

〈書 評〉

Legal Positivism

—Its scope and limitations, 1963

By Samuel I. Shuman

Wayne State University Press 259 面

劉 基 天*

本書는 美國 Wayne State University 의 法哲學擔當教授인 Samuel I. Shuman 博士가 1956 ~7年 Harvard Law School에 研究教授로 와 있는 동안 Harvard 의 Fuller, Oxford 의 H.L.A. Hart 등 著名한 法哲學者들과 接觸하면서 記述하여 두었던 Manuscript 를 中心으로 現代 法實證主義 理論을 批判的 立場에서 다룬 冊子이다. 著者が 그 序文에서 밝힌 바와 같이 그는 Harvard 에 있는 동안 Fuller, Hart, Julius Stone, Dawson, Carl Friedrich, Ronald Graveson 등, 法哲學 乃至 政治哲學 領域의 諸著名한 人士들과 直接 contact 하였을 뿐만 아니라, 後에 Rockefeller Foundation 의 grant 로 西獨에 가서, 獨逸의 法哲學教授들과 戰後 西獨에서 擡頭되고 있는 新自然法理論에 대한 共同研究를 한 후, 마치 第一次大戰 以後에 Léon Duguit 가 그 學說을 變更하듯이, Gustav Radbruch 가 第二次大戰 以後에 또한 그 立場을 고치어, 法實證主義에서 自然法論으로 變動한 樣相을 附錄으로서 Natural Law Fifteen Years After The Zero Hour 란 title 밑에 收錄하고 있다.

筆者가 著者를 처음 만나기는 勿論, 1956年 여름이었고, 그 때 筆者는 Harvard 를 떠나려 하던 때이니만큼 著者と 깊은 交際를 가질 時間의 餘裕가 없었으나, Common Interests 를 가지고 있는 兩者間에는 比較的 가까운 友情이 成立되었었고, 昨年 7月 希臘 아테네에서 열렸던 「法을 통한 世界平和大會」에서 偶然히 다시 相逢하였을 때에는 적지 않은 즐거움으로써 서로 舊情을 나눌 수 있었다. 그 때에 著者는 로마大學에서 法哲學講義를 하던 途中 上述한 世界平和大會에 왔던 次라고 말하면서 至今 書評의 對象이 된 그의 著作에 관하여 筆者의 意見을 물음으로, 筆者는 아직 읽어본 일이 없다고 하니, 昨年 가을에 本書를 筆者에게 贈呈하였었다. 本書는 現代法實證主義를 다룬 冊子中에는 가장 銳利하게 分析한 바 있는 力作으로서 時間과 紙面이 許諾하는대로 詳細히 報告하고 싶으나 우선 紙面의 制約이

* 서울大學校法科大學 學長・司法大學院 院長

분하므로 모두 略하고 本書의 줄기 및 大要만 簡略히 報告하고 좀더 希望되는 點을 또한 몇 가지 적어보기로 한다.

本書의 構成을 大別하면, Introduction 과 八章으로 區別된다. Introduction 에 있어서는 英美法界에 있어서 傳統的으로, 歐洲 其他 다른 外國에 比하여 越等하고 強力한 法曹人의 集團이 일찍부터 發展되었으므로 法學의 發達은 演繹的인 體系的 方法에 의하여서가 아니라, 歸納的인 事件法의 方法으로 行하여졌다는 事實부터 吾人은 먼저 理解하여야 한다. 따라서 英美法界에 있어서도 自然法思想이 連綿하게 支配的 役割을 해온 것은 事實이지만은 그러나 거기에 이른바 自然法은 傳統的인 功利主義的 哲學과 歷史主義의 Framework 를 떠날 수가 없었다. 人間의 固有한 權利, 所謂 inalienable rights of man 은 人間 또는 神의 本性에서 오는 것이 아니라, 英國民의 鬪爭史에서 引出된다. Coke 의 이른바 「理性이 法の 生命」(Reason is the life of the law)이란 maxim 과 Holmes 의 有名한 「法の 生命은 論理가 아니요, 그것은 經驗이다」(The life of the law has not been logic: it has been experience)란 것은 表見上 正面 衝突하는듯 보이지만 Coke 의 “reason”과 Holmes 의 “logic”을 同一視하여서는 아니된다. 英美法界에서는 一方 強力한 自然法思想이 擡頭되고 있었던 것은 事實이지만은 그러나 거기에는 어디까지나 a case-law oriented approach 가 그 底流를 形成하였고 좀더 根本的으로는 英國에 있어서 utilitarianism, 美國에 있어서 pragmatism 의 影響下에서 發展되어 왔기 때문이다. 이에 反하여 大陸에 있어서는 일찍부터 自然法思想이 發展하여 Rome 에서는 jus gentium 을 展開시켰고, 그 후 註釋學派에 이르러는 神學의 影響을 깊이 받은 關係로 인하여 한걸음 더 演繹的 體系的인 方法이 優勢하게 되지 않을 수 없었다. 그러나 아무리 英美法界에 있어서의 反自然法의 要素를 上述과 같은 見地에서 指摘해 본다 손치더라도, 가장 自然法思想의 發展을 抑制해 온 것이 分析學派를 爲始한 法實證主義思想임에는 틀림이 없다. 이 法實證主義에 대하여 가끔 混同이 엿보이므로 우선, 法實證主義와 分析學派가 반드시 同一하지 않음을 明白히 하여야 한다.

