의 원고를 집필했다고 한다. D. Lieberman, “Historiographical Review: From Bentham to Benthamism”, *Historical Journal*, vol.28(1), 1985, 201쪽; 벤담 사후 University College London에 60,000쪽에 달하는 그의 원고가 넘겨졌는데, 그 중 약 1/3에 해당하는 27권이 새롭게 출간되었으며, 현재에도 나머지 원고에 대한 검토와 출간 준비작업이 계속되고 있다. <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>.

2) 물론 이러한 정리 또한 벤담에 다가서려는 또는 벤담에 대한 연구들에 들어서려는 연구자들의 자의적인 구분임을 부인할 수 없다. 즉, 벤담의 저술 내용의 전반적인 정리는 벤담 스스로(?)는 물론이고 그 이후의 연구자들에 있어서도 권위있게 이루어지지는 못한다고 인정하지 않을 수 없다.

3) 벤담의 법이론과 입법론에 대해 비교적 잘 알려진 연구서들의 경우에도 대부분은 벤담의 저작 대부분을 정리하고 자신의 주제를 심화시켰다기보다는 주로 연구자의 관심이 집중된 벤담의 일정한 부분의 원고를 분석하는 것으로 구성하고 있다. Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986; David Lyons, *In the Interest of the Governed: A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, London: Clarendon, 1973; George Williams Keeton ed., *Jeremy Bentham and the Law: A Symposium*, Westport, CT: Greenwood, 1970; Douglas Long, *Bentham on Liberty*, Toronto, 1977; H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, 1982; Ross Harrison, *Bentham*, London, 1983; David Lieberman, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

한편 그동안 벤담에 대한 연구 작업들을 비교적 빠짐없이 수집하여 편집 출간한 Critical Assessments 형식의 문헌들은 전반적인 흐름을 파악하는데 큰 도움이 된다.

이 알려져 있는 것으로는 벤담의 대표적 저술이라고 할 수 있는 *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*(이하 *Introduction*)⁴⁾과 관련된 분석과 평가라고 할 수 있다.⁵⁾ 보통의 경우 벤담을 논할 때 가장 많이 거론되고 분석되는 것만큼, 이 저작은 입법의 근본적 문제, 즉 법의 창조와 법의 발견이라는 두 관점에서, ‘법 창조’로서의 입법이라는 근대적 입법론을 대표하는 벤담의 입법론에서 그야말로 놀라울 정도로 치밀하고 논리적인 체계를 보여주고 있다. 그런데 19세기 전후의 근대 철학자들에게 공통되게 나타나는 것이지만, 그들에게 입법의 문제는 법과 법학의 문제였고, 입법의 문제는 개인과 국가의 관계 또는 국가의 존립이유와 중첩되어 다루어졌다. 이와 관련해서 벤담의 법과 사법과정, 그리고 법학에 대한 논의 또한 중요성을 갖는 것인데, 이 영역은 20세기 중반 이후 벤담에 대한 연구가 새로이 주목을 받으면서도 다른 평가 영역으로 인정되었고, 이제는 오히려 벤담의 입법론의 무게를 넘어서는 정도의 연구가 쌓이고 있다. 이를테면 법철학 영역에서는 Hart의 벤담의 재발견이라는 공헌에 의해 현대 분석법학 또는 법실증주의의 선구자인 벤담에 대한 관심은 점차 증가하였다. 또한 가치의 계량화에 대한 성찰 또는 법규범 내의 가치 충돌과 관련해서 이익형량을 중심으로 하는 법원과 헌법재판소의 논증 경향에 대한 성찰에서 결국 막다른 곳에 다다르게 되는 이익-비용의 결과주의적 범경제학의 사상적 토대가 되는 공리주의에 대한 관심 또한 벤담의 논의에 대한 관심을 더 크게 만드는 것이다.

이 글은 벤담의 다양한 논의들 중에서 ‘Common Law 체계와 선례구속원칙’에

Jeremy Bentham: Critical Assessments, Bhikhu Parekh(ed.), Routledge, 1993. vol.I-vol. IV, *Bentham: Moral, Political, and Legal Philosophy* (International Library of Critical Essays in the History of Philosophy) Gerald J. Postema (ed.), Ashgate Publishing, 2002. vol.I-vol.II

4) *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Jeremy Bentham, J.H.Burns and H.L.A. Hart(ed.), University of London, 1970.

5) 우리나라에서 번역된 유일한 벤담의 작품인데, [도덕과 입법의 원리]의 제목으로 출간된 것이 있었다. 이 책은 유일하다는 장점이 있기도 하지만, 나름대로 원본의 내용에 충실하게 번역된 것으로 많은 도움을 얻었다. 물론 이 번역본에는 간혹 번역의 오류가 있기도 하고, 원본에서 약 1/3에 해당하는 제11장 ‘인간의 기질 일반에 대하여’, 제12장 ‘악행위(mischievous act)의 결과들에 대하여’, 제13장 ‘형벌에 해당하지 않는 경우’, 제14장 ‘형벌과 범죄와의 균형에 대하여’, 제15장 ‘형벌에 부여하지 않으면 안 되는 성질들에 대하여’, 제16장 ‘범죄의 분류’와 제17장 ‘법학의 형법부문의 한계에 대하여’ 등의 부분은 요약 번역되어있는 아쉬움이 있다. **도덕과 입법의 원리**, 벤담, 이순용 번역, 세계사상대전집 28, 1975.

대한 벤담의 논의를 정리하고자 한다. 물론 가장 기본적인 전제로 ‘공리성’을 배경으로 하고 있지만, 법, 법학, 재판과 사법과정, 법개혁과 입법 등 한편으로는 법이론과 입법이론의 이론적 차원부터 실천이성의 차원에 이르기까지, 다른 한편으로 경험적 분석부터 규범적 평가까지 망라하여 전개된 벤담의 논의에서 특정한 한 주제를 떼어내어 정리하는 어려움은 당연하다. 그러나 일반적으로 벤담의 논의를 거론하면서 제기되는 것들 중 빠짐없이 포함되는 것은 벤담의 Common Law에 대한 분석과 비평일 것이다. 특히 벤담이 당시 영국의 Common Law 체계에 대하여 논의를 전개할 때, 그리고 벤담 자신의 ‘공리성 원칙’을 구체화하고 체계화하고자 했던 과정에서 중요한 주제는 ‘선례구속’ 또는 ‘판례법’의 문제일 것이다. 따라서 이 글은 가능한 한 벤담의 논의 중 ‘Common Law 체계와 선례구속원칙’에 한정하여 내용을 정리한다는 의도로 전개하고자 한다. 먼저 벤담이 법과 법학, 그리고 사법과정에 대한 관심이 ‘Common Law 체계’에 집중되는 과정과 그 시기의 특징적 내용을 간략하게 소개하고, 벤담의 ‘Common Law 체계와 선례구속원칙’에 대한 논의 중 몇 가지 중요한 주제를 정리하고자 한다.⁶⁷⁾

6) 이 글에서 주로 참조한 벤담의 원전들은 UCL(런던대학)의 Bentham Project의 자료들이었다. 런던대학과 벤담과의 긴밀한 관계에도 기인하겠지만, UCL Bentham Project (<http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>)는 그야말로 가장 독보적으로 벤담에 대한 모든 것을 소장하고 정리하며 ‘죽은 벤담을 다시 살려내는’ 지난한 작업을 이어가고 있다. 특히 벤담의 저작을 정리하여 한편으로는 책으로 출간하고 한편으로는 on-line상에 올려놓았다. 엄청난 양의 그리고 복잡한 출간 사연을 갖는 저작들을 비교적 잘 정리해 놓은 덕으로 여러 연구가 가능했으리라 생각한다. 특히 이곳에서 정리하여 이미 출간한 27권의 저서들은 매우 유익한 문헌이다. 그 중 법과 법학과 관련된 저서들로는 다음과 같은 것들이 있다. *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart (The Athlone Press, 1977), pp. li, 576; *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart (The Athlone Press, 1970), pp. xliii, 343. Reprinted in paperback with new introduction by F. Rosen (Clarendon Press, Oxford, 1996), pp. cxii, 343; *Of Laws in General*, ed. H.L.A. Hart (The Athlone Press, 1970), pp. xlii, 342; *Constitutional Code*, Vol. I, ed. F. Rosen and J.H. Burns (Clarendon Press, Oxford, 1983), pp. xlv, 612; *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*, eds. Philip Scholfield and Jonathan Harris (Clarendon Press, Oxford, 1998), pp. lviii, 450; 또한 필자가 벤담의 원고를 확인할 수 없는 것은 Gerald J. Postema(1986)과 David Lieberman(1989)에서 인용한 원고형태의 글을 재인용하였다. Postema과 Lieberman 자신도 UCL Bentham Project에 참여하여 벤담의 원고를 정리하는 작업을 통해 연구하고 위 책을 출간하였다. 이 글의 주에서 참조한 UC ... 는 Bentham Manuscripts in the University College, London Library를 말한다.

I. 벤담과 Blackstone – Common Law와 Pannomion

1763년 벤담은 16세가 되어 Queen's College Oxford에서 학사학위를 취득하고 Lincoln's Inn에 들어가면서 변호사의 길로 들어서기 시작하였다. 그러나 1763년 겨울 그는 옥스퍼드로 다시 돌아가서 Sir William Blackstone의 강의를 들었다. Blackstone은 당시 영국 최고의 법학자였으며 그의 강의는 *The Commentaries on the Laws of England*(이하 *Commentaries*)⁸⁾의 핵심적인 부분을 포함하고 있었다.⁹⁾ 1764년 그는 아버지와 함께 잠시 프랑스 여행을 하였으며, 1766년 석사학위를 취득하고 1767년 옥스퍼드를 떠났다. 사실 이 시기는 벤담이 변호사로서의 경력을 쌓아가서 아버지의 소망대로 대법관으로 되기 위한 토대를 마련해야하는 시기였다. 그러나 벤담은 이미 변호사로서의 그의 삶이 그리 달갑지는 않았던 것이고,¹⁰⁾ 변호사로서의 업무를 잘 하지도 않았으며, 그렇다고 변호사로서의 삶을 성공적으로 하기 위한 어떤 대책도 마련하려고 하지 않았다.

오히려 벤담은 이 시기를 기점으로 정치와 법학에 심도 깊은 관심을 갖게 되

7) 이 글에서 벤담의 저술활동의 역사와 법개념과 입법론에 대한 내용은 이미 발표된 이상영, “벤담의 법개념과 입법론에 대한 소고”, **세계헌법연구** 제13권 제2호 (2007)에서 인용하였다.

8) Sir William Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England*, The Clarendon Press at Oxford, 1765-1769.

9) Blackstone의 강의 내용은 벤담에게 막대한 영향을 미쳤다. 물론 이 때에는 벤담은 Blackstone에 대하여 꼼꼼한 비판과 불만이 전개되지는 않았지만, 벤담의 기억에 따르면 당시 그는 자연권에 관한 Blackstone의 오류를 바로바로 지적하게 되었으며, 그밖에 여러 주장들의 비논리성에 대하여 탐구하는데 여념이 없었다.

10) 오히려 벤담을 기쁘게 만들었던 것은 법실무가로 법정에 다니면서 경력을 쌓는 것보다, 다양한 세계에 대한 탐구였다. 예를 들면 1768년 그가 처음 접하게 된 Priestley의 *Essay on the First Principles of Government, and on the Nature of Political, Civil, and Religious Liberty* (1768)는 벤담을 무한하게 기쁘게 만들었다. 사실 Priestley는 ‘산소’와 ‘소다수’를 발견한 화학자였지만, 한편으로 Blackstone에 대한 격렬한 비판을 가하거나 프랑스 혁명을 열렬히 지지하는 자유주의자였고, 결국 프랑스혁명에 반대하는 폭도들에 의해 집이 불타는 등 위협을 받고 미국으로 망명하였다.

또한 벤담은 Cesare Beccaria (1738-1794)의 책을 접하고 많은 기쁨을 얻었고, 그의 형벌이론은 벤담에게 지대한 영향을 미쳤다. 벤담이 공리성의 원칙을 거론하면서 자주 함께 사용하였던 ‘최대 다수의 최대 행복(the greatest happiness of the greatest number)’이라는 어구도 Priestley의 책에서 영감을 받았다는 것을 인정했지만, 실제로 이 문구는 Cesare Beccaria의 *On Crimes and Punishments* (1764)의 서문에서 먼저 사용되었고, 벤담은 그의 형벌이론을 많이 참조하였기 때문에 Beccaria에게 공을 돌려야 할 것이다.

였으며, 결국 이러한 출발이 벤담의 평생의 작업으로 되었다. 1770년대부터 이미 벤담은 지적인 관심과 입법적 창조물을 창출해내는 것에 있어서 영국을 넘어서 있었다. 당시 벤담이 프랑스 철학자들과의 서신교환에서 Helvetius, Beccaria 그리고 Voltaire 등으로부터 영향을 받았다는 기록을 곳곳에서 발견할 수 있고, 심지어는 오히려 조금 이상할지 몰라도 러시아의 카트린느 대제를 위한 법전편찬자가 되려고까지 하였다. 벤담이 즐겨 했던 말처럼, 그의 기획은 “보편 법학”의 최초의 진정한 체계를 구성하려는 노력 속에서 법의 전 영역을 다루고자 하였던 것이다.¹¹⁾

벤담이 1773-1776년 사이에 작성했던 글들에서 벤담은 Locke와 Helvetius 이전의 미숙한 법이론에 관해 ‘fiction of law’라든지 ‘잘못 이해된 용어들’ 등이라고 비평하면서 관심을 두고 있었다.¹²⁾ 이러한 그의 성찰은 그가 평생을 두고 작업할 사고의 흐름에 따른 기획을 그대로 반영하고 있었다. 이를테면 ‘교육’은 ‘공리의 원칙에 따라 칭찬 또는 비난의 습관을 고취하는 것’이라고 표현하기도 했고, ‘법정변호사(Barristers)’는 ‘법의 심각한 문제점을 개혁하는 것을 저지하는 사람들’이라고 했고, ‘의사들은 사람들이 건강하기를 바라지 않듯이, 변호사들은 사람들이 소송에서 벗어나기를 원하지 않는다!’라고 하였다. 벤담의 이러한 성찰과 고민, 그리고 작업들은 비록 법학과 관련이 있기는 하지만, (벤담 아버지가 바라는) 현실의 출세의 길과는 거리가 먼 것이었고, 벤담의 아버지는 매우 실망하여 벤담을 ‘버린 자식’이라고까지 하였다. 그러나 비록 법정을 떠나긴 하였지만, 벤담은 드디어 자기 자신을 찾게 되었다.¹³⁾

11) “보편 법학(universal jurisprudence)”이라는 단어는 *Fragment*에서 처음 사용되는데(418쪽), 여기에서는 충분히 설명되지 않았고 *Introduction*(6쪽, 294-295쪽)에 와서야 잘 설명된다. 또한 UC lxix. 126쪽에도 나오는데, 여기에서 벤담은 이것은 다음과 같이 정의하여 설명한다. “모든 그리고 그 어떤 나라에서도 존재하는 권리, 권한, 의무 그리고 금지 등을 설명하는 것”; 그리고 UCxxvii. 45쪽에서는 벤담은 그의 작업이 어떤 한 나라의 습성(특성)에 따라 만들어진 것이 아니고 ... 모든 나라들에 동일하게 적용될 수 있는 것이라고 설명하였다. David Lieberman(1989), “The Critique of Common Law”, in David Lieberman, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 219-240을 다시 Gerald J. Postema가 편집한 *Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy I, II*, Dartmouth Publishing Company (2002) 22쪽 참조.

