「法과 政策」 第19輯 第1號, 2013. 2. 28.
濟州大學校 法과政策硏究所

헌법재판과 법철학

Verfassungsurteil und Rechtsphilosophie

고 봉 진*
Ko, Bong-Jin

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 법규범의 정당성
Ⅲ. 헌법재판의 법철학적 의의
Ⅳ. 나가며

국문초록

라드브루흐 공식은 법철학사에서 정의와 법적 안정성 사이의 갈등과 자연법과 법실증주의 사이의 대립을 해결하였다는 큰 의미를 지니지만, 그 기준이 대단히 명확하지 않다는 문제점이 있다. (私見에 따르면) 심판기준으로 라드브루흐 공식보다 더 명확한 기준을 활용할 수 있다면, 라드브루흐 공식이라는 모호한 심판기준을 활용할 필요는 더 이상 없다. 헌법재판제도가 도입되기 전에는 정의와 법적 안정성 사이의 모순을 '라드브루흐 공식'을 통해 해결할 수 밖에 없었지만, 이제는 위헌법률심판 제도가 이를 대신하게 된다.

라드브루흐 공식의 또 다른 문제점은 사법부의 결정에 따라 입법부의 결정

논문접수일 : 2012.12.15
심사완료일 : 2013.02.04
게재확정일 : 2013.02.05
* 필자의 '법철학강의'(제주대학교 출판부, 2012) 11면 이하를 기초로 하여, 수정·보완한 내용임을 밝힙니다.
** 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 부교수

인 법률이 뒤집을 수 있다는 점이다. 판사는 헌법재판소의 위헌법률심판결정이 내려진 후에, 그 결정에 따라 재판을 하게 된다. 따라서 판사는 법규범의 정당성에 의문이 생길 때 법규범의 정당성에 대해 직접 결정할 필요가 없으며, 법규범의 정당성을 '라드브루흐 공식' 등을 통해 판단하지 않아도 된다. 위헌법률심판은 제3의 헌법기관인 헌법재판소에 법규범의 위헌성 판단을 담당시키고, 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있은 후에 진행되게 함으로써, 판사가 자신의 판단에 따라 입법부의 결정인 법률을 뒤집을 수 있는 '라드브루흐 공식'의 문제점을 해결하게 된다.

헌법재판은 (1) 규범통제로서 법철학과 유사할 뿐 아니라, (2) 라드브루흐 공식의 2가지 문제점(심판기준의 모호성, 사법부의 결정에 따라 입법부의 결정인 법률을 뒤집을 수도 있다는 문제점)을 극복하였음을 알 수 있다.

주제어 : 자연법, 법실증주의, 정의, 법적 안정성, 라드브루흐 공식, 헌법재판

Ⅰ. 들어가며

'무엇을 하라(명령)', '무엇을 하지 말라(금지)', '무엇은 해도 좋다(허용)'는 식으로 인간의 행위를 구속하는 대표적인 규범에는 법규범과 도덕규범이 있다. 양자는 인간의 행위를 구속한다는 점에 있어 비슷하나, 법규범은 강력한 제재를 수반하기 때문에 도덕규범에 비해 인간의 행위를 강제하는 성격이 더 강하다. 이러한 법규범의 특징 때문에 오래전부터 "법규범의 정당성 문제"는 법철학의 중요한 테마로 다루어졌다. 법철학의 양대 주류인 자연법론과 법실증주의는 법규범의 정당성에 대한 근거를 제시하였고, 라드브루흐 공식은 법규범의 정당성 판단에 대한 새로운 기준을 제시함으로써 자연법론과 법실증주의 사이의 모순을 해결하였다.

본고에서 필자는 '법규범의 정당성 문제'를 중심으로 자연법론, 법실증주의, 라드브루흐 공식, 헌법재판을 서로 대비하고 있다. (필자가 보기에) 자연법론, 법실증주의에서 라드브루흐 공식으로, 라드브루흐 공식에서 헌법재판으로 발

전된 것이 아닌가 싶은 정도로 '법규범의 정당성' 물음에 대한 절차는 구체화·제도화되었다.

II. 법규범의 정당성

1. 자연법론과 법실증주의

법철학의 역사에서 자연법의 역사는 큰 비중을 차지한다. 자연법은 '객관적으로 타당한 질서가 이미 주어져 있고, 이를 직접적으로 인식할 수 있다'는 말로 요약할 수 있다. 이를 전문용어로 표현하면, '존재론'의 측면에서는 '실재존재론', '인식론'의 측면에서는 '강한 인지주의'이다. 법철학에서 '자연법'이라고 말해지는 것은 법철학의 문제뿐만 아니라 철학의 여러 주요한 문제를 다룬다. 자연법론에 따르면, '객관적으로 타당한 질서'가 확실하게 존재하게 때문에, 이는 인식에 있어서도 확실성의 토대가 된다. 이에 따르면, 결정을 위한 확고한 발판이 되는 실질적 규준이 이미 존재하기 때문에, 결정을 해야 하는 사람은 이를 토대로 결정을 내리면 된다. 자연법에 의해 타당한 영역은 객관적으로 이미 존재하고, 그 효력은 스스로에서 나오며, 이에 대한 규범적 인식은 직접적으로 가능하다.[1] 이처럼 실재존재론과 이에 기초한 인식론은 기능적으로

1) (私見에 따르면) 자연법론이 '정의'를 추구했다고 하나, 플라톤의 이데아(Idea) 사상과 아리스토텔레스의 목적(Entelechie) 사상을 살펴보면 과연 그러했는지 의문이다. 플라톤에 따르면 이데아는 대상을 초월해 있지만, 아리스토텔레스에 따르면 이데아는 오히려 대상물에 내재해 있다.[1] 자연법의 또 다른 대표적인 예는 '신법(神法)'이다. 자연법론에 따르면, 자연법 질서는 실체로 이미 주어져 있다(already given). 정법(正法)으로 주어졌다고 주장되는 실체는 그것을 믿고 따르는 사람에게는 절대적인 진리가 되지만, 그와 다른 가치를 따르거나 반대진영에 있는 사람에게는 납득하기 어려운 주장일 뿐이다. 여기에는 강자가 자신의 주장을 실재존재론의 위치에 올려놓고 "진리"의 이름으로 강요할 위험이 존재한다. 많은 경우 소수의 특정계급에게 인식의 독점권을 부여하여 '선(정의)의 강제'라는 문제를 야기했다. 또한 자연법론은 "그 자체로부터 명백하다는" 특징이 있다. '그 자체로부터 명백한' 자연법 논증은 입증책임을 면하면서 강한 주장을 펼칠 수 있는 반면에, 정작 필요한 논증은 피해간다. 반면에 제2의 자연법인 만민에게 천부인권이 주어져 있다는 천부인권의 자연법사상은 '정의'를 추구하는 자연법이었다. 〔고봉진, "자연법과 '자연권으로서 인권'", 「법과정책」 제18집 제2호(제주대 법과정책연구소, 2012), 1면 이하 참조〕

분화되지 않은 사회에서 세계를 하나의 통일된 질서로 파악하는 틀이었다.[2] 자연법은 존재론(실재존재론)과 인식론(강한 인지주의)으로 짜여 있다.

