

해롤드 버만의 역사 법학(historical jurisprudence)*

김 철**

목 차

- I. 프롤로그: 법과 종교
- II. 해롤드 버만 교수의 종합적 평가
 - 1. 사후 평가
 - 2. 역사적 실존으로써의 생애
 - 3. 서양 법 전통의 회귀(Return of Western Legal Tradition)의 주역
 - 4. “법과 종교 연구센터”(the Center for the Study of Law & Religion)
- III. 버만 교수의 역할
 - 1. 동서의 가교
 - 2. 계승과 통합의 일생
 - 3. 역사 법학을 중심축으로 하는 통합 법학
 - 4. 보편주의
 - 5. 도이치 통일 이후의 반향
 - 6. 세계 학계의 영향
- IV. 버만 법학의 한국에 있어서의 의미
 - 1. 제2차 세계대전 이후의 3분법의 시대와 1989년 이후의 대변동***
 - 2. “서양법 전통”
 - 3. “서양법 전통”에서 의미 있는 것
- V. “서양법 전통”의 형성과 변용의 진화 과정
 - 1. 지나간 세3기들에서 로마 가톨릭과 프로테스탄트 그리스도교가 서양법 전통에 미친 영향을 기억하는 것이 왜 중요한가?
 - 2. 새로운 시대의 도전
 - 3. 진화와 점진적 성장
- VI. 1989년 동유럽 러시아 혁명과 역사적 접근법
 - 1. 사회주의 법 군(群, Group) 해체기의 기억

* 2016년 4월 30일 한국법사학회 정례발표회 발표문. 토론자인 서울오 교수와 종합토론자 최병조 교수, 심희기 교수에게 감사드린다.

** 숙명여자대학교 법과대학 명예교수

*** 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 『법과 혁명 I-서양법 전통의 형성1』(서울: 한국학술정보, 2013), 473-474면.

2. 동유럽·러시아 혁명(1989년 가을) 직후의 성찰
- VII. 버만의 치유와 쇄신을 위한 역사 법학은 어떻게 계승 될 수 있는가?
1. 역사 법학의 목적
 2. 치유와 쇄신(integrare, integratio)
 3. 치유와 쇄신을 위한 역사적 접근의 예: 금융 위기 내지 경제 위기에 대한 접근
 4. 동아시아 외환위기 때의 증상의 예
 5. 2008년 세계 금융위기 때의 증상의 예
 6. 통합적인(integrative) 역사적 접근의 귀환
 7. 위기가 오자 비로소 거시 및 역사적 연구에 눈을 돌리기 시작 한 지나간 예
- VIII. 버만의 역사관: 법, 종교, 역사

[국문 요약]

이 논문은 해롤드 버만(Harold J. Berman, 1918–2007)의 역사 법학(historical jurisprudence)을 한국에 소개하는 것이 목적이다. 논문의 순서는 그의 사후에 이루어진 종합적 평가를 먼저 소개하고, “서양법 전통”을 중심으로 한 버만 법학이 한국에서 어떤 의미를 가지는가를 음미한다. 논문의 후반은 버만의 “서양법 전통”의 형성과 변용의 진화 과정, 그리고 그의 “역사 법학”(historical jurisprudence)을 적용할 수 있는 예로, 동유럽 러시아 혁명(1989년 가을) 직후의 성찰을 들고, 논문의 마지막 부분에서는 버만의 “역사 법학”(historical jurisprudence)은 그의 사후에 어떻게 계승될 수 있는가를 묻는다. 그래서 그의 “치유와 쇄신”(integrare, integratio)을 위한 역사적 접근의 예로, 1997년 이후의 두 번의 경제위기 즉, 동아시아 외환위기와 2008년 세계금융위기를 든다. 필자는, 필자의 다른 저작인 『법과 경제』 3부작에서, 버만의 통합적인(integrative) 역사적 접근을 주된 방법론으로 썼다는 것을 설명한다. 논문의 결론은 버만의 역사관을 소개하고 있다. 즉, 법을 경제의 함수로 본다든가, 혹은 정치 권력의 함수로 보는 어떤 통념도 부인하고, 법의 변화는 정치와 경제의 함수가 아니라, 정치와 경제 변화가 법의 함수이다. 이 법의 진화는 종교와의 상호 역동적 관계에서 진행된다는 것이다.

[주제어] 해롤드 버만, 서양법 전통, 역사 법학, 법의 진화, 치유와 쇄신을 위한 역사적 접근, 통합적 역사적 접근, 종교와 법, 법과 혁명

I. 프롤로그: 법과 종교

명제 1

“로마는 세 번 세계를 정복하였다. 한 번은 무력으로써, 또 한 번은 종교¹⁾로써,

1) 로마 가톨릭을 의미한다고 보여 진다.

그리고 나중에는 법²⁾으로써”(Rudolf von Jhering, 1852~1865)³⁾

명제 2

“서양 근대는 세 개의 R로써, 문명사의 주역으로 등단하였다. 즉, 르네상스(Renaissance), 종교 개혁(Reformation),⁴⁾ 그리고 시민 혁명(Revolution)⁵⁾이다.”

버만은 위의 두 명제에서 그의 평생의 키워드를 찾았다고 필자는 설명한다.⁶⁾ 즉, 종교(Religion), 법(Recht), 종교 개혁(Reformation), 그리고 혁명(Revolution)이다.

버만은 그가 교수 생활을 시작한지 27년 만에, 루돌프 폰 예링의 『로마법의 정신』의 키워드 두 개, 즉 “법과 종교”의 관계에 대한 문명사의 첫 번째 개략적 지도를 선보였다.⁷⁾⁸⁾

이후 약 9년 뒤인 그가 65세 되던 해에, 법과 종교, 그리고 혁명과 르네상

- 2) 로마 시민법(Jus civile)을 의미하고, 더 구체적으로는 유스티니아누스의 『시민법 대전』(Corpus juris civilis)을 가리킨다.
- 3) Rudolf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 4 Bde. Breitkopf & Härtel, Leipzig 1852-1865.
- 4) 1517-1555년까지의 도이치 종교개혁과, 1640-1689년까지의 잉글랜드 청교도 혁명을 주제로 하나, 루터주의와 칼뱅주의를 주로 하는 서유럽의 모든 종교개혁을 총칭한다.
- 5) 통칭 서양 근대 혁명은 1640-1689년 잉글랜드, 1776년 아메리카, 1789년 프랑스 대혁명을 의미한다. 그러나 1517년의 도이치 종교 개혁은 그 전면적인 성격과 범유럽적인 파장 때문에 이후의 유럽 혁명을 가능케 한 최초의 서양 근대 혁명으로 평가하여 게르만 혁명이라고 부를 수 있다는 것이 버만의 입장이다.
- 6) 그가 직접 영향 받은 것은, 1938년 간행된, 학부 지도교수 Eugen Rosenstock Huessey의 『혁명으로 부터-서구인의 자화상』에서였다. Eugen Rosenstock Huessey, *Out of Revolution: Autobiography of Western man*(New York: William Morrow & Co., 1938); 본 논문 각주 25 참조.
- 7) Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion* (New York: Abingdon Press, 1974); 해롤드 버만·김 철 공저, 『종교와 제도-문명과 역사적 법 이론』(서울: 민영사, 1992) 같은 내용이나, 종교 사회학도를 위한 관으로는, 해롤드 버만·김 철 공저, 『종교와 사회 제도-문화적 위기의 법 사회학』(서울: 민영사, 1992)
- 8) 버만 자신이 직접 Jhering의 『로마 법의 정신』의 영향을 받았다는 언급은 없다. 이 것은 논문 필자의 설명을 위한 편의이다. 버만의 Jhering에 대한 언급은, 루터주의 법 철학자 Melancthon의 로마 법에 대한 언급을 Jhering이 발전시킨 것을, 버만이 소개 한 맥락이다. Harold J. Berman, *Law and Revolution II - The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition* (Cambridge: Harv. Univ. Press, 2003), p. 86; 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 『법과 혁명 II -그리스도교가 서양 법 전통에 미친 영향(前)』(서울: 한국학술정보, 2016 7), 260면.

스를 키워드로 하는 15세기까지의 문명사를 내놓았다.⁹⁾ 이후 20년이 걸려서 그가 85세 되던 해에 법과 종교, 종교개혁, 혁명을 키워드로 하는 17세기까지의 상세한 역사와 함께, 서양 문명사의 모든 혁명을 러시아 혁명(1917)까지 개괄하는 “법, 종교, 혁명”의 총론을 내어 놓았다.¹⁰⁾ 그의 세 권의 대표작을 쓰는 데 56년이 걸렸다고 할 수 있다. 첫 번째 대표작은 56세 때, 두 번째 대표작은 65세 때, 세 번째 대표작은 85세 때 출간되었다.¹¹⁾

그의 ‘법과 종교’ 연구에서 확립된 보편주의는, 1989년 구 공산주의가 무너진 동유럽 러시아 혁명 이후 진공 상태의 광대한 지역에서 새로운 질서를 형성시키는 데 기여하여 왔다. 또한 ‘법과 종교’에 기한 인류 문명사의 과거와 미래에 대한 그의 해석 및 예견은 2006년 중국에서도 수천 명의 중국 학자들을 경청하게 만들었다. 2010년에는 일본에서도 비교법을 통해 많은 학생들이 그를 따랐다.

II. 해롤드 버만 교수의 종합적 평가

1. 사후 평가

해롤드 버만 교수는 20세기와 21세기에 걸친 세계적인 법학자이자, 인문

9) Harold J. Berman, *Law and Revolution—The Formation of Western Legal Tradition* (Cambridge: Harv. Univ Press, 1983); 한국어판은 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 정리함, 『법과 혁명 I—서양법 전통의 형성1』(서울: 한국학술정보, 2013)으로 출간됨.

10) Harold J. Berman, *Supra*(2003); 한국어판은 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016-)과 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 『법과 혁명 II—그리스도교가 서양 법 전통에 미친 영향(後)』(서울: 한국학술정보, 2016-)으로 출간되었다.

11) “John Witte, Jr.(the Center for the Study of Law and Religion (CSLR), Emory Law School)에 의하면, 원래 버만(Berman) 교수는 『법과 혁명 I』, 『법과 혁명 II』에 이어서, 『법과 혁명 III』를 구상하고 있었다고 한다. 『법과 혁명 I』의 프롤로그의 일반이론과 『법과 혁명 II』의 총론 부분을 보면, 18세기 아메리카 독립 혁명과 18~19세기의 프랑스 대혁명과 20세기의 러시아 혁명에 대한 일반이론을 개략적으로 다루었으나, 2007년 타계함으로 각론으로 이어지지 못했다. 그가 각론으로 다루지 못한, “18세기 아메리카 혁명”, “18~19세기의 프랑스 혁명”, “20세기 말의 동유럽 러시아 혁명”에 대해서, 옮긴이가, 버만의 학생으로서, 4개의 논문을 한국의 독자의 이해를 위하여 부록으로 덧붙였다.” 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 위의 책(2016-), 473면 부록 해제.

