

〈論 文〉

## Legal Philosophy and Theory in Korea: A Survey

Chongko Choi\*

### *Foreword*

The objective of this thesis is to survey the paths taken in the formation of legal philosophy and theory in Korea,<sup>(1)</sup> and to analyze the circumstantial issues faced thereby. We ask ourselves the significance in understanding the legal philosophy and theory of a developing third-world nation such as Korea, where the rule of law is still at its adolescent stage when compared to those of developed nations such as Germany and the United States. This significance is by no means in the self-praising of any sort of philosophical or theoretical perfection attained, but rather is in the affirmation of the current shaping of legal philosophy and theory. Furthermore, while Christian ethics have been the domineering backbone of legal philosophy and theory in the West, the religious and ethical pluralism which gives rise to Korea's legal philosophy and theory differs distinctly in that it rests upon Confucianism, Buddhism and Shamanism. This difference is what arrests the attention and arouses the interest of Western students of law. The world of law is also experiencing the converging effects of globalization and universalization; however, the legal culture dominant in the Far-East Asian nations of China, Japan and Korea is still dissimilar to that predominant in the Western nations. The existence of this unique legal culture has given rise to an equally characteristic legal philosophy and theory.<sup>(2)</sup>

\* Professor of Law, Seoul National University

(1) A previous work of this writer on this subject is: "The traditional and Western Law in Korea," *Journal of Social Science*, Korean Branch of UNESCO, vol. 9, 1982.

(2) Chongko Choi, "The Asian Conception of Right and Duty," *Philosophy of Law and Social Philosophy East and West* (Festschrift for Ton-Kak Suh), Seoul, 1990,

Strictly speaking, the grounds on which the above mentioned Korean legal philosophy and theory stands is unsteady because of its lack of concrete jurisprudential concepts and methodology. However, the reason for it being specified as Korean legal philosophy and theory in this thesis is simply related to the fact that it bore fruit on Korean soil. In the following, the historical development as well as the current problems faced shall be discussed and in conclusion, future prospects shall be weighed.

## ***I. Formation of Legal Philosophy and Theory in Korea***

### **1) Traditional Law**

Traditionally interlinked to the Korean indigenous jurisprudence(*Yulhak*), the fields of law and theory did not take shape independently. From the time of the Koryo Dynasty of the 9th century, through the Yi Dynasty, and until the early 20th century, *Yulhak* was generally regarded as a 'technical learning' or a 'miscellaneous learning' (*Chaphak*). It served the purpose of clarifying legal rules and did not extend itself beyond the execution of 'criminal law.'

It is a well-known fact that Europe's Roman law was moulded upon the schoolings of Greek philosophy. In Korea, the influences of Confucianism and Buddhism on law were strong; however, this religion and code of ethics did not manage to transcend to the level of generalization and abstraction required for it to function as philosophy. Thus philosophy was bound to the study of poetry and Confucian canons and was altogether excluded from the study of *Yulhak*. This remains the stumbling stone to the indigenization of a concrete legal philosophy and theory in Korea. Furthermore, it is the fundamental reason why whenever legal philosophy or theory is mentioned, Koreans instinctively infer them to be Western concepts.

This is not to say that Koreans were insouciant in their search for a 'righteous law'. Though they did lack the knowledge of powerful and effective analytical tools found in 'Legal Positivism' and 'Natural Law', they have nonetheless striven to realize righteousness through practical reasonings of

Confucian and Buddhist ideals.<sup>(3)</sup>

## 2) Reception of Western Law

In order to comprehend the reception process of Western Law in the Korean peninsula, we first need to study the general Korean opinion of the West. In reference to this, the author has conducted a monograph study on *The Reception of Western Law in Korea*(Seoul, 1981). Western law found its way into the Korean Peninsula through the writings of Western missionaries in China during the 18th century. The Korean Confucian intellectuals, however, were quick to criticize this 'Western Learning' boycotting it with fervour.<sup>(4)</sup> The reason behind this thorough opposition was in the seemingly altogether too technical nature of Western law that did not delegate enough importance to moral and personality cultivation.

The year 1895 saw the commencement of active importation of Western law. In this year, the first law institution, the Training Institute of Judicial Officers, was founded and bright young minds were sent to study in Japan with the ultimate objective of returning and lecturing at this institution. However, the only course offered was the 'Introduction to Law' in addition to some positive legal areas, and courses in legal philosophy and theory were altogether lacking. Even in journals, only a handful of articles related to law and morality could be found. The theories of Montesquieu, Rousseau, Pufendorff, Grotius and Jhering were introduced in textbooks along with the 'Theory of Natural Right'.<sup>(5)</sup> However, this enlightenment period of Korea was too short due to the entrance of Japanese colonialization.

