

法感情의 社會科學的 診斷*

만프레드 레빈더
(Manfred Rehbinder)

거의 100年 동안 法學者들은 法感情의 “性質”과 法의 正當性保障이라는 法感情의 役割에 관한 論爭에서 隣接學問의 도움을 기다려 왔다. 오늘날까지 줄어들 줄 모르고 계속되는 이 論爭은 중요한 獨逸法學者 Rudolf v. Jhering이 1884년에 비인 法律家協會에서 행한 “法感情의 發生에 대하여(Über die Entstehung des Rechtsgefühls)”⁽¹⁾라는 강연으로 法律家社會에서 시작되었다. 이 강연에서 Jhering은 人間에게 生得的인 法의 尺度가 있다고 주장하는——그에 의해 Helmholtz와 관련하여⁽²⁾ 명명된——生得說(Nativismus)과 싸웠으며, 다음의 核心命題를 대립시켰다: 즉 “法感情이 法을 만드는 것이 아니라, 法이 法感情을 만든다”.⁽³⁾ 法學者들 사이에 이런 論爭이 생긴 것에 대해서는 說明이 必要하다. 非法律家에게는 法感情이란 法律家가 근본적으로 필요로 하지 않는 法學外部人의 소권인 듯이 보일 것임에 틀림없다. 그러나 法律家は 그의 法을——일반적으로 적어도——알아야 하며 혹은 발견할 줄 알아야 할 것이다. 이 점에 있어서 法律家は 무엇을 위해 感情을 필요로 하는 것일까?

1. 法學에 있어서의 法感情의 位置

유감스럽게도 法律家は 그의 操縱裝置(Steuerungsinstrumente)인 “法”의 고도의 合理性에도 불구하고(그 자신의 感情이든 他人의 感情이든), 感情의 介入에서 벗어날 수가 없다.

a) 規範創造에 있어서

이러한 事實은 操縱裝置인 法이 구체적인 문제를 해결하기 위해 적당한 法規範을 제시하지 않는 경우에 가장 잘 나타난다. 이 때 法律家は 立法者로서 새로운 規範을 창조해야 하며, 法欠缺(Rechtslücken)의 경우 法適用者로서도 다른 선택은 없는 것이다: 즉 그는 立法者와 마찬가지로 새로운 規範을 定立해야 한다.⁽⁴⁾ 法律家は 그의 人格構造와 그가 모색하는 法

* 이 논문은 현재 스위스 추리히大學 教授요 西獨 프라이부르크大學 名譽教授인 만프레드 레빈더博士가 1981년 9월 22일 서울法大 模擬法廷에서 행한 강연(通譯: 崔鍾順), Fragen an den Nachbarwissenschaften zum sog Rechtsgefühl을 번역한 것이다.

(1) *Österreichische Juristen-Zeitung* 7 (1884), S. 121ff.

(2) Hinweis von Michael Bihler, *Rechtsgefühl, System und Wertung* 1979, S.3 N.9.

(3) R.v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 1. Aufl. 1877, S. XIII.

(4) 스위스 民法典 1條 2項: Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

規範의 規律對象에 따라, 그의 直觀에 기하여 스스로 올바른 해결을 “발견한다.” 그리고 나선 이 感情을 추후의 行爲로 “法律的으로”(juristisch), 즉 合理的으로 근거지우려 노력한다. 아니면 그는 처음에는 일정한 해결에 대하여 감을 잡지 못하고 있다가 問題領域을 合理的으로 탐구하고 일정한 合理的 觀點에 의하여 일정한 해결에 도달하게 된다. 그리고 나선(나소간 만족하여) 이 해결을 올바른 것으로 느끼고 다른 것도 그에 가깝게 해결하려고 노력한다. 비록 그가 —매우 “技術的인” 法規定에 있어서— 도대체 아무 것도 느끼지 못하는 경우에도 항상 他人의 法感情을 계산해야만 한다. 따라서 새로운 規範의 創造에 있어서, 그 規範이 拘束的이어야 한다면, 法感情은 아주 실제로 중요한 역할을 수행한다. 나아가 法感情은, 規範이 社會內에 즉 法受領者와 法共同體의 構成員에 있어서 뚜렷한 法感情에 대립될 경우 준수될 可能性을 거의 갖지 못할 때에도 고려되어야 한다.

b) 規範適用에 있어서

法受領者와 여타 法共同體構成員들의 法感情이 法規範의 實現에 있어서 장애가 되거나 혹은 도움이 되기 때문에 계산에 포함시키는 이와같은 結果考慮는 그러나 새로운 法規範이 定立되는 것이 아니라 既存의, “發見된” 法規範이 適用되는 規範適用에 있어서도 역할을 한다. 既存의 規範에 있어서 이러한 結果考慮의 正當性은 네가지의 고전적인 法律家의 解釋方法 중의 네번째의 것, 그리고 通說에 의하면 決定的인 것에서 밝혀진다. 既存의 法規範은 文理的 해석, 歷史的 해석, 體系的 해석, 그리고 目的論的 解釋으로 해석될 수 있다. 目的論的 解釋은 法律의 目標, 즉 법률의 意圖를 가장 훌륭하게 實現하고자 한다. 目的論的 解釋은 따라서 抽象的 規定을 어떻게 解釋해야 法律이 目的하는 作用이 社會現實 속에서 實現되는가를 알아야 한다. 이를 위해 住民 사이에 형성되어 있는 法的 意見이 立法者의 特정한 規範表象의 實現에 對立하는가 않는가에 대한 知識이 적지 않게 필요하다.

