

# 미국 社會에 있어서의 知的 흐름에 관한 연구 -法學教育을 중심으로

최 대 권  
(서울대학교 법과대학)

## I. 머리말

이 글은 미국 법학교육제도의 불가분의 구성요소를 형성하면서 이를 이끌어가고 있는 知的 흐름을 가려내어 꼼꼼히 살펴보는 것을 목적으로 한다. 지난 해(1995) 및 금년(1996)에 걸친 우리 나라의 법학교육개혁 논의를 통하여 우리는 독일이나 미국의 법학교육제도에 관하여 상당한 정도의 지식을 얻기에 이르렀다. 특히 미국의 법학교육제도에 관하여 그러하다. 그것은 정부가 주도하였던 법학교육제도 개혁의 중심이 법과대학원제도의 도입이었기 때문이다. 법과대학원제도는 미국의 Law School을 대체로 염두에 둔 것이라 할 수 있는데 그러하기 때문에 제안된 법과대학원 제도에 대한 반대논의 가운데 중심이 되는 것 하나가, 반대자들의 기득권 상실의 우려 때문이라는 내심의 이유는 어찌되었든, 적어도 외형적으로는 미국은 영미법계에 속하고 우리는 대륙법계에 속하여 체제가 다른 만큼 우리가 미국식 법과대학원 모델을 따를 이유나 필요가 없다는 것이었다. 이러한 찬반논의에 대하여 지적하고 싶은 것은 그 논의의 근거가 실질을 외면하거나 도외시한 채 대단히 표피적·외형적으로 흐르고 있다는 점이다. 이것은 논의를 자기에게 유리하게 이끌어가려는 의도의 표출이라는 점도 없지는 아니하겠지만 문제의 본질을 제대로 파악하지 못하는데서 오는 잘못이 큰 때문이라는 점이 우리가 이 곳에서 제기하려는 문제의식이다.

후술하는 바와 같이 미국 법학교육제도를 떠받들고 있는 생각 가운데 하나는 법률가를 양성하는 법학교육은 대학에서 이루어져야 하며 대학에서의 법학교육과 연계되지 아니한 법률가 양성제도는 있을 수 없다는 생각이다. 이러한 생각은 오늘날 독일이나 미국이 다르지 아니한데, 전통으로 거슬러 올라가면 독일의 그것은 대학에서의 법학교육이 중심인데 비해 영미에서는 오히려 대학을 떠난 도제식 법학교육이 그 전통이라고 할 수 있다. 다만 미국에서 법학교육이 대학에서 이루어져야 한다는 생각이 확고히 자리잡기에 이른 배경에는 독일의 영향도 있었다는 점을 지적할 수 있다. 이러한 점을 감안하면 문제가 단순히 우리 나라의 법체제가 대륙계이나 영미법계이냐의 문제만은 아니라는 점이 분명해진다. 중요한 것은 미국의 또는 독일의 법학교육제도를 떠받들고 있는 생각이나 사상은 무

\*이 논문은 1995년도 한국학술진흥재단의 대학부설연구소 연구과제 연구비에 의하여 연구되었음.

엇이나, 제도의 변화와 생각이나 사상의 변화는 어떻게 연계되어 전개하고 있는가 하는 점들이라고 생각한다.

사실 분야에 상관없이 우리 나라에 있어서의 政策論議나 制度改革論議는 의례 외국의 그것과의 比較論議를 중심으로 하는 경우가 대단히 많다. 다만 그러한 경우에 당장 시급한 정책이나 외형적인 제도만을 문제삼았지 정책이나 제도의 뒤에 흐르는 생각이나 思想을 소홀히 하는 경우가 비일비재하였던 것이 우리의 경험이다. 미국의 법정책이나 법제도에 관한 논의 및 연구가 또한 예외가 아니었다. 어느 정책이나 제도라고 하는 경우에 이를 체현하여 외형적으로 표현하는 법령이나 관행 등에 못지 아니하게 그 뒤에서 이를 이끌어 가는 생각이나 사상으로도 이루어져 있다는 점을 주의할 필요가 있다. 오늘날의 미국의 법학교육제도도 또한 외형적으로 보이는 제도 못지 아니하게 이 제도를 형성하며 또 이끌어 가는 생각이나 사상을 담고 있는 제도이다. 이곳에서는 이 법학교육제도를 구성하며 이끌어 가는 미국의 생각과 사상을 추적하여 분석하여 보려고 하고 있는 것이다.

