

## 법리학에 관한 연구

김 우 성

사회과학부 법학전공

### <요 약>

이 연구에 있어서 나의 목적은 서로 다르면서 관련되어있는 사회적 현상으로서의 법, 도덕의 이해를 촉진하고자 한다. 주로 법리학을 배우는 어들을 위한 시도이지만 법과 법률철학, 도덕철학, 정치철학 등에 관심을 갖고 있는 사람들에게 도움이 되기를 바란다.

인간사회에 관한 여러 가지 문제 중에서 「법이란 무엇인가?」라는 문제만큼 대단히 여러 가지 기묘하고 역설적인 방법 등으로 성실한 사상가들에 의하여 집요하게 문제가 제기되고 대답이 추구되어져왔던 것은 거의 없다. 최근 150년간의 법이론만에 주목하고 고대 및 중세의 법리학에 관한 사색을 생략하더라도 우리들은 독립의 학과로서 체계적으로 연구되는 다른 어떠한 분야에서도 이에 필적할 수 있는 상황을 찾아낼 수가 없을 것이다.

## A Study on Philosophy of law

Kim Woo Sung

Professor of Law

### <abstract>

My Aim in this study has been to further the understanding of law and morality as different but related social phenomena.

Though it is primarily designed for the student of jurisprudence, I hope it may also be of use to those whose chief interests are in law, philosophy of law and moral on political philosophy.

Few questions concerning human society have been asked with such persistence and answered by serious thinkers in so many diverse, strange and even paradoxical ways

as the question 'What is law?' Even if we confine our attention to the legal theory of the last 150 years and neglect classical and medieval speculation about the 'nature of law', We shall find a situation not paralleled in any other subject systematically studied as a separate academic discipline.

## 1. 법리학의 본질

법리학이란 법률철학 또는 법철학과 동의어로서 법 또는 법률일반에 관한 법철학 즉 법의 근본적 고찰을 의미하기 때문에 법리학의 개념 및 성질은 바로 철학의 개념 및 본질에 의하여 규정되게 된다. 따라서 철학적 견해의 차이에 상응하여 종래에는 여러 가지로 정의되었다. 예를 들면 이것을 법률가치의 고찰을 목적으로 하는 학문이라 하기도 하고, 이것을 법률현상 중에서 무제약적 보편타당성을 가지고 구성될 수 있는 것에 관한 학문이라고도 하고 혹은 이것을 법률자체를 취급하는 것으로 법률의 가치, 그 의의, 그 목적, 즉 정의를 취급하는 것이라 하여 더욱이 어떤 이는 법률철학이란 경험적 법률인식의 전제 및 기초개념에 관한 학문이라고도 주장하였다. 철학이 부속되게 되는 상위개념은 말할 필요도 없이 학문의 개념이기 때문에 학문의 개념을 추구하여 철학의 의의를 명백하게 한다면 법리학의 개념도 역시 용이하게 규정되게 될 것이다.

학문이란 학적지식인 것으로 계통적 지식의 전체를 의미한다. 즉 체계화된 일체의 지식을 일컫는 것에 불과하다. 그리하여 지식이란 어떤 사물 또는 현상을 인식하여 얻은 것으로 계통적이란 것은 단편적이 아니고 일정한 조직을 가지고 그 상호간에 맥락이 있는 것을 의미한다. 그러므로 학적지식이란 첫째, 상식 또는 단편적 지식과 달리 통일적인 것으로 특수한 경우에만 적합하다는 것이 아니다. 둘째, 방법적인 것으로 일정한 질서를 구비하고 합목적적이어서 일정한 인식목적하에 합리적으로 조직된다는 점에 그 특징이 있다. 더욱이 학적지식을 검토함에는 반드시 약간의 가정위에 서는 것과 무가정을 표방하는가 적어도 이러한 가정 그 자체까지도 추구하는 것 등 그 종류의 구별이 있다. 전자는 소위 경험과학이고 후자는 소위 철학이다.

이러한 학문이라는 분류개념은 이것을 나누어서 철학과 과학으로 크게 나눌 수가 있다. 즉 과학적 지식은 반드시 약간의 가정위에 서는 일련의 계통적 지식이기 때문에 지식의 존재범위에 한하여 어떤 목적을 위하여 정해지는 원리에 의하여 조직되어 통일되는 것에 반하여, 철학적 지식은 무가정을 표방하던가 또는 가정 그 자체를 추구하려고 하는 것임으로 계통적 지식의 전체 또는 전지식의 통일이라고 할 수가 있다.

그러므로 이 점에서 종래 철학을 풀이하여 「제과학의 전지식」이라든가 「제1원리의 학문」이라든가 「우주의 학문」이라고 일컫거나 혹은 「가치의 학문」이라고 하였지만 모두 같은 뜻으로 평가된다. 철학은 모든 계통적 지식을 통일하는 학문이라고 하더라도 혹은 보편적 원리를 연구하는 학문이라고 하더라도 그 귀결점은 동일한 것이다. 그러나 물론 철학을 보편타당적 원리에 관한 비판적인 학문(die kritische Wissenschaft von allgemeingültigen Prinzipien)이라고 규정한다면 철학의 대상과 그 방법과를 명시하고 있는 것이다. 그런데 보편타당적 원리에 관하여 이것을 사물의 궁극적 본체 또는 실체로 인정할 것인가 혹은 사물평가의 기본적 표준인 가치로 풀이할 것인가는 철학의 요청인 이론적 요청과 실천적

요청과의 어느 쪽에 비중을 두는가의 상위에 따라서 이 두 요청의 조합 구성 여하에 따르는 것으로 모두 보편적 원리를 비판적으로 구명하려는 점에서는 차이가 없다. 따라서 철학은 그 이론적 요청 즉 모든 지식을 확실한 기초위에 가능한 한 포괄적으로 통일하려는 요구에 근거하여 소위 실재문제·인식문제로부터 더욱이 그 실천적 요청 즉 전술한 지식 위에 이루어지는 생활을 내면적으로 지지하는 확신을 얻을려고하는 요구에 근거하여 소위 사물평가의 기본적 표준인 가치 즉 진·선·미를 구명하여 이로서 실천적인 이상에 언급하는 것도 역시 철학의 본질에 속하는 것으로 이해될 수 있다. 그러므로 철학의 본질은 단지 알기 위해서 하는 학문이 아니고 오히려 행하기 위한 지식의 학문이 아니어서는 안되고 따라서 철학은 행하기 위한 길을 터득하게 하는 학문이라고 할 수 있다.

전술한 바와 같이 일반적으로 학문적, 철학적인 의의가 규정된다면 법리학의 개념도 용이하게 규정될 수 있을 것이다. 즉 일반적으로 법률학 또는 법학과 법률에 관한 학문적 지식, 환언하면 법률현상에 관한 계통적 지식의 전체라고 정의할 수밖에 없다. 따라서 법률학은 법률현상을 일정한 방법에 좇아서 분석 종합하여 법률현상의 개별적 특수적 원리 또는 보편적 궁극적 원리를 일정한 인식목적하에서 합리적으로 인식하는 학문이라고 할 수가 있다. 법률현상이 무엇인가는 법률 그 자체의 개념에 비추어서 이해해야만하지만 요컨대 소위 법률 그 자체를 시작으로 하여 법률이라는 향도관념에 관계되어 고찰되는 일체의 사회현상을 의미하는 것이다.

일반적으로 학문을 분류하여 철학과 과학으로 대별하였든 바와 같이 법률에 관해서도 역시 법의 철학과 법의 과학으로 구별할 수가 있다. 즉 과학인 법률학은 개개의 특수한 일군의 법률현상을 연구하여 그 특수적 원리를 구명하는 것을 그 임무로 하고 있다. 즉 현실적 구체적으로 존재하였든 또는 존재한 혹은 존재할 법률현상을 연구하는 것임으로 법률학상 특히 이것을 실정법학 또는 실증법학(positive Rechts wissenschaft) 혹은 법률해석학(Jurisprudenz)이라 일컬어지고 있다. 통상적으로 단 법률학이라고 부를 때는 바로 이 법률해석학을 가리키는 것이다. 이에 반하여 법의철학 즉 법리학은 실증법학의 연구성과에 근거하고 더 나아가서 추상적 일반적으로 법률 그 자체의 근본적 고찰을 목적으로 하여 법률현상의 보편타당적원리를 비판적으로 규명하려고 하는 학문이다. 따라서 실증법학인 법률과학은 각종의 실정법의 규정을 해석하여 그 적용을 정확하게 하도록 하는 것을 주요 목적으로 하기 때문에 여러 가지 법률에 공통적인 기본적인 법적 관념과 같은 것을 추구하는 것이 아니고 오히려 그 전제로 되어있는 것에 반하여 법리학은 이러한 법률과학의 전제인 기본적인 법적개념을 규명하여 일체의 법률현상을 적극적·근본적으로 고찰하려고 하는 것이기 때문에 적어도 미지의 법적 관념을 전제로 할 수는 없고 더욱이 법적 지식의 성립 그 조직 그 연구방법에 논급하고 법률의 이상 목적 평가 등에 관한한 가치를 고찰하는 것은 오히려 법리학의 철학적 성격상 그 조직을 완성하게 하는 것이라고 할 수 있다.

요컨대 법리학은 법률현상의 보편타당적 원리에 관한 비판적인 학문이라는 것에 귀착하지만 만유현상전체에 관한 보편타당적 원리를 비판적으로 규명하는 학문을 일반철학이라고 한다면 법리학은 만유현상 가운데 일부분인 일군의 법률현상에 관한 학문이기 때문에 특수철학으로 특히 정치철학 경제철학 등과 함께 사회현상에 관한 소위 사회철학의 범주에 속하고 또한 문화철학의 특수영역을 이룬다고 할 수가 있다. 이와 같이 법리학에 있어서 연구해야할 가장 중심적인 근본과제에는 두 가지가 있다. 그 하나는 법률의 개념문제로서 법의 본질을 연구한 법과 법이 아닌 것을 확연히 구별하는 것을 목적으로 하고 그 둘째는 법률개념에 의거하여 세워진 기준인 법률이념의 문제로서 법은 어떠한 경우에도 정

당한 것이라고 말할 수 있는가 즉 법의 이상을 확정하고 또한 현행법의 정 부정을 판정하여 법률의 운용 및 개선에 기여하고자 한다. 따라서 법리학도 철학의 본질에 좇아서 단지 법이 무엇인가를 알고자하는 학문이 아니고 실행하기 위한 길을 알고자하는 학문이 아니어서는 안된다. 그리하여 법률의 개념론 및 이념론은 법리학에 있어서 학문적 조직의 골격을 이루는 것이지만 그러나 이것에 관하여 중요한 것은 법률의 생성의 문제 및 법률의 효력의 문제이다. 오늘날의 법리학이 어떠한 발전과정을 거쳐서 성립하게 되었는가라는 법리관의 변천 및 그 계통을 탐구하는 것은 법리학에 있어서 중심과제인 법률의 개념과 이념을 연구함에 있어서 극히 중요하고 빠트릴 수 없는 사항에 속함으로 이러한 의미에 있어서 법리학사와 또 법리학에 있어서 학문조직상 중요한 하나의 과제로 된다. 이와 같이 법리학에 있어서 학문적 조직으로서는 법리학사, 개념론, 이념론, 생성론, 효력론 등등을 그 중요과제로 한다. 특히 제1차 및 제2차 세계대전의 결과 세계사상 이전에 없던 대규모의 사회적 변혁 즉 국가생활과 사회생활상의 정체, 국가권위의 동요, 다종다양한 사회적 격변과 사회적, 국가적 및 세계적 신질서의 건설 등의 제문제는 사람들의 자각을 불러일으키고 국가 및 사회의 기초에 대하여 또 법률 및 정책의 기준에 대하여 깊은 반성을 강력하게 환기하기에 이르렀다. 이와 같이 사회 국가 및 법률의 기초를 탐구하려는 시대의 욕구는 다시 법리학을 재조명하게 한다. 이 학문의 연구자들이 특히 주의하지 않으면 안되는 것은 공리공상에 기초하는 법리관이 얼마나 위험하고 지식계, 사상계를 당혹하게 할뿐만 아니라 법률상 및 정치상의 질서를 혼란스럽게 하고 사회, 국가, 그리고 세계의 존립을 위협하게 하는가라는 것이다. 이러한 폐해를 피하기 위해서는 법리학의 연구방법이 옳지 않으면 안된다.

