

사회법의 선구자 박덕배(朴德培) 연구*

이 호 용**

◀ 目 次 ▶

- I. 들어가면서
- II. 박덕배 선생의 생애
- III. 박덕배 선생의 사회법 사상
- IV. 맺는 말

(논문투고일 : 2013.11.13. / 논문심사일 : 2013.12.2. / 게재확정일 : 2013.12.16.)

I. 들어가면서

우리나라에서 법학 연구 중 법학자에 대한 연구는 거의 없다. 그것은 독특한 사상이나 일관된 학문적 계보를 가지고 그들만의 학문세계를 가지고 있는 법학자들이 그리 많지 않기 때문이기도 하겠지만 가장 큰 이유는 한국 법학이 학자별 연구를 하기에는 그 역사가 짧았기 때문일 것이다. 법학계에 큰 획을 그은 법학자에 대한 연구는 법학자 개인의 생애와 법사상에 관한 연구에 그치지 아니하고, 학자가 생존하였던 동시대의 학문적 경향이나 발전 경로와 내용을 알 수 있어 현재의 법이론이 어떻게 형성되었는지를 알 수 있을 뿐만 아니라 논쟁이 되는 법이론을 해명하는데도 중요한 단서가 될 수 있어 더욱 유익하다. 특히 연구대상인 법학자가 한국 법학의 태동기에 활동하였던 경우에는 한국 법학의 태동기를 살펴 볼 수 있기 때문에 더욱 그러하다.

이 연구의 대상인 박덕배 선생은 한국 최초의 사회법학자 중 한 분이자

* 이 논문은 정심법학포럼 2013-2차 세미나에서 발표된 것을 수정·보강한 것임.

* 이 논문은 2013년도 한양대 교내 연구비에 의해 지원되었음(2013-HY).

** 한양대 정책과학대학 정책학과 교수(사회보장법·행정법), 원광대 경찰학연구소 연구위원.

한국에 사회법을 도입하고 개척한 선구자이다. 그런데, 현대에서 우리나라 초기 사회법학자인 박덕배 선생을 기억하는 사람은 많지 않다. 그 이유는 1908년에 태어나 1984년에 사망한 그의 생애가 이미 많은 세월이 흘렀기 때문이기도 하거니와 법학계에서 활동하기는 하였으나, 법과대학 교수로서 보낸 시간보다는 사범대학 일반사회과 교수로 보낸 시간이 더 길었기 때문이기도 하다. 그러나 박덕배 선생의 연구 및 저술활동을 살펴보면 한국의 사회법의 토대를 세운 선구자임을 부인하기 어렵다. 그에 비해 박덕배 선생에 대한 학술적 조명이 풍성하지 않은 점은 안타깝기까지 하다. 선생은 사회법을 추구하시는 법철학자로서 법과 인간, 정의에 대한 깊은 성찰을 하였고, 노동법의 원리와 한국의 단체법 사상을 연구하신 우리나라 사회법의 선구자이셨다. 선생을 한국의 기어르케(Otto von Gierke)라고 칭송하기도 한다.¹⁾

선생은 연희전문을 졸업 후 일본 동북제국대학 법학부를 졸업하였으며, 함남신고산금융조합, 신한공사(전 동양척식회사) 등의 금융기관에서 일하다가 미군정기에는 남조선과도정부민정장관부속 후생사무국장, 해방 후에는 체신부 비서실 근무 등을 하였으며, 1948년부터 1957년까지 단국대 법과대학 교수, 1953년부터 1974년까지 서울대 사범대학 교수를 지냈다.

법학자로서의 박덕배 선생의 면모는 여러 가지 면으로 이해할 수 있다. 첫째는 사회법 특히 노동법의 선구적 학자이다. 우리나라 초기 대표적인 노동법학자로는 1950년대에 주로 활동한 박덕배선생과 이화여대 법정대학 교수를 지낸 백재봉(白宰奉) 선생을 들 수 있다. 이들이 본격적인 노동법학자로 활동한 분들이며, 이전에도 서울대의 심태식(沈泰植), 후에 월북한 고려대의 윤종섭(尹鐘燮) 등과 같은 학자들이 해방 전부터 사회법 강좌를 담당하였으나, 이들의 연구 성과는 잘 드러나지 않는다.²⁾ 1960년대 이후로는 이항녕, 성균관대의 김여수, 충남대의 김영철, 서울대의 김치선, 고려대의 김형배, 대구대 이종하, 그 외에 김철, 김진, 오정근, 정법석 등과 같은 학자들이 사회법,

1) 최종고(a), “한국문화와 법사상”, 『법사와 법사상』, 박영사, 1981, 574쪽.

2) 우리나라에서 사회법 강좌는 서울대에서 1946년부터 설치되어 있었다고 하나, 실제 강의여부는 확인할 수 없고, 1948년 고려대의 법과대학과 상과대학에서 노동법, 경제법 등의 강좌가 설치되어 강의되었다고 한다. 따라서 선생이 확인한 바에 따르면 우리나라 사회법 강의의 시초는 고려대에서 이루어졌다고 보아야 한다고 하며, 고려대 법과대학에서 사회법 강의가 시작된 지 10년이 지나서 각 대학에서 강좌가 실시되었다고 한다. 박덕배(a), “특집: 『한국법학 30년』 심포지움 : 사회법 분과; 한국사회법학 30년의 회고”, 『법학』 제19권 제1호, 서울대, 1978, 184쪽.

노동법을 연구하였으며, 1970년대 이후에는 황적인 교수등 경제법학자들도 등장하고 있다. 사회법학자로서 선생의 저술로는 『사회법서설과 노동법』(민중서관, 1956), 『사회법원론』(단국대, 1958), 『노동법』(일신사, 김진웅 공저, 1964), 『법률학개론』(문천사, 1976) 등의 저서와 “한국노동운동의 Charismatische Autoritaet”(단국대 법학논총 제2권 제1호, 1957), “노동협약상의 Unabdingbarkeit”(단국대 법학논총 제3권 제1호, 1960), “노동협약의 법원성: 계약과의 비교에서”(壇苑 제2권 제1호, 1959), “법효력론에서 본 노조의 성격”(壇苑 제3권 제1호, 1960), “노동생산물에 대한 소고”(서울대 상학논총, 제1호, 1960), “특집: 『한국법학 30년』 심포지움 : 사회법 분과 ;한국사회법학 30년의 회고”,(서울대 법학 제 19권 제1호, 1978), “노동협약의 법적 성격에 관한 고찰”(서울대 연구논총, 1971), “노동력 동원의 의의와 내용: 국가방위와 근로동원의 문제점”(노동공론 제2-3호, 1972), “단체협약과 사전협의제 단체교섭”(노동공론 제4-3호, 1979), “노동위원회는 사회적 정당성을 기저로 하여야 한다”(법제처 법제월보 제5-9호, 1963), “프랑스의 최저임금에 대한 소고”(협동 제25호, 1966), “향약의 노동법적 연구”(한국법학원 월보, 제37호에서 제41호까지, 1975), “향약의 법적 연구”(법사학연구 제3호, 1976), “社倉法の 사회법적 연구”(서울대 연구논총, 1979), “경영의 노동법적 연구”(사회학연구 제3집, 1979) 등이 있다. 특히 “향약의 노동법적 연구”는 당시 문교부의 학술연구조성비에 의해 연구된 것으로 한국법학원 월보에 5회에 걸쳐 시리즈로 게재되었다. 이처럼 우리나라 고유의 단체법사상에 관한 연구가 많은 점이 특색이다.

둘째는 법철학자로서의 면모이다. 선생은 1950년대 독일의 법철학자 라드 부르흐를 저서를 통해 만난 뒤 법철학을 연구하게 된다. 한편, 선생의 법철학적 인식은 독실한 기독교인으로서의 면모에도 영향을 미치게 되는데, 선생은 기독교의 목적이 인간자아 완성을 통한 평등의 완성이라고 보아 평등의 완성이라는 점에서 기독교의 목적과 법의 목적이 동일하다고 보았다. 선생의 법철학 관련 저술로는 『법철학개론』(문천사, 1964), “법주체의 집단성”(단국대 법학논총 제1권 제1호, 1958), “율곡의 법사상에 관한 관견”(단국대 법학논총 제5권 제1호, 1965), “국민으로서의 자각과 생활”(壇苑 제5권 제1호, 1965) 등이 있다. 여기서 보는 바와 같이 선생의 법철학 연구는 주로 사회법적 관점에서의 연구가 중심을 이루고 있음을 알 수 있다. “율곡의 법사상에 관한 관견”에서는 율곡의 법사상이 ‘법은 영구불변이 아니라 살아 움직이는 것이라는 점’에서 사회법사상과 유사함을 지적하고 있다.

