

〈논 문〉

法과 道德의 關係

沈 憲 燮*

I

법과 도덕의 문제는 매우 복잡하며 다면적이다. 사실 법철학의 여러 근본문제와 밀접한 관계에 놓여 있는 것이 법과 도덕의 문제라고 볼 수 있다. 즉 법의 개념과 내용, 법의 이념과 효력 등과 같은 근본문제는 그 어느 하나도 이 문제와 관련 안된 것은 없다.

그런데 법과 도덕의 문제는 크게는 「법과 도덕의 區別의 문제」와 「법과 도덕의 關係의 문제」로 나누어져 고찰되어 왔다. 이쯤되면 법과 도덕의 문제의 영역 안에는 많은 경우 냉철한 진단과 분석보다는 오히려 성급한 一般化와 誇張들로 packed 있다. 이 점은 법과 도덕의 概念的 區別의 차원에서는 물론, 법과 도덕의 內容的 關係의 차원에서도 마찬가지였다. 그러나 전자에 있어서는 오늘날 어느 정도 의견의 수렴이 이루어지고 있으나, 후자에 있어서는 전례의 대립이 더욱 심한 것 같다. 한편에서는 법은 곧 도덕이라고 단언하는가 하면 다른 한편에서는 법은 내용적으로 동요가 심한 도덕으로부터 分離되어야 한다고 강조한다.

오늘날의 법철학에서도 법과 도덕의 문제는 그 어느때보다 많이 그리고 깊게 다루어지고 있다. 그런데 이러한 논의의 중심점에 선 것은 법과 도덕의 개념적 구별의 문제가 아니라, 법과 도덕의 내용적 관계의 문제이다. 그러나 위에서 지적했듯이 여기에는 여전히 머리를 어리둥절하게 하는 주장들이 난립하고 있다. 여기에서 하나의 길을 발견한다는 것은 쉬운 일이 아니다.

II

법과 도덕의 관계를 다루는 데 있어서는 종래의 수많은 논의가 좌초를 당한 원인을 우선 지적하는 것이 필요하다. 그것은 다름이 아니라 우리가 도덕을 논할 때 도덕 「그 자체」 또는 「하나」의 도덕을 늘 생각하고서, 그것을 법과 대립시켜 왔다는 점이다.

사실 도덕을 하나의 통일적 영역으로 생각하는 것은 잘못이다. 다시 말하면 「하나」의 통일적인 도덕이 존재한다기보다는 여러 도덕이 있다고 보아야 할 것이다. 물론 법에 대해

* 서울大學校 法科大學 助教授

서도 미찬가지로 말할 수 있다. 그러나 상이한 도덕들은 상이한 법들과는 달리 내용상의 불일치를 넘어 깊은 構造의 相異性을 보여주기 때문에 특별히 고려되어야 한다.

그러면 어떠한 도덕들이 존재하는가? 이에 대한 약간의 고찰은 법과 도덕의 관계를 논하는 데 아주 중요하다. 사람들은 흔히 자율도덕과 타율도덕, 개인도덕과 사회도덕, 숭고(종교)도덕과 단순도덕(Bollnow), 행위도덕과 태도도덕, 의지도덕과 결과도덕, 실증도덕과 비판도덕(Hart), 열망의 도덕과 의무의 도덕(Fuller), 나아가 심정윤리와 책임윤리(Weber)를 구별하고 있다. 이러한 여러 구별과 대립은 복잡하지만 우선 도덕의 상이성을 말해 주는 것은 틀림없다. 우리가 여기에서 지나친 分解的 思考에도 경계해야 한다면 도덕을 우선 自律道德, 宗教道德, 社會道德으로 나누어 볼 수 있을 것 같다.⁽¹⁾

自律道德은 절대가치인 善의 理念에서 요청된 當爲이다. 이것이 하나의 절대적인 가치질서일 것을 누구나 열망하지만 그러한 것은 아직 증명되어 있지 않다. 이리하여 자율도덕의 중심은 良心이지 않을 수 없게 되었고, 이에 따라 人格의 自律性이 그것의 보루가 되고 있다. 이렇게 볼 때 자율도덕은 「主觀的 立法」의 원리 밑에 있으나, 그 영역은 인간 전체이므로 普遍化할 수 있는 경향을 내포하고 있다. Kant의 定言命命은 이를 말해 주고 있다.

