

## Ota Weinberger의 制度的 法實證主義

沈 憲 燮\*

Ota Weinberger의 이른바 制度(主義)的 法實證主義(Institutionalistischer Rechtspositivismus-IRP)는 현대 법철학이론의 흐름에서 간과하지 못할 지위에 놓여 있다. 법본질의 파악을 위한 제도주의적 접근은 그리 멀지 않게로는 Hauriou, Renard, Romano, Schmitt에 의해 시도되었고, 지금은 MacComick과 함께 Weinberger에 의해 추진되고 있다.<sup>(1)</sup> 그런데 지금 제도주의적 법이론을 철학적으로 근거 지우고 이론적으로 체계화하는데, 가장 애쓰고 또 그 결과 주목할 가치가 있는 결실인 제도주의적 법실증주의를 제창한 이는 Weinberger이다. Weinberger는 체코 브르노(Brno)에서 태어난(1919) 금년 75세의 법률가이면서 철학자이다. 그는 금세기의 인간부정적 체제를 두 번씩이나 몸소 체험했고 1968년 프라하의 봄이 소련 탱크에 의해 압살되자 드디어 서방으로, 즉 오지리로 이주했다.<sup>(2)</sup> Weinberger가 서방에서 활동하게 된 것은 1972년 그라츠(Graz)대학에서부터였으니 불과 20여 년만에 철학자로는 물론이고 특히 법철학자로서 세계적인 명성을 이룩한 셈이다. Weinberger는 법률가로서는 체코의 브르노 純粹法學의 대표자인 Weyr의 제자였으나 제도주의적 법실증주의라는 독자적 길을 걸었으며, 철학자로는 어떠한 철학조류를 표방하고 있지는 않지만 合理的 再構成主義로서의 分析哲學을 지향하고 있고 規範論理學의 개척에 앞장서고 있다.<sup>(3)</sup>

### I

Weinberger는 그의 제도주의적 법실증주의(IRP)를 철학적으로 광범위하게 근거지우

\* 서울대학교 법과대학 교수

(1) 이들의 共著로 Neil MacCormick/Ota Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin 1985, 英文版으로는 *An Institutional Theory of Law, New approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986.

(2) Weinberger는 젊은 시절 나치하의 유대인수용소에서 천행으로 살아 남았으며, 전후 공산독재로 법조인의 꿈을 포기하고 철학교수로 지내다 서방으로 탈출했다.

(3) 이런 점 W. Krawietz의 공편, *Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger*, Berlin 1984, 머리말(Vorwort) 참조.

여기에서 브르노純粹法學派에 관해 조금 언급한다면 이는 Kelsen의 동료인 Franz Weyr가 체코의 브르노대학에서 純粹法學의 이론을 함께 발전시킴으로써 형성되었다. 이 學派는 Weyr 외에 K. Englis, J. Kallab 등의 학사들에 의해 대표되었으며, V. Kubes, O. Weinberger로 이어졌다. 이 學派의 代表者들의 이론에 관해서는 Kubes/Weinberger 공편, *Die Brünner rechtstheoretische Schule*, Wien 1980, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institutes, 제5권 참조. 規範論理學에 관해서는 O. Weinberger, *Rechtslogik*, 제2판, Berlin 1989, 특히 218면 이하 참조.

고 있다. 첫째로 그는 IRP의 人間學의 前提에 대해 현대인간학, 특히 Gehlen의 연구를 바탕으로 깊이 있게 밝힌다. 요약한다면 인간은 우선 '行動的 存在'라는 것이다. 즉 인간은 행동능력, 다시 말해서 행동의 폭을 갖고 있으며 이는 우리의 직접적인 의식이나 체험을 통해 알 수 있다. 어떠한 행동가능성을 실현하는가는 가능한 情報過程을 통해 규정된다. 다음으로 인간은 '共同體的 存在'라는 것이다. 공동체적 생활은 본능만에 의해 충분히 이룩될 수 없기에 인간은 '制度'의 창조자가 된다. 그래서 인간이 제도 속에서 살고 제도를 통해 행동이 규정되는 것은 인간학적 사실이다. 그러나 제도의 형식과 내용은 미리 정해져 있는 것은 아니며 인간은 제도의 형성에 큰 폭을 갖고 있다.<sup>(4)</sup>

둘째로 Weinberger는 IRP의 認識論의 基礎를 지적한다. 인간이 認識한다는 것도 인간학적 특징이다. 그리고 인식은 일상적인 체험에서 학문에 이르기까지 모두 實踐, 즉 행동에 이바지하는 활동으로 이해될 수 있다('實踐의 人間學의 優位'). 물론 인식에의 노력은 獨自의이려 할 뿐만 아니라 自己目的이려고 한다. 이는 학문과 기술의 비약적 발전을 가져 왔다. 어쨌든 인식은 能動的인 과정이다. 우리는 이러한 인식을 바탕으로 행동한다. 행동은 정보를 통해 향도된다. 그런데 이러한 정보를 두 가지로 구별하고 분리하는 것이 요구된다. 즉 事實의 情報과 實踐의 情報이다. 이는 言語의 차원에서 보면 記述의 言明과 規範的 言明을 범주적으로 분리하는 意味論, 즉 '認識論으로 差別化한(兩分된) 意味論'이 된다. 이것이 행위관련적인 實踐哲學의 바탕이다. 여기에서 실천적·규범적 언명의 증명과 근거지움의 중대한 論理的 規則이 귀결된다. 즉 실천적 언명을 포함하지 않은 순 記述의 전제들로부터는 어떠한 當爲的 結論도 도출될 수 없다는, 짧게는 '存在로부터는 當爲는 추론되지 않는다'는 또 그 반대도 같다는 메타논리적 公準이 정립된다.<sup>(5)</sup>