사회과학계에서도 존중과 칭송을 받는 학자이다. 버만은 로스코 파운드(Roscoe Pound), 칼 르웰린(Karl Llewellyn), 론 풀러(Lon Fuller)에 이어서 20세기 법학교육에 있어서의 거인으로 평가되고 있다(James T Laney).¹²⁾ 로스코 파운드는 하버드 로스쿨의 실질적인 건설자이고, 론 풀러 역시 2차 세계대전 이후 전후 세계질서와 관계된 자연법론자로서 하버드 로스쿨을 베이스로 해서 2015년 한국의 법학계까지 영향을 미치고 있는 전설적 인물이다. 칼 르웰린은 법 현실주의로 뉴딜 법학에 관계 된다. 또한 다음과 같은 의미에서 막스 베버에 비견된다.

“법의 근대성(legal modernity)을 역사적으로 비교하여 이해하는데 있어서, 버만은 막스 베버와 짝이 될 수 있는 유일한 인물이다(귀도 칼라브레시, Calabresi).”¹³⁾

2. 역사적 실존으로써의 생애

그는 1918년에 태어나 1930년대의 세계 대공황, 1933년의 히틀러의 대두, 1939년의 세계대전 발발과 함께 2차 세계대전에서 유럽 전쟁에 참전하였고, 1945년 8월에 2차 세계대전의 종막을 겪었다. 전후 미·소 냉전시대를 거쳐서, 냉전질서의 이완이 가시화되고 있던, 고르바초프의 페레스트로이카 시대, 그리고 드디어 1989년 가을의 베를린 장벽붕괴에 잇따른 중동부 유럽 전체의 공산주의의 붕괴와, 마침내는 1917년 이후 1차 세계대전 종전 이후 약 72년간 존속하였던 소비에트 연방공화국의 붕괴를 직접 체험하였다(동유럽 러시아 혁명). 따라서 그는 20세기와 21세기의 중요한 세계사적 사건을 모두 체험하고, 이 역사적 경험을, 그의 역사적 법학에 반영한 전례 없는 지

12) James T Laney, 신학자, 선교사(연세대 재직), 에모리 대학(Emory University) 총장(1977-1993), 주한 미 대사(1993-1996).

13) Guido Calabresi, 예일 로스쿨 교수(1959), 학장 및 연방 항소 법원 판사, 코어스(Ronald Coase, 노벨경제학상 1991)와 포즈너(Richard Posner)와 함께 법과 경제 연구의 3대 창설자로 간주된다. 법과 경제(Law and Economic)의 법학상 의미에 대해서는, 김 철, 『경제 위기 때의 법학』(서울: 한국학술정보, 2009-); 김 철, 『법과 경제 질서: 21세기의 시대정신』(서울: 한국학술정보, 2010); 김 철, 『경제 위기와 치유의 법학』(서울: 한국학술정보, 2014)을 참조할 것.

식인으로 평가되고 있다.

3. 서양 법 전통의 회귀(Return of Western Legal Tradition)의 주역

사회주의 법 가족의 붕괴와 해체 전후의 이른바 교량기간(the Bridge Years) 동안, 그는 공산주의 이후의 중동부 유럽과 러시아 연방에, “서양 법 전통”을 새로운 질서의 근간으로 하는 법치주의를 수립하는 데 진력하였다. 또한 2006년 여름에는 중국 대륙의 4개 도시의 순회강연을 통해서 수천 명의 중국학자들에게 강의하였다. 그의 생애를 통해서 버만 교수는 약 40개국 이상의 나라에서 천 번 이상의 공개강좌를 행하였다.

4. “법과 종교 연구센터” (the Center for the Study of Law & Religion)

해롤드 버만 교수는, 하버드 로스쿨에서 가장 업적이 탁월한 교수에게 주어지는 두 가지의 특별 교수직으로 37년간을 재직하고, 68세 때 남부의 하버드라고 불리는 에모리 대학이 최초로 주는 특별 교수직으로 다시 22년간을 에모리 로스쿨에서 재직하였다. 그의 영향으로, 에모리 대학의 “법과 종교 연구센터”(the Center for the Study of Law & Religion)가 설립되었다. 그의 영역은 비교법과 비교법제사, 법철학(jurisprudence), 법과 종교, 국제통상 및 국제사법, 러시아-소비에트법사, 법 교육 등이다. 그는 또한 동서냉전이 격렬하던 1955년 이후 1989년 동유럽 러시아혁명 이전에도, 학자의 신분으로 당시 소비에트 러시아에서 모스크바 법과대학을 베이스로 해서 50회 이상 강의와 연구 프로젝트를 행하고, 모스크바에 아메리카 법 센터(the American Law Center in Moscow)를 창설하였다.

공산주의가 붕괴 해체된, 1989년 동유럽 러시아 혁명 이후에도, 동유럽과 대륙 중국에서 가장 신뢰되고, 자주 인용되는 학자이다.¹⁴⁾ 그는 신흥 민주주

의 국가에서의, 신뢰, 평화, 정의를 확립하고, 불평등을 교정하기 위해서, 세계법 기구(the World Law Institute)를 공동 창설하였다. 이 기구는 세계법(world law) 교육 프로그램과, 2000년에 부다페스트의 중앙 유럽대학(Central European University in Budapest)과 모스크바에, 세계법 아카데미(Academy of World Law)를 개설하였다.

Ⅲ. 버만 교수의 역할

1. 동서의 가교

“해롤드 버만이 한국 법학에 가지는 의미”에 대해서는 법과 혁명 연작 시리즈 중 최초로 한국에서 출간된 『법과 혁명 I -서양법 전통의 형성 I』의 제5장에서 필자가 따로 논문을 써서 한국의 독자에게 설명하고 있다.¹⁴⁾ 또한 “해롤드 버만의 생애와 학문”에 대하여는 『법과 혁명 II』의 후(後)편에서 그의 생애에 초점을 맞추어 설명하고 있다. 버만은 제1차 세계대전이 끝난 1918년에 태어나서, 세계 대공황과 전체주의 세력의 대두, 그리고 제2차 세계대전을 유럽 전선의 참전 용사로서 나치즘과 싸웠다. 전후 세계질서의 형성에 학자로서 참가하였으며, 잇따른 냉전시대에 당시 냉전의 두 주역이었던 미국과 소비에트 연방 간의 긴장과 갈등에도 불구하고, 학자로서 하버드 대

14) 구 공산권이나 현재 대륙 중국에서 신뢰하는 이유는 물론 그의 대표작의 영향이겠지만, 그 이전에 버만은 1950년대부터 시작되고, 1989년 동유럽 러시아 혁명에 의해서 비로소 종언을 고한 냉전 시대부터 비교법학자로서, 사회주의 법 군에 속하는 소비에트 러시아 법의 서방 학계의 창건자의 한 사람이기 때문이다. “버만의 러시아 소비에트법의 역사에 대한 연구는, 2차 대전이 1939년 9월에 발발하고, 히틀러가 폴란드를 침공한 직후, 1941년에 다시 러시아를 침공했을 때였다고 한다. 1938년에 버만은 런던 스쿨 오브 이코노믹스로 갔고, 1939년 9월에 전쟁이 발발하자 본국으로 돌아와서 1940년에 예일대 대학원에 들어갔다. 1942년에 버만은 연합군에 입대하였는데, 이때 러시아어를 연구하기 시작했고, 러시아어의 문법책을 가지고 입대하였다고 한다.” 해롤드 버만·김 철 공저, 앞의 책(1992), 제8장 대화편/여섯 개의 질문과 여섯 개의 대답, 313-314면.

15) 김 철, 제5장 “Harold Berman이 한국 법학에 가지는 의미”, 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2013), 455-501면. 또한 김 철, “Harold Berman의 통합 법학”, 『헌법과 기본권의 현황과 과제』(서울: 경인문화사, 2012), 811-831면.

학과 모스크바 대학을 잇는 가교로서 활동하였다. 한국 법학자나 사회과학자의 상상을 넘는 그의 동서의 가교 역할은, 냉전의 절정기였던 1955년 이후 1991년에 소비에트 연방이 해체되기 이전의 어려운 시절에도, 하버드 대학과 모스크바 법과대학을 베이스로 해서, 50회 이상의 연구 프로젝트를 수행하였다.¹⁶⁾

그의 사후 추모사를 쓴 어떤 교수는 그를 신대륙과 영연방, 그리고 서유럽과 중동부 유럽을 연결시키고, 한편으로는 러시아와 다른 한편으로는 중국을 연결시킨 거의 유일무이한 사람으로 쓰고 있다.

그는 도이치 통일 후 도이치의 Die Zeit를 통해서 서유럽 세계에 알려졌으며, 동유럽 혁명(1989) 후 헝가리의 부다페스트의 중앙 유럽 대학을 거점으로 해서, 동 유럽과 서방 세계를 연결시켰고, 마침내는 도쿄 주오(中央) 대학 비교법 연구소를 통해서 일본의 법학계와 지식계를 연결시켰다. 어떻게 그런 일이 가능했을까? 지구상에서 냉전 체제를 종식시킨 1989년의 동유럽 러시아 혁명과 독일 통일 이후, 구 공산주의가 몰락한 중동부 유럽 및 구 소비에트 연방 국가의 광대한 영역에서 그의 법학이 환영 받은 것은 이유가 있다. 또한 사회주의 체제를 유지하면서도 1978년 이후 개혁 개방을 통해서 세계 시장에 등장해서 마침내 미국에 이은 경제 대국이 된 개방 이후의 중국에서도, 탈 이데올로기 시대 이후의 세계 법 질서의 근거를 어디서 찾을 것인가 하는 의문에 대해서, 비정치적이며 국가를 초월한 해답을 제시한 사람이 헤롤드 버만이었다고 한다.

2. 계승과 통합의 일생

그는 20세기와 21세기의 중요한 세계사적 사건을 모두 그의 학문에 참조한 전례 없는 통합적인 지식인으로 사후에 평가되고 있다. 이 점에서 다소

16) 그의 사후인 2008년에 간행된 에모리 로스쿨(Emory Law School)의 로 리뷰에 의하면, 미·소 간의 경쟁이 치열했던 1982년에 모스크바 법과대학의 한 학생(Boris Ossipian)은 당시 방문학자로 체재하고 있던 버만의 강의에 매료되어서 당시 공산당원이었던 학장의 경고를 받고, KGB의 감시를 받고 있었다고 한다.

설명을 요한다. 그의 대표작인 『법과 혁명 I, II』의 두 권이 취급한 인류의 문명사는, 각론으로는 고대 게르만과 중세(1권), 그리고 종교 개혁과 청교도 혁명 시대의 근대 유럽(2권)이었다. 총론으로는, 각론에서 다루지 못했던 현대(소비에트 러시아)까지 포함하고 있다. 세 권의 대표작 이외에 그가 쓴 논문들과 다른 논문집¹⁷⁾은 동유럽 러시아 혁명(1989년) 이후와 독일 통일 이후까지도 다루고 있다.

