

法學方法論序說*

裒 載 滉**

法學의 오랜 역사를 배경으로 하고 있는 歐洲大陸이나 英·美에 있어서는 대체로 20세기 초엽 이래, 그리고 일본에서도 그 보다 4반세기 뒤늦게부터 法學은 時代의 변천과 사회의 급속한 발전(특히 제 1차 대전후)에 따라 그 영역이 확장되고 동시에 그 接近方法論에 있어서도 많은 문제에 부딪치면서 새로운 方向을 모색해 왔다. 그리고 2차대전을 치룬지 40년이 가까운 오늘날에 있어서도——더욱이 近代 法學의 역사가 짧은 우리 나라의 경우에는——方法論上의 문제는 여전히 남아 있는 것으로 보인다. 이러한 문제는 法學을 전문으로 연구하는 학자는 말할 것도 없거니와 法律實務家들도 避해 갈 수 없는 기본적인 과제의 하나임에 틀림이 없다.

주지하는 바와 같이 현대에 이르러 法學도 인접 사회과학이나 기술의 급진적 발달에 따라 큰 진전을 보이고 있는 것이 사실이다. 法現象의 분석 방법도 전 세기의 그것에 비하여 크게 발전하고 있다. 다만 法學은 法의 오랜 역사와 전통을 따르는 性向이 있기 때문에 자연 과학과 보조를 같이 할 수는 없을 것이다. 더우기 법학의 實用的 측면에서는 法解釋學(Rechtsdogmatik)이 여전히 큰 비중을 차지하고 있기 때문에 과거의 전통적인 方法이나 경험의 축적도 중요한 기능을 하고 있다. 따라서 法學은 언제나 法 자체에 부수하는 전래의 성격을 쉽게 벗어 날 수는 없다. 특히 法解釋學은 아무리 그 해석 기술을 개발한다 하더라도 그것이 바로 과학으로서의 法學의 발전을 의미하는 것은 아니다.

그리하여 현대에 있어서의 法學의 발전은 다른 분야——특히 최근의 科學技術의 놀라운 발전——에 비하여 훨씬 뒤떨어져 있는 것 같이 보인다. 前世紀的인 概念法學은 다음에 보는 바와 같이 이른바 自由法學이나 現實主義法學論등을 통해서 극복되었다고는 하지만 法解釋의 기본적인 論理에는 크게 변한 것이 있는 것 같지 않다. 보통 사람들로서는 알아 들을 수 없는 갖가지 전문적인 용어나 개념을 구사하여 이른바 법해석의 3段論法으로 결론(判決)을 끌어 내는 것이 法學이다 라는 인상은 오늘날에 있어서도 쉽사리 씻을 수가 없는 것 같다.

* 本稿는 1982년 12월에 서울대학교 法學研究所가 주관한 「現代法學方法의 諸問題」의 세미나에서 筆者가 開會辭에서 읽은 원고를 增補한 것으로서 그 내용에는 沈憲燮교수의 견해가 많이 담겨져 있다. 그러한 의미에서 본고는 沈교수와 의 공동연구의 일부라고 할 수 있다.

** 서울대학교 法科大學 教授(法學研究所長)

말할 것도 없이 현대의 법학이 이러한 단계에 머물러 있어서는 안된다. 社會科學으로서의 법학도 인접 사회과학의 발달에 맞추어 새로운 면을 개척해 가는 방향을 찾지 않으면 안된다. 그리하여 현대 법학의 課題는 法規의 文言的 해석을 넘어서 法の 妥當基盤으로서의 社會 전체와의 關係에 있어서 法過程의 총체적인 인식을 문제로 삼아야 할 것이다. 이같은 과제에 접근하기 위해서는 微視的인 분석을 깊이 하면서 동시에 넓은 觀點에서 巨視的인 고찰이 있지 않으면 아니 될 것이다. 더우기 총체적으로 현대에 있어서의 法の 위치, 구조, 그리고 그 기능을 파악하기 위해서는 政治, 經濟, 社會와의 關係에서 法을 연구하는 공동 작업이 절실히 요청된다.