존재론(실재존재론) : 객관적으로 타당한 질서가 이미 주어져 있다.
인식론(강한 인지주의) : 이 질서(이미 주어진 객관적으로 타당한 질서)를 사람들은 직접 인식할 수 있다.

반면에 자연법론을 반대하는 법사상들은 자연법의 실재존재론과 강한 인지주의를 강력하게 부정한다.

'자연법의 실재존재론' 부정 : 객관적으로 타당한 질서가 이미 주어져 있지 않다.
'자연법의 강한 인지주의' 부정 : 설사 주어져 있다 하더라도, 이 질서(이미 주어진 객관적으로 타당한 질서)를 사람들은 똑같이 인식할 수 없다.

예컨대 소피스트의 상대주의 철학은 자연법의 존재론인 '실재존재론'을 부정할 뿐만 아니라, 자연법의 인식론인 '강한 인지주의'를 부정한다. 소피스트인 고르기아스(Gorgias)는 다음과 같은 유명한 말을 남겼다. "아무 것도 있지 않다. 그리고 만약에 무엇이 있다고 하더라도, 인간은 그것을 인식할 수 없다. 그리고 만약에 그것을 인식할 수 있다고 하더라도, 여하튼 (남에게) 전해줄 수는 없다."[3] 이에 따르면, 존재하는 것은 아무것도 없으며, 무엇인가 존재한다 하더라도 인식될 수 없고, 무엇인가 인식될 수 있다 해도 그런 인식은 전달될 수가 없다.[4]

---

2) Niklas Luhmann(장춘익 역), 『사회의 사회2』(새물결, 2012), 1026면: 루만에 따르면, 구유럽을 지배적이었던 세계관은 존재론 개념으로 기술될 수 있는데(존재론의 전제들은 물리학 뒤에 이어지는 것, 즉 형이상학으로 도입된다), '존재론'이라는 개념은 17세기에야 비로소 당시의 확실성 위기와 연관하여 등장한다. Niklas Luhmann(장춘익 역), 앞의 책(주2), 1024, 1027면.

3) Johannes Hirschberger(강성위 역), 『서양철학사(上)』(이문출판사, 2007), 70면.

4) Hans Joachim Störig(박민수 역), 『세계 철학사』(이룸, 2008), 213면.

토마스 홉스(Thomas Hobbes)는 '자연법의 실재존재론'에서 주장하는 '객관적으로 타당한 질서'가 어느 일방만이 주장하는 것이며, '자연법의 강한 인지주의'에서는 자신들만이 그 질서를 인식할 수 있다고 주장하는 독단에 빠져, 서로가 서로를 죽이는 종교전쟁을 낳았다는 점을 인식했다. 홉스에 따르면, 자연법론은 현실의 질서를 바로잡을 수 없었을 뿐 아니라, 기존의 실정질서들의 구속력을 상대적으로 약화시킴으로써 오히려 더 파괴하였다.[5] '법적 안정성'은 무엇보다도 홉스 법사상의 핵심을 이룬다. 홉스는 무엇보다도 "실정법을 통한 법적 안정성"을 매우 중요시하게 생각하였다. 이는 자연법을 통해서는 법적 안정성을 이룰 수 없다는 홉스의 견해와 대비되는데, 홉스에 따르면 자연법은 현실을 구속하는 힘이 없으며, 실정법의 효력을 오히려 약화시킨다.[6] 홉스는 '궁극목적'(finis ultimus)이나 '최고선'(summum bonum) 따위는 없다고 보며,[7] 선과 악, 정의와 불의를 결정하는 것은 진리가 아니라 주권자의 의지라고 보았다.[8] 진리가 아니라 권위가 법을 만든다(Non veritas sed auctoritas facit legem). 홉스 이후의 영국 경험 철학의 경우도 자연법의 실재존재론과 강한 인지주의를 반대하기는 마찬가지였다. 19세기 이전에도 소피스트의 사상, 토마스 홉스 사상 및 이후 영국 경험 철학은 자연법론과는 다른 법사상을 전개하였지만, 법철학의 역사 초창기부터 19세기 이전까지 법사상을 주도했던 사상은 "자연법론"이었다. 자연법 사상이 전면적으로 부정되는 것은 19세기 이후

5) Hans Welsel(박은정 역), 『자연법과 실질적 정의』(삼영사, 2005), 170면.

6) "모든 선험적 자연법론은 현실의 질서를 바로잡을 수 없었을 뿐만 아니라, 기존의 실정 질서들의 구속력을 상대화시킴으로써 오히려 더 파괴시켰다. 홉스는 법은 인간의 생활설계의 유일한 가치라고 생각했다. 그리고 이 가치는 단순한 이념적, 비현실적 질서일 수는 없으며, 현실을 형성하는 힘을 가질 때에만 그 가치적 성격을 갖는다고 믿었다. 가장 이상적인 질서가 만인의 만인에 대해 투쟁을 극복할 힘을 가지지 못한다면 무가치하며, 반면 아주 불완전한 긴급질서라도 적어도 자연상태의 혼란을 극복하고 현실적인 질서를 복구한다면 이는 바로 현존재를 보장해 주는 질서로서 핵심적인 법가치를 지닌다. 홉스의 자연법을 떠받치고 있는 사상은 현실을 형성하는 질서라는 법적 안정성의 사상, 즉 법 안에서 그리고 법을 통한 안정이라는 사상이다." Hans Welzel(박은정 역), 위의 책(주5), 170면.

7) '궁극목적'과 '최고선' 등은 아리스토텔레스 이래 토마스 아퀴나스에 이르기까지 서양철학 및 중세신학의 주제였다. Thomas Hobbes(진석용 역), 『리바이어던 1』(나남, 2008), 137면.

8) "모든 법률은 성문법이건 불문법이건 그 권한과 효력이 코먼웰스의 의지에서, 즉 그 대표자의 의지에서 생겨난다. 군주정의 경우에는 군주의 의지에서, 다른 코먼웰스의 경우에는 주권을 지닌 합의체의 의지에서 생겨난다." Thomas Hobbes(진석용 역), 위의 책(주7), 352면.

의 일이었다.[9]

법철학은 오랜 세월 동안 자연법론과 법실증주의의 대립 속에서 '법규범의 정당성'을 탐구했다. 자연법론은 실정법이 '자연법'에 위반되는지 여부가 '실정법의 정당성'을 판단하는 중요한 척도가 된다. 반면에 법실증주의는 자연법은 존재하지 않으며, 자연법이 실정법의 효력을 부정함으로써 실정법을 통한 법적 안정성이 파괴된다고 본다. 법실증주의에 따르면, 불법을 담은 법률도 법률로서의 효력을 갖는 엄연한 법률이다. 자연법론은 법규범의 실정성이나 법규범의 실효성보다는 법규범의 도덕성을 법의 개념과 효력으로 주장하는 반면에, 법실증주의는 그 반대로 법규범의 도덕성을 법의 개념과 효력으로 인정하지 않고, 법규범의 실정성이나 법규범의 실효성에 주안점을 둔다. 이러한 상반된 주장의 배경에는 양자가 주장하는 법이념의 차이(정의와 법적 안정성)가 있다.

