

根本規範 理論 小考

沈 憲 燮*

법은 날로 莫強해졌지만 法學의 學問性은 더욱 疑問視되어 왔다. 바로 이런 상황에서 法과 法學의 正體性을, 다시 말해서 法學의 對象과 方法의 正體性을 確立하려 했던 絶妙한 試圖가 켈젠의 ‘純粹法學’(Reine Rechtslehre)의 理論이었다. 그래서 純粹法學은 못 사람들의 關心과 想像을 사로잡았다. 그 純粹法學의 中樞의 觀念이 바로 ‘根本規範’(Grundnorm)이다.

I.

根本規範의 개념은 純粹法學 이론의 產物인 동시에 堡壘였다. 그러기에 그것은 純粹法學 理論의 根幹을 살피면서 함께 論究되어야 한다.

純粹法學은 ‘實定法 一般에 관한 理論’이려 했다. 그것은 ‘理論’으로서 있어야 할 법이 아니라 있는 그대로의 實定法을 認識하는—法政策이 아닌—法學이려 했다. 그것은 法の ‘純粹’理論으로서 嚴正하게 法으로 規定된 것에 대한 認識을 확보하려 했고 法學을 모든 異質的 要素로부터 解放시키는 것을 方法의 根本原理로 삼았다. 특히 法을 自然現實로나 政治的·倫理的 公準으로 보는 것을 배격했다. 이를 위해 純粹法學은 存在와 當爲의 峻別은 直覺的이라고 하면서 存在/當爲의 二元論에 입각한 規範主義 法理論과 認識論的으로 絶對價値의 認識이란 불가능하다는 價値相對主義를 표방했다.¹⁾

이상과 같은 純粹法學 이론의 根幹 위에 根本規範 이론은 구축되었다. 純粹法學은 傳統的 法實證主義처럼 法學의 對象을 ‘實定法’으로, 즉 인간에 의해 定立된 인간에 대한 指示(命令) 體系로 못박았다. 그런데 指示는 인간의 行위로 定立된다. 그러나 指示는 그 定立行爲와는 구별되어야 한다. 指示는 엄밀히 말해 指示行爲의 意

* 서울大學校 法科大學 教授

1) 이런 점 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre (RR)*, 제2판, Wien 1960, 1쪽, 5쪽 이하, 65쪽 이하; 拙譯, 켈젠法理論選集, 法文社, 1990, 271쪽 이하; H. Kelsen, *What is Justice?* Berkeley/Los Angeles 1960, 179쪽 이하, 228쪽 이하 참조.

味, 즉 어떻게 ‘行爲하여야 한다’는 ‘當爲’인 것이다. 말하자면 指示行爲는 ‘存在’이지만 그것의 意味는 ‘當爲’인 것이다. 사실 모든 指示는 ‘主觀的’으로 當爲의 의미를 지니고 있다. 그러나 모든 指示가 ‘客觀的’으로도 그런 의미를 갖는 것은 아니다. 오직 指示가 客觀的으로도 當爲의 의미를 가질 때 ‘規範’이 된다. 強盜의 命令과 稅務員의 命令은 다같이 主觀的으로 一定 金額을 支拂‘하여야 한다’는 當爲의 의미를 지닌다. 그러나 후자만이 規範의 성격을 갖는 것이다.²⁾ 이를 어떻게 설명할 것인가.

純粹法學은 이를 存在/當爲의 二元論에 입각한 規範主義로 해결했다. 즉 純粹法學은 하나의 指示가 指示者의 意慾, 즉 主觀的 當爲에 그치지 않고 客觀的 當爲, 즉 規範으로서 效力을 갖는 것은 그것이 指示行爲를 통해 定立되었다는 단순한 存在事實의 確認으로는 大답될 수 없고, 그것이 다른 當爲, 즉 規範에 의해 客觀的 當爲로서의 의미를 부여받아야 한다고, 다시 말해서 다른 規範에 의해 授權된 행위에 의해 定立되어야 한다고 大답될 수 있을 뿐이라고 했다. 말하자면 하나의 當爲가 ‘規範’으로서 效力있자면 오직 다른 한 規範의 效力에 의해 根據지워져야 한다는 것이다. 여기에서 다른 規範의 效力을 根據지우는 規範은 上位規範, 그것에 의해 根據지워지는 規範은 下位規範으로 比喩해서 표현했다. 따라서 하나의 當爲는 上下位 規範 사이의 ‘效力의 連鎖’ 내에서만 規範으로서 效力있는 것이었다.³⁾

