creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학전문석사 학위논문

한·일 양국의
H. 켈젠 및 G. 라드브루흐
법사상 수용사 비교 연구

2023년 2월

서울대학교 법학전문대학원

법학과

오 세 영

한·일 양국의
H. 켈젠 및 G. 라드브루흐
법사상 수용사 비교 연구

지도교수 정 긍 식

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함

2022년 12월

서울대학교 법학전문대학원

법학과

오 세 영

오세영의 전문석사 학위논문을 인준함

2023년 2월

위 원 장 김도균 (인)

부 위 원 장 공두현 (인)

위 원 정긍식 (인)

국 문 초 록

양(陽)의 방향이든 부(負)의 방향이든 우리 학계의 학문사에서 일본의 영향을 부정하기는 어렵다. 이것은 특히 법학에서 두드러진다. 그 이유는 우리의 법체계가 상당부분 일본이 계수한 서양 법체계를 계수했다는 점에 더해 해방 직후 우리의 법학계에는 일제 시기 일본의 통제 정책으로 인해 자생적인 연구환경이 조성되기 어려웠기 때문이다.

게다가 일제 시기 법학 교육은 기초법학보다는 고등문관 시험 합격 등을 위한 실무법학에 치중되어 있었으므로, 제한된 인재를 갖고 운영될 수밖에 없었던 법철학계에서는 일본의 영향이 더욱 강하게 나타났다. 이런 상황에서 해방 초기 대부분의 법철학자들이 경성제대의 법철학 교수이자 한국에 사실상 처음으로 “법철학”이라는 학문을 전개했던 오다카 토모오(尾高朝雄)의 영향을 받거나 아니면 일본 유학 경험을 거쳐 직접적으로 일본 학계의 영향을 받는 것은 어쩌면 당연했다.

초기의 문제의식을 설정하는데 일본 법학계의 연구동향에 큰 영향을 받았음은 분명했다. 해방 이전인 1930년대부터 우리 법철학계의 연구 동향이 켈젠에 집중되어 있었고 해방 이후에는 상당수의 연구가 켈젠의 순수법학에 대한 비판연구에 집중되었으며, 더 나가 그 비판이 에드문트 후설의 현상학에 대한 수용으로 이어진다는 것은 이를 단적으로 보여준다. 이러한 연구 경향은 독일 유학을 떠나 켈젠에게 직접 수학했던 오다카의 그것과 흡사한 것이었다. 오다카는 켈젠에 대한 비판론을 전개하며 그 대안으로 후설의 현상학을 제시했는데 오다카의 제자 이항녕, 황산덕 등에게서 유사한 모습이 나타났다.

이는 라드브루흐 연구에서도 마찬가지였다. 상법학계가 중심이 된 1950년대의 라드브루흐 연구는 일본 법학계에서 논의되고 있는 라드브루흐 관련 연구를 소개하거나 번역하는데 집중되었다. 해방 이전 우리 법철학계는 오다카의 강한 영향을 받은 탓에 라드브루흐에 관한 연구를 찾아보기 어려웠기 때문이다. 이러한 라드브루흐 연구의 특색은 일본의 영향력을 방증하는 것이기도 했다. 일본의 유명 상법학자 다나카 코타로(田中

耕太郎)가 법철학 연구에서도 많은 성과를 보였듯 법철학과 상법학의 세계보편성이라는 성격에 응답하는 연구가 한국에서도 등장한 것이다.

그러나 한국의 켈젠, 라드브루흐 연구가 결코 일본의 연구 경향을 답습하는데만 머물렀던 것은 아니다. 오다카의 세 제자 유진오, 이항녕, 황산덕은 각기 나름의 이론을 제시하며 오다카와는 다른 켈젠 비판을 선보였다. 또한 정희철과 서돈각은 경성제대와 경도제대라는 서로 다른 학문적 배경을 바탕으로 한 각자의 개인적 경험을 라드브루흐 연구에 투사했다.

두 독일 학자에 대한 논의가 비록 이처럼 일본 법학계의 다대한 영향하에 있는 것이었다 하더라도 그 속에서 우리 법철학계는 나름의 독창적인 성과를 내기 위해 노력했다. 이러한 성과는 켈젠 연구에서 먼저 나타났다. 하지만, 라드브루흐 연구의 경우에도 1950년대 상법학계가 번역서를 보급하며 뿌린 씨앗이 국내외를 걸쳐 다양한 성과로 나타났다. 국내적으로는 서울대 사범대학에 재직했던 박덕배를 중심으로 라드브루흐 법철학을 소개하였고 이는 오늘날 고등학교 교과서에도 라드브루흐를 다룰 정도로 라드브루흐의 학설이 보편화되는데 기여했다고 볼 수 있다.

한편, 1960년대 들어 학계에서는 라드브루흐 연구의 본산이라고 평가할 수 있는 독일로 유학을 떠나는 움직임도 나타났다. 1960년대의 변화는 1970년대 이후 다채로운 라드브루흐 연구가 만개하는데 자양분이 되었다. 이처럼 켈젠과 라드브루흐 연구를 위주로 살펴본 해방 전후의 시기부터 1960년대까지 한국 법철학계의 연구 동향은 일본의 영향을 빼고는 설명하기 어렵다. 그것이 바로 본고가 한국의 켈젠과 라드브루흐 연구동향을 논하며 일본의 논의를 검토한 이유이기도 하다. 그러나 이것이 일본의 학문을 일방적으로 수용했음을 의미하지는 않는다는 점에 유의해야 한다. 오히려 그 연구 과정은 일본을 의식하고 끊임없이 일본 학계와 상호작용하며 독자적 연구성과를 찾아가는 과정이었던 것이다.

주요어: 구스타브 라드브루흐(Gustav Radbruch), 한스 켈젠(Hans Kelsen), 오다카 도모오(尾高朝雄), 황산덕, 정희철, 박덕배, 정종욱

학 번 : 2020-20855

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구의 배경과 목적 ····· 1

제 2 절 연구의 범위 및 논문 순서 ····· 3

제 2 장 일본의 “켈젠·라드브루흐 수용사” ····· 6

제 1 절 일본에서의 신칸트학파 수용사 ····· 6

1. 일본 법철학사에서 신칸트학파가 갖는 함의 ····· 6

2. 신칸트주의 법철학의 특징 ····· 7

3. 켈젠과 라드브루흐의 학설사적 의의 ····· 8

제 2 절 일본에서의 한스 켈젠 수용사 ····· 10

1. 신칸트학파 이론에 대한 일본 학계의 이해 ····· 10

2. 한스 켈젠과 “비판적 법철학 방법론” ····· 11

3. 일본 학계의 주된 켈젠 이해: 비판 철학 방법론 ····· 15

제 3 절 일본에서의 라드브루흐 수용사 ····· 15

1. 라드브루흐 법철학에 대한 초기적 수용 ····· 15

2. 라드브루흐 이해의 고도화와 비판적 수용 ····· 17

3. “개인” 라드브루흐에 대한 관심과 수용 그리고 토키와 토시타 (常磐敏太)
····· 20

4. ”전후“라는 맥락에서의 라드브루흐와 민주주의 ····· 26

5. 일본의 라드브루흐 수용사: 이해의 고도화 및 내재화 31

제 4 절 한국에 영향을 끼친 주요 학자를 중심으로 ··· 35

제 3 장 한국 법철학계 “켈젠·라드브루흐 수용사”의 특징 ····· 37
제 1 절 1920년대부터 1960년대의 시대적 특성 ····· 37
제 2 절 경성제국대학의 성립과 일본의 영향 ····· 43
제 3 절 한국의 켈젠 연구와 오다카 토모오(尾高朝雄) ····· 50
1. 한국 법철학사에서 오다카의 위상 ····· 50
2. 오다카 토모오의 연구 경향: 켈젠 비판 및 후설 ····· 59
제 4 절 한국의 라드브루흐 연구와 일본의 영향 ····· 62

제 4 장 해방 이후 한국의 한스 켈젠 연구 ····· 67
제 1 절 오다카 토모오(尾高朝雄)와 그 제자들 ····· 67
1. 오다카 교수의 조수 “유진오”의 연구 ····· 67
2. 오다카의 애제자 “이항녕”의 연구 ····· 70
3. ”켈제니언 황산덕“의 켈젠 수용 단상 ····· 71
제 2 절 1960년대 켈젠연구의 침체 ····· 73
제 3 절 일본 법철학의 영향 그리고 극복의 奮鬪記 ····· 77

제 5 장 해방 이후 한국의 라드브루흐 연구 ····· 79
제 1 절 해방 직후 ····· 79
제 2 절 1950년대 중반 이후 ····· 81
1. 상법학계에서 두드러진 라드브루흐에 대한 관심 ····· 81
2. 일본 직접 유학파의 접근 방식 ····· 82
3. 경성제국대학 출신들의 접근방식 ····· 83
(1) 니시하라 간이치와 라드브루흐 연구 ····· 83

(2) 정희철의 라드브루흐 연구 ····· 89
제 3 절 1960년대 이후 ····· 94
1. 라드브루흐에 대한 관심의 확대: 수용과 자생 ····· 94
2. 독일 유학파의 성과: 국내 학계를 향한 새로운 자극 ·· 101
3. 학계의 국제화에 따른 진일보 ····· 107
제 4 절 수용·자생·유학의 三重奏 ····· 110
1. 1950년대: 일본 법학계로부터의 분화 ····· 110
2. 1960년대: 연구 범위의 확대 및 수준의 상승 ····· 111
3. 학계 전반 연구 경향의 압축판인 라드브루흐 연구사 · 113

제 6 장 결론 ····· 114

참고문헌 ····· 118

Abstract ····· 132

日文抄錄 ····· 136

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 배경과 목적

우리의 법학사(法學史)를 다룸에 있어 논자마다 차이가 있을 수 있지만 일본 법학의 영향을 전면적으로 부정하기는 어려울 것이다. 이를 반영하듯 "과거 식민지 종주국이었던 일본의 법은 단순한 외국법 이상의 존재로서 한국의 법제도에 음양으로 영향을 미쳐온 까닭에 일본법은 '외국법'이란 의식이 희박하다"라는 평가마저 있을 정도이다.[1] 이는 우리의 법철학사(法哲學史)에서도 예외는 아니었다. 그 영향은 "법철학"이라는 용어 자체에서도 단적으로 확인된다. 독일어 Rechtsphilosophie의 번역어인 법철학은 경성제대의 법철학 강좌 담당 교수였던 오다카 토모오(尾高朝雄)에 의해 "발명"된 것이기 때문이다.[2]

한국 법철학의 형성 과정에서 이와 같은 일본 법철학의 영향을 잘 보여주는 또 다른 사례는 바로 서양 법철학자 "한스 켈젠"과 "구스타프 라드브루흐"가 한국 법철학계에 수용되는 과정이다. 이 두 학자는 일본 법철학계에서 상당한 주목의 대상이 되었고 그 영향은 해방 이후 우리 법철학계에까지 이어졌다. 이처럼 일본의 논의는 해방 직후 한국에서 벌어진 여러 라드브루흐 연구의 방향성 설정에 기여했으므로 기본적인 논의 맥락은 유사할 수밖에 없었다. 이러한 현실을 반영하듯 라드브루흐의 제자이자 독일의 법철학자였던 아르투어 카우프만은 한국과 일본을 지목하여 극동지역에서 라드브루흐 연구가 활발한 곳이라고 평가하기도 했다.[3]

---

1) 유혁수 외, 일본법강의, 박영사(2021), ii-iii면.
2) 최종고, 韓國法思想史 全訂新版, 서울대학교 출판부(2001), 408면.
3) Arthur Kaufmann, "Gustav Radbruch und die koreanische Rechtsphilosophie: Eine Skizze anhand dreier Dissertationen", 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985), 112면; 한국어 번역에 관해서는 김영환, "1960-70년대의 한국 법철학에 관한 연구", 한국 현대법철학의 형성과 전개, 세창출판사(2010), 44면 참조.

이는 켈젠의 경우에도 동일했다. 라드브루흐에 대한 논의가 켈젠에 대한 논의와 분리하기 어려운 것이었기 때문이다. 오다카 외에 여러 학자들에 의한 켈젠에 대한 일본 내 논의가 해방 이후 한국의 법철학자들에게 많은 영향을 끼쳤다는 점도 이런 경향의 형성에 요인이 되었다.

그런데 일본의 영향 하에 시작된 수용사(受容史)였지만 그 속에서도 한국 나름의 독자적 연구 맥락이 덧입혀지기도 했다. 이런 결과는 한·일 양국의 법철학계가 마주한 상황 및 그에 따른 연구 관심사의 차이에 따른 것이었다. 일본은 서구 근대 문명의 도입과 함께 법철학에 대한 연구가 본격화되는 맥락에서 켈젠과 라드브루흐 연구가 진행되었다. 따라서 두 학자에 대한 연구는 단순히 철학의 문제를 넘어 국가를 어떻게 체계화 할 것인지에 대한 관심사와 맞닿아 있었다. 그런 탓인지, 켈젠 연구는 근대 서구 법체계를 정착시키기 위한 연구론을 확립하는 과정에서 주로 논의되었다. 라드브루흐의 경우에도 이런 연구 목적의 연장선에 있었다. 이로 인해 켈젠의 한계를 극복하고 전후 일본이 직면한 민주주의의 문제를 어떻게 해결할지를 중심으로 문제 제기가 이루어 졌다. 자국의 상황과 연계되며 이론이 다루어지게 되자 라드브루흐에 대한 일본 내 연구는 빠른 속도로 수적·질적인 활황세를 보였다. 이는 그 속도와 규모면에서 한국에 비해 훨씬 빠르고 방대한 것이었다.

한편, 한국의 경우 양자 가운데 먼저 주목을 받은 것은 한스 켈젠이었다. 켈젠은 이미 일제 시대부터 한국 학계에서 주목을 받았는데 이는 켈젠에게 사사한 오다카가 그에 대한 비판적 연구에 힘쓴 덕분이었다. 이와 달리 라드브루흐에 대한 관심은 1950년대 후반에 들어서야 시작되었다. 게다가 이 시기 한국의 연구는 일본과 같이 라드브루흐 자체에 대한 독자적인 연구 논문의 수준에 이르지는 못했고 번역연구가 주를 이루었다. 이러한 번역연구는 1960년대에 들어서야 새로운 연구 흐름의 창출이라는 성과로 이루어졌다. 이처럼 켈젠에 대한 국내 연구가 일본 법학의 영향이라는 그늘에서 벗어나기 위한 분투기였다. 반면, 라드브루흐 연구는 좀 더 장기적인 관점에서 일본, 독일 등 해외의 여러 연구 경향을 수용하고 이를 자생적 연구와 연계하여 우리의 독창적 성과로 만들어가는

성장의 기록, 다시 말해 성장기(成長記)였다.

이와 같이 한국 법철학계의 “켈젠” 및 “라드브루흐” 수용사는 우리 법철학계가 식민지기의 영향에 기초하여 해방 이후 어떻게 태동하였는지 그리고 어떤 학문적 경로를 밟아왔는지를 소묘하기에 가장 좋은 주제라고 할 수 있다. 본 연구는 이처럼 우리 법철학계가 일본 학계의 영향 하에서 어떤 형태로 독일의 법철학 이론을 수용하고 더 나가 독자적으로 발전시켰는지를 검토하고자 한다. 이를 통해 우리 법철학계의 구축 및 성장 과정을 시계열로 검토하는데도 의미가 있을 것이라 기대한다.

제 2 절 연구의 범위 및 논문 순서

한편 본고는 한국의 켈젠 및 라드브루흐 수용사를 분석함에 있어 1920년대부터 1960년대까지 한국과 일본에서 진행된 논의를 위주로 하고자 한다. 해당 시기동안 이루어진 일련의 논의를 종적, 횡적으로 분석하여 일본의 논의가 어떻게 한국에 영향을 끼쳤는지, 그리고 이와 같은 일본 내의 논의에 더하여 한국 내에서는 어떠한 추가적인 연구 경향이 있었는지를 검토하려는 것이다. 이렇듯 연구의 대상을 “한국과 일본 법철학계의 동향”에 주안점을 두고 그 중에서도 “1920년대부터 1960년대”라는 특정시기의 연구로 범위를 제한한 것은 광복 이후 사실상 신생 학문에 가까웠던 한국 법철학계가 어떻게 학문적 방향성을 설정하고 이를 내재화하는 과정을 거쳤는지를 가장 단적으로 보여주기 때문이다.

이는 “켈젠·라드브루흐 수용사”에 있어 “1920년대부터 1960년대라는 시기가 갖는 시대적 함의” 그중에서도 특히 “‘학문적 흐름의 전환 및 국제화”라는 관점에서 1960년대의 특징과 관련이 깊다. 일반적으로 우리 법철학계는 그 연구사를 구분함에 있어 해방 이전부터 1950년대까지를 하나의 단위로 묶고 1960년대는 1950년대가 아닌 1970년대와 동일한 단위로 구분하는 방식을 채용하고 있다.[4] 이는 아마 6·25전쟁이나 박정희 정

4) 가령 한국법철학회가 학회 창립 50주년을 기념하여 그 동안 한국의 법철학 연구사를 정리하여 발간한 단행본 한국 현대법철학의 형성과 전개에서 김유근이 “해방전후

권이라는 시대적 배경이 작용한 결과일 것이다.

그러나 한국의 “켈젠·라드브루흐 수용사”를 파악하는 데 있어 이러한 기존의 시대 구분 방식은 수용 양상의 특징에 대한 적확한 이해를 방해한다. 오히려 해방 이후부터 1960년대까지를 하나의 단위로 보고 당시의 연구사를 연작소설 내지는 단계적 발전과정이 담긴 변화상으로 그려내는 것이 더 효과적이다. 그 이유는 1960년대의 시대적 특수성과 연관된다.

뒤에서 상술하겠으나 학술사적 관점에서 1960년대는 1950년대까지의 조류와 변화하는 1970년대의 조류 사이에 끼인 중첩적 성격을 가진 시기였다. 1960년대는 기존의 학문적 관성을 벗어나기 위한 시도에도 불구하고 이를 탈피하기엔 여전히 한계가 있었다. 바로 이런 이중적 성격이 1960년대를 그 이전의 시대와 같은 맥락에서 바라보아야 하는 이유이다.

또한 1960년대는 우리 법학계에서 법철학이 본격적으로 주목받지 못하던 시기라는 점, 그러나 동시에 1960년대 들어서며 라드브루흐 연구에 관한 한국의 국제적 위상이 높아지는 등 “켈젠·라드브루흐 연구사”의 관점에서 새로운 변화의 싹이 태동하는 시기라는 점이 특징이다. 이러한 특징들은 1960년대를 그 이전의 시기와 하나의 단위로 묶어야 하는 이유가 된다. 새로운 방향으로 나아가려는 듯한 움직임을 태동하게 된 것은 그 이전의 축적된 연구 성과의 연장선에서 볼 때 유의미하기 때문이다.

이처럼 우리의 “켈젠·라드브루흐 연구사”에서 1920년대부터 1960년대라는 시기는 대개 일본의 영향 즉, 일본을 통한 수입과 그에 대한 대응에 한정되며 서양의 제외국들과는 실질적인 학술교류가 사실상 이루어지지 못했다는 특징이 있다. 그러나 동시에 1960년대는 일종의 전환점으로써 1950년대까지의 연구사조와는 질적으로 구별되는 1970년대만의 그것이 등장하는데 대한 일종의 신호등과 같은 역할을 한 시기이기도 하다. 즉, 해방 이전의 연구사조는 1960년대까지만 그 연속성이 확인되는 것이다.

-1950년대까지의 한국 법철학에 관한 연구”를 발표했고, 김영환이 “1960-70년대의 한국 법철학에 관한 연구”를 발표했다(김정오, “한국 현대법철학의 형성과 전개”, 한국 현대법철학의 형성과 전개, 세창출판사(2010), 3면; 김유근, “해방전후-1950년대까지의 한국 법철학에 관한 연구”, 한국 현대법철학의 형성과 전개, 세창출판사(2010), 15-40면; 김영환, 앞의 논문(주 3), 41-84면 참조.).

따라서 본고는 “라드브루흐”와 “켈젠”을 중심으로 식민지 시기인 1920년대부터 해방 이후 1960년대까지 우리 법철학계가 어떤 연구 동향을 보여왔는지를 그려내기 위해 다음과 같은 전개방식을 취하고자 한다. 먼저 한국의 법철학사에서 켈젠과 라드브루흐의 수용사를 정리함에 있어 “일본 법철학계의 동향”을 검토하는 것의 의의를 검토한다(Ⅱ). 이를 바탕으로 한국 법철학계의 “켈젠·라드브루흐 수용사”가 갖는 특징을 검토한다. 이 과정에서 “1920년대부터 1960년대”라는 시기의 시대적 특성, 한국 법철학계에 대한 일본 학계의 영향 등을 구체적으로 논증하고자 한다(Ⅲ).

이를 바탕으로 한국의 켈젠 및 라드브루흐 수용과정을 검토하면서 무엇이 독자적인 부분이었는지, 어떤 부분에서, 어떠한 방식으로 일본의 영향을 받았는지를 검토할 것이다(Ⅳ, Ⅴ). 이를 통해 본고는 궁극적으로 라드브루흐와 켈젠에 대한 법철학 연구사야말로 일본 법학의 영향을 수용하고 이를 바탕으로 학문적 방향성을 설정한 동시에 이를 극복하며 독창적인 연구 사조를 창출해가는 과정이었음을 논증할 것이다(Ⅵ).

제 2 장 일본의 “켈젠·라드브루흐 수용사”

제 1 절 일본에서의 신칸트학파 수용사

1. 일본 법철학사에서 신칸트학파가 갖는 함의

“일본의 법철학 발전 과정에서 신칸트학파가 차지하는 지위가 결정적이다”라는 명제에 대해서 일본학계의 공통인식이 있다고 해도 과언이 아닐 정도로 일본에서 신칸트주의 학파는 적극적으로 수용되었다. 이러한 흐름은 일본 법철학계에 새로운 방법론의 도입을 의미했다. 이를 통해 경험주의 및 그것의 필연적 귀결인 회의주의 이전의 독단주의적 법철학을 극복하여 근대적인 법철학이 탄생하는데 공헌하였으며 근대시민사회에서 “개인”에 대한 인식을 법적사유의 영역에 정착시켰다고 평가된다.[5)]

이러한 평가를 이해하기 위해선 먼저 근대 일본의 법사상사에서 나타난 특징을 살펴봐야 한다. 주요 문제점으로 지적되는 것은 ㉠ 막말기(幕末期) 이후까지도 개인 및 이들 사이의 관계를 규율하는 사법(私法)에 대한 관념 자체가 없었다는 점, ㉡ 막말 시기까지 유력 학문이었던 주자학에 기반한 일본 학자들은 법보다 예(禮)에 중점을 둔 탓에 메이지 유신 직후의 일본에는 제대로 된 법철학·법사상 연구의 기반조차 갖추어지지 않았다는 점,[6)] ㉢ 국체·정체 이원론에 기반한 일본제국헌법이 국가와 개

---

5) 原秀男, “新カント學派”, 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979), 271면.

6) 野田良之, “近代日本法思想史の問題点”, 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979), 27-28, 32면. 일본에서 근대 법학의 계몽 사상가로 알려진 니시 아마네(西周)의 경우에도 초기에는 주자학자였으나, 이후 소라이학(徂來學)으로 전향하면서 본격적으로 법학에 깊은 관심을 갖게 된 것이었다(西周, 西周全集 第三卷, 東京: 宗高書房(1960), 260면.). 일본의 막부시대-특히 막말기-일본의 유력학문이 주자학이었다는 점에 대해선 박훈, 메이지 유신과 사대부적 정치문화, 서울대학교 출판문화원(2019), 60면을 참고. 일본 내부에서 벌어진 주자학과 소라이학의 길항관계 및 그와 서양문물 유입 사이의 관계에 대해선 丸山眞男(마루야마 마사오), 일본정치사상사연구, 김석근 譯, 통나무(1995),

인 사이의 관계를 사회심리학적 의미에 불과한 국민성을 뜻하는 “국체”로 정의하여 양자 사이의 관계가 법적으로 엄밀히 규정되지 못했다는 점이었다.[7] 즉, 신칸트주의의 정착은 일본 근대 법사상사에서 찾아볼 수 없었던 “개인(人)”을 발견하고, 이들 사이의 법적 관계를 규율하며, 당위와 존재의 구분이 불명확했던 법적 관계에 대하여 새로운 이해의 지평을 제공한 것이다. 이를 두고 미야자와 토시요시(宮澤俊義)는 “근대에의 입학시험의 시련을 넘어 이를 극복한 것”이라고 평가했다.[8]

2. 신칸트주의 법철학의 특징

독일의 신칸트주의 법철학자로는 마르부르크 학파의 슈탐러(Rudolf Stammler)와 켈젠(Hans Kelsen), 서남독일 학파의 라드브루흐(Gustav Radbruch)와 라스크(Emil Lask)등이 제시된다.[9] 최근 들어 켈젠을 마르부르크 학파로 구분하는 것에 대한 비판론이 제기된 바 있지만, 본고가 연구 대상으로 한정한 1920년대부터 1960년대까지는 이런 구분이 일반적이었다.[10] 일본에서도 이런 구분이 일반적으로 수용되어 왔다.[11]

411-464면 참고.

7) 長尾龍一, “法思想における「國体論」”, 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979), 229, 251면.

8) 宮澤俊義, “わが國の法哲學”, 法律時報 第八卷 第十一号, 東京: 日本評論社(1936), 3면.

9) 최종고, “日本과 韓國에 있어서 라드브루흐 法哲學의 수용”, 법학논총 창간호, 숭실대학교 법학연구소(1985), 141면.

10) 켈젠을 마르부르크 학파로 구분하는 견해는 헤르만 헬러(Hermann Heller)가 제기한 것으로 오랜 기간 정설로 받아들여지다가 1980년대 이후 논쟁의 대상이 되었다. 이와 관련한 논의에 대해서는 Ulfrid Neumann(울프리드 노이만), 구스타프 라드브루흐 - 법철학자, 정치가, 형법개혁가, 윤재왕 譯, 박영사(2017), 112면 각주 5번을 참조.

11) 1960년대까지의 연구성과를 바탕으로 켈젠 순수법학의 계보를 정리한 데시마 타카시(手島孝)는 인식방향이 인식대상을 규정하고 인식대상은 하나의 근원으로부터 논리적으로 산출된다는 코엔의 인식론적 기본자세와 켈젠의 인식 사이에는 광범위한 병행(廣範な並行)이 있어서 켈젠은 무의식적으로도 자각적으로도 마르부르크 학파의 일원이 된다고 평가한다. 그러면서 이로 인해 순수법학은 칸트적 “이성의 고평가”로부터 종국에 “이성의 독재”로 이어진 마르부르크 학파와 “방법적 관념론”이라는 비판을 공유하게 된다고 평가한다. 이처럼 일본의 법철학계는 켈젠을 신칸트주의의 방법론을 강조하고 있음을 위주로 이해하는 태도를 취한다. 이는 켈젠을 사실상 마르부르크 학

신칸트주의 법철학을 대표하는 이 두 학파는 신칸트철학에 공통된 사고방식에 입각한다는 점에서 그 공통점을 발견할 수 있다. 그리고 이러한 공통점이 바로 신칸트주의 법철학의 특징을 잘 보여준다. 이러한 사고방식의 공통성이란 구체적으로 방법일원주의의 거부, 법현실주의의 거부, 방법을 통한 실재의 구성으로 대변된다. 신칸트주의 학파의 전통에 입각한 이 법철학자들은 존재와 당위를 엄격히 분리하는데 이는 방법일원주의에 대한 거부를 의미한다. 또한 이들은 법개념에 대한 경험주의적 해석이나 법을 경험적 현상으로 축소시키려는 법현실주의를 비판하고, 실재는 주어진 것이 아닌 개념적 종합의 산물이라고 이해한다.[12]

요컨대 이들에 따르면 선천적 가치의 이념에 입각해서 구성되는 세계는 원래부터 인과필연의 법칙에 의해 지배되는 실재의 세계와 일치할 수 없으므로 가치의 세계인 당위(Sollen)의 세계와 존재(Sein)의 세계는 대립한다. 이때 당위는 현실을 뛰어넘는 이상으로서 인간의 사실생활을 규율하는 규범에 해당하므로 규범 역시 존재와 대립하게 된다. 하지만 규범이 내용을 갖는 동안에는 사회와 시대에 따라 변화할 수밖에 없으므로 그것은 경험에 의한 제약의 대상이 된다. 따라서 규범이 장소와 제약을 넘어서 선험적인 보편타당성을 갖기 위해선 일체의 내용이 제거된 채 오직 방법(형식)으로만 구성되어야 하는 것이다.[13]

3. 켈젠과 라드브루흐의 학설사적 의의

그런데 신칸트주의 법철학자들이 갖는 공통점에도 불구하고 방법과 실재의 관계에 대하여 켈젠 등의 마르부르크 학파와 라드브루흐 등의 서남독일 학파는 중요한 차이를 보이고 있다. 이는 켈젠과 라드브루흐의 견해가 갈리는 핵심 지점이기도 하다. 그리고 바로 이 지점에 켈젠과 라드브루흐의 학설사적 의의가 담겨있다. 켈젠과 라드브루흐의 법철학 이론

파의 연장선에서 이해한 것으로 볼 수 있다(手島孝, “ケルゼニズム考·斷章の二一純粹法學の系譜論”法政硏究 第43卷 2号, 九州大學法政學會(1976), 42면.).

12) Ulfrid Neumann(울프리드 노이만), 앞의 책(주 10), 114-116면.

13) 최종고, G. 라드브루흐 연구, 박영사(1995), 170면.

을 수용한다는 것은 마르부르크 학파와 서남독일 학파로 분화된 신칸트주의 법철학의 전체상을 수용하는 가장 효과적인 방법인 것이다. 양 학파를 대표하는 두 학자의 이론을 수용함으로써 신칸트주의 법철학이 이론적으로 변화된 이형태(異形態)들을 효과적으로 받아들일 수 있었다.

가령 법과 실재의 연관성에 대해 라드브루흐는 법을 법가치에 관계지어진 실재라 정의했다. 이것이 바로 라드브루흐의 가치상대주의 법철학으로 귀결되며 이러한 이론을 통해 법은 현실과 보다 가까워지게 되고 신칸트주의 법철학의 한계를 보완할 수 있다.[14] 하지만 이런 입장은 선험적인 보편 타당성을 가질 수 있는 형식에 따라 실재를 구성해야 한다는 신칸트학파의 철학적 전통에 어긋나는 것이라고 볼 여지도 있다.

켈젠이 바로 이런 입장에 있다. 그는 당위와 존재의 입장을 준별하고 순수한 인식의 선험성(a priori)에 의거하여 선험적 논리학을 수립함으로써 보편 타당성을 도출하려는 마르부르크 학파의 입장의 연장선에 있었던 것이다. 이러한 비판에 따르면 법은 오로지 당위로서 가치와 거리를 둔 채 순수히 형식적 규범성에 따라야 하는데 라드브루흐는 이 둘을 연관시킴으로써 법 그 자체가 갖는 순수성을 파괴했다고 본다.[15]

더 나가 양자는 법학의 성격에 대해서도 다른 입장을 취한다. 켈젠은 대체로 법학을 규범과학에 전속된 것으로 보았다.[16] 반면, 라드브루흐는 법학이 현행법에 대한 규범적 해석을 과제로 하므로 이는 문화과학인 동시에, 방법의 측면에서 규범과학과 구별되지 않는다고 본다.[17]

정리하자면, 라드브루흐는 당위와 존재를 구분하는 신칸트주의의 입장을 유지하면서도 법학의 대상이 되는 실재적 존재로서의 법과 법학이 갖는 당위로서의 규범정립적 기능 사이에 연관성이 있음을 인정했다. 이를 통해 순수법학을 제창한 켈젠과 달리 법 혹은 법학을 형식적인 수준에서 벗어나, 보다 다양한 가변성의 영역을 다루고 현실에 가까워지게 하였다. 특히 라드브루흐는 자신이 제시한 법의 세 가치(정의, 합목적성, 법적 안

14) 최종고, 앞의 책(주 13), 178면.
15) 최종고, 앞의 책(주 13), 171면; Ulfrid Neumann, 앞의 책(주 10), 117-118면.
16) Ulfrid Neumann, 앞의 책(주 10), 117-118면.
17) Ulfrid Neumann, 앞의 책(주 10), 120면.

정성)는 세계관의 차이에 따라 입장이 달라질 수 있는 상대적인 것이라고 주장한다. 이는 그의 가치상대주의 법철학의 핵심인데, 궁극가치의 합리적 인식이 불가능하다는 사회과학적 연구방법론을 일응 수용하면서도, 켈젠처럼 법가치와 같은 내용적인 부분을 완전히 배제하기 보다는, 그들 사이에서의 관계와 질서를 분석해 내려 했다는 점에서 의미가 있다.[18]

다만, 켈젠의 관점에서 라드브루흐는 법을 법이념과 같은 형이상학적인 개념에 봉사하는 것으로 규정하면서도 그것이 실재하는 각 개인의 생각과 정치정세의 변화에 조응해야 한다는 상대주의적 입장을 취하여 이념(당위)과 실재의 문제를 섞어버려서, 양자를 분리한 신칸트학파의 방법론적 진일보를 후퇴시킨 것으로 비판할 수 있다.[19]

이처럼 신칸트학파 법철학의 특징과 한계에 대하여 켈젠은 방법이원주의라는 신칸트학파의 특징을 더욱 강조하는 방법독점주의의 형태를 취함으로써 마르부르크 학파의 색채를 강하게 드러냈다. 반면, 라드브루흐는 방법일원주의로 흐른다는 비판을 감수하면서도 당위와 존재 사이의 연관성을 찾고자 기획함으로써 서남독일 학파의 입장에 서 있었다. 그리고 일본 학계는 이러한 두 학자의 이론을 수용하는 과정을 통해 신칸트학파가 다루는 여러 법철학적 쟁점에 대해 효과적으로 이해할 수 있었다.

제 2 절 일본에서의 한스 켈젠 수용사

1. 신칸트학파 이론에 대한 일본 학계의 이해

일본에서 신칸트주의 법철학을 일본에 처음 소개한 사람은 쓰네토 쿄(恒藤恭) 등이 있다. 시간적으로는 미노베 타쓰키치(美濃部達吉)가 가장 앞선 모습을 보였다.[20] 하지만, 칸트에 의해 확립된 비판적 정신을 법철학 방면에 계승하여 법철학의 주요문제를 다룬다는 관점에서 온전히 신

18) 최종고, 앞의 책(주 13), 176, 186면.
19) 尾高朝雄, 法哲學(改訂版), 東京: 勁草書房(1950), 40, 42면.
20) 原秀男, 앞의 논문(주 5), 272면.

칸트 학파를 소개한 것은 전술한 쓰네토였다.[21] 그는 신칸트학파의 학설은 당위와 존재를 구별하지만, 양자는 몰교섭적인 것이 아니라 존재를 전제하여 이와 관계하는 경우에만 당위가 타당하게 되는 것이라고 설명한다.[22] 즉, 역사의 세계에서 존재와 당위 사이의 모순적 대립에 눈을 빼앗겨, 실천을 통해 성립된 존재, 그리고 당위와의 변증법적 통일에 도달하지 못한다면 역사의 세계를 본질적으로 파악할 수 없다는 것이다.[23]

그런데 신토마스 주의자이자 독실한 가톨릭 신자였던 다나카 코타로(田中耕太郎)는 신칸트학파 전반에 대해 다소 다른 이해를 제시한다. 그는 신칸트학파는 보편타당성을 요구하면서도 다른 한편으로는 자연법에 빠져드는 것을 회피하여 실정법의 상대성을 인정한 결과, 그 법개념론과 법이념론이 공히 내용 없는 형식주의가 되었다고 비판한다.[24] 즉, 신칸트학파는 현실과 "구별"되는 법에 관한 이론의 성립을 위해 보편타당성 원리를 승인하면서도, "당위와 존재의 분단으로 인하여 발생한 특징을 구비하는 의욕"에 대해서만 법이라 인정했기에, 가치판단의 기준이 형식적이게 되는 형식주의에 빠진다고 비판한 것이다.[25]

2. 한스 켈젠과 "비판적 법철학 방법론"

한편 신칸트학파라는 일군단의 학자 중 한 명으로 처음 일본에 소개된 한스 켈젠의 경우에도 대체로 방법론이 핵심쟁점이 되었다. 켈젠을 처음 번역·소개한 이는 타무라 토쿠지(田村德治)였지만 그에 대하여 섬세한 법철학적 분석에 처음 나선 이는 기무라 카메지(木村龜二)였다. 그는 켈젠의 사색이 법률사회학 방법론적 성찰에서는 여느 법학자에 뒤처지지

21) 恒藤恭, "學究生活の回顧", 現代隨想全集 第27卷, 東京: 東京創元社(1955), 221면.
22) 이와 관련하여 쓰네토는 슈탐러의 법리학의 근본적 견지를 설명하면서 법학에 대하여 선험적 경험의 가능성을 전연부정하는 것은 오류라고 하였다. 그러면서 법학은 표면에서 질료적으로 제약된 내용의 선험성을 찾아내는 문제라고 한다. 즉 법학에서 선험적인 내용인 '당위'는, 존재라는 '질료적 제약' 안에서, 즉 존재를 전제 할 때나 가능하다는 것이다(恒藤恭, 批判的法律哲學の硏究, 東京: 內外出版(1921), 75면.).
23) 恒藤恭, 法の基本問題, 東京: 岩波書店(1936), 115면.
24) 田中耕太郎, 法律學概論, 東京: 學生社(1953), 251면.
25) 田中耕太郎, 앞의 책(주 24), 249-250면.

않는다며 호평했다.[26] 기무라가 이처럼 켈젠 분석에 나선 이후 1925년부터 시작되어 1932년 오오사와 아키라(大澤章)가 「켈젠의 순수법학」을 발간하며 정점을 찍은 1차 "켈젠 붐(ケルゼン·ブーム)" 당시에는 켈젠의 학설에 대한 비평보다는 그것에 대한 소개가 주를 이뤘다.[27]

이러한 1차 붐의 끝에서 1960년 제3대 최고재판소 장관을 역임한 국제법학자 요코타 키사부로(横田喜三郎)가 켈젠의 『純粋法學』을 번역하며 연구의 지평을 넓혀갔다.[28] 그는 국제법 우위설을 주장했던 켈젠에게 매료되었고 이것이 켈젠의 순수법학 가운데서도 특히 이데올로기 비판 방법론과 그것의 과학성에 대한 법철학적 관심으로 이어졌다. 그는 "그 때의 정치적 요구에 응하여 법률이론을 구성해야 하고, 따라서 법철학이 정치적 이데올로기에 봉사해야 한다"라는 주장에 대해 이는 법학의 과학적 성질을 파괴하며 필연적으로 법률의 내용을 일그러 뜨리고 그 의미를 변질하게 하여 현실 법률의 객관적 인식을 어렵게 한다고 비판한다.[29] 이렇듯 법학을 정치에서 분리시키려는 연장선에서 원래 법학이 가졌으며 가져야 할 "과학성"을 보존하고 과학이 이데올로기의 시녀가 되는 것을 배제하기 위해 켈젠의 순수법학 및 그 방법론이 선택된 것이다.

한편 1차 켈젠 붐에 즈음하여 이를 연구한 당시 일본의 주요 학자들은 켈젠의 이론이 법해석에 대하여는 하등 언급하지 않는다는 점에 대해서도 주목했다. 이와 관련하여 주목할 만한 이가 "石井龍吉"이다. 이 이름은 필명이어서 그가 정확히 누구인지는 확인할 수 없지만, 해당 글은 켈젠이 법의 목적 또는 이념을 언급하는 것을 잊지 않은 "라드브루흐와 다르다"라는 점에 크게 주목했다는 점에서 의미가 있었다. 특히 그는 켈젠과 라드브루흐의 이론을 "문화"의 개념적 관점에서 비교한다. 이에 따르면 문화는 언제나 현실에서 유리될 수밖에 없지만, 그럼에도 문화 개념

---

26) 木村龜二, "『ケルゼン』の法律社會學の方法論", 法學志林 第二四卷 第二号, 法政大學(1922), 107면.

27) 原秀男, 앞의 논문(주 5), 302-333면.

28) 요코타 키사부로의 번역으로 출간된 『純粋法學』은 1935년 출간되었으며 서지사항은 다음과 같다. ハンス·ケルゼン, 純粋法學, 横田喜三郎 譯, 東京: 岩波書店(1935).

29) 横田喜三郎, "法律學と政治との統合", 経濟往來 六月號, 東京: 日本評論社(1935), 50면.

을 만들어내는 것은 지배계급이 자기의 존재를 영원히 유지하기 위한 것으로 국가나 법률 및 법률의 해석 역시 이런 목적을 위해 존재한다.[30]

다시 말해, 어차피 법과 그 해석은 지배계급의 존재라는 목적을 위해 봉사할 뿐이어서 사실 그 내용은 큰 의미가 없는데 켈젠은 이러한 점을 정확히 파악하여 법의 목적이나 이념을 다루지 않았다는 것이다. 물론 이 글은 켈젠의 이론이 지배계급인 부르주아에 충실한 것임을 비판하는 것을 그 결론으로 삼지만 신칸트학파 전반에서 켈젠과 라드브루흐의 학문적 특색과 좌표를 정확히 이해하고 있다는 점에서 유의미했다. 한편 이 글은 법철학적 논의를 판례에 적용하며 독자의 효과적인 이해까지 도모했는데, 이는 켈젠에 대한 연구가 학자들 간의 학문적 논의를 넘어 일본 사회 전반으로 확산되고 있음을 시사했다.

이렇듯 일본 내에서 자생적인 켈젠 연구가 확산되는 동시에, 유학을 통해 직접 켈젠과 접촉점을 가진 학자도 등장했다. 그 대표적인 사례가 바로 경성제대 교수로서 한국과도 깊은 인연을 맺는 오다카 토모오(尾高朝雄)였다. 오다카의 켈젠 연구에서 나타나는 가장 큰 특징은 신칸트학파 전반에 대한 그의 비판이 대체로 켈젠의 순수법학에 대한 비판으로 환원되는 양상을 띤다는 점이다. 더 나가 오다카가 순수법학에 대한 대안으로 제시한 에드문트 후설의 “현상학”을 두고 “비판철학이 실재하는 대상 그 자체를 정확히 보여주지 못한다는 점에 대한 대안이 된다”라고 평가한 것은 오다카 역시 켈젠의 순수법학 이론의 핵심을 신칸트주의 학파 전반에 놓여있는 “비판적 방법론”으로 파악하고 있음을 시사한다.[31]

이렇듯 켈젠이 신칸트주의 학파의 전형이라고 보기 어려운 지점이 있음에도 불구하고 일본에서 그에 대한 이해는 대체로 일반적인 신칸트주의에 대한 이해와 유사한 궤적을 취했다. 이는 일견 당연한 것이 켈젠의 순수법학 가운데 일본에서 가장 관심의 대상이 된 것은 전술했듯 (과학의 형식을 취한) “이데올로기 비판적 방법론”이었기 때문이다. 이를 반영하듯 2차 대전의 종전을 즈음하여 발생한 2차 켈젠 붐에서도 유사한 양

30) 石井龍吉, “ハンス·ケルゼン”, 新興科學の旗のもとに 第2卷 第5號, 東京: 新興科學社 (1929), 63-64면.
31) 尾高朝雄, 앞의 책(주 19), 41, 43면.

상이 반복되었다. 특히 이와 관련하여 히구치 요이치(樋口陽一)는 자신의 저서에서 이데올로기 비판론을 통해 눈을 뜨고 그 관점에서 헌법을 분석했다고 하며 과학은 “호교의 학(護敎의 學)”이 되어서는 안 되고, 그 이름으로 무엇인가를 제안 내지 부과해서도 안 되며 노출하는 것으로 국한시켜야 한다고 주장했다.[32] 이는 당위와 존재를 구분하고 법해석 내지 내용에 관하여는 법학의 분야에서 제외하는 순수법학이 여전히 “과학적 방법론”의 관점에서 주목받고 있었음을 시사한다.[33]

이런 학문적 경향 탓에 켈젠 비판론의 기수에도 다나카가 있었다. 그는 도덕, 법률 등의 영역에서 만물의 척도는 자신의 상황에 영향을 받는 인간이 아닌, 신이라고 결론지으며 이것이 소크라테스의 성과라고 명명한다. 그러면서 이와 반대로 켈젠은 도덕, 법률 등의 영역에서 인식주체를 경험적 개인으로 한정함으로써, 외부적 경향이나 이해관계에 의해 구애받지 않고 판단하여 각 시대 및 장소를 거쳐 보편타당한 진리가 존재하며 이것이 인간 이성의 활동에 의한 과학적 탐구의 목적임을 부정한다고 분석한다. 또한 도덕, 법률 등에 관한 제 원리는 물론이고 법의 범위에서도 이러한 당위의 내용에 관한 한 켈젠의 입장에 따르면 보편타당한 원리가 인정될 수 없을 것이라 주장한다. 한편, 다나카는 켈젠은 논리학적 원리에 숨어버린 것으로, 그를 통해 보편타당성을 발견하면 처음으로 안심할 수 있지만 이러한 논리주의는 상대주의에 의한 회피처에 숨는 것에 지나지 않는다고 강력 비판한다.[34]

---

32) 樋口陽一, 近代立憲主義と現代國家, 東京: 勁草書房(1973), 1면.

33) 일본에서 켈젠이 과학적 방법론 내지 비판적 법철학 방법론의 맥락에서 이해되었다는 사실은 1973년 켈젠 사후 추모문집으로 출간된 『ハンス·ケルゼン』이라는 책에서도 확인할 수 있다. 해당 책에서 켈젠에 대한 연구논문을 수록한 아오미 준이치(碧海純一)나 하라 히데오(原秀男) 모두 켈젠을 이데올로기 비판의 방법론을 채용한 학자라는 관점에서 평가했다. 특히 하라의 논문은 일본에서 순수법학의 수용양태를 다루면서 그 영역을 이데올로기 비판 방법론의 문제로 한정하고 있기도 하다(碧海純一, “イデオロギー批判者としてのケルゼン”, ハンス・ケルゼン, 鵜飼信成·長尾龍一編, 東京: 東京大學出版會(1974), 22-42면; 原秀男, “日本におけるケルゼン-イデオロギー批判の方法を中心として-”, ハンス・ケルゼン, 鵜飼信成·長尾龍一編, 東京: 東京大學出版會(1974), 105-123면.).

34) 田中耕太郎, 法哲學一般理論 上, 東京: 春秋社(1960), 105면.