무엇보다도 자연법론과 법실증주의의 대립은 실정법이 불법을 담고 있어 실정법에 따라 판결을 내리면 부정의하다고 판사가 판단하는 경우에 가장 극명하게 드러난다. 자연법론에 따르면, 자연법은 '정법(正法)'으로 실정법 제정 이전에 이미 주어져 있으며, 판사는 자연법을 직접 올바르게 인식할 수 있다. 자연법론은 실정법의 상위 규범인 '자연법'을 통해 실정법의 효력을 부인할 수 있기 때문에 판사는 실정법에 반하는 판결을 내릴 수 있게 된다. 반면에 법실증주의는 자연법의 존재를 부정할 뿐만 아니라, 자연법이 설사 존재한다고 하더라도 판사는 자연법을 직접 똑같이 인식할 수 없다는 주장을 펼친다(판사가

9) 한스 벨젤(Hans Welzel)은 자연법이 인권선언과 법전에 반영되면서부터 자연법의 몰락은 시작되었다고 주장한다. "18세기는 자연법의 시대였다. 17세기 사람들이 뿌렸던 씨앗은 손자대에서 다양한 열매를 맺었다. 이제 자연법은 사회생활을 형성하는 힘이 되었다. 그것은 미국과 프랑스의 인권선언에서 승리를 만끽했다. 그것은 오스트리아, 프로이센, 프랑스의 법전에 스며들었다. 그런가 하면 그것은 그 시대 법의식과 공동체의식을 지배하게 되었다. 그러나 수천 년 동안 기다린 끝에 자연법은 이제 마침내 현실을 지배하기 시작하자 그 몰락의 싹을 배태하게 되었다. 자연법은 처음부터 이념과 현실의 긴장관계 속에서 살았다. 그런데 자연법 자체가 이제 현실이 됨으로써 그것이 지금까지 공급해왔던 힘의 원천을 포기하게 된 것이다." 〔Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주5), 232면〕 19세기에 이르러 역사를 선험적 이념이 자기를 실현하는 변증법적 과정으로 구성할 수 있고 이 과정은 현실과 일치해야 한다는 헤겔의 사상이 붕괴하고, 이성의 자기파괴와 자기해체가 시작되었다. 이런 배경 하에서 19세기에 실증주의, 이데올로기론, 생의 철학, 실존주의가 등장한다. 〔Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주5), 260면〕

인식하는 자연법이 제각각이라는 뜻이다). 따라서 법실증주의는 '실정법' 만이 판결의 법원(法源)이 되며, 실정법이 불법을 담고 있다고 하더라도 법으로서의 효력이 부인되지 않는다고 본다.[10]

2. 라드브루흐 공식

라드브루흐 법철학은 라드브루흐 공식을 제안하기 前과 後로 나뉜다.[11] 라드브루흐 공식을 제안하기 전의 라드브루흐는 '방법이원주의(Methodendualismus)'와 '가치상대주의(Relativismus)'에 기초한 '신칸트학파 법철학'의 전통을 따랐다. '방법이원주의'는 존재와 당위, 사실성과 규범성의 엄격한 분리를 주장하면서, 존재와 당위, 사실성과 규범성은 서로 다른 영역에 속하는 개념범주라는 주장이며, '가치상대주의'는 가치판단은 인식의 대상이 아니라, 단지 고백의 대상일 뿐이라는 주장이다.

자연법론에 따르면 존재와 당위는 서로 분리될 수 없고, 존재와 당위는 서로 연결되는 것이었다(一元論). '자연법'은 '존재하는 당위(seiendes Sollen)'이기 때문에 자연법을 지켜야 하는 의무를 발생시켰다. 근대 이전에는 존재와 당위의 구분을 알지 못했고, 근대에 이르러서야 몰가치적 자연과학의 산물로 존재와 당위는 구분되기 시작했다(二元論).[12] 근대 이전에는 플라톤의 이데아론(Idea)이나 아리스토텔레스의 목적론(Entelechia)에서처럼 '자연'으로부터 규범을 이끌어냈지만, 근대 이후에는 자연은 사실의 영역으로 규범의 영역인 당위와는 차원을 달리 한다는 견해가 생겨났다. 데이비드 흄(David Hume)에 의해 "자연에서 당위를 도출할 수 없다"는 '자연주의적 오류' 내지 "존재에서 당위

10) 이에 대한 법실증주의의 유명한 격언은 다음과 같다. "실정적인 법 이외의 법은 법으로서 하나의 넌센스일 뿐이다(Karl Bergborm)." "훌륭한 법률가는 오직 양심의 가책을 느끼지 않는 법률가이다." "우리는 자신의 확신에 반대해서 설교하는 목사에게는 경멸을 보내지만, 자신의 저항하는 법감정을 통해서 법률에의 충성을 흐트러뜨리지 않는 법관을 존경한다."

11) 라드브루흐의 생애와 사상, 법철학의 근본 쟁점 등에 대해서는 박은정 편역, 『라드브루흐의 법철학』(문학과지성사, 1989) 참조.

12) Hans Welzel(박은정 역), 위의 책(주5), 90면: '사실과 규범, 존재와 당위는 어떠한 관계에 있는가? 존재에서 당위는 이끌어 내어지는가"에 대한 자세한 고찰은 심헌섭, 『법철학 I』(법문사, 1982), 177면 이하.

를 도출할 수 없다"는 '존재-당위 오류'가 제기되었고, 칸트(Immanuel Kant)도 주장했다. "칸트철학은 우리에게 존재하는 것(was ist)에서부터 가치있는 것, 바른 것, 있어야 할 것(was sein soll)을 연역할 수 없다는 사실을 가르쳐 주었다. 그래서 그것이 존재한다고 해서, 또는 존재했다고 해서, 아니면 존재할 것이라고 해서 바른 것은 아닌 것이다. 이 점에서 존재하는 것에서 있어야 할 것을 추론하는 실증주의(Positivismus)도, 존재했던 것에서부터 있어야 할 것을 추론하는 역사주의(Historismus)도 부정되며, 생성되는 것에서부터 있어야 할 것을 추론하는 진화주의(Evolutionismus)도 부정된다."[13] 이후 무어(G. E. Moore)도 자연주의가 '자연주의적 오류'를 범하고 있다고 비판했다.[14]

가치상대주의와 '존재와 당위의 구분'을 그 핵심내용으로 하는 신칸트학파의 영향을 받은 라드브루흐(Gustav Radbruch), 켈젠(Hans Kelsen), 베버(Max Weber)도 존재에서는 당위가 결코 발생될 수 없다고 주장하였다. 이들에 따르면, 존재에서는 당위가 나오지 않으며 오직 당위로부터만 당위가 근거지워지며,[15] 이는 신칸트학파의 '가치상대주의'와 연결된다.

