법조양성제도개혁의 이념과 방향

韓 尙 熙
(建國大學校 法科大學 敎授)

< 目 次 >

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 법조개혁논의의 의미
1. 정치사법과 법조귀족집단
2. 법조개혁의 당위성
3. 법조개혁의 사회적 의의 - 시대적 당위성
Ⅲ. 법조양성제도-법학전문대학원안을 중심으로
1. 법률전문직의 개념요소와 분석준거의 도출
2. 현행제도의 문제점 - 독일의 경우와 비교하여
3. 대안 - 법학전문대학원안
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서 론

변화의 시대가 밀려오고 있다. 새 천년세상이라는 말은 이미 당위의 수준을 넘어 현실로 다가왔다. 하지만, 그것은 우리에게만 해당되는 말이다. 선진제국들은 실제 밀레니움이라는 기표를 만들고 그것을 자본권력의 수단으로 이용하고 있을 뿐이다. 단지 우리만이 그렇게 상품화된 밀레니움을 사지 못하여 안달이다. 그나마도 우리의 법조는 이 밀레니움이 도대체 무엇인지 조차 모르고 있다. 후기산업화사회니, 포스트 모더니티니 유연전문화니 또는 신자유주의라는 관념도 이 사법개혁의 소용돌이에서부터 동떨어져 있다. IMF와 더불어 우리를 급습하고 있는 세계자본의 재편은 단순히 서구투기자본의 전횡으로만 인식할 뿐 그에 대한 어떠한 법적 대응의 논의도 없다. 한마디로 총체적인 무감각의 영역이다. 풍요와 혼란이 뒤섞이는 세기말과 기대와 불안으로 다가오는 새 세기가 교차하는 시대의 변화를 읽어내고자 하는

어떠한 의지도 노력도 보이지 않는 암흑의 영역이다.[1]

이러한 시각은 지나친 자기비하일까? 그렇다고 할지라도, 1994-5년과 1999년 양차에 걸친 사법개혁의 아토스를 그냥 흘러보내고 이제 다시 새 정부의 출현을 맞아 법무·검찰의 개혁이라는 상용의 화두를 접하게 되면서, 그 10년의 세월동안 우리는 무엇을 하였으며, 무엇을 하고자 하는가를 반성하여야 할 시대적 과제는 다시 생각하게 된다. 내부적으로는 지난 시대의 권위주의적 법과 사법의 모델에서 민주화의 진행에 따른 다양한 사회적 욕구와 요구를 감당하는 모델로 이행하여야 할 것이 요구되고 있고, 외부적으로는 세계체제의 변화에 따라 신자유주의적 시장주의에 입각한 법모델이 강요되고 있는 이 지점에서 법체계의 중심부에 들어서 있는 우리는 무엇을 하여야 할 것인가? 이하에서는 이 주제를 중심으로 우리가 나아가야 할 법조양성제도의 개혁이념과 그 방향을 검토·제안해 보고자 한다. 그래서 먼저 현재의 우리 법이 처하고 있는 상황을 분석하고, 현재의 법조양성제도의 문제점들을 짚어본 다음, 법조양성제도 내지는 법조시스템의 모델-미국식 전문직모델과 독일식의 법관료모델-의 평가를 바탕으로 우리의 과제로 접근하고자 한다.

Ⅱ. 법조개혁논의의 의미

1. 정치사법과 법조귀족집단

법률전문가집단으로서의 법조는, 법에 대하여 여타의 사람들과는 구별되는 특이한 지식과 이해능력을 가지고 있으며 이를 바탕으로 법을 만들고 해석하고 집행하는 것을 업으로 한다. 그리고 이러한 업무를 바탕으로 자신의 생활을 영위하는 자들이다.[2] 이것을 법체계 전반의 측면에서 보면, 그들은 법명령자와 법수범자 사이

1) 실제 세계체제재편과정이 가장 치열하게 진행되었던 1990년대는 거의 대부분의 국가에서 사법개혁의 하나의 국정과제로 삼아 추진하였다. 그 중에서도 전통적 사법체제와 근대적-서구적 사법체제가 혼재하고 있던 아시아의 경우 「민주화」의 요청과 「시장화」의 요청이 중첩되면서 1980년대 후반부터 시민적 법치주의의 확립과 더불어 국민의 권익보장장치로서의 사법의 틀을 확립하기 위한 노력이 진행되고 있다. 태국등 아시아각국의 예에 관하여 개략적인 소개로는, 小林昌之·今泉愼也, アジア諸國の司法改革, アジア經濟研究所, 2002 참조.

2) 법률전문직의 개념과 의의에 관하여는 한상희, "법률전문직의 의의와 성격 : 법사회학적 분석을 위한 서설," 경성법학 제5권, 1996 참조. 통상적으로 법률전문직의 등장은 로마시대에까지 거슬러 올라가는 것으로 보고 있다. Friedman, L. M.(1977), *Law and Society:*

에서 양자를 연계시키는 역할을 담당하면서 법체계의 안정적 수행을 담보해 준다. 따라서 그들은 법의 실현이라는 점에서 그 사회적-공적 의의를 찾을 수 있다. 하지만, 이 연결에 약간의 결절이 생길 경우 그들은 스스로가 법명령자의 권력을 대행하는 자 또는 그 권력을 차용하는 자로 전화할 가능성이 얼마든지 있다. 그리고 그 가능성은 아쉽게도 우리나라의 경우 그대로 현실화되고 있다.

(1) 사법의 정치화·정치의 사법화

우리나라에서의 법은 일제시대의 전체주의와 해방이후의 권위주의적 정치구조와 맞물려 철저하게 억압적인 기능을 수행하여 왔다.[3] 법은 만민에 평등한 것이 아니었고 권력자의 자의를 방비하는 기능을 담당하였던 것은 더욱 아니었다. 그것은 오로지 권력의 흐름을 정당화하기 위한 수단에 불과하였고 따라서 필요하다면 얼마든지 개정하거나 변개할 수 있는 대상 또는 도구로서만 존재하였다. 일제에 의하여 그 토대가 구축된 우리의 법담론은, 해방이 되면서 국가권력이 독자적으로 또는 정경유착의 방식에 의한 경제권력과의 중첩적 관계를 통하여 시민사회에 일정한 가치와 이념을 부과하는 형태로 형성되어 왔었고 그것이 시민사회를 억압하는 정당화기제를 형성하고 있었다. 그래서 비록 법치주의의 외관은 가지고 있었을지 언정 그 법의 형식과 실질 모두를 국가의 일방적인 결정에 의하여 규정되는 형태를 취하면

An Introduction, 박남규 역, **법과 사회**, 법문사, 1984, 21면. 실제로 로마에서는 소송당사자의 의뢰에 의하여 그들의 주장을 정리·여과하여 나름의 논리속에서 개진하는 것을 전문으로 하는 일단의 집단이 존재하였으며, 이들이 제국의 확대에 따라 시민법이나 만민법과 같은 다양한 법영역이 형성되는 과정에서 그 업무 자체를 생계의 수단으로 삼고 상근하는 사람들이 형성되기도 하였다. 하지만, 전자의 변술가(orator)는 변론이나 변호를 위한 준거로서 법률적 지식을 바탕으로 한 것이 아니라 단순한 수사학이나 논리학을 기반으로 하였다는 점에서 엄밀한 의미에서의 법률전문가에 해당한다고는 보기 어렵다. 로마제정이후 로마법체제가 확립되면서 이들의 업무행태의 준거될 수 있는 나름의 독자성을 가지는 법률적 지식이 구축되기는 하였으나, 이 시기는 로마전제정이 정당성과 통합력을 상실한 채 동·서로 양분되고 서로마의 멸망과 더불어 또 다시 로마법이 세계법의 지위에서 국지법으로 전환되는 상황이었던 만큼, 법률전문직의 등장에 필요한 독점체계를 뒷받침해 줄 국가권력이 제대로 구축되지 못하였으며, 더나아가 사회생활관계에서의 공동체중심의 대면관계가 새로이 부활하는 상황이 일어난다. 그러니까 이 시기에는 전문지식은 있되, 그를 필요로 하는 사회적 수요와 그의 독점적 공급주체가 형해화되었던 것이다.

3) 이에 관하여는 한상희, 사법판단의 준거로서의 권력현상, 법과 사회 제9호, 1994 참조. 실제 전문직의 형성이 근대국가의 형성과 직접적인 관련성을 가진다는 것이 전문직사회학에서 유력한 관측중의 하나이다. 예컨대, T. J. Johnson, "The State and the Professions: Peculiarities of the British," in: A. Giddena and G. Mackenzie, eds., *Social Class and the Division of Labour*, Cambridge: Cambridge Univesity Press, 1982 참조.

서 시민사회의 요구나 이해를 배제하고 그 법을 통하여 또는 그 법의 담론을 전용할 수 있는 경제영역에 의하여 시민사회를 조작하고 통제하고자 하였다. 그리고 그 구체적 집행의 역할을 철저히 관료적 모델에 의하여 충원되고 관리되는 법조에 전담시켰다.

실제, 법조의 발달사 자체가 민중으로부터 법지식과 기술을 분리시키고 그것을 일정계층에 전속시킴으로써 법조사회를 형성·유지시켜 왔음을 보여준다. 전문직에서 일반적으로 나타나는 지식·기술의 독점현상[4]은 법률전문직의 경우 가장 전형적인 예를 이룬다. 국가권력의 뒷받침에 의하여 집행·강제되는 법률에 관한 실천적 지식과 기술을 전유하면서 그를 바탕으로 생계를 유지해 나가는 일정한 사회집단이라는 점에서 이 법률전문직은 국가의 법률독점, 권력독점의 파생물이라 할 수도 있다. 즉, 국가의 지배력이 법률의 이름으로 사회 제반의 영역에 관철되는 또 다른 통로이자, 그 지배력을 법률을 이름으로 재생산하는 가장 공식적인 법담지자라고도 할 수 있는 법률전문직은 그럼으로써 그 직업집단의 독점력을 견지하고 또 강화할 수 있는 것이다. 이는 후술하는 바와 같이 법률전문직이라는 일단의 사회현상들이 당해 국가사회에서의 법률의 추상화 및 법률의 실효성확보과정과 중첩되면서 그 실체가 형성되어 왔다는 점에서도 알 수 있다.

문제는 이러한 전문직으로서의 법조의 속성이 우리나라와 같이 정치권력의 한 손이자 도구로서 사용될 때 법조라는 일련의 직업군상들이 오히려 국가의 강권력이 국민에 억압적으로 흘러 들어가는 가장 유효한 통로로 작용하게 된다는 점이다. 각종의 법조비리사건과 맞물려 터져나오는 정치검찰의 비난이라든가, 수차에 걸친 사법파동의 경험, 각종의 정치자금이나 정경유착의 사건들을 처리하는 모습들은 이 점을 너무도 분명하게 보여준다. 특히 1980년대 중반이래 우리나라의 민주화가 진행됨에 따라 종래 노골적인 강권력으로 통제하던 방식에서 점차 법과 사법의 외관에 의하여 국민을 통제하는 방식으로 이행하면서(소위 사정정국이라는 현상은 이를 대변한다) 더욱 법조의 정치화현상은 강화되고 있다.

이 점은 우리의 주제와 관련시킨다면, 무엇보다도 사법개혁논의의 한계를 형성한다는 점에서 문제적이다. 정치권력과 사법권력이 상호의존적으로 그 기득권을 유지

4) 독점이라는 측면에서 전문직 특히 법률전문직현상을 분석한 예로 Posner(Posner, R., Overcoming Law, Cambridge: Harvard University Press), 1995, pp.37-80)를 들 수 있다. 그는 법률전문직에서의 독점을 카르텔이라 명명하면서 그것은 산출물을 (주로 양을 중심으로) 통제하는 여타 산업과 달리 투입의 양을 통제함으로써 전문직구성원들의 최대이윤을 도모하고 있다고 한다. 이 때 그 통제방식은 당해 전문직으로의 인력의 유입에 대한 통제와, 비슷한 직종종사자들이 당해 전문직종을 영업하는 것에 대한 통제의 두 형태로 이루어진다고 한다.

하는 관계를 형성하게 됨으로써 개혁의 주체가 되어야 할 정치권력이 초기의 거창한 슬로건에도 불구하고 시간이 갈수록 오히려 개혁의 발목을 잡는 걸림돌로 작용하게 되기 때문이다. 거꾸로 바로 이 때문에 사법개혁은 새삼 그 중요성을 더해간다. 정치권력과 사법권의 유착·공생관계를 차단함으로써 법치의 실현과 더불어 사법의 민주화를 바탕으로 한 국가전반의 민주화를 도모할 수 있기 때문이다.

(2) 법조의 폐쇄집단화

법이 권력의 전단적 수단으로서 기능할 때, 국민의 일상에서 가장 심각한 파생적 결과로 나타나는 것이 바로 법조의 배타적 독점과 그로 인한 법체계의 폐쇄회로화 현상이다. 실제 모든 국민이 다 쉽게 접근할 수 있는 법을 만들기란 거의 불가능에 가깝다. 그래서 어느 나라에서나 전문가집단으로서의 법조를 필요로 하고 또 국민과 법, 국민과 권력의 연계선상에 변호사라는 제도를 두고 나름의 법률서비스를 제공하도록 하고 있다. 그리고 국민들은 자신이 결여하고 있는 법지식이나 법기술을 법률전문가로서의 변호사를 통하여 획득하고 이들을 통하여 권력으로부터 또는 권력의 도움에 의하여 자신의 권익을 보호할 수 있도록 하는 것이 서구법체계의 기본틀을 이룬다. 그래서 국민의 법접근은 당연히 변호사에의 접근가능성에 따라 결정되는 현상이 이루어지는 것이다.

그러나 우리의 법조-특히 변호사집단은 어느 누구로부터도 도전받지 않는다는 든든한 방패막 속에서 역대 정권들이 누려왔던 그 권력의 일각을 향유하고 있었다. 그들은, 국가에 의하여 권력화된 법을 자신의 이익으로 독점하면서, 그것을 국민으로부터 유리시켰다. 대체로 전문가집단들은 자기들 나름의 지식과 논리, 그리고 기술을 가지고 그것을 국민들에게 판매(또는 봉사)하는 것을 업으로 한다.[5] 여기서 이 전문가적 지식, 논리, 기술들이 폐쇄회로속에서 은밀히 형성, 발전하고 더러 고착될 때 전문가집단과 소비자로서의 국민들과의 유리현상이 일어난다. 아무도 모르는 것, 아무도 할 수 없는 것을 자신들만이 「묘한」 방법으로 처리할 수 있다는 것은 역으로 그들과 국민들과의 교호작용과정이 생략됨을 의미하기 때문이다.[6] 이것

5) 기능주의적 관점에서는 전문직을 사회체계의 한 부분을 구성하는 일단의 직업적 역할의 결합체로 파악하면서 일반적으로 사회내에서 가치있는 것으로 받아들여지고 있는 일정한 기능을 수행하며 동시에 일종의 상근직(fulltime job)으로서 그 사람의 생활의 방편으로 이루어지고 있는 것이라고 본다. Parsons, T., "Some Problems Confronting Sociology as a Profession," *American Sociology Review*, Vol.24, 1959.

6) 이의 대표적인 예가 법개념의 조작이나 형식론에만 치중하는 법률실증주의적 법판단방식이다. 대체로 관료적 권위주의에서 나타나는 탈정치화, 참여의 배제 및 관료적 획일주의

은 달리 표현하면 어느 누구로부터도 견제받지 않음을 의미한다. 이 점은 전문가집단에서는 정도의 차이는 있으되 일반적 현상이라고 할 수도 있지만, 특히 우리나라의 법조에서는 극단적으로 나타난다는 데에 심각한 문제가 있는 것이다. 법학교육의 단계에서부터 사법연수원을 거쳐 소위 재조법조로서 "한 솥밥을 먹는 한 식구"의 관념이 그들을 하나의 사회적 신분으로 만들어버린다. 법조 사이에서 통용되는 몇 기출신이니, 전관예우니, 또는 승진에서 '탈락'하면 옷 벗는 관행이니 하는 것들은 바로 이러한 신분적 동일자의식과 그 관행을 예증한다. 그리고 그들 사이에서 '법'을 통용시킨다.[7]

법조는 국가권력의 한 핵인 법을 그의 전문영역으로 삼는다. 그런데 만일 이 법이 법조의 폐쇄회로속에 갇혀서 차폐된 공간속에서만 해석되고 집행되고 또 형성된다면 우리 헌법의 이념인 자유주의나 민주주의란 단순한 법조의 볼모에 지나지 않는 결과가 되는 것이며, 권위주의적 정권을 대체하는 또 다른 권력집단으로 기능하게 되는 것이다.

(3) 지대추구자로서의 법조

자본주의사회에서의 변호사의 존재는 재산권의 개념과 밀접불가분하다. 예를 들자면, 두 사람이 어떠한 거래를 함에 있어 나의 것과 너의 것이 분명하지 않은 경우, 이 두 사람은 그 거래를 포기하거나 또는 힘으로써 다투거나 아니면 나-너의 관계를 분명히 하기 위하여 각자 나름의 투자를 하는 등의 전략적 선택지에 부딪히게 된다. 법은 여기에 개입하여 이들간의 거래비용을 경감함으로써 최선의 사회적 선택이 이루어지게 만들고자 한다. 하지만 그럼에도 불구하고 그 법 자체가 일반성이나 추상성으로 인하여 불분명한 경우가 대부분이다. 변호사의 적극적 기능은 바로 여기서 나타난다. 마치 시장에서 화폐가 거래의 안정성을 도모하며, 상인들이 이

가 침투하는 통로가 바로 이러한 법조관료주의인 것이다. 자세한 것은 한상희, "사법판단 준거로서의 권력현상," 법과사회 제9호, 1994 상반기 참조.

