

## 法概念에 관한 論議

—Dreier, Hoerster, Krawietz 사이의 論爭을 보고—

沈 憲 燮\*

法概念의 問題는 法哲學의 永遠한 論議對象중의 하나이다. 그래서 그것에 관한 論爭은 國內的인 것이든 國際的인 것이든 늘 注目을 받는다. 近年 現獨逸哲學界, 더 정확히 말해 獨逸法理論界의 troika로 불려도 좋을 괴팅겐大學의 Ralf Dreier, 마인츠大學의 Norbert Hoerster, 린스터大學의 Werner Krawietz 사이에 있는 法概念에 관한 論爭도 그것이 비록 독일法哲學界內的 것이지만 注目받을 만한 것이었다.

그런데 이들 사이의 論爭을 言及하기 전에 —또 언급하기 위해서는— 二次大戰以後의 法概念을 둘러싼 國際的인 論議를 약간이나마 論及하는 것이 필요하다.

### I.

잘 알다시피 二次大戰이후의 法概念論爭의 震源地도 독일이었다. 즉 法哲學者 Radbruch가 自己批判을 곁하여 法實證主義의 法概念을 攻擊한데서 비롯되었다. 그는 法實證主義가 ‘法律은 法律이다’라는 確信으로써 法律家로 하여금 恣意的이고 犯罪的인 內容의 法律에 대해 抵抗할 수 없게 만들었다고 批判하고, 法律이 法的 安定性이라는 價値의 最小限度的 實現 때문에 正義나 道德과 衝突할 경우 보통은 法律의 優位가 인정된다 하더라도 그것이 ‘참을 수 없을 程度’(unerträgliches Maß)에 이르면 法律은 ‘不正當한 法’으로서 正義에 물러서야 하며, 나아가 正義를 한번도 追求하지도 않았고, 그 核心인 平等을 意識의으로 否認한 法(나치스의 法的 大部分)은 不正當한 法이 아니라 도대체 法的 性格이 없는 것이라고 闡明하였다. 말하자면 ‘法律的 不法’의 論辯으로 法實證主義의 法概念을 비판했던 것이다.<sup>(1)</sup>

\* 서울大學校 法科大學 教授

(1) 이는 그의 유명한 두 論文, 즉 ‘五分間的 法哲學’(1945), ‘法律的 不法과 超法律的 法’(1946)에서였다. 여기서는 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 제 5판, E. Wolf편, Stuttgart, 1956, 附錄 Nr. 1.4에서 참조(335面, 347面 이하). Radbruch의 法哲學思想의 一貫성과 관련하여서는 朴恩正 編譯, 라드브르흐의 법철학, 文學과 知性社, 서울, 1989 참조. 또한 拙著, 法哲學 I, 法文社, 1982, 35면 참조.

## II.

이러한 Radbruch의 法觀念은 二次大戰 이후, 특히 獨逸의 그것을 代辯한 것이며 이는 1958年 *Harvard Law Review*에서의 英國의 Hart와 美國의 Fuller 사이의 法概念論爭을 통해 國際的 水準에서 再檢討되기에 이르렀다.

Hart는 英國分析法學의 傳統에 따라 '있는 法'과 '있어야 할 法'을 명백히 分離할 것을 강조하면서 法實證主義의 法概念을 擁護했다. 즉 法이란 法體系의 基礎로서의 '本質的 法制定節次를 定하는 根本的으로 受諾된 規律'에 의해 規定되는 것이지, 道德基準에 反한다고 해서 法規範이 아니라든가 또 道德的으로 바람직하다고 해서 하나의 規範이 곧 法規範이 되는 것은 아니라고 하면서 法과 道德의 峻別을 강조했으며, 나아가 Radbruch의 法實證主義 批判은 '法律은 法律이다'라는 주장과 함께 '이 法律은 지켜야 한다'라는 道德的 問題도 동시에 결정되었다고 보는 그의 誤解에서 비롯된 것이고 惡法에 대한 抗議는 그것이 不道德하기에 法일 수 없다는 형태로 할 것이 아니라, 法律은 法律이지만 지키기에는 너무나 惡한 것이라고 하는, 가장 單純하기에 가장 強力한 道德的 批判의 형태로 하여야 할 것이라고 反駁하고, 不法은 例外的인 事後立法에 의해서 治癒되는 方途 밖에 없다고 보았다.<sup>(2)</sup>

이러한 Hart의 見解에 대해 Fuller는 法과 道德의 必然的 牽連이라는 立場에서 서서 이를 再反駁하는데 總力을 기울였다. 즉 Hart에서의 主要問題는 결국 '現實로 있는 法'의 定義와 '法에의 忠實'이라는 理想인 바, 이 兩者 사이에 존재하는 딜레마를 克服하자면 法이 實證主義에서처럼 單純히 어떤 經驗的 事實의 이미지로 把握될 것이 아니라 忠誠을 받을 만한 人間的 成就로 나타나야 한다고 지적하고, Hart로 하여금 法과 道德의 峻別을 가능케 했던 '根本的으로 受諾된 規律'도 窮極的으로는 正當하고 不可缺하다는 생각 위에 依據하고 있는 一般的 受諾에서 그 效力이 이끌어 내어진, 말하자면 法이 아니라 道德的 問題로 보아야 한다는 것이다. 또 이러한 正義와 道德性('外在的 道德性')의 要求에 合致되고 있는 '좋은 秩序'는 제쳐놓고, '秩序 自體'를 생각해 보더라도 그것은 最小限 恣意的이거나 模糊하여서는 안된다는 '內在的 道德性'을 갖추어야 하며, 法體系도 비록 그것이 惡한 것일지라도 이러한 人間努力을 보여야 하고, 따라서 法이 있느냐 없느냐도 이러한 努力을 얼마만큼 보이고 있느냐에 따라 決定되는 하나의 '程度의 問題'이며, 그러고 보면 나치下에서도 비록 그것이 惡法일지라도 法이 있었다고 말할 것이 아니라, 그것이 法의 外在的 道德性과 內在的 道德性을 얼마만큼 갖추었느냐에 따라 대답될 수 있는 것이라 하겠고, 그 결과 이를 갖추지 못한 나치의 法에 대한 Radbruch의 批判은 오히려 妥當하다고 보았다.<sup>(3)</sup>