셋째로 Weinberger는 道德哲學으로 이른바 '非認識主義'(Non-Kognitivismus)를 표방한다. 즉 실천적 언명은 순 認識의으로는, 다시 말해서 評價的 立場表明(Stellungnahme)이 없이는 근거지워질 수 없다는 것이다. 말하자면 합리적 분석이나 경험적 인식만으로 무엇이 정당한 것인가를 객관적으로 근거지울 수 있는 '實踐的 認識'의 가능성을 부정한다. 그러나 이러한 주장에서부터 실천적 사고에서 논리적 연역이나 합리적 근거지움은 어떠한 역할도 하지 않는다는 주장으로 나아가서는 안 된다. 그러나 실천적 논의는 순 인식적으로 근거지울 수 없는 실천적 전제들과 관련해서 항상 이루어진다. 이러한 상관성은 記述的 언명의 모든 논의에서도 마찬가지이다. 실천적 영역에서도 合理的 分析을 요구하는 것은 현대 문화의 특징이다. 합리적 분석은 윤리학이나 법학에서는 물론 경제학과 技

(4) 이러한 人間學의 前提에 관한 그의 설명은 특히 O. Weinberger, *Norm und Institution, Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien, 1988, 15면 이하, 그리고 특히 制度論의 前提와 관련해서는 O. Weinberger, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Stuttgart 1987, 169면 이하, 178면 이하 참조.

(5) 이러한 二元論의 意味論의 根據지움과 관련해서는 특히 O. Weinberger, *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlin 1979, 5면 이하, 18면 이하, 그리고 앞(주 1)의 책, 19면 이하 참조.

術에서도 중요한 의미를 지니고 있다.<sup>(6)</sup>

## II

Weinberger의 IRP는 이러한 철학적 바탕 이외에 ‘規範主義의 制度理論’에 입각하고 있다. 위에서도 말했듯이 인간은 공동체적 존재이다. 인간의 공동생활은 본능만에 의해 이루어질 수 없고 규범적 규칙을 요구한다. 공동체 안에서 사람이 어떻게 행위하여야 하는가를 규정하는 規律體系를 근거로 해서만 공동체적 생활은 가능한 것이다. 이러한 규율체제에 의해 구성되고 규정된 것이 제도이다. 제도는 다양하다. 이들에 공통적인 개념징표를 지적하기란 곤란하다. 그야말로 家族개념이다. 그러나 제도는 인간의 행위와 관련되고 있다. 제도는 행위의 틀(Handlungsrahmen)이다. 제도는 개인과 개인을, 개인과 사회를 연결시킨다. 제도는 행위의 틀과 형식으로 사회를 정립하고 안정화한다. 이를 통해 인간의 상호작용이 이루어지고 생활형식의 본이 만들어지고 사회구조와 개인의 역할이 짜여지고 규정된다.<sup>(7)</sup>

이러한 파악 위에 規範主義의 制度理論의 핵심명제가 선언된다. 즉 규범적 규칙을 포함한 실천적 정보의 체계가 없는 제도는 없으며 제도와 규범은 本質的 關係에 있다는 것이다.<sup>(8)</sup> 제도의 본질적 요소인 규범체계는 제도참여자의 의무와 권리를 규정하며, 제도 안에서의 행위와 활동의 평가기준이 되며 제도 안에서의 권한과 역할을 결정함은 물론 타인의 행태에 대한 기대를 형성한다. 그런데 제도가 이렇게 규범과 결부되어 있다 해도 그것은 또한 하나의 관찰가능한 事實이다. 그러나 주목해야 할 것은 우리가 대하는 사실에는 ‘赤裸裸한 事實’(brute fact-Anscombe) 이외에 이른바 ‘制度的 事實’(institutional fact-Searle)이 있다는 점이다.<sup>(9)</sup> 우리가 행동하고 또 행동하기 위해 정향되어야 하는 생활세계의 못 대상과의 관계는 제도적 사실의 기능에서 파악된다. 따라서 우리의 현실은 적나라한 사실뿐만 아니라 제도적 사실을 포괄하고 있다. 그리고 또 주목하여야 할 것은 이러한 제도는 각각이 單一的 機能體라는 점이다. 즉 제도는 하나의 理念, 하나의 目的에 이바지한다. 제도는 계획된 作品의 구현을 꾀한다. 즉 그것은 하나의 指導理念에 이바지한다.

(6) 이러한 道德哲學의 根本立場과 관련해서는 그의 앞(주 1)의 책, 특히 186면 이하, 193면 이하, 그리고 앞(주 4)의 책, *Norm und Institution*, 73면 이하 참조.

(7) 이런 설명은 특히 그의 앞(주 4)의 책들, 즉 *Norm und Institution*, 27면 이하, 그리고 *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 150면 이하.

(8) 이러한 核心命題는 O. Weinberger, ‘Der normativistische Institutionalismus und die Theorie der Gerechtigkeit’, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Aktuelle Probleme der Demokratie*(Weinberger 편), Wien 1989, 102면. 또 앞(주 4)의 책, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 188면 이하.

(9) Anscombe과 Searle에 관한 그의 언급은 앞(주 1)의 책, 22면 이하.