7) 1980년대 이래 계속하여 논의되었던 법조직역확대의 문제는 이 때문에 무의미한 것이다. 이들이 형성하는 집단경계는 그 견고성으로 인하여 소위 유사법조직역들까지도 그 경계내로의 유입을 허용하지 않는다. 법무사나 변리사, 회계가, 중개사, 또는 사내법무직, 심지어 공무원까지도 사법시험동기 또는 사법연수원 동문이 아니라는 이유로 '법조'의 관념에서 벗어나 있고, 바로 이러한 폐쇄성이 역으로 법조의 직역확대 자체를 막게 되는 것이다. 환언하자면, 이러한 유사법조직으로의 진출은 바로 그 법조집단으로부터의 이탈을 의미하게 되고 이는 마치 조선시대의 족보할명과 같은 축출(ostrascism)로서 받아들여지게 되는 것이다.

화폐의 소통을 감당하듯이, 거래의 당사자들이 보다 적은 비용으로 각자의 경계를 분명히 할 수 있음으로써 자본주의적 거래의 형성을 용이하게 하는 것이다. S. Magee등의 연구[8]에서 변호사의 존재가 경제성장률의 증가에 어느 정도 기여한다고 밝히고 있음은 바로 이 때문이다. 불필요한 탐색이나 정보의 추구, 또는 힘겨루기를 막아 줌으로써 시장경제의 구축과 그의 원활한 작동을 보장해 주는 순기능을 변호사가 담당하고 있는 것이다.

그러나 우리나라의 경우에는 조금 다른 고찰이 필요하다. 소송기피경향이라는 함병춘 테제는 이미 극복되었다고 할 것이다. 그의 이 테제는 소송이라는 개념을 너무 협소하게 파악함으로써 이에 대한 법의식을 잘 못 해석하고 있다. 우리나라 사람들에 있어서의 소송이란 경계구획을 중심으로 이루어진다. 당사자들은 자신의 원망(怨望)을 공유하는 주위사람들을 끌어들이고자 노력함으로써 상대방을 경계밖의 국외자로 만들고자 노력한다. 대부분의 분쟁구조는 원망공유집단의 형성과 관련하여 이루어지고 그 연장에 존재하는 또는 그 집단을 강화하는 기제에 따라 분쟁을 처리한다. 그래서 물리적 힘의 과시나 의지적 결단이 아니라, 순간적으로 이루어지는 집단의식의 공유에 의하여 판정을 내리는 형태로 이루어진다. 그리고 여기에는 항상 법규범의 특수주의적 적용의 가능성이 모색된다. 「그럴 수도 있다」든가, 「뉘우쳤으니 앞으로 그러지 않을 것이다」, 「안 됐다」, 「아무리 그렇더라도 그렇지, 저렇게 대들 수가 있나」 등의 개별화되는 동시에 확장된 집단의식이 법규범의 보편적, 일반적 적용이라는 요청을 능가한다. 따라서 다른 경우에는 몰라도 이 경우에 만큼은 예외를 인정하여야 하며, 그것이 보다 타당한 것이라는 의식이 형성되는 것이다. 이러한 행태가 개인으로 분핵화되는 현대에 들어 오면서 그 전통적 기반을 찾지 못하게 되자 그 대안으로 등장하는 것이 일종의 지대(rent)추구행위로 나타난다.[9] 학연이나 지연, 혈연과 같은 귀속적 속성에 의거한 특수주의적 배려를 요구하는, 그럼으로써 자신의 인격-경계의 확장을 통하여 상대방을 국외자, 즉 패소자로 만드는 행태가 그것이다. 변호사들은, 전통적 사회에서 나타나는 판정자와 분쟁당사자간의 인적 단절현상을 메꾸는 역할을 담당한다. 그들은 고객과의 인적인 단절을 수임료

8) S. P. Magee, "The Optimum Number of Lawyers: Cross National Evidence," International Economic Workshop, University of Chicago and University of Texas at Austin, 1991: "The Optimum Number of Lawyers: A Reply to Epp," *Law and Social Inquiry*, vol17, no.4, 1992

9) 이는 법조사회학 혹은 전문직사회학에서 말하는 독점과는 다른 개념이다. 여기서 지대라 함은 법률전문가와 비전문가 사이에 진입장벽을 구축하고 이를 통하여 일정한 사회적·경제적 특권을 유지하는 개념으로서의 독점이 아니라, 이미 구축된 진입장벽 내에서 전관예우등 법률전문가사이의 경쟁을 통제함으로써 획득되는 특수주의적 편익을 말한다.

로써 대치하면서 자신과 판정자와의 인적 연계를 분쟁당사자에게 부여하는 연결고리의 역할을 담당하는 것이다. 환언하자면 종래의 집단적 공유의식을 당사자와는 절연시킨 채, 자신과 판사, 자신과 검사와의 귀속적 관계로 치환함으로써 역시 마찬가지의 특수주의적 법배려를 얻어 내는 것이다. 소위 전관예우가 나타나는 것은 이 때문이다. 또는 전관예우를 받지 못하는 변호사의 경우에도 마찬가지의 도식이 형성된다. '인사치레'등의 행태는 그 진위를 막론하고 이와 같은 특수주의적 법배려가 가능한 상황을 당해 변호사가 형성할 수 있는(또는 그를 가장하는) 소송상태를 암시하는 것이다.

여타의 국가들에 비하여 우리나라의 변호사수임료가 '지나치게 비싼' 것도 바로 이 때문이다. 변호사가 분쟁당사자들에 거래비용의 경감자로서 행위하기보다는 일방당사자가 타방당사자에 비하여 보다 우월한 지위에 서기 위한 일종의 「잉여권력」을 부여하는 또 다른 권력자로서 기능하기 때문인 것이다. 당사자들은 타방에 대하여 (권력)독점적 지위에 서기 위해서는 지대(rent)를 지급하지 않을 수 없다. 그것이 수임료의 형태로 나타나건, 「인사」하기 위한 비용으로 나타나건 관계없이 변호사의 행위에 대한 수고료형식의 댓가가 아니라 특수주의적 권력의 구매비용인 것이다.[10] 따라서 그 비용은 시장질서에 의하여 결정되지 않는다. 오로지 당사자가 분쟁에 이김으로써 얻는 이득을 상한으로 하여(경우에 따라서는 이 조차도 무너지기도 한다) 이 특수주의적 권력을 자신의 것으로 끌어들일 수 있으면 얼마라도 가능하다는 형태로 결정된다. 쉽게 말하자면 부르는 것이 값이 되는 것이다.

실제 이러한 행태를 「업」으로 하는 변호사들은 이제는 소수에 머무른다고도 할 수 있다. 하지만 문제는 그들이 소수이며, 정당한 노력과 정당한 보수로 변호사라는 직업을 영위하는 사람이 다수라고 해서 사정이 달라지는 것은 아니다.[11] 이 다수인 변호사들도 역시 마찬가지로 그 소수인 변호사들에 의하여 혜택을 받고 있기 때문이다. 어려운 시험에 합격함으로써 선택받은 소수엘리트라는 관료주의적 자존심과 더불어 이제 집단적 법독점현상이 일어나고 있는 것이다. 법의 집행자가 아니라, 법의 독점자로서의 변호사의 사회적 지위로 인하여, 「변호사가 있으면 승소한다」는 사회적 의식의 혜택과 상향조정된 수임료에 무임승차하는 이득을 입고 있는 것이다.

10) 이 점은 요즈음 문제로 되고 있는 법조브로커의 관행에서 잘 나타난다. 그들은 rent를 제공하는 변호사들에 붙어 일반인들에게는 차단되어 있는 이 특권적 서비스의 소재를 상품화하여 법률소비자에게 판매하는 초기단계의 지주라 할 것이다.

11) 엄밀히 말하자면, 전문직집단의 형성요소중의 하나인 전문직윤리의 관점에서는 바로 이러한 소수의 일탈자는 전체전문직의 윤리적 수준을 보여주는 척도이자 동시에 일종의 대표단수라 할 것이다. 환언하자면, 이러한 일탈자가 존재한다는 그 사실만으로도 전체 전문직의 존재의미는 저감될 수밖에 없다는 것이다.

2. 법조개혁의 당위성

이 점에서, 법조제도의 개선논의들은 개량이 아니라 개혁의 차원에서 거론되어야 한다. 법과 국민을 단절시키는 장벽으로서의 법조를, 양자의 연결고리로서의 법조개념으로 치환하여야 하기 때문이다. 법은 더 이상 일부의 특정한 집단들이 형성하는 폐쇄회로 속에 머물러서는 아니된다. 미국의 배심제도가 그 많은 단점과 폐해에도 불구하고 아직도 그 존재의의를 가지고 있는 것은, 소수자가 독점하고 따라서 국민들에 무조건 부과되는 일방적 법이 아니라 국민들의 의식속에서 찾아지는 법이야말로 진정한 법이라는 인식이 유효하기 때문이다. 그를 위하여, 예를 들자면, 미국의 법조는 경직된 법도그마에 얽매이기 보다는 배심으로 대표되는 일반인의 정의감정에 부합할 수 있는 변론을 추구한다. 그들은 특수주의적 배려에 의한 「봐주기」보다는 보편주의적 정합성을 지향한다. 여기서 국민들의 법참여가 가능하게 되고 그에 의한 법의 정당성, 권력의 정당성이 획득될 수 있는 것이다.

한마디로 법은 공공재(public goods)이(어야 한)다. 누구도 그로 인하여 배타적인 이득을 누려서는 아니된다. 그것은 돈으로 살 수 있는 것이어서도 아니되고 힘으로 타인을 배척함으로써 자신의 전유물로 만들 수 있는 것이어서도 아니된다. 관점을 바꾸어 보면 법을 공공재로 만드는 것이야말로 국가의 고유한, 그리고 가장 중요한 의무중의 하나가 된다. 국민이 지킬 수 있는 법이란 국민이 납득하고 그에 참여할 수 있는 법이다. 따라서 원칙만을 가지고 말한다면 통상적 의미에서의 법률서비스란 자본주의적 시장에서 거래되는 상품이어서는 아니되며, 오히려 그 시장을 형성하기 위한 무상의 조건으로 존재하고 있어야 한다. 그리고 바로 여기에서 법조 특히 변호사의 공적 성격이 나오는 것이다.

거듭 말하거니와 변호사는 법과 일반국민들을 중개하는 지위에 있는 자이다.[12] 그들에 대한 국민들의 접근능력은 곧 법의 개방성의 정도를 의미한다. 만일 전자가 폐쇄되어 있는 경우에는 법이란 오로지 소수자의 전유물이 되고 만다. 국가권력의 민주적 집행이나 개인의 권익보장이란 형해화된 구호물에 그치고 마는 것이다. 이렇게 말할 경우 혹자는 필리핀이나 네팔과 같이 변호사의 수가 과다한 국가에서 권위주의적 권력행태가 나타나는 경우를 들면서 반론을 제기할지도 모른다. 하지만 그들 국가에서는 법을 법으로 존재하게 만들 수 있는 사회적 여건이 채 성숙되지 못하였다. 시민사회의 미발달이나 법효력의 기반으로서의 중앙정부의 권력의 미약함이라는 보다 큰 장애요소들이 법치주의를 가로막고 있기 때문이다. 우리나라의

12) 이국운은 이를 대표(representation)라는 개념으로 설명한다.

경우에는 이와는 전혀 다르다. 후술하는 바와 같이, 경제성장과 더불어 이미 나름의 독자성을 가지는 시민사회가 형성되고 있으며, 법이라는 공통의 기반위에서 자신의 권익을 형성할 수 있을 만큼의 법문화도 상당한 정도로 구축되었다. 다만 이 권익들을 「법」적으로 표현하고 주장할 수 있는 메카니즘이 아직 미비한 것이다. 그리고 바로 이 미비한 메카니즘의 주인공이 바로 전근대적인 직업이기주의의 옹벽을 구축하고 있는 법조집단인 것이다.

이 부분에서 A. 기든스가 말하는 신뢰체계로서 근대성[13]을 논의하는 것은 의미심장하다. 독일식의 법치주의든 영미식의 법의 지배든 그것이 형식적 법체계를 바탕으로 국가생활 및 시민사회의 안정을 도모하고 인권을 보장함으로써 국가의 정당성을 획득하고자 한다는 점에서 공통적이다. 기든스 식으로 말하자면 법이 추상세계의 안정된 지식으로 존재하고 국민들이 그를 통하여 다양한 생활관계에서 나오는 위험들을 관리할 수 있을 때, 비로소 근대적 사회의 형성이 가능하다고 할 수 있다. 그리고 바로 이 양자간의 관계를 연결하여 주는 것이 전문가 내지는 전문직업인들이다. 여기서 법조는 추상적 법과 구체적 생활현실을 연결하는 접점의 성격을 가진다. 국민들이 국가법을 경험하고 그로써 자신의 생활을 관리할 수 있는 통로이자 창구를 형성한다는 것이다. 만일 이 접점 부분에서 국민들의 만족을 거두지 못할 때, 국민들의 생활은 불안정해지고 나아가 이 불안정으로 국가 그 자체의 정당성을 회의하게 된다. 뿐만 아니라 국가법에 의존하는 대신 그 대안으로써 자신만의 위험관리체제를 형성하고 그것을 집행한다. 예컨대, 연줄을 동원하거나 뇌물이나 인사로서 호의를 기대하거나 폭력과 같은 비인간적 수단까지도 동원하게 되는 것이다. 이렇게 본다면, 실제 IMF의 가장 큰 원인은 바로 이 법조의 직무유기에서부터 연유한다고도 할 수 있다. 시장의 투명성이나 공정성의 결여로 인한 국가신인도의 하락이 IMF를 초래하였다고 한다면, 그 투명성과 공정성을 담보하는 최대의 장치인 국가법 자체의 대국민적 신뢰도의 상실은 바로 그와 직결되지 않을 수 없기 때문이다. 그리고 바로 그 지점에 제자리를 잡지 못한 법조가 서 있다.

그래서 사법개혁의 논의는 이 부분에서 출발하여야 한다. 환언하자면, 전술한 세 가지의 폐단들-법조의 권력수단화, 폐쇄집단화, 그리고 지대추구로서의 파행적 법운용관행-을 불식하고 본래의 이념적 수준에서의 법조체계를 형성하는 것이 바로 오늘날의 사법개혁의 가장 큰 물줄기가 되어야 한다. 그래서 법조가 여타의 사회세력-특히 정치권력이나 경제권력 또는 사회적 다수자세력-으로부터 일정한 생활영역의 독자성과 자율성을 확보해 나감으로써 사회적 생활관계의 안정성-법률전문직

13) Giddens, A., *The Consequences of Modernity*, 이윤희, 이현희 역, 포스트모더니티, 민영사, 1989 참조.

의 경우 법의 독자성과 자율성-을 확보하고 유지하는 가장 유효한 장치로 작용할 수 있도록 하여야 한다. 법률전문직의 순기능을 어떻게 확보하고 발전시켜 나갈 것인가 또는 바로 이러한 법지식과 기술을 역으로 민중속으로 파고 들 수 있도록 하는 제도적 장치를 어떻게 구축할 것인가의 논의에 초점이 맞추어져야 한다는, 법치주의의 최소한의 요청이 우선해야 한다는 것이다. 그리고 그런 연후에야 비로소 세계화 또는 후기산업화사회에서 법조가 어떻게 국가생산성을 고양시키며 다양한 생활욕구들을 반영하는 국가발전과 민주화의 주체로 기능할 수 있도록 할 것인가를 논의해야 한다.

3. 법조개혁의 사회적 의의 - 시대적 당위성

(1) 세계화: 신자유주의의 급습과 세계체제의 재편

1980년대부터 우리 사회에 스며든 세계화의 바람은 권위적 국가중심주의에 개방과 시장의 자유화를 요구하였고 급기야는 IMF체제라는 전대미문의 경제위기현상까지 초래하였다. 문제는 이러한 상황들이 단순히 우리 경제모델의 실패로서만 그치는 것이 아니라, 오히려 그것이 법체계 자체의 위기로까지 이끌어간다는 점이다.