## 2. 법리학의 연구방법

일반적으로 학문의 연구방법에는 두 가지 방법이 있다. 연역·귀납의 두 방법이 바로 이것이다. 연역법(Deduction)이란 보편적 법칙 또는 원리로부터 특수한 사실을 논증하는 방법이고 귀납법(Induction)이란 특수한 사실을 근거로 하여 보편적 법칙 또는 원리를 도출하는 추리를 말한다. 양자의 기원을 살펴보면 그 역사는 대단히 오래되어 Platon(B.C. 427-347)은 이념을 진리라고 하였고 Aristoteles(B.C. 384-322)는 실물경험에 의하여 진리를 파악할 수 있다는 견해를 나타낸 것에서부터 시작하여 연역적 방법은 이미 고대 및 중세에 있어서 대단히 많이 사용되었지만, 귀납법이 학문의 연구방법으로서 채용되게 된 것은 근세의 일로서 Bacon(Francis Bacon 1561-1626)이 이것을 열심히 주창하고 Mill(John Stuart Mill 1080-1873)에 이르러 대성되었다. 법률학의 연구방법도 역시 이 2종류로 대별할 수가 있다. 근세에 이르러 인식론 일반에 관한 유럽학자들의 견해가 둘로 나뉘어서 소위 유리론(Rationalismus)과 경험론(Empirismus)과의 2학파가 대립하여 서로 다투었다. 요컨대 소위 경험학파는 「지식의 유일의 원천은 경험지각에 있다」라고 하는 후천설(a posteriori)에 귀착하고 따라서 귀납법을 학문연구의 유일의 방법이라고 주장하는데 반하여 소위 유리학파는 「지식의 유일의 원천은 우리들의 이성 즉 고찰력에 있다」고하는 선천설(a priori)에 귀착하고 따라서 학문연구의 방법은 오직 하나의 연역적 방법이 있을 뿐이라고 반박하고 있다.

연역 귀납의 두 방법도 이것을 추리작용으로하여 고찰한다면 그것은 필경 동일한 추리작용의 다른 방면을 보는 것에 불과하고 양자 상호보완하여 우리들의 사고작용은 완성하게 된다. 즉 귀납추리가 특수한 사실을 전제로 하고 보편적 법칙 또는 원리를 도출한다고 하는 것은 전체의 부분인 모든 특수한 사실을 하나하나 점검한 후의 결론인 보편적 법칙 내지 원리를 도출한다고 하는 의미가 아니다. 또한 우리들이 이와 같이 전체에 포함되는 일체의 부분에 관하여 모두 알 수 있는 것도 아니고 더욱이 어떤 경우에 있어서는 하나하나 특수한 사실을 모두 알 수 없지만 우리들이 관찰한 범위내에 있어서는 결코 예외의 사실에 조우하지 않기 때문에 이것을 전체에 응용할 수 있는 것으로 총괄적 결론을 내릴 수 밖에 없다. 이와 같이 특수한 사실이 전체를 나타낼 수 있는 것으로 이해함으로써 귀납적 추리는 특수한 사실로부터 보편적 법칙 또는 원리에 도달한다는 것이지만 그러나 그 특수한 사실이 어떻게 하여 이와 같은 대표적 성질을 가지고 있는가를 알 수 있겠는가.

우리들이 사실로서 경험하는 것은 아무리 정밀한 분석과 뛰어난 종합적인 힘에 의하더라도 이것을 전체에 비교해본다면 정말 근소한 일부에 불과한 것이 보통이다. 또한 예를 들면 다수의 특수한 사실에 관하여 하나하나 이것을 점검하여 전체의 대부분에서 경험하였다고 하더라도 요컨대 부분은 부분인 것으로 전체에 미칠수는 없다. 그러므로 이러한 특수적 부분인 사실에 의하여 그 전체에 대한 결론을 내려면 우리들은 반드시 어떤 논리적 비약을 허용하지 않으면 안된다. 그것은 전체와 부분과의 사이에는 도저히 양자를 동일시할 수가 없는 간극이 존재하기 때문이다. 그렇다면 이러한 귀납적 비약은 어떻게 하여 정당하게 될 수 있는가를 생각하여 본다면 우리들은 이 귀납적 추리의 근저에 깔려있는 가장 근본적인 하나의 요청에 생각이 미치게 된다. 즉 만약 이 요청이 존재하지 않는다면 귀납적 추리는 가령 극도의 개연성을 획득하려고 하더라도 도저히 그 보편적 필연성을 얻을 수는 없고 귀납적 비약은 단지 암중비약에 그칠 뿐이고 귀납적 추리의 결론은 결국 하나의 억측에 불과하게 된다.

이와 같이 귀납적 추리를 함에 있어서 만약 우리들이 경험적 사실만으로 추리의 유일한 근거로 한다면 전술의 결과를 도저히 벗어날 수는 없다.

여기에서 우리들은 어떠한 초경험적 의의를 갖는 보편적 전체적인 것을 요구하지 않으면 안되게 된다. 이것이 바로 자연적 일치(The Uniformity of Nature) 또는 동일한 원리(Law of Identity) 혹은 의식적 일치라고 일컬어지는 것으로 여기에서 귀납적 추리가 연역적 추리에 의존하게 되는 계기가 발생하게 된다. 즉 귀납적 추리는 특수한 사실을 그 보편적 의의로부터 객관적 확실성과 보편적 타당성을 가진 법칙 또는 원리를 발견하는 것을 그 목적으로 하고 있지만 그 추리의 기초로서는 「약간의 경우에 진실인 때는 사정이 같은 기타의 경우에 있어서도 역시 진실이다」라는 것을 시인하는 것으로 이러한 판단을 전제로 하고 이것을 특수한 경우에 응용한 일종의 연역적 추리라고 간주할 수밖에 없다. 이와 같이 생각하게 되면 귀납적 추리와 연역적 추리는 얼핏보기에는 전혀 그 방향을 달리한 별종인 것 같지만 그 근본에 있어서는 극히 밀접한 관계를 가지고 일면에 있어서는 귀납적 추리가 연역적 추리의 결과에 근거하고 있다는 것을 알 수가 있고 동시에 다른 일면에 있어서는 연역적 추리는 귀납적 추리의 도움을 얻지 않는다면 그 충분한 효과를 얻는다는 것은 곤란한 것이다. 왜냐하면 연역적 추리에 대하여 그 재료를 공급하는 것은 실제로 귀납적 추리이기 때문이다. 이리하여 연역 및 귀납의 양 추리는 우리들의 추리작용을 그 형식 및 실질의 두 가지 방면으로부터 각각 고찰한 것으로 하나는 논증의 추리가 되고 다른 하나는 추구하는 추리가 된다고 말할 수가 있을 것이다.

참다운 지식이란 Kant가 그의 비판철학에 있어서 설파하고 있는바와 같이 주관이란 선천적 형식에 의하여 얻어진 경험적 내용을 구성하고 있는 것이라고 한다면 지식의 성립에는 선천적 및 후천적인 두 요소가 필요하고 전자는 지식구성의 형식이 되고 후자는 지식성립의 재료로 되어 양자가 합쳐서 처음으로 참다운 지식이 생겨난다고 말할 수 있다. 따라서 학문연구의 방법 즉 학문적 지식을 얻는 방법도 또한 앞에서 논한바와 같이 연역 및 귀납의 두 방법을 병용하지 않는다면 그 목적을 달성할 수가 없다. 즉 연역적 방법에 의하지 않는다면 지식을 통일하여 진리를 확인할 수가 없을 것이고 그리고 귀납적 방법에 의하지 않는다면 지식은 대체로 그 내용을 잃고 공허에 빠질 것이다. 그러나 그 쌍방을 병용하는 경우 어느 한쪽으로 기울기 쉬운 것은 모든 사람의 성격에 의하여 거의 피할 수 없는 통폐일 뿐만 아니라 또한 그 어느 것을 먼저 적용할 것인가에 대해서도 역시 이것을 확립적으로 논증할 수가 없다. 단지 우리들의 고찰력의 활동에 있어서는 먼저 이 작용을 받는 재료가 없어서는 안될 것은 물론이기 때문에 이것을 제공하는 귀납법이 연역법에 앞선다는 것은 먼저 보통의 순서라고 할 수가 있다.

오늘날 법리학의 연구방법이라고 일컬어지고 있는 것은 분석적 방법, 역사적 방법, 비교적 방법, 심리학적 방법, 사회학적 방법, 철학적 방법 등을 들 수가 있지만 이것을 학문적 연구의 추리방법으로 볼 때는 연역 및 귀납의 두 방법으로 귀착될 것이고 또한 양자의 관계는 이미 앞서 검토한 바와 같이 여러 가지의 연구방법 중의 어느 하나로서 충분하다는 것은 타당하지 않다. 특히 법리학은 그 학문상의 성질로 보아서 소위 비판적·철학적 방법에 의하는 일이 많지만 그러나 다른 연구방법을 배척하는 것은 아니다. 금후의 법리학의 연구방법으로서 오�히려 각자의 성격에 비추어서 소위 현실적 이상주의(Realidealismus) 또는 이상적 현실주의(Idealrealismus)의 어느쪽인가에 쫓아서 비판적·철학적 방법보다도 연역 및 귀납의 두 방법을 적당히 안배함으로써 앞에서 서술한 여러 가지의 연구방법을 종합 조화하여 사용하지 않으면 안된다고 생각한다.

학문 특히 문화과학의 연구에는 역사적 연구가 필요하지만 철학에 있어서는 이 학문의 연구는 필경 철학사의 연구라고 일컬어지는 바와 같이 특히 역사적 연구가 필요하다. 어떤 대상을 철저히 규명하려고 하면 그 본질적 방향의 연구는 물론이고 더욱이 그 발생적 방향의 연구를 하지 않으면 안된다. 본질적 연구는 대상의 성질에 착안하여 혹은 이것을 분석하고 혹은 이것을 비교 대조함에 따라서 그 진정한 의의를 규명하려고 하는 것이지만 발생적 연구는 대상이 발생하는 과정 즉 역사에 착안하여 대상의 과거 및 현재에 있어서 갖는 바의 진정한 의의를 명백히 하고 그리고 장래의 운명을 알려고 하는 것이다.

법의 근본적 고찰을 임무로 하는 법리학에 있어서도 역시 이것과 같이 그 대상인 법적 보편타당적 원리 즉 법률의 개념, 법률의 이념 등을 그 성질에 착안하여 연구하는 본질적 연구도 법적 보편타당적 원리의 발생에 착안하여 연구하는 역사적 연구 즉 법리학사의 연구가 없어서는 안된다. 이와 같이 법의 발생적·역사적 연구는 필요한 것으로 빼놓을 수 없는 것이지만 그것이 갖는 가장 중요한 의의는 이것을 요약한다면 다음과 같은 두 가지 짐으로 개괄할 수가 있다. 대개 현재는 우연, 소위 현재로서 고립하여 존재하는 것이 아니고 일체의 과거와 연관되어 있으며 더욱이 영원의 장래를 향한 하나의 절에 불과하기 때문에 정말 현재를 이해하려고 한다면 먼저 과거를 이해하지 않으면 안되고 과거를 이해하고서 처음으로 현재의 진의를 이해할 수 있는 것이다. 그러므로 법의 발생적·역사적 연구는 과거의 법을 이해함으로써 현재의 법을 이해할 수 있는 자료를 얻게 된다는 점에서 먼저 중요한 의의를 갖게 된다. 다음으로 법의 발생적·역사적 연구에 의하여 법의 과거

및 현재를 아는 것이 중요한 것은 법의 장래를 예측하는 기초가 될 수 있다는 점이고 이 점에 법의 발생적 연구가 갖는 중요한 두 번째의 의의를 찾을 수가 있다.

법의 장래를 예측하는 것은 입법 기타의 관계에 있어서 대단히 중요하지만 그러나 법의 장래를 예측한다는 것은 결코 필연적, 확연적인 의미에서가 아니다. 소위 가치 일회성의 원리에 기초하는 역사적 사상은 보편적, 필연적으로 생기는 것은 아니고 엄밀한 의미에 있어서는 오직 일회적으로 생기는데 불과한 것이기 때문이다. 「역사는 반복한다」라는 명제는 이 의미에 있어서는 가치가 없는 것 같지만 그러나 예를 들어 역사적 사상이 가치일회성의 것이라도 그것이 적어도 언제나 유사성을 가지고 반복한다는 사실은 또한 경험물에 비추어서 우리들이 부정할 수 없는 것이다. 그러므로 과거 및 현재의 법을 알게 될 때에는 대체적으로 법의 장래를 예측하는 것도 역시 결코 불가능한 것은 아니다.

법의 발생적·역사적 연구에는 「법제사」, 「법률사상사」 및 「법리학사」의 연구의 3종류를 들 수 있다. 그런데 법제사는 현실적·구체적으로 존재한 경험적 법률제도의 역사적 연구이기 때문에 그것은 인류문화의 각 발전단계에 있어서의 법률제도의 내용을 연구하려고 하는 것이고 법률사상사는 모든 민족에 있어서의 법률제도를 항상 산출하고 더욱이 이것을 작용하도록 한 사상 즉 법률사상의 역사적 연구이기 때문에 그것은 법률제도의 내용에 까지 관련함이 없이 그 위에 법률사상을 역사적으로 고찰하여 법의 생명을 그 기원과 역사에 있어서 파악하려고 하는 것이다. 그런데 법리학사는 법률개념, 법률이념 등등 법의 근본적 제관념의 발생적·역사적 연구이기 때문에 그것은 법률사상과 마찬가지로 인류의 각 시대에 나타난 경험적 법률제도의 내용에까지 파고들어서 연구하는 것이 아니고 오히려 각 시대에 있어서의 경험적 법률제도의 근거를 이루는 법리관의 변천 및 계통의 탐구를 주된 목적으로 하는 점에 있어서 또한 법률사상과는 크게 다르다. 그러므로 법제사 및 법률사상사의 연구대상과 법리학사의 연구대상과는 확연하게 이것을 구별하지 않으면 안된다. 즉 하나는 소위 법의 질료에 관한 역사이고 다른 하나는 법의 기초를 이루는 사상의 역사이고 또다른 하나는 법의 규정적 형식에 관한 역사이다. 그리고 이들 셋은 법의 역사를 형성하는 것이기 때문에 그 어느 일방만의 연구를 가지고서는 법의 발생적·역사적 연구는 이것을 완성할 수가 없다. 따라서 법리관의 변천 및 계통을 역사적으로 탐구하는 법리학사의 연구에 있어서도 법제사와 법률사상사의 연구성과에 유의하여 있을 수 있는 여러 가지의 법리관을 역사적, 계통적으로 탐구 비판하여 자기의 법리관을 구성할려는 용의가 없어서는 안된다.

