

「법철학」의 근본이해를 위한 비평적 서평

이 천 호*

<목 차>

- | | |
|-------------------|----------------------|
| I. 법철학 서평의 실마리 | 2. 동양법과 자연법 |
| 1. 서평방법 | 3. 동양에 있어서의 황금율 |
| 2. 「동서비교서설」의 본의 | 4. 유교의 이념과 정의 |
| 3. 한국법철학서의 특징 | 5. 유교사상에 있어서의 정의 |
| II. 법철학 이해의 기본 틀 | 6. 서양의 정의론과 동양의 정의론 |
| 1. 민주주의에서의 법 | 7. 동양도덕의 의의 |
| 2. 법정의의 난제 | 8. 도덕과 예와 법의 관계 |
| 3. 자연법과 실정법의 인과관계 | 9. 양심론 |
| 4. 법철학이란 | 10. 동양의 양심론과 서양의 양심론 |
| III. 균원적 서평 | IV. 법철학 서평의 마무리 |
| 1. 「법과 은유」 | |

비평대상 주도서 ** : 金秉圭, 法哲學의 根本問題: 東西比較序說(서울: 法文社, 1988); 총 461p.

비평대상 참고도서*** :

- ① 구스타브 라드부루흐 저 ; 에릭 볼프, 한스-페터슈나이더 편 ; 崔鍾庫譯, 法哲學(서울: 三英社, 1993); 총 408p.
- ② 沈憲燮, 法哲學 1: 법, 도덕, 힘(서울: 法文社, 1993) ; 총 304p.

* 동래여자전문대학 문헌정보학과 부교수

** *** 이 논문에 있어서 「주도서」란 본격적으로 비평대상이 되는 김병규 선생의 저서를 의미하고, 「참고도서」란 주도서를 비평하는데 도움을 주는 도서로서 필자가 인용 내지는 참고하여 서평을 향에 있어서 내용적으로 상당히 헌트를 받은 도서를 뜻한다.

- ③ 柳炳華, 法哲學, 全訂版(서울:眞成社, 1992) ; 총 703p.
- ④ 李太載, 法哲學史와 自然法論(서울:法文社, 1987) ; 총 373p.
- ⑤ 李恒寧, 法哲學概論, 再改正版(서울:博英社, 1992) ; 총 412p.

I. 법철학 서평의 실마리

1. 서평방법

이 논문에서는 널리 알려진 기술적 서평(記述的 書評)¹⁾보다는 비평적 서평(批評的 書評)²⁾과 해설적 서평(解說的 書評)³⁾에 의하여 金秉圭 선생의 저서인 「法哲學의 根本問題」에 대한 본격적 서지 비평을 하고자 한다.

기술적 서평에서는 도서에 게재된 저자의 주장을 별다른 여과없이 그대로 게재하고 있는데 비하여, 비평적 서평에서는 도서의 내용에 대한 서평자의 견해가 강력히 반영된다. 필자가 서지비평작업과 관련하여 반드시 필요한 서평을 한 가지 더 추가한다면 해설적 서평을 들 수 있는 바, 서평대상 도서의 내용에 대한 언어의 의미파악이나 이해하기 쉬운 형태로의 설명 및 부가적 설명 등이 대단히 중요시 된다.

서평이란 독자와 1차자료인 도서 즉 단행본 사이에 경제적 교량역할을 담당함으로써 독자의 시간과 노력을 절감해 주는 훌륭한 참구(參究) 도구임에 틀림없으므로 독자는 각자의 수준과 취향에 맞는 서평이용방법을 능동적으로 선택하는 것이 반드시 필요하다. 이와 관련하여 필자는 서평이용방법을 다음과 같이 크게 2가지로 나누어 본다.

1) 李千孝, “서평의 문화적 기능,” 오늘의 문예비평, 통권 1호(1991, 春), pp.203-205.

2) 當代論文, 동연.

3) 李千孝, “韓國儒學의 評註的 序說,” 創立二十周年 記念論文集, 延北人學校 文獻情報學科, 1994, p.578.

첫째, 독자가 먼저 2차자료인 서평에 접근하는 방법을 고려해 볼 수 있는데, 그것은 독자 스스로가 최소한 200 페이지 이상이나 되는 단행본을 모두 읽어 본 후 그 필요성의 유무를 따지기란 너무나도 많은 노력이 뒤따라야 하기 때문이다. 그러므로 특정한 주제에 대한 전문성의 부족함을 스스로 인정하는 독자라면 부득이 신뢰성을 어느정도 갖춘 도서비평에 의지하여 그 책의 요의를 분명히 파악한 후 탐독여부를 결정하는 가장 확실한 길을 택하는 것이 바람직하다고 하겠다.

둘째, 특정한 전문주제에 대한 지식을 갖춘 독자가 능동적인 자세로 관심있는 도서를 먼저 읽어 본 다음 자기 자신의 견해와 서평에 나타난 견해를 비교하여 저자와 서평자의 올바른 견해를 수용하거나 독자의 잘못된 견해를 바로잡음으로써 명확한 독자의 관점확립이 가능한 것이다.

여기서는 「法哲學의 根本問題：東西比較序說」의 서평과 관련하여 金秉圭선생을 저자로, 서평자인 李千孝를 필자로 각각 칭한다. 필자는 서평대상 주도서인 「법철학의 근본문제」의 내용과 관련하여 필자의 편견이나 착각을 배제하여 가능한 정확한 의미를 독자에게 전달하고자 여러차례 저자를 직접 만나 토론하였음을 밝혀둔다.

2. 「동서비교서설」의 본의

저자는 「법철학의 근본문제：동서비교서설」을 전개함에 있어서 내용이 어느 한 쪽으로 기울어지지 않도록 먼저 학문적으로 신뢰성과 설득력이 높은 다른 학자의 견해를 인용하고 끝에 가서 저자의 지혜가 담겨진 창의적 주장을 폈친다.

학문이란 원래 학제적(interdisciplinary) 연구로 아무리 복잡하고 어려운 내용이라 할지라도 그 본질적 의미를 하나로 짜뚫어야지만이 편협되지 않는다. 역대 노벨상 수상자중 일부도 학제적 연구로 높은 업적을 평가 받았는데, 김병규 선생의 저서도 법학과 철학의 훌륭한 학제적 연구결과라 아니할 수 없다.

김병규 선생이 자신의 법철학 저서 전반을 통하여 저자의 놀라운 독서력과 체적
력에 의한 동서양 사상의 회통으로 서양의 법사상과 동양의 법사상의 상호관계를
정확히 짚어내고 있는 점이 무엇보다도 탁월하며, 또한 어떠한 어려운 내용이라
하더라도 저자가 이해하는 관점에서 최대한 쉽게 풀어 설명하고 있을 뿐만 아니라
상위개념과 하위개념 사이에는 반드시 논리적 연결고리를 이어 줌으로써 의미의
단절을 근본적으로 차단하고 있음은 다른 법철학에서는 찾아보기 힘든 것이다. 다
만 저자의 논리전개와 관련하여 복잡하고 어려운 내용을 되도록 쉽게 설명할려고
하다가 보니까, 자연적으로 문장이 짧아져서 다소 전조한 느낌을 주고 있는 듯하
다.

저자는 법철학 저서의 목차를 「법의 성질」: 제1장 법과 은유, 「자연법론」: 제2
장 동양법과 자연법, 제3장 황금율론, 「정의론」: 제4장 동서양의 정의론, 「법과
도덕」: 제5장 칸트의 명법과 법규법, 제6장 도덕·예와 법의 관계 및 동양도덕의
심층구조, 「법존재론」: 제7장 존재와 당위의 법적 관련성, 「인격과 책임」: 제8장
인격과 책임 등으로 정하고, 특히 각장마다 동서양 법철학의 근본을 철저히 비교
분석함은 국내외 법철학에서는 전혀 찾아볼 수 없는 가장 큰 특징임을 확신한다.

위 목차에 나타난 바와 같이 법존재론은 일반적으로 법철학에서도 잘 다뤄지지
않는 바, 궁극적으로 철학이 풀어내야 하는 근본문제이기 때문에 저자가 개척정신
에 입각한 과감한 연구를 시도한 것으로 보아진다. 그러나 이 존재론은 철학에서조
차 근원적으로 언급되지 아니하는 어려운 내용일 뿐만 아니라 저서의 다른 장의
내용과는 본질적으로 달라서 이 문제에 대한 독립적 이해가 필요하므로 어떤 면에
서는 저자의 직접적 설명이나 해명을 요구할지도 모른다.

법존재론을 통하여 저자는 후서률과 매를리 풍티가 말하는 존재론을 언급하고
있는데 후서률의 전기사상은 샤르트르의 중심사상과 거의 일치하고 있으나 후서률
은 거기에 머물지 아니하고 학문적으로 더욱 더 발전한 결과, 마침내 후서률의
후기사상을 형성하여 철두철미한 철학자로 알려진 매를리 풍티에게 영향을 미친

것으로 보인다.

