

카우프만 著 『법철학』 제2판, 1997, 365쪽
(Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. überarbeitete und
stark erweiterte Auflage, Beck, München 1997)

沈 憲 燮*

카우프만 교수는 독일이 낳은 세계적인 법철학자이다. 그는 올해 만 75세이나 왕성한 학문적 활동을 멈추지 않고 있다. 초판보다 6장이나 증보된 방대한 내용의 이 책이 그것을 증명해 준다. 사실 누구나 학자이면 자기 전공에 대해 한 권의名著를 내놓기를 원할 것이다. 그러나 이에 성공하는 이가 그리 많지 않음은 사실이다. 그런데 카우프만의 이 책은 바로 그 성공사례로 꼽을 수 있겠다. 그는 누구도 의심하지 않듯이 學問的 完熟의 경지에 이른 분이다. 그런 완숙의 표현인 이 책은 총 20장으로 이루어져 있는데 이제 그 중요한 내용을 살펴보기로 한다.

책의 도입부에서는 법철학의 도그마를 설파하려는 것이 아니라 법철학하는 것을 가르치고 이에 동참할 것을 격려하는 데 목표를 둔다고 강조하고 있다. 이는 法哲學의 思惟의 길잡이가 되겠다는 포부를 밝힌 것으로 독자를 처음부터 사로잡는다.

이어 법철학의 본론이 시작된다. 법철학은 體系內在的인 법학과는 달리 體系超越的인 학문분야로서 실정법에 대한 評價基準으로서의 ‘正當한 법’, 즉 正義를 찾는 것을 그 과제로 삼는다고 강조한다. 그것도 認識主體의 能動的인 참여의 과정 속에서 발견하여야 한다는 것이다. 이는 종래의 인식론에서 강조된 ‘主體와 客體의 分離’의 도식을 무너뜨려야 한다는 주장을 표방한 것으로서 주목할만한 견해이다. 법철학의 永久的인 테마인 自然法論과 法實證主義의 문제와 관련하여서는 實體存在論의 성격을 지닌 전통적인 자연법론도 또 機能主義 일변도의 법률실증주의도 아닌 그 저편에 있는 ‘제3의 길’을 모색한다. 즉 법의 내용은 전자에서처럼 모두 먼저 주어져 있는 것도 아니고 또 그렇다고 후자에서처럼 순전히 任意的(恣意的)인 것도 아니라는 이 제3의 길이란 바로 法價値, 특히 人權을 전적으로 침해하여 그 不法이 자명하게 드러난 법률만은 효력이 있을 수 없다는 라드브루흐의 ‘法律的 不法’의 이론이라고 본다. 이 이론이야말로 요즘 말로 ‘패러다임’의 전환을 가져온 것으로 평가하고 있다. 이 점도 독자를 설득시키는 데 충분해 보인다.

법학의 學問性과 법률학적 사고의 논리와 방법에 관련해서는 절대규준을 단념한

* 서울대학교 法科大學 教授

다. 법발견의 사고란 근본적으로 '類比的(analog)'인 것이고, '可能한 語義(möglicher Wortsinn)'도 유추가 아닌 듯이 보이게 하는 한갓 속임수에 불과하다는 점을 인정해야 하며, 언어의 이해에는 이해자의 태도가 투입되는 것이고, 나아가 해석의 기준들 사이에 확고한 序列이 있는 것이 아니어서 그 어느 것이 '만족스러운 결과'를 가져오는가에 따라 선택될 뿐이라고 지적한다. 이러한 카우프만의 주장은 어떤 면에서는 지나친 듯이 보여 논란이 예상되나 어딘가 개념법학의 파시즘에 대한 강한 경계가 그 바탕이 되고 있는 것 같아 자유로워 보인다.

이러한 법발견의 類比性은 곧바로 法概念의 규정으로 이어진다. 그는 법을 '當爲와 存在의 照應(合致 Entsprechung)', '존재와 당위 사이의 橋梁'으로 정의한다. 법을 名目的·形式的으로 법률의 集合개념으로만 보아서는 안되며, '法律的 不法'을 고려하더라도 法原理(法理念, 當爲)없이 법률은 존재하지 않으며, 법률없이는 구체적인 法決定도 존재하지 않으며, 現實(存在)없이 법결정은 도출되지 않는다고 주장한다. 이렇게 법은 法具體化의 '關係' 안에서 이해되어야지 어떤 실체로 볼 것이 아니라고 결론내린다. 이는 엄밀히 말해 법개념이라기 보다는 '법해석'이며, 또 이러한 법개념의 규정은 철저하게 법방법론(參與者)의 관점에 의해 결정되고 있어 오늘날 긍정적인 반응을 얻고 있는 '觀察者'의 입장에서의 규정가능성이 무시되고 있다고 지적할 이도 있을 것 같다.