1

앞서 말한 바와 같이 法學은 오래된 學問이다. 아마도 社會科學 중에서도 가장 오래된 학문인지도 모른다. 그러나 다른 한편 생각해 보면 가장 논란되고 있는 학문이 또한 법학이라고 할 수 있다. 다시 말해서 법학에서 만큼 '法學이란 무엇인가'라는 질문과 같은 그 자체를 묻는 물음이 거듭 거듭 끊임없이 제기되는 곳도 드물기 때문이다. 그러면 이러한 질문에 대해 어떠한 대답을 부여할 수 있을까? 과연 우리는 이에 대해 긍정적인 답을 줄 수 있을까? 그렇지 않으면 그만 그러한 대답을 단념한 채 법학을 단순한 하나의 實踐的인 技術로 보아버리고 말 것인가? 이에 대해 우리가 어떠한 확고한 대답을 부여하기 위해서는 여러 모에 걸친 통찰력 있는 고찰이 필요할 것이다.

주지하듯이 아리스토텔레스 이후 學問이란 對象에 대한 方法的인 認識이라고 정의되어 왔다. 이에 따라 學問에는 늘 두개의 條件이 언급되곤 했다. 즉 그 '對象'과 '方法'이다. 다시 말해서 對象과 方法이 각 학문의 學問性을 결정하는 조건이 된 것이다. 우선 對象을 두고 이야기할 때 그것이 自然인가 또는 社會인가에 따라 自然科學과 社會科學의 구별이 가능하여 진 것이다. 또 그 대상이 社會的 關係 중에서도 구체적으로 經濟관계인가 또는 法的 規律관계인가에 따라 經濟學과 法學의 구별이 가능해 진 것이다. 이처럼 學問의 對象은 그 學問의 성격을 규정하는 데 큰 역할을 하는 것이다. 그러나 학문은 나아가 對象에 대한 '方法的인 認識'인 것이다. 다시 말해서 어떠한 方法으로 그 對象을 인식하는가가 또한 결정적인 의미를 가지는 것이다. 물론 주지하듯이 對象과 그 認識의 方法은 서로 떼어 놓을 수 없는 관계에 놓여 있다. 예컨대 그 對象이 自然現象이면 그것은 필연적으로 經驗的이고 歸納的인 方法으로 접근되지 않으면 안되는 것이다. 그리고 그것은 因果的인 '說明'과 經驗的인 '證明'에 의해 확고하게 인식되는 것이다. 이리하여 自然科學은 일명 '嚴正科學'(exact science)이라고 일컬어져 왔다. 주지하듯이 이러한 의미에서의 自然科學이 이루어진 것은 엄격히 말해서 近世이후의 일이다. 그런데 이것이 學問理論에 미친 영향은 그 학문이 이루어 놓은 成果만큼 또한 무서운 것이었다. 그것은 모든 학문의 理想像이요 모델과 같은

것이 되었다. 그리하여 모든 학문은 自然科學과 같은 認識方法을 따르려 하였고 學問性도 그것에 따라 규정하려든 것이다. 法學도 여기에서 예외는 아니었다. 이에 法學도 그 오랜 傳統에도 불구하고 그 學問性이 문제되기 시작하였고, 따라서 그 對象과 方法에 대한 새로운 논의가 일기 시작한 것이다. 이의 대표적인 예는 독일의 유명한 법률가 키르히만에서 찾아 볼 수 있다. 그는 1847년 베르린法律家協會에서 행한 '法學의 學問으로서의 無價値性'(Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)이라는 유명한 강연에서 특히 法學의 '對象의 偶然性'을 지적하면서 비판했다.⁽¹⁾ 여기에서 그는 自然科學의 대상인 自然은 天地創造 이후 변함이 없지만 法學의 대상인 法律이란 立法者의 세 마디의 訂正의 말만 있고 나면 全圖書館의 藏書가 休紙조각이 되어버리지 않느냐고 신랄하게 비판했던 것이다. 그의 법학에 대한 批判은 큰 충격과 아울러 自省의 계기를 준 것은 틀림없었다.

그러나 그 후 自然科學에 대한 目的科學(Zweckwissenschaft) 및 文化—내지 精神科學(Kultur-und Geisteswissenschaft)의 獨自性이 밝혀짐에 따라 法學의 對象을 들고서 법학의 學問性을 논란하려는 움직임은 크게 줄어든 것은 사실이었다. 더구나 오늘날 바로 그 自然科學 자신의 힘으로 '不變的'이라는 自然을 完全히 變化시킬 수 있는 상황 밑에 놓여 있는 것을 볼 때 그 對象의 不變性을 들어 자연과학을 모든 學問의 모델로 볼 수는 없게 되었다고 말할 수 있을 것 같다. 그러나 다른 한편 생각해 보면 自然이 19세기의 사람들이 생각한 것처럼 그렇게 '不變的'인 것은 아니지만 精神的 產物에 비하여는 아직도 가히 불변적이라고 할 만큼 經驗的 事實性을 엄연히 지닌 對象인 것은 의심할 여지가 없는 것이다. 그리고 對象의 이러한 특성은 아직도 그 인식의 方法에 그 만큼의 嚴正性을 잃지 않게 하고 있음도 사실인 것이다. 이렇게 볼 때 또한 그 대상에 따라 學問의 方法도 어떤 것은 더 嚴正하기도 하고, 어떤 것은 덜 嚴正하다는 아리스토텔레스 이후 계속되어 온 주장은 여전히 타당하다고 말할 수 있을 것이다.

