

〈논 문〉

英國法과 美國法の 比較 研究(V) - 法理論(legal theories)(1)

安 京 煥* · 金 鍾 鐵**

I. 머 리 말

영국법과 미국법의 實體的 異質性이 보편성을 추구하는 법이론의 영역에서는 어떤 모습으로 나타나는가? 이 글은 그간 본지에 게재한 바 있는 일련의 논문을 통해 살펴본 영국법과 미국법의 이질성을 ‘법이론’(legal theories)의 영역에서 확인함에 목적이 있다.¹⁾ 이 글의 본문은 크게 세 단원으로 구성되었다. 첫째 단원에서는 법학의 한 분야로서의 法理論을 국적별로 분류할 때 발생하는 문제점을 제기함으로써 법이론을 매개로 한 비교법 연구의 제한성을 강조한다. 즉, 이 글의 목적이 영국과 미국 두 나라 법체계의 본질에 바탕한 주요한 법이론 자체를 학술적으로 분석하는 데 있지 않고 영미에서 발전된 법이론이 양국의 법제도나 법체계상의 특징과 관련하여 가지는 함의를 비교하는 수준에 그칠 수밖에 없는 이유를 살핀다. 둘째, 셋째 단원은 이 같은 제한적 의미의 법이론 개념을 토대로 近代²⁾ 영국과 미국의 법이론의 발전과정과 그 특징을 개괄한다.

II. 比較法研究에 있어서 法理論의 概念과 特質

1. 法學의 한 분야로서의 法理論

영국의 법사회학자 Roger Cotterrell은 법이론(legal theory)을 “법사상, 법제도

* 서울大學校 法科大學 教授

** 漢陽大學校 法科大學 專任講師

1) 안경환, 영국법과 미국법 비교연구(I- IV) **法學** 31권 3·4호 (1990) 209-221; 32권1·2호(1991)78-92; 32권 3·4, 31-43; 33권 2호(1992) 44-55. 이 글은 영국법과 미국법을 비교하는 작업의 연장이나 전 4편의 경우와는 달리 영국-형식(Form) 대 미국-실체(Substance)라는 Atiyah-Summers의 분석틀에 의존하지 아니하였다. 본문중에 필자간에 의견의 일치를 보지 못한 부분은 개별의견을 밝혔다.

2) 근대의 시작은 연구의 분야와 관점에 따라 다를 수 있으나 본 논문에서는 18세기 이후를 의미하는 것으로 전제한다.

및 법실무를 포괄하는 법의 본질을 보편성을 띤 체계적인 방법으로 탐구하는 (법학의 한) 분야”³⁾로 정의한다. 이 정의에 의하면 법이론은 (법조와 법학계를 통틀어) 법전문가들이 기술적 법지식 (technical legal knowledge)을 활용하여 사회에서 통용되는 구체적 법규범(rules)의 논리적 타당성을 개별법영역에서 문제 삼는 법학의 여타 분야와는 달리, 이들 규범과 법현실의 본질 내지는 상관관계를 개별 법영역의 경계를 넘어 보편적이고 체계적인 방법으로 구명하는 것을 목적으로 한다.

그러나 법이론이 다른 법학 분야로부터 외연적으로 구분된다는 전제에도 불구하고 실질적으로 법이론이 법을 어떻게 연구하는 것인지에 대해서는 법이론가로 자처하는 연구자들 사이에서도 의견이 분분하다.⁴⁾ 학문으로서의 ‘法學’이라는 명칭은 연구대상만을 특정하고 있을 뿐, 어떤 관점에서 어떤 방식으로 연구할 것인지를 제시하고 있지 않다.⁵⁾ 이 점은 英語를 대표적인 표현수단으로 삼고 있는 커먼로 국가들에서도 마찬가지이다. 일반적으로 ‘법학’을 지칭하는 단어로 그 연구대상과 동일한 law 또는 legal studies라는 어휘가 통용된다. 이밖에도 전통적으로 ‘법학’으로 번역되기도 하는, 보다 광의의 개념인 jurisprudence라는 용어도 있다. 이 jurisprudence는 법원리(legal doctrine) 그 자체 또는 법원리의 적용기법(the arts of the application of legal doctrine)을 의미하기도 한다는 점에서 법학이나 법이론의 구성적 특질을 밝혀 주는 데는 충분하지 못하다.⁶⁾

2. 법이론에 따른 비교법 분석의 한계

그렇다면 이렇듯이 형체가 분명하지 않은 법이론이 동일한 법계로 분류되어 온 영미의 법체계를 비교 분석하는 작업에 던지는 의미는 무엇인가?

먼저 법이론을 매개로 한 양국 법체계의 비교는 법조나 법학교육제도, 법원의 형성에 대한 태도 등과 같은 영역에서의 현상적 제도론적 비교와는 달리 時空을 초

3) 원문을 옮기자면 “the enterprise of trying to explain systematically and generally the nature of law - as legal ideas, legal institutions, and legal practices”. R. Cotterrell, “Law’s Community: Legal Theory and the Image of Legality,” 19 *Journal of Law and Society* 405 (1992) 참조. 이외에도 R. Cotterrell, *Law’s Community—Legal Theory in Sociological Perspective* (Oxford: Clarendon Press, 1995) Ch. 13 참조.

4) Cotterrell은 이 같은 법이론의 불완전성의 원인을 근본적으로 학문의 한 분과로서의 법학의 불완전성에 기인한다고 본다. R. Cotterrell, “English Conceptions of the Role of Theory in Legal Analysis,” 46 *Modern Law Review* 682 (1983) 참조.

5) W. T. Murphy & S. Roberts, “Introduction,” 50 *Modern Law Review* 685 (1987) 참조.

6) R. Cotterrell, 전계 논문 (주3), 682, fn 2; N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1995), p. 1. Richard Posner는 Jurisprudence란 “법이라는 사회현상에 관한 보편적, 일반적인 이론적 분석체계를 의미한다”고 정의한다. R. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990), p. xi.

월한 평면적 비교가 용이하지 않다. 법이론의 범위와 기준을 설정하는 경우에도 국적별로 법이론을 특정화하는 작업에 본질적인 어려움이 따른다.⁷⁾ 과연 어떤 기준에서 미국법 이론과 영국법 이론을 구별할 수 있는가? 주요한 법이론을 제안한 법이론가들의 활동지가 기준인가? 아니면 그들의 출생지나 성장지 혹은 그들에게 典範을 제공한 선행 이론가들의 사회적 문화적 배경이 기준이 될 것인가? 예를 들어 현대 영미 법철학의 양대 산맥을 구축했다는 Hart의 이론과 Dworkin의 이론이 서로 구별될 수 있다는 데 이의가 있을 수 없다. 그러나 일부의 주장⁸⁾과 같이 이들의 이론을 국적화시킬 이유는 강하지 않다. 두 사람이 똑같이 Oxford의 법리학 주임교수의 지위에서 학문적 명성을 쌓았다. 그렇다면 이들이 각각 법실증주의자와 그 비판자라는 차이점 이외에 ‘영국’ 법이론과 ‘미국’ 법이론의 대표주자로 인식되어야 할 절대적인 이유는 없다. 앞서의 논문들에서 살펴보았듯이⁹⁾ 법제도적 현실에서 법의 실제적 내용보다는 법을 형성하는 형식적 절차에 근거해서 법의 유효성 여부(Validity)를 추론하는 영국법 체계의 특성상 Hart의 법실증주의가 영국법 체계에 상대적으로 큰 공감을 얻었을 뿐이다.¹⁰⁾ 그러나 법 내지는 정치 제도에서 법이론적 함의를 역추출해 내지 않는 한 순수히 법이론만으로 그 이론의 지역적 특성화를 시도하는 것은 무리가 크다. 사실 Hart의 법이론은 오스트리아 출신 이론가 Kelsen의 영향을 받았으며, Hart 자신의 이론은 그의 제자인 이스라엘 태생 Joseph Raz에 의해 Oxford에서, 그리고 무엇보다도 오늘날의 대표적 미국의 이론가들¹¹⁾에 의해 계승되고 있는 것이다.¹²⁾ Dworkin과 함께 법실증주의의 한계를 지적하면서 자연법주의자로 자처하고 나선 John Finnis¹³⁾가 Oxford에서 활약하고 있는 것은 법

7) 이 같은 어려움을 인식하고 Posner는 법의 개념과 본질을 탐구하는 법이론적 과제는 보편성의 추구를 포기해야 한다고 주장한다. R. Posner, *Law and Legal Theory in the UK and USA* (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. vii-viii, 1-37. 그가 법의 독자성에 대해 회의하고 국지적 특수성이 보편성을 압도하게 될 사회경제적 조건을 법추론의 핵심요소로 파악하는 “법경제학과”(Economic Analysis of Law)의 대표적 이론가라는 점을 감안한다면 쉽게 이해되는 주장이다.

8) 예를 들어, N. Duxbury, 전계서 (주6), p. 67; P. S. Atiyah & R. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), pp. 257-266.

9) 안경환, 전계주(1)에 인용된 논문들.

10) R. Posner, 전계서 (주7), pp. viii, 20.

11) 예를 들어 Yale의 Jules Coleman, Boston의 David Lyons, Harvard의 Frederick Schauer 그리고 North Carolina의 Gerald Postema 등. 특히 Postema는 (Hart의 사상적 원조로 인식되고 있는) Bentham을 “영미” 법리학(“Anglo-American” jurisprudence)의 핵심적인 인물로 간주하고 있다. G. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. vii.

12) B. Leither, “Is There An ‘American’ Jurisprudence?,” 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 368 (1997) 참조.

13) Finnis는 실정법 체계와 별도로 실정법의 정당성 심사의 기준이 되는 실제적 내용을

이론의 국적화와 관련하여 어떤 특별한 의미를 가지는지도 의문이다. 무엇보다도 Hart는 법이론의 보편적(*general*), 가치중립적 (*descriptive*) 특성을 강조하고 있고¹⁴⁾ 법의 문화적 특수성을 감안하는 Dworkin도 자신의 이론이 영국법과 미국법을 이론상 따로 취급할 상황을 상정하고 있지 않다.¹⁵⁾ 또 19세기 말 이후로 미국에서 법실증주의가 유행을 타게된 것도 Bentham과 Austin의 영향¹⁶⁾이 적지 않은데 그렇다면 이들을 미국 법이론가로 볼 것인가 아니면 영국 법이론의 대변자로 볼 것인가?

법이론에 국지성의 족쇄를 채우는 분류법의 문제점은 비교의 범위를 영미뿐만 아니라 유럽대륙으로 확대하는 경우에는 더욱 분명하게 드러난다. 일반적인 관행에 따라 커먼로 체계와 대륙법 체계로 세계의 법체계를 양분한다면 동일한 커먼로 체계에 속하는 영미의 법이론은 대륙법계 국가의 법이론에 대비되는 독특한 특성을 보유한다는 것이 전통적인 통념으로 수용되어 온 것이 사실이다. 즉 영미법 이론은 경험주의적 실용주의에 따라 분석적 법리학을 발전시켰으며 대륙은 독일 합리주의 전통에 바탕한 이념적 법리학을 특징으로 하는 것으로 이해되어 왔다.¹⁷⁾ Max Weber가 이론 중심의 대학교육보다 법실무가들의 기술전수에 의존하는 영국의 커먼로 체계가 대륙의 법체계보다 비합리적임을 강조한 것은 이해할 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 Cambridge 대학의 Peter Stein은 영국의 커먼로 체계는 대륙법체계와 구별될 만한 특성을 발전

담지한 규범체계를 인정하지 아니한다는 점에서 전통적 자연법주의자와 구별된다. 그는 저서 *Natural Law and Natural Rights* (1980)를 통해 실정법의 건전한 발전에 요청되는 도덕적 지도원칙(*guiding principles*)을 제시하면서 이것이 현대 법실증주의 시대에 유일하게 가능한 자연법적 실천의 방법임을 강조하기 위해 자연법주의자로 자처한다는 특성이 있다. R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy* (London: Butterworths, 1989), pp. 145-149; C. Sampford, *The Disorder of Law: A Critique of Legal Theory* (Oxford: Basil Blackwell, 1989), p. 76 참조.

14) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp. 239-244.

15) R. Dworkin, *Law's Empire* (London: Fontana Press, 1986), pp. 102-103.

16) R. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory* (Cornell University Press, 1982), pp. 28-29 참조.

17) 예를들어 P. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law* (London, Stevens & Sons, 1987), pp. 2-4; W. Friedmann, "A Re-examination of the Relations Between English, American and Continental Jurisprudence," *20 Canadian Bar Review* 175, 178 (1942).

18) M. Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (eds. by Guenther Roth & Claus Wittich, University of California Press, 1978), pp. 785-788. 오늘날에도 많은 법률가들이 커먼로의 비논리적 성격을 강조하고 있다. Atiyah, 전제서(주17), pp. 8-18, 89-112 참조. 이와 같은 평가에 대한 포괄적 비판은 Murphy의 Atiyah 서평, *Book Review- Pragmatism and Theory in English Law*, *Public Law* (1987), pp. 640-642 참조.