신칸트학파의 '방법이원주의' 즉 '존재와 당위의 구별'은 신칸트학파의 또 다른 주장인 '가치상대주의'와 밀접하게 연관되어 있다. "당위명제는 다른 당위명제에 의하여서만 성립될 수 있고 증명될 수 있는 것이다. *바로 그 때문에* 마지막 당위명제는 입증할 수 없으며 공리와 같이 인식(Erkenntnis)할 수 없고 다만 고백(Bekenntnis)할 수 있는 것에 지나지 않는다. 그래서 마지막 당위명제에 관한 서로 대립하는 주장, 즉 서로 대립하는 가치관 및 세계관이 각각 싸

13) Gustav Radbruch(최종고 역), 『법철학(제3판)』(삼영사, 2007), 36면.

14) 무어는 열린 질문 논거(open-question argument)를 통해 '자연주의적 오류'가 잘못되었다는 것에 대한 근거를 제시한다. '열린 질문 논거'에 대해서는 Robert Alexy(변종필, 최희수, 박달현 역), 『법적 논증 이론』(고려대학교 출판부, 2007), 62면 이하 참조: "세기의 전환기를 조금 지나 출판된 '윤리학 원리'에서 무어는 실증주의와 헤겔의 가르침을 모두 논박했다. 그의 주장은 이른바 선이라는 것 그 자체는 매우 특이한 종류에 속하기 때문에 사실판단으로 환원될 수 없다는 것이었다. 이렇게 가치의 영역을 사실(혹은 과학)의 영역으로부터 분리시키는 입장은 거의 동시대에 나온 베버의 방법론적 주장과 흡사하다." H. Stuart Hughes(김창희 역),『지식인들의 망명』(개마고원, 2007), 56면.

15) "우리는 가치평가는 존재사실에서 유래하는(verursachen) 것이 아니라는 사실을 주장하는 것이 아니라 오히려 가치평가는 존재사실 위에 정초하는(begründen) 것이 아니라는 것을 주장하는 것이다." Gustav Radbruch(최종고 역), 위의 책(주13), 38-39면.

우며 대치되어 있을 때, 더 이상 그것들의 과학적 일의성으로 해결하는 것은 불가능하다(이탤릭체는 필자 강조)."[16] 하지만 한스 벨젤(Hans Welzel)이 지적하는 바대로, 가치상대주의는 필연적으로 법을 힘에 넘겨 주게 된다. "상대주의적 관점에 따르며 이성과 학문은 이 과제를 수행할 수 없기 때문에, 의지와 힘이 이 일을 맡아야 한다." "법을 관철할 수 있는 자는 이로써 법을 제정할 부름을 받았다는 것을 증명한다. 이렇게 상대주의는 필연적으로 법을 힘에 넘겨주고 마는 것이다."[17] 벨젤은 신칸트학파가 법실증주의의 보완이론이 되었다는 심리학자 에리히 앤쉬(Erich Jaensch)의 견해를 소개하면서, 한스 벨젤 그 자신도 신칸트학파 법철학을 거부하는 이유를 '가치상대주의'에서 찾지 않고, '실증주의적 법개념을 유지하고 심화시켰다는 점에서 찾고 있다.[18]

라드브루흐는 1946년 남독일 법률신문(Süddeutsche Juristenzeitung)에 "법률적 불법과 초법률적인 법(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)"이라는 논문을 발표한다.[19] 이 논문에서 라드브루흐는 법실증주의가 실제로 "법률은 법률이다"는 확신으로 인해 독일의 법률가계급을 자의적이고 범죄적인 내용의 법률에 저항하지 못하는 무기력한 존재로 만들어 버렸다고 비판한다. (앞에서 설명한 것처럼) 라드브루흐가 따랐던 신칸트학파 법철학이 '실증주의적 법개념을 유지하고 심화시켰다는 비판'을 받는다는 점에서, 라드브루흐가 제창한 '라드브루흐 공식'은 그의 법철학의 일대 전환과도 같았다. 그에 따르면, 법실증주의는 자신의 힘으로 필연(Müssen)은 기초놓을지 모르지만, 결코 당위(Sollen)와 효력(Gelten)은 기초놓을 수 없다.

라드브루흐는 자신의 유명한 '라드브루흐 공식'을 통해 정의와 법적 안정성 사이의 갈등과 자연법과 법실증주의 사이의 대립을 해결함으로써, 자연법과 법실증주의 양자택일을 극복하였다.[20] "정의와 법적 안정성 사이의 갈등은 다음과 같이 해결할 수 있을 것이다. 즉, 규정과 권력에 의해 보장된 실정법은

16) Gustav Radbruch(최종고 역), 위의 책(주13), 39-40면.

17) Hans Welzel(박은정 역), 위의 책(주5), 266-267면.

18) Hans Welzel(박은정 역), 위의 책(주5), 269면.

19) 번역본은 Gustav Radbruch(최종고 역), 위의 책(주13), 284면 이하; 김영환, 『법철학의 근본문제』(홍문사, 2012), 433면 이하(윤재왕 번역).

20) Arthur Kaufmann(김영환 역), 『법철학』(나남, 2006), 118면 이하.

그 내용이 정의롭지 못하고 합목적성이 없다고 할지라도 일단은 우선권을 갖는다. 그러나 실정법률의 정의에 대한 위반이 참을 수 없을 정도에 이르렀다면, '부정당한 법'인 그 법률은 정의에게 자리를 물려주어야 할 것이다. 물론 어떠한 경우에는 법률적 불법이며 어떠한 경우에는 비록 부정당한 내용을 지녔지만 그럼에도 효력을 갖는 법률인지를 확연하게 구별하는 것은 불가능하다. 그러나 한 가지 경계선만은 명백하게 확정할 수 있다. 즉 결코 정의를 추구하지 않는 경우, 다시 말해서 실정법을 제정하면서 정의의 핵심을 이루는 평등을 의식적으로 부정한 경우, 그 법률은 단순히 '불법'에 그치지 않고, 법의 성질 자체를 갖고 있지 않다."[21] 라드브루흐는 이러한 기준에 비추어 보면 나치의 법은 결코 효력을 갖는 법이라고 말할 자격을 갖추고 있지 않다고 언급한다.

