

## 自然法理念과 近代自然法學의 展開

김우성  
법학과

### <요 약>

오늘날 학자들의 관심은 권위, 정통성, 평등, 전쟁 및 공동체의 여러 문제에 집중되고 있다. 적어도 18세기 말까지 이러한 문제들을 해결하기 위해 사용된 주요 방법의 하나는 인간성에 내재하는 어떤 기본원리 내지 가치에의 호소 즉 자연법 이론에 의존하는 것이었다.

자연법 이론의 방법 및 가정은 현대의 정치·사회사상에 계속 나타나고 있다. 자연법의 용어는 아직도 어떤 영역에서 분명히 사용되고 있다.

정치의 체계적 연구의 발전과 그리고 정치에 되풀이해서 일어나는 여러 문제의 주요 해결책에 관심을 갖는 사람이면 B.C.5세기부터 18세기 말까지 정치사상에 있어 중요하고도 지배적인 주제였던 자연법 이론을 고려하지 않으면 안된다. 하나의 철학으로서 그리고 하나의 이데올로기로서 자연법 이론은 다음과 같은 세 가지 중요한 역사적 사건에 있어 중심적인 역할을 수행하였다. 그 사건은 첫째로 로마의 문명 및 법률이 서구에 미친 영향의 확산이었고 둘째로 중세에 있어서 기독교와 고전 문화의 융합이었으며 셋째로 16세기부터 18세기까지 자유 개인주의의 등장이었다. 자연법 이론은 이러한 각 발전 단계에 이용되어 정치적 의무의 성격 및 한계, 다양한 정부 형태의 평가 그리고 법률 및 정치의 도덕과의 관계를 결정하는 보편적이고 합리적인 기준을 제공하였다.

---

## Theory of Natural Law and Developing Process of Modern Natural Law

Kim, Woo-Sung  
Dept. of Law

### <Abstract>

Current student concern is focused on the issues of authority, legitimacy, equality,

war, and community. One of the principal methods used to resolve these problems, at least until the end of the eighteenth century, has been through the appeal to certain basic principles or values inherent in human nature(the theory of natural law). The methods and assumptions of natural law theory continue to appear in contemporary political and social thought. The terminology of natural law is still, explicitly employed in certain areas.

Anyone interested in the development of the systematic study of politics, and in the principal solutions its recurring problems, must surely take into account theory which was a major or dominant theme in political thought from the fifth century B.C. until the end of the eighteenth century. As a philosophy and as an ideology it played a central role in three important historical events - the extension of the influence of Roman civilization and law over the Western Europe; the fusion of Christianity and classical culture in the Middle Ages; and the emergence of liberal individualism from the sixteenth to the eighteenth century. The theory of natural law was used in each of these developments to provide a universal, rational standard to determine the nature and limits of political obligation, the evaluation of competing forms of government, and the relation of law and politics to morals.

## 一. 自然法 理念의 起源

自然法은 哲學과 함께 그 역사가 오래다. 아리스토텔레스에 의하면 놀라움이 철학의 시작이지만 自然法의 시작도 그와 같다. 고대의 어느 민족에 있어서도 神의 예배의 규범에 다름아닌 慣習이나 법률의 질서는 모두 神에 연원되는 것으로 보여졌다. 민족의 생활의 준칙인 질서는 神에 의하여 창설되는 성스러운 질서였다. 이 말은 고대 그리스인에 대해서도 타당하다. 거기서는 법률은 모두 神의 징표를 가지고 있다. 옛날 민족에 있어서도 마찬가지로 처음에 법률은 명백하게 神聖성을 띠고 있었다. 천재적 법률가들에 의하여 그 법률이 두 번에 걸쳐 세계의 법이 되었던<sup>1)</sup> 로마 민족에 있어서도 그러하였다. 로마인들에 있어서도 초기에 있어서는 법은 神의 법이었다. 그 후 로마 민족은 엄밀한 의미에서의 神法(fas)과 世俗法(ius)과의 구별을 이미 자각하였던 시대에 있어서도 로마법의 神聖성은 다음과 같은 점에서 명백하게 나타나고 있다. 즉 로마의 法思想은 이러한 「聖職者の 秘法」에서 사라질 때까지 神官(pontifex)은 여전히 法의 支配者였으며 保護者였다. 法은 모두 처음에는 이와 같은 종교적 형태를 취하지만 거기에는 두 가지 특색이 있다. 즉 이러한 법은 人定法을 갖는다고 하더라도 본질적으로는 不變的이고 동일한 문화권에서는 어디에서든 동일한 효력을 가지고 있었다.

自然法 理念은 모든 법이 不變不易의 神法이 아니란 것이 인식될 때 처음으로 나타날 수가 있었다. 즉 그것은 역사를 회고하는 批判的 理性이 법 및 관습의 세계에 있어서 광범한 변화를 확인하여 역사의 진행 과정에 있어서 자기민족의 법·도덕 질서의 차이를 인식하고 자신의 도시국가나 종족의 밖으로 눈을 돌려서 여러 민족의 질서의 상이점을 자각할 때 비로소 나타날 수가 있다. 人間理性이 경이의 눈으로 이러한 차이를 확인할 때 그

1) 첫 번째는 A.D. 3-4세기에 로마제국의 속자유민이 시민이 된 후에, 두 번째는 중세에 있어서 그것이 교회법에 수용되어 諸대학에서 체계적으로 연구되고 계속하여 西歐에 계승되었을 때. Rosco Pound, "The Church in Legal History", (School of Law, The Catholic University of America, 1939), p.25.

것은 맨 처음으로 神法과 人定法과의 구별에 도달한다. 그러나 人間理性은 곧 모든 自然法의 起源 人定法의 道德的 基礎에 관한 문제에 직면하게 된다. 이것은 동시에 법률이 왜 구속력을 가지는가라는 문제이기도 하다. 법률은 이것에 의하여 각 개인의 양심을 구속할 수가 있고 또한 국가의 법·도덕 질서의 강제력도 여기에서 그 참다운 도덕적 기초를 확립하게 된다. 이 문제들은 플라톤 이래 위대한 自然法 學說의 거의 모든 대표자들이 다루었던 테마였던 最良의 法, 最良의 國家의 문제와 밀접한 관계가 있다. 그렇지만 다음과 같은 생각도 이것과 밀접한 관계가 있다. 그 생각에 의하면 종족의 신들은 종교의 궁극의 형식이 아니고 永久不變의 法이야말로 우리들에게 특정한 법률에의 복종을 의무지울 수 있으며 종족신에 대한 민중의 관념의 배후에는 生殺與奪의 權力을 가진 영원하고 전지전능한 立法者가 있다는 것이다.<sup>2)</sup>

自然法의 理念은 서구문화의 영역 중 맨 처음으로 그리스인 사이에 나타났다는 것은 당연한 일이었다. 이 활동적 민족은 날카로운 비판적 정신을 가지고 個人的 精神에 대한 意識이 일찍부터 성장하여 강한 정치적 조직력을 가지고 있었다. 國家哲學도 이 민족에 起源을 두고 있다. 그리스의 法哲學 따라서 自然法의 哲學의 시초에서부터 오늘날까지 계속 되어 오고 있는 自然法의 두 개의 理念의 區別이 나타나 있었다는 것은 特記하지 않을 수 없는 일이다. 그 하나는 自然狀態라는 극히 기본적인 학설과 또 自由契約에 근거한 恣意的·人工的인 이해에 의하여 규정된 形而上學에서는 결코 필연적이 아닌, 사회 통일체로서의 國家의 理念과 본질적으로 결부된, 革命的 個人主義的 自然法理念이다. 다른 하나는 形而上學에 기초를 두는 自然法理念으로, 이것은 「法律」 이전의 神秘的 自然狀態가 아니고 法律 속에 존재하고 또 존재하지 않으면 안되는 自然法으로, 조금 不適當한 것이긴 하지만 사람들이 쉽게 保守的 自然法이라고 일컫고 있는 自然法이다. 至高의 입법자로서의 신의 관념은 이것과 밀접하게 관련되어 있었다는 것은 더욱 意義가 있다.

## 二. 個人主義時代의 自然法

自然法의 時代는 정확하게 말한다면 그로티우스에서 시작되는 것이 아니고 푸펜도르프에서 즉 그의 그로티우스 해석에서 시작되는데, 이 시대는 19세기 초 이래 기독교 전통에 영향을 받은 근대의 철학자와 법률가의 사이에서 自然法理念이 특히 심하게 손상을 입었던 시대였다. 近代自然法은 여러가지 점에서 傳統的 自然法과 다르다. 그것은 古代自然法의 지나친 肥大이다. 거기에는 여러가지의 理由(예를 들면 政治的 및 精神史的 事情)가 있다. 人文主義가 쇠퇴되고 그것과 더불어 古代一般의 특히 「글로써 표현된 理性」으로서의 로마법에 대한 과대평가가 소멸되었다. 로마법은 그 「近代的 慣用」에 의하여 개악되어져서 古代의 趣味的公式을 많이 가지고 있던 그러한 형식으로서 이 理性의 시대에는 맞지 않게 되었다.

神學에 있어서의 理神論은 自然에 있어서의 法則性의 존중을 유도하여 모든 魔術과 邪敎를 싫어하게 하였으며 또한 불변의 법칙에 따라서 운동하는 세계에 있어서 超越的 神의 신비적 영향을 보는 것을 싫어하게 하였다. 진정한 의미의 계몽에 대한 법칙을 분명하게 인식하는 것이 필요하다. 신앙이 아닌 理性이 이 계몽을 불러 일으켰다. 법칙이라 하더라도 理性 속에 존재한다. 思辨理性은 모든 法則, 道德, 法을 자체로부터 즉 그 추상적 성질 자체의 고찰에서 公理的으로 歸結된다. 이것은 神이 없더라도 可能하다라고 하는 것은 神

2) Otto Carrer, *Religions of Mankind*, tr. by E. I. Watkin ( N.Y. Sheed & Ward, 1936 ) Chap 1. 2.

은 이제는 드디어 道德과 法の 궁극의 근거로는 생각되지 않게 되었기 때문이다. 思辨에의 전적인 열광에 의하여 이제는 道德과 法の 전 체계가 그 규정의 자세한 것에 이르기까지 구성되었다. 그래도 이와 같은 思辨은 마법과 마술의 신앙 혹은 신비적인 物을 여전히 인정하고 있는 저열한 현행법과는 현저하게 다른 것이었다.

「人間的 理性의 自律」 및 「현행법의 쇠사슬」이라는 두 개의 테마는 이 시대에 시작되었던 個人主義的 社會哲學과 가장 밀접한 관계를 가지고 있다. 이 個人主義는 自然狀態論 가운데 가장 명백하게 나타나 있다. 自然狀態는 중세에 있어서는 단지 神學上 중요한 상태에 불과한 것이었지만 지금은 自然法的 思想의 출발점으로 되었다. (한 편으로는 필요 불가결의 實定法에 내재하고 또 그것을 초월하는 법이념으로서의 自然法이論해지고 다른 편에서는 實定法 이전의 또 그것을 초월하는 自然狀態로서의 自然法이論하여졌다.)

이와 같이 自然法體系의 전체에는 특유의 방법론이 여기에 출발점을 가진다. 사람들은 이전의 시대에 그러하였던 것처럼 인간의 社會的本質存在性으로부터 출발하지 않게 되었다. 이전에는 모든 社會制度(婚姻, 家族, 國家, 國際社會)의 全秩序와 根本規範은 인간의 社會的本質存在性 가운데 있었고 또한 그 때문에 모든 不完全社會로부터 完全社會에 그리고 社會形態를 완성해 가는 질서의 단계에 쫓아서만이 인간의 본성은 완성된다고 생각하였다. 그러나 현재에는 추상적으로 표출된 경험적인 人間本性이 출발점이고 道德과 自然法的 體系는 人間本性의 기초를 이루는 것으로도 생각되는 심리적 충동으로부터 합리주의적으로 연역되었다. 거기에서 홉스의 利己主義<sup>3)</sup> 형식적인 사회성에 지나지 않는 푸펜도르프의 「社交性」, 토마지우스의 「쾌적하고 걱정 없는 생활」같은 幸福이라고 하였던 人間本性觀이 나타났다. 즉 自然權(社會生活自體의 本質의 形式 및 이 形式自體의 역사적 우연적인 특수성의 쌍방을 구비하여 역사적으로 발생하고 자기발전하는, 사회생활 이전부터 존재하고 타당하였다고 생각되는 권리)의 하나 하나에까지 미치는 전 체계가 있어서, 이것은 契約·家族相續·物權의 市民法으로부터 訴訟法 특히 公法까지도 포함한다. 이상의 모든 體系는 自然性和 合理性을 神聖化하는 주위의 사정도 있어서 개혁을 요하는 현상에 대하여 理想的인 意義를 가진다. 이 理想은 18세기 말의 法典編纂에 있어서 혹은 革命的으로 루소 혹은 保守的으로 홉스 혹은 改良的으로 실현되어야만 하는 것을 추구하였다.

自然法에 근거하여 傳統의 파괴가 더 한층 추진되었지만 그것은 정치상의 결과(교육기능을 갖는 警察國家이거나 자유를 임의로 하는 自由放任國家이거나를 불문하고)와 밀접하게 결부되어 있었다. 이 새로운 自然法은 道德論 및 國家論을 世俗化하는 최초의 시도였다. 自然法的 基礎를 定立함에 있어서 Hobbes의 意圖는 명백하게 독립의 教會法을 否定하고 이것을 君主로 대표되는 全能唯一의 國家人格의 自然法에 종속시키고 協力시키는 것이었다. 즉 教會는 「사회학적으로」 또 실제로 중요한 것이지만 역시 絕對君主國家의 文化教育的部門의 일부분에 지나지 않는다고 전제군주는 생각하였다. 이 시대의 自然法(道德哲學과 同-視되었지만)의 독특한 全體主義的 性格은 教會를 강제적으로 國家에 봉사시키기 위한 수단이 되었다. 그러나 또한 合理主義와 啓蒙運動은 國家와 王權의 기초를 王權神授라는 몽매한 神秘的 傳統에 두는 것을 불가능하게 하였다. 이제는 自然狀態論이 국가상태에의 移行에 관한 여러 가지 契約論과 함께 새로운 基礎定立을 부여하게 되었다. 물론 그것은 불확실하고 위험한 것이었다. 그와 같은 思想的 態度가 홉스에 있어서는 國家絕對主義의 기초확립에 역할하였으며, 푸펜도르프에 있어서는 啓蒙的 專制의 기초확립에 역할하였다. 그리고 이것은 고래의 전통적인 국민의 抵抗權을 부인하였다. 이 思想的 態度는 루소에 있어서 民主主義的 國家(루소는 국가로서는 민주주의적 국가만을 인정하였다)의 萬

3) Thomas Hobbes, *Leviathan, or the Matter, Form & Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, ed. by A.R.Waller, (Cambridge; The University Press, 1904), Part 1. Chap.13.

