

## 저울과 칼

이 경희

한남대 법학과 교수

『저울과 칼』. 몇해 전에 재미있게 읽었던 소설의 제목이다. 소설이라고 하나 이 책을 읽은 사람은 그리 많지 않을 것으로 본다. 제목 자체가 독자들의 이목을 끌 수 있는 것도 아니고, 광고에서도 본 기억이 별로 없기 때문이다. 따라서 베스트셀러는 물론 아니었다. 그러나 대형서점에 전시된 신간서적 중에서 이 책에 특히 관심이 쏠렸던 까닭은 저울과 칼은 정의의 여신이 양손에 들고 있는 것이고, 이는 곧 법을 상징하기 때문이다.

이 소설은 우리나라에서는 드물게 법의 문제를 정면으로 다루고 있다. 작가는 법학을 전공한 사람은 아니지만, 법의 본질에 관한 깊은 사색을 통하여 법철학상의 근본문제에 접근하고 있다. 즉, 법은 정의로운 것이라는 일반적인 상식을 벗어나, 법은 결코 정의를 추구하는 것이 아니라는 것과 나아가 정의롭지 못한 법이 만들어지게 된 인간성의 본질까지를 다루고 있는 것이다. 이러한 사색은 법률전문가들에게도 시사하는

바가 매우 크다고 하겠다.

줄거리는 비교적 간단하다. 토지소유자가 실종되고, 버려진 토지를 동네 사람들이 제멋대로 점유해서 소유하고 있던 중, 이십육 년 만에 토지소유자의 셋째 아들이 나타나 그 토지의 소유권을 주장하고 나선 사건을 둘러싼 이야기다. 이 경우에 주인에게 그 토지를 돌려 주어야 한다는 것이 정의나 도덕관념상 당연할 것인데, 법은 타인의 토지라 하더라도 소유의 의사로 20년간 평온·공연하게 점유한 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다고 규정하고 있다. 민법상의 소위 부동산점유취득시효제도가 그것이다. 이 제도가 법은 곧 정의라는 관념으로는 도저히 이해되지 않는 것이다.

작가는 끝내 다음과 같은 결론에 이른다. 즉, 서로들 노리다가 조그마한 틈이라도 보이면 잽싸게 달려들어 삼키고 삼키우고, 모두들 기회만 노리다가 잡아채어 물고 물리고, 찢고 찢기우고……. 우리의 이러한 세상에서는 법이 수호하고 있는 것은 사람마

다 서로 다른 모습이기 마련인 정의라는 관념이 아니라, 바로 ‘질서’라는 것이다. 남의 소유를 가로채는 것은 질서를 혼란시키기 때문에 처벌하지만, 일단 남의 땅이라도 혼란 없이 오랫동안 차지하고 있어서 현실로 정착되면 그것을 새로운 질서로 본다. 따라서 비록 원래의 주인이라 해도 오랜 세월 뒤에 갑자기 나타나 그 동안 자리잡아 굳혀진 새로운 생활의 현상을 부정하고 혼란을 일으키려고 하면 그러한 권리의 행사는 할 수 없도록 막아버리는 것이다. 그래서 현상의 모습에 갑작스러운 뒤틀림이 없도록 보호하고 지키는 것이야말로 우리 인간들이 저마다 지난 탐욕과 추악함 속에서 법이 할 수 있는 최대의, 또한 유일의 역할이라고 설파하고 있다. 법의 현실적인 기능에 대한 참으로 통렬한 비판이 아닐 수 없다.

자, 그렇다면 과연 정의라고 하는 개념은 법의 근본이념으로부터 사라져 버리고 만 것인가? 법은 과연 현상의 유지라는 극히 보수적인 사명에만 급급한 존재로 전락하고 말았는가? 그렇다면 그 원인이 무엇이며, 법의 권위를 회복하는 길은 무엇인가?

금세기의 가장 위대한 법철학자인 라드브루흐는 법의 이념을 정의, 합목적성, 법적 안정성의 세 가지로 정리했다. 그에 의하면 법은 정의 이외에 정의 관념에 오히려 배치될 수도 있는 개념인 합목적성과 법적 안정성을 동시에 추구하여야 한다는 것이다. 정의만을 극단적으로 강조하면 세상은 망하더라도 정의만 세우면 된다는 격이 되고 말며, 합목적성만을 강조하면 민중의 행복이 최고의 법률이라고 주장하게 되고, 또 법적 안정성만을 강조하게 되면 악법도 법이라고 강변하게 된다. 이처럼 일견 상호모순으로 보이는 세 가지 이념이 서로 조화를 이루어

야만 법의 생명이 유지 발전된다는 것이다. 오늘날과 같이 가치가 다양한 사회에서 법은 자유민주적 기본질서를 확고히 한다든지, 국민생활의 균등한 향상을 기한다든지 하는 국가의 목표에 맞추어야 한다는 합목적성의 요청이 중요함은 더 말할 필요도 없을 것이다. 또 법은 행위규범인 동시에 재판규범이기 때문에 법이 지나치게 자주 바뀌면 국민들이 행위의 지침을 잊어버리게 된다. 따라서 법 자체의 안정인 법적 안정성 또한 매우 중요하다. 그리고 이 법적 안정성이라는 개념은 곧 질서로 나타나고, 또 “정의롭지 못한 법이라도 무질서보다는 낫다.”고 한 괴테의 말을 보더라도 현대사회에서 질서라고 하는 것이 얼마나 중요한 의미를 갖는가를 알 수 있으며, 이는 또 현대 사회의 한 특징이기도 하다.