(2) H.L.A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review* 71 (1958), 특히 596면, 599면, 615면 이하, 618면, 620면 참조.

(3) Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart, 위의 *Harvard*

Hart와 Fuller 사이의 이러한 論爭은 실로 英國과 美國의 法哲學을 대표하는 두 學者 사이의 意見對立으로 큰 注目을 받았으며, 이들 意見이 얼마 후 각각 실로 現代法哲學의 古典들이라 일컬을 수 있는 著書로 體系化되었음은 이제는 過去의 事實이다.<sup>(4)</sup>

그런데 Hart는 法適用(判決)過程과 관련하여서도 法律文言이 標準의으로 確定된 '意味의 核'(core)을 갖고 있는 경우와 '模糊한 周邊'(penumbra)을 갖고 있는 경우를 구별하고, 전자의 경우 法適用은 '있는 法'에의 單純한 包攝일 수 있으나, 후자의 경우는 '있어야 할 法'의 立法的 決定이 불가피하다 해도 이를 過大評價하여 '있는 法'과 '있어야 할 法' 사이의 區別을 혼동해서는 안되며, 또 '있어야 할 法'이 合理的이기 위해서는 일정한 社會的目的(aims) 및 政策(policy)에 의해 規定되어야 하지만 그것이 반드시 道德的 觀點에만 의하지 않고, 심지어는 나치의 政策에 의해서 규정되었던 점을 생각할 때, '法과 道德의 分離'의 주장은 堅持되는 것이라고 보았다.<sup>(5)</sup> 이러한 Hart의 주장은 우선 Fuller에 의해 이미 法解釋이란 모두 個別文句의 標準의 意味보다는 全法規定의 目的을 찾는 데 있다고 반박되었지만,<sup>(6)</sup> 決定的으로는 한참 후 당시 少壯 法哲學者인 Dworkin에 의해 강한 挑戰과 批判을 받게 되었다.

### III.

Dworkin은 1967년 '規律의 모델'이라는 論文을 출발로 해서 法實證主義의 不完全한 法適用論을 과녁으로 삼아 法實證主義의, 특히 Hart의 法概念을 비판했다.<sup>(7)</sup> Dworkin에 의하면 法規에의 包攝으로 單純하게 決定될 수 없는 이른바 '問題事例들'(hard cases)에 있어서는 法適用이 法實證主義者가 생각하는 것처럼 立法者의 自由裁量에 의해서가 아니라 原理(principle), 政策(policy), 그리고 다른 종류의 基準들(standards)의 도움을 얻어 解決된

*Law Review*, 특히 632면 이하, 639면 이하, 644-646면 등 참조.

(4) H.L.A. Hart의 *The Concept of Law*, (Oxford, 1961), Lon L. Fuller의 *The Morality of Law* (Yale University Press, 1964)가 바로 그것들이다. Hart는 여기에서 實證主義의 法體系理論을 完成하였고, '法共同體'의 法은 個人들의 行爲들을 規律할 一次規範과 이의 確認·制定·實現에 관한 二次規範의 結合으로 이루어져 있고, 法の 確認(과 制定)에 관한 根本的으로 受諾된 規律을 '認識(承認)律'(rule of recognition)로 命名하여 이를 法秩序의 最高·窮極의 效力根據로 삼고져 했다(특히 77면 이하 참조). 또 Fuller는 특히 法の 內在的 道德性을 肯定하여 '法을 可能케 하는 道德性'(morality that makes law possible)이라 일컫고, 이를 法の '一般性', '公布', '不遑及', '明確性', '無矛盾', '不可能的 不要求', '持續性', '官當局의 行動과 宣言된 規則의 一致' 등으로 요약했다(특히 33면 이하).

(5) H.L.A. Hart, 앞(주 2)의 글, 606-615면 참조.

(6) Lon L. Fuller, 앞(주 3)의 글, 661면 이하 참조.

(7) R. Dworkin, *The Model of Rules*, *University of Chicago Law Review* 35 (1967), 14면 이하. 이 논문은 그 후 *Is Law a System of Rules?*로 改稱되어 *Essays in Legal Philosophy*, ed. R.S. Sumner (Oxford, 1968) 25면 이하에 실렸고, 지금은 그의 著書 *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, 14면 이하에 실려 있으며, Dworkin의 理論은 이 著書의 여러 글에서 잘 다듬어져 소개되어 있다.

