

사법(司法) 대 입법(立法)

- 벤담의 “Pannomion(완전한 법체계)”에 대한 연구 -*

이 상 영**

목 차

- | | |
|---|---|
| I. 서론-벤담의 이상(理想), ‘Pannomion’ | 3. ‘Pannomion’의 완성과 실현(?)—Theory of Legislation & Codification Proposal |
| II. 왜 벤담은 ‘Pannomion’을 만들어냈는가? | III. Pannomion의 내용—Pannomial Fragments |
| 1. ‘Pannomion’의 출발—Introduction 그리고 Of Laws | IV. 정리 |
| 2. ‘Pannomion’의 구성—Of Laws | |

I. 서론-벤담의 이상(理想), ‘Pannomion’

이 글은 필자의 벤담¹⁾ Jeremy Bentham (1748-1832)에 대한 탐구의 네 번째에 해당한다.²⁾ 그 첫 번째 글에서는 벤담의 업적과 사상을 전반

* 이 논문은 2011학년도 한국방송통신대학교 학술연구비의 지원을 받아 작성된 것임.

** 한국방송통신대학교 법학과 교수

1) 여러 차례의 글에서 반복해서 언급한 바 있지만, 필자는 Jeremy Bentham의 한국어 표기를 ‘벤담’이라고 해왔다. 한국어 표기에 관련해서 약간의 고민이 없었던 것은 아니지만, 우리나라에서 그동안 일반적으로 사용된 표기가 그러했으며(물론 몇몇의 예외는 있지만), Bentham에 대한 번역서가 그리 많지는 않았기 때문에, 가능하면 독자들의 혼란을 피하는 방식으로 표기하는 것이 좋을 것이라는 생각에서 ‘벤담’이라는 표기를 유지하였다. 물론 여전히 몇몇의 연구자들의 제안, 즉 ‘벤섬’ 또는 ‘벤섬’으로 표기하는 것이 옳지 않겠느냐는 제안의 적절성을 충분히 인정하는 바이고, 그리고 후일 Bentham에 관심을 갖고 있는 연구자들과 공동논의를 거쳐서 Bentham의 한국어 표기를 일치시켜야 한다고 생각한다. 그러나 필자는 앞선 글들과의 통일성을 감안하여 ‘벤담’으로 계속 표기하기로 한다.

2) 첫 번째 글은 “벤담의 법개념과 입법론에 대한 소고”, 세계헌법연구 제13권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2007)이고, 두 번째 글은 “벤담의 Common Law 체계에 대한

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

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

세 번째 글은 ‘자연권(과 자연법)’에 대한 ‘공리주의’의 대결과 공격에 관한 것이었다. 벤담은 20대부터 사망할 때까지 중단됨이 없이 그 내용을 조금씩 정교하고 풍부하게 만들어갔고, 그것과 직접 관련되지 않는 주제를 저술을 할 때에도 ‘자연권 비판’과 ‘공리성 원칙’과의 관련성을 유지하면서 양자의 완성도를 높여갔다. 필자는 세 번째 글에서 벤담의 생애 전반에 걸친 주제인 ‘자연권 비판’에 초점을 맞춰, 벤담이 집중적으

비판과 입법론 구상에 대한 연구”, 서울대학교 법학 제49권 제3호 통권 148호(서울대학교 법학연구소, 2008)이다. 그리고 세 번째 글은 “공리주의 대 자연권”, 세계헌법연구 제16권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2010)이다. 물론 “영미사상의 하나의 원천, 공리주의-Jeremy Bentham의 파노라마”라는 제목으로 세미나나 독회에서 발표한 글이 있지만, 이는 첫 번째 글의 내용을 중심으로 발표문을 작성한 것이기 때문에 따로 출간하지는 않았다.

로 비판하려고 하였던 프랑스 혁명의 이념과 프랑스 인권선언에 명시적으로 그리고 원칙적인 내용으로 나타난 자연권 규정을 비롯하여, 프랑스 인권선언과 미국의 독립선언 등 근대사회의 인권선언의 사상적 원천과 배경이 되었던 수많은 근대 자연권 사상과의 대결의 과정, 그리고 공리주의 원칙의 형성 과정과 벤담이 공리주의에 입각하여 기존의 제도와 법에 대한 대안을 제시하고자 했던 과정을 분석하였다.³⁾

3) 이 세 글에서 주로 참조한 벤담의 원전들 중 가장 전통적이고 오래된 원전으로 먼저 *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, (Edinburgh: William Tait, 1843), 11 vols. [이하에서는 *Bowring*으로 한 대를 들 수 있다. 벤담의 충실한 제자이자 벤담의 임종 때까지 오랜 시간 동안 벤담을 돌보고 노년에는 벤담의 구술을 글로 작성하는 작업을 해온 Bowring이 작업한 최초의 벤담전집이기 때문에 나름대로 중요한 출처로 역할을 하였다.

그리고 벤담 원전들 중 중요한 출처로는 UCL(런던대학)의 Bentham Project의 자료들이었다. UCL Bentham Project에서는 1968년 이후 UCL Bentham Project에서 *The Correspondence of Jeremy Bentham*가 출간되었으며, 이전의 Bowring의 전집과 벤담의 원고를 기초로 새롭게 벤담의 저작들을 출간하고 있다. 그런데 UCL Bentham Project의 벤담 저작 시리즈는 이전의 전집들과는 상이한 체제를 갖추고 있는데, 벤담의 저작들을 원래의 원고의 모습으로 가능한 한 살리려고 노력하며 특히 편집자가 의도하는 영역에 따라 분류를 시도하지 않고 벤담의 저술 시기 순서로 하되 중요한 저작을 중심으로 하나의 완결된 단행본 책자 형태로 편집하여왔다. 새로운 전집의 편집책임자는 J. H. Burns(1961-79), J. R. Dinwiddy(1977-83), F. Rosen(1983-94), F. Rosen and P. Schofield(1995-2003), P. Schofield(2003-)이고, 앞으로 총 70권이 출간될 예정이고 현재까지 27권이 출간되었다. (<http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>)

그 중 법과 법학과 관련된 주요 저서들로는 다음과 같은 것들이 있다. *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart(Athlone Press, 1977), pp. li, 576.; *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart(Athlone Press, 1970), pp. xliii, 343. Reprinted in paperback with new introduction by F. Rosen(Clarendon Press, Oxford, 1996), pp. cxii, 343.; *Of Laws in General*, ed. H. L. A. Hart(Athlone Press, 1970), pp. xlii, 342.; *Constitutional Code*, Vol. I, ed. F. Rosen and J. H. Burns(Clarendon Press, Oxford, 1983), pp. xlv, 612.; *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*, eds. Philip Schofield and Jonathan Harris(Clarendon Press, Oxford, 1998), pp. lviii, 450.;

이번 글에서는 법사상가로서의 벤담의 이상을 살펴보고자 한다. 이상 또는 꿈을 그려보는 것은 비단 벤담에게만 특별하게 해당하는 일은 아닐 것이다. 평생의 과제로 법학을 연구해온 법학자라면 누구든지 가장 이상적인 법 또는 가장 이상적인 법체계를 그려보거나 더 나아가 조금은 구체적인 모습을 구상해보고자 했을 것이다. 그러나 사실 벤담이 다루었던 연구 대상은 물론이고 현실 세계에 적용해보고자 제안했던 정책적 대안에 있어서 너무도 다양하고 많은 영역을 다루었던 벤담이기 때문에, 일반적으로 벤담에게 부여된 여러 수식어들은 이렇게 다양하다. 즉 “정치경제적 차원에서 공리주의자, 정치적 관점에서 의회주의와 의회개혁론자, 근대 입법론의 주창자, 형벌이론과 형사정책 영역에서 panopticon의 창시자, 결과주의적 법경제학의 선구자이자 신자유주의의 원류, 법실증주의와 분석법학의 숨은 공헌자, 자연권과 자연법에 대한 신랄한 비판자, 법학에서 경험과학적 관점을 도입한 현실주의자, 근대 영국의 사법제도와 의회의 주류에 반기를 들고 대안을 제시하려 했던 Common Law의 이단자...”

그러면 이렇게 다양한 사상사적 업적을 남긴 벤담에게 있어서 한 번도 중단되지 않고 지속적으로 과제로 남아있던 이상은 무엇일까? 앞선 필자의 글들에서도 언급한 바가 있듯이, 이에 대한 대답은 아마도 법, 입법, 그리고 법학과 관련된 그 어떤 지점에 있을 것이라는 점은 분명하다. 필자가 벤담의 저작들을 독해하고 번역하며 비평해가면 갈수록, 벤담의 미로에 이정표를 달고자 했던 첫 번째 글에서 벤담 사상의 진화와

Rights, Representation, and Reform—Nonsense Upon Stilts and Other Writings On The French Revolution, ed., Philip Schofield, Catherine Pease-Watkin and Cyprian Blamires(Clarendon Press, Oxford, 1998), pp. vii, 486.; *Theory of Legislation*, 2 volumes, translated by Richard Hildreth(London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1864), pp. ix, 472.; *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution*, in *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring(Edinburgh: William Tait, 1843), vol.II 등을 들 수 있다.

정을 ‘공리주의 → 입법론 → 법이론 → 법학 → 법 개혁 → 공리성의 극대화’라는 순환과정이라고 도식적으로 분석 이해한 것이 적절했지 않으나 생각한다. 그런데 또다시 질문은 계속되어야 한다. 이러한 사상적 진화과정을 인정한다고 하면, 이러한 진화를 가능하도록, 그리고 계속된 진화로 이끄는 동기인은 무엇이고, 이러한 진화과정을 관통하고 있는 이상 또는 목적은 무엇인가에 대한 질문이 바로 그것이다. 이 진화과정에서 상정되어있는 이상형은 있는가 그리고 있다면 무엇인가.

물론 벤담의 지적 발전 과정과 사상적 흐름을 도식적으로 단정하는 것이 매우 주관적인 이해로 인한 오류의 가능성을 항상 허용하는 것처럼, 벤담의 이상을 한두 가지로 규정하는 것 또한 위험스러운 작업이다. 왜냐하면 벤담의 수많은 저작들 중에서 하나의 생각의 단초, 예를 들면 ‘Common Law와 자연법에 대한 비판’, ‘성문법 중심의 입법론’ 또는 ‘공리성’과 관련 생각이 한 순간에 불쑥 튀어나오는 것이 아니고, 벤담이 20대부터 사망할 때까지 중단됨이 없이 그 내용을 조금씩 정교하고 풍부하게 만들어갔고, 그것과 직접 관련되지 않는 주제를 저술할 때에도 이러한 단초들과의 관련성을 유지하면서 완성도를 높여갔다고 보아야 하기 때문이다. 또한 필자의 앞선 세 글에서도 여러 차례 지적한 바와 같이 벤담은 동시에 여러 주제에 관심을 갖고 상이한 여러 글을 집필해왔기 때문에 벤담의 ‘법학과 입법론’과 관련된 이론과 사상에서 한두 가지의 이상을 무리하게 추출하거나 그 이상을 정점으로 체계를 세우는 것이 위험할 수도 있다는 것이다.

그러나 우리가 벤담의 법학과 입법론을 적절하게 이해하기 위해서는, 벤담 스스로가 자신의 법학과 입법론을 구상해나갔던 과정에서 미리 전제했거나, 도중에 창조되었거나, 아니면 궁극적으로 도달했던, 그 무엇, 다시 말해서 자신의 이상 또는 목적을 몇 가지 추출해보는 것은 큰 도움이 될 것이다. 특히 우리가 현대 법학에서 벤담에게 부여하는 ‘현대 분석법학의 시조’, ‘법명령설의 완성자’, 그리고 ‘법실증주의의 선

구자' 등의 명명들을 무심코 사용하였다면, 그리고 그러한 명명들의 어느 정도의 적절성을 인정하고자 한다면, 벤담이 간직했음직한 이상, 즉 궁극의 법에 대한 탐구를 해보아야 하지 않을까?

이 글은 이러한 의도와 목적으로 준비된 것이다. 간단하게 말해서, 벤담이 평생을 두고 이론적으로 천착했으며, 더 나아가 영국은 물론이고 세계의 여러 나라(벤담의 큰 꿈은 세계의 모든 나라였을 것이다)에 적용될 수 있기를 바랐던 '완전한 법'에 대해 살펴보고자 한다. 뒤에서 자세히 알아보겠지만, '완전한 법'은 다름 아니고 벤담의 'Pannomion'⁴⁾이다.

-
- 4) 벤담의 신조어이다. 벤담의 신조어에 대한 자세한 설명은 이상영(2007, 주 5), 10), 19), 80), 128) 등을 참조하라. 희랍어와 라틴어는 물론이고 히브리어 등을 근거로 새로운 용어(neology)와 전문용어(Phraseology), 그리고 자신만의 용어(idiolect)를 만드는 작업을 평생의 일로 또는 취미로 삼고 있었던 벤담이 창조해낸 단어 중 아마도 그 창발성에서 가장 돋보이는 'Panopticon'이라는 용어와 더불어 의미의 비중이 가장 큰 용어가 바로 'Pannomion'일 것이다. 희랍어의 어원을 갖는 두 용어를 결합하여 만든 'Panopticon'과 마찬가지로 'Pannomion' 또는 'Pannomial' (형용사)은 πάν(pan)이라는 '세상의 모든 곳 all entire whole'을 뜻하는 중성형용사와 νόμος, νομική(nomos, nomiki)이라는 '법 law'을 뜻하는 명사를 결합하여 만든 용어라고 할 수 있다. 그동안 우리나라에서 '한 곳에서 내부를 모두 감시할 수 있는 원형교도소'라는 의미를 갖는 'Panopticon'을 한마디의 용어로 번역하기 어렵기 때문에 원문 그대로 사용해온 것처럼, 사실 'Pannomion' 역시 딱히 알맞은 번역용어를 찾기가 쉽지는 않다. '세상의 모든 곳에 적용되는(될 수 있는) 보편적(온전한)법' 정도로 그 의미에 가까운 설명적 번역을 제시해볼 수는 있지만, 역시 우리말에서 정확하게 개념화된 번역어를 찾기가 쉽지 않다. 그런데 이 글의 제목에서 'Pannomion'을 '완전한 법체계'라고 의역된 번역어로 사용한 것은, 뒤에서 좀 더 자세히 설명하겠지만, 벤담이 자신의 저작들에서 'Pannomion'을 거론할 때 동일한 의미를 갖는 것으로 함께 제시한 'a complete body of law'가 'Pannomion'의 다른 표현이라고 판단했기 때문이다. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, [이하 *Introduction*] ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart (Athlone Press, 1970), 305쪽 참조.
- 또한 벤담 자신도 'a complete body of law'를 한 단어로 표현하기 위해서, 마치 식물학자들이 자신의 꽃에 이름을 붙이기 위해 희랍어로 돌아가 도움을 얻는 것처럼, '완전한 법체계'에 해당하는 희랍어 조합어인 'Pannomion'를 사용하였다고 설명하고 있다. *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*, [이하 *Legislator*] eds. Philip Schofield and Jonathan Harris (Clarendon Press, Oxford,

이 글은 당시까지 존재하였던 수많은 법학과 법이론에 대한 벤담의 비평과 논증, 그리고 새로이 벤담이 제시하는 주장, 논증, 그리고 체계 등을 ‘Pannomion’이라는 개념을 중심으로 정리 분석 해보고자 한다. 물론 그 방대한 벤담의 법사상과 입법이론을 ‘Pannomion’이라는 이상적 개념 하나를 정점에 두고 조화롭게 정리하여 설명하는 것이 가능할 것인가는 자신할 수 없다.

그러나 분명한 것은, 1780년 전후 벤담 저작의 전반기에 해당하는 시기에 벤담이 당시 영국의 Common Law 체계에 대하여 비판적 논의를 전개할 때, 프랑스 혁명 이후 ‘자연법과 자연권’에 대한 비판과 함께 세계의 여러 나라들과 실질적인 관계를 갖고 헌법을 비롯한 개별 법전들의 성문화를 제안하였던 1800년 전후 시기, 그리고 자신의 ‘공리성 원칙’의 구체화와 현실화는 결국 자신이 ‘세계의 입법자’의 역할을 완수함으로써 이루어질 수 있다고 믿고 개별 성문법과 완전한 법체계를 완성하고자 했던 1820년대 이후의 벤담 저작의 후반기, 이 모든 시기의 저작들에서 끊임없이 반복되고 진화하고 명확해지는 주제 중 분명한 하나는 ‘Pannomion’이라고 해야 할 것이다.

따라서 이 글은 가능한 한 ‘Pannomion’의 정체를 조금이라도 이해해보겠다는 목표로 이것의 내용을 벤담의 의도에 충실하게 정리하는 방식으로 전개하고자 한다. 그리하여 먼저 ‘Pannomion’이라는 개념이 처음 나타나기 시작하는 시기, 즉 벤담이 법과 법학, 그리고 사법과정에 대한 관심이 Common Law 체계에 대한 비판에 집중되어있던 시기에 ‘Pannomion’ 용어를 창조해내게 되는 과정과 이유에 대해서 정리해보고, 다음으로 ‘Pannomion’ 개념의 구체적인 내용과 함의를 분석해보고자 한다.