서문에서 저자가 우리는 왜 서양의 철학사상을 그토록 중요하게 여기고 있는데 반하여 동양의 철학사상을 경시하고 있는가에 대한 의구심을 떨쳐 버리지 못하고 서양에 대응하는 동양사상을 찾아내는데 주력한 학자로서의 고뇌를 토로한 것만 보더라도, 저자가 말하는 동서철학사상의 비교란 단순히 짜맞추기식의 외형적 비교가 아니라 학문적으로 근원에서 일치하는 본질적 의미의 본체론적 탐구임을 극명하게 파악할 수 있는 바이다.

아스퍼스(K. Yaspers)도 “서양만이 옳은 것이 아니라 동양이 더 옳다고”고 분명히 밝힘으로써 결국 동서양사상에 대한 근본비교의 필요성을 암시해 주고 있는 것이 아닌가 여겨진다. 때문에 저자가 평소에도 늘 “서양에 존재하는 법사상이 왜 동양에는 존재하지 않는가 하는 근원적 물음”을 가지고 동서사상비교에 몰두한 결과 「법철학의 근본문제」란 세계최초로 동서양 법철학을 비교한 저서를 출판하기에 이르렀다고 본다.

특히 부서명으로 나타난 바와 같이 존이 “동서비교서설”이라고 붙인 까닭은 무엇일까? 그 이유로서는 필자가 두 가지를 들 수 있을 것 같다.

첫째, 저자가 일제때 시험과목으로서 「일본역사」를 선택하여 공부하던중 지금은 이름이 기억되지 않는 경도대학의 어떤 교수가 저술한 「일본문화사서설」을 탐독한 후 역사관에 있어서 근본적 의식전환을 가져왔는데, 사실은 ‘서설’이란 말이 시사하는 바와 같이 그 역사책은 개론적인 내용이 아니라 일본역사의 깊숙한 곳까지 통찰함으로써 저자가 감명을 받았기 때문에 그러한 용어를 사용한 것이라고 하겠다.

둘째, 저자가 조사한 바에 의하면 유럽은 물론 중국이나 일본에서 조차 동서양 법사상을 비교한 것이 전무한 실정인데 결과적으로 「법철학의 근본문제」는 세계최초의 동서양 법철학의 비교연구서가 되므로 그와 관련된 본론적인 내용을 모두 전개하지 못하지만 처음으로 시도해 본다는 뜻으로서의 ‘서설’인 것이다.

3. 한국법철학서의 특징

원래 한국의 법철학이란 우리 학자들이 자생적으로 체계화시킨 고유한 학문영역이 아니라 헤겔이나 라드브루흐 등을 비롯한 외국의 법철학들이 구체화시킨 법철학 내용을 전적으로 수입하는데 급급했기 때문에 한국의 법철학자들의 독자적 견해가 담겨진 법철학서의 출판을 기대하기란 처음부터 무리가 아닐지도 모른다. 따라서 먼저 외국에서 출판된 대표적 법철학서를 모두 탐독한 다음 각 도서의 특징을 일일이 분석함이 바람직한 과정이기는 하나, 실제적으로 그렇게 하기에는 엄청난 노력이 요구되어지기 때문에 여기서는 이미 앞에서 제시된 법철학서 5권을 중심으로 그 특성을 간략히 알아보고자 한다.

라드브루흐의 「법철학」은 총론(64%)과 각론(36%)으로 나뉘어지는데, 총론에서 는 법의 개념을 주로 언급하고 있을 뿐, 우리나라 법철학서에서 혼히 나타나는 법철학의 역사는 일부분에 지나지 않으며 각론에서는 실정법을 개념위주로 상세히 설명하는 장점이 확연히 나타난다.

심현섭은 「법철학 I : 법 · 도덕 · 힘」의 서문을 통하여 독창성이 내재된 법철학적 내용을 전달하고자 하는 것이 아니라 법철학의 근본문제와 관련된 여러 법철학자의 의견을 분석 종합하는데 초점을 맞추었다고 분명히 밝히는 그의 학자적 양식은 후학들로부터 존중되어져야 할 줄 안다. 그의 저서는 본체(60%)와 부록(40%)으로 구분되는 바, 본체에서는 법철학, 법의 개념, 법의 효력, 법과 도덕, 법과 힘, 법과 국가 등과 관련하여 나타나는 여러가지 개념에 대한 이론적 근거를 명쾌하게 제시하여 합리적 관점에서 기술하고자 하는 지극한 노력이 커다란 장점이라 아니할 수 없으며 부록에서는 그의 박사학위논문인 “존재와 당위”와 “비판적 법실증주의”이란 논문이 게재되어 있다.

류병화의 「법철학」은 제 I 편인 법철학의 역사가 80%를 차지하는데 반하여, 제 II 편 법철학의 주요문제인 법의 개념, 법과 도덕, 법과 종교, 실정법과 자연법

등은 20%에 지나지 않으므로 전체적으로 법철학사 위주의 책이라고 봐도 무방하겠다. 이태재의 「법철학사와 자연법론」 제1편(53%)에서는 전부 법철학의 역사를 다루고, 제 2편(47%)에서는 자연법의 본질적 측면이 아니라 자연법의 각론을 다루는데 그친다. 또한 이항녕의 「법철학개론」도 법철학의 역사가 62%를 차지하며, 나머지는 법철학의 현대적 과제인 법가치와 관련된 내용이 대부분을 이룬다.

위에서 본 바와 같이 우리나라 법철학서에서 나타난 가장 큰 문제는 법철학의 역사를 기술하는데 관심을 두고 있을 따름이지 궁극적으로 법철학자들이 주체적으로 탐구해야 하는 법철학의 본질을 거의 도외시 하고 있다는 점이다. 아마도 그 이유는 학문적으로 그렇게 연구하는 것이 너무 어렵기 때문일 것이다. 그럼에도 불구하고 김병규 선생은 그의 저서를 통하여 법철학의 본질을 언급하고자 시도한 것은 높이 평가받아야 할 것이다.

II. 법철학 이해의 기본 틀

1. 민주주의에서의 법

역사적으로 볼 때 인류의 문화는 많은 사람들의 지혜와 경험에 의하여 창출되기도 하지만 소크라테스, 플라톤, 공자, 맹자, 노자, 석가, 예수 등의 성인의 지혜와 노력에 의하여 만들어진 훌륭한 완성품임이 분명하나 민주주의란 제도는 이와 같은 전술한 성인의 출현을 몹시 싫어하는데 일반적으로 인류사회는 돈·권력·완력 등과 같이 힘이란 욕심의 논리가 지배적이기 때문이다. 이러한 인간의 욕심을 합법적으로 인정하는 제도적 장치가 바로 법이다. 즉 법이란 인간의 머리, 달리 말하면 마음에서 나온 것에 불과하지만 겉으로는 그럴듯하게 보이는 민주주의에서도 잘 사는 사람이 못사는 사람을, 권력있는 자가 없는 자를, 남자가 여자를 다스리는

수단으로서 법이 교묘히 이용될 뿐만 아니라 치자의 욕구를 충족시키기 위한 방편으로서도 법이 이용되는 것이다. 한마디로 법이란 가진자의 선행권리를 인정하고 치자의 편의를 따르도록 하는 약육강식의 시스템화된 부분을 상당히 포괄하고 있는 것이다.

영국의 전 수상 처칠이 주장하는 바와 같이 민주주의란 역사상 최악의 정치제도임에 틀림없다. 단지 민주주의란 하나의 방법(론)으로서 규정된 알맹이가 없으므로 그 내용은 무엇이라도 좋다. 바꿔 말하면 민주주의란 방법만이 있고 그 본질적 내용이 텅비어 있으므로 다른 어떤 제도 보다도 오래 지속될 수 있는 장점도 지니지만 다른 한편으로 이것은 민주주의의 결함으로 지적되기도 하는 것이다. 방금 말한 방법이란 바로 다수결을 뜻하는데 다수결도 보통 절대적 다수결을 의미하지만 이것의 폐해는 지대하므로 이를 보완하기 위한 상대적 다수결이 필요한 것이다.

소크라테스도 크리تون을 통하여 “다수가 우리들에 관한 것에 대하여 유의하지 말고 올바르고 부정한 것들에 대하여 전문적 지식을 가진 한 사람과 진리 그 자체를 유의해야 한다”⁴⁾고 상대적 다수결을 주장하였다. 그러므로 민주주의 방식을 이용한 결정은 반드시 누구에게나 공통되는 최고의 선이 될 수 없음을 명심해야 하겠다. 이와는 달리 고대의 원로회의는 근본적으로 모든 사람들로부터 존경받는 사람으로서 구성되어 있기 때문에 필연적으로 선을 지향할 수 밖에 없었다.

속이 빈 민주주의란 자유와 평등을 양립할 수 없는 현실적 어려움이 등장하는데 예를 들어 프랑스 혁명사상이 자유 밖에 평등으로 자유와 평등의 중간에서 완충장치를 하는 것이 박애이나 이것이 궁극적으로 무엇을 의미하는지 논리적으로 설명하지 못하고 있으며 더군다나 여기서의 평등도 절대적 평등이 아니라 각 개인의 능력과 수준에 맞는 상대적 평등이어야 하는 것이다. 결론적으로 현재 지구촌 사람들의 전체적 수준이 민주주의를 효과적으로 감당하기에는 너무 벽차고 그 구체적 대안도

4) 플라톤, 朴宗炫 譯, 소크라테스의 最後, 서울, 박영사, 1989, p.88.

