

# 법의 일반이론과 마르크스주의

(1판, 1924)

예브게니 파슈카니스

\* 번역: 이아림, 임지섭, 임필수, (사회진보연대 정책교육실)/ 박동열

Evgeny Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism* (1924)  
Obshchaia teoriia prava i marksizm: Opyt kritiki osnovnykh iuridicheskikh poniatii (1924), sotsialisticheskoi akademii, Moscow, 1st edition.  
From Evgeny Pashukanis, *Selected Writings on Marxism and Law* (eds. P. Beirne & R. Sharlet), London & New York 1980, pp.32-131.  
Translated by Peter B. Maggs.

\* ‘마르크시스트 인터넷 아카이브’ 홈페이지에 등록된 1924년 판을 번역한 것이다.

<https://www.marxists.org/archive/pashukanis/1924/law/>

\* 필요에 따라 다른 영역본, Evgeny Bronislavovich Pashukanis, *The General Theory of Law & Marxism With a new introduction by Dragan Milovanovic*, Transaction Publishers (New Brunswick (U.S.A.) and London (U .K.)), 2003을 참조했다. 이 영역본은 1927년에 나온 러시아어 3판과, 1929년에 나온 독일어판을 번역한 것이다.

\* 역주라는 표시가 붙거나 [ ] 안에 들어간 내용은 모두 한글번역자들이 붙인 것이다.

## 영역자 서문

법철학과 법실무의 역사에서 파슈카니스의 지위는 주로 그의 논저 『**법의 일반 이론과 마르크스주의**』(이하 『일반이론』)를 통해서 확고히 자리를 잡았다. 1924년에 처음 출판된 이 작은 책은 현재 서양과 동양의 몇몇 언어로 번역되었지만, 초판의 영역은 이번이 처음이다.

『일반이론』이 처음 나왔을 때, 파슈카니스 그 자신을 포함해 어느 누구도 마르크스주의 법철학과 소련 법조계에서 그 저자의 즉각적인 성공과 혜성 같은 부상을 예견할 수 없었을 것이다. 1923년부터 1925년까지 마르크스주의 법 이론과 국가 이론을 발표한 12명의 소련 저술가 중에서 파슈카니스는 단지 그 중 한 명에 불과했다. 사실, 그는 소련 법철학이 꽃피던 초기에 등장했던, 잘 알려지지 않은 저술가 중 한 명이었다. 소련 법철학은 ▲ 마르크스주의 철학자 아도라츠키(Adoratsky), ▲ 페트라지츠키(Petrzhitsky)의 제자 라이스너(M.A. Reisner), ▲ 법학자이자 내전의 영웅 니콜라이 크릴렌코(Nikolai Krylenko)), 그리고 ▲ 고참 볼셰비키이자, 소비에트 러시아에서 마르크스주의 법철학의 기초를 세운 스투치카(Piotr Stuchka)를 포함해 저명한 이들이 가득한 분야였다. 그렇지만, 파슈카니스의 『일반이론』은 비평가들에게 환영받았고, 여러쇄와 판이 빠르게 나왔다. 이 시기에 새 판이 출판된 저작은 거의 없었는데, 오직 『일반이론』만이 새 판을 발간했다.

젊은 파슈카니스를 칭찬하는 데 스투치카만큼 적극적인 사람은 없었다. 스투치카는 마르크스 이후 부르주아 법학에 대한 비판을 개척했으며, 법은 계급적 개념이고, 사회적이고 물질적인 상호관계에 경험적 기초를 둔다고 가정했다. 파슈카니스가 부르주아 법학에 대한 비판을 출판할 때, 파슈카니스는 스투치카를 “법 이론의 혁명”에서의 전우로 인정했다. 스투치카의 찬사는 학계에서 무명이었던 파슈카니스를 “법의 혁명”(revolution of the law)의 최전선으로 떠밀었다. 스투치카는 파슈카니스가 제시한 상품 교환의 [관점에서 본] 법이론이 자신의 “불완전하고 매우 부적절한 법에 대한 일반 학설”을 보완하고 전반적으로 대체한다는 것을 기꺼이 인정했다.

그럼에도, 『일반이론』 초판에서 파슈카니스는 스투치카가 제시한 법의 정의(定意)에 비판적이었으며, 스투치카의 관점은 법적 관계를 일반적인 사회적 관계와 구별하지 못하게 하는 효과를 낳는다고 주장했다. 1926년에 출판된 『일반이론』 2판에서 파슈카니스는 다음과 같이 주장하면서 이러한 비판을 되풀이했다. “법형태가 발전할 수 있도록 대부분의 원료를 제공하는 요소들은, 지배계급[의 요구]에 즉각 반응하는 관계들로 구성된 체계와 분리될 수 있고 또 분리되어야 한다...”

파슈카니스는 상품 교환에 기초를 둔 등가성(equivalence)이라는 사실이야말로 법적 관계의 독특한 특징이며, 이러한 특징 때문에 법을 다른 모든 사회적 관계와 구별할 수 있다고 명확히 말함으로써 스투치카의 정의에 담긴 문제를 해결했다. 『일반이론』 2판도 마찬가지로 긍정적인 평가를 받았다. 특히 《이즈베스티야》(Izvestia)[최고소비에트 중앙집행위원회, 즉 정부 발간 신문]의 한 평론가는 파슈카니스가 스투치카의 초기 정의를 완성했다고 평가했다. 제2판에 대한 《프라브다》(Pravda)[공산당 기관지]의 평론가 역시 본질적으로 파슈카니스의 이론에 동

의했다. 이러한 호의적인 평론은 다른 것들 가운데 특히 중요했는데, 왜냐하면 이러한 평론은 정부와 공산당의 신문(political press)에 실린 것이었고 따라서 암묵적으로 파슈카니스의 이론에 대한 공식적이고 권위 있는 승인을 의미했기 때문이다.

「일반이론」 2판은 파슈카니스와 그의 책이 얻은 새로운 명성을 반영하여 더욱 매력적인 구성방식으로 등장했다. 제2판은 초판을 수정, 보완했고, 일부 내용을 각주에서 본문으로 올리고, 간략한 수정을 통해서 본문의 특정 부분을 대체로 더 분명하게 설명했다. 예를 들어, 초판에서 불충분하게 다루어진 주제인 국가에 대해 파슈카니스는 다음과 같이 덧붙였다.

비록 순수한 이론적 관점에서는 법적 상호관계(intercourse)가 교환관계의 뒷면이라고 인식한다고 하더라도, 그러한 법적 상호관계가 실질적으로 실현되려면 상당히 견고하게 확립된 일반적인 패턴이 존재해야 하고, 특정한 사례에 적용되는 규칙을 정교하게 공식화해야 하며, 최종적으로는, **특별한 조직**(국가)이 있어야 한다. 이 특별한 조직은 개별 사례에 이러한 패턴을 적용하고, 그 결정이 강제로 실행되리라 보장할 것이다.

또한 2판의 다른 곳에서, 파슈카니스는 법과 봉건제의 관계에 대한 그의 언급을 다듬으면서 날카롭게 고쳤다. 예를 들어, 그는 “봉건적 소유와 부르주아적 소유 사이의 모순을 설명하려면 반드시 그들 각각의 교환관계에서 나타나는 차이를 탐구해야만 한다”고 선언했다. 「일반이론」의 3판은 1927년에 출판되었다. 3판은 개정된 2판에서 미미한 변화만 있었고, 파슈카니스의 「일반이론」의 첫 번째 영어번역의 기초가 되었다.<sup>1)</sup>

「일반이론」 3판은 이후 외국어 번역본을 포함해 여러쇄를 찍었다. 이로써 저자인 파슈카니스와 그의 상품 교환의 법이론은 법철학의 역사에 진입하여, 중요한 위치를 차지하게 되었다.

---

1) [영역자 주] J. Hazard (ed.), *Soviet Legal Philosophy* (1951), Harvard University Press, Cambridge, translated by H. Babb, pp.111-225를 보라.

## 서론: 법의 일반이론이 해야 할 임무

법의 일반이론은 기초적인, 즉 가장 추상적인 법적 개념들이 전개된 것으로 정의할 수도 있다. 이러한 개념들에는, 예를 들어 ‘법적 규범’(legal norm), ‘법적 관계’(legal relation), ‘법적 주체’(subject of law) 등등이 포함된다. 이러한 개념들은 추상적 성격을 띠기 때문에, 법의 모든 부문에 동일하게 적용될 수 있다. 가장 추상적인 법적 개념들의 논리적인 의미나 분류상의 의미는, 그 개념들이 적용되는 구체적인 내용과 관계없이 동일하게 유지된다. 예를 들어, 민법(民法)의 주체 개념과 국제법의 주체 개념은 법적 주체라는 더욱 일반적인 개념에 종속된다. 따라서 어느 누구도 법적 주체라는 범주가 그것의 특수한 구체적 내용과는 무관하게 정의되고 발전할 수 있다는 점을 부인하지 않을 것이다. 한편, 법의 어떤 한 분야에 국한하더라도, 여전히 기초적인 법적 범주는 법적 규범의 구체적인 내용에 의존하지 않는다고 말할 수 있다. 이는 기초적인 법적 범주의 의미가 그 구체적인 물질적 내용이 어떻게 변하든 간에 유지된다는 점에서 그렇다.<sup>2)</sup>

따라서 우리는 발전된 법학적 사고가, 그것이 다루는 주제가 무엇이든 간에, 고도로 추상적이고 일반적인 몇몇 정의 없이는 수행될 수 없다는 결론에 도달한다.

소련의 법학 역시 법학으로 남고자 한다면, 다시 말해, 당면한 실천적 과제에 답하고자 한다면, 그와 마찬가지로 고도로 추상적이고 일반적인 정의 없이 수행될 수 없을 것이다. 기초적인, 즉 형식적인 법적 개념은 우리의 법전과 그에 대한 주해 속에 계속 존재한다. 또한 법적 사고의 방법론도, 그러한 방법론에 특유한 접근절차와 함께, [소련 법학에] 여전히 남아 있다.

그러나 이러한 현실은 과학적 법 이론이 반드시 이러한 추상적 개념들에 대한 분석에 몰두해야 한다고 증명하는가? 상당히 널리 퍼진 하나의 견해는, 기초적이고 가장 일반적인 법적 개념이 순전히 인위적이고[제한적이고] 기술적(technical)인 의의를 지닐 뿐이라고 [제한적이고 기술적인 기능을 할 뿐이라고] 간주한다. 우리가 알고 있는 바에 따르면, 도그마틱(dogmatic) 법학은 이러한 용어를 순전히 편의성 때문에 사용한다. [도그마틱 법학이란 실정법을 도그마, 즉 절대적으로 자명한 진리로 보고, 도그마를 해석하면서 체계화, 종합화하는 것이 법학의 임무라고 보는 입장을 말한다.] 일반적인 법적 개념들은 그 외에 다른 어떤 이론적-인식론적 의의도 없다. 하지만 도그마틱 법학이 실용적이며 어떤 의미에서는 기술적인(technical) 학문분야라는 사실로부터, [일반적인 법적] 개념들이 그와 관련된 이론적 학문분야를 구성하는 일부분이 될 수 없다는 결론을 도출할 근거를 여전히도 찾을 수 없다.<sup>3)</sup> 정치경제학은 무엇보다도 화폐유통에서 발생하는 실천적 문제들을 다루면서 발전했고, 맨 처음에는 “정부와 민족이 부를 획득하는 방법”을 밝히고자 했다. 그렇지만 정치경제학에서 벌어진 이러한 기술적 토론 속에서, 우리는 [정치경제학의] 개념들을 구성하는 기초를 이미 발견할 수 있

2) 물론 이러한 가장 일반적이고 단순한 법적 개념들[법적 규범, 법적 관계, 법적 주체 등등]은 실정법의 규범들을 논리적으로 정교하게 다듬어서 나온 결과물이다. 우연적으로[역사적으로] 형성된 법적 관계와 그러한 관계를 표현하는 규범과 비교해볼 때, 이러한 법적 개념들은 의식적인 창조활동이 낳은 최선의, 최고의 산물이다.

3) 혹자는 법학이 끝나는 곳에서 법 과학(the science of law)이 시작된다는 카르너(Karner)의 의견에 동의할 수도 있다. [카르너는 카를 레너(Karl Renner)의 필명이다. - 편집자 주] 그러나 이로부터 법 과학이 법형태의 기초적 본질을 반영하는 기본적 추상을 폐기해야 한다는 결론을 도출할 수 없다.

고, 이러한 개념들은 더욱 깊고 풍부한 형태를 취하면서 이론적 학문분야의 하나인 정치경제학의 구조에 진입했다.

법학은 심리학이나 사회학으로 변형되지 않으면서도 법의 일반이론으로 발전할 수 있는가? 정치경제학이 상품형태 또는 가치형태라는 기초적이고 가장 일반적인 정의를 분석하는 것과 마찬가지로, 법학 역시 법 형태라는 기초적 정의를 분석할 수 있는가? 이러한 질문들에 대한 해답은 법의 일반이론을 독립적인 이론적 학문분야로 간주할 수 있는지 여부에 달려있다.

사회학적, 심리학적 법 이론(원문 그대로(sic))은 이 문제를 그저 무시한다는 사실 때문에 [법의 일반이론과] 구별된다. 사회학적, 심리학적 법 이론은 바로 처음부터 법학 외부에 존재하는 개념에서 출발한다. 그리고 사회학적, 심리학적 법 이론이 법적 정의(定義)들을 고찰한다면, 그 유일한 목적은 법적 정의들이 ‘허구’, ‘이데올로기적 환상’, ‘투영’ 등등에 불과하다고 선언하는 것이다. 처음 보기에는 이러한 자연주의적 또는 허무주의적 접근법이 의심할 바 없이 어떤 공감을 얻는다. 특히 이러한 접근법을 목적론과 도덕적 교화로 가득 찬 이데올로기적 법 이론과 대비한다면 더욱 그렇다. “법은 영원하다는 관념” 혹은 “개인의 절대적 중요성”을 다루는 고상한 구절들을 읽고 나면, 법에 대한 유물론적 해석을 추구하는 독자는 법을 이해관계 사이의 투쟁이 낳은 결과물, 국가의 강제에 따른 현상으로 보는 이론[사회학적 법 이론]이나, 심지어 실제 인간의 심리(psyche) 속에서 발생하는 하나의 과정으로 보는 이론[심리학적 법 이론]에 큰 관심을 두게 된다. 수많은 마르크스주의자 동지는 이러한 [사회학적, 심리학적] 이론들에 계급투쟁이라는 요소를 도입하면 진정으로 유물론적인 마르크스주의 법 이론을 충분히 성취할 수 있다고 생각했다. 하지만 그렇게 한 결과로, 우리는 약간의 희미한 법적 색채를 띠면서 경제형태를 다루는 하나의 역사, 또는 제도를 다루는 하나의 역사를 얻을 뿐이며, 결코 법의 일반이론을 얻을 수는 없다.<sup>4)</sup> 게다가 한편으로는, 상당히 유물론적인 관점을 제시하려고 노력하는 부르주아 법학자들이, 예를 들어 굼플로비치는, 말하자면 자신의 직업적 의무에 따라, 기초적인 법적 개념들이 쌓여 있는 무기고를 곰곰이 들여다보지 않을 수 없다고 생각한다. 그 유일한 목적은 그러한 [법적] 개념들이 인위적이며, 관습적인 구성물이라고 선언하는 것이지만 말이다. 다른 한편, 법학에 관해 맡은 책무가 없는 개인으로서, 여러 마르크스주의 저자는 대체로 법의 일반이론에 대한 형식적 정의를 그저 조용히 회피했고, 법적 규범의 구체적인 내용과 법적 제도의 역사적 발전에 모든 주의를 기울였다.<sup>5)</sup>

그러나 기초적인 법적 개념에 대한 분석을 거부하면, 우리는 사회의 물질적 요구를 통해서 법적 규제의 발전을 설명하고, 그에 따라, 법적 규범이 특정 사회계급들의 물질적 이익에 조응한다고 제시하는 이론을 얻게 될 뿐이다. 그러나 우리는 하나의 개념으로서 법적 규제에 풍부한 역사적 내용을 불어넣기는 하였으나, 여전히 법적 규제 그 자체를 하나의 형태로서 분석하지는 않았다. 결국 우리는 법적 규제를 구성하는 내적 부분들과 관계들을 완결적으로 고찰하지 못하고, 조악하고 개략적으로만 관찰된 법의 특징만을 활용할 수밖에 없게 될 것이다.

4) 스투치카(Stuchka) 동지의 *The Revolutionary Role of Law and State* (1921 Moscow)는 법의 일반이론과 관련된 일련의 문제들을 다루지만. 그 책조차도 이러한 [법적] 개념들을 체계적으로 검토하지 않는다. 그의 논의는 법 형태 그 자체의 논리적, 변증법적 발전과 비교해 볼 때, 법적 규제의 역사적 발전에 담긴 계급적 내용을 강조한다.

5) 마르크스주의자들이 법적 개념들을 검토할 때, 주로 특정 시대에 고유하게 나타나는 법적 규제(즉, 특정한 역사발전 단계에 속해 있는 사람들이 법이라고 생각하는 것)에 담긴 구체적 내용을 보통, 주로 언급한다는 사실에 주목해야 한다. 그러나 의심할 바 없이, 마르크스주의 이론은 다양한 역사적 시대에 나타난 법적 규제의 물질적 내용을 반드시 연구해야 할 뿐만 아니라, 특정한 역사적 형태로서 법적 규제 그 자체도 반드시 유물론적으로 해석해야 한다.

그러한 개략적 관찰에서는 법적인 것과 다른 영역 사이의 경계가 완전히 지워진다.<sup>6)</sup>

그러한 접근법은 옳다고 보기 어렵다. 경제사는, 예를 들어 지대 이론과 임금 이론에 관한 훨씬 더 정교한 사항이나 세부적인 내용을 언급하지 않고도 전반적인 설명을 제시할 수도 있다. 그러나 경제 이론의 기본 범주들(가치, 자본, 이윤, 지대 등등)이 경제라는 모호하고 분화되지 않은 개념 속에 흩어져 있다면, 우리는 경제형태의 역사의 관해서 무엇을 말할 수 있을까? 기실 우리는 그러한 역사[경제사]가 곧 하나의 정치경제학 이론이라고 제시하려는 시도가 어떻게 받아들여질 것인가에 대해서 말하고 있는 게 아니다. 하지만 마르크스주의 법 이론의 영역에서는 사실 이것이 [즉 역사가 곧 이론이라고 제시하는 게] 현 상황이다. 물론 법학자들조차 그들의 법 개념에 대한 정의를 여전히 찾고 있으나, 발견할 수 없다는 사실에서 위안을 얻을 수도 있다. 법의 일반이론을 다루는 교과서 대부분은 특정한 공식으로 시작하며, 이러한 공식은 명확한 정의로 구성되어 있으며 겉보기에 정확해 보이지만, 사실 이런 공식도 우리에게 법 일반에 관한 단지 혼란스럽고 개략적이며 아직 분화되지 않은 개념을 제시할 뿐이다. 이러한 정의로는 우리가 결코 법을 거의 이해할 수 없으며, 역으로 말하면, 법학자가 그들의 정의에 대한 집착을 버릴수록, 법 형태를 더 잘 설명할 수 있다는 점은 공리(公理)라고 확인할 수 있다.

이러한 상황의 원인은 완전히 분명하다. 법처럼 복잡한 개념은 논리학파의 규칙, 즉 유(類, *genus*)과 종차(種差, *differentia specifica*)라는 규칙을 따르는 정의를 통해서 온전히 이해할 수 없다.

불행히도, 법 이론을 다룬 소수의 마르크스주의자도 스콜라 철학적인[형식적인] 지혜의 유혹을 피하지 못했다. 예를 들어 렌너(Renner)는 법을 정의할 때 (하나의 인격으로서) 사회가 개인에게 보내는 명령이라는 개념에 기초를 둔다.<sup>7)</sup> 그는 이렇게 단순한 [개념적] 구성물을 통해서도 법적 제도의 과거, 현재, 미래를 충분히 조사할 수 있다고 본다.

이러한 유형의 공식들이 지닌 기초적인 결함은, 실제로 작용하고 있는 법 개념을 포괄하지 못하며, 법 개념을 구성하는 수많은 내적 부분들과 관계들을 드러내지 못하는 무능력에 있다. 이러한 공식들은 법 개념을 가장 최종적이고 정확한 형태로 제시하지 못하며, 따라서 어떤 특정한 역사적 시대의 법 개념에 담긴 의미를 보여주지 못한다. 그 대신에, “외부의 권위가 가하는 규제”라는 순전히 말뿐인 일반적 명제를 제시한다. 이러한 일반적 명제[외부의 권위가 가하는 규제]는 인간 사회의 모든 시대와 발전단계에 동일하게 잘 적용된다. 이는 (정치경제학에서) 모든 역사적 시대를 포괄하는 경제 개념을 정의하려는 시도와 정확히 유비된다. 만약 경제 이론이 그런 무익한 스콜라 철학적 일반화에 의해 구성되었다면, 경제 이론은 과학이라는 칭호를 받을 자격이 없을 것이다.

잘 알려진 바와 같이, 마르크스는 자신의 연구를 경제 일반에 대한 관찰에서 시작하는 것이

6) 어떻게 [법적 규제에 대한] 역사적으로 풍부한 설명이, 법 형태에 대한 가장 불완전한 개요 제시와 공존하는지 보여주는 사례는 다음과 같다. M. Pokrovsky, *Essays on the History of Russian Culture* (1923), Moscow, 2nd edition, vol.1, p.16.

7) 또한 부하린(Bukharin)은 『역사적 유물론』(Historical Materialism)에서, 법을 국가 당국에 의해 공포된 강제적 규범으로 정의한다. 렌너나 부하린의 이러한 정의는 법적 규제의 구체적인 내용과 경제 사이의 연관성을 강조한다. 그러나 동시에, 그들은 법 형태를 국가가 조직한 강제로 환원하려고 시도한다. 본질적으로 이는 [렌너나 부하린의 시도는] 가장 실용적이거나 가장 도그마틱한 법학을 조야하게, 경험주의적으로 적용하려는 시도보다 더 깊이가 있다고 말할 수 없다. 실용적 법학, 도그마틱 법학의 실패로부터 마르크스주의의 임무를 구성해야 한다.

아니라 상품과 가치에 대한 분석에서 시작한다. 이는 교환이 출현함으로써 비로소 [사회적] 관계들의 특정한 영역으로서 경제가 분화되기 때문이다. 교환가치[에 의해 결정되는] 관계가 없는 한, 경제 활동을 총체적인 생명 기능에서 분리하는 것은 어려울 것인데, 경제활동은 총체적인 생명 기능과 함께 단일한 종합적인 전체를 구성하기 때문이다. 순수한 자연경제는 독립된 과학으로서 정치경제학의 대상이 아닐 것이다. 오직 상품-자본 관계만이 처음으로 자신의 고유한 개념을 사용하는 별개의 이론 분야로서 정치경제학의 대상을 구성한다.<sup>8)</sup>

바로 여기에서 우리의 관찰은 법의 일반이론을 향해 이동할 수 있다. [정치경제학과 동일한 원리가 법의 일반이론에 무조건 적용된다.] 기초적인 법적 추상은 법적 사고의 발전에 의해 생산되고, 법 형태의 정의와 가장 가까운데, 이러한 법적 추상은 일반적으로 구체적이고 매우 복잡한 사회적 관계들을 반영한다. 이러한 복잡한 [사회적] 관계들뿐만 아니라 ‘인간 본성’ 또는 일반적인 ‘인류사회’에 부합하도록 법의 정의를 찾으려는 시도는 필연적으로 스킨라 철학적이고 순수하게 말뿐인 공식들로 이어진다.

우리가 현실에서 만나는 법 형태를 분석하기 위해서, 이런 생명력 없는 공식들에서 벗어나야만 할 때, 우리는 필연적으로 일련의 난점에 직면한다. 이러한 난점은 명확하게 고안된 전략을 통해서만 극복할 수 있다. 예를 들어, 우리는 법에 대한 일반적인 정의를 제공받은 다음에, 보통 두 가지 유형의 법이 있다는 것을 배운다. 즉 주관적 법과 객관적 법 또는 행위권리(*ius agendi*)와 행위규범(*norma agendi*). 게다가, 그러한 양분(兩分)이 나타날 가능성은 [법 일반에 대한] 정의 자체에서는 전혀 예상되지 않는다. 따라서 필연적으로, 두 가지 유형 중 하나를 부정하고 그것이 허구나 환상 등등이라고 단언하거나, 아니면 법 일반 개념과 두 종류의 법 사이에 순수하게 외부적 연관성을 부여해야만 한다. 그러나 법의 성질에서 이러한 이중성(법은 규범과 권한으로 분해된다)은 교환가치와 사용가치라는 상품의 양분 못지않게 본질적으로 중요한 의미를 지닌다.

하나의 형태로써 법은 그것의 직접적인[가장 정확한] 정의를 통해서만 이해할 수 있다. 법은 객관적 법과 주관적 법, 공법(公法, public law)과 사법(私法, private law) 등등과 같이, 오직 대립물들로서 존재한다. 하지만 [법에 관한] 기초공식이 사회발전의 모든 시대와 단계를 포괄하려는 의도로 구성된다면, 심지어 그 대립물들을 알지 못했던 시대와 단계를 포괄하고자 한다면, [법에 관한] 기초공식에는 반드시 그러한 기본적 구별[객관적 법/주관적 법, 공법/사법]이 자동적으로 달라붙는다.

오직 부르주아 자본주의 사회만이, 사회적 관계에서 법적 요소가 완전히 실현되는 데 필요한 모든 조건을 창출한다. 법률이 규범적 질서라는 일반적인 일련의 사회현상과 구분되기 어려웠던 원시인의 문화를 논외로 하더라도, 중세 유럽에서조차 법 형태의 발전은 지극히 미미한 수준에 머물렀다. 앞서 언급한 대립물들[주관적 법/객관적 법, 공법/사법]은 분화되지 않은 하나의 총체로서 결합되어 있었다. 객관적 규범으로서 법과 권한으로서 법이라는 구별은 존재하지 않았다. 일반적 성격을 띠는 규범[을 수립하는 일]과 특정한 사례에 그 규범을 적용하는 일은 구분되지 않았고, 따라서 사법(司法) 활동과 입법 활동이 통합되어 있었다. 마르크 공동체<sup>9)</sup> 조직과 봉건적 권력 조직, 양자 모두에서, 공법과 사법의 대립은 전혀 드러나지 않았다.

8) “정치경제학은 상품과 더불어, 즉 생산물들이 -개인들에 의해서건 자연 성장적 공동체들에 의해서건 간에- 서로 교환되는 계기와 더불어 시작한다.” F. Engels, Review of Marx’s Contribution to the Critique of Political Economy (1859), *MESW*, vol.1, p.514. [『칼 맑스 프리드리히 엥겔스 저작선집』 2권, 박종철출판사, p. 489~490.]

부르주아 시대의 특징이라고 할 수 있는, 사인(私人)으로서의 인간과 정치연합체의 구성원(공인)으로서의 인간 사이의 모순도 존재하지 않았다. 법 형태의 분계선이 완전히 뚜렷한 형태를 갖추기 위해서는 오랜 발전 과정이 필요했다. 그리고 그러한 발전이 주로 이루어진 곳은 바로 도시였다.

따라서 기본적인 법적 개념의 변증법적 전개는 가장 명백하고 기본적인 성질을 띠는 법 형태를 우리에게 제공할 뿐만 아니라, 현실의 역사적 발전 과정을 반영한다. 이는 다름 아닌 부르주아 사회의 발전 과정이다.

우리가 이해하는 법의 일반이론이 단지 형식적이고 부자연스러운 정의들과 인위적인 개념들만을 다루는 학문분야라는 반론이 제기될 수도 있다. 마르크스가 가치, 자본, 이윤, 지대 등등과 같은 대상을 “현미경이나 화학적 분석으로 발견할 수 없다”고 경고했지만, 정치경제학이 현실에 실제로 존재하는 것을 연구한다는 사실은 그 누구도 의심하지 않는다. 법 이론도 그것에 못지않게 ‘인위적인’(artificial) 추상적 개념을 통해 작동한다. 다시 말해, 자연과학의 연구 방법은 ‘법적 관계’나 ‘법적 주체’를 발견할 수 없다. 그러나 이러한 추상적 개념의 배후에는 완전히 현실적인 사회적 힘들이 숨겨져 있다.

자연경제라는 환경에서 살아가는 사람의 관점에서 보면, 가치관계를 다루는 경제학이 단순하고 자연적인 대상에 대한 인위적인 왜곡처럼 보이는 것처럼, 법적 추론은 ‘평균적인’ 인간의 훌륭한 판단에 어긋나는 것처럼 보인다.

법 형태의 의미를 표현하는 기본 개념이 자의(恣意)적인 사고 과정의 산물이라고 생각하면, 마르크스가 18세기 [계몽주의] 선생들에 대해 지적한 것과 동일한 오류에 빠진다. 마르크스에 따르면, 18세기의 선생들은 사회적 관계들이 취하는 수수께끼와 같은 형태들이 어디서 기원했는지, 어떻게 발전했는지 설명할 수 없었기 때문에, 그 형태들이 관습적인 기원에서 유래했다고 [즉 그 형태들이 인간의 발명품이라고] 간주함으로써, 그 형태들의 낯선 외양을 벗겨내고자 했다.

법적 개념의 상당 부분이 사실상 매우 일시적이고(transient, 쉽게 변화) 인위적인 성격을 지닌다는 점을 부정할 수 없다. 예를 들어 공법에 담긴 개념들 대부분이 그러하다. 앞으로 우리는 이러한 현상의 원인을 설명하고자 한다. 그러나 여기서 우리는 가치형태가 발전된 상품경제라는 조건에서 보편화된다는 관찰만 언급하고자 한다. 즉 가치형태는 그 본래 표현 외에도, 일련의 다양한 파생적 형태, 일시적인 형태를 취하게 된다. 이러한 [파생적, 일시적] 형태는 노동생산물이 아닌 대상(토지)의 판매가격으로, 또는 생산과정과 전혀 관련 없는 대상(예를 들어 스파이가 사들인 군사기밀)의 판매가격으로 나타난다. 그렇지만 이것이 경제적 범주로서 가치가 어떤 생산물의 생산에 필요한 사회적 필요노동의 지출이라고 이해하는 관점을 가로막지 못한다. 이와 마찬가지로, 법 형태의 보편성이 우리가 법 형태의 현실적 토대를 구성하는 관계들을 찾을 수 없도록 가로막지 못한다. 나중에 우리는 공법으로 정의되는 관계는 법 형태의 현실적 토대가 **아니라는** 것을 입증할 것이다.

우리가 법의 일반이론이 해야 할 임무를 개념화할 때, 우리에게 제기되는 또 다른 반론은, 오로지 부르주아 법의 경우에만 분석의 기초로서 그러한 추상화가 필수적이라는 주장이다. 우

---

9) [역주] 마르크 공동체(Markgenossenschaft)는 소규모 자유민 집단에 의한 토지의 공동 소유에 기초하는 사회조직을 말한다. 영국과 독일의 토지점유권(land tenures)에 그 흔적이 남아 있는 것으로 추정된다. 엥겔스는 『공상에서 과학으로』 부록에서 마르크공동체(the Mark)에 대해 서술했다.



리가 들은 바에 따르면, 프롤레타리아 법은 [부르주아 법과] 다른 일반적인 개념을 스스로 찾아야 하며, 이를 찾는 게 마르크스주의 법 이론의 임무가 되어야 한다.

처음 보기에 이러한 반론은 진지한 비판처럼 보이지만, 그것은 잘못된 이해에 의존한다. 프롤레타리아 법에 고유한 새로운 일반적 개념을 요구하는 것은 탁월하게 혁명적인 방향처럼 보인다. 그러나 이 요구는 법 형태의 불멸성을 선포하는 것인데, 왜냐하면 법 형태를 (그것을 완전히 실현한) 특정한 역사적 조건으로부터 확 떼어내면서, 법 형태가 영원히 새로 태어날 수 있다고 선언하려는 시도이기 때문이다. 부르주아 법의 범주들이 사멸(withering away)한다는 말이 ([범주 그 자체가 소멸한다는 말이지] 부르주아 법의 이런 저런 명령[계율]이 사멸하는 말이 아니다), 부르주아 법의 범주들을 새로운 프롤레타리아 법의 범주들로 대체한다는 뜻은 아니다. 이는 사회주의로 이행에서 가치, 자본, 이윤 등등의 범주가 사멸한다는 말이, 가치, 자본, 지대 등등에 관한 새로운 프롤레타리아적 범주가 등장한다는 뜻이 아닌 것과 마찬가지로이다.

이러한 조건에서 부르주아 법의 범주가 사멸한다는 것은 법 일반의 소멸, 즉 인간 사이의 관계에서 사법적 요소가 점차 사라진다는 것을 의미할 것이다.

마르크스가 『고타 강령 비판』에서 지적한 것처럼, 이행기의 특징은 일정 기간 동안 인간 사이의 관계가 “부르주아 법[권리](*Recht*)라는 협소한 지평”에 의해 어쩔 수 없이 제한될 것이라는 사실에 있다. [독일어 *Recht*는 법, 권리, 정의라는 세 가지 의미를 담고 있다.] 마르크스의 견해에서, 무엇이 이 부르주아 법의 협소한 지평을 구성하는지를 분석하는 것은 흥미롭다. 마르크스는 생산수단이 사회에 속하고, 생산자들이 생산물을 교환하지 않는 사회질서를 가정한다. 따라서 그는 우리가 현재 경험하고 있는 신경제정책(NEP, New Economic Policy)보다 더 높은 단계를 상정한다. 시장 관계는 이미 [생산의 사회화에 따라] 조직화된 관계로 완전히 대체되었고, 이에 상응하여, “여기서는 생산물에 지출된 노동이 이 생산물에 본질적인 가치형태로 반영되지 않는데, 그 이유는 자본주의 사회와는 반대로 개별적 노동이 더 이상 간접적으로 존재하는 게 아니라 [즉 시장에서의 교환이 성사되어야만 비로소 ‘사회적으로 유용한 노동’으로 실현되는 게 아니라], 직접적으로 집합적 노동의 구성 부분으로서 존재하기 때문이다.”<sup>10)</sup> 그러나 마르크스의 말에 따르면, 시장과 시장 교환이 제거된다고 하더라도, 새로운 공산주의 사회는 틀림없이 일정한 기간 동안 “그 모태인 낡은 사회의 모반이 모든 면에서, 즉 경제적, 윤리적, 정신적으로 아직도 들러붙어” 있는 사회일 것이다. 이는 “개별 생산자는 자신이 사회에 제공한 것을 ([여러 사회적 목적을 위한] 공제 후에) 정확히 돌려받는다”는 분배원리에 반영된다. 마르크스는 [분배원리의] 내용과 형태에서 급격한 변화가 있더라도, “상품 교환을 규제하는 원리와 동일한 원리가 지배한다. 즉 어떤 형태를 취하는 특정한 양의 노동은 다른 형태를 취하는 동일한 양의 노동과 교환된다”고 강조한다. 개별 생산자의 사회적 관계들이 증가 교환이라는 형태를 계속 보존하는 한, 그 사회적 관계들은 법 형태 역시 계속 보존한다. “그 법[권리]의 요체는 본성상, 오로지 동일한 척도의 적용에 있다.” 그러나 이는 개인 능력에 내재한 차이를 무시하며, 따라서 “그 법[권리]은 모든 법[권리]이 다 그렇듯이 내용상 불평등의 법[권리]이다.” 마르크스는 ‘부르주아적 한계’를 보존하는 ‘불평등한’ 법의 규범을 강제로 이행할 수 있는 국가 권력의 필연성에 대해서는 전혀 언급하지 않지만, 이 문제를 반드시 이해할 필요가 있다.<sup>11)</sup> 증가관계 형태가 존재하는 한, 이는 법 형태가 존재하며, 또한 공적 형태, 즉

10) K. Marx, Critique of the Gotha Programme (1875), MESW, vol.3, p.19. [『칼 맑스 프리드리히 엥겔스 저작선집』 4권, 박종철출판사, p. 375]

국가당국이 존재한다는 것을 의미한다. 따라서 국가당국은 심지어 계급들이 더 이상 존재하지 않는 시기에도 여전히 남아 있다. 마르크스의 견해에 따르면, 오직 “노동이 생활을 위한 수단 일 뿐만 아니라 그 자체가 일차적인 생활욕구로 되는” 때, 생산력이 확대되면서 개인들이 모든 면에서 발전할 때, 모든 노동자가 자발적으로 자신의 능력에 따라 노동할 때, 또는 레닌의 표현처럼 “모든 개인이 자기가 남보다 반시간이나 더 일했냐는 문제를 따지면서, [『베니스의 상인』에 나오는] 샤일록 같이 냉정한 계산을 하지 않을” 때, 한마디로 말해 **등가관계 형태가 마침내 극복될 때**에만 국가와 법의 완전한 사멸이 비로소 달성될 것이다.

따라서 마르크스는 발전된[높은 단계의] 공산주의를 향한 이행이, 새로운 법 형태를 향한 이행이 아니라 법 형태 일반의 사멸이며, 즉 부르주아 계급 그 자체보다 더 오래 생존했던 부르주아 시대의 유산으로부터의 해방이라고 구상했다.

이와 동시에, 마르크스는 법 형태가 존재하기 위한 기본 조건이 경제에서, 즉 등가교환 원리에 따른 노동 지출이라는 기반에서 발견된다고 지적한다. 즉 그는 법 형태와 상품형태 사이의 가장 깊숙한 연관성을 밝혔다. 생산력의 발전 수준[이 가하는 제약]에 따라, 노동지출과 보상 사이의 등가교환을 상품 가치의 교환과 조금이라도 유사한 형태로 부득불 유지하지 않을 수 없는 사회는, 법 형태도 **부득불 유지하지 않을 수 없다**. 오직 이러한 기초 위에서 [논의를] 시작해야만, 왜 다른 모든 일련의 사회적 관계들이 법 형태를 취하는지를 이해할 수 있다. 그러나 이로부터 법원과 법률이 언제나 남아 있을 것이라거나, 최대의 경제적 변형을 누려도 사람에게 대한 특정한 범죄는 사라지지 않을 것이라거나, 등등의 결론을 내리는 것은, 부차적이고 파생적인 요소를 도리어 가장 중요하고 기본적인 요소로 인식하는 것이다. 심지어 선진적인 부르주아 범죄학도 범죄에 대한 투쟁은 의학적이고 교육학적인 임무로 보는 것이 올바르다고 이론적으로 결론을 내린다. 이들[선진적인 부르주아 범죄학]이 제시하는 해결책에서는 법학자가 완전히 불필요하며, 법학자들이 제시하는 ‘범죄의 범주들’, 법전, 범죄책임(guilt) 개념, ‘완전책임능력 또는 한정책임능력[정신 장애로 인한 판단력 감퇴 상태]’이나, 또는 [범죄] 가담, 교사(教唆) 등등에 관한 섬세한 구별도 불필요하다. 그리고 이러한 이론적 신념이 아직 형법전과 재판관의 폐지로 이어지지 않았다면, 이는 법 형태를 초월하는 것이 부르주아 사회의 지평을 넘어서는 진보뿐만 아니라 과거의 모든 잔재로부터의 근본적인 해방과도 관련이 있기 때문이다.