이곳에서는 법학교육을 중심으로 하는 것이기는 하여도 미국사회의 지적 흐름을 알아야 할 이유는 정치·경제·사회·문화 각 방면에 걸쳐 우리 나라가 미국과 가지는 밀접한 물적·인적·지적 교류관계 때문이기도 하다. 지금 우리는 싫든 좋은 미국과 관련을 가지지 않을 수 없는 관계에서 있는 까닭에 원만한 교류관계의 증진을 위하여서나 종속관계가 아니라 대등한 관계에서 또는 우리에게 유리하게 관계를 끌고 나가기 위하여서도 미국을 그리고 미국사람을 더 잘 이해할 實際의 必要가 있다. 동시에 미국의 대통령이나 장관의 상당수가 그리고 국회의원의 반수 이상이 법률가이고 그간의 한미통상협상이나 WTO협상의 경우의 미국 정부대표의 대부분이 법률가인 사실에서 볼 수 있는 바와 같이 미국사회에서 법이 그리고 법률가가 어떻게 그렇게 중요한 위치에 있을 수 있으며, 이들을 양성해 내는 법학교육이 그들이 수행하는 사회적 역할과 어떻게 연계될 수 있도록 짜여져 있으며, 이러한 법학교육을 이끌어 가는 생각이나 사상들은 어떠한 것인가 하는 질문들은 우리의 知的 好奇心을 자극하기에 충분한 질문들이라고 생각한다. 자기들의 법학교육제도를 외국의 그것과 비교 분석한 논의들을 보면 한결같이 자기네 법학교육제도의 우수성에 대한 자신감 내지 확신을 보여주고 있다. 이러한 자신감을 가지게 만드는 생각들은 어디에 바탕을 두고 있는 것일까?

나아가 미국의 법학교육 및 법학교육제도를 지도하는 생각이나 사상을 가려내어 분석하는 데 그치지 아니하고 그러한 생각이나 사상이 법 및 법률가에 대한 사회적 수요와 어떠한 상관관계를 가지고 전개되어 오고 있는가를 살피려고 하는 것이 또한 우리의 목표이기도 하다. 법 및 법률가에 대한 사회적 수요의 문제에 있어서 수요가 공급을 결정하는 것 못지 아니하게 공급이 수요를 창출한다는 사실을 긍정하지 않을 수 없는데 이와 같이 수요·공급 관계를 맺어주는 기능을 법학교육제도를 지배하는 생각이나 사상이 수행한다는

생각을 우리는 하고 있다.

## Ⅱ. 美國의 法學教育을 흐르는 知的 흐름

적어도 1860년대 이전까지의 미국의 법학교육은 압도적인 영국의 영향하에 놓여 있었다. 그리고 영국에서의 법률가 양성을 위한 법학교육은 대륙에서와는 달리 대학이 아닌 法學寮 또는 法學院이라 번역하여야 마땅한 Inns of Court에서의 선배법률가에 의한 일종의 강의와 변론연습을 중심으로 하는 것이었으며, 그것도 인쇄술이 발달하여 인쇄된 法書가 퍼지게 된 1600년대 중반부터 쇠퇴하기 시작하여 법학료에서의 교육은 형해화하고 법률가양성교육이라면 그것은 기성의 법률가 밑에서 한편으로는 실무를 도우며 다른 한편으로는 법서를 읽으면서 받는 도제식 법학교육이 중심이었다고 할 수 있다. 그리고 大學(Oxford 및 Cambridge)에서의 법학강좌라면 인문교양강좌로서의 로마법 및 Canon법이었다. 영국의 대학에서 최초로 普通法(the Common Law) 講義가 이루어진 것은 Blackstone에 의한 1753년의 일이었으며, 대학에서의 법학교육이 법률가 양성교육의 중심으로 자리잡기에 이른 것은 그 훨씬 뒤의 일이다. 이론적으로는 아직도 대학졸업장 없이 법률가가 될 수 있는 곳이 영국이다.

사정이 이러한 만큼 영국으로부터의 독립(1776)에 이르기까지의 식민지시대 및 그 후 상당기간에 이르기까지의 미국의 법률가들이란 의례 영국에서 변호사 자격을 얻은 사람들이거나 이들 밑에서 도제식으로 Blackstone의 Commentaries on the Laws of England 등 英國의 法書 내지 이들의 繖案書를 읽으면서 법률가자격을 얻은 사람들이었다. 미국 헌법 제정 등 건국 과정에서 중요한 역할을 담당한 인사들이 이러한 훈련을 받은 법률가들이었다는 점은 잘 알려진 사실이다.

실제로 금세기에 들어와 오늘날 우리가 알고 있는 미국식 law school이 지배적인 법학교육제도가 되어 가고 있었던 1920년대에 이르기까지도 도제식 법률가양성방식이 아직 미국에 남아있었다. 대중 민주주의라고 하여야 마땅한 1830년대의 Jackson 민주주의가 법학교육에 미친 영향은 대단히 커서 한편으로는 여러 주에 判事의 民選제도가 도입되고 다른 한편으로는 法律家가 되기 위한 資格要件이 철폐되기에 이른다. Lincoln대통령(1809-1866)이 젊었을 때 독학으로 법률가가 되었다는 것은 잘 알려진 유명한 에피소드이다.

이러한 정치·경제·사회·문화적 풍토 속에서 어떻게 법률가를 배출하는 법학교육이 학문연구의 전당인 대학교육의 불가분의 하나로서 자리잡을 수 있었는가 하는 점은 우리의 지적 호기심을 유발하기에 충분한 사실이라고 생각된다. 어떻게 이러한 일이 가능한가? 어떠한 요인이 이러한 일을 설명할 수 있을까? 미국에 있어서 대학에서의 법학교육의 필요성을 주창한 인물로 그 자신 법률가이기도 하였던 Thomas Jefferson(1743-1826)을

