일감법학 | 제48호
2021년 2월 649-672쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.48, Feb., 2021. pp.649-672
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

토마스 아퀴나스의 자연법으로부터의 인정법(人定法) 도출방법으로서의 '결론'(*conclusio*)과 '결정'(*determinatio*)*

Thomas Aquinas's Natural Law and Human Law

-Focused on 'Conclusion' and 'Determination' of Derivation Methods-

송 시 섭**
Song, Si Seob

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 아퀴나스의 자연법과 인정법 간의 관계
Ⅲ. 자연법으로부터 인정법의 파생(도출)원리, 방법 그리고 실익
Ⅳ. 맺음말

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..48.649
투고일: 2021. 1. 15. / 심사의뢰일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.
익명의 심사자로부터, 본 논문에서 언급하고 있는 두 종류의 인정법이 지니는 구속력의 정체가 불분명하다는 지적을 받았다. 구속력의 차이가 상위법과 하위법의 효력 차이를 말하는 것이라면, 이것이 두 인정법 사이에 위계/등급을 인정하기 때문인지, 아니면 두 인정법의 구속력이 질적으로 다르기 때문인지에 대한 논의가 부족하다는 것이다. 특히 conclusio와 determinatio를 만민법과 시민법에 각각 연결시켜 일반과 특수의 관계로 이해할 경우, 양자의 불 일치시 실제적으로는 자국민에게는 시민법을 우선적으로 적용하는 결과가 되어 자연법과 거리가 먼 인정법, 즉 시민법에 보다 강한 구속력을 인정하게 되는 모순이 발생한다는 지적도 정확한 분석이라 생각된다. 일부 의견은 반영하였으나 미처 반영하지 못한 부분은 추가 연구를 계속 진행해보고자 하며 다시 한번 귀중한 조언에 감사드린다.

** 동아대학교 법학전문대학원 교수, 변호사
Professor of Dong-A University Law School, Attorney at Law

토마스 아퀴나스의 자연법사상은 스토아학파로부터 시작된 법의 삼분론(法三分論)을 토대로 하고 있다. 그는 플라톤 사상을 계승한 아우구스티누스의 자연법사상을 당대 새롭게 부각된 아리스토텔레스의 철학에 접목시켜, 말 그대로 '대전'(大全, Summa)이라 이를 만한 자연법사상의 금자탑을 세웠다. 이후 그의 자연법사상은 주의주의(主意主義), 법실증주의의 공격을 받으면서 다소 주춤하였지만, 2차 대전 이후 '자연법 르네상스'를 맞이하며 다양한 형식으로 부활하였다. 비록 주장하는 바는 다르나, 결국은 토마스 아퀴나스의 자연법사상을 계승하거나, 비판하거나, 반대하면서 각기 새로운 토미즘을 부활시킨 것은 동일하다고 볼 수 있다. 본 논문에서는 토마스 아퀴나스의 자연법사상 중 그간 다소 소홀히 다뤄지거나 명확히 정리되지 않고 있었던 부분, 즉 자연법으로부터의 인정법의 도출원리와 방법이 무엇인지, 그리고 그에 따른 인정법 유형구분과의 연결고리 발견, 그리고 그 구속력까지 개관하는 것이 주 목적이다. 이러한 연구가 향후 토마스 아퀴나스의 자연법사상과 관련하여 신학, 철학, 법학계가 함께 자리하여 아퀴나스 사상의 진수(眞髓)를 함께 논의하는 계기가 되길 바란다.

[주제어] 토마스 아퀴나스, 자연법사상, 자연법, 인정법, 파생(도출), 결론, 결정

Ⅰ. 머리말

토마스 아퀴나스(Thomas Aquinas, Thomas of Aquino, S. Thomae Aquinatis)의 『신학대전』(Summa Theologica, Summa Theologiae)이 가톨릭 자연법사상의 전범(典範)이라는 사실에 대하여는 이론(異論)의 여지가 없을 것이다. 나아가 아퀴나스의 법사상 전반[1]과

1) 김병곤, "Thomas Aquinas의 중세 자연법사상: Aristotle 철학의 스콜라적 변용", 한국정치학회보 29권1호, 1995, 311-330쪽; 박용태, "토마스 아퀴나스와 송대 성리학의 자연법적 토대 연구", 동방학, 15권,한서대학교 동양고정연구소, 2008, 315-343쪽 (아퀴나스의 자연법사상과 송대 성리학자 동중서의 사상과 비교하기도 한다.); 박종대, "토마스 아퀴나스의 법론에 대한 연구-자연법론을 중심으로", 중세철학 Vol.5, 한국중세철학회, 1999, 55-79쪽; 박은정, 자연법사상: 실천을 위한 보편이론, 민음사, 1987; 박준석, "토마스 아퀴나스의 이중효과 논증", 법사학연구 45권, 한국법사학회, 2012, 101-123쪽; 강상진, "토마스 아퀴나스의 실천이성과 자연법", 법철학연구 17권 제1호,한국법철학회, 2014, 85-108쪽; 신치재, "토마스 아퀴나스의 자연법과 정의 사상", 중앙법학, 16(3),중앙법학회, 2014, 413-448쪽; 오병선, "현대의 자연법론과 법실증주의의 수렴경향", 법철학연구 제1권, 한국법철학회, 1998, 31-52쪽; 이상섭, "법은 인간적 행위의 외적원리일 뿐인가?-토마스 아퀴나스의 법 이론에 대한 하나의 고찰", 중세철학 Vol.22, 한국중세철학회, 2016, 227-256쪽; 이창우, "자연적 성향을 따라서-토마스 아퀴나스와 스토아", 철학연구 57권, 철학연구회, 2002, 107-124쪽; 이진남, "토마스주의 유신론적 자연법 윤리에 대한 변호", 가톨릭철학, 8권, 한국가톨릭철학회, 2006, 228-259쪽 (이 논문에서는 최근 토마스적 자연법이론의 분파에 대하여 소개하고, 환원주의자로 불리는 리스카(Anthony J. Lisska)의 주장에 대한 비판도 담겨져 있음); 이진남, "아퀴나스 자연법 이론의 세 요소", 중세철학 Vol.10,한국중세철학회, 2004, 93-117쪽; 이진남, "토마스주의 유신론적 자연법 윤리에 대한 변호", 가톨릭철학 8권, 한국가톨릭철학회,

그 중에서도 '영원법'(lex aeterna)[2]과 '자연법'(lex naturalis)의 관계에 대하여는 국내 철학 및 법철학 연구자들에 의하여 다양한 연구업적이 축적되어 있다.[3] 그러나 아퀴나스의 자연법 사상중 자연법으로부터 인정법(人定法, lex humanitus, lex humana)[4]이 어떻게 '파생(도출)'되는지에 대하여 설명한 부분에 대한 연구는 국내에서는 각각의 용어사용 및 번역에서부터 통일이 이루어지지 않고 있으며, 그 구체적인 내용에 대하여는 소개도 적을 뿐만 아니라, 소개하더라도 간략한 내용에 그치는 경우가 많은 것으로 판단된다.[5]

이에 본 논문은 최근 새로이 국문 번역된 『신학대전』의 '법' 부분을 토대로[6] 기존 국내연구에 더하여 아퀴나스 자연법에서의 인정법 도출에 대한 유형구분과 구체적인

2006, 228-259쪽; 이진남, "토마스주의 자연법 윤리에서 신자연법주의와 환원주의 자연법주의", 철학연구 33권, 고려대학교 철학연구소, 2007, 137-162쪽; 임기석, "성토마스 아퀴나스의 법과 정의", 신학전망, 37호, 광주가톨릭 대학교 신학연구소, 1977, 122-140쪽; 임경현, "토마스 아퀴나스의 자연법-신데레시스, 아리스토텔레스, 그리고 몇 가지 문제들", 중세철학 Vol.23, 2017, 5-45쪽.

2) 영구법(永久法)이라고 불리기도 한다. 가끔씩 이를 신법(lex divina)로 이해하는 경우가 있는데 이는 엄연히 다른 개념이다.

