

R. Dreier/Stanley L. Paulson(hrsg.),
Gustav Radbruch Rechtsphilosophie,
Studienausgabe, C. F. Müller, Heidelberg, 1999

沈 憲 燮*

유명한 라드브루흐 「法哲學」(1932)이 이번에 독일大學文庫叢書 제2043권의 研鑽普及版으로 새로이 출간되었다. 이 「法哲學」이 A. Kaufmann 교수의 主導로 간행되고 있는 라드브루흐全集 제2권에 포함되자 既刊의 單行本이 절판되었기 때문이다. 이번 普及版의 편집은 R. Dreier 교수와 Stanley L. Paulson 교수가 맡았다. 라드브루흐全集은 모두 洋裝本으로 되어 있어 가격이 비싸 학생 및 젊은 研究者를 위해 싼값의 보급판이 나온 것이다. 책의 무게에 비추어 조금 무뎠하다는 느낌이 드나 活字가 굵고 선명하여 읽기에는 좋다. 오늘날의 현역 학자들의 저서들과 함께 하고 있으니 마치 살아 있는 라드브루흐를 대하는 感마저 든다. 이 저서는 국내에서도 번역되어 있는 관계로 法哲學에 관심 있는 사람들은 꼭 읽는 책이다. 그러나 이들이 그 原書를 읽기 위해 비싼 全集의 그것을 사야 한다는 것은 큰 부담이다. 이런 의미에서 이번 보급판의 출간은 참으로 잘된 것 같다.

그런데 여기서는 라드브루흐 「法哲學」을 논하려는 것이 아니다. 그러다가는 그야말로 畫蛇添足에 그치고 말일이기 때문이다. 다만 이 普及版이 갖는 意義를 지적하려 한다. 이 보급판에는 3개의 附錄과 編者의 註釋 그리고 編者가 쓴 「라드브루흐 法哲學序說」(Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs)이 실려 있다. 이것들에 이 보급판이 특별히 갖는 意義가 놓여 있지 않나 생각된다. 이에 대해 간략하게 언급하려 한다.

3개의 부록 중에 그 첫째 附錄은 라드브루흐가 戰後 내기로 한 -결국은 내지 못한- 「法哲學新版」에 붙이기 위해 쓴 「後記(끝말)의 草稿」(Nachwort-Entwurf)이다. 이 초고는 全集에도 수록되지 않는 未完의 것으로 널리 읽게 하는 것이 흥미로울 것 같아 여기에만 편자가 실은 글이다. 말하자면 편자의 德택으로 읽을 수 있게 된

* 서울大學校 法科大學 教授

것이다. 「後記草稿」는 주로 자기 「法哲學」 思想의 發展의 變革의 動因에 관한 것이 그 내용으로 되어 있다. 이 草稿는 첫째로 자기 法哲學思想의 發展의 變革이 나치의 不法과 독일의 崩壞를 체험하면서 이루어지지 않을 수 없었음을 설명하고 있다. 여기에서 라드브루흐는 어떻게 形言할 수도 없어 독자로 하여금 失笑마저 자아내게 하는 온갖 종류의 나치의 不法事實을 들면서 그것이 얼마나 '正義'와 '眞實'에 反했던가를, 그리고 그 이데올로기가 얼마나 '反人間的'이었던가를 통박했으며, 그런 나치의 가장 위험스런 不法의 형태로서의 '法律的 不法'의 清算과 관련해서는 '超法律的 法'의 이념으로 대처하지 않을 수 없음을 지적했다. 둘째로 자기 法哲學의 思想의 變革에는 나치不法에 對한 '基督教'과 哲學의 궁극적 출발점을 '實存'에 두면서 解決不可能한 問題性의 존재를 意識化시킴으로써 知的 正直性을 보인 '實存哲學'도 한 몫 했음을 지적했다. 특히 라드브루흐는 나치와의 '和約'으로 인한 초반의 실수를 각성하고 나치不法에 대한 카톨릭교회의 계속된 對抗의 깊은 뜻을 法哲學의 으로 높이 기렸다. 그리고 자기의 법철학이 '實體的' 價値問題의 설명을 회피하지 않음으로써 '客體에로의 轉回'를 피한 점에서, 그러나 궁극적 價値들의 對決에서는 相對主義的으로, 아니 '二律背反的' 緊張을 본 점에서, 나아가 完成된 哲學을 法에 덮어씌우는 것이 아니라 法的 認識必要에서 철학으로 치솟아 오른 점에서, 말하자면 體系의 哲學을 強요하지 않은 점에서 당시 그런 점에서 새로운 哲學의 패러다임으로 자리잡았던 '實存哲學'에 유사하다고도 강조되고 있다. 셋째로 자기 法哲學의 方法인 方法二元論과 價値相對主義의 思想에 관해서 이는 變貌된 체이지만 固守된다고 적고, '事物의 本性'의 觀念에 의한 二元論의 緩和를 논하기 시작하다가 未完으로 끝맺는다(이는 다른 곳에서 논문으로 실렸다가 조그만 冊子로 출판되었다).

