

<書 評>

The Lawyers

By Martin Mayer, Harper & Row, pp. 548, \$ 8. 95. (1968).

法和 法律家에 관한 研究의 主題는 다음 두 가지로 設定할 수 있다. 첫째로 社會學者들이 이른바 “制度的 研究”라 부르는 法律職業의 考察이다. 이러한 接近이 實効를 거둔다면 그것은 法律家の 自畫像의 觀念을 넘어서 法曹人 자신들이 파악하지 못하던 참신한 문제를 提起할 것이다. 둘째로 한 社會의 法에 대한 태도, 그 특정한 法形式의 발전등을 설명할 수 있는 歷史的, 社會構造의 諸要因의 探究와 그 體系化를 試圖하는 社會學的 研究이다.

Mayer는 5년동안을 法律家에 관한 考察에 마쳐 量的意味로서의 “大作”을 썼으면서도 위에서 말한 課題에 별로 公認한 바가 없다. 그는 *The Lawyers*가 “摩天樓로부터 店舖, 시골 支院으로부터 聯邦大法院까지의 法和 그 實務家들에 관한 報告”라고 주장함으로 그것이 一見 첫째번 「카테고리」에 속하는 것 같으나 그렇지 못하다. 그것은 여러 issue에 있어서 반대되는 立場을 취하는 無數한 法曹人들의 主張과 著者が 옳다고 생각하는 떠들석한 社說들의 끊임없는 引用, 그리고 漫講의 興味를 위한 유명한 法律家들의 옛날얘기의 混雜이다. 通察力, 새로운 發見, 생동하는 批判의 知性은 그 長長한 紙面에서 찾아보기 힘들다.

失禮를 무릅쓰고 好評을 하려면 著者の 特技는 室內裝飾이다. 그의 法庭, 官廳, 講議室 등의 描寫는 靜的인 器物을 지나 그 우울한 場所들의 냄새, 喧騷, 抑揚에 까지 이른다. 이 冊 한권에 미국의 法律에 관한 농담, 警句, cliché, 逸語, 神話, 臆言등이 몇百의 “法律家の 演說”에 浪費되고도 남을만큼 收集되어 있다. 그 반면에 著者는 多數의 法理論을 誤解하고 있으며, 法哲學의 領域으로 無謀한 冒險을 떠난다. (한 例를 들면 “法은 豫測의 體系이며 百年前 David Hume이 지적한 바와 같이 豫測은 統計的이어야 한다.” 물론 豫測이 만드지 統計的일 必要는 없으며 評者가 아는 限 Hume이 그렇게 주장하지도 않았다.)

이 失敗作이 흥미를 끄는것은 “職業으로서의 法律”을 研究하려는 者에게 하나의 敎訓이 될 수 있다는 것이다. Mayer와 같이 法律家들이 問題를 設定하고 그들 자신이 答하는 形式으로는 法律家에 관하여 별로 새로운 知識이 얻어질 수 없다.

法律家들은 法科大學에 入學하는 첫날부터 그들自身, 그들의 慣行, 倫理, 社會에 있어서의 役割등에 沒頭하는 職業的 narcissist 들이다. 法曹人에 관하여 研究하려는 者가 그 問題點을

法曹人 자신들로 부터 採擇한다면 그 研究는 始作되기도 전에 이미 陳腐한 常識의 포로가 되고 만다. 그것은 legal profession 이 重要하다고 看做하는 문제의 範圍를 벗어나지 못할 것이며, 그 結果 Mayer의 著作과 같이 訴訟遲延과 判事들의 收賄등에 관한 隨想의 反復일 수 밖에 없다.

그러나 그 既存의 常識의 目錄에는 legal profession 에 관한 모든 중요한 문제가 포함되어 있는 것은 아니다. 예컨대 Wall Street 의 法律事務所들은 1950年 後半으로부터 60年代 初까지 여러 法科大學의 가장 優秀한 卒業生들로 充員되었다. 그러나 최근에 이르러 그들은 敎職, 地方政府, 共同社會福祉등에 봉사하기를 원하고 있으며 law firm 들은 우수한 實務者充員에 극심한 곤란을 겪고 있다.

미국의 法科大學들도 지금 試鍊期에 있다. 가장 우수한 法科大學들은 오랫동안 法學敎育이 判例나 條文의 범위를 넘어 歷史, 哲學, 經濟學, 貧困, 人種 분류와 같은 社會문제까지 分析 敎授해야 한다고 주장해 왔다. 여기에 說服받은 새로운 世代의 法科大學生들은 學校가 아직 가르칠 能力이 없는 部門의 敎育을 요구한다. 法科大學들은 그 敎育의 態樣, 더 나가 哲學까지 再檢討하지 않으면 안되게 되었다.