들기도 한다. 그는 Montesquieu의 法의 精神의 영향을 받아 법학교육이 민주정부의 안정성의 기반이 된다는 신념에 따라 새로 탄생된 공화국의 책임있는 정치지도자 양성을 위한 도덕적 훈련 부여의 목표를 가지고 버지니아주 지사로서 William and Mary 대학에 Law and Police 강좌를 개설하도록 하였다. 그는 단순한 교양교육과정으로서의 법학교육이 아니라 정치지도자 양성을 위하여 실용적인 도덕철학과정으로서의 법학교육에 관심을 가졌던 것이다. 그러한 만큼 그는 법률가양성을 위한 전문적인 법학교육을 목표로 하였던 것은 아니며 실제로 그는 대학교육이 법률가양성을 위한 훌륭한 방법이라고 생각하고 있지 아니하였다. 법률가로서의 능력은 시민 일반을 위한 교육이상의 학교 교육없이도 길러질 수 있다고 믿고 있었던 것이다. 그는 도제식교육에 대하여도 높은 점수를 주지 아니하였으며 오히려 일련의 법서를 부지런하게 읽음으로써 법에 통달할 수 있다고 보았다.

아무튼 교수로서 고전에 밝으면서 판사이자 Jefferson의 스승인 George Wythe가 William and Mary 대학의 위 법학강좌를 담당하는 교수가 되어(1779-1790) 학생들에게 Blackstone의 Commentaries on the Laws of England를 교재로 하여 영국법을 가르쳤으며 이보다 더 나아가 학생들로 하여금 고전으로부터 당시에 이르는 폭넓은 독서를 통하여 정치경제학 및 공법을 익히게 하였다. 그의 영향력은 그가 가르친 제자들을 통하여 1770년대 말부터 1820년대에 이르기까지 당시 여러 대학에서의 법학강좌의 개설로 이어진다. 이러한 성격의 법학강좌가 개설된 대학으로는 Yale, Princeton, Pennsylvania, Brown, Columbia, Transylvania, Middlebury, Dartmouth, Vermont, Maryland 대학을 포함하며 Harvard가 이 점에 있어서 가장 뒤쳐져 있었다. 이처럼 Montesquieu의 사상에까지 이어지는 Jefferson의 생각은 Transylvania에 의하여 남북전쟁에 이르기까지 잔존하였다.

다만 대학에서의 이같은 법학교육은 그렇게 성공적이라고 할 수 없었다. 강좌는 있었지만 교수가 임명되지 아니한 곳도 많았다. 한편으로는 당시에 도제식교육의 파생물이라 할 수 있는 私立 法學校(private law school)에서의 직업적인 법학교육이 번성하고 있었는데 이러한 사립 법학교 가운데 가장 유명하였던 것이 Litchfield Law School(1784-1833)이었다. 변호사 중에는 가르치는데 재능이 있는 변호사도 있게 마련이어서 이러한 사립 법학교는 개업변호사 사무실에 수용할 수 있는 숫자보다 더 많은 도제들이 잘 가르치는 변호사 사무실에 모이자 이들을 수용하여 전문적으로 가르치는 학교로 시작된 것이다. 다만 이같은 사립 법학교에도 1820년대에 이르러서는 새로운 변화가 일어나는데 그것은 이러한 사립 법학교들이 기존의 대학에 편입되어 대학의 일부가 되는 변화였다. Yale은 1824년에 한 사립 법학교를 흡수하여 그 학교의 학생들을 받아들이고 그 학교의 교주인 David Daggett 판사를 공식으로 남아있던 법학교수 자리에 앉혔다. Harvard에서는 1829년에 Joseph Story 연방대법관 및 Northampton으로부터 John Ashman을 법학교수로 맞아들여 전문 내지 직업교육으로의 새로운 방향전환의 모색을 보여주고 있다. 대학과 사립 법학의

합병은 이를테면 학문과 실무의 결합이라 할만한 것인데 장차 미국의 법학교육 제도의 발전 방향을 예시하는 것이라 할 수 있을 것이다.

이러한 상황하의 미국사회에 1930년대에 이르러서는 대중 민주주의의 물결이 정치·경제·사회·문화의 여러 분야를 휩쓸어 원래 귀족이나 특권계급이 없는 미국사회의 “자연적” 귀족이라 할만한 법률가 계층에 대하여도 대중 민주주의적인 비판과 공격이 일어나 하나의 피크를 형성한다. 이렇게 하여 일어난 법조계의 가장 큰 변화가 여러 州에서의 판사 선거제도의 도입이었다. 그리고 학교교육이 점차 덜 중시되고 법조인사이의 동료의식이라든지 보통법에 대한 의경심 같은 것도 점차 사라지면서 변호사가 되기 위한 도제훈련의 요건도 퇴조하여 1800년에는 19개 중 가운데 14개 州에서 그것을 요구하던 것이 1840년에는 30개 州 가운데에서 11개 州에서만 그것을 요구하고 있었으며 1860년에는 39개 州 가운데 9개 州에서만 그것을 요구하고 있었다고 한다. 이와 함께 도제제도를 장악하고 있던 지방변호사회도 거의 사라지는 운명에 처하였던 것이다. 그리하여 남은 변호사 자격요건이란 판사가 시행하는 형식적인 bar examination 뿐이었다고 한다. 그리고 New Hampshire, Maine, Wisconsin, Indiana 州 등에서는 도덕적 자질이 우수한 21세 이상의 자이면 누구나 변호사로서 개업할 수 있다고 규정하고 있었다고 한다.

