

## 韓國의 法學과 法律實務

李 時 潤\*

### I

近代의 意味의 韓國의 法學은 1945年 日帝의 支配에서의 解放과 더불어 出汎하였다 하여도 過言이 아닐 것이다. 이러한 日淺한 歷史에 政治的 混亂이 反復되는 狀況下에 法學이라고 例外的으로 急成長하기를 기대할 수는 없다. 게다가 우리나라의 法學發展에 宗事하는 學者는 量的으로 매우 貧困하다. 비근한 例로 筆者가 關心을 두고 있는 民事訴訟法의 分野를 보면 그 學者의 數가 몇 손가락으로 꼽을 수 있는 정도이다. 國家的 支標가 工業立法에 의한 經濟發展이고 또 國防優先主義로 一貫할 수 밖에 없는 우리의 現實下에 法學發展에 政府의 支援과 關心도 극히 微微하다. 한편 受驗法 등이 正統法學의 秩序를 攪亂시키고 있으며 또 우리 社會에서는 法律은 非生産的인 학문이라는 誤導된 인식마저 팽배되어 있다. 이렇듯 韓國法學이 처한 孤立無援의 與件下에서도 그동안 많은 學問的 成果를 쌓아 올렸고 相當한 水準으로 成長시킨데 대하여 斯界에 宗事하는 學者들에게 우선 敬意를 표하고 싶다. 따라서 法律實務와 관련지어 韓國法學에 대해 論한다면 韓國法學의 水準에 대해서가 아니라 韓國法學의 研究方法論에 관하여시이며, 이에 대해 이하에서 素朴하게나마 몇가지 評釋을 가하고자 한다.

### II

첫째로 우리나라의 法理論이 構造的으로 演繹的이며 pedantic한 面이 있다. 실제 Case를 놓고 法理論을 展開하면서 總當에는 法의 一般原則을 찾아내는 歸納的方式이 아니다. 大學의 講義科目도 教授獨自式의 講義(Vorlesung)이지 Case Method나 演習科目(Übung)이 별로 없으며, 模擬裁判다운 裁判도 大學에서 행해지고 있지 않다. 실로 法學의 殿堂이라고 할 法科大學이 法律實務와는 거의 遊離된 狀況에 놓여 있다. 말하자면 醫學에 比喩할 때에 基礎만이 있고 臨床도 없다. 그리고 實務家들의 大學에서의 活躍도 比較的 低調한 편이며, 상호交流가 별로 없다. 그리하여 大學에서 法學을 專功하고 나와도 法律實務에 應用력이

\* 光州高等法院 部長判事

없이 간단한 訴狀마저 써내기가 어려운 형편이고, 不動產登記簿謄本 하나 옮겨 解釋해 내지 못하며, 生活周邊에서 法律相談을 하여 올 때에 自信感보다도 두려움이 앞서게 된다.

둘째로 解放後 40年 가까이 된 이제 우리나라의 判例가 제법 쌓였지만, 아직도 判例研究가 소홀한 것은 우리나라 法學의 一般의인 傾向인 것 같다. 個別的인 判例研究는 더러 보이지만, 특히 綜合判例研究나 法源으로서의 判例法을 찾아 내리는 試圖는 거의 發見할 수가 없다. 심지어는 分明히 우리나라의 같은 判例가 있음에도 教科書나 論說에 따라서는 日本 등의 外國의 判例를 들어가며 論難하는 경우마저 있다.

우리 判例의 結論이 非進取的이고 理論構成이 稚拙한데 대한 平素의 幻滅感 때문인지 모르겠으나, 우리가 우리의 判例를 無視하는 것은 自虐의인 일이 아닐 수 없으며, 이러한 傾向이 持續되면 韓國法學의 國產化란 永遠한 未決의 課題가 될 것이다.

周知하는 바와 같이 判例도 事實上的 것이기는 하지만, 法規과 같은 拘束力을 가지며, 實務處理에 있어서 그 威力이란 그것이 곧 「살아 있는 法」임을 實感케 해주는 것이다. 잘못된 判例라고 해서 批判없이 이를 수수방관하면 法律實務의 運營도 誤導되고 安逸한 精神에 흐르기 마련이며, 그런수록 學問인 法學과 法律實務와는 gap이 벌어져 나갈 따름이다. 日本의 戰前大審院이 한때 判例에 대한 學界의 批判이 없어 無風地帶를 驕歌하였다가 東京大學의 未弘嚴太郎教授 中心의 民事判例研究會의 發足과 더불어 判例에 대한 批判攻擊을 맡으면서 大審院이 實務運營을 再整備強化하게 되었다는 有名한 逸話가 있다.

셋째로 法學이 實踐科學인 바에야 實踐의인 利益이 있는 것과 없는 것을 구별하여 前者에 보다 더 心血을 기울여 研究함이 마땅할 것인데, 우리나라의 法學이 왜 그러한 傾向으로 一貫하는 지는 매우 疑問이다.