버만 자신은 19세기 내지 20세기에 활약한, 법학자였던 사비니(Friedrich Carl Savigny)¹⁸⁾와 메인(Henry Sumner Maine),¹⁹⁾ 그리고 사회학자인 뒤르케임(Emile Durkheim)²⁰⁾과 막스 베버(Max Weber)를 법체계의 역사적 발

17) Harold J. Berman, *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*(Wm. B. Eerdmans Publishing, 1993).

18) “19세기 법철학의 제3의 학파는 역사학파(historical school)로서, 법실증주의와 자연법이론 모두에 반대해서 대두하였다. 역사학파는 오늘날 법학 이론가들 간에서는, 주로 낭만적 민족주의(romantic nationalism)과 같은 것으로 오인되어서, 불신되고 있는데, 법의 시작(origin)과 유효성의 원천을, 그 법이 해당하는 사회의 역사적 경험과 역사적 가치에서 찾는다. 도이치에서는 중점이, “국민의 정신(the spirit of the people)”이라는 뜻의 *Volksgeist*에 주어진다. 미국에서 중점은 건국의 아버지(Founding Fathers)의 신념과 그 신념에 대한 잇따른 해석에 주어진다.” 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016ㄱ), 14면. Savigny, Friedrich Karl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), 2nd ed., (Heidelberg, 1840). Abraham Hayward, (trans) *On the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, 183: reprint, (New York, 1975).

19) 버만은 기원후 6세기와 10세기 사이의 부족법의 특징에 대해서 헨리 메인(Henry Sumner Maine) 경을 크게 인용한다. 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 정리함, 앞의 책(2013), 227-228면; Maine, Henry Sumner, *Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (1 ed.). (London: John Murray, 1861), p.15. 이 책은 1960년대 말에 이호정 교수에 의한 원서 강독으로 쓰였다.

20) 뒤르케임(Durkheim)은 사비니(Savigny)를 답습하였다. 즉, 법의 원천에서의 도덕을 강조한 것과 어떤 국민의 집단 의식(collective consciousness 또는 집합적 양심(conscience collective)을 강조한 점에서 그렇다. 그러나 부분적으로는 메인(Main)의 토대 위에 건축했는데, 법의 중력의 중심을 억압적인 데부터(repressive) 원상 회복을 위한 제재(restitutive sanctions)로 옮겨간 것을 추적한 점에서 그렇다. 보라, Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*(Glencoe, Ill., 1893), and *Durkheim and the Law*, ed. Steven Lukes and Andrew Scull(New York, 1983) (a collection of Durkheim writings on law and legal evolution). 사비니와 메인에 대비해서, 뒤르케임은 그의 법의 진화 이론에 규범적 의미를 명백히 표시하진 않았다. 비슷한 것은 베버(Weber)가, 카리스마적(charismatic) 법의 타입에서 전통적 또는 형식적 합리성(traditional and to formalrational) 형태의 법의 개념으로의 변화를 추적하는 데 있어서 전자 타입의 법에서 후자 타입의 법으로의 역사적 발전(historical development)에 규범적 성격을 부여하진 않았다. 보라, *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed. Max Rheinstein(Cambridge, Mass., 1954). 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016ㄴ), 168면 각주 206; 김 철, 「뒤르케임의 아노미이론과 평등권에서의 기회 균등」, 한국사회이론학회 편, 『뒤르케임을 다시 생각한다』(서울: 동아시아, 2008ㄱ).

전에 대한 학문적 이론을 발전시킨 사람으로 크게 평가하고 있다.²¹⁾ 베버의 이론은 중요 부분에서 가장 철저하게 비판해서 현대의 베버 전문가에게도 평가되고 있다.²²⁾ 『프로테스탄트 윤리와 자본주의 정신』에 대한 베버의 명제에 대해서 버만은 기본적으로 긍정하나 구체적으로는 칼뱅주의 교의학보다는 칼뱅주의 교회와 시민의 공공 정신이 잉글랜드의 공적인 기업을 발전시킨 것으로 본다.²³⁾

그러나 버만 자신은 이 네 사람을 전부 비판적으로 계승해서 발전시킨 20세기 내지 21세기의 유일무이한 법학자로 평가된다. 비교법학의 눈으로 볼 때, 도이치와 잉글랜드의 법학을, 그리고 프랑스와 도이치의 법사회학을 비판적으로 계승하면서, 역사 법학을 중심축으로 놓았다. 그의 법학은 역사 법학을 중심축으로 하는 통합 법학으로 평가된다.

3. 역사 법학을 중심축으로 하는 통합 법학

“여기서 ‘통합된 법이론’ 또는 ‘통합적 법철학’이란 지난 1970년대와 1980년대 한국 헌법학의 일각에서 나타난 ‘통합이론’과 맥락이 전혀 다르다. 버만(Harold Berman)은 긴 학문적 역정 이후 그가 70세가 되던 1988년 7월에 인류의 문명사에 나타난 세 가지 법학의 사고방식 내지 고전이 된 세 가지 학파, 즉 법실증주의, 자연법론, 역사학과(historical school)를 함께 묶어서 고찰하여 종합(synthesis)에 이를 필요성을 역설하였다. 제롬 홀(Jerome Hall)은 법실증주의와 자연법론을 로스코 파운드의 사회학적 법학과 같이 묶어서 종합에 이르는 길을 모색한 데 대비해서, 버만은 법실증주의와 자연법

21) Weber, Max, *Die Protestantische Ethik und der "Geist" des Kapitalismus* (German Edition) (CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013); 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 위의 책(2016년), 167-168면.

22) “막스 베버가 현대의 사회과학에 미친 영향은 긍정적인 면모와 부정적인 면모, 모두를 가지고 있습니다.” 해롤드 버만·김 철 공저, 앞의 책(1992), 제8장 대화편/여섯 개의 질문과 여섯 개의 대답, 312면.

23) 김 철, 「막스 베버의 『프로테스탄트 윤리와 자본주의 정신』에 대한 해롤드 버만의 연구」, 한국사회이론학회 편, 『다시 읽는 막스 베버』(서울: 문예출판사, 2015).

론의 종합적 고찰의 중심축으로 역사 법학(historical school)을 놓은 점에서 차이가 있다. 즉, 제롬 홀에게 자연법론과 법실증주의의 긴장을 극복하는 중심축이 사회학적 법학이었다면 해롤드 버만에게는 역사적 법학이 중심축이었다고 할 수 있다.”²⁴⁾

그가 계승하였던 통합적 학문으로는, 학부 스승이었던 오이겐 로젠스토크 휘시(Eugen Rosenstock-Huessy)가 가장 중요한 영향을 미쳤다. 오이겐 로젠스토크 휘시는 1888년 베를린 태생으로 도이치 대학에 있다가 히틀러가 집권하자 신대륙으로 이주한, 1차 대전 이후부터 활약하고, 1938년 전체주의가 유럽 대륙에서 세계 대전을 예비하던 무렵에, 서양 문명사에 대한 통합적 연구를 발간하여, 당시 학부생이었던 버만에게 이후 약 30년에 걸친 영향을 주어서, 『법과 혁명 I, II』의 주제를 제공하였다.²⁵⁾

24) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2013), 479-480면.

25) “역시 한국 법학계에서는 잘 알려져 있지 않은 학자이나, 한국법사학회의 최병조 교수가 이미 인지하고 있었다. 오이겐 로젠스토크 휘시(Rosenstock-Hussey, 1888~1973)는 1933년 히틀러 집권 후 신대륙으로 이주해서는 역사, 신학, 사회학, 철학을 포함하는 학제적 연구로 처음에는 하버드에서 다음에는 다트머스 Dartmouth College에서 가르쳤다(1935~1957). 이민학자로서 전 생애에 걸쳐, 아메리카 지식인 사회의 주류에 속한 적은 없으나, 그의 저작은 시인 오든(W. H. Auden), 법학자 해롤드 버만(Harold Berman), 신학자 마틴 마티(Martin Marty), 인류학자 루이스 뎀포드(Lewis Mumford)에게 영향을 끼쳤다. 한국에는 잘 알려져 있지 않으나, 그를 기념하는 국제협회가 있다. 해롤드 버만·김 철 공저, 앞의 책(1992), 제8장 대화편 310~311면. 가족사의 시대적 배경으로는 프로이센의 비스마르크가 통일을 이룩하고 비스마르크 헌법을 제정한 1871년 이후의 제2제국 빌헬름 2세 시대(1888~1918)의 1888년에 베를린의 주식중개인 및 금융인의 아들로 태어났다. 이 시대에 프로이센은 테크놀로지의 선두주자로 영국을 이어 대공업국이 되어 보호무역과 식민지 정책을 폈다. 김 철, 법과 경제질서, 제12장 37 근대 3기의 경제적 상황과 세계. 이 시대에 프로이센은 비스마르크 헌법(1871)에 이어 독일 지상주의와 범게르만주의를 표방하였다. 김 철, 「위기때의 법학: 뉴딜 법학의 회귀 가능성-현대 법학에 있어서의 공공성의 문제와 세계 대공황 전기의 법사상」, 『세계헌법연구』 제14권 제3호(서울: 세계헌법학회 한국학회, 2008), 40-41면. 이러한 시대적 배경에도 불구하고 로젠스토크 일가는 유대인의 혈통이었으나 기독교 전통과 휴일을 지키며 자라났고, 루터 교회에서 세례를 받았으며, 생애를 통하여 기독교 전통의 옹호자였다. 초기에 나치즘의 위협을 알고, 히틀러가 집권하자 곧 신대륙으로 이주한 이유로 추정된다. 그 시절의 부유한 프로이센 거주 유대인들이 그러했던 것처럼, 로젠스토크는 감나지움에서는 고전언어(라틴어)와 문학을 공부하고, 대학에서는 법학(Zurich, Berlin, Heidelberg)을 배웠다. 21살에 하이델베르크 법학부를 졸업하고(법학의 학위) 24살에 라이프치히 대학의 사강사(Privatdozent)가 되어서 1차 대전이 발발할 때까지(1914) 약 2년간 헌법과 법제사를 가르쳤다. 1차 대전이 정전되어, 최대 격전지인 베르딩(Verdun)에서 1년 6개월을 포함해서, 서부전선에서 정훈분야에서 중군하였다. 바이마르 공화국 초기인 1919~1923년은 노동자교육문제에 종사하여 다임러 자동차회사의 노동신문 편집인이 되고 1921년에 노동아카데미(Die Akademie der Arbeit)를 프랑크푸르트/마인에 설립하였다. 1차

4. 보편주의

1) 국가주의의 극복

한국의 법학도 및 비법학도를 위해서 더 단순화시키면, 버만은 21세기까지 한국의 사회과학도 및 법학의 선입견 중 하나를 없앤 것이 된다. 즉, 그는 흔히 아메리카의 대학 교수라는 국경을 넘어서 처음에 대서양을 극복하였으며, 다음에 서유럽의 국가주의를 극복하였으며, 더 나아가서 그와 같은 보편주의를 동부 유럽과 슬라브 지역의 광대한 영역에까지 확대해서 1, 2차 대전 이후의 특징이던 유럽의 국가주의를 그의 필생의 연구와 교수에 의해서 극복하였다. 그와 같은 보편주의는 그 다음 단계에는 유럽 대륙을 넘어서 아시아의 중국에서 수천 명의 학자들에게 감명을 주었으며(2006년) 마지막에는 일본의 비교법학계에까지 학생을 가지게 되었다(2010년). 한국에 버만의 중요 업적이 처음 본격적으로, 그의 이름으로 소개된 것은 1989년, 1992년, 2013년 필자에 의해서 시작되었다.²⁶⁾ 필자와 해롤드 버만의 관계는 『법과 혁명 II』 후편의 결론 다음에 수록된 “해롤드 버만의 생애와 업적” 제목의 끝부분에 간략하게 소개되어 있다.

