

E·펫히너 著

「法 哲 學」

——法の社會學과 形而上學——

오늘날 法哲學界에서 널리 愛讀되고 있는 著書中의 하나가 本書인 것이다. 이 著書에서 우리는 「펫히너」의 學的眞摯性과 諸問題性的 綜合的解決方法的 摸索을 爲한 情熱을 느끼지 않을 수 없다. 이 著書가 出版된지가 이미 六年이 지났다(一九五六年版). 그러나 「펫히너」가던 眞 諸問題性은 날이 갈수록 意味深遠한 바 있어 이제 세 삼스럽게 紹介하고자 한다. 筆者가 이 著書自體와 또 教授의 諸論文에 너무나도 많은 疑問點을 가졌으나 一九五八年 壞地利 首都 「워싱턴」에서 열린 國際法哲學會에서 多幸히 教授를 直接 拜肩할 機會를 가졌을 때 어려가지 疑問點과 不解點이 어느 程度나마 解決된 것 같았다. 一週日에 不過한 짧은 時日이었으나 教授의 敎示에 다시금 그의 學的·人格의 훌륭함에 無限이 고개를 숙이지 않으면 안 되었다. 그後 「워빙겐」으로의 訪問과 書簡을 通한 教授의 好意에 眞心으로 感謝하고 있다. 筆者自身이 이 世界的 現代法哲學의 名著를 어느 程度 理解하였는가는 정말 커다란 疑問이다.

그러나 그의 理論에 造詣깊은 恩師 黃山德教授님의 高見과 本書를 精讀하고 있는 서울大學校 大學院生 沈憲

燮法學士와 함께 종종 本書에 關한 慎重한 論議를 함으로써 이를 紹介하여야 할 뜻을 알게 되었다. 따라서 여러 法學徒들이 本書를 읽고 다 같이 그의 理論을 討論할 機會를 次期에 가지기 爲하여 本書의 內容을 簡單히 紹介하고 추천함을 밝혀 둔다.

x x x

「워빙겐」大學教授 「에릿히 펫히너」의 大著 「法哲學」(法の社會學과 形而上學)은 現代法哲學을 云云하는 學者 및 法律家에게는 讀破되어야 할 훌륭한 著書인 것이다. 「現代」라고 하면 누구나 問題性으로 가득찬 時代라고 느낄 것이다.

이러한 現代의 問題性을 積極적으로 意識한 나머지, 數多한 先哲에 依하여 開拓된 法的 理念의 把握과 實存的 把握의 高貴한 遺産을 一面的으로만 받아 드리지 아니하고 綜合的인 哲學的基礎 위에 定礎시키려고 「試圖」한 것이 本書의 特色이다. 이리하여 著者는 近代的 思维的 基礎가 되었던 形而上學과는 別다른 새로운 形而上學을 試圖하지 않으면 안 된다고 생각함으로써, 法的 理念과 實在의 兩側面을 綜合하여야 하는 法的 社會學과 形而上學을 體系化하여 展開하려고 하고 있다.

本書는 「序言」(Einleitung)에 이어 (A) 法的 問題性 (Fragwürdigkeit des Rechts) (B) 法的 本質에 對한 多樣한 把握 (Verschiedene Auffassungen vom Wesen des Rechts) (C) 一面的的 把握의 論據薄弱性 (Unhaltbarkeit

der einseitigen Rechtsauffassungen) (D) 多様な法把握の適切な内容과 諸法形成力の合成(Zutreffender Gehalt der verschiedenen Rechtsauffassungen und Zusammenspiel der Rechtsgestaltenden Kräfte) (E) 諸法形成力の客観性(拘束性)(Objektiver Charakter (Eingebundensein) der rechtsgestaltenden Kräfte) (F) 法存在論の問題로서의自然法(Naturrecht als Problem einer Rechtsantologie) (G) 法哲學과 實存哲學(Rechtsphilosophie und Existenzphilosophie) (H) 法の社會學과 形而上學으로서의法哲學(Rechtsphilosophie als Soziologie und Metaphysik des Rechts) 이라는順序로 目次가 짜여져 있다. 目次에 따라本書의内容を說明하기 前의

