

# 法科大學의 社會的 地位와 役割

—英國과 美國의 比較研究—

安 京 煥\*

## 1. 序 論

日本法學이 우리의 法學에 미친 影響이 엄청나게 크다는 事實은 그야말로 不要證事實이다. 일본법학의 영향이 큰 만큼 일본학자들이 범한 誤謬도 無批判的으로 踏襲되고 있는 예도 허다하다. “영미법”이란 用語도 그 한 예이다. 法學의 한 領域으로서의 영미법이란 존재하지 않는다. 흔히 대륙법계에 對應하는 意味에서 “영미법계”(Anglo-American Legal Family)를 거론하는 것은 남득이 간다. 制定法보다는 判例法이 법제도의 근간을 이루며 배심제도를 보유하는 등 유사한 특성의 법제도를 가지고 있는 국가를, 이러한 제도의 연원지로 알려진 나라를 내세워 “영미법계”의 국가라고 칭할 수 있다. 그러나 법의 실제적 영역으로서의 “영미법”이란 존재하지 않는다. 다만 英國法과 美國法이 存在할 뿐이다. 그것은 “日韓法”이란 법역이 존재하지 않고 日本法과 韓國法이 각각 존재할 뿐임과 마찬가지로이다. 미국법의 원조가 영국법임은 Lawrence M. Friedman<sup>(1)</sup>을 포함한 그 어느 미국법학자도 다 틀 수 없는 역사적 사실이다. 마찬가지로 오늘날의 한국법이 기본적으로는 일본법의 영향 아래 형성되었다는 것 또한 그 어느 한국법학자도 부정할 수 없는 엄연한 역사적 사실이다. 한국이 일본으로부터 오늘의 법체계를 전수받았지만 합방 이전은 물론 식민지시대에도 고유한 법문화가 존재했으며 해방이후 45년간 독립국가로서 발전시켜 온 독자적인 법제도와 문화가 존재하기에 그 어느 외국학자도 일본과 한국의 법을 동일시하여 “日韓法”으로 지칭할 수 없다. 영국법과 미국법간에 존재하는 차이는 일본법과 한국법간의 차이에 비할 정도가 아니다. 식민지 당시에도 식민지의 특유한 상황때문에 모국의 법이 변용 내지는 변질되었지만 독립후에는 완전한 독자적인 길을 걸어왔다. 우선 憲法만 해도 그렇다. 영국이 오늘날에 이르기까지 議會至上主義의 원리에 입각한 不文憲法의 體系를 고수하고 있는 반면 미국은 司法審査와 成文憲法의 宗主國으로 각종 이슈에 관한 헌법재판을 통해 세계각국의 헌법질서에 영향을 미치고 있다. 영국법과 미국법의 차이는 私法의 대표적인 영역인

\* 서울대학교 法科大學 助教授

(1) Friedman은 자신의 대표적 저서 *A History of American Law*가 英國法의 후예가 아닌 진정한 의미의 美國法의 歷史에 관한 최초의 저서라고 자부하고 있다. Lawrence M. Friedman, 安京煥 譯, *美國法歷史*(대한교과서, 1988), p.ix 初版序文 참조.

契約法에서도 뚜렷하게 나타난다. 즉 영국의 계약법은 아직도 코몬로의 절대적인 지배하에 있는 반면 미국은 U.C.C.가 코몬로의 역할을 거의 잠식하고 말았다.<sup>(2)</sup> 이와 같은 차이점은 실체법과 절차법의 전범역에 걸쳐 발견할 수 있고 보다 본질적으로는 이러한 실체법과 절차법을 생산하는 법제도 자체에 큰 차이가 존재한다. 미국의 법제도와 법체계의 전부분에 걸쳐 독립후 200여년 동안 독자적으로 발전시켜 온 법문화와 질서가 반영되어 있기 때문이다. 그리하여 양자간의 동일성보다는 상이점이 더욱 크다고 해야 보다 정확한 묘사가 될 것이다. 이 글은 이와 같은 “영미법” 시대의 유산을 청산하고 영국법과 미국법의 학문적 분리를 확인하는 작업의 일환으로 양국의 법과대학이 가지는 사회적 지위와 역할을 법학교육과 관련하여 비교하고자 한다. 영국법과 미국법 전반을 비교하는 작업은 양국의 학자에 의해서도 별로 심각하게 시도되지 않고 있다. 그것은 무모하리만치 방대한 작업이기도 하려니와 黑과 白은 직접 상호 비교하지 않더라도 흑과 백임에 의문이 있을 수 없기 때문일 것이다. 그러나 세부적인 이슈나 구체적인 제도를 비교하는 문헌은 상당수 있고 이 글도 필자의 독창적인 관찰과 경험의 소산이 아니라 많은 영·미 학자들의 분석을 옮긴 것이 대부분이다. 특히 Oxford 대학의 Atiyah 교수와 Cornell대학의 Summers 교수의 공동연구<sup>(3)</sup>에 절대적으로 의존하였음을 밝혀둔다.

## 2. 法科大學의 性格과 位置

法科大學이 社會에서 차지하는 비중이나 사회에 미치는 영향에 있어서 미국과 영국간에 상당한 차이점을 발견할 수 있다. 이러한 차이점은 법과대학이 사회에서 담당하고 있는 역할때문에 발생하며 동시에 이러한 차이때문에 역할이 달라진다.<sup>(4)</sup>

우수한 미국의 법과대학은 대학차원에서 보나 전국적인 차원에서 보나 法과 公共政策에 관한 연구의 중심지로서 각종 아이디어와 정책의 산실인 동시에 이를 실현시킬 수 있는 영향력을 보유하고 있다.

(2) 統一商法典(U.C.C.)은 商人間의 去來가 아닌 일반인간의 “商品去來”(transactions in goods)에도 적용되며 상인간의 거래에 대해서는 약간의 특칙을 두고 있다.

(3) P.S. Atiyah & Robert Summers, *Forms and Substance in Anglo-American Law—A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institution*, Clarendon Press, Oxford (1987) 특히 Chs. 14 & 15 pp.384-432. 이 곳에 담긴 내용을 옮기는 경우에는 별도의 각주로 인용하지 않는다.

