

【일반 연구논문】

司法官 임용제도에 관한 소고

－ 次善의 대안으로서 프랑스식 司法官 제도를 제안하며 －*

김기영**

- I. 政治와 법제도에 관한 단상
 1. 작금의 현실들
 2. 司法官 選拔의 문제
- II. 주요국 司法制度와 사법관 선발제도
- III. 대한민국의 토양에서 次善의 代案은 무엇인가?
- IV. 現在의 制度를 돌아보며
- V. 결어

* 본 연구는 2015년도 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 수행되었으며, 2016년도 12월 2일 국민대학교 법과대학 및 법과대학교수회 주최 “로스쿨 독점 무엇이 문제인가” 학술대회 발표논문을 수정한 것임.

** 조선대학교 법과대학 교수

논문 투고일: 2017.01.10. 논문 심사일: 2017.02.13. 게재 확정일: 2017.02.17

I. 政治와 법제도에 관한 단상

1. 작금의 현실들

公的 制度를 고안하는 것은 환경과 여건의 산물이지만, 결국 사람의 일인 것이다. 사람 또는 인간 역시 환경과 여건의 산물이지만, 그 기본은 동서고금을 막론하고 공통적이며, 역사를 통하여 반복된다. 인간은 정치적 동물이라는 아리스토텔레스의 격언은 수십 세기가 지난 지금에도 변하지 않는 진리인 것이고, 예를 숭상하라는 공자님의 말씀이나 템플 스테이 같은 동양문화는 서양인들도 하나의 가치로 여기고, 또한 실생활에 응용하고 있다. 어느 때서부터 우리는 우리의 주체성을 잃어버리고, 선진 외래문화를 절대시 하고, 무비판적으로 수용하는 습관을 가지게 되었다. 그것은 우리 사회의 중추세력이 못 살던 시대에 배우고 자라나, 경제를 성장시키고, 나라를 선진국에 진입시켜야 한다는 중압감에서 비롯된 바 아닌 가 추측된다. 역사의 단절과, 6.25, 그리고 개발독재 시대를 거치면서 학습된 世界觀이나 태도가 우리 세대의 인식구조인 것을 쉽게 부인할 수 없다. 작금의 세계정치는 많은 나라들이 右派 행진을 하고 있다. 미국에서 공화당의 트럼프가 당선되고, 프랑스에서는 내년 대선에서 우파 대통령 당선이 유력하다고 한다. 영국은 EU를 탈퇴하고, 필리핀은 마약과 범죄 없는 필리핀을 건설하겠다는 우파의 철권 대통령이 집권하고 있다. 일본은 아베정부가 장기집권에 들어가고 있는 상황에서, 신사참배, 강한 일본을 위한 재무장 등을 추진하고 있다. 많은 나라들이 자국의 전통과 자국 우선주의를 취하면서, 미국적인 것, 프랑스적인 것, 영국적인 것, 일본적인 것, 필리핀 적인 것을 강조하고 있다.) 이념과 진보보다는 힘과

1) 물론 아직 극우 정당이 집권한 예는 그다지 많지 않다. 대부분 중도 우파적 성격을 띠고 있으며, 프랑스의 경우 현 올랑드 (Orlande) 중도 좌파 정권이 차기 대선에서 정권을 내줄 것으로 전망되고, 독일의 4선 수상인 메르켈 현 중도 우파 정

고유한 것을 추구하고 있는 현실은 한편으로는 우려되지만, 우리의 현실을 돌아보는 계기를 제공한다. 한국의 보수 우파는 어떠한가? 우리도 언젠가부터 보수세력이 사회에서 목소리를 내는 시대가 되었다. 이는 우리의 국가적 여건이나 처지가 나아졌다는 것을 방증하는 한편, 민주주의 역사가 그리 길지 않은 대한민국의 현실에서 보수적 정체성은 조심스럽게 접근되어야 한다. 작금의 최순실 사태는 이러한 차원에서, 실패한 보수 정치의 일례가 된다 할 수 있으며, 명예혁명 당시 영국의 정황을 떠올리게 한다.

필자가 두서없이 보수나 국제정치학의 단면을 들고 나온 것은 공적 제도를 고안함에 있어 국가적 여건, 역사와 전통은 매우 중요한 기초를 제공하기 때문이다. 특히 국가의 법을 운용하는 법률가를 양성하거나, 검사 혹은 판사를 선발하는 공적제도라면, 우리는 그러한 차원의 논의를 생략해서는 안 된다고 본다. 굳이 우파 주류경제학이나, 좌파 인간 또는 노동경제학의 이분법을 들지 않더라도, 진보는 본질적으로 보편적이며, 시장의 생산구조, 즉 경제체제와 맞물려 형성된 시민사회를 기반으로 하는 이념이라 할 수 있고, 보수는 보다 정치적·국가적이라 할 수 있다.²⁾ 우리는 언제부터인가 경제논리에 모든 것을 양보하는 사회가 되어 버렸다. 개발 독재시대를 지나, 이제는 창조경제만이 살길이라 하면서 우리의 보수 정권이 시장을 생각하는 정책을 취하였지만, 그 실체는 문화, 예술, 스포츠를 진작시킨다거나, 창조경제에 기여한다는 허물을 쓴 여러 비리 재단으로 나타나고 말았다. 창조 경제는 安易한 개념이 아니다. 그것은 주지하다시피 시장이나 기업이 얼마나 어려운 현실에 있는가를 반영한다. 좌파 경제학 이론을 들지 않더라도 최첨단 스마트폰이나, 인터넷 기업이 성장하지 않는 한 昨今の 세계시장은 시장포화로 인하여 어려운 현실에 직면한다는 경고가 그리 틀리지 않다.³⁾ 미국 주식시장 또는 자본주의를 돌아

부는 유럽통합을 위한 진보적 정책을 취해 오다, 최근 이민 정책을 수정하기로 하면서 보다 우파적으로 변화하고 있다.

- 2) 그렇다고 하여 필자가 지금에 이르러 플라톤이 이상국가에서 상정하고 있는 전지전능한 君主政이 가장 이상적인 정치체제이고, 민주주의는 최악의 정치체제라고 주장하는 것은 아니다. 그러나 오늘의 주제에 이르러 사법관의 역할과 관련하여 多數主義를 넘어 정치의 본질이나 국가를 생각하는 시간을 가져 보았으면 한다.

볼 때, 아마존이나 페이스북 북 등 새로운 기업들이 투자자들의 전폭적 지지로 그나마 미국 경제가 버티고 있는 상황에서, 전통 제조업, 실체가 있는 인프라 구축 사업, 보다 많은 노동자의 고용 등을 비전으로 하고, 그러한 창조기업들을 거품경제 (bubble economy)로 보는 새로운 대통령이 당선되었다. 앞으로 그러한 기업들이 어떻게 변화할지 귀추가 주목된다. 트럼프의 당선으로 그러한 유형의 기업들이 우려와 불만을 표시하고 있다는 외신을 접하고 있지만, 어쨌건 자국 경제를 심각하게 위협하는 극단적 정책은 취하지 않을 것이라 예상된다. 즉 샌더스 (Sanders) 의 진보적 주장이나, 트럼프의 정책 방향이나 결국 의회나 행정부의 정치적 과정을 통하여 순화되면서, 절충점을 찾을 것이라 보인다.

우리를 돌아 보건대, 국회의원, 유명 체육인, 기업 경영인들이 공적 권력 아닌 사인세력에 무시당하고 모멸감을 느끼는 현실, 이렇듯 공과 나를 구별 못하고, 창조경제를 빌미로 비리와 사리사욕을 채우는 것은 어떻게 보면, 과거 중앙정보부의 지시로 국회의원을 체포하고 박해하던 시절보다 더 못할 수도 있는 보수이다. 지배계층에게 노블리스 오블리주(nobles oblige)가 문제된다는 등 행복했던 시절의 語句가 아니라, 이제는 반대로 지배계층의 명예의 위기가 아닌가 한다.⁴⁾ 한편 다른 측면에서 보면, 우리

3) 예컨대 최근 미국 대학들의 연구에 의하면 현재 우리세대의 실질소득이 1970년대 가계 실질소득 보다 낮다는 연구결과가 있으며, 한국사회의 가계부채나 실질소득의 감소 역시 그러한 선상에서 영향을 받는 것 아닌가 한다.

4) 작금의 최순실 사태 및 박근혜 대통령 탄핵소추와 관련하여 혹자는 이를 프랑스 역사 속 나폴레옹의 집권 및 제정 선포, 그리고 40년 후 그의 조카에 의한 제정 부활에 빗대기도 한다. 즉 박정희 정권과 그의 장녀인 박근혜 정부의 등장이 비슷하다는 것이다. 재미있기도 하지만, 우리 주제와 관련하여 필자는 나폴레옹의 편을 들 수 밖에 없다. 첫째, 프랑스라는 국가는 제정, 공화정 등 주권 혹은 헌법 제정권력의 소재와 관련하여 여러 차례 변혁을 거치면서, 國事라는 주제에 관하여 배울 점을 많이 주고 있다. 둘째, 프랑스는 시민혁명을 통하여 근대 부르조아 민주주의 이념을 창출하였으며, 인권선언을 통하여 보편적 인권관념을 최고의 가치로 승화시켰고, 다른 한편 나폴레옹을 통하여 이를 유럽 전역에 퍼트리려 하였다. 셋째, 나폴레옹은 장 포탈리스 (Jean Portalis)를 통하여 최초로 근대 5법을 제정하여 성문법 국가는 물론이고 보통법 국가의 법학체계에 지대한 영향을 미쳤으며, 우리는 아직도 법과대학이나 로스쿨 1년차 과정에서 근대 5법 체계에 따라 공부하고 있다. 넷째, 나폴레옹은 근대적 이념과 가치를 인정하는 집정자로서, 앞서 말한 보수와 진보적 사상을 혼유하여 가지고 있어, 그를 통하여 부르조아 민

와 같은 서민들에게 그러한 것들이 무슨 의미가 있는지, 그 의미를 알고 그러는지, 주말이면 누구의 주도인지 불명한 대규모 집회가 비상계엄 전야의 풍경을 만들어 내고 있는 매우 모호한 성격의 국가가 이십여 년 반복되고 있는 것은 우리 대한민국 보수의 정체성이 확립될 기회가 없었던

주주의 국가의 성격을 알 수 있다. 특히 그는 집정자 혹은 독재자이지만 왕족이나 상층 귀족 아닌 하급 무관 출신으로서, 公的 問題를 바라봄에 있어 부패하지 않고 양심적이었다. 우리가 법률가 문제를 다룸에 있어 법조윤리를 중시하고, 검사나 판사와 관련하여 국가공무원법을 생각하는 바, 이러한 개념들은 나폴레옹의 철학과 비견될 수 있을 것이다. 후술하는 바와 같이 필자는 검사나 판사를 임용하는 법률가 제도와 관련하여 사법귀족으로서의 검사 또는 판사보다는, 일반 공무원적 성격을 가지면서도 국가철학이 투철하고, 국가에 의하여 양성된 검사나 판사 상을 제안하려 한다. 또한 행정국가적·경영중심적 국가와 그에 상응하는 사법제도를 제안하려 한다. 나폴레옹이 죽어가면서 자신의 치적으로 가장 영예롭게 생각하였던 근대 5법의 제정이외에, 그는 주지하다시피 교육개혁도 과감하게 단행한다. 즉 국가에 필요한 인재 양성을 위하여 전문화된 그랑제콜 (Grande Ecole) 교육을 도입한 것이다. 실용적 교육의 중요성을 현실화시키고, 각 분야별 소수의 전문가 양성을 위한 그랑제콜 교육을 도입하는데, 이는 로스쿨, 메디컬 스쿨, 비즈니스 스쿨, 공학대학원 등 연구중심 대학원 아닌 미국의 실무 대학원체제와 비견될 수 있다. 실무대학원 과정은 물론이고, 미국의 수많은 연구 대학원 과정을 보면 알 수 있듯이 현대는 전문가 시대라 할 수 있다. 이러한 발전은 이미 200여 년 전 나폴레옹 시대에서부터 예견될 수 있었고, 당시의 현실적 필요에 부응한 것은 나폴레옹의 선견지명이라 아니할 수 없다. 다만 후술하는 바와 같이 미국 로스쿨제도는 연방국가라는 현실로 법관이 사법귀족과 같이 보일수 있지만, 프랑스의 경우에는 중요한 공무원의 하나로 보는 정도라 할 수 있다. 특히 프랑스 그랑제콜 중에서도 HEC 또는 ENA 등 경영·행정관련 그랑제콜이 프랑스 국가 인재 양성의 중핵이 되는 것은 국가의 성격에는 행정적·경영적 성격이 고유하다는 것을 알 수 있게 한다 (후술하는 바와 같이 ENA는 국사재판소 등 공법관련 재판관을 양성하는 역할을 하고 있으며, 그 외 사법관 양성소 및 변호사 양성소 등 2개의 그랑제콜이 독립적으로 사법관련 재판관 및 변호사를 양성하고 있는바, 이러한 3개의 교육기관으로 인하여 변호사회를 중심으로 법조 3류를 통합하려는 법조일원화 개념은 프랑스의 경우에 있어 희박한 것이 현실이라 할 수 있다). 한편 프랑스의 보편적 인권사상은 대학교육전반과 관련하여서도 연관되어 역사적 교훈과 시사점을 주고 있다. 즉 프랑스 대혁명기 및 나폴레옹의 집권시에 카톨릭 (Catholic) 등 부패의 온상이었던 파리대학이 폐쇄되며, 1896년 다시 설립되었으나, 5월 혁명의 영향으로 1971년 파리대학은 대학별로 숫자가 불어 평등화되는데, 이는 대학교육의 보편화 내지 평등이념과 관련하여 의의를 갖는다고 할 수 있고, 법조인 양성 및 대학교육과 관련하여 우리의 현실을 돌아볼 수 있다는 점에서 (예컨대 부담없는 대학학비, 국가가 중심이 되는 인재양성, 현재와 미래에 우리가 닥칠 로스쿨의 서열화 문제와 과도한 또는 정의롭지 못한 입학정책 등) 간접적으로나마 시사점을 준다.

