

## G. 라드브루흐와 現代法思想

崔 鍾 庫\*

### I. 序 論

이미 1920년대부터 라드브루흐의 이름이 현대 법철학의 代名詞처럼 되었으니 90년대도 중반, 흔히 ‘포스트 모더니즘’(Post-Modernism)을 논의하는 오늘날에도 라드부르흐가 무슨 의미를 가지고 있는가 하는 의문을 말하는 사람들이 있다. 또 라드부르흐의 이른바 상대주의 법철학은 독일의 ‘전환기’(Wendezeit)에 만들어진 시대적 산물이요, 특히 제2차대전 이후에는 극복되어진 사상재(思想財)가 아니냐고 말하는 사람들도 있다. 아닌게 아니라 오늘날 법철학은 라드브루흐의 이름보다는 수많은 ‘이론’들이 등장하여 갈피를 잡지 못하고 있는 것을 보면, 그의 영향력은 사라진 것 아닌가 하는 의문이 들 때도 있다.

그런가 하면, 아직도 그의 저서 「법철학」이 독일에서 계속 애독되는 교과서로 통용되고 있고, 80년대에 들어서는 전 20권에 이르는 그의 전집(Gesamtausgabe)이 법학자의 전집으로서 유일무이하게 간행되는 거사(巨事)가 이루어지고 있다. 법철학에서도 라드브루흐의 이름은 고전적 권위의 광채를 띠고 영원한 스승처럼 군데군데서 인용되고 있다.

우리는 분명 이러한 두 흐름이랄까 현상 속에 살면서 라드브루흐를 ‘지금 이 자리에서’(hic et nunc) 어떻게 이해해야 할까 다시 새삼 묻지 않을 수 없다. 이것이 여기에서 검토하고 논하려는 바이다. 이렇게 보면 라드브루흐의 생애와 사상에 대한 현재의 관점에서의 총평이라고 할 수 있다. 이에 대하여는 한스-페터 슈나이더(Hans-Peter Schneider)가 쓴 유명한 논문 「현대법철학에 미친 라드브루흐의 영향」(Gustav Radbruchs Einfluß auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart)가 있는데<sup>(1)</sup>, 이 논문에서는 라드부르흐의 법사상 중 특히 1) 상대주의, 2) 사물의 본성(Natur der Sache), 3) 인간과 법의 관계, 4) 사회법의 이념의 문제를 중심으로 현대 법철학에서 계속 논의되고 있는 현상을 분석하고 있다. 국내에서도 1994년 한국법철학회가 주최한 추계학술발표회에서 김지수(金智洙)교수의 「구스타브 라드브루흐의 법철학의 현대적 의의」라는 논문이 발표되었고, 매우 진지한 토론이 있었다.

\* 서울대학교 법과대학 교수, 法思想史

(1) 한스페터 슈나이더/최종고 역, 라드브루흐 「법철학」, 삼영사, 1975, 1994(10쇄), 352-381면, 그리고 박은정 편역, 라드브루흐의 법철학, 문학과 지성사, 1989, 146-176면.

## II. 비판과 찬양

라드브루흐의 법철학 내지 사상에 대하여는 그의 생전부터 찬·반논의가 있었던 것이 사실이다. 그의 법학박사논문에 대하여 지도교수였던 리스트(Franz von Liszt)는 아주 훌륭하다고 평가하였는데, 같은 베를린대학 교수였던 요셉 코올러(Josef Kohler)는 모자라는 논문이라고 하였다. 또한 라드브루흐의 「법학입문」(Einführung in die Rechtswissenschaft)에 대하여서도 “전체적으로 미숙한 서술을 통해 오히려 언급하지 않고 내버려두는 것이 나올 정도로 피상적인 진부함과 알파함을 드러낸다”<sup>(2)</sup>고 혹평하였다. 이러한 잘못된 비판에 대해 후일 코올러에 대한 전기까지 쓴 바 있는 슈펜델(Günther Spendel)교수는 “이같은 독기 서린 괴상한 오판(誤判)은 그러나 그럴듯한 학자들조차도 왕왕 모든 학문적 객관성을 놓치고 완전히 잘못 파악할 수도 있다는 사실을 일러줄 뿐”이라고 논평하고 있다.<sup>(3)</sup> 라드브루흐의 주저 「법철학」(Rechtsphilosophie)에 대해서도 철학자 넬슨(Nelson)은 가치상대주의는 상대적 냉소주의라고 비판하였고,<sup>(4)</sup> 엠게(Carl August Emge)는 라드브루흐의 법철학이 불합리하게 논증되었다고 지적하였다.<sup>(5)</sup> 민법학자이면서 법철학자인 카알 라렌츠(Karl Larenz)도 라드브루흐의 법철학은 철저히 비창조적이 되고만 정신의 표현이라고 비판하였다.<sup>(6)</sup> 그러나 이러한 부정적인 평가들도 시간이 지남에 따라 극복되었다. 라드브루흐의 책들이 그의 사후(死後)에도 계속 판을 거듭하고 외국어로 번역되는 반면에 이러한 비판자들의 이름은 듣기조차 힘들게 되었다. 에릭 볼프(Erik Wolf)는 그의 유명한 저서 「독일 정신사에서의 위대한 법사상가들」(*Große Rechtsdenker in der deutschen Geistesgeschichte*, 4판, 1963)에다 사비니, 예에링, 기르케를 이어 라드브루흐를 수록하였다. 볼프는 라드브루흐의 「법학입문」은 ‘동시에 예술가적 업적’이며, 「법철학」을 ‘내용과 형식의 탁월한 통일을 이룬 작품’이라고 높이 평가하였다.<sup>(7)</sup>

이러한 명성과 사상적 공명은 라드브루흐 사후에도 계속되어 전세계에 알려졌고, 영어권을 포함하여 라틴아메리카와 아시아, 특히 일본과 한국에 많이 소개되었다는 것은 이 자리에서 다시 반복할 필요가 없다. 주목되는 것은 독일의 법원에서 라드브루흐를 자주

(2) J. Kohler, Aufgaben und Ziele der Rechtsphilosophie, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 3, 1909/10, S. 508, Anm. 1. 그리고 Radbruch의 *Grundzüge der Rechtsphilosophie*(1914)에 대한 J. Kolner의 논평에 대하여는 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. 32, 1914, S. 318.

(3) G. 슈펜델, 전환시대의 법학자, 박은정 편역, 라드브루흐의 법철학, 25면.

(4) Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1. Aufl., 1917, 2. Aufl., 1949, S. 115.

(5) C. A. Emge, *Über die Grunddogma der rechtsphilosophischen Relativismus*, 1916, S. 64.

(6) K. Larenz, *Rechts- und Sozialphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl., 1935, S. 76.

(7) Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 1963. 그리고 라드브루흐의 생애와 사상, 법철학, 삼영사, 1994, 296-351면.

인용하고 1990년 통일이 이루어진 후에 더욱 활발히 인용되고 논의되고 있다는 사실이다.<sup>(8)</sup> 예컨대 베를린지방법원과 연방최고법원(BGH)에서는 이른바 장벽수비소송(Mauerschutzenprozesse)에서 라드브루흐의 법률적 불법과 초법률적 법(gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)의 명제를 인용하였다. 이것은 아도마이트(Klaus Adomeit)교수의 지적처럼, 단순한 장식물로서가 아니라 동독 국경법 제27조에서 문제된 유일한 정당화 사유(Rechtfertigungsgrund)를 배척하기 위하여 인용된 것이다.<sup>(9)</sup> 이처럼 라드브루흐의 법철학은 오늘날에도 이론으로서만이 아니라 실제로 법원 판결에 수용되고 있는 것이다.

법원 판결에서 주목하는 것은 주로 라드브루흐의 이른바 불법공식(不法公式)이라 불리는 테에제인데, ‘라드브루흐 공식’(公式)(Radbruch-Formel)이라 불리는 이 명제는 1946년 「법률적 불법과 초법률적 법」(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)에서 나치스에 의한 법말살과 관련하여 언급한 다음의 명언에 기초한다.