## 3) Legal Philosophy and Theory under Japanese Rule

Japanese Imperialism became a perilous obstacle accosting Korea in 1905, a

(3) Pyongchoon Hahm, *Korean Political Tradition and Law*, Hollym/Seoul, 1967; Chongko Choi, "The Traditional Korean Law and its Modernization," *Transactions of Royal Asiatic Society*, vol. 64, 1989.

(4) Chongko Choi, "On the Reception of Western Law in Korea," *Korean Journal of Comparative Law*, vol. 9, 1981.

(5) cf. Mitsunori Fukada, On the Reception of Natural Right Theory in Modern Japan, paper read at the 14. World Congress of IVR in Edinburgh, 1989.

mere 10 years after the taking effect of modern law in the peninsula. In 1910, the Japanese annexation of Korea was carried out and followed by the establishment of the Keijo Imperial University (1926) in Seoul, predecessor of Seoul National University, which marked the beginning of the enforcement of colonial education in Korea. The professor in charge of legal philosophy at this University was Odaka Tomoo (1899~1956), who maintained a profound acquaintance with Hans Kelsen. He introduced 'The Pure Theory of Law' with zest and vigor, greatly influencing his disciples Hanyong Lee (1915~ ) and Sandok Hwang (1917~1989), who went on to become pioneers in the field of legal philosophy in Korea.<sup>(6)</sup> After the defeat of the Japanese in the Second World War, Professor Odaka returned to Tokyo Imperial University as a professor of legal philosophy, becoming a nationally distinguished scholar in this field. During the period of Japanese rule, Korean philosophy was overwhelmingly influenced by German idealism. Students recited the names of philosophers such as Descartes, Kant, Schopenhauer combined with 'Dekanscho,' yearning all along to quench their thirst for Western philosophy. This exaggerated alienation of philosophy from reality posed itself as a threat. Philosophy did not offer the means to liberty and freedom but seemed rather to have embraced the seeds of disappointment and deterioration. Thus under such circumstances real Korean legal philosophy had no opportunity to express itself.

#### 4) Legal Philosophy and Theory in A Divided Nation

After the liberation from Japanese rule in 1945, Korea was subsequently divided into two states, North and South. The South was governed by the American Military Government from 1945 till 1948, while the North effectively came under Soviet rule. The constitution of the South was proclaimed in 1948 forming the Republic of Korea, a democracy aiming for a "rule of law". The North became the People's Democratic Republic of Korea, a nation

---

(6) Hanyong Lee authored *Popcholhak Keron* (Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1957); Sandok Hwang authored *Popcholhak Kangui* (Vorlesungen zur Rechtsphilosophie, 1970).

adopting a unique governmental system that has maintained the strictest of 'closed-door' policies till this day. The South adopted the Continental civil law system forming a mixed legal culture where German law constituted the main current with the interjection of some American law. This shall be discussed in detail later.<sup>(7)</sup>

The legal structure of the North Korea has steadily become more socialist and in the 70's, at Kim Il-Sung's initiative, a unique legal philosophy and theory based on his *Chuche*(subjectivity) ideology bore fruit. The appraisal of the *Chuche*-philosophy of law must be approached with care, and from what we have seen so far, it is unfavorably critical of the capitalistic legal philosophy. In the eyes of the scholars of legal philosophy of the South, this *Chuche* philosophy seems to be nothing more than political propaganda used as a means of permeating the political ideology of Kim. However, when confronted with the unification problem of the two Koreas, the foremost task to be tackled is this *Chuche* legal philosophy and theory, a topic that shall be enlarged upon later.

The variety of legal philosophy and theory of South Korea can be broadly categorized into 'Western Legal Philosophy and Theory', and 'Indigenous Legal Philosophy and Theory'.<sup>(8)</sup>

The development of Western legal philosophy can be explained as follows. Since liberation in 1945 the legal philosophy that has most influenced Korea is that of the "Pure Theory of Law" of H. Kelsen. The fact that over ten volumes of his books were translated into Korean attests to this. A considerable number of legal scholars of even constitutional law and international law called themselves "Kelsenians". To Korea, then a country striving to unfetter itself from the chains of tradition, religion, morality and political unstables, in search for 'pure' law, Kelsen's "Pure Theory of Law" must have seemed like

---

(7) Chongko Choi, "Structure and Thought of North Korean Law," *Pukhan Yongu*(Studies on North Korea), vol. 1, No. 2, 1990.

(8) Chongko Choi, *Hanguk Popsasangsa* (History of Korean Legal Thoughts), Seoul Nat. Univ. Press, 1989, pp. 331-353.

a god-sent gospel.