宗教道德 또는 崇高道德은 종교나 일정한 세계관의 창시자인 개인의 인격에서 발생하지만 입법자 자신뿐만 아니라, 많은 사람, 나아가 모든 사람에 대해서 구속적이라고 하는 것이다. 즉 그것은 절대적 효력을 요청한다. 그러나 사실에 있어서 그것은 신도나 찬성자들에게만 효력을 가진다. 이 도덕은 자율성과 타율성이 결합된 특수한 범주이다.

社會道德은 사회가 그 구성원에 대해 요청하는 윤리적 요구의 총체이다. 이는 물론 사회생활에는 도덕적 공동정신이 형성된다는 것을 전제한다. 사회도덕은 사회인과 사회인, 사회인과 사회진체와의 사이에서 형성된 것이며, 神이나 자기자신에 대한 것은 아니다. 따라서 사회도덕은 도덕의 社會的 形態이며, 거기에는 사회생활의 기초적인 윤리적 기본가치만이 내포되어 있다. 사회도덕은 사회에 의해 입법되며, 통제되고, 재결된다고 말할 수 있다.

이상과 같이 세계의 도덕들은 서로 구별되었다. 위에서도 말했지만 이들 사이에는 깊은 구조적 차이가 있음을 볼 수 있다. 그러나 사회현실 안에서의 그 존재의 면에서 보면 이들은 서로 고립되어 있지 않고, 상호관련과 상호작용의 상태에 놓여 있다. 물론 각 도덕들의 규범요청의 면에서 보면 그 高度表가 다르며, 그러한 점에서 각각은 重層關係를 이루고 있다고 볼 수 있다.

이상과 같이 우리는 도덕을 분류하여 그 특징을 간단히 살펴 보았다. 모든 생각할 수 있는 도덕을 모두 열거하자면 끝이 없을 것이다. 이는 바람직하지만 너무 벅찬 일이다. 따라

(1) 도덕을 이렇게 분류하고서 법과 도덕의 관계를 논한 대표적인 법철학자로는 H. Henkel을 들 수 있다(*Einführung in die Rechtsphilosophie*, München und Berlin 1964, 128면 이하 참조).

서 이상과 같은 분류만을 엄두에 두면서 법과의 관계를 살펴보기로 하자.

III

법과 도덕은 어떠한 관계에 놓여 있는가라는 문제는 두 가지의 의미를 내포하고 있다. 즉 그것은 우선 법과 도덕이 사실상 어떠한 관계에 있는가와, 나아가 법과 도덕은 어떠한 관계에 있어야 하는가이다. 따라서 법과 도덕의 관계의 문제를 살피는 데는 事實問題(*quaestio facti*)와 當爲問題(*quaestio juris*)를 구별하는 것이 필요하다.⁽²⁾

(1) 그러면 우선 법과 도덕의 사실적 관계를 살펴보기로 하자. 여기에서는 법과 도덕이 내용적으로 어느 정도 수렴 또는 분산되고 있는가에 대한 「事實」이 문제된다. 이는 우선 우리가 「일정한」 법질서를 놓고서 논할 때 미로소 잘 알 수 있을 것이다. 그래서 우리의 관심은 자인히 우리의 법질서에도 향하게 된다. 그러면 우리의 현행법에서의 법과 도덕과의 사실적 관계는 어떠한가?

(가) 우선 현행법에는 明示的으로 「善良한 風俗」기타에 법이 의거할 것을 선언한 규정들이 보인다. 민법은 선량한 풍속에 위반된 법률행위를 무효로 하고, 형법은 社會常規에 위배되지 않는 행위를 벌하지 않는다. 나아가 현법은 인간의 존엄과 인격을 보장하려 하며 친족법은 不貞한 행위를 이혼사유로 삼고 있다. 민법은 信義誠實의 원칙을 일반원리로 선언하고, 法源과 관련해서 條理도 언급하고 있다.

이 모든 개념들이 무엇을 의미할 것인가는 물론 解釋의 문제이다. 보통 이것들은 사회일반의 도의관념으로 해석된다. 이점 우리나라에도 異論이 없는 것 같다. 일찌기 O.v. Gierke는 선량한 풍속과 관련해서 법관은 자기의 주관적 도덕감에서 출발해서도 안되며, 최고도덕의 객관적 이념을 기초로 해서도 안되며, 오히려 공동체 안에 살아있는 公正한 平均人の 道義感에 따라야 한다고 했다.⁽³⁾ 이러한 개념규정에서 엿보이는 어려움을 우선 제쳐 놓는다면, 우리의 법은 우선 경험적, 사회학적으로 탐구할 수 있는 중간층의 社會道德, 다시 말해서 支配의 道德과 일치하려 하고 있다고 말할 수 있다.