시킨 반면에, 영국의 법리학은 오히려 로마법의 전통을 이어받은 대륙의 법리학의 영향권 아래 있었다는 점을 지적한 바 있다.¹⁹⁾ Murphy도 최소한 지성사의 측면에서 영국이 대륙으로부터 고립되어 있었다는 데 대해 강한 의문을 제기하면서 대륙법계와 커먼로 법계의 제도적 차이를 침소봉대해서는 안 된다고 경고한다.²⁰⁾

또한 건국이후 영국의 커먼로 체계를 수용했던 미국법 체계는 어떠한가? Atiyah & Summers가 적절히 지적하고 있듯이 미국은 영국의 식민지배에 대항하는데 유용한 혁명적 사상을 배경으로 건설되었기에 프랑스 혁명 이후 서구 사회의 새 질서를 구축하는 데 유용한 근대적 사상체계를 제도화하는 데 선구적 역할을 하였다.²¹⁾ 따라서 미국법은 영국법의 특성인 ‘이론에의 불신’(distrust of theory)을 수용하기보다는 오히려 이를 탈피하는 데 선구적 역할을 했다고 볼 수 있다.²²⁾ 권력분립에 입각한 정부구조, 성문헌법주의, 위헌법률심사제도의 도입 등은 건국 당시만 하더라도 미국에 의해 처음 법제화되었지만 그 토대가 된 사상이나 법이론이 구대륙에서 태동한 것이었다는 사실이다. 예를 들어 사법심사를 통한 위헌법률심사의 기원을 17세기까지의 영국의 커먼로(Dr. Bonham’s Case)나 법률가(Edward Coke)에서 찾고 있는 경향이 여전히 유효하다.²³⁾ 그렇다면 미국에서 꽃핀 이들 이론들을 구체적으로 구현한 제도와는 별도로 미국의 것으로 볼 것인가 아니면 영국, 유럽대륙 혹은 영국을 포함한 유럽의 것으로 볼 것인가?

국적이나 지역에 따른 법이론의 분류가 대상이 된 법이론들의 실제적 차이를 보여주기보다는 이를 수용하는 논자들의 관심 영역의 차이를 보여주는 데 불과하다는

19) P. Stein, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today* (Cambridge University Press, 1969), p. 123 참조.

20) W. T. Murphy, “The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition,” 54 *Modern Law Review* 184 (1991).

21) Atiyah & Summers, 전게서 (주8), pp. 230 ff.

22) Cotterrell은 이론불신의 영국적 전통을 대륙의 합리주의적 시민법적 전통과 대비되는 커먼로 전통에 바탕한 영미 공통의 경향으로 인식하는 오류를 범하고 있다. (“English Conceptions of the Role of Theory in Legal Analysis,” 46 *Modern Law Review* 685 [1983]) 사실 이와 같은 편견은 영국 법률가 사회에 광범위하게 유포되어 왔던 것이다. (Atiyah, 전게서 [주 17], p. 4 참조) 그러나 일찍이 1942년에 W. Friedmann(전게서 [주 17], p. 177)이 수긍한 바 있듯이 국가규모의 거대성, 연방제에 따른 법원의 복잡성에 따라 통제불가능할 정도 쏟아져 나오는 법사례나 저술 때문에 법의 체계화가 영국에 비해 훨씬 다급한 미국의 과제였으며 그 결과 미국법의 커먼로적 특성은 소멸되었다고 보기는 힘들지만 상당히 완화되었다고 보아도 무방하다.

23) E. Corwin, “Higher Law Background of American Constitution,” 42 *Harvard Law Review* 366-380 (1928); S. Sherry, “The Founder’s Unwritten Constitution,” 54 *Chicago Law Review* 1129-1132 (1987). Cf. J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History* (Oxford, Clarendon Press, 1955), pp. 206-207. Dr. Bonham Case에 관한 국내의 연구로는 이동민, 닥터본햄 판결에 관한 연구, 서울대학교 법학석사논문, 1998 참조.

것은 논자들의 성향에 따라 분류군이 달라지는 데서도 단서를 얻을 수 있다. 예를 들어 70년대 이후 영국에서 헌법개혁운동의 일환으로 제기되고 있는 미국식 권리장전이나 정보공개법을 제정하자는 주장을 비판하는 사람은 이 운동이 거시적 정치, 사회이론에 영향을 많이 받는 대륙과 미국의 경험을 정치 및 법문화가 상이한 영국에 무모하게 이식하려는 헛된 시도로 보는가 하면,²⁴⁾ Posner는 영국과 대륙이 이론에의 거부감이란 측면에서 유사한 경향을 보인다는 점을 강조한다.²⁵⁾

그러나 영미법 체계를 법이론의 발전이라는 측면에서 비교하는 작업이 이론의 보편성이라는 특성에 의해 제약을 받는다고 할지라도 국가별 법체계마다 상이한 법의 이미지 내지는 법에 대한 일반적인 태도(*general attitudes*)²⁶⁾가 존재한다는 사실을 부정할 수는 없을 것이다. 법조양성제도, 법학교육제도, 법원의 구성과 역할 등 법제도의 차이에 영향을 받아 법이론의 관심 영역이 특정한 주제와 방법론에 경도될 가능성은 충분하다. 기본권에 대한 영미간의 시각의 차이가 그 한 예이다. 일찍이 Dicey가 강조한 바 있듯이 영국의 법적 권리는 법적 보호의 관행이 축적된 결과이지 선형적인 선언에 의해 부여된 것이 아닌 것으로 인식되어 왔다.²⁷⁾ 이와 같은 인식은 도제식 연수과정을 통해 법조인력을 양성하고 관료제적 성격이 강한 영국의 법조제도의 특수성에 잘 부합된다. 따라서 전통적으로 기본권 이론에 관심이 지극히 약했던 영국에 기본권에 관한 활발한 논의가 전개되기 시작한 것은 비교적 최근의 일²⁸⁾이다.

반면 독립혁명과 프랑스 혁명 이후 정치적 동인에 의해 ‘법’적 사실로 선언된 포괄적 천부인권의 개념에 의존한 미국의 경우는 법이론의 주요 관심사가 이러한 기본권의 연원에 집중되어 온 특성을 가진다. 선출직을 기본으로 하는 법조양성과정에서 관료적 성격이 약화된 법원조직이 이 과정에서 사법심사권을 바탕으로 기본권의 확대에 주도적 역할을 담당하게 된 것은 우연한 일이 아닐 것이다.²⁹⁾ 기본권에 관한 시각의 차이 외에도 후술하듯이 미국 정치제도의 주요한 특징인 성문헌

24) D. Oliver, Book Review, *Public Law* (1991), pp. 624-625.

25) Posner, 전게서(주 7), pp. vii-viii, 21. Tim Murphy도 최소한 법질서의 지식체계론적 측면에서 본다면 영국의 커먼로 전통과 대륙의 성문법주의 사이에 본질적인 차이를 발견할 수 없다는 지적을 하고 있다. Murphy, 전계논문(주 20), pp. 184-185 참조.

26) 순수히 법의 본질에 대한 입장의 차이와는 다른 의미에서.

27) A. V. Dicey, 안경환·김종철 역, **헌법학입문** (서울: 경세원, 1993), p. 115 ff.

28) Thatcher 정부 이래 강화된 보수적인 정치 분위기 속에서 기본권의 범주에 속하는 각종 권리에 대한 통제가 강화된 것이 이러한 논의를 촉진시키는 계기가 되었다. G. Ganz, *Understanding Public Law* (London: Fontana Press, 1994), Ch.5; K. Ewing & C. Gearty, *Freedom Under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain* (Oxford: Clarendon Press, 1990) 참조.

29) 연방의 경우는 판사가 임명에 의해 충원되거나 종신직인데다 원칙적으로 승진, 전보제도가 존재하지 아니하므로 관료제의 성격이 약하다.

법주의와 연방주의는 미국 법이론의 성격을 결정짓는 (최소한 영국 법이론과의 관계에서) 독특한 제도로 파악할 수 있다. 최소한 이 두 제도를 유념하지 않고서 양국의 법이론의 특성을 평면적으로 비교한다는 것은 무의미할 뿐만 아니라 어쩌면 불가능한 일일지도 모른다.

결론적으로 양국에 주도적인 법이론의 비교는 순수한 법이론의 비교라기보다는 특정국가의 법 및 정치제도의 발전에서 '추체험'(追體驗)적으로 도출될 수 있는 법의 기능에 대한 일반적 인식과 대표적 법이론의 특성간에 어떤 관계가 있는지를 비교법적으로 살피는 작업을 의미한다. 이 작업은 법이론이 특정 법체계의 사회, 역사적 조건과 상관관계가 있음을 전제하는 사실을 유념하여 제한적이거나 역사적³⁰⁾ 고찰의 형식을 취했다.

III. 영국 법이론의 발전과 특징: 정치 우위의 단선형 법이론

1. 18세기의 법이론 - Blackstone의 시대

정치이론사의 경우와 마찬가지로 법이론사에 있어서도 서구가 중세 암흑기를 벗어나 근대의 길을 본격적으로 내딛기 시작한 시점을 18세기로 보는 것이 지배적인 견해이다.³¹⁾ 분수령이 된 2개의 상징적 사건은 미국의 독립과 프랑스 혁명이다.³²⁾

서양근세사를 주도한 영국의 경우에 근대의 시작을 18세기 이전으로 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니다.³³⁾ 그러나 이 글의 과제가 미국과 영국의 법이론을 비교함에 있기에 미국의 독립을 시대구분의 분기점으로 삼는 데 별 문제는 없어 보인다. 더구나 18세기를 영국 법이론 발전의 분수령으로 볼만한 몇 가지 추가적인 이유가 있다. 첫째, 단순히 법실무가 아니라 법이론의 대상으로서의 영국법에 대한 관심이 본격적으로 확산된 것은 18세기에야 비롯된 일이라는 점이다. 1753년 Blackstone이 Oxford에서 영국 대학 역사상 처음으로 영국법 강의를 시작했고 1758년에는 영국

30) 대개의 역사연구가 그러하듯이 역사는 현재의 재구성을 위한 도구라는 점을 전제한다는 의미에서 제한적이다. 즉, 필자들이 두 나라의 법체계와 법이론을 비교하기 위해 편의적으로 재구성한 역사라는 의미이다.

31) 예를 들어 J. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 203.

32) 근대의 태동을 그 정신사적 측면에서 종교개혁과 르네상스 시대까지 소급할 수도 있지만 제도사와 연계된 근대의 본격적 시발점을 앙상 레짐의 종말을 현상적으로 체험케 한, 두 사건으로 삼는 데 대체의 합의가 이루어져 있다.

33) 근대성을 정치사적인 측면에서 절대왕정을 타도하고 의회주의와 법의 지배를 통해 민주주의를 제도화하는 과정으로 이해한다면 영국은 다른 서구 나라들보다 1세기 앞선 17세기에 이미 헌법혁명을 통해 근대정치의 첫발을 내딛은 것으로 볼 수 있기 때문이다.

법 교육을 위해 마련된 초대 비네리안 석좌교수로 취임하였으며 이어서 1765년과 1769년 사이에 『영국법 주석서』(Commentaries on the Laws of England)를 간행하였기 때문이다. 둘째, 정치 제도의 재정비와 함께 법의 근대화 운동이 시작된 시기가 바로 18세기이다. 이 시기에 의회제도의 정착과 더불어 커먼로에 대해 중속적 지위에 머무르고 있던 의회제정법이 법형성의 주요 요인으로 등장했다. 커먼로 법률가들 사이에서도 새로운 법영역의 등장과 더불어 개혁의 목소리가 일고 있었고 특히 상사법 체계의 정비에 관한 Lord Mansfield의 법이론이 부패, 독선, 고답적 형식논리로 상징되던 당시 영국 법조의 이미지에 신선한 자극을 주었다. 마지막으로 근대적 학문의 성장과 더불어 ‘이론의 불신’이라는 지적 전통을 탈피하여 일반이론(general theory)의 우산 아래 근대적 형식의 법학이 태동하기 시작한 것도 바로 이 시기의 일이다. 17세기 이후에 급성장한 계몽주의의 지적 성과를 선구적으로 계승한 Adam Smith, John Millar³⁴⁾등의 Scotland 역사학파가 입법학(science of legislation)³⁵⁾을 선창하면서 법이 정치, 경제사회의 발전과 무관하지 않음을 설득하였다. Bentham이 이들 역사학파들의 진화론적 입장과는 달리 당위론에 근거하여 입법학을 제창하면서 법실증주의 분석법리학의 기초를 제시하기 시작한 것 또한 이 무렵의 일이다.

그러나 이 거대한 전환기에 미래를 위한 청사진만 제시된 것은 아니다. 특히 Blackstone에 의한 영국 커먼로의 정리 작업은 과거의 권위를 매개체로 하여 구체제를 옹호하는 역기능을 수행하였다는 점도 간과해서는 안 된다.³⁶⁾ 따라서 이 시기

34) J. Millar(1735-1801)는 Adam Smith의 법률가 제자로 Smith 사후에 그의 법리학 강의를 정리하여 출판한 바 있다. P. Stein, *Legal Evolution - The Story of an Idea* (Cambridge University Press, 1980), pp. 46-50 참조. Millar의 생애와 사상에 관한 연구로는 W. C. Lehman, *John Millar of Glasgow, 1735-1801 - His Life and Thought and His Contribution to Sociological Analysis* (Cambridge University Press, 1960) 참조.

