

미국법의 전문화 — 1870-1920년대 미국의 자본주의와 민주주의

최정운

미국의 법 전문직은 다른 나라와는 다른 독특한 기능과 구조와 의미를 갖고 있으며, 전문화의 역사적인 문제 또한 그들 스스로 말하듯이 개인의 직업 차원에서 이해되어서는 안된다. 역사적 형성과정을 살펴보면 미국의 법전문직은 국가 권력 구조의 개편 문제와 연관된 것이며 일반이론적인 시각에서 보면 민주주의적 정치권력이 자본주의 사회와 적응하는 미국 특유의 방법이었다. 첫째로 그들은 사회적 위기 상황에서 '공적 리더쉽'을 주장하며 기존의 정치권력에 도전하였고, 둘째로 미국법 특유의 '과학적 법학'의 방법론으로 정치권력과는 다른 법 고유의 영역을 확보하여 비정치적 국가권력의 일부로 등장하였고, 마지막으로 전문 교육의 개편을 통하여 모든 국가 권력 기관으로 진출하는 사람들의 길목에 전문교육이라는 장애물을 설치하여 정치가들의 이념과 언어를 규율하게 되었다.

I. 序論：專門化(professionalization)의 理論

外國人의 눈으로 보면 美國은 '法律家(lawyer)'의 天國이라고 해도 과언이 아니다.¹ 그들은 法院을 독점하고 있을 뿐만 아니라, 사회 도처에 자리잡고 議會와 行政府의 고위 직을 대부분 장악하고 있는 "政治界의 高位 聖職者들(high priests in politics)"이라 불리울 만큼 엄청난 지위를 누려왔다. 또한 미국의 統治體制에서 法의 지위 또한 유별나다. 프랑스의 思想家 토크빌(Alexis de Tocqueville)은 미국에서는 거의 모든 '政治的 問題'는 '法的 問題'로 귀결되며 미국의 법원 특히 聯邦最高法院(the U.S. Supreme Court)은 거의 무제한의 管轄權을 향유한다고 지적한 바 있다.² 역사적으로 미국 法의 기본적 前提와 原理들은 立法府라기 보다는 法院과 法律家들에 의해 확립되어 왔으며³ 다시 역으

1 'Lawyer'라는 말은 한국 뿐만이 아니라 다른 나라 말에는 존재하지 않는 독특한 의미를 갖는 단어이다. 우리말의 '法律家'라는 단어는 우리 고유의 말이라기 보다는 영어에서의 'lawyer'의 번역이라 보아야 할 것이다.

2 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (New York: Oxford University Press, 1947), pp. 177-80; Louis Hartz, *The Liberal Tradition in America* (New York: Harcourt Brace, 1954).

3 Morton Horwitz는 19세기 초기에 英國의 普通法(common law)이 미국의 道具主義의 陪審제로 전환된 것은 立法府에 의해서라기 보다는 의도적인 사회 변화와 경제 성장을 염두에 둔 지도적 判事들에 의하여 이루어졌다고 주장했다. 이 과정에서 판사들은 判例보다는 독립적인 論據에 의존했다는 것이다. 또한 새로운 미국의 법은 신홍 상업 및 제조업의 부르조아 계급의 이해에 부합되었고, 신홍 부르조아와 법원간의 동맹은 1830년대에 형성되었다. 나아가서 Horwitz는 미국의 법은 1840년대와 1850년대에 이르러 形式化되었다고 지적하였다. Morton Horwitz, *The Transformation of American*

로 政府에서의 律師가들의 압도적 지위는 律院의 엄청난 권위에 의해 유지되어 왔다 할 수 있다.⁴

미국의 ‘法專門職(legal profession)’은 독특한 概念이며 특이한 制度이다.⁵ 사회학자인 뤼쉬마이어(Dietrich Rueschmeyer)는 미국과 독일의 律師가들에 대한 비교연구에서 다음과 같이 지적하였다. 미국의 律師가들은 독일의 律師가들보다 사회 경제적 地位, 背景 및 教育 면에서 더 階層化(stratified) 되어 있으며, 고도로 細分化(specialized)되고 異質的(heterogeneous)인 집단이다. 그럼에도 불구하고 독일의 律師가들은 스스로 下位職業群(subgroup)들의 구성원이라 생각하는 반면, 미국 律師가들은 스스로를 ‘全體 專門職(entire profession)’의 일원으로 생각한다는 것이다. 독일 辯護士協會는 開業 辯護士들만 포함하는 반면, 미국의 辯護士協會(bar association)는 모든 유형의 律師가들을 모두 포괄하고 있다.⁶ 또한 미국 律師가의 經歷體系(career structure)는 統合的으로 구조되어 있는 반면, 독일의 경우는 엄격히 분리되어 있다. 나아가서 독일 律師가들은 국가권력에 의해 상당한 정도로 통제받고 있는 반면, 미국의 律師가들은 국가와는 독립적인 민간단체를 만들어 스스로 통제하고 있다. 뤼쉬마이어는 독일에는 도대체 ‘법전문직(legal profession)’이라는 개념이 있는지 의문을 던지고 있다.⁷ 미국에서 사회통제의 핵심 제도인 法이 國家權力 밖에서 ‘私的’으로 통제된다는 것은 주목할 사실이다.⁸

본 논문은 다음의 질문에 대하여 답하고자 한다. 1870년대부터 1920년대까지 미국의 律師가들은 왜 그리고 어떻게 그러한 ‘專門職(profession)’으로 組織되게 되었는가? 대체로 미국의 법전문직의 기원과 목적에 관하여는 두 가지의 대립되는 설명의 패러다임(paradigm)이 있다. 즉, ‘토리(Tory) 理論’과 ‘휘그(Whig) 理論’이 있으며 라슨(Magali

Law, 1780-1860 (Cambridge: Harvard University Press, 1977).

4 Harold D. Lasswell, Daniel Lerner & C. Eaton Rothwell, *The Comparative Study of Elites* (Stanford: Stanford University Press, 1957), p. 18; Joseph A. Schlesinger, “Lawyers and American Politics: A Classified View,” *Midwest Journal of Political Science*, (May, 1957), pp. 31-32; Heinz Eulau & John D. Sprague, *Lawyers in Politics: A Study in Professional Convergence* (Indianapolis: The Bobbs Merrill Co. 1964), pp. 50-52.

5 ‘Profession’이라는 말은 정확한 번역이 없다. 이의 개념에 관하여는 밑에서 토론된다. 일단 ‘occupation (職業)’과는 구별하여야 한다는 취지에서 ‘專門職’이라고 번역하였다. 따라서 ‘professionalism’은 ‘專門主義’로 ‘professionalization’은 ‘專門化’로 번역한다.

6 영어에서 bar라는 말은 辯護士 또는 변호사 사회 또는 職種을 포괄하는 抽象名詞로서 판사나 判事職을 가리키는 bench와 대조되는 용어이며 이는 재판장의 전통적 構造物과 그들의 위치에서 연유된 말이다.

7 Dietrich Rueschmeyer, *Lawyers and Their Society* (Cambridge: Harvard University Press, 1973), pp. 30-35, pp. 55-60. 결국 Reuschmeyer는 legal profession이라는 것이 보편적인 것이 아니라 미국의 특수한 제도라는 것을 간파하고 미국인의 눈에서 평가하고 있는 것이다. 그러나 그러한 차이점을 지적하고 있다는 점에서 여기에 소개한 것이다.

8 Talcott Parsons, “A Sociologist Looks at the Legal Profession,” *Essays in Sociological Theory* (New York: The Free Press, 1954), pp. 371-82.

Sarfatti Larson)이 제시한 맑시스트적인 설명은 휘그이론의 한 유형이라 보여진다.

토리 이론은 미국의 법과 법률가들이 갖고 있는 내적 요소인 그들의 能力과 社會的役割과 寄與에 초점을 맞추고 있다. 1870년대 아래 변호사협회와 법전문직의 출현은 오랜동안의 미국 법의 발전과 법률가의 질적 향상의 자연스러운 결과였다는 것이다. 법률가들은 科學的 知識을 사용하고 公的利益에 봉사하며 그들의 倫理的 基準이 자치적인 조직에 의하여 확립함에 따라 법전문직이 등장했다는 것이 토리 이론의 골자이다.⁹ 휘그理論도 나름의 독특한 설명방식에 의하여 특징지워진다. 즉 市場의 獨占的 統制 및 사회적 지위 향상을 위한 법률가들의 自己利害(self-interest)를 가장 중요한 요인으로 보는 것이다. 대표적인 예로 아우어바크(Jerold Auerbach)는 전문화 개혁의 동기는 엘리트 법률가들이 移民온 소수민족 법률가들을 排除함으로써 스스로의 지위를 향상시키려는 'WASP 人種主義'였다고 주장하였다.¹⁰

이와 유사하게 라슨(Larson)은 맑시즘적 시각에서 보다 정교한 이론을 제시하였다. 전문주의(professionalism)는 自由主義의 資本主義(liberal capitalism)의 산물이라는 것이다. 법률 서비스는 하나의 “架空的商品(fictitious commodity)”이며 그것이 “實際的商品(real commodity)”이 되기 위하여는 법률 서비스는 “標準化(standardize)”되어야 한다는 것이다. 이에 “統一된 難解한 認識 基礎(unified esoteric cognitive basis)”는 법률 서비스 표준화의 기본 조건이 된다. 표준화를 이루기 위하여는 시장의 독점적 통제가 필요했으며, 그것은 자본가 계급의 힘에 의해 실현되었다는 것이다. 법전문화는 자본주의 시장경제에서 자신의 서비스를 “商品化”하려는 법률가들의 물질적 利害를 반영하며, 그들의 시장통제는 자본가계급의 헤게모니에 대한 奉仕의 대가로서 국가권력의 지원을 통해 이루어졌다는 것이다.¹¹

토리 이론은 우선 전문화의 역사적 패턴과 부합되지 않는다. 同理論은 법률가의 능력 수준과 전문화 개혁의 進展 사이에 相關關係를 상정하고 있으나 상관관계는 성립되지 않는다. 1870년대초 英國의 제임스 브라이스(James Bryce)는 뉴잉글란드 지방의 법률가의 능력은 상당히 높은 반면 다른 지역의 법률가들은 형편없는 상태라고 證言하고 있다.¹² 그러나 20세기로의 전환기에 이르기까지 뉴욕과 시카고의 법률가들은 더 높은 개인적 능력을 가진 뉴잉글란드 지방의 보스톤 동료들 보다 법전문화를 위한 개혁활동을 더욱 활발하게 전개하고 있었다. 모든 호워츠(Morton Horwitz)는 단적으로 이러한 토리

⁹ 전형적인 Tory 이론의 업적은 다음과 같다. Charles Warren, *A History of American Bar* (Boston, 1911); Roscoe Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times* (St. Paul: West Publishing Co., 1953); Anton-Herman Chroust, *The Rise of the Legal Profession in America* (2 vols, Normal, 1965).

¹⁰ Jerold Auerbach, “Enmity and Amity: Law and Practitioners 1900-1922,” *Perspectives in American History* 5 (1971), p. 593; Auerbach, *Unequal Justice* (New York: Oxford University Press: 1976), pp. 18-23.

¹¹ Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (Berkeley: University of California Press, 1971), pp. 14-16.

¹² James Bryce, “Legal Profession in America,” *MacMillan's Magazine* 25 (1871-1872), pp. 220-22.

이론은 전문직으로서의 特權을 획득하고 正當化하기 위해 스스로 내세운 이데올로기라고 批判하고 있다.¹³

또한 아우어바크의 휘그的 論據는 과장되었다고 스티븐 보테인(Stephen Botein)은 지적하고 있다. 인종주의는 그렇게 중요한 결정적 요인이라고 볼 수 없으며 엘리트 집단의 직종 전체에 대한 통제력은 그렇게 確固하게 이루어진 적이 없었다는 것이다.¹⁴ 게다가 법전문주의는 시장을 독점하려는 법률가들의 이기주의를 반영한다는 휘그 이론과 라슨의 핵심논거는 단순한 同義語反復(tautology)일 뿐만 아니라 역사적 패턴과도 부합되지 않는다. 1870년대 시카고 변호사 협회(Chicago Bar Association: CBA), 보스톤시 변호사 협회(Bar Association of the City of Boston), 미국변호사협회(American Bar Association: ABA)와 같은 여러 대부분의 변호사협회는 뉴욕시 변호사협회(Association of the Bar of the City of New York: ABCNY)를 흉내내어 만들어진 것이었다. 그러나 뉴욕의 법률가들은 제외하고는 후술할 관련조건 즉 社會의 危機感이 그들 지역에 나타나기 전에는 그들의 활동은 무려 10여년 이상 고급 사교클럽의 범주를 벗어나지 못했다. 만약 그러한 운동이 시장을 독점하고 자신들의 사회적 지위를 향상시키려는 利己主義에 일차적인 동기를 갖고 있었다면, 그러한 생각이 뉴욕에서 제기 되자마자 모든 지역적, 전국적 변호사협회는 적극적으로 활동했어야 했을 것이다. 인간의 利己的 動機는 근대 사회과학 방법론의 기본 요소로서 否定할 수는 없지만 그것만으로 법전문화의 현상을 충분히 설명하지 못한다.

위의 이러한 이론들은 각기 독특한 價值 評價에 기초하고 있다. 토리論者들에 있어서는 법의 발전과 법률가의 능력 중대가 궁극적인 요인이며 휘그 論者와 맑시스트에게는 법률가들의 利己主義가 결정적 요인이라는 것이다. 後者は 전문직을 독특한 역사 문화적 배경 하에서 특정한 戰略을 가지고 등장한 직업적 利益團體로 간주하고 있는 반면前者는 전문직과 일반 직업단체를 염격히 구분한다.¹⁵ 그러나 한편으로는 역사적 과정을 법률가들의 先在의이고 內在의인 속성의 展開로 보았다는 점에서 두 理論은 모두 非歷史의이고 目的論의이다. 라슨의 이론에 관하여는 몇가지 부차적으로 지적할 점이 있

¹³ Morton Horwitz, "Conservative Tradition in the Writings of Legal History," *American Journal of Legal History* 17 (July, 1973), p. 280; Dietrich Rueschmeyer, "Doctors and Lawyers: A Comment on the Theory of the Professions," *Canadian Review of Sociology and Anthropology* 1 (February, 1964).

¹⁴ Stephen Botein, "Professional History Reconsidered: Review Essay," *American Journal of Legal History* 21 (1971), pp. 72-76.

¹⁵ Haug and Sussman은 전문주의 (professionalism)와 조합주의 (unionism)는 집단이익을 제고시키기 위한 두가지 상이한 전략이라고 주장했다. Marie R. Haug and Marvin B. Sussman, "Professionalism and Unionism," *American Behavioral Scientist* 14 (Special Issue, 1971), pp. 536-37. 그러나 Roscoe Pound는 적합한 직업적 속성, 특히 공적기능을 수행하지 않는 직업집단에게는 전문직의 특권이 부여되서는 안된다고 주장하며 전문직과 여타의 직업집단을 구분할 것을 주장하였다. Pound, *Lawyer from Antiquity to Modern Times*, pp. 353-55.

다. 이는 지나치게 抽象的이며 부적합한 醫療職(medical profession)의 경우에서 도출된 틀을 사용하고 있으며, 사회 역사적 조건들을 도식적으로 다루고 있다. 라슨은 국가권력과 자본가 혜개모니의 역할이라는 중요한 점을 지적하고 있다.¹⁶ 그러나 라슨은 전문직을 후원하였다는 국가와 자본가 계급 혜개모니를 이미 確立되어 존재하고 있었던 것처럼 전제하여 취급하고 있으며, “商品化(commodification)”라는 평가적 개념으로 끝맺고 있다.

필자의 주장은 다음과 같다. 변호사협회 개혁운동은 엘리트 법률가들이 危機에 처한 資本主義 질서를 유지, 안정시킬 목적으로 기존의 政黨國家(party state)와 구별되는 새로운 형태의 國家權力を 창출하기 위하여 일으킨 것이며 현재의 법전문주의의 형태는 새로운 국가권력과 사회·정치적 조건, 특히 기존의 政黨國家와의 상호관계에서 생긴 일련의 전략적 조치들의 결과인 것이다. 법전문주의는 다음의 세단계를 거쳤다. 첫째 단계에서 그들은 ‘公的 리더쉽(public leadership)’을 주장하였고, 다음은 ‘法의 科學(science of law)’을 收容하였고 마지막으로는 法專門教育改革의 단계를 거쳤다. 각각의 단계들은 1870년대부터 1920년대까지 차례로 등장한 개혁운동의 주제였으며, 각 단계가 서로一貫된다고 볼 수는 없다. 각 단계는 예정된 과정의 이정표라기 보다는 그들의 戰略的 인 變化를 나타내며 결과적으로는 법률적의 사회·경제적 의미와 지위를 크게 변형시키게 되었다.

美國의 법전문직의 문제를 個人의 職業의 문제 또는 직업집단의 문제로 보는 것은 앞서 지적한 바 法이 미국의 정치체제와 국가권력 구조의 核心임을 가리는 이데올로기인 것이다. 미국 정치의 연구에서 법과 법전문직의 문제는 그간 看過되어왔으며, 그러한 의미에서 이데올로기는 成功的이었다 할 수 있다. 법전문직의 개혁운동은 미국의 근대사에서 資本主義와 產業主義의 발달로 인한 새로운 사회 정치 문제에 민주주의적 憲政秩序가 어떻게 適應하였는가의 중요한 부분으로 理解하여야 한다. 建國 이후 미국의 정치에서 법과 법률가들의 문제는 곧 정치와 정부의 문제이며 이 시기에도 단적으로 드러나고 있다. 法을 專門化함으로써 不確實性을 본질로하는 민주주의적 정부가 여하히 특정한 사회 경제질서를 유지하고 존속시키도록 하는 資本主義의 國家權力으로 정착할 것인가의 문제에 대한 미국의 독특한 해결책이었다.

¹⁶ Corinne Gilb는 이미 전문주의에 있어 國家權力의 중요성을 지적한 바 있다. 그녀는 전문주의는 기본적으로 현대사회에서 부활된 하나의 中世的길드組織으로 國家權力의 後援하에 이루어진다는 것이 일차적인 특징이라고 주장했다. Corinne Lathrop Gilb, *Hidden Hierarchies* (New York: Harper & Row, 1967), p. 16, pp. 43-46.

II. 社會的 危機와 公的 리더쉽

미국 사회에서 법률가들은 공적 생활에서 가장 중심적인 계급이다. 그들은 “*公的인 자격 및 책임과 私의인 자격 및 책임 間의 境界*”에 浸透해 있다. 그들은 “양측 모두의 자격으로 행동하며 양측 모두에 주요한 據點을 두고 있다.”¹⁷ 그리하여 법은 공적 권위와 사적 경제 영역 간의 매개 역할을 한다는 점에서 복합적인 범주에 속한며 법은 미국 사회에서 사실상 어떤 종류의 혁혁에도 불가결의 요소일 수밖에 없다.

19세기 초반의 이른바 ‘잭슨時代’(Jacksonian period)에 이르러 미국의 법전문직은 分解되고 말았다. 이 시기에 이미 법률은 *公的인* 직업이었고 명망있는 *公職*에 이를 수 있는 확실한 길이었다. 이에 대하여 잭슨시대의 ‘자코뱅’의 人民主義者들은 법률가는 사회의 한 폐쇄적인 계층이 되어서는 안된다고 주장하였다. 민주주의의 원칙에 따라 모든 *公職*이 모든 *市民*에게開放되는 것과 마찬가지로 법률직도 “선량한 도덕성(good moral character)”을 지닌 모든 시민에게開放되어야 한다는 것이었다.¹⁸ 그리하여 辯護士 資格試驗은 사실상 閉止되었고, 判事는 민주적으로 投票로 選出되고 법률가들의 단체나 조직은 모두 해산되었다. 이러한 과격한 흐름에서 엘리트 법률가들은 스스로 법은 ‘*私的職業(private trade)*’이며, 법률가로서 자신들은 ‘*中立的技術者(neutral technician)*’이고 정치나 공적문제와는 아무런 관계가 없다고 주장하며 자신들의 입지를 정당화하였다.¹⁹

1870년 아래 엘리트 법률가들은 전문주의 운동을 출범하며 그들의 *公的 리더쉽*을 주장했다. 1894년 당시 영향력있는 법률가였던 토마스 쿠리(Thomas Cooley)는 다음과 같이 말했다.

내가 요즈음 법률가들에게 강조하고 싶은 것은 모두 자신의 위치와, 법적 문제 및 송사의 판결 과정에서 그들에게 특권을 주는 資格(license)에서 더 나아가서 법

¹⁷ Parsons, “A Sociologist Looks At the Legal Profession”, p. 378.

