

제6회 월송기념 학술심포지엄

한국-미국의 법학과 법학교육

Law School and Legal Education
in Korea and America



2010

(재)유기천교수기념사업출판재단



개 회 사

황 적 인

유기천교수기념사업출판재단 이사장, 학술원 회원

무더운 날씨에도 불구하고 오늘 이 자리에 참석해 주신 많은 선생님들께 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 이 자리는 서울대 법대 학장과 서울대 총장을 역임하신 유기천 교수님을 기념하는 월송(月松)기념 심포지엄입니다. 올해로 제6회를 맞이하게 된 월송기념 심포지엄의 주제는 ‘한국 로스쿨의 문제점’과 ‘한국법학에 미친 미국법학의 영향’입니다.

사실 로스쿨의 문제에 관하여는 지난 제4회 월송기념 심포지엄(2008년 9월 18일)에서 한번 다룬 적이 있습니다. 한국 로스쿨은 오늘날에도 여전히 생소한 상태에서 미처 해결하지 못한 문제점을 계속 드러내고 있습니다. 한국에서 로스쿨의 성공적인 운영은 법학교육의 정상화뿐 아니라 법치주의의 실현에 심대한 영향을 미치기 때문에 이러한 문제점은 반드시 해결되어야 할 것입니다. 이번 심포지엄의 논의를 통하여 그러한 해결의 단초가 발견될 수 있기를 간절히 바랍니다.

또한 한국법학에 미친 미국법학의 영향을 살펴보는 것은 단순한 과거사실의 확인만이 아니라 한국법의 발전을 위해 필요한 요소를 발견하는 미래지향적 작업이 될 것입니다.



이번 심포지엄에 발표자와 토론자로 참여해 주신 법학전문대학원과 사법연수원, 법무연수원의 여러 교수님, 판사님, 검사님과 특히 오랫동안 한국 법학계를 이끌어 오셨던 여러 원로교수님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

아무튼 이 기념심포지엄이 한국 법학전문대학원의 정착과 발전에 도움이 되고 또한 영미법의 연구에도 기여할 수 있기를 바랍니다.

감사합니다.



축 사

김 현

서울지방변호사회 회장

한국법학의 태두이신 월송 유기천 교수의 높은 뜻을 이어온 유기천교수기념사업출판재단은 그 동안 각종 강좌를 비롯하여 출판기념회, 강연회 개최 등 법률문화발전을 위한 다양한 노력들을 전개하여 왔습니다.

서울변호사회 8,500명 회원을 대표하여 재단의 열정과 노고에 깊은 경의를 표합니다.

선생과 같은 훌륭한 선각자들의 헌신에 힘입어 꾸준한 발전을 이룩해 온 한국법학은 아직도 풀어야 할 많은 과제들을 안고 있습니다.

2004년 일본의 로스쿨 도입은 우리나라의 법학전문대학원 도입을 촉발시키는 동인이 되었으나 일본 로스쿨은 이후 숱한 시행착오를 겪으면서 오히려 답습하지 말아야 할 타산지석이 되었습니다. 적정인원을 초과하여 너무 많은 인원을 선발하였고, 경쟁력 없는 학교들까지 인가를 내주면서 합격률은 30% 이하로 떨어져 일본의 로스쿨은 사실상 실패했다는 평가를 받고 있습니다. 일본이 겪은 실패는 우리로서는 반면교사로 삼아야 할 교훈이지만, 우리 로스쿨의 앞날 역시 순탄치만은 않습니다.

전문화된 변호사 양성이라는 가치를 내걸고 처음 로스쿨을 만들 때에만 해도 다양한 분야의 경험과 경력을 가진 변호사들을 사회 곳곳에 배치하여 활동하게 하자는 취지였으나 정작 그들이 전문성을



발휘할 일자리는 턱없이 부족한 실정입니다.

2012년 봄에 배출되는 2천여 명의 수료자들을 우리 사회가 과연 어떻게 끌어안아야 할지 머리를 맞대고 고민해야 할 때입니다.

이 같은 현실을 일찍이 직시한 서울지방변호사회는 변호사직역 창출을 위한 노력을 꾸준히 전개해 왔으며 그 결과 1,800개 상장회사에 준법지원인을 둬으로써 준법경영 실현과 기업의 경쟁력 강화를 실현할 수 있는 상법개정안이 지난 해 국회의원 33인 공동으로 입법 발의되었습니다. 아울러 법률전문가가 정부 및 지방자치단체에서 상시적으로 법적 자문과 검토, 소송수행을 함으로써 법치행정을 담보하게 되는 법무담당관제도의 도입에도 박차를 가하고 있습니다.

변호사시장의 활로를 개척하고 법치주의를 실현하게 될 이 제도가 반드시 도입될 수 있도록 여러분들께서도 관심과 성원의 힘을 보태 주시기 바랍니다.

「한국미국의 법학과 법학교육」이라는 주제로 열리는 오늘의 심포지엄이 갖는 의미는 큼니다. 오늘의 한국법학에 미국법학이 미치는 영향은 지대합니다. 미국법은 우리 법의 국제화에 크게 기여하였을 뿐만 아니라, 특히 미국에서 교육 받은 많은 법조인들이 선진화된 미국법의 정신과 법감정을 적극 도입함으로써 우리나라 법이 국제화를 향해 한 단계 성장할 수 있는 귀중한 밑거름이 되었습니다.

이는 미국 예일대학교에서 영미법을 연구하시고 미국의 법학대학 강단에도 서기도 하셨던 선생의 걸어오신 발자취이자 후광이기도 합니다.

오늘의 심포지엄 역시 한국의 법학과 법학교육 발전에 중요한 단초를 제공할 것으로 믿습니다.

심포지엄의 성공적인 개최를 위하여 애써주신 재단 관계자 여러분의 노고에 다시 한번 깊은 경의를 표합니다.

감사합니다.

●● 목 차 ●●

- ☼ **개회사** (황적인 : 이사장, 학술원 회원) 3
- ☼ **축사** (김 현 : 서울지방변호사회장) 5

제 1 부

- ◆ **로스쿨 3년 내에 어떻게 법학교육을 완성하는가**
이상원(서울대) 11
- ◆ **로스쿨에서의 기초법 교육의 방향**
정금식(서울대) 62
- ◆ **로스쿨과 사법연수원 교육의 비교**
김상준 · 홍기만(사법연수원 교수) 77
- ◆ **로스쿨 교육과 검찰실무**
윤웅걸(법무연수원 교수, 부장검사) 100

제 2 부

- ◆ **한국 헌법에 미친 미국 헌법의 영향**
김효전(학술원 회원, 동아대) 121
- ◆ **미국의 Pretrial Discovery**
이시윤(변호사) 148
- ◆ **영미법이 한국 기업법에 미친 영향**
이재웅(고려대 겸임교수) 176
- ◆ **토론문**
정동윤(학술원회원 · 고려대 명예교수)



프로그램

1:30-2:00	등 록	
2:00-2:20	개회식	사회 : 음선필(홍익대)
2:00-2:10	개회사	황적인 이사장(대한민국학술원회원)
2:10-2:20	축 사	김 현 회장(서울지방변호사회)

제1부

2:20-4:20	미국의 경험에 비춰본 한국 로스쿨의 문제점	사회 : 이시윤(변호사)
2:20-2:40	“로스쿨 3년 내에 어떻게 법학교육을 완성하는가”	발표 : 이상원(서울대)
2:40-3:00	“로스쿨에서의 기초법 교육”	발표 : 정금식(서울대)
3:00-3:20	“로스쿨과 사법연수원 교육의 비교”	발표 : 김상준(사법연수원 수석교수)
3:20-3:40	“로스쿨 교육과 검찰실무”	발표 : 윤웅걸(법무연수원 부장검사)
3:40-4:20	〈토 론〉	문재완(한국외대) 임미원(한양대) 이해완(성균관대) 이주원(고려대)
4:20-4:30	Coffee break	

제2부

4:30-6:00	한국법학에 미친 미국법학의 영향	사회 : 유 훈(서울대 명예교수)
4:30-4:50	“한국헌법에 미친 미국헌법의 영향”	발표 : 김효전(동아대)
4:50-5:10	“미국에서의 Discovery”	발표 : 이시윤(변호사)
5:10-5:30	“영미법이 기업법에 미친 영향”	발표 : 이재웅(고려대 겸임교수)
5:30-6:00	〈토 론〉	임종훈(홍익대) 김경욱(고려대) 정동윤(변호사)
6:00-7:00	리셉션	

제 1 부

미국의 경험에 비춰본 한국 로스쿨의 문제점

☼ 로스쿨 3년 내에 어떻게 법학교육을 완성하는가
이상원(서울대) / 11

☼ 로스쿨에서의 기초법 교육의 방향
정공식(서울대) / 62

☼ 로스쿨과 사법연수원 교육의 비교
김상준 · 홍기만(사법연수원 교수) / 77

☼ 로스쿨 교육과 검찰실무
윤용걸(법무연수원 교수 · 부장검사) / 100



로스쿨 3년 내에 어떻게 법학교육을 완성하는가

이 상 원

서울대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

건국 후 반세기 넘게 유지되어 오던 우리나라 법조인 양성제도의 틀을 근본적으로 변혁시킬 법학전문대학원(이하 ‘법전원’)이 출범한지도 벌써 2년이 지나고 있다. 법전원은 출범 당시부터 지금까지 기대와 우려의 시선을 동시에 받고 있다. 그 동안 각 대학과 법학전문대학원협의회에서는 법전원 교육의 성공을 위하여 혼신의 노력을 다하여 왔고, 법원, 검찰, 변호사협회 등 유관기관도 원칙적인 협조를 아끼지 않고 있다.

그러나 법전원이 ‘어느 날 갑자기’ 하늘에서 떨어진 듯이 주어진 면이 없지 않은 새로운 체제는 각 대학에 적지 않은 혼선을 가져왔고 이에 따라 위와 같은 혼신의 노력에도 불구하고 아직 미완성과 시행착오가 도처에 섞여 있음을 부인할 수 없다.

초기에 교육과정이나 교육내용의 실체가 통일적인 합의에 의하여 형성되지 못하고 각 대학별로, 각 전공분야별로, 또 각 교수 개인별로 개별적으로 설정되기 시작하였다. 그러나 법전원의 교육목표가 법조윤리와 법률실무능력을 갖춘 법조인의 양성에 있다¹⁾는 점에서 공



통점을 발견할 수 있고, 이 점에서 법전원의 교육과정에 어느 정도 통일성이 유지되어야 할 요청이 생긴다. 이제 적어도 각 대학별이나 학내 전공별로 어느 정도 합의를 이루어 조금씩 체계화되고 있는 상황이라고 보인다.

이 글에서는 법전원의 교과과정을 중심으로 외부적으로 주어지는 교과과정에 대한 요구(II)와 법전원 교과과정의 실태(III)를 살펴본 다음 법학교육이 제대로 이루어지기 위한 조건을 분석하고(IV), 3년의 기간 동안 법학교육이 완성될 수 있는지 여부를 검토한 후(V), 결론을 맺기로 한다.

II. 법전원 교과과정에 관한 요청

1. 교육기간

법전원법은 법전원의 수업연한을 ‘3년 이상’으로 하도록 규정하고 있다.²⁾ 이 규정의 의미에 관하여 3년 미만의 수업연한은 허용되지 않지만 3년 이상이기만 하면 각 법전원이 수업연한을 자율적으로 정할 수 있어 3년을 초과하는 수업기간을 수료요건으로 정하는 것, 예컨대 4년이나 5년의 기간 수업을 받도록 정하는 것도 허용되는지 분명하지 아니하다.

법률이 수업연한에 관하여 규정하는 방식에는 ‘몇 년 이상’의 형식으로 규정하는 방식(예 일반대학원의 수업연한을 ‘2년 이상’으로 규정)³⁾과 ‘몇 년’으로 규정하는 방식(예 교육대학의 수업연한을 ‘4년’으로 규

1) 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률(이하 ‘법전원법’) 제2조. 이상원, “로스쿨에서의 형사실무 교육방법”, 형사법연구 제20권 제3호 (2008 가을) 49-50쪽.
 2) 법전원법 제18조 제2항.
 3) 고등교육법 제31조 제2항 제1호.



정)⁴⁾이 있다.⁵⁾ 법전원의 경우는 전자의 방식에 해당한다. 수업연한과 관련된 개념으로 재학연한이 있다. 재학연한의 개념은 법률에서는 직접 명시하지 아니하고 있는데, 고등교육법 시행령이 고등교육법 제6조에 근거하여 학교의 장이 제정하는 학교규칙(학칙)에 수업연한과 재학연한을 기재하도록 규정하고 있다.⁶⁾ 이에 따라 예컨대 서울대학교 학칙은 법학전문대학원의 수업연한을 ‘3년 이상’으로 규정하면서⁷⁾ 재학연한을 ‘6년’으로 하고 이를 초과할 수 없다고 규정하고 있다.⁸⁾

수업연한과 재학연한의 의미를 밝힌 판례가 있다. 공주대학교 교육대학원의 수업연한이 문제된 사안 판례는, 학칙에 “교육대학원의 수업연한은 3년으로 하며 재학연한은 5년을 초과할 수 없다.”는 규정은 재학 중의 성적부진이나 출석미달 등으로 인하여 수업연한인 3년 내에 수료에 필요한 소정의 학점을 취득하지 못하는 등 전 과정을 이수하지 못한 경우에 한하여 그 이상 5년까지 수업을 받을 수 있다는 취지로 제한하여 해석할 것이지, 대학원 학생이 원하는 한 재학연한인 5년간 계속하여 수업을 받을 수 있다는 의미로 해석할 것은 아니며, 학생이 수업연한 내에 있는 동안에는 매학기 취득제한 학점을 초과하지 아니하는 한 원칙적으로 총 이수할 수 있는 학점에는 제한이 없어 수료에 필요한 학점을 모두 이수하더라도 추가적인 수강신청을 할 수 있지만 수업연한이 경과한 후에는 추가로 수강신청을 할 수 없고 그러한 수강신청이 있는 경우 학교의 장은 이를 거부하고 수료 처분을 할 수 있다고 하였다.⁹⁾ 위 판례는 수업연한을 ‘몇 년’의 형식

4) 고등교육법 제42조 제2항.

5) 대학의 수업연한은 법률로써 ‘4년 내지 6년’으로 규정되어 있는데(고등교육법 제31조 제1항 본문), 6년으로 하는 경우를 대통령령으로 규정하도록 하고(같은 항 단서) 대통령령은 6년으로 하는 경우로서 의과대학 등을 규정하고 있는바(같은 법 시행령 제25조), 다른 경우는 ‘4년’을 수업연한으로 하는 것이라고 이해된다. 그렇다면 이 경우도 결국 본문에서 본 규정방식 중 후자, 즉 ‘몇 년’의 형식으로 규정한 범주에 포함시킬 수 있다.

6) 고등교육법 제6조 제3항, 같은 법 시행령 제4조 제1항 제2호.

7) 서울대학교 학칙 제46조 제2항 제1호.

8) 서울대학교 학칙 제46조의2 제1항 제2호.



으로 규정한 경우에 관한 것인데, 수업연한을 ‘3년 이상’으로 규정한 법전원의 경우에도 그대로 타당한지는 분명하지 아니하다.

그런데 위 판례의 취지에 따르면 수업연한은 학생이 수업을 받아야 하는 최소기간을 의미하고 재학연한은 학생이 수업을 받을 수 있는 최대기간을 의미한다. 이러한 취지에 따르면 수업연한을 ‘3년 이상’으로 정하였다는 것은 최소 3년의 수업을 들어야 한다는 취지로 해석하는 것이 타당하고 3년 이상의 기간에서 각 법전원이 임의로 수업연한을 정할 수 있다는 취지로 해석하는 것은 타당하지 아니하다. 즉, 수업연한을 ‘3년 이상’으로 정한 것은 3년 이내에는 과정의 이수에 필요한 소요학점을 모두 취득하였더라도 과정을 이수한 것으로 인정하지 아니하고, 3년 이후 소요학점을 모두 취득한 시점에서 과정을 이수한 것으로 한다는 취지로 해석하는 것이 타당하다. ‘이상’은 소요학점을 3년 동안 취득하지 못한 경우 3년이 지난 후에도 추가의 수업을 받을 수 있다는 취지로 해석된다. 물론 추가수업을 받을 수 있는 기간은 재학연한(서울대학교의 경우 6년)에 의하여 제한된다.

그러므로 법전원의 교과과정은 반드시 3년 이내에 모든 과정을 마칠 수 있도록 구성하여야 하며 이후 재학연한까지의 추가기간은 특별한 사정이 있어 소요학점을 취득하지 못한 학생에게 부여되는 기간이어서 이 기간을 교과과정 설정의 기간으로 삼아서는 안 된다. 현재 모든 법전원이 3년의 교육과정을 설정하고 있는 것으로 파악된다.

9) 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누477 판결 (공1995, 688).



2. 법령상 요구되는 교과과정

가. 이수학점

법전원의 과정을 이수하기 위해서 필요한 법령상의 최소학점은 90 학점이며, 구체적인 소요학점은 각 법전원의 학칙에서 정한다.¹⁰⁾ 다만 다른 법학전문대학원이나 외국의 상응하는 학위과정에서 취득한 학점 및 학사학위 이상의 과정에서 취득한 법학과목의 학점은 15학점 이내의 범위 안에서 학칙이 정하는 바에 따라 당해 법전원의 취득학점으로 인정할 수 있다.¹¹⁾

나. 교과목

법학전문대학원의 교육과정은 법전원의 교육이념에 부합하는 법조인의 양성에 필요한 교과목으로 구성되어야 한다고 추상적으로 규정하고 그 구체적인 내용을 대통령령에 위임하고 있다.¹²⁾ 이에 법전원법 시행령은 (i) 법조윤리, (ii) 법률정보 조사, (iii) 법문서 작성, (iv) 모의재판, (v) 실습과정을 필수 교과목으로 개설하도록 하고 있다.¹³⁾ 그 외에 개설교과목의 내용 및 교과목의 필수·선택 구분에 관하여 법령상의 제한은 없다. 따라서 이 범위에서 각 법전원은 자율적으로 교과과정의 내용을 정할 수 있다.

10) 법전원법 제19조 제1항, 법전원법 시행령 제12조 제1항.

11) 법전원법 제19조 제2항, 법전원법 시행령 제12조 제2항.

12) 법전원법 제20조.

13) 법전원법 시행령 제13조.



3. 변호사시험과 교과과정

가. 변호사시험의 영향력

변호사시험은 교과과정에 규범적인 내용을 제시하지는 않는다. 그러나 법전원의 목표가 법조인의 양성에 있고,¹⁴⁾ 법조인의 자격을 부여하기 위한 변호사시험은 법전원의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 하는 한편,¹⁵⁾ 변호사시험은 법전원에서 학위를 취득한 사람만이 응시할 수 있고¹⁶⁾ 과도기가 지나면 오로지 변호사시험만이 변호사 자격을 취득하는 통로가 될 것인바,¹⁷⁾ 변호사시험의 시험과목은 법전원의 교육과정에 사실상 직접적인 영향을 미칠 수밖에 없다.

법전원의 궁극적인 교육목표가 변호사시험의 합격에 있는 것은 아니지만, 변호사시험에 합격하지 않고서는 법전원의 교육목표인 법조인의 양성을 달성할 수 없으므로 변호사시험이 요구하는 교과목은 사실상 반드시 교과과정에 포함될 수밖에 없는 결과가 된다.

나. 시험과목과 교과목

변호사시험의 과목은 크게 법조윤리, 공법, 민사법, 형사법, 전문법률과목의 5개 과목으로 분류되어 있다.¹⁸⁾ 그러나 이들은 여러 세부 교과목을 포함하고 있는 것으로서 공법에는 헌법과 행정법이, 민사법에는 민법, 상법, 민사소송법이, 형사법에는 형법과 형사소송법이 포함되어 있다.¹⁹⁾ 전문법률과목은 국제법, 국제거래법, 노동법, 조세법, 지적재산권법, 경제법, 환경법 중 1과목을 선택하게 되어 있다.²⁰⁾

14) 법전원법 제1조.

15) 변호사시험법 제2조.

16) 변호사시험법 제5조 제1항.

17) 2017. 12. 31. 사법시험법이 폐지된다(변호사시험법 부칙 제2조, 제1조).

18) 변호사시험법 제8조 제1항, 제9조 제1항.

19) 변호사시험법 제9조 제1항.



한편 시험의 각 과목에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 출제범위를 정하여 시험을 실시할 수 있는데,²¹⁾ 변호사시험법 시행령은 전문법률과목에 대하여만 출제범위를 정하고 있으므로²²⁾ 다른 시험과목에는 법령상 출제범위가 정해진 바는 없다. 출제범위를 정하여 실시하는 시험과목과 그 출제범위는 아래와 같다.²³⁾

과 목	출 제 범 위
국제법	국제경제법을 포함한다.
국제거래법	「국제사법」과 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약」으로 한다.
노동법	사회보장법 중 「산업재해보상보험법」을 포함한다.
조세법	「국세기본법」, 「소득세법」, 「법인세법」 및 「부가가치세법」으로 한다.
지적재산권법	「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」 및 「저작권법」으로 한다.
경제법	「소비자기본법」, 「전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」, 「할부거래에 관한 법률」 및 「방문판매 등에 관한 법률」로 한다.
환경법	「환경정책기본법」, 「환경영향평가법」, 「대기환경보전법」, 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」, 「폐기물관리법」, 「토양환경보전법」, 「자연환경보전법」, 「소음·진동관리법」 및 「환경분쟁조정법」으로 한다.

변호사시험의 주관기관인 법무부에서는²⁴⁾ 변호사시험 문제유형 TF를 구성하고 연구를 진행하여 2009. 12. 29. 공청회를 개최한 바 있고, 이러한 과정을 통하여 시험과목의 내용이 보다 구체적으로 정하여졌다. 이에 따르면, (i) 시험과목 공법 중 헌법분야에서는 헌법부속

20) 변호사시험법 제9조 제1항 제4호, 제9조 제2항, 같은 법 시행령 제7조 제1항 [별표 1].

21) 변호사시험법 제7조 제1항.

22) 변호사시험법 시행령 제7조 제2항 [별표 2].

23) 변호사시험법 시행령 제7조 제2항 [별표 2].

24) 변호사시험법 제3조.



법령을 시험범위에 포함시키되 지엽말단적인 것은 지양하고, 행정법 분야에서는 행정법 각론을 시험범위에 포함시키되 세세한 내용은 지양하며,²⁵⁾ (ii) 시험과목 민사법 중 민법분야에는 민법 및 몇몇 민사특별법이 포함되고, 상법분야에는 상법(보험편 중 통칙과 손해보험·책임보험 통칙 포함, 해상편 제외) 및 어음법, 수표법이 포함되며, 민사소송법분야에는 민사소송법, 소송촉진 등에 관한 특례법, 민사집행법의 일부(민법, 민사소송법과 관련되는 부분)가 포함되고,²⁶⁾ (iii) 시험과목 형사법 중 형법분야에는 형법 및 형법특별법 14개가, 형사소송법에는 형사소송법 및 형사소송법특별법 7개가 포함된다.²⁷⁾

위에서 시험범위에 포함되는 많은 특별법은 각 기본교과목에 포함시켜 교육할 수 있는 것이라는 점을 고려하여 위 시험범위가 요구하는 최소한의 교과목을 살펴보면, (i) 공법에서는 헌법, 행정법총론(절차법 포함), (ii) 민사법에서는 민법(가족법 포함), 민사소송법, 상법(총칙, 상행위, 회사, 보험), (iii) 형사법에서는 형법, 형사소송법이라고 정리할 수 있다. 따라서 위 각 교과목은 그것이 법령상 필수교과목인 여부를 떠나서 사실상 필수교과목이 될 수밖에 없다.

다. 시험유형과 교과목

(1) 기록형 교과목

변호사시험법은 시험유형에 관하여, 법조윤리에 대하여는 특별한 규정을 두지 아니하고, 공법, 민사법, 형사법에 대하여는 선택형(기입형 포함)과 논술형(실무능력 평가 포함)으로 규정하고, 전문법률과목은 논술형(실무능력 평가 포함)으로 규정하고 있다.²⁸⁾

25) 정종섭, “변호사시험 공법 과목 출제에 관한 검토”, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회, 법무부(2009), 39-40쪽.

26) 지원림, “변호사시험 민사법 문제유형”, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회, 법무부(2009), 23쪽.

27) 이상원, “형사법 문제의 출제방향”, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회, 법무부(2009), 56쪽.



이러한 문제유형은 위 공청회를 통하여 보다 구체화되었다. 이에 따르면, 법조윤리시험은 4지선다 선택형으로만 출제를 하고,²⁹⁾ 공법, 민사법, 형사법은 (i) 5지선다의 ‘선택형’, (ii) 설명의 방식으로 사례를 제시하고 수험생들이 논술식으로 문제에 대하여 답을 하도록 하는 ‘사례형’, (iii) 실제의 사건기록과 유사한 모의기록을 제시하고 수험생들로 하여금 실무에서 사용되는 형태의 법률서류를 작성하도록 요구하는 ‘기록형’으로 출제한다.³⁰⁾

전문법률과목에 관하여는 현재 논의가 진행중인데 대체로 기록형 문제는 출제하지 아니하고 실무능력의 평가는 사례형 문제 등 다른 방법을 통하여 할 것으로 예상된다.

이에 따라 적어도 공법, 민사법, 형사법 과목에서 기록형 문제에 대한 해결능력을 배양하는 교과목(이하 ‘기록형 교과목’)이 요구된다.

(2) 실무교과목

변호사시험은 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위한 시험이므로³¹⁾ 실무능력을 배양하는 교과목(이하 ‘실무교과목’)을 요구하고 있다. 앞서 본 공청회 자료에 의하면 변호사시험의 지향점이 사법연수원 1년차 정도의 법률지식과 실무능력을 갖추었는지 여부에 대한 평가라는 것으로³²⁾ 그 실무능력의 정도가 구체화되어 있다.

기록형 교과목도 실무교과목에 포함될 수 있다. 그러나 기록형교과목이 실무의 전부를 가르치는 과목은 아니므로 실무교과목은 기록형 교과목에 대하여 유개념(類概念)이라고 할 수 있다.

28) 변호사시험법 제8조.

29) 김정오, “법조윤리 문제유형 연구위원회 발제문”, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회, 법무부(2009), 75쪽.

30) 정중섭, 위의 글, 44-50쪽; 지원림, 위의 글, 24-30쪽; 이상원, 위의 글, 57-64쪽.

31) 변호사시험법 제1조.

32) 정중섭, 위의 글, 36쪽; 지원림, 위의 글, 21쪽.



(3) 통합형 교과목

변호사시험은 같은 시험과목에 속하는 여러 분야의 법을 통합하는 형태의 문제를 포함될 예정이다.³³⁾ 예컨대, 헌법과 행정법의 쟁점이 통합된 문제, 민법·상법·민사소송법의 쟁점이 통합된 문제, 형법과 형사소송법의 쟁점이 통합된 문제 등이 이에 해당한다. 이에 따라 각 분야를 통합하는 교과목의 개설이 필요하다.

라. 논의의 정리

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다.

시험과목	분야	출제범위	문제유형	필요 교과목	
법조윤리			•선택형 (4지선다)	법조윤리	
공 법	헌법	헌법, 헌법부속법령	•선택형 (5지선다) 사례형 기록형	헌법 [이론+실무 +기록]	통합과목
	행정법	행정법		•통합형	
민 사 법	민법	민법, 부동산등기법, 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률, 가족관계의 등록 등에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률, 신원보증법, 보 증인 보호를 위한 특별법, 이 자제한법, 주택임대차보호법, 가등기담보 등에 관한 법률	•선택형 (5지선다) 사례형 기록형	민법 [이론+실무 +기록]	통합과목
	민사소송법	민사소송법, 민사집행법(민 법, 민사소송법 관련 부분), 소송촉진 등에 관한 특례법		•통합형	

33) 정중섭, 위의 글, 42쪽; 지원림, 위의 글, 25쪽; 이상원, 위의 글, 59, 62쪽.



시험과목	분 야	출제범위	문제유형	필요 교과목	
	상법	상법(보험편 통칙 포함, 해상편 제외), 어음법, 수표법		상법 어음·수표법 [이론+실무+기록]	
형 사 법	형법	도로교통법, 교통사고처리특례법, 부정수표단속법, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률, 소년법, 여신전문금융업법, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률, 특정범죄가중처벌등에관한법률, 폭력행위등처벌에관한법률, 부동산등기특별조치법, 변호사법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률, 통신비밀보호법, 청소년의 성보호에 관한 법률	•선택형 (5지선다) 사례형 기록형 •통합형	형법 [이론+실무+기록]	통합과목
	형사소송법	형사소송규칙, 법원조직법, 검찰청법, 경찰관직무집행법, 즉결심판에관한절차법, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률, 소송촉진 등에 관한 특례법		형사소송법 [이론+실무+기록]	
전문법률과목		국제법 국제거래법 노동법 조세법 지적재산권법 경제법 환경법	•논술형	각 해당과목 [이론+실무]	

4. 평가기준과 교과과정

가. 평가기준의 영향력

법전원을 둔 대학은 법학전문대학원평가위원회(이하 ‘평가위원회’)



의 평가를 받아야 하며,³⁴⁾ 평가위원회는 이를 위하여 교육인적자원부장관의 승인을 받아 평가기준을 수립한다(이하 위 평가기준을 ‘평가기준’이라 한다).³⁵⁾ 평가기준에 따른 평가위원회의 평가결과는 교육인적자원부장관에 제출되고 대외적으로 공표되기 때문에³⁶⁾ 평가기준은 사실상 법전원의 교육내용을 결정하는 역할을 하고 있다.

나. 평가기준의 요구

법전원의 교육이념에 부합하는 체계적인 교육과정을 운영하도록 규정한 법전원법 제20조 제1항에 의거하여 평가기준은 교육과정의 체계성과 타당성을 평가의 내용으로 하고 있다.³⁷⁾

이와 관련하여 평가기준은, (i) 법령상 필수과목(법조윤리, 법률정보 조사, 법문서 작성, 모의재판, 실습과정),³⁸⁾ (ii) 법률기본과목(교실에서의 강의 및 토론을 통하여 해당 과목의 기본적 체계와 이론을 연구하고 습득할 수 있는 과목으로서 공법, 민사법, 형사법 및 절차법의 기본적 체계와 이론에 관한 과목을 말함), (iii) 실무과목(습득된 법이론을 실제의 사안에 적용하는 과정과 방식에 관한 과목으로서 전임교원 내지 현직 실무가가 수강생에게 실제 사안 내지 실제 사안과 유사하게 준비된 가상의 사안을 법조인으로서 해결하는 실습의 기회를 제공하고 이에 대한 교육적 평가를 하는 것을 주된 내용으로 하며, 민사실무, 형사실무, 공법실무 등의 과목을 말함), (iv) 기초법학과목(법철학, 법제사 등 법학의 기초에 관한 과목을 말함),³⁹⁾ (v)

34) 법전원법 제27조. 평가위원회는 대한변호사협회 소속이다(법전원법 제28조).

35) 법전원법 제28조 제2호, 제33조.

36) 법전원법 제35조.

37) 대한변호사협회 법학전문대학원 평가위원회, 법학전문대학원 평가기준: 평가지표, (2010), 3.1.1.[이하 ‘평가기준’].

38) 평가기준 3.1.2.1. 평가기준은 이들 5과목을 ‘실무필수과목’으로 부르고 있다(평가기준 3.5.1.)

39) 평가기준은 기초법학과목을 실무가의 양성측면에 더하여 학문후속세대 양성의 관점에서 요구되는 것으로 이해하고 있다(평가기준 3.1.1.2.).



(전공)선택과목⁴⁰⁾ 등의 개설을 요구하고 있다.⁴¹⁾

그 중 (ii) 법률기본과목은 구체적으로 공법 분야에서 헌법, 행정법
을, 민사법 분야에서 민법, 상법, 민사소송법을, 형사법 분야에서 형
법, 형사소송법을 말하고,⁴²⁾ (v) 전공선택과목에는 각 전공별 기초이
론을 포함하는 ‘전공별 기초과목’은 물론 다양한 법분야가 융합될 수
있는 과목, 법이론과 실무가 결합될 수 있는 과목, 실체법과 소송법
또는 실체법 간의 결합이 이루어진 과목들과 같은 ‘종합과목’이나
‘융합·결합과목’을 충분히 개설할 것을 요구하고 있다.⁴³⁾ 또 (i)의 5
개 실무필수과목 중 실습과정에는 학내에 개설된 리걸클리닉이나 법
률상담센터 등에서 담당교원의 지도하에 실무를 경험하는 ‘임상과목’
과 법전원이 외부기관과 연계하여 외부기관의 지도하에 실무를 경험
하는 ‘현장학습과정’을 포함하고,⁴⁴⁾ 위 실무필수과목 외에 실무선택
과목의 개설을 예정하고 있는데,⁴⁵⁾ 위 (iii)의 실무과목은 여기에 해
당한다고 볼 수 있다.

나아가 국제화시대에 부응하기 위하여 8개 과목 이상의 외국어 강
의를 개설하도록 요구하고,⁴⁶⁾ 재학생의 10% 이상이 참여하는 해외연
계 교육프로그램을 운영할 것을 요구하고 있다.⁴⁷⁾ 그리고 특성화 프
로그램을 위하여 10개 과목 이상의 과목이 개설되어 있을 것을 요구
하고 있다.⁴⁸⁾

40) 평가기준은 선택과목에 대하여 각 법전원의 특성과 특성화프로그램을 반영하는
다양하고 전문적인 선택과목을 개설할 것을 요구하고 있다(평가기준 3.1.1.2).

41) 평가기준 3.1.1.2.

42) 평가기준 3.1.2.2.

43) 평가기준 3.2.2.2., 3.1.2.3.

44) 평가기준 3.5.1.5.

45) 평가기준 3.1.2.4.

46) 평가기준 3.1.2.5.

47) 평가기준 3.6.1.

48) 평가기준 3.6.2.



다. 평가기준 요구과목의 정리

위와 같이 평가기준이 요구하는 과목을 정리하면 다음과 같다.

분류	교과목	과목간 선택 가부
기초법학과목	법철학, 법제사 등	○
법률기본과목	헌법, 행정법, 민법, 상법, 민사소송법, 형법, 형사소송법	×
필수실무과목	법조윤리, 법률정보조사, 법문서 작성, 모의재판, 임상과목, 현장학습과정	○
실무선택과목	민사실무, 형사실무, 공법실무	×
전공선택과목	전공별 기초과목, 종합과목(융합·결합과목)	○
프로그램	외국어 강의, 해외연계 프로그램, 특성화 프로그램	○

위 표에서 ‘과목간 선택 가부’는 동일 분류 내의 과목을 모두 이수하도록 예정하는 것인지(○), 아니면 그 중에 한 과목만 이수하여도 되는 것으로 예정하는 것인지(×)를 구분한 것이다.

III. 법전원 교과과정의 실태

1. 논의의 대상

현재 인가된 법전원은 아래와 같이 모두 25개 대학이고 학생수는 모두 2000명이며, 각 법전원의 특성화 분야는 아래와 같다.



법학전문대학교 분포 및 특성화 분야

권역	대학	정원 (명)	특성화 분야
서울권역 (1,140명)	강원대	40	환경
	건국대	40	부동산관련법
	경희대	60	글로벌 기업법무
	고려대	120	GLP(Global Legal Practice, 국제법무)
	서강대	40	기업법(세부특성화 : 금융법)
	서울대	150	국제법무, 공익인권, 기업법무
	성균관대	120	기업법무
	서울시립대	50	조세법
	아주대	50	중소기업법무
	연세대	120	공공거버넌스와 법 등
	이화여대	100	생명의료법, 젠더법
	인하대	50	물류법, 지적재산권
	중앙대	50	문화법
	한국외대	50	국제지역법조인 양성
	한양대	100	국제소송법무 등
대전권역 (170명)	충남대	100	지적재산권
	충북대	70	과학기술법
광주권역 (300명)	전남대	120	공익인권법
	전북대	80	동북아법
	원광대	60	의생명과학법
	제주대	40	국제법무
대구권역 (190명)	경북대	120	IT법
	영남대	70	공익·인권
부산권역 (200명)	부산대	120	금융·해운통상
	동아대	80	국제상거래법



아래에서는 그 중 가장 많은 학생수를 보유하고 있는 서울대학교를 대상으로 하여 그 교과과정의 실태를 분석하여 본다.

2. 교육기간과 이수학점

서울대학교는 법전원의 교육기간을 원칙적으로 6개 학기 3년으로 하고 있다.⁴⁹⁾

그리고 이수에 필요한 최소학점을 90학점으로 정하고 있다.⁵⁰⁾ 그 이상 이수 총학점에 대한 직접적인 제한은 없다. 그러나 학기당 취득학점이 18학점 이내로 제한되어 있으므로⁵¹⁾ 이 때문에 사실상 최대 108학점을 초과하여 취득할 수 없다. 다만, 법조윤리, 법무실습, 모의 재판의 학점은 이에 제한을 받지 아니하므로 이 한도에서 108학점을 초과할 수 있고,⁵²⁾ 3년을 초과하여 수업을 듣는 경우는 수업학기수가 초과함에 따라 108학점을 초과할 가능성이 있다.

3. 교육과정

가. 교과목의 분류

서울대학교는 법전원의 교과목을 반드시 이수하여야 하는 ‘필수과목’, 과목집단 내의 한 과목을 반드시 이수하여야 하는 ‘선택적 필수과목’, 선택하여 이수할 수 있는 ‘선택과목’의 세 종류로 구분하고 있다.⁵³⁾

49) 위 II.1. 참조.

50) 서울대학교 학칙 제69조 제3항 제2호 바목.

51) 서울대학교 학칙 제67조 단서, 서울대학교 법학전문대학원 학칙 제14조 제3항 본문.

52) 서울대학교 법학전문대학원 학칙 제14조 제3항 단서.

53) 서울대학교 법학전문대학원 학칙 제13조 제1항.



나. 교과목 체계

2010. 7. 현재 서울대학교 법전원의 교과목 체계는 아래와 같다.
 그 중 굵은 글씨는 필수과목이고 나머지는 선택과목이다.

학 년	1		2		3	
학 기	1	2	1	2	1	2
공법(헌법)	공법1	공법2	비교헌법 의회제도론 헌법소송법	북한법 선거제도론 언론정보법 US Constitu	헌법연습 입법학 정당과 민주 헌정	헌법재판실무 한국헌법사 독일헌법
공법(행정법)		공법3	행정구제법 건설행정법 경제규제법 행정절차법	공동주택 비교행정법 정보통신법 지방자치법	공 법 사 상 과 법방법론 공법이론과 공공정책 재건축재개발 US Ad L 행정법연습	공기업법 공법실무
민사법(민법)	민법1	민법2	민법3 현대계약법 언론·인터 넷·인격권 의료법 민사실무기초	민법4 현 대 불 법 행 위법 부 동 산 금 융 과법 채권회수법 재 산 법 판 례 연구	민사재판실무 국제가족법 독일사법 비교사법 프랑스사법 Ang-Am PrL	가족법연습 소비자계약법 정보통신과 사법
민사법(민소)		민소법	민사재판론	민사집행법 중재법	민소법연습 도산법	비교절차법
상사법(상법)			상거래법 회사법	금융법개론 기업재무론 기업 지배 구 조론 보험법	금융거래법 기업인수합병 자본시장법 Economic Structure of Business Deal 상거래법연습 회사법연습	신탁법 운송법 회사소송 Int'l Corporate Governance US Securities R 금융법연습



학 년	1		2		3	
학 기	1	2	1	2	1	2
상사법(세법)			세법개론	세무회계 조세소송	법인세와 주 주과세 조세법연습	조세회피론 Int'l Taxation
상사법(지재)			지적재산권법	저작권법 특허법	과학기술과법 부정경쟁 방지법 혁신과경쟁 특허실무 Int'l IP	저작권실무 Licencing Int'l IP
형사법	형법1	형법2	형사소송법 사실인정론 한국의 공익 인권소송 형법이론특강 형사실무기초	사법개혁론 형사정책 형사증거법 검찰실무 형사재판실무	피해자학 형벌·양형· 행형 형사법연습	근대형사법사 독일형사법 영미형사법 형사변호실무
국제관계법			국제법1 국제거래법 개론 국제경제/통 상법 국제분쟁해결	국제법2 국제사법 국제상사중재 국제인권법 국제투자법 무역구제법	국제공간법 국제민사소 송법 국제투자분 쟁해결 동아시아국 제법	국제물품매 매계약법 조약법 WTO/FTA 국제투자실무
사회경제법 (경제법)			시장경제와 법적규제 독점규제법 소비자보호법	규제산업과 경제법 독점규제법 연습	농업법 비교경제법	경제법방법론 중소기업법 Eco of AT 소비자법연습
사회경제법 (노동사회 보장)			개별적 근로 관계법 사회보장법 고용평등법	집단적 노사 관계법 공공부문노 사관계법 공공부조법	사회보험법 노동법연습	노동소송실무 사회보장법 연습
사회경제법 (환경법)			환경법	자원에너지법	기후변화법 Int'l EnL	환경법연습
기초법			법철학 법사회학 한국의법률가	현대법이론 법학방법론 현대정의론	자연법과법 실증주의 법경제학	법경제학특강 법과 커뮤니티 케이션



학 년	1		2		3	
학 기	1	2	1	2	1	2
			법과사회과학 한국전통법사 Intro to KoL	과 법 법여성학 법인류학 법정책학 한국 근 현대 법사 서양법문화사 국제비즈니스	법사상사 Law & Society 독일법 로마법 Intro to AmL 협상과거래	법의학 법학교전강독 생명윤리와법 한국 법 제 사 특강 현대인권론 여성주의판례
실무	법정보 문서		법조윤리	모의재판 법무실습		
기타						WTO Int'l TL Comp Const US ContractL Internet L

다. 학생의 입장에서 본 이수과목 체계

법전원 학생의 입장에서 수강하는 교과목을 중심으로 교육과정을 추적하여 보면 아래와 같다. 여기서 필수과목은 정식으로 정한 필수과목을, 사실상 필수과목은 위 II.에서 살펴본 바와 같이 변호사시험과 평가기준으로 인하여 그 수강이 불가피한 과목을, 선택과목은 학생들이 자유로이 선택할 수 있는 과목을 말한다.