물론 증인된 推論技術들 가운데 어느 것이 가장 많이 믿어지고, 現存하는 法規範의 도움을 받는 實際的인 法的 問題의 해결에 있어서 결정적인가 하는 것은 法學方法論에 있어서 결코 결론이 나 있는 것은 아니다. 이러한 상황은 實際的 法適用을 거의 예측불가능하게 하며, 따라서 非法律家의 눈에는 “學問的이지 못한” 것으로 보이게 한다. 오늘날의 知識에 따르면 方法選擇은 法適用者의 先理解(Vorverständnis)에 달려 있으며, 法共同體가 法適用者의 推論의 正當性에 대하여 갖는 確信은 法共同體가 法適用者의 先理解를 共有하는가에 달려 있다.⁽⁵⁾ 이 先理解의 영역에서는 바로 規範設定에서 묘사한 바와 같은 메카니즘이 이루어지고 있다. 즉 “法發見者”의 法感情과 法共同體의 法感情이 合理的推論과 함께 사실상 중요한 역할을 하고 있다. 英美의 判例法(Fallrecht) 영역에서는 모든 法適用의 行爲에는 抽象的 法規를 具體化할 必要가 있기 때문에 항상 法設定(Rechtssetzung)이라는 行爲가 존재

(5) 이에 대해서는 오늘날 지도적 위치를 차지하는 Josef Esser의 서술을 볼 것: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl. 1972.

한다는 것이 언제나 인정되어 왔다.⁽⁶⁾

c) 특히 規範錯誤의 판단에 있어서

이러한 보다 원칙적인 法感情의 地位와 함께 法律家를 法感情에 돌아가게끔 하는 일련의 個別的 問題들이 존재한다. 요컨대 現行法이 ‘公序良俗’이니⁽⁷⁾, ‘社會的 相當性’이니, ‘人間의 尊嚴’이니 ‘淫亂文書’니 하는 不確定的 法概念을 규정하는 경우처럼, 經驗的으로 탐구되어야 할 規範的 基準들이 필요한 것이다. 여기서는 例로서 法에 있어서의 規範錯誤(Normenirrtum)에 대해 보다 자세히 살펴 보기로 한다.

社會國家에 있어서의 거대한 法規範生産의 증대에 직면하여 包括的인 法知識은 점점 불가능해지고 있으며, 그리하여 法受領者들은 점점 명백히 法無知에 의존하고 있다. 전에는 이 경우, “法の 錯誤는 辯明이 되지 아니한다”(error juris nocet)라는 로마法的 原則에 만족할 수 있었다. 이에 반해 오늘날 우리는 다른 해결을 찾아야만 한다. 형법에 있어서 오늘날 犯人이 刑罰에서 해방되려면 規範錯誤의 경우에 그의 「良心의 緊張」(Gewissensanspannung)의 期待可能性이 없어야 할 것이 요구된다. 따라서 規範的 問題에 있어서 犯人의 法的 錯誤는 辯明이 되지 아니한다(error iuris nocet)는 命題가 요구하는 것처럼 法律家같은 知識과 能力을 가질 것이 요구되지 않는다. 門外漢에게 요구되는 熟慮를 오늘날 刑法學에서는 “門外漢領域에서의 一致된 評價”(die Parallelwertung in der Laiensphäre)라고 부르고 있다.⁽⁸⁾ 이러한 評價는 知識의 걸어로 인하여 사실은 感情의 評價인 것이다.

2. 獨逸法學文獻에 나타난 法感情

물론 法律家는 세상에서 그가 「法感情의 妖術士」라는 인상을 불러 일으키는 것을 꺼려한다. 그래서 法感情의 本質과 意味에 대한 法學者들 사이에서의 內部的 討論은 그다지 實際的 法適用과 法定立⁽⁹⁾, 다시 말하면 法學的 論理⁽¹⁰⁾와 法政策的 決定이란 支配的 領域에서 행해지지는 않았으며, 오히려 압도적으로 實定法の 正義性에 대해 고찰하는 法哲學이란 非拘束的인 領域에서 이루어졌다. 法哲學의 基本的立場은 Jhering의 시대 이래 그 이후의 社會學, 心理學, 行動科學 그리고 최근의 社會生物學의 發展에도 불구하고——나중에 언급될 몇 안되는 예외를 제외하고는——거의 本질적으로 변하지 않았다는 것은 재미있는 일이다.

(6) 이것을 Theodor Geiger는 社會學的觀點에서 그의 「法社會學豫備研究」속에서, 특히 “法律家들은 알고 있는가?”라는 도발적인 標題下에 아직도 최상의 것인 형태로 설명하였다. (Th. Geiger: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2. Aufl. 1970, S.253-261).

(7) 오늘날 獨逸聯邦法院에 의하여 “모든 公平하고 정당하게 思考하는 者들의 法感情”이라고 定義된다. (BGHZ 52/17, 20).

(8) Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3. Aufl. 1978, S.236f.

(9) 예외: Oskar Har /Hans Albrecht Hesse, *Die Entscheidung im Zivilprozeß*. (1981), S.23-54.