정의가 전혀 추구되지 아니하거나 정의의 핵심인 행동원칙이 실정법률에서 의도적으로 부정되는 경우에는 그 법률은 단순히 부정당한(unrichtig) 법이 아니라 아예 법으로서의 성질을 가지지 못하는 것이다. 왜냐하면 실정법을 포함하여 법이라 함은 그 외에 자체에서 정의에 봉사하는 질서와 규정으로 정의될 수 밖에 없기 때문이다. 이러한 척도에서 보면 나치스의 법은 모두 효력있는 법(현행법)으로서의 자격을 갖지 못하는 것이다.<sup>(10)</sup>

여기에서 우리는 라드브루흐의 표현이 완전히 논리정연하다고 볼 수 없음을 발견하게 된다. 전반부에서는 나치스의 ‘법’은 개념적으로 법이 아니라고 하는 반면 후반부에서는 ‘법’이기는 하지만 효력이 없는 법이라고 하였는데, 후자는 자연법의 소극적 기능에 상응하는 설명인 것이다. 그러나 이러한 논리적 모순 여부를 논하는 것은 별로 중요한 것이 아니며,<sup>(11)</sup> ‘라드브루흐공식’이 어떻게 실제로 법원에 인용되고 있는가를 안다는 것이 중요하다. 라드브루흐공식은 독일 최고법원들의 판결에서 지속적으로 영향을 미쳤을 뿐 아니라, 50년대, 60년대에 걸쳐 자연법사상의 르네상스를 불러왔고, 영국의 하아트(H. L. A. Hart)와 마인즈대학의 호르스터(Nobert Hoerster)의 비판을 받음으로써 더욱 세계 법철학계의 핵심적 논의테마를 제공하였다.<sup>(12)</sup>

(8) 자세한 것은 Björn Schumacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Göttingen Diss. 1884.

(9) K. Adomeit, *Mauerschutzenprozesse-rechtsphilosophisch*, 김재봉역, 법철학에서 본 장벽수비소송, 법철학과 사회철학, 제4집, 1994, 164-170면.

(10) G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, S. 339. 최종고 역, 법철학, 삼영사, 1975, 290면.

(11) Walter Ott, G. Radbruch-Formel : Pro und Contra, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bd. 107, 1988. S. 335-357, 박정훈 역, 라드브루흐공식 : 그에 대한 찬성과 반대, 법철학과 사회철학 제2집, 1992, 29-54면.

(12) H. L. A. Hart, *Recht und Moral : Drei Aufsätze*, Göttingen 1971; Hoerster, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, *NJW* 39(1986), S. 248 ff; Hoerster, Zum begrifflichen Verhältnis von Recht und Moral, *Neue Hefte für Philosophie*, Bd. 17, 1979, S. 774.

라드브루흐공식이 독일법원의 관례에 어떻게 영향을 미쳤는가에 대하여는 1985년에 괴팅겐대학에서 드라이어(R. Dreier)의 지도로 슈마허(Björn Schumacher) 박사가 쓴 「라드브루흐공식의 수용과 비판」(Rezeption und Kritik der Radbruchscher Formel)이란 박사학위논문이 나온 바 있다.<sup>(13)</sup>

어쨌든 라드브루흐는 정의로운 법만이 법이지 악법(Unrecht)은 법이 아니라고 본다. 문제의 소재는 라드브루흐가 주장하는 바와 같은 자연법적인 협의의 법개념과 하아트와 같은 법실증주의적인 광의의 법개념 중 어느 것이 더욱 타당한 것으로 받아들여질 수 있는가에 있다.

어쨌든 라드브루흐공식에 대한 찬·반론에도 불구하고 법원판결에까지 이렇게 영향을 미치고 있다는 사실은 그의 법철학이 추상적 이론이 아니고 생명력있는 사상재라는 것을 말해준다고 하겠다.

### III. 상대주의의 평가

라드브루흐의 상대주의 법사상은 적지 않은 비판의 표적이 되어온 것이 사실이지만, 대부분 그 진의(眞意)를 파악하지 못한 오해에서 기인하는 것이라고 생각된다. 어떠한 비판자도 어떻게 상대주의를 극복할 것이가에 대해서는, 즉 우리가 어떻게 확실한 가치판단에 다다를 수 있는가에 대해서는 말해주지 못하였다.<sup>(14)</sup> 무엇보다도 라드브루흐의 상대주의와 관용(寬容, Toleranz)을 윤리적 무관심주의나 회의주의와 동일시하는 것은 잘못이다. 라드브루흐의 법철학에서 무엇보다도 강조되는 것은 무관심과 회의와는 정반대인 책임과 결단이다. 카우프만교수는 이것을 “괴에테와 마찬가지로 라드브루흐에게 있어서도 해결책으로 여겨진 것은 너 자신을 알아라가 아니라 너 자신을 시험하라였다”고 표현한다.<sup>(15)</sup> 라드브루흐는 막스 베버와 마찬가지로 다만 주관적 가치판단을 인식(Erkenntnis)이라고 부르는 것을 반대하고, 어디까지나 고백(Bekanntnis)이라고 솔직히 지적했을 뿐이다.

상대주의는 그에게 무엇보다도 관용과 민주주의를 의미했다. 그는 “상대주의는 일반적 관용이다. 다만, 불관용에 대해서까지 관용하는 것은 아니다”고 하였다. 이렇게 그는 민주주의를 실질적으로 이해했다. 따라서 필연적으로 전(前)국가적 인권(vorstaatliche Menschenrechte)을 인정했고, 실질적으로 이해된 법치국가(Rechtsstaat) 사상을 민주주의 사

(13) 이에 따르면 연방헌법재판소(BVerfG)에서의 판결에는 3(1954), S. 58 ff(S. 119); 3(1954), S. 225 ff(S. 232 f); 6(1957), S. 132 ff(S. 198); 23(1968), S. 98 ff(S. 106)이 있고, 민사판결로는 3(1951), S. 94 ff(S. 107); BGHZ 16(1955), S. 333 f(S. 334); 3(1953), S. 357 ff(S. 362) 등이 있다.

(14) A. Kaufmann, 법사상가, 철학자, 사회민주주의자, 박은정 편역, 라드브루흐의 법철학, 60면.

(15) A. 카우프만, 위 논문, 위의 책, 60면.

상에 우선시키는 결론으로 나아갔다. 그는 마지막 논문 「법률적 불법과 초법률적 법」(1946)에서 분명히 이렇게 말했다. “민주주의는 분명 찬양할만한 가치있는 것이다. 법치국가는 그러나 날마다 먹는 빵, 마실 물, 숨쉴 공기와의 같다. 민주주의의 가장 좋은 점은 오직 민주주의만이 법치국가를 안전하게 해줄 수 있기에 적합하다는 것이다.” 이것은 법철학이면서 동시에 라드브루흐 자신이 경험한 체험의 고백이랄 수 있다. 법이론과 정치현실을 종합한 이러한 라드브루흐의 법사상은 독일만이 아니라 세계 어느 국가에서나 명심하고 후퇴시킬 수 없는 사상재(思想材)라고 할 것이다.

그러나 라드브루흐의 상대주의는 몇가지 측면에서 다양하게 이해할 수 있다고 생각한다. 첫째로 방법론상의 상대주의로서, 가치관념의 가치지향적인 목적적 특성을 리케르트(H. Rickert)가 말하는 ‘사실확인’으로서의 가치관념의 유형적 특성과 결부시켜 베버(M. Weber)가 뜻하는 ‘물가치성’(Wertfreiheit)의 의미에서 이해할 수 있다. 그러나 라드브루흐는 베버와는 달리 상대주의를 보다 적극적인 방향으로 진일보시켰다고 생각한다.<sup>(16)</sup>

둘째는 라드브루흐가 제시한 세가지 법이념 즉, 정의, 합목적성, 그리고 법적 안정성 안에서의 세가지 세계관인 개인주의, 단체주의, 초(超)인격주의(문화주의)의 상호관계에 국한시킨 상대주의의 개념으로 파악할 수도 있다. 이것은 라드브루흐가 그의 「법철학」에서 직접 밝힌 합목적성 안에서의 상이한 목적사이의 관계에서만 나타나는 「부분적 상대주의」(partieller Relativismus)를 뜻한다. 각각 상이한 목적을 추구할 수 있는 기회균등의 복수 정당제도를 토대로 하는 그의 민주주의사상도 이런 의미로의 상대주의에서 비롯된다고 하겠다. 김지수교수는 이런 의미의 상대주의에 대하여 다음과 같이 논평한다.