법리관의 변천 및 계통의 역사적 연구란 법에 관한 법리학적 사색의 변천 및 계통의 역사적 연구이고 따라서 그것은 결국 법리학적 사색을 탐구하는 것 즉 법리학설을 학설로서 이해하는데 귀착한다. 환언하면 그것은 한 번 인식된 것의 재인식의 범주에 속한다. 법리관의 변천 및 계통의 역사에 있어서는 법률개념, 법률이념등등의 제문제가 모든 시대에 항상 성찰되고 있기 때문이다. 즉 현대에 있어서 성찰과 논의의 대상으로 되어있는 법리학적 제문제는 봉아의 상태에 있어서라도 이미 고대의 철학자 내지 사상가의 주의를 환기한 것과 전혀 같은 문제이다. 이리하여 역사의 흐름에 있어서는 사람들은 전대의 법리관을 계승하여 이것을 성찰·비판하는 것에 의하여 각각의 역사적 단계에 있어서 특유의 법리학체계를 건설한 것이고 따라서 현대의 법리학은 말하자면 역사의 과정에 있어서 이루어진 부단의 비판과 성찰을 통하여 여과된 다수의 선각자의 법리학적 사색의 침전물이다라고 말할 수가 있다. 그리하여 법리관 변천의 역사를 돌이켜볼 때 거기에서 우리들은 여러 가지의 이론적인 실험이 전개되어 있는 것을 발견하게 된다. 이것에 의하여 우리들은 일정한

전체를 취하면 어떠한 결론에 도달할 수 있는가 또는 도달하지 않으면 안되는가라는 것에 관하여 과거의 경험을 배울 수 있을 뿐만 아니라 또한 그것에 의하여 우리들은 과거의 과오를 반복함이 없이 그 공헌을 이용하여 보다 완전한 체계의 창조에 매진할 수가 있을 것이다. 이와 같이 법리관의 변천 및 계통의 역사적 연구에 의하여 얻어지는 여러 가지 법리관은 모두가 선각자들의 법리학적 사색으로 인한 공동소산이어서 도저히 한사람의 대단한 기도로서는 미칠 수 없는 업적이라는 것을 알 수가 있다. 따라서 법리관변천의 역사적 연구인 법리학사의 연구는 현대의 법리관을 근본적으로 이해하기 위해서는 절대적으로 필요한 것일 뿐만 아니라 그것에 의하여 우리들 자신의 법리관 의 형성에 필요하고 빼 놓을 수 없는 자료불 얻게되는 것이라고 말할 수 있다. 이 의미에 있어서 법리관 변천의 역사적 연구 즉 법리학사는 그 자체 아직 독립적 학분이 형성되어 있지 않는 오늘날에 있어서도 법리학의 학문조직상 그 중요부분을 이루는 것이라고 말할 수 있다.

유사이전 즉 오늘날의 문화인류가 이전에 지나온 극히 긴 원시생활에 있어서도 역시 인류에게는 일종의 문화가 있고 따라서 극히 소박한 것이라고 하더라도 역시 거기에는 일종의 법리관이 존재하였다는 것은 이것을 부정할 수 없는 사실이다. 그러나 원시민족에 있어서는 민족의 개성의 자각도 충분하지 않았고 그 문화도 문화민족에 있어서와 같이 분화되지 않았고 법률도 아니고 도덕도 아니고 또한 종교도 아닌 하나의 습속에 의하여 사회생활이 규율되고 있었던 것에 지나지 않았으므로 법리학사가 법리관의 재인식이라고 한다면 법리학사에 있어서의 법리관의 변천의 역사적 연구는 인류가 이미 민족으로서의 개성을 자각하고 소위 역사적 문화생활의 단계에 돌입한 후의 법리관에 한정할 수밖에 없을 것이다. 이 의미에 있어서 여기서 거론한 법리관변천의 역사적 연구는 인류가 역사적 문화생활을 영위함에 이르렀던 후의 역사에 나타나고 편의상 고대, 중세, 근세 및 최근세의 네 기로 구분하여 이것을 고찰하고자 한다.

고대에 있어서의 법에 관한 철학적 근본적 고찰은 물론 중국과 인도와 이집트와 메소포타미아 등등의 고대문명제국에서도 이것을 발견하게 되지만 그 법리관이 역사적으로 전승되어서 현대의 법리학체계의 연원이 되어있는 것은 주로 고대 그리스에 있어서의 법리관 바로 그것이다. 생각컨대 이집트 문화와 메소포타미아문화가 합류하여 유럽에 들어가서 그리스문화의 발전을 촉진시킨 것은 정말 역사상의 전개 그대로다. 더욱이 서양에 있어서의 학문적 역작들 모두가 그리스철학에서 배태된 것과 같이 법에 관한 근본적 철학적 고찰이 조직적 체계적 체제를 갖추게된 것도 역시 그리스에 그 시초라고 하지 않으면 안된다.

법리학이라는 특수철학이 당시에 이미 일반철학으로부터 분화되어 하나의 독립된 학문적 지위를 가지고 있었던 것은 아니고 도리어 일반철학 중에 법리학적 하나의 분야이고 그것이 그리스철학 가운데는 대단히 중요한 지위를 점하고 있었다는데 불과하다고 할지라도, 고대 그리스의 법리관은 로마에 전승되고 중세의 기독교적 법리관을 거쳐서 근세유럽의 법리학 체계에까지 수용되었다. 이와 같이 현대의 법리학은 개발적으로 말하면 주로 유럽제국에 있어서의 여러 학파에 의하여 발전되었지만, 더욱이 그것은 동양의 문명제국에도 점차로 전파되었다고 하는 관계가 있는 것이다.

그러므로 법리관 변천의 역사적 연구를 하는 경우에는 그 주된 연원이 되는 고대 그리스에서 발생한 법리관에까지 거슬러 올라가서 이것을 연구하고 그의 현대에 이르기까지의 역사적 발전의 발자취를 더듬어 보는 것이 먼저 보통의 순서라고 생각한다. 고대 그리스에 있어서의 철학사상은 이것을 구분하여 초기그리스철학, 계몽시대에 있어서의 그리스 철학, 최성기에 있어서의 그리스철학의 3기로 분류할 수가 있으므로 고대 그리스의 법리관도 역



시 고대 그리스철학의 새개의 시기에 대응하여 이것을 세 시기로 구별하여 고찰할 수가 있다.

그리스에 있어서의 동방의 이집트문화와 메소포타미아문화가 학문으로서 발달한 이전에 있어서도 그리스인에게 특유한 천부적 우아함과 풍부한 상상에 의하여 발전된 철학적 사상은 먼저 신화 및 천지개벽설의 자세로 통일적 조직적으로 설명하고자 하였으나<sup>1)</sup> 이 기도에 있어서 신화의 모습을 버리고 학문의 형태를 취하였던 바 즉 그리스철학의 탄생이다. 따라서 그리스철학 최초의 문제는 우리들 인류의 눈앞에 전개되어 있던 천지만물의 본원이 무엇인가였다. 그리스철학이 신화와 천지개벽설과 다른 것은 같은 문제에 대답하는 방법의 차이에서 알 수가 있다. 이 문제의 역사적 본원을 고찰하고자 한 것은 그리스신화이고, 그 문제의 역사적 본원이 아니고 세계 그 자체의 원질이 어떠한가를 구명하고자 한 것이 바로 초기 그리스 철학인 것이다. 이 문제에 대한 해답방법의 추이에는 우리들은 방법론상의 흥미를 갖게 되지만 그것은 어쨌든간에 일반적으로 유치한 사상의 단계였다고 하더라도 그것이 처음으로 전적으로 외계의 인식으로 돌려졌다는 것은 인류의 의식의 발달 단계에 있어서 실로 획기적인 일이었다. 초기 그리스 철학도 역시 그 예외가 아니어서 처음에는 천지만물 즉 자연현상을 연구대상으로하는 우주론적인 것으로서 소위 만유철학 내지 자연철학이었다. 따라서 그것은 인류의식의 소산인 사회현상과 문화현상에 대해서는 충분한 주의를 기울이고 있지 않았다.

또 한편으로는 그 만유철학상의 원리를 인용하여 도덕상·정치상 내지 법률상의 문제를 해명하려고 하는 시도가 전혀 없었던 것은 아니다. 그 중에서도 Pythagoras학파가 주장하는 우주철학상의 원리인 수·절도 및 조화의 원칙을 응용하여 여러 가지 문제의 해명에 언급하고 있는 것은 그 가장 현저한 실례라고 할 수가 있다.<sup>2)</sup> 즉 Pythagoras(약 582-500 B.C.) 및 그 학파의 우주관에 의하면 수야말로 만물의 근원적 본질이라고 하는 근본원리에 입각하는 것이지만 그는 전술의 원리에 의하여 우주는 정연한 규율적 전체 즉 하나의 우주로서 어디에나 절도 및 조화의 원칙이 행해지고 있다고하고 이 만유철학상의 단안을 사회현상 내지 문화현상에 응용하여 국가도 역시 하나의 우주이고 절도 및 조화의 원칙에 의하여 지배되는 것이라라고 주장하고 있다.

그러나 그는 교양있는 인물에 의하여 구성된 귀족정부를 가장 좋은 정체로 간주하고, 무정부상태를 가장 큰 해악이라고 하여 모든 사람은 국가 및 법률에 절대적으로 복종해야 하는 일종의 국가주의 내지 법치국가주의의 사상을 품고 있었다는 것은 그가 지도하고 있었던 제자들의 단체가 실행하고 있던 규칙에 비추어서 이것을 쉽게 알 수 있다. 도덕 및 법률의 기본적 원칙인 정의의 관념에 관해서도 Pythagoras는 그의 자연철학의 원리인 어떤 수의 이론으로부터 이것을 설명하려고 기도하여 정의는 즉 입방근이라고 하였다. 그의 정의관인 입방근에 의한 본체는 평등, 공평, 균분 등의 제관념을 포함하기 때문에 이것으로 정의의 본체를 표상하는 것은 충분하다고 하였다. 또한 평등, 공평, 균분에 반하는 경우에 발생하는 보복의 관념은 정의의 관념과 밀접불가분의 관계에 있기 때문에 형벌 및 보상의 이론도 역시 전술의 관념으로부터 도출될 수 있다는 것이다. Pythagoras의 수의 이론은 형식에 치우쳐서 하나의 역설로 생각된다. 그런데 그의 수의 존중에 포함된 진리는 오

1) Leist : Graeco-italische Rechtsgeschichte,  
Vanich : Griechisch - lateinisches Wörterbuch

2) Ritter: Geschichte der pythagoreischen Philosophie, 1926.

Joh. Erdmann: Grundriss der Geschichte der philosophie, 4th ed., 1896.

히려 만유의 구성에 관해서는 단지 그 성질뿐만 아니라 수량도 역시 빼놓을수 없는 요소라는 것을 암시한 점에 있다는 것을 생각할 수 있다. 그러나 사회현상과 문화현상을 대상으로하는 연구가 정말 활발하게 된 것은 Sophist 즉 케변론자들의 등장 후의 일이었다. 이들 학자들에 의하여 처음으로 법률·국가·도덕 등이 철학연구의 중심과제로 되는 기운이 야기되었다고 할 수 있겠다.