학기	필수과목		사실상 필수과목		선택과목		학점 계
	교과목	학점	교과목	학점	교과목	학점	
1-1	법정보·법문서	2					
	공법1	2			선택11		
	민법1	4					
	형법1	3					
학점 합	11	학점 합	0	학점 합	4~7	15~18	



학기	필수과목		사실상 필수과목		선택과목		학점 계
	교과목	학점	교과목	학점	교과목	학점	
1-2	공법2	3	민법4 <i>민사집행법</i> 보험법	3 3 3	선택12		
	공법3	3					
민법2	3						
민사소송법	3						
형법2	2						
학점 합	14	9	학점 합	-5~-8	15~18		
2-1	법조윤리 민법3	1 3	행정구제법	3	선택21		
			상거래법	3			
회사법			3				
형사소송법			3				
민사실무기초			3				
학점 합	4	학점 합	18	학점 합	-4~-7	15~18	
2-2	모의재판	1			선택22		
	법무실습	1					
학점 합	2	학점 합	0	학점 합	13~16	15~18	
3-1		0	형사법연습	3	선택31		
	학점 합	0	학점 합	3	학점 합	12~15	15~18
3-2			공법실무	3	선택32		
	학점 합	0	학점 합	3	학점 합	12~15	15~18
미 확정			공법연습	3			
			민사법연습	3			
			임상과목	3			
				9			
학점 합계		31		42		17~38	90~111

※ 표 설명

1. 교과목의 내용

공법 1 : 헌법과 정치제도

공법 2 : 기본권론

공법 3 : 행정법 일반이론

민법 1 : 계약법

민법 2 : 권리변동과 권리구제(소유권, 부당이득 불법행위)

민법 3 : 권리의 보전과 담보(채권자 대위, 취소, 담보물권, 보증, 용익물권, 임대차, 법



- 인, 시효)
 민법 4 : 가족법
 상거래법 : 어음·수표법을 포함
 형법 1 : 형법총론
 형법 2 : 형법각론
2. 민사집행법은 변호사시험과 관련하여 사실상 필수과목으로 분류한 것인데, 민사집행법 중 민법, 민사소송법과 관련되는 부분만이 시험범위에 포함되므로 사실상 필수과목에서 제외할 수도 있다.
 3. 2-1학기 법조윤리, 2-2학기 모의재판, 법무실습은 18학점의 제한학점에 포함되지 않으므로 2-1학기에는 1학점, 2-2학기에는 2학점 더 선택의 여지가 있다. 다만 2-1학기는 선택의 여지가 음수이므로 이 학기에는 실제로는 선택제한이 다소 완화된다는 의미를 가진다.
 4. 학점합계의 상한은 108학점이 원칙이겠으나 법조윤리, 법무실습, 모의재판(각 1학점)은 상한에 포함되지 아니하므로 실제로는 111학점까지 가능하다.

IV. 법전원 교과과정의 분석

1. 실무적 교육이념

가. 다양성의 추구

종래의 「법과대학-사법시험」 체제를 폐지하고 「다양한 학부전공-법전원-변호사시험」체제로 전환하게 된 이유는 종래의 법학교육으로는 대학에서의 법학교육과 실무계의 연계가 미흡하여 법학교육도 능력 있는 법조인의 양성도 이를 수 없다는 반성적 고려 하에 다양한 학문적 배경을 가진 학부졸업생들을 대상으로 전문적인 법률이론 및 실무에 관한 교육을 실시하여 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공할 윤리관과 능력을 갖춘 법조인을 양성하고자 함에 있다.⁵⁴⁾

종래의 사법시험이 모든 법조인에게 동일한 시험의 합격을 요구하

54) 정부, 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률안(의안번호 3096), 2005. 10. 27., 제안이유 부분. http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=032355 (2010. 7. 15. 검색).



고 동일한 사법연수원 과정의 이수를 요구함으로써 한편으로는 통일적이고 표준적인 지식을 가진 법조인을 양성할 수 있는 장점이 있었지만, 특히 점차 법률서비스의 무대가 국제화, 세계화 되어가는 현대에 있어서 더 이상 획일적인 벽돌과도 같은 법조인들만으로는 적절한 대처를 할 수 없는 상황에 이르렀고, 이에 다양한 배경과 다양한 전문지식을 가진 법조인을 양성할 필요성은 부인할 수 없는 현실로 다가왔다. 법전원의 탄생은 이러한 배경 하에서 이해할 수 있다.

나. 다양한 선택과목

평가기준이 선택과목의 다양성·전문성을 교과과정의 중요한 평가요소로 제시하고⁵⁵⁾ 나아가 필수과목의 선정과 이수학점수의 적절성을 유지하기 위하여 필수과목의 학점수가 35학점 이하일 것을 요구하고 있는 것⁵⁶⁾도 다양한 분야의 전문가를 배출하려는 법전원의 교육이념과 연계되어 있다. 필수과목을 최소화하고 선택과목을 최대화하여 학생들로 하여금 다양한 선택의 기회를 주게 하기 위함이다.

이에 서울대학교 법전원도 필수과목을 31학점으로 제한하고 나머지 59~80학점을 선택과목에 할당하고 있다. 그리고 전공분야를 (i) 공법(헌법), (ii) 공법(행정법), (iii) 민사법(민법), (iv) 민사법(민사소송법), (v) 상사법(상법), (vi) 상사법(세법), (vii) 상사법(지적재산권법), (viii) 형사법, (ix) 국제관계법, (x) 사회경제법(경제법), (xi) 사회경제법(노동법·사회보장법), (xii) 사회경제법(환경법), (xiii) 기초법으로 세분하고, 각 전공분야 별로 학기를 거듭할수록 기본과목으로부터 점점 심화되는 내용의 과목으로 이행할 수 있도록 체계적으로 배열하려 노력하였다.⁵⁷⁾

55) 평가기준 3.1.1.2.

56) 평가기준 3.1.2.2.

57) 위 III.3.나. 참조. 인가신청 당시에는 기본과목-심화과목-첨단과목의 분류체계에 따라 과목을 분류하였었다. 서울대학교, 법학전문대학원 설치인가 신청서, 2007.



이는 학생들로 하여금 필수과목을 통하여 법학의 기본을 익힌 바탕 위에서 하나의 전공분야를 선택하여 그 분야의 심화된 지식을 습득하고 이를 통하여 전체적으로 다양한 분야의 법률전문가가 배출되도록 하는 체계이다.

다. 현실

법전문법만 놓고 보면 법전원의 교과과정에 관하여 필수실무교과목 5과목 외에는 법전원이 자율적으로 교과목을 정할 수 있어 학생들은 자신의 적성과 의사에 따라 다양한 전공분야를 선택하고 그 분야의 심화된 교육과정을 이수할 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 위에서 본 바와 같이 법령상의 제한 외에도 변호사시험과 평가기준이라는 요인이 법전원의 교과과정에 실질적인 제약요소로 작용하고 있음을 간과하여서는 아니 된다.

서울대학교의 예를 보자. 공식적인 필수과목은 31학점에 불과하지만 사실상 필수학점이 42학점에 이르러 실질적으로 선택과목에 할당되는 학점은 17~38학점이 된다. 이는 3학점을 기준으로 할 때 대략 6~13과목이므로 일응 한 분야의 전문적 지식을 쌓을 수 있는 기본적 토대는 마련되어 있다고 할 수 있다.

그런데 법전문에서의 성적은 졸업 후 진로에 커다란 영향을 미칠 것으로 예상되기 때문에 학생들은 가급적이면 수업의 부담을 줄이려고 하는 경향이 있다. 물론 3학년 때의 부담을 줄이기 위하여 저학년 때 최소 이수학점을 초과하여 수강하는 경향도 발견되기는 하지만 법전문 3년을 합하여 본다면 대체로 최소 이수학점인 90학점 언저리에서 학점을 이수할 것으로 보인다. 그러므로 사실상 6과목 정도를 전공분야에 투입할 수 있을 것으로 예상된다. 이렇게 본다면 아주 피상적인 수준의 전공지식에 이르게 될 우려가 없지 않다.

11. 30., 111-117쪽.



이에 더하여 기초법에 대한 지식은 어느 전공분야로 나아가든지 법률가라면 모름지기 필요한 기초적 배경이라 할 것이어서 이에 관한 과목을 따로 배정한다면 사태는 더욱 심각해진다. 예컨대, 서울대학교가 애초 인가신청서에서 선택적 필수과목으로 하였던 바처럼 법철학, 서양법제사, 한국전통법사를 같은 범주로 하는 기초법군에서 1과목, 독일법, 영미법, 프랑스법을 같은 범주로 하는 외국법군에서 1과목을 필수적으로 이수하게 한다면,⁵⁸⁾ 전공선택의 여지는 4과목으로 줄어들게 된다.

나아가 변호사시험에 있어서 (i) 국제법, (ii) 국제거래법, (iii) 노동법, (iv) 조세법, (v) 지적재산권법, (vi) 경제법, (vii) 환경법 중 하나의 전문법률과목을 선택하여야 하는데, 각 전공과목 별로 시험범위의 전반을 다루는 과목이 없어 여러 과목을 들어야 하는 경우(예컨대, 국제법1, 국제법2, 국제경제/통상법)는 이것만으로 전공선택과목에 할당된 학점이 대부분 소진되고, 그렇지 않은 경우라도 적어도 1과목(예컨대, 세법개론)은 이에 할애를 하여야 한다.

이러한 사정은 만일 당해 학생이 위 전문법률과목이 아닌 다른 분야(예컨대, 민법)를 전공하려고 할 경우, 전문법률과목의 시험을 위하여 할애하고 남은 학점만을 자신의 전공분야에 투입할 수 있으므로 사실상 거의 전공을 위한 학습을 하기 어려운 상황에 처할 수도 있다.

라. 대책

(1) 필수과목의 현실화

어느 한 전공분야의 전문적 지식을 확대하기 위하여 전공분야가 아닌 법분야는 전혀 무의미한 것이 아니다. 오히려 자신의 분야만을 아는 법률가는 전체적으로 균형이 잡히지 않거나 잘못된 결론을 내리기 쉽다. 따라서 법률가라면 모름지기 갖추어야 할 공통의 법적 소

58) 위 설치인가 신청서, 120쪽.



양의 존재를 긍정할 수 있고, 이 점에서 필수과목 및 사실상 필수과목의 존재를 이해할 수 있다.

사실상 필수과목이 불가피하다면 아예 이를 공식적인 필수과목으로 하는 것이 떳떳하다. 현재 평가기준이 제시한 35학점이라는 필수과목의 상한은 매우 비현실적이며 실체를 호도하거나 기만하는 것이 아닐 수 없다.

필수과목(사실상 필수과목 포함, 이하 이 항에서 같다)의 양이 어디까지가 적절한 선인가는 간단하게 말할 수 없다. 앞서 II.3.나.에서 본 표의 각 필수과목은 현행법령과 현재의 변호사시험제도 및 평가기준하에서는 그 필요성을 부인할 수 없는 것이다. 다만, 법분야의 특성에 비추어 정책적인 판단을 할 경우, 적어도 민사집행법, 보험법, 공법실무는 필수과목에서 제외하여도 될 것으로 생각된다. 이를 위하여 변호사시험 내용 및 평가기준의 조정이 필요하다.

(2) 계절학기의 이용

방학을 이용하여 계절학기를 운영하여 특히 전공선택과목을 개설함으로써 학생들로 하여금 보다 다양하고 심도 있는 학습을 할 수 있는 기회를 제공한다면 다소의 해결책이 될 수 있다.

다만, 이 방안은 학생들로부터 재충전의 시간을 앗아간다는 점, 방학을 이용한 개별적인 활동(예컨대, 봉사활동) 등의 기회를 박탈할 우려가 있다는 점 등의 문제가 있다. 그럼에도 불구하고 상황이 위와 같으므로 계절학기의 이용을 불가피한 것으로 보인다. 서울대학교 법전원도 계절학기를 운영하고 있다.



2. 학문적 교육이념

가. 학문이 교육이념에 포함되는지 여부

법전원법 제2조 이 교육목표로 삼고 있는 ‘법조인’은 실무법조인을 염두에 둔 것으로 보인다. 그러나 법전원을 두는 대학은 법학에 관한 학사학위과정을 둘 수 없는데⁵⁹⁾ 결국 종래의 법과대학을 대체한 법전원이 종래 법과대학이 맡은 기능 중 하나인 학문연구 및 학문적 후속세대의 양성은 어떻게 되는가 하는 문제가 있다.

이에 박선영 의원 등 21인이 2008. 7. 22. 공동발의한 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 367)은 법전원법의 목적과 법전원의 교육이념에 학문후속세대로서의 법학자 양성을 추가하여 법학 교육에 있어서 이론의 발전과 실무 전문가의 양성의 균형을 기하기 위하여 법전원법 제1조에 규정된 “법조인”의 개념을 ‘법학자, 판사, 검사, 변호사 등의 법률업무에 종사하는 사람’으로 확대하자는 내용을 담고 있다.⁶⁰⁾

위 법안에 대한 검토보고서는⁶¹⁾ 법조인의 일반적 사용례에 부합하지 않고, 실무법률가의 양성을 염두에 둔 법전원법의 취지에 맞지 않으며 법전원에 박사과정을 설치할 수 있어⁶²⁾ 이를 통하여 법학자를 양성할 수 있다는 이유로 위 법안에 반대하는 의견을 제시하였다.⁶³⁾

59) 법전원법 제8조 제1항.

60) http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_Y0U8O0O7X2A2X1Y6E4U1Z3T2F4O2N3 (2010. 7. 15. 검색).

61) 노재석, 법학전문대학원의 설치·운영에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 국회 교육과학기술위원회(2009. 3.).

http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_Y0U8O0O7X2A2X1Y6E4U1Z3T2F4O2N3 (2010. 7. 15. 검색).

62) 법전원법 제18조 제1항.

63) http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_Y0U8O0O7X2A2X1Y6E4U1Z3T2F4O2N3 (2010. 7. 15. 검색).



나. 학문후속세대 양성

법전원 제도가 어떠한 현실적 필요에 의하여 수립되었는지 여부에 관한 논쟁을 차치하고서 실질적으로 바라본다면, 법전원이 법학을 학문적으로 연구하고 학문후속세대를 양성하는 기능을 하지 않는다는 것은 우리나라 법학의 맥을 끊겠다는 것에 다름 아니다. 형식적으로는 법전원이 설치되지 아니한 법과대학 및 대학원, 법전원이 설치된 대학의 일반대학원 법학과 및 법전원 박사과정 등이 학문후속세대를 양성하는 기능을 할 수 있다.

그러나 법전원 제도의 출발과 함께 법학교육의 중심이 법전원으로 옮겨 온 상황에서 법전원이 설치되지 아니한 대학에 학문에 관한 핵심적 임무를 부여할 수는 없고, 일반대학원과 법전원 박사과정은 결국 졸업한 법전원생과 법률실무가 중에서 그 연구인력이 충원될 것으로 보인다. 그런데 전자에 관하여는 대부분의 법전원 졸업생이 바로 실무계로 진출할 것을 원할 것으로 보인다는 점, 후자에 관하여는 법률실무가가 대학원에 진학한다고 하더라도 그 고유의 업무 때문에 학문에 정진하기 어렵다는 점 등의 난점이 있다.

결국 법전원 시기에서부터 학문에 대한 자질과 열의가 있는 일정 범위의 학생들이 흔쾌히 학문연구의 길로 접어들 수 있도록 하는 체제가 요구된다.

다. 대책

이를 위한 여러 방안이 제시될 수 있지만, 가장 효과적이고 체계적인 것은 법전원 부설 법률사무소(법무법인 등)를 설립하는 일이다. 이를 통하여 법전원을 졸업한 학생 중에서 우수한 학문적 자원이 계속 학교에 남아 실무와 이론을 겸비한 학자로 성장할 수 있는 기본틀이 형성될 수 있기 때문이다.

물론 이 법률사무소는 영리를 목적으로 하여서는 아니 된다. 공익



적 차원, 새로운 법리나 전통을 변혁하는 차원에서 구체적인 사건에 적응하여 실무적으로는 물론 이론적으로 깊이 있는 접근을 할 수 있는 역량의 기초가 법전원에는 충분이 존재하며, 이를 최대한 발휘시키는 것이 공익을 위해서 매우 바람직하다.

3. 교육과정의 체계화

가. 필수과목의 배치

앞서 III.3.다.에서 본 바처럼, 1학년 2학기과 2학년 1학기에 필수과목(사실상 필수과목 포함)이 집중되어 있어 학생들에게 과도한 부담을 안겨주고 있다.

그렇다고 하여 필수과목을 단순히 분산하기만 하여서 해결될 수 있는 문제는 아니다. 왜냐하면, 위와 같은 현상은 필수과목이 대체로 기본과목에 해당하고 3학년까지에 이르는 기간 변호사시험에 필요한 과목 및 전공선택과목을 체계적으로 배열하기 위한 조치였기 때문이다. 더구나 위 필수과목의 배치는 그 후에 이어지는 실무과목, 예컨대, 재판실무나 검찰실무 등 실무선택과목의 배치와 관련되어 있는데, 후자는 유관기관의 사정을 함께 고려하여야 한다.

나. 교육과정의 전체적 체계화

어느 전공을 선택하든지 모든 법률가에 공통적으로 요구되는 공통 교육과정과 각 전공분야별로 일응 설정된 교과목들을 학생들의 지적 능력의 성장과정에 맞추어 전체의 입장에서 엄밀하게 재조정할 여지가 아직 많이 남아 있다.

우리보다 먼저 로스쿨을 출범시킨 일본의 경우는 많은 참고가 될 수 있다. 일본 동경대의 경우는 모든 교과목을 (i) 기본, (ii) 실무기



초, (iii) 기초법학, (iv) 展開先端, (v) 연습의 5가지로 분류한다. 기본에 속하는 교과목은 대체로 법리의 습득을 추구하는 것으로서, 미수자를 위한 1학년 과목들은 대체로 이론중심이고 2학년을 위한 상급 교과목들은 대체로 사례연구 중심이며 3학년에게는 총합과목이 제공되고 있다. 실무기초에 속하는 교과목은 법률실무가로서의 기본능력 배양을 추구하는 것으로서, 법률정보조사와 법률문장 및 법조윤리를 공통으로 하고 민사분야에서는 민사실무기초 → 민사사실인정론, 민사변호연구 → 모의재판(민사)의 순서로, 형사분야에서는 형사실무기초 → 모의재판(형사)의 순서로 강좌가 개설되어 있고 이에 더하여 국제계약교섭, 법과 교섭, 법률상담클리닉, 리서치페이퍼 등의 강좌가 개설되어 2,3학년에게 제공되고 있다. 展開先端에 속하는 과목은 각 분야에 대한 심층적 법리습득을 추구하는 것으로서 법분야별로 심화된 교과목을 제공하고 있다. 연습에 속하는 교과목은 발표와 토론능력 함양을 추구하는 것으로서 제시된 과제에 대하여 학생이 준비·발표한 후 토론한다는 점이 공통된 특징이다. 기초법학에 속하는 교과목은 기초법에 대한 법리습득을 추구하는 것으로서 기초법 및 비교법을 내용으로 하고 있다. 동경대 교과목을 표로 나타내면 대체로 다음과 같다.

기본		실무기초		展開先端		연습		기초법학	
교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기
법학입문	1-1	RWD	2-1					법의 퍼스펙티브	2-1
헌법	1-1							현대법의 기본문제	3-2
행정법	1-2							영미법총론	2-1
민법1 민법2 민법3	1-1 1-1 1-3	민사실무 기초	2-2					현대 아메리카법	2·3-1,2



기본		실무기초		展開先端		연습		기초법학	
교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기
									3-2
상법	1-2							실습 아메리카법	3-1
민소법	1-2							현대 독일법	3-2
형법	1-1	형사실무기초	2-2					현대 프랑스법	3-2
형소법	1-2							유럽법	3-1
국제법	2-2			국제거래법 국제조세법 국제경제법 국제인권법 국제민소법	3-2 3-2 3-1 3-1 3-1	연습국제	1·2·3-1	현대 중국법	3-2
상급헌법	2-1			일미비교	2·3-1			현대 한국법	3-1
상급행정법	2-2			조세법 노동법 경제법 회사노사법 조세와제법 금융과세법	2-2 3-1 3-1 3-2 3-1 3-1	연습행정 연습조세 연습노동 연습소비 연습경제 연습시장 연습환경	(1) 2·3-1 2·3-2 1·2·3-2 2·3-1 2·3-1·2 1·2·3-1 1·2·3-1	비교법2	3-2
상급민법	2-2	모의재판(민사) 민사번호연구 민사사실인정론	3-2 3-1 3-1	도산법	2-2	연습민법 연습실무 연습신탁 연습가족	2(3)-2 (2)3-2 2·3-2 3-2	현대 법과정론	3-1
민사계판례연구	2-1							법과 경제학	3-2



기본		실무기초		展開先端		연습		기초법학	
교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기	교과목	학기
상급상법1	2-2			지적재산법 컴퓨터법	3-1 3-2	연습상법 연습지재	2·3 -1·2 "	현대 법철학	3-1
상급상법2	2-2	국제계약 교섭 법과 교섭	2·3 -2 3-2	비즈니스 금융상품법 상급" 글로벌자본	3-1 3-1 3-2 3-2	연습금융	1·2· 3-1	법사회학	3-2
상급민소법	2-1					연습민소	(2) 3 -1·2	법제사1	3-2
상급형법	2-2	모의재판 (형사)	3-1	형사정책 소년비행과 법 경제형법	3-2 2· 3 -1 3-2			법제사2	3-1
상급형소법	2-1					연습형소 연습형사 실무	3-1 3-1	법의학	3-1
		법조윤리	3-2						
공법총합	3-1								
민사법총합	3-2								
		법률상담 클리닉	3-2						
		리서치페 이퍼	2·3 -2	연구논문	3				
						연습프랑스	1·2· 3-2		
						연습유럽	2·3 -2		
						연습독일	1·2· 3-2		
						연습문헌	1·2· 3-2		



4. 유관기관의 협조

가. 협조의 필요성

법전원은 종래의 법과대학과 달리 교양법학이 아닌 법률실무를 담당하는 법조인의 양성을 목표로 하고 있다. 따라서 법전원에서는 상아탑에 안주하는 법학이 아니라 실무와 유기적으로 연계된 법학을 교육하여야 한다. 이에 따라 법전원에서의 교육은 실무기관과의 유기적 협조가 필수적으로 요청된다. 법전원법 제3조가 법조인의 양성과 관련된 기관 또는 단체에 대하여 법학전문대학원의 교육이념에 부합하는 법조인의 양성을 위하여 협력하여야 할 의무를 부과하고 있는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 법조인의 양성과 관련된 기관·단체(이하 ‘유관기관’)에는 여러 종류가 있을 수 있지만, 대표적인 것으로 법원, 헌법재판소, 검찰, 변호사협회, 국회, 행정부, 기업, 법률 관련 사회단체 등을 들 수 있다. 법조인의 양성은 대학과 이러한 유관기관의 유기적인 협조 속에서 이루어진다.

나. 협조의 내용

유관기관이 법전원을 지원하는 내용으로는, (i) 교수요원의 지원, (ii) 교육자료의 지원, (iii) 법무실습(Externship), (iv) 임상교육, (v) 신규임용시 객관적 평가, (vi) 상호 보수교육 및 세미나, (vii) 교육과정 협의회, (viii) 재정적 지원 등을 생각할 수 있다.⁶⁴⁾

그 중 특히 교육과정과 관련하여서는 교육과정협의회의 설립이 절대적으로 필요하다. 법전원과 유관기관은 각자의 교육 및 교육지원 부분에 관하여 끊임없이 상의하고 조정하여야 할 짝이기 때문이다.

64) 이상원, “로스쿨 입장에서 본 법조인 양성을 위한 유관기관 지원방향”, 화우연수원 개소 기념세미나(2009. 9. 28.), 17-24쪽 (미간행).



5. 이론과 실무과목의 융화

가. 융화의 필요성

미국 로스쿨도 법학교육의 중심이 이론교육에 있다는 의견이 있는가 하면,⁶⁵⁾ 실무와 이론의 분리를 중시시키고 학생들로 하여금 단순히 “법률가처럼 생각하기(to think like a lawyer)”를 가르치는 것을 넘어서야 한다면서 실무교육을 강조하는 의견이 있다.⁶⁶⁾ 이 의견은 실무교과목에서 좋은 성적을 받은 학생은 전문가를 목표로 삼는(mastery-goal-oriented) 경우가 많았고 이들이 로스쿨에서 가장 성공적인 학생이었다는 연구결과를 제시하면서, 실무교과목에 상당한 시간과 노력을 투자하는 것이 바람직하다고 한다.⁶⁷⁾ 나아가 실무교과목은 비단 실무교과목 자체에만 그치는 것이 아니라 법학 전반의 학습과 성공에 매우 중요하다고 한다.⁶⁸⁾

이론은 이론의 완결성을 추구하여 종종 현실에서 발생하지 않는 결론에 이르기도 한다. 극단적으로 이야기하면 이론은 종착지에서의 화물을 고려하지 않고 향해 그 자체를 하는 것과 같다.⁶⁹⁾ 이에 비하여 실무는 이론적 완결성을 포기하더라도 현실을 규율하는 규범을 추구한다. 법전원이 실무법조인의 양성을 목표로 한다고 하여 실무만을 교육하고 이론을 도외시하여서는 아니 된다. 법학은 그 자체가 현실세계에 발을 두고 있는 학문이기 때문이다. 그러나 또한 이론적 뒷

65) 이상돈, “법학교육에 대한 반성- 르스쿨 제도 도입 문제와 관련해서”, 법학논문집 23집 2호, 88쪽; 임지봉, “미국의 법학교육과 법률가양성제도”, 고시계 48권 8호(2003. 8.), 5쪽.

66) Leah M. Christensen, The Power of Skills: An Empirical Study of Lawyering Skills Grades as the Strongest Predictor of Law School Success, 83 St. John's L. Rev. 795, 825 (2009)

67) *Id.*

68) *Id.*

69) 이상돈/김나영, “법학교육방법의 개선방향”, 고려법학 53호(2009. 6.), 5쪽.



받침이 되지 않은 실무는 흔히 자의(恣意)에 이르게 된다. 이론과 실무를 아우르는 교과과정이 요청되는 것은 이 때문이다. 법전원에서 법리를 교육하는 것은 불가결한 요소이다. 그러나 이는 추상적 법리의 전달이 아니라 구체적이며 실천적 해결능력의 증진을 도모해야 하는 것이다.⁷⁰⁾

나. 융화의 방법

앞서 III.3.나.에서 본 교과목의 구성을 보면, 이론과목과 실무과목이 모두 개설되어 있음을 알 수 있다. 그러나 이들 사이에 얼마나 유기적으로 연결되어 있는지는 깊은 검토를 요한다. 이론과목과 실무과목이 기본·실무·심화의 과정을 통하여 체계적이고 유기적으로 연계되어 교과내용을 형성할 것이 요구된다.

나아가 근본적으로 기본과목을 교육함에 있어서도 추상적인 법리의 단순 설명은 실천적인 지식이 되지 못한다. 이를 위하여 판례를 이용하는 판례분석 방식을 이용하거나 적어도 가상적인 사례로라도 당해 법리의 구체적인 적용례를 함께 고민하는 것이 필요하다.

V. 3년 내의 법학교육

1. 교육수준

IV.의 조건을 달성하고 III.의 과정을 교육한다면, 법전원 3년 동안 초보 법률가의 수준에는 달할 것으로 보인다. 법전원의 교육과정은 이를 위하여 짜여졌고 교육과정의 내용상 그 목표는 어느 정도 달성

70) 안법영/김상중, “법학전문대학원에서 민법 교육의 구성과 운영”, 민사법학 44호(2009. 3.), 11쪽.



할 수 있으리라고 기대된다.⁷¹⁾

이에 덧붙여 위와 같은 기대가 가능한 충분한 이유를 다음과 같이 학생들로부터도 찾을 수 있다.

그 가능성은 우선 법전원 학생의 자질에서 발견할 수 있다. 물론 종래에도 법과대학은 그 입학시험의 합격점이 상대적으로 높아 학생들이 비교적 우수하다고 평가되어 왔다. 그런데 법전원은 입학사정에서 대학 4년간의 학점 평점을 중요한 요소의 하나로 고려하기 때문에 그 입학생들은 적어도 대학 4년간의 교육을 충실히 받았고 대학에서의 시험 등 평가방법에 매우 익숙한 학생들이라고 할 수 있다. 결국 양자 모두 우수한 학생들이고 많은 학생들은 양자 모두에서 우수성을 드러낼 것이지만, 상대적으로 본다면 법과대학 학생들은 고등학교 과정 및 그 평가방법에, 법전원 학생들은 대학과정 및 그 평가방법에서 각 우수한 학생들이라고 할 수 있고, 나아가 각 그 분야에서 검증을 받은 학생들이라고 할 수 있다. 그런데 법조인으로서의 업무능력은 전자보다는 후자에 보다 근접한다고 할 수 있고 따라서 후자에서의 우수성 검증이 그 내용과 검증방법에 있어 법조인의 능력 검증에 보다 근접한 것이라고 할 수 있어, 법전원 학생들이 법조인으로서의 자질을 보다 정확히 검증받은 것이라 할 수 있다.

그 두 번째 가능성은 법전원 학생들의 학문적 기초에서 찾을 수 있다. 참다운 법학은 인간과 사회에 대한 깊은 이해가 바탕이 되지 않으면 달성될 수 없다.⁷²⁾ 고등학교를 졸업하고 바로 법학공부, 그것도 수험법학에 오랫동안 매몰되어 있다가 바로 실무법조인이 되어 버리는 종래의 체제에서는 인간과 사회에 대한 깊은 이해는 법조인이 된 후 각자의 개별적인 영역의 문제로 넘겨졌을 뿐이었다. 법전원 체제에서는 모든 법조인 후보가 단순한 교양을 넘어서는 전문적인

71) 앞에서는 서울대학교 법전원을 대상으로 검토하였는데, 다른 학교도 사정은 유사하다. 다른 주요 학교들의 교과과정에 관하여는 [별표]로 정리하였다.

72) 이 때문에 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제2조도 법전원이 양성하여야 할 법조인상을 인간 및 사회에 대한 깊은 이해가 있는 법조인으로 상정하고 있다.



식견을 갖추는 4년 이상의 교육기간을 거친 사람들이므로 인간과 사회에 대한 이해가 선행된 상태에서 법학을 접하는 것이다. 또한 어느 정도 연령이 찼다는 점 자체에서도 상당한 정도의 인간과 사회에 대한 이해가 있음을 발견할 수 있다. 실제로 법전원 학생들이 법을 이해하는 속도와 깊이는 법대출신과 비법대출신을 가리지 아니하고 법과대학생들에 비하여 빠르고 깊은 것으로 나타났다.⁷³⁾

세 번째 가능성은 법전원 학생들의 자세에서 찾을 수 있다. 법전원 학생들은 대체로 적극적인 성격을 가지고 있다. 이는 아마도 적극적인 성격의 학생들이 법전원 입학사정의 여러 기준에서 좋은 점수를 받는 경향에 기인하는 듯하다. 종래 조용히 혼자 공부하고 조용히 사법시험에 합격한 후 조용히 자신의 업무에 충실한 법조인이 적지 않게 존재하였지만, 이제 더 이상 이러한 법조인은 쉽게 발견되기 어려울 것으로 보인다. 적극적인 법조인과 조용한 법조인은 각 장단점이 있다. 그러나 이러한 적극적 성격은 법학공부에 매우 성실하게 매진함은 물론 학교가 제공하는 여러 프로그램에도 열정적으로 참여하는 방향으로 나아가기 때문에 적어도 법조인 양성과정에서는 매우 긍정적인 작용을 함을 부인할 수 없다.

네 번째는 법전원 학생들의 자기정체성 인식에서 발견된다. 기존의 법과대학생들은 사법시험이라는 어려운 관문을 앞에 두고 있기 때문에 스스로의 정체성을 수험준비생으로 인식하고 있어 그 눈이 사법시험에 고정되어 있다. 이에 비하여 법전원 학생들은 스스로의 정체성을 예비법조인이라고 인식하고 있어서 법조인으로서 어떠한 모습을 가질 것인가에 보다 많은 관심과 노력을 쏟고 있다. 그리하여 법전원 학생들은 그 목표의식이 비교적 뚜렷하며 자신의 장래에 필요한 분야의 공부를 찾아서 하는 경향이 있다. 더욱 바람직한 것은 종래와는 달리 이들의 관심이 판사나 검사와 같은 전통적인 직역에 한

73) 이에 대한 구체적 통계치는 확보하지 못하였으나 현장에서의 경험에 의하면 그러한 평가를 할 수 있다.



정되어 있지 않다는 점이다. 이들은 다양한 분야에 관심을 가지고 있어 법학전문대학원이 이들의 욕구를 충족시켜 준다면 법률시장 개방에 대응하여서도 충분히 경쟁력 있는 집단이 될 것으로 생각된다.

2. 평생교육

그러나 법전원에서 모든 것을 가르칠 수 없고, 어느 분야도 전문가적 식견을 완비하도록 하는 것은 불가능하다. 법전원을 졸업하고 변호사의 자격을 취득하는 것은 마치 독자적으로 연구를 할 수 있는 능력을 인정하는 박사학위와도 같이 독자적으로 고민하여 주어진 문제에 대한 나름대로의 해결책을 제시할 수 있는 수준에 이르렀음을 인정받는 것에 지나지 않는다.

보다 완숙한 법조인, 보다 전문적인 지식을 갖춘 전문가로서는 법조인이 된 후에도 끊임없는 평생공부를 통하여 이를 수 있을 뿐이다. 법전원은 이들 졸업후 실무가를 교육하는 기관으로도 거듭나야 한다.

VI. 결 론

2010. 7. 현재 법전원은 빠르게 변신하고 있다. 초기의 영성한 교과과정에서 점차 합리적인 교과과정으로 변모하고 있다. 그렇지만 아직도 부적절한 교과과정이 많이 남아 있으며 보다 체계적인 수립이 필요하다.

법률가를 양성하는 교육을 3년 안에 완성할 수는 없다. 그러나 법률가로 완성될 수 있는 기초역량은 3년 안에 배양할 수 있다. 이들이 일단 사회로 진출한 뒤, 평생교육을 통하여 하나의 법률가로 완성된다.

법전원은 그들의 시작부터 끝까지 함께 한다.