그러나 이는 목적의 상대가치를 부인하는 그 어느 하나에 의한 독재의 일당체제(一黨體制)의 대두까지 방관하는 무저항의 회의적 상대주의까지 수용한다는 뜻은 결코 아니며, 이러한 경우에는 과감히 저항하여 복수정당의 민주주의는 반드시 방어해야만 하는 적극적인 상대주의이어야 한다고 라드브루흐 스스로도 이 점은 강조하고 있다. 그러나 합목적성 내의 상대주의는 단순한 민주적인 복수정당의 제도구성을 위한 공간확보의 의미만을 지니는 것은 아니며, 역사의 전개과정에서 창조의 즉물적(即物的) 인격형성이라는, 격물치지(格物致知)를 근본으로 하는 초(超)인격적 문화사회주의(transpersonal Kultursozialismus)의 사상이 또 다른 상위차원에서의 총체적 합목적성의 구성적 원리로 작용하고 있음을 유의할 필요가 있다. 막스 베버의 학문의 물가치성과 정치지배의 이념형이 전제없는 절대비판의 합리주의(kritischer Rationalismus)를 결코 옹호하는 것이 아닌 것처럼, 라드브루흐의 합목적성에도 소극적인 중립의 공간확보만이 아닌, 각자의 인간존엄을 근본으로 하는 초(超)인격적 문화창조의 이념이 내재적으로 잠재하고 있음을 알아야 한다. 이러한 실질적인 이념의 구성적 원리는 정의의 이중적 의미에서도 잘 나타 나고 있다.<sup>(17)</sup>

라드브루흐의 상대주의는 세번째로 법이념의 3중구조(Trias)에서의 우선(優先)의 상대

(16) 김지수, Gustav Radbruch의 법철학의 현대적 의미, 1994년 추계학술발표회 논문, 14면.

(17) 김지수, 위 논문, 14-15면.

성을 뜻한다고 할 수 있다. 즉 법이 추구하는 세 이념 사이에는 모순, 배타의 갈등을 전제로 하는 상호보완의 관계가 성립되며, 어느 하나만을 절대화할 수 없다. 형식의 정의가 서로 다른 목적에 따라 구체화되고, 목적의 실현이 질서의 안정 위에서 이루어지며, 자족(自足)의 강제질서, 타율만의 공포질서로 획일의 질서가 강요됨이 없이 자율, 평등, 책임을 바탕으로 하는 정의가 다원질서로 형성될 때 모순과 긴장이 끊임없이 이어지는 가운데서도 '실질적 정의'(materielle Gerechtigkeit)의 자기연계적 자기생산의 자기대화(Selbstgespräch)가 이루어지게 된다. 법이 어느 하나의 이념만을 절대적으로 추구할 때 각자의 존엄은 거부되고 실질적 정의는 자기대화를 중단하게 되고, 법은 이에 법으로서의 존립근거를 상실하게 되는 것이다.

이처럼 라드브루흐의 상대주의의 정신 내지 이론은 오늘날의 상황 속에서도 법이 어떻게 바른 위상과 생명력을 느낄 수 있는가를 지시해준다고 하겠다.

박은정(朴恩正) 교수도 라드브루흐의 상대주의 법철학을 1) 가치의 패러독스의 표현으로서의 상대주의, 2) 인권의 철학으로서의 상대주의, 3) 공존(共存)의 철학으로서의 상대주의로 나누어 현대적 의의를 인상적으로 설명하고 있다.<sup>(18)</sup> 결론적으로 이렇게 말한다.

법의 내용적 가치규정의 길을 모색한 라드브루흐는 가치의 패러독스 상황, 즉 법적 불확정성의 상황에서 법철학을 다시 한번 실질화시키는 방향을 택했다. 그리고 그것은 인권의 철학, 관용과 민주주의를 기초지우는 공존의 철학으로 결실을 맺었다. 이 모든 것을 위해서 라드브루흐가 가치상대주의를 더 이상 주장할 수 없게 되거나 포기할 필요는 없었다. 법을 끊임없이 정치에 연결시키고자 했던 그의 법철학이 본질적으로 '정치의 정신화'의 의미를 멈출 다시 한번 상기하기 바란다— 라드브루흐에게 있어서 상대주의는, 민주주의 이념을 기초지우는 철학으로 근본적으로 배제될 수 없는 까닭이다.<sup>(19)</sup>

#### IV. 라드브루흐와 켈젠

이러한 라드브루흐의 상대주의 법철학을 바르게 이해하기 위하여 우리는 현대법철학의 쌍벽을 이루는 켈젠(Hans Kelsen)과 비교해 보면 크게 도움이 될 것이다. 켈젠과 라드브루흐는 어떤 점에서 공통적이고 차이가 났던가?<sup>(20)</sup> 라드브루흐보다 세살 아래인 켈젠은 유대인이란 운명으로 미국으로 망명하여 1973년에 버클리대학에서 사망하였다. 두 사람은 서로 밀접한 관계를 유지하지는 아니하였지만, 라드브루흐는 켈젠에 대하여 '거장(巨將)에 대한 거장의 위대한 경의'<sup>(21)</sup>를 표하곤 하였다.

(18) 박은정, 라드브루흐의 상대주의 법철학이 남긴 것, 박은정 편역, 라드브루흐의 법철학, 문학과 지성사, 1989, 252-273면.

(19) 박은정, 위의 책, 272면.

(20) 자세히는 René Marcic, 라드브루흐와 한스 켈젠, 박은정 편역, 라드브루흐의 법철학, 1989, 229-249면.

(21) R. 마르치, 위 논문, 위의 책, 229면.

두 거장은 일반적으로 신칸트주의자로, 상대주의자로 알려져 있다. 마르쾅(René Mar-  
cic)교수는 “두 사람 다 삶의 연륜이 더해감에 따라 보다 활발하게 신에 관한 물음에 가  
까이 다가갔다. 그래서 각각 자기 나름대로 카톨릭 법철학에 경의를 표했다. 그들의 법이  
론은 서로 의견이 합치되는 면에서든 반대되는 면에서든, 연구라는 그 형식적 활약면에서  
‘상대주의자’에게서는 그 누구도 결코 기대할 수 없었던 방식으로 법신학(法神學,  
Rechtstheologie)의 형태를 취했던 것이다”<sup>(22)</sup>고 지적하고 있다.

켈젠은 그렇게 기구한 생애를 살았음에도 불구하고 인간으로서의 모습이 그의 문장과  
법철학에서 잘 나타나지 않는다고 지적된다. 페어드로스(Alfred Verdross)도 “인간 켈젠은  
왕왕 그 자신의 저작에서는 정확하게 비쳐지지 않는다”고 하였다. 이와는 반대로 라드브  
루흐는 어느 저작이든 인간 라드브루흐를 비쳐주고 있다는 점이 차이점이라고 지적된다.  
마르쾅은 이렇게 표현한다.