(4) 영국의 법학교육 일반에 관한 종합적인 연구보고서로는 Wilson, *A Survey of Legal Education in the United Kingdom*, IX *Journal of Society of Public Teachers of Law* 1(1966) 및 Wilson & Marsh, *A Second Survey of Legal Education in the United Kingdom*, XIII *Journal of SPTL* 239 (1975) 참조. 1975년 이후의 종합적인 연구문헌은 발견되지 않는다. 미국의 법과대학과 법학교육에 관한 종합적인 연구서로는 Robert Stevens, *Law School—Legal Education in America from the 1850s to the 1980s—*, The University of North Carolina Press (1983) 참조. 법과대학의 운영에 관한 연구서로는 Swords & Walter, *The Costs and Resources of Legal Education—A Study in the Management of Educational Resources—*, Council on Legal Education for Professional Responsibility, New York, (1974) 참조.

이들 법과대학은 자신이 형식적으로 소속되어 있는 대학으로부터 사실상 독립되어 있다. 이들은 “大學院 大學”(graduate-level school)으로 독립된 건물과 도서관, 그리고 독립예산권의 보유 등 物的 獨立性과 함께 교수 및 교직원의 채용권, 교과과목의 제정권, 입학자격요건의 결정권 등 人的 獨立性을 보유한다. 이러한 자율권의 결과로 우수한 교수와 학생을 확보하는데 유리한 위치를 점한다.

전국적인 차원에서 볼 때에도 우수한 법과대학은 강력하고도 영향력있는 기관이다. 이들 법과대학의 졸업생들은 聯邦과 州 차원 공히 법조계는 물론 정계, 경제계의 지도적인 위치에서 영향력을 행사하고 있다.<sup>(5)</sup> 많은 법과대학은 엄청난 금액의 동창생기부금으로 인적, 물적 설비의 개선에 충당하고 있다. 새로운 건물이나 도서관의 신축에 필요한 수백만 달러의 모금이 몇몇 졸업생의 기부나 선도적인 노력으로 쉽게 이루어 지는 예가 적지 않다.

그런 의미에서 이러한 법과대학들은 (아마도 연방정부와 초대형기업을 제하고서는 가장 강력한) 全國的인 기관이라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 후술하는 바와 같이 법과대학은 미국의 법제도와 법문화를 지배하는 기관이다.

이에 비해 英國의 법과대학의 지위는 대학내에서의 지위라는 관점에서 보나 전국적인 기관으로서의 위치에서 보나 미국 법과대학의 그것과는 비교할 수 없을 정도로 뒤떨어진다. 흔히 일컬어지듯 영국의 법과대학은 단순한 “技能學校”(trade school)로서 장래의 법실무가로서 필요한 최소한의 실체법적 배경을 갖추는데 기여할 뿐 광범한 공공정책의 이슈에 관한 연구의 중심기관이 아니다. 정부가 중요한 법정책의 자문이나 결정에 일류 법률가를 참가시키는 경우에도 거의 예외없이 현직 判事나 法廷辯護士(barrister)에게 눈돌리지 법학교수에게는 관심을 갖지 아니한다. 영국 법과대학의 이러한 비교열위의 현상을 낳은 몇 가지 요인을 지적해 본다면 다음과 같다. 첫째, 영국의 법과대학은 大學校(university)의 學部(undergraduate)과정 중 2.5 내지 3년으로 미국의 “大學”(college)과정에 해당한다. 일반적으로 말해서 영국의 university 교육은 미국의 college 교육에 비해 다소 앞선다<sup>(6)</sup>고 말해지지만 미국의 일류 대학원에 비할 수 없다. 또한 법과목이 학부과정의 일부이기 때문에 법학강의도 경제학, 정치학, 철학 등 법학의 기초과목 내지는 인접과목에 대한 이해가 알다는 전제 아래 행해지므로 지적 수준에서 보나 사회적 역할의 측면에서 보나 법학교육이 사회의 지적 지도자로서의 소양의 배양에 기여하지 못한다.<sup>(7)</sup>

(5) 한 예로 미국의 역대 대통령 41명중 26명이 법률가였고 현재 상하양원의 40% 이상이 법과대학 졸업생이다.

(6) Oxford, Cambridge를 포함한 영국의 많은 대학은 학부 중심으로 운영되고 있다. 필자의 관찰로는 학사일정, 장학제도, 도서관 장서의 배열 및 열람시간, 기숙사의 운영 등등이 지나치게 학부학생의 편의와 교육수준에 맞추어 짜여져 있는 인상을 받았다. 최근에 대학교육을 포함한 교육제도 전반에 대한 개혁의 필요성을 강조하는 여론이 높아지고 있어 경제문제(특히 유럽공동체국가와 관련하여)와 함께 차기 선거의 핵심 쟁점이 될 전망이다. The Times, October 23, 1990, p.17 editorial 참조.

(7) University of London, Prof. L.H. Leigh와 필자와의 면담에서 (1990.10.17)

두번째 요인으로 영국의 법과대학은 미국의 법과대학처럼 소속 대학교 내에서 준독립적 기관의 지위를 누리지 못한다는 사실을 지적할 수 있다. 법과대학은 어디까지나 대학교 내의 한 대학에 불과하다. 교과과정의 제정과 시험에 관해서는 다소의 재량권을 보유하나 이 경우에도 대학교 전체의 교과과정의 일부로 행해지는 것이 상례이다. 또한 교수의 임용에도 완전한 자율권을 보유하지 못하고 교수임용위원회에 타대학 교수가 참여하는 것이 일반적이다.

세번째 요인으로 豫算統制權의 不在를 들 수 있다. 특히 교수의 봉급은 정부에 의해 제정된 기준에 의할 뿐(명목상으로는 관계노동조합의 협의를 거쳐서) 개별적인 조정의 여지가 거의 없다. 그리하여 어떤 영국의 대학도 미국의 일류법과대학의 경우처럼 전국적인 명성의 타대학 교수를 거액의 봉급을 지급함으로써 초빙할 수가 없다.<sup>(8)</sup> 그 결과로 미국의 경우처럼 다수의 초일류급 교수를 보유함으로써 사회전체에 영향을 미칠 수 있는 위치에서는 초일류 법과대학이 상대적으로 적은 대신 학문적 수준의 전국적인 평준화는 미국의 경우보다 앞서 있다고 할 수 있다.

