

〈書 評〉

바티포올 著「法哲學」

Henri Batiffol, La Philosophie du droit, 1960

金 辰

巴里大學의 國際私法의 大家 「앙리·바티포올」 教授가 著述한 「法哲學」을 約2年前 佛蘭西에 滯在하는 동안 速讀한일이 있다. 滯佛時에는 日程이 多忙하였기 때문에 入手한 書籍을 精讀할 機會가 없었었다. 그래서 歸國後 읽어보리라하고 恒常 마음의 한구석에서 反復하고 있었지만 歸國後에는 豫想하지못한 일이 자주 겹쳐서 此日 彼日하다가 단단한 決心을 먹고 책을 펴보기로 하였다.

내가 「바티포올」教授著 「法哲學」에 대해서 特別한 關心을 가진 까닭은 同書의 第四章 「價値의 探求」(Recherche des valeurs)에서 特히 法에 있어서 價値의 重要性을 強調하고 있다는 點이다. 「바티포올」教授는 이 點에 대해서 相當히 實用的인 見解를 開陳하고 있다. 이 點은 滯佛時 「바티포올」教授의 講義를 청강하면서 數次 느꼈거니와 特히 感銘을 받은것은 同教授著 「國際司法의 哲學的側面」(Aspects philosophiques du droit international privé, 1956)였다. 1956年의 同書에서 「바티포올」教授는 價値觀의 一面을 보여주고 있었다.

1956年에 出刊한 「國際私法의 哲學的側面」에서 「바티포올」教授는 法이라함은, 體系的인 것이며 國際私法은 이 法體系間에 調和있는 秩序를 이루면서 法律關係를 準據法으로 送致한다고 하는 形式을 取하면서 實現하는 것이라는 立場에 서고 있다. 그리하여 이 法體系間의 調整에 있어서는 法에 있어서 普遍性을 承認한 후에 目的論的·歸納論的인 方法에 依해야 된다고 하면서 國際私法에 있어서 追求되어야 할 目的의 確定을 試圖하고 있다. 이 目的의 追求에 있어서 「바티포올」教授는 各國의 實定法 및 判例의 흐름을 把握하고 그것이 國際私法의 目的과 如何히 關聯되었는가를 밝혔고 아울러 거기에 內包되어 있는 本質的인 意味를 考察하고 있다. 이와 같은 考察이 公式化되었었다. 同書를 一讀한 者는 누구나 다 그것이 國際私法上의 새로운 體系化를 試圖한것도 아니고, 觀念的인 哲學論도 아니고 오히려 個個의 實定法이나 判例의 움직임을 實證的으로 把握해서 그것을 原理的으로 反省시키고 있다는 것을 짐작할 수 있는 것이다.

× × ×

「바티포올」教授는 「法哲學」에서도 어떤 哲學的 世界觀에서 法의 一般的 概念을 記述하려고하는 態度를 버리고 具體性을 爲主로 하여 法哲學上의 問題點을 提示하였다. 「바티포올」

教授의 價値觀을 考察하기 前에 「法哲學」의 內容을 概觀할 必要가 있다.

「法哲學」은 第1章 「實證主義」(Les positivismes), 第2章 「社會學的 傾向」(L'orientation sociologique), 第3章 「事物의 本性」(La nature des choses), 第4章 「價値의 探求」(Recherche des valeurs)인 全4章으로 構成되어있다.

著者は 第1章의 「實證主義」에서 「칸트」(Kant)가 實證主義라는 哲學의 雰圍氣에 끼친 影響을 論하고 佛蘭西의 註釋學派가 實證主義로 通하는 길을 어떻게 열었는가를 說明하고 있다. 그에 依하면 「形而上學」의 思辯을 排除하고 時間과 空間속에 位置를 차지하는 諸現象을 觀察한다고 하는 態度를 取하는것이 實證主義라고 한다. 이와 같은 實證主義가 法律에 價値를 附與하는 것이 立法者의 意思라는 意思主義의 浸透를 받았다. 그리하여 法の 生命은 經濟的·道德的·心理的인 諸要因이 內包된 社會關係를 規律하는데 있으며 이것을 法の 對象에서 除外하면 法을 理解할 수 없으리라고 한다.