이런 效力(授權)의 連鎖는 물론 最高規範, 즉 憲法까지 소급된다. 문제는 이의 規範으로서의 效力이다. 이를 놓고는 大답이 갈린다. 한편 傳統的 法實證主義는 단순히 社會的 最高權威의 指示(命令)라는 ‘事實’로 大답한다. 그러나 이는 存在/當爲 二元論에 입각한 規範主義的 論理에 입각하고 있는 純粹法學은 받아들일 수 없었다. 다른 한편 自然法論은 ‘더 높은’ 絕對自명한 規範에의 遡及으로 大답한다. 그러나 이도 科學的 認識의 觀點에서 그런 價値의 認識이란 불가능하다는 價値相對主義의 입장에 섰던 純粹法學은 받아들일 수 없었다. 이런 점에서 이른바 ‘批判的 法實證主義’였던 純粹法學은 最高規範의 效力은 그것에 客觀的 效力을 부여하는, 다시 말해서 最高規範의 定立만을 授權하는, 그러나 자체의 授權은 더 이상 물을 필요 없는, 하나의 效力있는 規範을 ‘假說的’으로 ‘前提’함으로써만 가능하다고 大답했다. 이것이 規範論理를 해치지 않고 또 政治的·道德的 正當化도 않은 채 法效力의 문제를 해결하는 純粹法學의 妙案이었다. 이 制定된 規範이 아닌, 단지 前提된, 思惟된 規範이 바로 다음아닌 ‘根本規範’이었다.⁴⁾

2) 우선 H. Kelsen, 위의 RR, 5-7쪽 참조.

3) H. Kelsen, 같은 책, 7쪽, 196쪽 참조.

4) H. Kelsen, 같은 책, 8쪽, 197쪽 참조.

II.

純粹法學도 法을 ‘人間行爲의 秩序’로 규정하는 데서 출발한다. ‘秩序’란 規範의 體系이다. 그런데 規範의 存在樣態는 效力이며, 體系는 統一性 위에 구축된다. 따라서 規範의 體系는 각 規範이 共通의 效力根據를 가짐으로써 統一性을 이룰 때 형성된다. 根本規範은 바로 이런 最高共通의 效力根據로 前提된 規範이었다. 따라서 根本規範은 그것이 前提된 規範秩序에 속하는 모든 規範들의 公同의 效力根據이다. 이렇게 根本規範은 그 規範秩序에 속하는 모든 規範들의 效力根據가 됨으로써 統一的 規範體系를 이루었다.⁵⁾

規範體系는 이 效力根據의 性格에 따라서 두 部類로 分類된다. 그것은 ‘靜態的 規範體系’와 ‘動態的 規範體系’였다. 規範들이 內容上 前提된 根本規範으로부터 論理的으로 推論됨으로써 統一的 體系를 이루어 根本規範이 效力根據는 물론 效力內容도 제공하는 경우가 전자이다. 이에 반해 前提된 根本規範이 效力內容이 아니라 效力根據만을 제공하는, 정확히 말해서 規範定立의 權威만을 授權하는, 좀더 구체적으로 말해서 根本規範에 속하는 一般 및 個別 規範들이 어떻게 定立되어야 하는가를 규정하는 規則만을 제공하는 規範體系가 후자이다. 여기서는 하나의 規範은 根本規範이 定한 대로 定立되었기 때문에 그것에 속하는 規範이지, 일정한 內容을 가졌기 때문에 그런 것은 아니다. 根本規範은 그것에 속하는 規範의 效力根據를 제공할 뿐이지 그 內容도 제공하는 것은 아니다.⁶⁾

純粹法學은 法秩序라는 規範體系를 본질적으로 動態的 規範體系라고 규정했다. 그래서 하나의 일정한 內容을 갖기 때문에, 즉 그 內容이 前提된 根本規範에서 推論될 수 있기 때문에 效力있는 것이 아니라, 궁극적으로 根本規範이 정한 方法으로 定立되었기 때문에 效力있는 것이었다. 따라서 “任意的 내용이 法일 수 있으며, 어떠한 인간행위도 內容 때문에 法規範의 그것이 될 수 없는 것은 없(었)다.” 어쨌든 根本規範은 法定立이라는 根本事實의 始動이며, 實定的 法定立 節次의 出發點이다. 이런 의미에서 그것은 實定法的 의미에서의 憲法과 구별된 ‘法論理的 의미에서의 憲法’이라 칭했다.⁷⁾ 그것은 制定된 實定規範이 아니라, 最高權威로서의 憲法制定 當局에 憲法制定의 授權을 제공하는 하나의 前提된 ‘假說的’ 規範이었다.⁸⁾ 그것은 또 法定立의 意志的 行爲에 의해서 定立되지 않았기 때문에 ‘擬制的’(fiktiv) 規範이라고 했다.⁹⁾ 하여튼 根本規範은 하나의 授權規範으로서 法秩序의 ‘效力根據’이었다.

5) H. Kelsen, 같은 책, 32쪽, 197쪽 참조.

6) H. Kelsen, 같은 책, 198쪽, 443쪽 이하 참조.

7) H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 제2판(Tübingen 1923), Scientia Aalen, 1960(년판), XV쪽(서언); H. Kelsen, 위(주)의 *RR*, 200-202쪽.

8) H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1966 (1925), 250쪽.