셋째는 교육인으로서의 면모이다. 선생은 서울대 사범대 일반사회과 교수로서 선생이 될 사범대학 학생들에게 법학의 교육임무를 가르쳤다. 선생이 교육인이 된 계기는 동북제국대학 법문학부 재학중에 일본인 학생들과 회합하던 중 “조선인은 기껏해야 도시자밖에 더 하겠느냐”라는 말을 듣고 대학 교육을 받아봐야 일제의 앞잡이 밖에 될 수 없는 현실을 깨달았다.³⁾ 그 전까지는 법학의 완성은 정의의 자기체화를 통한 인격완성이라고 생각하였으나, 법학을 연구하는 것만으로는 민족에 기여할 수 없음을 깨달은 것이다. 따라서 이 사건을 계기로 그는 법보다는 인생관의 형성이 더욱 중요하게 생각하였다. 교육인으로서의 선생의 저술로는 “법학의 사회생활과적 교육임무”(『교육』 제11호, 1961), “한국사회개혁의 기체로서의 인간성”(『교육과 사회』 제2호, 1956) 등이 있다.

그런데 선생의 저술들은 몇 권의 저서와 몇 편의 논문을 제외하고는 내용을 확인하기가 어려웠다. 도서관에서 조차 소장하고 있지 않은 것들이 많았고, 도서관의 소장 목록에 기재되어 있는 것조차도 분실되거나 그 소재를 알 수 없는 경우가 많았다. 따라서 선생의 저술을 기초로 선생의 법사상이나 법학 세계를 규명하는데도 일정한 한계가 있었다. 이하에서는 사회법학자, 법철학자, 법교육학자, 신앙인으로서의 선생의 생애에 대해 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

II. 박덕배 선생의 생애

1. 사회법학자로서의 박덕배

우리나라에서 사회법이 등장하게 된 것은 1945년 해방 후였다. 당시 우리나라 법학은 일제가 놓고 간 것을 그대로 연장시켜 나가기에 급급했기 때문에 법학교육이 제 틀을 가지고 있기 어려웠다. 더욱이 사회법이 제대로 성장할 수 있는 환경이 아니었다. 일본에서 사회법이 대학 교과목으로 처음 등장한 것은 1925년 일본 동북제국대학 법문학부에서였다.⁴⁾ 이 대학은 선생

3) 박덕배(k), “법학의 사회생활과적 교육의무”, 교육11, 1960, 76-87쪽.

4) 일본에서 사회법은 1925년 동북제국대학에서 처음 대학 교과목으로 설치되었고, 1927

이 법학도로서 법학을 공부한 대학이기도 하다. 이 점은 선생이 사회법에 관심을 가지게 된 점과 무관하지 않다.

선생이 사회법을 연구하게 된 연유는 다음과 같이 설명된다. 첫째, 사회가 발달하면서 사회구성원간의 이해관계를 조절하는 데에는 여러 가지 규범이 작동하는데, 법은 그 중 가장 중요한 역할을 하게 되며, 다른 사회규범이 맡을 수 없는 경우에 작동하게 된다. 법이 이 기능을 다하는데 가장 중요한 것이 “배분의 평등”이다. 그 이유는 사회 속에서 자기의 몫을 찾겠다고 할 때 그 몫은 도덕, 종교, 예술 등 인간생활 전반에 걸쳐 있는 가치 있는 것들이 모두 포함되는데, 그 중 경제적인 것이 가장 중요하며, 현대의 자본주의 사회에서는 경제적 부에 따라 정치적, 사회적 권력이 부수하기 때문이라고 설명한다. 따라서 선생은 구체적인 현실 상황의 복잡한 관계 속에서 그 올바른 몫을 찾고자 노력하였다.

둘째, 기존의 공·사법 체계는 자유와 평등이라는 법의 역할을 충실히 해 내지 못하고 있었으며, 법의 주체로서의 인간을 보호하기 위해 새로운 법 영역이 필요하였는데, 그리하여 등장한 것이 사회법이라고 생각한 것이다. 즉 선생은 권리보호라는 법의 역할을 충실히 해 낼 수 있는 것은 사회법이기 때문에 현실적으로 사회법의 연구가 필요하다고 판단한 것이다. 이리하여 사회법을 선구적으로 연구하기 시작한 선생은 1956년 12월 31일 우리나라 최초의 사회법(노동법) 저서라고 할 수 있는 『사회법서설과 노동법』을 저술하였다. 선생은 자신의 글에서 이 책 저술의 연유를 밝히고 있는데, 그것을 요약하여 현대의 문체로 정리하면 다음과 같다. “그 당시의 법학 교재는 일본인 교수의 것들이 직역판으로 나와 있었는데, 일본 교수들이 법률학 교재를 번역한 것을 보면 너무도 직역이어서 부자연스럽기 짝이 없었다. 이와 같은 사실은 결국 당시의 우리 대학환경의 적나라한 모습을 설명해 주는 것이었는데, 당시 상황이 얼마나 급하고 대학생들의 전면에 걸쳐 모든 조건이 절박하였는가를 알아볼 수 있는 실례가 된다.”⁵⁾ 사실 이와 같은 해방당시의 웃지못할 사정은 사회 전반에 걸쳐 하나의 일반적인 현상이었다. 아무런 준비도 없이 일제에서 해방된 우리나라의 형편은 각 부분의 사회생활이 혼란

년 일본구주제국대학에 사회법강좌로서 설치되었으며, 이후 경도제국대학이나 경성제국대학에서도 사회법강의과목이 등장하였다. 박덕배(a), 앞의 논문, 178-179쪽.

5) 박덕배(a), 앞의 논문, 183쪽.

을 거듭하고 있었으므로 대학 생활만이 예외가 되기를 기대하기는 어려웠다. 특히 당시 대학과 교수에 대한 사회적 대우도 충분치 않았던지 선생은 다음과 같이 한탄하였다. “대학이 경찰서의 파출소보다 많고 교수하면 아무나 할 수 있는 직업으로 생각하게 되니 그에 대한 존경심이나 기대는 커녕 그에 대한 경시는 말할 것도 없다. 대학에 대한 사회가 이리하나 대학당국도 그러하였고, 교수 자신도 자중자애의 태도에는 부족함이 많았다.” 이런 상황에서 선생은 1956년 우리나라에서 처음으로 사회법분야의 책을 저술하게 되었는데 그것이 바로 『사회법서설과 노동법』이다.

이 책은 1955년부터 민중서관에서 법률학전집이 출간되기 시작하였는데, 민법학에 이의 두 번째로 출판된 저술이었다. 이 책은 사회법분야의 서설적 내용이면서 노동법의 기본적 개념을 설명한 것으로 현재의 관점에서 보면 학문적 탐구가 충분하지 않다고 할 수 있을지는 모르나, 당시 우리나라에 참고할 만한 노동법이나 기타 서적이 전무하였으며, 다른 나라의 신간 서적도 수입되지 않았던 상황에서, 필자 스스로도 밝히듯이 노동법(사회법)의 정신이 일관되게 드러나 있어 그 역사적 가치나 학술적 가치가 뛰어나다고 하지 않을 수 없다.

2. 법철학자로서의 박덕배

선생은 1950년대 라드부르흐(Gustav Radbruch)⁶⁾의 저서 『법철학 입문(Vorschule der Rechtsphilosophie)』에서 법의 목적은 인간성의 본질에 있다는 점을 인식하고서 자연법의 존재에 대해 주목하게 되었으며, 역사 개혁의 주체로서의 인간에 대한 탐구를 본격적으로 하게 되었는데, 여기서부터 법철학적 관심이 시작되었다. 선생은 근대적인 개별적 인간상을 극복하고, 전체 사회와의 관련 속에서 인간상을 정립해야 한다고 주장하면서 사회법에 관심을 가지게 되었는데, 이 점으로부터 사회법적 법철학자로서의 선생의 면모를 볼 수 있다.

선생은 법의 진보성에 대해 긍정적인 평가를 내렸다. 즉 법의 세계는 고대로부터 현대까지 꾸준히 진화하였다. 개인의 자유와 평등을 실현하였다는

6) 라드부르흐는 사비니(Fr. C. von Savigny) 다음으로 독일에서 법무장관을 지낸 두 번째 법학교수였으며, 사회민주당 당원으로서 사회정책에 깊숙이 개입한 학자이다. 라드부르흐의 생애와 법사상에 대해서는 최종고(b), 『G. 라드부르흐 연구』, 박영사, 1995 참조.

점에서 법의 진보를 확인할 수 있다.⁷⁾ 또 그는 법은 진보하여 평등을 실현하는 기구라고 판단하였다. 예컨대 평등을 실현한 현상이라고 할 수 있는 노예제의 철폐, 여성지위의 향상, 아동과 부녀자의 보호, 노동권과 생존권의 보호 등과 같은 것들은 모두 법제도에 의해서 이루어진 것이기 때문이다.

선생은 법은 변화하는 것이라고 하면서 법이 고착되어 있는 것을 법적 안정성이라는 이름으로 미화(美化)될 수 없으며, 우리나라 역대 군왕이 법전을 “祖宗之成憲”이라고 하여 법을 영구법으로 생각하는 것을 긍정하지 못하였다.⁸⁾ 법의 변화성을 긍정하는 이러한 태도는 선생이 사회법을 연구영역으로 선택하게 되는 계기가 된다. 즉, 선생은 노동법을 ‘쌍놈의 법’이라고 생각하던 시대에 이런 비난에도 불구하고 발전하는 법, 살아 있는 법을 연구하고자 이념적인 법보다는 실용적인 사회법을 선택하였다.