두번째 附錄은 二次世界大戰이 끝난 바로 그 해(1945)에 하이델베르크日刊紙에 실린 論說인 「五分間의 法哲學」(Fünf Minuten Rechtsphilosophie)이며, 세 번째의 附錄은 그 이듬해(1946)에 발표된 유명한 「法律的 不法과 超法律的 法」(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)이다. 이들은 번역도 되어 있고 해서 여기서는 또한 언급을 생략한다. 이어서 달린 共編者의 註釋은 「法哲學」 本文과 附錄 모두에 관련된 것으로 매우 간략하지만 알차다. 특히 本文에 있는 라틴어와 불어 등 외국어 문장에 대해서는 신뢰할 수 있는 독일어번역이 부가되어 있어 심적 부담을 덜어준다.

이 普及版의 意義를 각별하게 하는 것은 위의 라드브루흐의 「後記草稿」 이외에 바로 편자들이 쓴 「라드브루흐 法哲學序說」이다. R. Dreier 교수는 최근에 은퇴한 독일 Göttingen 대학의 교수로서 수년 전에는 “世界 法 및 社會哲學會”의 會長을 역임한 현대 법철학 및 법이론계의 대표자중의 한 사람이다. 그는 緻密한 理論과 節制된 價値觀에 입각하여 自然法論과 法實證主義 저편의 제3의 길을 걷는 법철학자

및 법이론가이며, 라드브루흐 정도로 自然法親和的이다. Stanley L. Paulson 교수는 미국 St. Louis市 소재의 Washington 大學의 철학 및 법철학교수로서 특히 新칸트學派의 哲學과 동학과의 法哲學(특히 Kelsen과 Radbruch) 研究에 獨步의 지위를 차지하고 있다.

이 「序說」은 모두 7개의 항목으로 나누어 라드브루흐의 法哲學과 그 論點들을 오늘날의 法哲學의 視角에서 더없이 간결하게 서술하고 있다.

항목 I은 라드브루흐의 生涯, 즉 修學過程, 學問活動, 그리고 짧은 기간이지만 중요했던 政治活動에 대해 조금도 修辭的 과장이 없이 기록하고 있다.

항목 II는 본격적으로 新칸트哲學에 입각하고 있는 라드브루흐 「法哲學」의 基本性格을 언급한다. 라드브루흐는 新칸트哲學의 基本테제인 存在(現實)와 當爲(價値)의 範疇的 峻別이라는 方法二元論에 입각하면서도 그 사이에 價値關聯的 文化現象을 삼입시킨 西南獨(하이델베르크) 新칸트학파의 方法三元論(Methodentrialeismus)에 따라, 첫째로 法學全般을 三分했으며(法現實學으로서의 ‘法社會學’, 法價値論으로서의 ‘法哲學’, 價値關聯的 ‘實定法學’), 둘째로 法概念을 ‘法理念에 이바지하는 의미를 가진 所與’로 규정했으며, 셋째로 法理念을 ‘正義의 理念에 다름 아닌 것’으로 규정하면서도 이 理念의 분석에서 合目的性, 法的 安定性을 도출해 냄으로써 결국은 正義, 合目的性, 法的 安定性이라는 三元論的 法理念說(‘Trias der Rechttidee’)에 이르렀다고 밝힌다. 그리고 편자들은 라드브루흐의 ‘法理念關聯的 法概念’은 法實證主義의 法과 道德의 峻別이라는 ‘分離테제’에 대한 修正으로서, 그리고 그의 ‘法哲學의 政黨理論’으로 펼쳐진 ‘法目的(理念)論’은 오늘날 政治哲學的으로 활발히 논의되는 正義論議의 主要問題로서 그 의의를 지니고 있다고 지적한다.