9) 앞(주)의 켈젠法理論選集, 83쪽; H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien

그러나 根本規範은 어떠한 規範秩序에도 恣意的으로 前提되지 않았다. 그것은 直接的으로는 憲法에, 間接적으로는 憲法에 입각해 定立된 ‘大體的으로 實效的인 強制秩序’에 대해서만, 그 憲法制定行爲와 이 憲法에 따라 定立된 法制定行爲의 主觀的 意味를 客觀的 意味로, 다시 말해 客觀的으로 效力있는 法規範으로 解釋하면서 前提되었다. 말하자면 이런 解釋의, 다시 말해서 實定法秩序의 客觀的 效力에 대한 認識의—칸트의 認識論에 類推해서 표현한—‘超越的·論理的 條件’(transzendental-logische Bedingung)이었다.¹⁰⁾ 또 根本規範은 實定法 안에 주어져 있지 않고 超越해 있고, 그것 없이는 (實定)法の 認識이 불가능하다는 의미에서 ‘超越論理的 自然法’ 또는 ‘法論理的 自然法’이라고 특징지워졌다.¹¹⁾

이렇게 根本規範은 客觀的 法效力의 ‘認識論的’ 前提임으로 해서 實定法의 內容과 無關係했다. 그래서 그것은 大體的으로 實效的인 法秩序이면 어느 것이든 客觀的으로 效力있는 規範秩序로 해석케 했다. “어떠한 實定法秩序도 그 規範의 內容 때문에 效力이 거부될 수 없(었)다.” 이 점이 바로 法實證主義의 本質的 要素이기에 純粹法學은 根本規範의 理論으로써 스스로 實證主義的 法理論임을 입증했다.¹²⁾

純粹法學은 實定法을, 다시 말해서 大體的으로 實效的인 強制秩序이면 어느 것이든 客觀的으로 效力있는 規範秩序로 敍述하지만, 이런 解釋은 오직 根本規範을 前提한다는 條件 밑에서만 가능하다는 것을 確言했다. 이로써 純粹法學은 이런 解釋이란 必然的이 아니라 可能的인 것임을, 다시 말해서 根本規範의 前提에 條件지워진 것임을 밝혔다. 말하자면 그것은 ‘條件附’의 解釋이었다. 이렇게 實定法의 根本規範이 前提될 수 있을 뿐이지 前提해야만 하는 것은 아니라는 것은, 우리가 문제의 人間關係를 規範的으로 解釋할 수 있으나, 반드시 그렇게 解釋해야만 하는 것은 아니라는 것을 말한다. 말하자면 그것은 法律的으로가 아니라 社會學的으로 해석할 수 있는 것이다. 이렇게 根本規範은 實定法의 效力의 根據로 思惟된(gedacht) 規範으로서 規範的 解釋의 超越論理的 條件(前提)이기 때문에 認識論的 機能을 수행하는 것이지 倫理的·政治的 機能을 수행하는 것은 아니었다.¹³⁾

1979, 205쪽 이하 참조.

10) H. Kelsen, 앞(주1)의 RR, 204쪽 이하 참조.

11) H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928, 66쪽), 지금은 *Die Wiener rechtstheoretische Schule 1*, Wien 1968, 339쪽; H. Kelsen, 앞(주1)의 RR, 226쪽.

12) H. Kelsen, 위의 RR, 224쪽.

13) H. Kelsen, 같은 책, 224쪽 이하, 443쪽 이하 참조.

III.

根本規範은 純粹法學에서 法學의 對象과 方法의 正體性을 確固하게 確立한 土臺였다. 그런데 정작 根本規範 자체의 ‘正體性’은 확실하게 손에 잡히지 않는다. 純粹法學은 根底規範으로서의 根本規範의 必然性에 대해서는 의심치 않았지만 그 正體性의 規定을 놓고는 見解의 變動을 보인다. 이를 追跡해 보면 다음과 같다.¹⁴⁾

첫째로 純粹法學은 根本規範을 칸트의 超越哲學의 프로그램의 表現으로 보았다. 超越哲學의 考察은 전통적으로 일정하게 解釋되고 있는 일정한 對象을 놓고, 도대체 어떠한 前提 밑에서 그런 對象을 그렇게 解釋할 수 있을까를 묻는 것이었다. 純粹法學에서 이 對象은 傳統的 法實證主義가 ‘規範的 法體系’로 解釋했던 實效의인 強制秩序였다. 純粹法學은 이에 대해 어떻게 그런 解釋이 가능한가를 묻고, 이에 대해 그렇게 고찰된 指示行爲가 當爲되어 있다고—모든 經驗에 앞서, 그러나 그런 考察의 目的으로—超越적으로 前提할 때 그렇다고 대답했던 것이다. 그래서 純粹法學은 “칸트가 ‘우리의 感覺에 주어진 事實들을 모든 形而上學으로부터 解放되어 自然科學에서 定式화된 自然法則들로 解釋하는 것이 어떻게 가능할까?’를 묻듯이, 純粹法學은 ‘일정한 要件事實(法定立行爲)들의 主觀的 意味를 神이나 自然과 같은 超越的 權威에 遡及함이 없이 法規들로 敍述할 수 있고 客觀的으로 效力있는 法規範들의 體系로 解釋하는 것이 어떻게 가능할까?’라고 물었다. 純粹法學의 認識論的 대답은 다음과 같다: ……根本規範을 前提하는 條件 밑에서”라고 주장했다.¹⁵⁾