II. 왜 벤담은 ‘Pannomion’을 만들어냈는가?

돌이켜보면, 이미 출간된 벤담의 수많은 저작들과 출간되지 않았으나 출간을 기다리고 있는 더 많은 원고들에서 과연 ‘Pannomion’과 직접적으로 관련된 논의들이 가장 핵심적이며 다수를 차지하고 있는지에 대해서는 사실 자신 있게 말할 수 있는 것은 아니고, 또한 벤담과 관련해서도 ‘Pannomion’과 연관 지어서 벤담의 사상과 주장을 분석하는 연구도 결정적으로 많은 것은 아니다.⁵⁾

그러나 ‘죽은 벤담을 다시 살려내기’ 작업을 시작했고 이어가고 있는 Bentham Project⁶⁾의 선구자 격인 H. L. A. Hart⁷⁾를 비롯한 여러 학자들⁸⁾은 벤담의 법이론과 법사상에서 ‘Pannomion’은 핵심적인 의미를 갖는 개념이라고 인정하고 있다. 특히 William Twining은 벤담의 법사상의 중추적인 기본 축으로 공리성, 허구 이론, 법실증주의와 (법)명령설, 그리고 민주적 이론과 헌법 등과 함께 ‘Pannomion’을 들고 있다.⁹⁾ 그리고 벤담의

5) M. Kaino, “Bentham’s Concept of Security in a Global Context: The Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan”, *Journal of Bentham Studies* 10, UCL Bentham Project(2008), 6쪽 참조.

6) <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>; 이상영(2007), 주 14) 참조.

7) Hart는 법학에서 벤담의 중요성을 깨닫고, 특히 법실증주의, 법개념 논의와 법명령설, 분석법학 등에서 Bentham이야말로 가장 대표적인 선구자라는 점을 분명히 선언하였다. Hart는 자신의 책, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961)에서 이 점을 분명히 밝히고 있을 뿐만 아니라, 이후에도 자신의 연구 과정에서 벤담의 원고를 정리하여 출간하는 작업을 계속해 나아갔다. Hart가 정리 출간한 벤담의 저작들은 벤담의 법학과 입법론 등에서 가장 기초적이고 핵심적인 것들이다. 예를 들면, 앞서 거론한 벤담의 대표 저작들 중에서 *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*[이하 *A Comment and A Fragment*], *Introduction, Of Laws in General*[이하 *Of Laws*] 등이 바로 Hart가 정리편집하여 출간한 것들이다.

8) 앞의 주 4)에서 예시한 학자들이 대표적이다.

9) W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*(Cambridge University Press, 2000), 94-102쪽 참조.

저작들에서 ‘Pannomion’이라는 용어는 비교적 초기 저작부터 말년 저작에 이르기까지 지속적으로 나타나고 있다. 이는 벤담의 사상 체계에서 ‘Pannomion’은 가장 중요한 핵심적인 개념임을 증명하는 것이지 아닐까.

1. ‘Pannomion’의 출발 – *Introduction* 그리고 *Of Laws*

‘Pannomion’이라는 용어를 벤담이 언제 처음 사용하였는지는 분명하지는 않다.¹⁰⁾ 지금까지 알려진 바로 분명하게 ‘Pannomion’이 제시된 문구로는 *Introduction*에서 찾을 수 있다.¹¹⁾ 앞서 잠시 설명한 바와 같이, 여기에서 벤담은 ‘한마디로 말하자면, 완전한 법체계; pannomion이라고 명명할 수 있다’라고 단언한다. 이 문구는 벤담의 가장 대표적인 저작인 *Introduction*의 마지막 부분인 ‘맺음말 주해’에서 제시되었다. 그러면 ‘Pannomion’이 *Introduction*에서 제시되었다는 것은 무엇을 의미하는가? 그리고 *Introduction*은 벤담의 법사상에서 어떤 위치와 의미를 갖는가?

먼저, *Introduction*에 대해서 보자. *Introduction*은 벤담 저작의 전반기에 속하는 저작들¹²⁾ 중에서 대표적인 것이다. 1770년대 후반부터 1780

10) 그것이 자주 사용되어 공식용어로 된 것이든 아니면 벤담의 저작에만 있다가 공식성을 갖지 못한 용어이든, 벤담의 만들어낸 수천 개의 신조어들이 최초로 사용된 저작과 그것의 창조 의미가 분명하게 밝히는 작업은 현재로서는 불가능하다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 벤담 사후 University College London에 60,000쪽에 달하는 그의 원고가 넘겨졌는데, 그 중 약 1/3에 해당하는 27권이 새롭게 출간되었으며, 현재에도 나머지 원고에 대한 검토와 출간 준비 작업이 계속되고 있기 때문이다.
<http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>.

11) *Introduction*, 305쪽.

12) 벤담의 저작의 전반기에 해당하는 시기는 1780년 전후의 시기라고 할 수 있는데, 이 시기 벤담은 자신의 후원자인 Shelburne경의 집에 머물면서 비교적 안정된 상태에서 공리성 원칙에 입각한 법과 입법에 관한 이론을 정리 집필하였다. 벤담의 저작들 중 가장 먼저 출간되었다고 알려진 *A Comment and A Fragment*의 *A Comment*는 1775년에 완성되고, *A Fragment*는 1776년에 완성되었다. 그리고 *Introduction*은 1780년에 완성되고, *Of Laws*는 1782년에 완성되었다.

년대에 이르는 벤담 저작의 전반기라고 할 수 있는 시기에 벤담은 법학에 관한 작업, 즉 기존 법학에 대한 비평에 몰두하게 되었다. 특히 1776년은 벤담에게 중요한 해이었고, 세계사적으로도 매우 중요한 상황이 전개되는 해였다.¹³⁾ 계속해서 1780년대 전반에 이르기까지 벤담은 자신의 평생의 작업의 토대가 될 수 있는 법과 입법에 관한 기본 체계를 마련하는 작업에 매진하게 되었다. 수많은 벤담의 저술들을 관통하는 핵심 주제가 ‘공리성과 완전한 법체계’이라고 할 수 있고, 벤담의 대부분의 작업에서 ‘법과 법학’에 대한 질문과 논의, 그리고 해명이 끊임없이 전개되고 있지만, 실제로 법과 법학에 관한 벤담의 주요 작업들¹⁴⁾은 대부분이 시기에 이루어진다고 할 수 있다.

이 시기 벤담의 저작들을 토대로 벤담의 사상적 흐름을 정리해보자면, 가장 먼저 그리고 가장 깊은 곳에서부터 벤담의 생각에 자리 잡고 있었던 것은 기존 법학 일반에 대한 분석과 비판으로 ‘The Critical Elements of Jurisprudence’라는 주제에 집중되었다. 벤담은 이 주제를 탐구해나가기 위해서는, 한편으로는 당시의 Common Law와 관련된 전통적이고 주류의 법학과 법체계에 대한 비판, 그리고 다른 한편으로는

13) 벤담은 이 시기에 개인적인 문제(연인 문제와 동료와의 교류 문제)와 관련되어 여러 가지 어려움을 겪기도 했지만, 이로 인해 또는 이런 어려움에도 불구하고 그동안 구상하고 집필했던 자신의 연구 성과를 세상에 드러내는 계기도 마련되었다. 벤담은 1770년부터 본격적으로 법과 법학에 대한 저술을 하기 위한 큰 기획을 준비하였다. 그 중 가장 중요한 것은 1789년이 되어서야 빛을 보게 된 *Introduction*인데, 이것은 이미 1770년대부터 지속적으로 구상되고 1780년에 이르러서는 어느 정도 마무리를 했던 *The Critical Elements of Jurisprudence*를 토대로 해서 이루어진 것이었다. 물론 바로 앞 주12)에서 보는 바와 같이 *A Comment and A Fragment*도 1776년에 발표되었다. *A Comment and A Fragment*, 편집자 서문; 이상영(2007), 주 33)에서 주 39)까지 참조.

또한 1776년에는 프랑스의 루이 16세가 즉위하였으며, 한편 미국의 독립선언은 서구 세계에서 새로운 시대를 여는 계기가 되었고, 아담 스미스의 ‘국부론’과 Gibbon의 ‘로마제국 흥망사’가 출현한 시기이다.

14) 앞의 주 4) 참조.

새롭게 정립할 법과 입법의 원칙과 보편적 대안 제시, 이 두 가지의 과제를 풀어나가야 했을 것이다.

전자의 과제를 수행해나가면서 벤담은 첫째로 당시 영국의 Common Law 체계에 대한 이론적 그리고 실천적 비판, 둘째로 Common Law 체계에서는 물론이고 대륙의 법체계에서 횡행하고 있던 자연법과 자연권에 대한 비판을 전개하였다. 1774년부터 1776년에 걸쳐 완성한 *A Comment and A Fragment*는 바로 이러한 작업의 결과물이었다. 후자의 과제는 결국 벤담이 자신의 원칙과 새로운 대안을 제시하는 과정에서 완수될 수 있는 것인데, 주지하는 바와 같이 ‘공리성 원칙’, ‘새로운 법학에 대한 이론적 체계’, 그리고 ‘법과 입법의 실천적 대안’을 마련하는 것을 내용으로 한다. 이와 관련된 저작이 바로 1780년에 완성된 *Introduction*과 1782년에 완성된 *Of Laws*¹⁵⁾이다.

이렇게 본다면 벤담의 ‘Pannomion’ 개념의 정립과정의 시발점은 Common Law 체계의 현실적 결함들과 이론적 문제점들에 대한 분명한 인식이라고 할 수 있다.¹⁶⁾ 다시 말해서 온갖 결점과 흠결을 갖고 있는

15) *Of Laws*가 정확하게 언제 작성되었는지에 관해서는 분명하지 않다. 다만 Bentham Project에서 정리 출간한 *The Correspondence of Jeremy Bentham* (현재까지 12권이 출간됨)에서 발견된 여러 사람들과 교류한 편지의 내용을 토대로 추정하는 것이다. 이러한 추정에 따르면 원래 벤담이 1782년에 작성하고 발표하지 않은 *The Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*라는 글이 있었는데, 이 글은 1780년에 작성된 *Introduction*의 후속 작품으로 쓰여졌다. 그러나 이 글은 출간되지 않고 원고 상태로 있다가, 1945년에 비로소 Everett에 의해 *The Limits of Jurisprudence Defined*라는 제목으로 처음 출간되었고, 그 이후 1970년 H.L.A. Hart에 의해 새로 편집되어 *Of Law in General*로 출간되었다. *The Limits of Jurisprudence Defined*, Charles Everett(ed.)(Columbia U. Press, New York, 1945); *Of Laws* 편집자 서문 31쪽 참조.

16) ‘Pannomion’에 대해 연구 분석한 여러 학자들의 일반적인 관점도 이 점에서는 유사한 것 같다. M. Kaino(2008), W. Twining(2000) 등 참조. 특히 벤담 연구에 중요한 업적을 남긴 David Liberman은 J. Austin의 *법학의 영역 The Province of Jurisprudence Determined*를 연상케 하는 자신의 저서 *입법의 영역 The Province of Legislation Determined*의 가장 뒷부분에서 결론으로 나아가기 직전에 ‘From

Common Law 체계의 문제점을 해결하기 위해서 대안으로 제시된 것이 바로 ‘Pannomion’이라는 것이다. 벤담이 Common Law 체계의 문제점으로 지적한 것에 관해서는 필자가 이미 이전의 글에서 어느 정도 상세하게 분석한 바¹⁷⁾ 있기 때문에 여기에서는 ‘Pannomion’ 개념 도출을 위한 논의를 위해서 몇 가지 핵심적인 사안을 중심으로 언급해보겠다. *A Comment and A Fragment*에서 벤담의 비판의 직접적인 대상은 Blackstone의 영국법주해 *The Commentaries on the Laws of England*¹⁸⁾였으나, 벤담은 비단 이 책에 대한 비평만을 한 것이 아니고, 더 나아가 Blackstone이 근거하고 있는 법이론과 자연법 사상은 물론이고 Common Law 체계의 근간이 되는 논의와 Common Law 체계 하의 법현실에 대해서 전반적이고 체계적으로 비판하였던 것이다.

Common Law 체계에 대한 벤담의 비판의 핵심 중 첫 번째는 Common

Blackstone to the *Pannomion*이라는 제목 하에 이러한 관점을 분명히 하였다. David Liberman, *The Province of Legislation Determined—Legal theory in eighteenth-century Britain*(Cambridge University Press, 1989), 257쪽부터 참조. 또한 마찬가지로 가장 중요한 벤담 연구자 중 하나인 John Dinwiddy가 요절한 후 W. Twining 등이 그의 글을 편집 발간한 저서의 첫 번째 부분인 ‘1. Bentham’에서의 ‘Codification versus Common Law’ 등 또한 이러한 관점을 공유하고 있다. John Dinwiddy, *Bentham—Selected Writings of John Dinwiddy*, W. Twining(ed.)(Stanford University Press, 2004), 11–109쪽 참조.

그리고 가장 왕성한 벤담 연구자라고 해도 손색이 없는 Philip Schofield도 또한 자신의 논문에서 이러한 동일한 관점을 상세하고도 분명하게 제시하였다. Philip Schofield, “Jeremy Bentham : Legislator of The World”, in *Current Legal Problems* 1998, M. D. A. Freeman(ed.), (Oxford: Oxford Uni. Press), 115–147쪽 참조.

17) 이상영(2007)에서는 벤담의 사상사적 측면에서 Common Law 체계와 대결했던 과정, 이상영(2008)에서는 Common Law 체계의 일반적인 문제점, 그리고 이상영(2010)에서는 Common Law 체계의 자연법적 성격에 대한 비판 등이 분석·정리되었다.

18) Sir William Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England*(The Clarendon Press at Oxford, 1765–1769).

Law의 복잡함, 혼란스러움, 신비화, 그리고 난해함이다. 그리고 이러한 문제점으로 인해 결국 Common Law 체계 하에서는 법에 대한 그 어떤 확실성과 명백함이 보장될 수 없고 오직 불확실성과 모호함만 횡행하게 된다는 것이다.¹⁹⁾ 두 번째는 앞의 불확실성과 관련되어 있는 것으로 Common Law의 소급적 성격과 이로 인한 ‘현존하는 법규’와 ‘보편적 일반법’ 사이의 괴리이다. 그리고 이러한 문제점으로 인해 Common Law 하에서는 재판관이 선언해주기 전에는 사람의 권리와 의무가 분명해질 수 없고, 재판관은 무한한 재량권을 갖게 되며, 괴리를 채워 넣기 위해 결국 그 실체를 확인할 수도 없고 실제로 존재하는지도 모를 가상의 법, 즉 ‘법적 허구fiction’가 횡행하게 된다는 것이다.²⁰⁾ 세 번째는 Common

19) 이러한 문제점에 대한 비판을 단적으로 표현한 것이 바로 ‘dog law’이다. 벤담은 Common Law를 ‘개를 훈련시키는 법’이라고 비유하여 규정지었다. “Common law 는 어떻게 만들어지는가? 그것은 당신이 자신의 개를 훈련시키는 법을 만드는 것과 같다. 만약 당신의 개가 당신의 마음에 들지 않는 어떤 짓을 하지 못하게 하고 싶은 때, 당신은 그 개가 그 짓을 할 때까지 기다리다가 그 개가 그 짓을 하면 그 개를 때리면 된다. 이것이 바로 재판관들이 당신과 나를 위해 법을 만드는 방법이다. 재판관들은 사람이 무엇을 하지 말아야 하는지에 대하여 알려주려고 하지 않는다. 재판관이 말하기를 그 사람은 하지 말아야 했었던 행위를 할 때까지 그냥 있다가, 그가 그 행위를 했다는 이유로 처벌한다.” Bentham, *Truth versus Ashhurst*(1792), *Bowring*, vol.V 235쪽 참조.

20) 이러한 문제점에 대한 비판을 단적으로 표현한 것이 바로 ‘거짓말 허가증 mendacity-licence’이다. 벤담은 이에 대하여 “이제 우리는 법의 이름을 갖는 대상들 중에서 ‘실재하는 것’을 알기 위해서는 ‘실재하지 않고 상상 속에 있는 것’을 알아야 할 것이다.”고 전제한 뒤, 벤담은 사실 ‘상상 속의 법’은 하나의 허구(fiction)이고, 이러한 법적 허구는 그야말로 Common law의 부패를 대표적으로 상징하는 것이라고 단언하였다. 벤담은 ‘(법적) 허구는 한 번도 유용한 적이 없었다!’라고 선언하고, 법적 판단에서 허구가 가져온 전반적인 해악은 개별 법률규정의 장점들을 모두 빼앗아 가버렸다고 지적하였다. 이를테면 아주 예외적인 방식으로 부분적인 선을 행함으로써 법적 허구는 일반적인 방식의 어떤 경우에도 선을 행하지 못하게 만들었고, 더욱 심각한 것은 허구로 인한 해악은 그저 한 번의 해악으로 끝나는 것이 아니라 연속되는 그런 것이라는 점이다.