3. 법교육학자로서의 박덕배

박덕배 선생은 1948년부터 단국대에서 강의하셨으며, 한국전쟁 당시 임시수도였던 부산에서 서울대 사범대 일반사회과 강사로서 강의하시다가, 1957년까지 단국대에 재직하셨으며, 이후 서울대 사범대학으로 자리를 옮겨 1974년 정년까지 그곳에서 강의하셨다.

박덕배 선생이 사범대학에서 교육자를 배출하기에 뜻을 품게 된 데는 다음과 같은 이유가 있다. 선생은 법학자 초기에는 정의(正義)의 자기체화(自己體化)를 통해서 인격화되는 것을 법학의 목표라고 생각했다. 하지만 법이 인간의 문제를 해결하는 데는 극히 좁고 적은 역할밖에 할 수 없으며, 그 법조차도 바른 인생관 없이는 법의 세계 내에서 독자적으로 해결할 수 있는 것이 없다는 것을 깨닫게 되고 교육자 양성에 더욱 매진하게 된다. 특히 선량한 민주시민을 양성할 교육자를 배출하기 위해서는 교사 자신이 민주정신을 견지해야 한다고 생각하여 법에 기초한 세계관을 확립하는데 중점을 두었다. 또, 인간성의 개혁을 맡은 것이 교육이므로 교사가 사회개혁의 주도적 책임을 맡아야 한다고 생각하였다.

7) 박덕배, 『법철학개론』, 문천사, 1964, 23쪽.

8) 박덕배(b), “율곡의 법사상에 관한 관건”, 법학논총 제5권 제1호, 단국대 법학연구소, 1965, 75-76쪽.

4. 기독교 신앙인으로서의 박덕배

선생은 극히 정적이며 소주만 한 잔 하면 그 호걸풍으로 술좌석을 호탕한 분위기로 만드는 분이셨다⁹⁾고 한다. 그런 한편, 신앙심이 깊은 분이셨다. 그의 신앙적 사고에서도 사회법적 성향이 그대로 나타난다. 그는 기독교의 목적이 인간 자아의 완성으로 통한 평등의 완성에 있다고 보았다. 즉 기독교 사상은 아흔 아홉 마리의 양이 아니고 길을 잃고 헤매는 한 마리의 양을 구하는데 그 목적이 있다고 보았다. 이것은 그의 배분적 평등을 추구하는 사회법 사상과 일맥상통한 면이 있다.

Ⅲ. 박덕배 선생의 사회법 사상

1. 서

1) 『사회법서설과 노동법』을 통해서 본 박덕배의 사회법 사상
선생의 사회법 사상을 탐구하기 위해서는 선생의 저서인 『사회법서설과 노동법』을 살펴 볼 필요가 있다. 이 책은 국내 최초의 노동법 저서 중 하나일뿐 아니라 선생의 대표 저서로서 선생의 법학 세계와 법사상을 한눈에 볼 수 있다. 이 책의 구성과 내용을 간단히 소개하면 다음과 같다.

이 책은 제1편 사회법 서설과 제2편 노동법으로 구성되어 있다. 제1편에서는 제1장 인간의 생활규범으로서의 법률 제2장 사회법으로 구성되어 있다.

제1장 인간의 생활규범으로서의 법률에서는 제1절 서론에서는 인간 생활에서 법률제도의 의의와 존재이유를 설명하고 있으며, 제2절 ‘법률인의 형(形)’에서는 법률제도와 인간행태의 설명에서부터 시작하여, (개별) 인간과 사회의 관계, 종교·도덕과 법과의 관계, 시민법의 원리와 인권, 소유의 자본화와 상법, 노동계층의 발생과 범규범의 괴리, 실질적 평등의 실현, 생활하는 인간을 포착하는 사회법의 출현 등을 다루고 있다. 제3절 법의 본질에서는 다분히 사회법적 입장을 견지하고 있는데, 먼저 정의는 사회 일반인의

9) 최종고(c), 『한국의 법학자』, 서울대 출판부, 1989, 125-145쪽.

생활요구를 충족시킬 수 있는 법규범을 통해서만 이루어진다고 하면서, 근대법의 모순 및 자유의 의의를 지적하고, 법률의 본질에 관해서는 권리는 의무로 전화되어야 한다는 점, 개별인간 권리에서 사회적 작용으로 법적 관심이 이동하고 있다는 점, 법의 본질적 기능은 통제에 있다는 점 등을 밝힘으로써 사회법이 등장하게 된 필요와 당위를 밝히고 있다.

이러한 논거를 토대로 제2장에서는 사회법을 본격적으로 다루었는데, 여기서는 사회법은 (기존의 법체계가 아닌) 새로운 법규범으로서만 포착할 수 있다는 점을 지적하고, 사회법은 자유의 순화(醇化) 즉 자유를 순수히 보장하는 형태라는 점을 강조하면서 사회법의 발현기저로서의 경제와 사회문제의 관계를 설명하고 있다.

제2편 노동법은 제1장 서설, 제2장 노동법의 본질, 제3장 노동기본권, 제4장 노동단체법, 제5장 노동보호법, 제6장 노동위원회로 구성되어 있다.

제1장 서설에서는 노동입법의 개념에서부터 시작하여, 노동의 수급관계의 변천 등 노동관계와 사상을 변천을 설명하고, 고용계약의 사상과 근로계약의 특징을 설명하였으며, 영국·미국·프랑스·독일 등 주요국가의 노동법의 발전과 노동법 원리의 세계 통일화 경향을 밝힌 다음, 한국의 노동법의 발전을 설명하고 있다.

제2장 노동법의 본질에서는 노동법의 개념과 노동계약의 법률적 특색, 노동법의 법원 등을 설명하고 있다. 제3장 노동기본권에서는 국민의 노동권의 성격과 기업주와 노동자의 힘의 균형이 필요하다는 점을 지적하고, 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등을 설명한 다음, 부당노동행위에 관한 설명하고 있다. 제4장 노동단체법에서는 노동조합과 노동협약, 노동쟁의 등에 대해서 설명하고 있다. 제5장 노동보호법에서는 노동보호법의 구성과 성격, 근로기준법의 의의와 성격, 사회적 책임과 그 내용을 설명하고 있다. 제6장 노동위원회에서는 노동위원회의 구성과 회의 및 그 권한을 설명하고 있다.

2) 선생의 사회법 사상

전술한 바와 같이 선생의 법철학 사상은 다분히 사회법적 관점을 벗어나지 않는다. 즉, 선생의 저술 전체로 판단건대, 선생은 우리나라에서 사회법의 성립과 발전에 관하여 다음과 같은 몇 가지 논점으로 설명하였다. 첫째는 사회법사상의 인간학적 기초로서 ‘구체적으로 사회화된 인간’이다. 여기서는 라트부르흐의 법사상을 이어받아 본질적 인간과 구체적으로 사회화

된 인간을 비교하면서 사회법의 성립과정을 설명하고 있다. 둘째는 사회법의 이론적 기반으로서 ‘배분적 정의’이다. 셋째와 울곡의 법사상(주의주의사상 및 자연법사상 그리고 주기론)에서 우리나라 사회법의 성립을 설명하고자 하였다. 선생은 사회법 사상을 단순히 서양법에서 계수한 것에 지나지 않는다고 생각하지 않고 우리나라의 전통적 법사상에서 그 원류를 찾고자 하였다. 예컨대 울곡의 이기이원론(理氣二元論)은 사회법의 등장을 설명하기에 아주 적절하다고 판단한다. 넷째는 향약이나 사창법(社倉法) 등과 같은 우리나라 고유의 단체법사상을 분석함으로써 이를 통하여 우리 사회법사상의 존재를 긍정적으로 정립하고자 하였다. 다섯째는 당시 우리나라 노동 현실에 대한 선생의 관점을 살펴 볼 수 있는 부분으로 ‘노동관계의 비정치성’을 주장하는 부분이다. 이하에서는 이 점들에 대해 자세히 살펴보기로 하자.

2. 사회법 사상의 인간학적 기초로서 ‘사회적 인간’

선생은 개인법에서 사회법으로의 발전을 설명하면서 사회법의 주체는 ‘너’ 즉 사회를 전제로 성립하는 ‘나’라고 하였는데, 이것은 라드브루흐가 그의 저서 『법에 있어서의 인간』에서 말하는 사회법 사상의 인간학적 기초로서의 ‘구체적이고 사회화된 인간’과 부합하는 개념이다. 라드부르흐는 사회법의 성립과정과 관련하여 ‘개인주의적 법으로부터 사회적 법으로’ 발전을 설명하면서 개인주의적 법에서 추구하는 인간상을 추상적 인간(Person)으로 보고, 이것이 사회화의 진전에 따라 구체적 인간(Mensch)로 인간상의 변화를 가져왔다고 하였다.¹⁰⁾ 라드부르흐는 이 논문에서 “많은 사람들이 의식하지 못하고 깊이 생각하지 못하는 사이에 법은 획기적으로 변화하는데, 개인주의적 법에서 사회적 법으로의 전환도 로마법의 계수나 자연법만큼이나 거대한 법적 시대 변화에 해당한다”고 설파하였다. 또 사회법은 단순히 경제적 약자에 대한 복지나 배려를 의미하는데 그치는 것이 아니라 모든 법사상의 근원적 구조의 변경을 의미하며 새로운 인간상에 기초한다는 점을 강조한

10) G. Radbruch, “Vom individualistischen zum sozialen Recht”, GRGA Bd. 2, 1930, S. 485, 487. 이 논문은 라드브루흐가 정치생활을 마감하고 대학으로 돌아와 저술한 논문으로 자신의 사회주의적 신념을 법의 영역에 투영하고 시대적 변화를 법적 개념으로 재구성한 상징적 논문으로 평가된다. 윤재왕, “법철학과 사회법-라드브루흐의 사회적 법사상을 중심으로”, 안암법학 제37호, 안암법학회, 2012, 339쪽.

