

# 法學教育과 法哲學

沈 在 宇  
(高麗大. 法學科 教授)

法學教育이 단순히 전문적인 法律知識만을 가르치는 것이 아니고, 바른 것이 무엇인가를 가르쳐 주는 人格教育을 도외시할 수 없다면 法哲學이 법과대학의 教育科目으로 차지하는 比重과 意義는 결코 과소평가될 수 없다. 참다운 법률지식은 法哲學을 통하여 비로소 터득될 수 있는 것이다.

## I

法哲學은 주로 上級學年의 法學徒들이 수강하는 科目이다. 일반적으로 下級學年에서 實定法 科目들을 이수하고 난 다음에 法哲學을 듣는다. 實定法의 공부가 되어 있지 않으면 法哲學의 강의를 잘 이해하기 어렵기 때문에 순서적으로는 實定法 科目을 먼저 이수하는 것이 바람직하다.

法哲學은 어느 하나의 特定法律이나 개개의 法條文을 그 대상으로 하지 않고 法秩序一般을 대상으로 한다. 法秩序의 存在理由, 存在目的, 存在樣式, 存在構造 등을 法原理의 측면에서 연구하는 것이 法哲學의 任務이다. 法學教育을 實定法 위주로 하고 法哲學을 소홀히 하면 마치 나무는 보되 숲을 보지 못하는 꼴을 범할 염려가 있다. 또 法의 肉體는 찾아 볼 수 있지만 法의 精神이 무엇인지 알 수 없게 된다. 法의 精神을 알지 못하는 法學은 죽은 법학이며 단순한 法技

術에 지나지 않을 것이다. 한때 키르히만이란 독일의 法律家は 「法學의 學問으로서의 無價値性」이란 論文에서 「立法者가 세 마디만 말을 바꾸면 全圖書館의 法律책은 휴지로 화해 버리고 만다」는 유명한 말을 한 적이 있다. 물론 實定法이 바뀌면 六法全書나 그 解說書는 휴지로 화해 버릴 수도 있다. 그러나 法哲學書籍은 此限에 不在한다. 왜냐하면 그것은 條文을 必要로 하지 않으며 法秩序全般의 秩序原理에 관계되어 있기 때문이다. 法은 生活과 더불어 바뀌기도 하고 없어지기도 하며 새로 생겨나기도 한다. 그러나 이러한 變化는 法哲學에 의한 價値判斷의 變化에 따르는 現象이다. 모든 法의 變化와 法秩序의 變革은 法哲學에 의한 法理念의 自己實現現象이라 할 수 있다. 그런 의미에서 라드부르흐는 「法哲學은 革命을 수반한다」고 말하고 있다.

法秩序는 변한다. 따라서 法의 生成消滅은 끝이 없다. 그러나 法은 아무 目的 없이 제멋대로

生成消滅하는 것은 아니다. 法の 目的은 일정한 價値實現을 豫定하고 있으며 그 價値實現의 內容과 形式은 法哲學이 제공한다. 그러면 法哲學은 法秩序를 통하여 어떠한 價値實現을 목표하고 있는가? 그것은, 한마디로 말하면, 人間의 實存條件을 確保하여 주는 데 있다. 즉 인간이 인간 사이에서 人間답게 살 수 있는 最少限의 條件을 마련하여 주는 데 있다.

## II

홉스는 人間의 自然狀態를 「萬人에 대한 萬人의 鬭爭」(bellum omnium in omnes)으로 묘사했다. 그리고 그러한 自然狀態에서는 「人間은 人間에 대하여 이리」(homo homini lupus)라고 말한다. 그 곳에서는 萬人이 오직 自己保存本能에 따라 행동할 뿐이다. 自己保存에 필요한 他人의 生命, 身體를 해치는 것이나 他人의 財産을 약탈하는 것이나 他人을 노예로 삼는 것도 허용되어 있다. 그곳은 힘이 지배하는 곳이지 法이 지배하는 곳은 아니다. 弱肉強食이 妥當한 곳에서는 아직 理性의 法則으로서의 法은 존재하지 아니 한다. 이러한 自然狀態를 탈피하기 위하여 단인은 社會契約을 맺고 國家를 탄생시키며 法秩序를 확립한다. 그래서 홉스는 말하기를 「人間들이 平和와 自己保存을 위하여 國家라고 하는 하나의 人造人間을 만들었던 것과 같이, 그들은 이번에는 法이라고 하는 하나의 人造社會를 만들어 낸다. 그 한쪽 끝은 그들 자신의 相互契約에 의하여 主權을 양도받은 者에게 붙들어 매어지고 그 다른 한쪽 끝은 그들 자신의 귀에 붙들어 매어진다」고 한다. 이것이 法律이다.