However, once a factor of self-contradiction was discovered in Kelsen's theory, that interest declined and was gradually replaced by G. Radbruch's legal philosophy. G. Radbruch's *Vorschule der Rechtsphilosophie*(1947) was translated into Korean in 1954 by Professor Ton-Kak Suh, and Radbruch's *Rechtsphilosophie*(1932) was translated also into Korean in 1972 by the present writer. Several other books of Radbruchs such as *Der Innere Weg*(1951) and *Der Mensch im Recht*(1957) were also translated into Korean.<sup>(9)</sup> Furthermore, three Korean scholars, Zong Uk Tjong, Youngback Kwon and Jisu Kim received their doctorate degrees through their dissertations on Radbruch's legal philosophy, on which Professor Arthur Kaufmann in turn commented in the *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Bd. 56, 1970).<sup>(10)</sup> An appropriate reasoning as to why Radbruch's legal philosophy received such sound resonance in Korea could be that put forth by the Japanese Professor K. Miyazawa,<sup>(11)</sup> who explains that Radbruch's writing style strikes a certain harmony resonance with the Korean mentality. Moreover, advocating tolerance and relativism rings better with Asian philosophy than does opposition and confrontation. Thus we are not just stopping short at translating and imitating Radbruch's legal philosophy but rather we are assuring and striving to assimilate the Asian Philosophy found in Radbruch's teachings into our lives.

Needless to say, Radbruch's legal philosophy is not the only legal philosophy we find today. Arthur Kaufmann's "Ontology of Law" and W. Maihofer's "Existential Philosophy of Law" was followed by introductions of other various trends of legal philosophy. The controversies facing legal philosophy and theory, for example, the Argumentation Theories of C. Perelman and R. Alexy have all been introduced and are becoming a subject of current interest. Since

(9) See Chongko Choi, "On the Reception of G. Radbruch's legal philosophy in Japan and Korea," *Pophak Nonchong*(*Law Journal of Sungsil Univ.*) Seoul, 1985.

(10) Also see Arthur Kaufmann, *Gustav Radbruch und die koreanische Rechtswissenschaft, Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokyo, 1980.

(11) Koichi Miyazawa, *Gustav Radbruch und die japanische Rechtswissenschaft, Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968.

most Korean legal philosophers are able to comprehend German publications, Korean-German exchange programs in legal science are increasing in volume day by day. In 1976, Die Deutsch-Koreanische Gesellschaft für Rechtswissenschaft started operation and has since published its *Recht in Deutschland und Korea* annually.<sup>(12)</sup>

Though German legal philosophy and theory is dominant in Korea, Anglo-American legal philosophy and theory also is being studied widely today. The works of R. Pound, J. Hall, Lon Fuller and H.L.A. Hart have been translated into Korean, and the 'Critical Legal Theory' is gaining in popularity nowadays among some young Korean scholars.<sup>(13)</sup>

## **II. Current Situation of Korean Legal Philosophy and Theory**

Up to this point, we have examined the historical development in which Western legal philosophy and theory has been examined in Korea. Now we will turn to examine the problems which Korean legal philosophy and theory is facing and what efforts are being made in its favor.

The first aspect which must be examined is the position which Korean legal philosophy and theory holds in the Korean educational curriculum.<sup>(14)</sup> As a result of a Korean method of education which places priority on the study of positive law and coursework which prepares students for the National Judicial Examination, as well as a desire of most law students to become practical lawyers, the number of academicians specializing in legal philosophy and theory is minimal. Legal philosophy is an elective subject which appears in the first round of the National Judicial Examination. There are only a limited number of professors who give lectures in legal philosophy. However, in 1957 the Korean

(12) See Chongko Choi, Die deutsch-koreanische Beziehungen durch Rechtswissenschaft, *Recht in Deutschland und Korea*, Bd. 2, 1980.

(13) Since 1988, the quarterly *Popkwa Sahoe*(Law and Society) has been published by a group of rather young scholars.

(14) For details, Chongko Choi, *Hanguk Pophaksa*(History of Korean Legal Sciences), Bakyounsa/Seoul, 1990.

Society of Legal Philosophy was established, and the IVR-Korean Branch has been continuously active since 1981. In 1991, an academic journal *Philosophy of Law and Social Philosophy* (annual) was published which reports the papers of domestic legal philosophers as well as the translations of the papers of foreign scholars such as R. Dreier, J. Aarnio, and A. Tay, thereby demonstrating close ties with international legal philosophy and theory.<sup>(15)</sup>