第一章 The Identification of Discernables 에서는 例하면 Friedmann 을 爲始하여 多數의 學者들이 Austin 中心의 分析學派를 positivism 속에 넣고 있으나 Legal positivism 과 positivism 은 반드시 同一物이 아니고, 特히 分析學派는 法の 本質에 관한 理論이 아닌데 反하여 法實證主義는 바로 그것이란 點에서 兩者는 嚴格히 區別하여야 한다. 分析學派는 法이 무엇이나 함을 單純히 說明하고 있는데 不過하다. 兩者를 區別하는 標準으로 첫째로 Ia 「法과 道德의 分離」 Ib 「法은 主權者의 命令」을 세우고 判斷하면, 法實證主義는 Ia 를 認定하지만은 Ib 를 否定하는 點에서 分析學派와 區別되고, 다음 IIb 「法과 道德의 分離」 IIa 「道德의 本質에 관한 見解」란 標準을 세우고 判斷하면 Austin 및 St. Augustin 등은 IIb 를 否定하는 點에 法實證主義가 아닌데 反하여 Kelsen 은 法과 道德의 關係에 관한 見解를 表明하였을 뿐

만 아니라 道德의 本質에 관한 一定한 立場, 卽 noncognitivism의 立場이란 意味에서 法實證主義에 屬한다. 그럼에도 不拘하고 法實證主義와 analytical jurisprudence를 混同하는 根本理由는 두 가지 面에서 생각할 수 있다. 그 하나는 法の 根本原理를 따지기 위하여 不可避한 自然法思想을 兩者가 排擊하고 있기 때문에 兩者는 同一物로 보기 쉽게 될 것이오, 또 다른 하나는 絶對的인 價値觀을 세우기 위하여 不可避한 絶對的 價値論을 兩者가 모두 否定함으로 인하여 兩者를 同一視하게 될 것이다. 이리하여 結局 確實性을 찾아보겠다는 兩者의 態度 때문에 兩者自體에 대한 混同을 齎來하고 말았다.

第二章 Why legal theories에서는 두 가지 問題, 卽 ① 왜 legal theory가 必要한가 한 問題와 ② 價値判斷이 어떻게 되는가 한 問題를 다룬다. 前者에 있어서는 確實性의 追求가 그 根本이 되고, 따라서 predictive capacity가 많으면 많을수록 더 좋은 理論이 된다는 結論이다.

다음 價値判斷에 관한 說明으로서는 다섯 가지 點이 問題이다. ① 問題點이 갈라지는 標準에 관하여 Austin은 不幸하게도 命令과 服從의 關係에서 論하였고, ② 妥當性의 根據에 관하여 Kelsen은 規範形式論理에 局限하였고, ③ 法構造의 個別化節次에 관하여는 法律判斷에 있어서의 價値判斷의 作用을 度外視하였고, ④ 法命令의 法正義와의 關係에 있어서는 價値判斷의 考慮와 價値評價基準에 대한 說明이 必要하고, ⑤ 正義란 무엇인가에 관하여는 果然 沒價値判斷이란 있을 수 있는가. 道德的 判斷을 隨伴치 않는 法律的判斷이 可能한가 等等 見地에서 이를 論하여야 한다고 본다.