네번째로 法曹社會에서 법과대학이 차지하고 있는 위치가 미국의 경우보다 훨씬 뒤진다는 사실을 들 수 있다. 약간의 예외는 있지만 영국의 법학자들은 실무가들의 주된 관심과 존경의 대상에서 소외되고 있다. 판사나 경륜있는 변호사의 사회적 지위가 법학교수에 비해 훨씬 높다는 사실이 이러한 결과를 초래한다. 그리하여 법학교수의 저술이 실무변호사나 판사에 의해 인용되는 예는 거의 없고, 그나마 자신의 저술이 “法曹界”(legal establishment)의 관심의 대상이 되기를 원하는 법학교수는 논리의 과정이 생략된 채 기존의 법원칙을 지극히 결론적으로 선언하는 실무계의 관행에 맞추어 저술함으로써 학문성을 희생해야만 한다.

이와 같은 일반적인 결론에는 두가지 조건이 수반된다. 첫째 최근에 들어와서 영국의 법조계나 법학계에도 변화가 발생하고 있다는 사실과 둘째로 미국의 경우에도 모든 법과대학이 법조와 사회의 선도적 역할을 하는 것은 아니라는 것이다.<sup>(9)</sup>

(8) 영국의 법과대학 교수진은 Lecturer, Senior Lecturer, Reader 및 Professor의 4직급으로 구성되어 있는데 대체로 전체의 10~20%가 Professor의 직함을 보유한다. Reader이하 직급의 타대학 교수진을 승진, 우대하는 조건으로 초빙하는 경우는 흔히 있다.

(9) 미국의 법과대학의 수준은 천차만별이다.全美辯護士協會(ABA)와 美國法科大學協會(AALS)의 공인을 받은 174개(1984년 현재) 법과대학 중 Harvard를 비롯한 20여개 대학은 명실공히 전국적인 대학이라고 할 수 있으나 기본적으로 지방법률가의 양성을 목적으로 하는 학교도 많다. 뿐만 아니라 상기 두 기관의 공인을 받지 못하여 졸업 후 타주의 변호사시험에 응시할 자격조차 없는 “비공인”(unaccredited) 법과대학의 재학생 수만 해도 1979년 현재 2만명에 이른다. Stevens, 전게서 (주 1), p.243 참조. 또한 1980년대의 법학교육에 관한 미국법과대학협회(AALS)의 보고서와 이에 대한 자세한 분석에 관해서는 D.H. Vernon & B.I. Zimmer, The Demand for Legal Education 1984 and the Future, 35 *J. Leg. Edu.*, pp.261-298(1985) 참조. 미국법조의 일반적 수준에 관련하여 Paris대학의 Tunc교수는 “대저 미국에는 무엇이든 다 있다. 최일류 법조인도, 수준이하의 법조인도. 최고수준의 법조인은 영국보다 앞서나 중간치기는 영국이 앞선다”라고 평한 바 있다. Andre Tunc, Not So Common Law, 47 *Modern Law Rev.*

### 3. 法學教育

미국의 일류 법과대학은 타 법과대학이나 전국적인 차원의 법제도에 강력한 영향을 미친다. 우선 일류 법과대학의 학생은 전국 각처에서 모여들며 졸업 후에도 전국 각처에서 활동한다. 법과대학은 전국적인 차원의 법을 가르치며 어떤 주제에 대해서나 전국적인 상황을 염두에 두고 연구 조사하는 훈련을 강조한다. 또한 미국의 법과대학은 영국과는 달리 대학졸업 이상의 학력 소지자를 대상으로 하는 大學院 과정이다. 미국 법과대학 과정에서 가르치는 많은 과목은 영국 법과대학의 교육과목과 동일한 명칭을 보유한 경우에도 교육목적, 내용의 심도, 교재, 교수방법에 있어 본질적인 차이가 있다. 이러한 차이점을 총칭하여 미국의 법학교육은 “實體의 性格”(substantive character)을, 영국의 그것은 “形式的 性格”(formal character)을 띤다고 할 수 있다.<sup>(10)</sup> 미국 법과대학의 주된 교육목적은 Harvard의 Cavers 교수<sup>(11)</sup>나 Cornell의 Summers 교수<sup>(12)</sup>의 글에 잘 나타나 있듯이 지극히 實體指向的의 이다. 즉, 미국 법학교육의 주된 목적은 형식적인 “結論의 法原則”(black letter law)이나 特定地方의 법을 가르침에 있지 않고 판결과 법규의 해석, 분석, 비교, 평가, 비판을 통해 새로운 판결과 입법의 방향을 제시하는 방법론을 가르침에 있다. 이러한 수업과정에서 교수는 은연중에 단순한 형식적인 법이론의 인식보다는 실제적인 논리의 과정과 정책적 주장의 설득력이 더욱 중요하다는 것을 강조한다. 다시 말하자면 법을 權威的인 原則의 集積體로서 보다는 “政治的, 經濟的, 社會的 政策의 手段”으로 이해하는 것이다. 이런 의미에서 미국의 법학교육은 무엇이 법인가(is)라는 實證的 문제와 무엇이 법이어야 하는가(ought to be)라는 規範的<sup>(13)</sup> 문제를 대립적으로 분리하지 않고 동일한 차원에서 함께 다룬다고 할 수 있다. 그리하여 학생들은 기존의 법에 대한 인식력과 함께 이에 대한 비판력 내지는 평가력의 함양을 요구당하며 교수는 학생들로 하여금 black letter law의 이면에 내재해 있는 사회정책과 실용적 가치에 착안할 것을 강조한다. 이러한 교수법은 법원리의 수동적인 수용보다는 능동적인 문제해결을 강조하며 특정한 문제의 해결 그 자체보다 이러한 문제의 발생원인과 과정 그리고 그 해결에 이르는 논리적 과정을 더욱 중시한다. 그리하여 현실적

150, p.169 (1984). 이 평은 법과대학에 관해서도 어느 정도 타당할 것 같다.