35) 이때 ‘science’의 의미는 가치중립성을 본질로 간주하는 오늘날의 과학의 개념이 아니라 정부의 입법권 행사의 합리성을 확보하기 위한 지침을 철학적, 내지는 정치경제학적 입장에서 제공하는 데 초점을 두는 ‘정책학’의 성격이 강했다. M. Loughlin, *Public Law and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), pp. 4, 18 참조.

36) G. Postema, 전거서 (주11), p. 311; G. Gilmore, *The Ages of American Law* (Yale University Press 1977), Ch. 5 참조. Blackstone은 영국의 커먼로가 시민의 정치적, 시민적 자유권을 거의 완벽하게 보장하는 자랑스러운 제도라고 믿었다. (D. Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-century Britain* [Cambridge University Press, 1989], p. 39) 그러나 18세기 영국사회가 부패와 사회부정의가 만연하던 시대였음은 여러 사회사 연구를 통해 충분히 입증된 바 있다. (W. Rubinstein, “The End of ‘Old Corruption’ in Britain 1780-1860,” 101 *Past and Present* 55-86 (1983) 참조) 이 부패구조의 한 중심축이 커먼로 법률가들이었으며 이들이 지배한 법원은 유구한 역사를 통해 확립된 법원칙과 질서가 있음을 강변함으로써 의회입법을 통한 개혁적 동향에 제동을 걸고자 한 것이었다. Bentham이 이에 분개한

는 법이론에 관한 한 保守와 改革이 세력 대결을 벌이던 시기로 파악할 수 있다. 보수의 선봉장은 Blackstone이며 개혁의 선봉장은 Mansfield와 Bentham이다. 보수의 내용은 전통적 커먼로 체제이며, 개혁의 내용은 새로운 커먼로 체제를 구축하거나(Mansfield), 커먼로 체제를 대체할 성문법 체제를 구축(Bentham)하는 것이었다.³⁷⁾

법이론의 관점에서 18세기는 여전히 전통적 커먼로 체제에 바탕을 둔 이성법주의가 주도하였으며 따라서 법실증주의보다는 자연법주의와 융화되기 쉬운 측면이 있었다.³⁸⁾ 이 시대를 대표하는 Blackstone 법이론의 성격을 두고 법사학자와 법철학자 간에 논란이 없는 것은 아니다.³⁹⁾ 특히 후세 법사학자들이 자신들의 정치적 성향에 따라 Blackstone을 재단한 측면이 없지 않았고 『영국법 주석서』의 불완전한 편제와 부정확한 내용이 논란을 야기시킨 원인의 일부가 되었다. Blackstone은 17세기 이후 번성한 Grotius, Pufendorf, Locke, Montesquieu의 자연법 이론을 원용하여 행위규범으로서의 모든 법의 근원에 ‘신의 의지’(God’s will)에 바탕한 자연법(the law of nature or ethics)이 존재하며 이에 위반하는 모든 인정법(human laws)은 무효라고 설명한다.

그러나 Blackstone이 커먼로를 단순히 자연법의 직접적인 실현으로만 파악했던 것은 아니다.⁴⁰⁾ 그는 Matthew Hale의 영향을 받아, 당시 상당수의 영국법률가들이 은연중에 전제하고 있었듯이 커먼로를 앵글로-색슨시대의 ‘고대헌법’(ancient constitution)에까지 연원을 추급할 수 있는 역사적 실체로서의 법적 관행(legal practices)으로 인식하는 실용적 태도를 보인다.⁴¹⁾

Blackstone의 이론 중 가장 관심의 초점이 되는 부분은 의회주권론과 자연법론의 양립가능성에 관한 논의이다. Blackstone은 명예혁명 이후의 의회주권에 대해서는 고대법의 절대주권이론을 그대로 원용하여 입법권의 무제한성을 인정하는 듯한 주장을 펴고 있다. 이러한 Blackstone의 주장을 Dicey⁴²⁾나 Carleton Allen⁴³⁾은 커먼로가

것은 널리 알려져 있다. (J. C. D. Clark, *English Society 1688-1832: Ideologies, Social Structure and Political Jurisprudence during the Ancient Regime* [Cambridge University Press, 1985], p. 63 참조.

37) 18세기의 법개혁운동을 둘러싼 이들 3인의 이론가의 상세한 비교에 대하여 Lieberman, 전게서 (주36) 참조. 특히 Bentham의 커먼로 체제 비판과 새로운 법체계의 구상에 대한 연구로는 Postema, 전게서 (주11), esp. pp. 308-313 참조.

38) Lieberman은 당시 법이론서의 대부분이 자연법을 기본요소로 하고 있다는 점을 지적하고 있다. Lieberman, 전게서 (주36), p. 38. Stein도 18세기 영국 법이론의 주된 사조를 자연법주의로 본다. Stein, 전게서 (주34), ch. 1 참조.

39) 이 주제와 관련한 Blackstone의 Commentaries에 관한 설명은 Lieberman, 전게서 (주36), pp. 36-55에 주로 의존하였다.

40) Lieberman, 전게서 (주36), p. 45.

41) Lieberman, 전게서 (주36), pp. 41-43.

제정법의 유효성을 심사할 수 없다는 ‘입법의 무제한성’의 원칙을 승인한 것으로 이해한다. 그러나 Blackstone을 자연법과 법실증주의의 양자를 포괄하는 이론가로 파악하는 학자도 있고⁴⁴⁾ 아예 실증주의 법리학의 선구자로 간주하는 학자도 있다.⁴⁵⁾ 그러나 Lieberman의 근래의 연구는 Blackstone이 의회의 절대주권론을 통해 법실증주의의 밑거름을 제공하였다고 보는 견해가 왜곡의 소지가 있음을 논증하고 있다. Blackstone을 법실증주의의 선구자로 보면 그가 정치적 보수주의자로서 법의 일반원칙에 의해 체계적으로 정립된 커먼로의 합리성을 정치적 고려에 따른 졸속의 ‘개혁입법’으로 훼손하는 것에 반대한 사실을 제대로 설명하기 곤란하다. 따라서 Lieberman은 Blackstone이 커먼로의 성격을 條理를 구현한 원칙의 체계로 인식하여 그 유효성을 자연법에 궁극적으로 환원하는 입장을 취한 것은 의심할 수 없다고 본다.⁴⁶⁾ 이는 중세의 神法이 세속화하여 이성의 이름으로 법의 유효성을 뒷받침하게 된 것을 인정하고 있다는 점에서 법사가 Frederick Pollock이 폄하하듯이 Blackstone의 자연법론이 단순한 장식품(lip service)에 불과한 것은 아니라고 본다.⁴⁷⁾

다만 Blackstone은 후일 Locke에 의해 전개된 이론처럼 자연법이 혁명운동의 근거로 인용되는 것에는 반대하는 것이다. 그는 의회의 절대주권이 헌법 전체를 파괴하는 상황에 직면하여서는 그 실효성을 상실할 수 있음을 인정하였지만 다만 그와 같은 상황을 超實定法의 영역으로 인식하여야 한다고 보았다.⁴⁸⁾ 이러한 관점에서, 법원이 법률의 유효성을 심사할 수 있다고는 생각하지 않았다. 그러나 부정의로운 법률에 대해 사법심사를 부정한 것이 곧바로 자연법의 존재 자체를 부인하는 뜻으로 이해해서는 안 된다는 것이 Lieberman의 주장이다. 앞서 살폈듯이 Blackstone이 커먼로를 이성의 구현체로 보고 대개의 개혁입법이 커먼로의 원칙을 무리하게 변경하는 것에 대해 강력한 비판을 가하고 있는 사실에서 보듯이 자연법론은 그의 기본법관을 이해하는 데 핵심요소임을 부정할 수 없다. Blackstone이 의회주권과 자연법간의 관계 설정에 고민한 사실에서 확인할 수 있는 것은 실정법을 통해 실정법의 한계를 규정할 수는 없다는 영국 고유의 전통적 인식에 동조하고 있다는 사실이다.

오늘날에도 여전히 위력을 발휘하고 있는 영국법의 실증주의적 경향은 자연법

42) Dicey, 안경환 · 김종철 역, 전게서 (주27), pp. 2-3, 20-21.

43) C. Allen, *Law in the Making* (Oxford: Clarendon Press, 1964), pp. 445-446.

44) R. Cosgrove, *Scholars of the Law-Englsih Jurisprudence from Blackstone to Hart* (New York University Press, 1996), Ch. 2.

45) P. Lucas, “Ex parte Blackstone”, pp. 149, 156; Lieberman, 전게서 (주36), p. 49 재인용.

46) Lieberman, 전게서 (주36), p. 49.

47) Lieberman, 전게서 (주36), p. 55.

48) Lieberman, 전게서 (주36), p. 54.

정신을 성문헌법의 형식을 통해 근본법화하고 이 근본법을 의회의 입법권을 제한하는 근거로 사용한 미국의 경험과 극명하게 대조된다. 이처럼 특수한 영국적 인식이 본 계도에 오르게 되는 것은 19세기 들어 자연법으로부터의 완전한 독립을 선언한, Bentham-Austin으로 이어지는 실증주의적 분석법리학(positivistic analytical jurisprudence)의 탄생과 맥을 같이 한다.⁴⁹⁾

2. 19세기의 법이론 - Bentham, Austin, Dicey의 시대

(1) Bentham-Austin의 분석적 법리학

9세기는 개혁의 시대였다. 1832년 제1차 선거법개정(the Great Reform Act)을 계기로 선거권이 확대되고 귀족원에서 평민원으로 의회의 중심이 이동되는 정치제도의 개혁이 계속되었다. 이 과정은 정치권력의 중심이 귀족에서 신흥 중산계층으로 이동한 것을 의미하였고, 이러한 지배계층의 변화는 구체제의 영향 하에 있던 법제도의 근대화를 의미하였다.

이러한 개혁운동의 정신적 지주는 Bentham의 개혁사상이었으며 각종 사회개혁 입법이 직접, 간접으로 그의 영향 아래 수행되었다는 것이 정설이다.⁵⁰⁾ Bentham의 급진적 개혁주의의 양대 이론적 무기는 법과학(science of law)과 입법학(science of legislation)이다.

Bentham은 Blackstone의 자연법주의, 이성법주의에 바탕한 커먼로 중심의 법관을 비판하면서 법학은 방법론에 따라 두 영역으로 구분되어야 한다고 보았다. 첫째 영역인 存在의 영역은 존재하는 사실(what is)을 연구의 대상으로 삼아야 하며, 가치 판단을 토대로 하는 둘째 영역인 當爲(what ought to be)의 영역과 혼동하여서는 안 된다고 주장한다. 법과학은 존재하는 법이 무엇인지, 즉 사실(facts)을 따지는

49) 19세기 영국에서의 실증주의 법이론의 정립 과정을 살펴보기 전에 18세기 영국법 발전사에서 빠뜨릴 수 없는 인물에 Mansfield 판사이다. 1756년부터 1788년까지 왕좌부 상임판사로 활동한 Mansfield 경(본명 William Murray)은 법원칙의 총체로서의 커먼로의 의회입법에 대한 우월성에 동조하면서도 사회 변동에 따른 목적론적, 정책론적 법추론의 도입 필요성을 강력히 주장한 것으로 유명하다. 그는 특히 상거래의 발달로 탄력성 있는 커먼로의 적용이 요청되는 현실을 과감히 수용하여 법원의 창조적 법해석을 강조함으로써 법원 중심의 법발전 가능성을 제시한 것으로 평가된다. 그의 혁신성은 커먼로에 형평법의 원리를 도입하거나 로마법이나 대륙법의 원리를 원용하는 태도에서도 나타났다. (Lieberman, 전게서 [주36], pp. 127-132) 그러나 그의 노력은 기득권에 안주하고 변화에 둔감했던 당시의 법조를 쇄신하기에는 역부족이었고 (Lieberman, 동서, pp. 132-143; Gilmore, 전게서 [주36], pp. 7-8) 19세기 개혁의 세기를 맞아 법형성의 주도권이 의회의 수중에 확실하게 안착하게 된다. 이 과정에서 18세기 후반 이후 Bentham에 의해 구체제에 대한 대안으로서 제안된 법실증주의 사상이 19세기 들어 정치, 사회분위기의 전환과 더불어 세력을 얻게 된 것이다.

50) Ahn Kyong-Whan & Kim Jongcheol, "Bentham, Modernity, and the Nineteenth Century Revolution in Government", 法學 Vol. 35 (3-4), pp. 135-55 (1994) 참조.

학문으로 ‘해설자’(expositor)의 영역이며 ‘비판자’(censor)가 되어 법학자는 법의 당위(reasons)를 문제 삼아서는 안 된다.⁵¹⁾ 이 이론에 따르면 법의 본질은 규범의 총체로서 주권자의 명령에 의해 피치자가 복종하도록 주어진 것이며 주권자에 의해 내려진 명령은 그 자체로 법인 것이지 그 어떤 초월적 당위에 그 법적 성격을 환원해서는 안 된다.⁵²⁾ 그 결과 법적 권리나 의무도 실정법에 근거하여 보호되는 것이며 이른바 ‘정치적 사회’를 전제하지 아니하는 자연상태로 추급되는 권리라는 것은 넌센스에 불과하다.⁵³⁾ 법과학에서는 법(law)과 법 아닌 것(not law)이 있을 뿐이지 정당한 법(valid law)과 정당하지 않은 법(invalid law)의 구분이 존재하지 않는다. 또한 법과학은 주어진, 이미 사실로서 존재하는 법을 다루므로 과거 지향적인 성격을 가지며 특정 정치사회의 역사적 조건에 의해 제약을 받는다.