제도를 규정하고 또 제도 속에서 실현되는 指導理念을 이해함으로써 제도의 사회적 기능도 이해된다.<sup>(10)</sup> 이상과 같은 고찰에서 우리는 규범파악에 대한 중요한 결론을 이끌어 낼 수 있다. 우선 사회규범이 존재한다든가 또 사회제도가 존재한다고 할 때 이는 양면을 지닌 하나의 현상을 고찰한다는 점이다. 사회적 규범체계가 존재한다는 것은 바로 그에 상응하는 제도와 작용관계에 있다는 사실을 말한다는 것이다. 즉 제도란 그것이 규범적 골격을 갖고 있고 또 그것이 본질적으로 이 규칙체계에 따라 구조를 이루고 조직되고 있을 때에만 존재한다는 것이다.<sup>(11)</sup> 다음으로 사회적 규범체계를 이해한다는 것은 체계 속에 제도화된 규범을 해석학적으로 파악하는 것이어야 함은 물론, 그것을 넘어 제도의 指導理念과 目的論的 背後關係의 체계도 이해하지 않으면 안되며 또 끝으로 제도의 機能과 관련된 사실도 인식되어야 함을 뜻한다는 점이다. 따라서 규범인식은 규범적 이해와 사실의 인식, 그리고 지도이념의 견지에서 행한 제도의 기능분석이 없이는 단편성을 면치 못한다.<sup>(12)</sup> 끝으로 규범주의적 제도이론은 제도를 규범의 淵源으로서 규범 이전에 존재하는 것으로 보지 않는 점에서 종전의 제도이론과 구별되고,<sup>(13)</sup> 제도를 規範複合體로서가 아니라 事實的 合規則性이나 行爲期待의 복합체로만 보려는 社會學的 제도이론과도 구별된다는 점이다.<sup>(14)</sup> 규범주의적 제도이론에서는 규범이 제도를 창출하느냐 또는 제도가 규범을 창출하느냐의 질문은 잘못된 것이다. 現實態로서는 어떠한 제도도 그에 상응하는 규범체계가 없이는 존재하지 않으며 또 어떠한 규범체제도 그에 상응하는 제도 없이는 존재하지 않는다.<sup>(15)</sup>

### III

이와 같은 철학적 및 제도론적 전제 위에 제도주의적 법실증주의의 이론은 전개되고 있다. 두 말할 필요없이 IRP는 법을 두 개의 얼굴을 가진 複合的 形成物로 본다. 법은 한편 규범으로서 規範的 觀念體이다. 관념적 의미내용으로서의 규범은 규범설정행위인 意志的 行動(명령)과 구별되어야 하며, 다른 관념체처럼 의미론적 분석과 논리적 관계와 추론의 대상이 된다. 특히 규범의 의미론적 특성 때문에 특수한 규범논리적 체계가 요구된다. 법

(10) 이런 지적은 특히 앞(주 4)의 책, *Norm und Institution*, 29면 이하 참조.

(11) 이런 지적은 특히 앞(주 1)의 책 26면 이하, 또 앞(주 8)의 글, 102면 참조.

(12) 이런 언급은 앞(주 4)의 책, *Norm und Institution*, 27면 이하 참조, 또 앞(주 8)의 글, 같은 면 참조.

(13) 이러한 종전의 이론과 制度的 自然法論者로는 Hauriou, Renard 등을 들 수 있다. 그러나 Romano, Schmitt는 그와 반대로 法實證主義者들이라 하겠다. 이 점 그의 앞(주 4)의 책, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 159면 이하.

(14) 이러한 社會學的 制度論은 H. Schelsky와 N. Luhmann의 이론과 관련하여 언급하고 있다. 역시 그의 앞(주 4)의 책, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 169면 이하.

(15) 이런 지적은 역시, 위의 *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 159면 이하 참조.

은 다른 한편 制度的 事實로서 사회생활의 事實이다. 제도적 사실로서의 법은 그것과 본질적으로 관련되어 있는 관찰가능한 사회적 실재들의 총체적 복합체이다. 말하자면 법은 모든 규범이 그렇듯이 ‘觀念인 동시에 實在’(‘Gedanke und Realität’)인 것이다. 이로써 IRP는 순현실주의와 순규범주의를 극복한 것이다. 말하자면 그것의 複合이다. 따라서 IRP는 현실주의로부터는 법에서의 사회학적 관찰의 중요성을, 규범주의로부터는 법의 구조이론의 특별한 가치를 인정한다. ‘인식론적으로 차별화된 의미론’과 규범주의적 제도이론을 표방한 IRP는 우선적으로 規範主義이다. 그러나 순규범주의는 아니고 社會學的 規範主義이며, 制度的 法理論이다.<sup>(16)</sup> 그러면 제도적 법실증주의의 기본이론을 살펴보자.

첫째로 IRP는 純粹性的 公準 없는 ‘規範主義的 法理論’이다. 순수성은 학문적 활동의 객관성을 강조한 도덕적 함의도 지니지만 법제도의 사실적 기능분석과 법제도에 대한 기능비판적 고려를 배제시킨다. 純粹法理論(純粹法學)의 핵심은 법체계의 動態的 구조와 法效力에 대한 순수규범주의적 설명이다. 法動態論은 모든 법적 事象을 규범창설과 규범실현으로 설명한다. 즉 모든 법적 결정은 實體的 및 形式的(授權的) 法規와의 논리적 관계로 창설되며, 상이한 단계의 법규칙의 창설도 규범적으로 규정된다는 것이다. 일정한 사실, 특히 규범창설행위가 고려되나 이는 어디까지나 규범창설의 필요조건에 불과하고 그것의 충분조건은 상위의 수권규범이라는 것이다.<sup>(17)</sup> 그러나 규범창설에 이 두 요소가 필요한 것은 의심할 수 없으며, 창설근거로서 이 두 요소의 차이가 어디에 있는지 논리적으로 근거지울 수 없다. 말하자면 법동태론은 결코 순수규범적 과정은 아니며 規範과 事實의 合作過程으로서 이 관찰 가능한 사실을 고려않고는 법학을 할 수 없다. 순수법이론은 법효력을 실효성의 기준과 함께 궁극적으로 根本規範을 전제함으로써 해결하려 한다. 그러나 법효력의 객관성과 법현실의 객관적 설명이 단순한 근본규범의 想定을 통해 주어질 수 있다고 믿는 것은 의아스럽다. 법효력의 근거지움의 사슬을 가설적 상정으로 종결지우려는 것은 사슬을 공중에 떠 있는 갈고리에 묶어 놓는 것과 다를 바 없다.<sup>(18)</sup> 더욱이 실효성이 고려된다면 이는 어디까지나 사회학적으로 관찰가능한 사실의 문제이며, 따라서 법효력의 순수한 이론이란 순수법이론 내재적으로도 불가능함을 보여 준다. 법의 효력은 社會學的, 制度的 事實이다. 따라서 하나의 법질서가 사회에서 효력을 갖는 것은 이 법질서로 이루어진 제도적 사실이 존재하여 하나의 제도적 존재를 갖출 때만이다. 이러한 효력을 근거지우는 사실로는 (적어도 법적용기관의) 規範意識, 법질서에 합치되고 부응되게 기능