과학적 사회주의는 부르주아 법학을 비판할 때, 반드시 마르크스가 제시한 부르주아 정치경제학에 대한 비판을 모델로 삼아야 한다. 이를 위해서는 먼저 적지로 가야 한다. 달리 말해, 과학적 사회주의는 부르주아 법학자들이 발전시킨 일반화와 추상화를 버려서는 안 된다. (부르주아 법학자들은 그들의 시대와 그들이 속한 계급의 요구에 따라 앞으로 나아갔다.) 오히려 그러한 일반화와 추상화를 분석의 기초로 삼음으로써 [일반적이고 추상적인 법적 개념들의] 진정한 의미, 다시 말해, 법 형태의 역사적 형성을 밝혀내야만 한다.

모든 이데올로기는 그것을 생산했던 사회적 관계들과 함께 소멸한다. 그러나 이러한 최종적 소멸에 앞서, 이데올로기가 그 자신에 가해진 비판의 충격을 받으면서, 그 이데올로기를 발생

---

11) 레닌은 『국가와 혁명』에서 다음과 같이 결론짓는다. “소비재의 분배에 관련하여 부르주아적인 권리는 불가피하게 부르주아 국가의 존재를 전제로 하는데, 왜냐하면 권리란 권리의 기준[규범]에 대한 준수를 강제할 수 있는 장치 없이는 아무런 의미도 지니지 않기 때문이다. 또한 그러한 [낮은 단계의] 공산주의 하에서는 한동안 부르주아적인 권리뿐만 아니라, 부르주아는 없지만 부르주아적 국가도 계속해서 남는 것이다!” V.I. Lenin, *State and Revolution* (1917), *LCW*, vol.25, p.471.

시킨 사회적 관계들 가리고 둘러막는 능력을 상실하는 순간이 먼저 나타난다.

이데올로기의 뿌리가 드러나는 것은 그 끝이 임박했음을 보여주는 진정한 신호다. 라살레가 말한 것처럼, “새로운 시대의 여명은 언제나 그 이전의 현실이 실제로 무엇이었는지를 분명히 의식함으로써 나타난다.”<sup>12)</sup>

---

12) F. Lassalle, *The System of Acquired Rights* (1861), Leipzig.

## 1장 추상적 과학에서 구체를 구성하는 방법

일반화를 추구하는 모든 과학은 과학의 대상을 연구할 때, 동일한 현실을 다룬다. 예를 들어, 자오선을 지나는 천체의 움직임을 관찰하면 천문학을 위한 결론을 낼 수도 있고, 심리학을 위한 결론을 낼 수도 있다. 그리고 예를 들어, 지대(地代)와 같은 하나의 사실이 정치경제학의 대상이 될 수 있고, 법학의 대상이 될 수도 있다. 따라서, 다양한 과학 간 차이는 본질적으로 그들 각각의 방법론적, 존재론적 접근법에 달려있다. 모든 과학은 각자 특유한 방법을 지니고 있으며 그 방법으로 현실을 재생산하고자 한다. 게다가 개별 과학은 가장 단순한 요소들과 추상적 개념들(abstractions)을 결합함으로써, 풍부한 형태들, 관계들 상관성들로 이루어진 하나의 구체적인 현실을 구성한다. 심리학은 의식을 그것의 가장 단순한 요소들로 환원하고자 시도한다. 화학 역시 물질에 관하여 동일한 과제를 푼다. 실제로 우리가 현실을 더 단순한 요소로 환원할 수 없을 때, 추상적 개념들은 우리를 도와준다. 추상적 개념들의 역할은 사회과학에 지극히 중요하다. 추상적 개념이 얼마나 완벽한지는 해당 사회과학의 성숙도에 의해 결정된다. 마르크스는 경제과학이라는 사례에서 이를 아주 훌륭하게 설명한다.

마르크스가 말하길, 구체적인 총체(concrete totality)로부터, 즉 특정한 지리적 환경에서 살아가고 생산하는 인구로부터 [경제과학] 연구를 시작하는 것이 전적으로 자연스러워 보일 수 있으나, 이 인구는 그것을 구성하는 계급들이 없는 오로지 공허한 추상에 불과하다. 그 다음으로, 계급들도 그 존재조건들, 예컨대 임금, 이윤, 지대라는 조건을 제외하면 아무 것도 의미하지 않는다. 계급들의 존재 조건에 대한 분석은 가격, 가치, 그리고 마침내 상품이라는 가장 단순한 범주를 취한다. 이처럼 가장 단순한 정의를 전개하면서 정치경제학자는 무질서하고 분산된 전체(whole)로서가 아니라, 내부에 상관성과 관계성이 충만한 통일체(unity)로서 구체적인 총체를 재구성한다. 나아가 마르크스는 경제과학의 역사적 발전은 역순으로 이뤄졌다고 덧붙인다. 17세기 경제학자들[중상주의자들]은 지대, 이윤, 임금, 가격, 가치라는 개념에 도달하기 위해 민족, 국가, 인구에 관한 구체적인 연구부터 시작했다. 그러나 이러한 연구 방법이 역사적으로 불가피했다고 해서 방법론적으로 결코 옳은 것은 아니다.<sup>13)</sup>

13) See K. Marx, *Introduction to the Critique of Political Economy* (1857), in *The Grundrisse* (1973), translation and foreword by M. Nicolaus, Random House, New York, p.100. [역주 - 인구는 예컨대 그것을 구성하고 있는 계급들을 도외시하면 하나의 추상이다. 이 계급들이라는 것도 역시 그것들이 근거하고 있는 요소들을 모른다면 공허한 말이다. 예를 들면 임금 노동, 자본 등등. 이것들은 교환, 분업, 가격 등등을 전제한다. 예를 들어 자본은 임금 노동이 없다면, 가치와 화폐와 가격 등등이 없다면 아무것도 아니다. 따라서 내가 만일 인구로부터 시작한다면, 그것은 전체에 대한 하나의 혼돈스러운 표상일 것이고 한층 더 상세한 규정에 의해서 나는 분석적으로 점점 더 한층 단순한 개념들에 다다르게 될 것이다. 표상된 구체적인 것으로부터 점점 더 희박해지는 추상적인 것으로 나아가 최후에는 가장 단순한 규정들에 도달할 것이다. 거기서부터 이번에는 오던 길을 되돌아가기 시작하여 최후에는 다시 인구에 도달할 것인데, 그러나 이번에는 전체에 대한 혼돈스러운 표상으로서의 인구가 아니라 많은 규정들과 관계들을 포함한 풍부한 총체로서의 인구에 도달할 것이다. 첫 번째 길은 경제학이 그 성립에 즈음하여 역사적으로 밟았던 길이다. 예컨대 언제나 17세기의 경제학자들은 살아 있는 전체로부터, 즉 인구, 국민, 국가 몇 개의 국가 등등으로부터 시작하고 있다. 그러나 언제나 그들은 분석을 통해 분업, 화폐, 가치 등등과 같은 약간의 규정적인 추상적이고 일반적인 관계들을 찾아내는 것으로써 끝나고 있다. 이러한 개개의 계기들이 어느 정도 고정되고 추상되자마자, 노동, 분업, 욕구, 교환 가치 등과 같은 단순한 것들로부터 국가, 국민들 사이의 교환, 세계 시장 등으로 상승하는 경제학 체계가 시작되었다. 이 후자의 방법이 명백히 과학적으로 올바른 방법이다. (『정치 경제학의 비판을 위한 기본 개요』의 서설, 『칼 맑스 프리드리히 엥겔스 저작선집』 2권, 박종철출판사, p. 461.)]

이러한 관찰은 법의 일반이론에도 대부분 적용될 수 있다. 법의 일반이론의 경우에도, 사회, 인구, 국가라는 구체적인 총체는 시작점이 아니라 결론의 마지막 단계이자 결과물이어야 한다.<sup>14)</sup> 우리는 단순한 것에서부터 더욱 복잡한 것으로 나아감으로써, 또한 순수한 형태를 떠는 과정에서부터 더욱 구체적 형태들로 이동함으로써, 방법론적으로 훌륭히 정의된 길, 그러므로 더욱 정확한 길을 따라갈 수 있다. 그래야만 우리 앞에 있는 구체적인 전체(concrete whole)를 구성하는 그저 산만하고 해부되지 않은 형태들부터 우물쭈물 출발하지 않을 수 있다.

여기서 우리가 반드시 제시해야 하는 두 번째 방법론적 관찰은 사회과학의 한 가지 특수성과 관련된다. 더 정확히 말하자면, 그 관찰은 사회과학의 개념과 관련된다. 우리가 어떤 자연과학의 개념, 예를 들어 에너지라는 개념을 채택한다면 당연히 에너지 개념이 처음 등장했던 연대기적 시기를 정확하게 규명할 수 있다. 그러나 그 시기는 과학과 문화의 역사에서만 중요하다. 자연과학 연구 그 자체에서 에너지 개념의 적용은 시간의 제약을 받지 않는다. 에너지 전환 법칙은 사실상 인류 발생 이전에도 존재했으며 지구상의 모든 생명체가 사라져도 계속될 것이다. 즉, 시간 제약을 초월하는 영원한 법칙이다. 에너지 전환 법칙이 언제 발견되었는지 질문할 수는 있지만, 자연과학적 개념들의 관계가 에너지 법칙에 반영되는 시점이 언제인지 확정하는 문제에 골몰해봐야 소용없는 일이다.

이제 사회과학으로, 또는 단지 정치경제학으로 관심을 돌려서, 가치와 같은 정치경제학의 기본 개념 중 하나를 살펴보자. 그러면, 이러한 가치 개념이 지적 역사를 지닐 뿐만 아니라, 가치의 실제 역사가 경제 이론사의 일부분인 가치 개념의 역사와도 연결된다는 사실이 즉각 분명히 드러난다. 따라서 사회적 관계의 발전은 가치 개념을 역사적 현실로 점진적으로 전환했다. 우리는 대상의 “관념적이고” “가상적인” 특성이 “현실적이고”, 따라서 결정적인 의미를 띠기 위해서 어떤 물질적인 관계가 필수적인지 정확히 안다. 우리는 노동생산물을 하나의 자연 현상에서 하나의 사회 현상으로 변형하는 자연적 특성들을 비교함으로써, 우리 인식의 추상적 개념을 구성하는 현실의 역사적 지층(地層)을 알게 된다. 이와 동시에 우리는 이러한 추상적 개념이 적용될 수 있는 한계가 역사의 현실적 발전에서 나타나는 한계와 조응하며, 그에 의해 [즉 역사의 현실적 발전에서 나타나는 한계에 의해] 결정된다고 확신한다. 마르크스가 제시했던 또 다른 사례는 이를 가장 분명하게 보여준다. 인간과 자연이 맺는 가장 단순한 관계로서의 노동은 [역사의] 모든 발전 단계에서 등장하는 데 반해, 경제학의 추상적 개념으로서의 노동은 상대적으로 늦게 나타난다. (중상주의, 중농주의, 고전주의 학파가 이어지는 과정을 비교해 보라.) 그러나 그 [노동] 개념의 발전은 경제적 관계들의 현실적 발전에 조응했고, [따라서] 인간 노동의 다양한 유형 간의 구분을 어렵게 하고, 다양한 유형의 노동을 노동 일반으로 대체했다. 그러므로, 개념의 발전은 역사 과정의 현실 변증법에 부합한다.<sup>15)</sup> 또 다른 사례로서 정치경제학의 외부에 있는 국가에 관해 얘기해보자. 여기서 우리는 한편으로는, 국가에 대한 정의가 포괄하는 범위가 완전히 발전하면서, 어떻게 국가라는 개념이 점차 정의상의 엄격성과 완결성을 획득하는지 관찰할 수 있다. 그리고 다른 한편으로, 현실에서 국가가 어떻게 발전하는지, 어떻게 부계 씨족사회와 봉건제로부터 “추상화”되는지, 그리고 어떻게 “사회의 모든 작은 틈을 관통하여 작용하는” 자립적 힘으로 변형되는지 관찰할 수 있다.

14) [역주] 마지막 단계이자 결론인 ‘구체적 총체’는 사고대상으로서 구체적 개념이다. 구체적인 현실대상을 과학적으로 인식하기 위해서는, 구체적 현실대상에 대한 사고대상이 추상적 개념에서 출발하여 구체적 개념으로 상승해야 한다.

15) *ibid.*, pp.104-105.

그러므로 가장 일반적으로 정의된 법이라도 하나의 형태로서 존재하는 것이지, 단지 박식한 법학자들의 정신과 이론 속에만 존재하는 것이 아니다. 법은 현실의 역사와 평행하며, 현실의 역사는 사고의 체계가 아니라 사회적 관계들의 특수한 체계로서 전개된다. 사람들이 이러한 사회적 관계에 진입하는 것은, 그들이 그렇게 하려고 의식적으로 선택했기 때문이 아니라, 생산 조건이 그들의 진입을 필요로 했기 때문이다. 자연생산물이 가치라는 불가사의한 성질을 지닌 상품으로 변형되는 것과 동일한 방식으로, 인간이 법적 주체로 변형된다.

이는 [즉 자연생산물에서 상품으로, 인간에서 법적 주체로의 변형은] 부르주아의 존재조건이라는 틀에 갇혀있는 자연적 필연성이다. 그러므로 자연법 학설은 의식적으로든 무의식적으로든 부르주아 법 이론의 기초를 차지한다. 자연법 학파는 부르주아가 혁명적 계급으로서 행동하면서 자신의 요구를 공개적이고 지속적으로 공식화하던 시대에, 부르주아 이데올로기의 가장 분명한 표현이었을 뿐만 아니라, 법 형태를 가장 심오하고 명료하게 해석하는 하나의 모델을 제시하기도 했다. 자연법 학설의 영향력이 융성하던 때와 부르주아 정치경제학의 위대한 고전들이 출현했던 때가 거의 일치한다는 사실은 결코 우연이 아니다. 자연법 학파와 고전경제학파는 부르주아 사회의 기본적인 존재 조건을 가장 일반적인 형태로, 따라서 가장 추상적인 형태로 공식화하는 임무에 착수한다. 그들에게 부르주아 사회는 모든 사회의 자연적인 존재 조건처럼 나타났다.

법철학 학파들의 변화 양상을 자세히 살피기보다, 법사상과 경제사상이 얼마간 나란히 발전했다는 사실에 주목해 볼 수도 있다. 따라서 법사상과 경제사상의 역사적인 [발전] 방향은 봉건 귀족적인 현상으로, 또한 부분적으로 뿌리부르주아적 반동의 현상으로도 간주할 수 있다. 19세기 후반 부르주아지의 혁명적인 열정이 결국 소멸하자, 그들은 고전파 학설의 순수성과 명료성에 대한 관심을 거뒀다. 이제 부르주아 사회는 안정과 강력한 권위를 희구했다. 법 이론의 주요 관심사는 법 형태 분석이 아니라, 법적 규범의 강제력을 정당화하는 문제가 되었다. 국가에서 유래하지 않은 모든 법을 전부 부정하기 위해서 역사주의와 법 실증주의라는 독특한 조합이 창출되었다.

법 심리주의 학파는 정치경제학의 심리주의 학파와 함께 분류해도 좋다.<sup>16)</sup> 둘 다 분석의 대상을 의식의 주관적 조건이라는 영역([주관적] “가치평가” 또는 “의무-귀인(imperative-attributive) 감정”)으로 옮기기 위해 시도한다. 그러나 [심리주의 학파는] 추상적 범주들이 자신의 논리적 구조에 담긴 질서를 통해서 사회적 관계들을 표현한다는 사실을 이해하지 못하며, 그 사회적 관계들은 개인들에게는 은폐되어 있고, 개인들의 의식이 지닌 한계를 벗어난다는 사실을 보지 못한다.

마침내, 규범주의 학파(켈젠)의 극단적 형식주의는 의심할 나위 없이 부르주아의 과학적 사상이 최근에 들어 전반적으로 타락했다는 사실을 표현한다. 부르주아의 과학적 사상이 방법론과 형식논리의 무익한 정교화를 거치며 힘을 소진하고, 스스로 현실과 멀어지는 경향을 보이면서, 이러한 타락이 완성된다. 경제이론에서는 수리학파의 대표자들이 비슷한 위치를 차지하고 있다.

마르크스의 표현에 따르면, 법적 관계는 추상적이고 일방적인 관계다. 그런데 여기서 일방적이라는 말은, 법적 관계가 의식적인 주체의 정신적 생산물이 낳은 결과가 아니라, 사회 발

16) [역주] 정치경제학의 심리주의 학파는 칼 멩거를 시조로 하는 오스트리아학파를 의미한다. 이들은 소비자의 주관적 평가로서의 효용을 중심으로 경제이론을 전개하는 한계효용학파로 분류된다.

전의 생산물로 나타난다는 뜻이다.

“어떤 역사과학과 사회과학에서도, 그리고 경제적 범주들의 발전에서도, 주체는 현실에서나, 따라서 정신에서나 여기, 즉 부르주아 사회에서 이미 주어진 것이라는 사실을 언제나 기억할 필요가 있다. 따라서 범주들은 오직 존재의 형태들과 특징들을 표현할 뿐이며, 종종 이러한 특정한 [부르주아] 사회, 이러한 주체가 지닌 개별적 측면들의 형태들과 특징들을 표현할 뿐이다.”<sup>17)</sup>

마르크스가 여기서 경제적 범주들에 대해 말한 내용은 법적 범주들에도 완전히 적용할 수 있다. 법적 범주들은 보편성을 가장하지만, 사실상 특정한 역사적 주체, 부르주아 상품생산[사회]의 특정한 측면들을 표현할 뿐이다.

우리가 반복적으로 인용하고 있는 『정치경제학 비판 요약』에서, 우리는 여전히 마르크스의 또 다른 심오한 방법론적 관찰을 발견할 수 있다. 이러한 관찰은 후속하여 등장하는 더욱 발전된 구성물(formation)을 분석하면 선행하는 구성물의 의미를 분명히 밝힐 수 있다는 문제와 관련된다. 마르크스는 오직 지대를 이해함으로써 공물, 십일조, 봉건제의 부역(corvée)을 이해할 수 있다고 설명한다. 더 발전된 형태는 그 맹아적으로만 존재했던 이전 단계들을 해명한다. 말하자면 진화는 먼 과거에 숨겨져 있던 이전 단계들의 암시를 드러낸다.

부르주아 사회는 역사적으로 가장 발전되고 완벽한 생산조직이다. 부르주아 사회의 [생산]관계들과 조직들을 반영하는 범주들은 동시에 모든 낡은 사회형태의 생산관계를 구성하는 구조를 이해할 수 있게 해준다. 부르주아 사회는 이 낡은 사회형태의 파편과 요소로부터 세워졌고 부분적으로 그 유산을 계속 품고 있다. 부르주아 사회는 낡은 사회형태의 유산을 극복하는 데에 성공하지 못했고, 부분적으로 이 유산과 연결되어 있다. 낡은 사회형태에서는 단지 낡아갔던 것이 부르주아 사회에서 명시적 의미를 발전시켰다.<sup>18)</sup>

위에서 언급했던 방법론적 고찰을 법 이론에 적용할 때, 우리는 반드시 가장 추상적이고 단순한 측면을 지닌 법 형태에 대한 분석을 시작으로, 점진적으로 복잡성을 더하면서 역사적 구체로 나아가야만 한다. 이렇게 하면서, 우리는 개념의 변증법적 발전이 역사적 과정 자체의 변증법적 발전과 상응한다는 사실을 결코 잊지 말아야 한다. 역사가 진화하면서, 규범과 법적 제도의 내용이 연이어 변화할 뿐만 아니라, 법 형태 자체도 발전한다. 법 형태는 오랫동안 이어진 맹아적 단계를 거치면서 특정한 문화적 단계에서 등장했는데, 이 맹아적 단계에서는 내부적으로 체계가 없었고, 관습, 종교와 같은 인접 영역과 거의 구별할 수 없었다. 그 후에 법 형태는 점진적인 발전을 거치면서, 최고로 성숙해지고, 분화되고, 정밀해졌다. [법 형태의] 더 높은 발전 단계는 특정한 경제적, 사회적 관계에 상응한다. 이와 동시에, 이러한 [높은] 단계의 특징은, [관습, 종교와 같은 인접영역과] 뚜렷하게 구별되는 하나의 총합체(whole)인 법적 체계를 이론적으로 반영하는 일반적 개념들의 체계가 출현한다는 데 있다.

17) *ibid.*, p.106. [『정치 경제학의 비판을 위한 기본 개요』의 서설, 『칼 맑스 프리드리히 엥겔스 저작 선집』 2권, 박종철출판사, pp. 467-468.]]

18) *ibid.*, p.105. [『정치 경제학의 비판을 위한 기본 개요』의 서설, 『칼 맑스 프리드리히 엥겔스 저작 선집』 2권, 박종철출판사, p. 466.]]

이런 이유로, 우리는 완전히 발전된 법 형태를 분석의 기초로 삼아야만 명료하고 철저한 정의(定意)를 성취할 수 있다. (완전히 발전된 법 형태는 그 선행 형태들을 자신의 맹아들이라고 해석한다.)

그렇게 해야만, 우리는 법이 인간 사회의 한 가지 특징이라고 추상적으로 인식하지 않을 수 있다. 그래야만 우리는 법이 특정한 사회적 **환경**에 상응하는 하나의 역사적 범주이고, 사적 이해관계들 간의 모순을 기초로 구성되었다는 사실을 깨달을 수 있다.



## 2장 이데올로기와 법

스투치카 동지와 라이스너 교수 사이 최근 논쟁에서는 법의 이데올로기적 성격에 대한 질문이 중요한 역할을 했다.<sup>19)</sup> 라이스너는 인용을 멋지게 모아서, 마르크스와 엥겔스가 법을 ‘이데올로기적 형태들’의 하나라고 보았고, 수많은 여타 마르크스주의 이론가 역시 이런 견해를 지지했다고 입증하려 했다. 물론 이러한 진술과 인용을 두고 다룰 필요는 없다. 이와 비슷하게, 사람들이 법을 심리적으로 경험한다는 사실, 특히 규칙(rule)과 규범(norm)의 일반적 원리라는 형태로 경험한다는 사실을 부정할 수 없다. 하지만 문제는 법 이데올로기(또는 법의 심리학)의 존재를 인정하거나 부정하는 것이 결코 아니며, 오히려 법적 범주들이 이데올로기적인 의미 외에는 다른 의미를 지니지 않는다고 입증하는 것이다. 오로지 후자의 경우에만 [즉 법적 범주가 오로지 이데올로기적 의미만을 지닌다고 입증될 때만], 우리는 라이스너의 결론, 즉 “마르크스주의자는 법을 오직 일반적인 이데올로기 유형 중 하나의 하위 유형으로 간주하고 연구할 것”이라는 결론을 ‘부정할 수 없다’고 인정할 것이다. 여기서 ‘오직’이라는 작은 단어가 문제의 핵심이다. 우리는 이를 정치경제학에서 나오는 사례로 설명할 것이다. 상품, 가치, 교환가치라는 범주들은 의심할 여지없이 이데올로기적으로 생산된 왜곡이며, 신비화된(마르크스의 표현을 따르자면) 관념형태들로, 이런 관념형태를 통해서 교환사회는 개별생산자들 간의 노동관계를 가상한다. 우리가 다른 경제구조에 가자마자 (상품, 가치 등등의) 범주들이 모든 의미를 상실한다는 사실은 이러한 [관념]형태들의 이데올로기적 성격을 증명한다. 따라서 우리가 상품 이데올로기, 또는 마르크스가 부른 것처럼, ‘상품 물신숭배’에 대해 말하면서, 심리학적 현상의 명단에 그것을 [즉 상품 이데올로기를] 포함시키는 것이 완전히 정당하다. [그러나] 이는 정치경제학의 범주들이 배타적으로 심리학적 의미만을 지닌다는 뜻도 아니고, 이 범주들이 오직 경험, 인상이나 여타 주관적 과정들과만 관련을 맺는다는 뜻도 아니다. 우리는 예를 들어 ‘상품’ 범주가 분명한 이데올로기적 성격을 지니고 있다고 하더라도, 객관적인 사회적 관계를 반영한다는 사실을 잘 알고 있다. 우리는 이런 [사회적] 관계가 어느 정도나 발전되었든 간에, 얼마나 보편성을 띠게 되었든 간에, 그 자체가 탐구해야 할 물질적 요인이며, 단지 이데올로기적-심리학적 과정 속의 형태로 존재하는 것이 아니라는 사실도 알고 있다. 따라서 정치경제학의 일반적 개념들은 단지 이데올로기의 한 요소가 아니며, 오히려 추상적 개념의 한 유형이기도 하며, 우리는 이런 추상적 개념을 통해서 과학적으로, 즉 이론적으로 객관적인 경제현실을 구성한다. 마르크스를 인용하자면 “이러한 범주들은 역사적으로 규정된 일정한 생산양식(상품생산)의 생산관계에서는 사회적으로 타당하며 따라서 객관적인 사고형태다.”<sup>20)</sup>

따라서 우리는 반드시 두 가지를 보여주어야만 한다. 먼저 일반적인 법적 개념들이 이데올로기적 과정이나 이데올로기 체계의 구조 내로 들어갈 수 있는지, 또 실제로 들어가는지 보여주어야 한다. (그런데 이는 [앞에서 언급했듯이] 논쟁의 주제가 아니다.) 그리고, 이런 개념들 속에서, 어떤 특정한 방식으로 신비화되었던 사회적 현실을 발견하는 게 가능하다고 보여주어야 한다. 달리 말해, 우리는 법적 범주들이 객관적인 사회적 관계들에 조응하는 객관적인 (즉

19) [영역자 주] 이 논쟁은 M. A. 라이스너가 P. I. 스투치카의 『법과 국가의 혁명적 역할』(1921)에 대해 쓴 비평논문에서 찾아볼 수 있다. 스투치카의 응답은 *Vestnik sotsialisticheskoi akademii*, no.3, 1923에서 찾아볼 수 있다.

20) K. Marx, *Capital* (1867), International Publishers, New York, 1967, vol.1, p.76.

역사적으로 특정한 사회에 대하여 객관적인) 사고형태들인지, 아닌지 여부를 반드시 결정해야 한다. 따라서 우리는 다음과 같이 질문한다. **마르크스가 자본을 하나의 사회적 관계라고 명명했던 것과 같은 의미로, 법이 하나의 사회적 관계라고 이해할 수 있는가?**

이렇게 제기된 질문은 법의 이데올로기적 성격에 대한 언급을 대체하며, 우리의 모든 고찰은 완전히 다른 수준으로 이동한다.

개념들의 이데올로기적 성격을 인정하더라도, 우리는 객관적으로 존재하는 현실, 즉 단지 의식 속에 있는 것이 아니라 외부세계에 속에 있는 현실을 탐색해야 할 과업으로부터 결코 자유로워지지 않는다. 정반대의 경우라면 [즉 그러한 과업을 수행하지 않는다면], 우리는 (일부 사람들의 생각 속에는 존재하기도 하는) 사후세계와, 이를테면, 국가 사이의 어떤 경계선도 지워야만 한다. 그런데 라이스너 교수는 바로 이러한 일을 하고 있다. 라이스너는 국가가 “최초의 이데올로기적 권력”이라는 엥겔스의 잘 알려진 말에 의존하여, 곧바로 국가와 국가 이데올로기를 동일시한다. “권력이라는 현상의 심리학적 성격은 매우 분명하고, 국가권력 그 자체도 **오직 사람들의 심리 속에서만**(파슈카니스의 강조) 존재하면서 정말로 물질적 성격을 빼앗긴다. 그래서 모든 사람은 국가권력이 이렇든 저렇든 간에, 오직 하나의 관념일 뿐이라고 생각할 것이다. 사람들이 국가권력을 자신의 행동원리로 삼는 정도에 따라서만, 국가권력이 현실이 된다.”<sup>21)</sup> 이는 재무, 군대, 행정부가 모두 완전히 “물질적 성격”을 빼앗겼고, 이 모든 것이 “오직 사람들의 심리 속에서만” 존재한다는 뜻이다. “국가 의식 외부에서” [즉 국가에 대한 ‘의식’이 없이] 살고 있는 (라이스너 교수의 용어로는 “거대한”) 주민 집단에 대해서는 어떻게 해야 하는가? 분명히도 그 집단은 배제되어야만 한다. 이 집단들은 “현실에” 존재하는 국가와 아무런 관계가 없다.

그리고 경제적 통일체라는 관점에서 보면 국가는 어떤가? 또는 관세나 관세영역도 이데올로기적이고 심리학적 과정인가? 이런 수많은 질문을 제기할 수 있지만, 모두 같은 의미를 담고 있다. 국가는 하나의 이데올로기적인 형태이지만, 그와 동시에 사회적 존재의 한 형태다. 개념의 이데올로기적 성격은 그 개념이 반영하는 현실성과 물질성을 제거하지 않는다.

국가, 영토, 인구, 권한이라는 개념들의 형식적 완전성은 특정한 이데올로기를 반영할 뿐만 아니라, 현실에서 (하나의 중심에 묶인) 지배 영역권이 형성되었다는 객관적 현실을 반영하기도 한다. 따라서, 훨씬 더 중요하게도, 그 개념들은 현실에서 행정·재무·군사 조직이 창출되고, 그에 상응하는 인적·물적 장치들이 구성되었다는 사실을 반영한다. 국가는 교통(交通) 수단이 없다면, 즉 명령과 법령을 전달하고 군대를 움직일 수 없다면, 아무것도 아니다. 라이스너는 로마의 군용도로나 현대적 교통수단이 인간의 심리현상과 관련된다고 생각하는가? 아니면, 라이스너는 국가를 형성하는 요인으로서, 이러한 물질적 요소들을 완전히 무시해야만 한다고 가정하는가? 그렇다면, 물론 우리에게서 국가의 현실성을 “문학, 철학과 여타 인간의 정신적 생산물”과 동일시하는 것 외에 아무 것도 남지 않는다. 정치적 투쟁, 권력을 향한 투쟁을 실천하는 일은 국가에 대한 이러한 심리학적 개념과 근본적으로 모순을 빚는다. 우리가 [투쟁의] 매 단계마다 [국가의] 객관적이고 물질적인 요소들과 부딪치고 있으니, 이 얼마나 애석한가.

하지만 우리는 (라이스너가 의존하는) 심리학적 관점의 불가피한 결과가 주관주의와 유아론(唯我論, solipsism)라는 사실에 주목하지 않을 수 없다. “[다양한] 개인들이 존재하는 만큼 국가권력은 다양한 심리작용 [각각]의 창조물이고, [다양한] 집단들과 사회계급들이 존재하는 만

21) M. Reiser, *The State* (1911), Moscow, 2nd edition, vol.1, p.xxxv.

큼 국가권력은 [그들의 심리 속에서] 여러 상이한 유형을 지닌다. [즉] 내각 장관의 의식과 행동, 국가에 대한 생각을 아직 심사숙고하지 않은 소농(小農)의 의식과 행동, 각각에서 국가권력은 선천적으로 상이하게 나타날 것이다. 또한 정치활동가의 심리와 무정부의자의 신념 속에서도 그러할 것이다. 한마디로, 매우 다른 사회적 지위, 직업활동, 성장과정 등등을 지닌 사람들의 의식 속에서 국가 권력은 상이하게 나타날 것이다.”<sup>22)</sup> 이를 통해 볼 때, 만약 우리가 심리학적 수준에 머문다면, 국가가 어떤 객관적 통일체라고 말할 수 있는 모든 근거를 상실한다는 사실이 분명히 드러난다. 국가가 계급권력의 현실적 조직이라고 생각해야지만, 즉 (심리적 요소뿐만 아니라 물질적 요소를 포함하여) 모든 요소를 고려하고, 무엇보다 물질적 요소를 생각해야지만, 우리는 발을 디딜 굳건한 토대를 찾을 수 있다. 다시 말해, 그래야만 우리는 무수히 많고, 각양각색을 띠는 단지 주관적 형태로서의 국가뿐만 아니라 (주관적 형태에 국가가 반영되고, 주관적 형태를 통해서 국가를 경험한다), 현실에 존재하는 국가 그 자체를 연구할 수 있다.

그러나 만약 법 형태에 대한 추상적 정의가 그저 어떤 심리적이거나 이데올로기적인 과정을 가리키는 게 아니라고 한다면, 오히려 그러한 추상적 정의가 객관적인 사회적 관계의 바로 그 본질을 표현하는 개념이라고 한다면, 우리는 어떤 의미에서 법이 사회적 관계들 규제한다고 말하는가? 우리는 이를 통해서 그러므로 사회적 관계들이 자기 자신을 규제한다고 말하기를 원하는가? 또는, 우리가 사회적 관계가 법적 형태를 취한다고 말할 때, 이는 단지 동어반복을 의미하지 않는가? 즉 법이 법 형태를 취한다는 동어반복 말이다.

처음 보기에, 이러한 반론은 매우 설득력 있고, 법이 이데올로기이고, 또 오직 이데올로기일 뿐이라고 인정하는 것 외에는 선택지가 없는 것처럼 보일 것이다. 그러나 이러한 어려움을 해결해보도록 하자. 우리의 임무를 덜기 위해서, 또 다시 비교에 의존해보자. 마르크스주의 정치경제학은 당연히도 자본이 사회적 관계라고 가르친다. 마르크스가 말했듯, 그것은 [즉 자본이라는 사회적 관계는] 현미경으로 발견할 수 없지만, 그렇다고 하더라도 결코 그것은 철저히 경험이나 이데올로기, 그리고 그 외에 인간의 심리 안에서 일어나는 주관적 과정으로 취급할 수 없다. 그것은 하나의 객관적인 사회적 관계다. 나아가, 우리는 예컨대 소규모 생산 영역에서 개별 소비자를 위한 노동에서 독점가를 위한 노동으로 점진적 이행을 관찰할 때, 그에 상응하는 관계들이 자본주의적 형태를 취했다고 간주한다. 이는 우리가 동어반복에 빠졌다고 의미하는가?

결코 아니다. 단지 우리는 자본이라고 불리는 사회적 관계가 또 다른 사회적 관계에 색을 입히거나, 그 형태를 제공했다고 말했을 뿐이다. 따라서 우리는 발생했던 모든 것을 하나의 물질적 과정이라고 보면서 순전히 객관적으로 생각할 수 있고, 그 과정에 참여한 사람들의 심리나 이데올로기를 완전히 제거할 수 있다. 법도 이와 정확히 동일한 방식으로 다를 수 있지 않을까? 법은 바로 사회적 관계이며, 더 많은 더 적든 간에, 다른 사회적 관계들에 색을 입히거나, 그 형태를 제공할 수 있다. 물론, 만약 우리가 [특정한 법 형태가 아니라] 형태 일반이라는 법에 관한 혼란스러운 인상에 이끌린다면, 결코 이런 관점에서 문제에 접근할 수 없을 것이다. 이는 속류 정치경제학이 “축적된 노동 일반”이라는 자본 개념에서 출발함으로써 자본주의적 관계들의 본질을 탐색할 수 없는 것과 비슷하다.

따라서 만약 우리가 법의 기본개념을 분석함으로써, 법이 어떤 **특정한** 사회적 관계의 신비

22) *ibid.*

화된 형태라는 사실을 입증하는 데 성공한다면, 우리는 이처럼 명백한 모순에서 탈출할 수 있다. 이 사례에서, 이러한 [특정한 사회적] 관계가 또 다른 사회적 관계에 자신의 형태를 제공한다거나, 심지어 모든 사회적 관계들에 형태를 제공한다고 말하는 게 무의미하지 않을 것이다.

법이 사회적 관계를 규제한다는 두 번째 동어반복의 경우에도, 그 상황은 전혀 다르지 않다. 왜냐하면, 만약 우리가 이러한 공식에 내재하는 특정한 의인화를 배제하면, 그것은 다음과 같은 명제로 환원된다. 즉 특정한 조건에서 사회적 관계의 **규제는 법적 성격을 취한다**. 이렇게 공식을 정리하는 것이 의심할 여지없이 더 올바르며, (더 중요하게도) 더 역사적이다. 우리는 동물들도 집단생활을 하며, 그 집단생활도 이러저러한 방식으로 규제를 받는다는 사실을 부정할 수 없다. 그러나 우리는 벌이나 개미의 관계가 **법**에 의해 규제된다고 결코 주장하지 않는다. 우리가 원시부족에 주목한다면, 법의 기원을 관찰할 수도 있지만, 그럼에도 불구하고 그 관계들의 중요한 부분은 법 외부의 방식으로, 예를 들어 종교적 명령을 통해서 규제를 받았다. 마지막으로, 심지어 부르주아 사회에서도 우편·철도 서비스 조직, 군사조직 등등과 같은 것들은 오로지 아주 피상적으로 볼 때에만, 즉 법률, 헌장, 법령과 같은 외부적 형태와 혼동할 때에만, 전적으로 법적 규제에 속한다. 철도 시간표가 기차의 운행을 규제하는 것은, 이를 테면 철도의 법적 책임(liability)을 다루는 법이 철도[회사]와 화물 발송인의 관계를 규제하는 것과 매우 다른 의미를 지닌다. 첫 번째 유형[철도시간표]이 일차적으로 기술적(technical) 규제라면, 두 번째는 일차적으로 법적 규제다. 이와 동일한 관계가 [군사] 동원계획[기술적 규제]과 강제적인 군복무를 다루는 법[법적 규제] 사이에, 또 범죄인 수사 지침[기술적 규제]과 형사소송법[법적 규제] 사이에 존재한다.

뒤에서 우리는 법적 규범과 기술적 규범의 차이라는 문제로 돌아올 것이다. 여기서는 특유한 법적 관계, 기본적인 법적 관계가 발전함에 따라, 사회적 관계에 대한 규제가 법적 성격을 취한다는 사실에만 주목한다.