¹⁸ Alfred Z. Reed, *Training of the Public Profession of Law* (Boston: Carnegie Foundation, 1921); Pound, *Lawyer from Antiquity to Modern Times*, p. 228.

¹⁹ 그들은 정치 법률가들을 공적을 얻기위해 법률직을 이용하는 “썩은사과 (rotten apples)”라고 불렀다. 법률은 그 자체가 하나의 직업이요, 목적으로 묘사되었다. Maxwell Bloomfield, “Law vs. Politics: The Self-Image of the American Bar, 1830-1860,” *American Journal of Legal History* 12 (1968); Bloomfield, “Lawyers and Public Criticism: Challenge and Response in Nineteenth-Century America,” *American Journal of Legal History* 15 (1971); Bloomfield, *American Lawyers in a Changing Society* (Cambridge: Harvard University Press, 1976); Burton J. Bledstein, *The Culture of Professionalism* (New York: Norton, 1976). Bloomfield의 연구는 Pound가 Jackson시대 법률직의 상황을 ‘野蠻人의 侵略 (barbarian invasion)’이라 묘사한 데 대한 대한 反駁이었다. Pound의 논제의 의도는, 부상하고 있는 법률직 이데올로기와 명백히 모순되는 Jackson시대의 법률직을 설명함에 있어 外의인 요소를 도입함으로써, 법 전문화를 이상적인 연속과정으로 제시하려는 것이었다. Pound, *Lawyer from Antiquity to Modern Times*, p. 200ff.

률가는 사회의 公的 指導者(public leaders)이자 스승(teachers)이 되어야 한다는 점이다. 사회의 근본 조작이 공격받거나 위협받는 경우, 또는 법률이 혁명적 목적이나 무지 또는 비합리적인 충동으로 인해 우리가 살고 있는 공동체에서 도전받거나 혹은 그렇게 될 개연성이 있는 경우, 법률가들이 헌법과 법률을 지지하고 법정에서 성실하게 행동해야 할 의무는 제대로 이행될 수 없을 것이다. 따라서 만약 그들이 확립된 제도와 공공질서의 후원자로 전면에 나서지 않는다면, 또는 일반적인 또는 지역적인 여론을 바로잡기 위해 그들이 적절하고 합법적으로 할 수 있는 일을 하지 않는다면, 그것은 그 자체로서 공적인 危險 要素가 되고 無秩序나 不法의 暴力을 야기하게 될 것이다.²⁰

전문직 개념에 반드시 ‘공적 리더쉽’에 대한 요구가 수반되는 것은 아니다. 이러한 공적 리더쉽에 대한 요구는 잭슨 시대의 논법과 비교할 때 革新적인 것이었다. 그들은 ‘公的(public)’이라는 象徵적 언어로써 새로운 자기 이미지를 만들고 자신들의同一性을 과시하는데 사용되어 오던 바로 ‘공적’이라는 象徵을同一性을 만들어 내는데 이용했던 것이다. 첫째, 비록 잭슨 시대 아래 법률가들은 법률이 私的인 직업이라고 주장해 왔다 하더라도, 그들은 명백히 자신들에게 새겨진 ‘公的’이라는 烙印이 주는 의미를 잘 알고 있었다.²¹ 公的利益이라는 법률가들의 이미지는 그들의 집단적, 사회·정치적 행위와 그들의 이익 또는 지위 개선방식에 중대한 구속요인이었다. 그들은 利他的이고, 사회 전체의 利益을 대표하는 듯이 행동해야 했다. 둘째, 그들의 이러한 혁신적 戰略은 사회 정치적 조건 전반과 ‘공적’이라는 概念에 변화가 이루어지고 있었다는 背景下에서 가능하였다. 南北戰爭 以前의 시대에 ‘공적’이란 말이 開放된 普遍的인 영역을 의미했다면 전후의 黃金時代(Gilded Age)에는 그 말은 특별한 자격을 갖춘 사람만이 접근할 수 있는 閉鎖의이고 排他的인 영역을 의미했다. 따라서 공적 리더쉽을 주장하는 법전문주의는 법률가 자신의 内的인 조건 만으로는 충분한 설명이 될 수 없다. 그것은 법률가 周圍의 계급들의 조건과, 그들이 자신의 의미를 인식하게 된 사회의 전체적 구조와 밀접히 연관되어 있었다.

辯護士協會를 구성하고 法을 專門職으로 만들려는 운동은 주로 자본가들 간의 투쟁과 노동계급의 소요에서 비롯된 社會的 危機感(sense of social crisis)에 따라 登場하였다. 1870년의 뉴욕시 辯護士協會(ABCNY) 구성의 직접적인 동기는 ‘투위드 링(Tweed ring)’의 등장과 ‘이리 鐵道 스캔дал(Erie Railroad scandal)’과 같은 극심한 정치 경제의 腐敗였다.²² 南北戰爭 이후 政黨政治의 팽창에 따라 ‘투위드 링’은 뉴욕의 정치를 지배했고 투

20 Thomas M. Cooley, “The Year in Its Constitutional Aspects: The Lawyer as a Teacher and Leader,” *American Law Review* 28 (Sep-Oct, 1894), p. 648.

21 Gerald W. Gawalt에 따르면 잭슨 시대의 人民主義者들 대부분 또한 법률가였다는 것이다. Gawalt, “Sources of Anti-Lawyer Sentiment in Massachusetts, 1740-1840,” *American Journal of Legal History* 14 (June, 1970).

22 George Martin, *Causes and Conflicts* (Boston: Houghton Mifflin, 1970), pp. 10-15; Albert P. Blaustein,

위드는 관직분배제도(patronage system)에 기초하여 兩黨을 망라하는 당파를 초월한 부파 체제를 만들어냈다. 철도 봄이 시들해지자 비경쟁적 공적 권력은 특수이익의 도구로서 경제계에 해악으로 간주되었다. 1860년대 후반부터 신문은 철도와 법원의 스캔дал로 가득찼다. 1868년부터 시작된 이리 철도 스캔달에는 당시 가장 명성있는 변호사의 한 사람인 데이빗 더들리 필드(David Dudley Field)와 다른 50여명의 일류 변호사들이 연루되었다. 게다가 이러한 자본가들 간의 갈등은 聯邦軍의 출동이 불가피할 정도의 노골적인 집단 폭력사태로 치달았다. 이러한 상황에서 뉴욕에는 위기감과 혼란 정치체제의 부적절함이 심각하게 대두되었다.²³ 1869년 12월 「뉴욕 타임스(New York Times)」는 변호사협회의 설립을 社設로 다루었다.²⁴ 1870년 2월 드디어 뉴욕시 변호사협회(ABCNY)는 발기 대회를 가졌다.

시카고의 상황은 뉴욕과 달랐다. 시카고는 이제 막 팽창하는 新都市였다. 시카고의 변호사들은 뉴욕 동료들에 대한 소식을 듣고 그들을 模倣하여 1874년 시카고 변호사협회(Chicago Bar Association: CBA)를 구성하였다.²⁵ 그러나 시카고의 변호사들은 곧 협회 활동에 흥미를 잃어가고 있었다. 협회는 그저 만찬과 음주를 위한 모임 이상의 의미를 갖지 않았고 회원수와 財政도 감소했다. 그러던 중 협회 창설 12년 후인 1886년 無政府主義者(anarchist)들이 관련된 ‘헤이마켓 사건(Haymarket Affair)’은 자본가들과 법률가들에게 큰 충격을 주었다. 게다가 체포된 무정부주의자들에 대한 節次를 무시한 일방적 司法 처리는 법률가들 간에 치열한 논쟁을 불러 일으켰다. CBA의 歷史는 사실상 회원 수와 참가 인원 그리고 基金이 급속히 증가한 1886년부터 시작되었다고 보아야 할 것이다.²⁶ 시카고에서의 변호사협회 개혁은 헤이마켓 사건으로 노동자 騷擾가 새로운 국면에 접어들어 서며 야기된 危機 意識에서 비롯된 것이었다. 시카고 지역의 노동문제는 다른 지역보다 훨씬 더 위협적이었다. 그들은 양 정당들과는 연관되지 않은채 1886년부터는 ‘體制顛覆的(subversive)’사상의 영향을 받고 있었다.²⁷

²³ “New York Bar Associations Prior to 1870,” *American Journal of Legal History* 15 (1971), pp. 50-55.

²⁴ Martin, *Causes and Conflicts*, p. 50.

²⁴ 그 사설에서는 “만약 우리를 현재 이 지경으로 만든 것이 국가 법원의 官吏라 할 수 있는 법률가들의 태만과 침묵이었다면, 그들은 스스로의 公的 精神과 活動을 되살려 우리를 더 나은 상태로 되돌려 놓아야 한다. 즉 우리는 변호사 협회가 앞장서야 한다고 주장한다.”고 했다. 같은 책 p. 15 인용, 이와 유사한 사설이 1869년 6월에도 게재된 적이 있었다.

²⁵ Herman Kogan, *The First Century: The Chicago Bar Association, 1874-1974* (Chicago: Rand & McNeilly, 1974), pp. 16-18. 또한 “조직결성에 대한 촉구 (Call for Organization)”에서 시카고의 법률가들은 뉴욕에서와 같은 문구를 사용했다. 즉 “공동체에서 법전문직의 정당한 지위를 존속시켜라. (sustain the profession in its proper position in the community.)”

²⁶ Ibid., pp. 40-45.

²⁷ Edward B. Mittelman, “Chicago Labor in Politics,” *Journal of Political Economy* 28 (1920), pp. 420-24.

미국변호사협회(ABA)는 전국적 차원에서 1878년 볼드윈(Simeon E. Baldwin)에 의해 설립되었다. 골수 保守主義者이자 예일대학 법학교수인 볼드윈은 전국의 명망있는 법률가 100명에게 초대장을 발송했고 1878년 8월 제 1차 총회가 뉴욕주 휴양지인 사라토가 스프링스(Saratoga Springs)에서 개최되었다. ABA의 설립은 1870년대 후반의 일련의 철도 파업에 자극에 의한 것이라는 주장도 있다.²⁸ 하령든 ABA는 처음 10여년 동안 적극적인 활동을 벌이지 않았고 역시 사교 클럽 정도였다. 1880년대에 이르자 젊은 회원들은 더 많은 회원들을 모집하고 사회에 대한 영향력을 증대시키기 위하여 대도시로 進出해야 한다고 주장하였고 해이마켓 사건 이후 이러한 요구는 상당한 지지를 받았다. 드디어 1889년 ABA는 시카고에서 처음으로 연례총회를 가졌고 그후 ABA는 2년마다 대도시 지역에서 연례회의를 개최했다. 1902년 이후 ABA는 더 이상 한적한 휴양지에서 총회를 갖지 않았다.²⁹

1887년에는 ABA의 경쟁자로서 전국변호사협회(National Bar Association: NBA)가 위성톤의 변호사들에 의해 聯邦制에 따라 설립되었다. 1893년에는 금융공황이 전국을 휩쓸고 노동자 계급의 폭동이 심각한 위기감을 야기시켰고 ABA는 법률가들의 일반적인 요구에 부응하여 1893년 法律教育分科(Section of Legal Education)를 설치했다. 역사가인 브록크만(Norbert Brockman)에 의하면 ABA의 이러한 특별 분과의 설치는 NBA의崩壞를 초래했다는 것이다.³⁰ 이후부터 결국 미국의 법률계는 ABA의 주도 하에 놓이게 되었다.

이 시기에 널리퍼진一般的危機感은 엘리트 변호사들이 그들 상호간에 그리고 다른 여러 사회계층으로부터 법전문화 개혁에 대한 지원을 얻을 수 있는 좋은 與件을 이루고 있었다. 이러한 위기감은 기존의 사회사상에 변화를 초래하게 되었다. 즉 모든 사람의 경제적 또는 정치적自己利益追求는 이상적이고 조화로운 사회질서에 이르지 않는다는古典的自由主義에 대한 일대修正을 가하게 되었다.³¹ 또한 사회는自己 치유력(self-healing power)을 상실했으며 따라서 스스로에 대한 통제권을 유지할 수 없게 되었고,³²

28 1870년대초 미국사회과학연합 (American Social Science Association: ASSA)의 법학부는 하버드대학 교수들에 의해 지배되었다. 그러나 1877년 철도파업에 자극을 받은 예일대학 교수단은 ASSA에 참가하기 시작했다. 그러자 ASSA의 지도자인 Frank Sanborn은 예일 법대 학장인 Wayland에게 전국적인 법률가협회를 창설할 것을 권고했다. 이것은 하버드 총장에 임명되자 ASSA와 관련한 개혁주의자들을 보스턴의 지식인 그룹에서 추방시킨 Charles W. Eliot에 대한 Sanborn의 敵意 때문이었다는 주장도 있다. Sanborn은 ABA와 결탁한 하버드와 결별하고 법률직에 대한 전국적 리더십을 장악하려 했다.

29 Edson Sunderland, *History of the American Bar Association and Its Work* (n.p. 1953), pp. 1-14, pp. 35-39.

30 Norbert Brockman, "The National Bar Association, 1888-1893: The Failure of Early Bar Federation," *American Journal of Legal History* 10 (1966), pp. 123-26.

31 Samuel Rezneck, "Patterns of Thought and Action in an American Depression, 1882-1886," *American Historical Review* 61 (January, 1956), p. 254.

사회질서를 회복하는데는 강력한 外部的 要因이 介入할 것이 요청되었다.³³ 이런 배경 하에서 法과 公的利益 간의 연관이 그것을 부정해오던 법률가들에 의해 주장되게 되었고 그들은 미국 사회를 위기에서 구할 수 있는 유일한 리더쉽으로 自請했던 것이다.³⁴ 이러한 요소들은 미국 법률가들이 법 전문직을 당시의 사회적 위기에 대응하는 利他主義의 공적 리더쉽으로 제시한 배경을 설명해 준다.

법전문주의의 論據에서 중심적 주제는 법률직의 ‘名譽(honor of the profession)’였다.³⁵ 변호사들은 스스로 精神의인 구제를 위하여 象徵과 神話를 만들어냈다. 변호사로서 일단 자신이 전문직에 속해 있음을 公言하기만 하면, 地位와 救援이 주어진다는 식이었다. 또 하나의 주요 주제는 전문직의 ‘權力(power of the profession)’이었다. 여기에 권력이란 目的을 위한 手段 이상의 의미를 갖는다.³⁶ 즉 그들의 權力 崇拜는 법과 전문직을 合理의 理性을 넘어서는 超越的 領域에 건설한다는 의미였다. 변호사 협회가 제시한 법전문직의 權威의 주장에서 카리스마적 언어가 발견된다. 사회는 危機에 처하였고 기존의 사회적 권위는 실추되고 이러한 상황에서 傳統, 合理性 등의 통상적 형태의 權威로는 사회질서 회복에 충분치 않다는 것이었다.³⁷ 법률가는 瞳의인 힘을 가진 것처럼 제시되

32 Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis* (Boston: Beacon Press, 1975), pp. 1-4에서 위기의 개념에 대한 논의를 참조.

33 John Higham, “The Reorientation of American Culture in the 1890s,” *Writing American History; Essays on Modern Scholarship* (Bloomington: Indiana University Press, 1970)에서 1890년대의 반형식주의와 권력의 새로운 개념에 관한 논의를 보라.

34 Walter Hill은 “사회적 혼란의 폭풍과 압력이 임박해오면, 미국인들은 법에 대한 깊은 존경심에 호소할 필요가 있게 될 것이다. 神은 사회질서의 적들이 확신을 가지고 '너희들의 법은 존경할 가치가 없다.'라고 말하는 것을 허락지 않았다.” Walter B. Hill, “Bar Associations,” *American Law Review* 23 (Mar-Apr, 1889), p. 251. Grant Gilmore에 따르면 법률가들은 “정의와 진리를 위하여 봉사한다는 점에 대하여 어떤 의구심의 그림자도 없이 자신감과 확신에 차있었다.” 그리고 법은 그들에게 있어 “자유사회의 궁극적인 구원(ultimate salvation of a free society)”이었다. Grant Gilmore, *The Ages of American Law* (New Haven: Yale University Press, 1977), pp. 41-42.

35 1870년 제1회 ABCNY 회의에서 Van Winkle은 “나는 우리가 공동체에서, 즉 우리가 조언자와 변호사의 역할을 하고 있는 그 공동체에서 법률직의 정당한 지위를 회복시킬 수 있을 것이라고 확신한다. 말하자면 우리는 과거에도 그러했고, 미래에도 분명히 그럴 자격이 있으며, 또한 현재에서도 그러해야하는 법률직의 지위를 회복할 수 있다. ABCNY, *Report of Proceedings* (1870), p. 6.

36 ABCNY 발기대회에서 Henry Nicoll은 그의 연설에서 협회는 지나치게 적극적인 활동을 할 필요가 없다며, “단지 우리가 우리 형제들을 이 조직으로 끌어들이고, 또 그것을 건설하는데 열성적으로 협력하도록 할수만 있다면, 미래는 스스로 개척해 나갈것이다.”고 말했다. 게다가 James Emott는 “이 모임은 우리가 권력 — 조직으로부터 나오는 권력 — 을 얻기위해서는 뭉치고 조직화해야 한다는 합의를 의미한다. 권력은 우리가 첫번째로 목표하는 것이다. 권력의 사용은 그 다음에 결정한 일이다”라고 말했다. Ibid., p. 10, p. 27.

37 권위의 유형에 관하여는 Max Weber의 합법적 지배의 분류 — 즉 전통, 카리스마, 그리고 합리성에 의한다. Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization* (New York: The Free Press, 1947).

고 신비한 힘이 법과 법을 집행하는 사람들에게 스며져 있다는 것이었다.³⁸ 法과 憲法은 사회에 대한 궁극적인 근간이고 공평한 정의와 법률가들의 處方에 따라 모든 사회적 문제가 해결된다는 것이었다.³⁹ ‘商業主義(commercialism)’는 법을 세속화시키고 순결한 권위를 파괴하는 요소로 끊임없는 비난의 대상이 되었다. 변호사들은 한마디로 憲法의 일차적인 守護者라는 것이었다.⁴⁰

변호사협회의 일관된 엘리트 접근방식은 엘리트 변호사들이 요구한 카리스마적 성격의 權威의 논리에서 직접 도출된 것이었다.⁴¹ 법률가들은 사회의 지도자요, 그중에서도 변호사협회의 회원들은 選擇된 小數였다. 협회 가입의 공식적 구체적 기준은 없었다. 초기 단계의 유일한 기준은 다른 법률가들 또는 일반인들에 의해 법률가로서 名望을 認定받았는가 하는 것이었다. 또한 변호사들은 법의 수호자로서 그들의 이러한 공적 임무를 顧客의 要求로부터 상대적으로 分離시키려는 법률 서비스의 새로운 논리를 시도하기도 하였다.⁴² 또한 같은 시기인 1870년에는 하바드法大(Harvard Law School)가 개편

38 19세기의 이상적 법률가란 높은 정신적 자질을 갖춘 사람으로 인식되었다. John Shirley는 법률직의 도덕적 요인의 중요성에 대해 말했다. “학교와 사무실은 단지 보조적일 뿐이다. 그것이 전능자의 사업을 대신할 수는 없다.” John M. Shirley, “The Future of Our Profession,” *American Law Review* 17 (Sept-Oct, 1883), p. 652.

39 Thomas Cooley는 “(법률가의) 조언은, 만약 그것이 사려깊은 것이라면, 법률적 권리에 대한 상이한 견해에서 생겨나는 공동체의 萩藤과 不和를 방지해 줄것이다. 그것은 결정적인 홍분을 가라앉히고, 평화롭게 번영해가는 산업의 수레바퀴를 유지하는데 영향력을 발휘할 것이다. 만약 그렇지 않다면, 사악한 변호사들이 판을치게 될 것이다. 따라서 유용한 권력은 그에게 본질적으로 특수한, 다른 직업을 가진 사람들 보다 더 큰 임무와 의무를 부과한다. 우리는 아무도 이것을 의문시하지 않는다.” Cooley, “The Year in Its Constitutional Aspects,” (1894), p. 647. 또한 George Hoar는 ABA에서 “미국 법률가의 의무는 미국인들로 하여금 법의 중재를 존경하게끔 하는 것이다. 즉 법이 정당하면 집행하고, 부당하면 개정해야 한다. 몇몇 대도시의 군중심리와, 빈부간 또는 노사간에 계속되는 분쟁에도 불구하고, 나는 이러한 목표를 향한 법률직의 영향력이 그것을 달성하는데 충분하다고 믿는다. 그러면 미국인들은 자신들의 의견을 정당화하려 하지만 끝까지 싸우려들지는 않을 것이다.” George F. Hoar, “The Relation of the American Bar as an Order or Brotherhood to the State,” *American Law Review* 32 (Sept-Oct, 1898), p. 653.