것이 원인이 아닌가 한다.⁵⁾ 언젠가 국회의원의 불체포특권을 반납해야 한다는 국민여론이 있었고, 국회의원들도 일부 이에 동조하였지만, 이제는 에드워드 2세와 같이 단두대에서 그들의 상전을 처단하는 것까지는 아니더라도, 국가를 운용하는 귀족계급으로서 그들의 명예를 지키기 위하여 면책특권이나 불체포특권이 얼마나 필요한 제도인가 공감할 것이다. 진보나 경제가 잘못되면, 시장이 위기를 맞고 우리의 물질적 생활이나 경제·사회적 정의가 문제되겠지만, 보수가 잘못되면, 프랑스와 같이 궁중 혁명, 쿠데타, 잔혹한 숙청 등 국가적 혼란이 가중 될 것이다.

2. 司法官 選拔의 문제

민주주의 기원국들도 우리와 같이 이념과 국가의 문제가 선거 때마다 나오는 문제이지만, 그것이 주체적으로 승화되고 있다. 우리는 이를 배워야 되겠다. 물론 일천한 민주주의 역사에서 우리 체제에 어떠한 보수적 전통을 확고히 세운다는 것이 쉬운 일은 아닐 것이다. 우리는 작금의 현실에서 주체성 있는 대한민국, 대립하되 화합할 수 있는 대한민국, 국가적 체통과 명예 등 많은 교훈을 배워가고 있다. 법을 통한 국가경영, 그리고 사회에 기여하는 변호사, 검사, 판사, 특히 판사선발방식의 문제를 주제로 부여 받은 지금, 우리 대한민국의 현실 특히 보수의 현실은 어떠한가가 새삼 여러 가지 배경에서 착잡한 문제로 다가오는 것을 부인할 수 없다. “우리의 정치현실에서 좌파와 우파가 타협하고 양보하는 선진국 정치문화를 현실화 할 수 있을까?” “이념 지향적 좌파, 일천한 보수 역사 속에서 민주화·세계화를 내건 최초의 문민 대통령시절처럼, 우리 법률가

5) 국가의 의사결정은 시민을 정치적으로 대표하는 자를 민주적으로 선출하여 정권된 토론과 다수결의 원리에 따라 하여야 한다는 의회주의의 원리는 어디로 실종됐는지 모르겠다. 우리 이웃과 친구들이 대규모 집회에 참여하는 것을 보면서 미국식 참여민주주의 또는 대중민주주의가 이런 것인가 하는 생각도 들고, 주권자인 국민으로부터 모든 권력이 나온다고 하더라도, 419나 프랑스 혁명 당시의 시민군, 또는 미국 독립전쟁군과 같은 장면을 TV를 통하여 매주 접하는 것이 마치 동화의 한 장면 같기도 하고, 혹시 대규모 충돌이나 인명피해가 있지 않을 까 우려되는 것이다.

들이 정책 중요도에서 맨 끝자리였던 로스쿨 제도 도입 시절과 같은 천대를 받지는 않을까?” “중앙정보부 시절 사법부나 국회 그리고 작금의 사회지도층들과 같이 정권핵심으로부터 모멸을 당하고, 명예를 지키지 못하였듯이, 법률가 역시 그러한 현실로 떨어지는 것은 아닐까?” “경제지상주의 사회분위기 속에서 미국식 제도를 강요당했던 것은 아닌가?” 등등 여러 생각의 편린들이 스쳐지나 간다.⁶⁾ 그리고 영국의 법률가 제도가 왜

6) 이번에 법관임용제도의 발제를 맡으면서 좋은 말씀을 많이 들었다. 홍익대 장경환 교수는 제 후배이기도 하지만 당시 법과대학 교수였던 박세일, 김철수 교수님 얘기와 함께 문민정부시절 정황을 잘 말씀해주시고, 로스쿨 주제와 관련하여 “공정성 문제”가 근본이 된다는 점을 지적하였다. 한편 두분은 미국에서 경제학을 공부하시고 우리 헌법학계의 대표적 학자라는 점에서 필자가 얘기하려고 하는 헌법국가-경제국가로서의 미국과 묘하게 겹치는 것 같아 재미 있다. 어쨌거나 필자는 미국식 사법제도 혹은 법률가제도를 미국이라는 나라가 최초로 성문헌법을 제정하고 시민 자본주의를 신대륙에 수립하려는 역사적 맥락에서 이해하여야 하고, 연방제도가 발전하면서 연수형 법률가 양성으로부터 독일식 5-6년제 전문가 양성 법학교육 체제로 탈바꿈하고, 1950년대 들어 현재와 같은 3년제 로스쿨 체제로 바뀌면서 졸업생의 학위도 수업형 박사 (JD: taught-based doctroate in law)로 하는 등 변화 발전하는데, 이러한 문제들은 항상 공정성 문제를 내포하고 있다고 있다는 점에서 홍 교수의 시각에 동의한다. 예컨대 미국과 같이 우리도 향후 수업형 박사 졸업생을 로스쿨 교수로 임용하고, 이들을 주된 교수요원으로 하는 미국식 로스쿨 체제로 변모시킬 것인가 (이러한 문제와 관련하여, 金培元, 공법학 학문후속세대 양성방안-법학전문대학원 체제와 공법학 학문후속세대 양성방안을 중심으로 참조), 현재와 같이 여전히 우리나라나 외국에서 연구 법학박사학위를 취득한 자를 위한 기득권 체제를 유지할 것인가 등 교수임용과 관련하여 양자간 갈등이 발생하면 무엇이 공정한 것이고, 신뢰보호의 원칙에 반하지 않는 것인가 등을 생각해 볼 시간도 가질 수 있을 것이다. 저는 오래전 로스쿨 도입에 관하여 가이드를 제시하기도 하고, 반대하지 않았던 사람이다. 그러나 이번 발제를 맡으면서 그 주제가 “로스쿨 독점”이라는 것을 보면서 문제의식을 공유하게 되었다. 주지하다시피 독점은 자본주의의 가장 중요한 폐해이고, 자본주의의 모국인 미국에서도 가장 예의 주시하는 경제법 영역으로, 최근에 이르러 미국의 법원은 독과점의 폐해에 관련된 기업의 CEO를 중형에 처하거나, 월가 금융자본주의의 폐해를 악으로 보고 있다. 법을 공부하는 입장에서 우리들은 이러한 입장에 동의한다. 그리고 공정성의 문제는 우리가 독과점 문제를 다루는 법을 공정거래법이라고 부르듯이, 항상 같이 가는 개념이라 아니할 수 없다. 이와 관련하여 이번 학술대회를 주최하느라 수고하신 이호선 교수님의 J. Rawls의 정의론이나 공동체주의적 관점에 바탕한 공정한 법학교육제도 주장은 시의 적절하다 할 수 있다. Stevens, R. B. *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*. The Lawbook Exchange, Ltd. (1983); 이호선 (2016); 이호선. “정의론적 관점에서 본 한국식 로스쿨 제도”, 『법학논총』, 제23권 (2016), pp. 39-80.

수세기 동안 명예와 전통을 지키면서 지속될 수 있었는가, 정치를 넘어 관료제의 전통이나 법의 지배를 확립할 수 있는 국민적 신뢰와 사회적 정서를 유지해 올 수 있었는가 등을 반추해 보게 된다. 한편 왜 우리의 현실을 여건이 다른 미국식 제도에 끼워 맞추어야 했는가 회의가 일게 된다.⁷⁾ 우리가 미국과 같은 연방국가도 아니고, 세계에서 유일하게 대학 원식 3년제 로스쿨 제도를⁸⁾ 실시하고 있는 미국식 제도가 문명정부가 지향했던 세계화와 필연적으로 관련되는 것인지, 로스쿨 도입으로 우리 기업과 자본이 얼마나 도움을 받을 것인지, 최소한 법학교수의 연봉이 올라 학교경제에는 기여하고 있는지, 무리한 장학금으로 재정적자만을 야기하고 있는 것은 아닌지, 과도한 수업료로 가계경제에 부담만 주고 있는 건 아닌지, 영국의 법률가들은 수세기 동안 권력과 싸워 오면서도 명예와 전통을 지킬 수 있는 법률가 제도를 가지고 있었는데, 로스쿨을 도입하여야 법률가의 명예가 지켜지는 것인지,⁹⁾ 엄격한 영국식 Practical Exam제도

7) 앞서 필자는 공적 제도는 현실과 여건의 산물이고, 인간을 위한 것이라 전제하였다. 후술하는 바와 같이 연방제도를 전제로 한 미국의 법률가 제도가 우리의 현실에 얼마나 부합하는지 회의하지 않을 수 없다. 법과대학과 아마도 우리 판례법을 수학하여야 하는 로스쿨의 법학개론 또는 법철학 과목에서 귀에 못이 박히도록 들은 공·사법 구별론 보다 일부 주 판결을 다른 주 법원이 인정하여야 하는가 또는 주정부가 연방정부에 대하여 과세권을 행사할 수 있는가 등의 문제를 다루는 미국식 법학교육 및 법률가 제도가 우리의 현실인지 의문이 든다. 세계화의 문제도 국제거래법을 가르치는 입장에서 보면, 로스쿨 이전 체제의 법학교육 시스템으로도 충분히 세계화에 적응할 수 있는 인재를 양성할 수 있지 않나 생각된다. 예컨대, 미국도 이러한 문제에 관하여 역사적으로 비교법적 검토를 하곤 한다. B. Shartel & H. Wolff, "German Lawyers: Training and Functions", *Michigan Law Review*, vol. 42, no. 3 (1943), pp. 521-527. 어쩌면 세계화와 관련하여 가장 중요한 법과목이라고 할 수 있는 국제거래법 패러다임이 공·사법 구별론에 바탕하고 있으며 주요 국제기구에서 활동하는 많은 법률가들이 미국식 로스쿨 아닌 대륙법계 국가 출신의 법률가들이라는 점 등이 이를 방증하고 있다. 필자가 우리의 공·사법 구별론과 연방국가로서의 미국법체계를 대비시켰지만, 요컨대 범문제를 실증적으로 바라 보아야 하고, 법을 바라보는 시각의 차이는 법학교육과 긴밀하게 관련된다는 주장을 간과해서는 안된다고 본다. L. Trubek, "Crossing boundaries: legal education and the challenge of the new public interest law", *Wis. L. Rev.* no. 2 (2005), p. 455.

8) 우리가 생각하는 로스쿨 제도와 관련하여, 이일세, 로스쿨제도의 의미 (2005) 참조.

9) 물론 이 문제는 전문직으로서의 권위 문제와 관련되는 것이라고 할 수 있다. 예컨대, A. Nollent, "Legal education in France and England: A comparative

는 우리의 과거시험과 같이 어려운 난이도의 시험이고, 영국은 입헌군주제를 유지하면서, 그러한 제도를 유지하고 있는데, 우리의 과거제도와 같은 것은 아무것도 아닌 것인지 등등 많은 생각이 뇌리를 스쳐 간다.¹⁰⁾

과거 1970-80년대 접했던 두 가지 경험이 생각난다. 아마도 지금의 중앙 한국학 연구소와 같은 개념인데, 국민교육헌장이나 창조한국 같은 사회 분위기 진작이 그 하나이고, 사법부 예산편성권의 확보와 대통령 아닌 대법원장의 법관임명권, 법관연임제도의 폐지 등이 사법부 독립에 가장 중요한 주제라는 선배들의 주장이 그것이다. 이러한 과거 사회지도층의 인식이나 시각은 우리의 주제인 새로운 법률가 양성 또는 법관선발제도 도입의 문제와 관련하여 시사점이 있다. 세계 대부분의 선진국들은 법관을 대법원장이 임명하는 나라의 거의 없다. 대부분 선거를 통하여 법관을 선출하거나, 또는 입헌군주, 대통령, 주지사 등 행정부 수반이 법관을 임명하고 있다.¹¹⁾ 그리고 미국의 경우 연방법관은 종신제이지만, 후술하는 바와 같이 우리의 현실에 보다 부합한 주정부, 즉 주 사법부의 경우에는 많은 주가 Missouri Plan을 받아들여 retention election제도를 통하여 법관의 연임제도를 도입하고 있다.¹²⁾ 그렇다면 “법관임명권이나 사법부 예산편성권을 사법부 스스로 행사하여 한다는 과거 우리의 선배들은 옳지 않았다는 것인가?”¹³⁾ 필자는 그렇게 보지 않는다. 그러한 주장은 당시의 한국적 현실에 가장 어울리는 필요한 주장이었기 때문이다. 정당한 선거인지 의심되고, 정통성이 결여된 선거에 의하여 선출된 국가원수, 장기집

study”, *The Law Teacher*, vol. 36, no. 3 (2002), pp. 277-293; K. Kim, S. Borhanian, K. Chung, Y. Park, W. Lee, & K. Kim, “The Graduate Law Degree Holders in the Legal Education Market: Evidence from the US, Rankings and Implications”, *Beijing Law Review*, vol. 7 (2016), pp. 371-399. <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2016.74031>; D. Kennedy, “Legal education and the reproduction of hierarchy”, *Journal of Legal Education*, vol. 32, no. 4 (1982), pp. 591-615.

10) 시론, 사법시험제도의 존치 필요성 (2015).

11) 예컨대 P. Webster, “Selection and retention of judges: is there one Best Method”, *Fla. St. UL Rev.*, vol. 23, no. 1 (1995).

