

# 법실증주의의 선구자 J. Bentham은 이상주의자인가 혹은 현실주의자인가?\*, \*\*

이상영\*\*\*

## 목 차

- I. 들어가는 글
- II. 벤담의 문법: 들춰내기
- III. 벤담의 기획: '세우기'
- IV. 마무리 글

### [국문 요약]

이 글은 이 글은 벤담 Jeremy Bentham(1748~1832)에 관한 필자의 여덟 번째 연구 논문에 해당한다. 그 동안 필자가 벤담의 사상과 실천에서의 큰 주제들은 순차적으로 탐구를 시도 하였다면, 이제는 한 번쯤은 벤담 연구의 중간 정리와 평가를 해야 할 필요가 있다고 생각한다. 이것이 바로 이 글의 동기이자 목적이다.

의심의 여지없이 벤담의 공리성의 원칙과 공리주의 공식은 가장 솔직한 현실의 재료와 상황에서 출발한다. 자연법과 자연권의 축인 '가치'와 '규범'을 처음부터 끝까지 거부하고 합리적 경험과 과학적 분석만을 자신의 무기로 삼았던 벤담은 과연 가장 극단적인 현실주의자이었을까? 천상의 가치는 존재하지 않는 허구에 불과하기 때문에 현실에서 모두 제거해버리고, 존재하는 실재만을 완벽하게 직시하고 현실에서 고장 난 부분을 깔끔하게 수리할 수 있다는 기획 또는 시도는 오히려 극단적인 이상주의 모습은 아닐까?

벤담의 생각, 사상, 관념, 그리고 이론적이든 실천적이든 제안하고 노력했던 것들의 양상을 이상주의적 혹은 현실주의적 인상에 따라 약간은 도식적으로 정리해보고 가능해보고자 시

\* 이 논문은 2016년 4분기 한국방송통신대학교 학술연구비의 지원을 받아 작성된 것임.

\*\* 본문과 각주에서 벤담의 원전은 서두에 있는 <벤담의 원전 약어 표기>에서 사용한 약어 표시에 따라 사용하였다. 예를 들면 J. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J.H Burns and H.L.A. Hart(The Athlone Press, 1970); Reprinted in paperback with new introduction by F. Rosen(Clarendon Press, Oxford, 1996)은 *[Introduction]*로 표시하였다.

\*\*\* 한국방송통신대학교 법학과 교수, sjylee@knou.ac.kr

도한다. 당시까지 존재하였던 수많은 법학과 법이론에 대한 벤담의 비평과 논증, 그리고 새로이 벤담이 제시하는 주장, 논증, 그리고 체계 등을 현실주의 혹은 이상주의라는 질문을 옆에 두고 점검해보자고 한다. 그렇게 해서 그 동안 작성했던 벤담 관련 논문들과 그것을 준비하면서 번역한 여러 벤담 원전들을 전반적으로 중간 점검할 수 있는 기회를 갖는 것도 조금의 의미는 있지 않을까 생각한다.

[주제어] 벤담, 공리성, 공리주의, 입법, 입법자, commom law, 현실주의와 이상주의

	벤담의 원전 약어 표기
[Constitutional Code](A)	<i>Constitutional Code, Vol. I</i> , ed. F. Rosen and J.H. Burns(Clarendon Press, Oxford, 1983)
[Constitutional Code](B)	<i>The Constitutional Code</i> , Book I., in 9th vol. <i>The Works of Jeremy Bentham</i> , published under the Superintendence of his Executor, John Bowring(Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols.
[Constitutional Code](C)	<i>Constitutional Code ; for use of All nations and All Governments professing Liberal Opinions</i> , vol. I.(written 1825-6; unfinished), London, 1830.
[Pannomial Fragment]	<i>Pannomial Fragment</i> (1831) in Bowring(1843), vol.III: <i>Pannomial Fragment</i> (London Kessinger Publishing Rare Reprints, 2004)
[Nomography]	<i>Nomography; or the Art of Inditing Laws</i> (1832) in Bowring(1843), vol.III(231-295)
[Fragment]/[Comment]	<i>A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government</i> , ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart(The Athlone Press, 1977)
[Introduction]	<i>An Introduction to the Principles of Morals and Legislation</i> , ed. J.H Burns and H.L.A. Hart(The Athlone Press, 1970);Reprinted in paperback with new introduction by F. Rosen(Clarendon Press, Oxford, 1996)
[Of Laws]	<i>Of Laws in General</i> , ed. H.L.A. Hart(The Athlone Press, 1970)
[Panopticon]	<i>Panopticon</i> , Bowring(1843). vol.IV. <a href="http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project">http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project</a>
[Traité]	<i>Traité de législation civile et penale</i> , 3 volumes, translated by Etienne Dumont(Partis: Boussange, Masson & Besson, 1802); first published in English as <i>Theory of Legislation</i> , 1 volume, translated by Richard Hildreth(London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1864).
[Codification Proposal]	<i>Codification Proposal, Addressed By Jeremy Bentham to All Nations Professing Liberal Opinions...</i> , in <i>Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education</i> , ed. Philip Schofield and Jonathan Harris(Clarendon Press, Oxford, 1998): <i>Codification Proposa</i> (1822) in Bowring(1843), vol.II.

[Papers]	<i>Papers relative to Codification and Public Instruction in Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education</i> , ed. Philip Schofield and Jonathan Harris(Clarendon Press, Oxford, 1998); <i>Papers relative to Codification and Public Instruction</i> (1817) in Bowring(1843), vol.IV.
[First Lines]	<i>First Lines of a Proposed Code of Law for every nation compleat and rationalized in Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education</i> , ed. Philip Schofield and Jonathan Harris(Clarendon Press, Oxford, 1998); UC xxxvii, 7(1821년 4월 3일)
[Leading Principles]	<i>Leading Principles of a Constitutional Code for Any State</i> (1823) in Bowring(1843), vol.II.
[Extract Constitutional Code]	<i>Extract from the Proposed Constitutional Code, Entitled Official Aptitude Maximised, Expense Minimised</i> (1826) in Bowring(1843), vol.V.
Bowring(1843)	<i>The Works of Jeremy Bentham</i> , published under the Superintendence of his Executor, John Bowring(Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols.
[Legislator]	<i>Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education</i> , eds. Philip Schofield and Jonathan Harris(Clarendon Press, Oxford, 1998)
[Rights-Nonsense]	<i>Rights, Representation, and Reform – Nonsense Upon Stilts and Other Writings On The French Revolution</i> , ed. Philip Schofield, Catherine Pease-Watkin and Cyprian Blamires(Clarendon Press, Oxford, 1998)
[Legislation]	<i>Theory of Legislation</i> , 2 volumes, translated by Richard Hildreth(London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1864)
[Correspondence]	<i>The correspondence of Jeremy Bentham</i> , vol.1-12(1968-2006); vol.13,14(will be)
[Anarchical Fallacies] [The Book of Fallacies]	<i>Anarchical Fallacies in Jeremy Bentham, Selected Writings on Utilitarianism – On Utilitarianism and Government</i> , ed., Tom Griffith(Wordsworth Classics of World Literature), 2001. <i>Anarchical Fallacies: Being an Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution</i> , in Bowring(1843), vol.II. <i>The Book of Fallacies</i> , ed. Philip Schofield(Revised ed., Oxford, 2015)

## I. 들어가는 글

이 글은 벤담(Jeremy Bentham, 1748~1832)에 관한 필자의 여덟 번째 연구 논문에 해당한다.<sup>1)</sup> 2000년대를 들어서면서 필자는 ‘공리주의에 대한 비

1) 첫 번째 글은 「벤담의 법개념과 입법론에 대한 소고」, 『세계헌법연구』 제13권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2007)이고, 두 번째 글은 「벤담의 Common Law 체계에 대한 비판과 입법론 구상에 대한 연구」, 『서울대학교 법학』 제49권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2008)이다. 세 번째 글은

관'을 위한 '공리주의 원류'인 벤담에 대한 검토라는 지극히 상식적인 탐구 과정과 연구 목표를 세웠다. 먼저 벤담에 대한 연구 논문과 비평서에 대한 독서와 이해, 그리고 벤담의 주요한 원전에 대한 번역을 연구 과정에서 수행하는 주된 작업으로 하였다.<sup>2)</sup> 그 과정에서 벤담의 법이론과 입법이론에서

- 『공리주의의 대 자연권』, 『세계헌법연구』 제16권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2010)이다. 네 번째 글은 『사법(司法) 대 입법(立法) - 벤담의 'Pannomion(완전한 법체계)'에 대한 연구-』, 『일감법학』 제21호(건국대학교 법학연구소, 2012)이다. 다섯 번째 글은 『J. Bentham의 세계헌법 구상에 대한 소고 - 세계 공동 헌법?』, 『아주법학』 제8권 제3호(아주대학교 법학연구소, 2014)이다. 여섯 번째 글은 『공리주의자의 헌법전 연구 - J. Bentham의 '헌법전'의 구성과 특징』, 『인하 법학』 제19권 제3호(인하대학교 법학연구소, 2016.09.30.)이다. 그리고 일곱 번째 글은 『J. Bentham '헌법전'에서의 입법부에 대한 연구: '세계공동헌법'에서의 입법부의 기능, 권한, 그리고 구성은 어떻게 될 것인가』, 『입법과 정책 15』 제8권 제2호(국회입법조사처, 2016.12.31.)이다. 물론 『영미사상의 하나의 원천, 공리주의 - Jeremy Bentham의 파노라마』라는 제목으로 세미나나 독회에서 발표한 글이 있지만, 이는 첫 번째 글의 내용을 중심으로 발표문을 작성한 것이기 때문에 따로 출간하지는 않았다.
- 2) 주로 참조한 벤담의 원전들 중 가장 전통적이고 오래된 원전으로 먼저 *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring(Edinburgh: William Tait, 1843). 11 vols.[이하에서는 *Bowring*으로 한다]를 들 수 있다. 벤담의 충실한 제자이자 벤담의 임종 때까지 오랜 시간 동안 벤담을 돌보고 노년에는 벤담의 구술을 글로 작성하는 작업을 해온 Bowring이 작업한 최초의 벤담전집이기 때문에 나름대로 중요한 출처로 역할을 하였다. 그리고 벤담 원전들 중 중요한 출처로는 UCL(런던대학)의 Bentham Project의 자료들이었다. UCL Bentham Project에서는 1968년 이후 UCL Bentham Project에서 *The Correspondence of Jeremy Bentham*가 출간되었으며, 이전의 Bowring의 전집과 벤담의 원고를 기초로 새롭게 벤담의 저작들을 출간하고 있다. 그런데 UCL Bentham Project의 벤담 저작 시리즈는 이전의 전집들과는 상이한 체계를 갖추고 있는데, 벤담의 저작들을 원래의 원고의 모습으로 가능한 한 살리려고 노력하며 특히 편집자가 의도하는 영역에 따라 분류를 시도하지 않고 벤담의 저술 시기 순서로 하되 중요한 저작을 중심으로 하나의 완결된 단행본 책자 형태로 편집하여왔다. 새로운 전집의 편집책임자는 J. H. Burns(1961-79), J. R. Dinwiddy(1977-83), F. Rosen(1983-94), F. Rosen and P. Schofield(1995-2003), P. Schofield(2003-)이고, 앞으로 총 70권이 출간될 예정이고 현재까지 27권이 출간되었다.(<http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>)