[별표 1] 고려대학교 교과과정

학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
공법 (헌법)	헌법 1 헌법연습	헌법 2	헌법원리론 한국헌법사	헌법소송법 정치와 헌법 헌법의 현대적 쟁점	German Const L	
공법 (행정법)			행정법 1	행정쟁송법 행정법 2	행정법 연습 환경법 경찰법 지방자치법 토지공법	행정소송실무 공법종합연습
민사법 (민법)	민법 1 민법 2	민법 3 가족법	민법연습 1 채권담보법	민법연습 2 매매법 현대사회와 계약 부동산이용 및 건설에 관한 법 현대사회와 민사책임	가족법연습 민사법종합 연습 고급민사소 송법 의료책임과 소송	
민사법 (민소)	민사 소송법 1	민사 소송법 2		민사소송법 연습 민사집행법		민사소송실무
상사법 (상법)		금융법	회사법 기업 지배구 조의 이론 과 실제 상거래법 공정거래소 송실무 자본시장법	보험법 프랜차이즈법 유가증권법 금융거래법 실무 상표법 및 부정경쟁방지 법	공익소송론 회생파산법 상법연습 해상법 보험약관해 석론 M & A의 이론과 실무 회사소송의 이론과 실무	국제금융법 신탁법 은행법 상사계약실무
상사법 (세법)		세법			기업조세법 소비세법	자산세법 국제조세법
상사법 (지재)		특허법	저작권법	International Copyright Law	지적재산권 소송실무	



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
형사법	형법 1	형법 2	형법연습 형법원리론 형사소송법 경영과 형법	형사소송법연습 형사정책 특별형법론 의료와 형법	형사법 종합연습 형행법	국제형사법연구 형사소송실무 수사절차론
국제관계법		국제통상법	국제법 국제거래법	국제사법 International Business Law 국제법연습 International Economic Law 자유무역협정론 국제법모의재판 대한민국의 대외공법	국제상사중 재법 국제보험법 국제분쟁해 결제도 유럽연합법 국제투자법 반덤핑법 국제통상분쟁 해결제도 국제무역과 환경 International Investment Law Law of International Organizations International Patent Law European Union Law Global Agenda in the 21st Century Presentation & Persuasion in International Legal Practice	국제계약법 Law on International Carriage of Goods by Sea 국제영문계약 실무 국제통상관련 지적재산권 법
사회경제법 (경제법)	경제법 법과 통계학	예산회계와 법	법경제학	경제법연습 비교경쟁법		
사회경제법 (노동사회)		노동법	노동법연습		사회보장법 HRM과	International Labor Law



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
보장)					노동법	노동소송실무
사회경제법 (환경법)						
기초법		법철학 법의학 인간발달과 법	사법제도의 비교와 역사 법여성학 개인정보보 호법	The Korean Legal System 법학방법론 로마법 생명윤리와 법 Introduction to German Law	법심리학 법문학 차별금지법 통일관계법	소송대체분쟁 해결론 공익인권법 동양윤리와 법사상 고대희랍인의 정의관 국제인권법 사회취약계층 과 법
실무		법조윤리	법문서작성	모의재판	실습과정	
기타	Law of Obligations 1 Introduction to U.S. L Legal Research in English 공익봉사 법률정보조사	디지털포렌 식 스포츠와 법 American Constituti onal Law	Internationa l Law Legal Writing in English	Law of Obligations 2 소비자와 법 인터넷법 Law of Corporations American ContractL	IT법 Internet Law American Corporate Law American Antitrust Law	컴퓨터법 Legal Aid Clinic 엔터테인먼트 법 협상조정기법



[별표 2] 연세대학교 교과과정

학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
공법(헌법)	헌법 I	헌법 II	헌법소송법 경제헌법 입법학 사회국가와 입헌적국 정관리 헌법사상의 역사 현대사회와 거버넌스	헌법사 정치관계법 국적이민법 사례연구 입헌주의와 민주주의 권리와 시간의 법리	경제헌법 입법학 사회국가와 입헌적국 정관리 헌법사상의 역사 현대사회와 거버넌스	헌법사 정치관계법 국적이민법 사례연구 입헌주의와 민주주의 권리와 시간 의 법리
공법(행정법)			행정법 I 독점규제법 지방자치법 금융규제법 공공채송실무 미국정보통 신법	행정법 II 행정구제법 경찰행정법 환경법 공법응용	지방자치법 금융규제법 공공채송실무 미국정보통 신법	경찰행정법 환경법 공법응용
민사법(민법)	계약법 불법행위법	물권법	채권담보법 친족상속법 비교가족법 민법통합사 례연구 로마사법 의료윤리 의료민사책임 의료소송론 보건의료법 국제세미나 민사법응용	법정채권법 계약법의 특수문제 손해배상법 제조물책임법 상속법의 입법정책 비교사법 의료법사례 연구 의료현장조사	비교가족법 민법통합사 례연구 로마사법 의료윤리 의료민사책임 의료소송론 보건의료법 국제세미나 민사법응용	제조물책임법 상속법의 입법정책 비교사법 의료법사례 연구 의료현장조사
민사법(민소)		민사소송법 I	민사소송법 II 민사집행법 중국민사소 송법	소송대체적 분쟁해결 민사소송실무	중국민사소 송법	소송대체적 분쟁해결 민사소송실무
상사법(상법)			상거래법 회사법 유가증권법 보험제도와 민사책임법 리	보험법 해상법 소비자보호 법 상표법 기업윤리와	보험제도와 민사책임 법리 회복적 사법 자본시장과법	기업윤리와 법 도산법 은행경영, 거래와 법 기업의



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
			회복적사법 자본시장과 법	법 도산법 은행경영, 거래와 법 기업의 준법감시 프로그램 국제금융규 제법 전자상거래법 법률회사의 경영관리 비교회사지 배구조론 상사법응용		준법감시 프로그램 국제금융규 제법 전자상거래법 법률회사의 경영관리 비교회사지 배구조론 상사법응용
상사법(세법)			조세법 I 회계와 국제기준 법인세법	조세법 II 금융과 조세실무 국제조세	법인세법	금융과 조세실무 국제조세
상사법(지재)			특허법 저작권법 저작권침해와 구제	지적재산권과 국제분쟁 국제무역과 지적재산권	지적재산권 라이센싱실무 저작권침해 와 구제	지적재산권과 국제분쟁 국제무역과 지적재산권
형사법	형법 I	형법 II 형사소송법	형법증거법 경제형법 사이버범죄론 국제형사법 형사법응용 형사소송실무	형사정책 형법통합사 레연구 성과형사법 배심제와 국민참여 재판 한국의 범죄 와 형사법 의료형법	경제형법 사이버범죄론 국제형사법 형사법응용 형사소송실무	성과형사법 배심제와 국민참여 재판 한국의 범죄와 형사법 의료형법
국제관계법			국제법 국제인권법 국제통상법 국제사법 시민권과 국제이주 국제운송물 류법 국제자본거	국제거래법 LAW OF INTERNA TIONAL TRADE 국가관할권과 국제면제 국제법의 국 내적 적용	시민권과 국제이주 국제운송물 류법 국제자본거 래와 법 글로벌M&A 와 법 국제상사분	국가관할권과 국제면제 국제법의 국 내적 적용 국제기구법 국제환경법 국제분쟁해 결제도 WTO분쟁해



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
			래와 법 글로벌 M&A와법 국제상사분 쟁해결 국제기업활 동과 독점규제 유럽연합법 국제사회와 북한법 글로벌거버 년스와 법 글로벌시대의 법의 지배 글로벌시대 동아시아 법과사회 세미나 상품, 기술, 자 본의 국가 간 이동에 관한 법과 실무	국제기구법 국제환경법 국제분쟁해 결제도 WTO분쟁해 결연구 국제사법특 수문제 동아시아인권 테러시대의 미국과 북한의 법변동 국제계약실무	쟁해결 국제기업활동 과 독점규제 유럽연합법 국제사회와 북한법 글로벌거버 년스와법 글로벌시대 의 법의 지배 글 로 벌 시 대 동아시아법 과 사회세 미나 상품, 기술, 자본의 국가간 이동에 관한 법과 실무	결연구 국제사법특 수문제 동아시아인권 테러시대의 미국과 북한의 법변동 국제계약실무
사회경제법 (경제법)			법경제학	북한경제법	법경제학	북한경제법
사회경제법 (노동사회 보장)			집단적 노사관계 법 사회보장법	개별적 노사 관계법 노동법사례 연구		노동법사례 연구
사회경제법 (환경법)						
기초법			법사상사 법사회학 법조윤리 독일법체계 프랑스법체계 중국법체계 한국법제사	한국의 법과 법체계 서양법제사 법철학 인권정책과 법 보건의료법 미국의법과 법체계 II 현대사회사	독일법체계 프랑스법체계 중국법체계 한국법제사	미국의 법과 법체계 II 현대사회사 상과법 응용법철학 법, 문화, 지구화 국정관리와 공공정책 한국의 법과



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
				상과법 응용법철학 법, 문화, 지 구화 국정관리와 공공정책 한국의 법과 정치		정치
실무	법률정보조 사와 법률문장론		실무수습	법문서작성 사회조사방 법론	모의재판	
기타			정보통신공 학과 법 미국의 법과 법체계 I 서비스교육과 투자규범	협상워크숍 문화산업법 스포츠엔터 테인먼트법 사이버법	서비스교육과 투자규범	협상워크숍 문화산업법 스포츠엔터테 인먼트법 사이버법



[별표 3] 성균관대학교 교과과정

학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
공법(헌법)	기본권론		비교헌법론 입법과정론	비교헌법론 입법과정론	헌법사례연 구(PBL) 헌법재판	헌법사례연 구(PBL) 헌법재판
공법(행정법)	국가권력규 범론	행정법	지방자치법론 행정소송법 행정조직법론 행정책임법	지방자치법론 행정소송법 행정조직법론 행정책임법	공기업법론 공법소송실무 방송통신법 부동산공법 전자정부법 정보의 공개와 보호 행정법사례 연구(PBL) 정부-시장-시 민사회	공기업법론 공법소송실무 방송통신법 부동산공법 전자정부법 정보의 공개 와 보호 행정법사례 연구(PBL) 정부-시장-시 민사회
민사법(민법)	계약법	불법행위법 물권법	민·상사전 형계약 가족법 담보거래법 상속의 법률문제 주거관계법 채권관계론	민·상사전 형계약 가족법 담보거래법 상속의 법률문제 주거관계법 채권관계론	재판외 분쟁해결 (ADR) 계약서작성 실무 민법사례연 구(PBL) 의료관계와 법 복잡소송 영문계약서 작성실무 현대민법의 재조명	재판외 분쟁해결 (ADR) 계약서작성 실무 민법사례연 구(PBL) 의료관계와 법 복잡소송 영문계약서 작성실무 현대민법의 재조명
민사법(민소)		민사소송법	도산법 민사증거법 민사집행	도산법 민사증거법 민사집행	국제민사소 송법 민사소송실무	국제민사소 송법 민사소송실무
상사법(상법)	법률회계 기업의법적 환경	회사법	미국기업법 중국기업법 물실무 금융규제법 기업인수합병 기업지배구조 보험거래와 규제법	미국기업법 중국기업법 물실무 금융규제법 기업인수합병 기업지배구조 보험거래와 규제법	일본의 법과 기업 비교독점금 지법 상표 및 부정경쟁 방지법 국제금융거	일본의 법과 기업 비교독점금 지법 상표 및 부정경쟁 방지법 국제금융거



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
			신 중 금융 거래: 파생금융 상품과 자산유동화 유가증권법 은행거래와 규제 자본시장과 증권규제 전자상거래법 증권분쟁론 일본의 법과 기업 비교독점금지법	신 중 금융 거래: 파생금융 상품과 자산유동화 유가증권법 은행거래와 규제 자본시장과 증권규제 전자상거래법 증권분쟁론 일본의 법과 기업 비교독점금지법	래: 법, 이론, 실무 국제상사중재 기업금융과 기업회생 벤처투자와 사모투자 전자금융거래법 해상법 회사법사례 연구(PBL) 회사소송실무	래: 법, 이론, 실무 국제상사중재 기업금융과 기업회생 벤처투자와 사모투자 전자금융거래법 해상법 회사법사례 연구(PBL) 회사소송실무
상사법(세법)			법인세법 상속·증여세법 및 보유과세 소득세법 조세법일반론	법인세법 상속·증여세법 및 보유과세 소득세법 조세법일반론	조세법사례 연구(PBL) 조세절차 및 조세구제법 분식회계와 조세	조세법사례 연구(PBL) 조세절차 및 조세구제법 분식회계와 조세
상사법(지재)			국제지적재산권법 저작권법 지적재산과 법 지적재산권과 독점규제 특허법	국제지적재산권법 저작권법 지적재산과 법 지적재산권과 독점규제 특허법	기업국제특허분쟁 지적재산권 라이선싱 특허출원·소송실무	기업국제특허분쟁 지적재산권 라이선싱 특허출원·소송실무
형사법	형법	형사소송법	가정 및 소년범죄론 개별범죄론 기업범죄 범죄피해자론 비교형사법 형법론 형사정책 형사증거법	가정및소년범죄론 개별범죄론 기업범죄 범죄피해자론 비교형사법 형법론 형사정책 형사증거법	과학기술과 형사법 배심재판실무 수사와 인권 형사법사례 연구(PBL) 형사소송실무	과학기술과 형사법 배심재판실무 수사와인권 형사법사례 연구(PBL) 형사소송실무
국제관계법			국제거래법 국제경제법 국제기구법	국제거래법 국제경제법 국제기구법	국제거래와 조세 국제통상분쟁	국제거래와 조세 국제통상분쟁



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
			국제법 국제사법 WTO 와 FTA EU 계약법 국제거래와 조세	국제법 국제사법 WTO 와 FTA EU 계약법 국제거래와 조세	국제분쟁해결 : 법과 현상	국제분쟁해결 : 법과 현상
사회경제법 (경제법)	기업의 사회 적 책임 소비자와 시장	기업의 사회 적 책임 소비자와 시장	공정거래법 중소기업법	공정거래법 중소기업법		
사회경제법 (노동사회 보장)			개별적 노동 관계법 사회보장법 집단적 노동 관계법	개별적 노동 관계법 사회보장법 집단적 노동 관계법	해고와 부당 노동행위	해고와 부당 노동행위
사회경제법(환경법)			환경법과 환경정책	환경법과 환 경정책	국제환경법	국제환경법
기초법	법률정보조사 법사상사	법사회학의 이론과 방법	언론과 법 공익법 아동인권 여성과법 과학기술과 법 정보통신기 술과 법 법경제학 법이론의 쟁점 미국법 중국법 소비자법 아동학대예방 현대법 철학 협상론 변호사의 직업윤리 와 책임 국제인권법 일본법	언론과법 공익법 아동인권 여성과법 과학기술과 법 정보통신기 술과법 법경제학 법이론의쟁 점 미국법 중국법 소비자법 아동학대예 방 현대법철학 협상론 변호사의직 업윤리와책 임 국제인권법 일본법	국제인권법 일본법 소수자보호 와 법 장애인과 법 북한법	국제인권법 일본법 소수자보호 와 법 장애인과 법 북한법



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
실무		법문서작성1	법조윤리 실무수습 1 법문서작성 2 법정토론과 스피치 실무수습 2	법조윤리 실무수습 1 법문서작성 2 법정토론과 스피치 실무수습 2	실무수습 1 모의재판 실무수습 2	실무수습1 모의재판 실무수습2
기타			현대사회와 가족	현대사회와 가족		



[별표 4] 한양대학교 교과과정

학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
공법(헌법)	헌법1	헌법2 (기본권)	헌법소송법	의회제도론 헌법사례연습 미국헌법	헌법의 특수문제 독일헌법 헌법세미나	
공법(행정법)		행정법	행정과정법론 행정구제법	행정조직. 지방자치법 경제행정법 공법실무	부동산공법 공공갈등관 리와 법 공법종합연 습 1	공법종합연 습 2 규제산업법 행정법세미나 식품통상 규제
민사법(민법)	민법1 (재산법입문) 민법2 (계약법)	민법3 민법4 미국계약법	가족법 채권관리법	민법연습 토지사법 의료사법 금융계약법	민사법종합 연습 특수불법행 위론 비영리단체법	가족법연습 EU사법 아동사법 국제민사소송 민사소송제 도론 민사법종합 연습 2
민사법(민소)		민사소송법1	민사소송법2	민사집행법 도산법 ADR실무	기본법과 도산법 도산/국제도 산	
상사법(상법)		상법총론	회사법 미국기업법	공정거래법 보험계약법 전자상거래법 자본시장법 중국기업법 부정경쟁방 지법	어음수표법 미국회사법 미국증권법 기업지배구 조론 보험약관해 석과 보험소송 기업범죄론 공정거래법 연습 금융정책법	대규모기업 집단관련법 기업법실무 유가증권법 세미나 보험업법 국제상사중 재법 국제조세법
상사법(세법)			조세법	부가가치세법 소득세법 조세법연습	기업경영과 조세법 조세법과 세무회계	상속세 및 증여세법



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
					법인세법 금융소득과 세법	
상사법(지재)			지적재산권법	상표, 디자인 법 특허법 저작권법	라이선싱법 지적재산권 법 연습	국제지적재 산권법
형사법	형법1	형법2	형사소송법 범죄구성요 건론 독일형법	소년법 형사정책 형사증거법 형사법실무	형사법종합 연습1 성과폭력 경제형법 범죄피해자학	수사절차법 국제형사법 형사법종합 연습2
국제관계법			국제거래법 국제사법 국제분쟁해 결법	국제계약법 국제통상법	국제물품매 매법 국제투자분 쟁론 국가관할권론 국제통상정 책 및 재정 국제농업통 상법	WTO분쟁해 결절차법 국제소송세 미나 국제농업정책 국제인권법
사회경제법 (경제법)	법경제학				소비자보호법	
사회경제법 (노동사회 보장)			노동법	노동법2	노동분쟁과 법 고용평등 및 차별금지법	사회보장법 비교노동법 비정규직노 동법
사회경제법 (환경법)			환경법	국제환경법	영미환경법	환경구제법
기초법	법철학 법여성학 영미법입문	법사상사	문화산업법 법조윤리 법사상사 영미법 인권법	법사회학 법제사	언론법 생명과학과 법 현대법철학 개인정보보 호법	생명의료법 다문화시 대의 소수자 인권
실무	법률정보의 조사 및 법문서의 작성	법학방법론		모의재판	실습과정 법률상담	



학년	1		2		3	
학기	1	2	1	2	1	2
기타					인터넷과 법 IT법	법적논증이론 현대사회의 법가치논쟁 뉴미디어법 엔터테인먼트법



로스쿨에서의 기초법 교육의 방향 - 한국 '법제사'를 중심으로 -

鄭 肯 植

서울대학교 법학전문대학원 교수

I. 머리말

2007년 7월 법학전문대학원 체제의 도입은 법률가의 양성제도에서 뿐만 아니라 법학교육에도 큰 영향을 미칠 것은 분명하다. 먼저 법률기 양성제도는 '기존의 시험을 통한 선발'을 탈피하여 '교육을 통한 양성'으로 나아가고 있다. 따라서 이러한 제도의 취지를 실현하기 위해 법학교육에서 실무교육이 강조되었다. 물론 현재 시행된 지 채 2년이 되지 않은 상황이지만, 교과 및 교육과정도 이에 부합하는 형태로 바뀌고 있다. 이에 따라 실정법의 해석과 직결되지 않는 기초법의 교육은 법학전문대학원에서 등한시될 우려가 있는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 하지만 바람직한 법해석과 사회에서의 실천은 법학과 법실천의 바탕을 도외시하고는 실현될 수 없을 것이다.

우선 일차적으로 기초법의 정의를 내려야 한다. “기초법학은 실정법학에 대해 이론법학, 응용법학에 대해 교양법학의 의미로 유동적으로 사용될 수 있는 편의적 개념이며, 실정법 영역이나 학문영역을 한정하는 것은 아니다.”¹⁾ 기초법은 특정한 법을 대상으로 하는 법해석

1) 최종고, 「기초법학의 과제와 방법」, 『서울대학교 법학』 28-1(서울대학교 법학연



학이 아닌 것은 분명하다. 법해석의 이전에 그 바탕이 되는 여러 현상이나 이념을 규명하는 것이라고 일단 정의할 수 있다. 이것은 크게 입법의 배경이나 입법의 결과에 대해 시계열적으로 분석하는 법제사, 법의 이념적 토대를 연구하는 법철학, 사회 속에서 법이 구체적으로 작동하는 모습을 밝히는 법사회학 등으로 구분할 수 있다. 근래에는 법의 작동모습이나 입법 배경 등을 다양한 측면에서 고찰하는 다양한 영역, 예컨대, 법경제학, 법여성학(또는 젠더법학), 법인류학, 법심리학, 법정정책학 등등이 새로운 법학분야로 등장하고 있다. 이 많은 영역을 다루는 것은 발표자의 능력 밖이므로, 본 발표에서는 한국‘법제사’를 중심으로 다루겠다. 먼저 교과목 개설 실태를 소개하고, 이어서 법제사 교육의 의의와 필요성, 그리고 방법과 목표에 대해 언급한다.

II. 기초법 교과목 개설 현황

25개 법학전문대학원(이하 ‘대학원’으로 약칭함)에서 거의 모두 기초법 교과목을 개설하고 있다.²⁾ 학교 홈페이지에서 교과목을 확인할 수 있는 곳은 19개 대학원이다. 법제사 관련 교과목은 16개 대학원에서 41과목(31.8%), 법철학 관련 교과목은 17개 대학원에서 36과목(27.9%), 법사회학 관련 교과목은 16개 대학원에서 30과목(23.3%), 기타는 12개 대학원에서 22과목(17.1%)으로 모두 129개 교과목이 개설되어 있다. 그리고 4영역의 교과목이 모두 개설된 대학원은 8개, 3영역의 교과목이 개설된 대학원은 8개, 2영역의 교과목이 개설된 대학원은 2개, 1영역의 교과목이 개설된 대학원은 1개이다. 총교과목수

구소, 1987), 33쪽.

2) 자세한 내역은 “부록: 각 대학 법학전문대학원 기초법 교과목 개설 현황” 참조.



는 1~5개는 6개 대학원, 6~10개는 11개 대학원, 12개 이상은 2개 대학원이며, 평균은 6.8과목이고, 6개 교과목이 8개 대학원으로 가장 많다.³⁾

교과목 개설 현황

대학	법제사	법철학	법사회학	기타	전체
서울대	8	7	5	5	25
강원대	1	2	1	2	6
건국대	2		1	3	6
경북대	2	4	3	1	10
경희대				1	1
동아대	3	1	3		7
서강대	2	1	2	1	6
서울시립대	1	1	1	1	4
성균관대	1	2	1	2	6
아주대	4	1			5
연세대	5	2	3	2	12
영남대	1	2	1	2	6
이화여대	3	4	1		8
인하대	2	1	3		6
전북대	1	3	2		6
제주대		1	1	1	3
중앙대		2		1	3
충남대	4	1	1		6
충북대	1	1	1		3
계*	16(84.2)/41	17(89.5)/36	16(84.2)/30	12(63.2)/22	129

* 계는 개설학교수(비율%) / 교과목수이다.

3) 그러나 조사에서 누락된 6개 대학원을 포함하면 달라질 수 있을 것이다.



앞의 표에서 보듯이 모든 대학원에서 법제사, 법철학, 법사회학 등 기초법 교과목을 고루 개설하고 있다. 그리고 대학원에서 교과목의 다양성을 요구한 취지에 따라 다양한 교과목이 개설되었으며, 법학의 새로운 영역을 개척 내지 확장하고 있다. 다양성에 부응한 교과목은 기초법의 세부주제를 다루는 것도 있으며, 새로운 영역으로는 “협상론”, “Law & Art”, “Law, Culture and Globalization”, “한국근대법조사”, “비판적 사고와 법적 추론”, “생명윤리와 법” 등을 들 수 있다. 잠정적이지만, 교과목 상으로는 대학원의 설립취지에 부응한다고 판단할 수 있다.⁴⁾

대학원 체제 출범 이후 이전과의 비교를 법제사를 중심으로 보자. 2001년 한국법사학회에서는 전국의 93개 대학을 상대로 법제사 강의 개설 현황을 조사하였다. 93개 대학교 중에서 법제사를 개설한 학교는 61개로 약 66%이며, 교과목은 법제사(34), 한국법제사(14), 서양법제사(19), 로마법(8), 기타(6)이고, 1개 강좌만 개설한 학교는 48개교, 2개 강좌를 개설한 학교는 8개교, 3개 강좌 이상을 개설한 학교는 5개교이다. 그리고 다른 기초법 강좌의 개설현황은 다음과 같다. 법철학(93), 법(률)사상사(40), 법사회학(33), 영미법(7), 비교법(3), 법학방법론(2), 법윤리, 한국법의 이해, 기독교법사상, 법과 사회(각 1)이다.⁵⁾

물론 약 10년 전의 자료이어서 전후를 단순비교하기에는 무리가 있지만, 법제사의 경우는 66%에서 84%로, 법사회학은 1개교에서 16개교로 확대되었고, 또 다양한 기초법의 교과목이 개설될 가능성이 있다. 현재 기초법 관련 교과목은 전보다 양적으로 많이 늘어났으며, 질적으로도 아주 다양해졌다. 따라서 실무교육의 강화에도 불구하고 기초법 교육은 크게 위축되었다고 할 수 없을 것이다.

4) 물론 전체 교과목에서 기초법 교과목이 차지하는 비율, 실제로 개설되었거나 될 교과목 나아가 실제 강의내용 등 전체를 검토해야 하지만, 이는 현재로서는 불가능하다. 이는 법학전문대학원협의회 차원의 향후 별도의 조사·연구가 필요하다.

5) 유성국, 「법제사 강좌 현황」, 『법사학연구』 25(한국법사학회, 2002) 참조.



Ⅲ. 법제사 교육의 의의와 필요성

法制史는 법의 시각에서 역사를 분석하는 것으로 역사의 법적 기초를 연구하는 역사학이다. 따라서 법학의 일부이면서 동시에 역사학의 한 분야이다. 법의 해석이 아닌 역사적 사실로 법을 파악하므로 법학보다는 역사학에 가깝고, 대상을 법 내지 규범으로 한정하는 측면에서는 일반역사학과는 차이가 있다. 다시 말하면 법제사란 법규범의 형성과 전개를 역사적 관점에서 파악하여 법규범이 갖는 의미를 사회적 맥락 속에서 연구하는 학문이다. 즉, 한국법제사는 한국법의 과거 모습이 어떠한지, 어떻게 발전해왔으며, 나아가 앞으로 법이 어떻게 변모해야 할 것인가를 제시하는 것이다. 이는 과거에만 그치지 않고 현재에 봉사하며, 미래에 전망을 제시하는 것이다.⁶⁾

이는 교육에서도 크게 다르지 않을 것이지만, 연구와 교육은 다르기 때문에 교육에서는 다음을 중시할 필요가 있다.

1. 인문학적 소양

법은 사회의 산물이며 법을 집행하는 자는 바로 사람이다. 따라서 법학은 물론이고 법률실무에서 그 바탕인 사회와 인간에 대한 이해는 필수이다. 대학원 제도 도입 취지 중의 하나는 다양성이다. 그 결과 학부에서 다양한 전공을 한 학생들이 수학하고 있다. 현재는 법학전문대학원생은 법학과 출신이 다수를 이루고 있지만, 자연계열 출신도 상당한 수이다. 그리고 이러한 경향은 가중될 것이다. 특히 자연계열 출신 중에는 중학교 졸업 이후 본인의 의지와 관계없이 인문학

6) 朴秉濠, 『韓國法制史』(한국방송통신대학출판부, 1986), 1-2쪽; 朴秉濠, 「韓國法史學의 反省과 展望」, 『한국법학의 과거·현재·미래(1)』(법학교수회, 1998) 참조.



공부를 하지 않은 학생도 있다. 이들이 법률가로 활동하려면 법학적 지식-법해석-을 넘어서 인간과 사회를 이해해야 할 것이다. 이러한 이해는 기초법 교육과 학습을 통해서 가능하다.

또 하나의 취지는 세계화이다. 세계화는 국적과 인종을 넘어 다양한 사람과 문화가 서로 교류하는 것이다. 제대로 된 알맹이가 있는 세계화를 실현하기 위해서는 우리의 것에 대한 인식이 선행되어야 한다. 훗날 국제무대에서 다른 나라의 법률가와 마주 앉아 핵심쟁점을 사전에 부드럽게 하는 사교적인 대화를 할 때, 서로의 역사, 특히 법의 역사에 대해 얘기할 때, 그 소재는 법제사를 비롯한 기초법에서 얻을 수 있을 것이다.⁷⁾

나아가 따뜻한 법치주의를 실현하기 위해서는 법전에 있는 법률에 대한 지식만으로는 부족함은 명약관화하다. 결국 법이 작동되는 사회적 여건에 대한 이해와 인식이 없으면 불가능하다. 법이 작동하는 다양한 기제에 대한 인식은 법만이 아니라 법을 넘어서 사회와 인간에 대한 통찰을 부여하고, 이는 법의 궁극이념인 정의를 실현하는 데 적극적으로 기여할 수 있을 것이다.

법학 그리고 법실무는 분쟁의 사후적 해결을 넘어서서 분쟁을 사전에 예방하는 예방법학, 그리고 이를 초극하여 사회제도를 설계하는 단계로까지 발전되어야 한다. 이제 법은 법치주의 내지 법의 지배를 넘어서 ‘法化’의 단계로까지 확대되고 있다. 이러한 과제를 수행하기 위해서는 법학적 안목만이 아니라 사회과학적 시각을 가지고 나아가서 인간에 대한 이해를 해야만 가능할 것이다. 그러므로 인문학적 소양을 넓히고 법에 대한 다양한 시각으로 접근을 하기 위해서는 법제사를 비롯한 기초법에 대한 교육을 무시할 수 없고, 오히려 강화되어야 할 것이다.

오늘날 학문의 화두는 학제간의 연구를 넘어서 ‘通攝’으로 가고 있다. 사회는 갈수록 복잡해져 왔고 사회를 분석하는 학문 역시 세분화

7) 실제 수강생 중에서 외국에서 공부를 하였을 때 이러한 경험이 있었다고 한다.



되어 왔다. 그러나 사회는 쪼개진 것이 아니라 복합체이다. 개별학문의 좁은 시야로는 전체를 바라볼 수 없고 문제를 진단할 수도 또 해결책을 제시할 수도 없다. 따라서 법의 좁은 시각을 초월하여 전체의 관점에서 법적 문제를 진단하고 법적 해결책을 제시하기 위해서는 법 이외의 다른 시각이 필요하다. 이는 역사적 시각일 수도 있고 사회적 또는 정책적 또는 여성주의적 또는 문화적 시각일 수도 있다. 사회가 복잡한 만큼 거기서 파생되는 문제도 다기하고 이를 해결하기 위한 방법도 하나가 아니라 여럿이 유기적으로 결합되어야 한다. 이러한 종합적이고 다층적인 문제에 대한 분석과 해결 능력은 기초법 교육을 통해서만 달성될 수 있을 것이다.

2. 실무의 도움

기초법, 특히 법제사는 원론적·이론적 차원에서만 아니라 실무적 차원에서도 실질적인 도움이 될 수 있다. 법은 사회적·역사적 산물이다. 따라서 법적 문제의 해답은 이미 존재하고 있는 것이라고 할 수 있다. 다만 그 존재를 쉽게 드러내지 않기 때문에 많은 사람들이 골머리를 앓고 있는 것이다.

예컨대, 추상적 차원에서 법제사는 법실무에 필수적이다. 법해석의 방법으로 立法者意思說과 法律意思說을 들고 있다. 이는 결국 법제정 과정을 역사적으로 분석하는 것과 다름이 없으며, 법제사의 중요한 대상이다. 구체적으로는 역사적 사실이 분쟁해결의 결정적인 기준이 된다. 예컨대, 식민지기의 상속관습은 역사를 모르고서는 해결할 수 없다.⁸⁾ 나아가 근래에는 과거청산과 관련된 법률이 많이 제정되었으며, 이 역시 역사적 사실이 판단의 기준이 되어야 한다. 이 점에서

8) 호주제의 합헌성에 대한 헌법재판소의 결정에 역사적 전거가 많이 등장한 것은 주지의 사실이다. 현재에도 식민지기의 상속사건이 법원에 많이 계류되어 있다.



법제사는 실무에 유용한 도구이다. 그리고 법제사뿐만 아니라 법철학 역시 실무적으로 많은 도움을 줄 것이다.⁹⁾ 나아가 입법이나 법해석의 영역에서 법경제학, 법사회학이 그리고 형사정책 등에서는 법심리학, 법정책학이 중요한 기여를 할 것이다. 따라서 더 나은 입법과 법해석을 위해서는 그 바탕이 되는 기초법에 대한 교육과 학습을 게을리해서는 아니 될 것이다.

IV. 법제사 교육의 방법과 목표

위에서 법제사 교육의 중요성에 대해 언급을 하였다. 그러나 실제의 교육에서 이것이 반영되지 않으면 아무런 소용이 없다. 특히 실무와 직결되지 않고, 또 학습의 직접적인 유인동기도 없는 기초법은 교육방법과 목표를 분명히 설정해야 할 것이다. 대학원에서는 다양한 교수방법을 권장하고 있으며, 인가신청서 상에는 이를 구체화하였다. 또 총정원의 제한으로 소규모 강의 내지 세미나가 많아져서 기존의 강의방식 외의 다양한 교육방법을 적극적으로 시도할 수도 있을 것이다.

1. 교육 방법

고전적인 강의방법은 학생을 상대로 지식을 전달하는 것이다. 이는 체계적으로 내용을 전달할 수 있는 이점이 있으며, 파워포인트(PPT), 인터넷, 동영상, 영화 등 다양한 매체를 통하여 효율적으로 그리고

9) 김도균, 「우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 —법의 통일성(Law's Integrity)을 향하여—」, 『법철학연구』 13-1(한국법철학회, 2010) 참조.



흥미를 끌면서 강의를 진행할 수 있다. 그러나 학생들은 소극적으로 수업에 참여할 뿐 능동적으로 참여하기 어렵다.¹⁰⁾ 이 경우 강의는 학생들의 사고를 계발하기보다는 사실 내지 지식 전달 중심의 일방적 강의로 될 우려가 있다.

위의 대안으로 생각할 수 있는 것은 일정한 사건 내지 주제(Topic)를 제시하고 이에 대해 토론식으로 수업을 진행하는 것이다.¹¹⁾ 물론 사건에 대한 역사적 배경 등 기초적인 사실과 지식은 교수가 간단하게 소개하면 될 것이다. 수강생은 주어진 사건에 대해 다양한 관점에서 토론을 하고 나름의 결론을 내릴 수 있을 것이다. 이는 비록 과거의 사건이지만 다양한 관점에서 문제해결방안을 모색할 수 있을 것이며, 이 과정에서 스스로 법적인 사고를 하는 훈련을 할 수 있을 것이다.

그러나 현실적으로 이 방식으로 일관하기에는 많은 무리가 따른다. 첫째, 수강생들이 실무와 직결되는 과목에 대한 수업준비 등의 과중함으로 사전 수업준비가 부실해질 우려가 있다. 둘째, 기본적인 사실에 대한 이해가 부족하기 때문에 토론 자체가 부실해질 가능성이 있다. 이 경우 사건의 전체적 맥락이나 사회적 배경이 도외시된 채 오직 법적 논리로만 일관하여 역사적 실재나 혹은 현재의 관점에서 보아도 쉽게 수긍할 수 없는 결론이 도출될 가능성이 높다. 이렇게 오도된 역사인식을 심어 주는 것은 아니함만 못한 것이다.

또 강의방식의 수업은 숲을 이루고 있는 개개의 나무에 대해서는 잘 알려주지 못하지만, 전체인 숲, 다시 말하면 법의 흐름을 짚어줄 수는 있다. 하지만 주제 별 토론방식의 수업에서는 나무는 잘 알려줄 수 있어도 나무로 채워진 숲의 전체 모습은 그려줄 수 없으며 이는

10) 특히 저학년이 개설되는 경우, 실정법 과목의 수업부담을 생각하면 더욱 그러하다. 실제 수강생 중에는 편한 과목으로 선택한 경우도 있으며, 단편적인 질문조차 부담을 가지는 예도 종종 있다.

11) 이에 대해서는 심희기, 「교육현장에서 본 한국법사연구과제」, 『법학연구』 36-1 (부산대학교 법학연구소, 1995) 참조.



학생들의 개별적 과제로 남게 된다.

따라서 위 양자를 절충할 방법을 모색해야 한다. 어쩌면 쉽게 이를 수 없는 두 마리 토끼를 쫓는 격이 될 우려가 있다. 강의는 대개 3학점 3시간으로 구성되어 있으며, 주 2회 강의를 일반적일 것이다. 따라서 1주의 전반부 강의는 숲의 모습을 전달해 주고, 후반부는 숲의 모습을 머리에 넣은 학생들이 그와 관련된 자료나 주제를 제시하고 이에 대해 토론하는 방식을 생각할 수 있다. 근래에는 한국사에 대한 기초자료가 번역이 되고 또 Database로 되어 전문연구자가 아닌 학생들도 쉽게 접근할 수 있다.¹²⁾ 따라서 기본적인 내용을 먼저 전달한 후 그에 해당하는 사례를 제시하고 이와 관련된 자료를 학생들이 직접 조사하여 발표하는 방식을 생각할 수 있다.

이러한 방식을 도입하기 위해서는 교과서나 참고자료가 있어야 한다. 그러나 현재 수업에 활용할 만한 적절한 교과서가 없는 실정이다. 강의는 일방향이 아닌 교수와 학생 쌍방향 소통이다. 이 소통을 원활히 하기 위해서는 사전에 미리 학습을 하고 다시 정리할 수 있는 교과서와 다양한 형태와 내용의 참고서가 필요하다.¹³⁾

12) 경국대전, 대전회통 등 기본법전은 번역이 거의 다 되었으며, 형사사건을 다루고 있는 秋官志, 欽欽新書, 審理錄 등도 번역이 되었다. 조선왕실록은 완역이 되었으며, 승정원일기, 비변사등록 등은 현재 번역이 진행 중이다. 한국법제사의 자료검색에 대해서는 정공식, 『韓國法制史 관련 문헌자료 검색법 —조선시대를 중심으로—』, 『서울대학교 법학』 43-1(서울대학교 법학연구소, 2002) 참조. 한국사와 관련한 종합 DB는 한국역사정보통합시스템(<http://www.koreanhistory.or.kr/>)을 이용하면 종합적으로 조사할 수 있다.

13) 법철학이나 법사회학 등은 표준적인 교과서의 집필이 힘들 것이다(물론 법철학사나 법사회사의 관점에서는 가능할 것이다). 왜냐하면 교수자의 입장에 따라서 다양한 관점으로 접근하는 것이 가능하기 때문이다. 또 현실의 문제를 직접적으로 다룰 경우에는 더욱 그러할 것이다. 그러나 (한국)법제사는 표준적인 교과서의 집필이 가능하다. 그 이유는 한국사의 전개와 그것에서 법의 역할 내지 발전 과정을 서술할 수 있기 때문이다. 현재 서양법제사는 몇 종의 교과서가 있다. 그렇지만 교과서의 존재가 오히려 교수자와 수강생을 구속하는 부정적인 측면이 있음을 부인할 수 없다. 현재 대부분의 수업은 어떤 형태로든 주어진 과목을 주어진 시간에 끝내고 있다. 교과서의 존재는 진도달성이라는 압박을 더 강하게 받을 우려를 내포하고 있고, 이는 교수자나 수강생의 창의적 교육·학습 활동에 장



2. 역사인식

역사(학)란 무엇인가? 역사는 1차적으로 과거사실의 재구성이다. 그러나 이는 불가능하며, 설사 가능하더라도 과거사실의 단순한 시계열적 나열은 역사가 아니다. 법사학도 역사학의 한 분야이므로 이는 타당한 명제라고 할 수 있다. 물론 好古의 관심에서 우리 법의 옛 모습을 복원하는 것은 전문연구자가 적은 현실에서 의미는 있다. 하지만 이것만으로는 뭔가 부족하다. 역사는 현재의 관점에서 과거를 바라보는 것, 다시 말하면 현재의 관점이나 문제의식으로 과거의 사실을 재구성하고 분석하는 것이다. 개별적인 사건의 나열에서 인과관계를 찾고 전후의 영향 등을 검토·분석하는 것이다.

그러나 현재의 시점에 집착할 때 때로는 이것이 오히려 역사인식에 장애가 될 수도 있다. 특히 현재의 기준으로 과거를 판단·평가하는 것은 더욱 큰 문제이다. 법사서술은 양자-과거의 객관적인 사실과 현재의 문제의식-의 적절한 조화를 추구하는 것이다. 현실에 바탕을 두면서 눈은 과거를 향하고 머리는 앞날을 전망하는 균형과 조화가 필요하다. 결국 이는 당대의 역사인식과 직결된다.¹⁴⁾

역사학의 대상은 과거사실이며, 이는 당대인들에게 중요하게 인식된 것 또는 영향을 미친 것이다. 역사가는 의식적으로 수행된 인간의 행동과 그 현상을 바라보고 그 의미를 찾는 것이다. 그 현상과 의미는 고립적이고 분산적인 것이 아니라 집단적이며 종합적인 공동의 가치이다. 이러한 공동의 가치와 행동 그리고 현상의 집적은 역사의 흐름 내지 발전인 것이다.¹⁵⁾

애가 될 우려가 있다. 실제 교과서의 필요성에 대해서도 수강생들의 반응은 갈리고 있다.

14) 박병호, 앞의 글 참조.

15) 워시앵 골드만/ 김현·조광희 공역, 『인문과학과 철학: 사회과학이란 무엇인가』 (문학과 지성사, 1980), 31-39쪽 참조.



그리고 법은 사회에 존재하는 여러 이익, 가치관의 충돌을 합리적으로 조절하는 수단이다. 법은 이러한 가치 내지 공동의 의식과 인식이 규범으로 표현되어 있는 것이다. 그렇기 때문에 법사에는 다양한 군상의 삶의 모습이 잘 녹아 있다. 따라서 법사학의 대상은 당시 사회의 공동의 가치 내지 지향성이다. 법사학자의 임무는 법의 탄생과정-입법의 배경, 입법의 논쟁, 입법의 결과-을 일차적으로 규명하는 것이다. 장기적인 입법과정에는 지배적인 가치관 내지 공동의 인식과 새롭게 등장하는 것들이 서로 지양하면서 새로운 결과로 통합되는 과정이 숨어 있다. 법사학자는 이를 밝히고 나아가 현재의 관점에서 이를 분석하는 것이다.

그렇다면 대학원 과정에서 법제사 강의에서 추구해야 할 것은 무엇인가? 우선은 우리 법의 역사에 대한 바른 인식과 이해이다. 나아가 우리만이 아닌 다른 배경에 있는 다른 나라 법에 대한 그것들이다. 외국법사는 거울에 비교할 수 있다. 비교를 통해서 자기의 모습을 바로 알 수 있기 때문이다. 하지만 그것만은 아니다. 비교의 시점을 현재가 아닌 과거로 할 때, 진정한 법제사강의가 될 수 있다. 즉, 수강생들이 올바른 역사의식과 인식을 할 수 있도록 지적 자극을 주는 것이다. 참된 역사의 흐름을 주도할 수는 없지만, 흐름을 거슬러가지 않는 그런 인식과 의식을 할 수 있도록 하는 것이다. 나아가 사회의 분위기가 정의가 아닌 불의로 흐를 때, 약간의 불이익을 감수하더라도 진정한 흐름을 기다릴 수 있는 그런 사람이 될 수 있도록 아니면 그렇게 되도록 노력하는 법률가를 양성하는 데 일조하는 것이다.



V. 맺음말

이제 법학전문대학원 제도가 도입된 지 3년이 되었고, 직접 강의를 한 지는 1년 반 정도밖에 되지 않았다. 역사가 일천한 상태에서 이런 발표를 하는 것은 이른 감이 없지는 않다. 하지만 중간점검으로 또는 자기반성으로 지난 1년 반을 분석할 필요는 있다. 이 제도의 취지는 법전에만 매몰된 법률가가 아닌 여러 분야의 갖가지 전공지식을 바탕으로 다양한 분야에서 활동하는 법률가를 양성하는 것이다. 여기서 전공지식에는 법률실무와 직결되지 않는 인문학적 — 역사적·철학적 — 소양도 당연히 포함하고 있는 것이다. 그리고 근래에는 인문학적 사고의 중요성이 더욱 강조되고 있다. 그 이유는 인문학은 인간을 대상으로 하기 때문이다. 기초법은 법률가의 바탕이 되는 법학의 토대이다.

학부에서의 인문학은 법률실무와는 직결되지 않는다. 대학원에서는 기초법에서 배운 이론과 인식을 법률실무에 적용하도록 하여야 한다. 사람은 각기 나름의 삶을 살아가고 그렇기 때문에 법에서 다를 과제도 다기하다. 이렇게 많은 것을 교육과정에서 모두 가르칠 수 없으며, 그럴 필요도 없다. 다만 스스로 해결책을 찾는 방법만 알려주는 것이 교육의 목표이다. 여기서 기초법의 존재가치가 있다. 미지의 세계를 열어가는 기초적 사고훈련으로 그 길을 스스로 찾도록 하는 것이다.