그리스 철학에는 주관주의(subjectivism)와 객관주의(objectivism)와의 대립이 있어서 객관주의는 정당한 행위의 객관적 표준의 존재를 주장하는데 반하여 주관주의는 이러한 객관적 표준의 존재를 부정하여 정당한 행위는 주관적 선택에 의하여 정해진다고 주장한다. 이 양자의 법학적 방면에 있어서의 발전은 하나는 이상법주의로 되고 다른 하나는 인정법주의로 나타나게 되었다. Pythagoras는 객관주의의 대표자이지만 Herakleitos(535-475 B.C.)는 이에 반하여 주관주의의 대표자 중에 포함할 수가 있다.<sup>3)</sup> 그의 근본사상은 「만물은 유전하고 상주하는 것은 아니다」라고 하고 있다. 즉 세계에는 아무것도 실재하지 않고 오직 생성되는 것(werden), 환언하면 발생과 소멸이 있을 뿐이다. 생성변화 그 자체 이외에 아무 것도 영속적으로 실재하는 것은 없다고 설파하고 소위 무한변전의 이론을 주장하였다. 그러나 그는 또한 변전의 이면에 불변이 있고, 유전의 이면에 항상이 있는 것을 인정하고 생성변화의 법칙이야말로 소위 불변이요 항상이라고 하였다. 이와 같이 그에 의하면 세계에는 아무 것도 상주하는 것은 없고 단지 변화유전이 있을 뿐이지만 변화 그 자체야말로 항상불변의 준칙이요 이 준칙이야말로 이성의 인식의 대상이다. Herakleitos는 이것을 Logos라고 이름붙였지만 그러므로 Logos는 그에 의하면 실로 이성이며 또한 세계적 원리라는 것이다. 그는 무한변전의 이론을 정치·법률·도덕 등에 응용하였지만 그것은 아직 독립된 학문적 조직을 구성한 것은 아니었다. 그러나 그가 이미 서술한바와 같이 Logos의 보편적 성질을 인정하고 이성으로부터 나오는 언론은 모든 사람이 지키지 않으면 안된다. 따라서 이성의 발현이라고 이해되는 법률도 역시 마찬가지로 이것을 존중하지 않으면 안된다는 것이다. 이러한 법률에 관한 객관적 해석과 같은 것은 그의 지론인 무한변전의 이론에 반하고 또 그의 주관주의적 입장에 반하는 것으로 비판되지만, 천태만상의 변화도 근본에 있어서는 하나의 세계적 도리·우주의 원리 혹은 신적 이성이 발현된 것이고 더욱이 만물생성의 소이로 모든 분쟁부조화도 모두가 「숨겨진 조화」에 귀일되는 것이라고 그는 주장하고 있다. 따라서 케변론자들의 주장은 그의 주관주의적 경향이 극단으로 치달은 것으로 또한 Hegel의 선구자로 될 뿐 아니라 특히 후세의 역사법학과에 대하여 그 철학적근거를 제공하였던 것으로 생각된다.

### 3. 법리관의 역사적 연구

자연철학 또는 만유철학으로 발달하여온 그리스철학은 기원전 5세기 중엽부터 형식이 일변하여 특히 케변론자들이 등장함으로써 종래 연구의 대상이었던 우주 내지 자연을 버리고 전적으로 인사 즉 사회현상과 문화현상을 대상으로 하고 이제는 학예와 인류의 실생활에 활용되게 되었다. 따라서 법률·국가 및 도덕 등이 전적으로 철학적 고찰의 중심과제로 되어 여기에서 그리스철학은 사가들이 말하는 소위 계몽시대 또는 인류학적 시대를 형

3) Rassal: Die Philosophie Herakleitos, Vol. II, 1858

성하게 되었다.

Socrates(469-399 B.C.)의 설교는 많은 제자들에 의하여 계승되었지만 그 가운데서도 천재적 거장인 Platon(427-347 B.C.)의 손에 의하여 전면적으로 계승발전되어서 전문명제국에로 점점 넓게 전파되었다. 그리스철학은 사실 Platon에 이르러 그 절정에 달하여 그리스문화는 Platon의 저술을 통하여 철학적 조직표현을 창출해 내었다. 그러므로 Platon의 철학은 실은 그리스철학의 가장 대표적인 것이고 그리고 그의 법리학적색채가 가장 현저한 것으로 이해된다. 그리스문화의 중심점은 그 초기의 자연철학시대를 제외하고는 언제나 인간에 놓여지고 있었다. 그것은 단순한 인간이 아니고 우아한 미적 감상의 대상이 될 수 있는 인간을 의미하였다. 이 점에 있어서 그리스문화는 놀라우리만큼 통일성을 나타내고 인간미가 그리스예술의 제일목적이고 동시에 철학 특히 실천철학의 목적으로 되어있었다. 그러기 때문에 이 철학의 중심점을 이루는 인간은 실로 이상인이고 바로 도덕적 인간의 이상적 전형이 아니면 안된다. Platon의 인식론도 윤리학도 모두 이 관념으로부터 생성되어 이 관념을 중심으로 하여 발전한 것이었기 때문에 그의 철학적 중심흥미가 우아한 인간에 놓여있었다는 관점을 떠나서는 아마도 Platon의 도덕관도 국가관도 법리관도 단지 외형적으로 이해될 뿐으로 Platonism의 진수를 관철하여 그 내용을 이해한다는 것은 곤란한 것으로 생각된다.

Platon의 Idea는 개념의 내용에 형이상학적존재를 부여하는 것이기 때문에 현상계에 존재하는 한의 사물에 대응하는 만큼의 Idea가 존재하지 않으면 안된다는 것이다. 이 논리적이고찰은 실로 Idea에 관한 Platon의 초기의 생각이었지만 후에는 점차로 가치론적·목적론적 관점으로부터 고찰하게되고 거기에서 Idea의 세계는 단지 비물질적 세계에 그치지 않고 실로 이상적 세계로 보게 된다는 것이다. 그러나 이 이상적인 Idea의 세계와 지각의 세계인 현상계가 전혀 무의미한 대립으로 끝나는 것으로 하지 아니하고 Platon은 무관계한 것 같이 보이는 세계에 대하여 멋지게 가교를 만든 셈이다. 즉 Platon의 근본사상에 의하면 개체는 Idea의 모방이고 Idea는 개체의 근본적 원형이다. 그러므로 개체를 인연으로 하여 이성은 Idea를 직관하는 것이다. 따라서 Idea는 실로 개체에 대하여는 그의 이상(Idea)이 아니면 안된다. 정말로 실재하는 것은 Idea만이지만 Idea와 개체와의 관계는 전체와 부분 또는 하나와 다수와의 관계와 같은 것이다. 이리하여 개체는 Idea를 오직 분유하는 한에서는 실재한다. Platon은 이 관계를 현재라고 풀이하었다.

이 Platon의 목적론적세계관은 Idea의 세계 그 자체에도 역시 적용되고 모든 선과 미의 Idea중에서 선이야말로 최고의 Idea이고 일체의 개개의 특수한 목적은 이 선의 하나의 절대목적하에 총괄되어진다. 선의 Idea야말로 그가 말하는 신 또는 세계이성으로서 일체의 사물의 표준이 여기에 존재하고 이에 의하여 선악정사도 역시 구별된다. 이리하여 일체의 사물은 Idea를 목적으로 하고 자연적 그리고 필연적으로 이 선과 미의 이상을 향하여 나아가서 또 모든 Idea는 최고의 Idea인 선에 있어서 통일된다고 설파하였다. 여기에 Platon의 웅대한 형이상학철학<sup>4)</sup>(Ideenlehre)이 형성되고 이것이 그가 후세철학사상 이상과의 시조로서 추앙되게된 이유인 것이다.

Platon은 또 덕은 가르쳐야하고 배워야 하는 것이라 하고 더욱이 그 덕의 양성은 주로 국가에서 실시되어야한다는 견해를 가지고 있어서 도덕론과 국가론은 그에게 있어서는 극히 밀접한 관계를 갖고 있었다. 그의 국가론<sup>5)</sup> 및 법률론에 있어서 그 논거로 되는 것은

4) Natorp : Platonsideenlehre. Eine Einführung in den Idealismus, 1903

조화의 원칙이지만 국가 그 자체의 의의에 대하여 그가 표시한 「국가는 거인이다」라는 비유적 견해도, 국가를 하나의 유기적 조직체라고 보는 견해도 모두 전술한 미적 감상의 대상이 될 수 있는 도덕적 인간의 이상적전형이 그의 뇌리에 깊이 새겨져 있었다는 것을 알 수가 있다. 국가의 기원에 대한 그의 생각은 인류는 각자 단독으로서는 그의 생존상의 수요를 충족할 수가 없기 때문에 상부상조하는 것이 필수적인 것이다. 소위 분업은 인류의 생존상 필연적으로 발생하는 현상으로서 그것은 또 인류로 하여금 단결하도록 하는 원동력이 된다는 것이다. 즉 이 견해에 근거하여 소위 국가3단계설이 생겨났다. 국가를 구성하는 인류에는 반드시 지도, 수비, 노동의 3단계가 발생된다는 것이다. 지도계급이란 통치자로서 입법권을 장악하여 국가를 통치하는데 반하여, 수비계급에 속하는 자들은 즉 전사들로서 통치자들을 도우며 법률의 실행을 담당하고 또 국가의 안녕질서를 유지하는 것을 임무로 하고, 노동계급에 속하는 자들은 즉 국민들로서 통치자의 지배하에서 농공상업에 종사하여 국가의 물질 수요를 충족함으로써 국가의 기본을 지지하는 것이다.

Platon은 만년의 저작 「법률론」<sup>6)</sup>에 있어서 위로는 국가조직 및 제반의 입법에 대한 표준으로부터 아래로는 자체의 양육·교육의 방법에 이르기까지 연구하는 데에 대단히 용의주도하여 근세법률학 또는 국가학상의 원리원칙을 시사하는 것은 결코 분명하지가 않다. 그러나 법률 그 자체의 의의에 대해서는 별로 상론하지는 않았지만 그는 종교적 견지에 근거하여 법의 연원을 신에 구하고 국교주의에 의하여 국민의 일상생활 및 일체의 법률을 종교와 밀접불가분리의 관계에 있다고 하였다. 그에 있어서는 종교는 자주목적인 것은 아니고 도덕을 위하여 쓰여질 수 있는 방편에 지나지 않는다는 것이다. Platon은 그의 실천철학에 근거하여 법의 기초는 정의에 있다고 하여 정의의 관념을 규명함으로써 법률의 의의도 역시 명백하게 된다고 하였다. 그는 정의와 법률을 함께 평등의 원칙에 의존하기 때문에 입법자는 항상 이 점에 착안하여야 된다고 실과하고 더욱이 진정한 평등은 절대적 평등이 아니고 사물의 성질에 대응하여야 하는 비교적 평등이 아니어서는 안된다고 하였다. 또한 그는 실정법이 통치의 필요상 발생하는 것이라고 인정하고 있지만 실정법은 응고된 조분에 불과하기 때문에 여러 가지 조건에 대하여 적응하여 그 형태의 변화에 순응하지 못하는 결함이 있기 때문에 변화무쌍한 실생활에 대하여 원활하게 이것을 통치할 수 있는 것은 이러한 응고된 실정법이 아니고 통치자의 살아있는 식견 그 자체라는 것이다.

모든 사람이 그 각각의 경우에 대하여 하나하나 명령을 발하는 것은 도저히 불가능하기 때문에 가장 좋은 국가 조직에 있어서도 실정법을 필요로 한다고 강조하고 실정법이 통치자의 일반명령인 한에 있어서 그 필요와 효력을 인정하고 있다. 그리고 그는 법률은 언어와 같이 누구라도 임의로 작성할 수 있는 것이 아니고, 실제의 사정과 우연의 사실에 의하여 여러 가지 법제가 생겨나고 특히 풍토·기후의 상황여하가 입법에 영향을 미친다는 것을 강조하고 있는바와같이 실로 높은 식견을 가지고 있었으며 후세의 역사법학과 또는 비교법학과에 대하여 절대적 영향을 미쳤다고 할 수가 있다. 또한 그는 범죄를 영성의 질환으로 간주하였으므로 형의 목적은 주로 범인의 회전과 범죄전과의 예방에 있다고 하고 회전의 가능성이 없는 것에 대해서는 사형으로 그 반사회성을 제거하는 것이 정당하다고 하

5) Platon : Politeia(Staat oder Republik)

Burckhardt : Individuum und Allgemeinheit in Platons Politeia, 1913.

M. Wundt : Plato und sein Werk, 1914.

Sternberg : Moderne Gedanken über Staat und Erziehung bei Platon, 1920.

Natorp : Platons Staat und die Idee der Sozialpädagogik, 1895.

6) Platon : Nomoi(Gesetz)

였다. 이와 같이 Platon의 법률론은 후세의 법률사상내지 법률관 또는 법률학설에 대하여 많은 좋은 시사를 부여하였다고 인정될 수 있는 높은 식견을 가진 것이지만 이론적으로는 다소 조잡하였고 독립된 통일적 조직을 결여하고 있어서 겨우 그의 철학의 일부분에 있어서의 지위를 가지고 있었을 뿐이다.