12) L. Epstein, J. Knight, & O. Shvetsova, “Comparing judicial selection systems” *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, vol. 10 (2001), p. 7.

13) 한편 프랑스의 경우 사법부 예산이나 인사행정을 사법부 아닌 법무부가 행하고 있으며, 영국의 경우에도 비슷하다 할 수 있다.

권이 문제시되는 상황에서 가장 적절한 대안이라고 보기 때문이다. 필자는 한국적 정통성을 연구하는 한국학 중앙연구소와 같은 기관을 매우 존경한다. 그래서 독재자였고, 지적 오만이 풍기기는 하였지만, 국민교육헌장을 통하여 창조한국을 시도해 보았던 과거 집권자에게도 일리가 있었다고 본다. 필자는 여러 생각의 편린 속에서 몇 가지 점을 말하고 싶다. 법관임용이나 법률가 양성 등 법률가의 문제는 그 나라의 국가현실, 역사와 전통, 그리고 주체성과 깊이 관련되어 있다는 것이다. 그리고 좌우가 화합할 수 있는 정치문화 그리고 정치적 안정이 전제되어야 한다는 것이다. 그리고 그 나라의 헌법제도나 헌법관행 등에 충실하여야 한다는 것이다. 마지막으로 그 나라의 교육제도 일반과 조화될 필요가 있는 것은 물론이다. 그렇다면 우리는 어떠한 법률가제도를 가져야 하는가? 절대적이고 이상적인 안은 쉽지 않겠지만, 최소한 우리의 현실을 다음과 같다 할 수 있다.

첫째, 우리나라는 미국식 성문헌법을 도입한 헌법국가이지만, 헌법국가로서의 현실에 더하여 프랑스식 행정국가 모델이 국가전략 추구에 있어 적절하다 할 수 있다. 즉 과거 개발독재시절에의 반성이 있어야 하겠지만, 우리는 強小國家로서 선진국 경제로 진입하거나 그 위상을 유지하여야 할 처지에 있다고 본다. 복지국가적 요소들은 이미 우리 국민정서에 깊이 뿌리박혀 있으며, 기업과 자본 위주의 정책, 특히 샌더스가 지적한 바와 같은 가진자만을 위한 정책은, 빈곤문제 (poverty issue)랄지 사회정의적 관점에서 미국식 경제 패러다임에서도 문제되고 있다. 우리도 이러한 문제를 헌법적 차원에서 조화할 필요가 있다고 본다. 이제는 중소기업이 살아야 하고, 서민 경제가 살아야 소비도 진작되며, 기업이 살아 날 수 있다는 국민적 차원의 인식전환이 이루어지고 있다고 할 수 있다. 어느 경제학자의 시각을 인용할 것도 없이, 북구식 사회복지국가 모델을 지행하여야 한는데 많은 이가 공감하고 있다. 프랑스식 행정국가 모델은 중앙집권적 추진력을 갖춘 정부를 이루어 낼 수 있고, 공·사법을 엄격히 분리하여 사법제도를 고안하게 된다, 공법 관련 재판소 및 독립한 재판관선발제도 등 공적 영역과 사적 영역을 엄격히 분리하고, 이에 상응한 司法制度를 창출함으로써, 현대 자본주의 사회의 기본 논리에도 부합하고,

최순실 사태와 같이 공과 私를 구별 못하는 일부 지배계층과 몽매한 시민들을 교양할 수 있다고 본다. 그리고 법률가들의 인식을 국가발전을 지향하도록 혁신하여, 시민의 권리를 보호하고 자유를 진작하는 법률가 상을 넘어 국가를 발전시키고, 경영하는 데 주도적으로 법을 이용하는 법률가를 양성할 수 있게 한다.

둘째, 우리는 단일국가로서 연방국가와는 다르다. 연방국가의 특성으로 인한 미국식 제도를 무분별하게 받아들일 필요는 없다고 본다. 오히려 영국식 네 개의 인 (inn) 제도나 프랑스식 특수 그랑제콜 (Grand Ecole)에 의한 법률가 양성제도가 우리의 현실에 부합할 수 있다. 즉 각 주 지역 학교를 중심으로 한 분권형 법률가 양성제도는 우리의 현실에 부합하지 않는다고 생각된다.¹⁴⁾ 대통령 선거가 있을 때마다 연방에서 탈퇴하겠다는 주 주민들의 헌법 청원서를 작성하는 미국 法律家의 현실이 우리의 현실이 될 수는 없다고 생각한다. 우리는 지역감정을 초월해야 하는 단일국가이지 경상도나 전라도가 국가가 될 수는 없는 것이다. 또한 연방헌법이나 연방사법권 등 聯邦과 洲 關係에 관한 법과목을 수많은 시간을 들여 강의하는 미국식 로스쿨은 우리의 현실과는 다르다고 본다.¹⁵⁾ 그리고 연방국가 시스템이 창출 해내는 다양한 법률수요 역시 우리의 현실에서는 존재하지 않는다. 따라서 단순히 국민 1인당 변호사 수를 기준으로 변호사가 많아야 한다는 주장은 타당하지 않는 것이다.

셋째, 대한민국은 자유민주국가이지만, 사회복지국가를 지향하는 나라이다.¹⁶⁾ 따라서 국가가 적극적으로 법률가 양성에 관여하는 국가 중심적 법률가 양성제도가 우리 헌법이 지향하는 성격에 부합할 수 있다. 법률기술과 클라이언트(client)를 다루고, 법률수요를 창출할 수 있는 법학교육을 넘어 국가 윤리나 행정을 아는 법률가 양성 제도, 그에 기반한 법관선발 내지 임용제도 등이 필요하다고 본다.¹⁷⁾

14) 물론 우리도 서울과 지방간의 균형발전이랄지 로스쿨의 공익성 문제 등에 관한 논의가 있다. 임재홍, “법조인 양성제도와 지방대학: 로스쿨과 공익성”, 『법학연구』, 제13권 (2005), pp. 20-50.

15) 신양균, “로스쿨에서 형사소송법 교육”, 『형사법연구』, 제20권 (2008), pp. 7-48.

16) 김기영, 『헌법강의』, (서울: 박영사, 2002).

17) 예컨대 법학교육은 중단될 수 없으므로 우리의 현실에서 법학교육의 정상화 방

II. 주요국 司法制度와 사법관 선발제도

이러한 인식하에 본장에서는 주요국의 사법제도와 법률가 양성 및 법관선발 방식을 표를 통하여 간략히 이해하고,¹⁸⁾ 프랑스식의 독립된 법관선발방식을 채택하여야 한다는 전제하에 현재 시행되고 있는 미국식 법률가 양성제도가 가지는 모순점과 우리가 나아가야할 방향을 얘기해 보려 한다.

<표 1> 西歐 民主主義 紀元國과 사법제도 및 사법관 임용

	사법제도	사법관 임용
미합중국	연방법원 (총 소송의 2%) * 1개의 연방대법원 * 12개의 연방항소법원 * 94개의 연방지방법원 * 연방전문법원: (i) 10개의 창설적 관할권을 행사하는 연방전문법원 (ii) 10개의 항소관할권을 행사하는 연방전문법원 주법원 (50개주: 총 소송의 98%) * 법원 명칭은 다르지만, 기본적으로 3급심 : 대법원-항소법원-지방법원	연방법관 : 연방헌법상 연방법관은 중요한 연방공무원으로서, 연방대통령 공무원 임명권의 대상이 되며, 따라서 연방법관은 상원의 인준절차를 거쳐 대통령이 임명함. 사법부의 독립을 위하여 연방법관의 지위는 헌법상 보장되며, 전문가로서 자신의 직무를 수행할 수 있는 한 종신직이고, 정직, 감봉 등 불리한 처분을 받지 아니한다. 주정부 법관 : 많은 주가 선거 등 정치적 과정을 거쳐 법관을 임명하며, 주 지사가 임명하는 주도 패된다. 주정부 법관의 임명과 관련

안을 찾을 필요가 있다는 주장은 타당한 것이다. 이관희, “한국 법학교육 정상화 방안”, 『헌법학연구』, 제19권 (2013), pp. 431-465; 정용상, “학부 법학교육의 발전을 위한 정책적 과제”, 『교육법학연구』 제23권 제2호 (2011), pp. 213-237. 미국의 경우 법률실무교육을 중요시 한다는 사실은 우리가 주지하는 바이다. R. Stuckey, “Best practices for legal education: A vision and a road map”, *Clinical Legal Education Association* (2007).

- 18) M. Glendon, M. Gordon, & C. Osakwe, *Comparative Legal Tradition: Text, Materials, and Cases on the Civil and Common Law Traditions, with Special Reference to French, German, English, and European Law*, (Saint Paul: West, 1994).
- 19) C. Walker, “Legal Education in England and Wales”, *Or. L. Rev.*, vol. 72

	사법제도	사법관 임용
		<p>하여 Missouri Plan은 법관을 정치로부터 독립시키고 중립성을 확보하기 위하여 1940년 미주리 주가 처음 법관 선발방식으로 채택한 후, 일부 주가 이를 따르고 있다. 동 플랜에 따르면, 정당과 무관한 법관선발위원회가 空席된 법관직에 응모한 경쟁자를 심사하게 된다. 위원회는 주지사에게 가장 적합한 응모자를 천거하게 되고, 주지사는 그 중에서 60일내에 법관을 선정하게 된다. 60일 이내까지 법관이 선정되지 않으면 위원회가 대신 선정한다. 이렇게 선정된 잠정적 법관은 1년의 재판업무를 마친 가장 빠른 주 보통선거에서, 職 保存選舉를 승리하여야 한다. 만약 선거에서 다수를 얻지 못하면, 법관은 그 직을 더 이상 수행할 수 없다. 만약 선거에서 승리하면 남은 임기 전부 법관으로 일하게 된다. 직 보 존선거는 1인의 법관이 경쟁자 없이 출마하며, 출마자의 소속 정당이 공개되지 않은 상태에서 可·不可만을 묻는 선거이다. 가표가 부표보다 다수인 경우에는 법관으로서의 직을 계속 보존하게 된다.</p>
영국	<p>* 영연방 : (i) 영국과 웨일즈, 북아일랜드, 스코트랜드 등 3개의 사법제도를 분리 시행- 다만, 영연방 대법원, 특별 이민항소법원, 노동법원, 노동항소법원, 영연방 통합재판소 등은 영연방에서 공통적으로 관할권 행사</p> <p>(ii) 영국과 웨일즈 법원시스템 : 권력분립의 원리를 실현하기 위하여 과거와 같이 상원은 더 이상 최고 법원이 아</p>	<p>* 이원적 법률전문직¹⁹⁾ * 바리스터/솔리시터/인가 법률전문가</p> <p>* 3년간의 법학 학사과정/일반대학과정 + 졸업후 1년내 통합전문직 시험 (법학교육이수 증명)합격</p> <p>* 바리스터 : 변호사회 법률훈련과정 및 1년의 연수과정 (pupilage) 이수 - 4개의 법원수련원 중 하나에 회원 등록</p>

	사법제도	사법관 임용
	<p>남. 2005년 제정되고 2009년 효력을 발생하는 새로운 법률에 따라 영국대법원 창설 (다만 유럽 인권재판소는 대법원의 상급심 역할을 함)</p> <p>* 민사 1심 법원으로 시군법원 (county courts), 형사 1심법원 또는 일부 극소수 민사사건을 담당하는 집행관법원(Magistrates court)이 있고, 집행관법원은 전문 법지식이 없어도 되는 일반 시민 재판관으로 구성. 복잡한 형사사건이나 다액의 민사사건은 고위법원 (high court)에서 관할권을 행사함.</p> <p>* 항소사건은 집행관법원 또는 왕립법원이 담당하고, 왕립법원의 항소사건은 고위법원 혹은 항소법원이 담당하며, 영국대법원에 까지 상고 가능. 항소법원은 민사부와 형사부로 분리되어 있음.</p> <p>* 영연방 대법원은 영연방 내에서 최고법원으로서 영국 및 웨일즈, 스코트랜드, 북 아일랜드로부터의 민사 및 형사 사건의 상고심으로서 기능 (영연방 내 시민 전체에 대하여 중대한 헌법적 의미를 갖는 사안에 대하여만 상고를 허용).</p>	<p>* 솔리스터 : 1년의 법실무과정 및 2년의 개별 계약에 기초한 연수과정 (전문직 기술전수과정)</p> <p>* 인가 법률전문가 (다양한 자격 취득 경로: 법학학위 혹은 경력자 중 오랜 기간의 비전업 수학 등)</p> <p>* 영연방 대법관 등 법관임용에 관한 2005년 헌법개정법률</p> <p>* 대법원 수장, 부수장 및 3개의 영연방 구성국 사법관임명위원회 위원들로 구성된 영연방 대법관 임명위원회는 후보 중에서 적합하다고 판단되는 자를 선정하여 사법부 대수장 (Lord Chancellor)에게 회부하고, 사법부 대수장은 이를 認准하거나 거부하게 된다. 선정된 자를 적합한 것으로 판단하여 인준한 경우에는 수상에게 그를 천거하게 되며, 수상은 영연방 군주에게 그자의 임명을 건의하고, 최종적으로 군주의 재가를 통하여 영연방 대법관이 임명되게 된다. 그 밖에 주요 법원의 법관들도 법관임명위원회의 천거절차를 통하여 자격있는 법률가 중에서 영연방 군주가 임명하고 있다. 거의 모든 법관이 바리스터 (Barrister) 중에서 임명되며, 역사적으로 1 내지 2인 정도가 솔리스터 (Solicitor) 중에서 임명된 선례가 있다고 한다. 그리고 법관으로 임명되기 위하여는 최소한 경력 7년 이상의 법조 경력이 요구되고 있으며, 개정법률에서는 법관이 되려는 자들을 다양하게 구성하기 위하여 면접과정에서 여러 정책 적 대안을 실시</p>