3. 일본 학계의 주된 켈젠 이해: 비판 철학 방법론

일본에서의 켈젠 수용사는 종전의 형이상학적 방법론에서 벗어나 법학의 과학성을 확보하고, 그 논리적 체계성을 구축하기 위한 맥락에서 시도되는 경우가 많았다. 전술했듯 막말기(幕末期)까지의 일본은 근대적 의미의 "법학" 개념을 구축하지 못했다. 오히려 법은 도덕, 예 등 다른 개념에 비하여 그 우선순위가 뒤로 밀렸으며 도구에 불과하다고 여겨지는 경우도 많았다. 따라서 이런 구도에서 벗어나 법과 법학의 독자적 영역을 구축하는 것은 일본의 법학자들에게 주어진 시대적 과제이기도 했다. 이를 달성하기 위해서 법은 형이상학적으로 표현되는 것이 아니라 명확하게 인식될 수 있는 개념이어야 했다. 하지만 동시에 그것이 다른 사회환경에 영향을 받는 가변적인 요소여서도 안 됐다. 그런 관점에서 볼 때 비판철학에 바탕하여 당위와 존재의 이원론을 주장하고, 법과 법학만의 독자적 영역을 제창한 켈젠의 이론은 매력적이었을 것이다. 바로 이러한 시각에서 켈젠은 일본에 수용되었다. 켈젠에 대한 비판론이 독실한 기독교도이며 자연법론자로서 "법과 올바름의 관계"를 중시했던 다나카를 중심으로 제기된 것도 이런 맥락을 이해한 위에서 이루어진 것이었다.

제 3 절 일본에서의 라드브루흐 수용사

1. 라드브루흐 법철학에 대한 초기적 수용

이처럼 여러 신칸트학파의 학자들이 일본에서 관심의 대상이 되었고 그 핵심은 당위와 존재의 구분이었다. 그 연장선에서 라드브루흐도 주목을 받았다. 1919년부터 50년간 일본에서 그에 관한 연구는 약 130여 편에 달했는데 이는 당시로서는 서양 법학자 가운데 가장 많은 수를 차지했다.[35] 이렇듯 산술적, 물리적 지표로 대변되는 것 이외에도 라드브루흐의 법철학은 일본의 법학계 및 사회 전반에 지대한 영향을 끼쳤다.[36]

라드브루흐 법철학이 일본에 수용된 과정을 살펴보면 이를 제일 먼저 소개한 사람은 모리구치 시게하루(森口繁治)였다. 그는 「라드브루흐 법리학의 본질」이라는 논문에서 라드브루흐가 이해하는 법리학의 본질을 소개한다.[37] 즉, 처음 라드브루흐가 일본에 수용될 때는 당시로서 새로운 학문이던 법리학이 무엇인가를 파악하기 위한 자료 수집의 차원이었던 것이다. 이를 증명하듯 모리구치는 라드브루흐의 입장을 두고 법리학을 어디까지나 실제 철학의 일부문으로 하는 법의 내용적 가치관찰에 제한함으로써, 법학의 철학으로서 법리학의 이론철학을 배척하는 것이라고 평가한다. 그러면서 라드브루흐가 법리학의 문제로 "법의 개념", "법의 목적", "법의 효력"을 제기하고서도 특별히 법의 개념의 문제를 왜 일반 법률학의 문제에서 제외하여 오로지 법리학의 문제에 전속시키는지는 의문이라고 평가한다.[38]

라드브루흐의 일본 내 수용의 초기맥락에서 모리구치에게 주목할 점은 라드브루흐가 당위와 존재를 구분하는 신칸트학파의 방법론을 취했다고 본 점이다. 그는 라드브루흐 법리학의 핵심은 법리학의 문제를 법의 개념, 목적 및 효력의 문제로 조직화하고 있다는 점과 유독 법의 개념 문제를 법리학의 문제로 제한했다는 점에 있다고 본다. 그런데 법의 목적이나 효력의 문제는 그 자체로 가치평가의 영역을 포함하므로 당위의 문제에 가깝지만, 법의 개념은 법의 존재 형태 즉 실재에 관한 문제에 가깝다.[39] 다시 말해 모리구치는 라드브루흐가 법의 존재의 문제인 법의 개념을 법철학만이 다룰 수 있는 문제라고 설명했다고 파악함으로써 라드브루흐 법철학의 핵심이 당위와 존재의 분별에 있다고 이해한 것이다.

---

35) Koichi Miyazawa, "Gustav Radbruch und die Japanische Rechtswissenschaft", *Gedächtnisnchrift für Gustav Radbruch*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht(1968), 366면, 최종고, 앞의 논문(주 9) 142면에서 재인용.

36) Gustav Radbruch, 法哲學, 田中耕太郎 譯, 東京: 東京大學出版會(1961), 405-406면.

37) 森口繁治, "ラードブルフ 『法理學ノ本質』(一)", 法學論叢 第一卷 一号, 京都大學法學會(1919), 89면.

38) 森口繁治, "ラードブルフ 『法理學ノ本質』(二)", 法學論叢 第一卷 二号, 京都大學法學會(1919), 97-98면.

39) 尾高朝雄, ラートブルフの法哲學: ラートブルフ著作集 別卷, 東京: 東京大學出版會(1960), 33-34면.

2. 라드브루흐 이해의 고도화와 비판적 수용

한편, 기무라 카메지는 라드브루흐의 법철학이 갖는 방법적 핵심이자 특질인 가치상대주의를 정확히 이해 및 소개하였다. 그는 총 두 편에 걸친 「라드브루흐의 상대적 법률가치론」이라는 논문에서 자신이 이해한 라드브루흐 학설을 요약하는 동시에 비판하기도 했다. 비판은 크게 두 가지 지점에 집중되었다. 하나는 라드브루흐의 방법론이 갖는 상대주의라는 전제와 법 가치에 대한 이론적 이해의 시도라는 결론 사이의 모순관계에 대한 것이었다. 다른 하나는 라드브루흐가 법률철학의 역사적 내용의 다양성에 현혹된 나머지, 진실로 가능한 법률적 가치고찰이 유일한 것이어야 함을 망각했다는 점이었다.[40]

기무라의 첫 번째 비판에 따르면 라드브루흐가 주장하는 가치의 상대성이 일체의 주장에 대한 것이라면 자신의 주장도 하나의 상대적 가치에 지나지 않는다. 그럼에도 라드브루흐는 자신의 주장 아래에서 비논리적이게 되는 법률적 가치의 객관적 타당성을 부정하는 대신, 그 논리적 타당성을 부정한 채 가치평가라는 사실의 고찰만 가능하게 했다. 그런데 더 나가 라드브루흐가 법률적 가치의 이론적 이해를 시도하는 것은 모순된다는 주장이다.[41]

두 번째 비판은 비단 라드브루흐 뿐 아니라 신칸트주의 학파 일반에 대한 비판에 가까웠다. 이때 기무라가 “역사성”이라는 요소를 지적했다는 점에 주목해야 한다. 이는 이른바 근대철학으로의 전환으로 평가받는 칸트의 실천철학이 19세기 이래로 확산될 수 있었던 계기가 역사적 상대주의 사상 등의 확산에 따른 것이라는 지적을 반영한 것으로 보인다.[42] 인간의 역사에 대한 일원론적 접근의 탈피가 가치상대주의를 확산시킨 만

---

40) 木村龜二, “ラードブルッフの相對的法律価値論(二)”, 國家學會雜誌 第三七卷 一号, 國家學會(1923), 83-84면.

41) 木村龜二, 앞의 논문(주 40), 83면.

42) 加藤新平, 法哲學概論, 東京: 有斐閣(1976), 535-536면. 상대주의와 역사주의가 동일하다는 것은 아니다. 단지, 19세기 당시 칸트 계열의 상대주의가 확산하는데 역사주의의 확산 등이 기여했다는 취지이다.

큼 법철학자들도 이러한 “역사적 다양성”에 매몰되어서 추구해야 할 가치를 외면하고 있다는 주장이다.

이렇듯 라드브루흐를 향한 강력한 비판에 나섰던 기무라였지만 이후에도 적극적으로 일본 학계에 라드브루흐 법철학을 소개하였다. 이때 발간된 여러 논문 가운데 「법률철학에서 상대주의」라는 논문은 나치 집권 이후 논문 발표가 불가능해진 라드브루흐가 프랑스에서 자유와 민주주의에 대한 요청을 내용으로 담은 동명의 논문을 소개한 것이었다.[43] 그런데 해당 논문은 이미 그 발간 1년 전에 미야자와가 소개하고 많은 탄압의 대상이 되었던 것이었다.[44] 그럼에도 이를 다시 소개한 이유는 시대적 맥락이 변하며 라드브루흐의 가치상대주의에 대한 평가가 과거와는 다소 달라졌기 때문이었다.

실제로 그는 상대주의가 모든 정치·사회 원리의 평등을 주장한다면 민주주의와 모순될 수 있다며 과거 라드브루흐의 상대주의에 대한 비판과 유사한 취지의 문제를 제기했었다. 그러나 이러한 딜레마는 민주주의가 자기 자신을 방기하는 것 이외의 모든 것이 가능하듯 상대주의도 비관용주의를 제거한 채 모든 것에 대하여 관용주의를 베풂으로써 해결할 수 있다며 대안을 제시했다. 이와 함께 “라드브루흐의 결론이 타당한 지는 확정적으로 논할 수 없지만, 자유주의의 위기 상황에서 법률철학의 영역에 깊은 사념을 둘러싼 자의 시사가 있으며 라드브루흐도 그에 해당하는 한 사람의 돈키호테”라고 평가한다.[45] 요컨대 사상탄압에 따른 자유주의의 위기 속에서 가급적 그것이 스스로 빠지는 모순을 벗어날 가능성을 제시함으로써 상대주의가 갖는 한계보다 그 의의에 집중한 것이다.

이러한 기무라의 이해는 일반적인 신칸트학파의 특징이라는 맥락 속에서 라드브루흐를 이해한 모리구치에 비해 진일보한 것이었다. 이는 크게 두 가지 지점에서 확인된다. 먼저 라드브르후의 방법론을 정확히 이해하고 그것의 모순을 지적하며 해결 방안까지 제시했다는 점이었다. 모리구

43) 原秀男, 앞의 논문(주 5), 286면.
44) 原秀男, 앞의 논문(주 5), 298면.
45) 木村龜二, “法律哲學における相對主義”, 法律時報 第七卷 五号, 東京: 日本評論社(1936), 25면(545면).

치의 분석은 단순히 라드브루흐가 법의 개념을 법철학에 전속하는 문제로 보고 있는데 이것의 적절성에 대한 의문을 제기한 것에 불과했다. 반면, 기무라는 라드브루흐가 존재와 당위를 구분하는 이데올로기 비판에 입각한 가치상대주의라는 방법론을 취하면서도 당위와 존재 사이의 관계를 인정했다는 점을 파악하고 있었다. 이러한 이해가 바로 라드브루흐의 전제와 의도 사이에 모순이 있다는 비판으로 이어질 수 있었던 것이다.

또한 기무라는 라드브루흐의 "가치상대주의"라는 방법론이 민주주의와는 모순될 수 있다는 기존의 비판에 더하여 "법 가치에 대한 탐구"라는 라드브루흐 법철학의 자체적인 목표와도 긴장관계에 있음을 지적했다. 그런데 그는 이에 대한 대안을 제시했다. 그것이 바로 "관용"이라는 개념의 도입이었다. 민주주의가 자유를 방기한 개념을 수용할 수 없듯, 상대주의는 관용을 방기한 개념을 수용할 수 없다고 함으로써, "법 가치에 대한 탐구"라는 것이 특정한 목표에의 경주가 아닌 일정한 범위 내에서 제 학설의 공존으로 전환될 여지가 생겼다. 이를 통해 가치상대주의의 내적 모순의 문제까지도 해결하고자 했던 것이다.

한편, 기무라와 비슷한 시기 등장한 오노 세이치로(小野清一郎)는 "문화"라는 개념에 문제를 제기하며 새로운 라드브루흐 비판론을 본격화했다. 라드브루흐는 법학이 문화과학과 규범과학의 성격을 동시에 갖는다고 보는 점에서 순수법학을 주장한 켈젠과 구별되었다. 오노는 이 점에 착안하여 라드브루흐의 법리학에서 가장 먼저 해명되어야 할 개념이 "문화"라고 주장한다. 오노에 따르면 라드브루흐의 이론에서 문화는 지반(地盤)의 통일과 각 개인의 양식(樣式)의 통일로 구현되는 바, 문화주체는 이미 존재하는 가치실현의 상태와 체계적인 조화를 추구해야 한다.[46]

그런데 이에 따르면 하나의 문화 내에서 각 개인은 자기만의 정체성을 인정받기 어렵다. 즉, 법학의 대상인 법이 경험적 실재성을 갖는다는 이유로 "문화"라고 정의하는데, 그러한 개념이 특정 집단 내에서는 통일적 상태를 유지해야 한다면 이는 문화라는 또 다른 초월적 지표에 의존하는

46) 小野清一郎, 法理學と「文化」の概念: 同時に現代ドイツ法理學の批評的研究, 東京: 有斐閣(1928), 237면 참조.

것에 불과하다는 것이다. 더 나가 방법론의 측면에서도 당위로서의 법은 존재의 상인 문화에 의해 규정됨으로써 당위와 존재가 구분되지 않게 되는데 이는 도덕 그리고 법률의 이념을 단일하게 하는 이론적 가치가 있음을 인정한 것이라는 점에서 논리적 일관성이 떨어진다고 지적했다.[47]

3. “개인” 라드브루흐에 대한 관심과 수용 그리고 토키와 토시타(常磐敏太)

기무라 이후로 나타난 이와 같은 일련의 흐름은 라드브루흐에 대한 정확한 이해와 비판 더 나가 발전적 대안까지 제시한 것으로 평가할만 했다. 이는 모리구치에 비해 진일보한 것을 넘어 라드브루흐를 비판했던 일본 내의 일련의 흐름에 대응할 전기를 마련했다는 점에서도 유의미했다. 한편, 라드브루흐의 저작에 대한 번역을 넘어 직접 라드브루흐에게 사사하고 일본으로 돌아온 “라드브루흐 교도(教徒)” 계열도 생겨났다. 그 대표주자가 토키와 토시타(常磐敏太)였다. 토키와는 독일에서의 경험을 바탕으로 유학 당시 독일 법학계의 정세 및 그 속에서 라드브루흐 법철학의 형성과정을 분석하여 「라드브루흐를 중심으로 - 독일 법학 최후의 날과 그 최후의 사람들」이라는 논문을 발표하기도 했다.[48]

해당 논문은 1932년 라드브루흐의 『법철학강요』 제3판(『법철학(*Rechtsphilosophie*)』)의 공간을 기념하여 토키와가 라드브루흐와 재회한 이후의 경험을 담아 1934년 그루노블(Grenoble)에서 집필되었다. 이 시기는 이미 나치가 대학을 활보하고 있었으며 라드브루흐의 애제자였던 게오르그 담(Georg Dahm)이 주장하는 권위형법에 맞서 라드브루흐가 자유형법에 관한 논문을 발표하자 즉각 그 출판이 정지될 정도로 사상탄압이 심화되고 있던 때였다.[49] 사상탄압으로 인해 라드브루흐의 서적이 독일 당국에 의해 압수당하는 것을 가장 마지막까지 옆에서 확인했던 토

47) 小野清一郎, “「文化」概念の法理學的異議(四)”, 法學志林 第二十八卷 第八号, 法政大學(1926), 27, 32면.
48) 常磐敏太, “ラートブルッフを中心としてードイツ法學最後の日とその最後のひとびと”, 東京商科大學研究年報 法學研究 第4卷, 岩波書店(1939), 1-93면.
49) 常磐敏太, 앞의 논문(주 48), 30-31면.

키와는 이때의 경험을 논문에 담았던 것이다.[50] 이 논문은 물론 라드브루흐와 동행한 토키와의 경험을 담은 것으로 기본적으로는 라드브루흐의 형법사상에 대한 것이었다. 하지만, 이국(異國)에서 자료와 시간의 제한 아래에 쓰인 것이었기에 그 어떤 라드브루흐 관련 저서보다도 토키와의 사고와 필력이 담긴 것이기도 했다.[51]

이후 논문은 1938년 라드브루흐의 환력(還曆) 기념논문으로 부기(付記) 부분만을 추가한 채 그 외에 어떠한 수정도 없이 일본에서도 사상탄압이 심화되던 1939년 발표되었다.[52] 그는 논문 발표 시점에 맞춰 추가한 부기에서 해당 논문의 목적을 두고 자신의 또 다른 스승인 마키노 에이이치(牧野英一) 교수에게 독일 방문 당시의 상황을 보고하기 위한 것이라고 밝혔다. 하지만 토키와가 실제로 하고 싶었던 말은 그 다음에 있었다. 그는 마키노가 1938년 봄에 환갑을 맞이하여 총 세 권 분량의 축하논문집을 받는 등 법률학계로부터 상당한 축하를 받은 것에 비해 라드브루흐는 쓸쓸한 한해를 보냈다면서 리스트로부터 동문수학한 동서양의 대학자가 서로 다른 처지에 놓여있다며 양자를 대비한다.

그러면서 라드브루흐를 독일 형법학 최후의 인물로 묘사한다. 동시에 일국의 창업시대에 모든 것은 권력적용(權力適用)의 도구로 여겨지는 일이 많고, 나치의 법률 역시 권력행사의 주요한 도구로 사용되었는데 이로 인해 "혁명 당초의 법의 이상", "독일 법률학 자체의 위용"은 지킬 수 없게 되었다고 비판한다.[53] 이와 함께 그는 나치에 반대하는 "확신범"에 대한 나치 형법의 형벌이 의심스러운 모습만 보이더라도 확정적인 징역형이나 사형에 처함으로써 그 모든 위력을 보인다고 하며 이는 마치 고대 그리스의 악명 높은 법인 드라콘 법(ドラコン法)과 같다는 해석을 덧붙인다.[54]

---

50) 鈴木敬夫, "日本における新カントと學派の展開", 義堂 張庚鶴博士 華甲記念 論文集: 近代法思想의 展開, 동국대학교 대학원(1977), 393면.
51) 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 50), 400면.
52) 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 50), 403면.
53) 常磐敏太, 앞의 논문(주 48), 92-93면.
54) 常磐敏太, 앞의 논문(주 48), 91면. 드라콘 법(ドラコン法典)이란 기원전 7세기 후반 아테네의 입법자 드라콘에 의해 제정된 아테네 최고(最古)의 성문법이다. 기원전 621

결국 이 논문을 통해 토키와가 말하고 싶었던 점은 두 가지였다. 하나는 그가 독일 유학 과정에서 배운 라드브루흐의 '가치 상대주의'-보편적인 것은 관용하나, 불관용에 대해선 관용하지 않는다-가 나치에 비판적이라는 점이었다. 또 다른 하나는 당시 일본 사회에서 퍼져가던 파시즘에 대한 비판이었다.[55] 하지만, 일본 사회의 사상탄압 분위기로 인해 이를 명시적으로 주장하기에는 한계가 있었다. 당시 일본 학계에서 라드브루흐는 이미 저명한 학자였고, 라드브루흐 역시 독일에서 교수직을 유지하기 어려워지자 일본에 가기를 원했지만, 단 한 통의 초빙 연락도 없었을 정도로 일본에서 상대주의나 자유주의가 설 땅은 없었던 것이다.[56]

이는 토키와가 이 논문을 발간하게 된 목적으로 마키노를 전면에 내세우게 된 이유이기도 했다. 1930년대 후반만 하더라도 마키노의 법리학은 그것의 국가주의와의 친화성 및 통제주의적 성향으로 인해 엄청난 각광을 받고 있었다.[57] 즉, 마키노를 구실로 해야만 라드브루흐라는 "상대주

년 과거의 불문법을 집성하여 공포된 이 법은 물건을 훔쳐도, 게으름을 피워도 사형이라고 하는 사형 뿐의 잔혹한 법이라고 전해진다는 점에서 유래하여 "혈법(血法)"이라고도 불린다(佐藤篤士, "ドラコンの法典", 日本大百科全書 17, 秋庭隆編, 東京: 小學館(1994), 235면.).

55) 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 50), 403면.

56) 常磐敏太, 앞의 논문(주 48), 4면.

57) 宿谷晃弘, "大日本帝國期における統制主義的法理學の形成に關する覺書: 牧野英一の明治期の思想的營みを中心に", 東京學芸大學紀要 人文社會科學系 II 第66卷, 東京學芸大學學術情報委員會(2015), 139-140면. 마키노는 일본 형법개정사업을 주도하여 1940년 「개정형법가안(改正刑法仮案)」의 내용에도 상당한 영향을 끼친 인물로 해당 안의 성립 과정에서 구파형법학(舊派刑法學)에 입각한 독법계(獨法系)의 오오바 시게마(大場茂馬)와 신파형법학(新派刑法學)에 입각한 불법계(佛法界)의 마키노가 상당히 대립하기도 했다(林弘正, "改正刑法假案成立過程の考察", 형사정책연구 제19권 제4호, 한국형사·법무정책연구원(2008), 17면; 서구 및 일본에서 벌어진 형법학계의 신구파 논쟁에 대해서는 名和鐵郎, "新旧兩派の爭い", 日本大百科全書 12, 秋庭隆編, 東京: 小學館(1994), 478-479면.).

실제로 마키노는 자신이 형법개정사업을 위하여 "많은 것을 논하고 많은 것을 썼다"라고 술회한 바 있다(牧野英一, 改正刑法假案とナチス刑法綱領 再版, 東京: 有斐閣(1942), 1면; 「개정형법가안」 성립과정에서 마키노가 참여한 일련의 과정은 牧野英一, 앞의 책(주 57), はしがき 1-5면 참조.). 마키노는 『개정형법가안과 나치스 형법강령(改正刑法仮案とナチス刑法綱領)』이라는 저서에서 「개정형법가안」의 내용을

의·자유주의” 법철학자에 관한 이야기를 겨우 다룰 수 있었던 것이다. 이처럼, 사상탄압이라는 조건 하에서 라드브루흐를 중심으로 여러 학자들이 어떤 학문적 입장을 취하는지에 대한 맥락을 깊이 이해했던 토키와는 일본에서도 나치 치하의 독일과 유사한 상황이 발생하자 이에 시사점을 줄 수 있는 라드브루흐 관련 연구를 제공하려 했던 것이다.

이와 같이 독일에서의 직접적 유학 경험을 바탕으로 진행된 라드브루흐

상세히 소개하는 한편 이를 나치 정권의 형법이론과 비교한 연구를 제시하기도 했다. 그는 나치의 형법이론에 대하여 “나치스 독일에 대해서는 우리는 실제로 배울만한 많은 점을 발견할 수 있다”라고 하여 국가주의에 대한 그의 사상적 친화성을 여실히 드러냈다(牧野英一, 앞의 책(주 57), はしがき 6면.). 이런 경향은, 「개정형법가안」에 대한 태도에서도 여실히 드러난다. 그는 해당 안(案)을 두고 “형법의 개정이라고 하는 것에 관해서는 형법에서 이 문화국 이념이 사상의 중핵으로서 생각해야 한다”라고 하여 문화국 이념의 의의를 강조했다(牧野英一, 앞의 책(주 57), はしがき 4면.).

그런데 ‘형법에서의 문화국 이념’이란 것은 “우리나라(일본)의 순풍미속(淳風美俗)이라고 하는 사고방식과 다른 한편에서 (법치국 이념에 입각한: 괄호 내용은 필자 주) 19세기 형법으로부터 20세기의 그것에의 세계적 추향(趨向)이라고 하는 것과의 결합”의 관점에서 바라보아야 하는 것이다(牧野英一, 앞의 책(주 57), 32면.). 마키노에 따르면 ‘문화국 이념’은 19세기 형법의 ‘법치국가 이념’과 구분되는 것이다. 형법이론에 있어서는 전자가 형법의 사회보전적(목적주의)·주관주의적 성격에 주목했던 반면, 후자는 형법의 응보적·객관주의적 성격에 주목했다. 마키노는 전술한 바와 같이 같이 전자의 관점에서 개정형법가안을 입안했다. 그리고, 이를 비판하는 구파형법학의 오노 세이이치로(小野清一朗)를 향하여 “응보형과 객관주의라는 것은 필히 일본주의(日本主義)에도 황도(皇道)에도 부합하지 않는다”라고 평가했다(牧野英一, 앞의 책(주 57), 33, 34, 37면.). 이와 함께 자신의 문화국 이념에 입각한 형법을 두고선 “자유경쟁이 국가 에너지의 무용한 낭비를 면하지 못하게 하여 국가적 통제라는 것을 생각할 수 있게 되었다. (중략) 인적자원을 존중하는 이념이야말로 일본정신 내지 황도의 하나의 시현(示現)일 것이다. (중략) 현대의 문화국이념에 의하면 국가는 절대적인 힘 - 그것은 하나의 유형력으로서 권력이기만 한 것이 아니라 그 위에 도의적인 힘이어야 한다-으로 곤란에 빠진 국민을 동화하고 포용하고 지도하고 보전하는 존재이다.”라고 평가한다(牧野英一, 앞의 책(주 57), 40-41면.).

이러한 평가를 종합해 보면 마키노는 자신의 형법학 이론이 일본정신 내지 황도에 부합하는 이론이라고 평가했음을 알 수 있다. 이러한 점은 마키노의 ‘문화국 이념에 입각한 형법학’ 이론이 시민 개개인에 대한 국가의 우월성 내지 지도적 지위를 강조하고 이를 바탕으로 국가통제를 정당화하고 있음을 시사한다. 본고에서 언급한 사항 외에 「개정형법가안」에 반영된 마키노 형법 이론의 특색에 관하여서는 牧野英一, 刑法における思想、理論及び技術, 東京: 有斐閣(1967), 17-38면을 참조.

에 대한 연구는 관련 연구의 수준을 한층 높여주었다. 일본에서 법학 및 법사상에 대하여 번역을 통해 이뤄진 연구의 상당수는 현지의 맥락에 대한 이해가 부족했기 때문이었다.[58] 요컨대, 모리구찌가 라드브루흐 법학을 일본에 번역·요약의 형태로 소개한 이후 라드브루흐에 관한 연구는 꾸준히 이루어졌지만, 이는 독일 현지의 맥락과 일본에서의 그것 사이의 차이에 대한 고려가 부족한 것이었다. 따라서 라드브루흐의 법철학에 대한 일본 내의 논의는 간극이 있을 수밖에 없었고 이를 보강하는 역할을 토키와와 같은 유학파 학자들이 맡았다. 이들은 현지의 맥락에 대한 충분한 이해를 바탕으로 그것에 "일본적 맥락"을 반영하기도 했다.

그런데, 나치에 응전하는 라드브루흐의 활동을 소개하며 사상탄압이 심화되는 일본에 대한 비판적 시각을 견지했던 토키와였지만 이미 그 시기부터 군국주의 정부에 적극 협력하는 모습을 보이기도 했다. 이는 독일적 맥락에서의 라드브루흐 이해를 프리즘으로 삼아 일본에서의 논의를 이어나가려던 모습에서 이러한 프리즘을 버린 것이라고 평가할만 했다. 대표적으로 그는 1940년대 들어 황도주의로서 전시체제의 전면적 헌신을 강조하는 "전일주의(全一主義)"를 강조했는데 이는 나치에 저항한 라드브루흐의 활동과는 반대되는 것이었다.[59]

이러한 새로운 생각의 학문적 기초는 1930년대 후반 발표한 여러 논문들에서 나타났다. 대표적으로 1938년 발표된 「신군사부조법의 정신과 그 운용」과 1940년 발표된 「법의 삼분설 - 경제법의 일고찰 -」을 들 수 있다. 1938년의 논문에서 그는 중일전쟁을 맞이하여 잊지 않아야 할 것은 "총 앞과 총 뒤(銃前銃後)"에 있는 모든 국민이 일관하여 충군애국의 통일적 정신을 갖는 것이라고 강조하며 전쟁 시기의 총동원 체제

58) 水田義雄, "翻譯による法思想の攝取", 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979), 215, 222면. 이러한 일본의 현실에 대해 누토카와 세이엔(布川靜淵)은 "필수적인 부분의 억누를 수 없는 사실에 의하여 자발적으로 성장하지 못한 채, 구미의 문명개화라는 목표를 바라보며 우선 수입 적용하고 우리도 그것과 같이 되지 않으면 안 된다며 온 마음을 다해 애태우고(專心焦慮), 그들을 모방해 온 태도에 지나지 않은 것 아닐까"라고 비판했다(布川靜淵, "明治三十年前後の社會學會 社會運動に關する追憶談", 社會學雜誌 第53号, 日本社會學會(1928), 水田義雄, 앞의 논문(주 58), 223면에서 재인용.).

59) 原秀男, 앞의 논문(주 5), 298-299면.

의 당위성을 강조했다.[60]

또한 1940년의 논문은 종래에 깊이 다뤄지지 않던 경제법을 본격적으로 다루었다는 점에서 의의가 있었지만 이렇듯 경제법을 다루게 된 목적 역시 어디까지나 군국주의 정부의 권력 작용에 법을 활용하려는 것에 불과했다. 그는 만주사변 이후 일본은 경제학자들의 "자동조절성" 신봉으로 인해 경제에 대한 국가의 포괄조직화에 나태했으나, 중일전쟁을 맞이하여 이때 유리한 해결을 위해서는 국가적 경제질서를 확고부동하게 해야 하고 이를 위해서는 경제법의 완비가 필요하다고 주장했다.[61] 즉, 토키와는 라드브루흐에 대한 논의에서 나치가 국가권력을 위해 법을 도구로 활용한 것을 비판했으면서도 정작 자신은 전쟁에 돌입하는 권력을 위하여 법을 도구화하는데 앞장섰던 것이다.[62]

---

60) 常磐敏太, "新軍事扶助法の精神と其運用", 一橋論叢 第1卷 第1号, 東京: 岩波書店 (1938), 71-72면. 해당 논문의 71면에서는 중일전쟁을 "지나사변(支那事変)"이라고 표현하고 있다. 사실 이러한 특정 용어의 선택은 학자 개인의 학문적 입장을 드러내는 중요한 지표이므로 가급적 원문을 그대로 인용하는 것이 맞다. 특히 중일전쟁을 어떻게 표현하는지는 일본 제국주의 정부에 대한 개인의 학문적, 정치적 입장을 나타내는 것이기도 하기에 제국주의 정부를 둘러싼 토키와의 입장을 논하는 본장에서는 더더욱 원문을 그대로 싣는 것이 타당할 것이다. 다만, 지나사변이라는 표현이 일본의 전쟁 책임을 회피하는 용어로 악용되어 왔다는 맥락을 고려하여 본문에는 "중일전쟁"이라 표시하였다. 대신, 각주에서 토키와가 해당 사안을 "지나사변"이라고 표현하며 일본 제국주의 정부와 유사한 시각에서 위 사안을 바라보고 있었음을 밝혀둔다. 이 논문 이외에도 1945년까지 토키와는 경제 통제 관련 법에 대한 다수의 저작을 남겼다. 이는 아무래도 그가 상학을 주요 전문 분야로 하는 도쿄상과대학(히토쓰바시 대학(一橋大學)의 전신)의 교수직을 맡았기 때문인 것으로 보인다. 라드브루흐의 전공은 형법과 법철학에 집중되어 있었고 토키와 자신도 1920년대 첫 번째 독일 유학을 마친 이후에는 형법 및 형사소송법 분야에 저작을 남겨왔다. 그런데 1930년대 두 번째 독일 유학 이후에 그는 연구분야를 변경하여 경제법 연구에 본격적으로 나선다. 다만 이때의 연구 내용은 주로 통제 경제 체제의 구축을 위한 제도적 보조방안에 관한 것이었으므로 권위형법을 주장한 "담"과 같이 극단적인 수준은 아니더라도 일정 수준 권위주의, 제국주의 정부에 협력했다는 비판은 피하기 어려워 보인다.

61) 常磐敏太, "法の三分說: 経濟法の一考察", 一橋論叢 第5卷 第3号, 東京: 岩波書店 (1940), 54면.

62) 토키와는 형식적으로 법은 국가의 의사이며, 국가 즉 천황의 현실로서 나타나는 일본의 국체에 있어서는 법이 대어심(大御心)(천황의 의사)을 벗어날 수 없으므로 법이 도덕의 최소한이라는 것은 적어도 일본에서는 옳지 않다고 주장했다. 한편, 그는 국가

이러한 그의 이중적인 태도로 인해 그는 전쟁에 협력한 교수였다는 이유로 전후 교수직에서 추방당했다. 토키와가 과연 정말 충직한 제국주의자로서 전쟁에 협력한 자였는지에 대해서는 여전히 평가가 나뉜다.[63] 하지만 어느 쪽이 진실인가와는 무관하게 토키와는 자신에게 쓰인 제국주의자라는 낙인으로 인해 전후 학문활동에 큰 제약을 받았다. 그리고 이러한 문제는 그가 라드브루흐의 직계제자임에도 불구하고 그에게 영향을 받아 새로운 형태나 수준의 라드브루흐 연구를 제창하는 사람을 찾아보기 어렵게 하는데도 일조한 것으로 보인다.

2차 대전 당시에는 라드브루흐의 형법학이나 상대주의 법철학을 연구하기에는 사상적 제약이 컸고, 대전 후에는 제국주의자라는 혐의로 인해 라드브루흐 관련 연구를 지속·계승·발전시키지 못했다. 이러한 시대적 배경으로 인해 독일 유학파 출신의 일본인 라드브루흐 전공자들은 극동 지역에서 새로운 라드브루흐 연구의 바람을 일으키는데 상당한 어려움을 겪기도 했다. 이는 후술할 한국의 라드브루흐 연구사에 있어 독일 유학파 학자들 가운데 일부가 보여준 모습과는 사뭇 다른 것이기도 했다.

4. “전후”라는 맥락에서의 라드브루흐와 민주주의

전후에도 가치상대주의에 대한 논쟁이 이뤄졌다. 논의는 크게 두 부분으로 나뉘었는데 하나는 가치상대주의 자체가 절대화 되어가고 있다는 지적이었고, 다른 하나는 나치와 같이 민주주의의 관점에서 도저히 받아들이기 어려운 주장에 대해서도 상대주의적 관점에서 용인해야 하는 가였다. 전자의 문제는 이미 전전(戰前)부터 진행됐던 것으로 오노나 기무라 역시 이를 지적했다. 특히 기무라는 전술했듯 법률철학의 목표는 진

는 최고의 도덕이고 도덕과 법률은 다르지 않다고 주장했다(常磐敏太, “民法から経濟法へ : 末川博士の『民法及び統制法の諸問題』”, 一橋論叢 第10卷 第4号, 東京: 岩波書店(1942), 105면.). 이는 법을 권력기관의 의사작용으로 규정한 것으로, 라드브루흐와는 정반대인 국가주의 색채를 강하게 드러낸 것이었다.

63) 토키와가 일본의 제국주의적 행태에 반대했다는 견해에 대해선 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 50), 410면 참조.

실로 가능한 법률적 가치의 고찰에 있다며, 라드브루흐가 상대주의를 법철학에 적용시키는 우를 범했다는 취지의 지적을 내놓았다. 다만 이 문제는 신칸트학파 전반을 관통하는 당위와 실재의 이원론에 관한 비판과 크게 구분되는 것은 아니었다. 상대주의의 절대화에 대한 지적은 절대주의가 상대주의를 하나의 가치체계로서 인정할 때 비로소 발생할 수 있지만, 절대주의가 상대주의를 인정할 리 만무하므로 양자가 하나의 논의체계로 통합될 수는 없었기 때문이다.[64]

따라서 문제제기는 후자, 즉 나치와 같이 일반적으로 용인되기 어렵다고 여겨지는 주장에 대해서 가치상대주의는 이를 수용해야 하는가에 집중되었다. 이에 대한 비판의 대표 주자는 가토 신페이(加藤新平)였다. 먼저 그는 종래 불명확했던 "가치상대주의"의 내용을 명확히 정리했다. 그러면서 제기한 비판의 핵심은 전전부터 기무라가 "가치상대주의"라는 방법론과 "법 가치에 대한 탐구"라는 목표 사이의 긴장관계의 해소방안으로 제시했던 가치상대주의의 귀결인 "관용" 과 "민주주의" 사이에 논리필연적인 관계는 없다는 것이었다.[65] 이는 개인주의적 가치관을 지지하는 가토의 입장에 연장선에 있는 것이라고 볼 수 있다.[66]

이러한 주장의 근거로 가토는 상대주의가 아니더라도 관용은 달성되어야 하며, 달성할 수 있다는 점을 제시한다. 그에 따르면 인권 혹은 민주주의의 요구에 따라 사상 및 언론의 자유는 언제든 보장되어야 한다. 왜냐하면 자유와 평등의 요구가 민주주의의 가치원리이며 전제라는 점은 일반적으로 받아들여질 것이기 때문이다. 다시 말해, 상대주의는 민주주의를 하나의 주의·신조로서 인정해 줄 뿐이며, 이는 반대의 경우에도 마찬가지일 것이므로 상대주의 및 그 귀결인 관용이 민주주의와 필연적 관계를 가질 수는 없다는 것이다.[67]

이와 같은 가토의 입장은 라드브루흐의 가치상대주의가 본인의 실천적인 입장과는 무관하게 여전히 나치와 같은 극단적인 사상을 용인할 가능

64) 木村龜二, 앞의 논문(주 40), 39-40면.
65) 加藤新平, "価値相對主義", 法解釋學および法哲學の諸問題: 恒藤先生古稀祝賀記念, 東京: 有斐閣(1962), 280-281면.
66) 原秀男, 앞의 논문(주 5), 294면.
67) 加藤新平, 앞의 논문(주 65), 289-290면.

성이 있으며, 만약 그럴 가능성이 없다 해도 그것은 상대주의 자체의 내적 결론과는 전혀 무관하다는 설명으로 이어졌다. 민주주의는 자유와 평등의 요구를 전제하므로 다양한 가치에 대한 수용은 민주주의의 문제일 뿐, 가치상대주의의 귀결인 관용과 필연적 관계는 없다는 취지였다.

오히려 가토는 상대주의적 신념이야말로 권력에 의한 최종적인 질서결단의 의의를 중요시하지 않으면 안된다고 평가한다. 그 이유는 상대주의의 논쟁은 어디까지나 사상과 언론의 자유라는 지반 위에 있어야 하는데, 세계관의 대립에 의한 무정부적 혼란과 이러한 자유는 상극이므로 하나의 권력이 어딘가에서 무엇이 법으로 통용되어야 하는가에 대해 결단(結著)을 해야하기 때문이다. 그러면서 라드브루흐의 상대주의적 사상에서는 법의 타당근거를 이러한 질서에 요구하지 않을 수 없고 라드브루흐가 파우스트에 나오는 표어인 "주님은 우리를 평안케 하시며(Herr ist, der uns Ruhe schafft)"를 차용하여 이를 표현한 것이라고 설명한다.[68]

결국, 가토는 가치상대주의의 귀결인 관용은 민주주의와의 논리 필연성을 갖는 것이 아니라 오히려 그것이 인정되기 위한 안정적인 배경을 구현하기 위하여 특정 권력집단을 등장시키고 이것이 개인의 자유를 억압하고 민주주의를 위협할 수 있다는 우려를 제시한 것이다.

그런데 오다카는 이런 비판을 수용하는 듯한 의견과 반대하는 듯한 의견을 공히 제시한다. 먼저 전자의 입장에서 오다카는 라드브루흐가 제시하는 법 이념 중 하나인 법적안정성은 사실상 실력결정론과 다를 바가 없으며 이는 나치의 등장을 정당화할 소지가 있고 주장했다. 따라서 이 쟁점은 논의의 상당부분이 상대주의의 귀결인 관용과 민주주의 사이의 관계에 대한 문제로 논의로 이어질 수밖에 없었다.[69]

그러나 동시에 오다카는 라드브루흐가 제시한 "법적안정성"을 다음과 같은 방식으로 해석하여 이를 민주주의에 친화적인 개념으로 변모시키려 했다. 요컨대, 법적안정성을 실력(강제력)에 의해 지켜내야 할 대상으로 보는 대신, 민주주의가 의회를 중심으로 입법을 할 때에 단일한 입장을 고집하지 않고 다른 입장을 배제하지 않은 채 국민이 지지하는 것에 조

68) 加藤新平, "法の目的", 法哲學講座 第1卷: 法の基本理論, 東京: 有斐閣(1956), 95-96면.
69) 尾高朝雄, 앞의 책(주 39), 81면.

응하여 크고 작은 정당이 병존하여 상호 회의를 다한 뒤에 다수결로 법률을 정한다면, 가치상대주의에서 말하는 관용의 정신을 구현하며 변천하는 시대의 요구에 적합한 법적안정성도 지켜낼 수 있다는 것이었다.[70] 다시 말해, “안정”은 “불변”이 아닌 “유연한 변화”에 있다고 본 것이다.

한편, 민주주의와 가치상대주의의 문제를 라드브루흐의 전 생애를 걸친 통시적 관점에서 바라보는 움직임도 생겨났다. 대표적으로 오다카의 제자였던 마츠오 게이이치(松尾敬一)가 바이마르 공화국 시기에서 제3제국에 이르기까지 라드브루흐 법철학 이론의 변천사를 상술한다. 그는 가장 먼저 2차 대전 이전까지 라드브루흐 법철학의 핵심으로 일본에서 지적되었던 상대주의적 입장이 2차 대전 이전부터 바뀌었다고 설명한다.[71] 그 근거로 나치의 정치체제를 단호히 부정했다는 점을 제시한다.

또한 마츠오는 가치상대주의와 민주주의의 관계에 관한 문제는 상대주의가 불관용에 대해서까지 관용할 수 있는지가 핵심이라고 지적한다. 라드브루흐가 “국가의 발전에 있어 스스로 불가류(不可謬)의 진리라고 칭하는 자들이 아래층의 당파활동을 모멸의 눈으로 무시하는 불손한 태도만큼 위험한 것은 없다”라고 한 것을 인용하여 라드브루흐 역시 불관용에 저항했음을 밝힌다. 즉, 극단주의는 가치상대주의 하에서도 허용될 수 없다는 것이다.[72] 그 외에도 마츠오는 라드브루흐에게서 나타나는 법의 이념 중 “정의”의 개념변화에 초점을 맞추어 나치 집권기를 즈음하여 법의 이념으로서의 정의의 개념이 달라졌다고 지적하기도 했다.[73]

그리고 이러한 변화의 이유로 오다카의 지적과 같이 신칸트학파의 형식주의적 사고방법이 복잡한 실정법현상을 결합하기 위한 타협의 기교라는 점을 수용한다.[74] 그러면서도 이는 단순한 기교를 넘어 유물사관에 대한 비판적 견해를 전개하기 위하여 법의 자기법규성을 등장시킨 결과라고 설명한다. 법의 자기법규성을 정당화하기 위해 법의 이념으로서 정의가

---

70) 尾高朝雄, 앞의 책(주 19), 39-40면.
71) 松尾敬一, “ラードブルッフにおける政治的抵抗と法理論の変遷”, 法哲學年報 1959卷, 日本法哲學會(1960), 93면.
72) 松尾敬一, 앞의 논문(주 71), 99면.
73) 松尾敬一, 앞의 논문(주 71), 97면.
74) 尾高朝雄, 實定法秩序論, 東京: 岩波書店(1942), 390면.

등장한 것이므로 그의 이론 체계에서 정의는 단순한 기교 이상의 의미를 갖는다는 것이다.[75] 즉, 라드브루흐의 변화는 나치 보다 먼저 제기된 유물사관에 대한 비판적 입장이 더 큰 추동력이었다는 것이다. 이 주장은 라드브루흐가 법의 이념(가치)으로서 정의를 강조하게 된 것이 나치 점령 과정에서 실증주의 법철학의 역할에 대한 반성적 고려와 나치시기의 법을 소급적으로 무효화하는 것을 현실적으로 설명하기 위함이라는 일반적인 설명과는 달랐다.[76]

이처럼 사제관계에 있는 오다카와 마츠오가 전후 일본의 민주주의 재건이라는 맥락에서 라드브루흐의 법철학을 어떻게 수용해야 할지 고민했음을 알 수 있다. 다만 오다카는 그의 학문적 원숙기라고 할 수 있는 50대 후반에 급서했기에 이론적으로 완전히 정리되지 못한 점이 있었다. 그러나 오히려 라드브르후의 "법적안정성"에 대한 이중적인 해석을 제시한 것은 그것이 언제든 악용될 여지가 있다는 점을 드러낸 것이기도 했다. 동시에 이는 종래 켈젠에 대한 오다카의 비판적 입장이 한 층 더 발전된 형태로 드러난 것이라고 평가할 수도 있었다. 오다카에게 "법"은 지고지순의 유일한, 가치도 대상도 아니었다. 그것은 민주주의라는 정치적 배경하에서 사회의 현실을 만들어가는 서로 다른 개인의 상호작용에 의한 산물이었고 바로 이 과정을 조정한 결과가 법이라고 본 것이다.[77]

한편 마츠오는 라드브루흐를 자기 나름의 관점에서 해석한 오다카와 달리 라드브루흐 개인의 본의를 충실히 파악하는 방식으로 문제에 접근했다. 그는 라드브루흐가 주장하는 여러 개념들의 의미 변천사를 밝힘으로써, 궁극적으로 라드브루흐의 법사상에는 종전 이전부터도 자연법 즉 절대적 가치에 대한 고려가 있었다고 주장하기에 이른다.[78] 즉 마츠오는 라드브루흐의 일생 및 논의의 전개 과정에 대한 섬세한 분석과 이해를

---

75) 松尾敬一, 앞의 논문(주 71), 98면.

76) James E. Herget, 현대독일법철학, 장영민 譯, 세창출판사(2010), 6-7면.

77) 오다카의 견해와 관련해서는 尾高朝雄, 앞의 책(주 39), 81, 88면 참조. 이는 정치를 조정하는 것으로서의 법이 법의 궁극에 존재하는 것이라고 보았던 오다카의 견해가 라드브루흐에 대한 이해에도 반영된 것으로 보인다(尾高朝雄, 法の窮極に在るもの 十版, 東京: 有斐閣(1953), 179면.).

78) 松尾敬一, 앞의 논문(주 71), 99면.

통해 라드브루흐가 주장한 가치상대주의는 일정한 범위를 갖는 상대주의일 뿐, 관용의 범위가 무한정은 아님을 밝힌 것이다.

5. 일본의 라드브루흐 수용사: 이해의 고도화 및 내재화

이처럼 전전부터 전후에 이르기까지 라드브루흐는 일본에서 큰 관심의 대상이었다. 라드브루흐에 대한 초기의 이해는 앞서 살펴본 켈젠과 같이 신칸트학파의 일원으로서 특징을 강조하는 것에 집중되어 있었다. 그러나 시간이 지날수록 그에 대한 개별 학자들의 이해는 한층 고도화되었고, 토키와 등과 같이 라드브루흐에게서 직접 사사한 유학파 학자들까지 그에 관한 연구에 나서게 되면서 라드브루흐 개인의 학문적 색채에 대한 연구가 강화되는 한편 이를 일본적 맥락에서 수용하려는 움직임도 나타나기 시작했다. 다만 전전의 경우 특히 사상의 자유가 제약된 1930년대 후반 이후로는 가치상대주의를 핵심으로 하는 라드브루흐의 연구가 심화·확산되기에는 어려움이 많았다.[79] 이로 인해 일본의 라드브루흐 연구 흐름은 1910년대 후반부터 1930년대 초반까지의 성과가 약 10여년간 잠자고 있다가 전쟁 이후 다시 공개적으로 본격화되는 양상을 보였다.

라드브루흐의 수용 과정에서 쟁점은 크게 네 가지에 집중되었다. 그것은 바로, ㉠ 당위와 존재의 구분이 법철학의 본의에 타당한지의 문제, ㉡ 민주주의의 맥락에서 특히 강조된 가치상대주의의 절대화 문제, ㉢ 가치상대주의와 법학의 문화과학적 성격의 충돌 문제, ㉣ 마지막으로 라드브루흐를 신칸트학파에서 어디에 위치 지을 수 있는가의 문제였다.