(16) 이러한 지적은 앞(주 1)의 책, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, 19면 이하, 30면 이하, 60면 이하, 그리고 앞(주 4)의 책, *Norm und Institution*, 79면 이하.

(17) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 제2판, 169면 이하. 拙譯, *케렌法理論選集*, 法文社 1990, 36면, 54면.

(18) 이런 Weinberger의 비판은 특히 O. Weinberger, ‘*Reine oder funktionalistische Rechtsbetrachtung?*’ *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, O. Weinberger/W. Krawietz 공편, Wien. 1988, 229면.

하는 제도들, (적어도 법기관에 의한) 법의 원칙적인承認 등을 들 수 있다.<sup>(19)</sup> 그리고 개개의 법규범의 효력은 법의 동태론을 근거로 창설됨으로써 결정된다. 이는 제도적 사실로 뒷받침된 최고의 效力規則이므로 또는 제도적 실체로 확인되고 있는 根本規範의 確定을 통해 표현될 수 있다. 요컨대 법의 효력은 사회적 사실과 규범의 합작으로, 즉 제도적으로 이해되어야 한다.<sup>(20)</sup> 제도적 법이론은 법률, 실사이론 법규범의 집합으로뿐만 아니라, 사회구조를 창설하는 제도적 질서로 고찰한다. 따라서 법은 당위된 행위(권리와 의무)에 대한 지식을 통해서뿐만 아니라 제도화된 법률 사회적 제도의 지도이념 및 목적과 관련해서 그 실효성을 분석함으로써 이해된다. 그래서 IRP는 효력 있는 법현실을 복합적으로 파악한다. 법은 우선 규범적 관념체로서의 規範秩序이다. 法原理나 법의 目的論의 背景도 그것이 법적용과 법학에서 유효한 논의의 구성부분이 되어 제도적 지지를 받는다면 그것에 속하게 된다. 사회적 사실과 관련해서 규범질서에 의해 구성된 法律關係도, 규범창설이나 규범 실현의 활동을 담당하는 國家法機關의 體制도, 나아가 법생활과 법률관을 함께 형성하는 法學全般(여기에는 方法論이나 法政策的 分析을 포함한다)도 법생활의 制度的 事實이 된다.<sup>(21)</sup> 이리하여 제도주의적 법실증주의는 이른바 機能主義的 法律觀을 표방하는 것이 된다.<sup>(22)</sup>

둘째로 IRP는 ‘法實證主義理論’이다. 법실증주의는 다양한 형태로 주장되고 있다. 그런데 制度主義的 法實證主義理論은 다음과 같은 요소를 결정적인 것으로 본다.

우선 IRP는 법이란 社會的 現實의 構成要素라는 전제에서부터 출발한다. 법학이 파악하고 설명하여야 하는 법은 인간의 意慾에 의존하고 있는 제도적 사실이라는 것이다.<sup>(23)</sup> 다음으로 IRP는 自然法이론과는 달리 제도와 인간의욕과 관계없이 효력있을, 미리 주어져 있는 법의 正當한 規準들을 전제하지 않는다. 다시 말해서 IRP는 正當性의 기준들이 도출되거나 근거지워질 수 있는 形而上學의 前提를 하지 않는다. IRP는 위에서 확인했듯이 實踐的 認識을 부인한다. 순 인식적으로 正法의 原理를 획득할 수는 없다. 규범과 가치는 순전히 인식에 의해서가 아니라 評價的 態度表明을 통해서 근거지워질 수 있다.<sup>(24)</sup> 그러나 위에서도 지적했듯이 이는 合理的 論議를 부인하는 것은 아니다. 따라서 법실증주의를 합리적 법정책적 논의를 배제하는 것으로 정의하는 것은 온당치 않다. 非認識主義란 법정책적 논의가 무의미하거나 불가능하다고 주장하는 것이 아니라, 단지 이러한 논의는 언제나

(19) 이런 지적은 특히 그의 앞(주 4)의 책, *Norm und Institution*, 117면 이하, 123면 이하, 131면 이하 참조.

(20) 이 점 위의 책, 132면.

(21) 이러한 지적은 앞(주 1)의 책, 147면, 또 위의 *Norm und Institution*, 79면 이하, 그리고 그의 앞(주 18)의 글, 238면 참조.

(22) 이렇게는 그의 글(위 주 18), 238면.

(23) 이 또한 위(주 18)의 글, 250면.

(24) 역시 위의 글, 같은 면. 또 위(주 1)의 책, 147면.