둘째로 純粹法學은 根本規範을 特定の 哲學的 立場에 관련시킴이 없이 하나의 ‘假說’로 새겼다. 따라서 根本規範은 超越적으로 ‘要求’된 것은 아니고 任意로 前提된 것이었다. 물론 이에선 思惟(認識) 經濟說的 考慮가 작용했다고 하겠으나 決定的인 것은 아니었다. 根本規範은 自然科學的 假說에 유추해서 定立된 實定法의 素材에 관한 假說이었다. 그런데 이것은 ‘檢證’될 수 있는 것으로는 생각하지 않았다는 의미에서 自然科學의 그것은 아니었다. 그래서 그것은 實定法에 前置시켜 놓은, 단순히 想定된, 證明할 수 없는 規範이었다. 그것은 ‘假說的 想定’(hypothetische Annahme)이었다.¹⁶⁾ 그래서 根本規範의 想定은 強要的인 것은 아니고 단지 任意的인 것이었다. 根本規範이 假說的이라는 것은 制定된 것이 아니라 ‘前提된 規範’이라

14) 아래의 세 견해의 분류와 설명은 R. Walter, “Die Grundnorm im System der Reinen Rechtslehre”, *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für W. Krawietz*, Berlin 1993, 93-98쪽 참조.

15) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 제1판, Leipzig/Wien 1934, 67쪽; 앞(주1)의 RR, 204-205쪽 참조.

16) H. Kelsen, 앞(주7)의 *Allgemeine Staatslehre*, 250쪽 이하; H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York 1973(1945), xv쪽(서언), 116쪽 이하.

는 뜻이었다. 이러한 解釋의 방향을 哲學적으로 꼭 자리매김해야 한다면, 그것은 假說의 도움으로, 즉 원칙적으로 批判可能한 想定, 確定, 公理 등의 도움으로 規範體系를 다루는 ‘批判的(合理主義) 哲學’의 線上에 놓여 있다고 하겠다.¹⁷⁾

셋째로 純粹法學은 根本規範을 擬制主義(Fiktionalismus)의 哲學에 입각한 하나의 ‘擬制’로 보았다. 이 哲學은 思惟의 目的을 달성하기 위해서 現實에 反하는 想定, 즉 擬制를 설정할 것을 제안했다. 여기에서 擬制는 思惟의 目的을 주어진 資料들을 가지고는 달성할 수 없을 때 사용하는 思惟의 便法이었다. 根本規範은 이런 擬制로 解釋될 수 있었다. 왜냐하면 根本規範은 現實로 存在하지 않고 단지 存在한다고 想定된, 말하자면 現實에 反하는 想定이기 때문이다. 그런데 眞正한 擬制란 現實에 反할 뿐만 아니라 스스로도 矛盾일 경우이다. 根本規範은 이러한 의미에서도 擬制였다. 왜냐하면 根本規範은 ‘最高法權威의 授權’인데, 이는 이 權威보다 더 上位에 있는—물론 단지 擬制된—權威에서 출발하기 때문에 스스로도 矛盾이기 때문이다. 그러나 根本規範에 대한 擬制主義 哲學의 解釋은 이 哲學 자체가 新칸트主義였기에 별다른 進展은 없었다. 즉 칸트의 超越的 프로그램을 포기하고 마찬가지로 超越的 着想이었던 擬制主義를 택한 것에 불과했던 것이다.¹⁸⁾

이처럼 純粹法學의 根本規範에 대한 哲學의 解釋에는 변동이 있었다. 그러나 이것들은 모두 法認識, 즉 法學의 超越的 前提로서의 根本規範을 哲學적으로 底礎지우려는 노력이었다. 이러한 노력에서 밝혀지는 것은 우선 根本規範이란 制定된 規範이 아니라, 그런 制定된 規範을 客觀적으로 效力있는 規範으로 認識하기 위한 ‘超越的·論理的 前提’ 또는 ‘假說的 想定’이라는 점이다. 정확히 말한다면 根本規範이란 ‘學者’가 規範學을 하기 위해 한 ‘想定’(Annahme), ‘根本想定’(Grundannahme), 또는 ‘根本前提’(Grundvoraussetzung)이었다. 그런 점에서 그것은 規範의 領域 밖에 놓여 있으며, 規範이라고 일컬었지만 실은 規範은 결코 아닌 것이었다. 단순히 前提된, 思惟된 規範은 規範은 아닌 것이다.¹⁹⁾

17) 이런 자리매김은 R. Walter, 앞(주14)의 글, 97쪽에서 H. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, 제5판, Tübingen 1991, 90쪽을 지적하면서 결론짓고 있다.