12) 이 시기 벤담은 Locke와 Helvetius 외에도 Hume, Montesquieu, Beccaria, Barrington(당시 법률가이자 고고학자)의 저서들을 탐독하고, 그것들로부터 많은 도움을 받았다고 한다. 예를 들면, 이전에 Hume을 비롯한 학자들이 제시하기도 했던 모호한 공리성 개념을 계량화할 수 있는 공식으로 전환하는 중요한 작업에서는 Francis Hutcheson(스코틀랜드 계몽주의 철학자)의 ‘도덕성에 대한 수학적 계산’이라는 개념에서 도움을 얻었다고 한다.

1773-1776년 사이에 벤담은 몇 가지 간단한 글과 번역을 하기도 하였지만, 이 시기에 이르러서 벤담은 법학에 관한 작업, 즉 기존 법학에 대한 비평에 몰두하게 되었다. 1776년은 벤담에게 중요한 해였고, 세계사적으로도 매우 중요한 상황이 전개되는 해였다. 이 시기가 벤담에게 결정적이었던 것은 *A Fragment on Government*(이하 *Fragment*), 또는 *A Comment on the Commentaries*(이하 *Comment*)를 1776년 익명으로 출간한 일이다. 물론 이 시기동안 계속해서 벤담은 *Introduction*의 토대가 되는 *The Critical Elements of Jurisprudence*에 대하여 지속적인 준비를 해왔지만, 실제로 벤담의 첫 번째 저작으로 여겨질 수 있는 책이 출간되게 된 것이다. 이 책은 전적으로 Blackstone의 *Commentaries*를 비판하기 위한 것이었다.¹⁴⁾

13) 사실 그의 아버지의 배려심 없는 강요는 벤담을 매우 수줍고 소심하게, 마치 낮에 나온 부엉이처럼, 만들어 놓았다. 이러한 성격에서 기인하기도 했지만, 벤담은 자신의 특유의 표현법(idiosyncrasy)과 자신의 언어(idiolect)로 작업을 해나갔고, 거친 현실 세계에서의 무능력을 보상하듯이 그의 상상력은 무한하게 펼쳐나갔다. 그렇지만 벤담은 일반 사람들이 갖는 야망, 즉 자신의 삶을 던져 큰 출세를 얻으려는 야망에 대해 무감각했다. 그러나 다른 한편으로 비록 벤담은 정의롭고 올바른 세상을 꿈꾸며 개혁을 주장하기는 하였지만, 열렬한 박애정신이나 현실에서 부정부패를 일삼는 사람들과 투쟁하려는 격정적인 분노를 갖고 있지는 않았다. 특히 지배계급에 대하여 적의를 품고 있지는 않았고, 그들도 민주주의에 나름대로 역할을 한다고 생각했다. 벤담에 따르면 ‘지배계급은 개혁에 반대하는 것이 아니라 단지 그들은 무엇이 선인지 알고 싶어 한다’라고 하였다. 따라서 벤담은 지배계급들이 따라야만 하는 그런 원칙을 생각해내는 것을 자신의 기쁜 소명이라고 생각하였다.

벤담은 부패된 사람 또는 부패시키는 사람, 그 누구도 미워하지 않고, 단지 인류가 좋아지는 것, 잘못된 것이 없어지는 것을 바랄 뿐이었다. 아마도 벤담은 자신의 재능을 발휘하는 것보다 자애로운 목적에 더 큰 가치를 두고 있었던 것 같다. 예를 들면, 그는 나중에 자신에 대하여 설명하면서 “나는 사람들이 그럴 수 있는 것처럼 이기적이다. 그런데 자신에게 이기심은 자애의 형태를 띠고 나타난다”라고 하였다.

어쨌든 우선 이 시기에 벤담은 ‘입법에 대한 일반 공식을 구성하는 작업’, ‘궤변을 몰아내는 작업’, ‘내용은 없고 시끄럽기만 한 수사학을 폭파시키는 작업’, ‘자신이 체계적으로 잘 정리된 틀을 가질 때까지 새로 분류하고 재정리하는 작업’ 등을 즐겁게 수행하였다. Leslie Stephen, *The English Utilitarians* (1900) Ch.4. Bentham.

14) 사실 이 작업의 진행과정과 출간 과정은 약간의 개인적인 복잡함이 결부되어 있다. 벤담은 1770년부터 본격적으로 법과 법학에 대한 저술을 하기 위한 큰 기획을 준비하였는데, 이 기획이 그리 순탄하게 되지 않았다. 우선 그는 *The Critical Elements of Jurisprudence*를 오랫동안 구상하였지만, 제대로 진행이 되지 않았다. 이 구상은 결국 1789년이 되어서야 *Introduction*으로 빛을 보게 된다. 그리고 이 시기에 가장 가깝게 지냈던 John Lind와의 의사소통 속에서 Lind에 의해 시작된 *The Comment on the Commentaries*는 벤담의 마무리하려는 노력에도 불구하고 성공하지 못하고, 그것의 중요한 내용들을 포함하는 *A Fragment on Government*를 1776년 익명으로 발표하였다.

*Fragment*는 한편으로는 주로 *Commentaries*에 대한 중대한 오류를 지적하는 것으로 이루어졌는데, 이를테면 벤담은 “특히 *Commentaries*는 전적으로 ‘개혁에 대한 반감’으로 이루어져 있다”고 지적하였다. 또 한편으로는 *Commentaries*에 담겨 있는 ‘전반적인 부정확성과 혼동’을 폭로하는 것을 목적으로 하고 있었다. 벤담은 자신이 1773년 옥스퍼드에서 참여하였던 Blackstone의 강의와 ‘자연권’ 이론에 대하여 조목조목 비판하였다. 벤담은 혼란한 문체와 상투적인 구닥다리 문장들로 구성된 *Commentaries*는 ‘문제의 소지가 많은 작품의 전형’이라고 단정하였고, 그저 그 책의 내용을 비평하는 것에서 머물지 않고 더 나아가 당시의 지배적인 법이론과 정치철학을 무너뜨리려 하였다. “법 영역에서 기존의 권위와 지혜라는 장애물로부터 벗어날 수 있는 최초의 책”이라고 자평하였듯이, 이 책은 법학에서 새로운 지평을 여는 것이었다.

당시에 벤담이 왜 영국 법학에 대하여 그렇게 지대한 관심을 쏟아 부었는가에 대해서는 또한 더 특별한 이유가 있다. 아주 단순하게 말해서 그 이유는 바로 Blackstone과 그의 저서인 *Commentaries*라는 감히 덤빌 수 없을 정도의 막강한 존재 때문인데, 1776년 벤담은 이 책에 대하여 “여태까지 있었던 그 어떤 것보다 더 큰 존경, 찬사, 그리고 결과적으로 더 큰 영향력을 갖고 있다”고 표현하였다.¹⁵⁾ Blackstone은 벤담에게는 영국법 탐구에서 가장 먼저 나타난 첫 스승이었고, 실제로 벤담이 1784년에 이르기까지(벤담 스스로가 자신의 창작의 완성 시기라고 주장했던 시기) 작업한 모든 주요한 논문들은 *Commentaries*에 대한 심도 깊은 관심과 비평으로 구성되어 있다.¹⁶⁾ Blackstone에 대한 집요한 관심은 법이론에 대한 벤담의 긴 역정에서 늘 나타났다. 우연적 조건 하에서 저술된 미완

이것의 저자가 벤담임을 알려지지 않고 있다가, 자랑하기를 좋아하는 벤담의 아버지에 의해 그 작품이 자신의 아들인 벤담의 것이라고 알려지면서 벤담은 유명세를 타게 되었다. J. Bentham, J.H.Burns and H.L.A.Hart(ed.) *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government* (1977)의 편집자 서문 참조.

Blackstone의 *Commentaries*의 서문은 제1장 ‘Discourse on the Study of Law’, 제2장 ‘Laws in General’, 제3장 ‘The Laws of England’ 그리고 제4장 ‘Of Countries Subject to the Laws of England’로 구성되어 있었다. 벤담은 주로 제2장과 제3장에 대해서 논평을 하였고, 제4장에 대해서도 논평을 시도하였으나 이는 미완성으로 그치고 있다. 이상한 것은 제1장에 대해서는 논평을 하지 않았는데, 이는 Lind의 작업이 제2장부터 시작하였고, 벤담 또한 이를 따라던 결과라고 생각된다. Sir William Blackstone, *Commentaries* 서문 참조.

¹⁵⁾ *Fragment*, 394쪽.

¹⁶⁾ *Correspondence of Jeremy Bentham*, III, 1781-1788, edited by I.R.Christie, London, Athlone Press, 1971, 293쪽 (1784년 편지), Lieberman(2002), 23쪽에서 재인용.

성의 *Comment*와 1776년 출간된 *Fragment*, 이 두 저작은 매우 비판적인 실천을 기획해서 폭넓은 독자층(영향력)을 끌어내려는 목적을 갖고 있었다. 벤담의 목적은 “그 무엇을 가르치고, 더 나아가서 잘못을 깨닫게 하려는 것”에 있는 것이고, 결코 “그(전통적인 영국 법학) 영역에 무엇인가를 덧쌓이게 하려는 것”에 있지 않았다.¹⁷⁾ Blackstone에 관심을 갖기 수년 전부터 벤담은 보다 실증적인 내용을 갖는 체계를 구상해왔으며, 이러한 토대 위에서 *Commentaries*에 대한 비판이 이루어졌다.

이 시기에 벤담은 그의 실증주의적 법과 입법이론을 근거로 하는 또 다른 주제에 대한 작업, 즉 ‘처벌과 보상’에 대한 이론적 정리를 준비했었다고 알려진다. 물론 *The Theory of Punishment*라는 주제를 갖는 이 작업도 다른 저작들과 마찬가지로 출간되지 않고 미완성의 상태로 남게 되었다. 벤담의 ‘처벌과 보상에 관한 이론적 근거’를 이루는 이 작품은 1775년 쓰여졌으나 빛을 보지 못하고 1811년 파리에서 Dumont에 의해 ‘처벌과 보상 이론’이라는 제목으로 출간되었다.¹⁸⁾

벤담의 첫 출간이 비록 익명으로 출간되기는 하였지만, 우여곡절 끝에 결국 벤담의 작품이라고 알려지면서 벤담의 명성은 놀랍게 높아지기 시작하였다. 벤담의 책에 깊은 감동을 받은 Shelburne경은 벤담을 자기 집으로 불러들였고, 그와 교류할 것을 원했다. 벤담은 Shelburne경 집에 머물던 시기에 ‘공리주의 원칙의 대표적 저작’으로 평가되는 *Introduction*을 준비하는 데 몰두하였다. 사실 이

17) *Fragment*, 500쪽; *Comment* 349쪽.

18) Pierre Étienne Louis Dumont은 제네바 태생의 프랑스 정치평론가인데, 1790년 전후 Shelburne경 집에서 벤담과 교류하면서 벤담의 천재성에 감동하여 가장 헌신적인 제자가 되었다. 그는 벤담의 작품 5편을 프랑스어로 번역하여 출간하기도 하였고, 그의 생각과 글은 대부분 벤담의 영향 하에 있었다. 사실 Dumont은 벤담의 많은 원고들을 받아서 이곳저곳이 생략되고 난삽한 벤담의 원고를 명쾌하게 정리해주었다. Dumont은 당시 벤담에 폭 빠져있었고 벤담은 그에게 사실상 법이었다. Dumont은 그저 원고 정리자나 편집자 또는 번역가라기보다는, 어찌 보면 은둔 철학자(벤담)와 세상을 연결해주는 통로였다고 할 수 있다. Leslie Stephen(1900), Ch.4. Bentham.

벤담의 이 작품은 1778년 간단한 팜플렛 형식으로 인쇄되기도 했지만, 1825년에 이르러서야 *The Rationale of Reward*, 그리고 1830년에 *The Rationale of Punishment*로 출간되었다. *Theorie des peines et des recompenses*, 2 volumes, translated by Dumont (London, B. Dulau, 1811); first published in English as *The Rationale of Reward*, translated and edited by Richard Smith (London, J. & H. Hunt, 1825) and *The Rationale of Punishment*, translated and edited by Smith (R. Heward, 1830) in *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843), vol.II. 참조.

시기는 비단 *Introduction*의 준비만이 아니라, 벤담의 법과 입법에 관한 작업이 본격적으로 이루어지는 시기라고 할 수 있다. 60,000쪽(174박스)에 달하는 벤담의 저술들¹⁹⁾을 관통하는 핵심 주제가 ‘공리성과 법’이라고 할 때, 벤담의 대부분 작업에서 ‘법과 법학’에 대한 질문과 논의, 그리고 해명이 끊임없이 전개되고 있지만, 법과 법학에 관한 벤담의 주요 작업들은 대부분 이 시기에 이루어졌다고 할 수 있다. 이미 서술한 바와 같이 *Fragment*와 *Comment*는 1776년에 완성되었고, *Introduction*은 1780년(또는 1781년)에 완성되었으며(이 책 또한 저술이 완성된 시기로부터 8년이 지난 1789년에 출간됨), *Of Laws in General*(이하 *Of Laws*)은 1782년에 완성되었다. 이러한 작업은 1770년대 초반부터 집요하게 관심을 두어 왔던 *The Critical Elements of Jurisprudence*라는 주제에 대한 벤담의 답변이라고 할 수 있는데, *Fragment*와 *Comment*의 관계가 직접적이고 포함관계를 갖는다면 *Introduction*에 대하여 *Of Laws*는 후속작업의 성격이라고 볼 수 있다.

애당초 Tory파 집안 출신으로 정치적으로 그리 급진적이지 않았던 벤담이지만, 법과 법학, 그리고 입법에 대한 비판적 성찰과 새로운 기획, 그리고 프랑스 혁명과의 관련성과 영국 상황에 대한 비판적 논평 등이 쌓여가면서 벤담의 사상은 큰 변화를 가져오게 된다. 결국 벤담은 ‘민주적 정부 하에서 최대 다수의 최대 행복’이 증진 될 수 있을 것이라고 확신하게 되었다. 이러한 확신을 토대로 1809년 벤담은 *A Catechism of Parliamentary Reform(Plan of Parliamentary Reform)*²⁰⁾을 발표하게 된다. 교리문답의 방식으로 의회개혁의 여러 가지 주제를 꼼꼼하게 다루고 있는데, 예를 들면 “비방죄는 지나치게 모호하기 때문에 정부의 이해관계에 따라 남용될 수 있다. 특히 권력자는 지배계급의 ‘감정을 상하게 했다는 이유’만으로도 이 법을 적용해서 급진파들을 처벌할 수 있다”고 예리하게 비판하였으며, ‘배심원 매수(jury-packing)’가 공공연하게 나타나는 사법체계에 대해서도 지적하였다. 결론적으로 유일한 해결방법은 민주주의를 고양시키는 것이며, 이를 위한 의회 개혁을 위해서 ‘보통선거’와 ‘비밀투표’가 필수적이라고

¹⁹⁾ <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>.