잘리거(Frank Saliger)에 따르면, '라드브루흐 공식'은 다음 3가지로 정리할 수 있다. 첫째, 정의와 법적 안정성 사이의 갈등은 어느 한 쪽의 절대적 우위를 확정하는 식으로 해결하는 것은 불가능하고, 따라서 단지 상대적 우위관계를 고려할 수 있을 뿐이다. 둘째, 이 상대적 우위관계는 일단 법적 안정성에 유리하게 규정되어, 법적 안정성이 상대적 우위를 점한다. 법적 안정성의 상대적 우위를 척도로 삼아 정의와 법적 안정성의 대립을 완화시키는 것이다. 셋째, 법적 안정성의 우위를 상대화하는 기준, 즉 법적 안정성이 하위에 놓이게 되는 기준은 "정의에 대한 참을 수 없는 모순"이 발생한 상황이다.[22]

라드브루흐 공식'은 정의의 절대적 우위를 주장하는 자연법론과 법적 안정성의 절대적 우위를 주장하는 법실증주의를 모두 거부하고, 법적 안정성의 상대적 우위를 내세움으로써(법적 안정성의 상대적 우위를 먼저 내세우고, 그 다음에 정의의 상대적 우위를 내세움으로써) 자연법과 법실증주의의 모순을 해결하려고 시도하였다. 라드브루흐 공식은 실정법이 불법을 포함하고 있다 하더라도 일단은 구속력을 갖는다고 보며, 이는 자연법론의 입장에 반한다.[23] 반면에 라

21) Gustav Radbruch(최종고 역), 위의 책(주13), 289-290면, 김영환, 위의 책(주19), 439-440면 이하; Frank Saliger(윤재왕 역), 『라드브루흐 공식과 법치국가』(길안사, 2000), 15-16면.

22) Frank Saliger(윤재왕 역), 위의 책(주21), 19면.

23) Frank Saliger(윤재왕 역), 위의 책(주21), 25면.

드브루흐 공식은 실정법의 정의에 대한 모순이 참을 수 없을 정도에 이르면 실정법의 효력을 부정할 수 있게 함으로써 입법자는 어떠한 내용이라도 법률의 형식으로 제정할 수 있다는 법률실증주의에는 반대한다.[24]

Ⅲ. 헌법재판의 법철학적 의의

라드브루흐 공식은 법철학사에서 정의와 법적 안정성 사이의 갈등과 자연법과 법실증주의 사이의 대립을 극복했다는 큰 의미를 지니지만, 그 기준이 대단히 명확하지 않다는 문제점을 드러낸다. 라드브루흐 공식의 또 다른 문제점은 사법부의 결정에 따라 입법부의 결정인 법률이 뒤집을 수 있다는 점이다. 헌법재판은 라드브루흐 공식과 비교해 볼 때, 헌법규정이라는 구체적인 심판기준을 갖추고 있을 뿐 아니라, 입법과 사법(司法)의 영역을 엄밀하게 구별하고 있다.

1. 라드브루흐 공식의 문제점

"실정법의 정의에 대한 위반이 참을 수 없을 정도에 이르렀을 때, 이 부정의한 내용의 법률은 정의에게 그 자리를 양보해야 한다." 라드브루흐 공식에 따르면, 법적 안정성의 상대적 우위와 정의의 상대적 우위가 갈리는 지점은 "실정법의 정의에 대한 위반이 참을 수 없을 정도에 이르렀을 때"이다. 따라서 라드브루흐 공식이 법률의 부정당함을 판단하기 위해 제시하는 심판기준은 "실정법의 정의에 대한 위반이 참을 수 없을 정도에 이를 것"이라는 기준이다. "'참을 수 없음'이라는 기준은 부정당한 법이긴 하지만 그럼에도 효력을 갖는 법률(='부정당한 법')과 구속력을 갖지 않는 '법률적 불법'을 구별짓는 경계선이다."[25] 물론 라드브루흐 공식은 실정법이 정의의 핵심인 평등을 의식적으로 부정한 경우에는 법의 성질 자체를 부정함으로써, '평등'이라는 중요한

24) Frank Saliger(윤재왕 역), 위의 책(주21), 23면.
25) Frank Saliger(윤재왕 역), 위의 책(주21), 33면.

심판기준을 제시하고 있기는 하다. 하지만 법률의 정당성을 판단하는 심판기준이 너무 모호하기 때문에 자의적인 심사가 가능하다는 비판이 제기된다. 라드브루흐 스스로도 어떠한 경우가 법률적 불법이며 어떠한 경우가 비록 부정당한 내용을 지녔지만 그럼에도 효력을 갖는 법률인지를 확연하게 구별하는 것은 불가능하다고 말할 정도다.

심판기준으로 더 명확한 기준을 활용할 수 있다면, 라드브루흐 공식의 모호한 심판기준을 활용할 필요는 더 이상 없다. 이에 대한 예로는 독일 연방헌법재판소의 1968년 '국적 판결'을 들 수 있다. (물론 '국적 판결'의 예는 심판대상의 불법성이 명백하여 '심판기준의 모호성'을 상쇄하고도 남음이 있다 하겠다.) 국적 판결은 해외로 이주한 유대인의 독일 국적을 인종적인 이유로 박탈한 제11차 독일 제국국적법 시행령(1941년 11월 25일 제정)의 정당성을 다루었다. 독일 연방헌법재판소는 '라드브루흐 공식'을 적용하여 제11차 제국국적법 시행령이 처음부터 무효이고, 유대인 변호사는 독일 국적을 상실하지 않는다고 판시하였다. "제11차 독일 제국국적법 시행령은 참을 수 없을 정도로 정의와 모순되어 처음부터 무효로 보아야만 하는 것이다."[26] 하지만 독일 연방헌법재판소는 '라드브루흐 공식'을 적용하는 대신에, 국적 박탈의 법적 실효성을 오늘날 인정하는 것은 독일 기본법 제3조 제1항의 평등원칙 및 제3조 제3항의 차별금지에 반한다고 논증할 수도 있었을 것이다.[27]

라드브루흐 공식의 또 다른 문제점은 사법부의 결정에 따라 입법부의 결정인 법률을 뒤집을 수 있다는 점이다. 그 유명한 예는 독일 연방법원 1992년 '국경수비대 판결'(BGH, Urt. v. 3. 11. 1992)이다. 독일 연방법원은 이 판결에서 구동독 국경법 제27조 제2항에 따라 베를린 장벽을 넘으려는 민간인을 사살한 국경수비대원의 죄책을 다루었다.[28] 구동독 국경법 제27조 제2항 제1문에 따

26) Robert Alexy(이준일 역), 『법의 개념과 효력』(고려대학교 출판부, 2007), 16면 이하.

27) Robert Alexy(이준일 역), 위의 책(주26), 18면.