그 해악의 첫째, 허구는 법을 이해함에 있어서 부정확하고, 요해불가능하고, 의심스럽게 만들어놓았고, 법 개념을 불안하고 모순적인 것으로 만들었다. 따라서 허구로

Law 체계가 의존하려고 하는 자연권과 자연권의 허황됨이다. 그리고 Common Law 체계가 이러한 상상 속의 형이상학적 자연권에 근거하면 할수록 Common Law 자체와 그 법 현실은 부패할 수밖에 없게 된다는 것이다.²¹⁾

가득 찬 Common Law를 접근·이해하기란 거의 불가능할 정도로 어렵고, 비록 법률가들이라고 하더라도 전문화되어 있기는 하지만 전체를 이해하는 경우는 드물다는 것이다. 결국 법은 모든 이에게 접근 가능한 것이 아니라 오직 법전문가 엘리트에게만 열려 있고, 해약은 더욱 심각하여 허구의 광범위한 사용으로 인해 포괄적인 ‘거짓말 허가증mendacity-licence’을 사법부에 제공하는 상황에 이르게 되었다는 것이다. 사법부에 거짓말 허가증을 부여함으로써 바람직하지 못한 결과들이 나타나는데, 우선 사법 판단에 대한 공공의 접근과 평가, 그리고 정당화를 불가능하게 함으로써 재판에서 자의, 편견, 그리고 변덕을 허가해주는 결과로 나타났다는 것이다. 둘째로, 그 거짓말에 속은 사람들은, 그 대상에 대한 이해와 판단함에 있어 전반적으로 쇠약함에 빠지게 된다는 것이다. 다시 말해서 법적 허구에 의해 속고 있는 사람들이 그 거짓말에 대하여 더 이상 의문을 품거나 평가하려고 하지 않고, 마치 그 거짓말이 재판에서 필수적인 수단인 양 인정하게 된다는 것이다. 세 번째는 더욱 심각한 것인데, 법적 허구는 ‘부정의’를 은폐하거나 ‘부정의’의 수단으로 공헌하도록 재판관들에 의해 고안된 거짓말이라는 것이다. 즉, 재판과정에 참여하는 법률전문가들은 변론을 보다 복잡한 허구 속에서 하나의 형식과 자기들만의 용어로 변용·사용함으로써, 이러한 거짓말은 하나의 ‘법적 독점’ 상황을 만들어내고, 결국 Common Law 체계는 공공과는 전혀 상관없는 법전문가 엘리트(재판관 회사 Judge & Co.)의 조작된 관습일 따름이라는 것이다. *A Comment and A Fragment*, 7-8, 부록 511쪽; “Scotch Reform; Considered With Reference to the Plan Proposed In the Late Parliament, For the Regulation of the Courts and the Administration of Justice In Scotland: With Illustrations From English Non-reform: In the Course of Which, Divers Imperfectio”, *Bowring*, vol.V.; Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*(Oxford, 1986) 271-275쪽 참조.

- 21) 이러한 문제점에 대한 비판을 단적으로 표현한 것이 바로 “자연권은 그저 난센스이다: 자연적 불가침의 권리는 수사학적 난센스이다—허황된 난센스 nonsense upon stilts.”이다. *Nonsense Upon Stilts in Rights, Representation, and Reform*, 330쪽; *Anarchial Fallacies in Jeremy Bentham, Selected Writings on Utilitarianism—On Utilitarianism and Government*, ed., Tom Griffith, (Wordsworth Classics of World Literature, 2001), 405쪽; *Anarchial Fallacies*, Bowring(1843), vol. II. 참조, 벤담은 자신의 법이론과 입법 원칙의 구상을 시작하던 시기부터 평생 동안 자연권과 자연법의 형이상학적 난해함을 지적하면서, “사회

이렇게 Common Law 체계를 뿌리에서부터 가지까지 살살이 분석 비판하였던 벤담은 이제 Common Law 체계를 대체할 수 있는 ‘법’을 제시해야 했을 것이다. 먼저 결론적으로 말하면 벤담이 대안으로 제시했던 ‘법’은 성문법이였다. 벤담이 보기에는 Common Law는 ‘순수한 허구’이며, 성문법만이 ‘실재하는 법’이라는 것이다. 여기에서 실재하는 법이란 논리적으로 완전하며 통합적인 규칙, 즉 성문화되어 체계적으로 정리되고 합리적으로 준비된 그런 통합적인 부분을 말하는 것이다. 그리고 이러한 성문법 체계가 갖추어 나가야 하는 궁극적인 모습, 즉 자신의 이상적인 ‘Pannomion’을 형성해야 한다고 주장하였던 것이다.²²⁾ 그러면 *Introduction*에서 ‘Pannomion’, 즉 완전한 그리고 가장 포괄적인 법체계를 설명하기²³⁾ 위한 벤담의 첫 질문은 무엇이였을까? 그것은 바로 “법은 무엇인가? 법은 어떤 내용을 갖는가?”였다.²⁴⁾ 사실 이 근본적인 질문, 다시 말해서 벤담이 궁극적으로 답하고자 했던 이 질문을 풀어나가려는

계약이론과 자연권에 기반한 법이론은 그저 ‘황당한 이야기 투성이 tissue of fable’ 일 뿐”이라고 주장하였다. *A Comment and A Fragment*, 508-509쪽 참조.

22) ‘하나의 유일한, 그러나 온전한 법을 의미하는, 법의 완전체’라고 표현된다. *Introduction*, 299쪽 n.b2 참조.

23) *Introduction*은 크게 보아 네 부분으로 되었다. 첫 번째 부분은 공리성 원칙에 관한 일반론과 과락과 고통의 분류와 분석, 두 번째 부분은 인간의 기본적 속성과 행위의 분류와 분석, 세 번째 부분은 위반행위의 분류와 분석, 그리고 그에 상응하는 처벌에 관한 분석, 그리고 네 번째 부분은 법과 법학에 대한 분석과 분류, 그리고 법의 완전체에 대한 제안 등으로 구성되어있다. 벤담이 1780년 전후에 처음으로 이 작업에 몰두할 때, 벤담의 관심사는 마찬가지로 이러한 네 부분의 영역 모두에 있었을 것이다. 그러나 벤담이 이 작업을 일단 어느 정도 마무리를 했던 1780년에 일부 출간하려다가 중단하고 9년이 지난 1789년에 출간 될 때, 가장 많이 보완되어 작성된 부분은 네 번째 부분에 속하는 마지막 장인 ‘법학에서 형법 분야의 한계에 대하여’와 ‘맺음말 주해’이다. *Introduction*, 서문 33쪽, 301쪽 참조.

그렇다면, 1780년 전후 당시에는 벤담이 자신의 작업에서 미흡하다고 생각하였고, 그 이후 약 10년간 그 불완전함을 보완하려고 했던 부분은 아마도 바로 이 ‘법의 완전한 체계’, 즉 ‘Pannomion’에 관한 영역이었지 않을까 생각할 수 있다.

24) *Introduction*, 301쪽.

첫 번째 단계에서 작성되었던 *Introduction*에서 벤담이 노력하였던 것은 법이 규율하게 되는 ‘위반행위(offences)’에 대한 분류와 분석이었을 것이다. 법을 파악하기 위해서는 위반행위로부터 시작해야한다는 것이다.

인류의 삶을 지배해온 쾌락과 고통이라는 지배자를 토대로 하는 공리성의 원칙이 법과 입법의 합당한 근거가 되기 위해서는 논리적인 그리고 명백한 관계를 설명해야 했다. 그 논리적인 명백한 관계는 ‘실재하는 것’ 그리고 ‘진짜로 있는 것’으로만이 확인되고 분석될 수 있는 것이기에, ‘인간의 기본적 속성과 행위’ 그리고 ‘위반행위’를 눈으로 볼 수 있고 측정할 수 있을 정도로 분명하게 분류하고 분석해야 했을 것이다. 그런데 또 다시 연결고리가 필요하다. 즉, ‘인간의 기본 속성과 행위’ 중에서 고통, 다시 말해서 해악을 만들어내는 영역을 정확하게 추출하여 방지해야 하는데, 여기서는 단순히 즉각적으로 ‘위반행위’로 이어지지 않고, 처벌이라는 주제가 개입될 수밖에 없다. 그래서 처벌과 위반행위의 관계를 규명해야 하는데, 특히 처벌의 목적을 분명히 해야 할 때만이 위반행위의 분류 그리고 분류된 각 위반행위의 내용을 확정할 수 있다. 이렇게 해서 ‘공리성 원칙-인간의 기본적 속성과 행위-해악과 처벌-위반행위-법 개념과 내용-온전한 법체계’라는 구조물이 완성되는 것이다.

그런데, 완전한 법체계를 향해 나아가는 과정에서 벤담은 *Introduction*에서 위반행위의 분류와 분석이라는 중요한 연결고리 또는 맥을 상세하게 논구하였지만,²⁵⁾ 벤담이 법적 위반행위를 통해 ‘논리적 완전체’를 완성하기에는 아직 남은 과제들이 있었다. *Introduction*에서 벤담은 입법자들이 공공의 행복을 보장하기 위해서 공리성 원칙에 따라 어떻게 처벌이라는 위대한 원동기를 정당하게 사용할 것인가에 대한 논구에 집중한 것이다. 다시 말해서 ‘내용’에 대해 관심을 두었던 것이지, 그 ‘형식’에

25) 사실 *Introduction*에서 위반행위와 관련된 부분이 전체 양 중 1/3 이상을 차지한다. 이 부분에서는 Blackstone의 이론이 ‘기술적(technical)’ 특성을 갖는다고 비판하면서, 벤담 자신 위반행위의 분류 분석은 ‘자연적(natural)’ 정리 체계라는 점을 극명하게 비교 설명하고 있다. D. Lieberman(1989), 263쪽; 이상영(2007) 주 124) 참조.

대해서는 남겨두었던 것이다. 그 형식이 분명하게 제시되지 않고 내용만을 갖는 법체계, 특히 완전한 법체계라는 것이 과연 있을 수 있을 것인가. 벤담은 그 ‘형식’에 대한 논의 단계로 나아가게 된다. ‘Pannomion’은 그 내용과 형식에서 분리할 수 없고 통합적이고 합당한 그런 법체계이어야 하지 않은가.

2. ‘Pannomion’의 구성 - *Of Laws*

이러한 벤담의 남은 과제는, 1782년에 완성된 또 하나의 저작, 즉 *Introduction*에 이어서 법의 ‘형식’을 본격적으로 분류하고 분석하는 작업을 담은 *Of Laws*에서 수행되었다. 앞서 지적한 바와 같이, 사실 *Introduction*을 어느 정도 완성한 1780년 초 이후 벤담은 바로 이러한 다음 과제를 맘속에 계속 두고 있었던 것이다. 그리고는 2년 후에 *Of Laws*를 통해 연속된 과제에 일정 정도 답을 하였고, 1789년에 정식으로 *Introduction*을 출간할 때,²⁶⁾ ‘Pannomion’의 토대가 되는 완전한 근거 체계를 완성하였다고 판단하였다. 그 근거 체계는, *Introduction*에서 문제 제기하고 *Of Laws*에서 답하고, 다시 *Introduction*의 공리성 원칙을 확인하는 나선형의 이론진화라고 할 수 있다. 이제 ‘법이 무엇인가?’를 탐구하기 위한 벤담의 작업은 *Of Laws*로 넘어간다. 그러면 *Of Laws*는 ‘Pannomion’에서 어떤 의미를 갖는가?

공리성 원칙의 토대 위에서 ‘내용’에 관한 논의를 위해서 *Introduction*에서는 위반행위에 대한 분류 분석을 중심으로 전개하였다면, *Of Laws*

26) 1789년 벤담은 다음과 같이 판단하였다. “입법 체계에서 오직 (위반행위의) 형식에 관한 것만이 고려되어야 하는 또 다른 구분된 작업이 있어야, 결국 위반행위의 분류와 관계된 분석적 논의는 더 좋아질 것이다.” *Introduction*, 4쪽. 생각건대 *Introduction*의 서론의 앞부분에 이러한 내용을 지적한 것은 아마도 이 서론이 1780년에 쓰여진 것이 아니라, 1782년 *Of Laws*를 작성한 후 1789년에 새롭게 작성된 것일 것이다.

는 ‘형식’ 즉 ‘Pannomion’의 구체적인 법 형식을 제안하기 위해 ‘법 개체’들의 분류와 분석을 시도하였다. “Of Laws in General”이라는 제목에 걸맞게도, *Of Laws*는 완전한 법 또는 가장 포괄적인 법인 ‘Pannomion’을 구성하는 중심 주제의 분류와 그에 대한 분석 작업으로 ‘법 개체’에 대한 탐구를 전개하였다.

자, 그러면 개별법에 대해서 어떻게 분류하고 분석하며, 결국 가장 이상적이고 논리적이며 이해 가능한 법의 모습을 어떻게 상정할 것인가? 먼저 벤담은 ‘Pannomion’ 하에서 법은 두 가지의 기능, 즉 악의 억제와 권리의 보장이라는 기능을 담당해야 한다는 전제에서 시작한다. 물론 이러한 전제는 *Introduction*에서 제시한 공리성 원칙과 법 일반론을 연결해주는 것이다. 이러한 전제에 따라 ‘Pannomion’ 또는 포괄적인 법전의 핵심적인 필수 사항은 그것이 주권자의 의지로 제정되어야 한다는 것이다.²⁷⁾ 그 내용의 차원에서는 공적 이익 또는 행복을 증진시키는 것을 목적으로 하고, 형식의 차원에서는 이러한 최대행복 원칙에 입각한 근거를 갖는 법령으로 제정 공포되어야 한다는 것이다. 내용과 형식에서 합당하게 근거 지워진 법은 다음과 같은 중요한 의미를 갖는다. 입법자와 입법기구가 입법과정에서 공리성의 방향에서 이탈되는 것을 방지할 수 있게 해주며, 재판관들이 법 해석에서 공리성 방향에서 이탈되지 않게 해주며, 일반 시민들이 자신들이 준수해야 하는 법의 목적과 내용을 마음속에 자리 잡게 해주어서 마침내 두려움이라는 수동적 방식이 아니라 자발적인 의지를 갖고 법을 준수하게끔 해준다.²⁸⁾

‘Pannomion’ 또는 ‘전체적으로 포괄적인 법’ 또는 ‘완전한 법체계’의 기본 원칙을 제시하면서 시작한²⁹⁾ *Of Laws*는 이렇게 개념규정 된 법의

27) *Of Laws*, 1쪽 참조

28) *Dinwiddy*(2004), 56쪽 참조.

29) *Of Laws*의 제1장은 법에 대한 개념 규정부터 시작한다. ‘A Law defined and distinguished’의 제목을 달고 있는데, 이는 ‘법에 대한 정의와 구분’ 정도로 이해하면 될 듯하다.

구체적인 내용, 즉 내부적 요소들에 대해서 차례로 설명하고 있다. 무엇이 완전한 법인가를 설명하기 위해서는 법 개념에 포함될 수 있는 다양한 주제들을 설명해야하는 것이 당연하듯이, 벤담은 법원(法源), 법의 주체, 법의 객체, 법의 기간, 법의 일반성, 법의 양상, 법의 강제(력) 등을 차례차례 구체적으로 논의하였다. 그리고 벤담은 이 구체적 주제들을 요소로 하는 자신의 완전한 법에 대한 기본관념을 정리하고,³⁰⁾ 본격적으로 개별 법률들에 대한 논의, 특히 가장 기본적인 것으로 형법, 민법, 양자의 구분에 대하여, 그리고 형사절차법과 민사절차법에 대한 논의를 대안을 제시하는 방식으로 설명하였다.

그런데 여기에서 중요한 것은, 따라서 주의할 것은, 여기에서의 개별 법들에 대한 구분은 개별법의 대상을 중심으로 하는 구분이 아니라 해당 법 자체의 특성에 따른 구분에 따른 ‘논리적 구분 체계’에 의한 것이다. 다시 말해서 헌법은 국가조직 구성을 대상으로 하고, 민법은 시민들의 재산관계를 대상으로 하고, 형법은 안전을 해하는 위반행위와 그 처벌을 대상으로 한다는 등의 법 구분이 아니라는 것이다. ‘논리적 구분 체계’는 해당 행위에 대해 그 법은 어떠한 특징적 양상을 띠는가에 관심을 두고 구성된 것이다. 즉, 그 법의 모습이 명령적인가 아니면 비명령적인가, 그리고 만약에 명령적이라면 지시적인가 아니면 금지적인가, 그리고 만약에 지시적 혹은 금지적이라면 조건부인가 아니면 무조건적(절대적)인가 등을 말한다.³¹⁾ 형법의 조문들은 주로 명령적이며 금지적이며, 민법의 조항들은 주로 비명령적이고 조건적이고, 헌법의 조문들은 주로 조건적이다. 절차법적인 영역들은 마찬가지로 주로 조건적인데, 왜냐하면 절차법에 의해 마련된 조건들이 맞아떨어질 경우에 실체법의 상당 부분이 효력을 갖게 되기 때문이다.³²⁾

30) 제13장 ‘완전한 법 구상 Idea of A Complete Law’, *Of Laws*, 156쪽부터 참조.

31) H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford, 1982), 111쪽부터 122쪽; P. Schofield(1998), 121쪽에서 재인용.

32) Bentham, *Papers relative to Codification and Public Instruction, including*

법의 구분의 기준은 그 대상이 아니라 행위에 대한 법의 특성적 양상에 따라! 바로 이것이 바로 벤담을 현대 분석법학의 선구자라는 명칭을 얻게 하는 중요한 핵심 중 하나라고 생각한다. Postema는 이 핵심에 대해서 이렇게 설명하고 있다. “법의 논리적 구조와 법의 사회적 기능에 대한 예리한 구별, 이는 벤담의 전략의 본질적인 부분이었다. 따라서 벤담에게는, ‘민사’와 ‘형사’라는 제목은 법의 상이한 종류를 가리키는 것은 아니고, 오히려 이것(제목)은 법에 의해 수행되는 상이한 본질적 과제들을 포착하는 것이다.”³³⁾

그러면 성문화 되는 개별법전에 대해서는 어떤 논의가 이루어지는가. 벤담은 성문화되어 누구나 분명하게 알 수 있도록 공포되어 시민들에게 편리하게 이용 가능한 방식으로 제공된 ‘Pannomion’은 다양한 개별법전들로 나뉘지고, 이 개별법전들은 논리적이고 이상적이고 그리고 이지적인데, 바로 이것이 완전한 법이라는 것이다. 그런데 여기에서도 벤담은 개별법전들을 나름대로 쌓을 이루는 구분을 제시한다. 벤담은 주요 법전(일반법전)으로 헌법,³⁴⁾ 민법, 그리고 형법을 제시하고 또한 그에 상응하

Correspondence with the Russian Emperor, and divers constituted authorities in the American United States, [이하 *Papers relative to Codification*] (London, 1817), in *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*, [이하 *Legislator of the World*] eds. Philip Schofield and Jonathan Harris (Clarendon Press, Oxford, 1998), 부록, 116쪽부터 117쪽까지 참조.