그 가운데 전전부터 중요하게 논의되다가 전후 “민주주의”에 관한 맥락

79) 전술한 토키와의 연구 행적이 이를 단적으로 보여준다. 토키와는 1920년대 1차 독일 유학을 마친 1920년대 후반에서 1930년대 초반까지는 라드브루흐의 영향을 받은 듯 형법 관련 연구를 다수 진행하였다. 그런데 오히려 라드브루흐가 탄압당하는 것을 직접 목격한 소위 2차 독일 유학-1932년부터 1935년까지의 독일방문-직후부터 법이 전체주의 정권에 봉사하는 체제를 구축하기 위한 연구를 다수 진행했다. 이는 1930년대 중반 이후부터 당대의 사상적 제약으로 인해 라드브루흐에 관한 자유로운 연구 분위기가 심각하게 제약되고 있었음을 시사하는 것이다(鈴木敬夫, 앞의 논문(주 50), 390, 405면 참조.).

이 덧입혀진 것이 바로 가치상대주의 자체의 절대화 문제 및 현저히 부당한 주장, 신조에 대한 제한 가능성의 문제였다. 전술했듯 양자는 상호 연관된 문제였다. 그런데 이 문제가 지속적으로 제기된 이유는 가치상대주의가 그의 법철학의 핵심이었기 때문이기도 하지만 그보다 더 큰 까닭은 기존의 신칸트주의 학파와는 다르게 라드브루흐의 법철학은 일정 수준 이상으로 가치의 문제를 직접 다루고 있기 때문이다.

다시 말해 쓰네토, 다나카 등의 비판론에서도 드러나듯 일본에서 켈젠의 논의는 방법론을 위주로 소개 및 논의되었으므로 법학이 현저히 부당한 가치를 배제할 수 있는지의 문제는 켈젠에게 있어서는 논쟁의 대상이 아니었다.[80] 반면 라드브루흐는 가치의 문제가 다루어지고 있다는 점을 인식했고 이에 더해 종전과, 국가재건, 사상탄압으로 인해 축출되었던 학자들의 복귀와 전후 후학세대의 등장이라는 시대적요인이 복합적으로 작용하며 폭넓고 의미 깊은 라드브루흐 연구를 진행해 갈 수 있었다.[81]

신칸트주의 학파의 수용 과정에서 일반적으로 문제되었던 쟁점은 당위와 존재를 구분하고 가치의 문제를 다루지 않거나 이를 상대화 시키려는 움직임이 법철학의 본의에 맞지 않다는 점이었다. 이런 입장에 서 있던 다나카는 라드브루흐에게도 유사한 비판을 제시했다. 그는 라드브루흐의 『법철학』 제3판(*Rechtsphilosophie* 3, 1932) 서평에서 정작 상대주의가 절대화되고 있음을 함께 비판했다. 그러면서 상대주의의 신앙 없는 과학적 인식은 현대의 정치·사회적 위기에 무력하다고 지적했다.[82]

한편 라드브루흐의 상대주의적 접근 방식을 두고 그것이 종래 신칸트학파의 이원적 관점에 따른 것으로 이해할 수 있는지도 문제되었다. 이것이 라드브루흐 법철학에서 가치상대주의와 법학의 문화과학적 성격 사이에 논리적 충돌이 발생하는 것 아닌가에 관한 논쟁으로 귀결되었다. 다나카는 라드브루흐의 상대주의적 접근방식 역시 당위-존재 이원론과 동일한 것이어서 "법리학의 파산"을 초래할 것이라고 우려했다. 그런데 이에 대해선 라드브루흐가 사실은 일반적인 신칸트학파와는 달리 상대주의

80) 恒藤恭, 앞의 책(주 22), 77면.
81) 최종고, 앞의 논문(주 9), 149-150면 참조.
82) 田中耕太郎, 法律哲學論集 Ⅰ, 東京: 岩波書店(1942), 435면.

적 입장을 취하고 있다고 보기 어렵다는 견해가 강하게 제기되었다. 물론 이는 서남독일 학파의 일반적인 특징이기도 하다.[83]

그러나 오노는 라드브루흐의 이론은 일반적인 서남독일 학파와도 구분된다고 평가한다. 전술했듯 오노는 라드브루흐의 이론에서 당위와 존재는 구분되지 않으며 오히려 실재는 당위에 종속된다고 본다.[84] 특히 라드브루흐의 이론은 "중세 기독교회 조직"을 그 이상향으로 하는 특정 문화를 지상가치로 삼는 초인격주의라고 평가한 것이다.[85]

다만 기무라는 라드브루흐가 여전히 상대주의자라고 강변한다. 이는 "관용"이라는 개념의 동원을 통해 구현된다. 절대주의적 가치관에서 말하는 당위는 결과의 옳고 그름의 문제이다.[86] 반면 라드브루흐가 말하는 "문화"는 일정한 범주를 갖는 통일된 원천을 의미하는 것일 뿐 특정한 결과를 지향하는 것이 아니므로, 상대주의와 문화과학은 여전히 신칸트학파의 이원적 방법론 내에서 조화를 이룰 수 있다고 본 것이다.[87] 물론 가토와 같은 학자는 "관용" 개념을 통해 필연적으로 해결되는 문제는 없다고 지적함으로써 라드브루흐의 가치상대주의의 한계를 지적한다.

그리고 이러한 일련의 논의는 라드브루흐가 신칸트학파에서 어떤 위치에 있는지 혹은 어떤 관계인지에 관한 논쟁으로 연결된다. 전전에도 켈젠이 라드브루흐와 달리 "법의 목적"이나 "법의 이념"을 다루지 않는다는 것은 알려져 있었으므로, 더 이상 라드브루흐가 법에 대한 과학적 연구방법에 치중하고 있다는 비판은 설자리를 찾기 어려웠기 때문이다.[88] 라드브루흐를 이러한 시각에서 바라보는 것은 그의 맹렬한 비판자 중 하나였던 다나카에게서도 확인된다. 그는 라드브루흐에 대하여 "일방 비판주의의 무미건조, 무익무해한 페던트리에 빠져 사회생활의 실제에 무관

83) 尾高朝雄, 앞의 책(주 39), 32면.
84) 小野清一郎, 앞의 책(주 46), 240면; 小野清一郎, 法律思想史概說, 東京: 一粒社(1961), 180면.
85) 이를 두고 오노는 라드브루흐의 사상은 문화적 작품을 지상으로 하는 초인격주의라고 한다(小野清一郎, "「文化」概念の法理學的異議(五)", 法學志林 第二十八卷 第九号, 法政大學(1926), 22-23면.).
86) 田中耕太郎, 앞의 책(주 34), 105면.
87) 木村龜二, 앞의 논문(주 45), 24면(544면).
88) Gustav Radbruch, 앞의 책(주 36), 30면.

심하고 무력해져버린 법률철학에 대해 약동하는 생명을 불어넣고 있다"라고 하여 라드브루흐가 신칸트학파와 구분된다는 평가를 제시했다.[89]

이러한 이해는 오다카와 그의 제자였던 마츠오의 논의에서 더욱 분명하게 확인된다. 두 사람의 라드브루흐에 대한 입장은 물론 차이가 있었다. 그러나 양자 모두 신칸트주의 학파가 당위와 존재를 엄격하게 구분함으로써 발생한 현실과의 괴리 문제를 학문적으로 정교화, 정당화시키기 위하여 라드브루흐가 변주를 가했다는 점에 대해선 동의했다.[90] 이는 라드브루흐에 대한 논의가 법실증주의 내지 신칸트학파에 대한 일반적인 비판을 넘어섰음을 시사한다. 라드브루흐에 대한 비판은 당위와 존재를 구분하는 방법론이 아닌, 양자의 관계에 대한 논의에 집중되었던 것이다.

이에 대해 라드브루흐 법철학을 일본에 수용하는 과정에서 사실상 완결하는 역할을 담당했던 하라는 라드브루흐는 기본적으로 신칸트학파의 법철학을 집대성 한 것이지만 그 중에서 특별히 개인적인 기여를 남긴 바가 있다고 설명한다. 하라는 특히 법의 세 이념 사이의 모순관계를 밝혀낸 것은 분명 라드브루흐의 독창적 결론이라고 보았다. 그러면서 비록 가치상대주의는 옐리네크, 게오르그 지멜(Georg Simmel), 베버, 라스크의 다대한 공헌에 따른 것이기는 하지만, 이들은 자신들을 상대주의자로 여기지 않았다는 점에서 라드브루흐는 독일 학자들의 논의를 종합하여 응용·답습한 것이라도 의미가 있다고 설명한다.[91]

이처럼 "일본의 라드브루흐 수용사"는 방법론에 대한 논의에 집중되었던 켈젠과는 다소 구분되었다. 특히 라드브루흐에 대한 논의는 다양한 스펙트럼의 학자들이 대부분 참여했다는 점에도 의의가 있었다. 이러한 폭넓은 연구의 배경에는 전쟁과 그에 대한 응전이라는 시대 상황을 간과할 수 없었다. 2차 대전을 거치며 법학에서도 "정의, 이념, 가치"에 대한 논쟁이 필요해졌고 그것이 라드브루흐에 대한 연구로 이어진 것이다.

---

89) 田中耕太郎, 法律哲學論集 Ⅱ, 東京: 岩波書店(1945), 230-231면.
90) 碧海純一, "ラートブルフの人と作品", ラートブルフの法哲學: ラートブルフ著作集 別卷, 東京: 東京大學出版會(1960), 213면.
91) 原秀男, 価値相對主義法哲學の研究, 東京: 勁草書房(1968), 51면.

제 4 절 한국에 영향을 끼친 주요 학자를 중심으로

이처럼 일본에서는 여러 학자들이 켈젠과 라드브루흐에 대해 다양한 이해를 보여주었다. 전술했듯 켈젠에 대한 이해는 대체로 신칸트학파의 일부라는 점, 켈젠이 취한 "비판 철학(이데올로기 비판)"의 방법론을 통해 법학의 과학성을 유지하는 것에 큰 관심을 두었다는 점에 집중되었다. 반면, 라드브루흐의 경우 그의 핵심적 이론이라고 할 수 있는 "가치상대주의"에 대한 논의, 그의 생애에 대한 관심을 바탕으로 한 가치상대주의와 민주주의 사이의 양립 가능성에 대한 논의, 법학의 "문화과학"적 성격에 대한 의미를 중심으로 한 라드브루흐와 신칸트학파의 관계 등 다양한 맥락에서의 논의가 이루어졌다.

구체적으로 켈젠 연구와 관련해서 한국과의 관련성을 고려할 때 가장 의미있는 학자는 오다카 토모오(尾高朝雄)와 요코타 키사부로(横田喜三郎)였다. 전자는 직접 유학 경험을 통해 독일에서 직접 켈젠의 수업을 수강했고 후자는 켈젠의 저작 『純粹法學』을 번역한 인연이 있었다. 그러나 둘은 각기 다른 길을 걸어서 오다카는 켈젠(및 신칸트학파)에 대한 맹렬한 비판에 앞장서며 그의 한계를 뛰어넘기 위해 후설의 현상학, 막스 베버의 사회과학에 깊은 관심을 두었다. 반면 요코타는 켈젠의 이데올로기 비판적 방법론이 파쇼적 경향이 강해지는 정치의 장에서 법을 분리하고 법학의 과학성을 확보할 수 있는 대안이라 여겼다.[92]

한편 켈젠과 함께 일본에서 강렬한 주목을 받은 학자가 바로 라드브루흐였다. 1919년 처음 소개된 이후 그는 지속적으로 학문적 관심의 대상이었다. 하지만 1930년대부터 전후까지 그가 처한 상황으로 인해 일본에서 폭발적인 관심을 끌게 된다. 일본에서 벌어진 엄청난 사상 탄압의 물결로 인해 출판이 금지당하고 학교를 떠나는 학자가 속출하자,[93] 이와

92) 横田喜三郎, 앞의 논문(주 29), 51면.

93) 일본의 구체적인 사상탄압 현황은 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 50), 397, 403면 참조. 타키가와와 미노베 외에도 1937년 철학 전공의 교토대 교수였던 아마노 테이유(天野貞祐)의 『道理の感覺』과, 사회사상가이자 저명한 자유주의 지식인으로서 도쿄대학 교수였던 카와이 에이지로(河合榮次郎)의 『ファッシズム批判』의 출판이 정지되었다.

비슷한 문제를 겪고 있던 라드브루흐가 큰 주목을 받게 된 것이다.

이러한 양상은 전후(前後) 민주국가 재건을 둘러싼 논의에서도 반복됐다. 이와 관련한 맥락에서 라드브루흐 연구에 집중한 학자가 가토 신페이였다. 경도제대(京都帝大) 교수였던 그는 후일 『價値相對主義』라는 제목으로 박사학위논문을 받았을 정도로 라드브루흐에 대한 이해가 깊었다. 그러나 그의 연구는 무에서 유를 창조했다기 보다는 기무라 카메지, 오노 세이이치로가 가치상대주의의 절대화 문제, 가치상대주의 방법론과 문화과학의 관계에 대해 연구한 것을 한층 발전시킨 것에 가까웠다.

이처럼 라드브루흐에 대한 일본의 연구는 사실상 신칸트주의 연구의 "집대성"이라는 성격을 갖고 있었다. 명치유신을 통해 근대 일본이 성립한 이후 일본 정부는 자신들이 구상한 복고주의 정체에 가장 적합하다고 판단한 독일의 실증주의를 적극적으로 수입했다.[94] 이런 독일 법사상(법철학)의 전래는 이후로도 지속되었고 신칸트학파에서도 반복되었다.

이때 신칸트학파에 대한 일본 내 다수의 논의는 "방법론적으로 의미가 있지만, 궁극적으로 가치를 탐구해야 하는 학문의 관점 특히 법의 구체적 가치 내용을 이해해야 하는 법학의 입장에서는 부적절하다"로 귀결되었다.[95] 그런 상황에서 라드브루흐는 일의적인 존재와 당위의 구분을 극복했다는 점에서 신칸트주의 2.0의 형태로 일본에 수용되었다. 일본 내 라드브루흐 연구를 집대성한 인물로 평가받는 하라는 라드브루흐가 독일의 기존 논의를 정리하면서도 자기만의 특색을 드러냈다고 평가했다.[96] 이는 일본 학계에서 라드브루흐의 위상을 단적으로 보여주는 것이다.

이후 전쟁의 심화와 함께 사상통제는 일상화되었다. 특히 타키가와 사건은 일상적인 강연 내용을 문제삼았다는 점에서, 미노베 사건은 학설의 특정 내용을 문제삼았다는 점에서 노골적이며 강력한 사상통제였다. 미노베와 관련한 대표적인 사상탄압사건이라 불리는 "국체명징운동(國体明徵運動)"의 전개에 관해서는 長尾龍一, 앞의 논문(주 7), 259-265면 참조.

94) Richard H. Minear, *Japanese Tradition and Western Law: Emperor, State and law in the thought of Hozumi Yatsuka*, Cambridge, Mass: Harvard University press(1970), 33면.

95) 峯村光郎, "法解釋學と法社會學 -法解釋學の思惟形式-", 法解釋學および法哲學の諸問題: 恒藤先生古稀祝賀記念, 東京: 有斐閣(1962), 5면; 恒藤恭, 앞의 책(주 22), 75면.

96) 原秀男, 앞의 책(주 91), 47, 50면; 하라에 대한 평가는 최종고, 앞의 논문(주 9), 149면 참조.

제 3 장 한국 법철학계 “켈젠·라드브루흐 수용사”의 특징

제 1 절 1920년대부터 1960년대의 시대적 특성

앞서 서론에서 밝힌 바와 같이 학술사적 관점에서 바라봤을 때 한국의 “켈젠·라드브루흐 연구사”를 검토하는데는 1920년대부터 1960년대를 하나의 단위로 두고 접근하는 것이 효과적이다. 이러한 시기 구분의 타당성을 해명함에 있어 가장 중요한 요소는 1960년대라는 시대의 의미와 특성을 이해하는 것이다. 그 이유는 한국의 정치·경제적 변화상을 고려할 때 1960년대라는 시기가 갖는 복잡한 성격 때문이다.

본고가 1960년대를 그 이전의 시대와 하나의 단위로 분류한 첫 번째 이유는 1960년대가 갖는 시기적 중첩성 때문이다. 김영환에 따르면 한국의 법철학은 시대상황, 연구자들의 학문적 경력과 그 성향을 고려할 때 크게 4단계로 구분된다. 해방 후부터 1960년대에 이르는 제1세대, 1960년대부터 1970년대에 이르는 제2세대, 1980년대부터 1990년대에 이르는 제3세대, 그리고 1990년대 이후의 제4세대가 바로 그것이다. 그리고 이러한 시기 구분에서 제1세대에는 일제 강점기 일본 교수들에게 법철학을 배운 유진오, 황산덕, 이항녕 등이 포함되어 있다. 제2세대에는 제1세대의 제자들로서 독일 유학파 그룹이 다수 포함되어 있는데 대표적으로 권영백, 김지수, 정종욱, 심재우, 심헌섭 등이 있다.[97]

그런데 사실 1960년대부터 1970년대까지 독일 유학파라는 이름 하에 하나로 묶여 있는 위 5인의 학자군(群)은 사실 구분해야 한다. 먼저 시기적으로 권영백, 김지수, 정종욱은 1960년대에 박사학위를 취득한 반면, 심

97) 이상의 시대구분 및 각 시대별 학자의 분류에 관하여서는 김영환, 앞의 논문(주 3), 42면을 참조.

재우, 심헌섭은 1970년대에 박사학위를 취득했다.[98] 이러한 시기의 구분이 중요한 이유는 위 5인의 학자가 모두 독일 유학파이기 때문이기도 하다. 독일 유학파가 해외에서 박사학위를 취득했다고 해서 현실적으로 그것이 바로 한국 학계에 이식될 수는 없음을 고려해야 하는 것이다.[99]

다시 말해, "우리 학계의 켈젠·라드브루흐 수용사"라는 관점에서 기존 일본 법철학계의 영향과 구별되는 독일 법철학계의 영향이라는 새로운 변수의 작용 시기는 1970년대는 되어야 가능한 이야기였다. 1960년대의 박사학위 취득자들이 자신의 연구 내용을 우리 학계에 보고하고 이를 바탕으로 새로운 연구를 전개하려면 시간이 필요했기 때문이다.

그런 고로, 1960년대까지는 여전히 "우리 학계의 켈젠·라드브루흐 수용사"는 독일 법철학계로부터의 직접적 영향력은 제한적일 수밖에 없다. 그런 만큼 여전히 한국과 일본 법철학계의 상호작용이 중요하게 고려될 수밖에 없다. 즉, 경성제국대학 설립으로 일본에 의한 조선에서의 근대 법철학 교육이 본격화된 1920년대부터 1960년대까지를 하나의 단위로 묶는 것이 연구사적 특징을 설명 및 포착하기에 더 적절한 것이다.

두 번째로 1960년대는 아직 법철학이 우리 학계에서 본격적으로 주목받기에는 어려웠던 시대라는 점을 고려해야 한다. 전술했던 1960년대 박사학위 취득자 세 명의 논문이 한국 학계에서 상세히 소개되지 못했다는 점은 이미 밝힌 바있다. 그런데 위 세 학자 가운데 한국에서 꾸준히 법철학 관련 학술활동에 나선 학자가 사실상 김지수 뿐이었다. 권영백은 국내 학계에 정착하지 못한 채 동아일보 논설위원을 거쳐 중앙정보부에서 일하게 되면서 학계와는 멀어졌다.[100] 정종욱은 1967년 박사학위 취

98) 권영백은 1963년, 김지수는 1966년, 정종욱은 1967년, 심재우는 1973년 독일에서 각 박사학위를 취득하였으며 심헌섭은 독일 유학은 했으나 지병으로 인해 1976년 서울대에서 박사학위를 취득하였다.

99) 이 점은 최종고가 우리의 라드브루흐 연구사를 정리하며 지적한 부분이기도 하다. 1960년대 박사학위 취득자 3인의 논문은 거의 한국어로 번역 및 소개되지 못했으며 그나마 소개된 것도 대부분이 1960년대 극 후반이나 1970년대에 들어서였다(최종고, 앞의 논문(주 9), 156면.).

100) 중앙대학교 정치국제학과의 윤정석 명예교수에 따르면 권영백 박사는 1970년대 중반부터 학술연구와는 관련성이 작은 국제공작 관련 업무를 맡았다고 하며, 10·26 사태의 주범인 김재규와 가까운 사이였다고 한다. 이로 인하여 10·26 직후 체포되기도

득 이후 1968년 한국에서 잠시 근무하기도 하였으나, 부인의 요구로 독일로 다시 돌아갔으며 심지어 독일로 귀화하였기 때문에 우리 법철학계에서 한국어로 된 학문적 활동을 사실상 진행하지 못했다.[101]

게다가 위 3인의 박사학위 취득자들이 한국 학계에 남긴 학술활동의 대부분은 법철학 분야가 아니었다. 권영백이 그나마 학술활동에 투신했던 1960년대 고려대 강사 시절 남긴 논문은 모두 독일에서 유행했던 목적적 행위론 내지는 형법에 관한 것이었다.[102] 정종욱의 경우에는 짧은 생애, 독일에서 오랜 체류로 인해 한국어로 남긴 논문이 수적으로도 적지만, 그마저도 대부분이 독일의 사법제도(司法制度) 내지 형법 관련 논문이다. 한국어 논문 외에 독일어로 쓰였지만 한국 법학계와의 교류 과정에서 발표된 논문을 포함하더라도 법철학 관련 논문은 찾아보기 어렵다.[103]

했다(위 내용은 중앙대학교 정치국제학과 윤정석 명예교수가 "홍현다랑"이라는 온라인 홈페이지에 작성한 두 개의 글을 참고한 것이다. 하나는 해당 홈페이지에서, 윤정석이 "주일 대사관 정보담당 공사에 추천되다: 내가 한 일들 (2)"라는 제목으로 2020년 9월 29일 작성한 글이다. 다른 하나는 "홍현다랑" 홈페이지에 접속한 후, 구 "홍현다랑 홈페이지 바로가기" 배너를 클릭하여 접속한 홈페이지에 2013년 2월 18일 윤정석이 "비밀 공작의 한 예"라는 제목으로 작성한 글이다. 이하에는 직접 접속이 가능한 링크를 남겼다.).

(http://xp4.nayana.kr/~kangolympics/bbs/zboard.php?id=bbs&page=76&sn1=&divpage=9&sn=off&ss=on&sc=on&select_arrange=headnum&desc=asc&no=63068;

http://w.kg51.org/bbs/board.php?bo_table=board1&wr_id=9757 (최종방문일: 2022. 10. 10.).)

101) 황산덕, "정종욱 박사 영전에", 한독법학 3권, 한독법률학회(1982), 185면.

102) 권영백이 고려대 강사 재직 시절 발표한 논문으로는 "서독의 언론 증언거부권", 입법조사월보 7호, 국회도서관(1966), 116-121면; "최근 서독형법의 사상동향", 법률신문 649호, 법률신문사(1965), 1-3면; "형법학에 있어서의 목적적 행위론의 문제점", 법정 22권 1호, 법정사(1967), 41-45면; "형법학에 있어서의 목적적 행위론의 문제점 하", 법정 22권 2호, 법정사(1967), 43-49면; "한미행협형사특별법의 문제점", 법정 22권 6호, 법정사(1967), 21-23면이 있다(김영환, 앞의 논문(주 3), 45-46면.).

103) 정종욱의 유고를 모은 유고집 『韓獨法學論巧』에는 그의 박사논문을 포함해 총 13종의 논고가 게재되어 있다. 이 가운데 한국어 논문은 "西獨의 上告制度와 그 問題點", 노모스 제51호, 현암사(1968), 1976-1978면; "Hans Welzel의 生涯와 學問", 사법행정 1969년 5월호, 한국사법행정학회(1969), 59-63면의 2편이 있다. 한편 번역 논문으로 귄터 카이저(Günther Kaiser)의 논문을 번역한 "獨逸聯邦共和國에 있어서의 少年犯罪의 現況과 그 對策", 서울대학교 법학 제17권 제2호, 서울대학교 법학연구소(1976),

한국 학계에서 꾸준히 활동했던 김지수마저도 교수로 재직하던 한국외국어대학교에서 법철학과 국제법관련과목을 모두 담당했던 탓에 법철학 관련 연구에 온전히 투신하기에는 한계가 있었다.[104] 이는 그의 논문 경력에서도 나타나는데 실제로 법철학에 대한 논문보다 국제상사법에 관한 논문이 더 많았다.[105]

144-153면이 있다. 그 외에 독일어로 쓰였으나 한국인 교수의 기념논문집에 실리거나 『韓獨法學』에 발표되는 등 우리 학계와 직접적으로 교류하는 과정에서 발표된 정종욱의 저작으로는 "Beziehungen Zwischen dem deutschen und koreanischen Strafrect(독일과 한국의 형사법 관계)", 한독법학 창간호, 한독법률학회(1979), 115-128면; "Zum Streit über die Herkunft der Finalen Handlungslehre(목적적 행위론의 기원에 대한 논쟁)", 법철학과 형법: 황산덕 박사 화갑기념논문집, 법문사(1979), 433-444면이 있다. 한편 정종욱의 박사논문을 편집하여 게재한 것인 탓에 유고집에 별도로 게재되지는 않았지만 라드브루흐 법철학에 관한 정종욱의 논문이 한국에서 발표된 바 있다. "Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch(라드브루흐에 있어서 자연법에로의 전향)", 法學의 諸問題: 憲南 高秉國博士還曆祈念, 한국법학교수회 편, 경희대학교 출판국(1969), 557-578면이 바로 그것이다. 해당 논문은 정종욱의 박사논문 가운데 4장 "RADBRUCHS „WENDUNG ZUM NATURRECHT (라드브루흐, 자연법으로의 전환)"을 수정·편집하여 발표한 것으로 한국에 소개된 정종욱의 논문 가운데 라드브루흐 법철학에 관해서는 유일한 것이었다(정종욱 박사 유고집간행위원회, 韓獨法學論巧, 서울대학교 법과대학(1983), 76-87면 참조.).

104) 김영환, 앞의 논문(주 3), 51면.

105) 김영환, 앞의 논문(주 3), 51면. 김지수 교수의 정년기념 논문집에 실린 연구실적에 따르면 법철학 분야에 해당하는 것은 그의 박사학위 논문을 제외하고 총 10편으로 "라드브루흐의 법철학", 신동아부록(1971); "인권의 법철학적 근거-인권의 법질서-", 기독교사상 제18권 제2호, 대한기독교서회(1974), 36-46면; "구스타브 라드브루흐의 법철학", 기독교사상 제19권 제6호, 대한기독교서회(1975), 77-88면; "법비교의 방법과 유형론의 관계", 법철학과 형법: 황산덕화갑기념논문집, 법문사(1979), "Maw Weber의 몰가치이론", 법사상과 민사법: 현승종화갑기념논문집, 국민서관(1979), "법해석학의 존재론적 전환", 민법과 법학의 중요문제: 장경학고희기념논문집, 동국대학교출판부(1987); "법현실주의와 법리의 발견", 인권과 정의, 대한변호사협회(1994); "Dworkin의 정해론과 이치논리의 전환", 인권과 정의 217호, 대한변호사협회(1994); "법삼원론의 현대적 이해-Gustav Radbruch의 법철학을 중심으로", 외법논집 제2권, 한국외국어대학교 법학연구소(1995); "법의 부정과 법긍정의 이치논리", 외법논집 제3권, 한국외국어대학교 법학연구소(1996)가 있다. 반면 국제상사법 분야의 경우 "중재", "국제계약", "국제무역", "유엔국제상거래법위원회(UNICITRAL)"등을 쟁점으로 한 13편의 논문이 있다(之岸 김지수 교수 정년기념 논문집 간행위원회 편, 之岸 김지수 교수 정년기념 논문집, 법률출판사(2003), 7-8면 참조.).

다시 말해, 우리의 시대적 한계로 인해 우리 법철학계는 인적 자원의 수급 및 활용이라는 측면에서 1950년대에 비해 진일보한 모습을 보이지 못했다. 독일의 라드브루흐 법철학 전공자들이 "독일의 직접 영향"이라는 측면에서 밀알을 뿌렸을지언정 아직 발아하진 못한 게 1960년대의 현실이었던 것이다. 반면에, 1970년대는 처음으로 라드브루흐의 『법철학(Rechtsphilosophie)』이 번역되는 등 라드브루흐 관련 법철학에 대한 연구가 한 층 본격화되었다.[106] 이러한 상황을 고려할 때 켈젠·라드브루흐 수용사의 관점에서 본 1960년대는 1950년대와 비교할 때 질적 변화의 단초는 보이지만 아직 변화 양상이 본격화 되었다고 보기는 어려운 시대라고 평가해야 한다. 따라서 해방 전후부터 1960년대까지를 하나의 단위로 설정할 때 제학설들 사이의 연관관계가 보다 뚜렷이 포착될 수 있다.

마지막으로, 라드브루흐의 법철학 이론 수용 관련 연구에 있어 1960년대가 이처럼 그 이전의 시기에 비해는 우리의 "켈젠·라드브루흐 연구사"에 있어서 중요한 분기점이 되는 시기라는 점에 주목해야 한다. 이는 한국의 켈젠 연구사와 라드브루흐 연구사를 개별적으로 다루는 후반부에서 상술할 것이므로 본 절에서는 간단히만 밝히고자 한다. 제1세대 학자로 분류되는 유진오, 황산덕, 이항녕의 기본적인 관심사는 켈젠의 순수법학에서 출발했다.[107] 따라서 이들이 풍미한 1950년대 한국 법철학계는 켈젠의 순수법학에 대한 논의가 주를 이루었다.[108] 그런데 1960년대에 이르러서는 단순 번역을 뛰어넘어 라드브루흐에 대한 개별 연구가 출현하기 시작한다. 물론 전술했듯 아직 한국 학계에서 본격화되었다고 말하기는 어렵다. 그러나 우리 학계의 학문적 흐름이 바뀌어 갈 태동기가 되었

106) Gustav Radbruch, 법철학 1판, 최종고 譯, 삼영사(1975).

107) 이것이 꼭 켈젠의 순수법학에 대한 동의의 입장을 표명했다는 것은 아니다. 순수법학에 대한 학문적 비판이나 대안제시 역시 순수법학에서 출발했다는 점을 의미하는 것이다(이항녕, "오다카 교수의 별세", 작은 언덕 큰 바람: 소고 이항녕 선생 유고집, ㈜ 나남(2011), 142면 참조.).

108) 박은정, "한국 법철학의 반성과 전개", 법과 사회 제10호, 법과사회이론학회(1994), 199면. 다만 여기서 박은정이 말하는 수용은 순수법학에 대한 "맹목적" 수용을 의미하는 것으로 보이는바, 1950년대 우리 법철학계가 켈젠의 순수법학에 관심을 가지면서도 이에 대한 비판과 발전적 대안을 모색함으로써 켈젠에 대한 "발전적" 수용에 나섰다는 본고의 입장과는 구분된다는 점을 밝힌다.

다는 점에서 1950년대와 함께 비교 검토할 의의가 있는 것이다.

한편, 1960년대는 라드브루흐 연구와 관련하여 국내 법학계에서 변화의 태동이 발생했다는 점에서도 유의미하지만, 우리 법학계, 그 가운데서도 특히 법철학 연구의 국제적 위상이 변모하는 전환기였다는 사실도 주목해야 한다. 그 중심에는 독일 박사 출신의 막스 플랑크 연구소의 연구원 정종욱이 있었다. 그는 독일 법학계의 연구기관에 소속되어 있다는 점을 활용하여 동아시아 법학계 그 가운데서도 주로 일본 법학계의 주요 학자들과 교류를 이어갔다. 그런데 이들과 정종욱의 교류사에서 1960년대를 주목해야 하는 이유는 이 시기 정종욱과 교류를 해 나간 학자들이 대부분 그의 "라드브루흐 법철학" 연구와 "형법학" 모두에 주목했던 반면, 1970년대에 들어서 정종욱과 교류를 해 나간 일본의 주요 법학자들 대부분의 관심은 "형법학"에 편중되어 있었다는 사실이다.[109] 다시 말해, 라

109) 이는 아마도 정종욱이 한국으로 귀국했다가 다시 도독(渡獨)한 이후인 1970년대 들어 '한국에서의 독일법 수용'에 관한 문제로 교수자격논문을 받기 위하여 집중하고 있었던 점, 막스 플랑크 연구소의 업무가 주로 극동법 가운데서도 형법에 관한 분야에 집중되어 있었던 점이 반영된 결과로 보인다. 최종고는 1970년대의 정종욱을 두고 "법철학에 관심을 계속 가졌지만 이 방면에 논문을 발표할 여유는 허락되지 않았다"라고 평가하기도 했다(최종고, 한국의 법학자 개정판, 서울대학교출판부(2007), 659-660, 666면.). 이는 정종욱 사후 발간된 『鄭鍾昱教授追悼文集』에서도 확인된다. 본 문집에 정종욱과 관련한 회고를 실은 일본인 학자는 총 22인이다. 이 가운데 정종욱에 관하여 학문적 평가를 남긴 사람은 총 14인이다.

한편, 이들 14인 가운데서도 정종욱의 박사학위논문 주제였던 "라드브루흐 연구"와 관련하여 언급을 남긴 사람은 후쿠다 다이라(福田平), 가나자와 후미오(金澤文雄), 미야자와 코이치(宮澤浩一), 오노 히라키치(大野平吉), 스즈키 케이후(鈴木敬夫)의 5인이었다. 특징적인 것은 이들이 정종욱을 알게 된 시기가 정종욱의 박사 학위 취득 이전 내지는 학위 취득 직후이거나 아니면 정종욱의 박사 주제와 관련하여 그를 알던 이로부터 소개받은 경우였다는 사실이다. 예를 들어 후쿠다, 가나자와, 오노는 모두 1960년대에 정종욱을 알게 된 경우이다. 미야자와나 스즈키의 경우 1970년대 이후에야 정종욱과 직접적 교류를 하게 되기는 하였지만 1960년대부터 정종욱과 교류하며 라드브루흐 법철학 연구에 관심을 가지고 있던 이들과 교류를 통해 정종욱에 대하여 관심을 갖게 된 경우였다. 반면, 형사법 관련 연구에 관한 일화만을 남긴 학자로는 히라노 류이치(平野龍一), 후쿠이 아츠시(福井厚), 호리우치 쇼조(堀內捷三), 카미야마 토시오(神山敏雄), 나카야마 켄이치(中山研一), 니시하라 하루오(西原春夫), 니시다 노리유키(西田典之), 타카다 아키마사(高田昭正), 모리모토 마스유키(森本益之)의 9인이

드브루흐 연구사의 관점에서 1960년대는 국제 교류의 사실상 시발점이 되었다는 점에서도 남다른 의미를 갖는 것이다.

배의 조타수가 방향을 전환하더라도 그 배의 방향이 바뀌기까지는 시간이 걸린다. 따라서 방향 전환 전까지 배의 움직임은 그 이전 경로의 영향을 받게 된다. 하지만, 방향을 바꾸기로 결정했다는 점에서 이는 기존과는 구별되는 새로운 변화의 출발점이기도 하다. 1960년대는 우리 법철학계의 "켈젠·라드브루흐 수용사"에 있어선 바로 그런 시대였다. 즉, 일관적 흐름 속에서 자그마한 변화가 시작된 1960년대를 기점으로 시대를 나누고 그 시기 이루어졌던 학문 연구의 조류를 살펴볼 때 비로소 시기적 맥락과 그 특색을 유의미하게 설명할 수 있는 것이다.

제 2 절 경성제국대학의 성립과 일본의 영향

해방 이후 우리의 법조 실무와 법학 연구가 일본의 지대한 영향을 받았다는 점에 대해선 부인하기 어렵다. 서론에서도 언급한 바와 같이 우리 법은 오랜 시간동안 법제도와 법문화 양 측면 모두에서 일본법의 지대한 영향을 받아왔다. 따라서 앞서 살펴보았던 바와 같이 해방을 전후한 우리의 법철학계 역시 일본 학계의 지대한 영향을 받았다고 보아야 한다. 그런데 한반도가 일본의 식민지였던 탓에 우리 법 실무가 일본법의 다대한 영향을 받았고 그 영향이 법철학계에까지 이어졌다는 설명은 법철학

있다. 특징적인 것은 이들 모두가 1970년대 특히 정종욱이 한국으로 귀국했다가 다시 도독(渡獨)한 이후의 시기에 정종욱과 교류하기 시작했다는 것이다. 이상의 내용은 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)에 게재된 다음의 각 자료를 참고하였다. 平野龍一, "チョンさんの思い出", 207-208면; 福井厚, "チョンさん博士の死に思う", 215-217면; 福田平, "鄭鍾勗教授を偲ぶ", 218-220면; 堀内捷三, "ヴェルトヴュルガー·チョン先生", 221-222면; 神山敏雄, "想い出すままに", 225-227면; 金澤文雄, "鄭鍾勗教授を偲ぶ", 228-230면; 宮澤浩一, "チョンさんとの約束", 240-242면; 中山研一, "チョンさんの思い出", 243-247면; 西原春夫, "わが友鄭鍾勗博士を偲ぶ", 248-250면; 西原典之, "鄭先生の思い出", 251-252면; 大野平吉, "鄭鍾勗教授の法哲學と刑事法學", 260-262면; 鈴木敬夫, "韓國·中國におけるラートブルッフ", 270-272면; 高田昭正, "鄭先生の思い出", 273-274면; 森本益之, "溫厚さと强靭さ", 275-278면.

이 갖는 기초 학문으로서의 성격을 고려할 때 지극히 단편적이다.

오히려 우리 법철학계의 켈젠·라드브루흐 수용사에서 나타난 일본 학계의 영향력을 검토하려면 식민지 권력관계로 인한 법률체계 자체의 상호작용보다는 제국대학-특히 경성제국대학(이하 경성제대) - 성립 과정에서 구축된 학문적·인적 네트워크의 상호작용을 주의 깊게 검토해야 한다.

그 이유는 크게 세 가지를 꼽을 수 있다. 하나는, 경성제대의 역할 때문이다. 한국의 켈젠·라드브루흐 수용사를 다루며 비중있는 여러 학자들 가운데 식민지기에 대학을 다녔던 인사 가운데 유진오, 이항녕, 황산덕, 정희철이 경성제대 출신이었을 정도로 우리 법(철)학계의 형성과정에서 경성제대의 영향은 컸다. 애당초 경성제대는 "국가에 수요(須要)한 학술의 이론 및 응용을 교수하고 아울러 그 온오(蘊奧)를 공구(攻究)함을 목적"으로 하는 일본의 제국대학을 모델로 설립된 것으로 식민권력의 문화적 헤게모니 형성에 기여하는 학술권력을 창출하고자 건립되었다.[110]

이러한 경성제대의 역할은 당연히 식민지 민중 특히 지식인들로 하여금 일본 학계에서 설정된 특정한 학문적 조류를 받아들이게 하는 환경을 조성했을 것이다. 그런데 한편으로는, 이러한 경성제대의 역할에 대한 반작용으로서 경성제대의 조선인 학생 및 졸업생을 중심으로 경성제대를 통해 유입된 근대지식에 대한 비판적 수용의 움직임이 나타나기도 했다.[111] 다시 말해 어떠한 방향으로든 일본의 학풍이 강하게 작용하던 경성제대에서 이루어진 근대적 대학교육은 식민지 조선 더 나가 해방 이후 한반도에서 이루어진 여러 학문 활동의 출발점이 되었다.[112]

두 번째로 경성제대, 그 가운데서도 특히 법문학부 법학계의 운영 양태에서 그 이유를 찾을 수 있다. 경성제대가 한국의 대학사, 학술 발달사, 지성사에 미친 영향력은 부정하기 어렵다.[113] 그런데, 이러한 영향력을

---

110) 정근식 외 5인, 식민권력과 근대지식: 경성제국대학연구, 서울대학교출판문화원(2011), 8면.

111) 정근식 외 5인, 앞의 책(주 110), 8-9면.

112) 제국대학 출신 학자들이 해방 이후 한국 학계에서 영향을 끼쳤다는 점에 대해선 정종현, 제국대학의 조센징 - 대한민국 엘리트의 기원, 그들은 돌아와서 무엇을 하였나?, ㈜ 휴머니스트(2019), 256-271면 참조.

113) 정근식 외 5인, 앞의 책(주 110), 9면.

위해서는 당시 식민지 지식인과 민중들로부터 받아들여지기 위한 학문적 권위가 필요했을 것이다. 당시만 하더라도 식민지 조선에는 근대적 의미의 법학과 인문학에 대한 학술적 연구가 현저히 부족했으므로, 식민지 현지(즉 조선)의 연구인력을 채용하기에는 한계가 있었던 것이다.[114]

이러한 사정으로 인해 경성제대 법문학부 법과계 교원 가운데 88.5%가 당시 일본에서는 최고학부였던 동경제대 졸업생 출신이었다.[115] 이처럼 식민지 조선 법학계의 학문적 논의를 주도할 권위있는 기관이었던 경성제대 법문학부는 동경제대의 학풍을 이식받아 그 외연 확장판처럼 운영되고 있었다.[116] 이러한 배경을 고려할 때 경성제대 법문학부에서 수학한 이들이 중추적으로 활약한 우리의 켈젠·라드브루흐 수용사에서 일본 법철학계의 동향을 살펴볼 실익이 있다는 점은 자명하다.

마지막 이유는 본고가 우리 법철학계의 켈젠·라드브루흐 수용사에서 영향을 끼친 핵심적 일본인 학자로 지목한 경성제대 교수 오다카 토모오(尾高朝雄)와 니시하라 간이치(西原寬一)가 보이는 연구경향의 특성이다.

---

114) 정근식 외 5인, 앞의 책(주 110), 326면.

115) 松田利彦, “京城帝國大學の創設”, 帝國日本と植民地大學, 酒井哲哉, 松田利彦編, 東京: ゆまに書房(2014), 124면.

116) 정근식 외 5인, 앞의 책(주 110), 327면.

경성제대의 법문학부가 동경제대의 확장판처럼 운영되었다는 점은 재조일본인 사회의 평가이기도 했다. 재조일본인 사회의 유력 매체 중 하나였던 『朝鮮及滿洲』에서는 경성제대의 주요 교수가 일본의 주요 대학으로 전근한 사실을 전하며 “동경제대를 시작으로 일본의 각 관립대학에 의기양양하게 종종 돌아다니기를 계획하고 있는 것은 무엇이라 말해도 東大閥(동경제대 학벌파)로 굳어진 경성제대가 지방제대로서 반영원적으로 갖는 비애를 보이는 것”이라고 평가했다(駱駝山人, “城大法文學部の展望(三)”, 朝鮮及滿州 第332号, 朝鮮及滿州社(1935). 58면.).

한편, 경성제대 법문학부가 동경제대의 외연 확장판처럼 운영되었다는 것은 실제 법문학부의 학부장 인선을 통해서도 확인할 수 있다. 경성제대 법문학부의 교수진은 1910년대 총독부 근무경력이 있는 “재래종(在來種)” 학자들과 조선과 관련하여 별다른 경험이 없는 “수입조(輸入組)” 학자들로 나뉘었고 이들 사이에는 학부 운영에 관하여 매서운 다툼이 있었다. 그럼에도 역대 법문학부장으로 선임된 아베 요시시게(安倍能成), 하야미 히로시(速水滉), 후지츠카 치카시(藤塚鄰)는 “수입조(輸入組)” 출신 학자들이었다(松田利彦, 앞의 논문(주 115), 124면.). 이와 같은 탈조선·일본 주류 중심의 학부 운영은 경성제대 법문학부가 일본 학계의 강한 영향력 하에서 사실상 그 연장선에 가까웠음을 시사한다.

이를 이해하기 위해선 당시 경성제대 법문학부 교수진의 특성을 파악할 필요가 있다. 경성제대는 식민지 조선에 있는 대학이었지만 정작 조선에 대한 경험을 가진 교수진은 소수였고 오히려 조선과 아무런 관련성이 없음에도 불구하고 제국대학 교수라는 학문적 입신양명을 위해 조선으로 건너온 교수가 더 많았다. 게다가 경성제대의 교수들 가운데는 조선과 동양을 중시하는 경성제대의 건학이념과 방침이 학문의 보편성과 자율성을 해칠 수 있다며 반대하는 경우도 있었다.[117]

그런데 오다카나 니시하라 모두 조선에 대한 경험 없이 경성제대 교수에 부임하였을 뿐 아니라 식민지 조선에 특유한 문제에 대하여 큰 관심을 보이지 않았다.[118] 가령 오다카는 전술한 바와 같이 경성제대 교수 일부에게서 나타난 보편적·자유주의적 학문성향에 힘입어 독일의 현상학과 법사회학적 조류를 일본학계에 소개하고 이를 바탕으로 기존 학계의 학문적 경향을 비판하는데 주력했다. 니시하라는 식민지의 회사법, 상법이 가질 수 있는 문제성 내지 특수성에 대한 관심은 젖혀둔 채 분과학문의 보편적인 주제에만 천착하는 모습을 보였다.[119]

이와 같은 오다카와 니시하라의 모습은 당시 경성제대의 "수입조(輸入組)" 교수들이 전형적으로 보이던 모습이었다. 1910년대에 총독부 근무 경험을 가지고 조선통이라고 자부하던 경성제대의 "재래종(在來種)" 학

117) 정근식 외 5인, 앞의 책(주 110), 329-330면.

118) 이에 대해 오다카가 1899년 1월 28일 조선-부산-에서 출생했으므로 그는 조선과 연관이 있다고 반박할 수 있다. 그러나 이를 두고 오다카를 조선 지향의 학자로 분류할 수는 없다. 왜냐하면 그는 5세가 되던 1903년에 일본으로 돌아갔으며 근대적 교육은 전부 일본에서 받았을 뿐 아니라(金昌祿, "尾高朝雄と植民地朝鮮", 帝國日本と植民地大學, 酒井哲哉, 松田利彦編, 東京: ゆまに書房(2014), 286, 288면.), 1928년 4월에 경성제대 교수로 조선에 오기 전까지 조선과 관련된 연구경력이 없었기 때문이다(松田利彦, 앞의 논문(주 115), 122면 참조.). 니시하라의 경우에도 1928년 7월 경성제대 교수로 부임하여 조선에 오기 전까지는 조선에 거주했거나 조선에 관한 연구경력을 쌓은 적이 없다. 한편, 니시하라는 "학자가 되고자" 자신의 은사였던 다나카 고타로(田中耕太郎)의 주선으로 경성제대 교수가 되었다(조정우, "통제경제 속의 주식회사법 - 경성제대 니시하라 간이치의 상법학이 처한 딜레마 -", 한림일본학 제32집, 한림대학교 일본학연구소(2018), 185면.). 즉, 니시하라는 조선에 대한 관심보다는 학자로서 아카데믹 커리어를 쌓고자 경성제대 교수가 된 것이다.

119) 정근식 외 5인, 앞의 책(주 110), 330면; 조정우, 앞의 논문(주 118), 196면.