On the whole, all Korean law courses are taught in the German lecture method. Consequently, it is difficult for students to receive training in legal reasoning in the manner done in the U.S.A. If philosophy, as I. Kant states, should be the act of thinking, i.e. not '*Philosophie*' (philosophy) but '*philosophieren*' (to philosophize), it is undeniable that in the Korean legal system and among Korean jurists, efforts towards subjective legal philosophizing (*Rechtsphilosophieren*) are frail at best. It would not be an exaggeration to admit that the majority of Korean legal philosophy and theory has been formed through memorization and consequent regurgitation of Western legal philosophy and theory. A detailed explanation of the contents of the legal philosophy and theory which has been received from the West is not necessary here. It is certainly a surprise to find that Korean students of law take the Western theories of natural law, such as sociological jurisprudence, historical thought of law (*Historische Rechtsschule*), anthropology of law (*Rechtsethnologie*), and theology of law (*Rechtstheologie*) as read, translated and presented by Korean scholars and, after committing them to memory, bring them into full operation of themselves. Western legal philosophy and theory, like the messages "water flows from high to low", and the gospel "Let Samaria be my witness to all the land", have become universal ways of thought reaching to all corners of the world.

On the other hand, Western legal philosophy and theory are not simply imitated without being first judged. The Korean indigenization of Western

(15) In addition to this journal, a significant publication for Korean legal Philosophy is an international Festschrift for Prof. Ton-Kak Suh, the president of Korean Branch IVR. It is called *Philosophy of Law and Social Philosophy East and West*, Seoul, 1990.



ideas is not quite as strong as the Chinese indigenization, but its inclination towards indigenization grows more significant. In this respect, Korean legal philosophy and theory straddles a balance between Westernization and indigenization.<sup>(16)</sup> In the opinion of this writer, when one reads literature on legal philosophy and theory, it is necessary to look at the Oriental Classics in their vernacular or at least take into consideration the socio-historical interest relating to legal consciousness and legal culture of Korean people. It is here that the difficulties and anguishes of Korean legal philosophy and theory can be found. The answer to the question why simple translations and introductions of Western legal philosophy and theory are not sufficient is that the reality of Korean legal culture and legal consciousness develops in a different direction than the German, American, or English cases. The answer to the question why it is necessary to learn Western legal philosophy and theory is that it faces heavy doubts among critics, so its knowledge is crucial. This sort of tendency is becoming more and more conspicuous among the younger scholars and students.

My analysis can be divided into several different points of view.

a) Gap between *theorie* and *praxis*

It is difficult to explain the expansion of Korean practical application (*praxis*) into the adopted Western legal institution and theory.<sup>(17)</sup> Thus, Korean legal scholars have realized that they should build up their "koreanized", "reality-based" theories of law.

b) Reflections on legal methodology

The fact is slowly being revealed in Korea that Korean jurisprudence, which mainly teaches German legal dogmatics, is a technique which serves effectively for nothing more than capitalism and bureaucratism. Consequently, young scholars are showing interest in critical legal theory and are looking

(16) For details, M. Rehbinder/Ju-chan Sonn(Hrg.), *Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea*, Nomos Verlag/Baden-Baden, 1990.

(17) cf. Pyongchoon Hahm, *Korean Jurisprudence, Politics and Culture*, Yonsei Univ. Press, Seoul, 1986.

for new methodologies.

c) Preparation for unification between North and South

Preparation for unification carries with itself a deeper meaning. At the time of "unification" between the extreme 'American-style' capitalist system of the South and the world's most extreme 'Soviet-style' (pre-perestroika) communist system of the North, Koreans now believe that the impact and confusion will be greater than that encountered with the unification of Germany. No one knows for sure that the field of law will not be faced with a catastrophe. However, if a new system of legal philosophy and theory is designed in Korea which is able to overcome these two extreme ideologies, then a great contribution will be made to the world history of legal philosophy and theory.

### III. *Perspective*

Korea's legal philosophy and theory has not had its theories and definitions fine-tuned the way the West has. Korea has taken up similar motives and ways of thinking as the legal philosophy and theory of the West, but it has been unable to engage in theory-building. This is likely because of the influences of Confucianism, Buddhism, and other traditional forms of morality and religion.

The Korean people, however, if looked at from a practical reasoning perspective, have always been fond of proper thinking and right conduct.<sup>(18)</sup> In the future, the contents of practical reasoning will be theorized through Western theories and language, and the problem of how to establish a legal philosophy and theory which can be debated with Westerners is something which must be solved by Korean legal philosophers and jurists. If philosophy and theory is seen as a 'reflection' of culture and life, the development of Korean legal culture and legal life will be followed gradually by enhancement of Korean legal philosophy and theory.

---

(18) Chongko Choi, Law and Practical Reason from the Asian Viewpoint, paper read at the 15th World Congress of IVR(1991), Göttingen/Germany.