마련하지 못하고 있으므로 이 제도에 익숙해지기 위해서는 오직 민주적 훈련 즉 합목적적 합리적 토의와 이의 실현을 위한 수많은 시행착오와 인내만을 요구할 때 름이다.

2. 법정의(法定意)의 난제

법철학의 본질을 파악하기 위해서는 먼저 법이 무엇을 의미하는지 그 정의를 알아보는 것이 올바른 순서이기는 하나, 법학계에 있어서 한결같이 체계화된 법정의가 없는 실정이어서 학자마다 자기의 주관을 개입시켜 서로 조금씩 다른 정의를 내리고 있기 때문에 일반인이 볼 때는 마치 법정의(法定意)가 커다란 혼란에 빠져 있는 듯한 인상을 받게 되는 것은 어쩌면 당연할지도 모른다. 더구나 법과 관련된 주요한 용어들인 법의 개념, 법의 이념, 법의 의의(성질), 법의 정의 등이 염밀하게 구분되지 않은 채 함부로 사용되고 있기에 혼돈을 일으키기 십상이다.

정확한 의미에서 법의 개념이란 법의 의의(성질)와 같은 뜻으로 일반적으로 간략히 “법이란…이다”의 형태를 띠게 되는데, 김병규 선생의 「법철학의 근본문제」의 제1장 ‘법과 은유’가 바로 법의 개념을 뜻한다. 이와는 달리 법의 이념은 법의 정의를 의미하는데 법정의에 있어서는 정의자의 철학이 들어간다. 정의(定意)의 영어는 definition으로서 동사는 define(한정하다, 결정하다)인데, 누가 한정하느냐 하면 한정하는 사람 즉 정의하는 사람이 한정하므로 거기에는 항상 정의자의 주관적 개념이 투영되지 않을 수 없으므로 그것이 문제가 된다. 그렇게 때문에 법학연구자들조차도 법에 대한 확고부동한 견해가 정립되어 있지 않다면 협사리 법정의를 내릴려고 하지 않는 경우가 현저하다.

칸트(I. Kant)도 “법정의란 사람마다 다르고 설령 어는 한 사람이 정의를 내렸다고 할지라도 여기에 찬성하는 사람은 아무도 없다”고 말한다. 또한 서경의 “법의 이상은 법이 없는 것이다”라는 말을 미뤄 볼 때, 법의 정의를 객관적으로 내리기란

지극히 어려움을 알 수 있을 것 같다. 다른 한편으로는 법정의가 구체적으로 내려 지지 않아도 우리가 실제적 생활을 하는데는 커다란 오류가 발생하지 않으므로 지금까지 그렇게 이어져 오고 있는 것이다. 그렇다면 심현섭의 주장대로 정의란 용어 대신에 ‘개념해명’이란 매우 적절한 용어를 사용해도 무방할 것 같다.

영국의 법철학자인 하아트(Hart)는 “법이란 규칙(rule)이다”라고 말하는데, 그것은 스포츠의 규칙에 해당된다는 뜻으로 그의 저서인 「Definition of Law」에서는 “규칙(rule)이란 마치 누구든지 교회에 들어가면 모자를 벗는데 만일 어떤 사람이 모자를 쓰고 들어간다면 다른 사람이 그 사람 앞에서 욕은 안한다 할지라도 그에게 따가운 눈총을 주는 것과 같다”고 설명하고, 쇼펜하워도 “사람들이 고슴도치처럼 서로 부딪히지 않고 원만하게 사회를 운영하기 위하여 만들어 낸 것이 법(law)이다”라고 말한다. 또한 국가가 국민에게 강제성을 부여하는 것이 규칙이며, 각자가 자기 이익을 추구하기 위하여 필요로 하는 것이 규칙이긴 하나 이와 같이 법이란 사람이 필요에 의해서 만든 도구임에도 불구하고 실상은 그 도구가 사람을 괴롭히는 격이 되고 말았다.

또한 법의 定意와 관련하여 서양의 正義에 해당하는 본질적 내용이 동양에도 존재하고 있는가를 살펴보는 것이 필요한 바, 이를 위해서는 궁극적으로 동양의 법원리와 서양의 법원리가 서로 동일한지를 확인하지 않으면 안된다. 곁으로 보기에는 동양의 유교사상이 마치 법을 무시하고 있는 듯하나 깊이 들어가 보면 유교에서 말하는 법의 근본원리나 서양의 법원리가 상통함을 알 수 있는데 이와 관련된 구체적 내용은 김병규 선생의 저서나 이 논문의 ‘근원적 탐구’에서 논의된다. 결론적으로 서양의 正義와 동양의 義는 서로 같은 의미를 지닌다. 김병규 선생이 지적하는 바와 같이 尸子(시자)가 “혜품이 분을 얻는 것이 義”라고 함은 키케로가 正義에 대하여 말한 “각자에게 그의 것을 할당한다”와 전적으로 의미가 통하므로 이를 근거로 하여 본다면 결국 동서양의 진리가 하나로 귀결됨을 충분히 짐작할 수 있는 바이다.

김병규 선생의 경우에는 전체적으로 법철학의 주요한 특징적 내용을 독자적으로 기술하는데 주안점을 두었기 때문에 단정적으로 법철학의 정의를 내리지 않고 있지 만 그의 저서 서문을 통하여 법철학의 근원적 골수를 잘 드러내고 있는 바, 이것이 곧 법철학의 정의와 이어질 것으로 보인다.

심현섭은 “법이란 일종의 ‘지시’로서의 동질적인 보편적 내용을 갖고 서로 불가분의 관계에 놓여 있는 객관적 법과 주관적 법, 관습법과 법관법, 그리고 평가규범과 결정규범과 같은 제대상의 집합을 지칭한다”⁵⁾라고 하여 법철학적 측면에서 법정의와 관련된 논리적 근거를 구체적으로 제시하고 있기 때문에 상당한 설득력이 있음을 분명하다. 그러므로 법철학자들이 굳이 많은 노력을 기울여 가면서 그다지 독창적이지 못한 법정의를 마구 내려서 더욱 더 혼란스럽게 만드는 것 보다는 위처 럼 심현섭의 정의에 대한 충분한 토론으로 올바른 이치가 담겨진 각자의 견해를 반영시킴으로써 하나의 규범화된 법정의를 구성함이 훨씬 더 바람직하다고 하겠다. 그렇다면 필자와 같은 서지비평가가 새로운 법정의를 내리기 위하여 헛수고 할 필요가 전혀 없다고 생각한다.

다만 법정의를 하는데 한 번 고려되어야 할 최소한의 전제조건 정도는 필자가 언급할 수 있을 것 같다. 궁극적으로 법이란 인간이 사회생활을 하는데 필요한 보편타당한 규칙이므로 법정의는 근본적으로 인간의 삶에 기반하지 않으면 안된다. 바꿔 말하면 인간적 삶의 근본과 자연의 섭리와 법칙 등을 도외시하는 법정의는 불가능하기 때문에 결코 변화되지 않는 ‘도덕적 원리’와 시대적 상황이나 사회구조에 따라서 변화하는 ‘윤리’에 근거하는 법정의이어야 한다는 뜻이다.

법정의의 난제를 정확히 가려내기 위해서는 법의 한계도 충분히 논의되지 않으면 안된다. 법이란 우리 인간생활에 있어서 보편타당한 규칙이라고 말한다면, 현실적으로 널리 인정받는 보편타당한 이른바 보통 수준의 과학이나 지식이 법에 반영되

5) 심현섭, 전개서, p. 60.

기가 쉬운 것이지 뛰어난 과학이나 지식이 법에 반영되기가 어렵다. 결과적으로 법이란 보편적 과학이나 지식이란 약속의 범위 안에서만 존재하게 되는데, 이 경우 보편적 법질서가 뛰어난 법질서를 즉각적으로 따라갈 수 있는가 하는 의심을 품지 않을 수 없다. 그러므로 법개념이나 법정신도 시대와 사회구조의 변화에 재빨리 적용해야 하는 것이다. 또한 동양적 관점에서는 법에서 부족한 것을 일반상식에서 구하고 일반상식에서 부족한 것을 예를 포함하는 윤리에서 구하고 윤리에서 부족한 것을 도덕에서 구하게 되므로 동양의 법은 하위개념으로서 미완일 수 밖에 없을 뿐만 아니라 항상 불완전한 속성을 지니게 되는데 이것은 법이 가지고 있는 질적 수준의 한계때문이라고 여겨진다.

3. 자연법과 실정법의 인과관계

앞에서 언급한 바와 같이 법이란 인간의 지나친 욕심에서 기인하는 것인 바, 근원적으로 인간의 개별적 욕심을 버리고 타인을 위한 순수한 마음을 지닌다면 법이 지금과 같이 갈라지지 않을 것이다. 그렇다면 법을 ‘변하는 법’과 ‘변하지 않는 법’으로 대별할 수 있는데, 예를 들어 로마의 등기법은 현재까지 전해져 내려와서 오늘날 등기법의 모체가 되었으므로 변하지 않는 법의 대표적 경우이다. 그러므로 변하는 법은 왜 변하는가, 변하지 않는 법은 왜 변하지 않는가에 대한 구체적 검증이 이뤄져야 하겠으나 중국에 가서는 법의 변화에 관계없이 법이 없는 것이 가장 이상적이므로 ‘법없음’이야말로 친정한 ‘법정신(이상)’에 합당하다고 본다.

