

# 法과 道德과의 關係

金 富 燦\*

## 目 次

- |             |           |
|-------------|-----------|
| I. 序 論      | IV. 法의 限界 |
| II. 形式的 關係  | V. 結 論    |
| III. 內容的 關係 |           |

## I. 序 論

法과 道德과의 關係는 法哲學의 근본문제로서 인간이 法의 本質에 관하여 사유를 시작한 이래 아직 해결을 보지 못하고 있는 참으로 어려운 과제이다.<sup>1)</sup>

古代에 있어서 인간생활을 규율하는 宗教, 道德, 慣習, 法과 같은 社會規範이 등장하였을 무렵에는 이들이 엄격히 分離되지 아니하고 혼연일체로 파악되고 있었다. 그런데 사회가 점차 복잡한 구조를 지니게 되고 생활방식이 발달함에 따라 社會規範도 分化의 과정을 겪게 되었고 결국 오늘날과 같은 형태가 마련된 것이다.

社會規範은 인간의 행위를 어떠한 방향으로 이끄는 역할을 담당하는 것인데, 그러한 行爲規範의 定立方法, 內容, 그리고 規範違反에 따른 制裁에 있어서 여러 社會規範들은 제각기 나름대로의 特徵을 지니면서 적절히 社會共同體의 유지에 공헌하고 있는 것이다. 그런데 그 중에서 法이 다른 規範들과는 달리 國家權力에 의하여 人爲的으로 정립되는 形式的 統制手段(formal control)으로<sup>2)</sup> 인식되면서 그 獨自性을 부르짖게 되었고 다른 社會規範들과 緊張關係를 형성하는 경우도 많아졌다. 그러나 모든 社會規範들은 그 根據나 源泉에 있어서 상호 밀접한 관계를 맺고 있을 뿐만 아니라 그 內容에 있어서도 分離될 수 없는 相關關係에 놓여 있음이 사실이다. 특히 法과 道德은 그 相關關係가 매우 커서 서로 혼동되는 수도 많았으며 그런 만큼 양자를 구별하려는 노력도 지대하였다.

따라서 法과 道德과의 關係를 고찰하는 데는 양자의 獨自의 特徵을 파악함과 아울러 그 相關關係를 어느 정도 인정하는 것이 바람직한가 하는 것이 검토되어야 할 것이다.

法과 道德과의 關係를 논하고자 하면 무엇보다도 각각의 概念定立이 급선무인데 유감스럽게도 아직까지 이러한 가장 기초적인 課題도 充分히 수행되지 못한 형편이다. 古來로 여러 학자들에 의하여 행하여진 法과 道德과의 關係에 의한 고찰이 매우 다양한 모습을 보이고 있는 것은 바로 이 때문인 것이다.<sup>3)</sup>

우선 法概念에 관하여 보면 自然法(Naturrecht) 概念을 인정하는 自然法論의 입장과 自然法이나 기타의 法概念을 배제하고 오로지 實定法(positives Recht)만을 法으로 인식하는 法實證主義의 입장을 보면 兩者의 法認識의 방법에 매우 커다란 차이가 있음을 알 수 있다. 거기다가

\* 社會科學大學 講師 · 釜山人學校 法科大學 講師

1) 善家幸敏, (1974) 法の根本問題, 東京: 成文堂, p. 1.

2) Lawrence M. Friedman, (1977) Law and Society, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., p. 36.

3) 法과 道德과의 關係에 대한 諸學者의 見解에 대하여는 善家幸敏, 前掲書, pp. 1-4 참조.

중간적인 입장에서 살아 있는 법(lebendes Recht)<sup>4)</sup> 또는 자유법(freies Recht)<sup>5)</sup>과 같은 법概念을 인정하게 되면 과연 법이란 무엇인가 하는 문제에 대하여 확실한 해답을 하기가 곤란해진다.

道德에 관해서도 우선 客觀的인 道德의 存在를 부정하고 道德相對主義를 주장하는 입장이 있으며<sup>6)</sup> 客觀的인 道德의 성립을 인정하는 경우에도 R. Fuller 처럼 熱望의 道德과 義務의 道德을 구별한다든지<sup>7)</sup> 그 밖에 私的道德과 公的道德의 概念이 별도로 성립될 수 있다고 하는 경우를 볼 수 있다.<sup>8)</sup>

法和 道德의 存在性에 관하여도 우리는 일반적으로 社會 있는 곳에 법이 있다(ubi societas, ibi jus), 또 社會 있는 곳에 道德이 있다(ubi societas, ibi moralitas)고 생각하고 있으나 實定法을 제외하고 自然法이나 客觀的인 道德의 存在를 확인하는 것은 무척 어려운 일다.

한마디로, 법과 道德과의 關係를 논한다고 하는 것은, 불분명하며 다양한 對象을 서로 比較·檢討하는 것이므로 거기에 빠져 들면 헤어나지 못하는 法哲學의 Cape Horn 이라 할 수 있는 것이다.<sup>9)</sup>

法和 道德과의 關係를 고찰하는 것이 어려운 또 하나의 이유는 이것이 바로 人間本性(Natur des Menschen)의 問題와 직결되어 있기 때문이다. 법을 중심으로 파악하고 道德은 단지 法的인 補助的인 存在로 인정하느냐, 아니면 道德을 강조하고 법을 副次的인 存在로 보든가 더 나아가서 法的인 必要性을否認하든가 하는 것은 人間の 本性을 어떻게 보느냐 하는 데 달려 있다. 人間の 本性을 전적으로 惡하다고 보거나 적어도 惡이 善을 압도하고 있다고 보는 입장에서는 강제를 수반하는 法規範(實定法)이 반드시 필요하다고 보고 法中心의 사고를 하게 되고, 반면에 人間の 本性을 善한 것으로 보거나 적어도 善한 本性이 우월하다고 보는 입장에서는 強制的인 法規範의 폐지를 요구하거나 極小化할 것을 주장한다. 無政府主義者(anarchist)들과 自由主義者(liberalist)들이 이러한 입장을 취하고 있다.<sup>10)</sup>

따라서 어느 정도의 법과 強制權力이 人間에게 필요한 것인지, 법과 道德 중 어느 것이 社會 規範의 基礎와 中心이 되어야 하는가 하는 問題가 검토되지 않으면 안된다.