(10) 여기에 실제로 어떠한 상황이 존재하는가에 대해 Eugen Ehrlich는 그의 法律的論理에 대한 古典的 研究(1918, 再印刷 1966)에서 기술하였다.

a) 法感情은 生得되는가 獲得되는가?

Jhering은 당시 Gustav Rümelin에 의해 걸출한 모습으로 주장된 見解에 대항하여 투쟁하였다. Rümelin은 비스마르크帝國에 의한 獨逸의 政治的統一 후에 1871년의 “法感情에 대하여”(Über das Rechtsgefühl)⁽¹¹⁾라는 튀빙겐大學 總長취임 演說에서, 당시의 民族感情의 潮流에 편승하여, 그리고 法の 民族法典化를 원기시키려는 意圖에서 法을 “우리의 生活과 世界의 調和를 지향하는” 生得的 秩序本能(angeborene Ordnungstrieb)에로 환원시켰었다. 그에게 있어서 法은 秩序本能의 두 構成要素인 法感情과 良心에 나타나는 倫理에 대한 民族의 總體的 見解를 生活關係의 理想的 秩序 속에 表現하는 機能을 가진다. 歷史的 變化的 基底에 存在하는 한 民族의 倫理의 根本觀念에 더 이상 상응하지 못하는 實定法과 그 民族의 法感情 사이의 緊張은 法感情에 대한 法の 順應을 통하여 극복되어야 한다는 것이다. 이에 반해 Jhering은 法感情의 經驗的, “歷史的” 發生을 주장하였는데, 이 理論에 의하면 經驗은 人間共同體의 그때의 生活條件에 의하여 “精神的으로 吸入된다”고, 즉 人間이 그때의 生活條件을 自身의 人格의 일부로 看做하는 方法으로 內面화된다고 한다.

法感情의 發生에 대한 이 두 理論은 그러나 다른 견해를 위해 본질적으로 수정되어야만 되었다. Rümelin은 변함없는, 變化不可能한 法感情을 주장할 수 없으며, 現行法이 그때의 法感情과 對立에 빠지는 결과를 야기시키는 人間의 倫理的 發展을 인정해야 했다. 그리고 Jhering은 더이상 法感情이 學習된 것에 제한된다고 주장할 수 없으며, “깨우친 精神”의 洞察, 天才의 直觀을 통한 法の 進歩도 설명해야 했다.⁽¹²⁾

法感情의 發生에 대한 說明으로서 生得說[angeboren(nativistisch)]과 獲得說[erworben(historisch)]은 오늘날도 討論을 거듭하고 있다. 그리하여 Albert A. Ehrenzweig는 그의 精神分析의 法學에서⁽¹³⁾, 生物學의 起源이 확실하지 않기 때문에 모든 人間이 가지는 正義感情을 本能으로 규정하기를 거부한다. 그러나 正義感은 그 機能에 있어서 배고픔이 먹는 것을, 그리고 性衝動이 번식을 결정하는 것과 같은 방식으로 法을 결정한다고 한다. 自然은 너무나 현명해서 人間의 知性이나 理性에만 의존하지는 않는다는 것이다. 自然은 나아가 遺傳이나 教育을 통하여, 自然이 人間에게 生得的인 飢餓과 性的 本能을 부여한 것과 같은 방식으로 正義感을 가지고 人間을 形成한다고 한다. 이러한 機能에 있어서 正義感은 自然法論者들은 물론 實證主義者들에 의해서도 항상 승인되어 왔다는 것이다. 이에 반해 Erwin Riezler는 최근까지 지도적 위치를 차지한 法感情에 대한 그의 연구에서 生得的이 아니라 역사적으로 조건의 위치고, 경험적으로 획득된 認識的(知的) 表象들에 대한 法感情의 종속성을 강조한다. 法과 法感情은 그러나 相互作用 관계에 선다고 한다.⁽¹⁴⁾

(11) Gustav Rümelin, *Reden und Aufsätze*, 1875, S. 62ff.

(12) 두 理論에 대한 개별적인 묘사와 소개는 Bihler(註 2), S. 1-7.

(13) 獨逸語版 1973, §150, S. 219.

(14) Erwin Riezler, *Das Rechtsgefühl*, 3 Aufl. 1969, S. 40-46.

b) 法感情은 法源인가?

生得說과 獲得說은 法感情에 있어서 感情에 따른 反應이 發生的으로 本能으로 자리잡고 있는가 혹은 社會化的 過程 속에서 學習되는가하는 個體發生的(發達心理學的)問題에 대한 대답이다.⁽¹⁵⁾ 生得說과 獲得說은 그러나 동시에 法이 法感情에 앞서는가 혹은 法感情이 法에 앞서는가 하는, 무엇이 先行性(priorität)을 가지는가 하는 社會心理學的 問題에 대한 對答이기도 하다. Jhering에 있어서 法感情은 단지 既存하는 實定法을 위한 認識手段일 뿐이다. 대개의 다른 저자들에 있어서는, 이에 반해, 法感情은 적어도 동시에 또한 實定法과 함께 하는 또는 實定法에 대립하는 法源(Rechtsquellen)이기도 하다.