18) 擬制哲學은 바로 新칸트哲學者였던 H. Vaihinger가 *Die Philosophie des Als-Ob* (제7, 8판, Leipzig 1922)에서 주장했다. 켈젠은 後期の 저작에서 이 경향을 띠었다: 앞(주1)의 拙譯, 켈젠法理論選集, 83쪽; 앞(주9)의 *Allgemeine Theorie der Normen*, 206쪽 이하. 자세한 설명은 앞(주14)의 R. Walter의 글, 97쪽 이하 참조.

19) ‘假說的 想定’이라는 표현은 H. Kelsen, 앞(주16)의 *Allgemeine Staatslehre*, 251쪽. ‘想定’이라는 주장과 관련해서는 R. Walter, 앞(주14)의 글, 85쪽, 99쪽. 맨처음의 지적은 R. Walter, *Die gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, Rechtstheorie I* (1970), 80쪽, 최근의 지적은 R. Walter, *Hans Kelsens Rechtslehre*, Baden-Baden 1999 (拙譯, “한스 켈젠의 法理論”, 서울대학교 法學, 제40권 1호, 1999, 335쪽). ‘根本前提’라는 주장은 R. Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, Wien 1989, 60-66쪽 참조. Lippold는 根本規範이 規範이 아님을 특히 강조한다.

純粹法學은 이러한 根本規範에 대해 위에서 살폈듯이 여러 ‘機能’들을 부여했다. 첫째로 根本規範은 그것에 속하는 여러 法規範들의 공통된 效力根據가 됨으로써 ‘法體系의 統一性’을 구성했다. 둘째로 根本規範은 일정한 實效的 秩序를 效力있는 法秩序로 ‘認識하려고 한다면’, 그 最高의 授權規範으로서 前提되어야 함으로써 모든 ‘法認識의 基礎’이었다. 셋째로 根本規範은 客觀的으로 效力있는 法을 強盜나 강패의 指示로부터 區別할 수 있게 했다. 넷째로 根本規範은 무엇이 效力있는 法인가를 규정했다. 다시 말해서 그것은 法秩序 全體의 效力은 물론 個別的인 法規範의 效力의 문제에 대해 어떠한 價値規準에 의하지 않고 오직 形式的 定立關係, 즉 ‘效力의 連鎖’를 통해 대답했다.²⁰⁾

純粹法學은 根本規範의 ‘內容’에 관해서는 오직 “사람들은 憲法이 命하는 대로 行爲하라”라는 대답만을 했다.²¹⁾ 이렇게 根本規範은 最高의 純授權規範의 性格을 가진 것이었다. 그것은 단지 ‘想定’될 뿐이라서 누가 그것을 ‘制定’했는가라는 문제는 생기지 않는다. 그것은 누구나 인간에 의해 制定된 實定的인 強制的 指示關係를 規範體系로 解釋‘하려고’ 한다면, 그에 의해 想定(前提)되지 않으면 안 되는 것이었다.

IV.

이상으로 純粹法學과 根本規範(I), 根本規範의 基本性格(II), 根本規範의 本質(正體)(III) 등을 간략히 살펴 보았다. 純粹法學은 實定法이라는 對象을 모든 異質的 要素로부터 純化시켜 그 固有法則性에 따라 모든 學問의 理想인 ‘客觀性과 嚴正性’의 公準 밑에서 파악하려는 目的을 가졌다.²²⁾ 이러한 目的意識的 考察의 產物로 構成된 것이 根本規範이었다. 根本規範은 반면 모든 實定的 規範들의 共通된 效力根據가 됨으로써 法學에 統一된 對象을 定立해 준 堡壘이었다. 말하자면 純粹法學은 인간이 制定한 實效的 強制秩序를 實定法으로 ‘보려고’ 했고, 이 實效的 強制秩序를 ‘規範的’ 秩序, ‘當爲秩序’로 解釋하려고 했다. 이러한 目的이 根本規範의 導入으로 이루어졌다. 요컨대 純粹法學은 實效的 強制秩序를 對象으로 ‘選擇’했고, 이를 規範秩序로 ‘確定’했다. 이에 根本規範이 想定되었다.²³⁾

20) 根本規範의 機能에 관한 정리로는 R. Walter, 앞(주14)의 글, 92쪽 이하; O. Weinberger, *Norm und Institution*, Wien 1988, 124쪽; Stanley L. Paulson, *Die unterschiedlichen Formulierungen der ‘Grundnormen,’* 앞(주14)의 *Krawietz-Festschrift*, 53-74(63)쪽 참조.

21) H. Kelsen, 앞(주1)의 *RR*, 제2판, 203/204쪽.

22) 이 점 특히 H. Kelsen, 앞(주15)의 *RR*, 제1판, iii쪽(서문) 참조.

23) 이 점 앞(주19)의 拙譯, 한스 켈젠의 法理論, 336쪽. 특히 W. Ott, *Der Rechtspositivismus*, 제2판, Berlin 1992, 160쪽 이하 참조.

