

# 칸트와 역사법학

임미원\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. 본론
  - 1. 근대 자연법론의 본질
  - 2. 칸트의 자연법론 비판
  - 3. 자연법론에서 실정법학으로
- III. 맺음말

## [국문 요약]

근대 이후 자연법론과 역사법학은 서로 다른 각각의 방법으로, 즉 이성으로부터의 연역적 법발견 또는 실정적 법소재로부터의 역사적-체계적 법발견을 통해, 법의 학문화(이론화)를 추구하였다. 그 과정에서 궁극적으로 학문성의 문제는 學의 보편적 대상의 문제가 아니라 學으로서의 형식과 방법의 보편성의 문제임을 지적한 것이 칸트였으며, 법에서의 이성성-역사성-개념논리성의 추구하고 발견이 곧 법발전의 계기들임을 學的으로 보여준 것이 근대法學의 공로라고 할 수 있다.

무엇보다 자연법론과 역사법학-판덱텐법학 사이에서 칸트가 매개한 바는 무엇인가라는 물음에 대해서는 윤리적-방법적 합리주의라고 답할 수 있다. 방법적 합리주의의 차원에서 칸트의 이성비판적 인식론이 법학의 가능조건을 문제삼고, 즉 법학의 학문성(Wissenschaftlichkeit)의 기준을 의식케 했다면, 윤리적 합리주의의 차원에서는 칸트의 숭실천철학 체계를 매개로 하여, '자유'의 근본성과 '법'의 독자성(자율성)이라는 법의 윤리적 기초가 재인식될 수 있었다.

그런 점에서, 법의 이상과 목적으로부터가 아니라 실정법의 ratio juris로부터 개념과 원리

\* 한양대학교 법과대학 부교수.

를 도출해내는, '논리'를 통한 법발견을 고수한 19세기 실정법학의 방법적 자율성과 자기완결성은 자연법의 유산이라기보다는 칸트에서 비롯된 방법적 합리주의의 유산이라고 할 수 있다.

방법적 합리주의의 맥락에서 칸트의 순수이성비판과 도덕형이상학의 법론이 '자연법의 극복'을 매개하였다면, 윤리적 합리주의의 차원에서 사법학의 윤리적 기초가 되었던 것은 칸트의 실천이성비판과 도덕형이상학원론이었다. 칸트의 '인격성의 도덕적 자율'로부터 도출된 형식적 의무윤리 및 자유윤리에 의해 舊이성법의 실질적 사회윤리가 대체되었으며, '도덕적 자율성'의 실현을 가능케하는 자유의 공존조건으로서의 법개념을 통해 역사법학 및 판덱텐 법학, 특히 사비니의 사법이론에 윤리적 전제가 마련되었다는 평가가 가능할 것이다.

[주제어] 자연법론, 역사법학, 판덱텐법학, 칸트, 사비니

## I. 머리말

사회제도나 규범(현상)의 타당근거를 설명하는 데 있어 '이성'의 논거와 '역사'의 논거가 갖는 설득력은 크다. 이는 합리적 보편성에 대한 관심 또는 역사적 특수성과 연속성에 대한 관심을 반영하는 것이기도 하다. 이런 맥락에서 라드브루흐(G. Radbruch)는 법이란 결국 역사적인 법(geschichtliches Recht)으로서 어떤 의도도 없이, 투쟁도 없이 민족정신으로부터 생겨나거나, 아니면 법은 늘 자연적인 법(natürliches Recht)으로서 변함없이 이성으로부터 도출된다는 관념을 대비시키는 가운데, 이 두 관념을 각각 지배하는 것은 과거에의 꿈(Vergangenheitstraum)이거나 미래로의 꿈(Zukunftstraum)이라고 지적하였다.<sup>1)</sup>

근대 이후의 자연법론과 역사법학의 기본관심을 암시하는 이런 설명은 물론 타당한 것이지만, 다른 한편으로는 지나치게 이원적이고 단절적인 설명이 아닌 가하는 인상을 주기도 한다. 이는 자연법론과 역사법학, 그 사이에 칸트(I. Kant)의 비판적 사유가 존재하지 않았는가라는 의문으로 이어진다. '우리에게 사비니는 무엇인가'를 물었던 칸토로비츠(H. Kantorowicz)의 비판적 의식을 빌어 표현한다면, 자연법론과 역사법학에게 칸트는 무엇인가라는 의문이라고도 할 수 있다.

“그 시초에서부터 19세기 초에 이르기까지 모든 법철학은 자연법론이었으

1) G. Radbruch, *Der Mensch im Recht*, (Göttingen : 1957), S.23.

며,<sup>2)</sup> ‘자연법에 대하여 결정적인 타격을 준 것은 법사(法史)나 비교법이 아니라 인식론이고, 역사학파가 아니라 비판철학이며, 사비니가 아니라 칸트였다’라는 라드브루흐의 분석은 이런 의문을 간접적으로 뒷받침해준다.<sup>3)</sup> 법학과 제정법을 통한 법가치의 대체, 또는 궁극목적적인(Finales) 고찰로부터 형식적인(Formales) 고찰로의 변화라고 평가되는,<sup>4)</sup> 자연법론으로부터 역사법학·판례법학으로의 방향전환은 무엇보다 ‘자연법론의 종말이자 완성’을 의미하는 칸트의 이성주의·비판주의를 매개로 해서 가능하였을 것이며, 이런 문제의식 하에서 자연법론·칸트-역사법학으로 이어지는 비판과 반비판, 단절과 수용의 의미맥락을 간략하게나마 살펴보는 것이 본 논문의 목적이다.

## II. 본론

### 1. 근대 자연법론의 본질

자연세계와 사회적 세계의 근본 질서 및 그 근거를 새로이 찾아내고자 했던 시대적 요구에 대해 근대 과학이 답한 바는, 이성과 관찰로써 뒷받침되는, 자연 및 인간세계의 세속화, 합리성과 자립(자율)성이었다. 특히 인간은 더 이상 신의 피조물이 아니라 자연적 존재이며, 인간들의 세계는 종교적이거나 역사적인 세계가 아니라 수학적·자연법칙적으로 설명되는 세계라는 관념은, 인간들의 법윤리적 요구 역시 이성적 공리(Axiom)로부터 수학적 연역을 통해 논리적 완결성을 지닌 체계로 제시될 수 있다는 이성적·체계적 자연법의 신념으로 이어졌다.<sup>5)</sup> 자연과학적·수학적 사유형식들의 사회윤리적 세계로의 전용 또는 사회운

2) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 8.Aufl., (Stuttgart : 1973), S.102.

3) G. Radbruch, 위의 책, S.103.

4) G. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2.Aufl., (Göttingen : 1959), SS.63-82.

5) F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl., (Göttingen : 1967), SS.256-257.

리적 진리의 수학적 논리화라고도 할 수 있는 이런 변화는 도덕신학으로부터 분리된 자율적 사회윤리로서의 자연법을 가능하게 했고, 더 나아가 세속적 사회철학이 자기체계와 방법을 갖춘 법이론의 차원으로 격상될 수 있는 계기를 제공하였다.