이것은 實定法의 위에 自然法이 위치한다고 믿는 모든 사람들에게 전혀 명백히 해당된다. 現代 自然法論者들은 Max Scheler와 Nicolai Hartmann의 實質的價値倫理學을 法學에 도입하였다.⁽¹⁶⁾ 그들에게 있어서 따라서 法感情은 하나의 “價値機關(Wertorgan)”, 絕對的·客觀的 價値尺度の 眞正한 認識源泉이다. 비록 그것이 역사적으로 가변적이라 해도, 그러나 또한 實定法의 上位에 위치하는 先驗的 規定을 인정하지 않는 사람들도 法感情의 法源으로서의 機能에 대해 언급하며, 그것도 우리가 처음에 法適用의 法創造로 區分한 영역에 있어서 그러하다. 여기에 있어서 본질적인 認識上的 進歩는 1923년에 Erwin Riezler에 의해 진개된 法感情의 三區分이다.⁽¹⁷⁾ 이에 의하면 法感情은 (a) 現在 무엇이 法인가에 대한 感情(實證的 法感情, positives Rechtsgefühl)일 수 있으며, 둘째 (b) 法이 무엇이어야 하는가에 대한 感情(理想的 法感情, ideales Rechtsgefühl)일 수 있으며, 그리고 셋째 (c) 法에 일치하는 것만이 일어나야 한다는 것에 대한 感情(普遍的 法感情, allgemeines Rechtsgefühl, 즉 法秩序에 대한 尊敬)일 수 있다. 法感情은 따라서 단지 (b)의 意味에서만 獨自的인 法源이다.

c) 法感情은 合理的인가?

實定法과 나란한 혹은 實定法 보다 상위의 法源으로서 法感情은 그 表明이 拘束的인 것으로 인정되기 위해서는 合理的인 論究가 필요하다. 이것은 不可變的 自然法에 대해서는 물론 또한 “可變的 內容”의 (R. Stammier) 自然法에 대해서도 마찬가지이다; 왜냐하면 그것은 法感情의 일정한 內容에 대한 정당한 表明을 錯誤라고 선언하고 증명해야 하기 때문이다.⁽¹⁸⁾ 이것은 그러나 또한 Riezler가 의미하는 理想的 法感情을 통한 法創造에 대해서도

(15) Ehrenzweig는 이 문제를 未決로 남겨 두나, 正義感을 “機能에 따라” 本能에 귀속시킨다. 反面에 Riezler는 知性的 優勢에 本能과의 비교가능성을 否認한다.

(16) Adolf Reinach, Hermann Isay, Heinrich Hubmann, Helmut Coing (Nachweise bei Bihler, N. 2, S. 10).

(17) 가장 인상적인 것으로: Heinrich Hubmann, *Naturrecht und Rechtsgefühl* (1954), in ders., *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977.

(18) 註) 14. 1 Aufl., 1923; 오늘날 그의 뒤를 이어 Robert Weimar, *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, 1969 그리고 Friedrich Venzlaff, *Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung*, 1973. Theodor Geiger(註 6) S. 412-415도 또한 극히 명확히 설명하고 있다.

(19) Bihler(註 2), S. 20.

타당하다. 왜냐하면 그와 같이 創造된 法規範은 拘束性을 위해서는 合理的 설명에 의한 承認이 필요하기 때문이다. 따라서 法學에 있어서, 法感情은 情緒的 要素와 함께 명백히 우세한 아주 合理的인 要素도 知性안에 갖추고 있다는 견해에 일치하고 있다는 것은 놀라운 일이 아니다.⁽²⁰⁾

知性的인 感情이라는 形容矛盾(*contradictio in adjecto*)은 그럼에도 불구하고 法學者로 하여금 여기에 무엇인가 틀릴 수 있다고 생각하게 할지도 모른다. 그러나 이러한 認識에서 이에 대해 몇가지 隣接學問에 대한 質問이 전개되기 전에, 어떻게 해서 최근 獨逸語法學文獻에 있어서 心理學과 神經生理學의 知識의 도입에 의해 본질적 진보가 이루어질 수 있는가를 두 가지 예에서 살펴보려 한다.

d) 法 없는 法感情?

첫번째의 예는 法獲得의 心理學에 관련된 것인데, 그것은 Michael Bihler에 의해 1979년에 제출되었으며,⁽²¹⁾ 그때까지 지도적 위치를 차지했던 Riezler의 法感情에 대한 作業을 오늘날 時代에 뒤진 것으로 보이게 만들었다. Bihler는 처음으로 法感情이란 現象에서 感情을 法으로부터 분리시키고, 그러니까 感情을 法과 관련시키는 것이 아니라 心理學的으로 하나의 혹은 다른 關心位置(*Interessenposition*)와의 同一視(*Identifikation*) (S. Freud)로 특징지움으로써 그의 法獲得模型(*Modell der Rechtsgewinnung*)에 이르른다. 法感情은 그에게 있어서 法律的 葛藤에 있어서의 이편 혹은 저편을 위한 自發的 態度決定(*spontane Stellungnahme*)이다. 그것은 어떤 편에 가담한 자에 의해 感情移入(*Empathie*), 즉 他人의 마음이 되어 보는 感情으로서 認知된다. 이러한 意味에서의 態度決定으로서의 法感情은 “葛藤關係者와 態度決定者 사이의 확인된 부분적 同一性이 情緒적으로 充滿되어 있으며, 따라서 그 事件이 勸誘的 性格을 갖는 것에 의해 생겨나는 同一視過程의 結果”이다.⁽²²⁾ 이러한 同一視 즉 立場 선택의 感情이 法에 대하여 가지는 관계는 단지 情緒的인 狀態에 대한 合理的 근거지움과 설명에만, 오직 法으로부터의 도출을 통한 立場선택의 正當化에만 기여할 뿐이다. 法感情은 따라서 그 發生에 있어서 主觀的이며 情緒的이고, 그 主張에 있어서 客觀的이며 合理的이다. 立場선택이 “合理的 熟考를 통해 정당화되기 때문에 感覺하는 자는 자신의 感覺을 동시에 合理的으로 근거지울 수 있는 正義의 要請으로 느낀다.”⁽²³⁾