민주화의 산물로서 나타났던 두 정부에서 추진되었던 일련의 '사법개혁'과정은 그에 상응하는 어떠한 정치철학이나 이념 그리고 의지도 없는 채 진행되어 오히려 개악으로 치닫는 결과를 야기하였다. 보기나름으로 시민사회는, 정치영역에서는 국가에 의하여, 그리고 경제생활의 영역에서는 과대성장한 대기업집단 즉 재벌을 중심으로 하는 또하나의 私政府에 의하여 유효하게 배제되고 종속적 지위로 전락하는 상태에서 다시 억압의 주체를 국가로부터 경제영역으로 이행시키는 단계에 직면하고 있다. 문민정부가 거창한 슬로건으로 제시하였던 세계화전략은, 여전히 주변부 포디즘(단순히 부품의 조립·가공을 중심으로 하는 대량생산체계)의 한계를 벗어나지 못하고 있던 우리 경제체제에, 급작스럽게 자본의 국제화 및 신자유주의의 확산통로를 형성하였고 그것은 IMF와 신자유주의로 지칭되는 세계체제에의 급속한 편입현상만을 야기하였다. 문민정부이래의 어슬픈 세계화전략은, 오히려 재벌과 같은 개혁저항세력들로 하여금 경제개혁의 주된 축을 재벌구조개편으로부터 범지구적 경쟁력강화나 정보화의 담론들로 왜곡하겠끔 하였고, 이러한 상황에서 급작스럽게 닥친 IMF의 관리체제는, 기업의 투명성·공명성 확보, 금융구조개편, 노동시장의 유연성확보 등을 주요골자로 하면서, 국가 또는 그를 중심으로 형성되는 소수의 특권집

단에 의하여 결정되고 또 집행되는 법관행들을 처음부터 끝까지 시장의 원리에 일임할 것을 강권하고 있다. 더구나 그것이 단순히 국내시장의 공명성이나 경쟁성의 확보를 지향하는데에 그치는 것이 아니라, 세계투기자본을 중심으로 하는 일련의 국제자본들이 보다 자유롭고 안정적인 수준에서 국내에 유입되어 활동할 수 있는 여건을 형성하라는 압력으로까지 확대되어 있다. 이것은 지금까지 우리 경제를 지탱하여 왔던 두 요소들 즉, 국가주도에 의한 경제운용의 틀과 폐쇄적 경영전략에 힘입은 독과점적 시장지배라는 부분을 직접 그 대상으로 하고 있는 것이다.

이러한 IMF관리체제의 이론적 배경을 이루는 신자유주의는 방법론적 개인주의, 합리주의 및 실증주의를 바탕으로 한다. 여기서는 기본적으로 여섯가지의 명제 즉, ①경제주체가 존재한다 ②경제주체는 결과에 대하여 선호를 가지고 있다 ③독립적 경제주체는 제약하에서 최적화를 한다 ④상호연관된 시장에서 선택이 행해진다 ⑤경제주체는 관련된 정보를 충분히 가지고 있다 ⑥관찰가능한 결과는 조정되며 균형상태를 기준으로 논의된다는 명제들을 그 이론적 바탕으로 한다.[14] 여기서는 무엇보다도 우선적으로 재산과 교환을 권리의 형태로 담보하는 법담론의 형성이 필요하게 된다. 그것은 국가적 규제나 집단적 간섭으로부터 자유로운 개인과 재산, 그리고 그들의 자유로운 행위공간으로서의 시장을 보장하고 그 안정성을 확보하는 수단으로 규정된다. 법이란 이기적 개인의 합리적 시장행위를 저해하거나 방해할 우려가 있는 제반의 요소들(거래비용이 대표적이다)을 사전적·사후적으로 제거하고 필요한 경우 교환질서를 왜곡할 수도 있는 경제력의 집중이나 불공정행위를 차단하는 정도의 기능만이 기대되고 있을 따름이다. 그외 나머지의 부분은 언제나 시장의 보이지 않는 손에 의하여 자율적으로, 그리고 독립적으로 일정한 균형을 향하여 자연스럽게 진행된다고 본다.

오늘날 우리 법조개혁을 논의하면서 IMF로 대변되는 이 신자유주의와 세계화라는 세계자본의 전략을 고려하여야 하는 이유도 바로 이 부분에서이다. 종래 국가의 정책의지를 중심으로 그 실질과 내용이 결정되던 각종의 법·권리담론들이 문자 그대로 세계화의 수준에서 보다 일반적이고 보편화된 법·권리담론으로 대체되어야 하며, 나아가 공/사 영역의 구분을 이루는 경계설정 자체도 이제는 국가의 손을 떠나 보다 객관화되고 공명성이 보장되는 자율적 시장영역으로 재규정되지 않을 수 없기 때문이다. 이것은 두가지의 의미를 가진다.

그것은 먼저, 국내시장의 투명성과 자율성의 확보를 지향하면서 그 과정으로서의 법치주의의 확립을 요청한다. 물론 이 때의 법치주의는 시장적 법치주의, 즉 자유

14) 이에 관한 자세한 분석으로는, 한상희, "민주주의와 경제질서 : 재구성적 헌법읽기," 민주법학 제14호, 1998 참조.

주의에 기반을 두는 법치주의를 말한다. 그래서 국가는 후견자 내지는 통할자의 지위에서 심판자나 중재자의 지위로 천이하게 되며, 법은 개개인들이 가지는 권리와 의무를 확정짓고 그 범위내에서 자율적으로 생활할 수 있는 기초로서 존재하게 된다. 법이 가지는 후견적 기능이나 형성자적 기능이 후면으로 퇴행하게 되는 것이다. 둘째, 그것은 법과 질서의 내용을 규정하는 주체가, 국민국가단위의 주권자가 아니라, 세계시장을 통할하는 '보이지 않는 손'이 됨을 의미한다. 소위 보편적 접근가능성이라는 명제로 통칭되는 이 시장의 손은, 세계경제의 질서원리와 국민국가단위의 질서원리를 마치 시장과 경제주체의 선호를 결합시키는 것과 같은 구도로 설정된다. 지금까지 우리 법담론을 지배하였던 국가내적 일반·추상적 법규범이라는 명제는 이제 세계적 수준에서의 일반·추상적 법규범이라는 명제로 대체회는 것이다. 그리고 그것을 지배하는 것은 적자생존의 권력논리와 적용가능성을 전제로 하는 일반적 타당성의 논리이다.

우리나라가 OECD에 가입하고, 2003년부터 보편적 서비스시장의 개방이라는 맹약(?)을 준수하여야 하는 것도 이러한 맥락에서 처리되어야 한다. 흔히 말하듯 법률서비스시장이 개방되면 외국변호사들이 물밀 듯 들어와 기존의 시장을 잠식할 것이라는 예상은 이 점에서 잘 못되었다. 이 시장개방의 문제는 기존 법조의 수입감소가 아니라, 이상과 같은 보편적 접근가능성의 확보라는 명분으로 잠식하게 되는 우리의 법주권이며, 이 과정속에서 강대국의 법담론과 법기술이 우리의 법체계를 흔들어 놓게 된다는 점이다. 철저한 권리/의무의 규정을 바탕으로 자유시장의 보장을 외치는 신자유주의적 법담론이 고도의 전문성·효율성을 가지는 법기술자들에 의하여 우리 주권영역내에서 전횡하게 되는 현실이 문제라는 것이다.[15] 여기서 우리의 법체계는 영미식의 시장주의가 아니라 대륙식의 국가중심적 체제라고 아무리 강변해 보아야 소용이 없다. 이미 우리는 UR에서부터 시작하여 OECD가입, 나아가 IMF 등으로 이 세계체제내에 내던저져 있고, 그 안에서 대륙법계 특히 독일식의 법담론이 아니라, 이미 시장주의적 법담론에 따르지 않을 수 없는 대안없는 상황에 빠져 있기 때문이다.

여기서 지난 사법개혁논의때 한 변호사가 변호사수의 증가주장에 반박하면서 인용한 글은 오히려 역설적으로 보인다.

15) 이러한 사실은 세 개의 301조를 중심으로 횡행하고 있는 미국법의 역외적용의 경험에서도 잘 알 수 있다. 2차대전 직후 세계인권선언 등 각종의 인권담론들이 이미 그 보편적 적용의 가능성을 실천하고 있듯이, 1970년대 후반 이후부터 세계시장의 일반성확보를 위한 각종의 노력들-미국을 중심으로 한-이 저작권·무체재산권, 정보통신관련법, 무역관계법 등의 영역에서 상당한 수준으로 진행되고 있었다. UR은 보기나름으로는 바로 이러한 일련의 과정들을 재확인하고 공식적으로 선언한 것에 불과하다고 할 수 있다.

> 미국 인구의 반밖에 안 되는 인구를 가진 일본에서는 매년 미국보다도 많은 수의 엔지니어를 배출시키고 있습니다. 미국이 많이 배출시키는 인력은 무엇하는 사람들입니까? 변호사입니다. (……) [미국]에서는 매년 전일본의 변호사수의 3배에 달하는 변호사가 배출됩니다. (……) 미국 상품에는 소송비용이 생산비의 일부로 포함되고 있는 실정이니 경쟁력이 없다는 것이 놀랄 일이 못 됩니다.[16]

일종의 기생충경제(parasite economy)에 의한 국부의 낭비를 지적한 미국인의 자기반성이다. 실제 미국의 경우에는 1980년대 후반부터 1990년대 초반까지 변호사의 과잉현상에 대하여 엄청난 비판과 질책이 가해졌었다[17]. 그리고 그 논의들이 대부분 우리나라의 사법개혁논의때 기득집단들의 방어논리로 원용되었던 것도 사실이다. 그러나 이러한 미국의 논의들은 1970년대 오일쇼크이후 세계체제의 개편과정에서 제조업을 중심으로 한 실물산업경제부문으로부터 금융, 정보통신 등의 소프트경제부문으로 이행하는 과정에서 야기되었던 일종의 경제구조이행논쟁의 한 부분이었다. 그리고 그 결과 그 많은 엔지니어들을 배출하였던 일본에 대하여 '보편적' 법논리와 법기술로 무장한 무역전사들(trade warriers)을 앞세운 미국의 일방적 승리로 끝났음도 우리는 잘 알고 있다.[18] 엄밀히 보자면, 이러한 실체없는 이야기를 하는 동안 우리나라는 한 걸음 한 걸음씩 IMF를 향하여 쇠락하고 있었다.

문제는 이 일화에서 우리 법조가 세계화를 바라보는 시각의 일단을 읽을 수 있다는 것이다. 세계경제의 흐름이나, 그 비난의 대상이 되었던 미국변호사들이 그러한 질책의 와중에서 무엇을 추구하였고 또 무엇으로 그 밥벌이를 충당하고자 하였던지에 대하여, 그리고 그러한 일련의 흐름들이 가지는 세계사적 변화의 양상을 읽어냄에 있어 완전히 눈을 감고 있었던 것이다. 그 당시 미국변호사들이 Law Firm들간, 또는 Law Firm들과 회계법인이나 투자법인들간에 거대한 M&A가 이루어지고 그 결과로서 탄생한 거대 법률기업들이 세계금융과 무역질서, 정보통신들을 한 손에 장악하는 눈에 보이는 음모들을 그대로 간과하였던 것이다. 그리고 바로 그들에 의해서 세계화의 보편적 접근가능성이라는 명제가 정교한 논리적 기반을 확보하고 그

16) 박성호, "법조인 선발인원의 적정수산정 및 로 스쿨 도입문제에 대한 검토," 시민과변호사, 제15호, 1995

17) 이러한 비판을 바탕으로 1990년대 이후의 미국 변호사 집단의 변화를 기술한 것으로 R. L. Nelson, et. als., Lawyers' Ideals/ *Lawyers'Practices : Transformations in the American Legal Profession*, Ithaca : Cornell University Press, 1992 참조.

18) 미국의 무역정책과정에서의 변호사의 역할에 관하여는 한상희, "미국무역정책과정과 변호사의 역할," 미국학, 제12집, 1994 참조.

것이 우리나라의 법질서를 억압하는 중량으로 작용하게 되었음 또한 안중에 넣지 아니하였던 것이다. 그리고 이러한 형태의 우리 법조가 오늘날의 시대적 상황에 적응할 수 없는 체계로 구성되어 있음은 별론을 요하지 않는다.

(2) 후기산업화사회와 시민사회의 성장

오늘날 급증하는 민주주의의 실질화에 대한 요청은 법조개혁을 바라보는 현시점에서 그 나름의 의미를 가진다. 경제성장과 더불어 나름의 실체를 가지고 형성되는 중산층은 1980년대의 노동운동과 시민운동의 기반을 형성하면서 동시에 자신의 삶에 대한 다양한 욕구들을 정치적으로(또는 법적으로) 재조직하는 주체로 기능하게 된다. 여기서, 종래 획일화와 규격화·표준화의 패러다임을 따라 이루어졌던 포드주의적인 대량생산과 대량소비가 유연전문화의 추세에 따라 소량생산·고부가가치를 지향하듯이, 인간을 획일적으로 규정하고 표준화시키고 있던 근대자유주의적 민주주의의 관념 또한 그에 상응하여 변화하게 된다. 구체적인 상황속에서 그와의 밀접한 연관을 가지고 생활하는 구체적 인간 - 따라서 상황의 차이와 인간의 차이에서 연유하는 나름의 취향의 차이 내지는 행위의 차이를 있는 그대로 받아들이고 존중함으로써 공존의 가능성을 모색하는 준거이자 기제로서의 자유와 민주주의의 관념으로 나아가는 것이다. 그래서 참여민주주의론이나 시민사회론과 같은 90년대를 지배하였던 무수한 담론들뿐 아니라, 1980년대 중반부터 본격적으로 활동하고 있는 각종의 시민단체나 시민운동, 지역운동들의 다양한 움직임에서 우리는 이를 읽을 수 있다.

이러한 단체나 운동들은, 그 준거를 일상생활에 두면서 그 생활세계로부터 형성되는 이해관심과 의미·상징들을 하나의 정치적 또는 경제적 주장으로 전환시키면서, 자신들의 욕구를 형성하고 주장하면서 그로부터 스스로의 생활을 형성해 나가는 일련의 정치적 내지 경제적 과정을 구축한다. 따라서 여기서는 공적인 행위와 사적인 생활이 그대로 중첩되면서, 일면으로는 생활과정을 형성하고, 동시에 그 생활을 정치적으로 재구성하고 관철시키고자 노력하는 일정한 생활세계를 구성한다. 나아가 이를 통하여 자신의 생활을 새로이 형성해 나감으로써 그로부터 자신의 정체성을 추구하고 또 구성하는 일련의 생활양식을 이루어나간다.

인권과 권리의 관념은 바로 이러한 의미변화에 의하여 그 실질을 새로이 구성한다. 그것은 단순히 국가권력 또는 그에 준하는 사정부권력 내지는 폭력으로부터 개인을 보호하는 관념이 아니라, 개개의 인간들이 자신이 처한 생활환경속에서 자신의 생활을 형성하고 영위하는 조건으로서의 인권관념으로 통합되고 구조화된 틀 속

에서 이해되어야 한다는 것이다. 이러한 의미에서의 인권이 파악될 때, 그때의 내용은 개인적인 생활영역의 보장과 그 생활의 형성 및 영위능력의 보장이 된다. 환언하자면 인권은 개개의 인간을 그 생활로부터 유리·소외시키는 모든 억압적·강제적 권력으로부터, 구체적인 생활을 보호하고 나아가 그러한 정치영역 또는 경제영역 모두에 걸쳐 자신의 생활세계를 확보하면서 그것을 형성해 나갈 수 있는 인간의 능력 또는 그 상태를 보장하는 것으로 개념화된다는 것이다.

이러한, 일종의 시민사회론이라고도 할 수 있는 구조화의 논의는 기존의 법모델을 그 근원에서부터 변화시킬 것을 요청한다. 상호 연대속에서 공유되는 생활과 의식을 바탕으로 부단히 자신을 교정해 나가는 일련의 생활과정에서 구체적인 행위의 준거들을 찾아나가는 법담론을 요청한다는 것이다. 그래서 여기서의 법모델은 언제나 절차적인 모습을 가지게 되고, 이 절차를 통하여 상호간 정보의 공유를 지향하고 서로가 서로에 의하여 또는 그 참여의 과정을 통하여 항상 새롭고 부단하게 재형성되는 성찰적 인간의 공동체를 바탕으로 한다. 나아가 여기서의 법조는 이러한 절차에 대한 중립적 판정자로서, 또는 공동체구성원들의 학습과 선택에 필요한 정보의 제공자로, 또는 경우에 따라서는 그러한 학습·선택을 통하여 자신을 재성찰할 수 있는 기반을 제공하는 하나의 교육자로서의 기능을 수행할 것이 요구된다.

지난 사법개혁논의당시부터 "사법도 서비스다"[19] 또는 사법의 민주화라는 명제가 타당할 수 있었던 것은 바로 이러한 시대상황으로부터 연유한다. 사법이 국가권력이 하향식으로 강제되는 통로로서의 권력현상이 아니라, 이렇게 다양하게 제기되는 국민들의 생활욕구들을 법적으로 재구성하고 사법과정속에 편입시킴으로써 국가적 보호를 받게 하는, 일종의 생활촉진자로서의 사법작용을 요청하고 있는 것이다. 그래서 시민운동이나 소비자운동, 여성운동, 환경운동 등 오늘날 새로이 정치화되고 있는 다양한 생활영역들이 그 나름의 법적 변론의 가능성을 모색하게 되고 이 부분에서 법조의 협력과 참여를 요구한다. 뿐만 아니라, 개개인의 입장에서도 성숙한 법의식·권리의식에 힘입어 자신의 욕구나 주장들을 국가 또는 법의 힘으로써 관철하고자 하는 의지가 가시적으로 나타난다. 우리나라에서 각종의 소송제기건수가 나날이 증가하고 있는 것은 바로 이 때문이다. 종래 권위나 연줄, 또는 힘의 논리에 의하여 처리되었던 제반의 사적 분쟁들이 오늘날에 와서는 하나하나가 법의 이름으로 사법과정에 포섭되고 있는 것이다. 한마디로, 오늘날의 국가사회는 종래의 엄격한 형식주의적 법담론으로 모든 것을 감당할 수 있었던 총체성을 상실하고 있다. 오히려 다양한 시민적 요구들을 각각 그에 상응하는 논리와 전술로서 대변하고 또 충족

19) 권오승, 사법도 서비스다 : 법조 개혁, 미래미디어, 1996.