카우프만에서 法理念은 법개념을 규정하는 兩極的 요소중의 하나이다. 말하자면 그 理念的 極이다. 그러나 이 극은 뾰족한 극이 아니라 평평한 극인 것 같다. 거기에는 正義, 合目的性, 法的安定性이라는 라드부르흐의 三元素가 자리잡고 있다. 카우프만은 이들 법이념들 사이를 '二律背反'으로가 아니라 '三側面'으로 보고 그것들은 법이념의 形式, 內容, 機能을 각각 규정짓는다고 본다. 정의는 平等원리를 통해 설명된다. 합목적성(사회적 정의)은 平等원리를 보충할 內容的 원리이다. 個人(自由), 全體(힘), 作品(文化)의 目的價値들을 든 라드부르흐의 合目的性論은 하나의 里程碑이나 최후의 결론은 아니고 이들의 協同作用을 지도할 '普遍化可能한' 내용이 존재하는가에 대한 규명이 중요하다고 생각한다. 적극적으로 내세워지는 '幸福의 增進'도, '人權(人間尊嚴性)도 철저히 따지고 보면 그것이 못된다는 결론이다. 그래서 그러한 내용적 원리로는 카우프만은 오히려 소극적으로 不幸(悲慘)을 최대한 없애거나 줄이라는 원리를 표방하고 나선다. 이 원리는 좀더 다듬어져 이 책의 머리에 책의 '모토'로, 그리고 이 책의 마지막 쪽에서 '결론'으로 반복되어 씌여져 있다. 끝으로 법적안정성은 實證性, 實用性, 繼續性的 징표들로 풀이된다. 그런데 문제는 이들 법이념들 사이의 관계이다. 요약컨대 (實質的) 正義와 法的安定性 사이의 관계다. 不法體制의 경험은 法的安定性이 절대가치가 아님을 밝혀 주었지만 그렇다고 법과 법률적 불법의 경계선이 확연히 그어져 있지도 않다. 이렇게 볼 때 법이념들

의 세계란 완전한 조화를 이룬 價値天國이 아니라 서로 긴장팽배한 상대적이고 유한한 인간의 세계에 자리잡고 있다고 결론지운다. 생각컨대 범이념론의 윤곽은 그의 스승 라드브루흐를 따르나 그것들을 보는 눈은 같지만은 않다. 이에 그는 그가 일찍부터 표방했던 ‘消極的 哲學’(philosophia negativa)도 한몫 거들었다. 이는 이 책 후반부의 社會哲學的 통찰에서 여실히 그 모습을 드러낸다. 어쨌든 왕년의 카우프만과는 다른 면을 읽는 것 같으나 (이 점은 책 뒤쪽에서 고백된다) 독자를 더욱 사색케 하는 계기를 만들고 있다.

法の 效力에서 카우프만은 근본적으로 법규범의 義務性, 즉 법준수자에 의한 법규범의 良心的 受容可能性을 문제삼는다. 물론 법효력의 결정적 기준은 承認 내지 合意이나 이도 內容的 기준에 底礎되어야 구속적이라고 강조한다. 그런 기준이란 다름아닌 ‘人權’이라고 볼 수 있고, 따라서 ‘각자에게 그의 人格(人間)에 속한 것을 주는’ 법만이 진정한 효력을 갖는 것이고, 이런 법만이 개인의 良心 안에서 승인될 수 있다는 것이다. 그의 이른바 ‘人格의 法效力理論’이 개진되고 있다. 요컨대 효력 있는 법이란 사람과 種的 異質性이 있어서는 안된다는 그의 확신이 피력되고 있다. 우리가 헤겔처럼 지나치게 객관적(집단적)이지도 않고, 또 피히테처럼 지나치게 주관적(개인적)이지도 않게 파악된 그의 良心개념 위에 선다면, 이에 근본적으로 이의를 제기할 수는 없을 것 같다.