e) 法感情은 規範濾過器를 통해야만 되는가?

근래에 남은 法律的 問題에 새로운 시야를 가져다 준 法律外的 知識의 도입의 두번째 예는 法에 있어서의 規範錯誤의 論究에 있어서의 소위 生物學的 規範濾過器(*Normenfilter*)란 神經生理學的(*Neurophysiologie*) 理論의 도입과 관계된다. 1979년에 Ernst E. Hirsch에 의

(20) Ebd. S. 22f.

(21) Michael Bihler, *Rechtsgefühl, System und Wertung*, 1979.

(22) Ebd. S. 59.

(23) Ebd. S. 101.

해 제출된 「良心의 法律的次元에 대하여」(Zur juristischen Dimension des Gewissens)라는 연구에서 1927년에 Constantin von Monakow에 의해 제기된 生物學的 良心에 대한 理論이 法學, 특히 나치시대의 法律家들의 行動에 대한 평가로서 풍부한 結實을 맺었다. 確信의 民族社會主義者, 즉 나치스 들은 “굉장한 良心의 緊張”에서 당시의 法으로부터 逸脫한 法感情을 가져야만 했을까? Hirsch는 이에 대해 다음과 같이 말한다: von Monakow에 따르면 人間은 間腦 속에 위치함이 확정될 수 있는, 生得的이면서 후에 內面化를 통하여 人間에게 직접적으로 명백한 無條件的當爲의 命令으로 나타나는 行動 프로그램을 보여준다. 이 命令은 소위 “生物學的 良心”(biologisches Gewissen)으로서 그의 道德的 意識을 결정한다. 모든 人間은 따라서 生得的이고 生物學的인 規範濾過器를 갖는다. 이와 함께 學習過程을 통해서 획득되는 規範濾過器가 당시 그 人間의 社會的 環境 속에 통용되는 道德的 規範의 總括概念으로 등장한다. “人間은 그 本能에 있어서의 결핍 때문에 本性上 하나의 文化的 存在이며, 따라서 모든 종류의 暗示의 影響에 민감하며, 그에 노출되어 있는 까닭에 生物學的 規範濾過器는 文化的인 規範濾過器에 의해 축소되거나 혹은 완전히 가려질 수 있다. 그 결과로 個人이 그의 도덕적 행동에 있어서 주로 혹은 전혀, 그가 자신의 個體發生過程 속에서 그때의 文化的 環境을 통하여 마르게 되는 條件化(Konditionierung)에 의해 영향 받게 된다.”⁽²⁴⁾ 人間의 道德的 意識으로서의 “良心”은 따라서 비록 生物學的으로 事前에 計劃化되어진 것이나, 內容으로는 社會的 環境을 통해 수정가능한 그리고 操作可能한 正義에 대한 感性”이다.

3. 法感情의 “性質”에 대한 隣接學問에의 質問

방금 언급한 두 가지 예에서 隣接學問의 知識이 法學에 도입되는 데 50年 이상 걸렸다는 사실은 결코 하나의 例外가 아니며 오히려 법학에 있어서 매우 전형적인 것이다. 法學의 保守主義가 처음부터 否定的으로 評價될 수는 없다. 왜냐하면 가장 최선의 것이 항상 가장 최선의 것은 아니기 때문이다. 그렇지만 가능한 한 일찍, 개별적으로, 또한 포괄적으로 隣接學問에 있어서 무엇이 法學에 대해 意義가 있을 수 있을까 하는 것이 탐구된다면 바람직할 것이다. “法感情”이란 主題에 대해 나는 다음에서 네가지의 이러한 질문에 한정하려고 한다.

a) 共同體感情으로서의 法感情?

法學文獻에 있어서 法感情은 二重의 性格을 지니고 있다. 여기에서는 知性에 명확한 중점을 두고, 情緒的인 것과 合理的인 것이 분가분적으로 혼합되어 있다.⁽²⁵⁾ 知的인 感情이란 認識論的 混血兒는 물론 法學에 고유한 妥協的 思考(Kompromißdenken)에 소급된다. 즉 法

(24) Ernst E. Hirsch, *Zur juristischen Dimension des Gewissens*, 1979, S. 82.

(25) Bihler (N. 21), S. 22f.