자들과 대비되는 “수입조(輸入組)” 학자들은 경성제대의 초대 총장 핫토리 우노키치(服部宇之吉)에 의해 발탁되어 일본에서 조선으로 건너온 사람들이었다.[120] 당시 이들이 보인 연구 경향은 총독부 경험을 가진 소위 “재래종(在來種)” 교수들과는 달랐다. 이들의 특성을 두고 재조일본인 사회의 한 매체에서는 “수입조 즉 재래종 이외의 사람들은 비교적 학문이 깊다고 말하는데 기초적으로 연구하여 긴 시간 동안 학구 생활만을 했다는 자부심을 갖고 재래종에 상당히 매섭게 싸우며 도전하는 때도 있었다”라고 평가한다.[121] 이런 평가에서도 드러나듯 이들은 식민지 조선에 대한 경험이 없었던 탓에 학문적 경향에 있어서도 강한 일본지향/보편지향의 모습을 보였으며 중심부 즉 도쿄 학계의 동향에도 민감했다.[122]

---

120) 松田利彦, 앞의 논문(주 115), 124면.

121) 江間俊太郎, “京城大學論(その一)”, 朝鮮及滿州 第300号, 朝鮮及滿州社(1932), 52면.

122) 정근식 외 5인, 앞의 책(주 110), 331-332면. 재조일본인 사회의 “한가지 매체”에 불과한 『朝鮮及滿洲』에서 경성제대를 평가한 것을 두고 의미있게 받아들이기 어렵다고 볼 수도 있다. 그러나, 『朝鮮及滿洲』는 1908년 창간하여 1941년 폐간에 이르기까지 33년간 발간되어 조선이나 만주에서 개인이 경영하는 잡지로는 가장 오래된 역사를 자랑하며 조선-만주 포함-및 재조일본인 사회의 지식·문화 조류에 관하여 상당히 중요한 역할을 담당했다. 따라서 이런 점을 고려할 때 경성제대에 관한 『朝鮮及滿洲』의 평가는 상당히 의미있는 자료로 원용할 만하다고 볼 수 있다. 식민지 조선 및 재조일본인 사회의 문화, 지식 분야에서 『朝鮮及滿洲』의 위상에 관하여는 이가혜, “1920년대 『조선급만주(朝鮮及滿洲)』에 나타난 화류계 여성의 표상 - 유곽물과 여금소설을 중심으로-”, 인문학연구 제53집, 조선대학교 인문학연구원(2017), 234면; 釋尾春芿, “本誌廢刊の辭”, 朝鮮及滿州 第398号, 朝鮮及滿州社(1941), 95면 참조.

한편, 소위 “수입조” 교수들은 은사들의 추천 등으로 경성제대에 부임하는 경우가 많았다. 마츠다 토시히코(松田利彦)는 이러한 수입조 교수들의 연구경향 내지 의지를 두고 다음과 같이 평가한다.

> 이와 같이 은사에 대한 의리로 경성제대에 부임한 이들은 조선에 대한 적극적인 관심이나 조선연구를 지향하는 내발적 동기를 가지고 있었다고는 할 수 없었다. (중략) 이와 함께 경성제대에 부임한 교원의 의식에는 연구환경의 악화에 대한 불안이나 그 대가로서 제시된 재외연구에 대한 기대 등이 섞여 있었고 지배민족으로서 식민지에 대한 없애기 어려운 차별의식이나 기피감정-소위 제국의식-도 어른거렸다(松田利彦, 앞의 논문(주 115), 123면).

그런데 당시 경성제국 대학에 부임한 교수들 가운데 식민지 조선보다는 일본의 사

따라서 조선과 관련된 경험이 없고, 조선에 특유한 관심보다는 자신이 속한 학문의 보편적 관심사에 천착했던 오다카와 니시하라 역시 도쿄 학계의 동향에 민감하게 반응했다고 보아야 한다. 물론 시간이 지나 경성제대의 연구성과가 쌓이고 일본학계에서 나름의 인정을 받게되며 일부 변화양상이 나타났다.[123] 그러나 적어도 오다카와 니시하라의 연구에서

정에만 관심을 갖는 경우가 왕왕 있었다. 가령 이와나미 그룹(岩波グループ)의 자유주의자로 알려진 철학사 전공의 미야모토 와키치(宮本和吉)에 대해서 『朝鮮及滿洲』에는 "조선에 조금도 흥미가 없는 것 같은 모습이며, (중략) 교수(미야모토)가 가르치는 조선인 학생에 빈곤한 면모를 발견하고 눈물을 머금은 적이 있느냐"라는 내용을 담은 논설이 게재됐다(岡本濱吉, "城大教授批評記 (二)", 朝鮮及滿州 第352号, 朝鮮及滿州社(1937), 77면.). 이는 경성제대 교수로서 조선 사회에 대한 인식과 이해가 부족함을 비판한 것이었다. 즉, 조선과의 별다른 연계점 없이 경성제대 교수 부임을 목적으로 일본에서 조선으로 온 학자들은 식민지 조선의 현실에 부합한 별도의 독자적인 학문적 조류를 만들어 내지 못했다. 오히려 도쿄를 중심으로 한 일본 학계의 일부로서 자신들을 자리매김하며 더욱 종속되는 태도를 보이기까지 했다. 그런 탓에 일본의 학계 인사들 가운데서는 경성제대 교수 부임을 원하지 않는 경우도 많았다. 이러한 경향을 두고 당시 재조일본인 사회의 미디어에서는 경성제대 문학부의 전망을 논하는 기사에서 다음과 같이 전한다.

> 설립 당시의 성대교수(城大教授)(경성제대 교수를 지칭: 필자 주)의 자리는 학계로부터 각별히 높은 평가를 받지 못한 것으로 보이며, 성대교수에 최초취임을 종용(慫慂) 받은 내지(內地)(일본을 지칭: 필자 주) 각 제대의 중견급 교수들은 일제히 소위 **'조선으로의 좌천(朝鮮落ち)'을 사절하여도 문제라고 생각하지 않았다**(駱駝山人, "城大法文學部の展望(一)", 朝鮮及滿州 第327号, 朝鮮及滿州社(1935). 58면; 강조는 필자가 추가함).

이러한 평가는 실제 사례로도 확인된다. 당시 국문학 강좌의 교원전형에서는 총장이었던 핫토리 우노키치(服部宇之吉)가 동경제대 문과대학 국어학교실 조수이던 하시모토 신키치(橋本進吉)를 추천받았지만 하시모토 본인이 "경성 같은 곳에서는 공부할 수 없다"라며 경성제대 교수 부임을 거부하기도 하였다(高木市之助, 高木市之助全集 第9卷: 國文學五十年·遍路殘照, 東京: 講談社(1977), 96면.).

123) 정근식 등은 경성제대 "수입조" 교수진의 학문경향에 대하여 초기에는 일본 지향적이었지만 오구라 신페이(小倉進平)가 조선에서만 가능한 연구로 -오구라의 전공은 조선어학/조선문학이었다- 중앙학계의 인정을 받아 동경제대 교수로 영전한 이후, 일부 서양철학·서양사상 계통을 제외하고선 수입조 교수들 사이에서도 일본지향/보편지향성이 약해지고 조선지향성이 강해졌다고 평가한다(정근식 외 5인, 앞의 책(주

는 조선 내지 식민지의 특수문제 지향성이 드러나지 않는다. 이것은 두 학자가 조선에 적용되는 특수법규인 “제령(制令)”을 대하는 태도에서 분명히 드러난다. 제령은 경성제대 법문학부 법과계 교수들이 조선과 관련하여 중요한 연구주제로 삼은 것이었다.[124] 그런데 오다카는 “법률의 실정성”과 “법률의 실재로서의 고찰”을 강조하면서도 정작 조선에서 벌어진 “제령”이라는 특수한 현상에 대해선 별 관심을 갖지 않았다.[125]

이는 니시하라 역시 마찬가지였다. 니시하라는 상법의 특별법규에 대해 논하면서도 식민지의 특수법규라고 할 수 있는 조선의 제령에 대해선 대만에서 시행되던 율령과 묶어서 “본고는 상법전 안에서 주식회사법에 관한 일반 원칙을 수정 변경하는 특별한 법률 그리고 칙령만을 다룬다. 대만에서의 율령 그리고 조선에서의 제령에 의해 제정된 특수법규는 지역적 특수성의 방면에서 추후 별도로 논의해 볼 생각이다”라고 언급했을 뿐이었다.[126] 이후에도 이와 관련된 연구는 이루어지지 않았다.

사실 제령은 특수법규이기는 하지만, 일본에서 시행된 경제법령들에 접두어로 ‘조선’만 붙여 시행함으로써 일본의 그것과 내용적으로 다른 경우

---

110), 332면.)

124) 제령은 일제 치하 시기 한반도에서 시행되던 법률로 1911년 3월 25일 일본에서 공포된 법률 제30호 “조선에 시행할 법령에 관한 법률”에 근거한다. 동 법률 제1조에 따르면 제령은 한반도에서 법률을 요하는 사항을 규정한 조선 총독의 명령이다. 그런데 이처럼 법률사항을 규정하는 제령이 행정기관인 조선 총독의 일방적 명령에 의해 그 효력이 생기는 것을 두고 「대일본제국헌법」 제5조의 “천황은 제국의회의 협찬(協贊)을 얻어 입법권을 행사한다”라는 규정에 반한다는 비판이 있었다. 이러한 비판은 조선에서도 해당 헌법이 시행되는가에 대한 논란으로 이어졌다. 한편 제령을 두고 의욕적으로 연구한 경성제대 학자로는 헌법·행정법을 담당했던 마쓰오카 슈타로(松岡修太郎)나 키요미야 시로(淸宮四郎)가 있었다(김창록, “制令에 관한 연구”, 법사학연구 第26號, 한국법사학회(2002), 116, 126, 129면 참조.).

125) 金昌祿, 앞의 논문(주 118), 289, 292면. 이는 경성제대 교수 시절 오다카의 주요한 학문적 동료였던 키요미야 시로(淸宮四郎)와의 비교를 통해서도 더욱 분명해진다. 그는 1930년대 말까지만 하더라도 정말로 순수하게 이론적으로 생각할 문제에만 관심을 가지며 탁상공론에 지나지 않는다는 비판도 받았지만 1941년 9월 일본에 소재한 동북제대(東北帝大) 교수로 임명된 이후부터는 제령의 법적 근거 등 외지법에 관한 논문을 차차 발표했다(金昌祿, 앞의 논문(주 118). 291면.).

126) 西原寬一, “株式會社法の範圍內に於ける特別法規の硏究”, 私法を中心として -京城帝國大學法文學會第一部論集第三冊, 東京: 刀江書院(1930), 17면.

가 많지 않았다. 설혹 다르다 해도 그것은 조선이라는 지역이 갖는 특수성에 대한 결과였으므로 일반화된 개인을 상정한 상사거래에서 발생한 개별사안에 대한 대응이라고 보기는 어려웠다.[127] 따라서, 이러한 니시하라의 연구 경력은 그가 "일본에도 적용될 수 있는 보편적인 회사법(상법)"의 문제에만 관심을 가지고 있었음을 시사한다.

이러한 사실은 이들 일본인 학자를 사사한 해방 직후 한국의 켈젠·라드브루흐 관련 한국인 연구자들의 논의에 종래 일본 법학계의 관련 논의가 반영되었음을 방증한다. 해방 이후 우리 법철학계의 켈젠·라드브루흐 수용사에 있어 수용의 통로와 같은 역할을 했던 오다카와 니시하라는 이처럼 일본 법학계 중심부의 논의에 민감하게 반응했다. 따라서 우리의 연구사를 검토함에 있어 일본 법철학계의 관련 논의 동향을 살피는 것은 단순히 유익한 정도를 넘어 필수적이라고 하여도 과언이 아닐 것이다.

제 3 절 한국의 켈젠 연구와 오다카 토모오(尾高朝雄)

1. 한국 법철학사에서 오다카의 위상

지금까지는 경성제대라는 큰 틀에서 우리 법철학계의 켈젠·라드브루흐 수용사와 일본 법철학계 사이의 연결점을 논의했다. 본 절에서는 세부적으로 켈젠과 라드브루흐로 나누어 구체적으로 어떤 지점에서 일본 법철학계의 동향을 검토할 의의가 있는지를 살펴보도록 하겠다. 먼저, 켈젠 수용사에서는 오다카의 존재를 빼놓을 수 없다.

사실 오다카가 한국 법철학계에서 차지하는 위상은 매우 독특하다. 오다카는 일본인이고, 전술한 바와 같이 조선에 별 관심이 없었다. 그런데 그는 경성제대 교수 신분으로 1920년대 독일에 유학을 가서 켈젠과 직접

127) 제령이 일본 법령을 의용한 경우가 많았다는 점에 대해선 조정우, 앞의 논문(주 118), 191면 참조; 제령이 조선이 갖는 특수사정에 대한 대응적 성격을 가진다는 점은 김창록, 앞의 논문(주 124), 130면과 尾高朝雄, "昭和十五年度朝鮮總督府視學委員視察報告(中等學校)公民科", 文敎の朝鮮 186號, 朝鮮敎育會(1941), 48-49면을 참조.

교류하는 등의 여러 학문 활동에 나섰다.[128]

게다가 식민지기 당시 한국에서 처음 서구적 맥락의 법철학 연구 지평을 연 사람 역시 오다카였다.[129] 식민지 조선 그리고 한국의 법철학 학문사에서 그의 영향을 상징적으로 보여주는 것은 바로 "법철학(法哲學)"이라는 용어 그 자체였다. 일본에서 가장 먼저 라드브루흐를 소개한 모리구치 교수의 논문은 법철학을 "법리학(法理學)"이라고 지칭했다. 이는 jurisprudence를 번역한 것이었으며 한반도에서 역시 한말부터 (서양) 법철학이 "법리학"이라는 용어로 소개되었다. 그런데 오다카는 사실상 처음으로 독일어의 Rechtsphilosophie를 직역하여 "법철학"이라는 번역어를 만들었고 그것이 오늘날까지 이르고 있는 것이다.[130]

이처럼 한반도의 (서양)법철학 연구사의 첫 페이지를 장식한 오다카가 한반도와 본격적으로 인연을 맺게 된 것은 1920년대 경성제국대학의 법문학부 교수로 임용된 이후 이 지역에서는 사실상 처음으로 법철학 강의를 개설하면서였다.[131] 그러다 보니 오다카의 한국 법철학계에 대한 영향력을 두고 비록 "독일어로 켈젠의 법사상에 대한 것을 발표도 하는 이런 전통이 우리 한국이라고 하는 간판에서 이뤄진 것을 우리가 어떻게 이해야 할 것인가에 대해서 그가 일본 학자이므로 일본 법철학으로 넣어야 된다고 생각해 볼 수도 있었겠지만, 이렇게 단순하게 생각하기 보다

---

128) 오다카는 경성제대 조교수로 1928년 4월 부임했는데 일본 정부의 조선총독부 재외연구원으로 해외 유학을 떠나게 된 것은 1928년 11월로 유학 당시 그는 이미 경성제대 조교수 신분이었다. 이후 그는 1932년까지 약 3년 반 가량 해외 유학을 거친 후 경성제대로 복귀하여 교수로서 활동을 시작했으며 1944년 동경제대 교수로 부임하여 이직하기 전까지 계속 경성제대에 재직하였다.

129) 본고에서 다루는 법철학은 별도의 수식어가 없는 한 "서구적" 맥락의 법철학을 지칭한다. 이는 특히 동양과 서양을 구분하고 동양의 법철학에 대한 별도의 연구에 매진했던 1950~60년대의 학자들에게서는 꽤 중요한 문제이기도 하다(이항녕·최종고, "법철학", 한국의 학술연구: 법학, 대한민국학술원(2003), 3-4면 참조.). 실제로 황산덕 교수는 그 스스로가 버트런드 러셀의 『西洋哲學史』에서 많은 교시를 받았다고 했을 정도로 서양 법철학에 대해서만 주로 다른 『法哲學入門』에서 동양적인 것에 별도로 관심을 가져야 한다고 언급하여 양자가 구분되는 것이라는 인식을 명확히 드러내고 있다(황산덕, 法哲學入門, 博英社(1964), 5, 506-507면.).

130) 최종고, 앞의 책(주 2), 408면.

131) 최종고, 韓國法學史, 박영사(1990), 503면.

는 (19)20년대, 30년대부터 법철학의 뿌리가 정착된 것이 아닌가 이렇게 해석할 여지도 있다"라고 평가할 정도였다.[132]

전술했듯 오다카가 경성제대에서 추구한 학문은 조선의 특수사정에 관한 것이라기 보다는 정말로 이론적인 문제에 가까웠다. 그가 독일 유학 시절 및 귀국 이후 경성제대 교수로서 본격적으로 활동하기에 이르게 된 시기까지 관심을 가졌던 분야는 국가학이었다. 이를 반영하듯 그의 박사학위 논문 제목도 『국가구조론(國家構造論)』이었는데 그는 여기서 "일반국가학"의 중요성을 강조하면서 다음과 같이 말한다.

> 본서의 목적은 국가일반의 구조에 관한 순수한 이론적 고찰에 있다. 그런 탓에 특정의 개별국가 예를 들면 우리 대일본제국의 특수국가구조를 말하며 그 실천적 의의에 대해 현창(顯彰)하려는 입장은 본서의 연구와는 직접 관계를 갖지 않는다. 저자가 믿는 것에 따르면 국가는 다수의 개별국가로서 실재하는 동시에 또 국가제도 일반으로서의 실재성을 갖고, 동시에 실재하는 국가제도 일반으로서는 개별국가의 특수성에 환원할 수 없는 고유의 대상영역을 갖고 있다. 그런데 이 고유의 대상 영역을 연구목표로 삼는 과학을 "일반국가학"이라고 부른다면 본서가 취급하는 문제는 당연히 일반국가학 안에 포섭된다.[133]

『국가구조론』에서 이처럼 오다카는 다소 추상적인 이론적 논의를 전개하고자 하였다. 즉, 그가 조선에 특유한 문제에 관심을 가지 않았던 것

---

132) 해당 평가는 한국 법철학회 창립 50주년을 기념한 원로와의 대담행사에서 최종고 교수가 남긴 평가이다(김정오 외 7인, "한국법철학회 원로와의 대담", 한국 현대법철학의 형성과 전개, 세창출판사(2010), 367-368면.). 최종고가 "독일어로 켈젠의 법사상을 발표"했다고 언급한 오다카의 저작은 아마도 1932년 오다카가 독일 유학 중에 발견한 『사회단체론(*Grundlegung der Lehre Vom sozialen Verband*)』을 지칭하는 것으로 보인다. 이 책에서 오다카는 자신의 소속을 Universität Keijo(경성제국대학)라고 밝혔다(Tomoo Otaka, *Grundlegung der Lehre Vom sozialen Verband*, Wien: Verlag von Julius Springer(1932).).

133) 尾高朝雄, 國家構造論, 東京: 岩波書店(1936), 序 1-2면.

은 그가 조선에 관심이 없었던 것을 넘어 특정 대상 내지 지역의 문제에 천착되지 않은 채 이를 초월하는 일반적인 이론을 만들어내는 데 깊은 관심을 가졌기 때문인 것이다. 물론 그렇다고 해서 그가 완전히 현실과 유리된 채 순수 학문적인 입장만을 추구했던 것은 아니다.

이는 일반국가학에서 그가 갖는 입장을 보더라도 알 수 있다. 오다카가 독일에서 유학할 당시 독일 국가학 학계는 켈젠 등의 순수이론파와 칼 슈미트 등의 정치실천파로 나뉘어 있었다.[134] 오다카는 기본적으로 양자 가운데 켈젠의 순수법학에 동조했다. 그는 국가에 대한 인식을 둘러싸고 순수이론파와 정치실천파의 차이를 설명하면서 다음과 같이 밝힌다.

> 학자가 국가의 운명에 깊이 종사하는 것에 의한 실재 국가의 학적

134) 이항녕, "국가구조론", 작은 언덕 큰 바람: 소고 이항녕 선생 유고집, 나남(2011), 50면. 칼 슈미트가 자신의 학문적 입장을 정립하는데는 한스 켈젠의 영향도 상당했다. 칼 슈미트는 1914년 발간된 자신의 교수자격논문 『국가의 가치와 개인의 의미(*Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*)』에서 자신이 일찍이 숭앙했던 표현주의 시인 테오도어 도이블러(Theodor Däubler)의 시구를 패러디하여 "법은 의지가 아니고 규범(Norm)이며, 명령이 아니라 계명(Gebot)이다. 이에 반해 현실 세계의 대상으로서 개별 인간은 나중에 등장한다"라고 하였다(C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Berlin: Duncker & Humblot(2004), 42면; 조효원, "'순수하게' 정치적인 것에 대하여 - 칼 슈미트의 결단주의와 그 비판자들 -", 개념과 소통 제27호, 한림대학교 한림과학원(2021), 384면에서 재인용함.). 이 때까지만 하여도 인간의 주권적인 명령과 대비되는 "계명"을 자기 법철학의 근본 개념으로 제시한 슈미트는 사실 "비결단주의자"에 가까웠다고 평가할 수 있다(조효원, 앞의 논문(주 134), 384-385면.). 그랬던 그가, 회갑에 이르러서는 "이 세상 최고의 것은 명령이지, 법이 아니다"라고 하여 정반대의 모습을 보인다(C. Schmitt, *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin: Duncker & Humblot(1991), 274면; 조효원, 앞의 논문(주 134), 385면에서 재인용).

이러한 칼 슈미트의 사상적 변화에는 한스 켈젠의 순수법학이 큰 요인이 되었을 것으로 보이는데, 특히 그는 켈젠이 "법학을 순수성으로 끌어올려 도달하려는 규범 과학"에 대하여 결코 규범적일 수 없다고 보았다(조효원, 앞의 논문(주 134), 385면; 칼 슈미트, 정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장, 김항 譯, 그린비(2010), 35면.). 이와 같이 제1차 세계 대전, 1918년 11월 7일 독일에서 발생한 11월 혁명, 바이마르 공화국의 혼란을 거치며 1910년대 후반부터 1920년대까지 켈젠을 위시한 순수이론파와 칼 슈미트를 위시한 정치 실천파 사이에 활발하게 벌어진 논쟁에 대해서는 조효원, 앞의 논문(주 134), 382-393면 참조.).

묘사는 그 위에 다시 생기와 진실미를 더한다는 것은 확실하다. 그러나, 그 경우에도 실천이 그대로 이론이 되는 것이 아니고 과학이 실천상의 체험을 이론적으로 여과하여 객관적 지식으로 조성하지 않으면 안 된다. 이런 의미에서 국가의 인식은 이론이 실천으로부터 유리하여 실재성태에 대하여 사고성태의 독립성이 확보되면 될수록 객관적으로 발달하는 것이다. 이것을 역으로 실천의 견지에서 말하면 국가는 불기독립(不羈獨立)의 국가이론에서야 말로 배울점이 많다고 할 것이다.[135]

물론 이처럼 현실에 지배되지 않는 순수한 이론 자체의 정립을 강조했지만, 오다카는 동시에 켈젠의 순수이론과는 반대되는 입장에 서있던 루돌프 스멘트(Rudolf Smend)에 대해서도 일견 수용적인 태도를 보였다. 그는 국가를 의미복합태(意味複合態)로 이해하는 켈젠의 학설은-의미를 직접적인 규범의미와 동일시하는 신칸트 철학의 편견을 떼어버리면-객관적 정신성태(精神成態)로서 자격을 갖춘 국가의 상층존재를 분명히 할 수 있다는 점에서 스멘트의 통합설과는 반대의 진리가치를 가진다고 평가하면서도, 그것만으로는 국가의 실재성을 조금도 파악할 수 없다는 점을 시인하며, 실재국가(實在國家)의 입체구조를 전반적으로 이해하기 위해선 스멘트의 통합적 국가이론까지 검토해야 함을 인정했다.[136]

---

135) 尾高朝雄, 앞의 책(주 133), 60면.

136) 尾高朝雄, 앞의 책(주 133), 329-330면.

한스 켈젠의 순수법학 및 국가이론과 루돌프 스멘트의 통합적 국가이론 내지 통합이론이 국가이론에 관하여 가장 충돌하는 지점은 국가를 "기계적·형식논리적인 법이론"의 대상으로 볼 것인지 아니면, "살아있는 정신적 현실"로 간주할 것인지의 문제였다(박규하, "한스 켈젠의 法과 國家理論 -켈젠의 스멘트의 統合理論에 대한 批判을 중심으로-", 외법논집 제31집, 한국외국어대학교 법학연구소(2008), 2-3면.). 한스 켈젠 및 빈 학파가 전자라면, 스멘트는 후자였다. 스멘트에 대하여 켈젠이 제기한 비판의 요지는 스멘트가 통합이론을 제창하면서, 법과 정치를 혼합시킨 방법론상의 혼동을 초래했다는 것이다. 법의 영역에 정치가 개입하는 것을 단호히 배격하는 이론인 순수법학을 주장한 켈젠에게 스멘트의 이론은 도저히 수용할 수 없는 주장이었을 것이다(박규하, 앞의 논문(주 136), 23면.).

이때, 켈젠은 스멘트의 주장을 비판하기 위하여 1928년 스멘트가 출간한 『헌법과

그에 따르면 통합적 국가이론의 가치는 시간이 갈수록 높아졌다. 이를

실정헌법*(Verfassung und Verfassungsrecht)*』에 대한 서평의 형식으로 『統合으로서의 國家 - 하나의 원리적 대결-*(Der Staat als Integration-Eine Prinzipielle Auseinandersetzung-)*』을 발간했다. 켈젠은 위 저서가 하나의 비판서의 한계를 넘어서 자신 그리고 빈 학파의 규범적 국가론과 스멘트의 통합이론의 원리적 대결에까지 나아가는 것이라고 평가했다(한스 켈젠, 統合으로서의 國家-하나의 원리적 대결-, 金孝全 譯, 法文社(1994), 11면; 한스 켈젠의 원문은 Hans Kelsen, *Der Staat als Integration-Eine Prinzipielle Auseinandersetzung*-, Vienna: Springer(1930).).

위 저서에서 켈젠은 스멘트에 대하여 일곱 가지 지점에서 비판을 제기했다. 그것은 ① 방법론적 혼동주의의 한계, ② 스멘트의 정의에 의한 국가에서는 허용될 수 없는 오류인 1인의 인간이 국가에 '사회학적으로' 소속하지 않고 '법적으로'는 소속한다는 모순의 발생, ③ 스멘트의 '통합' 개념이 '파시즘적인 협동주의'에서 유래했다는 사실, ④ 입법과 사법이 헌법에 있어서 하나의 '이질물'이라고 설명하면서도 또한 동시에 헌법으로 속해간다고 하는, 국가와 법질서에 관한 모순적 설명의 문제, ⑤ 입법 기능에서 명백히 동일성을 갖는 국가와 법질서를 '국가의 기능을 형식적 입법'으로 '법의 기능을 실질적인 입법'으로 구분되는 실체로 가설화함으로써 나타나는 논리적 착각-형식적 의미에 있어서의 법은 실재적 기능이 없으므로 전혀 존재하지 않는 미미한 것임에도 하나의 가설의 대상에 불과한 양자를 작위적으로 구분하는 것 - 의 문제, ⑥ 국가형태에 관하여 통합이론 하에서는 하나의 국가형태가 다른 국가형태와 구별되는 통합요소들 내지는 통합종류들의 특별한 결합이 어디에 존재하는가라는 본래적 문제에는 응답하지 못한다는 한계, ⑦ 바이마르 헌법과 비스마르크 헌법을 비교하는 과정에서 "국가의 통합과정의 전체성에 근거하여 ..... 모든 법해석에서 광범하게 일탈하고 있는 헌법해석을 허용할 뿐만 아니라 요청"한다고 평가함으로써 헌법침해를 정당화한다는 문제였다(한스 켈젠, 앞의 책(주 136), 21, 61-62, 93, 104, 110-111, 122, 140면.).

결국 여기서 오다카는 국가를 이해함에 있어 그 "객관적 精神成態", 즉 논리적·객관적 존재로서의 국가를 이해함에 있어 켈젠의 국가이론이 유의미함을 인정한다. 하지만 동시에 실재하는 국가가 갖는 동태적(動態的) 성격을 인정하고 이를 규명하기 위한 스멘트의 통합적 국가이론의 필요성을 인정함으로써 절충설의 입장을 채택하였다.

한편, 켈젠과 스멘트 사이의 논의는 1980년대부터 한국에서 활발히 소개되기 시작하였다. 스멘트에 대한 켈젠의 비판을 담은 『統合으로서의 國家 - 하나의 원리적 대결-』이 金孝全에 의하여 번역된 것 외에 이 책이 비판의 대상으로 삼은 『헌법과 실정헌법*(Verfassung und Verfassungsrecht)*』을 김승조가 『국가와 헌법』이라는 제목의 책으로 번역하였다(루돌프 스멘트, 국가와 헌법, 김승조 譯, 교육과학사(1994); 루돌프 스멘트의 원문은 Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München: Duncker & Humblot (1928)). 켈젠과 스멘트 사이 논쟁에 관한 상세한 내용 및 관련 문헌은 박규하, 앞의 논문(주 136), 23-36면; 루돌프 스멘트, 앞의 책(주 136), 255-291면; 한스 켈젠, 앞의 책(주 136), 145-236면을 참조.

두고 “최근의 국가자체가 현저히 자기강화작용이 생기며, 역으로 대상의 측면으로부터 이 과학의 실재론적 전향을 재촉하게 된 귀착”이라고 평가한다.[137] 즉, 오다카는 법철학을 공부하며 현실을 뛰어넘는 순수한 이론적 논의 그 자체를 추구했다. 하지만 법이라는 대상의 특성을 고려할 때, 순수이론을 강조하여 현실에서 완전히 유리된다면 발생할 수 있는 폐단을 인식하고 이를 극복하고자 법률 등의 연구 대상이 실재적으로 놓인 사회적, 역사적 제약하에서 고찰해야 함을 주장한 것이다.[138]

한편 그는 독일 유학 시기를 거치며 켈젠과 상당히 가까웠고 켈젠은 그를 상당히 높게 평가했다.[139] 그런 연유로 그는 켈젠의 자유주의적 학설에 공감하며 켈젠이 나치로부터 박해당하던 시기에는 이를 비판하고 그를 경성제대로 초빙하려 했다.[140] 그런데 이처럼 켈젠과 가까운 오다카였지만 경성제대 교수로 재직하며 정립해 간 법철학 이론에 있어선 켈젠에 대한 비판적 입장이 강화되었다. 이를 단적으로 보여주는 저작이 바로 『실정법질서론(實定法秩序論)』이다. 켈젠의 순수법학에 실재성 파악의 한계라는 문제가 있음을 지적하면서도 일반 국가학 이론의 성립에 관하여 켈젠 이론의 가치를 높게 평가했던 박사학위논문인 『국가구조론』을 출판한지 6년 뒤 나온 이 책은 방법론에 대해서 아예 다루지 않겠다고 선언한다. 그는 해당 저서에서 법과 국가라는 복합대상의 정체를 연구함에 있어 “방법론”이 가진 한계에 대해 다음과 같이 평가한다.

> 본서에서 무엇을 설명하려는지는 본서 그 자체가 말하는 것이기 때문에 이곳에서 내용을 불완전하게 요약하는 것은 피하고 싶다. 단, 미리 단호하게 해 두지 않으면 안 되는 것은 본서에는 소위

137) 尾高朝雄, 앞의 책(주 133), 48, 50면.
138) 尾高朝雄, “現象學と法律學”, 法律時報 第5卷 第10号, 東京: 日本評論社(1933), 17면.
139) 清宮四郎, “尾高朝雄教授の急逝を悼む”, ジュリスト 108号, 東京: 有斐閣(1956), 12면.
140) 오다카가 켈젠의 자유주의적 입장에 깊이 공감했다는 평가에 대해선 이항녕, 앞의 논문(주 134), 51면 참조; 오다카가 켈젠 구명운동 및 경성제대 초빙운동을 펼쳤다는 점에 대해선 清宮四郎, “ケルゼン一鋭利な學說と溫和な人柄”, ハンス・ケルゼン, 鵜飼信成·長尾龍一編, 東京: 東京大學出版會(1974), 159면을 참조.

「방법론」이라고 이름붙여지는 부문이 없다는 것이다. (중략) 소위 방법론은 대상이 가진 당위성을 추출하여 이것을 학문의 캔버스(畵布) 위에 곧장 부상(浮上)하게 하는 데는 적절하다. 그런데, 그 결과로 대상이 가진 실재의 연관이 잘라져 흩어지고, 생명이 없는 형태로서 과학의 도마위에 옆으로 누이게 할 우려가 있다.[141]

그러면서 그는 복합대상의 정체인 법을 잘 연구하기 위해 자신이 택한 방법은 "대상자체의 내부를 집중해서 보는 종합인식의 방법이며, 사물 그 자체를 향해 전진하는 현상학"이라고 결론을 짓는다.[142] 이처럼 오다카는 『국가구조론』에서와는 달리, 법 특히 실정법에 대한 연구 방법을 두고 전혀 다른 모습을 보여주었다. 일반국가학 연구에 있어서는 세부적인 묘사를 포기하는 대신 "일반화, 객관화"를 강조했다. 반면 실정법의 경우 그것은 복잡한 대상이므로 방법론을 이용해 일반성을 획득하려는 노력은 오히려 대상에 대한 적절한 이해 방식으로는 적합하지 않다는 결론에 도달하며 완전히 달라진 인식을 보여준 것이다.

한편, 이러한 입장 변화 가운데에 주목할 만한 또 다른 특징이 있었다. 그것은 바로 『실정법질서론』에서 그가 중점적으로 소개 및 인용한 학자가 라드브루흐였다는 점이다.[143] 다만 이것은 라드브루흐에 대한 지지의사를 표명하기 위한 것이 아니라 민주주의 국가의 한계를 지적하기 위한 것이었다. 그는 민주주의란 다수의 원리에 의하기 때문에 그것을 부정하는 급진정치원리가 대두될 수 있다면서 독일에서 나치정권이 집권한 것을 실례로 제시하는 한편, 나치 같은 지도자 국가를 "전체주의"국가라고 명명했다.[144] 그리고 일본을 그와는 다른 형태의 국가인 입헌군주국가로 규정하며 입헌군주국가의 원리를 설명했다.[145]

---

141) 尾高朝雄, 앞의 책(주 74), はしがき 1면.
142) 尾高朝雄, 앞의 책(주 74), はしがき 2면.
143) 鈴木敬夫, "ラートブルフ(G. Radbruch)學徒の虛像と實像"-E. ヴォルフ(Erik Wolf)と尾高朝雄(Tomoo Odaka), 法學論叢 第37卷 第1號, 단국대학교 법학연구소(2013), 600면.
144) 尾高朝雄, 앞의 책(주 74), 337, 544면.
145) 尾高朝雄, 앞의 책(주 74), 554- 574면 참조.

이러한 오다카의 전환이 “켈젠·라드브루흐 수용사”에서 갖는 의의는 학설 자체보다 입장 전환에 있다. 오다카는 독일 유학 직후에만 하더라도 자유주의의 신봉자인 켈젠의 지지자였으며, 국가학, 법학 이론에 있어서도 방법론을 중시하고 이론의 일반성을 강조했다. 하지만 1937년 발발한 중일전쟁을 계기로 그는 “국민은 일의전심(一意專心), 국체의 본의(國体の本義)에 따라야 한다”라고 하였으며, 교사들은 “교학보국(敎學報國)에 매진”해야 한다고 주장하는 등 국가주의자 성향을 드러냈고 이는 일본이라는 국가의 체제변화를 이론적으로 해명하려는 시도로 이어졌다.[146]

그런데 이를 설명하기 위해선 “천황제”를 채택하고 있는 일본의 특수사정을 고려하지 않을 수 없었다. 그 결과, 『실정법질서론』에서는 그가 『국가구조론』에서 말했던 것과는 정반대로 “대일본제국의 특수국가구조를 현창”하고 더 나가 이를 입헌군주국가라는 학술적 개념으로까지 유형화하려 한 것이다.[147] 그리고 학문의 일반성을 강조하던 입장이 전환되는 과정에서 켈젠에 대한 기존의 입장을 포기한 채 라드브루흐를 일종의 보조재로서 채용할 수 밖에 없었다.[148]

이처럼 우리의 “켈젠·라드브루흐 수용사” 가운데 특히 켈젠 수용사에 관하여 독특한 위상을 점하는 오다카의 연구는 조선과의 주제적 관련성은 거의 없다. 일본의 정치사정 내지 학계사정의 변화에 따라 오다카는 “이론과 방법론 중심”으로 갈 것인지 아니면 “실재성”에 더 주목할 것인지에 대한 입장이 달라졌다. 그리고 그에 따라 주목하는 학자도 켈젠에서 라드브루흐로 약간 이동하는 경향이 보일 뿐이었다. 다만 이러한 사실을 두고 오다카의 라드브루흐 연구가 한국 학계에 유의미한 영향을 남겼다고 보기는 어렵다. 왜냐하면, 『실정법질서론』의 주요목표인 일본의 국가체제를 입헌군주국가라는 개념으로 이론화 하는 과정에서 유력하게 등장한 개념이 바로 켈젠과 유사한 입장을 공유하는 마르부르크 학파 출

146) 尾高朝雄, 앞의 논문(주 127), 48, 52면.
147) 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 143), 603면 참조.
148) 오다카가 라드브루흐를 들여오는데 중요한 역할을 했다는 점은 분명하지만, 오다카의 논설이 라드브루흐의 입장과는 다른 길을 걸었다는 점에 대해선 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 143), 586-587면 참조.

신 슈탐러의 “정법(正法_richtiges Recht)” 개념이기 때문이다.[149]

결국, 오다카의 이런 입장은 전술한 바와 같이 경성제대라는 학문적 교류가 이루어지는 인적 네트워크를 통해 후일 한국 법철학계를 이끌어 갈 조선인 경성제대 학생들에게 영향을 끼쳤다. 그런 탓에 후술할 바와 같이 오다카의 연구는 대개 “켈젠 수용사”의 관점에서 논의될 수밖에 없다. 한반도 내에서 오다카의 연구는 켈젠 연구를 중심 축으로 하여 그 주위를 공전(公轉)하며 시기에 따라 켈젠에 대한 찬반이 달라질 뿐이기 때문이다. 즉, 오다카가 일본 법철학계의 켈젠 연구 경향에 어떻게 영향을 받았는지 알아야, 켈젠에 대한 오다카의 입장이 갖는 함의를 알 수 있고 또 그것이 한국 법철학계에 어떻게 수용되었는지 확인할 수 있다.

2. 오다카 토모오의 연구 경향: 켈젠 비판 및 후설

전술했듯 오다카는 시간이 지날수록 독일에서 전개된 신칸트학파에 대해 상당히 부정적이었다. 그는 신칸트학파의 주요 학자를 다루었지만 그 출발은 독일에서의 유학경험에 따라 슈탐러 및 한스 켈젠과 같은 마르부르크 학파에 있었다. 이후 서남독일 학파까지 확장된 그의 연구의 핵심은 신칸트학파가 존재와 당위에 대한 양자택일적 사고방식에 의존한 나머지 그로 인한 폐해가 발생했다는 비판론에 집중되었다.[150]

특히 이러한 비판은 그가 직접 사사한 한스 켈젠에 대해 보다 직접적인 비판으로 이어졌다. 그에 따르면 신칸트학파의 법철학은 크게 세 가지 점에서 결함을 갖는데 그것은 바로, ㉠ 형식주의적이라는 점, ㉡ 그 법학

149) 오다카에 따르면 입헌군주국가의 정치는 신앙의 정치라고 한다(尾高朝雄, 앞의 책(주 74), 560면.). 그런데 이런 신앙의 정치에 사람들이 순종케 하려면 법이 필요했고 오다카는 이러한 법에 대해 “정치의 조정자(矩) 로서의 법”이라는 개념을 제기했다(鈴木敬夫, 앞의 논문(주 143), 602면.). 그리고 이와 같은 “정치의 조정자로서의 법”은 “내용의 측면에서 보면 반드시 일정불변한 것일 수는 없다”라고 하면서, 이는 “슈탐러의 소위 “정법”과 같이 변화하는 내용을 가진다”라고 말한다(尾高朝雄, “法における政治の契機”, 法律時報 15卷 10号, 東京: 日本評論社(1943), 10면.).

150) 김유근, “해방전후-1950년대까지의 한국 법철학에 관한 연구”, 법철학연구 제11권 제2호, 한국법철학회(2008), 94면.

상의 고찰이 수미일관한 논리의 전개를 요구한 나머지, 대상의 한면만을 바라보게 하는 폐해가 있다는 점 ㉢ 당위와 존재와의 대립을 강조하는데 급급하여 법과 사실과의 관계를 완전히 절연시키고 법의 사회적 지반을 방기하게 하는 이원주의의 폐해를 갖는다는 점이었다.

그런데 오다카는 책 전반에 걸쳐 신칸트학파 관련 학자로 슈탐러, 라스크, 라드브루흐, 켈젠의 4인을 거명 및 소개하고서도 정작 신칸트학파에 대한 비판의 핵심인 ㉡과 ㉢을 켈젠에 대한 비판으로 환원시켰다.[151] 오다카는 ㉡에 대하여 법학의 인식대상으로는 법과 그 외 사회영역과의 접촉이 당연히 문제가 되어야 함에도 불구하고 켈젠의 순수법학은 이를 무시하는 법일원주의적 고찰을 통해 그 폐해가 현저하게 나타난다고 평가했다. 또한, ㉢에 대해서도 이것이 켈젠의 이론 하에서는 왜 법의 규정과 사실행위가 조응하는지를 설명할 수 없는 이유라고 평가했다.

한편, 오다카는 이러한 신칸트학파의 한계를 뛰어넘는 대안으로 막스 베버의 사회학과 후설의 현상학을 제시했다. 특히 그는 후설의 현상학과 법의 근본이론을 통합시킴으로써 신칸트학파가 가진 난점을 개선할 가능성이 있다고 보았다. 그에 따르면 후설의 현상학은 전술한 신칸트학파의 세 가지 결점에 대해서 각각 다음과 같은 해결방안을 제시할 수 있다.

먼저, ㉠의 결점에 대하여 보편타당한 원리를 순수형식만으로 한정하지 않고 실질과 내용을 구체화 하는 본질법칙의 정립을 가능하다고 봄으로써 구체적인 본질법칙이 발견가능하다는 점에서 탁월성이 있다고 본다. ㉡의 결점에 대해서는 방법만능주의에서 벗어난 현상학은 자연세계의 실재성의 의의만을 질문하지 않고 더 나가 의미에 의해 충만해지는 정신의 세계를 실재의 특수한 한 영역으로 바라봄으로써 일차원성에서 벗어나 그 복합적 구조를 밝힐 수 있다고 한다. 마지막으로 ㉢의 결점에 대하여

---

151) 尾高朝雄, 法哲學, 東京: 日本評論社(1943), 204-205면.

한편, ㉠의 비판과 관련하여 오다카는 이는 사실 비판철학이라면 벗어날 수 없는 비판론이라고 평가한다. 즉, 신칸트학파의 학문적 내용 자체에 내재한 문제라기보다는 그들이 비판철학의 방법론을 택하면서 나타난 결과라는 것이다. 이에 대하여 오다카는 슈탐러와 라드브루흐를 비교하며 슈탐러가 엄격한 형식주의를 유지한 것과 달리 라드브루흐는 ㉠의 비판론을 모면하기 위해 상대주의의 형식을 취했다고 평가하기도 한다. 이는 전술한 라드브루흐에 대한 오다카의 비판과 일맥상통한 것이다.

는 현상학은 “저초의 연관(底礎の聯關_Fundierungsztisammenhang)”에 따라 각 관념과 사실의 세계를 관련짓게 하여 신칸트학파의 극단적인 이원주의에서 벗어날 수 있게 된다고 보았다.[152]

그렇다면 이러한 논의의 과정을 볼 때, 전술한 라드브루흐에 대한 오다카의 수많은 관심과 주장 및 평가는 어떻게 이해해야 하는에 대한 의문이 생길 수 있다. 그러나, 이는 본장이 다루는 시대가 한반도가 식민지이던 시기에서부터 해방 이후에 걸쳐 있으며, 한반도의 학생에 대한 오다카의 학문적 영향은 대체로 1944년 일본에 건너가기 이전으로 제한된다는 점을 감안하면 자연스럽게 해결된다. 즉 패전이라는 시대변화에 따라 오다카의 입장도 변모한 것이다. 이를 증명하듯 오다카는 전후 발간한 라드브루흐에 대한 그의 주석서 서문에서 라드브루흐는 민주주의의 철학적 기초를 논한 학자 가운데 최신, 최우수 학자라 평한다.[153]

이것이 ‘증명’인 이유는 일제 당시 오다카의 철학·사상적 관심사와는 크게 다른 것이기 때문이다. 황산덕의 회고에 따르면, 오다카는 어느 순간부터 일본 제국주의에 적극 협력했다.[154] 특히 그는 단순한 협력자가 아니라 천황제에 대한 자신의 신념을 바탕으로 일제의 사상적 기반을 구축하는 데도 큰 역할을 했고 이로 인해 식민지 조선에서는 사실상 “군국주의 선생”으로 비판받았으며, 1944년 도쿄제대 교수로 임명되자 한반도를 떠난다.[155] 이처럼 한반도의 조선인 학생들의 마지막 기억 속 오다카는

152) 尾高朝雄, 앞의 책(주 151), 206-208면.

153) 尾高朝雄, 앞의 책(주 39), 4면.

154) 황산덕에 따르면, 오다카는 종래 경성제대에서 조선인 학생들에게 가장 인기가 많은 교원 중 한명이었다고 한다. 그러나, 조선인 학생들을 단발령에 복종하게 하라는 총독부의 지시를 따르기 위해 대학당국은 오다카 교수를 학생과장으로 임명했고 그는 이때부터 육군 소위의 복장을 한 채 수업에 나서기 시작했다고 한다. 이는 오다카가 사실상 일본 제국주의에 협력하며 저항 학자의 상징이었던 라드브루흐와는 다른 길을 걸었음을 상징적으로 보여주는 사건이었다(황산덕, 翠玄黃山德博士遺稿集: 法과 社會와 國家, 邦文社(1991), 45면.). 그 외에 전쟁시기 오다카의 상세한 일제협력 활동에 대해서는 金昌祿, “尾高朝雄と植民地朝鮮”, 帝國と高等教育ー東アジアの文脈からー, 東京: 國際日本文化センターー(2013), 68면 참조.

155) 이에 대해 황산덕은 오다카가 단발령과 관련한 분쟁이 발생한 이후 학생들에게서 배제되며 조선을 떠나고 싶어했다고 설명한다. 반면, 오다카가 가장 사랑한 조선인 제자로 평가받는 이항녕은 오다카가 단지 고향에 가고 싶어했을 뿐 서울에서 도피하는

“정권의 부역자”로서 이 시기 일본에서 “사상탄압의 저항”의 아이콘이었던 라드브루흐와는 전혀 반대였다. 더욱이 오다카는 경성제대 교수 시절 라드브루흐에 큰 비중을 두지도 않았다. 즉, 어느 면에서 보더라도 켈젠, 후설, 막스 베버와 같이 종래부터 오다카의 관심사였던 학자 외에 그의 새로운 관심사로 추가된 라드브루흐가 그를 사사한 반도의 조선인 학생들에게 이식될 여지는 없었다.