합리적이고 경험적인 탐구 이외에 평가적 입장표명을 포함하고 있다는 것을 의미한다. IRP는 ‘어떠한 임의의 것도 권위적인 힘에 의해 확정되었으면 법일 수 있다’고 한다든가 또는 ‘법창설은 內容적으로 근거지워질 수 없다’고 하는 것은 아니다. 그런 의미에서 IRP는 좀 더 약한 의미에서의 법실증주의인 것이다. IRP는 어느 의미에서는 ‘自然法과 法實證主義의 저편’에 놓여 있는 것이다.<sup>(25)</sup> 끝으로 IRP는 법과 道德을 ‘分離된 體系’로 본다. 법의 기능은 도덕의 그것과 본질적으로 다르다. 법은 사회의 기본구조를, 법기관의 구성을, 법적 절차의 체계를 규정한다. 법은 생활형식과 제도의 일반적 틀을 짚는다. 법은 조직된 강제와 결부된 체계이다. 그러나 도덕의 기능은 자기답책적인 개인의 행위에 지향되고 있다. 도덕은 개개인의 자율적인 당위를 문제삼는다.<sup>(26)</sup> 도덕은 결코 법의 효력조건이 아니다. 법은 도덕적이기 때문에서가 아니라 사회적으로 제도화되어 있기 때문에 효력이 있다. 法의 效力과 正當化는 구별되어야 한다.<sup>(27)</sup> 사회도덕도 법이 참조하기에 또 법에 맞게 해석될 때에만 법이 된다. 法原理도 도덕요소로서가 아니라 제도화된 추상적 법규칙으로 이해되어야 한다. 도덕적으로 정당화된 법만이 법이라면 법은 定義上(ex definitione) 도덕적으로 선한 것이 되어 법의 도덕적 평가는 무용하고 흥미없는 것이 된다. 그러나 법을 도덕적 관점에서 비판하는 일은 매우 중요한데도 말이다. 그러나 객관적인 자연법원리가 존재한다고 하는 전제는 법정정책 논의에서나 문제해결에 있어서 도움이 안 된다. 이는 이러한 논의가 순 인식적 성격을 갖는다고 착각하게 할 뿐이다. 누구나 법정정책 논의에서 면밀하게 근거지워야 할 필연성이 있다고 하는 자는 법실증주의자로서도 ‘법과 힘’의 문제에 있어서 이미 자연법론자와 본질적으로 다른 입장에 있지 않다. 즉 힘은 근거지워진 그리고 사회적으로 수락된 법을 보호해야 하며 힘은 비판적 분석의 대상이 되어야 한다고 그는 주장하게 된다. 분명히 不正義한 법도 그것이 힘에 의해 관철되고 있다면 사회적 實在로서의 그것은 우리가 단순히 인정하지 않는다고 해서 없어지는 것은 아니다. 그러나 그것은 論據를 통해 墮落된 法으로 비판될 것이다.<sup>(28)</sup>

셋째로 IRP는 ‘分析的, 辨證的 役割正義論’을 제의한다. IRP는 전통적인 법실증주의자들 처럼 정의를 幻想 또는 虛像으로 보지 않는다. 인간은 正義直視의 판단을 내릴 수 있으며 正義의 理想들을 전개시키고 있다. 정의를 찾는 것은 우리의 理性和 마음(心臟)에 안겨진 과제이다. IRP는 인간학적 전제에 따라 정의를 行爲決定的인, 다시 말해서 實踐的인 要因으로 파악한다. 또 非認識主義的 관점에 따라 정의의 內在의 원리가 존재한다고 보지 않으나 정의영역에서의 合理的 論議, 즉 正義分析은 인정한다. 이하하여 IRP는 전래적인 정

(25) 이렇게는 앞(주 1)의 책, 147면 이하, 그리고 *Norm und Institution*, 73면 이하.

(26) 이런 지적은 역시 위(주 18)의 글, 250면; *Norm und Institution*, 75면.

(27) 이러한 지적은 특히 위의 *Norm und Institution*, 76면, 116면.

(28) 이 역시 위의 책, 75-76면.

의의 원리들에 대한 ‘批判的 分析’을 증시한다.<sup>(29)</sup>

우선 形式的 正義論에서의 形式的 平等의 원리, 普遍化可能性의 원리, 相互性的 원리 등에 대해서는 그것들이 정의분석을 위한 중요한 論證手段을 제공할 뿐 정의의 여부에 대한 결정은 評價的 決斷에 맡기고 있다고 분석된다.<sup>(30)</sup> 또 一般的 平等의 原理에 대해서는 형식적 평등과 실질적 평등의 구별, 그리고 정의이론의 상이한 문제권의 구별, 즉 分配的 정의, 節次的 정의, 役割的 정의 등의 구별로 인해 그 위상이 심하게 변화되었고, 따라서 정의의 총체적 문제가 평등의 문제로 환원되지 않는다고 지적된다.<sup>(31)</sup> 실질적 평등은 물질적(경제적) 同等性으로가 아니라, 한편으로는 질서잡힌 그리고 인간다운 사회를 위해 요구되는 社會的 均等の 公準으로 그리고 다른 한편으로는 機能적이고 수락가능한 分配的 및 交換的 정의로 정의된다.<sup>(32)</sup> 오늘날 최대의 정의이론가인 Rawls의 고찰방법은 틀렸다고 비판된다. 즉 정의의 문제는 平等分配의 공준 밑에서의 不平等의 허용문제로 볼 것이 아니라 應分과 社會的 機能성에 따른 平等的 또는 不平等의 분배라는 것이다.<sup>(33)</sup> 오늘날 사회적·분배적 정의를 주로 문제삼는 실질적 정의론에서 ‘平等推定の 원리’를 하나의 공준으로 전제하지만 이는 우선 기본가치의 요소들에 대한 각자의 평가가 상대적이라는 점에 비추어 보아 하나의 비현실적 상정이며, 또 공동적 노력의 산물을 분배함에 있어서는 각자의 기여량이 불확정한 것이 보통인데 이 경우 평등추정은 중요한 차별근거에 대한 不知를 평등분배에 대한 충분근거로 삼는 것으로서 이는 가치론적으로 잘못된 것이고, 따라서 적용할 만한 정의규준이 못되는 것으로 비판된다.<sup>(34)</sup> 오늘날 많은 正義理論들이 특히 ‘合意’에서 정의의 표상을 찾으나 이러한 합의에는 정의논의와 관련되는 한 주어진 여건에서 모두가 同意할 것이라는 것이 요청되는데 그러자면 主題나 立場의 正當性和 相當성이 同意에 관계없이 충분히 근거지워지는 것이 핵심이고, 擬制的 合意나 그것에 의거한 契約說의 正義論은 순전한 欺罔의 설명형식으로 논박된다.<sup>(35)</sup> 功利主義는, 公平性的 정의직관에 모순되는 행위도 공리의 극대화를 가져오는 한 정의롭다고 할 것이고, 나아가 공리 자체의 총체적 量化도 어려우며, 따라서 정의의 규준으로 부적합하고 가치론적으로 문제점이 많은 것으로 지적된다.<sup>(36)</sup> 이처럼 IRP, 즉 Weinberger의 분석적, 변증적 정의론은 이때까지의 여