3) 법철학계의 대표적인 저서로 토마스 아퀴나스의 자연법사상을 가장 잘 정리해주고 있는 국내서적으로는, 한스 벨첼, 박은정 옮김, 자연법과 실질적 정의, 삼영사, 2001, 88-101쪽이라 할 것이다. 국내 법철학 개론서로는 오세혁, 법철학사 제2판, 세창출판사, 2004, 72-79쪽; 이을형, 법철학강의, 대왕사, 1998, 118-148쪽 (국내에서 아퀴나스의 자연법사상을 개론서 수준에서 이보다 자세히 다룬 책은 없다고 보인다.) 참조. 나아가 외국학자의 책(번역서)으로, 호세 욤파르트, 정종휴 옮김, 법철학의 길잡이, 경세원, 2000, 62-67쪽, 본 논문의 주제와 관련한 부분은 238쪽 (이 책에서는, '추론', '확정', '보충 또는 추가'의 세 방법을 소개하고 있다.), 일본서적 및 논문으로는 笹倉秀夫, 法思想史講義(上), 東京大學出版会, 2007, 178-185頁; 佐々木亘, "永遠法の分有としての自然法ートマス・アクィナスにおける永遠法と自然法ー", 鹿児島純心女子短期大学研究紀要 第47号, 11－26, 2017, 11-26頁; 대표적인 영어 논문으로는, John M. Finnis, Natural Law Theory: Its Past and Its Present, *57 Am. J. Juris. 81*, 2012.

4) 토마스 아퀴나스의 법체계에 대해서는, 실정법(lex positiva, 實定法)을 인정법(人定法)과 신법(神法)으로 나누어 이해하는 것이 타당하다고 생각된다. 토마스 아퀴나스, 이진남 옮김, 신학대전 28, 법 (I-II, 90-97), 바오로딸, 2020. '법' 입문 부분 중 41쪽 도표 참조.

5) 법학서적에서는, 한스 벨첼, 앞의 책, 91쪽, 이 책의 역자는 "인정법은 자연법칙의 일반적인 규정들을 특수한 요청에 따라 보충하는 법으로서, 일반적인 원리들로부터 추론하거나(conclusio) 아니면 이 일반적인 원리들을 좀 더 상세히 규정하는(determinatio)식으로 보충이 가능하다"고 설명하는 부분에서 라틴어 conclusio를 '추론'으로, determinatio를 '규정'으로 번역했다. 하지만, 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007, 128-129쪽에서는 "전제로부터 추론의 형식으로 '결론'을 이끌어 내는 방법"과 "이성적 숙고를 통해 구체적 '결정'을 내리는 방법"으로 소개하고 있다. 이와 같이 아퀴나스 자연법에서 인정법의 도출(파생)과정에 대한 용어사용과 분류방법에 다소간의 차이가 남으로써 아퀴나스의 자연법사상에 대한 이해에도 혼란이 발생하고 있다. 특히 철학관련 논문들에서는 determinatio에 대한 번역에 대하여 '규정', '결정', '확정'등의 용어로 각기 사용되고 있다.

6) 토마스 아퀴나스, 이진남 옮김, 신학대전 28, 법 (I-II, 90-97), 바오로딸, 2020. '법'부분의 국역으로 향후 국내 연구자들의 용어사용에 있어서 나름의 기준이 될 것으로 기대된다. 다만 일반적으로 아퀴나스 『법론』의 범위를 90-108문로 보는 것이 일반적인데, 위 번역서에서는 90-97까지만 번역되어 다소 아쉬운 감이 있다.

내용(인정법 구분과 구속력)을 설명해보고자 한다. 이러한 작업에는 외국의 선행연구가 많은 참고가 된 것이 사실이다.[7] 라틴어 원전[8]과 국문, 영문,[9] 일어본 등을 대조하면서 가능한 그리고 최대한 자연법과 인정법의 관계에 대한 아퀴나스의 생각을 분석해 보고자 한다.

Ⅱ. 아퀴나스의 자연법과 인정법 간의 관계

1. 아퀴나스의 자연법사상

아퀴나스의 자연법사상을 본격적으로 살펴보기 전에 아퀴나스가 '법'에 대하여 내리 유명한 정의를 살펴볼 필요가 있다. 즉, 그는 법이란, "공동선을 위해 공동체를 책임지는 자에 의해 공포된 이성의 명령"이라고 정의하였다.[10]

그러나 본 논문에서는, 법에 대한 정의와 관련하여 '경향성'에 대한 개념과 더불어 간단히 정리해보고자 한다.[11] 왜냐하면 아퀴나스가 법을 정의함에 있어, "법은 이성에만 존재한다. (중략) 법은 어떤 법에 의해 어떤 것으로 이끌려지는 모든 것 안에 있기 때문에"[12]라고 설명했기 때문이다. 이러한 '이끌림' 즉 '경향성'은 모든 사물의 본성 혹은

---

7) Raymond Bradley, The Relation Between Natural Law and Human Law in Thomas Aquinas, *The Catholic Lawyer, Vol. 21, No. 1,* 1975, 42-55쪽이 가장 대표적이다. 본 논문도 이로부터 많은 도전과 도움을 받았다. 더불어 Santiago Legarre, Derivation of Positive from Natural Law Revisited, 57 *AM. J. JURIS.* 103, 2012, 103-110쪽도 많은 참고가 되었다. 특히 후자의 논문은 2가지 도출 방법중 첫 번째인 '결론'의 방법(per modum conclusionis)에 집중하여 설명하고 있어 본 논문 작성에 큰 도움이 되었다. 이 논문에서 저자는 첫 번째 도출방법인 '결론'유형을, 다시 내적도덕도출방법(type of derivation "intra=moral")과 엄격법적도출방법(strictly "legal" derivation) 로 분류하고 있다. 보다 자세한 설명은 아래 해당부분에서 추가 설명하기로 한다.

8) 라틴어원전은, 이진남, 앞의 책 중 라틴어 원전부분과 St. Thomas Aquinas The Summa Theologica (Benziger Bros. edition, 1947) Translated by Fathers of the English Dominican Province를 기초로(https://www.ccel.org/a/aquinas/summa/home.html,), 노트르담대학의 Alfred J. Freddoso 교수가 최근 번역한 New English Translation of St. Thomas Aquinas's Summa Theologiae (Summa Theologica)의 인터넷판 자료를 많이 참고하였다. (https://www3.nd.edu/~afreddos/summa-translation/TOC.htm)

9) 영문본은, Richard J. Regan, *Aquinas Treaties on Law*, Hackett Publishing Company, 2000을 주로 참고하였다.

10) 토마스 아퀴나스, 이진남, 앞의 책, 25쪽.

11) 이하『신학대전』에서 인용하는 본문은, 이진남,『신학대전』해당부분을 참고했으며, 인용시에는 여러 원문인용방식중 ST. q. , a.의 형식으로 인용하고자 한다. 나아가 필요할 경우 라틴어 원문을 주(註)에 인용하였다.

12) ST. q. 90. a. 1. lex est in ratione sola. … lex est in omnibus quae inclinantur in aliquid ex aliqua lege

내적인 원리로부터 발생되는 일종의 '기질'인데[13] 이를 아퀴나스는 자연법(lex naturalis)이라고 부르고 있다. 따라서 아퀴나스의 법의 정의 안에는 자연법의 정의가 포함되어 있는 것이다.

이를 이성의 영역으로 확장해보면, 인간의 이성은 신적이성과는 달리 본성에 의해 주어진 자연적 경향성에 의해 이미 규정된 것을 전제로 하여 신데레시스(synderesis)가 이것들을 자연법의 제일원리로 파악하고, 실천이성이 그것을 자신의 활동의 출발점들(원리들)로 삼게 된다고 하면서 자연법의 내용이란, 신데레시스에 의해 파악된 인간의 자연적 경향성을 의미한다고 한다.[14] 즉 아퀴나스의 생각에 따르면, 자연에서뿐 아니라 인간의 본성으로부터 발생되는 규칙적인 인간현상도 하나의 자연법에 해당한다고 볼 수 있는 것이다. 이렇게 보게 되면, 인간이 가진 '양심의 능력(법칙)'도 자연법의 하나라고 볼 수 있게 되는 결과에 이른다.[15]

이제 아퀴나스 자연법에 대한 보다 구체적인 내용분석을 위해, 『신학대전』 중 『법론』(法論)(Treaties on Law)에 해당하는 90문에서 108문까지를 본격적으로 살펴보도록 하자.