그리고 법이 명시적으로 밝히지 않더라도 그것이 윤리적으로 이해해야 하는 개념을 사용하거나——예컨대 형법에서의 浮亂——, 또는 도덕관념을 기초로 해서 해석할 수 있는 경우——예컨대 형법에서의 책임, 친족법에서의 婚姻——등에도 마찬가지로 이해할 수 있다. 특히 혼인 같은 것은 종교도덕과도 깊은 관련을 맺어 왔다.

사실 법과 사회도덕은 다같이 사회의 공동정신으로 「構造的一致」(Strukturübereinstim-

(2) 이 점은 H. Kelsen이 지적했다(*Reine Rechtslehre*, Wien 1960, 65면). K. Engisch도 이에 따르고 있다(*Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München 1971, 95면).

(3) O.v. Gierke, *Recht und Sittlichkeit*, Sonderausgabe, Neudruck Darmstadt, 4면.

zung)를 보이고 있다. (4) 그래서 이 양자 사이에는 상당한 收斂관계가 이루어 지고 있다. 물론 이러한 사실에서 양자의 「同一性」을 이끌어 내어서는 안된다.

(ㄴ) 그러나 위에서 언급한 현행법에서의 법과 도덕과의 관계는 단지 특별히 눈에 띄는 큰 예들에 불과하다. 좀 더 자세히 보면 더욱 그 관계가 밀접할 것이다. 그러나 또 강조해야 할 것은 현행법은 한편 Jellinek의 말처럼 「최소한도의 도덕」임에서인지 信義의 침해도 일정한 업무자에 국한한다든가 명예침해도 公然性을 요구하는 등 도덕관념을 일정한 범위내에서만 고려하고, 다른 한편 법질서의 많은 부분은 본질적으로 도덕적 원리와는 다른 고려에 입각하여, 도덕적으로 中立의 내지 「無關心」하다는 점이다. 여기에 속하는 중요한 것으로는 재산법, 노동법, 경제법, 상법, 도로교통법 등을 들 수 있다. 이러한 질서 영역에도 하나의 에토스가 형성되고 있으나, 그것이 규제의 「방법」을 도덕적으로 구속하는 일은 없다.

(ㄷ) 마지막으로 법은 지배적인 또는 기타 전래적인 도덕에서 의식적으로 해방되려고 하고 있다. 이미 O.v. Gierke도 법과 도덕의 「敵對的 對立」(feindlicher Widerstreit)을 지적했다. (5) 이것은 법이 윤리적으로 금지된 것을 명하고, 윤리적으로 요구된 것을 금하는 경우에 볼 수 있다. 이것은 사회의 격동기에 많이 볼 수 있고 또 국가생활이 전체적인 目的企劃 밑에서 규제될 때 더욱 심하다. 오늘날 이는 兵役拒否, 輸血 등 診療妨害, 人工妊娠 中絶反對, 나아가 정치적 영역에서의 確信犯 등에서 보여지고 있다.

여기에서 법과 충돌되는 도덕은 사회도덕일 수도 있지만 대개의 경우 자율도덕과 종교도덕이다. 사실 법과 자율도덕 사이는 종래 內面性——外面性, 道德性——合法性, 自律性——他律性 등과 같은 갖가지 대립으로 설명되었다. 그러나 이들 사이도 충돌만이 있는 것은 아니다. 법은 자유와 기본권을 보장해 줌으로써 그 범위 내에서 자율도덕의 가능성을 마련해 주며, 이에 대해 자율도덕은 진정한 준법심의 근원이 된다. 이와같이 법과 자율도덕은 扶助관계에 있다.

그러나 문제는 지금과 같이 이들이 서로 충돌관계에 놓일 때이다. 이러한 경우 혹은 법에 절대적 우위를 인정하거나 혹은 비도덕적 법률의 효력을 거부하면서 그 범위내에서 도덕에 우위를 인정하거나 혹은 법적으로 특수한 취급을 하면서 타협을 모색할 수도 있다. 여러 결론중에 가장 주목할 만한 것은 도덕의 이름으로 반도덕적 법률에 효력을 거부하거나 抵抗權을 인정하는 것이라고 하겠다. 우리의 경우 근본적으로 법효력의 「不動性」에 움직임이 없다. 그러나 혹독한 법요청은 때로는 도덕감의 둔화, 무관심, 나아가 법의 권위상실을 가져오기 때문에 어느 정도의 법의 양보는 필요한 것이다. 이 점은 종교도덕과의 관계에 있어

(4) 이 점은 Henkel이 특히 강조한다(前掲書, 144면).