(10) 實體的(美國)—形式的(英國)의 대비는 Atiyah-Summers연구의 결론에 해당한다. 자세한 것은 전제서 주 1, pp.1-41 참조.

(11) David F. Cavers, Legal Education in the United States, in *Talks on American Law*, pp. 273-75 (rev. ed.), H. Berman, ed., Vintage Books, N.Y., 1971. 여기에서 Cavers교수는 Harvard 대학의 Langdell학장과 Roscoe Pound학장의 공헌을 중심으로 실제적 지향의 case method와 사회법철학(sociological jurisprudence)이 미국법학에 미친 지대한 영향에 관하여 논하고 있다.

(12) Summers, The Future of Economic in Legal Education: Limits and Constraints, 33 *Journal of Legal Education* 337 (1983), pp.355-57. 이 논문의 부록에서 Summers 교수는 미국법학교육의 목적으로 60개 항목을 나열하고 있는데 이는 결국 실제지향적이라는 말로 요약될 수 있다.

(13) 이 점에 관하여는 Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Northwestern University Press (1940) 참조.

存在로서의 法(law as is)이 과거에 존재했던 법(law as existed)이나 當爲로서의 法(law as ought to be)과 다른 경우가 허다하다는 것을 인식시킨다. 이러한 교육목표 때문에 학생의 능력을 판단하는 데는 현재시점에 이르기까지 발전해 온 일련의 판결과 입법을 장래에 향해 어떻게 제시하느냐가 중요한 기준이 된다. 미국 법학교육의 입장에서 볼 때 최근의 판결도 반드시 기존의 법체계와 제도에 적합한 구성요소가 아니라 단지 發展過程에 있는 하나의 현상에 불과한 것이다.

미국법학교육이 실제지향적임을 단적으로 보여주는 실례는 학생들의 수업준비과제에서 볼 수 있다. 학생은 법원이 내린 판결의 이유를 파악하고 판결과 그 이유의 合當性 여부에 대한 자신의 의견과 이를 뒷받침하는 論據를 제시해야 한다. 교수는 수시로 학생이 제시한 의견과 논거에 대해 상이한 의견과 논거를 제시하여 이를 較量하고 판결의 사실적 배경과 법적 이론을 가중치를 두어 選擇적으로 分析하는 능력을 배양시키는데 주력한다.

미국법학의 교과목(특히 20세기 전반의 소위 “道具主義的 革命” 후의)은 상대적으로 단순하고도 형식적인 영국의 그것과 대조를 이룬다.<sup>(14)</sup> 첫째, 미국의 경우는 기본적으로 比較法的인 수학방법이 강조되는데 이는 50개 州와 聯邦이라는 독립된 법체계를 함께 다루는데서 필연적으로 요구된다. 강력한 중앙집권적인 조직에나 철저한 계층적 질서가 확립되어 법은 위로부터 결정된다는 인식이 일반적으로 지배하는 영국의 경우와 달리 미국의 경우는 상이한 주법원과 연방항소법원의 판결이 동일한 법문제에 대한 상이한 해결책으로 양립할 수 있다는 것을 전제로 하고<sup>(15)</sup> 있다. 따라서 법과대학의 수업도 하나의 문제에 대해 한 가지 이상의 해결책을 모색하면서 “正答”(right answer)보다 “最善의 答”(best answer)에 비중을 둔다. 이와 같은 교육에서는 판결 그 자체의 형식적인 논리의 권위보다는 이를 실제적으로 뒷받침해 주는 논리가 더욱 강조되는 것이다. 둘째, 學際的(interdisciplinary) 교육방법에 관한 차이를 들 수 있다. Cavers 교수의 말대로 미국의 법학교육은 법을 “정치적, 경제적, 사회적 정책의 수단”으로 인식하는 전제에 입각해<sup>(16)</sup> 있으므로 인접학문과의 연계가 강조된다. 또한 학생들이 이미 학부과정에서 정치, 경제, 사회철학에 대한 배경을 갖추었기에 이와 같은 학제적 교육이 가능하다. 한편 영국에서는 이와 같은 학제적 교육은 거의 시도되지 않고, 시도되는 경우에도 학부과정이라는 제약 때문에 수준높은 교육이 될 수 없다. 셋째, 이러한 교육목적의 차이는 수업자료에서도 나타난다. 미국 법과대학 수업의 기본교

(14) 미국의 일반적 상황에 관해서는 Stevens, 전게서(주 1), 3, 12, 14장 참조. 영국의 상황에 대해서는 주 1의 Wilson 논문(1966) 및 Wilson & Marsh 논문(1975) 참조. 1990~91학년도 University of London의 교과과정표(LL.M. 포함)에는 90개 과목이 나열되어 있다. 학제간 연구로는 영국 제일이라고 하는 런던대학의 경우는 예외적으로 개설과목이 많은 편이다.

(15) 연방법원은 재판관할권이 지극히 제한되어 있기에 대부분의 사건은 주법원에 의해 결정된다. 동일한 이슈에 대해 주법원이 서로 상충되는 판결을 내릴지라도 그것이 연방법원의 관할에 속하지 않는 한 연방법원에 의해 조절될 수 없다. 연방항소법원간에 상충된 판결이 내려진 경우 연방대법원은 필요에 의해 최종해석권을 행사할 수 있다.

(16) Cavers, 전게논문(주 11), 276면.