2) 보편주의의 원천

보편주의의 원천은 무엇인가? 법의 영역에서, 1차 대전 이후에 문명사의 주조로 등장한 국가를 배경으로 한 국가법 시대 또는 국가주의를 뛰어넘어서 그 이전 시대로 소급하였다(historical approach의 방식을 썼다). 마침내 『법과 혁명 I, II』에서 보여주는 바대로, 인류가 겪은 근현대의 혁명을 역순으

대전과 그 후의 노동자교육의 경험 이후, 법학교수가 되는 것을 포기하고, 하이델베르크 대학에서 철학으로 학위를 받았다; 공과대학에서 사회사와 사회과학을 가르치다가 브레슬라우 대학에서 도이치법제사 교수로 이던 떠날 때까지 가르쳤다. 1925년 로마 가톨릭 신부인 Wittig 유대인인 마르틴 부버, 개신교도인 Victor von Rosenzweig 등과 같이 *Die Kreatur*(The Creature)라는 저널을 창간하였다.“ Wikipedia의 해당 항목 참조. 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 위의 책, 461-462면 각주 1.

26) 버만의 대표작 또는 중요 업적이 아닌 것으로 한국에 번역된 H. J. 버어맨, 이병조 역, 『미국법 입문』(서울: 탐구당, 1981)이 있다.

로 추적하여, 현대에까지 서양법의 기초가 된 “서양 법 전통”을 발굴하기에 이르렀다. 그의 문명사 서술은 기원 후 5세기, 6세기 부족법 시대까지 거슬러 올라간다. 『법과 혁명 I』에서 다루는 연대는 중세와 르네상스 법학까지인데, 이 연대에서 버만이 강조하는 것은 로마법과 캐논법이 세속법에 미친 압도적인 영향이다. 로마법의 서양 법에 미친 영향에 대해서는 한국 법학계에서도 주로 사법 특히 민법학자들에 의해서 잘 교수되어져 왔다. 널리 알려진 문명사에 있어서의 로마법과 그리스도교의 압도적 영향은 다음과 같이 요약되어져서 전승되어 왔다.

“로마는 세 번 세계를 정복하였다. 첫 번째는 로마의 군대에 의해서, 두 번째는 그리스도교에 의해서, 세 번째는 로마법에 의해서”(Rudolf von Jhering, 1818-1892)

5. 도이치 통일 이후의 반향

버만의 업적은 도이치에서는 동, 서독 통일 이후에 비로소 잘 알려지고 평가된 것처럼 보인다.

유럽 대륙에서 독일 통일 이후, *Die Zeit*(1991.8.30)의 서평에서 법과 혁명을 “신기원을 긋는 책”으로 보도하였다. 1993년에 도이치의 어떤 학자는 버만을 법의 역사에 관한 한 마르셀 프루스트(Marcel Proust)라고 썼다. 마르셀 프루스트는 프랑스 작가로, 『잃어버린 시간을 찾아서』의 저자로, 문학사에서 잘 알려져 있다. 1995년에 도이치의 *Neue Juristische Wochenschrift*에서 어떤 독일 법학자는 법과 혁명을 “그 해의 책”의 리스트에 올리고, 도이치 학자들이 읽기를 권했다.

6. 세계 학계의 영향

1) 대륙법계, 영미법계, 사회주의 법계까지 영향을 미친다

버만의 업적의 후계자들에 의한 종합적 정리는 1996년 출간된 『버만의 통합적 법학』(*The Integrative Jurisprudence of Harold J. Berman*)으로 처음 나타나고,²⁷⁾ 2008년의 에모리 로 저널 전부가 그의 학문적 영향을 받은 전 세계의 후계자들에 의해서 추모사로 채워지고 있다.²⁸⁾ 앞 책에 기고한 다섯 사람은 버만의 다섯 개 전공 영역의 하나 하나를 대표하는 제자들인데, 러시아법, 법사학, 국제거래, 법철학, 법과 종교의 다섯 분야의 제자들을 대표하는 학자들이다.²⁹⁾ 뒤 책의 기고자들은 역시 러시아법, 법과 종교, 법사학, 비교법과 국제사법, 미국법의 각 과목에 대한 옛 제자들의 대표자이다.³⁰⁾ 국적 별로는 아메리카 대학들은 물론이고, 런던 대학, 드레스덴 대학, 모스크바 대학이 배경이다. 참고로 옮기고 주석 단 사람(김 철 교수)의 영역을 버만 표준으로 분류해보면, 러시아 소비에트 법, 비교 법, 법철학, 법사학, 법과 종교가 될 것이다. 법 교육이 추가 된다.

2) 법과 종교의 영역에서의 영향

그에게 영향을 받은 사람들은 법과 종교³¹⁾ 영역에서만 수천 명이 된다고 에드워드 맥글린 개프니(Edward McGlynn Gaffney, Jr.)가 추도사에서 밝히고 있다. 그 중에서 특히 그가 『법과 혁명 II』의 감사의 말씀(Acknowledgments)에서 마지막 대표작의 연구 조력자로서 들고 있는 사람은 존 위테(John Witte, Jr.)³²⁾와 찰스 레이드(Charles J. Reid, Jr.)의 두 사람

27) Howard O. Hunter ed., *The Integrative Jurisprudence of Harold J. Berman*(Boulder: Westview Press, 1996)

28) *Emory Law Journal* vol.57(2008).

29) 구체적인 인명 적시는 본고의 범위 밖이므로 생략한다.

30) 구체적인 인명 적시는 본고의 범위 밖이므로 생략한다.

31) 해럴드 버만·김 철 공저, 『종교와 제도-문명과 역사적 법 이론』(서울: 민영사, 1992)

32) 위테는 하버드 로스쿨 시대에 버만의 조교(research assistant)였다가, 버만이 에모리로 옮겨간 이후 상임 연구원(research associate)였다가, 이후 에모리 로스쿨의 석학 교수 및 법과 종교 센터의 연구 소장이 되었다.

이다. 위테의 주저는 『법과 프로테스탄티즘』(*Law and Protestantism*)으로, 그의 주된 관심 영역은 혼인법과 인권법으로, 버만과는 차이가 있다.³³⁾ 2015년 5월에 위테 교수의 근대 칼뱅주의의 전개를 다룬 최신작이, 한국어로 『권리와 자유의 역사』라는 제목으로 출간되고, 논문 필자가 그 책의 서평을 『월드뷰』³⁴⁾에 쓴 적이 있다. 위테 교수는 2015년 5월 한동대학교의 초청으로 방한하여서 해롤드 버만 연구 모임의 회원들과 만났으며, 연세대학교 및 법사학회,³⁵⁾ 그리고 그리스도교 관계 단체에서 강연하였다.³⁶⁾

IV. 버만 법학의 한국에 있어서의 의미

필자는 다음과 같이 버만의 업적을 한국 법학 교육계에 참조할 것을 제의하였다.³⁷⁾ 이 논문을 발표할 때(2016년 4월 30일) 필자는 버만의 사상과 문

33) 버만이 법과 혁명, 특히 근대 이후의 법을 실증적으로 분석하는 방식에서의, 구체적인 법의 한국식 분과에 대해서는, 이 논문 말미의, 법과 혁명Ⅱ의 전편과 후편의 차례에서 보여 준다. 도이치 혁명과 잉글랜드 혁명이 법 체계에 미친 영향에서, 그가 실증적 소재로 사용하는 법의 분과는, 법 철학의 변화, 형사 법의 변화, 민사법 및 상사 법의 변화, 경제법의 변화, 사회 법의 변화의 순서이다. 현대 한국식으로의 공법은 어떻게 했느냐의 질문에 대해서는, 15세기와 17세기, 18기에 걸친 이 시대의 법제사적 특징이 선행 되어야 되겠다. 다른 법의 영역에 미분화 상태로 존재 할 수도 있다. 그러나, 법 체계의 변화의 배경이 되는 정치, 사회, 경제적 변화를 서술하는 긴 문맥에서, 특히 혁명의 정치적 측면에서, 예를 들면, 1640-1689년 까지의 청교도 혁명 및 명예 혁명의 역사는, 세계 헌법사에서 잘 알려진, 시대이다. 도이치 혁명 연대인 1555년의 Augusburg 조약과 1648의 Westphalia 조약 이후 비로소 개별 국가의 주권 개념이 나타났으며, 영토 개념이 나타났으며, 현대 한국 법학도들이 즐겨 쓰는 “법치국가”(Rechtsstaat) 개념이 나타났다. 법치주의와 상급관료층(Obrigkeit)의 발달은, 이 시대에 이미 이론 상은 이미 절대 군주제가 아닌 입헌 군주(constitutional monarch)로 만들었다. 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016), 201-202면.

34) 김 철, 「서평〈권리와 자유의 역사〉 기독교 전통이 법과 권리의 형성에 미친 영향, 『월드뷰』 2015년 7월호(서울: (사)기독교 세계관 학술 동역회, 2015), 44-46면.

35) 2015. 5. 8. (금) 오후 3-6시, 연세대학교 법학전문대학원에서 법사학회와 한동대학교 국제 법률대학원, 연세대 법학연구원 공공거버넌스와 법 센터가 공동으로 “From Gospel to Law: The Lutheran Reformation and its Impact of Legal Culture”란 제목의 콜로키움을 개최하였다. 발표자는 John Witte Jr.였다.

36) 개인적 증언에 의하면 위테 교수는 해롤드 버만이 89세로 타계한 2007년 직전까지 마지막에는 버만 교수가 구술하는 내용을 바로 옆에서 받아쓰는 작업까지 계속하였다고 한다.

37) 김 철, 제5장 “Harold Berman이 한국 법학에 가지는 의미”, 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 『법과 혁명 I-서양법 전통의 형성1』(서울: 한국학술정보, 2013), 455-501면; 김 철, 앞의 논문(2012), 811-831면.

체의 창의성과 독특함 때문에 버만의 소개는 그의 문장을 직접 인용하는 수 밖에 없고, 잘못 요약하는 것은 위험하다고 지적했고, 그래서 직접 인용문이 다소 긴 것에 대해서 종합토론자 및 참석자에게 양해를 구하였다.