法과 道德의 관계에 관해서는 本質的 共屬性 안에서의 對立性으로서의 ‘兩極性’(Polarität)으로 규정짓는다. 이러한 시각에서 自律性-他律性, 外面性-內面性, 合法性-道德性的 對比가 논정된다. 주목할 것은 양자의 관계를 ‘補充性(Subsidiarität)의 原理’의 일국면임을 지적한 점이다. 즉 사회란 밑으로부터 위로 구성되어야 하며, 다시 말해서 개개의 사회구성원에 가능한 한 많은 自由가 부여되고 국가와 법이란 이런 개인 자유의 안정과 뒷받침을 위해 필요한 경우에만 간여하여야 한다고 주장한다. 이런 관계정립은 바로 사회정의의 과제임을 지적한다. 이는 그가 集團(全體)主義에도, 自由(至上)主義에도 모두 찬성하지 않는다는 견해를 피력한 것으로 독자의 공감을 살 대목이기도 하다.

自由와 관련해서는 基本權, 人權, 自由權을 통해 보장되는 外的·消極的 자유를 넘어 自律性으로 특징지워지는 積極的 자유가 깊숙히 논의된다. 이런 자유의 문제는 그 존재도 부존재도 엄밀히 증명될 수 없다는 증명만이 존재하나 칸트의 이른바 ‘公準으로서의 自由’를 받아들일 理性的 근거가 있음을 강조한다. 이런 자유에 自律性, 人權, 人間尊嚴性, 責任, 나아가 社會正義까지도 뿌리박고 있다고 언명한다. 자유를 논함에 있어서 칸트를 어찌 과소평가할 수 있겠는가마는 오늘날 칸트에만 의지하는 것은 칸트 자신처럼 지나치게 ‘敬虔主義的’ 접근이라고 항의할 독자가 있을 것 같다.

現代法哲學의 重大潮流의 하나로 節次的 正義論을 깊이 취급하고 있다. 말할 것도 없이 이의 대표적인 두 모델인 契約모델(롤즈)과 談論모델(하버마스)이 집중적으로 조명된다. 이들 모두 ‘合意’를 眞理와 正義의 결정적 기준으로 삼는데 공통점이 있다. 즉 각 개인이 이성적으로 생각해 보아 진정 체로운 것으로 결정한 것은 정의롭고 참되며(롤즈), 또 진정 ‘理性的 對話’의 조건 밑에서 모두가 ‘支配로부터 자유로운 대화’를 통해 합의본 것도 또한 그렇다는 것이다(하버마스). 그러나 이에 대해 카우프만은 전자에서는 결정주체에 이미 상정되어진 결론일 뿐이고, 후자에서는 대화의 조건만이 주어져 있어 거기에서 어떤 내용을 도출한다는 것은 불가능하다고 지적한다. 여기에서 그는 진정한 진리(정의)의 기준은 합의의 존재 그 자체가 아니라 상호독립적인 주체들이 같은 대상을 놓고 실질적으로 收斂되는 인식에 이르고 있다는 사실이라고 하면서 그의 이른바 ‘眞理收斂說’(Konvergenztheorie)을 내세운다. 이러한 입장에서 그는 100%의 節次的 이론을 거부하고 ‘實質的’으로 저초된 절차이론을 옹호한다. 이는 학문이나 철학이 ‘事物’에 대해 말해야 하기 때문에 그러하다는 것이다. 그는 “어떠한 대화도 그것에 내용, 테마가 주어졌을 때 비로소 참되고 정의로운 결과에 이를 수 있다. 이는 합의에도 물론 그렇다. 대상(내용)의 동일성이야말로 모든 합의의 근본전제이다”라고 말한다. 그러면 정의에 관한 담론 이론의 대상, 테마는 무엇이겠는가? 이것은 다름아닌 人間, 즉 다른 사람과 사물과의 관계 속에 놓여 있는 ‘人格’이라고 본다. 그래서 각자에게 그의 인격에 속하는 것(人權과 基本權의 보장)을 주는 절차만이 정당화된다고 강조한다. 이리하여 그는 ‘實質的(人格的)으로 저초된 절차적 정의론’을 표방하고 나선다. 그는 정의에 대해 ‘무엇’이 그것이라고 답하는 것을 완전 단념하고, ‘어떻게’ 정의를 발견할 수 있는가만은 답할 수 있다는 견해에 두 발 모두 들어 놓지는 않는다. 그의 이론은 정의발견에 대해 里程碑이기만을 거부하고 方向舵도 잡은 것이다. 이는 비껴서라는 항의도 충분히 예상하고 각오한 입장인 것이다. 그러나 카우프만의 견해를 포함하여 절차이론은 모두 眞理와 正義에의 對決에 있어서 이른바 ‘最後定礎’(Letztbegründung)의 자신감을 보이고 있어 이의 전망을 흐리게 보는 독자들의 항의도 있지 않을까 걱정된다.