이를 위해서는 다양한 교수방법을 강구해야 한다. 법제사는 숲과 나무를 함께 보여주고, 그렇게 해서 직접 나무도 찾고 또 숲도 그리 는 혜안을 지니도록 해야 한다.



[부록] 각 대학 법학전문대학원 기초법 교과목 개설 현황*

대학	법제사	법철학	법사회학	기타	계
서울대	한국전통법사, 한국법제사특강, 한국의 법률가, 한국근현대법사, 서양법문화사, 로마법, 법사상사, 법학교전강독(8)	법철학, 공법사상과 방법론, 법학방법론, 현대법이론, 자연법과 실증주의, 현대정의론과 법, 생명윤리와법(7)	법사회학, 법과 사회과학, 법여성학, 법인류학, Law & Society(5)	법정책학, 법경제학, 법경제학특강, 입법학, 협상론(5)	25
강원대	법사상사	법철학, 법학방법론(2)	법사회학	법경제학, 차별과 법(2)	6
건국대	현대사와 법, 법사상사(2)		Law & Art	법경제학, 입법학, 입법과정론(3)	6
경북대	한국근대법사, 법사상사(2)	법논증학, 법철학, 과거청산과 법, 법과 정의(4)	법인류학, 법조사회학, 법문화론(3)	법경제학	10
경희대				법정책학	1
동아대	한국법제사, 동양법문화론, 헌법사(3)	법철학	젠더법세미나, 사회변화와 가족법제론, Art & Law(3)		7
서강대	법제사, 법사상사(2)	법철학	법과 사회, 인권과 사회(2)	입법학	6
서울시립대	법률사상사	법철학	법사회학	법경제학	4
성균관대	법사상사	법이론의 쟁점들, 현대법철학(2)	법사회학	협상론, 법경제학(2)	6
아주대	법사상사, 법사학, 한국법제사, 중국법제발전사(4)	법철학			5
연세대	한국법제사, 법사상사, 서양법제사, 현대사회사상과 법, 로마사법(5)	법철학, 응용법철학(2)	Sociology of Law, Methods of Social Research, Law, Culture and Globalization(3)	입법학, Law and Economics(2)	12
영남대	법사상사	법철학, 법학방법론(2)	법사회학	법경제학, 법정책세미나(2)	6
이화여대#	법제사, 로마법, 법사상사(3)	법철학, 비판적 사고와 법적 추론, 법률가를 위	법사회학		8



대학	법제사	법철학	법사회학	기타	계
		한 윤리학, 법학방법론(4)			
인하대	현대한국법, 서양법제사(2)	법철학	한국법과 문화, 한국근대법조사, 법사회학(3)		6
전북대	법사상사	법철학, 현대법이론, 생명윤리와 법(3)	젠더와 법, 현대사회와 인권(2)		6
제주대		법철학	법여성학	비교법	3
중앙대		법철학, 법해석방법론(2)		Law & Economics	3
충남대	법사학, 법사상론, 로마법(독), 유럽사법(독)(4)	법철학	법사회학		6
충북대	법사학	법철학의 근본문제	법사회학		3
계**	16개 대학원, 41과목(84.2%), (31.8%)	17개 대학원, 36과목(89.5%), (27.9%)	16개 대학원, 30과목(84.2%), (23.3%)	12개 대학원, 22과목(63.2%), (17.1%)	129

* 이 자료는 각 법학전문대학원 홈페이지에서 검색하였으며, 실제 개설현황을 반영하지 못할 수도 있다.

고려대, 부산대, 원광대, 전남대, 한국외대, 한양대는 홈페이지에서 찾을 수 없었다. 그러나 이들 대학에서 개설되지 않는 것은 아니다.

위 대학의 2007년 인가신청서 상의 법제사 관련과목은 다음과 같다.

- 고려대: 동양윤리와 법사상, 사법제도의 비교와 역사(2)
- 부산대: 법의역사, 법사상사, 한국근대법사(3)
- 원광대: 법사상사(1)
- 전남대: 법사상사, 전통법의 정신, 전통법문화의 이해(3)
- 한국외대: 법사상사(1)한양대: 법사상사, 법제사(2)

** 아래의 비율은 “관련 교과목 개설 대학원의 비율”, “전체에서 차지하는 비율”의 순서이다.

이화여자대학교의 경우는 “Gender법” 교과목군에 법여성학 관련 13과목이 있다. 여기에서는 포함하지 않았다.



로스쿨과 사법연수원 교육의 비교

김 상 준 (사법연수원 수석교수)

홍 기 만 (사법연수원 교수)

I. 서 론

2007. 7. 27. 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률(이하 ‘법률’이라고 한다)이 제정되어 2009년 25개의 법학전문대학원이 개원하였다. 기존에는 사실상 법과대학이 법학이론교육을, 사법연수원이 실무교육을 담당하였으나, 사법시험이 점진적으로 축소·폐지됨에 따라 장기적으로 법학전문대학원이 법학이론교육과 실무교육을 담당하게 된다. 법률의 제정 취지, 법학전문대학원생이 변호사시험 합격 후 곧바로 실무에 종사하게 되는 점, 법학전문대학원이 미국의 로스쿨을 모델로 하고 있고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 법학전문대학원이 단순히 법과대학의 연장선상에서 법학이론교육에 한정된 교육을 실시하는 것은 곤란하다. 법학전문대학원이 법학이론교육에 그치지 않고 실제의 법적 분쟁을 해결할 수 있는 능력을 배양할 실무교육도 일정한 수준에서 행할 필요가 있다. 실무교육의 내용 및 방법에 있어서는 1971년 개원한 이래 실무교육의 중추에 서 있는 사법연수원의 교육과정을 참고하는 것이 많은 도움이 될 것으로 생각한다. 사법연수원은 미국의 로스쿨을 도입하면서도 실무교육에 초점을 둔 교육과정을 마련하고 있다.



아래에서는 사법연수원의 현재 교육과정을 소개하고,¹⁾ 이와 함께 미국의 로스쿨²⁾과 한국의 법학전문대학원에 관하여 간단히 소개함으로써 보다 이해의 정도를 높이고자 한다.

II. 학사과정

1. 사법연수원

가. 교육목표

사법연수원은 「기본실무능력」과 「전문분야지식」을 겸비하고 균형 잡힌 인격과 봉사정신을 바탕으로 사회정의와 법치주의 실현에 헌신

- 1) 사법연수원 교과과정 소개와 관련하여, 강영수, 사법연수원의 교육과 법학전문대학원, 2008년 사법연수원 실무교육 설명회 내부 발표자료를, 법학전문대학원 교과과정 소개와 관련하여 2010. 4. 27. 법학전문대학원 방문 결과 보고서(사법연수원 기획교수가 2010. 4. 2. 이화여대 법학전문대학원을 시작으로 서울대, 연세대, 성균관대, 고려대, 한양대 법학전문대학원을 차례로 방문하여 실무경력교수와 간담회를 가진 결과를 정리한 자체 보고서)를 상당 부분 참조하였음을 밝혀둔다.
- 2) 미국 로스쿨이 실무교육을 중심으로 한다고 하면서도 실무교육이 주는 의미에 관하여 느끼는 온도차가 존재한다. 미국 로스쿨은 미국 사회의 법률가 수요를 충족시켜 주는 전문기능인 양성 및 공급기관으로서 로스쿨의 교육과정은 학생들이 졸업 후 즉시 업무를 담당할 수 있도록 필요한 기술을 가르친다(손창호, 미국 로스쿨, 로펌에 도전하라, 렉스미디어, 2007, 28, 30면)는 의견이 있는 반면, 미국 로스쿨은 학생들이 판례를 통해서 법을 발견하는 능력을 갖출 수 있도록 조력할 뿐이고, 로스쿨이 판례에서 법을 찾아내는 기본적인 소양을 습득토록 해 준다면, 로펌은 이들이 그 기본적 소양에 기초해서 특정 분야의 전문가로 성장할 수 있도록 실질적 교육공간이 되어 주는 것이다(신창섭, 미국의 로스쿨과 법학교육, 안암법학 20호, 2005, 35면)라는 입장이 있다.
참고로, 2010년 현재 미국변호사협회(American Bar Association, ABA)가 승인한 로스쿨은 200개이고, 그 중 7개는 잠정적으로 승인된 상태이다(<http://www.abanet.org/legaled/approvedlawschools/approved.html>, 2010. 7. 14. 검색, 승인절차에 관하여는 안강현, 미국 로스쿨 제도의 현황 및 평가, 연세법학연구 제11집 제1권, 연세법학회, 2005, 2-3면 참조).



할 법조인의 양성을 목표로 하고 있다. 구체적으로는, 전문 직업교육(법관·검사·변호사)에 의한 숙련된 실무법조인, 21세기와 세계화·국제화에 대비한 전문법조인, 전인격을 갖추고 다양한 분야에서 봉사할 공익법조인, 선진 일류국가에서 법의 지배를 실현할 민주적 지도자를 양성하고자 한다.

나. 학사과정의 특징

사법연수원은 1997년부터 대학원식 학사운영방식으로 개편하여, 기본적으로 대륙식 법조인 양성제도에 미국식 로스쿨 교육방식을 결합한 새로운 모델의 법조인 양성제도를 채택, 시행하고 있다.

학기제·학점제·전공제를 특징으로 한다. 2년의 연수과정을 4개 학기로 나누어 제1학기를 기초과정, 제2학기를 발전과정, 제3학기를 임상(실무)과정, 제4학기를 완성(종합)과정으로 편성하고 있다. 모든 교과목은 원칙적으로 학점으로 평가하고, 1학점의 이수단위는 1학기당 15시간 이상으로 하며, 현재 총 63학점을 이수하도록 한다. 그리고 모든 연수생이 1개의 전공 계열을 선택하도록 한다. 그렇지만 현재 별도의 학위는 부여하지 않고 있다.

2. 로스쿨

가. 미국의 로스쿨

미국의 로스쿨은 수업연한이 3년이고, JD(Juris Doctor) 학위를 부여한다. JD는 1970년 이전까지 법학 학사(LL.B, Legum Baccalaureus)로 불리었는데 1970년대부터 JD라는 표현이 대신 사용되었으며 대학원 석사과정으로 인식된다.³⁾

3) 손창호, 앞의 책, 28, 61면.



나. 법학전문대학원

법학전문대학원에 석사학위과정을 두며, 학칙으로 정하는 바에 따라 박사학위과정을 둘 수 있으며, 석사학위과정의 수업연한은 3년 이상으로 한다(법률 제18조).

Ⅲ. 학기 · 학점

1. 사법연수원

가. 41기 사법연수생 학사일정

학기	일자	수습내용
1학기	2010. 3. 2. 2010. 6. 21. - 6. 30. 2010. 6. 30. 2010. 7. 5. - 8. 13.	입소식 1학기 평가 1학기 원내연수 종료 근로봉사연수
2학기	2010. 8. 16. 2010. 12. 3. 2010. 12. 31. 2011. 1. 1. - 2. 28.	2학기 시작 2학기 평가(예정) 2학기 원내연수 종료 2학기 실무수습
3학기	2011. 3. 1 - 6. 30. 2011. 7. 1 - 7. 31.	3학기 실무수습 전문분야 실무수습 및 법률관련봉사
4학기	2011. 9. 1. 2011. 9.말 2011. 10. 중순 - 11. 2011. 12. 2012. 1.	4학기 원내연수 시작 4학기 평가 테마특강 진로지도 과정종료



나. 학기별 이수 학점

수 습 분 야		1 학기	2 학기	3 학기	4 학기	합계	
법률 이론	일반법	3	2			5	
	전문 및 특별법	1	1			2	
	외국법 및 법학인접분야	1	2			3	
법률 실무	원내교육	민사변호사실무	3			3	6
		형사변호사실무	2			2	4
		민사재판실무	5			4	9
		형사재판실무	4			4	8
		검찰실무	4			4	8
	실무수습	변호사실무수습		3	6		9
		법원실무수습		(법원, 검 찰, 변호사 실 무 수 습 중1)	(법원, 검 찰, 변호사 실 무 수 습 중2)		
		검찰실무수습					
전문분야실무수습				1		1	
법조 윤리	법조윤리 I, II		1	1			2
	사회봉사 연수	근로봉사연수	1				3
		법률관련봉사연수			2		
교수지도		1	1	1		3	
계		8	10	9	17	63	
		통합과정 : 18		통합과정 : 1			

사법연수생은 4학기 동안 총 63학점을 이수하도록 되어 있는데, 법률실무분야 중 변호사실무, 민사재판실무, 형사재판실무, 검찰실무는 1, 2학기 통합과정으로 운영된다.



2. 로스쿨

가. 미국의 로스쿨

로스쿨을 졸업하기 위해서는 3년에 걸쳐 약 84학점 이상을 취득해야 하고 대략 한 학기에 15학점, 4-5과목 정도를 수강한다.⁴⁾

뉴욕주 변호사시험이 응시자격의 하나로 들고 있는 ABA 승인 로스쿨의 교과과정은 60학점의 전문법학과목을 포함하여 적어도 총 80학점이어야 하고, 그 중 적어도 20학점은 법적 훈련(legal training)이나 법률상담(clinical courses)로 구성되어야 한다.⁵⁾

나. 법학전문대학원

법학전문대학원 석사학위과정의 이수에 필요한 학점은 90점 이상으로 하되, 학칙으로 정한다(법률 제19조, 시행령 12조).

IV. 교과과목

1. 사법연수원

수 습 분 야		1 학기	2 학기	3 학기	4 학기
법률 이론	일반법	부동산소송(1) 보전소송(1) 수사절차론(1)	민사집행(2)		
	전문 및 특별법 강좌	전공계열별 1학기 설정 교과목 중	전공계열별 2학기 설정 교과목 중		

4) 신창섭, 앞의 논문, 31면.

5) 육소영, 미국 로스쿨 제도의 조망-교과과정을 중심으로, 법학논총 14집, 2004, 167면.



수 습 분 야		1 학기	2 학기	3 학기	4 학기
		1과목 선택(1)	1과목 선택(1)		
	외국법 및 법학인접 분야	법률영어(1)	영미법개론(1) 통일법, 미국민사법, 미국형사법, 영국법, 독일법, 프랑스법, EU법, 일본법, 중국법, 이슬람법과 문화, 사법제도론, ADR, 여성과법, 협상론, 러시아법과 문화 중 1과목 선택(1)		
법률 실무	원내교육	민사변호사실무(3)			민사변호사실무(3)
		형사변호사실무(2)			형사변호사실무(2)
		민사재판실무(5)			민사재판실무(4)
		형사재판실무(4)			형사재판실무(4)
	검찰실무(4)			검찰실무(4)	
실무 수습	법원, 검찰, 변호사 실무 수습		법원, 검찰, 변호사 실무수습 중 1 (3)	법원, 검찰, 변호사 실무수습 중 2 (6)	
	전문분야 수습			각 전공계열별 전문분야 수습 (1)	
법조윤리 및 사회봉사	법조윤리 I (1)		법조윤리 II (1)		
	근로봉사(1)			법률관련 봉사(2)	
기타 일반교양 등		법률가의 현재와 미래, 한국사회와 인권, 국제형사재판의 현황과 한국 법조인의 역할, 법의학, 법심리학, 법조예절론, 생명의료윤리와 법, 문화와 예술 등(비학점)			1, 2학기과 같음



가. 기본법률실무

민사재판실무, 형사재판실무, 검찰실무, 민사 변호사실무, 형사 변호사실무로 구성되어 있다.

민사재판실무 및 형사재판실무는 기본교재, 요건사실론, 민사절차론, 형사증거법 및 사실인정론에 대한 강의, 모의연습기록에 의한 판결서 작성(첨삭 지도와 강평), 사례연구(연수생 스스로 연구·발표·토론), 모의재판(증거서류 등이 무작위로 편철된 기록을 대상으로 연수생이 자유롭게 재판부, 당사자 배역을 선택하여 소장부터 판결까지 과정을 스스로 체험), 법정방청(증인신문과정 등을 방청하면서 방청소감문 작성, 재판부와 대화, 토론을 통해 사실인정론 교육) 등으로 진행된다. 검찰실무 강의는 기본교재에 대한 강의, 모의연습기록에 의한 결정문 작성 등으로 진행된다.

민사, 형사 변호사실무 강의는 기본교재, 민사소송의 구조와 구술 변론기법, 증인신문기술에 대한 강의, 모의연습기록에 의한 법문서 작성, 사례연구 등으로 진행된다.

기본법률실무 과목은 기본교재에 판결문, 결정문 작성방식을 소개하는 부분이 많다는 점 등이 주된 계기가 되어 판결문, 결정문 작성 위주의 교육이라는 오해와 편견을 가질 수 있으나, 실제 비율을 따져 보면 형식적 측면의 교육 비중이 적고 대부분 실체법지식과 법적 사고력을 함양하는 교육 위주로 되어 있다. 즉 기본교재 외 강의, 모의연습기록을 통한 쟁점의 추출, 증거의 취사선택, 경험칙을 이용한 논리적 추론, 법률적용, 문장표현능력 등 문제해결능력을 제고하고 개인별 맞춤형 첨삭지도를 행하고 있으며, 사례연구를 통한 발표 및 토론을 하며, 모의재판의 자율적 진행으로 상담·협상·설득능력을 제고하는 측면 등을 간과해서는 아니 된다.



나. 법원·검찰·변호사, 전문분야 실무수습

법원·검찰·변호사 실무수습 기간 각 2개월씩이고, 각 3학점이 부여되고 있다. 외부에 비교적 많이 알려져 있으므로 간략히 살펴보면, 1개 과정은 2학기에, 나머지 2개 과정은 3학기에 실시하고 있고, 3학점 중 2학점은 가·부 평가, 1학점은 3단계 등급평가를 실시하고 있다. 2004년부터 희망하는 연수생에 한하여 변호사 실무수습을 전문분야에서의 인턴십 수습(미국, 일본, 중국, 홍콩 등 소재 로펌, OECD(프랑스), 카타르(이슬람법학회 중심), UN한국대표부 등)으로 대체함을 허용하고 있다.

다. 전문분야 실무수습

국제화·전문화 추세에 부합하는 국제적 경쟁력을 갖춘 전문법조인 양성을 목표로 전문분야 교육을 내실화하고 있다. 전문분야 실무수습은 법원·검찰 외의 경찰청, 금융감독원, 언론중재위원회, 중소기업은행 등 유관기관에서 2주간에 걸쳐 행해지고, 1학점을 부여하며, 3단계 등급평가를 하고 있다. 외국 연수로 전문분야 실무수습을 대체하기도 하는데, 2009년도에는 2년차(39기) 국제거래법학회, 국제통상법학회, 공법학회, 노동법학회, 환경법학회, 법여성학회, 중국법학회, 일본법학회, 통일법학회, 국제형사법학회, 조세법학회, 금융거래법학회, 이슬람법학회 등 12개 학회 226명의 연수생이 외국연수를 다녀왔다.

라. 법률이론

법률이론 과목은 일반법, 전문법, 외국법으로 분류되는데, 일반법은 위 (1)에서 소개하였으므로, 생략한다.

전문법은 8개 전공계열 중 하나의 전공계열을 선택하고 전공계열



내 전공과목을 1, 2학기에 1과목씩 합계 2학점을 필수적으로 이수하며 대부분 대학이나 실무계의 전문가를 강사로 초빙하여 강의를 진행한다.

외국법은 우리나라의 높아진 국제적 위상에 걸맞게 UN 등 각종 국제기구에 진출하거나 국제사법 분야에서 활동할 수 있도록 어학훈련, 외국법 교육을 내용으로 하고 있다. 원어민 강사가 영어로 강의를 진행하여 1학기에 법률영어로 기초를 다진 후 2학기에 영미법개론을 수강하며, 미국 민·형사법 등 다양한 외국법 및 법학인접분야 과목을 개설하고 있다.

마. 법조윤리

법조인에 대한 우리 사회의 기대를 충족하고, 법조인구의 팽창과 과열경쟁에 따른 폐단을 방지하기 위해 직업윤리교육을 한층 강화할 필요가 있다. 단순히 법률지식과 실무기술을 습득하게 하는 것을 넘어서 고도의 윤리의식, 책임의식, 국민과 사회에 대한 봉사정신과 공인의식을 배양하고자, 실제 사례를 토대로 한 구체적인 모의 사례를 제시하고 연수생들의 자발적인 토론 및 강평 수업을 통해 올바른 결론을 도출하도록 하여 윤리적 한계를 체화하도록 하고 있다.

바. 사회봉사 연수(Pro bono)

법조윤리의 현장 체득을 위하여 근로봉사(1학기 과목, 1학점)와 법률관련봉사(3학기 과목, 2학점)로 구분하여 실시하고 있다. 근로봉사는 조(22~25명)별로 1학기 수업 종료 후 자율학습기간 중(7월경) 사회복지시설에서 24시간 이상 실시하고, 법률관련봉사는 3학기 실무수습 종료 후 7월경 2개 그룹으로 나누어 법률상담소, 행정기관 등에서 40시간(5일 × 8시간) 이상 실시한다. 가·부 평가만을 실시하고, 전체 평점에는 반영하지 않는다.



사. 특 강

연수생으로서의 품위를 갖추는 데 필요한 교양과 연수생의 진로결정 및 직역 확대에 필요한 내용으로 특강도 행해지고 있다. 외부인사의 교양 특강은 월 1회를 기준으로 실시하고, 테마 특강은 4학기 평가 이후에 변호사 실무에 필요한 실무 위주의 강의를 집중 편성하여 4주간 실시한다.

아. 평가

구 분	해당 과목	등급
10등급 평가	민사재판실무, 형사재판실무, 검찰실무, 민사변호사실무, 형사변호사실무	A+, A0, A-, B+, B0, B-, C+, C0, C-, D 이하
5등급 평가	일반법 과목(보전소송, 부동산소송, 수사절차론, 민사집행법), 법조윤리 I, II	A+, A0, A-, B+, B0 이하
3등급 평가	전공과목, 법률영어, 영미법개론, 법원·검찰·변호사·전문분야 실무수습, 교수지도학점	A+, A0, A- 이하
가·부 평가	사회봉사연수, 법률영어와 영미법개론을 제외한 외국법 및 법학인접분야, 법원·검찰·변호사 실무수습	

2. 로스쿨

가. 미국의 로스쿨

(1) 개요

미국 로스쿨은 3년 과정으로 대개 85-90학점 정도 이수하여야 하고 그 중 35학점 내외가 필수과목으로 되어 있다. 3년 동안 한 학기



에 12-15학점 정도의 강의, 세미나에 참여하고 그와 별도로 모의법정(Moot Court) 참여를 요구받는다.⁶⁾

미국에서의 임상법학교육(Clinical legal education)은 인하우스 클리닉(in-house live-client clinical, 로스쿨 내 법률사무소에서 교수 지도하에 실무 경험), 엑스턴쉽 프로그램(externship programs, 비영리기관, 정부기관 내 변호사와 전문가 지도하에 실무 경험), 시뮬레이션 코스(simulation course, 주로 역할극)로 이루어져 있는데, 대부분 인하우스 클리닉을 중심으로 이루어진다.⁷⁾

(2) 교과과목

ABA는 로스쿨이 법률전문가로서 필요한 실체법과 가치, 기술에 관하여 교육하여야 하고, 적어도 1학년 과정에서 엄격한 작문시간(Legal writing) 등 실질적으로 법률문서작성방법을 학습할 시간을 가져야 하며, ABA의 윤리강령을 포함하여 법률전문가의 역사, 목적, 구성, 의무, 가치를 교육하여야 하고, 전문과목, 상담과목 또는 외부 인턴쉽 등을 통한 실제적인 경험을 제공하여야 한다고 추상적으로 기준을 정하고 있다.⁸⁾

거의 모든 로스쿨이 헌법, 형법, 민소법, 불법행위법, 계약법, 재산법을 필수과목으로 지정하고 있다(그 외 법조윤리 등이 주로 필수과목이라고 한다). 1년 과정(1L)에서 필수과목을 이수하고 학생들의 선택권이 부여되지 않는다. 2, 3년 과정에는 1년 과정과 같은 성적에 대한 부담은 없기 때문에 상사법, 형사법, 환경법, 지적재산권법, 국제법, 노동법, 재산권법, 공법 등 다양한 선택과목을 수강할 수 있다. 로스쿨은 2년 과정부터 많은 법학 각론 과목을 선택과목으로 제공한

6) 안강현, 앞의 논문, 5-6면.

7) 최환주, 법학전문대학원에서의 “실습과정” 교육, 법학논총 28집 2호, 전남대학교 법률행정연구소, 217면.

8) 육소영, 앞의 논문, 170면.



다. 2, 3년 과정은 1년 과정과 달리 세미나, 상담과목(clinic), 실습과목 등 실무중심의 과목이 많이 개설된다. 상담과목(clinic program)은 변호사 자격을 가진 교수진의 감독 하에 사회 저소득계층에 대한 법률 서비스를 제공하는데, 약 30%의 학생이 참여한다. 실습과목은 해당 주제의 실무에 종사하는 변호사들 또는 교수진과 변호사들의 합동수업형태로 이루어지고 실제 문서를 작성하여 교수진이 수정한 후 돌려주는 방식을 취하는 경우가 많다.⁹⁾

일반적으로 1학년 과목은 모든 교수들이 순환하여 담당하고 2, 3학년 선택과목은 교수들이 전공분야에 맞추어 담당한다.¹⁰⁾

(3) 법률문서 작성(Legal research and Writing)

1학년에 필수적으로 수강하도록 하는데, 판례검색과 준비서면 작성을 훈련한다. 2학기에 걸쳐 수강해야 하는 경우가 대부분이다.¹¹⁾

(4) 모의법정

대부분의 로스쿨에서 1학년 2학기 필수과목이다. 해당 로스쿨의 변호사 또는 현직 법관들을 초빙해서 모의법정 재판부를 수행케 하는 것이 일반적이다. 로스쿨은 기본적 사건 개요 및 근거 문서들을 제공하고, 로스쿨생의 준비서면 작성과 구두 변론 능력을 평가한다.¹²⁾

(5) 인턴

로스쿨의 실무수습 단계는 1L 여름 인턴쉽과 2L 여름 인턴쉽으로 나뉜다. 1L의 인턴은 개인적 섭외를 통해 매우 비공식적으로 운영되

9) 손창호, 앞의 책, 45, 120면 ; 신창섭, 앞의 논문, 31면 ; 육소영, 앞의 논문 173-178면 ; 이국윤, 미국의 로스쿨제도, 시민과 변호사 116호, 서울지방변호사회, 2003, 15면.

10) 육소영, 앞의 논문, 180면.

11) 신창섭, 앞의 논문, 32면 ; 육소영, 앞의 논문, 173, 175면.

12) 손창호, 앞의 책, 49-50, 109, 141면 ; 신창섭, 앞의 논문, 32면.



나, 2L은 공식적인 인터뷰 절차에 따라 정형화된 절차로 이루어진다. 2L 인턴십은 취직 여부를 결정하기 위한 실무 연수과정의 성격이 짙어 사실상 취직과 동일하게 취급될 정도로 매우 중요하다. 인턴 대상 기관은 크게 로펌, 공익단체, 그리고 정부기관이다.¹³⁾

(6) 봉사활동(Pro bono)

로스쿨에서 종종 필수 과정으로 취급한다. 2L이 되고 본인의 하계 인턴십이 결정되면 봉사활동을 모색한다. 로스쿨 공익지원부서에서 봉사활동을 필요로 하는 기관과 학생들을 연결시켜 준다. 변호사 자격이 없으므로 선임 변호사 밑에서 보조업무를 담당하여야 한다. 2005년도의 경우 하버드, 콜럼비아 로스쿨의 필수 이수 시간이 각 40시간이다.¹⁴⁾

(7) 기말시험

로스쿨에서는 중간고사가 극히 드물고 보통 기말고사를 통해 평정을 한다. 대부분의 로스쿨 시험 문제는 사례 문제가 가장 흔히 출제되고, 법원에서 로클릭이 판사에게 제출하는 연구보고서, 로펌에서 하급변호사가 상급변호사에게 제출하는 보고서를 기안하라는 형식으로 쟁점(issue), 일반법(rule), 포섭(apply), 결론(conclusion) 단계를 충실히 지켜야 한다. 강의시 교수가 열거한 다수설, 소수설은 의미가 없고 실제 판례상 인정되어 있는 실정법을 적용해야만 답으로 인정받는다. 로스쿨 시험은 사실상 마이스터(meister) 변호사가 도제(apprentice) 변호사에게 한 번 일을 시켜본다는 의미를 지닌다. 로스쿨 1L의 과정은 법률문서 작성, 모의법정, 시험문제 등 처음부터 끝까지 실무를 염두에 두고 구성되어 있다.¹⁵⁾

13) 손창호, 앞의 책, 108, 123, 138면 ; 최환주, 앞의 논문, 218면.

14) 손창호, 앞의 책, 50-51면.

15) 손창호, 앞의 책, 57-59, 105-107, 111면.



(8) 평가

보통 A+에서 B-까지 6등분을 하는데, 1L의 성적 분포는 매우 엄격하고, 2L부터 완화된다. 1L 성적이 취업에 결정적 역할을 한다. 로스쿨 랭킹에 따른 1차적 상대평가와 1L 기말고사에 따른 2차적 상대평가를 도입해서 수만 명에 달하는 학생들의 능력을 평가한다.¹⁶⁾

나. 법학전문대학원

(1) 관련 규정

법학전문대학원은 교육이념에 부합하게 체계적인 교과과정을 운영하여야 하고, 학생에게 법조인으로서 가져야 할 가치, 법률지식 및 전문기술 등을 지도할 수 있도록 1. 법조윤리(법조윤리), 2. 국내외 법령 및 판례 정보 등 법률정보의 조사, 3. 판결문, 소장(소장), 변론문 등 법문서의 작성, 4. 모의재판, 5. 실습과정을 포함하는 교과목을 개설하여야 하며, 실습과정을 통하여 사회에 봉사할 수 있는 기회를 제공하여야 한다(법률 제19조, 시행령 13조).

(2) 실무과목 편성

위 법령에 따라 법률정보조사 및 법문서작성, 법조윤리, 법무실습, 모의재판은 보통 필수실무과목으로 편성하고 있다.

민·형사소송실무는 법학전문대학원마다 주로 선택과목으로 편성되어 있으며, 그 외 검찰실무, 회사소송실무, 공법실무, 계약서작성실무 등 실무과목이 대부분 선택과목으로 편성되고 있다고 한다.

(3) 실무교육의 목표수준

법학전문대학원이 목표로 하는 실무교육의 수준은 학교마다 교수

16) 손창호, 앞의 책, 60, 96, 113면.



들의 견해가 다양하다. 사법연수원에서 요구하는 수준의 판결문, 공소장, 결정문을 쓸 수 있을 정도라는 의견, 기초적인 수준의 판결문, 공소장, 결정문을 쓸 수 있을 정도라는 의견, 개인 변호사 개업시 송무 수행을 할 수 있을 정도라는 의견, 로펌이 요구하는 수준까지는 힘들지만 변호사업무를 할 정도라는 의견 등으로 차이가 있다. 이론교육을 위한 시간도 부족하므로 실무교육은 최소한으로 하고 전문과목 등 교육을 강화해야 한다는 의견도 있다.

(4) 실무교육의 시기

먼저 기초 이론교육을 한 후에야 실무교육이 가능하다는 견해가 다수였는데, 1학년 때는 법률정보조사 및 법문서작성 수업만 하고 이론 위주로 교육을 하고, 민·형사소송실무 등 실무교육을 시작할 적당한 시기는 2학년 1학기, 2학년 2학기, 3학년 1학기 등으로 다양한 견해를 보였다. 이론교육과 실무교육의 병행이 가능하다는 견해도 있었고, 이론교육을 하기 전에도 실무교육은 가능하며 기초적인 수준의 소장, 답변서, 준비서면 작성 실무 등을 경험함으로써 이론교육에서의 실무교육 접목이 수월하고, 입체적인 이론교육도 가능하다는 견해도 있었다.

(5) 실무수습

법학전문대학원 교육과정 분야 설치인가 심사기준에 의하면, 법학전문대학원의 실습과정은 매우 중요한 교육과정으로 평가되어야 할 것이고, 이 실습과정은 *internship*, *externship*, *clinic* 등으로 구성될 수 있을 것이다.¹⁷⁾

대부분의 법학전문대학원이 1학년 겨울방학부터 방학기간 중 2주

17) 한국학술진흥재단, 법학전문대학원의 교육과정 분야 설치인가 심사기준연구, 2006. 6. 220-221면(최환주, 앞의 논문, 211면에서 재인용)



동안 실무수습을 시행하였는데, 대형 로펌들에만 한정적으로 보내는 대학도 있으나, 대부분은 로펌 뿐만 아니라 국가기관, 사회단체, 기업 등 다양한 곳에 실무수습을 보낸다고 한다. 대형 로펌은 고객비밀보호차원에서 사건에 참여하지 못하게 하여 실무수습이 걸돌기도 하였으나, 사건에 학생을 참여시키고 학생과 인간적 관계를 가진 로펌은 학생들의 반응이 좋았다고 한다.

2학년 1학기를 마친 약 500명의 법학전문대학원생이 여름방학 기간 중인 7, 8월 2차례에 걸쳐 법원에서 실무수습을 하였거나 할 예정이다. 사법연수원에서 2일간의 집체교육, 각급법원에서 9일간의 실무수습, 사법연수원에서 마지막 마무리교육으로 실무수습이 구성되어 있다.

(6) 리걸클리닉

법학전문대학원의 임상적 실무교육을 위해 리걸 클리닉은 필수라는 견해가 일반적인데, 지도교수의 감독 아래 무료로 실제 사건을 다루고, 외부 변호사와 연계하여 법률상담, 소장 등 문서 작성을 경험하며, 외부 변호사도 실무지도를 하고 외부 변호사에게 교육비를 제공하는 형태를 상정하는 것 같다. 현재 예산확보의 문제와 법학전문대학원 교수의 변호사직 수행에 제한이 있어 충분히 활성화되지는 않은 듯하다.

(7) 평가

이론의 수업에서도 과거 법과대학보다 사례 중심 출제가 증가하였고, 변호사 자격시험의 문제유형을 참조하여 객관식, 논술형, 기록형의 문제를 같이 출제하는 경향이 있다고 한다.

평가 방법은 일반과목이 A-F까지의 상대평가를 하고, 실무과목은 학교에 따라 상대평가, 절대평가, 가·부평가(Pass-Fail) 등 다양하다고 한다.



V. 교수

1. 사법연수원

가. 교수진

민사재판실무, 형사재판실무, 검찰재판실무는 각 14명의 전임교수진으로, 민사변호사실무는 3명의 전임교수와 11명의 외래교수(현직 변호사)로, 형사변호사실무는 2명의 전임교수와 12명의 외래교수(현직 변호사)로 구성되어 있다.

나. 교수법

사법연수원에서는 교육법 전문가와 진출한 전임 교수를 초빙하여 매년 신입 교수들을 상대로 창의적이고 효율적인 교수법 강의를 실시하고 있다.

사법연수원 교육의 특징적인 교수법으로 과목 담당 교수진의 사전 합의 제도가 있다. 예를 들면, 민사재판실무 강의를 앞두고 전체 14명의 강의교수들이 미리 한자리에 모여 토론을 통하여 강의내용 및 진행방식에 관하여 사전 심층 합의를 한 후 강의를 실시한다. 이러한 과정을 통하여 각 반의 강의수준을 적정하게 유지하고 균질화를 보장하게 된다. 물론 강의합의 제도가 교수들의 시간 및 능력을 소모시키고 개개 강의의 자율성을 침해할 수 있다는 문제점도 안고 있지만, 적정한 수준의 지식을 제공하고 향후 공정한 평가를 담보할 수 있다는 현실적인 면을 고려할 때 어느 정도 불가피한 측면이 있다.



2. 로스쿨

가. 미국의 로스쿨

(1) 교수진

학생수, 교과과정 등을 고려하여 충분한 전임제 교수진을 확보할 것이 요구된다. 전임제 교수진 외 추가적 강의요원의 비율이 전체 교수진 비율의 20%를 넘지 않아야 한다. 일반적으로 ABA가 생각하는 적정 교수진의 비율은 학생과 교수의 비율이 20:1 또는 그 이하여야 한다.¹⁸⁾

(2) 교수법

교수와 학생 사이의 토론식(문답법식, 소크라테스식) 강의, 사례분석의 방식(Case Method)은 하버드 로스쿨의 랭델 교수가 창안한 가장 유명한 교육방식이다. 강의시작 후 학생을 한 명 선정하여 판례에 대하여 토론하는데, 판례에서 도출할 수 있는 일반법 원리 및 사실관계 변경에 따른 법리 적용을 중점적으로 다룬다. 교수가 법적 쟁점에 대한 실정법상의 정답을 제시하지 않는다. 교수는 토론이 그릇된 방향으로 가지 않도록 안내자의 역할만 한다. 교수는 유사한 사실관계에 근거한 반론을 제시하여 학생들의 응용력을 평가한다. 그 밖의 부수적 강의로서 대표적인 것이 준비서면 작성법, 법학 자료 리서치 수업이다.¹⁹⁾

18) 육소영, 앞의 논문, 170-171면.

19) 손창호, 앞의 책, 53-57, 95, 102-104면 ; 신창섭, 앞의 논문, 29-34면. 구체적인 강의방법사례 소개로는 김재원, 미국 로스쿨의 법학교육방법 : Case Method에 관한 오해와 이해, 법철학연구 9권 2호, 세창출판사, 2006 참조.



나. 법학전문대학원

(1) 관련 규정

학생정원을 교원 1인당 학생수 12명으로 나눈 수의 교원(1/5범위 안에서 겸임교원 등 포함)을 확보하여야 하고, 최소한 20명의 교원(겸임교원 등 제외)을 확보하여야 하며, 교원수의 1/5 이상은 변호사 또는 외국변호사의 자격이 있고 5년 이상 관련 분야의 실무에 종사한 경력이 있는 교원(겸임교원 등으로 확보 불가)을 확보하여야 한다. 교수시간은 매 학년도 30주를 기준으로 매주 6시간을 원칙으로 한다(법률 제16조, 시행령 제9조).

(2) 교수법

실체법과 소송법의 통합교육을 하거나 민법과 상법의 통합교육을 하고, 이론교육이라 하더라도 사례연구 중심으로 강의할 경우 자연스럽게 문답법 강의를 된다고 하며, 효율적인 교육효과를 위해 강의식 방법을 선택하는 교수도 다수 있다고 한다. 모의재판 시간에 역할극, 협동학습 형태의 교육이 가능할 것이고, 대법원에서 주최한 가인법정 변론경연대회의 반응이 상당히 좋았다고 한다. 학교마다 그 정도의 차이는 있으나 대체로 강의 및 교육에 학교 내 인터넷을 활용한다.

VI. 학 생

1. 사법연수원

2010년 입소 41기 사법연수생은 51회 사법시험 합격자 996명 중 등록자 823명과 종전 합격자 중 등록자 163명을 합한 986명이다. 40



기 및 41기의 현황을 비교하면 아래와 같다.

구분	임명인원	평균연령	여 연수생	병역미필자	비법학전공자
40기	969명	29.12세	379명 (39.11%)	189명 (19.50%)	191명 (19.71%)
41기	986명	29.71세	354명 (35.90%)	179명 (18.15%)	195명 (19.78%)

14개 반으로 편성하고, 1개 반당 연수생 수는 71-72명이다. 각 반을 3개 조로 편성하여 교수 1명이 전임으로 각 조 연수생을 지도하고, 학기별로 순환하여 담당하되, 4학기는 1학기 지도교수가 담당한다. 담당 교수는 지도조원들의 개별상담과 지도조 활동 등을 통하여 지도조 연수생들에 대한 멘토 역할을 한다.

2. 로스쿨

가. 미국의 로스쿨

로스쿨 신입생 선발에 있어 가장 중요시하는 평가항목은 학부 과정 학점(지적 능력 파악)과 LSAT(로스쿨입학시험, Law School Admission Test) 점수이다. 그 밖에 추천서(보통 학부 과정 교수 선호), 자기소개서, 직업경력 등도 부수적인 고려 항목에 포함된다. LSAT는 논리·분석·독해 영역으로 나누어져 있는데, 문제 내용이 법적 분쟁이나 기본적인 법 논리에 대한 유형이 많이 나온다. 로스쿨은 목시적으로 출신 지역 할당제, 출신 학부 할당제, 인종 할당제를 운영한다.²⁰⁾

20) 손창호, 앞의 책, 67-72면 ; 신창섭, 앞의 논문, 31면 ; 안강현, 앞의 논문 4-5면.