40 법률가와 헌법에 대하여 Seymour Thompson은 “우리 법률가들은 건축가였다. 이제 우리는 호위대요 개량가요 개선자이다. 세월의 흐름은 벽에 틀을 만들기 마련이고 우리는 그것을 메꿔야한다. 우리는 그것이 더욱 품위가 나도록 건축적 균형을 잡아갈 것이며, 나아가 개량하고 완성시킬 것이다. 우리는 그 신성한 사원을 폭력과 약탈로부터 지킬 것이며, 법률가가 아닌, 더 미천하고 유용성이 적은 소명을 받은 우리 동료시민들이 우리와 함께 그 그늘안으로 오는것을 허락할 것이다.” Seymour D. Thompson, “Government by Lawyers,” *American Law Review* 30 (Sept-Oct, 1896), p. 693. 그리고 Peck은 憲法이 그 文章 자체 보다는 그것을 훌륭히 해석한 위대한 법률가들의 공로 덕분에 위대한 것이라고 주장했다. George R. Peck, “The March of the Constitution,” *American Law Review* 34 (Nov-Dec, 1900).

41 금세기로의 전환기에 ABA회원은 미국 법률가의 단지 1.3%에 불과했다. ABCNY는 뉴욕 법률가의 10%이하를 차지했다. CBA는 시카고 법률가의 절반 이하를 차지했다.

되었다. 신임 學長인 크리스토퍼 랭델(Christopher C. Langdell)은 모든 교과과정을 재구성하고, ‘判例研究 方式(case method)’을 이용하는 ‘科學的 法學(scientific jurisprudence)’을 創始하였다. 법은 몇 개의 간단한 원리로 구성되는 엄격한 科學的研究의 대상이며 이러한 원리를 밝혀내는 ‘법의 과학’은 엄청난 작업을 요하므로 특수한 才能을 갖춘 專門學者 만이 할 수 있다는 것이었다. 이에 法은 보통 사람들이 理解 할 수 없는 難解하고 神秘한 지식으로 제시되기 시작하였다.

공적 리더쉽에 대한 주장은 출발부터 그 자체로서 기존의 政治 權力에 대한挑戰이었다. 변호사는 이미 “公職者(office)”라는 것이다.⁴³ 이 말은 변호사는 단지 공적 지도자일뿐만 아니라 國家의 機能을 수행하는 官吏라는 主張이었고 그들의 連帶와 協助는理想的인 國家權力を 만들어낸다는 의미를 포함하는 것이었다. 초기에 전문화 개혁 운동은 정당 및 선거제 평원과 정면으로 충돌했다.⁴⁴ 변호사협회의 지도자들은 기존의 国가제도, 정당, 의회, 成文憲法 등이 갖는 신비적 요소의 타파를 시도하기도 하였다.⁴⁵ 한

42 법률가협회의 개혁은 법률가와 고객간의 직업倫理에 대한 논쟁으로 시작되었다. 1869년 David Dudley Field는 *Springfield Republican*의 편집자인 Samuel Bowles에게 공개 서한을 보내어, 양자간에 열띤 논쟁이 불았다. Field는 법률가와 고객간의 관계를 사생활의 영역으로 규정하려 하였다. 상호관계의 신뢰성은 법률가의 권위를 높여줄 것이다. 이 논리는 결국 패배했다. 궁극적으로 우세한 새 논리에 따라 그 관계는 공적 비판의 적합한 대상이 되었다. 신성화된 것은 법과 정의이자, 고객과의 관계가 아니라는 것이었다. 법률 서비스는 개별적 고객을 대하는 보통직업과는 다르며 변호사는 법률에서 법률직의 대표로서 서야 한다는 것이었다. Albert Stickney, “Lawyer and Client,” *North American Review* 112 (1871), Isaac F. Redfield “The Proper Limits of Professional Responsibility and Duty,” *American Law Register* ns. 10 (May, 1871); “The Responsibilities and Duties of the Legal Profession,” *Ibid.* (September, 1871); “The Legal Profession in England and America,” *Ibid.* (December, 1871); Michael Schudson, “Public, Private and Professional Lives: The Correspondence of David Dudley Field and Samuel Bowles,” *American Journal of Legal History* 21 (1977), pp. 192-209.

43 제1회 ABCNY 회의에서 Henry Nicoll은 “법률가보다 더 책임있는 직업은 있을수 없다. 그리고 만약 우리에게 법률가협회 — 말하자면, 압력에도 견딜수 있고 약한자와 무방비 상태인 자들을 보호할 수 있는 독립적인 협회 — 가 없다면, 사회는 스스로 몰락할 것이다.” ABCNY, *Report of Proceedings* (1870), p. 10.

44 1870년대 뉴욕의 경우, 제1회 ABCNY 회의가 어떻게 준비되었고 또 누가 주요 건립자인지 알려져 있지 않다. George Martin에 따르면, 그것은 판사들에 대한 陰謀에 해당하는 것이어서 협회지도자들은 판사들의 개인적 보복을 두려워하여 관련 서류를 모두 없애버렸다고 한다. ABCNY는 명백히 정부 개혁 — 특히 부패와 과벌정치의 해소 — 의 한수단으로 비추어졌다. 협회지도층에 정치적 인물들의 위치는 개혁정치에 있어 긴요할 수밖에 없었다. 신문이나 주변에서는 변호사협회에 대하여 더욱 적극적인 개혁정치를 단행할 것을 계속 촉구하고 있었다. ABCNY는 주 및 시정부와 평원을 개혁하자는 공공 캠페인으로 출발했다. 1873년 그 지도자들은 Boss Tweed를 감옥으로 보내는데 성공했고, 3명의 부패한 판사들을 연방 대법원에 고발하는 등의 극적인 성공을 거두기도 하였다. 또한 판사 선거제를 철폐키 위한 캠페인을 주도했다. Martin, *Causes and Conflict*, pp. 16-48. 다른 법률가협회들도 이러한 개혁정치를 가능한한 모방하려 하였다. Kogan, *The First Century*.

45 정치 개혁가들과 Dorman Eaton 및 Carl Schurz와 같은 협회지도자들의 정당정치와 과벌정치를 공

마디로 전문주의는 법 서비스의 과정을 규율하는 것 이상의 원대한 작업을 포함하고 있었다. 그것은 기존 국가권력을 비판 공격하고 나아가 政黨政治를 法的 理性으로 代替하려고 하였다.⁴⁶ 법전문직 개혁은 초기 단계에서 기존 국가에 대한 '對抗 國家(counter-state)'의 시도였다고 해석된다.

법전문직이 사회를 위기로부터 구해낸다 함은 資本主義 社會秩序를 강화한다는 직접적인 의미를 갖는다. 뉴욕의 ABCNY 발기 대회에서의 새뮤얼 틸덴(Samuel Tilden)의 연설은 변호사협회의 각종 행사나 연설에서 자주 인용되곤 하였다. "만일 뉴욕에 독립적인 변호사협회와 정직한 재판관이 없다면, 뉴욕은 商業과 資本의 중심지로 계속 남을 수 없을 것이다."⁴⁷ 당시의 주도적 법이론은 경제적 자유에 대한 개인주의적 원칙이 보통법의 유일, 정당한 신조라고 가르쳤고, 전통적인 利他的 법원칙들은 급속히 거부되고 있었다.⁴⁸ 기존의 사회구조는 適者生存의 進化 過程에 있는 것이며, 이러한 성격은 지속되고 강화되어야 한다는 것이었다. 노동운동을 처벌의 강화를 통하여 抑壓하는 것은 1910년대까지 미국 법원이 일관되게 사용하던 社會平定 방법이었다.⁴⁹ 법률가들은 기존

격하는 무수한 저술과 연설은 열거할 필요도 없다. Ruth M. Berens, "Blueprint for Reform: Curtis, Eaton and Schurz", MA Paper, University of Chicago, Dept. of Political Science (1943). 입법과立法行動主義(legislative activism)를 공격하는 논문들도 많이 간행되었다. 더구나 이 시기에는 헌법연구의 새로운 경향이 등장했다. 법저술가들은 미국 헌법과 대중 민주주의의 신화적 분위기 특히 위대한 정치가들의 전설을 붕괴시키려 하였다. Herman Belz, "The Constitution in the Gilded Age: The Beginning of Constitutional Realism in American Scholarship," *American Journal of Legal History* 13 (1969), Belz, "The Realist Critique of Constitutionalism in the Era of Reform," *Ibid.* 15 (1971), Belz에 따르면 정치체제에 대한 반 형식주의적, 경험적 연구는 정치학으로 발전하였다. 이것은 미국 정치학회의 초반기에 많은 탁월한 지도자들이 법률가 또는 협회지도자였다는 사실에서 볼수있다. Thomas L. Haskell, *The Emergence of Professional Social Science* (Urbana: University of Illinois Press, 1977).

46 John Shirley는 "법률직의 최고의 의무는 다음 두가지이다. 하나는 헌법적 자유의 '요새'를 지키는 것이고, 다른 하나는 살고있는 시대의 합리적인 요구에 맞도록 정의의 집행을 위한 기제를 받아들이는 것이다." John M. Shirley, "The Future of Our Profession," (1883), p. 652. 또한 Walter Hill은 "입법부로 가기 위해서, 법률가는 '政治家'가 되어야 한다. 많은, 매우 많은 州의 우수한 법률가들은 정치가가 되길 원치 않았고, 총회에서의 활동을 위해 하고있는 일을 회생할 여유가 없었다. 그러나 법률가협회는 조직적인 법률직의 여론조사를 통하여 주 전체의 법률가협회에 대한 연구, 관찰 및 경험의 결과를 확보할 수 있었다." Walter B. Hill, "Bar Associations," p. 242.

47 ABCNY, *Report of the Proceedings*, p. 21.

48 Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," *Harvard Law Review* 89, No. 8 (June, 1976), p. 1728.

49 Haymarket 사건직후의 1886년 시카고 협회의 지도자요 유통 재벌인 Marshall Field의 개인변호사인 Wirt Dexter는 CBA에서 다음과 같은 연설을 했다. "우리는 보수적 원리의 방파제를 이루고 있다. 우리 주변의 심각한 불안 상태를 고려하면, 오늘날 이러한 방파제가 얼마나 유용한지 말할 필요도 없다. 과거적 이론으로 무장한 자들이 우리를 지옥으로 떨어뜨리려고 책략을 추구하는 경우, 다른 직업인들은 타이르겠지만 법률 — 우리 가운데 있는 Gary 판사가 말했듯이 — 은 교수형에 처할 것

의 정당국가의 사적 영역에 대한介入과 干涉을 遮斷하려 하였다. 이러한 시도는 전문적 법률가들 만이 사적분야의 조작원리인 진정한 法을 알 수 있다는 새로운 法論理에 의하여 뒷받침되고 있었다. 이러한 시도는 19세기 후반의 ‘自由放任 憲政主義(Laissez-faire constitutionalism)’와 20세기 초반의 사회적 입법에 가해진 위헌 판결과 같은, 국가권력의 성격에 관한 주요 憲法理論에서 잘 나타나고 있다.⁵⁰

產業과 經濟의 보호자로서 미국 法의 위치는 긴 역사를 가지고 있다.⁵¹ 당시 자본가 계

이다!” CBA는 1886년 아래 노동파업을 무자비하게 처벌하는 “Garyism”을 지지했으며, 심지어 Haymarket 사건에 연루된 무정부주의자들의 변호사들이 법정에 서는 것을 금지하기도 하였다. 시카고에서의 협회개혁은 1886년 아래 Marshall Field와 Cyrus McCormick과 같은 대자본가들과 그들의 법률가들의 큰 지지와 후원을 받았다. Kogan, *The First Century*, pp. 65-75. 1890년대 들어 노동불안이 심화되자, 극단적 보수주의가 법률작을 완전히 치배하였다. 법조계는 노조의 집단행동 증가와 급진주의의 확산에 대하여 “신경질적”으로 반응하였다. 법조계는 철도파업을 금지하는 “총괄적 명령”의 사용과 Sherman Anti-Trust Act의 반노동적 해석을 승인함으로써, 노동탄압을 배심판결의 대상에서 제외시켰다. Arnold Paul, *The Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of the Bar and Bench, 1887-1895* (Gloucester, 1976), pp. 105-25.

50 자유방임적 헌법주의 이론은 1876년 *Munn vs. Illinois* 판결로 미연방 대법원에 의해 공식적으로 받아들여졌다. 이 이론은 사적 업무와 공적 통치를 올바른 관계로서 규제하려는 것이었다. 그 핵심적 개념은 사적 업무와 공적 통치 양자간의 베타적이고 양도불가능한 영역으로서, 하나의 스토아적인 이상주의였다. Stephen Field는 공적 사용이란 개념을 적용함으로써 자동적으로 사적인 것에서 공적인 것을 구분해 낼수 있다고 생각했다. 이를 적용한 법원의 일관성 없는 결정에도 불구하고, 그 이론 자체와 지도적 재판관의 견해는 매우 조리있고 일관성이 있었다. Alan Jones, “Thomas Cooley and ‘Laissez-Faire’ Constitutionalism: A Reconsideration,” *Journal of American History* 53 (1967); Charles McCurdy, “Justice Field and Jurisprudence of Government Business Relations: Some Parameters of Laissez-Faire Constitutionalism, 1863-1896,” *Journal of American History* 61, No. 2 (March, 1975); David Gold, “Redfield, Railroads and the Roots of Laissez-Faire Constitutionalism,” *American Journal of Legal History* 27 (1983); Robert Goedek, “Justice Field and Inherent Rights,” *Review of Politics* 27 (1965). Lochner시대의 경제적 규제의 합헌성을 결정하는 ‘수단 - 목적 시험(means-end test)’은 그 권위를 행사하는데 입법의 형식적 합리성을 요구했다. 이러한 시험은 거의 베타적으로 사회적 입법의 위헌판결에 사용되었다. 결국 소득 또는 복지의 재분배는 입법의 정당한 영역이 아니라는 것이 당시 헌법의 해석이었다. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (New York: The Foundation Press, 1978), pp. 427-42.

51 Morton Horwitz, *Transformation of American Law*. 계다가 남북전쟁이 끝나감에 따라, 남부의 주를 통제하려는 의회의 노력은 연방법원의 관할권을 확장케 했다. 이에 따라 유럽식의 중앙 행정을 금지하는 성문 헌법상의 州主權의 규정이라는 미국 특유의 해결책이 생겨났다. 이러한 경향은 경제발전을 위해 전국적 교통을 보호하기 위한 1850년대 制海權 사건에서 이미 시작되었다. William M. Wiecek, “The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863-1875,” *American Journal of Legal History* 13 (October, 1969); Stephen Skowronek, *Building a New American State*, p. 41, p. 123. 또한 당시의 형평법의 관할권 팽창을 보라. Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (New York: Touchstone, 1973), pp. 355-57.

급은 자신들의 집단적, 장기적 이익을 증진시키기 위해 국가의 권위를 필요로 했다. 남북전쟁 이후 정당정치의 발전은 ‘立法行動主義(legislative activism)’를 낳았으며,⁵² 이것은 자본주의 체제에 대한 위협으로 간주되고 있었다. 특히 ‘그랜저 입법(Granger Legislation)’은 전국의 산업과 경제에 직접적인 공격으로 보여졌다.⁵³ 이러한 맥락에서 법률가들의 친자본주의 경향은 더욱 굳어지게 되었다. 남북전쟁 이전의 개인주의적 원칙이 경제발전을 강화하기 위한 한 방편으로서 법률에 도입되었다면, 19세기 말에 접어들면 법원은 개인주의를 사회에 강요되어야 할 유일한 헌법 원칙으로 적극적으로 정립시켰다.⁵⁴ 법전문주의는 기존의 민주적 정당국가에 대항하는 자본주의적 질서를 유지하고 강화시키기 위한 공적 권위를 창출하려 하였다.

당시의 미국 사회, 특히 기존 국가형태의 사회·정치적 조건으로 인하여 자본가들은 그들의 집단적, 장기적인 이익을 위해 새로운 공적 권위의 필요성을 切感하고 있었다. 역으로 엘리트 변호사들의 조건과 이익은 기존의 民主主義的 國家權力과 대항하는 자본가의 정치적 利害가 법전문주의라는 독특한 형태로 나타나게 하였다. 엘리트 변호사들은 그들이 공적 권위를 대신할 자질을 갖추고 있을 뿐만 아니라 기존의 국가가 제대로 하지 못하는 정상적인 國家機能을 제대로 수행할 수 있다고 주장하였다. 이러한 이유로 법전문주의는 친자본주의적 공적 권위와 같은 利他主義의 형태로 나타났고, 또한 자본가의 政治的 利害는 법전문주의와 부합되었다. 초기단계에서 법전문주의의 의미는 기존의 민주적 정당국가에 저항하는 자본주의적 對抗國家를 창조하는 것이었다.

III. 科學과 權力

이상에서 논의한 바와 같이 法專門主義의 등장에는 법률가들의 본래의 내부적 조건과 속성 못지 않게 외부적인 요인도 큰 역할을 하였다. 법률가들의 自己定意(self-definition)의 劇的인 변화—私的 職業으로부터 카리스마를 주장하는 공적 리더쉽으로의 —

52 Morton Keller, *Affairs of State* (Cambridge: Belknap, 1977), p. 238; Friedman, *A History of American Law*, pp. 302-15.

53 Keller, *Affairs of State*, pp. 111-27. Norbert Brockman은 ABA의 건설이 Granger 입법의 저지를 위한 것이라고 주장하였다. Brockman, “Laissez-Faire Theory in the Early American Bar Association,” *Notre Dame Lawyer* 39 (1964).

54 Duncan Kennedy에 의하면 이것은 수사 수준의 변화 이상이었다. Kennedy, “Form and Substance of Private Law Adjudication,” p. 1728; William Nelson, *The Roots of American Bureaucracy, 1830-1900* (Cambridge: Harvard University Press, 1982). Nelson은 반노예운동의 영향을 받은 새로운 도덕주의적 논쟁법의 중요성을 강조했다. 그러나 그는 현대 법이론의 발전은 기존의 다수적, 정당적 공적 권위에 대하여 소수의 권리 보호하기 위한 것이라고 주장했다. 물론 혹인이 당시 소수권리 보호의 중심적 관심사는 아니었다. Raoul Berger, *Government by Judiciary* (Cambridge: Harvard University Press, 1977).

를 핵심으로 하는 개혁운동에는 한계가 있었다. 우선 서로 상이한 조건 하에 있는 법률가 집단들 간의 蔑謔은 그들의 團體行動에 障碍 要因이 되었고 게다가 기존의 政黨에 대한 공개적 적대감을 표출한 이상 전문적 개혁에 國家權力의 지원을 받을 수 없었다. 1880년대 후반부터, 이러한 문제들을 다룰 강력한 대안이 등장했다. 判例研究方法을 사용하는 ‘科學的法學’은 사회의 여러 다른 집단과 특히 국가권력으로부터 默認 내지는 支援을 이끌어내는데 결정적인 요소로 등장하였다. 法이 ‘科學’임을 주장함에는 전략적 합리성이 있었다. 즉 그것은 정당국가로부터의 干涉을 피하여 國家權力의 일부를 장악하는 수단이었다.

1880년대 중반까지 변호사협회 지도층은 무수한 혼란과 갈등으로 不具化된 상태였다. 초기 단계의 변호사협회 지도자들은 여러가지 방법으로 그들의 카리스마적 리더십을 증명하려 하였고 일례로 그들은 어떤 종류의 법률가들도 그들이 名聲만 있다면 모두 受容했으며 이로 인하여 동질성을 갖지 못하였다.⁵⁵ 이러한 문제는 普遍主義로 扮裝하여 정통성을 주장하려는 의도의 결과였고 異質的 구조는 자연히 合意 形成을 어렵게 하였다. 특히 법 서비스의 倫理 統制의 문제는 개혁 운동 자체를 위협할 정도까지 복잡한 상황을 만들어갔다.⁵⁶ 또한 가지 결과로서 변호사협회들은 이 시기를 통하여 組織의 힘을 갖추고 있지 못했다. ABA는 자발적인 個人들의 연합에 불과했고 뉴욕주 협회는 ABCNY의 한 지부로 여겨졌고, 일리노이주 협회 또한 시카고 협회가 지배하고 있었다. ABA 또한 대도시의 입장은 농촌지역에 강요한다는 비난을 면치 못했다.