이러한 변화가 대학에서의 법학교육에도 미쳐 Story 대법관의 학문적 기여에도 불구하고 장차 전국 법과대학의 모델이 될 Harvard Law School의 성격도 직업학교의 그것에 지나지 아니한 것이었다. 대학졸업자이거나 이에 상당한 자가 아니면 법과대학에 들어올 수 없다는 1923년에 정하여진 입학요건도 사라져 1929년에는 Harvard 대학 자체의 입학자격을 갖추지 못한 자라도 Harvard Law School에는 입학할 수 있었다고 한다. 학생들은 학기 중에도 언제나 들어오고 나갈 수 있었으며 교육기간을 3년에서 1년 반으로 줄였는데도 있으나마나하게 되었고 학교시험도 법 실무와 직접 관련되지 아니한 법과목도 사라지게 되었다고 한다. 그리하여 대학에서의 법학교육은 학생을 확보하는데 초점이 맞추어져 적어도 남북전쟁(1861-1865)에 이르기까지는 겨우 명맥을 이어가는데 그친 정도였다고 한다. 1840년에 대학에 이름을 둔 법과대학은 전부 9개교에 345명의 학생이 있었을 뿐이라고 한다.

이러한 풍토에 1869년에 과학자인 Charles Eliot(1834-1926)의 Harvard대 총장 취임 및 1870년의 Christopher Columbus Langdell(1826-1906)의 법대 학장으로의 취임과 함께 장차 미국 법학교육을 휩쓸게 되는 새로운 강화된 법학교육의 전기를 마련하게 된다. 이것은 法學職의 독자성 내지 장벽을 무의미하게 만들 것 같은 Jackson 민주주의의 물결에도 불구하고 미국사회에서 차지하는 法の 그리고 法學職의 重要性 내지 重要한 役割의 反映이라고 판단된다. 非엘리트적인 평준화된 사회적 추세와는 별개로 미국사회를 이끄는 엘리트의 흐름을 여기서 볼 수 있는 것이다. 이러한 아이러니를 어떻게 설명할 것이냐?

후술하는 바와 같이 강화된 새로운 법학교육의 의미는 무엇인가? 달리 전래된 군주제나 귀족계급이 없는 평준화된(egalitarian) 신세계 미국사회에서는, 그들의 실용적·공리적인 세계관과 함께 훈련받은 법률가들이 나라의 정책상담으로부터 가정상담에 이르기까지 舊大陸같으면 귀족이나 승려 엘리트들이 수행할 기능을 수행할 수밖에 없었을 것이다. 즉 법이 다른 사회에서보다 사회통제의 더 큰 기능을 수행할 수 밖에 없었던 것이다. 그리하여 대중 민주주의에도 불구하고 법률가들은 당시의 미국사회에서도 그 이전이나 오늘날의 그것에 못지 않은 중요한 위치를 차지하고 있었다. 예컨대 노예, 은행, 독점적인 증기선 등을 소유한 자 등 경제적 이익의 보호에 법원이 중요할 수밖에 없었을 것이다. 그러한 만큼 한편으로는 미국법은 그리고 다른 한편으로는 미국법학교육은 미국 자본주의의 성장과 밀접하게 연계되어 발달되었으며 이러한 시각에서만 그 설명이 잘 되리라 생각된다. 남북전쟁 후의 미국 자본주의의 비약적 성장은 이를테면 영국과는 다르게 훈련받은 법률가를 요청하였으며 이렇게 훈련받은 법률가는 미국 자본주의의 성장과 이에 따르는 사회변화를 촉진하였던 것이다. 그리고 미국의 민족주의와 함께 영국과 여러 면에서 이미 별개의 길을 가고 있었음도 눈 여겨 살펴 볼 수 있다고 생각한다.

아무튼 대중주의의 한 흐름과 엘리트주의의 한 흐름의 일견 서로 모순되는 듯한 두 흐름의 움직임을 1840년대로부터 1860년대에 이르기까지의 기간에도 살펴볼 수 있는데, 예컨대 1842년에 New Hampshire 주는 “21세의 사람이면 누구나 개업할 수 있다”고 규정하고 있었지만 법조계는 훈련받지 아니한 사람들을 자체적으로 끼워주지 아니하였으며 1859년에는 내부의 핵심이 되는 법조인단을 주 최고법원은 그 규칙을 통하여 승인하기에 이른다. 그리고 1850년대, 1860년대를 거치면서 법학교육이 조금씩 나타나고 있었는데 1860년에는 21개의 법과대학이 존재하였으며, 법조계의 부활과 대학의 법학교육을 주창한 Theodore Dwight(1822-1892)가 1848년에는 Hamilton대학의 law, history, civil policy, political economy 교수로 임명받으며 1852년에는 그 대학에 법학과가 설립되기에 이른다. 잠시 후에 언급하려는 Langdell과는 달리 Dwight의 구호는 실무 전에 원리·원칙을 배워야한다는 생각에서 법원리·원칙을 강의하고 외우게 하기 위한 토론(recitation)의 교육방식을 견지하고 있었다. 그러한 Dwight가 1858년에는 그 전 해에 설립된 Columbia의 법과대학(School of Jurisprudence)의 교수로 임명받아 그 후 1891년 새로운 법학교육의 도입에 항의하면서 사임하기까지 한 때는 Langdell의 교육방식과 양대 산맥을 형성하리만큼 그의 강의, 토론, 모의재판 방식의 법학교육이 New York의 법률가들에게 엄청난 영향력을 미쳤다. 그는 또한 New York 변호사회의 설립에도 그 창설자의 한사람으로서 기여하였다.