다. 그런데 ‘政策’이란 到達할 目的을 설정하는, 그리고 일반적으로 共同體의 經濟的, 政治的 또는 社會的 發展을 도모하는 基準인데 반해, ‘原理’란 그것이 바람직한 經濟的·政治的·社會的 狀況을 發展시키거나 確保하려는 것이기 때문이 아니라, 正義, 公正 또는 어떤 다른 道德性的 要求이기 때문에 지켜야 하는 基準이므로 이들 사이는 明確히 區別된다. 또 이러한 原理에 의한 法決定이 拘束力 있고, 특히 事後立法이 되지 않기 위해서도 法은 처음부터 規律(規則, rule) 뿐만 아니라 原理(principle)를 포함하는 것으로 파악되어야 한다. 나아가 原理는 Hart에서의 規律처럼 ‘窮極의 根本認識(承認)律’(ultimate master rule of recognition)과의 단순하고 또 直接的인 淵源的 關係를 맺고 있지 않으며, 따라서 認識(承認)律이 原理를 確認할 試金石일 수 없다면 原理가 오히려 窮極的인 것이고 그리고 認識(承認)律을 ‘形成’한다고 왜 말하지 않는가라고 反問되기에 이른다. 그래서 Dworkin은 原理를 法으로 보는 限 共同體의 法은 하나의 根本律에 의한 審査를 꼭 거쳐야만 한다고 하는 法實證主義의 主張은 거부되는 것이 마땅하고, 또 原理가 그 道德性에서 政策과 구별되는 것인 限 法과 道德의 本質的이고 必然的인 牽連은 밝혀지는 것이며, 따라서 法과 道德의 分離라는 法實證主義의 主張은 放棄되어야 한다고 보았다.<sup>(8)</sup> Dworkin의 法觀念은 그 후 계속적인 著作들을 통해 발전을 보고 있으나 이러한 基本立場에서는 변함이 없다.<sup>(9)</sup>

#### IV.

그러면 이제부터 Dreier, Hoerster, Krawietz 사이의 法概念論爭을 살펴보기로 하자.

1. 이들 사이의 論爭은 먼저 Dreier가 Radbruch의 批判 이후 실로 40年 後인 1986年 *NJW* (제14권)에 실린 ‘法的 概念’이라는 글에서 法實證主義의 法概念을 다시 批判한데서 비롯되었다.<sup>(10)</sup> 드라이어는 이 글에서 먼저 法實證主義란, 어떠한 任意的 內容이라도, 正義의 基礎的 原理에 명백히 抵觸되는 內容이라도 實定法이 될 수 있다는 主張(겉켄)에서도 볼 수 있듯이, 法과 道德 사이에는 하등의 必然的 關係가 없다는 一般的 提제에 입각하고 있다고 지적했다. 그리고 나아가 法實證主義의 위와 같은 主張은 法實證主義가 法學에서의 言語的·概念的 不明確성은 주로 ‘있는 法’과 ‘있어야 할 法’ 사이의 區別을 無視 내지 混同한 데서 비롯된 것이라 보고, 이에 關心을 오직 ‘있는 法’에로만 局限시켜 規範이나 規範秩序의 實質的 正當성을 概念의 要素에서 除外시켜 버린 데에서 비롯된 것이며, 法實證主義는 이러한 ‘있는 法’의 徵表를 ‘權威的 制定性’에서 보느냐 ‘社會的 實效性’에서 보느냐에 따

(8) 여기서는 위의 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 14면-45면을 참조했음.

(9) 이러한 著書로는 *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985; *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986 등이 있다. 이들 著書에 나타난 Dworkin의 法思想에 관한 紹介는 張榮敏, 原理와 權利의 法哲學(法哲學과 刑法의 諸問題, 石隅黃山德博士追慕論文集, 邦文社, 1989, 113面 이하)이 있고, Dworkin의 初期의 理論에 관해서는 姜丁完, R. Dworkin의 法原理와 權利의 理論에 관한 研究(서울大學校大學院 法學碩士學位論文, 1985)가 있다.

(10) R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, *NJW* 1986, 제14권, 890-896면.

라 制定(또는 法律) 實證主義와 社會學的 法實證主義로 나누어진다고 아울러 지적한다.<sup>(11)</sup>

드라이어는 이러한 法實證主義的 法概念에 대해서는 오늘날 두개의 代表的인 反對論辯이 있음을 지적한다. 그 첫째가 옛부터 ‘暴君의 論辯’ 또는 ‘全體主義의 論辯’으로 불리어 왔고, 위에서 살핀 바와 같이 현대에 와서는 라드브루흐에 의해 “法律이 正義에 참을 수 없을 정도로 矛盾되면 法律은 ‘不正當한 法’으로서 正義에 물러서야 한다”고 表現된 바 있는, 이른바 ‘不法의 論辯’(Unrechtsargument)이다.<sup>(12)</sup> 오늘날 Kriele는 이 論辯에 관해서 個個의 法規까지는 아니더라도 法秩序 자체가 ‘大體’로 倫理를 고려하고 있으면 足한 것으로 이해하고 있기도 하다.<sup>(13)</sup>