일릿보아서 알수 있는 것은 上述한 바와 같이 綜合的인 哲學的基礎위에 法을 定礎시키면서, 本格的·全面的으로 法の 實存主義的探究를 통해서 法の 社會學과 形而上學을 根據지은 點이다. 現代라는 狀況속에서 그 哲學的特性인 實存主義哲學을 無視하지 않은 것도 著者의 明哲한 頭腦의 所産일 뿐만 아니라, 나아가 著者는 이러한 實存哲學 特히 「야스퍼스」(K. Jaspers)의 實存哲學을 根據로 體系의 展開하고 있는 것이다. 그러나 「코언」(Georg Cohn)과 같은(Existenzialismus und Rechtswissenschaft) 『實存』을 너무나 強調한 나머지 『學』으로서의 法學과 法哲學의 成立을 許容하지 않은 것도 아니며 「마이호퍼」(Werner Maihofer)와 같이 「하이데거」

(M. Heidegger)의 客觀的·存在論的 實存哲學에 全的으로 立脚하지 않고, 「야스퍼스」를 따라 『現存在』(Dasein)로부터 『實存』(Existenz)에 段階的으로 昇華되는 思想體系를 法이라는 特殊領域에서 『法の 社會學』에서 『法の 形而上學』에로의 昇華를 企圖하고 있다.

우선 著者는 다음과 같이 묻고 있다. 一般적으로 權力把持者와 人間의 恣意로부터 獨立하고 있는 法이 存在하는 것인가? 個人에 對해서 絕對的妥當性을 要求하고도 그들로부터 服從, 重大한 生活利益의 犧牲, 아마도 生命의 賭을 要請하는 法이란 무엇인가? 이러한 또는 저러한 個別의 境遇에 있어서의 法的인 것은 무엇인가 (quid juris). 라는 質問은 勿論 一般의 法이란 무엇인가 (quid ius). 이것이 바로 著者가 意識한 法的인 問題性이었다. 이리하여 「멧허너」는 「아직도 法律家들은 法에 관한 그들의 概念에 對한 定義를 찾고 있다」라는 「칸트」의 말을 引用하고 그 말은 오늘날도 역시 妥當한 것이라고 말하고 있다 (Teil A).

法哲學의 歷史에 있어서는 法的 本質에 對한 基本的解答을 綜合的으로 二個의 主流로 나눌 수 있다. 그 하나는 法을 生命과 社會的事實과 같이 비록 變化的이나 『實在的인』 所與위에 構築하려고 한 것이고, 그 둘째는 絕對的인고 『精神的인』 規準으로부터 이끌어 내려는 것이다. 前者에 屬하는 것으로서 生物學의 法思想, 經濟的 法思想, 政治權力的 法思想, 社會學的·實證主義的 法思想을 들고,

後者に屬하는 것으로서 理性主義的의 法思想, 價値論的의 法思想, 神學的의 法思想을 들고 있다 (Teil B).

이러한 諸法思想은 그것의 어느 것에 屬하든 或은 理念에 或은 現實에 치우쳐 一面性 (Einsseitigkeit) 에나 絕對化 (Verabsolutierung) 에 빠지고 故로 支持할 수 없음을 論及하고 있다. 또한 여기에서 事實的의 要因은 그 自體가 法形成力으로 되는 것은 아니며, 『精神的의 變形 (Geistige Ueberformung)』을 거진 것이 法形成力이 된다고 說明하고 있다. 要컨대 여기에서 (Teil C) 目的하는 바는 個個的의