法을 考察함에 있어서 社會的 現實을 檢討해야 한다고 「바티포울」教授는 力說하면서 그 分野에 있어서 理論의 進化를 說明하고 있다. 그리하여 法과 社會生活과의 關係를 明白히 效果의으로 表示한데 社會學的 傾向의 長點이 있다는 點을 力說한 후 그러나 社會學的方法을 모든 面에 있어서 充分하다고 할 수 없다고 한다. 法은 現在있는 것(posé)이며 同時에 있어야 될 것(doit être)의 것이다. 法哲學의 問題의 하나는 이 實定性(positivité)와 正義의 具現(l'aspiration à la justice)을 옮겨 構成하는데 있다. 社會學的方法은 結局 社會的인 複合物속에 깊이 묻혀 있는 것을 探求해 내지 않으면 안된다는 方向으로 理論을 展開한다.

이와 같은 意味에서 法은 事實의 觀察속에서 成立한다는 見解가 成立하였다고 著者は 說明하며 이것은 自然法의 理念에서 나오는 基本的인 直觀의 뒷받침을 받아야 한다고 하였다. 自然法은 法속에 事實의 檢證단을 認定하는 社會學法인 傾向을 가진 사람들에 대해서는 그들이 果然事實의 意味를 追窮해서 事物의 眞正한 性質을 表明하고 있는가 어떤가를 反省시킨다. 自然法은 規範的인 것과 現實과의 關聯을 考慮하는 것으로서 그것을 混同하는 것도 아니요 無關係하다고 하는 것도 아니다. 勿論 自然法의 理念은 經驗的인 探求에 依해서 恒常 法化하는 것이다. 이와같은 經驗的인 探求는 經濟的·社會的 發展에 依한 새로운 問題의 增加와 더불어 重要性을 가지는 것이며 價値의 問題라는 形式을 取하면서 多少 意識的으로 問題가 되어나간다. 卽 價値의 探求가 오늘날의 法的 中心課題라는 方向이라는 것을 明示하고 있다.

價値論을 展開하기 前에 著者は Jhering의 有名한 말 「目的이란 完全한 法の 造物主다.」(Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts)를 引用하면서 Pound, Stone, Hart의 見解를 이와 같은 目的論에 비추워서 反省해 보기도 한다. 그리하여 세가지의 價値로 安全性(la sécurité), 正義(la justice), 公益(l'utilité)을 들고 그것이 「法的 構造의 세가지 可能的인 目標

이다」(trois finalités possibles de la construction juridique)고 하였다.

以上の 세가지 價値에 대해서 著者は 다음과 같이 說明한다. 安定性은 人間이나 人間の 自由를 單純히 尊重한다는 것이 아니라 一定한 規範體系를 찾고 있는것이다. 卽 行爲의 結果에 대한 豫測可能性을 必要로 한다. 安定性을 가지고 決心의 最終的 基準이라고 主張하는 學者도 있지만 安定性이란 決코 充分한 것이 못된다. 왜냐하면 좋지못한 規範이나 좋은 規範이나 모두 安定한 것이 될수있기때문이다. 法의 方法論의 重要한 問題의 하나는 集團이 集團에 대해서 義務를 課하는 諸原理를 왜 어떻게 構成하는가를 규명하는 것이다. 不正한 秩序는 無秩序이며 全體를 위해서 個人을 破壞하는 것은 그것은 秩序를 確立한 것이라 할 수 없는 것이다. 規範이 安定性을 위해서 正當한 利益을 危險케한다면 그것은 全體의 善을 위해서 構成되어야 할 社會의 一成員을 犧牲하게 되는 것이다.

第二의 價値인 正義에 관한 著者の 見解를 要約하면 다음과 같다. 卽 正義의 理念을 強調한다는 것은, 共同生活에 있어서의 個人의 尊嚴性 그리고 具體的인 事案에 있어서 衡平의 理念을 具現시키자는 것이다. 이와 같은 個人의 尊重은 社會에 있어서의 個人의 役割을 생각하지 않으면 아니되는 것이나. 따라서 正義의 觀念은 共同生活 및 共同生活의 目的의 概念과 不可分の 關係가 있다는 것이다.