라드브루흐의 작품은 그를 조심스럽게 묻는 사람으로, 엄격하게 꿰뚫는 사람으로, 탐색하고  
다투고 회의하는 사람으로, 그래서 절망하는 사람으로, 그리고는 고백하고 기뻐하는 신앙과 소  
망에 찬 사람으로 부각시킨다. 켈젠의 작품은 대부분 인간 켈젠을 가리운다. 거기에는 냉랭한  
간격이 지배한다. 아주 드물게 노기 띤 숨가쁜 호흡이, 경건하고 겸손한 인물인 켈젠을 흥분시  
키고 숨결이 우리를 이따금씩 스치고 지나감을 느낄 수 있을 뿐이다. 그의 작품은 그를 확고한,  
때로는 너무나도 확고부동한 사람으로, 어떠한 도움이나 격려도 필요없을 정도로 확신있는 사  
람으로 부각시켜 준다.<sup>(23)</sup>

그러나 이렇게 보이는 것은 각각 통찰을 얻고 전달하는 기술이 다른 데에서 나오는 차  
이이지, 인간 라드브루흐와 켈젠은 인간됨이 서로 비슷하다고 마르쾅은 지적한다.<sup>(24)</sup> 보다  
예리한 눈으로 관찰하면, 그들의 작품 또한 같은 토대와 같은 구상을 그려 보여준다는 사  
실을 알 수 있다. 단지 라드브루흐의 구상은, 켈젠의 그것을 넘어서서 저 결단을 요하는  
차원으로까지 묻는 반면, 켈젠은 금욕적인 자제(自制)로써 그것에로의 물음을 감히 시도  
하지 않는다. 이점에서라면 켈젠은 그의 첫번째 스승인 단테(Dante)보다는 프란츠 폰 아  
씨시(Franz von Assisi)나 요하네스 둔스 스크투스(Johannes Duns Scotus) 혹은 하이데  
거(Martin Heidegger)에 가깝다고 볼 수 있다.<sup>(25)</sup>

우선 공통적인 점을 찾아보면, 법의 효력근거에 대하여 두 사람은 다 법을 질서로서 형  
식적이고 관계적인, 궁극적으로는 현실을 담는 정신적 구조로서 파악한다. 두 사람은 요컨  
대 옳지 않은 규범이라 할지라도 “개인의 재화는 경우에 따라서 사회적 평안이라는 재화  
를 위해 희생되어야 한다”(Summa Theologica I. 96, 4)고 명하는, 보다 상위의 규범에 의해

(22) R. 마르쾅, 위 논문, 230면.

(23) R. 마르쾅, 위 논문, 230면.

(24) R. 마르쾅, 위 논문, 231면.

(25) R. 마르쾅, 위 논문, 231면.

계속 유효하다고 보는 토마스 아퀴나스(Thomas von Aquin)의 법이론의 범주를 결코 벗어나지 않는다. 두 사람이 다 칸트와 칸트후계자들과 연관지어 파악하고 있는 존재-당위 이론론(Sein-Sollen Dualismus)은 아리스토텔레스식, 토마스 아퀴나스식 고전적 존재론(klassische Ontologie)의 빛 안에서 옹계 보존된다. 라드브루흐와 켈젠 누구도 실정법이 필연적으로 따르는 존재와 당위의 관계, 사실성과 규범성의 관계 문제를 부정하지 않는다. 이 문제는 법의 본질규명에 있어서 규범준수 내지 규범강제의 사실로서의 효과 및 실효성의 기능에 관한 물음에서 제기된다. 두 사람이 모두 품위있게 했지만, 유독 켈젠에 대하여 모순점을 두고 날카롭게 비판이 가해졌다.<sup>(26)</sup> 마르치코수는 이렇게 설명한다.

켈젠은 물론 근본규범(Grundnorm)을 미리 전제하지 않음으로써 이로부터 어쨌든 적이 난처한 결과가 생겨, 강도집단의 우두머리의 명령과 조세당국의 결정을 더이상 구별할 수 없게 되리라는 점을 인정한다. 그러나 법 없는, 법으로부터 자유로운 영역은 그 어디서도 있을 수 없다. 이와 같이 파악된 견해를 우리는 라드브루흐에게서도 찾아볼 수 있다.<sup>(27)</sup>

그리고 “라드브루흐는 국가는 법적 국가이거나 아니면 전혀 국가가 아니거나 둘 중의 하나라는 켈젠의 가르침을 내면으로부터 친근감으로 이해한 우 드문 몇사람 중의 하나였다.”<sup>(28)</sup>고 마르치코는 지적한다.

둘째, 법의 내용에 관하여, 켈젠은 법의 효력을 법의 내용과 분리하여 어떠한 내용도 실정법안에 들어올 수 있다고 보았다. 실정법은 그 내용의 면에서 근본규범에 의존하는 것이 아니라 그 효력의 면에서 근본규범에 의존하는 것이기 때문이다. “너는 법에 맞게 행동해야 한다”는 것이 근본규범의 내용이다. 그리고 무엇이 법에 맞는 것인가는 궁극적으로 실정법이 정하는 것이지, 선(先) 실정적인 근본규범이 정하는 것이 아니다. 그런데 라드브루흐는 켈젠의 입장을 넘어서서 서구 문화권에 특수한 법전통을 이어간다. 라드브루흐는 형식적인 결정요소 이외에, 실정법의 실질내용적 주요요소를 인정한다. 이것이 바로 정의(평등)의 이념이요, 불가침의 인권, 결국 인간의 안녕(共同善) 이념을 포함하여, 이웃인 인간의 존엄에 대한 무조건적인 승인의 이념이다. 라드브루흐에 따르면, 실정법은 내용상으로도 조건적인 것이다. 즉 제정과 규정의 간섭을 받지 않는 보다 높은 규범들에 의존해 있는 것이다. 켈젠은 규범과 명령을 연관지우는 데 반해 라드브루흐는 이를 갈라 놓는다.<sup>(29)</sup> 켈젠에게나 라드브루흐에게나 정치는 결국 오로지 언제나 법의 한계 안에서(semper intra limites iuris) 이해되고 수행될 수 있는 것이다. 정치가 법을 지배하는 것이 아니라 반대로 법이 정치에 군림하는 것이다. 그런데 켈젠은 오스트리아의 헌법을 만드는 등 많이 이룩해

(26) 자세히는 R. 마르치, 위 논문, 233면.

(27) R. 마르치, 위 논문, 234면.

(28) R. 마르치, 위 논문, 235면.

(29) 자세히는 R. 마르치, 위 논문, 236면. 후에 Kelsen도 당위가 사유가 아니라 의지에 상관되는 개념이라고 깨닫고, 이전 이론을 수정했다고 적고 있다.



낸 것을 이론의 단계에서는 약화시켜 버렸다고 마르치코수는 지적한다. 즉 켈젠은 규범들로부터 모든 법적 의미를 알아가는 정도까지 법을 근본적으로 하나의 강제질서로 증명해 보임으로써 그가 제도상으로 이룩해놓은 업적을 이론상으로는 약하게 해버리고 말았다는 것이다.

셋째로 규범성의 거소(居所)로서의 객관적 의미에 관한 두 사람의 견해를 보면, 켈젠의 법단계설(Stufentheorie des Rechts)의 관점에서 완전히 드러나는 무조건적이고도 엄격한 법의 객관적·형식적 성격은 라드브루흐와 그 밖에 '실질적 정의' 사상의 고전적 옹호자들이 실천의 영역에 도달한 결론과 똑같은 무게를 지닌다. 인간 공동생활의 영역에서 언제나 일어나는 일은 그것이 그 밖의 인간인식의 법정 앞에서 바른 것으로 허용될 수 있을 때에만 법적인 성격을 지닌다. 자의(恣意)는 이에 개념상으로 배제된다. 법제정단계에서 전 법 적용단계에서건 항상 그러하며 최종, 최고의 심의단계에서는 더욱 그러하다. 법 적용 및 법실현 절차에서 이행되어야 하는 모든 조건들의 총괄개념으로서의 형식을 고수한다는 요청은 어떤 규범이나 행위가 월권없이 법규범 혹은 법적 행위로 인식되고 또 그러한 것으로 유효하고 구속력을 갖고 작용하기를 요구할 수 있기 전에 채워져야 하는 요청이다. 소위 말하는 이와 같은 형식주의 혹은 절차주의는 실질적·내용적·사물연관적 적법성이나 정의(正義)를, 사람들이 실천영역에서 좀체로 뛰어넘지 않는 어느 한 정도까지는 활성화시키고 보장한다. 그럼에도 불구하고 사람들이 일단 한번 들어서서 내리딛는 길에는 정차 금지(停車禁止) 표지판이 있기 마련이다. 이 표지판을 라드브루흐는 볼 수 있고 세워둘 수 조차 있었지만, 켈젠은 법의 정점(頂點) 혹은 밑바닥에서, 효력문제를 내용문제와 완전히 분리시키는 까닭에, 이 표지판을 유의해서 알아챌 수 없었다.<sup>(30)</sup>