	사법제도	사법관 임용
	<ul style="list-style-type: none"> * 제 1심법원: 지방법원/소법원/예외법원/형사법원 * 예외법원 : 상사법원/노사조정법원/농촌임대차법원/사회보장법원 * 형사법원 : 수사법원/판결법원/형사특별법원 * 수사법원 : 수사판사/고등법원 기소결정부 * 판결법원 : 경찰법원/경죄법원/중죄법원 * 형사특별법원 : 소년형사법원/기타특별법원/형집행판사 * 행정법원 (연 9450 건) <p>국사원 지방행정법원 고등행정법원 특별행정법원</p> <ul style="list-style-type: none"> * 헌법위원회 * 권한쟁의법원 	<p>정이나 자격이 다름</p> <ul style="list-style-type: none"> * Bacclaireat에 합격하여 4년간 대학교육 - 입학시험 (우리의 사법시험에 해당 100 혹은 200인 선발) - 국립사법관학교 (8개월의 일반 이론교육/3개월의 연수/14개월의 검찰과 법원 실무연수/졸업시험/6개월간의 특별교육-일정한 보수) * 변호사, 소송대리인, 법무부 등에서 근무한 공무원 중 일정경력을 가진 자 등이 승진위원회의 심사를 거쳐 매년 40 내지 60 명씩 임용됨/집행관, 일반직 사법공무원, 법과대학 교수 등 법률관련 직에 종사한 사람을 임기제 지방법원 판사로 임명하기도 함 <p>고위직, 제 1급, 제 2급 등 계급간 승진제</p> <ul style="list-style-type: none"> * 입학시험-국립행정관 학교 (Ecole Nationale de Administration: ENA)-27개월의 실무 및 이론수습 - 국사원 재판연수관/고등 및 지방행정법원의 판사/고위 공무원 등으로 임용됨 * 변호사 (avocat)- 입학시험-변호사 양성소 (Centre regional de formation professionnelle)-1년간 연수-변호사자격시험-2년간 변호사 시보 수습-변호사회 등록

(1993), p. 943.

20) S. Wall, "Legal education in France", *The Law Teacher*, vol. 26, no. 3 (1992), pp. 208-214.

Ⅲ. 대한민국의 토양에서 次善의 代案은 무엇인가?

변호사의 양성과 국가가 필요로 하는 재판관의 육성은 법치주의의 근간을 제공하는 중요한 문제라 아니할 수 없다.²¹⁾ 그러나 이렇듯 중대한 의의를 가지는 법교육과 법관 선발의 문제는 그 나라 헌법이나 역사와 불가분인 성격을 가지고 있다. 전술한 바와 같이 프랑스는 미국, 영국과 함께 近·現代 민주주의의 기원국이자 모범국으로 범세계적으로 사법제도의 형성에 많은 영향을 끼친 것이 사실이다. 세 나라는 모두 정치적·역사적으로 가장 주요한 서방 3개국이지만, 각 나라가 취하는 제도나 知的 傳統은 다른 점도 많이 있다.

첫째, 미국과 영국의 발전사는 보다 경제 중심적이고 프로테스탄트적, 혹은 探險的이라는 것이다. 다만 이는 해외로 진출할 수밖에 없는 영국의 지정학적 현실로 인한 것이며, 그 문화적·지적 마중물, 특히 사법제도는 여전히 유럽 전통과 역사에 깊이 뿌리 박혀 있다. 영국은 변호사나 사법관 양성에 있어 비밀주의적 인 (Inn) 제도를 유지하고 있으며, 대법원은 여전히 사법귀족이라 할 수 있을 만치 특수교육을 받은 자들이 권한과 책임을 담당하고 있다. 此際에 일본을 통하여 받아들인 경제중심적 대중민주주의 헌법에 기반하고 있는 미국 모델이 비록 민주주의 역사는 짧지만, 유구한 전통과 역사를 가진 대한민국에 꼭 맞는 모델인가는 再考할 필요가 있다. 마이클 샌델(Michael Sandel)과 함께 세계의 석학으로 꼽히는 마이클 푸엣(Michael Puett)은 오래전 이미 동양은 서양보다 부유하고 발전된 문화를 가지고 있다고 저술을 통하여 말하고 있다. 우리가 1990년대부터 선진국으로의 진입에 강박적으로 매달린 것이 경제개발만이 살 길이라는 1960년대 이후 1980년대까지의 국가철학의 말기적 징후였으며, 근시안적인 것은 아니었던가 다시 돌아 볼 필요가 있다. 그러한 일방통행

21) M. Puett, *To Become a God: Cosmology, Sacrifice, and Self-Divinization in Early China* (No. 57), Harvard Univ Asia Center (2002).

적 사고는 미국과 일본의 제도를 철저한 검토 없이 받아들일 수밖에 없는 상황을 조장하고 말았다.

사법제도는 經濟的·政治的 성격의 제도로서 본질을 갖는 것이 아니고, 역사와 전통 혹은 시민정서와 보다 밀접한 관련을 갖는 제도이다.²²⁾ 공통된 지적 기반과 상식에 바탕하여 정의와 형평의 문제를 누가 책임지는가의 문제이지, 학교 경제, 법률전문가 양성을 통한 富의 세습, 無限競爭의 변호사 사회 혹은 변호사간 극단적 빈부격차를 결과하면서도, 미국과 같은 시장을 상상하면서, 현재와 같은 로스쿨 제도를 부득이한 것으로 안주하는 것은 문제라 아니할 수 없다. 경제학자들도 더 이상 시장만능을 지지하지 않는다. 경제 문제는 사람 즉 심리학적 문제라고 보는 견해가 많아지고 있다. 우리가 시장개념을 처음 체계화했다고 알고 있는 아담 스미스도 이미 오래전 경제는 중국적으로 소비자 복지를 위한 것이며, 동양이 서양보다 부유하다고 말하였고, 세금제도에 언급하고, 부국강병론을 주장함으로써, 국가가 모든 것의 중국점이라는 점을 시사한 바 있다.

변호사나 재판관의 양성은 그 나라의 사법제도나 세계적 차원의 法競爭과 밀접한 관련이 있다는 데에 모두 동의하리라 믿는다.²³⁾ 또한 그 나라의 憲政이 어떤 헌법전통 하에 있는가 하는 문제이다. 진술한 바와 같이 기원국인 미국과 영국을 제외하면 프랑스 사법제도는 모든 나라의 모범이 될 수 있는 제도이다. 프랑스는 보편적 인권을 주장한 대표적 국가이지만, 통치구조나 사법제도의 문제에 있어서는 정부 기능의 효율성, 관료제 전통, 시민정서와 역사 등에 기초하여, 국민에게 신망 받고 책임을 지며, 계층 간 불평등의 문제를 일으키지 않는 법률가 양성 및 사법제도를 지켜가고 있다. 우리와 대비된다 아니할 수 없다. 미국의 사법제도는 엄격한 三權分立의 원칙과 聯邦制로 인하여 사법부를 우상화(cult)할 수밖에 없는 현실을 배경으로 하고 있다. 프랑스 법철학자인 몽테스키외가 주장한 엄격한 삼권분립제도가 미국에서 받아들여지고, 영국이나 프랑

22) 양승일, & 유홍림, “정부위원회 운영에 있어서 민간부문의 참여반영성 분석: 정권별 로스쿨제도 관련 자문위원회를 중심으로”, 『행정논총』, 제50권 제3호 (2012), pp. 175-205.

23) 육소영, “미국 로스쿨 제도의 조망”, 『법학논총』, 제14권 (2004), pp. 165-181.

스 등 유럽국가들은 여전히 의회중심적 통치구조, 즉 의원내각제나 이원집정부제 등을 취하고 있는 것은 아니러니 한 현실이다. 부패한 권력을 견제하기 위하여 권력분립이 필요한 것은 자명하나, 그렇다고 하여 사법부 내에 검찰조직을 둔다거나, 국립행정원에서 公法 關聯 司法官들을 양성하는 것을 금기시킬 필요는 없다. 우리의 경우도 검찰과 법원 또는 행정법원과 행정청을 눈을 씻고 구별하는 것이 우리의 현실인지 되돌아 볼 필요가 있다. 실제로 이러한 기관들은 기능상, 정서상, 그리고 전문지식에 있어 서로 공유하며 협력한다고 인식하고 있는 바, 우리가 공법제도를 고안하는 데 있어 이러한 점을 고려할 수 있겠다.²⁴⁾

둘째, 原理論的으로 자유민주주의는 작금의 최순실 사태에서도 보듯이 사적 영역(private sector)과 공적 영역(public sector)을 엄격하게 구별하는 것을 가장 기본적인 전제로 깔고 있다.²⁵⁾ 지금에 이르러 왕권을 옹호한다거나, 봉건제도가 오히려 인간의 정서에 부합한다고 주장한다면, 누구나 그것은 시대착오적 강변이라고 할 것이지만,²⁶⁾ 대한민국 역사가 외세에 의하여 좌지우지되었다는 현실을 생각해보자는 차원에서 의미가 있을 수 있다. 우리를 식민지배한 일본은 여전히 천황을 숭상하고 있으며,

24) 예컨대 로마협약에 따라 만들어진 국제형사재판소도 수사국과 재판소를 한 기구에서 아우르고 있다. 권력분립의 원리는 절대권력에 대한 회의로부터 기본권을 수호하는데 기여하면서, 제한정부의 이상을 구성하는 핵심원리였다는 사실을 부인할 수 없다. 필자는 “왕의 대관으로서의 검사 또는 재판관” 같은 봉건시대의 가치가 우리의 진실이라는 것을 주장하려 하거나, 외교전문가가 조약교섭 및 체결 등을 통하여 의회주의의 원리를 사실상 침탈할 수 있다는 것을 허락할 수 있다거나, 행정소송에 있어 행정청 대리인이 법률전문가이므로 서로 서로 말아 먹는다거나 하는 것을 말하려는 것이 아니다. 다만 專門化·積極國家化하고 있는 현실에서 기능론적 현실을 전제할 필요가 있다는 것이다.

25) 언젠가 김영란법이 시장에 미치는 영향이 크다고 하여 경제학자들이 공적 영역과 사적 영역을 준별하는 민주주의 원리 또는 헌법체제와 부합하는가 하는 토론을 하기도 하였는데, 이러한 구도는 주지하듯이 세계적 차원에서의 이상적인 시장 또는 국제통상의 자유에서 확인되는 바와 같이 시민 자본주의 사회의 기본 개념이기도 하다.

26) 언젠가 교육부 고위공무원이 과거 봉건제 시대에 빗대 양반과 천민 운운하면서 우리 대중사회의 현실을 모욕하고 국민을 폄하한 것이 문제가 되어 파면당한 사례가 있는데, 필자는 우리 국민을 존경하면서도 과거 우리 선조들의 장점을 교훈삼는 자세는 필요하다고 본다.

국가의 구심점으로 삼고 있고, 영국을 중심으로 민주주의 기원국은 여전히 법제도나 법개혁에 있어 역사와 관행을 중시하고 있다.²⁷⁾ 사적 영역 즉 經濟 論理가 공적 영역을 모든 차원에서 압도한다면, 이는 과거 70, 80년대 개발독재 시대의 유산이거나, 맑스와 같은 유물론적 차원의 사고 이지 않나 자성해 볼 필요가 있다. 맑스마저도 그의 이론에서 국가는 가장 숭고하고 강력한 敵으로서, 항상 자본, 즉 생산적 측면의 경제와 이해 관계를 같이한다고 하였는바, 이는 다른 측면에서 보면 국가의 중요성을 옹변하고 있다. 공법체계와 공법제도로 얽혀있는 국가라는 實體의 문제를 논의함에 있어 경제우선주의적 접근방식은 국가의 품격이나 주체성의 관점에서 재고해볼 필요가 있다. 민주주의 기원국들은 경제를 키우고 부양하면서도, 국가 문제와 관련하여서는 자신들의 역사와 전통을 숭고하게 여기고, 거기에서 해답을 구하고 있다. 이는 굳이 닉슨의 재판부가 200년 전 Burr 사건을 선례로 인용한다거나, 영국의 법무부가 선례구속성 원칙의 문제점 또는 경제법의 활성화 문제 등을 수백 년이 지난, 1970년대 들어와서야 검토하고 개선안을 찾으려 하였다는 것은 국가의 문제를 근시안적으로 바라보는 우리의 현실과 대비된다 아니할 수 없다.

셋째, 이미 재판관은 사법귀족이 아니다. 대중민주주의 시대에서는 공무를 담당하는 행정직 공무원과 동일한 기능을 하는 국민의 공복중 하나이다. 물론 영국의 경우 재판관이 사법귀족과 같은 외관을 보이고 있지만, 이는 역사와 관행의 잔재일 뿐, 현실적으로 다른 국가의 재판관과 별다른 차이가 없다. 미국의 경우에도 연방제도로 인하여 연방법원의 재판관이 중요한 역할을 담당하고, 그것이 司法府를 존경하는 시민적 정서를 배양한 것이지, 현실적으로 봉건시대의 사법귀족이라고 할 수는 없다. 물론

27) 예컨대 영국법원의 司法傳統은 계약법과 불법행위법 등 기본 사법원칙에 깊이 뿌리박혀 있는 바, 영국의회나 법원은 오랜 기간 법은 私的 領域을 다루는 것이라 사고해 왔다. 그리고 정치나 공적 영역은 의회주권이나 의회주의에 원리에 따라 의회에 모든 것이 집중되는 것으로 생각하였다. 미국식 대중 민주주의에 대하여 우리는 이를 영국식 의회민주주의라고 이해하고 있다. 19세기 이르러 공법 영역에서 많은 성문법이 제정된 이래로 오랜 기간, 영국법원은 私法에 관한 전통관례법을 되도록 유지하려 하였고, 해석을 통하여 공법적 규제를 사법영역에 적용하는 것을 最小化하려 하였다.