公益이란 價値를 좀더 具體的으로 表現하기 위해서 著者は 普遍善(bien commun)이란 用語를 使用하고 있다. 普遍善이란 觀念이 全體主義와 野合이 되어 있다는 것을 著者は 是認하면서 普遍善의 理念은 潜在的으로 全體主義를 忌避하고 있다고 한다. 卽 法은 社會의 이름으로 定立되고 社會生活을 위해서 奉仕해야하지만 社會生活 그 自體가 目的이 아니라 人間の 價値가 最高이며 社會生活에 있어서 그 價値를 開發해야 한다는 것을 잊어서는 아니된다. 普遍善의 名目下에 道德的으로 正當化시킬 수 없는 犧牲이 課해졌을 때 그것은 拒否된다. 人間の 唯一한 權利는 理性的 存在者로써 取扱되는 것을 要求한다는 點에 있다고 한다. 그러기 때문에 普遍善은 正義를 探求하는데 있다고 할 수 있다. 他人의 善을 위해서 犧牲이 되어 있다고 생각되는 것과 같이 道德的으로 容納되지 아니하는 것을 個人에게 命할 수 있다. 立法者는 그와 같은 感情을 그의 權限으로 均衡시키는 權利와 義務를 가지는 것이라고 한다.

以上과 같은 세가지의 價値를 著者は 個人과 社會間에 各各의 要求를 調和시키는 方途로써 援用하고 있다.

最近「에로오」教授(Guy Héraud)는「現代 佛蘭西法哲學에 관한 考察」(Regards sur la philosophie du droit Française Contemporaine, Le droit Français, t. II, 522-3, 1960)에서 佛蘭西法哲學의 傾向으로서 理念主義(idéalisme), 社會學主義(sociologisme), 實證主義(positivisme)의 세가지를 들고 있다. 前二者에 出發點에 있어서 根本的으로 對立하지만 兩者 모두

다음과 같이 融和시킬 수 없는 法二元論을 展開시키고 있다고 한다. 兩者는 結果적으로 接近하는 傾向이 있다는 것이다. 그리하여 實定法과 並立시켜서 그것에 優越하는 것으로서 그것만이 眞正한 法이며 價値의 源泉이라고 하는 또 하나의 法이 나타난다. 이 優越하는 法은 理念主義者에 依하면 神學的인 思考方式 또는 合理的 道德(morale rationnelle)에서 導出된다고 한다. 社會學主義에게는 그것은 社會意識의 分泌物(sécrétion)에 지나지 않다고 한다. 第三의 潮流인 法實證主義는 一元論이다. 實定法(droit positif) 以外에는 法이 없다. 實證主義者는 이와 같은 것을 極力強調하고 있기 때문에 法이라는 말에 實定的이란 形容語를 附加할 必要가 없다고까지 말한다. 그들은 그것을 가지고 非論理的이지만 實際上 必要한 非實證主義에 대한 讓步라 본다.

以上이 「에로오」教授의 觀察이며 그는 理念主義者와 社會學主義者의 區別을 明示해주고 있다. 이렇게 보아오면 「바티포울」教授의 法哲學도 理念主義에 속한다고 할 수 있다. 왜냐하면 그는 第2章 「社會學的 傾向」에서 社會學派는 法과 社會生活과의 關係를 明白히 提示하는데 功이 있다는 것을 認定하고 있다. 卽 經濟的 發展에 의해서 法이 老朽化해서 法學者가 그것을 위해서 方法論의 問題를 自省하기 始作하였고 19世紀 以後 나타난 判例 속에서 發見되는 社會的 實情과 法과의 遊離를 指摘하게 됨으로써 社會學的인 方法論이 展開되었다고 하였다. 그리하여 「구루빗취」(Gurvitch)에 의해서 法은 社會生活에 있어서 自生的인 產物이라고 하는 社會學派의 中心的인 主題에까지 發展시켰다는 것을 是認하고 있다. 그러나 社會學的 主義는 法이 現在 存在한다는 것과 있어야 된다는 것을 잊어서는 아니 된다고 한다. 따라서 社會學的 傾向은 社會的인 複合物的 深層속에 있는 것을 探求하는데 우리를 引導하기는 하지만 그 自體가 解答이 아니라고 하였다.