다. 즉 사회적 법은 개인의 사회적 결함을 무시하여 고립된 개인에 초점을 맞추는 자유주의적 법이 아니라 구체적이고 사회화된 인간에 근거한 법이라는 것이다.¹¹⁾

이 점과 관련하여, 선생은 개인법에서 사회법으로의 변천과정을 설명하면서 사회법은 시대적 요청임을 강조한다. 즉, 사회법은 개인주의 문명에서 사회적 문명으로의 변천과정의 법률적 측면이라고 설명한다. 사회에서 전체와 개인의 관계에서 개개인의 이익을 중시하는 법리를 개인법이라고 한다면 사회의 통일적 전체성의 우위 하에 개인적 이해를 종속시키는 법리를 사회법이라고 한다. 여기서 ‘공공복리’나 ‘신의성실의 원칙’ 등은 사회법을 요청하는 중요한 원리가 되었다.

선생은 사회법의 인간학적 기초에 관하여 다음과 같이 설명하고 있다. 근대 시민법은 ‘법’의 본연의 목적인 자유와 평등의 보장을 충실히 이행하지 못하였다. 그런데 법은 개인주의 문명에서 사회적 문명으로 발전하는 과정에서 나타나는데, 이 과정에서 등장하는 법적 인식과 관련해서는 권리의 중심이 되는 “나의 인식”이 하나의 명제가 되기 위해서는 그에 앞서 “너”가 전제가 원인이 되어야 비로소 가능하다는 인식이 있어야 한다. 즉 인간은 개별적 인간으로서의 측면과 전체 속에서의 한 구성원으로서의 성격을 동시에 가지며, 이 때의 인간상은 관념적 존재로서의 인간이 아니라 실재적인 일상생활을 하는 인간이다.

또, 데카트의 “나는 생각한다. 고로 존재한다”라는 말은 베이컨의 귀납론과 더불어 개인주의를 반석위에 세운 중요한 명언이다. 그런데 여기서 ‘나’는 근대 개인주의적 인간을 의미하는데, 원래 ‘나’라는 것은 ‘나’가 인식되고 하나의 명제로 성립되기 위해서 그 전제로서 ‘너’가 전제가 되고 원인이 되지 않으면 안 된다. 즉 ‘나’는 ‘너’ 즉 사회를 전제로 하여 성립하는 것이라는 점을 이와 같은 논리로 펼치고 있다. 따라서 선생은 개인의 자유와 평등을 기본성격으로 한 민법을 비롯한 근대 시민법의 성격은 현존하는 인간 생활의 현상을 왜곡하여 기만적이며, 비현실적이라고 비판하면서¹²⁾ 인간의 생활규범인 법의 주체가 개인일 지라도 그 주체의 존엄성인 목적을 달성하려면 집단적인 인간으로서의 개인이어야 한다고 강조하였다.¹³⁾

11) 윤재왕, 앞의 논문, 340쪽.

12) 박덕배(d), “법주체의 집단성”, 법학논총 제1권 제1호, 단국대 법학연구소, 1968, 23-24쪽.

선생은 사회법이 등장한 시기와 사회권을 근대 헌법에서 처음 규정한 바이마르 헌법에 대해 다음과 같이 기술하였다. “제1차 대전의 역사를 통해 발생한 참혹한 인간 살상, 막대한 문화유산의 파괴, 인간의 물권화, 자유의 소수 독점 재벌의 전유물화와 이에 따른 일반 인간의 노예화 등과 같은 역사적 사실은 인간으로 하여금, 근대 문명에 대한 반성과 재음미의 기회를 제공하게 되었다. 또 노동은 기업 집합물의 하나로 전락하고 노동자의 자유는 법의 보호 밖에 놓이게 되었다. 이 때 등장한 바이마르 헌법에서 빈곤을 이유로 한 재산을 무효화한 점이나 재산의 사회화를 규정한 것은 근대법에 대한 일대 도전이었다.”¹⁴⁾

3. 배분적 정의

“법은 정의에 봉사하는 의미를 갖는 현실이다”라고 한 라드브루흐의 말처럼¹⁵⁾ 현실로 활용되는 법에 있어 정의의 의미는 중요하다. 라드브루흐가 법의 이념을 ‘정의, 합목적성, 법적 안정성’의 세 가지로 정의한 바 있듯이 정의는 법이념을 이루는 요소이다. 라드브루흐는 정의를 합목적성이나 법적 안정성과는 구별되는 평등의 요소로 이해한다. 즉 평등을 아리스토텔레스가 구분한 것과 마찬가지로 교환적 정의와 배분적 정의로 구분하면서 교환적 정의는 급부와 반대급부 사이의 절대적 평등으로서 평등한 사람들 사이에 적용되고, 배분적 정의는 상대적 평등의 요청으로서 상하위 관계에 있는 사람들 사이에 적용되는 정의로서 양자는 서로 대립적 관계에 있는 것이 아니라 배분적 정의가 전제되어야 교환적 정의가 성립될 수 있다고 하여 배분적 정의의 우위를 인정하되, 양자를 보완적 관계에 있는 것으로 보았다.

선생도 사회법의 등장을 법의 목적인 정의의 구현으로 설명하기도 한다. 즉, 법의 궁극적인 존재 목적은 ‘정의’이며, 이것은 인간의 법적 양심이 타당성을 갖는 근원이거나 법이 강제력을 갖는 근원이기도 하다. 그런데 가치개념으로서의 법적 정의는 ‘같은 것은 같게, 그의 것은 그에게’ 작용하는 경우에만 그 사명을 다할 수 있다. 또 ‘없는 것을 원망할 것이 아니라, 갖지

13) 박덕배(d), 앞의 논문, 12쪽.

14) 박덕배(a), 앞의 논문, 182쪽.

15) G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in GRGA Bd. 2, 1932, S. 255ff.

않은 것을 원망해야 한다'는 말은 법적 정의를 가장 간결하게 설명한 것이라고 하면서 '법이란 하나의 생활조건으로서의 자유를 만민에게 공평하게 보장할 때에만 법의 본질로서의 강제력이 발동된다.'라고 하여 배분적 정의를 강조하고 있다. 결국 사회법이라는 법역이 발생된 것과 관련하여, 공법이나 사법으로는 정의가 실현되지 못하므로 새 법역으로서의 사회법이 제기된 것은 역사의 필연적인 현상이라고 결론짓고 있다. 그는 정의를 추상적으로 파악하려 하지 않고, 그 구체적인 생활관계 속에서 파악하려고 한 것이다. 법이 실효적 규범력을 갖기 위해서는 그 사회현실 속에서 기능해야 하며, 그러기 위해서는 인간성을 잘 파악해야 하고 이러한 인간성이 법의 성립에 영향을 미치게 된다고 지적하였다.

한편, 배분적 정의의 성장과정을 역사적으로 설명하기도 한다. 세계 대전을 통해 나타난 인간 문명에 대한 반성은 근대법으로서의 법의 정의를 실현할 수 없다는 인식을 하게 되었고, 비로소 사회법이 등장하게 되었다. 선생은 이 때 법적 정의는 만민을 공평하게 보장하는 것이고, 배분적 정의를 구현하는 것이라고 하면서 사회법의 등장을 설명하고 있다. 선생이 말하는 배분적 정의에 관하여 좀 더 자세히 설명하면 다음과 같다. 법의 궁극적인 임무는 개인에게 자유를 공정히 보장하는데 있다. 이런 점에서 보면 근대 시민법이 걸어온 과정은 완전히 이에 위반하고 있다. 즉, 법의 역사를 보건대법은 역사 속에서 무수한 비극을 맞이하게 되는데, 법이 갖는 대표적인 비극은 법 본연의 성격에 위배되는 소위 법의 불공정성(不公正性)에 때문에 발생하는 것이라고 하였다. 즉 근대법은 인류의 염원인 개인의 자유를 실현하기 위하여 자연법의 기치 아래에서 출발하였다. 신비주의적이고 구속적인 중세법으로부터 해방을 가져 온 근대법은 1804년 프랑스 민법이 발현되었을 당시에는 법 본연의 임무를 충실히 수행하였다. 그러나 역사는 초개인적으로 자기 자신의 필연법칙의 따라 변화하였는데, 특히 자본주의가 성숙해지면서 법 본연의 임무에서 점차 이탈하기 시작한다. 즉 경제구조와 사회구조의 변천은 독점재벌과 무산층의 등장의 형태로 나타나게 되었다. 이로써 자유의 수호신을 자처하였던 근대시민법에서는 권리주체로서는 자유롭고 평등하였지만 사회 속에서 생활하는 실제 생활인으로서의 인간은 권리주체로서의 고귀함보다는 물건으로서 객체화되고 상품화되고 말았다.¹⁶⁾ 결국 근대법

16) 박덕배(a), 앞의 논문, 180쪽.