양원제로 인한 상원의 성격, 연방법원의 경우 종신제 법관제도 내지 봉급 수준의 보호 등 헌법제도가 특이한 면이 있으나, 이는 역사와 전통의 산물이지, 헌법을 제정한 美國民의 주권을 봉건시대로 되돌리려는 것은 아니다. 그렇다면 그러한 자들을 선발함에 있어 국민과 국가적 차원에서 접근할 필요가 있고, 이는 현재의 로스쿨제도와 같이 무분별하게 외국의 제도를 도입하는 것으로 해결할 필요는 없는 것이다. 오히려 과거제도의 전통이나 현대화된 행정고시 제도 등이 재판관 선발과 관련하여 생각해볼 단서(thread)가 될 수 있다. 지금의 행정고시제도에 보다 경쟁률이 높은 司法職 계열을 두어 프랑스의 그랑제콜 입학시험과 같은 심도 있고, 근원적인 사고능력 등을 테스트하고 합격자를 3년간 경력 있는 법관 및 법학, 사회과학 관련 교수들로 구성된 가칭 재판관 양성소에서 학습하게 하여 재판관을 양성하는 것이 우리의 역사적 유산이나 국가의 품격에 부합할 수 있다. 이는 민주주의의 보편화, 대중 민주주의 혹은 국민의 공무담임권 등과 관련해 보더라도 긍정적인 측면이 있다고 본다.

넷째, 재판관과 검사 또는 변호사를 달리 선발하는 것은 우리가 그렇게 외쳐온 多樣性 (diversity) 의 문제와 관련하여 긍정적이라 할 수 있다. 法曹一元化는 어떻게 보면 사법귀족의 잔재를 청산하고, 法曹職域을 專門化하여 민주주의 시대의 요구에 부응하자는 것이지만, 이러한 미국식 사고방식은 우리가 처한 현실의 차원에서 조화할 필요가 있는 것이다.²⁸⁾ 미

28) 시장에는 자본과 노동이 존재한다 (물론 학자들 중에는 경제를 바라봄에 있어 자본과 노동이외에 資源이라는 개념이 있고, 자원이라는 변수를 고려하지 못한 것이 맑스의 오류라는 견해도 있지만). 변호사회는 경제인 연합회나 숙박업 혹은 요식업 협회와 같이 완전히 시장논리가 적용되는 결합체라고 할 수 없고, 노동조합과 같이 완전히 노동자들을 위한 성격의 기구라고 볼 수도 없다. 국내외 교수들 중에도 그러한 철학을 가지고, 자신의 학술활동도 그러한 성격인 자들이 있지만 노동개념에 주목한 무정부주의자들이 있다. 이들은 필요에 따른 생산을 주장하면서, 스스로 채소 등을 키운다거나, 신자유주의를 비판하고 정부가 전세계적으로 갖지 못한 자를 탄압한 것 외에 무엇을 하였는가 비판하기도 한다. 그들은 국가가 소멸한 이상적인 노동자사회를 꿈꾸는 자들이라 할 수 있다. 즉 그러한 자들에게 맑스가 예견한 세상은 이미 실현된 것이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 법률가들이 그러한 철학을 가질 수는 없을 것이다. 굳이 미 변호사협회 입회시 사상검증 절차가 있다는 것을 들지 않더라도, 그러한 철학은 자신의 처지와 상용될 수 없기 때문이다. 변호사회는 국가와 시장의 중간적 성격의 결합

체로서, 우리의 경우 전문적·공익적 성격은 강하지만, 미국과 같이 변호사회가 주 고등법원에 소속되어 일부 국가적 성격까지도 갖는 것과는 차이가 있다. 즉 미국은 변호사 시험이나 자격 등은 모두 주 변호사회와 주 고등법원 또는 대법원이 관할하게 되고, 또한 변호사 교육·징계 등의 권한도 주 변호사회가 행사한다. 또한 연방지방법원, 연방 항소법원 또는 연방 대법원 별로 변호사회가 있으며, 진미 변호사협회도 독립하여 존재하고 있지만, 체제가 다름으로 인하여 그 역할에 차이가 있다. 예컨대 미 변호사협회는 로스쿨 인가에 관하여 전권을 행사한다. 이는 미 합중국의 경우 연방교육부는 우리와 달리 연방헌법상 경찰규제권(police power)을 행사하지 못하는 것이 원칙이고, 給付의 교육행정(provisional)을 할 뿐이므로, 실제로 대학교의 인가나 중요한 규제사항은 역사적으로 형성된 地域別 교육인가연합회(주별이 아님; 예컨대 중서부 인가위원회 또는 동부, 서부, 남동부 인가위원회 등)가 권한과 책임을 가진다. 따라서 이러한 연합회의 인가를 받은 대학교 혹은 로스쿨은 당해 지역에서 관련 교육을 시행하지만, 로스쿨의 경우 ABA의 인가를 받지 못하는 것은 특별한 역사적 배경이나 이유가 없는 한 하나의 흠이 될 것이다. 요컨대 이러한 차이는 미국은 연방국가인 때문이고, 우리의 경우 변호사시험은 법무부가 주관하며, 변호사 자격·훈련·교육·복지 등 대부분의 문제를 변호사회가 관장하고 있어, 실제로 대한변호사회는 미국에 견주해 볼 때 주 변호사회와 같은 유형이라 할 수 있다. 이는 전술한 바와 같이 주 정부가 많은 차원에서 실제적으로 국가성을 가지고 있다는 필자의 주장과 궤를 같이 한다(일례로 뉴욕주, 캘리포니아주, 오하이오주 변호사라는 표현 대신에 포괄적으로 미국 변호사라는 표현은 정확한 표현은 아니다). 어쨌건 우리가 미국과 같이 법조일원화를 지향한다면, 그러한 제도의 연원을 생각해 볼 필요가 있고, 법률전문가의 직무만족도랄지 평균수입, 교육과 연수 등 전문직 공동체의 정체성을 유지하는데 노력하는 변호사회를 생각해 볼 필요가 있다고 본다. 변호사의 월 평균수입이 250만원으로 기업에서 일하는 대졸평균임금보다 낮다는 것은 변호사회로서는 심각한 문제이어야 한다. 변호사들간 부익부 빈익빈이 심화되어, 일부 변호사들이 사무실 유지가 어려운 것 역시 문제이다. 법조일원화를 목메어 말하지만, 변호사회가 그에 걸맞는 역할을 하고 있는가 자성해 보아야 한다고 본다. 얼마 전 변호사회 아닌 서울대학교 로스쿨에서 로스쿨 재학생들의 만족도 등을 양적으로 조사한 논문을 발표한 바 있다. 이재협, 이준웅, & 황현정. “로스쿨 출신 법률가, 그들은 누구인가?-사법연수원 출신 법률가와와의 비교를 중심으로”, 『서울대학교 법학』, 제56권 제2호(2015), pp. 367-411. 표본 추출 등 통계학적 방법을 사용한 연구로서, 법학교수회 측에서는 전수조사에 기초한 통계자료와 다르다고 반박하기도 하였지만, 법률전문가 직무만족도랄지 법률전문가들을 위한 여러 연구를 지원하는 등 법조일원화 명제에 걸맞는 변호사회의 역할과 위상을 찾아야 한다는 점에서 시사점이 크다. 변호사회가 분발하지 않는다면 일본을 통하여 간접적으로 수입한 미국식 로스쿨 제도는 우리의 법조가 죽 행해온 일본법제도 베끼기의 하나에 불과하다는 비판을 면할 수 없을 것이다. 오히려 변호사회를 중심으로 한 일원적 법률가제도보다도 프랑스식 법조 다원화를 선호할 법률전문가들이 많아 질 수 있다. 우리 같은 법학교수들도 문제이다. 얼마전 정용상 교수님이 로스쿨과 법과대학 교수회를 아우르는 법학교수회 회장

시 경제학과 거시 경제학이 다르듯이 엄연한 현실은 단순한 원리를 넘은 人間과 疏通, 합의의 문제인 것이다.²⁹⁾ 우리나라는 일반 대법원과 헌법재

에 당선되었지만, 우리 법학교수들이 법학을 연구하는 공동의 동료로서 서로 화합하고 교류했던 과거 시절이 그림다는 말씀은 흘러 넘길 일이 아니다. 앞서 공적 제도의 고안은 환경과 여건의 산물이고, 중국적으로 인간이 그 기준점이 된다고 하였다. 지금의 로스쿨제도와 법조일원화가 법률가들에게 전문직으로서 만족을 주고 있는지의 문제는 시민과 기업에 대한 법률서비스, 민주화·세계화와 함께 매우 중요한 문제가 아닐 수 없다. 그러나 그 중요한 주제가 로스쿨 개혁 시절, 그리고 지금에 이르기까지 얼마나 건설적으로 반영되었는가 의심이 가지 않을 수 없다. 변호사의 보수나 부익부·빈익빈 현상을 언급하여 민망하기도 하지만, 이는 사회과학적 문제이기도 한다. 전문직역의 발전은 인간과 사회의 발전을 의미한다. 또한 이는 정치·경제학적 차원의 문제이며, 아담 스미스도 “전문화는 좋은 현상이며, 전문가들은 사회를 위하여 가치있는 일을 한다고 하면서, 그들은 그 전문직 자격에 고유한 어려운 과정을 겪었고, 또 높은 수준의 전문가규범을 준수하여야 하므로, 권한과 높은 보수를 받을 자격이 있다 (...expressed support for professionalization, as he believed that professionals made a worthwhile contribution to society.....deserved power and high salaries due to the difficulties inherent in gaining entry to professional fields and living up to the rigorous demands of professionalism)고 하였다.” 또한 근대 專門職 社會學의 아버지라 할 수 있는 Eric Freidson은 Durkheim의 분업론을 발전시켜, 의사나 변호사와 같은 전문직의 사회·경제현상을 연구하여 많은 가르침을 주고 있으며, Polany 나 Steven Turner는 전문직의 政治學을 궁구하고, 그 한계와 여러 특징을 말하고 있다. E. Freidson, “The future of the professions”, *Journal of Dental Education*, vol. 51, no. 3 (1987), pp. 140-144. 또한 맑스가 그의 노동경제학을 발전시킴에 있어 길드 (Guild) 조직 등을 예기한 것은 物質을 넘어 人間이 경제의 중요한 요소의 하나라는 것을 시사한다. 맑스의 정치경제학이 필요한 수준의 생산과 소비, 노동자들이 주체가 되는 이상사회를 지향한 바 있고, 그것이 작금의 우리 현실이 될 수는 없지만, 전문직 사회학 (sociology of professionalization)이나 지식경제론 (knowledge economy) 등 우리 변호사회가 새로운 제도를 고안함에 있어 흘러 버린 것은 없는지, 또는 구성원들의 이해를 적극적으로 대변하지 못한 것은 아닌지 자성해볼 필요가 있다. 그러한 접근방식은 서구사회에서는 이미 널리 알려진 개념체계이고, 단순히 시장 혹은 재화나 용역의 공급이라는 生産 側面 또는 숫자 중심의 주류경제학적 접근방식과 차이가 있다. 예컨대 Eric Freidson은 치과의사직 등 “專門직의 非專門職化” 현상이 일어나고 있는데 이는 주류경제학에 기반한 주류 정치경제학의 추상적 시장개념이 전문직 시장을 지배하고 있기 때문이라고 보았다. 국민 1인당 변호사수가 과거 법학교수들의 슬로건이었다면, 변호사회는 변호사 수의 사수가 하나의 슬로건이었다. 이러한 대립은 어찌 보면 자연스러운 것일 수도 있지만, 그 근처에 깔린 여러 문제들을 얼마나 철저히 검토하였는지, 법학교수들은 시장에서 양질의 법률서비스를 제공할 수 있는 변호사를 기르고 있는지, 변호사회는 진정 변호사들의 이해를 충분히 대변하였는지 미심쩍다.

판소라는 두 개의 최고법원을 가지고 있고, 미국과 같은 연방국가도 아니다. 연방국가에서 연방제도를 유지하는 중핵으로서 연방법관 또는 연방법원의 위상을 갖추기 위하여 오래되고 신망 있는 경력 변호사 중에서 법관을 임용하는 남의 나라의 전통을 그대로 받아들일 필요는 없다. 우리나라의 법관은 오히려 미연방 주법원의 재판관 혹은 프랑스의 현실과 비슷한 처지라 할 수 있다. 그렇다면 주 법원의 재판관 선발과 같이 변호사 중에서 정치적 과정이나 선거를 통하여 재판관을 선출할 것인가? 우리와 같은 풍토에서는 당장 말썽날 것이 불을 보듯 뻔하다. 그렇다면 프랑스와 같이 법관이 될 수 있는 길을 다양하게 열어 놓는 것이 합리적이고, 국민들의 비판을 최소화 할 수 있는 한 방안이 될 수 있다고 본다. 미국의 경우 법조일원화에도 불구하고, 수많은 변호사로 인하여 법관과 변호사를 달리 바라보는 情緒가 없지 아니하며, 법조일원화는 관행적 차원의 것으로 여겨지고 있을 뿐이다.³⁰⁾

29) 국제통상법 문제이긴 하여도 이해관계자간의 실질적 동의 내지 합의는 보편적 정의를 인식함에 있어 중요한 전제가 된다고 할 수 있다. 김기영, “국제통상법에 있어 世界的 正義 (Global Justice) 의 개념에 관한 小考”, 『법학논총』, 제18권 (2011), pp. 527-557.