제 4 절 한국의 라드브루흐 연구와 일본의 영향

라드브루흐 수용사에서 특별히 일본 법철학계의 동향을 검토해야 하는 이유는 무엇일지 본 절에서 검토하고자 한다. 사실 라드브루흐 연구에서 일본 법철학계의 영향은 전술한 켈젠의 그것과는 차이가 있다. 물론 후술할 바와 같이 니시하라의 여러 상법연구가 우리의 라드브루흐 연구에 있어 맹아가 되었으며 그것이 기본 시작점이 된다는 점은 분명하다.

그러나, 한국의 켈젠 연구가 오다카라는 사실상 단일한 출발점을 가진 것에 반하여 라드브루흐 연구는 그 출발점이 분화되어 있다. 가령, 니시하라의 영향을 받은 경성제대 출신의 상법 전공자 정희철은 라드브루흐 법철학 자체 보다는 법학에 대한 개론적 성격으로서의 라드브루흐 법학에 주목했다. 이때 라드브루흐 법철학 이론은 근대법의 세계를 구상하는 과정에서 철학적 정당화를 위해 차용할 뿐이었다. 반면, 경도제대 출신의 상법 전공자인 서돈각은 경도제대 교수였던 가토 신페이의 영향을 받아 라드브루흐에 법철학 자체에 관심을 갖게 된 것이었다.

다만 이러한 차이에도 불구하고 1950년대 대한민국 법학계에서 라드브루흐 연구의 장을 열었던 정희철과 서돈각이 모두 일본 학계에 소속된 인사들의 영향을 받아 관련 연구에 투신했다는 점 자체로도 일본 법철학계의 동향을 살필 만한 가치는 충분하다 할 것이다.

것은 아니었다는 심정을 자신에게 편지로 간절히 표현했다고 전한다. 어떤 심정으로 한반도를 떠났든, 축하받지 못하는 길임은 분명했다(황산덕, 앞의 책(주 154), 45면; 이항녕, “學窓三十年 ㉑ 尾高敎授의 別世”, 法政 제23권 제10호, 法政社(1968) 참조.).

한편 1960년대에 들어서야 “법철학의 맥락”에서 한국의 라드브루흐 법철학 수용사가 본격화되었다. 그리고 바로 이 시기 한국은 일본과 함께 라드브루흐 법철학 연구를 주도하는 국가로, 관련 연구의 본산인 독일에서까지 주목을 받게 된다. 이를 단적으로 보여주는 것이 라드브루흐를 둘러싸고 나타난 한국 법철학계의 관심에 대하여 아르투어 카우프만이 내린 평가이다. 그는 1960년대 한국인 세 사람(권영백, 김지수, 정종욱)이 라드브루흐 연구를 주제로 박사학위를 취득한 것에 대한 소회를 밝히는 한편, 그 중 한 사람이었던 정종욱 박사의 추도 논집에서도 라드브루흐에 대한 한국 사회의 관심을 두고 자기 나름의 평가를 남겼다.

이에 따르면 카우프만은 두 글에서 공통적으로 극동의 두 나라 한국과 일본에서 라드브루흐 연구가 활황세를 이어가고 있으며 법문화에도 많은 영향을 남겼음에 주목했다.[156] 이처럼 한국과 일본이 라드브루흐 연구에 관한 극동학계의 중심지로 부상한 상황에서 두 학계간에 라드브루흐를 둘러싼 학술교류가 있었을 것이라고 보아야 한다. 그렇다면 우리 법철학계의 라드브루흐 수용사에 대한 영향을 파악하는 차원에서라도 일본 법철학계의 그것을 검토하는 것은 필수적이라고 평가할 수 있다.

한국과 일본 법철학계가 1960년대를 전후한 시점에서부터 라드브루흐라는 연구주제에 대하여 교류를 이어나갔다는 점은 구체적인 증거로 확인된다. 이를 단적으로 보여주는 인물이 정종욱이다. 전술했듯 독일 막스 플랑크 연구소에서 근무한 정종욱은 극동법 연구를 담당했고 그를 통해 한·일 법철학계가 라드브루흐 연구에 관하여 교류할 수 있었다.[157] 실제로 1985년 발간된 그의 추도논집에는 22명이나 되는 일본인 학자들이 참여했는데 이는 13명이 참가한 한국보다도 그 규모가 더 컸다.[158]

---

156) 이와 관련해서는 Arthur Kaufmann, 앞의 논문(주 3), 112면; Arthur Kaufmann, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Berlin: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte(1970), S. 597을 김영환, 앞의 논문(주 3), 44면에서 재인용.

157) 일본의 라드브루흐 전공자로 독일에서도 정평이 난 미야자와 고이치(宮澤浩一)와 친근한 사이였다고 한다(최종고, 앞의 책(주 109), 661면.).

158) 해당 추도 논집은 독일, 한국, 일본, 중국 총 4개 국의 학자들이 참여했는데 이 가운데 일본인 학자가 가장 많았다. 아울러 해당 추도 논집의 발간을 추진한 학자도 논집이 발간된 1985년 당시 와세다 대학 총장이었던 니시하라 하루오(西原春夫)였다(최

전술했듯 일본인 학자들은 정종욱과의 다양한 경험을 술회했다. 이러한 경험들은 크게 세 가지 주제로 나뉜다. 하나는 한, 독, 일 법학자들의 교류과정에서 정종욱의 역할에 관한 것이고, 둘째는 라드브루흐 연구에서 정종욱과 일본 학자들 사이의 교류에 관한 것이며, 세 번째가 형법 연구에서 정종욱이 일본 학자들과 교류한 내용에 관한 것이다.

한편 본고의 주제인 "라드브루흐 연구"와 관련하여서는 특히 한스 벨첼(Hans Welzel)과 직·간접적으로 학문적 연관관계가 있는 일본인 학자들이 정종욱과 교류한 경우가 많았다. 이러한 학자의 일군으로는 후쿠다 다이라(福田平), 가나자와 후미오(金澤文雄), 오노 헤이키치(大野平吉)가 있다. 이들은 각자가 독일 유학 시절 벨첼과 교류한 바 있었고, 이를 바탕으로 정종욱과도 학문적 교류 관계를 맺었다. 이들은 정종욱의 라드브루흐 연구는 라드브루흐에 대한 비판론을 중심으로 구성되어 있으며 그러한 비판론의 근저에는 벨첼의 사상이 깔려있음을 지적했다.[159] 이와 같이 "한스 벨첼"이라는 독일 법학자를 연결고리로 삼아 동아시아에서 한·일 양국 법학계 사이의 "라드브루흐 연구" 교류가 꽃을 피워나갔다.

이와 같은 일본 학계와의 교류는 종래 일본 법학계를 "계수"하는 입장이던 우리 법학계가 학문 교류의 대등한 상대방으로 진일보했다는 점에서도 유의미했다. 특히 이러한 변화양상은 기존의 논의를 반복하는 것에서 더 나가 우리만의 독창적인 라드브루흐 연구가 진행될 계기가 마련되었다는 점에서 의의가 있다. 다만 그러한 토대를 마련하는 과정에서 일본 법학계가 여전히 우리의 중요한 "학문적 카운터 파트너"로서의 위상

종고, 앞의 책(주 109), 669면.).

한편, 해당 추도논집에는 "일본 기고가(Japanische beiträge)" 부분에 23명의 글이 게재되어 있다. 그러나 이들 가운데 José Llompart(호세 욤파르트)는 일본에서 활동한 학자인 것은 사실이지만, 스페인 출신이며, 추도논집에 실린 회고록도 독일어로 작성한 것이고, 정종욱과의 인연은 한스 벨첼의 제자였다는 점 다시 말해 독일에서의 경험에서 비롯하므로 "일본인 학자의 참여"라는 맥락에서는 배제하였다(鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985), 3면; José Llompart에 관해서는 阿南成一, "ホセ・ヨンパルト(José Llompart) 著「法原則の歷史性」", 法哲學年報 1976卷, 日本法哲學會(1977), 197면 이하 참조.).

159) 大野平吉, 앞의 논문(주 109), 261면.

을 가졌다는 점은 부인하기 어려웠다.

마지막으로, 1920년대부터 1960년대까지 진행된 우리의 라드브루흐 "법철학" 연구에서 참고할 수 있는 한국어 자료에는 한계가 있었을 것이므로 일본 자료를 참고할 수밖에 없었을 것이라는 현실적 필요성 역시 고려해야 한다. 이를 단적으로 보여주는 것이 박덕배이다. 박덕배는 1950년대 말에 라드브루흐의 『법철학입문(*Vorschule der Rechtsphilosophie*)』을 접한 이후로 본격적으로 그의 사상에 심취하게 되었다.[160]

그는 자신의 이런 관심을 바탕으로 1964년 법철학 교과서 목적의 『법철학개론(法哲學槪論)』을 발표했다. 그는 해당 저서에서 법의 이념을 다룸에 있어 라드브루흐의 법 가치론을 그 토대로 삼고 책 전체적으로도 라드브루흐를 다수 인용한다. 그런데 이 책의 해당 장에서 라드브루흐와 함께 중요하게 인용된 이가 바로 오다카이다.[161] 그 외에도 이 책에는 여러 법철학자들의 연구가 인용되어 있다. 이 가운데는 일본 법학계의 라드브루흐 연구에 적극적으로 참여했던 기무라 카메지와 같은 인사가 포함되어있다는 점 역시 주목할 만한다.[162]

이런 점들은 비록 한국의 라드브루흐 수용사가 켈젠의 그것에 비해 경

160) 박덕배, "법학의 사회생활과적 교육 임무", 교육 제11호, 서울대학교 사범대학 교육회(1960), 84면.

161) 최종고, 앞의 책(주 131), 506면.

162) 일례로 법철학에 있어 오다카만큼 저명한 일본인 학자였던 다나카 코타로(田中耕太郎), 박덕배의 동북제대 재학 당시 스승인 기무라 카메지(木村龜二), 쿠리오 타케오(栗生武夫) 교수의 저서등이 인용되어 있다. 한편, 후술하는 바와 같이 기무라는 일본의 라드브루흐 연구에서도 중요한 위상을 차지하는 인물이다. 『法哲學槪論』에 인용된 일본어 자료에 관하여는 박덕배, 法哲學槪論 七版, 文泉社(1975), 170-171면 참조.
정종욱의 박사 논문에 관하여 세분화된 분석을 남긴 오노 히라키치(大野平吉)는 기무라의 법철학 세계를 논평하며 ① 법과 국가의 관계에서 "법의 사회화라는 맥락", ② 실정법의 실정성과 법규성의 문제에서 라드브루흐의 논의를 등장시킨다. 이 중 특히 ②의 문제에 관하여 기무라의 논의를 켈젠, 라드브루흐의 학설과 상세히 비교한다. 여기서 주목할 점은 "실정법의 실정성은 사실성(실효성)과 규범성의 양자로 구분된다"라는 기무라의 입장이 법의 이념을 정의, 합목적성, 법적안정성으로 구분하는 라드브루흐의 논의를 전제하고 있다는 점이다(기무라의 법철학관(觀)에서 나타나는 라드브루흐 법철학 이론의 특징에 관하여서는 大野平吉, "木村龜二の法哲學(一) 一 その法の本質論と刑法學", 法哲學年報 1979卷, 日本法哲學會(1980), 39-41면 참조.).

성제대를 정점으로 한 정리된 구조의 형태를 보이지 않는다 하더라도 여전히 일본 학계의 영향력이 직·간접적으로 미치고 있었음을 시사한다.

우리의 켈젠 수용사에서 일본의 영향이 대체로 교수-제자 중심의 상하 관계에 기반한 경우가 많았던 반면, 라드브루흐의 경우 일본의 영향은 다면적으로 나타난다. 즉, 단순히 식민지기의 영향을 받은 것을 넘어 그 이후 우리가 하나의 연구 주체로서 일본 학계와 학술적 교류를 했고 이를 통해 라드브루흐에 대한 우리 학계의 이해 역시 깊어질 수 있었다. 그런데, 일본과의 교류 과정에서 들어온 일본의 라드브루흐 이해란 것은 해방 이전부터 이뤄진 일본 내의 연구에 터잡고 있다. 그런 탓에, 우리의 라드브루흐 연구 수용사의 맥락을 잘 이해하기 위해선 일본 법철학계의 논의 동향을 파악해야 할 필요성이 큰 것이다.

제 4 장 해방 이후 한국의 한스 켈젠 연구

제 1 절 오다카 토모오(尾高朝雄)와 그 제자들

1. 오다카 교수의 조수 “유진오”의 연구

오다카에게 영향을 받은 대표적 법철학자가 황산덕, 유진오, 이항녕이었다.[163] 그 중에서 1년간 오다카의 법리학연구실 조수를 역임한 유진오는 켈젠의 근본규범론에 비판적이었다. 이는 켈젠의 순수법학을 그대로 받아들이지 않은 채 법의 단계적 구조론을 수용하면서도 여기에 후설의 현상학적 입장을 접목시켜 법을 사실에 저초된 규범의미로 파악했던 오다카의 영향이 크게 작용했다.[164]

유진오는 해방 전부터 이러한 입장을 피력하여 켈젠의 근본규범은 “사회적 현실이 이념화된 것”에 불과하며 “순수법학은 현실적 토대의 모순을 옹호하는 실천을 실천하는 것일 뿐”이라고 지적하였다. 그런데 그의 이 같은 지적 즉 켈젠의 근본규범이 “사회의 현실적 제관계의 정형화로서 실상은 당위가 아닌 존재의 한 부분에 불과하다”라고 이해한다면,[165] 이는 라드브루흐와 많은 부분에서 유사하게 된다.

이러한 경향은 유진오가 마르크스 사상과 결별한 이후부터 더욱 분명해진다. 현실비판적 이데올로기성이 제거된 변증법적 역사관과 “법은 사실에 의존한다”라는 옐리네크의 “사실의 규범력 이론”에 영향을 받은 것이다. 이를 통해 유진오는 법이 사회적 사실이나 관념에 의존한다는 점을 분명히 했다.[166] 이는 라드브루흐의 “문화” 개념에 대한 오다카의 이해

163) 김유근, 앞의 논문(주 150), 92면.

164) 오다카 외에도 마르크스의 영향이 꽤 큰 부분을 차지했다(이영록, “兪鎭午의 法哲學思想-헌법학과의 관련을 중심으로”, 법사학연구 제22호, 한국법사학회(2000), 33면.).

165) 유진오, “實證法學의 現代的 意味”, 普專校友會報 제2권, 普成專門學校 校友會(1934), 5-6면.

와도 일맥상통했다.[167]

다만 유진오가 직접적으로 라드브루흐에 대하여 언급했다거나, 이를 인식하고 학문적 활동을 이어갔다는 점은 명확하지 않다. 그리고 이러한 점이야말로 그가 오다카의 영향을 받아 켈젠 연구에 나섰음을 시사하는 것이기도 하다. 전술했듯 오다카가 켈젠에 대한 비판론을 라드브루흐에 대한 연구로 본격적으로 승화시키기 시작한 시점은 해방 이후였으므로 이보다 한참 앞선 1920년대 오다카에게서 사사한 유진오가 라드브루흐에 대한 오다카의 최신 논의까지 따라잡았을 것이라 보기는 어려운 것이다.

이와 같이 오다카의 영향을 받아 그의 학문적 경향이 켈젠을 출발점으로 한다는 것은 유진오의 생애에서도 확인할 수 있다. 먼저 주로 관심사를 가진 학자의 면면을 살펴보면 그는 1932년 보성전문학교의 법학 시간강사로 부임한 이후 사상통제가 심해지던 1937년까지도 꾸준히 켈젠의 순수법학을 지도했다.[168] 이는 오다카를 통해 유진오의 법철학이 (긍정이든 부정이든) 켈젠과 연관을 맺었음을 드러냈다. 특히 이는 라드브루흐와의 비교를 통해 보다 분명히 드러난다. 유진오의 회고에 따르면 그는 라드브루흐의 『法學入門』을 교재로 쓰는 것을 조건으로 경성제대의 "독법강독" 수업의 강사 자리를 제안받았다. 그런데 이는 유진오가 마르크스주의자였던 탓에 사상을 의심받고 있었으므로 교수회에서 그의 수업 내용을 통제하기 위해 생각해낸 제안이었다.

유진오 역시 "교재를 내 마음대로 선택해서는 안된다"라고 함으로써 라드브루흐에 대한 관심이 크지 않다는 점을 간접적으로 드러냈다.[169] 이처럼 유진오의 수업 방향을 통제하기 위한 방안으로 라드브루흐의 교재가 제안되었으며 그 자신도 라드브루흐에 대해 잘 알지 못했다는 사실은 그가 라드브루흐 연구에 큰 관심을 갖지 않고 있었음을 시사한다.[170]

---

166) 이영록, 앞의 논문(주 164), 34면.
167) 尾高朝雄, 앞의 책(주 39), 32면.
168) 이영록, 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주)(2006), 51면.
169) 유진오, 養虎記, 고려대학교 출판부(1977), 7면.
170) 학설사적 계보의 관점에서 보더라도 유진오는 라드브루흐에 대해 잘 몰랐을 것으로 볼 만한 사정이 여럿 있다. 후술하겠지만, 한국에서 라드브루흐 연구에 앞장섰던 학자들은 주로 상법 학자들이었다. 이들 가운데 경성제대 출신 학자들의 연구는 다수가

해방 이후 유진오는 사실의 중요성 내지 규범력을 강조하는 자신의 입장이 자칫 힘의 우위 내지 정당화로 인식될까 조심하는 모습을 보이며 사실의 의미에 단순히 자연적 물리적 사실을 넘어 정의 관념까지 포함시키고자 하였다.[171] 말하자면 사실이란 단순한 실재의 기술이 아닌 정의에 대한 고려를 포함하는 바 사실이 규범력을 가지더라도 이것이 힘에 의한 현저한 부정의를 정당화하는 취지는 아님을 밝힌 것이다.

이는 라드브루흐의 "법적안정성" 개념의 본질이 "실력 결정론"으로 이해될 수 있다는 오다카와 그것은 "정의" 개념을 전제한 것이라는 마츠오 사이의 논쟁과 유사한 주제의 논의였다. 유진오는 이에 대해 비록 용어상 차이는 있지만 규범력을 갖는 "사실"이 정의개념을 전제한다고 규정하여 사실상 마츠오와 같은 입장을 취했다. 다만 동일한 스승으로부터 영향을 받은 마츠오와 유진오는 스승을 반박하는 유사한 입장을 취하면서도 그 구성논리가 달랐다. 이는 유진오의 논의가 해방 이전과 마찬가지로 "켈젠 비판"이라는 관점에서 이루어졌기 때문으로 보인다.

라드브루흐의 『法學入門』을 포함한 각종 법학 개론서에 대한 번역에서 출발했는데 이는 경성제대 상법학 교수였던 니시하라 간이치(西原寬一)의 영향에 따른 것이었다. 그런데 유진오는 자신이 법철학, 국가학, 형법학 계통의 공부에만 집중하여 민·상법 계통은 알지 못한다는 취지의 회고를 남겼다(유진오, 앞의 책(주 169), 16면.).

1920년대 후반부터 30년대까지 조선의 국가학, 법철학은 라드브루흐에 큰 관심을 두지 않던 오다카에 의해 주도되었고, 앞서 토키와에 대한 논의에서 살폈듯 형법학 분야에서 라드브루흐류의 주장은 사상통제의 분위기로 인해 큰 지위를 점하지 못하였다. 따라서 라드브루흐가 그나마 논의되던 상법학계와 큰 접점이 없던 유진오의 연구 관심사에 라드브루흐는 없었다고 평가할 수 있을 것이다.

171) 유진오는 1944년 발생한 루마니아 정변을 언급하며 "법을 위해서는 섭섭한 노릇이지만 규범과 사실의 준별을 부르짖어도 규범은 사실에 의존하는 것임을 부인할 수 없다"라고 하여 사실의 우월성을 인정했다. 그러나 동시에 "법은 힘의 정당화에 지나지 않지만 불법을 자칭하는 혁명가는 전무하며 正과 不正이란 법적 개념으로 법질서가 힘에 의하여 타도될 수 있으나, 그 힘은 자신의 그림자 같이 법을 대동하는 힘이며 혁명이란 법과 힘의 충돌이 아닌 구 법체계에 대한 신 법체계의 대치"라고 평가한다. 이는 법은 힘의 논리 즉 사실에 관한 문제인 동시에 정의관념에 따른 정당화 문제이기도 함을 드러낸 것이다(이영록, 앞의 논문(주 164), 36면; 유진오, 憲法의 基礎理論 第四版, 一潮閣(1956), 229-230면 참조.).

2. 오다카의 애제자 “이항녕”의 연구

한편, 오다카가 가장 아낀 제자라고 평가받는 이항녕에게서는 켈젠 수용과 관련해 논의할 여지가 뚜렷이 드러나지는 않는다. 왜냐하면 그에게서는 정밀화, 논리화된 법철학의 사유 양식보다 소위 “풍토적 법철학”을 통해 역사적, 사회적 배경을 고려한 법철학적 방법론에 대한 고민이 더 두드러지기 때문이다. 이는 그의 이론을 “철학” 보다 “사상”이라고 평가할 근거가 되기도 했다.[172] 다만, 그의 저서 『法哲學槪論』에 나타나는 두 가지 점에서 오다카를 통한 켈젠 수용의 영향이 엿 보인다.

먼저, 법철학에 대한 접근방식이다. 그는 법철학이란 법의 철학이 아니라 법을 통하여 이루어지는 보편적인 사회의 철학이라고 하면서 법은 그 자체로는 무의미하고 사회생활과 관련될 때 가치가 있다고 한다. 이에 따라 순수법학적 태도에 만족하지 않고 사회현상과의 관련 속에서 사회학적 고찰에 의하여 법의 실체를 규명하는 법사회학적 태도에 따라 법철학에 접근하고자 한다는 방향성을 제시한다.[173]

이러한 첫 번째 논의와 관련하여 오다카의 영향이 엿 보이는 점은 바로 법과 정치의 관계이다. 이항녕은 법은 “정치생활의 통로”이며 정치생활은 “인간의 기본적 사회생활인 경제생활과 교육생활을 종합하는 것”이라고 설명한다.[174] 즉, 법은 사회영역과 당연히 접촉을 가져야 한다고 했던 오다카의 문제의식이 반영된 것이다. 이것이 켈젠 비판론을 반영한 것임을 방증한다고 볼 수 있는 이유는 전술한 요코타의 주장처럼 종래 일본에서 켈젠의 옹호론은 법과 정치의 분리 다시 말해 법과 사회현실을 분리함으로써 법학의 과학성을 회복하는 것에 초점이 맞춰졌기 때문이다.

두 번째로 켈젠의 순수법학을 법 본질론의 통설로 규정한 뒤 이를 비판하면서 그 근거로 존재와 당위에 대한 “이원주의”의 문제, 법일원주의를 강조하는 “법률물신성”의 한계, 주관과 객관을 구분하여 객관적인 논리

---

172) 최종고, “이항녕의 법사상과 문학”, 법철학연구 제8권 제1호, 한국법철학회(2005), 17-18면.
173) 이항녕, 改訂 法哲學槪論, 고려대학교출판부(1965), 22면.
174) 이항녕, 앞의 책(주 173), 21면.

만을 강조한 “형식주의의 문제점”을 제시한 것 역시 오다카의 영향을 받은 것이라고 평가할 수 있다.[175] 먼저, 법본질론의 통설로 켈젠을 선택했다는 것 자체가 오다카의 영향을 반영한 것이었다. 해당 저서의 개정판이 출간된 1965년은 이미 한국에서도 법본질론을 두고 켈젠 외에 라드브루흐 등 여러 학자가 소개되어 있었는데 비판 대상을 켈젠으로 선정한 사실 자체로도 그의 학문적 관심사가 오다카의 영향 하에 있음을 시사하는 것이었다. 또한, 동양사와 동양철학에 대한 그의 관심을 바탕으로 대안을 제시하고자 하였으나, 기본적으로 오다카가 켈젠을 비판했던 논리를 반복하고 있다는 점 역시 이항녕이 오다카를 통한 켈젠 수용사의 한 흐름에 자리하고 있음을 시사한다.[176]

물론 『法哲學槪論』에는 오다카의 주장과 유사한 점은 있지만 직접적으로 오다카를 인용한 부분이 많지는 않다. 그러나 이항녕의 생애를 보더라도 그가 오다카 영향을 깊이 받았음은 분명하다. 그가 오다카를 자신의 “은사”라고 칭했다는 점을 차치하더라도 실제로 몇몇 논문에서는 오다카로부터 많은 영향을 받았다고 직접 밝힌 바 있다.[177] 특히, 본고에서 이항녕 사상을 분석하기 위한 대상으로 삼은 『法哲學槪論』의 경우에도 초판이 오다카에게 전달되었으며 오다카는 이것을 직접 일역(日譯)하겠다는 취지의 편지를 보내기도 했다.[178] 이를 볼 때 풍토적 법철학 등 이항녕만의 법철학적 내용이 추가된 부분이 있지만, 켈젠에 대한 부분만큼은 오다카의 견해가 반영됐다고 보는 것이 자연스러울 것이다.

3. “켈제니언 황산덕”의 켈젠 수용 단상

황산덕은 경성제대의 법과 출신자들에게는 오다카의 영향이 있었으며

---

175) 이항녕, 앞의 책(주 173), 305-311면 참조.

176) 이항녕은 고려대학교에서 법철학 강의를 할 때부터 순수법학을 비판하는데 역점을 두면서 그 대안으로 동양적 법률사상을 내세우고자 했음을 회고록을 통해 밝혔다(이항녕, 앞의 논문(주 107), 142면.).

177) 김창록, “이항녕의 법사상 Ⅰ - 식민지 조선의 법학도 - ”, 法史學硏究 第49號, 한국법사학회(2014), 164-165면.

178) 이항녕, 앞의 논문(주 107), 143면.

그는 조선인들과 관계가 깊었고 그 씨앗이 한국법학계에도 남았다고 밝힌다. 특히 황산덕은 자신도 오다카의 수업에서 영향을 받았다고 언급하는 한편, 오다카가 켈젠의 제자였다는 점을 강조하기도 했다.[179] 이처럼 켈젠에 대한 황산덕의 관심이 오다카에게서 시작했음은 분명했다.[180]

해방 직후 국제사법을 담당했던 황산덕은 1948년을 즈음하여 법철학을 강의하기 시작했다. 법철학을 담당한 직후에 그는 켈젠의 『純粹法學』을 번역했다. 그는 이 책의 서문에서 자신이 켈젠을 접하게 된 계기가 켈젠과 후설을 통합시키려 했던 오다카의 강의를 통한 것이었음을 밝히는 한편, 일본의 법학수준을 돌파하려면 그것에 영향을 준 켈젠을 극복해야 하며, 요코타의 일본어 번역을 참고하였다는 점을 밝힌다.[181]

이처럼 오다카와 요코타의 영향을 받아 켈젠 연구에 뛰어든 대한민국 1호 법학박사 황산덕은 그의 학위 논문의 모체가 된 것으로 알려진 『法哲學序說』에서 자신은 원래 "켈제니안"이었으나 다른 각도로 보기 시작했다고 밝힌다.[182] 이 책에서는 크게 두 가지 점에 주목해야 한다. 하나는 켈젠의 순수법학을 "과학"으로 취급한다는 점이고 다른 하나는, 당위와 존재의 이원론을 부정하면서도 그 근거로 "문화"와 같은 추상적 개념 대신 당대 최신 과학의 성과를 바탕으로 했다는 점이다. 이 책에서 황산

179) 황산덕, 앞의 책(주 154), 43-46면.

180) 오다카는 켈젠을 마르부르크 학파의 일원으로 분류했는데 황산덕 역시 마찬가지였다. 김철에 따르면 황산덕은 켈젠을 마르부르크 학파로 분류했다(김철, 한국법학의 반성, 한국학술정보(주)(2009), 111면.). 정확히 말하면 황산덕은 슈탐러는 "마르부르크 학파의 진영에서 출현"하였다고 하여 마르부르크 학파 소속임을 분명히 했지만, 켈젠의 경우에는 "(마르부르크 학파의 대표자) 코엔(Hermann Cohen)의 영향 밑에 서는 학자"였다고 하는 동시에 켈젠을 "빈학파(Wiener Schule)"라고 규정하여 슈탐러와 켈젠을 구분했다. 그러나 양자가 큰 차이가 있다고 본 것은 아니다(황산덕, 앞의 책(주 129), 391, 405면.).

한편, 한국 법철학계에서 켈젠의 학문적 계보를 둘러싼 논쟁에 관하여는 최태영, 法哲學-西洋法哲學의 歷史的 背景, 숙명여자대학교출판부(1977), 301, 304면; 오세혁, 법철학사, 세창출판사(2012), 291-292, 320면도 참조.

181) Hans Kelsen, 純粹法學 第3版, 황산덕 譯, 陽文社(1955), 2-3면.

182) 황산덕, 法哲學序說, 陽文社(1955), 3면; 『法哲學序說』이 황산덕의 학위논문의 모체가 되었다는 점에 대해선 이항녕, "學窓三十年 ㉒", 法政 제23권 제11호, 法政社(1968), 44면 참조.

덕은 켈젠이 당위와 존재를 구분하는 기준이 인과법칙에 있음을 밝힌다. 켈젠에게서 자연적 사실(존재)은 확률성의 성질을 갖는 인과법칙에 의해 결정되지만 당위(법규)는 예외 없는 인과법칙의 대상이라는 것이다.[183]

그런데 이에 대해 황산덕은 켈젠의 "존재" 개념과 관련하여 양자역학상 존재라는 것은 어차피 가능성에 불과하고 예외 없는 인과법칙은 존재할 수 없어서 켈젠과 신칸트학파가 규정한 인과적 존재라는 것은 불가능하다고 말한다. 그 근거로 먼저 켈젠의 논리 자체에서 모순이 발생한다고 지적한다. 존재라는 것 자체가 인간이 아무리 객관적으로 규정하더라도 절대필연적일 수는 없으므로 인간이 접근할 수 없는 필연의 세계에 있는 존재를 상정해야 하는데 이는 그 자체로 너무 형이상학적인 과오를 범하게 된다는 것이다. 더 나가, 특수 상대성 이론을 인용하며 존재의 문제는 행동주체가 이를 어떻게 인식하느냐에 있는 것이며 행동주체를 매개로 하지 않는 존재라는 것은 상정할 수 없다고 밝힌다.[184]

이와 같이 황산덕은 켈젠의 순수법학의 방법론을 비판하려고 시도했다는 점에서 이미 일본 특히 오다카의 영향에 노출되어 있었다. 그런데 종래 켈젠에 대한 비판론이 자연법적 관점 내지는 당위와 존재가 구분되기 어렵다는 관점에서 이루어졌던 것과 달리, 황산덕은 "존재"의 상정자체를 비판했다. 양자역학 및 특수상대성 이론은 뉴턴의 고전 역학에서와 달리 "위치"와 "운동값"으로 표현되는 존재의 문제를 모두 고정값이 아닌 확률로만 표현하였으므로 이미 "확정된 존재"는 없었다. 이에 착안하여 확정된 존재를 상정하는 켈젠을 비판한 것이다. 이는 켈젠의 순수법학을 과학의 일종으로 이해한 요코타의 관점에서도 적절한 문제 제기였다. 순수법학의 과학적 방법론을 다른 과학이론을 바탕으로 비판함으로써 체계정합성을 유지하면서도 순수법학의 난점을 지적한 것이다.

제 2 절 1960년대 켈젠연구의 침체

183) 황산덕, 앞의 책(주 182), 174, 329-330면.
184) 황산덕, 앞의 책(주 182), 174, 331-333면 참조.

이처럼 1950년대까지 왕성하게 진행되었던 켈젠연구는 1960년대 들어 크게 약화되었다. 최종고는 이에 대해 세 가지 이유를 제시한다.[185] 먼저 켈젠법학 자체가 침체기를 맞았다.[186] 독일에서의 탄압으로 인해 미국으로 망명한 켈젠은 미국에서 그다지 자리를 잡지 못하였다.[187] 그의 이론은 사례법을 중심으로 하는 미국의 법학과는 크게 조화를 이루지 못하였다. 그는 미국정착 이후 1952년까지 캘리포니아 대학 버클리 캠퍼스의 정치학부 교수로 재직하게 되었는데 이를 두고 과학적인 법이론으로서 순수법학이 사회과학의 협력하에 새로운 과제를 개척해 나가는 것이라고 평가할 수도 있지만, 이는 동시에 점차 미국 법학계의 관심에서 멀어져 가는 것이었음을 부인하기는 어렵다.[188] 이처럼 세계적으로 관심도가 떨어지는 상황에서 당연히 한국 내 논의도 줄어들었을 것이다.

두 번째로 1960년대 들어 한국의 혼란스러운 정치상황으로 인해 기초법학에 대한 관심이 줄어들었다는 점을 들 수 있다. 마지막으로 켈젠의 순수법학은 법학의 "과학성"을 강조함으로써 법학의 탈정치화를 추구하는데 이것이 남북분단의 정치 상황에서 소구력을 갖기 어려웠다.

1960년대 켈젠법학이 한국에서 퇴조하게 되는데 위 세 가지 요인이 중요한 영향을 끼쳤다는 것은 필자도 일견 동의하는 분석이다. 다만, 개별 요인이 각자 독립적으로 영향을 끼친 것이 아니라 복합적으로 작용했음을 간과해서는 안 된다. 먼저 1960년대 주요 서구 국가에서 켈젠의 연구가 퇴조하기 시작했다는 것이 갖는 의미는 켈젠 관련 연구를 추동할 동력이 약화되었음을 의미한다. 유진오, 이항녕, 황산덕의 3인이 켈젠 연구

185) 최종고, 앞의 책(주 2), 351-352면 참조.

186) 아오미 준이치(碧海純一)에 따르면 1930년대 후반 이후 켈젠의 연구는 서독에서도 그다지 주목받지 못했다고 한다(碧海純一, 앞의 논문(주 33), 22면.).

187) 그의 순수법학이 미국에서 별로 수용되지 못했다는 점은 그가 미국 로스쿨에서 강사 이상의 자리를 부여받아본 적이 없다는 점에서 알 수 있다. 켈젠 법학에 대한 미국 학계와 사회의 무관심은 뉴욕 타임스에 실린 켈젠에 관한 기사에서도 드러난다. 뉴욕타임스는 켈젠에 대하여 오스트리아 공화국 헌법의 기초 등 법조인으로서의 활동만 말했을 뿐 그의 법이론에 대한 공적은 전혀 다루고 있지 않다(鵜飼信成, "アメリカのケルゼン", ハンス・ケルゼン, 鵜飼信成·長尾龍一編, 東京: 東京大學出版會(1974), 137, 139면.).

188) 鵜飼信成, 앞의 논문(주 187), 140면.

에 본격적으로 나섰던 것은 그보다 앞선 세대에 독일에서 직접 켈젠으로부터 사사한 오다카의 영향이 컸다. 그런데 이제 더 이상 외국에서 새로운 연구의 동력을 마련할 지적 자극이 주어지지 못했고 이로 인해 켈젠에 관한 국내 연구 역시 퇴조한 것이다. 이는 1960년대 이후 라드브루흐 연구가 해외 유학파 출신 학자들의 등장과 함께 새로운 국면을 맞이하며 양적·질적인 성장세를 보이게 된 것과 비교할 때 더욱 분명해진다.

1960년대 시대 상황의 맥락은 바로 이러한 국제적 상황과 연관시킬 때 비로소 켈젠 연구의 감소 현황을 설명하기 위한 요인으로 제시될 수 있다. 먼저 시대 상황으로 인한 연구 인력의 감소라는 맥락에서 보면 1950년대 한국의 켈젠 연구에 앞장섰던 전기한 세 학자들이 1960년대 들어 정치적 격변기로 인해 학문 활동에 집중하기 어려워졌다.[189] 이로 인해 공백이 발생했는데 이를 메워줄 만한 새로운 켈젠 연구가 등장하지 못함으로써 결국 이에 대한 연구가 크게 축소될 수밖에 없었던 것이다.

한편, 시대적 연구사조의 측면에서는 최종고의 지적과 같이 법과 정치의 관계에 대한 문제가 더욱 중요시되는 상황에서 양자를 분리시키려는 켈젠 법학의 관점이 갖는 효용이 크지 않았다는 점을 지적할 수밖에 없다. 이와 관련해서는 박은정의 지적을 주목해 볼만하다. 박은정은 해방 직후부터 1950년대까지 우리 법철학계가 켈젠의 순수법학의 왕성한 소개에만 집중했음을 지적하면서, 2차대전 후의 신생 국가로서는 오히려 법의 정치 및 사회 연관성에 대한 올바른 평가, 법에 있어서 과학주의의 한계, 법의 이데올로기성 등을 제대로 밝히기 위해 반켈젠적 법사고가 요구되었어야 한다고 주장한다. 그리고 극도의 불만족스러운 정치·사회·경제 현실이 지속되는 상황에서 이런 현실을 반영하듯 법조법철학자들을 중심으로 반실증주의를 모색하는 움직임이 나타났다고 본다.

한편 이러한 움직임은 공동체 질서문제에 관심을 가진 이들을 중심으로 법의 순수성·과학성·객관성보다 사회의 필요와 정의 요구에 응하기 위한

189) 1960년대 정치적 격변기 속에 유진오는 정계로 입문하게 되었고, 황산덕은 1962년 동아일보 사설로 인한 필화 사건으로 인해 서울대학교 교수에서 해직되었으며, 이항녕은 1965년 한일회담에 관한 6·3사태로 인해 고려대학교 교수에서 의원면직 되는 등 전반적으로 새로운 연구를 진행할 수 있는 상황이 되지 못했다.

대안 요구로 이어졌다. 그리고 이러한 움직임의 결과로써 “법철학의 법사회학화”까지는 아니더라도 생활현실의 요구를 충족하기 위한 적극적 법해석의 움직임이 나타났다는 설명이다.[190]

그런데 박은정은 여기에서 강단법철학자와 법조법철학자를 구분하고 있다. 그에 따르면 1950년대 강단법철학이 법실증주의의 분위기를 이끌었다면 법조법철학은 반실증주의를 모색했다고 본다.[191] 이처럼, 우리의 사회 현실이 점차 규범과 사실을 연관시키는 방향으로 진전되는 상황에서 법철학계만 실증주의 입장을 견지하기에는 한계가 있었다. 이러한 시대의 사상적 조류에 더하여 1960년대 들어 강단에서 켈젠의 순수법학 연구에 집중했던 주요 연구자들이 학계를 자의반 타의반으로 떠나게 되자 학계에서도 켈젠을 탈피한 새로운 연구가 주목받을 수 있었던 것이다.

한국의 이와 같은 연구사조 변화는 켈젠의 순수법학을 둘러싼 일본 법학계의 동향을 고려하더라도 명약관화한 것이기도 했다. 다나카가 지적했듯 보편타당한 원리의 존재 자체가 인정되기 어려운 켈젠의 이론과 “무엇이 보편타당한 체제인가”를 두고 본격적인 경쟁이 심화되던 1960년대 남북의 체제경쟁 상황은 조화를 이루기 어려웠다. 이는 마치 요코타가 켈젠의 순수법학이 파쇼화된 정치로부터 법과 법학을 보호해 주는 시대적 역할이 있다고 보았지만, 실상은 법이 군국주의의 도구로 전락해가는 동안 별다른 역할을 하지 못했던 것과 유사했다.[192] 이렇듯 법과 법학의 체계를 갖추어 가던 1950년대에 큰 함의를 주었던 켈젠 이론은 “법

---

190) 박은정, 앞의 논문(주 108), 199-201면 참조.

191) 박은정, 앞의 논문(주 108), 200면. 한편 이와 관련하여 박은정은 실무 법조계에서 법을 사회 현실과 밀접하게 연관시켜 이해했던 몇 가지 사안을 예로 든다(박은정, 앞의 논문(주 108), 222면.). 입법분야에서는 소위 “착한 사마리아인법” 조항이 우리 형법 제정 초안에는 있었는데 최종적으로 삭제된 사안을 제시하며 형법이 6·25 전쟁 중에 제정되었기 때문에 일반적 구조의무를 부과하기 어려운 현실적 사정이 반영된 결과라고 해설한다(최종고, 법과 윤리 증보신판, 경세원(2000), 141-142면 참조.). 사법분야에서는 처의 행위능력을 제한한 의용민법 제14조가 민주주의 이념에 위반하므로 그 효력을 인정할 수 없다는 대법원 판결을 제시하며 해방 직후 행방불명된 남편들이 다수인 상황에서 처의 경제활동의 자유를 보장해야 할 사회 현실의 필요성에 부응한 조치라 해설한다(대법원 1947. 9. 2. 선고 1947민상88 판결 참조.).

192) 横田喜三郎, 앞의 논문(주 29), 51면.

과 실질"의 문제를 다루어야 했던 1960년대 들어 한계에 봉착했다. 그 문제에 대한 대응으로서 라드브루흐 법철학이 부상하게 된 것이다.

제 3 절 일본 법철학의 영향 그리고 극복의 奮鬪記

유진오는 해방 직후 한국법학계에 대해 학계라는 것이 형성되어 있지 않다고 평가했을 정도로 해방 직후 우리 법학계는 그 독자적 기반을 갖추지 못하고 있었다. 이런 상황에서 1940-50년대의 법철학계가 경성제대의 법철학 담당 교수였던 오다카의 영향을 받아 한스 켈젠에 관한 비판연구에 집중한 것은 어쩌면 당연한 선택이었다.[193] 특히 켈젠의 순수법학에 대한 비판론의 전개 방식이나 그것이 가진 문제에 대한 유력한 해결방안으로 현상학을 제시하는 모습은 이를 방증한다.[194]

그러나 이들은 한국 법학계 나름의 특색을 드러내기 위해 다양한 시도에 나섰고 이는 성과로 이어졌다. 일본 법학계가 켈젠의 한계를 라드브루흐 등을 통해 극복하고자 했던 것과 달리 이항녕은 아예 동양의 이론에 근거하여 켈젠 비판론을 구축할 방안을 모색했다. 그는 공자, 왕양명과 같은 동양철학자를 인용하며 존재론에 대한 비판을 제기했다.[195] 한편 유진오가 옐리네크의 사실의 규범력 이론을 통해 켈젠의 한계를 벗어나려 한 것은 오다카의 영향에 따른 것이었다.[196] 하지만 그는 "사실"에 "정의"의 관념을 포함시켜 나름의 변주를 꾀했다.

이 부분에서 특히 돋보였던 사람은 바로 황산덕이었다. 물론 황산덕도 오다카의 영향을 증명하듯 켈젠 비판론을 그 연구의 핵심으로 삼고 막스 베버, 후설의 현상학에 많은 관심을 가졌다. 동시에 그는 순수법학을 번

193) 김유근, 앞의 논문(주 150), 101면.
194) 이항녕, 앞의 책(주 173), 307면; 황산덕, 앞의 책(주 129), 439면 이하 참조.
195) 이항녕, 앞의 책(주 173), 307면.
196) 이항녕의 회고에 따르면 오다카는 "규범과 법칙"이 상대적으로 일치함을 설명하기 위해 옐리네크의 "사실의 규범력 이론"을 수업시간에 언급했다고 한다. 이러한 점이 유진오에게도 영향을 끼친 것으로 보인다(이항녕, "오다카 교수의 '법제' 강의", 작은 언덕 큰 바람: 소고 이항녕 선생 유고집, 나남(2011), 42면.).

역하며 이것을 과학적 방법론으로 보았던 요코타의 영향도 함께 받은 것으로 보인다. 그런데, 최신 과학이론을 통해 "존재"에 대한 켈젠의 개념정의를 비판한 것은 오다카나 요코타의 논의에서는 찾아보기 힘든 것이었다. 이런 점에서 확실히 그의 연구는 일본의 영향을 뛰어넘는 새로운 지평의 일면을 제시한 것으로 평가받을만 했다. 결국 그는 순수법학의 서문에서 밝힌 바와 같이 마침내 켈젠을 극복하는 독자적인 이론을 제시하며 일본의 법학수준을 돌파할 방안을 찾은 것이다.

켈젠의 이원적 방법론을 비판한 한국에서의 일련의 논의는 이분법적 구분에 따른 한계를 보완하기 위한 대상으로 라드브루흐에 주목했던 일본의 논의와는 차별화 된 것이었다.[197] 특히 전기한 세 한국인 학자의 이러한 학문적 경향과 성과는 그들에게 큰 영향을 준 오다카가 영미의 경험주의 철학과 라드브루흐에 대한 관심으로 논의방향을 전환하여 켈젠과 신칸트학파의 한계를 극복하려던 것과도 구분되었다.[198] 이처럼 한국 법철학계의 켈젠 비판 연구에는 일본 극복의 분투기가 담겨 있었다.

한편, 1960년대 들어서면서 켈젠을 향한 우리 법철학계의 관심은 급속도로 줄어든다. 이는 복합적인 요인이 작용한 결과였다. 그런데 1950년대 우리 법철학계가 겪은 분투기를 고려한다면, 1960년대의 이와 같은 양상은 어찌 보면 당연한 것이었다. 1950년대 분투를 통해 일본 법학을 일정 수준 극복해낸 한국 법철학계가 사실상 식민지의 유산이라고 할 수 있는 켈젠 법학에 대한 관심을 거두는 것은 당연한 귀결이었던 것이다.

게다가 1960년대는 해방과 전쟁을 거치며 그야말로 혼란 그 자체였던 1950년대를 마감하고 본격적인 근대화를 앞에 둔채 국가, 민족, 그리고 개인의 미래를 진지하게 고민해야 할 시점이었다. 기존의 것과는 다른 새로운 무엇인가를 원하는 동력이 생겨난 것이다. 이러한 공백 내지 수요에 감응하듯 국내 법철학계에서는 켈젠 법학이 관심을 잃고 퇴조하는 것을 기화로 라드브루흐에 대한 관심이 본격적으로 커져가기 시작했다.

---

197) 尾高朝雄, 앞의 책(주 39), 12, 30면.

198) 尾高朝雄, "法哲學における形而上學と経驗主義", 自然法と實定法, 東京: 朝倉書店(1948), 94-95면. 오다카의 경험주의 철학에 대한 관심 및 독일 법철학 비판은 碧海純一, "経驗主義の法思想", 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979), 409-410면 참조.

제 5 장 해방 이후 한국의 라드브루흐 연구

제 1 절 해방 직후

경성제대 교수였던 오다카로부터 강한 영향을 받은 우리의 법철학계에서 해방 이전까지 라드브루흐에 대한 논의는 찾기 어려웠다. 그래서 라드브루흐에 대한 한국 내 논의는 해방 이후 본격화 되었다. 흥미로운 점은 라드브루흐에 대한 수용이 법철학적 논의뿐 아니라 법학의 학문적 기초를 잡아가는 맥락에서도 이루어졌다는 사실이다. 해방 직후 한국법학계가 비로소 그 기틀을 잡아나가기 시작할 때 창간된 『法政』지는 비록 엄격한 의미의 학술논문은 아니더라도 계몽적 성질의 논문을 게재하며 학문적 의미의 법에 대한 논의를 촉발시켰다.[199] 『法政』지를 통해 많은 외국 학설 및 국내 논쟁 등이 소개 및 교류될 수 있었는데 라드브루흐 역시 바로 『法政』지를 통해 대대적으로 소개되었다.