要因 그것만이 固有的인 法形成力이 될 수 없음을 明確히 하는 것이었다. 또 理念的의 要因即 理性, 價値, 神의 攝理等은 必然的으로 相互補充關係 (Notwendige gegenseitige Ergänzung) 에 있음을 明確히 함으로써 이와 되고 있다. 現實의 法의 實踐的·決斷的의 形成에 當面하여 上述한 各法律觀이 提示하는 法의 諸要因 (政治, 經濟, 理性, 價値) 은 法을 形成하는데 있어서 各各에 固有한 眞理의 하나를 지니고 있으며, 이것들은 모두 法을 理解하는데 있어서도 不可缺的이다. 따라서 法은 하나의 複合形像 (Komplexe Gebilde) 이므로 보지 않을 수 없음을 指摘하고 있다 (Teil D). 法의 理念的의 要因과 現實的의 要因을 본質的이고 窮極的인 見地에서 볼 때에는 그것들은 人間의 그 精神衝動的의 構造 (die Rückführbarkeit der „Ideal- und Real-faktoren“ auf bestimmte „Geist- und Triebstrukturen“) 의 問題에로 歸着된다고 보고, 이러한 兩要因의

人格內에 있어서의 統一에 관해서는 「막스·舍러」 (Max Scheler) 의 解決策을 따라 그 複合性 (Zusammengesetztheit) 과 統一性 (Einheit) 을 찾고 있다 (Teil E).

그렇다면 이러한 諸要因은 모두 어느 정도의 客觀性 (即 拘束性 (der objektive Charakter — des Eingebundensein)) 을 가지고 있는가, 「베틀허너」는 여기에 대한 歸結로서 어떠한 要因도 絕對的의 不變性을 가지고 있는 것이 아니며, 各各相異한 段階乃至 程度의 客觀性을 가지고 法形成을 制約하고 있다고 보고 있다.

또한 여기에서 『베틀허너』는 人間의 恣意를 벗어난 『客觀的』의 規準에로 社會的 또는 法的인 行態를 定位 (Orientieren) 할 수 있는 것인가를 質問하면서 深低心理學 (Tiefenpsychologie) 即 無意識의 心理學 (Psychologie des Unbewussten) 에로 되고 있다. 여기에서 그는 「융」 (C. G. Jung) 의 理論을 따라 心理的의 構造要因으로서 集團的의 無意識에 가라앉은 人間精神의 源型 (Archetypus) 例컨대 „grosse Mutter“ „Vater“ „alte Weise“ „göttliche Kind“ „animus“ „anima“ „grosse Schatten“ 等과 무다. 그러나 이러한 集團的의 無意識 (Kollektive Unbewusstheit) 의 源型을 考察하고 나서 그 相互對立性의 原理 (Gegenseitigkeitsatz) 라는 作用을 發見한다. 이러한 作用은 全的으로 所與 (Gegenseitigkeit) 에 과분히 있거나 人間的의 恣意를 벗어난 人間存在의 拘束性은 그 積極的의 本質性 (positive Eigenschaft) 이고, 그러나 이러한 本質性이 人

間行爲에 對한 明確한 正規線(Richtlinie)을 提供할 수 없
은가? 그 消極的性質(negativer Art)이다. 이리하여 「펠
허너」는 「용」의 集團의 無意識에 있어서도 法形成要因의
絶對的客觀性을 發見할 수가 없다고 結論지은다(Teil E).
말할 必要도 없이 法形成要因의 客觀性(拘束性)에 對
한 上述한 바와 같은 結論은 그 根本에 있어서도 어떠한
客觀性이라 할지라도 그것은 『不確定中의 確定』에 不
適하고 따라서 法秩序도 결코 完結的인 것은 아니라고 하
는 實存主義의 立場에서 있음을 밝히고 있다. 이리하여
二千五百年이나 걸쳐 鬭爭해 온 自然法論을 取扱하는데
도 大戰後 獨逸法學界에 있어서도 自然法思想(例컨대 自
然主義的 法理論의 排斥, 人權과 같은 普遍妥當性 있는
法原理의 先在性에 對한 認識, 實質的正義의 探究, 神에
依한 啓示的要因의 承認, 事實的要素에 依한 法의 制約
性, 反自然法的 實定法에 對抗한 裁判官의 判決權等)의
廣範圍하게 積極的으로 論議되었다는 點을 承認하면서 法
秩序에 對한 嚴肅한 反省을 加하고 있다. 卽 宇宙全體의
秩序· Physis, Bios, Psyche, Logos의 秩序內에 屬하
고 있는 部分秩序(Teilordnung)으로서의 人間社會의 秩序
(Zwischemenschlichen Ordnung) 또는 그 속의 部分秩
序의 部分秩序(Teilordnung einer Teilordnung)로서 法
秩序(Rechtsordnung)가 存在한다고 한다(이러한 着想은
「하르트만」의 存在論을 따른 것이다).