# 韓國에서의 法哲學과 法理論

崔 鍾 庫

이 논문은 외국학자를 위하여 한국에서 법철학과 법이론이 어떻게 형성되어 왔고, 어떠한 문제상황 속에 있는가를 소개하려는 데에 목적이 있다. 예컨대 독일이나 영국·미국과 같이 법치주의가 발달된 선진국가가 아닌 이른바 개발도상국가 혹은 제 3세계의 한 나라인 한국과 같은 나라에서 법철학과 법이론이란 무슨 의미를 가지는 것일까? 그것은 결코 완성된 철학이나 이론을 자랑하는 것이 아니고, 현재 형성·성장하고 있는 법철학과 법이론을 확인하는 데에 뜻이 있다고 하겠다. 또 그리스도교를 배경으로 하여 형성된 서양의 법철학과 법이론과는 달리, 유교·불교·사마니즘을 배경으로 하는 종교적, 윤리적 複數國家속에서 법철학과 법이론을 형성하고 있는 것도 서양의 법학자들의 눈에는 매우 흥미있으며 기대에 클 것이다. 우리는 분명히 법의 세계에서도 世界化 내지 地球化 혹은 收斂(convergence)의 방향으로 나아가고 있지만, 아직도 중국·일본·한국의 이른바 極東에서는 서양과 많이 차이가 나는 法文化를 형성하고 있다. 이러한 독특한 범문화화를 배경으로 하여 독특한 법철학과 법이론을 만들 수 있는 가능성은 크다. 다만 법적 개념과 방법론을 개발하지 못하였기 때문에 아직도 엄격한 의미에서의 한국적 법철학 혹은 법이론이라고 부를 수 있는지는 의문이다. 그러나 이 논문에서 한국 법철학이라 부르는 것은 한국에서 만들어진(형성된) 법철학과 법이론을 포괄적으로 의미한다. 한편으로 역사적 형성과정을 더듬어 보고, 다른 한편으로 현재의 상황과 문제점을 분석해 보고, 결론적으로 앞으로의 전망을 가늠해 보고자 한다.

## 1. 한국에서의 법철학과 법이론의 형성과정

### 1. 전통적 법학

전통적으로 한국의 토착적 법학, 즉 律學에서는 법철학 혹은 법이론이라는 분야가 독립적으로 성립되지 못하였다. 대체로 9세기(고려시대)부터 20세기에 이르는 조선시대까지 律學은 技術學 혹은 雜學의 하나로 불리워졌듯이 단순히 法典을 해석하고 형벌을 내리는 수단에 지나지 않았다. 서양에서는 로마법학이 그리스哲學, 특히 아리스토텔레스의 철학을 빌려서 學問化(Verwissenschaftlichung) 하였던 것으로 알려져 있다. 한국에서는 유교, 불교의 영향이 있었지만 이들 종교 혹은 윤리는 그리스철학의 一般化, 抽象化와 같은 학문화의 기능을 할 '철학'은 못되었다. 그래서 철학은 항상 유교명전이나 詩를 공부하는 데에 포함되었고, 律學에는 포함되지 아니하였다. 이것이 한국에서 법철학과 법이론을 土着化시키는 데에 가장 어려운 걸림돌이 되는 것이다. 한국인이 법철학 혹은 법이론이라고 부를 때 이미 그것은 서양 법철학 혹은 법이론을 뜻하는 것으로 받아들이는 이유가 여기에 있다.

그렇다고 전통시대에는 한국인이 '바른법'(richtiges Recht)을 찾으려는 노력이 없었다는 얘기는 아니다. 法實證主義나 自然法이니 하는 개념은 몰랐지만 유교적, 불교적 實踐理性에 의하여 바른 것을 찾으려는 마음을 실행하는 민족이라고 할 수 있다.

### 2. 서양법학의 受容

한국에 서양적 법철학과 법이론의 수용과정을 이해하려면, 어떻게 서양법이 한국에 수용되었는가를 알아야 한다. 이에 대하여 필자는 「韓國의 西洋法受容史」(1981)라는 단행본 연구서를 낸 바 있다. 대체로 서양의 법학이 한국에 소개된 것은 18세기말, 중국에 와 있던 서양선교사들의 저서들을 통해서였다. 그러나 당시 한국의 유교지식인들은 서양법학을 수용하려는 생각보다 그것을 배척·비판하는 주장

을 발표하였다. 그 이유는 서양법학은 교양과 인격보다도 기술적인 것을 중요시 한다고 보았기 때문이다.

한국에 본격적으로 서양법학이 수입된 것은 1890년대에 들어서였다. 1895년 최초의 법학교육기관(법관양성소)이 설립되고, 거기서 가르칠 교수를 양성하기 위해 일본으로 젊은 청년들을 유학보냈다. 그래서 한국에서 근대적 의미의 법학은 1895년부터 시작되었다고 볼 수 있다. 이 당시에는 그러나 교과내용에 법철학이나 법이론 같은 과목은 없었고, 오직 법학통론만 있었다. 잡지에도 “법과 도덕”같은 제목의 논문들이 몇개 발견될 뿐이다. 이 때 루소, 푸렌도르프, 그로티우스, 에빙 같은 학자들이 소개되었고, 자연법이란 개념도 소개되었다.