개업 변호사와 법학교수간의 “敵意와 友誼”는 이러한 혼란과 갈등의 중심적인 부분이었다. 1870년대 하바드 법대의 개혁은 대도시 지역의 변호사협회 활동은 애초에 무관한 사건이었다.⁵⁷ 더구나 1873년에는 하바드의 젊은 신임 총장 엘리엇(Charles William

55 뉴욕에서는 철도 스캔달의 부패 변호사의 상징인 David Dudley Field가 첫번째 모임에 초청을 받아 회원이 되었다. 시카고 법률가 협회도 대단히 이질적인 집단으로 출발했다. 등록한 70명의 회원 가운데에는 링컨 대통령의 아들부터 호전적 노예찬성론자까지 융합될수 없는 요소들이 공존했다. Kogan, *The First Century*, pp.37-40. ABA도 예외는 아니었다. Baldwin은 대도시의 상황을 이해하지 못하는 남부의 법률가들을 과도할 정도로 포함시켰다고 비난받고 있었다.

56 협회 지도자들은 법원을 비판하는 데는 열성적이었지만 이런 문제를 제기하는 것은 꺼렸다. 뉴욕에서 David Dudley Field는 지도부의 보호를 받았고 젊은 회원들은 그를 추방하려 하였다. 문제는 이 문제가 협회에서 공식적으로 제기되지 못했다는 점이다. Grievance Committee의 첫번째 활동 방식은 뉴욕에서 나타났다. 즉 사건을 조사하고 신문에 보도하는 것이었다. Martin, *Causes and Conflict*, pp. 353-55. 1878년 시카고의 Grievance Committee가 밝힌 스캔дал, Blodgett 판사 사건은 협회의 명예 심각한 타격을 주었다. Kogan, *The First Century*, pp. 47-51.

57 Langdell은 뉴욕의 저명한 협회 지도자들과 같이 하바드 동창생이었으며, 1870년 1월까지 16년간 그곳에서 변호사 생활을 했다. 그는 엘리트 변호사 사회에 잘 알려진 인물이 아니었고 외로운 사람이었다고 전한다. 그는 Charles O'Connor와 같은 사회생활에서 격리된 이상한 인물로 간주되던 사람이었다. James Barr Ames, “Chrispher ColumbusLangdell”, *Lectures in Legal History and Miscellaneous Essays* (Cambridge: Harvard University Press, 1913) pp. 466-67. ABCNY 발기대회에서 법률학 또는 법지식의 발전에 대해 얘기한 사람은 아무도 없었다. 대부분 법원, 정치 그리고 법

Eliot)과 법대 학장인 랭델은 辯護士 經歷이 없는 젊은 졸업생인 에임즈(James Barr Ames)를 교수로 임용하였다. 결국 이러한 조치는 法學教授라는 변호사들과는 별 관계 없는 독립적인 또 하나의 전문직 분야를 탄생시키게 되었다. 랭델은 法院을 法을 使用하고 消費하는 곳으로 理解하였으며 이러한 논리는 사실상 보통법 체제 하에서 법을 실천하는 변호사와 법원의 권위에 挑戰하는 의미를 갖는 것이었다.⁵⁸ 애초에 협회지도자들이 하바드의 개혁을 지지할 이유가 있었다면, 그것은 競爭試驗 제도 즉 엘리트 접근법이었다 할 수 있다.

전반적으로 협회지도자들과 법학교수들 간의 갈등은 法教育의 문제를 복잡하게 만들었다. 첫번째 불일치점은 법학교의 卒業 特惠 문제였다. 대부분의 협회지도자들은 당시에 법학교 졸업생의 특권을 폐지할 것을 원했고, 법학교를 전문직의 핵심 교육기관으로 인정하기를 꺼렸다. 법학교는 자격취득에 있어 전통적인 修習制度(apprenticeship)의 보조 제도 정도로 간주되었다.⁵⁹ 또한 1880년대 중반까지 판례연구 방법은 법조계 전체로부터 신랄하게 비난 받고 있었고 결국 새로운 시도는 실패로 끝날 듯이 보였다.⁶⁰ 법학교수들은 1880년대까지 ABA 대신에 프랭크 샌본(Frank Sanborne)의 주도 하에 있는 미국사회과학협회(American Social Science Association: ASSA)에 참여하고 있었다.

각종 전문직의 제도 개혁에 있어 비교적 성공적인 분야는 辯護士 資格試驗(bar examinations) 제도였다. 1870년대 말엽 대부분의 동북부 지역의 州에서는 형식적인 口頭試驗이 실질적인 筆記試驗으로 대체되었다. 그러나 협회와 법원간의 갈등때문에 州試驗官委員會(State boards of bar examiners)는 1890년대까지 성립되지 못했다. 이러한 위

불행정의 개혁에 관해 논의했다. 學(science)이란 용어는 1876년 뉴욕주 변호사협회 발기 시에 최초로 사용되었고 1880년대에 이르러서야 널리 사용되었다. Martin, *Causes and Conflict*, p. 133.

58 Ames, "Christopher Columbus Langdell," pp. 468-69.

59 1848년 Columbia를 포함한 뉴욕주의 4개 법학교는 입법을 통해 특권을 획득했다. 그들 졸업생들은 변호사 자격시험에 면제되었다. 1870년대에는 이러한 법학교 졸업 특권이 부활되었다. 이러한 특권 철폐 운동의 문제에 관하여 뉴욕협회는 존경받는 협회회원이요 콜럼비아 법대 학장인 Theodore Dwight의 반대 때문에 결정을 내릴 수 없었다. Martin, *Causes and Conflict*, pp. 135-36; Lewis M. Delafield, "The Condition of Admission to the Bar: A Paper Read before ASSA," *Pennsylvania Magazine* 7 (1876), pp. 325-29. 법학교수의 강력한 반대로 뉴욕에서는 그 특권이 1882년까지 없어지지 않았고, 다른 주에서는 세기의 전환기까지 계속되었다. 1879년 ABA는 수습제도가 법률 교육의 가장 본질적인 부분이라는 공식적인 입장을 표명했다. "Report of the Committee on Legal Education," *American Bar Association, Report* 2 (2nd, 1879), pp. 350-96. 또한 1881년 ABA는 법학교의 교육 기간이 수습기간과 같아야 한다는 결의를 채택했다. 일반적인 분위기는 변호사협회와 어떤 관계도 요구하지 않는 법학교들의 태도와 그들의 낮은 교육의 질에 적대감을 표명하고 있었다. James Bradley Thayer, "Address," *ABA Report* 18 (18th, 1895); William R. Johnson, *Schooled Lawyers: A Study in the Crash of Professional Cultures* (New York: NYU Press, 1978).

60 Anthony Chase, "The Birth of Modern Law School," *American Journal of Legal History* 23 (1979), pp. 339-41. 또한 하바드 사람들과 보스톤시 변호사협회의 관계는 적대적이었다. 1880년대 후반까지 하바드의 졸업생들은 보스톤협회에서 환영받지 못했다.

원회의 아이디어는 법원의 입장에서 보면 英美의 전통적인 법원의 변호사 통제권을 剥奪하자는 의도로 해석될 수도 있었다.⁶¹ 변호사협회, 법원, 법학교수간의 갈등은 정당의 정치적 이익까지 개입된 법률적 전체의 통제에 대한 해게모니 투쟁의 양상을 띠었다.⁶²

한편 政黨組織의 세력은 강화일로에 있었다. 兩黨 간의 힘의 균형이 잘 잡혀감에 따라 選舉戰은 어느 때보다도 치열해졌고, 어느 한쪽도 개혁을 위해 자기 당의 이익을 희생할 처지가 아니었다. 이러한 흐름에서 行政改革運動(Civil Service Reform Movement)은 1870년대말 퇴조하게 되고, 지도적 지식인들은挫折하여 개혁정치를 포기하였다.⁶³ 1880년대 초반 협회지도자들은 국가권력을 장악하고 있는 정당과 정면 대립한 상황에서 법전문화 개혁을 이룬다는 것은 불가능하다는 것을 깨달았다. 게다가 그들은 자신들의 法律 獨占을 공격하는 成文化 運動(codification movement)의 도전을 받게 되었고 이에 변호사협회는 각성하지 않을 수 없었다.⁶⁴ 나아가서 1880년대는 길고 고통스러운 장기적 經濟不況의 시대였다. 유토피아적인 급진적 사상들이 범람하고, 労動騎士團(Knights of Labor)과 같은 노동조직들이 급격히 팽창했다. 헤이마켓 사건에 무정부주의자들의 연루 사실은 공포를 자아냈고 이러한 노동자 소요와 급진주의의 범람은 법관들로 하여금 즉각 자본주의적 질서 유지에 전념토록 압력을 가했다. 1880년대에 접어들면 협회지도자들은 법학교수, 변호사협회 그리고 정당 등에 대한 자신들의 입장은 수정하지 않을 수 없었다.

이러한 상황과 백락에서 랭델 식의 과학적 법학과 판례연구방법이 다방면의 문제를 해결하기 위한 방안으로서 협회지도자들의 관심을 끌게 되었다. 하바드의 개혁은 애초 독립적인 사건이었지만, 1880년대 중반부터는 협회개혁과 관련을 맺게되었고 1890년대

61 그 모델은 1876년 New Hampshire에서 제기되었고 이 구상은 1881년에 처음으로 공식적으로 제안되었다. Francis L. Wellman, "Admission to the Bar," *American Law Review* 15 (May, 1881). 1880년대 중반까지 판사들은 이 제안에 반대하였다. 시카고 법원은 공식적으로 그것은 법원에 대한 모욕이라는 입장을 밝혔다. Kogan, *The First Century*.

62 세 집단 중에서 판사와 법학교수는 立法府와 政黨의 지지를 받았다. 법학교의 특권은 입법을 통해 보장되었다. 주립대학과 관련을 맺은 법학교는 주정부의 지원으로 법행정을 규제하려는 구상을 가지고 있었다. 협회의 개혁이 없었다면 英美의 전통적인 법원의 통제가 중요한 대안임이 분명했다. 법원, 특히 하급법원은 당파적 이익과 관련되어 있었고, 그들은 변호사협회의 법률적 개혁을 지원하지 않았다. 협회 지도자들은 대체로 당파적 이익에 취약하지 않은 상급법원을 끌어 들이려 하였다. 전통적으로 법원은 협회를 통제했고 1880년대까지 이러한 분위기는 강했다.

63 Ari Hoogenboom, *Outlawing the Spoils: A History of the Civil Service Reform Movement, 1865-1883* (Urbana: University of Illinois Press, 1968).

64 뉴욕에서 David Dudley Field는 반 성문화 운동으로 사실상 추방되었다. 1883년 Grievance Committee는 새로운 감시방식에 관한 보고서를 제출했는데 그것은 사실 하나의 "신언"이었다. Evarts는 1000부의 보고서 사본을 전체 법률직에 배포하여 협회의 새로운 결정을 알렸다. Martin, *Causes and Conflict*, pp. 355-58. 시카고에서 James L. High는 1886년 초순 CBA에서의 연설에서 비판적인 발언을 했다. Kogan에 따르면 이것은 시카고 협회에 대한 중요한 자극이었다. Kogan, *The First Century*, pp. 63-65.

에 이르러면 판례방법은 엘리트 변호사들의 강력한 지지를 받아 법교육을 統一하기에 이르렀다.⁶⁵ 한편 1893년 ABA는 法教育分科를 창설하였고 법학교수이 ABA에 참석하기 시작함에 따라 변호사협회 지도층과의 협력이 시작되었다.⁶⁶ 앞서 지적했듯이 이러한 조치는 ABA가 법전문화 운동에 있어 전국적 主導權을 장악하는데 결정적인 계기를 이루었다.

협회와 법학교수간의 협조에 따라 변호사협회 전체에 심충적 변화가 나타나기 시작하였다. 1880년대 후반 아래 등장한 學者的 풍모를 갖춘 新世代 협회지도자들은 개혁정치에 별로 관심을 보이지 않았다. 그들은 개혁정치에 대하여 悲觀的이었다.⁶⁷ 개혁정치에 기초를 둔 기존의 뉴욕 협회의 지도층 세대는 눈에 띄게 퇴조했고 1890년대에는 ABCNY는 개혁정치를 포기하고 다른 시민협회 등의 단체들이 이일을 떠맡게 되었다.⁶⁸ 한편 시카고의 협회지도자들은 판사 선거에서 정당과 긴밀하게 협력하기 시작하였다.⁶⁹ 나아가서 1880년대 중반으로 ABA와 대도시 변호사협회들은 가능한 한 많은 判事들을 자신의 회원으로 끌어들이려 노력했다. 판사들은 변호사협회로 흡수되었고 변호사직과 판사직(bar and bench)의 전통적 구분은 무의미해져 버렸다.⁷⁰ 결국 과학적 법학을 채택

65 1880년대 후반 Columbia 법대는 하바드化 (Harvardization) 되었다. 1890년대 초의 University of Chicago 법대의 하바드화는 판례방식의 법교육의 천하 통일을 의미했다. 1880년대까지 각각의 법학교는 저나름의 방법론과 교과과정을 가졌지만, 1890년대에는 법률학교는 획일화되었고 위계적으로 연계되었다. Robert Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1983), pp. 54-56.

66 1890년부터 협회 지도자들은 법학교의 주도하의 법교육의 중앙화와 특수화를 받아들였다. 법률직의 새로운 근무조건으로 수습제도가 진부하게 되자, 법학교의 교육은 수습보다 더 우수한 것으로 간주되었다. 1890년 ABA는 전업교수를 갖춘 법학교가 법교육을 담당하는 것이 바람직하다는 의견을 공식적으로 표명했다.

67 그들은 이전 세대의 개혁가와 1870년까지의 협회 지도자들과는 아주 다른 사람들이었다. 후자들은 실제적인 개혁사업에 있어 공적정부와 정당, 즉 “muckrakers”와의 긴밀한 협력 또는 그들의 비판을 열망했지만, 전자들은 공적정부와 정치에 대한 관심은 별로없는 이른바 “mugwumps”的 세대와 연관된 그들 자신의 고유 영역의 건설에 더 관심을 가졌다. 근데 법률직업주의의 등장은 구세대 개혁가들의 몰락을 의미했다. Haskell, *Emergence of Professional Social Science; George M. Frederickson, The Inner Civil War: Northern Intellectuals and the Crisis of the Union* (New York: Harper, 1965); Gerald W. McFarland, “The New York Mugwumps of 1884: A Profile,” *Political Science Quarterly* 71 (March, 1963); Geoffrey T. Blodgett, “The Mind of the Boston Mugwumps,” *Mississippi Valley Historical Review* 48, No. 4 (March, 1962).

68 민주당의 지도자들은 1897년 협회와 그의 사법개혁을 공박한 일이 있었다. 이에 변호사협회는 전과는 달리 전혀 반응을 보이지 않았다. Martin, *Causes and Conflict*, pp. 168-72.

69 1887년 시카고 변호사 협회는 양정당의 승인을 받은 사람들 중에서 재판관 후보 6명을 추천했다. 1903년부터 CBA는 협회자체의 예비선거를 통하여 판사 후보를 추천하게 되었다. 시카고 협회는 정당과 보수 블록을 형성하는데 직접 개입했다.

70 금세기로의 전환기에 ABA의 회원은 전체 변호사의 1.3%에 불과했던 반면 연방법원 판사의 80% 이상을, 주 항소법원 판사의 50% 이상이 ABA의 회원이었다. Sunderland, *History of American Bar*

함에 따라 두가지 중요한 결과가 나타났다. 첫째는 변호사 협회가 출범 당시 자존심의 상징으로 여기던 개혁정치 활동에서 손을 떼게되었고, 둘째는 엘리트 법률가, 법학교수 그리고 판사들 간의 同盟이 법전문직의 새로운 구조로 등장하였다. 후자의 두개 집단은 전통적으로 변호사협회의 회원 대상에 포함되지 않은 사람들이었다. 물론 협회지도자들이 정치에 무관심한 것은 결코 아니었다.⁷¹

1880년대 후반부터 현재의 법전문직의 형태가 서서히 드러나기 시작하였다. 변호사 협회는 엄숙한 분위기에서 權威主義의 으로 통제되기 시작했고 同質化되어갔다.⁷² 1890년 대 변호사자격 시험과 윤리 통제 개혁 분야에 커다란 진전이 있었다. 결국 변호사는 “적절한 교육(proper education)”을 받았거나 “비상한 능력(unusual ability)”을 갖춘 사람들만이 할 수 있는 ‘專門職(profession)’의 면모를 갖추어갔고 자격 시험은 협회의 통제하에 있는 주시험관위원회에 의해 중앙집중적으로 통제되었다.⁷³ 동북부의 대부분의 도시 지역에서는 자격 시험관 중앙위원회가 주관하는 필기시험과, 2년이나 3년 간의 법학교 이수 또는 수습훈련 기간이 시험 응시 자격요건으로 확립되었고 이러한 개혁들은 법률 직에 실질적 障壁을 쌓아가고 있었다.⁷⁴ 아울러 苦衷處理委員會(Grievance Committee) 역

Association and Its Work, p. 97. 1888년 Dougherty는 뉴욕주 법률가협회 연설에서 “나는 몇몇 판사들이 자신이 전문직에 속해있음을 망각하는 경향이 있음에 우려하지 않을 수 없다. 우리 판사들은 정부가 아니라 법률에만 의존해야 한다. 그들은, 비록 형제들보다 출세했을지 모르지만, 여전히 우리의 형제들임을 기억해야 할 것이다. 우리는 모두 正義의 집행을 돋는 官吏들인 것이다.” Daniel Dougherty, “Some Reflections on the Bar, Its Integrity and Independence,” *American Law Review* 22 (March-April, 1888), pp. 183-84.

⁷¹ 금세기로의 전환기에 그들은 대부분 종교적 열성을 지닌 공화당원이었다. 뉴욕에서 다른 정치철학을 가진 변호사는 현실적으로 협회회원이 될 수 없었다. Martin, *Causes and Conflict*, pp. 172-80. 하지만 mugwumps 세대 즉 민주당 대통령 후보 Grover Cleveland에 투표한 사람들은 1890년대 공화당원임에도 불구하고 당파적 충성심을 갖지않은 독자적인 집단으로 간주되었다.

⁷² 1880년대 중반으로 하버드 졸업생들인 James C. Carter와 Joseph H. Choate와 같은 ‘Brahmin’류의 지도층은 분위기를 완전히 변화시켰다. Martin은 협회가 1890년대 이래 쇠퇴했다고 말하고 있는데 그의 이러한 평가의 기초는 협회가 흥미없고 권위적인 곳이 되었다는 점에 근거한 것이다. 그는 로마식의 “놀라운 궁전”으로 화려하게 건설된 협회를 “무덤”으로 묘사했다. 이 시기부터 ABCNY는 대부분의 재원을 도서관 자료수집에 투자했다. 그 지도자들은 더 많은 참여를 위해 회원수를 늘리자는 계속적인 요구에 저항하여, 결국 뉴욕郡 법률가협회(NYCLA)가 생겨나게 했다. ABCNY는 점점 더 엘리트화하였다. Martin, *Causes and Conflict*, p. 63, pp. 172-184. Albert P. Blaustein, “NYCLA - Giant of Bar Associations,” Article Proposed for the Survey of the Legal Profession Being Conducted by the ABA, 시카고에서는 Haymarker 사건과 무정부주의자들에 대한 잔인한 처리에 관한 열띤 논쟁이래, 대자본가들과 결탁한 보수적 법률가들이 때로는 자유주의자에 대한 폭력과 탄압으로 협회를 통제하기 시작했다. Kogan, *The First Century*, pp. 63-75. ABA도 예외는 아니었다. 1890년대 법률교육부가 생긴 이후, 지도층이 남부출신 변호사에서 뉴잉글랜드의 하버드 출신들로 바뀌어 가고 있었다.

⁷³ 뉴욕에서는 1894년에, 일리노이에서는 1898년에 위원회가 설치되었다. 1898년 ABA는 주시험관위원회 회의의 설립을 지원했다.

시定着되었다.⁷⁵ 이러한 개혁을 성공적으로 확립하는데는 핵심적인 요인은 법전문직의 범위를 판사와 법학교수와 같은 집단에 까지 확장하였다는 점이었다.⁷⁶ 결국 엘리트 변호사들은 ‘과학적 법학’을 1890년대 법 전문화 운동의 중심적인 주제로 채택함으로써 전문적 통제를 제도화시킬 수 있었다.