『신학대전』제91문 제2절에서, 아퀴나스의 자연법에 대한 정의(定義)가 등장한다. "우리에게 자연법(lex naturalis)은 존재하는가"라고 묻고 있는 부분에서 '자연법'이라는 용어가 등장하는데, 아퀴나스는 위 질문에 대한 답변(respondeo)에서 "영원법이 이성적 피조물에 그렇게 분여(分與)한 것을 자연법이라 부른다"[16]고 하면서 이를 다른 말로 "자연법은 영원법이 이성적 피조물에게 분여한 것"[17]이라고 재정의하고 있다.[18]

위 정의 중 추가 설명이 필요한 용어가 있다면 바로 '분여'라고 하는 것이다. 일반적으로 라틴어 participatio를 여러 학자들이 분유(分有) 또는 참여(參與)[19]라고 해석해 왔는데, 최근 이루어진 번역에서는 '분여'(分與)라는 번역어를 사용하여 한편으론 개념이 보다

13) 임경현은, '누군가가 도대체 왜 존재하는 모든 것들은 이미 이러저러한 본성과 경향성들을 가졌는지 묻는다면 토마스는 영원법 개념으로 대답하고 있다'고 설명한다. 임경현, 앞의 논문, 18쪽.

14) 임경현, 앞의 논문, 19-20쪽.

15) 이명곤, 앞의 논문, 123쪽.

16) ST. q. 91. a. 2. Et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex natunalis dicitur.

17) ST. q. 91. a. 2. Unde patet quod lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura. ST. q. 96. a. 2.에서도 유사한 표현이 등장한다. lex naturalis est quaedam participatio legis aeternae in nobis.

18) 환원주의자로 불리는 리스카(Lisska)는 토마스주의 자연법사상을 현대적으로 재구성하면서 이른바 '신학적 함정'에서 빠져나오기 위해, 영원법을 신학적으로 이해하지 않고 철학적으로 이해하여 플라톤의 이데아로 이해하는 방법을 제시한다. 이진남, 앞의 논문, 239-240쪽.

19) 예를 들어, 박은정, 앞의 책, 125쪽. "자연법(lex naturalis)은 피조물 중에서도 특히 '이성을 가진 피조물인 인간에 의한 영구법에의 참여'를 뜻한다"고 한다.

명확해지는 순기능을 하고 있으나, 한편으론 개념의 혼란이 발생하고 있음도 유의할 필요가 있다.[20)]

아퀴나스가 정의한 자연법이해에 대하여 학자들은 이러한 해석이 종전 아우구스티누스가 자연법을 주관적으로 이해한 것, 즉 자연법을 우리 안에 있는 자연의 빛(lumen naturale)로 보는 것과 달리, (자연법이) 영구법의 한 부분이며, 부차적으로 인간적인 이성의 자연적인 판단능력 하에 놓인다는 측면에서 자연법의 객관화로 평가하고 있다고 이해되고 있다.[21)22)23)]

다음으로 아퀴나스 자연법의 성질이나 내용을 살펴보면, 이는 주로 제94문에 등장한다. 특히 제2절에서는 답변에서, 자연법의 일차적 계명으로 "선을 행해야 하고 추구해야 하는 것이고, 악은 피해야 하는 것이다"[24)](제1원리, 제1차적 규칙)라고 정의한다. 나아가 ①자기보존욕구, ②남녀 간의 결합, 자녀 교육 등의 성향, ③진리를 인식하려는 성향, ④사회 안에서 살려는 자연적 성향 등을 자연법의 2차적인 규범들(2차적 규칙)이라고 설명하고 있다.[25)] 아퀴나스는 자연법의 제1원리[26)]로부터 세부적인 자연법내용이 도출되듯이, 자연법 내부에서도 일종의 층위가 존재한다고 보고 있는 것이다.

끝으로 이러한 자연법의 원리들을 인간은 어떻게 인식하게 되는가 하는 문제가 남게 되는데, 이와 관련하여서는 인간의 영혼 속에 포함된 지성능력에 본성적으로 주어진

---

20) 이진남, 앞의 책, 8쪽 주12의 내용에서는 '분여'라는 번역어를 사용하게 된 이유에 대한 설명이 기술되어 있다. "플라톤에서 나온 분유(μεθεξις)라는 말은 아리스토텔레스, 플로티누스를 거쳐 토마스에게로 이어진다. 토마스에게 있어 분유(participatio)는 보편적으로 다른 것에 속한 것을 개별적인 방법으로 무언가를 받아들이는 것을 말한다고 한다. (중략) 이 말에 대한 철학계의 번역은 관여(關與), 참여(參與), 분유(分有)등 일관성 없게 진행되었다. (중략) 따라서 본 번역에서는 '분유'(分有)와 '분여'(分與)등 두 가지 말로 번역하겠다. 즉 피조물과 같은 하위의 존재가 하느님과 같은 상위의 존재를 '분유'한다고 하고, 상위의 존재가 자신의 존재를 하위의 존재에 나누어 주는 것은 '분여'한다고 번역하겠다."고 상세한 용어정의와 정리를 해주고 있다.

21) 한스 벨첼, 앞의 책, 91쪽; 박은정, 앞의 책, 126쪽.

22) 하지만 아퀴나스가 자연법을 객관적인 규범으로 인식했다는 것에 대해서는, 자연법이 인간의 이성이 고안해 낸 것이 아니라, 자연 그 자체가 인간 이성에 드러낸 자연의 본성이라는 측면에서 사물 그 자체를 인식할 수 없다는 칸트의 견해와 차이나는 부분이라 할 수 있을 것이다. 이명곤, "토미즘에 있어서 도덕적 행위의 두 원리로서의 '법과 양심'에 대한 고찰", 동서사상 제8집, 경북대학교 인문학술연구원, 2010, 122쪽, 주27 참조.

23) 토마스 아퀴나스와 아우구스티누스의 자연법 비교는, 이정일, "토마스 아퀴나스와 아우구스티누스의 자연법 비교", 범한철학 45권, 법한철학회, 2007, 131-161쪽.

24) ST. q. 95. a. 2. bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum

25) ST. q. 95. a. 2. 이진남 옮김, 앞의 책, 141쪽.

26) '실천이성(ratio practica)의 제1원리'라고도 불린다. 95문 제2절에서는 '이성의 제일규칙은 자연의 법이다 "라는 구절이 등장한다. Ratiois autem prima regula est lex naturae.

습성이 있는데 그중 이성(특히 실천이성)이 신데레시스(synderesis)[27]에 의해 자명하면서도 보편적인 원리들을 어떠한 추론도 없이 즉각적으로 그리고 자연적으로 파악한다고 이해한다. 다만 이에 대한 구체적인 논의는 본 고의 논의범위를 넘어서는 것으로 판단된다.

2. 자연법과 인정법 간의 관계

우선 "자연법이 존재하는데 인정법이 따로 필요한가"라는 질문에 답할 필요가 있다. 결론부터 말하자면, 인간이 인간답게 살기위해서는 자연법만으로는 충분치 않다는 것이다. 인간의 사회적 삶을 위해 자연법을 근거로 만든 사회적 제법들이 필요한데 아퀴나스는 이를 인정법(lex humana)이라고 지칭하고 있다.[28]

그렇다면 '인정법의 본질은 무엇인가'라는 물음이 이어질 수 있는데, 이과 관련하여서는 앞서 살펴본 자연법의 파생(derivari)이 강조되고 있다. "결국 모든 인정법은 자연법에서 파생되기 때문에, 법의 본질 중 많은 부분을 가지고 있다. 그러나 어느 시점에서든 자연법에서 벗어나면, 그것은 더이상 법이 아니라 법을 왜곡하는 것이다."[29] 라고 지적하는 부분에서 이를 명확히 하고 있다.

하지만 아퀴나스는 모든 인정법이 자연법에서 나온 것이고, 자연법은 곧 하나님의 영원한 율법에 참여한 것이라고 보기 때문에, 아퀴나스는 인정법을 "인간 이성에 의해 고안된 자연법의 특별한 결정"이라고 정의한다.[30] 여기서 우리가 주목해야할 것은, 인정법은 자연법의 보다 구체적인 규정이며, 이는 인간이 만든 것이라는 점이다. 나아가 아퀴나스는 이러한 결정들은 인간의 이성에 의해 이루어진다고 말한다. 즉 이는 그의 일반적인 법이론인 "법은 이성의 질서다"라는 것과 일치한다.[31] 따라서 법을 이성의 질서로 보는 입장에서 보면 그는 주의(主意)주의자가 아니라, 확실히 주지(主知)주의자

27) 아퀴나스『신학대전』의 용어부분에 대한 가장 치열한 논쟁은 아마도 희랍어 synderesis와 conscientia에 대한 번역이 아닌가 한다. 이에 관하여는 참고로 이명곤, "토마스 아퀴나스의 양심과 도덕적 의식에 관한 고찰 -synderesis와 conscientia의 개념규정과 한글 번역에 관하여", 인간연구(25), 2013, 99-144쪽 참조. 본 논문의 주제와 직접 관련은 없으나, 이 쟁점에 대해서는 임경현, 위 논문, 8쪽 주4에서도 synderesis와 conscientia의 비교에 대한 간략한 설명과 이명곤 교수의 견해에 대한 간략한 답변이 도움이 된다.