能의 基礎定立에 역할하였다.

그리하여 社會改革論者, 즉 계몽전제군주론자에 있어서, 또 루소와 같은 社會革命論者에 있어서도 個人主義의 으로 基礎되어진 高揚된 自然法이 出發點으로 되었다. 이 自然法은 憲法에 있어서 根本法으로서 규정되었지만 포괄적인 법전들에 있어서 身分의 社會秩序를 타파하고 또 근대부르조아사회를 건설하는데 이바지하였다. 이 때부터 그것은 학문으로서도 또 일반의 확신으로서도 대단히 빠르게 사라지게 되었다.

이 새로운 自然法은 「永遠한 自然法」과 다른 점이 그 정치적 목적 뿐만이 아니라는 것은 말할 필요도 없다. 정치적 목적이 보다 두드러졌을 뿐이었다. 그러나 의외로 自然狀態論의 중요성이야말로 본질적인 차이이다. 이로부터 自由와 平等이라는 알찬 이념이 생겨났다. 그래도 理神論에 근거하는 새로운 포괄적인 道德哲學은 그것에 相應하는 것이었다. 이 理神論은 「自然法」의 표제 하에서 처음에는 「永久法」을 無視하고 그리고는 理性의 완전한 道德的 自律(Kant)에 있어서 최고절정에 도달하였다.

個人主義에서 출발하였기 때문에 사람들은 社會생활의 필요를 잘못 평가하게 되었다. 예를 들면 과거에 있어서는 이 社會생활이 인간의 이념과 함께 말하자면 처음으로 주어진 생각이라고 하더라도 지금에 와서는 社會生活은 自由로운 개인의 눈으로서는 「附加的 狀態」로서, 또 여러 가지의 非本質的인 理由(社交性, 功利 혹은 단순한 外面的 完全의 어느 것을 위하는 것이 되든 간에)에 의하여 때맞추어 부가되는 것으로밖에 보이지 않았던 것이다. 人間은 대개 처음부터 自由로운 것이라고 하는 생각에서는 社會生活은 본질적으로 필요한 것이라는 것은 認定되지 않고 그 存在에 있어서도 또한 그 내용에 있어서도 각 개인의 自由로운 合意, 자유로운 契約에 근거하는 것으로밖에 認定되지 않는다. 이러한 自然法에 있어서도 구체적인 社會形式이 「存在하는 것에 이르기」 위한 契約으로서가 아니고 그 社會의 規範의 여러 내용을 결정하기 위한 契約의 形式이 基本原理로 된다. 社會形式의 本質은 어떤 객관적인 것이 아니고 그것이 현재에 있는 그대로 각 개인의 意志에 의존한다. 앞에서 서술한 바와 같이 社會生活에 관해서는 인간 본래의 범주적 社會성이라고 하는 것은 아무 것도 없고 단지 단순한 社交성이 있을 뿐이다. 그렇지만 兩極端으로 진행된 國家論은 이와 같은 思考와 밀접한 관계가 있다. 이러한 兩極端의 예로서는 홉스의 君主制論과 루소의 民主制論 또 군주국과 경찰국가에 있어서의 국가 기능의 최대설과 1789년의 입헌주의적 법치국가에 있어서의 최소설을 들 수가 있다.

이 자연법론에 있어서도 社會적 동물 의 본질에 내재하는 社會생활형식의 段階秩序에 대해서는 전혀 이해가 나타나지 않았다. 그것은 고유한 본질적 목적을 갖는 社會제도로서의 가족(이 自然法論은 단지 婚姻과 親子關係만을 취급하였다), 직능단체, 자치단체적 조직, 즉 국가와 개인 사이의 모든 생활영역에 존재하는 다종다양한 社會형식에 대해서는 조금도 이해를 나타내지 않았을 뿐만 아니라 더욱이 그것은 최고의 社會인 국가와 다른 여러 단체에 각각이 다해야 할 또 다할 수 있는 기능과 목적을 위임해야 된다고 하는 國家機能의 보충성의 원리에 대해서도 전혀 이해하지 않았다. 이 시대의 自然法論은 개인-국가간의 正 반대밖에 알지 못했다. 完全社會로서의 교회 의 독자성에 대한 이해도 갖고 있지 않았다. 교회는 「국가 의 일부」이든가 혹은 자유로운 영적 제도가 아닌 단순한 우의적 단체로 이해되고 있었다.

近代自然法의 이와 같은 독자적 형식 및 그 論理上의 당연한 결과인 대단히 다양한 定型은 홉스의 비관적 人間觀에서, 루소의 낙관적 人間觀에서 푸펜도르프, 토마지우스의 계몽적 전제의 어두운 그늘 속에서 그리고 칸트에 있어서 가장 명백하게 나타났다. 전통에 대한 파괴가 일어났던 것은 바로 여기에서 었다. 사람들이 「스콜라의 망상」이라고 하여 조롱하였던 것은 푸펜도르프가 효시로 된다. 이때부터 반 아리스토텔레스적 명목론이 철학의 기초로 되었다. 전통에 대한 이 부인은 그후 19세기에 이 自然法思想이 부인되었을

때 되돌려 받게 되었다고 생각할 수 있다. 정말 이같은 傳統否認이야말로 19세기의 사람들에게 17~8세기에 이 自然法을 否定함으로써 2000년 이래의 전통을 갖는 그 自然法도 否定해 버렸다고 생각하겠끔 만든 이유이다. 個人主義의 自然法의 시대는 전혀 관념상의 잘못된 自然狀態說을 근거로 하여 또 경험적인 人間本性이 갖는 어떤 경향 내지 특성을 출발점으로 하고 있었지만 당시 自然法과 國際法の 강화 혹은 自然法學者と 거의 같은 정도의 다수의 법의 최고원리가 있었고 또 거기에서 유도된 自然法體系가 있었다. 예를 들면 社交性, 外的平和, 世俗的 幸福에의 衝動, 自由 등이고, 1780년 이래 매년 상당수의 새로운 自然法體系의 서적이 출판되었다.

18세기에 있어서 개혁의 노력에 유용하고, 올바르고, 선으로 인정된 일체의 사물(시민의 자유와 평등이라는 그 理想, 사회의 조화의 조건으로서의 自由經濟)의 모든 것은 전통적 내용과 함께 혹은 이에 덧붙여서 自然法 속에 포함되어 自然狀態로 생각되었다. 자유와 평등에 대한 自然權과 封建制度의 自然法이 함께 서술되고 또 프랑스의 근대적 헌법과 함께 신성 로마제국의 국가조직이 自然法的인 것으로 나타나고 혹은 우편제도까지도 自然法的制度라고 하였던 것을 우리는 어떻게 설명해야만 할 것인가. 本性, 自然狀態, 自然的理性, 神學 道德論 등이 支配의理念이었다.

合理主義的·個人主義的 自然法의 世界史上的 意義는 그 불합리성에 있는 것이 아니고 自然에 의한 正義라고 하는 숭고한 형식에까지 높이 평가되고 또한 18세기적 정신 그 자체에 의하여 전적으로 특별히 존중된 도덕적·정치경제적 목적에 영향받은 바 크다. 자연법은 계몽운동과 연결되어 중세 이래 법률생활에 깊이 침투된 마녀의 미신을 추방하고 마녀신앙 혹은 범죄인이 「魔靈을 갖고 있다」라는 망상이 이유가 되어 행해지고 있었던 고문의 변명을 의미 없는 것으로 일축하였다. 더욱이 이 自然法은 독일에 있어서는 改革的方法으로 프랑스에 있어서는 革命的方法으로 君主의 만인 만물을 초월하는 人格的 絕對主義에 반대하고, 人權과 市民權을 존중하고 그렇게 함으로써 법치국가의 이념의 승리에도 기여하였다. 물론 이 自然法이라 할지라도 시민의 후견을 구실로 계몽전제적 경찰국가를 강변이라고 생각될 정도로까지 변호하였던 것을 간과해 버릴 수는 없다. 그러나 한편으로는 법과 道德의 분리, 법의 국가에의 혹은 도덕의 개인에의 배타적 종속은 경찰국가를 억제하는데 결정적인 역할을 하였다. 국가는 內心の 상대인 시민의 「道德」에 관여해서는 안 된다. 따라서 정치생활과 실정법에 있어서 그 목적을 달성하였을 때 合理主義的 自然法의 意義는 당연히 소멸하게 되었다. 그러나 19세기 전반을 통하여 이 合理主義的 自然法이 세속의 학문에 있어서는 자연법 그 자체로서 동용되었다는 것, 거기에서 合理主義的 自然法에 대한 투쟁이 自然法 그 자체에 대한 투쟁으로 인정되어 이제 막 출범하려는 實證主義의 개선적 행진이 너무나도 쉽게 이루어졌다.(왜 그렇게 용이하였던가 하는 것은 實證主義는 실은 自然法理念자체가 아닌 自然法의 이름을 부여한 특정한 역사적 형식으로시의 法哲學만을 투쟁의 상대로 하였기 때문이다) 또 그것은 合理主義的 自然法 자신이 일찌기 한 바 있는 「傳統에의 不信」에 대한 복수를 의미하기도 하였다.

自然法의 이념 자체는 演繹論 一邊倒의 열을 올렸던 시대를 통해서도 久遠의 哲學과 함께 보전되어 역사가 제기하는 어떠한 문제에 대해서도 새로운 確定을 求하였다. 이것은 사람들이 實證主義에 지쳐 버려서 形而上學이 復活하고, 19세기적 정신이 붕괴됨에 따라서 自然法理念이 새롭게 재생될 때까지 계속되었다. 自然法 理念은 물론 절대적인 의미에 있어서 재생된 것은 아니지만(그것은 항상 道德的 神學 및 久遠의 哲學의 形而上學의 庇護下에서 지켜져 왔기 때문이다.) 그것은 實證主義가 거기에서 自然法理念을 추방하려고 한 法學의 領域에 있어서도 재생되었다.

### 三. 自然法으로부터의 解放과 實證主義

自然法思想에 대한 공격은 주로 두 가지 방향으로부터 이루어졌다. 첫째는 흄과 같은 懷疑主義者, 不可知論者 및 벤담과 그 학파의 사람들과 같은 功利主義者로부터의 공격이다. 둘째는 浪漫主義運動의 지도자들로부터의 공격이다. 그들은 合理主義와 革命에 대하여 맹목적인 반감을 품고 고대의 자연법과 (合理主義的)自然法과를 충분히 확실하게 구별하지 않고 그 위에 理性의 힘을 지극히 의심스러운 것으로 보고서 傳統主義의 철학에 기초를 구하였다. 여러 가지 근거는 다를지라도, 어느 방향이든 각 개인의 理性의 능력과 힘에 대해서 전적으로 공공연한 불신을 나타내었다. 이 불신은 합리주의시대에 있어서 각 개인의 理性에의 과대평가에 대한 강한 반동으로서 나타났다. 법과 법률은 이들 어느쪽 경향의 사람들에게 대해서도 自명한 原理로부터의 自명한 合理的 歸結이었던 것은 아니다. 法과 法律은 스피노자가 시도하였던 것처럼 幾何學的 公理로부터 출발하여 理性이 구성할 수 있는 演繹적인 전체가 아니다. 반대로 법 및 법률은 자기의 이익에 대해서 유용하다는 것이 증명되고, 이리하여 확실하게 慣行으로까지 된 經驗的產物이다. 흄은 理性은 감정의 시녀이고 그런고로 인간은 合理主義가 주장한 바와 같이 理性에 의해서가 아니고 감정에 의하여 지배된다는 것을 항상 강조하였다. 또한 浪漫主義的 法哲學도 法律과 法은 비합리적으로 작용하고 동시에 慣習法으로서 형성되는 「民族精神」의 창조물이라고 주장한다. 법은 유기적 조직이 민족정신의 신비적 근원으로부터 생성하는 것과 같이 오래되고 올바른 관습으로서 생성된 것으로 결코 理性이 의식적으로 창조한 것은 아니다. 그러므로 법은 合理主義의 立法者(이것은 의식적 고려에 의한 합리적 해명에 좇아서 立法하려고 한다)에 의하여 혹은 國家意志(이것은 추상적 논리적 사유에 의하여 自然法에 실정성의 형식을 부여하려 한다)에 의하여 만들어지는 것도 아니다. 오히려 法은 民族精神이 서서히 성장하여 거의 무의식적으로 얻어진 역사적 산물이다. 法은 의식적으로 창출되는 것이 아니라 생성되는 것이다.

어느 경향이라도 당연히 自然法을 否認하는 것처럼 된다. 그러나 양자는 중요한 점에서 서로 다르다. 功利主義의 懷疑主義的 不可知論的 傾向은 정말 어떠한 自然法思想인지라도 명백하게 또 완전하게 비판적으로 해소하려고 하였다. 이에 대해 浪漫主義的 法理論은 그 공격을 맨 먼저 合理主義의 비역사적 추상적 사유에 향해서 가하였다. 또한 그 공격은 추상적 논리로 전 實定法을 自然法으로부터 거의 수학적 정밀성을 가지고 구성하려고 하여 역사적으로 생성되는 法을 전적으로 거부하고 이에 반대한 성급한 演繹論理의 追及으로 향하게 되었다. 이 浪漫的 法理論은 반혁명적이었다. 그것은 合理主義的 自然法에 의해서는 혁명의 지나침도 정당화되어 전서에 대한 구속이 아니고 단지 거의 부정부적인 法만이 타당하고, 객관적인 규범질서가 아니고 단지 권리만이 타당한 것처럼 생각되기 때문이다. 그러므로 浪漫的 法理論은 懷疑的 不可知論的 理論도 실천적으로 그러하였던 것처럼 합리주의적 자연법에 반대하였지만 그러나 反形而上的인 것은 아니었다.