항목 III은 라드브루흐가 과연 1933년 이전에는 C. Schmitt의 지적처럼 法實證主義者였던가의 논점을 다룬다. 이에 대해 편자들은 法과 道德 사이에는 결코 必然的인 關聯은 존재하지 않는다는 이른바 ‘分離테제’가 法實證主義의 一般테제라고 보면 라드브루흐는 1932년의 「法哲學」에서는 물론 이미 1914년의 「法哲學綱要」(Grund-züge der Rechtsphilosophie)에서도 法理念關聯的 法概念을 주장했으므로 그런 견해는 기본적으로 그릇되었음을 밝힌다. 이는 法效力論과 관련해서도 對國民的 관계에서는 ‘法哲學的 效力論’의 입장에서 法倫理的 拘束性을 강조했던 것으로 미루어 보아 그런 주장은 옳지 않고, 다만 對法官的 關係에서는 白紙讓渡式的 服從을 요구하여 일관되지 못했으나 이는 나치不法의 체험 후 이른바 ‘超法律의 法’의 이념으로 대담해 주었다고 보고 있다. 어쨌든 편자들은 라드브루흐가 법실증주의자와는 달리 법의 內的 拘束性을 근거지우는 것은 道德이며 법은 權利를 부여함으로써 道德的 義務履行의 可能性을 보장한다고 하는 기본입장을 그의 「法哲學」에서 이미 피력했음을 강조한다.

항목 IV는 1933년까지의 라드브루흐 法哲學과 1945년 이후의 라드브루흐 法哲學 사이는 ‘繼續’이었던가 ‘轉向’이었던가 라는 논란많은 문제를 다룬다. 편자들은 앞 항목의 설명에서 이미 라드브루흐를 ‘繼續테제’의 시각에서 바라봄이 타당하다는 것이 밝혀진다고 보지만, 다시 한 번 그것도 婉曲하게 “라드브루흐는 1945년 이후 자기의 觀念을 修正한 것은 의심할 수 없지만, 자기 理論의 主要要素는 그의 精神活動의 전과정에 걸쳐 변함이 없었다”라고 대답한다. 라드브루흐의 어떠한 점이 修正되었는가에 대해서는 편자들은 두 가지를 드는데 그 첫째가 이른바 ‘라드브루흐 公式’을 통해 惡法の 效力을 法官에 대해서까지 일관되게 부인했다는 점이고, 그 둘째가 人權의 理念을 承認함으로써 價値相對主義의 威勢를 제한했다는 점이다. 그리고 이러한 修正은 그의 法哲學體系에 영향을 미치지 않을 수 없었던 바 우선 ‘라드브루흐 公式’은 法律이 너무나 不正義하여 그 效力을 인정할 수 없다는 ‘受忍不能公式’(Unerträglichkeitsformel)과 法律이 正義, 즉 平等을 의식적으로 否認하여 法일 수 없다는 ‘否認公式’(Verleugnungsformel)으로 나누어지고, 전자는 그의 法效力論에, 그리고 후자는 그의 法概念論에 修正을 가져 왔고, 다음으로 人權의 이념은 法目的(價値)論에 영향을 미쳐 “人權의 全的인 否定은 絶對적으로 不正當한 法이다”라는 결론으로 갔다고 지적한다. 이는 바로 그의 『法哲學入門』(1947)에 집약되어 있다고 본다.