33) G. J. Postema(1996), 181쪽 참조.

34) *Introduction*의 후반부에서는 형법 부분이 문제제기 차원에서 논의되었고, *Of Laws*에서는 본격적으로 형법과 민법, 그리고 양자의 관계에 대해서 정리하였다. 그러면 과연 헌법은? 헌법은 벤담의 후반기에 속하는 시기인 1827년에 작성되어 1830년에 완성 출간된 *Constitutional Code*, [이하 *Constitutional Code*] Vol. I, ed. F. Rosen and J. H. Burns (Clarendon Press, Oxford, 1983), pp. xlv, 612.에서 자세하게 다루고 있다. 사실 *Introduction*은 물론이고 비교적 개별법에 대한 논의가 이루어졌던 *Of Laws*에서도 민법과 형법의 구체적 조항이나 규정이 체계적으로 제시되었다고 보기는 어렵고, 단지 원칙적인 내용과 분류와 분석으로 이루어져 있다고 할 수 있다. 그러나 이 두 저작들과 비교해볼 때, *Constitutional Code*는 어느 정도

는 절차법들³⁵⁾도 함께 언급하였고, 반면에 하위 법전(특별법전)들로 상법, 혼인법, 군사법 등이 있을 수 있다고 하였다.³⁶⁾³⁷⁾ 그런데 벤담은 이렇게 일반법전과 특별법전으로 구분하는 것을 ‘정치적 구분 체계’에 따른 것이라고 설명하였는데, 이는 앞서 설명한 ‘논리적 구분 체계’와는 구별되는 것으로 ‘정치적 구분 체계’ 안에서의 법전의 구분은 그 법전의 대상에 따른 구분이고 따라서 이러한 구분은 그렇게 하는 것이 유용하다고 한다면 얼마든지 만들어질 것이라고 하였다.³⁸⁾

체계를 갖추고 각 장과 절, 그리고 조항들을 제시하고 있어서 좀 더 현실적인 의미와 적용여부를 판단할 수 있는 여지가 존재한다. 후학들에 의해서 집필 기간을 ‘1822년-1832년’으로 포괄적으로 표현하고 있는 *Constitutional Code*는, 우선 1830년에 ‘제1권’이라는 미완의 형식(벤담은 원래 3부작으로 구상하고 있었으며, 제1권의 서문에 원래 의도 했던 제1권, 제2권, 그리고 제3권의 책에 포함되어야 할 내용의 목차를 제시하고 있었다)으로 벤담에 의해서 처음 출간되었다. 여기에는 제1장에서 제9장까지 국가의 영토, 선거권자, 여론, 입법부, 수상, 행정부 등에 대하여 설명하고 있다. 1841년 개정판은 그의 제자 Doane가 편집을 맡았는데, 원래 원고에서 Bowring의 글을 삭제하고 오직 벤담의 것만으로 이루어지게 하였다. 이후 UCL의 Bentham Project의 일환으로 새롭게 출간되었다.

- 35) 벤담은 실체법과 절차법의 구분을 명확하게 하였다. 특히 실체법(substantive law)과 구분되는 일체의 절차형식법(adjective law)을 포함하는 단일 절차법(procedure code)을 제안하기도 하였다. *Of Laws*, 137쪽부터 142쪽 참조.
- 36) ‘Pannomion’이라는 벤담의 성문화 입법 구상에서 나타나는 주요 법전(main code) - 하위 법전(sub-code), 일반법전(general code) - 특별법전(particular code) 등의 구분이, 법이론 상의 법 분류, 즉 기본법(principal Law) - 하위법(subsidiary Law), 일반법(general law) - 특별법(particular law) 등의 분류와 똑같은 크기와 내용으로 직접 중첩되는가에 대해서는 필자는 아직까지 분명하게 확인하지는 못했다. 그러나 이러한 중첩이 어느 정도는 가능한 것이 아닌가하는 추측은 가지고 있다. *Papers relative to Codification*(1998), 8쪽부터 9쪽까지 참조.
또한 벤담은 일반 시민들에게 법전을 배포하기 위해서 보급형 일반 법전과 특수한 법전으로 구분하여 출간해야하되, 모든 것들은 염가로 만들어 제공할 것을, 그리고 특히 일반법전에 해당하는 것은 학교에서 교육과정 대상으로 해야 한다고 주장하기도 했다. Dinwiddy(2004), 57쪽 참조. 여기에서 일반법전과 특별법전 또한 위에서 말하는 구분과 유사한 것으로 이해해도 무방하리라 생각한다.
- 37) 기본법(principal Law)과 하위법(subsidiary Law) 구분에 대해서는, *Of Laws*, 76-92쪽 참조.

이미 *Introduction*에서 벤담은 형법전과 관련해서 일관성과 완전성을 언급했던 것처럼, *Of Laws*에서는 더 나아가 ‘Pannomion’에 속하는 모든 법전에 대해서도 다시 일관성과 완전성을 강조하게 된다. 그런데 일관성과 완전성을 추구한다는 것은 대단히 추상적이고 이론적인 분석 작업을 필요로 한다. 벤담 자신도 *Of Laws*에서의 작업이 매우 추상적인 ‘형이상학적 미로’를 탐구하는 것이기 때문에 일반 대중에게 쉽게 다가오지는 않는 것이라는 점을 인정하기도 하였지만, 이 작업들은 벤담이 제안했던 법전화(法典化)의 구상, 즉 다시 말해 ‘Pannomion’ 체계의 이론적 기초를 마련해주었다.³⁹⁾

좀 더 들어가 보자. 벤담은 주장하기를, 적절하고 구성된 법체계를 관통하는 통일된 요소는 주권적 입법자의 의지이어야 한다는 것이다. 그리고 ‘Pannomion’의 모든 영역들은 바로 이 의지를 표현하는 것이어야 하며, 모든 개별법들 속에는 명령 또는 금지(대부분은 처벌을 수반하고, 일부에 있어서는 보상을 수반하는)⁴⁰⁾가 반드시 포함되어야 한다는 것이다. 이렇게 범명령설에 입각하는 벤담은 모든 법은 명령적이고 형법적인 규정을 담지하고 있어야 한다고 주장하였으며, 민법적 규정만을 갖는 법은 명령적 규정과 연관되지 않고서는 법으로서의 성격이나 효과를 결코 획득할 수 없다고 주장하였다.⁴¹⁾ 예를 들면, 재산권 규정은 권한 없이 재산권을 침해하는 것을 금지하는 명령적 규정과 연결되지 않는다

38) P. Schofield(1998), 121-122쪽 참조.

39) Dinwiddy(2004), 58쪽 참조.

40) 이 점, 즉 법 개념과 관련해서 벤담이 명령에 대한 이해에서 ‘보상’의 측면을 포함시킨 것은 J. Austin의 범명령설과 구분된다는 점은 Hart를 비롯한 많은 법학자들이 지적해왔다. 벤담은 자신의 명령 구조에 대한 논의에서, 법은 지시부분directive과 제재 또는 보강부분sanctional or incitative으로 나뉜다고 지적하였다. 그리고 법의 실효를 담보해주는 제재 또는 보강의 부분에는, 보통의 경우 제재의 규정이 해당되나, 경우에 따라서는 긍정적인 제재, 즉 보상도 또한 그러한 보강의 수단으로 된다고 하였다. *Of Laws*, 134쪽부터 135쪽까지 참조.

41) *Of Laws*, 234쪽 참조.

면 효과를 가질 수 없다는 것이다. 그래서 ‘Pannomion’ 안에서는 모든 민법 규정은 그에 상응하는 형법 규정과 관련되어 있다는 것이다.⁴²⁾

이렇게 보면 벤담의 분석의 목적에서 가장 핵심적인 내용은 결국 ‘모든 법, 즉 법이라는 이름을 얻을 수 있는 모든 법은 기본적으로 명령적이다’로 귀착될 수 있고, 이러한 명령에 기반한 법은 반드시 제재(또는 일부는 보상)가 수반된다는 것이다. 그러면 제재 또는 처벌의 대상은 무엇인가? 위반행위이다. 이쯤 되면 벤담이 *Introduction*에서부터 시작한 위반행위에 대한 분류와 분석이 *Of Laws*에 와서는 개별법의 분류와 분석 그리고 완전한 법의 상정으로 이어지는 그 맥락이 분명하게 드러나게 된다. *Of Laws*의 결론으로 나아가는 후반부에서 “모든 개별법들의 목록은 위반행위의 성격에 따라 마련된 행위 목록으로부터 만들어진다.”⁴³⁾는 벤담의 정리는 위반행위에 대한 분류와 분석이 형법전의 기초가 되고 또한 결국 실체법 일반의 기초가 된다는 것을 단적으로 표현한 것이다.

그것이 위반행위가 되었든 아니면 더 나아가 개별법이 되었든 전체적인 체계에 따라 분류와 분석한다는 것은 완전한 법체계를 위해서 필수적인 요청임에 틀림없기는 하다. 그러나 그것으로 충분하지는 않을 것이다. 만약 개별법들이 완전하지 않을 경우에는 아무리 전체 법체계가 완전하게 짜있다고 해서 과연 완전한 법체계라고 자신할 수 없지 않은

42) 여기에서 다시 벤담의 신조어 개념이 나온다. 법적 명령구조에서 실효성을 담보해 주기 위한 제재 또는 보상 부분(sanctional or incitative)은, 다시 처벌과 제재를 요소로 하는 처벌적 영역(comminative or commination)과 보상을 요소로 하는 보상적 영역(invitative or invitation)으로 구분된다. 그러나 벤담은 법에 있어서 부정적 제재를 본질적인 요소로 보고 있다. 그러한 부정적인 효과로써 강제하는 제재만이 수범자에게 책임(obligation)을 낳는 것으로 본다. 그리하여 다시 부정적인 강제제재로써 책임을 낳는 법이야말로 ‘완전한 법(complete law)’으로 본다. 그에 반해 단지 긍정적인 보상으로 강화되는 법, 그리하여 책임을 낳지 않는 법은 ‘보상의 법(praemiary law)’(그러나 이것은 불완전한 법이라는 의미를 갖는다)이라고 하였다. *Of Laws*, 136-137쪽 참조.

43) *Of Laws*, 234-237쪽 참조.

가. 그래서 벤담은 개별법에 있어서도 그 완전성이 필요하다는 점을 지적하였다. 즉, 개별법은 (재판관의) 해석의 필요와 범위를 최소화할 수 있도록 만들어져야 한다는 점에서 개별법의 완전성 요청을 분명히 하였다. 벤담은 우선 관습법이라는 것은 한편으로는 그 표현방식에서 명령적 규정의 미흡함으로 인한 불완전하고 또 한편으로는 그 모습에서 입법자의 의지를 충분하게 나타낼 수 있기에는 지나치게 협소하거나 혹은 광범위하기 때문에 불완전하다는 점을 지적하였다.⁴⁴⁾ 벤담은 계속해서, 드러난 입법자의 의지에 이러한 불완전성의 결점이 존재하게 되면, 그 입법자의 ‘진짜’ 의지가 무엇인지는 결국 재판관에 의해 결정되어 신성시 되거나 해석될 수밖에 없고, ‘바로 그 입법 제국의 요람 안에서’ 사법부 권한은 주권자의 권한 못지않게 성장할 수 있게 되며, 결국 판례법은 성문법 실체에 자신의 뿌리를 내려 뻗게 함으로써 판례법의 해악인 모호함, 불확실함, 그리고 혼동을 전염시킨다고 주장하였다.⁴⁵⁾

사실 벤담은 완전한 법체계 관념에 대한 분석을 전개하면서 ‘통합성 Integrality’와 ‘통일성unity’이라는 두 가지 특징을 중심축으로 두고 있었는데, 이 두 특징을 확립된 법의 ‘개체성individuality’와 함께 가는 것이라고 생각하였다. 그래서 법의 개체성을 확립하는 것은 입법의 대상 범위가 전체 법에 비해서 덜 되거나 더 되지 않도록 어느 정도 되어야만 하는지를 확정해주는 것이라고 단언하였다.⁴⁶⁾ 단적으로 표현하자면, ‘Pannomion’이라는 완전한 법체계에서는 전체 법체계의 완전성뿐만 아니라 각각의 개별법들이 빠짐없이 완전한 형태와 내용으로 존재해야 한다는 것이다. 만약 ‘Pannomion’에서 ‘빈 공간’, 즉 완전성을 갖춘 법이 존재하지 않는 영역이 존재할 경우에는, 그 빈 공간에는 또다시 ‘허구법’이 개입될 가능성이 열리게 된다는 것이다.⁴⁷⁾ 그리고 ‘Pannomion’에

44) *Of Laws*, 160-161쪽 참조.

45) *Of Laws*, 240쪽 참조.

46) *Of Laws*, 156-162쪽 참조.

47) 이를테면 벤담 당시의 유럽 여러 나라에서의 법상황을 보면, 그 빈 공간에는 관습법,

이러한 허구법의 내용요소들이 들어가게 되면, 이 요소들은 ‘Pannomion’이 의도했던 명확성과 확실성이라는 이점을 말살시키게 된다는 것이다.

그러면 민법과 형법의 관계는 어떻게 되는가? 누누이 지적한 바 있지만, 벤담이 제시한 ‘Pannomion’의 중요한 두 기능은 ‘악의 억제’와 ‘권리 규정과 보장’이다. 그리고 형법은 ‘Pannomion’의 중요한 두 기능 중 ‘악의 억제’와 관련되고, 민법은 ‘권리 보장’과 관련된다는 것이다. 그러면 민법과 형법 중에서 어느 것이 더 중요한가? 그런데 벤담의 구상 전반에 걸쳐져 있는 논의와 범명령설에 입각한 논의에 따르면, 양자의 중요성에 대해 보자면, 특히 ‘Pannomion’의 내적 논리체제나 정합성에 비추어 엄밀하게 따져보면, 형법이 민법에 대하여 어느 정도 우선성을 갖는다고 여겨질 수 있을 듯하다. 그러나 벤담은 이 점에 대해서도 또 한 편의 치밀한 논의를 전개하는데, 즉 만약 아주 밀접하게 그리고 분리불가능하게 연결된 사안들에 대해서 엄밀하게 구분하여 분석하는 것이 가능할 수만 있다면, 그 중요도에 있어서 민법은 형법에 우선할 것이라고 하였다.⁴⁸⁾ 형법의 법전화는 효과적인 방지책의 측면에서 매우 중요한데, 이것은 사람들에게 어떤 행위가 불법적이며 그것으로 인해 어떤 처벌이 주어질지에 대해 분명하게 말해준다는 것이다. 또한 민법의 법전화-비록 그것의 강제력은 형법에 의존할지라도-는 개인적 권리와 시민적 관계의 전반적인 틀이 확고하고 가시적으로 정착될 수 있는 토대를 제공해준다는 점에서 여전히 더욱 중요하다는 것이다. 민법의 법전화라는 토대 위에서, 각 개인들은 자신들의 권리에 대해 충분히 인식 그리고 그들이 인정받고 보호받는다라는 확고한 믿음에 기초하는 그런 안전을 확보하게 된다는 것이다.⁴⁹⁾

주석, 그리고 자연법과 로마법 원리들 등과 같은 허구적인 법이 채워져 있다는 것이다. Dinwiddy(2004), 60쪽 참조.

48) *Of Laws*, 234쪽 참조.

49) Dinwiddy(2004), 60쪽 참조.

3. ‘Pannomion’의 완성과 실현(?) – *Theory of Legislation & Codification Proposal*

1789년 출간된 *Introduction*과 *Of Laws*에서 ‘Pannomion’의 원칙적인 부분이 어느 정도 완성된 이후 벤담은 이제 자신의 구상과 이상을 현실에 적용하는 작업으로 나아가게 된다.⁵⁰⁾ 우선 이러한 구상과 이상의 현실화 작업은 벤담의 본거지였던 영국을 대상으로 시도가 되기도 했지만, 이제 벤담은 좀 더 국제적인 차원으로 눈을 돌리게 되었다. 물론 이러한 국제적 관심은 1789년 이후 급박하게 전개되었던 세계사적인 여러 사건들과 직접적으로 관련을 맺고 있었다. 특히 프랑스에서의 대혁명과 그에 연속된 일련의 사태변화,⁵¹⁾ 그리고 미국을 비롯하여 러시아, 스페인, 포르투갈, 이탈리아, 그리스, 터키 그리고 남아메리카의 몇 나라 등 여러 나라들에서의 성문헌법 및 개별법의 제·개정 움직임 등은 벤담이 자신의 완전한 법체계 ‘Pannomion’을 현실화시킬 수 있는 좋은 기회였을 것이다.⁵²⁾

50) 어찌 보면 벤담의 작업들의 흐름에서 *Introduction*과 *Of Laws*를 통한 ‘Pannomion’의 구상은 영국의 법과 사법 상황과 영국의 Common Law 체계에 대한 분석과 비판을 기초로 이루어졌다고 할 수 있고, 이를 토대로 영국에서의 개혁, 즉 법과 사법제도의 개혁 그리고 입법과 의회개혁 등에 대한 정책적 대안을 제시하고 구체적인 실천으로 나아가게 하는 힘을 부여해주기도 하였다.

51) 벤담이 프랑스의 상황에 대한 관심, 프랑스의 벤담 추종자들과의 관계, 그리고 프랑스 혁명 과정과 그 이후의 실천적 노력과 시도에 관해서는 이상영(2010)을 참조하라.