시켜야 할 시대적 요청을 안고 있다. 지금의 우리 법조체계를 떠받치고 있던 일반적·총체적·독립적 법담론이 새로운 생활정치를 추구하는 시민사회의 요청에 의하여 개별화·구체화수준에서 재구성되어야 한다는 것이다. 바로 여기서 민중으로부터 유리된 법지식의 전유자로서의 법조가 오히려 민중속으로 파고드는 법조로 재형성되어야 할 필요를 느끼게 된다.

(3) 정리

오늘날 새로이 닥치고 있는 시대변화는, 우리 법조의 파행적·병리적 현상을 치유하기 위한 개혁방안 외에도, 그에 상응하는 법조의 변화를 요구한다. 신자유주의를 토대로 하는 세계화(정보화도 넓은 의미에서 여기에 포섭된다)의 추세는 법조로 하여금 그 전문·기술성의 양적·질적 확장을 요구한다. 범지구적으로 보편화, 일반화의 변혁을 겪고 있는 법체계를 새로이 구성하고 그에 부합하는 법담론구축과 변론의 능력을 갖출 것을 요구하는 것이다. 물론 이를 위하여 국제통상관계법이나 정보관련법, 또는 다양한 법체계에 대한 지식이 요구된다. 하지만, 수많은 논자들이 말하듯이 그것으로 해결되는 것은 아니다. 오히려 그것은 출발에 불과하다. 문제는 세계화로 인하여 요청되는 법담론이 단순히 형식적 법규담론에서 멈추지만은 않는다는 것이다. 세계화 자체가 강대국을 중심으로 하는 세계체제의 재편이라는 점에서 경제와 문화, 또는 국제정치 전반에 대한 지식이 뒷받침될 때에야 비로소 그러한 법지식은 의미를 가진다. 신자유주의가 합리주의와 실증주의를 바탕으로 정치하고도 체계정합적인 전략을 취하고 있기 때문이다. 그렇다고 해서 법조가 이러한 인문·사회과학적 지식까지 겸비할 필요는 없다. 중요한 것은 법조가 세계화의 담론을 뒷받침 하고 있는 제반의 실증과학들을 법과정에 연계시킬 수 있는 능력이다.

80년대말부터 미국법조가 생산성저하라는 사회적 비난의 타개방안으로 취하였던 조처들을 생각하면 이 부분의 모범답안을 떠올릴 수 있을 것이다. 즉, 대형법률회사들이 회계법인이나 금융·투자컨설팅회사 등과 합병하고 경우에 따라서는 흡수, 신설하는 등의 방법으로 그 직무범위를 엄청나게 확대하였던 것은 바로 이렇게 다양한 시장부분들을 자신의 법적 전문능력속에 편입시켰음을 의미한다. 한마디로 법조를 중심으로 다양한 전문가들을 통합하고 유기적으로 체계화시켰던 것이다. 역시 마찬가지로 우리에게 있어서도 이러한 작업이 요청된다. 특히 적어도 법조양성과정에 있어서는 법지식의 전수·훈련 뿐 아니라, 각종의 경제·경영 또는 무역이나 정보, 사회생활관계들에 관한 지식들-이는 그에 상응하는 전문가들의 몫이다-을 법을 중심으로 재구성할 수 있는 능력을 함양시킬 수 있어야 한다는 것이다.

이는 시민사회의 성장이라는 시대상황에서도 의연히 중요한 의미를 가진다. 다양한 생활욕구들을 법적으로 정서하고 그것을 사법과정에 포섭하기 위하여는 그에 상응하는 지식과 이해력을 갖추어야 한다. 물론 이 부분에서는 사법과정에의 접근성 강화 즉 국민의 사법접근권확보를 통한 사법의 민주화라는 또다른 요청-양적 개혁의 요청-이 있기는 하지만, 그와 동시에 소비자보호, 제조물책임, 환경소송, 각종의 정치적 주장을 과시하기 위한 시험소송 등 다양하고도 다차원적인 적응능력이 요청되는 것이다.

실제 이러한 요청에 부응하는 대안을 마련하기 위하여는 거의 모든 사법영역에 대하여 각각 무수한 방안들이 모색되어야 한다. 하지만, 이하에서는 법조양성제도를 중심으로 나름의 이념성과 그 실천방안들을 살펴 볼 것이다. 그러나 이렇게 주제가 한정되어 있다고 해서 그것이 이상의 논의중의 일부만에 해당되는 것은 결코 아니다. 오히려 보기 나름으로는 법조양성체계 그 하나만으로도 상당히 많은 문제점들을 치유할 수 있다. 바로 이 때문에 사법개혁의 이념과 방향성이라는 문제가 같이 거론되어야 하는 것이다. 이에 이하에서는 법조양성제도 특히 지난 1994년의 사법개혁논의에서도 집중거론되고 있고 현재도 초미의 관심이 되고 있는 법학전문대학원안을 중심으로 그 당위성과 실천방안들을 살펴 볼 것이다.

Ⅲ. 법조양성제도-법학전문대학원안을 중심으로

1. 법률전문직의 개념요소와 분석준거의 도출

Foote[20]는, 전문직을 1) 그 내재적 속성으로 그 업무수행의 준거로서의 전문적 기술 즉, 일단의 이론에 의하여 뒷받침되는 특수화된 기술 2) 동료들로 구성되는 결사에 의하여 지지되는 경력 즉, 외연적으로는 사회적으로 특정가능한 일정한 (형식적) 자격요소들(교육·훈련의 과정, 자격증 등), 3) 공동체에 의하여 인정되는 사회적 지위라는 전문직에 특유한 구성요소들을 중심으로 분석하고 있다. 이론의 뒷받침을 받는 전문적 기술과 집단적 인정제도의 존재, 그리고 사회적 지위의 3자가 전문직의 본질요소라고 보는 것이다.

하지만 이와 같은 전문직의 개념규정은 생계의 수단으로서의 직업이라는 노동관

20) Foote, N.(1953), "The Professionalization of Labor in Detroit," *American Journal of Sociology, vol.*58, 1953, pp.371-2.

련적 요소를 배제한 것으로, 전문가라든가 이론가와 같은 유사개념과의 혼동을 야기할 우려가 있다. 전문직은 자신의 전문기술을 이용하여 생계에 필요한 수단을 마련하는 상근직으로서의 성격을 가진다. 하지만, 그 전문직에로의 충원과정이 고도로 공식화·형식화되었다는 점에서, 즉 제도적이건 비제도적이건간에 어느 정도의 독점이 보장되는 체제에서 형성·유지된다는 점에서 일반적인 직업과는 차이를 보인다. Larson[21]은 이 점에서 뛰어난 분석을 보이고 있다. 그녀에 의하면, 특정한 전문기술인들은 나름의 시장을 개척하고 또 이를 통제하기 위한 적절하고도 유효한 기제(전문직협회가 대표적이다)를 가지며, 사회적으로 희소한 자원들 즉, 전문기술을 바탕으로 한 서비스를 사회적 및 경제적 대가로 전환하는 방편의 하나로서 전문직의 현상이 나타난다고 한다. 즉, Posner의 말처럼 시장에서의 독점과 사회계층구조내에서의 일정한 지위의 독점이라는 두 가지의 독점이 동시에 나타나는 것이다.[22]

이렇게 본다면, 전문직의 개념은 전문적 지식·기술과, 사회적 지위로 이루어지는 이데올로기적 정당화, 및 독점이라고 하는 경제적 토대 등 세 가지의 요소로 구성되며, 이를 담보하기 위한 장치로서 전문직 구성원의 (적어도)다수로 구성되는 공동체라는 조직적 요소가 추가되는 것으로 보아야 할 것이다. 환언하자면 지식이론의 측면에서는 전문적인 지식이나 기술 또는 일정한 사회적 전통에 대한 권위적인 해석권한의 소지자로서, 그리고 사회구조적인 측면에서는 주어진 현실에 대한 나름의 분석과 판단을 바탕으로 권위적인 가치실천양태의 결정계층으로서의 지위가, 그리고 사회경제적인 측면에서는 배타성, 희소성을 바탕으로 일정한 시장을 형성·통제하는 독점자로서의 모습이 강조되는 것이다. 또한 구체적인 행태의 주체로서 전문직 종사자 개인과 그들의 결사로 구성되는 전문직단체는 이와 같은 전문직의 행태를 분석하는 단위로서 또는 그 외연을 특정하기 위한 도구적 개념으로서 상정되어야 한다.

이같은 개념화를 우리의 주제와 관련하여 볼 때, 무엇보다도 중요한 것은 전문직의 두 요소-전문지식의 형성과 그 정당화의 요소와, 직업단체를 중심으로 형성되는

21) Larson, M., *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*, University of California Press, 1977; Larson, M., "Monopolies of Competence and ideology," in: Ghai, Y., R. Kuckham, and F. Snyder, *The Political Economy of Law: A Third World Reader*, (Delhi, Harvard University Press), 1987 참조. 그는 전문직업화(professionalization)이라는 말을 사용하면서 그것은 전문지식 혹은 기술이라는 희소자원을 기반으로 구성된 하나의 질서를 사회경제적으로 보상받을 수 있는 질서로 옮기는 과정에서 독점이라는 현상이 나타난다고 본다. 하지만, 그의 독점은 시장에서의 독점뿐 아니라 사회계층질서내에서의 일정한 지위-상층지위-를 독점하는 것까지 포함하는 개념으로 사용된다.

22) R. Posner, op.cit., pp.37-80.

독점적 지위를 이용한 상업성의 요소이다. 이를 우리의 주제와 관련하여 재구성한다면, 법조양성제도의 개혁에 있어 무엇보다도 의미있게 살펴 보아야 할 것이 법조양성과정에서 어떠한 전문지식을 어떻게 교육·훈련시키며, 그 전문지식이 법을 대상으로 한다는 공적 성격에 맞추어-즉 공공재라는 법률서비스의 특성에 맞추어 법조의 상업성이 야기하는 역작용을 어떻게 방비할 것인가의 문제이다. 특히 전술한 바와 같이, 법조양성과정에서부터 법조와 권력의 유착관계를 해소시키고, 법지식 및 그 실천기술의 자율성을 보장할 수 있는 기초토대를 구축하는 동시에 법조의 귀족신분화를 차단하는 장치를 모색하는데에 초점이 맞추어져야 한다.

2. 현행제도의 문제점 - 독일의 경우와 비교하여

현재 우리나라의 법조양성제도는 학부차원에서의 법과대학→사법시험→사법연수원→판·검사 임용, 변호사개업→각종 연수교육의 체제로 되어 있다. 여기서는 법과대학의 이수가 필수요건은 아니어서 법학비전공자도 법조로 충원되지만, 기본적인 틀은 법과대학에서 이론교육 및 교양교육을 담당하고 사법연수원은 실무교육과 소양교육을 중심으로 한다.[23] 그리고 통상적으로 이러한 법조양성과정은 독일의 그것을 모델로 한 것이고, 따라서 대륙법계의 법체계를 취하고 있는 우리의 법현실에 가장 부합하는 구조라고 이야기된다. 하지만, 이 점은 몇 가지의 관점에서 상당한 오류가 있거나 아니면 허위의식의 복합이다.

한 마디로 이러한 논의는 독일의 법조형성사적 특징을 고려하지 않음으로써 파생될 수도 있는 역기능적 폐해를 간과하고 있다. 독일의 법률전문직은 중세사회의 분권적이고 속인적인 법체계가 중앙집권적이고 속지적인 법체계로 통일되면서 국가의 지배의지와 더불어 발전하였다. 법률전문가의 등장은, 영미나 프랑스[24]의 그것과는

23) 엄밀히 따지자면, 이 과정은 중등교육단위부터 시작하여야 한다. 고교평준화가 이루어지기 전 소위 일류고등학교가 우리 법조의 시니어그룹의 대부분을 배출하였음은 법조의 폐쇄집단화, 신분화에 결정적인 요인이 된다.

24) 프랑스의 법률전문직의 발전은 프랑스대혁명 당시에서부터 영미의 그것과는 다른 양상을 보인다. 개인과 민주적 국가사이에는 어떠한 중간적 집단도 존재해서는 안된다고 하는 루소적 민주주의관념에 입각하여 변호사들이 어떠한 단체를 형성하는 것에 대하여 상당한 회의를 보였던 것이다. 그리고 법률 자체가 일반인도 쉽게 운용할 수 있도록 개편하는 것이 혁명의 지표로 기능하였다. 그 후 추상성·일반성을 특징으로 하는 나폴레옹 법전이 편찬되면서 법률전문가제도가 정립되고 또 전문직단체의 설립이 허용되었으나, 이 또한 국가적 통제하에서 이루어졌다. 즉, 국가공교육체제가 들어서면서 법률가양성 및 자격부여의 권한이 변호사단체에 일임되지 않고 국가에 의하여 운영되는 대학교에 부여됨으로써 대학에 의한 통제체제로 변환된 것이다. 자세한 것은 K. M. MacDonald, 권오훈 역,

달리 이 법률전문가들에 대한 주요한 고객층들이 시민-신흥자본가계층이 아니라, 오히려 종래의 권력을 보다 새로운 형태로 전이시킴으로써 그 실질을 유지하고자 하는 봉건귀족들이었다는 데에 그 특징을 보여준다. 여타의 유럽국가에서는 종래의 봉건귀족들이 정치권력과는 일단은 무관한 시민계급으로 대체되어 국가-시민의 관계를 형성하였다.[25] 반면, 독일에서의 이들은 중앙권력에 의하여 계수·시행되는 로마법에 관한 전문적 지식을 대학에서 획득하고 이를 중앙정부의 관료로서 집행하고 운용하는 역할에 그친 것이 아니라, 경우에 따라서는 란트정부의 관료로서 또는 지방의 토지귀족의 집사로서 그들의 이익을 위하여 중앙정부로부터 그들의 권력, 권한을 획득하는 장치로서 이용되기도 하였다.[26]

유럽 특히 독일에서의 법률전문직의 민간화는 이 과정에서 설명된다. 장원경제가 붕괴되면서 기존의 영주권이라는 것이 단순한 토지자본의 소유권으로 전이되기 시작하고, 봉건지대가 화폐지대로 변환하는 동시에 상업과 산업의 초기적 형성을 통한 국지적 시장이 전개되는 시기와 법률전문직의 등장시기가 거의 일치하고 있다는 사실은 이를 잘 보여준다. 구래의 재산관계 및 [경제적] 지배의 관계가 서서히 또는 급작스럽게 변화하는 과정에서는 사회내에서 가장 시급하고도 절실하게 요청되는 것이 이들의 새로운 관계들을 보다 명확하고 안정적으로 획정지워 줄 수 있는 법체계였던 것이고 또 그것을 '자신들의 편'에서 대변하고 그 이익을 관철시켜 줄 수 있는 또 다른 법의 담당자가 필요하였던 것이다.

그리고 이러한 법의 담당자는 영주출신계층들이 차지하게 된다. 그들은 한편으로는 새로이 등장하는 정치권력 즉, 군주권력이나 연방주권과 같은 공권력에 의하여 자신들의 봉건적 특권에 대한 도전을 받고, 다른 한편으로는 빈발하는 농민반란을 억압하는 등, 농민들에 대한 기존의 지배권을 유지하기 위하여는 이 공권력에 의존하지 않을 수도 없다는 역설적 상황에 처하게 된다. 이러한 상황에 더하여 장원경제의 해체과정이 계속됨에 따라 이들에게는 그들 스스로가 시민계급화하거나 그렇지 않으면 이 공권력의 한 담당자로서 관료화되는 택일만이 남아 있을 따름이었다.

전문직의 사회학-의사·변호사·회계사의 전문직프로젝트 연구, 일신사, 1999, 157면 이하 참조.

25) 이를 MacDonald(전게서, 137면 이하)는 "소정부"라는 개념으로 설명하고 있다. 즉, 그에 의하면 영국의 경우 국가와 더불어 도시, 자치구, 대학, 무역회사, 동업조합, 전문가양성소(Inn등)와 같은 다양한 기관들이 권력을 분점하고 있었고, 이 과정에서 법조인들은 전문가로서의 독립성과 자율성을 확보함에 필요한 자기 나름의 권력과 지위를 획득할 수 있었다.

26) "성직자들은 새로운 시대의 학식의 상속자로서, 쇠퇴해 가는 귀족들은 새로운 시대의 특권의 향수자로서, 그리고 시민은 새로운 시대의 「부」의 획득자로서 법률가라고 하는 직업을 선택하였던 것이다." 上山安敏, 法社會史, みすず書房, 1966, 46面.

여기서 특히 후자의 경우에는 보편적인 이해, 즉 국가의 복지를 유기적 총체로서의 공익으로 규정하는 이데올로기를 형성해 가고 있던 관료적 보편주의의 흡수되었던 비교적 상층의 신분들 특히 대규모토지소유자들은 귀족이나 상층관료로 흡수되어 군주들과 연합하여 국가에 대하여 공동주권을 행사하였다.[27] 반면에 주로 몰락한 영주들이나 신흥부르조아출신의 하급의 관료들은 상급관료들의 '정치적' 통제하에서 기계적 형식주의에 입각한 비인격적 법적용을 무기로 자신들의 입지들을 강화하고자 하였다. 이들 하급 관료들은 상층의 군주-귀족-상층관료의 연대와, 중산시민계급의 틈새에서 한편으로는 상층의 연대에 대하여 전문기술성이라는 실질적 자율성을 바탕으로 제도적 및 직업적 자율성을 확보하고자 노력하였고, 또 다른 한편으로는 보편적 질서의 표현체로서의 법질서를 바탕으로 중산시민계급의 통제권을 확보하면서 동시에 법적용에서의 확실성과 안전성을 내세워 중산계급들의 지지를 획득하고자 하였다.