30) 본고의 주제가 변호사를 넘어 사법관선발제도에 중점이 있으므로 그 차이를 생각해 볼 필요가 있다. 사법관 혹은 재판관은 주지하다시피 헌법기관으로서 국민주권의 수임기관의 하나라고 보아야 한다. 즉 필자가 언급한 “중요한 공무원”이거나 헌법을 실행함으로써 과거 봉건제하의 사법귀족 비슷한 역할을 하는 자이다 (이는 앞서본 비교표에서 각 나라의 재판관이 중국적으로 군주나 대통령 등 국가원수에 의하여 임명되거나, 미국의 주법원과 같이 최소한 형식적으로라도 retention election이라든가 치러야 할 필요가 있게 한다). 본고의 주제와 관련하여 보면 변호사나 재판관은 같은 법률전문가이지만, 재판관은 전문지식을 바탕으로 시장에서 이해관계인을 대리하는데 그치는 변호사와는 큰 차이가 있다. 한편 국제거래법에는 분쟁해결절차로서 司法節次외에 仲裁節次가 있으며, 어떠한 거래영역에서는 재판관보다 보다 전문적인 법률서비스를 제공하면서도 법률가 자격이 없는 중재인들의 중재가 선호되고 애용되고 있다. WTO 중재인 명부에는 WTO법에 따라 다양한 배경의 非 法律家 중재인들이 있다. 역사적으로 군사재판이나 여러 법적 분쟁해결기구들이 법률가 아닌 자들이 담당한 선례들도 많다. 우리도 언젠가 헌법재판소 재판관 수를 늘리고, 법률이 전문화되는 환경에서 분야별 전문가들, 즉 경력외교관, 기업가, 행정가들도 재판관으로 선발될 수 있도록 제도를 개선하자고 제안하기도 하였다. 이러한 부분들은 법조일원화인가 법조다원화인가의 문제는 환경과 여건의 산물이고, 역사적으로 필연적 명제인 것은 아니라는 것을 방증한다.

넷째, 민주주의가 대중화되고, 보편적 가치로 자리 잡아 가면서, 우리는 직업공무원제의 가치를 재음미 해볼 필요가 있다. 이제 공무원은 과거 莊園制의 귀족이나 그 家臣이 아니고, 국가와 국민의 공복으로서 국가가 공무원제도를 책임질 필요가 있다. 모두에게 평등하게 기회가 주어지고, 그 자격을 충분히 검증할 수 있는 선발시험, 경제적 부담 없는 학습 및 연수 기회 등을 통하여 국민의 공복을 양성한다는 패러다임이 필요하다. 앞서 말한 국립행정원내 가칭 재판관양성소 학습비는 당연히 유럽식 교육 패러다임에 맞추어 국가와 학습자가 균분함으로써 재판관이 되려는 자에게 과도한 경제적 부담이 되지 않게 하여야 할 것이다. 따라서 이는 적은 액수지만 연수생에게 봉급을 지급하는 과거 사법연수원제도나, 미국이나 대한민국 같이 고액의 수업료를 부담해야 하는 로스쿨 제도하고 다를 것이다. 이러한 부분은 변호사를 양산하여 기업에 적은 비용으로 법률서비스를 제공받게 함으로써, 市場 또는 私的 領域에 봉사하자는 민주주의 또는 경제논리적 접근방식과 함께 중요한 또 하나의 가치인 것이다.

IV. 現在의 制度를 돌아보며

돌아보면, 미국식 법학교육, 법률가양성제도는 미국이라는 나라의 키워드가 憲法國家, 經濟國家인 점에 기인하는 바가 크다고 할 수 있다. 미 독립당시의 농업자본 위주의 체제는 농업자본을 소유한 계급들이 長子의 지위에 있었고, 유럽에서 이주한 신교도들은 당시 사회체제하에서 次子와 같은 처지에 있었는데, 이들이 지향하는 제 1의 패러다임은 신대륙에서 자신의 부를 쌓아가는 것이 된다. 이들은 자신들의 자유와 재산을 보호받기 위하여 最小政府를 지지하였고, 삼권분립, 양원제, 사법부의 독립 등 지금과 같은 여러 헌법가치와 이상을 지향하게 된다.³¹⁾ 나아가 행정구역의 규모 등 주정부를 당연히 하나의 독립한 국가로 보면서 이를 유럽과

31) K. Kim, "The Constitution and Tripartite System of Government: From the Mutiny for the Limited Government Through the Interbranch Subtlety", *International Journal of Advanced Research* vol. 2, no. 9 (2014), pp. 392-401.

같은 하나의 행정단위, 또는 국가 단위로 보고, 연방국가의 구성은 外敵, 특히 영국을 위시한 유럽국가들로부터 자신들의 안전을 위하여 필요한 것 정도로 인식하였던 것이다. 이를 위하여 동맹규약 (Articles of Confederation) 을 맺은 것이 발전되어 지금과 같은 연방헌법이 되었고, 이는 최초의 성문헌법이 되어 헌법국가 사상을 전 세계에 퍼트리는 계기가 되었던 것인 바, 우리는 이를 국가를 다스리는 기본 출발점으로 배우고 인식해 왔다. 필자는 미국이 민주주의 역사에 기여한 그 많은 공적이나, 자유주의 국가적 패러다임을 부정하려는 것이 아니라, 다만 앞서도 언급한 바와 같이 그 역사적 맥락을 음미해 볼 필요가 있다는 것이다. 굳이 미국이나 우리의 신문지상에 聯邦準備委員會 (Federal Reserve) 기사랄지 聯邦大法官 임명이 가장 빈도수 높은 단골메뉴로 등장하는 사실을 듣지 않더라도, 미국인의 사고방식에는 법과 경제가 중요한 프레임워크 또는 개념인 것이다. 작금의 트럼프 현상이 미국인의 정서나, 작고 강력한 중앙정부로서의 연방정부, 미합중국 파시즘 등 연방차원의 많은 얘기를 낳고 있지만, 미국인들은 전통과 가치, 정서, 사회, 가정생활 등 정치와 밀접한 부분에 관하여 자신이 살고 있는 주 정부에 기반하고 있다. 보통법 국가인 미국에서 聯邦普通法은 존재하지 않거나, 아직 발전과정에 있는 시작 중인 법일 뿐이다. 국가적 징표로서 가장 상징적이라고 할 수 있는 형법, 형사소송법 역시 그 대부분이 주 정부에 의하여 정해지고 있다. 즉 시민에 직접적으로 영향을 미치는 영역, 다시 말하여, 경제, 사회, 문화, 정서적 영역에 있어 주정부가 실질적인 국가라 할 수 있고, 국가방위, 통화주조, 저작권 보호, 미 연방관할권 영역에서의 주정부의 공화제 보장 등 연방정부는 연방목적 달성을 위한 제한된 권한을 부여 받았을 뿐인 것이다.³²⁾

필자의 견해로 국가의 역사적 본질은 프랑스와 같은 행정국가적 패러다임이 아닌가 한다. 헌법국가적 패러다임은 경제사적, 법문화적 관점에

32) 보수적이라 할 수 있고, 이번 대통령 당선자의 당인 미 공화당은 역사적으로 경제문제에 관하여 연방정부적 차원의 성장정책 보다는 주차원의 역할을 중요시해 왔다. 즉 자생적 경쟁력 또는 개인의 노력을 강조해 온 것이라 할 수 있다. 과거 로널드 레이건 대통령은 “미국경제에 있어 정부 자체가 문제이다”라고 주장하면서 작은 정부를 지향하고, 각 분야의 자율성을 제고하며, 경제적으로 신자유주의 정책 (Neo-liberalism)을 추진한 것은 주지의 사실이다.

서 이례적이거나 창설적 성격만을 가지고 있다는 점을 부인할 수 없다. 미국의 경우 연방대법원을 중심으로 일원적 사법체계가 형성되어 있고, 우리의 경우 대법원과 달리 헌법재판소는 하급법원이 없다. 9인의 재판관이 모여 국가의 중요 문제를 결정하고 있을 뿐이다. 이러한 두 개의 최고법원 제도는 우리의 법제나 법문화가 여전히 유럽식 혼합형이고, 미국과 같은 순수한 헌법국가라고 볼 수 없는 근거가 된다. 미국의 대법원은 연방헌법의 수호자로서 사실 우리의 헌법재판소와 비슷한 성격의 법원이라고 할 수 있다. 우리가 헌법재판소외에 대법원이라는 다른 체계의 최고법원을 가지고 있는 것은 헌법국가의 패러다임을 받아들이면서도, 정책과 행정에 있어서의 법치주의를 보장하기 위한 일반적 성격의 법원체계를 전제한 것이라 할 수 있다.³³⁾ 헌법재판소는 많은 선례를 배출하면서 그 이전의 최고법원과 달리 훌륭한 역할을 하여왔고, 헌법문화의 발전에 중핵적 역할을 하였지만, 대한민국은 모든 문제를 법적 문제로 본다는 일각의 비판이 있는 것도 사실이다. 작금의 최순실 사태와 관련하여서도, 국민과 언론은 야당이 탄핵을 준비한다거나, 내자동 400미터 까지 시위가 허용되었다는 법원의 결정이 있었다거나, 비상계엄을 선포할 요건에 해당하느냐 등에 관심을 집중하고, 시민과 시위 주최본부가 주장하는 바는 무엇인지 등을 진지하게 논의하는 공적인 공간은 찾아 볼 수 없는 현실이다.

2장에서 보듯이 우리의 二元的 司法體系는 독일과 같은 6개의 최고법원이 있는 전문화된 법치국가는 아니면서, 미국의 헌법국가 사상과 민, 형사, 가사 등 시민 영역과 국가행정 영역에 관한 일반적 법원체계가 복합된 것이어서, 오히려 프랑스식 제도에 접목될 여지가 많이 있다고 본다. 다만 프랑스 사법제도의 경우 public sector와 private sector를 엄격히 가르는 西歐式 國家體系에 따라 시민적 사항에 관한 법원과 헌법과 국가행정에 관한 공법 법원 체계가 엄격히 나뉘어 있다는 점, 검찰기구가 특별히 엄격하게 독립되어 있지 않다는 점에 차이가 있을 뿐이다. 독일은 프랑스와 달리 연방국가³⁴⁾이므로 미국의 대법원과 같이 헌법재판소가 연

33) ITS, T. O. PUBLIC POLICY & GOVERNANCE: SOME THOUGHTS ON ITS IMPLICATIONS KIYOUNG KIM.

34) 독일의 연방제도는 자생적·혁명적 성격의 것이 아니고, 외래적으로 강요된 측

방헌법의 해석자로서 다른 분야 최고법원을 통할하는 최고 법원이 되지만, 프랑스의 헌법위원회는 법률의 위헌성 문제에 관하여 사전적 자문을 주는 자문기관에 불과하다. 한때 모 중요 정치인이 대한민국의 강소연방제를 주장한 바 있다. 일리가 있는 주장이지만, 선거 때마다 지역적 색깔이 판에 박히게 判異하다고 하여, 작은 국가에서 연방제를 실시한다는 것이 어색한 것이 사실이다. 그리고 일본의 경우에서도 볼 수 있듯이 단일 국가에서 우리와 같은 헌법재판소 제도를 채택하는 것은 흔하지 않은 일이다. 사실 판례법에 의해 확립된 위헌법률심사와 관련하여 보더라도 미연방대법원이 주 법률 아닌 연방법률을 위한 선언한 선행은 그다지 많지 않다. 또한 미국의 대법원은 정치적 문제의 원칙에 따라 정치적 성격의 문제에 대하여는 심판을 자제하고 있다. 이에 비하여 우리의 헌법재판소가 통치행위론을 얼마나 적극적으로 적용하고 있는지 의문이 아닐 수 없다.

요컨대 역사적·사회적 배경이 다른 현실에서 法 萬能主義 사고는 변호사나 法律家 萬能主義 사고로 형식화되고, 이들을 최대한 많이 양성하고, 역사적으로 인연이 깊은 미국의 제도를 받아들여, 민주적 입시제도에 따라 비싼 수업료를 들여서라도 법률가에게 정식 학교교육을 받게 하고, 이들이 良質의 법률서비스를 시민들에게 제공하는 사회를 만들자는 취지로 발전하게 된다.³⁵⁾ 로스쿨 이전 이미 법학교수들은 국민 1인당 변호사 수 등 통계적 지표에 근거하여 이러한 주장을 하게 된다.³⁶⁾ 그러나 사실 법

면이 있는 것이 사실이다. 즉 양차 대전의 참화를 겪고 전후 독일의 재무장 등을 우려한 서방진송국들이 독일을 약화시키기 위하여 독일 연방제를 지지하게 되는데, 이러한 배경이 현대 독일 사법제도 및 헌법을 이해하는 데 시사점을 주고 있다. 예컨대 보다 精緻하고 전문화된 최고법원제도, 국제평화주의, 사회국가적 헌법 등 많은 지적·제도적 발전이 있게 되는 바, 이는 아이러니컬하게도 정치적으로 약화된 독일을 통하여 가능한 것이라고도 할 수 있다. 굳이 新現實主義 접근방식 (neo-realism)을 거론하지 않더라도 연방제의 문제 또한 역사를 배경으로 이해할 필요가 있다.

35) 그러나 미국에서 마저 법학교육과 법률전문직 현실과의 괴리가 문제되고 있는 것은 아이러니라 할 수 있다. H. Edwards, "The growing disjunction between legal education and the legal profession", *Michigan Law Review*, vol. 91, no. 1 (1992), pp. 34-78.

36) 유중원, "변호사 대량증원론의 허구성과 로스쿨 제도 도입의 문제점", 『인권과정의』, vol. 337 (2004). pp. 79-92.