여기에 ‘法科學(science of law)’의 役割과 意味는 각별한 주의를 요한다. 법률을 精密科學으로 만들려는 랭델의 계획은 1887년 경에 실제로 抛棄되었다고 전한다.⁷⁷ 그러나 공교롭게도 하바드 법학교가 변창하기 시작한 것은 바로 그 무렵이었다. 협회지도자들은 대학교수들의 법지식 체계를 전적으로 받아들이지도 않았고 교수들의 교조적인 면은 협회지도자들에 의해 끊임없는 질타의 대상이었다.⁷⁸ 법전문적 전체에서 법학교와 법

74 인구조사 자료에 의하면 1900년까지는 10년마다 약 28%씩 변호사의 수가 증가하였으나 놀랍게도 1900년부터 1910년까지 전국의 변호사의 수는 전혀 늘지 않았고 일리노이, 오하이오 그리고 펜실베니아 같은 州에서는 변호사의 수가 이 시기에 상당히 감소했다. 이것은 1890년대의 변호사 자격요건 개혁의 결과였다고 간주할 수 밖에 없다.

75 그러한 패턴은 1880년대에 나타나 금세기로의 전환기에 확립되었다. 변호사협회의 위원회가 제시하여 법원의 인가로 생겨난 새로운 유형의 Grievance Committee는 중재인을 통해 신뢰성있고 정밀하게 사건을 조사했고, 협회의 탄원을 처리했다. 결국 공적 권력으로서의 법원은 단지 법률가협회의 조치를 인가해주는 형식적 권위만을 갖는다는 것이 통념으로 되어갔다. 변호사협회의自治 문제에서 중요한 점은 조사에 대한 개시와 그에 대한 자유재량권이었다. Martin, *Causes and Conflict*, pp. 353-62.

76 중앙 시협관위원회와 Grievance Committee는 판사들의 지원으로 설립되었다. 1891년 ABA는 협회 가입의 통제는 각주의 최고법원하에 집중되어야 하며, 법원은 이 권한을 중앙 협회시협관위원회에 위임해야 한다는 결의를 채택했다. 이 결의는 대부분 주의 최고 사법부와의 폭넓은 협의에 기초하였고 그들은 대부분은 그러한 제안들을 승인했다. “Report of the Committee on Legal Education and Admission to the Bar,” *ABA Report* 14 (14th, 1891), p. 349. 대학교수들을 포함하는 것은 20세기에 법교육을 통제하는데 중요했다. 1916년 Elihu Root는 협회를 비판하면서, “공동체의 이익을 진정으로 고려하는 두 집단의 사람들이 있다. 곧 주요 법률 학교의 교수들과 재판관들이다.”고 했다. Root, “The Training of Lawyers,” *American Law School Review* 4 (November, 1916), p. 188. 후일 1921년과 1922년에 제정된 새로운 기준에 반대하는 사람들은 법학교수들을 음모자고 공격하였다. 법학교수들을 가리켜 “ABA 문의 희랍 木馬”라고 비난했다. “Proceedings of the Section of Legal Education,” *ABA Report* 46 (44th, 1921).

77 William C. Chase, *The American Law School and the Rise of Administrative Government* (Madison: University of Wisconsin Press, 1982), pp. 31-40.

78 법률개혁에 관하여 John Dillon은 “내 판단으로는 우리의 기술적 법 지식 체계에서 그저 학교에 를 어박혀있는 이론가나 학자들은 현명하고 올바르게 법개정을 행할 수 없다. 그것은 법 실무에 종사하는 법률가들의 일이어야 한다”라고 말했다. John F. Dillon, “The True Professional Ideal,” *American Law Review* 28(Sept-Oct, 1894), p. 675. 법학교수에 대한 이러한 태도는 20세기까지 계속되었다. Elihu Root는 법학교수들을 수세기간 자신들의 법을 고안해온 영국인과 미국인보다 법률이 무엇인가를 더 잘 안다고 생각하는 “덜 떨어지고 건방진 이론가 (half-baked and conceited theorists)”라고 비난하기도 하였다. Auerbach, “Enmity and Amity,” p. 572.

학교수들의 지위 또한 여전히 모호했다. 그들이 협회에 받아들여짐과 동시에 법학교의 졸업생 특혜를 철폐하자는 운동이 시작되었고 변호사 자격 시험 응시요건에서 법학교의 교육이 필수로 채택되지도 않았다. 법학교 졸업은 수습에 상당하는 것으로 여전히 선택적이었다. 1910년대까지 법학교 졸업생들에게 변호사 자격 취득에 어떠한 혜택도 주어지지 않았다.⁷⁹ 법교육은 변호사 자격 취득과는 별개의 문제로 간주되고 있었다. 요약하면 과학적 방법론의 채택이 곧 법률가들은 과학자라는 새로운 이미지를 준 것은 아니었다. 법률가의 공적 리더십의 이데올로기와 법의 과학은 계속 평행선을 달리고 있었다.⁸⁰

법률이 과학인 것처럼 보이게 하는 것은 전문직화에 있어 전략적으로 중요했다. 첫째 ‘歸納的科學’의 說法은 成文化(codification)와 立法行動主義로부터 보통법을 효과적으로 방어해낸 무기였다. 과학의 논리는 나아가서 법을 과학, 귀납적 방법 그리고 특히 大學 즉 高等教育과 관련시킴으로써 그 전문성의 權威를 강화시켰다.⁸¹ 이렇게 함으로써 법률가들은 특정한 유형의 공적 지도자로 한계지워졌다. 즉 그들은 政黨政治와는 무관하

79 1910년부터 뉴욕에서는 법학교 졸업은 자격시험 응시에 필수가 아닌 선택이었지만 일반 대학졸업 중서는 특권이 부여되고 있었다. 대학졸업생은 법학교나 법률사무소에서 3년간의 수업 후에 시험 응시 자격이 주어졌으나, 대학졸업생이 아닌 경우는 4년간의 법률연구를 요구하고 있었다. 법학교의 교육은 선택이었을 뿐만 아니라 일반 대학졸업중서 만큼의 혜택도 주어지지 않았다. “Proceedings of the Section of Legal Education,” *ABA Reports* (34th, 1911), pp. 645-47.

80 1898년 George Hoar는 ABA에서 법률가의 의무에 대하여, “첫째 공적업무에 대한 진실하고, 지적이며, 정통한 지식을 갖추는 것이다. 그의 업무가 장사가 아닌 공직인 이상, 그는 자신의 업무에 따른 모든 의무에 대해 적합한 자가 되어야 한다. 자신은 정치에는 관심이 없고 법률에만 전념한다고 말하는 법률가는 반쪽 법률가에 불과하다. 그는 반쪽 미국인에 불과하다. 이 말이 그가 정치적 직업 또는 정치적 후보자가 되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 그의 역할에 대한 우리의 인식이 올바른 것이라면 그는 이미 공직을 가지고 있는 것이다. 하지만 그는 자신의 영향력 내에서 국민의 이익에 관계되는 중대하고 중요한 문제에 대해 권위를 가져야한다”고 말했다. Hoar, “The Relation of the American Bar as an Order or Brotherhood to the State,” (1898), p. 653.

81 남북전쟁을 전후하여 미국의 各州에는 과학발전을 위해 대학을 지원하기 위한 입법이 이루어졌다. 즉 이 시대에 “科學”이 정부에 의해 보호, 지원되어야 한다는 원칙이 수립되었다. 콜럼비아 대학을 하버드화 시켰던 William Keener는 1894년 ABA에서의 연설에서 협회지도자들의 애매한 태도에 대해 불평하기 시작했다. “법교육이 대학이 수행할 기능의 하나라는 인식이 보편화된 지금, 대학의 거의 모든 과에 적용될 법교육의 방법론 채택에 반대가 제기되는 것은 묘한 모순이다. 법률가들의 잘 알려진 보수주의의 관점에서 볼 때 이러한 견해는, 다른 과에서 거의 보편적으로 적용되고 있는 사례연구에 의한 법률교육은 법률연구에만 적용된다는 사실에 대한 무지로 설명할 수밖에 없다는 생각이 듈다.” William A. Keener, “The Inductive Method in Legal Education,” *American Law Review* 28 (Sept-Oct, 1894), p. 709. 그는 개업변호사와 재판관들을 판례방식이 대학인들에 의해 광범위하게 지지받고 있다는 사실로 설득하려 하였다. 법학교수들은 법률학을 대학과 연계시키려 하였다. James Bradley Thayer, “Address,” *ABA Report* 18 (18th, 1895), p. 414; James Barr Ames, “The Vocation of the Law Professor,” *Lectures in Legal History and Miscellaneous Essays*, p. 354.

며 選舉가 아닌 우수한 '合理的 理性'에 기초한 공적 지도자라는 것이었다. 과학적 법학은 法과 政治를 두개의 별개의 社會的 思考와 論理의 領域으로 구분했다. 둘째, 非유를 리드적 논리와 귀납적 방법을 사용함으로써 법전문직과 법원의 親資本主義의 保守主義가 확고하게 정당화되었다. 형식주의적 방법론 뒤에 감춰진 "Langdellianism)"의 지고의 신조는 "자본주의적인 露骨的 保守主義(middle-of-the-road conservatism)"였다.⁸² 세째, 그것은 법률가를 교육함에 있어 완벽한 理念注入 方法이었다. 판례연구방법은 "보통법의 논리의 힘"을 활용하게 증명해 주었고, 학생과 교수들을 보수주의적 법원칙의 狂信徒로 만들었다는 것이다.⁸³

모튼 호워츠(Morton Horwitz)에 따르면 법과 정치의 분리는 "法專門主義의 일차적인 知的 前提"였다.⁸⁴ 과학적 법학의 등장 이전에, 법과 정치는 분리되었다기보다는 양자는 동일한 차원에서 相互 충돌하고 있었다. 法科學은 판사들을 포함한 조직화된 변호사 협회에 소속되지 않은 강력한 법률가들의 집단을 목표로 삼고 있었다. 法과 政治를 적대적이 아닌 兩立可能한 '다른 것'으로 만듦으로써, '科學'의 言語는 정계에 몸담은 법률가들 용서해주는 名分을 만드는 것이었다. 즉 그들은 이제 정당을 背信하지 않고도 자신이 전문직에 속해있음을 公言하고 구원을 얻을 수 있었다.⁸⁵ 게다가 과학의 언어는 판사들을 협회 회원으로 끌어들이는 데도 중요한 역할을 했다. 법이 과학이라 함은 그들의 당파성을 묵인 했을 뿐만 아니라, 입법에 있어 多數決의 神聖함을 부정했다. 따라서 과학은 정당성을 요구할 수 있는 근거 하에 超保守的 司法主義를 확립시켰던 것이다.⁸⁶

82 Gilmore, *Ages of American Law*, pp. 42-7; Friedman, *History of American Law*, pp. 334-35; H. L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence* (Cambridge: Harvard University Press, 1982).

83 William Chase에 따르면 판례방식은 특수한 교육 방법론으로 발달했다. 하버드에서 법학교수 채용의 유일한 기준은 교실에서 판례를 토론하는 특별한 기술이었으며, 이 자격은 법률지식 또는 학문 연구와 전혀 관계가 없는 것이었다. 판례방식은 보통법에 대한 "강제적 감상주의(compulsive emotionalism)"와 "유사 종교적 감정(quasi-religious feeling)"을 낳게하여, 보통법을 "살아있는 것 (a living thing)"처럼 만들었다는 것이다. Chase, *American Law School*, pp. 52-57.

84 Horwitz, "Conservative Tradition...", p. 280.

85 Stephen Botein은 주의회와 지방의회에 근거지를 가지고 있던 중간층 변호사들의 중요성을 강조한다. 그는 이 법률가그룹이 법전문화의 과정에 전략적으로 가장 중요한 그룹의 하나로 연구되어야 한다고 주장하였다. 먼저 주의회와 지방의회가 언제나 중요한 격전장이었으며, 또한 그들의 개혁이 성공한 것은 광범위한 법률가 그룹의 지지를 받아 그 전장에서 이겼기 때문이라는 것이다. Botein, "Professional History Re-Considered."

86 Duncan Kennedy는 법률가들이 과학적 접근법을 갖춘 고상한 법이론을 확립함으로써, "고전적 개인주의자들이 개념에서 연역추출이 가능하다고 주장하는 자유방임구조를 법체제안으로 확립시키려 했다"고 주장했다. 따라서 이타주의적 입장은 제도적 힘에 의존할 수 밖에 없었다. 보수적 고전 자유주의에 대한 이타주의적 입장의 이러한 접근은 법이론의 영역 밖의 문제를 정치화 시켰다. 따라서 사회정책에 관한 새로운 자유주의는 미국의 법률체제에서 해제모니적 지위를 확립할 수 없었다. 이 시기에 개인주의와 이타주의적 입장은 법논쟁에서 각기 다른 전략을 갖게 되었다. 전자가

법과 정치가 광범위하게 중첩해 감에 따라, 엘리트 변호사들은 과학의 논리를 이용하여, 전문직의 양심이 마치 독립적이고 독자적인 성격을 갖는 것인양 정치적 이익과 계급적 이익에서 분리해 나갔다. 이런 식으로 법전문주의는 國家經營階級의 광범위한 지지를 확보해 나갈 수 있었다.

법과 정치의 분리는 정당정치에 대해 법률가들이 표출하던 敵對感을 中化시켰고 법률가들의 리더십에 대한 요구를 포기하는 것이 아니라 오히려 새로운 또 하나의 근거로써 강화시켰다. ‘科學’은 정당의 세력강화에 대한 법전문화 운동이 제시한 하나의 平和案이었다. 과학은 법률가의 정당한 영역이었고, 새로운 친자본가적 공적 리더십과 정당 국가간의 共存方式(modus vivendi)이었다. 과학은 법률직에게 정당의 관할권 밖의 非政治的 公的權力이라는 새로운 지위를 부여했다. 이러한 妥協的 해결은 급진주의와 극렬한 노동세력의 힘으로부터의 공동위협이 없었다면 불가능했을지도 모른다.

법전문직은 상이한 집단들간의 이해관계가 얹힌 도구적 연결망으로 구성되었다. 각종 전체를 대표하는 변호사협회가 대학교수를 수용함으로써, 법은 공신력 있는 과학의 외모를 갖게 되었다. 이에 따라 협회지도자들은 정치권의 판사들과 법률가들이 대변하는 特殊利益을 합리화시켜줌으로써 그 댓가로 그들의 지지를 획득했다. 그리고 법학교수들의 애매한 지위는 엘리트 변호사들이 뉴욕 월스트리트의 자본가들로부터 모든 資金으로 보상되었다.⁸⁷ 변호사들과 대학교수들은 이념적 또는 공동체적 결집 외에 도구적인 교환 관계로 연결되어 있었다. 또한 자본가들은 법률직과 법원이 보수적 권력을 행사한다는 이유로 법률직에 지지를 보냈다. 이러한 집단들은 법률이 자본가 계급의 권력을 민주적 절차를迂廻하는 독자적인 국가권력으로 變換시킨다는 이유로 법과학을 중심으로 결집했던 것이다.

판사에게 法原則이 있음을 보여주려 한 반면에, 후자는 주어진 문제에는 확립된 원칙이 없음을 확신시키려 하였다. 따라서 이타주의적 입장이 판결을 법적이기 보다는 정치적인 것으로 만든다는 이유로 판사들은 개인주의적 입장에 동의하는 것에 대하여 개인적으로 더 편하게 느꼈다는 것이다. Kennedy, “Form and Substance of Private Law Adjudication,” pp. 1755-65.

⁸⁷ Union Club과 Havard Club과 같은 부르조아 모임에 최초로 기금을 조성한 것은 뉴욕의 Joseph Hodges Choate였고 그는 Langdell의 학급 동료였다. 1880년대 후반부터 뉴욕 Wall Street의 법률파들과 하버드법대 — 또한 하버드화한 이후의 콜럼비아법대 — 간에는 밀접한 관계가 형성되었다. 과학적 법학의 정통을 확립하는 데는 변호사협회를 지배하던 Wall Street 변호사들의 재정적 지원이 중요했다. Anthony Chase, “The Birth of the Modern Law School,” pp. 337-39; Martin, *Causes and Conflict*, p. 150; Auerbach, “Enmity and Amity,” pp. 570-71. 법학교에 대한 협회의 재정 지원은 ABA에서의 저술과 연설에서 가장 자주 등장하는 주제였다. William Chase는, 판례방식은 그 학문적, 교육적 장점 때문이 아니라 “salesmanship”을 갖춘 강력하고 호전적인 하버드의 신부자 집단 덕분에 법교육을 지배할 수 있었다고 주장하였다. Chase, *American Law School*, pp. 55-57.

IV. 專門教育과 民主主義

法專門化의 제도 개혁이 한발 씩 이루어지자 새로운 문제가 대두되었다. 즉 법전문직의 진정한 의미는 무엇인가? 그것은 어떻게 民主的 憲政制度과 융화될 것인가? 결국 법적, 정치적 推論은 상호 相反된 結論을 이끌어내고 그 구분은 단지 人爲的인 것에 불과하다는 것이 알려지게 되었다. 법원은 權威主義의이고 反動的인 司法主義로 인하여 대중의 거센 항의를 받았고 保守的 논리뿐만 아니라 국가권력의 비정치적 부문으로서의 지위도 문제시 되었다. 더구나 법률가들의 사회적 지위는 醫療專門職(medical profession)과 社會科學專門職(social science profession)의 浮上으로 위협받고 있었다. 협회지도자들은 어떤 식으로 법전문직을 민주주의에 순응시키는 가운데 사회 정치적 권위를 지킬 수 있는가의 문제에 부딪히게 되었다. 20세기 초반에 심각하게 제시된 전문직 개혁의 중심적인 문제는 법교육의 문제였고 이것은 정치적 차원에서 전문직에 새로운 의미를 부여하는 것이었다.

19세기의 마지막 10년동안 법전문직의 중심적인 문제로서 법의 공적기능인 統治(goverment)의 문제는 민감하게 부각되었다. 사회입법(social legislation)에 대한 違憲判決을 통한 사법부의 권력행사와 그들의 반동적 입장은 드디어 1896년 대통령 선거에서 쟁점으로 飛火했다.⁸⁸ 또한 이러한 논란을 계기로 법학교수들은 전문직 내에서 그들의 지위를 개선시키기 위하여 도전을 제기하였다. 1900년에는 美國法學校協會(Association of American Law Schools: AALS)가 구성되어 법학교의 不滿은 조직화되었다. 그들은 판사들과 변호사들이 공적 리더쉽을 缺如하였다고 攻駁하였고 법이 변화하는 사회 조건들에 適應하지 못하고 있으며, 개인이 더 이상 사회적 행동의 중요한 단위가 될 수 없는 產業社會에 적용될 수 없게 되었다고 주장했다. 사법부는 哲學이 없으며, “개인주의적 보수주의”에 대한 맹목적인 신념을 갖고 “정의 유희론”(sporting theory of justice)에 빠져있다고 비난을 가했다.⁸⁹ 법학교수들은 법과 법 집행에 대한 급진적인 개혁이 있어야 하며, 그들 즉 전문적 학자들이 그 임무를 맡아야 한다고 주장하였다. 법은 社會發展의 궁극적인 수단이며, “社會的 目的”을 갖는다는 것이었다.⁹⁰ “새로운 정의”(new justice)는 “어떻게 모든 개인들이 완전히 도덕적 생활을 할 수 있도록 그들의 생활수준

88 人民主義者를 대표하는, 민주당의 대통령 후보인 William Jennings Bryan은 만약 자신이 선거에서 승리한다면 미국 연방최고법원을 규율하겠다고 약속했다. Alan F. Westin, "The Supreme Court, the Populist Movement and the Campaign of 1896," *Journal of Politics* 15 (Feb, 1953), p. 43.

89 Roscoe Pound, "The Causes of Popular Dissatisfaction With the Administration of Justice," *American Law Review* 40 (Sept-Oct, 1906), p. 749; Roscoe Pound, "The Need of a Sociological Jurisprudence," *The Green Bag* 19 (1907); William R. Vance, "The Ultimate Function of the Law Teacher," *ABA Report* 36 (34th, 1911); William H. Taft, "The Social Importance of Proper Standards for Admission to the Bar," *American Law School Review* 3, No. 7 (November, 1913), etc.

90 Felix Frankfurter, "The Law and the Law Schools," *American Bar Association Journal* 1, No. 1 (January, 1915), p. 534.