現代社會와 관련해서는 하나의 大原理, 즉 ‘寬容原理’를 내걸어 재조명하고 있다. 그는 현대사회를 ‘多元的 危險社會’로 규정한다. 여기에서 그는 고백한다. 즉 그는 왕년에(초기에) 젊은 기백에서 (法哲學的) 相對主義의 克服을 부르짖었지만 상대주의 없이 민주주의도, 관용도 있을 수 없다는 것을 끝내 깨닫게 되었다는 고백이다. 그리고 多元主義야말로 민주주의의 본질이며, 그것이 진리발견의 방해가 아니라 그 가능성의 조건이라고 단언한다: 오늘날의 사회는 개방적이고 다원적인 복잡한 위험 사회이다. 여기에는 自然法도, 확실한 규범도 없다. 더더욱 生態論과 生醫倫理學의

심각한 문제들과 관련하여도 명백한 기준이란 보이지 않는다. 어느 결정도 위험과 흠을 갖고 있으며 위험없이 행위하라는 것은 올바른 처방이 못되고 있다. 또 最小受惠者(少數者, 弱者)의 보호가 절박해졌고, 인구폭증에 신음하고 있다. 따라서 이런 사회에서는 寬容만이 윤리적 명령일 수밖에 없다. 그러나 관용은 答責의인 행위를 가능케 하지만, 다른 한편 그렇지 못한 행위도 가능케 한다. 그래서 ‘答責原理’에 의한 그 보충이 요망된다. 어쨌든 이런 사회에서는 悲慘(不幸)을 막는 것이 관용을 생기게 하지만 관용이 또한 비참을 막기도 한다. 관용은 실로 오늘, 나아가 내일의 세계에서 인간生存의 숙명적 과제이기도 하다. 그래서 관용은 社會的 正義의 요소이고, 법은 이를 (포퍼의) 消極的 功利主義에 따라 소극적으로, 즉 행복을 선사함으로써가 아니라 비참과 불행을 한정함을 통해 오직 불완전하게 보장할 뿐이다!

이런 啓蒙과 自省을 촉구한 先進的 政治 및 社會哲學的 통찰과 함께 카우프만은 책머리에서 책의 모토로 삼았던 다음과 같은 관용원리, 이른바 ‘寬容의 定言命令’(Kategorischer Imperativ der Toleranz)을 결론으로 삼으면서 책을 끝맺는다.

「너는 행위의 결과가 인간의 悲慘을 최대한 피하거나 줄이는 것과 양립되게 행위하라」

이 책은 카우프만 교수의 50여년에 걸친 법철학적 사색의 산물이다. 법철학적 근본문제들을 심오한 사색을 통해 진지하고 예리하게 파헤치고 있다. 그는 ‘深奧, 眞摯, 銳利’라는 철학의 요건을 그의 스승 Radbruch처럼 두루 갖추려 했고, 스승의 사상을 오늘날의 논변을 통해 끝내 옹호한다. 또 未來學的 生存哲學과 消極的 功利主義의 주장에서는 그의 학문적 동료였던 Tammelo와의 깊은 공감대도 피려되어 있다. 나아가 Rawls, Habermas, Jonas의 향도하에 전개되고 있는 현대의 도덕철학 및 사회철학의 주제들이 법철학의 진정한 구성부분으로 다루어지고 있다. 分析哲學的 조류를 의식해 변모되어 있지만 存在論도, 정신과학적 解釋哲學도, 自由法學도, 토미즘도 그의 법철학에는 박동치고 있다. 진정한 독일정통의 법철학인 것이다. 그의 스승 라드브루흐의 『법철학』의 뒤를 이을 저서가 드디어 출간된 것으로 여겨지며, 카우프만 자신도 그런 포부로 이 책을 엮은 것이 아니었을까라는 생각을 해본다. 물론 딱딱한 論理 일변도의 그것이 아니라 현실과의 생생한 對話속에서 엮어진 것으로 말이다.