어쨌든 이러한 사정에 기인함인지 오늘날 각 學問의 學問性에 관한 논의를 둘러싸고는 오히려 方法論에 관한 논의가 더 큰 비중을 갖게 된 것은 명백한 듯하다. 다시 말해서 그 嚴正性에 있어서는 더 하고 덜한 점이 있다 하더라도 어떤든 正當化된, 다시 말해서 合理的인 것으로 승인된 方法을 따라서 계획성있게 認識의 획득을 위한 활동을 하느냐가 결정적인 의미를 갖게 된 것 같다. 이처럼 方法論은 學問理論上 중요한 의미를 가지는 것이다. 오늘날 法學方法論에 관한 논의가 갖는 제 1차적인 意義를 묻는다면 그것도 바로 이러한 의미에서 파악해야 할 것이다. 법학의 對象은 말할 필요없이 '法', 더 구체적으로는 實定的인 法規範과 法制度이다. 이는 키르히만의 비판에서도 알 수 있듯이 自然과 같이 不變的인 것은 결코 아닌 對象과 素材인 것은 말할 필요도 없다. 그러나 그것은 하루도 못가는 '偶然'

(1) J.V. Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft; 이에 대한 자세한 소개는 沈憲燮, 法學의 學問性(1), 서울대학교 「法學」, 제23권 3호(통권 51), 1982, 17면이하.

은 결코 아니다. 그것은 어제나 지금이나 내일이나 항상 다루어야 할 ‘問題’를 바탕으로 한, 그리고 어느 때나 타당성을 지녀야 할 ‘理念’을 지향하는 인간의 精神的 形成物인 것이다. 따라서 法學의 對象은 自然科學의 대상과는 다르다. 따라서 그 方法도 필연적으로 다르지 않을 수 없다. 다시 말해서 법학은 이와 같은 精神的 形成物인 法의 ‘意味’를 의식하는데 그 목적이 있다 하겠다. 이러한 의미에서 법학은 그 대상인 法規範과 法制度의 의미를 일정한 방법으로 해석하려는 과제를 갖고 있다고 할 것이다. 크게 말해서 그것은 하나의 ‘理解的’ 學問이라고 말할 수 있겠다. 그러면 법학은 어떠한 理解의 方法을 발전시키고 있는가? 이것이 法學의 學問性을 결정하는 해답인 것 같다. 한 方法이 학문의 學問性을 함께 규정하는 것이라고 한다면 우리는 또한 다음과 같이 말할 수 있을 것 같다. 즉 법학은 그것이 비록 數學이나 自然科學에서처럼 正密性에 있어서는 따라가지 못하더라도 法을 合理的으로 인식하려는 方法들을 발전시키고 있기에 또한 하나의 學問이라고. (2)

이처럼 方法論이 갖는 의미를 피력했지만, 특히 法學方法論의 그것은 더욱 중요하다. 그것은 어떤 까닭에서 일까? 주지하듯이 學問性을 자랑하는 학문일수록 그 對象을 아주 客觀的으로 記述하는 성격이 강한 것은 사실이다. 自然科學이 그 대표적이다. 그러나 이는 자연과학에 그치지 않는다. 똑 같은 精神的 形成物을 이해하려고 하는 학문 중에서도 對象을 그저 解明하고, 省察하고, 歷史化하는 데 그치는 학문들이 많다. 그러나 法學은 그렇지 않다. 법학은 법을 인식하고 이해하려고 하면서 동시에 법을 形成해 나가는 면이 강하다. 다시 말해서 법학은 법 옆이나 법 뒤로 자리잡으려고만 하지는 않는다. 그것은 법 자체를, 그리고 또한 生活을 법 안에서, 또 법 밑에서 함께 형성해 나가는 특징을 갖는다. 법학은 그것이 존재하면서부터 이미 하나의 ‘實踐的인 學問’인 것이다. (3) 이 점은 일찍이 로마인들이 가장 강하게 간파했었다. 그래서 그들은 강하고 위대하게 되었던 것이다. 요컨대 어떤 正當한 方法論을 갖고 법을 인식하고, 나아가 法을 형성해 나가느냐에 따라 法生活도 함께 규정된다고 하겠다. 이처럼 法學方法論이 갖는 의미는 중대한 것이다. 따라서 우리는 法的 思考가 어떠한 구조를 갖고 있으며, 그것은 또 어떻게 이루어져 나아가는가를 검토하고, 또 다듬어 가면서 그 올바른 방향을 모색하지 않을 수 없다. 이렇게 함으로써만 法學은 하나의 學問으로서 자기의 위치를 굳건히 할 수 있을 것이고, 나아가 法的 共同體의 生活도 함께 창조해 나아갈 수 있을 것이다.