Bentham의 법이론의 핵심은 법과학에 있다기보다는 입법학에 있다.⁵⁴⁾ 입법학은 가치 판단에 의거하여 법의 실체적 내용을 결정하는 학문으로 앞으로 법을 어떻게 만들 것인가를 따진다는 점에서 미래지향적이며 모든 사회에 보편성을 지닌다.⁵⁵⁾ 당위의 영역으로서 입법학은 법의 형식적 구조보다는 통치의 수단으로서의 법의 효능과 한계가 어떤 것인가를 체계적으로 분석하는 것을 과제로 삼기 때문에 정치적, 형이상학적 연구와 밀접하게 관련되어 있다.⁵⁶⁾

그러나 실체법적 영역의 변화에 미친 Bentham의 지대한 영향⁵⁷⁾에도 불구하고 최소한 영국 법이론의 발전에 관한 한 Bentham보다 주도적 역할을 한 이론가는 그의 제자인 Austin이라는 것이 지배적인 해석이다.⁵⁸⁾ Bentham의 법실증주의적 사상이 대중화된 계기는 Austin이 1828년 University College London의 초대 법리학 교수로 부임하고 이어서 4년 후 그의 주저 *The Province of Jurisprudence*

51) J. Bentham, *A Fragment on Government* (eds. J. H. Burns and H. L. A. Hart with introduction by Ross Harrison) (Cambridge University Press, 1988), p. 7.

52) G. Postema, 전계서 (주11), pp. 315-317, 324-328.

53) G. Postema, 전계서 (주11), p. 321.

54) 따라서 그의 주관심은 구빈법, 공장법, 경찰법, 교도소법 등의 사회개혁입법을 위한 실체법적 영역에 주어지고 19세기 정치, 사회, 법제도 개혁의 정신적 지주로 그가 줄곧 언급되는 것은 바로 이 때문이다.

55) Bentham, 전계서 (주 51), p. 8.

56) Bentham이 파악한 법의 가치는 법이 ‘최대다수의 최대행복’을 실현해 주어야 한다는 것이다. 즉功利주의에 따라 법이 제정되어야 한다고 주장한다.

57) Bentham이 19세기 개혁입법에 미친 영향의 의미에 관하여는 Ahn & Kim, 전계논문 (주 50)참조.

58) P. Stein, 전계서 (주34), pp. 70-71; M. Loughlin, 전계서 (주35), p. 20; H. L. A. Hart, *Essays on Bentham-Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 108; H. L. A. Hart, “Introduction”, in J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Widenfeld & Nicholson, 1954), pp. xvi-xviii.

*Determined*를 통해 Bentham의 범명령론과 독일 판데텐 법학의 영향 아래 분석법리학을 주창⁵⁹⁾하면서부터라고 보는 것이다.⁶⁰⁾

- 59) Austin의 법이론에 영향을 미친 요소에 대하여는 Hart's Introduction in Austin, 전계서 (주58), pp. xvii-xviii; P. Stein, 전계서 (주19), pp. 11-12 참조. Bentham의 경우와 마찬가지로 Austin의 이론이 곧바로 대중의 반향을 불러 일으켰던 것은 아니다. 1828년 Bonn에서의 2년 간의 연수 끝에 귀국한 후 J. S. Mill 등 벤담주의자들의 성원 하에 취임강연을 마친 후 Austin은 학생들의 계속된 무관심에 실망한 나머지 불과 4년 후인 1832년에 곧 런던대학 교수직을 사직한다. 1848년 Inner Temple에서 다시 강의를 시작했으나 법실무가들의 반응은 더욱 차가웠고 결국 법리학 강의를 포기하기에 이른다. (이상 Hart's Introduction in Austin, 전계서 [주58], pp.vii-viii 참조) 그러나 Austin의 사후인 1863년에 그의 강의록 *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Law*가 처음 출판되자 당시의 시대상황과 맞물려 큰 반향을 불러일으켰다. (Hart's Introduction in Austin, 전계서 [주58], pp. xvii) 특히 후술하듯이 1863년은 Dicey가 Inner Temple에서 법실무가의 길을 걷기 시작한 해로 Austin의 저술은 Dicey의 법이론의 형성에 지대한 영향을 끼쳤다. 자세한 R. Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist* (London: Macmillan Press Ltd, 1980), pp. 23-28 참조.
- 60) 이같은 관점에서 18세기 개혁세력의 주축으로 Bentham을 내세우고 범실증주의가 커먼로에 바탕한 역사주의와 자연법적 전통을 대체한 것으로 강조하는 견해에는 논리상 무리가 따른다고 본다. 예를 들어 Atiyah & Summers는 형식-실체 가설의 증명에 집착하여 1776년의 대표적 영국법이론으로 Bentham의 범실증주의를 내세우고 있는데 이는 그들이 시대별 구분(Atiyah & Summers, 전계서 [주8], p. 222)을 통한 비교의 방법을 택하고 있는 점을 감안하면 적절하지 못하다. Bentham의 기본저술이 1776년에 발표되었다고는 하나 당시의 지배적인 법이론은 Blackstone의 절대적인 영향 하에 있었고 법조의 주류도 Bentham 자신이 격앙된 어조로 타도의 대상으로 삼았던 보수세력이었다. Bentham은 Blackstone의 청강생 출신으로 당시의 기준으로는 실패한 법률가였으며 그의 주요한 저술도 18세기에는 아직 대부분 미간행의 상태였다. 특히 그의 법이론의 진면목을 보여줄 수 있는 *Of Laws In General*은 1789년 그 서문적인 *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*이 간행된지 160여년이 경과한 1945년에야 비로소 그 존재가 알려졌으며 그의 手稿가 완간된 것은 1970년에서야 가능하였다. (Hart, 전계서 [주58], pp. 105-107 참조) 또한 1776년 *A Fragment on Government* 발표 이후 1832년 사망시까지 Bentham 자신의 법사상 자체에도 적지 않은 변화가 있었다. 또한 Dicey의 다소 과장된 주장과 같이 Bentham의 영향력이 발휘된 것은 19세기 이후라고 보아야 할 것이다. (Dicey는 1825년 내지 1830년까지를 Blackstone의 법이론과 토리(Tory)적 정치이론이 지배하던 법개혁의 休止期였고, Bentham의 사망 전후를 시발점으로 하여 1865년까지를 Bentham주의의 전성기로 보았다. 자세한 A. V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (London: MacMillan, 1940[1914] 참조). 예를 들어 18세기를 영국 범실증주의의 태동기로 파악하는 것은 몰라도 이 시대의 대표적 법이론으로 상정하고 이를 명예혁명 이후의 의회제도의 정립과 직접 연계시키는 Atiyah & Summers (전계서 [주8], pp. 222-229)의 주장은 보수체제가 지배하고 있던 당시의 정치적 현실을 감안하면 논리의 비약이 없지 않다. 후술하듯이 영국의 법제도에 뿌리 내린 범명령론에 바탕한 범실증주의의 역사만 하더라도 의회와 왕권의 대립시 왕권을 옹호하기 위해 Hobbes가 극단적인 사회계약론의 입장에서 제창한 이래 Austin에 의해 19세기에 계승된 권위주의적 실증주의(authoritarian positivism)로 Bentham의 개혁적, 공리주의적 실증주의와는 질적으로 구분되는 것이다. 이 점에서 Atiyah & Summers이 18세기의 대표적 이론가로 Bentham을 설정한 후 19세기에 활약한 Austin의 이론과의 차이점을 무

Austin의 분석 법리학의 핵심적 내용은 크게 세 가지로 정리될 수 있다. 첫째, 법의 체계와 도덕 혹은 이념의 체계의 분리라고 할 수 있다. “법의 존재와 당위는 별개의 문제”⁶¹⁾로 취급된다. Austin은 법리학은 법분석의 테크니클을 망라한 보편적 규준틀, 즉 ‘법의 지도’(a map of the law)를 제공하여 체계적인 개별법 연구의 지침이 되도록 하는 임무를 띠기 때문에 단순한 철학적 정치적 주장이어서는 안 된다고 보았다.⁶²⁾

둘째, 법을 정치적 지배자가 하위자에 대해 내리는 명령으로 파악한다. 그의 Jurisprudence 첫 강의는 “법리학의 연구대상은 엄격한 의미에서의 법, 즉 정치적 상위자가 하위자에게 설정한 법으로서의 실정법이다”⁶³⁾라는 유명한 문구로 시작된다. 법명령론은 법을 정치적 주권자의 의지의 실현으로 간주하므로 주권자로 인정된 기관에 의해 제정된 것이면 곧바로 법으로서 인정되는 데 하자가 없다는 형식적 기관중심적 법관(a formal, source-oriented vision of law)이 정착되는 계기를 마련한다.⁶⁴⁾ 법명령론이 Bentham의 이론에서와 마찬가지로 Austin의 법실증주의의 기본이론이 된 것은 의심의 여지가 없으나 법명령의 발행자로서의 주권의 성격에 대해서는 양자간에 이견이 있다.⁶⁵⁾ 주권론에 관한 한 Austin의 이론은 Bentham의 이론보다는 Blackstone의 이론에 더욱 근접한다. Blackstone과 Austin의 주권론은 주권의 유일성과 무제한성을 특징으로 하는 반면, Bentham은 주권이 단일기관에 귀속될 이유가 없으며(분리가능성), 주권의 입법권이 무제한일 필요도 없다고 본다. 이들 이론 중 실제로 영국의 현실정치에 수용된 주권이론은 Blackstone-Austin의 것이었으며 이는 법률위헌심사를 부정하는 것으로 제도화되었고 후술하듯이 Dicey에 의해 ‘법적 사실’로 선언되었다.

셋째, 이와 같은 법명령론과 법과 도덕의 분리의 제도론적 함의는 입법의 영역과 사법의 영역의 명확한 구분으로 나타난다. 한 마디로 말해서 정책판단을 통해 개혁을 시도하는 것은 정치과정의 산물로서의 입법의 몫이고, 주어진 법을 법체계의 합

시한 체 법실증주의 전체를 엘리트 주의와 연계시키고 영국법의 형식적, 기관중심적 성격과의 관련성을 따진 것을 그대로 수용해서는 곤란하다고 본다.

61) “the existence of the law is one thing; its merit or demerit another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standards, is a different enquiry”. (J. Austin, 전게서 [주58], p. 184)

62) Austin, *Lectures*[5th ed, 1885], 1095. W. Rumble, “The Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence,” 66 *Cornell Law Review* 986 (1981), p. 1003에서 재인용.

63) J. Austin, 전게서 (주58), p. 9.

64) Cotterrell은 분석법리학의 탄생으로 영미 법이론이 Weber의 실질적 법유형에서 형식적 법유형으로 변화되는 계기가 되었다고 본다. R. Cotterrell, 전게서 (주13), p. 225.

65) 주권론에 관한 Bentham과 Austin의 비교에 관하여는 H. L. A. Hart, 전게서 (주58), pp. 108-109 그리고 Ch. IX 참조.

리성에 따라 해석 적용하는 것이 사법의 몫이 된다. 따라서 법원의 창조적 법해석과 사법을 통한 정책통제의 가능성은 부인된다. 이로써 의회주권과 사법심사의 부정이라는 영국헌법제도의 특성에 적절하게 부합하는 법이론이 마련된 셈이다.

이처럼 분석법리학의 발전은 근대과학의 본격적인 발전과 이에 따른 사회변동과 연계되어 있다는 데 별 이론이 없다. 산업혁명이 본래도에 진입하면서 인간생활의 물질 기반에 큰 변화가 생겼고 이 변화는 계몽사상 이래로 확대되어 온 이성에 대한 신뢰를 사회생활 전반에 투영할 수 있는 계기가 되었다. 그 결과 자연현상뿐만 아니라 사회현상도 합리적 계측과 정향에 의해 전망, 평가될 수 있다는 믿음이 사회의 지배적인 분위기가 되었다. 법학도 이러한 사회 분위기의 영향을 받지 않을 수 없었다. 그러나 규범을 소재로 하는 법학의 과학화, 합리화는 그 규범을 제공하는 판례나 입법의 체계적 분석을 위한 도구로서의 법적 개념, 논리, 기준들의 합리화로 이어졌고 판례나 입법을 통해 실현하고자 하는 사회적 목적이나 이상은 형이상학적인 것으로 배척되었다.⁶⁶⁾ 자연과학에서의 연구대상이 가치중립적 자연현상이듯이 과학학으로서의 법학의 연구대상도 사실로서의 법현상에 국한되어야 한다는 것이다.⁶⁷⁾

이같이 탈정치적(apolitical)인 분석법리학이 ‘일반이론’의 불모지인 영국의 대표적 법이론으로 등장하게 된 데는 실증성을 유난히 강조하는 근대과학의 발전이라는 지성사적 흐름 외에도 사회구조의 근대화에 따른 법학교육의 근대화와 법조의 전문화도 기여한 바 크다.⁶⁸⁾ 각각 법전문가의 생산과 활동의 무대로서 독점적 지위를 누리는 法科大學과 法曹의 존립근거는 그 소재인 법이 근대과학이 요구하는 통일된 인식론에 바탕한 독자적 체계를 갖출 것과 그 실현행위가 비전문가들에게는 부적합한 것이야 한다는 전제 위에서만 성립할 수 있는 것이다. 이 측면에서 법률가의 법(lawyer’s law)이 법의 본질임을 보여주기에 적합한 독자적 법분석의 체계를 제공하는 분석적 법리학은 법의 대중화라는 새로운 시대적 추세에 밀려 독점적 전문직으로서의 위상을 상실할 위치에 있던 법조에 중요한 방패막이를 제공한 셈이었다.⁶⁹⁾

66) A. G. Chloros, “Some Aspects of the Social and Ethical Element in Analytical Jurisprudence,” *Juridical Review* Vol. LXVII (1955), p. 82.