感情이 우리가 살펴 본 것처럼 하나의 法源일 경우 法創造過程은 유명한 스위스 民法典 1條 2項에 규정되어 있는 것처럼 칸트의 定言命令(kategorischer Imperativ)에 따라 이루어져야 한다. 그러나 칸트에 있어서 이와 같은 價値設定은 先驗(apriori)의 世界 속에 존재하며, 따라서 아담 스미스와 그의 道德的 感情(moral sentiment)에 대한 理論이 생각하는 것처럼 道德的 感情이 아니라 悟性的 自發性(Spontaneität des Verstandes)에 가까운 것이다. 法律家들은 그러나 倫理의 두 가지(근본적으로는 플라톤과 아리스토텔레스의 對立에 소급되는) 說明方式들, 즉 理想主義的 倫理(idealistische Ethik)와 自然主義的 倫理(naturalistische Ethik) 사이에 決斷을 내릴 수 없으며, 두 가지를 結合하려고 시도한다. 그러나 法學은, 적어도 法社會學으로서, 하나의 社會科學인 까닭에 나는 法感情이란 現象의 社會科學的 探求의 관심에서 여기서는 우선 先驗의 世界는 것더 두고 經驗科學的으로 進행하는 것이 옳다고 본다. 法感情은 그러므로 하나의 心理的 過程이다. Bihler는 이미 살펴본 것처럼 프로이트를 援引하여 法感情을 感情的인 同一化의 過程으로 특징지었다. 나는 이에 대해 法感情이 Alfred Adler를 援引하여 共同體感情(Gemeinschaftsgefühl)으로 보다 잘 서술되어야 할 것이 아닌가 反問하는 바이다.

원칙상 Adler의 共同體感情도 하나의 혹은 다른 쪽의 關心立場과의 同一化이다. Adler는 그것을 “他者の 눈으로 볼 수 있는, 他者の 귀로 들을 수 있는, 他者の 심장으로 느낄 수 있는” 能力이라고 서술하였다.⁽²⁶⁾ 내가 그러나 특히 Ehrenzweig가 그의 精神分析의 法學에서 한 것처럼 프로이트에 돌아간다면, 그로써 나는 너무나 個個人과 그리고 그 個個人의 心理的인 問題들을 지향하는 것이 된다. Adler의 個人心理學(Individualpsychologie)은 이에 반해, 그 자신이 설명한 것처럼, 실은 社會心理學이다. 왜냐하면 여기서는 個人의 共同體에 대한 關係가 결정적으로 문제되기 때문이다. 이런 觀點은 그러나 共同體의 秩序器具로서의 法現象에 보다 적합하다. 個人心理學의 基本概念과 理論(Theoreme)을 통한 法律的 過程의 설명은 따라서 원칙적으로 精神分析(Psychoanalyse)의 觀點보다 유망한 것으로 보인다.⁽²⁷⁾

法感情이 共同體感情으로 설명될 경우 에 특정한 法律的解決, 즉 특정한 關心立場이 올바른 것 혹은 정당한 것으로 경험되어지는가는 未解決로 남는다. 여기에서 Bihler는 知性的 原初的 活動을 인정하지 않고 幼兒의 發達에서 알려진 價値轉移(Werttonübertragung)를 본다. 이렇이는 內面世界의 感情과 外界의 事物을 구분하지 않고 그의 感情을 對象의 屬性으로 느낀다. 成人에 있어서도 評價의 心理的 過程은 이와 마찬가지로 이루어진다. 社會에서

(26) Alfred Adler, Kurze Bemerkungen über Vernunft, Intelligenz und Schwachsinn, *Internationale Zeitschrift für Individualpsychologie* 6 (1928), S. 267-272 (267).

(27) 法感情은 자신의 自我와의 同一視라기 보다는 “ ”
는 원칙에 따라 他者の 立場이 되어 보는 것에 속한다는 것은 이미 Bernhard Rehfeldt/Manfred Rehbinder, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 1978, S. 142. 에서 강조되었다.

지배적인 價値表象은 그에 의해 學習을 통해 感情的으로 內面化되어지고 評價되는 客體에 그 屬性으로 부여된다. (附着的 價値概念, Haftwertkonzept),⁽²⁸⁾ “正當한” 評價尺度는 評價對象의 屬性으로 경험되므로, 따라서 하나의 解決은 정당한 것으로 느껴진다. 法社會學은 Theodor Geiger의 實際的 價値虛無主義(praktische Wertnihilismus)에 대한 상세한 論述이래로 어떤 法律的 解決이 正當하다는 주장은 순수한 환상적인 感情的 増築이며 이론적으로 근거없는 것이라는 것을 알고 있었다.⁽²⁹⁾ 그러나 附着的 價値概念은 이제 우리들에게 왜 이 근거 없는 주장이 그럼에도 불구하고 心理現實에 들어 맞는가를 설명해 준다.

b) 快感(Wohlgefühl)의 發生素(Auslöser) 혹은 表現으로서의 法感情?