事例 중심의 教育(case method), 對話式 教育(Socratic method), 시험에 의한 엄격한 학업 관리, 대학의 3년제 전문대학원과정의 법과대학의 틀을 마련한 인물이 Langdell이라

고 하는데 대하여 의문을 제기하는 사람은 아무도 없다. 그러나 법과대학을 나오지 아니하여도 법률가가 될 수 있었던 시대에 대학의 엄격한 교과과정의 법과대학을 등록 학생수가 줄어들어도 급히지 아니하고 이를 끌어 나갈 수 있었던 것은 그를 Harvard Law School의 교수로 임명하고 그와 뜻을 같이 하여 그를 끝까지 밀어주었던 Eliot총장의 뒷받침이 없었으면 아마도 불가능하였을 것이라고 믿는다. 과학자인 그는 Harvard 대학에 실험 중심의 과학교육 및 전문의과대학과 전문법과대학을 설립하는데 결정적인 영향을 미친 대학교육개혁자였으며, 이러한 모델은 미국 타 대학에 있어서의 기본적인 틀이 되었다. 그의 교육개혁은 교육행정에게까지 미쳐 위의 Dwight의 법학교육은 대학의 한 부분이지만 그의 수업은 강의를 듣는 법과대학 학생들의 등록금의 다과에 의존하는 그러한 것이었다. 따라서 그 구조는 대학과 상관없는 私 법학교의 그것과 크게 다르지 아니하는 것이었다. 그러나 Langdell의 봉급은 전적으로 대학에서 지급되어 나오는 체제에 따라 채용되었으며 학생들이 내는 금액에서 행정비 등을 제외한 부분이 된다는 그러한 것이 아니었다. 즉 Eliot은 등록생수에 상관없이 대학재정에서 지급되는 일정액의 보수에 의한 full-time 교수가 담당하는 전문법학교육의 체제를 구축하는데 성공한 것이다.

아무튼 Eliot의 전폭적인 지지를 받아 Langdell이 Harvard 법대 학장이 되면서 도입한 법학교육개혁 가운데 가장 중요한 한가지는 말할 것도 없이 case method로 알려진 事例 중심의 法學教育 方法이다. 그는 기본적으로 법학도 科學이라고 생각하였다. 그리하여 법학이 과학이 아니라면 견습 등을 통하여 더 잘 배울 수 있으며 대학에서 가르쳐야 할 주제가 아니라고 믿었던 것이다. 이점에서는 Dwight도 마찬가지로의 생각을 가지고 있었다. 다만 과학으로서의 법학을 어떻게 가르치느냐에 이르게 되면 양자는 대단히 다른 길을 걷게 된다. Langdell은 판결문이란 일종의 資料로서 이 자료의 분석을 통하여 자료에 담겨져 있는 진리를 탐구하는 과학으로 법학을 생각하였으며 나아가 이러한 법학의 결과로 나온 법원칙들을 암기함으로써가 아니라 자료의 분석을 통하여 과학으로서의 법학을 하는 방법을 배워야 한다고 생각하였던 것이다. 이 목적을 위하여 그는 일군의 상급법원 판결문들을 모은 판결문교재(casebook)를 출간하였으며(A Selection of Cases on the Law of Contracts, 1871). 이 교재를 중심으로 하여 학생들로 하여금 미리 판결문을 읽어 오게 하고 학생과의 대화를 통하여 이 판결문으로부터 사실관계를 가려내고 그리고 이 사실관계에 적용된(될) 법원리를 찾아내게 하는 방식으로 강의를 진행한다. 이러한 방식은 소크라테스식 대화방식(Socratic method)으로 알려져 있는데, 이것을 과학교육이나 의학교육에 있어서의 실험실교육 및 임상교육에 상당하는 것이다. 그리고 과학으로서의 법학의 결과 도달한 진리(법원리)는 일련의 사례에 타당한 진리가 된다고 생각하였다.

다만 그가 생각하였던 과학적 방법에 의하여 도달할 수 있는 법원칙들의 數란 일반적으로 상정하는 것보다 많지 않으며 그것들을 출간된 책 속에 담아낼 수 있는 개념들로 환원