(2) 이 점, K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 제 4 판, Berlin, 1979, 6면 참조.

(3) 이 점, K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 제 7 판, Stuttgart, 1977, 8면 참조.

2

위에서 살펴 본 바와 같이 法學方法論은 法學의 學問性을 가늠하고 또 法 밑에서의 인간 의 生活을 형성해 가려는, 말하자면 法을 認識하려는 계획적인 精神의 活動이라고 볼 수 있다. 그러면 이러한 法學方法論은 어떠한 樣相들로 나타났으며 그들간의 관계는 어떠한 것일까? 주지하듯이 하나의 對象을 놓고도 여러 측면에서 그것을 인식하려고 시도할 수 있다. 이럴 경우 그 認識의 方法도 相異한 측면에서 본 對象의 相異한 內容에 따라 달라지고, 따라서 결국 하나의 對象을 두고도 相異한 學問들이 나란히 존재할 수 있는 것이다. 法學도 마찬가지이다. 우리가 '法'을 어떠한 측면에서 접근하느냐에 따라 여러 相異한 法學의 部門이 생기는 것이며 그 方法論도 또한 相異하지 않을 수 없는 것이다. 그러면 法은 어떠한 相異한 現象으로 존재하며, 따라서 어떠한 部門의 法學들이 존재하며, 또 그것의 學問性을 가늠하는 方法論은 어떻게 전개되고 있는가?

우리가 法學이라고 하면 무엇보다 '法解釋學'을 먼저 손꼽게 된다. 주지하듯이 발전된 사회라면 어디에서든 法機能을 이야기할 때 實定法規範과 法制度에 대한 언급이 없이는 불가능하다. 이러한 實定的인 法規들이란 대부분 立法的인 材料들로 이루어져 있다. 따라서 法을 인식한다는 것은 우선 이러한 法規들에 대한 인식이 있지 않으면 안된다. 그것이 곧 法學의 과제이라고 하겠다. 그러면 이러한 과제를 수행키 위해 어떠한 方法論이 전개되고 있는가.

주지하듯이 본격적인 의미에서의 法學方法論이 전개되기 시작한 것은 大法學者 사비니에 서부터이다. 그는 法學方法論의 礎石을 이루어 놓았다.⁽⁴⁾ 다시 말해서 그는 法學이 그 과제를 수행키 위해서 필요한 두개의 方法을 제시한 것이다. 즉 法의 解釋方法과 法의 體系化이다. 사비니는 우선 법규의 意味를 이해하려 한다. 이는 '法律속에서 표현된 思想을 再構成하는 데 있다고 보았다. 이렇게 法을 解釋하기 위해서는 첫째 文理를 따라야 하고, 둘째 文脈의 論理를 따져야 하고, 셋째 歷史의 立法者의 意圖를 고려해야 한다고 피력했던 것이다. 그런데 立法이란 항상 '全體'를 말하는 것이어서 법의 解釋도 궁극적으로 全體에 대한 考慮에로 나아가지 않으면 안된다는 것이다. 그리고 이 全體는 결국 體系의 作業에 의해 이루어진다고 본 것이다. 그래서 사비니는 드디어 法學의 體系의 課題에 이르렀다. 이는 多樣性을 內的 相關關係으로 結合시켜 內的 統一性을 이루는 데 그 본질이 있었다. 그런데 사비니는 이러한 統一性을 점차 有機的 生成過程속의 歷史的 法制度속에 살아있는 民族精神안에서 보려고 하였다. 이에 그의 유명한 歷史法學은 수립된 것이었다.