52) 뒤에서 좀 더 자세히 설명하겠지만, 벤담은 1811년에는 미국의 대통령 Madison에게 미국에서 완전한 법체계인 ‘Pannomion’을 구성해보겠으니 허락을 달라고 청원하였으며, 1817년에 다시 한 번 Madison과 Pennsylvania주지사에게 자신의 계획을 제안하기도 하였다. 한편 1820년과 1821년 벤담은 스페인과 포르투갈의 정당들에게 자신의 입법론을 자문해주었고, 이와 관련된 글도 저술하였다. Bentham, *Three Tracts relative to Spanish and Portuguese affairs with a continual eye to English ones*(London, W. Hone, 1821) 참조. 또한 1823년 전후부터 중앙아메리카 연방공화국(과테말라, 엘살바도르, 온두라스, 코스타리카로 구성됨), 멕시코, 그리고 콜롬비아 등 남아메리카 여러 나라들의 독립과 헌법제정 등에 직접적인 영향을 주었다.

이러한 세계사적인 상황 변화와 벤담의 실천적인 노력과 시도들 중에서 특히 ‘Pannomion’과 관련된 중요한 저작은 민사 그리고 형사 입법에 대한 연구 *Traité de législation civile et pénale*[이하 *Traités*]이다.⁵³⁾ *Traités*는 벤담의 프랑스와의 통로 역할을 담당했던 Dumont⁵⁴⁾에 의해 1802년 파리에서 3권으로 출간된 책인데, 사실상 이 책으로 인하여 벤담의 국제적인 명성이 높아지게 되었으며 또한 벤담 자신도 위에서 언급한 자신의 구상과 이상을 다른 여러 나라에게 소개와 조언할 수 있게 되었다고 할 수 있다.⁵⁵⁾ 그런데 이 책의 구성을 보면, 1780년 전후부터 1800년 전후까지 약 20년 동안 벤담이 출간한 또는 집필하였으나 출간하지 않았던 그리고 집필이 완성되지 않은 상태로 있던 원고들을 프랑스어로 번역하여 출간한 것이다.⁵⁶⁾

그리고 터키로부터 독립 투쟁 중인 그리스 임시정부에 벤담의 조언이 받아들여지기도 하였다. Bentham, *Codification Proposal, Addressed By Jeremy Bentham to All Nations Professing Liberal Opinions*···[이하 *Codification Proposal*](1830), in *Legislator of the World*(1998), 5쪽-37쪽 참조.

- 53) *Traité de législation civile et pénale*, 3 volumes, translated by Etienne Dumont(Partis: Boussange, Masson & Besson, 1802); first published in English as *Theory of Legislation*,[이하 *Theory of Legislation*] 1 volume, translated by Richard Hildreth, (London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1864).
- 54) Pierre Étienne Louis Dumont은 제네바 태생의 프랑스 정치평론가인데, 1790년 전후 Shelburne경 집에서 벤담과 교류하면서 벤담의 천재성에 감동하여 가장 헌신적인 제자가 되었다. 그는 벤담의 작품 5편을 프랑스어로 번역하여 출간하기도 하였고, 그의 생각과 글은 대부분 벤담의 영향 하에 있었다. 사실 Dumont은 벤담의 많은 원고들을 받아서 이곳저곳이 생략되고 군더더기 투성이고 난잡한 벤담의 원고를 명쾌하게 정리해주었다. Dumont은 당시 벤담에 폭 빠져있었고 벤담은 그에게 사실상 법이었다. Dumont은 그저 원고 정리자나 편집자 또는 번역가라기보다는 어찌 보면 은둔 철학자(벤담)와 세상을 연결해주는 통로였다고 할 수 있다. 이상영(2007), 주 37) 참조.
- 55) P. Schofield(1998), 116쪽.
- 56) 실제로 Dumont의 번역본은 단지 벤담의 저작들의 직역한 것이 아니었고, 오히려 벤담의 여러 원고들(출간된, 미출간 된, 그리고 미완성된 원고들)을 정리 편집하면서 벤담 사상의 핵심골자들을 정제한 것이었다. 따라서 이 번역본은 간혹 새로운 사례들

그런데 *Traités*에는 이전의 *Introduction*과 *Of Laws*에서 제안된 기본적인 원칙과 완전한 법체계의 기본 틀에서 진전된 보다 본격적인 ‘Pannomion’에 대한 논의를 담고 있던 글이 포함되어 있었다. 즉 1780년대 내내 관심을 집중했던 *Projet d'un corps complet de législation*[이하 *Projet*]가 바로 그것인데,⁵⁷⁾ 애초에 이 글은 프랑스 혁명의 진행 과정에서 벤담이 프랑스의 성문법 제정에 도움을 주기 위해 마련된 것이었다. 그런데 비단 프랑스에 국한 되는 것이 아니라, 벤담이 완전한 법전을 위한 계획을 제안하였던 *Traités*는 러시아어, 이탈리아어, 스페인어, 독일어, 그리고 영어로까지 번역되었다.⁵⁸⁾ *Projet*를 기초로 발전시킨 *Traités*는 크게

을 첨가하여 원래 원고에서 보이는 빈틈을 보완하기도 하였고, 경우에 따라서는 순서를 재배치하기도 하였고, 그리고 곳에 따라 조금 거친 문맥을 부드럽게 만들기도 하였다. 판단컨대, 실로 Dumont의 번역본은 19세기 초반까지의 벤담의 법과 입법사상에 대한 어느 정도 체계적으로 정리된 핵심을 파악하는데 매우 중요한 자료라고 할 수 있다. J. R. Dinwiddy, “Bentham and the Early Nineteenth Century” *The Bentham Newsletter*(1984), reprinted in *Radicalism and Reform in Britain, 1780–1850* (London, 1992), 292–299쪽 참조.

57) 1782(3)년부터 1787(8)년 사이에 작성된 이 글은 매우 정제된 형태로 작성되었지만, 그 어떤 식으로도 완결된 형태로 그 제목의 글은 출간되지 못했다. 다만, 이 글은 1802년 Dumont의 *Traités*을 작성하는 데 중요한 기초가 되었으며, 나중에 Bowring(1843)의 전집 제3권에 *A General View of a Complete Code of Laws*라는 제목으로 영문번역본으로 포함되었다.

58) *Rassuzdenie o grazhdanskom I ugolovnom zakonopolozenii. S predvaritel'nyim izlozheniem nachal zakonopolozenii I vseobshchego nachertaniia polnoi knigi zakonov, I s proslovokupleniem opyta o vliianii vremeni I mesta otnositel'no zakonov*, (St. Petersburg, 1805–1811, 3 vols.); *Trattati o legislazione civile e penale* (Naples, 1818, 3 vols.); *Tratados de legiación civile et penal* (Madrid, 1812–1812, 5 vols.); 그리고 *Grundsätze der civil-und der Criminal-Gesetzgebung, aus den Handschriften des englischen Rechtsgelehrten Jeremias Bentham herausgegeben von Etienne Dumont, Mitglied des repräsentativen Rathes von Genf* (Berlin, 1830, 2 vols.) 첫 번째 영어 번역은, John Neal에 의한 *Principles of Legislation* (Boston, Mass., 1830)인데, *Traités*의 첫 번째 권만을 다룬 것이었고; 전체 번역본은 Richard Hildreth에 의해 *Theory of Legislation*으로 이루어졌다. P. Schofield(1998), 117쪽 주 10) 참조.

세 부분으로 구성되는데, 즉 입법의 원칙, 민법전의 원칙, 그리고 형법전의 원칙 등으로 되어있다.⁵⁹⁾

여기에서 제안된 민법전과 형법전의 원칙들은 각각의 법전에 포함된 조문들을 정당화하는 근거를 제공해주었고, 결국 ‘Pannomion’의 ‘전체적 포괄성’ 혹은 ‘논리적 완결성’, 그리고 ‘조화롭게 결합된 이론적 근거’ 등의 본질에 적합한 내용을 마련한 것이었다. 드디어 벤담은 모든 법적 사안들을 하나로 축약할 수 있는 완전한 성문법을 제시했던 것이고, 이를 통해 입법자들은 자신이 해야 할 업무를 분명하게 알게 될 것이고 개인들은 무엇이 법인지를 분명히 이해하게 될 것이라고 벤담은 단언하였다.

벤담은 *Traité*s이 자신의 이름을 유럽에서 공적인 지위에 있는 사람들에게 널리 알려지게 만들어 주었으며, 또한 각 나라에서 성문법화 작업이라는 자신의 조언과 봉사 제안을 그들 중 일부에게는 호의적으로 받아들여도록 하는데 기여하였다는 점을 인정하였다.⁶⁰⁾ 벤담은 이제 ‘Pannomion’에 입각한 구상과 기획을 여러 나라 정부에게 소개하고 조언하였고, 더 나아가 이 기획에 근거하는 성문법전을 기초(起草)해주는 봉사를 기꺼이 하겠다고 제안하기도 하였다.⁶¹⁾

이제 완성의 시기가 다가온다. 1780년대에는 *Introduction*과 *Of Laws*를

59) *Theory of Legislation*, 서론과 목차 참조.

60) Bentham Papers, University College London Library, Box xxiv, fo. 188v, (18 Nov. 1821), P. Schofield(1998), 117쪽에서 재인용.

61) 실제로 프랑스에서 1804년부터 1810년 사이에 일련의 법전을 공포하는 등 프랑스 법의 성문화의 현실적 주도자였던 나폴레옹은 벤담의 *Traité*s를 ‘천재의 작품 un ouvrage de génie’이라고 선언하기도 하였다. 물론 벤담 자신의 ‘Pannomion’에 비추어볼 때 나폴레옹 법전들은 형식과 내용에서 미흡한 부분이 있기는 했지만, 벤담 역시도 법전공포 등의 성문화를 주도했던 나폴레옹에게 찬사를 보내기도 하였다. *Traité*s는 당시 공포된 프랑스 법전들의 성문화 과정에서 자주 인용되었으며, 1807년 바이에른 형법전에서도 인용되었기에 벤담은 자부심을 갖고 있었다. 또한 러시아에서도 *Traité*s의 명성은 널리 알려져 있었고, 알렉산더 1세의 성문화 정책 과정에서 자주 거론되었다. *Papers relative to Codification*, in *Legislator of the World*, 제1부 15쪽.

통해서 완전한 법체계 ‘Pannomion’의 원리적 부분, 그리고 1810년대 *Traité*s로 대표되는 구상과 이상의 현실 적용 작업이 시도 되었다. 그 이후 1811년부터 1832년(사망한 때)까지 벤담은 잠시도 ‘Pannomion’에 대한 생각을 내려놓은 적이 없었다. 이를테면 1811년부터 1830년 사이에 작성된 문헌들이 바로 이 점을 증명해준다. 즉, *Papers relative to Codification*,⁶²⁾ *First Lines of a proposed Code of Law for any Nation compleat and rationalized*⁶³⁾[이하 *First Lines*], *Codification Proposal*⁶⁴⁾ 등은 본격적으로 스스로스럼없이 자신의 ‘Pannomion’의 외연을 넓혀가는 노력과 현실화 작업 시도를 그대로 담아내고 있는 문헌들이다.

이 세 문헌들에서는 여러 나라에 대한 벤담의 ‘성문화 제의’가 바로 완전한 법전, 즉 ‘Pannomion’에 기초하고 있음을 잘 보여주고 있으며, 또는 해당 나라의 상황에 따라 ‘Pannomion’을 구성하는 하나 혹은 그 이상의 법전을 기초하는 제안으로 이루어졌음을 알려준다.⁶⁵⁾ 벤담 스스로도 이제 ‘Pannomion’에 대하여 대단한 자부심을 갖고 현실 적용에 높은 기대감도 있었다는 것이다.

*Papers relative to Codification*에 수록된 벤담의 편지와 문헌들에 따르면, 벤담은 자신의 ‘Pannomion’의 완벽함에 자부심을 갖고 당시의 여러 나라의 통치자 또는 중요 인사에게 자신의 제안에 따라 성문법 체계를

62) 이는 1817년부터 1817년 사이의 벤담의 편지들과 문헌들을 편집하여 정리한 글이다.

Papers relative to Codification, in *Legislator of the World*, 서론 xi쪽.

63) 1821년 봄에 작성된 글인데, 이 글 자체의 작성 동기나 목적 등이 파악되지 않았다. 그런데 *Codification Proposal*에서 이 글의 실마리를 찾을 수 있을 것이다. 결국 이 글과 *Codification Proposal*는 집필 대상을 공유하면서 서로 포괄하는 관계에 있다. Jeremy Bentham, *First Lines of a proposed Code of Law for any Nation compleat and rationalized* (1821), in *Legislator of the World*, 서론, xxxvi쪽.

64) *First Lines*에 바로 이어져서 1821년 중반 이후 작성되어 1822년에 출간되었고 1827년에는 부록이 첨부되었고 1830년에 제2차 부록이 첨부되었다. *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 서론, xi쪽부터 xli쪽까지 참조.

65) 이 세 문헌은 P. Schofield and J. Harris에 의해 *Legislator of the World*에 편집되어 한권에 담기게 되었다.

구축해볼 것을 제안한다. 특히 성문법전의 도입을 추진함에 있어서 벤담의 의중은 원래 미합중국을 겨냥하고 있었다. 1811년에서 1817년 사이에 벤담은 다양한 경로를 통해 미국의 성문법화를 위한 제안을 시도하였다. 먼저, 1811년 10월 벤담은 미국의 제4대 대통령인 James Madison에게 형법전과 민법전을 제정하기를 제안한 편지를 썼는데, 이 편지에서 벤담은 자신이 제안한 새로운 법전들은 당연히 가장 포괄적이고 합리적인 것이 될 것이며, 또한 이 새로운 법전은 Common Law를 몰아낼 것이라고 장담하였다.⁶⁶⁾ 또한 벤담은 Dumont의 친구이자 제네바 출신의 미합중국의 정치인인 Albert Gallatin을 매개로 하여 Pennsylvania 주지사 Simon Snyder를 접촉했다.⁶⁷⁾ 그 후 곧바로, 벤담은 장래의 대통령인 John Quincy Adams(미국 제6대 대통령)를 매개로 하여서 모든 주지사들에 대해 체계적인 접근을 하였는데, Adams는 런던에서 미국장관(American Minister)으로 일할 때 벤담을 만났었으며, 1817년 국무장관의 직무를 담당하기 위해서 미국으로 돌아갔다. 그리고 급기야 벤담은 자신의 제안을 미국 의회가 받아들여도록 미국 국민들이 압력을 행사하라고 부추길 목적을 갖고 미합중국 국민들에 대해서 직접적으로 호소하기도 하였다. 그리하여 벤담은 미국 시민들에게 보내질 논문을 작성하였는데, 벤담은 그 논문을 신문 편집자들이 출간해주기를 희망하면서 Adams에게 그 논문을 신문 편집자들에게 건네주기를 의뢰하였었다.⁶⁸⁾ 벤담은 주지사

66) Bentham to Madison, 1811년 10월 30일, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, vol. viii(ed. S. Conway, Oxford, 1988), 182-215. P. Schofield(1998), 137쪽에서 재인용.

67) Bentham to Gallatin, 1814년 6월 16일, 바로 위의 책, 379-381; Gallatin to Snyder, 1814년 6월 18일, 앞의 주15), Pt. I, 71-73; 그리고 Bentham to Aaron Burr, 1816년 2월 23일, *The Correspondence*, 510. P. Schofield(1998), 137쪽에서 재인용.

68) Bentham to John Herbert Koe, 1817년 8월 25-27일, *The Correspondence* (1989), 51; Bentham to Francis Place, 1818년 1월 17-18일, *The Correspondence*, 148. P. Schofield(1998), 137쪽에서 재인용.

들이 성문법전화라는 자신의 제안을 받아들일 것 같다고 설명하였고, 그런 작업을 수행할 자신의 능력을 증명하는 보증서를 보여주었고, 또한 그 자신의 성문법전화 계획의 특성을 대략 소개 설명해주었다.⁶⁹⁾

그러면 이러한 벤담의 적극적 제안 노력은 과연 얼마나 성공적이었을까? 물론 비록 1820년대에 Louisiana의 형법전의 초안을 작성했던 Edward Livingston이 벤담에 대하여 큰 영향을 받아 1829년에 벤담과 교류를 개시하였기도 하였지만,⁷⁰⁾ 그러나 미국에 대한 벤담의 온갖 노력과 시도는 별 성과를 얻지 못하였다.

*Papers relative to Codification*에서 ‘Pannomion’을 기초로 하는 온 세상의 성문법전화를 위한 벤담의 현실적인 노력과 시도의 흔적을 볼 수 있었다면, *First Lines*에서는 ‘Pannomion’의 틀 아래에서 법전화 될 구체적인 성문법전의 기본 모델의 내용을 담고 있다. 물론 ‘Pannomion’의 기본 체계에 따라 민법과 형법, 그리고 헌법에 대한 구분을 이어가고 있지만, 여기에서는 좀 더 나아간 논의, 즉, 재정법(finance law)이나 절차법, 그리고 법원조직법 등에 대한 논의도 포함하고 있다. 즉, 벤담의 ‘Pannomion’이 점점 구체적인 모습을 갖추게 된다는 것이다.

*First Lines*에서 벤담이 민법 분야에 대한 중요성을 강조하는 논의를 전개하였다는 점은 매우 특징적이라 할 수 있다. ‘Pannomion’의 정점은 민법이었는데, 이는 권리와 의무의 배분, 혹은 좀 더 넓게 이익과 부담의 배분 등에 관련된 것이다. 민법의 목적은 공리성의 네 가지의 하부-목적들, 즉 생존, 풍요, 안전, 그리고 평등 등을 최대화 하는 것이다.⁷¹⁾

69) *Papers relative to Codification*, in *Legislator of the World*, 부록 113-172쪽 참조.

70) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 두 번째 부록, 382-384쪽 참조.

71) 이러한 하부-목적들을 촉진함에 있어서 시민법의 역할은 P. J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice: Jeremy Bentham and the Civil Law*(Oxford, 1990)에서 자세하게 다루고 있다. P. Schofield(1998), 120쪽에서 재인용.