(5) O.v. Gierke, 前掲書, 26면

서도 마찬가지이다. 서구의 경우 법의 양보는 눈에 띄일 정도이다(병역거부자에 대한 代役). 그러나 우리의 경우 예외없이 경직하다. 이는 일정한 종교도덕이 어느 정도 사회적으로 지배적인 도덕에 스며져 있는가에 달려있다고도 볼 수 있다.

이상과 같이 우리는 우리의 법질서 내에서의 법과 도덕의 사실적 관계를 살펴보았다. 여기에서 우리가 결론내릴 수 있는 것은 법과 도덕은 調和와 適應, 緊張과 對立의 관계에 놓여 있다는 점이다.

(2) 이러한 법과 도덕의 사실적 관계에 관한 고찰은 우리를 자연히 법과 도덕의 當爲의 關係에 관한 문제로 접근케 한다. 여기에서 문제될 도덕은 위의 사실적 관계에 관한 고찰로부터 짐작할 수 있듯이 자율도덕과 종교도덕이 아니라 주로 社會道徳이 될 것이다. 그것은 법과 도덕 사이에 있어서의 當爲문제가 진정 의미있게 제기되는 것은, 법이 국민의 공동생활과 관련된, 따라서 법에 대해 중요한 지배적인 사회도덕과 맞서 있을 때이기 때문이다. 그런데 우리는 이러한 문제와 관련해서는 Engisch가 지적한 것처럼 두개의 準則을 생각할 수 있을 것이다.⁽⁶⁾

(1) 우선 떠오르는 것은 법과 도덕의 「同化의 準則」이다. 우리는 법과 도덕의 사실적 관계에서 이 원칙이 상당한 범위에서 실제로 준수되고 있음을 보았다. 물론 이 원칙을 법은 도덕의 시녀에 불과하다는 것으로 이해해서는 안된다. 법은 모든 도덕의 영역을 포괄적으로 법적 제재 밑에 둘 수 없다. 위에서 보았듯이 법은 상당한 부분에서는 도덕적으로 중립적인 거래 및 경제생활의 규제자에 불과했다. 또 도덕가치에 관심을 보이더라도 自制하는 것이 명백했다.

이렇게 볼 때 同化의 準則은 결국 법은 한편에서는 법공동체의 강력한 도덕관념과 충돌하지 않으려 하면서, 다른 한편 사회의 존속과 문화수준을 위해서 본질적인 도덕적 요청을 특수한 법적 수단으로 충족시키는 것으로 이해할 수 있다.⁽⁷⁾ 법은 最少限度의 道徳이어야 한다는 유명한 Jellinek의 말도 이러한 생각에서 나왔을 것이다.

그러나 이에 대해 同化의 準則을 지나치게 강조하려는 학자들도 없지 않다. 영국의 Devlin 판사가 바로 그 예다. 그는 사회를 觀念共同體(community of ideas)로 규정한다. 그는 정치, 도덕, 윤리 등에 대한 공동된 관념없이 사회는 존재하지 못하며, 공동된 도덕은 사회를 결속시키는 시멘트와 같다고 본다. 따라서 확립된 도덕은 좋은 정부와 같은 것이며, 반도덕은 곧 정부에 대한 반역죄와 같다는 것이다. 따라서 악의 억압은 전복적 행위의 억압과 마찬가지로 법이 할 일이라고 본다. 그렇지 못해서 공동된 도덕이 준수되지 못할 경우 남는 것은 사회의 分解(disintegration)라는 것이다.

(6) K. Engisch, 前掲書, 99면

(7) K. Engisch, 前掲書, 100면

이리하여 Devlin판사는 사회는 일응(*prima facie*) 부도덕 그 자체에 대해 입법할 권리를 가진다고 보며, 반역과 소요에 대한 국가의 입법권에 제한이 없듯이 부도덕에 대한 입법에 대해서도 이론적 한계가 있을 수 없다고 말한다.⁽⁸⁾

이와같은 견해는 독일의 경우 형법改正을 둘러싸고도 나타났다. 특히 1962년의 이른바 「政府案」에서는 『형법의 道德形成力을 통해 악한 행동의 만연에 제방을 쌓고』, 도덕적 『부패현상을 억제』하는 것을 범질서의 과제로 보았다.⁽⁹⁾

어쨌든 이러한 同化的 準則에서 보면 위에서 살펴본 도덕에로의 법의 명시적 접근은 자명한 것이고, 예컨대 近親相姦, 同姓간의 淫行 등에서의 현행법의 무관심은 부당한 것으로 지적될 것이다.

