



법학교육과 법조인선발의 나아갈 방향의 헌법정책적 검토

장 용 근

· 홍익대학교 법대 교수(헌법학)



1. 문제의 소재

1994년 우리나라는 처음으로 사법제도개혁의 일환으로 법학전문대학원 도입이 논의되게 되었다. 하지만 그 시대에 있어서의 도입의 주창자인 서울대 명예교수이신 김철수교수와 한국법학교수회의 본래 의도는 소수의 특권층을 선발해 내는 사법시험이라는 잘못된 제도로 인한 법학교육의 부실화를 개혁하여 대국민사법서비스를 향상시켜 민주주의를 실현하려는 순수한 의도로서 시작되었으며 그 당시에는 모든 제도개혁의 전면에는 국민과 법학교수회가 있었다.

법조인이 책과 도서관에서 공부하는 것만으로 완성되는가라는 질문에 대해서는 99%의 현실적 경험과 1%정도의 법학지식의 결합이 필요하다고 본다. 이러한 취지를 달성하고자 하지만 이제는 제도개혁의 목적과 올바른 절차에 기초한 국민주권주의를 실현하고자 하는 논의는 실종된 채 대학들의 학벌이기주의와 정당한 방향과 그를 실현할 만한 올바른 수단인지에 대한 논의없이 정책당국의 합리성이 결여된 결정을 따라 그 요건만을 맞추려는 왜곡된 방향으로 사법제도개혁이 변질되어 가장 중요한 요건

인 교육이 법학전문대학원이라는 획일적인 방향으로 흘러가고 있는바 이에 대한 정확한 판단과 제도개혁전반에 대한 진지한 고민이 필요한 시점에 오게 되었다.

현재의 법학전문대학원은 이에 한해 전체 입학정원을 2000명으로 하여 25개 법학전문대학원이 각 대학원의 인적, 물적 상황에 따라 입학정원을 150명, 120명, 100명, 80명, 70명, 50명, 40명으로 하여 인가받아 운영하고 있다. 법학전문대학원의 교육연한은 3년으로 최소취득학점을 90학점으로 하며, 이 3년과정을 이수한 학생이 소정의 변호사시험에 통과하면 변호사자격을 부여하는 것으로 되어있다. 그리고 변호사자격을 가진 자 중에서 소정의 절차를 거쳐 법관, 검사에 임명하는 것으로 되어 있다. 각 법학전문대학원은 교육의 내실화를 위해서 인가 2년 후에 자체평가를 하여, 이를 주무 당국에 보고하고 공표하며, 그 2년 후(인가 후 4년)에 변호사회가 주관하는 법학전문대학원평가위원회의 평가를 받아, 평가 결과에 따라 시정명령과 학생정원의 감축, 학생모집 정지 처분 등을 할 수 있도록 한다. 그런데 초기의 인가주의와 이러한 법학전문대학원운영은 우리 헌법이 허용한 한계내에서 합헌적으로 결정되었는지 그리고 합헌성의 가장 중요한 기준인 대국민사법서비스의 향상이라는 사회적 공익에 기여하는지가 위헌여부의 가장 중요한 기준이 될 것이다.

법조인의 선발시험이든 자격시험이든 어찌되었든 법조인이란 시험점수로 선발되는 것이 바람직한지 교육과 함께 경험으로 다듬어진 인재를 선발하는 것이 타당한지에 대한 고민을 같이 할 필요가 있다. 본인의 생각으로는 법조인의 업무는 사회전체의 막힌 바를 올바르게 해결해 줄 수 있도록 설계되어야 하기에 현실과 괴리될 수 있는 시험과목보다는 이는 통과의례로 만들고 사회속으로 학생들을 들어가서 경험을 쌓게 만드는 것이 매우 중요하기에 지식 즉 간접적인 경험을 가르치는 교육과 함께 학생들에게 사회 전반적인 현실 감각을 익히게 하는 것이 매우 중요하다고 보이고 그러한 면에서 법학전문대학원의 창설 취지는 나름 타당한데 반드시 이러한 취지가 법학전문대학원 하에서만 가능한지는 의문이고 현행 학부제 하에서도 사법시험제도만 손질하여 일정한 자격요건을 갖추면 통과시키는 자격시험제도도 사법시험을 수정한다면 가능하다고 생각이 든다.

현행제도는 법학전문대학원의 본래의 의도와는 달리 단지 선발인원을 제한시키고 다만 학부제에서 법학전문대학원으로서의 교육의 방식만의 이전에 불과하다. 이것이 가장 시급한 문제이다. 이는 단지 운용이 잘못된 문

제인지 아니면 도입초기에 그 기준이라든지 절차의 근본적인 결함이 있는지에 대한 진지한 고민을 지금은 정리할 때가 왔다고 보인다.

과연 이 제도는 위헌성은 없는가? 여기에는 아무리 입법취지가 좋아도 이를 제대로 실현하기 위한 실효성있는 수단의 측면과 다른 합리적 대안이 있다면 이를 고려하여 결정하여야 한다는 헌법 37조의 2항의 추지와 그 동안의 헌법재판소가 이에 입각하여 내린 수많은 판결을 검토하여서 판단할 필요가 있다.

또한 우리는 사법제도개혁이라는 명목으로 논의과정이 비민주적으로 과정이 진행되었던 점도 큰 문제점이라고 보인다. 과거에는 교육을 담당하였던 법학교수회가 중심으로 정관계와 언론계를 이끌었던 반면 현재는 정관계가 결정하면 단지 수동적으로 제시던 조건만을 성급하게 맞추는 그야말로 비민주적이고 국민들에게도 올바른 정보제공도 없는 밀실개혁이었고 이는 노무현대통령의 일방적인 개혁이라는 이름하의 밀실개혁적 개혁에 법학교수회가 방조적 역할만을 한 그야말로 위헌적인 제도개혁이라고 볼만하다.