매우 피상적이거나 순전히 형식적인 관점에서 볼 때에만, 규범의 규제, 또는 사회적 관계를 위한 규범의 창조는 [그것이 무엇이든 간에 모두] 동질적이고, 철두철미하게 법적 [규범]이다. 이런 면에서 보면, 인간 관계들의 다양한 영역 간에는 실제로 명백한 차이가 존재한다. 굼플 로비치는 사법(私法, private law)과 국가 규범을 예리하게 구분하고, 사법만을 법학의 영역으로 인정하는 데 동의했다. 사실, (이러한 표현을 쓰는 게 허용된다면) 법이라는 어둠이 쌓인 곳에 존재하는 가장 단단한 중핵은 정확히도 이 사법 영역이다. 바로 여기에서, 즉 사적 이익의 소유자이자 담지자로서 이기주의적인 경제활동에 참여하는 주체라는 구체적 개인성을 전제로 할 때, 법적 주체, “페르소나”(persona)가 완전히 적절하게 실현된다. 법적 사고는 사법(私法)의 영역 전체에서 가장 자유롭고 확신에 차서 움직인다. 사법의 구성물들은 가장 완성도가 높고 구조화된 형태를 취한다. 여기서는 아울루스 아게리우스와 누메리우스 네기디우스(로마 소송방식에 등장하는 [가상] 인물들)라는 고전 시대의 그림자가 법학자들의 주위를 끊임없이 맴돌고, 법학자들은 그들로부터 영감을 끌어온다.<sup>23)</sup> 사법에서는 법적 사고의 선형적인(a priori) 전제들이, 소송을 벌이는 두 당사자, 손에 막대기(vindicta)<sup>24)</sup>를 쥐고 “그 자신의 권

23) [역주] 누메리우스는 피고를, 아울루스는 원고를 상징하는 가상의 인물이다. 예를 들어 로마법에 이런 표현이 있다. “누메리우스 네기디우스가 아울루스 아게리우스에게 10,000 세스테르티우스[로마의 화폐단위]를 지급해야 하는 것이 밝혀지면 심판인은 누메리우스 네기디우스더러 아울루스 아게리우스에게 10,000 세스테르티우스를 지급하라고 명하고, 이것이 밝혀지지 않으면 기각을 한다.”

리”를 변호하는 이들의 피와 살을 입는다. 여기서 이론가로서 법학자의 역할은 그의 실천적인 사회적 기능과 통합된다. 사법(私法)의 교리는 가상적인 청구권(claims)들과 잠재적 소송들을 위한, 또는 그에 대항하기 위한 논증들의 끝없는 사슬일 뿐이다. 이러한 체계적 안내서 뒤에는 관련된 명제들을 조언으로 이용하고자 하는, 눈에 보이지 않는, 추상적인 의뢰인이 존재한다. 착오의 의미, 입증 책임의 분배에 관한 학술적인 법적 논증은 판사 앞에서 벌어지는 소송에서의 법적 논증과 다르지 않다. 그 차이는 기사들의 마상 창시합과 봉건시대 전쟁의 차이보다 크지 않다. 잘 알려진 것처럼, 전쟁에서의 소규모 접전과 비교해 볼 때, 마상 창시합도 때때로 훨씬 더 사납게 진행되고, 그에 못지 않은 에너지를 지출하고 희생을 보도록 요구했다. 개별 기업이 사회적 생산·분배로 대체되어야만, [착오, 입증 책임 등등의 문제를 둘러싼 법적 논증과 같이] 이처럼 비생산적인 인간 정신력의 지출이 끝날 것이다.

따라서 법적 규제의 기본적인 전제는 사적 이해관계의 대립이다. 이와 동시에, 사적 이해관계의 대립은 법 형태의 논리적인 전제이며, 법적 상부구조가 발전하게 된 현실적인 원인이다. 인간 행위는 가장 복잡한 규범들을 통해 규제될 수도 있으나, 개인화와 이익의 대립이 시작되는 곳에서, 이러한 규제 속에 법적 요소가 나타나기 시작한다. 굼플로비치는 ‘분쟁이 법적인 모든 것의 기본 요소’라고 말했다. 그와 정반대로, 기술적 규제의 전제는 목적의 통일이다. 따라서, 철도의 법적 책임을 다루는 법적 규범은 사적인 청구권, 사적인 개별이익을 전제로 한다. 반면, 철도 운행에 대한 기술적 규범은, 예컨대 최대 화물운송 능력의 달성이라는 단일 목적을 가정한다. 또 다른 예를 들어보자. 환자 치료는 일련의 규칙을 전제로 삼는데, 그것은 환자 그 자신의 규칙과, 의료진의 규칙을 포함한다. 그러나, 이러한 규칙이 단일한 목적, 즉 환자 건강의 회복이라는 목적을 달성한다는 관점에서 수립되어 있는 한, 이 규칙은 기술적인 성격을 띤다. 이러한 규칙의 적용이 환자에 대해서는 강제력을 동반할 수도 있다. 그러나 (강제력을 행사하는 자와, 당하는 자 모두에게) 동일한 단일한 목적이라는 관점에서 이러한 강제력을 고려하는 한, 그 강제력은 기술적으로 편리한 행동[기술적으로 쉽고 빠른 처방]일 따름이다. 이러한 한계들 내에서, 그 규칙의 내용은 의학에 의해 확립되며, 의학의 진보에 따라 변화한다. 여기에서 법률가가 할 일은 없다. 우리가 목적의 통일이라는 기초를 떠나서, 개별화되고 적대적인 주체들이라는 관점을 고려하기 시작할 때 (그 주체들 각각은 그 자신의 사적 이해관계의 담지자다), 법률가의 역할이 시작된다. 이제 의사와 환자는 권리와 의무의 주체로 변형되며, 그 주체들을 연결하는 규칙은 법적 규칙으로 변형된다. 이와 동시에, 이제 강제력은 단지 [기술적] 편의성(expediency)이라는 관점뿐만 아니라, 형식적 허용성(permissibility), 다시 말해 법적 허용성이라는 관점에서 고려된다.

[부르주아 사회가 기술적 규칙이 아닌] 법이라는 관점을 채택할 가능성은, 상품생산 사회에서야말로 가장 폭넓은 관계들이 상품유통 관계를 모델로 하여 조직되고, 법 형태 속에 각인된다는 사실에서 나타난다고, 우리는 어렵지 않게 이해할 수 있다. 이와 비슷하게, 부르주아 법학자가 법 형태의 보편성을 영원하고 절대적인 인간 본성에서 추론하거나, 권위당국의 명령이 모든 주체로 확대될 수 있다는 사실에서 추론하는 것도 자연스럽다. 여기에 대해서는 어떤 특별한 증거를 제시할 필요가 없다. [혁명 이전 러시아 제국의 민법전] 10권의 한 조항은 남편이 “그 자신의 몸처럼 아내를 사랑해야 할” 의무를 부과했다. 하지만 가장 대담한 법학자라도 이를 기초로 하여 소송을 제기할 수 있도록 법적 관계를 구성하려 시도한 적은 거의 없었을

24) [역주] 어떤 물건을 두고 다투는 소송의 양 당사자는 각자 권리를 주장하면서 물건에 손을 올렸다. 나중에 손이 아니라 막대기(vindicta)를 대는 것으로 바뀌었다. 이는 로마 소송절차의 요식행위였다.

것이다.

하지만 이와 정반대로, 특정한 법을 구성하는 개념이 인공적이고 비현실적으로 보이더라도, 그 개념이 사법(私法)의 경계 내에, 다른 무엇보다도 재산법(property law)의 경계 내에 머무는 한, 굳건한 기초를 지닌다. 그렇지 않으면, 로마의 법학자들이 지닌 사고의 기준선이 현재까지도 모든 유형의 상품생산 사회에서 ‘문자로 표현된 이성’(ratio scripta)으로서 중요성을 간직했다는 사실을 설명하기 불가능했을 것이다.

우리는 법 형태로 불가피하게 표현되는 고유한 사회적 관계를 어디에서 찾아야만 할 것인가? 우리는 처음에 제기된 이러한 질문에 관해 어느 정도 대답을 예상했다. 우리는 이 관계가 상품 소유자들의 관계라는 사실을 더욱 상세히 입증하고자 할 것이다.<sup>25)</sup> 우리가 모든 법철학에서도 찾을 수 있는 흔한 분석은 법적 관계를 의사(will) 관계로, 인간 사이의 일반적인 자발적 관계로 규정한다. 여기에서 그 추론은 “발전과정에 따라 현재 존재하는 결과들”로부터, “현재 존재하는 사고형태들”로부터 출발하지만, 그러한 [현재 존재하는] 것들의 역사적 기원을 무시한다. 반면 현실에서는, 상품 생산의 발전에 비례하여 교환의 자연적 기초들이 모든 형태의 인간관계에서 자연적 기초들이 되며, 인간관계의 자연적 기초들 속에 교환의 자연적 기초를 각인한다. 하지만, 이와 정반대로, 철학자의 머리 속에서 상품유통이란, 그들이 영원한 자연이라고 가정하는 하나의 일반적 형태 중에서 부분적 사례를 의미할 뿐이다.<sup>26)</sup>

우리의 관점에서 볼 때, 스투치카 동지는 올바르게도 법이라는 문제를 사회적 관계의 한 문제로 규정했다. 하지만 그는 그 [법적] 관계에 특유한 사회적 객관성을 탐색하면서 출발하지 않고, 그 대신에 평범하고 형식적인 정의로 되돌아갔다. (비록 이러한 정의는 이제 계급적 성격에 의해 영향을 받지만 말이다.) 스투치카가 제시한 일반적 정식에서는 법이 **특정한** 사회적 관계로서 나타나는 게 아니라, 다른 **모든** 관계들이 **일반적으로** 그러한 것처럼, **관계들의 체계**로서, 즉 **지배계급의 이익에 조응하며, 조직화된 힘을 통해서 그것[즉 지배계급의 이익]을 보호하는** 체계로서 나타난다. 그에 따라, 이러한 계급적 경계선 내에서, 하나의 관계로서의 법은 사회적 관계 일반과 구별될 수 없다. 그러므로 스투치카는 다음과 같은 라이스너 교수의 악의에 찬 질문에 대답할 수 있는 입장에서 벗어나 있다. 즉, 어떻게 사회적 관계들은 법적 제도들이 되는가, 또는, 어떻게 법이 [법] 그 자신으로 전환되는가?

스투치카의 정의는 [소련] 사법 인민위원회의 심층에서 등장했기 때문에, 아마도 실무 법률가의 요구에 의존했을 것이다. 그 정의는 역사가 법적 논리에 안겨 줬던 경험적 한계를 보여 주지만, 법적 논리의 깊은 뿌리를 드러내지 않는다. 이러한 정의는 법 형태에 포함된 계급적 내용을 폭로하지만, 그러나 왜 이런 [계급적] 내용이 그러한 [법] 형태를 채택하는지 우리에게 설명하지 않는다.

부르주아 법 철학자들은 법적 관계가 모든 인간관계의 영원하고 자연적인 형태라고 간주하

25) cf. Vladimir Viktorovich Adoratsky, *On the State*, Moscow, 1923, p. 41. “부르주아 사회에서 법을 준수하는 구성원들의 전체 사고체계에 법적 이데올로기가 끼치는 막대한 영향력은 부르주아 사회의 생활에서 이데올로기가 맡는 중대한 역할을 통해 설명할 수 있다. [교환관계는 구매와 판매, 대출과 담보, 지대 등등 법적 거래라는 형태로 발생한다.] ... 부르주아 사회에서 살아가는 한 개인은 언제나 권리와 의무를 지닌 주체로 간주된다. 매일매일 그는 무수한 법적 행위를 수행하며, 이러한 행위는 매우 다양한 법적 결과를 동반한다. 따라서 다른 어떤 사회도 부르주아 사회만큼 이렇게 법 관념을 (실질적, 일상적 활용을 위해) 필요로 하지 않으며, 법 관념을 이렇게 자세히 발전시키지 않고, 법 관념을 일상적 교환을 위한 이처럼 본질적인 수단으로 변형하지 않는다.”

26) Marx, *Capital*, vol. I, op. cit., p. 168.

므로, 그들에게는 이러한 질문이 결코 제기되지 않는다. 마르크스주의 이론은 사회형태들의 비밀에 파고들고, 모든 사회적 관계를 인간 그 자체로 환원하려고 [즉 인간을 사회적 관계의 총합(ensemble)로 보려고] 노력하므로, 이러한 임무가 첫 번째 자리를 차지해야만 한다.

### 3장 관계와 규범

자본주의 사회의 부가 상품의 막대한 축적이라는 형태를 취하는 것처럼, 사회는 법적 관계의 끝없는 고리로서 나타난다.

상품교환은 원자화된 경제라는 성질을 띤다. 사적이고 고립된 경제는 교환을 통해 연결을 유지한다. 주체 사이의 법적 관계는 상품이 된 노동생산물 사이에 맺어진 관계의 다른 측면일 따름이다. 법적 관계는 법 조직(legal tissue)을 구성하는 가장 기본적인 세포이며, 법 조직을 통해서만 법이 진정으로 작동할 수 있다. 그와 정반대로, 규범의 총체로서 법은 생명이 없는 추상에 지나지 않는다.

그렇지만, 표준적인 견해는 객관적인 법, 또는 규범이 논리적으로나 실제적으로나 법적 관계의 기초라고 받아들인다. 이러한 개념에 따르면, 객관적 규범이 법적 관계를 **발생시킨다**.

부채상환을 요구하는 권리에 관한 규범은 채권자가 일반적으로 상환을 요구하기 때문에 존재하는 것이 아니다. 정반대로, 규범이 존재하기 때문에 채권자가 상환을 요구한다. 법은 [이전에] 목격한 사례(instance)에서 귀납적으로 확립되는 것이 아니다. 오히려 법은 누군가가 확립한 하나의 규칙에서 연역적으로 확립된다.<sup>27)</sup>

“**규범이** 법적 관계를 **발생시킨다**”는 표현은 현실적인 의미로도, 논리적 의미로도 해석할 수 있다.

이 중에서 먼저 첫 번째[현실적 의미]를 살펴보자. 무엇보다 먼저, 규범의 총체는 성문화되어 있든 그렇지 않은 간에, 본래 문학적 창조성(literary creativity)의 영역에 더 가까이 속한다는 사실에 주목해야 한다. 이러한 상황은 법학자 자신들도 종종 인정한다.

이러한 규범의 집합은 오직 그 관계들 때문에 진정한 의미를 지니지만, [표준적 견해는] 그 관계가 그러한 규칙들과 일치하여 발생했다고 생각한다. [하지만] 규범의 집합은 사실 이런 방식으로 [즉 현실의 관계 때문에] 발생했다. 순수히 규범적인 방법을 가장 한결같이 옹호하는 한스 켈젠(Hans Kelsen)조차 사람들의 현실 생활, 즉 실제 행동의 한 단면이 어떻게 해서든지 이상적인 규범적 질서와 조화를 이루어야만 한다는 사실을 인정할 수밖에 없었다. 이런 의미에서 보면, 짜르 치하 러시아의 제정법(statute)이 현재 효력이 있는 법이라고 생각하는 것은 오직 정신병원에서나 가능하다. 형식을 중시하는 법적 방법론은 오직 “법으로 간주되는” 규범에만 관심을 둔다. 이러한 방법은 매우 좁은 한계 내에서만, 즉 사실과 규범 사이의 긴장이 일정한 한계를 넘어서지 않을 때만 자신의 독립성을 내세울 수 있다. 물질적 현실에서는 관계가 규범보다 우위에 있다. 한 사람의 채무자도 부채를 상환하지 않았다면, 그에 해당하는 규칙이 실제로 존재하지 않는다고 생각해야 할 것이다. 또한 그럼에도 불구하고 우리가 그러한 규칙의 존재한다고 확인하기를 원한다면, 우리는 어떤 식으로든 이러한 규범을 물신숭배의 대상으로 삼아야 할 것이다. 실제로 아주 많은 법 이론이 이러한 물신숭배와 관련이 있으며,

27) G. Shershenevich, *The General Theory of Law* (1910), Moscow, p.274.



매우 빈약한 방법론적 근거에 관한 선입견을 정당화한다.

객관적 사회현상으로서 법은 성문화되었든 그렇지 않은 간에, 규범 또는 규칙으로 다 환원될 수 없다. 엄밀한 의미의 규범, 즉 법의 논리적 내용에 담긴 규범은 이미 존재하는 관계에서 파생된다. 또는 만약 그 규범이 제정법으로 공포된다면, 그 규범은 하나의 징후, 즉 가까운 미래에 그에 해당하는 관계가 출현할 가능성을 어느 정도의 확률로 따져 볼 수 있게 하는 징후로서 나타날 뿐이다. 법이 객관적 존재라는 사실을 확인하기 위해서라면, 법의 규범적 내용을 아는 것만으로는 불충분하다. 이러한 규범적 내용이 실제로 실현된다면, 그러한 규범적 내용이 사회적 관계 내에 존재한다는 사실을 이해할 필요가 있다. 혼동을 낳는 공통의 원천은 도그마틱 법학자의 사고방법이며, 그들의 방법에서 따라 나오는 실효성을 지닌 법(*operative law*)과 실효성을 지닌 규범(*operative norm*)이라는 개념은 사회학자나 역사학자가 객관적인 실체를 지닌 법(*objectively substantive law*)이라고 이해하는 것과 일치하지 않는다.

도그마틱 법학자가 어떤 특정한 법의 규범이 실효성을 지니는가, 아닌가 문제를 결정할 때, 대체로 그는 특정한 객관적 사회현상이 존재하는가, 아닌가 문제를 염두에 두지 않는다. 그 대신에 그는 특정한 규범적 조항과 더 일반적인 규범적 전제 사이에 논리적 연관성이 있냐, 없냐는 문제만 관심을 둔다.<sup>28)</sup>

따라서 규범은 도그마틱 법학자에게 존재하는 유일한 것이며, 그러한 법학자는 그의 순수하게 기술적인 과업이라는 협소한 틀에 갇혀 있는 채로, 조용히 법과 규범을 동일시할 것이다. 관습법의 경우, 그는 어떻게 해서라도 현실을 향해 돌아서야만 한다. 그러나 제정법이 법학자의 유일한 규범적 가정이라면 (그의 기술적 언어로 표현해서, [제정법이 유일한] 법의 원천이라면), 실제적으로 존재하는 법을 연구하길 원하는 역사학자는 법학자의 결론이나, '실효성을 지닌' 법에 관한 법학자의 교리를 결코 의무적으로 따르지 않는다. 과학적, 즉 이론적 연구는 오직 사실만을 다룰 수 있다. 만약 특정한 관계가 실제로 형성되었다면, 이는 곧 그에 해당하는 법이 창조되었다는 뜻이다. 만약 어떤 제정법 또는 법령(*decree*)이 그저 공포되었을 뿐 그에 해당하는 관계가 실제로 나타나지 않았다면, 이는 법을 창조하려는 시도가 있었으나 실패했다는 뜻이다.<sup>29)</sup>

나아가 [법과 규범을 동일시하는] 이러한 명제를 수정하여, 규범 대신에 객관적인 사회적 규제력(*regulatory forces*)을, 또는 법학자의 표현을 따르자면, 객관적인 법 질서를 법의 주춧돌로 삼을 수도 있다.<sup>30)</sup> 그러나 이러한 새로운 공식에서도 그 명제는 그 전보다 더 강한 비판을

28) 우연히도, 러시아어에서 '효력을 발휘하는 법'(law in effect)와 '[논리적으로] 유의미한 법'(law in force)을 가리키는 용어는 동일한 뿌리에서 나온다. 독일어의 경우에는, 두 개의 매우 다른 동사를 사용함으로써 논리적 구별이 쉬워진다. 즉 *wirken*은 효력을 발휘한다(in effect), 또는 실현된다(being realized)는 뜻을 담고, *gelten*은 의미가 있다(being significant), 즉 더욱 일반적인 규범적 명제와 논리적으로 연관된다는 뜻을 담는다.

29) 여기서 표현된 관점은 발전의 요인으로서 계급의지나, 사회발전의 과정에서 계획적 개입의 자유화를 결코 부정하지 않으며, 또한 '경제주의'와 숙명론, 여타 끔찍한 것들을 의미하지도 않는다. 혁명적인 정치적 행동은 상당한 성취를 달성할 수 있다. 그러한 행동은 오늘 존재하지 않는 것을 내일에 실현할 수 있게 하지만, 과거에 실제로 존재하지 않았던 것을 낳을 수는 없다. 다른 예를 들어보면, 건물을 건설하겠다는 의도나, 심지어 건물 건설계획이 여전히 실제 건물이 아니라는 사실을 인정하더라도, 의도나 계획이 건물 건설에 핵심이 아니라는 결론이 도출되지 않는다. 그러나 계획을 넘어서 상황이 진척되지 않는다면, 우리는 건물이 건설되었다고 인정할 수 없다.

30) 하지만 사회적-규제적 활동이 과거에 고정된 규범 없이 작동될 수 있다고 선언하는 게 필요하다. 이른바 법관의 법형성(*judicial lawmaking*)[법관의 판결이 곧 법이 되는 경우]이 이루어진다는 사실 때문에 우리는 이러한 선언을 수긍한다. 중앙집중적인 입법이 일반적으로 아직 미지의 영역에 속했던

받을 수 있다. 만약 사회적 규제력이 규칙성(regularity)과 불변성(constancy)을 지닌다는 점에서 그[법적 관계]와 동일한 관계라고 해석한다면, 우리는 그저 동어반복을 볼 뿐이다. 그 대신에, 만약 사회적 규제력이 특정한 관계를 보장하고 보증하는 특별하고 의식적으로 조직된 질서라고 해석한다면, [법과 규범을 동일시하는 그 명제에 담긴] 논리적 오류가 완전히 분명하게 드러난다. 채권자와 채무자 사이의 관계가, [소송을 통해] 부채를 회수하도록 특정한 상황 속에서 존재하는 강제적인 질서에 의해 발생한다고 말하는 것은 불가능하다. 객관적으로 현존하는 질서는 관계를 보장하는 것이지, 그러한 관계를 발생시키는 것이 분명히 아니다. 이는 단지 스콜라주의가 아니다. 이처럼 외부에 대해 강압적이고 규제적인 사회적 장치의 기능작용에 있어서 완성도가 서로 다르다는 것을 보여주는 역사적 사례가 엄청나게 다양하게 존재하고, 그 결과로 [강압적, 규제적 사회적 장치가] 관계를 보장하는 정도가 매우 다양하다고 우리는 생각할 수 있고, 또한 [그 사례의 존재를] 발견할 수 있다는 사실은 이를 [즉 법 질서는 관계를 보장하는 것이지 발생시키는 것은 아니라는 점을] 가장 훌륭히 입증한다. 게다가 이러한 관계 자체는 [법 질서 때문에] 어떤 구조적 변화를 겪지 않는다. 우리는 하나의 극단적 상황, 즉 관계에 참여하는 두 당사자 외에 규범을 수립하고 규범의 준수를 보장하는 다른 제삼자의 힘이 존재하지 않는 상황을 가정할 수 있다. (예를 들어 바랑기아[북게르만] 사람들과 그리스 사람들이 어떤 계약을 맺은 상황.) 그렇다고 하더라도 이런 경우에 관계는 남아 있다. 그러나 우리는 한 당사자, 다시 말해 서로 구별되는 자율적 이해관계의 담지자로서 주체가 사라지는 상황을 [예를 들어 바랑기아와 그리스 사람 중 어느 한쪽이 사라지는 상황]을 곧 상상해 볼 필요가 있는데, 그럴 경우 바로 그 관계의 존재 가능성이 사라진다.

이런 측면에서, 혹자는 우리가 객관적 규범으로부터 벗어나면, 법적 관계와 법적 주체라는 바로 그 개념이 정의(definition)가 없는 채로, 아직 결정되지 않은 채로 남아 있게 된다고 주장할 수도 있다. 일반적으로, 이러한 반대의견은 현대 법학의 실용적이고 경험적인 정신을 드러낸다. 현대 법학은 오직 하나의 진실만을 알 뿐이다. 즉 당사자가 어떤 제정법의 적절한 구절에 의존할 수 없다면, 어떤 소송도 패배한다는 사실 말이다. 하지만 객관적 규범 외부에서는 법적 주체와 법적 관계가 존재하지 않고, 그것을 정의할 수 없다는 이러한 믿음은, 수요와 공급이라는 틀 외부에서는 가치가 존재하지 않고 또 가치를 정의할 수 없다는 [경험주의적] 믿음과 마찬가지로 이론적 오류다. (왜냐하면 경험을 통해 보더라도, 가치는 바로 그 가격변동 속에 반영되기 때문이다.)

널리 퍼져있는 법 사상 유파는 규범이 권위를 통해 확립된 규칙 또는 행동이라고 처음부터 받아들이며, 그[한계효용 경제이론]과 동일하게도 매우 분명한 경험주의라는 특징을 지니며, 극단적이고 맥 빠진 형식주의를 동반한다([한계효용] 경제이론에서 이러한 형식주의도 찾을 수 있다).

수요와 공급은 결코 노동생산물이 아닌 대상을 포함하여, 모든 대상에서 존재할 수 있다. 이러한 사실로부터, 특정한 상품을 생산할 때 요구되는 사회적 필요노동 시간을 전혀 고려하

---

시대에, 법관의 법형성이 지닌 중요성은 특히 분명하다. 따라서 고대 독일에 있던 법관들의 관점에서 볼 때, 외부적으로 주어진 하나의 규범이라는 개념은 전적으로 낯선 것이다. 참심제(Schoffengericht)[시민이 법관으로 참여하는 제도]의 경우, 모든 유형의 규칙을 모아놓은 집합체가 있었지만, 그게 곧 구속력이 있는 법이라는 뜻이 아니었다. 법관이 그러한 집합체를 통해 자신의 의견을 형성했다는 점에서 볼 때, 그 집합체는 법관 스스로 [적절한 판결을] 발견할 수 있도록 돕는 도구였다. 다음을 보라. J. Stintzing, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* (1880), vol.I, p.39.

지 않고도 가치를 정의할 수도 있다는 [한계효용 이론] 결론이 도출될 수 있다. 개별화된 가치라는 경험적 사실이 한계효용이라는 형식-논리적 이론의 기초로서 기능한다.

이와 유사하게, 국가가 공포한 규범은 매우 다양한 질을 지닌 매우 다양한 대상을 다룰 수 있다. 이로부터, 법의 본질이 더 상위에 있는 권위에서 비롯된 명령 또는 질서로 환원되며, 사회적 관계라는 바로 그 실체는 법 형태를 산출할 수 있는 어떤 요소도 지니지 않는다는 추론이 나올 수도 있다. 국가에 의해 보호를 받는 관계가 더 안전하다는 경험적 사실이 법 실증주의라는 형식-논리적 이론의 기초로 자리잡는다.

우리의 논점은, 역사유물론이라는 마르크스주의 용어로 표현할 때, 법적 상부구조와 정치적 상부구조 사이의 관계라는 문제로 요약된다. 만약 어떤 규범이 모든 관계의 지배적 요소로 인식된다면, 우리는 법적 상부구조를 찾기 전에, 규범을 확립하는 권위, 즉 다른 말로 표현하면 정치조직이 존재한다고 가정해야만 한다. 따라서 우리는 법적 상부구조가 정치적 상부구조에서 파생된다고 결론을 내려야만 할 것이다.

하지만 마르크스 자신은 법적 구조를 구성하는 지층 중에서 기본적인 가장 깊은 곳에 있는 지층, 즉 소유관계는 하부구조와 매우 가깝게 인접해 있어서, 소유관계가 “법적인 언어로 표현된 바로 그 생산관계”라고 강조한다. 국가, 즉 정치적 계급지배 조직은 생산과 소유라는 명확한 관계로부터 발전한다. 논리적으로 표현하면, 생산관계는 마르크스가 헤겔을 따라서 시민사회라고 부른 것을 구성한다. 정치적 상부구조, 특히 국가장치는 이차적이며, 파생적인 요소다.

마르크스가 시민사회와 국가의 관계를 마음에 그린 방식은 다음과 같은 인용문에서 분명히 나타난다.

시민사회의 자기중심적 개인은 감각이 존재하지 않는 자신의 상상 속에서, 생명력이 없는 추상화 속에서 그 자신이 하나의 원자, 즉 [다른 개인과] 관계를 맺지 않으며, 자기충족적이며, 욕구가 없고, 절대적으로 충만하며, 신성한 존재라고 부풀려 생각한다. 그러나 신성하지 않고 감각적인 현실은 그의 상상을 신경쓰지 않는다. 그의 감각은 그의 외부에 있는 세계와 개인의 존재를 받아들이도록 강제하며, 심지어 그의 불경한 위장(胃臟)은 그의 외부에 있는 세계가 텅비어 있지 않고, 현실로 채워져 있다는 사실을 매일 깨닫게 한다. 그 개인이라는 존재의 모든 행동과 특성, 그의 생사가 걸린 모든 충동 각각은 하나의 욕구, 하나의 필요가 되며, 이러한 욕구와 필요 때문에 그의 자기 추구는 그의 외부에 있는 다른 사물이나 인간 존재에 대한 추구로 변형된다. 그러나 한 개인의 욕구가 그 욕구를 충족시킬 수 있는 또 다른 자기중심적 개인에게는 고유한 의미가 없고, 따라서 그 개인의 욕구는 곧바로 욕구의 충족으로 연결되지 않으며, 각 개인은 이러한 연결을 창출해야만 한다. 즉 한 개인의 욕구는 다른 개인의 욕구와 이 [다른 개인이 품은] 욕구의 대상 사이의 매개물이 된다. 따라서 시민사회의 구성원이 함께 있도록 유지하는 것은 바로 자연적 필요이고, 본질적 인간특성이며 (이러한 인간특성이 아무리 멀리 떨어져 있는 듯 보이더라도), 또한 이해관계다. 정치생활이 아니라 시민생활이 그 개인들 간의 진정한 연결선이다. 따라서 시민사회의 원자를 함께 모아 유지하는 것은 국가가 아니라, 다음과 같은 사실이다. 즉 개인들은 자신이 펼치는 공상의 천국에서나 원자일 뿐이며, 달리 말하면, 그들은 신성한 자기중심주의자 아니라 자기중심적인 인간일 따름이라는 사실 말이다. 지

금 오직 정치적 미신만이 국가에 의해 시민생활이 유지되어야만 한다고 여전히 상상할 뿐이다. 반면 현실에서는 그와 정반대로, 국가가 시민생활에 의해 유지된다.<sup>31)</sup>

마르크스는 다른 글, 「비판의 도덕화와 비판적 도덕」에서 동일한 문제로 되돌아 오는데, 이 글에서 그는 진정한 사회주의의 대표자 하인첸을 격렬히 비판하며 다음과 같이 썼다. [마르크스는 『공산주의자 선언』에서 반동적 사회주의의 한 흐름으로 ‘독일 사회주의 혹은 진정한 사회주의’를 다룬다.]

만약 일반적으로 부르주아가 정치적으로, 즉 국가권력의 도움을 받아 “부당한 소유관계를 유지한다”라고 한다면 [마르크스는 여기서 하인첸의 말에 인용부호를 붙였다], 국가권력이 그 소유관계를 창조한 게 아니라는 뜻을 담는다. 현대적 분업, 현대적 교환·경쟁·집적 형태 등등의 도움을 받은 “부당한 소유관계”는 부르주아 계급의 정치적 지배에서 나오는 게 아니다. 정반대로, 부르주아 계급의 정치적 지배는 이러한 현대적 생산관계에서 파생된다. 부르주아 경제학자는 이러한 현대적 생산관계가 불가피하고 영원한 법칙이라고 선포한다.

따라서 생산관계에서 법적 관계, 또는 소유관계로 가는 길은 이른바 실증주의 법학이 상상하는 것보다 짧으며, 실증주의 법학은 국가권력과 국가의 규범 사이의 연쇄가 없다면 기능할 수 없다. [마르크스주의의] 일반적인 법 이론은 이와 동일한 기본적 가정에서 비롯되어야만 한다. 따라서, 예를 들어, 매매계약의 법적 관계가 발생하기 위해서는 반드시 경제적 교환관계가 존재해야 한다. 법의 현실 작동을 보면, 경제적 관계가 법적 관계의 원천이 되며, 법적 관계는 논란이 벌어지는 순간에 처음으로 나타난다. 분쟁, 즉 이해갈등은 법 형태, 법적 상부구조를 이끌어 낸다. 분쟁, 즉 소송이 벌어질 때, 이전에 경제활동에 참여한 당사자들이 [바로 그 소송의] 당사자, 즉 법적 상부구조의 참가자[원고와 피고]로서 등장한다. (여기서 법원은 법적 상부구조의 가장 시원적 형태다. 또한 이러한 법원은 탁월한 법적 상부구조다.) 재판절차를 통해서 법적인 것(the legal)은 경제적인 것(the economic)으로부터 추상화되며, 독립적인 요소로서 부상한다. 역사적으로 보면, 법은 분쟁으로부터, 즉 [소유권의] 청구(claim)로부터 출현했고, 그 후에야 법이 그 이전의 (순수하게 경제적이거나 실제적인) 관계와 중첩되었다. 따라서 바로 출발점부터 법은 경제적인 성격과 법적 성격, 양자의 성격을 모두 띠었다. 도그마틱 법학은 이러한 순서를 무시하며, 곧바로 최종결과, 즉 추상적인 규범에서 시작한다. 달리 표현하자면, 이러한 추상적인 규범을 통해서 국가가 자신의 행위를 사법화(司法化)하며, 모든 사회적 공간에 주입한다. (극단적으로 단순화된 관점에 따라 매매, 신용, 대부 등등의 관계에 관해서) 정의를 내릴 때 쓰이는 기본요소는 이러한 관계에 담겨 있는 실제적이며 물질적인 경제적 내용이 아니며, 국가의 이름으로 개인에게 지시를 내리는 명령이다. 이러한 [도그마틱 법학의] 출발점은 법 실무자(legal practioner)가 구체적인 법적 구조를 연구하고 설명할 때나, 특히 가장 일반적으로 정의할 때의 법적 형태를 분석할 때에 쓸모가 없다. 국가권력은 법적 구조에

31) K. Marx and F. Engels, *The Holy Family, or a Critique of Critical Criticism* (1844), in *Marx and Engels Collected Works* (1975), Progress Publishers, Moscow, vol.4, pp.120-121. [『칼 맑스 프리드리히 엥겔스 저작 선집』, 1권, 박종철출판사, pp. 109-110.]

명확성과 안정성을 주입하지만, 물질적 생산관계에 뿌리를 둔 그 [법의] 전제조건을 창조하는 게 아니다.

물론 굼플로비치는 그의 책 『법치국가와 사회주의』(*Rechtsstaat und Sozialismus*)에서 국가, 즉 정치적 지배의 최우선성을 선포하면서, [도그마틱 법학과] 직접적으로 정반대에 위치한 결론에 도달한다. 그는 로마법의 역사를 참조하면서, “모든 사법(私法)은 한때 공법(公法)이었다”라는 사실을 증명하는 데 성공했다고 생각한다. 그의 의견에 따르면, 이는 예를 들어, 로마 민법에 담긴 가장 중요한 모든 핵심원리가 지배계급의 특권으로서, 승리를 거둔 집단이 권력을 공고히 할 목적으로 그 집단의 수중에 장악한 공법상의 이점으로서 등장했기 때문이다.

이러한 이론이 계급투쟁이라는 요소를 강조하며 사적 소유와 권력의 등장에 관한 목가적인 관점에 종말을 고했다는 한에서는 설득력이 있다는 사실을 부정할 수 없다. 그러나 굼플로비치는 두 가지 중요한 오류를 범했다. 첫째, 그는 강제력(coercion)에 그렇게 구성적인 역할을 부여하면서, 다음과 같은 사실에 관한 시야를 잃었다. 즉 모든 사회질서는 (정복에 기초하여 형성된 질서를 포함하여) 사회적 생산력의 특정한 상태에 의해 결정된다는 사실 말이다. 둘째, 그는 국가에 관해 말하면서, 원시적인 지배형태와 현대적인, 즉 부르주아적인 의미에서의 “공권력” 사이의 어떤 차이도 지워버린다. 따라서 그는 사법(私法)이 공법(公法)에 의해 발생되었다고 추론한다. 그러나 고대 로마의 시민법(*ius civile*)에서 가장 중요한 핵심원리(소유, 가족, 상속절차[를 다루는 원리])는 지배계급이 자신의 지배를 지지하기 위해 창조했다는 사실로부터 180도 정반대의 결론, 즉 “모든 공법은 한때 사법이었다”는 결론을 도출할 수도 있다. 이러한 명제도 [굼플로비치의 명제와 마찬가지로] 진실이거나, 아니면 거짓일 것이다. 왜냐하면 사법과 공법의 대립은 훨씬 더 발전된 관계에 상응하며, 원시적 시대에서는 [이런 대립이] 의미가 없고, [양자의 구분을] 적용할 수도 없다. [로마] 시민법의 핵심원리에 현대적 용어법을 적용할 때 공법과 사법, 각각의 특징이 진정으로 혼합되어 있었다면, 이러한 핵심원리는 종교적인 요소나, 더 넓은 의미에서 제사의례적 요소도 동일하게 담고 있었다. 결과적으로, 이러한 [관계의] 발전수준에서는, 일반적인 개념체계 내에 있는 그 [발전수준의 개념적] 반영물에서 순수한 법적 요소를 분리할 수 없었다.

하나의 체계로서 법은 국가의 필요 때문에 발전된 게 아니라, [공권력의] 권위가 작동하는 단일한 영역 내에 있지 않은 부족들 간의 상업적 관계에 필요한 조건이기 때문에 발전되었다. 덧붙이자면, 굼플로비치도 이러한 사실을 인식한다. 외부 부족이나 유목민, 평민(plebeian)[귀족(partician)이 아닌 사람], 일반적으로 말하자면 (굼플로비치의 용법을 따를 때) 공법이 적용되는 연합체(union)에 속해 있지 않은 사람들과의 상업적 관계는 만민법(*ius gentium*)을 도입하게 했다. 만민법은 순수한 형태를 취하는 법적 상부구조의 원형이었다. 변하지 않고 고정적이며 무겁고 답답한 형태를 취하는 시민법과 정반대로, 만민법은 목적과 관계 없는, 즉 경제적 관계의 자연적 기초와 관계 없는 모든 것을 폐기했다. 공법은 이러한 [경제적] 관계의 특성을 구체적으로 표현하고, 따라서 ‘자연’법으로서 등장한다. 즉 공법은 이러한 [경제적] 관계를 최소한의 가정으로 환원하려고 애쓰기 때문에, 따라서 논리적으로 구조화된 하나의 체계로 손쉽게 발전한다. 굼플로비치가 법적 논리를 [로마] 민법학자의 논리와 동일시한 것은 의심할 바 없이 옳바르다. 하지만, 사법(私法)의 체계가 말하자면, 공권력에서 유래한 파생적 양식으로서 발전할 수 있었다는 그의 생각은 오류다. 그가 품은 생각의 흐름은 대략 다음과 같다. 즉, 사적인 분쟁이 권력기관의 이해관계를 직접적으로나 물질적으로 건드리지 않기 때문에, 권력기관은 이러한 [사적] 영역에서 법학자들이 자신의 지적 능력을 개선하도록 그들의 법전

에 완전한 자유를 부여했다. 역으로 공법의 영역에서는 현실이 법학자의 노력에 저항했는데, 권력기관이 자신의 문제에 관한 참견을 참지 않고, 법적 논리가 전능하다고 인정하지 않았기 때문이다.

법적 개념이 지닌 논리가 상품생산의 사회적 관계에 담긴 논리와 조응한다는 사실, 그리고 사법(私法) 체계의 역사를 이룬 [상품생산] 관계에서 찾아야지 권력기관이 행사하는 [법적용의] 특별면제(dispensation)에서 찾으려 안 된다는 사실은 가장 분명하다. 정반대로, 지배와 종속의 논리적 관계는 법적 개념 체계 내에 오직 부분적으로만 포함된다. 따라서 국가의 법적 개념은 결코 하나의 이론의 될 수 없고, 사실에 대한 이데올로기적 왜곡으로서 언제나 나타날 것이다.