67) M. Loughlin, 전게서 (주35), p. 21 참조. 그러나 Austin이 사실에 근거한 법학을 강조했음에도 불구하고 그의 법개념이나 주권이론 자체가 역사적 사실을 제대로 반영하지 못하고 있다는 비판에 직면한다. H. L. A. Hart, 전게서 (주14), p. 4 그리고 Chs. II-IV; W. Rumble, 전게서 (주 62), pp. 1006, 1016; R. Cotterrell, 전게논문 (주4), p. 686 참조.

68) R. Cotterrell, 전게서 (주13), *passim*, esp. pp. v-vi, pp. 12-13 참조.

69) 앞서 언급한 바 있듯이 Austin의 생존시 무관심했던 그의 분석법리학은 1863년 그의 강의록이 출간되자 법조사회의 필독서가 되었다. R. Cosgrove, 전게서 (주59), pp. 23-24.

또한 현실법에 대한 강좌를 개설했으나 정작 독자적 방법론의 개발에 고심하던 법학 교육에도 새로운 바람을 불러 일으켰다. Austin은 대륙식의 근대적 법학교육이 절실히 요청된다고 강조하였다.⁷⁰⁾ 아이러니한 것은 형식성에 기초한 일반법 이론을 지향하는 분석법리학은 그 법실증주의적 기원에도 불구하고 이론의 법과 실무의 법을 구분하지 않음으로써 법실무의 토대를 이루는 커먼로가 법학의 주요한 연구 대상이 될 수 있는 길을 열었다는 사실이다.⁷¹⁾ 이 과정에서 대학에 등지를 틈 법률가들은 분석적 법리학에 기초하여 난삽한 커먼로 상의 법원칙들을 교과서를 통해 ‘성문화’⁷²⁾하는 작업을 시도하였다.⁷³⁾ 예를 들어 Blackstone의 사후 거의 명목상의 자리에 그쳤던 옥스포드 비네리안 석좌교수직을 1882년 일곱 번째로 계승한 Dicey가 법학교육개혁⁷⁴⁾의 일환으로 저술한 야심작 『헌법학입문』(*Introduction to the Law of the Constitution*)이 그 대표적 예다.⁷⁵⁾

Austin이 독일 판택텐 법학의 영향 아래 주창한 가치배제적 법과학, 즉 서술적 법리학을 중심으로 영국 법이론을 발전시킨 정치적 효과는 Bentham이론의 또다른 축인 입법학, 즉 비판적 법리학이 추구했던 개혁주의의 진보성을 퇴색시킬 가능성을 항상 지니고 있다.⁷⁶⁾ 법이 권력작용의 결과라는 점을 분석에서 고려하지 않음으로써 가치지향적 법형성의 가능성은 정치학 등 여타의 학문에 내맡긴 셈이 되었

70) J. Austin, 전게서 (주58), pp. 388-390.

71) 이는 이론과 실무를 동전의 양면으로 파악한 Austin의 믿음의 결과이기도 하다. J. Austin, 전게서 (주58), pp. 49-50, 390. P. Atiyah는 심지어 의회입법이 홍수를 이루는 오늘날에도 커먼로의 방법론이 법학교육뿐만 아니라 입법의 형식 및 체제에 영향을 미침으로써 영국 법체계의 정수를 이루고 있다고 본다. P. Atiyah, 전게서 (주17), pp. 28-32.

72) 즉, 체계화된 법원리를 교과서를 통해 확인하고 선언함으로써 법률가들에게 법적 사실로 받아들여지게 되고 法源으로 인용되게 되는 결과를 낳아 성문법제정과 동일한 효과를 가져온다는 의미.

73) D. Sugarman, “Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition,” in W. Twining (ed.), *Legal Theory and Common Law* (Oxford: Basil Blackwell, 1986), pp. 16-61. Cf. A. W. B. Simpson, “The Common Law and Legal Theory,” in Simpson (ed.), *Oxford Essays on Jurisprudence*, 2nd Series (Oxford: Clarendon Press, 1973), pp. 95-99.

74) 법학교육 개혁과 관련한 Dicey의 활동에 관해서는 R. Cosgrove, 전게서 (주59), pp. 45-46, 51-54.

75) Dicey가 직접 보정한 마지막 본을 1982년 Liberty Classics의 일환으로 재간행하면서 로저 미세너는 Dicey의 헌법이론을 단순히 고전으로서의 가치뿐만 아니라 오늘날에도 규범으로서의 생명력을 가지는 몇 안되는 귀중한 존재로 소개한다. Dicey, 안경환·김종철 역, 전게서 (주27), p. viii 참조.

76) Austin도 Bentham의 영향에 따라 법과학과 더불어 입법학의 중요성을 강조하지 않은 것은 아니다. R. Austin, 전게서 (주58), pp. 6 ff, 366. 그러나 후술하듯이 그의 정치적 보수성이 탈정치적인 법과학을 보다 강조하게 하였을 뿐아니라 입법학의 방향도 극히 반개혁적인 성향을 띠게 만들었다. R. Cotterrell, 전게논문 (주4), p. 687 참조.

다.⁷⁷⁾ 이는 법학에서 가치이론의 소멸과 형식주의 법리학의 득세를 의미한다. 이것은 법이 엘리트주의적, 권위주의적(반민주적), 반자유주의적 정치구도에 의해 악용될 위험성이 농후하다는 치명적인 문제점을 안고 있다.⁷⁸⁾

이 글에서는 Austin의 (Bentham의 ‘공리주의적 법실증주의’와는 구별되는 의미에서의) ‘형식적 법실증주의’⁷⁹⁾에 내재하는 그 같은 속성을 직접적으로 다루기보다는 Austin의 형식적 법실증주의를 헌법이론면에서 계승⁸⁰⁾하고 있는 Dicey의 이론을 통해 살펴본다.

(2) Dicey의 규범주의와 자유민주론

형식적 법실증주의는 법창조 기능을 오로지 정치적 지배자로서의 주권자인 의회에게만 인정한다. 이는 권력의 전횡을 법적 장치보다는 정치적 장치를 통해 제어할 수 있다는 믿음에 기초한 것으로 성문헌법이 부재한 채 의회주권론을 토대로 하는 영국 헌정의 기본질서에 잘 부합된다.⁸¹⁾ 19세기말에 이러한 영국적 정치현실을 영국헌법의 기본원리로 정착시킨 이론가가 바로 Dicey이다.⁸²⁾ Dicey가 의회주권을

77) Laski는 특히 Austin의 범명령론의 기초가 되는 주권론이 현실의 권력작용을 전혀 고려하지 않은 근거없는 주장(announcement)에 불과하고 정치이론면에서는 아무 쓸모가 없다고 폄하하고 있다. H. Laski, *A Grammar of Politics* (London: George Allen & Unwin Ltd., 1950[1938]), pp. 50-55 참조.

78) R. Cotterrell, 전게서 (주13), pp.112-117. Cf. Chloros, 전게서 (주76), pp. 99-100.

79) 주지하다시피 Austin도 Bentham의 공리주의를 받아들여 법의 실효성을 검증하는 기준으로 수용하였다. (J. Austin, 전게서 [주58], pp. 33-118) 이 점에서 Austin의 법실증주의도 넓은 범위의 공리주의적 실증주의에 속하지 않는 것은 아니다. 그러나 Postema는 Austin의 공리주의가 Bentham공리주의의 주요 원칙인 반 엘리트주의적 개인주의를 수용하지 않고 Hobbes식의 권위주의적 실증주의를 발전시켰으므로 Bentham의 공리주의적 실증주의와 구별되어야 한다고 보았다. (Postema, 전게서 [주11], pp. 327-328) 이 글에서도 필자들은 Austin의 법실증주의는 법의 형식, 법과 도덕 간의 관계, 법과 제재 간의 관계, 주권의 개념 등에 있어 공리주의 원칙에 따라 상당한 융통성을 보인 Bentham과는 달리 그 경직성과 개념적 순수성을 강조한다는 점에서 Bentham의 이론과 구별하여 형식적 법실증주의로 부르기로 한다. Bentham의 법의 개념과 법과 도덕 간의 관계의 융통성에 관하여는 H. L. A. Hart, 전게서 (주58), ch. V 참조.

80) Austin의 법이론이 Dicey에 미친 영향에 대하여는 R. Cosgrove, 전게서 (주59), pp. 23-28, 69-72.

81) 사실 권력통제의 중심을 사법적 과정보다는 정치적 과정에 두는 것은 Hobbes-Austin의 형식적 법실증주의의 특성만은 아니다. 공리주의적 법실증주의자로서 Bentham도 성문 헌법이나 미국식 사법심사 등 수동적 통제보다는 공공성(publicity)의 원칙에 입각한 국민의 정치적 통제 (선거, 국민소환, ‘여론재판소’[public opinion tribunal] 등을 포함)가 보다 적절하다고 보았다. (J. Dinwiddy, *Bentham* [Oxford: Oxford University Press, 1989], p. 83; G. Postema, 전게서 [주11], p. 374) 현대 영국의 대표적 공법학자 중에도 권리장전의 도입 등의 憲法の 司法化에 반대하면서 헌법의 政治的 性格을 강조하는 세력이 적지 않다. J. A. G. Griffith, “The Political Constitution,” 42 *Moderan Law Review* 1-21 (1979) 참조.

하나의 “법적 사실”(legal fact)로 선언하는 데 주요한 논거와 방법론을 제공한 수단이 바로 Bentham과 Austin의 이론과 방법론이다. Dicey는 Bentham의 존재와 당위의 구별론을 수용하여 과학으로서의 헌법학의 위상을 역사학, 정치학과 구별되는 독자적 영역으로 정립하였다.⁸³⁾ Dicey는 헌법학자는 비평가(critic), 변증자(apologist) 혹은 예찬자(eulogist)가 되기보다는 충실한 해설자(expounder)로 머물러야 한다고 주장함으로써 법과학, 즉 서술적 법리학(expository jurisprudence)의 한 분야로 헌법학을 정립한다.⁸⁴⁾ 그는 법적 형식의 헌법만이 진정한 헌법학의 주체이며 형식화되지 아니한 ‘헌법적 관행’은 어디까지나 보충적 지위에 머무를 뿐이라고 주장했다.⁸⁵⁾ 그리하여 Bentham이 입법학에서 보여준 비판적 관심은 퇴색하고 법과학의 정수로서의 법실증주의의 형식성만 남기는 결과가 되었다.

형식적 법실증주의자로서의 Dicey의 진면목은 17세기 헌법혁명 이후 지배적인 정치이념이 된 의회주권론을 영국법상 누구도 이의를 제기하지 않는 ‘법적 사실’로 선언한 데서 선명하게 드러난다.⁸⁶⁾ 그는 Austin에 의해 천명된 바 있듯이 의회의 입법권을 제한할 그 어떤 법적 권위도 발견되지 않는다고 선언했다.⁸⁷⁾ 그러나 가치중립적 방법론을 표명한다고 해서 현실적 존재로서의 법이 완전한 가치중립의 규범이 될 수 없음은 자명하다. 의회의 주권을 인정하는 것 자체가 특정한 사회구조와 정치질서를 전제로 하는 것이다.⁸⁸⁾ Oxford 대학의 공법학자 Paul Craig은 의회주권론에 근거한 Dicey의 헌법이론은 일원론적(unitary), 다수주의적(majoritarian), 자기교정적(self-correcting) 민주주의론에 기초하고 있다고 분석한다.⁸⁹⁾ 무제한적인 의회주권을 인정할 뿐 일체의 여타 권력거점을 부정한다는 점에서 Dicey의 헌법이

82) Dicey의 주저 『헌법학입문』(1993)이 처음 간행된 것은 1885년이다.

83) Dicey, 안경환·김종철 역, 전게서 (주27), pp. cxvii-clii.

84) Dicey, 전게서 (주27), pp. cxxviii.

85) Dicey, 전게서 (주27), pp. cxlii-cxliv, cxlix 그리고 제14장.

86) Dicey, 전게서 (주27), p. 2.

87) Dicey, 전게서 (주27), 제1장.

88) 공법이론과 정치이론과의 긴밀한 관련성을 인정하는 것이 영국 공법학계의 새로운 흐름이 되고 있다. 이처럼 (공)법영역에서의 정치이론의 부활에 대하여는 T. Prosser, “Towards a Critical Public Law,” 9 *Journal of Law and Society* 1-463 (1982); C. Harlow & R. Rawlings, *Law and Administration*, 2nd ed. (London: Wiesenfeld and Nicholson, 1997); I. Harden & N. Lewis, *The Noble Lie: the British constitution and the rule of law* (London: Hutchison, 1986); P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and United States* (Oxford: Clarendon Press, 1990); M. Loughlin, 전게서 (주35); M. Loughlin, “The Importance of Elsewhere- A Review of Publis Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America by P. P. Craig,” *Public Law Review* (4): 44-57 (1993) 참조.