人間精神에 대한 自然法思想의 지배력을 결국에는 타파할 수 있는 사상이 록크의 經驗主義에 잠재적으로 내재하고 있었다. 록크도 또한 人間理性의 힘에 관하여는 懷疑的이었지만 그는 實際的常識에 대해서 강한 신뢰를 가지고 있었기 때문에 말하자면 中性化되어졌던 것이다. 데카르트의 合理主義는 人間知性的 活動의 개념을 「天使化」하였기 때문에 그의 相對主義的 感覺論에 있어서는 天使의 타락을 보게 된다. 이 어느 가능성도 흄의 철학에 있어서는 이제는 현실의 것으로 되었다. 「理性은 感情의 하녀에 불과하고 또 그래야만 한다. 理性은 봉사하고 복종하는 팔만을 가질 수가 있다」, 「理性은 우리에게 아무런 소용이 안된다. 단지 자연 자체가 (理性과 自然과는 이제는 서로 대립한다. 그리하여 이

自然 즉 비합리적 감정 및 전적인 비합리성이 인간에 있어서 지배적 요소로 되는) 그것에 대신할 수 있는 데 불과하다.<sup>5)</sup> 흄의 파괴적 비판은 이들 非合理的衝動과 그것이 모습을 취해 나타난 행위에 있어서 무엇이 본질적으로 좋고 惡인가를 우리가 규정할 수 있는 방법을 조금도 남겨 놓지 않았다. 우리들의 행위를 인도하는 道德原理가 무엇이든 간에 그것은 객관적 진리에도 또 理性에도 근거하지 않는다. 사실을 말하면 道德原理라고 한 것은 아예 없는 것이다. 우리들이 그렇게 부르고 있는 것은 유쾌, 불쾌의 감정에 대한 단순한 징표에 불과하다. 따라서 예전의 철학자들이 自然法이라고 불렀던 것은 실제로는 是認 혹은 否認의 道德的感情을 위한 편의적 표현에 지나지 않는다. 자유로운 행위의 道德性은 순수하게 理性에 적합되어 있기 때문이 아니고 사실상의 是認이라는 감정에 의하여 규정되어질 뿐이다. 道德性은 이러한 감정에 의하여 규정된다. 그 결과 흄은 德을 다음과 같은 정의하였다. 「德이란 관찰자에게 是認의 쾌감을 일으키게 하는 것이다.<sup>6)</sup>」 그러므로 惡德은 否認의 감정에 의하여 규정된다. 이러한 감정의 근거는 道德의行爲와 客觀的 原理와의 합치가 지적으로 인식되는 것에 있는 것은 아니다. 이러한 합치의 인식은 知性的인 인식능력을 전제로 하는 것으로 흄은 그의 認識論에서 人間精神에 있어서 이 能力을 부인하였다. 이러한 道德的感情의 설명 및 근거로서는 인간의 필요에 관한 「行爲의 效用」과 이 效用의 반복적 경험만이 남게 된다. 그러므로 是認의 감정은 是認된 행위가 각 인의 이익에 있어서 직접적으로 유용하고 혹은 자기의 이익(결국은 이것만이 문제이지만)의 실현의 조건인 사회의 유지에 대해 간접적으로 유용하다는 징표이다. 행위의 효용성을 점점 분명히 하게 되는 반복적 경험으로부터 행동의 전제와 기준이 생겨나서 관습이 고정되어진다.

이와 같이 道德律은 객관적인 것도 아니며 또한 고유의 원리도 아니었다. 따라서 행위의 유용성이라고 하는 것은 말하자면 客觀的 性質의 것은 아니다. 道德律은 사회에 있어서 일치된 慣行的 規則에 대한 名辭에 불과하고 이 규칙은 지금까지의 경험에 한해서는 인간의 요구와 욕구에 기여하지만 장래 틀린 경험을 통해서도 변경될 수밖에 없다. 그런 고로 道德律은 그 근거를 可知的인 理性的 社會의 人間本性속에 갖지 않는다. 그것은 피조물의 형이상적존재질서에 기초를 두는 영구불변의 진리에 기초를 두지 않는다. 흄은 「存在와 眞理는 하나로 된다」라는 기본적 이론을 부인하였다. 흄은 지성과 사물의 본질에 전혀 도달할 수가 없기 때문에 존재는 진리라고 생각할 수 없었고, 또 존재하는 것은 그것이 理論理性에 있어서 眞理라고 생각되는 것만으로는 實踐理性에 있어서 그리고 의지로서 실현되어야 할 善이라고 생각할 수 없다. 이와 같이 慣行的規則은 당연한 內在的 根據에 근거하는 효력을 전혀 요구할 수 없었다.

이와 같은 견해의 당연한 귀결로서 단지 경험주의적인 실증론만이 문제로 된다. 善과 正義는 직접적으로는 사회의 태두리 내에서의 각 개인의 구체적 이익에 있어서 또 간접적으로는 사회 자체에 있어서 순수실질적으로는 유용하다고 인정되는 것이다. 사회는, 일부는 사회가 있는 것에 의하여 또 일부는 의식교육에 의하여 공동이익에 고려를 하는 듯한 사회적 행위를 발전시킨다. 그러나 결국은 공동이익은 결코 고유의 가치를 갖지 않는다. 거기에는 오직 하나 實在하는 것 즉 각 개인의 이익의 총화에 대한 唯名論的徵表가 문제로 되는데 불과하다.

흄에 의한 이와 같은 自然法의 파괴는 영국에 있어서는 法學에 있어서의 自然法의 存續에서 일반적으로 생각될 수 있는 정도로 중요한 것은 아니었다.<sup>7)</sup> 이 意外의 사실은

4) *A Treatise of Human Nature*, BK. II, Part III, § 3, ed. by L.A. Selby-Bigge (Oxford: C Press, 1888), p. 415.

5) cf. *ibid.*, BK. I, Part IV, § 1, pp. 180-87.

6) *An Enquiry concerning the Principles of Morals*, Appendix I, I. (*Hume Selections*, ed. Charles W. Hendel, [N.Y. Charles Scribner's Sons] 1927, p. 241.

7) George H. Sabine, *A History of Political Theory*, (N.Y. Henry Hoet & Co., 1937) pp. 598-605



Common law 의 전통과 정신적 태도에 의한다. 이 Common law 가운데에는 중세에 있어서 동화된 自然法과 衡平의 原理가 브랙튼(Henry de Bracton)과 홀레스큐(Sir John Fortescue)의 덕택으로 계속 유지되어 왔기 때문이다. 근대에 있어서 개인주의적으로 해석되어지긴 하였지만 자연법은 오랫동안 여전히 Common law의 국왕재판관에 대한 비판적 규범이었다. 哲學的 見解에서 있던 법률가, 또 그 해답권의 영향하에서 소송활동을 하고, 이렇게 함으로써 고정 취약화된 市民法의 형식주의를 스토아철학의 衡平과 自然法을 통해서 극복하였던 로마법무관과 마찬가지로, Common law재판관의 自然法思想도 또한 결국 회복된 Common law의 형식주의를 극복하였다.

그리고 소위 「기독교재판」 즉 19세기까지 광범한 재판권을 전유하고 있던 교회법을 적용하였기 때문에 그것은 자연법이 전달될 수 있는 발하자면 장치를 이루고 있었다. 그러나 종교 혁명은 국왕의 황제교황주의가 점점 강화되어 종교적 절대주의로 될 위험을 필연적으로 동반하고 있었다. 거기에서 종교적 法理論에 쫓아서 지배자는 「살아 있는 法」으로서 法의 위에 서게 되고 지금까지와 같이 法의 밑에 놓여지는 것은 아니었다. 그리하여 自然法의 우위도 파괴되어져 버렸다. 그러나 自然法的·기독교적 전통은 여전히 강력하다는 것이 드러났고 재판관은 自然法과 모순되는 實定法은 무효라는 것을 점점 더 확증시켜서 이로써 自然法의 우위를 고수하였다<sup>8)</sup>. 이 自然法의 優位는 恣意的 國家權力과 無制約的 立法權과는 전혀 서로 양립될 수 없는 것이었지만 신세계에는 특히 안성맞춤의 社會, 文化的 環境이 있었다. 미국의 최고재판소는 많은 점에서 실증주의적인 사고방식에 빠져 있었음에도 불구하고 自然法을 고수하여 왔다. 그리하여 自然法을 가끔 지나칠 정도로 강하게 개인주의적으로 해석하려고 하였던 어리석음도 저질렀다.

自然法의 理念은 19세기를 통하여 계속적으로 존속하여 왔다. 물론 자연법이라는 명칭 그 자체를 사용하여 이것을 공공연히 고백하는 것은 이제는 하지 않게 되었다. 그러나 法哲學, 法의 概念, 純粹法, 法自體에 관한 諸體系는 自然法理念의 生命力을 이야기하고 있다. 또한 이것들은 19세기 푸펜도르프 이래 단지 個人主義的 自然法 즉, 독일 觀念論의 自然法과 칸트에 의하여 定式化된 自然法만이 일반에게 알려지고 있지 않았다는 것도 나타내고 있다. 그것은 과거의 自然法과 法哲學은 그들에게는 전혀 알려지지 않았으며 단지 아주 실증이 날 정도로 반복된 정해진 公式 혹은 산재되어서는 전혀 의미가 없는 약간의 公式만이 알려져 있었을 뿐이었기 때문이다. 自然法의 傳統을 17세기 限에서 단절시키는 이 주목할 만한 사태는 중대한 영향을 미쳤다. 이 점에 대해서는 주지하는 바와 같이 당시의 철학 일반에 대해서 혹평을 가한 예링만이 불만의 뜻을 표명하였다. 예링은 만약 그가 과거의 철학 특히 아퀴나스를 알고 있었다면 그의 저서 「法에 있어서의 目的」을 아마 저술하지 않았을는지 모른다. 왜냐하면 「내가 이 저서에서 서술하려고 하는 모든 것이 이 위대한 思想家의 여러 저서 속에 완전하게<sup>9)</sup> 빠짐없이 다 서술되어 있다」라고 하고 있기 때문이다.

우리들은 이 시대 말하자면 自然科學的 思惟의 승리까지의 시대(이미 唯物史觀의 前兆의 시대이기도 한)가 자주 自然法의 이름을 앞에 내세우는 것을 부끄러워하면서도 事物自體 및 超實定的實在인 法은 이것을 부인하지 않았던 것을 우리들은 확인할 수 있다. 이 思考方式이 특히 刑事學에 있어서 주장되고 있는 것은 흥미있는 일이 아닐 수 없다. 고의적 살인, 과실 살인, 위증, 절도, 간통 등이 위법한 것은 實定法이 그것을 규정하고 있기

(Celestine N. Bittle, O.F.M. Cap., The Whole Man, pp.316-21, 540f. 참조)

8) Dicey, A.V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, [9th ed., London: Macmillan & Co., 1939], p.62.

9) Der Zweck im Recht (2nd ed.), II, 162 cited in Martin Grabmann, Thomas Aquinas. His Personality and Thought, tr. by Virgil Michel, O.S.B. (N.Y.: Longmans, 1928), p.162.

때문이라고 하는 주장은 예를 들면 서식이 필요한 것은 증여 계약의 법적 효력 때문이고, 우리들은 상속과 대조적인 자유 유서를 문서 만으로만 작성할 수 있고, 또 實定法이 그렇게 규정하고 있기 때문에 그것은 법이라고 말하는 것보다는 더 한층 어려움이 많다. 實定法이 앞에 서술한 범죄를 금하고, 그것들을 가장 중한 형벌로서 위협하는 것은 그들 범죄가 그 자체 부정이고 따라서 어떠한 協約과 制定法規도 그것들을 적법이라고 할 수 없기 때문이다. 마찬가지로 自然法의 理念은 國際法에 대해서도 해당된다. 여기에서도 국제사회를 지배하는 諸規範은 實定法으로서만이 성립되는 것이 아니고 또 사실상의 慣行만으로서 충분한 것도 아니다. 특히 國際法의 第一原理(예를 들면 가끔 문제로 되었던 국가의 기본권)가 法의 原則이라는 것은 어느 國際會議가 그렇게 결의하였기 때문에도 혹은 慣行이 現存하기 때문에(정치사는 이러한 慣行이 어떻게 자주 유린되는가를 증명하고 있다)도 아니고 國際法에 있어서도 역시 法的良心이 힘이 正義로 되는 것을 반대하여 불요불굴의 노력을 하고 있기 때문이다.

純粹絶對의 法에서 自然法理念이 이와 같이 존속한 이유는 토마지우스 및 칸트에 의하여 창시된 法과 道德과의 분리에 지지될 수밖에 없었다는 사정에 의한다. 法 가운데에는 道德을 견지한다고 하는 自然法理念의 위대한 기능은 이 시대에도 계속적으로 끊임없이 발휘되었다. 自然法理念은 외면적으로는 그렇게 중요시되지는 않았지만, 19세기초 諸國의 위대한 法典編纂에 있어서 道德的, 自然的法原理가 거의 예외 없이 또 明文으로서 일반조항 중에 포함되어 거기에서 道德이 法과 一心同體로 되었던 것이다. 그리하여 19세기말에 이르기까지 위대한 진동의 모태에서 성장하여 온 기독교적 自然法論 이외에 있어서도 自然法은 고수되어 왔다. 예를 들면 아리스토텔레스主義者인 트렌데렌부르크(F.A. Trendelenburg)는 그의 주목할 만한 저서 「倫理的 原理에 근거하는 自然法」(Naturrecht auf ethischer Grundlage)에서 自然法을 論述하였다.

實證主義에 의한 공격은 다방면으로부터 집중적으로 전개되었다. 맨 먼저는, 자연과학적인 경험주의의 측면으로부터이고 이것은 규범일반을 의미 없는 것으로 보았다. 다음은, 道德과 社會學과의 충돌에 의하여, 셋째는, 철학적·역사적 유물론에 의하여 이 공격은 지원되었다. 이리하여 독일철학에 있어서 세팅 및 헤겔 이후의 觀念論의 힘은 후기 칸트주의자의 노력에도 불구하고 다도되어진 것이다.

經驗主義는 形而上學을 불가능한 것으로 부인하는 認識論을 믿었다(不可知論). 經驗主義는 自然科學에서 승리를 얻고 소위 文化科學에 있어서도 올바른 방법이라고 믿게 되었다<sup>10)</sup>. 그것은 歷史法學派와 같은 정도이긴 하지만 法哲學에도 수용되었다. 歷史法學派는 친구자로서 칸트적 의미에 있어서 法과 道德과의 관계의 입장을 점점 더 받아들였다. 따라서 法哲學은 단순한 外的經驗에 기초하지 않으면 안된다는 것뿐만 아니라 거기에 한정되지 않으면 안되었다. 그것을 초월하는 견해는 모두 「形而上學」으로서 배척되었다. 그러나 法哲學은 法의 窮極·至高의 原理의 認識, (法의 本質·本性, 구속성의 근거, 正과 不正의 본질의 내재적 시별의 인식)을 의미한다. 經驗主義는 相對主義에 그치지 않고 懷疑主義에까지 미쳤다는 것은 결코 不可思議한 것은 아니다. 經驗主義에 있어서는 永遠의 理念으로서의 法은 전혀 존재하지 않는다. 단지 알 수는 있지만 認識할 수는 없는 實定法이 존재할 뿐이다. 自然科學의 「우리들은 알지 못한다 또 알지 못할 것이다」라는 것이 法哲學에도 나타나게 되었다. 國家意志, 시민의 형식적인 共通意志가 法의 근원 또는 기준이었다. 무엇때문에 이 규범이 意志로서 표명되었는가의 이유의 소재에 관한 보다 분명한 문제는 이것을 社會學이 환경의 기구로부터 또 이익투쟁으로부터 분명하게 한다. 예를 들면

10) John Wellmuth S.J., *The Nature and Origins of Scienticism*. The Aquinas Lecture, 1944, (Millwaukee : Marquette University Press, 1944) 참조.