법적 상부구조의 첫 번째 층[가장 아래에 있는 층]이 존재한다면, 우리는 법적 관계가 인간들 간의 현존하는 물질적 생산관계에서 직접 발생된다는 사실을 발견한다.

이로부터, 가장 단순한 형태를 취하는 법적 관계를 분석할 때, 외부적 권위가 행하는 명령으로서 규범이라는 개념에서 출발할 필요가 없다는 결론이 나온다. 법적 관계의 “내용은 경제적 관계, 그 자체로부터 발생한다”(마르크스)는 사실을 기초로 삼고, 이러한 법적 관계의 부분적 측면 중 하나로서 ‘법’ 형태를 연구하면 충분하다.

역사적 현실에서 규범이 법적 관계의 전제조건이라고 생각해야 하나는 문제는 법적 상부구조와 정치적 상부구조 사이의 관계라는 문제로 우리를 이끌었다. 논리적이고 체계적인 견지에서 보면, 그 [법적 상부구조와 정치적 상부구조의 관계] 문제는 객관적인 법과 주관적인 법 사이의 관계로 보인다.

뒤기(Duguit)는 헌법에 관한 글에서 ‘법’(droit)이라는 단어가 “의심할 바 없이 깊숙하게 섞여 있으나, 서로서로 지극히 다른 것들”을 의미한다는 사실에 주목하라고 요구했다. 여기서 그는 객관적이고 주관적인 의미에서 법을 말하고자 한다. 사실 바로 여기서 우리는 법의 일반 이론에서 가장 밝혀지지 않았고, 가장 논란이 큰 영역 중 하나에 도달한다. 우리 앞에 낯선, 어떤 이중적 개념이 존재한다. 그런데, 양 측면은 서로 다른 수준에 자리잡고 있으나, 그럼에도 불구하고 그 양 측면은 의심할 바 없이 상대방의 조건이 된다. 법은 외부적 권위가 가하는 규제의 형태이자, 그와 동시에, 주관적인 사적 자율성의 형태이기도 하다. 전자[외부적 권위가 가하는 규제]의 기본적이고 본질적인 특징은 무조건적 의무와 외적 강압인 반면, 자유는 한정된 경계 내에서만 보장되고 인정된다. 법은 사회조직의 기초이자, 개인이 “아직 사회에 통합되어 있으나, [사회로부터] 분리할” 수단으로 등장한다. 법은 한편으로는, 외부적 권위를 완전하게 통합하며, 다른 한편으로는, 법이 인정하지 않는 모든 외부적 권리를 완전하게 반대한다. 공식적인 국가권력의 동의어이자, 혁명적 투쟁의 슬로건인 법이 지닌 이중성은 무제한의 논쟁과 가장 곤란한 혼란이 벌어지는 검투장이다.

이처럼 심층적이고 숨겨진 모순에 대한 자각은 이렇게 골칫거리인 [객관적인 법과 주관적인 법이라는] 개념적 양분(兩分)을 어떻게든 제거하려는 굉장한 노력을 낳았다. 이런 목적으로, 다른 ‘의미’를 희생하여 어떤 하나의 ‘의미’를 채택하려는 시도가 결코 적지 않았다. 따라서, 예를 들어, 바로 그 뒤기는 논문에서 객관적이고 [동시에] 주관적인 법이라는 개념이 “성공적이고, 소중하고 정확하다”고 선언하며, 다른 글에서는 주관적 법이 “그저 잘못된 생각일 뿐이며, 우리가 속한 현실주의와 실증주의의 시대에는 옹호할 수 없는 형이상학적 개념”이라는 증거를 다듬는다.

그 반대 경향에서 독일의 대표자는 비얼링(Bierling)이며, 우리[러시아] 중에서는 페트라지츠키(Petrazhitsky)가 이끄는 심리주의자인데, 이러한 경향은 객관적인 법이라는 것이 “하나의 환상”이고, 현실적 의미를 상실한 “하나의 감정적인 투영물”이며, 내부적 즉 심리적 과정의 객관화(objectification)가 낳은 산물 등등 이라고 선언하는 성향을 보인다.

우선은 그와 관련된 심리주의 학파와 경향을 버리고, 법이 오로지 객관적인 규범일 따름이라고 해석해야 한다는 견해를 검토해보자. 이러한 개념에서 출발할 때, 우리에게는 한편으로는 반드시 해야 하는 행위에 관한 권력기관의 지시(prescription)(또는 규범)이 있고, 다른 한편으로는 그러한 지시에 조응하며, 그 지시에 의해 발생한 주관적 규범이 있다.

이원론이 분명히 뿌리채 뽑히지만, 이는 그저 일시적 승리일 뿐이다. 왜냐하면 우리가 이러한 공식을 실천적으로 적용하기를 시작하자마자, 우회적이고 간접적인 경로를 통해서 주관적 법을 개념적으로 창조하는 데 필요한 그러한 윤곽선을 도입하려는 즉각적인 시도가 발생하기 때문이다. 이제 우리는 동일한 이분법으로 되돌아가는데, 유일한 차이가 있다면, 그 한 쪽, 즉 주관적 법이 일종의 유령이라고 부자연스럽게 묘사한다는 점이다. 즉 명령(imperatives)과 의무(obligations)의 조합은 독립적이고 진정한 의미의 주관적 법, 즉 부르주아 사회의 소유자가 구현했다는 의미의 주관적 법을 우리에게 제공할 수 없다고 묘사한다. 실제로 [일시적 승리일 뿐이라는] 이러한 사실을 확신하려면 단지 소유권이라는 사례를 드는 것만으로도 충분하다. 만약 재산법(law of property)이 제삼자에게 명령하는 **금지규정(prohibition)**이라고 축소하려는 시도가 논리적 혼란이고, 볼품 없고 정반대로 뒤집어진 개념에 지나지 않는다고 한다면, 부르주아 재산법을 하나의 사회적 의무로 묘사하는 것도 신비화에 불과하다.<sup>32)</sup>

모든 소유자와 그의 주변에 있는 모든 사람은 소유자로서 그에게 속한 권리와 의무 사이에 단지 공통점이 아주 많을 뿐이라는 사실을 분명히 이해하고 있다. 즉 권리와 의무는 완전히 반대의 것이다. 주관적 법은 사회생활에 대한 외부적, 즉 의식적(conscious) 규제와 독립적으로 존재하는 물질적 이해관계에 궁극적으로 기초하고 있으므로, 최우위성을 지닌다.

32) 고이히바르(Goikhbarg)는 러시아 소비에트 연방 사회주의 공화국(RSFSR)의 민법전을 해설하면서 선진적인 부르주아 법학자도 사적 소유를 자의적인 주관적 법으로 보는 것을 여전히 거부하며, 오히려 그들은 사적 소유가 개인에게 발생된 권리이자, 전체에게 부과되는 실정적인(positive) 의무로 본다는 점을 강조한다. 특히 고이히바르는 뒤기에 의지한다. 뒤기는 자본 소유자가 법의 보호를 받아야 하는데, 그의 자본을 올바르게 이용한다는 사회적으로 유용한 기능을 완수하기 때문에, 또는 완수하는 한에서 그렇다고 확인한다.

소유자는 사회적 의무를 완수할 때만 보호를 받을 것이라는 뒤기의 언급은 그렇게 일반적인 형태로 말한다면 아무런 의미가 없다. 이러한 언급은 부르주아 국가의 경우에는 위선이며, 프롤레타리아 국가의 경우에는 사실의 은폐다. 왜냐하면, 만약 프롤레타리아 국가가 소유자 각각에게 사회적 기능을 직접 할당할 수 있다면, 소유자가 자신의 소유를 [자유롭게] 배치할 수 있는 권리를 빼앗음으로써 달성될 것이기 때문이다. 그리고 일단 프롤레타리아 국가가 **경제적인 이유에서** 이를 [즉 사회적 기능의 할당을] 할 수 없을 때라면, 이는 프롤레타리아 국가가 엄밀한 의미에서 사적 이해관계를 부득이하게 보호할 수밖에 없으며, 그런 사적 이해관계에 어떤 수량적인 제약을 가할 수 있을 뿐이라는 의미를 지닌다. 일정한 화폐량을 축적했던 모든 엑스(X)가, 단지 축적된 화폐를 사회적으로 유용하게 사용했거나 사용할 것이라는 이유로, 우리의 법과 법원에 의해 보호를 받는다고 확인하는 것은 환상일 것이다. 그러나 고이히바르 동지는 이처럼 가장 추상적인 형태(즉 화폐형태)를 취하는 자본주의적 소유를 망각하면서, 자본이 생산자본을 구성하는 구체적인 물질적 형태로만 존재하는 듯이 주장을 펼친다. 사적 소유의 반(反)사회적 측면은 오직 실제적으로만, 즉 시장[의 약화, 소멸]을 대가로 사회주의적 계획경제를 발전시킴으로써만 무기력해질 것이다. 그러나 어떤 공식도, 심지어 가장 선진적인 서방 법학자에서 유래하는 공식도, 우리의 민법전에 기초하여 체결된 모든 거래를 사회적으로 유용한 거래로 변형할 수 없고, 모든 소유자를 사회적 기능을 완수하는 사람으로 변형할 수 없다. 사적 경제와 사법(私法)을 것처럼 말로만 초월하는 것은 진정한 초월이 나타날 수 있는 조건을 그저 은폐할 뿐이다.

가능한 모든 요구의 담지자이자 수취인인 주체와, 서로 제시한 요구에 의해 결합된 주체의 연결고리는 경제적 조직(fabric), 달리 말해 분업과 교환에 의존하는 사회적 생산관계에 조응하는 기본적인 법적 조직(fabric)다.

강제력을 행사하는 기구를 포함하여, 사회조직은 우리가 반드시 주목해야 하는 구체적 총체다. 앞에서 우리는 가장 순수하고 단순한 형태를 취하는 법적 관계에 대해 알아보았다. 따라서 명령 또는 지시의 결과로서 의무는 법 형태를 고찰할 때 이제 [가장 순수하고 단순한 형태의 법적 관계를] 구체화하며, 복잡하게 하는 요인이다. 가장 추상적이고 단순한 형태를 취하는 법적 의무는 주관적인 법적 청구권의 표현이자 상관물이라고 이해해야만 한다. 법적 관계를 분석할 때, 우리는 의무가 법 형태의 논리적 내용을 모두 망라하지 않는다는 사실을 분명히 이해한다. 심지어 의무는 법형태의 독립적인 요소도 아니다. 의무는 언제나 고유한 법적 권리의 표현이자 상관물로서 등장한다. 한 당사자의 의무(예를 들어 상환해야 하는 채무)는 다른 사람에게 빚을 진 것이고, 따라서 다른 사람에게 속한 것이다. 법적 권리라는 범주는 권리의 담지자이자 소유자를 포함할 때에만, 그리고 바로 그 사람의 권리가 다른 사람이 그에게 행해야 할 의무, 그 이상도 그 이하도 아닐 때에만, 논리적으로 완전해진다.

따라서 법적 관계는 현실에서 작동하는 법을 발생시킬 뿐만 아니라, 논리적 범주로서의 법에 담긴 가장 전형적인 특성도 드러내 보인다. 역으로, 요구되는 바에 대한 처방(prescription)으로서 규범 그 자체는 법의 구성요소인 것과 마찬가지로, 도덕, 미학, 기술체계(technology)의 구성요소다.

법적 질서는 분리되어 있고, 사적인 주체들로 구성된다는 점에서, 다른 모든 사회적 질서와 구분된다. 법의 규범은 그 종차(種差)를 획득하며, 일군의 일반적인 규제적 규칙, 즉 도덕적 규칙, 미학적 규칙, 공리주의적 규칙 등등과 구분된다. 왜냐하면, 법적 규범은 어떤 권리를 부여받고, 실제적으로 그 권리를 행사하는 사람을 전제로 상정하기 때문이다.

외부적 규제라는 통념을 법에 담긴 기본적인 논리적 요소로 삼으려는 시도는 법을 권위에 의해 확립된 사회질서와 동일시하는 입장으로 이어진다. 이러한 법사상 경향은 대규모 자본주의적 독점과 제국주의적 정책이 맨체스터 학파[19세기 전반 자유무역을 주창한 고전학파]와 자유경쟁을 대체하던 시대의 정신을 실제로 반영한다.

외부적 규범, 즉 확립된 권위에 대한 무조건적인 복종이라는 관념이 법적 형태와 공통점이 전혀 없다는 사실을 입증하는 것은 어렵지 않다. [무조건적인 복종] 극단적으로 엄격하다는 점에서 매우 두드러진 사례들, 그리고 따라서 그러한 [복종] 구조를 가장 분명히 보여주는 사례들을 제시하는 것만으로도 충분하다. 하나의 사례는 군 부대로, 그곳에서 사람들의 대다수는 행동을 취할 때 일반적인 명령에 종속되며, 그러한 명령이 나오는 단일하며, 능동적이며, 자율적인 기원은 지휘관의 의지다. 또 다른 사례는 예수회(Jesuit)[1540년에 창설된 남성 수도단체] 질서다. 이곳에서 모든 회원은 맹목적으로, 어떤 불평도 없이 지도자의 의지를 완수한다. 이러한 사례를 생각해보기만 하더라도, 권위적 규제라는 기초가 더 한결같이 적용될수록, 따라서 분리되어 있으며 자율적인 의지가 가리키는 바를 배제하면 할수록, 법이라는 범주를 적용할 기회가 적어진다는 결론을 충분히 내릴 수 있다. 이는 이른바 공법 분야에서 특히 선명하게 느껴진다. 공법 분야에서 법철학은 가장 거대한 난점들에 직면한다. 민법은 가장 중요하고 기본적인(primary) 법 수준에서 작동하고, 주관적인 권리라는 개념을 광범위하게, 확신을 품고 사용하지만, 이러한 개념을 공법 이론에 적용하면 오해와 모순이 지속적으로 발생한



다. 따라서 민법 체계의 특징은 단순성, 명확성, 완전성이지만, 공법 이론은 뿔뿔하고, 인위적이며, 기괴하게도 일방적인 구성개념들로 가득 차 있다. 주관적인 법적 권위라는 측면을 지닌 법 형태는 사적이고 자기중심적인 이해관계를 지닌 원자화된 담지자들로 구성된 사회에서 태어난다. 모든 경제생활이 독립적인 의지들 간의 합의라는 원리에 따라 구성될 때, 모든 사회적 기능은 어떤 방식이든 간에 명쾌하게 법적 성격을 띠며, 달리 말하면 단지 하나의 사회적 기능일 뿐만 아니라 이러한 기능을 완수하는 사람의 법적 권리가 된다. 하지만 사적 이해는 자연스럽게도 부르주아 사회의 경제에서 완전히 발전되고 너무도 강력한 중요성을 얻을 수 있지만, 정치조직에서는 그럴 수 없기 때문에, 심지어 주관적인 공적 권리도 덧없거나, 진정한 뿌리가 없는 무언가처럼 취급 당하고, 변함없이 의심을 받는다. 그와 동시에, 국가는 법적인 상부구조가 아니지만, 그렇다고 **상상할 수** 있을 뿐이다.

법 이론은, 예를 들어, '의회'의 권리, '행정부'의 권리 등등을 부채를 돌려받을 채권자의 권리와 동일시할 수 없다. 이는[양자를 동일시하는 것은] 부르주아 이데올로기가 가정하는 보편적이고 비인격적인 이해관계를 지닌 국가에 의한 지배[라는 핵심 관념]를, 서로 분리된 사적 이해관계라는 핵심 관념으로 교체한다는 함의를 지닌다. 그러나 그와 동시에 모든 법학자는 그로부터 점점 멀어지고 있는 법 형태가 없다면, 이러한 [의회, 행정부의] 권리에 다른 어떤 기본적 내용을 부여할 수 없다는 사실을 알고 있다. 공법은 사법(私法) 형태가 정치조직 영역에 반영된 것으로서만 존재할 수 있으며, 그렇지 않다면 더 이상 법일 수 없다. 사회적 기능을 정말로 그 자신으로, 즉 그저 사회적 기능으로 묘사하고, 규범을 그저 [사회]조직화의 규칙으로 묘사하려는 시도는 법 형태의 절멸을 의미한다. 하지만 법 형태와 법 이데올로기를 초월할 수 있는[소멸시킬 수 있는] 진정한 전제조건은 개별적인 사회적 이해관계 사이의 충돌 그 자체가 불필요해지는 사회적 상태다.

부르주아 사회의 전형적인 특징은 일반적 이해관계가 사적인 이해관계와 분리되어 있고, 대립한다는 사실에 있다. 그러나 이러한 대립에서 일반적 이해관계는 마지못해 사적인 이해관계의 형태, 즉 법 형태를 채택한다. 따라서 예상할 수 있는 것처럼, 국가조직의 법적 요소는 사적인 이해관계, 즉 적대적이고, 서로 분리되어 있는 [사적] 이해관계와 조화를 이루는 게 가장 중요하다.

따라서 비유적으로 말하자면, 공법이 사법으로부터 지속적으로 갈라져 나와서, 그 자신을 민법의 대립물(antithesis)로 정립하려고 시도하며, 그런 후 자신이 민법에 대하여 인력(引力)의 중심인 것처럼 귀환하는 과정을 통해서만, 바로 그 공법이라는 개념이 발전할 수 있다.

이와 같이 정반대의 방향으로 가려는 시도, 즉 규범을 개념적 기반으로 활용하면서 사법(私法)의 일반적 정의를 찾으려는 시도는 모순으로 가득 차 있으며, 생명력이 없는 형식적 개념을 낳을 뿐이다. (그런데 [파슈카니스의 관점에서 볼 때] 사법(私法)에 대한 정의는 곧 법 일반에 대한 정의와 같다.) [정반대 방향으로 갈 때] 하나의 기능으로서 법은 더 이상 법이기를 멈추고, [법적 권력을] 지지하는 사적 이해관계가 없는 [법적] 권력은 이해하기 어렵고 추상적이며, 손쉽게 그 대립물, 즉 의무가 된다. (모든 공적 권리는, 권리인 동시에 의무다.) 이는 채권자가 채무를 상환 받을 법적 '권리'가 기본적이고, 분명하며, '자연적'이지만, 예상을 승인하는 의회의 법적 '권리'는 빈약하고, 의심스럽다는 사실과 같다. 민법의 경우, 만약 예링(Ihering)이 법의 징후(symptomatic)라고 부른 수준에서 스킨라 철학적인 논쟁이 벌어진다면, 법학의 바로 그 기초가 위험에 빠진다. 이는 방법론적 왜곡과 우유부단을 낳은 원천이다. 이것이야말로

로 법학을 사회학과 심리학의 혼종으로 뒤바꾸는 위협을 가한다.

## 제4장 상품과 주체

모든 법적 관계는 주체들 사이의 관계다. 주체는 법 이론의 원자이며, 즉 가장 단순하고 더 이상 축소할 수 없는 요소다. 그리고 이와 함께 우리는 분석을 시작한다.

관념론적 법 이론들이 어떤 일반적 관념에서 출발하여 주체 개념을 전개할 때, 즉 순수하게 사변적인 방식으로 주체 개념을 전개할 때, 그와 동시에 도그마틱 법학은 이 개념[주체 개념]을 형식적인 방식으로 사용한다. 도그마틱 법학에 있어, 주체란 “그들이 법적 관계에 참여하는 것이 적합한가, 적합하지 않은가를 따지면서, 현상들에 법적 자격을 부여하는 수단”에 불과하다. 따라서 도그마틱 법학은 왜 인간이 동물적 환경에서 법적 주체로 전환하는가 스스로 묻지 않는데, 왜냐하면 도그마틱 법학은 법적 관계가 이미 주어진 형태라고 간주하며 논의를 시작하기 때문이다.

정반대로, 마르크스의 이론은 모든 사회적 형태를 역사적인 것으로 간주하며, 따라서 이러저러한 범주가 현실이 되게 하는 역사적, 물질적 조건을 설명하는 것을 자신의 과제로 설정한다. 법적 관계, 또는 법적 주체들이 맺는 관계의 물질적 전제는 마르크스 본인의 『자본』 1권에 설명되어 있다. 마르크스가 에둘러서, 그리고 가장 일반적인 암시라는 형태로 설명했다는 것은 진실이다. 하지만 이런 암시는 인간의 관계들에 존재하는 법적 요소를 이해하는 데 있어서, 법의 일반이론을 다루는 여러 권의 논저보다도 훨씬 많은 것을 제공한다. 마르크스에게 주체 형태에 대한 분석은 상품 형태 분석에서 직접 도출된다.

자본주의 사회는 무엇보다 상품 소유자들의 사회다. 이는, 생산과정에서 인간의 사회적 관계가 노동생산물 안에서 사물화된 형태를 취하며, 사회적 관계 각각이 가치를 통해서 연결된다는 뜻이다. 상품은 사물이며, 상품의 구체적이고 다양한 유용성은 단지 가치라는 추상적 성질을 감싸는 단순하고 물리적인 껍질이 된다. 그리고 가치라는 추상적 성질은 다른 상품과 정해진 비율로 교환될 수 있는 능력으로 나타난다. 이러한 [가치라는] 성질은 인간의 의사와는 완전히 무관하게, 인간의 배후에서 작용하는, 어떤 유형의 자연법칙의 힘을 통해서 사물 그 자체에 내재하는 무언가로 나타난다.

그러나 상품은 그것을 생산하는 주체의 의사와 무관하게 가치를 획득하는 반면, 교환과정에서 가치의 실현은 상품 소유자의 편에서 보면 의식적이고 자유의지를 따르는 행동을 전제로 한다. 또는, 마르크스가 말하듯, “상품은 스스로 시장에 갈 수도 없고, 스스로 자신을 교환할 수도 없다. 그러므로 우리는 상품의 보호자 즉 상품소유자를 찾지 않으면 안 된다. 상품은 사물이므로 인간에게 저항하지 못한다. 만약 상품이 인간의 의사에 따르지 않는다면, 인간은 힘을 사용할 수 있다. 바꾸어 말해, 상품을 영유할 수 있다.”<sup>33)</sup>

따라서 생산과정을 통해서 노동생산물로 실현되고 기초적인 법칙[가치법칙] 형태를 취하는 인간의 사회적 관계는, 그 자신이 실현되기 위해서라면, 인간을 상품의 관리자이자, “그의 의사가 사물을 지배하는” 주체로 두는, 특별한 인간관계를 요구한다.

그렇기 때문에, 노동생산물이 상품이라는 성질을 취하고 가치의 담지자가 되는 것과 동시에, 인간은 법적 주체라는 성질을 취하고, 법적 권리의 담지자가 된다. “자신의 의사를 확고하

33) K. Marx, *Capital* (1867), op. cit., vol.1, p.84. [『자본론 1』 상권, 비봉출판사, p. 108.]

게 선포한 인간은 법적 권리의 주체다.”<sup>34)</sup>

이와 동시에 사회생활은 한편으로는, (마치 자연적으로 나타나는 듯한) 사물화된 관계의 총체로 환원되고, 이 관계 속에서 인간은 우리에게 사물로 나타난다. (물가수준, 잉여가치, 이윤 등등, 모든 경제적 관계들이 그렇다.) 다른 한편으로는, 사회생활은 사물과의 관계를 통해서만 인간을 정의하는 그러한 관계로 환원되며, 그럼으로써만 인간은 하나의 주체가 되거나, 법적 관계에 참여한다. 이 두 가지 기초 형태는 원리적으로 상이하지만, 그러나 그와 동시에 매우 밀접하게 연결되며 상호 의존적이다. 사회적인 생산관계도 두 가지 서로 어울리지 않는 형태로 동시에 나타난다. 즉 상품 가치라는 형태와, 권리 주체가 될 수 있는 인간 능력이라는 형태로 나타난다.

생산물의 유용성이라는 자연적 다양성이 상품 속에서는 가치를 덮는 단순한 가면이 되고, 동시에 인간노동의 구체적 종류들이 가치의 창조자인 추상적 인간노동 속에서 용해된다. 이와 같은 방식으로, 인간이 사물과 맺는 관계의 구체적인 다양성은 [상품] 소유자의 추상적인 의사로 나타나며, [인간의] 모든 구체적인 특이성은 (이러한 구체적 특이성이 호모 사피엔스 중 어떤 한 종을 다른 종과 구분케 한다), 법적 주체로서 인간 일반이라는 추상적 개념 속에서 용해된다.

만약 한 사물이 경제적으로 인간을 지배한다면, 이는 한 상품으로서 그 사물이 인간의 권한을 벗어나서 그 자체로 사회적 관계를 구현하기 때문이다. 따라서 인간이 법적으로 사물을 지배한다면, 이는 그 사물의 점유자, 소유자로서 인간 그 자신이 단지 (사회적 관계의 순수한 산물인) 추상적이고, 비인격적인 권리주체를 구현하기 때문이다. 이를 마르크스의 말을 통해서 표현하면 다음과 같다.

이 사물들이 상품으로서 서로 관계를 맺을 수 있으려면, 상품의 수호자들이 이 사물들에 자신들의 의사를 담고 있는 인격으로서 서로 관계 맺어야만 한다. 그리하여 상품의 수호자들은 상호 동의하여 이루어진 행위를 제외하고는, 각자 타인의 상품을 영유하지 않고, 자신의 상품을 양도하지 않는다는 방식으로 반드시 행동해야만 한다. 따라서 그들은 반드시 서로가 지닌 사적 소유자로서의 권리를 승인해야만 한다.<sup>35)</sup>

경제주체는 가치법칙이라는 형태로 비밀스럽게 창조된 경제관계에 비굴하게 의존하는 처지에 빠지지만, 마치 보상을 받는 것처럼, 한 명의 법적 주체로서 그의 능력 안으로 희귀한 선물을 받는다. 그 선물이란 법적으로 존재한다고 간주되는 의사(will)이며, 이 의사를 통해서 인간은 절대적으로 자유로워지고, 다른 상품 소유자들과 평등해진다. “모두는 반드시 자유롭게 누구도 타인의 자유를 결코 침해할 수 없다. ... 각 인간은 자신의 의사를 펼칠 수 있는 자유

34) 상품으로서 인간(즉 노예)은 오직 그가 상품(사물)의 분배자 역할을 맡을 때만, 그리고 교환에서 동료 참여자가 될 때만, 주체라는 실질적인 지위를 획득한다. 로마법에서 거래를 수행할 수 있는 노예의 권리에 대해서는 I. A. Pokrovsky, *History of Roman Law* (1915), Petrograd, vol.2, p. 294를 보라. 반대로 현대사회에서 자유인(즉 프롤레타리아)이 자신의 노동력을 판매할 시장을 탐색할 때 그는 하나의 사물로서 취급되며, 다른 상품이 국경을 넘어 운송될 때와 마찬가지로 금지, 쿼터 등을 규정하는 이민법이 적용된다.

35) K. Marx, *Capital* (1867), op. cit., vol.1, p.84. [『자본론 1』 상권, 비봉출판사, p. 108.]

로운 도구로서 육체를 소유한다.”<sup>36)</sup> 이는 자연법 이론이 출발점으로 삼는 공리(公理)다. 그리고, 인간 개인성이 분리되어 있고 자족적이라는 관념, 즉 이러한 “자연적 조건”이라는 관념은 (이러한 자연적 조건으로부터 “자유”의 무한한 모순”이 도출된다), 상품생산 방법과 전적으로 조응한다. [왜냐하면] 상품생산에서 생산자는 형식적으로 서로 독립적이며, 인공적으로 창조된 법 질서가 아니면 어떤 제한도 받지 않는다. 바로 이러한 법적 조건을 통해서, 또는 동일한 저자[피히테]의 문구로 말하자면, “다수의 자유로운 존재 간의 공존을 통해서, 모든 사람이 반드시 자유롭고, 한 사람의 자유가 다른 사람의 자유를 결코 침해하지 않는다.” 이는 이데올로기화된 철학적 추상화에 지나지 않으며, 천상으로 올라가 조야한 경험주의로부터 해방되었을 따름이다. 독립적 생산자들은 시장에서 만나는데, 이는 다른 철학자가 가르치듯, “시장거래에서 양 당사자는 자기들이 원하는 일을 하고, 그 자신이 타인에게 인정하는 것보다 더 큰 자유를 주장하지 않기” 때문이다.

분업이 증가하고 사회적 관계가 확대되며 그로부터 파생하여 교환이 발전하면, 교환가치가 경제적 범주가 된다. 다시 말하면, 교환가치가 개인 위에서 있는 사회적 생산관계의 화신이 된다. 이를 위해서는 서로 관련 없이, 무작위로 일어나는 교환 행위가 더 광범위하고 체계적인 상품유통으로 전환되는 게 필요하다. 이 발전 단계에서, 가치는 자의적인 평가에서 분리되고, 개인의 심리현상이라는 성격을 상실하며, 객관적인 경제적 의미를 띤다. 이와 유사하게, 인간이 동물적 존재에서 추상적이고 비인격적인 법적 주체로, 즉 법적 인격으로 변형되려면 현실적 조건이 필요하다. 이 현실적 조건이란 사회적 관계들이 응축되고 사회적 권력, 즉 계급조직의 권력이 성장하는 것이다. 이러한 계급조직은 “잘 조직된” 부르주아 국가에서 최대의 강도를 획득한다. 여기서, 권리주체가 될 수 있는 능력은 살아있는 구체적 인격성에서 최종적으로 분리되며, 구체적 인격이 지닌 능동적이고 의식적인 의사(will)의 기능이기를 멈추고, 순수한 사회적 자격이 된다. 법적 행위능력(legal capacity)은 권리를 지닐 능력에서 추상된다. 법적 주체는 하나의 대리인이라는 형태로 그의 **또 다른 자아(alter ego)**를 부여받는데, 이때 그 자신은 수학에서 말하는 중심점이라는 의미를 갖는다. 즉, 그 중심점 안에 어떤 권리들의 총합이 집적된다.

이에 따라 부르주아의 자본주의적 소유는 취약하고 불안정한 점유, 단순히 사실상의 점유이기를 멈춘다. 이러한 사실상의 점유란, 어떤 시점에서든 분쟁의 대상이 될 수 있으며, 반드시 무력으로 방어해야 한다. [하지만] 이제 사실상의 점유는 그 대상이 어디에 있든 간에 따라다니는, 절대적이고 확고부동한 권리로 전환된다. 또한 부르주아 문명이 전 세계에 걸쳐 그 [소유권의] 권위를 확증한 때부터, 소유권은 세계 곳곳에서 법, 경찰, 법원에 의해 보호를 받는다.<sup>37)</sup>

36) J. Fichte, *Rechtslehre* (1812), Leipzig, p.10.

37) 전쟁법의 발전은 부르주아적 소유의 불가침성이라는 원리를 점진적으로 공고화한 것에 불과하다. 프랑스혁명 시대 이전까지, 어떤 나라의 병사나 적군 모두 아무런 방해나 제한을 받지 않고 그 나라 주민을 강탈했다. 벤자민 프랭클린은 처음으로 미래의 전쟁에 대한 정치적 원칙을 천명했다(1785년). “소용, 장인, 상인은 교전 당사국 양편의 보호를 받으며 자신의 직업을 평화롭게 이어나가야만 한다.” 루소는 『사회계약론』에서 전쟁은 국가 사이에서 수행되어야 하지, 인민들 사이에서 수행되면 안 된다는 규칙을 주장했다. [제네바] 협약의 입법[1864년]은 자국과 적국에서 일어나는 병사의 도둑질을 엄격히 처벌했다. 1899년 헤이그 [만국평화회의]에 이르러서야, 프랑스혁명의 원리[즉 소유권의 불가침 원리]가 국제법의 수준으로 상승했다. 게다가 [역사 서술의] 공평성을 위해서 다음과 같은 사실에 주목해야 한다. 즉 나폴레옹이 대륙 봉쇄를 선포할 때 [1806년] 얼마간 부끄러움을 느꼈고, 그가 상원에 보내는 다음과 같은 메시지를 통해 봉쇄조치를 정당화하는 것이 필요하다고 생각했다. 즉 이러한 봉쇄조치는 “국가 간 분쟁 때문에 사적인 개인들의 이익에 영향을 미치며” “과거의 야만성을 상기시

이러한 발전 단계에 이르러서, 소위 주관적 권리에 관한 의사설(will theory)은 현실과 어울리지 않는 것처럼 보이기 시작한다. 이제 주관적인 의미의 권리는 “일반의지(general will, 공동사회의 총의)가 특정한 개인에 속한 것으로 인정하는 이익의 총합”이라고 정의하는 게 더 바람직해 보인다. 나아가 이러한 후자[이익설]는 의사를 표출하고 행동할 능력을 지닌 어떤 개인을 요구하지 않는다. 물론 데른버그의 정의는 현대 법학자의 견해에 더욱 적합한데, 현대 법학자는 백치, 영아, 법인(法人) 등등의 법적 행위능력과 권리를 다루야만 한다. 의사설의 [논리를 연장하여] 극단적 결론에 도달하면, 의사설은 이러한 범주를 권리주체에서 배제하는 것과 같다. 권리주체가 순전히 사회적 현상이라는 데른버그의 이해는 확실히 진실에 가깝다. 그러나, 다른 한편, [권리]주체 개념을 구성할 때 의사라는 요소가 어째서 핵심적인 역할을 하는지, 그 이유는 우리가 보기에 매우 명백하다. 데른버그가 다음과 같이 단언할 때, 그 자신도 이를 부분적으로 알고 있다.

주관적인 의미에서 권리들은 의식적인 국가질서가 창조되기 훨씬 전부터 존재했다. 그러한 권리들은 개별 인간의 인격성(personality)을 기초로 했고, 또한 그가 획득할 수 있고 강제할 수 있는 그 자신과 그의 소유에 대한 존중을 기초로 했다. 현존하는 주관적 권리들이라는 개념을 추상화함으로써만, 오직 점진적으로 법적 질서라는 개념이 형성되었다. 주관적인 의미에서의 권리가 그저 객관적인 법의 결과라고 보는 관점은 몰역사적이며 진실도 아니다.<sup>38)</sup>

의사뿐만 아니라 상당한 정도의 권한, 이 양자를 향유하는 누군가가 있어야만 [그가 다른 사람으로부터 존중을] “획득하고 강제하는” 것도 분명히 가능하다. 다른 한편, 데른버그는 주체 개념이 대상 또는 사물과 대조를 이루며 부상하고 발전했다는 사실을 망각한다. 상품은 대상인 반면, 인간은 취득과 양도 행위를 통해 상품을 처분하는 주체다. 주체의 정의라는 관점에서 볼 때 [즉 주체는 주체/대상이라는 개념쌍을 통해 정의되므로], 주체는 교환과정을 통해서 처음으로 완전하게 출현한다. 형식적으로 더 완벽해진 주체 개념은 단지 법적 행위능력만을 담고 있을 뿐이고, 이런 법적 범주가 간직하고 있던 생생하고 현실적인 역사적 의미로부터 더욱더 벗어난다. 바로 이 때문에, 법학자가 주체와 주관적인 법적 권리 개념 속에 존재하는 능동적이고 자유의지적인 요소를 완전히 포기하기 힘들다.

가치는 하나의 사회적 현상이지만, 사물 즉 노동생산물 때문에 존재하는 것처럼 여겨진다. 이와 동일한 방식으로, 주관적 권리라는 형태를 취했던 지배영역(sphere of domination)도 하나의 사회적 현상이지만, 개인 때문에 존재하는 것처럼 여겨진다. [막스 베버에게 교환영역이란 경제, 지배영역이란 정치(또는 정치사회)를 뜻한다.] 법 물신주의는 상품 물신주의를 보충한다.

따라서 특정한 발전단계에서는, 생산 과정에서 인간의 관계들이 이중적으로 매우 혼란스러운 형태를 취한다. 한편으로 이 관계들은 사물, 즉 상품 사이의 관계로 나타나며, 다른 한편으로는 독립적이고 상호 평등한 개인, 즉 법적 주체가 지닌 의사(will)들이 맺는 관계로 나타난

킨다.” [즉 프랑크혁명 직후의 전쟁에서도 개인의 소유권에 대한 침해가 있었으나 원리상 문제가 있다고 생각했다.] 하지만 최근 세계전쟁[1차 대전]에서는 부르주아 국가들이, 아무런 부끄러움 없이 교전국 시민들의 소유권을 침해했다.

38) H. Dernburg, *Pandekten* (1906), Moscow, vol.1, p.39.

다. 가치라는 신비스러운 성질과 더불어, 그만큼이나 매우 혼란스러운 무엇, 즉 법적 권리가 나타난다. 단일하며 통합적인 관계는 동시에 두 가지 기본적인 추상적 모습으로 나타나는데, 경제적인 외관을 보이기도 하고 법적인 외관을 보이기도 한다.

법적 범주들의 발전을 살펴볼 때, 교환과정을 실행할 수 있다는 능력은, 법적 권리를 지니고 행동할 수 있다는 (일반적인 의미에서의) 잠재능력이 발현되는 구체적 현상 중 오직 하나일 따름이다. 하지만, 역사적으로 보면, 상상할 수 있는 모든 법적 청구권의 추상적 담지자로서 주체라는 관념을 제공한 것은 주로 교환과정이다. 오직 상품경제라는 조건에서만 권리의 추상적 형태가 창조된다. 다시 말해, [오직 상품경제에서만] 일반적인 권리를 지닐 수 있는 잠재능력이 특정한 법적 청구권에서 분리된다. 시장에서 일어나는 권리들의 끊임없는 이전은 그 권리들의 확고부동한 담지자라는 관념을 창조한다. 시장에서 [타인의] 의무를 수행한 개인은 그와 동시에 그 자신의 의무를 떠맡는다. [예를 들어 화폐를 지불해야 하는 의무를 수행한 개인은 상품을 전달해야 하는 의무를 떠맡는다.] 채권자로서의 지위는 채무자로서의 지위로 뒤바뀐다. 이에 따라 법적 권리를 지닌 이러한 주체들 간의 구체적 차이를 추상할 가능성, 그리고 그 주체들을 하나의 포괄적 개념으로 모아낼 가능성이 발생한다.<sup>39)</sup>

발전된 상품생산의 교환과정에 선행하여, 우연적 교환행위들이나, 상호간의 선물과 같은 [원시적] 교환형태가 존재했다. 이와 비슷하게, 자신 주변으로 팽창하는 법적 지배영역과 함께 존재하는 법적 주체가 등장하기 전에는, 무장한 개인이나, 대개 무장한 인간집단(즉 무리, 씨족, 부족 등 분쟁이나 전투에서 그들의 생존조건을 방어할 수 있는 집단)이 그 선행 형태로서 존재했다. 이처럼 가까운 형태학적 연결은 소송과 결투의 관계, 소송절차의 당사자들과 무장투쟁의 당사자들의 관계를 분명히 보여준다. 사회적인 규제력이 성장하면서, 주체는 그에 비례하여 만질 수 있는 물질성[예컨대 무장력]을 상실한다. 주체의 개인적 에너지는 사회적 권력, 즉 계급 권력·조직으로 대체되며, 국가는 [계급 권력·조직] 가장 고도로 발현되는 형태다. 이처럼 비인격적이고 추상적인 주체는 (그 주체의 표현으로서) 비인격적이고 추상적 국가권위와 조응하며, 이러한 국가권위는 [현실] 시공간에서 이상적으로 공평하게, 한결같이 행동한다고 간주된다.