(29) 이 점 위(주 8)의 글, 103면 이하, 또 위의 *Norm und Institution*, 217면 이하 참조.

(30) 이 점 특히 *Norm und Institution*, 223-227면 참조. 또 위(주 8)의 글, 109면 참조.

(31) 이 점 역시 위(주 8)의 글, 같은 면.

(32) 역시 위의 글, 110면.

(33) 이 점 위(주 5)의 책 *Logische Analyse*, 195면 이하, 또 위(주 8)의 글, 110면 참조.

(34) O. Weinberger, ‘Die Präsumption der Gleichverteilung’, *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart, Festgabe für Alois Troller, zum 80. Geburtstag*, Berlin 1987, 487면 이하 참조.

(35) 이 점 위(주 8)의 글, 112면 이하. 자세하게는 O. Weinberger, ‘Die Rolle des Konsens in der Wissenschaft, im Recht, und in der Politik’, *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*(Aarnio의 편), *Rechtstheorie* 별책 2권, Berlin 1981, 147-165 참조.

(36) 이 점 위의 *Norm und Institution*, 232면 이하 참조.



러 정의론들이 實質的 正義를 認識的으로 근거지울 수 있을가에 대해서 회의적인 결론을 내리는 듯하다. 그러나 규범주의적 제도주의는 그 나름대로 정의에 대한 일정한 요청들을 제기한다고 본다. 주지하듯이 間人間的 關係, 즉 개인 사이, 개인과 공동체(제도) 사이의 관계가 정의표상의 틀을 이룬다. 따라서 정의표상도 사회제도 안에서의 役割의 적절한 형성, 말하자면 役割놀이(Rollenspiel), 즉 역할관계의 정의로운 平衡과 관련되고 있다. 제도주의에 의하면 정의의 理想들은 제도적 생활형식에 뿌리박고 있다. 모든 사람, 모든 사회는 일정한 정의의식을 발전시킨다. 이는 결코 선형적이고 모든 시대에 타당한 것은 아니며, 개인과 공동체의 생활형식에 따라 변한다. 따라서 정의는 進化의 대상이다. 제도주의적 관점에서 핵심적 정의문제는 役割正義(Rollengerechtigkeit)의 문제이다. 제도속에는 權限, 任務, 行動의 폭, 義務와 權利를 정해 주고 특수한 가치표상을 갖게 하는 역할유형들이 형성된다. 따라서 역할관계의 면밀하고 조화로운 평형이야말로 정의의 중요한 문제가 된다. 언제 역할관계가 정의로운가를 일반적으로 설명하기는 어렵지만 역할놀이 당사자 간의 給付와 反對給付, 勞動과 賃金, 責任과 威信, 危險과 利益 등과 아울러 역할관계의 機能性이 제도의 틀 안에서 평형되게 고려되어야 함은 의심할 여지가 없다. 역할관계의 구체적 형성에서 역할놀이도 구체화된다. 역할수행의 평가도 역할정의에서 한 몫을 이룬다. 요컨대 사회와 역할관계가 존재함으로써 正義문제는 제기되며, 이는 역할놀이의 平衡문제로 압축된다.<sup>(37)</sup>

제도주의적 정의론은 進化論的 正義觀에 입각한다. 정의의 표상은 변화한다. 정의표상은 제도에 적응할 것을 또 제도도 정의표상의 순화를 통해 더 발전될 것을 그것은 제외한다. 진화론적 정의관에서 보면 정의의 공준들은 주어진 시대와 제도적 상황에 의존하고 있다. 이의 제창에 主觀的 개입이 배제될 수는 없다. 따라서 개인적 신조를 바탕으로 規範主義的, 制度主義的 理論의 견지에서 본 正義를 결론내린다면 다음과 같다: “永遠하고 絶對的으로 타당한 正義의 內容의 原理는 존재하지 않는다. 正義에의 追求는 探索의 과제이며, 悟性과 마음(心臓)의 과제이다. 갈등으로 가득차고 더욱 더 좁아지는 우리의 세계에서는 正義에의 追求는 責任歸屬, 抑壓 그리고 應報에로 지향되기보다는 상이한 인간공동체간의 寬容스런 共同生活을 가능케 하는 體制의 발견에로 지향되어야 한다. 正義의 문제는 進化的이고 展望的인 관점에서 보아야 한다.”<sup>(38)</sup>

#### IV

이상으로 Weinberger의 이른바 제도주의적 법실증주의의 이론을 살펴 보았다. Wein-

(37) 이 점 특히 위(주 1)의 책, 254면 이하, 또 위(주 8)의 글, 116면 이하 참조.

(38) 이 말은 위(주 8)의 글, 120면; 비슷하게는 *Norm und Institution*, 237면.

berger의 이론에 대한 入門의 서술이라기보다 결과적으로 要約된 소개가 된 듯하다. 그래서 Weinberger에 대한 예비적 前지식을 갖고 있지 못한 이들에게는 조금 난해한 글이 되어 버린 것 같다.