항목 V는 라드브루흐의 法哲學이 國家哲學의 문제를 法哲學의 일부로 포함시킨 데 특색이 있는 바 그 核心문제로서 그의 ‘民主主義論’을 취급한다. 즉 라드브루흐는 바이마르 共和國 당시 極右와 極左로부터의 敵들에 대하여 民主的 憲政國家를 守護하기 위해 價値相對主義에 입각한 形式的·節次的 民主主義論을 옹호했던 바 바이마르 共和國 崩壞이후 그의 民主主義觀은 修正되었는가라는 질문이 던져 진다. 이에 대해 편자들은 라드브루흐가 순 形式的·節次的 民主主義論은 多數決에 의해 어떠한 任意的 內容의 法도 制定할 수 있음을 의식했으며, 이로써 民主主義는 스스로 自己를 포기할 가능성을 내포하여 이른바 ‘民主主義의 패러독스’에 빠질 수 있음을 깨닫게 되었으며, 이것이 그의 유명한 글 『法哲學에서의 相對主義』(1934)에서 民主主義, 法治國家, 社會國家의 필연적 相互關係를 강조한 動因이 되었다고 본다. 그런 점에서 라드브루흐는 이미 오늘날 독일에서 실현을 본 ‘防禦的 民主主義論’에 이른 것이라고 지적한다.

항목 VI은 『五分問의 法哲學』에서 라드브루흐가 주장한 것처럼 과연 法實證主義 때문에 第三帝國에서 法曹人들이 惡法에 無抵抗的으로 盲從했는가라는 문제를 다룬다. 물론 이를 둘러싸고는 양자 사이에 事實的 因果關係가 있다는 ‘因果테제’와 無條件的 服從을 해야 한다고 생각했기 때문에 免責된다는 ‘免責테제’로 쪼개지나 공 편자는 양 테제 모두 거부한다. 그것은 법실증주의가 바이마르 공화국에서도 이미

支配說이 아니었고, 또 히틀러의 ‘權力掌握’이 법실증주의 때문이라는 것은 맞지 않으며, 나아가 나치시대의 法理論은 法律을 나치적 世界觀으로 해석하는 ‘自然法的’ 경향 일색이었기 때문이라는 것이다. 그럼에도 불구하고 明白한 不法에도 따라야 한다고 함으로써 法曹人들의 抵抗을 높이지 못했던 ‘타락된 法實證主義’, 그리고 이것과 독일의 官憲國家的 思考 사이의 親和力 등을 고려해 보면 ‘因果테제’에는 어딘가 무시 못 할 局面이 있고, 또 바이마르 共和國 말기 그렇게 無條件的 法律服從을 강조한 라드브루흐의 個人的 過去清算에는 ‘免責테제’도 한 몫을 한 것이라는 점을 첨언하고 있어 소극적으로 약간의 책임을 묻고 있는 듯 하다.

마지막 항목 VII에서는 라드브루흐의 法哲學의 位相은 法律家들이 法哲學에 대해 던지는 질문에 대해 대답을 해 주는 內容豊富하고 힘찬 法과 法學의 一般理論을 설계해 보여 주고 있는데 놓여 있다고 하겠으며, 이는 특히 法은 法理念 내지 正當性에 관련되어서만 相當하게 定義될 수 있다는 그의 테제와 관련해서 그렇다고 강조된다. 이 점에서 라드브루흐의 이론은 켈젠과 그 根本理念에서 대립하고 있으며 이들 모두 法에 대한 심오한 直觀에 의거하고 있으며, 따라서 라드브루흐의 「法哲學」과 켈젠의 「純粹法學」은 20세기를 넘어 설 著作에 속한다고 결론짓는다.

末尾의 文獻目錄에는 라드브루흐의 著作들과 論文들, 라드브루흐 全集의 內容概要, 그리고 二次研究論文들과 著作들이 잘 수록되어 있다. 여기에는 우리나라 학자로서 라드브루흐 法哲學의 核心問題를 다루어 독일에서 學位를 받은 論文 세 편도 자리잡고 있다. 이는 우리나라 학자가 法哲學의 國際的 研究에 貢獻한 의미깊은 證跡이기도 하다.