²⁰⁾ *Plan of Parliamentary Reform, in the Form of a Catechism, with reasons for each Article, with an Introduction, shewing the necessity for radical, and the inadequacy of moderate reform, 1817; Catechism of Parliamentary Reform : or Outline of A Plan of Parliamentary Reform : In the Form of Question and Answer with Reason to each Article, 1809.* 이 글은 저술된 1809년 발표되지 않고 1817년에 이르러서야 발표되었다. 그런데 정확하게 말하자면 이 글의 원고는 전혀 인쇄되지 않았다고 해야 할 것이다. 벤담은 영국의 자유 보장이 위협받을지도 모른다는 생각에 1817년에 출간할 때에도 서문에 해당하는 부분만을 공표하였다. Bowring(1843), vol.III. 참조.

주장하였다. 이후 벤담은 James Mill을 비롯한 동지들과 이러한 내용의 개혁안을 마련하여 1818년 하원에 제출하기도 했는데, 개혁안의 중요한 문건은 주로 벤담이 작성한 것이었다. 더 나아가 벤담은 급진주의에 힘을 실어주기 위해서 1823년 벤담 자신이 사재를 기부하여 Westminster Review를 창간하고²¹⁾, 벤담 자신도 이곳에 많은 글을 게재하였다. 1823년에는 건강상 이유로 파리를 방문하기도 했는데, 이미 그의 명성은 프랑스 등지에서 잘 알려져 있어서 많은 이들로부터 극진한 환대를 받았다.

잘 알려진 바와 같이, 벤담은 동일한 시기에 여러 가지 작업을 동시에 수행하는 능력과 습관을 가지고 있었다. 그래서 때에 따라서 또는 작업에 따라서 어떠한 주제에 대하여 몰두하여 정열적으로 저술을 하다가도 갑자기 중단하기도 하고, 이미 오래 전에 중단되었던 주제를 다시 되살려서 이전의 작업에 이어서 또는 같은 주제이면서도 전혀 새로운 내용을 첨가해가는 경우가 그의 일생을 걸쳐 반복되어 나타났다. 이를테면 공리성 원칙에 근거하는 법과 입법 논의를 원숙하게 전개하면서, 벤담은 1798년 국제법의 원칙과 유럽의 평화 구상을 제시하기도 했다. 이 주제는 사실 벤담의 일생에서 한 번도 떠나지 않았던 것이었고 1829년 전후 벤담은 다시 ‘codification of international law’를 구상하는데 몰두하였으나, 완성하지는 못했다. 또한 마찬가지로 일생에 걸쳐 숙고의 주제였던 법과 법학에 대하여 벤담은 하나의 체계를 구상하고 있었다. 그리고 1831년 벤담은 자신의 ‘완전한 법체계(Pannomion)’에 관한 글을 발표하게 된다.²²⁾ *Pannomial Fragments*에서 “Pannomion은 한 사회, 또는 공동체에 속하는 사람들이 응당히 따르려고 하는 의지들의 표현이 집약적으로 나타나는 완전한 법체계에 대한 것으로, 이는 궁극적으로 통치자나 피통치자 모두의 최대 행복을 얻을 수 있는 구성이 되어야 할 것이다”²³⁾라고 밝히고 있다.

한편 1820년대 이후로 벤담은 헌법전 제정과 관련된 구상을 구체적인 형태로 제안하고 저술하였다. 헌법전에 대한 그의 관심은 이미 체계를 갖추는 정도에 이르렀는데, 대표적으로 1822년 *Codification Proposal*과 1823년 *Leading Principles*

21) 초대 편집자는 John Bowring이었고, 벤담 이외에도 James and John Mill, Bowring, Byron, Samuel Coleridge 그리고 Thomas Perronet Thompson(19세기 급진 개혁론자) 등이 주로 기고하였다.

22) *Pannomial Fragments*, 1831, in Bowring(1843), vol.III 참조. 이 원고는 오랫동안 저술하였으나 미완성으로 남아있던 여러 글들을 모아서 작성한 것으로 ‘An Introduction to a Pannomion’ 또는 ‘Complete Code of Laws’ 등의 주제를 다룬 것이다.

23) 위의 글, in Bowring(1843), vol.III 참조.

of a Constitutional Code for Any State, 그리고 1826년 *Extract from the Proposed Constitutional Code*를 발표하였다. 벤담이 1832년 사망하기 직전까지 몰두하고 있었던 주제 중 하나가 바로 *Constitutional Code*이었을 정도로 이것은 벤담의 모든 작업들 중에서 가장 돋보이는 저술이었다. 그는 이전의 여러 글들을 정리하여 1827년에 일부분을 출간하였고 1830년 내용을 보완하여 *Constitutional Code*를 1830년에 출간하였다.²⁴⁾ 벤담의 유토피아적 구상이 잘 담겨있는 이 저작은 그의 정치적 민주주의에 대한 세부적 항목이 꼼꼼하게 서술되어 있다. 물론 여기에서도 벤담은 새로운 체제는 국민 대다수의 행복을 증진시켜야 한다는 원칙에 입각해서 정치 개혁이 이루어져야 한다고 역설한다. 이 글에서는 앞서 의회개혁에서 논의하였던 내용, 즉 보통 비밀선거제도(특히 여성의 선거권 보장)와 선거구 획정의 공정성 등이 다시 거론된다. 또한 시험경쟁을 통한 정부공무원 선출이라든지 정기적이고 지속적인 국정감사제도, 그리고 하원의원의 규칙적인 회의참석 등 통치기구 구성에 관한 제도와 원칙 등을 제시하였다. 한마디로 벤담은 정치인과 공무원은 ‘공중의 주인이 아니라 하인!’이 되어야 한다는 것이다.

1830년이 넘어가면서 벤담은 자신의 건강이 좋지 않다는 것을 느꼈으나, 늘 그래왔듯이 여전히 정열적이고 집중적으로 1832년 5월까지 저술 작업²⁵⁾과 제자

24) *Constitutional Code for use of all nations and governments professing Liberal opinions*, vol.I, 1830 (written 1825-6; unfinished). 벤담의 다른 저작들의 경우에도 마찬가지로겠지만, *Constitutional Code*만큼 복잡한 집필, 편집, 그리고 출간의 과정을 거치는 것은 드물 것이다. 그래서 후학들에 의해서 집필 기간을 ‘1822년-1832년’으로 포괄적으로 표현하고 있는 *Constitutional Code*는, 우선 1830년에 ‘제1권’이라는 미완의 형식(벤담은 원래 3부작으로 구상하고 있었으며, 제1권의 서문에 원래 의도 했던 제1권, 제2권, 그리고 제3권의 책에 포함되어야 할 내용의 목차를 제시하고 있었다)으로 벤담에 의해서 처음 출간되었다. 여기에는 제1장에서 제9장까지 국가의 영토, 선거권자, 여론, 입법부, 수상, 행정부 등에 대하여 설명하고 있다. 1841년 개정판은 그의 제자 Doane가 편집을 맡았는데, 원래 원고에서 Bowring의 글을 삭제하고 오직 벤담의 것만으로 이루어지게 하였다. 이후 UCL의 Bentham Project의 일환으로 새롭게 출간되었다. *Constitutional Code*, vol.I, ed. F. Rosen and J.H. Burns (Clarendon Press, Oxford, 1983), pp. xlv, 612쪽. 참조.

25) 아마도 벤담의 생존에 가장 늦게 발표된 것은 *Pannomial Fragments*(1831)이라고 볼 수 있다. 결국 벤담은 ‘법학의 루터’답게 마지막까지 법학에 대한 고민과 함께 이 세상을 떠나게 된 것이다. 벤담의 삶을 무엇이라고 한마디로 정리하기란 쉽지 않지만 그래도 법학과 관련해서 본다면 그야말로 벤담이 스스로 명명하고 싶었던 ‘법학의 루터’라고 하는 것이 적합하지 않을까 생각한다. 벤담은 1827년 한창 법학과 법 개혁에 집중하고 있을 때, “300년 동안 종교에는 루터가 있었다, 그러나 법학에서는 아직도 루터가 나타나지 않았다. 법의 밀실과 비밀회의를 조사하는 통찰력이 있는 눈과 용기있는 가슴이 한번도 없었다”고 지적하였다. *Rationale of Judicial Evidence: Specially*

들과의 교류를 유지하였다. 1832년 6월 6일 세상을 떠났다. 벤담의 유언²⁶⁾에 따라 그의 시신은 해부되었고, 그의 몸은 평상복을 입은 채로 다시 박제가 되어 University College에 놓여있게 되었다.

II. 벤담의 법이론에서 Common Law의 지점

사실 벤담 이론의 전체적인 구도를 도식적으로 정리하기는 매우 어렵고 위험하기는 하지만, 벤담의 사상이 하나의 기획된 논리적 구조를 갖고 있을 것이라는 희망은 가능할 것이다. 이러한 희망에 따라 제안하자면, 벤담의 법이론과 입법론은, 그의 모든 저술에 일관되어 논의의 축으로 역할하는 공리성 또는 공리주의 원칙과 함께 간다. 그래서 매우 간단하게 정리하여 미리 ‘선언’하자면, 공리주의 원칙에 입각한 입법, 공리성을 극대화할 수 있는 입법을 통해 얻어진 법, 그리고 최대 공리성의 결과인 법을 근거하는 법이론의 구축이라고 할 수 있을 것이다. 이렇게 보면 벤담의 논의 구도는 “공리주의 → 입법론 → 법이론 → 법학 → 법 개혁 → 공리성의 극대화” 등으로 될 수 있을 것이다. 물론 벤담에 대한 우리의 탐구는 각각의 단계에서 벤담의 문제의식과 논의 전개 방식, 그리고 핵심적인 개념의 파악으로 진행되어야 하고, 이러한 순환 또는 나선형적 분석과 정리를 통해 벤담에 대한 하나의 체계적인 이해가 가능할 것이다. 그리고 이러한 수순에 따라 벤담의 이론을 대표하는 저작들을 보면 공리주의와 입법론은 *Introduction*이고,²⁷⁾ 법이론과 법학은 *Fragment*와 *Comment* 그리고 *Of*

Applied to English Practice, 1827 (transl. of 1823; ed. J.S. Mill). in Bowring(1843), vol.VII 270쪽 주)에서 인용; 특히 Hart는 벤담을 법학의 루터로 평가하는 것에 대해서 전혀 주저하지 않았다. “Bentham and The Demystification of The Law”, H.L.A. Hart, *The first Chorley Lecture at LSE* 1972. 6. 28, in Gerald J. Postema (ed.)(2002) vol.II 참조.

26) *Jeremy Bentham's Last Will and Testament*, Queens Square Place, Westminster, Wednesday 30th May, 1832. <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>.

27) 입법론과 관련해서 구체적인 입법 체계, 즉 형법전 입법과 민법전 입법과 관련해서 *Traites de legislation civile et penale*(1802)가 있다. 이 글은 원래 *Introduction*에 들어 있던 내용을 중심으로 해서 Dumont에 의해 1802년 프랑스로 출간된 *Traites de legislation civile et penale*, 3 volumes, translated by Etienne Dumont (Paris: Bousange, Masson & Besson, 1802)에 포함되어있던 것인데, John Bowring(1843), 11 vols.중 제1권에 다시 영어로 번역되어 실렸다. 원래의 프랑스로 저작인 *Traites de legislation civile et penale*은 *Theory of Legislation*, 1 volume, translated by Richard

Laws라고 할 수 있고,²⁸⁾ 법개혁과 사회개혁에 대한 것²⁹⁾은 *Anarchical Fallacies*,³⁰⁾ *Constitutional Code* 그리고 *Legislator*³¹⁾ 등을 들 수 있다.

그런데 사실 도식적 이해 수준은 원래 벤담이 생각과 저술 작업을 진행했던 순서와는 오히려 거꾸로 이루어졌다고 할 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 *Fragment*와 *Comment*는 1776년에 완성되었고, *Introduction*은 1780년(또는 1781)에 완성되었으며(이 책 또한 저술이 완성된 시기로부터 8년이 지난 1789년에 출간됨), *Of Laws*는 1782년에 완성되었다. 그리고 *Anarchical Fallacies*, *Constitutional Code*, 그리고 *Legislator*는 각각 1816년, 1830년, 1817년(이후)에 집필된 것으로 비교적 벤담의 후기에 해당하는 것이다. 따라서 벤담의 집필 순서로 추적 분석한다면 법이론과 법학(주로 기존의 영국의 Common Law 전통에 대한 비판과 분석적이고 실증적 법학의 제시) → 공리주의 원칙과 입법론 → 법 개혁과 사회 개혁 등의 순으로 이어져야 할 것이다.

벤담은 그의 저작활동의 초기부터 법과 법학, 그리고 사법과정에 대한 관심을 중심에 두고 있었다. 당연히 이러한 관심은 당시 영국에서 지배적이고 주류의 전통을 갖는 Common Law 체계와 Common Law 사법과정에 대한 분석과 평가로 이어지게 되었다. 벤담의 사상이 논리적 구조를 담고 있다는 전제하에서 보면, 특히 법과 재판에 대한 그의 설명과 분석, 그리고 비평은 그의 저술활동의

Hildreth, (London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1864)으로 첫 출간되고, 나중에 *The Theory of Legislation*, 2 vols., translated by Richard Hildreth, introduced by James Crimmins, (Thoemmes Continuum, 2004)으로 새로이 출간되기도 하였다.

²⁸⁾ *Pannomial Fragments*도 여기에 속한다고 할 수 있다.

²⁹⁾ 아마도 벤담의 저술들 중 그 종류로 보면 가장 많은 가짓수를 보이는 것이 바로 법 개혁과 사회 개혁에 관련된 주제일 것이다. 영국에 대한 것으로, 사법제도와 재판과정의 문제점, 의회와 입법 과정과 입법 내용에서의 문제점, 교육제도와 대학에 대한 문제점, 형벌제도와 수형제도의 문제점, 금전거래와 이자제도의 문제점 등 거의 사회의 모든 분야에 걸쳐 다양한 저작들이 존재한다. 그리고 비단 영국만이 아니라 프랑스의 입법과 의회제도, 재판과 사법제도에 대해서도 대안적 내용을 갖는 저술도 여럿 있고, 러시아, 스페인, 포르투갈 등 여러 나라의 입법과 의회제도에 대한 글도 있다.