그 중 법과 법학과 관련된 주요 저서들로는 다음과 같은 것들이 있다. *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart(The Athlone Press, 1977), pp. li, 576.; *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.*, ed. J.H Burns and H.L.A. Hart(The Athlone Press, 1970), pp. xliii, 343. Reprinted in paperback with new introduction by F. Rosen(Clarendon Press, Oxford, 1996), pp.cxxii, 343.; *Of Laws in General.*, ed. H.L.A. Hart(The Athlone Press, 1970), pp. xlii, 342.; *Constitutional Code.*, Vol. I, ed. F. Rosen and J.H. Burns(Clarendon Press, Oxford, 1983), pp. xlv, 612.; *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education.* eds. Philip Schofield and Jonathan Harris(Clarendon Press, Oxford, 1998), pp. lviii, 450.; *Rights, Representation, and Reform - Nonsense Upon Stilts and Other Writings On The french Revolution.* ed., Philip Schofield, Catherine Pease-Watkin and Cyprian Blamires(Clarendon Press, Oxford, 1998), pp. vii, 486.; *Theory of Legislation.* 2 volumes, translated by Richard Hildreth(London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1864). pp. ix, 472.; *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution.* in *The Works of Jeremy Bentham*, published

중요하다고 생각되는 주제를 선택하여 글을 발표하였다.

그 첫 번째 글(2007)에서는 벤담의 업적과 사상을 전반적으로 조망해보는 것으로 하고자 하였다. 워낙 벤담의 작업 양이 막대하고 다양하고 또한 그 내용 또한 복잡하기 때문에 벤담의 사상과 논의는 하나의 ‘미로’ 같아서, 우선 필자는 벤담이 의도했던 의도하지 않았든 쉽게 접근하지 못하도록 만든 그 ‘미로’에 이정표를 달아보려고 한 것이다. 특히 ‘벤담의 미로’로 들어가기 위해서 아마도 벤담의 일생 전반에 걸쳐 한 번도 손과 머리에서 떨어뜨리지 않았던 ‘법’과 ‘입법’이라는 주제어를 중심으로 전반적인 구상을 살펴본 것이다.

두 번째 글(2008)은 벤담의 다양한 논의들 중에서 ‘Common Law 체계와 선례구속원칙’에 대한 벤담의 논의를 정리하고자 하였다. 기본적인 전제인 ‘공리성’을 토대로 하고 있지만, 법, 법학, 재판관 사법과정, 법개혁과 입법 등의 법이론과 입법이론을 정리해나갈 때는 물론이고, 경험적 분석부터 규범적 평가까지 망라하여 전개할 때에도, 벤담의 논의에서 빠짐없이 포함되는 것은 벤담의 Common Law에 대한 분석과 비평이었다. 그래서 필자는 벤담의 ‘공리성 원칙’을 구체화하고 체계화하고자 했던 과정에서 있었던 중요한 논의들 중에서 ‘Common Law 체계와 선례구속원칙’를 중심으로 정리하였던 것이다.

세 번째 글(2010)은 ‘자연권(과 자연법)’에 대한 ‘공리주의’의 대결과 공격에 관한 것이었다. 벤담은 20대부터 사망할 때까지 중단됨이 없이 그 내용을 조금씩 정교하고 풍부하게 만들어갔으며, 그것과 직접 관련되지 않는 주제를 저술을 할 때에도 항상 논의의 한 축으로 잡고 있었던 주제가 바로 ‘자연권 비판’과 ‘공리성 원칙’, 그리고 양 자의 관련성이다. 이 글에서는 벤담의 생애 전반에 걸친 주제인 ‘자연권 비판’에 초점을 맞춰, 벤담이 집중적으로 비판하려고 하였던 프랑스 혁명의 이념과 프랑스 인권선언에 명시적으로 그리고 원칙적인 내용으로 나타난 자연권 규정을 비롯하여, 프랑스 인권선언과 미국의 독립선언 등 근대사회의 인권선언의 사상적 원천과 배경이 되었던 수많은 근

---

under the Superintendence of his Executor, John Bowring(Edinburgh: William Tait, 1843). vol.II 등을 들 수 있다.

대 자연권 사상과의 대결의 과정, 그리고 공리주의 원칙의 형성 과정과 벤담이 공리주의에 입각하여 기존의 제도와 법에 대한 대안을 제시하고자 했던 과정을 분석하였다.

네 번째 글(2012)은 벤담이 평생을 두고 이론적으로 천착했으며, 더 나아가 영국은 물론이고 세계의 여러 나라(벤담의 포부는 세계의 모든 나라였을 것이다)에 적용될 수 있기를 바랐던 ‘완전한 법’, 즉 ‘Pannomion’에 대하여 살펴보았다. 1780년 전후 벤담 저작의 전반기에 해당하는 시기에 벤담이 당시 영국의 Common Law 체계에 대하여 비판적 논의를 전개할 때, 프랑스 혁명 이후 ‘자연법과 자연권’에 대한 비판과 함께 세계의 여러 나라들과 실질적인 관계를 갖고 헌법을 비롯한 개별 법전들의 성문화를 제안하였던 1800년 전후 시기, 그리고 자신의 ‘공리성 원칙’의 구체화와 현실화는 결국 자신이 ‘세계의 입법자’의 역할을 완수함으로 이루어질 수 있다고 믿고 개별 성문법과 완전한 법체계를 완성하고자 했던 1820년대 이후의 벤담 저작의 후반기, 이 모든 시기의 저작들에서 끊임없이 반복되고 진화하고 명확해지는 주제 중 분명한 하나는 ‘Pannomion’이라고 해야 할 것이다. 그리하여 먼저 ‘Pannomion’이라는 개념이 처음 나타나기 시작하는 시기, 즉 벤담이 법과 법학, 그리고 사법과정에 대한 관심이 Common Law 체계에 대한 비판에 집중되어있던 시기에 ‘Pannomion’ 용어를 창조해내게 되는 과정과 이유에 대해서 정리하고, ‘Pannomion’ 개념의 구체적인 내용과 함의에 대한 분석을 시도하였다.

그리고 이후 세 차례에 걸친 글은 벤담의 ‘헌법전’에 대한 연구였다. 사실 벤담 ‘헌법전’은 벤담에게 있어서나 벤담 연구자들에게 있어 큰 중요성을 갖고 있는데, 왜냐하면 ‘헌법전’은 벤담의 일생일대에서 실천적 작업으로 출간된 유일한 것이며, 또한 초기 벤담 시기인 1770년대부터 다양한 형태로 준비해왔던 민법전, 형법전, 소송법전, 그리고 특별법전 등의 초안 작성과 그것들을 여러 나라에 제안하는 등의 구체적 실천 작업 등이 종합하여 나타난 것이 바로 ‘헌법전’이기 때문이다. 다시 말해서 벤담 ‘헌법전’은 그 자체로 하나의 결정판이다. ‘헌법전’은 벤담의 이론적·실천적 작업에서 자신의 공리주의

원리와 입법론의 완성된 결과물이라고 할 수 있다. 그런 이유로 필자가 벤담이 제시했던 성문법전들 중에서 가장 먼저 다루어보고자 시도했던 것, 그리고 이 글을 포함해서 세 차례에 걸쳐 설명하고자 하는 것이 바로 벤담의 ‘헌법전’이다. 다섯 번째 글(2014)은 벤담의 생애 전반에 걸친 기획과 저술의 결정판이라고도 할 수 있는, 그리고 그의 이론적·실천적 작업의 중요한 결실이라고 할 수 있는 ‘헌법전 Constitutional Code’의 역사(그 구상과 작업, 그리고 진화과정 등)를 전반적으로 정리하였다. 그리고 여섯 번째 글(2016.09)은 벤담 ‘헌법전’의 구성과 구체적 내용을 특징적으로 정리하고 소개하고 설명하려고 시도하였으며, 연속해서 일곱 번째 글(2016.12)에서는 벤담 ‘헌법전’의 내용 중에서 ‘입법부’ 부분에서 제시한 입법부의 기능, 권한 그리고 구성에 대하여 정리하고자 하였다.

이렇게 해서 필자에게 벤담의 법사상과 관련해서 이어져 온 주제들은 다음과 같다. 벤담의 법이론과 입법론 개관 → Common Law에 대한 벤담의 비판 → 자연법과 자연권에 대한 벤담의 비판 → 벤담의 ‘완전한 법 Pannomion’ 구상 → 벤담의 ‘헌법전’ 개관 → 벤담의 ‘헌법전’의 전반적 구성과 내용 → 벤담의 ‘헌법전’에서 입법부 구상.

말 그대로 서론이 길어졌다. 물론 그동안 벤담 연구의 과정에서 필자가 선택한 큰 주제들에 대해서 그 적절성이나 이해합리성이 어느 정도나 될 것인지 자신하지는 못한다. 그렇지만, 조금의 의미 부여로 자위를 한다면, 필자가 살펴본 주제들은 벤담과 함께 비교적 자주 중요하게 거론되어왔음에도 정작 그 각각의 내용을 이해가능하게 분석 정리한 문헌들이 많지 않았던(최소한 우리나라에서는) 주제들임에는 틀림없을 것이다.<sup>3)</sup>

3) 이 이외에도 중요한 주제들이 많이 있겠지만, 반드시 연구 과정에서 연구논문으로 다루어야 했을 주제들 중 굳이 한 가지를 들자면, 벤담의 법이론에서 ‘법개념론’에 관한 것이다. 돌이켜보면 필자가 벤담의 업적 중 비교적 가장 이르게 접했던 것은 H. L. A Hart가 벤담의 원고를 정리하여 발표한 J. Bentham, *Of Laws in General*, ed. H.L.A. Hart(The Athlone Press, 1970), pp. xlii, 342이었다. 특히 분석법학의 기초가 되기도 하고 법개념에서 ‘법명명실’(물론 법학과 법이론에서 벤담의 제자였던 J. Austin의 법명명실보다는 훨씬 풍부하고 유연한 내용을 갖는 법명명실이다)을 정립한 벤담의 법이론, 특히 법개념론을 이해하는데 중요하고 핵심적인 도움을 얻었다. 그러나 순전히 법철학적인 관점으로 이 주제를 독립적으로 분석 정리가 필요한 주제임에도 아직까지 못 하고 있다.