재는 소위 “事例集”(case book)이다. 여기에는 상급법원의 판례가 편집자의 의도에 의해 인위적으로 편집 수록되어 있으며 이러한 판결에 관련된 기타 자료가 수록되어 있다. 해당 판결에 관련된 정치적, 경제적, 사회적 배경이 된 자료, 소송과정에서 당사자가 제출한 변론서의 요지, 판결에 대한 각종 평석 등이 포함되어 있음은 물론, 교재에 수록된 자료를 활용하여 새로운 문제의 해결을 요구하는 일련의 가상적인 질문이 수록되어 있다.<sup>(17)</sup> 이와는 대조적으로 영국 법과대학 수업의 基本教科書(textbook)는 대체로 기존 판결에서 선언된 법원칙의 서술로 일관하고 있다. 중간중간 저자는 판결을 분석, 비판, 설명하거나 판결에 담겨진 정책이나 가치관을 토론하기 위해 지면을 할애하고 있으나 이 경우에도 단지 무엇이 “公正한가”(fair) 또는 “合理的인가”(reasonable)를 (배경이 된 복잡한 사실관계에 대한 면밀한 분석 없이) 피상적으로 다룸에 그치고 마는 경우가 태반이다. 교과서의 논조는 教條的이며 存在의 法(is)과 當爲의 法(ought to be)을 엄격하게 구분하여, 교과서의 저술시점을 기준으로 존재의 법이 무엇인가를 전달하는 데 주력하고 있다.<sup>(18)</sup> 이러한 교과서의 태도는 영국법조의 관행에 비추어 볼 때 당연하고도 무리없는 현상이다. 왜냐하면 교과서는 판결을 기초로 하여 저술되는데 판사나 변호사는 법은 기본적 원칙으로부터의 論理的 演繹의 산물이라는 소신 아래 판결하기 때문에 판결문에 정책에 관한 언급이 거의 없기 때문이다.

이와 같이 법학교육의 기본교재에 있어서 영미간에 차이가 존재한다고 해서 영국의 법학교육에 사례집이 전혀 이용되지 않는다거나 미국에 영국형의 교과서가 전혀 없다는 이야기는 아니다. 최근에 와서 많은 영국교수들도 판결문 그 자체를 과제로 부과하는<sup>(19)</sup> 예가 많으며 미국에서도 소위 “hornbook”<sup>(20)</sup>이라는 black letter law의 편집서를 case book의 대용으로 사용하는 예가 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 hornbook도 영국의 textbook과는 다른 저술방법을 택하고 있다. 즉 教條的 논조 대신 比較的 어프로치가 시도된다. 그리하여 하나의 법문제에 대한 상이한 법원의 반응을 자세하게 열거하며 편집자의 선호가 제시되어 있다.

實務法學書에서도 이와 같은 차이를 인식할 수 있다. 판결 그 자체와 판결이 선언한 법원리보다 그 근저에 깔린 이론, 정책, 가치관의 심층분석에 주력한 Corbin의 “契約法(Contract)”, Wigmore의 “證據法(Evidence)”, Harper, James and Gray의 “不法行爲法

(17) 일반적 교참로는 Currie, *The Materials of Law Study, Parts I & II*, 3 *Journal of Legal Education* 331 (1951) and Part III, 8 *J. Leg. Edu.* 1 (1955) 참조. 이상의 자료는 다소 오래된 것이기는 하나 그 분석결과는 현재에도 적용될 수 있다. 사례 중심의 교육법의 약점을 비판하는 많은 문헌중 균형있는 분석을 한 글로는 P.F. Teich, *Research on American Law Teaching: Is There A Case Against the Case System?*, 35 *J. Leg. Edu.* 167 (1986) 참조.

(18) 영국 교과서에 대한 영국학자의 신랄한 비판으로는 Twining, *Is Your Textbook Really Necessary?*, *Journal of Society of Public Teachers of Law* 81 (1970) 참조.

(19) 최근에 많이 이용되고 있는 Law in Text 시리즈(Weidenfield & Nicolson 출판사)는 판결문, 입법과정에 관한 자료, 평석 등을 비교적 체계적으로 정리수록하고 있다.

(20) Hornbook이란 용어의 어원은 서적의 장기본존을 위해 표지를 짐승의 뿔을 녹여 만든데서 유래한다.

(Torts)”, Nimmer의 “著作權法(Copyrights)” 등에 비견할 수 있는 초대형 실무서는 오늘날 영국에서는 찾아볼 수 없다.

네번째로, 수업진행방법상의 차이를 들 수 있다. 미국 법과대학에서는 기본적으로 소위 “쓰크라테스식” 수업방식을 사용하고 있다. 이 방식은 기본적으로 하나의 문제에 대한 권위적인 답이 없다는 입장에서 최선의 해결책을 학생 스스로가 토론을 통해 모색함에 주력하고 교수는 이러한 토론과정을 노련한 사회자의 입장에서 보조할 뿐이다. 이러한 수업방식은 궁극적으로 司法積極主義의 풍토와 “先判例拘束의 原則”의 엄격한 적용을 고집하지 않는 유연한 사법자세의 조성에 기여한다.<sup>(21)</sup> 반면에 영국의 수업방식은 교수의 일방적인 강의가 주를 이루며 “세미나”라는 이름의 강좌에서도 쓰크라테스식의 수업보다는 학생이 存在로서의 法을 얼마나 바로 이해하고 있나를 개별적으로 확인하는 “개인교습”(tutorial)에 주력하고 있다.

다섯번째로, 법은 發展하는 社會過程의 一時的 現狀이라는 미국법학의 기본사상은 수업 대상이 되는 판결의 편집태도에서도 나타난다. 미국의 많은 사례집은 각 장마다 동일한 법적 이슈에 대한 판결의 歷史的 발전 (또는 퇴보)의 과정을 연대순으로 정리하고 있다.<sup>(22)</sup> 그리하여 독자로 하여금 무엇보다도 법의 力動的 변화를 인식시키는 데 비중을 두고 있다. 반면에 영국의 전형적인 교과서는 대체로 판결을 시대적인 발전과 무관하게 독립적인 것으로 다루고 독자로 하여금 과거의 판례를 기초로 발전적인 가치를 모색하는 대신 선판례를 기존 법원칙으로 삼고 새로운 판결을 기존의 원칙에 조화시키는데 비중을 두고 있다.