純粹法學은 이러한 근본적인 (理論的) '決斷' 위에 구축된 것이다. 이러한 決斷 위에 입각한 法概念은 물론 궁극적으로 證明될 수도 또 反證될 수도 없는 것이다. 그러나 그 必然性 내지 合目的性은 물을 수 있다. 생각건대 똑같이 實定法 秩序를 規範秩序로 解釋하려고 한다 해도 반드시 根本規範을 생각할 필요는 없다. 즉 그런 해석은 最高法制定當局을 正當하다고 '承認'함으로써도 가능한 것이다. 말하자면 規範의 效力은 그것을 우리 行爲의 拘束의 規準으로 承認함으로써 根據지워질 수 있는 것이다.²⁴⁾ 이렇게 본다면 일정한 實定法秩序는 受範者들에 의해 承認됨으로써 規範秩序로 存在하게 되는 것이며, 이는 純粹法學에서처럼 이의 效力을 인정하는 者, 즉 根本規範을 前提하는 者만이 아니라, 그렇지 않는 者에 의해서도 客觀的으로 規範秩序로서 敍述될 수 있다. 다시 말해서 이는 '參與者'만이 아니라 '觀察者'에 의해서도 敍述될 수 있는 것이다.²⁵⁾

根本規範은 效力連鎖의 終點으로서 法秩序(體系)의 統一성과 正體性的의 堡壘였다. 그런데 한 국가가 屬國을 法律을 통해 獨立시켜 獨自의 法秩序를 갖게 한 경우 별개의 法秩序가 存在하는 것은 罔연한 事實이다. 그러나 純粹法學은 效力(授權)의 連鎖로 보아 양자가 여전히 同一한 法體系에 속한다고 주장하지 않을 수 없게 된다.²⁶⁾ 또 根本規範은 效力의 連鎖를 바탕으로 強盜의 命令과 規範을 명쾌하게 區別할 수 있었다. 그러나 일정 地域, 일정 期間에 大體的인 實效의 強制를 占한 強盜團과 法共同體의 區別은 否認했다. 根本規範의 冷酷한 結論이다. 이와 관련하여 黃山德 先生은 “하나하나의 法規範은, 힘이 아니라 다른 法規範에 의해서 창설되지만, 그러한 法規範의 總體는, 根本規範을 통하여, 결국에 가서는 힘의 지배 밑에 있다는 것이 된다. 이렇게 본다면 純粹法學은 實定法 秩序의 內部에서는 그 純粹性을 유지할 수 있지만, 그러한 實定法 秩序를 全體로서 보는 경우에는 非法의 세계에서 亂舞하는 힘의 원리가 무제한으로 침투해 들어오는 것을 그대로 용인하기 때문에 그것은 절대로 純粹할 수가 없다고 말하게 된다. 이리하여 純粹法學은 여기에서 더 앞으로 나아갈 수 없는 障壁에 부딪치게 되는 것이다.”라고까지 피력했다.²⁷⁾ 확실히 根本規範의 結論은 우리의 日常的 法觀念에 거슬린다. 그러나 다행히도 '켈젠의' 根本規範은 불필요하다. 法의 統一성과 正體성은 國民, 政府, 法院의 承認 위에 決定的으로 터잡고 있는 것이다.

24) 우선 拙著, 法哲學 I, 法文社 1982, 특히 96쪽. 자세히는 K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, München 1971, 74쪽 이하 참조. 또 P. Koller, *Theorie des Rechts*, 제2판, Wien 1997, 160쪽.

25) 이 점 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 제2판, Oxford 1994, 88쪽 이하, 108쪽 참조. Hart는 '內的 觀點'과 '外的 觀點'으로 표현했다.

26) 이 점 H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, 319, 334쪽 이하; J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, 127쪽 이하 참조.

27) 黃山德, 法哲學講義, 제4판, 邦文社 1985, 237쪽 이하.

V.

純粹法學이 ‘根本規範’의 개념을 法理論에 導入한 이후 어디서고 그 神話性과 不透明性 때문인지 論難과 混亂이 뒤따랐다.

일찍이 앙기쉬는 우리가 形式的 說明에 멈추지 않으려면 根本規範을 最高法制定當局을 正當化하는 承認된 規律로, 즉 그것을 內容의으로 파악해야 한다고 주장했다.²⁸⁾ 하아트가 根本規範을 ‘不必要란 重複’이라고 지적하고, 이를 法體系 내에서 法效力의 窮極·最高의 規律로 事實상 承認되어 存在하는 이른바 ‘承認律’(rule of recognition)로 代置한 것도 같은 脈絡에서이다.²⁹⁾ 필자도 法制定의 權威가 承認된 當局에 의해 制定된 規範이면 效力있는 것으로 봄으로서 이러한 견해에 따랐다.³⁰⁾ 이는 根本規範의 神話性을 벗겨 現實의 그것으로 이해하자는 견해다. 그러나 이에 대해 純粹法學은 根本規範에 認識論的 機能을 부여하지 倫理的·政治的 機能을 수행케 하지는 않는다고 지적한다.³¹⁾