또한 불교철학에서 말하는 법정신을 살펴보는 것도 이 논의와 관련하여 도움이 될 줄 아는데 불교철학에서는 부득이 道를 표현하기 위한 방법으로서 法이란 용어를 사용하며 이 경우에 있어서 법은 한낱 허상에 지나지 않는다. 불교에서의 법은 말에 끌려 다니는 법인 ‘유루법’과 말에 끌려 다니지 않는 법인 ‘무루법’으로 구분되는 바, ‘유루법’은 ‘유위법’에 해당되며 이 유위법이란 일반적인 세상의 법인

실정법을 일컬는데 반하여 ‘무루법’은 ‘무위법’에 해당되는데 이 무위법이란 정신적으로 지향하는 법이기에 서양의 법정신과 막바로 통하는 것이다.

법이 뿌리깊은 인간적 욕심에 기반하고 있는 한 ‘법정신’의 실현은 불가능하다고 생각한다. 법철학 영역에 있어서는 자연법을 존경하는 바, 특히 토마스 아퀴나스의 자연법 사상을 중요시하나 현실적으로는 자연법을 무시하는 경향이 매우 높다. 위에서 변하지 않는 법을 모법 즉 자연법으로, 변하는 법을 실정법으로 각각 대비시켜 보았는데, 실정법이란 때와 장소에 따라서 변하기 마련이므로 ‘法’자의 파자인 ‘변한다는 뜻’과 상통한다.

현실적으로 19세기 말과 20세기 초에 걸쳐 극단적인 법실증주의가 났으나 어디까지나 법실증주의의 근본은 자연법사상임을 결코 망각해서는 안된다. 2차대전 당시 독일의 히틀러는 유태인을 대량 학살하는 수단으로서 실정법이란 제도를 최대한 악용하였기 때문에 결과적으로 법실증주의가 최고조에 달하였지만 그와 같은 살상 행위에 대한 옳고 그름을 가려내는 비판적 척도는 바로 자연법사상인 것이다. 따라서 뉘른버그(Nurnburg) 전범과 동경전범 재판은 일종의 자연법사상에 근거한 것이지 구체적으로 ‘어떤 행위가 범죄에 해당되며 그 범죄에는 어떤 형벌을 내릴 것인가는 법률에 의해서만 정할 수 있다’는 형법의 죄형법정주의란 실정법에 입각한 재판은 아니다.

더욱 더 구체적인 자연법사상과 법실증주의의 인과관계는 김병규 선생의 저서 중 ‘존재와 당위의 개념’이란 절에서 간명하게 밝히고 있으므로 참고하기 바란다.

4. 법철학이란

“법철학이란 무엇인가”라는 질문과 관련하여 먼저 본체론적 탐구주제는, 첫째, “법학이란 무엇인가”, 둘째, “철학이란 무엇인가” 하는 문제이나 현재 이들 개념에 대한 일의적 내용이 없는 가운데 학자들의 설만이 난무하고 있는 실정이다. 지금

언급한 내용에 대한 여러 학자의 주장이 그 나름대로 유효하기는 하나 그들을 다시 논의의 대상으로 상정할 수 없기 때문에 필자가 이러한 정의를 확립하는데 조금이라도 도움이 될만한 내용을 간략히 기술하는 것으로 그친다.

‘법철학’이란 근본적으로 ‘법의 철학’이므로 “철학이란 무엇인가”라는 근원적 질문을 던지게 되고, 또한 철학은 ‘학문의 학문’이므로 여기서는 “학문이란 무엇인가”라는 질문을 던지지 않을 수 없을 것이다. 학문이란 만물이 가지고 있는 근원적 성질에 대하여 객관적 이해와 객관적 논의 및 객관적 비판을 취하는데서 비롯된다. 이러한 원리를 토대로 하여 철학이 궁극적이고 전체적인 것을 지향하고 있는데 반하여 그 이외의 모든 과학 즉 자연 및 인문사회과학은 궁극적이 아니라도 얼마든지 용인되어 지며 부분적이라도 되는 것이다. 법철학이란 법에 대하여 궁극적 전체적으로 탐구하는 학문이므로 법에 대한 객관적 이해와 논의 및 비판이란 학적 자세가 뒤따르는데 반하여 종교란 사실상 그러한 비판을 전적으로 허용치 않는다.

여하튼 법철학이란 철학적 입장에서 법학을 탐구하는 것을 의미한다. 철학에서 법철학이 시작되므로 법철학의 역사는 곧 철학의 역사라고 해도 과언이 아니지만 일반적으로 철학을 주로 언급하고 있을 뿐 법철학에 대한 얘기는 드문 형편이므로 철학의 본류에다가 법철학을 얹지도 갖다 붙이는 식의 연구은 삼가하는 것이 옳다고 본다. 따라서 법철학이 일반철학에 그림자처럼 따라 다닌다고 하지만 법철학은 그 나름대로 독자적 원리를 가지고 있음을 인정하지 않으면 안된다.

위 질문과 더불어 법철학에 있어서 또 하나의 난제인 「법철학의 한계」도 논의의 대상으로서는 어렵다고 하여 기피할 것이 아니라 적극적으로 검토되어야 할 줄 안다. 어떠한 학문도 그 한계가 존재하지 않을 수 없으므로 법철학의 한계성은 철학의 한계성을 의미하는데, 김병규 선생은 「법 철학의 근본문제」 pp. 42-43을 통하여 러셀(B. Russel)의 말을 인용하고 철학의 한계를 분명히 지적하고 있는 것이다. 종교는 우리 인간들로 하여금 일방적 강요를 하고 있지만 종교와 과학 사이에 무인지대(no man's land)가 곧 철학인 까닭에 종교에 대한 일반인의 신념처럼 무조건

따라가기도 힘들거니와 과학적 확실성이 없는 경우에는 부득이 철학이 개입될 수 밖에 없으므로 철학이 종교와 과학과 관계되어 있는 사람들로부터 비난을 받기가 심상일 따름이다.

곧으로 필자가 법철학의 한계를 지적하면,

첫째, 법이란 법의 이상과 법적 현실이 통합되어 우리 인간생활에 그 뿌리를 내리고 있으나 앞에서 언급한 바와 같이 인간사회에서는 힘의 논리가 지배적이므로 왜곡된 힘의 구조를 올바른 구조로 바꿀 수 있는 강력한 학습능력의 제고와 힘을 평화적으로 창출해 낼 수 있는 합리적 논리방안 등이 법철학을 통하여 철저히 규명되어야 하며,

둘째, 법철학도 인간의 자유에 기반한 논리학과 언어철학 및 자연과학 등과 같이 보편성의 원리에서 결코 벗어날 수 없으며,

세째, 역사적 사건에 대한 고훈을 자의적으로 해석하여 법리에 적용하는 것은 무리이고,

네째, 각 지역의 문화전통에 근거한 법질서 구축의 절실함 등으로서, 위 네 가지가 극복된 법철학의 구현이 우리의 과제로 남아 있는 것이다.

III. 근원적 서평

여기서는 김병규 선생의 「법철학의 근본문제」를 통하여 논의되고 있는 본질적 내용중 가장 급소가 되는 요지를 들춰냄과 동시에 저자의 주장에 대한 부가적 설명과 해설 및 필자의 견해를 언급하고자 하나, 필자의 입장에서는 연구상의 제한점이 다음과 같으므로 특히 유의하기를 바란다.

첫째, 서평이란 독자와 저서 사이에서 교량역할을 담당하는 매개체이므로 일반적으로 저서의 내용이 그렇게 어렵지 않는 경우는 독자가 서평을 읽고 그 유용성을

인식한 다음 저서에의 접근유무를 결정하나, 저서의 내용이 상당히 어려운 경우는 독자가 저서를 먼저 읽어 본 다음 서평에 접근하여 그 본질적 내용을 어느정도 파악한 다음 다시 저서를 정독함으로써 저자의 의견, 서평자의 의견, 책을 읽는 본인의 의견을 비교하는 것이 필요하다. 김병규 선생의 저서에는 단순히 법철학적 내용만이 아니라 서양철학은 물론 동양철학의 정수도 많이 포함되어 있기 때문에 독자가 그냥 한 번 읽어 보고서는 내용의 상당한 부분을 이해하기란 쉽지 않으므로 독자들은 부득이 후자의 방법을 선택하기를 흘자는 권하고 싶다.

둘째, 김병규 선생의 저서에는 주요한 용어들이 대거 나타나고 있어서 이들에 대한 구체적 설명이 필요하나, 주요 용어를 중심으로 논지를 전개한다면 여러 편의 논문도 가능하므로, 여기서는 용어에 대한 간략한 설명에 그치므로 다소 의미의 단절이 일어날 가능성도 없지 않다고 본다.

셋째, 필자는 때때로 저서에 나타난 내용을 최대한 축약하여 단순한 초록형태에 의한 개념중심으로 설명하는 경우에는 인용부호를 사용하지 않았음을 밝혀 둔다.