本稿에서 다루고자 하는 것은, 법과 道德의 關係를 고찰하는 데 있어서 우선 兩者의 形式的인 關係로서 相互 概念的인 區別을 시도하고, 다음으로 內容的인 關係로서 相關關係를 검토하고, 마지막으로 自由와 權力의 關係를 基礎로 法的인 限界에 관하여 검토하고 結論을 이끌어 내는 것이다.

## II. 形式的인 關係

- 
- 4) 살아 있는 법은 비록 그것이 法的인 命題(legal propositions)로 만들어지지는 않았다고 할지라도 實生活 自體를 지배하는 법이라고 한다. (Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, E. W. Patterson, Jurisprudence, 嚴敏永外 2 人譯, (1950) 乙酉文化社, p. 94에서 再引用)
  - 5) 이 자유법은 國家法으로부터 獨立되어 있을 뿐 아니라 오히려 그 根源이 된다고 한다. (Kantorowicz Der Kampf um die Rechtswissenschaft, p. 18, 柳炳華, (1984) 法哲學, 博英社, p. 383에서 再引用)
  - 6) Hans Kelsen, (1957) "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics" in What is Justice, Berkeley: University of California press, Pure Theory of Law, Berkeley: University of California Press 1970, pp. 66-69.
  - 7) Lon L. Fuller, The Morality of Law, 姜求眞譯 (1971) 法文社, p. 18.
  - 8) Martin P. Golding, (1975) Philosophy of Law, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., p. 55, 기타의 道德의 分類은 沈憲燮, (1982) 法哲學 I, 法文社, pp. 118-120 참조.
  - 9) 이는 Rudolf von Jhering의 유명한 말이며 이밖에도 日本의 田中耕太郎은 법과 道德의 問題를 法哲學의 알파와 오메가라고 하였다. (崔鍾庫, (1981) 法和 宗教와 人間, 三英社, p. 41)
  - 10) 여기에 관하여는 Dennis Lloyd, (1976) The Idea of Law, Harmondsworth: Penguin Books Ltd., pp. 1-24 참조.

法和道德은 각각 社會規範으로서의 權威를 가지며 規範違反의 경우에 制裁를 부과한다는 점에서 공통적이다. 다만 어느 정도의 權威와 어떠한 制裁方法을 갖고 있느냐 하는 점이 다르다. 그런데 전술한 바와 같이 法認識을 둘러싸고 自然法論과 法實證主義가 대립하여 왔으며 이는 法의 경우에 그 權威(妥當性的 根據)가 內容的 正當性으로부터 나온다는 입장과 形式的으로 合法的인 節次에 따라서 制定되기만 하면 法으로 성립된다고 하는 입장으로 兩分된 論理展開를 보여 주었다. 道德은 그 本質上 善을 志向하고 있기 때문에 個人이 道德에 구속된다고 하는 것은 바로 正當한 規範에의 自發的인 服從을 의미하는 것이고 따라서 道德의 權威는 그 內容的 正當性에 있는 것이다. 바로 이점에서 自然法과 道德은 類似性 또는 同一性的 關係에 놓이게 되며<sup>11)</sup> 法實證主義의 입장에서 自然法論을 향하여 法和 道德을 혼동하고 있다고 비판하는 것은<sup>12)</sup> 이 때문이다.

또한 制裁의 경우에 있어서, 法實證主義의 입장에서는 國家強制가 法의 必須的 要素라고 하였으나 종래 自然法論의 입장에서는 法의 權威만을 중시하고 強制的 要素를 消極的으로 생각하였다. 이점에 있어서 自然法과 道德은 더욱 類似한 關係에 놓이게 되는 것이다. 그러나 오늘날 自然法과 實定法은 存在論的으로 결합되어 自然法은 法의 原則으로서 實定法에 內在함으로써 現存할 수 있다고 보기 때문에<sup>13)</sup> 일단 法에 있어서 國家強制는 權威와 더불어 중요한 法의 要素가 된다고 할 수 있다.

따라서 法和 道德을 구별하는 입장은 양자의 制裁方法의 차이에 중점을 두어서 논리를 전개했던 것이다. 이러한 입장을 대표하는 것이 Kant의 法 및 道德論인데 그에 의하면 法和 道德은 本質的으로 強制的 有無에서 차이가 있다고 한다. 이러한 견해는 대부분의 法實證主義자들이 택하고 있는 바인데, 法의 內容에 아무런 正當性的 契機가 없는 경우에 受範者로 하여금 實效的으로 法을 준수하도록 하려면 法의 妥當性的 根據는 權力者의 意思에서 求하여야 하는 것이고 이를 國家權力이 뒷받침해야 한다고 하는 것이다. 따라서 法은 強制的 社會規範이 되지 않을 수 없으며 非強制的 社會規範인 道德과는 구별된다고 하는 것이다.<sup>14)</sup>

물론 道德規範이 전혀 制裁를 갖지 않는다고 보는 것은 잘못이다. 즉 國家의 強制만을 制裁로 보는 것은 잘못이다. 法도 道德도 모두 社會規範인 한 規範違反의 경우에 자신을 유지하기 위한 장치가 必要한 것이고 이러한 觀點에서 보면 道德違反에 대한 違反者 자신의 良心의 苛責, 世間的 非難, 輿論의 批判과 같은 非組織的인 制裁가 道德的 制裁로 성립될 수 있는 것이다. 다만 道德的 制裁는 國家強制와 다르다는 것은 부인할 수 없다고 보고 法, 특히 實定法의 概念的 徵表로서 國家權力에 의하여 그 効力이 보장되는 強制規範이라고 하는 견지에서는 法和 道德의 概念은 확실히 서로 차이가 있다고 할 수 있을 것이다.

이러한 입장에서는 법의 規定과 道德의 規定을 異質的인 것으로 본다. 道德의 規定은 人間의 本性(良心)으로부터 나오는 忠告로 그치지만, 法의 規定은 實定法의 形態로서의 命令이 되는 것이다. 道德規範은 人間의 內面에 있어서 自律的으로 정립된 것이나 法은 人間에 대한 外的 強制로서 이는 他律的으로 定立되는 것이라고 한다. 道德은 自律(Autonomie)의 規範, 法을 他律(Heteronomie)의 規範이라고 하는 것은 이 때문이다.

또한 法은 人間의 공동생활을 外部的으로 規制하고 外部的 形態로서만 관심을 갖기 때문에 外面性(Äußerlichkeit)을 그 特徵으로 한다고 하며, 道德은 一次的으로 個體로서의 人間自身을 對象으로 하고 그 內面的 心情에 관여하는 것이기 때문에 內面性(Innerlichkeit)을 그 特徵으로 한다고 한다.<sup>15)</sup>

11) Helmut Coing, Grundzuege der Rechtsphilosophie, 鄭熙詰譯, (1950) 法哲學概論, 東信文化社, p. 168.