이리하여 法이라는 것은 社會的領域內에서의 諸秩序力

中의 「하나」이지 결코 唯一한 것은 아니라는 結論을 얻어
法的 絶對化는 『正義는 實現되고 世上은 亡하라』(Finit
justitia pereat mundus)라는 「아우구스티누스」의 말과
같이 全體的秩序(Gesamtordnung)를 破壞하고 만다는 것
이다. 法的努力의 眞正한 意味는 存在者의 充實을 保存
하고 增加하는데 있다고 披擲하고 있다. 이러한 反省과
아울러 歷史的으로 展開된 自然法命題의 不一致를 指摘
하고 그 하나를 絶對化하는 것도 避하지 않으면 안 된다.
왜냐하면 누가 『賢者의 魂』(Stein der Weisen)을 가졌
는가를 確實하게 알 수 없기 때문이다(말하고 있다
Teil F).

이리한 主張을 最後的으로 根據키우기 爲하여 Teil G
에서는 『法哲學의 根本問題와 實存哲學』을 論하고 있다.
『法』의 社會라고 하는 存在領域에 있어서의 目的的 形成
의 所産인데 反하여 『實存』은 「孤獨」(Einsamkeit—Hei-
dogger)· 『交通』에 있어서의 一回性」(Jaspers)이다. 實存
이 自己存在로 되기 위하여 自我를 問는데 反하여, 法은
一般의 規範에 따라서 各個人을 社會的關係에로 整序케
하려 한다.

따라서 實存에 있어서도 法은 『機械的이고 死滅的』
(mechanisch und tot—Jaspers)인 것이다. 또 「하이데
거」는 法을 『存在와 時間』에서 『社會領域에 있어서 正當
性, 安定 및 平和를 人間에 賦與하는데 있어서 有用한 道
具(Zeug)」라고 規定하고 있다. 그러나 「하이데거」의 「世界

內存在論』이나 「야스퍼스」의 『交通에 있어서의 社會論』에 있어서도 결국 社會的인 것을 묻고 있다.

사람은 事實上 共同生活를 營爲하고 거기에는 習俗이나 慣習이 行해지고 있으며 또 法은 社會에 秩序를 이루 어준다는 點에서 實存哲學上 若干의 意義를 가진다. 말하자면 法은 實存의 可能性(Dasismöglichkeit)인 現存에 있어서 交通(社會)을 成立케 하기 위하여 保護의 限界的(Schutz und Abgrenzung) 機能을 遂行하는 것이다. 法의 이러한 機能이 實存에 있어서 外的인 것인 데 對하여, 또한 法에는 實存을 刺戟하고 覺醒케 함으로써 實存의 交通을 準備한다고 하는 內的機能이 있다. 그러나 이러한 法도 實存에 있어서는 結局 歷史의 『狀況』(Situation)에 不過하고 傳統 및 遺産이 實存에 對하여 가지는 意義以上的인 것을 가지고 있지 않다. 法은 그러한 것이지만 實存의 決斷(自由)에 當面해서는 사람을 拘束하는 것과 같은 意味에서 拘束性을 가짐에 不過하다. 그러한 意味에서의 法의 拘束性은 「他人의 固有的인 自由(實存)를 妨害하지 말라」라는 命題에서 보여진다. 法은 意識一般의 段階에서는 立法의 普遍規範으로서 나타나고 너와 나의 交通을 成立케 한다. 精神의 段階에서는 法은 共同精神의 全體의 인데(法理念)로서 나타난다. 그런 意味에서 法은(國家·社會도) 普通者이지만 아직 客體에 不過하고 그것이 實存(自己存在)이 되기 爲해서는 主體的 個別者의 實存의 決斷(創造의 參與)을 하지 않으면 안된다.