넷째, 저자는 법철학과 관련하여 서양철학 뿐만 아니라 유교철학, 선 등과 같은 동양철학적 방법에도 의지하고 있는데, 필자는 논리상 설득력의 확보와 개념의 명료화를 위하여 동양철학중 불교철학적 방법에도 의지하고 있는 탓에 부득이 논문전체를 통하여 불교적 논리가 요소에 짙여 있음을 결코 부인하지 않는다.

1. 「법과 은유」

「법과 은유」라는 장의 제목에서는 은유란 용어가 구체적으로 무엇을 의미하는지 단번에 파악하기란 힘이 들지만 궁극적으로 법과 언어철학의 관계를 규명하는 것으로 다른 저서에서는 찾아보기 힘든 바 이를 통하여 저자의 탁월한 논리적 관점이 저절로 드러났다고 필자는 짐작한다. 「법과 은유」란 법도 말이므로 법을 구체적으로 언어화 해야 한다는 뜻이다.

한편 심현섭도 그의 저서에서 ‘법과 언어관용’이란 절제목을 통하여 “법의 본질을 알려면 법이란 무엇을 지칭하는지 말로 표현해야 한다”⁶⁾는 빈더(Binder)의 말을 인용하면서, 보편적 의미를 지닌 개념획득의 작업이 ‘정의’라고 할 수 없다면 ‘개념해명’이라고 해도 좋을 것이라는 독특한 시도를 전개하고 있는데,⁷⁾ 이러한 주장은 대단한 공감대를 형성할 것임에 틀림없다. ‘법과 언어관용’에 있어서 언어관용은 언어관습이요 언어의 일반적 용법을 뜻한다. 다만 바로 위 저자는 법과 언어관용에 대한 독자적 학적 시도는 했지만 창의적 논의의 전개가 거의 없는 탓으로 강력한 설득력을 얻지 못하고 있는 것으로 봄진다.

궁극적으로 ‘법과 은유’, ‘법과 언어관용’, ‘법과 언어철학’ 등은 한 뿌리로서 법과 언어란 문제에 귀결되고 있는 것이다. 법철학 영역에 있어서 ‘법과 언어’에 대한 연구가 거의 없는 실정인데 그것은 언어철학에 대한 연구가 그만큼 어렵기 때문으로 풀이되나 언어는 철학적으로 대단히 중요한 문제임에 틀림없다.

언뜻 언어와 사유가 서로 다른 몸으로 보일지 모르나 실제로로는 하나의 몸임을 인식하는 것이 중요하다. 그렇다면 언어는 곧 사유이므로 언어가 의식구조인 사고유형을 만들어 내는냐 아니면 사고유형이 언어를 만들어 내는냐 그 판가름을 명석판명하게 한다는 것은 별로 의미가 없는 것으로 보인다. 그러나 일반적으로 의식구조가 사고유형을 조작하여 결과적으로 이것이 언어로 발현된다고 하겠다.

저자는 「법과 은유」를 통하여 주역을 인용하면서 “회합통달(會合通達)이란 법칙조리의 결정과 실행을 위하여 필수적”⁸⁾이라 말하고 더불어 변통까지도 설명하고 있으나 엄밀한 의미에서 회통과 변통의 근본적 차이는 존재하므로 필자는 다음과 같이 설명할 수 있을 것 같다. ‘회통(會通)’이란 원래 불교철학의 논리전개방법으로서 예를 들어 논리 A의 기승전결과 논리 B의 기승전결이 있다고 가정하면 이

6) 심계서, p. 42.

7) 심계서, p. 46; p. 48.

8) 김병규, 전계서, p. 34.

경우 처음과 끝이 다시 맞물려 그 의미가 시원스레 잘 통합을 지칭하는데 그것은 마치 혈관과 혈관이 끊이지 않고 서로 통한다는 이른바 넓고 긴 설명인 廣長說로서 한마디로 그 무엇으로 요약되어져야 하므로 눈밝은 지혜로운 자만이 회통이 가능하다. 논리 A와 논리 B의 중간과정은 그러한 논리의 본질을 구체적으로 알고자 하는 사람들을 설득하기 위한 일련의 자비로운 행위를 변통(變通)이라고 일컬으며, 이는 적절한 은유나 비유 등을 사용하여 어떤 논리를 쉽게 설명하기 위한 수단으로 불교철학의 ‘대기설법’ 즉 각자의 그릇에 따른 설명방법과 그 뜻이 서로 통하는 것이다.

2. 동양법과 자연법

1) 사물지리(事物之理)

위의 제목하에서 저자는 ‘사물의 본성’과 ‘사물지리’에 대한 본질적 내용을 파악하기 위하여 그동안 동서양에서 끊임없이 제기되어 온 주요학자들의 주장을 되도록 이면 객관적으로 인용, 정리함과 동시에 저자의 견해를 합리적으로 전개하고 있는데,⁹⁾ 한편 동양에서는 이러한 사상이 황제부터 노자, 공자, 석가 등에 이르기까지 이미 확립되어 소위 동양의 엘리트 학자들에게는 보편화 된 것으로 볼 수 있는 바, 여기서는 다소 그 내용전개가 미진한 부분과 관련하여 필자의 의견을 또 하나의 논의의 대상으로 올리고 싶다.

먼저 서양에서 말하는 ‘事物의 本性’과 동양에서 말하는 ‘事物之理’사이에 어떠한 차이점이나 공통점이 있는가를 확인하지 않으면 안되는데, 한마디로 서양에서 언급하는 ‘事物’과 동양의 ‘事物’은 같은 의미를 지니며, 서양의 ‘本性’과 동양의 ‘理’도 동일한 뜻을 지닌다고 볼 수 있다. 이렇게 본다면 서양에서 분명하게 나타

9) 상계서, pp. 78-86.

나고 있는 「사물·본성」 「도덕철학」 「정의사상」 등과 같은 주제가 동양에도 과연 나타나는가라는 의심을 던지지 않을 수 없는 바,¹⁰⁾ 그러한 주제가 동양에도 확연히 존재하고 있음을 앞으로의 논의를 통하여 분명히 입증될 수 있을 것이라고 필자는 생각한다.

大學의 8조목이라 함은 평천하(平天下) 치국(治國) 제가(齊家) 수신(修身) 정심(正心) 성의(誠意) 치지(致知) 격물(格物) 등의 8가지를 말하며, 평천하의 궁극목적을 달성하기 위하여 순차로 각 항의 필요가 전술되는데 여기서는 正心 格物 致知 등에 대한 필자의 의견을 제시하겠다.

正心이란 문자 그대로 마음을 바로하는 것으로 잡념을 그치고 마음의 고요함을 이뤄 지극히 밝아진 상태를 의미하며, 또한 이것은 삼昧(三昧)에 들어가는 철경으로써 오직 관심일법(觀心一法)을 행하다가 보면 문득 삼昧에 들게 되고 여기에서 삼昧의 힘이 저절로 일어나게 된다. 중용에 나오는 ‘무성무취’(無聲無臭)¹¹⁾와 ‘연비여천 어약우연’(鷺飛戾天 魚躍于淵)¹²⁾의 궁극목표가 正心인 바, ‘연비여천 어약우연’이란 중용의 道를 표현하는데 연비여천 어약우연을 알고 여기에 계합해야지 만이 道를 정말로 이해한다고 말할 수 있을 것 같다.

格物致知¹³⁾란 설명상 격물과 치지로 각각 분리는 하되 다만 그 의미의 완전함을 위하여 연속적으로 해석되어져야 하는데, 格物이란 우주의 참이치인 道를 뜻하며, 이 道는 또한 인간의 마음을 의미한다. 格物이란 먼저 나(我)와 물(物)로 나눈 다음 합하려고 하는 것인 바, 대학이나 공자의 견해로는 나와 物이 한 몸이기 때문에 나와 物이 없어진다. 결론적으로 格物의 본의와 관련하여 첫째, 내(我)가 物에 가느냐, 둘째, 物이 나(我)에게 오느냐, 세째, 본래 天地人이 한 뿌리이기

10) 필자가 직접 저자와 인터뷰한 결과, 저자는 항상 그와 같은 의구심을 가지고 있었는데 나중에 저자 스스로가 해결했다고 함.

11) “天道는 소리도 없고 번새도 없다”는 뜻

12) “술개가 훨훨 날아 하늘에 이르고, 물고기는 절벽 뒤에 연못에 노난다”는 뜻

13) 李千孝, “根源에서 思惟하는 讀書,” 圖書館情報學 研究(慶北人學校 人學院 文獻情報學科), 第2輯(1992), pp. 75-78를 참조하기 바람

때문에 格物도 한 뿌리이다 라는 해석방법이 가능하다. 따라서 格物이란 사물을 바라보되 나와 한 몸인 줄 알고 보는나 그렇지 아니하고 사물과 나를 구분하여 보느냐의 문제로서 이것은 일종의 관법(觀法)에 해당하는데, 궁극적으로 “사물을 바라보되 어떠한 편견도 없는 앞의 상태인 평상심(平常心)으로서 바라보는 것”을 의미한다. 본래 모든 것의 근본이 하나이므로 다만 마음에 내재된 구름만 걷히면 하나인 줄 알게 된다. 格物하면 致知가 된다는 뜻을 풀이하면, 格物하면 저절로 우주의 근본원리가 터득되어 스스로 사물의 이치를 밝힐 수 있다는 이른바 致知가 된다는 것으로서 그 근원은 格物하면 “我와 物이 하나로 되기 때문이다.” 각자의 마음공부의 정도에 따라 위 3가지를 한 가지에 해당되는데 이조 500년 동안 성리학의 논쟁이 바로 위 내용이라고 생각되어진다.