이같은 역학관계는 우선 상층권력자들에 대하여는 탈정치화를 통한 권위적 지배체제의 확보를 가능하게 한다. 사회내의 수직적, 수평적 이해관계의 대립에 대한 규제 및 조정의 규준으로 적어도 외관상 독자성을 가지는 법규범을 제시함으로써 일정한 영역에 있어서는 자신들도 그 법의 규율을 받는 것과 같은 모습을 보이는 동시에, 사회내에서 발생하는 각종의 대립관계에 대한 정치적 해결방안, 즉 자신들에 대한 정치적 도전을 방어할 수 있는 유효한 기제를 마련하게 된다. 그리고 그를 실천하고 시민들을 자발적으로 법체계-보다 정확히는 그 권력체계-로 자발적으로 동원하는 가장 효과적인 방법이자 개념필연적으로 도출될 수 있는 법집행의 독립, 즉 법률전문직의 형성을 방임 내지는 허용하게 되는 것이다.[28]

더불어 시민계급의 입장에서도 국가공권력에 대한 접근가능성을 확보하기 위하여 법률전문직을 법의 동원을 위한 매개자로서 인식하면서 언제든지 그들이 자신들이

27) 이들은 자신들의 독자적인 지위를 공고히하기 위하여 스스로 관료적 형식주의를 형성, 자신들의 결정을 비인격적 법적용으로 정당화함로써 여타의 신분으로부터의 도전을 방어하였다.

28) 그래서 H. Siegrist("Public Office or Free Profession: German Attorneys in the Nineteenth and Early Tewntieth Centuries," in: G. Cocks and K. H. Jarauch, eds., *German Professions 1800-1950*, Oxford: Oxford University Press, 1990(MacDonald, 전게역서, 165면에서 재인용)는 이를 "위로부터의 전문직업화"라고 규정한다. 즉, 법률전문직이 국가관료의 한 분파로서 규정되고 또 국가적 통제하에서 그 실체가 형성되어 왔던 것이다. 마찬가지로 D. S. Clark("Germany," in: H. M. Kritzer, ed., *Legal Systems of the World II*, Santa Babara: ABC Clio, 2002, p.588)은 독일의 법조양성체제가 표준화된 법조인을 훈련시켜 이질적인 영토의 관리에 적합한 사법관료 및 행정관료를 충원하고자 하였던 프로이센의 전통을 이어 받은 것이라고 한다.

접근할 수 있는 형태로 정리되기를 원하였다. 이전에는 개인적인 친분관계나 어떠한 계급내적 관계와 같이 특수주의적 방법을 통하여서만 가능하였던 국가권력에 대한 접근의 창구를, 보다 일반적이고 형식화된 형태인 화폐를 매개로 한 접근의 수단으로 대체하고자 하였던 것이다. 즉, 법질서가 그 개념본질상 공익성과 일반성을 강조하고 있다 할지라도 구체적이고 개별적인 적용의 과정에서 나타날 수 있는 재량이나 융통성의 여지 또는 법질서 자체의 불확실성 등을 통하여 자신들의 이익을 관철시키되 동시에 그러한 이익관철행위에 대한 사회적 정당성을 상실하지 않으려면 그 법률서비스 자체가 또 다른 상징체계-화폐-로써 일반화되지 않으면 아니되었던 것이다.

하급관리들에서도 마찬가지의 계기가 발견된다. 이들은 어차피 자신들의 전문적 지식이나 기술을 바탕으로 봉급을 받는, 일종의 고용인으로서의 지위에 놓여 있었다는 점 외에도 그 관료-따라서 미약하나마 국가권력의 한 담당자로서의 지위를 계속하여 유지·강화하기 위하여는 자신들 나름의 세력과 조직을 구축할 필요가 있었다. 특히 자신들의 존재기반이 여타의 신분들이 혈통(군주나 귀족의 경우)이나 자본(자본가의 경우)이 아니라 전문적 지식·기술이었던 만큼, 자신들을 여타의 신분들과 구분하는 집단경계의 표지로서의 전문지식·기술에 대한 강조는 불가피한 것이었다. 결국 이들은 그 집단의 경계를 시민사회에 걸쳐둠으로써, 부연하자면 시민사회의 각구성요소들의 대리인이나 대변인으로서 기능할 수 있는 여지를 열어 둠으로써 그들 자신이 공익의 대변자임과 동시에 사익의 보호자로서 존재한다는 자신들 나름의 이데올로기를 형성할 수 있었던 것이다.

이러한 과정에서 국가의 상층부는 추상적 법의 정립-을 통하여 국가통치의 정당성을 구축하고자 하였고, 그에 상응하는 법기술을 로마법의 계수와 대학에서의 일반과학으로서의 법학에서부터 획득하였다.[29] 또한 하층부-법조는 이 추상적 법을 하향식으로 민중사회에 집행하는 역을 담당하면서 추상적 법과 구체적 현실을 접합하는 창구로서의 역할을 담당한다.

그러나 바로 이 부분에서 독일식의 법조모델을 우리나라에 원용할 때의 문제점이 나타난다. 그 추상적 법 자체에 대한 국민적 의지지향이 결여되어 있어 그것이 권력자의 자의에 의하여 전단될 수 있는 여지가 있거나, 또는 하층부를 차지하는 법의 전달자 즉, 법조가 이 권력자의 의사와 유착하면서 그 권력의 한 손으로 작동할 때, 가장 적나라한 방식의 독재체제가 구축될 수 있으며, 법은 국민생활과 그대로 유리된 채 오로지 국민을 통제하고 동원하는 도구로서만 기능하게 된다는 것이다.

29) 실제 독일에서의 대학은 "중간계급의 야망성취 수단으로서" 관심의 초점이 되어 왔다. MacDonald, 전게역서, 170면, 또한 164면 참조.

실제 우리의 법조발달사를 보면, 일제의 식민지정책으로부터 해방이후의 과대성장국가의 권위주의적 성격 등을 감안할 때 그 전과정이 독일의 그것과 비슷한 양상을 보인다. 역사의 질곡속에서 식민지 지식인의 현실주의적 선택으로 남았던 것이 일제의 법관료로 편입되는 것이었다고 한다면, 권위주의적 정치권력상황에서 역시 마찬가지로 정치적 상층부의 법집행을 매개하는 존재로서 법조의 위상 또한 변함이 없기 때문이다. 하지만, 이러한 법관료모델은 독일과 마찬가지로 우리 법조사가 보여주듯이 법이 국민의 일상적 생활과 유리된 채 고도의 추상화·일반화의 수준에서 이루어진다는 점에서 상당한 문제를 안고 있다. 특히 하향식의 근대화의 방식을 거치기는 하였지만, 그래도 상당히 강력한 민족적 공감대를 가지는 법감정이 구축될 수 있었던 독일과는 달리, 급격한 식민화에 이어 일말의 반성기회도 없이 서구적 법체계가 권위주의정권의 억압정치와 함께 국민에게 부과되었던 우리의 현실을 감안할 때, 이러한 법관료모델이 가지는 잠재적 권력성의 문제는 이미 우려라기 보다는 현실로서 나타나지 않을 수 없다.

전술한 것과 같은 우리 법조의 폐단들은 바로 이 점을 보여준다. 독일에서의 법조가 애시당초 상층의 추상적 법을 하향식으로 전달하는 역할을 담당하면서 그것을 굳건한 법치주의의 국가이념으로 확립하였음에 반하여, 우리의 법조는 엘리트주의에 입각한 집단이기주의와 정치권력의 권위주의적 통치의지와 결합하면서 그 자체 일사분란한 통제의 대상이 되었고, 이 과정에서 법조는 권력에 종속되되, 국민위에 군림하는 '작은 권력'의 專斷者가 되었던 것이다.

뿐만 아니라, 법조양성의 과정 자체도 독일과는 전혀 다른 체제에서 구축된다. 독일이 예정하고 있는 중등·고등교육단계에서의 교양교육의 체제가 우리의 경우에는 사법시험이라는 진입장벽에 의하여 본질적으로 왜곡 누락되어 있다. 독일의 법치는 중세이후부터 지속·유지되어 온 국가적 공동체의식에 기반을 둔다. 법을 알기 이전에 무엇이 국가생활에서 선한 것이며, 무엇이 국가적 통합과 발전에 기여하는 것인가를 이해하고 내재화하는 상태에서 법학교육이 이루어진다. 하지만, 우리나라의 경우 이러한 법감정의 습득기회란 애시당초 주어지지 않는다. 근대교육이라는 이름으로 불과 50년 남짓한 교육내용들이 파행적 교육제도로 인하여 왜곡되어 온 현실에서, 떨어뜨리기 위한 암기위주의 사법시험은 법의 이념을 알기 이전에 법에 관한 단편적 지식만의 암기로 일관하게 만드는 것이다. 그래서 법조가 알고 있는 법과 일반국민이 알고 있는 법은 최소의 상식수준에서도 전혀 다른 것이 되어 있다. 독일과는 달리 정의감정이나 법감정 자체가 이원화되어 있다는 것이다. 환언하자면, 법에 관한 기초적 이해를 공유하면서 단지 법조의 전문화는 법의 이론화·추상화의 수준에서 이루어지는 독일과는 달리, 우리나라의 경우에는 이념 그 자체에서부터

일반국민과 괴리된 수준에서 오로지 법에 관한 모든 것을 법조가 독점하면서 그것을 국민-소비자에 강요하는 일방적 법통제체제로 구축되어 있는 것이다.

사법연수원의 제도는 이를 더욱 강화한다. 모든 예비법조인들을 국가가 관리하는 체제를 구축함으로써 법조의 관료주의를 배태시키는 초기단계의 과정을 감당하기 때문이다. 우선, 사법연수원의 과정은 실무와 소양교육이라는 이름으로 기존의 사법관행들을 그대로 전수시키면서 통시간적으로 법조의 일체감을 강화한다. 기존의 권위주의적 법관행을 확대재생산하는 틀이자, 동시에 '한 솥밥'을 먹는 폐쇄집단의 응결성을 주입하는 것이다. 뿐만 아니라, 사법시험의 통과의례를 거친 최고엘리트라는 선민의식과 특권의식을 통하여 이 집단 자체를 봉건적 신분으로 재구성한다. 서비스의 주체가 아니라, 모심과 섬김의 대상으로 의식화시키는 과정인 것이다. 여기서 가장 기본적인 의식수준에서조차 법조는 국민으로부터 유리되고 만다. 관료적 법운용기술의 교육과 관행들의 재생산, 특권적 선민의식 - 이 모든 것들이 바로 오늘날 우리 법조를 경직시키고 국민과 시대적 상황으로부터 단절시키는 최대의 요인인 것이다.

오늘날 사법개혁논의의 중심에 법조양성제도의 개혁이라는 명제가 자리잡고 있는 것도 바로 이 때문이다. 대륙식의 법체계를 취하고 있고, 따라서 추상적 법의 객관적 해석으로 통하여 법집행을 감당하고자 하는 기본적인 틀을 인정하고 있음에도 불구하고, 이 법치의 요청을 뒷받침할 수 있는 운영체계가 확립되어 있지 않음으로써 야기되는 모든 폐해들을 그 근본에서부터 개선하고자 하는 요청인 것이다.

3. 대안 - 법학전문대학원안[30]

30) 이에 관하여는 이미 지난 사법개혁논의 때부터 세추위안으로써 그 기본적 내용이 알려져 있으므로 여기서는 별도로 설명하지 않는다. 최대권, "법학교육·법률가양성제도: 무엇이 왜 문제이고 어떻게 하여야 하는가?," 대학지성 통권16호 2002. 11; 최대권, "How is Law School Justified in Korea?," 서울대법학 제114호, 2000.6; 최대권, "미국 사회에 있어서의 지적 흐름에 관한 연구: 법학교육을 중심으로," 서울대미국학 제20호, 1997.12; 최대권, "미국의 학부교육 및 전문교육-전문법학교육을 중심으로," 서울대법학 제100호, 1996.5; 권오승, "법학교육개혁의 과제와 추진," 법과사회 제18호, 2000.7; 권오승, "법학교육개혁의 과제와 추진," 연세대법학연구 제7호, 1997.10; 민병국, "법학전문대학원," 인권과정의, 제268호, 1998.12; 宮澤節生, 김종철 역, "일본 사법개혁의 정치학 : 드디어 일본에도 법치주의의 시대가 도래하는가?," 한양대법학논총 제16호, 1999.10. 그 외에도 부산대학교와 연세대학교에서는 자체적인 법학전문대학원발전계획안을 제시하기도 하였다. 자세한 것은 김배원외, "부산대학교 법학교육제도 개선방안에 대한 연구," 부산대법학연구, 제49호, 2000.12; 이상윤 외, "법학전문대학원의 설립추진기획 및 방법 연구 1: 교과과목·교과과정 및 교육방법," 연세대법학연구 제9·10호, 2000.12 및 이에 게재된 글 참조.

(1) 기존 시스템의 문제점

통상적으로 기존의 법조양성체제를 옹호하는 입장은 두 가지의 논거를 댄다. 첫째, 전술한 바와 같이 우리나라는 대륙법계에 해당되며, 둘째, 법조의 공익성을 담보하여야 한다는 것이 그것이다. 그러나, 이를 받아들이기 위해서는 먼저, 대륙법식의 법구조는 반드시 독일식의 법관료모델을 요청하는가라는 의문이 먼저 해결되어야 하며, 또한 법조의 공익성은 반드시 이러한 국가주도형 법조양성모델에서만 담보될 수 있는가가 선결되어야 한다.

첫 번째의 주장과 관련하여 그 형성사적 배경에 관하여는 이미 설명한 바 있다. 이와 더불어 강조하여야 할 것은 이러한 주장은 추상적 법을 정점으로 하는 법체계와 그것을 운용하는 법기관의 상이성을 혼동하는 데에 그 오류가 발생한다는 점이다. 통상적으로 관료체제와 전문직체제는 형식적 행위준거를 바탕으로 그 업무를 수행하는 상근직이라는 점에서 공통된다. 관료의 경우에는 형식적 합리성을 기반으로 하는 법과 절차와 조직이 행위준거가 되는 반면, 전문직의 경우에는 추상세계에 해당하는 전문적 지식-물론 국민의 신뢰에 기반하는-이 행위준거가 된다는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 문제는 이 행위준거의 실체를 어디서 어떻게 끌어내는가이지 그 실체가 무엇인가는 큰 의미를 갖지 못한다. 특히 사법체계에서와 같이 추상적 법이 의회와 대학(더러는 선례)에 의하여 형성되고 그것의 제1차적 담지자가 법관과 검사로 예정되어 있는 경우에는, 법조일반의 성격을 전문직체제로 갖춘다고 해서 이 추상적 법과 법실무의 괴리를 야기한다고는 할 수 없다. 굳이 그 관련성을 보지하고자 한다면 법관과 검사를 중심으로 관료시스템을 도입·실시하면 되는 것이지, 법조의 가장 큰 부분을 차지하고 있는 변호사들까지 관료시스템으로 관리함으로써 국민들과 법조를 유리시켜야 할 하등의 이유가 없는 것이다.[31] 환언하자면 법조 내부에서 그 업무에 따른 분업적 전문체제를 갖추어서 그에 상당하는 행위준거를 훈련·습득시키면 되는 것이며, 세부적인 업무에 있어 상당한 차이를 보이고 있는 법관과 검사, 변호사를 하나의 틀에 고착시킬 이유는 전혀 없는 것이다.[32]

둘째의 주장은 법조의 공익성이라는 요청을 법과 양심에 따른 법조직의 수행이라는 관점에서 바라보는 것이 아니라 국가에 의하여 부과된 일방적인 '공익주장'의 무

31) 이 부분에서 법조일원화의 논의는 의미를 가진다.

32) 엄밀히 본다면 이러한 보수적 주장은 법관이 평생의 직장이 되지 못하고, 변호사가 되기 위한 전단계에 불과한 일제 이래의 우리 사법관행을 그대로 반영한 것에 불과하다. 하지만, 이 관행이 수많은 법조비리나 파행적 사법운영의 요인이 되었음은 부연할 필요는 없다.

조건적 수행을 전제로 한다. 법조를 비롯한 전문직에 요청되는 공익성이란 한마디로 기든스적 의미에서 위험의 관리가능성을 일반적이고 객관적인 형태로 부여하는 것이다. 환언하자면, 법조의 경우 국가법과 일반인의 일상생활을 연결시키는 연결점·접점의 위치에서 이 양자의 관계를 법이라는 보편적 준칙에 따라 규율할 수 있는 상태를 만들어내는 것이 곧 그의 주된 임무이다. 그렇다면, 이 공익성의 요청은 국가에 의해서 뿐 아니라, 일반시민들의 사회생활 가운데서도 획득되고 또 구체화된다. 요컨대, 법조가 일반국민들의 생활과 밀착되는 가운데서 그 중요한 실질이 형성될 수 있다는 것이다. 그러나 현재의 법조시스템은 바로 이 부분에서 현저한 결격을 보인다. 애시당초 국민들과 유리된 상태에서, 오히려 국민위에 군림하는 상태에서 단시안적인 공익개념만이 존재하고 있을 따름인 것이다.[33]

오히려 법조의 공익성은 교육과정에서 학습되는 것이 아니라 그의 업무수행과정에서 부단한 시행착오를 거치면서 체득되어야만 제대로 실천될 수 있다. 미국에서 철저한 시장의 원리에 의하여 법조를 운영하면서도 나름의 윤리규정의 실체를 담보할 수 있는 것도 바로 여기에서 연유한다. 시장의 경쟁원리가 곧장 변호사의 불공정행위를 차단할 수 있는 궁극의 보장장치로서 작용하는 것이다. 일종의 직업집단 내부의 고발자(whistle blower) 장치가 변호사협회의 차원에서, 그리고 경쟁시장의 차원에서 자연스럽게 형성되고 또 집행되는 것은 그 단적인 예이다.