「야스퍼스」는 主體와 客體사이의 이러한 實存의 交通에 있어서 奉仕와 組織, 決行의 意義를 強調하고, 그러한 意義에 充實한 法(國家·社會生活의 가운데서만) 「人間의 尊嚴」이 온전하게 된다고 보았다. 「야스퍼스」에 있어서의 法과 實存의 關係는 實存의 前提인 現存在, 特히 그의 歷史의 狀況에 있는 것이다. 그러므로 그것은 間接의 關係의 問題인데 反하여, 實存에의 飛躍 또는 超越者에 依한 實存照明에 있어서 問題가 되는 法은 實存과 直接的 關係에 있는 것이다.

이리하여 「캣히너」는 人間은 結局 拘束과 自由, 確定과 不確定사이의 Spannung 사이 에 있으며, 그것은 既存의 法의 基準이 解決하지 못한 限界狀況(例 婚姻解消의 可, 不可, 그條件에 있어서의 論爭)에서 가장 잘 나타난다고 하였다. 이와 같은 限界狀況에 있어서는 結局 그것을 實存의 으로 突破하는 意志의 契機가 登場하지만, 그 意志는 恣意(Willkür)가 아니며, 上述한 法形成力의 諸要因의 客觀的所與性에 依하여 內容의 으로 어느 程度의——因果的·宿命的인 아닌——制約을 받는다. 이러한 決斷은 『不確定中의 確定』이지만, 그것은 人間의 創造의 參與, 即 『自由』가 成立하는 根據이다. 거기에서는 自然法이 求하던 普遍的基準은 없다고 보았다. 이리하여 實存哲學의 立場에서의 自然法은 普遍的內容의 自然法도 아니며, 可變의 內容의 自然法도 認定할 수 없다. 實存哲學의 自然法은 『生成하는 內容의 自然法』(Naturrecht mit werden.

den Inhalt)이다. 『試圖冒險의 이고 生成하는 自然法』(Wagendes und werdendes Naturrecht)이다. 『그源泉에 있어서는 主觀的의 이고, 그 目標에 있어서는 客觀的인 自然法』(Naturrecht, das in seinem Ursprung subjektiv, in seinem Ziel objektiv ist)인 것이다.

이러한 考察로부터 實存哲學의 法哲學의 最大의 意義는 實定法秩序의 完結性을 前提로 하는 法實證主義에 對하여 그것에 依해서는 解決될 수 없는 部分이 本質적으로 存在한다는 것을 明確히 하리는데 있음을 看破할 수 있다.

法形成要因의 客觀性에 있어서의 社會的 所與性과 制約性, 實存과 法의 關係에 있어서 나타난 法과 歷史의 狀況의 制約性 등은 必然적으로 法社會學의 考察로 이끌고 들어간다. 또한 法은 全體的 秩序의 部分秩序의 部分秩序로서 存在한다. 法秩序가 속해 있는 더 큰 秩序는 因果的이고 經驗的인 自然科學的 『自然』과는 一致하지 않는다. 여기에서 必然적으로 形而上學의 問題가 提起된다. 우리는 『最初의 根源』(erste Ursprung)과 『窮極의 關係』(letzte Zusammenhang)를 意味的全體의 見地에서 본다. 비록 그 解答은 否定的이라 할지라도 또한 法社會學의 考察에서도 「켓히너」는 『人間이 되고 人間으로서 머물러 있기 爲해서는 事實性』(Aktualität)에 對한 『肯定』이어서는 안되며, 可能性의 領域에서 現實의 關係를 形成하려고 試圖하는데 따라야 할 『指導形象』(Leitbild)에

對한 肯定이어야 한다』고 主張한다. 여기에서 社會學的 實證主義를 超克하려는 試圖가 보인다. 事實科學으로서의 社會學은 事實을 說明하고, 所與의 狀況을 分析하고 決斷의 계엄성을 舉證한다. 換言하면 社會學은 決斷을 準備한다. 이러한 決斷을 完成하는 것은 社會學의 方法(more sociologico)에 依해서가 아니라, 우리속에 살아 있는 表象에 依하여 또 우리의 創造力(Schöferkraft)에 依하여 얻어진다 는 것이다.