1950년대 중반 이후부터 상법학자들을 중심으로 『法政』지를 통하여 라드브루흐에 대한 적극적인 소개가 이루어졌다. 비록, 번역을 넘어서는 법철학적 함의를 담기에는 한계가 있었지만 라드브루흐를 국내에 알리는 데 큰 역할을 했다. 정희철은 『法政』지 10권 11호부터 11권 2호에 거쳐 라드브루흐의 『法學入門*(Einführung in die Rechtswissenschaft)*』 제1장을 번역한 「法과 正義」를 게재했다.[200]

---

199) 유진오, "韓國法學界의 回顧와 展望", 玄民兪鎭午博士 古稀紀念論文集 憲法과 現代法學의 諸問題, 일조각(1975), 491면.

200) 정희철은 연재를 시작하며 『法學入門』이 "법학 입문서"로 각광받았음을 분명히 하였다. 또 그는 번역 후기에서 그해 여름(今夏)에야 라드브루흐의 미망인으로부터 허가를 얻었다고 밝히며 더욱 나은 번역에 힘쓰겠다고 함으로써 추가 작업이 있을 것임을 시사하였다(Gustav Radbruch, "法과 正義(一)", 法政 제10권 제11호, 정희철 譯, 法政社(1955), 37면; Gustav Radbruch, "法과 正義(四)", 法政 제11권 제2호, 정희철 譯, 法政社(1956), 40면.). 이는 해당 번역이 법학 기본서 보급의 일환으로 기획된 것임을 보여준다.

제1장에 대한 번역 이후 정희철은 사법(私法)을 다룬 동저의 제3장을 번역하여 『法政』지에 발표했다. 정희철의 최종 목표는 『法學入門』의 완역이었으므로 순서대로라면 제2장인 「國法」장이 먼저 나와야 했는데 순서가 달라진 것이었다. 그렇게 된 정확한 이유는 역자가 밝히고 있지 않다. 다만 두 가지 이유를 추정할 수 있다. 먼저 정희철은 상법학자였으므로 그의 관심은 당연히 사법에 집중되었을 것인바 헌법 문제를 다루는 2장보다 3장에 대한 번역이 더 시급하다고 느꼈을 수 있다.

두 번째로 "나의 이하의 논의는 라드브루흐 교수가 밝힌 것을 부연한 것에 지나지 않는다"라는 라드브루흐에 대한 와가즈마 사카에(我妻榮)의 평가가 역자 서문에서 인용된 점을 고려할 때, 법학 기본서의 보급이라는 번역의 목표에 충실하려 한 선택의 결과로 보인다.[201] 1950년대 중반 한국은 자국어로 쓰인 별도의 민법이 없었고 한국의 법조실무는 와가즈마로부터 상당한 영향을 받고 있었다.[202] 더욱이 당시만 하더라도 헌법 문제가 일반 사안에서 쟁점화 될 일이 많지 않았다. 즉, 정희철은 당시 영향력 있던 학자의 말을 인용하며 가장 필요한 부분을 우선적으로 번역함으로써 법학 기본서 보급이라는 목표에 집중한 것이다.

이후 정희철과 계철순은 한국 최초로 라드브루흐의 저서를 완역한 『法學入門』을 출판한다. 머리말에서 계철순은 번역의 계기가 우리나라 저서에 대한 "불만"에 있다고 밝히는 한편, 해당 책이 사실상 "원론"에 해당하여 법률학의 기본문제를 취급한다고 평가한다.[203] 이런 점은 라드브루흐에 대한 관심이 "법철학"적 맥락이 아니라 우리 법학의 기초를 쌓기 위한 "법학개론의 보급"이라는 맥락에 놓여있음을 시사하는 것이었다.

"법학교육의 자료 도입"이라는 맥락에서 라드브루흐를 연구한 또 다른 이가 서돈각과 손주찬이었다. 이들 역시 상법학자였는데 교육목적의 번역임이 가장 잘 드러난 것은 『英美法의 精神』이었다. 해당 저서에서

---

201) Gustav Radbruch, "私法의 原理(上)", 法政 제11권 제6호, 정희철 譯, 法政社(1956), 34면.

202) 이범준, "학자의 사명", 경향신문(2018. 10. 09.), https://m.khan.co.kr/opinion/column/article/201810092120005 (최종방문일: 2022. 10. 19.).

203) Gustav Radbruch, 法學入門, 계철순·정희철 共譯, 文星堂(1957), 1면.

두 학자는 “법체계의 상위로 인하여 대륙법계의 나라에서 이해하기 어려운 영미법 사상을 설명하였으므로 ... 우리 법학도에게 필독의 호자료라고 믿는다”라고 하며 번역의 목적이 교육자료 확보에 있음을 밝혔다.[204]

제 2 절 1950년대 중반 이후

1. 상법학계에서 두드러진 라드브루흐에 대한 관심

그런데 전술했듯 1950년대 한국에서 라드브루흐 논의를 주도한 것은 상법학자들이었다. 이는 특이한 현상인데 그 이유는 정작 법철학에 대한 개설적 연구들에서는 라드브루흐를 그다지 찾아보기 어려웠기 때문이다. 가령 “강의참고서의 수요에 응”하기 위해 발간된 황산덕의 『法哲學』 본문에서 직접적인 라드브루흐 언급은 1회에 불과하지만-나머지 2회는 각주표시-켈젠은 최소 10회 이상 등장한다. 더욱이 라드브루흐를 인용한 부분도 존재와 당위의 구분에 대한 신칸트학파의 일반적인 설명을 벗어나는 수준은 아니었다. 물론 라드브루흐 법철학이 신칸트학파의 여느 학자들과 구분되는 지점인 문화 개념에 대한 언급이 잠깐 등장하기는 한다. 그러나 이 역시 라드브루흐에 대한 추가설명이 없을 뿐 아니라 법과 도덕의 구분에 대한 일반적인 설명에 그친다는 점에서 특별히 그에 대한 관심을 갖고 그의 연구의 특색을 반영한 것이라고 보기는 어렵다.[205]

이러한 상법학계의 움직임은 일단 먼저 “연구 인력 부족”이라는 현실적인 관점에서 논의될 수 있다. 실제로 손주찬은 라드브루흐의 『法學入門』의 일부분을 번역하여 소개하면서 그 독일어 본을 황산덕으로부터 제공받았다고 밝히고 있다.[206] 해당 글은 『法曹協會雜志』의 자료 부분에 게재된 것이었는데 이는 라드브루흐를 법학에 대한 개론적 자료(일종의 개론서)로 보았던 1950년대 학계의 분위기와 유사한 것이었다. 다시 말해 켈젠 법학에 대한 고도화된 법철학적 논쟁에 집중하던 당시의 법철

204) Gustav Radbruch, 英美法의 精神, 서돈각·손주찬 共譯, 박영사(1959), 6면.
205) 황산덕, 新稿法哲學, 德壽出版社(1956), 1, 7, 17-18, 361, 363면 참조.
206) 손주찬, “法學”, 法曹協會雜志 第五卷, 법조협회(1956), 106면.

학자들 이외에 법철학계에서 라드브루흐 연구에 나설만한 인력이 부족했고 이러한 공백을 채우고자 상법학 전공자들이 투입되었던 것이다.

한편 이런 상법학계의 경향을 두고 일본의 저명한 상법학자이자 법철학자였던 다나카 코타로(田中耕太郎)와 같이 법철학과 상법학의 세계보편성이 작용한 결과라는 분석도 있다.[207] 인력부족에 따른 소극적인 대응의 결과라기보다는 상법학계 학자들의 적극적 움직임이 반영된 결과라는 것이다. 물론 이는 당시 한국과 일본의 법철학회 회원 구성만 보더라도 일응 타당하다.[208] 하지만 이러한 설명은 상법학자들이 법철학에 관심을 가졌다는 점을 해명해 줄 뿐, 왜 라드브루흐에 대하여 그토록 많은 관심을 가졌는지까지 설명해 주지는 못했다.

따라서 구체적인 라드브루흐 저서의 번역과 수용 활동의 양상을 분석할 필요가 있는데 그 대표주자가 서돈각과 정희철이었다. 이들은 각자 한국 상법학계에서 주요 역할을 담당한 인물인 동시에 각기 경도제대(京都帝大)와 경성제대(京城帝大)를 졸업했다는 서로 다른 학풍적 배경을 가지고 있었다. 실제로 서돈각은 경도제대의 교수였던 가토 신페이(加藤新平)로부터 법철학 분야에서 많은 영향을 받았고, 정희철은 경성제대의 상법학 교수였던 니시하라 간이치(西原寬一)로부터 많은 영향을 받았다.[209]

2. 일본 직접 유학파의 접근 방식

먼저 서돈각의 라드브루흐 번역을 중심으로 살펴보면 그는 가토 신페이를 포함한 일본 내의 라드브루흐 논의에 직접 영향을 받았다. 당시 그의 번역 작업에 동참했던 엄민영(구주제대 출신), 손주찬 모두 해방 전까지 일본에서 법학을 공부했다는 점도 이를 방증한다.[210]

그런데 더 두드러지게 나타나는 특징은 바로 서돈각의 번역서 가운데는 법학 개론이 아닌 『法哲學入門(*Vorschule der Rechtsphilosophie*)』이

207) 이항녕·최종고, 앞의 논문(주 129), 8면.
208) 김유근, 앞의 논문(주 150), 103-104면.
209) 최종고, 앞의 책(주 109), 349, 418면.
210) 최종고, 앞의 책(주 109), 498면.

포함되어 있었다는 점과 해당 번역서에서 라드브루흐의 학설이 “상대주의 법철학”을 수립하여 민주주의에 법철학적 기초를 공여하고자 노력했다고 언급한 점이다.[211] 전술했듯 가토는 라드브루흐 법철학의 핵심을 “가치상대주의”로 이해하는 동시에 그와 민주주의 사이의 관계에 대한 연구를 전개했다. 바로 이러한 가토 법철학의 영향 하에서 서돈각의 라드브루흐 연구가 진행된 것이다. 특히 1950년대 한국에서 라드브루흐는 한창 소개가 이루어지기 시작하던 단계에 불과했다. 그럼에도 라드브루흐에 대하여 기본법에 대한 개론 수준을 넘어 법철학적 관점에서 수준 높은 이해를 보여주었다는 사실은 서돈각 등 일본 유학파 출신 학자들의 논의에 일본에서의 경험이 직접적으로 반영되어 있음을 시사했다.

3. 경성제국대학 출신들의 접근 방식

(1) 니시하라 간이치와 라드브루흐 연구

한편 서돈각과 달리 정희철은 법학 개론의 관점에서 라드브루흐 번역에 나섰다. 이러한 정희철의 연구 특징을 탐구하기에 위해서는 니시하라와의 연관성을 검토해야 한다. 그 이유는 먼저 정희철이 주장한 상법 이론의 상당 부분이 니시하라와 그의 스승 칼 비란트(K. Wieland)로부터 영향을 받은 것이기 때문이다.[212] 정희철은 상법을 기업법으로 이해하는 것이 근대 상법학의 경향이라고 규정한다.[213] 그런데 이와 같이 상법학을 기업법으로 바라본 것은 니시하라의 기본적인 입장이자 그가 일본과 식민지 조선의 상법학에 남긴 가장 핵심적인 기여이기도 했다.[214]

비란트의 영향을 받은 니시하라 상법학의 핵심은 자본주의 시장경제의 변화에 대응하여 상법을 어떻게 발전시켜 나갈 것이느냐에 대한 문제였다. 자본주의의 고도화에 따른 규범공백지대를 일본은 “특수법규”로 대

211) Gustav Radbruch, 法哲學入門, 엄민영·서돈각 共譯, 育法社(1982), 11면.
212) 정희철, 企業法의 行方, 박영사(1991), 1-2면 참조.
213) 정희철, 企業法의 發展, 박영사(1979), 3면.
214) 조정우, 앞의 논문(주 118), 196-197면.

응해왔는데 니시하라는 이것이 기존 상법을 변화시키며 새로운 상법을 정립한다고 보았다. 바로 이러한 일반법과 특수법을 통합시키는 법적 논리로서 상법 조직론을 비란트 밑에서 연구한 것이다.[215]

그의 연구가 갖는 이러한 특색은 경성제대 교수 재직 시기 발표한 각종 연구에서 확인할 수 있는데 1930년 발표한 「주식회사법의 범위 내에서 특수법규의 연구」가 대표적이다. 여기서 니시하라는 상법은 유동적, 진보적 경향이 있어서 보수적, 고정적 경향을 가진 민법과 현저히 대조된다고 평가했다. 그 이유로 민법의 대상이 되는 일반인의 사회생활과 달리 상법의 대상이 되는 상인의 경영적 활동의 경우 특수한 사정에 따라 그 변천에 응할 필요가 크기 때문이라는 점을 제시했다.[216]

이처럼 니시하라는 자본주의의 변천에 따른 사회 정세의 변화에 빠르게 대처해야 하는 기업의 경영활동을 규율하는 상법은 사회현실에 맞는 끊임 없는 변화가 필수적이라고 보았다. 그렇지만 "상법"도 어디까지나 법이었으므로 "법적 안정성"의 개념을 고려해야 했다. 바로 여기에서 경제적 수요의 고려와 법적 안정성이라는 두 가치를 어떻게 조화시킬지가 문제된다. 니시하라는 이에 대한 검토를 "상사판례"에 대한 사례 연구에서 시작했고 바로 이 부분에서 라드브루흐에 대한 언급이 제시된다.

그는 상법이 경제적 수요에 응해야 한다는 점과 법적 안정성은 충돌하는 것처럼 보이지만, 법은 목적을 갖고 존재하는 것이므로 목적을 제외하고 법적안정성을 생각할 수는 없으며, 상법과 같은 경제생활을 규율하는 법은 법적안정성 자체가 하나의 경제적 수요에 지나지 않는다고 본다. 따라서 법적안정성을 다른 종류의 경제적 수요에 독립하여 우선하는 지도원리로 볼 수는 없다고 주장한다.[217] 바로 이 대목에서 그는 라드브루흐의 『법철학(*Rechtsphilosophie*)』에 제시된 법 이념설 즉 법의 이념에는 정의, 합목적성, 법적 안정성이라는 세 가치가 모두 존재하며 삼자 사이에 우위를 둘 수 없다는 이론을 인용했다.[218] 즉, 경제생활의 변화에

215) 조정우, 앞의 논문(주 118), 189면.
216) 西原寬一, "株式會社法の範圍內に於ける特別法規の研究", 私法を中心として -京城帝國大學法文學會第一部論集第三冊, 東京: 刀江書院(1930), 12-13면.
217) 西原寬一, 經濟的需要と商事判例, 東京: 有斐閣(1938), 47면.
218) 西原寬一, 앞의 책(주 217), 49면.

따른 상법 그 자체 내지는 상법 해석론(상사판례)의 변화를 정당화하기 위한 법철학적 논거로서 라드브루흐를 채택한 것이다.

이처럼 상법을 기업법으로 이해하고, 시대적 변화에 따라 기민하게 대응해야 하는 법으로 이해했던 니시하라의 학설에서 라드브루흐의 법철학은 핵심적인 법철학적 기초가 되어 주었다. 이는 상법학에 대한 니시하라의 이론을 집대성한 『일본상법론 제1권』에서도 똑같이 나타난다. 특기할 점은 라드브루흐의 저작 중 『법철학』을 인용한 것 외에 『법에 있어서의 인간(*Der Mensch im Recht*)』도 인용했다는 사실이다.

전자는 상법 해석의 문제의식에 따른 것으로서 니시하라의 이론에서 차지하는 위상을 이미 설명했다. 후자는 민법의 상화(民法の商化)의 원인을 지적하는 과정에서 등장한다. 이에 따르면 민·상법은 경제생활에 대해 다룬다는 점에서 공통적인데 "자본주의의 발전에 따라" 경제생활의 상화 현상이 나타나며 일반인도 그 경제적 정신의 영향을 받게 되면서 기업생활을 대상으로 하는 상법과 달리 일반생활을 대상으로 하는 민법에서조차 상화가 발생한다고 지적했다. 바로 이 대목에서 근대(사)법이 대상으로 하는 유형적 인간은 "상인"이라는 라드브루흐의 주장이 인용됐다.[219]

이러한 니시하라의 상법이론에서 상법의 존재와 해석에 대한 법철학적 견해는 두 가지로 귀결된다.[220] 하나는 상법은 자본주의 사회의 경제적 변화에 발맞춰 꾸준히 그 해석과 입법에 있어 변화해야 한다는 것이다. 다른 하나는 자본주의 체제 하의 근대법에서 상정하는 유형적 인간은 "상인"이며 비록 민법에서의 "유형적 인간"을 상법에서 말하는 "순영리 경제인으로서의 상인"과 동일시할 수는 없더라도 민법의 상화 현상(民法の商化)에 의해 민법 역시 경제질서의 변동에 민감하게 반응해야 할 필요성이 커진다는 것이다. 그리고 니시하라는 이와 같이 법이 자본주의 경제질서의 변화를 빠르게 수용해야 한다는 자기 주장의 법철학적 기반(근거)을 법 내지 근대법에 대한 라드브루흐의 견해에서 찾고 있었다.

---

219) 西原寬一, 日本商法論 第一卷, 東京: 日本評論社(1943), 66면. 한편 니시하라가 라드브루흐의 주장을 인용한 국면은 주로 "私法(市民法)" 분야에 한정되므로 근대법이 근대사법을 통칭하는 것으로 본다.

220) 니시하라의 결론에 관해서는 西原寬一, 앞의 책(주 219), 69, 263면 참조.

라드브루흐에 대한 이러한 이해는 종전으로 인해 니시하라가 일본으로 돌아간 이후 보여준 여러 논문에서도 드러난다. 그 가운데 니시하라가 일본 법철학회의 계간지인 『法哲學四季報』에 게재한 「기업의 법리」에서 라드브루흐에 대한 언급이 또 등장한다. 이 논문은 법철학회에 게재된 논문이었으므로 상법의 세부적인 법리 자체보다는 그 존재 의의, 해석 방법론 같은 법철학적인 내용들을 다룬 것이었다.

이 논문에서도 민법의 상화 현상을 설명하며 근대법이 상정한 인간 유형에 관하여 라드브루흐의 『법에 있어서의 인간』이 인용된다. 여기서 니시하라는 라드브루흐의 주장이 과한 측면이 있다고 비판한다. 하지만 그러면서도 이는 고대 로마법이나 중세법과 비교하여 기업이 발전하고 일반인도 또 그 적용을 받게 되는 근대법의 특이성을 전체적으로 강조하는 비유적 표현이라고 하며 그 의의를 해설한다.[221] 다시 말해 라드브루흐를 인용하며 자본주의의 본격적 도입과 함께 시작된 근대법은 경제생활의 상업화 현상에 발맞추어 전체적으로 상화되고 있다는 것이다.[222]

---

221) 西原寬一, "企業の法理", 法哲學四季報 1951卷 9号, 日本法哲學會(1951), 119면.

222) 이때 오해하지 말아야 할 점이 있다. 일본상법론 제1권 및 "기업의 법리"에 인용된 "법에 있어서의 인간"은 1927년 발간된 것으로 1957년 발간된 라드브루흐의 강연록 및 논문 모음집인 법에 있어서의 인간(*Der Mensch im Recht: Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragendes Rechts*)과는 엄연히 다르다. 즉, 니시하라가 인용한 것은 해당 모음집의 맨 첫 번째에 실린 "법에 있어서의 인간"이라는 논문 그 자체이다. 해당 논문은 라드브루흐가 1926년 11월 13일 하이델베르그 대학교에서 진행한 취임 강연 내용을 정리한 것이다(Gustav Radbruch, "Law's Image of the Human", *Oxford Journal of Legal Studies* vol 40. No. 4, Faculty of Law, University of Oxford(2020), translated by Valentin Jeutner, 667면.). 한국에서는 1957년 판본이 1981년 孫智烈, 黃祐呂에 의해 번역되어 育法社에서 출간되었다.

한편, 라드브루흐의 "법에 있어서의 인간"이라는 논문은 법 발전의 시기에 나타난 인간상의 변화를 다룬다. 사회의 변화에 따른 법의 변화를 정당화해야 하는 니시하라의 입장에선 주요한 법의 변화는 인간상의 변화에 따른 것이라는 라드브루흐의 주장이 자신의 입장을 정당화하기 위한 철학적 근거로서 주요하다고 여겼을 것이다. 니시하라가 라드브루흐의 논문에 관하여 언급하고 있는 근대법이 대상으로 하는 유형적 인간으로서 "상인"에 대한 구체적인 내용은 다음과 같다.

> 나의 주제는 현실의 인간이 아니라 법이 염두에 두며 법이 그 위에 그 규정들을 배열하게 되는 인간상인 것이다. 이 인간상은 법 발전의 여러 시기에서

한편 해당 논문에서는 민법학자 와가즈마 사카에의 논의도 일부 등장한다. 그 내용은 근대 자본주의 경제의 고도화에 따른 재산의 상품화 경향으로 인하여 권리의 증권화 현상이 발생하고 이로 인해 채권은 점차 우월적 지위를 높여간다는 것이었다.[223] 그런데 이 부분은 자연스럽게 라드브루흐에 대한 논의와 연관성을 갖는 것이기도 했다. 니시하라가 언급한 와가즈마의 논문에서 라드브루흐를 직접 언급했다는 점은 차치하더라도, 일반 개인 간의 거래에서 상품화 경향이 생겨난다는 것은 사실상 개인도 "상인"의 성격을 갖는다는 것이고 그에 따른 채권의 우월적 지위의 강화는 민법의 상화를 시사하는 것이기 때문이다.

같은 시대에 일본의 민법과 상법에 큰 영향을 끼친 두 학자가 공히 근

변화해 왔다. (중략) 중세 법시대의 특징은 의무에 좇은 행사가 기대되는 경우에만 허용되는 권리가 통례적이라는 것이다. 이러한 권리가 그 기능을 발휘하려면 공동체와 결합된 인간이 전제되어야 한다. (중략) 그런데, 문예혁명(르네상스), 종교개혁, 그리고 로마법의 계수를 통해 **개인이 공동체로부터 해방되며 이익에 의하여 지배되는 개인을 법의 출발점으로 만들었다**. 이러한 **법에 있어서 새로운 인간형은 이윤추구와 타산에 의해 움직이는 상인상을 따라 조형**된 것인 바(사업은 사업일 뿐), 이러한 **상인의 요구야 말로 로마법 계수 및 이에 수반한 새로운 인간형에로 법이 전환되는 가장 본질적인 원인 중 하나였다**. 이리하여 **약간 과장해서 말한다**면 **그 이후 법은 모든 사람을 상인으로 보고** 심지어 노동자를 노동이라는 상품의 판매자로 보게 되었다고 말할 수 있다(Gustav Radbruch, 法에 있어서의 인간: 法의 基本問題에 관한 選別된 演說 및 論文들, 孫智烈, 黃祐呂 共譯, 育法社(1981), 19, 21-22면; 강조는 필자가 추가함.).

결국 니시하라가 인용한 라드브루흐 주장의 핵심은 어떠한 사회 변화가 법이 바라보는 인간상의 변화를 유발했고 이러한 변화가 다시 법의 발전 즉 변화로 이어진다는 것이었다. 라드브루흐는 중세에서 근대로 변화하며 근대법이 바라보는 개인은 (약간의 과장이 있지만) "이해타산"을 중시하는 상인이라고 묘사한다. 이 점을 인용함으로써 니시하라는 근대 자본주의적 경제체제가 확립된 일본에서도 개인과 기업의 경제생활에 맞추어 민·상법이 입법 뿐 아니라 그 해석론에 있어서도 변화해야 함을 피력하려 한 것이다. 니시하라가 라드브루흐를 언급하며 "고대 로마법" "중세법"과의 비교에서 근대법의 특이성을 강조한 것이라고 말한 점, 근대법의 유형적 인간을 "상인"이라고 한 것이 "과장"되어있다고 비판하면서도 그 주장의 요지를 수용한 점은 바로 이런 맥락이 고려된 결과였다.

223) 西原寬一, 앞의 논문(주 221), 135-136면.

대법에 관한 학설 가운데 라드브루흐 법철학의 위상을 인정했다는 것은 유의미하다. 특히 양자가 공히 라드브루흐가 자본주의 경제질서와 함께 도입된 근대법의 핵심 대상을 "상적 행위"와 이에 나서는 "상인화된 개인"으로 이해한 점에 주목했다는 것은 의미가 남달랐다.

라드브루흐에 대한 니시하라의 연구는 상법의 존재론과 해석론에 대한 법철학적 기초를 정립하기 위한 내용에 집중되어 있다. 니시하라에게 있어 상법은 유동적인 경제질서에 발맞춰 빠르게 변화해야 했다. 하지만 입법은 언제나 사회 변화보다 뒤처질 수 밖에 없었고 그 간극을 메우기 위해선 활발한 해석론의 전개가 필요했다. 바로 이 점을 정당화하기 위해 니시하라는 법의 이념에 대한 라드브루흐의 이론을 인용했다.

또한, 니시하라는 이러한 변화가 근대법의 존재 목적 내지 의의에도 부합하다는 것을 보이고자 했다. 이 과정에서 근대법의 대상은 "상인"이라는 라드브루흐의 주장이 인용됐다.[224] 요컨대, 니시하라는 라드브루흐의

---

224) 니시하라가 일본상법론 제1권에서 라드브루흐를 언급한 본문에는 상인은 단순히 이익을 추구하는 것을 넘어 그 목적의 실현을 위해 "극히 현명한 개인"이라고 한다. 이러한 본문에 대한 각주에서는 경제학의 영역에서 고전파 경제학자들이 제기한 가설적 개념인 "經濟人(homo economicus)"이 만인에게 존재하는 이기심에 근거하여 경제적으로만 행동하는 인간을 의미하는 것으로 라드브루흐의 "상인"과 유사하다고 해설했다(西原寬一, 앞의 책(주 219), 66-68면.) 그런데 라드브루흐는 "법에 있어서의 인간"에서 법이 규정한 유형적 인간으로서 이기적인 인간상을 설명하며 경제학의 "경제인"이라는 개념을 다음과 같이 언급한다.

> 계몽주의와 자연법 사상이 비로소 로마법의 출발점으로 삼았던 그 인간형 위에 법질서를 정비하였다. 즉 대단히 이기적일 뿐만 아니라 자기의 사익추구에 있어서 아주 영리한 개인으로서 자기의 잘 이해된 개인적 이익만을 추구하며, 그리하여 모든 사회적 구속으로부터 자유롭고 법률적 구속에 대하여는 단지 잘 이해된 개인적 이익에 따라 스스로 그것을 수인하였기 때문에 그에 복종하는 인간형 말이다. (중략) 이래서 모든 법률은 대단히 이기적이고 아주 영리한 인간이라는 의제적인 구성을 지향하고 그것에 대하여 자신을 실험하여야 하는 것이다. 그러나 **그 법시대에 있어서는 이러한 인간은 의제적인 구성 이상의 것으로서 바로 경험적인 평균형이었다**. 고전파 경제학에 못지 않게 동시대의 자연법론도 또한 인간은 그 대다수가 경제인의 유형에 합치한다고 신봉하고 있었다(Gustav Radbruch, 앞의 책(주 222), 23-24면; 강조는 필자가 추가함.).

이론을 통해 근대법은 개인들에게서 나타나는 상사적인 거래질서를 규율하려는 목적으로 창안된 것이며 법은 정의, 합목적성, 법적 안정성을 모두 고려해야 하므로 법적 안정성을 조금 희생시키더라도 근대법의 이러한 목적을 달성하기 위해선 자본주의의 발달에 따른 경제생활의 변화에 법이 발맞추어야 한다고 본 것이다.

(2) 정희철의 라드브루흐 연구

서돈각과 달리 정희철과 계철순은 모두 경성제대 출신이었다. 다만, 계철순은 경북대학교 교수로 재직하기는 했으나 실무가로서의 활동이 더욱 많았고, 『法學入門』의 개정판이었던 『法學原論』의 번역에는 참가하지 않았으므로 이 저서의 등장에 영향을 끼친 핵심 인사는 정희철이었다. 정희철은 서울대학교 법과대학에 독일어 강사로 출강할 정도로 독일어에 능통했으므로 "법학 교과서의 확보"라는 실천적 필요성에 따라 번역에 나섰을 개연성이 높다.[225]

한편 이러한 정희철의 라드브루흐 연구는 크게 세 지점에서 니시하라의 직·간접적 영향을 확인할 수 있다. 먼저 그가 라드브루흐에 대한 번역 연구의 대상으로 『法學入門』을 채택했다는 사실이다. 물론 전술한 바와 같이 이는 법학 개론서가 필요했던 당시의 시대적 영향이 있었을 것이다. 하지만, 이것만으로는 두 가지 문제가 해결되지 않는다. 법학에 대한 개론서가 필요했다면 굳이 라드브루흐가 아니더라도 다른 학자들이 많았다. 특히 당시까지 우리 법 체계는 여전히 일제 강점기의 그것에서 거의 벗어나지 못하고 있었으므로 교육을 위한 교재라는 실용적 관점에서는 우리와 아주 유사한 체계를 가진 일본의 그것을 번역하는 편이 유

이와 같이 니시하라가 라드브루흐의 "상인" 개념을 설명하며 고전파 경제학의 "경제인" 개념을 추가한 것은 근대(사)법의 인간상이 단순히 법에서 의제한 개념이 아니라 현실에서의 경험을 반영한 것인 만큼 그러한 이들을 규율하는 상법이 경험적 변화에 발맞춰야 함을 피력하기 위한 것이었다. 다시 말해, 경험적 평균형으로서의 인간(상인 내지 경제인)이 근대법이 상정한 대상이므로, 이들의 변화에 따라 근대법 그중에서도 상법이 입법론, 해석론 적으로 변화할 수 있어야 함을 피력했던 것이다.

225) 최종고, 앞의 책(주 109), 349면.

리했을 것이다. 또한 라드브루흐는 법철학자로 알려졌고 전술한 서돈각 역시 이 점에 착안하여 『法哲學入門』을 번역했는데 굳이 라드브루흐에 대한 첫 연구 대상으로 이와는 다소 거리가 있는 법학 일반에 대한 책인 『法學入門』을 선택할 필요도 없었다.

그런데 라드브루흐에 대한 니시하라 상법학 이론의 영향이라는 관점에서 바라보면 이러한 의문을 모두 해명할 수 있다. 우리가 계수한 대륙법은 고대 로마법도, 중세법도 아닌 근대법이었다. 따라서 근대법의 주요 이론을 이해하고 연구하기 위한 법학 개론의 핵심은 근대법의 규율 대상이 무엇인지를 파악하는데 있었다. 법은 결국 어떤 목적을 갖고 창조된 것이므로 근대법이 어떤 대상을 규율하기 위해 만들어졌는지를 이해해야 이를 바탕으로 다양한 법 이론과 해석론을 이해할 수 있었던 것이다.

니시하라는 라드브루흐의 법철학이 바로 이와 같은 근대법의 대상과 그에 따른 특징을 설명했다고 평가했다. 따라서 니시하라의 영향을 받았으며 근대사법 분야에 대한 개론서의 번역을 목표로 삼았던 정희철의 입장에선 그로부터 근대(사)법의 규율대상과 이에 따른 특징을 잘 설명했다는 평가를 받은 라드브루흐에 대한 입문서인 『法學入門』을 번역대상으로 삼은 것이 당연했다.

이러한 흔적은 정희철이 『法政』지에 제시한 번역본에서 와가즈마를 언급한 점에서도 찾아볼 수 있다. 정희철이 인용한 와가즈마의 논문 「근대법에 있어서의 채권의 우월적 지위」는 근대 사법제도의 작용에 관한 연구가 결국 자본주의의 발달에 동반하는 사법(私法)의 변천으로 귀착된다는 생각을 바탕으로 작성한 것이었다.[226] 그리고 라드브루흐의 『法學入門』을 인용하며 자신의 논의가 결국 라드브루흐가 수차례 말한 것의 부연에 지나지 않고 자신은 다만 어떻게 그런 결론에 도착하였는가에 관한 구체적 고찰 과정을 밝히겠다고 한다.[227]

---

226) 我妻榮, 近代法における債權の優越的地位, 東京: 有斐閣(1953), 2면.

227) 와가즈마는 해당 논문을 쓰게된 동기를 설명한 후 자신이 라드브루흐의 『法學通論』(한국에서는 정희철이 『法學入門』으로 번역함)에서 극히 적절한 구절을 찾았다며 다음과 같이 인용한다.

"물권은 목적이고 채권은 본래 단순히 수단이다. … 전자는 정적인 요소이고 후자는

와가즈마를 인용한 부분을 두고 니시하라의 영향이라고 볼 수 있는 근거는 두 가지이다. 하나는 와가즈마와 니시하라 모두 라드브루흐를 근대법의 법철학적 기초를 이해하는 데 있어 핵심으로 파악하고 있다는 점이다. 다른 하나는 그 기초를 근대법의 핵심 대상을 "상적 행위"와 이에 나서는 "상인화된 개인"으로 이해한다는 점이다. 상법의 본질과 해석 방법에 대한 법철학적 근거를 설명하며 니시하라는 라드브루흐의 학설을 인용했고 이는 그의 이론에서 중요한 이론적 기초가 되었다.

그러나, 그의 글 대부분에서 라드브루흐에 대한 언급은 짧은 편이었으므로 해당 연구의 가치와 의의를 설명해야 하는 정희철이 서문에서 인용하기엔 적절하지 못한 측면이 있었다. 반면 와가즈마는 전술할 바와 같이 라드브루흐의 학설이 근대 사법체계에서 갖는 의미를 상술하였으므로 이를 인용하여 독자들에게 법학 개론서로서 해당 번역의 의의를 강조한 것이다. 다만 전술했듯 누구를 인용하였는지와는 무관하게 결국 그 내용은 니시하라가 라드브루흐를 인용한 것과 전체적 맥락에서 동일했으므로 와가즈마에 대한 언급을 사실상 니시하라의 영향으로 이해할 수 있었다.

마지막으로 『法學入門』의 머리말에서 밝힌 바와 같이 제12장 "법"의 초역을 배용광이 맡았다는 점 역시 정희철의 라드브루흐 연구가 니시하라에 연원하고 있음을 방증한다. 제12장은 법의 제분야에서 나타나는 여러 실무적 쟁점을 다루었던 제11장까지와는 달리 "법학의 존재론적 의의"를 논하며 사실상 법철학적 쟁점을 다루고 있다.

가령 제12장은 법해석학의 여러 방법론이나 법률가의 자질, 법학의 존

동적인 요소이다. 전자가 주요한 지위를 점하는 사회는 법률생활이 정적(static)인 반면, 후자의 경우 동적인(dynamic) 형식을 취하게 된다." "현대의 자본주의적 법률 형식은 (중세와 달리) 완전히 다이내믹한 것이어서 소유권은 타인에 대한 힘인 한도에서는 그것이 자본이라고 한다. 다시 말해, 채권은 이미 물권과 물건의 이용이라는 것을 보호하는 수단이 아니라 스스로 법률생활의 목적이며 경제적 가치는 잠깐이라도 물권에 정지하는 것이 아니라 하나의 채권에서 다른 채권으로 잠시도 멈춤 없이 이동한다." 이러한 인용구에 대하여 와가즈마는 그것의 의미가 자본주의 경제조직에서 물권과 채권의 관계, 그 본래의 관계로부터의 분리로부터 도파하여 남겨둘 곳은 없다고 평가하며 자본주의 확산에 따라 "근대법에서 채권이 우월적 지위"를 가지게 되었음을 설명한 것이라 평가한 것이다. (我妻榮, "近代法における債權の優越的地位", 法學志林 第二十九卷 第六号, 法政大學(1927), 5-6면.).

재 의의, 법적 안정성과 같은 법철학 용어의 개념 등을 다루는데, 이는 실무적 법리를 다루는 법학과는 직접적으로 관련성을 가진다고 보기는 어려웠다. 따라서 라드브루흐의 법철학 가운데 상법을 중심으로 일부 실무 법학과 연관성이 있는 부분에 대해서만 관심을 가졌던 니시하라의 영향을 받은 정희철에게는 큰 관심의 대상이 되기 어려웠을 것이다. 더욱이 번역 작업에 "3년도 부족한 감이 없지 않은 상황"에서 깊은 관심이 없던 분야까지 번역하기란 쉽지 않았을 것이다.[228]

이와 달리 배용광은 경성제대에서 법학, 철학, 사회학을 전공했으며, 그 중 사회학을 전공하게 된 데는 강의시간에 사회학 분야를 자주 언급했던 오다카의 영향도 있었다.[229] 사실 오다카는 법학 박사였지만, 실정법보다는 법철학, 법사회학 분야 연구에 매진한 탓에 스스로를 '법률을 모르는 법학박사'라고 칭할 정도였다.[230] 실제로 오다카는 동경제대를 졸업한 이후 경도제대에 진학하여 사회학과 철학을 수학했으며 1926년과 1927년에는 당시로서는 최신 경향인 유럽의 법사회학을 일본에 소개하기도 했다.[231] 이처럼 그의 연구 경력은 소위 기초 법학이라고 평가할 수 있는 분야에 집중되었고, 그에게 학문적 영향을 받은 배용광이 관련 분야의 번역을 담당한 것이다.

학문적 계보의 측면에서 볼 때 정희철의 번역본이 출간되기 2년 전인 1955년 일본에서 오다카가 라드브루흐의 1929년판 『法學入門』을 번역한 판본이 출간되었으며 이러한 사실이 정희철·계철순의 『法學入門』 머리말에 언급되었다는 점에도 주목해야 한다.[232] 이항녕에 따르면 오다

228) 본 문단에서 언급된 배용광이 12장의 초역을 맡았다는 점, 12장의 내용이 일반적인 법 실무와는 다른 법철학 개론적 성격을 띤다는 점에 대해선 Gustav Radbruch, 앞의 책(주 203), 3-4, 276-301면 참조.

229) 배용광이 오다카 교수의 영향을 받았다는 점에 대해서는 서울대학교 사회학과 60년 편집위원회, 다시 출발선에 서서 -동문들이 쓰는 사회학과 60년-, 선인(2006), 39-40면.

230) 이항녕, 앞의 논문(주 196), 40면.

231) 이동진, "한국사회학의 제도화와 배용광", 동방학지 제168집, 연세대학교 국학연구원(2014), 248-249면.

232) Gustav Radbruch, 法學入門, 尾高朝雄, 碧海純一 共譯, 東京: 創元社(1955); Gustav Radbruch, 2, 4면.

카는 경성제대 시절 예과 수업에서도 학생들을 향해 해당 저서의 독일어 판본(*Einführung in die Rechtswissenschaft*)이 참고서로 유용하다는 점을 언급했으며, 1955년 발간한 일역판(日譯板)에서도 이 책이 "비슷한 분야 서적 가운데 가장 우수한 책 중 하나로 널리 손꼽힌다"라며 긍정적인 평가를 내린 바 있었다.[233] 한편, 쓰봐이겔트는 배용광이 번역한 12장을 두고 "실정법적 내용을 포함하지 않은 장"이며 이에 대해선 가필을 전면적으로 피하고자 했다고 언급했다.[234]

다시 말해, 사회학·철학 분야에서 오다카로부터 많은 영향을 받았던 배용광이 법철학 분야와 관계가 깊은 동시에 오다카의 번역본과 비교해 독일어 원본에 있어 내용적으로 크게 달라진 적이 없는 "法學入門" 제12장의 초역을 담당했고, 나머지 "법학 일반"에 관한 부분의 번역을 대부분 정희철과 계철순이 담당한 것이다.

이것이 니시하라의 영향이라 볼 수 있는 이유는 실정법과 법철학을 모두 다루는 "法學入門"의 번역이 이루어지던 방식을 고려할 때 더욱 분명해진다. 1961년 쓰봐이겔트 전정판을 일본어로 번역한 아오미 준이치(碧海純一)는 법철학자였다. 그런 이유 때문인지 실정법 상의 구체적 논술에 있어 편집위원이던 야마다 아키라(山田晟)(독일법 전공), 쿠보 마사하타(久保正幡)(서양법제사 전공), 노다 요시유키(野田良之)(프랑스 비교법 전공)의 도움을 많이 받았다고 한다.[235]

이렇듯 주력으로 번역하는 부분을 실정법과 법철학 부분으로 구분한 상황에서 법철학 분야를 배용광이 맡았다는 것은 "法學入門"에 대한 정희철의 관심은 실정법학에 대한 이해에 집중되었음을 시사한다. 니시하라에게서 라드브루흐가 갖는 의미가 자신의 상법 이론을 뒷받침하기 위한 법철학적 기초를 확보하는 정도이었듯 정희철에게서도 라드브루흐는 특히 실정법학을 이해하기 위한 관문이었던 것이다.

---

233) 이항녕, 앞의 논문(주 196), 40면; Gustav Radbruch, 法學入門, 尾高朝雄·碧海純一 共譯, 東京: 創元社(1955), はしがき를 Gustav Radbruch, 法學入門, 碧海純一 譯, 東京: 東京大學出版會(1968), 322면에서 재인용.

234) Gustav Radbruch(碧海純一 譯), 앞의 책(주 233), 3면; Gustav Radbruch, 앞의 책(주 203), 7면.

235) Gustav Radbruch, (碧海純一 譯), 앞의 책(주 233), 325면.

이처럼 정희철의 라드브루흐 연구는 니시하라의 영향을 많이 받았다. 니시하라와 와가즈마는 모두 자본주의의 변화에 따른 사법의 변화 양상을 그 연구의 핵심 테마로 하였고, 이러한 양상을 정당화하기 위한 법철학적 기초로 근대법의 규율대상에 대한 라드브루흐의 이론에 주목했다.

이는 니시하라의 제자 정희철에게도 충분히 관심의 대상이 되었을 것이다. 사회 변화 특히 경제주체들의 행위에 따른 법의 변화라는 실천적 관점에서 상법 연구에 나섰던 정희철의 입장에선 현실의 변화가 어떻게 바로 규범인 법의 변화로 이어질 수 있는가를 설명하기 위한 이론적 기초가 필요했다. 그러한 관점에서 근대법의 대상이 갖는 특성 그리고 이에 따른 자본주의 경제질서의 변화와 근대법의 변화 가능성을 설명한 라드브루흐의 저서가 법학에 대한 입문적 교재로 선정될 수 있었던 것이다.

제 3 절 1960년대 이후

1. 라드브루흐에 대한 관심의 확대: 수용과 자생

1960년대에 들어 법철학계 전반에서도 라드브루흐 연구가 활발해졌다. 켈젠 연구의 빈자리를 라드브루흐 연구가 채운 것이었다. 이때의 또 다른 특징은 1950년대 활발하게 진행된 라드브루흐에 대한 번역 작업이 국내 학계에서 새로운 자생적 조류를 만들어냈다는 사실이다. 대표적으로 일반사회를 가르치는 교사들의 건전한 법사상 "교육"을 목적으로 박덕배가 1964년 집필한 『法哲學槪論』에서 라드브루흐의 법이념론(법 가치론)을 상세히 소개한 사례를 들 수 있다. 이 책은 1950년대 말에 박덕배가 라드브루흐의 『법철학입문』을 읽고 그로부터 받은 영향이 반영된 것기도 했다.[236] 이처럼 1950년대 활발히 소개된 라드브루흐의 법철학이

236) 최종고, 앞의 책(주 109), 218면; 박덕배, 앞의 책(주 162), 제6장 법의 이념(127-171면) 참조. 일본 법철학계와 우리 법철학계의 연관성을 주요 연구 쟁점 중 하나로 검토하는 본고에서 박덕배가 1950년대 말부터 라드브루흐에 관심을 가졌고 이것이 이후 그의 학문적 연구에서 나타났다는 것은 매우 중요하다. 박덕배의 동북제대 법학부 시절 스승이었던 기무라 카메지가 일본의 신칸트학파 관련 연구에서 중요한 역할을

서울대 사범대학 교수였던 박덕배에게 미치고 그것이 다시 일반사회 교원들에 미치며 1960년대 라드브루흐 법철학은 확산기를 맞이했다.

특히 라드브루흐 연구와 관련하여 박덕배에 주목해야 하는 이유는 그의 라드브루흐 법철학 연구가 철학적 논의 그 자체를 넘어 사회생활 및 교육에 관한 문제로 파생되기 때문이다. 박덕배는 라드브루흐가 법을 가치관계적 실재라고 한 점에 주목하면서 단순히 법적 논리를 넘어 그 이면의 법을 포착해 냈음을 강조했다.[237] 한편 그는 이를 자신의 법 그리고 사회에 대한 이해와 연관시킨다. 그는 법의 세계는 철학적 기반 위에 문화사적 통로를 거쳐서 비로소 이해할 수 있는 것이라 하면서, "법을 초월한 법"의 진실한 사상은 법현상이라는 문화현상을 이룩하는 사회과학 전체의 입장에서만 이룩할 수 있다고 설명한다.[238] 다시 말해 법은 탈정치 내지 탈사회의 대상이 아니라는 박덕배의 입장을 정당화하는 핵심에 라드브루흐 법철학이 있었던 것이다.

사실, 박덕배가 이러한 주장을 내어놓은 이유는 법과대학 출신자를 사범대학 사회과 출신과 동일시하여 법과대학 출신자에게 공민교사 자리를 지급하려는 일각의 주장을 비판하기 위한 것이었다. 그는 단순히 법률만을 배운 법과대학생에게 사회 전반에 대한 교육을 받은 일반사회과 학생들과 동일한 교사자격을 주는 것이 적절하지 않다고 주장했다.[239] 이는 법의 진정한 의미는 종합적인 사회현상이라는 전제 하에서 이해되어야 한다는 취지에 따른 것이었다. 그리고 자신의 이러한 법이해를 『법철학개론』의 법이념론 장(章)에서 라드브루흐의 법이론을 해설하는 방법을 통해 다음과 같이 단적으로 표현한다.

남겼기 때문이다. 물론 전술한 바와 같이 박덕배가 『법철학개론』 법의 이념 장에서 라드브루흐의 법이념론에 관한 내용을 다루면서 일본 학자들의 자료가 다수 인용되었고 그 중 기무라의 자료가 있는 것은 사실이다. 그렇지만, 박덕배의 라드브루흐 연구 출발점이 일본학계에서 기인한 것이 아니라는 점 그 자체만으로도 1950년대의 주요 번역연구와는 구분되는 우리만의 자생적인 연구 조류라고 평가할 만할 것이다.

237) 박덕배, 앞의 논문(주 160), 83-84면.

238) 박덕배, 앞의 논문(주 160), 85, 87면.

239) 박덕배, 앞의 논문(주 160), 86면.