唯物史觀은 法을 생산양식과 계급투쟁의 단순한 반영 혹은 계급투쟁의 한계선으로 인정하였다<sup>11)</sup>.

實證主義는 歷史法學派가 慣習法을 일방적으로 중시하고 또 當爲와 規範을 문제로 해야 할 과학에 있어서 단지 역사적인 것만을 일방적으로 우선시키는 것에 만족하였던 것처럼 인제까지나 이것에 만족할 수는 없었다. 입법자의 형식적 의지라는 이러한 외적 징표로서는 결코 法과 不法과의 內的區別에 대하여 끊임없이 대두되는 의문에 답할 수가 없다. 「制定法은 자신의 정당함을 증명하기 위하여 어떤 規準으로 재어 보지 않으면 안된다」 또 「현행의 법률이 理性에 적응하고 있는지 없는지의 의문을 그렇게 간단히는 정리할 수가 없다」(슈타러). 法은 정말 있어야 할 存在로 있지 않으면 안된다. 고양된 法意識이 法을 창조하는 것은 아니다. 그것은 존재사실이 당연히 존재해야만 하는 것으로서 인식되는 것을 알리는 데 불과하다. 우리들은 가령 전혀利害에 무관심, 무관계하더라도 善法과 惡法과를 法의 목적에 의하여 구별하고 또 不法과 正法과를 어느 內的 規準에 좇아서 구별하려고 하는 시도를 결코 주저하지 않는다. 이것은 경험이 부단히 반복하여 나타내는 것이다. 그러나 그렇게 하는 것은 이러한 內的 規準이 正,不正의 적합근거인 경우에만이 가능하다. 그러므로 實證主義라 하더라도 결코 순수하게 관찰되고 있지 않다. 재판관을 형식적 법률에 전적으로 묶어 두고 있는 국가들에 있어조차도 그러하다. 재판관을 단순한 포괄적 자동판매기가 되게 하는 것은 「참다운 재판관」의 이념에反하는데 그치지 않는다. 實定法 자체도 항상 도덕과 자연법 규범에 호소하였고 또 현재 호소하고 있다 라고 하는 것은 實證主義의 前提인 成文法의 무결격性은 결코 증명되지 않기 때문이다. 法典이 자연법 원리에 언급하고 있는 것뿐만 아니라(오스트리아 民法典, 教會法典) 法律자체도 또한 「信義誠實」과 「善良한 風俗」에 호소하고 있다. 이에 관하여 법률은 결코 단지 예외적법적인 것(어느 시대에 「예외에 맞는다」라고 하여 통용되었던 것, 어느 계층에 社交道德으로 수용되어 있던 것)만을 염두에 두고 있는 것은 아니다. 오히려 여기에서는 아주 빈번하게 自然法으로부터의 歸結과 기기에서 거듭 추론된 歸結이 문제로 되고 또 적용된다. 「實證主義에의 史實」의 원리로부터 입법자가 정말 바라고 있는 것을 분명히 하는 경우에도 문제는 조금도 변하지 않는다. 이 경우에도 사람들은 사실상의 입법자가 아니고 理想의 즉 正義를 바라는 입법자를 전제로 하고 있다. 「개별적인 법경험이라 하더라도 그것을 분명하게 파악하여 보면 그것은 法의 보편타당적 개념에 의존하고 있는 것이지 결코 그 逆은 아니다. 法의 개념은 특별한 法經驗으로부터(귀납 혹은 비교에 의하여) 유도되는 것은 아니다. 왜냐하면 後者は 前者에 의하여 처음으로 일반적으로 가능하게 되기 때문이다」(슈타러) 法은 法律家나 法哲學者 以前의 實在인 것이다. 그들이 法을 창시하였다는 것이 아니고 오히려 法이야말로 法曹과 法哲學의 存立의 前提인 것이다. 이리하여 實證主義의 완전한 승리가 실현된 것처럼 생각된다. 그러나 보다 깊이 관찰해 본다면 결코 知的, 道德的, 法律的, 政治的 모든 면에서 결정적, 전면적 승리를 거두지 못했다는 것이 분명하다. 승리는 실제로 나타난 것처럼 독일관념론의 아류와 경험주의적 감각론의 신봉자들에 의한 形而上學에 대한 집진적 침식 및 기독교의 유산에 대하여 집진적인 회박화를 결과하였을 뿐이었다. 實證主義의 이들 前提가 지배적이 아니었던 곳에서는 自然法의 理念은 교대로 나타난 서로 대립하는 諸學派의 科學的 研究하에 숨어 있던 적이 많았지만 그러나 계속하여 명백을 이어왔었다. 명백히 대학의 법률평수의 대부분은 또 확실하게 거의 모든 법률실무가들은 끊임없이 교대하는 과학방법의 대중화는 且置하고 自然法은 죽은 것으로 간주하였다. 그렇지만 自然의 理念은 다시 「久遠의 哲學」속에 피난처를 찾았던 것이다. 「久遠의 哲學」

11) Francis LeBuffe, S.J. and James V. Hayes, *American Philosophy of Law.*, (N.Y.: Crusader Press Inc., 1947).

은 自然法이 세속의 대학과 국가의 법, 학교로부터 추방되었을 때는 언제나 그 온신처가 되었기 때문이다. 그리고 自然法의 理念은(아카데미의 옷을 입지 않고도) 常識 속에 보통 사람의 魂 속에 계속하여 생존하였다<sup>12)</sup>. 自然法에 대하여 동키호테적 공격자였던 벨그분 자신도 인간은 모두 태어나면서부터 自然法家라고 自認할 수밖에 없었다. 일체의 구속을 인정하지 않고 단지 자신의 體系構成만을 일이라고 하는 懷疑的 不可知論的 態度를 취하는 사람은 오히려 學界와 象牙塔에 숨어 버렸다. 그것은 경제적으로 보수가 확실한 것을 구하는 데는 안성맞춤의 입장이었다. 이러한 태도도 실생활상으로는 계속해 갈 수가 없었다. 學界의 사람들은 정치, 사회, 경제문제에 대하여 행동하거나 그들은 학문상의 문제의 취급방법과는 전혀 반대로 또 일반사람들의 상식이 항상 취하고 왔던 것과 꼭 마찬가지로 自然法과 客觀的 正義가 존재하고 있는 것처럼 행동할 수밖에 없었다.

實證主義의 확산자라 하더라도 정치, 도덕, 경제, 사회문제를 대하게 될 때에는 無意識이라고는 하더라도 실제로는 自然法理念의 歸依者로 되어 있었다. 「科學의 精神」은 自然法의 타당성과 실재를 부인하는지 모르지만 사도 바울의 말과 같이<sup>13)</sup> 自然法이 기록되는 곳의 心情에 있어서는 自然法을 인정하고 있다. 농후한 唯物論을 확실하다고 자부하는 文化에 있어서 實證主義를 신봉하는 것은 용이하다. 實證主義는 정말 경제적으로 보증되고, 정치적으로도 위험이 없는, 확고한 지배계급의 부산물이었다. 그리고 이 지배계급도 예전에는 자기혁명의 정당화를 위해서는 自然法에 의하는 것이 가장 적절하다는 것을 당연히 의식하고 있었다.

그러나 人間은 正義 그 자체의 결여에 反해서까지 실증주의에 집착할 수가 없다. 이것은 인간이 일반적으로 진리 그 자체의 결여를 자각하고 있는 것과 마찬가지로. 自然法은 實證主義시대에 있어서 파문처버린 것처럼 생각된다. 그러나 自然法은 곡물의 씨앗으로서 묻어진데 불과하다. 마치 씨앗이 거울을 잘 넘기고 드디어 성장하여 결실하듯이 自然法의 理念도 또한 不毛의 實證主義라는 냉혹한 거울을 지나고서 다시 성장한다. 왜냐하면 自然法의 理念은 不滅이기 때문이다.

#### 四. 近代自然法學의 基礎理念과 發展

近代自然法理論은 合理主義的이고 個人主義的이고 急進主義的이다<sup>14)</sup>. 당뜨레브는 근대적 형태의 自然法理論을 이 세 가지 중요한 특징의 입장에서 초기이론과 구별하였다. 근대에 있어서 自然法理論은 중세교회 및 신학과의 밀접한 관계로부터 해방되었고 중세이론의 위계적이고 집단적 양상과 결별하였으며, 그리고 近代自然法理論은 정치적, 경제적, 사회적 관계의 변혁을 위한 혁명적인 이데올로기 내지 명분이 되었다. 이러한 특징이 어떻게 나타나는가를 관찰하기 위해서는 自然法의 의미와 적용에 있어서 중요한 변화를 가져온 세 사람의 사상을 검토하는 것이 필요하다. 이들은 중세후기의 신학자 오캄, 스타레즈 그리고 근대에 있어서의 최초의 국제법학자인 그로티우스이다. 오캄의 自然法理論에 대한 저술이 중세사상의 전형적 패턴에서 어느 정도 탈피했느냐는 아직도 많은 논쟁의 대상이 되고 있다. 그의 形而上學的 唯名論은 급진적인 認識論的 個人主義를 대표하고 있는 것 같다. 왜냐하면 오캄은 普遍이야말로 그 실제적 본질보다는 오히려 현존하는 개개 사물간의 유사성에 대한 명칭에 불과하다고 주장함으로써 아퀴나스의 온건현실주의와 결별

12) Jacques Maritain, *An Introduction to Philosophy*, chap. 8.

13) 로마書 2장 14-16.

14) A.P d'Entreves, *Natural Law*, (London, 1951 Paper back reprint, New York, 1965) ch.3.

하고 있기 때문이다. 이러한 근거에서 오캄은 초기 저작자들이 주장했던 것처럼 자연에 내재하는 필연적인 관계에 기초를 둔 보편적 법칙이 존재한다는 주장을 하기는 어려웠던 것 같다. 그럼에도 불구하고 그는 自然法에 관하여 실제 글을 쓰고, 로마법학자, 교부 및 아퀴나스의 전통적 이론들의 중요한 요소들을 수용하여 다소 더 정교한 이론을 발전시키고 있다.

오캄에 있어서는 自然法이란 용어는 세 가지 다른 의미로 사용되고 있다. 첫째는 간음하지 말라는 등의 조항이 든 십계명 같은 自然法理論은 불변적 명령을 의미한다. 그러한 명령은 항상 구속적인 것이다. 둘째는 인간의 타락이 있기 전에 존재하였던 자연적 평등에 기초를 둔 공동소유와 보편적 자유와 같은 교훈을 의미한다. 이런 교훈은 이미 구속력을 잃고 있다. 왜냐하면 죄악이 이러한 교훈에 위배되는 私有財産制와 奴隸制를 필요하게 만들었기 때문이다. 셋째로 自然法은 國際法으로부터 또는 어떤 인간행위로부터 自明한 理性에 의하여 연원하는 諸原理에 적용될 수 있으며 이것은 條件的 自然法이라 부를 수 있다<sup>15)</sup>.

아퀴나스와 마찬가지로 오캄은 人定法의 일부로서 國際法을 주장하지만 아퀴나스처럼 自然法에 國際法을 직접 연결시키는 대신 國際法의 法으로서의 강제성이 모든 人間의 의견일치에서 유래한다고 주장한다<sup>16)</sup>. 萬民法의 의미에 변화가 나타나기 시작하였고 이 萬民法는 3세기후 그로티우스의 이론에서 최종적으로 완성되었다. 오캄은 人間이 외부세계에서 개체들에 대한 직접적인 지식만을 가질 수 있다 할지라도 그 자신의 本性에 內在하는 어떤 道德的 原理의 直觀的 知識을 가질 수 있다고 믿었던 것 같다<sup>17)</sup>. 오캄 자신은 그의 唯名論에 함축된 이러한 문제를 다루지 않았다. 그러나 후일의 唯名論者 홉스가 궁극적인 本質 내지 本性을 인식할 수 있는 人間의 능력에 의존하지 않는 經驗主義的 自然法을 발전시킨 수 있었다.

오캄의 自然法理論에 직접적인 함축관계를 가졌던 그의 形而上學의 다른 또 하나의 측면으로서 그는 법의 궁극적인 원천으로서 理性보다는 神의 의사를 강조하였다. 구약성서에서 추적될 수 있는 종교적 전통에 의거하여 오캄은 神의 전능과 창조, 자유에 대한 어떠한 세도도 인정하기를 거부하였고 그는 스콜라 철학자들에 의하여 발전되었던 神法에 대한 合理主義的인 개념도 거부하였다. 그러나 오캄에 있어서는 自然法은 神의 自由 創造活動에 대한 어떤 제한으로 생각될 수 없었다. 自然法이 구속력을 가졌던 이유는 神이 自然法을 命하였고 또 자유에 진서를 부여하여 우리가 自然안에서 道德的 命을 인식할 수 있도록 하였기 때문이다. 일반적인 환경에서는 神은 自然法의 내용을 바꾸지는 않았지만 神이 자신의 절대적인 힘에 의하여 그렇게 하는데 본질적으로 불가능한 것은 없었다. 오캄은 교황과 의견을 달리했던 프란체스코교단을 지지했기 때문에 중세교회와 어려운 입장에 있었다 하더라도 그의 形而上學과 神學에 대한 견해는 폭넓게 받아들여졌다. 왜냐하면 그의 神學的方法이 中世大學의 神學部에서 현대적인 것으로 받아들여졌기 때문이다. 自然法에 있어서 유력한 요소로서 理性을 중시할 것이나 意志를 중시할 것이냐를 둘러싼 論爭은 그 후 몇세기 동안 계속되었다.

神에 있어서의 理性과 意志의 관계를 둘러싼 논쟁은 16~17세기에 스페인 神學者들의 저술에서도 계속되었다. 스페르즈는 그 논의를 요약하여 중용의 입장을 취하려고 하였다. 그는 그의 저술<sup>18)</sup>에서 合理主義에 同意하여 自然法의 기초가 되는 근본적인 질서는 神의

15) *The Dialogue*, PartIII, TreatiseII, BK.III, ch.6, Trans. by Francis Oakley in Ralph Lerner and Muhsin Mahdi, ed., *Medieval Political Philosophy : A Source Book* (New York, 1963), pp. 500-501.  
 16) G.Sabine, *A History of Political Theory*, 3rd ed., (N.Y.,1953), p.307.  
 17) *ibid*, p.306.