물론 이런 근대의 이성적-체계적 자연법 이념에는 자기모순과 한계 또한 존재한다. 무엇보다 논리적 무모순성에 근거한 완결적 형식체계를 극단적으로 추구하는 경우, 한편으로는 자연법의 ‘무내용성’으로 귀결되고 만다.<sup>6)</sup> 다른 한편으로는, 최초의 이성적 공리로부터 진행되는 연역적 사유를 통해 자연적 권리의무의 완벽하고 세분화된 체계를 추구하면 할수록 법내용상의 실체화로 나아가게 되며 자연히 최초의 이성법체계는 주관적-경험적 자연법의 체계와 다름없어지게 된다.

이런 이성적-체계적 자연법론은 실천적 진리의 논리화 내지 법논리의 윤리화의 시도였다고 할 수 있다. 이 이론이 추구한 논리적-형식적 완결성은 한편으로는 ‘개념으로부터 연역된, 논리적으로 완결된 체계’를 지향하는 19세기 사법도그마틱으로 이어졌다고 할 수 있겠고, 다른 한편으로는 보편적 형식을 넘어 보편적 내용까지 채우려 함에 따라 오히려 상대주의-주관주의 자연법화되는 자기모순을 드러냄으로써, 칸트의 비판적 문제의식 속에 극복의 대상으로 자리잡게 되었다고 할 수 있다.

## 2. 칸트의 자연법론 비판

칸트의 시대에 이르기까지 일반적으로 자연법론은 경험적 현실을 초월해있는 자연 내지 본성에 합치하는 보편타당한 규범질서의 존재와 그것의 인식가능성을 주장하였다. 이런 윤리적 선형주의는 근대에 이르러 바로 인간의 이성이 ‘자연적인 것’의 본질이자 그것을 인식하는 수단이라고 여기는 이성적 자연

6) F. Wieacker, 위의 책, S.319.

법의 단계로 나아갔다. 그에 따르면 인간사회의 자연적 질서란 오로지 인간이성에만 근거하여 이성에 의해서만 파악되는 질서이며, 이는 수학적 법칙성에 따라 엄밀하게 구성된 일반개념 및 논리적 명증성을 갖춘 법문언들의 완벽한 체계로 표현될 수 있는 것이었다.

도덕신학으로부터 독립된 자연적, 자율적 사회윤리의 토대를 마련했다고 평가되는 푸펜도르프(S. Pufendorf)는, 자연법은 인간본성에 대한 이성적 인식에 근거하며 인간에게는 창조자의 의지에 근거한 구원사적 사명의 차원이 아니라 인간의 자연적 이성에 이미 주어졌있는 인간학적 사실 차원의 본성이 있다고 보았다. 이런 인간의 본성에 속하는 것은 무엇보다 인간의 무력함(imbecillitas), 그리고 그로 인한 자기보존의 충동에 따른 사회성(socialitas)이었다.<sup>7)</sup> 인간학적 사실로서의 이 사회성에서 출발하여 ‘모든 인간은 사회성을 키우고 그에 봉사해야 한다’는 자연법의 공리가 성립되며 다시 이로부터 그 밖의 자연법 명제들(타인에 대한 상해금지, 평등대우, 부조의무)이 도출된다. 이 자연법적 의무들에 대해 인간은 신의 피조물이나 작동하는 기계로서가 아니라 자유로운 존재로서 행위할 수 있기에 그로 인한 도덕적 존엄을 누리게 된다. 푸펜도르프의 자연법 체계의 출발점이라고 할 사회성은, 한편으로는 인간학적 사실이면서, 다른 한편으로는 그로부터 자연법의 체계가 연역되는 윤리적 공리(Axiom)이자 인간존재가 보편적으로 누리는 도덕적 존엄성에 대한 가장 일반적인 개념화라고 할 수 있다.<sup>8)</sup>

푸펜도르프의 자연법론의 특징으로는, 무엇보다 자연법이 신이나 자기 자신에 대해서가 아니라 타인들과의 인간 공동체에 대해 부담하는 외적 의무의 체계로 구상됨으로써 전통적인 종교나 도덕과는 개념적으로 분리된다는 점,<sup>9)</sup> 그리고 방법 면에서, 사회성이라는 본성을 공리화하고 이로부터 자연적 의무법칙들을 추론하는 과정에서 합리주의-경험주의의 이원적 방법을 취한다는 점을 들

7) J. Rohls, *Geschichte der Ethik*, (Tübingen : 1991), SS.244-245; F. Wieacker, 위의 책, S.307.

8) F. Wieacker, 위의 책, S.309.

9) J. Rohls, *앞의 책*, SS.245-246; F. Wieacker, 위의 책, S.271.

수 있다. 즉, 인간사회를 마치 하나의 기계로 보고 그 작동방식을 이해하기 위해 이를 분해-분석하는 방법을 거쳐 인간들 간에는 평화로운 사회성이 유지되어야 한다는 근본원리를 수립하고 이로부터 그밖의 자연법원리들을 도출해내는 것이다. 이 과정에서 자연법의 원리들이 선험적으로 이성으로부터만 추론된 것인지, 아니면 경험적 방법을 원용한 것인지, 그리고 근본적으로 경험 및 존재 일반으로부터 도덕적 당위가 추론될 수 있는 것인지의 문제들은 푸펜도르프에게는 결정적으로 중요한 것이 아니었고, 칸트의 비판철학에 이르러서야 비로소 논쟁의 대상이 될 수 있었다.<sup>10)</sup> 수학적 사유형식을 도덕법칙의 세계로 유추전용해낸 푸펜도르프의 합리주의 자연법론은 최초의 진정한 보통법이론의 체계라고 평가되지만, 엄밀히 말하면 연역-귀납, 공리-관찰, 분석-종합의 방법들의 혼용이라고 할 수 있으며,<sup>11)</sup> 그런 점에서는 이미 자연법의 주관주의화 경향을 예견케 하는 면이 있다.

뒤이은 18세기에 이르러서는 형식주의-합리주의 자연법의 주관주의화 경향이 심화되기에 이른다. 이성은 개인의 오성판단으로, 자연 내지 본성은 개별 인간의 심리-물리적 소질의 총체로, 법은 개별 시민의 권능 내지 청구권으로 파악되었고, ‘공동사회의 舊자연법’은 ‘이익사회의 이성법’으로 이해되었다.<sup>12)</sup> 이성법의 개인주의는 정서로서뿐 아니라 私法 상의 자연적 권리들의 서술원리로도 기능하며 실정법학의 실용주의적 관심에 부합해갔다. 자연과 이성에 의해 동일하게 규정되는 모든 인간들의 가장 보편적인 속성의 총합으로서 자연법은 어떤 고유하고 특수한 것도, 역사적이고 구체적인 것도 담고 있지 않았으나, 또 그 어떤 것도 담을 수 있었다.

이런 자연법의 상대주의화 경향에 대한 체계적-형이상학적 대응으로서 합리주의 이성법의 극단을 보여주는 볼프는, 인간사회를 상호의무의 결사체로 파악하여 자연법은 곧 자연적 의무론(Natürliche Pflichtenlehre)이며, 도덕신학으로부

10) J. Schröder, *Recht als Wissenschaft*, (München: 2001), SS.168-169.