그런데 합목적성이나 법적 안정성의 개념이 더욱 중요하게 됨으로써 상대적으로 정의라는 개념의 의미가 퇴색되고 있다. 즉, 법이 점차 기능적인 역할에만 급급한 나머지 정의의 관념으로부터 벌어져서, 특정한 목적달성을 위한 수단으로 전락하고 있는 것이다. 이러한 경향은 법의 타당성에는 물론, 법의 위신에 상당한 손상을 가져다 준다. 현대법이 처한 일대 위기라고 하지 않을 수 없다.

법이 잊어버린 위신을 되찾기 위해서는 다시금 정의를 그 바탕에 두지 않으면 안 된다. 특히 우리나라와 같이 급격한 사회변동의 과정에서 가치관이 정립되지 않은 나라에서는 정의의 관념만이 그 정당성을 보장해 줄 것이기 때문이다.

최근 5·18특별법을 제정한다는 발표가 있었다. 비자금 과동으로 이전투구를 벌이고 있던 정가에서도 모처럼 이구동성의 환

영 성명이 나왔다. 일반 국민이나 각계에서도 한결같이 역사의 진실을 밝힐 수 있는 결단으로 평가하고 있다. 이것은 1년 2개월의 조사 끝에 5·18관련자들을 불기소하기로 한 서울지검의 결정에 대한 국민여론의 비난을 반영한 것이다. 즉, '5·18관련피의자들이 정권 창출 과정에서 취한 5·18진압 등 일련의 행위는 헌법질서를 바꾸는 고도의 정치행위로서 사법심사의 대상이 될 수 없다'고 판단한 소위 '성공한 쿠데타'론에서 '실패한 내란'으로 단죄 처벌하기로 그 방향을 완전히 뒤집은 것이다. 그 동안 검찰의 '공소권 없음' 결정에 대해서는 고소·고발인들의 즉각적인 항고·재항고 및 헌법재판소에 헌법소원의 제출, 대한변협 등의 5·18 특별법 제정과 특별검사제 도입을 위한 국회청원, 대학교수·종교인·학생·재야단체 등의 연대서명과 가두시위가 계속되었다. 사필귀정이라 볼 수 있는 이번 결단은 힘에 의해 형성된 새로운 질서를 무절조하게 존중하기보다는, 힘에 의한 헌정 중단은 국민의 준엄한 심판을 피할 수 없다는 정의관념이 승리하였다는 데 더 큰 의미가 있다고 생각한다. 법이 법으로서의 위신을 회복할 수 있는 모처럼의 기회라는 생각도 듈다.

이와 관련하여 간파해서는 안 될 중요한 과제는 법률가들의 정의 구현을 위한 투철한 사명의식의 회복이다. 일반 국민들에게 법이 정의롭지 못하게 보이는 것은 그 법의 내용보다는 적용 절차상에 나타나는 의구심에서 비롯되는 것이 훨씬 많기 때문이다. 흔히 자조적으로 사용되는 '되는 것도 없고 안 되는 것도 없다'는 말이나 '有錢無罪 無錢有罪'라는 말은 모두 법의 적용이 정의롭지 못하고 자의적으로 이루어짐을 비꼬는

말이라고 하겠다. 게다가 오늘날의 법조계의 현실은 법이 정의롭다는 생각을 더욱 갖기 어렵게 하고 있다. 사법개혁의 당위성과 함께 물의를 일으키고 있는 소위 전관예우에 관한 불문율이나, 변호사와 판사의 유착 관계 등은 그것이 비록 일부에 국한된 것이라고는 하나 국민들이 느끼는 감은 엄청난 것이다. 정의의 여신이 눈을 가리고 있는 것은 온갖 편견에 사로잡히지 말고 공정한 판단을 하라는 의미가 아닐까?

무릇 정의라는 개념이 법으로부터 떠나게 되면, 그 법은 현실적으로 법으로서의 실효성을 확보하기 어렵다. 정의의 관념에 맞지 않는 법은 국민들이 의도적이거나 아니거나 간에 잘 지키지 않을 것이기 때문이다. 따라서 합목적성이나 법적 안정성의 개념을 앞세운 나머지 정의의 관념이 법의 이념에서 멀어지는 것을 항상 경계하여야 할 것이다. 라드브루흐 자신도 그의 만년의 저작에서 다른 두 가지 개념보다 정의의 가치가 우위에 있다고 말하고 있다.

여기에서 소설 『서울과 칼』의 교훈을 다시 생각하게 된다. 앞으로도 정의는 법의 가장 중요한 이념으로 남아 있어야 할 것이다. 이미 로마 시대에 켈수스는 법을 '正義와 衡平의 術'이라고 하지 않았던가? ■

---

이경희/연세대학교 법학과를 졸업하고 영남대학교와 연세대학교 대학원 법학과에서 각각 석사학위와 박사학위를 받았다. 현재 한남대학교 법과대학 법학과 교수로 재직중이며, 주요저서로 『유류분제도』와 『의학발달에 따른 법과 윤리』 등이 있고, "개정상속법상 삼속인의 범위와 삼속분", "인공수정자의 친자법상 지위", "가사소송법의 문제점과 향후 과제" 외 다수의 논문을 발표하였다.