이 法律의 작용은 인간의 自然的 自由를 制限하는 데 있음이 명백하다. 왜냐하면 自然狀態에 있어서의 萬人에 대한 萬人의 鬭爭은 無制限한 自然的 自由의 충돌이 빚어낸 결과이기 때문이다. 그래서 홉스는 법률을 제정하는 理由를 다음과 같이 말한다. 「이 세상의 모든 法律은 결국 個人의 自然的 自由를 制限하기 위하여 만들어지는 것이다. 그럼으로써 각 개인은 서로 서로 상대방을 해치지 않게 되고 오히려 서로 서로 돕는 관계에 놓이게 된다」. 이와 마찬가지로 칸트

도 「法이란 한 사람의 恣意(自然的 自由)가 다른 사람의 恣意(自然的 自由)와 自由의 一般法則에 따라 서로 조화될 수 있는 條件의 總體이다」라고 法の 定義를 내렸던 것이다.

## III

그런데 이러한 法概念에는 두 가지가 있을 수 있다. 그 하나는 自然法이고 다른 하나는 實定法이다. 여기서의 自然法은 法超越의 自然法을 뜻하는 것이 아니라 法內在의 自然法을 말한다. 즉 그것은 正法の 尺度가 되는 自然法을 말하며 「自由의 一般法則」(allgemeines Gesetz der Freiheit)이 그것이다. 自由의 一般法則은 萬人이 平等하게 自由로울 수 있는 秩序條件을 두고 말하는 것인데 뜻소는 그것을 「一般意志」(volonté générale)라고 표현하기도 한다. 法은 自然的自由의 制限을 통하여 共存條件을 마련하는 것이지만 제멋대로 自然的 自由를 制限하는 것이 아니라 自由의 一般法則에 따라야 한다. 이에 따르지 아니하는 법률은 正法이 아니다. 자연적 자유를 제한할 필요가 없음에도 불구하고 제한한다거나, 또 制限의 限界를 넘어서 제한한다거나, 심지어는 제한해야 할 自然的 自由를 제한하지 아니하고 그것을 방치 내지 조장하는 法律들은 모두 正當하지 아니한 法律들이다. 예컨대 착취를 正當화하는 법률, 不平等을 내용으로 하는 법률, 계급적 이익을 옹호하는 법률, 人權을 침해하는 법률들은 惡法이다. 모든 實定法이 正法은 아니다. 實定法은 自然法과 合致할 때만 正法일 수 있고 그러한 正法만이 社會正義를 실현시킬 수 있다.

그러면 구체적으로 어떠한 법률이 正法인가? 人類의 法理性은 오늘날까지 이러한 正法の 內容이 되는 많은 原則들을 발견해 왔다. 法治國家의 原則, 社會國家의 原則, 民主主義의 原則, 權力分立의 原則, 基本權尊重의 原則, 權利平等의 原則, 機會均等の 原則, 社會的 衡平의 原則 罪刑法定主義의 原則 등이 그것이다. 이러한 원칙들은 自由民主主義國家의 헌법에 原則規範으로서 규정되어 있다. 下位規範은 이 原則規範에 근거하여 그 내용을 구체화시킨다. 만일 下位

規範이 原則規範에 어긋나는 내용을 가질 때에는 滄憲審査 또는 法律審査에 의하여 그 效力이 배제된다. 다른 말로 표현하면, 下位規範은 헌법의 原則規範에 어긋나지 아니하는 限度內에서 正法으로서의 자격을 갖게 된다. 이와 같이 해서 法秩序는 하나의 統一된 正法體系를 이루게 된다. 그리고 이러한 正法體系는 法解釋을 통하여 더욱 구체화되며 빈틈 없이 補完되어 나간다. 이 하나의 거대한 法秩序가 마치 거미줄처럼 인간의 行爲를 구속하며 自然的 自由를 제한한다. 이러한 자연적 자유의 제한을 통하여 비로소 모든 인간은 法的 自由를 획득하게 되며 이 相對的 法的 自由의 범위 안에서 法生活을 영위하게 된다. 그리하여 法共同體의 平和는 유지될 수 있고 共存이 가능한 이러한 平和秩序 안에서 인간은 實存條件을 확보하게 된다.