89) Craig, 전게서 (주88), ch. 2; P. Craig, “Dicey: Unitary, Self Correcting Democracy and Public Law,” 106 *Law Quarterly Review* 105-143 (1990).

론은 일원론이다. 특정 계층의 대변인이 아닌 이념적 통일체로서의 전체 국민의 대표자의 집결체인 의회의 '다수결'에 의해 국정이 운영된다는 것을 전제하고 있다는 점에서 다수주의적 민주주의관이다. 마지막으로 Dicey의 의회주권론에 의하면 대의 민주주의만이 의회주권의 무제한적 입법권으로 인하여 발생할 불합리, 부정의를 치유할 수 있는 유일한 정치적 장치가 된다. 19세기에 선거권이 확대됨에 따라 국민의 의사가 의회를 통해 충실하게 반영될 수 있는 계기가 마련되었기에 의회입법을 외적으로 통제할 권리장전이나 법률위헌심사제도는 불필요하다는 논지이다. 즉 의회 스스로 정치적 관행을 적절히 활용하여 갈등을 치유할 수 있고 또 그래야만 한다고 믿는다는 점에서 자기교정적 민주주의이다. 이 같은 특성을 가진 Dicey의 민주주의론은 선거를 통한 권력 엘리트의 교체 가능성을 민주주의의 핵심으로 간주하는 Schumpeter류의 엘리트 민주주의라고 볼 수 있다.⁹⁰⁾ 엘리트 민주주의는 정치적 주권자로 국민을 상징하는 점에서 민주주의의 요소를 가지지만 국민의 정치 참여를 일정한 선, 즉 선거권의 행사로 제한하려는 경향을 가진다는 점에서 정책 결정 과정에 국민이 참여할 것을 민주주의의 핵심요소로 보는 참여민주주의(participatory democracy)와 구별된다.⁹¹⁾ 이러한 관점에서 영국의 의회민주주의는 “국민의, 국민을 위한, 그리고 국민과 함께 하는 정치이기는 하지만 결코 국민에 의한 정치라고는 볼 수 없다”⁹²⁾는 L. S. Amery의自嘲와 일맥상통한다.

Dicey 이론의 엘리트주의적 속성은 그가 의회주권론을 피력하는 방법론에서도 드러난다. 그는 의회주권을 단순한 정치이념이 아니라 확립된 법적 사실이라고 주장한다. 왜 의회법률의 유효성을 의심할 수 없는가라는 질문에 대한 답으로 Dicey는 “이유는 불필요하다. 그것은 바로 역사적으로 확립된 법이기 때문이다”는 대답을 제시하는 셈이다. 이를테면 의회주권은 ‘신탁’(oracle)⁹³⁾의 결과라는 이야기나 마찬가지로인 셈이다. 따라서 국민이 의회주권의 정당성 자체를 문제삼는 것은 허용되지 아니한다.⁹⁴⁾ 이같은 권위주의적 엘리트주의는 Austin의 분석적 법실증주의의 핵심요소의 영향을 받은 것이다.

Austin은 Bentham의 공리주의를 수용하지만 Bentham의 반 엘리트적인 개인주

90) J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (London: Allen & Unwin, 1943); Dicey, 안경환·김종철 역, 전계서 (주27), p. cxxviii.

91) 엘리트 민주주의와 참여민주주의의 특성에 대하여는 J. Cohen & A. Arato, *Civil Society and Political theory* (MIT Press, 1992); P. Craig, 전계서 (주88), pp. 4-8 그리고 chs. 10-11; G. Parry, *Political Elites* (Allen & Unwin Ltd, 1969) 참조.

92) “Government of the people, for the people, with, but not by the people”. L. S. Amery, *Thoughts on the Constitution* (Oxford University Press, 1947), pp. 20-1.

93) A. W. B. Simpson (전계논문[주 73], p. 96)의 비유이다.

94) 법률전문가인 우리가 법으로 인식하고 이야기하는데 비전문가인 너희들이 왈가왈부할 일은 아니라는 식이다.

의는 배척하였다.⁹⁵⁾ Bentham은 모든 사람이 자신의 이익에 따라 최선의 판단을 할 수 있다고 보고 주권자의 명령인 법도 규범 수령자의 합리적인 판단에 따라 준수될 수도, 거부될 수도 있다고 보았다.⁹⁶⁾ 반면에 Austin은 오로지 일정한 지적 수준을 갖춘 엘리트만이 공리주의 원리를 실천할 수 있다고 보고 이들의 결정은 그 자체로서 권위를 가지며 규범 수령자의 합리적 이해는 불필요하다고 보았다. 그 결과 Austin에게는 법은 공리주의 원칙에 입각하여 정치적 상위자가 결정한 이상 어떤 상황에서도 당연히 준수되어야 하는 것으로 인식된다. Postema는 Austin의 이같은 권위주의적 엘리트 사상에 바탕을 둔 법실증주의는 법형성자를 전통적 커먼로 체계의 법조 엘리트 집단을 공리주의 엘리트 집단으로 대체한 것에 불과하기 때문에 Bentham이 커먼로에 대한 대안으로 제안한 공리주의적 법실증주의가 추구하는 진보적 방향과는 전혀 다른 정치적 보수주의의 이론이 되었다고 진단한다.⁹⁷⁾ 또한 Atiyah는 이처럼 영국법 및 정치제도 속에 깊이 뿌리박은 엘리트주의가 앞으로 영국의 법이론과 실무가 止揚해야 할 과제라고 진단하고 있다.⁹⁸⁾

엘리트주의와 법률가의 사회적 위상과의 관계에 대해서는 특히 20세기 후반에 들어 비판적 법률가들의 논의가 있었다. 법률가의 법을 법의 본질로 보는 경우 법률 전문가들의 독점적 지위가 보장되는 정치적 사회적 효과에 대해서는 앞서 분석 법리학을 논하면서 살핀 바 있다. 엘리트 민주주의의 제도적 한 표현이 사법의 독립이다. 사법의 독립이란 단순히 정치권력으로부터의 독립뿐만 아니라 사회권력으로부터의 독립도 의미한다. 참여민주주의가 사법과정에서의 대중참여도 한 목표로 설정하고 있음과 상치될 수 있는 대목이다. 이같은 참여민주주의의 요구, 즉 대중의 정치적 압력으로부터 사법이 자유로울 수 있는 길은 법조의 역할이 독립적 지식체계를 갖춘 법에 근거하여 합리적 결정을 도출하는 역할을 담당한다는 것을 논증함으로써 가능하다. 그러나 이같은 주장의 이면에는 전문직으로서의 법조나 법학연구자가 법생활을 독점하기 위한 책략적 요소가 깔려 있음을 부정할 수 없다. 법을 정책 실현의 수단으로 인정하게 되면 정치적, 경제적 요소가 법판단의 한 요소로 등장하고, 사법정책의 결정에 대중을 비롯한 타 영역 전문가들의 개입을 봉쇄할 정당

95) Austin, 전계서 (주58), pp. 59-82.

96) Hart, 전계서 (주58), pp. 86-87.

97) Postema, 전계서 (주11), p. 328. Cotterrell도 이처럼 주권론에 입각한 Austin의 엘리트주의적 속성이 주권론을 배격하고 순수법학을 통해 권위주의적 독재로부터 자유민주주의를 구현하고자 했던 또다른 법실증주의자의 거목, Hans Kelsen과의 본질적인 차이라고 지적한다. R. Cotterrell, 전계서 (주13), p. 117.

98) P. Atiyah, 전계서 (주17), pp. 144-148, 151-153. 필자들도 동일한 문제의식에서 영국의 정당제도와 의회주의에 내재한 엘리트주의적 속성을 한 試論을 통해 지적한 바 있다. Ahn Kyong-Whan & Kim Jongcheol, *Political Parties, Parliamentarism, and Representation in Britain*, 法學, 36권 2호, 252-78 (1995) 참조.

한 이유가 사라지게 되는 것이다. 후술하듯이 Dicey가 19세기 후반에 들어 확대된 사회경제입법들에 대해 비판적 태도를 취하게 된 동기의 하나가 이와 같은 직업이익에 대한 집착이었다고 Ivor Jennings는 지적한 바 있다.⁹⁹⁾

Dicey 법이론의 규범주의적, 엘리트주의적 특성은 의회주권론과 함께 헌법의 지도원리로 정착한 ‘법의 지배’ 원칙(rule of law)에 의해 보다 구체화된다. 의회주권의 무제한적 입법권이 절대왕정 아래에서의 군주의 주권과는 달리 독재적 경향으로 흐르지 않고 국민의 자유 신장과 조화로운 관계에 서게 되는 것은 커먼로 전통에 뿌리를 둔 법의 지배의 원칙을 내재적으로 수용하고 있기 때문이라고 Dicey는 주장한다.¹⁰⁰⁾ 일면 상충되는 것으로 보이는 의회주권과 법의 지배는 Dicey의 이론 속에 잠재해 있는 고전적인 권력분립의 사상에 의해 융화된다. 의회는 국가 정책의 실현기준을 엄격한 형식의 입법을 통해 제시하고, 행정부가 이를 집행하며, 사법부가 이 과정에서 발생하는 법해석을 둘러싼 갈등을 해소하는 기능을 담당한다. 이러한 권력 鼎立의 구도에서 사법부가 담당하는 주된 역할은 (의회가 아니라) 행정부를 법의 테두리 안에 묶어 두는 일이다.¹⁰¹⁾ 이때 사법통제는 성문헌법이나 권리장

99) I. Jennings, "In Praise of Dicey 1885-1935," *Public Administration*, Vol. XIII (1935), p. 132.

100) Dicey, 안경환·김종철 역, 전거서 (주27), 제13장.

101) 다시 Dicey의 머리 속에 그려진 헌정의 기본 구도를 옮겨 보자. 의회주권이란 모든 권력은 의회로부터 나온다는 의미이며, 행정부도 사법부도 의회의 정치적 결정과 입법에 절대적으로 구속된다는 뜻이다. 그리고 의회는 선거에 의해 정치적 주권자로서의 국민에게 복속된다. 국민의 자유를 억압할 위치에 있는 행정부는 의회에 대한 정치적 책임 외에도 의회의 수권규정의 해석과 관련하여 사인과 동일한 커먼로 상의 법적 규제를 일반법원에 의해 받는다. 의회입법에 대한 법원의 창조적 해석은 금지되고 엄격한 문언해석을 통해 의회의 입법의도를 반영해야 한다. 이와 같은 단순한 구도의 이면에 논리적 비약이 있음은 20세기 영국헌법의 현실을 통해 어렵지 않게 입증할 수 있다. 우선 Dicey에게는 의회입법에 의해 국민의 권리가 침해될 가능성을 전혀 인정하지 아니 한다. 복지국가의 사회입법이 공공복리의 실현을 위해 전통적으로 보호되던 私權을 입법으로 침해하는 경우가 비일비재한 것을 감안하지 못한 논리이다. Dicey는 의회에 대한 통제를 정치적 통제에만 제한하는 이유를 영국의회의 합의제적 성격에 따라 독재가 불가능하다는 점에 둔다. 영국의회는 국왕, 귀족원, 평민원의 세 기관의 연합체이고 이 연합체의 주권적 의사의 반복은 이들 삼자의 입장을 모두 고려한 입법의 형식으로 하게 되어 있으므로 군주주권 하에서처럼 독재가 용이하지 못하다는 논리다. 그러나 이같은 합의제적 성격이 1911년 의회법(The Parliament Act, 1911)의 제정으로 세 기관이 수평적 관계가 아니라 사실상 평민원 중심의 수직적 관계로 재편된 상황에서는 전혀 그 논리적 정당성을 발휘할 수 없게 된 것은 주지의 사실이다. 평민원 우위의 현실은 행정국가화 경향이 가속화되면서 의회와 행정부의 위상이 전도되고 소수정부의 전횡이 가능하게 됨으로써 근본적인 헌법적 위기를 맞이하게 되었다. 최근에 들어 본격적으로 논의되고 있는 영국의 헌법개혁운동은 소선거제(first-past-the-post electoral system)에 의해 소수정부가 상례화됨으로써 국민대표성에 치명적 약점을 가지게 된 의회가 무제한적 입법권을 기본권을 침해하는 방향으로 행사하는 데 대한 반발의 성격이 짙다. 헌법개혁운동이 선거제도의 개혁, 성문헌법의 제정, 권리장전의 도

전에 의해 실현되는 것이 아니라 커먼로 상의 권리구제절차에 의해 실현된다는 특성을 가진다.¹⁰²⁾ 이 점에서 법실증주의자로서의 Dicey의 면모를 재확인할 수 있다.