과 文明의 價値의 力을 확보할 수 있는가”의 문제를 해결해야 한다고 주장하였다.⁹¹

게다가 법률가의 사회적 지위는 의료적과 사회과학적의 발달에 의하여 도전받고 있었다. 20세기에 들어 높은 교육수준으로 엘리트 지위를 급속히 개선시키고 있는 의료직에 뒤지지 말아야 한다는 요구가 협회지도자들에게 쇄도하고 있었다.⁹² 또한 정부내에서 進步主義 (progressivism)와 自由主義를 구현하는 경제학자, 심리학자, 정치학자와 같은 사회과학자의 지위 향상 또한 팔목할 만했다.⁹³ 대학에 근거를 둔 이들은 행정부와 입법부에 제도적인 연계를 구축해 나갔고 국립경제연구소 (National Bureau of Economic Research)와 정부연구학회 (Institute for Government Research) 등이 1910년대 말에 창설되었고 1920년대에는 이러한 연계는 사회과학연구협의회(Social Science Research Council: SSRC)의 창설로 결집되었다.⁹⁴

변호사협회 지도층은 법과 법전문직의 존엄성과 정치적 중립성의 붕괴에 대하여 심각하게 우려하였다. 첫째, 法에 대한 道具主義의 접근은 普通法의 존엄성과 법전문직의 기초인 “憲法的 通治”(constitutional government)를 잠식하는 것이었다. 둘째, 자유주의적 법학교수들이 말하는 것은 결국 法이 아니라 社會科學이었다. 세째, 개업 변호사들은 법학교수와 젊은 학생들이 법제도와 법률가에 대한 강한 의구심을 가지고 있음에 대해 警戒하기 시작하였다.⁹⁵ 게다가 20세기에 ‘法現實主義(legal realism)’의 등장은 “살아 있는” 현법인 보통법의 單一性을 위태롭게 하고 있었다.⁹⁶ 시며 탐슨 (Seymour Thompson)

91 Taft, “The Social Importance of Proper Standards for Admission to the Bar,” (1913), p. 331. 그는 또한 “인간의 無分別함이나 不義 그리고 자의적인 대중의 橫暴를 제한하는 것은 憲法의 抑制 뿐만이 아니라 경제 관계 법과 인간의 인격 또한 중요한 것이다. 이 두개의 후자는 잔인할 정도의 不可避성으로 우리에게 유용한 교훈을 실감나게 보여줄 것이다.”고 말했다. Ibid., p. 330.

92 의료직은 학사학위를 지닌 학생들의 비중을 급속히 증가시켰고, 법률직을 놀라운 속도로 추월하고 있었다. 1903년 법대학생의 약 30%가 학사인 반면, 의대학생은 겨우 10%만이 대학 졸업증을 갖고 있었다. 하버드의 경우 76%의 학생들이 대학 졸업증을 가졌다. 1917년 미국 의료직협회의 집요한 노력으로 약 90%의 의대학생들이 학사학위를 가진 반면, 법대학생들은 이전과 비슷한 수준이었다.

93 경제학자들은 Taft가 설립한 Commission on Economy and Efficiency를 통하여 정부에 참여하기 시작하여, 나중에는 戰時動員 체제에 대거 참여했다. 심리학자들은 軍事組織 개혁에 눈에 띄게 영향력을 행사했고, 정치학자들도 Colonel House의 후원하에 외교정책 결정과정에 참여했다. 변호사협회지도자들은 분명하게 자유주의적 政治學者들에게 비판적이었다. 가령 법률교육에 관한 토론에서 Andrew Bruce는 자유주의자이며 Colonel House를 지지하던 Walter Lippmann을 공격하고 있다. Andrew A. Bruce, “Interest of the Public in Legal Education”, *ABA Report* 45 (43rd, 1920), pp. 484-485. 게다가 대부분의 변호사협회 지도자들은 정치학자들이 시정개혁에 참여하는 수단인 공공행정의 이론에 대해 비판적이었다. 행정법 발전에 대한 법률직의 태도에 대하여 다음을 참조. William Chase, *American Law School*.

94 Gene M. Lyons, *The Uneasy Partnership* (New York: Russell Sage, 1969), pp. 25-40.

95 Auerbach, “Enmity and Amity,” p. 571.

96 법현실주의에 대하여는 다음을 참조. William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (Norman: University of Oklahoma Press, 1973).

은 변호사협회에서 다음과 같이 연설했다.

專門職으로서 현재 우리의 자랑스러운 위치를 유지할 수 있느냐의 여부는 우리 자신에게 달려 있다. 만약 우리가 지저분한 이익 추구에 빠져 버린다면, 국민에 대한 리더쉽과 정부의 각종 公職은 다른 사람들 손에 넘어갈 것이다. 만약 우리가 과거에 그러했던 것처럼 미래에도 국민의 지도자요 공적 권리의 擁護者로 계속 남는다면, 우리는 정부에서의 당연한 주도권을 유지하게 될 것이고, 또한 그것을 오래도록 향유하고 명예를 누리게 될 것이며, 이는 국가를 위하여도 보탬이 될 것이다.⁹⁷

결국 위의 연설은 政治權力의 문제가 專門主義 차원의 言語로 바꾸어 말해진 것에 불과한 것이다. 1896년 공화당의 대승리로 직접적인 威脅이 사라지자, 司法主義에 대한 문제점은 전문직으로서의 標準과 規律을 향상시켜야 한다는 문제로 전환되었다. 無能한 사람들을 계속 받아들이게 된다면 법과 전문직은 “더욱 抑壓的(more suppressive)”이 되고 말것이다.⁹⁸

법전문직의 권위를 유지해야 한다는 요청은 법교육의 문제를 한층 중요한 문제로 부각시키게 되었다. 금세기로의 전환기에 법전문직 통제의 중심 장치는 여전히 辯護士資格試驗(bar examination)이었으며 물론 그 목적은 적합한 인물을 選擇하겠다는 것이었다. 여기에 한발 더 나아가서 전문직의 권위를 안정시키기 위해서는 여기저기 존재하는 적합한 인물을 단순히 ‘뽑는(pick up)’것 보다 젊은 인재들을 법률가로 적합하도록 스스로 적극적으로 ‘養成(produce)’하는 편이 효과적이라는 발상으로 발전하였고 이에 법교육은 더욱 체계화되어야 한다는 문제로 귀결되었다. 게다가 전문직의 倫理와 規律(ethic and discipline)의 문제점은 긴 교육과정이 최선의 해결책이라는 사실이 밝혀졌다.⁹⁹ 또한 1890년대 이후, 전문직 자격 규제와 교육의 문제는 현재 정부 내의 법률가들의 영향력 있는 지위를 감안할 때 政治와 政府의 대부분을 통제할 수 있는 중요한 수단으로 인식되었다. 법교육 문제에 대하여 찰스 셔퍼드(Charles Shepard)는 다음과 같이 말했다.

법학도들이 公職과 公的業務에 적합하도록 하여 국가(Republic)에 아무런 해가 없도록 하자면 우리는 그들에게 무엇을 가르쳐야 하는가?... 점증하는 사회주의의 위협, 압박해오는 사회개혁의 문제, 노동과 자본간의 폭력적 갈등 등, 이 모든 것들은 젊은 법률가들이 자신의 역할을 수행하고 이러한 문제들을 다루는데 필요한 지식과 행동의 지도원칙을 갖출 것이 강력히 요구되고 있다. 교육은 그들의 자신의 직

97 Thompson, "Government by Lawyers," (1896), p. 701.

98 Frederic Coudert, "The Crisis of the Law and Professional Incompetency," *ABA Report* (34th, 1911), pp. 677-83.

99 "Proceedings of the Section of Legal Education," *ABA Report* (34th, 1911), pp. 645-46; Floyd Mechem, "The Opportunities and Responsibilities of American Law Schools," *ABA Report* (29th, 1906), p. 178.

업이 갖는 多樣한 機能에 적합하도록 만들어야 하며, 단지 변호사나 법률고문일 뿐만 아니라 공적, 사적 생활에서 공동체에 대한 자신의 의무수행에 적합한, 지혜롭고 학식 있는 시민으로 교육시켜야 한다.¹⁰⁰

법교육 개혁에는 몇가지 방안이 제시되었다. 첫번째는 1880년대 이래 법학 교수들이 요구하던 변호사 면허 취득에 법학교 졸업을 필수요건에 포함시키자는 제안이었다. 두 번째는 일반 大學教育을 법학교 입학의 예비 조건으로 규정하자는 것이었고, 세번째는 유명한 리드(Alfred Z. Reed)의 보고서가 제시한 “법전문직의 계층화”(stratified bar)였다. 법률직에 “부당한” 장벽을 설치하는 것을 반대하는 신생 夜間法律學校(night law schools)를 대변하는 異質의이지만 강력한 집단이 있었다.

전문교육 개혁의 문제는 AALS의 주요 회원인 일류 법학교들에게는 결정적인 문제였다. 20세기에 들어서면 AALS의 법학교들은 신생 야간학교와의 경쟁으로 財政의in 곤란을 겪고 있었다.¹⁰¹ AALS의 입장은 정규 법학교 이수를 자격 취득 요건으로 하여 야간 학교들을 없애자는 것이었다. 그러나 많은 변호사들, 특히 판사들은 법학교 교육 필수화에 반대하는 입장을 계속 堅持하고 있었다.¹⁰² AALS 법학교수들의 누적된 불만은 개업 변호사들과의 노골적인 충돌로 발전되었고 1913년부터 1920년까지 AALS 법학교수들은 ABA 회의에 不參하였다. 의료교육의 통합을 가져온 플렉스너 보고서(Flexner Report)에 자극받은 법학교수들은 1916년 ABA에게 카네기 재단(Carnegie Foundation)에 법교육에 관한 연구 보고서를囑託할 것을 요구하였다.

20세기에 들어 법학교 예비 과정으로 대학교육이 강력한 방안으로 등장했다. 이 방안은 “다양한 능력을 가진 자”(wide-gauged men)를 필요로 한다는 법전문직의 구성 이념

¹⁰⁰ Charles F. Shepard, “The Education of the Lawyer in Relation to Public Service,” *American Law School Review* 4, No. 1 (November, 1915), pp. 24-28. 1892년 법률학교의 3년 교육프로그램에 관한 ABA보고서는 다음과 같이 말했다. “다시한번 기억해야 하는 것은 법률가들이 국가의 공직에 큰 부분을 차지하고, 그들의 영향력은 정치문제에 상당하다는 점이다. 법률가의 속성은 사법제도의 본질적 부분이다. 즉 법률가들이 의도하지 않는 한, 어떠한 진보나 개혁도 이루어질 수 없다. 협회, 법원 그리고 입법부에 대한 그들의 영향력은 가히 절대 전능하다.” “Report of the Committee on Legal Education,” *ABA Report* 15 (1892), p. 328. 1893년 Austin Abbott는 말했다. “따라서 우리 법률학교는 몇몇 법률교육이론과 같이 정치가의 자질을 배제하거나 무시해서는 안된다.” Abbott, “Existing Questions of Legal Education,” *American Law Review* 27 (Nov-Dec, 1893), p. 805.

¹⁰¹ AALS 법학교가 60%의 증가를 보인 반면, 대도시 지역의 야간법률학교는 1890년부터 1910년까지 약 350%나 증가했다. Auerbach, “Enmity and Amity,” pp. 560-73.

¹⁰² 법학교 필수화안에 대하여 뉴욕 법원은 “현재의 여론 상황에서 필수화는 너무 극단적인 것이나, 그럼에도 불구하고 그것은, 법연구의 시작 또는 완성의 전제조건으로서의 고등학교 교육과 마찬가지로, 자격취득을 규제하는 규칙으로서는 어쩔 수 없는 제한이다”라는 반응을 보였다. “Proceedings of the Section of Legal Education,” (1911), p. 649. 하지만 이러한 반응이 공식적인 것인지 사적 인 것인지는 분명치 않다. 또한 한 뉴욕의 회원은 협회내에 법학교 필수화에 대한 상당한 반대가 있다고 말했다. 시카고의 회원들도 이 구상에 반대했다.

인 ‘公的 리더쉽’의 문제에서 직접導出된 것이다. 이미 1890년대부터 협회지도자들은, 법률가에게는 법원칙에 대한 “技術的” 훈련보다 폭넓은 지식이 더 중요하다고 주장해 왔다. 법교육은 “진정한 법의 과학”(true science of law)이 되어야 한다는 것이다.¹⁰³ 1890년대부터 법학교 과정을 3년으로擴張한 것도 법학도들에게 폭넓은 지식을 제공하기 위한 것이었다.¹⁰⁴ 한마디로 법교육의 문제는 공적 리더십과 국가경영자들을 위한 교육의 문제로 전환되고 있었다. 같은 맥락에서 법학교 이전의 대학교육 방안은 司法行動主義 (Judicial activism)의 논쟁 속에서 광범위한 지지를 받아가고 있었다.¹⁰⁵ 법률가들은 “종교 분야의 聖職者와 마찬가지로 모든 世俗分野에서 공동체의 당연한 지도자였다. 신생국가의 운명을 주도하고, 공동체에서 국민의 공공의식을 형성하고 지도해 가는 것은 바로 그들이었다”는 자부심은 대학교육을 그들 직종의 기본조건으로 요구하고 있었다. 키치웨이(George Kirchwey)는 계속해서 법률가들의 대학교육의 중요성에 대해 다음과 같이 말했다.

이 시대는 현재 우리의 현재 교육 방법이 제공해주는 것보다 교육이 더 잘되고 더 많은 能力を 갖춘 법률가를 요구한다. 즉 법률가는 經濟과 社會條件 및 制度史에 대한 건전한 지식을 갖추고, 규율과 문화적 심성을 지닌 사람이어야 한다. 법률가는 법학의 방법론과 정신에 대한 교육을 충분히 받아서, 인류 경험의 조직화된 체제로서의 법을 자연스럽게 說破하며, 확대되는 정의의 개념과 변화하는 사회적, 산업사회의 생활조건에 보다 완벽하게 적응해야 하는 필요성을 총족시켜야 한다.

¹⁰³ 1894년 John Dillon은 법률교육부에서, 하버드를 포함한 대부분의 법학교 교과과정이 “technical”하다고 지적하고 있다. 그들은 학생들에게 리더십 교육을 하지 않는다는 것이었다. 그는 법학교 교과에 “일반법학”, 즉 사적 및 비교법학, 문학, 과학과 법철학이 포함되어야 한다고 주장했다. Dillon, “The True Professional Ideal,” (1894), p. 681. 또한 저명한 법률가인 Louis Brandeis도 법률가란 모든 것을 배워야 한다고 주장하였다. Melvin Urofsky, “Louis D. Brandeis on Legal Education,” *American Journal of Legal History* 22 (1978), p. 191. 당시 ABA에서 발간된 무수한 법교육에 관한 논문과 보고서 중에서 실제 법률서비스에 대한 법률가의 능력의 중요성을 지적한 것은 단지 한건 뿐이다. “Report of the Committee on Legal Education,” *ABA Report* 13 (13rd, 1890), p. 332.

¹⁰⁴ 1892년 ABA위원회는 3년간의 법학교 프로그램을 제안하면서, “현재의 방식으로는 한 학생이 사법분야의 상당한 지식을 연마하고, 실제에 적용키 위해서 적어도 2년이 걸릴 것이다. 우리의 교육 방식이 개선되어 초보자에게는 전혀 무용한 현재의 단순한 법률 규칙과 관점교육에 할애된 시간을 절약하고, 그것을 진정한 법률교육에 필수적인주제 — 즉 공법, 법의 역사와 이론 그리고 통치학 - 에 사용하지 않는다면, 학생이 이러한 중요한 주제에 전념할 시간은 거의 된다.” “Report of the Committee on Legal Education,” (1892), p. 327. 1897년 ABA는 3년간의 법학교 프로그램에 관한 결의를 채택했다.

¹⁰⁵ 그 구상은 1891년 처음 제기되었다. “Report of the Committee on Legal Education,” (1891), p. 331. 이것은 1903년에 결의안으로 처음 제안되었고, ABA는 1908년 2년간의 법대예과 교육이 바람직하다는 결의를 채택했다.

다양한 지식외에도, 최상의 미국대학에서 줄잡아 수년간의 진지한 노력에 의해서만 제공할 수 있는 判斷力과 감각의 성숙성 및 잘 교육된 심성과 전후를 훑어 보는 습관을 법률가들이 갖추는 것이 중요하다.¹⁰⁶

그들은 “전문직의 品性과 性格(the character and tone of the profession)”이 향상되기 를 원했다.¹⁰⁷ 대학교육은 기술적인 법교육에서 비롯되는 융통성 없는 성격을 극복할 것이다. 게다가 대학이 새로운 사회적 권위체가 되어감에 따라, 대학졸업증은 엘리트 신분의 중요한 징표로 받아들여지고 있었다. 법률직이 사회 지도층의 지위를 누리기 위해 서는 당시의 문화적 배경에 따라 구성원들의 대학졸업증이 필요했던 것이다.¹⁰⁸ 또한 대학교육은 “폭넓은 교육”과 “일반법학”(general jurisprudence)이라는 법학교의 負擔을 덜어주는 방안이기도 하였다.¹⁰⁹ 나아가서 협회 지도자들로서는 법교육을 강화함으로써 법률직의 권위를 향상시킴에 있어 일반 대학교육 방안은 법학교수들의 전문적 내에서의 지위를 상대적으로 견제할 수 있는 방법이기도 하였다.

야간학교 사람들은 법학교수 엘리트 변호사 등 그들을 몰아내려는 AALS에 대항하여 강력히 반발했다. 법은 공직을 원하는 사람들이 주로 택하는 직업이므로, 변호사 자격 취득에 불공평한 차별이 있어서는 안된다는 것이 그들의 주장이었다.¹¹⁰ 링컨 대통령의 傳說은 엄청난 위력을 발휘하였다. 야간학교 사람들은 그들의 학생들이야말로 법률가의 정신적 資質을 가장 잘 대표하고 있다는 것이었다. 즉 畫間學校의 부유층 학생들은 “依存하는 사람들”(leaners)인 반면, 夜間學校 학생들은 강력한 심성과 정신을 지닌 “끌어 올리는 사람들”(lifters)이라는 것이었다.¹¹¹ 이러한 주장은 단순히 무시해 버릴 수 없는

¹⁰⁶ George W. Kirchwey, “The Education of the American Lawyer,” *ABA Report* 27 (27th, 1904), p. 519, pp. 522-23, p. 530. 그는 계속해서 “생활의 모든 부문에서 리더십의 절박한 필요성과 사회, 정치조직의 개혁요구, 그리고 혁명한 방향으로의 법률의 확산 필요성을 고려할 때”, 법대 예과교육은 중요하다고 말했다. “입법과 공공행정의 업무가 우리 법률직의 수중으로 들어온 것, 곧 법률을 집행하는 위대한 업무와 공적 관계를 맺고 있는 법률가가 법률직을 수행하고 있는 공동체에서 지도자가 되는 것은 결코 우연이 아니다.” Ibid., pp. 527-28; Charles M. Hepburn, “Organized Co-operation for the Ideals of Legal Education,” *ABA Report* 45 (43rd, 1920), pp. 476-77.

¹⁰⁷ Lawrence Maxwell, “The Importance of a Pre-Legal Education as a Preparation for the Practice of the Law,” *American Law School Review* 4, No. 1 (November, 1915), pp. 29-30.

¹⁰⁸ Selden P. Spencer는 “법률직에 필요한 준비를 갖추고, 점증하는 요구와 해결의 문제를 습기롭게 팬질할 수 있도록 공적 신뢰와 존경을 가져다 주는데는 적합한 事前 高等教育보다 더 좋은 것이 없다”라고 하였다. Spencer, “Pre-Legal Education,” *American Law School Review* 4, No. 7 (February, 1919), p. 368.

¹⁰⁹ Shephard, “The Education of Lawyer in Relation to Public Service,” (1915), pp. 29-31; Taft, “The Social Importance of Proper Standards for Admission to the Bar,” (1913); Frankfurter, “The Law and the Law Schools,” (1915), etc.

¹¹⁰ Auerbach는 “법과 정치와의 관계”는 19세기 마지막 10년 대에 야간학교가 변성했던 중요한 이유였다고 주장했다. “Enmity and Amity,” p. 566.

미국적인 강력한 정치 이데올로기였다.

리드(Alfred Z. Reed)가 쓴 카네기 재단의 보고서는 1921년 간행되어 논쟁을 불러일으켰다. 그는 보고서에서 AALS 법학교의 “통일된 법전문직”(unified bar) 요구안에 동의하지 않았다. 리드는 그의 주장을 법전문직은 국가기관이라는 관념에 기초하여 논의를 전개하였다. 그는 보고서의 序頭에서 다음과 같이 말했다.

