

〈서 평〉

치펠리우스 저, 『法の 本質 —法哲學 入門—』
(R. Zippelius, *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung
in die Rechtsphilosophie*, 5. Auflage, München 1997. 133면)

沈 憲 燮*

1965년에 초판된 이 책은 올해 완전 개정되어 제5판으로 다시 모습을 나타냈다. 책은 판을 거듭할수록 부피가 커지는 것이 보통인데 이 책의 경우는 반대로 훨씬 줄었다. 원래 간결하게 쓰여진 고차원의 법철학입문서인데 거기에도 제거할 거품과 찌꺼기가 많았던 모양이다. 사실 저자는 이 책을 모태로 하여 『법철학』(Rechtsphilosophie, 제3판, 1994), 그리고 『법학방법론』(Juristische Methodenlehre, 제6판, 1994) 등등의 저서들을 세상에 내놓았다. 그런데 이런 책들과 기타 여러 논문들의 수정되고 새로운 내용들은 이번에는 다시 그 모태에로 회귀하여 이처럼 총집결·집약된 精髓의 제5판으로 나타난 것이다.

이 책은 모두 11장들로 구성되어 있다. 제1장 ‘행위규율로서의 법’, 제2장 ‘법적 행위규율의 특수성’, 제3장 ‘사회체제로서의 법적 공동체’, 그리고 제4장 ‘자유행사의 규율로서의 법’에는 인간의 불충분한 질서성향을 보충하기 위해 설립된 규범들 중, 특히 국가를 바탕으로 自己組織性을 갖추고 強制力로 ‘保障된 法’(garantiertes Recht)은 사회의 安定과 合目的的 形成, 社會體系의 自己操縱, 自由의 制限과 保障의 平衡이라는 과제와 기능을 떠맡고 있다고 강조되고 있다.

제5장 ‘이익규율로서의 법’에서는 법은 그 내용상 온갖 利益의 作用과 考量에 의해 규정됨으로 인해 利益의 ‘正義로운’ 보호와 平衡이 법의 핵심과제로 부각된다. 이에 드디어 正義의 문턱에 와닿는다. 제6장 ‘표상세계의 요소와 표현으로서의 법’에서는 정의의 문턱을 넘어서기 전 온갖 世界觀的 自記確信과 강요된 세계관을 배격하고 ‘正當한 多元的 관점의 관점’(Perspektive legitimer Perspektivenvielfalt)이라는 ‘열린사회’의 정치모랄을 권고한다.

제7장 ‘정의로운 규율로서의 법’, 제8장 ‘합리적 합의획득의 방법’, 제9장 ‘정의의 일반공식’에서는 정의의 문제가 본격적으로 다루어진다. 他律적으로 설정된 正當한

* 서울대학교 法科大學 教授

행위규준에 대한 신뢰가 붕괴된 근세이후 理性에 향도된 良心的 자기결정이 최후의 도덕적 심급으로 등장하지 않을 수 없었고 이에 따라 각자는 그런 결정의 주인공으로서 동등하게 존중되어야 했으며, 이는 나아가 법과 정의의 문제에 대해서도 동등한 주장으로 맞서 공동 결정하자는 民主的 입장에 서게 되어 결국 모두 또는 적어도 다수의 ‘合意’가 모색되지 않을 수 없었음이 지적된다. 그러나 그런 문제들에 대해 완전 일치된 합의에 이르기란 불가능하기에 多數의 견해를 지배케 하는 것이 그런 이상에 가장 가까운 것으로 생각된다. 그러나 多數決의 원칙도 개개인의 양심적 자기결정에 대한 존중이라는 전제위에 이룩된 것이므로 그 전제 자체에 의한 제한은 받아드려야 하며, 따라서 개인(소수)의 인간존엄과 자기결정권은 존중 유지되어야 한다. 어쨌든 合理的 合意의 획득이란 포기될 수 없는 과제이기에 여러 방법으로 모색된다. 우선 하버마스, 알렉시 등에 의해 대표되는 ‘談論理論’의 규칙은 정의의 토론을 합리적으로 ‘構造지우기’ 하지만 규범의 充分한 근거지움을 제공하지 못한다고 지적한다. 그래서 다른 방법들에 대한 언급을 마친 뒤 합리적 합의의 모색도 일찌기 철학자 Popper가 제창한 방법, 즉 ‘實驗的 방법’(experimentierende Methode)에 따라야 한다고 추천한다. 다시 말해서 삶이 제기하는 법과 정의의 문제도 우선 창조적 상상력을 동원한 發想 속에서 解決方法을 설계하고 그리고 나서 그 有用성을 검토하라는 것이다. 이는 철학사를 장식하는 정의에 대한 커다란 공식들 예컨대 ‘自然法’, ‘公共福利’, ‘平等取扱’, ‘普遍(化可能)性’ 등에 대해서도 마찬가지로 이들도 정의문제를 구조지을 뿐이거나, 필요조건에 그치지 충분조건은 못되고 있다. 오직 합리적 고려 밑에 ‘試行錯誤’의 힘든 과정 속에서 해결을 천착해 나아가는 것이 요청된다. 나아가 ‘不正義로운 法’의 效力과 관련하여서는 ‘효력’을 ‘보장된 법’의 바탕 위에서 ‘강제적 실현가능성’으로 이해하는 한 不法국가에서의 그것의 효력이 부정되기는 어려우며, 따라서 그것은 그때부터 효력이 없었던 것이 아니라 지금의 법에 비추어 보면 법률상 그것은 처음부터 효력이 없었던 것 ‘처럼’(als ob) 사태를 판단할 것이라고 말해야 한다고 피력한다. 이러한 擬制는 법률상 허용된 구성이라는 것이다.

제10장 ‘안정된 행위규율로서의 법’에서는 법적 안정성의 개념요소들과 기능, 그리고 그것의 個別事例的 正義(衡平)와의 충돌이 언급된다. 마지막의 제11장 ‘민주적 법치국가에서의 법형성(입법)’에서는 법은 우선 權限과 節次的 ‘운동규칙’으로 正當化되지만 그 正當性(Legitimität)은 실증주의적 合法性(Legalität)과 동일시되어서는 안되며, 節次的 요소 외에 內容의 요소, 즉 국민의 正義感에 입각한 合意에 의거해야 함이 강조된다. 물론 이러한 合意가능성은 ‘公正한’ 절차와 제도를 통해 ‘해명’ 되어야 한다. 여기에서도 법적 정치적 문제들의 해결은 공개된 여론형성의

과정속에서 실험되고, 비판되고, 수정되고 또는 철회되는 實驗性은 보장되어야 한다는 주장과 함께 책은 끝맺는다.

앵기쉬, 벨첼, 헨켈, 라렌츠, 클룩 등 전후 독일법철학의 거장들이 모두 세상을 떠난 지금 치펠리우스는 카우프만, 마이호퍼 등과 함께 노장 법철학자중의 한 사람이다. 치펠리우스의 법철학은 클룩(Klug)을 이어 포퍼의 ‘批判的 合理主義’(kritischer Rationalismus)의 사회철학을 배경으로 개명된 열린사회의 법을 조명하고 있다. ‘學問의 方法統一性’의 상정에 대해서는 논란이 있겠지만 현대법질서의 윤리적 및 제도적 전제를 이해하기 위해 일독이 요망되는 책자이다.