불변적이고 합리적인 성격을 반영하는 것이라 보았다. 그러나 그는 自然法의 拘束力이 神의 意思라고 보는 主意主義者와 의견을 같이하였다. 그가 말한 바에 의하면 法은 上位者의 명령에 기초를 두고 神은 어떠한 上位者도 갖지 않기 때문에 자연법에 구속된다고 말할 수 없다. 神은 우리의 上位者이기 때문에, 自然法이 우리를 구속하게 만드는 것은 바로 神의 意思이다. 어떤 점에서 스아레즈의 논의는 自然法이 사실 진술로부터 가치 진술을 잘못 도출한다는 후일에 공격을 받을 요소를 예상하고 있었다. 단지 합리적인 관계를 준수하는 것은 어떤 도덕적 행위 의무를 인식하는 것과 다르다고 스아레즈는 말한다. 즉 上位者의 意思는 우리에게 그러한 의무를 부과하는데 필요하다는 것이다. 그런데 스아레즈는 왜 우리가 上位者에게 복종해야 하는가 하는 문제에 답하지 않았다.

法에 있어서 理性과 意思의 관계에 대한 설명을 위해 스아레즈는 아퀴나스의 권위를 주장하였다. 사실 아퀴나스는 공동체를 다스리는 자에 의한 合理的 秩序化로 法을 定義<sup>19)</sup>하였으며 이리하여 그의 定義에는 法의 행사를 포함하였다. 그러나 13세기에 그와 같이 분명한 입장에서 그 문제가 제기되지는 않았었다.

스아레즈는 政治的 正統性을 위한 同意의 필요성을 人間의 自然的 自由라는 개념에서 찾는다. 모든 인간이 자유롭게 태어난 自然에서는 결국 어떠한 人間도 다른 人間에 대하여 정치적인 지배권을 가질 수 없다.<sup>20)</sup> 오캄과 마찬가지로 스아레즈는 국가간의 法과 萬民法의 기초를 보편적 동의 위에 둔다. 그러나 그는 오캄보다 진일보하여 萬民法의 諸規定이 自然法으로부터 연원한다는 아퀴나스의 주장을 거부하였다. 萬民法의 教훈은 人間의 同意와 自由意志에 의하여 도입되었다. 우리는 萬民法를 自然法과 혼동해서는 안된다. 단순히 자연법인 것에 만민법이라는 명칭을 붙이는 것은 단지 推論 때문에 필요한 것도 아니다. 왜냐하면 어떤 教훈이 推論을 필요로 한다고 하는 사실은 그 教훈이 진실하고 自然的이어야 할 필요성을 배제하는 것이 아니기 때문이다<sup>21)</sup>. 스레아즈가 萬民法에 사용될 수 있는 두 가지 의미를 구별하려고 할 때 萬民法의 기초로서 同意의 役割이 특히 중요성을 갖는다. 스아레즈에게는 萬民法이라는 용어는 현존 法體系에 있어서의 공통적 규정으로 규정될 수 있고 또는 다양한 사람들과 국가들의 상호관계를 규정하는 법으로 정의될 수도 있다<sup>22)</sup>. 이 두 가지 定義가 입증하는 바에 의하면 스아레즈의 理論은 모든 국가들에 의해 공유되는 공통적 法原理로서의 law of nations에 대한 고전적 이해와 그리고 국제적인 상업관계, 외교, 전쟁과 같은 영역에 있어서의 국가들 사이의 상호의무 및 동의로서 구성되고 또 主權國家의 同意에 기초를 두는 international law로서의 그 근대적 의미 사이에 어떤 과도적 변화를 보여 주고 있다. 국제법의 창시자로 흔히 지적되는 그로티우스는 스페인의 스킨라신학자들의 저작에서 어떤 중요한 면에서 영향을 받았다. 이러한 영향은 自然法의 不變性을 증명하기 위하여 그의 저작 「戰爭과 平和의 法」에서 그가 인용한 사례들에서 명백하다. 그가 주장하는 바에 의하면 自然法은 神이 존재하지 않을 지라도 구속력을 갖는다는 것이다<sup>23)</sup>. 그로티우스도 자연법의 教훈을 수학공식과 동일시한 점에서 일부 스킨라철학자들과 유사한 데가 있다. 비록 神이라 하더라도 自明함을 부인하지 못하는 것과 마찬가지로 神은 본질적으로 憑인 것을 憑이 아니라고 부인하지 못하는 것이다<sup>24)</sup>. 이러한

18) Trans. by Gwladys L. Williams et al. in Selections from Three Works of Francisco Suarez S.J. (Oxford, 1944).

19) *Summa Theologica*, Pt. I - II, qu.90

20) Francisco Suarez, S.J. *On Laws and God the Lawgiver*, BK, II ch.17, No.8.

21) *ibid.*, Book II, ch. 19, No.8-10.

22) *ibid.*

23) Hugo Grotius, *The Law of War and Peace*, Book II, ch. I, sec.10, par I (一又正雄譯, 戰爭と平和の法 全三卷(巖松堂書店, 1950) Par. II)

두 가지 사례는 오감적인 主意主義者에 반대하는 논의에서 主知主義的인 神學者들에 의하여 이용되었었다. 그래서 일부의 논평가들이 말했듯이 그로티우스의 주장을 神學으로부터 自然法을 분리시키는 효시라고 주장하기는 어렵다<sup>25)</sup>. 그로티우스는 神에 대한 자신의 믿음을 재확인하였다. 그리고 그로티우스는 自然法을 定義하기를 「合理的 自然法과 일치하기 때문에 自然의 창시자인 神에 의하여 명령되거나 금지되는 것은 아니다」<sup>26)</sup>라고 하였다. 그로티우스는 다음과 같은 의미에서 自然法을 神學者들로부터 분리시켰다. 즉, 그는 歸結되는 理論을 神學的 思辨으로부터 追加를 위해서가 아니라 國際體系의 創造라는 世俗의 目的을 위해 사용하였던 것이다. 그러나 그는 자신의 理論을 神學的 假定에서 독립시켜 발전시키지 않았으며 사실은 스킨라학자들의 自然神學에 의하여 상당한 영향을 받았던 것이다. 그럼에도 불구하고 理性에 의한 自然法의 獨自의 正當化라는 개념이 아주 오래된 것이긴 하지만 이 개념은 카톨릭과 프로테스탄트가 국가관계를 규율하기 위한 기초를 宗教 이외의 영역에서 찾고 있던 시기에 神學的인 것과는 다른 意義를 갖게 되었던 것이다. 그로티우스의 해결책은 서구사회에서 오랫동안 알려졌었던 自然法을 이용하는 것이었는데 유럽의 종교분열 때문에 새로운 중요성을 갖게 되었다. 그로티우스가 自然法原理를 數學의 방정식에 비유한 것은 그가 몇 가지 自명한 眞理로부터 演繹된 체계를 발전시키고자 한 것을 시사한다. 그러나 실제 그의 체계는 연역적인 것만큼 귀납적이었다. 그의 理論의 출발점이 된 근본원리는 人間의 사회적 성격이었고 人間의 社會생활을 위해 준수되지 않으면 안되는 原理들이었다. 이리하여 경험이 입증하는 바에 의해 약속을 지키는 것이 社會생활을 위해 필요하기 때문에 「약속은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)」는 原理가 自然法과 國際法の 한 原則으로 되었다. 또한 社會가 발전함으로써 財産도 역시 필요하게 되었다. 일단 財産의 필요성이 인정되자 그것을 존중해야 할 의무관념은 초기의 理論에서와 같이 自然法에 부가된 조항 혹은 自然法으로부터의 離脫이 아니라 오히려 自然法의 일부로 간주되었다. 그로티우스는 정당한 전쟁을 「自然의 第一原理과 일치하는」 것으로 생각하였고 그는 戰爭遂行權利를 自我防禦의 근본적인 自然法으로부터 도출하였다. 그로티우스는 人民權의 支配者에의 이양에 기초를 두어 政治的 絶對主義를 정당화하였다. 후일 루소에 의하여 비판되었던 한 주장에서 그로티우스는 우월성이 인정된 자에 대한 사람들의 자발적인 항복의 결과로서나 또는 正當한 戰爭에서의 敗北나 犯罪의 결과로서 奴隸制의 自然法的 基礎를 옹호하였다<sup>27)</sup>.

그로티우스의 萬民法의 概念은(스아레즈를 제외한) 先行者들의 개념과는 명백히 다르다. 그로티우스의 해석에 의하면 萬民法는 모든 법체계에 있어서 공통적 요소라는 의미에서 이미 law of nations는 아니나, 그것은 국가들 사이의 法 즉 국가들 사이의 明示的 또는 默示的 同意에 의하여 설정된 法的義務의 복합체, 다시 말하면 international law이다.<sup>28)</sup> 國際法の 自然法과의 관계는 국가들이 自然法規定에 강제력을 부여하기로 결정할 때와 같이 매우 밀접할 수도 있고 그렇지 않으면 이전의 평범한 문제가 國際法에서 무효로 되어 지거나 혹은 특별한 형벌이 적용될 때처럼 아주 소원해질 수도 있다. 萬民法는 그로티우스가 「任意法」의 一類型으로 분류하고 그 규정은 다양한 국가들 간의 合意의 結果라고 지적한 것의 의의가 있다. law of nations는 국가들 간의 접촉을 규제할 수 있는 自然法的 權利에 궁극적으로 기초를 둔다 할지라도 law of nations 자체는 국가들 간의 同意에 의

24) *ibid.*, Book I, ch. I, sec. x, par. 5.

25) G. Sabine, *op. cit.*, p. 422.

26) Hugo Grotius, *op. cit.*, Book I, sec. 10 par. 1.

27) Grotius, Book II, ch. 5, sec. 31~32; Book III, ch. 7, sec. 1.

28) 로마의 萬民法(jus gentium), 즉 國家間的 法(the law of nations)의 용어는 Grotius로부터 시작된 현대의 國際法(International law)의 용어의 의미와 相異點이 있다.

해 확립된 實定法 내지 慣習法이며 다수의 그 具體的 規定의 拘束力은 오직 關係國家들의 協約으로부터서만 유래된다.

당뜨레브의 세 가지 特徵(合理主義, 個人主義, 急進主義)을 참고하면 우리는 오캄, 스아레즈, 그리고 그로티우스의 저작에 있어서 自然法의 意味에 변화가 일어나기 시작한 것을 알 수 있다. 오캄과 스아레즈는 둘다 로마 카톨릭 성직자였고 그들의 이론은 형식에 있어서는 합리적인이었지만 내용에 있어서는 神學的인 見解에 가까웠다. 그로티우스는 이 두 사람에게 비하여 가장 近代的인 인물이었는데 神學을 그의 思想에 無關係하다고 생각하는 사람이었다는 意味에서 合理主義者는 아니었다. 그로티우스理論은 중세후기 神學者들의 저작에 의하여 깊은 영향을 받았고 여러 면에서 그들의 저작을 모방하였다. 宗教的으로 분열된 유럽에서 理性 및 自然의 불변적 원리에 대한 호소는 중세카톨릭神學者들에 의한 유사한 그것과는 다른 의미를 가졌음이 사실이다. 그러나 이러한 호소는 그러한 原理와 神(理性 및 自然의 創造者인)과의 관계를 결코 부정한 것은 아니었다.

그로티우스가 호소한 것은 政治理論과 神에 대한 관련성을 거부하는 近代合理主義가 아니라 일종의 自然神學에 대한 것이었다. 國內法과 國際法의 形成에 있어서 동의에 대한 관련이 점차 증대하고 있다는 점을 제외하고 近代初期 理論의 個人主義와 急進主義의 理論에 관하여 보면 이 시기의 思想家들의 방법이나 결론에 있어서 그들의 理論이 초기의 思想과 현저히 다르다는 것을 보여주는 별다른 변화는 없었다. 그 강조 점은 여전히 權利보다는 法에 個人보다는 社會와 人間全體에 있었다. 오캄의 唯名論은 道德的 義務의 해석에 있어서 더 위대한 個人主義의 가능한 根源으로써 인용되어 왔다. 그리고 形而上學에 있어서의 개체화의 원리에 대한 스아레즈의 강조와 그의 政治思想에 있어서의 동의의 중요성 사이에 유사한 연결이 이루어질 수 있었다. 그러나 오캄도 스아레즈도 진정한 個人主義를 발전시키지 않았다. 그로티우스는 奴隸制와 政治的 絕對主義를 自然的正義와 조화되는 것이라 정당화하였다. 홉스의 저술이 나와서야 비로소 진정하게 急進的이고 철저히 個人主義的인 自然法理論이 등장하게 된다.

당뜨레브의 定義에 의하면 후우커를 엄격하게 近代自然法理論家로 분류하기는 어렵다. 그의 「教會政策法」에는 그는 스콜라學者 특히 아퀴나스의 理論에 많은 영향을 받고 있다. 후우커의 理論에도 역시 神으로부터 특수 人間社會에 이르는 등급의 위계적 법칙이 있다. 후우커는 아퀴나스體系의 永遠法, 自然法, 神法, 人定法을 보전하고 있으나 모든 自然的 動因을 포함시켜 自然法의 意味를 확장하였다. 한편 아퀴나스가 自然法으로 불렀던 것을 후우커는 理性法이라 하였다<sup>29)</sup>. 후우커의 접근법에는 아퀴나스의 理論과는 다른 중요점이 있다. 즉 그것은 록크의 저술에 있어서와 같은 앞으로의 자연법의 발전을 위한 근기가 된다. 후우커는 아퀴나스 못지않게 여러 가지 점에서 보다 명확하게 自然法의 첫째 戒命으로서 神의 사랑을 강조하였으며 그 후에 自然法의 둘째 戒命은 이웃의 사랑임을 증명하고자 한다. 그리고 이 법은 우리와 이웃사이에 서로 똑같이 동일한 성질을 지닌 平等의 關係<sup>30)</sup>로부터 도출된다고 한다. 自然的 平等은 기독교시대의 개막 이래로 自然法的 思考에 있어서의 自명한 公理이었다. 그리고 그것은 때때로 共同體의 同意에 관한 一般理論을 얻기 위하여 활용되었다. 후우커는 相互博愛의 任務, 忍耐, 正義를 지지하기 위하여 自然的 平等을 주장하였으며, 그 후 록크는 自然的 평등을 정부에 대한 同意, 理論의 기초로서 후우커의 相互博愛, 忍耐, 正義를 容認하였던 것이다.

후우커가 기술한 同意는 近代民主主義 政治에서 의미하는 同意의 類型이라기보다는 정부의 形成초기에 있어서의 原初的 同意이다. 그가 법에 대한 어떤 종류의 간결하고 영속

29) Hooker, *Laws of Ecclesiastical Polity*.

30) *ibid.*, BK. I, ch.VII, sec.7.