형법의 목적은 민법에 효력을 부여해 주는데 있다. 즉, 형법은 최대 행복을 감소시키는 경향을 갖는 특정행위, 곧 위법행위에 처벌을 가함으로써 민법에 효력을 담보해준다. 물론, 앞서 설명한 바가 있듯이, 벤담의 논의에 의하면, ‘보상’도 역시 제재를 가하는 처벌과 마찬가지로의 역할을 수행할 수도 있기에 따라서 보상적인 법도 나타날 수 있을 것이다. 그러나 실제로 있어서는 이러한 보상법은 아마도 필수적이지도 않고 또한 확실히 돈이 많이 든다고 벤담은 지적한다.

벤담은 또한 헌법도 역시, 최소한 부분적이라도, 배분적 성격을 띠는데, 공적인 공무원들의 권력, 권리, 그리고 의무, 그리고 그들의 임면과 관련해서 그렇다고 지적한다. 민법에 대해서 그러하듯이 마찬가지로, 형법도 헌법의 관련 부문들에게도 효력을 부여해 줄 것이다. 형법, 민법, 그리고 헌법은 함께 실체법을 구성하며, 이는 그 자체로 절차법, 또는 소송절차법에 의해 효력이 부여된다. 이러한 결합은 재판기구와 관련된 법에 의해 완성되는데, 그 재판기구의 목적은 절차법, 그리고 이어서 실체법에게 효력을 부여해 줄 것이다. 달리 말해서, 민법은, 그리고 어느 정도의 헌법은, 권리와 의무를 배분하는 지시적 규율을 포함할 것이고, 한편으로 제재를 포함하는 형법은 그 제재를 통해 그러한 지시적 규율이 준수되도록 조항을 구성한다. 따라서 형법은 위법행위라고 분류되는 그런 행위에 부과되는 제재의 표현을 포함할 것이고, 한편으로 민법은 형법에서 사용되는 용어들에 대한 설명을 포함하게 될 것이다. 예를 들면, 형법은 권한 없이 재산권을 침해하는 것을 금지하고 제재할 것이고, 반면에 민법은 권한에 속하는 것에는 어떤 것들이 있는지를 알려줄 것이다.⁷²⁾ 비록 민법이 ‘공동 목적’, 즉 최대 행복의 증진에 더 가깝기에 매우 중요하기는 하지만, 물론 공포된 것으로 보면 형법이 먼저일 수도 있을 것이다. 그러나 결국 법의 가장 우선적인 사회적 과제는 사회적 및 정치적 관계들을 정의하는 과제이다. 형법은, 처벌의 위협을 통해서

72) *Papers relative to Codification*, 부록, 103n, P. Schofield(1998), 120-121쪽 재인용.

동기를 제공하면서, 보조적인 것으로 나타난다는 것이다.⁷³⁾ 이렇게 벤담은 *First Lines*에서는 민법전의 중요성을 강조하였다.

*Codification Proposal*에서는 벤담이 만들어내고자 원했던 법전의 특성을 분명히 하면서 입법부가 새로운 법전을 채택하는 노력을 할 때 가야할 길에 대하여 설명하였다. 즉, 초안 작성, 법안 심의 논의, 그리고 수정 등의 과정을 명시하고, 특히 초안 작성에서의 도덕적, 지적, 그리고 적극적 능력에 대하여 강조하였다. *Codification Proposal*는 크게 두 부분, 즉 논점과 증거자료로 구성되는데, 첫 번째 논점부분에서는 최대 다수의 최대 행복이라는 공리성 원칙에 입각한 입법 내용과 입법절차에 대한 12가지의 명제를 주장한 것이고, 두 번째 부분 증명부분에서는 영국, 제네바, 스페인, 포르투갈, 이탈리아, 프랑스, 미국, 러시아, 폴란드 등을 예를 들어 벤담의 제안서에 대한 여러 나라들에서의 입법관련 담당자들의 의견서 등의 문건들을 수집하여 정리해 놓은 것이다.⁷⁴⁾

사실 12가지 논점명제를 나열한 것이라고는 하나, 가장 분명하게 전제된 원칙은 최대 다수의 최대 행복이라는 공리성 원칙일 뿐이고, 12가지의 논점은 이 원칙에 따른 입법 상 요청들을 나열한 것이다.⁷⁵⁾ 그 요청들은 다음과 같다. 1. 완전히 포괄적인 법-완전히 포괄적, 실행 가능한, 필수적. 2. 합당한 근거-비록 전례 없는 것이지만,⁷⁶⁾ 필수적인 근거. 3. 근거-행복에 대해 전도성을 띠는 근거. 4. 근거-분리되지 않고 서로 얹혀있는. 5. 모든 이로부터 초안을 받음.⁷⁷⁾ 6. 부수적인 비용의

73) G. J. Postema (1996), 175쪽 참조.

74) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 244쪽.

75) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 245-297쪽 참조.

76) 이것은 이전의 사례나 관습적인 근거가 아니라 '이성'에 지시에 따른 근거를 말한다.

Codification Proposal, in *Legislator of the World*, 248-250쪽 참조.

77) 여기에는 두 가지 요소가 포함되는데, 하나는 여러 경쟁적인 초안들이 모두 제안되어 질 수 있어야 한다는 점이고, 또 하나는 초안 작성과 관련해서 공적비용의 보상이 없어야 한다는 것이다. *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 261쪽 §5 참조.

보상이 없어야 함. 7. 초안 작성은 한 사람이 작성함. 8. 한 사람이 작성되었다고 알려져야 함. 9. 작성한 그 한 사람이 누구인지 알려져야 함. 10. 외국인에 의해 작성되는 것이 선호되어야 함. 11. (초안작성자가 되려는 개인에 있어서) 근거를 수용함에 있어 자진성(willingness)은 사전심사에서 가장 결정적임. 12. (통치자에 있어서) 포괄적인 법전을 성립시킴에 있어서 그리고 모든 사람으로부터 초안을 받아들임에 있어서 자진성은 심사에서 가장 결정적임.

이 논점명제들을 분석해보면 세 부분으로 이루어졌는데, 앞의 네 가지(1,2,3,4)는 1780년 전후부터 벤담이 끊임없이 제기하고 발전시켜온 공리성 원칙에 기반한 입법의 기본 원칙을 다시 한 번 강조하며 전제한 것이라고 볼 수 있고, 마지막의 두 가지(11, 12)는 입법 초안과 관련해서 그와 직간접적으로 관계하는 개인(초안자)과 통치자의 자격⁷⁸⁾에 관한 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 그 내용의 중심은中间的 여섯 가지(5,6,7,8,9,10)가 될 것이다. 그리고 이 중심 논점들은 다음과 같이 네 가지로 집약된다.

첫째, 초안 작성 등 입법 과정은 열린 방식을 취해야 한다. 이 논점에서 먼저 중요한 것은 가능한 한 많은 경쟁적인 초안들이 받아들여져야 한다는 것이다. 입법과정에서 ‘발의적(initiative)’ 기능과 ‘완성적(consummative)’ 기능을 구분했던 벤담은 그 발의 과정, 즉 초안 제출 단계에서 열린 체계를 강조하였다.⁷⁹⁾ 입법부 구성원 이외에는⁸⁰⁾ 그 누구도 초안을

78) 개인이든 통치자이든 각자의 자격은 사실 덕성과 관련되는 문제이다. 그러나 벤담의 인간관 또는 세계관에서 개인의 덕성이라는 차원은 그리 어울리지 않는 것 같다. 따라서 벤담 사상과 관점의 전반적 경향으로 보아 이 문제에서 제기하는 ‘자진성(willingness)’은 초안 작성자 또는 통치자의 이념적 가치와 관련한 덕을 논하는 것이 아니고, 오히려 감정에 대한 병리적 현상으로 그 양과 질을 측정할 수 있는 경향성이라고 보는 것이 옳지 않을까 생각한다. 이렇게 이해해야만이 자진성에 대한 심사도 가능하지 않을까 판단된다.

79) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 261-272쪽 참조.

80) 입법부 구성원들은 제안된 입법초안을 검토 심의 하는 등의 통상적인 입법과정의

제출할 수 있도록 해야 하며, 이 초안들은 그것들의 근거와 함께 입법부에서 논의되어야 한다는 것이다. 이렇게 열린 체계 하에서 제안된 수많은 경쟁하는 초안들과 그에 첨부된 근거들은 결국 입법자들이 일반적 이익에 반하는 행동을 하려는 성향을 억제하는데 매우 효과적이라고 하였다.⁸¹⁾

둘째, 초안 작성과 관련해서 공적비용의 보상이 없어야 한다는 것이다. 만약 초안 작성 및 제출 등과 관련해서 비용제공 등 보상이 제공된다면, 원래 법전의 취지와는 상관없이 초안 작성 업무의 금전적 대가여부에 따라 입법과정이 좌지우지 될 수 있게 된다는 것이다. 따라서 공적비용의 보상은 물론이고 그 어떤 부가적인 비용의 보상도 없어야 한다고 단언하였다.⁸²⁾

셋째, 모든 법전이 한 개인에 의해 초안 작성되어야 한다. 여기에는 세 요소가 포함되는데, 즉 한 개인에 의해 작성, 한 사람에 의해 작성됨이 알려져야 함, 그리고 작성한 그 한사람이 누구인지 알려져야 함 등이 그것이다. 우선, 한 사람의 초안 작성자는 다수의 초안 작성자보다 최대 행복을 자신의 법전의 목적으로 삼을 가능성이 더 많다는 것이다. 다시 말해서, 초안 작성자의 수가 많으면 많아질수록, 책임성은 감소되고, 수많은 작업자가 있는 곳에서는 불량 작업에 대한 비난을 받을 자를 파악하기가 그리고 누가 가장 비난받아야 하는지를 파악하기가 매우 어렵다는 것이다. 마찬가지로 어떤 작업자가 칭찬받아야 하며, 훌륭하다고 여겨지는 작업 결과에서 누가 최고의 칭찬을 받아야 하는가를 구분하기가 어렵다는 것이다. 더 나아가 벤담은 초안 작성자

업무에 집중해야하기 때문에 초안 작성과 제안의 권한은 스스로 포기해야할 것이며, 또한 입법자가 초안을 작성 제안하게 될 경우 입법자 자신의 사익한 이익을 도모하는 그런 입법이 발생할 수 있기 때문에, 입법자는 초안 제안 권한에서 배제시켜야 한다는 것이다. *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 263쪽 참조.

81) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 269쪽 참조.

82) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 273쪽 §5 참조.

가 많아지면 많아질수록 그들의 연출의 수가 많아질 것이라고 경고한다. 그리고 그러한 연출들이 강력할수록, 그것이 아무리 해악적인 것이라고 하더라도 초안이 좋은 것이라고 그들은 더 강력하게 지지할 것이라고 하였다.⁸³⁾

또한 임명된 여러 사람들이 법전을 여러 부분들로 나누어서 초안 작성한다면, 그 결과는 수미일관하지 않을 것이라고 지적하였다. 그래서 만약에 민법전은 어떤 한 사람에 의해 초안 작성되고, 형법전은 또 다른 사람에 의해서 초안 작성된다면, 또는 만약에 실체법은 어떤 한 사람에 의해서, 그리고 절차법은 다른 사람에 의해서 초안 작성된다면, 엄청난 곤란함이 발생할 것이라고 경고하였다. 그리고 더 나아가 한 개인에게 책임을 충분히 부여하기 위해서, 벤담은 각 법전의 초안 작성자는 한 개인이라고 알려져야 하고, 그 개인의 이름이 알려져야 하고, 그리고 그 이름은 유권당국에 의해 공표되어야 한다고 주장하였다.⁸⁴⁾

넷째, 외국인에 의해 초안 작성된 법전은 내국인이 작성한 초안보다 더 선호되어야 한다.⁸⁵⁾ 벤담이 보기에는, 도덕적 능력에서 내국인은 국지적인 사악한 이익에 영향을 받기 쉬운 반면에 외국인은 그렇지 않다는 것이다. 어찌 본다면, 사실 외국인은 내국인보다 더 의심스러운 눈길을 받을 것이고, 따라서 더 치밀하게 지켜봐질 것이며, 따라서 어떤 해악적인 결과도 쉽게 지적될 것이며 대응책이 즉각 취해질 것이다. 판단력에 관해서 볼 때, 역시 외국인은 더 우월할 것 같은데, 왜냐하면 외국인은 국지적인 편견으로부터 자유로울 것이다. 지식에 관해서 볼 때, 내국인

83) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 279쪽 §7 참조.

84) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 287쪽 §8, 288쪽 §9 참조.

85) 현대적 관점에서 볼 때, 벤담이 초안 작성과 관련해서 주장된 명제논점들 중에서 가장 독특하면서도 이상주의적 성격을 갖는 것이라고 할 수 있다. 물론 벤담이 활동하던 당시의 상황을 반영한 주장이라고 할 수 있겠지만, 그렇다고 하더라도 일반화 시킬 수 있는 원칙으로 되기에는 너무도 많은 상황조건이 필요한 것이 아닐까 생각한다.

은 국지적 상황에 대해 좀 더 잘 알고 있을 수 있지만, 그러나 이러한 것들은 일반적인 상황들보다 덜 중요하다. 실제로 모든 국가들, 모든 인종들, 그리고 모든 시대에 걸쳐, 정부의 본연의 목표는 최대 다수의 최대 행복이고, 또한 그에 따른 하부 목표는 네 가지, 즉 생존, 풍요, 안전, 그리고 평등이다. 각 나라들에서는 단지 그것을 획득하는 방법들이 다를 수 있을 뿐이다. 따라서 비록 특수한 상황에 대한 지식은 적을지 몰라도, 보편적으로 적용되는 상황들에 대해 더 많은 지식을 갖고 있는 외국인은 지식의 측면에서 더 유리할 것이다.⁸⁶⁾

결국 *Codification Proposal*에서 벤담이 ‘Pannomion’의 실천적 과제로 제시한 것은 완전히 포괄적인 법전, 서로 얽혀있는 근거에 기초한 법전, 초안 작성 제출에서 완전히 열린 보편적 체계, 그리고 한 사람의 작성자에 의해 마련된 법전 등이라고 정리할 수 있다.⁸⁷⁾ 그리고 당연히 이러한 실천적 과제는 벤담의 진정한 소망이기도 하며 ‘Pannomion’의 이념이기도 한 ‘공리성utility, 공공연성notoriety, 완전성completeness, 명백한 합당성manifested reasonableness’에 대한 추구에 있었다.⁸⁸⁾

Ⅲ. Pannomion의 내용 – *Pannomial Fragments*

이렇게 1780년대부터 한 번도 쉽 없이 관심을 놓지 않고⁸⁹⁾ 이론적 완결성과 실천적 노력의 중심이 되어왔던 ‘Pannomion’에 대한 벤담의 집착은 결국 1831년에 *Pannomial Fragment*⁹⁰⁾라는 글을 발표하는 것으로

86) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 289쪽 §10 참조.

87) *Codification Proposal*, in *Legislator of the World*, 296쪽.

88) *Papers relative to Codification*, 부록, 138쪽 참조.

89) 이상영(2007) 172쪽 참조.

90) 이 글 원래의 모습은 정확히 어떻게 이루어져 있는지는 확인하기 어렵다. 다만 가장 원문에 가까운 것으로 판단되는 것은 Bowring(1843) 제3권에 수록된 것이다. 그리

마무리 된다. 물론 ‘Pannomion’ 체계에서 비교적 많이 다루지 않았던 헌법전에 대한 성문화 기획과 세부 내용, 그리고 실천적 전략 등에 관한 작업은 1820년대부터 동시에 이루어져 왔고 1830년에 *Codification Proposal*의 출간으로 마무리 되었다고 할 수 있다.⁹¹⁾

벤담의 ‘Pannomion’ 체계를 단일 주제로 다루고 있는 *Pannomial Fragment*는 사실 오랫동안 저술하였으나 미완성으로 남아있던 여러 글들을 모아서 작성한 것으로⁹²⁾ ‘An Introduction to a Pannomion’ 또는 ‘Complete Code of Laws’ 등의 주제를 다룬 것이다.

*Pannomial Fragment*는 다음과 같은 목차로 내용을 구성하고 있다.

고 그 외에도 on-Line상으로 몇 군데에서 원문이라고 제공되는 것이 있는데, 그 중에는 *Bowring*의 것과 비교해보아 군데군데 생략된 채로 된 것들이 있기도 하다. 한편, 이 글로만 이루어진 단행본 출간은 이루어지지 않고 있었는데, 2004년에 Kessinger Publishing Rare Reprints(www.Kessinger.net)에서 단행본으로 출간되었고, 현재 이 책자가 단행본으로는 유일한 것이라고 판단된다. 그래서 이 글에서 필자는 바로 이 단행본을 기본으로 하여 번역하고 인용하였다. *Pannomial Fragment*(1831) in *Bowring*(1843), vol.III; Jeremy Bentham, *Pannomial Fragment*, London Kessinger Publishing Rare Reprints, (2004), 48쪽 참조.

91) 앞의 주 34)에서도 잠시 거론하였지만, 마침내 벤담은 1820년대 중후반부터 헌법에 대한 저술작업을 집중하였다. 1820년대 이후로 벤담은 헌법전 제정과 관련된 구상을 구체적인 형태로 제안하고 저술하였다. 헌법전에 대한 그의 관심은 이미 체계를 갖추는 정도에 이르렀는데, 대표적으로 1822년 *Codification Proposal*과 1823년 *Leading Principles of a Constitutional Code for Any State*, 그리고 1826년 *Extract from the Proposed Constitutional Code*를 발표하였다. 벤담이 1832년 사망하기 직전까지 몰두하고 있었던 주제 중 하나가 바로 Constitutional Code 이었으니 만큼 이것은 벤담의 모든 작업들 중에서 가장 돋보이는 저술이었다. 그는 이전의 여러 글들을 정리하여 1827년에 일부분을 출간하였고 1830년 내용을 보완하여 *Constitutional Code*를 1830년에 출간하였다. *Codification Proposal*; *Leading Principles of a Constitutional Code for Any State*, 1823. in *Bowring*(1843), vol.II.; *Extract from the Proposed Constitutional Code, Entitled Official Aptitude Maximised, Expense Minimised*, 1826, in *Bowring*(1843), vol.V. 참조.