그 둘째는 드워킨의 이른바 ‘原理의 論辯’(Prinzipienargument)이다. 위에서도 이미 언급한 바 있지만 드워킨에 의하면 法原理란 우선 ‘構造的으로’ 法規則(律)과는 質的 差異가 있다. 즉 規律(規則)은 適用되면 되고, 안되면 안된다는, 다시 말해서 ‘全部 또는 全無의 方式’(all or nothing fashion)으로 適用되고, 相互衝突의 경우 어느 하나는 無效인데 반해, 原理는 規律이 갖지 않는 ‘무게 또는 比重의 次元’(dimension of weight or importance)을 가지며, 相互衝突의 경우 어느 것이 더 무거우며 重要한가를 물어 그것에 따르되, 그렇다고 해서 다른 것이 반드시 無效가 되는 것은 아니다. 다음으로 法原理는 ‘效力理論的으로’ 볼 때, ‘根本規範’이라 하든 ‘承認(認知)律’(rule of recognition)이라 하든 하나의 最高規範을 통한 ‘族譜審査’(test of pedigree)를 거치지 않는다는 점에서, 이것을 따질 수 있는 法規則과는 다른 지위에 놓인 것이다.<sup>(14)</sup>

드라이어는 法原理의 ‘構造的’ 特性에 대해서는 Alexy의 發展的 說明을 좇아, 目標나 價値를 最大限度로 實現할 것을 命하는 ‘極大化의 命令’(Optimierungsgebot)으로 이해하여, 憲法上的 諸法理想의 最大限의 實現을 요구하는데 그 특성이 있다고 본다.<sup>(15)</sup> 그러나 法原理의 ‘效力理論的’ 特性에 대해서는, 그것이 憲法上으로 實定화된 法秩序에서는 憲法을 頂點으로 놓고 族譜를 따질 수 있다는 점에서 法原理들이 그 效力理論的 意義를 잃게 된다고 본다.<sup>(16)</sup>

드라이어는 이 두 論辯이 확실히 法實證主義的 法概念의 限界를 파괴한다고 보면서, ‘相當한(adäquat) 法概念’의 模索을 시도한다. 그는 法이란 複雜한 現象이어서 相異한 觀點에서 바라볼 수 있으며, 따라서 相異한 法概念이 相當할 수 있다고 본다. 물론 法이 觀點의 相異性을 떠나 칸트나 토마지우스의 傳統에 따라 ‘人間의 外的 行爲를 規律하고 強制可能

(11) R. Dreier, 위의 글, 890면.

(12) R. Dreier, 같은 글, 891면.

(13) M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, 제 5장.

(14) R. Dworkin, 앞(주 7)의 *Taking Rights Seriously*, 24면 이하.

(15) R. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *RECHTSTHEORIE*, Beiheft 1, 1979, 59-81면 참조.

(16) R. Dreier, 같은 글, 893면.

한 規範의 總體'로 定義될 수 있지만, 이러한 意味論的 定義는 內容的으로 貧弱한 것이고, 本質的인 것은 '效力理論的'으로 豊富하게 定義된 法概念이다. 주지하듯이 法哲學은 法的 道德的 效力에서, 法社會學은 法的 社會的 效力에서, 法理論은 法的 法律的 效力에서 法概念을 각각 論議하고 있다. 드라이어는 觀點을 '法理論'에로 좁힌다.<sup>(17)</sup>

法理論(Rechtstheorie)이란 法的 基本概念의 理論이고, 法解釋學과 이에 따라 法實務에 관련된 一般法學이다. 法解釋學이 무엇보다 法官에로 定向된 學問임으로 해서 法理論的 法概念도 자연히 法官定向的인 것이 된다.<sup>(18)</sup> 그런데 法官에 대해 法이란 그가 事件을 決定할 때 따라야 할 規範의 總體이다. 즉 그것은 經驗的이 아니라 規範的인 概念이다. 이는 다시 말해서 法的으로 效力있는 法, 즉 實定法과 同義語이며, 따라서 權威的 制定性이 그것의 중요한 徵表가 된다. 그렇다고 해서 이의 概念은 순전히 記述的으로만 탐구되어야 하는가? Kelsen과 Hart는 이러한 立場에서 '있는 法'만을 眼中에 두면서, '法과 道德의 分離'를 주장한다. 그러나 이는 특히 法官이 全體主義的 獨裁下에서의 法歪曲을 그 崩壞후에 獨自的으로 治癒해야 할 任務를 띠고 있을 경우를 外面하고 있다. 더우기 이 是正이, 다시 말해서 法과 道德의 必然的 關聯이 判決로 宣言되고, 따라서 그것이 '있는 法'의 構成部分이 되어 버린 곳에서는 '法과 道德의 分離'의 주장은 스스로와도 矛盾되게 規範的으로 使用되고 있지 않는가라고 反問된다.<sup>(19)</sup>

또 法理論이란 多次元的이다. 그것은 經驗的, 分析的인 뿐만 아니라, 規範的이다.<sup>(20)</sup> 즉 그것은 法官이 事件을 決定함에 있어서 따라야 할 法的 概念, 다시 말해서 法官이 職務上 가져야 할 法概念을 탐구하여야 한다. 그러자면 法理論은 '法歪曲의 例外的 狀況'도 고려해야 한다. 이리하여 法的 效力을 法概念의 要素로 보는 드라이어는, 비록 例外的 狀況에 대해 實際的 意味를 갖는 것이지만 '不法의 論辯'을 받아들여 法實證主義的 法概念에 대해 個別規範과 관련해서는 라드브루흐의 公式을, 全體 規範體系와 관련해서는 크릴레의 公式을 첨가하여 그것을 修正하여야 한다고 하였다.