두 가지 사례는 오감적인 主意主義者에 반대하는 논의에서 主知主義의인 神學者들에 의하여 이용되었었다. 그래서 일부의 논평가들이 말했듯이 그로티우스의 주장을 神學으로부터 自然法을 분리시키는 표시라고 주장하기는 어렵다<sup>25)</sup>. 그로티우스는 神에 대한 자신의 믿음을 재확인하였다. 그리고 그로티우스는 自然法을 定義하기를 「合理的 自然法과 일치하기 때문에 自然의 창시자인 神에 의하여 명령되거나 금지되는 것은 아니다」<sup>26)</sup>라고 하였다. 그로티우스는 다음과 같은 의미에서 自然法을 神學者들로부터 분리시켰다. 즉, 그는 歸結되는 理論을 神學的 思辨으로부터 追加를 위해서가 아니라 國際體系의 創造라는 世俗의 目的을 위해 사용하였던 것이다. 그러나 그는 자신의 理論을 神學的 假定에서 독립시켜 발전시키지 않았으며 사실은 스콜라학자들의 自然神學에 의하여 상당한 영향을 받았던 것이다. 그럼에도 불구하고 理性에 의한 自然法의 獨自의 正當化라는 개념이 아주 오래된 것이긴 하지만 이 개념은 카톨릭과 프로테스탄트가 국가관계를 규율하기 위한 기초를 宗教 이외의 영역에서 찾고 있던 시기에 神學的인 것과는 다른 意義를 갖게 되었던 것이다. 그로티우스의 해결책은 서구사회에서 오랫동안 알려졌었던 自然法을 이용하는 것이었는데 유럽의 종교분열 때문에 새로운 중요성을 갖게 되었다. 그로티우스가 自然法原理를 數學의 방정식에 비유한 것은 그가 몇 가지 自명한 眞理로부터 演繹된 체계를 발전시키고자 한 것을 시사한다. 그러나 실제 그의 체계는 연역적인 것만큼 귀납적이었다. 그의 理論의 출발점이 된 근본원리는 人間의 사회적 성격이었고 人間의 社會생활을 위해 준수되지 않으면 안되는 原理들이었다. 이리하여 경험이 입증하는 바에 의해 약속을 지키는 것이 社會생활을 위해 필요하기 때문에 「약속은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)」는 原理가 自然法과 國際法의 한 原則으로 되었다. 또한 社會가 발전함으로써 財産도 역시 필요하게 되었다. 일단 財産의 필요성이 인정되자 그것을 존중해야 할 의무관념은 초기의 理論에서와 같이 自然法에 부가된 조항 혹은 自然法으로부터의 離脫이 아니라 오히려 自然法의 일부로 간주되었다. 그로티우스는 정당한 전쟁을 「自然의 第一原理과 일치하는」 것으로 생각하였고 그는 戰爭遂行權利를 自我防禦의 근본적인 自然法으로부터 도출하였다. 그로티우스는 人民權의 支配者에의 이양에 기초를 두어 政治的 絶對主義를 정당화하였다. 후일 루소에 의하여 비판되었던 한 주장에서 그로티우스는 우월성이 인정된 자에 대한 사람들의 자발적인 항복의 결과로서나 또는 正當한 戰爭에서의 敗北나 犯罪의 결과로서 奴隸制의 自然法的 基礎를 옹호하였다<sup>27)</sup>.

그로티우스의 萬民法의 概念은(스아레즈를 제외한) 先行者들의 개념과는 명백히 다르다. 그로티우스의 해석에 의하면 萬民法는 모든 법체계에 있어서 공통적 요소라는 의미에서 이미 law of nations는 아니나, 그것은 국가들 사이의 法 즉 국가들 사이의 明示的 또는 默示的 同意에 의하여 설정된 法的義務의 복합체, 다시 말하면 international law이다.<sup>28)</sup> 國際法의 自然法과의 관계는 국가들이 自然法規定에 강제력을 부여하기로 결정할 때와 같이 매우 밀접할 수도 있고 그렇지 않으면 이전의 평범한 문제가 國際法에서 무효로 되어 지거나 혹은 특별한 형벌이 적용될 때처럼 아주 소원해질 수도 있다. 萬民法은 그로티우스가 「任意法」의 一類型으로 분류하고 그 규정은 다양한 국가들 간의 合意의 結果라고 지적한 것의 의의가 있다. law of nations는 국가들 간의 접촉을 규제할 수 있는 自然法的 權利에 궁극적으로 기초를 둔다 할지라도 law of nations 자체는 국가들 간의 同意에 의

24) *ibid.*, Book I, ch. I, sec. x, par. 5.

25) G. Sabine, *op. cit.*, p. 422.

26) Hugo Grotius, *op. cit.*, Book I, sec. 10 par. 1

27) Grotius, Book II, ch. 5, sec. 31~32; Book III, ch. 7, sec. 1.

28) 로마의 萬民法(jus gentium), 즉 國家間的 法(the law of nations)의 용어는 Grotius로부터 시작된 현대의 國際法(International law)의 용어의 의미와 相異點이 있다.

해 확립된 實定法 내지 慣習法이며 다수의 그 具體的 規定의 拘束力은 오직 關係國家들의 協約으로부터서만 유래된다.

당뜨레브의 세 가지 特徵(合理主義, 個人主義, 急進主義)을 참고하면 우리는 오캄, 스아레즈, 그리고 그로티우스의 저작에 있어서 自然法의 意味에 변화가 일어나기 시작한 것을 알 수 있다. 오캄과 스아레즈는 둘다 로마 카톨릭 성직자였고 그들의 이론은 형식에 있어서는 合理的이었지만 내용에 있어서는 神學的인 見解에 가까웠다. 그로티우스는 이 두 사람에게 비하여 가장 近代的인 인물이었는데 神學을 그의 思想에 無關係하다고 생각하는 사람이었다는 意味에서 合理主義者는 아니었다. 그로티우스理論은 중세후기 神學者들의 저작에 의하여 깊은 영향을 받았고 여러 면에서 그들의 저작을 모방하였다. 宗教的으로 분열된 유럽에서 理性 및 自然의 불변적 원리에 대한 호소는 중세카톨릭 神學者들에 의한 유사한 그것과는 다른 의미를 가졌음이 사실이다. 그러나 이러한 호소는 그러한 原理와 神(理性 및 自然의 創造者인)과의 관계를 결코 부정한 것은 아니었다.

그로티우스가 호소한 것은 政治理論과 神에 대한 관련성을 거부하는 近代合理主義가 아니라 인종의 自然神學에 대한 것이었다. 國內法과 國際法의 형성에 있어서 동의에 대한 관련이 점차 증대하고 있다는 짐을 제외하고 近代初期 理論의 個人主義와 急進主義의 理論에 관하여 보면 이 시기의 思想家들의 방법이나 결론에 있어서 그들의 理論이 초기의 思想과 현저히 다르다는 것을 보여주는 별다른 변화는 없었다. 그 강조 점은 여전히 權利보다는 法에 個人보다는 社會와 人間全體에 있었다. 오캄의 唯名論은 道德的 義務의 해석에 있어서 더 위대한 個人主義의 가능한 頂點으로써 인용되어 왔다. 그리고 形而上學에 있어서의 개체화의 원리에 대한 스아레즈의 강조와 그의 政治思想에 있어서의 동의의 중요성 사이에 유사한 연결이 이루어질 수 있었다. 그러나 오캄도 스아레즈도 진정한 個人主義를 발전시키지 않았다. 그로티우스는 奴隸制와 政治的 絕對主義를 自然的正義와 조화되는 것이라 정당화하였다. 휴스의 저술이 나와서야 비로소 진정하게 急進的이고 철저히 個人主義的인 自然法理論이 등장하게 된다.

당뜨레브의 定義에 의하면 후우커를 엄격하게 近代自然法理論家로 분류하기는 어렵다. 그의 「教會政策法」에는 그는 스콜라學者 특히 아퀴나스의 理論에 많은 영향을 받고 있다. 후우커의 理論에도 역시 神으로부터 특수 人間社會에 이르는 등급의 위계적 범칙이 있다. 후우커는 아퀴나스體系의 永遠法, 自然法, 神法, 人定法을 보전하고 있으나 모든 自然的 動因을 포함시켜 自然法의 意味를 확장하였다. 한편 아퀴나스가 自然法으로 불렀던 것을 후우커는 理性法이라 하였다<sup>29)</sup>. 후우커의 접근법에는 아퀴나스의 理論과는 다른 중요한 점이 있다. 즉 그것은 목크의 저술에 있어서와 같은 앞으로의 자연법의 발전을 위한 근기가 된다. 후우커는 아퀴나스 못지않게 여러 가지 점에서 보다 명확하게 自然法의 첫째 戒命으로서 神의 사랑을 강조하였으며 그 후에 自然法의 둘째 戒命은 이웃의 사랑임을 증명하고자 한다. 그리고 이 法은 우리와 이웃사이에 서로 똑같이 동일한 성질을 지닌 平等의 關係<sup>30)</sup>로부터 도출된다고 한다. 自然的 平等은 기독교시대의 개막 이래로 自然法的 思考에 있어서의 自명한 公理이었다. 그리고 그것은 때때로 共同體的 同意에 관한 一般理論을 얻기 위하여 활용되었다. 후우커는 相互博愛의 任務, 忍耐, 正義를 지지하기 위하여 自然的 平等을 주장하였으며, 그 후 룩크는 自然的 평등을 정부에 대한 同意, 理論의 기초로서 후우커의 相互博愛, 忍耐, 正義를 容認하였던 것이다.

후우커가 기술한 同意는 近代民主主義 政治에서 의미하는 同意의 類型이라기보다는 정부의 형성초기에 있어서의 原初的 同意이다. 그가 法에 대한 어떤 종류의 간결하고 영속

29) Hooker, *Laws of Ecclesiastical Polity*.

30) *ibid.*, BK. I, ch.VII, sec.7.

적인 同意를 받고 있다는 것은 사실이다(公共의 승인이 없는 法은 존재할 수 없기 때문이다)<sup>31)</sup>. 그러나 法과 政府에 대한 同意를 전체로서의 공동체가 철회한다는 의사표시가 없는 限 모든 구성원은 계속적으로 복종의 의무가 있는 것이다. 그래서 同意는 個人的이라기보다는 도리어 단체적이고 혁명은 가능하기는 하나 별로 성공할 것 같지 않고 정부구성 이전의 族父長社會로부터의 변천은 의식적인 합리적 결정에 의해서라기 보다는 점진적인 과정에 의해서 이루어진다. 후우커의 自然法理論은 결국 의도에 있어서나 결과에 있어서나 保守的인 것이다.

個人主義, 合理主義, 急進主義의 기준을 통해서 보면 우리들은 후우커를 近代自然法 理論家로 분류하기가 어렵다는 것을 알게 된다. 그의 同意와 平等理論은 個人的이라기보다는 共同體的인 의미를 가진다. 그의 이론은 현존하는 제도에 있어서의 급격한 변화를 인정하지 않는다. 그것은 식집적으로 神에게 관계되며 후우커가 自然法的인 것으로 간주하는 대다수의 것은 聖書로부터 유래한다. 그의 自然法의 原理는 新約聖書에서 그리스도에 의하여 언급된 위대한 戒命이 변화된 것이며 人間性을 기초로 한 國際法도 그리스도의 啓示에 의존한다는 것이다. 후우커와 아퀴나스가 공유하였던 신앙은 이성에 모순되지 않으며 다만 그것을 완성한다는 이론적 전제는 후우커로 하여금 아퀴나스보다도 더 성서를 자연법의 안내자로 이용하게 하고 자연논리와 자연신학이 신약성서와 구약성서에 포함된 결론에 이르게 해줄 것이라고 확신케 하였다. 후우커의 자연법은 이성의 법이며 동의, 평등 그리고 정부 이전의 상태에 관한 그의 견해는 그 이전의 사상가들의 그것보다는 확실히 발전된 것이었다. 록크에 이르러 이 이론들은 모든 근대자연법사상 중의 가장 중요하고 영향력 있는 것으로 정교하게 다듬어진다. 그것은 록크의 「政府二論」의 주요내용을 이루고 있다. 自然法思想이 古典的 및 中世的 傳統으로부터 탈피하여 急進的이고 個人主義的인 것으로 진화하게 되는 것은 홉스의 「리마이어던」에 있어서이다. 홉스의 주장은 결코 自然法理論으로 볼 수 없다고 부인하는 사람이 있을 만큼 현저한 차이가 있다.

첫째의 중요한 차이점은 홉스가 自然權과 自然法을 분리하는 점이다. 이 구별은 로마법의 權利(jus)와 法(lex)의 二分法이라 불리우는 것이다. 그러나 로마법에 있어서의 구별이 法 및 權利의 一般的 體系와 그 가운데 내포된 특수한 法的 權利間에 행하여졌던 것인데 반하여 홉스는 自然權(자신의 생명을 보호하기 위하여 어떤 일이라도 할 수 있는 權利)과 自然法(자기보존의 최상의 수단이 되는 이성의 制度的 및 假定的 法則)을 대조시키고 있다. 自然權에 의하여 인간은 社會와 政府以前의 自然狀態에서 자신을 보존하는데 필요하다고 생각하는데 따라서 무제한의 자유를 행사할 수 있는 權利를 가진다. 自然法은 보다는 安全과 보호를 위하여 인간의 自然的 自由를 제한함으로써, 자연상태의 「萬人의 萬人에 대한 鬪爭」(The war of all against all)을 종식시킬 방법을 강구토록 명한다.

홉스는 두 개의 假定으로서 그의 分析을 시작한다. ①自然狀態의 존재, 즉 組織社會, 政府가 존재하지 않는 상태 ②인간에 있어서의 단순한 욕망의 지배, 즉 자기 존재의 本能의 支配(이것은 유사한 욕망을 가지고 서로 죽일 수도 있는 물리적으로 동등한 능력을 가진 사람들로 하여금 경쟁상태에 놓이게 하는 것이다) 홉스에 있어서는 이러한 상황에 대한 구제책은 모든 시민들이 平和를 유지하기 위하여 자신의 自然的 自由를 군주에게 양도할 것을 동의한 社會契約을 통하여 군주에게 절대적으로 복종하는 것이다. 이러한 복종에 대한 유일한 한계는 군주가 시민의 생명을 위협할 수는 없다는 것이다. 왜냐하면 생명의 보존이야말로 原始的 同意, 즉 계약을 체결하게 된 이유이기 때문이다. 홉스의 自然權(그 자신에 적절하기만 하면 어떠한 방법으로서도 스스로를 보호하는 自由)은 정부에 대한 복종 이전에 인간이 가졌던 自由이었다. 홉스는 안정된 사회적, 정치적 질서를 만들기 위한 적

31) *ibid.*, BK. I, X, 8.

절한 수단에 제도적으로 관련된 것으로서 승인될 수 있는 의무를 自然法이라 불렀던 것이다<sup>32)</sup>. 그러나 그가 인정하고 있는 바와 같이 소위 그의 自然法은 결코 법이 아니고 단 一般原理 즉 生存을 위한 規則(일련의 조건 특히 모든 다른 사람도 동일한 규칙을 준수한다는 조건이 충족될 경우에 있어서만 효력이 있는)이었다. 그것이 법이 아닌 理由는 법이 저항할 수 없는 강제력의 뒷받침 없이는 어떠한 法도 法으로 될 수 없다는 것이었기 때문이다. (즉 짐 없는 서약은 단지 말뿐인 것이다) 오직 시민사회에 있어서만 복종의 의무에 대한 상호간의 인정과 군주에 의한 강제력의 확실성이 존재하는 것이었다.