法感情이 意味 없는 것으로 생각되는 言明과 결부된 共同體感情이라면, 이 無意味한 것으로 생각되는 言明이 끊임없이 도처에서 령해지는 것은 어떤 原因에서 인가하는 의문이 제기된다. 내가 他者의 關心立場으로 移行하며, 그리고 그것을 感情에 따라 法 혹은 不法으로 評價할 경우, 나는 關聯者로서 혹은 非關聯者로서 世界가 나의 表象에 따라 秩序지워지는 것을 원할 것이다. 이런 소망은 극단적인 경우 自己破滅(Selbstvernichtung)에까지 이르른다.⁽³⁰⁾ “正義”에 대한 소망이 心理的 補償(psychische Gratifikation), 즉 하나의 快感과 관계된다는 것이 가능한가? 이미 道德의 發生을 道德的 快感에서 보았던 아담 스미스의 道德的 感情的 理論은 이러한 것을 시사한다.⁽³¹⁾ 이러한 快感에 대해, 腦의 소위 快感中軸(pleasure centre) 속의 그의 位置에 대해 우리는 Olds와 Routtenberg의 생쥐실험(Rattenexperiment)이래 몇가지를 이는데, 法學에서는 Margaret Gruter에 의해 처음으로 規範遵守(Normeinhaltung)를 가능케하는 原因과 結果로서 설명되었다.⁽³²⁾

이제까지 法社會學은 단지 部分的인 할 측면만을 보아 왔었다. 法에 적합한 行爲는 法社會學에 있어서 危險免除라는 의미에서 社會的 安全性으로 작용된다.⁽³³⁾ 따라서 規範遵守는 不安減少에 이바지한다. 良心이란 물론 프로이트에 의하면 社會的 不安(soziale Angst)에 불과하다. 그렇지만 法的 遵守의 動機를 社會的 不安의 減少로 본다면 그것은 편면적으로 法的 否定的制裁에만, 地位低下도 포함되는 모든 종류의 損失에면 주목하는 것이다. 肯定的制裁(예를 들면 税金減免, 補助金)에 있어서 規範遵守는 利益에의 期待에 의해 動機化될 것이다. 마지막으로 法的 遵守에 대한 動機로서, 人間은 때로 그가 일정한 行爲를 올바르게 정당할 것으로 보기 때문에, 그러니까 法에 대한 사랑에서, “法理想에의 傾向”(Neigung zu

(28) 이에 대해서는 心理學者 Margarete Eberhard와 認識理論家 Viktor Kraft의 理論의 보사 속에: Bihler(註 21), S. 135-145.

(29) Th. Geiger, *Vorstudien*(註 6), S. 325-329와 상세히는 ders.: *Über Moral und Recht*, 1979.

(30) 예를 들어 Heinrich von Kleist가 그의 小說 “Michael Kohlhaas”에서 보여 주는 것처럼

(31) 참조, Ernst Cassirer, *Kants Leben und Lehre*, 1918(再印刷, 1977), S. 250.

(32) Margaret Gruter, *Soziobiologische Grundlagen der Effektivität des Rechts, Rechtsatheorie* 11 (1980), S. 96-109(108f.) 그리고 이미 dies., *Die Bedeutung der Verhaltensforschung für die Rechtswissenschaft*, 1976, S. 26f.

(33) Vgl. Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie*, 1977, S. 149.

einem Rechtsideal)에서(Riezler) 利益과 損失에 대한 아무런 기대 없이 행동한다는 것이 잊혀져서는 안된다. 물론 法은 자기의 完結을 위해 法受領者의 利己心과 刑罰에 대한 不安에 의존해야만 한다. 그러나 法은 그것이 상응하는 法感情을 만들어내는 데 성공할 때 가장 확실하게 보증되는 것이다. 이때에 요컨대 法の 遵守는 安全과 利己의 感情에서 독립된 快感과 결부되어 있는 것이다.

c) 社會化的 尺度로서의 法感情?

規範遵守는 그러므로 社會的 不安에서 뿐만 아니라 또한 社會的 確信에서도 생겨나는 것이다. “여기 배가 섰노라. 나는 달리는 할 수 없노라”(M. Luther)라는 모토에 따른 良心의 決斷이 社會的 不安의 극복에 바로 뒤따른다. 프로이트와 그를 따르는 예를 들어 H.J. Eysenck⁽³⁴⁾는 그러므로 良心概念을 너무 좁게 파악하는 것이다. David Riesman의 內部主導의 人間과 外部主導의 人間 사이의 유명한 區分⁽³⁵⁾을 따를 경우 대개의 人間은 外部主導의 이다. 그들의 法感情은 따라서 社會的 不安에 의해 지시된다. 그러나 또한 他律的이 아니라 自律的으로 조종되는, 자신속에 머무르는 內部主導의 人間들도 존재한다. 이들은 社會的 不安에 의해 보장되는, 條件化를 통하여 획득된 規則遵回(Regelbefolgungsmechanismus)에 기초하여서가 아니라 자신의 통찰에 기초하여 규칙을 준수한다.

Jean Piaget⁽³⁶⁾도 역시 理念型的으로 權威的 支配를 수행하는 他律的 規律(heteronome Regeln)과 必須的 協力이란 의미에서의 社會關係의 相互性에 대한 통찰에 기초하는 自律的 規律(autonome Regeln)을 구별하며, 어린이들에게 있어서 一方에서 他方의 觀點에로의 발달을 인정한다. 이에 근거하여 Lawrence Kohlberg⁽³⁷⁾는 道德의 表象의 發達에 여섯가지 段階를 구별하는데, 그 여섯 段階는 人格의 成熟過程의 段階이며, 社會化的 成功의 정도에 대한 標旨이다.⁽³⁸⁾ 상이한 發達段階들은 情緒의 能力에 의해서가 아니라 認識의 能力에 의해 도달되어지는 것이긴 하다. 그러나 일단 受容된 態度는 情緒的 나침반 속에 나타나는 방식으로 內面化되어 질 수 있다. 法感情이 결여되면 社會化도 缺如된다는 것을 社會學者 Robert K. Merton⁽³⁹⁾의 아노미模型(Anomie-Modell)도 보여준다. 目標의 내적인 肯定에 의해 떠받쳐지지 않는 社會의 規範에의 同調는 아노미적 行動이며, Merton의 儀式主義(Ritualismus)에 의하면 더 나은 표현으로, 假象同調(Scheinkonformität) 혹은 아노미적 同調(ano-

(34) The Biology of Morality, in Thomas Lickona, *Moral Development and Behavior*, 1976, S. 108-123 (109f.).