Mayer 와 같이 法律家에 관한 傳統的 問題目錄에서 벗어나지 못할때 앞에서 말한 두번째의 接近은 不可能하게 된다. 우선 미국의 法 및 法律家의 汨濫에도 불구하고 왜 社會의 法에 대한 影響에 관한 研究는 貧弱한가?

대부분의 法律家에 관한 著書는 그들을 別種으로 취급하고 있다. 모두가 *The Lawyers* 와 같이 몇명의 法曹人이 어떤 學校를 나왔으며 어떤 分野에서 어느 程度의 所得을 갖고 어떤 職種에 얼마나 就業하는가 등에 관한 것일뿐. 그들의 實行과 主張이 社會와 어떻게 연결되는 것인가에 관하여는 無知하다.

이러한 現象의 하나의 原因은 “法律家的 思考方式”은 一般人과 다르다는 所見이다. Mayer도 이 理論을 반아드려 legal mind 가 어떤것인지 안다고 주장하며 그것이 더 生産的인 思考過程을 阻害한다고 한다. 그가 “法律가와 같은 思考習性”이 무엇인가에 관하여 자세히 論及하지 않으나 法律家들은 지나치게 權利와 義務에 執着하며 바람직한 政策에 關心이 적다는 것이 그 法律가와 같은 思考習性의 특징이라고 믿는것 같다. 實務家로서 顧客의 事件을 맡은 辯護士가 그것을 權利, 義務의 概念을 통하여 보는 것은 당연하다. 著者는 判事, 立法者, 法學敎授와 같이 公共職에 있는 法律家들이 權利를 強調하는 것을 批判한다. 그들은 社會問題를 參與者의 “道德的” 또는 “自然的” 權利를 分類해 넘으로서 解決하려 하며, 著者에 의하면 이 習性이 共同社會政策을 더 증진할 實際的接近을 阻害한다고 한다.

그러나 著者는 이러한 “法律的” 態度的 原因을 分析하지 못했다. 왜 法律職業의 思考는 그러한 形式으로 나타나는가? 왜 法律家들은 그 “法律家的 思考習性”을 갖게 되는가? 政治

의 이익, 階級등으로는 이러한 現象이 說明될 수 없다. 著者に 의하면 保守主義者, 急進主義者를 가릴것 없이 그것은 法律職 一般의 習性인 것이다 또 法律家의 性格的 특징으로도 충분히 설명되지 않는다. 著者가 왜 法律家들이 그토록 權利와 義務에 관하여 論難하는가를 끝까지 究明해 갔더라면 아마도 이 習性이 法律家와 門外漢을 區分하는 것이 아니라 오히려 聯結시킨다는 事實을 發見할 수 있었을 것이다.

法律家들의 權利, 義務 概念의 使用은 社會一般의 道德의 慣行의 理解와, 戰略 또는 原則의 문제로서 그들의 主張, 決定에 있어서의 그러한 慣行의 考慮를 反映하는 것이다.

이러한 事實과 慣行의 파악을 위해서는 大衆의 道德과 法을 考察해야만 한다. 道德에 관한 研究는 哲學의 대상으로서 最近까지 哲學者들은 이른바 “通常의 道德(conventional morality)”과 “絶對的 道德”을 구별하여 前者를 無視하거나 혹은 오만하게 “道德에 관하여 사람들이 어떻게 생각하는가”의 問題로서 취급해 왔다. 따라서 善惡의 判斷, 理念과 진정한 生活의 구별과 權利, 義務에 관한 判斷과 兩者의 구별을 分析할 수 없었다. 權利 義務에 관한 判斷과 善惡 또는 理念이나 좋은 生活에 관한 判斷의 구별은 法的主張을 理解하는데 중요한 것이다. 첫째로 “權利, 義務의 判斷은 相反되는 政策, 理念에 優先하는 힘이 있다. 둘째로 이러한 힘 때문에 그것은 특수한 據證을 필요로 하게 된다.

따라서 “legal approach”가 政策的考慮를 無視한다는 비판은 誤解에 기인하는 것이다. 그는 政策主張과 權利의 主張의 구별을 파악하지 못하며 따라서 兩者가 撰擇의 으로 사용될 수 있는 경우를 알지 못한다. 例컨대 著者는 都市의 貧困문제를 貧民의 社會的 權利를 強調함으로써 解決하려는 法律家들을 批判한다. 그러한 主張들은 住宅, 教育등의 改革을 위한 調査 分析, 政策의 樹立으로 부터 注意를 돌린다는 것이다. 그러나 여기에 著者는 社會의 目的과 그 實現을 위한 政治, 經濟的 手段의 두개의 issue를 混同하고 있다. 물론 貧者의 社會的 權利의 主張은 社會의 目的에 관한 것이지 그 實現手段에 관한 것이 아니다.