은 법의 본질이 훼손된 법 부재의 상태가 된 것이다. 이 상태에서 종래의 법 체계인 공법과 사법 체계 이외에 새로운 법규범의 등장이 인간생활 속에서 절대적으로 요청되었으며 이것이 사회법이라는 이름으로 나타나게 된 것이다.

4. 율곡의 법사상과 한국 사회법의 성립

선생은 우리나라의 사회법 성립의 연원의 율곡의 법사상에서 찾는다. 율곡은 법의 항구적이지 아니하며 변화한다는 점 즉, 법의 역사성을 강조하였으며, 율곡의 주기론은 현대의 사회법과 일맥상통하는 면이 있어 사회법이 순전히 외국으로부터 계수된 법체계가 아니라 우리나라에도 사회법이 성립하기 알맞은 토양을 미리 갖추고 있음을 보여준다.

또, 선생은 사창법을 곧 사회법이라고 하기는 어렵지만 사회법과 너무나 비슷하므로 사회법의 원리와 운용면에서 사창법의 그것을 접목하면 우리나라의 농협을 위시한 지역 사회나 국가의 사회정책적 기관에 응용할 수 있다고 하였다.¹⁷⁾

1) 법의 역사성과 주의주의(主意主義)사상

우리나라에는 신라시대부터 조선시대까지 여러 종류의 법전(法典)이 있었으며, 역대 군왕들은 이 법전들을 “祖宗之成憲”이라고 하여 영구법으로 생각하였다. “祖宗之成憲”이 열대(列代)의 왕의 도의(道義)이며, 관례로서 여겨졌던 데에는 이유가 있다. 전제군주들은 왕권의 전통을 신비화하는 경향이 있었으며, 이러한 카리스마적 성격을 터부(taboo)화하여 법적 효력 발생의 기초로 삼기도 하였거니와 권력자들의 도당(徒黨)이 성해짐으로써 이들이 법을 경시하거나 무시하는 일이 많았으므로 법적 안정성을 꾀할 필요가 있었기 때문이다. 선생은 이러한 법사상을 Weber의 법사상 발전단계와 비유하기도 하였는데, Weber는 법사상의 발전단계를 카리스마적 권위주의시대(Charismatische Autoritaet), 전통적 권위주의시대(Traeditonalische Autoritaet), 의법시대(Legale Herrschaft)로 구분하기도 하였으며, 선생은 “祖宗之成憲”의 시대를 이중 카리스마적 권위주의 시대에 해당한다고 보았다.¹⁸⁾

17) 박덕배(c), “사창법(社倉法)의 사회법적 성격”, 『한국사상대계Ⅲ』, 성균관대, 1979.

18) 박덕배(b), 앞의 논문, 76쪽.

그런데 율곡은 이를 근본적으로 부인하였다. 법의 영구불변의 것이 아니라 변화하는 것이라고 보았기 때문이며, 선생은 이러한 율곡의 사상에 감탄하면서 동의하였다. 선생은 율곡이 “祖宗之成憲”을 배격하는 이유를 율곡의 주의주의(主意主義)사상, 자연법사상, 주기론의 세 가지 측면에서 설명하고 있다.

먼저, 시대의 이념이란 때에 변천하므로 시대에 맞는 법을 제정함으로 국민을 구제할 수 있다거나, ‘때를 따라 역(易)을 바꾸는 것이 시대의 상도(常道)’라고 한 것과 같이 법을 때에 따라 제정해야 하므로, 때가 바뀌면 법도 달라져야 한다고 하여 법의 발전사를 설파하였는데 선생은 이에 깊이 감동하고 있다. 구래(舊來)의 법을 배격하고 신법의 제정을 주장한¹⁹⁾ 율곡의 법사상은 시대의 이념에 부합되지 않으면 법적 정의를 실현할 수 없으며, 따라서 타당성이 결여된 법은 실효성이 없다는 법철학적 원리를 천명한 것으로 이미 5백여 년 전에 이와 같은 법리를 펼쳤다는 점에 대해 선생은 그의 형안(炯眼)에 감탄하고 있다. 다만 여기서 흥미로운 것은 율곡이 구법을 배격하고 신법의 제정을 주장한 사상이 주의주의(主意主義)에 입각하였다고 판단하고 있는 점이다.²⁰⁾

다음으로 선생은 율곡이 “祖宗之成憲”을 배격하는 이유를 율곡의 자연법사상에서도 찾는데, 이점은 다음과 같이 설명한다. 정의와 부정의를 식별하

19) 율곡이 구법을 배격하고 신법의 제정을 주장한데는 현실적인 이유가 있었다. 그것은 당시의 고질적 병폐였던 공물방납법과 족징인징법 등이 너무 시대에 맞지 아니하여 간신과 탐관오리의 착취의 도구가 되고 있었기 때문이다.

20) 철학에서 주의주의(主意主義 Voluntarismus)란 “신의 ‘의지의 결정(Willensentscheidung)’이 모든 것에 앞서고, 의지가 이성을 명령한다”(voluntas imperat intellectui)는 입장이다. 여기에서는 신(神)이 무(無)에서 자유로이 유(有)를 창조해 내었고 선과 정의도 신이 그것이 옳다고 보도록 의욕하였기 때문에 선이 되고 정의가 된다고 본다. 행위자체가 고유한 선악의 성질을 가지는 것이 아니라, 입법자의 의자에 따라 선행과 악행이 결정된다는 것이다. (쉽게 말하면 믿음을 전제로 지식을 얻게 되는 것, 즉 믿으면 안다는 원리이다.) 이에 비해 주지주의(主知主義 Intellektualismus)란 “이성의 진리”(Vernunftwahrheit)가 의지 (Wille)에 선행한다는 입장이다. 즉, “정의는 그것이 정당하기 때문에 신(神)이 좋아하는 것이며, 신(神)이 그것을 좋아하기 때문에 정당한 것은 아니다”라는 사고방식이다. (쉽게 말하면 알고 보니 믿게 되는 것 즉, 알아야 믿는다는 경험주의적 입장이다) 선생은 “개념법학이 법학의 전부인 양 법학계에서 떠들던 것은 주지주의(主知主義)의 발현이고, 산업혁명 등으로 문화의 발전이 격동함에 따라 법이 철저히 따를 수 없게 되면서 법의 개념이 인간생활을 왜곡하게 되자 주지주의(主知主義)가 주의주의(主意主義)에 양보하게 되었다”라고 표현하고 있는데, 주지주의와 주의주의가 서로 혼동되고 있는 것이 아닌가 생각된다.

는 능력이 이성(理性)이라 하고, 본능을 억제하여 감성을 일정한 방향으로 지시하여 가치를 가치의 존재성격대로 승인케 하는 당위의 성격을 가지고 있는 것이 자연법이며, 율곡이 “祖宗之成憲” 사상을 부인하여 시대사상에 부합한 신법을 제창한 의도는 어디까지나 여기에 근본사상이 있다고 보았다. “지배자에게 법에 따라 살겠다고 하는 것보다 더 적합한 일은 없다. 그리고 왕의 권위를 법에 따르게 한다는 것은 제국 그 자체보다도 더 위대하다. 왜냐하면 법이 그에게 귀속시킨 것을 법에 귀속케 하는 것은 지당하지 않을 수 없으니 그를 왕이 되게 한 것도 법이기 때문이다”라고 한 브랙톤(Bracton)의 자연법사상이 그의 법사상도 통한다고 보았다.

2) 주기론

선생은 율곡의 주기론이 우리나라에서 사회법을 성립시키는데 사상적 토양으로서 역할을 하였다고 보았다. 주지하듯이 율곡은 원리적 문제를 중시하는 주리론(主理論)이 아닌 경험적 현실세계를 중시하는 주기론(主氣論)을 취하면서 이(理)와 기(氣)의 조화를 중요시하는 일원론적 이기이원론자이다. 그는 이통기국(理通氣局)의 원리에서 즉 “리(理)는 통하고 기(氣)는 국한된다”고 본 것은 리(理)는 만고의 진리로써 시간과 공간을 초월하여 보편적으로 통한다는 말하고, 기(氣)는 각자의 기질에 따라 모양과 성질이 달라질 수 있다고 한 것이다. 또, 이기지묘(理氣之妙) 원리를 통하여 一而二 二以一 즉, 하나이면서 둘이고 둘이면서 하나로 기(氣)에 의해서 무상히 변할 수 있음을 설명하고 있다.