11) F. Wieacker, *앞의 책*, S.308.

12) E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, (Tübingen: 1963), S.468.

터 독립된 이 자연적인 윤리체계는 이성의 연역을 통해 최대한 세분화된 구체적 내용을 담은 완벽하게 보편타당한 권리-의무의 체계로 표현될 수 있다고 여겼다.<sup>13)</sup> 오컴과 홉스로 이어지는 주의주의와 유명론에 기초하여 실증주의-경험주의로의 정신적 전환이 이루어지던 시기에 주지주의와 관념실재론의 후기스콜라적 전통을 확인시킨 것으로 평가받는 볼프의 방법은, 공리로부터 세부내용에 이르기까지 모든 자연법 명제들의 완벽한 연역을 통해 귀납적 경험적 요소들을 배제하고, 엄밀한 추론을 통해 논리적 무모순성에 근거한 완결된 체계를 수립해가는 방식이었다. 모든 의무와 권리의 체계를 오직 인간의 본성으로부터 논리적인 연관 속에서 도출시키려 한 볼프의 방법은 개념의 구성, 개념으로부터의 분석적 추리 및 그에 기초한 법문언의 체계화에 바탕을 둔 합리적 법도그마틱 내지 개념법학적·판례법학적 사유와 통하는 면이 있다.<sup>14)</sup> 그러나 바로 그런 맥락에서 사실상 자연적 권리-의무 체계의 실제적 불충분함을 감수할 수밖에 없었다.

이렇게 형식적 합리주의, 선형적 인간학, 법형이상학의 방식으로 전개되고 결국엔 주관주의-상대주의화되어간 합리주의 자연법론이 바로 칸트가 비판했던 바였다. 보편타당하고 불변적인 경험초월적 본질의 객관적 실재성 및 인식가능성을 주장하는 합리주의 형이상학을 과학적 형이상학으로 대체하려는 의도에서 칸트가 제기한 물음은 과연 학으로서의 형이상학이 어떻게 가능한가라는 것이었고, 이를 위해 칸트가 취한 방식은 인식대상 자체가 아니라 대상에 대한 우리의 인식방식을 문제삼는, 즉 대상에 대한 우리의 인식의 가능조건을 해명하는 초월적인 방법(transzendente Methode)이었다. 직관에 주어진 대상을 사유하는 능력인 오성(Verstand)은 대상을 그 자체대로 인식하는 것이 아니라 직관과 개념의 형식들(시간, 공간 및 범주)을 통해 인식할 수 있을 뿐이다. 즉 경험에 앞서 존재하는 대상 자체는 우리의 이성능력 상 인식 불가능하며 모든 인식은 경험의 한계 내에서만 이루어진다. 그렇게 보면 인식에 있어서 불변적이고 보편타당한 것

13) F. Wieacker, 앞의 책, SS.318-320.

14) F. Wieacker, 앞의 책, S.271, SS.275-276, S.320.

은 직관과 개념이라는 인식의 형식뿐이고, 인식의 대상 차원에서는 경험초월적이고 객관적인 물자체(Ding an sich) 또는 예지계의 질서로서가 아니라 주관적인 인식의 형식 안에서의 경험적 현상으로서만 가능할 뿐이다.

이런 인식비판을 자연법의 문제에 적용시켜본다면, 객관적으로 올바른 법, 법자체로 간주되는 자연법의 본질을 규정하고 객관적·실체적 내용을 구체화·목표화시키는 것은 곧 경험의 한계 내에서는 파악할 수 없는 물자체의 현존과 그 인식가능성을 주장하는 것과 다르지 않다. 선형적으로 주어진 보편타당한 정법이란, 칸트의 순수이성능력에 대한 분석적 비판의 차원에서 보면, 어떤 경험관련적 내용도 담고 있지 않은 오성의 순수한 사유형식으로서만 타당하고, 이성의 초월적 관념론의 차원에서 보면, 경험적으로 인식될 수 있는 것이 아니라 초월적 자유의 관점에서 사유되고 요청될 뿐인, 선형적이고 보편적인 실천이성의 이념으로서만 타당한 것이다. 인식비판에 비중을 두고 칸트를 계수한 신칸트학과가 슈탐러(R. Stammler)의 정법론(Lehre vom richtigen Recht)을 통해 내용이 없는, 또는 내용가변의 자연법을 제시한 것은 전자의 차원에서 칸트의 자연법 비판을 ‘논리적으로’ 수용한 결과일 것이고,<sup>15)</sup> 이렇게 정법의 논리를 문제삼을 뿐 내용에 대해 언급치 않는 신칸트학파의 자연법론이 사실상 ‘자연법의 체념적 대체물’<sup>16)</sup> 내지 실증주의적 세계를 비현실성의 영역으로써 보충했을 뿐인 ‘실증주의의 보충이론’으로 평가되는 것 역시 같은 맥락에서이다.

### 3. 자연법론에서 실정법학으로

이성으로부터 보편타당한 법문언들의 완벽한 체계를 연역해내고자 했던 합리주의 자연법론에 대한 칸트의 비판은 자연법적 법문언 내용 자체의 부정의 함이나 불충분함에 대한 비판이 아니라, 경험의 한계 내에서는 초실정적이고 보편타당한 규범명제의 실질적 객관적 내용을 도출해낼 수 없다는 인간인식능

15) F. Wieacker, 앞의 책, SS.589-590.

16) A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, (Frankfurt : 1972), SS.88-89.

력의 한계에 대한 비판의 차원이었고, 이로부터 귀결되는 바는 법규범의 ‘형식적’ 보편타당성을 고수하는 형식논리화이거나 법규범의 선험적 보편타당성 대신 ‘경험적’ 법소여로 돌아서는 역사화였다. 즉 자연법의 세계로부터 칸트의 비판철학을 거쳐 형식적 논리의 세계 또는 경험적 역사의 세계로의 전환가능성이 열린 것이다. 이는 사회윤리로서의 보편타당한 선험적 조건과 내용을 찾던 자연법론이 학문의 대상으로서의 실정법학의 역사적·형식적 조건을 찾는 과학적 법학의 단계로 넘어가게 됨을 의미한다.<sup>17)</sup>

이와 더불어 초월적인 자연법적 정의의 문제들은—칸트의 실천이성비판(Kritik der praktischen Vernunft)과 도덕형이상학원론(Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)에서 전개된 실천적 윤리학과 도덕형이상학(Metaphysik der Sitten)에서의 법론(Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre)을 거쳐—실정법적 정의의 문제로 내재화될 수 있었다. 즉 칸트가 제시한 인격체의 도덕적 자율성 및 도덕적 자유의지의 이념, 그리고 최대한의 외적인 자유의 가능조건으로서의 법개념이, (특히 사비니에게서) 실정법적 정의의 문제, 그리고 실정법의 자율성 문제에 대한 철학적 해결의 실마리를 제공해준 것이다.