이제 벤담 연구에서 중간 점검을 하려고 한다.<sup>4)</sup> 즉, 그동안 큰 주제들은 순차적으로 탐구해오면서 이제는 벤담 연구의 중간 정리와 평가를 해야 할 필요가 있다는 생각이 바로 이 글의 동기이자 목적이다. 그리고 그 정리와 평가를 ‘제레미 벤담은 과연 이상주의자인가 아니면 현실주의자인가’라는 상투적인 질문, 다시 말해서 전혀 분석적이거나 과학적이지 않을 것 같은 질문을 ‘하나의 지속적인 배경’으로 밑에 깔고 이 글을 전개해보려는 시도를 할 것이다. 그러나 당연한 이야기이지만 어쩔 수 없이 미리 전제를 해야 할 것으로, 필자는 ‘이상주의자’ 혹은 ‘현실주의자’를 뚜렷하게 구분 짓는 조건이나 매트릭스를 제시하거나 논의하려는 것은 아니다. 일상용어의 의미에 따라서, 또는 ‘규범주의자’와 ‘실증주의자’로 각각 변용되어 이해하는 정도에 따라서, 그리고 ‘현실적인 것은 이상적이고, 이상적인 것은 현실적’이라는 복잡한 논의에 이르기까지 그것이 무엇이 되었든 간에 ‘이상주의자’와 ‘현실주의자’라는 용어를 그대로 받아들이면서 질문을 계속하겠다는 것이다. 물론 가장 중요한 것은 벤담의 주장, 입장, 이론, 사상 그리고 실천 등의 구체적인 내용의 의미일 것이다.

## II. 벤담의 문법: 들춰내기

법이론과 법현실에 대한 연구를 평생의 과제로 삼았던 벤담이 이상적인 법 또는 가장 이상적인 법체계를 그려보거나 더 나아가 조금은 구체적인 모습을 구상해보고자 했다는 것은 너무도 당연할 것이다. 또한 한편으로 벤담이 다루었던 연구 대상은 물론이고 현실 세계에 적용해보고자 제안했던 실천적인 대안은 참으로 다양하고 많은 영역에 걸쳐있으며, 그 분석의 깊이와 체계성 그리고 일관성이 후대 벤담 연구자들의 감탄과 호기심을 끊임없이 만들어내게 했다는 것도 분명한 사실이다.

4) 따라서 이 글은 이전의 논문들을 새로운 관점으로 정리하는 것을 포함한다. 이 글의 주제와 관련해서 이전 글들에서 중요한 부분들을 그대로 혹은 수정을 가해서 인용하였다.



벤담(1748~1832)의 시기는 근대 사회가 완성되어가는 과정에서 굵직굵직한 사건들이 전 세계적으로 연속적으로 나타났던 시기이다. 대표적으로 프랑스의 대혁명과 일련의 과정, 그리고 미국의 독립과 미합중국의 탄생 등과 같은 유럽의 여러 나라에서 시민국가로의 전개와 아메리카대륙의 여러 나라의 독립과 헌정국가로의 전환 등 수 많은 사건들을 통해서 말 그대로 시민 사회로의 길이 완성되어나갔다. 이 시기의 한가운데에서 벤담은 거의 모든 사건들과 직간접적으로 관계를 맺어가며 새로운 세상의 설계자 그리고 건축가 되고자 하였다. 그 설계와 건축 과정은 기존의 구성물에 대한 분석과 비판, 그리고 무너뜨리기부터 시작해야 할 것이다. 벤담은 자신의 이력에서 가장 직접적인 영향을 주었던 당시의 영국의 법학과 법현실에 대한 무너뜨리기를 시작하였다. 벤담의 ‘들춰내기’는 그의 단적인 표현 ‘법학의 얼굴로부터 신비의 가면을 벗겨내기’에서 정확하게 나타난다.<sup>5)</sup>

벤담이 시작한 당시 기존의 영국 법학에 대한 비판은 특히 영국 common law 체계와 Blackstone을 중심으로 하는 자연법이론의 문제점들을 그의 특유의 분석적인 방법으로 들춰내고 무너뜨리려는 시도라고 할 수 있다. 그 시도는 세 가지의 방향, 즉 당시의 법학과 법현실에 대한 비판, 법학에 대한 대안적 기획, 그리고 앞의 두 작업의 토대가 될 수 있는 공리주의 원리 정립 등으로 전개되었다.

벤담의 대부분의 작업에서 ‘법과 법학’에 대한 질문과 논의, 그리고 해명이 끊임없이 전개되고 있지만, 법과 법학에 관한 벤담의 주요 작업들은 대부분 벤담 사상의 초창기에 해당하는 1776년 전후 시기에 이루어진다고 할 수 있다.<sup>6)</sup> 벤담의 사상을 집필 순서로 보아 ‘법이론과 법학’(주로 기존의 영국의

5) [Fragmen](1977) 서문, p.410. 그리고 H.L.A. Hart, 『Bentham and The Demystification of The Law』, in *Bentham: Moral, Political, and Legal Philosophy*(International Library of Critical Essays in the History of Philosophy) Gerald J. Postema(ed.)(Ashgate Publishing, 2002) vol.I-vol.II., pp.8~10 참조.

6) [Fragmen]와 [Comment]는 1776년에 완성되었고, [Introduction]은 1780년(또는 1781)에 완성되었으며, [Of Laws]는 1782년에 완성되었다. 이러한 작업은 1770년대 초반부터 집요하게 관심을 두고 왔던 [The Critical Elements of Jurisprudence]라는 주제에 대한 벤담의 답변이라고 할 수 있는데, [Fragmen]와 [Comment]의 관계가 직접적이고 포함관계를 갖는다면 [Introduction]과 [Of Laws]는 후속작업의 성격으로 볼 수 있다.

Common Law 전통에 대한 비판과 분석적이고 실증적 법학의 제시) → ‘공리주의 원칙과 입법론’ → ‘법 개혁과 사회 개혁’ 등의 순으로 이어진다고 한다면, 이 시기는 그 첫 번째 작업이 중심이 되고, 두 번째 단계로 넘어서는 과정에 있다고 볼 수 있다. 이 시기에 작성했던 글들에서 벤담은 당시 영국의 이전의 미숙한 법이론에 대해서 ‘법의 허구성(fiction of law)’이라든지 ‘잘못 이해된 용어들’이라고 비판하였다.<sup>7)</sup> 이러한 그의 성찰은 그가 평생을 두고 작업할 사고의 흐름을 그대로 반영하고 있었다. 이를테면 ‘교육’은 ‘공리의 원칙에 따라 칭찬 또는 비난의 습관을 고취하는 것’이라고 표현하기도 했고, ‘법정변호사(Barristers)’는 ‘법의 심각한 문제점을 개혁하는 것을 저지하는 사람들’이라고 했고, ‘의사들은 사람들이 건강하기를 바라지 않듯이, 변호사들은 사람들이 소송에서 벗어나기를 원하지 않는다!’라고 하였다.<sup>8)</sup>

당시의 영국 법현실과 법학에 대한 이러한 벤담의 신랄한 지적은 벤담의 전 생애에 걸쳐 지속적이고 반복해서 이어지는 현실비판과 공리주의적 대안 제시에서 나타나는 다양한 논증들의 기초가 된다. 이를 벤담은 ‘법학의 얼굴로부터 신비의 가면을 벗겨내기’라고 표현하였다.<sup>9)</sup> 그러면 벤담이 시도하고 작업하였던 ‘벗겨내기’ 혹은 ‘들춰내기’ 혹은 ‘무너뜨리기’<sup>10)</sup>의 동력 혹은 정

7) 이 시기 벤담은 Locke와 Helvetius 그리고 Hume, Montesquieu, Beccaria, Priestley, Barrington(당시 법률가이자 고고학자)의 저서들을 탐독하고, 그것들로부터 많은 도움을 받았다고 한다. 특히 이전의 비롯한 학자들(Helvetius, Hume, Beccaria, Priestley 등)이 제시한 모호한 개념이었던 공리성을 계량화할 수 있는 공식으로 전환하는 중요한 작업은 Francis Hutcheson(스코틀랜드 계몽주의 철학자)의 ‘도덕성에 대한 수학적 계산’이라는 개념에서 도움을 얻은 것이라고 한다. 이상영, 2008, 6~7면 참조.

8) 벤담의 초창기에 해당하는 젊은 시기에 벤담은 ‘입법에 대한 일반 공식을 구성하는 작업’, ‘케변을 구축하는 작업’, ‘내용은 없고 시끄럽기만 한 수사학을 폭파시키는 작업’, ‘자신이 체계적으로 잘 정리된 틀을 가질 때까지 새로 분류하고 재정리하는 작업’ 등을 즐겁게 수행하였다. Leslie Stephen, *The English Utilitarians*(New York : G. P. Putnam's sons, 1900), Ch.4. Bentham; 이상영, 2008, 7~8면 참조.

9) [Fragment](1977) 서문, p.410; 심지어는 비록 벤담은 유토피아적 혁명적 입장과는 다르지만, 탈신비화와 관련해서 벤담은 K. Marx와 기본적 관점을 공유하고 있다는 취지에서 논의를 전개한 글도 있다. H.L.A. Hart, 『Bentham and The Demystification of The Law』, in *Bentham: Moral, Political, and Legal Philosophy*, Gerald J. Postema(ed.) vol.II(2002), 8~10면 ; 이상영, 2007, 177면 참조.

10) R. Harrison, 『The People is my Caesar』, *The Bentham Newsletter*, May 1983, pp.27~39 in *Jeremy Bentham: Critical Assessments*, vols. III, Bhikhu C. Parekh(ed.), pp.900~916 참조.

당화 근거는 무엇인가? ‘인민은 나의 시저!’ 1774~1775년 시기에 벤담이 단언했던<sup>11)</sup> 이 선언이 바로 그 근거라고 해야 하지 않을까 생각한다. 물론 벤담보다 한 세대 정도 이른 시기에 장 자크 루소가 인민주권론(1762, *사회계약론*)을 주장하기도 하였지만, 영국에서 이 시기에 벤담이 ‘최고의 통치자(시저로 비유된 최고 주권자)는 곧 인민’이라는 선언을 했다는 것은 주목받을 만한 것이다. 루소의 사회계약론이 낭만적이라는 수식어가 붙을 정도로 이상주의적이었던 것만큼 벤담의 이 선언은 이 말로만 보면 이상적이다.

벤담은 이 이상적인 선언이 설득력 있는 것이 되기 위한 논증을 세 가지 방식, 즉 법학과 법개념과 범용어에 대한 비판, 당시의 법현실, 다시 말해서 사법과정에 대한 비판, 그리고 자연법과 자연권에 대한 비판 등으로 분석적으로 설명한다.

첫 번째로 당시의 법학과 법개념과 범용어에 대한 벤담의 ‘들춰내기’를 살펴보자.