3. 일본통치기의 법철학과 법이론

그러나 한국법학의 출발은 끝이아 1905년부터 밀어닥친 일본제국주의의 침략에 의하여 위협받게 되었다. 1910년에 한일합방이 이루어지고, 1925년에는 서울에 京城帝國大學이 설립되어 식민지교육이 실시되었다. 여기에서 처음으로 「法哲學」이란 과목이 설치되었는데, 담당교수는 일본인 오다카도모오(尾高朝雄)였다. 그는 특히 한스 켈젠(Hans Kelsen)과 깊은 교류를 갖고, 純粹法學(reine Rechtslehre)을 경력적으로 소개하였다. 그의 감화를 받은 두 학생, 李恒寧(1915~ )과 黃山德(1917~1989)이 후일 한국의 법철학의 선구자로서 역할을 하고 있다. 오다카교수는 세계 2차대전후 일본으로 돌아가 東京帝大에 법철학 교수가 되었다. 일본의 통치기간중 한국의 철학은 압도적으로 독일 觀念論(Idealismus)에 영향을 받았다. 학생들은 데카르트-칸트-쇼펜하우어를 결합하여 “데칸쇼”를 소개하면서 서양 철학을 동경하였다. 이것은 한국인이 철학을 너무 현실과 거리가 먼 관념체계로 생각하는 경향을 불러들인 위협스런 것이기도 하였다. 식민지 통치의 압박에서 철학은 해방을 의미하는 것이었다기보다도 일종의 체념과 변질을 뜻하는 것이었다. 이때 한국인의 법철학과 법이론은 진정한 의미에서 발표될 수는 없었다.

4. 분단국가에서의 법철학과 법이론

1945년 한국이 일본으로부터 해방되고 남한과 북한으로 나뉘어져 남한에는 1945~48년까지 미군정이 실시되었고, 북한에는 소련군에 의해 공산정권이 수립되었다. 남한은 1948년 헌법을 제정하여 대한민국을 만들어 ‘법의 지배’를 지향하는 자유민주주의의 체제를 이루었다. 북한은 조선민주주의 인민공화국을 만들어 오늘날까지 세계에서 가장 폐쇄적이고 독특한 통치체제를 유지해오고 있다. 따라서 남한의 법질서는 일본을 통하여 받은 대륙법체제, 특히 독일법의 영향을 기초로 하여 미국법을 가미한 혼합법문화 형성을 하고 있다. 북한에서는 모든 법제도가 점점 사회주의법으로 변해갔고, 1970년대부터는 김일성이 주장한 주체사상에 입각한 독자적 법철학과 법이론을 형성하고 있다. 주체법철학과 법이론을 어떻게 평가하느냐는 문제는 매우 조심스러운 것이지만 지금까지 보이는 바로는 자본주의 법철학과 법이론에 대한 강한 비판을 포함하고 있다. 남한의 법학자들의 눈에는 주체사상은 진정한 철학이 아니고 김일성의 정치이데올로기를 가장한 정치선전과 非학문화로 비쳐진다. 그러나 앞으로 남북통일을 향하여 이 변질된 주체법철학·법이론과 어떻게 대화해야 할지는 장래의 큰 과제이다.

남한에서의 법철학과 법이론은 상당히 다양한데 크게 나누어 서양적 법철학 및 법이론과 한국의 고유한 법철학 및 법이론으로 나누어 설명할 수 있다.

한국에서의 서양법철학의 소개는 대체로 다음과 같이 전개되었다. 해방후 한국에 가장 큰 영향을 준 서양법철학 내지 법이론은 한스 켈젠의 순수법학이었는데, 10권 이상의 그의 책이 번역되었다. 상당수의 한국 법학자들이 ‘켈젠니안’(Kelsenian)을 자처하였듯이, 전통과 종교, 관습, 도덕, 정치적 권력으로부터 해방된 ‘순수한’ 법치주의를 심계하려는 대한민국에 켈젠의 순수법학은 마치 福音과도 같은 메시지로 들렸다.