그러나 국가장치의 서비스를 향유하기에 앞서, 주체는 관계들이 지닌 유기적 연속성에 의존한다. 교환행위의 규칙적 반복이 가치를 구성하고, [그에 따라] 주관적 평가와 우연적 거래비용을 넘어서는 일반적 범주가 부상한다. 이와 비슷하게, 동일한 관계의 규칙적 반복, 즉 관습은 주관적인 지배영역[주관적인 권리라는 형태를 취하는 지배영역]에 새로운 의미를 부여하고, 외부적 규범을 통해서 그 [지배영역의] 존재를 정당화한다.

법적 청구권에 있어서 개인보다 상위에 있는 기초로서 관습이나 전통은 여러 제약이 크고 정제된 봉건제와 짝을 이룬다. 악명 높게도, 전통이나 관습은 그 본성상 상당히 좁은 지리적 경계 내로 제한된다. 따라서 모든 [관습적] 권리는 오직 특정한 구체적 주체나 주체 집단에 속한 것이라고 여겨진다. 봉건 세계에서, “각각의 권리는 특권이다”(마르크스). 각 도시, 각 신분, 각 길드는 그에게 적용되는 법에 따라 살았고, 이 법은 그 사람이 어디에 있든 간에 그를 따라다녔다. 이 시대에는 모든 시민에게 공통적으로, 모든 사람에게 일반적으로 적용되는 형식적 법적 지위란 존재하지 않았다. 이에 상응하여 경제 분야에는 자급자족적인 폐쇄경제, 수

39) 독일의 경우, 이는 [즉 포괄적 개념의 등장] 로마법을 이어받을 때야 일어났다. 다른 무엇보다도, “인격”(persona)과 “권리주체” 개념을 표현할 독일 단어가 없다는 사실은 이를 증명한다. O. Gierke, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs* (1873), Berlin, p. 30을 보라.

출입 금지 등등이 존재했다.

“개인성에 담긴 내용은 동일하지 않다. 신분, 소유, 직업, 신앙, 연령, 성별, 육체적 힘은 법적 행위능력에서 심대한 불평등으로 이어진다.”<sup>40)</sup> 주체들 간의 평등은 한정된 좁은 영역에 속한 폐쇄적 관계들에서만 존재했다. 따라서 동일한 신분에 속한 구성원들만이 신분의 권리라는 영역에서 서로 평등했고, 동일한 길드에 속한 구성원들만이 길드의 권리라는 영역에서 평등했고, 등등. 이 단계에서는, 상상할 수 있는 모든 권리 청구권의 보편적이고 추상적인 담지자로서 법적 주체란 [아직 존재하지 않고] 단지 특정한 특권의 소유자라는 역할만 나타난다.

이러한 단계에서 “법 의식은 동일하고 평등한 권리란 개별적 인격 또는 집합체에 속한다고 보았지만, 그러나 이 인격 또는 집합체가 보유한 권리의 속성이 모두 동일하다고 결론을 맺지 않는다.”<sup>41)</sup>

중세에 법적 주체라는 추상적인 개념이 없었던 만큼, 불특정한 광범위한 인간집단에 적용되는 객관적 규범이라는 관념도 구체적인 특권과 “자유”의 확립과 연결되고 통합되었다. 13세기에 이르러서야 우리는 객관적 법과 주관적 권리(또는 법적 권한) 사이의 차이가 얼마간 분명히 드러나는 흔적들을 찾을 수 있다. 황제나 군주가 도시에 하사한 특허장은 그 도시의 특권과 의무금을 다루는데, 곳곳에서 [객관적 법과 주관적 권리라는] 두 개념이 혼합되어 있다는 사실을 볼 수 있다. 어떤 일반적 규칙이나 규범을 수립하는 통상적인 형태는 영토의 한정된 단위이나 주민에게 집단적인 의미에서의 특정한 법적 자격을 부여하는 것이었다. 심지어 “도시의 공기는 자유를 만든다”(Stadtluft macht frei)라는 유명한 격언도 이러한 성격을 담고 있었다. [11세기부터 옛 로마 제국과 게르만족의 해방된 농노들과 제3계급은 유럽의 여러 곳에 새로운 정착지를 세웠다. 이렇게 세워진 도시의 주민들은 당시 관습법에 의해 1년을 초과하는 날로부터 이전의 신분과 상관없이 도시민으로 인정받았다. 농노들은 자유를 위해 종종 도시로 탈주하였다.] 결투 재판의 폐지도 동일한 형태로 이뤄졌다. [성경 구절엔 “재판은 하나님께 속한 것이니… 스스로 결단하기 어려운 일이거든 내게로 돌리라”는 내용이 있다. 그래서 증인이나 증거가 없어 입증하기 어려운 범죄 사건의 경우, 당사자들이 결투를 벌여 신의 뜻을 확인할 수 있다고 생각했다. 결투에서 승리한 자는 무죄가 되고 패배한 자는 유죄가 되었다.] 이러한 칙령들과 함께, 예를 들어, 군주 또는 황제의 산림을 사용할 수 있는 도시주민의 권리도 전적으로 동일한 유형에 속했다.

초기 국내법에서도 객관적 요소들과 주관적 요소들이 분명히 혼합되어 있었다. 국내 제정법의 경우, 일부분은 일반적인 현상이었고, 또 다른 일부분은 일부 시민집단이 향유하는 개별적 권리나 특권의 목록이었다.

부르주아적 관계들이 오직 완전히 발전한 후에야 법은 추상적 성격을 띠게 되었다. 각 인간은 인간 일반이 되었고, 모든 노동은 사회적으로 유용한 노동 일반과 등치되었고, 모든 주체가 추상적인 법적 주체가 되었다. 이와 동시에, 규범도 추상적인 일반법이라는 논리적으로 완전한 형태를 취했다.

따라서 법적 주체는 천상에 오른 추상적 상품 소유자다. 취득물을 양도하거나 양도물을 취득하려는 희망이 그의 의사(이는 법적 의미로 이해될 것이다)를 이루는 현실적 기초다. 이러한 욕망이 실현되기 위해서는 상품 소유자들의 욕망이 서로서로 향하는 것이 필요하다. 법적인

40) *ibid.*, p.35.

41) *ibid.*, p.34.



로, 이 관계는 독립적 의사들 간의 계약 또는 협정으로 표현된다. 따라서 계약은 법의 핵심적 개념 중 하나다. 거창하게 말하자면, 계약은 법 관념을 구성하는 부품이다. 법적 개념들의 논리체계에서 계약은 일반적인 거래(transaction) 형태들 중 하나일 따름이다. 다시 말해, 계약은 의사를 구체적으로 표현하는 방법 중 하나이며, 주체는 이러한 방법의 도움을 받아 그를 둘러싼 법적 영역에 영향을 미친다. 그러나 역사적으로 볼 때나 현실에서나, 이와 정반대로 거래 개념은 계약으로부터 성장했다. 계약 외부에서라면, 주체와 의사라는 바로 그 개념들은 법적인 의미에서 생명이 없는 그저 추상적 개념들로서 존재할 것이다. 계약 내부에서, 이러한 개념들은 완전히 살아 움직인다. 이와 동시에, 가장 단순하고 순수한 형태를 취하는 법 형태도 교환행위에서 그 물질적 기초를 얻는다. 따라서 교환 행위는 정치경제학과 법, 양자의 모든 본질적 요소를 자신의 중심점에 집중한다. 마르크스의 말에 따르면, 교환에서 “자유의지를 따르는 관계, 또는 법적 관계가 바로 경제적 관계들에 의해 생산된다.” 일단 계약이라는 관념이 발생하면, 계약 관념은 보편적 의미를 얻기 위해 분투한다. 상품 소유자들이 서로를 소유자로 “인정”하기 전에도, 그들은 이미 다른 의미에서, 즉 생명활동이라는 의미나 법 밖의 의미에서 서로를 승인한다. “상호인정”은 영유가 이뤄지는 생명활동의 형태들(이는 노동, 정복 등등에 의존하며, 상품생산자 사회는 그 시초부터 이미 존재하는 이러한 형태들을 발견한다)을 계약이라는 추상적 공식의 도움을 받아 해석하려는 시도일 따름이다. 인간과 사물이 맺는 관계, 그 자체는 그 어떤 법적 의미도 없다. 법학자들은 사적 소유 제도가 주체들 간의, 즉 인간들 간의 관계라고 이해하려고 시도할 때, [인간과 사물의 관계는 법적 의미가 없다는] 이러한 사실을 감지한다. 그러나 법학자들은 이를 순전히 형식적이고 부정적으로 이해하는데, 즉 소유자를 제외한 모든 사람이 그 사물을 사용하거나 처분하지 못하게 막는 보편적 금지라고 이해한다. 이러한 개념화는, 도그마틱 법학의 실용적 목적에 적합할지 몰라도, 이론적 분석에는 전혀 적합하지 않다. 이처럼 추상적인 금지라고 이해할 경우, 소유 개념은 모든 실제적 의미를 상실하며, 법이 존재하기 이전의 역사를 포기한다.

그러나 만약 인간이 사물과 맺는 생명활동의 관계이자 “자연적인” 관계, 즉 영유가 유전적으로 발전의 출발점을 이룬다면, 이 관계는 재화의 유통, 즉 일차적으로 구매와 판매가 야기했던 요구의 영향을 받아 법적 관계로 변형된다. 오류우는 해상 교역이나 대상 교역도 처음에는 소유권의 보장을 요구하지 않았다는 사실에 주목하라고 촉구한다. 교환의 참가자들을 분리하는 거리는 [소유에 대한] 어떤 청구권에 비해도 더 좋은 보증서였다. 시장이 안정적으로 형성됨에 따라 상품을 처분할 권리라는 문제, 따라서 소유권이라는 문제를 규제할 필요성이 나타났다.<sup>42)</sup> 고대 로마법에서 소유권 증서(*mancipatio per aes et libram*)는 이것이 국내 교환 현상과 동시에 등장했다는 사실을 보여준다. 이와 마찬가지로, 상속 이전은 시민들의 거래가 이러한 이전에 관심을 보였을 때부터서야 하나의 소유권 증서로 고정되기 시작했다.<sup>43)</sup>

마르크스의 표현으로 말해보면, 교환에서 “상품의 소유자는 오직 다른 소유자의 의사에 의해서만 ... 그 자신의 상품을 양도함으로써 자신을 위해 다른 사람의 상품들을 취득할 수 있다.” 이러한 생각이야말로 자연법 학파의 대표자들도 표현하려고 애쓴 것인데, 그들은 소유의 기초를 어떤 원시적 계약에서 찾고자 노력했다. 자연법 학파는 옳았는데, 이는 물론 그러한 계약이 역사적으로 발생했다는 의미에서가 아니라, 영유의 자연 형태들, 또는 생명활동 형태들이 영유와 양도라는 상호행동을 통해서 법적 성격을 띠고, 법적 “지능”을 보여주기 시작했다

42) A. Hauriou, *Principes du droit public* (1910), Paris, p. 286.

43) *ibid.*, p.287.

다는 의미에서 옳았다. 여기서 봉건적 소유와 부르주아적 소유 간에 존재하는 모순에 대한 설명을 찾아볼 필요가 있다. 부르주아 세계의 눈으로 볼 때, 봉건적 소유의 가장 큰 결함은 그 기원(정복, 폭력)에 있는 것이 아니라 그 비이동성에 있다. 즉 봉건적 소유는 양도와 영유 행동을 통해서 한 사람의 손에서 다른 사람의 손으로 이동할 수 있는 대상, 상호 보증의 대상이 될 수 없다. 봉건적 소유, 또는 신분적 소유는 부르주아 사회의 기본 원리, “불평등을 달성할 수 있는 평등한 가능성”을 침해한다. 가장 예리한 부르주아 법학자 중 한 명인 오류우는 상호관계(mutuality)를 통해서 소유를 가장 효과적으로 보장하고, 따라서 외부적 강제력을 최소화 하면서 이를 달성할 수 있다고 올바르게 강조한다. 따라서 시장의 법칙에 의해 보장된 상호관계는 소유가 “영원한” 제도라는 성격을 띠게 한다. 이와 정반대로, 국가장치의 강제력에 의한 순수하게 정치적인 보증은, 단지 특정 소유자 집단을 방어하기 위한 것이며, 다시 말해 이는 원리적 의미가 전혀 없는 요소다. 역사에서 계급투쟁은 종종 소유의 새로운 분배로 이어졌는데, 즉 화폐 대부자와 장원의 소유자를 [소유물을] 몰수하기도 했다. 그러나 이런 격변은, 아무리 고통을 받은 계급이나 집단에게 불쾌했더라도, 사적 소유의 기초적 토대, 즉 교환에 의한 경제적 거래라는 경제적 현실을 어지럽히지 못했다. 소유에 대항하여 봉기한 사람들은 다음날에는 소유를 승인해야만 했으며, 시장에서 독립적 생산자로서 만났다. 이는 모든 비(非)프롤레타리아 혁명이 걸었던 길이다. 이러한 길은 아나키스트의 이상에서 도출된 논리적 결론인데, 그들은 부르주아 법의 모든 외부적 특징들, 즉 국가의 강제력과 제정법을 폐기하면서, 부르주아 법의 내적 본질, 즉 독립 생산자 간의 자유 계약은 유지한다.<sup>44)</sup>

따라서, 오직 시장의 발전만이 최초로 노동(또는 도둑질)을 통해서 사물들을 영유하는 인간을 법적 소유자로서 변형할 수 있고, 또 이러한 변형이 필연이 되게 한다.

카르너는 소유에 관한 또 다른 개념을 제시한다. 그의 정의는 다음과 같다.

법에 따른 소유란 사물 N에 대한 인격 A의 권한일 따름이며, 개인이 자연 사물과 맺는 단순한 관계일 뿐인데, 이 관계에는 어떤 **다른 개인**(파슈카니스 강조)도, 어떤 다른 사물도 포함되지 않는다. 사물은 사적인 사물이며, 개인은 사적인 인격이고, 권리는 사적인 권리이다. 이는 단순 상품생산 시대의 사실들과 부합한다.<sup>45)</sup>

이 인용 전체는 처음부터 끝까지 잘못된 이해다. 카르너는 여기서 자신이 가장 좋아하는 로빈슨 크루소의 세계를 재생산한다. 그러나 두 명의 로빈슨 크루소가 있고, 둘 다 서로의 존재를 모른다면, 그리고 그들과 사물의 관계가 전적으로 사실에 기반을 둔 관계일 때, 그들이 그 관계를 법적으로 상상하는 게 얼마나 의미가 있겠는가? 고립된 인간의 이러한 권리는 그 유명한 “사막에서 물 한 잔의” 가치와 비교할 만하다. 교환가치와 재산법은 모두 동일한 현상, 즉

44) 예를 들어 프루동은 다음과 같이 선언한다. “나는 계약을 원하고 법을 원하지 않는다. 내가 자유롭기 위해서 우리는 모든 사회질서를 상호 계약의 기초 위에 재구축해야 한다.” 하지만 그가 뒤에서 덧붙이기를, “계약은 규범에 의해 반드시 완료되어야 하는데, 이러한 규범은 오로지 공정성에만 의존하지 않을 것이며, 공동생활에 참여하는 하는 사람들의 공동의 의사에도 의존할 것이다. 이러한 [공동의] 의사는 심지어 강제력을 동원해서라도 반드시 그 계약이 완수되도록 해야 한다.” P.J. Proudhon, *Idee générale de la révolution* (1851), Paris, X, pp.138, 293을 보라.

45) 39. K. Renner, *The Institutions of Private Law and their Social Functions* (1949), Routledge and Kegan Paul, London, pp.266-267.

상품이 된 생산물의 유통에 의해 생성된다. 법적 의미에서 소유는 사람들이 상품유통이라는 현상에 법적 성격을 부여하겠다고 결정했기 때문에 등장한 게 아니라, 사람들이 소유자라는 인격성을 입고 상품을 교환할 수 있었기 때문에 등장했다. “사물에 대한 무제한적 권한”은 상품의 무제한적 유통을 반영할 따름이다.

카르너는 “소유자는 양도를 통해서 법적 소유관계를 육성하려고 결정한다”고 말한다.<sup>46)</sup> 카르너는 “법적인 것”이 이러한 “육성”에서 출발한다고 생각하지 않는가? 그리고 그것이 달성되기 전까지는 “법적인 것”이 자연적 경계, 생명활동의 경계를 넘지 못한다고 생각하지 않는가?

카르너는 “구매, 판매, 대부, 대여가 더 이전에도 존재했지만, 객관적으로나 주관적으로나 최소한의 행위영역 내에서만 존재했다”는 데 동의한다. 하지만 경제적 재화의 유통에 관한 이러한 법적 형태들은 훨씬 전부터 존재하여, 바로 그 소유에 관한 공식이 발전되기 전에도 우리는 대여, 대부, 담보와 같은 관계에 관한 분명한 공식을 찾을 수 있다. 이러한 사실 하나만으로도 우리는 소유의 법적 성격을 올바르게 이해하기 위한 열쇠를 이미 얻게 된다.

이와 정반대로, 카르너가 보기에는 사람들이 사물들을 담보로 제공하고, 구매하고, 판매하기 전에도 독립적 소유자였다. 그가 보기에, 이런 관계들[구매, 판매, 담보]은 “프티부르주아적 소유의 공백을 채우기 위한 보조적이며 부차적인 제도들”이다. 달리 말해, 카르너는 완전히 고립된 개인들에서 출발하는데, 이러한 개인들이 ‘일반의지’를 창조하기로 결정했고 (그런 결정을 내렸던 목적은 불분명하지만), 또한 이러한 일반의지라는 이름으로 다른 사람에 속한 사물을 침해하지 말라고 각각에게 명령을 내리기로 결정했다. 그 다음에, 이처럼 고립된 로빈슨 크루소들은 소유자가 노동자로서나 소비자로서 완전히 자급자족할 수 없다는 사실을 깨닫고, 구매, 판매, 대부, 대여 등등의 제도로 소유권을 보충하기로 결정한다. 이러한 인위적인 도식은 대상들과 개념들의 진정한 발전과정을 완전히 거꾸로 뒤집는다.

한 인간과 (그가 스스로 생산하거나, [정보으로] 획득하거나, 또는 비유적으로 말하면 (무기나 장식물로서) 그의 개성 중 일부분을 구성하는) 사물의 유대(bond)는 의심할 바 없이, 사적 소유 제도가 발전할 때 그 한 가지 요소로서 역사적으로 출현한다. 그 유대는 원시적이고 조야하고 제한적인 형태로 소유를 표현한다. 사적 소유는 오직 상품으로의 변형, 또는 상품-자본주의 경제로의 변형과 함께 완전하고 보편적인 성격을 획득한다. 사적 소유는 대상에 대해 무차별적이게 되고, 생명체로서 인간집단(친족집단, 가족, 공동체)과 맺는 모든 관계를 끊어버린다. 사적 소유는 가장 일반적인 의미에서, “자유의 외부적 영역”(헤겔)으로 나타난다, 즉 사적 소유란 권리주체가 될 수 있는 추상적 능력이 실제로 실현되는 것이다.

이처럼 순전히 법적인 형태의 소유는 (개인적 노력의 결과물이거나, 개인적 소비와 사용의 조건인) 사적 영유의 유기체적 원리, 일상적 원리와 대비할 때, 논리적으로 공통점이 거의 없다. 인간과 그의 노동생산물 사이의 유대, 또는 예를 들어, 인간과 그가 자신의 노동으로 경작했던 1파셀의 토지 사이의 유대가 그 본성상 매우 기초적이고 단순하여, 가장 원시적인 생각에 영향을 받기 쉬울수록 그러하다[즉 논리적 공통점이 없다].<sup>47)</sup> 또한 모든 경제현실이 시장영

46) *ibid.*, p. 268.

47) 따라서 사적 소유의 옹호자들은 열정적으로 이러한 기초적이고 단순한 관계에 호소한다. 왜냐하면, 그들은 현대사회에서 그 이데올로적 힘이 그 경제적 중요성을 몇 배나 더 능가한다는 사실을 알기 때문이다. [역주 - 현대 자본주의 사회에서는 자기 노동에 기초한 소유(마르크스의 표현을 따르자면 개인적 소유)가 중요성을 상실한다. 자본-임금노동 관계는 ‘타인 노동에 기초한 소유’를 의미하기 때문이다. 그러나 파슈카니스가 언급한 ‘사적 소유의 옹호자들’은 현대 자본주의에서도 자기 노동에 기초

역으로 환원되기 시작했던 이래로, 소유자가 소유물과 맺는 관계가 추상적, 형식적, 인공적이고 추론적일수록 그러하다[즉 논리적 공통점이 없다]. 만약 형태적으로, 이러한 두 가지 제도들(방해를 받지 않고 개인적으로 사용할 수 있는 조건으로서 사적 영유, 계속 이어지는 양도와 교환행위의 조건으로서 사적 영유)이 서로 직접적인 연관을 맺는다고 하더라도, 논리적으로는 이 둘이 별개의 범주이며, 그들 양자를 포함하는 소유라는 단어는 명확성이 아니라 큰 혼란을 일으킨다. 자본주의적 토지소유에서는 토지와 그 소유자 사이에 어떠한 유기체적 연관도 존재하지 않는다. 정반대로, 이 손에서 저 손으로 토지를 넘겨줄 자유, 토지 거래의 자유라는 조건에서만 자본주의적 토지소유가 성립할 수 있다.

자본주의적 소유는 본질적으로 최대의 불로소득을 얻기 위해, 자본을 한 형태에서 다른 형태로 변형할 자유이며, 자본을 한 영역에서 다른 영역으로 이동시킬 자유다. 자본주의적 소유물을 처분할 자유는 소유를 박탈당한 개인들, 즉 프롤레타리아가 없다면 존재할 수 없다. 소유의 법적 형태는 상당한 수의 시민이 소유를 박탈당한다는 사실과 모순을 일으키지 않는다. 존재의 성질이라는 측면에서 보면, 권리주체는 순수하게 형식적 성질이다. 권리주체는 모든 개인들에게 소유할 수 있는 자격을 평등하게 부여하지만, 결코 그들 모두 재산 소유자가 되게 해주지는 않는다. 자본주의적 소유의 변증법은 마르크스의 『자본』에 지극히 훌륭하게 묘사되어 있는데, 거기서 자본주의적 소유는 법의 “고정된” 형태들을 관통하기도 하며, 이와 동시에, (시초축적의 시기에) 직접적 강제력으로 법의 형태들을 혼란에 빠뜨리기도 한다. 이런 의미에서 카르너의 연구는 『자본』 1권과 비교해 볼 때, 새로운 것을 거의 제공하지 않는다. 카르너가 『자본』에서 독립하려고 할 때 그는 혼란을 도입한다. 우리는 법적으로 소유를 구성하는 요소, 즉 교환에서 소유를 추상하려는 카르너의 시도를 살펴보면, 이미 이러한 사실에 주목했다. 이처럼 순수하게 형식적인 개념은 또 다른 오해를 동반한다. 프티 부르주아적 소유에서 자본주의적 소유로의 이행을 고찰하면서, 카르너는 이렇게 말한다. “소유제도는 광범위한 발전을 성취했고, 완전한 변형을 경험했지만, 그 법적 성격을 바꾸지 않았다.” 그리고 같은 곳에서, 다음과 같이 결론을 내린다. “법적 제도들의 사회적 기능은 변하지만, 법적 제도들의 법적 성격은 변하지 않는다.”<sup>48)</sup> 이런 질문이 제기될 수 있다. 즉, 카르너가 염두에 둔 제도는 무엇인가? 만약 그가 로마법의 추상적 공식을 논하고 있는 것이라면, 물론 그 속에서는 어떤 것도 바뀔 수 없다. 그러나 이러한 공식은 오직 부르주아-자본주의적 관계들이 발전하는 시대에만 소규모 소유권을 규제했을 뿐이다. 만약 우리가 길드 수공업이나, 소농이 토지에 결박되어 있던 소농 경제에 주목한다면, 우리는 소유권을 제한하는 일련의 모든 규범들을 발견한다. 물론 이러한 모든 제한이 공법적인 성격을 지니며, 소유제도 그 자체에는 영향을 미치지 않는다는 반론이 제기될 수도 있다. 그러나 이러한 [반론의] 경우에, 그 전반적인 논증은 다음과 같은 강한 주장으로 요약된다. 즉, ‘특정한 추상적 공식은 그 자신과 동일하다.’ [그러한 반론이 담고 있는 논증은 추상적 공식을 활용한 동어반복일 따름이다.] 그럼에도 불구하고, 봉건제와 길드의 (달리 말하면 제한적인) 소유 형태들은 이미 그들의 기능이 타인의 부불노동을 추출하는 것이라는 사실을 이미 드러냈다.<sup>49)</sup> 따라서 우리는 카르너와 대립하는 결론에 도달할 수 있다.

한 소유가 이루어지는 듯 묘사한다.]

48) K. Renner (1949), op. cit., p.252.

49) 단순상품생산에서의 소유(카르너는 이를 자본주의적 소유 형태와 대비한다)는 단순상품생산 그 자체만큼이나 순수한 추상적 개념일 뿐이다. 생산물의 일부분이라도 상품으로 변형되고, 화폐가 등장하면, 고리대 자본이 출현할 수 있는 충분조건이 구성된다. 고리대 자본은 마르크스의 표현에 따르면 “자본의 태고(太古)적 형태”이며, 자신의 쌍둥이(상인자본)와 함께 “자본주의 생산양식에 앞서 오래 전부터 존재했으며, 다양한 사회-경제 구성체에서 관찰될 수 있다.” K. Marx, *Capital* (1967), op. cit.,

즉, “규범들은 변하지만, 그들의 사회적 기능은 변하지 않은 채로 남아 있다.”

자본주의 생산양식의 발전에 비례하여 소유자는 점차 기술적 생산 기능에서 자유로워지지만, 그러나 그와 동시에 소유자는 자본에 대한 총체적인 법적 지배력을 상실한다. 주식회사에서 개별 자본가는 단지 불로소득의 특정 지분을 나타내는 증서를 소지할 뿐이다. 소유자로서 그의 경제적·법적 활동은, 오로지 비생산적 소비의 영역 내로 제한된다. 가장 중요한 대량의 자본은 완전히 비인격적인 계급의 힘이 된다. 이러한 대량의 자본이 시장 유통에 참여한 결과로 (시장유통은 대량의 자본 중 서로 분리된 부분들의 자율성을 전제로 한다), 이러한 부분들은 법인의 소유로 출현한다. 가장 규모가 큰 대자본가들로 구성된 상대적으로 소수의 집단은 사실 그들이 고용한 대표자 또는 대리인을 통해 활동함으로써 자본을 처분할 수 있다. 법적으로 구별되는 사적 소유 형태들은 이제 대상들의 실제 상태를 반영하지 않는데, 실제적 지배가 지분 참여와 통제라는 방법을 통해 순수한 법적 테두리를 벗어나기 때문이다. 여기서 우리는 자본주의 사회가 자신의 대립물로 변형될 수 있을 만큼 이미 충분히 성숙한 시점에 도달하게 된다. 이러한 변형을 위해 필수적인 정치적 전제조건은 프롤레타리아트의 계급혁명이다.

하지만 경험이 보여주듯, 혁명의 바로 다음 날에, 계획화되고 조직화된 생산과 분배가 시장 유통과 개별경제들이 맺는 시장의 유대를 대체할 수 없을 것이다. 만약 이러한 대체가 가능하다면, 소유의 법적 형태는 이 시점에 역사적으로 마침내 힘을 잃을 것이다. 소유는 발전의 순환을 완료할 것이며, 출발점으로 되돌아가, 직접적인 개인적 사용의 대상이 될 것이며, 달리 말해, 다시금 가장 기본적이고 단순한 생활의 관계가 될 것이다. 그리고 이와 함께 법 형태 일반은 사형 선고 받을 것이다.<sup>50)</sup> 단일한 계획 경제의 건설이라는 과제가 실현되기 전까지는, 개별 기업과 기업 집단들 사이에 시장의 유대가 남아 있는 한, 그동안 법 형태도 유효한 채로 남아 있을 것이다. 지금 우리는 사적 소유 형태가 소규모 소농·수공업 경제 단위들의 생산 수단, 도구라는 맥락에서 이행기 동안 거의 변하지 않은 채로 남아 있다는 사실에 대해 논하는 것이 아니다. 그게 아니라, 대규모 국유 산업의 관계들 내에서, 경제적 책임성 (accountability)이라는 원리는 자율적 단위들의 형성을 의미하며, 그 단위들이 다른 경제 단위들과 맺는 관계는 시장을 통해 수립된다는 사실에 대해 논하는 것이다.

국가기업들이 유통조건에 종속됨에 따라, 그들 간의 유대는 기술적 조정이라는 형태가 아니라 교환이라는 형태를 취한다. 따라서 [그들이 맺는] 관계들을 규제하기 위해 순전히 법적인 절차, 즉 사법적인 절차가 성립될 수 있고, 또 필요하게 된다. 하지만 이와 함께, 직접적 관리, 또는 행정적·기술적 관리도 마찬가지로 보존되며, 시간이 흐름에 따라, 일반적인 경제계획의 지배를 받음으로써 의심할 바 없이 강화된다. 따라서, 한편으로, 우리는 자연경제의 범주들으로써 기능하는 경제생활을 누리며, 이때에는 이성적이며, 가면을 벗은 형태로 등장하는 (말하자면, 상품형태라는 가면을 쓰지 않는) 생산단위들 간의 사회적 연계가 존재한다. 이에 부합하는 방법은 생산과 분배 등등에 관한 프로그램, 계획이라는 형태를 취하는 직접적 또는 기술적 지침을 포함한다. 이러한 지침은 구체적이며, 변화하는 상황에 맞추어 끊임없이 수정된다. 다른 한편, 우리는 유통 중에 있는 상품의 가치라는 형태로 표현되는, 그에 따라 법적 거래라는 형태로 표현되는 경제단위들 간의 관계를 지닌다. 이러한 관계에 부합하여, 결국 우리는 자율

---

vol.3.을 보라.

50) 법 형태의 초월하는 연속적인 과정은 등가적인 분배 방법(특정량의 노동에 대한 특정량의 생산물)으로부터 발전된 공산주의의 공식(“각자는 능력에 따라 [노동하고], 각자에게는 필요에 따라 [분배 받는다]”)을 실현하기 위한 점진적인 이행이라고 요약할 수 있다.

적 주체들 간의 법적 상호행위에 부과되는 상당히 고정적이며 변화하지 않는 형식적 제한들, 규제들(민법전, 아마 상법전도) 창조하며, 소송에서의 판결을 통해서 이런 거래에서 발생하는 분규를 해결하도록 돕는 기관들(법원, 중재위원회, 등등)도 창조한다. 이중에서 첫 번째 경향[직접적, 행정적·기술적 경제관리]은 법조계가 변창할 가능성을 분명히도 전혀 포함하지 않는다. 그 경향의 점진적 승리는 법 형태 일반의 점진적인 사멸(withering away)을 의미할 것이다. 물론, 예를 들어 생산 프로그램도 국가권위에서 나오고, 강제력을 누리며, 권리와 의무 등등을 창조하기 때문에 공적인 법적 규범이라는 반론이 제기될 수 있다. 물론, 새로운 사회가 낡은 사회의 요소들로부터 건설될 때까지, 즉 사회적 관계들이 오직 “그들의 사적인 목적들을 위한 수단”이라고 이해하는 사람들에게 의해 건설될 때까지, 심지어 단순히 기술적으로 합리적인 지침들도 사람들로부터 멀리 떨어져 있고, 사람들 위에 서 있는 권력이라는 형태를 취할 것이다. 정치적 인간은, 마르크스의 말로 표현하면, 여전히 “추상적이고 인위적으로 꾸며진 인간”일 것이다. 그러나 생산영역에서 과거의 관계들과 심리가 더 근본적으로, 더 빠르게 극복될수록, 최종적 해방의 시간은 더 빨리 올 것이다. 마르크스는 「유대인 문제에 대하여」에서 이를 논한 바 있다.

현실적이고 개별적인 인간이 추상적인 시민을 자기 자신에서 되찾고, 개별적 인간으로서 자신의 경험적 삶에서, 자신의 개별적인 노동에서, 자신의 개별적인 관계 속에서 보편적 존재가 되어야, 그리고 인간이 자신의 “**고유한 힘**”을 사회적 힘으로 인식하고 조직했을 때에야, 따라서 정치적 힘이라는 형태를 취하는 사회적 힘이 더 이상 자신과 분리되지 않을 때에야, 이때 비로소 인간의 해방이 완수될 것이다.<sup>51)</sup>

이것이야말로 그 한계가 정해지지 않은 미래에 대한 전망이다. 우리의 이행기와 관련하여, 다음과 같은 사실에 주목해야 한다. 비인격적인 금융자본이 지배하는 시대에 (자기의 자본과 타인의 자본을 처분하는) 개별 자본가 집단들의 이해관계가 현실적으로 대립하는 상황이 계속 유지되지만, 프롤레타리아의 국가자본주의는 국유화된 산업을 통해서 이해관계의 현실적 대립을 제거하며, (사적 기업과 유사한) 개별 경제조직의 분리, 또는 자율성은 오직 한 가지 **수단**일 따름이다. 국가산업과 소규모 경제단위 사이에, 그리고 국가산업 그 자체 내에 존재하는 개별 기업들과 기업집단들 사이에 형성된, 사적 경제와 유사한 경제적 관계는 엄격한 제한을 받으며, 이러한 제한은 특정한 시점에서 계획 영역의 건설이 거둔 성공에 따라 결정된다. 따라서 우리의 이행기 동안 법 형태 그 자체는 무제한으로 발전한 가능성을 몰래 숨기고 있다고 할 수 없다. (부르주아 자본주의 사회는 그 탄생의 여명기에 법 형태가 무제한적으로 발전할 가능성을 열었다.) 그와 정반대로, 법 형태는 오직 일시적으로만 우리를 그 협소한 지평 내로 묶어 둔다. 법 형태는 마침내 자신의 모든 힘을 잃기 위해 존재할 뿐이다.

마르크스주의 이론의 과제는 이러한 일반적 결론을 검증하고, 구체적인 역사적 자료를 통해 그것을 연구하는 것이다. 다양한 사회생활 영역에서 발전이 균등하게 이뤄지지 않을 것이다. 따라서 노고를 아끼지 않는 관찰, 비교, 분석 작업이 필요하다. 그러나 우리가 경제학에서

51) K. Marx, “On the Jewish Question”(1843), in *Karl Marx: Early Writings* (1975), introduced by L. Colletti, Penguin and New Left Review, p.234. [김정로 옮김, 『청년 마르크스 저작선』, p.406.]

구래의 가치관계들이 보이는 움직임과 형태들을 연구하고, 이와 함께, 법적 상부구조에서 사법(私法) 요소들의 소멸을 연구하고, 마지막으로 법적 상부구조 그 자체의 점진적 축출을 연구한 후에야, 우리는 계급이 사라진 미래 문화를 창조하는 과정 중에서 최소한 한 가지 측면을 설명했다고, 우리 자신에게 말할 수 있다.

## 5장 법과 국가

교환이 처음엔 무장 강도를 배제하지 않고 그와 함께 이뤄졌던 것처럼, 법적 관계들도 그 ‘본성상’ 평화의 조건을 가정하는 것은 아니다. 명백히 대립되는 개념인 법과 폭력은, 실제로는 가장 밀접한 방식으로 연결되어 있다. 이는 로마법이 있던 고대 시대뿐만 아니라, 그 이후의 시대들에서도 마찬가지다. 현대 국제법은 상당한 정도로 자력구제, 역제, 복구(reprisals), 전쟁 등등을 포함한다. ‘발전된’ 부르주아 국가의 경계 내에서조차, 오류우 같은 유능한 법학자의 견해에 따르면, 권리는 각 시민의 “책임과 위험”에 의해 실현된다. 마르크스 자신은 좀 더 날카롭게 표현했다. “곤봉의 법도 법이다.”[그룬트리세.] 여기에는 역설이 전혀 없는데, 왜냐하면 법은, 교환과 마찬가지로, 원자화된 사회적 요소들이 관계를 맺는 한 가지 방식이기 때문이다. 이처럼 [사회적 요소들 간의] 분리가 이뤄지는 정도는 역사적으로 상당한 차이가 있으나, 결코 [이러한 분리가] 완전히 사라진 적은 없다. 따라서, 예를 들어 소비에트 국가에 속하는 기업들은 사실상 하나의 일반적 임무를 수행하지만, 그러한 기업들은 시장의 방식에 따라 작동하면서, 각자 서로 구분되는 이해관계를 지니고 있고, 구매자와 판매자로서 서로 대립하며, 그 자신의 책임과 위험에 따라 행동한다. 따라서 이 기업들은 필연적으로 **법적 관계** 속에 있어야 한다. 계획경제의 최종적 승리는 이 기업들이 오로지 서로 기술적이고 편의적인 관계를 맺게 하며, 이러한 관계는 그 기업들의 ‘법인격’을 파괴할 것이다. 따라서, 법적 관계를 조직적이고 질서정연한 관계로 묘사하는 것은, 즉 법을 법적 질서와 동일시하는 것은, 법적 질서란 단지 경향이자 최종적 결과(게다가 완전함과는 거리가 먼 결과)일 따름이며 결코 법적 관계의 시작점이나 전제가 아니라는 사실을 망각하는 것이다. 추상적인 법적 사고란 관점에서는 보편적이고 동질적으로 보이는 바로 그 평화의 조건은, 법이 발전하는 초기 단계에서는 그와 매우 거리가 멀었다. 고대 게르만법은 지붕 아래에서의 평화, 울타리 안에서의 평화, 촌락의 경계 내에서의 평화 등등 다양한 수준의 평화를 알고 있었다. 평화를 달성하는 정도가 높거나 낮다는 것은 평화를 침해하는 것에 대한 처벌의 강도가 강하거나 약하다는 것으로 표현되었다.

교환이 규칙적 현상이라는 성격을 띠는 곳에서는 평화의 조건이 필수적이다. 평화를 유지할 수 있는 전제 조건이 거의 없었던 경우에는, 교환에 참여하는 당사자들이 서로 만나는 것보다는 상대방이 없는 상태에서 상품을 보는 것을 더 선호했다. 그러나 일반적으로 교환을 위해서는 상품뿐만 아니라 인간이 만나야 할 필요도 있다. 씨족 생활 시대에, 모든 외부인은 적으로 간주되었고 야수처럼 무방비상태에 놓였다. 오직 환대의 관습만이 다른 부족들과의 관계를 가능하게 했다. 봉건시대 유럽에서는 교회가 (특정 기간에) 소위 신의 평화를 선언함으로써 끊임 없이 벌어지는 사적 전쟁을 제한하려고 노력했다. 이와 동시에 정기시((定期市)와 지방 시장은 이런 측면에서 특수한 특권을 누리기 시작했다. 시장에 가는 상인들은 특별한 안전 통행증을 받았고, 그들의 재산은 자의적으로 몰수되지 않도록 보장을 받았다. 이와 동시에, 계약의 실행은 특별 판사에 의해 보호를 받았다. 이에 따라 특수한 상인법(*ius mercatorum*), 또는 시장법(*ius fori*)이 창출되었고, 이는 그 후 도시법의 기초를 쌓았다.