를가 숫자가 증대되었다고 하여 우리 시민들이 법률가와 얼마나 친해졌는지 의문이다. 혹시 그러한 긍정적 효과는 적고, 부익부 빈익빈의 법률 전문가 집단을 만든 것은 아닌지, 갈등과 경쟁으로 인한 부작용만이 심해진 것은 아닌지 자문해 볼 필요가 있는 것은 아닌지 우려된다.

世界化로 국제사회에 체제를 創設하기 위하여 새로운 국제기구가 창설되고, 국제조약이 체결되며, 이를 운용하는 주체로 각국의 법률전문가들이 많은 기여를 하고 있다. 미합중국의 발전을 작금의 국제화에 비견해 볼 수 있다. 미합중국이 민주주의·법치주의 국가로 발전함에 있어 법률전문가들의 역할이 컸다. 연방헌법 또는 연방체제의 문제는 보다 많은 法問題, 法律需要와 관련을 갖는다. 따라서 법률전문가의 부족은 국가적으로 매우 심각한 문제가 된다. 또한 법률전문가들은 연방 및 주 차원에서 합중국을 이끄는 기반이 된다. 이렇듯 법률전문가들이 활동할 영역, 법률 수요 등이 단일 국가와는 다른 점이 있다. 일례로 주 대법원 大法官은 대부분 그 주 출신 로스쿨 졸업생으로 채워진다. 우리의 지방 로스쿨 졸업생에게는 그러한 자리가 없다. 로스쿨 졸업생들을 위한 검사나 판사직이 미국과 같이 많은 것도 아니고, 행정부 내의 법률전문가 채용도 얼마나 순조롭게 확대되어 나갈 수 있을지 의문이다. 로스쿨 졸업생이 그 지역법관으로 임용될 가능성이 있는지도 의문이지만, 임용된다 하더라도 아마 여론의 비난 표적이 될 것이다.

이제 변호사 세상이라는 미국도 최근에는 메디컬 스쿨이나 다른 研究課程 大學院 진학에 비하여 로스쿨을 지원하는 지원자 수가 현저히 줄어들어 가고 있다고 한다. 이제는 연방제도가 만들어내는 다양한 법률수요나, 다양한 관직 진출 경로가 포화되었다는 것을 의미한다. 그런데 왜 우리나라와 같은 처지에서 미국식 로스쿨을 도입하였는지 의문이 아닐 수 없다. 미국의 로펌 (law firm)제도와 같은 법률전문직 차원의 文化가 형성되어 갈지도 의문이다. 이러한 제반 차이점들로 인하여 결국 법률전문직 내의 過當 競爭만을 야기하는 제도로 발전해 나가지 않을 까, 그리하여 품위를 잃은 법률전문가들로 인하여 국민의 신뢰를 상실하고, 변호사들 스스로는 專門職으로서 자괴감을 가지지 않을 까 우려된다.³⁷⁾ 미국의 로스쿨 제도는 그 역사적 배경에서도 알 수 있듯이 企業과 資本을 돕고,

聯邦制를 지탱하기 위하여 유효한다. 미국 변호사 협회 인가의 200개 정도의 로스쿨은 洲 按配로서의 성격을 가지며, 지역적 구도를 반영하고 있다. 미국의 로스쿨제도는 주정부 차원의 정치, 지역차원의 경쟁이나 정치 (state politics)를 인정하고, 그와 상관성을 가지고 발전해 왔다고도 볼 수 있는데, 이러한 경험들이 우리의 미래가 될 수 있을지 의문이다. 예컨대 우리도 미국과 같이 일간지들이 로스쿨 순위를 발표하고, 경상도 지역 로스쿨과 충청도 지역 로스쿨 순위가 경쟁하고, 국가정치에 까지 간접적으로 영향을 미치고 하는 문화가 우리 사회에 받아들여질 수 있을지 의문이다. 지금도 지역감정이나, 지역구도가 매번 문제시되고 있는 상황에서 강소연방제가 실현되지 않는 한, 국민들에게 거부감만을 일으킬 것은 아닌가 우려된다.

經濟國家·憲法國家인 미국은 開發國家 (developmental state)일 수 밖에 없었던, 1960-1970년대 우리나라의 처지에서 결혼하기 쉬운 패러다임이라 할 수 있다. 더욱이 북한의 적화야욕으로부터 우리를 지켜주고, 경제개발을 원조해준 미국이기에 뿔 레야 뿔 수 없는 지식인들의 패러다임이 될 수밖에 없었다. 다만 헌법국가의 현실은 왜곡되어, 헌법과 같이 전지전능한 지배자가 지도하였던 차이점만이 있다. 그러한 우리의 역사적 현실은 1990년대 민주화·세계화 과정에서 걸러지질 못하고, 미국식 로스쿨 제도의 도입을 절대적 안으로 받아들이는 배경이 되었다. 민주화와 세계화가 하나의 가치인 것은 부인할 수 없는 현실이다. 1990년대 이후 민주화와 세계화는 모든 차원에서 社會의 自律性을 제고하였다. 보기 민망한 막장드라마가 성행하기 시작한 것도 이때쯤 아닌가 생각된다. 군사정부 시절 최소한 정서에 맞지 않는 막장드라마는 없지 않았나 한다. 현실이나 정서와 괴리되는 이러한 막장드라마는 주체성을 상실한 민주화·세계화와 비슷하다는 생각이 든다.

부언 같지만, 법률가 양성제도를 개혁함에 있어 헌법체제나 우리 국가의 현실을 조화롭게 고려하였는가 의문이 든다. 지금 모 유력 야당인사는

37) R. Dingwall, "Essays on Professions." (Aldershot, England: Ashgate, 2008). eBook Academic Collection (EBSCOhost), EBSCOhost (accessed March 24, 2014), pp. 100-102.

대한민국의 저명한 법률가의 손자이다. 그분이 암묵적으로 우리에게 비치는 이미지는 우리의 헌법과 경제를 돌아보라는 메시지 같다. 우리 헌법은 미국과 달리 經濟의 場을 헌법에 두고 있다. 우리는 미국과 달리 사회정의와 복지를 헌법적 차원에서 보장하고 있다. 기업과 자본에게 유리할 수밖에 없는 자유만이 절대적인 가치이고,³⁸⁾ 변호사들은 기업과 자본에 전략 (business strategy) 과 법 지식을 세일즈하며, 그러한 자신의 고객과 비슷하게 法律家會社를 조직하여 共生하는 그러한 나라가 아니다. 기업을 넘어, 국가와 정부가 경제에 관여하며, 국가의 행정이나 공적 영역에 국민의 관심이 많은 나라이다. 이러한 상황에서 국민 1인당 법률전문가 수에서 시작한 로스쿨 도입논리가 타당한지 의문이다. 국민 1인당 법률전문가 수 보다는 私의 領域의 경제규모나 국가의 시스템이 적절한 법률전문가 수를 정하는 기준이 되어야 하지 않나 한다. 또 로펌보다는 국가가 법률전문가를 고용하는 것이 헌법체계에 부합하는 것 아닌가 한다. 이들은 국가의 중요한 엘리트로서 비교적 소수일 수 있고, 경제관료를 법적으로 보좌하거나 지도하는 국가의 중핵이 될 수 있다.

V. 결 어

돌이켜 보건대, 미국의 민주주의는 혁명적 배경하에서 탄생한 것이고, 모든 것을 새롭게 창조할 수밖에 없는 상황에서 발전한 것이다. 그 것이 지금과 같은 大衆民主主義 (popular democracy) 발전에 끼친 영향은 지대한 것이고, 그 가치는 우리가 충분히 받아들이고 있다. 이에 비하여 국가 혹은 행정중심의 사법제도는 “身分에서 契約으로”라는 메인 (Maine) 의 말이 시사하듯이 신분제를 폐지하는 것 외에는 지적·문화적 주체성

38) Simon Fraser라는 지리학자는 신자유주의와 정부와의 결탁, 그리고 그 과정에서 야기된 시위와 탄압 등 범세계적 현상을 연구하면서, 무정부주의를 옹호하기도 하고 상상의 지리학 (imaginative geography)을 넘어 현실정치에 착실한 지리학을 주장하는 바, 이는 노동자·소비자 등 열악한 다수를 외면하고 보호하지 않는 국가가 잘못된 것이라는 경고의 한 예가 될 수도 있다.

을 잃을 필요가 없었던 유럽식이라고 할 수 있겠다.³⁹⁾ 또한 헌법재판소 제도나 사회국가적 특성 등은 우리가 유럽에서 배워 온 것이며, 단일국가적 현실, 봉건제의 경험이 있는 국민정서 등이 없지 않은 현실에서 少數의 戰略的 法律專門家라는 패러다임을 고려해 볼 필요가 있다. 즉 프랑스와 같이 다원성을 중시하여, (i) 일반 변호사 양성 제도, (ii) 공법 혹은 국가적 차원의 법적 문제를 전문적으로 다루는 국립 행정관 학교 제도, 그리고 (iii) 일반 사법관 임용제도 등을 분리하여 운용하는 방안이 대안이 될 수 있다고 본다. 예컨대 公法關聯 司法官의 경우 司法의 문제를 行政의 문제 영역으로 보아, 고 난이도의 그랑제콜 시험을 통과한 엘리트들에게 국가 경영과 법지식을 교육시키고, 일정교육을 이수하면, 재판관, 검사, 행정부 내 주요 법률전문가 직으로 진출시키고, 일반 변호사의 경우 현재 로스쿨 제도를 통하여 양성하거나, 프랑스식으로 변호사학교 진학시험을 패스하고 변호사학교과정을 거친 후, 변호사로서 일정 경력을 쌓은 자에게 변호사 자격을 부여하여 변호사로서 활동하게 하는 것이다. 그리고 오랜 경력이 있는 변호사 중에서도 검사나 재판관을 선임하게 하여 공무담임권의 평등한 보장을 하게 된다.

이러한 제도는 공적 영역과 사적 영역을 준별하는 민주주의 사회체제의 기본을 유지할 수 있게 하면서도, 國家經營에 있어 효율성이라는 가치를 제고할 수 있게 한다.

우리 헌법이 채택하고 있는 사회국가적 성격의 가치와 부합하고, 법이 市民的 次元을 넘어 國家經營의 도구로서 국가 발전을 이루고, 공적 질서를 선도하는 적극적·진투적 개념으로 바뀔 수 있게 한다. 본인은 서두에서 보수와 우파정치를 언급하였다.⁴⁰⁾ 이때 보수는 말 그대로 유지하고 지키는 것이고, 이는 힘과 고유한 것을 추구한다.⁴¹⁾ 보수나 우파정치가 세

39) 대표적으로 아날 학파 (Annals)는 이러한 지적 습벽을 대변하고, 이는 필자가 본 주제에 접근하는 방식과도 상통하지만, 필자는 본 논문이 단순히 마크블럭 (Marc Bloch)이 말한 역사를 위한 변명을 넘어 우리의 현실을 개선할 수 있는 준거가 될 수 있기를 바라기도 한다.

40) 프랑스 삼부회 (three estates) 에서 시작한 좌파와 우파의 구분론은 진보나 보수로 이해되기도 하고, 현실정치에 있어 중도의 수사가 붙어 많은 경우 그 의미가 절대적이진 않지만, 간편하고 유용하게 사용될 수 있는 개념이기도 한다.

계 여러나라에서 시민들로부터 지지받고 있다면, 재판관 선발문제 등 우리의 공적 제도를 고안함에 있어서도 한번 관련지어 볼 만 한다. 세계평화를 위협한 히틀러와 함께 유럽의 평화를 깨뜨린 독재자로서 유명하기도 하지만, 우리에게 있어 나폴레옹의 內面은 현재 우리 보수세력의 내면과 가깝지 않나 한다. 良心的 絶對者, 健全한 進歩를 생각하면서 대한민국의 발전과 국력의 신장을 바라는 우리 시민들에게 나폴레옹식 개념과 司法制度는 하나의 대안이 될 수 있지 않을까 생각한다.⁴²⁾

- 41) 따라서 과거 러시아나 중국과 같은 사회주의 국가들에 있어 보수관 사회주의 이론에서 힘과 고유한 것을 찾게 되고, 1980년대 등소평이나 1990년대 고르바초프의 Sinatra 독트린은 중국과 러시아의 진보라 할 수 있다. 미국이나 영국과 같은 서방국가들은 Catholic의 검약정신, 근면, 국가와 공동체애의 충성, 타자에게 해를 끼치지 않는 자유의 가치 등에서 힘과 고유한 것을 추구하게 된다. 그런 이유로 주지하듯이 보수적 성격이 짙은 미 공화당 정부에서 연방정부의 역할은 축소되고, 개인이나 부분사회, 각 주나 분권사회 차원의 경쟁력과 생산성을 요구하게 된다. 과거 1980년대 신자유주의가 미국과 영국의 보수당 지도자에 의하여 주도되고, 각 분야의 경쟁력 제고와 분발을 정책기조로 한 것은 유명한 일이다. 앞서 맑스의 정치경제학(political economy)을 예로 들었지만, 진보적 보수의 경우 영국식 정치사회학적 개념을 권하고 싶다. 현재 보수당 정권의 여성 수상은 Oxford 대학에서 정치사회학 (political sociology)을 공부한 철학적 정치가라 할 수 있는데, 우리의 진보좌파나 중도 우파 모두 그러한 프리즘을 사용해 볼 수 있을 것이다. 과격한 Marx식 주장이 비현실적인 이유로, 그러한 프리즘은 보다 공정한 사회를 만드는데 유용하다고 본다. 앞서 로스쿨 문제는 결국 공정성의 문제라고 하였지만, 이러한 시각은 재판관 선발제도 또는 사법제도 전반의 개혁을 생각하는 우리의 경우에도 매우 유용한 시각을 제공할 수 있을 것이다. 특히 공정성의 문제와 관련하여 보수는 자유의 가치를 중요하게 여긴다. 2장에서 본 바와 같이 독일식, 영국식의 경우 누구나 4년의 전문대학교육을 수료하면 공정한 시험을 거쳐 자유롭게 혹은 다원적 경로를 통하여 변호사가 될 수 있다. 김소환 비용의 법률가 양성은 자유의 가치와 공정성을 제고한다고 본다. 무엇보다도 현재 로스쿨제도는 자유를 최우선으로 하는 시장논리에 기반하면서도, 법과 대학의 로스쿨 진입을 국가가 엄격하게 통제하고 있다는 모순이 있다. 나아가 의과대학의 경우를 보아도, 의과대학과 의학전문대학원이 공존하면서, 의사 자격자를 배출하고 있는데, 사법시험의 폐지로 그것이 법과대학의 경우에는 가능하지 않을 수 있게 되었다. 과도기적으로 법과대학 수험언수를 의과대학과 같이 약간 늘리면서(예컨대 5년제)로 하면서 변호사가 될 수 있는 길을 열어 두는 것도 공정성의 관점에서 한 방안이 될 수 있지 않을까 생각해 본다.
- 42) 이는 환경과 여건의 산물인 공적제도와 관련하여 의미가 있다고 보며, 그것이 필자가 미 헌법의 아버지라 불리우는 Madison이 기초한 연방헌법이 자유주의 국가들에 전파한 많은 가치들을 소중하게 생각하지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니다.