할 수 있다고 보았다(대단히 판택텐식이다). 그리하여 그의 접근방법은 이렇게 하여 한번 도달한 한정된 수의 법원리로부터 벗어난다든지 그 개량까지도 어렵게 만드는, 다른 학문으로부터 절연된 技術的이고 靜態的인 법학에 이르게 만든다. 아무튼 그 후의 미국 법학교육의 역사는 이를테면 순수법학이라고 할 만한 Langdell식 접근방법과 인접학문의 주입을 주장하는 접근방법과의 투쟁의 역사라고 할 수 있다. James Barr Ames, William Keener를 위시한 그의 후계자 법학자들은 Langdell이 생각하는 것보다 법이란 훨씬 다양한 법원칙을 가지는 복합적 성격의 것이라고 보기 시작하였다. 그러한 만큼 그들은 case method를 법원칙을 발견해내는 수단이라기 보다는 법률가로서 사고하는 능력 즉 법적 사고력을 길러주는 수단으로 더 생각하기 시작하였다. 그리하여 Harvard에서는 새로운 생각이 바탕이 된 새로운 판례교재가 개발되기에 이른다. 이러한 생각 내지 변화가 결국은 오늘날까지 이어지는 미국 법학교육을 특징짓는 생각으로 자리매김하고 있는 것이다. 나아가 오늘날의 법과대학 교재는 상급심법원의 判決文 뿐만 아니라 制定法, 인접 학문의 論文 및 著書로부터의 拔萃까지 포함하고 있다. 이러한 변화에 크게 기여한 지적 흐름이 Oliver Wendell Homes 나 Roscoe Pound나 Karl N. Llewellyn, Gerome N. Frank 등에 의하여 대변되는 法現實主義 운동임은 물론이다.

Columbia에서는 Dwight식 법학교육이 그리고 Harvard에서는 Langdell식 법학교육이 강화되어 가고 있던 그 무렵에 한편으로는 정부가 준 토지를 바탕으로 주립대학들이 여기 저기에 세워지고 있었으며 이러한 주립대학에 법과대학이 생겨났고 (예컨대 Iowa 주립대 법대는 1886년에 설립되었다) 혹은 이를 위한 법과대학도 이 무렵에 태어났으며 다른 한편으로는 도시의 직장인들에게 법학을 공부할 수 있는 야간대학들이 또한 우후죽순처럼 생겨나고 있었다(최초의 야간법과대학인 후에 George Washington이 된 Columbian College가 수도 워싱턴에 1865년에 세워졌다). 이러한 때에 학장으로서 Langdell은 취임하면서부터 1820년대에 시도되었던 3년제 법학교육제도로 되돌아가려고 노력한 결과 1878년에 가장 먼저 3년제 법학교육제도를 Harvard에 도입하고 있다. 한때 Harvard에서는 1년 반의 프로그램으로 후퇴하였던 시절도 있었으며 그리하여 1840년대에 2년제 프로그램을 가지고 있었던 학교는 Yale 뿐이었다. 남북전쟁이 끝난 후에야 2년제를 도입하려는 노력이 일반적으로 되어 Harvard에서는 1871년에 2년제가 되었고 1909년에 이르러서야 3년제가 정착하게 된다. 아무튼 이 3년제 제도는 그 후 점차 다른 학교에도 퍼져나가 미국 법학교육 제도의 틀을 형성하게 된다. 한편 Langdell은 학장으로 취임한 후 점차 엄격한 법과대학 입학시험을 부과하여 합격한 자만을 학생으로 받기 시작하였으며 매 학과목에 대하여 시험을 치러 그 과목에 합격치 아니하면 다른 과목을 들을 수 없거나 졸업할 수 없도록 하는 제도 등을 통하여 대학에서의 법학교육의 기준을 강화하였다.

Harvard 법과대학에 있어서의 Langdell의 기여는 법학교육을 담당하는 법학교수에 대



한 研究機能의 요구에 이른다. 실무법률가-교육자의 전형적 틀에서 벗어나 법과대학의 교수가 기본적으로 full-time 법학자·교육자일 것을 요구하는 틀을 Harvard에서 마련하기 시작한 것이다. Langdell은 자기 학생 가운데 Ames를 손수 선발하여 학자로 양성한 후 아무 실무 경험이 없는 그를 조교수로 임명하여 새로운 법학 및 법학교육 방법을 계승·발전케 하였던 것이다. Ames는 실무법률가가 아니면서 법학교수가 된 최초의 인물이 된다. 그 이래로 미국에는 법과대학을 중심으로 學者法律家(academic lawyers)그룹이 형성되어 오늘날 미국 법률가집단의 지도적인, 중요한 구성부분을 이루고 있다. 미국의 대학에서의 법학교육이 이렇게 하여 연유된 것이다. 오늘날 미국의 법과대학 사이에는 하나의 계층이 형성되어 있는데 세계적·전국적으로 알려진 대표적 법과대학과 그러하지 아니하고 법과대학이 위치한 지역의 요청에 응하는 지방적·지역적인 법과대학이나 야간법과대학의 구별이 그것이다. 후자 그룹 법과대학에서는 전자에서보다는 교육기능이 강조되는 경향인 것은 사실이나 미국 법과대학의 법학교수들에게 요구되는 학문적 기능에 대한 요청은 전국적이라 할 수 있고 다만 전자 그룹에서는 학문기능에 대한 요청이 단연 우위에 있다고 말 할 수 있다.

### Ⅲ. 主流를 형성하는 흐름

이상에서 본 바와 같이 1870년대에 Harvard에서 Eliot 총장 및 Langdell법대학장이 일으킨 법학교육개혁이 대체로 오늘날의 미국 법학교육의 시초의 모델을 이루고 있다. Harvard의 모델은 어디서 왔으며 어떻게 하여 미국 법학교육의 주류를 이루는 시초의 모델이 될 수 있었는가?