(ㄴ) 다음으로 우리는 同化的 準則과는 반대되는 「獨立 내지 分離의 準則」을 생각할 수 있다. 이러한 태도는 위에서도 보았듯이 범질서 내에서도 상당히 실현되고 있을 뿐 아니라, 또 이론적으로나 입법론적으로 강한 추세이기도 하다.

이러한 입장을 강하게 피력한 이로는 누구보다 Kelsen을 들지 않을 수 없다. 그는 학문적 인식의 입장에서 절대도덕을 부정한다. 도덕상대주의에서 보면 모든 법은 도덕적인 것이다. 그런데도 양자사이의 당위문제를 논한다는 것은 절대도덕을 전제할 때에만 의미있다. 이러한 의미라면 그는 법과 도덕은 분리되어야 한다고 보았다.⁽¹⁰⁾

요즈음 獨立의 準則의 입장을 강조하는 이는 Hart이다. 이는 유명한 Devlin-Hart 논쟁에서 나타났다; Hart는 부도덕은 그것이 어떠한 형태이든 사회를 약화시키고 드디어는 分解시킨다는 Devlin의 주장은, 마치 동성간의 음행이 地震의 원인이라는 유스티니아누스황제의 확신처럼 증거없는 것이라고 비판한다. 한 사회의 도의관념의 전체는 Devlin의 생각처럼 이은자리 없는 옷감과 같아 한 곳이 해지면 모두가 망가지는 것은 아니다. Devlin의 논리적 결함은 사회가 존속하자면 적어도 어떤 영역에서는 공통적인 도덕이 필요하다는 근거 있는 주장에서, 사회는 일정한 역사적 시점에서 지배적 도덕과 同一하다는 더 강한 주장에로 나아간 데 있다.⁽¹¹⁾

Hart는 이와같이 Devlin의 견해를 비판하면서 국가는 국민에게 도덕적으로 정당한 행위를 교육시키기 위해서가 아니라, 침해로부터 보호하기 위해서만 개인의 자유에 간섭할 수 있다는 J.S. Mill의 이른바 “harm principle”에 원칙적으로 찬성한다.⁽¹²⁾

(8) P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford Paperbacks 1975년판, 9면이하.

(9) *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung*, Bonn 1962. 376면 등

(10) H. Kelsen, 前掲書, 68면

(11) H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, New York 1963; *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, in: *Ethics and Public Policy*, ed. by T.L. Beauchamp, Prentice-Hall 1975, 252면이하.

(12) 오늘날 Mill의 이 원칙은 영미의 법 및 사회철학에서는 커다란 논쟁의 쟁점이 되고 있다. Hart,

또 위에서 언급한 독일형법개정의 정부안에 대해, 이른바 「代案」은 정부안에서 볼 수 있는 도덕교육적 형법관은 오로지 社會有害의(sozialschädlich) 행위만을 처벌해야 한다는 현대 형사법의 기능을 오인하고 있다고 비판했다.⁽¹³⁾

어쨌든 이러한 獨立 내지 分離의 준칙은 위에서도 말했지만 오늘날의 여러 법제도에 강하게 작용하여 왔다. 우선 민법, 특히 재산법에서는 이미 O.v. Gierke가 지적했듯이 모든 법적 규제가 특수한 법적 이념인 正義와 衡平, 나아가 경제적 合目的性에 따라 행해지고 있으며, 친족상속법에도 특히 혼인제도는 도덕적 관념에서 해방되어 그 機能의 면에서 보게 된 것이다. 이점 행정법에서는 더욱 강하다.