12) Hans Kelsen, Pure Theory of Law, pp. 59-69.

13) 호세·욘하르트(José Llompарт), (1979) 實定法에內在する自然法, 東京: 有斐閣, 참조.

14) 善家幸敏, 前掲書, p. 13.

15) 上掲書, p. 8.

法和道德과의 關係에 대하여 體系的인 논의를 시작한 S. Pufendorf 도 바로 이점에 착안하여 法和道德을 구별하였으며, 앞에서 언급한 바 있는 強制的 問題도 이러한 內面性·外面性の 問題와 밀접한 關聯을 맺고 있는 것이라 할 수 있다. 즉 法은 人間의 外部의 行爲를 規制對象으로 하는 反面에 道德은 人間의 內面的 行態에 대하여 規制하는 것이기 때문에 外部로 드러나지 않은 心情에 대하여 強制를 부과하는 것이 가능하지 않은 것이다. 法에 있어서는 단지 外部의 行爲에 관한 規定에 따르는 行動을 요구하는 것이기 때문에 規定에 적합한 行態는 合法性(Legalität)을 낳지만, 道德에 있어서는 內面的 義務感에서 나온 自律的 規範에 適合한 心情(的 行爲)만이 道德性(Moralität)을 낳는다고 본다.<sup>16)</sup>

그러나 法和道德의 區別에 대한 外面性·內面性的 基準이 絕對的인 것은 아니다. 道德性的 基準이 되는 動機도 法으로 規律될 수 있으며 이러한 경우에는 內面的인 것도 法的 判斷의 對象에 속하게 되는 것이다. 또한 人間의 行爲는 모두 일정한 內心的 意思의 外部의 表現에 지나지 않는 것이므로 心情을 떠난 行爲란 있을 수 없으며 外部의 行爲를 생각하지 않는 內心은 별로 가치가 없다고 하지 않을 수 없다. 外部의 行態도 道德的 評價를, 內部的 行態도 法的 評價를 야기하는 것이다.

따라서 Rodbruch는 外部의 行態는 그것이 內部的 行態를 증명할 수 있는 限에서만 道德의 關心을 불러 일으키고, 또 內部的 行態는 그것이 外部의 行態로 豫期케 하는 限에서만 法的 示야에 들어온다고 함으로써 關心方向(Interessenrichtung)의 外面性和 內面性を 基準으로 法和道德을 구별하고 있다.<sup>17)</sup>

그러면 法和道德은 각각 強制可能性과 強制不可能性이라는 概念的 徵表로 서로 區別될 수 있다고 하는 견해는 아무런 문제도 없는 것일까?

앞에서 본 바와 같이 法的 實效性은 國家強制에 의하여 뒷받침되는 것이고 적어도 道德에는 外部의 強制가 주어지지 않는다고 하는 점에서 強制的 要素는 法的 必要條件이라고 할 수는 있다. 즉 法和道德의 區別基準으로서 가장 유력한 것이 強制的 有無라는 점은 否認할 수 없는 것이다. 그러나 法이 立法者의 命命으로서 성립되고 그것이 國家強制로써 실현된다는 것만으로 法的 本質을 완전히 설명할 수는 없다. 즉 強制가 法的 拘束性(Verbindlichkeit)도 解決해 주는 要素는 아닌 것이다. 強制, 즉 단순한 힘(實力)은 必然(Müssen)을 생기게 할 수는 있어도 當爲(Sollen)를 낳게 할 수는 없기 때문이다.<sup>18)</sup> 다시 말해서 強制가 法義務를 根據지을 수는 없는 것이다.

實力(Macht)이 法的 妥當한 効力根據로서 부족하다면 결국 우리는 法的 內容을 基礎로 하여 妥當性的 根據를 설명하지 않을 수 없다. 法實證主義를 철저히 유지하고자 하여 純粹法學(Reine Rechtslehre)<sup>19)</sup>의 체계를 수립하고 法的 効力根據를 道德이나 自然法에서 구하지 않고 規範論理的인 假說로서의 根本規範(Grundnorm)을 가지고 설명하고자 노력했던 Kelsen 의 시도가 결국 실패로 돌아가고 만 사실은<sup>20)</sup> 法이 어디까지나 內容的 正當性을 그 存立基盤으로 삼아야 한다는 사실을 입증하는 것이라고 하겠다.<sup>21)</sup>

法和道德을 概念的으로 엄격히 구별하고자 하는 입장은 部分的으로는 어느 정도 성공을 거두었다고 할 수 있겠으나 兩者의 本質的 區別은 가능하지 않다고 보는 것이 옳을 것이다.<sup>22)</sup>

따라서 兩者를 本質的으로 구별하는 방법보다도 兩者의 規範對象 및 그 目的에 차이가 있는 데 注目하는 견해에 관심을 가질 필요가 있다.<sup>23)</sup> 이러한 견지에서 보면, 道德은 善惡의 觀

16) Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 崔鍾庫譯, (1975) 法哲學, 三英社, p. 74.

17) Ibid., p. 72.

18) Ibid., p. 119.

19) Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, (1960) Vienna, Verlag Franz Deuticke.

20) 崔鍾庫, 前掲書, p. 51, A. P. d'Entrèves, Natural Law, 久保正幡譯, (1976) 東京: 岩波書店, p. 169.

21) 拙稿, (1983) 正當性的 法內在化에 대한 研究, 釜山大學校 碩士學位論文, 참조.

22) 崔鍾庫, 前掲書, p. 48.

23) ホセ・ヨンハルト, (1975) 法哲學入門, 東京: 成文堂, p. 165.

點에서 人間의 行爲를 판단의 對象으로 하는 반면에 法은 社會性的의 觀點에서 人間의 行爲를 판단한다. 따라서 道德은 社會생활을 통한 人間의 人格의 完成을 目的으로 하며 法은 人間의 平和的 共同生活을 가능하게 하는 데 目的이 있다고 한다.

그러나 이러한 차이도 法과 道德과의 內面的 相關性을 전제로 하는 경우에 인정될 수 있는 것이다. 法의 命令이 단순한 強制가 아니라 規範的인 것이 되기 위해서는 최소한 道德의 뒷받침이 없어서는 아니 된다는 사실에서 法과 道德의 密接한 關聯性(牽連性)을 발견할 수 있게 된다. 사실 法과 道德과의 關係에 있어서 문제가 되는 것은 兩者의 形式的 區別이 아니라 內容的 關係인 것이다.