28) 이명곤, 앞의 논문, 123쪽.

29) ST. q. 95, a. 2.

30) ST. q. 91, a. 3.

31) ST. q. 95, a. 2.

인 것이 분명하다.[32]

이제 본 논문의 주된 주제인 인정법이 자연법으로부터 어떤 과정을 통해 도출되는가 하는 점을 살펴볼 필요가 있다.

Ⅲ. 자연법으로부터 인정법의 파생(도출)원리, 방법 그리고 실익

1. 용어정리: derivation, 파생 또는 도출

순환론법처럼 보이겠지만 자연법으로부터 인정법이 파생(派生) 또는 도출(導出)되는 기본적인 원리는 파생(derivari, derivation)이다. 여기서 파생이나 도출이라는 용어를 소개하는 것은 라틴어 원문의 derivari의 원어적 의미로 파생이라는 단어를 사용할 수 있으나 이는 '자연법'의 측면에서 인정법이 파생된 법이라는 의미로 다소 수동적인 의미를 내포하고 있으나, '인정법'의 측면에서 자연법으로부터 적극적으로 '도출'되었다고 할 경우에는 보다 능동적인 의미를 띄고 있기에 아래에서는 적절한 상황에 따라 '파생'과 '도출'이라는 용어를 혼용하고자 한다.

나아가 이러한 파생이라는 용어는 앞에서 살펴본 분여(participatio)와도 대비해서 살펴볼 필요가 있는데 이 부분은 (영원법)-분유/분여-(자연법)-파생/도출-(인정법)과 연결 지어 분석해보면 보다 상호관계와 그 역동성이 드러나 보인다고 생각된다.

2. 파생(도출)의 방법 개관

이제 본격적으로 자연법에서 인정법의 파생・도출과 관련하여 살펴보고자 하는데, 이는 아퀴나스『법론』중 91번 질문 제3절 [답변] 부분에서 "인정법은 존재하는가"에 대한 그의 토론에서 본격적으로 제시된다.

---

32) 지성과 의지의 관계를 통해 아퀴나스가 주지주의자(主知主義者)인가에 대한 비판적 검토는, 松根伸治, "トマスは主知主義者か~知性と意志の関係~",『南山神学』36号, 2013年, 191-216頁 참조. 위 논문의 저자는, "'지성의 판단은 의지의 작용에 필연성을 가져온다'는 주장을 주지주의의 주제로 한다면, 토마스는 주지주의자가 아니다. 또한 '의지가 자유롭기 위해서는 지성의 판단에 반할 수 있어야 한다'고 주창하는 것이 주의주의라면 전혀 주의주의자도 아니다. 이러한 의미에서의 주의주의와 주의주의는 토마스의 이론을 외부에서 이해하기 위해서는 유익한 면도 있지만, 이러한 발상 자체를 토마스의 문장 속에서 발견할 수는 없다."고 주장한다.

그는 여기서 법이란 실천이성의 명령인데, 도출과정은 사변이성에서 일반적인 학문들이 도출되는 것과 비슷한 과정을 거친다고 설명한다. 사변이성(speculative reason)의 경우, 본성적으로 알려지는 논증불가능한 원리들로부터 다양한 학문들을 '도출'하는 것과 같이, 일반적이고 논증불가능한 원리로서의 '자연법'의 계명으로부터 인간의 (실천)이성이 어떤 더 특수한 질서를 만들어나가는 것은 필연적이라고 보는 것이다. 즉 인간 이성은 자연법을 특정 문제에 적용하기 위해 구체적인 결정(dispositiones, 질서지움)을 내리게 된다는 것이다.[33] 이러한 특별한 결정들은 인간의 이성에 의해 발견되거나 더 명백해지는 것이다. 비록 그것들이 영구법(영원법, lex aeterna) 내에 암묵적으로 포함되어 있었지만, 인간의 이성을 통해 그러한 원리들이 보다 명백하게 위치 지워진다고 보았던 것이다.

한편 인정법에 대한 95번 질문의 2절에서는, '인간에 의해 주어진 모든 법은 자연의 법에서 나온 한에 있어서 법의 본성을 지닌다'[34]고 전제하고 '만약 어떤 점에 있어서 자연법과 맞지 않는다면, 그것은 이미 법이 아니라 법의 타락이다'[35]라고 판단한다.

그러한 일반적인 설명에 이어 아퀴나스는 '자연법'과 '인정법'의 관계를 규정짓는 원리를 제시하고 있다. 인정법은 자연법으로부터 '파생 또는 도출'된다는 것이다. 그리고 아퀴나스는 이어서 이러한 '도출'의 구체적인 방법[36]은, 첫 번째로 실정법이 자연법으로부터 도출되는 것은 전제로부터 (자연스럽게) 결론(conclusio)에 이르는 방법이고, 두 번째 방법은 일반적인 원칙에 따라 (의지적인) 결정(determinatio)에 의한 것이라고 설명한다.[37] 이러한 도출방식은 아퀴나스가 인정법을 어떻게 보는지에 대한 존재론적 지위

33) 토마스 아퀴나스, 이진남 옮김, 앞의 책, 45쪽.

34) ST. q 95 a 2, Unde omnis lex humanitus posita intantrum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur.

35) ST. q 95 a 2, Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio.

36) 이 부분에서, 아퀴나스는 아리스토텔레스의 영향을 받은 것으로 보인다. 아리스토텔레스는 특정한 법칙(laws)과 보편적인 법칙(law)을 뚜렷하게 구별한다. 그는 우주의 법칙(universal law)을 자연적으로 바른 것인 자연법과 동일시한다. 특정한 법은 각 공동체의 법이다. 하나는 자연적인 것이고, 다른 하나는 관습적인 것이다. 다만, 아리스토텔레스에게는 국가가 제정하는 특정한 법률의 명확한 상위 원천이 국가 자체 외에는 더 없다. 아리스토텔레스에게 있어서 사람은 아퀴나스와는 달리 하나님의 피조물이 아니기 때문이다. Raymond Bradley, 앞의 논문, 45쪽; Simona Vieru, Aristotle's Influence on the Natural Law Theory of ST Thomas Aquinas, *The Western Australian Jurist, Vol. 1*, 2010. 115-122쪽.

37) 자연법으로부터 인정법의 도출방법에 대한 국내문헌의 소개는 다소간 불일치가 존재한다. 원문에 충실한 도출방법은 2가지로 구분하는 방법이다. 그러나 국내 문헌에서는 3자지로 도출방법을 서술하는 서적과 논문이 존재한다. 예를 들어, 오세혁 교수는 "인정법은 군주가 공동선을 위해 제정한 법으로서 자연법의 개별적인 적용이다. 이는 자연법의 구체화에 불과한 것으로서 자연법의 일반원리로부터 추론(conclusio) 내지 연역(derivatio), 확정(determinatio), 부가(additio)의 3가지 방법으로 도출된다고 설명하면서 황산덕의 '법철학강의'(1981), 118쪽 (황산덕, 법철학강의(제4전정판), 방문사, 1988, 307쪽 이하) 을 소개하고 있다. 한편 국내

에 관한 중요한 몇 가지 질문들에 대하여 중요한 단서를 제공해주게 될 것이다.

이제 위 두 유형을 보다 구체적으로 살펴보면서 인정법의 하위 구분과 구속력을 인정법의 존재론적 성격과 연결 지어 검토해보기로 한다.

3. 첫 번째 파생(도출)방식으로서의 결론(conclusio)

3.1 용어

국내외 연구자들의 conclusio에 대한 번역은 영역에서는 'conclusion(s)'으로, 국역으로는 '결론'으로 통일되어 있다.