實踐의인 實益이 없는 것을 붙든다면 결국 空論이나 現實感覺을 잃은 學問이 되기가 쉽다. 가령 民法學의 경우만 하여도 不動產의 物權變動에 있어서 物權行爲의 獨自性, 無因性의 문제에 대해서 보다, 現在 全體 民事訴訟事件의 4割정도를 차지하는 것이 不法行爲事件이라면 차라리 이 部面의 깊은 研究가 所望스럽지 않을까 생각한다. 그밖에도 庶民金融業界에서 널리 活用되는 假登記擔保, 賃借權의 讓渡의 경우에 제기되는 權利金問題, 그리고 紛爭當事者間에 널리 행해지는 이론바 合意 즉 和解契約등 實踐의意味가 큰 課題가 山積되어 있는데 과연 이 部門의 研究가 어느 정도 進前되고 있는지 疑問이다. 또 우리나라의 刑法學의 경우만 하여도 犯罪論에 지나치게 치우친 나머지 刑罰論을 等閑히 하는 면이 있다. 筆者가 經驗하는 바로는 實務上 犯罪論에서 제기하는 問題點은 比率上 100件에 1件이 될까 말까 하는 정도이며, 刑의 量定이야말로 刑事裁判에 있어서 어느때나 當面하는 큰 實務上 難題이다. 다시 말하면 刑種의 選擇, 刑期範圍內의 量刑, 酌量減輕, 執行猶豫, 宣告猶豫등에 있어서 주어진 裁量權을 어떻게 合理的으로 行使할 것인가의 문제인데, 이에 관한 깊은 研究의 必要性은 아무리 強調해도 지나친 것은 아닐 것이다. 近者에는 獨逸에 있어서도 刑法

學의 實踐性을 위해 研究의 焦點이 犯罪論에서 刑罰論으로 轉換된 것으로 알려져 있다.

또 刑事裁判에 있어서 有罪判決의 경우는 判決書作成이 容易함에 대하여, 無罪判決의 경우는 매우 힘든 作成方式에 의하고 있다. 有罪判決에 비해 無罪判決의 上訴率이 훨씬 높으며 無罪判決에는 거의 例外없이 上訴하는 것이 實情이다. 그것이 無罪率을 낮추고 자칫 執行猶豫로 妥協하기 쉬운 要因이 될 수 있다는 것도 刑事訴訟法學에서 看過되어서는 안될 研究課題의 하나일 것이다. 지금까지의 우리나라의 實務運營의 傾向은 比較的 刑事裁判보다도 民事裁判을 重視하여 왔다. 이 때문에 法社會學的 approach를 통하여 刑事裁判에 있어서의 批判반고 改善되어야 할 課題는 한 두가지가 아닐 것으로 안다. 이러한 實踐的인 利益이 큰 課題들에 대해 우리의 法律은 이렇다 할 關心을 갖고 있지 않은 채 放置해 두고 있는 風土는 早速히 改善되어야 할 것이다.

넷째로 지적하고 싶은 韓國法律의 問題點은 研究分野를 基本法典에 局限시키고 있는 傾向이다.

그런데 社會發展의 趨移에 맞추어 基本法典을 補完 내지는 改廢하는 內容의 單行法은 續出되고 있다. 近者에 나타난 것만 하여도 重要的 것을 指摘하면, 民事法分野에서 住宅賃貸借保護法, 訴訟促進등에 관한 特例法, 刑事法分野에서 暴力行爲等 處罰에 관한 法律중 改正法律, 特定犯罪加重處罰에 관한 法律중 改正法律, 國家保安法, 社會保護法등이 그것이다

이러한 單行法중에는 基本法典을 改廢하는 內容의 것도 없지 않는데(그 適例로 訴訟促進등에 관한 特例法) 基本法典의 關係條項자체를 改廢整理하지 않고 그대로 放置하는 경우가 적지 않다. 실로 解釋上 큰 混亂을 빚을 危險한 立法方法이며, 이에 대해서는 法學界로부터의 立法技術面에서의 批判이 매우 아쉽다.

또 이러한 單行法일수록 우리나라의 特有的 現實에 對處하기 위한 獨自의인 法律일 때가 태반이며, 外國에는 그 典型的인 model이 없는 것이 特色이다. 따라서 立法論上, 解釋論上 問題點을 많이 안고 있을 수 밖에 없다. 원래 國家가 國民을 家父長的으로 支配하여 왔고 이에 國民도 抵抗反應없이 服從하는 傳統을 이은 우리의 社會構造下에서는 자칫하면 이러한 法律에 憲法과는 調和하기 어려운 條項도 無意識의으로 內包될 수 있어서 憲法的 次元에서의 綿密한 檢討가 要請됨은 勿論, 參考할 外國文獻이 없어 實務處理에 당혹할 수 밖에 없는 法律實務家를 위해서도 이에 대해 多角的인 分析檢討가 되어야 할 것이다. 새 法律이 나올 때마다 여러 種類의 解說集과 論文, 長期間에 걸친 專門誌에 特闢들이 쏟아지는 外國의 例와는 실로 對照的으로, 우리 法學界에서는 아무런 反應없이 沈默으로 지나갈 때가 적지 않다. 이런 때일수록 實際問際를 놓고 새 法律을 解釋 適用해야 할 實務家들로서는 限없는 孤獨을 體驗하게 된다.