第三章 Ethics and Obligation에서는 法實證主義와 不可分의 關係를 가진 non-cognitive ethics가 法과 道德의 關係를 어떻게 說明하는가를 檢討하기 위하여 現代道德論의 分析으로 들어간다. Kurtz가 The Problems of Value Theory에서 指摘한 바와 같이 現代價値論은 經濟學에 있어서 所謂 壠地利學派에 의하여 開拓되었다고 보아도 過言이 아니다. 卽 Brentano, Meinong, Ehrenfels 等等의 錚錚한 壠地利學派에 의하여 始作되었고, Ayer나 Stevenson이 命名한 바와 같이 이러한 現代價値論은 Metaethics(倫理外理論)라고 할 수 있다. 主로 道德的 命題에 관한 研究보다도 規範 및 規定의 作用에 關心을 두고 있기 때문이다. Kant 以下 道德哲學者들이 道德律의 根元을 찾으려고 努力하였는데 反하여 Metaethics 信奉者들은 道德律의 根據를 찾기보다도 道德的 經驗의 性質을 模寫함에 滿足한다. 그러므로 그들에 의하면 “價値”란 한낱 主觀的인 “好不好”의 問題, 卽 Dewey의 이른바 “selective-rejective” behavior 以外的 아무 것도 아니다. 이런 立場에서 보면 “義務”란 아무 道德的인 客觀性의 基盤이 있는 것이 아니다. 그러므로 價値의 客觀化努力을 通하여 Intuitionism은 “義務”란 概念의 基礎를 提供하려고 努力하게 된다. 이것이 法哲學의 領域에 들어오면, 法을 지킬 “義務”의 根據는 法 以外에 아무 것도 아니라는 Noncognitivism의 結論이 나오게 되

없다. ② 道德이 아무리 重要的 役割을 한다고 하여도 ultimate moral principle 을 辯護할 合理的 根據가 없다는 點에 歸着된다. 그러나 이 第 ② 命題 때문에 法實證主義를 moral nihilism 이라 稱함은 無論 誤謬이다. 哲學上의 絕對主義와 政治上의 絕對主義 또는 哲學上의 相對主義와 政治上의 相對主義間에 어떤 連關이 있는 것은 아니다. 오직 心理學的으로 볼 때에 相對主義者는 絕對主義者보다 그 信念擁護에 熱度에 差가 있을 수 있을 뿐이다. 戰後에 美國에 있어서나 歐洲에 있어서 新自然法論이 다시 擡頭하게 되는 理由는 全體主義의 橫暴 밑에 呻吟한 바 있는 人類는 法の 目的이 人類의 平和的 共存에 있으며 이 目的에 奉仕할 어떤 原理를 다시 찾아보자는 데 있다고 思料된다.

以上이 粗雜하나마 Shuman 의 Legal positivism 의 大要이다. 著者は 上述한 바와 같이 現代 legal positivism 을 棉密히 分析한 후 그 sub-title 이 表示하는 바와 같이 legal positivism 의 範圍와 限界를 밝히고 人類의 學的活動이 있는 以來 太古부터 連綿하게 發展하여 온 이 와 對立된 自然法論을 일일이 檢討한 후에 이를 크게 보아 substantive natural law theories 와 procedural natural law 를 區別한 後 後者를 代辯하는 學者로서 Fuller 를 紹介하고 또한 그를 批判하였다. Fuller 의 이른바 “inner morality of law”라 함은 法內在的인 原理를 세울 으로서 法, 非法의 標準을 查할 方法으로서 이를 “eunomics”라고도 稱하지마는 著者は 이를 一步 더 극복하여 새로운 意味의 自然法을 모색하고 있음이 明白하다.