벨첼은 根本規範에 대해 그것이 끝내 擬制視까지 됨으로써 大體的으로 實效的인 秩序는 모두 規範的 拘束力을 지닌 秩序‘처럼’ 解釋되었고, 따라서 當爲는 결국 事實的으로 優勢한 命令權의 형태로서의 하나의 ‘存在’로 還元되었다고 비판했다.³²⁾ 이를 敷衍하듯 黃山德 先生도 “根本規範의 正體는 … 「미다스王」(King Midas)의 손과도 같이, 非法의 세계에 있는 힘에 대해, 그 어느 것이든지 그것이 가장 강하기만 하면, 法的 權威를 인정해 주는 無節操性을 지니고 있다”라고 지적했다.³³⁾ 말하자면 根本規範이 곧 ‘强者의 自然法’으로 轉落되어 버린 것이 아닌가를 꼬집은 것이다. 이에 대해 純粹法學은 바로 그런 잘못에 빠졌던 傳統的 法實證主義者의 說明을 바로잡기 위해 根本規範이 想定된 것이라고 대답한다.³⁴⁾

드라이어는 純粹法學이 칸트 哲學에 의거했다면 當爲를 어디까지나 實踐理性的 개념으로 본 칸트에 따라 根本規範도 ‘實踐理性的 要求’로 파악해야 마땅하다고 주장하고, 이럴 경우 根本規範의 內容은 多樣하게 표현될 수 있으나 民主(社會)的 法治國家의 그것은 大體的 實效性뿐만 아니라 法秩序 全體는 물론 個別 法規範까지도

28) K. Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935, 11/12쪽과 註1 참조.

29) H.L.A. Hart, 앞(주25)의 책, 94쪽 이하; 특히 101쪽 이하 참조.

30) 拙著, 法哲學 I, 法文社 1982, 96쪽 이하.

31) H. Kelsen, 앞(주1)의 *RR*, 225쪽의 註 참조.

32) H. Welzel, *An den Grenzen des Rechts, Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln 1966, 28쪽.

33) 黃山德, 앞(주27)의 책, 237쪽.

34) 이런 代辯은 R. Walter, *Hans Kelsens Reine Rechtslehre, Hans Kelsen zum Gedenken*, Wien 1974, 41쪽.

最小限의 倫理的 正當性을 지닐 것을 요구하는 것으로 보아야 相當하다고 결론짓는다.³⁵⁾ 이에 대해 純粹法學은 根本規範을 ‘實體的 自然法’으로 바꾸어 버렸다고 비판한다.³⁶⁾

마르취치는 自然法을 形式的 觀點에서 파악하여 ‘實定法の 基礎理論’, ‘實定法の 先驗的 基礎를 밝히는 理論’, ‘實定法の 條件을 分析하는 理論’으로 보면서, 그런 한에서 自然法을 根本規範의 內容으로 보았다.³⁷⁾ 이와 연관지으면서 朴恩正 교수는 根本規範의 超實定性을 實定法の 存在論의 前提의 意味로 확대하면서, 그것은 自然法(存在法) 理論의 意味領域과 質的으로 區別되지 않는다고 피력했다.³⁸⁾ 이렇게 파악된 自然法은 純粹法學에서 생각한 自然法과는 全的으로 다른 것이어서, 그 實體的 內容 貧困의 면에서 ‘超越論理的·法論理的 自然法’으로서의 根本規範에 몹시 닮았지만 그래도 純粹法學은 根本規範이란 결코 規範, 즉 自然法이 아니라 하나의 假說的 想定, 나아가 하나의 擬制에 불과하다는 自己正體의 暴露로 맞설 것 같다.

우리 憲法學界에서는 根本規範이 켈젠에서 ‘實定 憲法 그 자체’로,³⁹⁾ 또는 法秩序의 最上位에 존치시켜 놓은 ‘幻想的 規範’으로⁴⁰⁾ 認識되고 있는 것으로 설명하거나, 나아가 ‘正當한 法秩序의 基本原理’로 볼 수 있는 憲法規定을 根本規範으로 지칭하기도 한다.⁴¹⁾ 이에 대해 純粹法學은 根本規範이란 ‘法論理的 의미에서의 憲法’으로서 實定 憲法과는 엄격히 區別되어야 한다고, 또 根本規範이란 ‘實效的 強制秩序’를 規範秩序로 解釋‘하기 위한’ 想定으로서 幻想的이 아니라 철저하게 ‘目的意識的’이라고, 나아가 根本規範이란 오직 效力根據를 제공할 뿐이지 ‘效力內容’까지 숨意하는 개념은 아니라고 일일이 반박할 것이다.

이상과 같이 根本規範에 대한 理解와 主張은 다양하다. 이 모두에 대해 純粹法學은 誤解이거나 無關한 것이라고 대답한다. 그러나 이런 여러 論議는 따지고 보면 純粹法學이 “한 規範의 效力의 根據는 오직 다시 하나의 規範일 수밖에 없기 때문에 이 前提(: 根本規範)는 하나의 規範이지 않으면 안 된다”⁴²⁾라고 하면서 根本規

35) R. Dreier, *Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm, Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Wien 1982, 특히 45쪽 이하. 같은 취지로는 R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München 1992, 154쪽 이하(168쪽) 참조.