Aristoteles(384-322 B.C.)는 그의 스승 Platon의 Idea의 세계에 있었던 법리관 및 국가관을 일상생활의 실제세계에 바꾸어놓음으로써 Platon이 이상과의 시조로 일컬어지는데 대하여 Aristoteles 자신은 경험학파의 시조로 간주되게 되었다. 즉 Platon은 Idea의 세계와 현상의 세계와의 확연하게 구별하여 실재하는 것은 본체인 Idea만이고 개체는 단지 그의 묘사에 불과하다는데 반하여 Aristoteles는 현상계의 사물의 상주적 성질을 인정함과 동시에 그 실체는 Platon과 같이 외재적인 것이 아니고 사물 그 자체 속에 내재하는 것이라고 해석하여 이상과 현실과의 대립을 일원화하여 유명한 그의 소위 상소론에 의하여 이것에 동적 설명을 부여하였다.<sup>7)</sup>

Aristoteles의 견해에 의하면 사물의 성립에는 반드시 질료와 형상의 두 요소를 필요로 하고, 질료는 미발달의 상태에 있는 실체이고 형상은 완성의 상태에 있는 실체이다. 만물은 모두 이 미발달의 상태인 질료로부터 완성의 상태인 형상을 목적으로 하여 자연적으로 발달 변화한다는 것이다. 따라서 형상은 사물구성의 요건이고 또 이상이기 때문에 Platon의 Idea에 해당하지만 그것은 어디까지나 사물에 내재하는 것이라고 한다. 그러므로 형상과 질료는 이것이 개체의 발달에 적용될 경우에는 실체고찰의 두 방향으로 되어 그 차별은 동일한 실체가 혹은 발달의 소지로서 생각되기도 하고 혹은 발달이 완성된 것으로 생각되기도 하는 것뿐이다. 그러나 이것이 개체간에 적용되는 경우에는 형상과 질료로 나뉘어져서 전적으로 상대적 관계에 서게 된다. 이와 같이 Aristoteles는 철학원리를 연구하여 지식을 획득하는 방법에 대해서도 전적으로 현상계의 사물의 객관적 통유성에 유의하지 않으면 안된다는 것을 강조하고 따라서 분석·귀납의 두 방법이 학문연구의 기본적 방법이라고 인정하였기 때문에 후세 Platon이 창설한 이상과에 대하여 Aristoteles를 유물과 또는 경험파의 시조라고 하게 되었다.

Aristoteles의 도덕론은 먼저 Socrates가 개척하고 Platon이 발전시킨 과정을 좇아서 그의 서술을 하고 있다. 즉 그가 도덕을 서술함에 있어서 그 근저를 절대적 가치 또는 절대미에 두고 있는 점은 두 사람과 같지만 Socrates와 Platon이 지식으로 덕을 쌓고 교수에 의하여 덕성의 도야에 노력하려고 한 데 반하여, Aristoteles는 인류의 목적관으로부터 출발하였던 점에 있어서 크게 차이가 있었다. 즉 인류의 행위에는 반드시 목적이 있고 그 목적에는 여러 가지 종류가 있지만 최고목적 또는 절대목적은 이성을 가지고 욕망을 지배함으로써 인류의 이성적 완성 즉 덕의 완성을 기하게 된다는 것이다.

도덕에는 그 부수적 효과로서 행복이 초래된다. 유덕한 사람은 본래부터 행복한 것이지만 물론 행복을 위하여 덕을 구하는 것이 아니고 행복은 「이성적 완성」의 「주관적 반사」에 지나지 않는다는 것이다. 또 Aristoteles는 「반약 인간을 전체로서 관찰한다면 인간은 스스로 그의 의사를 결정하고 스스로 동기가 된다는 것이다」라고 해석하기 때문에 이미 의사의 자유 그 자체를 어느 정도 의사자유론(Indeterminismus)의 의미에 있어서 인정하고 있었다고 볼 수 있다. 더욱이 그에 의하면 자연 그대로인 의사상태는 도덕상 백지이지만

7) Aristoteles : Organon.

Hildenbrand : Geschichte u. System der Rechts- u. Staatsphilosophie, Vol. I. Das Klassische Altertum, 1860.

오직 사람이 인격을 구성함으로써 처음으로 도덕상의 의의·색채를 나타내게 된다는 것이고 이와 같이 인간은 자연 그대로인 인격을 도덕적으로 개조하지 않으면 안된다는 것이다. 이러한 덕화에 있어서 의사의 훈련은 의사교육에 대한 외적도움을 빌어서 관습을 통하여 행하여지지만, 그 외적도움은 국가에 의해서만 주어진다라는 것이다. 이와 같이 Aristoteles는 역시 Platon과 마찬가지로 도덕론과 국가론 및 법률론 등이 밀접한 관계를 가지고 있다고 보고 국가는 각자의 이성적 도덕적 완성을 기하는 윤리적 요청을 촉진해야할 중요한 수단으로 간주함과 동시에 덕성의 도야·인격의 함양의 중심은 지식에 의하기보다도 오히려 의사에 있다는 것을 주장하여 Socrates와 Platon의 도덕론을 더한층 발전시킨 것으로 평가된다.

Aristoteles의 법률에 관한 견해는 그의 저서 「도덕론」<sup>8)</sup> 가운데서 발견할 수가 있다. 그것에 의하면 법률 그 자체에 대해서는 도덕에 포함되어야 한다고 보고 상세한 논의를 빠뜨리고 있지만 그러나 법의 이념(Idee)인 정의 그 자체에 대해서는 상세한 논의를 하고 있고 그 설명을 위해서는 「도덕론」 제5편 전부를 할애하여 정의론(Dikäologie)으로 정말 불후의 명저를 남기고 있다. 즉 법의 기초인 정의(Gerechtigkeit)의 원리는 평등(Gleichheit)에 있다는 것이다.

모든 덕(Tugend)은 올바른 표준을 가짐으로서 성립하는바와 같이 정의는 과부족 없이 이것은 중용의 표준을 가지는 것이기 때문에 정의는 중용의 덕이라고 설파하고 있다. 그러므로 정의는 모든 덕에 있어서 중용을 가지는 소위 최고의 규정적인 덕목이라고 할 수 있겠다. 그리고 이 평등에는 두 종류가 있어서 하나는 절대적 평등이고 다른 하나는 상대적 평등이다. 따라서 정의에는 평균적 정의와 배분적 정의가 있다.

Aristoteles의 국가에 관한 견해는 주로 그의 저서 「국가론」<sup>9)</sup> 가운데 상세하게 서술되고 있지만 국가 그 자체의 의의에 대해서는 단지 최고선을 구하는 인류의 단체로 다른 일체의 단체를 포함하는 것이라고 하고 혹은 국가는 가족, 또는 지방단체가 완전한 자족적 생활을 영위하기 위하여 결합한 단체라고 해석하였다. 그리고 국가는 하나의 유기적 조직체이고 이것은 구성원인 개인과는 전혀 별개의 존재라는 것을 인정하고 따라서 각자의 변경은 국가 그 자체의 존재에 영향을 줌이 없이 국가는 전혀 독립적 본체라고 주장하고 혹은 국가는 국민의 집합체이고 그리고 국민은 공공의 사무의 의결과 국가의 행정에 참여하는 것으로 가족은 국가의 단위가긴 하지만 국가는 논리적으로 각 가족 및 각 개인에 앞서는 존재라는 것을 서술하고 있다.

국가의 존재를 신의에 귀결시키려고 하는 당시의 세속적 의견에 반하여 이것을 자연의 법칙에 귀결시키려 하였다. 즉 전체가 부분에 선행하는 바와 같이 국가는 개념상 개인에 선행하고 더욱이 자연의 법칙에 따라서 국가가 성립하는 것이지만 본연의 요구에 근거하는 사회적 존재인 인간은 국가에 있어서 아니 국가에 의해서만이 완전하게 될 수 있는 존재자로 간주하였다. 또 그는 국가의 기원에 관해서는 사람은 먼저 가족을 이루고 가족은 다수 상호결합하여 촌락을 조성하고 촌락은 다시 결합하여 드디어 완전한 사회, 즉 국가를 조직하게 된다. 이 과정을 보면 그의 유명한 「사람은 사회적 동물이다」라든가 또는 「인간은 국가적 생물이다」라고 하는 말에서 알 수 있는 바와 같이 인간에는 사교성이 있기 때

8) Aristoteles : Ethika Nichomakeia(die Nikomachische Ethik).

Lutoslawski : Erhaltung und Untergang der Staatsverfassungen nach Plato, Aristoteles und Machiavelli, 1888.

9) Aristoteles : Politica(die Staatslehre).

문에 서로 모여서 국가를 구성하게 됨으로 국가의 성립은 Aristoteles에 있어서는 인간본연의 성질상 필연적인 것이라고 하였다.

국가의 목적에 대해서도 Aristoteles의 견해는 각자의 도덕적 완성에 있다고 한다. 일면에 있어서는 인생의 목적은 궁극적으로는 이성적 완성 즉 덕의 완성에 있지만 덕은 그 부대효과로서 행복을 동반하는 것이고 타면에 있어서는 사람은 사회적 성질을 가지고 오직 국가에 있어서만이 그 완성을 기할 수 있기 때문에 국가는 모든 덕의 규정적인 덕인 정의의 실현에 의하여 국가의 종속적 구성분자인 각 개인이 각각 그 덕을 함양하는 것을 목적으로 하지 않으면 안된다. 이와 같이 정의를 이념으로 하는 국가의 법에 대해서는 각자는 그의 도덕적 존재자로서의 완성상 당연히 부족하지 않으면 안된다. Aristoteles에 의하면 사람은 이성적 본체이지만 덕 그 자체는 우리가 생래적으로 구비하고 있는 것이 아니고 단지 우리들이 자체 내에 덕을 포함하는 자연적 소질을 가지고 있을 뿐이다. 그러므로 덕은 훈련에 의하여 처음으로 이것을 얻게 되는 것이라고 하였다.

Aristoteles는 국가의 조직 특히 정체에 대하여는 주권의 귀속하는바에 따라서 특징지워진다고 주장하였다. 그의 정체의 분류는 스승인 Platon에 힘입은바가 크지만 그는 스스로 당시에 있어서의 다수의 국가(도시국가) 및 과거의 그것에 대하여 실제의 조사를 시도하였고 여러 방면으로부터 관찰하여 상세한 설명을 하였기 때문에 후세 정체의 분류를 논의하는 사람들은 대개 Aristoteles의 학설에 의거하고 있다. 즉 그에 의하면 각국의 국정의 차이에 따라서 세 종류의 적정한 정체(drei legitime Verfassungsarten)가 있다. 즉 군주정체(Monarchie)·귀족정체(Aristokratie) 및 민주정체(Demokratie)가 바로 그것이고 어느 것이 제일 좋은 정체인가는 각국의 국정에 의하여 다를 수밖에 없었지만 일반적으로 가장 좋은 정체라고 말하자면 가장 현명한 사람들의 전체가 정권을 맡고있는 정체이고 국가의 중점이 건전한 중류사회에 있고 그것이 국가의 정치적 기초가 되는 정체라고 주장하였다. 이리하여 적정한 정체란 적법한 지배에 의한 정체를 의미하는 것으로 지배자가 스스로를 규율하는 법에 좇아서 지배하는 것이다. 정의는 법의 이념일뿐만 아니라 또 국가의 기초이며 국가의 정신이다. 정의를 기초로 함에 따라서 국가는 그 제일의 직분인 국민의 완성이라는 도덕적 사명을 다할 수 있는 것이다.

그러므로 국가는 모두 법치국가가 아니면 안되고 정의에 근거하지 않는 지배를 행하는 전단정치에서는 안된다. 즉 국가를 지배하는 것은 국법이고 지배자는 오직 국법의 불비가 존재하는 한에서 이것을 보충하고 법에 좇아서 지배하게 된다. 이와 같이 함으로써 「보편적인 덕행에 의하여 보편적인 행복을 얻는다」라는 국가의 도덕적 목적은 달성될 수 있다고 주장하였다. 그 외에 Aristoteles는 국가기관의 분류에 대하여는 오늘날 소위 입헌정치의 기초가 되는 Montesquieu의 삼권분립설과 같은 의미에서 제창된 것은 아니었지만 이미 현명한 입법자가 국민복증진을 위하여 상징할 수 있는 조직에는 3대 요항이 있고 국가에는 반드시 의결·집행 및 재판의 3대 기관이 있어서 각각 고유의 작용을 분담해야 된다고 주장하였다.

Aristoteles는 Platon의 절대적 국가주의를 배척하고 특히 재산의 공유와 같은 것은 도덕에 반하는 악정이고, 이와 같은 제도하에서는 도저히 국민생활의 발전을 기대하기가 어렵고 가장 좋은 사람들에 의하여 지배되는 것보다는 가장 좋은 법에 의하여 지배되는 것이 좋다고 하여 법치국가사상을 명백하게 하고 국토의 면적, 인구, 기후, 풍토와 같은 자연적·지리적 상태와 정치와의 관계를 상론하는 등 그의 정치적 견해가 후세의 국가학, 정치학, 법률학 내지 지정학에 대하여 시사하는 바가 많지만 무엇보다도 Aristoteles의 법리학

상의 불후의 공적은 법의 이념인 정의의 대원칙을 수립한 점에 있다는 것을 평가하지 않으면 안된다.