실제 사법개혁을 말하는 오늘날의 상황에서 이러한 논의에 앞서 거론되어야 할 것은 전술한 바와 같이 우리 법조가 야기한 누대의 폐단을 치유하고 미래를 향하여 지속적으로 예방할 수 있는 장치이다. 뿐만 아니라, 오늘날의 시대상황변화에 능동적이고 적극적으로 대처할 수 있는 능력과 의지를 갖춘 법조의 양성체계 또한 필수적 고려사항이다. 그리고 전자의 요청은 필연적으로 법조-특히 하층법조라 할 변호사-의 관료주의적 특권계층화를 막는 것으로, 후자의 요청은 사회생활현실에 적응력을 가지는 지식과 능력을 함양할 수 있는, 지식의 다양성을 겸비하는 법조양성과정의 구축을 요구한다. 여기서 이 양자의 요청에 공통적으로 부합할 수 있는 대안을 발견하게 된다. 그것은 바로 법조의 양성이 경직된 국가적 관리로부터 벗어나 자율적인 민간베이스에서 이루어지는 것이다.

(2) Law School - 미국의 경험에서

33) 더구나 연이은 법조비리사건은 이미 관행으로 굳어져 있는 법조의 부도덕성을 단적으로 보여 줄 뿐 아니라, 기존의 법조양성체계가 이러한 법조의 공익성을 담보함에 있어 실패로 돌아갔음을 예증한다.

미국에서 법률전문직이 시장메카니즘을 통하여-즉, 민간베이스에서- 형성되는 과정은 바로 이러한 맥락에서 우리의 개혁과제를 처리함에 있어 유의미한 시사점을 던져준다. 미국의 경우, 영국의 법체계를 그대로 이식하는 과정 속에서 법률전문직도 거의 그대로 전이되었지만,[34] 새로운 식민지개척과정에서 나타나는 분권적-무정부적 성향과 영국으로부터의 독립의 과정과 국가형성기에 발생하는 제반의 여건들은 미국의 법률전문직에 별도의 실체적 독립성을 부여하기에 충분한 변수들을 제공한다. 부연하자면, 미국의 평등주의적 사조, 영국의 식민지착취의 기본이 되는 영국법체계에 대한 반감, 양국간의 토대의 차이 및 그로 인한 식민지에 부과된 영국법체계와 신흥자본주의사회에서 형성·요구되는 법질서와의 괴리현상, 그리고 일반인의 입장에서의 영국법체계에 대한 무지 등의 요인들이 겹치면서, 미국의 사정에 적합한 새로운 법질서, 새로운 법체계에 대한 요구가 독립전쟁 이후의 국가형성기에 지배적으로 나타나는 법요구였던 것이다. 미국의 독자적인 법률전문직 체계는 바로 이러한 상황에서 진행된다. 특히 지배엘리트층의 空洞化현상은, 전통이 부재하는 미국사회의 통합요소로서 법이 자리잡음과 더불어 그의 집행 내지는 담당자로서의 법률전문가가 사회적 신분상승을 위한 유효한 창구가 된다[35]는 의식을 야기하면서 법률전문직에 대한 수요를 촉진하였다.

여기서 1830년대부터 절정에 달하기 시작한 미국의 산업혁명의 급격한 진행은, 신생국이라는 특성과 실용주의적 전통에 힘입어 사법부의 법형성기능이 보다 활성화되었던 만큼, 법률전문직의 제도화에 있어 가장 결정적인 변인을 이룬다. 이 시기는 법과대학재학생 및 지원자수의 대폭적인 감소와 지역변호사단체 자체의 붕괴 내지는 형해화 현상 등 법률전문직 자체의 퇴행현상이 나타났던 시기였다. 동시에 아니러니컬 하게도 이 시기는 보통법이 계수되면서 미국법으로 체화되는 동시에 연방법으로서의 지위를 차지하게 된다. 물론 法典化운동에는 미국의 변호사들이 상당한 반대운동을 벌이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 이러한 일련의 법의 대중화조치들이, 적어도 법률의 차원에서의 법률전문직의 독점현상의 배제경향과 더불어 상당한 진전을 보이게 된다. 하지만, 이렇게 잭슨민주주의에 입각한 엘리트주의의 퇴조, 법

34) 이에 관하여는 M. Larson, op.cit(1977) p.111f 참조.

35) 실제 전문직화를 위한 과정은 크게 두 가지의 전략에 의하여 추진된다. 첫째는 시장진입장벽을 제도화함으로써 경쟁이 고도로 통제되는 시장을 창출하는 것이며 둘째는 집단적인 직업적·사회적 상승을 도모하는 전략이 그것이다. 즉 일정집단들이 가지고 있는 지식과 기술을 하나의 문화권력으로 제도화하는 한편 이 지식의 신비화하는 전략을 추구함으로써 서비스의 가치를 창출하고 그것을 통하여 신분의 상승을 보도하게 되는 것이다. 자세한 것은 M. S. Larson, 김종철 외 역, "프롤레타리아화와 고학력 노동자," 미국의 대학과 노동계급, 창작사, 1987, 272면 이하 참조.

률대리능력의 개방, 법률의 대중화 등과 같은 악재들이 연속적으로 나타났던 이 시기는,[36] 그 모든 것을 극복하기에 충분한 또 하나의 소재, 산업혁명의 급속한 진행이라는 요소에 의하여 법률전문가로 하여금 노예거래업, 증기선이나 철도와 같은 여객운송업, 금융업, 신탁업 등 산업의 핵심적 영역을 이끌어가는 중심계층으로 만들었다. 실제 남북전쟁 전까지만 하여도 변호사들의 주된 업무영역은 토지사건과 상업관련사건이었다. 그러나 19세기말에 접어들면서는 철도회사의 법률문제가 가장 인기 있는 사건이었고 또 그것은 금융업과 더불어 변호사에게는 최고의 지위를 부여하기도 하였다. 이 시기는 또한 법률회사들(law firms)이 형성되는 시기이기도 한데,[37] 19세기 중엽까지 지배적이었던 송무중심의 단독사무소형태의 변호사개업행태는 점차 합동사무소를 거쳐 기업들의 법률문제에 대한 자문 및 처리에 비중을 두는 법률회사들로 전화하게 된다. 이 점은 미국에서의 산업-특히 독점자본-의 형성시기와 법률전문가의 제도화시기가 중첩됨을 가장 잘 보여 주는 것으로 주간통상조항을 바탕으로 하는 전국적인 시장의 구축과정이 바로 제도화되는 법률전문가들의 업무들과 직결됨을 의미한다.

한마디로 미국의 경우에는 독립과 산업혁명에 따라 법률서비스에 대한 사회적 수요가 확산되고 그에 부응하는 형태로 법률업무의 처리에 보다 능숙한(skilled) 자를 중심으로 법률전문직이 형성되었다고 할 수 있다. 애시당초부터 시장의 원리에 따라 법률전문직이 형성되면서 그 공급부분에서의 내부적 통제-변호사 양성이나 충원과정 또는 그의 직무윤리에 대한 규제-가 국가의 통제나 관리체계를 벗어나 시장의 수요변동에 따라 자율적으로(즉 시장원리에 맞추어) 이루어지는 양상을 보이는 것이다. 이 점이 미국 법조모델의 특성을 이룬다. 즉, 법률전문가의 양성이 중앙권력에 의하여 통제되는 유럽의 경우(영국도 넓은 의미에서는 여기에 해당한다)와는 달리, 개개의 법률사무소나 법과대학과 같은 사적인 수준에서 이루어지는 분권

36) 실제 1800년대 초기에는 미국혁명의 이념과 민중주의-급진적 평등주의-적 여론(소위 잭슨 민주주의)에 의하여 다른 전문직과 마찬가지로 법률전문직의 형성 자체에 대한 비판이 높았다. 특히 오하이오주에서는 1802년 변호사의 요건과 자격이 공식적으로 폐지되어 누구나 변호사의 업무를 담당할 수 있게 되었고 그 이후 조지아(1806년), 테네시(1809년), 사우스캐롤라이나(1812년) 등이 그 뒤를 따랐다. 자세한 것은, K. M. MacDonald, 전게역서, 147면 이하 참조.

37) 동시에 이 시기는 법과대학원이 법률전문직의 양성기관으로 자리잡으면서 급격히 그 수를 늘려가는 시기이기도 하다. 일례로 19세기의 경우 법학대학의 수는 1/4분기 3개, 2/4분기 7개로 미미하였다가, 3/4분기에는 24개, 4/4분기에는 50개로 급증한다. 전통적인 학술에 중점을 두던 대학이 전문직의 직업적 지위를 확정하고 그들의 집단화를 가능케 하는 양성기관의 하나로 자리잡게 되는 것이다. 자세한 것은 정우현 외, 한국의 전문직 시험제도, 원미사, 1998, 34면 이하 참조.

화경향을 보임으로써 법률전문직의 성격 자체가 공익성보다는 시장지향적이 되지 않을 수 없었다. 환언하자면, 어떠한 국가목표나 총체적 법논리에 입각하여 그것의 학습과 집행기술의 습득으로 일관하는 방식이 아니라, 사회내에서 자연스럽게 제기되는 법요청들을 그때 그때 처리하고 해결하는 능력을 중심으로 법조양성체계가 형성되었고, 따라서 하향식의 법전달을 주된 임무로 하였던 독일의 경우와는 달리, 상향식의 법창조를 담당하는 주축적 집단으로 법조가 구축되었던 것이다.

뿐만 아니라, 유럽에서 볼 수 있었던 기득의 사회계층이 존재하지 않음으로써 비록 그 진입의 과정에서 희망자의 개인적 속성에 대한 통제가 행하여졌다 할지라도 유럽식의 계층적, 신분적 폐쇄성이 나타나지 않았고 오히려, 시장원리에 의한 경쟁의 체제가 법조의 통제장치로서 작용하였다. 또한 이러한 법률전문직의 분권화경향과 대중화경향에서, 그것이 하나의 유효한 사회계층으로서 정체성을 획득하고 그를 바탕으로 시장통제가 가능하게 되기 위하여는 별도의 시장통제기제나 정당화논리들을 개발하여야 하는 것이며, 이 점에서 국가의 후견에 의하여 외부적으로 전문직업집단으로서의 방어막을 형성하였던 독일과는 달리, 철저한 내부적 통제와 규율에 의하여 자생적으로 집단경계를 확립하였다. 따라서 변호사단체의 등장[38]과 그 조직화과정이나 내부규율의 문제가 특단의 관심의 대상이 되는 것이다.[39]

---

38) 미국에서의 법률전문직의 제도화가 완성되는 단계라고도 할 전미변호사협회(ABA)의 등장은, 학위특권(diploma previledge)의 존폐에 관한 논쟁으로부터 촉발된다. 변호사로의 충원이 "평준화경향"속에서 무차별적으로 진행되는 것은 바람직하지 못하며, "저질"은 제거되고 배척되어야 한다는 논지가 그대로 변호사자격에 대한 강력한 통제력을 행사할 수 있는 기구 즉 변호사협회의 창설을 촉구하게 된 것이다. 1878년에 100명의 회원으로 결성된 전미변호사협회는 10년이 지나도록 750명의 회원만을 확보할 수 있을 따름이었지만, 그럼에도 불구하고 변호사의 공급량의 통제에 그 활동의 대부분을 투여하였다. 이들은 기존의 학위특권을 대체하는 충원제도로서, '대학에서 법원칙에 관한 공부를 하고, 적어도 1년 이상의 실무수습을 받고, 최종적으로 [법원이 위촉한] 중립적인 시험관에 의한 공식시험을 합격한 자'만이 변호사가 될 수 있어야 한다는 실용주의적인 관점을 주창하면서 오늘날 미국의 변호사충원제도의 근간을 형성하는 토대를 구축하게 된다. 부연하자면, 법과대학과 실무가들의 일종의 타협안이라고도 할 수 있는 이 제도는 변호사단체가 변호사의 공급량 자체에 대한 통제 뿐 아니라, 그 기초단계로서의 법과대학에 대한 통제까지도 행사할 수 있음으로써 명실상부한 시장통제장치로서 기능할 수 있도록 하는 동시에, 법과대학에 대하여도 그 존재의의를 공식화함으로써 법과대학의 융성 뿐 아니라 그것이 가장 공식적인 법률전문가 양성기관으로 기능할 수 있도록 한 것이다. R. B. Stevens, *Law School : Legal Education in American from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill : University of North Carolina Press, 1983 참조

39) 미국에서 변호사자격제도가 확립된 과정은 1870년대부터 시작되어 1890년에 이르면, 23개의 관할구에서 적어도 1년 이상의 법과대학교육 또는 도제식 교육의 이수를 자격요건으로 하게 됨으로써 본격화된다. 그리고 이와 동시에 변호사자격시험제도도 정착되기 시작하여 1878년에 이르면 뉴 햄프셔 주에서는 상설의 자격시험위원회가 설치되어 오늘날

(3) 모델의 설정

법률전문직 즉 법조의 형성사, 특히 독일과 미국의 그것은 법의 객관화-법전화나 법의 과학화-와 산업자본주의의 확립과 밀접하게 연관되어 있음을 보여준다. 부연하자면, 국가의 통치권력의 한 형태로서의 법이 전국에 걸쳐 일반적이고 통일적인 집행을 감당하게 되면서 국가로부터 일반시민에 이르는 일련의 법집행과정을 매개하는 존재로서의 성격과 더불어 사회-특히 시장-의 질서를 부여하고 그 교환비용을 저감시키는 존재로서의 성격이 공존하고 있는 것이다. 물론 독일과 미국의 경우에는 그 중점은 달리 놓여져 있다. 독일의 경우에는 하향식의 법운용과정을 매개하는 존재로서, 그리고 미국의 경우에는 시민사회의 법적 수요를 처리하면서 그것을 전국적·일반적 법규범으로 고양시키는 존재로 각각 자리지워지는 특성을 보인다. 그래서 우리는 일견, 독일의 모델을 법관료모델이라고 한다면 미국의 그것은 법률전문직모델이라고도 할 수 있다. 그리고 그에 상응하여 법조의 행위방식 뿐 아니라, 그 양성이나 충원과정, 재교육 및 윤리통제과정 등이 각각 달리 구성된다.[40]

그러나 독일식의 법관료모델은 전술한 바와 같이 우리의 법체계에서 필연적으로 요청되는 것도 아닐뿐더러 법현실이라는 관점에서는 이미 실패한 모델임이 드러났다. 또한 미국식의 법률전문직모델 역시 우리가 그대로 도입하기에는 다른 방향에서 심각한 문제를 야기한다. 미국의 법조는 19세기의 인민민주주의의 시대(소위 Jacksonian democracy)를 거치면서 평등주의적 법모델을 극복하는 과정에서 시장의 원리를 전문성과 기술성으로 대체하고 이를 통하여 법률전문직의 경계를 만들면서 형성되었다. 그래서 비록 개개의 법조에 대하여는 시장의 자유경쟁원리가 통용되지만, 그 밑바닥의 구조에서는 이미 철저한 자기통제의 가능성을 확보해 두고 있다. 전미변호사협회가 중심이 되어 법조에 대한 윤리교육 및 그 윤리강령의 실질적인 집행을 담보하고 있을 뿐 아니라, 시장 그 자체가 가지는 자유경쟁체제는 개개의 법조에 대한 가장 직접적이고 효율적인 통제장치로서 작용하고 있다. 시장의 적자생존의 원리는 단순히 전문·기술성과 상업적 수완의 우열 뿐 아니라, 법조윤리에 의하여 담보되는 그 공적 기능성여하에 의하여서도 작동되기 때문이다. 하지만, 우리나라의 경우에는 이미 이러한 시장의 공정거래를 실천하고 감시할 수 있는 기구가 존재하지 않는다. 오히려 보기나름으로는 그 전제로서의 법률시장 자체가 존재하지 않는다고도 할 수 있다. 이러한 지경에서 섣불리 미국모델을 도입한다는 것은

의 변호사시험의 전형을 마련하게 된다.

40) 법관료모델과 전문가모델에 대한 분석은 이국운, 정치적 근대화와 법률가 집단의 역할, 서울대학교 법학박사학위청구논문, 1998 참조.

폐쇄회로에 의한 강력한 독점체제를 확립하고 있는 법조들로 하여금 오히려 법률소비자에 대한 이기적·금권적 착취만을 허용함을 의미할 따름인 것이다.

그러면 어떻게 할 것인가? 앞서 살펴본 우리 법조의 문제점들을 극복하고 나아가 시대적 상황변화도 반영할 수 있는 법조양성모델은 과연 어떠한 것인가? 뿐만 아니라, 비록 그 직접적 연관성은 없다 할지라도 우리 법체계가 가지는 대륙법계식의 구조 자체도 무시할 수는 없다.