이상으로 이번 普及版이 갖는 특별한 의의를 附錄 I 과 편자의 「라드브루흐 法哲學序說」의 내용을 간략하게 소개함으로써 찾고자 했다. 라드브루흐의 「後記草稿」는 ‘政治權力的 魔性’이 얼마나 駭怪罔測한가를 일깨워 준다. 우리는 지금도 도처에 국민을 꼭두각시로 만들고 있는 政治權力들이 사라지지 않고 있으며 또한 그 지경으로까지 타락하지 않을까 우려되는 현실을 개탄해야 하겠다. 그리고 편자가 쓴 「라드브루흐 法哲學序說」은 라드브루흐의 法哲學을 전 과정에 걸쳐 一貫되게 파악하는데 더없이 훌륭한 길잡이 역할을 할 것으로 생각된다. 그런데 이 글과 관련해서 한 두 가지 떠오르는 점은 우선 라드브루흐가 1933년 이전에 法實證主義者가 과연 아니었던가 이다. 편자들도 라드브루흐는 法理念에 관한 한 正義의 이념은 아리스토텔레스에서, 습목적의의 관념은 막스 베버에서, 그리고 法的 安定性的의 강조는 흄스와 칸트의 전통에서 영향받았다고 분석했다. 라드브루흐는 여기에서 주지하듯이 “무엇이 正當한가를 ‘確認’할 수 없다면 무엇이 法이어야 하는가를 ‘確定’하지 않으면 안 된다”는 결론에 도달했다. 그는 法과 관련해서 보는 한 W. Ott의 말처럼 법실증주의를 ‘價値哲學的으로’ 근거지운 것이다. ‘分離테제’를 주장하지 않았다는 것

을 근거로 라드브루흐를 법실증주의자가 아니라고 설명하는 것은 그의 법철학이 처음부터 價値哲學에 입각해서 구축되어 있기에 큰 의미가 없어 보인다. ‘分離테제’는 ‘理論的, 論理的 實證主義’(theoretischer, logischer Positivismus)의 테제이다. 이와는 달리 법철학에서는 특히 흄스에서 ‘權威가 法을 만든다’는 ‘道德 및 價値實證主義’(Moral-und Wertpositivismus)가 주장되어 왔다. 적어도 法과 관련해 라드브루흐는 후자의 의미에서 實證主義者가 아니었던가 싶다. 라드브루흐는 그런 태도가 바이마르 共和國의 議會民主主義의 權威를 보전하는 방편으로 생각했던 것이 아니었는지. 라드브루흐가 論理的·理論的 실증주의자가 아님은 말할 필요도 없다. 그리고 편자들이 언급한 라드브루흐의 ‘否認테제’에 관해서인데 사실 ‘法概念’이란 궁극적으로 合目的的 考慮에 크게 의거하는 바이지만 理念開放的(ideeoffen)인 Engisch의 ‘關係概念’(Relationsbegriff)이나, 심지어는 비트겐슈타인의 ‘家族的 類似性’(Familienähnlichkeit)의 개념으로 보는 것이 오히려 ‘相當’하고, 效力의 차원에서 비로소 法理念과 관련해 極端의 경우 그 效力을 부인하는 것이, 말하자면 라드브루흐의 ‘受忍不能公式’만이 타당하지 않을까 생각된다. 이렇고 보면 편자들의 의미깊은 지적이지만 라드브루흐의 법철학을 ‘法과 法學의 一般理論의 내용풍부하고 힘찬 設計’(... Entwurf einer allgemeinen Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaft)로 자리매김코자 한 것은 지나친 애정의 표현이 아닐까. 마지막으로 편자들이 라드브루흐의 「法哲學」(1932)을 켈젠의 「純粹法學」(1934)과 대조시키면서 20세기를 넘어 설 著作으로 꼽고 있으나 사실 이 둘은 20세기 全般部에 한한 것이고 벌써 그 後半部에 들어서서 法理論에서는 Hart의 「法の 概念」(The Concept of Law, 1961)을 통해, 法價値論的으로는 Rawls의 「正義의 理論」(A Theory of Justice, 1971)을 통해 그 위상이 代替되다시피 한 것이 아닌가 싶다. 그러고 보니 21세기에는 어떤 앞선 嚆矢가 法哲學界 및 法理論界를 비추어 이끌고 갈지 오히려 궁금해진다.