## 1) 역사법학과의 사상

주관주의화되어가는 합리주의 자연법에 대해 다시 이를 이성비판의 방식으로 (칸트) 또는 객관주의적 초인격주의의 방식으로(헤겔) 극복하고자 했던 독일관념론과의 상호작용 속에서 출현한 것이 역사주의적 법사상이었다. 무엇보다 18세기 역사법학에서는 계몽주의 시대의 자연법론이 비판되는 가운데 자연법-실정법 이원론적인 법개념이 실정법 통일적인 개념으로 대체되었다.<sup>18)</sup> 법의 문제는 궁극적으로 실정법의 문제이며, 법은 입법자의 의사를 통해서가 아니라 우선적으로 관습과 민족의 신념을 통해, 그리고는 법률학(Jurisprudenz)을 통해 생성되는

17) J. Schröder, 앞의 책, S.68; F. Wieacker, 앞의 책, S.352.

18) J. Schröder, 앞의 책, SS.191-194.

것으로 설명되었다. 이는 법의 기원은 민족정신이고 역사를 통해 필연적으로 주어져있는 법소재를 확인하는 것이 법학의 과제라는 관념과 이어져 있었다.<sup>19)</sup>

법의 보편타당한 이성적 근거에 대한 관심으로부터 개별적이며 특수한 법의 소여와 법원(法源)으로 옮겨간 관심은 법의 역사성(Geschichtlichkeit des Rechts)의 발견이라고 할 수 있다. 물론 이런 문제의식은 법 자체의 역사에 대한 관심이 라기보다는 법의 역사성에 대한 관심, 즉 법의 역사적-경험적 선(先)규정성 및 내적 필연성에 대한 의식의 차원이었다. 법에 있어 결정적인 것은 국가입법자의 의사를 통해 실현되어야 할 경험초월적인 자연법의 이념이 아니라 학문을 통해 가공되어야 할 경험-역사 내재적인 법의 소여(所興)와 그로부터 구성된 보편적 개념체계라고 여기는 역사법학적 사고는, ‘존재의 역사성과 사회성의 발견을 통해 법 및 법학적 의식의 정체성을 되찾으려는 기획’이었다는 점에서 19세기 법사상에 기여한 것으로 평가받는다.<sup>20)</sup> 무제약적으로 보편타당한 내용 대신 역사적으로 제약된 특수한 법소여들로부터 이를 도그마틱적 방법으로써 일반개념화하고 내적으로 체계화시키는 학문방식이 자리잡게 되면서, 역사법학과 스스로는 이를 실정적, 자율적이며 ‘철학적’인 법학이라고 여겼다. 칸트의 순수이성비판에서 비롯된, 개별과학들의 보편적 학문성(과학성)의 가능조건에 대한 문제제기는, 법소여의 역사성을 일깨운 역사주의를 매개로 하여 법학적 실증주의로 나아감으로써-적어도 이들 이론 스스로에게는-역사적-철학적 법학의 가능성이라는 형태로 대답되었다고 할 수 있다.

특히 사법(私法)의 근대화라고도 할 수 있는 이 역사주의와 법학적 실증주의(판덤티법학)의 계보는 그 누구보다도 사비니(F. C. v. Savigny)로 대표된다. 고전주의, 낭만주의와 독일관념론에 기울었던 사비니의 법사상은 자연법의 시대이념에 대한 비판에서 출발한다. 사회사(社會史)적으로 자유, 평등, 혁명의 이념이 실현되고 또 좌절되던 시기에 이성의 자유보다 역사적(소여의) 필연을 옹호하는 듯이 보였던 그의 역사법학적 사유는, ‘자유’의 형이상학에 근거한 초월적 이성

19) F. Wieacker, 앞의 책, S.370; 특히 민족정신 관념에 대해서는 E. Wolf, 앞의 책, SS.491-497.

20) F. Wieacker, 앞의 책, SS.358-359.

의 작업보다는 역사적 ‘존재(소여)’의 실증성에 의해 제약되는 경험적 오성(또는 역사정신)의 작업을 통해 사회 및 법이해에 이르거나 한 것으로 볼 수 있다.

법소재로서의 로마법과 게르만법, 법의 기원으로서의 민족정신, 법창조의 방식으로서 민족정신의 대리자인 법률가를 통한 법소재의 질서화 작업들 속에서 ‘이미 주어진 것’의 무게를 이성적으로가 아니라 역사적으로 해결하려 한 그는, 결국 독일법의 결합은 역사적 방법의 엄밀한 적용을 통해, 즉 로마법의 원형으로 거슬러 올라가는 극도의 순화를 통해 치유될 수 있다고 믿었고, 구체적으로는 ‘로마법의 현대적 적용’(‘*Usus modernus*’) 대신 6세기 유스티니아누스 법전에 대한 사료 연구를 통해, 보통법화된 로마법을 재로마화(*Zurückromanisierung*) 해야 할 것으로 생각했다.<sup>21)</sup> ‘오직 역사만이 우리 스스로의 상태를 이해하는 길’<sup>22)</sup>이라고 선언한 사비니의 역사법학 사상에 대해서는, 근대의 효력있는 로마법을 배제하고 오히려 순수한 고대적 원형의 로마법 사료를 연구함으로써 ‘오늘날의 로마법의 정신’을 찾으려 하는 극도의 정화주의(*Purismus*)이자 擬古主義(*Archaismus*)라고 비판되기도 했다.<sup>23)</sup> 특히 칸토로비츠는 역사주의 법학의 소재 및 방법에 내재한 이런 문제 때문에, 당대의 실정법은 역사적인 법에 의해 손상되고, 법학의 실천적 학문성은 역사적 인식 중심의 주지주의화된 법도 그마틱에 의해 정체되었으며, 사회 속에서의 삶의 욕구와 목적에 부합해야 할 법실무는 극도의 순수학문성을 지향하는 법이론으로부터 괴리되어 오히려 비학문적이고 자의적이게 되었다고 분석한다.

이런 맥락에서 관습법과 입법 이외에 법학(학설법, 학문적 법리, *wissenschaftliches Recht*)을 제3의 법원(法源)으로 인정한 사비니의 법원론 또한 비판된 바 있다.<sup>24)</sup> 즉, 법원(法源)이란 법률가에게는 형식적 의미에서의 법효력의

21) H. Kantorowicz, “Was ist uns Savigny?”, in: H. Coing/G. Immel(Hg.), *Rechtshistorische Schriften*, (Karlsruhe: 1970), S.405.

22) F. C. v. Savigny, *Grundgedanken der historischen Rechtsschule*, E. Wolf(Hg.), (Frankfurt: 1948), SS.21-34; H. Kantorowicz, “Savigny and the Historical School of Law”, in: H. Coing/ G. Immel(Hg.), *Rechtshistorische Schriften*, (Karlsruhe: 1970), S.425.

23) H. Kantorowicz, “Was ist uns Savigny?”, SS.405-407.

