

第一分科討論要旨

金道相(사회자) : 그러면 第1主題로 되어 있는 “韓國의 法學과 法律實務”의 司會를 보겠습니다. 앞서 法律實務에 從事하는 李時潤判事와 學界에서 서울法大의 沈憲燮教授의 發表가 있었습니다.

이러한 토론의 모임은 解放後 처음 갖는 것이고 특히 學界와 實務界가 함께 자리를 해서 이러한 問題를 討議하게 된다는 것은 그 自體가 뜻이 있는 것이라 생각합니다. 지금 李時潤部長께서 發表하셨고 또 그 內容에 있어서 여러군데 터치가 되어 있습니다만, 우리가 생각하기엔 一般的으로 지금 우리의 쟁점이 되고 있는 法學과 法律實務, 이 關係를 論議하고 있는 지금, 法學 그리고 法律實務 兩쪽에 各其의 內部的인 問題가 있고, 둘째는 그 兩쪽의 相互關係가 있을 것이고 그 다음에는 두쪽이 공동으로 가지고 있는 問題點이 있을 것입니다. 아마 이것은 共同關係라고 부를 수 있을 것입니다. 그리하여 우선 각자의 內部關係 그리고 相互關係의 문제 그리고 對社會的인 意味 또는 法外的인 의미에 있어서 共存關係, 이러한 점에 注意를 기울여야 할 것입니다.

특히 本人은 우리나라에 지금 共通으로 가지고 있는 苦惱中에는 3無가 있다고 생각합니다. 첫째는 外國文獻에 接近할 수 없다는 것입니다. 즉 資料의 미비, 도서관施設의 미비, 個人에 의한 文獻수집능력의 限界는 研究活動의 障礙要素로 작용하고 있습니다. 둘째는 研究內實을 客觀化할 수 있는 미디어가 없습니다. 즉 우리나라에선 무엇을 써서 發表하고 싶으면 各大學마다 學術誌가 없는 것은 아니지만 그 大學에 局限될 수 밖에 없게 되는 바, 결국 우리나라 全體에 대하여 보여줄 수 있는 미디어가 一部 考試雜誌 以外에는 存在하지 않는다는 點입니다. 셋째 종래에는 判例資料가 없었습니다. 學界에서는 法學者들이 아무리 判例에 接近하여 이를 소화해서 評價·批判하고 싶어도 不可能한 實情에 있습니다. 하나의 大法院判決이 있다고 할 때에 “論旨는 理由없다”라는 7字判決로서는 正確한 내용을 알 수 없고 또 大法院의 判決理由만으로써는 事實自體를 파악할 도리가 없습니다. 따라서 不可不 사실요지를 알려면 원심판결을 볼 수 밖에 있는데 이는 매우 힘든 作業인 것입니다. 또 뿐만 아니라 지금 判例의 정리가 진혀 내지는 거의 되어 있지 않은 狀態입니다. 그래서 過去에는 正確한 사실조차 알 수 없는 狀態에서 어떠한 判決에 대하여 왈가왈부 判斷할 수 없는 것은 當然했었고 그래서 學界는 그것에 대해 침묵을 지켜왔었고 이에 사실을 도외시키고 抽象的인 論理操作만 해 왔던 것입니다. 그 결과 法曹界에서는 判決을 쓰는데 있어서

學界의 아무런 비판도 반응이 없이 어렵지 않게 쓸 수 있었다고 생각합니다.

이와 같이 우리 法學界가 직면하고 있는 것은 이처럼 문헌없고, 판례없고, 또 미디어 없는 3無인 것입니다. 그외에 법학의 方法論 및 法學教育의 制度에 있어서 법을 좀더 理解해서는 안될 것이며 interdisciplinary한 方向으로 나아가야 할 것입니다. 또한 우리나라의 法學教育에 있어서도 問題點이 있습니다. 오늘날 法學教育이 目的하는 바는 法曹人 양성에 있는데 이것은 인문사회계에서 가장 優秀한 學生들을 判事, 檢事, 辯護士 등의 法曹界로 나아가게 하는 것입니다. 그런데 이들이 하는 일은 過去에 發生한 特定事件을 法的으로 해결하는 것인 바 이는 將來에 대해서 國家와 社會의 運命을 좌우하는 일은 결코 아닌 것입니다. 따라서 本人은 가장 理想的인 것은 그 나라 그 社會의 가장 우수할 人力들이 법조계에 가기도하는 오히려 學界에 남고 또한 行政과 企業쪽으로 나아가야 할 것인데 과연 우리나라의 法學教育이 그러한 慾求를 충족시켜 주고 있는가는 매우 의심스럽습니다.