Dicey의 법의 지배 이론의 진면목은 Bentham-Austin이 보여주었던 자연법과 자연권에 대한 불신을 계승한 점이다. 적절한 권리보호 수단을 동반하지 않은 권리장전에 의한 자유보장의 허구성을 비판한 그는 사적권리의 구제를 통해 헌법적 권리를 보장하는 영국법의 전통의 고수할 것을 강조한다.¹⁰³⁾

그러나 Dicey의 규범주의적 법관을 단순히 법실증주의의 이면으로만 파악해서는 전체적 그림을 놓칠 수 있다. Loughlin이 이성법주의자로서의 Dicey의 면모를 강조하고 있음에 주목할 필요가 있다.¹⁰⁴⁾ Loughlin은 Dicey의 법의 지배론이 단순히 근대적 의미의 권력분립의 이상을 내재화한 것일 뿐만 아니라 Coke, Hale, Blackstone으로 이어지는 고대헌법(ancient constitution)의 전통과 이성주의적 법관도 수용하고 있다고 본다. 고대헌법의 전통과 이성법주의의 공통된 특성은 인간 의지의 표현인 실정법에 유효성을 부여하는 고차적인 법적 실체를 인정한다는 점이다. 고대헌법의 정수는 앵글로-색슨시대에 연원을 두고 커먼로에 깊숙이 녹아 있는 법규범이다. Coke는 이 법의 실체는 관념적인 ‘자연적 이성’이 아니라 賢者로서의 법관들이 구체적 판결의 집적으로부터 추출해 낸 ‘인위적 이성’이라고 하였다.¹⁰⁵⁾

Matthew Hale이 계승한 커먼로 전통이 Blackstone의 「영국법 주석」의 정치적 이데올로기¹⁰⁶⁾가 된 것은 앞서 설명한 바 있다. Dicey가 의회주권이 독재와 기본권 억압을 초래하지 아니하고 대의민주적 정치 과정을 통해서 국민의 의사를 제대로

입, 공개정부 운동, 중앙집권의 완화라는 종합운동으로 전개되고 있는 것은 바로 이 때문이다. 헌법개혁운동의 의의에 관한 개괄적 연구로는 D. Oliver, *Government in the United Kingdom: The Search for Accountability, Effectiveness and Citizenship* (Milton Keynes: Open University Press, 1991) 참조.

102) Dicey가 제시한 법의 지배의 세 번째 의미. Dicey, 전게서 (주27), pp. 115-121 참조.

103) 예를 들어 인신보호영장제도가 그 어떤 인권선언보다도 우수하다고 강변한다. Dicey, 전게서 (주27), pp. 117-121 참조.

104) M. Loughlin, 전게서 (주35), pp. 150-153, 157 참조.

105) G. Postema, 전게서 (주11), pp. 30-31, fn 65에 인용된 Coke 부분 참조. 이성법주의자로서의 Coke의 면모에 대해서는 J. Gough, 전게서 (주23), Ch. 3 참조.

106) Lieberman의 해석대로 Blackstone이 자연법주의자로 간주되고 이때의 자연법이 법의 일반원칙(general justifying principles)으로서의 ‘이성’을 의미한다면 경험을 통해 구체적 사건 속에서만 발견되는 ‘특수한 이성’(particularist reason)을 의미하는 Coke의 이성 개념과는 구별되는 개념이다. 따라서 법의 본질에 관한 Coke의 견해를 Blackstone이 그대로 계승했다기보다는 커먼로 체계가 성문법 체계보다 우월함을 수용했다는 의미에서 Coke의 커먼로 사상의 정치적 측면을 계승한 것으로 볼 수 있다. 그러나 두 이성이 과거의 전통에 의해 형성된 이성(즉, 전통적 이성[traditional reason])을 의미한다는 점에서는 공통되고 구체적 전통의 경계를 뛰어 넘어 인간과 사물의 본성으로부터 보편적으로 추론되는 자연적 이성과는 구별된다. Coke와 Blackstone의 이성 개념의 비교와 양자의 접합점에 대해서는 Postema, 전게서 (주11), pp. 30-35 참조.

실현할 것이라고 가정하는 이면에서 영국 고대헌법이 의회를 최상 단계의 법원으로 인식했던 전통¹⁰⁷⁾을 은연중에 수용한 결과라고 한다. 앞서 언급한 교과서를 통한 커먼로의 성문화 작업도 Dicey의 이성법주의적 면모를 확인하는 단서가 될 수 있다. Sugarman은 Dicey가 교과서의 저술작업을 통해 성문의 미국헌법이 추구했던 정치권력 통제의 이상을 부분적이거나 성문화하고자 하였다고 본다.¹⁰⁸⁾ 이 점은 골수 자유주의자¹⁰⁹⁾였던 Dicey의 헌법이론이 권력통제의 관점에서 구성된 것으로 개인적 권리의 보장을 私法關係의 연장으로만 파악함으로써 공법의 권력현상적 측면을 도외시하였다는 Jennings의 분석¹¹⁰⁾과도 일맥상통한다.¹¹¹⁾ 결론적으로 Dicey는 의회주권과 법의 지배를 영국헌법의 양대 축으로 파악함으로써 법의 본질을 의지(will)의 표현으로 보는 법실증주의와 이성(reason)의 표현으로 보는 이성법주의를

107) 중세까지의 영국의 통치구조에서 의회의 역할과 법원과의 관계에 대해서는 두 가지 견해가 대립되어 왔다. Holdsworth를 비롯한 법사가들은 당시의 의회도 근대 의회와 같은 주도적 지위를 누리지는 못했을지라도 법의 지배의 원칙 하에서 커먼로 개폐의 주도권을 장악하고 있었다고 본다. 반대로 미국의 법사가 C.H. McIlwain은 당시의 의회는 최상위의 법원이었고 의회제정법은 커먼로를 보완하는 역할에 불과했으며 16세기까지의 법문헌에서 의회의 주권에 대한 언급은 근대적 의미의 주권이 아니라 더 이상 상고가 불가능하다는 의미에서 절대적(absolute)이라는 표현이 부과된 것에 불과하다고 주장한다. Gough는 의회가 커먼로 개폐권을 가졌던 것은 사실이지만 이것이 의회의 무제한적 입법권을 의미한 것은 아니고 근본법에 의한 제한이 인정되었다는 절충주의적 입장에 선다. 그는 18세기가 이같은 커먼로 전통에 바탕한 근본법 사상이 의회주권론에 대항한 최후의 시기로 보고 있다. 이같은 논쟁의 이면에 위헌법률심사제도에 관한 영미간의 대립이 존재함에 유념할 필요가 있다. 논쟁에 대한 간략한 설명으로는 J. Gough, 전계서 (주23), ch. 1.

108) D. Sugarman, 전계논문 (주73), p. 110.

109) 그의 자유주의사상은 옥스포드 Balliol College 수학시절에 결정적으로 형성되어 평생 지속되었다. R. Cosgrove, 전계서 (주59), p. 22.

110) I. Jennings, 전계논문 (주99), p. 131. 동일한 시각에서 헌법이론이 정치현실에 보다 관심을 가질 것을 촉구하는 최근의 논의로는 C. Harlow, "Power from the People? Representation and Constitutional Theory," in P. McAuslan and J. F. McDowney (eds.) *Law, Legitimacy and the Constitution: Essays marking the Centenary of Dicey's Law of the Constitution* (London: Sweet & Maxwell, 1985), pp. 62-81 참조.

111) Loughlin은 이처럼 공법 연구의 초점을 어디에 둘 것인가, (공)법의 본질을 무엇으로 볼 것인가에 따라 공법이론을 규범주의(normativism)와 기능주의(functionalism)의 양대산맥으로 나뉘어 질 수 있다고 보았다. (전계서 [주35], *passim*) 흥미로운 것은 이 양대산맥이 특정대학의 학풍과 개인적인 네트워크를 중심으로 형성되었다는 점이다. 규범주의적 공법관은 Dicey가 재직하던 Oxford대학의 학풍을 통해 계승되었다. Dicey와 정치적 이념과 공법관을 공유하고 계승했던 *The New Despotism* (1929)의 저자 Lord Hewart를 비롯 Carleton Allen, John Marrott 등은 모두가 Dicey의 제자 혹은 동료들이었다. 이들에 대항한 기능주의적 공법이론은 William Robson, Ivor Jennings, John Willis, Harold Laski가 활약했던 London School of Economics and Political Science(LSE)를 통해 전파되었다. 자세히는 M. Loughlin, 전계서 (주35), pp. 162-172 참조.

모두 수용하고 있는 것이다. 그러나 의회와 법원간의 관계를 적대적인 관계가 아니라 전자를 정점으로 하는 상호융화적 관계로 본다는 점에서 Blackstone 이래 영국의 대표적 법이론이 보여주었던 위헌법률심사에 대한 거부감을 계승하고 있다고 볼 수 있다. 최소한 법률의 규범적 유효성에 관한 한 법원의 창조적 기능은 유보되고 있는 것이다.

그러나 Dicey의 자유주의적 정치적 성향과 규범주의적 법관은 19세기말 이후 양산된 사회개혁입법들에 신랄한 비판을 가하게 되는 이유가 되었다. 그의 눈에 비친 개혁입법은 자유주의적 개인주의(liberal individualism)에 대항하는 집산주의(collectivism)의 산물이었다. 집산주의 정치이론은 국민의 유일한 대의기관으로서의 의회의 독점적 지위를 부인하고 여러 사회집단에 의해 다양한 계층의 이익이 대변되어야 한다고 주장한다.¹¹²⁾ 19세기에 들어와서 정당의 조직화가 가속됨으로써 의회의 다수결주의가 개인 중심이 아닌 정당단위로 결정되는 경향이 농후해졌고 의회입법이 국민전체의 이익보다는 특정계층의 이익을 대변하는 것으로 인식하게 되었다. 특히 복지국가로 정치, 경제사회가 성격을 변환하면서 새로운 유형의 사회문제를 해결하기 위해 제정된 제반 사회개혁입법은 행정적 규제의 성격을 띠게 되었다. 법의 형식과 내용 면에서 전통적 범영역과 확연하게 구분될 수 있었고 업무의 특성상 행정기능과 사법기능을 공유하는 준사법기관을 양산하는 결과를 낳았다. 그 결과 통일성을 갖춘 규범의 체계로서의 법의 이미지는 많이 퇴색하게 되었다. Dicey가 프랑스의 행정법과 대비하여 찬양해마지 않던 커먼로의 통일성이¹¹³⁾ 상당히 훼손된 것이다. 한 가지 특기할 사실은 만년의 Dicey가 이렇듯 변화된 상황에서 과당적 정당정치를 견제할 의도로 국민투표제를 수용하였다는 사실이다.¹¹⁴⁾ 사실 의회주의의 신봉자인 Dicey로서는 의회주의에 대립되는 참여민주주의의 한 형태인 국민투표제를 수용한 사실로 보아 그가 정당정치에 대해 어느 정도의 반감을 가지고 있었던가 능히 짐작할 수 있다. 그러나 과당적 입법의 견제수단으로 사법심사 대신 국민투표라는 정치적 통제수단을 택한 것은 또다른 각도에서 사법에 대한 정치우위라는 영국적 전통을 고수한 셈이다.

3. 20세기의 법이론 - 법실증주의의 계승

이처럼 변화된 정치적 상황에서 법만의 독자적인 지식체계를 고집할 수 없다는 인식이 확대되었다. 20세기 초반의 영국법리학은 이러한 시대적 변화를 반영하였다.¹¹⁵⁾ 그러나 분석법리학의 분명한 퇴조에도 불구하고 법을 개념의 체계가 아닌

112) Ahn & Kim, 전제논문 (주98), p. 261.

113) Dicey, 전제서 (주27), 제12장.

114) Dicey, 전제서 (주27), pp. cxvii-cxviii.

사회현상으로 파악하려는 움직임이 영국의 주류법리학의 일부로 수용된 것은 아니다. 법이 사회현상과 불가분의 관계에 선다는 인식은 광범하게 확산되었지만, 여전히 개념의 눈으로 법현상을 바라보려는 기본적 시각에는 변화가 없었다.¹¹⁶⁾ 이 같은 경향을 더욱 고착화시키는 계기가 된 것이 Austin의 법실증주의적 분석법이론을 현대적으로 재구성한 Hart의 *The Concept of Law*의 출간¹¹⁷⁾이다.

Hart의 법실증주의 이론은 나치 체제와 스탈린 전체주의를 경험한 끝에 인류의 도덕성에 대한 관심과 회의가 깊어지던 시기에 법과 도덕의 분리를 전제로 하는 법이론을 제시함으로써 강한 반향을 불러 일으켰다. Hart의 이론이 영국 법이론사에 미친 또 다른 영향은 Austin 이후의 분석적 법이론을 계승하였다는 점이다. Cotterrell은 Hart가 Austin의 법이론이 가지는 현실피리성을 극복하려는 시도를 보인 것을 인정하면서도 인접사회과학의 방법론과 이론들을 수용하기보다는 고전적 언어분석의 방법¹¹⁸⁾을 고집함으로써 ‘현실’(experience)과 결합한 ‘논리’(logic)로서의 법을 재구성하는 데 실패하고 있다고 비판한다.¹¹⁹⁾

그러나 Hart의 법실증주의는 스스로 ‘온건한 실증주의’(soft positivism)로 명명한 것처럼 고전적 법실증주의와는 구별될 수 있다.¹²⁰⁾ 그는 절대주권론에 바탕한 Austin의 조야한 법명령론을 비판하고 내용, 적용범위 그리고 그 기원에 따라 다양한 법적 형식이 존재함을 논증한다.¹²¹⁾ 그러나 다양한 형식의 법의 유효성(effectiveness)을 판정하는 준거로서 ‘승인규범’(rule of recognition)이라는 개념을 내세움으로써 형식적 法源 중심의 법실증주의를 표방하고 있다.¹²²⁾ 그리고 승인규범의 존재는 명시적으로 선언된 것이 아니라 구체적 법규범이 관련기관¹²³⁾에 의해 법으로 확인되는 과정에서 재현(shown)되는 것으로 봄으로써 정치사회의 존재가

115) R. Cotterrell, 전제논문 (주4), pp. 689-692.