³⁰⁾ 이 글은 *Tactiques de assemblee legislatives, suivi d'un traite des sophismes politiques*으로 1816년 Dumont에 의해 프랑스어로 출간되었다가 *Anarchical Fallacies*로 다시 번역되었다. Bowring(1843), vol.II. 특히 이 글은 프랑스 인권선언에서 근거로 하는 자연법과 자연권 논의에 대하여 한 조항씩 조목조목 신랄하게 비판하고 있는데, 실증주의적 입장 또는 공리주의적 입장에서의 자연법과 자연권에 대한 비판의 대표적인 전형을 보여준다고 할 수 있다.

³¹⁾ *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*, eds. Philip Scholfield and Jonathan Harris (Clarendon Press, Oxford, 1998), pp. lviii, 450쪽. 참조.

초반기에 집중적으로 이루어지고, 매우 근본적인 문제에 이르기까지 풍부한 내용을 담고 있다. 벤담의 법과 재판에 대한 논의는 매우 체계적이고 추상적이면서도 그의 일생일대의 이론 작업의 토대를 마련해주는 구체적이면서도 다양한 논의가 포함되어 있다. 벤담은 이념적(또는 이상적) 사고에 대하여 몹서리칠 정도로 거부하였지만,³²⁾ 어찌 보면 그의 이론 전반적인 내용은 이념적 성격을 띠다고 할 수 있다.

법과 재판에 대한 벤담의 논의를 순차적으로 추적해보자면, 우선 출발점은 당시 영국의 Common Law와 Common Law의 기본원리들에 대한 숙고라고 할 수 있고, 이렇게 출발한 논의는 다시 정의와 공리성의 개념의 정립으로 나아가며, 그 논의는 다시 ‘재판’의 문제로 귀결된다. 그러면 질문을 정리해보자. 첫째, 그러면 벤담은 Common Law의 핵심을 무엇이라고 보았을까?, 둘째, 벤담이 제기한 당시의 Common Law의 전통에 대한 의문과 비판은 Common Law의 핵심 그 자체에 대한 것인가 아니면 Common Law 체계를 인정하는 상태에서 보완을 위한 것인가? 셋째, 그러면 벤담의 Common Law에 대한 비판은 Common Law의 어떠한 영역이고 그 내용은 무엇인가? 넷째, 벤담의 Common Law 비판은 영국에서 Common Law 체계를 완전히 무너트리고 새로운 성문법 체계를 구성하고자 시도한 것인가? 다섯째, 벤담이 궁극적으로 기획하고자 했던 것은 무엇인가?

필자가 벤담의 저작과 2차 저작들을 독서하는 과정에서 위의 질문들에 대한 답을 찾아내기란 그리 쉬운 일이 아니었음을 고백하지 않을 수 없다. 그 안에는 ‘벤담의 Common Law 자체에 대한 혐오’로 이해(오해?)될 수 있는 내용도 포함되면서 ‘벤담 스스로 Common Law 체계를 해체하려는 것이 아니다’라는 내용도 중첩되어 나타난다. 그리고 그 안에는 기존의 Common Law 전통에 의한 선례구속원칙(판례법)의 기본을 유지하고자 하는 의도가 있는 반면에 판례법을 대체하는 성문법의 중요성 또한 강조되어 나타나는 등 판례법과 성문법이 동시에 인정되는 복잡함이 연속된다. 또한 벤담의 저작들 중에는 Common Law 체계의 핵심을 중요하게 다루고 그것의 장점을 강변하는 것들도 있는 반면에 대체적으로 Common Law 전통을 일관하여 근본적으로 비판하는 것들도 또한 존재한다.³³⁾

³²⁾ 나중에 설명하겠지만, 벤담은 영국의 전통적 Common Law 이론이 스스로 자연법적 정당성에 의존하려는 시도를 신랄하게 비판하였고, 심지어는 자신이 그렇게 관심을 보였던 대륙(특히 프랑스)의 시민 혁명 과정에서도 자연법과 자연권에 기초한 헌법(법) 이론과 법적 결과물에 대해서 가차 없는 비판을 가하였다.

³³⁾ 앞서 지적한 바와 같이 벤담의 저작의 방대함과 아직까지 미출간 원고가 쌓여 있다는 사실, 지금까지 누구도 벤담의 저작 대부분을 독서하고 이해하여 전체적인 맥락을 제

그렇지만 어느 정도 분명한 것은 벤담은 Blackstone의 *Commentaries*를 완전히 뭉그러트리면서 Common Law에 대한 그의 비판적 시각을 보였고, 그러한 과정을 통해 그의 이론이 형성되어갔다는 것을 부인하기는 어렵다. 그러나 벤담이 평생 동안 Common Law에 대한 개혁을 주창한 것이 바로 Common Law 체계의 ‘완전한 해체’를 목적으로 한 것은 아니라는 것도 사실이기도 하다. 비록 그가 성문법의 해석과 성문법에 의한 재판에 논의하기는 하지만, 기본적으로 벤담은 ‘법관이 만든 법’에 의한 재판에 대하여 특별한 관심을 두고 있다. 그러나 물론 벤담은 일반적으로 친숙한 Common Law 이론과 실체를 방어하려는 시도는 하지 않는다. 오히려 벤담은 재판에서 Common Law 이론과 실천이 근거해야 하는 원칙과 최소한의 조건을 찾으려고 노력하였다고 보아야 할 것이다.³⁴⁾

III. 벤담과 Common Law의 판례법

우선 벤담이 Common Law 법학에 대한 비판의 핵심으로 제기하고 있는 것은 ‘엄격하게 말해서 Common Law는 존재하지 않는다’는 것이다. 다시 말해서 Common Law 자체가 마치 법 실체인 양 호도하고는 있지만, 결론적으로 말해서 Common Law는 존재하지 않고 다만 그것이 마치 법인 양 인식되게 하는 성문법만이 존재한다는 것이다. 벤담은 이렇게 설명하였다.

“비록 Common Law가 성문법보다 앞서 오지만, 그것은 성문법의 그림자이다. 성문법의 출현 이전에 “법”이라는 단어는 거의 언급될 수 없었다. ... 일반 규율 체계로서 Common Law는 단지 가상적인 것일 뿐이다. 그리고 개별적 명령들,

시했다고 자신할 수 없는 사실, 그리고 그러한 것이 가능할 것인가에 대한 믿음도 거의 희박하다는 사실 등으로 인해 단지 벤담에 대한 연구자의 관점과 시각을 통해 벤담을 바라보는 상황을 인정하지 않을 수 없다.

34) 이러한 복잡함과 혼란스러움의 이유이기도 하고 필자의 독서량과 이해력의 부족함 때문이기도 하여, 필자가 벤담의 Common Law에 대한 논의를 다루는 이 글에서 근거하고 참조하고자 했던 것은 이 주제에 대한 벤담의 저술활동이 집중되었던 비교적 초기(1770년대부터 1780년대)의 생각을 담은 저작들 중 몇 가지라고 할 수 있다. 특히 앞서 설명한 바와 같이 Blackstone을 비판하면서 이루어진 Common Law 체계에 대한 집중적인 비판이 담긴 *Fragment*와 *Comment*를 많이 참조 하였고, 다른 한편으로 비록 원고 형태이기는 하지만 *Law Common v. Statute*(UC mss)(이는 필자가 직접 보지 못하고 Ross Harrison(1983), Gerald J. Postema(1986) 그리고 David Lieberman(1989) 등에서 인용된 것과 기타 Bentham Project에 참여했던 후속 학자들의 해석이 첨가된 내용)를 참조하였다.

즉 실제로 존재하는 그런 개별적 명령은 결코 모든 곳에서, 진짜로 거의 모든 곳에서 발생할 수 없다. … 다시 한번 이것들에 대해서 전반적으로 생각을 정리한다면, 도대체 Common Law는 무엇인가? 성문법을 구성하는 실체의 형상을 쫓는 척하는 허구적 규제의 집합일 뿐은 아닌가?”³⁵⁾

벤담은 법을 이른바 주권자의 의지로부터 나오는 명령이라고 성격지우는 실증주의적 법 원리에 기초한 결론에 이르렀다. 그리고 주권자의 명령으로서의 법은 단지 입법을 통해서 발생할 수 있다는 것이다. 따라서 법의 가장 전형적인 모델은 입법을 통한 성문법이고, 영국에서 이는 의회의 성문법을 의미한다고 할 수 있다. 벤담은 법과 입법의 관계를 어원학적 또는 화용론적 비유를 통해, “법과 입법은 발음에 있어서 활용된 것이고 따라서 양 자는 그 의미에 있어서도 활용이 유지되어야 한다”고 주장하였다. “입법은 법을 만드는 행위이고” “법은 입법에 의해 만들어진 그런 것”이기 때문에 “(입법을 통해) 개인에게 주어진 명령은 우리의 법 관념에 잘 들어맞게 된다”³⁶⁾는 것이다. 나아가서 벤담에 따르면, 일단 법실증주의적 입장이 나타나게 되면, “명령이 아닌 모든 것은 법이 아니다”는 단순한 공식 하에서 광범위한 “사이비 법(pseudo-laws)”을 예방적으로 차단하는 것이 가능해진다는 것이다. 따라서 “관습”, 즉 “일정한 관점의 또는 다른 어떤 동일성을 갖는 행위의 집합”인 관습은 “법이 아닌데(not a Law)”, 왜냐하면 “법은 명령이기” 때문이다.³⁷⁾ 심지어는 벤담은 공리성 원칙과 법의 관계에서도 공리성 자체가 법은 아니라는 취지로, “공리성의 지시(dictate)”는 “법이 아니다”고 명백히 단언하며, 공리성의 지시는 “행위에서 어떤 일정한 양식으로” 공리성에 관한 하나의 “입장”이고 “입장은 이해의 행위”이고, “명령은 의지의 행위이고 법은 명령이다”³⁸⁾라고 하여 명령으로써의 법 관념의 단적인 표현을 나타냈던 것이다.

그리고 벤담은 Common Law의 실체에 대한 심각한 문제를 제기한다. 물론 이는 앞에서 단적으로 설명했던 ‘Common Law는 존재하지 않는다’라는 명제와 관련된 것이지만, 이를 테면 Blackstone은 Common Law를 이른바 ‘쓰여져 있지 않은 법률(*lex non scripta*)’이라고 하며 애써 정의하려고 했는데, 벤담은 이에 대하

35) *Comment*, 119-120쪽.

36) UC lxix 129쪽, Lieberman(2002), 23쪽에서 재인용.

37) UC lxix 71쪽, “법은 무엇인가”; UC lxx 2-13쪽, “법이 무엇인가에 대한 서론, 시작”; UC lxix 99쪽, “비법(법이 아닌 것)”의 목록 등에서 거론하였다. 위의 책, 23쪽에서 재인용.

38) UC lxix 72쪽, 위의 책, 23쪽에서 재인용.

여 명백하고 분명하게 반박하였다. 즉 벤담은 “그것의 정반대가 진실이다. Common Law는 쓰여진 것이기는 하지만 그것은 법이 아니다”³⁹⁾고 하였다.

이러한 벤담의 Common Law 체계에 대한 비판은 Common Law 이론가들이 자신의 정당성의 근거로 자주 거론하고 있는 자연법 이론에 대한 비판으로 이어졌다. Common Law와 관련해서, 벤담이 자연법을 공격하는 논거는 일반적으로 모든 진정한 법은 명령의 한 종류라고 하는 실증주의적 명제를 확인하는 것으로 시작하였다. 벤담에 따르면, 자연법은 진정한 법이 될 수 없었는데, 왜냐하면 “진정한 법은 명령이고, 명령은 그 어떤 사람은 의지의 표현이고, 그의 의지 중에서 자연법이 표현되었다고 할 수 있는 사람은 아무도 없다”⁴⁰⁾는 것이다. 따라서 “어떤 범죄” 또는 “어떤 법률”을 “자연법”에 “반”하는 것으로 취급하는 것은 엄격하게 보아 아무 의미가 없는 것이다. 왜냐하면 “무(아무것도 없는 것)는 반대를 갖지 않기” 때문이다.⁴¹⁾

Common Law 이론이 자연법 이론에 의존하려는 시도들에 대하여 벤담의 결론적인 논의는 자연적 신학과 자연법 윤리 체계의 가장 기본적인 전제에 대한 결정적인 거부를 담고 있었다. 당시에 자연법 이론가들(자연적 신학자와 자연법 윤리론자)에게 자연법이라는 단어는 매우 유용하고 자신들의 구미에 맞는 적절한 것이었는데, 왜냐하면 도덕주의자나 자연 철학자들은 그야말로 자연적 법칙으로부터 유추하여 현상을 관찰하고 묘사하고자 하였기 때문이다. 이를 테면 자연법, 즉 그것을 통해서 신이 사물들과 인간 세상에 지시하였다고 하기만 하면 만사가 풀리는 것이었다. 벤담은 이러한 행태와 이론적 난센스에 대하여 일침을 가하고 싶었던 것이고, 전통적인 논의들에 대한 철저한 재조정을 다시 제안하고자 했던 것이다. 결국 벤담은 당시 전통적인 법적 논의와는 정반대의 명제를 선언하게 되었다. 즉, Common Law는 성문법의 계승자, 그리고 자연법은 Common Law의 계승자라고 놀랄 만큼 명쾌한 정리를 제시하였던 것이다. 벤담은 Blackstone이 *Commentaries*의 서문에서 제시했던 것과 같은 전통적인 모습과는 정확하게 반대로 구성된 법 현상의 위계질서를 제시하였던 것이다.

39) UC lxi 120쪽, 위의 책, 23쪽에서 재인용; *Comment*, 161-164쪽.

40) UC lxi 237쪽, 위의 책, 27쪽에서 재인용.

41) UC lxi 124쪽; UC xcvi 109쪽 “자연 상태”에 대하여, 위의 책, 27쪽에서 재인용.

IV. 선례구속의 원칙에 대한 벤담의 평가

그러면 벤담은 Common Law 체계의 구성이념이자 동적 원리인 선례구속의 원칙에 대하여 어떤 판단을 하였는가? 벤담에 따르면 당시의 Common Law 체계의 가장 핵심적인 것은 ‘유추의 연속’(the chain of analogies)이라고 하였다. 다시 그러면 벤담은 이러한 ‘유추의 연속’이라는 Common Law의 본질을 어떻게 보았을까? 초기 작품 *Law Common v. Statute*에서 그는 Common Law의 핵심이라고 할 수 있는 선례구속원칙에 근거하는 유추의 연속이 갖는 긍정적인 점을 지적한다. “법관은 법으로 인정된 규칙에 대한 어떤 예외를 만들 수 없다. 그러나 다른 것으로부터 연역될 수 있는 예외적인 경우가 있는데, 이 경우에도 전체에게 이로운 그 규칙은 예외적인 것으로부터가 아니라 다수로부터 도출되는 것이어야 한다”고 지적하였다. 그리고 기존의 선례를 벗어나서 다른 근원에 의한 판단을 필요로 하는 경우, 즉 공리성의 상당한 이유가 있을 지라도 형성된 법 또는 선례는 지켜져야 함을 필요로 하고, 비록 조건이 달리기는 했지만, 이러한 벤담의 주장은 엄정한 선례준수를 선언한 것이라고 할 수 있다.