#### 4. 法學教授의 役割

(1) 研究와 著述이 법학교수의 기본적 역할임은 영미간에 차이가 없다. 그러나 근래에 들어와서 양국의 교수들의 저술간에는 근본적인 성격의 차이를 인식할 수가 있다. 영국교수의 전통적이고도 전형적인 저술태도는 “現存하는” 법원리의 分析과 再錄(analysis and restatement)에 있고 이는 black letter law의 체계적인 정리로 나타난다. 물론 法史學, 로마法, 法社會學 등의 “文化的” 법역에 대한 저술이 상당수 존재하기는 하지만 英國法 그 자체에 관해서는 입법 또는 판결의 형태로 “決定된” 법에 절대적인 비중이 주어진다. 그러나 한 가지 주목할 만한 사실은 최근에 들어와서 영국법학자간에도 經驗的 연구의 비중이

(21) A.L. Goodhart, *Essays in Jurisprudence and the Common Law* 70-1, Cambridge U. Press (1931); Catlett, *The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which it Should be Applied*, 21 *Wash. L. Rev.* 158, 169-70 (1946).

(22) 판례의 연대순 검색은 미국법 연구의 기본적인 태도이다. Shephard 출판사는 모든 판례에 대하여 후일 어떤 위치에 서 있는가를 검색하여 계속 출판하고 있다. 후속 판례 뿐만 아니라 그 판례를 언급한 일체의 법문헌을 망라하여 상세하게 정리하여 이러한 검색법을 “shephardizing” 한다고까지 한다. 일찌기 Holmes도 Langdell의 계약법 사례집의 서평에서 판례의 연대순 정리가 말로 가장 유익하고도 흥미로운 작업이라고 했다. Holmes, *Book Review on Cases on the Law of Contract in 5 Am. L. Rev.* 539 (1871).



상당히 강조되고 있으며 괄목할 만한 성과를 보이고 있다는 것이다.<sup>(23)</sup> 이중 많은 연구는 정부의 재원에 의해 기존 법제도의 改革과 관련하여 행해지기도 했다. 그러나 이러한 연구에서도 法과 政策의 分離라는 기본적인 저술태도는 유지되어 결론은 現存制度 維持 또는 改革 그 어느 방향으로든 이용될 수 있도록 조심스럽게 내리고 있음을 감지할 수 있다.

많은 경우 미국법학자들의 기본적 저술태도는 자신의 범역에 관한 政策專門家라는 인식을 바탕으로 하고 있다. 물론 法理整理의인 저술이 전혀 없는 것은 아니나 이런 저술은 결코 일류 저술의 평가를 받을 수 없다. 물론 과거 한 시대를 누렸던 초대형 전문서의 가치는 계속 인정받아 편집 보완되겠지만 유사한 형태의 새로운 저술은 많지 않을 전망이다. 近來에 들어와서 미국의 일류 법과대학에서 經驗的 方法에 입각한 저술이 눈에 띄게 증가하고 있으며 이러한 저술이 다루는 주제도 법제도의 개혁 뿐만 아니라 특정 법리나 법제도의 심층적 이해에 이르기까지 다양하기 짝이 없고 사회학자, 심리학자, 경제학자등 타분야의 전문가가 등장하는 學際的 研究의 형태로 이루어지는 경우도 허다하다.<sup>(24)</sup> 흔히 학제적 방법과 형태에 의한 연구는 엄청난 규모의 外部 支援金에 의해 행해지는데 지원기관도 연방—주정부, 공·사 연구재단, 전미변호사협회(ABA) 등 다양하다.

(2) 이와 같은 법학자의 기본적 역할에 관한 영미간의 차이는 법학저술의 수준을 결정짓는 간접적인 요인이 되기도 한다. 정책결정자로서의 역할 때문에 美國 法學教授의 저술은 관료에 의한 저술보다 실제적이며 수준이 높을 수밖에 없다. 관료조직에서 결정된 정책은 제출될서 그 자체 때문에 권위가 인정된다. 반면 이와 같은 관료조직적 권위가 결여된 법학자의 政策案은 아이디어의 自由競爭市場(marketplace of ideas)에서 경쟁해야 하므로 관료의 저술보다 우수하지 않으면 가치를 인정받을 수가 없다. 또한 정책입안자로서의 미국 일류 법과대학 교수의 질은 연방—주의 일류 관료보다 우수하다고 인식되고 있고 따라서 미국 입법부나 행정부의 고위층은 자신의 부처에서 입안된 정책이 법학교수에 의한 대안보다 더욱 우수하다는 가정을 거의 하지 않는다.

英國은 정반대이다. 영국관료의 질은 매우 우수하며 행정부나 의회는 官에서 입안한 정책안이 학자에 의해 작성된 유사한 안보다 우수하다는 전제에서 출발한다고 해도 좋다. 그러므로 하급관료의 건의를 거친 고위층의 정책안은 권위가 인정되고 외부 학자의 의견에 의해 수정 변경되는 예는 드물다.

(23) 최근 영국에서의 중요한 변화에 대해서는 Harris, *The Development of Socio-Legal Studies in the United Kingdom*, 3 *Legal Studies* 315 (1983) 참조. 또한 구체적 업적으로는 아래 문헌을 참조. Donald Harris et. al., *Compensation and Support for Illness and Injury* (Clarendon Press, Oxford, 1984); M. Zander, *Promoting Change in the Legal System*, 42 *Mod. L. Rev.* 489 (1979); J. Eekelaar & E. Clive, *Custody after Divorce* (SSRC Centre of Socio-Legal Studies, 1977).

(24) 이 점에 관한 과거의 업적과 장래의 과제에 대해서 Trubek, *A Strategy for Legal Studies: Getting Back to Work*, 33 *J. Leg. Ed.* 586 (1983) 참조.