벤담이 당시 기존의 전통적인 법학과 법개념 그리고 범용어에 대한 비판은 비교적 초창기부터 시작되었다. 벤담은 *Comment*과 *Fragment*에서 본격적으로 Blackstone의 자연법과 자연권 이론에 대한 비판을 전개한다. 벤담은 Blackstone이 제시한 다섯 가지의 법을 실재하는 것이 아니고 ‘상상 속의 법’이라고 규정하고, 각각의 법에 대한 비평을 하였다.<sup>12)</sup> Blackstone이 분류한 다섯 가지 법은 제1자연법, 제2자연법, 제3자연법, 도덕법, 국가법 등이고, 정리하자면 자연법, 도덕법, 국가법으로 된다. 그리고 Blackstone에 따르면, 자신의 다섯 가지 법개념은 당시 영국의 common law 체계에서 새롭게 변화하는 상황에 적용할 수 있는 유연함과 무한한 적응력의 원천이 될 것이고, 이를 토대로 재판관들은 과거의 오래된 선례를 준수하면서도 변화된 사회, 경

11) 벤담의 이 단도직입적인 단언이 벤담의 말년, 즉 헌법전 등 완성해나갔던 시기가 아니라 그야말로 벤담 사상의 초창기인 이 시기에 벌써 나타났다는 것은 매우 놀랄 만한 일이다. 이 말의 출처는 *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, vol. X, 73에서 찾을 수 있는데, 이는 Bowring이 정리 편집한 Bentham's commonplace book for 1774-5에 속한 것이다; 바로 앞의 논문, 27면 참조.

12) [*Comment*], [*Fragment*]에서 비판의 대상이 된 책은 Sir William Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England*(The Clarendon Press at Oxford)이다.

제, 정치적 조건에 의해 요구되는 법에서의 변화를 가져올 수 있다는 것이다.

그러나 벤담은 Blackstone이 분류한 다섯 가지 법은 그저 ‘허구(fiction)로서의 법’, 즉 마치 살아 있는 듯하지만 전혀 실재하지 않고 관념으로만 존재하는 허구라고 단언한다. 따라서 결국 실재하지도 않는 ‘허구의 법’을 마치 있는 것처럼 전제하고 재판이 이루어지는 Blackstone의 common law 체계에서는 결코 그 어떤 유연함과 적응력을 가질 수 없다는 것이다. 벤담은 Blackstone이 제시한 여러 법개념들을 자연법, 신법, 국제법, 국내법 등의 순서로 조목조목 분석하면서 그 허구성의 ‘들춰내기’를 하였다. 이러한 벤담의 비판에서 가장 기본적인 전제는 ‘모든 법개념은 실재하여야 한다’는 것이었고, 실재하지 않는 법, 즉 ‘상상 속의 법’은 하나의 허구일 뿐이라는 것이다. 허구의 법개념, 허구에 근거하는 법학은 실제로 법도 아니고 법학도 아니라는 것이다.

또한 이와 관련해서 벤담은 아무리 Blackstone이 common law의 이론적 체계를 그럴싸하게 마련하려고 시도하더라도 common law이론은 모순에 빠질 수밖에 없다고 지적한다. 즉, “만약 common law가 권위를 갖기 위해서는 이것은 반드시 개별적이어야 한다. 왜냐하면 재판관의 판결은 반드시 이전의 개별 사건에 대한 판결에 따라 이루어져야 하기 때문이다. 이것은 법이 아니다. 왜냐하면 보편적이지 않기 때문이다. 반대로 만약 common law가 법의 일반적 규칙을 선언한다면, common law 관점에서 보면 이는 결코 권위를 가질 수 없다. 따라서 이 역시 법이 아니게 된다.”<sup>13)</sup> 이러한 논의는 벤담이 사용한 ‘dog law’라는 개념으로 이어진다. 벤담은 common law를 ‘개를 혼련시키는 법’이라고 규정하였다. “common law는 어떻게 만들어지는가? 그것은 당신이 자신의 개를 혼련시키는 법을 만드는 것과 같다. 만약 당신의 개가 당신의 마음에 들지 않는 어떤 짓을 하지 못하게 하고 싶은 때, 당신은 그 개가 그 짓을 할 때까지 기다리다가 그 개가 그 짓을 하면 그 개를 때리면

13) [Comment](1977), 153~154면; 『The Critique of Common Law』 in David Lieberman, *The Province of Legislation Determined*(Cambridge Univ. Press, 1989) in *Bentham: Moral, Political, and Legal Philosophy*, Gerald J. Postema(ed.) vol.II, 2002.

된다. 이것이 바로 재판관들이 당신과 나를 위해 법을 만드는 방법이다. 재판관들은 사람이 무엇을 하지 말아야 하는지에 대하여 알려주려고 하지 않는다. 재판관이 말하기를 그 사람은 하지 말아야 했던 행위를 할 때까지 그냥 있다가, 그가 그 행위를 했다는 이유로 처벌한다.”<sup>14)</sup>

벤담이 보기에 국민이 법과 사회 질서에 복종하게 되는 것은 일반적으로 국민이 그 법과 사회 질서에 대한 이해를 받아들이거나 또는 개인 시민의 의지에 의해 이루어지는데, common law 체제에서는 단지 맹목적인 공포에 의해 복종이 작동된다는 것이다. 그래서 벤담은 이렇게 선언한다. “인간은 오직 제정법에 의해 지배당하고, common law에서는 금수들이 지배당한다!”<sup>15)</sup> 또한 당연한 논의 전개이겠지만, 벤담은 common law가 국민들로부터의 동의에 기초하는 정당성을 갖는다는 점에 대해서도 단호하게 거부한다. common law 체계에서 법이 국민들의 일상적인 삶의 공식적인 표현일 수 없다면, 결국 남는 것은 국민의 행동에 대해서는 ‘법 그 자체에 적합성 여부’ 아니면 ‘법을 어기는 경우 처벌의 대상’ 만을 판단하는 것뿐이다. 그러나 벤담이 보기에, 국민의 ‘승인’이라는 것을 단순히 ‘행위의 적법성’과 ‘처벌 가능성’만으로 파악하는 것은 잔인한 농담이거나 ‘동의’라는 용어의 남용이라는 것이다.<sup>16)</sup> 이렇게 된다면 결국 국민의 ‘승인’이라는 용어는 단지 ‘강제된 승낙과 순간적 복종’이 결합된 것만을 의미하게 되는 참담한 결과로 이르게 된다는 것이다.

벤담은 결국 common law는 ‘순수한 허구’이며, 제정법은 ‘실재하는 법’이라고 단언한 것이며, 여기에서 실재하는 법이란 논리적으로 완전하며 통합적인 규칙, 즉 법전화되어 체계적으로 정리되고 합리적으로 준비된 그런 통합적인 부분을 말하는 것이다. 그리고 당시의 영국 법체계는 이러한 법전화로

14) [*Truth versus Ashhurst*](1792) in Bowring(1843) vol.V p.235.

15) 벤담의 원고(UC Mss. :University College London Library, Bentham Papers [이후 UC])에서 인용한 것을 Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*(Oxford, 1986) p.277에서 재인용 ; 벤담은 다른 곳에서 이렇게 다시 표현하였다. “성문법은 문명국가의 법, 전통법은 야만인들의 법, 그리고 관습법은 야수들의 법이다.” [*Of Laws*](1970), XIII 2, p.153 참조.

16) [*Comment*], p.221; Gerald J. Postema(바로 앞의 책), p.275 참조.

체계를 갖추어 나가야 하고 궁극적으로 자신의 이상적인 ‘pannomion’을 형성해야 한다고 주장하였다.

두 번째로 더 나아가 벤담은 당시 영국 법현실에서 나타나는 부정적인 문제점들의 근원이 바로 이러한 허구의 법에 근거하는 common law체계를 논증해나간다. 다시 말해서 벤담은 이러한 법적 허구는 그야말로 common law의 부패를 대표적으로 상징하는 것이라고 단언하였다. 벤담은 ‘(법적) 허구는 한 번도 유용한 적이 없었다!’라고 선언하고, 법적 판단에서 허구가 가져온 전반적인 해악은 개별 법률규정의 장점들을 모두 빼앗아 가버렸다고 지적하였다. 이를테면 아주 예외적인 방식으로 부분적인 선을 행함으로써 법적 허구는 일반적인 방식의 어떤 경우에도 선을 행하지 못하게 만들었고,<sup>17)</sup> 더욱 심각한 것은 허구로 인한 해악은 그저 한 번의 해악으로 끝나는 것이 아니라 연속되는 그런 것이라는 점이다.

허구는 법을 이해함에 있어서 부정확하고, 요해불가능하고, 의심스럽게 만들어놓았고, 법 개념을 불안하고 모순적인 것으로 만들었다. 따라서 허구로 가득 찬 common law를 접근·이해하기란 거의 불가능할 정도로 어렵고, 비록 법률가들이라고 하더라도 전문화되어 있기는 하지만 전체를 이해하는 경우는 드물다는 것이다.<sup>18)</sup> 결국 법은 모든 이에게 접근 가능한 것이 아니라 오직 법전문가 엘리트에게만 열려있고, 해악은 더욱 심각하여 허구의 광범위한 사용으로 인해 포괄적인 ‘거짓말 허가증(mendacity-licence)’<sup>19)</sup>을 사법부에 제공하는 상황에 이르게 되었다는 것이다. 사법부에 거짓말 허가증을 부여함으로써 바람직하지 못한 결과들이 나타나는데, 우선 사법 판단에 대한 공공의 접근과 평가, 그리고 정당화를 불가능하게 함으로써 재판에서 자의,

17) 벤담의 원고(UC Mss.)에서 인용한 것을 Gerald J. Postema(바로 앞의 책), p.271에서 재인용.

18) 벤담은 이러한 상황을 지적하면서 Coke의 입장에 찬동하였는데, Coke는 common law의 이성을 ‘조작된 이성artificial reason’이라고 하였는데 벤담은 이를 ‘기술적technical’ 이성, 즉 비합리적이고 부정직한 것이라고 명명하였다. Gerald J. Postema(바로 앞의 책), p.271 주 28) 참조.

19) 『Scotch Reform: Considered With Reference to the Plan Proposed In the Late Parliament, For the Regulation of the Courts and the Administration of Justice In Scotland: With Illustrations From English Non-reform: In the Course of Which, Divers Imperfectio<sup>n</sup>s, in The Works of Jeremy Bentham(Bowring, 1843), vol.V. ; Gerald J. Postema(바로 앞의 책), p.272.