벤담의 논의를 계속하는 경우, 예외적인 것, 다시 말해서 선례구속원칙으로부터 벗어나는 경우는 가능할 것인가? 당연히 가능하다. 그렇지만 이 예외가 인정되려면 조건이 붙는다. 우선, 예외들은 새로운 사건에 대한 것일 때 정당화될 수 있다. 새로운 사건이라 함은 법에 의해 도출된 기존의 규칙이나 선례에는 포함되지 않는 그런 사건을 말한다. 그리고 예외가 인정되기 위해서는 그 사건에 대한 판결은 그 사건과 관련된 공리성이나 이익에 의해 결정되는 것이 아니라 기존의 선례들 전체 체계로부터의 투영에 의해 정당화되어야 한다는 것이다. 예외들은 그것들이 ‘다른 어떤 법의 지배로부터 연역될 수 있을’ 때 정당한 것이다. 새로운 사건에 있어서 논증은 반드시 기존의 법의 유추의 방법으로 진행되어야 한다⁴²⁾는 것이다. 벤담은 Blackstone에 대한 비판으로 일관된 저작에서도 ‘비록 법관이 새로운 법을 선언하는 경우라도, 이 새로운 법은 가능한 한 기존의 오래된 법의 형태로부터 도출되어야 한다’⁴³⁾라고 하였다.

이렇게 보면 벤담은 기본적으로 재판에서 법관이 근거해야 하는 기본적인 축으로 선례구속원칙을 여러 곳에서 선언하듯 제시했다고 볼 수 있다. 더 나아가 그러면 왜 벤담이 이렇게 선례구속원칙에 대하여 기본적으로 긍정적인 입장을

42) UC lxiii 49쪽, Gerald J. Postema(1986), 193쪽에서 재인용.

43) *Comment*, 197쪽.

취했는가? 답은 공리성으로 다시 귀착된다. 벤담의 거의 모든 논의는 공리성과 그 해당 주제와의 끊임없는 주고받음으로 이루어지듯이!

좀 더 논의를 나아가면, 벤담은 선례구속원칙 또는 유추의 연속을 왜곡되거나 단절되지 말아야 하는 근거로 선례구속원칙의 공리성에 대하여 설명한다. “첫째, 법관이 입법자의 영역을 담당하는 것을 방지하기 위한 것, 둘째, 새로 발생한 사건의 재판에 참여하는 사람들이 사전에 어떤 판결이 이루어질 것인지에 대하여 더 잘 추측할 수 있고, 그에 적합하게 더 잘 행동할 수 있게 하기 위한 것.”⁴⁴⁾

여기서 제시한 전자의 공리성 조건은 단적으로 ‘법관에 대한 견제’라고 표현할 수 있다. 이 조건, 즉 법관에 대한 견제라는 조건은 가장 일반적이고 전통적인 내용이라고 할 수 있다. 즉, 벤담 이전에 Common Law 전통을 계승하는 사람들(예를 들면 Blackstone)도 선례구속원칙에 대하여 강력한 고수의 입장을 밝혀왔는데, 이들의 주된 근거는 바로 여기에 있다고 할 수 있다. 따라서 Common Law의 문제점을 철저히 지적하려고 하였던 벤담 자신도 근본적으로는 이 부분에 대해서는 이 사람들과 맥을 달리 하지는 않는다고 볼 수 있다.

그러나 후자의 공리성 조건은 이들의 주장과는 다른 벤담만의 독특한 개념(‘기대’라는 개념)과 논리를 제공한다. 일반 대중의 기대와 해당 사건에 관련 사람들의 기대, 그리고 이미 형성된 일반적 규칙에 의해 나타나는 기대 등의 내용이 벤담의 공리성 계산에 포함되는 것이다. 사람들에게 ‘기대’가 만들어지는 과정은 예외적인 것의 작용 없이 형성된 일반적인 규칙에 의존하고, 선례구속원칙을 통한 유추의 연속은 이러한 기대를 확고하게 만들고, 그 규칙을 준수할 것이라고 설득하고 그에 맞게 행동하게 한다는 것이다.

이렇게 보면 벤담은 선례구속원칙의 문제를 궁극적으로 공리성에 합당한 것, 즉 그의 공리주의 이론 체계에 적절하게 포함시키고 있는 것이다. 그런데 벤담은 여기에서 그치지 않고 선례구속원칙과 관련해서 기존의 Common Law 이론의 문제점도 지적해 나간다. 벤담은 한편으로 선례에 대한 엄격한 준수를 방어하면서도, 그는 Blackstone이 충직하게 따르는 Common Law의 전통적인 관점에 대하여 맹타를 가한다.

벤담의 공격방향은 선례구속원칙 자체에 대한 것은 아니었다. 벤담이 제기하는 비판의 핵심은 전통적 Common Law 이론의 주장, 즉 “전통적인 원칙에 따르면 과거의 판결에 (아마도 감추어진) 지혜가 있다는 것을 잘 알 수 있을 뿐만 아니라, 또한 우리보다 선조들이 어느 정도 더 지혜롭다”라는 가정에 기초한 주

44) UC lxiii 49쪽, Gerald J. Postema(1986), 193쪽에서 재인용.

장을 반박하려는 것에 있었다. 벤담은 질문한다. “왜 판결이 확일적이어야 하는가?” “왜 (이전의 것이) 계속되는 것이 당연하게 여겨져야 하고, 이전의 선례의 결과로 이어지는 것이 당연하게 여겨져야 하는가?” 벤담의 제시하는 답은 “이것은 그렇게 형성되어야 하기 때문이 아니라, 그렇게 형성되기 때문이다!”⁴⁵⁾는 것이며, “이전의 판단 결정이 존중되어야 하는 이유는 그것들의 지혜 때문이 아니라, 그들의 권위 때문이다”라는 것이다. 그래서 벤담은 “죽은 자의 허영에 아부할 것이 아니라 삶의 복지를 고려해야 하는 것이 되어야 하지 않는가!”⁴⁶⁾라고 선언한다. 그리고 벤담은 단호하게 말한다. “우리는 확실하게 우리의 선조가 우리보다 더 현명하다고 여길 이유가 전혀 없고, 오히려 많은 경우에 그들이 덜 지혜롭다고 믿을 만한 실질적인 이유가 있다.”⁴⁷⁾ 물론 벤담이 선조의 지혜를 운운하는 것은 이 선례구속원칙과 직접 관련된 것은 아니지만, 어쨌든 벤담은 전통적 Common Law 이론이 근거하는 ‘과거 선례의 지혜로움’에 대하여 맹렬히 비판한다. 단지 벤담이 주장하고 싶었던 것은 과거의 법이 합당한 근거를 갖고 있는가 아닌가, 그리고 그러한 이유가 현재 그치게 되었는가 아닌가 등은 우리가 지금 그것을 준수하기 위한 유일하게 충분한 근거, 즉 그것이 지속적이고 확립된 규칙이라는 것과는 상관없다는 것이다.⁴⁸⁾ 심지어 그것(선례)이 ‘합리적이거나 비합리적이냐’의 문제는 ‘비교적 단지 사소한 차이의 문제’일 따름이라는 것이다.⁴⁹⁾ 우리에게 필요한 논의는 선례구속원칙이 과연 공리성에 기여할 것이냐의 문제라는 것이다.

V. 법관은 법 창조를 할 수 있는가?

선례구속원칙과 공리성에 대한 벤담의 논의에 따르면 일반적인 경우에 ‘법관이 이미 형성된 규칙으로부터 벗어나서 법을 창조하는 것’은 적절하지 않다고 할 수 있다. 벤담은 이러한 경향의 논의를 유지한다. 즉, 벤담의 선례구속원칙 논의에 따르면, 특정 사안에서 공리성 때문에 예외를 요구하는 경우 또는 이미

45) *Comment*, 197쪽 n.c.

46) *Comment*, 196쪽.

47) *Comment*, 196, 203쪽.

48) *Comment*, 114-115, 203쪽.

49) *Fragment*, Preface, 409쪽.

형성된 규칙이 자의적이고 비합리적으로 보일 경우에도, 이미 형성된 선례는 준수되어야 한다는 것이다. “법관과 입법자의 영역이 분명하게 구분되어야 하는 것보다 더 중요한 것은 없다. 법은 그것의 핵심에 수많은 불완전함에도 불구하고 그것의 수정하려고 하는 것보다 현재 있는 그대로 있는 것이 더 좋을 것이다.”⁵⁰⁾라고 주장하면서, 벤담은 법관에 의한 새로운 법 형성에 대하여 매우 조심스러운 입장을 취하였다. 그리고 기존의 규칙이 공리성에 모순되는 경우에도, 벤담은 최소한 법에 대한 사법적 변경이 고려되는 경우에도 그 규칙을 준수할 필요성(원래의 원고에는 ‘공리성’으로 표현됨)을 강조하였다.⁵¹⁾ 다시 말해서 법관 입법이 이루어지는 경우 기대들이 무너지기 때문에 체계 전반의 공리성이 위협에 빠지게 된다는 것이다. 법관은 현존하는 법의 규칙들을 수정하는 사법적 능력(역할)을 생각해서는 안 되는데, 왜냐하면 사람들의 기대는 다름이 아니라 바로 ‘과거에 형성된 그런 규칙이 미래에도 형성될 것’이기 때문이라는 것이다. 만약 그러한 규칙들 대신에 그에 상반되는 것이 정해지게 됨으로 인해 그 규칙이 침해될 때 사람들의 기대는 무너지게 되는 것이다. 벤담은 이에 대하여 단적으로 ‘부분적 선’을 얻기는 하지만 ‘보편적 악’의 가격을 지불하는 것이라고 지적하였다.⁵²⁾ 재판의 대상이 되는 특정 사건에서 기존의 규칙이 적용됨으로 인해 발생하는 악이나 비공리성에 민감한 법관들은 해당 사건에 그 규칙을 적용하는 것을 배제하기 쉽다. 이는 법의 규칙성과 예측가능성에 대한 대중의 신뢰를 잠식하고, 법관이 도입하려는 불확실성에 대하여 충분히 주의를 기울이지 않는 것이다. 바로 이것이 ‘오래전에 형성된 규칙에 거슬러서 새로운 답을 찾으려는 것’이 왜 해로운 것인가를 말해준다. 여기에서는 벤담의 논의는 물론 위의 ‘기대’와 관련되기는 하지만 또 다른 개념인 ‘안정성’으로 나아간다.

“그것(법관이 입법하는 것)은 사람들의 기대(예측가능성)를 전반적으로 과오에 빠뜨리고, 합리적이든 비합리적이든 사람들이 법 규칙의 안정성에서 얻은 믿음을 뒤흔들어 놓는다. 사람들에게 가치 있는 모든 것은 바로 그 안정성에 의존하고 있다. 그것이 일정 사람들에게 유리해서 그 사람들에게 매우 이익이 될지라도, 특정 사람에 대한 이익은 아무리 클 지라도 공동체 전체에 미치는 해악에 비하면 결코 클 수가 없다. 아무리 잘 한다고 하더라도, 부분적 선을 위한 보편적 악이다. 이것은 Bacon경이 말한 바대로 한 사람의 계란을 프라이하기 위해서

50) UC clix 263쪽, Gerald J. Postema(1986), 197쪽에서 재인용.

51) *Comment*, 204쪽.

52) *Comment*, 223-224쪽.

집 전체를 태워먹는 것과 같다.”⁵³⁾

그러면 벤담의 논의에 따라 ‘기대’와 ‘안정성’을 근거로 하는 선례구속원칙과 공리성을 연결시켜 나가는 것은 어떻게 조화롭게 구체화될 것인가? 특히 이 문제는 법관이 법을 창조하는 경우, 즉 선례를 배제하거나 벗어나서 새로운 판단을 하는 경우 계산해야하는 공리성은 어떻게 될 것인가의 문제이기도 하다. 일단 이렇게 세 가지 상이한 차원의 구별 변수들을 구분할 수 있을 것이다.⁵⁴⁾ (1) 개별 당사자의 공리성과 공동체 전체의 공리성 (2) 특정 사건에서의 공리성과 전체 규칙 체계의 지속적인 집행에서의 공리성 (3) 본래적 공리성(original utility)과 기대 공리성(expectation utility).

그런데 벤담은 선례구속원칙과 공리성의 문제를 법관의 법창조와 관련해서 전개하면서 연속된 공리성(utility concatenate)과 단절된 공리성(utility insulate)(벤담은 그의 원고 난외 각주에서 단절된 공리성(insulated utility)의 동의어로 ‘특수한, 단순한, 분리된, 독립적인’ 등을 들었다)으로 구분하여 설명한다.⁵⁵⁾ 그런데 벤담은 그것이 아무리 순수한 것이라고 하더라도 현명함 또는 고결함의 정도에 따라 법관이 연속된 공리성(utility concatenate)을 희생하면서 단절된 공리성(utility insulate)으로 편의적으로 전환하는 것(다시 말해서 기존의 형성된 규칙으로부터 벗어나는 것)은 결코 있을 수 없다는 결론을 고수한다.

그러나 여전히 이른바 해악의 문제, 즉 공리성에 모순된 기존에 형성된 규칙 대신에 새로운 규칙을 도입할 때의 해악에 관한 판단이 필요하다고 벤담은 지적한다. 즉, “공동체의 일정 부분 사람들 - 선례와는 다른 규칙이 새롭게 형성하거나 증진하고자 하는 의무를 통해 이익을 얻는 사람들 -의 쾌락을 증진할 것이다. 그러나 이것은 공동체 전체 - 나머지 사람들 -의 고통을 또한 증진시킬 것이다. 왜냐하면 이것은 사람들로 하여금 자신들이 옳다고 늘 그렇게 여겨온 것을 무시해(빼앗아) 버리고 예상치 못한 의무에 복종하게 함으로써, 그들의 기대와는 정반대의 모습으로 자신들을 보게 되는 두려움에 빠트리기 때문이다.”⁵⁶⁾ 따라서 공동체 내의 소수 수익자에게 유리한 ‘부분적’ 또는 ‘단절된 공리성’은 법 그 자체를 위협함으로써 ‘일반적’ 비공리성에 의해 차감된다는 것이다.

그런데 벤담은 여전히 ‘지속되는 규칙들’ 대신에 새롭고 확실히 더 좋은 법으

⁵³⁾ *Fragment*, 409쪽 n. p(편집자가 아니라 벤담 자신이 붙인 각주는 알파벳 순서로 되어 있다).

⁵⁴⁾ Gerald J. Postema(1986), 199쪽.

⁵⁵⁾ UC lxix 6쪽, 위의 책, 199쪽에서 재인용.

⁵⁶⁾ UC lxix 199쪽, Gerald J. Postema(1986), 199-200쪽에서 재인용.