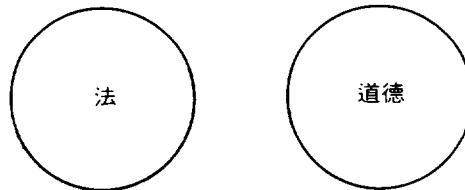
### III. 內容的 關係

內容的인 面에서 法과 道德과의 關係를 논의하는 것은 우선 人間행위의 어떠한 領域을 法 및 道德이 規律對象으로 하고 있는가 하는 점과 兩者의 領域이 서로 일치하는 경우 상호 어떠한 効力關係에 놓이게 될 것인가 하는 점을 검토하게 된다.

여기에 대하여 論者에 따라 다양한 견해를 보이고 있는데 결국 法과 道德을 완전히 別個의 것으로 보아 岐別하는 견해, 法과 道德을 同一視하는 견해, 法의 一部와 道德의 一部가 서로 중복된다는 견해, 그리고 法을 道德의 一部로 보는 견해로 나누어 볼 수 있다.<sup>24)</sup>

이를 分說하면,

1. 그림 1<sup>25)</sup>에서 보는 바와 같이 法과 道德은 서로 관련을 맺지 않으면서 존재한다는 立場이다. Thomasius, Austin, Kelsen 등이 이러한 견해를 취한다. 이들은 法과 道德이 形式的으로도 뚜렷이 구별될 뿐만 아니라 內容上으로도 無關한 입장이라고 한다. 自然法 내지 道德을 적극적으로 排除하는 立場에 있는 Kelsen은 道德이 法에 침투해 들어오는 것을 절대 반대한다. 그는 正義와 道德이 形而上學의 原理로부터 推論될 수 있는 것이 아니라 主觀에 따라 相對的으로 결정될 수밖에 없다고 함으로써 法과 對等하게 存在하는 客觀的 道德의 성립을 否認한다. 그러므로 道德體系는 各人에 따라 다양하게 존재하는 것이며 立法者에 의하여 命令된 法規範만이 客觀的으로 存在하는 것이기 때문에 法이 道德으로부터 얻을 수 있는 것은 아무 것도 없다고 한다.<sup>26)</sup>



〈그림 1〉 法과 道德을 岐別하는 입장

自由主義者들도 道德은 個人에게 전적으로 一任해야 한다는 견지에서 法과 道德을 岐別하고 있다.<sup>27)</sup> 즉 인간의 행위에 대한 責任이 主觀的인 道德規範의 違反에 대해서까지 가해진다고 하

24) 李太載, (1985) 法哲學史와 自然法論, 法文社, p. 264.

25) ホセ・ヨンハルト, 金澤文雄, (1973) 法と道德 東京:成文堂, p. 83.

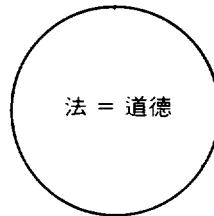
26) 이렇게 道德的 相對主義의 立場에서 보면 모든 法이 道德的이 되기 때문에 法과 道德과의 關係를 論하는 의미가 없다. 그러나 法과 道德과의 關係가 논의되는 것은 客觀的 道德을 想定하기 때문인데 Kelsen은 이점에 대하여, 道德 내지 自然法은 實定法秩序를 정당화시켜 주는 구실밖에 못하기 때문에 이는 하나의 정치 이데올로기로서 法學에서 排除되어야 하는 것이고 따라서 法과 道德은 分離(separation)되어야 한다고 주장한다. (H. Kelsen, Pure Theory of Law, pp. 66-69).

27) 호세·ヨンハルト, 法哲學入門, p. 166. 崔鍾庫, 前掲書, p. 48.

면 개인의 자유로운 道德的 生活이 不可能해지고 따라서 개인의 자유는 保障될 수가 없게 된다. 따라서 개인으로 하여금 國家가 정립한 極少의 法規範에 違反하지 않는 한 最大의 自由를 享有할 수 있도록 하자는 것이다.

그러나 前述하였듯이 인간의 행위를 內心的 動機와 外的 行動으로 완전히 分離하여 생각할 수는 없다. 道德은 內心的 動機를 주된 關心事로 하지만 外的 行動으로 그것을 표출하는 데 보다 큰 道德性을 지니게 된다. 또 法은 外部的 行爲만을 문제시한다고 하나 一面行爲者의 內心도 중요한 評價對象으로 삼는다. 그러므로 人間行爲를 形式的으로 內面的 心情과 外面的 行爲로 分離하여 생각할 수 없는 것과 마찬가지로 法과 道德을 완전히 別個의 것으로 생각할 수는 없다.<sup>28)</sup> 人間은 社會的 動物이며 法과 道德은 모두 人間사회에서 행하여지는 社會規範인 만큼 道德은 社會性을 벗어날 수 없으며 法은 人格性을 벗어날 수 없다. 法과 道德은 根本的으로 同一하다고는 할 수 없지만 그렇다고 할지라도 完全히 分離(trennung)된 關係는 아닌 것이다.

2. 그림 2<sup>29)</sup>에서 보는 바와 같이 法과 道德은 根本的으로 同一한 領域을 갖는다고 하는 입장이다. 이러한 見解는 法에 있어서 內容의 正當性의 契機를 道德으로부터 얻고자 하는 自然法論에 의하여 代表된다. 自然法論者들은 종래 時間과 場所를 초월하여 타당하는 永久不變의 正義의 原理를 전제로 하고 法은 이러한 正義의 原理로부터 導出되는 한도에서 妥當性을 갖게 된다고 하였다. 正義의 原理는 그 內容에 있어서 道德과 合致되는 것이므로 항상 法과 道德은 同一한 領域에서 성립하는 것이 된다. 內容的으로 보면 法(實定法)은 道德(自然法)의 領域에서 그 下部에 存在하게 되어 서로 上下關係에 있음을 보이게 된다.<sup>30)</sup> 오늘날 實定的 自然法을 주장하는 現代自然法論을 보면 종래와 같이 自然法과 實定法의 二元論(上下關係)을 내세우지는 않지만 自然法은 法原則으로서 實定法에 內在한다고 함으로써 여전히 法の 正當性의 契機를 마련해주고 있는 것이다.