넷째로, 민주주의관을 비교해 볼 수 있는데, 두 사람 모두 정의(正義)의 본질과 내용에 대해 주장하기를 삼가고 다원성과 다양성에 맡겼다는 점이 공통적이다. 기회가 주어질 때마다 독재를 조장하고, 자의를 퍼뜨리기 위해 '도덕'이나 '윤리질서', '윤리성', '자연법'으로 위장하여 절대성을 요구하는 무수한 이데올로기들을 정치영역에 이끌어들이는 것을 막고자 한 까닭에 그들은 학문적으로 그들을 진정 반대하는 사람, 아니면 그들을 피상적으로 관찰하는 사람이 경멸조로 '상대주의'라고 낙인찍는 비판적 입장으로 나아갔다. 평화 속에서의 자유를 위해 그들은 법치국가적 결합 위에 세워진 민주주의에서 인간에게 가장 적합한 국가형태 혹은 '사회적 질서의 생산방식'을 발견하였다. 민주주의는 다르게 생각하는 사람들의 공존(共存)을 전제로 한다. 이 두 사상가의 저작의 도처에서 민주주의에 대한 고백이 분출한다. 그 고백은 그들이 전생애에 걸쳐 모은 체험과 인식의 결실이었다. 켈젠은 대체로 학문의 순수성을 위해서 민주주의에 대한 자신의 친화력을 감추고자 시도하면

(30) R. 마르치, 위 논문, 239면.

서 이론적 중립성을 가장했다. 많은 사람들이 바로 이 점을 일종의 무관심이라 해석해서 이 순수법이론의 창시자에게 맹렬한 공격을 퍼부었다. 그러나 켈젠의 저작을 정확히 읽는 사람에게는 다음의 사실들을 발견하게 된다. 국가이성과 법이성이 똑같은 무게로 매겨져 있지 않다는 것, 마찬가지로 군주주권과 국민주권이, 위로부터의 법과 아래로부터의 즉 민중의 법이, 다수결 원리와 비례원칙이, 평등과 자유가, 각각 똑같은 무게로 매겨져있지 아니하고, 오히려 정치생활의 각양각색의 형태는 내적인, 대부분 눈에 보이지 않으나 확고한, 기준에 따라 측정된다. 바로 사회적·민주적 법치국가 및 자유국가의 기준에 따라서인 것이다. 라드브루흐와 켈젠은 민주주의가 단순히 개별적 제도들의 체계 이상(以上)의 그 무엇이라는 사실에 대해서, 그리하여 그것은 민주적인 의식(意識)의 문제, 민주적인 태도와 심성(心性)의 문제라는 사실에 대해 침묵하지 않는다. 민주시민 없이 민주주의는 있을 수 없다. 그런 까닭에 이 두 법사상가는 관용과 정의 그리고 단결의 덕과 화해의 기술에 의존하는 정치적 수련 그리고 민주적 교육을 민주주의의 관건이라고 지적한다.<sup>(31)</sup>

마지막 다섯째는, 라드브루흐와 켈젠은 모두 인간을 이성적 존재이며 선을 지향하고, 정신이 물리적 힘을 바로 잡을 수 있다고 믿었다. '민주적' 법이론이라는 것에 대해서 말하는 것이 허용되는 것으로 보이는 한 민주적인 법이론은 인간학적 낙관주의와 문화낙관주의를 전제한다. 오로지 법이 존재하는 한 인간은 그의 소질에 따라 발전할 수 있다. 그러므로 라드브루흐와 켈젠은 법의 위력을 위해서, 평화질서로서의 법의 돌이킬 수 없는 승리를 위해서 싸웠다. 라드브루흐는 한 걸음 더 나아가 켈젠이 내디딜 용기를 내지않은 결정적인 발걸음을 감히 내디뎠다고 마르치 교수는 표현한다.<sup>(32)</sup> 그것은 바로 실정법 영역으로부터 자유의 선행영역을 거쳐, 인간의 법에다가 논리적·실질적 척도를 제공하는 사물의 선행영역에로의 발걸음인 것이다. 라드브루흐에게 있어 이것은 신명을 바칠 만큼 가치있는 모험이었고, 켈젠에게는 이 점에 대해 우리는 이렇다할 모험을 보지 못한다. 그러면서도 두 사람은 모두 '천성적으로 그리스도적 영혼'(animae naturalites chirstianae)이었다고 마르치 교수는 지적한다.<sup>(33)</sup>

## V. 한 삶의 의미

필자는, 라드브루흐의 생애와 사상은 분리될 수 없는 것이라고 거듭 말한 바 있지만, 그의 사상을 논하기 전에 생애를 보면, 것처럼 한 일생에서 다양하고 진폭있는 경험을 한 인간도

(31) R. 마르치, 위 논문, 240면.

(32) R. 마르치, 위 논문, 241면.

(33) R. 마르치, 위 논문, 241면.

드물 것이라 여겨진다. 흔히 그를 ‘전환시대의 법률가’(Jurist in einer Zeitwende)<sup>(34)</sup>라고 하는데, 그는 독일의 역사에서 세 전환점을 겪고 네 시대를 산 인물이다. 즉, 세계 제1차 대전과 시작된 독일제국(Kaiserreich) 시대, 흔히 바이마르공화국이라고도 불리는 제1 공화국시대, 나치스시대라고 불리는 ‘제3제국’시대, 그리고 제2차대전 이후 분단국가로 출발한 서독일 연방공화국이 그것이다. 국가의 역사가 한 인물, 특히 정치적으로 관심있는 학자에게 큰 영향을 미치지 않을 수 없는데, 라드브루흐에게도 그것은 큰 의미가 있다고 아니할 수 없다. 그런 면에서 보면 라드브루흐의 생애와 사상도 시대의 산물이라고 이름붙여 잘못이 아닐 것이다. 그렇지만 그는 분명 시대의 흐름을 따라가거나 그것에 잠긴 생애와 사상을 영지한 인물은 아니고, 카우프만(Arthur Kaufmann) 교수의 표현을 빌리면, ‘시대를 거슬러 헤엄친 사람’이라고 하겠다. 카우프만 교수는 “라드브루흐는 법학자로서 양심의 가책을 느낀 사람이었기에, 단지 법학자이지만은 않았기에 훌륭한 법학자였다”고 표현한다. 그러면서 그는 ‘위대한’ 법학자이기도 했던가고 묻는다. 우리는 어떻게 법학자가 위대해 질 수 있겠는가 묻게 될 것이다. 법률을 해박하게 알고 해석하고 생활에 적용시킨다고 위대해 질 수 있는가? 라드브루흐는 법학자가 천재성을 증명할 수 있는 경우란 오직 위대한 입법가일 수 있을 때 뿐이라고 하였다. 카우프만 교수는 이 말을 입법이란 어느 한 법학자가 위대한 인물로 불려질 수 있기 위해 드러난 한 예(例)에 불과하다고 해석하고, 결국 법학자의 위대함이란 법학적 형성기술(juristische Konstruktion)에 있다고 하였다. 이런 점에서 라드브루흐는 위대성을 심분 보여주었는데, 라드브루흐 자신은 그것을 ‘경계침범’이라고 불렀지만 법을 순수법학 영역에서 끄집어내어 보다 큰 문화적, 역사적, 정치적 그리고 종교적 연관들 속으로 들어와 머물게 하는 것이었다.

그는 이 작업을 그의 삶과 생각을 결합하여 혼신(渾身)의 노력으로 구상해 나갔다. 그런 면에서 그의 생애와 작품은 뗄 수 없는 일치를 이룬다. 이 말은 그의 인품이 발산해 내는 광채에 닿은 사람에게만 그의 작품이 무언가 말해준다는 뜻은 아니다. 오히려 라드브루흐의 작품에 심취한 사람에게 그의 인품도 열린다는 뜻이다. 카우프만 교수는 라드브루흐를 평하여 “세상에는 그 이해력과 이성(理性)의 힘 때문에 중요한 사람들도 있다. 그런가 하면 어떤 사람들은 그 심성(心性)과 영혼의 힘 때문에 중요하다. 그리고 물론 다만 아주 소수이기는 하지만 이 두 가지의 힘을 다 지닌 까닭에 뛰어난 사람들이 있다. 라드브루흐는 바로 이 마지막 타입의 사람 중의 하나였다”<sup>(35)</sup>고 말한다.

