

綜合討論要旨

司會(서울大 金哲洙 教授) : 韓國法學의 현단계에 대한 본 세미나의 論議一般을 종합적으로 요약하면 다음과 같습니다.

우리 法學의 現實診斷으로서는 社會變動에 부응하고 있지 못하며, 국민의 人權意識과 法意識은 발전했으나 法의 解釋適用은 그에 못미치고 있으며, 刑法·行政法·社會法 등에서는 憲法理念이 제대로 具體化되지 못하여 否定的인 점이 많이 있습니다. 여기서 우리는 두 가지의 반성할 점을 지적할 수 있는데, 그 하나는 이제는 '國籍있는 法'을 해야하지 않느냐 하는 점이고, 다음으로는 法理論과 法現實 간의 乖離를 克服할 수 있는 社會科學的인 法學方法的의 도입이 필요하다는 점입니다. 또한 아울러서 우리나라에서는 南北統一에 대응하는 法學의 필요성이 요구됩니다.

發表全般에 대하여 總括的인 討論·質議의 사항이 있으면 말씀해 주십시오.

金英勳(崇實大 教授) : 개교 40주년 기념으로 이번에 훌륭한 세미나를 열게 된 데 졸업생으로서 감사드립니다. 본 세미나의 題目 또한 매우 좋다고 생각합니다. 그러나 法學을 하는 사람이 한국사회 변화의 主體과 行態를 고찰하는 것도 좋지만 社會學者나 行政學者를 초빙하여 의견을 청취했으면 더욱 좋았을 것이고, 또 한가지, 現代法學의 課題라면 現代法學이 지니고 있는 核들을 분야별로 지적해 주었으면 좋았을 것입니다. 產業化나 工業化에 따른 법적 문제는 70년대에 이미 모두 이야기된 것입니다. 변화의 내용에 따르는 삶의 질과 관련시켜서 상당한 논의가 필요한데, 이것을 問題意識 없이 너무 안일하게 다루어 버린 것이 아닌가하는 느낌이 있습니다. 法學을 하는 모든 학자들은 法學教育의 危機를 이야기 하지만 法學의 한국사회에서의 기능에 대한 當爲問題는 공통적으로 느끼고 있는데, 그것을 모두 受容하지는 못해도 새로운 法學에 대한 內容·核이 지적되고 깊이 있게 다루어져야 할 것입니다. 또한 학문의 추세는 學際的인 研究가 진전되는 것이고 따라서 法學 뿐만 아니라 政治學·社會學, 나아가 自然科學의 방법까지도 수용할 수 있을 것입니다.

다음 기회에는 法學 教授 뿐만 아니라 社會科學 全般에 걸쳐서 모임을 이루어, 圖書館藏書가 몇 권이나 하는 지적보다는 現代法學이 지니고 있는 核에 대한 언급이 있었으면 하는 바램입니다.

司會 : 그러면 金英勳 教授의 질문에 대한 梁彰洙 教授의 답변을 들겠습니다.

梁彰洙(서울大 教授) : 우리 사회의 변화에 대한 고찰이 부족하다는 지적은 저 자신도 통감하고 있는 바입니다. 그러나 이에 대하여 法學이 어떻게 대응할 것인가에 대해서 우선 중요