(그림 2) 法과 道德을 同一視하는 입장

이러한 觀點에서 보면 道德은 法原則 또는 法理念은 될 수 있을 지언정 결코 實定法 그 자체는 아니다.<sup>31)</sup> 法이 人間行爲의 社會性을 판단하는 것이고 道德이 人格性을 目的으로 하고 道德性을 判斷한다고 하였는데 이러한 合法性和 道德性의 차이는 단순히 法과 道德의 形式的인 차이뿐만 아니라 內容(領域)上的 차이도 示唆해준다. 사실 道德性의 判斷對象이 되는 모든 領域이 동시에 合法性의 判斷對象이 될 수는 없는 것이다. 다시 말해서 모든 道德的 行爲를 法이 強制할 수는 없는 것이다.

國家를 道德의 直接的 具現으로 파악함으로써 法과 道德의 同一性을 주장했던 Hegel 도 「人間은 現存者로서는 훌륭히 強制될 수 있지만, 다시 말해서 그의 신체적 그리고 기타의 外的인面들은 다른 者의 事實力 밑에 있을 수 있지만 自由意思는 即目的 및 對目的으로 強制될 수 없는 것」이라고 함으로써 인간에 있어서 이른바 「法으로부터 自由로운 領域」(rechtfreier Raum)

28) 田中耕太郎, (1957) 法と道德 東京: 春秋社, p. 7.

29) ホヤ・ヨンバルト, 金澤文雄, 前掲書, p. 82.

30)  道德(自然法)  
(實定法)

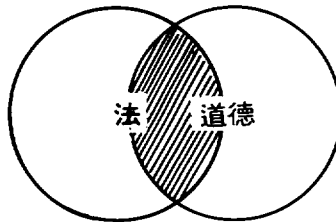
31) Burton M. Leiser, (1979) Liberty · Justice and Morals, New York, Macmillan Publishing Co. Inc., p. 19.

을 인정하고 있는 것이다.<sup>32)</sup> 法은 일반적으로 最大限의 禁止가 아니라 最小限의 禁止로 되어 있다고 하면 法으로부터의 自由로운 領域은 확대될 것이다. 그러나 法의 沈黙도 法空白의 領域을 의미하는 것이 아니라, 默示的으로 規制되고 있는 領域을 의미한다고 한다면 法의 不可侵의 限界는 없게 될 것이다.<sup>33)</sup> 이점에 대하여는 다음 章에서 다루게 되겠지만 우선 결론적인 의견을 제시한다면 國家權力과 法強制는 本質的으로 人間의 自由와 權利를 保障하기 위하여 存在하는 것이기 때문에 인간 스스로 自由롭게 생활할 수 있는 自律道德의 領域을 마련한다고 하는 것이 결코 부인되어서는 아니 될 것이다.

그러므로 法과 道德은 內容上 絶對的으로 일치하는 것은 아니라고 보는 것이 적절하다.

3. 그림 3<sup>34)</sup>에서 보는 바와 같이 法과 道德과의 關係를 두개의 交叉圓으로 파악함으로써 法과 道德이 동시에 規律하는 領域도 있지만 서로 無關하게 獨自的으로 規律하는 領域이 있음을 인정하는 입장이다. 즉 交叉된 부분은 兩者의 共通의 支配領域을 나타내며 그 外部는 各者의 獨自의인 領域인 것이다.<sup>35)</sup>

法과 道德이 다 같이 규율하고 있는 共通領域에 있어서는 道德規範을 違反한 것이 동시에 法違反이 되며 여기에 대하여는 良心의 苛責을 비롯한 社會的 非難 등의 道德的 制裁만이 아니라 刑罰 기타 法的 制裁가 가해질 수 있는 것이다. 그리고 앞에서 본 바와 같이 道德에는 法으로부터 自由로운 領域이 존재함을 보았다. 따라서 道德만이 規律하고 있는 인간의 行態가 존재하고 이러한 領域에 대하여는 法이 干涉하지 않음으로써 인간이 스스로 道德的 責任下에 社會생활을 영위하게 하고 그로 말미암아 道德의 人格의 自己實現에 봉사할 수 있는 것이다. 이러한 領域에 대하여 法이 간섭하는 것은 오히려 自律的 人格의 侵害가 될 뿐만 아니라 法에 대한 抵抗感을 심어 주는 결과가 되는 것이다.



〈그림 3〉 法과 道德의 一部가 重複된다는 입장

그러면 道德과 無關한 法의 領域은 존재할 수 있을까? 즉, 法이 道德的으로 無色한 領域에서 道德과 無關한 基準을 設定하여 合法性을 判定할 수 있는가 하는 것이다. 예를 들어 民法과 商法, 訴訟法(節次法)의 많은 規定들, 심지어는 刑法의 規定 가운데 行政犯과 같이 道德으로부터 中立的인 것으로 보이는 法規를 발견할 수 있을 것이다. 심지어 法이 道德과 無關한 정도를 벗어나 道德的으로 禁止된 것을 命하고, 道德的으로 要求된 것을 禁하는 경우처럼 法과 道德의 적대적 對立(feindlicher Widerstreit)을 보이는 수도 있는 것이다.<sup>36)</sup> 이러한 관점에서 보면 法과 道德은 서로 對立하는 關係에 있다고 하는 A. Kaufmann의 견해가 적절하다고 볼 수도 있다.<sup>37)</sup>

32) 沈憲燮, 前掲書, p. 149.

33) 沈憲燮, 1979) “法으로부터 自由로운 領域”, 法學 제19권 2호, 서울大學校 法學研究所, p. 62.

34) ホセ・ヨンバルト, 金澤文雄, 前掲書, p. 82.

35) D. Lloyd, op. cit., p. 57.

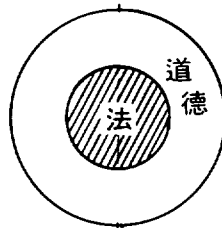
36) 沈憲燮, 前掲書, p. 124.

37) 崔鍾庫, 前掲書, p. 60.