로 대체함으로써 현행법에 대한 (공리주의적) 교정과 개선에 관심을 두고 있다. (물론 이것은 단순히 특정 규칙에 대한 ‘에퀴티적’인 교정이 아니라, 즉 규칙 자체의 상응하는 교정을 요구하는 것이 아니고, 필수불가결한 ‘일반성’에 근거하여 특정 사건에서 흠결들을 수정하는 것이다.) 다시 말해서 이 대목에서 벤담은 입법에 관심을 두고 있는 것이다. 그러나 벤담이 완전히 성문법을 중심으로 이루어지는 입법부 체계나 성문법 입법을 주장하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 다시 말해서 ‘사법적 능력(역할)’을 가진 법관에 의해 수행되는 오래된 규칙의 배제 그리고 새로운 규칙의 형성 등을 시도함에는 어떤 특별한 것이 있다. 즉, 입법에 관한 특별한 무엇! 법관(또는 최소한 Common Law 체계에서의 법관)의 역할과 임무에 어떤 특별한 것이 있는데, 이것은 보편적 악을 대가로 부분적 선을 필연적으로 결과하는 사법적 입법을 만드는 그런 것이다.⁵⁷⁾

“법관인 사람이 입법자로서 덜 적합하다는 것이 아니다. 오히려 반대로 그(법관) 만큼 적합할 것 같은 사람이 없다. 법에 있어서 교정되어야 할 불완전함의 자세한 부분까지를 알 수 있는 좋은 기회를 갖기에 법관만한 사람들이 없다. (그런데) ‘이것은 사람들의 문제가 아니라 구분해야 하는 범위/기능의 문제이다.’ 같은 사람이 한편으로 입법자의 성격을 갖고 규칙을 형성하는 작업을 하는 고상한 업무를 담당하고, 동시에 법관의 능력(역할)을 갖고 동일한 규칙을 형성함으로써 무한한 해악을 행한다.”⁵⁸⁾

그러면 법관의 법 창조 또는 선례구속원칙의 공리성에 기여하는 법관의 역할은 어떻게 한정될 것인가? 기본적으로 벤담은 법 개선이나 법 개혁은 법정(법관)으로부터 유발되면 안 된다는 것이다. 왜냐하면 이러한 사법적 활동은 매우 심각한 기능상 혼동을 내포하기 때문이라는 것이다. 물론 Common Law 체계하의 재판의 맥락 안에서는, 특정 사안에서 이미 형성된 규칙을 배제하는 것, 그리고 다른 한편으로 미래의 사안을 위해 규칙을 형성하는 것, 이 둘 사이의 구분이 실제로 쉽지 않다. 왜냐하면 새로운 판결(또는 이유)이 법으로 될 것이기 때문이다. 그렇지만 가장 확실한 대답, 기능상의 혼동을 피할 수 있는 확실한 대답은 따라서 사법적 입법을 방지하기 위한 유일한 길은 법관은 기존에 형성된 규칙을 엄격하게 준수해야한다는 것이다.

이제 벤담이 제시한 선례구속의 원칙을 위한 두 가지 근본적인 근거들, 즉 ‘안정성과 확실성’과 ‘사법 기능과 입법 기능 사이의 엄격한 분리’가 서로 직접

57) 위의 책, 200쪽.

58) UC clix 263쪽, 위의 책, 200쪽에서 재인용.

적으로 관련되어 있음이 명확해졌다. 기능의 구분에 대한 벤담의 논의는 두 개의 축의 연결과 같은 어떤 것에 의존하는데, 한 축은 공동체 기대들과 법의 안정성이고, 다른 한 축은 법관과 입법자의 제도적 위치라고 할 수 있다.⁵⁹⁾

그러면 벤담이 볼 때 새로운 사건에서 새로운 규칙을 형성하고자 하는 경우

59) 이러한 이원적 구분을 통한 논의 방식은 벤담이 법개념과 법학의 구분과 관련하여 제시한 개념들과 유사한 공통점을 갖는다. 대표적으로 함께 거론할 수 있는 벤담의 개념 구분 예는 다음과 같다.

* ‘technical’ - ‘natural’ : 벤담은 Blackstone의 스타일을 ‘기술적’, 자신의 것을 ‘자연적’이라고 비교하였다. 이는 무엇을 행해야 하는가에 대한 대답과 해약을 가져오는 행위를 처리하는 이유 등과 관련 되는 것으로 기술적 이유를 근거로 하는가 아니면 자연적 이유를 근거로 하는가에 따라 분기된다고 할 수 있다. 그것의 내용이 정확하지는 않으나 벤담 자신의 방식을 Aristotle의 윤리학에 견주어 놓고 삶의 목적을 전제한다는 측면을 강조하는 것으로 보아 ‘목적성’의 유무가 그 분기의 기준이 아닐까 생각한다. *Fragment*, 416-418쪽.

* ‘expository’ - ‘censorial’ : 벤담은 Blackstone의 법학과는 상이한 자신의 논의를 전개하기 위하여, 법학을 ‘설명적 법학(expository jurisprudence)’과 ‘비평적 법학(censorial jurisprudence)’을 구분할 것을 제안하였다. 이는 앞선 ‘technical’ - ‘natural’ 구분과 관련 있는 것인데, Blackstone은 단순히 ‘설명자’일 따름이고 벤담 자신은 ‘비평가’라고 보았다. 이러한 구분은 법학 자체와 관련해서 보면 법의 존재 자체와 그에 대한 우리의 희망과 욕구는 구분해야 한다는 것이다. 법의 존재 자체를 드러내는 것은 설명적 법학이 담당해야 할 부분으로서, 이것은 벤담의 법실증주의의 기초가 되는 것이고, 우리의 희망과 요구는 비평적 법학, 즉 벤담의 입법론에서 다루는 것으로서 바로 공리주의적 윤리학이 담당하게 된다. 이렇게 벤담은 법에서의 존재와 당위, 즉 있는 법과 있어야 할 법을 구분함으로써, 한편으로는 현실의 법에 대한 냉철한 인식을 촉구하고, 다른 한편으로는 공공복리를 위한 입법적 개선을 주창하였던 것이다. *Fragment*, 397-398쪽; *Of Laws*, 232-233쪽.

* ‘directive’ - ‘sanctional’ or ‘incitive’ : 벤담은 법적 명령의 구조와 관련해서 대립되는 구분을 제시하였는데, 즉 법은 일정한 행위를 명하는 지시(directive)의 부분과 그 지시를 실효적으로 만드는 보강(sanctional or incitive)의 부분으로 나누어진다고 한다. 그리고 이 실효를 담보하는 보강의 부분은 보통의 경우 제재의 규정이 해당되나, 경우에 따라서는 긍정적인 제재, 즉 보상도 또한 그러한 보강의 수단으로 된다. *Of Laws*, 134-135쪽.

* ‘comminative’ - ‘invitative’ : 위의 구분에서 실효성을 담보하는 보강의 부분(sanctional or incitive)은 다시 처벌과 제재를 요소로 하는 처벌적 영역(comminative or commination)과 보상을 요소로 하는 보상적 영역(invitative or invitation)으로 구분된다. 그러나 벤담은 법에 있어서 부정적 제재를 본질적인 요소로 보고 있다. 그러한 부정적인 효과로써 강제하는 제재만이 수범자에게 책임(obligation)을 낳는 것으로 본다. 그리하여 다시 부정적인 강제제재로써 책임을 낳는 법이야말로 ‘완전한 법(complete law)’으로 본다. 그에 반해 단지 긍정적인 보상으로 강화되는 법, 그리하여 책임을 낳지 않는 법은 ‘보상의 법(praemiary law)’(그러나 이것은 불완전한 법이라는 의미를 갖는다)이라고 하였다. *Of Laws*, 136-137쪽.

는 어떤 조건 속에서 가능한가? 입법자는 사실 자신의 의사 표현이 법으로 나타나기 때문에(즉 그의 의사 표현은 그 자체로 기대들의 초점이기 때문에) 새로이 법을 제정할 수 있는 반면에, 법관은 오직 어떤 규칙이 이미 법이라고 보여줌으로써 그 규칙의 선택을 법으로 만들 수 있는 것이다. 어떤 규칙을 법관이 법으로 선언하는 것은 공동체에 의해 그렇게 받아들여질 경우에만 오직 효과적이는데, 이것은 보장된(확실한) 것은 아니다. 법관이 그것을 보장 받을 수 있는 유일한 방법은 그 규칙이 기존의 법으로부터 유추를 통해 정당하게 도출되었다는 것을 그가 보여주는 것뿐이다. 다시 말해서 법관이 입법적 판단, 또는 규칙 형성적 판단을 하는 경우 결국 가장 중요한 핵심은, ‘입법적’ 효과를 갖고자 의도하는 사법적 결정은 그 효과를 위해서 적극적인 법관 집단과 대중의 의견일치에 의존해야 한다는 것이다. 하나의 새로운 규칙이 단독으로 공리주의적 측면에서 매력적일 수 있으나, 새로운 규칙이 법적인 규칙으로서의 지위를 얻음으로써 그 규칙은 더 높은 공리성을 띠게 된다는 것이다. “만약 새로운 규칙이 어느 정도 긴 시간 동안 그리고 일정 수의 법관들에 의해 받아들여지고 준수되어진다면, 이것은 형성된 규칙의 지위를 얻게 된다”⁶⁰⁾는 것이다. 그러나 재판과정에서 독자적으로 그 규칙이 법으로써 인정된 것이라고 보장받기 위해서 법관이 할 수 있는 것은 아무 것도 없다고 할 수 있다. 법이 되기 위해서는 첫째, 동료 법관들이 역시 그 새로운 규칙의 더 높은 공리성을 인정해야 하고, 또한 그 규칙을 적용하고 따르는 것의 광범위한 공리성이 과거의 오래된 규칙에 모아져 있던 기대들을 배제시킬 수 있을 정도의 즉각적인 비공리성을 넘어설 수 있다는 것을 인정해야 한다. 둘째로는, 국민들에 대한 것으로, 앞으로 규칙 변경으로 인하여 가장 잘 영향을 받는 국민들은 최소한 이후의 법관들이 그러한 방식으로 판결할 것이라고 예측해야 한다. 그러나 물론 법관의 판단은 국민들의 기대에 근거해야 함은 분명하고, 따라서 당장의 사건에서 법관의 판결과 기대는 사법부의 나머지 동료 법관들과 대중 양자의 결정과 기대들에 의존한다. 따라서 Common Law 체계의 기본적인 조건에서 효과적인 입법적 사법은 한편으로 법관이 자신의 공리성 총합을 정당하게 행해야 함을 요구하고, 또 한편으로(더 중요하게) 법관은 자신의 결정 행위를 대중과 법원에 있는 자신의 동료들의 기대들에 조화롭게 행해야 함을 요구한다. 그러나 일반적으로 조화의 과제는 그리 만만치 않기 마련이다. 때때에 따라서 공리성이 ‘명백할’ 때, 사법 판결에 적절한 근거를 마련해줄 것이지만,⁶¹⁾ 대부분의 경우에 있어서 성공적인 조화는 오직

⁶⁰⁾ UC lxxix 6쪽, Gerald J. Postema(1986), 206쪽에서 재인용.

선례에 호소하는 것 그리고 이미 정착된 법으로부터 자연스럽게 도출된 규칙에 호소하는 것에 의해 가능하다. 따라서 벤담은 “그 어떤 지혜의 범위라도 법관이 이미 형성된 규칙들로부터 벗어나는 것을 적절하다고 할 수는 없다”⁶²⁾고 단정하였다.

그런데 벤담은 여기에서 머물지 않고 이제 Common Law 체계에서 법관의 규칙제정에 대하여 치명적인 비판을 가한다. Common Law 체계에서 ‘새로운 정의’를 행하는 것은 ‘부정의의 모든 결과’를 만들어내는 것이라고 벤담은 주장한다. 왜냐하면 Common Law하에서 법적으로 새로운 규칙을 만드는 것은 바로 그 과정의 본질상 ‘필연적’으로 소급적이기 때문이라는 것이다. 그리고 이러한 관점에서 보면 Common Law의 규칙 제정은 성문법 입법과는 매우 다르다는 것이다. Common Law 체계에서 새로운 규칙이 도입될 수 있는 유일한 방법은 법관이 그 규칙이 전혀 새로운 것이 아니고 또한 이미 그 나라의 관습의 한 부분이었다고 꾸미는 것뿐이라고 주장한다.

이 지점에서 벤담은 Common Law 체계의 본질적 결함을 다시 한번 날카롭게 비판한다. 다시 말해서 한편으로 Common Law 교의에 의지하고 있는 법관들이 자신들의 ‘새로운’ 규칙이 전혀 새로운 것이 아니라고 분명하게 보여줄 때만이 자신의 판결이 입법적 결과를 가져오는데 필요한 조화를 획득할 수 있다는 분명한 사실을 벤담은 지적하고 있는 것이다. 그러나 이러한 성공이 치러야 하는 전제조건은 관련 당사자들이 이 법에 대하여 반드시 이미 알고 있어야 하고, 그들의 행동을 이에 적합하게 맞춰야 하고, 혹은 최소한 그렇게 해야만 했다는 것이다. 즉, 새로운 규칙은 이미 구속력이 있어왔던 것으로 발견되어야 한다. 이미 있는 것으로 발견되어야 한다는 말은 결국 소급적이라는 말이다. 법의 창조는 필연적으로 그리고 불가피하게 소급적일 수밖에 없게 된다는 것이다. 왜냐하면 오직 그것을 법으로 만들지 못해서 고통이 발생하는 경우에만 당해 사건에서

61) 벤담의 저술에 따르면, 이러한 ‘드러나는(도출적인)’ 조건은 우선, “기존에 형성된 규칙들로부터 벗어나는 해악이 비교적 적을 때인데, 첫째, 그 벗어나남이 덜 넓은 범위일 것, 둘째, 생산된 단절된 공리성이 더 현저할 것”의 조건을 말한다. 여기에 벤담은 더 나아가서 다음과 같은 ‘특징적인’ 조건을 부가하는데, “세 번째는 법관이 그 성실성과 지식(또는 이해력)에 있어 훌륭하다고 알려져 있고, 따라서 결과적으로 그의 견해가 규칙으로 잘 반영되고 있으며, 다른 동료 법관들에게 잘 받아드려 질 것”의 조건이다.(UC Ixix 6쪽) 물론 이 세 번째 조건 또한 ‘드러나는’ 조건이다. 왜냐하면 이 조건은 단지 ‘성실함의 사실 자체’를 말하는 것이 아니라 ‘성실하다고 인정되는 평판’을 말하는 것이기 때문이다.

62) UC Ixix 6쪽, Gerald J. Postema(1986), 207쪽에서 재인용.

새로이 법을 창조하는 것이 허용될 수 있기 때문이다!(다시 말해서 이미 법으로 만들어져야 할 것들이 법으로 되지 않았기 때문에 고통이 있었는데, 그 고통을 줄이기 위하여 새 법을 만드는 것이다. 따라서 그 법은 이미 소급적이다!)