그러나 筆者의 見解에 의하면 著者は 現代哲學에 대한 깊은 理解를 가지고 있음에도 不拘하고 結論을 서두는 나머지 用語의 正確性이 缺하여 있는 點을 指摘하지 않을 수 없다. 例하면 著者が Communist philosophy 는 anti-positivism 이라고 云謂(本書 200 面 參照) 하면서 一旦 philosophical positivism 과 legal positivism 을 區別 分析함은 可하나, criminological positivism 에는 전혀 言及이 없음은 그 例이다. 後者は 前二者와 意義를 달리 할 뿐만 아니라 共產主義體系의 立場에서도 criminal positivism 과는 긴밀한 相關關係가 있고, 또한 NEP 時代와 그 以後의 Communist philosophy 는 반드시 同一하지 않다. NEP 時代에 있어서는 蘇聯刑法은 오히려 Criminal positivism 의 立場이 鮮明히 보이고 오직 Fervi 의 影響의 有無에 관하여 「피온토스키」와 같이 異論을 主張하는 者가 있기는 하지만 positivism 의 立場인 에는 異論이 없다. 또한 1936 年 以後의 蘇聯의 刑法은 반드시 legal positivism 을 否認하는 지 疑問이다(Berman, Justice in Russia, Harvard University Press, 1950 pp. 27~47 參照).

수일에 있어서의 法哲學은 Semantics 의 問題를 먼저 正確히 다루면서부터 始作하여야 함은 벌써 常識에 屬한다. 著者が 在來의 legal positivism 과 natural law theory 를 Semantic analysis 의 角度(本書 202 面 參照)에서 다루고 있음은 좋으나, 좀더 銳利한 分析이 있는 然後에 結論이 있어야 할 줄 믿는다.

부른다. 마지막으로 最近에는 法에 必要한 條件을 人性에서도 아니요, 社會의 本性에서도 아니요, 法自體의 nature에서 찾으려 한다. 法과 非法을 區別할 수 있는 法內在의 그 무엇을 Fuller는 “inner morality of law”라고 부른다. 다음 후에 있어서는, 우선 前二者에 대한 說明을 한 후에 結論으로 들어가기로 한다.

第七章 Ultimate goals, the nature of man, and science에서는 自然法論의 여러가지 立場을 分析하고 이를 整理한다. 在來의 自然法論은 이를 綜合하면, 그 根據로는 (1) 神, (2a) 分析的으로 自명한 原理, (2b) 綜合的으로 自명한 原理, (3) 綜合的 a priori, (4a) 事實로부터의 窮極的 價値演繹, (4b) pseudo fact로부터의 窮極的 價値演繹 등을 區別할 수 있고, St. Thomas는 (1)을, Ross는 (2)를, E. Cahn은 (3), Hobbes는 (4a), Grotius는 (4b)를 各各 代辯한다고 본다. 이를 綜合하면 man qua man의 本性에서 ultimate goal을 찾겠다는 立場과 man qua member of society의 그것에서 찾으려는 두 立場으로 大別되고, Durkheim이 後者를 代辯하는가 하면 Methodological individualism은 前者를 代辯한다. 그러나 窮極的으로 嚴密히 觀察하면 自然法論이나 法實證主義나가 모두 窮極的인 原理를 위한 emotive한 vindication以外에 아무것도 아니라는 것이 된다면 왜 實體的 自然法論은 法實證主義처럼 倫理 혹은 法的 相對主義에 依據치 않고, nonemotive한 vindication을 敢行하지 못하는가? 여기에 答하려는 것이 Fuller의 所謂 “the moral and emotional foundations of positivism”이요, 著者は 이를 “politics of philosophy”라고 命名한다.

第八章 The politics of philosophy에서는 著者は 哲學이 前者, 政治를 包含한다면 벌써 哲學이 아니라는 立場을 鮮明하고, 이와 正反對의 立場 卽 Soviet의 立場은 政治를 包含하지 않는 哲學은 百害無益하다고 본다. 이런 見地에서 Communists는 우선 philosophic positivism을 西方國家의 哲學的墮落이라고 본다. 1830 Comte의 著述以來 哲學上의 實證主義는 勿論 法實證主義(legal positivism)와 聯關性을 갖고 있고, 이런 意味에서 legal positivism은 一方, 民主主義 政治觀에 antithetical할 뿐만 아니라, 他方 Communists에 의하여 또한 排擊을 받는다. Communists는 法과 道德을 區別치 않고 道德은 法の 敎師로서 役割하여야 한다고 본다. 이는 一種의 顛倒된 自然法(inverted natural law) 理論이다. 이를 再言하면 法實證主義가 一方 anti-totalitarians에 의하여 排擊되고, 他方 Communists에 의하여 論駁 當하고 있는 根本理由는 法の 本質에 대한 legal positivism의 見解가 어디까지나 政治的 中立性(political neutrality)에서 오기 때문이다. 이런 理論의 難點은 事實上으로도 그 結果를 齎來하여 戰前 獨逸에 있어서 Nazis의 出現에 法實證主義가 적지 않은 役割을 한 것은 숨길 수 없는 事實이다. Hitler는 暴力에 의하여 政權을 掌握하였던 것이 아니요, 「合法한」(?) 節次를 通하여 이른바 「合法한」 統治權 行使를 한 것이 된다.