그러나 켈젠의 법이론은 그 자체로서 문제점들을 안고 있음이 지적됨에 따라 그에 대한 관심은 점점 줄어들고 대신에 라트브루흐(G. Radbruch)의 법철학에 대한 관심이 커졌다. 라트브루흐의 대표저서 「法哲學」(Rechtsphilosophie, 1932)는 필자에 의하여 1975년에 한국어로 번역되었지만, 그 밖에도 「법

철학입문」(*Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947)은 이미 1954년에 서문각에 의해 번역되었다. 라트브루흐의 자서전 「마음의 길」(*Der Innere Weg*)과 「법에 있어서 인간」(*Der Mensch im Recht*, 1957) 등 몇권의 책이 번역되었다. 그리고 3명의 한국 법학자 정종욱, 권영백, 김지수가 독일에서 라트브루흐의 법철학에 관하여 연구하여 1960년대에 법학박사(Dr. Jur) 학위를 받았는데, 이에 대하여 카우프만(Arthur Kaufmann) 교수가 특별한 논평과 시평을 하여 ARSP에 신기도 하였다. 왜 이처럼 라트브루흐의 법철학이 한국에서 큰 공명을 얻을 수 있었던가에 관하여는 아마도 일본의 미야자와 교이찌(宮澤浩一) 교수가 말하였듯이 라트브루흐의 文章과 동양인의 사고방식이 조화될 수 있기 때문인지 모른다. 또 대립과 투쟁보다도 寬容과 相對主義를 주장하는 것이 아시아인의 哲學 내지 精神과 공명되기 때문인지 모른다. 여기에서 우리는 라트브루흐의 법철학을 단순히 번역하고 모방하는 것이 아니라 라트브루흐 속에서 아시아적 법철학을 발견하고 확인하여 우리의 것으로 만들려는 노력을 기울이고 있다고 하겠다. 이런 의미에서 근년에 한국 법철학자 박은경 교수가 「라트브루흐의 법철학」(1989), 심현섭 교수가 「켈젠법이론선집」(1991)을 편역하여 내는 것은 그런 뜻을 담고 있다고 볼 수 있다.

독일에서도 라트브루흐의 법철학이 현대 법철학의 全部는 아니듯이 한국에서도 그것이 마지막 소리는 물론 아니다. 그 뒤를 이은 카우프만(Arthur Kaufmann)의 법존재론(Rechtsonnologie), 볼프(Erik Wolf)의 法神學(Rechtstheologie), 마이호퍼(Werner Maihofer)의 實存主義的 法철학(Existenzielle Rechtsphilosophie) 등 다양한 법철학 경향이 한국에도 소개되고 있다. 최근에는 페를만(C. Perelman)과 알렉시(R. Alexy)의 논의이론(Argumentationstheorie)도 관심의 초점이 되고 있다. 한국의 법철학자들은 독일어 서적을 대부분 자유로히 읽을 수 있고, 한독법학교류는 점점 폭넓게 이루어지고 있다.

독일 법철학과 법이론이 한국에서 지배적이긴 하지만 점점 영미식 법철학과 법이론이 많이 소개되고 관심이 커지고 있다. 파운드(R. Pound), 홀(J. Hall), 풀리(L. Fuller), 하아트(H.L.A. Hart)의 책들이 번역되고, 심지어 최근에는 비판법이론(Critical Legal Theory)도 한국의 젊은 법학자들에게 흥미를 끌고 있다.

## II. 한국 법철학과 법이론의 문제상황

위에서 서양법철학과 법이론이 어떻게 한국에 수용되었는가를 검토해 보았는데, 여기서는 오늘날 한국에서 법철학과 법이론이 어떠한 문제점을 안고 어떻게 노력하고 있는가를 분석해 보았다.

무엇보다 먼저 지적해야 할 것은 한국 교육의 교과과정에서 법철학과 법이론의 과목이 어떠한 위치를 차지하고 있는가이다. 한국의 법학교육은 司法시험을 준비하는 실정법위주의 교육방법이고, 학생들의 대부분이 법률실무가가 되려고 하기 때문에 법철학과 법이론을 전공하는 아카데미즘은 그리 인기있는 분야는 아니다. 법철학과목은 사법시험에서 제 1차 선택과목의 하나로서 들어있다. 법철학을 전문적으로 가르치는 교수의 숫자도 많지 아니하다. 그러나 1957년에 「한국법철학회」가 창립되었고 1981년에 세계 법철학 및 사회철학 한국지부(IVR-Korea Sektion)로서 「법철학 및 사회철학 한국학회」가 결성되어 활동중이다. 1991년에 창간된 학회지 「法哲學과 社會哲學」(*Philosophy of Law and Social Philosophy*)는 국내 학자들의 논문뿐만 아니라 아르니오(Aulis Aarnio), 테이(Alice Tay), 드라이어(Ralf Dreier) 등의 논문이 번역되어 실려 세계 법철학 및 법이론과의 긴밀한 유대를 보여주고 있다.