기원이지만 역사가에게는 실질적 의미에서의 법내용의 기원을 의미하게 되는 차이가 있음에도, 사비니와 역사법학파는 법원의 이 두 의미차원을 혼동하여 실질적 의미에서의 법원에 해당하는 민족의 법적 확신과 법학(학설법, 학문적 법리)을 형식적 의미에서의 법원(法源)으로 간주하였고, 그로 인해 법학의 법원성(法源性)을 주장하게 되었다는 것이다.<sup>25)</sup>

앞선 시대에 대해 후대가 일방적으로 누리는 평가-재평가의 자유를 감안하더라도, 칸토로비츠의 분석으로부터 간접적으로 사비니의 사상이 간과한 것들, 즉 법의 ‘자연적(이성)-사회적(목적과 이익)’ 규정성, 법의 인위적-의식적인 ‘이식 및 창조’ 가능성, ‘당대의 현존하는 효력’ 등의 요소를 확인해볼 수 있다. 결국 이 요소들이 ‘과거의 사실’로 환원되는 법소제와 그것의 역사성에 의해 밀려났다는 점에서, 무엇보다 사비니 스스로가 로마법이라는 법소제에 압도당했다고 할 수 있으며, 보다 현실적으로는 자연법으로 상징되는 당대의 역사에 압도당했다고도 할 수 있을 것이다.

## 2) 칸트와 19세기 私法學

자연법론과 역사법학-판덤편법학 사이에서 칸트가 매개한 바는 무엇인가라는 문제에 대해 가장 압축적으로 답한다면, 윤리적-방법적 합리주의라고 할 수 있다. 방법적 합리주의의 차원에서 칸트의 이성비판적 인식론이 법학의 가능조건의 문제를, 즉 법학의 학문성(Wissenschaftlichkeit)의 기준을 의식케 했다면, 윤리적 합리주의의 차원에서는 칸트의 쉰실천철학 체계를 매개로 하여, ‘자유’의 근본성’과 ‘법의 독자성(자율성)’이라는 법의 윤리적 기초가 재인식될 수 있었다.

칸트의 인식론이 18세기 이후 법학의 학문화에 방법적 기초가 된다고 할 때, 그것은 칸트가 인식비판적 방법을 통해 사유의 내용과 형식, 경험과 선험, 분석

24) F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, (Berlin : 1840), Bd.1, SS.45-49, SS.83-90. 사비니는 법조법(Juristenrecht)이라고도 표현했다(S.49).

25) H. Kantorowicz, “Was ist uns Savigny?”, S.412.

과 종합의 방식을 구별하고 직관과 사유의 대상이 아니라 그것의 형식만이 선험적임을, 그래서 그것만이 변함없이 보편타당한 것임을 밝혔다는 의미에서이다. 이런 방법에 기초해본다면, 규범체계에서도 선험적이고 형식적인 규정만이 보편타당성을 가질 뿐, 내용에 관한 그 어떤 규정이든 경험적, 우연적으로 제약되는 것일 수밖에 없다.

“... 도덕법칙의 구속력의 근거는 ... (인간의 적대성이나 사회성 같은 필자) 인간의 본성이나 세계 내의 상황에서가 아니라 선험적으로 오로지 순수이성의 개념에서만 찾아져야 한다.”<sup>26)</sup>

칸트의 인식비판으로 인해 칸트 이전까지의 자연법, 즉 이성의 공리로부터 절대적으로 보편타당한 규범 내용들의 완벽한 체계가 도출될 수 있다고 본 합리주의 자연법이 종말을 고하게 되었다는 것은 이런 맥락에서이다.<sup>27)</sup>

물론 칸트 자신의 이성주의 법론의 체계에서 역사 또는 경험의 요소는 가변적이고 우연적인 것으로 해석되어 논리적-필연적인 것 또는 이념적인 것의 영역으로부터 분리, 배제되었지만, 규범의 불변적 내용에 집착함으로써 오히려 자의적이게 되는 종래의 자연법론이 칸트의 비판적 방법에 의해 밀려남으로써, 결과적으로 칸트를 거쳐 보편적이지도, 추상적이지도 않은 역사 내지 경험의 요소가 ‘필연적이면서 자유로운’ 법의 소여로 정립될 수 있었다.<sup>28)</sup> 근대 자연법의 합리주의 및 보편주의에 대한 반발로 등장한 역사법학파가 비합리적이고 무의식적인 법감정에 관심을 돌리고, 법은 이성의 산물이 아니라 민족정신의

26) I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Kant's gesammelte Schriften(Akademie-Ausgabe) IV, Vorrede, S.389.

27) 19세기 자연법학파의 사상은 칸트와 헤겔의 계열로 각각 나뉜다는 분석도 가능하다. 칸트학파는 여전히 법의 순수한 이성체계를 제시했지만, 순수한 이성법은 단지 무엇이 법이어야 하는가만을 제시할 뿐 법이 무엇인가를 제시하지는 않는다는 관념을 촉진시킴으로써, 역설적으로 자연법의 법원성에 소극적인 태도를 취하였다. 한편, 헤겔의 객관적 관념론에 기초한 역사법학파들은 더 이상 어떤 특별한 자연법도 인정치 않고 실정법의 내재적 이성성의 문제만을 다루려 했다. J. Schröder, *Recht als Wissenschaft*, SS.202-204.

28) F. C. v. Savigny, *Grundgedanken der historischen Rechtsschule*, p.15; H. Kantorowicz, “Volksgeist und historische Rechtsschule”, in: H. Coing/ G. Immel(Hg.), *Rechtshistorische Schriften*, (Karlsruhe: 1970), S.448.

산물임을 역설한 것은, 칸트에 대한 비판까지 포함하여 칸트의 형식주의가 비워놓은 법의 경험적 공백을 메우려는 것이었고, 이 경험적-역사적 법소여들로부터 추상화된 법개념들의 형식주의적 체계화를 거치면서, 실정법체계의 논리적 완결성과 독자성을 강조하는 법학적 실증주의로 나아갈 수 있었다.

궁극적으로 자연법론에서의 법의 가치-이성연관성이 역사법학적인 실정법소제의 발견, 그리고 실정법체계의 발견으로 대체된 것은 ‘효력있는 법(geltendes Recht)’을 지향하는 실정법학(positives Rechtswissenschaft)의 우위성을 의미하는 것이고, 이는 칸트의 인식론에서의 코페르니쿠스적 전환을 통해, 즉 서술된 무엇(대상)으로서의 학문이 아니라 대상과는 독립된, 엄밀한 이성의 學으로서의 내적 체계화가 추구됨으로써 가능한 것이었다. 이제 학문적 방법을 통해 실정법체계 내에 숨어있는 법문언들이 가시화되고 법체계는 내적으로 질서지워진 하나의 유기체로 보여지면서, 법학의 학문성과 법학의 法源性的의 관념, 즉 법학이 실정법에 대한 인식, 그리고 더 나아가 실정법문언 자체를 산출해낸다는 관념이 동시에 뒷받침될 수 있었다.<sup>29)</sup>

요약컨대, 법의 이상과 목적으로부터가 아니라 실정법의 ‘ratio juris(법률적 근거)’로부터 개념과 원리를 도출해내는, ‘논리’를 통한 법발견을 고수한 19세기 실정법학의 방법적 자율성과 자기완결성은 자연법의 유산이라기보다는 칸트에서 비롯된 방법적 합리주의의 유산이라고 할 수 있다.<sup>30)</sup>

이렇게 방법적 합리주의의 맥락에서 칸트의 순수이성비판과 도덕형이상학의 법론이 ‘자연법의 극복’을 매개하였다면, 윤리적 합리주의의 차원에서 사법학의 윤리적 기초가 되었던 것은 칸트의 실천이성비판과 도덕형이상학원론이었다. 칸트에 따르면,

“자유(타인의 강제적 자의로부터의 독립성)란 그것이 모든 타인의 자유와 보편법칙에 따라 공존할 수 있는 한, 자기 인간성(Menschheit)으로 인해 누구에게나 귀속되는, 유일하고 근본적인 권리이다.”<sup>31)</sup>

29) J. Schröder, 앞의 책, SS.244-246.