法實證主義는 이를 要約하면 (1) 法과 非法을 區別하는 標準은 moral criteria에 의할 수

없다. ② 道德이 아무리 重要な 役割을 한다고 하여도 ultimate moral principle 을 辯護할 合理的 根據가 없다는 點에 歸着된다. 그러나 이 第 ② 命題 때문에 法實證主義를 moral nihilism 이라 稱함은 無論 誤謬이다. 哲學上의 絕對主義와 政治上의 絕對主義 또는 哲學上의 相對主義와 政治上의 相對主義間에 어떤 連關이 있는 것은 아니다. 오직 心理學的으로 볼 때에 相對主義者는 絕對主義者보다 그 信念擁護에 熱度에 差가 있을 수 있을 뿐이다. 戰後에 美國에 있어서나 歐洲에 있어서 新自然法論이 다시 擡頭하게 되는 理由는 全體主義의 橫暴 밑에 呻吟한 바 있는 人類는 法の 目的이 人類의 平和的 共存에 있으며 이 目的에 奉仕할 어떤 原理를 다시 찾아보자는 데 있다고 思料된다.

以上이 粗雜하나마 Shuman 의 Legal positivism 의 大要이다. 著者は 上述한 바와 같이 現代 legal positivism 을 棉密히 分析한 후 그 sub-title 이 表示하는 바와 같이 legal positivism 의 範圍와 限界를 밝히고 人類의 學的活動이 있는 以來 太古부터 連綿하게 發展하여 온 이와 對立된 自然法論을 일일이 檢討한 후에 이를 크게 보아 substantive natural law theories 와 procedural natural law 를 區別한 後 後者를 代辯하는 學者로서 Fuller 를 紹介하고 또한 그를 批判하였다. Fuller 의 이른바 “inner morality of law”라 함은 法內在的인 原理를 세움으로써 法, 非法의 標準을 找겠다는 方法으로서 이를 “eunomics”라고도 稱하지마는 著者は 이를 一步 더 극복하여 새로운 意味의 自然法을 모색하고 있음이 明白하다.

그러나 筆者의 見解에 의하면 著者は 現代哲學에 대한 깊은 理解를 가지고 있음에도 不拘하고 結論을 서두는 나머지 用語의 正確性이 缺하여 있는 點을 指摘하지 않을 수 없다. 例하면 著者が Communist philosophy 는 anti-positivism 이라고 云謂(本書 200 面 參照) 하면서 一旦 philosophical positivism 과 legal positivism 을 區別 分析함은 可하나, criminological positivism 에는 전혀 言及이 없음은 그 例이다. 後者は 前二者와 意義를 달리 할 뿐만 아니라 共產主義體系의 立場에서도 criminal positivism 과는 긴밀한 相關關係가 있고, 또한 NEP 時代와 그 以後의 Communist philosophy 는 반드시 同一하지 않다. NEP 時代에 있어서는 俄國刑法은 오히려 Criminal positivism 의 立場이 鮮明히 보이고 오직 Fervi 의 影響의 有無에 관하여 「피온토스키」와 같이 異論을 主張하는 者가 있기는 하지만 positivism 의 立場임에는 異論이 없다. 또한 1936 年 以後의 俄國刑法은 반드시 legal positivism 을 否認하는 지 疑問이다(Berman, Justice in Russia, Harvard University Press, 1950 pp. 27~47 參照).

수일에 있어서의 法哲學은 Semantics 의 問題를 먼저 正確히 다루면서부터 始作하여야 함은 벌써 常識에 屬한다. 著者が 在來의 legal positivism 과 natural law theory 를 Semantic analysis 의 角度(本書 202 面 參照)에서 다루고 있음은 좋으나, 좀더 銳利한 分析이 있는 然後에 結論이 있어야 할 줄 믿는다.