그러나 홉스는 自然法을 어떠한 것도 징당한 명령에 의하여 행해지는 것이라면 마땅히 법이라 불리어지는 神의 말씀으로 전하여지는 바와 같은 一般原理라고 말하고 있다. 홉스에 관한 근래의 많은 저술들은 그의 自然法思想이 이 구절의 의미로 미루어 보아 신중한 金言 이상의 것이라고 論하고 있다. 그것은 전통적인 의미에 있어서의 自然法이다<sup>33)</sup>. 그들은 法에 대한 홉스의 定義를 인용하여 홉스가 神은 來世에서 필요한 심판을 내리시어 自然法의 規定을 집행하실 것이라는 것을 생각하고 있다고 주장한다<sup>34)</sup>. 홉스 자신의 定義에 의하면 人間이 이러한 사실을 인정한다면 人間은 道德的 任務를 단지 자신의 이익을 계산해서가 아니라 君主에 대한 복종의 기초로서 생각한 것이다. 비록 이런 방법 외에 自然法을 준수케하는 필요한 조건이 존재하지 않는다 하더라도 自然法은 그 의도에 있어서 항상 拘束的이다<sup>35)</sup> 라고 하는 홉스의 주장을 우리가 설명할 수 있다고 홉스에 관한 저술은 주장하고 있다.

어떤 理論家들은 홉스는 인간은 누구라도 理性에 의하여 第一原理인 神의 認識에 도달할 수 있다고 믿고 있을지라도 神의 攝理를 인식할 수 있는 많은 인간과 마찬가지로 「神이 지구를 지배하고 人間에게 교훈과 보상과 벌을 주신다」<sup>36)</sup>는 것을 믿고 있는데 불과하다는 짐을 지적하여 홉스에 대하여 앞에서 시술한 바의 해석을 비판한다. 그래서 法體系와 마찬가지로 이 理論은 神은 自然法을 의무적으로 지키게 하기 위하여 그것을 강요하는 者로 인식되어야 한다는 요구와 이러한 인식은 죽음에 대한 공포와 마찬가지로 모든 人間에게 직접적으로 自明하지 않다는 것을 인정하지 않을 수 없는 사실과의 사이에는 論理的인 비약이 생긴다<sup>37)</sup>.

이 비판이 옳다면 自然法은 그 의미에 있어서 홉스의 思想과 그 이전의 論理家들의 경우에 있어서 서로 다르다고 할 것이다. 그러나 여기에 있어서 自然法은 단순한 이기적 계산 이상의 것을 함축적으로 의미하고 있는 것이다. 自然法은 적절한 환경이 주어지기만 한다면 충동의 억제를 요구하는 동시에 여러 가지 점에서 道德的 原理에 맞게끔 행동하게 하는 一般的 規則의 준수를 요구한다. 홉스가 자연에서 도출한 原理는 「자신을 보호하라」는 것으로부터 시작한다. 그러나 그는 그 의미를 만일 가능하다면 모두가 스스로를 보호하는 것을 허용하는 평화로운 社會秩序를 존중함으로써 「자신을 보호하라」는 것으로 확대시킨다. 단기적으로는 自己保存에 관련된 것으로 보이는 어떤 행위는 평화로운 社會秩序가 확립된 후에는 배제된다. 일단 국가가 설립되면 질서를 유지하는 군주에 복종할 道德的 義務가 생긴다. 이러한 의무는 동의로부터 유래되는 것이지만 실제는 그것은 충동 혹은 직접적인 私利에 근거하는 행위를 넘어선 개인의 장기적인 이익과 일치하는 공동체의 이익을 선택한다는 것을 의미하는 것이라고 홉스는 말한다. 이러한 선택은 신중한 사

32) Thomas Hobbes, edited by Nelle Fuller, *Leviathan*, ch.15.

33) A.E.Taylor, "The Ethical Doctrine of Hobbes," in K.C. Brown, ed., *Hobbes Studies*.

34) *ibid.*

35) *Leviathan*, ch. 15.

36) *ibid.*, ch.31.

37) Taylor, *op.cit.*

려를 뜻하는 것이지만 그것은 보편성의 요소 즉 道德的 行爲를 특징지우는 特殊를 넘어선 一般性的의 의식적 선택을 내포하고 있다<sup>38)</sup>. 단기적인 自利를 선택하거나 혹은 자살 및 어떤 信條를 위하여 죽는 비합리적 행위를 범하는 사람은 非理性的이거나 不健全한 것으로 간주된다. 왜냐하면 그들은 황사를 피하려는 人間의 보편적이고 불변적인 욕망으로부터 유래하는 합리적이고 자연적이며 도덕적인 準則을 범했기 때문이다. 合理的 行爲에 의한 自己保存은 홉스의 체계에 있어서는 결코 그와 같은 방식으로 표현은 하고 있지 않는데도 불구하고 유일한 自然法이다. 그것은 홉스가 法을 不可抗力的인 힘에 의한 命命이라는 의미에 있어서의 法이 아니고 그것은 모든 인간이 애써 달성하려는 즉 人間性에 있어서의 심리적인 항구성이며 정치적 의무의 근원이었다. 그러므로 그의 기초용어들을 再定義하여 보면 홉스는 그의 체계 내의 神의 역할을 인정하고 있기 때문이 아니라 그가 人間性的의 속성으로부터 普遍的, 道德的 原理를 도출하고 있기 때문에 그는 自然法論家로 간주될 수 있는 것이다.

그러나 이것은 아주 다른 類型의 自然法이다. 홉스 이전의 自然法理論이 多元的이었는데 반하여 홉스의 이론은 一元的이다. 홉스 이전의 理論이 宇宙와 社會에 있어서의 自然的 秩序를 주장하고 있는데 대하여 그는 人間行爲와 욕망에 의한 투쟁의 불가피성을 주장하고 人間 스스로의 창안에 의하여 질서를 부가할 필요성을 논한다. 그에 앞선 理論家들이 가치의 위계를 가정하고 있었는데 반하여 홉스는 人間이 모든 생명체들과 공유하고 있는 自己保存이라는 단인의 목표만을 주장한다. 그 이전의 전통이 원자의 自然的 우월성이거나 혹은 평등한 대우에 대한 道德的 要求를 옹호한데 반하여 홉스는 서로서로가 죽일 수 있는 능력과 죽음의 일반적인 공포에 있어서의 평등을 주장한다. 단체적 집단의 의미에서 사회와 정치를 보는 종래의 理論과는 대조적으로 홉스는 個人으로부터 출발해서 社會를 個人의 集合體로 본다. 홉스의 견해는 영국과 서구대륙에 주의를 환기시켜 自然法에 관한 그후의 理論家들은 홉스의 견해를 고려하지 않을 수 없었다. 1616년 하이델베르크에서 國際法과 自然法강좌가 개설되었을 때 스웨덴에서 그 분제에 관해서 강의를 하고 있던 푸펜도르프는 이 論題에 관한 강의와 저술을 요청 받았다. 1672년 그는 「自然法과 國際法에 관하여」<sup>39)</sup>(De Jure Naturae et Gentium)를 공개하였는데 그것은 그로티우스의 관념을 비판적으로 概說하고 이를 부분적으로는 홉스의 概念과 결합시키고 있다. 푸펜도르프는 홉스의 自然權을 거부하였고 人間은 自然狀態에서 合理的이며 道德的이라고 결론짓고 있다.

국가로부터 분리되어 있는 경우라 할 지라도 人間의 自然狀態는 전쟁의 상태가 아니라 평화의 상내이다. 따라서 自然的 原理를 경시하거나 남용해서 생겨난 주권 결과를 自然狀態로 보는 것은 대단한 잘못이다<sup>40)</sup>. 아리스토텔레스 및 그로티우스와도 같이 푸펜도르프는 人間의 社會的 結合의 本性 그리고 自我完成을 위한 社會的 援助의 必要性을 認定하고 있다. 그러나 그도 역시 정부에 대한 분석의 기초를 自然狀態에 있어서의 평등한 個人들의 自由同意에 의한 가정적인 契約<sup>41)</sup>에 求하였고<sup>42)</sup> 人間을 항상 저주하고 성급하고 쉽게 짜증낼 뿐만 아니라 손해 입히기를 좋아하는 것으로 묘사하면서, 自然法의 가장 근본적인 原理로서 自愛를 논하고 있다<sup>43)</sup>. 푸펜도르프는 홉스적인 것과 그로티우스적인 人間觀의 모순을 인간성에 내재하는 두개의 自然的性向(自愛와 社會性)의 존재를 가정함으로써 해결하였다. 自愛는 社會性보다 강한 것이나 인간은 스스로를 사랑하면 할수록 他人을 더욱

38) ibid.

39) English translation by W.A.Oldfather(Oxford,1934).

40) Samuel Pufendorf, On the Law of Nature and Nations, BK. II, ch. 2, sec. 9.

41) ibid., BK. II, ch. 3, 15.

42) ibid., BK. VII, ch. 2, 6-8.

43) ibid., BK. II, ch. 3, 15.

더 사랑하도록 노력하게 된다는 것을 인정하는 것이다. 왜냐하면 어떠한 인간도 자신이 알고 있는 저주스럽고 배은망덕하고 非人間的인 人間을 위하여 幸福을 증대시키고자 自發적으로 노력한다고는 볼 수 없기 때문이다<sup>44)</sup>. 푸펜도르프의 저술에는 홉스의 인간성에 대한 厭世主義와 個人主義가 과거의 전통적인 인간의 合理性과 社會성에 대한 信念과 結合되어 있다. 그의 저술이 공개된 이후 1세기 동안 그의 이론은 自然法에 대한 가장 잘 알려진 體系的 論文의 하나였다. 그것은 영어, 불어로 번역되고 록크에 의하여 인용되어 루소에 의하여 비판되고 미국의 혁명가들에 의하여 인용되었다. 그러나 18세기중엽 이후 푸펜도르프의 영향은 급격하게 줄어들었으나 그의 讀者 中의 한 사람인 록크의 영향으로 오늘에 이르기까지 自然法에 대한 關心과 論爭은 지속되고 있다.

自然法에 가장 영향력 있는 저술로 알려져 있는 것은 록크의 「政府二論」이다. 록크는 후우키의 영향을 인정하고 있으며 푸펜도르프로부터 많은 것을 借用하고 있다. 그러나 그는 홉스로부터는 아무런 영향도 받지 않았다고 말하고 있다<sup>45)</sup>. 록크에 대한 홉스의 영향의 범위는 상당한 논쟁의 대상이 되어 왔다. 그 논쟁 중에는 검토해 볼만 가치가 있는 것도 있다. 몇번이나 록크는 홉스의 저술을 물렸다고 주장하지만 후세의 록크에 관한 연구 중에는 록크의 理論 가운데는 홉스자신에 있어서보다도 오히려 더 많은 홉스적인 요소가 있다는 것을 지적하고 있다. 예컨대 슈트라우스의 「Natural Right and History」와 콕스의 「Locke on War and Peace」가 그것이다. 여기서 록크는 自然法에 관한 홉스의 견해를 채택하고 있으면서도 후우키에 대하여 빈번히 언급함으로써 그의 理論을 교묘하게 위장하고 있는 것이라고 비판되고 있다.

첫째로 홉스의 저술이 록크의 직접적인 지식이 되었다는 증명은 결정적인 것은 아니다. 그는 「리바이어던」의 복사판을 가지고 있었으나 1674년에 그것을 빌려주어 1691년까지 되돌려 받지 못했다. 「政府二論」은 1679년과 1681년 사이에 쓰여졌고 1689년에 조금 수정하여 출판하였다. 둘째로 1664년 이전에 쓰여졌던 에세이에서는 록크는 홉스의 견해와 동떨어진 自然法에 대한 진동주의적인 견해를 취하고 있었다. 人間은 본래 社會的이며 감각적 경험의 증명을 기반으로 理性을 사용하여 自然法的 原理의 認識에 도달할 수 있었던 것이다. 神의 意思是 自然法의 規則에 복종케 하는 형식적인 의무의 원인이지마는 그 실질적 내용은 自然에 있어서의 合理的 關係<sup>46)</sup>와 事物의 外的인 秩序<sup>47)</sup>로부터 비롯된다. 自然法에 대한 복종은 좋은 결과를 가져오지만 效用은 道德의 源泉일 수 없다. 왜냐하면 道德이 利己와 同一視된다면 無政府狀態가 일어나기 때문이다.

슈트라우스는 人間의 合意는 自然法이 지시하는 내용이 아니라는 록크의 관점에 입각하여 에세이 출판 이후의 록크의 理論을 옹호하였다. 즉 슈트라우스에 있어서는 이는 自然法的 證明으로서 普遍的 同意를 인용하였던 古典的 中世的 傳統을 록크가 파괴하였다는 것을 의미한다<sup>48)</sup>. 그러나 古代와 中世의 自然法學者들은 최소한 하나의 制度, 노예제가 보편적으로 적용되고 있었으나 항상 그것이 自然에 위배되는 것이라고 생각했던 것이다. 후우키는 당시의 慣行과 自然法的 理想的 基準과의 不一致에 주목하여 그것을 原罪에 돌리고 있다<sup>49)</sup>. 록크는 그 論理的 前提로서 이러한 宗教的 說明을 이용하지 않았다. 그러나 그는 광범한 지역과 특이한 역사를 통하여 道德的 基準의 多樣성을 명백히 의식하고 있었다. 그럼에도 불구하고 그러한 사실은 自然法이 經驗의 合理的 分析을 근거로 한 理性에

44) *ibid.*, BK. II, ch.3, 17.

45) Locke는 Hooker의 주장에서 section 5, 15, 60, 61, 74, 90, 94, 111, 134, 135, 136, 139, 148.

46) John Locke, *Essays on the Law of Nature*, I, IV.

47) *ibid.*, VII.

48) Leo-Strauss, *What is Political Philosophy*, (N.Y., 1959), ch.9.

49) Hooker, *op. cit.*, BK. I, VI, II.

의하여 認知될 수 있다는 그의 基本理論에는 아무런 영향도 미치지 않았다. 「政府二論」은 전통적인 自然法理論으로부터 출발하나 중심부에 가서는 自然狀態와 社會契約을 다루고 있다. 그리고 그는 自然權의 보호에 의존하는 契約의 하나로 政府形成을 同意한다.