(4) 자세한 소개는 前掲 K.Larenz, *Methodenlehre*, 11면 이하.

이렇게 사미니에 의해 그 초석을 마련한 法學方法論은 그 후의 方法論의 노력에 의해 더 철저화되고 보충되었다. 우선 이른바 概念法學은 사미니의 體系思想을 더 철저히 이해하고자 했다.⁽⁵⁾ 사미니에서 體系란 歷史的 法制度를 중심으로 한 意味統一性이었다. 그러나 概念法學의 주창자인 콕호타는 體系를 最高概念을 頂點으로 한 形式論理的인 概念的 пи라미드의 體系로 대치하러 했다. 그리하여 그가 法學의 體系를 ‘概念的 系譜學’(Genealogie der Begriffe)으로 구성하려 했던 것은 유명하다. 이러한 생각은 판텍덴의 또 하나의 大家 민트샤이트에로 이어졌던 것이다. 어쨌든 여기에서는 모든 法的 認識과 結論은 法的 上位概念으로부터의 論理的 演繹的 導出에 의해서 얻어지는 것으로 믿었고, 따라서 法認識體系의 完結(全)性이 전제되었으며, 法律의 目的的, 理念的 要素나 法律과 社會的 現實과의 관계에 대한 고려같은 것은 일단 배제되었던 것이다.

이러한 概念法學은 여러 측면에서 도전받기 시작했다. 우선 유명한 법학자 에에링은 法律이란 立法者의 目的的 表象에 의한 產物이라는 점을 강조했고, 따라서 법학을 數學이나 論理學에 비추어서 볼 것이 아니라, 概念이 아닌 生活을 위해 존재하는 實踐的인 目的法學(Zweckjurisprudenz)으로 정립하여야 한다고 역설했던 것이다.⁽⁶⁾ 이러한 法學의 生活價値性에 관한 에에링의 力說은 그 후의 法學方法論에 큰 영향을 미쳤던 것이다. 이것은 특히 법학은 法의 現實的 發生因子인 諸般의 利益과 그 상호관계 내지 衝突에 대한 規律과 解決을 우선적인 과제로 삼아야 한다는 이른바 헉크의 利益法學(Interessenjurisprudenz)을 성립케 했던 것이다.⁽⁷⁾

概念法學은 또 그 法의 現實遊離性과 完結(全)性이라는 점 때문에 많은 비판을 받았고, 이는 새로운 法學方法論의 경향을 야기시켰던 것이다. 개념법학이 法을 實效性과는 관계없이 그 規範的 效力안에서 고찰한 나머지 ‘條文 속의 法’과 ‘生活 속의 法’의 乖離를 보지 못했다는 비판은 유명한 法社會學者 에어리히에 의해 지적되었다.⁽⁸⁾ 이와 아울러 자연히 法의 欠缺性은 폭로되기 시작했고, 欠缺補充을 위한 ‘自由로운 法發見’은 칸토로비츠에 의해 강력히 주장되었던 것이다. 이에 이른바 自由法學의 運動은 일기 시작했던 것이다. 그리하여 이른바 法의 類推解釋, 즉 類推適用의 不可避性이 인식되기에 이르렀다. 이와 같이 일련의 法現實에 주목한 法發見 내지 法獲得의 方法摸索은 드디어 英美 특히 美國에서는 現實主義法學(Legal Realism)에로 이어졌던 것이었다. 여기에서 모든 法認識活動은 法官이나 行政官의 行動에 대한 豫言 내지 그것의 動機追跡이나 그 形成要因의 分析에 있는

(5) 자세한 소개는 역시 Larenz, 위의 *Methodenlehre*, 20면 이하.

(6) R.v. Jhering, *Der Zweck in Recht*, 187 참조.

(7) Ph. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932등 참조.

(8) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913.