30) J. Schröder, 앞의 책, SS.269-271.

이런 기본적인 자유에 있어서는 모든 인간이 동등하게 권리의 주체이며, 이 권리는 근본적으로 인격체로서의 인간이 갖는 초월적 자유의 이념(Idee der transzendentalen Freiheit)과 예지성(Intelligibilität)에 근거해 있다. 초월적 자유의 이념은 의지로 하여금 모든 종류의 인과성 내지 의존성과 결별하고 모든 행위를 자기 자유의지에 의해서만 결정할 수 있게 해준다. 이렇게 독립적이고 자유롭게 자기결정하는 자율적인 의지는 곧 보편적인 도덕법칙 하에서의 의지와 다르지 않다. 보편적인 도덕법칙을 스스로에게 부과하고 그에 따라 행동할 자유가 곧 자율인 것이다. 도덕법칙의 주체로서 가지는 이 자율성으로서의 자유 때문에 인간의 행위는 스스로에게 귀속될 수 있으며, 이 귀속가능성 내지 책임능력에서 인간은 비로소 자기의 인격성을 의식하게 된다. 이렇게 인격자체로서 인간은 자기목적적인 존재이며 그런 존재에게만 인간존엄과 인간성의 권리(Recht der Menschheit)가 귀속된다.

결국 칸트에게서는 초월적 자유의 이념에서 시작되어 인간의 예지성 및 인간성의 이념으로 이어지는 자유의지의 계열이 실천적 규범체계에 고유한 윤리적 기초를 형성하고 있다. 이렇게 자유의 근본성에서 출발한 규범체계로서 도덕과 법의 영역이 존재하며, 법영역에서는 자연법-실정법판정이 구별된다.

있어야 할 법에 관한 이념적-선형철학적 구상으로서의 칸트의 자연법론은 선형적-보편적으로 합의된 의지라는 순수 실천이성의 이념과 ‘외적 자유에 대한 보편적 합의의 가능조건’으로서의 법개념을 핵심으로 한다.

“법이란 일인의 자의가 타인의 자의와, 자유의 보편법칙에 따라 통일될 수 있게끔 하는 조건들의 총체이다.”<sup>32)</sup>

즉, 법은 도덕적 강제와 문제도, 내면적 자유의 문제도 아니며, 자유의지와 그 의사들의 합치를 가능케하는 질서로서, 즉 외적인 자유의 가능조건으로서만 작용한다. 그런 점에서 칸트는 ‘외적 자유의 보편성’으로써 전통적 자연법의 자의적 목적 관념을 대체하고, ‘법의 독자성(자율성)’을 통해 법-도덕의 실체적 연

31) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, Kant's gesammelte Schriften VI, S.237.

32) I. Kant, 위의 책, S.230.

관성을 해체시켰다고 할 수 있다. 칸트의 법사상을 이렇듯 자연법적 가치의 지배에서 자유의 지배로, 도덕에 근거한 정당화로부터 형식적 보편성의 지배로의 전환이라고 보면, 칸트는 반자연법적-법학적 실증주의의 계열에 가깝지만, 이성적 존재자 모두에게 귀속되는 선천적인 유일한 자유, 즉 ‘자유’의 근본성을 법의 선험적-보편적 기초로 삼았다는 점에서는 여전히 이성법적이다.

이런 양면성으로부터 칸트의 법사상은 선험적-근본적 자유의 실정법학적 내재화이자 실정법체계의 자율성에 대한 이념적-윤리적 재가라고 규정해볼 수 있다. 이런 맥락에서 비아커는, 칸트의 ‘인격성의 도덕적 자율’로부터 도출된 형식적 의무윤리 및 자유윤리에 의해 舊이성법의 실질적 사회윤리가 대체되었고, ‘도덕적 자율성’의 실현을 가능케하는 자유의 공존조건으로서의 법개념을 통해 역사법학 및 판데텐법학, 특히 사비니의 사법이론에 윤리적 전제가 마련된 것이라고 분석한 바 있다.<sup>33)</sup>

그렇게 보면 칸트의 방법적 비판과 도덕적 자유의 이념에서 자연법은 극복되었고 또 자연법은 살아남았다고 할 수 있다. 칸트를 통과한 자연법-이성법의 요소들만이 방법적 합리성-윤리적 합리성에의 요청으로서 당대의 법학 내로 수용되고, 다양한 법소재들의 역사적-법률학적 의미를 다루는 역사법학-판데텐법학의 작업이 이어지면서, 비로소 자율적-비판주의적 법학으로 발전할 수 있었다는 평가도 가능할 것이다. 법문과 그 적용은 법학의 체계, 개념, 공리로부터 도출되며 법률외적 평가와 목적은 배제된다는 19세기의 법학적 실증주의는 적어도 그 최초의 문제의식에 있어서는 자유의 근본성과 법의 독자성(자율성)을 법의 이념 및 개념의 형태로 제시한 칸트의 사상과 연결된다고 할 수 있다.

### 3) 私法의 기본개념

근대 이후 19세기에 이르기까지 주관적 권리(subjektives Recht) 및 법률적 인

33) F. Wieacker, 앞의 책, SS.373-375.

(Person)의 개념에는 자연법론-칸트-역사법학에 내재한 문제의식과 해결방식이 드러나있다.<sup>34)</sup>

계몽주의 자연법론의 시대에, 특히 볼프에게서는 개별 지위가 아니라 그 이면의 일반적인 권리능력성이 법률적 人의 결정적 기준이라고 설명되었다. 인간을 권리의무를 지닌 자로 만드는 것은 그의 특정한 개별적 지위가 아니라 보다 일반적인 도덕적 지위라는 것이다. 이런 자연적 지위론(status naturalis)과의 연관속에서, 푸펜도르프와 토마지우스에서는 자유와 평등이, 그리고 볼프에서는 소유권과 자기실현의 권리까지가, 인간에게 본성상 귀속되는 (생득적) 주관적 권리라고 인식되었다. 이렇게 계몽주의 자연법론은 인격체의 자유에 내재한 도덕적 가치로부터 주관적 권리를 파악하여, 주관적 권리란 바로 도덕적 자유의 표현으로서의 자유권이라고 규정하였다.<sup>35)</sup>

법적 人 및 인격성 개념에 대한 자연법적 의미부여의 정점에 선 것이 칸트이다. 칸트는 인격성 개념과 관련해 인지적-심리적 차원과 규범적 차원의 자기 의식을 구분하고, 후자를 통해 확인되는 도덕적 인격성이 곧 이성적 존재자에게 귀속되는 도덕적 자유임을 보여주었다.