선생은 율곡의 법사상에서 변화하는 법이란 기발적면(氣發的面)에서의 법이라고 하였다. 율곡은 기(氣)는 발동(發動)하는 기능을 갖고 있고, 이(理)는 기(氣)가 발동하는 원인 내지 원리로서 존재한다고 인식하였다. (이것을 기발이승(氣發理乘)이라 한다). 즉, 변화하는 법은 기(氣)로써의 법이며, 이(理)는 그 변화의 원리를 설명할 수 있으니, 이(理)로서의 법은 자연법으로서 항구불변의 법이 된다는 것이다. 선생은 이것을 “법 내재적 정의는 법 초월적 정의에 의해 대체되는 것”이라고 설명한다.²¹⁾

21) ① 율곡의 철학사상을 살피는 데 있어서 먼저 그의 이기(理氣)에 대한 개념부터 알아보는 것이 필요하다. 그는 주자와 마찬가지로 이기이원(理氣二元)의 존재관을 전제하였다. 즉, 이 세계의 모든 존재는 이(理)와 기(氣)로 되어 있다는 것이다. 이(理)란 어떤 것이 그것으로 존재할 수 있는 이치요, 본래성이며, 기(氣)란 어떤 것의 이치가 실현될

이로써 선생은 율곡의 주기(主氣)적 법철학 사상은 우리나라의 법사상으로도 사회법의 등장을 설명할 수 있는 중요한 원리가 된다고 설명하고 있다.

5. 우리나라 고유의 단체법 사상

선생은 우리나라 단체법의 연원을 향약에서 찾고자 하였다. 노동법(사회법)을 규명하려면 단체법의 본질을 먼저 밝혀야 하며, 이를 통하여 노동조합의 성격과 본질을 규명할 수 있는데,²²⁾ 향약은 노동조합의 일종이므로, 향약의 노동법적 성질을 규명함으로써 우리나라 고유의 노동법의 모습을 이해할 수 있다고 보았다.

수 있는 재료이자 실현될 힘이다. 이처럼 이(理)과 기(氣)는 전혀 다른 것이지만 이 세계 만사만물이 있기 위해서는 이 양자가 반드시 하나로 만나지 않으면 안된다. 따라서 이(理)와 기(氣)는 그 존재적 역할과 기능에 있어 대등하고 상호의존적이며 상호보완적 관계에 있다. 그는 ‘이(理)는 형이상자(形而上者)요, 기(氣)는 형이하자(形而下者)이다’라고 규정하고 있다.

② 율곡은 이와 같이 서로 다른 요소를 갖고 있는 이(理)와 기(氣)의 관계를 어떻게 파악하고 있었을까? 그것을 그는 이기지묘(理氣之妙), 기발이승(氣發理乘), 이통기국(理通氣局)이란 말로 표현한다. 먼저 이기지묘(理氣之妙)는 이(理)와 기(氣) 중 어느 한쪽에 치우치지 않고 조화를 이루는 묘합(妙合)의 논리를 말한다. 이것은 율곡 이기설의 중심 사상이 된다. 한 가지 물건이 아니기 때문에 하나이면서 둘이(一而二)요, 두가지 물건이 아니기 때문에 둘이면서 하나(二而一)이다. “이(理)와 기(氣)는 하나이면서 둘이요, 둘이면서 하나이다는 원리이다. 이상과 같은 내용에 이(理)와 기(氣)는 서로 떠나지 않는(不相離) 관계와 서로 섞이지 않는(不相離) 관계를 지속한다. 이것이 이른바 이기의 묘합이다. 이것은 일반적인 논리 체계로는 쉽게 이해할 수 없는 것인 까닭에 율곡이 ‘이기지묘(理氣之妙)’라고 이름한 것이다. 둘째로 기발이승(氣發理乘) 그러면 율곡은 이(理)와 기(氣)가 묘합(妙合)의 관계를 유지하는 가운데 각기 어떤 기능을 가지고 있다고 보았는가? “대저 발(發)하는 것은 기(氣)요, 발(發)하는 까닭이 이(理)이다. 기(氣)가 아니면 발할 수 없고, 이(理)가 아니면 발(發)할 까닭이 없다.” 그는 이기(理氣)의 기능에 대해, 기는 발동(發動)하는 기능을 갖고 있고, 이(理)는 기(氣)가 발동하는 원인 내지 원리로서 존재한다고 인식하였다. 세계는 이통기국(理通氣局) 즉, 율곡은 이(理)의 차원에서는 하나인데, 기(氣)의 세계에서는 나누어지게 되는 것은 이기(理氣)의 속성(屬性)이 다르기 때문이라고 보았다. “이(理)는 형체(形體)가 없고 기(氣)는 형체(形體)가 있기 때문에 이는 공통되고 기는 국한(局限)된다.” 즉, 이(理)는 시간과 공간에 제약받지 않는 보편성을 가졌다는 말이고, 기(氣)는 시간과 공간에 제약받는 국한성을 가졌다는 말이다. 따라서 이(理)는 언제 어디서나 두루 통하고, 기(氣)는 언제 어디서든지 한계 지워지고 국한(局限)된다는 의미이다. 황의동 『율곡사상의 체계적 이해』, 서광사, 1998를 주로 참고함.

22) 박덕배(e), “향약의 노동법적 연구”, 한국법학원월보 제37호, 한국법학원, 1975, 3쪽.

1) 향약의 기초로서의 우리나라 고유의 자연법

먼저 향약이 성립하게 된 기초와 관련해서는 중국의 주자(朱子) 증손(增損) 여씨(呂氏) 향약이 아니라 우리나라의 자연법에서 찾고자 하였다. 선생은 원래 고대의 법사상이 신화적이고 자연주의적인 것은 인간본질의 동일성에서 오는 것이라고 하면서 우리나라의 자연법도 ‘천상이나 지상에서나 선을 행한 자만이 복을 받는다’는 민족 신화로서 소도신화(蘇塗神話)에서 시작되고 발전되었다고 한다. 소도신화는 도교에 의해 성숙되었다는 견해도 무시할 수는 없으나, 중국의 법사상은 우리 역사적 풍토적으로 차이가 있을 뿐만 아니라 우리 사회에 적합성을 보유하지 못하였기 때문에 중국의 여씨 향약이 중국에서는 다대한 성과를 거두었음에도 불구하고 우리나라에서는 이렇다 할 성과를 거두지 못한 점과 울곡의 향약은 본연의 성과를 거두었을 뿐만 아니라 전국적 규모로 생활에 파고 든 것은 우리 사회성을 올바르게 파악하고 법규화 하였기 때문이라는 점을 지적하면서 우리 자연법의 중국으로부터의 유래를 부정하였다. 우리의 자연법사상이 역사적인 조건과 풍토적인 조건이 융화하는 결백심과 정의감에 강한 실천성이 있으며, 낙천적인 현실주의라는 점을 감안하면 인간중심의 낙천사상인 소도사상이 우리의 법사상의 맹아가 된다고 하였다.²³⁾ 소도에서 우리의 법 감정이 유래하고 민주적 민족주의로 발전한 것은 우리의 자연법사상이 가지고 있는 특색이라고 하였다. 또, 선생은 우리나라가 외세의 부단한 침략으로부터 시달리면서도 빛나는 문화적 전통을 가지고 있는 것은 강렬한 법적 규범의식을 지니고 있기 때문이고 이것은 순수하고 정결한 정의감이 생동하는 민족적 법감정에서 기인하는 것이라고 하였다.

2) 향약의 사회법적 성격

선생은 향약의 노동법적 연구에 있어서는 향약의 법적 성격과 함께 노동법의 법적 성격도 함께 규명하여야 한다고 하면서 “중래의 개인법에 대하여 인간의 본성은 사회 또는 단체의 구성원이라는데 있으며, 사회 또는 단체를 규율한다는 견지에서 사회법(단체법)을 규명하는 것이 법학의 임무”라고 하여 사회법 탐구의 중요성을 강조하였다.

또, 노동법(사회법)을 규명하려면 먼저 단체론의 본질을 밝힘으로써 노동

23) 박덕배(e), 앞의 논문, 2-3쪽.