처음에는 시장과 정기시가 봉건 영지의 일부분이었고, [지방의 봉건영주에게] 단지 수익성 있고 생산적인 원천일 뿐이었다. 어딘가에서 열리는 정기시가 가져온 평화라는 선물에는 봉건 소유자의 금고를 채우려는 목적이 있었고, 따라서 봉건 소유자의 사적 이해관계에 영향을 끼



치려는 의도가 있었다. 하지만 봉건 권위당국은 교환 거래에 필요한 평화를 보장하는 역할을 했기 때문에, 이전에는 없었던 공적 성격이라는 새로운 특성을 띠게 되었다. 봉건적 또는 가부장적 유형의 권위는 사적 영역과 공적 영역의 경계를 구별하지 않는다. 농노에 대한 봉건 영주의 공법(公法)은 그와 동시에 사적 소유자로서 봉건 영주의 권리이기도 했다. 역으로, 봉건 영주의 사적 권리는, 누군가 이렇게 표현하기를 원한다면, 정치적 권리, 즉 공적 권리로 해석될 수 있었다. 따라서, 여러 사람, 예를 들어 굼플로비치는 고대 로마의 시민법(*ius civile*)을 공법으로 해석했는데, 왜냐하면 로마법의 기본적 원천이 씨족 조직에 속했기 때문이다. 사실 [봉건적 권위당국이 공적인 성격을 띠기 시작하는] 이 경우에, 우리는 새로 태어난 하나의 법 형태를 만나는데, 이러한 법 형태는 여전히도 사적인 것과 공적인 것에 대한 (서로 대립하면서도 상호관련을 맺는) 정의를 발전시키지 못했다. 따라서 권위당국은 가부장적 또는 봉건적 관계의 흔적을 품고 있고, 이와 동시에 법적인 것에 대한 신학적 요소의 우위라는 특징을 보인다. 법적인 것, 즉 권위당국이라는 현상에 대한 합리적인 해석은 오직 교환과 화폐경제의 발전이 있어야 가능해진다. 이러한 경제 형태들은 [공적 생활과 사적 생활의] 대립을 야기한다. 그러한 대립은 시간이 지남에 따라 영원하고 자연스러운 성격을 띠게 되고, 권위당국에 대한 모든 법적 이론의 기초가 된다.

(부르주아적 의미에서) “현대” 국가는 집단이나 계급의 권위 조직이 그 경계 내에 광범위한 시장관계를 충분히 포함하는 바로 그때 탄생한다. 따라서 로마에서 외국인이나 여행자 등과의 교환은, 친족집단 연합에 속하지 않는 사람들을 민간영역에서 법적 행위능력자로 인정하도록 요구했다. 이는 이미 공법과 사법의 분화를 예상하는 것이었다.

권위의 실제적 행사는, 그러한 권위에 더하여, 그리고 그러한 권위와 독립적으로, 교환행위와 관련된 관계들이 나타날 때야, 즉 전형적인 사적 관계들이 나타날 때야, 공적 권위라는 명확한 법적 성격을 얻는다. 권위는 이러한 관계들의 보증자 역할을 하면서, 사회적이고 공적인 권위가 되며, 비인격적인 이익이나 질서를 추구하는 권위가 된다.

계급지배의 조직이자 대외 전쟁을 수행하기 위한 조직으로서의 국가는 법적 해석이 필요하지 않으며, 본질적으로 법적 해석을 허용하지 않는다. 이러한 국가는 이른바 국가이성(*raison d'état*)이 지배하는 곳이다. (국가이성이란 노골적인 편의성(*expediency*)의 원리일 뿐이다.) [편의성이란 도덕적으로 올바른 게 아니라 편리한 것을 행한다는 뜻이다.] 이와 정반대로, 시장교환의 보증자로서 권위당국은 법으로 표현될 수 있을 뿐만 아니라, 그 자체가 법으로서 기능하고, 또 오직 법으로서만 기능하며, 추상적인 객관적 규범과 완전히 융합된다. 따라서 후자 [추상적인 객관적 규범]의 모든 기능을 포괄하고자 희망하면서 국가를 다루는 모든 법 이론은 필연적으로 부적절해 보인다. 그 이론은 국가활동의 모든 실상을 적절히 반영할 수 없고, 단지 이데올로기적인 반영, 즉 현실에 대한 왜곡된 반영을 제공할 뿐이다.

조직적 형태와 비조직적 형태, 이 양자의 형태로 이루어지는 계급지배는, 국가권력의 공식적 사법 영역이라고 지칭할 수 있는 영역보다 훨씬 광범위하다. 부르주아의 지배는 정부가 은행과 자본가 집단에 의존하고, 개별 노동자의 그의 고용주에 의존한다는 현실뿐만 아니라, 국가장치의 관료들이 지배계급과 사적으로 연결되어 있다는 현실로 표현된다. 이러한 모든 현실은 (그리고 이러한 현실은 얼마든지 늘어날 수 있다) 어떠한 공식적인 법으로도 표현되지 않는다. [예를 들어, 개별 노동자는 고용주에 의존해야 한다는 법이 있는 것은 아니다.] 그러나 이러한 현실들은, 신비로운 방식으로, 공식적인 법적 표현을 찾을 수 있는 현실들과 그 의미

상 일치한다. 즉 이러한 현실들은 [예를 들어 노동자가 고용주에 의존한다는 현실은] 바로 그 노동자들이 부르주아 국가의 법에 종속되며, 부르주아 국가기관의 명령과 법령에 종속되며, 법원의 평결에 종속된다는 [법적인] 현실로 재현된다. 따라서 직접적이고, 무매개적인 계급지배 외에도, 사회로부터 분리된 특수한 힘으로서 나타난 공식적인 국가권위라는 형태로, 간접적이고 반영적인 지배가 성장한다. 이 때문에, 국가 문제가 떠오르는데, 국가 문제를 분석하는 것은 상품 문제를 분석하는 것보다 결코 더 쉽지 않다.

엥겔스는 국가야말로 사회가 아무런 희망도 없이 계급모순들에 얽혀있는 현실을 보여주는 하나의 표현이라고 생각한다. 그는 이렇게 말했다. “따라서 적대적인 경제적 이해관계를 지니고, 이처럼 서로 대립하는 계급들이 절망적인 투쟁에 빠져서 서로를 잡아먹거나 사회를 집어삼키지 않으려면, 권력이 필요해졌다. 이러한 권력은 사회[의 이해관계]를 초월하는 듯 보이고, 갈등을 완화하고, ‘질서’(order)의 한계 내로 갈등을 억제해야 했다. 그리고 이러한 권력은 사회로부터 부상했지만, 자신의 위치를 사회 위에 두었고, 점점 더 사회로부터 멀어졌다. 이러한 권력이 곧 국가다.”<sup>52)</sup> 이러한 설명에는 완전히 명확하지 않은 구절 하나가 있는데, 이는 그 뒤에 나온다. 엥겔스가 말하길, 국가권력은 가장 강력한 계급의 손에서 자연스럽게 진화하며, 이 [가장 강력한] 계급은 “국가의 도움으로, 정치적으로 지배적인 계급이 된다.” 이 문구는 국가권력이 계급권력으로서 발생하는 것이 아니라, 계급 위에서 있고 사회를 붕괴로부터 구원하는 무언가로서 발생한다는 생각이나, 국가권력이 [먼저] 등장한 이후에야 비로소 찬탈의 대상이 된다는 생각의 근거를 제공한다. 물론 이러한 이해는 역사적 사실과 모순될 것이다. 즉, 우리는 정치적 장치들이 모든 곳에서 지배계급의 힘에 의해 창조되었고, 지배계급의 작품이라는 사실을 알고 있다. 우리는 엥겔스 본인도 이러한 해석을 제시했다고 생각하지만, 어쨌든 그의 공식은 불분명한 채로 남아 있다. [엥겔스의 정식화에 따르면] 국가가 나타나지 않았다면, 계급들은 격화된 투쟁을 거치며 서로를 절멸시켰을 것이며, 따라서 사회 자체도 소멸했을 것이다. 그래서 국가는 투쟁하는 계급 중 어느 한쪽도 결정적인 승리를 거두지 못할 때 나타난다. 이는 둘 중 하나를 의미한다. 하나는, 국가는 이러한 관계를 강화하며, 따라서 국가는 계급들 위의 힘이라는 것이다. 이는 우리가 인정할 수 없는 것이다. 다른 하나는, 국가는 어느 한 계급이 승리한 결과라는 것이다. 그러나 이 경우 국가의 필요성은 사회에서 사라진다. 어느 한 계급의 결정적인 승리와 함께, 균형이 확립되고, ‘사회’는 구원을 받기 때문이다. 이러한 모든 논의 뒤에는 한 가지 기본적인 질문이 숨어 있다. 왜 한 계급의 지배는 있는 그대로의 모습을 취하지 않는가? 즉, 인구의 한 부분이 다른 부분에 실제로 종속되는 모습이 아니라, 공식적인 국가 권위라는 형태를 취하는가? 또는, (같은 질문이지만) 국가의 강제력을 행사하는 장치는 왜 지배계급의 사적 장치로서가 창출되는 게 아니라, 사회와 구별되는 공적 권력의 비인격적 장치라는 형태로 지배계급으로부터 구분되는가?<sup>53)</sup> 우리는 지배계급으로서 이데올로기적 가면을 사용하고, 계급지배를 국가라는 가리개 뒤에 숨기는 것이 **편리하다**는 사실을 지적하는 데 그칠 수 없다. 이는 전적으로 논쟁의 여지가 없는 지적이지만, 왜 이러한 이데올로기가 창조될 수 있는지, 따라서 왜 지배계급이 그 이데올로기를 활용할 수 있는지 설명하지 않

52) F. Engels, *The Origin of the Family, Private Property and the State* (1884), *MESW*, vol.3, p.327.

53) 혁명 투쟁이 격화되는 우리 시대에, 우리는 파시스트의 ‘민병대’(voluntary guards)나 그와 비슷한 것들과 비교할 때 어떻게 부르주아 국가의 공식 장치들이 배후로 물러나는지 관찰할 수 있다. 이는 사회적 균형이 붕괴할 때, 그것은 ‘계급 위에서 서 있는 권위’를 창조함으로써가 아니라, 투쟁하는 계급들이 최대 압력의 힘을 가함으로써 ‘구원을 추구’한다는 사실을 다시금 보여준다.

는다. 이데올로기 형태들의 의식적인 활용은 그들의 기원과 같은 것이 아니며, 이데올로기 형태들의 기원은 일반적으로 사람들의 의지에 의존하지 않는다. [이데올로기 형태들은 인간들의 의식, 의지와 무관하게 생성된다.] 우리가 어떤 이데올로기의 뿌리를 설명하고 싶다면, 그 이데올로기가 표현하는 실제 관계들을 반드시 찾아내야 한다. 그런데 여기서 우리는 국가 권위에 대한 신학적 해석과 법적 해석 사이의 근본적인 차이를 뜻밖에도 보게 된다. 첫 번째 경우(즉 권위의 신격화), 우리는 억제되지 않은 물신숭배를 상대한다. 그에 따라, 우리는 그 [신학적 해석에] 상응하는 생각과 개념으로는, 현실(즉 권위와 종속의 실제적 관계들)의 이데올로기적 복제 외에는 아무 것도 밝혀낼 수 없을 것이다. 이러한 [신학적] 개념화와 대조적으로, 법적 개념화는 일차원적이다. 즉 [법적 개념에서 나타나는] 추상화는 현실에 존재하는 주제, 즉 상품생산 사회의 단지 한 가지 측면만을 표현한다.

부르주아 자본주의 세계에서 지배적인 경쟁이라는 기초는, 봉건제에서 정치권력이 대규모 토지소유와 연결되었던 것과는 달리, 정치권력과 개별 기업이 연결될 가능성을 제공하지 않는다는 견해가 존재한다. 즉, “경쟁의 자유, 사적 소유의 자유, 시장에서의 ‘평등’, 한 계급의 생존에 대한 보장[생산수단에 대한 특정 계급의 독점]은 민주주의라는 새로운 형태의 국가권력을 창조한다. 민주주의는 그 계급이 집단적으로 권력을 장악할 수 있도록 한다.”<sup>54)</sup> [그런데] 시장에서의 ‘평등’이 특정한 형태의 권위를 창출한다는 것은 지극히 진실이지만, 이러한 현상들 [즉 시장과 민주주의] 사이의 연관성이 전적으로 포드볼로츠키 동지가 생각하는 방식으로 이루어지는 것은 아니다. 첫째, 권위는 개별 기업과는 무관할 수 있지만, 그럼에도 불구하고 여전히 자본가 조직들은 사적으로 권위를 행사한다. 산업자본가의 연합체들은 그들의 투쟁 기금, 블랙리스트, 보이콧[공장폐쇄], 파업 분쇄를 위한 구사대를 보유하고 있으며, 의심할 여지 없이 공적 권위, 즉 국가 권위와 공존하는 권위 기관들이다. 둘째, 여전히 개별 자본가 각각은 개별 기업 내에서 사적으로 권위를 행사한다. 기업 내부의 질서에 대한 규칙을 확립하는 것은 사적인 입법행위로, 즉 봉건제의 진정한 일부분이다. 그러나 부르주아 법학자들은 그것에 현대적 외피를 입히려고 노력했다. 즉 부르주아 법학자들은 이른바 부합계약(*contrat d’adhesion*)이나, 자본가 소유자가 공적 권위 기관들로부터 받는 특별위임이라는 허구를 도입했는데, 그들의 주장에 따르면, 그 목적은 “사회적 관점에서 필요하고 편리한 기업의 기능을 성공적으로 실현하는 것이다.” [부합계약이란 계약의 형식을 취하지만, 그 내용은 당사자의 한 쪽이 일방적으로 결정하고 다른 한 쪽은 이에 따를 수밖에 없는 계약을 말한다.]

하지만 마르크스가 다음과 같이 언급한 것처럼, 여기서 봉건적 관계들과의 유비가 무조건 정확한 것은 아니다.

자본가가 직접적 생산과정에서 자본의 인격화로서 누리는 권위, 그리고 자본가가 생산의 관리자이자 지배자로서 부여받은 사회적 기능은, 노예, 농노 등등에 의한 생산에 기초해 나타나는 권위와 본질적으로 다르다. 자본주의적 생산이라는 기초에서 직접 생산자 대중은, 그들의 노동과정의 사회적 메커니즘이 완전한 위계구조로 발전함에 따라, 가장 엄격한 규제적 권위라는 형태로 나타나는 생산의 사회적 성격에 직면한다. 하지만 이러한 권위를 지닌 사람은 오직 노동조건의 인격화를 통해서만 노동 그 자체에 대하여 권위를 사용하며, 이전의 생산형태에서처럼 정치적 또는 신정적 지배자로서 권위를 사용하는 것은 아니다.<sup>55)</sup>

54) I. Podvolotsky, *The Marxist Theory of Law* (1923), Moscow, p.33. [48]

따라서 자본주의 생산양식에서도 종속과 권위의 관계들은, 그 관계들이 생산자[노동자]에 대한 생산조건의 지배로서 나타나는 구체적 형태로부터 벗어나지 않고서도 존재할 수 있다. 그러나 노예제나 농노제 하에서와 달리, 생산자에 대한 생산조건의 지배가 가면을 쓴 형태로 작동하지 않는다는 사실 때문에, 법학자들은 그 관계를 정의하기 어렵다.

사회가 하나의 시장으로 나타난 결과로, 국가장치는 비인격적인 ‘일반의지’나 ‘법의 권위’[법의 지배]’ 등등으로 자신을 실현한다. 우리가 보았듯, 시장에서 각 판매자와 구매자는 전형적인 법적 주체다. 가치와 교환가치라는 범주가 무대에 등장하기 위한 전제조건은 교환에 참여하는 사람들의 자율적 의사다. 만약 교환비율이 시장에 고유한 법칙들보다 상위에 있는 권위당국에 의해 결정된다면, 교환가치는 더 이상 교환가치가 아니게 될 것이고 상품은 더 이상 상품이 아니게 될 것이다. 강제력이란 어떤 한 사람이 물리력의 도움을 받아 다른 사람에게 명령을 내리는 것인데, 상품 소유자 간 교환을 위한 기본 가정과 모순된다. 따라서 상품 소유자의 사회에서 강제력의 기능은 사회적 기능으로 나타나지 않을 것이다. 왜냐하면 강제력은 추상적이지도, 비인격적이지도 않기 때문이다. 엄밀한 의미에서 개인에 대한 종속, 어떤 구체적인 개인에 대한 종속은, 상품생산 사회에서라면 자의적 권력에 대한 종속을 의미한다. 왜냐하면 그것은 한 상품 소유자가 다른 상품 소유자에게 종속되는 것과 같기 때문이다. 따라서 여기서는 [상품생산 사회에서는], 강제력이 가면을 쓰지 않은 형태로, 즉 순전히 편의성만을 고려한 행동으로서 나타날 수 없다. 강제력은 반드시 추상적이고 집단적인 인격에서 비롯된 강제력으로 나타나야 한다. 즉, 강제력을 가하는 특정 개인의 이익을 위해 행사되는 것이 아니라 (왜냐하면 상품 사회의 각 개인은 이기주의자이기 때문이다), 법적 거래에 참여하는 모든 사람들의 이익을 위해 행사되는 것으로 나타나야 한다. 한 사람의 다른 사람에 대한 권위는 법 자체의 권위로서, 즉 객관적이고 공정한 규범의 권위로서 행사된다.

상품생산이라는 구조가 모든 사회에서 영원하고 자연스러운 구조라고 여기는 부르주아 사상은, 따라서 추상적인 국가 권위가 모든 사회의 한 속성이라고 선언한다.

자연법 이론가들은 이를 더욱 순진하게 표현했다. 그들은 독립적이고 동등한 인격 사이의 교통이라는 관념으로 권위 이론의 기초를 세우면서, 권위가 엄밀한 의미에서의 사회적 교통의 원리들에서 비롯된다고 제안했다. 사실 자연법 이론가들은 독립적인 상품 소유자들을 서로 묶는 권위라는 관념을 단지 다른 방식으로 전개했던 것에 불과하다. 이는 일찍이 그로티우스가 분명히 제시했던 학설의 기본적 특징들을 설명한다. 시장에서 가장 중요한 요소들은 교환에 참여하는 상품 소유자들이다. 지배 체계는 파생적이고 부차적이며, 현존하는 상품 소유자들에게 외부적으로 부과되는 것이다. 따라서 자연법 이론가들은 권위를, 역사적으로 발생한 현상이자 특정한 사회에서 작용하는 힘들과 관련된 현상으로 생각하는 것이 아니라, 추상적이고 추론적인 방식으로 생각한다. 상품 소유자 사이의 교환에서 권위당국의 강제력이 요구되는 때는 바로 평화가 깨지거나 계약이 자발적으로 완료되지 않을 때다. 따라서 자연법 학설은 권위의 기능을 평화 유지로 축소하고, 국가의 유일한 목적은 법의 도구가 되는 것이라고 선언한다. 결국 시장에서 어떤 사람은 다른 사람의 의사[동의]에 의해 상품 소유자가 되고, 모든 사람은 그들 공통의 의사에 의해 상품 소유자가 된다. 그러므로 자연법 이론은 고립된 개인들 사이의 계약으로부터 국가를 도출한다. 이것이 [자연법] 학설의 뼈대인데, 역사적 상황이나 정

55) K. Marx, Capital (1867), op. cit., vol.3, p.881. [비봉출판사, p.1116.]

치적 공감대, 이러저러한 저자들의 변증 능력에 따라 수많은 구체적 변이가 나타날 수 있다. 자연법 이론에서 공화주의적 경향과 군주제적 경향이 나타날 수 있고, 다양한 수준의 민주주의와 혁명주의가 나올 수 있다.

하지만, 전반적으로 보아, 자연법 이론은 부르주아 계급이 봉건 사회와 혁명적인 전투를 벌일 때, 그 혁명적인 기치였다. 그리고 이는 자연법 이론의 운명을 결정지었다. 부르주아 계급이 지배계급이 되자, 자연법의 혁명적 과거 경력은 이제 부르주아 계급에게 골칫거리가 되기 시작했고, 지배적 이론들은 가능한 한 빨리 그 경력을 서둘러 역사의 기록보관소로 내쫓았다. 물론, 자연법 이론은 최소한의 역사적 또는 사회학적 비판도 버틸 수 없는데, 현실을 완전히 부적절하게 묘사하기 때문이다. 하지만 가장 기이한 일은, [자연법 이론을 대체하여] 실증주의라는 이름으로 자리 잡은 국가에 대한 법적 이론이 자연법 이론 못지않게 현실을 왜곡한다는 사실에 있다. [실증주의 이론은 인간과 시민의 고유하고 불가침한 권리라는 개념을 필요로 하지 않는다.] 국가에 대한 모든 **법적** 이론은 필연적으로 국가가 사회와 구별되는 독립적인 힘이라고 상정하기 때문에, 현실을 왜곡할 수밖에 없다. 그러한 이론의 **법적** 성격은 거기에 있다.

그러므로, 국가조직의 활동은 사실상 개별적 인간들로부터 나오는 명령과 법령의 형태로 발생하지만, 법학 이론은 첫째로 인간들이 아닌 국가가 명령을 내리고, 둘째로 국가의 명령은 일반적인 법규범에 종속된다(일반적인 법규범도 국가의 의사를 표현한다)고 가정한다.

이러한 점에서 보면, 자연법 학설은 그 허구성이라는 측면에서 국가에 대한 가장 실증주의적인 법적 이론과 아주 조금도 다르지 않다. 자연법 학설에서 기본적인 주장은, 개인들이 상호 의존하는 다양한 형태들이 있는 것과 마찬가지로, 그에 덧붙여, 또 다른 형태의 의존, 즉 국가라는 비인격적이며 집단적인 의사에 대한 의존이 존재한다는 것이다. (자연법 학설은 개인의 상호의존에서 국가에 대한 의존을 추상적으로 도출한다.)

그러나 바로 이러한 [이론적] 구성물이 '인격으로서 국가'라는 법적 이론의 기초를 형성한다. 국가에 대한 법적 이론들 속에 존재하는 자연법적 요소들은 자연법 학설의 비판자들이 생각하는 것보다 훨씬 더 깊은 곳에 있다. 그러한 자연법적 요소들은 공적 권위라는 바로 그 개념, 즉 **모든 사람보다** 상위에 있고 **모든 사람에게** 적용되는 권위라는 개념에 뿌리를 두고 있다. 이 개념에 적응하는 법적 이론은 필연적으로 현실과의 연관성을 잃게 된다. 자연법 학설과 최근의 법실증주의 사이의 차이점은 단지 자연법 학설이 추상적 국가권위와 추상적 주체 사이의 논리적 연관성을 훨씬 더 명확하게 인식했다는 점뿐이다. 자연법 학설은 상품생산 사회에서 이처럼 신비한 방식으로 은폐된 관계들의 필연적 연관성을 파악했고, 그에 따라 고전적으로 명료한 개념들로 구성된 하나의 모델을 생산했다. 이와 정반대로, 법실증주의는 그 자신의 논리적 전제들조차 고려하지 않는다.

법치국가(*Rechtsstaat*)는 신기루지만, 그것은 사라져가는 종교적 이데올로기를 대체하기 때문에 부르주아 계급에는 매우 유용한 신기루다. 법치국가는 대중에게 부르주아의 지배라는 사실을 감춘다. 법치국가라는 이데올로기는 객관적 현실의 총체를 반영하지 않으면서도 그러한 객관적 현실에 의존하기[기초하기] 때문에 종교적 이데올로기보다 더 유용하다. 부르주아 사회가 하나의 시장이기 때문에, '일반의지'로서 권위, '법의 지배'로서 권위는 부르주아 사회에서 실현된다. 이러한 관점에서 보면, 심지어 경찰 법규조차도 자유에 대한 칸트의 사상, 즉 타인의 자유에 의해 제한되는 자유를 구현하는 것으로 보일 것이다.

시장에서 만나는 자유롭고 평등한 상품 소유자들은 오직 구매자와 판매자라는 추상적 관계

에서만 자유롭고 평등하다. 실제 삶에서 그들은 다양한 의존 관계로 서로 연결되어 있다. 즉, 소매상인과 대규모 도매상, 소작농과 토지소유자, 파산한 채무자와 그의 채권자, 프롤레타리아와 자본가 등. 이렇게 무수한 현실의 의존 관계는 국가조직의 진정한 기초를 구성한다. 하지만 국가에 대한 법적 이론은 이러한 의존 관계가 마치 존재하지 않는 것처럼 여긴다. 나아가, 국가의 살아 있는 활동은 다양한 정치세력들, 즉 계급, 정당, 온갖 종류의 집단 사이의 투쟁에 기초한다. 바로 여기에 국가장치'의 진정한 핵심 원천이 숨겨져 있다. 법적 이론은 마찬가지로 이러한 원천에도 접근할 수 없다. 물론 어떤 법학자는 현실에 적응하면서 다소간에 신축성을 보일 수 있고, 예를 들어 성문법 외에도 국가의 관행 속에서 형성된 불문법을 고려할 수 있지만, 이것이 현실에 대한 법학자의 근본적인 입장을 변화시키는 것은 아니다. 법적 진실과 역사적이고 사회적인 연구의 목적을 구성하는 진실 사이에는 불가피한 분화가 있다. 이러한 분화는 단지 사회의 살아 있는 활동에 담긴 역동성이 경직된 법 형태들을 뒤엎으며, 그에 따라 법학자는 그의 분석이 어느 정도 늦을 수밖에 없는 운명에 처해 있기 때문만은 아니다. 어떤 사건이 벌어진 바로 그 날로 한정하더라도, 법학자는 자신의 분석을 사회학자와는 다른 방식으로 전달한다. 법학자가 한 명의 법학자로 남아 있는 한, 그는 다른 모든 개인이나 사회적 힘과 구별되는 독립적 힘이라는 국가 개념에서 출발하기 때문이다. 역사적이고 정치적인 관점에서 볼 때, 유력한 계급이나 정당조직의 결정은 의회 또는 다른 국가제도의 결정과 동등하거나, 종종 더 큰 중요성을 갖는다. [하지만] 법적 관점에서 보면 첫 번째 유형의 현실[계급이나 정당의 결정]은 존재하는 것처럼 보이지도 않는다. 역으로, 일단 법적 관점을 포기하면, 의회의 모든 결정도 국가의 행위가 아니라 특정 집단, 즉 다른 모든 집단과 마찬가지로 개별적인 이기적 동기나 계급적 동기로 움직이는 파벌이 채택한 결정으로 보일 수 있다. 극단적 규범주의자인 켈젠은 이로부터 국가 일반은 오직 가상적 대상으로서, 즉 규범 또는 의무의 폐쇄적 체계로서 존재한다고 결론을 내린다. 물론 국가 법 이론의 주제를 다룰 때 나타나는 이런 불모성은 실무적 법률가들에게 틀림없이 두려움을 줄 것이다. 왜냐하면 실무적 법률가들은 지성에 의해서든, 그게 아니라면 본능에 의해서든 간에, 그저 순수한 논리의 왕국이 아닌, 이처럼 죄로 가득 찬 [현실] 세계에서, 그들이 사용하는 개념들이 지닌 의심할 여지가 없는 실천적 중요성을 느끼기 때문이다. 법학자의 '국가'는, 마치 가장 환상적인 꿈조차도 현실에 의존하는 것처럼, 그 모든 '이데올로기화'에도 불구하고 어떤 객관적인 현실과 관련을 맺는다.

이러한 현실이란 무엇보다도 물질적 요소와 인격적 요소를 지닌 국가장치 그 자체다. 부르주아 계급은 완성된 이론들을 창조하기 전에, 실제로 국가를 건설하기 시작했다. 서유럽에서 이러한 과정은 도시 코뮌들에서 시작되었다. 봉건 영주의 자산과 정치연합체의 자산 사이의 구분이 없던 봉건 세계의 시대에, 도시들에서 공적 도시 금고가 처음으로 등장했는데, 처음에는 산발적으로 나타났다가 그 후 영구적 제도로 자리 잡았다. '국가주의(statism) 정신'이, 말하자면, 그 물질적 토대를 얻은 것이다.

국가 형태들의 출현은 이러한 형태들에 의지해 살아가는 사람들, 즉 공무원과 관료가 출현할 수 있게 한다. 봉건시대에 행정과 법원의 기능은 봉건 영주의 부하들에 의해 수행되었다. 행정과 법원 기능은 도시 코뮌에서 처음으로 공직으로서 등장했다. 즉, 엄밀한 의미에서, 권위의 공적 성격이 물질적으로 구현되었다. 절대군주정은 단지 도시에서 모습을 갖춘 공적 형태를 채택하고 더 넓은 영토 내에서 이를 실현하기만 하면 되었다. 부르주아 국가를 향한 모든 진보는 하나의 원리로 요약할 수 있다. (이러한 진보는 혁명적 폭발 또는 군주적, 봉건적 요소들에 대한 평화적 적응, 이 양자에 의해 전개되었다.) 즉, 시장에서 교환하는 두 사람 중 누구

도 교환관계에서 [일방적으로] 권위 있는 규제자로 나타나지 않을 것이다. 이를 위해서는 어떤 제삼자가 필요한데, 이 제삼자는 소유주로서 상품소유자가 서로에게 제공하는 상호보증을 상징하며, 그에 따라, 이 제삼자는 상품소유자 간 교환의 규칙을 의인화한다.

부르주아는 국가에 대한 이러한 법적 개념을 그들 이론의 기초로 삼고, 그 이론을 실제로 실현하고자 했다. 부르주아는 확실히 이를 실현했고, 이러한 기본원리를 지침으로 삼았다.<sup>56)</sup>

부르주아는 이론의 순수성을 좋아하면서도, 문제의 뒷면을 결코 망각하지 않았다. 즉 계급 사회는 독립적 상품 소유자들이 만나는 하나의 시장일 뿐만 아니라, 국가장치가 가장 강력한 무기 중 하나로 있는 격렬한 계급전쟁의 검투장이라는 문제 말이다. 그리고 이 검투장에서 형성된 관계들은 법에 대한 칸트식 정의, 즉 공동생활에 필요한 개인의 자유에 대한 제한이자 최소한의 제한이라는 정의가 나타내는 정신과는 거리가 멀다. 여기서 굼플로비치의 다음과 같은 주장은 전적으로 옳다. “이런 종류의 법은 단 한 번도 존재한 적이 없다. 왜냐하면 [어떤 한 사람 지닌] 자유의 양은 오직 다른 사람이 지닌 권위의 양에 의해서만 결정되기 때문이며, 공존의 규범은 공존의 가능성에 의해 좌우되는 것이 아니라 권위의 가능성에 의해 좌우되기 때문이다.” 대내 정책과 대외 정책에서 물리력이라는 요소를 뜻하는 국가, 이것이야말로 부르주아가 그들의 법치국가 이론과 실천에 가해야만 했던 수정(correction)이다. 부르주아의 권위가 점점 더 불안정해지면, 그러한 수정은 더욱 낮 뜨거운 것이 되었고, 법치국가는 더욱더 실제 없는 환영이 되었다. 그리고 마침내 계급투쟁의 극심한 격화는, 부르주아가 법치국가라는 가면을 완전히 버리고, 한 계급이 다른 계급에 가하는 조직된 물리력이라는 권위의 본질을 드러낼 수밖에 없게 했다.

---

56) 다른 이보다 일찍 세계시장의 지배권을 스스로 차지하고, 섬나라에 있으므로 안전하다고 느꼈던 영국 부르주아는 법치국가의 실현에 있어 다른 이보다 더 나아갈 수 있었다. 권위당국과 개별 주체 사이의 상호관계에서 법적 원리를 가장 일관성 있게 실현하고, 권위 당국자들이 객관적 규범의 의인화라는 자신의 역할을 위반하지 않도록 가장 효과적으로 보장할 수 있었던 이유는 바로 국가기관이 독립적 법원의 사법권에 종속되었다는 사실에 있다. (물론 법원이 부르주아로부터 독립적이란 뜻은 아니다.) 앵글로-색슨 체계는 그 나름대로 부르주아 민주주의의 절정이다. 그러나, 말하자면, 상이한 역사적 조건에서 최악의 상황이 이어지면, 부르주아는 ‘국가로부터 소유를 분리하는’ 체계, 또는 황제정치주의(Caesarism, 시저리즘) 체계라고 세레명을 붙일 수 있는 체계와도 화해하려 할 것이다. 이러한 경우에, 지배 집단은 무제한적인 전제적 독단을 통해서 (두 가지 방향이 있다. 즉 내부적으로는 프롤레타리아를 향하여, 외부적으로는 제국주의 정책으로 표현되는 것으로), 민간의 교환에서 ‘개인의 자유로운 자결권’을 위한 배경을 창출한다.

## 6장. 법과 도덕

인간노동의 생산물이 서로 가치로서 관계를 맺기 위해서는 사람들이 서로 독립적이고 평등한 인격으로서 관계를 맺어야 한다.

만약 한 사람이 다른 사람의 지배를 받는다면, 즉 그가 노예라면, 그의 노동은 가치의 창조자이자 가치의 본질이길 중단한다. 노예의 노동력은 가축의 노동력처럼 그저 자신의 생산과 재생산의 비용이라는 한정된 일부분만을 생산물로 이전할 뿐이다.<sup>57)</sup>

이에 기초하여 투간-바라노프스키는 절대적 가치, 그러므로 인격 간의 등가성이라는 지도적인 윤리 관념에서 시작함으로써 정치경제학을 이해할 수 있다고 결론 내린다. 물론 마르크스는 인격 간 동등한 가치라는 윤리 관념을 상품 형태와 연계함으로써 정반대의 결론에 도달한다. 즉, 그는 모든 형태의 인간노동의 실질적인 등가성에서 윤리 관념을 도출한다.

사실 도덕적 주체로서 인간 즉, 동등한 인격으로서 인간은 가치법칙을 따르는 교환의 전제 조건일 따름이다. 권리주체로서 인간, 즉 재산 소유자로서의 인간도 그러한 전제조건이다. 마지막으로, 이 두 가지 정의는 이기적으로 행동하는 경제적 주체라는 세 번째 인간의 정의와 밀접히 연결된다.

세 가지 정의[도덕적 주체, 권리주체, 경제적 주체] 모두 서로 환원되지 않으며, 이를테면 심지어 모순된다. 그 정의들은 가치관계를 실현하기 위한 필요조건들의 총체를 반영한다. (가치관계 속에서는 노동과정에 있는 인간들 간의 유대가 교환되는 생산물들의 물질적인 특성으로 나타난다.)

만약 누군가가 (이 정의들이 표현하는) 현실의 사회적 관계들에서 이 정의들을 추상화하고, 정의들을 독립적인 범주들로서, 즉 순수한 추론을 통해 전개한다면, 그 결과로서, 서로 얽혀 있는 모순들과 상호 배타적인 명제들을 얻게 될 것이다. 그러나 현실 교환관계에서는 이러한 모순들이 총체성을 형성하며 변증법적으로 통일된다.

[경제적 주체라는 측면에서 보면] 교환의 당사자는 반드시 이기주의자여야 한다. 즉 노골적인 경제적 계산에 따라 인도되어야만 한다. 그렇지 않으면, 가치관계는 사회적으로 필요한 관계로 나타날 수 없다. 또한, [권리주체라는 측면에서 보면] 교환의 당사자는 반드시 권리의 담지자여야 한다. 즉 자율적 결정을 내릴 수 있는 가능성을 지녀야 한다. 왜냐하면, 그의 의사가 “대상들[교환되는 생산물들]에 깊이 새겨져 있어야하기” 때문이다. 마지막으로, [도덕적 주체라는 측면에서 보면] 교환의 당사자는 반드시 모든 인격의 평등이라는 기본 원리를 구현해야 한다. 왜냐하면, 교환에서는 모든 유형의 인간노동이 동등해지고 추상적 인간노동으로 환원되기 때문이다.

따라서 이러한 세 가지 요소, (혹은 예전에 선호했던 용어를 쓰면, 세 가지 기초), 즉 이기주의, 자유, 그리고 인격의 지고한 등가성은 불가분하게 서로 밀접히 연결되어 있으며, 하나의 총체성으로 나타나면서, 단일한 사회적 관계를 합리적으로 표현하는 것처럼 보인다. 이기적 주체, 권리주체, 그리고 도덕적 인격은 인간이 상품생산에서 등장할 때 쓰는 세 가지 기본적인

57) [역주] 노예노동에 대한 파슈카니스의 설명에는 오류가 있다. 노예는 일종의 자본, ‘말하는 도구’로 볼 수도 있으나, 동시에 노예노동은 잉여생산물의 원천이기도 하다. 노예의 생산물은 거의 모두 잉여생산물이다. (『봉건제론』, p. 169.)