나. 법학전문대학원

법학전문대학원에 입학할 수 있는 자는 학사학위를 취득한 자 중에서 일반전형 또는 특별전형에 의하여 학생을 선발한다. 법학전문대학원은 지원자의 학사학위과정성적, 적성시험결과, 외국어능력을 입학전형자료로 활용하고, 그 밖에 사회활동 및 봉사활동경력 등을 입학전형자료로 활용할 수 있다(법률 제23조).

법학전문대학원은 입학자 중 법학 외의 분야에서 학사학위를 취득한 자가 차지하는 비율이 입학자의 1/3 이상이 되도록 하여야 한다(법률 제26조 2항). 실제 학생 중 비법대출신이 60-80% 정도이고 다양한 출신으로 구성되어 있으며, 국가기관 등의 휴직제한 등으로 사회경험자의 숫자는 작년보다 다소 줄어들었다고 한다.

VII. 사법연수원의 활동

1. 사법연수원 교육제도 개선 노력

사법연수원에서는 법조일원화 등 상황의 변화에 부응하여 기존의 재조실무교육 중심의 교과과정을 개편할 필요성을 느끼고, 사법연수원 내에 교과과정 개편연구반을 구성하여 변호사 과목과 재판실무 과목의 통합, 각 절차 단계별 교육의 실시, 법률실무과목의 재편 등을 심도 있게 연구·검토하고 있으며, 매년 8월 초순경 전체 교수가 참가하는 제도 개편을 위한 교수세미나를 개최하여 교과과정 개선방안을 모색할 예정이다.



2. 법학전문대학원과의 협력 강화

현재 대법원에서는 2010년 여름 법학전문대학원생의 법원실무수습 교육, 2010년 하반기 법관의 형사재판실무과목 강의지원을 통하여 법학전문대학원과 실무교육에 관한 협력을 강화하고 있다. 이러한 협력 업무를 사법연수원에서 상당 부분 수행하고 있다.

이러한 협력 외에도 법원 특히 사법연수원에서 각급 법원의 법정 방청을 주선하거나, 연수원 모의법정 등 시설을 활용하여 사법연수원 교수와 법학전문대학원 교수의 공동지도 아래 모의재판을 실시하거나, 사법연수원에 단기 법률실무강좌를 개설하여 실무경력교수와 현직 법관 사이에 다양한 지식과 정보를 교환하는 여건을 제공하는 방식 등으로 협력이 보다 강화될 수 있을 것으로 본다.



제6회 월송기념 학술심포지엄

로스쿨 교육과 검찰실무

2010. 7. 22

법무연수원 교수/부장검사 윤 응 권

목 차

- 검찰의 로스쿨 교육지원 근거/동기/목표/추진상황
- 검사 로스쿨 파견
- 로스쿨 검찰실무교재
- 파견검사 강의내용
- 제1/2학기 강의계획
- 검찰실무과목 평가방법
- 검찰실무실습
- 맺음말



검찰의 로스쿨 교육지원 근거

법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률
제3조(국가 등의 책무)

국가에 범조인 양성 협력의무 및
재정적 지원방안 마련 등 의무 부여

검찰의 로스쿨 교육지원 동기

수요적 측면(학교)

전국 25개 로스쿨,
검사파견장의 및
검찰실무실습 희망

- 2010학년도 2학기(1기생,
2학년 2학기)부터 검사파견
- 방학기간 이용 실무실습



검찰의 로스쿨 교육지원 동기

검사 최초파견 희망시기



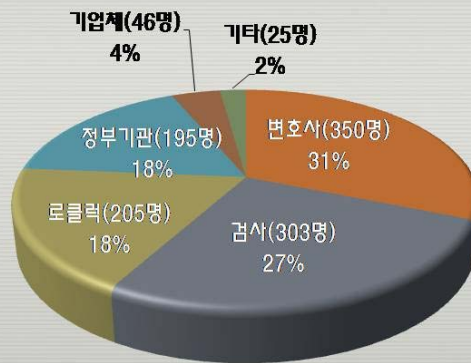
※ 다수 학교의 희망사항 및 1기생들의 교육기회 보장 등 고려하여 전국 25개 로스쿨에 금년 2학기부터 검사를 파견하기로 결정

검찰의 로스쿨 교육지원 동기

수요적 측면(학생 1,224명 답변 / 정원 2,000명)

장래희망

로스쿨 학생의
27%가 검사를 희망

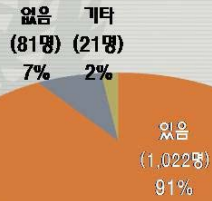




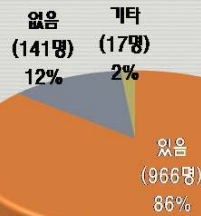
검찰의 로스쿨 교육지원 동기

수요적 측면(학생 1,224명 답변 / 정원 2,000명)

검찰실무과목 수강의사

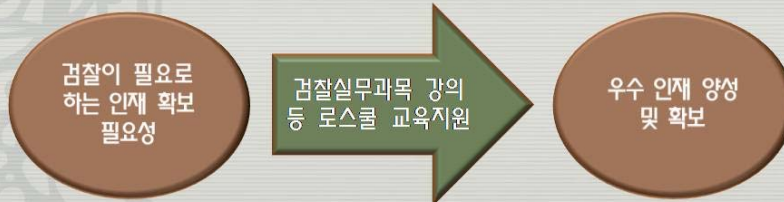


검찰실무실습 참가의사



검찰의 로스쿨 교육지원 동기

공급적 측면(검찰)



※ 로스쿨에서 검찰실무를 교육받지 않는다면 로스쿨 출신 신입검사들은 사법연수원 출신과 달리 바로 실무에 투입되지 못하고 장기간 교육을 받아야 하는 문제점이 있음



검찰의 로스쿨 교육지원 목표



검찰의 로스쿨 교육지원 추진상황

2009. 3.	• 검찰총장의 법무연수원 총괄주진 지시에 따라 로스쿨 교육지원 업무 시작
2009. 4.	• 로스쿨 설문조사 • 검사 로스쿨 파견, 검찰실무실습 희망여부 파악
2009. 6	• 로스쿨 지원 T/F 구성 • 검사 로스쿨 파견, 검찰실무 교재 개발, 실무실습 실시 등을 통해 로스쿨 교육을 지원하는 방안 검토
2009. 12.	• 검사 로스쿨 파견 방침 결정



검찰의 로스쿨 교육지원 추진상황

- 2010. 2. • 로스쿨 검찰실무교제 발간위원회 구성
- 2010. 3. • 법무부-로스쿨협의회 간 업무협약 체결
- 2010. 4. • 로스쿨 및 학생 상대 설문조사
• 검사파견시기, 검찰실무과목 수강희망 여부 등 파악
- 2010. 5. • 로스쿨 교육지원 설명회 개최(전국 25개 로스쿨 상대)

검찰의 로스쿨 교육지원 추진상황

- 2010. 6. • 로스쿨 교수요원 양성과정 실시
• 현직검사 10명 선발
- 2010. 7. • 검찰실무수습(1차, 250명) 실시
• 로스쿨 검찰실무교제 발간 완료 예정
- 2010. 8. • 검찰실무수습(2차, 250명) 실시 예정
- 2010. 9. • 로스쿨 검사파견, 강의개시 예정



검사 로스쿨 파견

파견검사의 자격, 파견기간 등

- 순수 검사경력 7년 이상의 검사
- 자원자로서 강의능력 고려하여 선발
- 전임파견, 겸임파견으로 구분
- 전임은 강의업무만 수행, 겸임은 검사업무·강의업무 병행
- 겸임교수 대우
- 강사료, 연구실 등 제공
- 1년간 파견을 원칙으로 하되, 희망시 연장 가능

검사 로스쿨 파견

2010년 2학기 파견 현황(25개교 총10명)

전임파견 (검사 4명, 15개교 담당)

- 검사1 : 서울대, 중앙대, 건국대, 아주대
- 검사2 : 고려대, 경희대, 위국어대, 강원대
- 검사3 : 연세대, 여화여대, 서강대, 인하대
- 검사4 : 성균관대, 한양대, 시립대

겸임파견 (검사 6명, 10개교 담당)

- 검사5 : 충남대, 충북대
- 검사6 : 전북대, 원광대
- 검사7 : 경북대, 영남대
- 검사8 : 전남대
- 검사9 : 부산대, 동아대
- 검사10 : 제주대

※ 일본 검찰은 현재 30명의 검사를 47개 로스쿨에 파견(풀타임 21명, 파트타임 9명)



검사 로스쿨 파견

검토사항

향후 검찰측 인력사정, 로스쿨측 수요에 따라 파견검사 충원, 전입
· 겸임파견 비율은 변동 가능

※ 분반수업이 늘어날 경우 추가인원 필요

판·검사 로스쿨 파견에 관한 특별법 필요

※ 일본은 「법과대학원의 재판관·검찰관 파견에 관한 법률」을 제정
시행, 우리도 일부 국회의원이 입법 준비 중

검사 로스쿨 파견

로스쿨 교수요원 양성과정

교수요원 양성과정을 수료한 검사만 로스쿨 파견

신규 교수요원 발생시마다 개설

검찰인사 및 신학기 시작에 맞추어 연 2회 가량 실시

교육내용(법무연수원 25개 과목 67시간 교육)

- 교수기법, 교재 워크샵, 각국 로스쿨제도, 대학사회 및 학생
심리 이해 등



로스쿨 검찰실무교재



검찰제도, 수사 및 공판 실무,
검찰문서 작성법 등 내용

1권으로 개발

금년 7월말경 발간 완료 예정



실제 형사사건 기록을 교육에
적합하도록 가공하여 개발

상해·공무집행방해, 사기, 교통사고
처리특례법위반 등 3권 개발 완료

금년 2학기 2권 추가 개발 예정

파견검사의 강의내용

2개 학기 강의(2010학년도 2학기부터 강의 시작)



※ 검찰실무과목은 선택과목으로서 순수한 검찰실무를 교육(형사소송법 강의가 아님)
전국 25개 로스쿨에 동일한 내용의 강의를 진행함으로써 균질한 교육 실시



제1학기 강의계획(검찰실무1)

제1주

- 제1편 검찰제도
- 우리나라와 외국의 검찰제도

제2주

- 제2편 수사실무
- 검사의 사건처리 흐름과 유형, 수사와 내사

제3주

- 제2편 수사실무
- 임의수사와 강제수사, 피의자신문과 참고인조사 등

제4주

- 제2편 수사실무
- 체포와 구속

제1학기 강의계획(검찰실무1)

제5주

- 제2편 수사실무
- 압수수색, 검증, 감정, 통신제한조치 등

제6주

- 제2편 수사실무
- 수사지휘의 범위와 유형, 수사지휘의 실제

제7주

- 제2편 수사실무
- 공소장 작성, 약식명령, 보호처분, 즉결심판 처리절차

제8주

- 중간고사



제1학기 강의계획(검찰실무1)

제9주

- 제2편 수사실무
- 불기소처분의 유형

제10주

- 제2편 수사실무
- 불기소결정서 작성

제11주

- 제2편 수사실무
- 사건의 제기, 불기소처분의 구제절차, 내사사건 처리 등

제12주

- 제3편 공판실무
- 전문법칙과 조서제도(1)

제1학기 강의계획(검찰실무1)

제13주

- 제3편 공판실무
- 전문법칙과 조서제도(2)

제14주

- 제3편 공판실무
- 당사자의 동의와 증거능력

제15주

- 제3편 공판실무
- 공판절차 기관, 공판관여

제16주

- 기말고사



제2학기 강의계획(검찰실무2)

제1-3주 • 상해·공무집행방해 사건기록 교재

제4-6주 • 사기 사건기록 교재

제7주 • 교통사고처리특례법위반 사건기록 교재

제8주 • 중간고사

제2학기 강의계획(검찰실무2)

제9주 • 교통사고처리특례법위반 사건기록 교재

제10-12주 • 죄명미정 사건기록 교재

제13-15주 • 죄명미정 사건기록 교재

제16주 • 기말고사



검찰실무과목 평가방법



변호사시험 문제유형과 동일한 평가방법을 적용, 변호사시험에도 도움이 되도록 출제

검찰실무실습



어름방화 이용하여 연 2회 실시

금년 실시시기

1차 : 7. 2. - 7. 16.

2차 : 8. 6. - 8. 20.



검찰실무실습

실습생 자격요건

- 로스쿨 2학년 1학기 이상 이수자
- 성적을 자격요건으로 하지 아니함
- 희망자로 하되 학교측에 선발권 부여

실습생 인원

- 여름방학에 1차 250명, 2차 250명 등 총500명 실습
- 학교별 정원에 따라 인원 배정

검찰실무실습

프로그램 분야

국가의 법률가	경찰 수사단계	검찰 수사단계	공판 단계	형집행 단계
------------	------------	------------	----------	-----------

※ 수사의 개시부터 기소·불기소, 공소유지, 형의 집행까지 형사사범 절차의 전 과정에 대한 이해 도모, 그 외 국가의 법률가로서 감사의 역할 소개



검찰실무실습

국가의 법률가

- 정부부처, 지자체 등 파견 법률자문 업무 소개
- 법률심의, 입법안 작성 등 업무 소개
- 재외공관 · 국제기구 주재 법무협력관 업무 소개
- 국가송무 업무 소개

경찰 수사단계

- 수사지휘에 대한 이해도 증진
- 현장검증 · 변사체검시 등 초동수사 참관
- 경찰서 유치장 견학

검찰실무실습

검찰 수사단계

- 검찰청 부서별 업무 소개 및 견학
- 종결 수사기록 검토 및 수사중 사건의 법리 · 판례 리서치(기록 익명처리)
- 영상조사 녹화물 시청 및 모의 영상녹화 조사 실시(역할 분담)
- 형사조정, 범죄피해자 지원 소개

※ 공소장 · 불기소장은 2학년 2학기이 강의하므로 실무실습 중에는 연습하지 않음



검찰실무실습

공판 단계

- 신건, 중인신문기일, 국민참여재판 등 교육효과 있는 공판 참관
- 실제 사건에 대한 중인신문사항 작성 연습 후 법정 실제 진행상황과 비교 등

형집행 단계

- 교도소(구치소), 보호관찰소, 소년원 등 견학
- 미집행자 검거, 형집행정지 등 집행 관련 업무 소개

검찰실무실습

평가

※ 해당 로스쿨의 평가양식 항목과 방식에 따라 평가한 후 해당 로스쿨에 송부

출석사항

무단결석, 무단지각, 무단조퇴 등

실습능력

법적 사고력, 사건파악 능력, 서류작성 능력 등

실습태도

성실성, 책임감, 능동성, 합리성, 대인관계, 조직적응력 등

종합평가

향후 법조인으로서의 발전 가능성 등



맺음말

미국 로스쿨

- 로스쿨 제도의 원형
- 원형을 따르는 것도 바람직한 점은 있으나, 우리와 문화적 배경이 상이

일본 로스쿨

- 로스쿨 도입경위 · 사회 환경 등 우리와 유사
- 몇 년 앞서 시행 중인 일본사례를 분석하는 것도 중요

맺음말





감사합니다

제 2 부

한국 법학에 미친 미국 법학의 영향

- ☼ 한국 헌법에 미친 미국 헌법의 영향
김효전(학술원 회원, 동아대) / 121
 - ☼ 미국에서의 Pretrial Discovery
이시윤(변호사) / 148
 - ☼ 영미법이 한국 기업법에 미친 영향
이재웅(고려대 겸임교수) / 176
 - ☼ 토 론 문
정동윤(변호사) / 188
-
-



한국 헌법에 미친 미국 헌법의 영향

김 효 전

학술원 회원, 동아대학교 법학전문대학원 교수

I. 서 론

미국 헌법은 언제부터 또 어느 정도로 한국 헌법에 영향을 미쳐왔는가 하는 문제는 재미있는 테마이며 지금까지 상당수의 연구 업적이 축적되어 있다.¹⁾ 근대 초기부터 기산하면 중국을 통하여 서구의 문물이 유입되는 과정에서 자연스럽게 미국뿐만 아니라 영국, 프랑스, 독일 등의 법제와 문물이 소개되었으며, 또한 미국과 캐나다의 선교사들을 통하여 기독교의 전래와 함께 미국의 법제가 알려지고, 그 후에는 근대적인 학교 교육의 보급으로 일반에게도 단편적이거나

1) 예컨대 김철수, 미국 헌법이 한국 헌법에 미친 영향 서설, 한국공법학회편, 한국에서의 미국 헌법의 영향과 교훈—미국 헌법 제정 200주년 기념논문집—, 대학출판사, 1987, 9-79면; 안경환, 미국 헌법이 한국 헌법에 미친 영향, 미국학 제16집, 서울대학교 미국학연구소, 1993; 안경환, 수출상품으로서의 미국 헌법, 청단최송화교수화갑기념논문집 현대공법학의 과제, 박영사, 2002면; 변정일, 미국 헌법과 아시아 입헌주의, 제5장 미국 헌법이 한국헌법에 미친 영향, 고시연구사, 1995, 263-324면; 최종고, 한미 법률교류 100년사, 서울대 법학 제23권 3호, 1982, 46-64면; 김기범, 우리 헌법에 있어서의 영미법과 대륙법, 연세논총 제10집, 337-353면.

영문으로는 Kyong-Hwan Ahn, Influence of American Constitutionalism, Southern Illinois University Journal, Vol. 22, 1987, pp.86 ff.; Lawrence W. Beer (ed.), Constitutionalism in Asia. Asian View of the American Influence, Berkeley: University of California Press 1979 참조.



알려지게 되었다.

여기서는 우선 시기적으로 근대 초기, 임시정부 시대 그리고 광복 이후의 시기로 나누어 보기로 하며, 대상은 물론 미국의 법제 전반이 아니라 헌법에만 한정하기로 한다. 미국 헌법의 경우에도 제정의 배경이 되는 이념적 정신사적인 고찰과 실정 헌법과 판례를 중심으로 하는 연구방법으로 나눌 수가 있는데 이 두 가지의 방법을 절충하여 개괄적으로 설명하기로 한다.

II. 근대 초기의 미국헌법

1. 자유와 권리

한국에서 가장 이른 시기에 미국 헌법의 정신이 소개된 것은 『한성순보』제14호(1884년 3월 8일자)의 「美國誌略續稿」에 소개된 독립선언문으로 생각된다. 여기서 사람에게는 공통된 義가 있는데 이는 자유를 추구하고 생명을 보호하는 것이며 귀신이라도 빼앗을 수 없다는 것이다. 공통된 의란 한자로 通義이며 영어의 Right를 번역한 것이다. 미국의 독립선언문은 이후에도 『독립신문』을 비롯하여 『제국신문』, 『대한매일신보』, 『공립신문』등에서도 가끔씩 보도하였으며, 단행본으로서는 滌江保著, 玄采譯, 『미국독립사』가 한글판 『쇼셜 미국 독립스』와 함께 일반에게 널리 읽혔다.²⁾

또한 일본 유학생 金鎔濟는 재학 중 「立憲政體의 概論」이란 논설 속에서도 미국의 헌법학자인 클레이(Henry Clay, 1777-1852)와 프랜시스 리버(Francis Lieber, 1800-72)의 성문헌법의 득실에 관하여 상세

2) 저자인 滌江保(시부에 타모스)는 중국계 일본인으로 儒醫 滌江抽齊의 7남이며 명치 전기에 저서와 역서가 다수 있다. 약력은 「福澤門下書誌」참조.



하게 소개한 바 있다.³⁾

유명한 유길준의 『서유견문』에서는 자유와 통의의 권리를 비롯하여 블랙스톤의 『영법주해』를 중심으로 영미법의 일반이론을 비롯하여 법률과 정체에 관하여 상당히 많은 지면을 할애하고 있다.

자유와 권리에 관하여는 특히 1902년 『데국신문』에서 「미국 백성의 권리론」을 연재하여 당시로서는 이례적으로 상당히 자세하게 미국의 역사와 인민의 자유와 권리 그리고 권력분립 등을 소개하였다.⁴⁾ 여기서는 「나라 권리가 다 백성의 게서 남이오」라고 하여 주권재민의 원칙을 비롯하여 자유, 평등, 생명의 권리 외에 피고인의 권리, 배심원 제도 등을 열거하고 있다. 이 연재물은 미국인의 헌법상의 권리를 최초로 체계적으로 소개한 것으로 생각되며 또한 전부 한글로 적었기 때문에 광범위한 계층에 커다란 영향을 미쳤을 것으로 보인다.

또한 이승만(李承晩, 1875-1965)은 그의 『독립정신』(1904년) 중 「미국 백성의 권리 구별」에서 기본권을 상세하게 체계적으로 서술하고 있다.⁵⁾ 이 책은 저자가 한성 감옥서에서 아무런 참고 자료도 없이 기억을 더듬어가며 저술한 것으로 그의 천재적인 두뇌와 애국애족의 열정을 미루어 짐작할 수 있다. 이 책의 영향력은 당시 대단했으며, 미국 헌법상의 자유와 권리는 물론이며 서구의 근대사와 발전에 대한 놀라움과 선망으로 가득차 있으며 한국인에게 자주와 독립의 중요성을 일깨운 귀중한 문헌의 하나가 되고 있다.

3) 친목회회보 제5호, 1897, 59-60면.

4) 데국신문 1902년 10월 30일자부터 11월 4일까지 5회에 걸쳐 연재.

5) 이 책은 1954년에 복각판이 나온 이래 현재에도 여러 가지 현대어 한글판이 나오고 있다.



2. 권력구조

다음에 미국 헌법상의 권력분립의 원리 역시 1884년 1월 30일자의 『한성순보』의 논설 「歐米立憲政體」에서는 「君民同治」와 「合衆共和」가 그 요점이라고 소개하면서 입헌정체에는 입법권, 행정권, 사법권의 세 가지가 있음을 상세하게 알리고 있다.

같은 『한성순보』 1884년 2월 7일자는 「민주주의와 각국의 장정 및 공의당에 대한 해석」이라는 논설 속에서 국민주권, 章程(헌법), 공의당(의회) 그리고 권력분립의 문제를 다루고 있다. 이것은 중국 상해에서 미국인 선교사 알렌(Young J. Allen, 林樂知, 1836-1907)이 발간하던 『萬國公報』에 게재된 것을 전재한 것이다. 여기서 민주주의는 「나라를 다스리는 주권이 국민에게 있고 모든 권력이 국민에게 나와 시행되는 것이다. 그 근본원인은 모든 사람이 평등하기 때문이다」고 하였고, 장정(헌법)이란 「민중의 권한을 한 사람에게 위임하여 민중에게 유익하게 하고 반역이나 가혹한 정치가 없게 하는 것」이라고 정의를 내린다. 그러나 첫머리에서 이런 문제들을 논하는 것은 그것을 변론하거나 장단점을 다투려는 것이 아니라 다만 서양제도를 상세히 알리려는 데에 있으므로 오해가 없기를 바란다고 표현이 당시의 사정을 잘 말해주고 있다.

한편 『독립신문』에서도 민주주의를 비롯하여 의회제도나 미국의 정치제도를 간단히 소개하기도 하였다.⁶⁾

대통령제에 관하여는 이미 『한성순보』 1884년 8월 31일자에서 대통령선거를 보도하였으며, 군주와 대통령을 비교하여 설명하기도 하였다.⁷⁾

6) 예컨대 김용직, 근대 한국의 민주주의 개념: 『독립신문』을 중심으로, 하영선의, 근대 한국의 사회과학 개념 형성사, 창작과비평, 2009, 289-319면.

7) 정인호, 각국헌법략, 헌법요의, 1908, 12-16면. 이 책은 2010년 『國民須知』, 『憲法要義』와 함께 관악사에서 영인본이 발간되었다.



그 밖에 미국의 정치제도를 가장 정확하고 체계적으로 알린 신문은 역시 미국에서 발간된 『共立新報』인데 한국에 미친 영향이라는 점에서는 국내에서 발간된 것에 미치지 못한다. 미국의 행정권과 자치제도에 관하여는 安國善의 『행정법』(1908년)에서 비교법적으로 연구한 것이 가장 상세하다.⁸⁾

근대에는 주로 일간 신문을 통하여 미국을 비롯한 외국의 정보를 입수하였으며 상대적으로 단행본 책자나 교과서류가 매우 빈약하였음을 알 수 있다.⁹⁾

Ⅲ. 임시정부 헌법과 미국 헌법

한일합병조약으로 대한제국이 사라진 이후 1919년을 전후로 하여 국내외에는 6개의 임시정부가 성립되었다. 러시아의 대한국민의회정부, 상해의 임시정부 그리고 서울의 한성 임시정부가 그것이다. 이들 임시정부는 4개월여의 진통을 겪고 난 후 1919년 9월에 상해의 대한민국 임시정부가 개헌의 형식으로 국민의회를 흡수하고 한성정부와 통합함으로써 단일의 독립운동 추진기구로서 그 통일성이 확립되었다.¹⁰⁾

그런데 이들 임시정부는 각기 헌법을 가지고 있었으며,¹¹⁾ 이 중

- 8) 상세한 것은 김효전, 안국선의 생애와 『행정법』(상하), 목촌김도창박사팔순기념논문집 한국공법이론의 새로운 전개, 삼지원, 2005, 146-173면; 김효전, 안국선의 와세다(早稻田) 시대, 동아법학 제47호, 2010, 403-452면 참조.
- 9) 상세한 것은 김효전, 미국 헌법이론의 초기수용(1)(2), 인권과 정의 2004년 8월 및 9월호. 또한 김효전, 근대 한국의 법제와 법학, 세종출판사, 2006, 830-885면에 재수록.
- 10) 홍순호, 상해임시정부의 정통화과정, 신동아 1968년 3월호, 327-333면.
- 11) 조문과 자료는 국회도서관, 대한민국 임시의정원 문서, 제1편 임시정부 헌법 및 임시의정원법, 1974; 3-36면; 최종건, 대한민국 임시정부 문서집람, 지안사, 1976; 김철수, 비교헌법론(상), 박영사, 1980, 770-779면; 김영수, 대한민국 임시정부 헌



1919년 4월 11일 상해에서 수립된 대한민국 임시정부는 1945년 11월 23일 조국에 환국할 때까지 전후 5차에 걸쳐 임시헌법을 제정 또는 개정하고 1941년의 建國綱領을 포함하면 모두 7개의 임시헌법을 가지게 되었다.

이러한 대한민국 임시정부의 헌법의 성격에 관하여는 근대적 의미의 헌법개념과 관련하여 논의의 여지가 많았으나 여기서는 헌법제정의 이념적 배경, 특히 미국 헌법과의 관련 여부에만 초점을 맞추기로 한다.

1919년의 대한민국 임시헌법은 통일헌법전으로서 전문과 8장 58조로 구성되어 있다. 전문에서는 3.1 독립선언을 인용하고, 총강에서는 국민주권을 선언했고, 권력분립을 규정하였으며, 주권의 행사는 헌법의 범위 내에서 임시대통령에게 쏠任하고 있다. 이것은 그 성립에서 볼 때 각지에 흩어져 있던 임시정부를 통합하기 위해서 미국에서 상해로 온 安昌浩의 영향이 컸던 것으로 보인다.¹²⁾

한편 미국에서는 1919년 4월 14일부터 3일간 Philadelphia에서 제1회 한인대표자 회의(First Korean Congress)가 열렸으며 여기에는 徐載弼를 비롯하여 李承晚, 鄭翰景, 閔讚鎬 등 140명의 대표가 참석하였다.¹³⁾ 이 회의에서는 대한민국 임시정부에 보내는 메시지, 미국 정부에 보내는 호소문, 한국민의 목적과 열망 등 5개 결의안을 채택하였다. 특히 「한국민의 목적과 열망」에서는 미국식 정부를 모델로 하는 신정부를 구성해야 한다는 주장과 함께 신앙의 자유, 언론출판의 자유 등의 보장이 들어 있다.

그러나 임시정부의 통합을 위한 제1차 개헌은 법무차장 申翼熙가 기초한 것이며, 안창호를 비롯한 소장 인사들의 의견도 반영되었으나 대체로 1912년에 제정된 중화민국 臨時約法의 영향을 많이 받고 있

법론, 삼영사, 1980, 224-243면 참조.

12) 김철수, 미국 헌법이 한국 헌법에 미친 영향 서설, 17면.

13) The First Korean Congress, 1919. 원성희역, 최초의 한인회의 000 ; 김원모, 서재필의 재미한인회의록 첫 공개, 월간조선 1985년 3월, 198면 이하.



다. 이와 같은 중화민국 헌법의 영향은 1944년 4월 22일 공포된 대한민국 임시헌장(제5차 개헌)에서 袁世凱의 天壇(北京) 헌법과 1934년 중화민국 헌법초안을 참고하기까지 계속된 것 같다.¹⁴⁾

다른 한편 이 시기의 국내에서는 일본인에 의해서 설립된 경성제국대학에서의 법학교육이 후일 광복 후의 한국 법학계에 지대한 영향을 미쳤기 때문에 이를 검토해 볼 필요가 있다. 그러나 이때의 일본은 독일 프로이센의 법학의 절대적인 지배 아래 있었기 때문에 영미법에 대한 연구는 소홀히 하였으며,¹⁵⁾ 더구나 미국과는 전쟁을 하여 더욱 무지한 상태에 있었다. 이 점은 대한민국헌법을 기초한 俞鎮午도 그의 회고록에서 인정하고 있다.¹⁶⁾

IV. 한국 헌법학과 미국헌법

1945년 해방에서부터 1950년대까지는 공법학계 뿐만 아니라 정치·경제·사회·문화전반에 걸쳐 혼란한 시대였다. 일제로부터 해방은 되었으나 곧 정부가 수립된 것은 아니며 남한은 미군정이, 북한은 소련 군정이 각각 실시되었다.¹⁷⁾

14) 김영수, 전계서, 170면의 주 247.

15) 상세한 것은 김효전, 독일의 공법학이 한국에 미친 영향, 목촌 김도창박사화갑기념논문집 현대공법의 이론, 학연사, 1982, 568-594면 참조.

16) 유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980 참조.

17) 남북한 정부수립과정 비교, 인간사랑, 2010; 문광삼, 미군정기 헌법사, 한태연외, 한국헌법사(상), 한국정신문화연구원, 1988, 313-362면; 윤근식, 「미군정시대」, 김운태 외공저, 한국정치론, 박영사, 1976, 227-143면; 김혁동, 미군정하의 입법의 원, 범우사, 1970.

E. Grant Meade, American Military Government in Korea (New York: King's Crown Press, 1952); George M. McCune, Korea Today (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1950); Carl Berger, The Korea Knot : A Military Political History (Pennsylvania Univ. Press, 1957); Kun-Shik Yun, Die politische Entwicklung Südkorea und ihr Hintergrund, Göttingen 1965.



남한에 미군정이 실시되자 미국의 문화는 물밀 듯이 들어오고 법률과 교육의 분야에서도 예외는 아니었다. 지금까지의 일본식의 대륙법 전통에 대하여 영미법은 확실히 하나의 충격이 아닐 수 없었다. 영미의 국제법이론은 전술한 Wheaton과 Woolsey 저서의 한역본을 통하여, 국내법이론은 유길준의 『서유견문』등을 통하여,¹⁸⁾ 또한 일부를 통하여,¹⁹⁾ 지극히 단편적으로 알려지고 있었으나 법제면으로 도입되기는 해방 이후의 일이다.

1. 미군정시대와 제1공화국

미국은 남한에 진주하자마자 1945년 9월 28일 에머리 제이 우들(Emery J. Woodall) 소좌를 군정청 법무국장에 임명하였다.²⁰⁾ 그밖에 미군정의 법률고문으로 에른스트 프랭켈(Ernst Fraenkel, 1898-1974),²¹⁾ 군정장관/보좌관(Harold Joyce Noble, 1903-53),²²⁾ 법전편찬국장 퍼글

18) 유길준저, 김태준역, 서유견문(전·후), 박영문고 1976. 상세한 것은 전봉덕, 한국 근대법사상사, 188-252면; 이광신, 근대적 개명과 선각자의 인식(유길준), 의당장정학박사화갑기념논문집 근대법사상의 전개 1977, 349-377면 등 참조.

19) 일본에 관하여는 *ジュリスト600號 日本法と英米法の三十年*, 1975, 12-23면 참조.

20) 우들은 “The Constitution of Korea”라는 헌법시안을 만들기도 하였다. 유진오, 헌법기초회고록, 22면.

21) 프랭켈은 1927-38년까지 베를린에서 Franz Neumann과 함께 SPD의 변호사, 『사법』(Die Justiz)지의 공동편집자의 1인이었으며 1938년 미국에 망명. 1944-51년까지의 미국의 Staatsdient, 1951년 이래 베를린에서 교수(51-59, Deutsche Hochschule für Politik; 63-67, Freie Universität Berlin).

그는 한국에 관한 저서도 남겼다. *Korea: Ein Wendepunkt im Völkerrecht?* (Schriftenreihe der Deutschen Hochschule f. Politik), Berlin, 1951. 이영재역, 한국에 관한 국제법상의 제문제, 법정논총(중앙대) 제6집 1958. 문헌은 최경옥, 미군정하의 사법부와 제헌헌법의 성립과정 —Ernst Fraenkel의 논평과 관련하여—, 공법연구 제34-2집 2005, 117-142면; 유진오, 민주정치에의 길, 일조각, 1975, 176면; 최종고, 법학을 통한 한독관계사, 한독법학, 제2호(1980), 97-99면 및 동인, 한국의 서양법수용사, 248-265면 참조.

22) 노블은 건국 초기의 우리 외교에도 많은 공헌을 하였다. H. J. Noble, *Embassy at War, Seattle* : Pergamon, 1975. 박실역, 이승만 박사와 미국대사관, 정호출판사, 1982 참조.



리(Pergler) 등이 법률문제에 관여하고 있었다. 이 중 프랭켈은 독일계 미국인으로 대륙법과 영미법 사이에 가교를 놓을 수 있는 인물이었다. 미군정청 정치교육과에서는 한국인에게 입헌주의와 민주주의를 계몽하기 위해서 『입헌정치개요』(1946년) 등 책자를 발간하였으며, 법령해석에 대한 의견집을 내기도 하였다.²³⁾

1948년의 제헌 국회는 우리 역사상 최초의 근대적 의미의 헌법을 제정하게 되었다. 이것은 우리 민족의 자주적인 독립의사와 미군정당국의 의사가 상호작용한 것이기 때문에 처음부터 영미헌법 특히 미국헌법의 영향은 예상되고 있었다.

그런데 제헌국회는 헌법기초위원회를 구성하여 兪鎮午氏案을 원칙으로 초안을 작성하였다. 그 내용은 양원제국회, 의원내각제, 위헌심사권을 법원에 부여한 것 등이었다. 의원내각제는 영미, 위헌심사권을 법원에 부여한 것은 미국의 제도를 의식한 것으로 보인다. 그러나 토의과정에서 이승만 박사의 의견에 따라 단원제 국회와 대통령제로 바뀌었다.²⁴⁾ 우리나라에 대통령제를 도입한데 대하여 미국의 헌법학자 칼 뢰벤슈타인(Karl Loewenstein, 1891-1973)은 「미국의 군정(미군정 측근의 한국인 일파와 함께)의 책임이며 의원내각제를 훨씬 좋아했던 지식에는 아무런 책임이 없다」²⁵⁾고 하였다.²⁶⁾ 그러나 이는 미군정보다는 이승만 박사개인의 영향이 더 컸다고 보겠다.

23) 미군정당국은 법률안 의견록을 발간하기도 하였다. Selected Legal Opinions of the Department of Justice, United States Army Military Government in Korea, 1948. 미군정기정보자료집 법무국·사법부의 법해석 보고서(1946.3-1948.8), 한림대학교 아시아문화연구소 자료총서 (23), 1997.

24) 유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980, 73면.

25) K. Loewenstein, The Presidency outside the United States: A Study in Comparative Political Institutions, Journal of Politics, XI (1949); ders., Der Staatspräsident, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 75 (1949), Heft 2. S. 129-192, in: Beiträge zur Staatssoziologie, 1961, S. 350. 김효전역, 비교헌법론, 교육과학사, 1991 참조.

26) 그는 한국의 대통령제를 신대통령제라고 명명하였다. K. Loewenstein, Political Power and the Governmental Process (Chicago: Chicago University Press, 1957 2nd ed. 1965) p.67; 김기범역, 현대헌법론, 78면; 김효전, 신대통령제의 비교법적 고찰, 서울대학교 대학원 법학석사 학위논문, 1970 참조.



한편 이념적인 면에서 한국헌법의 초안을 작성하는데 기여한 요인으로는 미국 헌법의 배후에 있는 정치사상의 영향이 컸다고 보겠다.²⁷⁾ 즉 독립선언, 버지니아 권리장전, 연방헌법의 전문, 그리고 링컨의 연설에 나타난 정치사상이 헌법초안 가운데 뚜렷이 내포되어 있으며, 전후 맥아더 점령군사령관에 의해서 제정된 일본국 헌법의 경우도 마찬가지였다.²⁸⁾

다음에 전통적인 대륙법, 즉 독일법의 절대적인 지배 하에 있던 일본법의 영향을 무시할 수 없다. 헌법기초자의 대부분이 일본 제국주의의 교육을 받은 인사들이기 때문에 자연히 헌법 전체의 구성이나 편별, 용어 등 형식면에서도 이른바 「명치헌법」과 유사한 것이 많았다. 따라서 내용면에서도 영미헌법에 대한 지식부족이 겹쳐서 영미헌법은 직수입할 수는 없었다.

또한 바이마르 헌법을 시초로 하는 유럽의 새로운 헌법의 경향도 많은 참고가 되었다. 특히 경제적 민주주의를 비롯하여 사회보장 등을 헌법에 규정한 것으로도 쉽게 알 수 있다.²⁹⁾

그밖에 새로운 국제질서의 근저를 이루는 UN 헌장도 참고가 되었다. 이와 같이 초안의 단계에서는 영미헌법을 그대로 移植하지 않고 대륙법과 절충 내지 혼합을 도모하고 있다.³⁰⁾ 특히 미군정은 2년 11개월 간의 업적 중 영장제도의 실시는 인신보호에 대한 한국민의 권리의식을 일깨워주는데 많은 공헌을 한바 있다.³¹⁾

27) Lawrence W. Beer (ed.), *Constitutionalism in Asia : Asian Views of the American Influence* (Berkeley : University of California Press, 1979), Introduction (pp.1-19).
佐藤功 監譯, *アジアの憲法制度*, 學陽書房, 1981; 김영호, *근대헌법상의 정치사상 고찰*, 울강 박일경박사화갑기념 공법논총, 1980, 15-43면.
28) 伊藤正己, *日本國憲法と英米憲法*, *ジュリスト 日本法と英米法の三十年*, 150-155면 所收.
29) 상세한 것은 김효전, *한국헌법과 바이마르 헌법*, *공법연구* 제14호, 1986, 7-48면 참조.
30) 김기범, *우리 헌법에 있어서의 영미법과 대륙법과의 교차*, *연세논총* 제10집, 1973, 334-353면.
31) 정영석, *대륙법·영미법의 양 체계와 현행 형사소송법의 기본구조*, 법무자문위원



2. 제3·4공화국 헌법과 미국헌법

1960년 4월혁명의 결과로 탄생한 제2공화국 헌법에서는 1949년의 서독 기본법의 영향을 많이 받아 민주적 기본질서, 의원내각제, 헌법재판제도 등이 도입된 반면에,³²⁾ 군사정부 하에서 국민투표로 확정된 1962년 12월 26일의 헌법에서는 미국 헌법의 영향을 받아서 기본권보장의 강화, 대통령제, 사법심사제 등을 규정하게 되었다. 또한 1972년에 제정된 이른바 유신헌법 또는 제4공화국 헌법에서도 역시 미국 헌법의 영향은 대통령제를 비롯하여 여전히 계속되었다.³³⁾ 특히 1962년 헌법의 제정에는 미국인 학자들도 헌법제정에 관여하기도 하였다.³⁴⁾

가. 기본권보장

먼저 인권보장에 관한 제도는 제헌 헌법 이전부터 있었다. 즉 미국 정당국은 군정법령 제176호를 발포하여 영장제도, 구속적부심사제, 피의자의 변호인의뢰권, 豫審制度의 폐지 등 인신보호에 관한 영미법 제도를 우리나라에 도입하였다.³⁵⁾ 미국의 주헌법은 별도로 하고 연방헌법에 나타난 규정과 유사한 것으로는 다음과 같은 것이 있다.

예컨대 적법절차의 보장(제11조 1항 = 연방헌법 수정 제52조), 자기에 불리한 진술의 강요금지(동조 2항 = 수정 제5조), 동일한 범죄

논설집, 제1집, 1978, 151-166면.

32) 기본법과의 관계는 김효전, 한국 헌법과 독일 기본법, 저스티스 제33권 2호, 2000, 88-108면 참조.