라드브루흐는 무엇보다 명백히 합리적인 인간이었다. 그는 사물들이 밝고 투명해질 때까지 그것들과 씨름했으며 그것들을 명석한 명제로 표현할 능력을 갖고 있었다. 그의 합

(34) 특히 Günther Spendel이 Radbruch 탄생100주년 기념식에서 행한 강연 제목이다. 박은정 역, 라드브루흐의 법철학, 11-39면.

(35) A. 카우프만, 법사상가, 철학자, 사회민주주의자, 위의 책, 62면.

리성은 신칸트학파의 비판주의의 유형을 따르기보다는 괴테의 그것에 더 가깝다. 그에게 합리성은 언제나 예지(Weisheit)였다. 그렇지만 라드브루흐의 다른 한 면은 순진함, 영혼의 선량함이었다. 그는 무엇보다 공정하고자 했다. 그는 자서전에서 이렇게 고백했다. “나는…… 영국인들이 그려보이는 것과 같은 행복주의와 윤리주의를 결합시킨 종류의 생활태도, 즉 공정성(Fairness)의 한계 안에서의 행복이 모름지기 받아들일 생활신조가 아닐까 하는 생각을 종종 할 때가 있다.” 이러한 생각이 라드브루흐로 하여금 그냥 살아가지 아니하고 보다 공정해지려는 사회주의적 동기를 배태하게 한 것으로 짐작된다. 오늘날도 그러하지만 라드브루흐가 살던 시대에는 더욱 교수로서 사회주의자가 된다는 것은 힘든 일이었지만, 도그마적 사회주의가 아니라 윤리적 동기에서 그는 ‘남보다 더 낮게 가지고자 하지 않는’ 사회주의를 동경했다. 호화로우므로 둘러싸인 라드브루흐는 상상할 수 없다. 이런 점에서 라드브루흐는 물결을 거슬러 헤엄쳐간 사람이었고, 인간으로서 신뢰할만한 사람이었다.<sup>(36)</sup> 라드브루흐의 이러한 변모는 동서냉전체제가 무너지고, 이른바 사회주의가 몰락한 지금에도, 그렇다고 자본주의가 인간의 모든 문제를 해결해주는 것이 아닌 것이 분명한 오늘날, 더욱 경청하고 배워야할 태도가 아닐까 생각된다.

라드브루흐는 결코 자기 자신에 만족하거나 집착하지 아니하였다. 괴테와 마찬가지로 그는 자기자신에 몰두하는 것은 덧없고 해롭다고 여겼다. 만약 그가 거울 앞에 선다면 그는 자신의 허약함과 결함을 알기 위해서였다고 카우프만 교수는 증언한다. 그는 자신에 대해 번번히 절망했다. 그는 스스로 “어떠한 순간에도 의심할 여지없이 인간사회에 쓸모 없는 한 부분으로 느끼는” 속물이 되지 않으려고 노력하였다. 카우프만 교수는 한 탁월한 인물 라드브루흐에게 사랑이 가는 것은 바로 그 결함과 불완전함 때문이라고 말한다. 라드브루흐는 스스로 이렇게 말했다. “완벽한 자들은 빈 우주의 허공에서 서늘한 별빛 속에 스스로 만족하여 떠다니고, 결함있는 자들은 우리의 구원의 사랑을 필요로 하여 그것을 마음껏 들여마신다.”

라드브루흐는 법학자, 법철학자라 하기에는 무언가 깊고 풍부한 것이 덧붙여져 있는 학자라고 할 수 있다. 학자라기보다는 사상가 내지 예술가라고까지 해도 과히 어긋나지 않을지도 모른다. 이것이 라드브루흐의 매력이요, 독특한 특징이라고 할 수 있다.

그는 자서전 「마음의 길」(Der Innere Weg)에서도 솔직히 고백하고 있듯이 처음부터 법학이 마음이 끌리지 아니하였다. 또 아내에게 털어놓았듯이 형법학자로 본래 태어나지 않았으며,<sup>(37)</sup> 친구인 철학자 야스퍼스(Karl Jaspers)에게 법철학에도 내적으로 매력을 느끼지 못한다고 편지를 쓴 일도 있다.<sup>(38)</sup> 라드브루흐는 자신에게 “법적용에 대한 약간의 취

(36) A. 카우프만, 위의 책, 63면.

(37) G. Radbruch, *Briefe*, Nr. 41, S. 46.

(38) G. Radbruch, *ibid.*, S. 34.

향과 능력이 있을 뿐”이라고 믿었다.<sup>(39)</sup> 야스퍼스에게 보낸 다른 편지에서는 스스로를 “매우 어렵게 써먹을 수 있는 어중간한 재능을 가진” 존재로 표현하기도 했다.

## Ⅶ. 현대 법이론과의 연관

라드브루흐의 사후 20세기 후반에 들어서면서 ‘자연법의 부활’은 서서히 ‘법실증주의의 부활’로 나아가고, 법철학 대신에 법이론(Rechtstheorie)이라고 불리우는 ‘형식주의적’, ‘기능주의적’ 경향들이 대두하였다. 이와 함께 라드브루흐의 법철학은 점점 죽어만 가는 듯이 보이는 면도 있었다. 사실 독일에서도 라드브루흐의 「법철학」 교과서에 필적할만한 통서(通書)가 나오지 못했을 뿐만 아니라 어쩐지 라드브루흐풍(風)의 전인적(全人的) 내지 ‘통합적’ 법철학은 기피되어온 것같이 보인다. 이것은 따지면 비단 법철학에서만 그런 것이 아니고 현대후기 혹은 포스트모던시대의 특징의 하나로 비(非)핵심적, 해체적 현상이라고도 볼 수 있는 것인지도 모른다. 어쨌든 법철학이란 말 대신에 분석적 법이론(analytische Rechtstheorie), 법논리학(Rechtslogik), 규범이론(Normentheorie) 등, 라드브루흐가 법철학의 안락사(安樂死)라고 부른 일반법이론(allgemeine Rechtslehre)이 다시 부활하는 듯 보여지기도 한다. 이러한 경향들의 출현을 라드브루흐와 연관지어 어떻게 설명할 것인가? 그것은 라드브루흐의 법철학이 빛을 바래거나 무력(無力)해지기 때문도 아니요, 현대후기의 복잡한 시대적 과제가 새롭게 요청하는 불가피한 현상이라고 설명할 수 밖에 없을 것이다. 카우프만 교수도 이러한 경향들에게 학문적으로 생존권을 박탈한다면 잘못일 것이라고 말한다. 그러면서도 라드브루흐도 이미 지적했듯이 이러한 현상들이 모든 가능한 법철학을 세우기 위해 공헌하는 예비건물이라는 하나 아직 건물 자체는 아니라고 말한다.<sup>(40)</sup> 분석에 비해 종합을, 형식에 비해 내용을 등한시한다면 적어도 법철학의 관점에서는 바람직스런 태도는 아니라고 할 것이다. 그것은 라드브루흐가 법철학과 생애를 통해 웅변으로 말해준다. 즉 19세기와 20세기 후반의 형식주의적 법실증주의가 법내용의 정당성에 대하여 무관심함으로써 나치스독재 아래서의 법악용을 초래했다는 것을 라드브루흐는 피어리게 증언해 주었으며, 이제는 누구도 법철학에서 법의 내용의 정당성에 관한 물음을 피해갈 수는 없다는 사실을 못박아준 것이라 하겠다. 이제 법철학의 사명은 이러한 어떤 현대적, 포스트모던적 방법과 경향을 사용하든 라드브루흐가 제시한 법의 내용의 정당성에 관한 관심과 물음의 기준에 어느 정도 미치는가 못미치는가가 달려있을 뿐 그 큰 과제를 회피하거나 부정할 수는 없다는 사실이다. 이런 면에서 라드브루흐의 철학은 상당

(39) G. Radbruch, *Der Innere Weg*, 2. Aufl., S. 61.