〈표 1〉 conclusio의 번역

원문	영역	국역
sicut conclusiones ex principiis;	as a conclusion from premises, (Dominican Province)	원리에서 결론으로 (이진남)
	as conclusions from principles (Alfred J. Freddoso)	전제에서 결론으로 (박은정)

3.2 내용[38]

인정법이 자연법에서 도출(파생)될 수 있는 첫 번째 방법은 '결론'(conclusion)이다. 그것은 선언적(declarative) 실정법이라고 불릴 수 있다. 아퀴나스는 이것이 학문의 영역에서 (전제로부터) 결론을 도출하는 방법이며 연역(적) 논리의 방법이라고 설명한다.[39] 그가 제시하는 특별한 예는 요약된 삼단논법이다. 살인을 예로 들자면, "누구에게도

법철학논문에서도 3가지 도출방법을 시사하는 부분이 발견된다. 예를 들어, 신치재, "토마스 아퀴나스의 자연법과 정의사상", 중앙법학 16권 3호, 중앙법학회, 428쪽에서는, "인정법은 추리, 세부적 규정, 실생활의 필요에 따라 보충하는 방법 등에 의하여 (자연법으로부터) 도출된다"고 설명하고 있다. 또한 관련 철학논문에서도 '도출', '적용'. '첨가'등의 세(3) 가지를 들고 있으나, 원문 근거가 없고, 별도의 참고문헌도 없어 출처의 확인은 되지 않는다. (이정일, 앞의 논문, 154쪽) 다만, 필자는 '결론'과 '결정'외에 '부가'라는 유형이 논의되는 이유로, 제94문 제5절의 [해답]부분 중 "자연의 법에 부족한 것을 성문법을 통해 보충하기 때문이다"라는 문구 때문이 아닐까 하는 생각을 해본다.

38) Raymond Bradley, 앞의 논문, 43-44쪽 참조.

39) Primus quidem modus est similis ei quo in scientilis ex principiss conclusiones demonstrativae producuntur. ST. q. 95 a 2

해를 끼치지 말아야 한다."(자연법의 제1원리) "살인은 타인에게 해를 끼치는 행위이다"(자연법 제2원리) 그러므로 "사람을 살인해서는 안 된다."(인정법)[40]

이러한 삼단논법을 통한 결론 도출방법은 '과학'과 같은 학문영역에서 뿐만 아니라, '자연법에서 인정법을 도출'하는 데도 사용될 수 있는 방법임이 분명하다. 왜냐하면, '사람을 살인해서는 안 된다'는 인정법은 보다 구체화되어 "사람을 살해한자는 … (형벌에) 처한다"라는 형법으로 제정되게 되는 것이다.

그러므로, 자연법으로부터 인정법을 도출하는 '결론'이라는 방법은 보다 일반적인 전제로부터 당연하고도 직접적인 논리적 귀결을 이끌어내는 인정법 제정과정이다. 다시 말해 인정법상 '살인죄'는 자연법상의 '다른 사람에 대한 해악 금지'의 구체적인 결론에 불과한 것이다.

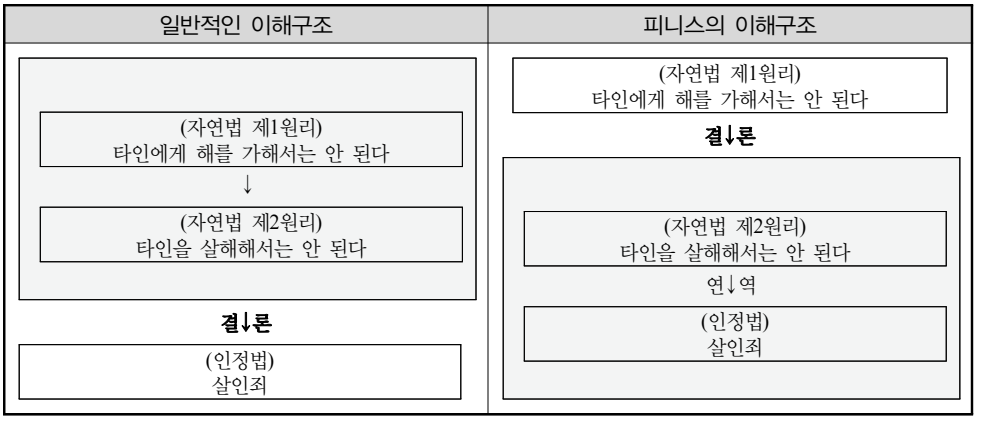
이러한 아퀴나스의 해석에 대한 피니스(John Finnis)의 새로운 해석을 참고로 살펴보기로 한다. 일반적인 이해구조하에서는 결론(conclusio)을 통해 인정법에 이르므로, 자연법 제2원리로부터 인정법에 이르는 과정에서 결론이라는 도출방법이 사용된다고 이해되어 왔다. 하지만 피니스는 자연법 제1원리로부터 제2원리로의 도출이 결론이라는 방법이고 제2원리로부터 인정법의 도출은 연역(演繹)이라는 일반논리에 의하므로 실제 결론이라는 도출방법을 통해 얻어진 결론은 자연법(의 제2원리) 또는 인정법이 되는 것이라고 주장한다.[41]

---

40) '자연법'으로부터 '인정법'에 이르는 삼단논법에 대한 자세한 설명은, 이정희, "토마스 아퀴나스 윤리적 양심론", 중세철학 13호, 2007 275-321쪽. 예를 들어 간음의 경우, 자연법의 원리인 대전제("모든 악은 피해야 한다")-소전제("간음은 신법(神法)에 의해 금지된 악이다", "간음은 부정(不貞) 내지 불성실이므로 악이다")-결론("간음은 피해야 한다")인 인정법에 이르게 되는 전개과정을 가리킨다고 설명한다.

41) Santiago Legarre, 앞의 논문, 104-106쪽 참조.

〈표 2〉 피니스의 '결론' 방법의 이해구조



3.3 구체적인 적용례

자연법의 그러한 일반적인 원칙에서 직접 추론된 '결론'은 '자연법'(정확히는 자연법의 제2원리)의 형식이나 '인정법'의 형식으로 등장하지만, 둘 다 '살인이라고 하는 것은 잘못된 것이다'라는 것에는 아무런 차이가 존재하지 않는다. 이렇듯 '결론'이라는 방식을 통해서 제정된 인정법은 자연법의 내용을 밝히는 선언적(declarative)인 형식의 법률로 자연법이 금지하는 것을 자세히 부가 설명하는 형태로 등장하는 경우가 대부분이다.

이와 관련하여 인정법중 자연법 뿐 아니라 신법(神法)에서 직접 추론되어진 결론으로서의 인정법도 존재할 수 있는데 그 대표적인 경우가 바로 '위증'(僞證, perjury)이다. 먼저 자연법상으로 '타인에게 해가 되는' 거짓내용을 법원에 알리는 위증은 악(惡)의 형태로 드러나고 있다. 하지만 다른 한편 신법(神法)으로서의 구법(舊法) 즉 구약성서에서도 십계명의 하나로 '네 이웃에 대하여 거짓증거하지 말라'[42]고 규정되어 있다. 즉 이 경우에는 자연법과 신법의 내용이 유사하고 구약성서서에서는 '너는 거짓된 풍설을 퍼뜨리지 말며 악인과 연합하여 위증하는 증인이 되지 말며'[43]라고 되어 있어 자연법과 신법에서 공히 인정법이 결론으로서 등장하게 되는 경우라 할 수 있다.[44]

42) 출애굽기 20장 16절 (이하 성경인용은 개역개정을 사용함).

43) 출애굽기 23장 1절.

44) 인정법인 '형법'에서는 '법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.' (제152조 제1항)고 규정하고 있다.

아퀴나스는 자연법에서 결론으로 도출된 인정법의 효력은 자연법에 의하여 강력히 지지되고 있어, 단지 인정법이라는 이유만으로 정당성을 확보하는 것은 아니라고 주장한다. 이 부분은 아래 인정법의 구속력 부분에서 좀 더 추가설명을 하기로 한다.

결론적으로 아퀴나스의 표현을 빌리면 "법의 효력은 정의로운 만큼 있는 것"[45]이기 때문에, 이러한 인정법은 자연법에서 추론을 거쳐 결론에 이르게 되는 과정에 의해 직접적으로 도출된 만큼 그 자체로 강력한 도덕적 힘과 강제력을 가지게 되는 것이다.

4. 두 번째 파생(도출)방식으로의 결정(determinatio)

4.1 용어

국내외 연구자들의 determinatio 에 대한 번역은 영역에서는 'determination'(결정)과 'specification'(구체화)으로 구분되어 있고, 국역으로는 일반적으로 '결정'으로 통일되어 있다.