한 것은 現代社會에 상응하는 분쟁에 대한 법의 대응을 전혀 白紙狀態에서 출발할 수는 없는 것이라고 생각합니다. 말하자면 그것을 다루는 여러 기술은 도그마틱으로 정리해야 하는데, 民法에서 한정하여 말씀드리다면 지금의 民法制度에서 출발할 수 밖에 없지 않는가, 그것과 단절하여 새로운 제도를 도입한다는 것은 현실적으로 불가능한 일이고 또한 바람직한 일도 아니라고 생각합니다. 그러면 어떤 방법이 가능할 것인가에 관해서는 우선 民法를 사회에 적응시켜가는 문제를 떠나 도대체 法學이 지금까지 해온 작업의 내용이 무엇인지 분석하고 그 작업의 내용을 평가하는 것이 결국 현대사회의 과제에 대한 法學의 가장 우선적인 문제가 아닌가 생각합니다. 그것은 다시 말하자면 자기 자신의 영양을 풍부히 하고 뿌리를 튼튼히 하는 것으로, 그것을 위한 방안은 여러가지가 있겠으나 우리 法學分野처럼 人的 物的 資源이 부족한 경우에는 자원을 효율적으로 분배하는 것이 필요하다고 생각합니다. 그 가운데에서도 似而非 問題(Scheinproblem)를 배제하고 자원을 효율적으로 소비하는 것이 필요하지 않겠는가 하는 것이 제 보고의 의도였습니다. 다시 말씀 드리자면 사회가 변화되면 법이 그에 쫓아 상응한 法的裝置를 도입하기만 하면 끝난 것이 아니라 지금 현재 우리가 가지고 있는 法制度의 의미 내지는 효력 범위를 철저히 확인하는 작업에서부터 출발해야 된다는 것이 제 생각이며, 그것이 곧 현재 한국법학의 과제가 아닌가 여겨집니다.

司會: 감사합니다. 이번에 발표하신 분들은 외국에서 공부를 많이하고 돌아오신 新進氣 銳한 분들입니다. 그리하여 과거에 공부를 한 우리들에게 많은 批判을 해달라는 부탁이었는데, 거기에 대해 상당히 좋은 방향제시가 있었던 것 같습니다. 여기에 대해서 우리나라에서 법학교육에 많은 관심을 가지고 노력하고 계시는 襄載湜 學長님께서 한 말씀 해 주십시오.

襄載湜(서울大 法大學長): 먼저 질문을 던지고 나중에 호명하는 바람에 미국 강의실에서 지적받은 학생처럼 당황했지만 느낀대로 소감을 말씀드리겠습니다.

첫째로, 주제를 정함에 있어 너무나 많은 변화가 있는 이 사회의 현실과 그것을 規制하는 법 사이의 괴리는 있게 마련인데, 그것은 사실과 규범의 문제라기보다는 법 자체를 분석하여 현실과의 변화를 들여다보기 위한 것으로 결과는 立法論적인 것이 되기 마련입니다. 刑法分野에서는 特別刑法이 중요시된다는 말이 갖는 의미가 무엇인지 의문이 가며, 그것의 基礎刑法과의 문제가 아니라 그 자체가 바람직한 현상이 아니며 加重處罰法이나 特別法の 남발은 이 사회의 혼란을 나타낸다고 하겠습니다. 憲法分野에서의 崔教授님의 발표내용 가운데 憲法現實과 憲法內容의 괴리 또한 비단 憲法의 문제만이 아니며 이런 현상은 國際法에도 있습니다. 우리 학자들은 실무에 어두운 것이 사실이므로 실무에 접근하지는 것은 방법론이라기보다는 하나의 아이디어를 제시한 것이라 할 수 있습니다. 여기서 제안하고자 하는 것은 당면의 혹은 미래의 우리가 해야 할 法學의 課題를 한번 추출해보자 하는 것이 기본적인 내용이었다고 생각합니다.

다음으로, 발표분야를 묶음에 있어서 무리도 있고, 사회자가 한꺼번에 사회보기에는 어려운 점도 있었지만 기본적인 모양은 갖추었다고 생각합니다. 공통적인 문제를 지니고 있는 것들은 좁은 안목으로 보면 알 수 없으며, 가령 人權問題는 國際法·憲法·刑事法 등에서 가장 본질적인 문제로 여러 분야에서 綜合的으로 접근되어야 합니다. 平和的 生存權과 亡命權도 중요한 문제입니다. 亡命權의 請求權說에 대해서는 西獨基本法 아래서도 의견이 갈리고 있는데, 聯邦判例는 '國際法の 테두리 내에서' 파악해야 된다고 했습니다. 이와같이 인권의 문제는 상호관련된 넓은 눈으로 바라보아야 할 것입니다. 주제넘은 바램이라면 이 자리에 참석하신 교수님들께서는 보다 넓은 눈으로 법을 보아주시사하는 부탁드립니다. 또한 여러 法學者들의 관심사를 토론하고 서로의 견해를 넓혀 자기 法學의 기초를 다질 필요가 있다는 것입니다.