(40) A. 카우프만, 위의 책, 61면.

히 개방적으로 현대의 경향들과 '대화' 내지 '적용'될 수 있는 것으로 나타나기도 한다.

김지수 교수는 1994년 한국법철학회 학술발표회에서 라드브루흐의 법철학의 현대적 의의를 논하면서 맨마지막으로 '인간의 존엄'에 대한 라드브루흐의 관심을 오늘날 '해체주의(解體主義)의 비판법학'과 관련하여 다음과 같이 분명하게 지적하였다.

19세기 시민계급의 자유방임의 자본주의나 이에 대응하는 무산자계급의 유물론의 공산주의나 다같은 '계급'이라는 판박이의 틀로 찍어낸 개성없는 개인인 법철학적 개인주의에 지나지 않는다는 라드브루흐의 지적은, 해체주의의 비판법학이 애타이타(愛他利他)의 선한 인간의 모습을 앞세우지만, 이 역시 '모호한 이타주의'(a vague altruistic) 그리고, '추상적 타자'(abstract otherness)라는 또 다른 하나의 추상적인 가상(假想)의 '이타'(利他)라는 판박이 인간상으로 각자(各自)를 모두 같다고만 보려는 것은 아닌지 또 한번 우려의 생각을 지울 수 없다. 현실성이 없이 이념화하고, 이성의 소유자로 보편, 추상화하고, 절대의 단일기준에서 획일화하고, 자연의 필연성으로 기계화하고, 계급을 내세워 동형화(同型化)하고, 목적을 빙자하여 방편화(方便化)하는 평판화(平板化)의 개념적 존엄의 인간상이 아니라 탈바가지를 벗고 화장도 지운, 자기만이 지니고 있는 본래의 모습을 드러낸 그대로의 다채로움 안에서, 개별자 그리고 예외자로서 직시되는 인간의 우직스러운 각자의 존엄이다. 공동체안에서 맺어지는 각자의 삶과 자기만의 모습은 어떠한 효율극대와 인간보편의 허상으로도 지워버릴 수 없는 인간 누구나의 존엄이다. 인간으로서의 보편의 참 모습은 누구에게나 모두에게 자기만의 삶을 엮을 수 있도록 하기 위한 모든 이의 다채로움을 위한 보편의 인간상이며, 결코 각자의 개성을 없애고 누구든 모두가 무상절대(無上絕對)의 하나가 되도록 하는 인간의 보편상일 수는 없다. 각자차별에 '무지(無知)의 장막'(veil of ignorance)을 드리워 차별없는 모든 이의 평등을 가능하게 하여 결국은 모두에게 각자분별(各自分別)의 새로운 지평을 열어주기 위한 '선각무지'(先覺無知, dacta ignorantia)의 절대의 은총이 누구나 모두에게 인간본상의 존엄을 누리게 하는지도 모르겠다. 「법철학」의 관계성, 상대성의 무한함을 끈기와 집념을 가지고 주창하면서도, 「자연법」이라는 이름마저도 불이기가 두려워서, 소리없이 묵묵히 실천에 옮기기만 했지만, 라드브루흐에게는 법 안에서의 참다운 경외(敬畏)의 믿음이 있었으니 이이가 곧 각자의 인간존엄이다. 이념으로 현실을 유린하고, 현실을 이념으로 위장하는 가식(假飾)의 질서, 자의(恣意)의 질서를 혐오하면서 라드브루흐는 인간의 누구나의 존엄을 근본으로 하는 믿음, 박애, 성실, 겸허, 인내, 실천의 「법철학」의 열린 바탕을 우리 각자가 모여 이야기를 나눌 수 있도록 마련해 놓았다.<sup>(41)</sup>

이처럼 '포스트모던'시대의 법이론들과도 연결되면서 라드브루흐가 의미를 가지는 것은 그의 법사상이 결코 어떤 도그마가 아니라 열린 법적 사유(juristische Denkweise)를 제공하기 때문이며, 그러면서도 어떤 또 하나의 새로운 도그마에 대하여는 경고하고 반성하게 하는 독특한 함량(含量)을 담고 있는 것이 라드브루흐 법사상의 위대함이라 하겠다. 그리고 그것은 한국의 상황에 대하여도 이러한 의미로 가까이서 전달되어 갔고, 앞으로도 계속 작용할 것이다.<sup>(42)</sup>

[추기 : 5·18불기소처분과 라드브루흐]

최근 뜻밖에도 우리나라에서 라드브루흐에 관한 논의가 화제를 불러일으키게 되었다.

(41) 김지수, 위 논문, 18-19면.

(42) 박은정, 한국법철학의 반성, 법과 사회 제7호, 1993.

그것은 다름 아닌 지난 7월 18일 5·18 관련자에 대한 검찰의 불기소결정에서 그 법리적 근거를 엘리네크(G. Jellinek), 켈젠(H. Kelsen) 등과 함께 라드브루흐의 법철학을 인용한 데에서 비롯되었다. 그 결정문은 다음과 같이 서술하고 있다.

앞에서 본 바와 같이 정치적 변혁과정에 있어 새로운 정권과 헌법질서를 창출하기에 이른 일련의 행위들이 사법심사의 대상이 되는지 여부에 대해서는 아직 사법부에서 판단된 사례가 없으나, 정치적 변혁의 주도 세력이 새로운 정권창출에 성공하여 국민적, 정치적 심판을 받아 새로운 헌정질서를 수립해 나간 경우에는 새로운 정권이 출범한 현실을 인정하고, 그 정권형성의 기초가 된 사실행위에 대하여 사실의 규범력을 인정하여 사후에 있어 법적 인증을 하여야 한다거나(G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 337쪽 이하, 360쪽 이하 참조, 심현섭, 법철학 I, 법문사 1983년, 101쪽 이하에서는 새로운 '승인의 규율'이 탄생하여 새로운 법에 정당성을 부여한다고 설명하고 있고, 森末伸行, 법철학개설, 중앙대학출판부, 1994, 182쪽 이하에서는 새로운 시스템에 적합한 행위의 반복을 통한 승인이 새로운 법의 효력근거라고 설명하고 있음), 정치적 변혁이 성공하여 새 질서가 실효적으로 되면 새 질서가 법률질서로 되며, 이는 근본규범이 변동으로 새로운 정부가 법정립의 권위로 인정되는 데 따른 것으로, 만약 정치적 변혁이 실패하여 새 질서가 실효적이 되지 못한 때에는 헌법정립이 되지 못하고 일련의 행위는 범법행위를 구성한다거나(H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934년, 제5장, 순수법학, 켈젠 저, 황산덕 역, 조문사, 1953년, 110쪽 이하 참조), 재래의 실정법 질서가 무너지고 새로운 법질서가 수립된 경우에는 법적 안정성의 요구에서 이러한 사태가 법의 기초가 되어 법적 효력을 인정 받게 된다(G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1969년 제1장, 법학원론, G. 라드브루흐 저, 정희철 역, 양영각, 1982년, 55쪽, 법철학입문, 구스타브 라드브루흐 저, 엄민영 외 1공역, 육법사, 1982년, 67쪽 참조)는 등의 이유로 무너진 구헌정질서에 근거하여 새로운 정권과 헌법질서의 창출을 위한 행위들의 법적 효력을 다투거나 법적 책임을 물을 수 없으며, 결국 사법심사가 불가능하다는 견해가 유력함(이하 생략)

이 결정에 대하여 적지 않은 언론과 국민들의 비판이 제기되었는데, 그 중 정동년의 321명의 청구인단이 홍성우 외 14인의 대리인 변호사들과 7월 24일에 낸 헌법소원심판청구서에는 이에 대해 이렇게 언급하고 있다.

(이상 생략)또한 성공한 쿠데타이론의 바탕이 되고 있는 「완성된 사실의 규범적 효력」이라는 19세기적인 법실증주의적 논리는 현대 법철학에서는 극복된지 오래다. 엘리네크, 켈젠, 라드브루흐 등의 진부한 법철학이론이 21세기의 문턱에서 아직도 검찰결정의 핵심적인 논거로 인용되고 있다면 그것은 비극이요 수치다(하략)

이에 대해 서울지방검찰청은 「답변서」에서 다음과 같이 언급하고 있다.