후우커와는 대조적으로 록크는 革命을 하늘에 대한 호소라 하여 이를 정당화하고 있다. 이때 혁명은 自然權의 自衛行爲를 의미하나 정부에 대한 반역의 결정은 개인이 明示的으로 同意한 경우에는 개인이 어쩔 수 없이 同意해야만 하는 多數에 의하여 결정되어진다는 것을 주목해야만 한다<sup>50)</sup>. 물론 록크는 자신이 말하는 多數는 그 자체로서 압도적일 수 없다고 前提한다. 왜냐하면 多數者란 개인의 諸權利 특히 財產權을 조심성 있게 수호하는 健全한 中産層의 財產所有者로서 구성되어 있기 때문이다. 自然狀態는 홉스의 萬人에 의한 萬人의 鬪爭狀態가 아니다. 그것은 自然法의 相互義務가 인정되는 平和, 善意, 相互扶助, 保護의 狀態이다<sup>51)</sup>. 그것은 홉스에 있어서와 같은 물리적 힘에 의해서가 아니라 자연을 기초로 한 政治的 權威에 있어서 平等의 狀態이고 이러한 自然은 아무런 從屬이나 服從도 없이 自然의 혜택을 동일하게 이용하며 동등한 능력을 구사하도록 차별없이 태어난, 동일한 種과 동일한 身分에 속하는 인간으로써 구성된다<sup>52)</sup>.

록크가 自然的 自由를 강조하는 것은 自然法 사상에 있어서의 변화를 대표하는 것이다. 個人은 自然狀態에서 自然的 自由를 所有하였다. 個人이 市民社會를 形成하여 政府에 복종한다는 것은 自然法을 집행하는 自由의 일부를 위임하는 것을 의미한다. 그러나 그러한 정부의 목적은 個人의 自然權을 보장함으로써 個人의 自由를 보다 完全하게 하려는 것이었다. 그로티우스나 푸펜도르프가 평했던 바와 같이 社會契約이란 자신을 絶對政府에 복종케하거나 스스로를 노예화하자는 것이 아니다. 록크에 따르면 人間의 自然的 自由는 홉스의 주장에서와 같이 단순한 自然狀態의 사항이 아니고 道德的 權利이었다. 「모든 人間은 어떤 者도 자신에 대하여 權力을 행사할 수 없는 自由의 權利를 가지고 태어난다.」<sup>53)</sup>

록크의 「人間悟性論」은 그의 自然法理論에 관련된 몇 개의 문제를 제기하였다<sup>54)</sup>. 이 論文에서 가장 잘 알려져 있는 生得觀念에 대한 록크의 견해는 自然法을 거부하는 의미로 해석될 수도 있다. 그러나 그의 비판을 세밀히 검토해 보면 그렇지 않다는 것을 알 수 있다. 록크는 道德觀念이 生得的인 것은 아니라 하더라도 理性的인 人間은 道德觀念에 도달할 수 있는 것이라고 생각하였고 그가 生得的 道德觀念을 공격하였던 곳에서도 自然法에 관한 자신의 信念을 재확인하고 있다. 「生得的인 本性和 自然法則과의 사이에는 커다란 차이가 있다. 날 때부터 우리의 마음에 새겨져 있는 것과 우리가 無知하기 때문에 우리의 自然的 能力을 적절히 이용하고 적용함으로써 知識을 획득할 수 있다는 것과는 너무나 다르다.」<sup>55)</sup>

록크는 일반 사람들이 自然法을 認知할 수 있을 것인지 혹은 認知하게 될 것인지에 대해서는 확신할 수가 없었으나 그는 일찍이 論文 「自然法에 관하여」에서 이 문제에 대하여 비판론을 가지고 있었던 것이다. 사실 道德에 대하여 보다 확고한 보장이 필요하다는 것은 1695년의 「기독교의 합리성」의 요지 중의 하나였다. 그러나 이러한 점을 감안해서라도 록크는 自然法의 存在를 認定하고 있었던 것이라 할 것이다<sup>56)</sup>. 보다 어려운 문제는 그가

50) John Locke, Two Treatises of Government, sec.93,121.

51) Locke, op. cit., sec.19.

52) ibid., sec.4.

53) ibid., sec.190.

54) Peter Laslett, ed., John Locke, Two Treatises of Government, 2nd edition(Cambridge, 1967), pp.79~84.

55) John Locke, Essay Concerning Human Understanding, Book I, ch.2. sec.13.(p.78, in A.C. Fraser edition, Oxford, 1894)

道德的 善과 惡을 다만 快樂과 苦痛 혹은 우리들에게 快樂과 苦痛을 招來하는 것으로만 기술하고 있는 것이다<sup>57)</sup>. 이것은 自然에 내재한 영원한 道德法則에 대한 信念과는 달리 마치 快樂主義의 倫理를 주장하는 것처럼 보인다. 또한 이 章에서 록크는 神法을 「啓示의 목소리」에 의하여 공포된 것과 自然의 빛에 의하여 개진되는 것으로 나눈다<sup>58)</sup>. 自然法에 따르는 自然的 制裁의 개념은 이 문제를 해결하는데 도움이 될 것이다. 종래의 학자들은 항상 自然法을 준수하면 사물의 自然過程으로서 좋은 결과가 나타날 것이고, 그것을 위반하면 그 반대의 결과가 초래될 것이라 믿어 왔다. 이와 같은 信念은 록크도 그의 論文 「自然法에 관하여」에서 논하고 있다<sup>59)</sup>. 그렇게 보면 快樂과 苦痛은 自然法에 내재하는 自然的 制裁이다. 自然의 制裁는 대개의 人間이 自然法을 신중하게 검토하지는 않을지라도 그들로 하여금 기기에 복종하도록 하는 원인이다. 그러나 그것은 행위 자체의 道德的 善과 惡의 理由가 되는 것은 아니다. 後者は 행위의 결과라기보다는 人間の 본래적인 성품에서 비롯되는 것이기 때문이다<sup>60)</sup>.

록크의 快樂과 苦痛에 관한 論述이 後日 功利主義理論에 많은 영향을 끼쳤지만 그러나 그것은 록크가 功利主義者이라는 것을 의미하지는 않는다 그의 견해는 그의 一生을 통하여 主題에 따라 多樣한 변화를 겪었으나 自然法이 존재하며, 그것을 잠재적으로는 인지할 수 있다는 후반기를 통하여 록크는 合理的으로 認識될 수 있는 眞理와 神에 의하여 이루어진 快樂主義의 體系는 완전히 병존하는 것이라고 주장하였다<sup>61)</sup>.

17세기의 思想家들에 있어서 自然法은 神의 意思에 의존하는 宇宙的 秩序와 自然에 내재하는 合理性이 個人的 權利保障과 政治的 平等의 근거로 이전되었던 것이다. 이제야 秩序井然한 宇宙보다는 理性的 個人이 理論의 출발점으로 되었다. 낡은 위계적 질서는 사라졌으며 前段階의 모든 가장 不平等한 社會에 있어서의 神의 意思와 宇宙的 秩序를 반영하는 既存秩序는 自主적이고 理性的이며 平等한 個人에 의한 社會改造의 可能性이 있다는 認識에 의하여 새로운 도전을 받게 되었다. 이러한 觀念이 一般的으로 승인되었던 18세기는 동시에 自然法의 原理가 비판되고 그 正當性에 대한 信念이 쇠퇴되기 시작하였던 시대이기도 하였던 것이다.

## 五. 이데올로기로서의 自然法과 福祉國家論의 展開

푸펜도르프에서 토마지우스에의 과정에 있어서 自然法學的 思惟方法에 하나의 전환기가 있는 것을 볼 수가 있다. 그것은 말하자면 因果論的 自然法論으로부터 幸福論的 自然法論에의 전환이며 후자는 특히 目的論的 自然法論에의 발단이었다. 그로티우스 이래 푸펜도르프에 이르기까지는 人間本性에서 출발하여 거기로부터 自然主義의 因果論的 必然性에 따라서 自然法論이 전개되었다. 自然法은 人間本性으로부터의 因果論的으로 必然的인 歸結이었다. 그런데 토마지우스에 있어서는 人間本性의 연구에서 출발하면서도 幸福이 人間生活의 궁극적 목적이었고 또한 自然法의 궁극적 임무라는 데서 自然法論은 幸福論的으로

56) John Locke, *The Reasonableness of Christianity*, sec.242-243 ( Gateway, edition, Chicago, 1965 ), pp.174-176.

57) *Essay*, II,28,5; II,20,2,& II,21,42.

58) *ibid.*, sec. 8.

59) *Essay*, VI, VII.

60) R.Singh, "John Locke and the Theory of National Law", *Political Studies*, vol.IX, No.2 (June, 1961), pp.105-18.

61) John Dunn, *The Political Thought of John Locke*, (Cambridge, 1969), p.193.



전개되어 目的論的 性格을 갖게 되었다. 토마지우스에 있어서의 이와 같은 自然法論의 幸福論的 傾向에의 전환에는 그의 동학친구인 라이프니츠의 영향이 있었다고 생각되지만 라이프니츠는 대표적인 幸福論者이고 그의 幸福論的 立場으로부터 福祉國家論을 전개하였다. 그것이 특히 볼프에 의하여 발전되어 확립됨과 동시에 계몽적 절대주의와 결합하여 啓蒙的 絕對主義國家의 이데올로기로서 18세기의 독일을 지배하게 되었다.

絕對主義國家觀은 이미 그로티우스의 國家主權說에 있어서 萌芽的으로 볼 수 있었던 것이었지만 흄스에 있어서 그 극단적인 전개는 말할 것도 없고 그 후의 푸펜도르프와 토마지우스에 있어서도 인관하여 전개 되었다. 즉 이들에게서 그 특성이 한층 더 명확히 되었던 것이다. 푸펜도르프는 國家는 教會에 의해서 제약되어지는 것이 아니고 오히려 教會가 國家에 從屬해야만 하는 것이고 또 한편으로는, 그는 國家權力의 機能의 立法權, 刑罰權, 裁判權, 外交權, 徵稅權 等으로의 分立을 認定하는 반면 그러나 그의 완전한 分立은 國家의 統一을 위태롭게 하기 때문에 그것들이 唯一-最高의 權力에 統一되지 않으면 안된다고 주장하였다. 푸펜도르프에 있어서 統一的 國家權力의 絕對化에의 경향은 흄스에 있어서만큼이나 철저한 것은 아니었지만 그것은 흄스에 있어서는 國家權力에 대한 自然法의 制約이 없었던 것에 대해서 푸펜도르프에 있어서는 그 자체로서의 絕對的인 國家權力도 그 행사에 있어서는 自然法의 制約에 굴복하지 않으면 안된다는 것이다.

푸펜도르프를 계승하여 토마지우스도 國家權力의 絕對化에 기여한 바가 있다. 토마지우스는 전통적인 모든 것에 반항하였지만 특히 教會의 世俗的 支配權에 대한 공격은 그 반면에 있어서 君主의 권력의 擁護論이고 強化論이기도 하였다. 그 뿐만 아니라 그는 啓蒙的 君主였던 빌헬름1세의 信賴下에서 法典起草의 위촉을 받기도 하였다. 그는 모든 傳統的 權威에 대하여 극렬하게 반항하였지만 君主의 權威를 유일한 例外로 함으로써 그것을 強化高揚하는데 크게 기여하였다. 생각컨대 君主의 權力의 絕對的 確立을 위해서는 그것의 統一化와 함께 모든 傳統的 權威의 制約을 배제하는 것이 필요하였기 때문이었을 것이다.

啓蒙的 絕對君主와의 結合은 라이프니츠와 볼프에 있어서 한층 더 긴밀하였고 특히 18세기로부터 19세기초에 걸쳐서 프로시아 및 오스트리아에 있어서의 立法事業은 볼프와 그리고 그의 후계자들에 의하여 지도되었다. 自然法은 푸펜도르프 이래 독일에 뿌리를 내리게 되었지만 라이프니츠와 볼프에 이르러서 福祉國家論의 근거로 됨과 동시에 絕對主義國家의 이데올로기로서의 性格을 명확하게 나타내게 되었다. 많은 적든 간에 모든 지역에 있어서도 自然法이 近代의 絕對主義國家權力의 確立에 기여한 것은 명확하지만 특히 그것은 독일에 있어서 가장 현저하였으며 그와 같은 自然法의 역할을 독일에 있어서 결정적으로 한 것은 라이프니츠 및 볼프였다. 自然法은 독일에 있어서 라이프니츠와 볼프를 통해서 絕對主義國家權力의 確立을 위해서 정말 현실적인 역할을 다하였고 동시에 그들의 自然法理論이 19세기에 이르기까지 흔들리지 않는 權威로서 法學界를 支配하였던 것이다.

## 參 考 文 獻

鄭仁興, 西歐政治思想史(서울:博英社,1977).

——, 政治思想家評傳(서울:博英社,1976).

Friedrich, Carl J., *The Philosophy in Historical Perspective*, [黃山德, 安海均, 西洋法哲學史(서울:法文社, 1966)].

John, C.H. Wu, *Fountain of Justice* [徐燉珪, 正義의 源泉(서울:博英社, 1958)].

Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie* [嚴敏永·徐燉珪, 法哲學入門(서울:法文社,1982)].

New Testament, [서울:신약성서].

稻恒良典, トマス・アクィナスの共通善思想(東京:有斐閣, 1976).

加藤新平, 法哲學概念(東京:有斐閣, 1976).

高坂直乙, トマス・アクィナスの自然法研究(東京:創文社, 1971).

種谷春洋, 近代自然法學と權利宣言の成立(東京:有斐閣, 1980).

原田鋼, カントの政治哲學(東京:有斐閣, 1974).

ホセ・ヨンバルト, 實在法に內在する自然法(東京:有斐閣, 1979).

d'Entreves, A.P., *Natural Law*, [久保正幡, 自然法(東京:岩波書店, 1976)].

Grotius, Hugo, *The Law of War and Peace*, [(一又正雄, 戰爭と平和の法, 全三卷(東京:巖松堂書店, 1950)].

Maritain, Jacques, *Man and the State*, [(久保稻垣, 人間と國家(東京:創文社, 1948)].

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.

Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, trans. by W. Hastie. Chicago, 1952.

Kelsen, Hans, *The General Theory of Law and the State*, Cambridge, Mass 1949.

Laslett, Peter, ed., *John Locke, Two Treatises of Government*, Second edition, Cambridge, 1967 Introduction.

Locke, John, *Essay Concerning Human Understanding*, Reprinted. Chicago, 1952.

Maritain, Jacques, *The Rights of Man and the Natural Law*. New York, 1943.

Pufendorf, samuel, *On the Law of Nature and Nations*. Chicago, 1965.

Ritshie 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.

Sabine, George, *A History of Political Theory*, 3rd edition. New York, 1961.

Strauss, Leo, *Natural Right and History*. Chicago, 1953.

Strauss, Leo, *What is Political Philosophy?* New York, 1959.

Strauss, Leo, and Joseph Cropsey. ed., *History of Political Philosophy*, Chicago, 1953.