또 그는 '原理의 論辯'과 관련하여서도 그것이 法原理에 의한 決定을 法實證主義者들처럼 法官의 단순한 道德的 自己評價로서가 아니라, '法的 根據지움'으로 볼 수 있게 하였고 또 近世以後의 法 및 國家倫理의 諸原理, 즉 人間의 尊嚴性, 自由, 平等, 法治國家, 民主主義, 社會國家의 諸理想을 담고 있는 現代의 民主的·社會的 法治國家의 根本的인 法理論에 符合된다고 보았다.<sup>(21)</sup>

結論的으로 드라이어는 法學的 法概念을 相當하게 定義하는 데에는 權威的 制定性, 社會

(17) R. Dreier, 같은 글, 894년.

(18) R. Dreier, 같은 글, 894년.

(19) 이 점 R. Dreier, 같은 글, 894년.

(20) R. Dreier, 같은 글, 894년.

(21) R. Dreier, 같은 글, 895년.

의 實效性, 實質的 正當性을 理性的으로 結合시켜 놓아야 하지만, 國家的으로 組織된 法體系에서는 權威的 制定性이 優位에 서고 다른 두 要素에 의해 단지 修正되는 것이 요청된다고 지적하고, 이에 法이란 “大體로 實效的이고 또 最小限의 倫理的 正當化 또는 正當化能力을 보이는 限에서의 國家的으로 組織된 또는 國際的인 規範體系(의 憲法)에 속하는 規範의 總體, 그리고 그 자체 最小限의 社會的 實效性 또는 實效性的 可能性과 最小限의 倫理的 正當化 또는 正當化能力을 보이는 限에서의 이 憲法에 따라 制定된 規範의 總體이다”라고 定義하였다. (22)

2. 法實證主義에 대한 드라이어의 이와 같은 批判과 그에 입각한 實證主義의 法概念의 修正은 즉각 N. Hoerster에 의해 再批判되었다. 웨르스터는 같은 해 역시 *NJW*(제40권)에 실린 ‘法實證主義의 擁護’라는 더 짤막한 글에서 法實證主義를 뒤엎으려는 드라이어의 試圖에 대해서는 그냥 있을 수 없다고 하면서, 특히 法實證主義의 根本關心事에 대한 그의 誤解를 지적했다. (23)

法實證主義의 核心主張은, 드라이어가 정확하게 보았듯이, 法概念이나 그것에서 派生된 法效力, 法義務, 法拘束性과 같은 개념들은 엄격히 道德中立的으로 규정되어야 한다는 것이다. ‘分離테제’(Trennungsthese)로 불리워지는 이러한 견해는 法과 道德은 概念的으로 分離되고, 兩規範體 사이에는 概念的으로 必然的인 相互關係가 없으며, 따라서 效力있는 法은 어떠한 任意的 內容, 아무리 不道德한 內容이라도 가질 수 있다는 것을 주장한다. 일정한 不道德한 法을 法概念에 넣는가 안 넣는가는 ‘具體的 法秩序’의 規準에 따라 결정할 문제이다. 예컨대 人種差別을 규정한 規範은 法秩序<sub>1</sub>에 의하면 (效力있는) 法이나, 法秩序<sub>2</sub>에 의하면 法이 아닐 수 있다. 이는 ——드라이어가 든 原理도 포함한—— 當該 規準들이 그 內容에 있어서, 法秩序에 따라 다르기 때문이다. 그런데 法秩序 사이에 이러한 規準의 內容이 같다고 하더라도 그 때문에 이들 規準들과 그 結果들이 ‘法概念’의 構成部分으로 고찰될 수는 없고, 內容에 있어서 一致되고 있는 當該 具體的·實定的 法秩序의 構成部分으로만 고찰되는 데 그친다. (24)

그러면 이러한 分離테제는 어떻게 이해되어야 하며, 法實證主義者가 그것을 주장하는 根據는 무엇인가? 웨르스터에 의하면 分離테제는 어떤 이, 예컨대 法學者나 法曹人이나 一般庶民의 言語慣用에 대한 ‘經驗的 確認’이 아니다. 그러한 言語慣用은 統一的이지 못하고, 적어도 部分的으로는 矛盾도 있으며, 깊이 省察되어 있거나 明確하게 밝혀져 있지도 않다. 이러한 事情下에서 法實證主義者의 關心은 言語共同體 속에 주어져 있는 法概念을 ‘科學的 目標設定下’에서 가능한 限 밝히고 明確히 하는데 있다. 이러한 努力에서 얻어진

(22) R. Dreier, 같은 글, 896면.

(23) N. Hoerster, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, *NJW*, 1986, 제40권, 2480--2482면.

(24) N. Hoerster, 같은 글, 2480면.

概念規定은 ‘規範的 確定’(normative Festsetzung), 定義의 提案이라는 것이다. 이 말은 이러한 提案이 恣意的이라는 것을 결코 의미하지 않는다. 반대로 이러한 提案은 모든 科學的 活動의 第1 前提, 즉 그것의 도움으로 實質的 問題를 가능한 限 明確하고 疑心할 수 없는 言語로써 說明할 수 있게끔 하는 概念的 道具를 마련하려는 ‘目標’에 따르고 있다는 것이다.<sup>(25)</sup>

나아가 法實證主義者는 이러한 目標에 가장 알맞는 法概念이란, 法의 道德的 要請과의 一致를 통해서가 아니라, 物理的 強制的 使用이나 社會的 實效性을 통해 특징지어지는 規範秩序와 관계짓는 法概念이라고 본다. 이는, 어떤 規範이 社會的으로 實效的인 強制秩序에 속한다는 事實은 理論的으로나 實際的으로 重大한 것이어서 이러한 規範에 대한 固有한 概念이 있어야 하고, 그것에는 ‘道德中立的’인 法概念이 가장 合目的的이라는 것이다.<sup>(26)</sup>

