

< 토 론 >

김 창 록*

저는 다소 각도를 바꾸어 한국의 상황에서 두 분의 발표가 어떤 의미를 가지는지를 생각해 보고, 그것과 관련해서 두 분께 질문을 드리고자 합니다.

먼저 샤피로 교수님의 발표에 대해 말씀드리겠습니다. 샤피로 교수님의 발표에서는, 미국 법원의 헌법과 법률에 대한 해석에 있어서의 목적론적 해석의 중요성과 정책적 적극주의 그리고 그 목적론적 해석에서 있어서 사회과학적 연구가 차지하는 역할의 중요성 등이 지적되어 있습니다. 또한 추측컨대, 그와 같은 법원의 역할을 뒷받침하기 위해서, 법학교육 또한 보다 다양하고 전문적이고, 사회 현실에 보다 가까운 형태를 취하고 있으리라고 생각합니다. 그런데 이것은 법률실무와 법학교육 양자 모두에 있어서 형식주의적 접근이 지배적인 한국의 상황과 대비되어 주목됩니다. 그러한 맥락에서 샤피로 교수님의 발표를 접하고 다음과 같은 생각을 가지게 됩니다.

첫째는 한국의 법원도 보다 적극적인 법해석에 나서야 할 것이 아닌가 하는 것입니다. 사실 생각해 보면 한국 사회만큼 변화가 많은 사회를 찾기도 어려울 것입니다. 식민지 경험, 분단, 내전, 급격한 경제성장과 그에 따른 사회구조의 변화 등 실로 다양하고도 중요한 요인들에 의해서 한국의 법은 끊임없이 현실과 유리되지 않을 수 없는 상황에 처해 있습니다. 최근의 비근한 예를 들자면, 남북관계와 관련하여 대통령과 똑같은 이야기를 했음에도 불구하고, 대통령은 칭송을 받는데 대해서, 다른 사람은 유죄판결을 받는, 언뜻 이해하기 어려운 상황이 지금 현재 한국 사회에서 전개되고 있습니다. 게다가 이와 같은 법과 현실의 괴리를 해소해 주어야 할 1차적인 책임을 지고 있는 정치권, 특히 국회는 극단적인 당파적 대립 때문에 유효하게 작동하지 못하고 있습니다. 이러한 상황에서는 당연히 법원에 우리들의 눈길이 쏠리지 않을 수 없습니다. 말할 것도 없이 이와 같은 법과 현실 사이의 커다란 괴리가 끊임없이 이어지는 상황에서 한국의 법원에는 보다 적극적이고 유연하고 역동적인 법해석이 요구되고 있다고 생각합니다. 하지만 잘 아시는 바와 마찬가지로 한국의 법원은 아직도 법전 중심의 사고에서 크게 벗어나지 못하고 있습니다. 그와 같은 상황을 극복하는 데 있어서, 한국의 법원이 보다 적극적인 법해석을 할 수 있도록 하는 데 있어서, 미국의 경험은 크게 도움이 될 수

*釜山大學校 法科大學 助教授

있지 않을까 생각합니다.

둘째는 한국 법원의 법해석의 역동성을 뒷받침하기 위해서 한국의 법학교육 또한 이제는 바뀌어야 되지 않는가 하는 것입니다. 그 점에서, 1990년대 중반에 시작된 법학전문대학원 제도 도입의 움직임이 주목됩니다. 다만 한국에서의 논의와 관련해서 제가 생각하게 되는 것은, 그 제도의 필요성에 대한 국민적 공감과 지지는 형성되어 있지만, 구체적인 제도의 내용에 대해서는 우리가 충분히 담아내지 못하고 있는 것이 아닌가 하는 것입니다. 그것은, 많은 법률가들이, 그리고 법학자 중에서도 적지 않은 사람들이, 법학전문대학원을 지금까지 사법연수원이 맡아온 법전 중심의 소송기술 전수교육을 대신 떠맡는 기관 정도로 자리매김하고 있다는 사실을 통해서 잘 드러납니다. 그 결과 만일 법학전문대학원 제도가 도입되게 되면 기초법학자는 직장을 잃는 것이 아닌가라며 저의 장래를 걱정해 주는 분도 계십니다. 앞에서 말씀드린 한국 법원에서의 형식주의적인 접근의 절대적 우위를 생각하면, 그 분의 걱정이 전혀 이유가 없는 것도 아니라는 생각이 듭니다. 하지만 말한 것도 없이 그것은 극복의 대상입니다. 그리고 법학전문대학원 제도의 도입은 그 극복을 위한 하나의 통로가 될 수 있을 것이라고 생각합니다. 그 통로를 어떻게 만들어 갈 것인가를 생각함에 있어서 미국의 경험은 적지 않게 참조가 될 수 있지 않을까 생각합니다.