2) 주자학적 자연법

朱子學의 중심이론은 理氣論으로서 “理란 氣로 하여금 氣답게 하는 것”¹⁴⁾ 비꿔 말하면 전체적 보편적인 것으로, 氣란 현실에서의 차별적 개별적인 것을 포착하려고 하는 것이다. 일반적으로 理氣論과 관련하여 학자들이 위와 같은 理氣구분에 대하여 별다른 의의 즉 독자적 견해를 제시하지 아니하고 그대로 따르고 있으나 필자는 결코 그렇게 생각하지 않는다.

왜냐하면 理氣論을 완전하게 이해하기 위해서는 이를곡의 주장을 인용하지 않을 수 없는데, 윤곡은 “대저 말하는 것은 氣요, 빌개 하는 까닭은 理이다. 氣가 아니면 말할 수 없고 理가 아니면 말하는 바가 없다(自註：發之者以下 23자는 성인이 다시 나오더라 고치지 못할 것이다)”라고 분명히 봇을 박음으로써 더 이상 논리적 의의의 제기가 불가능하도록 만들었기 때문이다. 따라서 理氣란 둘 다가 한 몸임을 인식하는 것이 무엇보다도 중요하다. 이처럼 理와 氣는 둘이 아니라 하나이기 때문

14) 김병규, 전계서, p. 108.

에 정확한 의미에서 理와 氣 사이의 관계성립이 불가능하지만 단지 그 의미를 설명하는 방법에 한해서만 관계의 성립이 가능해진다고 본다.

3. 동양에 있어서의 황금율

동양의 황금율과 관련하여 나타나는 주요개념인 「一以貫之」「忠」「恕」「格物致知」 등에 대한 본의해석이 필수적이나 학자들마다 너무 심한 편차를 보이고 있기 때문에 정확한 이해를 하기란 실로 어렵다. 필자가 보건대 呂道—以貫之란 ‘나의 도는 하나로 끼뚫었다’는 뜻으로 이것은 궁극적으로 마음의 性과 相이 둘이 아니라 하나임을 나타내기 때문에 나와 사물이 둘이 아니라 하나임을 뼈저리게 증득하지 않으면 안된다.

환언하면 格物이 하나인 줄 모르는 까닭에 너와 나, 나의 것, 너의 것, 옳다 그르다, 선악 등의 이름으로 생각이 갈래 갈래로 벌어지는 바, 근본적으로 天地人이 한 뿌리라는 사실을 알게 되면 사람과 사람 사이에는 평등의 기반이 이뤄지고 그것이 이뤄지면 법은 저절로 필요없게 되며, 평등심과 양보심 및 염려심 등 이 모든 것을 종섭하게 되어 경우에 따라서는 바른 판단과 행동이 나타나므로 인위의 법이 필요없는 것과 마찬가지가 된다. 설령 법이 필요 하더라도 서로가 조화롭게 지켜 나갈 것임에 틀림없다. 실제로 사용하는 법의 본질은 평등해야 하는 것으로 본래 인간사회에 있어서 원수란 없기에 자비만이 가득할 따름이다.

忠이란 글자 그대로 마음의 中心을 말하는데 이는 中庸의 中에 해당하고 궁극적으로 正心을 이루어 이것이 사방에 떳떳하므로 임금마저 여기에 이끌려져 나오지만, 정확히 알 수 없으나 고대군주사회부터 忠이 忠誠이라는 의미로 변질되어 지금까지 사용되고 있는 것이다. 恕란 마음이 여여한 것으로 변질이 없는 근원적 마음을 뜻하며 또한 正心이 변함없는 것이기도 하므로 忠과 본질적으로 의미가 통한다.

궁극적으로 格物이란 道에 계합하기 위한 공부의 단계에 해당되며 사물의 이치를 궁구하는 것을 의미함과 동시에 一以貫之 연후의 객관 즉 정관정지(正觀正知)를 의미하기도 한다. 일반적으로 저자를 포함한 대부분의 학자들이 朱子의 의견에 따라서 格物을 객관세계로 致知를 주관세계로 구분하고 있지만, 엄밀한 의미에서 친리나 사실을 있는 그대로 아는 것과 모르는 것만이 있을 뿐이지 억지로 객관이나 주관으로 구분함은 道의 本意에 적합하지 않는 말이라고 아니할 수 없다.

한편 저자는 공자의 “學而不思則罔”에서 學은 格物을 思는 致知하는 것을 의미하고 學問에 있어서 格物은 수단이고 致知는 목적이라고 주장하고 있으나 學을 통하여 궁극적으로 무엇을 배울 것인가 하는 근원적 물음에 대한 해답은 나타나지 않으며 다만 저자는 이와 관련하여 學이란 단순한 독서를 뜻하는 것이 아니라고만 밝힌다. 孔子가 말하는 學이란 요즈음의 체계적 지식을 의미하는 學問도 아니고 또한 文學에 있어서 文도 현대의 文學을 의미하지 않음에도 불구하고 대부분의 학자들이 그렇게 잘못 인식하고 있는 경우가 많으므로 우선 學을 통하여 무엇을 배울 것인지 명쾌한 본론적 논의가 전개되어야 하는 것이다. 한마디로 學을 통하여 우리가 흔히 말하는 어떤 사실이나 지식 등과 같은 현상적인 것을 단순히 굽어 모으는 것이 아니라 근본적으로 道를 배우는 것이어야만 하며 道의 이치에 계합하는 것을 그 최고목표로 삼지 않으면 안된다. 또한 천지만물에 어긋나지 아니한 文은 道에 가까우며, 원래 文學의 文이란 바로 道에 대한 성인의 글임을 결코 잊지 말아야 하겠다.

4. 유교의 이념과 정의

저자는 “유학이 사람을 다스리는 도덕주의의 교학이라고 밝히면서 유학의 중심사상인 仁과 義는 하나로 통합되어 그 도덕적 가치를 보존할 수 있으며 이 때 仁은 보편적 원리요 義는 개별적 용용이라는 朱子의 구분에 전적으로 동의하고 있는

것으로 보인다.”¹⁵⁾ 仁義의 구체적 인과관계는 필자의 논문¹⁶⁾을 참고하기 바란다. 仁이란 道의 用으로서 보통 사람들의 일반적 사랑함과 미워함을 완전히 벗어나 있어서 사랑하지 않는 것이 없기 때문에 결코 仁속에는 忍이 없다.

仁의 다른 형태가 義 禮 知 信 이므로 仁義가 한 몸이어야 하는데, 道란 무형으로 볼 수 있는데 반하여 仁이란 유형으로 볼 수 있으며, 더우기 仁이란 道에서 나온 지극한 用으로서 仁에 기반한 義, 仁에 기반한 禮, 仁에 기반한 知, 仁에 기반한 信이라고 말해도 무방할 것이다. 본디 그려함에도 불구하고 일반적으로 성리학자들은 理를 仁으로, 分(殊)를 義로 나누는 朱子의 견해를 버리기 아까워하는 것 같다.

5. 유교사상에 있어서의 정의

유학의 교학에서 대단히 중요시하는 내용이 公義에 충실하는 孔子의 殺身成仁, 正名論, 春秋大義의 정신이라고 저자가 주장하는 바,¹⁷⁾ 필자가 생각컨대 公義란 治世爲政 즉 정치를 뜻하는데 이러한 정치에서는 반드시 옳고 그름이 가려지고 또한 그와 관련하여 비판이 뒤따르며, 殺身成仁에서는 仁이란 착한 일을 위하여 단순히 자신의 몸을 아낌없이 던져서 仁을 이룬다는 의미가 아니라 본래 生과 死를 완전히 벗어난 仁, 바꿔말하면 一以貫之를 중득한 연후의 仁이므로 우리가 일반적으로 사용하는 殺身成仁의 仁이란 一以貫之를 이루지 못한 仁임을 명확히 이해하지 않으면 안된다.

저자는 公義와 관련하여 사람의 행위를 도덕적 행위와 비도덕적 행위로 구분하

15) 상계서, pp.193-202.

16) 李千孝, 韓國儒學의 書評的 序說, pp.587-592.

17) 상계서, p.218.

며, 도덕적 행위는 利를 추구하지 않고 ‘위하는 바 없이’(無所爲) 오직 義에 따라 행하는 것인데 반하여 비도덕적 행위는 利를 추구하고 ‘위하는 바 있어’(有所爲) 행하는 것이라고 밝힌다. 저자가 말하는 無所爲와 有所爲에 대한 필자의 견해를 첨가하면, 無所爲란 無爲之所以然이며 무위의 그러한 바로서 道를 一以貫之한 세계에서 행하는 것이 無所爲로서 여기에는 분별이 없는데 비하여, 有所爲란 有爲之所以然이며 유위의 그러한 바로서 道를 一以貫之 아니한 세계에서 행하는 것이 有所爲로서 여기에는 분별이 있는 것이다.