“인격체란, 자기의 행위가 스스로에게 귀속될 수 있는 주체이다. 따라서, 도덕적 인격성은 도덕법칙 하에서의 이성존재자의 자유와 다르지 않으며 (그러나 심리학적 인격성이란, 다양한 상태 속에서 자기 스스로를, 자기 현존의 동일성을 의식하는 능력일 뿐이다), 그로부터 인격체란 자기가 (자기 혼자서이거나 아니면 적어도 동시에 타인들과 함께이거나) 스스로에게 부과한 법칙과 다른 어떤 법칙에도 종속되지 않는다는 것이 추론된다.”<sup>36)</sup>

이런 도덕적 자유의 주체라는 점에서 인간은 존엄하며 어떤 경우에도 전적으로 수단화될 수 없는 목적자체성을 지닌다. 칸트적인 의미에서의 이 자유는,

34) 특히 사비니를 비롯한 19세기의 주관적 권리개념에 대해서는 즐고, <인격권 개념의 기초적 고찰>(민사법학 제 36호, 2007)을 참고하였음.

35) H. Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, (Frankfurt: 1962), S.46.

36) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, Kant's gesammelte Schriften VI, S.223.

인간 개인에게 부과되는 모든 경험적-현실적 조건이나 제약과는 독립적으로, 그에 앞서 주어진 선천적인 권리(생득권)이고, 인간들 각자의 의지에 내재된 속성으로서 그 누구에게도 부인될 수 없으며, 다른 어떤 파생적 권리와도 비교 대체될 수 없는 근본적이고 유일한, 도덕적 성격의 권리(원권)이다.<sup>37)</sup> 이렇게 칸트에게서 모든 권리가 궁극적으로 ‘유일한 자유권’으로 환원됨에 따라, 종래 사법도그마틱의 일부였던 주관적 권리론에 결정적인 윤리적 기초가 마련될 수 있었다고 평가된다.<sup>38)</sup> 즉 주관적 권리는 개인에게 전적으로 귀속되는 근본적인 도덕적 자유를 가능케 하는 조건이라는 윤리적 의미를 부여받게 된 것이다. 같은 맥락에서, 이제 법적 인격성에는 주관적 권리를 가질 ‘능력’이라는 사법도그마틱 상의 형식적 규정뿐 아니라, 주관적 권리를 통해 보장된 자유의 영역 내에서 궁극적으로 자신의 도덕적 자유를 실현시킬 수 있는 도덕적 인격체라는 실체적 의미까지 덧붙여지게 된다.

이러한 칸트의 영향을 받은 것이 사비니로, 그의 인간개념 및 주관적 권리개념에서는 칸트의 법이론과 자유윤리에 대한 일관된 정향성이 확인된다. 사비니에 따르면,

“자유로운 존재자들이 그런 접촉 속에서 서로 방해하지 않고 상호 증진적으로 발전하는 가운데 상호 존립해야 한다면, 이는 그 안에서 모든 개개인의 존재와 활동이 안전하고 자유로운 공간을 획득하게 되는, 그런 보이지 않는 한계의 승인을 통해서만 가능하다. 그 한계와 그것을 통해 이 자유로운 공간이 규정되는 규칙이 바로 법이다”<sup>39)</sup>

따라서 그 본질에 있어 ‘보편적인 외적 자유의 가능조건’이라는 칸트의 법개념과 통한다. 또한 “법은 도덕성에 봉사하지만, 법이 도덕명령을 실행함으로써

37) “자유(타인의 강제적 자의로부터의 독립성)란 그것이 모든 타인의 자유와 보편법칙에 따라 공존할 수 있는 한, 자기 인간성(Menschheit)으로 인해 누구에게나 귀속되는, 유일하고 근본적인 권리이다.”: I. Kant, 위의 책, S.237.

38) H. Coing, 앞의 책, S.46.

39) F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, (Berlin : 1840), Bd.1, SS.331-332; H. Coing, Die Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert in Europa, (Opladen : 1991), S.13.

가 아니라 법이 각 개인의 의지에 내재하는 도덕적인 힘의 자유로운 전개를 보장함으로써” 그러하다.<sup>40)</sup> 즉, 법은 도덕규범으로부터 자립적인 방식으로, 도덕성실현의 가능조건으로서만 작용한다. 법과 도덕의 이런 간접적 실현의 관계로부터 논리적-윤리적으로 법의 (도덕으로부터의) 자율성이 귀결된다.<sup>41)</sup> 법은 도덕성에 이르는 간접적 방식으로서 각 개인의 의사의 자유로운 전개가능성을 보장하며 그것이 곧 ‘주관적 권리’의 개념이 되고, ‘법률적 人’의 개념으로 이어진다.

사비니에게 있어 주관적 권리란 개인에게 귀속되는 법적 힘이며 그런 힘의 본질은 각 개인의 자유로운 의사의 지배에 있다.<sup>42)</sup> 이 힘이 부여되는 법적 주체인 人(Person)은 주관적 권리와 법적 의무를 지닐 능력, 즉 권리능력(Rechtsfähigkeit)을 지닌다. 이렇게 사비니는 人개념의 규정에 있어서 권리능력 성 내지 권리주체성과 법인격성을 동일시하는 개념법학적인 사유를 지향한다. 그러나 보다 근본적으로는 주관적 권리능력의 전제로서 칸트적인 철학적-도덕적 인격체 개념, 즉 도덕적으로 자유롭고 책임 있는 존재자 관념을 받아들임으로써, 人에게 부여되는 법적 힘으로서의 주관적 권리의 궁극적 근거는 인격체 개인의 도덕적 자유임을 강조하였다.

요약컨대, 근대 이후의 법률적 人 및 주관적 권리의 개념史는 칸트와 사비니를 축으로 하는 윤리적 관점과 개념법학적 관점의 통일의 과정이라고 할 수 있다. 외견상 자연성(출생·사망)의 기준에 따른 권리능력자로서 형식적인 권리 귀속의 주체인 ‘人’으로부터, 유일한 도덕적 자유를 본질로 하는 실체적 ‘인격성’의 귀속 주체어로 인격체의 의미를 확장시킨 것이 칸트라면, 의사의 지배력으로서 주관적 권리-권리능력의 주체-인으로 이어지는 개념들의 연쇄를 통해 동형적이고 형식적인 人관념을 설정하고 주관적 권리를 의지의 배타적 독립적

40) F. C. v. Savigny, 앞의 책, Bd.1, S.332.

41) J. Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, (Ebelsbach: 1984), SS.364-372. 특히 뤼케르트는 사비니를 칸트의 주관적 관념론보다 헤겔의 객관적 관념론과 연결지어 해석한다; F. Wieacker, 앞의 책, S.353.

42) H. Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, (München: 1982), SS.7-14.