「아메리카」의 貧民은 慈善의 對象이거나 國家經濟 政策의 反射的 利益의 受惠者일 뿐이다. 여기에는 “legal approach”는 貧民은 慈善家의 慈悲心이나 國家經濟政策과 관련없이 좀더 나은 生活의 社會的權利가 있다고 주장하는 것이다.

이러한 主張을 하는 法律家들은 다음과 같은 戰略을 따른다. 첫째로 一定한 既存의 義務 實際를 指摘하고 둘째로 一貫性의 論理는 그러한 義務에 相應하는 權利를 貧民에까지 擴張할것을 要求한다고 主張한다. 이러한 戰略은 被告人이 印紙代를 支拂할 수 없다는 理由로 上訴를 拒否할 수 없든가, 投票稅를 納付하지 못하는 者에게 投票權을 制限할 수 없다는 등의 聯邦大法院의 決定에 奏効하였던 것이다. 이러한 戰略이 더 經濟社會的인 問題에 적용될 때 어떤 效果를 가져올 것인가는 두고 보아야 알겠지만 미국이 하나의 社會로 進化하려면 法律家들은 그 “權利의 主張”을 포기해서는 안될 것이다.

그 “權利와 政策”의 混同은 Mayer가 예로 들고 있는 被疑者의 保護를 위한 聯邦大審院의 判決의 批判에서 발견된다. 그는 “竊取한 자동차를 몰고 가는 者에게 그 경위를 물어볼 權限이 警察官에게 없다는 一部 自由權論者의 主張은 白痴性위에 基礎한다”고 불만을 토로한다. 여기에 著者는 그 相反되는 主張을 理解하지 못한다. 즉 人間은 自身에 罪責을 背우지 않을 自由, 對答하지 않을 自由가 있기 때문에 國家가 그가 自身의 地位를 理解 못할 정도로 貧困하거나 無知한 것을 이용하는 것은 부당하는 것이다. 물론 이러한 主張의 힘은 默秘權의 存在理由에 달려 있다. 그것이 警察權 濫用(police brutality)의 防止라는 政策的考慮에 基礎한다면 辯護士가 到着하기 전에는 警察官은 被疑者에게 아무런 質問도 할 수 없다고까지 할 필요는 없을 것이다. 그러나 그것이 Mayer가 不滿스럽게 여기는 自由權論者(civil libertarians)의 主張대로 人間이 자신에게 罪責을 背우지 않을 수 있는 道德的 權利위에 선다면 國家는 警察的 非能率性에도 불구하고 그 默秘權의 포기가 任意的이고 慎重한 考慮에 의한 것인가를 確證하기 위한 모든 措施를 取할 義務가 있는 것이다.

著者는 그의 “法的接近” 理論의 범위를 벗어나지 못했기 때문에 法的主張의 문제점을 理解하지 못했다. 이러한 不知는 바로 社會學者나 法學者들의 法的慣行과 道德的慣行의 관계의 重要性을 보지 못하는 原因이다. 하나의 社會를 考察하는 者는 여러가지 規範的判斷의 差異點을 念頭に 두어야 한다. 比較法學이나 比較社會學에 있어서 가장 흥미있는 문제의 하나는 社會의 規範的 行態, 道德律이 어느 程度 “法的”인가 이다. 물론 그 “法的”정도의 基準은 善과 惡, 目標와 理想과 區別되는 權利와 義務의 相對的 重用이다.

예컨대 현재 문제되고 있는 精神異常者의 刑事責任의 免除는 社會의 通念을 反映하는 것인가? 다시 이러한 社會的 通念은 이미 科學的으로 옳지 않거나 또는 의심스럽다고 實證된 心理學에의 信賴에 기초하는 것인가, 그렇지 않으면 心理學과는 관계없는 道德的原理를 代辯하는 것인가? 또 Warren 大審院長의 辭任이 미국 社會의 “保守化”와 관련된다면 法院의 判決과 社會變化와의 相互作用을 分析할 수 있는 理論體系의 樹立은 가능할 것인가? 아직도 이러한 문제는 難題이며 社會科學과 哲學의 荒廢한 接續地帶에 속한다. 그러나 물론 그러한 문제들은 辯護士의 收入 調査 研究의 進一步보다도 더 法社會學的으로 價値있는 것이다.