그리스의 철학적 사상은 최초에 스스로 근거하고 있던 신화의 모습을 버리고 먼저 하나의 자연철학으로서 탄생한 이래 이미 그 입장에 있어서 법의 근본적 고찰의 단서는 열리어 있었다. 이리하여 그리스철학은 그 개명적 계몽시대에 이르러서는 Sophist에 의하여 법의 본질에 관한 의문이 더욱 깊어지고 Socrates에 의하여 점점 법의 객관적 지지를 받게 되었다. 그런데 Platon에 이르러 그리스문화가 처음으로 조직적 철학체계를 갖추게 되어 법리학적 색채도 역시 현저하게 되고 Aristoteles에 이르러 더욱 그 감은 깊게 되었다. Aristoteles 이후 철학은 더욱 진보하지 못하고 도리어 쇠퇴의 경향을 띄게 되었다. 특히 국가철학 및 법률철학에 있어서 그러하였다. 요컨대 그리스철학에 있어서 각 학자들의 관심에 따라 철학적 구상 여하에 의하여 그들의 주장은 반드시 동일하지는 않지만 그것을 지배하는 공통적인 근본사상이 있어서 그것에 의하여 고대그리스의 법리관의 특징을 추단하기가 용이하다고 생각한다. 즉 그리스철학에 있어서 법리학적 측면을 지배하는 근본사상 으로서는 목적관, 정명관 및 심미관 등이 있다.<sup>10)</sup>

로마에 있어서는 그리스에 비하여 법리학에 대하여 불만한 것이 적어서 로마인은 법률철학상에 아무런 중요한 공헌을 한 바가 없다는 비평이 있지만 그것은 전혀 일면만을 본 관찰에 불과하다고 생각한다. 로마인들은 정치적·실제적 국민이어서 그리스인과 같이 철리에 정통하지 못하고 그 후세에 남겨진 저작만에 대하여 판단한다면 그리스철학의 승계지수에 불과하고 심원한 독창성을 결여하고 있으므로 이와 같은 비평도 역시 있을 수 있을지도 모른다. 그러나 진정한 법리학은 실정법학의 기초 위에 입각해야하기 때문에 정교하고 치밀한 로마법은 실로 법리학 발달의 기초를 이루는 것으로서 그리스에 있어서 아직 일반철학의 일부분에 불과하였던 법리학은 로마법에 적용됨에 이르러서 처음으로 특수철학으로서 발달하는 소지를 만들었다고 할 수 있겠다. 우리들이 만약 전거를 중시하는 로마법학자의 저작뿐만 아니라 널리 로마문화와 법률로부터 그의 법리관을 고찰한다면 거기에서 로마인은 그리스인의 철학에 있어서와 같이 법률학에 있어서도 가장 고전적이고 영구적·모범적이라는 것을 우리는 발견할 수가 있을 것이다. 특히 두 개의 불후의 공적이 있는 것을 알 수 있다. 첫째는 고대로마법의 초기에 있어서 법제도구성의 중심이 된 좋은 아버지의 관념이고 둘째는 고대로마법의 제2기에 있어서 법제를 개조한 형평법의 관념이라고 할 수가 있다.

로마의 세계적 국가의 기원은 로마의 농민국가 이전으로 거슬러 올라갈 수밖에 없다.<sup>11)</sup> 기원전 5세기의 중반경 로마에서 제정된 12표법(die Zwölftafeln, 451-449 B.C.)은 로마시민의고대법(das alte ius civile)으로서 전후 약 1000년간 로마시민에게 적용되었다. 이 고대로마시민법시대는 다른 나라의 같은 시대와의 대조상에 있어서도 혹은 또 일반적 법제발달의 경향을 살펴봄에 있어서도 법리학상 상당한 흥미가 깊은 바가 있다. 고대로마시민법의 특질을 보면 그것은 주로 사법에 속하지만 하등 윤리적 요소를 포함하지 않고 순법률적인 것이었다. 이 점에 있어서 로마의고대법은 다른 많은 고대법과 그 성질을 달리함과

10) Roscoe Pound : Outlines of Lectures on Jurisprudence, 2nd. ed., 1914; An Introduction to the Philosophy of Law, 1922; Interpretations of Legal History, 1923.

11) Mommsen : Abriss des römischen Staatsrechts, 1833; Römisches Strafrecht, 1899.

Paul Klüger : Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts, 1888.

Rudolf von Jhering : Der Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I - III, 1852-65.



동시에 후대의 법률관념을 검토함에 있어서 어느 규정이 순법률적인 것인가 또 도덕관념에 근거하고 있는가라는 구별을 이 고대법에 비추어봄으로서 극히 명백하게 식별할 수가 있다. 이 로마시민법의 비윤리적 특질은 먼저 권리의 무제한성 또는 절대성으로 나타났다. 즉 권리의 절대성은 고대로마시민법의 모든 영역에 나타나고 있지만 특히 당시의 가장은 사법관계의 범위 내에 있어서는 무한의 지배자였기 때문에 가족은 그의 권력하에 절대적 복종을 하지 않으면 안되었다.

그리스에 있어서 이미 Aristoteles는 형평의 관념을 채용하여 법률의 결함을 보정해야 한다고 주장하고 있지만 고대로마인의 법률생활에 있어서도 역시 그 후 이 종류의 보정을 철저하게 추가하여 형평의 관념에 의하여 완고하리만큼 엄격하였던 농민법인 고대로마시민법을 개조하여 로마법을 세계에 임하는 보편법이 되게 하였다. 「정의의 극은 부정의 극(Summum ius Summa iniuria)」이라는 로마격언은 이 사이의 사정을 충분히 설명하고 있다고 생각한다. 먼저 이러한 형평의 관념에 의하면 고대로마시민법의 개조를 외부로부터 촉진한 것은 소위 프레토올포고(Prätorisches Edikt)였다. 프레토올은 취직의 경우 형평의 관념에 의하여 발포된 포고에 의하여 재판하였으므로 엄격하였던 고대로마시민법도 시세에 순응하여 점차 개정되어 크게 진보하게 되었다. 다음에 고대로마시민법의 개조를 내부로부터 조장한 것은 개조인자였던 형평의 관념을 도입한 조리(ratio)의 관념 그것이었다. 즉 로마제국의 발전에 수반하여 외국인과의 교섭이 번성함에 따라서 로마시민이외의 영민에 적용해야 할 법률을 필요로 함으로써 프레토올은 소위 조리만에 입각하여 새로운 포고를 발하여 이것에 의하여 재판하였다. 이러한 재판에 의하여 생겨난 일종의 판례법을 소위 만민법(ius gentium)이라고 일컬었다. 생각건대 로마인의 생각에 의하면 조리에는 두 종류가 있었다. 그 하나는 어디까지나 객관적자연적 질서를 의미하는 자연적 조리(naturalis ratio)이고 그 둘째는 국민적 로마적 법률을 만들어내어서 특수한 국민정신이라고 할 수 있는 시민적 조리(civilis ratio)이다.

만민법의 기초가 되는 조리는 자연적 조리이고 로마시민법을 보정하는 형평의 조리는 즉 시민적 조리라고 하였다. 형평의 개념 또는 본질에 대하여는 세 종류의 견해로 나눌 수가 있다.<sup>12)</sup> 즉 제1설에 의하면 「형평이란 구체적 사건의 특수성을 모든 방면으로부터 짐작하는 것이다」라는 것으로 통설로 되어있지만 이 설은 단지 형평의 관념이 적용되는 예를 들며 불과하고 아직 형평의 적용범위 및 그 개념을 설파하고 있는 것은 아니다. 제2설에 의하면 「형평이란 입법자가 당연히 예기하고 있던 새로운 법칙 또는 규정으로서 아직 제정법상에 명백하게 규정되고 있지 않는 것에 적용되는 원칙이다」라고 한다. 이 의미의 형평은 국민의 법적 자각에서 생겨난 것(vulgäre aequitas)과, 법학자 내지 실재법률가의 측면에 있어서 법적 관념이 발전한 결과 생겨난 것(wissenschaftliche aequitas)의 두 종류가 있으며 또 적용범위에서 보아서 일반적 형평 및 특수적 형평 등으로 나누어져 있다. 제3설에 의하면 「형평이란 엄격한 형식적 사법에 대한 새로운 법적 권위인 지도적 사상으로 실질적 정의에 접근하는 원칙이다」라고 한다. 생각건대 형평은 그 당시에 있어서 새로운 법리관의 출현이긴 하지만 그것이 법리학상 의의가 있는 이유는 단지 법률의 발달에 새것

12) Karl Aug. Albrecht : Die Stellung der römischen aequitas in der Theorie des Zivilrechts, 1834.

M. Voigt : Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer, I. Teil, 1856; II. Teil, 1858

Hildenbrand : Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie I. Bd. Das Klassische Altertum, 1860.

Kipp : Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 1919.

을 더하는 것이 아니고 오히려 형평에 의하여 실질적 정의의 원칙이 법률생활의 실제에 추가된다는 점에 있다.

요컨대 고대로마시민법은 형평의 관념에 의하여 개조되어 「모든 법은 인간을 위해서 존재한다」라는 공리주의적인 형태로 되었지만 이것은 「인도의 관념이 처음으로 로마법에 뿌리내렸다」라고 할 수가 있겠다. 그러므로 후일에는 「법은 선하고 형평하다(*Ius est bonum et aequum*)」라고 일컬어지고 법률의 세계는 형평의 관념을 철저히 하려고 하였다. 이리하여 고대로마시민법은 단지 권리주체인 법률상의 사람(*persona*)만을 인지하고 인간을 인지하지 않았지만 형평의 관념에 의하여 개조된 로마법은 「어느 누구도 다른 사람의 손해에 의하여 자기를 이롭게 하는 것을 허락하지 않는다(*Nemo alterius locupletior fieri debet*)」라는 격언에 의하여 지도되게 되고 법률상의 절차도 역시 보다 자유롭게 보다 실질상 정당하게 되었다.

당시의 제도로서 칙령으로 정해진 대법학자의 의견은 재판소를 구속하는 것으로 징해져 있었기 때문에 대법학자의 학설은 실제상 법률이 되어 나타나서 점점 더 법률학의 진보를 촉진시켰다. 칙령으로 정해진 대법학자는 다섯 사람이었지만 특히 *Ulpianus*(120-228)는 가장 유명하여 「정의란 각자에게 그의 당연한 권리를 향유하게 하는 항상부단의 의지이다」라고 하였다. 이리하여 로마법학은 일시 황금시대를 이루었다가 그 후 점차로 쇠퇴하게 되고 *Justinianus* 황제(483-565)는 기원 529년 *Tribonianus* 이하 17명의 법률전문학자들을 위원으로 하여 로마법학의 정수본 수집·편찬하게 하여 결국 로마법대전(*Corpus Iuris Civilis*)을 완성하고 추후 일체 고대사법학자의 학설을 인용하는 것을 허락하지 않고 더욱이 새로운 법전을 편성하는 것을 엄금하였다. 이것이 바로 로마법대전이고 이 법전은 이후 유럽각국에 있어서 사법의 골자로 되고 그 은혜를 베푼 바가 컸었다. 이와 같이 로마법은 이상한 발달을 이룩하였지만 그것은 개개의 법률의 영역에 있어서이고 법리학 그 자체는 비교적 발달을 하지 않았다.

고대로마에 있어서의 법리학의 영역에 있어서는 그 지도자로서 *Cicero*(*Marcus Tullius Cicero* 106-43 B.C.)<sup>13)</sup>를 들게 된다. 그가 이 지위를 갖게 된 것은 특별히 독창적인 법리관을 가지고 있었기 때문이 아니고 오히려 그리스의 전통적 철학을 매개자로 하여 받아들여서 로마법에 접합시킨 점에 연유하고 있다. *Cicero*는 방법에 있어서는 *Aristoteles*에 영향을 받았지만 내용적으로는 *Stoa*학파의 영향을 받았다. 그는 「자연에 좇아서 생활한다」는 것을 최고의 선이라고 하고 정의는 하나의 덕목으로서 평등을 원칙으로 하지만 이타적 공공심을 포함한다고 해석하고 이것을 로마인 일류의 실제적 활용의 점에서 설명한다면 첫째 「타인을 해치지 말아라」 둘째 「성실하게 생활하라」 셋째 「각자에게 그의 것을 주라」라는 세 가지 원칙으로 된다고 서술하였다. 이리하여 정의의 덕은 이 삼위일체(三位一體)의 형태로서 로마법에 이입되어 정의관은 널리 로마의 법률사상을 지배하게 되었다.

*Cicero*는 이 정의의 기초는 자연의 조리(*naturalis ratio*) 또는 자연의 질서(*Naturordnung*)이고 도덕 및 법률에 적용되는 것으로 그는 이것을 자연 또는 자연법이라 하였다(*lex naturae, lex naturalis, natura, lex summa, divina et humana*). 그러므로 법률과 국가는 인간의 전단에 의하여 생겨나는 것이 아니고 객관적·자연적 질서로부터 생겨

13) *Marcus Tullius Cicero* : *De republica*, 55 B.C.

*B. W. Leist* : *Zivilistische Studien von dem Gebiete dogmatischer Analyse*, 1854.

*Ahrens* : *Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und Staates*, 1870.

*Rossbach* : *Die Perioden der Rechtsphilosophie*, 1842.