조합의 성격과 본질을 해명해야 한다고 하였다. 노동조합은 시민법론에서 보면 당연히 사단(社團)이지만 단순히 사단이라고만 설명해서는 민사법인이나 상사법인과 본질적 차이를 설명할 수 없다고 하면서 민사법인이나 상사법인인 그 명칭 사단이라고는 그 인적 요건은 외형적 요건에 불과하고, 내실적 기능과 요건은 물적(物的)인 것으로 경제상 자산상의 거래가 주된 것인데 비해, 노동조합의 사회활동은 경제적 혹은 재산상의 거래가 아니라 조합원들의 노동시장을 독점할 수 있는 능력을 발휘하는 조직이라는데 목적이 있다고 하였다.²⁴⁾

선생은 향약의 법적 성격에 대해서는 이것을 지방자치단체의 조례(條例)나 계(契)로 보는 견해가 일반적이긴 하나, 이는 향약을 시민법적 범주에서 이해하려는 견해로 적절치 않고, 우리나라에 특유한 사회법적 규범의 맹아(萌芽)로 봄이 타당하면서 향약은 일종의 노동조합으로서 ‘우리나라 고유의 사회법적 규범’이라고 역설하였다.²⁵⁾ 향약을 지방자치법으로 보는 견해²⁶⁾에 대해서는 일본이 식민통치의 방편으로 문화정책이라는 허울 아래 조선에 지방자치제를 실시하였는데, 그 가자는 방법과 근거로서 기왕에 조선에서는 ‘향약’이 실시되었음을 주장하였는데 이러한 견해는 향약에 대한 올바른 판단을 갖고 있지 못한 것이라고 비판하였다. 또 이 견해를 주장한 松田은 향약을 ‘鄉黨相和의 私約’이라고 정의하였는데 이점에 대해서도 다음과 같이 비판한다. 먼저 ‘鄉黨相和’에 대해서는 모든 법규범은 발휘되려면 그 집단이 相和되어야 하므로 향약의 특색이라고 할 수 없고, ‘私約’을 국가 제정법에 대한 특색이라고 할 수는 있으나, 모든 법규범은 민중에서 싹트고 나타난 법규범의식에 의해 사회질서가 유지된 것이라고 보면 이것도 특유성이라 할 수 없다. 전술한 바와 같이 울곡이 구법의 개혁을 주장하면서 이조 초기부터 내려오는 법은 祖宗之成憲이 아니라고 한 것을 보면 국가에 의해 제정된 법은 오히려 민중생활과 유리되거나 민중생활을 곤란하게 하였음을 알 수 있다. 또 법의 강제성과 관련해서도 언급하는데, 법의 강제력 발동의 근원을 국가에서만 찾으려는 태도는 Ehrlich에 의해 비과학적인 것이라고 판명되었으며,²⁷⁾ 법과 다른 규범과의 차이점을 강제력에서 찾으려는 태도도 Radbruch에 의해 비과학적인 것으로 노출되었다고 설명하고 있다. 향약은 처벌조항

24) 박덕배(e), 앞의 논문, 5쪽.

25) 박덕배(f), “향약의 노동법적 연구(II)”, 한국법학원월보 제38호, 한국법학원, 1975, 1쪽.

26) 松田, 『續日鮮史話』第3編, 朝鮮總督府, 1931.95頁.

27) E. Ehrlich(川鳥 譯), 『法社會學의基礎理論』, 有斐閣, 1952, 104頁 以下.

을 둘 수도 있으며, 私約이 아니라 자치적 규약인 자치법이다.²⁸⁾

따라서 선생은 향약을 ‘각 향리의 주민들의 화목한 생활을 위한 자치정신의 발로인 단체법’이라고 정의하고 있다. 이것은 “향약이라 함은 문자 그 스스로가 표시함과 같이 향리간의 약속이니 각 향리의 주민들이 서로 도와주며 서로 꾸짖어면서 화목한 생활을 하여 가자는 자치정신의 발로에서 유래한 것”²⁹⁾이라고 한 유홍렬 교수의 견해를 주로 차용한 것으로, 법의 근본사명은 이상적인 인간관계를 형성하는데 있고, 이상적 관계는 정의에 의해서만 기대될 수 있으며, 和睦은 주민들 간 평등에 의해서만 가능하다고 하면서 이렇게 화목한 사회가 국가의 개입 아닌, 주민 스스로의 자치정신에 의해 이룩되었기 때문에 향약에 중요한 의의가 있다고 지적한다.³⁰⁾

끝으로 향약의 사회법적 성격과 관련하여, 단체의 자치규범은 권리나 법률행위가 아닌 객관법이라고 하고, 또, ‘자치적 법규는 사회법’이라고 한 Ehrlich의 말을 인용하면서 향약은 私約아 아닌 사회법이므로 이점에서는 사회법의 개척자인 노동법과 같다고 지적하였다. 자치적 법규가 성립하기 위해서는 단체의 조직법에 의해 구성된 기관의 행위에 의하여야 하는데, 향약은 전원이 합의하여 의결하고 일정한 회기에 따라 임원의 선정과 중요사항을 의결하고 이것이 임원회에 의해서 집행되므로 자치적 규약으로서 결함이 없는 자치법이고 사회법이라고 한다.³¹⁾ 선생은 향약이 자본제 사회의 발전 단계에서 발현된 법은 아니지만 법률생활의 실천주체로서 인간상을 파악한 점에서 사회법의 원리를 가지고 있고, 환란상휼(患亂相恤)의 목적을 달성하기 위해서는 개인과 전체가 단절되어서는 아니되므로 과실상규(過失相規)가 요청되므로 이런 점에서도 향약이 사회법임을 확인할 수 있다고 하였다.

끝으로 미국이 흑인문제를 미리 해결했다더라면 지금과 같은 난관에 부딪히지 않았을 것이라고 하시면서 당시 근대화라는 민족적 요청을 수행하기 위해서는 노동문제가 가장 중요한 현안 문제가 될 수 있을 텐데, 투쟁성에 핵심을 두고 있는 외래에 의한 노동법 사상보다는 향약사상의 도입으로 쟁의를 미연에 방지함이 적당하며 이를 위해서는 향약사상을 근대화할 필요가 있다고 역설하셨다.³²⁾

28) 박덕배(g), “향약의 노동법적 연구(IV)”, 한국법학원월보 제40호, 한국법학원, 1975, 2쪽.

29) 유홍렬, 『震檀學』 第9卷, 86쪽.

30) 박덕배(f), 앞의 논문, 4-5쪽.

31) 박덕배(g), 앞의 논문, 3쪽.

6. 노동관계의 비정치성

선생은 사회법은 특히 실제 생활과 관련이 있으므로 구체적인 사회현실의 모순관계를 철저히 파헤치고, 개선을 위한 노력을 돕지 못한다면 쓸모가 없다고 하시면서, 법이 현실생활에서 제도상으로 노동자들의 권익보호를 이루지 못한다면 이것은 사람들을 눈가림하는데 지나지 않는다고 하셨다. 특히 한국에서의 노동운동이 제 자리를 잡지 못한 이유는 그 주체로서의 노동자들의 의식부족과 카리스마적 권위주의에 이끌려 왔기 때문이라고 지적하셨다.

또 선생은 사회법은 단지 지적 만족에 그쳐서는 아니되며, 사회 근대화를 위해 부단히 작용해야 한다고 생각하였다. 이런 점에서 노동관계에서 정치성이 개입하는 것을 대단히 비판하고 우려하셨다. 선생은 그의 논문 “한국노동운동의 Charismatische Autoritaet(카리스마적 권위주의)와 전망”에서는 우리나라 노동운동의 정치성을 비판하였으며, 마찬가지로 그의 논문 “노동위원회는 사회적 타당성을 기저로 하여야 한다”에서는 노동위원회제도의 정치성을 우려하고 경계하셨다.

전술한 바와 같이, 선생은 Weber의 사회적 지배 형태의 유형별 구분인 3구분론 즉, 카리스마적 권위주의시대(Charismatische Autoritaet), 전통적 권위주의시대(Traditionalische Autoritaet), 의법시대(Legale Herrschaft)의 구분을 소개하면서 후 2자는 정당성과 전통적 관행성이 사회적 기축이 되지만, 첫째의 카리스마적 권위주의적 사회는 인간의 초범상적이고 비범한 자질, 그것은 정당도 전통도 아니며 실제적이든 허위적이든 간에 지배력을 가지고 있기 때문에 그 구성원들이 복종하는 것으로 주로 지도자는 주술사, 예언자, 수렵자, 강도단의 지도자 등이 여기에 속하며, 때로는 정당의 수령도 이에 해당될 수 있다고 하였다. 그런데 우리나라에서도 정의도 전통도 아닌 카리스마적 지배 현상을 볼 수 있는데, 그 예로써 가장 적절한 대표적인 유형이 바로 우리나라의 노동조합운동이라고 개탄하고 있다.³²⁾

당시 우리나라의 노동조합은 좌익계열의 전평(조선노동조합전국평의회; 민주노총의 전신에 해당한다)과 우익계열의 대한노총(한국노총의 전신에 해당한다)이 있었는데, 해방후 지하에서 움직이던 공산계열은 재조직과 정비로

32) 박덕배(h), “향약의 노동법적 연구(V)”, 한국법학원월보 제41호, 한국법학원, 1975, 6쪽.

33) 박덕배(i), “한국노동운동의 Charismatische Autoritaet와 그 전망”, 법학논총 제2권 제1호, 단국대 법학연구소, 1959, 38-39쪽.

정권획득을 위한 투쟁을 전개하는데 그들에게 중요한 것은 근로 대중을 동원하는 것이었고, 그 역할을 담당한 것이 전평이었다. 전평은 대중 속에 침투하여 내부로부터 공산정권을 수립하는 주요한 기체로 작용하였고 노동층을 선동하여 미군정에 반기를 들게 하면서 민족진영에 거세 공작을 하였는데, 그 구체적 방법은 노동자층의 파업, 시위, 직장 점거, 생산시설의 파괴 공작 등이었다. 선생은 이런 점을 개탄하였다. 한편 선생은 대한노총에 대해서도 비판을 금치 않고 있는데, 당시 대한노총도 카리스마적 권위주의에 의한 지배를 했을 뿐만 아니라 노총 발족에서부터 목적의식이 노동운동이 아니라 (전평을 없앤다는) 정치의식에 치중하였던 바, 운동주체가 노동단체로서가 아니라 노동의 가면을 쓴 정치운동일 뿐이라고 개탄하였다. 노동운동의 사활을 결정하는 투쟁은 주체성의 자각과 확립이며, 이것은 지도자 자신이 먼저 자각하고 여기에는 백절불굴(百折不屈)의 신념이 있어야 하며, 그 다음은 노동자 전원의 노동인격자적 의식이 확립되어야 하는데, 우리나라의 노동운동에서는 이러한 노력의 흔적이 보이지 않는다고 탄식하셨다.