#### IV

그러나 人間이 인간답게 살기 위하여는 이러한 최소한의 消極的 實存條件만으로써는 不足하고 더 나아가서 최대한의 積極的 實存條件의 確保가 필요하다. 消極的 實存條件은 自由의 制限에 있지만 積極的 實存條件은 自由의 伸張에 있다. 他人의 財産을 함부로 侵害 못하게 하는 법률은 自由의 制限을 의미하지만, 無產者로 하여금 財産을 갖도록 財産形成을 촉진시키는 법률은 自由의 伸張을 의미한다. 또 他人의 生命이나 身體를 함부로 침해하지 못하게 하는 法律은 自由의 制限을 命令하고 있는 것이지만 精神薄弱者나 肢體不自由者들을 인간답게 살 수 있도록 보살피고 주고 돕는 것을 그 內容으로 하는 법률은 自由의 伸張을 목적하고 있다. 藝術과 學問의 自由를 침해하는 것은 法이 금지시키고 있지만 그러나 禁止만으로써 예술과 학문의 자유가 신장되는 것은 아니다. 藝術과 學問, 發明과 創作을 할 수 있는 能力과 재질이 있는 자에게는 그러한 自由를 펼 수 있도록 制限조건을 만들어 주어야 한다. 그러한 條件을 마련하고 촉진시키는 법률은 自然的 自由를 제한하는 것이 아니라 그것을 신장시키기 위한 것이다. 이러한 법률들은 각자의 必要를 충족시키고 각자의 能力을 계

발할 수 있는 社會條件을 마련하는 데 그 목적이 있다.

法은 이와 같이 消極的, 積極的 兩側面에서 인간의 實存條件을 保障하는 機能을 한다. 인간의 實存條件에 관계시켜 파악할 때 법은 결코 인간을 소외시키는 道具가 아니라 인간을 人間化시키는 人間條件이라 할 수 있을 것이다. 그것은 인간의 尊嚴과 인간의 幸福을 保障하는 것을 그의 본래의 과제로 하고 있기 때문이다.

#### V

法學教育에 있어서 法의 이러한 과제를 인식시키는 것은 무엇보다 중요하다. 그것은 法哲學을 통하여 행하여진다. 法哲學을 배움으로써 法學徒들은 법이 무엇인지 비로소 깨달게 된다. 그러나 대부분의 법학도들은 實定法條文의 해석에만 얽매어 法의 숲을 보지 못한다. 法의 生命과 法의 精神을 감지하지 못한 채 法의 肉體의 한 지체만을 붙들고 파 헤치느라 여념이 없다. 社會正義를 실현시키기 위하여 法學을 택했노라고 입버릇처럼 말하지만 무엇이 社會正義인지 알지 못한 채 試驗을 위하여 六法全書와 씨름만 계속한다. 그러나 六法全書는 法技術을 가르쳐 주지만 社會正義를 가르쳐 주지는 않는다. 이와 같이 하여 법학도들은 아마도 「法學의 學問으로서의 無價値性」을 실감하였을지 모른다. 그러나 이러한 회의와 실망은 法哲學을 배움으로써 완전히 불식될 수 있을 것이다.

法學教育에 있어서 法哲學이 갖는 比重과 意義는 참으로 크다고 본다. 法學教育이 단순히 專門的인 法律知識만을 가르치는 것이 아니고 바른 것이 무엇인가를 가르쳐 주는 人格教育을 도외시할 수 없다면 法哲學이 法科大學의 教育科目으로서 차지하는 比重은 결코 過少評價되어서는 안 될 것이다. 뿐만 아니라 참다운 法律知識은 法哲學을 통하여 비로소 터득됨을 알아야 할 것이다. 왜냐하면 法의 生命인 「正義」(Gerechtigkeit)는 「法律」(Gesetz)에서가 아니라 「法」(Recht) 가운데서 발견되기 때문이다. 그리고 그 法은 「人間」(Mensch) 가운데 뿌리박고 있음을 지시해야 할 것이다. \*