

〈토론문〉

“임미원, 칸트와 역사법학”에 대한 토론문

정태욱*

이 토론문은 간략하나마 발제문에 대한 요약, 평가 그리고 보충적 비판의 순서로 되어 있다.

오늘 발제의 핵심은 다음과 같이 정리해 볼 수 있지 않을까 생각한다.

‘칸트의 방법적 합리주의가 역사법학의 개념적 형식주의에 기여하였고, 칸트의 윤리적 합리주의가 역사법학의 사법이론의 윤리적 기초를 다졌다.’

발제자에 따르면 이러한 발전은 이전의 자연법론을 두 가지 차원에서 지양(즉 순화 및 발전)하는 것이라는 점에서 그 사적 의의가 있다. 즉 이는 첫째, 자연법론의 포괄적 범형이상학으로부터 실정법학의 체계내적 형식주의로의 이행, 둘째, 자연법론의 실체적 가치론 혹은 목적적 자유론으로부터 실정법학의 형식적 가치론 혹은 보편적 자유론으로의 이행으로 평가되는 것이다.

이러한 두 가지 논점을 토론자의 관점에서 부연설명 해 볼 수 있다면 첫째, (판데텐 법학으로 발전하는) 역사법학이 추구하는 바는 결코 이전의 자연법론에서처럼 법체계를 넘는 어떤 궁극적인 윤리학이나 형이상학이 아니라, 단지

* 인하대학교 법과대학

법체계 자체의 유기적 학문화 즉 내적 통일성일 뿐이고, 둘째, 역사법학의 사법 이론이 전제하는 자유란 이전의 자연법론에서와 같은 어떤 실체적 자유(예컨대, 푸펜도르프의 ‘사회성’)나 목적적 자유(예컨대, 볼프의 ‘완성을 향한 의무’)가 아니라, 단지 안전하고 자유로운 보편적 공간의 확보라는 형식적·소극적 자유라고 할 수 있지 않을까 한다.

보다 과감하게 요약해 볼 수 있다면, 역사법학에 이르러 법학은 마침내 초월적 원리를 거부하는 실정법학 일원론이 되었고, 사법학이 추구해야 하는 이념은 무규정적 자유, 즉 ‘자유를 스스로 규정할 수 있는 자유’임이 분명해졌다고 할 수 있을 것이다.

발제자에 따르면 이러한 자연법론으로부터 역사법학으로의 이행은 칸트의 법철학에 의하여 매개된 것이며, 이는 곧 자연법의 지양이자 완성이라는 역사적 의미가 있다. 이와 같은 ‘자연법의 이성법적 완성’을 다시 방법적 합리주의와 윤리적 합리주의의 관점에서 정리해 보면 다음과 같다. 즉 첫째, 칸트의 방법적 합리주의(혹은 비판적 인식론)는 경험적 대상으로부터는 결코 일반적이고 보편적인 원칙을 얻을 수 없다는 점을 밝혀냄으로써 종래 자연법론의 결함이었던 무원칙한 주관주의를 지양하고 그 원래의 특징인 형식적 합리주의를 순화시킬 수 있었던 것이며, 칸트의 윤리적 합리주의는 법과 도덕의 실체적 연관성을 부인하고 내면적 자유가 아닌 외면적 자유의 보편성을 추구함으로써 종래 자연법의 문제였던 도덕주의로부터 벗어나 그 원래의 특징인 법적 이성을 순화시킬 수 있었던 것이다.

이와 같은 발제자의 논지는 칸트의 인식비판적 법철학의 요체를 선명하게 제시해주고 있음은 물론이고, 자연법론과 칸트의 법철학 그리고 역사법학으로 이어지는 이행국면에 있어서의 미세하면서도 중대한 변화를 성공적으로 포착하였다고 생각한다. 나아가 사비니의 역사법학의 근대성을 부각하려는 최근의 조류

와도 잘 어울릴 수 있을 것으로 생각한다. 특히 토론자로서는 칸트와 사비니로 이어지는 자유의 개념에서 근대 자유주의의 특징인 이른바 소극적 자유(negative liberty)의 원류를 느껴볼 수도 있었다. 토론자가 심사자처럼 말을 해 본다면, 이로써 우리는 근대 이후 독일 법학사의 저변에 흐르는 철학적 세계관 혹은 사상적 기초를 보다 잘 이해할 수 있게 되었고, 그러한 체계적·사상적 인식은 다시 근대 실정법학의 이해와 적용에 있어서도 큰 도움이 될 것이라고 본다.

끝으로 발제문에 대하여 비판적 보충을 하자면, 위 논의에서 그려진 바의 그림에서 칸트의 법철학과 사비니의 역사법학은 너무 친한 사이가 된 것이 아닌가 지적해 볼 수 있을 것 같다. 즉 토론자로서는 사비니가 ‘보수적 개혁가’로서 넓게 보아 근대 자유주의의 진보적 흐름과 같이 한다고 하여도, 사비니와 칸트의 역사인식에는 여전히 편차가 있다고 보는 것이다. 단적으로 칸트에게 프랑스 혁명은 자유주의적 영감의 원천이었는데 반해, 사비니에게 프랑스 혁명은 자유주의의 위험성에 대한 역사적 교훈이 아니었나 생각해 본다.

그리하여 칸트의 자유론은 곧 루소 식의 인민의지와 연결되는 사회계약론으로 나타났고, 그의 자유주의는 사적 자치만이 아니라 공적 자치를 포괄하는 것임에 반하여, 사비니는 법률가 등 상층 계급의 이성과 학문에 방점을 둠으로써 사회계약론을 외면하였고, 그의 자유론은 민주주의를 경원하는 사적 자치의 수준에만 머문 것이 아닌가 생각해 본다. 그렇다면, 칸트에서 역사법학으로 이어지는 과정은 단지 칸트의 합리주의의 승계만이 아니라 동시에 칸트의 민주주의의 이념의 유보라는 관점에서 이해될 필요가 있지 않나 생각해 본다.

물론 이러한 비판적 관점은 전혀 새로운 것이 아니다. 역사법학이 일찍이 마르크스, 라트브루흐 등에 의하여 수구적 학문으로 비판받은 것은 널리 알려진 사실이며, 따라서 어찌면 발제자에게 그것은 더 이상 새삼스럽게 관심을 기울일 만한 문제가 아닐 수도 있을 것이다. 또 이러한 비판은 발제의 취지와는 무

관한, 또 다른 발제를 필요로 하는 추가적 문제 제기에 불과할 수 있다.

그러나 만약 우리가 이제 발제문의 논지에서 더 나아가고자 한다면, 보편적 입법자, 즉 국민(people)의 자리에 민족정신, 그것도 로마법 전문가인 법률가들을 놓으려고 한 사비니의 역사법학의 이중적 성격, 즉 그 ‘법학적 근대성과 역사적 전근대성’ 그리고 그 ‘학문적 합리주의와 정치적 비합리주의’의 이중성을 한 번 떠올려 보는 것도 나쁘지 않을 것이라고 생각한다.