(3) 미국 법학교수의 정책활동은 연구 저술 이외에도 여러가지 다른 형태로 나타난다. 예를 들면 일류 법무법인의 의뢰로 사회적으로 중요한 사건의 변론서를 작성하기도 하고 특히 최고법원의 사건의 변론을 직접 담당하는 예가 많다. 예를 들면 전국민의 지대한 관심속에 내려진 言論의 自由에 관한 획기적인 판결인 소위 “國防省文書事件”(The Pentagon Papers Case)<sup>(25)</sup>의 聯邦大法院 판결에는 Yale 대학의 Alexander Bickel 교수와 Harvard 대학의 명예교수 Edwin Griswold가 각각 양측의 변호인으로 열던 법리와 정책의 공방전을 벌였다. 또한 미국의 법학교수들은 정부의 주요 정책담당직을 맡기 위해 학교를 쉬거나 떠나는 경우가 많다. Kennedy 대통령 시절에 Harvard 법대의 수많은 교수가 학교를 쉬면서 행정부의 요직을 맡은 일은 널리 알려져<sup>(26)</sup> 있다. 영국에서도 1964년의 Wilson 勞動黨 정부에 Oxford 교수들이 대거 영입된 적이 있었으나 이들 대부분이 경제학자였고 법학자는 거의 없었다.

(4) 또한 미국의 법학교수들은 學界—實務界를 총괄하는 각종 기관에서의 활동을 통해 법의 발전에 적극적으로 기여할 기회가 많다. 美國法學院(American Law Institute)이 주관하는 각종 법의 再錄(Restatement)도 거의 법학교수들의 주도에 의해 행해지며 統一商法典(U.C.C.), 聯邦破產法典(Federal Bankruptcy Code) 등 중요한 법의 제정도 주로 법학자들의 활동의 산물이다.<sup>(27)</sup> 영국의 법학교수들이 이러한 성격의 활동에 참가한 일은 최근에 비롯된 관행이다. 미국의 ALI에 유사한 Law Commission에 법학교수도 참가하고 있으나 활동의 범위는 미국에 비해 상당히 제한적이다.

(5) 미국의 법학교수들은 영국교수에 비해 判事에 대해 더욱 큰 영향을 미친다. 교수 스스로가(주로 상급법원의) 판사가 되는 예가 무수하다. 이것은 영국에서는 불가능한 일이다. 또한 미국교수들은 대부분 법과대학 졸업과 동시에 판사의 研究員(clerk)으로 일한 경력이 있다. 거의 모든 미국 법과대학은 자신의 學術誌(law journal)<sup>(28)</sup>를 발간한다. 이 학술지는

(25) New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

(26) 연방정부의 요직인 법무성의 訟務室長(Solicitor General)과 反獨占法部の 부장직은 전통적으로 교수출신이 담당하는 것이 원칙이다. 교수들의 행정부영입현상을 일러 Griswold학장이 “노학장은 결코 죽지 않는다. 다만 부하교수를 잃을 뿐이다.”(Old deans never die, they just lose their faculties.)라고 한 말은 유명하다.

(27) 뿐만 아니라 주법원에서 발전된 製造物責任의 懲罰的 損害(punitive damages)나 不法行爲責任의 근거로서의 企業行爲(enterprise liability)이론도 법학자들의 발명품이다. Owen, Punitive Damages in Product Liability Litigation, 74 *Mich. L. Rev.* 1257 (1976); Priest, The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law, XIV *J. Leg. St.* 461 (1985). 이와 같은 법리의 발전에 선도적인 역할을 한 California주 대법원의 핵심멤버는 Roger Traynor 원장이었는데 그 자신도 교수 출신이었을 뿐만 아니라 미국 불법행위법의 대두인 W.L. Prosser 교수의 평생 제자였다. 특히 헌법 분야에서의 학자들의 지나친 영향력을 비판적으로 보는 Harvard의 Kaufman 교수의 흥미로운 글이 있다. A. Kaufman, Judge or Scholars: To Whom Shall We Look for Our Constitutional Law, 37 *J. Leg. Edu.* 184 (1987).

(28) 대학 학술지의 증대한 역할에 관해서는 Cramton, The Most Remarkable Institution: The American Law Review, 36 *J. Leg. Edu.* 1 (1986) 참조.

학생들에 의해 편집, 운영된다. 대체로 가장 우수한 학생들에게만 참가의 기회가 보장되어 있고, 여기에 참가한 학생들이 졸업후 판사의 연구원이 되고 연구원의 경력을 쌓고난 후에 교수가 되는 것이 정통의 길이라고 할 수 있다. 이러한 예비교수의 길을 거치는 과정에서 교수들은 판사에게 영향을 미치는 저술의 방법론을 터득하게 된다.<sup>(29)</sup> 뿐만 아니라 判事研修프로그램(judge school) 등 법조인 교육 프로그램에 법학교수들이 주도적인 역할을 함으로써 판사가 법학교수의 글을 인용하는 것이 지극히 자연스런 관행으로 받아들이는 풍토가 조성되어 있다.

영국의 경우는 다르다. 법학학술지의 수도 극소수이며 그나마 대학에서 발간하는 예가 흔하지 않다. 학생의 참가란 있을 수 없는 일이며 판사의 연구원이라는 제도도 없다. 교수의 글이 판결에 인용되는 경우는 거의 없고 인용되는 경우에도 비중이 가볍다. 심지어는 存在의 법이 아니라 當爲의 법을 主張하는 법학교수의 글의 인용을 경고하는 貴族院(House of Lords)의 판결문도 있다.<sup>(30)</sup>

## 5. 法科大學의 綜合的 影響

앞서 지적한 바와 같이 美國의 일류 법과대학은 미국법의 근본질서의 형성에 지대한 영향을 미치나 이와는 대조적으로 英國의 법과대학이 영국법 질서에 미치는 영향은 미미하다. 이와 같은 차이의 원인으로 몇 가지 사실을 주목할 수 있다.

첫째, 20세기에 들어서서 美國의 범문화화를 지배하고 있는 思想은 법을 社會改善의 實用的 手段으로 파악하는 “道具主義”의 철학인데 이러한 철학의 발상지는 법과대학이다. 이러한 기본철학은 법원에 끊임없이 영향을 미치고 있다. 일찌기 Holmes 판사는 법의 핵심적 요소는 經驗<sup>(31)</sup>인 동시에 哲學<sup>(32)</sup>이라고 지적했다. 20세기에 들어와 법원이 판결을 통해 선언한 거의 모든 구체적 법원리 뒤에는 이러한 도구주의의 철학이 깔려있다. 이렇듯 대학에서 탄생하여 대학에서 발전시키고 있는 철학이 법원을 지배하고 있는 이상 대학의 영향력이 계속 유지되는 것은 당연한 일이다.