여기에서 서양에서 받아들인 법철학과 법이론의 내용들을 일인히 신명할 필요는 없을 것이다. 서양의 자연법론을 비롯하여 사회학적 법이론, 역사주의 법사상, 법인류학적 접근 같은 이론들이 한국의 법철학자들에게 읽히지고, 번역·소개되고, 학생들도 적어도 머리속의 지식(암기)으로 작용하고 있다는 것은 어떻게 보면 놀라운 현상이다. 그만큼 법철학과 법이론은 세계의 법적 사고방식을 “물이 높은 곳에서 낮은 곳으로 흐르듯” 혹은 “사마리아와 땅끝까지 내 증인이 되리라”는 복음의 메시지처럼 세계의 지구반대편의 한 나라에까지 미치고 있는 것이다.

그렇지만 서양의 법철학과 법이론을 무비판적으로 모방만 하고 있는 것은 아니다. 한국인은 중국인만큼 서양적인 것을 자기 것으로 토착화하는 성향이 강하지는 못하지만, 서양적인 것을 매우 그대로

모방하는 일본인 보다는 토착화의 성향이 강한 것처럼 보인다. 이런 면에서 한국의 법철학과 법이론은 西洋化와 土着化의 중간에 서있다고 하겠다. 적어도 필자의 경우를 말하자면, 서양의 법철학과 법이론에 관한 문헌을 읽어야 하는 동시에 漢文으로 된 동양 古典과 한국인의 法意識과 法文化에 대한 사회학적, 역사적 관심을 갖지 않으면 아니되는 부담감 속에 살고 있다. 여기에 한국 법철학 내지 법이론의 어려움과 고민이 있으면서 동시에 새로운 가능성이 있다고 하겠다. 왜 서양의 법철학과 법이론을 번역·소개하는 것만으로 만족할 수 없는가 하면, 한국의 법문화와 법의식 자체가 독일이나 미국, 영국과는 다른 방향으로 전개되어가고 있고, 왜 항상 서양식 법철학과 법이론을 배우기만해야 하느냐는 비판적 의문이 상당히 강하게 제기되고 있기 때문이다. 이러한 경향은 젊은 학자와 학생들에게서 점점 현저하게 나타나고 있다.

이것을 몇가지 관점에서 정리해 보면 다음과 같이 지적할 수 있다.

#### 1) 이론과 현실의 괴리

서양적 법철학과 법이론은 한국적 현실의 전개를 설명하기에는 부족한 패러다임이라는 지적이다. 현실에 바탕을 둔 법철학과 법이론에 대한 요청이 여기에서 발생한다.

#### 2) 법학방법론의 반성

독일법학이론을 중심으로 가르쳐지는 한국법학은 결과적으로 자본주의와 관료주의에 봉사하는 기능밖에는 하지 못했다는 사실이 지적되고 있다. 그래서 젊은 학자들은 비판법학이론에 관심을 나타내고 있는데, 이것은 한국에서의 민주주의, 법치주의의 실현과 민중합의 합수관계를 이루는 것으로 보인다.

#### 3) 남북통일을 위한 준비

이러한 생각은 남북통일을 위한 준비로서 더욱 중요한 의미를 갖는다. 극단적인 “미국형” 자본주의의 남한체제와 “세계에서 가장 극단적인” 소비에트형 공산주의의 북한체제가 통일될 때 그 충격과 혼란은 독일의 통일에서보다 훨씬 클 것이라고 한국인 스스로 생각하고 있다. 법의 분야에서 어떤 破局이 생기지 않아야 한다. 만일 한국에서 이 두 극단적인 이데올로기를 극복하는 새로운 법철학과 법이론을 개발할 수 있으면, 세계의 법철학과 법이론에 큰 공헌을 할 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 전 망

한국은 법철학과 법이론에 있어서 서양처럼 세련된 이론과 定義를 발전시켜오지 못하였다. 서양의 법철학과 법이론에 비슷한 모티브들과 사고방식은 가졌지만 독자적인 이론구성을 하지 못했다. 그것은 유교·불교와 같은 전통적 윤리 혹은 종교가 ‘철학’적, 논리적 사고방식을 훈련시키는데 적극적으로 기여를 해주지 못하였기 때문이라 하겠다.

그렇지만 실천이성의 관점에서 본다면 한국인도 바른 생각과 바른 행동을 사랑하여 왔다고 할 수 있다. 앞으로 얼마만큼 이러한 실천이성의 내용을 서양적 이론과 언어로 이론화하여 서양인과 대화할 수 있는 법철학과 법이론을 건설하느냐가 한국 법철학자와 법률가들에게 주어진 과제이다. 철학과 이론은 문화와 삶의 반영이라고 본다면, 한국의 법문화와 법생활이 발전해 나가는 만큼 서서히 한국 법철학과 법이론도 발전·승화되어갈 것이다.