제가 잘못 이해한 점, 자신만이 아는 듯이 이야기한 점은 이해해 주시기 바라며 어떻든 이번 세미나를 통하여 그런 점을 깨달았다면 세미나의 目的은 이미 이루어진 것이 아닌가 생각합니다.

司會 : 國際法 뿐만 아니라 憲法에까지 좋은 말씀 감사합니다. 어제 어떤 분은 民法이 基本法이라고 말씀 하셨는데, 예를 들어 法人概念도 民法에 따라야 하고 權利概念도 民法에 따라야 한다는 분도 많이 계시지만 우리 憲法 學者들의 이야기는 뭐냐하면 民法의 財產權 규정 자체가 憲法上 保障되는 基本權이므로 존재하며, 物權法定主義 또한 財產權法定主義의 한 내용이라는 것입니다. 그렇다면 민법에 있어서도 사회적 변용이 행해져야 하며, 어제 商法에서 논의된 經營參加 문제, 經營組織의 社會化 問題등도 勤勞者의 權利保障이라는 憲法上的 民主主義的 요청에서 나오는 것이라고 생각할 수 있습니다. 어제 李元熙 教授께서는 勤勞三權의 보장이 현재 우리나라의 勞動法 規定에서는 空文化되고, 違憲의인 規定이 많다고 했는데, 왜 우리나라에서는 이것을 法院이 違憲이라고 해서 憲法委員會에 제청하지 않는가, 憲法委員會 자체가 하나의 休眠機關으로 되어있고 이것이 의도적으로 그렇게 된 것인가 法院의 司法自制的 결과인가는 문제가 됩니다. 특히 행정법이나 형사법은 구체화된 헌법이라고 생각할 수 있는데, 우리나라 헌법은 계속 바뀌고 있는데도 아직까지 勞動法理論은 維新憲法의 이론을 그대로 따르는 것 같고, 行政法에서도 第5共和國 憲法에 '正當한 補償' 규정이 있음에도 불구하고 相當補償을 주장하는 학자도 있습니다. 이러한 측면에서 憲法理念이 바뀌는 경우에 다른 법도 그에 따라 변경·정비되어야 하며 그에 따르지 않는 법은 위헌판단을 받아야 되지 않겠는가 생각합니다. 이 문제에 대해 鞠先生님께서 말씀을 좀 해 주십시오.

鞠淳玉(仁荷大 教授) : 原理의인 측면으로 들어가서 抽象的으로 말씀드리겠습니다. 발표하신 분들께서 異口同聲으로 말씀하시는 것이 韓國法學의 위기상황입니다. 저도 거기에 동참하며, 그러면 왜 이런 위기상황이 한국법학에 도래하게 되었는가를 진지하게 물어야 할

시기가 아닌가 생각합니다. 저는 그 一次의인 원인은 우리 法學者가 法을 自己完結의인 規範體系로 인식하는데 문제가 있다고 생각합니다. 法을 自己完結의인 規範體系로 인식하게 되면 결국 法解釋은 인식활동으로 이해되게 됩니다. 그러나 저는 그렇게 생각하지 않습니다. 법도 社會現象의 하나이고 그렇기 때문에 法學에 있어서 法解釋은 社會的인 實踐의 하나라고 생각합니다. 법해석이 社會的인 實踐의 하나라면 理論없는 實踐은 아무런 의미가 없는 것이고 그래서 우리가 정당한 사회적인 실천으로서의 法解釋을 하기 위해서는 우선 法現象에 대한 社會科學的인 인식이 선행되어야 한다고 생각하며 그 때에만 法學에 있어서 理論과 實踐이 통일된다고 믿습니다. 그래서 저는 지금 憲法을 공부하고 있습니다마는 이 理論과 實踐이 통일되지 않고 있기 때문에 教科書를 보게되면 우선 이런 현상이 나타납니다. 교과서라면 論理體系가 一貫되고 理論의 整合性이 있어야 되는데, 어떤 基本權은 이런 입장에서 해석되고 몇 페이지 지나서 다른 基本權은 저런 입장에서 解釋을 하게되는 경우를 볼 수 있습니다. 이러한 것을 볼 때 우선 理論的인 基礎가 없이 社會的인 實踐으로서의 法解釋을 하고 있다는 결론이 납니다. 그래서 저희들이 韓國法學을 일보 전진시키기 위해서는 理論과 實踐이 통일되는 그러한 관점에서 소위 社會現象으로서의 法現象에 대한 社會科學的인 研究 영역에 대하여 좀 더 관심을 가져야 할 때가 아닌가 생각합니다.