이리하여 法社會學과 法形而上學은 法哲學의 「알파」와 「오메가」가 된다. 換言하면 法哲學의 課題는 두 개이다. 그 하나는 法現象을 存在者의 社會的 關係와 全體的 關係에 있어서의 部分現象(Teilerscheinung im gesellschaftlichen Zusammenhang und im Gesamtzusammenhang des Seienden)으로서 把握하는 것이다. 여기에서 法의 現實의 根源, 法形成要因과 그것의 機能과 限界가 밝혀진다. 그 둘째의 課題는 法의 內的必然性, 服從에로의 要請의 正當化, 現實화된 法形成의 根據賦與와 批判等이다. 이리하여 眞正法哲學은 社會學의 見解와 形而上學의 見解의 對象사이의 調和할 수 없는 矛盾을 明示하는 것이 아니라, 더 큰 統一體에로 共屬되는 二元性(Zweiheit)을 承認하는 것이다. 合理主義的·觀念主義的·先驗的 思考(Rationalistisch-idealistisch-transzendentalen Denken)와 經驗主義的·自然主義的·相對主義的 思考(Empiristisch-naturalistisch-relativistischen Denken)의 統一인 「칸

트」가 完成한 一八世紀의 思想에 있어서의 偉大한 事實이나 二〇世紀에 있어서의 經驗的 社會學的 探究(empirisch-soziologische Forschung)와 思辯的·形而上學的 體驗(Spekulativer metaphysische Erfahrung) 사이의 새로운 對立命題(Synthese)를 開拓하려고 하고 있다는 事實을 指摘하고 있다.

「헛바니」의 法哲學思想은 綜合的인 說明에 結局은 歸着하고 自己特有的인 『이데』를 提出하지는 못하고 있다. 그러나 그의 法哲學體系는 法哲學 및 法律을 工夫하려는 이들에게 示唆하는 바가 크며, 現代思潮의 基盤인 實存主義의 思想에 立脚하여 法哲學을 展開하는데 어느 程度의 結實을 거두는 한편, 實存主義와 法學과의 關係에 對해서 慎重한 態度로서 一貫되어, 今後的 歸趨가 크게 注目된다. 그가 머릿말에서 밝힌 바와 같이 그의 著書는 하나의 試圖(Entwurf)이었다. 또한 머릿말에서 그의 存在論的인 核心의 思想(ontologische Kerangedanke)은 二次大戰時 佛蘭西의 푸른 하늘아래의 捕虜生活에서 精神的인 苛酷한 禁慾主義로서 凝縮된 것이었다고 밝히고 있다.

이러고 보면 그의 法哲學思想은 大戰中の 破壞속에서 機械的인 死滅에 直面하여 現存在의 카다란 意味空虛와 意味喪失에서 結晶되었다고 볼 수 있다. 그의 法哲學이 끝까지 主張하고 싶었던 것은 다음과 같은 것이었다. 『實로 解答은 存任한다. 그러나 그것은 窮極的으로 妥當

하지는 못하며 또 그렇게 되지 않기를 意慾할 것이다. 왜냐하면 人間은 그가 살고 있는 限, 極에 位置하지 않고, 生成中에 있으며 또 恒常 새로운 問題에는 새로운 解答을, 새로운 狀況에서는 새로운 問題를 얻기 때문이다.』
[Es gibt zwar Antworten, aber sie sind nicht endgültig und dürfen es nicht sein wollen, weil der Mensch, solange er lebt, nicht am Ende sondern in seinem Werden ist und in immer neuem Fragen neue Antwort und in neuen Situation neue Fragen gewinnt — S. 285].

葛 奉 根

〈筆者—本大學講師〉