6. 서양의 정의론과 동양의 정의론

고대부터 지금에 이르기까지 동서양을 막론하고 정의론은 덕론으로서 다투어졌으며, 특히 아리스토텔레스의 니코마코스 윤리학에 나타난 사려(思慮)를 中庸의 博學 審問 慎思 明辨 優行 등과 견주어 볼 때 서로 같은 의미라는 저자의 결론은 다른 저서에서는 전혀 찾아 볼 수 없는 탁월한 식견임에 틀림없다.

한편 저자는 “정의라고 불리는 덕은 正(dikaion)을 바라게 하고 正의 실천으로 재촉하는 주체적인 가능태이나 定義의 德은 사려(실천적인 지성의 탁월) 그 자체는 아닐지라도 사려없이는 성립할 수 없다”¹⁸⁾고 주장하고 있으나 이러한 견해의 본뜻을 이해하기 위해서는 정확한 판단력이 요청되는데, 근본적으로 저자의 견해와 완전히 달리하는 필자는 「德이란 定義를 행함으로 인하여 나타나는 무형지태(無形之態) 달리 말하면 定義의 실천태인 동시에 正의 실천을 재는 척도」라고 생각한다. 이처럼 德이란 正의 실천에 의하여 나타나며 또한 바른 덕은 사려에 기반하지도 않는데 사려에 의한 것은 결코 바른 덕이 아니기 때문이다. 그러므로 덕은 자연

18) 金秉圭, 전계서, p.226.

발생적일 뿐만 아니라 이미 그 생각 자체인 바, 이미 德에는 仁이 포함되어 있는 것이다.

한마디로 德이란 仁義禮知信의 表用이 無爲의 지용(至用)으로 나타나는 것을 의미한다. 德의 종류로서는 上德, 中德, 下德으로 구분되는데, 上德은 자극한 덕으로 無爲之道, 中德이란 無爲的 有爲之道, 下德이란 법부의 덕으로 有爲之道에 각각 해당된다.

7. 동양도덕의 의의

근본적으로 일반 사람들이나 학자들이 道德의 본질적 의미를 잘 모르고 있음은 물론 정확히 이해하려는 노력도 없이 그러한 말을 즐겨 사용하는 경우가 대부분인데 비하여, 저자는 단지 老子의 주장을 그대로 인용하는데 그치지 아니하고 동양철학적 의견이 충분히 반영된 논리를 전개하여 道란 德의 목표인 동시에 德의 體이며 德이란 道의 실행인 동시에 道의 用이라고 분명히 하나로 째뚫은 道德의 본의를 밝히고 있다는 점에서 그 학적 의의가 크다고 아닐할 수 없다.

다만 저자가 “자연계 법칙인 天地의 道와 인간계 법칙인 人道라고 함은 옳지 않은 것이며, 거기에는 근본에 있어 커다란 잘못이 있다”¹⁹⁾라고 언급하면서 그 차이가 무엇인지 이론적 근거를 구체적으로 제시하지 않은 점과 관련하여, 필자의 견해를 파악해 보면 그 분별은 一以貫之 못하는 까닭으로 사람마다의 사물인식 태도에 의하여 나타나는 바, 天地人이란 분별은 오직 분별하기 위한 수단으로 나타나는 것이지 결코 한 뿌리인 天地人이 분리되어 있는 것이 아니라고 생각한다. 따라서 이러한 구분은 인식체계자체의 문제일 뿐만 아니라 의식구조 속에서 무의식적으로 인지된 天地人の 구분의 소산이라고 봐진다.

19) 상계서, p.284.

8. 도덕과 예와 법의 관계

일반적으로 법학자들이 도덕과 법의 인과관계를 규명함은 흔히 볼 수 있는 일이지만 동양철학에 학식이 깊은 저자가 도덕과 법 사이의 완충역할로서 禮라는 다리를 연결하여 「도덕과 예와 법의 관계」를 한결같이 째뚫어 합리적으로 설명하는 방법은 높이 평가받을 만하다고 본다. 자연법인 도덕을 법과 막바로 연결지워 설명하는 경우에 있어서 독자들이 보기에는 논리적 비약이 지나쳐서 옳바른 이해를 불가능케 하는 것으로 받아들일 가능성이 높기 때문이다.

저자는 예란 행동규범으로서 밖에서 주어진 것이며 이러한 예를 지키는 것이 바로 도덕이라고 말하면서 道德과 法의 엄격한 차이를 구분하는데, 도덕이란 개인의 내심에서의 행위규범이므로 양심의 가책을 받고 사전에 잘못을 막아 주는데 비하여 법은 사회생활에서의 외부적 행위규범이므로 사회의 제재를 받고 사후에 잘못을 다스린다. 또한 필자도 예란 사회생활을 통하여 필요에 의하여 만들어진 조작으로서 그 내용은 사회구성원 사이에 반드시 이뤄져야 하는 질서와 평등 및 평화라고 여긴다. “孟子의 四端도 도덕원리를 말하는데 이것이 바로 사회생활의 기초가 된는 자연법이라”²⁰⁾는 저자의 주장을 필자가 다음과 같이 변환시킬 필요가 있다고 보는데, 그것은 「四端이란 사람이 살아가는데 필히 갖추어야 할 기본적 마음가짐이므로 四端을 제대로 갖춘 사람은 七情이 결코 四端에 어긋나지 않으며 正人 즉 바른 사람이기 때문이다.」

禮와 法의 관계를 언급하면서 저자가 법적 강제력 보다는 도의에 호소하는 것이 禮教라고 보는 견해와는 달리, 필자는 禮란 주나라의 六禮와는 다른 사회적 절대 규범으로서 근본적으로 禮法을 의미하며 여기서의 禮教란 그야말로 禮의 가르침으로 해석하고자 한다. 예를 들어 자식이 부모에게 불효하는 경우에는 심정적 처벌만이 가능한데, 우리나라에서는 예를 그르치는 행동을 하면 사람으로서 인격적 대우

20) 상계서, p. 294.

를 받지 못한다. 때문에 예에는 이른바 태형이란 강제집행이 안 따른다고 해서 예를 선불리 무시할 수 없는 것이다.

또한 저자는 유가와 법가의 본질을 명확히 언급하고 있는 바, 유가는 예치주의(禮治主義)이기 때문에 관습을 법가는 유법주의(唯法住義)이기 때문에 실정법을 각각 중요시하고 있는데, 필자도 한가지 부언하면 유가는 근본적으로 道를 중상하고 있으므로 실제에 있어서 도의적 인간함양을 유품으로 삼고 있는 것이다. 아울러 필자가 도덕과 윤리의 차이를 살펴보면, 이미 저자가 도덕의 의미를 동양철학적 입장에서 밝혀냈으므로 그 이상의 사족은 필요없으며 한마디로 도덕이란 문자 그대로 道일 따름이며, 윤리란 사회관습과 더불어 시대상황과 사회적 환경의 변화에 따라서 그때 그때 만들어진 하나의 약속이지만 최소한 인간이 꼭 지켜야 할 덕목이기 때문에 그 변화의 뿌리는 우주의 참이치인 道에 기반하지 않으면 안된다.

도덕과 법의 인과관계 설명을 통하여 저자는 동양의 규범의식에 있어서 도덕과 법률의 미분화를 지적하고 있는데, 필자도 이러한 주장에 전적으로 동의하는데 이것은 궁극적으로 판단력의 문제라고 생각한다. 동양과는 달리 서양에서는 실정법이 근간을 이루고 있기 때문에 “… 을 해서는 안된다”라는 법조항을 많이 만들어 냈으므로써 오히려 사회생활의 복잡 내지는 혼란을 가져오고 있으며 또한 증가된 법조항에 비례하여 인간의 삶의 질이 향상되었다는 명확한 근거도 없는 실정이기 때문에 법에 있어서 “… 안된다”는 금지 조항은 궁극적으로 사회적 지적 수준의 척도가 될 수도 있을 것 같다.

마지막으로 저자는 도덕과 예와 법과 관련된 논의를 전개하면서 道란 대학에서 말하는 그 강령으로 내세운 ‘止於至善’적이라고 말하고 있는데, 필자가 생각건대 더욱 더 정확한 의미에서 止於至善하면 거의 道에 가까우며 그렇게 되면 道가 저절로 나타난다고 보며, 또한 저자는 예란 도덕과 적극적 접촉을 한다고 밝히는데, 그것은 道가 仁義를 넣고 仁義가 禮를 넣기 때문이다. 특히 “예가 도덕에 투과되어 법률의 지원을 얻을 경우에는 도덕의 공소(空疎) 함을 방지하여 도덕이

법률의 목표가 되게 하지만 예가 법률에 투과되어 도덕의 자윤(滋潤)을 얻을 경우에는 법률의 각박함을 방지한다”²¹⁾는 저자의 의견은 지극히 논리적 설득력을 가지고 있기 때문에 누구든지 이러한 내용을 전적으로 수용할 수 있을 것으로 보인다.

도덕과 예와 법의 연결고리를 잘 이해하기 위해서는 공자의 논어에 나타난 「學而時習之」 「述而不作」 「溫故而知新」 등에 대한 정확한 본의와 그 인과관계를 찾아내는 것이 급선무임에도 불구하고 학자마다 본질에서 벗어난 견해를 주장하고 있기 때문에 대단히 혼란스러움에 틀림없다. 저자는 「學而時習之」를 도덕과 지식의 획득을 위한 반복학습의 습관으로 풀이하고 있는데, 여기서 學이란 배운다는 의미이기 때문에 과연 ‘무엇’을 배울 것인가가 중요하므로 이 경우에 있어서 ‘무엇’이란 바로 道를 의미한다고 필자는 생각한다.