1. 제2차 세계대전 이후의 3분법의 시대와 1989년 이후의 대변동³⁸⁾

“물론 서구의 비교법학자의 가장 간단한 교과서에도 법계를 분류하고 역사적으로 앵글로-아메리칸 법계와 시민-대륙법계를 구별하고 있기는 하다.³⁹⁾ 이 구별에 대해서는 제1차 세계대전 이후와 특히 제2차 세계대전 이후 점차로 양 법계가 상호 교차하고 있다는 설명 이외에 더 최근의 진행을 덧붙여야 한다. 제2차 세계대전 이후의 대표적인 비교법 논의는 시민-대륙법계, 앵글로-아메리칸 법계, 사회주의 법군의 삼분법이 세계의 법계를 설명하는 것으로 유지되어 왔다.”⁴⁰⁾

“그러나 1989년 동유럽-러시아 혁명은 세계 비교법학 지도에 전례 없는 변화를 가져왔다. 결론은 삼분법이 전제하고 있는 냉전 시대·탈냉전 시대의 법 논리는 변동하고 있다.⁴¹⁾ 서구의 학자도 대륙법과 영미법을 구별할 때는 역사적 진행에 차이가 있다는 것을 인정한다.⁴²⁾ 그러나 개항 이후의 동아시아의 학자가 대륙법과 영미법의 차이를 이해하는 정도는 서구의 비교법의 견지와 다르다는 것을 지금까지 잊고 있었다. 한국 문화는 서구의 비교법 주의자와 거리가 있어 왔다.”⁴³⁾

38) 해롤드 버만, 김 철, 앞의 책(2013), 473-474면.

39) David, *Major Legal Systems In The World Today—An Introduction to the Comparative Study of Law*(English Translation by Brierly)(London: Stevens, 1968; 1978; 1985).

40) 김 철, 『러시아 소비에트 법-비교법문화적 연구』(민음사, 1989), 11~54면.

41) 김 철, 「미국과 소련의 법체계」, 김유남 편저, 『미소 비교론』(어문각, 1992), 74~77면.

42) Hazard, John N., *Communists and Their Law—A Search for the Common Core of the Legal Systems of the Marxian Socialist States*(Chicago: University of Chicago Press, 1969), pp.519~528. 또한 Berman, Harold J., “What Makes Socialist Law Socialist?”, *Problems of Communism* (1971), pp.24~30.

43) 김 철, 『법과 경제질서: 21세기의 시대정신』(서울: 한국학술정보, 2010), 183면.

2. “서양 법 전통”⁴⁴⁾

“동아시아인에게 법계보다 더 큰 것은 기저가 되는 문화와 문명의 문제이다.⁴⁵⁾ 다시 말하자면 대륙법계와 영미법계의 구별보다 더 크고 근본적인 것은 ‘서양 법 전통(Western Tradition of Law)’이라는 일관성이 존재하느냐의 문제이다.⁴⁶⁾ 해롤드 버만은 1983년의 20세기 최대의 기념비적인 저작에서 종전의 비교법적인 구별을 넘어서서, 서양 법 전통의 형성에 있어서의 법과 종교의 교호관계를 법제사에 추가하였다.⁴⁷⁾ 따라서 이런 비교법적인 전환에서 볼 때 대륙법계와 영미법계의 고전적인 구별은, 법과 종교의 교호관계를 고려하지 않은 것이다. 이전에 강조되던 거대한 차이점은 다른 시점에 의해서 교정될 수 있다.”⁴⁸⁾

3. “서양 법 전통”에서 의미 있는 것⁴⁹⁾

대륙법계와 영미법계의 역사적인 구별은 있어 왔으나 새로운 시대의 새로운 시점에서는 오히려 서양 법 전통을 형성시킨 다른 중요 요인에 주목하고 있다. 세계 법의 역사에서 의미 있는 것은 서양 법 전통에 있어서의 법과 종교의 교호관계, 가톨릭이즘, 루터주의와 칼뱅주의, 근대 시민 혁명의 전통이라고 한다.⁵⁰⁾ 버만은 몇 가지 전제에서 출발한다.⁵¹⁾⁵²⁾

44) 해롤드 버만, 김 철, 앞의 책(2013), 474-475면.

45) 김 철, 『한국 공법학의 반성』, 『사회이론』 2007년 가을/겨울호(통권 제32호)(한국사회이론학회, 2007), 40면; 김 철, 『한국 법학의 반성』(서울: 한국학술정보, 2009), 68면, 김 철, 위의 책, 183면.

46) Berman, Harold J., *Supra*(1983), pp.1~10.

47) Berman, Harold J., *ibid.*, pp.1~10.

48) 김 철, 앞의 논문(2007), 40면; 김 철, 앞의 책(2009), 68면; 김 철, 앞의 책(2010), 183면.

49) 해롤드 버만, 김 철, 앞의 책(2013), 475-477면.

50) Rosenstock-Huessey, Eugen, *Out of Revolution: Autobiography of Western Man*(New York: William Morrow & Co., 1938)(초판); (Providence, RI: Berg, 1993), 해롤드 버만·김 철 공저, 앞의 책(1992), 310-311면.

51) Berman Harold J., *Supra*(1983), Introduction pp.1~10.

52) “첫째, ‘서양(Western)’ 문명이란 것이 과거에 존재했다. 둘째, ‘서양 문명(Western Tradition)’은 다른 문명과 구별되는 ‘법적(legal)’ 제도와 가치 개념을 발달시켰다. 셋째, 이 서양법 제도와 가치

V. “서양 법 전통”의 형성과 변용의 진화 과정

1. 지나간 세기들에서 로마 가톨릭과 프로테스탄트 그리스도교가 “서양 법 전통”에 미친 영향을 기억하는 것이 왜 중요한가?

“서양 법 전통(Western Legal Tradition)”은 12세기와 13세기에 교황의 혁명(Papal Revolution)의 영향으로 형성되었으며, 교황의 혁명은 로마 가톨릭 교회의 위계를, 황제, 왕, 봉건 영주의 지배로부터 해방시켰으며, 최초의 근대적 서양 법체제인 로마 가톨릭교회법(canon law)의 창설로 결과되었다. 여기에 대한 응수로, 왕의 법, 봉건법, 도시법 그리고 상인법이라는 세속 법체계가 유럽 전역에서 점진적으로 형성되었다.

성속(聖俗)의 구별에 따른 재판관할권의 이원론(즉 교회 법원과 세속 법원의 양립)과, 같은 정치 공동체 내에서의 세속 법원 내의 재판관할권의 복수주의는, 서양법 전통의 형성의 심장부였다. 법학 전문가나 역사 전문가들과 함께 비전문 일반인들은 새로운 사실에 접하게 된다. 게르만의 루터주의와 잉글랜드의 칼뱅주의가, 16세기 초에서 18세기 초까지 서양법 전통의 변용에 엄청난 영향을 끼쳤다는 사실, 프로테스탄티즘이 정신적 권위와 정신적 책임감을, 여러 지역 영방과 민족국가의 세속 입법가들에게 옮겼는데, 이들의 주권적 권위가 이전에는 자율적이었던 모든 재판관할권을 포함하고 있다. 이 중요한 역사적 사건은, 12세기 이전 세대의 역사가들에게는 잘 알려졌으나,

개념은 여러 세기에 걸쳐서 세대에서 세대로 의식적으로 전달되어 왔다. 넷째, 세대에서 세대로 전달된 것들은 ‘전통(tradition)’을 만들게 되었다. 서양 법 전통이 생성되었다. 다섯째, 서양 법 전통은 어떤 ‘혁명(revolution)’에서 태어났다. 여섯째, 출생 이후 수세기가 진행되는 동안 여러 혁명들에 의해서 중단 저지되고 변형되었다. 일곱째, 20세기에 서양 법 전통은 역사상 어느 시기 때보다 더 큰 혁명적 위기(a revolution crisis)에 처할 수 있다. 여덟째, 어떻게 보기에 따라서는 이 위기는 서양 법 전통을 실질적으로 거의 끝장에 이르게 할 정도로 큰 것이다. 서양(the west)이라고 버만이 부르는 것은 오리엔트(the Orient)의 대척어로서의 ‘The Occident’로 관용적으로 쓰인 것으로 고대 그리스 로마의 유산을 계승한 모든 문화를 포괄한다고 한다. 오리엔트는 주로 이슬람, 인도 그리고 제2차 세계대전 종전 이후의 ‘극동(Far East)’을 가리킨다. 동(East)과 서방(West)은 동유럽 러시아혁명(1989) 이전에는 공산주의 국가와 비공산주의 국가를 구별하는 데 쓰여 왔다. 예를 들면 동서 ‘East-West’ 무역은 프라하에서 도쿄로의 상품 수송처럼 동서 이동을 의미해왔다.” 해롤드 버만, 김 철, 앞의 책(2013), 476-477면.

12세기에 와서는 거의 잊혀졌는데, 세속주의 자체가 세속화되고, 서양의 공통적인 법적 유산은 강한 민족주의로 용해되었다.⁵³⁾

2. 새로운 시대의 도전

20세기와 21세기에 우리들이 진입한 세계 역사의 새로운 시대의 도전에 대해서 창조적으로 응수하기 위해서 필요하다. 이 시대에, 서양(The West)은 다른 문명과 문화와 끊임없이 상호작용하였다. 특히 그리스도 시대의 두 번째 1000년 시대(2000년대 이후)에는, 한 세기가 지나갈수록, 세계의 사람들은 서로 접촉하도록 상황 지어진다. 서양 기독교는 선교사, 상인, 군대를 통해서 점차로 그 자신 주위에 하나의 세계를 만들었다. 이제 서양은 더 이상 그 세계의 중심은 아니다. 모든 인류는, 한편에서는 지구 차원의 커뮤니케이션, 과학과 기술, 시장을 통해서 공통의 문명으로 같이 연결되어 있고, 다른 한편으로는, 환경 파괴, 질병, 빈곤, 억압 그리고 파괴적인 전쟁의 전 지구적인 도전에 의해서 연결되어 있다.

비록 대부분의 사람들이 아직도 법을 일차적으로 국가적 용어(國家的用語)로 생각하고 있지만—법은 국민 국가(nation-states)에 의해서 만들어지기 때문에—실로 온전히 새로운 세계법(world law)의 유기체가 나타나고 있으며, 이것은 국제적 비정부 조직이나 정부 간의 조직에 의해서 만들어지고 있다. 지구적 통합의 새로운 시대에서는, 세계법은 물질적·정신적 원천을 서양뿐 아니라 다른 문명에서도 찾아야 하며, 그리스도교뿐만 아니라, 다른 세계적 인 종교적 또는 비종교적 신념 체계에서도 찾아야 할 것이다. 서양법 전통(the Western Legal Tradition)의 역사적 원천에 대한 기억을 소생시킨다는 것은, 세계법의 새로운 시대에 대한 전망에서 나오는 것이다.⁵⁴⁾

53) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016), 10면.

54) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016), 12-13면.