현대에 있어서도 위와 같은 문제가 법리적으로 해소될 수 없기 때문에 여전히 내란죄의 해석은 엘리네크나 라드브루흐시대와 동일할 수 밖에 없는 것이고, 따라서 현재의 형법학자들도 동일한 해석을 취하고 있는 것입니다. 그리고 검찰이 인용한 법철학자들이 그 철학사상의 분류에 있어 단순히 법실증주의자로만 분류되기는 어려우며, 또 나찌를 정당화한 학자들이라는 주장도 전혀 사실과 다릅니다. 굳이 사상사적 분류를 하자면, 엘리네크는 19세기의 법실증주의자로 켈젠과 라드브루흐는 신칸트주의자로, 또 벨첼은 실질적 가치론자로 분류되고 있습니다(최종고, 법사상사, 박영사, 1992년 참조). 나찌와의 관계를 보면, 엘리네크(1851-1911)는 나찌와 전혀 관계 없는 시대에 살았으며, 켈젠(1881-1973)과 라드브루흐(1878-1949)는 오히려 나찌의 박해를 받은 학자들입니다. 켈젠은 나찌에 의해 쫓겨나 1933년 이후에는 유럽에서 방랑하다가 1940년 미국으로 망명하였으며, 1943년에 나온 그의 「순수법학」은 정치이념에 봉사하기 위해

쓰여진 것이 아니라 오히려 변화무쌍한 정치현실로부터 법의 순수성과 독자성을 지키기 위해 쓰여진 것입니다. 라드브루흐는 1933년 나찌에 의해 공직에서 추방되어 독일 패망후인 1945년 교수직에 복귀되었고, 그의 「법학원론」이나 법철학에서는 나찌가 패망한 후 교단 위에 복귀한 후 출간된 책들입니다. 「법철학입문」은 1948년도에 출간된 것이며, 「법학원론」은 1929년에 출판된 것을 동인이 사망한 후 그의 유자와 위 법철학입문의 내용에 따라 쓰바이게르트 교수가 1969년에 개정출판한 것이고, 검찰은 이들 전후에 출간된 서적에 쓰여진 내용을 인정하였던 것입니다. 즉 위와 같은 내란죄의 법리나 법철학상의 견해는 나찌와는 아무 상관없이 제2차 세계대전 후에도 유지되어 온 이론인 것입니다. 라드브루흐의 견해가 전쟁전후로 바뀌었다고 주장하는 사람들도 라드브루흐가 어떤 책에서 다른 견해를 표명하였는지 밝히지 않고 있습니다(하락).

법학교수들이 「5·18관련 헌법소원에 대한 의견서」를 내었는데, 그 가운데 이러한 언급이 있다.

(전략)이른바 힘이 곧 정의라고 하는 실력설을 취하지 않는 한 성공한 내란의 처벌불가능론은 법철학적으로 뒷받침될 수 없습니다. 검찰이 논거로 인용한 라드브루흐 역시 이러한 실력설과는 거리가 있다고 보아야 합니다. 비록 라드브루흐가 정의와 함께 법적 안정성을 중시하였고, 또 혁명과 성공한 내란을 구분하지 않고 실효성의 차원에서 정당화하기도 하였으나, 그는 기본적으로 법의 이념성을 추구하는 법철학자로서 정의에 대한 힘의 우위를 승인하지 않았습니다. 그는 강제와 힘은 단지 필연과 복종을 낳을 수 있을 뿐, 결코 복종에의 의무를 낳지는 못한다고 하였습니다. 특히 그 자신이 나찌의 불법국가를 경험한 후 법적 안정성에 대한 정의의 우월성을 명확히 했습니다. 그의 유명한 명제인 ‘법률적 불법’과 ‘초법률적 법’이 바로 그 점을 극명하게 보여줍니다. 그리고 이 이론은 바로 나찌시대의 밀고자와 최근 구 동베를린의 장벽경비병에 대한 재판에서 인용되고 있습니다(하락).

연세대 법대의 허영(許營) 교수는 「5·18불기소처분의 헌법이론적 문제점」<sup>(43)</sup>이란 논문에서 다음과 같이 언급하고 있다.

또 검찰이 인용하고 있는 라드브루흐는 1914년에 발표한 그의 「법철학」 저서에서 법적 안정성을 강조하고 있는 것은 사실이지만, 그는 법적 안정성 뿐 아니라 정의와 사회적 합목적성의 자연법적 가치도 함께 강조하고 있다는 점을 잊어서는 아니된다. 그가 나찌 정권에 의해서 교수직을 박탈당한 이유도 그의 이러한 사상 때문이었다. 따라서 쿠데타에 의해서 창설된 법질서의 정당성을 뒷받침하기 위한 법이론으로 라드브루흐의 법철학을 끌어들이는 것은 그에 대한 모독이며 그의 법철학사상을 분명히 잘못 이해하고 있는 것이다.

우리는 여기에서 왜 라드브루흐의 법철학과 생애가 대한민국의 국내정치 의 소용돌이 속에서 잘못 이해되고 왜곡되어 인용되고 있는지를 상론할 필요는 없을 것이다. 라드브루흐 아니라 공자와 예수의 문언(文言)이라도 어떤 구체적 사건에 얽어 정당화하고 견강부회(牽強附會)하려면 할 수 있다. 그렇다고 공자나 예수의 가르침이 잘못되었다고 말할 수는 없을 것이고, 그것을 인용한 사람과 사건에 책임이 있다는 사실은 진 설명을 요하지 않는다. 평소에 법철학에 대한 관심과 존경도 없던 법실무계가 라드브루흐의 법철학을 거두절미(去頭切尾)하여 인용하는 것은 위험하다고 아니할 수 없다. 라드브루흐의 전생애와 법

(43) 박은정, 한인섭 편, 5·18, 법적책임과 역사적 책임, 이대출판부, 1995, 83-101면, 수록.



사상이 한국의 쿠데타상황에 대해 어떻게 말할 수 있을 것인가는 라드브루흐를 이해하는 독자들의 판단에 맡겨도 분명할 것이다.

〈Résumé〉

## G. RADBRUCH UND RECHTSPHILOSOPHIE DER GEGENWÄRTIGEN WELT

Chongko Choi\*

Als ein asiatischer Rechtsphilosoph, dieser Verfasser versucht in diesem Aufsatz, ein zusammenfassende Würdigung der Rechtsphilosophie G. Radbruchs von der Gesichtspunkt der Weltjurisprudenz. Besonders in Korea, hat Radbruchsche Rechtsphilosophie merkwürdige Nachwirkung ausgeübt. Im Herbst 1994, veranstaltete Koreanische Rechtsphilosophische Vereinigung ein Symposium über G. Radbruch. Warum G. Radbruch in Ostasien so faszinierend beeinflussbar ist, ist schon von *Arthur Kaufmann* und *Miyasawa Kyoichi* in interessanter Weise erklärt.

Dieser Aufsatz ist gliedert in sechs Abschnitte.

Erste Abschnitt prüft die Würdigungen und Kritiken über Radbruchsche Rechtsphilosophie. Darin ist die Kontroverse zwischen R. Dreier und N. Hoerster erörtert.

Zweite Abschnitt behandelt die Bewertungen über Relativismus bei Radbruch.

Dritte Abschnitt vergleicht Radbruchsche Rechtsphilosophie mit Hans Kelsen.

Vierte Abschnitt bewürdigt das Leben Radbruchs in der Gesichtspunkt der Kontinuität und Vielseitigkeit.

Fünfte Abschnitt versucht, die Verküpfungsmöglichkeit der Radbruchschen Rechtsphilosophie mit der gegenwärtigen Rechtstheorien und "post-modernen" Jurisprudenz auseinanderzusetzen.

Als Zusatz, kritisiert dieser Aufsatz die unrechte Radbruch-Zitierung durch die Staatsanwälte in Korea für die Rechtfertigung der "gelungenen militärischen Putsch" angeblich auf der (Radbruchschen) Rechtslichkeit.

---

\* Professor der Rechte, Staatliche Universität Seoul