인 가면이다. 법적, 도덕적 구조를 이해하기 위한 열쇠는 가치관계들을 다루는 경제학이 제공하는데, 이는 그 법적, 도덕적 구조들의 현실적 내용뿐만 아니라, 그 형태를 이해하기 위해서는 경제학이 필요하다는 의미다. 가치라는 관념과 인격의 등가성(동등한 가치)이라는 원리는 오랜 역사를 지니고 있다. 즉, 이러한 관념과 원리는 스토아 철학을 관통했고, 로마 법학자들이 활용했고, 기독교 교회의 교리 속으로 진입했고, 그 다음에는 자연법 학설 안으로 들어갔다. 그러나 이러한 관념이 어떤 옷을 입었던 간에, 그 속에서는 단 하나의 사실에 대한 표현 외에는 아무것도 발견할 수 없을 것이다. 즉 노동생산물이 상품으로서 교환되기 시작하면, 서로 다른 유형의 사회적으로 유용한 구체노동이 추상노동으로 환원된다는 사실 말이다. 다른 모든 관계를 살펴보면, 역사에서 (성별, 계급 등등의) 사회적 불평등이 너무나도 뚜렷하기 때문에 사람들은 의문을 품지 않을 수 없다. 즉 인간의 자연적 평등을 전제로 삼는 학설에 반대하는 논증이 풍부하다는 사실이 의아스러운 게 아니라, 마르크스가 등장하기 전까지 어느 누구도 자연법에 담긴 이러한 선입견을 낳은 역사적 원인이 무엇인지 [즉 인간의 불평등이 뚜렷한데도 자연법 학설은 왜 인간의 자연적 평등을 주창했는지] 질문하지 않았다는 사실이 의아스러울 것이다. 여러 세기에 걸쳐 인류의 사상은 사회적 평등이라는 명제로 것처럼 끈덕지게 되돌아왔고, 무수한 방법으로 그 명제를 발전시켰다면, 틀림없이 어떠한 객관적인 관계가 이러한 명제의 배후에 숨어 있는 게 명백하다. 도덕적 인격이나 동등한 인격이라는 개념이 이데올로기적으로 형성된 것이고, 그 자체로는 현실을 적합하게 묘사하지 못한다는 사실은 의심의 여지가 없다. 이기적인 경제적 주체[라는 개념]도 현실에 대한 이데올로기적인 왜곡이다. 그럼에도 불구하고, 이러한 두 가지 정의[즉 도덕적, 경제적 주체]는 오직 하나의 특정한 사회적 관계에만 적합하며, 추상적으로 따라서 일방적으로 그 관계를 반영한다. 우리는 이미 “이데올로기”라는 개념이나 용어가 우리가 더 깊은 분석으로 나아가는 것을 억누르지 못하게 해야 한다고 선언할 기회가 있었다. 만인이 평등하다는 사실에 만족한다면, 이는 문제를 지나치게 단순화하고자 하는 이데올로기가 낳은 결과다. “아래”와 “위”는 “지구에 관한” 이데올로기를 표현하는 개념에 지나지 않는다. 그러나, 지구의 중력은 “아래”와 “위”의 사실적 기초이다. “위로부터 아래”를 구분할 수 있게 하는 현실적 원인 즉, 지구의 중심을 향하는 중력을 인류가 이해했을 때, 인류는 “아래”와 “위”라는 정의에 한계가 있고, 그래서 그런 정의를 모든 우주 현실에 적용하기에는 부적합하다는 사실에 도달했다. 그러므로, “아래”와 “위”라는 개념이 이데올로기적이라는 발견은 그 개념의 사실적 기초를 알아가는 과정의 또 다른 측면이었다.

도덕적 인격이 단지 상품생산의 주체 그 이상이 아니라면, 도덕법은 상품 소유자 간 교환의 규칙으로서 나타나야 한다. 이는 불가피하게 이중성을 생성한다. 한편으로 이러한 도덕법은 반드시 사회적 성격을 띠어야만 하고, 엄밀한 의미로, 개인의 인격보다 상위에 있어야만 한다. 다른 한편으로, 상품 소유자는 선천적으로 자유의 담지자이며(상품을 영유하고 양도할 자유), 그러므로 상품 소유자 간 교환을 관장하는 규칙은 반드시 소유자 각각의 정신 속에 침투해야만 하고, 각각은 반드시 이 법을 내면화해야만 한다. 칸트의 정언명령은 이러한 모순적인 요구들을 종합한다. 정언명령은 개인보다 상위에 있는데, 왜냐하면 공포, 공감, 연민, 연대감 등, 어떠한 자연적 욕구와도 공통점이 없기 때문이다. 칸트의 용어에서 정언명령은 [개인에게] 겁을 주거나, 설득하거나, 아첨하지 않는다. 정언명령은 일반적으로 모든 경험적인 것들, 즉 순수한 인간의 동기 외부에 존재한다. 동시에 정언명령은 (직접적이고 날것 그대로의 의미에서) 모든 외부적 압력으로부터 독립적인 것처럼 보인다. 정언명령은 [개인이 그 정언명령의] 보편성을 인식함으로써만 작용한다. 칸트학파의 윤리학은 상품생산 사회의 전형적인 윤리학이지만, 그와 동시에 윤리학 일반의 순수하고 완전한 형태다. 칸트는 원자화된 부르주아 사회가

실천적으로 구현하고자 하는 형태에 논리적으로 완벽한 모양을 제공하면서, 가부장제와 봉건제 시대의 조직적인 속박으로부터 인격을 해방했다.

만약 우리가 도덕성의 기본 개념들을 상품생산으로부터 추출하거나 어떤 다른 사회 구조에 적용하려고 시도한다면, 그 개념들은 의미를 잃는다. 정언명령은 어떤 사회적인 본능이 아니다. 정언명령의 기본적인 목적은 개인보다 상위에서 내려오는 자연적이거나 유기체적인 자극(동기부여)이 존재할 수 없는 곳에서 작동하는 것이다. 개인들이 나라는 경계를 지우는 감정적인 유대에 밀착할 때, 도덕적 의무라는 현상은 발생하지 않을 수도 있다. 도덕적 의무라는 범주를 이해하기 위해서는, 예를 들어 소와 송아지 사이에, 혹은 부족과 그 구성원 사이에 존재하는 유기체적인 연관성이 아니라, 분리라는 조건으로부터 출발하는 것이 필수적이다. 도덕적 존재는 법적 존재의 필수적인 보충물이다. 다시 말해, 둘 다 상품 생산자 간 교환의 수단이다. 칸트의 정언명령이 뜻하는 모든 정식(正式)은 다음과 같은 사실로 요약된다. 즉, 인간은 “자유롭게”, 즉 자발적인 신념에 따라, 법의 강제력 하에서 행동한다. 칸트가 그의 생각을 묘사하기 위해 제시하는 바로 그 사례들이 전형적이다. 그 사례들은 전적으로 부르주아의 예의범절을 표현한 것이라고 요약할 수 있다. 영웅적 행동이나 위업은 칸트의 정언명령 내에서 설 자리가 없다. 개인적 희생을 요구하지도 않는데, 아무도 다른 사람에게 희생을 요구하지 않기 때문이다. 역사적 소명 또는 사회적 직분을 완수한다는 이름으로 행해지는 자기희생적이고 그 자신의 이익을 무시하는 “비합리적” 행동들이나, 가장 강렬한 사회적 본능이 나타나는 행동들은 엄밀한 의미에서 윤리학 외부에 있다.

쇼펜하우어, 그리고 그 이후에 블라디미르 솔로비요프는 법을 윤리의 어떤 최저치라고 정의한다. 윤리를 사회의 어떤 최저치라고 정의하는 편이 좀 더 정확할 것이다. 강렬한 사회적 열정은 윤리의 외부에 있으며, 유기체적이고 특히 부족적인 생활을 했던 초기 시대로부터 현대 인류가 물려받은 것이다.

그럼에도 불구하고 윤리적 이성은 상품생산 사회에서 달성 가능한 최고 수준의 성취이며, 사람들이 가장 고상한 어조로 논해야 하는 더 높은 수준의 문화적 선(善)이다. 칸트의 잘 알려진 구절을 상기할 필요가 있다.

내가 자주 그리고 계속해서 생각하면 할수록 더욱 새롭고 더 한층 감탄과 경외심으로 내 마음을 채우는 두 가지가 있다. 그것은 내 위에 있는 별이 빛나는 하늘과 내 안에 있는 도덕법이다.<sup>58)</sup>

한편, 논의가 도덕적 의무(duty)가 “자발적으로” 완수되는 사례들에 주목하면, (결인에게 주는) 구호금 문제나, (벌을 받지 않고 거짓말을 할 수 있는 조건에서) 거짓말을 억제하는 문제나, 그와 유사한 문제들이 예나 지금이나 무대 위로 등장한다. 윤리적 이성은 강력하고 비이성적인 사회적 본능에 대항하여 유례가 없을 정도로 어디에서나 승리한다. 윤리적 이성은 유기체적이고 그 본성상 협소한 경계들(혈연집단, 부족, 민족)과 단절하고, 보편성을 얻기 위해 분투한다. 이러한 의미에서, 윤리적 이성은 어떤 특정한 사회적이고 물질적인 성취를 반영하는데, 특히 교환이 세계적인 교환으로 변형된 현실을 반영한다. “그리스인도 없고 유대인도

58) I. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft* (1914), German edition, p.96.

없다”는 말은 로마의 힘 아래 통합된 사람들의 역사적인 현실을 반영했다. 다른 한편, 카우츠키는 “타인을 그 자신의 [수단이 아니라] 목적으로 대우하라”[칸트는 규칙이 사실상 한 사람이 다른 사람에게 종속될 수 있을 때만 [즉 한 사람이 다른 사람의 수단이 될 수 있는 현실에서만] 성립한다고 분명하고 정확하게 주목한다. 도덕적 열정은 사회적 관행의 부도덕성과 불가분하게 묶여 있고, 그러한 부도덕성에 의해 자라난다. 윤리적 교리들은 세계를 변화시키고 바로잡는 시능만 했다. 실제로 그 교리들은 세계의 한 측면(즉, 그 세계에서 인간의 관계들은 가치법칙에 종속된다)에 대한 왜곡된 반영인데도 말이다. 도덕적 인격이란 삼위일체를 이루는 형태들[도덕적 주체, 권리주체, 경제적 주체] 중 하나일 따름이라는 사실을 잊어서는 안 된다. 그 자신의 목적인 인간은 이기적인 경제적 주체의 뒷면에 불과하다. 윤리적 원칙 그 자체를 현실적이고 진실하게 구현하는 행동은 후자[경제적 주체]를 부정하는 것을 포함한다. 대규모 자본가의 선의는 소규모 자본가의 인격이 지닌 절대적 가치를 한순간도 침해하지 않고도, 그를 파멸로 몰아넣는다. 프롤레타리아의 인격은 자본가의 인격과 “원칙적으로 동등하다.” 즉, 이러한 동등성은 “자유로운” 고용 계약으로 표현된다. 그러나 프롤레타리아에게 바로 이 “물리적인 자유”는 암전히 굶어 죽을 가능성을 의미한다.

윤리적 형태의 다의성(多義性, ambiguity)은 우연도 아니며, 자본주의의 특유한 결점 때문에 나타나는 어떤 외부적 결함도 아니다. 정반대로, 이 다의성은 윤리적 형태 그 자체의 본질적인 특징이다. 윤리적 형태의 다의성을 제거한다는 것은, 계획적이고 사회화된 경제를 향한 이행을 달성한다는 것을 의미할 것이다. 그리고 이는 사람들이 [윤리적 교리가 아니라] 손해와 이익과 같이 단순하고 명료한 개념을 활용하여 그들 간의 관계를 인식하고, 건설할 수 있는 시스템을 실현한다는 의미일 것이다. 가장 본질적인 영역(물질적인 사회적 존재라는 영역)에서 윤리적 형태의 다의성을 제거한다는 것은 이러한 윤리적 형태 [그 자체를] 완전히 파괴한다는 것을 의미한다.

윤리적 교리를 둘러싸고 있는 형이상학적 안개를 걷어내는 데 매진하는 순수한 공리주의는 손해와 이익이라는 관점으로부터 선과 악을 개념화하는 데 이른다. 물론 그렇게 함으로써 공리주의는 윤리를 간단히 파괴하는데, 더 정확하게 말하면, 파괴해서 초월하려고 시도한다. 사실, 윤리 물신숭배의 초월은 상품 물신숭배와 법 물신숭배의 초월과 오직 동시에적으로만 달성될 것이다. 자신들의 행위가 손해와 이익이라는 명료하고 단순한 개념에 의해 인도되는 사람들은 그들의 사회적 관계가 가치나 법의 측면에서 표현되는 것을 요구하지 않을 것이다. 인류의 역사적 발전이 이러한 단계에 이를 때까지, 즉 자본주의적 시대의 유산을 초월할 때까지, 이론적인 노력은 임박한 자유를 예상할 수는 있어도, 그것을 실제로 실행할 수는 없다. 우리는 상품 물신숭배에 대한 마르크스의 말을 반드시 명심해야만 한다.

노동생산물이 가치인 한, 그것은 그 생산에 지출된 인간노동의 단순한 물질 표현에 지나지 않는다는 최근의 과학적 발견은 인류의 발전사에서 참으로 신기원을 여는 것이다. 하지만 그러한 발견이, 노동의 사회적 성격이 마치 생산물 그 자체의 객관적 성격인 것처럼 우리에게 보이게 하는 안개를 결코 걷어내는 것은 아니다.<sup>59)</sup>

59) [역주] 『자본』 1권, 1장, 4절 ‘상품의 물질적 성격과 그 비밀’에 나오는 구절이다. (파슈카니스 영역본에서 직접 인용한 판본이 아니라) 마르크시스트 인터넷 아카이브에서 구할 수 있는 『자본』 판본에서 필자가 직접 다시 번역한 것이다.

그러나 프롤레타리아트의 계급적 도덕은 이미 모든 물신에서 해방되었다는 반론이 제기된다. [이러한 반론에 따르면] 도덕적 의무는 그 [프롤레타리아] 계급에 유용한 것이다. 그런 [프롤레타리아적] 형태의 도덕에는 절대적인 것이 아무 것도 없는데, 왜냐하면 오늘은 유용한 것이 내일은 그렇지 않을 수도 있기 때문이다. 또한 그것에는 신비하거나 초자연적인 것이 아무 것도 없는데, 왜냐하면 공리주의적 원리는 단순하고 합리적이기 때문이다.

프롤레타리아의 도덕(또는 더 정확히 말하면, 프롤레타리아 중 선진 층의 도덕)이 종교적 요소로부터 해방되면서 도덕에 포함된 특히 물신적 성격을 잃는다는 사실은 의심할 여지가 없다. 그러나 도덕은 종교적 요소와의 혼합물이 전혀 없더라도, 도덕으로 남는다. 즉, 도덕은 모든 것이 아직 인간 그 자체로 환원되지 않는 사회적 관계의 하나의 형태다. 만약 한 계급과의 의식적인 유대가 사실상 너무나 강력해서, 말하자면 “나”라는 경계가 지워지고, 계급의 이익이 실제로 개인적인 이익과 통합된다면, 도덕적 의무의 완수를 논하는 것이 아무런 의미가 없게 된다. 일반적으로 말하면, 그렇게 되면 도덕이라는 현상은 사라진다. 아직 그러한 통합이 발생하지 않았다면, 불가피하게도 도덕적 의무라는 추상적 관계가 [도덕적 의무에] 수반되는 모든 결과와 함께 발생한다. “내가 속한 계급의 최대 이익을 위해 행동하라”라는 규칙은 칸트의 공식, “너의 행동이 보편적인 제정법의 원칙에 부합하게끔 행동하라”와 똑같이 들린다. 차이점은, 첫 번째 경우에 우리가 윤리적 논리에 구체적 제한들을 도입하고, 계급의 경계들을 확립한다는 것이다.<sup>60)</sup> 그러나 이 경계들 내에서 윤리적 논리는 온 힘을 다해 남아 있으려 한다. 윤리의 계급적인 내용은 저절로 윤리의 형태들을 제거하지 못한다. 우리는 논리적 형태뿐만 아니라 그 실제 현상의 형태를 염두에 둔다. 우리는 도덕적 의무를 실현하는 형식적으로 동일한 방법들이 프롤레타리아 내에 (계급적 집단성 내에) 깊이 자리 잡고 있다는 사실을 관찰한다. 이러한 방법들은 두 가지 대립적인 요소로 구성된다. 한편으로, 집단은 동료 구성원이 도덕적 의무를 다하도록 압력을 가하기 위해서 가능한 한 모든 수단을 포기하지 않는다. 다른 한편, [방금 언급한 것과] 동일한 집단은 외부적으로 자극을 가하는 압력[수단]이 없는 상황에서만, 어떤 행동에 도덕적이라는 자격을 부여한다. 그러므로 도덕을 연구하는 것은, 어느 정도는, 허위(falsehood)[위선(hypocrisy)]를 연구하는 것을 의미한다. 도덕은, 법과 국가와 마찬가지로, 부르주아 사회의 한 형태이다. 만약 프롤레타리아가 도덕, 법, 국가를 어쩔 수 없이 활용한다면, 이는 그 형태들에 사회주의적 내용을 채우는 방향으로 그 형태들을 발전시킬 수 있다는 뜻이 결코 아니다. 그 형태들은 사회주의적 내용을 보유할 수 없으며, 이 내용이 실현되는 과정에서 반드시 사멸할 것이다. 그럼에도 불구하고, 현재의 이행기가 끝날 때까지, 프롤레타리아는 계급적 이익을 위해 부르주아 사회로부터 물려받은 이 형태들을 필연적으로 활용해야 하고, 그 다음 이 형태들을 다 없애야 한다. 그러기 위해서 프롤레타리아는 무엇보다도 이데올로기로부터 자유로우면서, 반드시 이러한 형태의 역사적 기원을 아주 분명히 이해해야만 한다. 프롤레타리아는 부르주아 국가와 부르주아 도덕뿐만 아니라 프롤레타리아 자신의 국가와 도덕에 대해서도 비판적이고 냉정한 태도를 취해야 한다. 다시 말해, 프롤레타리아는 도

60) 계급투쟁으로 분열된 사회에서 계급과 무관한 윤리는 결코 실제로 존재할 수 없고, 오직 상상 속에서만 존재할 수 있다는 사실은 말할 필요도 없다. 파업에 참여하기를 결정했던 노동자는 (이러한 참여가 그에게 그만큼 궁핍을 낳을지라도) 개인적 이익을 보편적 이익에 종속시키는 어떤 도덕적 의무에 따라 이런 결정을 내렸다고 공식적으로 표현할 수도 있다. 그러나 이러한 보편적 이익이라는 개념이, 노동자가 그에 **대항하여** 투쟁을 벌이는 대상인 자본가의 이익을 포함하지 않을 수도 있다는 사실은 매우 분명하다.

덕, 법, 국가라는 존재뿐만 아니라 그 소멸의 역사적 필연성을 반드시 인식해야만 한다.

마르크스는 프루동을 비판하면서, 다른 무엇보다, 정의라는 추상적 개념이 절대적이고 영원한 기준이 결코 아니라는 사실에 주목한다. [하지만] 혹자는 정의라는 기준을 통해서 이상적인, 즉 공정한 교환관계를 건설할 수 있다고 생각한다. 이는 어떤 대상을 그 대상의 반영물을 통해서 측정하려는 시도를 의미할 것이다. 그러나 바로 이 정의라는 개념은 교환관계에서 도출되며, 그 외의 어떤 것도 표현하지 않는다. [즉 현실의 교환관계에서 정의 개념이 도출되는 것이지, 정의 개념을 통해서 정의로운 교환관계가 도출되는 것은 아니다.] 본질적으로 말해서, 정의 개념은 우리가 위에서 분석했던 사회적 평등이라는 개념과 비교해 볼 때, 어떠한 새로운 것도 포함하지 않는다. 그러므로, 정의 관념에서 어떠한 독립적이고 절대적인 기준을 찾는 일은 터무니없다. 사실, 정의 관념을 교묘히 사용한다면 불평등을 평등으로 해석할 수 있는 가능성이 훨씬 더 커진다. 그러므로 정의 관념은 다의적인 윤리적 형태를 이해하기 어렵게 하는데 특별히 유용하다. 다른 한편으로, 정의는 윤리가 법으로 내려가는 단계다. 도덕적 행동은 반드시 “자유로워야” 한다. 반면 정의는 강제되어야 한다. 강제적인 도덕적 행동은 도덕의 존재 자체를 부정하는 경향이 있다. 반면 정의는 인간에게 공개적으로 “적용된다”, 즉 정의는 외부적인 [힘에 의한] 실현을 허용하고, 그 정의를 요구하는 적극적인 이기주의적 이해관계를 인정한다. 바로 여기에 윤리적 형태와 법적 형태 간의 연속성과 분기가 나타나는 핵심이 있다.

교환 즉, 상품유통은 교환의 당사자들이 서로를 재산 소유자로 인정한다고 가정한다. 내면의 확신이나 정언명령이라는 형태를 취하는 이러한 인정은 상품 생산자의 사회가 성취할 수 있는, 상상 가능한 최대치를 나타낸다. 그러나 이 최대치 외에도, 상품유통이 방해받지 않고 지속되기 위한 일정한 최소치가 존재한다. 이 최소치를 실현하기 위해서라면, 상품 소유자들이 **마치** 서로를 재산 소유자로 승인한 **것처럼** 스스로 처신하는 것만으로도 충분하다. 도덕적 행동은 법적 행동의 반대편에서 있는데, 법적 행동은 그 행동을 낳은 동기와 무관하다는 특징이 있다. 채무를 상환하는 이유가 “어떠한 상황에도 내가 지불하도록 강제될 것이기” 때문인지, 혹은 채무자가 그렇게 하는 게 그의 도덕적 의무라고 생각하기 때문인지는 사법적 관점에서는 아무런 차이가 없다. 외부적 강제력이라는 관념과 강제력을 행사하는 조직, 이 양자가 법 형태의 본질적인 측면을 구성한다는 사실은 명백하다. 강제력 메커니즘이 조직되지 않았고 당사자들보다 상위에 있는 특수한 장치로서 사법체계 내에 존재하지 않을 때, 강제력 메커니즘은 이른바 “상호의존성”이라는 형태로 등장한다. 세력균형이라는 조건에서, 상호의존성이라는 원리는 국제법의 유일한 기초이며, 또한 가장 불안정한 기초라고도 말할 수도 있다.

다른 한편, 도덕적 요청과 구분되는 법적 청구권은 “내적 목소리”라는 형태가 아니라 구체적인 주체로부터 나오는 외부적인 요구로서 나타나며, 여기서 구체적인 주체는 일반적으로 그에 상응하는 물질적 이익의 담지자이기도 하다. 그러므로, 법적 의무의 완수는 **요구의 충족**이라는 외부적이고 거의 대부분 물질적인 형태를 취하며, 의무의 완수를 요구하는 자(obligee) 측의 모든 주체적 요소와 분리된다. 따라서 법적 의무라는 바로 그 개념이 가장 문제가 된다. 우리가 완전히 일관성을 보이려면, 바인더처럼, 권리에 상응하는 의무는 “도덕적 의무”(duty, *Pflicht*)와 공통점이 하나도 없으며, 법적으로는 오직 책임(responsibility, *Haftung*)으로서 존재한다고 말할 필요가 있다. 즉, “의무가 있다”(obliged, *verpflichtet*)는 말의 뜻은 “사법적 절차와 판결의 강제적인 집행을 통해서, 그의 재산으로 책임을 진다 (또는 형벌의 경우, 그의 신체로 책임을 진다)”일 수밖에 없다. 바인더의 결론은 법학자의 대다수에게 역설적이며, 다음

과 같은 짧은 공식으로 표현된다. *Das Recht verpflichtet rechtlich zu nichts*(법은 법적으로 어떠한 의무도 부과하지 않는다). 사실 이 공식은 칸트가 이미 수립한 개념상의 이분법이 이어진 결과를 보여줄 뿐이다. 그러나 이처럼 명료하게 도덕적 영역과 법적 영역의 경계를 긋는 것이야말로 부르주아 법철학에 가장 풀리지 않는 모순들의 원천을 제공한다. 만약 법적 의무가 “내면의” 도덕적 의무(duty)와 아무런 공통점이 없다면, 법에 대한 종속은 강제력 그 자체에 대한 종속과 구별될 수 없다. 다른 한편으로, 법의 본질적 특성이 의무라는 요소이고, 나아가 주관적인 유형의 요소는 가장 취약하다는 사실을 받아들인다면, 사회적으로 필수적인 최소치라는 법의 의미는 서서히 그 의미를 잃어갈 것이다. 부르주아 법철학은 이러한 기본적인 모순 속에서, 그리고 자기 자신이 세운 가정에 대한 끊임없는 투쟁 속에서 스스로 힘을 잃어 간다.

게다가, 법과 도덕의 관계를 말하느냐, 국가와 법의 관계를 말하느냐에 따라, 본질적으로 동일한 하나의 모순이 두 가지 다른 형태로 나타난다는 사실은 흥미롭다. 전자의 경우, 도덕에 대비한 법의 독립성을 지지한다면, 법은 국가와 통합되는데, [법에서] 외부적이며 권위적인 강제력이라는 요소를 더 강조하기 때문이다. 후자의 경우, 법을 국가(즉 [강제력을 통한] 실제적 지배)와 대립시킨다면, (‘하지 않으면 안 된다’(müssen)라는 의미가 아니라 ‘하는 게 가치가 있다’(gelten)는 의미에서) 의무라는 요소가 불가피하게 전면에 등장하므로, 말하자면, 우리 앞에 법과 도덕의 통일전선이 부상한다.

언제나 그렇듯이, 여기서 그 체계의 모순은 현실 삶의 모순을 반영하는데, 달리 말해, 그 내부에서 도덕과 법의 형태를 창조했던 사회적 환경을 반영한다. 개인적인 것과 사회적인 것 사이의 모순, 부분과 전체 사이의 모순은 부르주아 법철학이 결코 화해시킬 수 없는 모순이다. 이러한 모순은 상품생산자 사회로서 부르주아 사회의 의식적인 기반을 구성한다. 이러한 모순은 인간 주체들 간의 현실적 관계 속에서 구체적으로 표현되는데, [자본주의라는] 현실적 관계에서는 인간 주체가 오직 상품의 가치라는 부조리하고 신비화된 형태를 통해서만, 자신의 사적인 노력을 사회적 열망으로 간주할 수 있다.

## 7장 법과 법의 위반

루스카야 프라우다(Russkaya Pravda)[11~12세기에 편집된 키예프 공국의 법전]는 우리 역사의 키예프 시대에 나온 아주 오래된 기념물로, 43개 조항(이른바 아카데미 리스트)으로 구성된다. 오직 두 개의 조항만 형법 또는 민법의 위반과 무관하다. 나머지 조항은 어떤 법을 위반했을 때 적용되는 처벌을 결정하거나, 절차적 규칙을 담고 있다. 그러므로, 하나의 규범으로부터 일탈은 언제나 그러한 항목들의 전제가 된다. 독일 부족의 이른바 이방인 법(barbarian laws)에서도 동일한 모습을 볼 수 있다. 예를 들어 살릭 법(Salic law)[프랑크 살리 지족(支族)이 제정한 법]의 408개 조항 중에서 오직 65개만이 징벌적 성격이 없다. 로마법 중 가장 오래된 유물은 12표법(Twelve Tables)인데[기원전 450년경, 관습적으로 사용하던 법을 12개의 동판에 기록한 표], 소송을 시작하는 절차를 정의하는 규칙으로 시작한다. “[원고가 피고를] 법정에서 소환하면 [피고는] 출두하여야 한다. 그가 출두하지 않으면 [원고는] 증인을 소환하여야 한다. 그 후에 [원고는] 그를 포획한다.”

저명한 법사학자 메인(Maine)의 관찰에 따르면, “대체로, 법전(code)이 더 오래된 것일수록, 형사(刑事) 부분에 관한 서술이 더 가득하고 더 자세하다는 사실을 인식할 필요가 있다.”<sup>61)</sup>

규범을 준수하지 않음(non-observance) 또는 규범의 위반, 정상적인 상호행동(intercourse)에 대한 방해와 그에 뒤따르는 분쟁은 고대 입법에 담긴 가장 중요한 내용 중에서도 그 출발점이다. 역으로, 엄밀한 의미에서 무엇이 정상인가는 그 시작점에 규정되어 있지 않은데, 즉 그저 존재할 뿐이다. 상호적 권리와 의무의 범위와 내용이 규정되고 명확히 확립되어야 할 필요성은 평온하고 평화로운 존재를 침해했을 때 등장한다. 이런 관점에서 보면, 성문법이 범죄를 창조하기 때문에 권리를 창조한다고 단언한 벤담(Bentham)은 옳다. 역사적으로, 법적 관계는 법의 위반이라는 사실에서 뚜렷하게 그 특유한 성격을 띤다. 절도라는 개념은 사적 소유라는 개념보다 먼저 정의되었다. 대출에 주목하는 관계는 빌린 자가 상환을 원하지 않을 때 규정되었다. “만약 어떤 사람이 빛을 되찾으려고 하고, 빛은 진 사람이 이를 거부할 때 등등.” (루스카야 프라우다, 아카데미 리스트, 14조.) pactum(약속)이라는 단어의 원래 뜻은 계약이 아니라, pax 즉 평화였는데, 달리 말해 적대의 우호적인 종결이었고, ‘평화로운’(Vertrag) [상황]은 ‘평화롭지 않은’(Unvertraglichkeit) [상황의] 종식을 가정한다.

따라서, 사법(私法)이 엄밀한 의미의 법 형태가 존재하기 위한 가장 일반적인 조건을 반영한다면, 형법은 법적 관계가 최고로 강렬해지는 영역이다. 여기서 [즉 형법 영역에서] 특히, 또 가장 분명하게 법적 요소가 일상생활과 분리되어 완전한 독립성을 얻는다. 구체적인 사람이 취한 행동을 [소송의] 한 당사자의 행동으로, 즉 법적 주체로 변형하는 일은 재판절차에서 특히 분명하게 나타난다. 고대 법은 (첫째로) 일상적인 행동과 의사표시와, (둘째로) 법적 의사표시 사이의 차이를 강조하기 위해, 특별한 의식(儀式) 절차와 종교적 의례를 활용했다. 재판절차의 드라마는 현실 삶과 근접하면서도 분리된 [현실세계와 평행하는] 법적 현실을 뚜렷하게 창조했다.

모든 유형의 법 중에서, 가장 직접적이고, 원래 그대로의 방식을 통해서 독립적인 인격에 영향을 미칠 수 있는 능력을 지닌 것이 형법이다. 따라서, 이러한 형법은 가장 열렬하고 실천

61) H. Maine, *Ancient Law* (1873), Russian edition translated by N. Belozersky, p.288.

적인 관심을 끌어모았고, 형법과 그 위반에 대한 처벌은 보통 밀접하게 서로 연관된다. 따라서, 말하자면, 형법은 법 일반의 대표자 역할을 행한다. 형법은 전체를 대신하는 한 부분이다.

형법의 기원은 역사적으로 보면 피의 복수라는 관습과 연결된다. [형법과 피의 복수라는] 두 가지 현상이 유전적으로 가깝다는 사실은 분명하다. 그러나 벌금과 처벌이 복수의 뒤를 이어야만, 하나의 복수는 온전한 의미의 복수가 된다. 달리 말하면, 인류의 역사에서 종종 관찰할 수 있듯이, 이러한 훗날의 발전단계들을 통해서만 선행한 형태들에 담겨 있는 함의를 이해할 수 있다. 만약 흑자가 동일한 현상을 정반대의 방향에서 접근한다면, 우리는 오로지 생존을 위한 투쟁, 즉 진정으로 생물학적 사실만을 관찰한다. 더 훗날의 시대를 관찰하는 형법 이론가에게, 피의 복수는 ‘눈에는 눈, 이에는 이’(ius talionis), 즉 등가 응보(equal retribution)라는 기초에 조응한다. 이러한 기초에 따라, 공격을 당한 자(또는 그의 부족)가 공격을 한 자에게 가하는 복수는 추가적인 복수가 벌어질 가능성을 제거했다. 사실, 코발레프스카야(Kovalevsky)가 적절하게 지적한 것처럼, 가장 고대에 존재했던 피의 복수는 이런 성격이 없었다. 대살육전은 세대와 세대를 거쳐 물려진다. 비록 복수를 위해 저질러진 공격이더라도, 그 자체가 새로운 피의 복수를 야기하는 근거가 된다. 공격을 당한 자와 그의 인척들은 공격자가 되고, 세대와 세대를 거쳐 계속 반복되어, 어떤 경우에는 서로 싸우는 혈족들 모두가 죽을 때까지 지속되었다.<sup>62)</sup>

복수는 관습에 의해 규제되기 시작하고, ‘눈에는 눈, 이에는 이’라는 규칙에 따른 응보로 전환된다. 그 후에야 그러한 규칙과 함께, 화해를 이루거나 벌금을 내는 체계가 확립되기 시작한다. 등가(equivalence)라는 통념은 순수한 법률적인 관념 중에서 처음으로 등장한 것인데, 상품형태 속에 그 원천이 있다. 하나의 범죄는 특별한 양상을 띠는 교환으로 볼 수도 있는데, 여기에서 교환(계약관계)은 사후적으로, 즉 당사자 중 한 쪽이 의도적 행동을 벌인 후에 성립된다. 범죄와 처벌의 비율은 교환비율로 환원된다. 따라서 아리스토텔레스는, 정의(justice)의 한 가지 유형으로 등가교환을 논하면서[아리스토텔레스의 ‘교환적 정의’], 이를 두 가지 양상으로 구분했다. 즉 자발적 행동의 등가와 비자발적 행동의 등가. 구매와 판매, 대출 등등과 같은 경제적 관계는 자발적 행동으로 분류된다. 비자발적 행동은 그 등가물로서 처벌을 불러일으키는 다양한 유형의 범죄를 포함한다. 또한, 범죄가 다른 사람의 의지에 반하여 체결된 계약이라는 정의(definition)도 아리스토텔레스에 속한다. 처벌은 희생자에게 가해진 피해를 조정하는 하나의 등가물로서 등장한다.

이러한 통념은, 역시 저명한 휴고 그로티우스(Hugo Grotius)[1583~1645. 네덜란드의 법학자]도 채택했다. 하지만 이러한 구성개념(constructs)이 처음 볼 때는 순진하고 단순해 보일지 모른다. 하지만, 현대 법학자의 절충적인 이론보다는 이러한 구성개념이 법 형태에 대해 훨씬 더 풍부한 감수성을 잠재적으로 품고 있다.

피의 복수와 처벌이라는 사례에서, 우리는 유기체적 또는 생물학적인 것이 법적인 것으로 연결되는 극히 미세한 단계를 대단히도 분명하게 관찰할 수 있다. 인간은 이러한 동물적 생태 현상[피의 복수]이 습관으로 익숙한데, 인간이 이에 대한 법률적 (또는 윤리적) 해석을 포기할 수 없다는 사실에 의해 이러한 [생물학적인 것과 법적인 것의] 결합과정이 강화된다. 인간은 자신도 모르는 사이에, 사실적으로 말하자면, 훗날의 발전, 즉 인류의 역사적 발전을 통해서

62) cf. M. Kovalevsky, *Modern Custom and Ancient Law* (1886), Petersburg and Moscow, pp. 37-38.



그러한 동물적 행동 속에서, 그러한 행동에 있다고 보는 것[즉 법률적 해석]을 발견한다. 사실 자기방어 행동은 가장 자연스러운 동물적 행태 현상 중 하나다. 우리가 자기 방어에서 보는 것이 어떤 특정한 동물의 개별적 반응이나, 아니면 집단적 [실력]행사냐는 것 사이에는 아무런 차이가 없다. 벌의 생태를 관찰한 학자의 증언에 따르면, 어떤 벌이 꿀을 훔치기 위해서 벌집에 침입하려고 시도하면, 입구를 방어하는 벌들은 공격을 하고 벌침을 쏜다. 만약 그 벌이 실제로 벌집에 침투하면, 즉각 그 벌을 죽인다. 이와 유사하게, 동물의 세계에서 [공격에 대한] 반응이 그 반응을 유발하는 상황의 특정한 시간 간격에 따라 구분되는 사례들이 존재한다. 동물은 공격에 즉각 대응하지 않고, 더 알맞은 때를 기다린다. 여기서 자기 방어는 말의 진정한 의미에서 복수가 된다. 왜냐하면 현대적 인류에게 복수란 등가 응보라는 관념과 불가분 연결되기 때문에, 예를 들어 페리(Ferry)가 동물에 '법률적 본능'이 존재한다고 기꺼이 인정하고자 하는 것은 놀랄 일이 아니다.<sup>63)</sup>

사실, 법률적 관념, 즉 등가라는 관념은, 등가교환이 표준적 형태가 되는 경제발전 단계에서만, 즉 동물의 세계가 아니라 인간의 세계에서만, 완전히 분명해지고 객관화된다. [그런데] 등가라는 관념을 실현하기 위해서, 필연적으로 복수가 피 묻은 돈(blood money)[살해된 사람의 유가족에게 주는 위자료]으로 강제로 완전히 대체되었던 것은 결코 아니다.

그리고 심지어 피 묻은 돈이 무언가 수치스러운 것으로 여겨져 거부될 때 (그리고 이러한 관점은 원시적 인간들 사이에서 오랫동안 지배적이었다), 개인적 복수의 실현은 성스러운 의무로 인식되었다. 바로 그 복수라는 행동은 아직 그 대안이 존재하지 않았을 때, 그 전에는 없던 새로운 형태를 취했다. 구체적으로 말하면, 이제 복수는 오직 적합한 방법이라는 모습, 즉 응보를 포함했다. 화폐라는 형태를 취하는 피 묻은 돈에 대한 거부는 오로지 [새로] 흐르는 피만이 그 전에 흘렸던 피의 등가물이 된다는 사실을 강조했다. 복수가 등가교환이라는 형태와, 즉 교환가치와 연결되는 정도에 따라, 복수가 순전히 생물학적 현상에서 법적 제도로 변형되었다.

고대 형법은 이러한 [복수와 등가교환의] 결합을 특히 분명하고 직접적으로 강조했는데, 왜냐하면 소유에 가한 손상과 신체에 가한 상해를 순진하고 단순하게 동일시했기 때문이다. (훗날에는 이러한 동일시를 수치스러운 일로 단념했지만 말이다.) 고대 로마법의 관점에서 보면, 빚을 갚지 못한 채무자가 그의 신체 일부분으로 대신 지불해야 하고(*in partes secare*), 신체에 상해를 가한 죄를 저지른 자가 그의 소유물로 책임을 져야 한다는 사실은 전혀 놀랍지 않았다. 여기에서 등가교환이라는 관념이 가장 극명하게 나타나는데, 복잡하지도 않고, 그와 관련된 어떤 상황에 의해서 은폐되지도 않는다. 그에 따라, 형사 절차 역시 상업적 거래라는 성격을 취한다. 예링에 따르면, “우리는 협상이 타결되기 전까지 한 쪽이 너무 많은 돈을 요구하고, 다른 쪽이 너무 적은 돈을 주겠다고 말하는 상황이 벌어지고 있는 시장을 상상해야만 한다. 이를 [라틴어로] 표현하는 것이 *pacere*(화평하게 하다), *pascisci*(협상하다), *depecsci*(협상을 타결하다)이며, 가격합의 그 자체를 *pactum*(계약)이라고 불렀다.” 예링은 이렇게 덧붙인다. “양 당사자가 선택한 중재자의 의무는 여기에서 그 [협상타결을 위한] 출발점을 찾는 것이다. 고대 스칸디나비아 법에서 중재자는 화해를 위한 지불해야 할 수량을 결정했다. (원래 로마에서는 중재자(*arbiter*)라고 불렀다.)”<sup>64)</sup>

63) E. Ferri, *Criminal Sociology* (1900), Russian edition translated and with a preface by Dril', vol.2, p.37.

64) R. Jhering, *The Spirit of Roman Law* (1875), Russian edition, vol.1, p.118.