편견, 그리고 번덕을 허가해주는 결과로 나타났다.<sup>20)</sup> 그 거짓말에 속은 사람들은, 그 대상에 대한 이해와 판단함에 있어 전반적으로 쇠약함에 빠지게 된다는 것이다.<sup>21)</sup> 다시 말해서 법적 허구에 의해 속고 있는 사람들이 그 거짓말에 대하여 더 이상 의문을 품거나 평가하려고 하지 않고, 마치 그 거짓말이 재판에서 필수적인 수단인 양 인정하게 된다는 것이다. 더욱 심각한 것은, 법적 허구는 ‘부정의’를 은폐하거나 ‘부정의’의 수단으로 공헌하도록 재판관들에 의해 고안된 거짓말이라는 것이다. 즉, 재판과정에 참여하는 법률전문가들은 변론을 보다 복잡한 허구 속에서 하나의 형식과 자기들만의 용어로 변용·사용함으로써, 이러한 거짓말은 하나의 ‘법적 독점’ 상황을 만들어내고, 결국 common law 체계는 공공과는 전혀 상관없는 법전문가 엘리트(재판관 회사 Judge & Co.)의 조작된 관습일 따름이라는 것이다.<sup>22)</sup>

벤담에 따르면 극도로 모호한 법 하에서는 일반 사람들은 맹목적이고 수동적이고 어쩔 수 없이 마구잡이로 법에 복종할 수밖에 없고, 법과 법의 근거에 대한 이해에 기초하는 합리적인 복종이 불가능하다는 것이다. 결국 common law 체제 하에서는 국민들은 법전문가 엘리트에 의해 약탈당하고, 책임 있고 지적인 시민으로의 가능성을 제거당할 수밖에 없게 된다는 것이다.<sup>23)</sup>

세 번째 것으로 common law의 허구에 대한 문제점 지적에 이어서, 벤담은 Blackstone의 자연법적 경향 또는 자연법에 호소하여 common law를 정당화하려는 시도를 여지없이 무너뜨리고 만다. Blackstone은 언제인지 확정할 수 없는 ‘태고시대부터’ 존재해온 common law의 근거가 되는 근본적인

20) 법적 허구를 사용할 수 있는 거짓말 허가증을 통해 심리와 판결의 사법과정을 완전히 사적이고 개별적 성향으로 만들어서 common law의 유연성을 획득하려는 것이고, 이는 다시 과도한 기술적이고 조작적인 법언어의 사용으로 인해 사법부의 견해를 공공이 이해하거나 평가할 수 없도록 만들어놓는 결과를 가져온다. 그리고 마치 자연법에 호소하는 것과 마찬가지로, 허구의 기술은 사법 판단에 대한 온전한 공적 정당화를 가져오지 못한다. 결국 재판에 있어서 자의, 편견, 그리고 번덕의 문을 활짝 열어놓은 것이라 할 수 있다. Gerald J. Postema(바로 앞의 책), p.273.

21) [Fragment], 부록 p.511; Gerald J. Postema(바로 앞의 책), p.273.

22) 결국 common law의 관습은 ‘국민의 관습’이 아니라 ‘법정의 관습’일 뿐이고, 이것은 법적 근거 없이 태어나 부패 속에서 성장한 것이다. Gerald J. Postema(바로 앞의 책), pp.274~275 참조.

23) 벤담은 시민이 법을 정확하게 준수하면서 자신들의 관점에 따라 법을 자유롭게 비평할 수 있을 때 이를 합리적이고 책임 있는 시민이라고 규정하였다. [Fragment](1977), 서문. ; Gerald J. Postema(바로 앞의 책), p.275 참조.

규칙들을 거론하면서 자연법적 정당성을 부여하고자 하였다. 그런데 벤담은 그러한 근본적인 규칙들에게 부여한 ‘태고 때부터’라는 역사적 보편성을 분명하게 부인한다. 즉 벤담은 그러한 근본적인 규칙들이 실제로는 ‘헌법적으로 부여된 입법 기구의 입법적 행위’ 또는 ‘재판관들의 전제적이고 비헌법적인 입법 행위’로부터 시작했다는 것을 역사적 사실과 증명을 통해 분명하게 보여주었다. 벤담이 들춰내고 무너뜨린 것은, 모든 법과 재판의 근거가 되는 보편적 자연법을 토대로 ‘재판관은 법을 만드는 것이 아니라 선언할 뿐이다’라는 common law의 신조로 구성된 common law 체계 전체였다.<sup>24)</sup>

한편으로 보면 벤담의 ‘무너뜨리기’의 대상은 그저 Blackstone의 자연법과 자연권 이론이라기보다는 당시 영국 법학의 사상적 배경이면서 사회사상의 주류를 형성하고 있었던 근대 계몽사상의 핵심이라고 할 수 있는 ‘자연권’ 이론이라고 해야 할 것이다. 물론 여기에서 말하는 근대 자연권이론은 자연상태의 가정과 사회계약이론을 포함하는 것이다.

벤담은 공리성 원칙, 즉 최대 행복 원칙만이 도덕 영역에서 옳고 그름의 기준이 될 것이며, 특히 정부 영역에서의 선악의 기준이 되어야 한다고 주장한다. 당시의 사회계약이론과 자연권에 기반한 법이론은 그저 ‘황당한 우화’일 뿐만 아니라 ‘위험한 난센스’이라는 것이다.<sup>25)</sup> 이러한 ‘들춰내기’와 무너뜨리기를 거치면, 결국 공리성 원칙만이 ‘도덕과 정치 그리고 (그 무엇보다도) 법에 있어서 인간을 지도하는 실마리를 제공해 줄 것’이라고 단언한다.<sup>26)</sup>

### Ⅲ. 벤담의 기획: ‘세우기’

현실주의와 이상주의를 가를 수 있는 결정적인 척도 중 중요한 하나는 ‘세

24) 벤담은 자신의 여러 저서에서 이러한 내용을 단적으로 이렇게 표현하고 있다. “common law는 재판관이 만든 것이 아니라면, 아무것도 아니다.”[*Comment*], pp.165~180, pp.332~333; Gerald J. Postema(바로 앞의 책), p.274 참조.

25) [*Fragment*], p.439 ; [*Fragment*], pp.508~509 참조.

26) [*Fragment*], pp.439~440 참조.



우기'일 것이다. 들춰내고 무너뜨리기는 쉬워도 세우기는 만만치 않다. 그러나 벤담에게는 이미 '세우기'를 위한 설계도인 '공리성 원칙'이 갖춰져 있었고, 구체적이고 실질적인 재료들을 당시의 여러 나라의 다양한 정치적 격변 상황들로부터 얻어놓고 있었다. 아마도, 그러나 분명하게 가장 중요한 경험은 프랑스 대혁명 과정에서 프랑스 쪽 인물들과 벤담의 교류와 그 과정에서 얻은 중요한 교훈들이었을 것이다. 정치적 격변, 특히 새로운 정부를 구성하는 과정에 놓은 프랑스는 벤담의 '세우기'의 토대가 되었는데, 당연히 그 '세우기'는 기존 정치 제도의 개혁과 새로운 정부를 위한 다양한 정치적 제안들로 이루어졌다.

먼저 프랑스 대혁명 시기(정확하게는 비교적 초반부에 해당하는 1789~1792년 사이)에 벤담이 주장한 여러 가지 제안들은 앞에서 거론 한 선언, '인민은 나의 시저!'을 구현하기 위한 내용으로 볼 수 있다. 그 중에서 가장 두드러진 것은 비밀 보통 평등 선거다. 18세기 말에, 그것도 자연권을 중심으로 하는 이념적 논의로서가 아니라 현실에 적용될 수 있는 가장 구체적인 방식으로 보통선거를 제안했다는 것은 실로 획기적인 것이다.

물론 벤담이 제안한 보통선거에서 선거권자의 범위에 관해서 벤담이 '완전한' 민주주의의 기준에 어느 정도 이르는가에 대해서는 상이한 여러 평가들이 있어왔다. 이러한 상이한 평가의 이유는 당연히 벤담 자신의 일치하지 않는 여러 글들의 내용에 있을 것이지만, 이에 따른 벤담 연구자들의 다양한 평가에 근거한다. 특히 미성년자와 정신병자와 같이 선거권을 향유하기에 어려운 집단에 대한 제한, 그리고 문맹자에 대한 조건부 인정(언제든지 문맹을 벗어나는 경우에는 선거권을 부여할 수 있다는 조건) 등은 비교적 덜 논쟁적인 주제이다. 그러나 무산자와 여성의 선거권에 대해서 벤담은 제한적인 입장과 긍정적인 입장을 서로 다른 문건에서 표명하고 있기 때문에 논란이 계속 되어왔다.<sup>27)</sup> 하지만 문맹자, 무산자, 그리고 여성의 선거권의 보장을 위

27) 물론 벤담이 제안한 보통선거에서 선거권자의 범위에 관해서 벤담이 '완전한' 민주주의의 기준에 어느 정도 이르는가에 대해서는 상이한 여러 평가들이 있어왔다. 이러한 상이한 평가의 이유는 당연히 벤담 자신의 일치하지 않는 여러 글들의 내용에 있을 것이지만, 이에 따른 벤담 연구자들의 다양한 평가에 근거한다. 특히 미성년자와 정신병자와 같이 선거권을 향유하기에 어려운 집단에

한 벤담의 공리주의적 논증은 분명하고 현실적이다.

문맹자에 관해서 벤담의 논증을 보자. 첫째, 읽을 수 있는 능력은 ‘자신들의 공동체를 위해서 당해 권리를 행사할 수 있는 권한을 갖고 있다고 합리적으로 생각되어지는 사람들의 조건과 그렇지 않은 사람들의 조건을 분명하게 구분하는 경계를 그을 수 있도록 하는 유일한 기준’이다. 둘째, ‘유권자들이 자신들의 대표자들의 행위를 판단하기 위해서는 유권자들은 그 대표자들이 의회에서 한 행위가 기록된 문건을 읽어낼 수 있는 능력을 가져야 할 것’이다. 따라서 문맹자들의 선거권은 제한된다. 그러나 셋째, 이러한 제한은 ‘그들 문맹자들 자신들이 글을 읽고 이해할 수 있다고 생각하는 시기에는 언제나 그 제한으로부터 벗어날 수 있도록 된 것’이다. 그리고 넷째, ‘이러한 제한과 그 제한의 해제는 문맹자들이 글을 깨우칠 수 있도록 고무할 것이고, 또한 교육의 욕구에 대한 고무 그리고 문명화의 수단으로 작동’할 것이다. ; 그리고 어떤 이가 읽을 수 있는지 아닌지의 문제는 쉽게 확인할 수 있었다.<sup>28)</sup>

무산자에 대한, 즉 재산의 소유 유무와 선거권 향유와의 관계에 대한 논증은 더욱 정교하고 명확하다. 첫째, 벤담이 제시한 개혁의 원칙<sup>29)</sup> 중 가장 우선이 되는 안전성 원칙에 따라 재산의 안전성의 우선성이다. 재산의 안전성이 없으면, 그 어떤 재산과 생존도 없게 될 것이며, 따라서 평등해야 할 대상 자체가 전혀 없게 될 것이다.<sup>30)</sup> 둘째, 재산의 안전성이 보장되지 않는다면,

---

대한 제한, 그리고 문맹자에 대한 조건부 인정(언제든지 문맹을 벗어나는 경우에는 선거권을 부여할 수 있다는 조건) 등은 비교적 덜 논쟁적인 주제이다. 그러나 무산자와 여성의 선거권에 대해서 벤담은 제한적인 입장과 긍정적인 입장을 서로 다른 문건에서 표명하고 있기 때문에 논란이 계속되어왔다. 선거권과 관련하여 벤담이 작성했던 1790년 전후의 글들(일부는 프랑스어로 혹은 영어로 출간되기도 하고 또는 미출간 상태로 있다가 Bowring에 의해 수록되기도 한 글들)로는, 『Draught of a New Plan for the Organization of a Judicial Establishment in France』, 『Essay on Representation』, 『An Essay on the Political Tactics』, 『Project of a Constitutional Code for France』 등이 있다. 이 글들은 이후에 J. Bentham, *Political Tactics*, Ed. M. James, C. Blamires, and C. Pease-Watkin(Oxford, 1999)와 J. Bentham, *Rights, Representation, and Reform*(ed.) Philip Schofield, Catherine Pease-Watkin and Cyprian Blamires(1998)에 정리되어 수록되고 출간되었다.