그들은 국가통치 裝置의 한 부분이다. 그들의 役割은 넓은 의미에서 정치적이다. 이러한 측면은 우리 입법부 또는 행정관리의 대부분과 거의 모든 판사들이 사실상 이들 지배계급에서 선택되는 상황에서 일차적으로 근거하는 것이 아니다. … 의료직의 경우와는 달리, 적합한 법전문직 조직의 문제는 어떤 정부 형태 하에서건 해결될 수 있는 평이한 教育의 문제가 아니다. 그것은 주로 정치조직의 일반적인 문제로서, 민주주의 제도 하에서 이것을 해결하기에는 특별한 어려움이 따른다. 이 문제의 해결은 미국의 법전문직을 효율적인 국민정부의 도구로 만들기 위해 무엇이 행해졌고, 행해질 수 있으며, 또 행해져야 하는가 하는 관점에서 접근해 갈 때만이 가능하다.¹¹²

리드의 입장은 법률직은 효과적으로 통제되어야 하며, 동시에 民主的이고 平等한 구조를 유지해야 하며 결코 排他的이어서는 안된다는 것이었다. 統一된 전문직은 현실적이지 않을뿐만 아니라 스스로에게도 유익하지 않다는 것이다. 리드는 직종 자체가 이미 특수분야와 사회 계급에 따라 너무 階層化되어 있다고 주장하며, 효과적 통제를 위해 多元的이고 民主的인 “계층화된 전문직(stratified bar)”을 제안하며 야간학교는 가난한 사람들이 법률가가 되고 나아가서 지도자가 될 수 있는 기회를 보장하기 위하여 존속되어야 한다고 주장하였다.

이 논쟁의 촛점은 法이라는 직종은 “통치의 중심(Center of government)”이며 이러한 공통의 개념에서 사람들은 제작기 다른 결론을 이끌어 내고 있다는 점이었다. 이러한 관념에 기초하여 야간학교 사람들은 법전문직은 불공평한 차별없이 실질적으로 민주화되어야 한다고 주장했다. 또한 리드의 주장은 법률직은 더 효과적인 통제와 평등을 위해 계층화되어야 한다는 것이다. 대부분의 협회지도자들에게 이것은 법률직에 보다 높은 수준과 능력이 요구된다는 직접적인 이유가 되었다. 아서 코빈 (Arthur Corbin)에 따르면, 법률가들은 “단순한 私的 辯護士(private advocate)가 아니라 公僕(public servant)”이기 때문에, 그들은 “보통 시민들의 福祉”를 위하여 높은 수준의 능력과 기준이 요구된다는 것이었다.¹¹³ 엘리우 루트 (Elihu Root)는 법률직은 “공동체의 모든 財產

¹¹¹ Paul L. Martin, “Night Law Schools,” *American Law School Review* 3, No. 3 (Feb-March, 1914), p. 455.

¹¹² Reed, *Training for the Public Profession of the Law*, p. 5, p. 43.

¹¹³ Arthur L. Corbin, “Democracy and Education for the Bar,” *American Law School Review* 4, No. 13 (March_o 1922), pp. 727-30.

과企業에서財貨를徵收하는” “정치체제 (the political system)”의 중심이므로, 그것은 “效率의이어야 한다”고 주장했다.¹¹⁴ 대학교육과 법학교 필수 案은 모두 법전문직의 높은 수준을 위한 것이었다. 그런데 이 두가지 교육 案은 법전문직의 두가지 상이한 면을 강조하는 것이었다. 즉 첫째는 통치의 중심이요 국가경영 계급의 주요직책으로서의 법전문직이 그 한면이고, 또한 특수한 능력과 기술을 사용하는 전문 직업으로서의 법률직이 다른 한면이었다. 대학교육의 문제가 법학교들이 스스로 부담을 더는 해결책으로 합의되어 법학교는 大學院 課程이 됨에 따라, 법학교의 교육문제는 법률직의 공적 리더십의 質보다는 직업적 技能의 문제와 더 밀접히 연관되어 졌다. 법률가의 공적 리더십의 질적인 문제는 대학교육에 의해 주로 다루어졌다.

1920년 이후 법교육 향상에 관한 최종 합의를 만들어내기 위한 시나리오는 루트 (Elihu Root)나 태프트(William H. Taft) 같은 政治에 깊이 관련된 엘리트에 의해 면밀히 준비되었고 1922년 변호사협회 대표자 회의(Conference of Bar Association Delegates)에는 전문직 기준의 정치적 중요성을 부각시키기 위해 가능한 많은 정치인들이 초대되었다. 당시는 아주 적절한 시기였다. 제1차 세계대전동안 협회의 권위는 戰時動員體制에 대한 적극적인 참여로 눈에 띄게 향상되어 있었다. 1921년 루트가 준비한 특별위원회 보고서에 기초한 결의가 ABA에 의해 채택되었고 1922년 동 결의는 지방 협회의 로비 활동의 목표로서 대표자회의에 의해 승인되었다.

결의의 글자는 2년간의 대학교육과 3년간의 법학교 교육이 辯護士 資格試驗 候補의 필수 조건으로 권고 되었다. 그러나 畫間 法學校의 全日(full time) 수업이 3년 과정으로 규정된 반면, 夜間學校는 몰아내지는 않고 4년 과정으로 만들어야 한다고 결의했다.¹¹⁵ 이러한 결의는 妥協案이었다. 이 방안은 곧 두개의 이질적인 종류의 학교를 동일한 차원으로 놓아, 야간학교에 정당한 합법성을 준다는 구상이었다.

이 논란을 전체적으로 보면 법률직이 하나의 정치제도요, 통치의 중심이자 정치인과 국가 공무원 지망생들이 택하는 직업이라는 측면이 결정적인 논쟁의 촛점이었던 것이다. 협회지도자들은 법전문직의 정치적 리더십의 지위를 안정 향상시키기 위해 2년간의 대학교육을 완강하게 주장했고 이것을 성취하기 위하여 전문직의 技能的 측면을 희생하고 야간학교를合法화시켰던 것이다. 이러한 타협안에 따라 야간학교 사람들은 그들의 존속을 위하여 대학교육 안을 지지하게 되었다.¹¹⁶ 결국 법률가들의 사회 정치적 정

¹¹⁴ Root, “The Training of Lawyers,” pp. 188-90.

¹¹⁵ 기본적으로 1921년 결의는 1908년에 표명된 ABA 입장의 확인이었으며, AALS의 최근 제안에는 못미쳤다. Alfred Z. Reed, “Raising Standards of Legal Education,” *American Bar Association Journal* 7, No. 11 (November, 1921), p. 573. ABA는 지방 협회에 자신의 기준을 적용할 권리가 없는 자발적인 개인 조직에 불과했다. 이 결의는 매우 느리게 이행되었다. 법률직의 기준이 확립된 것은 한계상태의 법률학교가 더이상 존속될 수 없었던 1930년대 대불황기에 와서였다. Robert Stevens, “Two Cheers for 1870s: The American Law,” *Perspectives in American History* 5 (1971), pp. 462-70.

¹¹⁶ 사실상 워싱턴 회의에서 뉴저지의 Frank H. Sommer와 Charles M. Mason, 위스콘신의 John B.

통성의 확보를 위해 專門 技能 教育은 희생될 수 밖에 없었다. 게다가 법률직의 통일성을 유지하고 그 이념적 특성을 지키기 위해, “계층화된 전문직” 안은 거부되고 따라서 효과적 통제 또한 희생되었다.¹¹⁷

마지막 해결책은 하나의 멋진 마술이었다. ‘法專門職’이라는 공식적 定意 下에서 정치적 제도로서의 법률가에게 요구되는 대부분의 자질들—즉 안정적인 공직 리더십에 필요한 일반적 지식, 대학졸업증, 동등한 기회에 근거한 정당성, 이념적 통일성, 가난한 젊은이들의 고상한 정신과 같은—이러한 요소들은 전문직의 기능과 효과적 통제를 희생하는 댓가로 강화되었다. 법률가들의 직업적 권능을 향상시키는 대신 공직 리더십의 자질과 특권을 강화시키겠다는 목표에 따라 변호사 자격취득의 制限措置들이 면밀하게 마련되었다. 20세기의 법률가들의 수준향상에 대한 논란은 오히려 政治哲學에 대한 논쟁이었다. 리드의 보고서에 대하여 코빈이 “법의 속성상 두종류의 법학교와 두종류의 법률가는 허용되지 않는다”라고 비판했듯이¹¹⁸ 두개의 사회계급을 위해 두종류의 법률가, 법, 정의 또는 두종류의 정부는 생각할 수 없었다. 엘리트 법률가들은 법전문주의의 언어로 얘기했지만, 실제로 그들은 政治와 統治에 관해 얘기한 것이다.

1920년대 엘리트 법률가들의 결정에 따라 법전문직은 국가의 非政黨的 부문이라는 意味에서 전체 국가경영계급의 훈련본부요, 정치 후보자를 위한 훈련된 요원 집단의 意味로 변화되었다. 이러한 선택은 권위주의적 사법주의에 대한 반발과 법률직 내부의 불화 등에서 기인한 압력으로 이루어진 것이었다. 안팎으로 부터의 이러한 民主主義의 大義名分을 업은 압력에 따라, 적극적인 공직 권위로서의 법전문직의 미래는 불확실했다. 이러한 상황에서 대학과 법학교에서의 교육을 통하여 법전문직은 準獨占의 훈련된 국가요원의 공급자로서의 지위를 확립하였고 이것은 민주주의의 정치체제에 대한 독특한 통제 방식이었다. 1920년 앤드류 브루스(Andrew Bruce)는 다음과 같이 말했다.

법학교는 단순히 법률가들을 교육 훈련시키는 것 이상의 일을 하여야 한다. 그것은 진정한 법률학(jurisprudence)의 학교가 되어야 한다. 즉 그것은 아메리카주의의 학교가 되어야 한다는 것이다. 그것은 사회진보를 지도할 수 있는 법적으로 훈련된 지도자들을 교육시켜야 한다. 우리는 더 이상 정치나 통치의 문제를 놓고 장난질해

Sanborn, 그리고 펜실베니아의 Draper Lewis와 같은, 야간학교와 학생의 입장에 대변하는 많은 협회 대표자들은 2년간의 법대예과 교육을 지지했다. “Proceedings of the Special Conference on Legal Education”, (1922), pp. 570-80.

¹¹⁷ Reed는 야간학교와 주간학교는 성격, 교과과정 그리고 사회적 의미면에서 질적으로 달라 양자를 통일하게 할 수는 없기 때문에 야간학교의 4년교육 규정은 의미가 없다고 말했다. 야간학교가 협회에 통합되어야 한다는 규정은 협회는 하나이고 따라서 하나가 되어야만 한다는 “이상적 가정”에 기초한 것이었다. Reed, “Raising Standards of Legal Education,” p. 575. 또한 “Report of the Special Committee to the Section of Legal Education and Admissions to the Bar of the American Bar Association,” ABA Report 46 (44th, 1921), p. 681.

¹¹⁸ Corbin, “Democracy and Education For the Bar”, p. 730.

서는 않된다. 우리의 민주주의는 법적인 지능을 갖춰야 한다. 모든 문제중 가장 중요한 것은 통치의 문제다. 국가가 이 보다 더 절실히 관심을 갖는 분야는 없을 것이다.¹¹⁹

법전문직은 광범위한 통치분야를 규율하고, 법률가들을 자본주의에 적합한 미국 민주주의를 만들어내는 통제된 국가경영계급으로 삼으려는 원대한 시도의 결과인 것이다.¹²⁰ 전문적인 국가 경영계급은 특수한 방식으로 교육되어야 했으며 미국의 법교육은 ‘國家經營術(statecraft)’을 대표하는 것이다. 블라우스타인(Blaustein)과 포터(Porter)는 미국의 법률가에 대하여 다음과 같이 말했다.

“개별적 고객의 문제뿐만 아니라 자신이 살고있는 사회의 문제와 모든 권위계층의 많은, 비록 대부분은 아니지만, 공적 지도자들을 배출하는 문제를 해결하는 것이 미래의 법률가를 교육하는 목적에 부가되어야 한다.”¹²¹

V. 結論

우리가 ‘公的’/‘私的’의 二分法의 시각에서 보면 미국의 법률가는 어느쪽에서도 속하지 않는 第三의 영역에 존재한다. 법률가는 미국 사회에서 애매한 범주로서 공적 분야와 사적 분야를 연결시키고 또 양쪽 분야에서 활동한다. 이러한 독특한 존재 양식은 책순 시대에는 矛盾되는 이중 개념을 낳았다. 법전문직은 그 公的 성격 때문에 억압을 받았고, 私的 職業의 범주로서 발전하였다. 법률이 공적인지 사적인지의 여부는 결국 修辭의 문제로 용어의 선택은 말하는 사람이 그것을 공격하려는 것인지 아니면 보호하려는 것인지 그 의도에 달려있는 것이었다. 19세기 말에 시작된 법전문화 과정은 결국 이러한 분리된 正體의 통합을 시도하였다.

1870년이후 변호사협회는 法은 公的 직업이며 자신들은 公的 지도자라고 주장했다. 그들은 이전 시기에는 자신들에게 대항하여 사용되던 ‘公的’이라는 용어를 사용했다. ‘公的’이라는 말을 사용함에 따라 법전문주의 운동은 사회적 危機를 해소하기 위하여 普遍的利益을 대변한다는 名分을 찾았다. 법전문주의 등장은 ‘공적’이라는 말의 의미와 자본가계급의 조건 변화를 전제함으로써 가능한 것이었다. 기존의 고도로 조직화된 정당에 근거한 국가권력은 자본주의 경제에 대한 위협으로 나타나고 있었다. 엘리트 변호사

¹¹⁹ Bruce, “Interest of the Public in Legal Education,” (1920), p. 497.

¹²⁰ Duncan Kennedy는 미국법에서 자본주의적 시장체제를 수정하려는 이타적 입장은 아직 시작 단계로 그 논의 과정에서 규칙보다는 기준에 호소하고 있다고 주장했다. 그는 “기준은, 적에 의해 본질적 질서가 탈취됐음에도 불구하고 계속 저항하고 있는 지배 이데올로기에 대한 하나의 반대 수단이다.”라고 말했다. Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication,” pp. 1775-77.

¹²¹ Albert P. Blaustein & Charles P. Porter, *The American Lawyer* (Chicago: University of Chicago Press, 1954), p. 162.

들은 기존의 정당국가에 대한 자본주의적 대항국가를 만드는 것을 자신들의 임무로 삼았고 그것은 법전문주의가 내세운 사회의普遍的 利益의 중요한 부분이었다. 법전문직은 보통법과 헌법주의와 함께 카리스마적 예언자로 제시되었다. 결국 '公的 利益'의 주장은 두 가지의 중요성을 갖는다. 첫째, 법과 변호사들을 사회적 危機와 야바위꾼(dilettantism)을 만들어내는 '私的領域'에서 救出하여 독자적 계급으로 만들고, 둘째, 나아가서 그들로 하여금 기존의 국가에 대한 자본주의적 對抗國家를 만드는 것이었다.

법전문주의는 기존의 국가권력이나 자본가계급의 해계모니에 의하여 만들어졌다고 말할 수 없다. 기존의 국가권력은 전문주의에 대하여 정면으로 공격당하는 입장이었고 당시 미국 사회에서 자본가 계급의 해계모니 또한 으례히 確立되어 있었던 것으로 볼 수는 없다. 법조계의 지도자들은 그들의 스스로의 정통적 권위를 創出하고 사회에 직접 證明하여야 했고 그의 가장 중요한 것이 法은 科學이라는 주장이었다. 이것은 자연과학의 歸納的 方法을 도입하여 독자적 法의 독자적 權威를 만들기 위하여 考案된 것이었다. 정당국가의 세력이 커짐에 따라 법률가들이 자본주의적 대항국가의 실현이 불가능하게 되자, '法科學'의 도입은 협회지도자들에게 戰略的인 妙手였다. 노동계급의 폭동과 급진주의의 위협이 임박하자 정당과 법전문직 간의 妥協은 불가피한 것이었다. 법과학을 이용하여 협회지도자들은 여러부문의 법률가들의 정치적 이익으로부터 法의 良心을 精製하고, 法과 政治 사이에 境界線을 그을 수 있었다. 法과 政治는 이제 兩立 不可能하지 않게 되었다. 법전문직은 한편으로는 공적 리더쉽에 대한 주장으로 사적분야로 부터 제한된, 다른 한편으로는 과학에 대한 주장으로 기존의 공적 권위인 정당 민주주의로부터 구별되는, 자신들의 正體와 고유한 영역을 만들어 낸 것이다. 법과학의 도입으로 법전문직의 의미는 자본주의적 對抗國家에서 資本主義的 非政治的 國家權力의 일부로 轉換되었다.

법전문직이 국가권력의 일부로 받아들여짐에 따라, 사회에 자본주의적 질서를 부과하려는 법률직의 이념은 司法行動主義(judicial activism)로 나타났다. 법관들은 자본주의의 시장을 해칠 우려가 있는 사회입법을 違憲으로 판결하여 권력을 행사했고 심지어 행정적 기능을 장악하기도 하였다. 그러나 자본주의적 '法院國家(court state)'가 민주주의의 원칙과 공공연히 충돌하게 되고 전문직 내부에 불화가 생기게 되자, 법률가들은 다른 형태의 資本主義의 공적 리더쉽을 안정시키기 위해 새로운 전략을 마련하였다. 이제 資本主義의 政治的 利害는 法教育의 名分 뒤로 감추어졌다. 법전문주의는 국가 경영계급에 엄격한 자격제한을 설치한 것이다. 엘리트 법률가들은 법교육이라는 명분 하에 미래의 국가경영자들을 選拔하고 意識化시킬 수 있었다. 이런 새로운 방식을 도입함으로써 법률가들은 이제 公的 舞臺에서 눈에 띠는 공격목표가 되지 않고도 목적을 달성할 수 있게 되었다. 법률직은 보다 광범위하게 미국 사회에 영향력을 행사하고, 미국 민주주의 전체를 자신의 광대한 영역으로 吸收하려 하였다.

하나의 직업 집단으로서 미국의 법전문주의에 대한 接近은 결실을 거둘 수 없다. 法을 개인적 직업으로 보는 것은 미국 특유의 역사를 가진 시각으로서 法과 法律家의 政治的 性格을 은폐하려는 의도에서 나온 것이며 그러한 의미에서 이데올로기로 보아야

한다. 이 시기를 통하여 법전문주의에서 법률가들의 직업의 技能的 측면은 일차적 관심사가 아니었고, 따라서 희생되었다. 처음부터 공적 리더쉽의 이념은 변호사와 顧客의 관계를 공적인 문제로 만듦으로 인하여 優理의 문제는 극도로 복잡해지게 되었다.¹²² 리드 보고서는 직종 내의 효과적인 통제를 위해 계층화된 구조를 제안했지만, 그것은 법률직의 이념적 통일성 문제로 인하여 拒否되었다. 더구나 변호사협회에 專門分野紹介서비스(professional referral service)는 1930년대 중반까지 도입되지 않았고 법률가들의 경제조건 문제도 대공황(Great Depression) 중반까지 고려되지 않았다.¹²³

미국의 法專門職은 독특한 구조로 발전되었다. 專門職의 同一性의 범위는 勤務條件이 상이한 다양한 집단들에게까지 널리 확장되었다. 個人 辭護士業은 전문적 전체의 “질투하는 情婦”(jealous mistress)로 구심적인 위치를 갖게 되었고, 판사들도 변호사협회의 부분이 되고, 대학교수들도 포함되었다. 게다가 법률가들이 정치적 직위를 갖거나 추구하는 것이 勸獎되었다. 법전문직은 동일한 근무조건과 이익을 갖는 사람들로 구성되는 단순한 職業集團을 넘어서는 것이며 결국 법전문주의는 서로 다른 역할을 담당하는 모든 법률가들이 집단적으로 全體體制에 책임을 지는 反勞動分業主義에 기초하고 있는 것이다. 또한 전문직의 自治 문제는 이러한 구조적 조건과 불가분 관련되어 있다. 그들의 自治는 앞에서 보듯이 전문직이 그 範圍를 한발 씩 확장시켜 감에 따라 현실화되었다.

이질성, 계층분화 및 세부 전문화를 지닌 법전문직은 하나의 理念的 實體(an ideological entity)이다. “전체 전문직(entire profession)”이란 말은 강한 이념적 의미를 표시하는 용어이다. 현재의 근무 상황이나 일의 내용이 어떤 사람이 법률가임을 결정하는 것이 아니다. 오히려 법률직은 사회적 역할로서 상호관계를 맺고 있는 일단의 職業群으로 구성되었고 그들의 ‘經歷(career)’의 概念과 공통의 教育課程은 법률가의 時間的 地平을 확대시켜 상이한 법률가들의 생활 조건과 利益의 세속적 차이점을 克服하는 것이다. 專門職은 결국 국가권력의 일부로 스스로를 통제하는 權能을 가진, 이념적으로 연계된 일단의 직업군이다.