첫째로 Harvard에서의 법학교육을 비롯한 대학교육의 대 개혁의 뒤에는 獨逸大學과 獨逸法學이 그 모델로 자리잡고 있었다는 점을 지적할 수 있다고 생각한다. 그 당시까지의 대학교육은 영국의 영향을 받아 數學과 古典을 배우는 교육이었는데 Eliot가 유럽을, 특히 독일을 2년 동안 여행하면서 그 곳의 대학교육에 감명을 받아 유럽 내지 독일식 대학교육 개혁을 Harvard에서 과감히 시행하였던 것이다. 사실 1860년대의 영국의 법학교육개혁도 독일의 영향을 받은 것인데 예컨대 John Austin의 Lectures on Jurisprudence도 그가 Bonn대학에서의 체험에 바탕을 둔 것이라는 점은 잘 알려져 있다. 아무튼 Harvard에서 과학으로서의 법학교육이나 실험을 중시하는 과학교육 및 의학교육이라든지 입학시험의 결과에 따른 대학입학이라든지 엄격한 시험을 통한 학과목 학사관리라든지 저학년에서의 필수과목 및 상급학년에서의 선택과목 등의 아이디어는 독일 대학 영향이라 할 수 있다. 예컨대 입학시험에 따른 대학입학은 독일의 Abitur제도에서 영향을 받았다고 한다.

1815년으로부터 시작하여 제 1 차 세계대전에 이르기까지 9천명의 미국인들이 독일대

학 등에서 수학하였으며 그 가운데 상당히 많은 수는 박사학위취득자이고 300여명의 독일인들이 미국대학에서 교수생활을 하였다. 그리고 Columbia법과대학에는 Wilhelm 황제 석좌교수자리까지 마련되어 있었다. 그리고 1880년에 이르기까지 법학은 독일에 유학하는 미국인 사이에 두 번째로 인기 있는 학문이었다는 점도 흥미롭다. 아무튼 Eliot는 Harvard를 유럽의 명문대학에 못지 아니하는 학문의 전당으로 만들려고 하였다. Langdell이 학장으로서 처음 도입한 제도개혁으로 법대입학시험제도, 2년제로부터 3년제 법학사(LL.B.)과정, 학과목시험제도, 독일대학에서와 같은 연구기능의 제도화 등을 포함한다. 그는 독일대학의 법과대학과 같은 법과대학을 만들려고 하였던 것이다. 그러나 가장 중요한 개혁은 무엇보다도 과학적으로 普通法을 접근하여 유기적인 정교한 일반원칙을 도출하여 낼 수 있다는 신념에서 법학을 사례중심의 대화식 방법으로 시행하는 법학교육의 방식이라 할 수 있는데, 그 바탕이 되는 그의 법학은 Savigny의 歷史法學에 대단히 유사하다는 점을 지적할 수 있다. 그리하여 법원리를 여러 세기에 걸친 판례 성장의 결과로 보는 유기체적 법개념 및 법실무와는 구별되는 법학이 대학에 속한다는 생각도 양자 사이의 공통점이다. 1848에 Harvard 법대에서 강의를 시작한 Luther Cushing(1803-1856)은 독일 역사학파의 이론을 전개하고 있었으며 Cushing의 제자이자 Langdell의 열렬한 지지자였던 James Carter(1827-1905)도 Savigny의 지지자였으며 Langdell의 후계자인 Ames는 독일서 수학까지 하고 돌아왔었던 것이다.

둘째로 入學試驗, 學科目試驗, 教育期間延長 등 強化된 教育基準을 가지고 행하는 事例 중심의 對話式 法學教育이 종래의 이론 중심의 강의(lectures)와 암기(recitation) 위주로 행하는 법학교육보다 단연 우수하다는 사실이 결국 이러한 법학교육 방법을 미국 법학교육의 전형적인 모델로 만들기에 부족함이 없었다고 생각한다. Harvard에서의 Langdell의 법학교육 방법에 대한 반작용으로(1872년에) 시작된 법과대학이 Boston Law School이며 Columbia에서 Harvard식 법학교육 방법으로 무장한 Keener와의 경쟁에서 밀려난 사람(George Chase, Richard Petty)들이(1891년에) 시작한 법과대학이 New York Law School 이었다는 사실은 저간의 사정을 극적으로 보여주는 역사적 사실이며 매우 흥미로운 사실이기도 하다고 생각한다. 사례 중심의 대화식 법학교육 방법에 대하여 가하여진 비판 가운데에는 이러한 법학교육은 우수한 학생에게는 적합하고 우수한 방법이지만 그 이외의 평균적인 학생들에게는 따라가기 힘든 방법이라는 비판과 처음 1년간은 학생들로 하여금 열심히 따라오게 하지만 2년·3년차에 있는 학생들에게는 그들의 흥미를 잃게 하는 지루하고 시간 낭비적인 방법이라는 지적이 포함되어 있다. 우수 학생들에게만 적합하다는 비판도 비록 평균적인 학생일지라도 따라오게 만드는 학과목시험제도 등을 통한 강도 높은 교육에 의하여 이를 극복하고 있으며, 2·3년차의 학생들의 흥미를 유발하기에 충분할 만큼 다양하고 새로운 선택 과목의 제공, 사례중심의 대화식 방법 이외에 세미나식 강의,

강의식 강의 등을 통한 다양한 교육방법의 채택, 판례는 물론 제정법(입법례)·인접 분야를 포함하는 다양한 분야의 논문 및 저서 등 판례 이외의 광범위한 자료의 활용 등에 의하여 두 번째의 문제점도 극복하고 있다.