28) Bentham, [Rights-Nonsense], pp.248~249 참조.

29) 벤담이 제시한 원칙은 ‘프랑스와 영국에서의(물론 벤담은 프랑스와 영국의 상황의 차이를 분명히 밝히면서) 민주주의 개혁의 필요성’에 따른 것이다. 이는 간명한 원칙은 안전성, 평등성, 자유, 평정, 단순성, 그리고 명백성 등을 말한다. Bentham(바로 앞의 책), pp.120~124 참조.

30) Bentham(바로 앞의 책), p.67 참조.

즉 그 누구든 자신의 노동의 결실을 보장받을 수 없다면 아무도 노동하려 하지 않을 것이다. 따라서 재산의 안전성이 평등성보다 더 우월한 위치를 차지해야한다. 셋째, 선거권에서의 평등, 즉 정치적 평등은 재산의 안전성을 위협하지 않고 또한 노동의 동기를 전혀 손상시키지 않는다. 넷째, 선거권과 재산의 관계에서 중요한 것은 ‘부패 방지’인데, 재산에 따른 선거권 부여는 부패 방지에 전혀 도움이 안 되고 오히려 부정의하고 불필요한 제도일 뿐이다. 오히려 재산의 유무와 상관없는 보통 선거가 부패를 방지할 것이다.<sup>31)</sup>

여성의 선거권에 대한 벤담의 입장은 비교적 복잡하다.<sup>32)</sup> 벤담 자신의 ‘행복’을 축으로 하는 공리주의에 근거하는 민주주의 원칙들에 따르는 통찰력 있는 날카로운 현실 분석을 다각도로 시도하려고 하여도 쉽게 정리될 수 없는 것이 당시의 ‘여성의 선거권’ 문제였을 것이다.<sup>33)</sup> 그러나 여성의 선거권, 즉 성인 남녀 보통 선거를 제안하는 ‘프랑스를 위한 헌법전 기획 *Project of a Constitutional Code for France*’에서의 벤담의 논증은 또 다시 매우 직접적이고 현실적이다. 첫째, 선거권을 향유할 수 있는 지적 능력에 있어서 여성은 남성에 대해서 결코 열등하지 않다. 일단 과거에도 여성 군주들이 충분히

31) Bentham(바로 앞의 책), p.252 참조; UC cxxvii. 19.: Philip Schofield, ‘Jeremy Bentham, the French Revolution and Political Radicalism’, in *History of European Ideas* 30, 2004, *Jeremy Bentham*, ed., Frederick Rosen(Ashgate, 2007), p.546에서 재인용 참조.

32) 여성의 선거권과 관련해서 벤담이 작성했던 글들에서 그 복잡함은 그대로 나타난다. 1788년 후반 그리고 1789년 초에 작성된 ‘*Essai sur la Représentation*’과 ‘*Considérations sur la Composition des États-Généraux*’에서는 여성의 선거권을 제한 또는 부인하고 있다: Bentham, [Rights-Nonsense], pp.69~70 참조. 그러나 혁명 직후 1789년 10월 전후에 쓴 글 ‘*Project of a Constitutional Code for France*’에서는 여성도 남성과 마찬가지로 선거권을 향유해야 한다고 주장하였다: Bentham, [Rights-Nonsense], pp.246~248 참조. 그런데 벤담의 말년에 작성한 글 [Constitutional Code]에서는 다시 ‘모든 남성에게 투표권이 부여된 남성보통선거가 이루어진 후에야 비로소 여성 투표권은 부여한다’라는 입장을 밝혔다: Bentham, [Constitutional Code], *Bowring*(1843), IX, 108. ; Ross Harrison, *Bentham*(London: Routledge and Kegan Paul, 1983), pp.212~213 참조.

33) 아마도 벤담은 1788년부터 이 문제에 대해 고심을 많이 했음에도 뚜렷한 자신의 입장을 정리하지 못 한 것이 아닌가 생각한다. 벤담 자신도 ‘여성들이 왜 선거에서 배제되어야만 하는가를 보여주려고 시도하였으나 그 어떤 확실한 이유를 찾아 낼 수가 없었다’고 말하기도 하였고, 한편으로 ‘여성들에게 선거권을 제한하려는 당시의 여러 근거들’을 하나씩 반박하려고 시도하였지만 시도로 그치고 포기하였다. [UC], box clxx, folio 64, ‘États-Généraux, Femmes’라는 제목의 것을 참조: Philip Schofield, ‘Jeremy Bentham, the French Revolution and Political Radicalism’(2004) in *Jeremy Bentham*, ed., Frederick Rosen(Ashgate, 2007), p.541에서 재인용 참조

훌륭하였으며 이는 부인할 수 없다. 따라서 여성들의 왕권 행사에서 그 어떤 불편함(폐해)이 발생되지 않았었다면 정치적 권한에서 이러한 작은 부분(선거권 정도)을 행사한다고 하더라도(행사하는 것에서) 거의 위험이 없을 것이다. 만에 하나 혹시 현재의 상태에서 여성이 남성에게 비해 지적으로 열등하다고 하더라도, 최저의 지적능력을 갖는 남성이 최고 지적 능력의 여성보다 지적인 부분에서 우월하지 않는다면 여성의 능력의 열등함을 주장하는 것은 부적절하게 된다. 그리고 더 나아가서 (백보 양보하여) 여성이 지적으로 열등하다고 가정한다고 하더라도, 그 열등함이 크면 클수록 해당 권한을 남용할 역량은 더 적어진다. ‘만약 그들(여성들이) 저능인 계층에 속한다고 할지라도, 최소한 그들은 해악적인 저능인 계층에는 속하지는 않는다.’ 둘째, 여성에게 선거권을 부여한다고 해서 여성의 가사 의무의 수행에서 그 어떤 폐해도 발생하지 않는다. 원칙적으로 가사 의무는 남성과 여성이 공히 같이 지는 것이기 때문에 선거권으로 인한 가사 의무의 해태는 일어나지 않는다. 혹시 선거권을 행사하러 가는 시간 때문에 가사를 돌보지 않는 폐해를 주장하려면 차라리 ‘옆집에 마실가는 것’을 금지하는 것이 좋을 것이다. 투표를 하는 것은 단지 1분밖에 걸리지 않고, 오히려 놀러다니는 것이 더 긴 시간을 소요한다. 셋째, 여성들이 정치적 영향력을 행사하는 것을 배제하거나 제한하려는 것은 그 자체로 터무니없는 것이며 현실적으로 불가능하다. 현실적으로 배제하는 것이 불가능한 것을 배제하려고 하는 것은 결코 바람직하지 않다. 바람직하지 않은 만큼 금지하는 것이 불가능한 것을 금지할 목적으로 인류의 절반이 치욕적 낙인에 복종될 것인가?’<sup>34)</sup>

이렇게 해서 벤담은 자신들을 위해서든 아니면 타인들을 위해서든 선거를 이용할 능력이 없는 사람들에게는 선거권을 합리적으로 부인할 수 있지만, 결론적으로는 같은 이유로 무산자나 여성들의 선거권은 당연히 주어져야 한다고 주장한 것이다.<sup>35)</sup> 매우 철저하게 공리주의적 전제로부터 도출된 민주주의 원칙을 주장하고 있는 벤담은 기존의 정치 체제(최소한 프랑스의 정치

34) Bentham, *Rights, Representation, and Reform*, pp.246~248.

35) 바로 위의 책, p.246.

체제, 그리고 확장하자면 영국의 정치 체제)<sup>36)</sup>는 운동 폐해 투성이기 때문에 극적인 구조개혁이 필요하다고 믿고, 이러한 개혁을 위해 우선은 거의 보통 선거에 가까운 비밀투표에 기초한 대의제가 필요하다고 하였다. 다시 말해서 ‘실질적인 보통선거’에 대해 주장한 것이다.<sup>37)</sup> 벤담의 새로운 ‘세우기’는 지극히 현실주의적 분석에 기반 한 것이었다. 그러나 그 분석이 현실주의적인 것만큼 ‘세우기’의 제안은 당시의 상황으로 보아서는 다시 지극히 이상주의적이었다.<sup>38)39)</sup>

그러나 한편으로 생각해 보면, 일반적 공리주의 원칙 그리고 벤담이 평생 동안 입각하고자 했던 공리성의 원칙에 따르면, 중요한 것은 이상적 이론이 아니라 실천이다. 그리고 벤담에게 있어서도 그의 사상과 저술에 있어서 중요하고 유일한 목적은 이상을 그리는 것이 아니고 ‘일을 해내는 것’이다.<sup>40)</sup>