그러면 이제 李太載박사부터 토론에 들어 가겠습니다.

李太載(경북대) : 法은 學問인 동시에 技術입니다. 法의 性格中 어느 하나가 죽으면 法은 죽게 되며 病든 法學이 되는 것입니다. 이 두가지가 併存해야 하는데 자칫 잘못하면 우리 法學의 活動이 實務適用에 不適當하다거나 또는 理論法學에 너무 不充實하다는 말을 하기 쉬운데 이것은 一面 모두 맞는 말이기도 하나 그것을 잘못 理解할 경우 죽은 法學을 만드는 데 촉진적인 役割을 하게 될 것입니다. 그러므로 어느 하나를 너무 強調해서는 안될 것입니다.

우리 法科大學이 가지고 있는 教科課程, 그리고 우리 教授들이 쓰는 論文 또 기타 우리나라에 들어와 있는 文獻들의 경향을 보면 確實히 理論法學은 많이 시들어져 있습니다. 물론 理論法學이 무슨 實務에 必要하며 現代思潮에 부응할 수 있겠느냐는 懷疑論이 있을 수 있습니다. 그러나 정말로 健實하고 希望있는 法學을 키우려면 理論法學이 더 旺盛한 活動을 遂行해야 할 것입니다.

問題는 法學을 다루면서 法의 根本問題에 대하여 思想과 判斷이 다를 수 있다는 것입니다. 그 다른 思想·判斷을 같이 키우면서 시교를 배워야 하겠고 그러한 姿勢에서 보다 많은 材料를 얻고 좀 더 많이 키워 나가야 될 것이라고 생각합니다.

李英俊(서울민사지법) : 우리나라의 法學과 法律實務를 論議함에 있어서 根本問題는 結局이 兩者가 어떠한 關係를 맺어 왔으며 지금은 어떠한 關係를 맺고 있고 將來에는 어떠한 關係로서 存在해야 할 것이냐 하는 問題에 대한 考察이라 할 것입니다. 임밀하게 論理的으로 把握한다면 法學과 法律實務는 分業的인 關係에 있을 수 밖에 없습니다. 理論家 즉 法學者는 理論의 開發에 盡力하고 그리고 開發된 理論을 實務家는 實際에 適用하는 關係에 있어야 할 것입니다. 그러나 그 實體를 銳意注視하면 단순히 算術的인 分業關係이기 보다는 協力的이며 相互補完的인 어떤 면에서도 共同體的인 것으로 나타나는 것 같습니다. 獨

逸과 같은 경우의 예를言及하면 우리 韓國의 法學과 法律實務가 어떠한 關係에 있어야 할 것이냐를 다소 示唆해 주는 바가 있습니다. 한 예를 들면 獨逸의 判決文에는 理由說示속에 자기 나라의 學者들의 教科書나 論文들을 引用하는 例가 많습니다. 그리하여 論文形態로 判決文이 發達하는 例가 많습니다. 이것은 法學者와 法實務家가 協同해서 일하고 있다는 것을 단적으로 말해주는 것이며 이렇게 함으로써 眞正으로 學界와 法曹界와의 意見交換이 이루어질 수 있었고 결국 獨逸에서는 오늘날 法學이 그렇게 發展해 온 것이 아닌가 생각해 봅니다. 우리나라에서도 하루 빨리 그와 같은 風土가 造成되어야 할 것입니다.