주지하듯이 오늘날까지 많은 法實證主義理論들이 주장되어 왔다. Weinberger 자신의 말처럼 ‘법실증주의’란 말도 너무나 多義의으로 쓰여지고 있어 거기에는 그야말로 공동적인 의미가 없다고 할 정도의 이른바 家族的 類似性的의 개념이 되어 버린 감이 없지 않다.<sup>(39)</sup> 그런데 Weinberger의 제도적 법실증주의는 순수법학적, 규범주의적 법실증주의와 사회적 법실증주의의 복합이론으로 볼 수 있을 것 같다. 이는 법을 순전히 규범주의적으로 고찰한다거나 순전히 사회학주의적으로 고찰한 이들 시각들의 불충분성 때문에 시도된 절충이라기보다 규범 그 자체를 ‘觀念인 동시에 實在’로 본 그의 規範觀에서 비롯된 견해라고 하겠다. 이러한 규범관은 나아가 법을 ‘規範인 동시에 事實’로서의 制度로 파악하게 한 것이다. 이에 앞서 위에서 말했듯이 언어철학자 Searle의 ‘制度的 事實’의 이론이 결정적인 역할을 한 것으로 보인다.<sup>(40)</sup> 이리하여 제도주의적 법실증주의라는 또 하나의 混合形態의 법실증주의가 주창된 것이다.

이제 끝으로 제도주의적 법실증주의이론에서 주목할 만한 특징 두 가지만 들추어 본다. 먼저 다음과 같다. 첫째로 다른 법실증주의에서와는 달리 상당히 擴大된 法概念이 제시되고 있다는 점이다. 즉 그것은 제도기능주의적 관점에서 (1) 一般規範과 여기에서 도출된 二次規範 (2) 判例 (3) 法學과 社會的으로 토대 잡힌 法解釋方法 (4) 法原理와 法秩序의 目的論的 背景 등을 ‘實證的인 法’에 포괄시키고 있다. 이와 같이 제도적 법실증주의의 법개념은 明示的인 法規律뿐만 아니라 實證的·社會的 現實로서 法實際의 論議에서 實效性을 발휘하는 한 法學理論, 法原理, 나아가 법질서의 總體的인 目的論的 背後도 법으로 파악한다. 여기에는 正義의 公準뿐만 아니라 나치黨이나 共產黨의 綱領과 그 指導者의 意志, 심지어 秘密命令도 포함될 수 있다. 이러한 법 파악은 법을 事實的인 ‘觀察者’의 입장에서 법과 상호기능적 관계에 놓여 있는 논란의 여지없는 現實들을 파악하고 서술할 수 있는 점에는 이점이 있다. 그러나 이는 법을 준수하고 적용하는 規範的 參與者의 입장에서 보면

(39) 위(주 1)의 책, 146면. 법실증주의의 여러 이론에 대한 자세한 소개와 비판적 검토에 대해서는 특히 W. Ott, *Der Rechtspositivismus*, 제2판, Berlin 1992 참조. Ott는 법실증주의를 制定實證主義(Austin, Bergbohm, Kelsen), 心理的 實證主義(承認說, 스칸디나비아인 法現實主義), 社會學的 實證主義(Ehrlich, Weber, Geiger, 美國法現實主義)로 크게 분류하고 있으며, Hart의 법실증주의이론은 일종의 混合形態로 보고 있다. 제도적 실증주의도 혼합형태라고 볼 수 있겠다.

(40) J. R. Searle, *Speech Acts, An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969, 50면 이하, 175면 이하 참조. ‘적나라한 사실’에 관해서는 G. E. M. Anscombe, ‘On brute facts’, *Analysis*, Vol. 18, No. 3(1958), 69-72면. 그런데 Searle에서는 이 제도의 事實性에 강조점이 주어져 存在/當爲 二元論이 극복될 수 있다고 논술되고 있다. 이에 대해 Weinberger는 제도의 規範的 側面을 들어 그러한 시도가 착각임을 지적하고 있다. 위(주 1)의 책, 22면 이하). 필자의 같은 견해는, 拙著, 法哲學 I, 法文社, 부록 I, 236면 이하 참조.

致命的인 약점도 된다. 예컨대 나치의 安樂死나, 유대인 虐殺에 대한 비밀명령이 법의 테두리 안에 자리잡게 된다. 이렇게 볼 때 인간실천과 관련된 ‘理論’은 그 眞理에서만 볼 것이 아니라 그 結果를 놓고 비판되고 수정될 수 있어야 한다는 것이 밝혀진다.<sup>(41)</sup> 그러자면 법개념은 실증주의에서처럼 최소한도의 人間學的, 機能的 한계에 국한될 것이 아니라 正當性에 의한 최소한도의 제약도 요구된다. 요컨대 법실증주의는 예컨대 存在/當爲 二元論과 같은 認識論的 批判에 입각해 있을뿐만 아니라 최소한도의 價値論的 限界도 수용하는 批判的 法實證主義이어야 한다. 이렇게 볼 때 후자를 거부한 제도적 법실증주의는 Weinberger의 말처럼 ‘弱한’ 법실증주의는 아닌 것 같다.<sup>(42)</sup>