英國의 경우는 다르다. 지난 2세기 동안 영국법을 지배한 철학인 Austin의 分析的 實證主義(analytical positivism)철학은 Austin의 창작이라기보다는 영국법의 현주소가 Austin의 입을 빌어 나타난 것일 뿐이다. 당초 그 내용이 대학강의(University College, London)에

(29) R. Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform*, (Harvard U. Press, 1985) 참조.

(30) Lord Lane CJ in *R.v. Howe* (1981) 1 All ER at 836-7. “재판관은 학자들의 글을 인용함에 있어 무엇이 법인가에만 경청을 하고 법이 어떻게 되어야 하느냐에 관한 주장에 현혹되지 않도록 각별한 주의를 해야 한다.”

(31) Oliver W. Holmes Jr., *Common Law* (1881).

(32) O.W. Holmes Jr., *The Path of Law*, 10 *Har. L. Rev.* 457 (1897). 여기에서 Holmes는 “theory”야말로 법의 가장 중요한 행로이며 거의 모든 법리(rules)의 근저에는 이러한 “theory”가 깔려 있다고 했다. 여기에서 theory를 보다 단축스런 용어를 찾지 못해 “철학”으로 번역한다.

서 제시되었다거나 20세기에도 법과대학의 법철학 수강생에게 계속 전개되었다는 사실은 법원의 판결이 Austin의 사상의 영향을 받았다는 증거가 될 수 없다. 최근에 이르기까지도 대부분의 判事들은 법과대학의 교육을 전혀 받지 않았으며 많은 판사들은 Austin의 “實定法哲學의 領域”(The Province of Jurisprudence Determined)을 전혀 읽지도 않았을 것이다. 흔히 법은 “主權者의 命令이다”라고 요약 번역된 Austin의 법철학의 현실적 적용원칙은 “(1) 법이란 (주권자를 대리하여) 의회와 법원에 의해 선언된 일련의 規則(rules)을 의미하고 (2) 存在의 법과 當爲의 법은 엄격히 구분되어야 하며 (3) 따라서 판결의 주체로서의 법원은 이미 주어진 법을 변경할 권한이 없다”라고 세분할<sup>(33)</sup> 수 있다. 이러한 사상은 이미 19세기 영국법조를 지배하였고 현재에도 지배하고 있는 것으로 Austin의 강의는 이미 상식화되어 있는 법철학을 세련되게 정리한 것일 뿐이다.

물론 영미 양국을 지배하는 법사상은 각자에 고유한 법제도에서 유래한 것이고 또한 고유한 법제도의 건설에 기여하는 것이나 英國의 경우는 법제도와 법질서가 법사상을 탄생시켰고 美國의 경우는 逆順이라고 할 수 있다.

둘째, 미국 법과대학은 法學方法論에 있어서도 혁명을 주도했다. 여기에서도 道具主義者 학자들의 공로가 돋보인다. 이들은 법 그 자체의 內在的 論理의 均衡의 유지에만 주력하고 법이 미칠 社會的 影響에는 무관심한 종래의 형식적 법학방법론을 타파하고 학문적 논리로서의 법(law in book)을 살아있는 법(law in action)과 일치시킴에 적합한 방법론을 구상해 내었다. 이러한 운동의 주도자는 예외없이 법학자들이었다.<sup>(34)</sup> 이러한 운동은 법조에 엄청난 영향을 미쳤고 미국의 판사들은 선판례를 포함한 기존의 법을 구체적인 판결의 유일한 근거로 삼는 순수 형식논리에서 탈피하여 역동적인 사회의 질서선도자로서의 법원의 사명을 수행함에 필요한 경우에는 기존의 법을 파기함에 주저하지 않게 되었다. 이러한 자세는 判決文의 작성패턴에도 반영되어 포괄적이고도 일반적인 법원칙보다는 구체적인 사실관계를 세분하여 이러한 사실관계에 가장 적합한 미세한 법원칙을 holding으로 선언하는 경향이 농후해졌다.

미국의 법과대학은 이와 같은 법학방법론상의 혁명을 주도했을 뿐만 아니라 법의 제정, 집행 및 적용에 있어서의 입법, 행정, 사법부의 적절한 역할에 관한 이론을 제시하였고 이러한 이론은 미국헌법의 기본구조 아래서의 권력분립의 원칙에 관한 政治理論이 되어 미국 사회 전반에 영향을 미쳐왔다.

英國의 상황은 다르다. 영국의 법과대학이 20세기 전반의 미국 법과대학의 업적에 비견할

(33) 세번째 이슈에 관해서는 Austin은 명확하게 논리를 전개하지 않고 있다. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, as reproduced in *Lectures on Jurisprudence on the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., ed. & rev. by Robert Campbell, John Murray, London (1985) Vol. I, pp.79-338.

(34) 자세한 것은 Summers, 전계논문(주 12), Ch. 6 참조.

만큼 법조에 큰 영향을 미칠 법학방법론을 탄생시키지도 않았으려니와 설사 새로운 방법론을 제시했다 하더라도 이와 같은 방법론은 기존의 법조의 관행과 질서에 부합하는 범위내에서만 수용되었을 것이다. 또한 사법부의 지위가 의회에 비해 현저하게 열위에 있는 영국의 정치질서 아래서 이러한 사법부에 대해서조차도 지적 영향력이 미미한 법과대학에서 국가 전체에 중대한 영향을 미칠 政治理論의 탄생과 개화를 기대하는 것은 무리한 일이다.

이상에서 관찰해 보았듯이 오늘날 미국의 법과대학은 명실공히 미국사회에 지대한 영향을 미치는 기관이나 이에 비해 영국의 법과대학은 사회전체에 대해서는 물론 법조에 대해서도 영향력이 미약한 기관이다.