3. 진화와 점진적 성장

마지막으로, 서양법 전통은 세계 사회에 특유한 시대감각(time sense)을 주는 데 공헌할 수 있다. 이 시대감각은, 세대를 넘고 세기를 넘어서, 점차적으로 진행되는 제도적 진화의 규범적 중요성에 대한 감각이다. 서양에서는 이 시간의 의미(time sense)는, 역사의 신(God of history)이 인류로 하여금, 세계의 개혁(reformation)을 통해서 구원을 찾으려 노력한다는 생각과 연결되어 있다. 실로 (이 책에서 보여주는 대로) 서양에서 법의 진화를 시기에 따라서 중단시켜 왔던 대혁명들 모두는, 사회를 묵시록에서처럼, 폭력적으로 변화시켜서 인간의 형제애의 새로운 시대를 열게 한다는 확신에 기초하고 있었다. 그러나 모든 혁명은 이윽고 종말론적 프로그램과 결별하고, 처음에 내 걸었던 새로운 비전을 혁명 이전의 과거와 타협하게 한다. 만약 서양법 전통이, 다 문명적인 세계법의 발달에 적극적인 공헌을 하게 하려면, 그것은 폭력적 혁명으로 가는 종말론적 비전이 아니라, 법이 진화하는 능력을 믿는, 혁명 이후의 확신을 통해서이다. 즉 변화하는 사회의 필요성과 가치에 적응해가면서, 계속성(continuity)을 유지해나가는 법의 능력에 대한 믿음이다.

실로 서양법 전통의 주된 장점 중 하나는, 진화하는 특징이며 점진적 성장의 능력이며 새로운 상황에의 의식적인 적응이다. 유럽과 미국에서의 현대 법사상은, 법실증주의자(legal positivists)와 자연법 이론자(a theory of natural law)와의 논쟁으로 점철되어 왔다. 19세기 법철학의 제3의 학파는 역사학과(historical school)로서, 법 실증주의와 자연법이론 모두에 반대해서 대두하였다. 역사학파는 오늘날 법학 이론가들 간에서는, 주로 낭만적 민족주의(romantic nationalism)과 같은 것으로 오인되어서, 불신되고 있는데, 법의 시작(origin)과 유효성의 원천을, 그 법이 해당하는 사회의 역사적 경험과 역사적 가치에서 찾는다. 도이치에서는 중점이, “국민의 정신(the spirit of the people)”이라는 뜻의 Volksgeist에 주어진다. 미국에서 중점은 건국의 아버지(Founding Fathers)의 신념과 그 신념에 대한 잇따른 해석에 주어진다.⁵⁵⁾

VI. 1989년 동유럽 러시아 혁명과 역사적 접근법(historical approach)

필자는 버만에서 배운 역사적 접근(historical approach)을 사용해서 독자적으로, 그때까지의 세계 체제를 해체시킨 1989년 동유럽 러시아 혁명 전후를 설명하였다. 이것은 버만의 학생으로서, 그의 역사 법학을 적용한 예가 될 것이다.

1. 사회주의 법 군(群, Group) 해체기의 기억

“칼 포퍼가 역사주의의 빈곤을 논의했을 때의 시대와 20세기 말과 21세기 초의 시점은 또 다른 양상을 띤다. 1989년 동유럽혁명과 1986년 이후의 소비에트 유니언의 변화는 어떤 역사학자도 예견하지 못했었고, 1990년의 도이칠란트의 통일은 어떤 지식인도 20년 내에 일어나리라고 예측한 사람이 없었다. 페레스트로이카가 진행되면서 그 과장이 동유럽을 거쳐 세계적인 것이 되었을 때, 어떤 역사가는(Moshe Lewin, 1989) 나날이 눈앞에 진행되는 변화의 가속을 ‘나날의 역사기(day to day history)’라고 명명하였다. 2차 대전 이후의 냉전기의 역사적인 해빙기를 거쳐서 종전 후 약 40여 년 동안의 상황이 1980년대의 후반에서 예상하지 못했던 속도로 해체의 기운이 진행되었다. 어떤 시기에도 이처럼 한때 완강하고 강한 지속력을 보였던 체제가 그 밑바닥에서부터 동요하고, 1917년 이후 80여 년 동안 인간의 역사를 반분했던 여러 사회주의 제도들의 톱니바퀴가 그 힘을 잃고 붕괴되는 경과가 나타난 적은 없었다(김 철, 1992: 37). 중부, 동부 유럽과 소비에트·유니언의 전 영역에서 사유화(privatization)가 진행되어 있다(김 철, 1998, 2007ㄴ). 그와 같이 사회주의 법 군은 와해되어 갔다(김 철, 1989, 2007ㄴ).”⁵⁶⁾

55) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 위의 책(2016ㄱ), 13-14면.

56) 김 철, 앞의 책(2010), 93면.

2. 동유럽·러시아 혁명(1989년 가을) 직후의 성찰⁵⁷⁾

냉전 시대의 해체 이후, 세계적으로 예측하지 못했던 독일 통일과 동유럽 러시아 체제의 해체에 대해서, 그때까지의 관련된 각국의 지식기반의 연구 성과에 대해서 맹렬한 반성이 일어났다.

“끔찍히 많은 양의 프로젝트 보고서 또는 유사한 성격의 문헌이, 정부 지원-또는 정부와 대략 똑같은 견해를 나타내는 사람들 또는 정부에 가까이 있었던 사람들에게 의한 자금 지원에 의해서 이루어져 왔다…… 그 결과는 그 분야가 지적(知的)으로 약한-즉 허약한 지식구조를 가지게 되었다…… 이런 경위는 다음과 같은 의외의 상태로 진행되었다. 즉 심지어 가장 별로인 인문학⁵⁸⁾에서 쓰여진 논문 저자의 장인 의식(匠人 意識, craftsmanship)의 표준치도 결과적으로, 저 정부나 유관 기관 또는 동행한 단체들에게 이런저런 명목의 지원을 받아서 생산해 낸 저 끔찍히 많은 양의 사회과학의 그것보다는 훨씬 더 수준이 있다는 것이 밝혀진 것이다.”(Thomas Ferguson, 1990)

결론은 모든 사회과학이 역사적 접근을 결여하고 있었고, 현상 위주의 사회과학이 예측 능력을 잃게 된 원인이 역사학을 등한시 한 데 있다고 본 것이다. 1989년을 계기로 세계의 학계에서 종전의 역사학 자체에 대해서도 대반성이 일어났다.

57) 김 철, 앞의 책(2014), 50-51면.

58) 인문학을 예를 든 것은 정부에서 자금을 받지 않은 분야의 대표적 예이고, 정부 유관 부처가 관여하지 않은 분야의 예를 든 것이다. 실지로 퍼거슨이 말했을 때에는 정부가 주도하지 않은 연구 분야의 아메리카에 있어서의 대표적인 예로, 1989년 이전의 역사학을 들고 있었다.

VII. 버만의 치유와 쇄신을 위한 역사 법학은 어떻게 계승 될 수 있는가?

필자는 버만에서 배운 역사적 접근(historical approach)을 사용해서, 법과 경제 3부작⁵⁹⁾에서, 독자적으로, 2007년-2008년에 시작된 세계 금융 위기를 설명하였다. 이것은 버만의 학생으로서, 그의 역사 법학을 적용한 예가 될 것이다.

1. 역사 법학의 목적

19세기 후반에, 목적 법학의 창시자 루돌프 폰 예링은 법에 있어서의 목적⁶⁰⁾을 고창하였다. 맥락은 다르지만, 해롤드 버만은 2003년 『법과 혁명Ⅱ』에서 통합적인 역사 법학의 목적을 치유(integrare, to heal)와 쇄신(integratio, renewal)에 두었다.

버만은 법, 종교, 역사를 세 가지 주요 가닥으로 사용하였다. 베버가 종교와 사회, 경제와 사회를 큰 주제로 시작한 것에 비교하면, 버만은 그의 법과 종교라는 주제를 우선으로 하고, 법과 경제 자체를 주제어로 놓지 않았다. 그러나 버만의 통합적 역사에는, 법제사는 물론이고 우리가 익숙한 정치사나 사회사 이외에 경제사의 중요한 성과가 모두 포함되고 있다. 예를 들면,

“주도적인 경제사학자들(예를 들면 Douglass C. North)이 법제도에 있어서의 변화가 서양의 경제적 발전에 중심적 역할을 했다는 것을 인정함에 따라서, 법학자들에게 남은 일은 그러한 법제도의 발전에 무엇이 가장 중심적인 역할을 했는가를 밝히는 것인데”⁶¹⁾

59) 김 철, 앞의 책(2010); 김 철, 『경제 위기 때의 법학-뉴딜 법학의 회귀 가능성』(서울: 한국학술정보, 2009-).

60) Rudolf von Jhering, *Der Zweck Im Recht, Volume 1* (German Edition)(Ulan Press: 2012).

61) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016-), 81면.

버만의 통합적 역사 법학은 “법과 경제의 상호 교호 관계”를 이미 배태하고 있다고 할 수 있다.⁶²⁾ 버만은 2007년에 서거하였기 때문에 2008년 이후에 세계 경제 위기는 물론 경험하지 못했으나, 또한 그의 법제사는 대단히 경제사를 중요시하는 현대적인 면모가 있어서 큰 도움이 되었다.

필자는 버만의 이 방법(치유와 쇄신을 위한 역사 법학)을 계승하여 2008년 세계 금융 위기 이후에, 법과 경제 연작 시리즈 3부작을 발간하기에 이르렀다.⁶³⁾

2. 치유와 쇄신(*integrare, integratio*)

“버만(Berman)의 역사적 접근법(historical approach)은, 그가 『법과 혁명 II』의 서문에서 통합적인(integrative) 법학의 성격의 목적을 밝혔듯이,⁶⁴⁾ *integrare*(‘치유하는, 병 고치는’이라는 라틴어, to heal), *integratio*(새롭게 하는, 쇄신하는, renewal)의 의미를 가지는 법학이다.⁶⁵⁾ 즉 *integrare*라는 라틴어의 임상적 의학적 함의를 나타내고 있다. 즉, 법적 문제를 질병에 비유한다면, 법학의 문제 해결력은 질병을 치료하거나 예방하는 의학의 힘과 대비된다. 버만은 그의 새로운 접근법을 *integrare*라고 부르고, *integrative*라고 부른 것은 법 이론의 실천적 힘을 확신하였기 때문이 아닐까.”⁶⁶⁾

62) 그러나 버만에게 있어서 1차적으로 중요한 것은 그가 말 한대로 “법학자에게 남은 일은 그러한 법제도의 발전에 무엇이 가장 중심적인 역할을 했는가를 밝히는 것인데, 이것은 신념 체계에 있어서의 변화라는 것이다.” 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016), 81면. 이러한 입장은 버만의 기본 체계에 있어서, 법과 종교를 사회의 하부 구조로 보고, 마르크스처럼 경제적 이해관계를 하부 구조로 보지 않는 데서 출발한다. 해롤드 버만, 김 철, 앞의 책(2016), 449-451면.

63) 김 철, 『경제 위기 때의 법학』(서울: 한국학술정보, 2009); 김 철, 『법과 경제 질서: 21세기의 시대정신』(서울: 한국학술정보, 2010); 김 철, 『경제위기와 치유의 법학』(서울: 한국학술정보, 2014).

64) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 위의 책(2016), 해롤드 버만의 서문.

65) Berman Harold J., *Supra*(2003), 서문 XI.