이와 같이 미국의 현상에 대한 설명은 저에게 상당히 신선한 충격을 줍니다. 하지만, 다른 한편으로 샤피로 교수님의 발표를 들으면서 다음과 같은 의문이 생겼습니다. 목적론적인 해석에 입각할 경우, 서로 대립되는 사회과학적 증거들 중에서 어느 것을 채택할 것인가 하는 판단에 있어서 판사마다 다를 수 있다는 것이 전제가 되어 있다고 볼 수 있습니다. 그렇다면 판사들이 각각 다른 사회과학적 증거들을 채택하게 되고, 그 결과 판결이 서로 충돌하게 될 수가 있게 되는데, 그 경우에는 과연 무엇이 법인지 명확하지 않게 되는 것이 아닌가, 수많은 서로 상충하는 법들이 존재하게 되는 것이 아닌가, 그리고 그 수많은 법들, 다시 말해 판사의 결정에 의해 발견된 법이라는 것이 사회과학적 증거를 확보할 수 있는 능력이 있는 사람들에 좌우되고, 그러한 능력을 갖지 못한 사람들은 소외되는 것이 아닌가 하는 의문이 생기는 것입니다. 이 점에 관련해서는 궁극적으로는 개개의 발견된 법이 사회 속에서 수용되는 혹은 수용되지 않는 프로세스를 통해서 그 문제가 정리되어 가야 할 것이라고 생각됩니다만, 아무래도 그런 추상적인 차원에서가 아니라, 보다 구체적인 차원에서의 대응이 필요한 것이 아닌가, 다시 말해 방금 말씀드린 문제점들을 제어할 수 있는 구체적인 제도적 장치가 필요한 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 이에 관해 미국은 어떤 경험을 가지고 있는지에 대해서 들려 주시면 감사하겠습니다.

다음으로 타나세 교수님의 발표에 대해서 말씀드리겠습니다. 타나세 교수님의 발표는 사피로 교수님의 발표에 비해서 훨씬 더 친근감이 느껴집니다. 이것은 곧 한국과 일본의 법학교육의 현실과 문제점이 서로 많이 닮아 있다는 것을 의미하는 것이라고 생각합니다. 타나세 교수님의 발표에서 특히 주목되는 것은, 일본도 한국과 마찬가지로 법학전문대학원(법과대학원) 제도의 도입을 위해 노력 중이라는 점입니다. 사실 논의가 시작된 것은 한국이 먼저입니다만, 현재로서는 일본에서의 논의가 훨씬 활발하고 빠르게 진행되고 있습니다. 그래서, 타나세 교수님께 서도 발표해 주신 것처럼, 일본에서는 2003년에 법과대학원 제도를 도입한다는 점에 대해서는 이미 컨센서스가 형성되어 있습니다. 그 점과 관련해서 타나세 교수님께 두 가지를 여쭙보고 싶습니다.

제가 알고로는, 일본에서의 법과대학원 제도 도입의 논의는 경제계에 의해 가장 먼저 제기되었습니다. 그리고 정치계가 거기에 동조함으로써 논의가 활성화되었고 이후 급속하게 확산되게 되었습니다. 전체적으로 볼 때, 그 과정에서 법률실무계와 법학계는 뒤따라가는 모습을 보였다는 인상을 줍니다. 만일 그렇다면 이것은 법학계가 법과대학원 제도 도입을 위한 준비를 충분히 하지 못하고 있다는 것을 의미하는 것이 아닌가 하는 의문이 듭니다. 이와 관련해서, 그와 같은 지적이 일본에는 없는지, 일본의 법과대학원 제도 도입을 위한 준비의 실상은 어떠한지에 대해 들려 주시면 감사하겠습니다.

다음으로, 앞의 질문과도 관련이 있습니다만, 일본에서의 법과대학원 제도 도입의 논의 속에서 법사회학을 비롯한 기초법학의 자리매김에 관한 논의는 과연 얼마나 활발한지를 여쭙보고 싶습니다. 앞서서도 말씀드린 것처럼, 한국에서의 법학전문대학원은 사법연수원의 기능을 대신 떠맡는 기구라는 식으로 자리매김되어 있어서, 그에 관한 논의 속에서 기초법학에 대한 고려는 결코 충분하다고 할 수 없습니다. 그 결과 법학전문대학원 제도 도입에 관한 논의 자체가 상당히 왜곡되어 있다는 생각이 듭니다. 이와 관련해서 일본에서는 어떤 논의가 있는지, 그리고 법과대학원 제도 속에 기초법학을 올바르게 자리매김하기 위해서 일본에서는 구체적으로 어떤 노력이 진행되고 있는지에 대해 들려 주시면 감사하겠습니다.