〈표 3〉 determinatio의 번역

원문	영역	국역
sicut determinationes quaedam aliquorum communium.	by way of determination of certain generalities (Dominican Province)	어떤 일반적인 것을 결정하는 것으로 (이진남)
	as specifications[46] (determinationes) of what is general (Alfred J. Freddoso)	이성적 숙고를 통해 구체적 결정을 (박은정)

4.2 내용[47]

아퀴나스에 의해 논의된 두 번째 유형의 도출방법은. '결정'(determinatio)으로 이러한 과정을 거쳐 만들어진 인정법을 결정적(determinative) 실정법이라고 부를 수 있다.

아퀴나스는 이런 유형의 도출에 대한 대표적인 예로 '예술'을 그 예로 들면서 그 중에

45) ST. q. 95 a. 2. [답변] Unde inquantum habet de iustitia, intantum habet de virtute legis.

46) 아마도 이러한 용어로 번역한 것은, 제95문 제2절 [해답]부분의 원문에서 "철학자는 자연의 법의 어떤 계명을 결정 또는 특수화함으로써 주어지는 법에 대해 말하고 있다"(...determinationem...specificationem...)에서 유추한 게 아닌가 한다.

47) Raymond Bradley, 앞의 논문, 44-45쪽 참조.

서도 건축가의 예를 들고 있다.[48]

즉 건축가로서의 목수(木手)는 자신이 짓고자 하는 집에 대한 계획을 갖고 있는 바, 건축공사가 진행되면서 자신이 생각하고 있는 집의 특정한 구조나 형태를 순서에 따라 '결정'해가면서 자신의 '일반'적인 계획을 세부적으로 '구체화'시켜가는 과정을 거치게 되는 장면을 연상해보면 이해가 쉬울 것이라고 한다. 처음 목수가 '집을 짓겠다'고 생각했던 '구상'이 공사가 진척되면서 차츰 구체화되어가는 것을 우리는 '특정한 형태의 집이 지어져 간다'고 표현할 수 있을 것이다.

이러한 도출과정은 '전제와 결론'의 구조를 갖고 있는 첫 번째 방법과 달리, '계획과 실행'의 구조를 갖게 되어 둘은 완전히 다른 인정법 도출과정임에는 틀림없다.

4.3 구체적인 적용례

그렇다면 이러한 '결정'으로서의 인정법의 구체적인 예로 어떤 것이 있을 수 있을까.

일반적인 예로는, '형벌의 종류'에 대한 인정법의 제정과정을 떠올리면 도움이 되지 않을까 한다. 즉, '죄인(罪人)은 벌을 받아야 한다'는 '일반적'인 사실(또는 전제)로부터, 정확히 살인죄를 범한 죄인에게 '어떤 형벌을 가해야 할 것인지'가 당연히 추론되지는 않는다. 이런 경우 우리는 '일반적'인 원칙을 '계획'으로 설정하고 이를 구체화해가는 작업을 하지않으면 안되는데 그 과정에서는 구체적인 '결정'이 필수적이라는 것이다.

아퀴나스는 이를 좀 더 부연설명하면서 각 나라와 공동체들이 이런 방식으로 자신의 나라에 적합한 내용을 '결정'할 수 있다고 한다. 그리고 이것이 바로 개별 국가나 공동체가 갖게 되는 '시민법'이라고 설명하고 있다. 즉, 각 국가는 범죄를 저지른 피고인들에게 형벌을 과하게 될 것인데, 형종(刑種)과 형량(刑量)은 오롯이 각 국가의 '결정'에 따른다고 본 것이다. 물론 형사벌의 종류와 형량의 선택은 다소간 자연법의 지도를 받는 영역이라고 볼 수 있을지 모르나, 형사법의 영역을 벗어나 이른바 행정벌적인 영역으로 넘어오면 '결정'에 의한 인정법 도출은 더 구체적으로 이해될 수 있다.

예를 들어, 현재의 「도로교통법」과 같은 교통법규의 영역을 생각해보면 차량의 운전과 통행방법, 횡단보도 앞에서의 신호 준수 등에 관한 자세한 규제는 결국 보행자인 사람의 안전이나 타 운전자에 대한 보호와 연결되므로 자연법과 전혀 무관하다 할 수는

48) ST. q. 95 a. 2 Secundo vero modo simile est quod in artibus formae communes determinantur ad aliquid speciale, sicut artifex formam communem domus necesse est quod determinet ad hanc vel illam domus figuram.

없으나, 자연법 원리와는 그 거리가 더 멀어져 간접적인 관계만을 가지게 되는 경우라고 보는 것이 타당할 것이다. 이러한 영역에서는 자연법으로부터 직접적인 규제방법이나 판단기준을 추론할 수 없다고 보게 되는 것이다.

5. 양자의 관계와 적용범위

그렇다면 이제 아퀴나스가 자연법으로부터의 인정법의 도출방법으로 '결론'과 '결정'을 굳이 구분한 이유가 무엇인가 하는 점을 검토하지 않을 수 없다. 결론적으로 첫째 위 두 가지 방법을 통해 인정법의 하위 유형인 '만민법'(ius gentium)과 '시민법'(ius civile)을 구분하는 기준으로 사용하려 한 것으로 파악되고, 둘째는 이러한 구분을 통해 각 인정법의 구속력을 구분 짓는데 활용하겠다는 의도가 있는 것으로 판단된다.

5.1 만민법과 시민법의 구별기준

아퀴나스는 자연법으로부터 실정법의 도출방법을 '결론'과 '결정'으로 구분한 것을 전제로 이를 인정법의 하위 법의 유형구별기준으로 활용하고 있다.

먼저, 신학대전 95문 제4절의 [답변]에서,

> "자연의 법에서 나오는 것 두 가지 방식에 따라 실정법은 만민법과 시민법으로 나뉜다. 왜냐하면 원리에서 결론이 나오는 것과 같이 자연의 법에서 나오는 것은 만민법에 속하기 때문이다. 공정한 구매와 판매, 그리고 이와 같은 다른 것은 그것 없이는 인간이 서로 같이 살 수 없는데, 『정치학』제1권에서 말했듯이, 인간은 본성적으로 사회적 동물이기 때문에 이것들은 자연의 법에서 나온다. 그러나 각 국가는 자신에게 맞는 것을 결정한다는 점에서, 특수한 결정의 방식에 따라 자연의 법에서 나오는 것은 시민법에 속한다."[49]

49) Et secundum hoc dividitur ius positivum in ius gentium et ius civile, secundum duos modos quibus aliquid derivatur a lege naturae, ut supra dictum est. Nam ad ius gentium pertinent ea quae derivantur ex lege naturae sicut conclusiones ex principiis, ut iustae emptiones, venditiones, et alia huiusmodi, sine quibus homines ad invicem convivere non possent; quod est de lege naturae, quia homo est naturaliter animal sociale, ut probatur in I Polit. Quae vero derivantur a lege naturae per modum particularis determinationis, pertinent ad ius civile, secundum quod quaelibet civitas aliquid sibi accommodum determinat.

그리고 같은 절의 [해답]부분에서는

> "만민법은 인간이 이성적이라는 점에서 어떤 방식으로 인간에게 자연적이다. 왜냐하면 그것은 원리로부터 많이 떨어져 있지 않은 결론의 방식으로 자연법에서 나오기 때문이다. 따라서 이런 점에서 사람들은 쉽게 동의한다."[50]

즉, 아퀴나스는 자연법으로부터 인정법이 도출되는 두 가지 방법을 통해서 만민법과 시민법의 구분을 명확히 하고 있다. 그리고 결론에 의하여 도출된 만민법에 대하여는 자연법으로부터 '거의' "직접적으로" 도출되기 때문에 대부분의 사람들의 동의를 받게 된다는 점을 명확히 하고 있다.

따라서 아퀴나스의 의도는 두 가지 도출방법으로 만민법과 시민법을 구분하고 이어서 이러한 유형적 구분을 통해 각 법의 구속력까지 일관되게 설명하고자 하는 것으로 보인다.

5.2 인정법의 구속력(拘束力)의 구별기준

결국 아퀴나스가 인정법의 도출방법 두 가지를 깊이 있게 검토한 진정한 의도가 무엇인지가 보다 분명해진다고 판단된다. 즉 아퀴나스는 자연법으로부터의 인정법 도출방법의 구분 자체가 지니는 의미보다는 그러한 구분을 통해 인정법의 구속력의 근거를 밝히고자 했던 것으로 이해된다. 즉, 아퀴나스가 제안하는 두 가지 유형의 인정법 도출에 대한 통찰로, 우리는 이제 인정법, 그 중에서도 만민법과 시민법의 구속력의 차이에 대한 그의 생각을 더 잘 이해할 수 있게 되었다.[51]

5.2.1 선언적(declarative) 인정법의 구속력

자연법에서 직접 파생되는 선언적(declarative) 인정법의 구속력은 명백하게 정의롭기 때문에 모두가 따라야 한다는 데 이의가 없을 것이다. 따라서 이러한 인정법은 수범자들에게 부과되는 도덕적 의무를 자연법과 공유하게 된다.