92) 가장 뒤에 작성한 글들은 1831년 6월의 날짜를 달고 있다. *Pannomial Fragment* (2004), 1쪽 참조.

제 1 장 개관
제 2 장 검토
제2장 미주 1
제 3 장 설명
제3장 미주 1
제3장 미주 2
제 4 장 공리
§1 정신적 병리의 공리--모든 입법적 장치를 위한 필수적 근거
§2 신체의 안전에 적용할 수 있는 공리
§3 병리적인, 생존에 적용할 수 있는 공리
§4 풍요에 적용하는 공리
§5. 부와 관련해서, 평등에 적용하는 공리
§6. 권력, 계급, 그리고 평판에 관련하는 공리

이제 80세가 넘어선 말년에 벤담이 자신의 삶에서 가장 중요하다고 생각하고 늘 간직해왔던 주제, 즉 ‘Pannomion’을 어떻게 정리하려고 하였을까? 우선 결론적으로 말하자면, 벤담은 완전한 법체계라는 자신의 결론 또는 이상이 담고 서 있을 수 있는 원칙들을 재차 명확하게 선언하는 것으로 과제를 마무리하고자 했다. 그래서 벤담은 *Pannomial Fragment*의 구성을 다음과 같이 꾸몄다. 가장 먼저 제1장에서는 ‘Pannomion’의 목적과 근거 원칙들을 개괄적으로 제시하였고, 제2장에서는 제시된 원칙들에 대해 제기될 수 있는 모든 반박을 무력화시킬 수 있도록 자신의 공리성원칙에 입각한 법과 입법의 세부적 원칙내용들을 명제로 만들고자 하였고, 제3장에서는 검토를 거친 ‘Pannomion’ 체계 속에 포함되는 법과 입법의 기본 개념들에 대해 설명하고 정리하고자 하였다. 그리고 제4장에서는 앞의 논의들을 바탕으로 입법을 위한 공리들을 제시하고자 하였다.⁹³⁾

93) 이후 여기에서 인용하고 있는 내용들은 *Pannomial Fragment*(2004)를 필자가 완전한 초고를 기준으로 한 것이다. 따라서 굳이 세세한 부분들의 인용 주석을 달지 않는다. 또한 번역된 글 중에서 이탤릭체로 되어있는 부분은 원본에서도 이탤릭체로 되어있기에 그대로 따랐는데, 이 이탤릭체 부분의 강조를 과연 Bentham 스스로 했는지, 아니면 1831년 출간 당시 Bowring 등의 제자들에게 의해 이루어졌는지, 또는 그 이후 그 누구에 의해 이루어졌는지 등에 대해서는 확인하지 못했다.

벤담은 제1장 모두에서 이렇게 시작한다. “여기에서 ‘Pannomion’은 완전히 포괄적인 법 모음이라고 이해할 수 있는데, 이는 어떤 한 공동체 또는 사회의 특정 사람 또는 사람들의 의지가 표현된 규칙들rules이다. 그 의지가 알려지거나 추측되는 한에서, 바로 그 공동체의 모든 다른 구성원들이, 습관으로 인한 것이든 아니면 또 다른 이유로 인한 것이든, 그 규칙들에 대해서 순응해서 행동하려 한다.” 그리고 “유일하게 적합한 완전 포괄적인 목표는 공동체 통치자들과 피통치자들 전체 모두의 최대 행복이 되어야 한다—최대 행복 원리가 근본적인 원리가 되어야 한다.” 라고 ‘Pannomion’의 목표를 제시하였다.

그러면 최대 행복 원리는 그 자체로 의미를 갖는가? 어떻게 ‘최대’를 알 수 있는가? 벤담은 이에 대하여 즉각 답을 한다. “그 다음의 구체적인 원리는 행복-계산 원리이다.” 그리고 하나의 규칙을 제시한다. “규칙: 충돌과 경합의 경우에서, 각 당사자들의 행복은 모두 동등하기 때문에, 다수 사람들의 행복이 소수 사람들의 행복보다 선호된다.” 참으로 단선적이고 명쾌한 원리도출 방식이다!

그러면 하나의 공동체에서 최대 다수의 최대 행복이라는 원칙적 목표는 세부적으로 보면 무엇을 말하는가? 다시 말해서 어떻게 해야 ‘행복’한가? 또는 ‘행복’의 요소는 어떠한 것이 있는가? 벤담은 원칙적 목표의 하위 목표로 ‘안전, 생존, 풍요, 그리고 평등’을 제시한다. 그리고 원칙적 목표와 하위 목표들이 달성될 수 있도록 각각의 법 영역이 결정된다. “다음과 같이 ‘Pannomion’의 각 영역들이 최대-행복 원리의 하위 목표들에 상응한다: 헌법은 평등에 적합한 공리와 원칙들, 형법은 안전에 적합한 공리와 원칙들, 그리고 민법은 재산의 안전과 관련된 공리들.” 그런데 벤담은 형법에 대하여 좀 더 설명한다. 안전에 적합한 공리와 원칙들로 이루어지는 형법에서, 과연 무엇에 대한 안전일까? 그리고 바로 답한다. ‘신체, 평판, 재산, 그리고 삶의 조건’⁹⁴⁾이 바로 그것이고,

94) 벤담은 이러한 4 가지로 안전의 대상을 예시하기도 하고, 또는 신체, 평판, 재산,

여기, 즉 형법에 적용되는 원칙으로 ‘실증적-고통-방지 원칙’을 제시한다. 그리고 굳이 짝을 맞추어 보면 민법에 적용되는 원칙은 ‘실망-방지 원칙’이다.⁹⁵⁾ 기본적으로는 형법, 그리고 또 관련된 것으로는 민법에서 ‘안전’이라는 하부 목표가 보장된다는 것이다.

그리고 ‘생존’이라는 하부 목표에서는 ‘생존-보장 원칙’, ‘풍요’라는 하부 목표에는 ‘풍요-최대화 원칙’, 그리고 ‘평등’이라는 하부 목표에는 ‘평등-최대화, 또는 불평등-최소화 원칙’을 제시하였다.

제2장은 최대 행복 원칙의 세부적인 요소를 검토한다. “여기에서의 살펴볼 주제들은 다음과 같다: 쾌락과 고통, 행복과 불행, 선과 악, 목적과 수단, 규칙과 원칙, 물리적 그리고 정신적 혹은 심리적 병리학의 공식, 관찰과 실험. 이것들은 상호 연관적이고, 이 모든 것들은 서로 밀접하게 연결되어있고 또한 서로서로 그 의미를 주고받는다.” 사실 벤담은 평생에 걸쳐 이러한 대립적인 짝개념들을 기본 축으로 하여 자신의 이론들을 구성해왔다. 결국 ‘Pannomion’ 체계의 완성을 위해서 벤담은 수없이 논의하고 주장했던 이 요소들을 다시 정리한다. 그래서 제2장의 제목은 ‘검토Consideranda’이다.

우선 벤담은 *Introduction*에서 이미 치밀하게 제시하였던 행복과 불행, 그리고 선과 악에 대하여 명제로 정리한다.

“행복은, 동일한 기간 동안 경험될 고통의 양을 공제하고 혹은 공제하지 않고, 해당 일정 기간 동안 경험되는 쾌락의 총합을 나타낼 때 사용하

권력, 신분, 그리고 삶의 조건 등 6가지로 제시하기도 한다. 그리고 이 6가지 중에서 앞의 두 가지(신체와 평판)는 본래의 대상이고 뒤의 네 가지(재산, 권력, 신분, 삶의 조건)는 응용된 대상이라고 정리하기도 한다.

95) 재산의 요소와 그의 모든 변형들에 대한 안전에 적용되는 원칙은 ‘안전-제공 원칙’이고, 그 원칙의 변형된 원칙은 ‘실망-방지 원칙’이다. 이는 재산과 재산의 기타 변형들에 있어서 그 어떤 제도이든 안전을 확보하게끔 정비될 수 있도록 하는 근거가 되고, 이는 개인 재산 소유자의 이익의 관점에서 고려된다. 그리고 이는 앞서 거론한 안전의 대상들 중 신체에 관한 것을 제외한 다른 모든 대상들에 대한 모든 안전의 총합이라고 할 수 있다.

는 말이다. 불행은, 동일한 기간 동안 경험될 쾌락의 양을 공제하고 혹은 공제하지 않고, 해당 일정 기간 동안 경험되는 고통의 총합을 나타낼 때 사용하는 말이다.”

“선은 쾌락 혹은 고통으로부터 면제, 그리고 쾌락 혹은 고통으로부터 면제의 원인을 나타낼 때 사용하는 말이다. 악은 고통 혹은 쾌락의 상실, 그리고 고통 혹은 쾌락의 상실의 원인을 나타낼 때 사용하는 말이다.”

“목적은 선을 나타내기 위해 사용되는 단어인데, 감성적인 존재인 인간의 욕망과 희망의 대상인 그 어떤 선을 만들어내고자 하는 동기로 작동한다. 수단은 그 어떤 실체, 사물의 상태, 혹은 사안 등을 나타내기 위해 사용되는 단어인데, 선을 획득하는 데 기여한다.”

이렇게 짚개념들을 일단 정리한다면, 결국 벤담의 명제는 “쾌락 혹은 고통으로부터 면제, 그래서 행복 혹은 불행으로부터 면제, 이것이 바로 행위의 궁극적인 목적이다. 다시 말해 선과 악 중에서, 오직 선만이 감성적인 존재의 행위의 궁극적인 목적이다.” 그러면 이러한 목적과 수단을 갖추기 위한 해결책은 무엇인가? 선을 만들어내기 위한 해결책? 그것은 다름이 아니라 법이라는 이름에 걸려있는 과제이다. 그리고 그 법은 하나의 명제이고 하나의 원칙이자 규칙이다. ‘Pannomion’ 체계 내의 규칙은 공리로 파악될 수 있는데, 이것들의 특성은 분명함, 포괄적임, 그리고 명료함이다.

그런데 법이라는 단어는 세 가지 의미로 사용된다. “첫째, 법은 명령 일반, 다시 말해서 명령 전체를 의미한다. 이것을 통합적 의미로 부르고, 그리고 이런 종류의 법을 완전한 법이라고 칭한다. 둘째, 법은 일정 부분의 명령을 의미한다. 이는 여러 종류의 법이라고 할 때 의미하는 것이고, 법규라는 단어로 대체할 수 있으며, 이러한 의미에서 법을 단편적 혹은 불완전 법이라고 칭한다. 셋째, 법은 유효한 법률조항들의 집합체를 의미한다. 이는 국가 내에서 최고 권위를 지닌, 또는 바로 그 권위를 위해, 권위 아래서, 그리고 권위의 덕택으로 행위 하는 사람 혹은 사람들의

의지를 나타내는 징표라고 인정할 때의 의미를 말한다.” 결국 이러한 의미들은 법이 만들어질 때, 즉 입법에서 획득될 수 있는 특성과 관련 되는데, 이 특성은 ‘확정성institutive, 구성성constitutive, 그리고 완결성 consummative’이라고 할 수 있다.

완전히 포괄적인 법체계는 두 가지 영역, 즉 실효적인 것the effective 그리고 구성적인 것the constitutive으로 나뉘지는데, “실효적인 영역 안에는 모든 공동체의 구성원의 행위에 지침을 제시하는 것에 좀 더 직접적으로 관계되는 사안들이 포함되고, 구성적인 영역에는 그 사람들이 누구인지, 누구에 의해서 실효적인 영역에 속하는 권력이 행사되어야 하는지를 결정하는 것과 관계된 사안들이 포함된다.”⁹⁶⁾

그리고 벤담은 완전한 법체계 하에서 법의 분류를 실타래처럼 이어간다. 먼저 “완전한 법은 두 가지의 부문으로 구별되고 구분된다: 지시적인 것the directive 그리고 제재적인 것the sanctionative. 지시적인 부문에서는 입법자가 원하는 것을 해당 시기에 국민-시민이 준수해야만 한다는 방식으로 지시는 주어진다. 제재적인 부문에서는 입법자가 원하는 것을 준수해야만 할 것이라는 유인(준수하지 않으면 처벌을 받게 된다는 등)을 국민-시민에게 알려주는 방식으로 주어진다.” 그리고 여기에서 그 유인은 보상적remunerative 또는 처벌적punitive인 방식을 통해서 이루어진다.

제3장에서는 좀 더 나아가 완전한 법체계에서 세부적으로 사용되는 개념들에 대해서 설명을 제시하고 있다. 즉, 제3장의 제목을 ‘설명 Exposition’이라 명명하고 법의 실체에 대한 특징적 설명을 정리한다. 이제 ‘Pannomion’체계 하에 속한 다양한 법적인 개념들에 대한 명제를 밝힐 차례이다.

“법이라는 실체는 오직 보편적 언어에 의해만이 그 특성을 말할 수

96) 이 부분에 대해서는 원본에서 이렇게 주석이 달려 있다. “이것은 또한 실체적 그리고 절차적이라고 구분되는 것으로 생각될 수 있을 것이다. 법의 실체적인 것은 그 본분에 있어서 인간의 행위에 대하여 지침과 효력을 부여하는 것이고; -- 절차적인 것은 그 본분에 있어서 실체적 법에 대하여 집행과 효력을 부여하는 것이다.”

있다.” 벤담은 이렇게 전제하고 보편적이고 명확한 법적 개념, 법 언어에 대하여 분석하였다.

먼저 ‘의무’에 대하여 이렇게 단언한다. “의무: 의무는 권리 없이도 존재할 수 있다. 그러나 권리는 의무 없이 존재하지 않는다. 의무는 하나의 허구인데, 이는 법의 산물이고 그 법은 실체이다.” 다시 말해서 허구인 의무는 실체인 법의 산물이라는 것이다. 그리고 이어서 “법은, 완전하다면, 명령이다; 그러나 명령은 궁극적으로 처벌을 전제한다; 왜냐하면 궁극적으로 처벌 혹은 처벌에 대한 이해가 없다면, 복종은 원인이 없는 결과가 될 것이기 때문이다.”

법 개념과 입법론에서 기본적으로 법명령설에 입각하고는 있지만, J. Austin의 법명령설과 차이를 보이는 벤담의 법명령설의 핵심은 ‘보상’과 관련된 것이다. 즉, 벤담은 법의 보강적 요소에 속하는 것으로 제재 또는 처벌만이 아니라 보상도 포함된다고 하였다.⁹⁷⁾ 그러면 과연 벤담은 법의 요소에서 ‘보상’의 중요도 또는 의미를 어느 정도로 보았을까? 벤담은 의무와 관련된 개념 분석에서 ‘보상’에 대해서 분명히 지적하고 있다. “보상은 궁극적으로 표명된 의지에의 복종을 보장해줄 수 없다. 즉, 보상은 표명된 의지에 명령의 효과를 부여해줄 수 없다는 것이다. 보상도 명령적 효과를 갖고 갖게 될 것이라고 추상적으로 파악할 수는 있을 것이다. 그러나 아무리 보상이라는 말 그 자체가 어떤 사실을 표현하는 데 사용되는 단어라는 것을 인정한다고 하더라도, (실제로) 그것으로 인해 나타나는 효능은 처벌의 성격을 띤다. 그것의 효과는 즐거움이 아니고, 오히려 고통이다.” 결국 벤담은, 기본적으로 또는 원칙적으로 또는 실제로, 법이라는 것은 명령이고, 법은 지시적 부분과 보강적 부분 두 가지 요소를 띠는데, 보강적 부분에서의 핵심은 제재나 처벌일 뿐이고 보상은 단지 부수적이라는 것이다. 그리고 더 나아가 그 보상이라는 것도 사실은 처벌의 다른 표현일 뿐이라는 것이다.

97) 앞의 주 40) 참조

벤담은 다음으로 ‘권리’에 대하여 분석한다. 그런데 앞서 의무에 대한 분석에서 이미 권리의 허망함을 분명히 했던 것처럼, “권리라는 것은, 의무 개념과는 달리, 그 어떠한 명쾌한 의미도 있을 수 없다”고 지적한다. 그리고 의무가 하나의 허구라고 했던 것처럼, 가장 먼저 “권리라는 단어는, 하나의 허구체이다.”라고 선언한다. 그런데 벤담이 보기에, 권리의 허구성은 의무의 그것보다 더욱 심각하다. 비록 기만적인 것은 아닐지라도 우리들은 여러 논의에서 이 허구체를 사용하기 때문에 이 허구체가 없이는 그 어떤 논의도 있을 수 없었다고 지적한다. “사람은 이것을 갖고 있다고, 유지하고 있다고, 소유하고 있다고, 획득한다고, 상실한다고들 한다. 즉, 마치 사람이 이것을 자신의 수중에 넣을 수 있고, 일정 기간 보유할 수 있고 또한 다시 넘겨줄 수 있는 그런 일종의 물건인 것처럼 여겨진다. 더 나아가, 법률 언어에서는 일반적인 관용구처럼, 사람이 이것을 부여받았다고까지 말해진다. 부여vestment는 옷을 입는 것이다. 다시 말해 이것을 부여받았다는 것은 이것을 하나의 옷이라고 표현한 것이다. 권리를 부여받은 것은 권리를 입는 것과 같다는 말이다.”