난다는 것이다. 따라서 인간이 만약 자연의 대법칙을 인식하게 되면 드디어 인간의 일과 신의 일과의 사이에 존재하는 관련을 통찰할 수가 있고, 이 통찰에 근거하여 행동할 때는 즉 인간은 성실하게 생활을 하고 정의를 실행하게 되는 것이라고 말할 수 있다고 주장하였다. 또한 Cicero는 실정법을 나누어서 모든 국민에게 적용될 수 있는 만민법(ius gentium)과 특정의 시대에 있어서 특정국에 시행되는 시민법(ius civile)과의 두 종류로 나누는 외에 더욱이 그는 국가의 기원에 대하여는 인간의 사회적 충동에 의한다고 하고 가족으로부터 국가에로 나아가고 인류전체의 공동체(societas homium)가 되고 결국에는 신과 인간의 공동체에 도달하게 된다고 한다. 그리고 국가는 법에 의한 공동체로서 그 목적은 국민의 행복을 달성하는데 있다고 하였다. 이것이 Cicero의 법리관이었다. 요컨대 로마의 법리학은 다수의 학자들이 서술하고 있는바와 같이 법리학 그 자체로서는 불만한 것이 없었다고 하더라도 의사력이 우수한 로마인이 유사 이래 일대제국을 건설하여 로마법의 발달과 이에 관한 정치한 실정법학적 이론과는 간접적으로 법리학의 발달에 크게 기여하여 법리학은 드디어 특수철학으로 발달하는 소지를 마련한 것은 정말 법리학의 발달사상 특기해야 할 로마인의 일대공적이라고 아니할 수 없다.

#### 4. 법리관

서양에 있어서 로마제국은 15세기 중엽에 이르러 드디어 와해되게 되었지만 로마문화의 지배는 이후 일단 더 우세하게 되었다. 국가적 통제가 불충분한 중세를 통하여 로마를 중심으로 하여 유럽사회전체를 지배한 것은 실로 기독교회였고 로마교회의 세력은 기독교의 전파와 더불어 점점 강대하게 되어 그 융성이 극에 달하여 교권은 종교계뿐만 아니라 정계 기타 모든 영역의 세계를 지배하기에 이르렀고 학문의 세계도 역시 그것으로 유린되게 되었다. 교회의 지배는 그 정신적 권위에 근거하는 것이지만 중세의 그것은 단순한 정신적 지배에 그치지 않고 입법·사법·행정이라는 정치적 직능을 발휘하여 속계도 지배하기에 이르렀다. 이러한 로마교회의 정신적·정치적 지배는 국왕 영주의 봉건적 정치통제와 중세의 사회생활을 속박하였고 타면 중세의 철학은 교회의 신조를 합리적인 사색과 결합시키려고 시도하였다. 그러므로 법리학도 교회의 신조와 국가 및 법률과를 조화시켜서 전적으로 교리의 이론적 기초확립에 기여하였다. 따라서 로마에 있어서 점점 독립의 기반을 개척하려고 한 법리학도 중세에 이르러서는 전혀 그 독립성을 잃어버리고 전적으로 신학적으로 되었다. 이러한 중세의 기독교적 법리학적 사상에 대하여는 중세전반의 교부학파의 대표자인 Augustinus(Aurelius Augustinus 354-430)를 들 수 있다.

교부학파는 기독교의 발달에서부터 800년대까지 미치지만 교부 중 가장 위대한 교부는 Augustinus였다.<sup>14)</sup> Augustinus의 교리는 원죄론과 구제론에 의하여 구성되어있지만, 그 교리조직의 실명은 동시에 법리학적 선명도 되어 신학적 법리학을 형성하였다. 그에 의하면 세계는 원래 신법(lexdivina)에 의하여 지배되는 신국이어야 하지만 인류의 원죄타락에

14) Augustinus : De ordinc, 386; De doctrina christiana, 396-426; De civitate Dei contra paganos, 413-426.

Roszbach : Die Perioden der Rechtsphilosophie, 1842.

Stahl : Die Philosophie des Rechts, 3. Bd., 3. Aufl., 1854.

Hermelink : Die civitas terrena bei Augustin, in Festg. f. Harnack, 1921.

의하여 그 적용을 받을 수가 없게 되고 이후 인정법이 시행되는 지상인국가를 출현시키게 되었다는 것이다. 이것이 바로 현재의 국가이다. 그러나 신국의 지상에 있어서의 대표자인 교회는 인류를 구제하여 지상인국가로부터 신의 국가에 이르도록 한다는 것이다. Augustinus의 「교회의 국가에 대한 절대적 우월성」이라는 근본적 독단론은 그 후 국가와 교회는 나란히 각각 신정의 한 측면을 분담할 수 있다고 하는 주의에 의하여 다소 완화되었지만 요컨대 그의 신학적 법리학은 진리를 위한 법리학이 아니고 단지 기독교를 위한 법리학에 불과하였다. 이러한 의미에 있어서 진정한 법리학은 유감스럽게도 중세에는 존재하지 않았다고 할 수밖에 없다.

Augustinus에 의하여 구성된 교리론은 중세의 후반에 이르러 Schola학파의 철학자에 의하여 발전되었지만 그것은 교의를 유보한 그리스철학에의 부분적 복귀를 기도한 것으로 철학적으로 설명이 추가되었다. 그 제1기로서는 Anselmus(1033-1109)의 주장에 관련하여 그것은 Platon의 Idea론에 근거한 삼위일체론이지만 제2기에 이르러 Aristoteles의 철학에 의하여 교리가 설명되기에 이르러서 로마교회의 세력은 그 절정에 달하고 교회는 종교상의 일 뿐만 아니라 정치·입법·재판 등 모든 영역에 그 세력을 과시하였다.

이 시대의 대표적 철학자 Aquinas(Thomas Aquinas, 1225-1274)<sup>15)</sup>는 Aristoteles의 상소론에 의하여 만물은 많은 단계를 거쳐서 점차로 순연한 형상인 신으로 진화되는 것으로 만물은 모두 신의에 의해서 지배된다고 한다. 신의는 수의가 아니고 정의이며 이것을 영구법(lex aeterna)이라고 한다. 이 영구법의 인류를 지배하는 부분을 자연법(lex naturalis)이라 하고 이 자연법이 특수한 사실에 적용하기 위해서 사람이 정한 규칙을 인정법(lex humana)이라 한다. 이와 같이 법은 이것을 3종류로 분류할 수 있지만, 만물은 영구법 즉 신의에 귀착하는 것이기 때문에 필경 동일한 것으로 오직 그 적용의 범위와 신의 뜻을 나타내는데 있어서 분명하거나 분명하지 않는 차이가 있을 뿐이라고 실파하였다. 그러므로 인정법은 자연법에 적용하고 좇아서 또 영구법 즉 신의 뜻에 따를 때에만 정당화된다는 것이다. 따라서 Aquinas의 이 견해에 의하면 국가 및 법률은 신의 뜻에 근거하게 된다는 것이었다.

그런데 기독교철학화의 제3기에 이르러서는 Dante(Dante Alighieei, 1265-1321)의 「제정론」<sup>16)</sup> Padua(Marsilius von Padua, 1270-1342)의 「평화옹호자」<sup>17)</sup>를 비롯하여, Scotus(Johannes Duns Scotus, 1274-1308)와 Occam(William Occam, 1270-1347) 등의 명목론(Nominalismus)<sup>18)</sup>에서 종교와 철학과는 분리되어야 한다고 주장되었다. 따라서 교회는 단지 정신계의 일만을 가름하여야 하는 것으로 세속계의 일은 간섭해서는 안되고 정치하는 것은 단지 왕권만이고 정치와 종교가 유착되는 것을 피해서 국가와 교회를 정당한 지위에 두고 심령계의 일과 세속계의 일과는 이것을 확연히 구별해야 된다는 것을 강조하였다. 이리하여 교회의 세력은 크게 쇠하여지고 중세의 반동으로서 근세문화의 서광인 문예부흥운동을 맞게 된 것이다.

15) Thomas Aquinas : De principiis naturae, 1260; Summa theologica, 1265-1274.  
Roszbach : a. a. o., s. 66-99, 82, 87, 113.  
Stahl : a. a. o., s. 51-57, 65.

16) Dante Alighieri : De monarchia, c, 1310-13.

17) Marsilius von Padua : Defensor pacis, 1324.

18) Johannes Duns Scotus : Opus oxoniense, 1301-04; Parisiensia, 1305-08.

William Occam : Dialogus inter magistrum et diciplum de imperatorum et pontificum potestate, 1334-1339.

근세란 서양에 있어서는 동로마멸망 이후를 말하고 서양에 있어서 근세의 역사란 1517년의 종교개혁으로부터 시작되는 것이 통례이지만 내면적으로는 근세문화의 연원은 모두가 중세말기로부터 대두된 문예부흥에 있어서의 그리스사상의 부활에 배태되었고 외면적으로는 아메리카신대륙의 발견에까지 거슬러 올라가게 된다. 그리스정신의 부흥은 단지 문학미술상에 있어서의 일대전기를 획하였을뿐만 아니라 이성적 자아의 각성을 촉진하고 인류의 시야가 아메리카 신대륙의 발견에 의하여 확대됨과 동시에 그 힘을 증대하여 그 결과 인생관 내지 세계관의 전체에 커다란 변화를 가져왔던 것이다.

자연법학파에 의하여 대표되는 법리관은 그것은 실정법외에 때와 장소를 초월하여 불변 불역의 이상법이 존재하는 것을 주장하였었다. 그러나 이러한 견해는 아직 이 학파의 법리관을 충분히 설명한 것이라고는 할 수 없고 이와 같은 사상은 이미 그리스 및 로마의 고대에 있어서도 역시 이것을 발견해낼 수 있을 뿐만 아니라 특히 중세에 있어서도 역시 「자연법(lex naturalis)」이라는 용어까지 사용되어졌지만 그러나 고대 및 중세의 많은 철학자들에 의하여 창도되었던 것은 우주의 자연적 질서에 근거하고 혹은 조리에 근거하고 혹은 신의의사에 근거하여 정해진 이상법을 지시한 것에 불과하였다. 소위 「자연법학파(die Naturrechtsschule)」가 하나의 학문적 조직으로서 성립되기에 이르렀던 것은 근세의 학자들의 노력에 의하여였던 것이므로 통상적으로 「자연법학파」라고 일컬을 때는 중세이전의 이상법주의의 법리관을 의미하는 것은 아니라고 하겠다.

자연법학파가 중세이전의 이상법주의의 법리관과 다른 근본적 차이는 그 입론의 기초를 「인류의 자연상태」에 구하였던 점에 있다고 할 수 있다.<sup>19)</sup> 즉 그들이 공통적으로 주장하는 바에 의하면 인류의 원시상태는 자연상태였지만 인류의 오늘날의 상태는 국가상태이다. 인류의 자연상태는 신의 뜻 또는 사람의 뜻에 의하여 존립하는 것이 아니고 인류의 성상에 근거하는 자연의 상태에 있지만 오늘날의 국가상태는 인류가 계약에 의하여 형성한 인위적 제도에 불과하다는 것이다.

요컨대 근세자연법학파의 주장은 그 가운데 약간의 의문을 포함하고 있지만 특히 그들이 주장하는 인류의 천성 또는 성정은 동일시해서 좋은가 또한 인류는 계약에 의하여 국가를 조직한 것인가 등과 같은 어려운 문제는 동설의 근본적 주장을 동요시킬 수 있다고 할 수가 있다. 그러나 근세의 자연법학파의 주장은 15세기부터 18세기에 이르기까지 전 유럽의 인심을 지배하고 자연법의 효력이 점차 강조됨과 동시에 정치상·경제상의 압박에 대한 반동의 도화선으로 되어 그 영향은 대단히 넓게 그리고 크게 특히 폭군방벌, 프랑스혁명의 발발, 미국의 독립, 각국 헌법의 제정 등등에 있어서 현저하게 나타난 것을 발견할 수가 있다. 근세 자연법학설이 당시 빈번하게 일어났던 혁명의 원동력이 되었던 것은 결국에는 이 학설이 위험한 학설로서 배척되어졌을 뿐 아니라 역사법학파의 반박에 의하여 학리상의 대타격을 받게 되었으므로 자연법학설은 그 후 점차 세력을 잃고 일시적으로 쇠퇴하게 되는 감을 나타내었지만 타면으로는 그 학설 중에는 아직 부정할 수 없는 많은 진리를 포함하고 있음으로 최근 법학계에 있어서 자연법학부흥의 추세가 현저하다고 할 수 있겠다. 그리하여 우리는 저명한 대표적 자연법자들의 법리관을 약간 살펴볼 필요가 있다.

법을 이성의 위에 건설하고 근세적인 의미에 있어서 하나의 독립된 순합리적인 자연법설을 창설한 Grotius(Hugo Grotius, 1583-1645)<sup>20)</sup>는 명저 「전쟁과 평화의 법」을 비롯하여

19) Kaltenborn : Die Voläuffer des Hugo Grotius, 1848.

Frank : Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht, 1891.

Rudolf Stammler : Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1923.