(35) David Riesman/Reuel Denney/Nathan Glazer, *Die einsame Masse*. Deutsche Ausgabe mit einer Einführung von Helmut Schelsky, 1958 (*The Lonely Crowd*, 1950).

(36) *The Moral Judgement of the Child*, 1932 (Neudruck 1965), S. 395-396.

(37) Moral Stages and Moralization, in Lickona (N. 34), S. 31-53.

(38) 道德의 人格發達에 대한 心理學的 文獻의 現在의 상태에 대해 자세히는 Th. Lickona, Research on Piaget's Theory of Moral Development, in ders. (註 34), S. 219-240.

(39) Sozialstruktur und Anomie, in Fritz Sack/René König, *Kriminalsoziologie*, 2. Aufl. 1974, S. 283-313. (*Social Theory and Social Structure*, 2. Aufl. 1957).

mische Konformität)라고 불리운다. 그것은 權威的 人格의 徵表이며, 제빨리 社會的 緊張에 도달한다. 왜냐하면 여기에는 集團鬭爭에 動機를 제공하는 代案的 價値尺度에 대한 여지가 존재하기 때문이다.⁽⁴⁰⁾

d) 社會生物學的 規則圈으로서의 法感情?

法的理想에의 傾向으로서의, 일정한 正義理念에의 된신의 情緒的 準備로서 法感情은 경험적으로 증명할 수 있다. 그러나 우리는 그 決定因子에 대해, 즉 그 內容의 決定根據에 대해서는 아무 것도 모른다. Margaret Gruter는 社會의 正義表象과 個人의 正義感 사이의 相互關係의 結果로서 法的理想을 말한다.⁽⁴¹⁾ 社會의 正義表象은 그것이 制裁에 대한 恐怖에서, 利己心에서 혹은 일정한 理想에 대한 사랑에서 內面化되어 질 때만 感情에 대해 영향을 미칠 수 있기 때문에 우리는 相互關係를 個個人 속에 既存하는 感情反應과 새로운 感情反應이 조절되는 것으로 생각해야 한다. 이것은 가능하다. 왜냐하면 缺乏的存在(Mängelwesen)⁽⁴²⁾로서의 人間은 缺如된, 혹은 오늘날의 環境에 대해 결함이 있는 유전적 素因을 學習을 통해 조절할 수 있기 때문이다. 學習된 것은 그의 記憶 속에 남으며,⁽⁴³⁾ 이 記憶은 遺傳的 素因을 변화시키며, 適應의 일 경우 系統發生的으로 遺傳的素材(genetische Material)로 옮겨갈 수 있다. 法感情은 따라서 個人의 要求와 社會의 要求 사이의 相互作用의 結果로서 靜的으로만 볼 것이 아니라 오히려 遺傳的인 그리고 感情的인 “規範濾過器”(Normenfilter)를 통한 一次的 評價⁽⁴⁴⁾가 滿足의 感情이 생길 때까지 통과하게 되는 社會生物學的 過程으로 動態的으로 보아야 할 것이다.

遺傳的素材와 個人的으로 획득된 經驗內容의 相互의 作用의 心身的 過程과 個個人의 一次的 評價에 있어서의 이들의 濾過作用을 어떻게 생각해야만 하는가 그리고 여기에 個人의 自由領域은 얼마나 넓게 존재하는가 하는 것을 아는 것은 法律家에 있어서 理論的인 理由나 實際的인 理由에서 매우 중요하다. 비록 社會生物學的 理論(soziobiologische Theorie)이 오늘날 단지 照明的인 價値만을 가진다 할지라도 그것의 보다 상세한 完成은 法學이 적절한 研究課題를 정립할 수 있기 위해 중요할 것이다.

[번역: 崔鍾庫 · 南宮鎬卿]

(40) Vgl. Rehbinder(註 33), S. 162f.

(41) M. Gruter(註 32), S. 97.

(42) 이 J.G. Herder (*Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, 1784)에 소급되는 表現은 Arnold Gehlen에 의하여 獨逸語圈 人類學의 核心概念으로 되었다. (A. Gehlen, *Der Mensch*, 7. Aufl. 1962 참조).

(43) Richard Dawkins는 이에 대해 그의 책 “Das egoistische Gen”(The Selfish Gene, 1976)의 끝에서 文化的 情報의 仲介者로서 遺傳子(the gene)에 빌려서 the “meme”라는 개념을 소개하고 있다.

(44) 一次的(根源的) 感情의 態度決定의 나중의 價値判斷으로 부터의 구별에 대하여는, vgl. Th. Geiger(註 6), S. 318ff.