것으로 보았던 것이다.⁽⁹⁾

또 歷史法學이나 概念法學은 法解釋이나 法適用을, 혹은 歷史的 現實로 주어진 法의 事實의 意味의 再發見, 혹은 概念相互間的 包攝關係를 통한 推論에 있는 것으로만 생각했고, 法의 理念이나 客觀的 目的에 嚮導된 그것은 멀리했다. 그러나 19세기 末에서 부터 생기를 되찾기 시작한 客觀的 理(觀)念主義哲學이나 文化哲學 내지 價値哲學은 法學方法論에도 큰 의미를 갖게 되었다. 이때까지의 단순한 心理的·主觀的 事實에 불과했던 精神的 形成物은 이제 客觀的인 觀念的 實在로 파악하게 되었고, 이에 따라 理念과 目的, 價値도 客觀的 實在性을 인정받기에 이르렀다. 法도 立法者의 단순한 歷史的 產物에 불과한 것이 아니라, 그 자체 하나의 客觀的 存在가 되었다. 따라서 법해석이란 것도 立法者의 歷史的 意圖를 再發見하는 데 그치지 않고, 法理念과 法目的의 客觀化인 法의 客觀的 意味를 파악하는 것으로 이해되기에 이르렀다. 이리하여 법해석도 目的論的으로 이루어져야 한다고 보았다. 그리고 이러한 目的論的 解釋의 方法은 드디어 法方法論의 絶頂으로 생각하기에 이른 것이었다.⁽¹⁰⁾ 이러한 理念 및 價値關聯的인 法學方法論의 確立은 이때까지 논란을 거듭했던 擴大·縮小 解釋, 그리고 欠缺의 補充, 나아가 體系思想에 一大革新을 가져왔던 것이다. 이의 의의는 계속 증시되어 오늘날에 이른 것이다. 오늘날 法解釋을 논함에 있어서 단순한 利益法學的 思考를 넘어 法을 立法者의 價値評價의 結晶體로 보고, 이에 따른 價値定向的인 法思考, 다시 말해서 ‘評價法學’(Wertungsjurisprudenz)의 方法을 증시하는 것도 그것의 연속이라고 말할 수 있을 것이다.⁽¹¹⁾ 또 法의 體系를 파악함에 있어서 이를 概念法學에서 처럼 단순한 概念體系로 보지 않고, 法原理를 통한 意味의 統一性으로 이해하려는 것도 마찬가지이다.⁽¹²⁾

이상으로 우리는 ‘法解釋學’의 方法論을 그 歷史的 展開에 따라 살펴 보았다. 이때까지의 法學方法論의 노력은 크게 두개의 核心的 課題를 둘러싸고 전개되어 왔다고 하겠다. 그것은 바로 法學의 體系構成과 法解釋의 方法이라는 두 과제이다. 위에서 살펴본 바와 같이 體系構成과 관련해서는 概念法學에서와 같은 完璧한 論理的 概念體系인가, 그렇지 않으면 目的論的 評價法學에서와 같은 ‘法原理에 입각한 意味統一性’의 의미에서의 體系思想인가가 크게 대립되어 왔다고 말할 수 있다. 그리고 法解釋의 方法을 두고는 사비니 이후 기본적으로는 文理的 解釋方法, 論理的, 體系的 解釋方法, 歷史的 解釋方法, 그리고 目的論的 解釋方法이 그야말로 解釋의 準則(canones)들로 定立되어 각각 확고한 위치를 차지하

(9) O.W. Holmes, *The Path of the Law* (1897), 10 *Harvard L.R.* 457, 461; K.N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, 1951; J.J. Frank, *Law and the Modern Mind*, 1949 참조.

(10) 新칸트學派 및 新헤겔學派의 哲學과 이에 직접 또는 간접으로 영향받은 법학자들에서 특히 볼 수 있다; 예컨대 Kohler, Binding, Wach, Radbruch 등이다.

(11) 이에 대해서, K. Larenz, 위의 *Methodenlehre*, 특히 128면 이하 참조.

(12) 이 점 W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in jurisprudenzen*, 1969 참조.

고 있으며, 또 法欠缺의 補充方法으로 類推解釋의 諸方法이 물론 승인되고 있다. 주지하듯이 오늘날에도 法學方法論을 둘러싸고 많은 논의가 진행되고 있다. 한편으로는 體系否定的인 法思想(예컨대 토픽저 法思考)이 등장하는가 하면, 다른 한편으로는 方法多元論과 方法無差別論 내지는 方法無政府論에까지 이르고 있다.