많은 저작을 남기고 그가 남긴 업적 중에서 가장 현저한 것은 종래 단편적으로밖에 생각하고 있지 않았던 국제법의 관념에 처음으로 학문적 체계를 부여하여 국제법학을 건설함과 동시에 또한 근세자연법학파의 시조로서 여러 가지의 기초를 구축하였다. Hobbes(Thomas Hobbes, 1588-1679)<sup>21)</sup>는 국가의 성립은 인류의 이기심과 공포심 또는 자기보존욕의 요구에 의한 계약에 근거한다고 하였다. 만약 Hobbes가 주장하는 바와 같이 인류에게는 사교성이 없고 이기심만이 있다고 가정한다면 인류가 단체생활을 하게되는 것은 실로 외부의 강제에 의하든가 이해의 평량에 근거하는 합의가 없으면 안되게 된다. 그러므로 사회계약론으로서의 「비사교성」설은 극히 논리적인 것처럼 보여져서 Hobbes는 자연법주의를 입각점으로 하면서도 인정법주의를 결론으로 하게 되었다.

Grotius의 사교성설과 Hobbes의 자연투쟁설과는 인류공동생활의 기원 및 발달에 관하여 동시에 일면의 진리를 개발하고 상부상조론과 사회적 본능설 기타 여러 가지의 생존경쟁설에 대한 선구를 이루었기 때문에 그후에 학자들은 대개 이들 양 학설의 한 쪽으로 따르던가 아니면 교묘하게 쌍방을 조화하는 자연법을 창도하였다. Pufendorf(Samuel von Pufendorf 1632-1694)<sup>22)</sup>는 절충설의 동태로서 Hobbes처럼 철저하지 못했고 법률의 근지를 신의 뜻에 구하려는 점에 있어서는 도리어 Grotius의 순법률론적인 것에는 미치지 못하였다. 즉 Pufendorf의 자연법설은 하나의 새 기축을 이룩하려고 하기보다는 자연법의 강의를 처음으로 개설하여 선인의 학설을 서술한 것은 평가할 만하지만 그것은 대개 비교적 온건하고 합리적이었기 때문에 일반세인의 상찬을 널리 얻게 되고 그 후 약 1세기간 당시의 독일사상계를 지배하게 되었다.

자연법을 배척하고 역사적 관찰에 근거하여 법률과 국가의 생성을 유기적으로 논급하고 법리학의 내용은 경험 및 역사로부터 이것을 취하지 않으면 안된다고 주장한 것은 Hugo(Gustav Hugo, 1768-1844)<sup>23)</sup>였다. 그러나 이 학과가 하나의 학과로서 법리학사상 그 지위를 획득하게 된 것은 자연법주의적 통일법전의 편찬을 시기상조라고 이것을 반박하고 주도한 역사법학적 준비의 필요를 강조한 Savigny(Karl Friedrich von Savigny, 1779-1861)의 공적에 돌리지 않으면 안된다. 같은 시대의 Puchta(G. H. Puchta, 1798-1846)<sup>24)</sup> 등 상호호응하여 그 학설은 세력을 확대하게 되었다. 역사법학의 주장은 이것을 그 연구방법에서 볼 때는 역사법학이지만 이것을 그 내용으로부터 볼 때는 「민족정신설」이라고도 일컬을 수가 있겠다. 즉 Savigny<sup>25)</sup>에 의하면 민족을 생명을 가지는 자연적

20) Grotius : *Mare liberum*, 1609; *De jure belli ac pacis*, 1625.

Schmauss : *Neues System des Rechts der Natur*, 1754.

Warnkönig : *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, 1839.

Hinrichs : *Geschichte der Rechts- und Staatsprinzipien seit der Reformation*, 1848-58.

Zoepfel : *Grundriss zur Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 1878.

21) Thomas Hobbes : *Elementarum philosophiae sectio tertia, De cive*, 1642; *Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651; *The Elements of Law Natural and Politic*, 1650.

Heinrich Schreihage : *Thomas Hobbes' Sozialtheorie*, 1933.

Ferdinand Tönnies : *Thomas Hobbes' Leben und Lehre*, 1925.

22) Samuel Pufendorf : *Elementa juris universalis*, 1660; *De satu imperii Germanici*, 1667; *De jure naturae et gentium libri octo*, 1672; *De officio hominis et civis*, 1673.

Bluntschli : *Geschichte der neueren Staatswissenschaft*, 1881.

Lasson : *System der Rechtsphilosophie s.*

23) Gustav Hugo : *Lehrbuch eines zivilischen Kursus*, 1799; *Lehrbuch des Naturrechts als einer philosophie des positiven Rechts*, 1799.

24) G. H. Puchta : *Das Gewohnheitsrecht*, 1828; *Kursus der Institutionen*, 1841.

존재라고 하고 민족정신을 각 시대를 통하여 변하지 않고 존재하고 이리하여 법률은 민족정신(Volksgeist)이 발현된 것으로 민족의 「법률확신(Rechtsüberzeugung)」에 근거한다고 하였다.

역사법학파의 주장이 자연법학적 내지 순사변적인 진행을 배척하고 자연법학설의 결점을 광징하고 법률의 유동적 발전성을 명백하게 하고 경험적 법률학을 진흥하고 각국 국법의 발달·정돈에 기여한 공적은 실로 대단한 것이다.<sup>26)</sup> 그러나 다른 일면에 있어서는 그것은 또한 학설로서는 지지하기 어려운 많은 견점을 가지고 있다. 즉 그 주장에 관련되는 법률확신으로서 법이 된다는 견해는 필경 법률적인 선존관념을 인정하는 하나의 순환론법에 불과하고 아직 법의 본질을 명백하게 한 것이라고 할 수는 없다. 법률은 민족정신의 발현에 있다고 하는 주장도 관습법은 말할 것도 없고 제정법 일반에 대해서는 사실 언제나 반드시 그렇지 않다는 것이 알려지고 더욱이 역사법학파가 법률의 발전성을 명백하게 하여 국민적 특수성을 강조한 점은 좋지만 그 반면에 있어서 법률의 항구성 내지 인류적 통유성을 망각한 것은 유감스러운 일인 것이다.

이 학파가 법률의 무의식적 발달을 주장하는 것과 관습법에 가장 중점을 두고 있지만 법률은 소위 민족정신의 발로인 것도 있지만 동시에 때로는 법률이 도리어 의식적으로 국민정신을 지도육성하는 수도 있다. 현재 문명세국의 추세에 의하면 관습법에 중점을 두기보다도 오히려 제정법주의에 기울어지고 있는 사실은 부정할 수가 없는 것이다.

요컨대 자연법학파가 법률을 보편적·항존적인 것이라고 한 점은 일면 정당하고 또 역사법학파가 역사적 사정이 다름에 따라서 법률도 역시 다를 수밖에 없다는 것을 주장한 점도 역시 정당하다고 하지 않을 수 없다. 그러나 이 양 학파는 법의 본질에 대해 각각 양면의 한쪽만을 보는데 불과하다고 평가된다. 즉 양 학파 모두 법은 그 형식에 있어서 보편적·항존적이지만 그 질료에 있어서는 가변적이라고 하는 비판적 성찰을 결여하고 있기 때문에 그 점 모두 오류를 범하고 있다고 평가된다. 진리는 오히려 이 양자의 주장을 종합하는 곳에 있다고 할 수 있어서 유리파와 경험파와를 종합한 Kant가 비판철학을 창설한 바와 같이 하나의 합리파인 자연법학파도 하나의 경험파인 역사법학파와의 양자를 적당하게 종합하여 비판법률철학을 건설한 것은 신Kant파의 법리학자들의 큰 공적이라고 할 수가 있다.

근세기 초의 법률철학은 한때 현저하게 형이상학 부정의 경향을 나타내었지만 그것은 다른 면으로는 경험주의적 입장에 서는 것을 의미하고 더욱이 경험주의의 극복을 목표로 한 신Kant학파도 역시 반형이상학적이란 점에서는 경험주의와 일맥상통하는 것이 있었다. 이 경향은 즉 자연법부정이라는 사상에 있어서 공동의 특색을 가지고 있다. 그런데 경험주의에 대해서 또 형식적인 선천주의에 대해서 함께 막다름을 느낀 현대인의 지성은 다시 형이상학에 마음이 이끌려서 현대에 있어서 법률철학의 한 경향으로서 비판주의의 세례를 거친 신자연법론이 대두되게 되었다. 따라서 오늘날 제창되는 자연법론은 단지 근세

25) Karl Friedrich von Savigny : vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814; Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, I-VI, 1815-31; System des heutigen römischen Rechts, I-VIII, 1840-49.

Stammler : Über die Methode der geschichtlichen Rechtsphilosophie, 1862.

26) Lenz : Über die geschichtliche Entstehung des Rechts, 1854.

Stammler : Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, 1888.

Frank : Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht, 1891.

Bergbohm : Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892.

초기의 계몽적 자연법론에의 복귀가 아니고 인간성에 즉응한 약간의 근본원리에 대해서만이 보편타당성을 인정하려고 한 것으로 그 이념은 도리어 Aristoteles의 주장을 받아들인 중세의 신학적 자연법론 특히 Thomas Aquinas의 주장에 나타나 있었기 때문에 현대의 신자연법론은 대체적으로 신Thomas주의의 색채를 띠고 있다고 일컬어진다. 이와 같은 신자연법론은 프랑스에 있어서는 Georges Renard, Louis Le Fur 독일에 있어서는 Emil Erch Hörscher, Karl Petrasch다, Otto Schilling 등등에 의하여 각각 주장되고 있다. 이 신자연법론도 현상학적 법률철학도 다함께 그 장래의 발전이 크게 이루어질 것을 기대하고자 한다.

### <參 考 文 獻>

- 鄭仁興, 西歐政治思想史(서울 : 博英社, 1977).  
 鄭仁興, 政治思想家評傳(서울 : 博英社, 1976).  
 Aristotle, *Nicomachean Ethics* trans. by David Ross(Chicago, 1952).  
 Aristotle, *Politics*, trans. by Benjamin Jowett(Chicago, 1952).  
 Aristotle, *Rhetoric*, trans by Rhys Roberts(Chicago, 1952).  
 Aquinas, Thomas, *Summa Contra Gentiles*, trans. by Fathers of the English Dominican Princes Revised by Daniel, J. Sullivan, 1952.  
 Aquinas, Thomas, *Summa Theologica*, trans. by Fathers of the English Dominican Princes Revised by Daniel, J. Sullivan, 1952.  
 Augustine, *The City of God*, Trans, by Fathers of English Dominican Prince, 1952.  
 Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Cophyright bySimpkin Marshall(London, 1970).  
 Bentham, Jeremy, *A Commentary on the Commentaries on the Laws of England*(Oxford, 1928).  
 Bentham, Jeremy, Anarchical Fallacies, "The Declaration of Rights." Copyright by Simpkin. Marshall(London, 1970).  
 Cicero, *The Commonwealth*, trans. by Charles Henry Monro(Cambridge, 1904).  
 Cicero, *Moral Duties*, trans. by Charles Henry Monro(Cambridge, 1904).  
 Cicero, *The Laws*, trans, by Charles Henry Monro(Cambridge, 1904).  
 Cicero, *Partitions Oratoriaie*, trans. by Charles Henry Monro(Cambridge, 1904).  
 Justinian, *The Digest*, C.F. Kolbert(Penguin Books, U.S.A. 1979).  
 Kant, Immanuel, *Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals*, trans. by Thomas Kingsmill Abbott(Chicago, 1952).  
 Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, trans. by W. Haste(Chicago, 1952).  
 Kelsen, Hans, *The General Theory of Law and the State*(Cambridge, Mass 1949).  
 Kelsen, Hans, *What is Justice?*(Berkerly, 1957).  
 Plato, *Protagoras*, trans. by Jowett(Chicago, 1952).  
 Plato, *Gorgias*, trans. by Jowett(Chicago, 1952).



- Plato, *Apology*, trans. by Jowett(Chicago, 1952).
- Plato, *Republic*, trans. by Jowett(Chicago, 1952).
- Plato, *Laws*, trans. by Jowett(Chicago, 1952).
- Pufendorf, Samuel, *On the Law of Nature and Nations*(Chicago, 1965).
- Rawls, John, *Two Concepts of Rules*, philosophical Review, 1955.
- Ritchie David G., *Natural Rights*(London, 1894).
- Rousseau, Jean Jacques, *Discourse on the Origin of Inequality*, trans. by G.D.H. Cole(Chicago, 1952).
- Rousseau, Jean Jacques, *Discourse on political Economy*, trans. by G.D.H Cole(Chicago, 1952).
- Rousseau, Jean Jacques, *Emile* trans. by G.D.H. Cole(Chicago, 1952).
- Rousseau, Jean Jacques, *The Social Contract*(first Version) trans. by G.D.H. Cole(Chicago, 1952).
- Stammler, Rudolf, *The Theory of Justice*(New York, 1925).
- Strauss, Leo, *Natural Right and History*(Chicago, 1953).
- Strauss, Leo, *What is Political Philosophy?*(New York, 1959).
- Strauss, Leo, and Joseph Cropsey. eds. *History of Political Philosophy*(Chicago, 1953).