이렇게 헤르스터는 法實證主義的 分離체제의 位相을 밝힌 다음, 法實證主義者는 法과 法概念에 대해 오로지 記述的인 態度로 一貫한다고 하면서도, 法과 道德的 必然的 結合에 대한 確信을 피력한, 이미 法現實의 一部가 되어 버린 判決을 비판한다고 꼬집은 드라이어에 대해 다음과 같이 반박한다. 첫째로, 방금 보았듯이, 法實證主義者가 法概念의 規定을 記述的인 일거리로 본다고 한 것은 잘못이고, 오히려 그것은 어디까지나 合目的的 考慮에 의해 指導된 ‘規範的 確定’이다. 둘째로 法實證主義者는 결코 있는 法의 一部가 된 判決을 무조건 批判하는 것이 아니라, 判決이, 法과 道德的 必然的 結合위에 의거하고 있는 限, 그 根據지움의 方法을 비판하는 것이며, 法官이 法秩序에 體化된 道德規範에 따라 判決하는 것은 가능하며 이를 비판하지는 않는다고 반박한다.<sup>(27)</sup>

또 法實證主義者가 概念確定의 口實下에 道德的 評價를 하지는 않는다는 것이지, 現在의 法이 道德的 觀點下에서 適用하고 遵守할 만한가 아니한가에 대한 질문에 敏感치 않아야 한다는 것은 아니다. 단지 이러한 表象을 法의 ‘概念’ 속에 受容하지 않고, ‘正義롭고’, ‘正當하고’, ‘道德的으로 善한’ 法의 規準으로 보는 것이 다르다는 것이다.<sup>(28)</sup>

헤르스터는 그의 法概念과 관련하여서는, 우선 法規範이 다른 規範에 대해 가지는 特徵은, 위에서 언급한 Hart의 理論에 따라 法(規範)이 그 個個에 있어서는 모두가 보다 上位의 授權規範의 權威에 의해 創設됨으로써 존재하며, 즉 效力을 가지며, 이렇게 못한 最上位의 授權規範은 社會內에서 受諾(承認)되고 그리고 어느 정도 實效的이라는 데에, 즉 法이 ‘合法的 效力’(Gültigkeit)과 ‘效力’(Geltung)을 가짐으로써 拘束的(verbindlich)이라는 데에 있다고 보면서, 法을 “社會內에서 拘束力을 가지며, 物理的 強制的 行使를 규정하고 다

(25) N. Hoerster, 같은 글, 2481면 참조.

(26) N. Hoerster, 같은 글, 같은 면 참조.

(27) N. Hoerster, 같은 글, 같은 면 참조.

(28) N. Hoerster, Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, *JuS* 1987, 제 3권, 186면 참조.



른 規範秩序에 대해서는 衝突時 그것에 대해 貫徹力을 가지고 있는, 段階構造를 이루는 規範秩序”라고 定義하고 있다.<sup>(29)</sup>

3. 法律家 두 사람이 論爭을 하면 第3의 者는 快心の 微笑를 짓는다는 말처럼 Dreier와 Hoerster의 論爭을 본 Krawietz는 그 이듬해 ‘新自然法이나 法實證主義냐?’라는 그 特有의 張皇한, 그러나 意味있는 글을 통해 兩者를 싸잡아 批判하고 나섰다.<sup>(30)</sup>

크라비츠는 드라이어나 웨르스터 모두가 程度의 差異는 있지만 權威的 制定性을 바탕으로 한다는 점에서 老朽해 버린 法實證主義에 매달려 있고, 웨르스터의 견해는 너무 中立의 이고, 狹小하고, 一面的이고, 드라이어는 ‘法の (最小限의) 倫理的 正當化’, ‘規範의 實質的 正當性’을 法概念의 要素로 받아들임으로써 ‘法の 根本主義化’, ‘法에 있어서의 새로운 根本主義’(Fundamentalismus)를 불러왔다고 우선 지적한다. 이들은 (드라이어의 實質的 正當性을 빼고는) Kelsen이나 Hart의 法實證主義의 法概念을 받아들인 결과 法強制說(法制裁說)을 따른 셈인데, 이는 오늘날의 理論의 反論에 이겨내기 힘들며, 客觀的인 意味에서의 法에만 注目한 나머지 主觀的 의미에서의 法, 즉 ‘權利’의 觀念을 法概念에서 도의시한 결과를 가져왔고, 法思想의 根本主義化는 立法者의 決定에 의해 停止되지 않은 道德과 倫理의 發展을 看過하는 것이다. 나아가 드라이어에 대해서는 한편 實證主義的 法概念을 사용하면서, 다른 한편 道德의 原理가 法에 關連적으로 속한다고 하는 넓은 概念을 쓰고 있어서 法이라는 말을 同音異義語로 만들고, 따라서 許容될 수 없는 曖昧化를 가져 왔다고 비판한다.<sup>(31)</sup>