특히 「도덕의 등뼈」로서 자처했던 형법도 그러한 자신의 이념에서 점점 해방되기 시작했다. F.v. Liszt 이후 도덕적 贖罪로서의 應報刑과 행위자의 危險性만을 막아야 한다는 保護刑은 대립되었다. 그후 형법에는 범죄자에 대한 道德的 非難은 삼가하고, 오직 사회를 그 侵害로부터 적합한 억제 내지 보안처분을 가지고 보호해야 한다는 주장이 계속되었다. 이러한 기본사상은 범죄의 구성요건 구성에서 나타났다. 구성요건은 도덕판단을 요하는 규범적 징표를 줄이고, 가벌적 행위의 카테고리는 사회적으로 해롭거나 위험한 행위로 국한하려 했다. 오늘날 독일의 경우 도덕적 순수를 보호하고, 도덕적 혐오를 처벌하는 것이 형법의 과제가 아니라는 사상이 형법개정에서 우세를 보였다. 이리하여 간통, 낙태, 음행매개, 음란물반포, 심지어 同意살인에도 형법의 수단으로 방지해야 할 법익침해는 존재하지 않는다고 했다.

이상과 같이 법과 도덕사이에 있어야 할 관계에 대해서는 두개의 대립되는 입장이 맞서고 있음을 볼 수 있다. 도내제 이 문제에 대한 「정당한」 입장은 어떤 것인가? 이에 대한 비판적 검토가 필요하다. 여기에 무엇보다 필요한 것은 주관적인 평가가 아니라 合理的 的인 일 것이다.

우선 중요한 것은 위에서도 말했듯이 법과 도덕사이의 관계에 대한 당위문제는 법이 정말 「支配的」인 도덕과 맞서고 있을 때 문제된다는 점이다. 또 이러한 경우도 법이 이러한 도의관념을 의면하고 독자적 입장에 설 것인가 또는 그것을 받아들여 따를 것인가는 순수한 「評價」문제일 수 있다. 주지하듯이 법과 도덕이 완전히 일치한다는 것은 생각하기 어렵다. 또 오늘날과 같이 복잡한 사회에서는 많은 도덕적 결정은 개인에 맡겨져 있다. 그리고 도덕이란 강제로 실행될수록 그 본질적 요소가 파괴된다. 이렇게 볼 때 Engisch의 말처럼 순수한 도덕적 요청에 대한 법의 自制는 계속 요청될 것이며, 따라서 이른바 「법적으로 자

Law, Liberty and Morality; J. Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice-Hall 1973 등 참조. 이 원칙은 J.S. Mill이 그의 自由論의 序論에서 "That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others."에 연유하고 있다(*On Liberty*, Everymen's Library, 73면).

(13) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Bes. Teil, Sexualdelikte etc, Tübingen 1968, 37면

유로운 영역」(rechtsfreier Raum)에 속하는 도덕의 영역은 확실히 커질 것이다.⁽¹⁴⁾ 도덕은 이제 법의 구성요소나 필요조건은 못된다. 도덕은 모든 범영역 중 점점 줄어드는 부분영역의 가능성 속성이 되고 있는 것이다.

그러나 이것은 법과 도덕의 근본적 分離를 받아들이자는 것은 아니다. 물론 그렇다고 해서 Devlin과 같은 지나친 同化的 準칙이 타당하다는 것도 아니다. 그와같은 주장이 따지기를 싫어하는 자에 환영받을지는 모르지만, 법이 도덕적으로 비난할 만하다 해서 처벌하는 것도 아니고, 또 그것만을 처벌하는 것은 더욱 아니다. 그러나 우리가 법의 과제를 아주 「도덕중립적」으로 「사회내에서의 마찰없는 공동생활」의 보장에 있다고 한다면⁽¹⁵⁾, 그러한 임무는 일정한 도덕적 요청을 고려할 때에만 이행될 수 있을 것이다. 더우기 법질서가 생명적 내지 물질적 가치만이 아니라, 「인간의 존엄성」 「人格」과 같은 이념적 가치에 고백할 때, 그리고 責任, 刑量의 確定 등에 접할 때, 법질서는 도덕적 내용에 구속되고 있는 것이다. 따라서 법과 도덕의 完全한 分離란 있을 수 없다. 법에는 어딘가 도덕을 외면해서는 안될 한계가 있다고 보아야 할 것이다. 비록 그 범위가 더욱 줄어들겠지만 그것은 사회의 존속에 극히 중요한 의미를 가질 것이다. 이러한 한도에서 Devlin의 주장은 의미있는 것이다.