---

50) Ad primum ergo dicendum quod ius gentium est quidem aliquo modo naturale homini, secundum quod est rationalis, inquantum derivatur a lege naturali per modum conclusionis quae non est multum remota a principiis. Unde de facili in huiusmodi homines consenserunt.

51) 이하 인정법의 유형에 따른 법적구속력에 대하여는 Raymond Bradley, 앞의 논문, 45-49쪽 참조.

앞서 예를 들었던 위증의 경우, 선서를 하고 법정에서 진실을 말해야 한다는 의무를 부과 받을 때 선서자는 진실만을 말하도록 요구하는 인정법의 요구와 더불어 자연적인 도덕법칙을 따라야 한다는 의무를 동시에 부과받고 있는 것이다. 나아가 신법에 의해 부과된 '거짓증언금지'는 인간의 권위를 능가하는 막강한 힘으로 위증을 금지하고 있는 것이어서, 이와 관련한 국가의 인정법 제정은 이러한 자연법 원칙과 신법상의 명령을 법으로 제정하는 과정에 불과한 것이다.

물론 선언적인 인정법으로 분류될 수 있는 많은 내용들이 위와 같이 모두 명백한 자연법의 원칙과 신법의 계명을 담지하고 있다고 볼 수는 없다. 사회가 발전할수록 해결해야 할 문제에 대한 자연법의 명령은 쉽게 들리지 않게 되고, 적용할 신법도 모호해 보이는 경우가 많기 때문이다. 이러한 상황에서는 입법자가 자연법의 기본원칙("선을 행하고 악을 피하라")만으로는 어떠한 '결론'도 내릴 수 없게 된다.

이러한 고민을 아퀴나스도 생각했던 것 같다. 그 역시 자연법의 기본원칙에서 어떤 이유로 구체적인 사안에 대한 '결론'이 더 멀어지면 멀어질수록, 자연법과 인정법 간의 차이가 발생하고, 어떤 경우에는 그 연결고리가 끊어진 것처럼 보여 자연법과 실정법간의 관계가 없는 것처럼 보일 수도 있다는 점을 인정한다. 심지어 아퀴나스는 "인간에 의해 만들어진 법은 정의로울 수도 불의할 수도 있다"[52]고 인정한다.

하지만 자연법에서 추론되어 결론지어진 선언적 인정법의 구속력은 자연법에서 뒷받침된 도덕적 지지로 인해 이와 관련한 인정법의 구속력을 지탱하는 강력한 뒷받침이 되어준다는 점에는 이론(異論)이 없을 것이다.

5.2.2 결정적(determinative) 실정법의 구속력

한편 자연법의 도출방법중의 하나로서 결정(determinations)을 통해 제정된 인정법의 구속력에 대해 살펴보도록 하자. 이러한 인정법을 결정적(determinative) 인정법이라고 부를 수 있을 것이다. 이는 주로 자연법의 한 내용인 도덕과 무관한 문제들에 대한 입법으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 아퀴나스는 사람이 입법자로서 도덕과 무관한 문제들에 대하여 법을 만들 수 있음을 인정한다.

앞서 살펴본 것처럼, 입법자는 살인을 저지른 자들에게 어떤 형벌을 가할 것인지를 결정할 수 있다. 다양한 형벌유형을 각각의 범죄에 규정하는 작업은 자연법과는 무관해 보인다. 물론 '결론'에 의하여 도출된 '범죄'에 대한 형벌이므로 전혀 자연법과 무관하다

52) ST. q. 96 a. 4 dicendum quod leges positae humanitus vel sunt iustae, vel iniustae.

고 볼 수는 없겠으나, 자연법의 영향력은 간접적이라 할 수 있을 것이다.

결국, '범죄'를 입법화하는 작업이 주로 선언적 인정법의 영역이라면, 결정적 인정법은 주로 형종이나 형량을 정하다 보니 둘 사이에는 일정한 구속력의 차이를 인정하지 않을 수 없다. 최근 동일한 범죄에 대하여 처벌형량이 갈수록 증가하는 특별법제정이나 기존 법 개정의 방향, 즉 '엄벌주의'(嚴罰主義)경향은 이를 잘 보여주는 것이 아닐까 한다.[53]

따라서 자연스럽게 결정적 인정법은 선언적 인정법에 비하여 입법자와 신민(臣民)에 대한 구속력은 상대적으로 약하다고 볼 수밖에 없을 것이다.

5.3 소결

아퀴나스는 인정법이 자연법으로부터 파생되는 두 가지 방법이 있다고 본다. 첫째는 연역적 논리에 의해 만들어진 전제로부터 나온 결론인데, 이는 자연 도덕법칙에서 직접 파생된 결론과 유사하다. 이러한 인정법은 강력한 구속력을 갖게 된다. 둘째는 개별 국가나 공동체가 제정하는 특정한 법률로서, 자연법칙에서 다소 간접적으로 파생되어 그 성격은 일반적인 기준의 구체적 결정과정이다. 그들의 구속력은 그 토대가 국가권력(실정법 제정권자)에게서 나온다고 볼 경우가 많다.

아퀴나스는 인정법의 구속력을 다루는 부분에서 '첫째 방식(선언적 방식)에 의한 것은 법이 주어졌다는 사실 뿐 아니라 자연법으로부터 어떤 효력을 가지게 되는 한에 있어 인정법에 포함되는 반면, 둘째 방식에 의한 것은 오직 인정법에 의해서만 그 효력을 가지게 된다'[54] 고 기술함으로써 그의 실정법의 구속력의 근거에 대한 생각의 핵심을 보여주고 있다.

이를 정리해보자면, 아퀴나스가 보는 인정법(또는 실정법)에는 선언적(declarative) 법률과 결정적(determinative) 법률이 존재하는데, 모든 '정당한' 법들은 그들이 첫 번째 유형이든 두 번째 유형이든 간에 그것들이 근본적으로 자연법에서 기원하기 때문에 양심에 대한 구속력을 가지고 있지만,[55] '부당한' 법들은 자연법적 기원을 잃어버린

53) 이런 의미에서 보면, '죄형법정주의'에서 '범죄'와 '형벌'은 법률에 정하여져야 한다는 원칙은 아퀴나스의 두 가지 도출방식으로 고찰해보면 '범죄구성요건의 변화'와 '형벌의 가중현상'이 보다 입체적으로 이해될 수 있지 않을까 한다.

54) ST. q. 95 a. 2 Sed ea quae sunt primi modi, continentur lege humana non tanquam sint solum lege posita, sed habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali. Sed ea quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent.

인정법이기 때문에 제한적인 내지는 잠정적인 구속력만 지니고 있다고 판단될 수 있는 것이다.[56]

Ⅳ. 맺음말

위에서 살펴본 바와 같이 아퀴나스의 자연법사상은 스토아학파로부터 시작된 법삼분론(法三分論)을 토대로 하고, 플라톤사상을 계승한 아우구스티누스의 자연법사상을 발전시키면서 당대 새롭게 부각 된 아리스토텔레스의 철학을 접목시킨 말 그대로 '대전'(大全)이라 부를만한 자연법사상의 금자탑이라 할 것이다. 물론 그 후 주의주의, 법실증주의와 개신교 법사상의 공격을 받으면서 주춤하였지만 2차 대전 이후 자연법 르네상스를 맞이하며 다양한 형식으로 부활하였다. 비록 모양은 다르나 결국은 토마스의 자연법사상을 계승하거나, 비판하거나, 반대하면서 각기 새로운 토미즘을 부활시키고 있다.

따라서 국내에서도 자연법사상에 대한 연구가 좀 더 본격화되고 깊어지길 바라는 마음이다. 다행히 가톨릭을 중심으로 한 신학계에서는 『신학대전』의 국문완역을 위해 애쓰고 있고, 철학계에서는 아퀴나스의 철학 전반에 대하여, 특히 자연법사상에 대하여 새로운 시도가 이루어지고 있으며, 법철학계에서도 나름의 관심이 끊어지지 않고 있음은 다행한 일이라 할 것이다.