다섯째로 指摘하고 싶은 것은 韓國法學이 日本法學에 決定的인 影響을 받고 있으면서도 한편으로는 獨逸의 法律은 지나치게 美化禮讚하는 傾向이 있다. 水準級の 法學者일수록 그

더하다. 獨逸의 發展의인 法理論의 導入으로 日本法律을 克服하기 위한 意欲이어서 評價할 바 없지 않다.

그러나 우리가 여기에서 留意하여야 할 바가 있다. 하나는 資料蒐集上의 碍路, 克服하기 어려운 語學의 障碍以外에도 東洋과 西洋間에 風土上의 異質性때문에 獨逸의 理論을 導入 土着化합에는 실로 값비싼 代價를 치러야 한다는 點이다. 따라서 자칫하면 많은 時間과 努力을 들이고서도 不完全하게 獨逸의 理論을 紹介함으로써 法律實務에 應用하기 어렵게 만드는 問題들을 남긴다. 「最少의 費用으로 最大의 效果를 거두는」經濟原則에 立脚하여야 하는 것은 法學研究라고 例外일 수 없다면, 現在와 같은 獨逸法學 一邊倒의 方向設定은 再檢討되어야 하지 않을까 생각한다. 量的으로 貧弱한 韓國法學界의 現實로서는 더욱 그러하다.

다른 하나는 現在의 日本의 法學의 水準이 우리가 一笑할 정도의 低水準인가의 點이다. 日本에 대해 過讚인지 모르겠으나 周知하는 바와 같이 國力에 있어서 日本은 이미 1970年代에 西獨을 앞질러 現在에는 美國에 肉迫해가고 있으며, 目下 世界는 日本을 배우려 한다. 法學者의 數만 하여도 獨逸에 비하여는 壓倒的인 多數이고 이들간에 協同體制가 잘 이루어져 日本特有의 group研究의 開發 研究에 큰 活氣를 보이고 있다. 이 때문인지 近者에는 系譜를 쉽게 파악하기 힘든 日本 獨創의인 法理論이 續出되고 있다. 비싼 代價를 치르면서 獨逸法學의 導入으로 우리 法學은 根本的으로 再整備하려는 努力보다도, 既往에 日本法學의 影響圈下에 있는 우리 法律의 現實을 尊重하여 日本의 發展의인 法理論의 導入이 어느 意味에서는 溫故知新일 것이며, 더 經濟的이고 實用性이 있는 것이 아닐까 생각한다. 極히 安逸하게 法學을 하자든 思考라고 批判은 받을런지 모르나, 法學者의 量的貧困과 日本語 世代가 徐徐히 退場하는 우리의 現實에서는 日本의 最新의 法學을 뒤쫓아 간다는 것도 그렇게 容易한 課題는 아닐 것이다.

여기에서 Austria의 法學發展의 Pattern을 생각해 본다. 분명히 Austria는 그 이웃인 獨逸法學의 強力한 影響下에 그에 密着되어 있으면서도 나름대로의 獨自의인 法制度와 理論을 開發해 나가고 있다. 우리와 日本의 관계가 Austria와 獨逸과의 관계와 類似한 바다면 Austria의 Pattern은 우리에게 있어서 吟味할 만한 價値있는 것이라고 보며, 法文化에 있어서 排日主義가 결코 能事일 수는 없는 것이다.

### Ⅲ

法律實務를 外面하는 法學은 空虛하고, 法理論에 바탕을 두지 않는 實務運營은 盲目이다. 法學과 法律實務는 社會正義를 具現하고 理想社會를 建設하기 위한 自動車의 양바퀴와 같은 것이다. 學問으로서의 法學은 法律實務의 合理的 運營의 基本方向을 제시하면서 誤導

되는 實務을 批判하고, 法律實務는 問題의 所在와 經驗을 法學에 제시해 주는 相互協同의 風土가 造成되어야 한다.

이것을 두고 法學에 있어서 產學 協同의 風土라고도 하겠는데 現在는 이러한 風土가 제대로 造成되지 아니하여 兩者間에 크게 gap이 생겨 있다. 때문에 實務家에 따라서는 韓國 法學이 法律實務의 需要를 充足시키고 있는 가에 대해 懷疑를 갖고 있다. 그러나 이상 지적인 韓國法學의 몇가지 問題點이 改善된다면 事態는 달라질 것이며 크게 好轉되리라 생각한다.

韓國法律實務에서도 問題點은 山積해 있다. 이 點은 筆者의 所管이 아니라 沈教授의 所管이기 때문에 깊이 다루지는 않겠다. 다만 한가지 指摘하는 것은 實務家에 따라서는 韓國 法學者들이 이루어 놓은 學問業績에 대해 별로 傾聽하려하지 않는 不信風潮이다. 卑近한 例가 近者에 民法學界에서 크게 論難되는 登記原因書類에 대한 公證問題가 學界에서 活潑하게 論議되는데도 在野法曹界보다도 司法書士側에서 非常한 關心을 갖고 研究하고 있는 것이 그것이다.