28) 사건개요는 다음과 같다. 서독과 동독이 재통합되기 이전 구동독에 주둔하고 있던 국경수비대원 두 명이 베를린 장벽을 넘으려는 민간인을 사살하였다. 이 사건은 1심법원에서 다루어졌고, 그 결과 국경수비대원 W는 살인죄의 공동정범으로 1년 6개월의 자유형을, 또 다른 피고인인 H는 1년 9개월의 자유형을 선고받았으며 이들의 형은 집행유예에 처해졌다. 이에 대해 이들은 2심법원에 항소를 했고, 더 나아가 독일연방법원에 상고를 했다. 김영환,

르면, 총격은 정황에 비추어 국경탈출이 발생하기 직전에 이를 저지할 목적으로 사용될 때에 정당화된다. 판결의 쟁점은 판사가 국경법 제27조 제2항에 따라 국경수비대원이 행한 살인죄의 위법성을 조각해야 하는지, 아니면 실정법 규정에도 불구하고 살인죄를 인정해야 하는지 여부였다. 독일 연방법원은 '라드브루흐 공식'을 통해 국경법 제27조 제2항의 법효력을 부정하면서, 국경수비대원의 살인죄를 인정하였다. "행위시에 가정된 위법성조각사유는, 만약 그것을 통해 정의와 인간성의 기본적인 사고에 대해 명백히 극심한 위배가 표현된다면, 고려되지 말아야 한다. 그러한 위배는 그것이 모든 민족에게 공통적인, 인간의 가치와 존엄과 관련된 법적 확신을 침해할 정도로 중대해야 한다. 정의에 대한 실정법의 모순은, 부정당한 법으로서의 법률이 정의에 자리를 양보해야 할 정도로 참을 수 없어야만 한다."[29]

사법부의 결정에 따라 입법부의 결정인 법률을 뒤집을 수 있다는 라드브루흐 공식의 문제점은 '반문언적 법해석'의 문제이기도 하고, '사법적극주의'의 문제이기도 하다. 반문언적 법해석이 누가 보아도 내용적으로 옳다면 사법적극주의는 정당화된 여지가 있지만, 반문언적 법해석이 옳지 않다면 이는 '결단주의'의 모습으로 나타날 위험도 배제할 수 없을 것이다. 결단주의는 판결 속에서 법관의 힘만을 주목하고 법률 자체에는 아무런 역할도 인정하지 않는다.[30]

법률의 정당성을 의심하는 법관이 직접적으로 '라드브루흐 공식'을 적용해 '반문언적 법해석'을 하거나, '사법적극주의'로 나가는 것보다는, 제3의 기관에 법

위의 책(주19), 22면 이하.

29) 독일 연방법원은 라드브루흐 공식을 적용할 뿐 아니라 구체적인 심사척도로서 국제인권협약을 근거로 제시하였다. "오늘날은 여기에 구체적인 심사척도가 부가된다. 국제인권협약은 언제 국가가 […] 인권을 침해하는가에 대한 거점을 제공한다. […] 여기서 시민권과 정치권에 관한 국제조약이 중요한 의미를 지닌다. […] 이 조약의 제12조에 규정된 거주이전의 자유는 동독의 국경행정에 의해 침해되었는데, 왜냐하면 동독에서의 주민들에게는 거주이전에 관한 권리가 예외적인 경우가 아니라 일상적으로 유보되어 있기 때문이다. […] 국제조약의 제6조와 제12조에서 보장된 인권의 침해는, 동독의 실무에서 이해된 바와 같은 국경법 제27조와 구동독형법 제213조를 위법성조각사유로 근거지우는 것을 불가능하게 만든다." 김영환, 위의 책(주19), 23면.

30) F. Müller/R. Christensen/M. Sokolowski(이덕연 역), 「법텍스트와 텍스트작업」 (법문사, 2005), 2면.

률의 위헌성 심사를 맡기고, 심사결과에 따라 법관이 판결하는 것이 더 나은 제도일 것이다. 이 경우 법관은 법률의 위헌성이 문제될 때 그 법률을 적용해야 할지 안 해야 할지에 대한 부담을 줄일 수 있게 된다. (그럼에도 해석과 관련하여 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석의 충돌에서 알 수 있듯이, 사법소극주의와 사법적극주의의 갈등은 여전히 남는다.)

2. 헌법재판의 법철학적 의의

헌법재판은 '법규범의 위헌성'을 심사하는 '규범통제'이며, 그 중요한 심사기준은 실정법인 '헌법규정'이다. 물론 헌법규정이 심사기준으로 주어져 있다고는 하나, 헌법규정 만으로는 명확하게 심판할 수 있는 것은 아니다. 다수의 헌법재판은 "가치재판"의 성격을 띠기 때문에, 헌법규정 만으로는 명확하게 심판하는 것은 불가능하다. 가치재판의 성격을 띠는 헌법재판의 경우에는 자유지상주의, 의무론적 자유주의, 공동체주의 등 헌법재판관이 취하는 가치관에 따라 법률의 위헌성 여부 판단은 달라지며, "가치관 내지 선관(善觀)의 대립"이 결정문에 고스란히 드러난다.[31] 가치관 내지 선관의 대립을 확인할 수 있는 헌법재판이야말로 '법철학의 모습'을 간직하고 있다.

또한 가치재판의 성격을 띠는 헌법재판에서 '헌법규정'을 무리하게 심판기준으로 하는 것은 심사구조상의 문제점이 있다. 헌법재판소는 위헌법률심사에서 법률에 의해 제한되는 기본권이 무엇인지를 먼저 확정한 후, 그 기본권을 법률로 제한하는 것이 과잉금지원칙(비례원칙)에 반하지 않는가를 살피는 방법을 주로 취한다. 헌법재판소의 이러한 접근방식은 형법 제241조 '간통죄' 조항의 위헌여부에 대한 헌법재판소의 2008년 판결(헌재 2008.10.30. 2007헌가17·21, 2008헌가7·26, 2008헌바21·47 결정)에도 그대로 적용되고 있다. 송두환 재판관을 제외한 8인의 재판관은 형법 제241조에 의하여 제한되는 기본권으로 '성적 자기결정권'과 '사생활의 비밀과 자유'를 들고, 이를 전제로 과잉금지원칙(비례원

31) 예컨대 요양기관 강제지정제 결정(헌재 2002.10.31. 99헌바76, 2005헌마505), 준법서약서 결정(헌재 2002.4.25. 98헌마425, 99헌마170·498) 등은 '가치재판으로서 헌법재판'의 예로서, 법철학의 주요 텍스트가 되기에 손색이 없다.