생각컨대 위에서도 언급했듯이 學問이란 對象에 대한 方法的 認識이다. 따라서 法學도 法에 대한 方法的 認識이지 않을 수 없다. 그래서 거기에는 法에 대한 認識을 획득하기 위한 計劃的인 활동으로서의 方法이 논의되었던 것이다. 또 認識이란 무작정 얻어지는 것은 결코 아니다. 그것은 根據있는 知識이어야 한다. 따라서 그것은 論據와 論證을 기초로 하여야 하며, 그러기에 그것은 자연히 ‘體系的’인 認識을 지향하지 않을 수 없을 것이다. 이렇게 볼 때 이때까지의 法學方法論이 法學의 方法과 體系를 중심으로 논의되어 왔다는 것은 우연한 일이 아닌 것이다. 그러나 法이란 대상이 예컨대 自然이라는 대상처럼 그렇게 嚴正하게 인식될 수 있는 것은 아니다. 따라서 그 方法에도 多樣性이 허용될 것임은 말할 필요도 없다. 그러나 그것이 法認識을 획득하기 위한 方法이라면 적어도 正當하고 合理的인 것으로 승인된 것이 되지 않으면 안될 것이며, 方法無政府論으로까지 나아가는 것은 지나친 것이다. 또 法學의 體系性이라는 문제도 마찬가지이다. ‘認識’이란 그것이 어떠한 것이든 궁극적으로는 ‘體系’안에서만 그 확고한 보증을 받을 수 있을 것이다. 그러나 우리가 法에 대해 完璧한 形式的 體系를 요구할 수는 없을 것이다. 그렇다고 해서 완전히 體系解放的인 思考로 나아간다는 것은 있을 수 있지 않을까 생각된다. 이에 대한 자세한 연구는 法理論的 내지 法哲學的 課題일 것이다.

3

法學의 諸部門 중 위에서 주로 언급한 ‘法解釋學’은 ‘法律的’ 효력을 지닌 채 고유한 存在方法으로 존재하는 ‘實定法規範’의 이른바 ‘規範的’意味에 대한 體系的 解釋 내지 說明을 그 과제로 하였다. 그러나 法의 存在 내지 現象形態는 이에 그치지 않는다. 法은 하나의 複合的 現象이라고 말할 수 있다. 따라서 法은 단순히 規範的 形像으로서만 고찰된 것은 아니다. 그것은 위에서도 말했듯이 여러 측면에서 접근될 수 있는 것이다. 이에 따라 여러 部門의 法考察이 가능해 지는 것이다.

주지하듯이 法은 사람들이 실제로 그들의 行爲를 통해 따르고 또 그들의 행위의 표준으로 삼는 ‘살아있는’, 다시 말해서 ‘實效的’인 規律로서 존재하기도 한다. 이러한 측면에서 본 법이란 하나의 社會的 實在, 다시 말해서 하나의 社會的 現實 내지 事實인 것이다. 이처럼 하나의 社會的 事實로서의 法은 社會的으로 制約되고 있으며, 社會形態와 法形態는 떼어낼 수 없는 관계에 놓여 있다. 따라서 社會的 現象으로서의 法은 社會的 過程 속에서 어떠한

한 역할을 하고 있으며, 法發生과 法實現의 社會的 條件은 어떠하며, 그것의 實效性 내지는 無力性의 이유는 무엇인가 등등을 묻게 되지 않을 수 없다. 이리하여 法은 하나의 社會學的 考察의 대상이 되며, 여기에 ‘法社會學’(Sociology of Law, Rechtssoziologie)이라는 하나의 독자적인 法學部門이 이루어졌으며, 또 그 독자적인 方法論도 논의된 것이다.⁽¹³⁾

우리가 法을 하나의 ‘歷史的’ 現象으로서 고찰한다면 또 다른 측면에서 法을 보게 되는 것이 될 것이다. 인간이 하나의 歷史的 存在인 만큼, 그에 의해 만들어진 法도 그의 고유한 세계에 속하지 않을 수 없을 것이다. 다시 말해서 인간에 있어서의 過去란 끝나 버린 시간이 아니라 그의 現在의 構成部分이기도 한 것이다. 인간의 歷史的 世界란 변화될 수도 있지만 또한 계속적인 것이기도 한 것이다. 法도 마찬가지로 인 것이다. 法도 ‘歷史性的 時間構造’를 갖고 있다고 말할 수 있다. 누구나 法을 그 現在的 상태에서 이해하려고 하려면, 또한 그것의 歷史的 生成性을, 나아가 그것의 未來에의 開放性도 함께 보아야만 하는 것이다. 이에 法은 歷史學的 考察의 對象이 되는 것이다. 이에 法學은 ‘法史學’(Rechtshistorie) 내지는 ‘法制史’(Rechtsgeschichte)라는 部門으로 전개되는 것이며, 그 고유한 方法論도 논의되는 것이다.⁽¹⁴⁾