그럼에도 권리라는 단어는 정치적, 또는 도덕적, 또는 자연적 등의 수식어를 달고 너무도 당연하게 사용되어 왔으며, 특히 실제에서는 전혀 존재하지도 않는 자연적 권리, 즉 자연권이라는 단어는 너무도 무심코 좋은 것인 양 사용되어왔다고 벤담은 지적한다. 벤담의 논리에 따르면, 어떤 옷 혹은 어떤 토지에 대하여 권리를 갖는다는 것은 그 옷과 그 토지에 대하여 처분권한을 갖고 있다는 정치적인 의미를 말하는 것이고 실제로 그것을 갖고 있다는 사실을 말하는 것이다. 그리고 그 옷 또는 그 토지에 대해 자연권을 갖거나 아니면 갖지 않거나와 상관없다는 것이다. 그러나 “만약 내가 어떤 사람이 이 옷 혹은 이 토지에 대해 자연권을 갖고 있다고 말한다면, 바로 이것이 의미하는 바는, 혹시라도 이것의 뭔가를 의미하고 또한 진실로 의미한다면 하면, 그 사람이 그것(옷이나 토지)에 대해 정치적 권리를 가져야만 한다는 의견을 내가 갖고 있다는

것이다. …그것(옷이나 토지)의 사용 또는 처분함을 보호받고 보장받을 수 있어야 한다는 것이다.” 다시 말해서 자연권이라는 것이 조금이라도 의미가 있으려면, 그것이 사실상의 처분권한을 포함하는 정치적 권리가어야 한다는 것이다.

그런데 사실상의 처분권한을 포함하는 정치적 권리, 쉽게 말해서 어떤 것을 사실상 갖고 있는 상태는 누구나 향유하는 것이 아니다. 그러면 아무것도 갖지 못한 사람은 무엇인가? 벤담은 이러한 차별, 이러한 불만, 그리고 사실상의 고통을 무력화시키는 허구가 자연권이라는 것이다. 그리고 자연권이라는 허구는 사실상 있지도 않은 권리와 사실상 갖고 있음을 혼동하도록 조장한다는 것이다. “(실제로는 대상을 소유하고 있지 않으면서 언젠가는) 그가 실제로 권리를 소유할 상태, 따라서 그가 권리를 소유하는 것인 양 하는 상태로 만들기 위해서” 자연권이라는 관념이 사람들을 사로잡아 놓았다는 것이다. 그리고 자연권 옹호론자들은, 모든 정부에 앞서서 인간의 권리가 있다고 주장하며, 이러한 자연권을 인정해야 만이 잔인무도한 독재자에게 백지위임장을 부여하는 것을 방지할 수 있다고 호언장담하며 혼란을 가중시킨다고 벤담은 비판한다. 그리고 벤담은 “전제적인 정부에 대항하는 성벽, 그것도 유일한 성벽은 바로 자연법인가? 천만에(결코 그렇지 않다)! 성벽의 그림자는 성벽이 아니다. 허구는 그 어떤 것도 보증해주지 못한다. 거짓된 것으로부터는 오직 거짓된 것으로 나아갈 수 있을 뿐이다. 피치자가 아무런 권리도 갖지 못한다면, 정부 또한 아무것도 갖지 못한다. 피치자의 권리와 정부의 권리는 함께 생성된다. 하나를 창조해내는 그 동일한 원인이 나머지 하나를 창조한다.” 다시 말해서 벤담은 인간의 권리의 선행성을 주장하는 자연권론을 비판한다. 즉, 물론 사람의 권리가 존재하는 것이 항상 바람직하기는 했지만, 이는 바람직할 뿐이고 실재는 그렇지 못하다는 것이다. “그러한 권리가 전혀 없는 한, 이 땅 위에는 오직 비참함이 있을 뿐이다. 그 어떤 정치적 행복도 없고, 사람들의 풍요로움, 생존, 평등에

대한 그 어떤 안전도 없다.” 그러면? 이제 벤담의 또 하나의 명제가 도출된다. 권리의 부존재가 정부를 만든다!

“법은 정부를 전제한다. 법을 형성하는 것, 이는 정부의 행위 작용이다. 법은 의지의 선언이다. 특정 사람 또는 사람들에 의해 기획되고 선언된, 그리고 다른 사람들이 대체로 복종하고자 하는 의지의 선언이다.” 복종! 벤담이 보기에 정부 또는 통치체의 존재에서 중요한 핵심 능력은 곧 복종의 의향이라는 것이다. 그것이 습관이든 관행이든 복종의 의향은 결국 법을 탄생시킬 뿐만 아니라, “독재 정부에 대항하는, 진정한 성벽, 유일한 성벽은 바로 이러한 복종의 의향을 가능케 하는 능력이다. 이것이 없이는 정부도 없다. 생존하느냐 아니면 사라지느냐. 이 능력의 존재는 그것의 힘이 효능 있는 만큼 악명이 높다.” 그리하여 “실제의 법을 만들기 위해서는, 재능과 지식이 필요하다. 또한 실제의 법을 좋게 또는 나쁘게 만드는 데에는, 노고와 인내가 필요하다. 그러나 사람의 권리에 대한 허구 원천을 만들어 내기 위해서는, 무지, 뻔뻔스러움, 그리고 경솔함이 필요할 뿐이다.”

그렇다면 허구체인 권리가 아닌 진정한 권리는 어떤 모습인가? “모든 권위 행위의 목적은 해당 공동체에 최대한으로 가능한 행복을 만들어 주어야 하는 것이다. 이것이야말로 법의 진정한, 그리고 유일하게 진정한 목적이다.” 그리고 “권리가 없이는 그 어떤 행복도 없기 때문에, 어쨌든 권리를 갖도록 해야 한다. 그러나 권리는 의무를 만들어내지 않고는 만들어질 수 없다. 우리가 의무를 감수한다는 것은 우리가 권리를 가질 수 있다는 것이다. 또한 의무에 대해서 (보자면), 우리가 필요를 느끼는 권리의 성립에 엄격히 필수적인 바로 그런 의무들뿐만 아니라, 정부에 의해 행사된 모든 권위 행위, 즉 복종의 일반적 습관이 정부로 하여금 행사하게 허락한 행위로부터 나타날 수 있는 그런 의무들이 다 포함된다.”

그러면 권리와 의무는 하나의 대상에 대한 다른 두 이름인가? 권리는 선, 의무는 악이라면, “이미 매우 흥미로운, 선과 악이라는 신비로운 나

무는 유별나게 독특한 것은 아니다. 인생, 사회, 법이 이와 닮았고, 똑같이 혼합된 열매를 만들어낸다. 동일한 가지에서 두 가지 종류의 열매가 열리고, 그것들의 맛이 상반된다. 하나는 달콤하고 나머지 것은 쓰다.”는 것이다. 그래서 “그 본질상 그렇게 상반된, 이러한 산물들은 그것들의 생산에서 동시에 나타나며, 또한 그것들의 존재에서 분리될 수 없다. 법은, 동시에 그 어딘가에 부담을 부과하는 것 없이는, 이익을 가져다 줄 수 없다. 법은, 동시에 의무를 창출하는 것 없이는, 권리를 창출할 수 없다. 그리고 그 권리가 가치 있는 것이려고 한다면, 더불어 수많은 일련의 의무가 따른다.”

따라서 “권리는 법의 열매이고 또한 오직 법의 열매이다. 법이 없는 권리는 없다. 법에 반대되는 권리는 없다. 법에 선행하는 권리는 없다.” “법적 권리 외에 다른 것은 없다. 그 어떤 자연권들 혹은 그 어떤 인간의 권리들, 다시 말해서 법에 의해 창출된 그런 권리들에 대해서 선행하는 또는 우월한 그런 인간의 권리들은 없다. 이러한 자연권에 대한 주장은, 논리적으로 터무니없을 뿐만 아니라 이러한 주장은 도덕적으로 치명적이다. 법이 없는 권리는 원인 없는 결과이다. 혹시라도 우리는 자연권이 라는 이 허구를 주장하기 위해 조작해냈던 것처럼 마찬가지로 권리를 꾸며내기 위해 법을 조작해낼 수도 있을 듯하지만, 그러나 허구는 진리가 아니다.”

결국 법에 의해 권리가 만들어지고, “따라서 형법이든 비형사법 분야 이든 모두 모든 사람이 모든 종류의 권리를 형성하고 보장하는 것에 온 힘을 기울여야 한다. 이러한 권리들은 수많은 행복의 도구이고, 또한 이 권리들은 사람이 정부로부터 도출할 수 있는 그 모든 행복의 도구이다.” 그리고 “그 권리는 사적인 권리든가 아니면 헌법적 권리이다. 모든 형태의 정부에서, 모든 사람은 자신의 사적인 권리를 갖는다. 사적 권리들은 다음의 다섯 가지 종류로 구분된다: 1. 신체에 대한 권리, 2. 재산에 대한 권리, 3. 권력에 대한 권리, 4. 평판에 대한 권리, 5. 삶의 조건에

대한 권리.” 이에 이어서 벤담은 ‘소유’, ‘권력’, 그리고 ‘명령’과 ‘준명령’에 대하여 정리하고 있다. ‘명령’은 본래적 의미에서 입법자의 권위에 근거하는 명령이라면, 준명령은 이른바 Common Law 체계에서 재판관들의 선고와 관련된 것을 말한다.

그리고 제4장에서는 앞서 제시했던 기본 원칙과 검토, 그리고 설명을 6가지의 공리로 재차 정리하고 있는데, 그 내용은 §1 정신적 병리의 공리—모든 입법적 장치를 위한 필수적 근거, §2 신체의 안전에 적용할 수 있는 공리, §3 병리적인, 생존에 적용할 수 있는 공리, §4. 풍요에 적용하는 공리, §5. 부와 관련해서, 평등에 적용하는 공리, §6. 권력, 계급, 그리고 평판에 관련하는 공리 등으로 구성되었다.

IV. 정 리

벤담의 여러 저작들에서 나타났던 수많은 법학과 법이론에 대한 벤담의 비평과 논증, 그리고 새로이 벤담이 제시하는 주장, 논증, 그리고 체계 등을 ‘Pannomion’이라는 개념을 중심으로 정리 분석해보고자 했다. 그러면 ‘Pannomion’은 무엇이었는가? 이는 벤담의 이상이었다.

벤담 사상의 진화과정을 ‘공리주의 → 입법론 → 법이론 → 법학 → 법개혁 → 공리성의 극대화’라는 순환과정이라고 한다면, 벤담에게 있어서 한 번도 중단되지 않고 지속적으로 과제로 남아있던 이상, 즉 마지막으로 제기될 수 있는 질문에 대한 답으로 벤담은 ‘Pannomion’을 제시한 것이다. 그러면 이러한 진화를 가능하도록, 그리고 계속된 진화로 이끄는 동기인은 무엇이고, 이러한 진화과정을 관통하고 있는 이상 또는 목적은 무엇인가? 이 진화과정에서 상정되어있는 이상형은 있는가 그리고 있다면 무엇인가?

생각건대, 비록 ‘Pannomion’이라는 이상적 개념 하나를 정점에 두고

조화롭게 정리하여 설명하는 것이 가능할 것인가에 대해서 자신할 수 없었지만, 최소한 벤담의 사상의 흐름에서 ‘Pannomion’의 흔적을 찾아 정리하는 것이 도움이 될 듯 하여 이 글을 작성한 것이다. 그래서 일단 벤담의 사상사를 전반적으로 검토하면서 이에 접근하는 방식을 취했다. 물론 가장 먼저 벤담이 평생을 두고 이론적으로 천착했으며 더 나아가 영국은 물론이고 세계의 여러 나라에 적용될 수 있기를 바랐던 것은 바로 ‘완전한 법’이었고, ‘완전한 법’은 다름 아니고 ‘Pannomion’이라고 전제하고 시작하였다.

그리고 1780년 전후 벤담 저작의 전반기에 해당하는 시기에 벤담이 당시 영국의 Common Law 체계에 대하여 비판적 논의를 전개할 때, 프랑스 혁명 이후 ‘자연법과 자연권’에 대한 비판과 함께 세계의 여러 나라들과 실질적인 관계를 갖고 헌법을 비롯한 개별 법전들의 성문화를 제안하였던 1800년 전후 시기, 그리고 자신의 ‘공리성 원칙’의 구체화와 현실화는 결국 자신이 ‘세계의 입법자’의 역할을 완수함으로 이루어질 수 있다고 믿고 개별 성문법과 완전한 법체계를 완성하고자 했던 1820년대 이후의 벤담 저작의 후반기, 이 모든 시기의 저작들에서 끊임없이 반복되고 진화하고 명확해지는 주제가 ‘Pannomion’이었음을 확인하였다.

근대 시민사회의 형성과정에서 가장 중요한 시기라고 할 수 있는 1800년 전후에, ‘아주 특이한 사람’ 벤담이 자신의 궁극적인 이상(理想)으로 보여주었던 ‘Pannomion’!

그러면 21세기에 있는 우리에게는 어떤 이상(理想)이 있을까?

(투고일 2011년 12월 31일, 심사일 2012년 1월 18일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어 : 벤담, Pannomion, 완전한 법체계, 성문화, 공리성, 법전화, 입법

참고문헌

1. 단행본

- David Liberman, *The Province of Legislation Determined-Legal theory in eighteenth-century Britain*, Cambridge University Press, 1989.
- J. Bentham, *Truth versus Ashhurst*, 1792.
- _____, *The Works of Jeremy Bentham*, published under the superintendence of John Bowring, Edinburgh: William Tait, London, Simpkin, Marshall, 1843.
- _____, *Theory of Legislation*, 2 volumes, translated by Richard Hildreth, London, Kegan Paul, Trench, Trubner, 1864: Anarchical Fallacies; *Being an Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution*.
- _____, *The Limits of Jurisprudence Defined*, Charles Everett(ed.), Columbia U. Press, New York, 1945.
- _____, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart, Athlone Press, 1977.
- _____, *Of Laws in General*, ed. H. L. A. Hart, Athlone Press, 1970; Constitutional Code, Vol. I, ed. F. Rosen and J. H. Burns, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- _____, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J.H Burns and H.L.A. Hart, Athlone Press, 1970: Reprinted in paperback with new introduction by F. Rosen, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- _____, *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and*

- Education*, eds. Philip Schofield and Jonathan Harris, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- _____, *Rights, Representation, and Reform - Nonsense Upon Stilts and Other Writings On The French Revolution*, ed., Philip Schofield, Catherine Pease-Watkin and Cyprian Blamires, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- _____, *Anarchial Fallacies in Jeremy Bentham*, Selected Writings on Utilitarianism - On Utilitarianism and Government, ed., Tom Griffith, Wordsworth Classics of World Literature.
- _____, *Scotch Reform; Considered With Reference to the Plan Proposed In the Late Parliament, For the Regulation of the Courts and the Administration of Justice In Scotland: With Illustrations From English Non-reform: In the Course of Which, Divers Imperfectio*
- _____, *The Correspondence of Jeremy Bentham: Volume 8: January 1809 to December 1816*(ed. S. Conway), Oxford, 1988.
- _____, *Pannomial Fragment*, London Kessinger Publishing Rare Reprints, 2004.
- Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, USA, 1986.
- H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982.
- John Dinwiddy, *Bentham - Selected Writings of John Dinwiddy*, W. Twining(ed.), Stanford University Press, 2004.
- Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford University Press, USA, 1765-1769.
- W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge University Press, 2000.

2. 논문

이상영, “벤담의 법개념과 입법론에 대한 소고”, 세계헌법연구 제13권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2007.

_____, “벤담의 Common Law 체계에 대한 비판과 입법론 구상에 대한 연구”, 서울대학교 법학 제49권 제3호 통권 148호, 서울대학교 법학연구소, 2008.

_____, “공리주의 대 자연권”, 세계헌법연구 제16권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2010.

J. R. Dinwiddy, “Bentham and the Early Nineteenth Century”, *The Bentham Newsletter*, 1984: reprinted in *Radicalism and Reform in Britain, 1780-1850*, London, 1992.

M. Kaino, “Bentham’s Concept of Security in a Global Context: The Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan”, *Journal of Bentham Studies* 10, UCL Bentham Project, 2008.

Philip Schofield, “Jeremy Bentham: Legislator of The World”, *Current Legal Problems* 1998: M. D. A. Freeman(ed.), Oxford University Press, 2000.

[Abstract]

‘Adjudication’ versus ‘Legislation’

–Under J. Bentham’s ‘Pannomion’–

Sang-Young Lee*

The aim of this study is to arrange and situate Bentham’s ‘Pannomion’, to trace the theory of legislation by Bentham and thereby to propose(or gain) some useful perspective of the meaning of the principle of legislation. To perceive, at least access to the Bentham’s evaluation of legal and legislative theory, it is in its nature necessary to understand and conceptualize the line of Bentham’s theory of utilitarianism and ‘Pannomion’.

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

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

Bentham argued it is impossible to have rights without a government or without law. Ultimately, maybe Bentham attempted to lay the foundation for the plan of the complete body of laws, ‘Pannomion’, supposing it to

* Professor, Department of Law, Korea National Open University

be constructed aborigine, according to a method of division grounded on natural and universal principles.

Bentham proposed the analysis of the ‘idea of a complete law’ by identifying two qualities, ‘integrality’ and ‘unity’ which laid together established the individuality of law. To fix the individuality of a law was to ascertain what a portion of legislative matter must amount to in order on the one hand not to contain less, on the other hand not to contain more than whole law. And in the formation of such a work the sole proper all-comprehensive end should be the greatest happiness of the whole community governors and governed together, the greatest happiness principle should be the fundamental principle.

Key Words : Jeremy Bentham, Pannomion, a Complete Body of Law, Codification, Utility, Legislation, Common Law, Legislator