칙) 위배 여부를 심사한다. 하지만 '개인의 성적 자기결정권'을 형법 제241조에 의하여 제한되는 주된 기본권으로 삼는 것에 반대하는 입장에 따르면, '개인의 성적 자기결정권'을 형법 제241에 의하여 제한되는 주된 기본권으로 삼고, 이를 전제로 과잉금지원칙 위배 여부를 심사하는 헌법재판소의 심사구조는 문제가 있어 보인다. (私見에 따르면) '개인의 성적 자기결정권'을 전제하지 않은 채 간통죄를 형벌로 규율하는 것이 정당한지 그리고 징역형 일원주의로 규율하는 것이 정당한지를 직접 다루어야 한다.[32]

(위에서 언급한 것처럼) '가치재판으로서 헌법재판'의 경우에는 헌법규정이 일의적인 명확한 심판기준이 될 수 없으며, 가치관 내지 선관이 영향을 미칠 수밖에 없다. 그럼에도 필자가 주장하고 싶은 것은 헌법재판의 심사기준인 '헌법규정'은 '라드브루흐 공식'의 '참을 수 없음'이라는 심사기준보다는 훨씬 더 상세하고 명확하다는 점이다. 따라서 헌법조항을 심판기준으로 삼는다면, "헌법조항으로 심사가능한 영역"(이는 헌법조항 만으로 심사하는 것은 아님을 앞에서 많이 강조하였다)에 대해서는 굳이 라드브루흐 공식을 사용할 필요는 없다. 법규범의 정당성을 다루는 헌법과 국제법의 여러 규범들은 그 규범적 내용이 여전히 모호하기는 하지만, 자연법이나 라드브루흐 공식보다는 훨씬 구체화된 것이 사실이다. 눈에 보이지 않는 자연법과 라드브루흐 공식의 '참을 수 없음' 기준을 대신해서 최고의 규범으로 승인된 실정법(특히 헌법이나 국제법)을 근거기준으로 삼아 법규범의 정당성을 다루게 되어, 전부는 아니지만 다수의 문제들이 해결될 수 있게 되었다. 이전에 자연법과 라드브루흐 공식이 담당했던 기능은 이제는 많은 경우 헌법규정을 통해 법규범의 정당성 여부를 심사하는 것으로 대체되었다. 방법론상으로는 구체화된 심사기준인 헌법규정과 국제법규범을 통해 규범통제가 가능한지 여부를 먼저 살펴야 하며, 이러한 기준이 없을 경우에 한해 보충적으로 정의, 법적 안정성 등의 법철학적 개념을 심사기준으로 활용할 수 있다.[33] 또한 "헌법조항으로 심사가능한 영역이 아닌 경

32) 고봉진, "형법 제241조의 위헌성에 대한 私見", 김일수교수정년기념논문집(한국형법학의 전망), 2011, 304면 이하.

33) 예컨대 5·18민주화운동등에관한특별법 제2조 결정에서 헌법재판소는 공소시효제도가 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 보호범위에 속하는지 여부를 먼저 살핀다. 헌법재판소는 이에 해당하지 않는다고 판단한 후, 소급입법의 헌법적 한계는 법적

우"에는 라드브루흐 공식을 적극적으로 활용할 여지도 생긴다.[34]

또한 헌법재판제도는 제3의 헌법기관인 헌법재판소에 법규범의 위헌성 판단을 담당시키고, 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있은 후에 진행되게 함으로써, 당해 사건의 판사가 자신의 판단에 따라 입법부의 결정인 법률을 뒤집을 수 있는 '라드브루흐 공식'의 문제점을 해결할 수 있다. 물론 미국의 연방대법원처럼 헌법재판소가 아니라 대법원이 '위헌법률심판'을 담당하는 구조도 있으나, 필자가 보기에는 대법원이 위헌법률심판을 담당하면 사법기관인 법원이 입법기관인 국회의 권한을 침해할 가능성이 생긴다. 헌법재판소 또한 사법기관이라고 볼 여지는 있으나, 법률의 위헌성을 심사하는 제3의 헌법기관이라는 점에서 헌법재판소에게 위헌법률심판을 맡기는 것이 입법과 사법(司法)이라는 역할 분담에 적합하다고 보여진다.

우리나라 헌법(제107조 제1항)과 헌법재판소법(제41조 제1항)은 헌법재판소가 위헌법률심판을 하기 위한 요건으로 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 될 것"을 요구한다. 재판의 전제성이 인정되기 위해서는 1) 구체적인 사건이 제청법원에 계속중이어야 하고, 2) 제청된 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 3) 제청법률의 위헌 여부에 따라 제청법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우이어야 한다. '다른 내용의 재판을 하게 되는 경우'에는 제청법원이 심리중인 당해 사건의 재판의 주문이나 결론에 어떤 영향을 주는 경우뿐 아니라, 제청법률의 위헌 여부가 비록 재판의 주문에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는 데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미

안정성과 신뢰보호원칙을 포함하는 법치주의의 원칙에 따른 기준으로 판단하여야 한다고 판시하고 있다.

34) 이에 대한 예는 헌법 제29조 제2항 결정(헌재 2001.2.22. 2000헌바38 결정)에서 하경철 재판관 1인의 소수의견의 주장이다. 다수의견은 헌법 조항 간의 이념적·논리적 우열관계를 인정할 수 있을지는 몰라도 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 효력상의 차등은 없다고 보아, 헌법 제29조 제2항에 대한 위헌심사를 부정한다. 다수의견에 비해 하경철 재판관은 라드브루흐 공식과 비슷한 내용을 통해 개별 헌법조항의 심판가능성에 대해 적극적으로 고찰하였다. 개별 헌법조항의 심판을 다른 헌법조항을 통해서는 불가능하며, 더구나 개별 헌법조항만을 심판기준으로 활용하여서는 다수의견의 견해에 효과적으로 대항하는 것이 불가능하다.

가 달라지는 경우도 포함한다.[35] 판사는 헌법재판소의 위헌법률심판 결정이 내려진 후에, 그 결정에 따라 재판을 하게 된다. 따라서 판사는 법규범의 정당성에 의문이 생길 때 법규범의 정당성에 대해 직접 결정할 필요가 없으며, 법규범의 정당성을 '라드브루흐 공식' 등을 통해 판단하지 않아도 된다. 법원은 위헌이라는 합리적인 의심이 있을 때 제청결정을 한다. "법원은 문제되는 법률조항이 담당법관 스스로의 법적 견해에 의하여 단순한 의심을 넘어선 합리적인 의심이 있으면 위헌여부심판을 제청하라는 취지이다(헌재 1993.12.23. 93헌가2 결정)." 법원이 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지된다(헌법재판소법 제42조 제1항 본문).[36] 이는 법률의 위헌 여부 심판을 법원이 담당하지 않고 헌법재판소가 담당하는 헌법재판의 취지상 당연하다.[37]

Ⅳ. 나가며

헌법재판은 실정법인 '헌법'을 심판기준으로 삼아 법률의 합헌성을 다룬다는 점에서, 실정법 규범이 아닌 '자연법'을 심판기준으로 삼아 법률의 정당성을 다루는 '자연법론'과는 많은 차이가 있다. 또한 헌법재판은 실정법인 '헌법'을 심판기준으로 채택하기를 거부하는 '강한' 법실증주의와도 많은 차이가 있다.

하지만 필자가 보기에, 법철학의 양대 주류인 자연법론, 법실증주의와 헌법재판은 차이만큼이나 비슷한 점을 많이 가지고 있다. 헌법재판은 '법규범의 정당성'을 어떻게 확보할 것인가를 고민하는 법철학의 모습을 띠고 있을 뿐만

35) 이를 '구체적 규범통제'라고 하며, 이는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 될 것을 요구하지 않는 '추상적 규범통제'와는 구별된다. 상세한 설명은 허영, 『헌법소송법론』(박영사, 2009), 193면 이하.

36) 다만 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 종국재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다(헌법재판소법 제42조 제1항 단서).