36) 이런 代辯的 비판은 R. Walter, 위의 책, 64쪽.

37) 마르취치(R. Marcic, *Das Naturrecht als Grundnorm der Verfassung*, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Neue Folge* XIII권, 1-2호, 1963)에 관해서는 전적으로 朴恩正, *자연법사상*, 민음사 1987, 23쪽을 참조했다.

38) 朴恩正, 위의 책, 특히 235쪽.

39) 權寧星, *憲法學原論*, 1995, 4쪽; 金哲洙, *憲法學概論*, 1982, 14쪽; 許營, *憲法理論과 憲法(上)*, 1988, 6쪽.

40) 權寧星, 위의 책, 37쪽.

41) 金哲洙, 앞(주37)의 책, 283쪽 이하.

42) H. Kelsen, 앞(주1)의 *RR*, 203쪽.

範을 ‘規範’이라고 주장했을 뿐만 아니라 이를 두고, 혹은 效力의 (最後) 根據로, 혹은 ‘法에로의 힘의 轉換’으로, 43) 혹은 認識論의 性格만을 갖는 것으로, 혹은 ‘超越論理的 또는 法論理的 自然法’ 등으로 설명한 데서 發端된 것이다. 그래서, 혹은 規範效力의 最後 根據란 最高規範을 拘束의인 것으로 承認함으로 終結되는 것이 그 위에 根本規範까지 前提할 필요가 없지 않겠느냐, 혹은 規範은 赤裸裸한 暴力과는 實質的으로 區別되어야 하지 않겠느냐, 혹은 規範에는 認識論의 성격뿐만 아니라 實踐的 성격이 부여되어야 하지 않겠느냐, 혹은 ‘超越論理的 自然法’이라면 自然法의 어떤 形態로 이해될 수 있지 않겠느냐 등등의 위에서 살핀 바와 같은 의미깊은 論難들이 뒤따른 것이다.

VI.

이 해도 저물어 간다. 이와 더불어 이 世紀도, 나아가 지난 밀레니엄도 함께 저물어 가는 것이다. 이 20世紀의 法學은 켈젠과의 對話라고 어느 유명한 法哲學者는 말했다. 아니 美國의 有名 日刊紙는 지난 밀레니엄 중 가장 뛰어난 法學者로 켈젠을 뽑았다. 그의 純粹法學은 그만큼 높이 評價된 것이다. 그러나 그런 評價도 法이 어떤 價値에 이바지하게끔 純粹法學이 가르쳤다는 데 입각했다면 穩當한 것 같지 않다. 그에게는 오직 學問的 情熱뿐이었다. 關心은 오직 있는 그대로의 法에 대한 一般的 認識에 있었다. 그것은 주로 實定法 一般의 構造分析이었다. 우리 法哲學界에서 純粹法學의 理解를 위해 가장 노력한 분은 특히 前期의 故 黃山德 先生이었다. 그의 10周忌(1999. 10. 19)를 追慕하면서 이 조그만 에세이를 끝맺고 싶다.

43) H. Kelsen, 앞(주11)의 *Die Wiener rechtstheoretische Schule* 1, 339쪽.

<Abstract>

Ein Essay über Hans Kelsens Lehre von der Grundnorm

Hun-Sup Shim*

Hans Kelsens Reine Rechtslehre war ein hervorragender Versuch zur Erklärung des Rechts und der Rechtswissenschaft. Methodendualismus und Wertrelativismus waren ihre methodische Wesenszüge. Die Grundnorm ist ihr Schlüsselbegriff. Kelsen setzte die Grundnorm als gemeinsamer Geltungsgrund der Normen überhaupt voraus. Durch diese Grundnorm bildet sich das Normsystem. Die Grundnorm liefert dabei sowohl den Geltungsgrund als den Geltungsinhalt. Bezüglich des Rechts liefert sie nach Kelsen nur den Geltungsgrund. Hier wirkt sie nur als Ermächtigungsgrund. "Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein." Durch die Grundnorm konnte jede im großen und ganzen wirksame Ordnung als objektiv gültiges Recht gedeutet werden.

Das Wesen der Grundnorm ist aber nicht klar. Sie wurde nach Kelsen als transzendental-logische Bedingung bzw. Voraussetzung, oder als hypothetische Annahme, oder als Fiktion gekennzeichnet. Heutige Kelsenianer konkludieren, daß sie nicht als eine Norm, sondern nur als eine Grundannahme oder Grundvoraussetzung angesehen werden muß.

Die Lehre von der Grundnorm wurde viel kritisiert. Die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Grundnorm kann besonders auf Grund der Anerkennungstheorie verneint werden. Vor allem haben viele Gelehrte gegen die These von der 'Transformation der Macht zu Recht' das Bedenken geäußert. Dazu gehört auch unser früher Kelsenforscher Prof. Sanduck Hwang. Trotzdem ist es nicht zweifelhaft, daß die Lehre von der Grundnorm eine geniale wissenschaftliche Idee unseres Jahrhunderts war.

* Professor of Law, Seoul National University