그러한 만큼 사례 중심의 대화식 교육 방법만으로 오늘날의 미국의 법학교육의 성격을 규정짓는 것에는 무리가 있다. 사례 중심의 대화식 방법과 함께 사례를 포함한 다양한 자료를 가지고 세미나 및 강의식 방법이 어우러져서 강도 높은 법학교육이 이루어지기 때문에 판결례뿐만 아니라 판결례와 직접적인 관련이 없는 어떠한 문제에 부딪히든지 그것이 입법정책의 문제이든 해석론의 문제이든 젊은 법률가들로 하여금 자신감을 가지고 이를 분석하고 체계화하며 혹은 풀어나가는 능력을 길러주기에 충분하였으며 이렇게 훈련된 미국 법률가들로 하여금 자기네의 법학교육이 단연 우수하다는 자신감을 가지게 만들고 있다. 한편 이러한 법학교육은 미국의 자본주의 시장경제를 그리고 이에 따르는 정치·사회 변화를 국내적으로 그리고 세계적으로 끌고 나가기에 충분한 법률가를 양성하고 있다. 필경 미국의 자본주의적 성장과 맞물리어서 法的 統制를 위한 미국의 사회적 수요를 충족시키기에 충분하였다. 다른 한편으로는 그러한 법률가 공급이 그러한 법률가 수요를 창출하기에 충분하였기 때문에 미국의 법학교육이 성장할 수 있었다고 보여진다. 미국의 우수한 법과대학 졸업생들을 미국 자본주의 성장과 함께 급속히 성장한 회사법, 증권법, 세법, 독점금지법, 운송법, 질차법 등 최첨단 법 발달과 떼어서 생각할 수 없으며 이들은 급속히 성장하여 온 대도시의 법률회사, 대기업체, 대노동단체, 정부기구 등에 충원되고 있다.

셋째로 오늘날의 미국의 법학교육의 모델이 형성되기까지의 1878년에 설립된 全美國辯護士會(the American Bar Association, ABA) 및 1900년에 설립된 美法科大學協會(Association of American Law Schools)가 행한 법과대학에서의 법학교육 강화 지지의 역할을 빼놓을 수 없다. 입학요건, 교육기간, 사법시험요건(법대졸업생만이 시험자격이 있다), 교수 대 학생비율, 도서관의 장서 수 등 Langdell 이래로 미국 법과대학의 법학교육 기준이 점차 강화되어 왔으며 Harvard, Columbia 등 유수의 대학으로부터 전국 각 주의 법과대학에 이르기까지 점차 확대되어 왔는데, 그 뒤에는 언제나 이 두 기관이 도사리고 있었다. 그리고 이들 기관에서는 學者法律家の 역할이 두드러지고 있었다. 결국 미국 법학교육의 오늘날의 모델을 형성하기까지 Harvard 등 앞선 법과대학과 함께 누가 먼저라고 할 수 없을 정도로 법과대학(결국 학자법률가들)과 이 두 기관이 법학교육 개혁을 이끌어 왔다. 이들 기관이 이같이 이끌어 올 수 있었던 장치가 법과대학의 소위 認證(accreditation) 제도이다. 이들 기관은 공권력을 가지는 기관도 아닌 자발적 단체로서 법학교육에 관하여 달리 전국적인 공권력을 가진 기관이 없는 미국사회에서 이들이 내놓은 법학교육 기준을 각 州의 議會가 법으로 채택하는 방식을 통하여 오늘날 우리가 보고 있는 미국 법

학교육 모델을 공권력을 가진 기관이나 실질적으로 다름없이 형성하며 또 이끌어왔다. 적어도 이들 기관이 이렇게 이끌어 온 한가지 이유는 아무나 법률가가 될 수 있었고 아무나 법률가를 자칭할 수 있었던 대중민주주의 시대에 자기들의 직능적 권위와 위상을 견지하려는 고매한 전문직(the learned profession)으로서의 직업적 이익을 지키려는 목표 때문이라고 말할 수 있다. 오늘날 학부졸업생만이 법과대학 입학자격을 가지며 법과대학은 3년제 full-time 주간제 법과대학일 것을 요구하는 요건(야간법과대학은 3년 대신 4년을 요구) 등은 이민 온 자 및 유대인들의 법과대학 입학을 저지하거나 어렵게 하려는 목적으로 원래 도입된 제도라는 점은 이미 알려진 사실이다.

### 참고문헌

- Clark, David S. "Tracing the Roots of American Legal Education- A Nineteenth-Century German Connection," *Rebels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht*, 51 (1987): 313-333.
- LaPiana, William P. *Logic and Experience: The Origin of Modern American Legal Education*, Oxford University Press, 1994.
- Merryman, John Henry "Legal Education There and Here: A Comparison," *Stanford Law Review*, 27: 859-878.
- Stevens, Robert *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill, 1983.
- \_\_\_\_\_, "Two Cheers for 1870: The American Law Schools," *Perspectives in American History*, 5 (1971): 405-548.