요컨대 다양한 법률전문가 양성방식을 채택하는 한편 국가 경영을 담당할 수 있는 엘리트를 양성함으로써 법조 역할을 다원화 시키고, 특성에 맞는 다양한 제도를 도입함으로써, 로스쿨이라는 일원적 제도로 인한 국민의 좌절을 감소시킬 수 있게 한다. 즉 로스쿨은 귀족학교라거나, 부익부 빈익빈의 사회적 부조리를 고착화시키는 데 기여할 뿐이라는 비난을 극복하고, 다양한 이해관계가 조화될 수 있게 한다.

법률전문직 문화와 관련하여서도 국가의 보조를 받는 저렴한 교육비로 법률전문직은 국가적으로 필요한 것이라는 자긍심과 국가를 위하여 봉사하여야 한다는 사명감을 가지게 할 수 있다. 즉 지금과 같이, 내가 얼마나 많은 교육비를 내고 로스쿨을 마쳤는가, 그 본전을 뽑아야 하겠다는 사고방식과는 다른 것이다.

법조일원화는 일반 변호사 (attorney) 혹은 검사라고 불리는 국가 변호사 (state attorney)를 중심으로 계속 경력을 쌓은 자 중에서 법관을 선발하여 법률전문직의 아이덴티티 (identity)를 확보하고 변호사회의 교육·징계권 등을 강화할 수 있는 기반이 된다. 따라서 본인의 제안이 변호사회보다는 국가 중심적이라거나 사법연수원 유사한 그랑제콜 교육과 같은 성격을 내포하고 있어, 국가 또는 정부보다 “법률전문직 (legal profession) 연합회” 혹은 “지식경제 (knowledge economy)에 기반한 연합회”라는 개념을 중핵으로 하는 변호사회나 그러한 연합체와 긴밀한 관계에 있을 수밖에 없는 로스쿨 측 누구에게도 환영받지 못할 것 같다. 그러나 法曹一元化는 모범형법전 (model penal code) 을 만들어 주정부에 권위 있는 참고를 제공하고, 모범상법전을 제정하여 49개 주 정부가 이를 자신의 商法典으로 받아들이게 하며, 리스테이트먼트나 corpus secundum을 만드는 등 연방구도 하에서 지도적 지위에 있는 미국 변호사회와 관련하여 의미가 크다고 할 수 있고, 우리의 법률가제도는 국가나 정부와 보다 관련이 많은 측면이 있지 않나 한다. 최소한 앞으로 미국 주정부식 재판관 선출제도를 도입해야 한다고 이해관계자 또는 국민이 제안하는 경우 어떻게 대응할 것인가 묻고 싶다. 대통령 선거나 국회의원 선거도 시끄러운 판국에 국가적 낭비가 아닐까 싶다. 본인의 논지가 법조일원화보다는 法曹多元化로 나아가는 것 같아 안된 면이 있지만, 국가가 필요한 재판관을 국

가가 책임지고 양성하고, 변호사는 독립적 양성기관에서 교육하고 자격을 부여하는 체제가 되면, 변호사 수의 증대를 우려하는 변호사회가 한 시름을 덜 수 있을 것 같다. 또한 재판관은 재직기간 국가의 봉급을 받고, 퇴직 후에는 연금으로 생활할 수 있도록 생계를 보조하면서 퇴직후 변호사 개업을 못하게 하면, 우리 국민과 변호사회의 현안인 전관예우 문제⁴³⁾도 불식시킬 수 있을 것이다. 또한 변호사들은 비교적 소수로서 자신의 지식과 능력을 최대한 발휘하며 전문직으로서 職務満足度가 향상될 수 있고, 비교적 보수는 적지만 생활이 안정될 수 있는 재판관 동료들과의 공정성 문제도 해결될 수 있지 않을까 사료된다. 이상과 같은 제언이나 비판은 로스쿨이 이미 시행된지 해수가 꽤 되어 가고 있고, 로스쿨 졸업생의 경우 종국적으로 재판관을 희망하는 자가 적지 않을 것이라, 약간은 과격적인 것이지만, 점진적 의식개혁이 있다면 모두가 공감할 수 있는 것이 될 수 있지 않을까 희망적으로 생각해 본다.

43) 본 발표에 토론자로 참석하신 변호사회 교육이사님의 걱정도 전관예우의 심각성을 다시 한번 각성시키고 있다.

【참고문헌】

1.

김기영, 『헌법강의』, (서울: 박영사, 2002).

김기영, “국제통상법에 있어 世界的 正義 (Global Justice) 의 개념에 관한 小考”, 『법학논총』, 제18권 (2011), pp. 527-557.

金培元, “공법학 학문후속세대 양성방안-법학전문대학원 (로스쿨) 체제와 공법학 학문후속세대 양성방안을 중심으로”, 『공법연구』, 제36권 (2007), pp. 235-262.

시론, 사법시험제도의 존치 필요성 (2015).

신양균, “로스쿨에서 형사소송법 교육”, 『형사법연구』, 제20권 (2008), pp. 7-48.

양승일, & 유홍림, “정부위원회 운영에 있어서 민간부문의 참여반영성 분석: 정권별 로스쿨제도 관련 자문위원회를 중심으로”, 『행정논총』, 제50권 제3호 (2012), pp. 175-205.

유중원, “변호사 대량증원론의 허구성과 로스쿨 제도 도입의 문제점”, 『인권과정의』, vol. 337 (2004). pp. 79-92.

육소영, “미국 로스쿨 제도의 조망”, 『법학논총』, 제14권 (2004), pp. 165-181.

이관희, “한국 법학교육 정상화 방안”, 『헌법학연구』, 제19권 (2013), pp. 431-465.

이일세, 로스쿨제도의 의미 (2005).

이재협, 이준웅, & 황현정, “로스쿨 출신 법률가, 그들은 누구인가?-사법연수원 출신 법률가와와의 비교를 중심으로”, 『서울대학교 법학』, 제56권 제2호 (2015), pp. 367-411.

이호선, “정의론적 관점에서 본 한국식 로스쿨 제도”, 『법학논총』, 제23권 (2016), pp. 39-80.

임재홍, “법조인 양성제도와 지방대학: 로스쿨과 공익성”, 『법학연구』, 제13권 (2005), pp. 20-50.

정용상, “학부 법학교육의 발전을 위한 정책적 과제”, 『교육법학연구』 제

23권 제2호 (2011), pp. 213-237.

2.

H. Edwards, "The growing disjunction between legal education and the legal profession", *Michigan Law Review*, vol. 91, no. 1 (1992), pp. 34-78.

L. Epstein, J. Knight, & O. Shvetsova, "Comparing judicial selection systems" *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, vol. 10 (2001), p. 7.

E. Freidson, "The future of the professions", *Journal of Dental Education*, vol. 51, no. 3 (1987), pp. 140-144.

A. Glendon, W. Gordon, & C. Osakwe, *Comparative Legal Tradition: Text, Materials, and Cases on the Civil and Common Law Traditions, with Special Reference to French, German, English, and European Law*, (Saint Paul: West, 1994).

ITS, T. O. PUBLIC POLICY & GOVERNANCE: SOME THOUGHTS ON ITS IMPLICATIONS KIYOUNG KIM.

D. Kennedy, "Legal education and the reproduction of hierarchy", *Journal of Legal Education*, vol. 32, no. 4 (1982), pp. 591-615.

K. Kim, "The Constitution and Tripartite System of Government: From the Mutiny for the Limited Government Through the Interbranch Subtlety", *International Journal of Advanced Research* vol. 2, no. 9 (2014), pp. 392-401.

K. Kim, S. Borhanian, K. Chung, Y. Park, W. Lee, & J. Kim, "The Graduate Law Degree Holders in the Legal Education Market: Evidence from the US, Rankings and Implications", *Beijing Law Review*, vol. 7 (2016), pp. 371-399. <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2016.74031>.

A. Nollent, "Legal education in France and England: A comparative study", *The Law Teacher*, vol. 36, no. 3 (2002), pp. 277-293.

M. Puett, *To Become a God: Cosmology, Sacrifice, and Self-Divinization*

in Early China (No. 57), Harvard Univ Asia Center (2002).

- R. Dingwall, "Essays on Professions." (Aldershot, England: Ashgate, 2008). eBook Academic Collection (EBSCOhost), EBSCOhost (accessed March 24, 2014), pp. 100-102
- B. Shartel & H. Wolff, "German Lawyers: Training and Functions", *Michigan Law Review*, vol. 42, no. 3 (1943), pp. 521-527.
- R. Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*. The Lawbook Exchange, Ltd. (1983)
- R. Stuckey, "Best practices for legal education: A vision and a road map", *Clinical Legal Education Association* (2007).
- L. Trubek, "Crossing boundaries: legal education and the challenge of the new public interest law", *Wis. L. Rev.* no. 2 (2005), p. 455.
- P. Webster, "Selection and retention of judges: is there one Best Method", *Fla. St. UL Rev.*, vol. 23, no. 1 (1995).
- S. Wall, "Legal education in France", *The Law Teacher*, vol. 26, no. 3 (1992), pp. 208-214.
- C. Walker, "Legal Education in England and Wales", *Or. L. Rev.*, vol. 72 (1993), p. 943.

【국문초록】

司法官 임용제도에 관한 소고

－ 次善의 대안으로서 프랑스식 司法官 제도를 제안하며 －

대한민국은 일본을 통하여 미국식 로스쿨제도를 채택하고 이를 시행한 지 근 10년이 되어간다. 이로써 대한민국에는 법학교육을 담당하는 로스쿨과 법과대학이라는 두가지 시스템이 공존하고 있다. 로스쿨제도는 세계화·민주화를 내건 1990년대 문민정부시절 여러 정책 중 하나로 추진되다가 오랜 시간의 여론수렴과정을 거쳐 2008년 시행되었지만, 한국적 토양에 맞는 법학교육 내지 법률가양성제도라는 관점에서 재조명할 필요가 있다. 본고는 현재 로스쿨제도의 독점화 현상을 주목하면서, 이를 비판적으로 재조명하는 한편, 법률가양성 및 재판관선발의 문제와 관련하여 프랑스식 법조다원화의 가능성을 조심스럽게 제기해 보려 한다. 즉 프랑스식 법학교육제도를 통하여 다양한 법률전문가 양성방식을 도입하고, 법을 통한 국가 경영을 담당할 수 있는 엘리트를 양성함으로써 법조 역할을 다원화 시키며, 국가적 수요와 특성에 맞는 다양한 제도를 도입함으로써, 로스쿨이라는 일원적 제도로 인한 국민의 좌절을 감소시킬 수 있다고 본다. 이로써 로스쿨은 귀족학교라거나, 부익부 빈익빈의 사회적 부조리를 고착화시키는 데 기여할 뿐이라는 비난을 극복하고, 다양한 이해관계가 조화될 수 있을 것이다. 재판관 선발에 있어서는 전통적 公·私法 峻別論에 따라 현대 행정국가에 맞는 국가경영과 긴밀하게 연관된 공법법원 재판관과 일반 법원 재판관을 구별하여 선발할 수 있을 것이다.

【주제어】

법학교육, 사법제도, 재판관 선발, 로스쿨, 전문직, 프랑스식 사법제도, 사법정책, 법문화

【ABSTRACT】

A Legal Education and Judge Selection System in South Korea – A Critique and Suggestion

Kiyoung Kim

Dept. of Law / Chosun University

Korea maintained a dual system of legal education since it imported the American style of legal education under the influence of Japan. The public had conceived it a kind of nerd or dude that had to be engrafted with the national needs as any solution in the face of globalization challenge. This led to a monopoly of legal education in Korea that disturbed the interest holders, those whom are lawyers, law professors, law schools and department of laws and the interested public, into discontention and aggrievance. While law schools in Korea now emphasize a unitary approach for the whole group of lawyers through bar association and law schools, the professors of law department, the other form of grass-root legal education in this soil, perceived that it should include a wide of public interest amenable to its respective concerns. Under this backdrop, the paper explored the French model of judge selection and discussed the inadequacy of current American style to select the judge from the pool of career attorneys. The author also suggests a change of paradigm niggardly upon public inculcation and consensus that best suits the distinct Korean tradition and policy environment of national judicial system.

【Keywords】

legal education, legal system, selection of judges, law school, professionalism, French legal system, judicial policy, legal culture