33) 포괄적인 연구는 안경환, 미국 헌법이 제3·4공화국 헌법에 미친 영향, 한국 헌법의 계보, 211-248면 참조.

34) 제3공화국 헌법요강에 대한 심의 때에 미국 Havard 大學의 Emerson 교수와 New York 대학의 Franz 교수가 자문격으로 참여하였다(문홍주, 한국헌법 1965년, 113면, 李錫濟, 제3공화국개헌 第68話 改憲秘史, 중앙일보 80년 6월 9일자). 이들은 헌법초안(보고서?)을 제출하였다고 전해지고 있다.

35) 김기범, 기본적 인권의 토착화, 연세논총 제5집.



에 대하여 거듭 처벌받지 아니하는 것(제12조 1항 = 수정 제5조), 신속한 공개재판을 받을 권리(제24조 3항 = 수정 6조), 구속적부심사제도(제11조 5항 = 수정 제1조 9항) 등이다. 특히 미국의 연방대법원의 판례는 우리나라는 물론 일본, 독일, 중남미에까지 영향을 주고 있다. 표현의 자유를 제약하는 「명백하고 현존하는 위협의 원칙」 등은 가장 대표적인 예라고 할 수 있다.

나. 대통령제

다음에 통치구조의 면에서는 대통령제를 계속 채택하고 있는데 몇 가지 문제점이 있다.³⁶⁾ 미국에서는 국회의원만이 법률안제출권이 있는데 반하여 우리나라는 정부도 법률안제출권이 있으며, 대통령(정부)의 법률안거부권이 인정된다. 이것은 모순되는 것 같이 보인다.

그 밖에 미국에서는 장관과 국회의원의 겸직이 금지되는데 우리나라에서는 허용되는 점, 부통령제가 없고 국무총리제도를 두는 점, 대통령선거에 선거인단제를 도입한 점 등을 들 수 있다. 유신헌법상의 대통령제는 프랑스 제5공화국 헌법을 모방하였다고 말하여지고 있으나 현행 헌법은 미국의 원형에 프랑스와 바이마르 공화국 헌법 등을 혼합하고 있다고 보겠다.³⁷⁾

다. 사법부

제3공화국에서 일반 법원에게 위헌법률심사권을 부여한 것은 완전히 미국의 판례헌법의 영향이다. 물론 미국식 사법심사제의 도입을 주장하는 의견은 제헌헌법 이전에도 있었지만,³⁸⁾ 법제도로서 실정법

36) 갈봉근, 현행 우리나라의 대통령제와 미국 대통령제와 비교고찰, 국회보 65년 7월호 참조.

37) 예컨대 대통령제를 채택하면서 국회해산제도를 두고 있다, 프랑스 제5공화국 헌법 제12조 및 바이마르 헌법 제25조 참조.

38) 미국식의 사법심사제의 도입을 주장하는 의견은 이미 제헌 전에도 논의되었다.



에 규정되기는 1962년 헌법이 처음이다.

기타 대법원을 헌법상의 기관으로 하면서 상급법원의 설치를 법률에 위임한 것(제101조 3항)도 미국헌법 그대로이다(수정 제3조 1절). 또한 미국적인 제도라고 할 수 있는 것으로 법원의 규칙제정권, 하급법원법관의 임기제, 법관의 탄핵제도 등도 미국형이라고 할 수 있다.

3. 제5·6 공화국 헌법과 미국헌법

박정희 대통령이 피살된 후 이른바 1980년의 서울의 봄의 혼란한 상황과 5.18 광주 사태를 거쳐 제정된 제5공화국의 헌법과 민주항쟁의 결과 탄생된 1987년의 제6공화국 헌법에서도 미국 헌법의 영향과 흔적은 여전히 깊게 각인되고 있다.

가. 행복추구권과 적법절차

제5공화국 헌법에서는 유신헌법에 대한 반동으로 기본권에서 개별 유보조항을 모두 삭제하였으며, 제9조에서 인간으로서의 존엄과 가치 외에 「행복을 추구할 권리」를 추가하였다. 이것은 잘 알다시피 J. Locke의 정치철학과 이를 근거로 한 미국의 독립선언서에서 유래한다. 즉 「모든 사람은 평등하게 창조되고 조물주에 의해서 일정한 박할 수 없는 권리가 부여되며 그중에 생명, 자유 및 행복의 추구가 포

즉 국회헌법기초위원회에서 결정한 헌법초안에 의하면 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판하도록 되어 있다.

이에 대하여 대법원의 법전편찬위원회(대법원장 金用茂)는 「민주주의국가임을 보장하기 위하여서는 그 삼권분립제도를 충실히 실현하고 있는 미국 연방헌법을 본보기로 하여 사법권은 일체 제한없이 환언하면 법률의 위헌심사권까지 법원에 부여하여 법원으로 하여금 護憲護法機關으로서의 임무를 수행하도록 함이 가장 적절하다고 사료하는 바이다」고 하면서 그 이유를 상세히 열거하고 있다. 月刊中央 75년 1월호 별책부록 光復 30年 重要資料集 318-320면에 수록.



함된다」는 것이다.

행복추구권은 일본국 헌법 제13조에서도 그대로 수용하였으며, 한국헌법의 경우에는 기본권의 체계와 구조에서 혼란을 초래하였다는 비판이 있다.³⁹⁾ 그 밖에 1980년의 헌법에서는 연좌제 금지, 사생활비밀보호, 환경권, 적정임금 보장조항 등이 새로 추가되었다.

한편 1987년의 헌법에서는 적법절차조항이 도입된 것이 미국 헌법의 영향을 크게 받은 것이라고 하겠다.

「적법절차」(due process of law)란 표현은 영국의 법제사에서는 마그나 카르타를 재확인하는 1354년의 의회제정법 제29조에서 발견되며, 마그나 카르타 제39조의 「국법에 의하지 아니하고는 체포 구금되지 아니하며…」에서의 “the law of the land”와 같은 말로 이해하기도 한다. 이처럼 정당한 법의 절차 내지는 국법에 의하지 아니하고는 권리와 자유를 박탈당하지 않는다는 관념은 식민지 시대의 아메리카 법제의 중요한 부분이 되었으며, 이후 미연방 헌법 수정 제5조와 제14조를 비롯하여 각주 헌법에 규정되게 되었다. 여기의 「국법」이란 관념의 내용은 특수한 영장으로부터 입헌주의에 이르는 포괄적인 구절이며, 생명, 자유 그리고 재산과 같은 실체법상의 권리보호뿐만 아니라 절차법상의 권리에까지 미치는 것이다.⁴⁰⁾

현행 헌법 제12조는 「누구든지… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다」고 규정하고 있다. 우리 헌법재판소도 「적법절차를 절차의 적법성뿐만 아니라 절차의 적정성까지 보장하는 것」⁴¹⁾으로 해석하고 있다.

39) 예컨대 권영성 교수는 「한국헌법의 전체계에 비추어 보거나, 행복추구권의 실체가 애매한 것이라는 점 등을 감안할 때, 인기만을 의식한 개헌 試案들의 무책임성과 무지의 일면을 드러낸 좋은 일례」(헌법학원론, 2009년판, 380면 주 4)라고 하였고, 허영 교수는 「우리 헌법 규정 중에서 체계적으로 가장 문제가 있는 규정이다. 너무나 당연한 사항을 규정함으로써 오히려 불필요한 의문만을 생기게 하기 때문이다」(허영, 한국헌법, 318면)고 한다.

40) L. W. Levy and K. L. Karst (eds.), Encyclopedia of the American Constitution, 2nd ed. New York: Macmillan 2000, p.828.



이 적법절차에서의 법은 실제적 절차적인 정당성을 의미하며 절차에서는 고지·청문 등 행정절차에도 적용된다.⁴²⁾

또한 미국 헌법상의 배심재판이 2008년부터 시행된 「국민의 형사 재판 참여에 관한 법률」의 제정과 관련하여 크게 주목을 받았다.⁴³⁾

나. 대통령제

대통령제는 1980년의 헌법에서도 그대로 유지되었으며, 다만 대통령은 유신헌법과 달리 대통령선거인단에 의해서 간접 선출토록 하였으며 임기는 7년 단임제로 하였다. 여기의 「대통령선거인단」도 역시 미국 헌법상의 선거인단(electoral colleges) 제도에서 유래하는 것이다.

그러나 한국의 대통령은 광범위한 비상조치권과 국회해산권을 가지기 때문에 미국의 대통령제와는 거리가 먼 것이다.⁴⁴⁾

그리하여 대통령간선제에 대한 불만은 1985년 총선에서 표면화되었으며, 헌법개정 즉 대통령직선을 요구하는 학생들과 야당의 요구에 의하여 이른바 6.29 선언에 의해서 대통령직선제로 바뀌게 된다.

1987년 헌법은 역시 대통령제를 채택하여 국민의 직접 선거에 의한 정부선택을 보장하였으며 아울러 5년 단임제를 도입하여 정권의 평화적 교체의 가능성을 열었다.

그러나 여소야대 하의 분할된 정부(divided government)로서 정치를 효율적으로 할 수 없었으며, 이후 의원내각제 개헌을 비롯하여 권력 분점형 대통령제, 이원적 정부제로의 개헌 등이 주장되었다.

41) 헌재 1993. 7. 29, 90 헌바 35, 헌법재판소 판례집 제5권 2집, 30면.

42) 이상규, 적법절차 - 행정절차에 있어서 재결을 중심으로 -, 한국공법학회, 한국에서의 미국헌법의 영향과 교훈, 249-272면.

43) 안경환·한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 집문당, 2005; 안경환, 미국 헌법의 배심조항, 미국헌법연구 제12호, 2001, 77-101면; 정만희, 미국의 배심제도 - 한국의 국민사법참여제도 도입방안에의 시사점 -, 공법연구 제35-1집, 2006.

44) 이상돈, 대통령제, 한국공법학회, 위의 책, 211면.



V. 한국에 미친 미국의 헌법 판례

미국의 헌법은 미군정시대의 영장제도로부터 대한민국 헌법에서의 기본권과 대통령제에 커다란 영향을 미쳐왔다. 실정법상의 제도적인 특색은 간단하게 비교 내지는 검토할 수 있으나 미국 헌법의 특색을 이루는 판례법의 영향 내지 섭취는 학설과 판례가 교차하는 간단한 문제가 아니므로 몇 가지 문제점에 한정하여 보기로 한다.

1. 판례법의 연구 성과

일찍이 미합중국 연방대법원 판사 Charles Evans Hughes는 “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”라고 말했듯이, 미국 헌법을 올바르게 이해하기 위해서는 법관이 말한 판례를 읽지 않으면 안 된다. 그러나 대륙식의 성문헌법을 가진 국가에서 판례법의 존재와 의미는 영미와는 달리 과소평가를 받게 마련이다.

미국의 헌법 판례는 50년대부터 문홍주(1918-2008) 교수에 의해서 일부 소개되기 시작하였다. 처음에는 부산대학교 『법학연구』지에 미 연방대법원의 판례를 평석하였고 이를 정리하여 『기본권 인권연구』라는 제목으로 1965년 법문사에서 단행본으로 출간하였다.

이어서 속편이 1976년 성균관대학교 출판부에서, 1991년 해암사에서, 2002년 유풍출판사에서 『미국 헌법과 기본적 인권』으로 확장되어 2001년도 미국 연방대법원의 판례까지 수록하고 있다.

그는 1956년에는 『미국 헌법론』이란 단행본도 출간하여 이론과 실재를 모두 체계적으로 한국에 소개한 최초의 학자가 되었으며, 이후 미국헌법연구소를 개설하여 이사장으로서 재직하면서 『미국헌법연구』



라는 학술잡지를 펴내었다.

60년대와 70년대에는 미국 Harvard 대학에서 연구하고 귀국한 김철수 교수에 의해서 미국의 법학교육을 비롯하여 헌법 판례가 체계적으로 소개되기 시작하였다. 그는 서울대학교 대학원과 사법대학원에서 선거구획정, 기본권의 사인간의 효력, 신체의 자유, 언론의 자유 등에 관한 헌법 판례를 연구하여 1969년 『헌법학연구』를 상재하였다. 계속하여 김철수 교수는 『판례교재 헌법』(법문사, 1975) 속에서 미국의 헌법 판례를 정리하였으며, 새로운 판례는 그 후 안경환 교수와 공편으로 『판례교재 헌법 II[증보판]』(법문사, 1992)를 펴내었다. 그는 미국 판례뿐만 아니라 한국의 헌법 판례도 매년 교과서에 수록하여 상세하게 소개한 바 있다.⁴⁵⁾

그 밖에도 많은 연구자들에 의해서 활발하게 미국의 헌법 판례가 단행본과 논문으로 알려지게 되었다.

1981년대에는 김효전이 서울대학교에 제출한 학위 논문 「미국의 위헌법률심사제가 일본과 한국에 미친 영향」에서 미국의 헌법 판례를 비교 분석하였다.

그 밖에 대표적인 문헌을 발간 순서대로 열거하면 다음과 같다.

- 에이브러햄, 윤후정 옮김, 기본적 인권과 재판: 미국 대법원 판례, 이화여대출판부, 1992; J. D. 조세프, 서울대학교 미국헌법연구회편 역, 재앙의 월요일: 사상 최악의 판결들, 교육과학사, 1992; 장호순, 미국 헌법과 인권의 역사, 개마고원, 1998; 장호순, (신판) 미국헌법과 인권의 역사: 민주주의와 인권을 신장시킨 명 판결, 개마고원, 2007; 박승옥, 미란다 원칙=Mirand Rule, 법수레, 2007; 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008; 정상환, 검은 혁명, 지식의 숲, 2010 등.

45) 상세한 것은 김효전편, 헌법정치 60년과 김철수 헌법학, 박영사, 2005 참조.



그 밖에 각종 법률 전문 잡지에 소개된 판결은 하나하나 열거하기도 어려운 형편이다. 중요한 문헌 중 몇 가지만 열거하기로 한다.

- 정연주, Marbury v. Madison 판결의 재조명, 공법연구 제32-3집, 2004.
- 임지봉, 명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유, 공법연구 제34-4-1집, 2006
- 임지봉, 명백·현존하는 위협의 원칙과 우리나라에서의 적용실제, 세계헌법연구 제12권 2호, 2006
- 서주실, 명백하고 현존하는 위협의 원칙, 고시계

2. 중요 판결과 언론의 보도

미국의 헌법 판례 중 국내에 소개된 것 가운데 중요한 것 몇 가지와 함께 언론에 소개된 미국 연방대법원에 관한 보도 몇 가지를 참고로 열거하여 우리나라에서의 관심사의 일단면을 보기로 한다.

- (1) 60년대 Baker v. Carr(1962). 이 사건에서 연방대법원은 처음으로 선거구획정은 「정치문제」가 아니라고 판시하였다.⁴⁶⁾ 이로써 「정치문제」⁴⁷⁾와 「사법자제의 이론」⁴⁸⁾ 등이 소개되기 시작하였다.
- (2) New York Times Co. v. Sullivan(1964). 언론의 자유.⁴⁹⁾ 특히

46) 김철수, 선거구인구불균형과 평등원리, 법정 1976년 8월호 및 동인 현대헌법론, 박영사, 1979, 324-332면.

47) 안경환, 미국 헌법상 '정치적 문제'(Political Question), 목촌 김도창 박사고회기념 논문집 한국공법의 이론, 1993.

48) 이상경, 헌법적 쟁점에 대한 판단자제의 원리 - 미국 연방대법원의 위헌성·위법성 통제의 구별 -, 공법연구 제38집 4호, 2010, 1-26면.

49) 이태로, 언론 출판의 자유와 공무원에 대한 비평의 한계, 서울대 법학 제9권 1호 1967.



「실질적 악의」(actual malice)의 이론은 커다란 반향을 불러 일으켰다.⁵⁰⁾

- (3) 70년대에는 *Furman v. Georgia*(1972). 사건에서 사형제도의 위헌성⁵¹⁾이 크게 문제가 되었다. 일본에서는 존속살인 가중처벌 규정이 평등권과 관련하여 논란되었다.
- (4) *Roe v. Wade* (1973). 낙태 판결.⁵²⁾ 이 판결은 1975년의 독일 연방헌법재판 소의 판결과 함께 한국에도 널리 알려지게 되었다.
- (5) *United States v. Nixon* (1974). 도청⁵³⁾
- (6) 1981년 10월. 미국의 사법부 역사 191년 만에 최초의 여성 대법관인 *Sandra Day O'Connor*가 탄생하였다. *Reagan* 대통령이 지명하였으며 한 국에서도 각종 언론 매체에서 크게 보도되었다.⁵⁴⁾ 한국에서는 이영란 여성 대법관이, 전효숙 헌법재판소 재판관이 최초의 영광을 누리게 되었다.⁵⁵⁾
- (7) 표시열, 청소년 기본권의 중요과제 — 미국 연방대법원의 중요

50) 예컨대 손태규, 한국의 상당성 법리와 미국의 현실적 악의 법리의 차이 — 미국의 상당한 믿음 기준, 주의태만 기준과의 비교를 중심으로 —, 공법연구 제38집 4호, 2010, 79-106면; 손태규, 현실적 악의 규정에 대한 인식과 판단 — 한국 법원과 외국 법원의 비교 연구 —, 한국언론학보 제49권 1호, 2005; 염규호, 공직자와 명예훼손 — 미국 언론법의 ‘현실적 악의’를 중심으로 —, 언론중재 제91호, 2004; 배병화, 공익보도에 의한 명예훼손과 면책사유 — 상당성 이론과 현실적 악의 이론을 중심으로 —, 민사법연구 제13집 1호, 2005; 배금자, 공직자의 명예훼손 소송과 그 법리, 언론중재 제83호, 2002; 배금자, 보도와 명예훼손, 대안적 검토 — 한·미간 비교를 중심으로 —, 언론중재 제70호, 1999; 김옥조, 미디어 법, 커뮤니케이션스북스, 2009 등.

51) 문홍주, 기본적 인권연구, 483-493면; 동인, 미국의 사형제도의 위헌성, 공법연구 제4집 1976; 동인, 미국에 있어서의 사형의 위헌성 시비, 헌법연구 제4집 1979.

52) 김운용, *Roe v. Wade*의 의미, 미국헌법 창간호; 최희경, 낙태절차규제의 위헌성 여부에 관한 연구 — 미 연방대법원 판례를 중심으로 —, 헌법학연구 제13권 3호, 2007, 581-612면; 이종근, 낙태규제이론의 최근 동향 — *Gonzales v. Carhart* (2007) 판결을 중심으로 —, 헌법학연구 제15권 35, 2009, 391-422면 참조.

53) 김철수, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), 서울대 법학 제16권 1호, 1975.

54) 예컨대 주간조선 1981년 8월 9일자 및 여성동아 1981년 8월호.

55) 김경제, 헌법재판소장 및 헌법재판관 후보자 지명권 — 전효숙에 대한 지명권 행사를 중심으로 —, 헌법학연구 제14권 1호, 2008, 295-326면 참조.



- 판례 분석과 한 국에서의 의미를 중심으로 —, 청소년연구정보 자료 (92), 1992, 129-152면.
- (8) 김성수, 음란성(Obsecenity)에 관한 미국 판례의 입장. Miller v. California 사건 미 대법원 판결을 중심으로, 인권과 정의 1994년 9월호
- (9) 양건, 표현의 자유에 관한 미국 연방대법원 판례의 근래의 경향, 공법연구 제 24-3집, 1996.
- (10) 도회근, State Action 이론과 기번권의 제3자적 권리, 울산대 사회과학논집, 1996.
- (11) 조소영, 엘리(JOHN H. ELY)의 이단이론에 관한 고찰 — 미국 연방대법원 판결을 중심으로 —, 공법연구 제30-1집, 2001; 동인, 광범위성 원칙(the Overbreadth Doctrine)의 헌법적 의미와 기능에 대한 일 고찰, 공법연구 제35-4집, 2007, 515-544면.
- (12) 성선제, 브렌넨(Brennen)의 자유주의 헌법관, 공법연구 제31-3집, 2003.
- (13) 박승호, 미 연방대법원과 적극적 평등실현조치, 헌법학연구 제 12권 3호, 2006, 287-337면.
- (14) 허순철, 언론의 자유와 통신비밀 — ‘안기부 X 파일’ 사건과 미국 연방대법원 판례와의 비교를 중심으로 —, 헌법학연구 제 13권 3호(제2책), 2007, 663-698면.
- (15) 정태욱, 민주주의와 법치주의의 관계에 대한 한 시론 — 미국의 노예제 폐지의 헌정사를 중심으로 —, 서울대 법학 제49권 3호, 2008
- (16) 이우영, 미국의 위헌심사기준으로서의 ‘이중기준’(Double Standard), 서울대 법학 제50권 1호, 2009
- (17) 전중익, 미국 헌법상 명확성 원칙(void for vagueness) 심사 — 미국 연방최 고법원 판례를 중심으로 —, 서울대 법학 제50권 1호, 2009.



- (18) 김현철, 미국 연방대법원의 평등심사에 대한 방법론적 기초와 심사기준의 변화, 공법연구 제37집 3호, 2009, 137-164면.
- (19) 운영미, 형사피해자의 재판절차진술권에 대한 헌법적 고찰 — 미국에서의 논의를 참조하여 —, 헌법학연구 제15권 4호, 2009, 329-366면.
- (20) 강승식, 대통령의 공무원 임명에 대한 의회의 견제 — 미국 헌법상 공무원 임명권 조항을 중심으로 —, 공법연구 제38집 1호 2권, 2009, 1-24면.
- (21) 지난 2009년 6월 오바마 대통령은 푸에르토리코 출신의 히스패닉계 여성인 소냐 소토마요르(S. Sotomayor)를 대법관으로 지명하였다. 이로써 9인의 대법관 중 흑인 클라런스 토마스(C. Thomas)와 함께 2명의 소수계 유색인종이 차지하게 되었다. 한국에서는 단순히 미 연방대법원의 구성에 관심이 있는 것이 아니라 이제는 한국계 대법관이 나올 때도 되지 않았는가 하는 관점에서 미국의 소식을 보도하기도 한다.⁵⁶⁾
- (22) 오바마 대통령은 2010년 4월 최고령인 존 폴 스티븐스(J. P. Stevens) 대법관이 사임의사를 밝히면서 취임 후 두 번째 대법관 지명권을 행사하게 되었다.⁵⁷⁾ 현재 유력 후보로는 하버드대 로스쿨 학장을 지낸 엘리나 케이건(E. Kagan) 법무차관 등 온건파들이 거론되고 있다.
- (23) 최근의 미 연방대법원의 판결이 일간지에 보도된 것으로는 지난 6월 28일 「주나 시 정부는 개인의 총기 소유를 규제할 수 없다」는 것이다. 미 대법원은 2008년에도 「미국인 개인은 총기를 소유할 헌법적 권리가 있다」며 연방 정부의 개인 총기 규제를 금지했는데, 이번에는 이를 모든 주와 도시로 확대한 것이다.⁵⁸⁾

56) 조선일보 2009년 6월 9일자.

57) 조선일보 2010년 4월 12일자.



예전과는 달리 일간지에서도 미국의 사법부, 특히 연방대법원의 구성이나 판결에 관심을 가지는 까닭은 연방대법원이 국가의 중요 쟁점에 관한 최종 심판자로서 정책결정권을 가지기 때문이다. 또한 연방대법관은 종신제이기 때문에 자리가 빌 때마다 보수와 진보 양 진영이 격돌한다.

따라서 9인의 대법관들이 어떤 성향을 보이느냐는 미국뿐만 아니라 미국의 직접 간접적인 영향을 받고 있는 한국과 동맹국들에게도 중요한 관심사가 되지 않을 수 없는 것이다.⁵⁹⁾

끝으로 지난 2009년부터 실시된 Law School(법학전문대학원)은 명칭부터 미국의 법학교육을 그대로 우리나라에 도입한 것이다. 이 문제는 또 다른 큰 문제이기 때문에 여기서는 생략하기로 한다.⁶⁰⁾

VI. 결 론

이상으로 미국의 헌법이 한국에 미친 영향에 관하여 역사적인 시각에서 헌법의 이념과 사상, 법제와 판례의 면에서 간단하게 살펴보았다. 여기서 보듯이 흔히 말하는 영미법의 전통 중 영국의 헌법이론은 판례 등 유연성 있는 전통과 경험을 기초로 한데 반하여 미국은 성문헌법을 중심으로 연방대법원의 판례로써 성문법의 고정성을 극복하고 있다.

한국의 입장에서 볼 때 미국의 헌법은 기본권의 분야에서는 연방대법원의 판례가 헌법이론적으로나 해석면에서 크게 영향을 미쳤으

58) 조선일보 2010년 6월 30일자.

59) 강승식, 미국 연방대법원 대법관의 임명절차, 공법연구 제35-2집, 2006.

60) 로스쿨 도입에 대한 공법학의 대응은 공법연구 제36-1집, 2007에 수록된 논문들을 참조.



며, 권력구조면에서는 대통령제를 기본 골격으로 유지하면서 여기에 국무총리제를 가미한 「한국식」대통령제도 이미 정착단계에 와 있다고 보겠다.

미국 연방대법원의 판결뿐만 아니라 대법관이나 대법원장의 변동 등에 관한 문제가 한국의 언론에서도 관심사가 되고 있다는 사실은 미국 헌법이 단순히 헌법이론적인 연구의 대상을 넘어서 한국인의 법생활에도 직접 간접으로 영향을 미치고 있다는 증좌의 하나가 되고 있다. 물론 미국 헌법 이외에도 독일을 비롯하여 프랑스와 일본 등 대륙법의 전통에 입각한 국가들의 법제와 학설도 여전히 깊은 영향을 미치고 있다는 사실을 과소평가해서는 안 될 것이다. (2010. 7. 15)

[미국 헌법학에 관한 주요 문헌]

미국 헌법학에 관한 국내의 중요한 연구 업적을 저서, 번역서, 그리고 박사 학위논문에 한정하여 정리해 보기로 한다.

(1) 저 서

- 50년대의 저술로는 박은하, 미국헌법대의, 1954; 문홍주, 미국헌법론, 1956 등을 들 수 있다.
- 60년대에는 미국의 헌법판례를 연구한 문홍주, 기본적 인권연구, 법문사, 1965; 증보 신판 『미국 헌법과 기본적 인권』유풍출판사, 2002가 대표적인 저술이다.
- 80년대에는 이상돈, 미국 헌법과 연방대법원, 학연사, 1983; 안경환, 미국 법의 이론적 조명, 고시계사, 1986; 정만희편, 미국의 헌법과 권력구조, 법문사, 1988; 한국공법학회편저, 미국 헌법과 한국헌법, 대학출판사, 1989; 김지영, 시민과 대통령: 미국의 인권과 자유와 헌법, 지식산업사, 1990; 정진홍, 적법절차의 원리와 적용론, 청우문화사, 1993; 변정일, 미국 헌법과 아시아 입헌주의, 고시연구사, 1995; 장호순, 미국 헌법과 인권의 역사, 개



마고원, 1998; 서울대학교 미국학연구소편, 미국사회의 지적 흐름: 법, 서울대출판부, 1999 등이 있다.

- 2000년대에는 정경희, 중도의 정치: 미국 헌법 제정사, 서울대 출판부, 2001; 문홍주, 미국헌법과 기본적 인권, 유평출판사, 2002; 강승식, 미국에서의 권력분립원리, 한국학술정보, 2005; 박홍우, 미국헌법, 사법연수원, 2006; 윤명선, 미국헌법과 통치구조, 유스북, 2006; 주한미국대사관 공보과편, 살아있는 미국 역사와 민주주의 문서, 2006; 강승식, 미국헌법학 강의, 궁리, 2007; 장호순, 미국헌법과 인권의 역사: 민주주의와 인권을 신장시킨 명판결, 개마고원, 2007; 조지형, 헌법에 비친 역사: 미국 헌법의 역사에서 우리 헌법의 미래를 찾는다, 푸른역사, 2007; 박승욱, 미란다 원칙 = Mirand Rule, 법수레, 2007; 이노홍, 미국헌법상 기본권효력, 홍익대학교출판부, 2007; 윤명선, 미국입헌정부론, 경희대학교 출판국, 2008; 등이 있다.

(2) 번역서

- 50년대에 나온 번역서로는 W. 세이어, 김동석역, 미국정부개론, 민중서관, 1954; 미국무성편, 김증한역, 미국의 헌법과 정치, 위성문화사, 1955; B. F. 라이트, 문홍주역, 미국헌법발달사, 문교부, 1957; E. S. 그리피스, 조효원역, 미국정부형태론, 을유문화사, 1957; 국회민원의원의원사무처, 의회운영에 관한 제퍼슨의 교재(상)(하), 1956; 등, 미국하원규칙, 민의원사무처, 1956 등이 있다.
- 60년대에는 E. S. 코윈, 엄민영·이경호·김치선 공역, 축조 미국헌법—그 현대적 해석—, 수도문화사, 1960; 칼 반 도렌, 안일역, 미국헌법제정사, 인물계사, 1960; 데이비드, 김기범역, 피고인의 권리, 수도문화사, 1960; 랄프 H. 가브리엘편, 김성복역, 연방주의론: 미국헌정의 기초이론, 을유문화사 구미신서(35), 1960; 프리드리히·맥클로스키, 서주실역, 미국헌법의 기초이론, 박영문고, 1961; 더글라스, 이종극역, 국민의 권리, 을유신서, 1961; 프리드리히, 윤천주 옮김, 오늘의 입헌정치, 문교부·대한교과서, 1962; 코윈, 김남진역, 정부에 대립한 자유, 법문사, 1962; A. D. 토크빌, 이영범역, 미국민주주의론(상)(하), 사상문고(41)(42), 1963; 토마스 페인, 길현모역, 페인 정치논집, 사상문고, 1963; 법무부 법무국, 미국의 주헌법, 1963(법무자료 제33집); 소울 K. 파도버, 양호민역, 민주주의의 이념, 탐구당, 1964; 휴턴, 박권상·고명식역, 근대국가와 언론의 자유, 을유신서, 1965; 머킬웨인, 김준환역, 헌법과 정치, 법문사, 1965 등.



- 70년대에는 토마스 페인, 이가형역, 상식·인권론, 을유문화사, 1972; 프리체트, 양승두·최양수 공역, 미국헌법제도론, 박영사, 1975; 로시터, 김정길역, 현대 대권정치론, 대원서적, 1976 등.
- 80년대에는 제임스 M. 번즈, 권영성감수, 미국형 대통령제, 법문사, 1983; 콕스, 양승두·최양수 공역, 미국의 법원과 정치, 학연사, 1983; 올프·필립스, 박원영·정만희공역, 비교헌법론, 동아대출판부, 1984; 김만선 해설·역, 프랭클린·해밀턴·제퍼슨, 세계사상대전집 대양서적, 1984; 프리드리히, 박남규역, 헌법의 정신, 법문사, 1987; 프리드리히, 최대권역, 입헌적 국가이성, 동성사, 1987; 배런, 김병국역, 누구를 위한 언론 자유인가? 고시계, 1987; 윌리엄 더글라스, 안경환역, 반대의 자유, 대학출판사, 1988; 마이클 카멘, 조한중 옮김, 저절로 돌아가는 기계: 미국 문화에 있어서 헌법, 정음사, 1989 등이 있다.
- 90년대에는 메크렐린, 변정일 옮김, 자유, 질서, 그리고 정의, 범양서적, 1992; 에이브러햄, 윤후정옮김, 기본적 인권과 재판: 미국 대법원 판례, 이화여대출판부, 1992; J. D. 조세프, 서울대학교 미국헌법연구회편역, 재앙의 월요일: 사상 최악의 판결들, 교육과학사, 1992; 해밀턴·매디슨·제이, 김동영 옮김, 페더럴리스트 페이지, 한울 아카데미, 1995; 린즈·바렌주엘라, 신명순·조정관 공역, 내각제와 대통령제, 나남출판, 1995; 러셀 갤러웨이, 안경환 옮김, 법은 누구 편인가, 교육과학사, 1995; 볼 우드워드스콧 암스트롱, 안경환 옮김, 판사가 나라를 잡는다 — 연방대법원비사 —, 철학과학실사, 1995 및 판사가 나라를 살린다, 1996; 로렌스 트라이브-마이클 도르프, 허순철 옮김, 헌법해석론, 행법사, 1996; 제임스 M. 뷰캐넌, 공병호·조창훈 역, 헌법적 질서의 경제학과 윤리학, 자유기업센터, 1996; 찰스 A. 비어드, 양재열·정성일 옮김, 미국 헌법의 경제적 해석, 신서원, 1997; F. 하이에크, 김균 옮김, 자유헌정론, 자유기업센터, 1997(전2권); 반도렌, 박남규역, 미국 헌법, 1997; 알렉시스 드 토크빌, 임효선·박지동 옮김, 미국의 민주주의 I, II, 한길사, 1997; A. 토크빌 원저, 윤지근 편저, 다시 보는 미국의 민주주의, 신원문화사, 2009; 버나드 베일린, 배영수 옮김, 미국 혁명의 이데올로기적 기원, 새물결, 1999; 로버트 달, 조기제 옮김, 민주주의와 그 비판자들, 문학과지성사, 1999 등이 발간되었다.
- 2000년대에는 칼 반 도렌, 박남규 옮김, 미국 헌법을 만든 사람들의 이야기, 흥익출판사, 2000; 로버트 달, 박상훈·박수형 옮김, 미국헌법과 민주주의, 후마니타스, 2004; 토마스 페인, 박홍규 옮김, 상식·인권, 필맥,



2004; 멜빈 I. 우로프스키, 박강순 옮김, 국민의 권리: 개인의 자유와 권리 장전, 미국 국무부 발행, 2004; 이병규역, 미국헌법과 민주제도, 세종출판사, 2005 (阿部竹松, アメリカ憲法と民主制度, 2004); 존 하트 일리, 전원열 옮김, 민주주의와 법원의 위헌심사, 나남, 2006; 로렌스 M. 프리드만, 안경환 옮김, 미국법의 역사, 청림출판, 2006; 로버트 하그리브스, 오승훈 옮김, 표현의 자유의 역사, 시아출판사, 2006; 노와크 외, 이부하역, 표현의 자유와 미국 헌법, 한국학술정보, 2007 등. 리처드 엘리스, 최두영역, 직접참정제도 — 민주주의의 허상인가? 미국의 주민발안제도 현장, 아르케, 2008; 윤용희, 미국의 대통령선거, 살림출판사, 2008; L. 샌디 메이젤, 정의길 옮김, 미국인도 잘 모르는 미국 선거 이야기, 한계레출판, 2010;

(3) 학위논문

미국 헌법에 관련된 테마로 학위를 받은 사람과 논제는 다음과 같다.

- 70년대에는 양건, 미국 헌법상 대외문제에 관한 대통령, 의회, 및 법원의 권한관계, 서울대, 1979 정도이다.
- 80년대에 와서는 김효전, 미국의 위헌법률심사제가 일본과 한국에 미친 영향, 서울대, 1981; 정연철, 미국 대통령선거제도에 관한 연구, 부산대, 1986; 김한성, 언론·출판의 자유의 현대적 기능과 법적 통제에 관한 연구 — 미국 헌법 수정 제1조의 해석과 적용을 중심으로 —, 연세대, 1987 등이 있다.
- 90년대에는 유정복, 미국 헌법상 적법절차에 관한 연구, 원광대, 1990; 정정부, 미국 헌법상의 대통령직 교체에 관한 연구, 동아대, 1990; 김영환, 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)에 관한 연구, 영남대, 1991; 이동훈, 언론자유와 현대적 기능에 관한 연구 — 미국의 액세스권을 중심으로 —, 성균관대, 1991; 김규정, 미국 연방의회의 거부권에 관한 연구, 경희대, 1993; 라경균, 미국 헌법상 평등보호에 관한 연구, 영남대, 1993; 지규철, 미국에서의 정교분쟁에 관한 연구, 고려대, 1993; 이태훈, 미국 헌법에 있어서 적법절차법리의 변천에 관한 연구, 경희대, 1994; 박경, 헌법소송에 있어 당사자적격확대이론의 연구 — 미국 판례법상 Standing이론을 중심으로 —, 동국대, 1996; 차강진, 미국의 사법심사제와 헌법해석, 부산대, 1997; 이금옥, 미국의 입헌주의에 관한 연구, 1997 등이 있다.
- 2000년대에는 이병규, 토마스 제퍼슨의 헌법사상, 동아대, 2010 등.



이상과 같은 연구업적 외에도 1990년에는 미국헌법연구소(이사장: 문홍주)가 설립되어 지난 90년 『미국헌법연구』 창간호를 발간한 이래 현재까지 활발한 활동을 하여 미국 헌법 연구에 크게 기여하고 있다.



미국의 Pretrial Discovery - 그 영향과 대책을 중심으로 -

李 時 潤
변호사

I. 머리에

미국의 민사소송제도는 원고의 소장제출(complaint), 피고의 답변(answer)에 이어 원고의 재답변(reply)으로 속행되는 소답(pleading) 절차가 끝나면 예외적인 경우를 빼고는 pretrial discovery인 공판전 개시절차에 들어가고, 이에 의한 쟁점정리 후에 배심원(juror) 참여의 공판(trial) 절차가 열린다. 이 절차에서 당사자는 자기에게 유리하던 불리하던 갖고 있는 정보·증거를 모두 공개하여야 하고, 자기에게 증거제출책임이 있던 없던 가진 증거를 모두 내어놓아야 한다는 점에서 당사자 서로간의 정보공유제도라고 하며 또 포괄적 정보공개 의무도 라고도 한다. 이러한 정보증거공개는 법원의 개입 없이 당사자의 대리인인 변호사 주도하에 이루어진다는 점에서 당사자주의(adversary model)의 표징으로서 증거조사가 법관주도하에 이루어지는 대륙법계의 직권주의(inquisition model)와는 대조를 이루고 있다.

미국소송제도의 대표적인 특징인 이 제도는 세계 각국의 관심사가 되고 자국에 도입문제가 화두임은 널리 알려진 사실이다. 우리나라에 미국의 discovery에 대한 많은 논문이 발표되고 이를 학위논문으로



한 예도 있다.

여기에서는 이 제도의 상세한 내용의 소개보다 그 개요와 문제점, 대륙법계에 영향 그리고 우리나라에 영향과 평가, 나아가 우리의 대응방안의 제시로 글을 맺고자 한다.

II. pretrial discovery의 내용

당사자끼리 청구와 항변에 관한 정보를 서로 교환토록 하고 공판(trial)을 준비하기 위하여 고안된 이 절차는 1938년 제정된 미국연방 민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 FRCP라 한다)에서 제도화 되었다는 것이다. 그 이전에는 소답단계에서 이와 같은 절차가 행하여 졌다는 것이다. FRCP를 중심으로 그 내용을 살펴 나간다.

1. discovery의 방법

여기에는 크게 과거에서부터 있었던 요구개시(discovery request)와 최근에 생긴 당연개시(disclosure) 두 가지로 나뉜다.

가. 당연개시

이는 양 당사자가 상대방 당사자의 요구 없어도 당연히 청구나 항변을 뒷받침 하는데 쓰일 증인 등 개인을 특정하고 문서의 사본을 공개하여야 하는 것으로 의무개시(mandatory disclosure)라고도 한다. 이것은 뒤에 요구개시에 의하여 보충 될 것이지만 우선 사건 심리의 초장에 당사자간에 기본적인 정보교환의 촉진을 위해 고안되었다. 그러므로 요구개시에 의한 정보공개 부담을 줄이는 방안이다. 1993



년 FRCP 개정 시에 도입하여 2000년에 다시 수정하였다. FRCP 26(a)에 규정한 바로서, 다음 3가지가 있다. 위 3가지 모두 당사자가 서면으로 서명하고 송달을 요한다.

(1) 초기개시(initial disclosure, 동 (a)(1))

법원의 명령이 없어도 상대방 당사자의 discovery 요구를 기다릴 것 없이 상대방 당사자에게 다음과 같은 것을 제공하여야 하는 것이다.

- i) 자기주장, 항변을 뒷받침 하는 정보를 가진 인물의 성명, 주소 나 전화번호 등. 단, 오직 탄핵용이라면 제외된다.
- ii) 자기 청구나 항변을 뒷받침하는 소지관리의 문서, 전자정보, 유체물의 사본 등
- iii) 손해배상 사건에서 자기가 배상을 요구하는 손해의 명세나 그 밖의 증거자료
- iv) 판결이 나면 그 전부 또는 일부를 책임져줄 보험회사와의 보험계약서 등이다.

이와 같은 개시는 원칙적으로 discovery에 대한 계획을 세우는 당사자 회합(conference of parties) 후 14일 내에 행하지 않으면 안 된다.