그러나 個別的 法規로서 파악하지 않고 全體의 法秩序로서 파악한다고 하면 法이 道德과 無關하게 단순한 實力의 뒷받침만을 받으면서 존재할 수 있는가는 의문이다.<sup>38)</sup> 一國의 法이라고 하면 그것은 妥當性關聯에 의하여 體系的으로 構成되고 있는 全體의 法體系를 의미하는 것이다. 따라서 最上位의 憲法이 妥當하다는 전제에서 下位의 法律도 妥當하게 성립될 수 있는 것이고 또 그 下位의 法들도 마찬가지로 설명될 수 있다.<sup>39)</sup> 또한 憲法이 法으로서의 正當性을 갖고 있어야 하며 그 나라의 客觀的 價値(根本規範)을 실현하기 위하여 存在한다는 當爲性은 憲法 以下の 모든 實定法에 대하여도 공히 적용할 수 있는 것이다. 그러므로 一見 道德과 無關하게 보이는 法規들도 그 自體로서 全體의 實定法 속에서 正義(道德的 法理念)의 실현을 위하여 존재한다고 보아야 한다.

正義 또는 道德과 전혀 關係없이 存在하는 法은 순수히 強制力에 의하여 그 効力이 擔保되어야 하는데 이렇게 완전히 他律的인 規範의 경우 그 義務와 拘束性을 제대로 설명하기가 곤란하다. 단순한 命令強制로는 必然을 낳을 수는 있지만 當爲를 낳을 수는 없는 것이다. 法的 義務는 法的 命令이 개인의 良心에 의하여 道德的인 義務賦課의 힘을 부여받은 경우에 비로소 正當하게 성립될 수 있는 것이다. 즉 道德만이 法的 義務지우는 힘을 뒷받침해줄 수 있다. 法에는 正當性이 內在하여야만 하는 것이고 이는 法的 効力의 基礎를 道德에 둠으로써 마련될 수 있는 것이다.

4. 이상에서 論한 바를 結論的으로 表現하면 道德은 人間生活의 全般에 걸쳐서 존재하나 그 중 一部分이 法強制에 의하여 規制되는 領域이 된다고 본다. 그림 4<sup>40)</sup>가 바로 이를 나타내는 것인데 法과 道德은 두개의 同心圓의 關係에 있고 바깥쪽 圓이 넓은 領域으로서의 道德의 領域이고 그 안에 들어 있는 法은 道德의 一部分이 되는 것이다. Jellinek가 法을 道德의 最小限(ethisches Minimum)이라고 표현한 것이 바로 法과 道德의 領域의 關係를 적절히 지적한 것이라 본다.



(그림 4) 法을 道德의 一部分으로 보는 입장

따라서 모든 法規範은 동시에 道德規範의 문제로 취급될 수 있으나 道德의 경우에는 法에 의하여 간섭받지 않는 法的으로 空虛한 領域을 갖는다는 것이다.

共通의 領域에 있어서 道德規範은 法에 의하여 強制됨으로써 그 實效性이 강화될 수 있으며 全般的으로 法規範은 法에 대한 服從을 正當化하려고 하면 반드시 道德의 內容을 실현하는 의미를 가져야 한다. 여기에서 法과 道德의 當爲의 關係도 설정되는 것이다.

## IV. 法의 限界

지금까지 法과 道德은 어떠한 概念的 徵表에 의하여 서로 區別되는가, 그리고 兩者는 內容的으로 어떻게 關係를 맺고 있는가에 관하여 살펴보았다. 그 결과 道德에는 法으로부터 自由로운 領域이 포함되고 있고 法은 本質的으로 正義(道德)의 실현을 목적으로 하며 또 그것을 妥當根

38) 호세·요ン발트, 法哲學入門, p. 167.

39) H. Kelsen, Pure Theory of Law, p. 193 以下.

40) 호세·요ン발트, 金澤文雄, 前掲書, p. 82.



據로 함으로써 存在可能한 것임을 알았다.

따라서 여기에서 다루고자 하는 것은 法은 어떤 행위를 규제하여야 하며 또한 自制하여야 하는가, 즉 法이 간섭해서는 안되는 領域의 範圍는 어느 정도인가 하는 것과 이 사회에 法이 결코 무시해서는 안되는 「基準이 되는 道德」이 存在한다고 하면 이러한 道德을 무시하는 法規範은 도대체 어떠한 効力を 가지는가 하는 것이다.

法の 強制를 허용할 수 있는 限界가 어디에 있는가, 곧 「道德의 強制」(enforcement of morals)의 問題는 現代法哲學에 있어서 가장 첨예하게 대두되고 있는 문제의 하나이다.<sup>41)</sup>

예를 들어 法은 여러 가지 형태의 性的 不道德을 非難하고 處罰하기도 하지만 또한 명백히 不道德한 것으로 보이는 많은 행위에 대하여 法的인 制裁를 가하지 않고 있다. 또 生命을 求하고 保護해야 하는 道德的 義務는 많은 경우에 그에 상응하는 法的 義務에 의하여 뒷받침되지는 않는다.

이렇게 法과 道德의 領域的 差異는 왜 생기는 것인가? 앞에서 우리는 人間生活에 道德이 普遍的으로 規律를 行使하고 있다는 결론을 끌어낸 바 있는데 만일 法이 道德을 뒷받침하기 위하여 存在한다고 하면 어째서 法の 領域은 그 만큼 확장될 수 없다는 것인가?

法이 道德을 실현한다고 하는 限 正當化되기는 하나 法은 그 概念的 徵表로서 強制를 가지고 있는데 이 強制는 그 자체로서 惡(evil)일 수도 있기 때문에<sup>42)</sup> 문제가 되는 것이다. 따라서 法の 限界, 道德의 強制의 限界라고 하면 곧 強制의 限界, 國家權力の 限界가 되는 것이다. 國家가 個人을 強制할 수 있는 根據는 무엇이며 限界는 어디에 있는가? 이것은 自由와 權力の 문제로서 매우 근본적인 것이다.

國家는 人間の 自由와 權利를 保障하는 데서 그 存立根據를 찾는다. 또한 현실적으로 個人的 自由와 權利는 國家의 保護下에서 유지될 수 있는 것이다. 그러나 國家權力和 法強制는 自由의 制限과 拘束을 수반하게 된다. 따라서 自由와 權力は 팽팽한 緊張關係에 놓이게 된다.<sup>43)</sup>

法の 領域은 個人的 自由와 國家權力の 限界를 어떻게 설정하는가에 달려 있다. 國家權력이 일일이 간섭하고 규제한다면 그 強制에 의하여 보호되는 것보다도 더 많은 自由의 抑壓이 나타나기 때문에 法이 스스로 자신을 抑制하는 道德의 領域은 반드시 있어야 한다.