바로 여기서 양자의 조합이 요구된다. 법률전문직의 업무는 개념필연적으로 '법의 지배'라고 하는 국가현상의 발전과 밀접하게 결부되어 있다. 의료전문직 등과 같이 과학적 지식의 누적으로 인하여 형성되는 것이 아니라, 일정한 가치 내지는 의지의 존재를 전제로 하고 그것을 바탕으로 하면서 그의 해석과 집행을 담당하고 있는 것이 법률전문직이다. 따라서 법률전문직의 모델을 설정할 때에도 이 점을 충분히 고려하여야 한다. 국가적 권력으로서의 법을 독점하고 있다는 의미에서 법률전문직에 특별히 요청되는 공적 성격을 고려하지 않을 수 없다는 것이다. 뿐만 아니라, 법률전문직의 존재나 그 기능 자체가 일반국민과 법체계를 연결하는 접점의 기능을 수행하고 있다는 점에서 고객과의 관계에서 형성되는 신뢰의 정도는 여타의 전문직에 비하여 훨씬 강력하게 요청된다. 한편으로는 (사회적 지위가 이미 상층의 영역으로 고양되어 있는) 상근의 직업인으로서 그에 부합하는 시장적 요소 또한 보장할 수 있는 모델이 구축되어야 한다. 이 요소는 자본주의적 발전모델에서 말하는 생산성의 향상-법률전문직의 경우에는 전문적 법지식과 법기술의 제고-이라는 또 다른 효과까지 확보할 수 있다. 따라서 법률전문직의 경우에는 무엇보다도 이 공적 성격 내지 지위와 그것의 대칭점에 서 있는 상업적 요소-법을 상품화하고 이의 매매를 바탕으로 생계를 유지하는-를 중심으로 살펴보지 않을 수 없다. 소극적 관점에서 바라본다면, 독일식 모델이 가지는 공적 성격의 강조와 통일적·보편적 법집행의 가능성이라는 장점이, 미국식 모델이 가지는 강자우선의 천민적 자본논리를 억제할 수 있다. 역으로 미국식모델에서 나타나는 국민적 수요에 부응하는 법조의 직무영역과 그 법운용기술은 독일식 모델이 가지는 법조와 국민의 괴리현상을 극복하고 국민위에 군림하는 법조의 전횡을 차단할 수 있는 가능성을 부여한다. 바로 이 두 요소의 조화로운 균형을 담보할 수 있는 모델이 곧 우리의 과제인 법조개혁의 모델로 정립될 수 있는 것이다.

그래서 국가→법조→국민의 하향식 법통제구조에서부터 추상적 법⇔법관⇔검사⇔변호사⇔법률소비자로 이어지는 체계의 변화가 요청된다. 이는 당연히 법조일원화를 예정하는 것이기는 하지만, 법조의 충원단계를, 법관료모델로 형성되는 상층법조체계와 법률전문직모델로 구축되는 하층법조체계의 2원적인 것으로 분화함을 의미

한다. 부연하자면, 추상적 법에서 법관, 검사로 이르는 일련의 상층부체계는 국가가 주축이 되어 양성과 충원의 기능을 담당하면서 동시에 대륙법식의 연역적 법집행을 수행하도록 하며, 하층구조에서는 전문법학대학원을 설치하고 변호사의 수를 대폭적으로 증가시키면서 미국의 예에 따라 다양한 지식과 교양뿐 아니라 그 출신에 있어서도 다양성을 갖춘 변호사집단을 형성해 내고 이들이 내부적 규율과 시장경제의 원리에 따라 투명하고 공정한 법률거래행위를 할 수 있도록 보장하는 장치를 구축하는 시스템을 생각할 수 있다는 것이다.

이 모델에서 전자에 해당하는 상층법조체계는 지금 현재의 법조충원·양성체계의 기본틀을 변경할 필요가 없다. 단지, 법관·검사의 재교육시스템을 강화하고, 하층의 다양한 법적 요구들을 수렴할 수 있는 절차정당성의 확보기제만을 보완하면 될 것이다. 말을 바꾸면 사법의 민주화라는 담론에서 언급되는 수준의 개선만으로도 충분하다 할 것이다.[41] 문제는 하위수준의 개혁이다. 과연 미국식의 시장경쟁원리에 기반을 두는 법조체계가 어떻게 우리 법체계 및 국가사회의 발전에 기여하며, 어떻게 기존의 대륙법식의 법체계에 조응할 수 있을 것인가? 이는 항을 바꾸어 살펴 보자.

(4) 왜 전문법학대학원인가?

미국식 모델에 바탕을 둔 전문법학대학원제도의 도입에 대하여는 일반적으로 그 장점에 대한 인식은 공유하면서도, 우리의 법체계상으로 적합하지 않고 외국에서 이를 채택하고 있는 예가 없으며, 따라서 그 성공가능성이 불분명하다는 입장에서 상당한 거부감을 가지고 있는 것도 사실이다. 하지만, 이 역시 제도의 취지와 내용 자체에 대한 오해에서 기인하고 있음은 두말할 나위도 없다.

첫째, 미국식 Law School의 교육체제는 case의 분석을 중심으로 개별사건의 실용적 처리에만 중점을 두고 있기 때문에 우리 법제와 어긋난다는 주장은 이러한 반대론의 대표적인 논거이다. 하지만, 이러한 주장은 미국의 법학교육이 지향하는 목적과 내용 그 자체에 대한 오해에서 연유한다. 오늘날의 미국법학교육체제가 19세

41) 이 점은 U. Beck의 성찰적 근대성(reflexive modernity)에 입각하여 현대와 같은 위험사회에서 정치의 재발견 즉 규칙들을 바꾸는 정치(regelveränderernde Politik)를 주장하면서 이 과정에서 전문가들이 대안적인 행동가능성을 창출하게 되는 가능성을 제시하고 있다는 점에서도 재확인된다. 그에 의하면 시민사회의 요구들을 대표하는 자로서의 전문가집단이 이러한 기능을 수행할 수 있을 때 기술관료제는 끝나게 된다고 한다. U. Beck, 문순홍 역, 정치의 재발견: 위험사회 그 이후-재귀적 근대사회, 거름, 1998, 272면 이하 참조.

기 중엽이후 기존의 변호사사무실 중심의 도제식 교육방법을 불식시키면서 그 나름의 전문적인 법지식을 구축하는 가운데서 형성되었다는 사실은 이 주장들이 알지 못하고 있는 것이다. Langdell교수가 주창하였던 case method는 구체적인 사건을 해결하는 데 중점이 있는 것이 아니라, 그것을 저변하고 있는 기본적이고도 객관적인 일반법원칙을 발견하고 또 적용할 수 있는 능력을 중심으로 이루어졌던 것이다.[42] 그가 주창하였던 '법학의 과학화'라는 명제는 바로 이 점을 말한다. 우리의 교육내용과 유사하게 해당 법부분에 통용되는 일반적 법원칙이나 법이론을 구축하고 그것이 개개의 사건에서 나타나는 구체적인 차이들과 어떠한 연관 속에서 이해되어야 하는가를 중점적으로 가르치는 것이 이 교육방법의 핵심인 것이다. 그래서 여기서 case분석에 중점을 두는 것은, 이 개별사건의 구체적 차이들이 전체적인 법질서나 법원칙 또는 법이론에서 어떠한 의미를 가지며 그것에 어떠한 법적 의미를 부여하여야 하는가이다.

미국의 법학이 변론술에 치중하고 있는 것처럼 보이는 것도 바로 이 때문이다. 그것은 이 차이들의 인식과 평가에 관한 다양한 견해들을 일반적인 법원칙·이론-즉, 추상적 법에 포섭하는 방법과 그 결과를 다른 사람에게 설득하고 공감을 구하는 일종의 절차적 합리성의 추구과정이기도 하다. 그리고 이 점에서 미국식의 교육방법이 대륙법계와 대립하지 않는다는 결론도 얻어질 수 있다. 마치 우리 법제에서 대립당사자주의가 모순일 수 없듯이, 그리고 독일법계에서 절차적 정당성을 말하는 것이 독일법전통을 허무는 것이 될 수 없듯이, 개별사건의 특성을 부각시키고 그것에 추상적 법을 적용함으로써 그 법적 평가를 행하는 것(나아가 대중에 대한 설득력을 확보함으로써 그 정당성을 획득하는 것)이 논리적으로나 제도적으로 하등의 모순을 야기하지 않는 것이다.

둘째, 미국식의 법학교육방법의 장점인 실무능력 내지 법응용능력의 함양이라는 목적을 위하여는 체제 자체의 변화보다는 기존의 법과대학교육의 내용과 방법을 개선하는 것으로 충분하다는 주장 또한 마찬가지의 오해에서 기반한다. 실무교육이 부실하다는 미국 Law School에 대한 기성법조계의 비판은 이 점을 대변한다. 엄밀히 보아 사회적 실천을 위한 실무교육·훈련은 기업과 같은 사회부분이 담당할 것인가, 아니면 교육기관이나 국가가 담당할 것인가는 커다란 사회정책의 한 부분이겠지만, 여하튼 명확한 것은 미국의 Law School에서 중점을 두는 법응용능력이라는 것은 이러한 의미에서의 실무교육의 대상이 아니다. 오히려 다양한 사회적 욕구나 이해관계들을 어떻게 법적으로 포섭하며 그에 반대되는 주장에 대하여 방어력과 정

42) 이를 잘 설명하고 있는 글로서는, 최대권, "미국 사회에 있어서의 지적 흐름에 관한 연구: 법학교육을 중심으로," 서울대미국학 제20호, 1997.12 참조.

당성을 확보할 확보할 것인가에 관심이 집중되어 있다. 그리고 바로 이 점에서 Law School이나 법학전문대학원이 장점을 가지는 것이다. 말하자면, 대학에서 가르쳐야 할 법응용능력이라는 것은 구체적인 사건에 어떤 특정한 법조문을 적용하는 것도 물론 중요하지만, 그와 동시에 간과하지 않아야 할 것이 다양한 사회적 인식과 사건들을 분석하고 이해하고 그 결과를 법적으로 평가하고 법적으로 재구성할 수 있는 능력을 함양시켜야 한다는 요청이다. 예컨대, 낙태사건에서는 의학적 지식과 법지식을 결합시킬 수 있어야 하며, 출판물음란죄사건에서는 문학과 단순음란표현물을 구분할 수 있는 능력이 필요하다. 기업의 재무제표를 읽을 수 있어야만 이사의 법적 책임을 따질 수 있고, 인터넷의 구조와 proxy server의 특성을 말할 수 있어야 디지털저작권의 범위를 규명할 수 있는 것이다. 프로스포츠선수의 경기능력을 알지 못하면서 어떻게 그의 법적 권리를 주장할 수 있을 것인가? 이러한 것은 기존의 우리 법과대학교육의 내용과 방법을 아무리 뜯어고친다고 해서 감당할 수 있는 것이 아니다. 오히려 그 각각에 상응하는 기초적인 지식과 소양을 갖춘 자를 상대로 법학교육을 행할 수 있을 때 자연스럽게 체득될 수 있는 것이다.[43]

셋째, 성공가능성의 의심은 그런대로 설득력있는 주장이다. 모든 정책대안들이 그러하듯이 확실한 성공가능성을 갖춘 안이란 존재하지 않기 때문이다. 그러나 이 논의는 문제의 처리를 위한 문제제기로서는 실패하였다. 지금 이 순간 우리에게 필요한 문제제기는 성공할 것인가의 여부가 아니라, 그 불확실성이 주는 기회비용이 과연 얼마인가를 따지는 것이다. 지금 현재의 법조양성체계가 야기하는 손익과 법학전문대학원을 도입함으로써 발생할 수 있는 손익의 확률치를 비교분석함으로써 어느 것에 우선순위를 둘 것인가를 결정하여야 한다는 것이다. 다른 말로 하자면, 기존의 법조양성체계를 개선함으로써 사법개혁이라는 목적을 달성할 수 있는 비용과 확률, 그것을 아예 근본적으로 뜯어 고침으로써 그 목적을 달성할 수 있는 확률과 비용을 상호비교하는 작업이 선행되어야 한다. 그리고 바로 이 점에서 기존의 법학교육체제가 가지는 한계-교육 및 입시제도의 파행성, 법학교육 및 대학교육전반의 부실화, 소위 고시산업으로 인한 인적·물적 자원의 누출, 폐쇄적 법조체제의 형성요인화, 법조의 시대적 적응능력 저하 등-는 이미 개선정도의 처방으로서는 극복될 수 없는 지경에 이르렀다고 보는 것이 타당할 것이다.

---

43) 미국에서의 행정법(administrative law)영역이 변호사들의 주된 업무영역으로 새롭게 구성되고 있음도, 우리 법학에서 말하는 행정법에 특유한 법영역의 존재를 인정해서가 아니라, 이렇게 다양한 사회과학적 방법론에 입각한 사실관계의 법적 포섭의 필요성이 강조되기 때문이다. 이러한 경향에 관하여는 T. M. Susman, "A Perspective on the Washington Lawyer Today and Charles Horsky's Washington Lawyer of 1952," *Administrative Law Review*, Winter 1992 참조.

현재의 우리나라의 법조체제에 비추어볼 때 엄밀히 보아 전문법학대학원의 성공여부는 그 hardware의 '이질성'이나 software의 '준비부족'과 같은 제도내부적 요인에 달려 있는 것이 아니다. 오히려 그것은 이 제도와 법조일반간의 유기적이고 상호적인 협력관계를 어떻게 구축하는가에 달려 있다. 학계와 실무법조계 뿐 아니라, 기업이나 정부부문까지도 상호 교류·협력할 수 있는 시스템이 구축되어야 한다.[44] 뿐만 아니라, 이 전문법학대학원의 운영과 그 제도적 의의의 실천을 지속적으로 감시·감독하고 위의 협력체계를 항시적으로 가동할 수 있는 중립적이고 객관적인 체제(예컨대 법학교육위원회)의 구축은 이 제도의 성공여부에 결정적인 변수가 된다.

넷째, 법학이라는 학문영역 자체의 손상가능성에 대한 우려도 있다. 법학전문대학원은 지나치게 실무위주의 교육을 하기 때문에 기초법학이나 법이론의 탐구가 상대적으로 경시될 가능성이 있다는 주장이 그것이다. 이 역시 나름의 설득력은 있으나, 이는 하드웨어적이라기 보다는 교육과정과 내용을 중심으로 하는 소프트웨어적인 것이라는 점을 놓친다. 현재의 법과대학체계에서는 교육과정이 고정되면서 동시에 교수의 전공영역까지도 폐쇄적으로 고정되어 있어 민법전공교수는 언제나 민법만 가르치는 체제로 되어 있다. 바로 이러한 폐쇄적 전공체계가 교정되지 않는 한 이 주장은 언제나 타당할 것이다.

하지만, 실제 필요한 것은 학자적 관심에서 연유하는 부단한 문제제기와 그 규명작업이다. 그리고 이것은 연구실에서와 마찬가지로 강의실에서도 요구된다. 미국의 Law School에서도 여전히 법이론이나 기초법의 탐구작업이 지속되고(오히려 우리나라와는 비교가 되지 않을 정도로 그 업적도 충실·풍부하다), 그러면서도 "교수의 직이 보장"되는 것은 바로 이러한 학자적 직무가 충실히 이행되고 또 그것을 가능하게 하는 장치들이 구축되어 있기 때문이다. 전문법학대학원의 교육과정도 이 부분에 대한 배려가 있어야 하며 또 실제 감안되고 있는 것으로 알고 있다. 교수들에

44) 이를 위하여 학계와 실무계의 교류는 시급히 요청되는 것이거니와 무엇보다도 법학교수에게 최소한 법관의 자격을 부여하는 것은 그 하나의 방법이되, 독일의 경우 재판관법 제5조 제2항에서 대학내에서의 법학교육과 사법시험, 사법연수과정은 상호 보완성을 유지하도록 명시하고 있음은 주목할 필요가 있다. 즉, 우리 법조계가 법조양성의 과정을 자신들의 수중에 장악하는 과정에서 사법연수원과정이 법과대학에서의 교육과정과 전혀 별도의 체제로 구성되고, 법학교육은 사법시험의 식민체제로 변환되어 버린 현실은 법계의 차이와는 관계없이 우리 법조양성체제의 심각한 질곡양상을 노정하는 것이 된다. 독일의 법학교육에 대한 간단한 설명으로는 최광준, "독일의 법학교육," 법과사회 제9호, 1994 상반기. 하지만 이 최광준의 글에서는 1960년대 초 다렌도르프의 「양분된 사회(halbierte Gesellschaft)」에 대한 비판을 계기로 하여 사회민주당 및 독일의 68세대를 중심으로 관료적·권위주의적 법조·사법체계의 극복방안으로 제시되어 1971년부터 1984년까지 시험적으로 시행되었던 1단계제도에 관한 설명이 누락되어 있다.

게 자유로운 강좌개설권을 부여하고 그를 통하여 다양한 학문적 관심을 교육과정에서 재구성할 수 있는 기회가 보장되는 것이 오히려 전문법학대학원체제에서 보다 수월해진다는 것이다.