司會: 예, 감사합니다. 그러면 朴吉俊 教授님도 한 말씀 해 주십시오.

朴吉俊(延世大 教授): 저는 어제 말씀 많이 드렸기 때문에 더 말씀드릴 것이 없습니다마는 어제 오늘 이틀 동안 공통적으로 느낀점을 이야기드리겠습니다. 이번 세미나의 主題가 韓國 社會의 變化와 現代法學의 課題인데, 어제 논의된 바와 같이 20년 동안 한국 사회의 변동은 엄청났는데 이에 대하여 韓國 法學의 발전은 미미했습니다. 여기에 法裝置나 法制度的으로 대처한다고 하는 것은 法學者에 의해서가 아니라 行政家들에 의해서 대처되었던 것이 아닌가하며 그렇기 때문에 엄청나게 많은 特別法이 쏟아져 나오고 여기에는 어떤 체계도 없고 배경도 없이 순전히 行政便宜的인 또는 政治便宜的인 特別法만 양산된 것이 사실이고 또 그것들이 지금 사방에 흩어져 있습니다. 저희가 社會變動에 대응하고자 하는 하나의 숙제로서는 아까 刑法關係로 발표하신 申教授님께서 특별법을 연구하는 것이라 하셨는데, 이것은 비단 刑事法體系뿐만 아니라 모든 분야에 공통된 현상이라고 생각합니다. 그런데 경우에 따라서는 이런 법령들이 制定目的을 달성했음에도 불구하고 혹은 적용의 가치가 이미 없어져 死文化된 경우에도 불구하고 아직까지 남아있는 경우가 많이 있습니다. 따라서 저희가 韓國社會의 變遷에 대하여 법적으로 어떻게 대응할 것인가 하는 데 있어서는 이에 대응하는 여러 자료를 제시해야 되겠는데, 그러기 위해서 가장 중요한 문제가 한국의 여러가지 실태를 파악하고 분석해 둘 필요가 있다는 점을 절감합니다. 어제도 國籍있는 法을 만들자는 말이 많이 나왔습니다마는 모두 같은 맥락에서 이해될 수 있는 것입니다. 이러한 實態, 企業, 行政關係 및 民事關係를 분야별로 정리하여 두고 그것을 바탕으로 법을

제정한다거나 운영할 수 있을 것입니다. 그러한 의미에서 금번 韓國社會의 變動과 現代法學의 課題에 관한 세미나는 훌륭한 주제를 제시한 것으로 보이는데, 다만 이것을 어떻게 할 것이냐에 대해서는 이번 研究發表만을 가지고는 모든 목적을 달성했다고 보기는 어렵겠고, 이를 기점으로해서 더 많은 노력이 뒤따라 주길 바랍니다.

司會 : 감사합니다. 토요일인데도 이렇게 늦게까지 남아주신 여러 분들께 감사드립니다. 法學研究所에서 우리들이 모르고 있는 점에 대한 反省의 契機를 만들어 주신 것을 고맙게 생각하며 앞으로도 이 문제에 대한 좋은 討論과 新進氣銳한 분들이 이에 관해 분발하여 法學誌에 좋은 논문이 실릴 수 있도록 부탁드립니다. 이것으로 끝맺겠습니다. 감사합니다.