사사롭게 이루어지는 成人들 간의 同性愛罪를 法典에서 삭제하기를 주장했던 Wolfenden 委員會<sup>44)</sup>는 「이러한 行爲의 禁止를 強制하기가 대단히 곤란할 뿐만 아니라 實際로 強制할 경우에는 오히려 다른 惡을 유발시킴으로써 보다 큰 害惡을 가져다 줄 것이기 때문에 法の 所管事項이 아닌 道德 내지 不道德의 領域은 남아 있어야만 한다」고 하였다.<sup>45)</sup> 이러한 法の 不干涉을 지지하는 論據는 좀 더 거슬러 올라가 J. S. Mill의 自由論<sup>46)</sup>에서 찾을 수 있다. 그는 「人間이 그들 동료중 어떤 사람의 행동에 대하여 간섭하는 것이 正當化되는 것은 自己保全을 目的으로 하는 경우에 限한다」고 하는 強制의 原理를 전개하였다. 즉 文明社會의 어느 一員에 대해서 그의 意思에 反해서 權力を 행사하는 것이 正當化될 수 있는 것은 「他人에 대한 害惡의 防止를 目的으로 하는 경우뿐」이라는 것이다.<sup>47)</sup>

이렇듯이 法은 해롭고도 위험한 것으로부터 市民을 保護하기 위하여만 個人的 自由에 간섭할 수 있다는 「harm to others principle」이 自由主義者들에 의하여 견지되고 있는 原則이다.<sup>48)</sup> 앞

41) M. P. Golding, op. cit., p. 52.

42) Jacob Burckhardt, (1978) Weltgeschichtliche Betrachtungen, München, S. 70.

43) 岡本清一, (1979) 自由의 問題, 東京: 岩波書店, pp. 59-81.

44) 「同性愛罪 및 賣春」에 관한 英國의 法制를 연구하여 그 改正을 위한 권고안을 만드는 책임을 맡았었다. (M. P. Golding, op. cit., p. 54)

45) The Wolfenden Report (1964): Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution New York: Lancer Books, p. 52.

46) J. S. Mill, (1955) On Liberty, Chicago: Gateway Edition.

47) M. P. Golding, op. cit., p. 55.

48) H. L. A. Hart, (1963) Law Liberty and Morality, Stanford: Stanford University Press, p. 4.

에서 보았듯이 自由主義者들은 되도록이면 法の 干涉을 줄이고 道德의 領域을 極大化하려고 한다.

물론 人間의 行爲 가운데 사회적으로 責任을 지는 부분은 오로지 다른 사람들과 關係되는 부분 뿐이라는 설명은 충분히 이해할 수 있으나 人間이 他人과 아무런 交涉없이 활동할 수 있는 領域은 얼마나 될 것이며 最大限의 自由保障이 반드시 法の 不干涉에 의하여만 가능한 것인지는 의문이다. 인간은 그 本性에 있어서 有害한 行爲를 할 可能性이 있는 것이기 때문에 個人의 自由와 權利를 保護하기 위하여 法の 적극적인 干涉을 필요로 하는 것이다.<sup>49)</sup>

自由主義者들도 法の 領域을 무턱대고 축소시키려 하지는 않는다. 예를 들어 個人은 他人에 대하여 害惡을 야기할 可能性이 있는 경우뿐만 아니라, 자기 자신의 이익을 위하여서도 法の 規制를 받을 수 있다는 保護主義(paternalism)를 인정하고 있다. 그러나 이는 어린이, 정신박약자, 遲進者 등의 경우에만 인정되는 例外에 불과하다.<sup>50)</sup>

따라서 自由主義的 見解는, 法이 共同體의 道德的 基準을 具現하지 않으면 안되며 만일 그렇지 않으면 그 法이 存在하는 사회의 道德觀念과 法の 道德的 權威를 약화시킬 것이 틀림없다는 根據에서 강력하게 비판되어 왔다.<sup>51)</sup> 즉 社會는 사람의 공동체일 뿐만 아니라 觀念의 공동체이기도 하기 때문이라는 것이다. 當·不當에 대한 공통의 信念과 態度 그리고 공통된 行爲基準이 社會의 存立과 維持에 必須條件이 되고 社會는 그 構成員들에게 이러한 信念, 態度, 그리고 行爲基準들을 인식시키고 또 그것에 따르기를 요구하며 強制할 수 있다는 것이다. 社會는<sup>52)</sup> 道德을 유지하고 不道德을 방지하기 위하여 法을 사용할 權限이 있으며 그러한 限度에서 法과 道德이 一致되어야 한다고 본다.

自由主義者들은 法の 간섭을 받지 않는 道德의 領域을 확보함으로써 個人의 自由를 保障하려고 하나 法の 不干涉이 반드시 自由의 증진을 의미하는 것은 아니다. 따라서 그에 反對하는 立場에서는 法的 道德主義(legal moralism)에 입각하여 광범위한 法的 規制를 인정한다. 그러나 後者の 입장에 선다고 하더라도 사회의 존립에 본질적인 公的 道德(public morality)이 아닌 私的 道德(private morality)<sup>53)</sup>은 個人의 自由에 맡겨져야 하는 것이라고 본다.

그러므로 法은 社會의 公的 道德을 실현함을 目的으로 하는 데 그 存立根據가 있다고 하겠으며 그 한도에서 法的 規制를 할 수 있다고 본다.

그러면 社會의 公的 道德은 어떻게 把握될 수 있는가?

The Ladies' Directory Case의 判決에서는 法院이 公共道德의 守護者의 역할을 擔當해야 한다고 한다.<sup>54)</sup> 또 法이 社會의 道德觀念을 반영하는 것이므로 立法府가 이런 역할을 擔當한다고 할 수도 있다. 그리고 國民의 입장에서 보통의 合理的인 사람(ordinary reasonable man), 즉 陪審員이 될 수 있는 資格이 있는 사람들의 道德觀念이 公的 道德을 대표한다고 할 수 있을 것이다.<sup>55)</sup>

남은 問題는 이러한 公的 道德이 存在한다고 할 경우, 道德에 反하여 定立된 法の 効力은 어떻게 되는가 하는 점이다. 소위 惡法의 効力問題이다.

49) 이 경우에 문제가 되는 것은 "harm to others Principle"에 있어서 harm의 의미를 어떻게 해석하는가 하는 것인데 만일 harm의 의미를 넓게 해석하게 되면 法은 광범위하게 干涉할 수 있게 된다. (Richard Taylor, (1973) Freedom, Anarchy and the Law, New Jersey, Prentice-Hall, Inc., p. 58.)