또한 필자는 「術而不作」을 無爲의인 것으로 보고싶다. 이미 天地之理가 밝혀져 있지만 다만 사람들이 이것을 볼 줄 아는 마음의 눈이 열려있지 않기 때문에 정확히 모를 뿐이다. 天地之理를 잘 모르는 사람이 그 어느 것에도 의지하지 아니하고 오직 독자적 힘에 의하여 창작이 가능하다고 보지만 天地之理를 아는 사람은 창작하지 아니하고 오로지 천지이치에 계합하고 그 도를 보고 따르는데 온전히 힘쓸 따름인데, 결론적으로 하나로 께뚫은 이른바 「一而貴之」의 견처에 의한 行이 「述而不作」이고 이것이 최상의 도덕이 되어야 함이 말할나위 없기에 道의 터득(自得)이 궁극적이라 아니할 수 없다. 「溫故而知新」이란 관습과 도덕에 대한 日新으로 저자는 보고 있지만, 필자는 옛성인이 道에 대하여 말한 것을 밝혀내어 마음속에 간직하고 실천하는 것이 그 본뜻이라고 생각한다. 결과적으로 「學而時習之」에서는 道에 나아가 배우고, 「述而不作」에서는 吾道一以貫之가 이뤄져야 하며, 「溫故而之新」에서는 옛 성현이 밝힌 道를 읽어내야 자연스럽게 이 3가지 내용은 道로서 하나의 연결고리에 께어지는 것이다.

21) 상계서, p. 312.

9. 양심론

동양의 양심론에서 저자는 孟子의 四端을 인간본능의 표출방법으로 보고 있으나 실상은 인간의 본능 바꿔 말하면 원초적 본능이 이미 四端에 내재되어 있지만 인간 스스로가 능력부족으로 스스로 가려놓고 쓸 줄 모른다는 것이다. 저자는 孟子의 良心이 仁義之心 다시 말하면 本然的 善心이라고 말하는데 여기서 本然的 善心이란 「至善」 즉 “지극한 善心”을 의미하는데 이것은 일반적으로 말하는 선악의 개념을 완전히 벗어난 善心인 것이다. 이와 관련하여 저자는 외물에 미혹되어 그 본체를 잃은 마음을「放心」이라고 하는데, 필자가 보건대 마음이 흘어지는 放心 때문에 궁극적으로 正心이 가려져서는 안되는데 이 正心은 산란한 마음이 그쳐서 마음의 고요함을 획득한 이후에 저절로 나타난다.

10. 동양의 양심론과 서양의 양심론

동서양의 양심론의 비교와 관련하여 저자는 동양에서의 양심은 ‘선을 하라’는 적극적인 형식을 취하고 있는데 반하여, 서양에서는 ‘악을 위해서는 안된다’라는 금지의 형식을 취하고 있는 것으로 보는데 필자도 이에 동의한다. 또한 “동양의 문화전통에는 心이라는 형이상학적 의미를 가지고 있는데 비하여, 서양에서는 중세 그리스도교 형이상학 아래 心은 이러한 의미를 잃고 있다”²²⁾는 용의 주장은 아주 예리한 통찰력에 근거하고 있는 것인데, 필자가 명확히 보면 여기서 말하는 心이란 생각하는 본체(바탕)인 心性과 생각의 다발인 心想으로 나뉘어진다.

칸트는 어떤 행위가 선악인가를 인식하고 판단하는 능력을 悟性이라고 하는데 양심은 그러한 판단을 내리는 주체로서의 자기자신을 제재하는 도덕적 판단력이라고 생각한다. 그렇다면 칸트가 말하는 悟性과 더불어 理性과 感性의 정확한 의미

22) 양계서, p. 326.

를 살펴보는 것이 무엇보다도 중요하다. 한마디로 이성 오성 감성이란 글자 그대로의 개념이 결코 아님을 인식해야 하겠으며, 동양에서는 性品이 오직 하나로서 온갖 생각이 이 性品에서 일어난다고 보기 때문에 性品이란 결코 쪼개어 지는 것이 아니므로 性品에서 理性 悟性 感性이란 3가지 종류가 쪼개져 나왔다고 보는 시각은 분명히 잘못된 것인 바, 오히려 性之理, 性之悟, 性之感이 되어야 옳은 것이라고 하겠다. 논어에서는 理性이란 말이 없는 대신에 朱子에는 理란 말이 나오는데, 원래 영어에서는 말하는 reason 이란 이성적으로 추구하는 과정에서 이뤄지는 것을 이성으로 보고 있으므로 거기에는 동작이 포함되어 있는 것이 분명하나 동양에서의 理性이란 문자 그대로 이치 혹은 성품을 의미하므로 동작기운데 항상 하나 동작에 의하여 이뤄지는 것이라고 생각하지 않는 점이 다르다. 理性과는 달리 悟性이나 感性은 감각적인 것을 뜻한다.

칸트가 양심이란 ‘도덕적 판단력’ 혹은 ‘내부의 법정’이라고 말하고 있으나 선악의 개념을 명백히 밝히지 못하는 점이 커다란 딜레마임에 틀림없다. 용은 동서양 철학의 비교를 통하여 “동양의 철학적 사색은 형상적 체험에서 자라난 것인데 비하여 서양의 형이상학에서는 대개 知의 객관성을 주체의 심리적 체험적 기초에서 떨어져 나오나 요컨대 논리와 심리 또는 知의 객관적 형식과 주체적 생활과는 다른 것이다.”²³⁾라고 주장하고 있으나 실제적으로 知의 객관성이란 학적 의미에서 불가능하여 대략적으로 知의 객관이라고 부를 따름이다.

저자는 유교사상의 본질이 책임윤리를 내포하는 심정윤리를 기저로 하여 고찰된다고 하며, 심정윤리란 절대적 가치 또는 윤리적 명령에 따르는 행위인데 비하여 책임윤리란 행위결과에 대한 책임을 지는 것이라고 한다. 또한 저자는 “왕양명의 致良知의 설에서 나타나 있듯이 이때 良知는 명백히 知를 말한다”²⁴⁾고 하나 필자는 저자와는 다른 견해를 갖고 있는데, 王양명의 致良知(本性, 性品)은 궁극적으

23) 《상계서》, p.331.

24) 《상계서》, p.334.

로 맹자가 말한 良知良能의 의미를 포함하고 있으며 왕양명이 주장하는 良知는 智慧를 뜻하고 이 智慧에서 저절로 知가 생겨나는 것이다.

IV. 법철학 서평의 마무리

지금까지 살펴본 바와 같이 필자는 김병규 선생의 「법철학의 근본문제：동서비교 서설」에 대한 해설적 서평과 비평적 서평을 시도하였으나 전체를 깨뚫어 보는 관점에서나 혹은 부분적인 측면에서 저자나 다른 연구자와의 의견과는 일치하지 않을 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다고 본다. 왜냐하면 필자는 「법철학의 근본문제」와 관련하여 저자의 의견과 달리하는 내용에 대하여 저자나 다른 연구자들에게 필자의 견해를 제시, 또 하나의 논의의 대상으로 상정하고자 하기 때문이다.

한마디로 김병규 선생의 저서는 국내외의 법철학자와는 달리 상대적으로 동서양 철학을 하나로 깨뚫어 보는 관점에서 법철학의 논지를 전개하고 있는 점이 커다란 특징이라 아니할 수 없다. 그러나 「제7장 존재와 당위의 법적 관련성」은 법존재론으로서 일반적으로 법철학에서는 잘 다뤄지지 않고 있지만 저자가 새로운 본격적인 연구를 시도한 것으로 보이나, 이것은 엄밀한 의미에서 법학적인 문제라기 보다는 철학적인 문제가 되므로 여기서는 필자의 능력부족으로 이 문제에 대한 논의를 유보하는 바이다.

〈참고문헌은 각주로 대신함.〉

The Critical Review for Root Understanding of *Law Philosophy*

Lee, Cheon-Hyo*

〈Abstract〉

Originally 「descriptive review」 is widely used by general reader. In contrast with this, 「critical review」 is generally used by librarian and researcher. Like this, book review is divided into descriptive review and critical review. Besides, the present writer supposes to make additions to 「interpretative review」.

In this study, the present writer tries to realize full-scale review concerning 「The Root Problem of Law Philosophy / Kim, Pyong-Kyu」 by critical review and interpretative review.

Together, the contents on which the critical review of law philosophy is based on were investigated as follows :

- ① The law and metaphor
- ② The Oriental law and natural law
- ③ The golden rule in the Orient
- ④ The ideology and justice of Confucianism
- ⑤ The justice in Confucian thought
- ⑥ The essay on justice of the West and the Orient

* Associate Professor, Department of Library and Information Science, Dong-Nae Women's Junior College

- ⑦ The significance of the Oriental morality
- ⑧ The relation of morality, ceremony and law
- ⑨ The essay on conscience
- ⑩ The essay on conscience of the Orient and the West