벤담에 따르면, 이는 독재보다 더 나쁘다는 것이다. 즉, 독재자는 개인 명령으로 자의적인 권력을 행사하지만, 비록 독재자가 엄청난 부정의를 행한다고 할지라도, Common Law 법관들에 의한 입법이 행하는 그런 종류의 부정의를 할 수 없다는 것이다. 독재자는 소급입법과 같은 부정의를 행할 수 없는데, 왜냐하면 독재자의 결정에는 이미 형성된 주변의 규칙들(이를 테면 법관에게도 역시 제한된)에 복종하도록 제한될 것이라는 일반적으로 주어진 기대들이 없기 때문이라는 것이다.⁶³⁾

사실, 법관에게 독재적인 권력이 합법적으로 부여되어 있을 때보다 법관으로서 그의 역할을 수행할 때 법관은 더 많은 해악을 행한다고 벤담은 지적한다. 왜냐하면, 만약에 그가 독재적 권력을 부여받았다면, 그는 그의 권력의 소급적 행사로부터 나타나는 해악을 방지할 수 있고 또한 자연히 방지하려고 하기 때문이라는 것이다. 그러나 법관은 결코 그렇게 하려고 하지 않는다고 단언한다.⁶⁴⁾ 벤담의 설명에 따르면, 독재자의 경우, 그는 준수할 기존의 규칙이나 공동체의 기대들에 구속되지 않고, 개인적인 이익만으로 각각의 사건을 결정할 것이고, 더 나아가서 만약에 어느 정도 기대들이 생겨날 것 같으면, 독재자는 그 기대들이 발생하는 것을 막으려고 할 것이고, 또는 그들의 실망을 방지할 것이고, 혹은 나타나는 손실을 보상하려 할 것이며, 혹은 최후에는 그 기대들을 무너트리려는 생각을 하기까지 할 것이다. 그러나 법관은 이러한 치료방법으로부터 단절되어 막혀있다는 것이다. 법관은 한편으로는 법을 만드는 작업을 인정하고 결국 실패할 것인가 아니면 다른 한편으로 오직 당면한 사건에서 단지 재판만 해야 하며 그리고 새로운 법을 만드는 것을 하지 않고 그가 확실히 무너트릴 기대들의 존재를 무시하고 부정해야 하는가라는 모순에 빠지게 된다는 것이다. 법관이 기대들을 실망시키려 하는 것을 인정하는 것은, 그가 기존에 존재하는 규칙에 따라 판결하는 것이 아니라 오히려 새로운 규칙의 이익에 대한 그의 평가에 따라 판결하는 것을 인정하는 것이다. 그러나 그는 대중적인 부조화의 고통에 대하여 고려하는 것 그리고 그가 찾고자(사실 그가 창조하고자)하는 법을 만들려고 하는 것에서 닫혀져 있다는 것이다.

63) UC lxi 6쪽, 위의 책, 208쪽에서 재인용

64) UC lxi 6쪽, 위의 책, 208쪽에서 재인용

물론 법관이 법을 만드는 것, 즉 사법적 명령을 입법자의 선언과 같은 법창조와 같은 것으로 인정하는 관례를 형성하는 것이 허용되기도 한다. 그러나 Common Law에서 이러한 예외적 법창조의 허용은 사실 Common Law에 대한 급진적이고 근본적인 변화를 방지하기 위한 희생의 차원으로 얻어진 것이라고 할 수 있다. 따라서 전반적인 차원에서 볼 때, 벤담에 따르면, 일단 법관들이 이러한 입법의 권한을 갖게 되면, 그들의 재판과 그들의 입법을 구분할 수 없게 되고, 또한 어떤 판결도 형성된 것으로 인정될 수 없게 된다는 것이다. 법관 입법으로 대부분 구성된 법체계에서는 이것은 비참한 모습으로 나타나는데, 왜냐하면 그렇게 되면 어떠한 법도 형성되지 않고, 어떠한 규칙도 지켜지지 않는 상황에 이르게 된다는 것이다. 이렇게 되면 법관은 ‘독재자’가 되어 자신의 이익에 따라 매 사건을 결정하게 된다는 것이다. 일단 이렇게 사법적 입법이 공공연하게 인정될 때 이러한 극단적인 불확정에 대한 유일한 해결책은, 선례구속 원칙의 엄격한 요청을 받아들이는 것뿐이다. 조금이라도 안정성, 어느 정도의 예측 가능성이 존재하기 위해서는, 사건들이 결정되어야 한다는 이유만으로도 과거의 선례가 준수되어야 한다. 바로 이러한 이유만으로도 대중의 기대는 법이 사회적 상호작용을 위한 안정된 틀을 만들어야 한다는 기본적인 임무를 갖고 있다는 점에 중요성을 두게 된다는 것이다.

VI. Common Law는 개를 훈련시키는 법(dog law)

Blackstone의 *Commentaries*에 대한 비평, 또는 *Commentaries*의 서문에 대한 서문으로 작성된 *Comment*는 두 개의 장으로 구성되어 있는데, 제1장은 ‘Of the Nature of Laws in General’로 ‘법일반론’, ‘자연법’, ‘신법’, ‘자연법, 신법, 국내법의 관계’, ‘국제법’, ‘국내법’, ‘정부일반론’, ‘법의 영역들’, 그리고 ‘법해석’ 등으로 구성되어 있다. 제2장은 ‘Of the Laws of England’로 크게 두 영역, 즉 ‘성문법’(종류와 구조)과 ‘Common Law’(일반론, 구분, 판결, 보고서와 논문, 국민의 동의 여부, 관습과 관습법, 시민법과 교회법) 등으로 이루어져 있다. 물론 이러한 구분과 체계는 당연히 *Commentaries*의 그것과 동일하게 하고 있으며, 벤담은 이러한 목차 구성에 따라 Blackstone의 주장과 설명을 추적하고 인용하면서 조목조목 비판하고 있다.

벤담은 결국 Blackstone이 제시한 다섯 가지의 법을 실재하는 것이 아니고 ‘상

상 속의 법’이라고 규정하고, 각각의 법에 대한 비평을 하였다. Blackstone이 분류한 다섯 가지 법은 제1자연법, 제2자연법, 제3자연법, 도덕법, 국가법 등이고, 정리하자면 자연법, 도덕법, 국가법으로 된다. 이러한 법 개념 정립의 원칙을 수립한 후 벤담은 Blackstone이 제시한 여러 법개념들을 자연법, 신법, 국제법, 국내법 등의 순서로 조목조목 비판하였다. 사실 ‘상상 속의 법’은 하나의 허구(fiction)이다. 그런데 Blackstone은 Common Law 체계에서 허구로서의 법, 마치 살아 있는 듯한 허구로서의 법은 새롭게 변화하는 상황에 적용할 수 있는 유연함과 무한한 적용력의 원천이 된다고 전제한 후에, 이 법의 허구성을 통해 재판관들은 과거의 오래된 선례를 준수하면서도 변화된 사회, 경제, 정치적 조건에 의해 요구되는 법에서의 변화를 자처할 수 있게 한다고 주장하였다.

그러나 벤담은 이러한 법적 허구는 그야말로 Common Law의 부패를 대표적으로 상징하는 것이라고 단언하였다. 벤담은 ‘(법적) 허구는 한번도 유용한 적이 없었다!’라고 선언하고, 법적 판단에서 허구가 가져온 전반적인 해악은 개별 법률규정의 장점들을 모두 빼앗아 가버렸다고 지적하였다. 이를테면 아주 예외적인 방식으로 부분적인 선을 행함으로써 법적 허구는 일반적인 방식의 어떤 경우에도 선을 행하지 못하게 만들었고,⁶⁵⁾ 더욱 심각한 것은 허구로 인한 해악은 그저 한번의 해악으로 끝나는 것이 아니라 연속되는 그런 것이라는 점이다.

가장 먼저 허구는 법을 이해함에 있어서 부정확하고, 요해불가능하고, 의심스럽게 만들어놓았고, 법 개념을 불안하고 모순적인 것으로 만들었다. 따라서 허구로 가득 찬 Common Law를 접근·이해하기란 거의 불가능할 정도로 어렵고, 비록 법률가들이라고 하더라도 전문화되어 있기는 하지만 전체를 이해하는 경우는 드물다는 것이다.⁶⁶⁾ 결국 법은 모든 이에게 접근 가능한 것이 아니라 오직 법전문가 엘리트에게만 열려 있고, 해악은 더욱 심각하여 허구의 광범위한 사용으로 인해 포괄적인 ‘거짓말 허가증(mendacity-licence)’⁶⁷⁾을 사법부에 제공하는 상황에 이르게 되었다는 것이다. 사법부에 거짓말 허가증을 부여함으로써 바람

⁶⁵⁾ UC xxvii 88쪽, 위의 책, 271쪽에서 재인용.

⁶⁶⁾ 벤담은 이러한 상황을 지적하면서 Coke의 입장에 찬동하였는데, Coke는 Common Law의 이성을 ‘조작된 이성(artificial reason)’이라고 하였고, 벤담은 이를 ‘기술적 technical’ 이성, 즉 비합리적이고 부정직한 것이라고 명명하였다. 위의 책, 271쪽의 주 28) 참조.

⁶⁷⁾ “Scotch Reform; Considered With Reference to the Plan Proposed In the Late Parliament, For the Regulation of the Courts and the Administration of Justice In Scotland: With Illustrations From English Non-reform: In the Course of Which, Divers Imperfectio”, in Bowring(1843) vol.V; 위의 책, 272쪽 참조.

직하지 못한 결과들이 나타나는데, 우선 사법 판단에 대한 공공의 접근과 평가, 그리고 정당화를 불가능하게 함으로써 재판에서 자의, 편견, 그리고 변덕을 허가해주는 결과로 나타났다.⁶⁸⁾

둘째로, 그 거짓말에 속은 사람들은, 그 대상에 대한 이해와 판단함에 있어 전반적으로 쇠약함에 빠지게 된다는 것이다.⁶⁹⁾ 다시 말해서 법적 허구에 의해 속고 있는 사람들이 그 거짓말에 대하여 더 이상 의문을 품거나 평가하려고 하지 않고, 마치 그 거짓말이 재판에서 필수적인 수단인 양 인정하게 된다는 것이다.

세 번째는 더욱 심각한 것인데, 법적 허구는 ‘부정의’를 은폐하거나 ‘부정의’의 수단으로 공헌하도록 재판관들에 의해 고안된 거짓말이라는 것이다. 즉, 재판과정에 참여하는 법률전문가들은 변론을 보다 복잡한 허구 속에서 하나의 형식과 자기들만의 용어로 변용·사용함으로써, 이러한 거짓말은 하나의 ‘법적 독점’ 상황을 만들어내고, 결국 Common Law 체계는 공공과는 전혀 상관없는 법전문가 엘리트(재판관 회사 Judge & Co.)의 조작된 관습일 따름이라는 것이다.⁷⁰⁾

물론 당연한 논의 전개이겠지만, 벤담은 Common Law가 국민들로부터의 동의에 기초하는 정당성을 갖는다는 점에 대해서도 단호하게 거부한다. Common Law 체계에서 법이 국민들의 일상적인 삶의 공식적인 표현일 수 없다면, 결국 남는 것은 국민의 행동에 대해서는 ‘법 그 자체에 적합성 여부’ 아니면 ‘법을 어기는 경우 처벌의 대상’ 만을 판단하는 것뿐이다. 그러나 벤담이 보기에, 국민의 ‘승인’이라는 것을 단순히 ‘행위의 적법성’과 ‘처벌 가능성’만으로 파악하는 것은 잔인한 농담이거나 ‘동의’라는 용어의 남용이라는 것이다.⁷¹⁾ 왜냐하면 이것은 ‘승인’이라는 용어를 단지 강제된 승낙과 순간적 복종의 융합으로 파악하는 것이기 때문이다.

벤담에 따르면 Common Law는 그것에 복종하는 국민들에 의해 만들어진 것

68) 법적 허구를 사용할 수 있는 거짓말 허가증을 통해 심리와 판결의 사법과정을 완전히 사적이고 개별적 성향으로 만들어서 Common Law의 유연성을 획득하려는 것이고, 이는 다시 과도한 기술적이고 조작적인 법언어의 사용으로 인해 사법부의 견해를 공공이 이해하거나 평가할 수 없도록 만들어놓는 결과를 가져온다. 그리고 마치 자연법에 호소하는 것과 마찬가지로, 허구의 기술은 사법 판단에 대한 온전한 공적 정당화를 가져오지 못한다. 결국 재판에 있어서 자의, 편견, 그리고 변덕의 문을 활짝 열어놓은 것이라 할 수 있다. 위의 책, 273쪽.

69) *Fragment*, 부록 511쪽, 위의 책, 273쪽.

70) 결국 Common Law의 관습은 ‘국민의 관습’이 아니라 ‘법정의 관습’일 뿐이고, 이것은 법적 근거 없이 태어나 부패 속에서 성장한 것이다. 위의 책, 274-275쪽 참조.

71) *Comment*, 221쪽, 위의 책, 275쪽 참조.

도 아니고, 그들로부터 동의를 받은 것도 아니라는 것이다. 더 나아가서 Common Law 체제에서 일반 국민들은 합리적으로 법에 복종할 방법이 없게 되는데, 왜냐하면 극도로 모호한 법 하에서는 일반 사람들은 맹목적이고 수동적이며 어쩔 수 없이 마구잡이로 법에 복종할 수밖에 없기 때문이다. 법과 그 근거에 대한 이해에 기초하는 합리적인 복종이 불가능하다는 것이다. 결국 Common Law 체제 하에서는 국민들은 법전문가 엘리트에 의해 약탈당하고, 책임 있고 지적인 시민의 가능성을 제거당할 수밖에 없게 된다는 것이다.⁷²⁾

한편 Common Law의 허구에 대한 문제점 지적에 이어서, 벤담은 Blackstone의 자연법적 경향 또는 자연법에 호소하여 Common Law를 정당화하려는 시도를 여지없이 무너뜨리고 만다. Blackstone은 언제인지 확정할 수 없는 ‘태고시대부터’ 존재해온 Common Law의 근거가 되는 근본적인 규칙들을 거론하면서 자연법적 정당성을 부여하고자 하였다. 그런데 벤담은 그러한 규칙들이 헌법적으로 부여된 입법 기구의 입법적 행위 또는 일정 집단의 재판관들의 전제적이고 비헌법적인 입법 행위로부터 시작했다는 것을 역사적 사실과 증명을 통해 분명하게 보여주었다. 이제 ‘재판관은 법을 만드는 것이 아니라 선언할 뿐이다’라는 신조와 함께 전개되어온 Common Law의 허구와 자연법에의 호소는 송두리 채 무너지게 되었다.⁷³⁾

여기에서 벤담은 단순히 Blackstone에 국한하지 않고 자연법 일반에 대하여 논의를 전개하였다. 벤담에 따르면 자연법 이론은 “사실의 문제와 정당성의 문제가 끊임없이 혼동하고 있는데”, 대부분의 “거짓 자연법에 대해 저술된 책들은 다름이 아니라 바로 이러한 오류에 근거한다”고 주장하였다. 그리고는 벤담은 자연법 이론가들은 “그들이 쓰고 읽고 있는 것, 즉 역사와 정책 - 인간 도덕의 역사 또는 정부의 행위 그리고 입법 - 이것이 무엇인지 알지 못하고 있다”고 지적한 후, “이 두 대상의 차이를 구별하게 되면, 자연법의 유명은 사라지게 된다”⁷⁴⁾고 단언하였다. 그리고 *Comment*에서 벤담은 역사적 용어로 현존하는 법적

72) 벤담은 시민이 법을 정확하게 준수하면서 자신들의 관점에 따라 법을 자유롭게 비평할 수 있을 때 이를 합리적이고 책임 있는 시민이라고 규정하였다. *Fragment*, 서문, 위의 책, 275쪽 참조.