선생은 당시가 국민 한사람 한사람이 보다 냉철한 지성으로 국가에 이바지할 바가 무엇인가를 심사결행할 때이므로 특히 지도의 책임분야에 있는 사람 즉, 노동운동의 지도자들은 독일 Fichte의 독일국민에게 고향(Reden an die deutsche Nation)에서와 같은 구체적인 부흥운동을 맡아야 한다고 강조하였다. 특히 노동운동은 국가 중흥의 중요한 과제 중에서도 가장 중요한 위치에 있기 때문에 나라 사랑의 길이 무엇인지 각별히 자각하여 국가운명을 쬐먹는 이기적 욕망을 자제할 것을 강조하였다. 선생은 이처럼 국가를 사랑하는 마음으로 노동운동가들에게도 애국심을 자극하기도 하셨다.

노동위원회제도의 정치성과 관련해서는 다음과 같이 우려하셨다. 노동위원회제도는 전시(戰時) 임시수도 부산에서 피난시절에 제정·공포된 것으로 역시 당시의 어수선 하던 정치풍토의 분위기가 베어나고 있었다. 이 제도도 대체로 일본제도를 모방한 것이지만 일본에서 조차 이 제도에 대한 비판의 목소리가 높았다. 더욱이 이 제도의 핵심이라고 할 수 있는 조정제도는 그것을 잘만 운영한다면 상당한 효과를 거둘 수 있으며, 문화 수준이 높은 나라에서는 당사자의 이해와 타협을 통하여 양보케 함으로써 법원을 기능을 잘 대체하고 있으나, 우리나라와 같이 사회가 안정되지 못하고 정치도의(政治道義)가 여의치 못한 처지에서는 일본에서와 같이 비판의 대상이 될 수밖에 없다고 비판하셨다. 선생은 일본의 노동위원회제도도 일본이 미군정 하

에서 미군에 의해 제정된 것임을 지적하면서 미국과 우리나라가 행정사법의 내용이 다른데 어찌 우리나라에서 유효하게 기능할 수 있겠느냐고 하면서, 결국 헌법상의 노동기본권은 사법에 의해 보장될 수밖에 없으며, 노동위원회가 노동법원으로 대체되어야 한다고 주장한다. 이에 독일의 노동법원제도를 소개하고 시사점을 얻고자 하고 있다. 선생이 이 논문을 집필할 당시는 군사정변으로 인하여 국가가 혼란지경에 있을 때여서 불안한 감정으로 행정기관에 의해 사법적 기능을 담당하는 것이 적절치 못하다고 판단한 것이다. 선생은 당시 경제계의 실정과 노동계의 분열 등의 사정이 옛 자유당 시절의 재판이 되지 않을까 우려하고 있었다.³⁴⁾ 당시 서슬이 퍼런 군사정권의 어려운 사회적 환경 속에서도 노동계와 경제계의 참다운 각성과 협조를 촉구하는 동시에 행정기관의 정치적 운영을 우려하는 목소리를 낸 것으로 선생의 깨끗한 선비적 품모를 엿볼 수 있다.

IV. 맺는 말

이 글에서는 사회법의 선구자 박덕배 선생의 한국 사회법 성립에 관한 관견과 사상을 주로 탐색해 보았다. 법의 발전과 사회법의 성립을 설명하시는 부분에서는 Radbruch에 의한 이론적 감화를 받은 점을 부인할 수 없을 것 같다. 특히 진술한 바와 같이 사회법의 인간적 기초로서 추상적 인간과 구체적이고 사회적 인간이라는 인간관, 배분적 정의에 대한 논의 등이 그러하다. 그러나 우리나라의 사회법 형성에 관해서는 우리나라 고유의 자연법에서 유래한 단체법인 향약의 본질을 설명하시면서 우리나라 사회법이 외래로부터 수입된 것이 아니라 우리 고유의 생활에서 유래하는 법사상에 연원을 두고 있음을 강조하셨다. 즉, 향약을 노동조합으로 보고 노동조합은 노동법의 주동체(법주체)이기 때문에, 향약이 우리나라 자연법적 기초를 두고 있다는 점을 설명함으로써 우리나라 사회법은 우리 고유의 단체법에서 유래하고 있음을 역설하고 있다. 우리나라에서 사회법의 법리가 척박하였던 시대에 우리 사회법의 정체성을 주장하였다는 점에 큰 의의가 있다. 선생의 저술들을 섭렵하면서 사회법학자이기에 앞서 민족주의자로서의 품모를 지을 수가 없다.

34) 박덕배(j), “노동위원회는 사회적 타당성을 기저로 하여야 한다”, 법제월보 제5권 제9호, 법제처, 1963, 5-7쪽.

■ 참고문헌 ■

- 박덕배(a), “특집: 『한국법학 30년』 심포지움 : 사회법 분과 ;한국사회법학 30년의 회고”, 『법학』 제19권 제1호, 서울대, 1978.
- 박덕배(b), “율곡의 법사상에 관한 관견”, 법학논총 제5권 제1호, 단국대 법학연구소, 1965.
- 박덕배(c), “사창법(社倉法)의 사회법적 성격”, 『한국사상대계Ⅲ』, 성균관대, 1979.
- 박덕배(d), “법주체의 집단성”, 법학논총 제1권 제1호, 단국대 법학연구소, 1958.
- 박덕배(e), “향약의 노동법적 연구”, 한국법학원월보 제37호, 한국법학원, 1975.
- 박덕배(f), “향약의 노동법적 연구(Ⅱ)”, 한국법학원월보 제38호, 한국법학원, 1975.
- 박덕배(g), “향약의 노동법적 연구(Ⅳ)”, 한국법학원월보 제40호, 한국법학원, 1975.
- 박덕배(h), “향약의 노동법적 연구(V)”, 한국법학원월보 제41호, 한국법학원, 1975.
- 박덕배(i), “한국노동운동의 Charismatische Autoritaet와 그 전망”, 법학논총 제2권 제1호, 단국대 법학연구소, 1959.
- 박덕배(j), “노동위원회는 사회적 타당성을 기저로 하여야 한다”, 법제월보 제5권 제9호, 법제처, 1963.
- 박덕배(k), “법학의 사회생활과적 교육의무”, 교육11, 1960.
- 박덕배, 『법철학개론』, 문천사, 1964.
- 유홍렬, 『震檀學』 第9卷.
- 윤재왕, “법철학과 사회법-라드브루흐의 사회적 법사상을 중심으로”, 안암법학 제37호, 안암법학회, 2012.
- 최종고(a), “한국문화와 법사상”, 『법사와 법사상』, 박영사, 1981.
- 최종고(b), 『G. 라드브루흐 연구』, 박영사, 1995.
- 최종고(c), 『한국의 법학자』, 서울대 출판부, 1989.

황의동, 『을곡사상의 체계적 이해』, 서광사, 1998.

松田, 『續日鮮史話』 第3編, 朝鮮總督府, 1931.

Ehrlich, E., (川鳥 譯), 『法社會學の基礎理論』, 有斐閣, 1952.

Radbruch, G., “Vom individualistischen zum sozialen Recht”,
GRGA Bd. 2, 1930.

Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, in GRGA Bd. 2, 1932.

<Abstract>

Life and Legal Thought of Prof. Park, Dukbae

Lee, Ho-Yong

Prof. Park, Dukbae is as one of the first generation of Social Law Korean researchers, directly contributed to the formation of the Social Law in Korea. Nevertheless, there are not many people who remember Prof. Park. Because he was not a professor of law college, but education college. Judging by left Prof. Park's writing, his legal thought can be summarized into a few issues as the followings. First is 'concretely socialized human' as anthropological history of thought of Social Law. He took over Radbruch's legal thought and comparing essentially human(so-called Person) and concretely socialized human(so-called Mensch), explained the formation process of Social Law. Second is 'distributive justice' as the theoretical basis of Social Law. Third and fourth, thought Yulgok's spirit of law and the traditional 'thought of party law(for example Hyang-yak, Sachang(社倉) System)' certainly have to explain the formation of Social Law thought in Korea. Fifth the 'nonpolitical nature of labor relations' were claiming. Here, was seen the his perspective of labor law to the real work. He criticized the politics of the labor movement by unions, and feared political tendency of Labor Committee System. He claimed the law modernization of Korea traditional thought of party law and further development. He was the Patriots before being social law researcher.

<Key Words>

Pioneer of Social Law(사회법의 선구자), Concretely Socialized Man(구체적으로 사회화된 인간), Distributive Justice(배분적 정의), Hyang-yak(향약), Thought of Party Law(단체법사상), Legal Thought of Yul-gok(율곡의 법사상), Social Law of Korea(한국사회법), Nonpolitical of Labor Relations(노동관계의 비정치성)