또 이 이외에 目的論的 觀點에서 보더라도 도덕적 내용을 묻지 않는 법보다는 도덕에 편승한 법이 더 잘 승인되고 준수될 것은 명백하며, 나아가 더욱 중요한 것은 도덕으로부터의 법의 해방은 그것이 실제로 관철되자면 실로 무서운 뱃가를 치르지 않으면 안될 것이다. 이리하여 Hart같은 학자도 개인이 항상 자기의 이익에 관한 최량의 법관이 아니라는 근거에서 同意殺人의 처벌을 이른바 “paternalism”의 일부로서 옹호했던 것이다.⁽¹⁶⁾

IV

이상으로 오늘날 특히 문제되고 있는 법과 도덕의 관계에 관하여 약간 고찰하여 본 셈이다. 끝으로 우리는 우리의 고찰에서 얻은 결과를 평가하여 보고, 우리의 고찰에서 아직 해결되지 않은 채 남아있는 문제를 간단히나마 살펴보기로 하자. 위에서도 말했지만 오늘날 법과 도덕의 문제는 어느때 못지않게 많이 논의되고 있다고 했다. 그것은 특히 몇가지 觀點에서 그러했던 것이다.

(14) K. Engisch, 前掲書, 107면

(15) Engisch는 이러한 沒道德의인 法的 과제를 설정하여 본다(前掲書, 104면).

(16) 그러나 Hart도 paternalism을 第三者의 행위가 개입될 때에만 주장한 것이지, 행위자 자신에 대해서도 paternalism을 근거로 개입할 수 있다고 주장하지는 않는다. 여기에 또 새로운 논쟁이 일어나고 있다. 이에 대해서는 R. Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? in: *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe 1972, 117면 이하; H.J. Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: *Festschrift für H. Welzel*, Berlin 1974, 775면이하; 拙稿, “諒解, 承諾, 推定的 承諾”, 考試界, 240號(1977. 2) 87면 이하 참조.

우선 立法的・法律政策的 관점이다. 즉 도덕 또는 도덕적 가치가 도대체 법을 통해 실행 될 수 있는가, 또 그렇다면 어느 정도의 범위내에서 그러한가이다. 이에 대해서 우리는 위의 고찰을 근거로 사회의 존속에 극히 중요한, 아주 기초적인 도덕적 가치에 대한 법적 보호를 요구하는 것은 정당하다고 말할 수 있다. 물론 법이라는 사회규범체계의 특수성, 그 특수한 作用力은 항상 엄두에 두어야 할 것이다.

다음으로 특히 중요한 것은 法效力的 관점이다. 이에 대해서는 위의 고찰에서 얼른 답이 나오지 않는다. Welzel은 법이 효력을 갖는 것은 오로지 그것이 도덕적으로 사람을 구속할 경우라고 말한다.⁽¹⁷⁾

그러나 냉철히 생각해 볼 때 도덕 그 자체 또는 일정한 종류의 도덕과의 적극적인 일치에서 법의 효력을 구한다면 이는 도덕의 다양성과 浮動性때문에 전혀 불가능하다고 말할 수 밖에 없다. 그러나 법이 거의 모든 사람의 도의관념에 의해 옹호되고 있는 이른바 지배적 도덕에 「소스라칠」 정도로 위반될 때 그 효력을 의심하지 않을 수 없다. 따라서 도덕은 법의 효력의 적극적 징표는 못되지만 그것의 消極的 限界 내지 阻却事由가 된다고 말할 수 있다.⁽¹⁸⁾

마지막으로 약간 언급하고 싶은 것은 뚜렷한 윤곽으로 나타나지 못한 「支配的」인 사회도덕의 문제이다. 이 문제는 매우 중요하다. 우리 법질서가 善良한 風俗, 信義誠實, 條理, 社會常規 등을 물을 때 이를 문제삼고 있는 것이다. 그러나 이를 분명히 하기란 쉬운 일이 아니다. 오늘날의 사회구조로 볼 때 전적으로 지배적인 도덕이란 생각할 수 없고, 오히려 지배적인 도덕이 되려는 투쟁만이 존재할 뿐이다. 따라서 우리는 절대적으로 타당한 「客觀的」인 도덕을 찾을 수는 없다. 그러나 법이 의거하려는 도덕이 「客觀化할 수」는 있어야 한다. 그렇지 못한 경우 法的 安定性은 잃게 되고 만다. 그러면 이러한 客觀化可能性의 기준은 어떤 것인가?

일찌기 O.v. Gierke는 위에서 보았듯이 「公正하게 사고하는 平均人的 觀念」에서 찾았다. 그러나 누가 과연 그렇게 사고하는 평균인인가? 이의 한계는 법에 의해 그어지는 것은 아닌가? 또 그러한 선이 그어진다해도 그 범위안에서의 多元的인 의견의 대립을 하나로 통일한다는 것은 불가능하다.