> 문화 전체가 개별화하므로 문화의 일부인 법 역시 개별화하지 않을 수 없다. … 이와 같은 법의 일반성이 구체적 현실과 점차 거리가 접근하고 있는 면이다. 따라서 법은 비대해 가기 때문에 법적 안정성은 위협을 당하고 있다. … 법안정성은 … 법의 자기목적 관철성을 확보하는 데로 나아가고 있다. 라드브루흐도 법이념 중에서 법안정성을 수위에 놓았다가 2차 대전후에는 그 사상에 변동을 일으킨 듯 하다. 원래 형법학자인 그가 「법률을 초월한 법」이란 표어를 내세웠다. … 법을 초월한 법의 이념은 실증주의의 세기가 끝난 후 강력하게 부활했다. … 법을 초월한 법이 있다는 점에서 그의 사상은 진리를 표명하고 있다. 법이념에 삼종(三種)이 있다고 하지만 정의의 정신을 발휘하는 방편에서 다른 이종(二種)은 봉사해야 한다는 결론에 이르게 된다.[240]

박덕배에 따르면 법은 문화 현상의 일부이고 문화의 분화라는 문화상의 변화에 따라 법적 안정성을 대신하여 정의의 관념이 더 강조되게 된다. 그리고 라드브루흐 역시 이러한 문화상의 변화를 받아들인 듯 "법안정성을 수위에 놓"는 종전의 입장을 버리고 정의 중심의 법을 초월한 법을 강조하게 되었다는 주장이다. 이러한 라드브루흐의 법이론은 법을 그 체계 내에서만 이해하려는 "자기목적 관철성"을 달성하는데서 더 나가 그것을 사회현실의 대상으로 바라보고 사회적 상호작용의 맥락에서 이해할 때 비로소 구축할 수 있는 것이었다.

박덕배가 이처럼 법의 이념을 설명하며 라드브루흐 법철학에 근거하고 있는 것은 그가 사범대학 교수라는 점과도 깊은 연관이 있다. 그는 『법철학개론』에서 "사범대학 일반사회과의 사명"은 "중·고등학교 학생들에게 정의와 부정의감을 분별하는 정신을 가꾸어"주어야 할 책임을 진 "일반사회 교사를 양성"하는 것이라고 말한다.[241] 한편 교사가 이와 같은 책임을 다하기 위해선 "참고서나 법률학사전에 의한 준비" 정도로는 부족하고, "법에 대한 철저한 이해를 토대로 자기 나름의 세계관이 서 있

240) 박덕배, 앞의 책(주 162), 168-170면.
241) 박덕배, 앞의 책(주 162), 4면.

어야" 한다며 법 및 교육에 대한 자기 나름의 관념을 제시하였다.[242]

즉, 박덕배에게 라드브루흐 법철학의 법 이해란 법을 단순히 법전 속 실정법과 같은 제한된 대상으로 인식하는 대신, 그것을 가치 관계적 실재라고 말하며 사회상 전체에 대한 이해 속에서 바라보는 것이었다. 그리고 이러한 이해야말로 사범대학 일반사회과 학생을 상대로 가르치기에 적합한 법철학 이론이라고 받아들인 것이다.

이러한 박덕배의 인식은 법학이 사회교육에서 어떤 역할을 담당하는가에 대한 논변에서도 단적으로 드러난다. 그는 먼저 법에 대한 이해에 관하여 자신의 개인적 일화를 제시한다. 법대를 거치며 몇 가지 법률과목을 배웠을 때는 인간 세계가 권리와 의무의 관계로만 보였지만, 수많은 책을 읽으며 그러한 이해는 인간의 문제를 해결하는 데에 지극히 적고 좁은 부문뿐임을 알게 되었고 이후로는 사상사와 경제학 관계의 책을 읽으며 권리의 본질을 재검토하는 한편 법률의 구속을 탈피했다는 것이다.[243] 그리고 이러한 자신의 법 이해를 사회교육과의 궁극적 목적과 연관시키며 라드브루흐의 법철학을 다음과 같이 인용한다.

> Radbruch가 법률을 가치 관계적 실재라고 한 것도 바로 이것을 말함이다. 법규범은 그(원문에서는 한문 '基'로 표시함; 이하에서도 본 단락의 '기'는 별도의 표시나 설명이 없는 한 '基' 즉 '그'를 의미함.) 실현하려는 가치가 비현실이면서도 기 가치가 성립하는 곳은 실재(사실)의 세계임을 의미한다. … 법규범학은 정의의 학문이며 정의라는 문화가치를 실현하려는 의미를 가진 학문이므로 문화과학이며 따라서 사회과학이다. 그런데 협의의 법률학도 그 목적으로 하는 의미의 세계가 결국 세계관의 기초를 기 내용으로 하고 있다. 법의 이념이 정의라고 하지만 기 세계관에 따라 법 목적이 상반되는 경우는 … 있다. 법 목적은 세계관의 기초이며 세계관은 앞의 사회생활과교육의 궁극적 목적이다.[244]

---

242) 박덕배, 앞의 책(주 162), 3-4면.
243) 박덕배, 앞의 논문(주 160), 84, 86면.
244) 박덕배, 앞의 책(주 162), 83-84면.

박덕배는 사범대학의 일반사회과는 인간을 길러내기에 충분한 교사를 양성해야 하고 그러기 위해선 “세계관”을 가르치는 것이 궁극적 목적임을 강조하고 있다. 그런 그에게 법이라는 것이 사회현실에 터잡고 있으며 그것이 터 잡은 사회를 이해할 때 비로소 적확한 법 이해도 가능하다는 라드브루흐 법철학은 굉장히 매력적인 철학 사조였을 것이다. 다시 말해, 박덕배는 라드브루흐 법철학이 단순히 한국의 법학, 법철학계에서 논의되는 것에 그치지 않고 사회교육학의 측면에서도 활용될 수 있는 새로운 활로를 개척한 것이다. 이는 1950년대 우리 법철학계에 라드브루흐가 번역을 통해 처음 “소개”된 이후 1960년대 들어 나타난 자생적 조류였다는 점에서 의미가 남달랐다고 평가할 수 있다.

그런데, 박덕배가 라드브루흐의 법철학을 사회교육에 있어 법을 이해하기 위한 상당히 중요한 철학으로 소개한 이후 이는 실제 우리 교육과정에도 반영되었다. 우리의 고등학교 교과과정에 사회과 교육이 처음 등장한 것은 미국 교육과정을 도입했던 교수요목집을 개정한 제1차 교육과정에서였다.[245] 다만, 1954년 공포된 제1차 교육과정이나 1963년부터 공포된 제2차 교육과정에서는 아직 라드브루흐의 법철학 그 가운데서도 특히 법의 이념에 관한 내용이 등장하지 않았다.[246] 이는 1973년 공포된 제3

245) 한국의 사회과교육과정의 변천사에 관해서는 옥일남, “한국 사회과교육과정의 시기별 특징 고찰: 초·중·고 교수요목기에서 2015개정교육과정기까지”, 교육과정평가연구 제20권 제1호, 한국교육과정평가원(2017), 57-86면 참조.

246) 제1차 교육과정에서 일반사회 분야는 1학년의 제목을 「정치와 사회」, 2학년의 제목을 「경제와 사회」 3학년의 제목을 「문화의 창조」라고 명명했다(문교부, 고등학교 및 사범학교 교과과정, 문교부(1955), 42면). 이 중에서 법과 가장 관련이 깊은 교과는 1학년의 「정치와 사회」인데, 그 내용이 정치분야에 집중되어 있다. 그나마 법을 다루는 부분도 법원의 조직과 역할(제4장)이나, 입헌정치(제9장)와 같이 아주 기초적인 내용만을 다루고 있어서 별도로 법의 이념을 논하지는 않았다(문교부(1955), 앞의 책(주 246), 44-54면 참조.)(이하에서는 문교부 발간 자료의 경우 문교부(발간 연도)로 하여 구분함.).

한편, 1963년부터 시행된 제2차 교육과정에서는 종래 하나의 일반사회과목으로 구성되었던 정치, 경제, 사회 분야가 일반사회, 정치경제 과목으로 양분되었다. 이 중 법영역을 다룬 부분은 정치경제 과목에서 한국의 헌법을 다룬 것에 불과하였다(김명정, “사회과 교육과정에 나타난 법과 정치 -1차 교육과정에서 2007개정 교육과정까지의

차 교육과정에서부터 본격적으로 달라진다. 이 시기의 사회과 교육과정은 “법교육 영역이 크게 확대·강화된 것”으로 평가받고 있는데,[247] 법교육은 주로 필수과목인 정치·경제 과목을 중심으로 이루어졌다. 해당 과목은 총 5개의 대단원으로 이루어졌고 이 중 헌법 교육과 일반 법교육이 개별 대단원에서 다루어졌는데 라드브루흐 법철학은 “국민과 법률생활” 대단원 가운데 “법의 의의”를 다룬 장에 서술되었다.[248] 해당 장에서는 법의 목적에 대해 법의 최고목적은 정의의 실현이라고 밝혔다.[249] 한편, 이는 박덕배가 『법철학개론』에서 밝힌 전후 라드브루흐 법철학의 법이념에 대한 이해 즉, “법이념에 삼종이 있더라도 합목적성과 법적안정성은 정의를 위해 봉사해야 한다”라는 것과 동일한 것이었다.[250]

박덕배가 1964년 『법철학개론』을 발표한 후 도입된 제3차 교육과정에서 라드브루흐의 법이념론이 고교 교과과정에 포함되었다는 것은 우리 법철학계의 자생적 학문 성과 내지 학문적 사상 조류가 일반 교육계로 퍼졌음을 단적으로 보여주는 사례이다. 이를 단순 추정으로 볼 수 없는 이유는 제3차 교육과정에서부터 종래 제2차 교육과정에서 나타나던 생활중심 교육 과정을 지양하고 학문 중심 교육 기조가 나타났으며, 사회과

분석-”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회(2010), 60면.). 이러한 제2차 교육과정의 근거법령인 문교부령 제121호(1963. 2. 15. 제정 공포)의 정치·경제 과목 편제에 관해서는 문교부, 초·중·고등학교 교육과정(1946~1981): 사회과·국사과, 문교부(1986), 329-331면 참조.

247) 전제철, “초중등 사회과 법교육에 대한 비판적 성찰”, 법교육연구 제5권 제2호, 한국법교육학회(2010), 140면.

248) 제3차 교육과정의 근거법령인 문교부령 제350호(1974. 12. 31. 제정 공포)의 정치·경제 과목 편제에 관해서는 문교부(1986), 앞의 책(주 246), 345-347면 참조.

249) 이규호 외 13인, 고등학교 사회 Ⅰ 수정 발행, 대한교과서주식회사(1988), 146면. 해당 교과서는 제4차 교육과정에 따른 것이다. 그렇지만, 제4차 교육과정의 사회 Ⅰ에서 법을 다루는 단원은 사실상 제3차 교육과정의 정치·경제 과목의 연장선에 있는 것이었으므로 양자에서 법의 의의를 다루는 부분은 동일하다고 보아도 무방하다(문교부, 연수자료 고등 학교 새 교육 과정 개요. 한국원호복지공단(1982), 65면 참조.).

특히 1988년 공포된 제5차 교육과정(고등학교)은 사회 Ⅰ이 다시 정치·경제 과목으로 되돌아간 모습을 확인할 수 있다. 이는 제3차 교육과정의 정치·경제와 제4차 교육과정의 사회 Ⅰ이 본질적으로 큰 차이가 없음을 보여주는 것이다(문교부, 고등 학교 사회과 교육 과정 해설, 문교부(1989), 103-104면 참조.).

250) 박덕배, 앞의 책(주 162), 170면.

는 이런 경향 변화를 가장 잘 반영하는 과목 중 하나였기 때문이다.[251] 학문 중심 교육 기조에 따라 제3차 교육과정부터 기본 개념 파악이 강조된 것에 맞춰 법학 분야에서 논의되던 다양한 개념을 반영한 것이다.[252] 즉, 이는 당시 학계가 라드브루흐 수용사에 있어 보여준 학문적 성과가 사회 구성원에게도 영향을 주고 있음을 보여주는 사례였다.[253] 이후에도 우리 고등학교의 사회과 교육에서 라드브루흐의 법이념론이 다루어졌는데 그 양과 질에 있어 오히려 확대되는 양상이 나타났다.[254] 이처럼 박

---

251) 문교부(1989), 앞의 책(주 249), 33면.

252) 이는 학문 중심 교육 과정에서 말하는 교육 과정의 개념을 보더라도 분명하다. 이에 따르면 교육과정은 각 학문에 내재된 구조화된 지식 체계이다(문교부, 문교부(1989), 앞의 책(주 249), 2면.). 즉, 법을 이해하기 위해선 법이 무엇인지에 대한 개념 정의가 필요했고 이에 대한 법학계의 "내재화·구조화된 지식 체계"로서 라드브루흐의 법이념론이 채택된 것이다.

학문 중심 교육 기조에 따라 교육과정에 라드브루흐의 법이념론이 채택되었다는 점은 1988년 제5차 교육과정에 있는 정치·경제 과목과 비교해 보더라도 분명하다. 1988년 제5차 교육과정 해설은 사회 Ⅰ이 정치·경제 과목으로 개편된 것은 1987년도에 강력히 추진된 경제 교육의 영향 때문이므로 제3차 교육과정의 기조와는 다르다고 한다(문교부(1989), 앞의 책(주 249), 33-34면.). 그런 이유 때문인지 제5차 교육과정에는 법의 이념에 대한 논의가 없다. 다시 말해 학문 중심 교육 기조에 따라 제3차 교육과정은 법을 이해하려면 그 기초개념으로서 법이념론에 대한 이해가 선행되어야 한다는 전제하에 라드브루흐 법철학이 교육과정에 반영되었으나 기조가 달라진 제5차 교육과정에서는 관련 내용이 사라진 것이다.

253) 이를 두고 윤재왕은 "라드브루흐 법철학은 어쩌면 학문분과로서의 '법철학'의 시작을 함께 했다고 말할 수도 있다. 심지어 고등학교 교과서에도 '법 이념의 세 요소'가 등장할 정도로 그의 법철학은 우리에게 강력한 영향력을 발휘하고 있다."라고 한다(Ulfrid Neumann, 앞의 책(주 10), 271면.).

254) 가령 제4차 교육과정까지는 "법의 의의" 장에서 간략하게 등장하던 법이념론이 제6차 교육과정에 들어선 "시민 생활과 법 이념"이라는 별도의 장에서 다루어졌다(교육부, 고등 학교 교육 과정(Ⅰ), 대한교과서 주식회사(1992), 142면.). 또한 전면개정 형태로는 마지막이었던 제7차 교육과정에서는 법교육 관련 과목이 "법과 사회"라는 별도 과목으로 구분되면서 법의 이념을 더욱 자세히 다루게 되었다. 법의 이념이 별도의 단원으로 구분되었으며 이에 대해 "정의, 합목적성, 법적 안정성 등으로 구성된다"라고 하여 라드브루흐의 법이념론을 전면에 내세웠다(교육부, 사회과 교육 과정 【별책 7】, 대한교과서주식회사(1997), 202면.).

이러한 제7차 교육과정은 교과서에서 "법이념 모두를 존중해 주는 가운데 법의 합목적성에 따라 정의를 실현해 나가면 동시에 법적 안정성을 유지해 나갈 수 있을 것"이

덕배는 1960년대 들어 우리의 라드브루흐 법철학 연구를 외국의 학설 그 자체를 넘는 자생적 학문 조류로 변용하여 정착시켰다. 또한 그것이 단순히 학계에만 머무르는 것을 넘어 사회 일반의 구성원들에게까지 직접적 영향을 끼치며 새로운 가치와 의미를 창출했다.

2. 독일 유학파의 성과: 국내 학계를 향한 새로운 자극

이렇듯 라드브루흐의 법철학 사조가 확산되던 시기 그에 대한 독창적 연구성과 역시 나타났다. 특히 라드브루흐 연구와 관련하여 1960년대에 제일 주목할 흐름은 독일 유학을 떠난 법철학자들이 라드브루흐를 주제로 삼았다는 점이다. 1960년대에 독일에서 라드브루흐를 주제로 박사학위를 받은 학자로는 권영백, 김지수, 정종욱을 꼽을 수 있었다. 권영백은 사물의 본성론에 대하여, 김지수는 라드브루흐의 문화철학에 관하여, 정종욱은 라드브루흐의 가치상대주의 법철학에 관하여 논문을 썼다.[255]

이는 각각 라드브루흐에게 있어 핵심적인 내용이었다는 점에서 세 사람을 통해 한국 법철학계에서 라드브루흐에 대한 한층 폭 넓고 깊이 있는 연구가 마련될 계기가 생겨났다. 따라서 이러한 연구를 통해 라드브루흐에 대한 단편적인 이해에서 벗어나 독일 신칸트철학에서 그가 갖는 함의를 이해하고, 라드브루흐 법철학 이론의 핵심에 대한 이해를 심화시킬 수 있게 되었다. 이와 같은 라드브루흐에 대한 한국 학자들의 관심은 독일에서도 큰 주목의 대상이 되었다. 이를 증명하듯 아르투어 카우프만은 극동 출신 철학자에게 라드브루흐가 주목의 대상이 된 이유를 분석한 별도의 논문을 발표했다. 여기서 그 이유로 라드브루흐의 중요한 방법론이나 사고의 근저에 깔린 전제가 극동 국가들의 문화적 특징과 연관을 맺

라고 하면서도 “법이념 간에 충돌이 발생하면. 궁극적으로는 정의의 원칙을 우선시해야 할 것이다”라는 형태로 구체화되었다(김범주 외 3인, 고등 학교 법과 사회, ㈜교학사(2002), 13면.). 이는 세가지 법이념 가운데 궁극적으로 정의를 우선시해야 한다고 하는 점에서 여전히 라드브루흐의 법이념론을 차용했다고 볼 수 있다. 다만, 종전 교육과정과의 차이는 정의, 합목적성, 법적 안정성이라는 세 가지 법의 이념이 어떤 상호작용을 하는 가를 더 자세히 설명했다는 점이다.

255) 김유근, 앞의 논문(주 150), 101-102면.

기 때문이라는 설명이 제시됐다.[256]

이처럼 국제적으로 반향을 일으켰던 1960년대 독일 유학파 출신 학자들의 연구는 한국의 라드브루흐 연구에 새로운 이정표를 제시했다. 그것은 바로 라드브루흐를 자료로 삼아 법학 내지 법철학에 대한 이해를 높이고자 했던 종래의 경향에서 한 발 나아가 라드브루흐의 이론 자체에 대한 세부적인 연구가 이루어졌다는 것이었다. 이 당시 김지수는 『新東亞』 1971년 1월호 부록에 라드브루흐의 일생을 소개했으며, 1975년에는 라드브루흐의 법철학에 대한 소개를 남기기도 했다. 이러한 사실은 1960년대를 기점으로 라드브루흐 자체에 대한 연구가 본격화 되었음을 시사한다.

물론 1960년대 대한민국의 국내학계에서 활발한 라드브루흐 연구가 이루어졌는지에 대해선 앞서 밝힌 바와 같이 의문의 여지가 있다. 하지만, 국제적인 차원의 라드브루흐 연구에서 한국인들이 중요한 역할을 담당했다는 점은 확실했다. 이는 특히 정종욱의 주요 연구에서 두드러졌다. 한스 벨첼(Hans Welzel) 교수의 제자였던 정종욱은 박사학위 논문부터 엄청난 주목을 받았다. 카우프만은 정종욱 교수 추모 논문집에서 1960년대 당시 3인의 독일 유학생의 박사논문 가운데 가장 우수했던 것은 정종욱이라고 평가했고,[257] 그의 논문에 대한 심사 성적은 최고점을 기록하며 독일 정부로부터 논문 출판비를 지원받기도 한 것이다.[258]

라드브루흐의 본고장에서 인정을 받은 정종욱은 한국-일본-중화민국(대만)-서독의 형법학 및 법철학계의 교류에도 진력했다.[259] 그의 사후

---

256) Arthur Kaufmann, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Berlin: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte(1970), S. 597, 최종고, 앞의 논문(주 9), 156면에서 재인용.

257) 아르투어 카우프만은 정종욱의 논문은 세 명의 한국인 학자들이 제출한 라드브루흐 관련 논문 가운데서도 학문적으로 가장 독창적이며, 지식적으로도 제일 갖추어진 것이라고 평가했다(Arthur Kaufmann, 앞의 논문(주 3), 115면; 김영환, 앞의 논문(주 3), 59면.).

258) 황산덕, 앞의 논문(주 101), 185면.

259) 정종욱은 특히 일본 법학계, 그 가운데서도 형법학의 국제화에 지대한 공헌을 한 학자로 알려져 있다. 이는 히토쓰바시 대학의 형법학 전공 교수였던 후쿠다 다이라(福田平)가 정종욱 교수의 추도문에서 “그는 우리 형법과 독일 형법과의 교류에 어느 의미에서는 우리 일본인 이상으로 진력한 학자라고 말할 수 있다”라고 말한 점에서도

한국, 독일, 중국, 일본에서 그에 대한 추모논문집이 발간된 것도 이런 연구 경력과 배경이 있었기에 가능했다.

한편 정종욱이 박사 논문을 취득한 이후에는 형법학 연구에 많은 관심을 가졌기 때문에 그의 라드브루흐 연구는 주로 박사학위 논문을 중심으로 살필 수밖에 없었다.[260] 그런데 해당 학위 논문은 라드브루흐의에 대하여 비판적이었던 벨첼의 영향을 받은 것이었다.[261] 스즈키 케이후(鈴木敬夫)는 해당 논문을 주제의 측면에서 ㉠ 라드브루흐의 방법이원론의 문제 ㉡ 상대주의의 한계의 문제, ㉢ 법철학적 효력론의 문제, ㉣ 자연주의 법철학으로의 전환에 이르기까지 다양한 주제로 나누어 소개하면서 이를 심재우나 중화민국의 林文雄과 비교하기도 했다.[262]

라드브루흐 연구사의 측면과 관련하여 여기서 주목할 점은 상기한 라드브루흐에 대한 정종욱의 분석이 일본에서 진행된 일련의 라드브루흐 논의와 굉장히 유사한 쟁점을 다루고 있었다는 점이다. 당시까지만 해도 한국에서는 라드브루흐의 법철학 이론을 다룬 책은 거의 번역도 되어 있지 않았고 일본과 달리 라드브루흐 법철학 이론 그 자체에 대한 논의도 많이 이루어지지 않은 상태였다. 즉, 1950년대까지만 하더라도 "라드브루흐 연구 사조"라는 측면에서 한국은 일본에 비해선 논의에 한계가 있었다. 그런데 독일 유학 출신 학자들을 통해 방법이원론의 한계, 상대주의 법철학의 문제, 자연주의 법철학으로의 이론적 전환과 같은 최신 논의의 흐름을 따라잡을 수 있었다. 그리고 이러한 진보가 극동 지역의 라드브루흐 관련 법철학·형법학계에서 큰 반향을 일으켰던 것이다.

물론 정종욱 추모 논문집에서 일본인 학자들 중 상당수가 형법학에 관한 교류 내용을 주로 술회한다.[263] 그럼에도 불구하고, 본고의 주제인

단적으로 드러난다(福田平, "鄭種昱教授逝去を悼む", ジュリスト 780号, 東京: 有斐閣(1982), 13면.). 법철학의 경우 전술했듯 박사학위 취득 시점부터 알고 지내던 여러 인사들과 교류를 나눈 바 있다.

260) 김영환, 앞의 논문(주 3), 58면.

261) 鈴木敬夫, "鄭鍾昱博士の法哲學小考 -H·WelzelとG·Radbruch-", 義堂 張庚鶴博士古稀記念論文集: 民法과 法學의 重要問題, 동국대학교출판부(1987), 698면.

262) 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 261), 698-706면 참조.

263) 이와 같은 형법학 분야의 한·일간 국제교류는 주로 1970년대 정종욱이 독일 막스플랑크 연구소의 연구원으로 재직할 당시 동양의 여러 문헌 수집에 노력하던 시기에

"라드브루흐 연구"에 관한 교류라는 측면에서도, 정종욱을 통해 한·일 양국의 법학계가 밀접한 교류를 펼치고 있었음이 확인된다. 이는 특히 1960년대부터 정종욱과 학문적 인연을 맺어온 학자들을 위주로 전개되었는데, 그 첫 번째 사례가 바로 미야자와 코이치(宮澤浩一)이다. 미야자와에 따르면 그는 라드브루흐의 미망인 리디아 여사, 그리고 토키와 토시타(常磐敏太)로부터 정종욱의 이름을 들은 바 있었다.[264]

흥미로운 사실은 "토키와 토시타(常磐敏太)"의 등장이다. 미야자와에 따르면 토키와는 리디아 여사로부터 정종욱에 대해 소개받는 과정에서도 등장하지만, 토키와가 직접 미야자와에게 정종욱에 대하여 이야기하기도 했다. 그런데, 토키와는 라드브루흐를 직접 사사한 몇 안되는 동양인 학자였으며, 그의 라드브루흐 연구는 제자 스즈키 케이후에게 이어져, 이후의 라드브루흐 연구에 있어 한·일 간 교류의 중요한 소통창구가 되었다. 즉, 토키와의 제자를 통해 "라드브루흐 연구"를 주제로 한·일 법학계의 교류가 이루어지기 전부터 이미 정종욱이라는 라드브루흐 연구자의 존재가 일본 학계의 주요 관련 연구자에게까지 알려졌던 것이다.

한편, 미야자와는 리디아 여사의 추천서, 학위논문을 보낸다는 취지로 정종욱이 작성한 편지, 그리고 그의 박사 학위 논문을 정종욱으로부터 받았다는 점을 회고하기도 했다.[265] 이처럼 1960년대 독일 유학파 박사 출신의 정종욱은 한국 - 독일-일본 내지 한·일의 연결 고리를 통해 한국 라드브루흐 연구의 지평을 동아시아 그리고 세계 무대로 넓혀갔다.

활발히 이루어졌다. 대표적으로 해당 추도 논집의 일본인 학자 기고편의 편집을 담당한 니시하라 하루오(西原春夫)나, "주관적 양심설" 논자로 잘 알려진 형사소송법 전공의 히라노 류이치(平野龍一)가 형법학에 관한 정종욱과의 교류에 대하여 상세한 회고를 남겼다(平野龍一, 앞의 논문(주 109), 207-208면; 西原春夫, 앞의 논문(주 109), 248-250면.

264) 미야자와는 당시의 경험을 이렇게 회고한다. "정씨의 이름을 처음 들은 것은 언제인가 생각해보지만 아무래도 정확히 모르겠다. 고 라드부르흐 부인(리디아 여사)으로부터 들은 것은 틀림없다. 리디아 여사가 토키와(常磐)와 당신에 이어 이번에는 한국의 젊은 학자가 남편의 저작에 몰두하게 되었다고 자랑스럽게 말씀하시는 것을 이상하게도 기억하고 있다. 말할 필요도 없이, 고 토키와 토시타(常磐敏太)로 부터도 듣기도 했다."(宮澤浩一, 앞의 논문(주 109), 240면.).

265) 宮澤浩一, 앞의 논문(주 109), 240면.

미야자와 외에 후쿠다 다이라(福田平), 가나자와 후미오(金澤文雄), 오노 헤이키치(大野平吉)가 정종욱의 라드브루흐 연구와 관련하여 교류한 바 있다. 이들은 정종욱의 라드브루흐론(論)을 "한스 벨첼"과의 연관관계에서 이해하고자 했다. 이처럼 "한스 벨첼"을 일종의 "프리즘"으로 삼아 정종욱의 라드브루흐 연구를 바라본 이유는 대체로 이들이 정종욱을 알게 된 경로와도 관계가 깊었다. 후쿠다는 한스 벨첼의 소개를 통해 정종욱을 알게 되었고,[266] 가나자와는 자신의 독일 유학 시절 밸첼 교수의 법철학 세미나에서 정종욱과 조우했으며,[267] 오노 역시 독일 유학 당시 벨첼의 소개로 정종욱을 알게 되었던 것이다.[268]

물론 정종욱에 대한 이들의 이와 같은 이해는 정종욱과의 개인적인 인연에서만 비롯한 것은 아니었다. 이들 각자가 벨첼이 1966년 일본을 방문하였을 당시 진행한 강연 내용을 『目的的行爲論の基礎(목적적행위론의 기초)』로 번역하는데 관여하였을 정도로 벨첼과 깊은 학문적 관계를 맺고 있었던 영향도 컸다.[269] 이처럼 라드브루흐의 직계제자 내지는 그로부터 직접적 영향을 받기 보다는, 그와 관련된 다른 독일 학자를 거쳐서 라드브루흐 연구에 나선 이들은 소위 "2세대 학자"라 부를만 했다.

이들은 한국과 일본을 라드브루흐 연구가 활발한 지역이라고 평가한 카우프만의 평가가 무색하지 않을 정도로 라드브루흐 사후 그와 관련하여 독일에서 등장한 여러 논의를 수용했다. 그리고 이를 반영하여 라드브루흐에 대한 이해의 폭을 넓히고자 했다. 이와 같은 1960년대 동아시아의 새로운 라드브루흐 연구의 조류에 적극적으로 관련된 한국인 학자 중 하나가 바로 정종욱이었다.[270]

---

266) 福田平, 앞의 논문(주 109), 218면.

267) 金澤文雄, 앞의 논문(주 109), 228면.

268) 大野平吉, 앞의 논문(주 109), 260면.

269) Hans Welzel, 目的的行爲論の基礎, 福田平編譯, 東京: 有斐閣(1967). 후쿠다에 따르면 이 책은 히라노가 가나자와와 오노의 도움을 받아 번역한 것이다(福田平, 앞의 논문(주 109), 218면.).

270) 정종욱의 라드브루흐 연구를 두고 이를 벨첼과 연관시켜 이해한 일본의 몇몇 학자들은 다음과 같이 평가했다. 가나자와는 정종욱의 이론이 라드브루흐의 상대주의로부터 탈각하여 벨첼의 '사물이론적구조'라고 하는 일종의 자연법론으로 전향했다는 평가를 제시했다(金澤文雄, 앞의 논문(주 109), 229면.).

이 외에, 스즈키도 정종욱의 라드브루흐 연구에 관하여 회고를 남겼다. 이 회고에서는 시계열 순으로 정종욱의 라드브루흐 관련 연구가 일본에 소개된 과정이 잘 담겨있다. 스즈키에 따르면 일본에서 최초로 한국인에 의한 라드브루후 연구가 소개된 것은 오노 히라키치(大野平吉)에 의해서였다.[271] 이후 스즈키는 토키와 토시타(常磐敏太), 하라 히데오(原秀男), 가나자와 후미오(金澤文雄)의 교시에 따라 벨첼의 관점에서 라드브루흐를 비판한 정종욱의 라드브루흐론(論)을 일역(日譯)하는데 주력했다. 1975년 가을에는 그 결과물을 가지고 막스플랑크 연구소에 있는 정종욱을 만나러 갔는데, 이와 같이 아시아에서 이루어진 라드브루흐 연구에 관한 자료는 정종욱으로서도 당시가 처음이었다고 한다.[272]

이러한 스즈키의 행보는 사실상 "3세대 학자"라고 평가할 수 있다. "2세대 학자"들은 독일의 새 연구 조류를 학습하고, 이를 바탕으로 동아시아에서 라드브루흐 연구에 대한 새로운 흐름을 형성하고자 했다. 그런데 이러한 2세대 연구의 가장 큰 한계는 바로 언어장벽이었다.[273] 독일어로 진행된 연구가 대부분이었던 탓에 그 연구 내용이 개별 국가의 학계에

정종욱의 완성된 학위논문이 발표된 그 다음해에 이에 대한 소개를 발표한 오노는 가나자와보다 한층 세분화된 분석을 제시했다. 이 분석에 따르면 정종욱의 라드브루흐 연구에서 한스 벨첼의 흔적을 발견할 수 있는 부분은 크게 두 가지이다. 하나는, "실재와 가치의 관계에 관한 문제"로 정종욱은 이에 대하여 서남독일 학파의 가치철학에서의 실재의 개념도 실증주의와 같은 확신 그 자체라는 답을 제시하는데 오노는 이러한 답은 벨첼의 『형법에서의 자연주의와 가치철학*(Naturalismus und wrtphilosophie im Strafrecht)*』와 완전히 동일한 이해라고 평가한다. 두 번째는 법을 가치관계적인 사실적인 현실의 질서라고 보는 것 사이에는, 그 문화철학적인 방법삼원론과 법에 있어서의 목적론적·가치관계적 개념구성의 의의가 있다는 라드브루흐의 주장에 관한 것이다. 이를 두고 정종욱은 법개념의 구성에 있어 대상의 존재구조를 고려하지 않은 것이 라드브루흐의 결정적인 잘못이라고 평가한다. 오노는 이와 같은 정종욱의 비판의 기초에는 벨첼의 실체이론적 구조의 사상이 있다고 평가한다(大野平吉, 앞의 논문(주 109), 261면.).

271) 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 109), 270면.

272) 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 109), 271면.

273) 독일 유학파를 중심으로 1960년대 활발하게 진행된 라드브루흐 연구가 "언어장벽"으로 인하여 지역 사회 학계에 착근하는 데 어려움을 겪었으며, 양국 간 학계의 소통에서도 한계가 있었다는 점에 대해선 한국의 경우 최종고, 앞의 논문(주 9), 156면 참조; 일본의 경우에는 福田平, 앞의 논문(주 109), 219면 참조.

충분히 착근하지 못했던 것이다. 바로 이런 간극을 일본에서는 스즈키가 한국에서는 최종고 같은 학자들이 메워갔다. 이처럼 1960년대 동아시아의 법학계, 그 가운데서도 특히 한국과 일본 학계는 독일 학계에서 쌓은 다양한 인적 연결고리를 동력으로 삼아 상호 간의 학문적 교류를 거쳐 라드브루흐에 대한 새로운 연구를 활발하게 생산해나갔다.

3. 학계의 국제화에 따른 진일보

이와 같이 해외 유학파 학자들이 다수 등장하고 이들을 통해 국내의 라드브루흐 연구의 질적 수준과 다양성이 높아지면서 1960년대 이후 우리 학계의 라드브루흐 연구는 한국을 넘어 세계로 뻗어나갔다. 특히 한국을 포함한 극동 지역의 몇몇 국가들 사이에서 라드브루흐 연구에 대한 논의가 활발했다. 카우프만 역시 이러한 움직임에 주목하였고 그는 정종욱 교수의 추모논문집에서 이러한 흐름을 다음과 같이 평가한다.

> "동아시아 법학, 아마도 주로 법철학에서 라드브루흐의 영향은 이미 사람들이 이곳(독일)에서 라드브루흐에 관하여 전혀 이야기하지 않을 때부터 대단히 컸다. 이 영향은 그의 죽음 후에 적어진 것이 아니라 오히려 더욱 커졌다. 이것은 누구든 일본, 한국, 대만을 방문해 본 이라면 확인해 줄 수 있을 것이다. 세 국가에서 구스타프 라드브루흐만큼 잘 알려진 독일인 학자는 찾기 어려울 것이다.
>
> 이것은 우연이 아니다. 라드브루흐가 동아시아-특히 일본과 한국의-법문화에 큰 영향력을 미쳤다는 것은 한편으로는, 라드브루흐의 성격 및 법철학과 동아시아 사람들의 사고와 사고방식 사이의 상호적인 관련성에 있는 것 같다. 한국인과 일본인이 라드브루흐만큼이나 이해를 잘 하는 사람은 없다."[274]

여기서 주목할 점은 라드브루흐 사후, 극동 지역 중에서도 특히 한국과

274) Arthur Kaufmann, 앞의 논문(주 3), 112면; 김영환, 앞의 논문(주 3) 44면 참조.,

일본에서 라드브루흐 연구가 활발히 이루어졌다는 점이다. 독일보다도 한국과 일본에서 라드브루흐에 대한 관심이 더 컸으며, 1960년대 들어 한국의 라드브루흐 연구 수준이 비약적으로 성장하게 되면서 양국 학자들 사이에 교류도 당연히 늘어나게 됐다. 이러한 국면에서 대표적으로 등장한 이가 바로 정종욱, 스즈키 케이후(鈴木敬夫), 최종고였다.

스즈키는 라드브루흐의 제자였던 토키와가 히토츠바시 대학(一橋大學)에서 추방당한 이후 교수로 부임한 센슈 대학(專修大學)에서 가르친 제자였다. 앞서 토키와를 언급하며 그는 전후 "제국주의자"라는 낙인이 찍힌 탓에 전후 그의 영향을 받아 일본에서 라드브루흐 연구에 나선 이는 찾아보기 어려웠다고 설명했다. 스즈키는 바로 토키와의 영향을 받아 라드브루흐 연구에 나서게 된 얼마 되지 않는 학자 중 하나였다.

그는 라드브루흐의 여러 논문을 번역하며 일본 내의 라드브루흐 연구 활성를 위한 다양한 연구 자료를 제공했다. 그뿐만 아니라, 한국 내의 라드브루흐 연구 학자와도 여러 방면으로 교류를 펼쳤다. 그는 장경학의 화갑기념 논문집에서 자신의 스승인 토키와 토시타에 대한 글을 게재하며 토키와가 라드브루흐의 제자로서 어떤 역할을 수행했는지를 상세히 소개했다.[275] 특히 그는 라드브루흐가 교수에서 해직되던 마지막 순간에 옆에 있던 사람이 토키와라는 점을 강조했다. 이는 라드브루흐를 직접 사사한 경험은 없었던 당시 한국의 라드브루흐 연구자들에게 라드브루흐의 일생을 소개했다는 점에서 의의가 있었다. 라드브루흐의 연구도 결국 그의 인생에 대한 이해 없이 논의하기에는 한계가 있는 만큼 실제 사례를 교류하며 연구의 엄밀성과 폭을 동시에 넓혀가고자 했다.

이와 같은 해외 교류의 물꼬를 튼 사람이 바로 정종욱이었다. 정종욱은 독일로 다시 돌아간 이후 막스플랑크 연구소에서 중국, 일본, 한국을 포괄하는 극동법 연구를 담당했다. 이를 통해 삼국의 다양한 학자들과 만나 교류할 수 있었다. 이때 정종욱의 연구는 자신이 연구소에서 담당한 역할과 교수자격 논문의 주제 등으로 인하여 다소간 형법 분야에 집중되었으므로 라드브루흐 관련 연구는 다소 줄어든 것도 사실이었다.[276]

---

275) 鈴木敬夫, 앞의 논문(주 50), 386-408면 참조.
276) 최종고, 앞의 책(주 109), 659-661면.

그러나, 그는 라드브루흐 연구에 대하여 꾸준히 세계의 여러 학자들과 교류를 진행했다. 이 가운데는 후일 한국과 일본에서 라드브루흐 연구를 주도한 최종고, 스즈키와 함께한 것도 있었다. 이들은 1970년대 독일 프라이부르그에서 주말마다 만나는 소위 "주말세미나"를 진행하며 라드브루흐 연구에 대한 이야기를 나누었다.[277] 1960년대 새로운 라드브루흐 연구의 획을 그은 정종욱은 한국에서 라드브루흐 연구가 더욱 발전할 수 있는 단초를 제공했던 것이다.

이러한 외국학계와의 교류는 이후 우리나라의 라드브루흐 연구 발전에 큰 영향을 주었다. 이는 스즈키와 최종고의 교류 과정에서도 알 수 있다. 최종고는 1975년 한국에서 처음으로 법철학에 대한 라드브루흐의 주저(主著)인 『법철학(*Rechtsphilosophie*)』을 번역하고, 라드브루흐에 대한 연구를 집대성한 『G. 라드브르후 연구』를 발간하는 등 한국의 대표적인 라드브루흐 연구자였다. 그런 그의 연구 과정에서 해외학계의 동향을 파악하는데 스즈키와의 교류가 상당히 큰 역할을 했다.[278]

실제로 최종고는 1970년대 스즈키와 동행하여 독일에서 김지수의 지도교수였던 에릭 볼프(Erik Wolf)를 만나 라드브루흐 연구를 주제로 대화를 나누었다. 또한 이 때의 대화를 계기로 두 학자는 한일법학교류 활성화를 위해 노력했고 이는 "한일법문화 비교연구회"라는 성과로 이어지기도 했다.[279] 이처럼 한국의 1960년대 라드브루흐 연구는 극동 지역의 다

정종욱이 독일 복귀 이후 출간한 10개의 논문 가운데 라드브루흐의 법철학을 주제로 한 논문은 없고 대부분이 형법에 관한 것이었다(정종욱 박사 유고집간행위원회, 앞의 책(주 103), 목차 참조.).

277) 최종고, "體驗的 韓國法學史", 법사학연구 제24호, 한국법사학회(2001), 255면.

278) 예를 들어 최종고가 한국과 일본의 라드브루흐 법철학 수용과정을 비교한 논문에서 일본의 수용사를 설명한 부분은 상당 부분이 하라 히데오의 "新カント學派"라는 논문을 참고한 것이었다(최종고, 앞의 논문(주 9), 142-150면; 原秀男, 앞의 논문(주 5), 284-299면 참조.). 해당 논문이 수록된 저서는 최종고가 기증하여 현재 서울법대 법학도서관이 소장하고 있다. 그런데 해당 책의 맨 첫 장에는 이를 최종고 교수에게 선물한다는 스즈키 케이후의 친필 편지가 담겨있다. 이는 극동지역의 라드브루흐 관련 연구자들이 활발한 교류를 통해 연구 지평을 확장해가고 있었음을 보여주는 대표적인 사례일 것이다.

279) 최종고, "G. 라드브루흐와 韓國法哲學", 之岸 김지수 교수 정년기념논문집, 법률출판사(2003), 275면.

른 나라들과 어느 정도 어깨를 나란히 할 수준까지 발전하게 되면서 활발한 교류의 기회를 얻었고 이를 통해 새로운 발전의 기회도 얻어 갔다.

제 4 절 수용·자생·유학의 三重奏

1. 1950년대: 일본 법학계로부터의 분화

해방 직후 우리의 상법학계가 라드브루흐를 한국 법철학계 내부로 들여오는 데 지대한 역할을 담당했으며, 이는 ① 연구 인력 부족이라는 현실적인 이유, ② 법철학과 상법학의 세계보편성, ③ 1950년대 한국의 라드브루흐 연구를 주도한 서돈각과 정희철이 일본 학계로부터 영향을 받은 결과에 따른 것이라는 점은 이미 밝힌 바 있다.

이를 해명하기 위해 본고는 먼저 우리 상법학계의 라드브루흐 수용사가 하나의 통합된 갈래는 아니었음에 주목하였다. 서돈각 중심의 일본 유학파가 라드브루흐 "법철학"에 주목한 반면 정희철 중심의 경성제대 출신 국내파는 대체로 라드브루흐 "법학"에 집중했다. 전자의 경우에는 라드브루흐의 "법철학" 연구서를 번역하는 등 사실상 상법학자가 아닌 법철학자의 입장에서 라드브루흐를 연구했다. 특히 서돈각은 경도제대 재학 시절 가토 신페이로부터 받은 영향을 바탕으로 라드브루흐의 "가치상대주의 법철학"에 큰 관심을 가졌다.[280]

반면 후자는 상법학자로서의 실천적 관점에서 라드브루흐를 바라보았다. 이들에게 라드브루흐는 "법철학자"라기 보다 "법학자"였다. 그들은 경제생활의 변화에 따라 필연적으로 변화할 수밖에 없는 사법(私法)을 공부하는 상법학자 답게 라드브루흐의 연구 가운데서도 관련 분야에 집중했다. 이들은 언제나 자본주의 경제질서의 변화와 이에 따른 사법의 변화 사이의 논리 필연성을 해명해야했고 경성제대의 상법학 교수였던 니시하라 그리고 그의 제자 정희철은 그 단초를 라드브루흐에게서 찾고 있었다. 요컨대, 라드브루흐란 존재는 서돈각에게는 "법철학"의 출발점이

280) 최종고, 앞의 책(주 109), 424면.

었고, 정희철에게는 “근대법학”의 출발점이았다.

이처럼 해방 이후 우리 학계에서 나타난 라드브루흐 법철학의 수용 양상은 결코 단순하지 않았다. 그것은 오히려 각자 놓인 상황에서의 깊은 고민을 바탕으로 한 것이었다. 앞선 법학 자료의 필요성의 문제와 연관시켜 보자면 수많은 “법학자” 가운데 누가 우리 법학의 기초자료로 삼기에 적절한지에 대한 고민이 있었다. 즉, 외국 이론의 도입과 수용이라는 맥락에서 볼 때, 1950년대는 “원전의 충실한 번역 및 소개”와 이에 대한 “비판과 수용”의 과정이 동시다발적으로 이루어졌다. 번역과 소개를 할 원전을 고르는 과정에서 “비판적 수용”이 이루어졌고 그 결과, 민주주의의 문제, 경제생활과 법의 관련성의 문제 등 법과 인간생활 전반의 문제를 다루는 라드브루흐가 선택된 것이다.

2. 1960년대: 연구 범위의 확대 및 수준의 상승

한편 1960년대 이후 라드브루흐 연구는 1950년대에 뿌린 연구의 씨앗을 거두어들이는 것이라고 평가할 수 있다. 국내의 연구경향을 보자면, 1950년대 한국에서 번역된 『법철학입문』 등의 영향을 받은 박덕배 교수가 라드브루흐에 대한 일반론적인 기초를 활발히 소개했다. 이제 라드브루흐는 단순한 “수용”의 대상을 넘어 우리 학계에 내재화 되어갔다.

그런데 박덕배의 수용 방식은 라드브루흐 법철학을 사회교육학의 관점에서 접근한 것이라는 점에서 기존의 법철학적 논의와는 완전히 구분되었다. 이는 우리 학계만의 독자적인 접근방식이라고 할 만했다. 카우프만의 평가처럼 라드브루흐의 인격 및 법철학과 한국 국민의 성향과 사유 사이에 상호 관련성이 있었고 그것이 라드브루흐의 법이념론이 우리 고등학교 교육에 반영되는 계기가 되었을지도 모른다. 어쨌든, 박덕배의 연구를 계기로 라드브루흐의 법이념론을 고교 교육에 도입하게 되면서, 라드브루흐는 단순히 법조, 법학계를 넘어 우리 국민 전체의 법인식 내지 문화에까지 영향을 끼치기에 이르렀다.

한편 이와 같은 독창적인 자생 연구가 이루어지는 동시에, 라드브루흐

연구의 수준을 한층 끌어올리기 위한 움직임도 함께 나타났다. 이는 독일 유학길에 올랐던 세 명의 한국인 학자가 모두 라드브루흐를 주제로 박사학위 논문을 작성한 것을 통해 본격화되었다. 이들의 연구는 독일 내에서도 엄청난 반향을 일으켰을 뿐 아니라 우리의 라드브루흐 연구 수준이 극동 지역 다른 국가들의 그것과 어깨를 나란히 할 수 있도록 했다. 또한 이를 통해 우리 학계의 라드브루흐 연구는 극동의 다른 국가들과도 활발한 교류를 이어가며 연구의 폭과 수준을 한 층 넓힐 수 있었다. 그리고 1950년대 연구가 1960년대 연구의 씨앗이 되었던 것처럼 1960년대의 이와 같은 활발한 연구 경향 역시 후일 우리의 라드브루흐 연구가 지속적으로 발전하는데 자양분이 되어 주기도 했다.

1960년대 독일유학파의 활동을 계기로 성장한 우리의 라드브루흐 연구가 우리 학계에 라드브루흐가 뿌리내릴 공간을 마련해 준 것은 크게 두 가지 방향이었다. 하나는 우리 연구가 기존의 국제적 수준에 미치지 못하던 한계를 일정 부분 따라잡았다는 것이다. 1950년대까지만 하더라도 우리 법학계는 라드브루흐 연구의 본산이라고 할 수 있는 독일과 직접적인 학문적 연결고리를 맺지 못하고 있었다. 당시 우리 법학계가 전체적으로 국제적 수준에 미치기에 한계가 있었다는 현실을 굳이 고려하지 않더라도 독일 학자인 라드브루흐를 연구함에 있어 독일 학계와 직접 교류가 어렵다는 것은 그 사실 자체로 큰 약점일 수밖에 없었다. 그런데 독일 유학파는 바로 이런 점을 해결해 주었다. 드디어 번역을 통한 한발 늦은 연구에서 벗어나 연구 흐름의 최선단에 가까워질 수 있었다.

