

## 韓國의 法學과 法律實務

黃 山 德\*

法學은 지금까지 <法이란 무엇인가>를 알려고 노력해 왔다. 그러나 누구도 그것에 성공한 사람은 없었다. 能力이 부족해서 그것을 알아내지 못하는 것이 아니라, 처음부터 問題提示가 잘못되어 있었음을 알게 된 것은 극히 최근의 일이 된다.

卑近한 예를 들어 생각해 보기로 하자. 가령 殺人事件이 있었다고 하는 경우에, 그것에 적용될 <法>은 과연 무엇일 것인가. 우리는 곧 刑法 제250조 1항을 생각한다. 死刑에서 5년까지가 규정되어 있다. 그러나 제53조와 제55조 3호에 의하면, 5년을 2년 6월로 減輕할 수 있고, 또 제62조에 의하면, 執行猶豫로 내보낼 수도 있다. 결국 그 殺人犯은 死刑에 처할 수도 있고, 執行을 유예하여 석방할 수도 있다는 것이 된다. 이를테면 極에서 極인 것이다. 무슨 法이 이렇단 말인가. 이 경우에 무엇이 法인지를 우리는 알 길이 없다.

그러면 이러한 法條文들(實定法)을 가지고 실제로 우리가 행하는 <法律實務>는 어떠한가. 한마디로 말하면, 그것은 當事者의 能力과 活動 여하에 따라 얼마든지 左右될 수 있다. 가령 알리바이(alibi)를 감쪽같이 造作해 낼 수만 있다면, 아무리 殺人犯이라 할지라도, 얼마든지 처벌로부터 벗어 날 수 있다. 또한 被告人이나 辯護人의 활동여하에 따라 刑이 크게 減輕되는 경우를 우리는 흔히 볼 수 있다. 그리고 이러한 일은, 刑事上에서 보아도 民事上에서 더 많이 생겨나고 있다. 能力과 活動이 부족해서 멸정한 自己財産을 억울하게 빼앗기는 일이 非—非再한 것이다.

이렇게 본다면, <法이란 무엇인가>라는 무의미한 질문을 내세울 것이 아니라, 實定法을 포함하여 우리에게 주어진 모든 것을 어떻게 활용할 것인가를 문제삼지 않으면 안된다고 말하게 된다. 法, 權利, 義務 등의 意義, 本質 등을 아무리 따져보아도, 우리에게 얻어지는 것은 하나도 없다. 공연히 學說만 紛紛할 뿐이다. 그러므로 우리는, 이러한 用語 하나를 그것만으로 문제삼을 것이 아니라, 그러한 用語를 그 속에 포함해 가지는 命題를 문제삼지 않으면 안 된다. <權利>의 本質이 무엇인가가 아니라, <저 家屋의 所有權은 나에게 있다>라는 命題를 문제삼고, 그러한 相對方의 請求를 어떻게 <棄却시킬 것인가를 연구하지 않으면 안 된다. 이리하여 法學은 法律實務에 吸收된다고도 말할 수 있다.

그러나 相對方의 主張내지 請求를 棄却시키는 데에는 여러가지 방법이 있을 수 있다.

\* 辯護士, 前法務部長官

未開한 시대에는 暴力이나 實力으로 자기의 要求를 관철시켰을 것이다. 또한 不合理한 迷信같은 것으로 상대방을 굴복시키기도 하였다. 뿐만 아니라 오늘날에 있어서도 權力이나 金力을 배경으로 또는 詐術을 가지고, 상대방의 주장 내지 청구를 棄却시키는 일이, 특히 不條理가 蔓延되어 있는 사회에서는 흔히 일어나고 있다. 그러나 우리가 가장 바람직스럽다고 생각하는 것은, 누구에게나 다 용납될 수 있는 客觀的·合理的인 基準을 가지고 攻撃도 하고 防禦도 하는 것이다. 이렇게 해서 棄却되면 우리는 할 말이 없을 것이며, 이 때에 우리는 法治主義가 잘 시행된다고 말한다. 그리고 이러한 客觀的·合理的 基準이 바로 實定法인 것이며, 이러한 實定法만으로 裁判을 받게 된 것은 國民의 힘이 그만큼 強해졌다는 것을 의미한다. 그러므로 오늘날 우리에게 있어서는, 이러한 實定法의 意味構造를 잘 다듬어 두는 것이 무엇보다도 필요하다고 하겠는데, 그러한 점에서 法學의 必要性은 조금도 損傷되지 않는다고 말할 수 있다.