73) 벤담은 자신의 여러 저서에서 이러한 내용을 단적으로 이렇게 표현하고 있다. “Common Law는 재판관이 만든 것이 아니라면, 아무것도 아니다.” *Comment*, 165-180, 332-333쪽, 위의 책, 274쪽 참조.

74) 이 인용문은 Bowring의 편집한 책에서는 빠져있는 주에서 볼 수 있는데, 따라서 *Essay on the Influence of Place and Time in Matters of Legislation*(Bowring의 제1권) 179쪽에 첨가해야 할 것이다. 그곳에서 벤담은 이 문제에 대한 Montesquieu의 혼동을

관행을 방어하려는 자연법 이론가들의 시도에 대하여, 이러한 관행의 구태의연한 성격을 실질적으로 증명함으로써 맞불을 놓으려는 시도를 하였던 것이다.⁷⁵⁾ 그리고 벤담은 자신의 기획, 즉 공리주의 기획을 다시 전개하였다. 즉, 궁극적으로 현존하는 관행들은 사람들이 그에 관해서 갖고 있는 기대들에만 의존하는데, 이러한 기대들을 방해하는 것은 오직 한 가지뿐인데, 그것은 입법자가 입법적 변화를 가져오기 전에 계산적 고려를 해야 하는 수많은 고통과 쾌락이라는 것이다. 비록 자신의 실제적 개혁 제안에서 벤담은 단절된 기대들의 고통에 상당한 무게를 두기는 하였지만, 이것(단절된 기대의 고통)이 계몽된 입법자의 개혁 기획을 근본적으로 약화시킬 것이라고는 벤담은 전혀 생각하지 않았다.⁷⁶⁾

더 나아가 벤담은 자연법 이론의 변형된 모습, 즉 *Introduction*의 두 번째 장에서 ‘공리성에 반하는 여러 원리’에서 자연법의 현실적 형태로 나타나는 ‘공감과 반감’에 대하여 냉철하게 비판하였다. 공감과 반감의 원리라는 외투를 걸치고 나타나는 자연법 이론은 “인정과 부정이 그 자체로써 충분한 이유가 된다고 생각하면서,”⁷⁷⁾ 행위들은 단지 그것들(행위들)에 대한 인정 또는 부인하는 성향에 의해 인정되고 부인된다는 난센스에 근거하고 있다는 것이다. 그러나 이것은 “실체가 아니라 명목상의 원리”라고 벤담은 지적한다. 벤담은 하나의 원리에게 요구되는 것은 “내부적 감정을 지도”하기 위한 “어느 정도 외부적 관점을 포함

지적해놓고 있다(그런데 Bowring은 이 논문에 대하여 “시간과 공간(Time and Place)”라고 제목을 잘못 달아놓았다). 또한 *Introduction*, 298쪽에도 나온다(그로티우스, 푸펜도르프, Burlamaqui 그리고 몽테스키외에 대하여). 그리고 UC lxix 127쪽(그로티우스, 푸펜도르프, Heineccius, Vartel, Burlamaqui 그리고 지금까지 자연법에 관한 논문을 썼다고 공언하는 많은 사람들에 대하여). Lieberman(2002), 31쪽에서 재인용.

75) *Comment*, 203-206(특히 205)쪽, “상속법에 관하여”, *Comment*, 317-318쪽, “오래됨을 위한 편견”, 그리고 UC xcvi 6, 15쪽에서도 같은 말이 나온다. Lieberman(2002), 31쪽에서 재인용.

76) 역사적 사회적 힘들의 한계에 대한 고전적 초기 언술은 *Essay on the Influence of Place and Time in Matters of Legislation*(Bowring의 제1권) 특히 177-180, 188-192쪽에 나온다. 입법에 대한 보다 사회학적인 접근방법에 대한 벤담의 1770년대의 태도는 전적으로 명확한 것은 아니며, 이러한 접근방법에 대항하는 드러나는 주장은 UC xxvii 95쪽에 잘 나온다. 즉 “때에 따라 증명되지도 않거나 속임수이기도 한 특정 사실들을 조사하는 역사의 미궁에서 헤매는 것보다, 로크에서 나오는 인간의 이해 그리고 엘베 시우스에서 나오는 인간의 마음 등의 심오함에 빠질 때, 훨씬 더 큰 진보가 만들어지고 확실해질 것이라고 나는 생각했다.” 벤담의 입법 프로그램과 18세기 사회사상 사이의 관계에 대한 일반적 문제는 J.W.Burrow, *Evolution and Society*(Cambridge, 1966), 7-42쪽에서 설득력 있게 연구되었다. Lieberman(2002), 31쪽에서 재인용.

77) *Introduction*, 25쪽.

하는 그런 것”이어야 하는데, 이러한 “기대”(사람들이 이 원리에 대하여 갖는 외부적 관점의 기대)는 “이러한 감정들을 그 자체로 근거나 기준으로 생각하는 것이외에는 아무것도 하지 않는 자연법적 명제에 의해서는 만족될 수 없다”는 것이다.⁷⁸⁾

공리성 원칙이 “실제(사실)의 문제”에 근거하면서 도덕적 판단에 “외부적 기준”을 제공하는 방식은 *Introduction*의 전반적인 영역에서 관철되고 있고, 행복을 측정하기 위한 기재를 만들어내게 하고 또한 인간 행위의 도덕적 내용에 대한 엄격하게 결과론적인 계산을 기획하도록 하는 작업에 벤담으로 하여금 관여하게 만들었던 것이다.⁷⁹⁾ 그 어떤 철학적인 불가능성에도 벤담의 이 작업 자체는 “공감과 반감”의 사적인 성격과 공적 공리성의 “외부적” 기준 간의 대비로부터 직접적으로 이어진 것이다.⁸⁰⁾ 일단 벤담이 자연법은 그저 사적인 견해에 불과하다는 점을 분명히 하고 나서, 그는 Common Law의 실제 상태는 “비법(non-law)”이라고 증명하였던 것이다. 그리고는 벤담은 일단 (자연법적)이성이 법원(法源)에서 제거되기만 하면, Common Law에서 남는 것은 사적인 재판명령뿐이라는 명쾌한 실증주의 명제를 제시한다. “현 상태에서 다음과 같은 내용은 너무나 분명하다. 즉 소위 불문법이라는 것은 국민에 의해 만들어진 것이 아니라 재판관에 의해 만들어진 것이다. 그 내용이 오직 재판관에 의해 만들어지고, 그 표현은 그렇게 되기를 바라는 재판관이나 법률가들에 의해 만들어졌다.”⁸¹⁾ 그리고 “성문법에 의해 통치되는 것은 오직 인간에게 속한다. Common Law에 의해서는 금수가 통치된다. 그런 정부 형태는 오직 금수에게 적합하고, 완전히 금수에게 들어맞는데, 왜냐하면 더 나은 것을 할 수 없기 때문이다.”⁸²⁾

한편, 이와 관련해서 벤담은 아무리 Blackstone이 Common Law의 이론적 체계를 그럴싸하게 마련하려고 시도하더라도 Common Law 이론은 모순에 빠질 수밖에 없다고 지적한다. 즉, “만약 Common Law가 권위를 갖기 위해서는 이것은

78) 위의 책, 25쪽.

79) Ross Harrison(1983), 148-162쪽에서 벤담 이론의 내용에 대한 해석과 정리가 잘 되어 있다.

80) 벤담은 또한 자연법 이론이 종교적인 편협함을 은폐하고 있었다고 주장하였으며, 정치적 급진주의를 고무하였다. *Comment*, 55, 345-346쪽 그리고 UC lxix 145-146쪽, 132-133쪽. Lieberman(2002), 31-32쪽에서 재인용.

81) *Comment*, 223쪽.

82) UC lxix 151쪽, 위의 책, 41쪽에서 재인용. 그리고 *Laws In General*, 153쪽. 그리고 벤담이 Common Law를 사람들이 자신의 개에게 적용할 것으로 만든 법으로 비유한 것으로 *Truth versus Ashhurst*, in Bowring(1843) vol.V, 231-237쪽.

반드시 개별적이어야 한다. 왜냐하면 재판관의 판결은 반드시 이전의 개별 사건의 판결에 따라 이루어져야 하기 때문이다. 이것은 법이 아니다. 왜냐하면 보편적이지 않기 때문이다. 반대로 만약 Common Law가 법의 일반적 규칙을 선언한다면, Common Law 관점에서 보면 이는 결코 권위를 가질 수 없다. 따라서 이 역시 법이 아니게 된다.”⁸³⁾ 이러한 논의는 벤담이 사용한 ‘dog law’라는 개념으로 이어진다. 벤담은 Common Law를 ‘개를 혼련시키는 법’이라고 규정하였다. “Common Law는 어떻게 만들어지는가? 그것은 당신이 자신의 개를 혼련시키는 법을 만드는 것과 같다. 만약 당신의 개가 당신의 마음에 들지 않는 어떤 짓을 하지 못하게 하고 싶은 때, 당신은 그 개가 그 짓을 할 때까지 기다리다가 그 개가 그 짓을 하면 그 개를 때리면 된다. 이것이 바로 재판관들이 당신과 나를 위해 법을 만드는 방법이다. 재판관들은 사람이 무엇을 하지 말아야 하는지에 대하여 알려주려고 하지 않는다. 재판관이 말하기를 그 사람은 하지 말아야 했던 행위를 할 때까지 그냥 있다가, 그가 그 행위를 했다는 이유로 처벌한다.”⁸⁴⁾

벤담이 보기에 국민이 법과 사회 질서에 복종하게 되는 것은 일반적으로 국민이 그 법과 사회 질서에 대한 이해를 받아들이거나 또는 개인 시민의 의지에 의해 이루어지는데, Common Law 체제에서는 단지 맹목적인 공포에 의해 복종이 작동된다는 것이다. 그래서 벤담은 이렇게 선언한다. “인간은 오직 제정법에 의해 지배당하고, Common Law에서는 금수들이 지배당한다!”⁸⁵⁾

벤담은 결국 Common Law는 ‘순수한 허구’이며, 제정법은 ‘실재하는 법’이라고 단언한 것이며, 여기에서 실재하는 법이란 논리적으로 완전하며 통합적인 규칙, 즉 법전화되어 체계적으로 정리되고 합리적으로 준비된 그런 통합적인 부분을 말하는 것이다. 그리고 당시의 영국 법체계는 이러한 법전화로 체계를 갖추어 나가야 하고 궁극적으로 자신의 이상적인 ‘pannomion’을 형성해야 한다고 주장하였다.

투고일 2008. 5. 15 심사완료일 2008. 6. 6 게재확정일 2008. 6. 18

⁸³⁾ *Comment*, 153-154쪽.

⁸⁴⁾ *Truth versus Ashhurst*, in Bowring(1843) vol.V, 235쪽

⁸⁵⁾ 벤담의 원고(UC Mss.)에서 인용한 것을 J. Postema(1986) 277쪽에서 재인용; 벤담은 다른 곳에서 이렇게 다시 표현하였다. “성문법은 문명국가의 법, 전통법은 야만인들의 법, 그리고 관습법은 야수들의 법이다.” *Of Laws*, vol.XIII 2, 153쪽 참조.

참고문헌

- 벤담, 이순용 번역, **도덕과 입법의 원리**, 세계사상대전집 28, 1975
- Jeremy Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J.H.Burns and H.L.A. Hart(ed.), University of London, 1970
- _____, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart (The Athlone Press, 1977)
- _____, *Of Laws in General*, ed. H.L.A. Hart (The Athlone Press, 1970)
- _____, *Constitutional Code*, Vol. I, ed. F. Rosen and J.H. Burns (Clarendon Press, Oxford, 1983)
- _____, *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*, eds. Philip Scholfield and Jonathan Harris (Clarendon Press, Oxford, 1998)
- _____, *The Theory of Legislation*, 2 vols., translated by Richard Hildreth, introduced by James Crimmins, (Thoemmes Continuum, 2004)
- _____, *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols. in <http://oll.libertyfund.org>
- Sir William Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England*, The Clarendon Press at Oxford
- H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, 1982.; Ross Harrison, *Bentham*, London, 1983
- _____, “Bentham and The Demystification of The Law”, *The first Chorley Lecture at LSE 1972*. 6. 28
- _____, Ross Harrison, *Bentham*, London, 1983
- _____, George Williams Keeton ed., *Jeremy Bentham and the Law: A Symposium*, Westport, CT: Greenwood, 1970
- David Lieberman, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989
- _____, “Historiographical Review: From Bentham to Benthamism”, *Historical Journal*, vol.28(1), 1985

Douglas Long, *Bentham on Liberty*, Toronto, 1977

David Lyons, *In the Interest of the Governed: A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, London: Clarendon, 1973

Bhikhu Parekh(ed.), *Jeremy Bentham, Critical Assessments*, Routledge, 1993.
vol.I-vol.IV

Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986

Gerald J. Postema(ed.), *Bentham: Moral, Political, and Legal Philosophy* (International Library of Critical Essays in the History of Philosophy), Ashgate Publishing, 2002. vol.I-vol.II

<Abstract>

A Study about the Criticism on the Common Law System and the Construction of Theory of Legislation

Sang Young Lee*

The aim of this study is to arrange and situate Bentham's critical evaluation of Common Law system, to trace the assumptions on the *stare decisis* of Common Law in eighteenth- and nineteenth century in Britain, and thereby to propose(or gain) some useful perspective of the meaning of *stare decisis*. To perceive, at least access to the Bentham's evaluation of Common Law and *stare decisis* in Common Law theory, it is in its nature necessary to understand and conceptualize the line of Bentham's theory of utilitarianism and analytical judicial reasoning. The line of Bentham's thought, based on 'utility', goes in phases further, critique of Common Law — rule(or law) in general — jurisprudence(analytical legal theory) — court and judicial process — legal reform and legislation(legislation and adjudication) — 'Pannomion'('Complete Code of Laws').

Bentham, in his lifelong academic writings, attacked both the practice and the theory of Common Law, so much as he challenged aggressively to natural rights, for example the Declaration of Rights. Bentham's argument and critique of Common Law theory and *stare decisis* in Common Law system focused on two problems. First, although the principle of *stare decisis* has a actual effect and substantial meaning, if it will be consistently, law is and must be, a matter of public standards, publicly declared, publicly authorized and publicly accessible. Second, as his attack to natural rights with the concept of 'fiction of law', he dare to point out that judge-made law in Common Law system is not so much as 'dog law' because it is typically the way one teaches a dog to behave.

Ultimately, maybe Bentham attempted to lay the foundation for the plan of the

* Professor, College of Law, Korea National Open University.

complete body of laws(pannomion) supposing it to be constructed *ab origine*, according to a method of division grounded on natural and universal principles.

Key words: Jeremy Bentham, Common Law, *stare decisis*, utility, concept of law,
Legislation