지배력으로 고착시키는 한편, 칸트의 ‘유일한 권리로서의 도덕적 자유’를 주관적 권리 및 私法체계의 궁극적 근거로 받아들임으로써 후일 인격권 형성에 기초가 되는 사개념의 인간화(Humanisierung)에 기여한 것이 사비니였다. 헤겔의 관념을 빌어 표현한다면, 주관적 권리의 개념적 전개가 곧 법적-윤리적인 자유이념의 자기실현과정이었다는 것이다.<sup>43)</sup>

이런 맥락에서, 19세기 사법학은 ‘법개념의 자유로운 전개’라는 형식을 통해 법소재를 통일시키려는 시도를 특징으로 하며 궁극적으로 ‘법소재에 대한 체계의 승리’였다고 본 코잉의 평가는<sup>44)</sup> 적어도 사비니에 대해서는 절반의 진리라고 할 수 있으며, 더 적절하게는 ‘도덕적으로 근거지워진 체계’의 승리 또는 ‘법이념지향적인 개념’의 승리라고 표현될 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 맺음말

역사법학자 사비니에 비판적이었고 ‘개념법학에 맞선 투쟁’을 이야기했던 칸토로비츠는, 개념법학과 역사주의의 정신적 유사성은 ‘삶으로부터의 괴리(Abkehr vom Leben)’라는 점에 있으며, 역사주의자가 취하는 도그마틱의 필연적 형태가 바로 개념법학이라고 지적한 바 있다.<sup>45)</sup> 라드브루흐 역시, 사비니를 비롯한 역사법학파는 법에 영향을 미치는 다양한 삶의 조건들 중 민족정신이라는 유일하게 불가해한 요소만을 인정했고 그에 따라 법의 ‘발전(Entwicklung)’이라는 개념 역시 역사법학파에게는 그저 ‘목표도 없고 의미도 없이 지속적으로 변해감(Ziel-loses und Sinn-loses stets Sich-verändern)’의 의미만을 가지게 되었다고 비판하였다.<sup>46)</sup>

43) 사비니 이후의 실증주의 법학에서는 윤리적 인격체-법률적 인 관념의 연관성이 다시 해체되어, 의사의 지배로서의 주관적 권리 등은 도덕적 인격성가치가 아니라 시민사회의 실정법질서에 근거한다는 관념이 일반화되어갔다. H. Hartenhauer, 위의 책, SS.58-68.

44) H. Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, SS.21-25.

45) H. Kantorowicz, “Was ist uns Savigny?”, S.415.

그러나 역사법학과로서는, 법의 역사적-개별적 다양성, 그리고 민족정신에 기원을 둔 법의 필연적-유기적 성장을 부인하고 오직 이성적-자연적 법칙성만을 추구했던 자연법론의 방식이 바로 ‘역사로부터의 괴리(Abkehr von der Geschichte)’로 보였을 것이다. 라드브루흐 역시 자연법론에 대해, “자연법론은 법형식(Rechtsform)에 대한 법소재의 저항력(Widerstandskraft des Rechtsstoffes)을 無化시킬 수 있다고 믿었으며, 영원한 법이념이 법소재에 대해 무제한적인 지배력을 갖는다고” 보았기에 법이념에 일방적으로 규정당하지 않는 법소재의 법형성력 내지 법의 변화가능성을 인정치 않았다고 분석한 바 있다.<sup>47)</sup>

이런 차이와 한계들에도 불구하고, 자연법론과 역사법학은 자기 시대 속에서 서로 다른 각각의 방법으로—이성으로부터의 연역적 법발견이거나 실정적 법소재로부터의 역사적-체계적 법발견이거나—법의 학문화(이론화)를 추구했다고 할 수 있다.

그 과정에서 궁극적으로 학문성의 문제는 學의 보편적 대상의 문제가 아니라 學으로서의 형식과 방법의 보편성의 문제임을 지적한 것이 칸트였으며, 법에서의 이성성-역사성-개념논리성의 추구하고 발견이 곧 법발전의 계기됨을 學적으로 보여준 것이 근대‘法學’의 공로라고 할 수 있을 것이다.

## ■ 참고문헌

- 강희원, 「역사법학과 Savigny」, 『慶熙法學』 33권 1호, 慶熙法學研究所, 1998.  
 이상수, 「사비니에서 법의 역사성」, 『法史學研究』 제23호, 민속원, 2001.  
 堅田剛, 『歴史法學研究: 歴史と法と言語のトリアーデ』, 日本評論社, 1992.  
 H. Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssysteme, Frankfurt, 1962.

46) G. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, SS.74-76.

47) G. Radbruch, 위의 책, SS.84-85.

- H. Coing, Die Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert in Europa, Opladen, 1991.
- H. Eichler, Personenrecht, Wien, 1983.
- H. Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, München, 1982.
- I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Kant's gesammelte Schriften (Akademie -Ausgabe) IV.  
\_\_\_\_\_, Die Metaphysik der Sitten, Kant's gesammelte Schriften VI.
- H. Kantorowicz, "Was ist uns Savigny?", in: H. Coing/ G. Immel(Hg.), Rechtshistorische  
Schriften, Karlsruhe, 1970.  
\_\_\_\_\_, "Savigny and the Historical School of Law", in: H. Coing/ G. Immel(Hg.),  
Rechtshistorische Schriften, Karlsruhe, 1970.  
\_\_\_\_\_, "Volksgeist und historische Rechtsschule", in: H. Coing/ G. Immel(Hg.),  
Rechtshistorische Schriften, Karlsruhe, 1970.
- A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt, 1972.
- G. Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen, 1957.  
\_\_\_\_\_, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2.Aufl., Göttingen, 1959.  
\_\_\_\_\_, Rechtsphilosophie, 8.Aufl., Stuttgart, 1973.
- J. Rohls, Geschichte der Ethik, Tübingen, 1991.
- H. A. Rommen, The Natural Law, New York, 1979.
- J. Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach, 1984.
- F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin, 1840, Bd.1.  
\_\_\_\_\_, Grundgedanken der historischen Rechtsschule, E. Wolf(Hg.), Frankfurt, 1948.
- J. Schröder, Recht als Wissenschaft, München, 2001.
- F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl., Göttingen, 1967.
- E. Wolf, Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Tübingen, 1963.

## Kant and the Historical School of Law

Lim, Mi-Won\*

The Historical School of Law devotes considerable effort towards elucidating the historical-systematic character of law. It rests mainly on Kant's fundamental critique of the methodological concept of the modern Natural Legal Theory. Kant makes it clear that the main problem of the legal science is not simply a matter of the substantial ideal of law, but that of the universal form and methodology. His epistemological and ethical analysis of the capacity of human Reason leads to the elucidation of the objective measure of the legal 'science' and to the formal definition of law.

It allows the conclusion that the methodological autonomy of the positive legal science that is the main issue of the Historical School of Law and Pandektistik does not originate from the modern concept of Natural Law but from Kant's idealistic and dualistic concepts.

On the one hand Kant insists on the fundamentality of freedom as the ethical formal basis of law, and on the other hand on the methodological autonomy of law itself as science. To that degree it can be said that Kant replaces not only the material social ethics of Natural Law with his formal ethics, but also he provides the ethical and methodological basis for the Historical School of Law and Pandektistik, especially for Savigny's theory of private law.

**[Key Words]** Natural Law, Historical School of Law, Pandektistik, Kant, Savigny.

접수일 : 2008. 9. 5, 심사일 : 2008. 9.15~9.30, 게재확정일 : 2008.10.15

---

\* Professor, Hanyang University College of Law.