그리고 우리의 法學이 어차피 日本의 法體制에 가까운 것이니 獨逸의 것도 重要하나 無分別한 獨逸理論의 導入에 問題가 있는 것이 아닌가 하는 意見에는 全的으로 同感입니다. 獨逸理論 뿐만 아니라 外國理論을 導入하는 것은 우리나라의 風土 등의 諸要素를 考慮해서 慎重하게 해야 할 것입니다. 그러나 한 걸음 나아가서 日本은 하나의 獨立된 法域을 갖고 있는 것 같지만 日本의 學界는 自己들의 先祖들이 過去에 세놓은 教科書, 論文등 自己들의 理論만을 引用하지 外國의 이론을 인용하려는 것을 매우 꺼립니다. 그러므로 실상 그 源流를 거슬러 올라가면 獨逸의 法學을 모방한 것이므로 우리는 우리와 法文化의 發展 및 獨自의인 法域을 구축하기 위해서는 先進外國의 理論을 導入해야 할 것입니다. 덧붙여서 우리나라에서도 앞으로는 判決文을 쓸 때에는 우리나라 學者들의 論文과 判例를 引用하는 風土를 만들어야 할 것으로 생각합니다.

金哲洙(서울대) : 저는 이제까지의 우리의 自己反省보다는 앞으로 어떻게 하면 좋을지에 관해서 잠깐 言及하는 것으로 그치겠습니다. 사실 韓國의 法學과 法律實務에 관한 討論은 個別的으로 數차례에 걸쳐 행하여졌지만 曠野의 소리로만 그쳤을 뿐 아무 應答도 없었습니다. 過去에 精神文化研究院을 創設할 때에 人文文化 뿐만 아니라 社會科學文化도 發展시켜야 할 것이며 또한 社會科學研究院이라는 團體를 만들어서 거기에서 法學部門도 研究하도록 하는 案이 만들어진 바 있었으나 그것이 實踐에 옮겨지지 않은 적이 있었습니다. 저의 생각으로는 社會科學研究所도 좋겠지만 하나의 全國的인 法學研究所를 만들어서 그곳에서 不足한 外國文獻을 수입하고 또 相互間 學術討論을 한다거나 기타 研修를 행하는 것이 바람직하다고 생각합니다. 앞으로 司法研修院이 新築되면 거기서 法律實務에 관해서는 相當히 좋은 研究·檢討가 진척될 수 있을 것으로 豫想되나 司法研修院의 性格上 法學의 分野에 관해서는 그 정도까지는 안될 것이라는 생각도 듭니다. 法科大學教授會와 같은 것도 있으나 各大學의 分權的인 시스템때문인지는 모르나 융합된 어떤 行動이 없었던 것입니다. 그래서 저는 在曹에 계신 判事·檢事 및 辯護士團體·教授團體·司法書士團體 기타 여러가지 關聯된 法曹人들로 構成된 하나의 團體를 만들고 그 기금을 國庫에서 조달하는 方法등에 의하여 研究所를 設置할 것을 提案하는 바입니다.

朴英植(사법연수원) : 여러 선생님들께서 여러가지 側面에서 韓國法學의 國產化를 提唱하

섰다고 생각하는데 저도 전적으로 同感입니다. 저는 그러한 面에서 判例研究도 중요하지만 法社會學的인 觀點에서 實證的인 研究가 좀 더 必要한 段階가 아닌가 생각합니다. 資料나 實態의 分析이 없는 結果 實務家로서 判決을 하면서도 事實은 實務感覺을 갖지 못하고 事件에 接近하는 境遇가 많았는데 이런 점에서 韓國法學이 실무자들의 實際適用에 초점을 맞추어야 할 것으로 생각합니다.

宋宗儀(서울고검) : 法科大學에서 講義하는 內容은 實務와는 별로 關聯이 없는 것 같습니다. 정당방위, 긴급피난, 착오, 원인에 있어서 자유로운 행위등의 내용만을 가르치는 법학교육이 좀 더 실무에 봉사할 수 있는 方向으로 옮겨갔으면 좋겠습니다. 특히 오늘날 刑事犯中 많은 부분을 차지하는 것이 교통사범인데 실무자들이 참고삼아 立法과정에서 있어 도움을 받고자 연구서적을 뒤져본 적이 있었는데 별반 연구실적이 없었습니다. 앞으로도 自然刑事犯보다는 行政法規 위반사범이 많이 늘어날 것이고 또 앞으로 실무상 중요한 부분을 차지할 범죄영역으로 생각되는 데 이런 부분에 깊은 연구를 해 주셔서 실무자에게 좀 더 좋은 參考資料를 주시면 감사하겠습니다.