뿐만 아니라, 전문법학대학원체제에서는 학제간의 연구활동이 보다 원활해진다. 다양한 출신기반의 학생들이 모인다는 점에서 우선 그러하거니와, 법학전공자의 타대학진출까지도 현재보다는 훨씬 용이해지게 된다는 점에서도 그렇다.[45] 명실상부하게 종합응용과학으로서의 법학의 가능성이 열리게 되면서 지식의 공유를 통하여 법학의 확장과 더불어 법학의 심화연구까지도 가능하게 된다는 것이다. 예컨대, 법철학과 인문과학의 연계나 자연과학적 변화에 대한 법가치론적 접근(생체복제를 생각해보라)이 지금의 수준 이상으로 원활하게 이루어질 수 있다.

다섯째, 지금 현재의 논의수준에서 가장 현실적이고 설득력 있는 반론은, 그러면 전문법학대학원으로 진출하지 못하는 법과대학이나 법학과는 어떻게 할 것인가라는 질문이다. 실제 지난 사법개혁논의부터 지금에 이르기까지 아연할 정도로 논외로 간주되었던 부분이다. 따라서 이에 대하여는 별도의 논의를 거쳐 실천프로그램의 구성을 위한 모델안을 마련해둘 필요는 분명히 있다.[46]

마지막으로 미국식의 전문법학대학원을 설치한다 할지라도 그것을 감당할 만한 교육과정과 교육방법, 교재 그리고 교수요원들이 확보되어 있지 않다는 반론을 들 수 있다. 미국의 Law School에서 수학한 교수요원들은 적지 않지만, 실제 거기서 교육을 담당해 본 경험이 있는 교수요원은 전무하다고 보는 것이 현실적인 상황에서 이러한 주장은 상당한 설득력과 타당성을 가진다. 그에 상당한 노력이 우리 모두에게 시급히 요청되는 것도 사실이다. 그러나 분명한 것은 전술하였듯이 전문법학대학원의 교육목표와 내용에 대한 오해도 이러한 주장의 상당부분을 차지하고 있는 것도 사실이다. 미국의 Law School의 교육내용이 현장식 실무보다는 법응용·적용능력의 함양에 중점이 놓여져 있다는 점을 감안할 때, 대륙법식의 추상적 법의 응용과 적용능력을 중심으로 할 우리 법학전문대학원의 경우는, 물론 상당한 기간 동안의 시행착오는 각오하지 않을 수 없지만, 기존의 교수요원으로써도 얼마든지 감당가능하다. 단지 문제는 기존의 교육방법과 교육내용-그리고 현재의 준신분적

45) 학부과정에서 일반교양으로서의 법학교육이 필요한 것은 두 말할 나위도 없고, 전문법학대학원체계가 되다 보면 일반학부과정에서의 법학에 대한 관심이 고양되는 것은 당연한 것이다. 실제 미국의 경우 Law School에서는 '별볼일' 없었던 법사회학이나 비판법학과 같은 학문영역들이 사회학과나 인류학과 등에 포섭되면서 법학자들의 연구기회를 보장하고 있다는 사실은 이 점을 예증한다.

46) 여기서는 주제와 지면관계상 일단 생략한다. 하나의 예시로서는 한상희, 법학교육의 이념과 방향, 경성법학, 제4호, 1995. 8. 참조.

지위-에 안주하고자 하는 보수적 태도일 따름이다. 수입법학, 편집법학, 수험법학의 오명을 떨쳐버리려는 노력만으로도 얼마든지 이 교육과정을 감당할 수 있는 지적 자원이 확보될 수 있는 것이다.

마지막으로 법학전문대학원의 교육과정이 사법시험제도와 연결될 경우 지금의 법과대학체제와 마찬가지로 사법시험준비를 위한 고시학원으로 변형될 것이라는 우려는 법학전문대학원의 기본전제 자체에 대한 이해부족에서 나온 단시안적 기우에 불과하다. 물론 전술적 조정은 있을 수 있겠지만, 장기적으로는 의당히 현재의 사법시험제도는 자격시험격의 변호사시험제도로 변이되어야 한다. 그리고 이 시험에서는 전문법학대학원의 교육과정에 대한 성취도의 측정 및 법조인으로서의 자질과 능력의 측정에 중점을 두어야 한다.

(5) 부수된 문제들

① 법무부안의 문제점

전문법학대학원이 가지는 장점을 열거하는 것은 여기서는 지면관계상 생략한다. 다만, 처음에 언급하였던 권력과 법조의 유착을 차단하는 가장 유효한 방법이라는 점만 강조할 따름이다. 법조의 출신을 다원화함으로써 현재의 사법시험-사법연수원체제가 가지는 "한 솥밥 먹는 한 식구"의 사고에다 엘리트의식까지 첨가되는 봉건적 신분의식을 약화시키고, 필연적으로 증가되는 법조인구로 인한 시장경제적 통제장치가 이러한 특권적 유착을 저지하게 되는 것이다. 하지만, 이러한 논의에 대하여, 법무부나 대법원은 사법연수원을 미국식 로스쿨(법학전문대학원) 기능을 갖춘 기관으로 개편하고 로펌(법무법인)에서 예비 판-검사의 변호사 실무교육을 실시하겠다는 안을 제시하였다. 그리고 변호사수를 대폭적으로 확대할 것이라는 계획도 부가하였다. 과연 이러한 방안이 법조양성제도에 있어 의미있는 것일까?[47]

지금의 사법개혁논의에서 전문법학대학원안이 가지는 의미는 단순히 그것이 미국식 Law School체제의 도입만을 의미하는 것은 아니다. 전술하였다시피, 그것은 우리 법조양성의 전과정에 있어 패러다임의 변환을 요구하는 것이다. 부연하자면, 기존의 사법시험-사법연수원체제가 가지는 선충원·후양성의 메카니즘이 아니라, 선양성·후충원의 방식을 채택함으로써 법조의 양성과정에서 중점을 기존의 충원에서부

47) 이 안과 전문법학대학원안의 대비는 홍준형, "법과대학원 설치방안," 법과사회 제11호, 1995 상반기 참조.

터 양성으로 이전하고자 하는 것이다. 왜 이러한 중점의 이행이 필요한가에 대하여는 이미 밝힌 바 있지만, 요컨대, 바로 이러한 방식이야 말로 권력과 법조의 유착을 방비하고 법치의 실현을 도모할 수 있으며, 나아가 법조의 신분의식을 국민에 대한 서비스의식으로 전환할 수 있는 최선의 방책이기 때문이다. 이 점을 고려에 넣지 않는, 법무부장관의 이 안은 그 본질상 지금의 체제와는 크게 달라질 것이 없는 minor upgrade에 불과할 따름이다.[48]

또한 충원방식의 개선이 따르지 않는다는 점에서 오히려 그 특권적 의식을 확대재생산하는 데에 그칠 뿐만 아니라, 법조의 직역확대-서비스의 질적·양적 확장-라는 명제에는 전혀 도움이 되지 않는다. 사법연수원의 교육에 몇 강좌나 몇 개의 교과목을 추가한다고 해서 오늘날과 같이 고도로 다원화, 특수화되고 있는 법조수요를 감당할 수 있을 것 같지도 않거니와, 이 부분의 교육을 감당할 수 있는 인적·물적 자원에 대한 검토는 흔적조차도 없다. 사법시험 이전에 그 응시생이 전공하였던 학부과정의 교육내용과의 연계성 또한 배제되어 있어 더욱 그러하다.[49]

② 이러한 문제점은 기존의 2+4학제안, 5년제안 등도 마찬가지이다.[50] 법조양성제도의 개혁에서 가장 중점을 두어야 할 것 중의 하나가 법조의 다원성, 다양성의 확보이다. 사법의 정치화나 법복귀족화를 막고, 후기산업화사회에서 요청되는 국민들의 다양한 이해관심과의 밀착성을 도모하기 위하여는 다양한 출신배경을 갖춘 법조를 양성할 필요가 있다. 이 때 다양성이라는 것은 무엇보다도 학부과정에서의 전공의 다양성과 자유로운 사고의 능력을 의미한다. 기존의 대안들은 이 점을 감당할 수 없는 것이다.

---

48) 실제 이 안이 구체적 실천안으로 들어가게 되면, 사법연수원 과목을 몇 개 추가하는 한편, 외부강사의 폭을 넓힌다든지, 또는 외부연수시간의 확대 정도의 수준에서 그칠 수밖에 없다. 기존의 사법연수원의 구조 자체의 변화는 그 전제에서부터 배제되어 있기 때문이다.

49) 특히 이 방식은 법학교육방법론에 대한 반성적 개혁의지가 없다는 점에서 더욱 문제적이다. 즉, 그것은 기존의 사법시험제도를 그대로 예정하면서 교육과정만 변화시키고자 하는 것으로 교육의 목표와 과정, 방법론 등에 대하여 별다른 반성도 없이 "법의 기초개념과 법질서의 내용을 개관할 수 있게 해주는 기본서"와 "기본서의 내용을 이해하고 있는 자들에게 법질서의 내용을 좀더 체계적으로 설명해주는 체계서", 그리고 "사법시험이나 행정고시를 준비하는 학생들을 위한 수험"서가 복합된 채 학술적 이론도 실천적 지식도 제대로 전달하지 못하는 파행적 법학교육의 문제점을 그대로 답습하는 것이 되어 버리고 만다. 현행 법학교육제도의 문제점에 대하여는 권오승, "법학교육의 개혁방향," 법과사회, 제9호, 1994 상반기 참조.

50) 대체로 법학교육의 개선안으로서는 3년제 법학전문대학원안, 5년제안, 6년제(2+4)안, 4년제 유지안 등이 주류를 이루고 있다. 간략한 소개로는 최종고, "새로운 학제와 교육내용의 모색," 법과사회 제9호, 1994 상반기 참고.

③ 법학전문대학원의 체제로 갈 경우, 법조인구의 확대는 필연적 요청이다. 이에 관하여는 이미 상당한 논의가 진행되어 왔으므로 여기서는 생략한다.[51]

Ⅳ. 결 론

사법개혁논의가 본격적으로 진행된 후 10년이라는 세월이 지났다. 그 당시 참여연대에서 발표하였던 「사법개혁을 위한 50대 과제」가 또다시 며칠전 그대로 발표되었다. 하나도 지울 것이 없는 채 10년의 세월을 허송하였던 것이다. 법조양성제도의 개혁을 위한 논의를 할 때 빠지지 않고 나오는 목소리가 신중론이다. 현상의 문제점의 지적에 동감하고 그 변화의 필요성은 인정하면서도(더러 개혁의 방향에까지도 동의한다), 좀더 시간을 가지고 신중하게 개혁의 효과나 사회적 영향정도를 분석함으로써 최선의 대안을 찾아 보자는 논의이다. 일종의 "총론에는 찬성, 그러나 각론은 검토의 여지가 있다"는 식의 완곡한 반대의견이다. 하지만 이러한 논의는 그 자체 아무런 대안도 되지 못한다. 지금까지 학계 등의 지성계에서 무수히 제기되어 왔던 법조제도개혁논의들의 축적을 무시하고 있는 점은 차치하고서라도, 이 신중론이 가지는 복선에서 중요한 함정이 존재한다.

무릇 정책결정의 방식에는 점증주의적 방식이라는 것이 있다. 한꺼번에 모든 것을 변개시키지 말고 현상을 그대로 내버려 두면서 조그만 부분부터 하나씩 실천해 나가자는 입장이다. 이러한 방식은 그 나름의 타당성과 효율성을 부여할 수 있으며, 실제 그 효과성도 실증되고 있다. 하지만, 이것과 지금의 신중론은 그 질적 측면에서 전혀 상이한 모습을 띠고 있다. 구체적 대안의 제시가 전무할 뿐 아니라, 무엇보다도 문제는 이미 제시되어 있는 대안에 대하여도 하등의 문제점 제시가 없다는 점이다. 그저 막연한 두려움 내지는 거부감만 가지고 '신중히 대처하자', '우리 실정에 맞겠는가', '외국에서도 하지 않는데'라는 딴죽걸기식의 주장만을 되풀이할 따름이다. 그래서 신중론은 아무리 교언영색이 될지라도 현상유지의 목소리 이외의 것은 결코 되지 못한다. 지난 97년말 IMF로 갈 것인가 말 것인가를 가지고 허송하던 쓰라린 경험을 되풀이해서는 아니 될 것이다.

또하나 경계해야 할 것은 현실주의와 타협론의 준별이다. 개혁의 과제를 처리함에 있어 그 본질요소와 주변요소간의 우선순위가 혼동되면서 지난 사법개혁 당시 미봉으로 머물렀음 또한 우리는 기억하고 있다. 예컨대, 지난 1994·5년도와 1999년

51) 이에 관하여는 한상희, "변호사의 적정수," 법과사회 제11호, 1995.5 참조.

도의 사법개혁논의가 사법시험제도의 본질적인 문제를 현실론의 외곽속에 차폐시키고 교과목조정, 주관기관변경 등 미봉적 대안만을 추구함으로써 결국에는 사법시험 과목을 몇 개 더 추가하고 그래서 수험생들의 교재구입비용만 증가시킨 경우도 얼마든지 본다.

지난 2003년 3월 3일, 정부는 WTO의 도하개발아젠다(DDA) 중 서비스 시장개방과 관련하여 법률시장개방안을 제1차 양허안으로 제시하기로 결정하였다.[52] 외국변호사가 별도의 국내자격취득절차 없이 법률자문서비스를 제공할 수 있도록 하였고 외국법 자문서비스 제공을 위한 외국법률회사를 국내에 설립할 수 있도록 하였다. 보기나름으로는 우리나라의 법조직역에 대한 전문가프로젝트는 외국의 예에서 보듯 법조집단 내부로부터가 아니라 집단외부로부터 특히 세계화추세와 연관하여 외부적 압력으로부터 강요되고 있는 실정이기도 하다. 혹은 지난 날의 권위주의적 법현실을 극복하고 새로이 민주화의 시대를 열어가고자 하는 시민사회의 열정에 의하여 추진되고 있다고도 할 수 있다. 법조와 법학계가 그동안 안주해 왔던 자폐적 타성을 벗어 던지고 진정으로 고민하고 자기회생적 정신으로 새로운 시대를 열어가고자 하는 그 노력이 절실하게 요청되는 때인 것이다.

52) 연합뉴스, 2003.3.3, in:http://news.naver.com/news_read.php?oldid=200303030000109 7002&s=137,483,1342&e=216,552, 1411

SUMMARY

Some Suggestive Analysis toward Reformation of Training System of Legal Profession in Korea

Han, Sang-Hie
(Professor, Department of Law, Konkuk University)

Since 1980s, Korean legal profession has faced strong demands for change: the democratization and entrance into post-industrial society. With this tendency, the system of legal profession has been attacked by citizens, who had been almost alienated from executing laws by the inner circles composed of lawyers.

In 1994, under the first civilian regime of President Kim, Y.S., there was epidemic movement toward democratization and globalization in legal profession initiated by law professors and NGO's. They have tried to re-conceptualize lawyer not as "law bureaucrat" but as "legal service provider", to reform education system of lawyers, and radical increase of number of lawyers. The President's Commission on Globalizaion drove this movement and could get some compromises with the Supreme Court, of which are ①to increase number of new entry into JRTI from 300 to 800 by 1999, ②to establish "Committee on Legal Education System", ③to improve the system of enforcement of lawyer's professional ethic and liability, and ④to open the appointment system of judiciary and prosecutors to attorney-at-law with career.

At this time, the idea of Law School system attracted public attention for the first time, and it has provided lots of useful motives to the second movement toward Judicial Reform in 1999 which was triggered by political consideration. New government of President Kim, D. J. organized several teams for management consultation of governmental agencies, one of which was that of the Department of Justice and the Public Prosecutor's Office. In 1998, this team had made a critical report with suggestion that the overlaps between these two agencies in their personnel and organizational functions be urgently removed,

that there be set up check and balance relationship between them, and system of the High Public Prosecutor's, which rarely had any significant functions offices be abolished. On the other hand, the Minister of Education, established the Presidential Commission for the New Education Community with aim of restructuring and globalizing the education system. This commission reported, in 1999. to the President that Professional School-esp. Law School and Medical School- system be pre-requisite for that purpose.

Lawyers in that time felt that their status quo was seriously challenged by those two reports. Led by the Minister of Justice, Park, Sangchon, they tried to block those reform and with the President's permission, made new committee for judicial reform; the Committee for advancement of Judicial Reform(May 1999-Dec. 1999), which was consist of two from the Judiciary, two from the Prosecutor's Office, three from Bar Association(including the chairman), three from College of Law(2 of them was former prosecutor), and five from civilian sector. However, this committee's main target was not advancing the process of judicial reform only but blocking it. Though this committee made a huge volume of report, few parts of it had been performed: no Law School, no renovation of law enforcement system, no improvement in legal service. The almost unique change was executing office of the Bar Exam: from the ministry of Gov't Administration and Home Affairs to that of Justice. And Nothing! And new movement for judicial reform is on its beginning in 2003.

This paper analyses this trend in perspective of professionalization of lawyers and tries to pose some rationale for adopting Law School system as effective and efficient in training lawyers who are to be trade warriers in this new era of neo-liberalism and globalization. The changed law market does not afford any ground for traditional training system of lawyers, which only has orientation to make law-bureaucrats. Korean people has been experiencing post-industrial and democratized society from 1980s, and such law-bureaucrats who has served authoritarian regime has to change themselves to meet new law markets such as consultation, negotiation, legal drafting, and *pro bono* practice. That's the reason why the system of training lawyers shall be transformed from bureaucratic one to civil society controling one.