37) 위헌심판형 헌법소원의 경우에는 당해 소송사건의 재판은 정지되지 않는데, 이는 당사자가 위헌심판형 헌법소원을 소송지연의 수단으로 악용하는 것을 막기 위함이다. 따라서 위헌심판형 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제75조 제7항).

아니라, (私見에 따르면) 헌법재판은 자연법론과 법실증주의의 조화를 꾀한 '라드브루흐 공식'을 더 구체화하고 있다. 헌법재판은 규범통제로서 법철학과 유사할 뿐 아니라, 라드브루흐 공식의 2가지 문제점(심판기준의 모호성, 사법부의 결정에 따라 입법부의 결정인 법률을 뒤집을 수도 있다는 문제점)을 해결한다.[38]

라드브루흐 공식은 법철학사에서 자연법과 법실증주의의 대립을 극복했다는 큰 의미를 지니지만, 그 기준이 대단히 명확하지 않다는 문제점을 드러낸다. 헌법재판제도가 도입되기 전에는 정의와 법적 안정성 사이의 모순을 '라드브루흐 공식'을 통해 해결할 수밖에 없었지만, 이제는 위헌법률심판 제도가 이를 대신하게 된다. 헌법조항을 심판기준으로 삼는다면 (헌법조항으로 심사가능한 영역에 대해서는) 라드브루흐 공식을 사용할 필요는 없어진다.

라드브루흐 공식의 또 다른 문제점은 사법부의 결정에 따라 입법부의 결정인 법률이 뒤집을 수 있다는 점이다. 판사는 헌법재판소의 위헌법률심판결정이 내려진 후에, 그 결정에 따라 재판을 하게 된다. 따라서 판사는 법규범의 정당성에 의문이 생길 때 법규범의 정당성에 대해 직접 결정할 필요가 없으며, 법규범의 정당성을 '라드브루흐 공식' 등을 통해 판단하지 않아도 된다. 위헌법률심판은 제3의 헌법기관인 헌법재판소에 법규범의 위헌성 판단을 담당

38) 물론 헌법재판의 법철학적 의의는 헌법재판이 법철학적 문제를 다룬다는 점에서도 확인할 수 있다. 관습헌법 결정(헌재 2004.10.21. 2004헌마554·556 결정)이 그 대표적인 예라고 할 수 있다. 관습헌법 결정의 다수의견과 소수의견은 존재와 당위는 함께 한다는 주장과 서로 분리된다는 주장이 팽팽하게 대립하고 있음을 알 수 있다. 관습헌법 결정에서는 존재당위(Seinsollen)의 영역에서 '자연'이 문제되는 것이 아니라 '관습'이 문제될 뿐이다. 관습헌법 결정의 쟁점은 크게 두 가지인데, 첫째는 서울이 우리나라의 수도인 것이 '헌법규정적 사실'로서 관습헌법에 해당하는지 여부이고, 둘째는 관습헌법에 해당한다고 한다면 성문헌법과 '동등한' 효력을 갖는지 여부이다. 다수의견이 서울이 우리나라의 수도인 것이 관습법을 넘어 관습헌법(헌법규정적 사실)이라고 주장하는 이유는 관습법이라면 특별법을 통해 바꿀 수 있는 여지가 있지만, 관습헌법이라면 특별법을 통해 바꿀 수 없기 때문이다. 반면에 전효숙 재판관은 반대의견에서 서울이 수도라는 사실은 '헌법규정적 사실'이 아니라, '관행적 사실'에 지나지 않는다고 주장하며, 서울이 수도라는 관행적 "사실"에서 관습헌법이라는 "당위규범"이 도출될 수 없다고 주장한다. 더 나아가 전효숙 재판관은 더 나아가 설사 서울이 수도라는 사실이 관습헌법이라 하더라도, 우리 헌법과 같은 성문헌법을 지닌 법체계에서는 성문헌법과 '동등한' 효력을 가질 수 없다고 주장한다. 이에 따르면, 헌법의 개정은 '형식적 의미'의 헌법, 즉 성문헌법에 관련된 개념이므로, 관습헌법의 변경은 헌법의 개정에 속하지 않으며 헌법이 마련한 대의민주주의 절차인 법률의 제정, 개정을 통하여 다루어질 수 있게 된다.

시키고, 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있은 후에 진행되게 함으로써, 판사가 자신의 판단에 따라 입법부의 결정인 법률을 뒤집을 수 있는 '라드브루흐 공식'의 문제점을 해결하게 된다.

참고문헌

고봉진, 『법철학강의』(제주대학교 출판부, 2012)
김영환, 『법철학의 근본문제』(홍문사, 2012)
박은정, 『자연법의 문제들』(세창출판사, 2007)
박은정 편역, 『라드브루흐의 법철학』(문학과지성사, 1989)
심헌섭, 『법철학I』(법문사, 1982)
허 영, 『헌법소송법론』(박영사, 2009)

Robert Alexy(이준일 역), 『법의 개념과 효력』(고려대학교 출판부, 2007)
Johannes Hirschberger(강성위 역), 『서양철학사(上)』(이문출판사, 2007)
Thomas Hobbes(진석용 역), 『리바이어던 1』(나남, 2008)
Arthur Kaufmann(김영환 역), 『법철학』(나남, 2006)
Niklas Luhmann(장춘익 역), 『사회의 사회 2』(새물결, 2012)
F. Müller/R. Christensen/M. Sokolowski(이덕연 역), 『법텍스트와 텍스트작업』(법문사, 2005)
Gustav Radbruch(최종고 역), 『법철학(제3판)』(삼영사, 2007)
Frank Saliger(윤재왕 역), 『라드브루흐 공식과 법치국가』(길안사, 2000)
Hans Joachim Störig(박민수 역), 『세계 철학사』(이룸, 2008)
Hans Welsel(박은정 역), 『자연법과 실질적 정의』(삼영사, 2005)

[Abstract]

Verfassungsurteil und Rechtsphilosophie

Ko, Bong-Jin
Professor, Jeju National Univ. Lawschool

Rechtsphilophie ist vor allem die Wissenschaft, die das richtige Recht behandelt. Das Objekt der Rechtsphilophie ist die Rechtsnorm. Der Rechtnorm entspricht eine Verbindlichkeit des Normadressaten, sich in bestimmter Weise zu verhalten.

In diesem Aufsatz bearbeite ich zuerst die Debatte über die Legitimität der Rechtsnorm (Naturrecht vs. Rechtspositivismus). Danach untersuche ich die Radbruch'schen Formel, die Naturrecht-Rechtspositivismus-Alternative überwindet. Zum Schluss versuche ich den rechtsphilosophische Sinn des Verfassungsurteils untersuchen. Meiner Meinung nach ist das Verfassungsurteil der Rechtsphilosophie so ähnlich. Es überwindet Probleme der Radbruch'schen Formel.

Key words : Naturrecht, Rechtspositivismus, Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Radbruch'sche Formel, Verfassungsurteil