「에로오」教授의 分類에 따라서 「바티포울」著 「法哲學」을 理念主義에 包含시켜도 좋을 것이다. 그렇다고 해서 거기에서 神學的인 理念主義를 찾을 수 있다는 것이 아니라 倫理的 理念主義(L'idéalisme éthique) 또는 合理的 道德의 理念을 認識할 수 있다. 그는 말하기를 道德은 人間인 限度內에 있어서 人間의 善을 追求한다. 法이 社會에 있어서 人間의 行爲를 規律한다는 것이라고 하더라도 法은 人間으로서의 行爲를 無視할 수는 없다. 그리하여 市民 法은 法秩序와 價値와의 關係에 있어서 無條件 課해지고 있다는 感情을 市民들이 가진다는 形式을 取하면서 存在하여야 한다고 하였다.

× × ×

以上과 같이 「바티포울」著 「法哲學」에 대한 考察을 通해서 筆者는 「바티포울」教授가 主張한 價値의 探求가 오늘날의 法的 中心課題라한데 대해서 贊意를 표하고 싶다. 특히 個人과 社會가 各各 表示하는 要求를 調和시키는 役割을 한다는 것이 세가지의 價値——卽 安定性, 正義 그리고 普遍善이라는 것을 主張하고 있는 點이 大端히 興味를 가지게 한다. 그러나 그

의 理論은 아직까지 相當히 抽象的이다. 例컨데 道德的인 價値感情에 反하는 것과 같은 犧牲을 拒否한다고 하더라도 그것이 實定的으로 如何히 可能하며 또 可能하다고 누가 判斷하는가, 著者が 主張하는 바와 같이 行爲의 規範이 現實의 觀察에 基礎를 두는것을 可能케하기 위해서는 自然法의 理念에 서나오는 基本的인 直觀을 云云한다면 아마 價値라는 것이 그것과 直接連結되어서 抽象性을 띠우게 되었을지 모른다.

法을 說明할 때 法的 安定性이라든지 正義의 具現 云云하는 概念은 恒時 있는 것이며 經驗主義的인 方法論에 익숙한 普通法의 法學者들이 恒常 論하는 概念이다. 普遍的 善 또는 公益이라는 概念도 近來 多數 對 少數間의 紛爭에 있어서 兩者間의 利害關係의 解決策의 始發點으로서 恒常 論해지는 問題이다. 이렇게 보아 오면 「바티포울」教授의 價値論에 대해서 注文해야 할 것이 많을지 모르겠다. 좀더 具體性을 띠우기 위해서는 普遍善을 目標價値로 삼고 그것을 說明하기 위한 基礎價値로서 抽象性을 띠운 安定性과 正義를 뒷받침 할 수 있는 具體性을 띠운 諸價値를 案出했어도 좋았을 것이 아니었던가, 勿論 그와 같은 基礎價値로서는 우리가 容易하게 操作할 수 있는 概念을 案出해 낼 수 있을지 모른다.

127 面의 小冊子에서 이와 같은 것을 全部 要求하는 것은 無理일지 모르겠지만 著者が 그의 問題意識을 通해서 指摘하고 있는 諸問題點은 널리 法哲學上의 問題點인엔 틀림이 없다.

끝으로 附記해 둘것은 法哲學上 佛蘭西에서 價値論(axiologie)을 主張한 것은 「바티포울」教授가 처음이아나라는 點이다. 1929 年 「보오날」(Roger Bonnard)가 價値를 分類해서 主觀的인 것과 客觀的인 것을 들어서 그것을 法理論에 結付시켜 보려는 努力을 하였고 最近에는 「루비엘」(Paul Roubier)이 그의 著書 「法の 一般理論」(Théorie générale du droit, 1951, Paris)에서 法的安定性(la sécurité juridique), 正義(la justice)와 社會的進步(le progrès social)의 세가지의 價値를 들어서 說明하고 있다. 그는 社會的 進步속에 幸福(la bonheur), 衣食(la subsistance), 豐富性(l'abondance), 文化(la culture)等を 包含시키고 있으며 秩序, 正義進激가 價値의 階層을 明示해 주고 있다고 하였다.

<筆者·서울法大 副教授>