법전문직의 이념적 목표는 법 서비스의 업무과정을 規制하는 것 이상이다. 더욱 포괄적으로 나아가서 그들의 공통적 주제와 업무의 최종산물인 ‘法’을 상호 조정을 통하여 통제하는 것이다. 이것은 법률 행정과 서비스를 규율하는 것 뿐만 아니라, 관리의 대상인 ‘法’ 自體의 統制를 포함한다. 법률 행정과 서비스의 과정을 규율하는 것과 법 특히 그 내용을 규제 또는 변화시키는 것 사이에는 분명한 차이가 있다. 전자가 보편적 의미에서 법전문직에 관한 것인 반면, 후자는 미국의 경우에만 법전문주의의 영역에 속하는 것이다.

¹²² 고객에 대한 봉사와 법과 정의를 위해 고객과 격리되는 것을 조화시키는 데는 많은 어려움이 있었다. 1908년 ABA는 32개조로 구성된 자체 윤리 규범을 내놓았다. ABCNY는 창립후 70년이 지난 1938년에 47개조의 자체 윤리 규범을 만들었다.

¹²³ 이 문제에 관한 최초의 보고서는 ABA, *Special Committee Report: The Economics of the Legal Profession* (Chicago, 1938).

법전문직을 解體시켰던 잭슨시대로부터 이미 법과 법률직은 美國 政治와 統治의 주요한 통제 요인이었다. 1870년대 이후에 법률직의 통제를 통한 정치 통제는 법전문화의 전과정을 통해 다양한 형태를 취해왔다. 첫번째 단계에서는 법전문직이 자본주의적 對抗國家로 나타났고, 엘리트 법률가들은 정당과 정치제도에 직접 비난하고 도전하여 일정한 방향으로 국가정책을 강요하려고 하였다. 이 단계에 협회개혁은 행정개혁운동 등의 초기 개혁운동과 대체로 일맥을 이룬다. 法이 영예로운 專門職으로 理想化되고, 政治에 발디딘 법률가는 “썩은 사과(rotten apples)”라 불렸다. 두번째의 정치 통제 양식은 법과학을 도입하여 민주적 절차와는 독자적으로 직접 法을 定意하고 執行하는 시기였고 이 단계에서 법전문직은 非政治的 國家機關으로 등장했다. 가장 중요한 세번째 정치 통제 형식은 公職에 野心이 있는 모든 사람들에게 法教育 課程을 부과하는 것이었다. 그들은 政黨이나 公職에 들어가지 전에 먼저 긴 교육 기간을 통하여 법률가로 양성된다. 그 의도는 그들의 정치적 행동의 지침으로서 체계화된 社會의 知識와 世界觀을 부과함으로써 그들을 독자적인 계급으로 만드는 것이었다. 법교육 개혁에 의해 국가경영 계급에 부과된 자격요건은 7년 간의 값비싼 高等教育 課程이라는 엄청난 것이다. 이러한 제도적 장치는 미국이 民主主義의 政治過程과 일견 無秩序하고 복잡한 각종 정부 기관의 大混亂 속에서 어떻게 보수주의가 일관되게 국가정책으로 나타날 수 있는가를 설명해 주는 것이다.

19세기의 미국의 정치구조는 다른 이념을 적극적으로 부정하며 자본주의적 사회질서를 영속해 갈 고정된 意圖나 이념을 지닌 ‘資本主義 國家’로 보기는 어렵다. 법전문주의는 바로 미국의 국가권력이 사회에 자본주의 체제를 영속시키도록 理念의으로 결정지은 아심작이었다. 정당제 민주주의 또한 법전문주의의 등장과 함께 변화의 과정을 겪었다. 금세기로의 전환기에 이르러 점차 계급분화가 침해해지자 정당제 민주주의는 不安定해지고 再編의 과정을 거쳤다.¹²⁴ 정당은 각종 분야에서 전문주의를 대변하는 신흥 중산계급의 지지 없이는 살아남을 수 없다는 것을 깨달았다. 1890년대부터 공화당은 중산계급의 입장을 표방하여 선거를 휩쓸었고 20세기에 들어오면 민주당도 이러한 추세에 동참할 수 밖에 없었다. 政黨과 專門主義는 서로를 受容하고 국가 내에서 서로의 지위를 상호 인정하였다. 법률직은 결국 적격한 공직 후보자들의 待機所 (pool)가 되었고, 정당은 이 사람들에게 의존하게 되었다.

法專門職은 미국의 權力分立과 兩黨制, 地方自治 그리고 多元主義를 극복하는 포괄적 國家構造를 이룬다. 법전문직은 미국에서 資本主義의 政治 利害가 民主主義 政治體制와의 독특한 형식의 결합을 의미한다.

124 Walter Dean Burnham, “The Changing Shape of the American Political Universe,” *American Political Science Review* 59, No. 1 (March, 1965), p. 26.

〈참 고 문 헌〉

Abbott, Austin.

1893 "Existing Questions of Legal Education," A Paper read before the Section of Legal Education, ABA, *American Law Review* 27 (November-December): 801-18.

American Bar Association.

1879 "Report of the Committee on Legal Education," *American Bar Association, Report* 2 (2nd): 350-96.

1890 "Report of the Committee on Legal Education," *American Bar Association, Report* 13 (13rd): 524-75.

1891 "Report of the Committee on Legal Education and Admission to the Bar," *American Bar Association, Report* 14 (14th): 301-51.

1892 "Report of the Committee on Legal Education," *American Bar Association, Report* 15 (15th): 317-93.

1911 "Proceedings of the Section of Legal Education," *American Bar Association, Reports* (34th): 632-76.

1921 "Report of the Special Committee to the Section of Legal Education and Admissions to the Bar of the American Bar Association," *American Bar Association, Report* 46 (44th): 425-67.

1921 "Proceedings of the Section of Legal Education," *American Bar Association, Report* 656-88.

1922 "Proceedings of the Special Conference on Legal Education," *American Bar Association, Report* 47 (45th): 482-591.

1938 *Special Committee Report: The Economics of the Legal Profession*. Chicago.

Ames, James Barr

1913 *Lectures in Legal History and Miscellaneous Essays*. Cambridge: Harvard University Press.

Association of the Bar of the City of New York (ABCNY)

1870 *Report of Proceedings*. New York: Douglas Taylor's Printing House.

1971 "Enmity and Amity: Law and Practitioners 1900-1922," *Perspectives in American History* 5.

Auerbach, Jerold

1976 *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*. New York: Oxford University Press.

Belz, Herman

1969 "The Constitution in the Gilded Age: The Beginning of Constitutional Realism in American Scholarship," *American Journal of Legal History* 13: 110-25.

1971. "The Realist Critique of Constitutionalism in the Era of Reform," *American Journal of Legal History* 15: 288-306.
- Berens, Ruth M
1943. "Blueprint for Reform: Curtis, Eaton and Schurz", MA Paper, University of Chicago,
Dept. of Political Science.
- Berger, Raoul
1977. *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*.
Cambridge: Harvard University Press.
- Blaustein, Albert P. & Charles P. Porter
1954. *The American Lawyer*. Chicago: University of Chicago Press.
- Blaustein, Albert P.
n.d. "NYCLA - Giant of Bar Associations," Article Proposed for the Survey of the
Legal Profession Being Conducted by the ABA.
1971. "New York Bar Associations Prior to 1870," *American Journal of Legal History*
15: 50-57.
- Bledstein, Burton J
1976. *The Culture of Professionalism*. New York: Norton.
- Blodgett, Geoffrey T.
1962. "The Mind of the Boston Mugwumps," *Mississippi Valley Historical Review* 48,
No. 4 (March): 614-34.
- Bloomfield, Maxwell.
1968. "Law vs. Politics: The Self-Image of the American Bar, 1830-1860," *American
Journal of Legal History* 12:306-23.
1971. "Lawyers and Public Criticism: Challenge and Response in Nineteenth-Century
America," *American Journal of Legal History* 15: 269-77.
1976. *American Lawyers in a Changing Society*. Cambridge: Harvard University Press.
- Botein, Stephen.
1971. "Professional History Reconsidered: Review Essay," *American Journal of Legal
History* 21: 60-79.
- Brockman, Norbert.
1962. "The History of the American Bar Association: A Bibliographic Essay," *American
Journal of Legal History* 6 (July):269-85.
1964. "Laissez-Faire Theory in the Early American Bar Association," *Notre Dame Lawyer*
39: 270-87.
1966. "The National Bar Association, 1888-1893: The Failure of Early Bar Federation,"
American Journal of Legal History 10 (April): 122-27.
- Bruce, Andrew A.

1920. "Interest of the Public in Legal Education," *American Bar Association, Report 45* (43rd): 480-97.
- Bryce, James.
 1871-72. "Legal Profession in America", *MacMillan's Magazin* 25: 206-17.
- Burnham, Walter Dean.
 1965. "The Changing Shape of the American Political Universe," *American Political Science Review* 59, No. 1 (March):7-28.
- Carter, James C.
 1884. *The Proposed Codification of Our Common Law*. New York.
- Chase, Anthony.
 1978. "The Birth of Modern Law School," *American Journal of Legal History* 23.
- Chase, William C.
 1982. *The American Law School and the Rise of Administrative Government*. Madison:
 University oif Wisconsin Press.
- Chroust, Anton-Herman.
 1965. *The Rise of the Legal Profession in America*, 2 vols. Normal, Ill.
- Cooley, Thomas M.
 1894. "The Year in Its Constitutional Aspects: The Lawyer as a Teacher and Leader,"
 Address at ABA Meeting, Saratoga Springs, August 22, 1894, *American Law Review*
 28 (September-October):641-70.
- Corbin, Arthur L.
 1922. "Democracy and Education for the Bar," *American Law School Review* 4, No. 13
 (March): 725-33.
- Coudert, Frederic.
 1911. "The Crisis of the Law and Professional Incompetency," *American Bar Association, Report* (34th): 677-88.
- Delafield, Lewis M.
 1876. "The Condition of Admission to the Bar: A Paper Read before ASSA,"
Pennsylvania Magazine 7: 325-39.
- Dillon, John F.
 1894. "The True Professional Ideal," A Paper Read before the Section of Legal Education,
 ABA, Saratoga Springs, August 22, 1894, *American Law Review* 28 (September-October): 671-82.
- Dougherty, Daniel.
 1888. "Some Reflections on the Bar, Its Integrity and Independence," *American Law Review* 22 (March-April): 177-97.
- Eulau, Heinz & John D. Sprague,

1964. *Lawyers in Politics: A Study in Professional Convergence*. Indianapolis: The Bobbs Merrill Co.
- Frankfurter, Felix.
1915. "The Law and the Law Schools," *American Bar Association Journal* 1, No. 1 (January): 532-40.
- Frederickson, George M.
1965. *The Inner Civil War: Northern Intellectuals and the Crisis of the Union*. New York: Harper.
- Friedman, Lawrence M.
1973. *A History of American Law*. New York: Touchstone.
- Gawalt, Gerald W.
1970. "Sources of Anti-Lawyer Sentiment in Massachusetts, 1740-1840", *American Journal of Legal History* 14 (June):283-307.
- Gilb, Corinne Lathrop.
1967. *Hidden Hierarchies: The Professions and Government*. New York: Harper & Row.
- Gilmore, Grant.
1977. *The Ages of American Law*. New Haven : Yale University Press.
- Godeck, Robert.
1965. "Justice Field and Inherent Rights," *Review of Politics* 27: 198-207.
- Gold, David.
1983. "Redfield, Railroads and the Roots of Laissez-Faire Constitutionalism," *American Journal of Legal History* 27: 254-68.
- Habermas, Jurgen.
1975. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press.
- Hartz, Louis.
1956. *The Liberal Tradition in American: An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution*. New York: Harcourt Brace.
- Haskell, Thomas L.
1977. *The Emergence of Professional Social Science: The American Social Science Association and the Nineteenth Century Crisis of Authority*. Urbana: University of Illinois Press.
- Haug, Marie R. & Marvin B. Sussman.
1971. "Professionalism and Unionism", *American Behavioral Scientist* 14 (Special Issue): 248-60.
- Hepburn, Charles M.
1920. "Organized Co-operation for the Ideals of Legal Education," *American Bar*

- Association, *Report* 45 (43rd): 467-79.
- Higham, John.
 1970. *Writing American History; Essays on Modern Scholarship*. Bloomington: Indiana University Press.
- Hill, Walter B.
 1889. "Bar Associations," *American Law Review* 23 (March-April): 213-52.
- Hoar, George F.
 1898. "The Relation of the American Bar as an Order or Brotherhood to the State," *American Law Review* 32 (September-October): 641-68.
- Hoogenboom, Ari.
 1968. *Outlawing the Spoils: A History of the Civil Service Reform Movement, 1865-1883*. Urbana: University of Illinois Press.
- Horwitz, Morton.
 1973. "Conservative Tradition in the Writings of Legal History", *American Journal of Legal History* 17 (July): 275-94.
 1977. *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge: Harvard University Press.
- Johnson, William R.
 1978. *Schooled Lawyers: A Study in the Crash of Professional Cultures*. New York: NYU Press.
- Jones, Alan.
 1967. "Thomas Cooley and 'Laissez-Faire' Constitutionalism: A Reconsideration," *Journal of American History* 53.
- Keener, William A.
 1894. "The Inductive Method in Legal Education," A Paper Read before the Section of Legal Education, ABA, Saratoga Springs, August 24, 1894, *American Law Review* 28 (September-October): 709-25.
- Keller, Morton.
 1977. *Affairs of State: Public Life in Late Nineteenth Century America*. Cambridge: Belknap Press of the Harvard University Press.
- Kennedy, Duncan.
 1976. "Form and Substance in Private Law Adjudication," *Harvard Law Review* 89, No. 8 (June): 1685-1778.
- Kirchwey, George W.
 1904. "The Education of the American Lawyer," *American Bar Association, Report* 27 (27th).
- Kogan, Herman.

1974. *The First Century: The Chicago Bar Association, 1874-1974*. Chicago: Rand & McNeilly.
- Larson, Magali Sarfatti.
1971. *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*. Berkeley: University of California Press.
- Lasswell, Harold D.; Daniel Lerner & C. Eaton Rothwell.
1957. *The Comparative Study of Elites*. Stanford: Stanford University Press.
- Lyons, Gene M.
1969. *The Uneasy Partnership: Social Science and the Federal Government in the Twentieth Century*. New York: Russell Sage Foundation.
- Martin, George.
1970. *Causes and Conflicts: The Centennial History of the Association of the Bar of the City of New York*. Boston: Houghton Mifflin.
- Martin, Paul L.
1914. "Night Law Schools," *American Law School Review* 3, No. 3 (February-March): 454-56.
- Maxwell, Lawrence.
1915. "The Importance of a Pre-Legal Education as a Preparation for the Practice of the Law," *American Law School Review* 4, No. 1 (November).
- McCurdy, Charles.
1975. "Justice Field and Jurisprudence of Government-Business Relations: Some Parameters of Laissez-Faire Constitutionalism, 1863-1896," *Journal of American History* 61, No. 2 (March): 970-1005.
- McFarland, Gerald W.
1963. "The New York Mugwumps of 1884: A Profile," *Political Science Quarterly* 71 (March): 40-58.
- Mechem, Floyd.
1906. "The Opportunities and Responsibilities of American Law Schools," *American Bar Association, Report* (29th): 174-86.
- Mittelman, Edward B.
1920. "Chicago Labor in Politics" *Journal of Political Economy* 28: 407-27.
- Nelson, William.
1982. *The Roots of American Bureaucracy, 1830-1900*. Cambridge: Harvard University Press.
- Parsons, Talcott.
1954. "A Sociologist Looks at the Legal Profession," *Essays in Sociological Theory*. New York: The Free Press.

- Paul, Arnold,
 1976. *The Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of the Bar and Bench, 1887-1895*. Gloucester.
- Peck, George R.
 1900. "The March of the Constitution," *American Law Review* 34 (November-December): 801-25.
- Pohlman, H. L.
 1982. *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pound, Roscoe.
 1906. "The Causes of Popular Dissatisfaction With the Administration of Justice", Paper Read before the ABA, Aug 26, 1906, *American Law Review* 40 (September-October): 729-49.
 1907. "The Need of a Sociological Jurisprudence," *The Green Bag* 19: 457-70.
 1953. *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*. St. Paul: West Publishing Co.
- Redfield, Isaac F.
 1871. "The Proper Limits of Professional Responsibility and Duty," *American Law Register* ns. 10 (May): 281-95.
 1871. "The Responsibilities and Duties of the Legal Profession," *American Law Register* ns. 10 (September): 545-59.
 1871. "The Legal Profession in England and America," *American Law Register* ns. 10 (December): 753-60.
- Reed, Alfred Z.
 1921. *Training of the Public Profession of Law*: Report of the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, Bulletin, No.15. Boston: Carnegie Foundation.
 1921. "Raising Standards of Legal Education," *American Bar Association Journal* 7, No. 11 (November): 571-78.
- Rezneck, Samuel.
 1956. "Patterns of Thought and Action in an American Depression, 1882-1886," *American Historical Review* 61 (January): 285-307.
- Root, Elihu.
 1916. "The Training of Lawyers," *American Law School Review* 4 (November): 187-90.
- Rueschmeyer, Dietrich.
 1964. "Doctors and Lawyers: A Comment on the Theory of the Professions", *Canadian Review of Sociology and Anthropology* 1 (February).
 1973. *Lawyers and Their Society: A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and in the United States*. Cambridge: Harvard University Press.

- Schlesinger, Joseph A.
1957. "Lawyers and American Politics: A Classified View," *Midwest Journal of Political Science*, (May).
- Schudson, Michael.
1977. "Public, Private and Professional Lives: The Correspondence of David Dudley Field and Samuel Bowles," *American Journal of Legal History* 21: 191-211.
- Shepard, Charles E.
1915. "The Education of the Lawyer in Relation to Public Service," *American Law School Review* 4, No. 1 (November): 248-60.
- Shirley, John M.
1883. "The Future of Our Profession," *American Law Review* 17 (September-October): 645-69.
- Skowronek, Stephen.
1982. *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Spencer, Selden P.
1919. "Pre-Legal Education," *American Law School Review* 4, No. 7 (February).
- Stevens, Robert.
1971. "Two Cheers for 1870s : The American Law," *Perspectives in American History* 5 (1971)
1983. *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.
- Stickney, Albert.
1871. "Lawyer and Client," *North American Review* 112.
- Sunderland, Edson.
1953. *History of the American Bar Association and Its Work*. n.p.
- Taft, William H.
1913. "The Social Importance of Proper Standards for Admission to the Bar," *American Law School Review* 3, No. 7 (November).
- Thayer, James Bradley.
1895. "Address," *American Bar Association, Report* (18th): 25-58.
- Thompson, Seymour D.
1896. "Government by Lawyers," *American Law Review* 30 (September-October): 695-718.
- Tocqueville, Alexis de.
1947. *Democracy in America*. New York: Oxford University Press.
- Tribe, Laurence H.

1978. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press.
- Twining, William.
1973. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Urofsky, Melvin.
1978. "Louis D. Brandeis on Legal Education," *American Journal of Legal History* 22.
- Vance, William R.
1911. "The Ultimate Function of the Law Teacher," *American Bar Association Report* 36 (34th).
- Warren, Charles.
1911. *A History of American Bar*. Boston.
- Weber, Max.
1947. *The Theory of Social and Economic Organization*. New York: The Free Press.
- Wellman, Francis L.
1881. "Admission to the Bar," *American Law Review* 15 (May).
- Westin, Alan F.
1953. "The Supreme Court, the Populist Movement and the Campaign of 1896," *Journal of Politics* 15 (February).
- Wiecek, William M.
1969. "The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863-1875," *American Journal of Legal History* 13 (October).

PROFESSIONALIZATION OF AMERICAN LAWYERS: Capitalism and Democracy in the United States, 1870s-1920s

Jungwoon Choi

Professionalization of American lawyers from the 1870s to the 1920s has been viewed from two perspectives. The one is called "Tory history" which has plainly said that the professional reforms were made as American law and the competence of lawyers has gradually made progress. The other is called "Whig history" which has argued that the reforms constructed a monopoly market of legal service, motivated by economic interests of some groups of lawyers.

Against these traditional theories, I argue that the professionalization of law in that period should be understood as a crucial part of the construction of 'a capitalist state' in the United States. With its professionalism, American elite groups succeeded in making political democracy compatible with capitalist economy, both with their inherent instabilities. The

process of professionalization took three stages and themes in turn. At first, from the 1870s, the elite lawyers claimed their 'public leadership' defining social and political conditions as a crisis. Second, they adopted 'scientific jurisprudence'. Finally, in the twentieth century, they were engaged in profession constituted, first as a counter-state, next as a non-political legal state power, and finally as a pool containing the entire American democracy and state power.

In the United States, law has been much more than a profession in its conventional sense ever since its Independence. However, from the late nineteenth century, the profession was institutionalized with a conscious commitment to stabilize political democracy and political capitalism.

최정운, 서울대 외교학과 교수