다른 하나는 극동 지역을 중심으로 활발한 국제교류의 장이 열렸다는 점이다. 사실 이는 라드브루흐를 주제로 독일 학계와의 교류가 활성화되었다는 사실과 맥을 같이한다. 1960년대 독일 유학자들을 통해 적어도 라드브루흐 법철학에 대한 논의에 있어서만큼은 우리 법학계가 일본과 어깨를 나란히 하며 대등한 토의의 상대방이 되었다.

이를 통해 우리는 일방적으로 일본의 것을 수용할 때 보다 훨씬 많은 연구성과를 획득할 수 있었다. 이에 더해 1960년대부터 라드브루흐 법철학을 둘러싸고 국제적 학술 교류의 장이 확대됨으로써 1970년대 이후 한

국 학계에서 최종고 등의 학자들을 중심으로 활발한 라드브루흐 연구 성과가 꽃 필 수 있는 토대가 생겨났다.

3. 학계 전반 연구 경향의 압축판인 라드브루흐 연구사

이처럼 해방 이전부터 1960년대에 이르기까지 라드브루흐에 대한 일련의 연구는 법학계 뿐만 아니라 우리 학계 전반의 연구 경향의 압축판이라고 표현할 만했다. 해방 직후인 1950년대에는 일본의 학문경향을 직접 수용하거나, 경성제대의 일본인 교수로부터 영향을 받은 학자들이 연구의 1세대로서 활발한 번역 연구를 진행했다. 이들은 법학의 기초가 부족했던 우리 실정에서 자료 제공의 목적을 달성하기 위해 번역에 나섰지만 이때의 번역은 단순한 소개가 아닌 우리 학자들 나름의 해석을 가미한 재해석에 가까웠다. 이들은 라드브루흐의 여러 저서 가운데서 각자가 추구하는 학문적 입장에 맞는 책을 번역 및 소개하였다.

한편, 이러한 우리의 라드브루흐 연구사는 일본의 그것과 비슷한 것이기도 했다. 일본에서도 라드브루흐는 “번역”을 통해 처음 소개되었다. 그 이후 단순한 번역을 넘어 그것에 대한 이해를 고도화하려는 자국 내의 논의가 진행되었다. 그리고 다른 한 축에서는 “번역에 따른 섭취”에 한계를 느끼고 유학을 통해 직접 그 이론의 맥락을 이해하려는 움직임도 발생했다. 이러한 다양한 학문적 움직임은 여러 상호작용을 일으켰고 그 결과 1960년대 동경대에서 라드브루흐 저작집을 발간하는 성과로 이어진 것이다. 어쩌면 이러한 경향은 서양 이론을 수용하는 많은 동아시아 국가들이 겪는 통과의례로 볼 수도 있다. 우리의 라드브루흐 연구 역시 그러한 통과의례를 거쳐 오늘날 확고한 토대를 갖추기에 이르렀다.

제 6 장 결 론

본고가 라드브루흐와 켈젠에 대한 연구사를 함께 주목한 이유는 양자가 신칸트주의 학파의 일원으로서 공통점을 갖지만 동시에 그 한계에 대해선 각기 다른 대응을 보여주기 때문이다. 특히 두 학자는 규범과 실재의 문제 사이에 존재하는 법을 어떻게 다루어야 하는지를 두고 전혀 다른 길을 걷게 된다. 켈젠이 규범은 "존재"하는 것으로 보고 법학의 역할을 존재하는 것 사이의 논리적 관계를 밝히는 것으로 국한시킨 반면, 라드브루흐는 법학은 규범 그 자체의 당부에 대해서도 다룰 수 있는 것이라 보며 대상과 방법의 문제를 혼합시켰다. 이처럼 유사한 갈래에서 시작했지만 서로 다른 결론을 향해 나아갔던 만큼 양자의 이런 차이는 멀리 떨어진 극동 지역에 위치한 한국과 일본 연구자들의 관심사를 자극했다.

한편 본고가 한국의 켈젠, 라드브루흐 수용사를 핵심 주제로 삼으며 해방 이전부터 1960년대라는 시기 구분을 채택하고 일본 법철학계의 영향에 주목한 이유는 경성제대를 통한 우리의 근대 학문 수용사와 깊은 관련을 맺는다. 한반도의 법철학계가 켈젠과 라드브루흐라는 두 거물을 만나는데 경성제대의 영향을 빼놓을 수는 없다. 이는 사실상 절대적이라고 평가할 수 있을 정도였다. 이러한 영향은 해방 이후에도 지속되었다.

해방 이후 학계를 주도한 이들이 경성제대 출신이었으니 이는 어쩌면 명약관화한 일이었다. 1960년대는 바로 이런 해방 이전부터의 흐름이 옅어져 가지만 아직은 완연하게 남아있는 변화의 문턱이었다. 즉, 경성제대를 통해 우리 법철학계의 켈젠, 라드브루흐 수용사에 영향을 미쳤던 일본 법철학계의 학문적 조류가 남아있지만 동시에 변화의 단초가 나타난 시대였던 것이다. 이처럼 특정 시기 한국의 켈젠, 라드브루흐 수용사를 일본 법철학계의 동향과 비교하는 것은 비교 사상사적으로도 우리 지성사의 흐름을 포착하게 한다는 점에서 유의미했다.

라드브루흐와 켈젠에 대한 양국 법철학계의 연구사는 비록 그 내용적인 부분에서는 차이가 있었을지라도 그 흐름만큼은 유사했다. "번역을 통한 소개"에서 시작하여 "자생적인 논의"를 거쳐 "해외 유학을 통한 직수입"

이 바로 그것이었다. 이는 어쩌면 동아시아 국가들이 해외의 유수 이론을 받아들이는 아주 일반적인 방식이기도 했다.

일본의 켈젠 수용사는 대체로 켈젠을 신칸트학파의 일원이라고 이해하는 것을 전제로 한다. 그 전제 하에서 켈젠의 법철학 방법론에 관심이 집중되었다. 이러한 경향을 이해하기 위해선 명치유신 이후부터 2차 대전 이전까지 해외 학문에 대한 일본 법학계의 관심은 대체로 자신들의 실정에 필요한 "복제적 수용"에 집중되어 있었음을 이해해야 했다.

명치 유신을 거치며 본격적인 근대화의 길에 들어선 일본이었지만, 근대적인 법에 대해선 생활이나 연구의 양 측면 모두에서 근대 시민사회의 인식 기반을 갖추지는 못한 상태였다. 그런 상황에서 서구 근대 문명을 받아들이기 위해선 그들의 인식기반인 "개인"에 대한 이해가 필요했고 신칸트주의는 이 점에서 중요한 역할을 했다. 바로 이런 점에서 켈젠의 순수법학 그 가운데서도 특히 비판적 법철학 방법론은 법학의 논리적, 과학적 측면을 강조했다. 이를 통해 일본의 학자들은 어떻게 근대적인 법률 체계가 갖추어지는가를 이해할 수 있었다.

물론 법에 대한 켈젠의 이런 이해는 지나치게 도식적이라는 비판이 일본 내에서도 제기되었고 이러한 비판은 라드브루흐에 대한 관심으로 이어졌다. 특히 일본에서 라드브루흐는 전쟁 시기와 전쟁 이후 시기를 거쳐 일본의 현지 상황과 연계되며 훨씬 많은 주목을 받았다. 요컨대, 켈젠의 순수법학이 명치유신 직후 일본 법 체계와 법학계의 기초를 닦는 역할을 많이 담당했다면, 라드브루흐의 법철학은 그 이후 일본이 근대적 민주주의 국가로 자리 잡는 과정에서 주로 논의되었다.

1930년대 후반부터 사상 탄압이 활발해진 시기에는 라드브루흐의 개인사와 그가 주장한 가치 상대주의가 큰 주목을 받았다. 한편 전후에는 민주주의 국가 일본을 재건하기 위해 라드브루흐 법철학이 어떤 의미를 갖는지가 문제되었다. 이런 흐름에 맞추어 라드브루흐 법철학에 대한 다양한 해석론이 제기되기도 했다. 이처럼 일본의 켈젠·라드브루흐 연구사는 소개를 통한 학습의 과정을 거쳐 종국에는 자신들의 맥락에 맞는 내재화의 과정으로 나아갔던 것이다.

이러한 흐름은 한국에서도 유사했다. 물론 우리의 초기 연구는 시대적 제약으로 인해 일본 법학의 그늘 아래에서 시작할 수밖에 없었다. 해방 직후 법철학계의 연구가 켈젠에 대한 연구에 집중되었다는 점도 이를 방증한다. 그러나, 우리 법학계는 자기 나름의 독창성을 유지하기 위해 부단히 노력했다. 켈젠 연구사에서 오다카의 영향은 도저히 부인할 수 없다. 오다카의 제자인 유진오, 이항녕, 황산덕이 다들 켈젠 "비판"에 앞장섰다는 점도 이를 단적으로 보여준다.

그러나 그 비판 논리의 구성에 있어서 세 사람은 각기 스승 오다카와는 다른 자세를 취했다. 오다카의 켈젠 비판 연구가 해방 이전 후설의 현상학에 대한 관심에서 해방 이후 라드브루흐 및 영미의 경험주의 법철학으로 옮겨갔던 것과 달리 세 명은 각기 옐리네크의 사실의 규범력 이론에 대해서 "사실"의 의미에 변주를 가하거나(유진오), 동양의 철학자 및 역사적 사실에 대한 분석을 통해 "존재"의 의미에 대해 반박하거나(이항녕), 최신 자연과학 이론을 새로 학습하여 존재론을 반박하는 모습을 보였다(황산덕). 황산덕이 다짐했듯 해방 이후 켈젠 연구사는 일본 법학 극복의 한 단면을 보여주는 것이었다.

한편 해방 직후까지 한국 법철학계에는 오다카의 장막이 드리워져 있었으며, 절대적인 연구인력의 부족으로 인해 라드브루흐 연구는 잘 이루어지지 못했다. 이 공백을 상법학자들이 채웠다. 이들 가운데 정희철 등 경성제대에서 상법을 전공한 이들은 스승 니시하라로부터의 영향에 따라 라드브루흐의 다양한 법학 이론 가운데서도 "법학 개론" 내지 "원론"의 성격에 집중했다. 특히 이들은 라드브루흐의 "근대법"에 대한 입장에 큰 관심을 보이며 그가 근대법의 대상을 "상인"으로 규정한 것에 주목했다. 이들은 상법이 경제계의 변화에 발맞춰 빠르게 변화해야 한다고 보았는데 이를 근대법에 대한 라드브루흐의 이론과 연계시켜 정당화하고자 하였다. 이런 입장은 정희철이 자신의 번역 초본에서 와가즈마를 언급하고, 『法學入門』을 번역의 대상으로 선택한 것에서 상징적으로 드러났다.

반면 일본 유학파였던 서돈각 등은 일본 현지에서 이루어졌던 라드브루흐 연구에 나름 사정이 밝은 편이었다. 특히 서돈각은 가토의 영향을 받

으며 직접적으로 라드브루흐 법철학에 깊은 관심을 가졌다. 서돈각이 가토의 영향을 많이 받았다는 것은 라드브루흐 법철학의 문제를 “민주주의”의 문제와 연관시켜 다루었던 점에서도 드러났다.

1950년대의 연구성과를 발판으로 1960년대 우리의 라드브루흐 연구는 한 층 진일보한 모습을 보였다. 물론 여전히 부족한 점이 있었지만 국내외적으로 라드브루흐 연구의 저변이 넓어졌다는 점이 크게 주목할 만했다. 이 시기 박덕배가 국내 교육계 전반에 라드브루흐를 보급하는 역할을 담당했다면, 학계에서는 독일 유학파를 중심으로 라드브루흐 연구에 대한 획기적 수준의 발전이 이루어졌다. 이런 흐름은 이중주라고 평가할 수 있다. 다만 해외 유학파 학자들의 연구성과가 국내에 즉각적으로 잘 정착되었는지에는 의문의 여지가 있었다.

그럼에도 불구하고, 이들의 연구는 분명 한국의 라드브루흐 연구 수준이 극동 지역의 다른 국가 특히 일본과 어깨를 나란히 할 수준에 도달케 하는데 많은 역할을 했다. 세 명의 독일 유학자 가운데 특히 정종욱은 나중에 독일로 귀화하고 그곳에 머무르면서 한국-일본-중국 사이의 연구 교류에 힘썼다. 이러한 1960년대의 새로운 조류는 1970-1980년대로 이어지며 라드브루흐 연구가 만개하는데 결정적인 역할을 했다.

이처럼 우리 법철학계가 신칸트학파의 연장선 어디쯤에 놓여있을 켈젠과 라드브루흐를 연구한 과정은 일본 법학의 영향에서 시작했음은 분명했다. 그러나 해방 이전부터 1960년대까지 이 분야에서 나타난 우리의 연구사는 일본의 영향을 벗어나 우리의 노력이 불러일으킨 “연쇄작용”의 결과라 평가할 만했다. 해당 분야에 투신한 연구자들은 각자 자기 나름의 방식으로 이를 극복하고자 했고 그것은 1960년대 들어 학문의 실제 현장으로부터의 직접수용이라는 단계까지 한층 진일보했다. 그리고 1960년대의 성과는 다시 우리 학계에 국제 교류의 활성화라는 전에 없던 새로운 연구 환경을 제공해 주었다. 이는 이후의 라드브루흐 연구에 대한 서광을 비추며 새로운 연구 성과의 초석이 되어주기도 했다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

교육부, 고등 학교 교육 과정(Ⅰ), 대한교과서 주식회사(1992)

_____, 사회과 교육 과정 【별책 7】, 대한교과서주식회사(1997)

김범주 외 3인, 고등 학교 법과 사회, ㈜ 교학사(2002)

김철, 한국법학의 반성, 한국학술정보(주)(2009)

루돌프 스멘트, 국가와 헌법, 김승조 譯, 교육과학사(1994)

문교부, 고등학교 및 사범학교 교과과정, 문교부(1955)

_____, 연수자료 고등 학교 새 교육 과정 개요. 한국원호복지공단(1982)

_____, 초·중·고등학교 교육과정(1946~1981): 사회과·국사과, 문교부(1986)

_____, 고등 학교 사회과 교육 과정 해설, 문교부(1989)

박덕배, 法哲學槪論 七版, 文泉社(1975)

박훈, 메이지 유신과 사대부적 정치문화, 서울대학교 출판문화원(2019)

서울대학교 사회학과 60년 편집위원회, 다시 출발선에 서서 - 동문들이 쓰는 사회학과 60년 - , 선인(2006)

유진오, 憲法의 基礎理論 第四版, 一潮閣(1956)

_____, 養虎記, 고려대학교 출판부(1977)

유혁수·권철·강광문 편, 일본법강의, 박영사(2021)

오세혁, 법철학사, 세창출판사(2012)

이규호 외 13인, 고등학교 사회 Ⅰ 수정 발행, 대한교과서주식회사(1988)

이영록, 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주)(2006)

이항녕, 改訂 法哲學槪論, 고려대학교출판부(1965)

之岸 김지수 교수 정년기념 논문집 간행위원회 편, 之岸 김지수 교수 정년기념 논문집, 법률출판사(2003)

정근식·정진성·박명규·정준영·조정우·김미정, 식민권력과 근대지식: 경성

제국대학연구, 서울대학교출판문화원(2011)
정종욱 박사 유고집간행위원회, 韓獨法學論巧, 서울대학교 법과대학(1983)
정종현, 제국대학의 조센징 - 대한민국 엘리트의 기원, 그들은 돌아와서 무엇을 하였나?, ㈜ 휴머니스트(2019)
정희철, 企業法의 發展, 박영사(1979)
_____, 企業法의 行方, 박영사(1991)
최종고, 韓國法學史, 박영사(1990)
_____, G. 라드브루흐 연구, 박영사(1995)
_____, 법과 윤리 증보신판, 경세원(2000)
_____, 韓國法思想史 全訂新版, 서울대학교 출판부(2001)
_____, 한국의 법학자 개정판, 서울대학교출판부(2007)
최태영, 法哲學-西洋法哲學의 歷史的 背景, 숙명여자대학교출판부(1977)
한스 켈젠, 統合으로서의 國家-하나의 원리적 대결-, 金孝全 譯, 法文社(1994)
황산덕, 法哲學序說, 陽文社(1955)
_____, 新稿法哲學, 德壽出版社(1956)
_____, 法哲學入門, 博英社(1964)
_____, 翠玄黃山德博士遺稿集: 法과 社會와 國家, 邦文社(1991)
丸山眞男, 일본정치사상사연구, 김석근 譯, 통나무(1995)
Kelsen, Hans, 純粹法學 第3版, 황산덕 譯, 陽文社(1955)
Neumann, Ulfrid, 구스타프 라드브루흐 - 법철학자, 정치가, 형법개혁가, 윤재왕 譯, 박영사(2017)
Radbruch, Gustav, 法學入門, 계철순·정희철 共譯, 文星堂(1957)
_____, 英美法의 精神, 서돈각·손주찬 共譯, 박영사(1959)
_____, 法에 있어서의 人間 : 法의 基本問題에 관한 選別된 演說 및 論文들, 孫智烈, 黃祐呂 共譯, 育法社(1981)
_____, 法哲學入門, 엄민영·서돈각 共譯, 育法社(1982)
_____, 법철학 1판, 최종고 譯, 삼영사(1975).

Schmitt, Carl, 정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장, 김항 譯, 그린비(2010)
Herget, James E., 현대독일법철학, 장영민 譯, 세창출판사(2010)

(2) 논문

권영백, “서독의 언론 증언거부권”, 입법조사월보 7호, 국회도서관(1966)
_____, “최근 서독형법의 사상동향”, 법률신문 649호, 법률신문사(1965)
_____, “형법학에 있어서의 목적적 행위론의 문제점”, 법정 22권 1호, 법정사(1967)
_____, “형법학에 있어서의 목적적 행위론의 문제점 하”, 법정 22권 2호, 법정사(1967)
_____, “한미행협형사특별법의 문제점”, 법정 22권 6호, 법정사(1967)
귄터 카이저(Günther Kaiser), “獨逸聯邦共和國에 있어서의 少年犯罪의 現況과 그 對策”, 서울대학교 법학 제17권 제2호, 정종욱 譯, 서울대학교 법학연구소(1976)
김명정, “사회과 교육과정에 나타난 법과 정치 -1차 교육과정에서 2007 개정 교육과정까지의 분석-”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회(2010)
김영환, “1960-70년대의 한국 법철학에 관한 연구”, 한국 현대법철학의 형성과 전개, 세창출판사(2010)
김유근, “해방전후-1950년대까지의 한국 법철학에 관한 연구”, 법철학연구 제11권 제2호, 한국법철학회(2008)
_____, “해방전후-1950년대까지의 한국 법철학에 관한 연구”, 한국 현대법철학의 형성과 전개, 세창출판사(2010)
김정오, “한국 현대법철학의 형성과 전개”, 한국 현대법철학의 형성과 전개, 세창출판사(2010)
김정오·김영환·김지수·박은정·심재우·오병선·장영민·최종고, “한국법철학회 원로와의 대담”, 한국 현대법철학의 형성과 전개, 세창출판사

(2010)
김지수, “라드브루흐의 법철학”, 신동아부록(1971)
_____, “인권의 법철학적 근거-인권의 법질서-”, 기독교사상 제18권 제2호, 대한기독교서회(1974)
_____, “구스타브 라드브루흐의 법철학”, 기독교사상 제19권 제6호, 대한기독교서회(1975)
_____, “법비교의 방법과 유형론의 관계”, 법철학과 형법: 황산덕화갑기념논문집, 법문사(1979)
_____, “Maw Weber의 몰가치이론”, 법사상과 민사법: 현승종화갑기념논문집, 국민서관(1979)
_____, “법해석학의 존재론적 전환”, 민법과 법학의 중요문제: 장경학고희기념논문집, 동국대학교출판부(1987)
_____, “법현실주의와 법리의 발견”, 인권과 정의, 대한변호사협회(1994); _____, “Dworkin의 정해론과 이치논리의 전환”, 인권과 정의 217호, 대한변호사협회(1994)
_____, “법삼원론의 현대적 이해-Gustav Radbruch의 법철학을 중심으로”, 외법논집 제2권, 한국외국어대학교 법학연구소(1995)
_____, “법의 부정과 법긍정의 이치논리”, 외법논집 제3권, 한국외국어대학교 법학연구소(1996)
김창록, “制令에 관한 연구”, 법사학연구 第26號, 한국법사학회(2002)
_____, “이항녕의 법사상 Ⅰ -식민지 조선의 법학도-”, 法史學硏究 第49號, 한국법사학회(2014)
박규하, “한스 켈젠의 法과 國家理論 -켈젠의 스멘트의 統合理論에 대한 批判을 중심으로-”, 외법논집 제31집, 한국외국어대학교 법학연구소(2008)
박덕배, “법학의 사회생활과적 교육 임무”, 교육 제11호, 서울대학교 사범대학 교육회(1960)
박은정, “한국 법철학의 반성과 전개”, 법과 사회 제10호, 법과사회이론학회(1994)

손주찬, “法學”, 法曹協會雜志 第五卷, 법조협회(1956)
옥일남, “한국 사회과교육과정의 시기별 특징 고찰: 초·중·고 교수요목기에서 2015개정교육과정기까지”, 교육과정평가연구 제20권 제1호, 한국교육과정평가원(2017)
유진오, “實證法學의 現代的 意味”, 普專校友會報 제2권, 普成專門學校校友會(1934)
_____, “韓國法學界의 回顧와 展望”, 玄民兪鎭午博士 古稀紀念論文集 憲法과 現代法學의 諸問題, 일조각(1975)
이가혜, “1920년대 『조선급만주(朝鮮及滿洲)』에 나타난 화류계 여성의 표상 - 유곽물과 여금소설을 중심으로-”, 인문학연구 제53집, 조선대학교 인문학연구원(2017)
이동진, “한국사회학의 제도화와 배용광”, 동방학지 제168집, 연세대학교 국학연구원(2014)
이영록, “兪鎭午의 法哲學思想-헌법학과의 관련을 중심으로”. 법사학연구 제22호, 한국법사학회(2000)
이항녕, “學窓三十年 ㉑ 尾高敎授의 別世”, 法政 제23권 제10호, 法政社(1968)
_____, “學窓三十年 ㉒”, 法政 제23권 제11호, 法政社 (1968)
_____, “국가구조론”, 작은 언덕 큰 바람: 소고 이항녕 선생 유고집, 나남(2011)
_____, “오다카 교수의 별세”, 작은 언덕 큰 바람: 소고 이항녕 선생 유고집, 나남(2011)
_____, “오다카 교수의 ‘법제’ 강의”, 작은 언덕 큰 바람: 소고 이항녕 선생 유고집, 나남(2011)
이항녕·최종고, “법철학”, 한국의 학술연구: 법학, 대한민국학술원(2003)
전제철, “초중등 사회과 법교육에 대한 비판적 성찰”, 법교육연구 제5권 제2호, 한국법교육학회(2010)
정종욱, “西獨의 上告制度와 그 問題點”, 노모스 제51호, 현암사(1968)
_____, “Hans Welzel의 生涯와 學問”, 사법행정 1969년 5월호, 한국사법

행정학회(1969)
조정우, “통제경제 속의 주식회사법 -경성제대 니시하라 간이치의 상법학이 처한 딜레마-”, 한림일본학 제32집, 한림대학교 일본학연구소(2018)
조효원, “‘순수하게’ 정치적인 것에 대하여 - 칼 슈미트의 결단주의와 그 비판자들 -”, 개념과 소통 제27호, 한림대학교 한림과학원(2021)
최종고, “日本과 韓國에 있어서 라드브루흐 法哲學의 수용”, 법학논총 창간호, 숭실대학교 법학연구소(1985)
_____, “體驗的 韓國法學史”, 법사학연구 제24호, 한국법사학회(2001)
_____, “G. 라드브루흐와 韓國法哲學”, 之岸 김지수 교수 정년기념논문집, 법률출판사(2003)
_____, “이항녕의 법사상과 문학”, 법철학연구 제8권 제1호, 한국법철학회(2005)
황산덕, “정종욱 박사 영전에”, 한독법학 제3권, 한독법률학회(1982)
Radbruch, Gustav, “法과 正義(一)”, 法政 제10권 제11호, 정희철 譯, 法政社(1955)
_____, “法과 正義(四)”, 法政 제11권 제2호, 정희철 譯, 法政社(1956)
_____, “私法의 原理(上)”, 法政 제11권 제6호, 정희철 譯, 法政社(1956)

(3) 기타자료

대법원 1947. 9. 2. 선고 1947민상88판결
이범준, “학자의 사명”, 경향신문(2018. 10. 09.)
https://m.khan.co.kr/opinion/column/article/201810092120005 (최종방문일: 2022. 10. 19.)
윤정석, “비밀 공작의 한 예”, 홍현다랑(2013. 02. 18.)

http://xp4.nayana.kr/~kangolympics/bbs/zboard.php?id=bbs&page=76&sn1=&divpage=9&sn=off&ss=on&sc=on&select_arrange=headnum&desc=asc&no=63068 (최종방문일: 2022. 10. 19.)
_____, "주일 대사관 정보담당 공사에 추천되다: 내가 한 일들(2)", 홍현다랑(2020. 09. 29.)
http://w.kg51.org/bbs/board.php?bo_table=board1&wr_id=9757 (최종방문일: 2022. 10. 19.)

2. 외국문헌

(1) 단행본

加藤新平, 法哲學槪論, 東京: 有斐閣(1976)
西周, 西周全集 第三卷, 東京: 宗高書房(1960)
田中耕太郎, 法律哲學論集 Ⅰ, 東京: 岩波書店(1942)
_____, 法律哲學論集 Ⅱ, 東京: 岩波書店(1945)
_____, 法律學槪論, 東京: 學生社(1953)
_____, 法哲學一般理論 上, 東京: 春秋社(1960)
恒藤恭, 批判的法律哲學の硏究, 東京: 內外出版(1921)
_____, 法の基本問題, 東京: 岩波書店(1936)
小野淸一郎, 法理學と「文化」の槪念: 同時に現代ドイツ法理學の批評的硏究, 東京: 有斐閣(1928)
_____, 法律思想史槪說, 東京: 一粒社(1961)
尾高朝雄, 國家構造論, 東京: 岩波書店(1936)
_____, 實定法秩序論, 東京: 岩波書店(1942)
_____, 法哲學, 東京: 日本評論社(1943)
_____, 法哲學(改訂版), 東京: 勁草書房(1950)
_____, 法の窮極に在るもの 十版, 東京: 有斐閣(1953)

_____, ラートブルフの法哲學: ラートブルフ著作集 別卷, 東京: 東京大學出版會(1960)
我妻榮, 近代法における債權の優越的地位, 東京: 有斐閣(1953)
西原寬一, 経濟的需要と商事判例, 東京: 有斐閣(1938)
_____, 日本商法論 第一卷, 東京: 日本評論社(1943)
原秀男, 価値相對主義法哲學の研究, 東京: 勁草書房(1968)
樋口陽一, 近代立憲主義と現代國家, 東京: 勁草書房(1973)
牧野英一, 改正刑法假案とナチス刑法綱領 再版, 東京: 有斐閣(1942)
_____, 刑法における思想、理論及び技術, 東京: 有斐閣(1967)
ハンス·ケルゼン, 純粹法學, 横田喜三郎 譯, 東京: 岩波書店(1935)
Radbruch, Gustav, 法學入門, 尾高朝雄·碧海純一 共譯, 東京: 創元社(1955)
_____, 法哲學, 田中耕太郎 譯, 東京: 東京大學出版會(1961)
_____, 法學入門, 碧海純一 譯, 東京: 東京大學出版會(1968)
Kaufmann, Arthur, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Berlin: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte(1970)
Kelsen, Hansen, *Der Staat als Integration-Eine Prinzipielle Auseinandersetzung-*, Vienna: Springer(1930)
Minear, Richard H., *Japanese Tradition and Western Law: Emperor, State and law in the thought of Hozumi Yatsuka*, Cambridge, Mass: Harvard University press(1970)
Otaka, Tomoo, *Grundlegung der Lehre Vom sozialen Verband*, Wien: Verlag von Julius Springer(1932)
Schmitt, C., *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Berlin: Duncker & Humblot(2004)
_____, *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin: Duncker & Humblot(1991)
Smend, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München: Duncker & Humblot (1928)

Welzel, Hans, 目的的行爲論の基礎, 福田平編譯, 東京: 有斐閣(1967)

(2) 논문

加藤新平, “法の目的”, 法哲學講座 第1卷: 法の基本理論, 東京: 有斐閣(1956)

_____, “価値相對主義”, 法解釋學および法哲學の諸問題: 恒藤先生古稀祝賀記念, 東京: 有斐閣(1962)

金昌祿, “尾高朝雄と植民地朝鮮”, 帝國と高等教育ー東アジアの文脈からー, 東京: 國際日本文化研究センター(2013)

_____, “尾高朝雄と植民地朝鮮”, 帝國日本と植民地大學, 酒井哲哉, 松田利彦編, 東京: ゆまに書房(2014)

清宮四郎, “尾高朝雄教授の急逝を悼む”, ジュリスト 108号, 東京: 有斐閣(1956)

_____, “ケルゼンー鋭利な學說と溫和な人柄”, ハンス・ケルゼン, 鵜飼信成·長尾龍一編, 東京: 東京大學出版會(1974)

長尾龍一, “法思想における「國体論」”, 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979)

西原寬一, “株式會社法の範圍内における特別法規の研究”, 私法を中心として –京城帝國大學法文學會第一部論集第三冊, 東京: 刀江書院(1930)

_____, “企業の法理”, 法哲學四季報 1951卷 9号, 日本法哲學會(1951)

野田良之, “近代日本法思想史の問題点”, 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979)

布川靜淵, “明治三十年前後の社會學會 社會運動に關する追憶談”, 社會學雜誌 第53号, 日本社會學會(1928)

阿南成一, “ホセ・ヨンパルト(José Llompart) 著「法原則の歷史性」”, 法哲學年報 1976卷, 日本法哲學會(1977)

松尾敬一, “ラードブルッフにおける政治的抵抗と法理論の変遷”, 法哲學年

報 1959卷, 日本法哲學會(1960)
松田利彦, “京城帝國大學の創設”, 帝國日本と植民地大學, 酒井哲哉, 松田利彦編, 東京: ゆまに書房(2014)
森口繁治, “ラードブルフ 『法理學ノ本質』(一)”, 法學論叢 第一卷 一号, 京都大學法學會(1919)
_____, “ラードブルフ 『法理學ノ本質』(二)”, 法學論叢 第一卷 二号, 京都大學法學會(1919)
峯村光郎, “法解釋學と法社會學 -法解釋學の思惟形式-”, 法解釋學および法哲學の諸問題: 恒藤先生古稀祝賀記念, 東京: 有斐閣(1962)
宮澤俊義, “わが國の法哲學”, 法律時報 第八卷 第十一号, 東京: 日本評論社(1936)
水田義雄, “翻譯による法思想の攝取”, 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979)
鈴木敬夫, “日本における新カントと學派の展開”, 義堂 張庚鶴博士 華甲記念論文集: 近代法思想의 展開, 동국대학교 대학원(1977)
_____, “韓國·中國におけるラートブルッフ”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
_____, “鄭鍾勗博士の法哲學小考 -H·WelzelとG·Radbruch-”, 義堂 張庚鶴博士 古稀記念論文集: 民法과 法學의 重要問題, 동국대학교 출판부(1987)
_____, “ラートブルフ(G. Radbruch)學徒の虛像と實像”-E. ヴォルフ(Erik Wolf)と尾高朝雄(Tomoo Odaka), 法學論叢 第37卷 第1號, 단국대학교 법학연구소(2013)
佐藤篤士, “ドラコンの法典”, 日本大百科全書 17, 秋庭隆編, 東京: 小學館(1994)
宿谷晃弘, “大日本帝國期における統制主義的法理學の形成に關する覺書: 牧野英一の明治期の思想的營みを中心に”, 東京學芸大學紀要 人文社會科學系. II 第66卷, 東京學芸大學學術情報委員會(2015)
手島孝, “ケルゼニズム考·斷章の二ー純粹法學の系譜論”法政研究 第43卷 2

号, 九州大學法政學會(1976)
恒藤恭, “學究生活の回顧”, 現代隨想全集 第27卷, 東京: 東京創元社(1955)
碧海純一, “ラートブルフの人と作品”, ラートブルフの法哲學: ラートブルフ著作集 別卷, 東京: 東京大學出版會(1960)
_____, “イデオロギー批判者としてのケルゼン”, ハンス・ケルゼン, 鵜飼信成·長尾龍一編, 東京: 東京大學出版會(1974)
_____, “経驗主義の法思想”, 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979)
鵜飼信成, “アメリカのケルゼン”, ハンス・ケルゼン, 鵜飼信成·長尾龍一編, 東京: 東京大學出版會(1974)
小野淸一郎, “「文化」概念の法理學的異議(四)”, 法學志林 第二十八卷 第八号, 法政大學(1926)
_____, “「文化」概念の法理學的異議(五)”, 法學志林 第二十八卷 第九号, 法政大學(1926)
尾高朝雄, “現象學と法律學”, 法律時報 第5卷 第10号, 東京: 日本評論社(1933)
_____, “昭和十五年度朝鮮總督府視學委員視察報告(中等學校)公民科”, 文敎の朝鮮 186号, 朝鮮敎育會(1941)
_____, “法における政治の契機”, 法律時報 15卷 10号, 東京: 日本評論社(1943)
_____, “法哲學における形而上學と経驗主義”, 自然法と實定法, 東京: 朝倉書店(1948)
我妻榮, “近代法における債權の優越的地位”, 法學志林 第二十九卷 第六号, 法政大學(1927)
横田喜三郎, “法律學と政治との統合”, 経濟往來 六月號, 東京: 日本評論社(1935)
石井龍吉, “ハンス·ケルゼン”, 新興科學の旗のもとに 第2卷 第5號, 東京: 新興科學社(1929)
大野平吉, “木村龜二の法哲學(一) 一 その法の本質論と刑法學”, 法哲學年報 1979卷, 日本法哲學會(1980)

_____, “鄭鍾勗教授の法哲學と刑事法學”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
金澤文雄, “鄭鍾勗教授を偲ぶ”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
神山敏雄, “想い出すままに”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
木村龜二, “『ケルゼン』の法律社會學の方法論”, 法學志林 第二四卷 第二号, 法政大學(1922)
_____, “ラードブルッフの相對的法律価値論(二)”, 國家學會雜誌 第三七卷 一号, 國家學會(1923)
_____, “法律哲學における相對主義”, 法律時報 第七卷 五号, 東京: 日本評論社(1936)
高木市之助, 高木市之助全集 第 9 卷: 國文學五十年·遍路殘照, 東京: 講談社(1977)
高田昭正, “鄭先生の思い出”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
常磐敏太, “新軍事扶助法の精神と其運用”, 一橋論叢 第1卷 第1号, 東京: 岩波書店(1938)
_____, “ラートブルッフを中心としてードイツ法學最後の日とその最後のひとびと”, 東京商科大學研究年報 法學研究 第4卷, 東京: 岩波書店(1939)
_____, “法の三分說: 経濟法の一考察”, 一橋論叢 第5卷 第3号, 東京: 岩波書店(1940)
_____, “民法から経濟法へ : 末川博士の『民法及び統制法の諸問題』”, 一橋論叢 第10卷 第4号, 岩波書店(1942)
中山研一, “チョンさんの思い出”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
名和鐵郎, “新旧兩派の爭い”, 日本大百科全書 12, 秋庭隆編, 東京: 小學館(1994)
西原寬一, “株式會社法の範圍內に於ける特別法規の研究”, 私法を中心として -京城帝國大學法文學會第一部論集第三冊, 東京: 刀江書院(1930)

西原典之, “鄭先生の思い出”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
西原春夫, “わが友鄭鍾勗博士を偲ぶ”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
原秀男, “日本におけるケルゼン-イデオロギー批判の方法を中心として-”, ハンス · ケルゼン, 鵜飼信成·長尾龍一編, 東京: 東京大學出版會(1974)
_____, “新カント學派”, 近代日本法思想史, 東京: 有斐閣(1979)
林弘正, “改正刑法假案成立過程の考察”, 형사정책연구 제19권 제4호, 한국형사·법무정책연구원(2008)
平野龍一, “チョンさんの思い出”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
福井厚, “チョンさん博士の死に思う”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
福田平, “鄭種勗教授逝去を悼む”, ジュリスト 780号, 東京: 有斐閣(1982)
_____, “鄭鍾勗教授を偲ぶ”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
堀內捷三, “ヴェルトヴュルガー·チョン先生”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
宮澤浩一, “チョンさんとの約束”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
森本益之, “溫厚さと强靭さ”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
Kaufmann, Arthur, “Gustav Radbruch und die koreanische Rechtsphilosophie: Eine Skizze anhand dreier Dissertationen”, 鄭鍾勗教授追悼文集, 東京: 成文堂(1985)
Miyazawa, Koichi, “Gustav Radbruch und die Japanische Rechtswissenschaft”, *Gedächtnisnchrift für Gustav Radbruch*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht(1968)
Radbruch, Gustav, “Law's Image of the Human”, *Oxford Journal of Legal Studies* vol 40. No. 4, Faculty of Law, translated by Valentin Jeutner, University of Oxford(2020)

Tjong, Zong Uk, “Beziehungen Zwischen dem deutschen und koreanischen Strafrect”, 한독법학 창간호, 한독법률학회(1979)

_____, “Zum Streit über die Herkunft der Finalen Handlungslehre”, 법철학과 형법: 황산덕 박사 화갑기념논문집, 법문사(1979)

_____, “Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch”, 法學의 諸問題: 蕙南 高秉國博士還曆記念, 한국법학교수회 편, 경희대학교 출판국(1969)

(3) 기타자료

江間俊太郎, “京城大學論(その一)”, 朝鮮及滿州 第300号, 朝鮮及滿州社(1932)

岡本濱吉, “城大教授批評記 (二)”, 朝鮮及滿州 第352号, 朝鮮及滿州社(1937)

釋尾春芿, “本誌廢刊の辭”, 朝鮮及滿州 第398号, 朝鮮及滿州社(1941)

駱駝山人, “城大法文學部の展望(一)”, 朝鮮及滿州 第327号, 朝鮮及滿州社(1935)

_____, “城大法文學部の展望(三)”, 朝鮮及滿州 第332号, 朝鮮及滿州社(1935)

Abstract

A Comparative Study on the Reception History of H. Kelsen and G. Radbruch in Korea and Japan

Oh, SeYoung
College of Law
The Graduate School
Seoul National University

Whether it is positive or negative it is hard to deny that Korean Jurisprudence was very influenced by Japanese Jurisprudence. The reason is that not only Korean legal system accepted that of Japan-mainly oriented from the Western legal system-, but also it is almost impossible for Korean Jurisprudence to form an autonomous research environment because of Japan's dirigisme during the Japanese colonial period.

Furthermore, as legal education during the colonial period is mainly focused on practical legal education which is useful for civil service exams rather than basic law, Japan's influence became much more powerful because of the lack of scholars in the field of philosophy of law. In this situation, it was only natural that most legal philosophers in the early days of liberation were influenced by Tomoo Odaka who was a professor of legal philosophy at Kyungsung National University and actually developed the first "legal philosophy" in

Korea, or directly by Japanese academia.

It is clear that it was greatly influenced by the research trends of the Japanese legal academia in establishing a subject at the beginning. Since the 1930s, the research trend of our legal philosophy has been concentrated on H. Kelsen, and after liberation, a considerable number of studies have focused on critical research on H. Kelsen's pure law. Furthermore, the criticism leads to the acceptance of Edmund Husserl's phenomenology. This research trend was similar to that of Odaka, who left to study in Germany and studied under H. Kelsen. Odaka developed a criticism of Kelsen and suggested phenomenology as an alternative, which was similar to Odaka's disciples, Hang-nyeong Lee and Sanduk Hwang.

This was the same in the study of G. Radbruch. The study of G. Radbruch in the 1950s, centered on the commercial law academia, was focused on introducing or translating G. Radbruch-related studies discussed in the Japanese legal academia. This is because, before liberation, Korean legal philosophy academia was strongly influenced by Odaka, making it difficult to find a study on G. Radbruch. The characteristic of these studies also shows Japan's influence. Research also emerged in Korea in response to the nature of the universality of legal philosophy and commercial law, which is similar to that of Kotaro Tanaka a famous Japanese commercial law scholar, who had also shown many achievements in the study of legal philosophy.

However, the research about H. Kelsen and G. Radbruch in Korea did not stop at merely following Japan's research trend. Odaka's three disciples, Jin-oh Yoo, Hang-nyeong Lee, and Sanduk Hwang, each presented their own critical theories toward H. Kelsen, which are different from that of Odaka. In addition, Heechul Jung who graduated Kyungsung National University, and Dongak Seo who

graduated Kyoto National University projected their personal experiences based on different academic backgrounds in the study of G. Radbruch.

Even though the discussion about the two German scholars in Korean academia was under such a great influence of the Japanese legal academia, legal philosophy academia of Korea tried to produce its own original results. These achievements were first shown in the study of H. Kelsen. However, in the case of G. Radbruch's study, the seeds sown by the commercial law academia in the 1950s were found to have various achievements at home and abroad. In Korea, Dukbae Park, who worked at Seoul National University College of Education, introduced G. Radbruch's legal philosophy, which can be said to have contributed to the generalization of G. Radbroch's theory to the extent that it is covered in high school textbooks today.

Meanwhile, in the 1960s, there was a movement in academia to study in Germany, which could be evaluated as the homeland of G. Radbruch's research. Changes in the 1960s have been a source of nourishment for the full bloom of various studies about G. Radbruch since the 1970s. As such, it is difficult to explain the research trends of the Korean legal philosophy academia from before and after liberation to the 1960s, which focused on the research of H. Kelsen and G. Radbruch, except for the influence of Japan.

That is why this paper reviewed Japan's discussion to discuss the research trends of H. Kelsen and G. Radbruch in Korea. However, it should be noted that this does not mean that Japanese studies were unilaterally accepted. Rather, the research process was a course of being conscious of Japan, constantly interacting with Japanese academia, and finding independent research results.

Keywords : Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Tomoo Odaka, Sanduk Hwang, Heechul Jung, Dukbae Park, Zonguk Tjong

Student Number : 2020-20855

日文抄錄

韓·日兩國の
H. KelsenとG. Radbruch
法思想受容史比較研究

吳世榮
法學科
法學專門大學院
ソウル大學

陽の方でも負の方でも韓國の學界の學問の歷史で日本の影響を否定することはできぬ。これは特に法學で著しく現れる。その理由は韓國の法体系が日本が相当に引き継いでる西洋の法体系を継受していることと共に、終戰の直後韓國の法學界では日本の植民地支配時期の統制政策のため自生的な研究の環境が造りにくかったからである。

さらに、日帝時期の法學教育は基礎法學より高等文官試驗に受かるための實務法學が重視されてたので、人材の制限っていう狀況の下で運營するしかない韓國の法哲學界では日本の影響がもっと强く浮かんでた。こんな狀況で終戰初期殆んどの法哲學者たちが京城帝國大學の法哲學教授であり韓國に事實上始めて〝法哲學〟っていう學問を展開した尾高朝雄に影響を受けたり、日本留學経驗を通じて直接に日本學界の影響を受けたりすることは当たり前のことであった。

初期の問題意識を設定するのに日本の法學界の研究の動きに大きな影響を受けたっていうことは確かであった。終戰の以前の1930年代から韓國の法哲學界の研究動向がケルゼンに集中されていたし、終戰以降には相当の數の研究がケルゼンの純粹法學に對する批判研究に集中されていたし、さら

にその批判がエトムント・フッサール(Edmund Husserl)の現象學の受容に繋ったのはこれを端的に見えてくる。こんな研究の傾向はドイツ留學の途につき、ケルゼンに教えていただいた尾高のそのものと類似であった。尾高はケルゼンに對する批判を展開しながらその代案としてフッサールの現象學を提示したけれど尾高の弟子の黃山德や李恒寧などから類似な立場が浮かんでた。

これはラードブルッフの研究の動きでも同様であった。商法學界が中心となった1950年代のラードブルッフ研究は日本の法學界で論議されているラードブルッフ關連研究を翻譯したり紹介したりすることに集中された。終戰の以前の韓國の法哲學界は尾高に强く影響を受けたためラードブルッフに關する研究は見つけにくかったからである。こんなラードブルッフ研究の特色は日本の影響力を傍証することでもあった。日本の著名の商法學者の田中耕太郎が法哲學の研究にも多くの成果を見せたように法哲學と商法學の世界普遍性っていう性格に応答する研究が韓國にも登場したんであった。

しかし韓國のケルゼン·ラードブルッフの研究が絶對に日本の研究傾向を踏襲するに留まったことではない。尾高の3人の弟子兪鎭五とか黃山德とか李恒寧は各々なりの理論を提示して尾高とは違うケルゼン批判論を見せてきた。また鄭熙喆と徐燉珏は京城帝國大學と京都帝國大學っていう相違なる學問的背景を基にするめいめいの個人的な経驗をラードブルッフ研究に投影した。

二人のドイツの學者に對する韓國の論議がこんなに日本の法學界の多大な影響のもとにあってもその中で韓國の法哲學界は自分なりの獨創的な成果を創り出すために努力した。こんな成果はケルゼンの研究から見えはじめた。しかしラードブルッフの場合も1950年代商法學界が翻譯書の普及を通して撒いた種から國內外に渡って多様な成果に浮かんでた。國內ではソウル大學師範大學に在職してた朴德培を中心としてラードブルッフの法哲學を紹介したし、これは現今高校教科書でもラードブルッフを取り扱うほどラードブルッフの學說が普遍化することに貢獻したと評価できる。

一方，1960年代の法學界ではラードブルッフ研究の本山といえるドイツに留學の途につく動きもあった。1960年代の変化は1970年代以降の多彩なラードブルッフ研究が滿開するのに養いとなった。こんなに終戰前後の時期から1960年代までの韓國の法哲學界のケルゼンとラードブルッフ研究の動きは日本の影響を取り除いて說明しにくい。それが本稿が韓國のケルゼンとラードブルッフ研究の動きを論じてるなか日本の論議を檢討した理由である。しかしこれが日本の學問を一方的に受け入れたのを意味するものではないということを氣に留めておかなくてはいけない。むしろその研究の過程は日本を意識しながら絶え間なく日本學界と相互作用して獨自的な研究成果を求め行くプロセスであった。

核心語　：G. ラードブルッフ, H. ケルゼン, 尾高朝雄(おだかともお), 黃山德(ハン·サンドク), 鄭熙喆(チョン·ヒチャル), 朴德培(パク·ドクベ), 鄭鍾勗 (チョン·ゾンウク)

學生番号　：2020-20855