- 
- 36) 벤담은 심하게 부패한 프랑스의 구체제를 대신할 수 있는 정치체를 제안하면서 한편으로는 프랑스에서 공리성 원칙에 입각한 정부가 구성되기를 바라면서, 다른 한편으로는 프랑스에서의 개혁에 건주어가면 영국의 제도 개혁에 관심을 두고 있었다. 다시 말해서 벤담의 비밀 보통 선거에 대한 주장은 비단 정변 속에 놓인 프랑스에 국한된 것이 아니고 영국의 개혁을 위한 것이었다.
- 37) James E. Crimmins, 「Bentham's Political Radicalism Reexamined」, *Journal of the History of Ideas*, 55, 1994., in *Jeremy Bentham*, ed. Frederick Rosen(Ashgate, 2007), pp.513~514 참조.
- 38) 결과적인 것이지만, 벤담의 이 모든 ‘세우기’를 위한 제안들은 프랑스에서 한 가지도 실현되지 못했고, 또한 영국에서도 전혀 성공적이지 못했다. 이러한 ‘좋은 시도’로 끝나게 된 것은 결국 벤담의 이상주의적 경향으로 볼 수도 있지 않을까 생각한다. 이러한 입장을 일관되게 주장하는 대표적인 글은 J.H. Burns, PH.D., F.R.Hist. S., 「Bentham and the French Revolution」, *Transaction of the Royal Historical Society*, 5th Series, vol.16, 1966, pp.95~114., *Jeremy Bentham*, ed., Frederick Rosen(Ashgate, 2007)을 들 수 있다.
- 39) 벤담 자신도 이러한 주장이 현실적합성에 문제가 될 수 있다는 점을 인정하기도 했는데, 이는 프랑스 대혁명 과정에서 군중들의 과격한 행동(특히 1792년 전후)을 목도한 후에 벤담이 잠시 민주주의에 대한 반감을 드러내고 그동안의 자신의 제안이 급진적이었던 것은 필력하기도 하였다. 이에 대하여 벤담 연구자인 J. Dinwiddy는 다음과 같이 평가하고 있다. “프랑스 혁명 초기에 벤담은 민주주의적 사고로 약간 전향하였다. 1788-9년에 벤담은 부르봉 정권은 폐해 때문에 극적인 구조 개혁이 필요했다고 믿게 되었고, 또한 프랑스는 거의 보통선거와 같은 것과 비밀투표에 기초한 대의제를 채택해야 한다는 것을 주장하는 논문을 작성하였다. 대략 1년 정도 내에 그는 유사한 논의가 영국에 적용될 수 있었다는 입장으로 나아갔고, 의회 개혁을 옹호하는 문건 작성을 하였다. 그러나 1792년 즈음 이후에 그와 같은 계층의 많은 이들이 그러했듯이 벤담은 프랑스의 일련의 사건들에 심각하게 불안하게 되었고, 특히 프랑스에서 진전(호전)될 것 같았던 생명과 재산의 안전에 대한 위협에 의해 불안하게 되었다 : 그리고 그는 민주주의에 대하여 강하게 반동으로 나아가게 되었다.” John Dinwiddy, *Bentham*(Oxford, Oxford University Press, 1989), pp.11~12 참조. 이러한 해석에 대체로 동의하는 연구들로는 Michael James, 「Bentham's Political Writings 1788-95」, *Bentham Newsletter* 4(1980), pp.22~24; 그리고 J. Steintrager, *Bentham*(London, 1977), pp.57~58 등이 있다.

벤담의 ‘세우기’는 저 멀리 있는 이상을 선언하는 것이 아니라 구체적인 현실 속에서 실정법과 제도와 정책 그리고 이 모든 것이 아우러진 정부를 ‘만들어 내는 것’이라고 해야 합당할 것이다. 있는 ‘그대로의 법’과 ‘있어야 할 법’에 대한 완벽한 분석을 만들어낸다는 것은 결국 ‘있어야 할 법’을 현실화시키는 방향으로 나아가는 하나의 단계가 되지 않는다면 아무런 중요성이 없다는 것이었다.<sup>41)</sup> 그러면 무엇이 문제가 될까? 문제는 설득력이다. 벤담이 수없이 행한 제안과 호소는 ‘만들어내기’를 위한 그 누구에 대한 설득을 목표로 한다.

벤담은 사람들로 하여금 새로운 기획을 받아들일 수 있도록 설득하는 데에는 그들이 바라볼 수 있고 매력을 느낄 수 있고 근거해야 하는 원칙이 필요할 것이라 생각하였다. 물론 당연하게 벤담은 자신의 공리성 원칙이 그 필요성을 충족시켜 주리라 생각하였다. 좀 더 나아가서 공리성의 원칙에 대해 모든 사람들이 설득될 수밖에 없는 것은 이 원칙이 이성근거하고 있기 때문이라고 주장하였다.<sup>42)</sup> ‘최대 다수의 최대 행복이 바로 옳고 그름의 척도’라는 벤담의 근본 원칙은 변화무쌍한 정염이 아니라 합리적 이성에 의해서만 인정되고 증명될 수 있다는 것이다. 이성근거하지 않는다면 남는 것은 오직 변덕과 횡포뿐이라는 것이다.<sup>43)</sup>

그런데 이성근거 이론 혹은 근본 원칙의 현실 적합성을 차지한다고 하더라도 결국에는 현재 상태에 변화를 주거나 개혁을 하고자 하는 주장을 설득하는 것이 효과적이라면 ‘힘(권력)’을 소지하고 있는 대상을 분명히 알아야 할 것이다. 다시 말해서 도대체 입법자<sup>44)</sup>는 누구인가라는 질문으로

40) 앞의 R. Harrison(1983), p.28 참조.

41) 바로 앞의 책, p.28 참조.

42) 벤담이 ‘이성’을 강조한 것으로는, ‘이 모든 것의 목적은 이성과 법을 통해서 행복의 구조를 세우는 것’[*Introduction*], ‘공리성은 있는 그대로의 이성의 길’[*Fragment*], ‘이성적인 것이라면 이는 공리성 원칙에 부합하는 것’[*Rationale of Judicial Evidence: Specially Applied to English Practice*, 1827(transl. of 1823; ed. J.S. Mill). in *Bowring*(1843), vol.VII 등을 참조.

43) 물론 여기에서 벤담이 강조하는 ‘이성’의 내용은 당시의 자연법사상에서 주창되던 ‘이성법’ 혹은 ‘올바른 이성의 명령’ 등의 논의와는 분명하게 구분된다. 벤담은 엄격하게 ‘존재와 당위의 분리’의 입장에 있었으며, 윤리나 도덕 혹은 가치 또는 역사 속에서의 ‘이성’ 관념을 철저히 거부하였다. 중요한 것은 경험적이고 실명적이고 과학적인 관점 속에서의 ‘이성’만이 공리성의 원칙을 가능하게 제공할 수 있다는 것이다. 이는 벤담의 법학의 분류론에서 ‘실명적 법학’으로서의 법학에 대한 논의와 유사하다고 볼 수 있다. 앞의 R. Harrison(1983), p.33 참조.

표현될 수 있다. 그 입법자가 다른 사람들과 마찬가지로 그저 인간일 뿐만 아니라 자기 자신의 이해관계 내용에 예속된 그런 사람이라고 일단 상정된다면, 다른 사람들과는 다르게 특별히 그에게 도덕적 권고를 해야 할 이유는 더 이상 없다. 다른 한편으로, 입법자가 그저 무엇이 행해져야 하는가를 언명하도록 만들어진 가상의 기구이기만 한다면, 실제의 일을 실제의 사람들이 행하도록 하는 실제의 설득에 아무런 도움을 주지 못할 것이다. 그리하여 공리성 원칙이 이성으로부터 생긴다는 것을 알 수 있다고 하더라도, 이것이 인민에 대한 설득에 필연적으로 도움이 되는 것은 아닐 것이다. 논의는 그저 단언하는 것에 머물러서는 안 되고 현실화 되어야 하는데, 입법자가 그 논의에 대하여 열려져 있지 않고서는 아무런 도움이 되지 못 할 것이다. 더 나아가서 입법자가 비록 공리주의의 근본 원칙들이 옳다는 것을 안다고 할지라고, 이러한 원칙들이 그대로 인식되고 그대로 실천되지 않을 수 있고, 또한 비록 이러한 원칙들이 증명될 수 있다는 것이라고 안다고 하더라도, 그 누구도 그것의 증명을 하지 않으려고 할 수도 있고, 그리고 비록 근본 원칙이 자명하더라도(실제로는 자명하지 않고, 증명이 필요하다), 그럴 때조차도 그것이 만연된 감정들이나 확고한 편견들과 충돌되는 경우에는 쉽게 받아들여지지 않을 수 있다.<sup>45)</sup>

문제는 권력의 문제이다. 벤담이 자신의 계획들을 실행하기 위해서는 그에게 호의적인 혹은 최소한 그의 기획에 관심을 보이는 권력이 필요했을 것이다. 1770년대부터 1830년대까지 벤담은 부단히 현실 권력자들에게 자신의 기획을 담은 제안을 갖고 다가갔었다.<sup>46)</sup> 그러나 벤담의 제안은 무시되거나

44) 벤담에게 입법자는 그 실질에 있어서는 주권자라고 볼 수 있다. 벤담 자신도 주권자라는 개념보다는 입법자라는 용어를 훨씬 자주(거의 대부분) 사용하고 있다. 오히려 약간의 수사학적 표현일지 모르지만, 벤담에게 주권자는 “자연은 인류를 고통(pain)과 쾌락(pleasure)라는 두 주권자의 지배하에 두어왔다. 우리가 무엇을 하지 않으면 안 되는가를 지시하고 또 우리들이 무엇을 할 것인가를 결정하는 것은 다만 고통과 쾌락뿐이다”라는 선언적 명제에서 사용된다. [Introduction], p.11; [Legislator], 서문; [Constitutional Code], 서문 참조.

45) 앞의 R. Harrison(1983), p.34 참조.

46) 벤담이 다양한 방식으로 교류하거나 자신의 기획을 제안하거나 조언을 하였던 대상으로는 영국의 조지 3세, 프랑스 대혁명 당시의 여러 지도자들, 메디슨을 비롯한 미합중국의 지도자들, 스페인의 국왕, 그리고 러시아, 이탈리아, 그리스, 스페인, 콜롬비아 등 남아메리카 등의 정치권력자들 등이

거부되거나 혹은 기껏해야 입발림하는 소리를 듣는 정도로 끝나는 경우가 대부분이었다. 그러나 벤담이 현실에서 필요한 정치권력을 갖지 못했던 것과 직접적으로 관계가 있든 없든, 다시 벤담은 그 ‘권력’에 대해서 논의를 진전해나갔다. 즉, 자신의 새로운 기획을 실현해 줄 수 있는 (현실의) ‘권력’은 ‘소수의 권력자’가 아니라 ‘다수의 사람들’로부터 얻을 수 있다는 것이다. 그러나 좀 더 정확하게 하자면, ‘소수의 권력자의 자기 이해관계’가 아니라 ‘다수의 사람들의 이해관계’라고 하는 편이 옳을 것이다. 아마도 벤담 당시의 상황으로 보자면, 소수의 권력자가 입법자로서 자신의 책임을 다 하는 것은 자신의 이해관계를 다수의 사람들의 이해관계와 일치시키게 하는 정도일 것이다.<sup>47)</sup>

이에 대한 설명 또한 벤담답게 전개한다. 현실 세계에서 모든 사람들 그리고 각각의 집단들은 각자 자신의 이해관계에 의해서만 동기부여를 받으며, 정부의 권력자들 중에서 입법자로서 순수하게 자신의 책임을 사심 없이 객관적으로 다 하는 ‘영웅’ 같은 사람은 아무도 없다는 것이다. 왜냐하면 단적으로 그 권력자는 자신의 이해관계를 갖기 때문이다.<sup>48)</sup> 그리고 ‘권력은 항상 부패하기 마련이고, 권력이 누구의 수중에 있든 간에 어느 정도는 거의 확실하게 남용되기 마련이기 때문’<sup>49)</sup> 그 누구보다도 통치자는 좀 더 세심하게 감독되어야 한다는 것이다. 결국 소수의 권력자에 대한 감독 그리고 공리성 원칙에 입각한 설득이 가능한 정부 안에서 최대 다수의 자기 이해관계가 최대 다수로 하여금 최대 다수의 복지를 촉진할 수 있도록 하고 그렇게 해서 그들의 이해관계가 그들로 하여금 그들의 의무를 수행할 수 있도록 한다는

있었다.