이렇게 Dreier와 Hoerster를 비판한 크라비츠는 法概念은 ‘法實證主義와 根本主義의 저편’에서 찾아야 한다고 주장한다. 우선 그는 法을 規範主義의 으로만 파악하는 法實證主義의 立場에서는 當爲화된 行爲와 事實의 行爲 사이에 존재하는 相互的 社會關係의 깊은 分析과 說明이 重視되지 않고, 또 이것을 法理論의 課題로도 삼지 않고 있다고 지적하고, 法規範과 法現實은 실로 그렇게 峻別되어 있지 않으며, 法은 그 構成要件이나 法的 效果의 賦課에 있어서 先天的·純規範的 決定前提로서가 아니라, 그 規範的 意味內容에 있어서 그때 그때의 政治的, 經濟的, 社會的 文脈에 依存되어 있고, 따라서 法은 ‘規範的·現實主義的 考察方法’(normativ-realistische Betrachtungsweise)에서 규정되어야 한다고 하였다. 즉 法的 實證性, 다시 말해서 法과 그 社會的 現實에 대한 規範的·現實主義的 表象이 있어야 한다는 것이다. 이렇게 볼 때 웨르스터, 특히 드라이어의 法概念들은 모두 規範主義的 으로만 파악된 결과, 近世 이후의 法哲學에서의 패러다임의 變動, 즉 法形而上學에서

(29) N. Hoerster, 위의 글, 182면 이하와 그리고 188면.

(30) W. Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechts bei Ralf Dreier und Norbert Hoerster, *RECHTSTHEORIE* 18, 1987, 209-254면.

(31) W. Krawietz, 위의 글, 209-226면 참조.

專門法學에로의, 分析的·規範的 法律觀 및 法學觀에서 規範的·現實主義的 法律觀 및 法學觀에로의 변동을 外面한 것이 된다.<sup>(32)</sup>

이러한 法理論의 趨勢에 맞추어 (實證主義的) 法理論은 드라이어의 類型化와는 다르게 第3의 理論으로 變貌되고 있다. 이것이 Weinberger와 MacCormick이 提唱하는 ‘制度主義的 法實證主義’(institutionalistischer Rechtspositivismus)이다.<sup>(33)</sup> 여기에서는 法の 規範理論과 制度 및 體系理論이 結合되어 있다. 사실 현대의 獨逸法思想은 Weber에서 Schelsky, Luhmann에 이르는 制度 및 體系理論의 問題視角 밑에서 발전되어 왔고, 여기에서 法規則 및 法原理는 制度나 社會的 體系의 構成部分으로서, 構造的으로는 그것들에 의해 形成된 ‘一目瞭然한’(eindeutig) 期待(Erwartung)에로 人間行爲를 規範的으로 定向케 하는데 이바지한다고 보여졌으며(Weber), 法制度의 기능은 規範的 期待形成의 次元에서 찾아지고 발견되었다는 것이다.<sup>(34)</sup>

Krawietz는 이러한 新制度論의 法理論과 연결시키면서 그의 規範的·現實主義的 法理論을 파악코자 한다. 이러한 新制度論은 종래의 制度論처럼 制度를 規範에 앞서 있는, 規範의 源泉으로 보는 것이 아니라, 規範과 制度를 一體로, 다시 말해서 이른바 ‘制度的 事實’(institutional fact—Searle)로 보고 있다.<sup>(35)</sup> 여기에서 法이란 다른 規律들과 마찬가지로 制度的으로 規律된 社會的 共同生活의 構成要素이고, 이런 規律들은 모든 構成員의 行動範圍를 構造지우는 定向的 觀點들의 制度化된 體系로 파악된다. 그럼으로써 이들은 他人에 대한 根據지위진 期待를 確實히 해준다. 따라서 社會的으로 制度化되어 定立된 法(規律)은 Weber에서처럼 各者가 자기의 行爲를 法規律로 이루어진 一目瞭然한 期待에로 定向케 할 수 있게끔 하는 機能에서 파악되어야 하고, 이렇게 볼 때 強制나 制裁가 法の 規準의인 構造要素로 규정될 필요는 없게 된다.<sup>(36)</sup> Krawietz는 자기의 法概念을 명확히 定義해 보이고 있지는 않지만, 法の 本質은 規範的 期待形成의 機能에서, 즉 社會的 構造形成的(安定的, 平和的) 機能에서 파악되어야 함을 강조한 것으로 볼 수 있겠다.<sup>(37)</sup>

(32) W. Krawietz, 같은 글, 226면 이하.

(33) D.N. MacCormick u. O. Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin 1985.

(34) W. Krawietz, 앞의 글, 236면 이하. Krawietz는 Weber의 法概念을 보통처럼 그의 *Wirtschaft und Gesellschaft, Rechtssoziologie*에서 引用하지 않고 *Wissenschaftslehre*에 실린 Stammler의 法哲學批判論에서 인용하고, 또 이점 특히 강조한다.

(35) 이점 특히 O. Weinberger, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Stuttgart, 1987, 143면 이하 참조.

(36) W. Krawietz, 앞의 글, 238면 이하 참조.

(37) 이상으로 Krawietz의 Dreier와 Hoerster에 대한 批判을 要約해 보았다. Krawietz의 글은 法律家의 一般的인 整理된 見解表明의 方式과는 다르게 叙述되어 있다.