우리가 또 法을 다른 法과 比較考察한다면 法은 또한 다른 측면에서 보게 되는 것이 될 것이다. 주지하듯이 規範은 言語의 탄생과 함께 文字로 定式化되어 傳授可能한 것이 되었다. 이는 社會의 安定과 統一이 이루어 질수록 더욱 그러했다. 그 대표적인 것은 法典化일 것이다. 그런데 規範의 傳授는 從的으로만 이루어지는 것이 아니라 橫的으로도 이루어진다. 이러한 橫的인 規範傳授는 規範의 缺乏現象이 존재할 때 다른 規範을 받아들임으로써 이루어지는 것이다. 이것이 바로 規範繼受인 것이다. 우리는 국가 사이의 全面的인 또는 部分的인 ‘法의 繼受’(Rezeption des Rechts)의 현상을 많이 보고 또 체험한다. 여기에 法比較의 필요성은 명백해 지는 것이다. 이러한 필요성은 깊이 생각해 보면 좀 더 근본적인 데 있다. 우리가 法解釋學的으로 ‘일정한’ 法秩序 안에서의 問題들을 다루어 그 의미를 파악하고 또 해결하려고 하지만, 그 중의 많은 것들은 사실 그 법질서 안에서 국한된 문제가 아니라 하나의 ‘普遍的’인 문제들임을 알게 된다. 따라서 이러한 모든 또는 대부분의 法秩序에서 똑 같게 또는 비슷하게 제기되는 ‘一般的 法問題들’은 法比較의 考察의 可能性과 實益性을 또한 보여준다고 하겠다. 이에 ‘比較法學’(Comparative Law, Rechtsvergleichung)이 法學의 한 部門으로 형성되고, 그 方法論도 또한 탐구되는 것이다.⁽¹⁵⁾

우리가 또 法을 그 理性性(Vernünftigkeit)과 理念性(Idealität)에서 고찰한다고 하면, 法을 또 다른 측면에서 보게 될 것이다. 우리는 우선 모든 法的 決定의 理性性, 즉 合理性을

(13) 이에 관해서 우선 崔大權, 法社會學, 서울大出版部.

(14) 이에 관해서는 우선 崔鍾庫, 法史와 法思想, 博英社.

(15) 이에 관해서는 우선 玄勝鍾, 比較法學, 博英社.

물고 또 요청한다. 우리는 모든 法的 決定이 法理解의 可能性의 궁극적인 條件과 整合性의 요청에서 보아 正常化되는지를 묻게 된다. 나아가 우리는 모든 法的 決定의 그 궁극적인 拘束法과 그 正當性에서 보아 또 正當化되고 있는지를 묻게 된다. 종합해서 말한다는 우리는 궁극적으로 法の 意味認識의 原理와 意味賦與의 原理를 묻게 되는 것이다. 이는 法解釋學의 과제도, 法社會學의 과제도 法史學의 과제도, 比較法學의 과제도 넘어서는, 말하자면 '法哲學'(Philosophy of Law, Rechtsphilosophie)의 과제인 것이다. 거기에 또한 고유한 方法論的 논의가 전개되고 있음은 물론이다.⁽¹⁶⁾

이상으로 좁은 의미에서의 法學, 즉 法解釋學 이외에 法을 둘러싼 여러 法學部門, 다시 말해서 넓은 의미에서의 法學의 諸 部門을 살펴 보았다. 이들을 자세히 살펴보고 이들 상호 간의 관계를 자세히 검토하는 것은 참으로 복잡하고 어려운 과제일 것이다. 그러나 우리가 우선 말할 수 있는 것은 이들이 모두 法을 각기 다른 관점에서 살핀 결과 이루어진 것이지만 이들은 결코 아무런 관련없이 나란히 존재할 뿐은 아니라는 점이다. 모든 法解範은 그 理解를 위해 배동될 수 없는 배경으로 社會的 實在을 갖고 있으며, 또 그 制定史를 뒤로 하고 있으며, 나아가 拘束의 正當性을 요청한다. 이 처럼 이들은 서로 그 한계를 명백히 할 수 없을 만큼 서로 엉켜 있다고 하겠다. 그러나 또한 우리가 유의해야 할 것은 이들의 問題提起는 서로 다르며, 따라서 그러한 문제들에 대한 대답을 위해서도 각기 固有한 方法을 발전시키고 또 적용해야 한다는 점일 것이다.

(16) 이에 관해서는 우선 沈憲燮, 法哲學 I, 法文社; 李恒寧, 法哲學概論, 博英社; 黃山德, 法哲學講義, 邦文社.