본 논문에서는 그간 다소 소홀히 다뤄지거나 명확히 정리되지 않고 있었던 자연법으로부터의 실정법 도출원리와 방법, 그리고 그에 따른 실정법 유형구분과의 연결, 그리고 그 구속력까지 개관하여 보았다.

향후 아퀴나스의 자연법사상과 관련하여 신학, 철학, 법학계가 함께 자리하여 아퀴나스의 사상의 진수(眞髓)를 함께 논의하는 자리가 마련되길 바라마지 않는다.

단테의 신곡(천국편)[57]에 등장한 아퀴나스는 단테에게 성 도미니쿠스와 성 프란체스코를 찬양하고 있다. 그에게 성 도미니쿠스는 지혜의, 성 프란체스코는 사랑의 화신이었

55) 高坂直之, "トマスの法理にみられる<良心>の役割りとその近代的意義", 北海道教育大学紀要, 第1部, B, 社會科學編, 第17卷 第2號, 1966, 1-18頁.

56) 이 부분은 악법(惡法)의 준수여부에 대한 논쟁으로 이어진다. 이와 관련하여, "일반적으로 인정법이 신법에 위반된 경우에는 복종의무가 발생하지 않으나, 인정법이 자연법에 위반한 경우에는 법적안정성 및 평화라는 더 고차적인 선을 위하여 존재하는 이상 이에 복종할 의무가 있다"고 한다. 오세혁, 앞의 책, 77쪽.

57) 단테 알리기에리, 박상진 역, 신곡(천국편), 민음사, 2013.

다. 하지만 그가 진정 도미니쿠스 수도회를 묘사하면서 언급한 '길을 잃지 않으면 좋은 곳'이라는 목표는 아마도 우리가 종국에 도달해야 할 천국인지도 모른다. 우리도 그의 가르침을 따라 우리가 도달하고자 하는 목표까지 길을 잃지 않게 되길 바랄 뿐이다.

참고문헌

1. 단행본

단테 알리기에리, 박상진 옮김, 신곡(천국편), 민음사, 2013.

박은정, 자연법사상: 실천을 위한 보편이론, 민음사, 1987.

오세혁, 법철학사 제2판, 세창출판사, 2004.

이을형, 법철학강의, 대왕사, 1998.

한스 벨첼, 박은정 옮김, 자연법과 실질적 정의, 삼영사, 2001.

호세 욤파르트, 정종휴 옮김, 법철학의 길잡이, 경세원, 2000.

笹倉秀夫, 法思想史講義(上), 東京大學出版会, 2007.

Richard J. Regan, *Aquinas Treaties on Law*, Hackett Publishing Company, 2000.

2. 학술지

강상진, "토마스 아퀴나스의 실천이성과 자연법", 법철학연구 제17권 제1호, 한국법철학회, 2014, 85-108쪽.

김병곤, "Thomas Aquinas의 중세 자연법 사상: Aristotle 철학의 스콜라적 변용", 한국정치학회보 제29권 1호, 1311-1330쪽.

박종대, "토마스 아퀴나스의 법론에 대한 연구-자연법을 중심으로" 중세철학 Vol.5, 한국중세철학회, 1999, 55-79쪽.

박준석, "토마스 아퀴나스의 이중효과 논증", 법사학연구 제45권, 한국법사학회, 2012, 101-123쪽.

박용태, "토마스 아퀴나스와 송대 성리학의 자연법적 토대 연구", 동방학, 제15권, 한서대학교 동양고전연구소, 2008, 315-343쪽.

신치재, "토마스 아퀴나스의 자연법과 정의 사상". 중앙법학 제16권 3호, 중앙법학회, 2014, 413-448쪽.

오병선, "현대의 자연법론과 법실증주의의 수렴경향", 법철학연구 제1권, 한국법철학회, 1998, 31-52쪽.

이명곤, “토미즘에 있어서 도덕적 행위의 두 원리로서의 ‘법과 양심’에 대한 고찰”, 동서사상 제8집, 경북대학교 인문학술연구원, 2010, 107-132쪽.

_____, “토마스 아퀴나스의 양심과 도덕적 의식에 관한 고찰-synderesis와 conscientia의 개념규정과 한글 번역에 관하여”, 인간연구 25권, 가톨릭대학교(성심교정)인간학연구소, 2013, 99-144쪽.

이상섭, “법은 인간적 행위의 외적원리일 뿐인가? - 토마스 아퀴나스의 법(lex) 이론에 대한 하나의 고찰”, 중세철학 Vol.22, 한국중세철학회, 2016, 227-256쪽.

이정일, “토마스 아퀴나스와 아우구스티누스의 자연법 비교”, 범한철학 45권, 법한철학회, 2007, 131-161쪽.

이정희, “토마스 아퀴나스 윤리적 양심론”, 중세철학 Vol.13, 한국중세철학회, 2007, 275-321쪽.

이진남, “아퀴나스 자연법 이론의 세 요소”, 중세철학 Vol.10, 한국중세철학회, 2004, 93-117쪽.

_____, “토마스주의 유신론적 자연법 윤리에 대한 변호”, 가톨릭철학 8권, 한국가톨릭철학회, 2006, 228-259쪽.

_____, “토마스주의 자연법 윤리에서 신자연법주의와 환원주의 자연법주의”, 철학연구 33권, 고려대학교 철학연구소, 2007, 137-162쪽.

이창우, “자연적 성향을 따라서-토마스 아퀴나스와 스토아-”, 철학연구 57권, 철학연구회, 2002, 107-124쪽.

임경현, “토마스 아퀴나스의 자연법-신데레시스, 아리스토텔레스, 그리고 몇 가지 문제들”, 중세철학 Vol.23, 한국중세철학회, 2017, 5-45쪽.

임기석, “성토마스 아퀴나스의 법과 정의”, 신학전망 37호, 광주가톨릭대학교 신학연구소, 1977, 122-140쪽.

佐々木亘, “永遠法の分有としての自然法ートマス・アクィナスにおける永遠法と自然法ー”, 鹿児島純心女子短期大学研究紀要　第47号 , 鹿児島純心女子短期大学, 2017, 11-26頁.

高坂直之, “トマスの法理にみられる<良心>の役割りとその近代的意義”, 北海道教育大学紀要, 第1部, B, 社會科學編, 第17巻 第2號, 北海道教育大学, 1966, 1-18頁.

松根伸治, “トマスは主知主義者か-知性と意志の関係-”, 『南山神学』 第36号, 2013, 191-216頁.

Raymond Bradley, "The Relation Between Natural Law and Human Law in Thomas Aquinas", *The Catholic Lawyer, Vol. 21. No. 1*, 1975, pp.42-55.

Santiago Legarre, "Derivation of Positive from Natural Law Revisited", *57 AM. J. JURIS. 103,* 2012, pp.103-110.

Simona Vieru, "Aristotle's Influence on the Natural Law Theory of ST Thomas Aquina"s, *The Western Australian Jurist, Vol. 1*, 2010, pp.115-122.

3. 기타

St. Thomas Aquinas The Summa Theologica (Benziger Bros. edition, 1947) Translated by Fathers of the English Dominican Province(https://www.ccel.org/a/aquinas/summa/home.html)

Alfred J. Freddoso New English Translation of St. Thomas Aquinas's Summa Theologiae (Summa Theologica) (https://www3.nd.edu/~afreddos/summa-translation/TOC.htm)

[Abstract]

Thomas Aquinas's Natural Law and Human Law

-Focused on 'Conclusion' and 'Determination' of Derivation Methods-

Song, Si Seob*

Thomas Aquinas's idea of natural law is based on the theory of the three division of law that began with the Stoic school. He combined Augustine's philosophy of natural law, which inherited Plato's ideas, with Aristotle's newly-emerged philosophy, and built a monumental landmark of natural law theory, which is literally called "Summa". Afterwards, his ideas of natural law were somewhat slowed by the attack of Voluntarism and Legal Positivism, but after World War II, his idea was revived in various forms in the wake of the "Natural Law Renaissance". Although different criticisms are made, Thomas Aquinas's idea of natural law has been inherited, or opposed, but ultimately revived as new Thomism.

The main purpose of this paper is to find the principles of derivation of human law from natural law, through Thomas Aquinas' Summa Theologiae. Furthermore, it is to discover the difference in the basis and binding force between each human laws. I hope this study will serve as an opportunity for the theologians, philosophers, and legal scholars to discuss the essence of Aquinas' legal ideas in the future.

[Key Words] Thomas Aquinas, Natural Law Theory, Natural Law, Human Law, Derivation, Conclusion, Determination

* Professor of Dong-A University Law School, Attorney at Law