50) M. P. Golding, op. cit., p. 56.

51) D. Lloyd, op. cit., p. 60.

52) M. P. Golding, op. cit., p. 64, B. Mitchell, (1970) Morality and Religion in a Secular Society, London, Oxford University Press, pp. 1-17, P. Devlin, (1965) The Enforcement of Morals, London, Oxford University Press, pp. 13-14.

53) 私的 道德과 公的 道德의 區別에 관하여는 M. P. Golding, op. cit., p. 55 참조.

54) D. Lloyd, op. cit., pp. 63-64.

55) 英國에서는 이들을 클라캄버스에 탄사람(the man in the claphambus)이라고 한다. (Ibid., p. 61, M. P. Golding, op. cit., p. 66, B. Mitchell, op. cit., pp. 36-51)

惡法은 인간을 무시하고 특히 普遍的良心과 矛盾된 것을 命令하는 法을 의미한다.<sup>56)</sup> 惡法이 法으로서 妥當한가 아니 한가를 둘러싸고 自然法論과 法實證主義의 對立이 있어 왔음은 再言을 요하지 않는다. 自然法論의 根本主張은 法은 正當해야 하며 惡法은 法이 될 수 없다고 하는 것이며 法實證主義의 歸結은 法은 어떠한 內容도 形式的 妥當性의 條件을 갖추기만 하면 法이 될 수 있으며, 惡法도 法이라고 한다.

法과 道德과의 關係를 살피건대 法의 任務는 일정한 道德的 義務의 뒷받침이 있어야만 완수될 수 있는 것이고, 法秩序는 人間의 本性, 즉 人間의 尊嚴性을 基礎로 하는 道德에 입각하여 성립되어야 함을 부인할 수 없다. 社會의 同一성과 連續性이란 반드시 하나의 道德을 公有하고 있는 데서 가능한 것이 아니라 相異한 道德에 대한 相互 寬容에 있다는 一部의 見解<sup>57)</sup> 一理는 있으나 어떠한 社會도 완전히 多元的일 수는 없는 것이며, 社會를 유지시키는 核으로서의 道德的 原理가 기본적으로 존재한다는 것이 사실이다.

따라서 惡法은 法的 正當性이 없다고 보아야 하며 만일 國家權力이 恣意的인 法을 根據로 행사될 경우에는 抵抗權의 行使도 가능하다.<sup>58)</sup> 人間은 동시에 法과 道德의 主體이며 法的 命令이 根本的인 道德的 原理에 背馳되는 경우에는 窮極的으로 普遍的인 道德的 良心에 의지해야 하리라고 본다. 이러한 관점에서 H. Welzel이 刑法의 目的은 第一次的으로, 法益의 保護에 있는 것이 아니라 社會倫理的인 心情的 價値의 保護에 있다고 한 것은<sup>59)</sup> 적절하다고 하겠다.

## V. 結 論

오늘날과 같이 社會생활을 하는 데 道德心이 절실히 요구된 적은 없다. 法을 違反하는 경우는 말할 것도 없고, 法網을 교묘하게 피하면서 온갖 非理와 不道德을 恣行하는 것을 볼 때, 그리고 法의 道德性이 종종 問題視되고 있는 것을 볼 때, 道德과 正義가 社會를 지탱하는 根本的 基礎임을 다시 한번 인식하게 된다.

중래 法과 道德은 形式的인 面에 置重하여 外面性·強制性·合法性和 內面性·非強制性·道德性의 概念的 徵表로서 相互 區別되는 것으로 설명되어져 왔다. 一面 兩者가 전혀 同一한 것은 아니고 分化되어 있다는 것은 사실이다. 그러나 兩者는 결코 分離될 수 없을 만큼 밀접한 相關關係를 맺고 있다. 그리고 보다 중요한 것은 形式的인 關係보다도 內容的인 關聯이며 서로의 緊張關係인 것이다.

法과 道德과의 關係는 人間의 本性, 法의 本質, 그리고 自由와 權力의 關係를 어떻게 이해하느냐에 따라 여러 가지 結論을 내릴 수 있다. 이점에 대하여는 앞에서 充分히 검토한 바 있다.

結論적으로 말하면 法은 어디까지나 社會의 基本道德의 實現이라는 理念과 目的을 가질 때 비로소 規範으로서 正當化되고 拘束力을 가질 수 있게 되며,<sup>60)</sup> 道德은 비록 法으로부터 自由로운 領域이 있기는 하나 넓은 범위에 걸쳐서 法에 의하여 뒷받침됨으로써 더욱 큰 힘을 발휘할 수 있다고 본다.

56) 호세·요ン발트, 金澤文雄, 前掲書, p. 94.

57) Richard Wollheim, (November, 1959) "Crime, Sin and Mr. Justice Devlin", Encounter, p. 38. M. P. Golding, op. cit., p. 65에서 再引用.

58) 호세·요ン발트, 金澤文雄, 前掲書, p. 95, D. Lloyd, op. cit., p. 67.

59) H. Welzel, (1970). Das Deutsche Strafrecht, II. Aufl., s. 2 ff.

60) G. Radbruch, (1947) Vorschule der Rechtsphilosophie, Göttingen, Vandenhoeck Ruprecht, S. 38ff.

## Summary

### The Relation between Law and Morality

B. C. Kim

This thesis is concerned with the question about the relation between law and morality, and about the legal enforcement of morality. Law and morality have been considered that they are to be distinguished conceptually from the formal point of view.

But, in the substantial aspect, the close relationship between law and morality is striking. Both law and morality are social rules and lay down their normative rules which show the close parallelism brought out by the similarity of normative language. Law and morality may, and normally do, occupy much ground in common, but there is no necessary coincidence between law and morality. Apparently there are spheres of conduct which are "not the law's business" (rechtsfreier Raum).

The distinctive feature of my approach is as follows.

The reason why there remains a broad territory common to law and morality is that both law and morality are concerned to impose certain standards of conduct without which human society would hardly survive and in many of these fundamental standards, law and morality reinforce and supplement each other as part of the fabric of social life. The moral code is to be reinforced by the criminal law and other sanctions imposed by the law, and the legal system may exist only to uphold the moral standards of the community to which they are applied. The moral duty to obey the law is generally accepted, and plays an important role in establishing the authority of the law and ensuring obedience to it.

A conflict between legal and moral duty may have to be resolved in accordance with the dictates of the conscience of the individual and his moral courage to defy a law which he believes to be contrary to what is morally right or just.