이리하여 요즈음 Pawlowski는 설사 지배적인 도덕이라 해도 그것이 현행법 질서와 내적으로 일치하거나 이에 적합할 때 법은 그것을 받아들여야 한다고 했다.⁽¹⁹⁾ 이것은 법에로의 도덕의 流入의 문을 좁히기는 했으나 법관의 특수한 윤리적 결정의 선택을 배제하지는

(17) H. Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin 1975, 286면 (Natturrecht und Rechtspositivismus); *An den Grenzen des Rechts*, Köln 1966, 30면.

(18) K. Engisch, 前掲書, 108면 참조.

(19) H.-M. Pawlowski, Die Aufgabe des Rechts bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral, *ARSP* Vol. 1964 L/4, 507면.

못하고 있다.

이러한 공박한 상황에서 Engisch나 Zippelius는 민주사회에서 무엇이 지배적 도덕인가는 多數決로 결정할 수 밖에 없다는 생각에서 立法者의 명백한 決定에 호소한다.⁽²⁰⁾ 사실 헌법학자들의 말처럼 국가헌법의 기본권조항들은 「일정한 文化 및 價値體系를 선언하고 있다」고 볼 수 있다(Smend). 그러나 따지고 보면 이러한 입법자의 결정도 지배적인 價値表象에 따라야 하며, 또 법도 하나의 도덕적 테제로서 다시 도덕적 논의에 지배되어야 할 것이다. 오늘날 법이 사회안에서의 지배적 도덕의 막강한 바탕이 되고 있음은 부인할 수 없다. 그러나 법자체가 다시 지배적 도덕에 의거할 것을 스스로 선언하고 있을 경우 사람들은 다시 위의 두 試圖나 다른 기준을 찾을 것이다.

사실 한 사회안에서 지배적인 도덕을 분명히 밝힌다는 것은 어려운 일이다. 그것은 사회 자체가 論理의 법칙에 따라 진행되지 않기 때문이다. 거기에서의 지배적인 도덕이란 불완전하며 흠결이 있기 마련이다. 따라서 그것의 결정에 惡循環도 따를 것이다. 여기에 特許權的 해결이 존재할 수는 없다. 이렇게 볼 때 지배적 도덕이란 결국 모든이가 아닌 多數나 支配層의 相互主觀의 일치에 의거하는 價値表象으로 생각할 수 있겠고 또 그것으로 만족하지 않을 수 없을 것이다.

(20) K. Engisch, 前掲書, 112면; 또 R. Zippelius, *Das Wesen des Rechts*, 2. Aufl. München 1969, 108면 참조.

Résumé

Über das Verhältnis zwischen Recht und Moral

Hun Sup Shim*

Das Problem von Recht und Moral ist kompliziert und vielseitig. Es ist deshalb unter verschiedenen Aspekten betrachtet worden. Man beschäftigte sich dabei hauptsächlich mit dem begrifflichen Unterschied und der realen Beziehung zwischen beiden. Hier geht es um das Verhältnis von Recht und Moral zueinander.

Für die Lösung des Problems wäre es notwendig, die Moral pluralistisch zu betrachten. Die Moral lässt sich in autonome Sittlichkeit, Hochethik und soziale Moral teilen.

Wenn man die Beziehung von Recht und **Moralen** richtig begreifen will, braucht man zuerst zwischen dem **tatsächlichen** Verhältnis und dem **gesollten** Verhältnis zu unterscheiden.

Bei dem tatsächlichen Verhältnis kommt unser geltendes Recht in Betracht. Nach unserem geltenden Recht stehen die beiden nicht nur in Harmonie, sondern auch in Spannung.

Bei der Frage, wie die beiden zueinander sein soll, könnte man zwei Maximen in Betracht ziehen: die Maxime der Angleichung des Rechts an die Moral einerseits und die Maxime der Eigenständigkeit des Rechts gegen die Moral andererseits.

Man muß aber die beiden Maximen nicht in absolutem Sinne verstehen; das Recht soll das **ethische Minimum** und von der Moral **nicht absolut getrennt** sein.

Aus dieser Betrachtung könnte man über die Fragen von Gesetzgebung und Rechtsgeltung gesunde Ergebnisse ziehen.

* Assistant Professor of Law, Law School, Seoul National University.