47) 이를 R. Harrison는 “벤담이 의존해야 하는 권력은 설득의 권력, 즉 정치권력을 갖고 있는 사람들의 생각을 변화시키는 설득의 권력이다”라고 표현하였다. 앞의 R. Harrison(1983), p.35 참조.

48) 벤담은 [Fallacies]에서 이 부분에 대해서 다음과 같이 설명한다. 먼저 “정치에서 그 어떤 것보다 확실한 금언이 있다면, 그것은 이것인데, 즉 통치자의 그 어떤 덕성이라도 피치자에게 좋은 법과 좋은 제도 없이 지내는 것을 편리한 것으로 만들 수는 없다는 점이다.” [Fallacies], p.122. 그러나 현실에서는 “그 어느 경우에도, 그 어떤 곳에서도, 그 언제라도, 어느 정도 충분한 권력을 가진 사람들 그 누구에게도 자신의 입장으로 최대 다수의 최대 행복이라는 관점이 받아들여진 적이 지금까지 결코 없었다.” [Fallacies], p.239.

49) 바로 위의 책, p.188.



것이다. 벤담은 자신의 공리성 원칙에 근거하는 국가 구상을 설명하고 있지만(벤담이 의도했던 아니던 간에)그 내용은 한편으로 가장 이상적인 ‘민주주의’를 그리고 있는 것은 아닌지?

그래도 남는 문제는 다수의 사람들에 대한 문제이다. 다수의 사람들이 과연 공리성의 원칙에 설득되고 그에 따라 행동할 것인가? 왜냐하면 다수가 자신들의 진정한 이해관계에 대하여 잘 못 판단할 수도 있기 때문이다. 벤담, 불편부당하고 이상적으로 합리적인 사람인 벤담은 지속적인 문제, 즉 어떻게 벤담 자신이 수많은 다수로 하여금 자신들의 생각을 변화하게끔 할 수 있는 가라는 문제에 여전히 직면하고 있었을 것이다. 그러나 이것은 바로 긴 기간의 경향이 좀 더 중요하게 되는 그런 지점이다. 벤담은 비록 다수가 그릇될 수 있더라도 긴 기간의 경향에서는 그 다수가 올바르게 이해할 것이라고 설명한다. 그 다수는 최대 행복을 발견함에 이해관계를 갖고 있고 그들은 실수를 발견함에 이해관계를 갖고 있기 때문에, 결국 실수들은 스스로 개선되는 경향으로 나아갈 것이다; 민주주의 체제 그 자체가 마치 평형 상태가 되는 것처럼 안정화 되는 경향으로 나아가는 것과 마찬가지로.<sup>50)</sup>

#### IV. 마무리 글

의심의 여지없이 공리성의 원칙과 공리주의 공식은 가장 솔직한 현실의 재료와 상황에서 출발한다. 자연법과 자연권의 축인 ‘가치’와 ‘규범’을 처음부터 끝까지 거부하고 합리적 경험과 과학적 분석만을 자신의 무기로 삼았던

50) 앞의 R. Harrison(1983), p.42 참조. 그리고 이와 관련해서 벤담은 다음과 명확하게 설명하고 있다 “공리성에 적합한 법은 여론과 상반될 수도 있을 것이다; 그러나 이는 단지 우연적이고 일시적인 상황일 뿐이다. 그 법의 공리성이 명백해지자마자 모든 사람들(의 생각)은 그 법과 조화를 이루게 될 것이다. 그 법을 감싸고 있던 베일이 걷어지자마자 기대감은 충족될 것이고 또한 여론은 우리 편이 될 것이다.” *Civil Code, Traité*s, ii. 100(Bowring, I. 324) in *Traité*s de législation civile et pénale, 3 volumes, translated by Etienne Dumont(Paris: Boussange, Masson & Besson, 1802), first published in English as *Theory of Legislation*, 1 volume, translated by Richard Hildreth(London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1864).

벤담은 과연 가장 극단적인 현실주의자이었을까? 천상의 가치는 존재하지 않는 허구에 불과하기 때문에 현실에서 모두 제거해버리고, 존재하는 실재만을 완벽하게 직시하고 현실에서 고장 난 부분을 깔끔하게 수리할 수 있다는 기획 또는 시도는 오히려 극단적인 이상주의 모습은 아닐까?

벤담의 철저히 분석적인 논증과 변화무쌍한 현실적인 대안 제시, 그리고 이데올로기적이든 이론적이든 아니면 이상적이든 그 지향 목적에 대해 이리 저리 여러 입구들로 들어갔다가 제대로 출구를 못 찾고 또 다른 입구로 나오게 된 글을 다시 한 번 작성한 형상이다. 벤담의 생각, 사상, 관념, 그리고 이론적이든 실천적이든 제안하고 노력했던 것들의 양상을 이상주의적 혹은 현실주의적 인상에 따라 약간은 도식적으로 정리해보고 가늠해보고자 시도하였다. 아무리 현실주의자 혹은 이상주의자의 개념이나 그 함의된 조건들이 무엇인지 따지고자 하는 것은 아니라고 미리 방어막을 갖고 시작한 것이지만, 이 글을 전반적으로 독서하고 나면, 어느 정도는 벤담의 사상과 이론과 실천에서 드러나는 경향을 엿볼 수 있을는지 자신할 수 없다. 다만, 조금의 위안이 된다면 그 동안 작성했던 벤담 관련 논문들과 그것을 준비하면서 번역한 여러 벤담 원전들을 전반적으로 중간 점검할 수 있는 기회를 갖는 것도 조금의 의의는 있지 않을까 생각한다.

## ■ 참고문헌

1. 벤담 Jeremy Bentham 원전 : 논문의 서두에 둔 〈원전 약어 표시〉를 참조
2. 단행본  
 Sir William Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England*, The Clarendon Press at Oxford, 1765~1769.  
 John Dinwiddy, *Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1989.  
 John Dinwiddy, *Bentham - Selected Writings of John Dinwiddy*, W. Twining(ed.), Stanford University Press, 2004.

- Ross Harrison, *Bentham*, London: Routledge and Kegan Paul, 1983.
- H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982.
- L. J. Hume, *Bentham and Bureaucracy*, Cambridge University Press, 1981.
- David Liberman, *The Province of Legislation Determined—Legal theory in eighteenth-century Britain*, Cambridge University Press, 1989.
- Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986.
- F. Rosen, *Bentham, Byron, and Greece: Constitutionalism, Nationalism, and Early Liberal Political Thought*, Oxford, 1992.
- J. Steintrager, *Bentham*, London: Allen & Unwin, 1977.
- Leslie Stephen, *The English Utilitarians*, New York : G. P. Putnam's sons, 1900.
- W. Twining, *Globalization and Legal Theory*, London: Butterworth, 2000.

### 3. 논문

- J.H. Burns , PH.D., F.R.Hist. S., 「Bentham and the French Revolution」, *Transaction of the Royal Historical Society*, 5th Series, vol.16, 1966, pp.95~114., *Jeremy Bentham* ed., Frederick Rosen, Ashgate, 2007.
- James E. Crimmins, 「Bentham's Political Radicalism Reexamined」, *Journal of the History of Ideas*, 55, 1994., pp.259~81, in *Jeremy Bentham*, ed. Frederick Rosen, Ashgate, 2007.
- J. R. Dinwiddy, 「Bentham and the Early Nineteenth Century」, *The Bentham Newsletter*, 1984, reprinted in *Radicalism and Reform in Britain, 1780~1850*, London, 1992.
- R. Harrison, 「The People is my Caesar」, *The Bentham Newsletter*, May 1983, pp.27~39 in *Jeremy Bentham: Critical Assessments*, vols. III, Bhikhu C. Parekh(ed.)
- H.L.A. Hart, 「Bentham and The Demystification of The Law」, in *Bentham: Moral, Political, and Legal Philosophy*(International Library of Critical Essays in the History of Philosophy) Gerald J. Postema(ed.), Ashgate Publishing, 2002. vol.I-vol.II.
- Michael James, 「Bentham's Political Writings 1788-95」, *The Bentham Newsletter*, 4, 1980.
- M. Kaino, 「Bentham's Concept of Security in a Global Context: The Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan」, *Journal of Bentham Studies* 10, UCL Bentham Project, 2008.
- Philip Schofield, 「Jeremy Bentham : Legislator of The World」, in *Current Legal Problems*, 1998, M.D.A. Freeman(ed.), Oxford(Oxford Uni. Press)
- Philip Schofield, 「Jeremy Bentham, the French Revolution and Political Radicalism」, *History of European Ideas*, 30, 2004, *Jeremy Bentham*, ed., Frederick Rosen, Ashgate, 2007.

〈Abstract〉

## The Pioneer of Legal Positivism, J. Bentham, Idealist or Realist?

Lee, Sangyoung\*

The aim of this study is to arrange and situate Bentham's critical evaluation of natural rights and natural law, to trace Bentham's thoughts in his writings and thereby to propose(or gain) some useful perspective of the meaning of the principle of utility, with my question "Is he a realist or idealist?" To give a answer, at least access to the Bentham's evaluation of legal theory and legal reform, it is in its nature necessary to understand and conceptualize the line of Bentham's theory of utilitarianism and political reform program.

The line of Bentham's thought, based on 'utility', goes in phases further, critique of Common Law - rule(or law) in general - jurisprudence(analytical legal theory) - court and judicial process - legal reform and legislation (legislation and adjudication) - 'Pannomion'('Complete Code of Laws').

Bentham's particular distaste for Common Law system and natural rights was a starting point of Bentham's theory of legislation which inspired his earliest works. Bentham, in his lifelong academic writings, attacked both the practice and the theory of common law, so much as he tried to constitute a alternative entire system of law and legislation.

Bentham, in his lifelong academic writings, attacked both the practice and

---

\* Professor of Law in KNOU

the theory of common law, so much as he challenged aggressively to natural rights. Bentham's argument and critique of natural rights and natural law theory focused on two problems. First, Bentham's most categorical and damning criticism of natural rights is the claim that they simply don't exist. Second, as his attack to natural rights with the concept of 'fiction of law'. And Bentham gave his own criticism the title as 'Nonsense Upon Stilts'.

Bentham argued it is impossible to have rights without a government or without law. Ultimately, maybe Bentham attempted to lay the foundation for the plan of the complete body of laws supposing it to be constructed ab origine, according to a method of division grounded on natural and universal principles. Then, Is Bentham realist or idealist?

**[Key Words]** Jeremy Bentham, utility, utilitarianism, legislation, legislator, common law, realism and idealism