(2) 전문가 증언의 당연개시(disclosure of expert testimony, 동 (a)(2))

앞으로 법정 공판에서 전문가로서 증언 할 전문가에 관한 정보를 보고서(report)를 작성하여 당연개시를 하는 것이다. 당해 전문가의 의견과 그 근거, 당해 전문가의 전문성에 관한 정보와 업적, 다른 사건에서 전문가 증언을 한 정보나 그가 전문가 증언 때문에 받게 될 보수 등이다. 이것은 원칙적으로 공판 기일의 90일 전까지 하여야 한다.



(3) 공판 전의 당연개시(pretrial disclosure, 동 (a)(3))

이것은 당사자가 공판에서 쓸 증거(evidence)에 관한 정보를 공개하는 것으로서 증인의 성명 및 서증이나 제출 할 물증에 관한 정보를 상대방 당사자에게, 그리고 신속하게 법원에 제시하는 것이다. 공판 30일 전까지 행하여야 한다. 공판정에서 증언녹취를 사용하는 문제나 서증 증 물증의 증거능력에 대하여는 상대방은 이러한 개시 후 14일 이내 이의를 제기할 것을 요한다.

나. 요구개시

이것은 당사자의 요구(request)에 의하여, 상대방 당사자나 제3자가 이에 응하게(response)되는 개시로서 원래부터 있었던 것이며, 다음의 5가지이다.

(1) 증언녹취(deposition)

소제기 전에 증거보전을 위하여 법원의 명령에 의하여 행하는 것도 있으나(FRCP 27), 일반적으로는 소송개시 이후에 일방 당사자가 법원의 허가를 얻을 필요없이 당사자를 포함하여 제3자를 구술에 의한 증언녹취를 원할 때에 상대방 당사자에게 서면통지하여 시작된다. 당사자 사이에 deposition를 하는데 합의를 보지 못하였으면 법원의 허가를 요한다. 불러내는 당사자나 제3자는 변호사 사무소 등에 녹취 증인(deponent)으로 소환되어 선서시키고 요구한 당사자나 변호사가 구술로 직접신문, 상대방 당사자측의 반대신문으로 교호신문을 행하고 그 내용을 서면이나 비디오 테이프 등에 기록해 두는 것이다. 이것이 이른바 FRCP 30의 oral deposition으로, discovery 중에서 가장 유용하지만 비용이 많이 드는 방법이다.

법원이 지명한 관리가 선서를 시키고 기록관리 담당을 하며 동석하지만 법관이 관여하지 아니한다. 따라서 증언녹취 과정에서 이의가



제기되어도 이의를 기록에 남길 뿐으로, 뒤에 법원이 이에 당부에 대한 판단을 하게 되어 있다. 녹취증인의 출석을 강제하기 위하여 법원 명의로 소환장(subpoena)이 발부되며, 그럼에도 출석을 거부하는 경우에는 법정모욕(contempt of court)으로 처벌을 받게 된다.

oral deposition에는 비용이 많이 드는 문제가 있다. 변호사비, 증인 비용, 기록화 비용 등 원거리의 증인에 대해 증언녹취가 행해지면 당사자와 그 변호사의 여비, 숙박비가 첨가 될 수 밖에 없다. 케이스에 따라서는 여러 날에 걸쳐 deposition이 행하여질 수도 있어 증인을 곤혹스럽게 할 수 있으므로 2000년 연방민소규칙의 개정으로 한번 deposition을 하는데 하루 7시간으로 제한하였다(FRCP 30(d)(1)). 증언 녹취 건수도 원칙적으로 10건까지로 제한된다. 원고측이 deposition 요구를 하는 경우에는 피고측에 그 절차가 통지된 뒤 보통 20-30일이 경과된 뒤라야 하기 때문에 반대신문준비에 충분한 시간이 있다.

FRCP 31에는 written deposition을 규정하고 있다. 이 절차를 요구하는 측이 미리 상대방 변호사에게 신문사항을 만들어 보내면, 다음 차례로 상대방은 반대신문사항을 보내 대응한다. 그 다음에 증언녹취 대상자가 법원기록관 앞에 출석하여 준비된 신문사항에 답변하게 되는데 답변은 녹취되며 녹취증인은 여기에 서명하고 선서하여야 한다. 이 제도의 주된 이점은 위의 oral deposition 보다 비용이 덜 들어 먼 거리 증인일 때 특히 좋다. 미리 보낸 신문사항에 신문이 한정되기 때문에 변호사가 출석할 필요가 없으며, 녹취증인의 주소지에서 절차가 행하여진다. 신문사항이 서로 교환되기 전까지 증언을 행하여지지 아니하므로 미리 준비한 바 없었던 사항을 증언 할 두려움은 생길 수 없다. 그러나 질문을 하는데 순발력이나 신축성을 발휘할 여지가 없기 때문에 녹취증인이 적대적이거나 관건적증인 또는 신문사항이 복잡할 때에 이용하기 어려운 한계가 있다.



(2) 당사자에 질문서(interrogatories to parties)

이는 FRCP 33에 규정된 바로서, 일방 당사자가 상대방 당사자에 서면으로 질문서를 보내고 이에 상대방이 30일 이내에 서면 답변하여 서명하고 선서하는 것이다. 남용의 우려로 1993년 규칙을 개정하여 질문사항은 세부사항을 포함하여 25개 질문을 넘어 설 수 없도록 하였다. written deposition과 다른 점은 당사자에게만 직접 질문 할 수 있으며, 답변은 변호사와 상의하여 만들 수 있다. 이는 회사기록을 찾는데 필요로 하는 조직내의 지식을 얻어내는데 가장 유용하다는 것이다. 다만 질문서는 공판에서 증거(evidence)로 쓸 수 없다. 그러나 질문서의 해답에서 드러난 사실을 토대로 변호사가 쟁점의 결정과 어떻게 deposition의 내용을 구성할 것인가를 정하는데 유용하다는 것이다.

(3) 문서제출·토지출입검증(producing documents, entering onto land)

FRCP 34에 규정한 바로서, 당사자나 제3자에 대하여 법원의 허가를 얻을 것 없이 보관하고 있는 문서 등의 열람, 복사를 요구하거나 또는 그 관리하는 토지, 건물에 출입하여 검증을 요구하는 것이다. 이것은 자신이 소지하고 있지 아니한 문서나 기타 증거물에 접근하게 만드는 수단이다. 그 개시를 구하는 당사자는 이에 의하여 관심 있는 문서의 사본을 만들거나 사진촬영, 필요한 기록을 해독할 수 있다. 상대방 당사자의 control 하에 있는 문서를 개시시키는 것이 주요 현안이 되는데 그가 문서 등을 소지하고 있는 사람이나 조직에 영향을 미칠 지위에 있으면 그 control 하는 것으로 본다. (이에 관한 판례로 Society International v. Rogers, S. ct. 1958) 제3자가 소지한 문서의 제출강제를 위하여는 법원의 문서제출명령의 발급이 필요하다. 명령불이행에 충분한 면책사유가 없으면 법정모욕으로 처벌된다 (FRCP 45).



(4) 신체·정신검사(physical and mental examination)

이는 FRCP 35에 규정된 바로, 당사자나 당사자의 감호 하에 있는 자의 신체, 정신상태가 쟁점이 되어 있는 경우(in controversy) 그 검사에 정당한 이유가 있고 법원의 명령이 있는 경우에 행하는 discovery이다. 원고에 의한 원고의 상해 정도가 쟁점이 되어 원고측이 스스로 의뢰한 의사의 진단서가 제출된 경우에, 피고 측도 이 제도에 의하여 자기 측 의뢰의 의사에 의하여 원고에 대한 신체검사의 기회를 가질 수 있다.

(5) 자백의 요구(requests of admission).

FRCP 36에 규정된 것으로, 당사자는 상대방 당사자에게 사실, 사실에 대한 법의 적용, 문서의 진정성립에 대하여 자백할 것을 서면요구 할 수 있다. 이 discovery에 의하여 공판 촉진에 도움이 되게 되고 당사자에게 쟁점이 아닌 사실을 증명하는 비용을 절감시킨다. 자백의 요구를 받고 서면으로 답변이나 이의하지 않고 침묵을 하면 자백으로 본다. 자백을 하지 않을 때에 답변은 특정적으로 부인하거나 답변당사자가 어째서 진실인 것으로 자백을 할 수 없는지 상세하게 진술하여야 한다. 다만 연방 규칙상 당사자가 사건의 핵심적인 쟁점에 관련된 사항이라는 이유로 자백요구에 이의할 수 없게 하였다.

2. 개시의 범위

가. 일반적 범위

개시는 당사자가 가진 모든 증거·정보를 개시하여야 하는 것은 아니다. FRCP 26(b)(1)은 법원의 수권 없이 당사자 주도로 행할 수 있는 것은 당사자가 청구 또는 항변에 관련된(relevant) 사항으로 개



시의 범위를 한정하는 일방, 법원으로서는 정당한 이유가 있다고 생각되는 경우에만 널리 당해 소송에 포함된 계쟁사항에 관련된 사항의 개시를 명할 수 있도록 하였다. 문서나 유체물의 존재·설명서·성질·관리상태·있는 곳과 개시할 사항에 대하여 알고 있는 사람의 인적사항·주소 등이 포함되는 것으로 하였다. 관련정보라면 반드시 공판에서 받아들여질 것이 아니라도 되고(예컨대 전문이나 의견에 관한 정보 등), 개시가 합리적으로 판단하여 증거능력이 있는 증거(evidence)를 찾아가기에 이를 것으로 보이면 된다고 하였다.

그러나 위와 같은 범위내 임에도 불구하고 중복되는 결과의 개시가 되거나 다른 source로 보다 쉽게 알아 낼 수 있거나 문제의 discovery의 부담이나 비용이 그로 인한 이익을 넘어서는 경우에는 법원은 discovery의 회수 또는 범위를 제한하지 않으면 안 된다. (동 (b)(2)(c))

나. 예 외

개시의무에서 제외되는 것이다. 다음 3가지이다.

(1) 특권(privilege)

익비특권(匿秘特權)이라고도 하며, 공개되면 자기가 수사·소추를 당하게 되는 사항일 때에 제외되는 자기부죄거부특권(privilege against self-incrimination)도 포함되지만, 배우자간, 변호사와 의뢰인간, 의사와 환자간, 성직자와 신자간의 대화가 여기에 해당된다. 예컨대 변호사와 의뢰인 사이의 대화에 익비특권이 적용되지 않으면 위법행위로 평가되거나 privacy의 공개가 두려워 합법적인 행위에 관한 정보까지도 변호사에 토로하는 것이 저해되게 되어 급기야는 사건의 전체 모습을 변호사가 파악하기 어렵게 만들기 때문이다.



(2) 소송준비자료

이를 work product라고 하는 것으로 FRCP 26(b)(3)에 규정한 것인데, 당사자나 변호사 그 밖의 관계자가 소송을 위하여 작성한 문서나 유체물에 대하여서는 상대방 당사자의 개시요구에서 제외된다. 만일 이것까지도 개시되어야 한다면 자기는 소송준비 할 것 없이 근면하게 소송준비를 한 상대방의 소송자료에 편승하는 불로소득의 가능성이 있기 때문이다.

(3) 보호명령(protective order)

이는 FRCP 26(c)에 규정한 바로서 discovery의 요구 받은 당사자나 제3자가 법원 판결 없이 분쟁을 해결하려고 서로 접촉하거나 그러한 노력을 한다는 것의 인정을 받아 보호명령을 신청할 수 있으며, 법원은 정당한 이유가 있으면 곤혹, 억압, 과도한 부담이 될 문제 있는 개시요구에 대하여는 보호명령을 발할 수 있다. 개시자체를 불허하는 명령을 비롯하여 개시시간과 장소를 특정하거나 개시의 방법, 범위 등을 한정하는 조건부명령을 발할 수 있다. 예를 들면 privacy나 영업상 비밀에 속하는 정보는 원칙적인 불개시 사유는 되지 않지만, 법원이 정당한 이유가 있다고 보면 불개시 또는 열람자를 상대방 변호사에 한정, 제3자에 유출금지의 조건을 부칠 수 있다.

3. 개시의 기능

discovery의 기능을 다음 네 가지로 평가한다.

- 첫째로 증거보전의 기능이다. 공판에 들어가기 전의 단계에서 증거가 없어지지 않도록 미리서 당사자나 제3자를 불러 교호신문에 의하여 서면 녹취해 두는 것이다. 이와 같이 미리 녹취해 둔



서면이 바로 법정에서 증거(evidence)로 채택될 수는 없고 연방 증거규칙(Federal Rules of Evidence) 804(b)(1)의 제약 하에 법정 증언과 같은 증거능력을 갖게 하지만, 상대방 당사자에 대한 녹취 증언이라면 전면적으로 증거로 제출할 수 있다. 또 공판 전에 사망, 중병, 소환장이 미치지 않는 국외의 증인의 경우에는 공판 정에서 대체성이 있으며, 공판정에서 녹취 증언과 탄소리를 하면 탄핵증거(impeachment)로 이용될 수 있다(FRCP 32, 33(c)).

- 둘째로 쟁점정리의 기능이다. discovery에 의하여 양당사자가 유리 불리를 막론하고 소지하는 증거, 정보를 서로 제공하게 되고, 상대방의 손에 무엇이 들어 있는가가 판명되게 되며 나아가 자기의 주장의 강점과 약점을 확인할 수 있게 된다. 그리하여 다룰 필요가 있는 문제와 그 필요가 없는 문제가 명확하게 드러난다. 사건의 내용이 투명하게 밝혀지기 때문에 공판에 들어갈 때의 승패결과를 미리 예측할 수 있게 된다. 구태여 공판으로 끌고 가는 고집을 부릴 필요가 없어 화해에 의한 해결을 쉽게 한다는 것이다. 미국법정의 사건 90% 이상이 공판에 들어가지 않고 화해 등으로 끝나는 것은 이 까닭이다.
- 셋째는 공판의 준비기능이다. 공판은 하루에 마치도록 하거나 아니면 연일 계속적으로 심리하는 집중심리제이므로 미리 쟁점을 정리하는 준비가 필요한데 discovery 절차가 이러한 기능을 한다. 물론 discovery만으로 공판의 필요가 없게 되는 것은 아니나, 적절히 이를 활용하면 공판에서 집중심리를 하는데 큰 도움이 된다. discovery는 당사자 사이에서 사실의 베일이 벗겨지게 하고 양당사자가 trial에 제출할 공격방어방법을 미리 양변호사가 검토할 기회가 주어지게 되어 예상 밖의 타격을 방지할 수 있다. 그리하여 상대방이 예상하지 못한 기발한 전략 발휘를 공판에서 불가능하게 한다. 공판은 wits와 순발력을 발휘하는 게임장이 아니라 실제적 진실의 증명에 치중하는 장이 되어야 한다는 것이다.



- 넷째로 양당사자간의 증거, 정보의 공유기능이다. 당사자가 자기에게 증명책임이 없다고 해서 불리한 정보·증거를 제출하지 않을 자유가 없다. 불리하여도 내놓을 의무가 있기 때문에 자기에 유리한 정보·증거를 상대방 당사자가 갖고 내놓지 아니하여 이용할 수 없게 되는 증거편재(證據偏在) 현상은 discovery가 있는 미국법에서는 문제되지 아니한다.

4. 법원의 명령과 제재

Discovery는 법원의 개입을 기다릴 것 없이 양측 당사자, 변호사 사이에서 당사자 일방의 요구(requests)에 상대방의 이행(response)에 의하여 행하는 것이 원칙임은 앞서 보았다. 그러나 개시의무가 있느냐의 여부에 당사자간에 다툼이 있는 경우에는 이를 강제하기 위한 당사자의 신청이 그 이유 있으면 법원은 개시명령을 한다. 이것이 FRCP 37조의 강제명령제도이다.

법원의 명령이 있음에도 이를 따르지 않을 경우에,

- 첫째로 당사자나 제3자에 대하여 법원은 법정모욕(contempt of court)의 제재를 과하여 구금 또는 벌금에 처할 수 있다. 다만 신체, 정신 검사명령에 불응하는 경우에는 법정모욕으로 처벌할 수 없다. 또 당사자가 당연개시(disclosure)를 이행하지 아니한 때에도 마찬가지이다.
- 둘째로 당사자의 경우에는 당해 쟁점, 당해주장에 불리한 인정뿐 아니라 명령 이행 시까지 절차의 정지, 악의적일 때에 소를 각하하거나 또는 궤석판결(default judgment)을 할 수 있다.
- 셋째로 위와 같은 제재에 갈음 또는 부가하여 불이행 시에 당사자나 변호사에게 상대방에게 생긴 변호사보수를 포함한 비용을



지급하도록 명할 수 있다. 법원의 비용지급명령은 구술 증언녹취의 요구당사자가 결석하거나 증언 녹취가 예정된 증인에 소환장이 송달되지 아니하여 절차가 공전되는 경우나 부당·불성실한 개시요구나 개시이행, 이의신청의 경우에도 행할 수 있다(FRCP 30(g), 26(g)). 또한 disclosure를 정당한 이유 없이 이행하지 아니하면 뒤에 공판 등 절차에서 증거(evidence)로 삼기 위하여 그 정보나 증인을 이용하는 것이 허용되지 않는다(FRCP 37(c)(1)),

5. 개시절차의 남용

pretrial discovery 절차는 양측당사자나 변호사 주도로 행하고 법원은 필요한 경우에만 개입하는 당사자주의이다. 분쟁내용에 대하여 상세한 정보도 없는 법원이 처음부터 대륙식의 직권주의처럼 개입하면 결과적으로 편견을 갖고 일방 당사자에 불리한 진행하는 문제점이 생길 수 있기 때문에, 그보다는 양측변호사가 중심이 되어 당사자의 입장을 대리진행하는 것이 절차보장의 견지에서나 실체적 진실의 발견의 견지에서 바람직하다고 본 것이다. 따라서 대부분의 사건에서는 문제없이 절차가 진행된다는 것이며, 비록 discovery가 중요한 의미가 있다 하여도 전체사건의 50%정도는 개시절차에 붙일 필요가 없다는 것이고 35%는 개시가 되어도 별 문제가 생기지 않는다는 것이다. 또 10건 이상의 개시요구가 있는 것은 전체사건의 5%에 지나지 않는다는 것이다.

그러나 건수는 많지 않지만 중대한 절차진행의 지연, 심각한 남용 내지는 전략적 이용이 행하여지는 문제가 있다. 남용의 형태로는 다음과 같은 것이 있다.

- 첫째로 당해소송 이외의 목적을 위하여 개시요구를 한다는 것이



- 다. privacy나 영업상의 비밀의 부당획득을 위하여 개시 요구하는 것이 문제이다.
- 둘째로 상대방 당사자에게 넓은 의미의 관련성에는 속하나 본질적이 아닌 정보를 계속적으로 요구한다는 것이다. 이 때문에 이에 응하여야 할 당사자나 제3자에게 곤혹스럽게 할뿐 아니라 비용, 노력 면에 큰 부담을 준다는 것이다. 이것이 자금여유가 있는 당사자 측이 여유 없는 당사자 측에 대하여 불리한 화해에 응하게 되는 압력작용을 한다는 것이다.
 - 셋째로 개시요구를 받는 상대방 측의 남용으로써, 상대방이 필요 이상의 대량자료를 보내서 외형으로는 개시요구에 응하는 것이 되지만 중요한 정보를 요구한 측이 찾아내기 곤란하게 만든다는 것이다.
 - 넷째로 미국의 변호사보수 제도와 관련 있는 문제이다. 원고측의 변호사는 성공보수제(contingent fee)이므로 화해액이나 승소판결액에 크게 차이가 없을 것으로 보이면 개시절차에서 노력을 들일 필요 없이 변호사 자기의 이익을 생각하여 의뢰인에게 다소 불리하여도 조기에 화해를 선택한다는 것이다. 피고측의 변호사는 시간제(time charge)이므로 개시절차에서 시간이 많이 소요되면 그만큼 보수가 늘어나므로 자신의 이익을 생각하여 성급하게 화해할 필요 없이 오히려 개시절차에서 시간을 끌려 한다는 것이다.

남용의 견제장치가 있다. 그 하나가 앞서 본 보호명령제도이다. 또 다른 것은 모든 discovery문서에 서명요구이다. 이는 discovery의 요구나 이행이 부당한 목적이 아니며 불합리한 것이 아님을 변호사가 보증하는 것이다. 1980년대에 FRCP 26(f)의 discovery 계획을 위한 당사자 회합제도, 사건심리의 초장에 일방적인 당연개시(disclosure)의 채택에 의한 요구개시로 인한 당사자 부담의 경감, interrogatories의



항목 수의 25항 제한과 deposition의 10건 한도와 건당 하루 7시간 한도제의 도입도 그와 같은 맥락이라고 하겠다.

Ⅲ. discovery 제도의 대륙법계 국가에의 영향

이와 같은 discovery제도는 양당사자가 법원의 명령 없이도 자기에 유리한 것 불리한 것 가리지 않고 증거, 정보를 미리서 상대방과 공유하지 않으면 안되므로 미국 민사소송의 전략성을 낮추고 실제적 진실의 발견을 위한 강력한 조치가 된다. 당사자로서는 상대방에 유리한 정보제공에 저항을 하게 되고 무엇인가 개시를 회피할 방안을 찾으려 하여도 정당한 사유 없는 개시의 거부에는 강력한 제재가 따른다.

법관주도형의 대륙법계의 국가에서는 같은 제도가 없는 이질적인 제도이지만 민사사법의 정의구현의 차원에서 매우 매혹적인 것으로, 영국에서 유래된 이 제도의 우수성을 이미 국제적인 공인을 받은 것이 사실이다. 특히 global의 시대에 국제민사소송이 빙발하고 여기에서 국제재판관할 국가가 discovery가 있는 미국과 같은 영미법계 국가가 되느냐 그것이 없는 대륙법계국가로 되느냐는 사건당사자의 이해에 직결되기 때문에 discovery의 문제는 오늘날 국제적인 큰 관심사가 되는 실정이다. 대륙법국가에 대한 영향을 살펴본다.

1. 프랑스

프랑스 1975년 신민사소송법은 비록 조잡한 형태이지만 미국의 discovery제도를 가장 잘 수용하였다는 것이다. 프랑스 민소법 제11



조에서는 당사자에게 사실해명에 있어서 일반적인 의무를 지웠다. 따라서 당사자 소지의 문서만이 아니라 모든 증거방법의 제출의무를 부과하였으며, 정당한 장애사유가 없으면 제3자가 소지하는 문서도 제출을 명할 수 있도록 하였다. 이에 더하여 프랑스 법관은 당사자가 사실해명에 협력하는 것을 거부할 때에는 그 재량에 의하여 그 당사자에게 불리하게 판단할 수 있으며 또 질서벌에 의한 증거의 제출을 강제할 수 있도록 하였다.

2. 일 본

프랑스 다음으로 미국의 discovery의 영향을 많이 받은 나라이다.

가. 교호신문제도의 채택과 직권증거조사제의 폐지

제2차 대전 후 맥아더사령부의 미국식 사법제도개혁의 일환으로 미국의 deposition에서 처럼 증인신문에 있어서 법관주도가 아니라 당사자주도의 주신문 → 반대신문 → 법관의 보충신문제로 바꾸고 독일제도 전수의 직권증거조사제를 없앴다.

나. 1997년 신민사소송법

신민사소송법에서 미국의 discovery의 정면도입이 크게 논란되었으나 그 폐해도 생각하여 부분 도입하였다.

- (1) discovery의 interrogatories를 모델로 하여 당사자조회제도를 채택하였다(일민소 164조). 비용이 많이 들지 않는 discovery 이라는 점을 착안한 것으로 아는데, 당사자 일방의 조회에 회답하지 않는 경우나 그 불충분한 경우에 제재가 없어 입법불비라



고 한다.

- (2) 다른 하나가 쟁점 및 증거정리절차인데, 미국의 pretrial discovery와 같이 공판 전단계에서 변론준비의 기능과 쟁점정리의 기능을 하여 변론에서의 집중증거조사에 이바지 하려는 입법의도이다. 여기에는 준비적구두변론, 변론준비수속, 서면에 의한 준비수속 등 3가지가 있는데, 모두 절차진행상 수소법원, 수명법관 또는 재판장의 주도로 실시하는 점에서 당사자주도의 미국의 discovery와는 다르다.
- (3) 문서제출명령 제도의 강화. 미국 discovery의 production of documents의 영향을 받아 제출명령을 받은 자가 그 소지문서를 모두 제출하여야 하는 일반의무로 확대시켰다(일민소 220조 4호). 한편 당사자가 문서제출명령을 따르지 않을 때에는 문서의 내용에 관한 증거자의 주장을 진실로 볼 수 있도록 하되, 당해문서의 기재에 관한 구체적 주장하는 것과 당해문서에 의하여 증명하고자 하는 사실을 다른 증거에 의하여 증명하는 것이 현저히 곤란할 때에는 법원은 증명하고자 하는 사실 즉 요증사실 자체를 진실로 인정할 수 있도록 그 제재를 강화시켰다(224조).
- (4) 2003년 개정법률
 - ① 계획 심리제도. 이는 적정하고 신속한 심리를 위하여 소송 절차의 계획적인 진행을 할 책무를 법관과 당사자에게 과하였고, 여기에서 쟁점정리기간, 증인 등 신문기간, 변론종결과 판결선고의 예정시기 등을 미리 정해 놓는 것이다. 미국에서 pretrial 절차에서 법관이 관리자적법관(managerial judge)로서 적극적 역할을 하는 제도(FRCP 16, 26(f))를 참고 하였다는 것이다.
 - ② 소제기 전의 증거수집제도. 소제기 전에 당해사건에 관한 정보·증거를 수집하여 소송의 리스크를 사전에 측정할 수 있도록 한 제도이다. i) 제소예고통지와 소제기전의 조회



ii) 제소전 증거수집처분 등으로 구성되었다(일민소 132조의 2내지6). 이 가운데 소제기전의 조회제도는 소제기전의 interrogatories와 유사한 점이 있다. 이제도는 영국민사소송에 있어서 pre-action protocol이 참고된 것으로 안다.

3. 독 일

독일에서는 미국의 discovery 도입의 문제를 놓고 입법론적으로, 해석론적으로 논의가 계속 되고 있다.

(1) 입법면에서 1990년 개정법률에 의하여 증거보전절차를 개정하여 독립의 증거절차(Selbständiges Beweisverfahren)를 신설한 것은 주목할 만하다(Zpo 485). 보전목적의 증거조사만이 아니라, 미국의 discovery처럼 개시목적의 증거조사도 일정한 요건 하에서 인정하는 것이다. 이는 소송 계속 전에 서면감정으로 인적 또는 물적 손해의 원인이나 물적하자의 원인에 대한 서면 감정을 하도록 하는 것이다. 이에 의한 소송의 회피, 쟁점명확화에 의한 화해촉진에 도움이 되게 하려는 것으로, 건축공사관계사건이나 교통사고사건 등에서 활용가치가 있다.

또 하나의 입법은 2002년 개정법률 제142조이다. 법원은 어느 한 당사자에 관계된 문서나 증거물을 소지하는 당사자나 제3자에 제출명령을 할 수 있도록 규정하였다. 법원의 직권조사라고 하여 이는 당사자의 증명책임과 관계없이 제출의무를 지운다는 의미에서 영미법 체제로의 패러다임의 변화라고 평하는 학자도 있다. 그러나 이 규정의 적용은 법원의 재량임에 비추어 증명책임이 없는 당사자의 수증에 있는 모든 관계 증거를 공개할 일반의무를 지우는 미국형의 discovery를 독일 법정에 도입한



것은 아니라는 것이 다수설이다. 미국법으로의 한걸음 나간 것은 틀림없다. 여기에 나아가 부양료소송에서 법원이 이해관계인에게 수입과 재산에 관한 자료제출을 촉구할 수 있으며, 이에 응하지 않으면 수입에 관하여 제3자에게 사실조회를 할 수 있게 하고, 지적소유권에 관한 소송에서도 법원은 상대방측의 처분 권한이 있는 증거방법의 제출을 명할 수 있도록 했다. 또 2002년 개정법 제144조에 의하면 법원은 직권으로 감정과 함께 검증의 수인을 명할 수 있도록 하였다. 나아가 2013년부터 발효하는 Zpo 80 a에서는 채권자가 채무자의 환가할 수 있는 재산에 아는 바 없으면 채무자의 재산정보나 채무자재산에 관한 제3자 정보의 조회를 집행관에게 위임할 수 있도록 개정하였다. 간접적이지만 정보공개규정이 늘어가고 있다.

- (2) 해석론으로 미국의 discovery와 같은 결과에 이르려는 시도가 있어 큰 파장을 일으키고 있다. 이것이 Sturner의 증명책임이 없는 당사자의 해명의무론이다. 다음의 네 가지 요건을 갖춘 당사자는 상대방에 대하여 사안의 해명을 구할 수 있다는 것이다. i) 자기의 권리주장이 합리적 근거가 있음을 명백히 할 실마리를 보여주고 ii) 자기가 객관적으로 사안의 해명을 할 수 없는 정황에 있으며 iii) 그와 같이 된데 비난가능성이 없고 iv) 그에 반하여 상대방은 용이하게 해명할 수 있는 입장에 있고 그 기대가능성이 있을 것 등이다. 그러나 당사자간의 법정 분쟁에서 상대방이 이기도록 도움을 줄 수는 없다는 것이며, 이 이론은 무엇보다 독일민사소송법상 사생활이나 영업상의 비밀보호를 우선시 하는 것과 맞지 않는다는 것이 독일의 다수설이고 또한 판례의 입장(BGH NJW 2000, 1108, 1109)이기도 하다. 비록 증명책임이 없는 당사자에게 포괄적인 해명의무는 인정할 수 없다 하여도 그의 책임영역에 속하는 사건이기 때문에 보다 상세한 진술을 할 수 있는 반면, 증명책임이 있는 당



사자는 사건진행권 밖에 있었고 또 그에 관한 아무런 상세한 지식을 갖고 있지 아니한 경우에는 전자가 신의칙상 주장 및 설명책임을 져야 한다는 것이 판례이며 다수설이다.

IV. 미국 Discovery의 우리나라에의 영향 검토

1961년 구민사소송법 제1차개정법률에서부터 2002년新民사소송법에 이르는 동안 주로 일본 민소법을 통하여 미국의 discovery가 우리나라 민소법에 한정된 범위의 입법론적인 영향을 미쳤다. 이에 나아가 민사소송규칙에는 미국의 법리가 반영된 바가 적지 않다. 차례로 본다.

1. 1961년 개정법률의 교호신문제도

이 개정법 이전까지는 증인신문에 있어서 독일법을 계수하여 증인신문은 재판장이 주도하고 단지 당사자는 재판장의 허가를 얻어 증인에 질문할 수 있는 직권신문제였다. 그러나 미국의 discovery의 deposition에서처럼 법관은 전혀 관여하지 않고 당사자의 변호사끼리 주신문과 반대신문으로 오고 가는 순수 당사자주도형이라기보다 먼저 당사자에 의한 주신문·반대신문이 있고 난 뒤에는 재판장이 보충신문을 하는 약간 수정된 형태의 교호신문제를 채택하였다. 또 일본법과도 달리 우리 법은 보충적인 직권증거조사제를 그대로 두었다(292조). 어쨌든 미국의 제도를 골간으로 하는 교호신문제도는 도입 50년이 지난 이제서 돌이켜 보면 여러 가지 문제점이 나타나고 있다. 교호신문제도는 사건내용을 누구보다도 잘 아는 당사자에 의한 신문



이므로 법관 주도의 신문만으로는 기대할 수 없는 증언을 이끌어 낼 수 있고 실제적 진실의 발견에 큰 도움을 줄 수 있음에도 이것이 우리의 소송현실에서 잘 되고 있지 않다.

- 첫째로 쇄도하는 사건폭주에 법관의 절대부족으로 제도는 있지만 한 사건에 매달려 증인에 대한 집중조사 할 충분한 시간여유가 없다. 한기일 오후에 10건 정도의 사건을 병행 심리하여야 하기 때문에 경직된 법정분위기에서 제약된 시간 내에 증인신문이 불가피한 상황이다. deposition에서처럼 변호사사무소 등에서 충분한 시간을 갖고 신문진행 하는 것과는 다르다. 따라서 주신문 당사자측의 증인신문사항이 『예』 『아니오』식의 증인답변을 요구하게 되고 증인으로 하여금 답변하기 쉽게 하여 간단히 빨리 신문이 끝나는 스타일이 되기 십상이다. 심지어 증인자신이 어떠한 내용의 증언을 했는지 정확히 파악 치 못하는 경우도 없지 않다. 법관이 이를 강력히 통제하기도 곤란한 형편이다. 따라서 민사소송규칙에서 금하고 있지만 주신문의 유도신문화 경향은 막기 어렵다.
- 둘째로 반대신문권이 제대로 보장되지 아니한다. 증인신문사항이 상대방 당사자에 사전송달은 되게 되었지만, 앞서 본 바대로 deposition의 대상자(deponent)나 공판에서의 증인예정자에 대해서처럼 충분한 시간적 여유를 두고 상대방에 통지하지 아니하므로 사전에 증인의 접촉이나 연구 분석이 쉽지 아니하여 충분히 준비된 반대신문사항의 제출을 어렵게 한다. 민사소송규칙에서 반대신문사항의 제출요구 조항도 없다. 또한 주신문사항을 제출하여 그에 따라 신문하게 되어 있지만 법정에서 신문사항의 수정변경이나 거기에 기재되지 아니한 사항의 기습적인 돌발성의 신문도 가능하여 반대신문을 할 상대방을 당황하게 하고 불의의 타격을 받게 할 수 있다. 나아가 사전예고 없이 증인을 대동하여



재정증인으로 신청하여도 관용적인 채택의 경우도 있으며 상대방에 미리 보내지 아니한 신문사항에 따라 신문함으로써 상대방의 반대 신문준비를 원천 봉쇄하는 사례도 적지 않다. 변호사가 만들어 온 증인 진술서나 인증진술서로 신문에 갈음 될 때도 있다. 그리하여 증인신문장이 거짓말 대회장이 된다는 법조계내의 자조적인 평도 나온다.

- 셋째로 당사자 본인이 직접 법정에서 나서는 본인 소송에서 증인신문을 당사자 주도로 행할 것의 요구는 무리이며, 변호사 없는 본인소송의 비율이 매우 높은 우리나라에서 교호신문제의 전면 채택은 시기상조였다는 문제가 있다. 그리하여 1978년 소액사건 심판법에서는 교호신문제를 버리고 직권신문제로 회귀하게 되었고, 2002년新民사소송법에서 주신문-반대신문-보충신문의 원래의 순서를 바꾸어 법관부터 먼저 신문이 가능하도록 고쳤다. 법관의 신문 시에 더 정직한 증언을 하는 사례가 많은 우리 실정에 비추어도 타당한 법개정인 면이 있으나, 교호신문제의 기본 틀 때문에 그렇다고 법관의 능동적이고 주도적인 신문자세를 취함에는 한계가 있다.

결국 우리나라에서 교호신문제는 성공적인 정착을 하지 못했다는 것이 결론이다. 이렇게 된 데는 교호신문제가 적응이 될 토대도 안 되었고 또 discovery 자체의 도입과 동반도입이 아니라 그 편린에 불과한 cross examination만 도입한 파행 때문이라 하겠다.

2. 2002년新民사소송법의 문서제출명령제도의 개선

구법에서는 문서제출의무는 소지자가 갖고 있는 것 전부가 아니고 법이 정한 인용문서, 인도·열람문서, 이익문서와 법률관계문서에 한



정하였다. 그러나 신법은 증인에 있어서 증언거부사유가 있는 경우를 제외하고 알고 있는 모든 사실에 대하여 진술의무가 있는 것처럼 제출명령을 받은 자의 소지문서를 모두 제출하여야 하는 일반의무로 바꾸었다(344조). 이는 당사자의 요구에 의하여 상대방이나 제3자가 갖고 있는 문서를 포괄적으로 개시하여야 하는 discovery의 producing documents제도의 영향이라 하겠다. 또 문서의 분량이 많아 문제의 문서의 표시나 취지를 꼬집어 신청하기 어려울 때이면 먼저 문서목록 제출을 명하게 하는 제346조의 문서정보공개제도도 그 영향이라 할 것이다. 이와 같은 문서제출명령제도의 확장·강화는 평가할 바 있으나, 제출명령을 받고도 부제출·훼손하는 경우에 그 제재가 미온적인 것은 문제이다. 당사자가 제출명령을 받고도 제출치 않을 때에 제출명령신청을 한 상대방의 문서의 기재에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있을 뿐이다(349조·350조). 이를 바탕으로 상대방의 요증 사실 즉 증명하고자 하는 사실 자체를 진실한 것으로 인정할 수 있는가는 법관의 자유심증이라 보는 자유심증설의 입장에 머물고 있다. 문서의 구체적 내용을 특정할 수 없고 또한 다른 증거에 의한 증명 이 현저히 곤란한 경우에는 요증사실이 직접 증명되었다고 보는 일본법의 법정증거설에 의하는 제재에도 이르지도 못하고 있다. 미국의 discovery에 있어서와 같은 개시강제명령을 따르지 아니하는 경우에 당해쟁점·당해주장에 대한 불리한 인정이나 법정모욕으로 형사제재를 받는 단호함은 없다. 또 제3자가 제출명령을 받고 불응한 때에도 법정모욕으로 처벌하는 미국과 달리 겨우 500만원 이하의 과태료의 제재뿐이다. 이렇듯 제출명령에 거부 시에 제재가 솜방망이식이기 때문에 법원의 권위만 실추 될 뿐 이에 의한 정보공개실의 실효성이 없다.

일본 최고재 平成12(1999년).3.10 결정과 동 19(2006년).12.11 결정에서 금융기관과 그 고객과의 거래내역을 기재한 명세서는 직업상의 비밀에 관한 문서에 해당되지 아니한다고 판시하고 있으나, 최근 지적재산권 침해로 인한 손해배상 소송에서 우리법원이 S전자의 냉장



고가 얼마나 팔렸는지 법원의 문서제출명령을 해도 판매선이 노출된다는 이유로 거부하여 손해배상액의 산정에 어려움이 있다는 2010. 7.5자 법률신문기사가 있었다. 문서제출명령에 대외비라고 하여 거부하여도 제재가 없는 것이다. 이렇게 보면 미국법의 영향에 의한 문서제출명령제도의 개선시도는 형식과 구호일 뿐 중도반단에 그쳤다. 입법론상 그리고 해석론 다 같이 재검토가 필요하다.

3. 2002년 신법의 변론준비절차제도

구법 하에서 회부여부가 임의적이었던 준비절차와 달리, 변론준비절차는 원칙적으로 모든 사건에 있어서 변론에 선행절차로 하였다. 변론준비절차는 유리·불리를 막론하고 증거·정보를 모두 공개하여야 하며 당사자 변호사 주도하에 이루어지는 미국의 discovery와는 차이가 있으나, 당사자간의 화해 제고의 절차인 점, 공판의 선행적 준비절차인 점과 쟁점정리절차인 점에서 이와 공통성이 있다. 따라서 이 제도는 pretrial conference와 함께 discovery가 중심이 되는 미국의 pretrial procedure의 영향을 부인할 수 없을 것이다. 변론준비절차에서 정리된 쟁점의 토대 하에서 변론에서 증인·당사자 본인에 대한 집중적인 증거조사의 구도 또한 미국의 집중 심리제와 무관하지 않다. 그러나 2002년에 신설된 변론준비절차가 우리나라에서 미처 안착될 시간적 여유를 갖지 못한 채, 2008년 말 개정법에 의하여 변론준비절차는 변론기일 전에 거치는 원칙적인 선행절차에서 필요시에 거칠 수 있는 예외적인 선행절차로 고쳤다. 그 개정입법의 이유로 변론준비절차의 지나친 강조는 절차의 중심이 변론절차에서 변론준비절차로 이동한다는 문제점과 변론준비절차가 본인소송에서는 실효성이 없다는 것을 들었다. 위에서 본 바와 같이 대륙법계의 여러 나라가 미국의 discovery에서 제시한 가치를 좇아가는 입법추세인데도 우



리나라는 오히려 이와 역행해가는 느낌이다. 또 이제 신법이 채택한 변론준비절차가 선행절차임을 전제로 신설한 집중증거조사제도 흔들리게 될 수 밖에 없게 된 것이다.