66) 해롤드 버만, 김 철, 앞의 책(2013), 496면.

3. 치유와 쇄신을 위한 역사적 접근의 예

: 금융 위기 내지 경제 위기에 대한 접근⁶⁷⁾⁶⁸⁾

“2008년 10월 세계금융 사태의 진원지인 월가(Wall street)부터 시작하여 시민과 전문가정책 수립자로 하여금 불가피하게 이와 같은 파국을 가져온 인과관계(causality of the crisis)를 찾아서 곰곰이 따지는 자세로 만들었다. 그 결과로 호황 시에는 생각지도 않았던 방식으로 돌아가게 되었다. 즉, 환자의 현재 증상(symptom)은 과거의 병력(病歷, history of disease)의 기록에서 출발할 수밖에 없다.”⁶⁹⁾

“많은 논쟁과 오해가 있어서 현대의 법 이론가들에 의해서, 거의 포기되다시피 했으나 기묘하게도 사례 법(case law)을 형성시키는 법원(法院) 자체에 의해서는 포기되지 아니하였다. 법학사에서는 에드먼드 버크(Edmund Burke)의 영향을 받은 프리드리히 폰 사비니⁷⁰⁾에 의해 1814년에 시작되고 제롬 홀에 이어서 해롤드 버만(Harold Berman)에 의해서 현대의 문제 해결을 위한 임상적·치유적(integrare) 역사적 접근법이 재생하게 된 것이다.”⁷¹⁾

4. 동아시아 외환위기 때의 증상의 예⁷²⁾

학문의 시기적 편향과 군집현상(herd behavior)은 “인간사회의 집단 행동은 집단주의 collective behavior 때문에 일어난다.”⁷³⁾는 것으로, 20세기를

67) 이것을 주된 방법으로 사용한 것이 김 철, 앞의 책(2009ㄱ), 김 철, 앞의 책(2009ㄴ), 김 철, 앞의 책(2010)의 3부작이다.

68) 해롤드 버만, 김 철, 앞의 책(2013), 496-497면.

69) 김 철, 『법제도의 보편성과 특수성』(서울: 훈민사, 2007ㄴ), iii면; 김 철, 앞의 책(2009ㄱ), 46면, 김 철, 앞의 책(2010), 100면.

70) Berman, Harold J., “Toward an integrative jurisprudence: politics, Morality, History”, *California Law Review* July 1988, p.790.

71) 김 철, 『한국 법학의 철학적 기초-역사적, 경제적, 사회문화적 접근』(한국학술정보, 2007ㄱ), 105면, Chull Kim, *History Thought & Law-Academic Essays Scholarstic Miscellanies*(Seoul: MYKO International Ltd., 1993), pp.128~130. 김 철, 앞의 책(2009ㄱ), 46면; 또한 김 철, 앞의 책(2010), 100면.

72) 김 철, 앞의 책(2014), 51면.

대표할 만큼 전문성과 정교함, 실천성을 과시하였던 경제학에서도 일어난 것을 증명한 역사적 사건이 1997. 11~1998까지의 동아시아 외환 위기였다. IMF, World Bank 그리고 워싱턴정부의 합의(The Washington Consensus)에 동행한 어떤 경제학도 타이, 말레이시아, 한국, 필리핀, 인도네시아에 연속 일어난 경제위기에 대해서 적절한 상황피약이나 대책 면에서 실상을 파악하지 못했다고 한다.⁷⁴⁾

5. 2008년 세계 금융위기 때의 증상의 예

“이런 주장이 타당하다는 것이 밝혀진 것이 10년 뒤 2008년 9월 28일과 1929년 10월 24일 이후 최대의 위기 의식을 세계 경제계에 던진 금융신용 위기 때를 전후해서이다. 2007년 아메리카 금융 및 신용업계에서의 사태의 초기현상은, 1년 뒤의 범세계적 위기 상황의 서곡으로 발전할지를 당시의 정책담당자, 중앙은행, 규제 당국 그리고 이에 동반해 온 경제학자들은 예고할 수 없었다(Richard Posner, 2009: 117). 1998년 동아시아 외환위기 이후 10년 동안 전무후무한 호황으로 아메리카와 영국 뿐 아니라 서유럽의 주된 나라들도 자기만족에 빠져있었다(김 철, 2009ㄴ: 254-255).”⁷⁵⁾

6. 통합적인(integrative) 역사적 접근의 귀환

2008년의 위기 의식은 극도에 달했고, 그리고 그때까지, 지배적 이론과 실천에 속 했던 사람들이 속수무책이었던 것은 1929년부터 1933년까지의 세계 대 공황 때를 상기하게 했다.

“대폭락, 대침체 그래서 1929년에 시작된 대공황에 대해서는 재계나 노동계 그

73) 김 철, 앞의 책(2009ㄴ), 247-248면.

74) Stiglitz, Joseph, *Globalization and Discontents*(New York: W. W. Norton, 2003), pp.89-94.

75) 김 철, 앞의 책(2014), 51-52면.

리고 학계의 거물들 중 누구도 예상이나 준비가 없었다. 오히려 1920년대의 경제 사상의 비주류들이 경기 침체에서 지적 자극과 입장의 강화를 받았다(Schlesinger, JR, 1957: 186)”⁷⁶⁾

2007년과 2008년의 세계 금융 경제 위기에 대해서도 비슷한 얘기를 할 수 있었다. 그 이유는 그 이전 10년(1998-2008)이 호황이었기 때문이다.

1929년 10월 24일 세계 대공황에 예상이나 준비가 없었던 것은 역시 그 이전 10년(1919-1929)이, 아메리카 사회사에서 재즈시대⁷⁷⁾로 불리우는 전례 없는 호황기였기 때문이다. 2008년과 1929년은 이와 같이 이 전에 계속된 호황이 극점에 도달해서 주식가액이 최고치를 보일 때였다.⁷⁸⁾

7. 위기가 오자 비로소 거시 및

역사적 연구에 눈을 돌리기 시작 한 지나간 예⁷⁹⁾

위기의 가을에 그때까지 별 각광을 받지 못했던 경제사학자 중 Niall Ferguson이 경제위기에 대한 역사적인 해석을 일반에게 알리기 시작했으며⁸⁰⁾ 같은 시기에 신케인즈 학파에 속하는 Joseph Stiglitz 역시 경제위기에 대한 총체적인 원인 규명과 전망을 일반에게 알리기 시작했다.⁸¹⁾ 2008년 노벨경제학상을 수상한 Paul Krugman이 2007년 저서에서 아메리카에 있어서의 경제위기의 거시적인 맥락을 1978년부터 시작된 어떤 시대적 특징, 특히 1980년대부터 시작된 레이거노믹스(Reaganomics) 이후 약 28년의 세계적 영향을 분명하게 지적하였다.⁸²⁾⁸³⁾

76) 김 철, 앞의 책(2009-), 67-69면을 참조할 것.

77) 재즈 시대에 대한 설명은 김 철, 위의 책(2009-), 64-66면.

78) 김 철, 앞의 책(2010), 378-379면.

79) 김 철, 위의 책(2010), 241면.

80) Niall Ferguson, “The End of Prosperity?”(New York, TIME, 2008.10.13).

81) Joseph Stiglitz, “The Way Out. How the financial crisis happened, and how it must be fixed”(New York, TIME, 2008.10.27).

82) Paul Krugman, *The Conscience of Liberal*(New York: W. W. Norton & Company, 2007).

83) Paul Krugman, *The Return of Depression Economic and The Crisis of 2008*(New York: W.

Ⅷ. 버만의 역사관: 법, 종교, 역사

버만의 역사관은, 그가 85세였던 2003년에 출판된 대작 『법과 혁명Ⅱ』의 마지막 부분인 13장 결론에서 표명 되고 있다.⁸⁴⁾

“이런 역사적 추적 방식은, 기왕에 보아 온 막스 베버주의나 마르크스주의자들의 이론과는 현저하게 달라지게 된다. 어떤 점에서 그러한가? 이 책에서 보아 온 역사적 추적법은, 법과 종교를 역사적 변화의 base에 놓는 것이다.”⁸⁵⁾

“우리들의 역사적 접근법이 맑시즘(Marxism)과 다른 점은 특히 다음의 경우이다. 16세기 게르만 지역에서 로마 가톨릭 사제단에서부터 권력을 탈취한 계급(class)은, (종교 혁명으로 권위를 갖게 된) 영방의 군주와 고위 관료계층(high magistracy), 즉 (성직자 아닌) 세속 상부 지배층(Obrigkeit)이었다. 또한 17세기 영국에서, 왕과 왕의 궁정 그리고 귀족층으로부터 권력을 탈취한 계급은 (마르크스주의에서 주장하는 것처럼) 자본주의자, 부르주아지(capitalist, bourgeoisie)가 아니라, 땅을 가진 gentry 계층이었다. 또한 지금까지의 우리의 역사 추적이 베버주의자와 다른 것은, 16세기와 17세기의 정치권력의 근본적인 변화를, 신앙체계의 근본적인 변화와 법에 있어서 변화에서 유래하는 것으로, 이끌어 내는 것이다. 이 순서를 주의해야 한다. 즉, 흔히 생각하는 거꾸로 생각한다. 즉, 신앙 체계의 근본적인 변화와 법의 변화의 연원을 정치권력의 근본적인 변화에서 유래하는 것으로 생각하기 쉽다. 어째서 서양의 경제적 발전이 세계의 다른 곳과 비교해서 특별한 것인가?”⁸⁶⁾

“현대 경제사학자들은, 이 의문을 위해서, 서양의 경제 성장의 시대를 11세기와 12세기 이후부터 현재까지 소급해서 추적하였다. 이 질문에 대해서,

W. Norton & Company, 2009).

84) 더 일찍의 것으로는, 그가 29세 초년 교수 요원일 때 그의 스승이었던 오이젠 로젠스토크 휘시에게 보낸 사신에서 나타난다. 옥스포드의 아놀드 토인비(Arnold Toynbee)가 예일대학에서 한 강연을 언급하고 있다. 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 정리함, 앞의 책(2013), 제5장 497-498면.

85) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 앞의 책(2016), 제13장 결론, 451면.

86) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 위의 책(2016), 제13장 결론, 451-453면.