이른바 공적 처벌(public punishments)에 관해서 말해보면, 의심할 바 없이, 그러한 공적 처벌은 처음에는 주로 국가재정 때문에 도입되었고, 권력의 대표자들이 지닌 금고를 채우는 수단으로 기능했다. 헨리 메인에 말하길, “국가는 피고가 국가에 가했다고 여겨지는 피해 때문에 벌금을 거두는 게 아니었다. 국가의 시간과 평온에 발생한 손실에 대한 정당한 응보라는 형태로, 원고에게 주어야 할 보상 중 오직 특정한 몫을 내놓으라고 스스로 명령했다.”<sup>65)</sup> 우리가 러시아 역사를 보면, 군주가 “시간의 손실에 대한 정당한 응보”를 매우 열렬히 징수해서, 연대기 기록자의 증언에 따르면, “러시아 영토는 벌금과 [국가의 독점] 판매 때문에 빈곤해졌다”는 사실을 잘 알 수 있다. 이러한 재판에 의한 절도(judicial theft)는 고대 러시아뿐만 아니라 샤를마뉴[742-814년]의 [서로마] 제국에서도 찾을 수 있다. 고대 러시아 군주의 눈으로 볼 때, 재판에 의한 수입은 군주의 부하 등등에게 주기 위해서 걷는 여타 보호비(patronage)와 아무런 차이가 없었다. 특정액을 지불함으로써 군주의 법정에서 풀려나는 것도 가능했다. (바바리아 법의 속죄금(wer), 루스카야 프라우다의 벌금.)

하지만, 공적 처벌이 수입의 한 원천이었다는 사실에 덧붙여, 그러한 공적 처벌이 그 이전에는 규율을 보장하는 방법이자, 종교적이고 군사적인 권력의 권위를 지키는 핵심적 보호장치로서 출현했다는 것도 사실이다. 고대 로마에서 심각한 범죄 중 대부분은 그와 동시에 신에 반하는 범죄였다는 사실은 잘 알려져 있다. 예를 들어, 토지소유자의 가장 중요한 법 위반은 경계표지의 고의적인 변경이었다. 고대로부터 이는 종교적 범죄로 간주되었고, 죄인 측은 신의 이름으로 유죄판결을 받았다. 질서의 수호자로서 행동하는 사제 계급( caste)는 어떤 이상이 아니라 가장 본질적인 물질적 이익을 추구했는데, 사제 계급이 쓰기 위해 죄인 측은 소유물을 몰수했기 때문이다. 다른 한편, 확립된 종교제식에 참여하지 않고 제물을 내지 않거나, 새로운 종교적 가르침을 도입하려고 시도하는 방식으로 사제계급의 소득을 전용하려고 시도한 자에게 사제조직이 가한 처벌도 앞에서와 마찬가지로 공적인 성격을 품었다.

종교조직(즉 교회)이 형법에 가한 영향은 비록 처벌이 증가 또는 응보라는 성격을 보존했으나, 이러한 응보가 상해를 입은 측의 피해와 직접 연결되지는 않았고, 상해를 입은 측의 청구에 기초하지도 않았다는 사실에서 감지할 수 있었다. 나아가 처벌은 신의 처벌이라는 더 추상 수준이 높은 의미를 획득했다. 따라서 교회는 보상이나 피해라는 물질적 요소를 속죄와 정화(expiatio)라는 이데올로기적 동기와 결합했다. 따라서 교회는 사회적 규율(즉 계급지배)을 유지하기 위해서, 사적인 복수에 기초를 둔 형법이 제공하는 것보다 더 적절한 메커니즘을 구성하고자 시도했다. 이를 잘 보여주는 것이 비잔틴 성직자가 키예프 러시아에 존재하던 사형제도를 도입하라고 청원했던 일이다.

규율을 유지한다는 동일한 목적이 군사지휘관이 가하는 처벌행위의 성격을 결정한다. 군사지휘관은 정복한 사람들에 대해서나, 반란, 반역을 계획하거나 단순히 불복종한 자신의 부대에 대해서 법을 실행하고 보복을 가한다. 자신의 손으로 불복종한 군인의 목을 벤 루트비히의 악명 높은 이야기는 게르만 야만국가의 형성기에 존재하던 이러한 보복의 원시적 성격을 입증한다. 그에 앞선 시대에 군사적 규율을 유지하는 임무는 민회(popular assembly)에 의해 수행되었다. 군주의 권력이 강력해지고 팽창하면서, 이러한 기능은 자연스럽게 군주에 속하게 되었고, 또한 자연스럽게 군주 자신의 특권을 보호하는 것과 동일시되었다. 일반적인 형사범죄에 관한 한, 오랫동안 독일 부족의 왕은 (또한 키예프 러시아의 군주는) 그런 범죄에 대해

65) H. Maine, *Ancient Law* (1873), op. cit. p.269.

오직 재정적 이익에 관한 관심을 보였을 뿐이다.

계급과 토지소유 간 경계가 확대되고 강화되면서 이러한 상황은 변화했다. 종교적인 위계구조와 세속적 위계구조는 주민 중 하층, 피억압 계급과 투쟁하면서 자신의 특권을 보호하는 데 최우선권을 부여했다. 자연경제의 해체, 그에 동반한 소농에 대한 착취의 증대, 상업의 발전, 계급국가의 조직화는 형사 사법(criminal justice)에 상이한 임무를 부여했다. 이 시대에 형사 사법은 권력이 수입을 올리는 수단이라는 성격이 약화되고, '사악한 인민', 즉 주로는 영주와 영주국가의 감당할 수 없는 착취로부터 도망친 소농이나, 피구호민, 부랑자, 탁발 수도사 등등에게 가하는 무자비하고 혹독한 보복 수단이라는 성격이 강화되었다. 경찰과 수사기구가 중심적 역할을 해야만 했다. 처벌은 물리적 제거나 공포의 주입을 위한 방법이 되었다. 이때는 시죄법(試罪法, ordeal)[옛날 튜턴 민족 사이에 행해진 재판법으로 시련을 견딘 자를 무죄로 했음], 체형, 잔혹한 사형법의 시대였다.

따라서, 현재 존재하는 현대적 형법을 구성하는 복잡한 혼합물이 점진적으로 준비되었다. 우리는 형법을 역사적으로 구성하는 지층(地層)을 손쉽게 알아볼 수 있다. 본질적으로 (즉 순전히 사회학적 관점에서 볼 때) 부르주아 사회는 [부르주아 사회의] 형법체계를 통해서 [부르주아 사회의] 계급국가를 지지하며, 그렇게 함으로써 피착취 계급의 복종을 유지한다. 이런 측면에서 보면, [부르주아 사회의] 판사와 [부르주아 사회의] 사적인 '자발적' 파업파괴자[파업대체 노동자] 조직은 동일한 목적을 추구한다.

부르주아 국가의 형사재판권(criminal jurisdiction)은 조직된 계급 테러다. 내전 시기에 적용되는 이른바 예외적 조치와 비교할 때, 여기에는 그저 정도의 차이만 존재할 뿐이다. 스펜서는 외부로부터의 공격에 대항하는 방어적 반응(전쟁)과, 내부적 질서의 위반자에 대항하는 반응(법적(legal) 방어 또는 법원과 판사에 의한(judicial) 방어)을 완전히 유비할 수 있거나, 심지어 동일시할 수 있다고 지적했다.<sup>66)</sup> 첫 번째 유형[법적 방어]의 조치들(즉 형사처벌)은 낙오된 사회인자들에 주로 적용되고, 두 번째 유형[법원과 판사에 의한 방어]의 조치는 권력에 반역하는 새로운 계급의 적극적 지지자들에 주로 적용된다. [하지만] 이러한 사실은 문제의 본질을 바꾸지도 않으며, 적용되는 절차에 존재하는 다소간의 정확성과 복잡성을 바꾸지도 않는다. 계급국가의 적대적 성격을 인식해야지만 계급국가의 처벌행위에 담긴 진정한 의미를 이해할 수 있다. 사회 전체의 이익에 따라 처벌정책의 원리를 도출했다고 하는 이른바 형사법 이론들은 현실에 대한 의식적, 또는 무의식적 왜곡이 자리를 가득 차지하고 있다. "사회 전체"란 이러한 법학자들의 상상 속에서만 존재한다. 사실 우리는 모순적이고 갈등을 빚는 이익을 지닌 계급들을 마주하고 있다. 역사에 존재한 모든 처벌정책 체계는 그러한 정책을 실현하는 계급이 지닌 계급이익의 흔적을 품고 있다. 봉건영주는 불복종하는 소농과, 영주의 권력에 반하여 일어난 도시 거주민을 처형했다. 도시들이 연합해서 강도 짓을 하는 기사들의 목을 매달고, 그들의 성을 파괴했다. 중세시대, 어떤 사람이 길드에 가입하지 않고 교역에 참여하길 원한다면 그는 범법자로 간주되었다. 또한 자본가 부르주아는 아직 [지배적 세력으로] 부상하는 데 성공하지 못했으나, 조합에 가입하려는 노동자의 시도는 범죄라고 선언했다.

따라서 계급이익은 지금까지 특정한 처벌정책 각각에 역사적 구체성이라는 흔적을 남긴다. 계급이 완전히 소멸할 때만, 모든 적대적 요소가 배제될 처벌정책 체계를 구성할 수 있다. 그러나 [계급이 소멸하는] 이러한 조건에서 어떤 처벌 체계가 여전히 필요하냐는 질문이 남는다.

66) H. Spencer, *Principles of Sociology* (1883), Russian edition, p.659.

권위적인(authoritative) 처벌행위가 그 내용과 성격에서 볼 때, 계급지배를 유지하기 위한 하나의 무기라고 한다면, 처벌행위는 그 형태라는 측면에서 법적 상부구조의 한 요소로서 작용하고, 법 체계(legal system)에 한 부문으로서 포함된다. 앞에서 우리는 생존을 위한 적나라한 투쟁이 등가원리를 도입함으로써 법적 형태를 채택했다는 사실을 보여주었다. [그에 따라] 자기방어 행동은 단순한 자기방어이기를 그치고 교환의 한 형태, 상호행동(intercourse)의 한 유형이 되며, “정상적인” 상업적 교환과 함께 나란히 자리를 잡는다.

범죄와 처벌은 상환(償還, redemption)의 처리과정이라는 기초에 따라 바로 범죄와 처벌이 된다. (즉 법적 성격을 취한다.) 이러한 형태가 존재하는 한, 계급투쟁 역시 법을 통해서 수행될 것이다. 역으로 말하면, 형법에서 등가관계라는 요소가 사라지는 정도에 따라, 형법이라는 용어는 의미를 잃을 것이다.<sup>67)</sup>

우리는 부르주아 사회의 성격을 상품 소유자 사회라는 측면에서 고찰하면서, 형법이야말로 우리가 앞에서 규명한 의미에서 가장 사법적(juridic)이라고 연역적으로 가정해야만 했다. 하지만 여기서 우리는 즉각 어떤 어려움에 직면한다. 첫 번째 어려움은 현대 형법이 일차적으로 피해자에게 가해진 피해로부터 진행되는 게 아니라, 국가에 의해 확립된 규범의 위반으로부터 진행된다는 사실에 있다. 일단 피해자와 그의 청구(claim)가 배경 뒤로 멀어지면, 등가형태는 어디에 존재하느냐는 질문이 제기된다. 그러나 무엇보다도, 피해자가 얼마나 배경 뒤로 멀어 지든 간에, 피해자는 결코 사라지지 않으며, 오히려 형법 소송(action)이 전개되는 환경을 계속해서 구성한다. 공공이익의 위반이라는 추상은 피해자라는 현실의 인물에 완전히 의존하며, 피해자는 그 과정에서 (개인으로서, 또는 대리인을 통해) 참여하며, 이러한 과정에 살아있는 의미를 부여한다. 게다가 심지어 사실상 구체적 피해자가 존재하지 않을 때에도, “그저 제정법(statute)”이 침해 받을 때에도, 이러한 추상은 공소관(검사, public prosecutor)이라는 인격을 통해서 현실적으로 구체화된다는 함의를 지닌다. 국가 권위는 한 당사자(공소관)의 역할과 판사의 역할, 양자로서 나타나는데, 이러한 분할은 법 형태로서 형사절차가 “응보”를 요구하는 피해자라는 인물과 불가분하다는 사실을 보여준다. 그러므로 형사절차는 더 일반적인 합의 형태와 구별할 수 없다. 한 “당사자”로서 [역할을 할 것이라고] 기대를 받는 공소관은 “높은 가격”, 즉 엄격한 처벌을 요구하며, 범죄자는 관대한 처분, 즉 “할인”을 요청하며, 판사는 “정의(justice)에 따라” 판결을 내린다. 이러한 합의 형태를 폐기한다면, 형사절차는 그것에 담긴 “사법정신”(Juridic spirit)을 빼앗길 것이다. 법원이 (교정(correction)이라는 의미에서 그 특정 개인[범죄자]에 영향을 가하기 위해, 또는 그[범죄자]로부터 사회를 보호하기 위해) 특정 개인[범죄자]의 생활조건을 어떻게 바꿀 것이냐는 문제에만 몰두한다고 잠시만 상상해보라. 그러면 처벌이라는 바로 그 의미가 증발하여 사라진다. 이게 곧 모든 형사법원과 처벌절차에서 위에서 언급한 단순하고 포괄적인 요소들[응보, 등가교환]을 완전히 박탈한다는 의미는 아

67) 따라서 형법은 현대사회가 종속된 기본 형태[등가교환 형태]의 여러 변형물(variation) 중 하나로 구체화됨으로써, 법적 상부구조를 구성하는 한 부분이 된다. 그 기본형태란 등가교환 형태로, 그로부터 모든 결과들이 파생된다. 형법에서 이러한 [등가교환] 관계의 실현은 법치국가(Rechtsstaat)의 한 측면이고, 법치국가는 시장에서 서로 만나게 된 독립적이고 동등한 상품생산자 간 관계를 이상화한 형태다. 그러나 사회적 관계가 추상적인 상품 소유자 간의 추상적인 관계로 제한되지 않기 때문에, 따라서 형사법원은 추상적인 법 형태의 구현물일 뿐만 아니라 직접적인 계급투쟁의 한 가지 무기이기도 하다. 이러한 계급투쟁이 더 날카롭고 격렬할수록, 한 계급이 법 형태를 통해서 지배를 실현하기가 더 어려워진다. 이런 경우에, “공명정대한” 법원(과 법원의 [법적] 보장)을 직접적인 계급폭력 조직이 대체하며, 계급폭력 조직의 행동은 [법이 아니라] 오직 정치적 편의성에 관한 고려사항만을 따를 뿐이다.

니다. 그러나 우리는 [범죄 억지와 같은] 사회적 목적(social purpose)에 대한 분명하고 단순한 고려를 통해 다룰 수 없는 이러한 사법절차에는 특이성(peculiarity)이 존재한다는 사실을 입증하길 원한다. 이는 [사법절차는] 비합리적이고, 신비적이며(mystifying), 일관성이 없는 요소이며, 그야말로 [일상생활과 분리되어 독립성을 획득하는] 특유한 법 형태다.

더 큰 어려움은 다음과 같은 사실에 있다. 고대 형법은 오로지 피해(harm)라는 개념만을 알고 있었다. 현대 형법에서 성공적으로 자리를 잡고 있는 범죄(crime)와 범죄에 대한 책임(guilt)이라는 개념은 이러한 [고대] 발전단계에는 존재하지 않았다. 의식적 행동, 부주의한 행동, 우연한(accidental) 행동은 오로지 그 행동의 결과에 따라 평가를 받았다. 프랑크족 중 살리 지족과 현대 오세트인의 관습은 이런 측면에서 보면 동일한 발전단계에 있다. 현대 오세트인은 칼에 찔려서 사람이 죽은 경우와, 다른 사람의 황소가 발굽으로 찬 돌이 언덕에서 굴러 내려와 사람이 죽은 경우를 구별하지 않는다.

우리가 앞으로 살펴볼 것처럼, 이로부터 고대법에서는 책임이라는 개념 자체가 생소하다는 결론이 뒤따르지는 않는다. 고대법에서 책임은 다른 방법으로 결정될 뿐이다. 우리는 현대 형법에서 (부르주아 사회의 근본적 개인주의와 일치하게도) 엄격한 개인적 책임(personal responsibility)이라는 개념을 지니고 있다. 그러나 고대법에는 집단적 책임이라는 원리가 관통하고 있다. 즉, 아이들은 그들의 부모의 죄 때문에 처벌을 받고, 친족집단은 그 구성원에 대해 책임을 졌다. 부르주아 사회는 과거에 존재하던 개인 간의 원시적이고 조직적인 모든 관계를 해소한다. 부르주아 사회는 사회의 기초로서 ‘각자 자기 힘으로, 자기를 위해서’(every man for himself)를 선언하고, 이를 모든 영역에서, 형법을 포함해, 가장 일관성 있게 이행한다. 그 다음으로, 현대 형법은 책임이라는 개념에 심리학적 요소를 도입했고, 따라서 책임 개념에 훨씬 더 큰 신축성을 부여했다. 현대 형법은 책임을 여러 등급으로 나누었다. 즉 예측되었던 결과에 대한 책임(의도)과, 예측하지 못했으나 예측할 수도 있었던 결과에 대한 책임(부주의). 마지막으로 현대 형법은 책임지울 수 없음(non-imputability), 즉 책임이 완전히 없음이라는 개념을 구성했다. 하지만, 이러한 새로운 요소, 즉 범죄에 대한 책임(guilt)의 정도라는 개념도 결코 등가교환 원리를 배제하지 않고, 오히려 그 원리로부터 파생되며, 그 원리를 적용하기 위한 새로운 기초를 창출한다. 이러한 구분이 부르주아 사회의 사법적 거래(judicial transaction)를 위한 조건을 명확히 밝히는 게 아니라면 무엇을 의미하는가! 책임의 단계적 차이를 나누는 것은 처벌의 단계적 차이를 나누기 위한 기초이며 (이처럼 새롭고, 여러분이 좋아하는 표현을 쓰자면, 관념적이거나 심리학적 요소는 물질적 요소(손해), 객관적 요소(행동)와 결합한다), 이는 처벌의 비율을 결정하기 위한 공통의 기초를 제공하기 위한 것이다. 의도를 지닌 행동이 가장 책임이 무겁고, 그에 따라, 다른 사정이 동일하다면, 가장 무거운 처벌을 받는다. 또, 어떤 행동이 부주의하게 행해졌다면, 그 책임은 덜 무겁고, 다른 사정이 동일하다면, 처벌이 줄어든다. 마지막으로, 책임이 없다면 (범죄의도에 대해 책임을 지울 수 없다면 (non-imputable) 처벌은 없다. 만약 우리가 처벌을 치료(*Behandlung*) (“영향을 주는 방법”(method of influence))로, 즉 법적으로 중립적이며 의학적이고 교육학적인 개념으로 대체한다면, 우리는 매우 다른 결과에 도달한다. 왜냐하면 [처벌을 치료로 대체한다면] 우리는 비례성에 관심을 기울이는 것이 아니라, 비례성보다 앞서는 목적, 즉 범죄로부터 사회를 보호한다는 목적을 위해 취해지는 방법의 적절성에 일차적으로 관심을 두는 것이기 때문이다. 이런 관점에서 보면, [범죄와 처벌의] 관계는 정반대로 나타날 수 있다. 말하자면, 책임이 가장 적은 경우일수록, ‘영향을 주는 방법’[치료 또는 교육]을 가장 강도 높게, 가장 길게 적용하는 계

필요할 수도 있다.

처벌이 지불의 한 방법으로 나타나려고 할 때, 책임이라는 개념이 필요하다. 범죄에 대해 범죄자는 그의 자유를 통해 책임을 지며, 범죄자는 그가 행한 [범죄의] 무게에 비례하여, 그의 자유의 양을 통해 책임을 진다. 처벌이 등가라는 성격을 벗어난다면 이러한 책임 개념은 불필요하다. 또한, 책임이라는 개념의 자투리마저 존재하지 않게 된다면, 처벌은 그 용어의 법적 의미에서 더 이상 처벌이 아니다.

책임이라는 사법적 개념은 과학적이지 않은데, 그 개념은 비(非)결정성(indeterminism)이라는 모순을 직접 초래하기 때문이다. 하나의 사건을 야기하는 인과적 연쇄라는 관점에서 볼 때, 하나의 연결고리를 다른 연결고리보다 선호할 최소한의 기초도 없다. 심리학적으로 비정상적인 (즉 책임이 없는) 어떤 사람의 행동이 일련의 원인들, 즉 유전, 생활조건, 환경 등등의 조건에 의해 영향을 받는 것과 마찬가지로, 정상적인 (즉 책임이 있는) 어떤 사람의 행동도 그러한 조건에 영향을 받는다. 교육학적 조치로서 (즉 등가라는 법적 개념 밖에서) 적용되는 처벌이 책임(imputability), 선택의 자유 등등과 전혀 관련이 없고, 이러한 개념을 요구하지 않는다는 사실에 주목해보면 흥미롭다. 교육학에서 처벌의 편의성(expediency)은 (물론 우리는 여기서 가장 일반적인 의미에서 편의성에 대해 말하는 것이며, 처벌의 형태, 관대함, 엄격성 등등과 무관하다) 어떤 사람이 자신이 행한 행동과 그 불쾌한 결과 사이의 관계를 이해할 수 있고, 그러한 관계를 그 사람이 기억할 수 있는 능력을 충분히 발전시키나 여부에 의해 오로지 결정된다. 심지어 형법이 그들의 행동에 대한 책임을 묻지 않는 개인들(아주 어린 나이의 아이들, 심리학적으로 비정상인 사람들도) 이런 의미에서 보면 책임이 있는 것으로 간주된다. 즉 그들도 어떤 분명한 방향을 향해 [교육학적 조치를 통해] 영향을 받는다.

책임에 비례한 처벌은 일차적으로 피해에 대한 복수와 동일한 형태를 표현한다. 무엇보다도 그러한 처벌은 형벌 선고의 “심각성”이 수자로, 수학적으로 표현된다는 특징을 지닌다. 즉 자유가 박탈되는 날, 월 등등의 숫자로, 화폐 벌금의 양으로, 다양한 권리의 박탈로 말이다.

자유 박탈[자유형](그 전 법원의 판결에서 지시한 한정된 기간 동안)은 현대, 즉 부르주아 자본주의의 형법이 등가 응보의 기초로서 실행하는 특유한 형태다. 이러한 방법은 추상적 인간, 추상적 인간 노동시간이라는 개념과 깊숙하게, 그러나 무의적으로 연결된다. 19세기에, 즉 부르주아 사회가 완전히 발전되고 그 모든 특징이 굳건해졌을 때, 이러한 처벌 형태가 강력히 성장하고, 결국 자연스럽게 예상할 수 있는 것으로 여겨지게 된 것은 우연이 아니다. 물론 감옥이나 성 안의 지하감옥(dungeon)이 다른 물리적 강압수단과 함께 고대이나 중세에도 존재했다. 그러나 그 당시에 수감자는 보통 죽을 때까지, 또는 몸값을 지불할 때까지 갇혀 있었다.

미리 결정된 추상적 자유의 양[수감기간]으로 범죄에 대해 [값을] 지불해야 한다는 통념이 출현하기 위한 필요조건은 사회적 부의 모든 구체적 형태들이 가장 단순하고 가장 추상적인 형태, 즉 인간의 노동시간으로 환원되어야 한다는 것이었다. 여기서 우리는 문화의 여러 다양한 측면이 서로서로 보호한다는 사실을 확인할 수 있는 다른 사례들을 의심할 바 없이 관찰한다. 산업자본주의, 인간과 시민의 권리선언, 리카도의 정치경제학, 투옥기간 체계, 이 모든 것이 동일한 역사적 시대의 현상들이다.

(물리적 상해를 유발하거나 화폐적 보상을 요구하는 식으로, 조야하고(crude) 명백히도 물질적인 형태를 취하는) 처벌의 등가성은 특히나 바로 이러한 조야함 때문에 모든 사람이 이해할 수 있는 단순한 의미를 보존한다. 그러나 정해진 기간 동안 자유를 박탈한다는 추상적 형

태에서는 처벌의 증가성이 이러한 의미를 상실한다. 비록 우리가 행동의 무게에 비례한 처벌의 측정에 대해서 논하지만 말이다.

그러므로, 여러 형법 이론가들이 (주로는 자신이 가장 선진적이라고 생각하는 이론가들이) 증가성이라는 요소를 제거하고자 시도하는 일은 자연스러운데, 왜냐하면 처벌의 합리적 목표에 집중하고자 할 때 그것이 분명히도 불합리해졌기 때문이다. 이러한 진보적 범죄학자의 오류는 그들이 이른바 절대적 처벌이론을 비판할 때, 그들이 오로지 오류일 뿐인 관점에 맞서고 있다고 생각하면서, 이론적 비판으로 간단히 해명할 수 있는 여러 생각을 혼동했다는 데 있다. 사실 증가라는 불편한 형태는 개별 범죄학자의 혼동에서 파생된 게 아니라, 상품생산이라는 물질적 관계에서 파생된 것이며, 그러한 물질적 관계에 의해 발달된 것이다. 사회의 보호라는 합리적 목표(또는 범죄자의 재교육)와 처벌의 증가원리 사이의 모순은 책과 이론 속에 존재하는 것이 아니라, 생활 그 자체와 사법적 실천(judicial practice) 속에, 사회적 구조 그 자체 내에 존재한다. 이와 유사하게, 엄밀한 의미의 사회적 노동의 결합이라는 현실과, 이러한 현실의 표현이 상품가치라는 불편한 형태를 취한다는 사실 사이의 모순은 이론이나 책 속에 존재하는 것이 아니라, 사회적 실천 그 자체 속에 존재한다.

다양한 요소 속에서 이에 관한 충분한 증거가 발견된다. 만약 사회생활에서 처벌의 목적[사회적 보호, 범죄자의 재교육]이 진정으로 유일한 고려사항이라고 한다면, 처벌의 이행이, 그리고 무엇보다 처벌의 결과가 가장 열렬한 관심을 불러일으켰을 것이다. 하지만, 압도적 대다수에게 사법절차의 무게중심은 법정이고, [배심원단이] 평결을 내고 [판사가] 형을 선고하는 순간이라는 사실을 누구 부정할 것인가?

지속적으로 범죄자에게 영향을 미치는 방법(methods of influencing)[교육, 치료]에 보이는 관심은 평결과 형의 선고를 발표하는 인상적인 순간이, 그리고 “처벌방법”의 결정이 불러일으키는 관심에 비하면 완전히 무시해도 될 정도다. 감옥개혁 문제는 오직 소수 전문가집단에게만 당면 문제다. 대개 선고가 [범죄]행위의 무게에 상응하느냐가 관심의 중심을 차지한다. 공유하는 정서에서 볼 때 법원이 [응보의] 증가를 적절하게 결정한다면 문제는 여기서 종결될 것이며, 그 후 범죄자의 운명은 관심의 대상이 아니다. 이 분야의 전문가 중 한 사람인 크로네(Krohne)는 “처벌의 실행에 관한 연구는 형법 과학의 약한 곳”이라고 불평한다. 그는 이어서 이렇게 말한다. “그리고 나아가, 당신이 더 좋은 법, 더 좋은 판사, 더 좋은 선고를 지닌다고 하더라도 이러한 선고를 집행할 공무원이 무능하다면, 당신은 거리낌없이 법을 쓰레기통에 내던져버리고 선고문을 불태울 것이다.”<sup>68)</sup> 응보의 증가라는 원리가 지닌 권위는 사회적 관심의 분포에서만 발견되는 것이 아니다. 그 권위는 사법적 실천 그 자체에서도 그에 못지않게 분명하게 나타난다. 사실, 아샤펜부르크가 그의 책, 『범죄와 그에 대항하는 투쟁』에서 인용했던 선고들 말고 어떤 다른 근거가 있겠는가? 긴 시리즈 중에서 여기서는 단 두 가지 사례를 들겠다. 어떤 상습범은 위조, 절도, 갈취 등등으로 22번 유죄판결을 받았고, 공직자를 모욕했다는 이유로 24일간 감옥에 구금되는 23번째 선고를 받았다. 또 다른 사람은 총 13년간 감옥과 교도소(penitentiary)에 있었고, 갈취와 절도 등등으로 16번 유죄판결을 받았으며, 또다시 갈취로 17번째 4개월 감옥형을 받았다.<sup>69)</sup> 이런 사례를 두고, 분명히 누구도 처벌이 [사회를] 보호한다는 기능, [범죄자를] 교정한다는 기능에 대해 논하지 않는다. 여기서는 형식적인 증가

68) G. Aschaffenburg, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung* [범죄와 그에 대항하는 투쟁] (1905), Heidelberg, p. 200에서 인용했다.

69) *ibid.*, pp. 205-206.

원리가 승리를 거둔다. 즉 동등한 범죄책임에 대해서는 동등한 처벌수단이라는 원리 말이다. 또, 사실 판사가 다른 무엇을 할 수 있었겠는가? 판사는 3주의 구금으로 고질적인 상습범을 교정하리라 희망할 수 없지만, 또한 그저 공무원을 모욕했다는 이유만으로 수감자를 평생 [사회로부터] 분리할 수도 없다. 판사로서는 작은 범죄에 대해서 하찮은 것(자유를 박탈하는 특정 숫자의 주)으로 범죄에 대한 지불을 치르게 하는 것 외에는 남겨진 선택이 없다. 그 외의 경우에, 부르주아 법학은 범죄자와의 거래(transaction)가 모든 게임의 규칙과 일치하도록 보장한다. 즉 그 [범죄에 대한] 지불이 공정하게 설정되었는지 여부에 대해 각자는 승인을 할 수도 있고, 검증을 할 수도 있으며 (공적 소송절차(public judicial proceedings)), 범죄자는 자유롭게 협상을 할 수 있고 (당사자 주도 절차(adversary process)), 이렇게 하면서 범죄자는 경험이 많은 사법전문가의 서비스를 활용할 수 있다(변호사의 입회), 기타 등등을 보장한다. 요약하면, 국가는 성실한(*bona fide*) 상업거래라는 틀 내에서 범죄자와의 관계를 처리한다. 성실한 상업거래 속에 형사절차의 이른바 보증물(guarantees)이 존재한다.

범죄자는 그가 왜 무언가를 빚졌는지, 그에게 예상되는 게 무엇인지 사전에 미리 알아야만 한다. *nullum crimen, nulla poene sine lege*. (선행하여 이미 수립된 형법이 없으면, 범죄도 없고, 형벌도 없다.) 이것은 무엇을 의미하는가? 이는 각 잠재적 범죄자가 그에게 적용될 교정 방법(methods of correction)을 정확히 알고 있을 것을 요구하는가? 아니다. [교정방법이] 더 조야하고 단순하냐는 것은 문제가 아니다. 사법적 거래의 결과로서 그가 얼마나 많은 자유를 포기해야 하냐는 문제를 알아야만 한다. 그는 그에게 지불이 요구되는 조건을 사전에 미리 알아야만 한다. 여기에 형사 법전과 형사절차 법전의 의미가 있다.

처음에는 응보라는 잘못된 이론이 형법을 지배했다가, 그 후에 사회적 방어(social defence)라는 올바른 관점이 승리를 거두었다고 가정해서는 결코 안 된다. 이러한 발전이 오직 관념 수준에서만 발생했다고 보는 것은 오류다. 사실, 범죄학에 사회학적, 인류학적 경향이 출현하기 전이나 출현한 후, 양자에 모두, 처벌정책은 사회적 방어, 또는 오히려 계급적 방어라는 요소를 포함하고 있었다. 하지만, 이와 함께, 처벌정책은 이러한 **기술적** 목적[사회적 방어, 계급적 방어]에도 도출될 수 없는 요소[응보]를 포함했고, 여전히 포함하고 있다. 따라서 처벌정책은 처벌절차 그 자체가 사회적-기술적 규칙이라는 합리적이고 비(非)신비적 형태로 **완전히** 표현되도록, 그래서 **그 외에는 아무 것도 남지 않도록** 허용하지 않는다. 이러한 요소들 [등가 응보]의 기원은 처벌정책 그 자체가 아니라 더 심층적인 곳에서 찾아야 하며, 범죄와 처벌에 관한 법적 추상에 현실적 의미를 부여하며, 이론적 비판이 가하는 모든 힘에도 불구하고, 그러한 법적 추상에 담긴 온전한 실천적 의미를 보장한다.

우리는 1905년 함부르크 범죄학자 대회에서 반 하멜(Van Hamel)의 외침을 기억한다. 그에 따르면, 현대 범죄학의 가장 중요한 장애물은 “범죄책임, 범죄, 처벌”이라는 세 가지 개념이다. 그는 “우리가 그러한 개념으로부터 자유로워진다면, 모든 게 더 나아질 것”이라고 덧붙인다. 우리는 이제 이렇게 답할 수도 있다. 즉 부르주아 의식의 형태들은 그저 이데올로기적 비판으로 제거되지 않을 것인데, 왜냐하면 그러한 의식형태들은 그들이 반영하는 물질적 사회적 관계들과 하나의 통일체를 구성하기 때문이다. 이러한 관계의 실천적 초월(즉 프롤레타리아의 혁명적 투쟁과 사회주의의 실현), 이것이야말로 현실이 되었던 이러한 신기루[범죄책임, 범죄, 처벌과 같은 부르주아 의식형태들]를 떨쳐버리는 유일한 길이다.

비행과 범죄책임이 편협한 개념이라고 [단지] 선언하는 것은, 이러한 개념이 불필요하게 될



처벌정책으로 실제로 이행하는 데 불충분하다. 상품형태, 그리고 이로부터 파생된 법 형태가 사회에 새긴 흔적이 사라질 때까지, (비(非)사법적 관점에서 볼 때) 본질적으로 일관성이 없는 통념, 즉 범죄 각각의 중대성이 수감되는 월 수, 연 수로 측정되고 표현될 수 있다는 통념은 사법적 실천에서 계속해서 힘을 발휘하고, 현실적 의미를 유지할 것이다.

물론, 이러한 통념이 충격적으로 조잡한 공식으로 표현되는 것을 억누를 수는 있다. 그러나 이렇게 하더라도, 실제로 우리가 이러한 통념의 영향으로부터 최종적으로 자유로워진다는 의미는 결코 아니다. 교사(abetting), 참가, 모욕, 예비 등등의 개념을 담고 있는 (우리[소련]의 것을 포함한) 모든 형사 법전의 일반적 부분이 범죄책임을 더 정확히 정의하기 위한 수단이라면, 다른 무엇이겠는가? [소련에서 1919년 초에 발표된 형법 지침은 처벌의 기초로서 범죄책임이라는 원리를 거부하고, 처벌이 범죄책임에 대한 응보가 아니라 오로지 방어적 수단이라고 정의했다. ‘소련 형사입법(penal legislature)의 원리’는 처벌(punishment)이라는 용어를 제거하고, ‘사회적 방어를 위한 사법적-교정적 수단’이란 용어로 대체했다.] 의도와 부주의에 대한 구분이 범죄책임을 정도에 대한 구분이 아니라면 다른 무엇이겠는가? 범죄책임(guilt) 개념이 존재하지 않는다면 책임 없음(irresponsibility)이라는 개념이 어떤 의미를 지니는가? 마지막으로, 만약 문제가 오로지 사회적(계급적) 방어에 관한 것이라면, 그 형사법전의 특별한 부분이 왜 필요한가? [즉 소련 형사법전이 처벌 개념을 폐기했다고 말하지만, 형사법전에 담긴 개념과 구성이 범죄책임과 처벌을 전제로 한다.]

사실 사회적 방어라는 원리를 일관성 있게 실행한다면 범죄 요소의 개별 집합들을 고정시킬 필요가 없을 것이다. (범죄요소들의 집합은 대체로 처벌의 정도와 연결되며, 성문법과 법원에 의해 정의된다.) 사회적 방어라는 원리의 실행은 오히려 사회적으로 위험한 조건이 지닌 특징을 잘 보여주는 징후를 분명히 설명하고, 사회적 방어를 위해서 개별 사례에 반드시 필요적으로 적용되어야 할 수단을 발전시킬 필요가 있다.

분명히도 문제는, 어떤 사람들이 생각하는 것처럼, 사회적 방어 수단은 그것이 적용될 때 (사회적 위험의 형태와 정도라는) 주관적 요소와 연결되는 반면, 처벌은 객관적 요인, 즉 법전의 특정한 부분에서 명시한 범죄요소들의 구체적 집합이라는 객관적 요인에 의지한다는 사실에만 존재하는 게 아니다. 가장 핵심적인 것은 이러한 연관의 성격이다. 처벌을 객관적 기초와 분리하는 것은 어렵는데, 왜냐하면 처벌은 그 기본적인 성격을 상실하지 않고서는 등가형태를 폐기할 수 없기 때문이다. 하지만 한 범죄의 구체적 구조만이 측정할 수 있는 양과 같은 무언가를, 그에 따라 [범죄에 상응하는 처벌이라는] 등가물과 같은 무언가를 제공한다. 어떤 사람이 자신의 행위에 대해 [대가를] 지불하게 할 수 있지만, 사회가 그를 (즉 특정한 주체를) 위험하다고 인식한다는 사실 때문에 그로 하여금 [대가를] 지불하게 하는 것은 무분별한 (senseless) 일이다. 따라서 처벌은 정확하게 고정된 범죄요소들의 집합을 전제로 한다. 여기서 사회적 방어를 위한 수단은 필요 없다. 강제에 의한 [대가의] 지불은 재판, 선고, 집행이라는 형식적 틀 내에 존재하는 특정 주체를 향한 법적 강제다. 방어수단으로서 강제는 순전히 [원리가 아닌] 편의성(expediency)을 따르는 행위이며, 엄밀히 말해 기술적 규칙에 의해 규제될 수도 있다. 이러한 규칙은 그 목적이 사회의 위험한 구성원을 기계적으로 제거하는 것인지, 또는 그를 교정하는 것인지에 따라 다소간 복잡할 수도 있다. 그러나 어떤 경우라도, 이러한 규칙은 사회가 스스로 설정한 목표를 분명하고 단순하게 반영한다. 역으로, 이러한 사회적 목표는 특정 범죄에 대한 처벌을 결정하는 법 형태라는 가면을 쓴(masked) 형태를 취하며 나타난다. 강제에 종속된 특정한 개인은 부채를 상환하는 채무자의 위치에 처한다. 이는 “선고

된 형에 따라 복역한다”(serving a sentence)는 용어로 반영된다. 복역한 범죄자는 그의 출발점으로 돌아온다. 즉 고립된 사회적 존재로, 의무를 수행해야 하는 ‘자유’로 돌아오며, 범죄를 저지르기 위해 되돌아온다.

법 일반과 마찬가지로, 형법은 자기중심적이고 고립된 주체들이 관계를 맺는 한 형태이며, 상품소유자로서 자율적인 사적 이익을 담고 있다. 범죄와 처벌이라는 개념은 법 형태의 필연적 정의(definition)다. 이러한 개념들로부터 자유화(liberation)는 오직 법적 상부구조의 일반적 소멸(withering away)이 시작될 때만 발생할 것이다. (이는 앞에서 말한 바에 따르면 분명하다.) 단지 선언이 아니라, 실제로 [법적 상부구조가 소멸하는] 정도에 따라, 우리는 그러한 개념을 초월하고, 그 개념 없이 살기 시작한다. [우리가 이러한 개념 없이 산다는 것은] 우리에게서 부르주아 법의 협소한 지평이 마침내 소멸하고 있다는 사실을 보여주는 가장 최선의 징후가 될 것이다. <끝>