116) 그 결과 정치적 다원주의에 바탕한 법이론이 계속 방기되어 왔다거나 (P. Craig, Public Law, Sovereignty and Citizenship, in R. Blackburn [ed.], *Rights of Citizenship* [London: Mansell, 1993]) 단지 소수의견으로서만 의의를 가진다(M. Loughlin, 전제서 [주35], p. 181)는 평가를 받는다.

117) 이 책의 초판이 간행된 것은 1961년이다. Hart의 사후에 그간에 제기된 비판에 대한 Hart자신의 반론 초고를 그의 제자 Raz가 편집하여 Postscript로 첨부한 제2판이 1994년에 출간되었다. 이 글에서 인용한 교본은 1994년본이다.

118) Hart(전제서 [주14], p. v)는 자신이 취한 어프로치를 ‘서술적 사회학’(descriptive sociology)으로 자부하고 있다.

119) R. Cotterrell, 전제논문 (주4), pp. 692-696.

120) Hart, 전제서 (주14), p. 250 ff.

121) Hart, 전제서 (주14), Chs. II-IV.

122) Hart, 전제서 (주14), chs. V-VI.

123) 이 기관의 대표적인 것은 법원이지만 법의 양태에 따라 여타 국가기관 또는 사인일 수도 있다.

법의 선행조건임을 분명히 한다는 점에서도 법실증주의자의 면모를 읽을 수 있다.¹²⁴⁾ 뿐만 아니라 법의 존재와 내용은 형식적 법원의 존재만으로 확정되는 것이며 도덕적 기준을 적용할 필연적인 이유는 없다고 본다는 점에서도 법과 도덕의 분리를 고집한 고전적 실증주의자를 계승하고 있다.¹²⁵⁾

그러나 법과 도덕의 관련성을 원천적으로 부정하지는 않는다는 점에서 Hart의 법사상은 고전적 법실증주의와는 다르다. 그는 법의 존재가 도덕에의 환원 없이 가능하다고 보는 것과 법의 유효성을 도덕적 요소에 의해 따질 수 없다고 보는 것과는 다르며, 특정 법체계가 법적 유효성 판정의 기준으로 실체적 요건을 수용하고 있는 경우 실체적 유효성 판단이 가능하다는 것을 부정하지는 않는다.¹²⁶⁾ 이처럼 Austin식의 사실-가치 이분법에 따라 순수한 사실(plain-fact)에 바탕한 개념의 체계로만 법을 바라보지는 않고 법과 도덕의 연관성을 인정한다는 점에서 Hart는 자신을 ‘온건한’(soft) 실증주의자로 자처한다. 법실증주의자로서의 Hart의 면모는 법의 흠결을 인정하는 데서도 확인할 수 있다. Hart는 법을 하나의 완결된 체계로 인식하는 Dworkin¹²⁷⁾에 반대한다. 따라서 법의 흠결이 있는 경우 법원은 자신의 재량권(discretion)을 활용하여 법을 창설할 수 있다고 주장한다.¹²⁸⁾ 그러나 유념할 것은 법원의 법창설 기능이 (입법을 포함한) 법의 흠결이 있는 경우에 국한되는 보충성(interstitial character)을 특성으로 한다는 점이다.¹²⁹⁾ 즉 법률에 대한 사법심사는 인정되지 아니한다. 더구나 이 사법재량에 의한 법형성권은 법원에 구체적 사건이 제기된 경우에만 행사되는 것으로 보고 사회개혁을 위한 대규모의 법창설은 불가능하다는 내재적 한계를 지닌다는 점이 강조된다.¹³⁰⁾ 다양한 법양식을 인정하면서도 의회입법을 대표적 법형성의 양태로 강조한다는 점에서 영국법 제도의 전통에 충실한 면모를 확인할 수 있다.

4. Hart 이후 - 개혁적 합리주의의 등장

Hart의 온건한 실증주의가 쉽게 영국법 이론의 전통을 계승할 수 있었던 이유의 하나는 영국의 ‘전후체제’(post-war settlement)¹³¹⁾가 상대적으로 안정되었다는 점

124) Hart, 전계서 (주14), p. 101.

125) Hart, 전계서 (주14), p. 269.

126) Hart, 전계서 (주14), pp. 250-251, 269-272.

127) Dworkin, 전계서 [주15], chs. 6-7.

128) Hart, 전계서 (주14), p. 272.

129) Hart, 전계서 (주14), p. 273.

130) Hart는 미국법이론을 조명하는 강연에서 ‘사실상의 입법권’(crypto-legislation)을 행사하려는 법원을 정당화하는 이론을 ‘악몽’(nightmare)에 비유하고 있다. H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), p. 127.

131) 2차대전이후 근 20여년간 사회, 경제적 이슈에 관하여 여러 정파간에 기본적인 합의

을 들 수 있다. 전후체제는 나치라는 전체주의의 악몽에 뒤이어 세계질서의 한 축으로 등장한 스탈린 식 전체주의에 대항하는 정치이념으로서 자유민주주의를 기본질서로 하고 있다. 영국의 경우 양당제에 바탕을 둔 ‘합의정치’(consensus politics)가 그 제도적 표현으로 발전되었다. 전통적 가부장주의(paternalism)에 신자유주의(New Liberalism)를 수용한 보수당(the Conservative Party)과 사회주의를 정치이념으로 하는 노동당(the Labour Party)은 복지국가 이상의 실현이라는 공동의 목표를 두고 서로 경쟁하였다. 특히 2차 대전을 전후하여 자유당(the Liberal Party)을 제치고 양당 정치의 파트너로 부상한 노동당은 당내 급진세력의 견제에도 불구하고 타협정치에 기초한 전통적 의회민주주의를 기본정책으로 수용하여 ‘합의정치’를 정착시키는 데 밑거름이 되었다.¹³²⁾

그러나 복지국가형 경제정책이 실패하고 전체적으로 높아진 국민의 경제적 기대를 충족시키는 데 한계를 보이기 시작하자 양보와 타협의 정신에 바탕한 ‘합의정치’에 균열이 생기기 시작하였다. 또한 노동계층의 중산층화는 사회세력의 다변화를 촉진하였고 이에 수반하여 제3당인 자유당이 권토중래의 성장을 거듭하여 소선거구제에 바탕을 둔 양당민주주의의 대표성에 대한 불만이 고조되었다. 특히 1979년 이후 대처 정부가 합의정치를 청산하고 신우파주의(New Right)의 ‘이념정치’(conviction politics)를 시도하면서 정치제도의 파당화(politicization) 현상이 가속되었다. 정치제도의 중립성의 붕괴는 의회중심의 일원화된 헌정제도의 불합리성에 대한 불만을 가속화하였고 의회입법중심의 법이론에 대한 근본적인 회의를 야기하였다. 헌체제와 주류 법이론에 대한 불만은 전통적 규범주의적 입장을 강화한 헌법개혁론의 대두와¹³³⁾ 사회이론에 접목한 법이론에 대한 관심의 증가로 표출되었다.¹³⁴⁾ 영국의 법과대학은 앞다투어 법과 사회이론에 관한 강좌를 개설하였고 Oxford, Sheffield, London 등에 사회-법연구소(Centre of Socio-Legal Studies)가 설립되었다. 이 과정에서 미국과 대륙의 정치, 사회, 철학이론을 법이론의 영역에서 소화하려는 시도가 낫설지 않은 현상이 되었다. 그러나 여전히 주류법 이론은 자연법주의와 법실증주의의 대립이라는 좁은 틀에서 크게 벗어나 있지 못한 실정이다.

가 존재하던 상태를 정치학적으로 ‘전후체제’라 한다. 일반적으로 영국에서 복지국가의 정착기라고 할 수 있고 정치적으로는 양당제에 바탕한 의원내각제가 안정기를 구가하던 시기라고 할 수 있다. D. Oliver, 전게서 (주101), p. 6.

132) Ahn & Kim, 전게논문 (주98), p. 274.

133) H. W. R. Wade, *Constitutional Fundamentals* (London: Stevens & Sons, 1989); D. Oliver, 전게서 (주101) 참조.

134) ‘사회-법 연구학회’(Socio-Legal Studies Association)로 결실을 본 이 같은 흐름의 개괄적인 현황으로는 P. Thomas, *Socio-Legal Studies: The Case of Disappearing Fleas And Bastards*, in P. Thomas (ed.) *Socio-Legal Studies* (Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1997), pp. 1-22 참조.

이상에서 18세기 이후의 영국 법이론의 발전을 몇몇 대표적 법이론가들의 사상을 영국법 및 정치제도의 특징과 관련지어 그 함의를 추론하는 방법으로 살펴보았다. 이 과정에서 영국의 법이론들이 세부적인 각론상의 차이에도 불구하고 거시적 제도적 함의의 측면에서 단일한 주장을 공유하고 있다는 사실을 확인할 수 있다. 첫째, 법과 정치의 준별과 정치우위의 전통을 부정하지 않는다는 사실이다. 이는 법의 본질에 관한 의견의 차이에도 불구하고 그 이론이 법제도에 발현되는 모습은 의회에 대한 법원의 종속이라는 단일한 패턴을 보여주고 있는 것이다. 그리고 이러한 현상의 이면에 자리하는 정치이념적 특성은 엘리트주의이다. 법과 정치의 엄격한 분리가 법률가의 법을 매개로 한 법조의 독점을 옹호하는 방향으로 전개되었으며 그에 대한 반대급부로 정치영역에 대한 사법적 통제의 범위는 극히 축소되었다. 이에 대항하는 정치, 법이론은 영원한 비주류이론으로서의 운명을 감수하여야만 했다.

〈Summary〉

Comparative Analysis of Anglo-American Law (V) — Legal Theories(1)

Kyong-Whan Ahn* · Jeongcheol Kim**

This article is the first part of our comparative study of Anglo-American legal theories. The second half will follow in the next edition of this journal. And the overall study is a part of a series of comparative analysis of Anglo-American law which Ahn has contributed to this journal over the past few years. Therefore, one purpose of this study would be to examine whether the differences between English Law and American Law as identified in the previous researches can also be identified in the field of legal theory.

The complete work consists of three main sections and the first two are produced here. The first section discusses the immanent problem in a comparative study in the field of legal theory. We assume that this problem is ascribed to the nature of legal theory which seeks to find *universal* validity or truth rather than *conditional* or *local* one. In other words, it is almost untenable to differentiate “Anglo” legal theory from “American” legal theory. What criteria can be employed? The nationality of the writers of particular theories? The places of their births, or the countries where they were grown up? The countries where they worked or now are working? For example, H. L. A. Hart and R. Dworkin are often said to be the representatives of English and American jurisprudence, respectively. It is true that their theories are different, that is, Hart stands for analytical jurisprudence while Dworkin is an arch-critic of legal positivism, and the former is an English while the latter an American. But both were Professors of Jurisprudence of Oxford University, and as B. Leither¹⁾ points out, Hart's theory is further developed not only by his Israeli disciple Joseph Raz but also such American legal positivists as Gerald Postema of the University of North Carolina, Jules Coleman of Yale and Frederick Schauer of Harvard. Furthermore,

* Professor of Law, Seoul National University

** Full-time Lectrer of Law, Han Yang University.

1) B. Leither, “Is There An ‘American’ Jurisprudence?” 17 *Oxford Journal of Legal Studies* (1997), p. 368.

it is well known that the booming of legal positivism in the Nineteenth Century America was helped by Bentham and Austin's positivist theories, then were these English lawyers fathers of "American" jurisprudence? Therefore, we argue that a comparative study of the two countries' legal theories means one that compares the image of law or the public's general attitudes towards law permeated in the one country's legal system with those of the other country.

In the second main section, we seek to demonstrate that the English legal system governed by the constitutional principles of the parliamentary sovereignty and the rule of law can readily mesh with traditional English attitudes not only towards the relationship between politics and law and but also towards litigation. English legal theorists since eighteenth century have tried to keep the role of the courts in the policy-making process in the bay. In other words, despite many superficial differences between their theories, Blackstone, Bentham, Austin, Dicey and Hart shared common belief that courts cannot overrule the express will of the legislature; the political institution is in a better position than the courts to know what the society demands and what should be done to respond to such demands. The divisions of natural law and human law (Blackstone), science of law and science of legislation (Bentham), the existence of the law and the merit of the law (Austin) and expository jurisprudence and critical, apologetic, eulogistic jurisprudence (Dicey), all reflect the dichotomy of fact and value, which was ultimately led to the supremacy of politics over justice. This line of thought makes English people believe that the American style judicial review does not fit the English legal system. At least in this regard, Richard Posner's assertion is correct that "England has better alternatives to litigation as a means of social control than the United States does".²⁾ The final main section which seeks to demonstrate the contrasting feature of American legal theory will ensue in the next edition.

2) R. Posner, *Law and Legal Theory in the UK and USA* (Oxford: Clarendon Press, 1996), p. viii.