경제사학자들은, 경제 성장과 발전에, 법의 발전이 큰 역할을 한다는 것을 주목하였다. 특히 물권법의 주기적 변화를 주목하였다. 이 변화는 급격한 경제발전에 필요한 안전성(security)을 제공하였다. 물권법의 변화뿐 아니라 계약법과 상법(business association)과 같은 다른 분과와, 실로 전체로서의 법 체계의 변화는 법철학과 법학의 변화가 모두 경제 성장을 촉진하거나 억제하는 데 결정적인 역할을 하였다. 경제와 법의 얽혀진 상호관계의 탐구가 그렇게 확대되자마자, 경제성장이 법에 의존 한다는 것이 된다. 한 걸음 더 나아가면, 그 사회 저변에 존재하는, 신앙과 신념 체계(광의의 종교)에 법이 의존하고 있다는 것을 탐험할 것이 요구 된다.⁸⁷⁾ 언젠가 이러한 미개척의 탐험을 하는 법 사학자에게 노벨상이 주어질 희망을 가질 수 있다.”⁸⁸⁾ 법과 종교의 상호 관계의 연구에서는, 기술한 대로, 막스 베버(Max Weber)와 뒤르카임(Durkeim)의 전통은, 오이겐 로젠스토크 휘시(Eugen Rosenstock-Huessey)를 거쳐서, 드디어 해롤드 버만에 이르렀다. 즉, 법을 경제의 함수로 본다든가, 혹은 정치 권력의 함수로 보는 어떤 통념도 부인하고, 법의 변화는 정치와 경제의 함수가 아니라, 정치와 경제 변화가 법의 함수이다. 이 법의 진화는 종교와의 상호 역동적 관계에서 진행된다는 것이다. 어떤 역동적 관계인가? 개략적 모습은 *The Interaction of Law and Religion*(1974)에서, 더 발전된 것의 총론은 *Law and Revolution I, II*의 Introduction에서 개진되고 있고, 서양 문명사에서의 구체적인 모습의 각론은 *Law and Revolution I*과 *II*에서 역사적 전개에 따라 개진하고 있다.

87) 해롤드 버만·김 철 공저, 『종교와 제도-문명과 역사적 법이론』(민영사, 1992), 제1장 법과 제도의 종교적 차원을 주의하라.

88) 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 위의 책(2016년), 제13장 결론, 453면.

■ 참고문헌

[국내 문헌]

- 해롤드 버만·김 철 공저, 『종교와 제도-문명과 역사적 법이론』, 민영사, 1992.
 _____, (* 동일한 내용이나 종교 사회학도를 위한 한국어판은) 『종교와 사회 제도-문화적 위기의 법사회학』, 서울: 민영사, 1992.
- 해롤드 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 『법과 혁명 I -서양 법 전통의 형성1』, 서울: 한국학술정보, 2013.
 _____, 『법과 혁명 II -그리스도교가 서양 법 전통에 미친 영향(前)』, 서울: 한국학술정보, 2016ㄱ.
 _____, 『법과 혁명 II -그리스도교가 서양 법 전통에 미친 영향(後)』, 서울: 한국학술정보, 2016ㄴ.
- 김 철, 「막스 베버의 ‘프로테스탄트 윤리와 자본주의 정신’에 대한 해롤드 버만의 연구」, 한국사회이론학회 편, 『다시 읽는 막스 베버』, 서울: 문예출판사, 2015.
 _____, 「미국에서의 교회와 국가」, 『교회와 법』제2권 제1호, 서울: 한국교회법학회, 2015.
 _____, 「서평〈권리와 자유의 역사〉 기독교 전통이 법과 권리의 형성에 미친 영향」, 『월드뷰』 2015년 7월호, 서울: (사)기독교세계관학술동역회, 2015.
 _____, 「칼뱅주의와 법에 대한 사상사: 로저 윌리엄스의 교회와 국가에 대한 분리주의 원칙」, 한국인문사회과학회 공저, 『칼뱅주의 논쟁』, 서울: 북코리아, 2010.
- Kim, Chull, “Religion & Law in East-Asian Culture”, 『한국 법학의 반성』, 서울: 한국학술정보, 2009ㄴ.
- 김효전, [서평] 「해롤드 J. 버만 지음, 김 철 옮기고 주석, 『법과 혁명 I : 서양 법 전통의 형성』 『법과 혁명 II : 그리스도교가 서양 법 전통에 미친 영향(전)(후)』 총 3권(한국학술정보, 2013, 2016)」, 『공법연구』 제44권 제5호, 한국공법학회, 2016.
- 김정우, 「기독교가 서구 법의 발전에 끼친 영향에 관한 소고: 고전 후기 시대의 로마법에서 중세 캐논법까지의 논의를 중심으로」, 제24권, 서울: 숭실대학교 법학연구소, 2010.
- 김 철, 『한국 법학의 반성』, 서울: 한국학술정보, 2009ㄴ.
 _____, 『한국 법학의 철학적 기초-역사적, 경제적, 사회문화적 접근』, 한국학술정보, 2007ㄱ.
 _____, 『법제도의 보편성과 특수성』, 서울: 훈민사, 2007ㄴ.
 _____, 「한국 공법학의 반성」, 『사회이론』 2007년 가을/겨울호(통권 제32호), 한국사회이론학회, 2007.
 _____, 「Harold Berman의 통합 법학」, 『헌법과 기본권의 현황과 과제』, 서울: 경인문화사, 2012.
- 황산덕, 『법철학』, 서울: 법문사, 1972.
 _____, 『막스·웨버』, 서울: 사상계사, 1960.
- 김 철, 「김 철(의 법철학)」, 한국 법철학회 편, 『한국의 법 철학자』, 서울: 세창출판사, 2013.

김 철, 『뒤르케임의 아노미이론과 평등권에서의 기회 균등』, 한국사회이론학회 편, 『뒤르케임을 다시 생각한다』, 서울: 동아시아, 2008 ㄱ.

Kim, Chull, "(Legal Philosophy of) Kim, Chull", Korean Association of Legal Philosophy(Ed.), Legal Philosophers in Korea, Seoul: Sechang Publishing Co., 2014.

한국사회이론학회 편, 『다시 읽는 막스 베버』, 서울: 문예출판사, 2015.

막스 웨버 저, 권세원·강명규 공역, 『프로테스탄트의 윤리와 자본주의 정신』, 서울: 일조각, 1958.

김 철, 『경제위기와 치유의 법학』, 서울: 한국학술정보, 2014.

_____, 『법과 경제 질서: 21세기의 시대정신』, 서울: 한국학술정보, 2010.

_____, 『경제 위기 때의 법학』(서울: 한국학술정보, 2009 ㄱ).

_____, 『위기 때의 법학: 뉴딜 법학의 회귀 가능성 - 현대 법학에 있어서의 공공성의 문제와 세계 대공황 전기의 법사상』, 『세계헌법연구』 제14권 제3호, 서울: 세계헌법학회 한국학회, 2008 ㄴ.

김 철, 『미국과 소련의 법체계』, 김유남 편저, 『미소 비교론』, 어문각, 1992.

_____, 『러시아 소비에트 법 - 비교 법 문화적 연구』, 민음사, 1989.

[외국 문헌]

Savigny, Friedrich Karl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), 2nd ed., Heidelberg, 1840.

Abraham Hayward, (trans) *On the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, 183: reprint, New York, 1975.

Jhering, Rudolf von, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.*, 4 Bde., Leipzig: itkopf & Härtel, 1852~1865.

_____, *Der Zweck Im Recht*, Volume 1 (German Edition), Ulan Press: 2012.

Maine, Henry Sumner, *Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (1 ed.), London: John Murray, 1861.

Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*. erscheinen in drei Bänden, enthalten neue und überarbeitete bereits erschienene Schriften, Band 1: *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Die protestantischen Sekten und der Geist des Kapitalismus sowie Die Wirtschaftsethik der Weltreligionen (Teil 1: Konfuzianismus und Taoismus), Tübingen 1920, 9. Auflage. 1988.

_____, *Die Protestantische Ethik und der "Geist" des Kapitalismus* (German Edition), CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013.

Durkheim, Emile, *The Division of Labor in Society*, Glencoe, Ill., 1893.

Steven Lukes and Andrew Scull (Ed.), *Durkheim and the Law*, New York, 1983(a collection of Durkheim writings on law and legal evolution).

Rosenstock-Huessey, Eugen, *Out of Revolution: Autobiography of Western Man*, New York: William Morrow & Co., 1938(초판); (Providence, RI: Berg, 1993).

Berman, Harold J., *Law and Revolution II – The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge: Harv. Univ Press, 2003.

_____, *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*, Wm. B. Eerdmans Publishing, 1993.

_____, “Toward an integrative jurisprudence: politics, Morality, History”, *California Law Review*, July 1988.

_____, *Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge: Harv. Univ Press, 1983.

_____, *The Interaction of Law and Religion*, Abingdon Press, 1974.

Hunter, Howard O.(Ed.), *The Integrative Jurisprudence of Harold J. Berman*, Oxford: Westview Press: 1996.

Kim, Chull, *History Thought & Law – Academic Essays Scholarstic Miscellanies*, Seoul: MYKO International Ltd., 1993.

Max Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., 1954.

North, Douglas C., *Institutions, Change and Economic Performance*, Cambridge: Harvard Univ. Press, 1990.

Krugman, Paul, *The Return of Depression Economic and The Crisis of 2008*, New York: W. W. Norton & Company, 2009.

_____, *The Conscience of Liberal*, New York: W. W. Norton & Company, 2007.

Stiglitz, Joseph, *Globalization and Discontents*, New York: W. W. Norton, 2003.

Ferguson, Niall, “The End of Prosperity?”, New York, TIME, 2008.10.13.

Stiglitz, Joseph, “The Way Out. How the financail crisis happened, and how it must be fixed”, New York, TIME, 2008.10.27.

<Abstract>

The Historical Jurisprudence of Harold J. Berman

Chull Kim*

The object of this article is to introduce Harold J. Berman's historical jurisprudence to Korean academic circle. (Prior to this article, the author has introduced Harold Berman's main achievements; *The Interaction of Law & Religion* to Korean academic circle in 1992, *Law & Revolution-the Formation of Western Legal Tradition* in 2013, and *Law & Revolution II-the Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition* in 2016.) In this article, at first, overall and synthetic evaluations on his life-long achievement after his death in 2007 are dealt with. In this article, his role and contribution are characterized as "the bridge between East & West", "Succession and Integration", "Creating Integrative jurisprudence centered upon historical jurisprudence", "Finding fountain of universalism", "Overcoming nationalism and statism", "Recurring percussion after German Unification", "Influence in the field of 'Law and Religion'." Then, what does his jurisprudence with emphasis upon "Western Legal Tradition" mean to Korean jurisprudence? Korean jurisprudence has known classical classification of world legal families(civil-continental, Anglo-American, and Socialist), but lacks of understanding "Western Legal Tradition" and "Higher Law Tradition in the West." In this article, the latter part of the article includes following items.

* prof. of law, emeritus, Sookmyung Women's University/Senior Lecturer, Seoul National University(2014)

The formation and evolution of Berman's "Western legal Tradition". The application of his "historical jurisprudence" to the reflection of 1989 East European-Russian Revolution. Then, how can we succeed his "historical jurisprudence"? For example, in this article, the writer has adopted his "historical approach for healing(*integrare*) and renewal(*integratio*)" to explain two economic crisis, 1) 1997 Foreign Exchange Crisis of East Asia and 2) 2008 World Credit Crisis. In conclusion part, Berman's ultimate view of law and history is dealt with. Law is not dependent upon economics and politics, rather economics and politics are dependent upon law. And the interaction of law and religion has mattered in the evolution of law.

[Key Words] Harold J. Berman, Western Legal Tradition, historical jurisprudence, evolution of law, historical jurisprudence for *integrare* and *integratio*, Integrative Jurisprudence, Law and Religion, Law and Revolution