4. 민사소송규칙의 소장과 답변서의 기재사항규정 등

2007년 개정 민사소송규칙 제62조에서는 소장의 청구의 원인에 ① 청구를 뒷받침 할 구체적 사실 ② 피고가 주장할 것이 명백한 방어 방법에 대한 구체적 진술 ③ 입증이 필요한 사실에 대한 증거방법을 적어야 하도록 하였다. 또 개정규칙 제65조는 소장 부분의 송달을 받고 내게 되어 있는 답변서에 준비서면의 기재사항과 청구의 취지에 대한 답변 외에 ① 소장에 기재된 개개의 사실에 대한 인정여부 ② 항변과 이를 뒷받침 하는 구체적 사실 ③ 증거방법 등 기재하여야 하도록 하였다. 이는 소송의 초기단계부터 분쟁의 실태를 충분히 파악하고 쟁점파악에 의한 집중심리를 가능하게 하려는 입법의도일 것이다. 앞서 본 바의 initial disclosure와 pretrial disclosure, discovery의 자백요구 등과는 거리가 좀 있으나 변론준비절차에 들어가기 전에 자기 측의 정보·증거를 밝히고 피고에 대한 자백할 것과 부인할 것의 선별 요구하는 점에서 공통성이 없지 않다.

증거방법의 기재에는 물증만 적는 것이 실무이지만 앞으로 증인 등 인증도 적도록 입법개선이 있어야 할 것은 별론으로 하고, 소장이나 답변서에 그와 같이 적지 아니한다고 하여도 혼시규정이기 때문에 실권의 불이익이 돌아가는 것은 아니다. 따라서 여기면 위에서 본 바 불이익의 제재가 따르는 discovery와 같은 성과는 기대할 것이 못 된다. 또 민소규칙 제116조의 문서의 진정성립을 부인하는 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀야 하는 이유부부인의 제도도 미국의 requests for admission에서 이유부부인의 법리를 따랐다고 할 것이나, 거기에



서와 같은 제재는 없다.

V. 앞으로의 대책

1. 실제소송 특히 현대형 소송에서는 증거가 한 쪽 당사자 측에 잔뜩 편재되어 있고 상대방 당사자는 아무것도 갖고 있지 아니하여 양 당사자 사이에 정보·증거의 불평등을 초래하는 경우가 많다. 증명책임은 자기에게 있음에도 증거는 자기수중에는 없고 증명책임이 없는 상대방에 갖고 있는 경우에 이를 상대방으로부터 끌어 낼 수 있는 방안이 없어 진실에 맞는 재판을 실현하기 어려운 사태가 생긴다. 이를 증거의 구조적 편재 현상이라 하는데 우리 제도로는 거의 속수무책이다. 우리 판례에서도 증거에의 접근이 훨씬 용이한 당사자가 상대방의 증명활동에 협력하지 않는다 하여 신의칙에 위배되는 것이 아니라 했다(대법 1996.4.23, 95다23835). 이러한 문제점의 근본적 타결책은 이·불리를 떠나 당사자간에 증거·정보를 공유할 수 있는 미국의 discovery제도의 도입이다. 비록 대륙법계를 계수한 우리 법체계에서 빠른 시일 내에 전면수용이 어렵더라도 앞서 본 프랑스식의 도입이나 현재 일본 정도의 부분 도입 아니면, 독일식의 제한된 범위의 정보공개의 개별입법이나 해석론을 받아들여야 할 때이다. 증권관련 집단소송이 미국의 class action을 모델로 한만큼 미국식의 discovery의 도입을 여기에서부터 선도하는 것이 어떨까 한다. 앞서 본 바와 같이 대륙법계가 변신하는 입법추세라면 우리도 외면할 수 없으며 뒤쫓아 가야 한다.

2. 우리 법에 좀 더 폭넓게 도입함에 있어서 유념해야 할 것은 미국 discovery의 극히 제한적 범위의 도입을 한 것이거나 성공적인 안



착을 하지 못한 것에 대해 깊은 성찰을 하고 반면교사로 할 것이다.

우리의 경우에 제한된 범위의 것이거나 불완전도입이었다는 것을 간과해서는 안 될 것이다. 따라서 면밀한 연구검토로 제도보완이 필요하다. 특히 제도를 도입하면서 이를 이행·협력하지 아니하는 당사자나 제3자에 대한 제재를 함께 도입하지 아니한 점이 문제이다. 검사는 엄벌이로되 판사는 관대하다는 의식구조, 더구나 민사사법 일반에 만연된 관용적 정서의 탓이라면 마땅히 반성하고, 제재강화의 입법개선이 되어야 한다는 것을 강조한다. 미국의 discovery의 성공은 위반자에 강력한 제재임을 다시금 상기 할 필요가 있다.

또 하나의 문제는 우리나라에서는 본인소송의 비율이 매우 높고 그것이 개선되지 않고 있는 점이다. 당사자가 절차를 주도하며 증거·정보를 찾아가는 discovery의 관철에 장애원인이 된다. 이는 법관 재판업무의 과부하의 요인도 되지만 또 법적 분쟁의 해결에 변호사인 전문가를 제치고 당사자 본인이 직접 나서는 것은 전문화·분업화 시대인 현대사회에 걸맞지 아닐뿐더러 당사자의 효율적인 권리보호의 견지에서라도 바람직하지 아니한 일이다. 따라서 현재 국회에 상정된 변호사 보수의 상한제의 관철과 독일식의 보수법정화, 법관에 의한 변호사선임명령제도와 소송구조제도의 적극적 활성화 그리고 근자에 도입된 소송보험제도의 홍보·활용 등으로 변호사 보수의 높은 벽을 허물어 일반 대중의 이용의 문호를 넓히는 개선의 노력이 필요하다. 위의 것은 입법부·사법부 등의 몫일 것이고 변호사들 자신도 변호사회를 구심점으로 하여 시민친화적인 체질변화의 자구적 노력으로 변호사 선임율을 제고하여야 한다. 다만 2012년부터 기존의 사법연수원 수료자와 law school 졸업자가 합하여 연간 2500여명의 변호사가 배출될 것으로 추정된다. 변호사의 supply가 늘어나면 변호사 보수가 떨어질 것이고 변호사의 문턱이 낮아질 것으로 이것이 본인 소송율의 저하로 연결되어 이 미국제도의 도입적응에 낙관적인 인프라가 될 것을 기대해 본다.



3. discovery는 그 진행계획을 세우기 위하여 당사간의 회합이 전제되는 제도이다(FRCP 26(f)). 그런데 우리는 양 당사자나 변호사 사이에서 서로 소 담 보듯이 예각을 세우는 풍토이다. 앞으로 discovery가 폭넓게 도입하여 순조롭게 정착되려면 변호사간에 적대적인 관계로만 일관하는 풍토는 바뀌어져야 한다. 민사소송규칙 제70조 제3항에 변론준비절차에서 쟁점의 정리, 신속하고 효율적인 변론진행을 위한 당사자의 협의 즉 쟁점계약 규정을 새로 두고 있는데, 우선 이것부터 활성화 시키면서 서로간 협의하는 분위기 조성이 중요할 것이다.

이상 세 가지의 discovery에 접근책 중 첫째 것은 단기책일 것이고 나머지 둘은 장기책일 것이다.

VI. 맺는 말

미국의 discovery는 법관주도형이 아닌 당사자 주도형의 재판제도임은 이미 본 바이다. 재판에 있어서 관치형이 아니라 민치형 즉 시장경제형이다. 당사자 주도로 재판진행을 하여 나가되 법관은 이를 지켜보면서 unfair play를 하는 당사자에게 엄격한 제재로 절차준수를 철저히 하게 하는 case manager의 기능을 한다. 우리사회가 바야흐로 전통적인 관치사회의 인습에서 시민주도의 시장경제로 역사적 전환을 하는 마당에 재판에서 당사자주의로의 지향이 아니라 법관주도의 직권주의의 체재 고수는 시대정신에 맞지 아니함을 부언한다. 우리 소송구조의 현대화를 위하여 또 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 미국의 discovery에 지속적인 관심을 촉구한다.

판사는 너무 바쁜 반면 한가한 변호사가 너무 많은 우리 사회 현실에서 판사의 재판업무를 경감시키고 남은 변호사 인력의 적극적



활용의 견지에서도 미국의 discovery에 좀 더 접근하는 소송의 기본
틀의 변혁이 요망된다.

[주요 참고문헌]

- 李時潤/ 新民事訴訟法 (제5판, 2009년)
- 오세훈/ 미국민사재판의 허와 실 (2000년)
- 한충수/ 민사소송절차에서의 정보 및 증거공개와 수집제도, 민사소송 (2006년)
- 이규호·정영수/ 민사증거개시제도도입방안, 법안 및 설명자료 (2006년)
- 윤재윤/ 미국민사소송사의 사전개시제도의 운영현황과 우리의 도입가능성
(법원행정처, 외국사법연수논집 11권)
- 유병현/ 미국민사소송상의 증거개시제도 민사소송(I)
- 서철원/ 미국민사소송법 (2005년)
- 淺香吉幹/ アメリカ民事手続法 (제2판, 2007년)
- 松本博之·上野泰男/ 民事訴訟法 (제5판, 2008년)
- 各國民事訴訟法參照條文 (1994년)
- Federal Rules of Civil Procedure (2009-2010 educational edition)
- J. Friedental, M.Kane & A. Miller/ Civil Procedure (4th ed. 2005)
- M. Kane/ Civil Procedure (6th ed. 2007)
- Rosenberg, Schwab, Gottwald/ Zivilprozessrecht (17. Aufl. 2009)
- K. Schellhammer/ Zivilprozess (13. Aufl. 2010)



영미법이 한국 기업법에 미친 영향

이재웅

고려대 겸임교수

I. 머리말

1. 영미법이 대륙법인 한국 기업법에 영향을 미치게 된 연유

1914년 이후 팩스 아메리카나의 등장, 1945년 제2차 대전의 승전으로 기본(Gibson)이 말한 대로 패권 국가인 로마가 세계를 3번 제패한 것 같이 미국은 무력으로, 문화로, 그리고 법률로 세계를 제패하였다. 그리고 특히 한국이 1997년 IMF체제로 들어가면서 기업법은 영미법의 영향을 많이 받게 되었다.

2. 한국 상법 특히 회사법에 내포된 영미법적 요소

- (1) 수권자본제도를 제일 먼저 드는 이유는 불입자본의 4배까지 수권자본을 인정하다가 1995년 이를 정관 변경사항으로 완화함으로써 소위 팽창 발전하는 영미식 자본주의의 수권자본제도를 본받게 한바 있기 때문이다.
- (2) 소액 주주의 권한 확대를 통한 대주주의 독선적 경영을 견제하기 위하여 소액주주의 장부열람권, 집단소송권 및 감사위원회



의 설치 등이 1997-2000년 IMF 체제하에서 도입되었다.

- (3) 그 이전에 1995년경에 자본자유화 제4단계를 견양하여 종업원 지주제도의 10%에서 20%로 확대 등 대주주와 외국자본의 견제장치를 완료한 바 있다.
- (4) 기타 회사정리법 개정, 회계제도 개선을 통하여 영미회계제도인 연결재무제표의 도입, 결합재무제표의 도입 검토, 공시제도의 개선 등을 통하여 미국 뉴욕 증권거래소, 영국 런던 증권거래소에 한국 기업의 상장 및 기채를 위한 정지작업을 완료하였다.
- (5) 은행의 부실자산 정리방식으로 IBRD가 권고한 소위 “전향적 견지에서의 분류법(Forward Looking Criteria)”을 일본에 앞서 시행하여, 3개월 이상 연체되면 황색기업으로 분류하는 획기적인 불실기업정리 방식을 채택함으로써 작금의 소위 서브프라임 모트게이지 금융위기에도 미연에 대비한 바 있다.

II. 영미법이 대륙법인 한국 기업법에 영향을 미치게 된 연유

1. 정치 문화 장파 사이클상 팩스 아메리카나가 미친 영향

조지 모델스키(G. Modelski)는 세계의 정치 문화 사이클이 약 100년 내지 120년 주기로 움직인다고 주장하였다. 즉,

- 1494년부터 1580년까지 포르투갈의 팩스 포르투기스
- 1580년부터 1688년까지 네덜란드의 팩스 호란이아
- 1714년부터 1914년까지 영국의 팩스 브리타니카
- 1914년부터 2014년 내지 2030년까지 팩스 아메리카나가 세계의



중심이 되어 패권을 행사한다는 것이다.¹⁾

그런데 재미있는 것은 모델스키가 각각의 사이클마다 세계전쟁(Global War), 세계대국(Global Power), 비정통화(delegitimacy), 그리고 분산화(deconcentration)의 과정을 밟는다고 주장한 점이다. 현재 팩스 아메리카나는 1966년부터 1972년까지의 월남전쟁으로 인한 IMF의 브레튼 우즈 체제의 붕괴, 최근의 9·11사태, 이라크 및 아프가니스탄 전쟁 및 서브프라임 모트게이지 금융위기 등을 겪으면서도 회복기미를 보이고 있다.

그래서 팩스 아메리카나의 다음 장파 사이클을 두고 2014년부터 2030년 사이에 다시 한번 팩스 브리타니카가 그랬듯이 100년을 더 팩스 아메리카나가 군림할 것이라는 주장과, 또 다른 한편에서는 대안이 없기 때문에 다시 한번 100년 동안 팩스 아메리카나가 중심이 되어 팩스 콘도미니움(Pax Condominium)으로 중국, EU, 일본, 러시아 등과 협력하여 패권을 행사할 것이라는 주장이 팽배하고 있다.

여하튼 한국이 패권국가 미국의 군사, 정치, 경제, 문화, 영미법제의 영향을 1945년 이후 아직까지 받아 왔고, 앞으로도 상당기간에 걸쳐 그러한 영향을 받을 것은 부인할 수 없을 것이다.

2. 기술 경영 중파 사이클에 팩스 아메리카나가 미친 영향

콘트라디에프의 정기순환 중파 사이클에 슈페터의 기술혁신 사이클을 가미한 기술 경영 중파 사이클은 대체로 50년 내지 60년 정도를 1주기로 움직인다고 주장하고 있다. 즉,

- 제1순환기(1789-18748)는 방적, 제철, 증기동력을 주요 동력으로

1) 이재웅, 『국제금융 외환정책론』, 다사랑 2000, pp.2-3.



하였고,

- 제2순환기(1849-1895)는 증기기관, 증기선, 및 유기화학의 기술 혁신이 있었고,
- 제3순환기(1896-1945)에는 전신, 전화, 석탄화학, 그리고 자동차의 발명과 그 대량생산이 있었고,
- 제4순환기(1945-1995)에는 석유, 석유화학공업, 항공수송의 대량 생산, 전자공업, 컴퓨터의 대량 생산 및 소비가 있었고,
- 제5순환기(1995-2040)에는 신소재인 뉴세라믹, 생명공학, 유전자공학, DNA, 초전도체, 해양과학 등의 눈부신 발전이 있었다.²⁾

특히 주목할 사실은 이러한 기술 경영 중파 사이클을 주도하였던 나라가 팩스 브리타니카시대의 영국과 팩스 아메리카나시대의 미국이어서, 그 영향력은 기본(Gibon)이 일찍이 지적한 대로 패권 국가는 첫째는 군사력으로, 둘째는 문화로, 셋째는 법률로 세계를 지배하고 있다는 것이다.

3. 제2차 대전 후 팩스 아메리카의 세계경영 5대 기둥

제2차 대전이 끝나자 패권국가 미국은 전후 세계경영을 위하여 다섯 개의 큰 기둥을 세워서 경영하게 되었다. 즉,

- 첫째는 국제연합(United Nations)을 설립하였다. 이는 과거 제1차 대전 후 설립된 국제연합(League of Nations)의 약점을 보강하여 5대강국을 주축으로 안전보장위원회(Security Council)를 설치하여 기본(Gibon)이 주장한 무력(by arms)에 의한 세계 평화를 실현하였다.

2) 전계서 p.2.



- 둘째는 국제통화기금(International Monetary Fund: IMF)의 설립이다. UN과 안전보장이사회가 정치, 군사를 중심으로 한 안전보장의 기둥이라면, 국제통화기금(IMF)은 기축통화(Key Currency)인 미국 달러화를 중심으로 한 외환, 국제금융 등 민주주의와 자본주의 수호를 위한 화폐 금융조직의 강력한 또 하나의 기둥이었다.
- 셋째로 “관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement of Tariff and Trade: GATT)”는 무역, 자본 및 노동이동의 자유화 등을 목적으로 한 IMF의 단짝으로서 세계경영의 또 다른 하나의 기둥이었다.
- 넷째로 세계경영의 일환으로 기본(Gibon)이 주장한 문화면에서는 “유네스코(UNESCO: United Nations Educational and Cultural Organization)”를 창설하였다. 이는 영미문화를 모델로 하여 동양의 불교 및 유교문화, 중동의 이슬람문화, 인도의 힌두문화를 흡수·통합하고 교육 및 과학의 세계화를 촉진하기 위한 것이었다.
- 다섯째로 기본(Gibon)이 주장한 “법에 의한(by Law)” 세계경영의 법적 통제기구로서 ”3마일 영해설”을 주장한 휴고 그로티우스(Hugo Grotius)의 나라인 네덜란드 헤이그에 국제사법재판소(International Court of Justice)를 설립하는 한편, 영미법을 중심으로 한 뉴욕의 국제중재협정(International Arbitration of New York)을 체결하였다.



Ⅲ. 한국 기업법(상법, 회사정리법, 회계제도 등)에 영향을 미친 영미법적 요소

1. 기업주체인 주식회사에 근대 헌법의 3권 분립개념 도입

입법부 = 주주총회, 행정부 = 이사회(대표이사), 사법부 = 감사위원회
및 외부감사

기업법은 그 주체로서 상인과 법인 특히 주식회사, 객체로서는 기업, 물건 특히 상품, 급부행위, 권리, 어음 및 수표, 그리고 기업거래 행위 등 대상으로 하고 있다.

그런데, 그 가운데서도 근대 기업법의 핵심인 주식회사 조직을 보면 “양시앙 레짐”인 군주국가에 대하여 민주주의를 쟁취한 프랑스 혁명 이후 설립된 근대 헌법인 기초인 3권 분립을 벤치 마크하여 헌법조직의 입법부에 해당하는 주주총회를 비롯하여 행정부에 해당하는 이사회 그 중에서도 대표이사, 그리고 사법부에 해당하는 감사, 특히 최근에는 미국식 제도인 감사위원회의 권한을 대폭 강화하는 방향으로 움직이고 있다.

2. 기업의 주체인 주식회사의 “수권자본제도”의 도입

최초의 주식회사는 1602년 당시의 팩스 네덜란드의 동인도 회사를 기원으로 하여, 선박의 공유와 코만다(Comanda)의 영향으로 회사원의 유한책임, 이사회, 주식의 양도자유 등을 보장한 것이 효시이었다.

그 뒤에, 1807년 나폴레옹 상법이 처음으로 주식회사에 대하여 기



술하였고, 영국은 1945년 회사법을 개정하였고, 독일 역시 1951년 공동결정법과 기업조직법을 제정하고, 1965년 영미식 주식법을 제정하였으며, 미국은 1962년 각주에 분산되었던 것을 통합하여 연방입법으로서 “통일상법전(U.C.C.)”을 제정하였다.

이러한 영미법 도입의 세계적인 조류와 그 기초를 같이 하여서 우리나라 상법 제346조-456조는 영미법상의 “수권자본”제도를 도입하여 회사의 설립 시 주식총수의 4분의 1이상만 발행하면 되고, 미발행 주식은 차후에 발행하면 되게 하였다. 그러나 1995년 상법개정으로 제437조가 삭제되어 정관변경만으로 주식총수를 증가할 수 있게 되어 영미법의 수권자본제도의 본 취지에 더욱 접근한 바 있다.³⁾

3. 1980년대의 자본자유화와 PER 혁명 및 종업원지주제도

한국정부는 1970년대부터 자본시장의 개방을 고려하여 1981년 자본자유화 4단계를 결정·발표하였다. 즉,

- 제1단계(1981-1984): 국제자본 유입을 위하여 외국인 전용투신의 해외 판매, 국내 증권사와 외국증권사의 상호설치, 및 특히 주식형 코리어 펀드의 뉴욕증권거래소 상장 등을 행하고 대우경제연구소를 동 펀드의 자문회사로 선정하였다.
- 제2단계(1985-1987): 삼성전자, 대우중공업, 및 유공의 해외전환사채발행 등을 성공적으로 행하였다.
- 제3단계(1987-1987년 이후): 한국 증권시장에 대한 외국인의 제한적 직접투자를 허용(각 상장 종목당 10%)하였다.
- 제4단계(1990년 이후): 한국증권거래소 상장종목 전부에 대해서

3) 이재웅, 『글로벌 비즈니스 로』, 다사랑 2003, p.113; 서돈각·서정향, 『개정상법요론』, 법문사 1999 제4판, p.242.



기간산업을 제외하고 전부 외국인 투자자에게 개방하였다.

이상과 같은 자본자유화의 진전에 따라 경영권 방어 차원에서 종업원 지주제도를 종전의 10%에서 20%로 상향조정하는 한편, 투자자문회사 설립과 기를 같이 하여 종전의 배당률 위주의 주가평가방식에서 영미선진국식의 “주가수익률(PER: Price Earnings Ratio) 방식”으로 전환하여 소위 “PER 혁명”을 이룩하였다.⁴⁾

4. 1997년 IMF경제하의 기업지배구조 및 연결재무제표

1997년 12월 3일 대한민국과 IMF간에 체결된 조약형식의 각서(Memorandum) 교환 이후 10회에 걸친 각서에는, IMF의 대기성 긴급유자의 조건(IMF Conditionality)으로 무려 10회의 각서 교환을 통하여, 기업의 지배구조(Corporate Governance)를 명문으로 기술하고 있다.

그 가운데는 기업의 구조조정을 위하여 5대 재벌은 소위 Big Deal로 상호 기업의 사업부 일부를 맞교환하고, 6대에서 100대 기업은 영국식 Work-Out를 통하여 퇴출기업을 선정하게 하게 하였는데, 여기에는 개별기업이 아니라 재벌 그룹 내의 얽히고설킨 상호거래와 지급보증을 한눈으로 볼 수 있게 소위 “투명성(Transparency)”를 높이기 위하여 “연결재무제표(Consolidated Balance Sheet)”의 작성과 이의 공표(Disclosure) 등이 포함되어 있다.

이러한 기업의 지배구조개선 작업을 통하여 5대 그룹 중 대우그룹이 본보기로 해체되었으며 6대 그룹에서 100대 그룹까지는 기아자동차, 한보그룹, 해태그룹, 동아건설 등 여러 기업이 Work Out되었다.⁵⁾

4) 이재웅, 『국제금융 및 자본시장론』, 법문사 1989, pp.23, 169, 177.

5) J. W. Lee & H. J. Hwang, Global versus Regional Finance, Dasarang, 2010, pp.89-112.



5. 부실기업정리와 FLC(Forward Looking Criteria) 도입

IMF의 긴급 구제 금융을 위한 기업구조조정 각서는 금융부분과 기업부분으로 나누어서 다음과 같이 요지를 기술하고 있다(1997.12.3).

- 첫째로 금융부분 구조조정은 퇴출정책, 강력한 시장과 감독정책을 시행하여 금융기관간 경쟁을 촉진한다.
- 둘째로 기업부분의 구조조정은 기업인수 및 합병에 대한 규제를 완화하고, 국제적인 회계기준에 의한 상장회사의 회계기준을 도입하고, 기업 공시제도의 실시를 통한 시장규율의 확립과 “도덕적 해이(Moral Hazard)” 문제의 해결을 위한 정부의 간섭 없는 파산법의 작동을 기획한다.

이에 따라서 1999년 금융감독원은 “차주의 미래 상환능력을 반영한 자산의 건전성 분류기준(Forward Looking Criteria)”를 작성·시행하였는데, 이것은 1998년 IBRD의 컨설턴트인 로라 알드(Laura Arde) 씨가 창안한 영미식 자산건전성 분류방식으로서, 필자가 2001년 8월 2일 일본 도쿄 프레스센터에서 개최된 “한·일 금융시스템 세미나”에서 일본 내각 총리부 소속 경제연구소 우시지마 중이찌로 부소장과 고가네 요시히로 교수와 같이 발표한 바 있다.⁶⁾

6. 영미식 BIS(국제결제은행) 자본적합비율의 은행적용

BIS 자기자본 비율의 공식은 ‘자기자본 + 후순위채무’를 분자로 하고 ‘위험가중자산-단가매매목적 보유채권 및 주식에 대한 가중자산 +

6) 이재웅, 『글로벌 금융경영론』, 다사랑 2005, pp.204-240, 일문 및 한글문안 참조.



시장리스크에 대한 소요자기자본 × 12.5'를 분모로 하여 100을 승한 것인바, 그 값이 8 이상이어야 적정 자기자본으로 평가할 수 있다는 것이 BIS당국의 견해이다. 간략하게 요약하면, 은행이 대출이나 지급 보증으로 100을 하려면 최소한 8 이상의 자기자본을 보유하고 있어야 한다는 논리이다.

우리나라는 1950년 한국은행법과 은행법을 공포·시행하였다. 은행법 제27조 제4호는 동일인에 대한 여신을 은행 자기자본의 25%로 제한함으로써 편중여신을 규제하여 왔다. 그 뒤 1997년 IMF 대기성 긴급융자의 조건에 따라 부실은행의 구조조정을 위하여 전술한 BIS 자기자본 비율이 미달한 은행들을 퇴출시켰다. 그래서 그 이후부터는 영미식 BIS의 자기자본 비율이 은행의 적정자기자본 산출기준으로 정착되고 부실은행을 색출하는 기준이 되었다.

7. 영미법식 부실기업 Work Out와 회사정리법의 개정

1997년 12월 3일 IMF체제로 진입한 후, 6대 재벌에서 100재벌에 적용한 소위 Work Out제도는 “London Formula”라고 일컫는 전형적인 영국식 Common Law적 처리방식이었다. 따라서 이에 대한 성문 법규도 없이 단지 1987년 개정 헌법 제6조의 “비준·공포된 국제조약이나 협정은 국내법과 같은 효력을 갖는다.”는 법규정에 따라 IMF와 맺은 각서는 국내법과 같은 효력을 가지고 부실은행이나 부실기업을 퇴출하는 구조조정을 단행하였던 것이다. 이점이 행정부의 법안 제출과 상하 양원의 통과로 만든 법률에 의하여 부실은행과 부실기업을 구조조정한 일본의 경우와 상이하다.⁷⁾

1998년 IMF체제하에서 미국의 Chapter Eleven에 해당하는 한국의 회사정리법 제1조를 “갱생의 가능성이 있는 주식회사”에서 “경제적

7) J. W. Lee & H. J. Hwang, Global versus Regional Finance, Dasarang, 2010, p.89.



으로 갱생의 가치가 있는 주식회사”로 개정하고, 정리절차의 기각사유를 “정리의 가망이 없을 때”에서 “회사를 청산할 때의 가치가 회사를 계속 존속시킬 때의 가치보다 큰 경우”로 개정한 것 등은 영미법적 요소를 가미한 조항 등으로 볼 수 있다.⁸⁾

IV. 맺는 말

은사인 故 유기천 교수님이 1951년 부산 구덕산 천막교실에서 형법강의 때 말씀하신대로, 영미법은 불문법으로 판례법(Judge-made Law)이고 대륙법은 성문법이다. 그리고 대륙법도 법원적으로 보면 개인의 자유와 평등을 강조하는 로마법과 집단적 이익을 강조하는 단체법적 게르만법으로 분류할 수 있다. 또한 법의 분류상 아리스토텔레스가 말한 평균적 정의를 실현하기 위한 사법과 배분적 정의를 실현하기 위한 공법으로 분류할 수 있다.

기본(Gibon)이 일찍이 갈파한 것과 같이 “로마는 세계를 세 번 제패하였다. 한번은 무력으로, 한번은 법률로, 또 한번은 문화로 제패하였다”. 기본의 말대로 18세기 및 19세기에는 영국이, 20세기 및 21세기에는 미국이 무력, 문화 및 법률로 세계에 영향을 미친 결과, 한국의 헌법, 형법, 민법, 형사소송법, 민사소송법, 법학교육 및 상법, 특히 그 가운데서도 세계화(Globalization)의 영향으로 상법을 중심으로 한 기업법, 증권거래법, 기업회계준칙, 외부감사법, 회사정리법 등 여러 가지 입법에 영향을 미치고 있으며 앞으로도 영향을 미칠 것이다. 끝으로 세계화의 진전에 따라 국경 없는 “크로스 보더(Cross Border)”의 영향으로 영미법과 대륙법의 “장벽(Border)도 점점 허물어질 것이다.

8) 이재웅, 『글로벌 금융경영론』, 다사랑 2005, p.122.



[주요 참고서적]

1. Anderson, Ronald A. & Kumpf, Walter A., *Business Law, Principles & Cases*, 2nd Ed., South Western Publishing Co., Cincinnati, Ohio.
2. Koonz, O'Donnel, & Weirich, *Essentials of Management*, 1976. 3rd Ed., McGraw-Hill Book Co., New York, London, Tokyo, Toronto, etc.
3. 서돈각·서정향, 개정상법요론, 제4전정판, 법문사 1999.
4. 이재웅, 현대기업법론, 법문사, 1998.
5. 이재웅, 국제금융·외환정책론, 다사랑 2000.
6. 이재웅, 글로벌 비즈니스 로, 다사랑 2003.
7. 이재웅, 국제금융 및 자본시장론, 법문사 1989.
8. J. W. Lee, *Global Finance*, Dasarang 2004.
9. 이재웅, 글로벌 금융경영론, 다사랑 2005.
10. 이재웅, 코드 경영, 다사랑 2007.
11. 이재웅·황희정, 기업경영, 다사랑 2009.
12. J. W. Lee & H. J. Hwang, *Global v. Regional Finance*, Dasarang 2010.



토 론 문



정 동 윤

학술원회원 · 고려대명예교수

세계 역사의 주기 속에서 현 시대를 팩스 아메리카나(Pax Americana)로 규정하는 일반적 견해에 따라, 이 재웅 교수께서 우리의 기업관련법이 과거에 영미법으로부터 어떠한 영향을 받았고 또 앞으로 받을 것인가를 분석하여 주신 것은 우리 법제의 발전방향을 모색하고 설정하는데 큰 도움을 줄 것으로 확신합니다. 아울러 법 이외의 다양한 학제적 연구를 통하여 기업법의 시야를 확대시켜 주신데 대하여 경의를 표합니다.

주지하시는 바와 같이 우리는 일본을 통하여 타율적으로 근대화의 길에 들어섰고, 일본은 유럽의 문물을 받아들여 근대화를 이루었는데, 일본은 유럽의 강대국 중에서 유럽대륙에 위치한 독일과 프랑스의 법제, 특히 독일법제를 중심으로 하면서, 여기에 프랑스법과 영국법의 요소를 일부 가미하는 형태로 법제도를 정비하였습니다. 그 결과 명치유신 이후의 일본법의 주류는 독일과 프랑스로 대표되는 이른바 대륙법계(Continental legal system; civil law system)를 주로 따르고 있고, 여기에 영미법계(Anglo-American legal system; common law system)의 요소를 일부 가미하는 형태를 취하고 있습니다. 사정이 이러하므로 일본과 우리나라의 기업관련법 역시 압도적으로 대륙법계의 영향 하에 입법되고 또 운영되어 왔습니다. 주식회사의 자본에 관하여 확정자본주의를 채택하여 자본의 증감에 정관의 변경절차,



즉 주주총회의 특별결의를 요하게 하고, 그 운영에 있어서 개개의 이사에게 업무집행권을 부여하고, 개개의 감사에게 업무감독권을 부여하였던 것은 그 대표적인 예라 하겠습니다. 그러나 회사의 권리능력에 관하여 목적에 의한 제한을 규정한 것은 영미법의 능력외 이론(*ultra vires doctrine*)을 받아들인 결과입니다. 이러한 대륙법계의 회사운영체제는 자본의 구성에 관하여 수권자본주의를 취하여 자본의 증가에 있어서 주주총회의 결의를 요하지 않고 이사회 결의만으로 이를 가능하게 하고, 이사로 구성되는 회의체인 이사회에 업무집행에 관한 결정권을 주고, 그 구체적인 집행은 집행임원에게 맡기며, 감사위원 내지 감사위원으로 구성되는 감사위원회에 감독권을 부여하는 영미회사법과 크게 다른 점이었습니다. 또한 어음·수표법에 있어서도 우리는 대륙법이 주축이 된 1930년의 어음법통일조약과 1931년의 수표법통일조약을 따라 입법을 하고, 통일조약을 외면한 영미의 입장을 따르지 아니하였습니다.

이처럼 우리법제가 대륙법계의 전통을 따르고 있었던 것은 적어도 세계 제2차 대전 이전에는 큰 문제가 되지 아니하였습니다. 그러나 제2차 세계대전 이후에 국가 간의 교류가 활성화되고 무역과 거래가 범세계적으로 이루어지며, 특히 우리나라의 경우에는 미국과의 관계가 밀접하게 되자, 대륙법계를 근간으로 하는 우리 법제는 현실의 국제거래를 규율함에 있어서 불편한 점 내지 불완전한 점을 들어냈습니다. 그리고 전 세계적으로도 대륙법계와 영미법계 등 두 법계 사이의 조화가 절실하게 요청되기에 이르렀습니다. 그리하여 양 법계를 조화하려는 노력은 여러 국제조약을 통하여 국제적인 레벨에서도 이루어졌지만(국제물품매매계약에 관한 유엔협약, 국제환어음 및 약속어음에 관한 유엔협약 등은 그 예입니다), 국내에서도 보다 유연하고 친기업적인 영미법적 요소를 채택하는 국내법의 개정이 잇따르게 되었습니다. 이 교수님이 지적한 회사법의 영역에서의 수권자본주의 도입과 이사회 창설을 비롯하여 감사의 권한을 한때 회계감사로 제



한한 것은 그 현저한 예입니다. 이러한 경향은 1997년 외환위기 이후에 타율적인 요청에 의하여 더 가속화되어, 사외이사제도와 감사위원회제도의 신설, 주식교환과 주식이전제도의 도입, 회사의 분할제도의 도입과 합병제도의 보완, 증권관련 집단소송제도의 입법 등을 몰고 왔으며, 아울러 주식대량보유의 제한, 의무공개매수제도 등 M&A를 어렵게 하는 많은 제약을 철폐하였습니다. 도산법의 분야에서도 파산법, 화의법과 회사정리법을 정비하여 새로 채무자회생 및 파산에 관한 법률이 탄생하였는데, 여기에는 미국 파산법의 원리가 많이 채택되었습니다. 그리고 우리나라의 증권거래법 역시 미국의 1933년 증권법과 1934년 증권거래법을 기초로 한 것이었는데, 여러 차례의 개정을 거쳐 현재 자본시장법(자본시장과 금융투자업에 관한 법률)으로 모습을 바꾸어 우리의 증권시장을 규율하고 있습니다.

지금 국회에 계속되어 있는 상법개정안에서는 종류주식의 다양화, 사채개념의 탄력화, 신주인수선택권(warrant)의 도입 등 회사의 자금조달에 있어서 영미 회사법의 유연한 입장을 반영한 부분이 많이 포함되어 있습니다. 이것은 나아가 회사 내부에서 주주 간의 지배권 분배를 편리하게 하고, 적대적 M&A에 대한 방어수단을 제공한다는 면에서 긍정적인 평가를 할 수 있을 것입니다. 이처럼 영미 회사법상의 여러 제도를 도입하는 것은 세계경제에서 미국이 차지하는 비중이 매우 크므로, 법제 면에서도 이를 반영하지 않을 수 없기 때문입니다.

영미법이 우리 기업법에 미친 그 밖의 영향에 관하여도 이 교수님의 발표에 동의합니다. 다만 한두 가지 보완적 지적을 하면서 저의 토론을 마치고자 합니다.

미국의 회사법의 연혁에 관하여 1962년 각주에 분산되었던 것을 통합하여 연방입법으로 통일상법전(Uniform Commercial Code)을 제정하였다고 한 부분은 착오가 아닌가 합니다. 우선 미국에서는 과거나 현재 모두 회사법은 연방법이 아니라 주법의 영역에 속하고 있는 것으로 알고 있습니다. 그리하여 많은 주가 미국변호사협회 회사법위



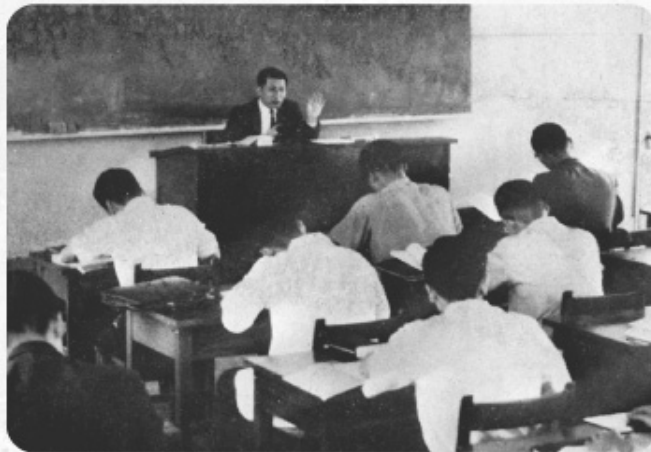
원회가 제정하여 1984년 개정된 모범사업회사법(Revised Model Business Corporation Act: RMBCA)을 모델로 하여 회사법을 제정하였으며, 델라웨어주 회사법, 뉴욕주 회사법 및 캘리포니아주 회사법 등이 가장 영향력이 큰 회사법입니다. 다음 통일상법전은 ALI 등이 주축이 되어 만든 모범법으로서 회사법이 아니고, 매매, 리스, 유가증권, 투자증권, 신용장, 담보 등 상거래에 관하여 규정하고 있는 법입니다.

IMF체제 하에서 소액주주의 장부열람권(상법 제466조)이 새로 도입되었다는 부분도 오해의 소지가 있습니다. 이 제도는 IMF체제 하에서 비로소 도입된 것은 아니고, 우리 상법 제정 시부터 이미 있었던 제도인데, IMF체제 하에서 소액주주의 권리행사를 용이하게 하기 위하여 그 행사요건을 완화하였던 것입니다. 즉 종래 발행주식총수의 100분의 5 이상의 주식을 가진 주주가 장부열람권을 행사할 수 있었던 것을 발행주식총수의 100분의 3 이상을 가진 주주도 이를 행사할 수 있도록 행사요건을 완화한 것입니다. 물론 증권거래법 등 특별법 상으로는 IMF 전에도 이미 그 행사요건이 완화되어 있었습니다.

끝으로 학제적인 관점에서 좋은 발표를 하여주신 이 교수님께 다시 한 번 감사하면서 저의 토론을 마칩니다(2010. 7. 22).

유기천재단의 주요활동

2003. 4. 11	제1회 월송기념강좌 : 유기천교수 추모강연-노용희, 손해목 교수 발표 (유기천교수추모문집출판기념회, 서울대 근대법학교육백주년기념관)
2005. 11. 25	제2회 월송기념강좌 : 형법이론의 발전사-이재상, 김일수, 이형국, 이영란, 이용식 교수 발표 (광복60주년기념 형법학술대회, 서울대 근대법학교육백주년기념관)
2006. 2. 23	최종고 교수, 「유기천교수의 생애」 발표 (하와이대학교 전기학연구소 Center for Biographical Research)
2006. 6. 19	유기천교수 전기 『자유와 정의의 지성 유기천』출판기념회 (서울프레스센터 20층 국제회의실)
2007. 6. 18	제3회 월송기념강좌 : 최종고 (유기천과 헬렌 실빙 그리고 켈젠) 김일수(한국형법과 사회상규론), 황적인(유기천교수의 이념과 교훈) (서울대 법대 17동 6층 서암홀)
2008. 1. 27	유기천교수 추모강연회 : 최종고 교수 강연 (시카고 한인연합장로교회)
2008. 9. 18	제4회 월송기념강좌 : 한국 법학전문대학원의 과제와 전망 (서울프레스센터 20층 국제회의실)
2009. 9. 22	제5회 월송기념강좌 : 한국문화와 이스라엘문화-한국인과 유대인의 만남- (서울프레스센터 19층 기자회견장)



(재)유기천교수기념사업출판재단(010-8026-5664)

(재) 유기천교수기념사업출판재단 임원	
이사장	黃迪仁
상임이사	陰善澤
이 사	劉基玉 盧隆熙 吳聖植 俞 焄 孫海睦 李在雄 金哲洙 李時潤 李昌錫 崔鍾庫
감 사	李鍵浩 朴英植
사무국장	曹永淑(010-8026-5664)

한국-미국의 법학과 법학교육

인 쇄	2010년 7월 20일
발 행	2010년 7월 21일
발 행 인	(재) 유기천교수기념사업출판재단
인 쇄 처	도서출판 관악문화사
주 소	서울시 관악구 신림2동 103-207
전화/팩스	(02) 871-2118 / (02) 878-2117