둘째로 IRP의 특징은 分析的 正義論을 펴면서도 다른 실증주의에서처럼 정의에 대해 저돌적인 偶像打破 일변도로 치닫지는 않는 점이다. 오히려 힘차게 논의되고 설계되고 있는 여러 정의론에 대한 분석적인 비판을 통해 정의의 근거지움의 假像을 벗기고 정의의 규준제시의 幻想을 깨뜨리면서 계속 그것을 모색하게 하는 개방적 자세를 취하게 한다. IRP가 제시하는 役割正義論도 역할을 그것에서 具體的 自然法으로서의 정의의 規準이 도출되는 源泉으로서가 아니라<sup>(43)</sup>, 면밀하고 조화로운 平衡의 과제로 보고 있다. 그러나 그의 말처럼 정의가 인간의 理性에 부과된 과제라면 진정 合理的인 正義論은 설계될 수 없는 것이다. 그의 非認識主義에 입각한 價値相對主義에서는 한계가 있는 것 같다. 이는 相對主義의 批判的 相對化를 통해 合理的 道德의 근거지움을 이룸으로써 가능할 것이다. 이는 바로 1989년 Graz에서 개최된 Weinberger의 退任紀念 國際심포지움에서 그의 제자인 Koller 교수의 恩師에 대한 비판적 논문에서 시도되었다. Koller는 道德의 合理的 근거지움은 目的合理性만을 도모하는 ‘個別的 實踐的 合理性’을 넘어 一般的 受諾可能性을 충족시키는 ‘普遍的 實踐的 合理性’을 추구함으로써 이루어지는 것으로 보고, 이는 자유롭고 평등한 인간들의 강제로부터 자유로운 合意를 모색하는 현대 도덕철학적 여러 시도들, 예컨대 다양한 사회계약론들, Rawls의 정의론, 새로운 공리주의적 논의들, 그리고 Habermas와 Alexy의 談論이론 등에서 볼 수 있다고 강조한다. 이러한 견지에서 볼 때 “내 손가락이 찢어지는 것보다 전 지구가 파괴되는 것을 바라는 것이 이성에 반하지 않는다”(Hume)는 주장은 납득되지 않으며, 따라서 實踐理性은 승인된다는 것이다. 또 이를 근거로 동등하고 자기결정능력 있는 존재들의 平等取扱의 推定은 ‘一應’(prima facie) 받아들여질 수 있다고 보고 있다. 물론 이러한 제자의 주장에 대해 노스승은 요지부동의 자세로 위에서 지적한

(41) 이 점, W. Ott, 위의 책, 167면 참조.

(42) 이 점 위의 拙著, 法哲學 I, 271면 이하.

(43) 이렇게는 W. Maihofer, ‘Die Natur der Sache,’ Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 제44권, 1958, 145면 이하. 이 글은 Arthur Kaufmann 편, Die ontologische Begründung des Rechts, Bad Hornburg vor der Höhe 1965, 52면 이하에 수록되어 있다.

내용대로 제자의 논의를 반박하고 있다.<sup>(44)</sup> 실로 合理的인 實質的 正義論의 모색은 Koller 뿐만 아니라 IRP의 주장에 만족할 수 없는 이들 모두의 과제인 듯하다.

---

(44) P. Koller, 'Praktische Argumentation und Gerechtigkeit bei Ota Weinberger', *Institution und Recht, Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger*, P. Koller/W. Krawietz/P. Strasser 공편, Berlin 1994, 93-116면, 277-284면 참조. 올해 나온 이 紀念集은 Weinberger의 이른바 제도주의적 법실증주의 또는 '新制度主義'(Neoinstitutionalismus)의 여러 문제점들에 대한 저명한 학자들의 논문들과 이들에 대한 Weinberger의 자세한 답변으로 편집되어 있어 IRP의 이해에 도움이 되는 자료이다.

〈Résumé〉

## Über den Institutionalistischen Rechtspositivismus Ota Weinbergers

Hun Sup Shim\*

Ota Weinberger, ein bekannter Philosoph und Rechtsphilosoph, ist 75 Jahre alt geworden. Sein rechtsphilosophischer Standpunkt ist der Institutionalistische Rechtspositivismus. Dieser stützt sich theoretisch auf den erkenntniskritischen Dualismus, den moralphilosophischen Non-Kognitivismus, und den normativistischen Institutionalismus. Nach ihm ist das Recht eine Institution als Komplex von Norm und Tatsache. Weinberger vermeidet die beiden Extreme des reinen Normativismus und des Rechtsrealismus. Das Recht wird doch funktionalistisch betrachtet. Sein Non-Kognitivismus verneint die Existenz des Naturrechts. Sein Rechtspositivismus trennt das Recht von der Moral streng. Er erkennt aber die moralische Kritik an das Recht an. Er analysiert und kritisiert alle bisherigen wichtigen Gerechtigkeitsgedanken scharfsinnig, geht aber nicht bis zu einem Ikonoklasmus. Nicht nur legt er in institutioneller Perspektive auf das Problem der Rollengerechtigkeit großes Gewicht, sondern auch spricht er in evolutionärer und prospektiver Perspektive über die heutiger Weltlage Rechnung tragenden Gerechtigkeitsideale. Weinberger vertritt, wie er selbst sagt, einen schwachen Rechtspositivismus.

Gegen Weinberger ist oft eingewandt worden, daß in seiner funktionalistischer Rechtsbetrachtung das Recht zu weit gefaßt worden sei, daß sein Non-Kognitivismus angesichts der erfolgreichen Begründbarkeit einer rationalen Moral grundsätzlich nicht vertreten werden könne. Hierzulande verteidige ich einen kritischen Rechtspositivismus in noch schwächerer Form. Gerne lese und zitiere ich Weinberger. Ich gebe aber zu, daß die Geltung des Rechts im Extremfall durch die Moral begrenzt werden kann, weil gerade in Geltungsebenen soziale Normen unvermeidlich in Wechselwirkung zueinander stehen müssen. Wie die Herausgeber der Festgabe zu seinem 65. Geburtstag möchte ich auch sagen: *Mögen ihm noch viele Jahre fruchtbaren Schaffens in Gesundheit und Zufriedenheit vergönnt sein!*

---

\* Professor of Law, Seoul National University