## V.

이상으로 현재 獨逸法哲學界의 重鎮들이라 불려도 좋을 Dreier, Hoerster, Krawietz 사이의 法概念論爭을 살펴 보았다. 그런데 이들 사이의 論爭은 사실은 그 以前부터 國境을 초월해서 繼續되어 온 法概念論議의 延長線上에서 이해되어야 할 것이기에 G. Radbruch에서 H.L.A. Hart, L. Fuller, R. Dworkin에 이르기까지의 論議도 아울러 간단히 紹介했다. 이리하여 二次大戰이후 法哲學界에서 전개되어 온 法概念論爭(史)의 한 페이지를 들추어 본 셈이 되었다.

Dreier, Hoerster, Krawietz의 論爭은 독일에 국한시켜 본다 해도 注目거리라 하겠다. 사실 戰後 독일법철학계에서 라드브루흐의 法把握은 무서운 不法의 體驗과 法院에서의 確乎한 受容으로 인해 거의 動搖됨이 없이 堅持되어 왔다. Dreier교수의 글은 새로운 論據를 덧붙여 ‘法理論의으로’ 이를 再確認한 데 그 意義가 있다. 그런데 이에 대한 Hoerster의 批判은 하나의 挑戰이라 해도 誇張을 짓 같다. 왜냐하면 露骨의인 法實證主義의 擁護란 거기에서는 하나의 禁已로 여겨져 왔다 해도 지나친 말은 아니기 때문이다. 그러나 오늘의 독일은 사실 ‘啓明된’ 立場에서 法實證主義를 옹호할 수 있는 霧圍氣를 지닌 것 같다. 더우기 法을 構造機能的으로만 보려는 法理論이 자리잡고 있기도 하다. Krawietz의 法把握은 이러한 理論을 바탕으로 삼고 있다.

Dreier교수의 法概念은 그도 말했듯이 法效力을 法の 한 概念要素로 보고서, 이를 이루는 諸要素, 즉 合法的 效力(權威的 制定性), 社會的 效力, 道德的 效力의 三要素를 또한 그의 말처럼 ‘理性的으로’ 關係지워 놓으려는 試圖에서 나온 결론이었다. 그의 法概念은 ‘法理論의으로’ 얻어진 것이지만 그가 法理論의 ‘規範的 次元’을 인정함으로써 道德的 效力의 視角에서 法을 파악하려는 法哲學的 關心과도 ‘最小限度’ 손잡게 했다고 볼 수 있다. 그러나 그것은 Krawietz의 지적처럼 그렇게 根本主義에 기울게 한 것은 아니라 하겠다. 어쨌든 法效力을 이렇게 法概念의 要素로 보려는 점에서는 그를 批判한 Hoerster나 Krawietz에서도 마찬가지이다. 다만 이들은 道德的 效力의 要素를 끌어들이지 않으려 한 점에서 다를 뿐이다.

생각컨대 法概念論이 法效力論으로 연장되는 것은 內容있는 概念을 얻고자 하는 努力에서 보면 쉽게 이해될 수 있다. 문제는 法效力의 樣相이 多樣하다는 데 있다. 따라서 法概念을 法效力과 깊게 관련시키면 法概念도 마찬가지로의 처지에 놓이게 된다. 法效力의 諸徵表들을 두고 이들을 어떻게 結合시키며 또 그들 중 어떠한 것을 골라 파악하느냐는 우리가 어떠한 關心에서 보느냐에 달려 있다. 概念形成은 認識關心에 의해 규정되며, 이는 궁극적으로 合目的性의 문제로 낙착된다.<sup>(38)</sup>

(38) 이 점 R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 제 2 판, München, 1989, 3면 이하.

이렇게 볼 때 Dreier는 그의 글에서도 읽을 수 있듯이 現代民主憲政國家를 중심에 두고 이에 ‘相當한’ 法概念을, Hoerster는 이러한 國家에 限定치 않고, 심지어 人種差別이나 奴隸制까지 두고 있는 法秩序에도 타당한 法概念을, Krawietz는 그의 말대로 ‘法實證主義와 根本主義(正當性)의 저편’에서 現實的인 規範的 期待形成의 機能을 遂行하고 있는 (社會)制度로서의 法에 符合하는 法概念을 각각 合目的的으로 형성하고자 한 것이라 볼 수 있겠다. 사실 이러한 合目的的 考慮에 서고 있는 限, 法概念의 統一性을 期하기란 어렵다. Dreier도 지적했듯이, 비록 內容은 貧弱해진다 해도 法의 意味論的 概念에 머물 때, 이러한 統一性에는 더욱 가까워질 수 있다. 다만 지적할 점은 意味論的 概念을 논할 경우에도 이를 Dreier처럼 꼭 最近類와 種差의 方法(per genus et differentiam)에 의한 이른바 ‘實在的 定義’에 국한시킬 필요는 없다는 것이다. 또 法이 이러한 방법으로 定義되기에는 거기에 사용되는 類개념(‘規範’)과 種개념(‘強制’)이 너무나 ‘開放的’이어서 부적합하다는 지적도 있다.<sup>(39)</sup> 사실 이러한 方法에 의해서만 意味論的 概念에 이르는 것은 아니다.<sup>(40)</sup> 오히려 Wittgenstein이 지적한 바와 같이 우선 言語의 事實上의 使用에 注目하고, 이에 그 共通的 意味를 좇아 對象의 테두리를 定하는 方法도 있는 것이 아닌가 생각해 본다.<sup>(41)</sup>

(39) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1963(년판), 14면 이하 참조.

(40) 이 점 R. Robinson, *Definition*, Oxford, 1954 참조.

(41) 이렇게는 拙著, 法哲學 I, 法文社, 1982, 42면 이하 참조.