II. 법학전문대학원 도입 배경

1. 사법개혁위원회 이전의 논의

김영삼대통령의 지시에 따라 설립된 세계화추진위원회는 한국 최초로 미국식 법학전문대학원 제도의 도입을 국가적 차원에서 논의하였지만 당시는 아직 법학전문대학원 제도가 생소하였고, 또 법조계만이 아니라 법학계 및 행정부 내부에서도 의견 조율이 되지 못하였기 때문에 법학전문대학원 제도는 도입되지 못했다. 또한 법학전문대학원은 단독대학이 하는 경우도 있지만 그러한 여건이 단독대학 중 충족시키지 못하는 경우 여러 대학이 결합하여 지역별 공통법학전문대학원도 가능하게 하는 안도 개진되었다.

둘째, 1998. 6. 대통령 자문기관으로 설치된 새교육공동체위원회는 1999. 9. 7. 교육개혁방안의 일환으로서 “법학전문대학원”제도의 도입을 대통령에게 건의하였다. 이 방안에 의하면 법학전문대학원에는 여러 전공을 한 학부생이 입학하여 3년간 전문법학교육과정을 이수하고, 사법시험에는 학부 법학전공자와 법학전문대학원 졸업자만이 응시할 수 있다. 새

교육공동체위원회 안에 의하면 법학전문대학원이 도입된다고 하더라도 법과대학 등 법학에 관한 학위과정은 존치된다. 기존의 법과대학 법학교육 강화를 전제로 하고 있는 제안이라 평가할 수 있다.

셋째, 새교육공동체위원회의 개선방안에 대하여 법학교수들은 ‘법학교육개혁 공동연구회’를 구성하고, 1999. 10. 13. 개혁안으로서 ~6년제 법과대학원안(1안)” 및 “법률대학원안(2안)”을 마련하여 사법개혁추진위원회에 건의하였다.

넷째, 대통령 자문기관으로 구성된 사법개혁추진위원회는 2000. 5. “한국사법대학원안”을 채택하여 대통령에게 건의하였다. “한국사법대학원안”은 대학에서 일정 학점 이상의 법학과목을 이수한 자에게만 사법시험 응시자격을 부여하고 당시의 사법연수원을 한국사법대학원으로 전환하여 2년간 교육과정을 거친 다음 다시 직역별 1년간 연수를 실시하여 그 수료자에게 변호사 자격을 부여하는 방안이다. 이 역시 법과대학의 존치 및 강화를 전제로 하는 방안이었다.

하지만 실제 이러한 로스쿨개혁안을 주장하셨던 김철수 서울대명예교수님도 이러한 로스쿨개혁 제도개혁안이 최종목표가 아니라 국민을 위한 사법시스템을 위한 수단으로서 주장하셨다. 이러한 사법시스템의 제도개혁을 반대하면서 그 근거로 우리는 독일식사법제도라고 실무가들이 주장하지만 사법시험합격자의 숫자는 독일처럼 졸업하면 대다수가 변호사가 되는 것과는 달리 사실 일본식의 왜곡된 제도였기에 독일식보다 더 많은 숫자가 배출될 수 있는 강한 로스쿨개혁안을 제시하면 절충안으로서 독일식 정상적인 사법시스템이 채택될 수 있다는 절차적 측면에서의 숨은 의도도 있었던 같다.

결국 여기서 강조하고 싶은 것은 사법제도 개혁의 수단으로서 법률가의 선발제도와 교육제도 개혁은 그 자체가 목적이 아니라 국민을 위한 사법 서비스를 위한 수단이라는 것을 간과하지 말아야 할 것이다.

2. 새로운 법조인 양성 제도 도입 배경

첫째, 민간 주도의 교육을 통한 법조인 양성을 위해서였다.

한국의 기존 법조인 양성체제는 국가시험을 통한 법조인의 선발 방식과 선발된 합격자들을 사법연수원이라는 국가주도의 교육이 근간을 이루고 있었다. 한국에서 법조인이 되기 위해서는 법과대학이나 법학과에서 법학을 공부하였는지 여부는 문제되지 않고 오로지 국가가 시행하는 사법시험

에 합격하여야 했고 법원과 검찰주도의 사법연수원시스템에 의하여 법학 교육이 황폐화되는 폐단과, 많은 사법시험 지망생들이 장시간 사법시험에 응시하는 문제점이 발생하였고 과다한 응시생이 장시간 사법시험에 빠지는 폐해가 나타났다. 또한 사법연수원 역시 새로운 시대의 요구에 부응하는 새로운 법률가를 양성할 수 없게 되었다. 이상의 문제점을 해결하기 위해서는 국가 주도의 시험에 의한 법조인 선발을 민간 주도의 교육에 의한 법조인 양성으로 전환하는 것이 필요했다.

하지만 이러한 본래의 의도와는 달리 정부가 입학정원을 정하고 변호사 시험도 정부가 주도함으로써 본래의 의도와는 달리 현재는 국가주도의 법학전문대학원이기에 가장 큰 문제가 있다고 보인다.

둘째, 세계화, 국제화된 사회에 있어서 다양하고 경쟁력있는 법조인 양성하고자 하였다

하지만 현실은 변호사시험과목이외의 수업은 학생들이 거의 수강하지 아니하고 있기에 또 다른 고시학원을 학교에 설치한 형국에 불과하다. 이 모든 원인은 변호사시험제도가 명목상 자격시험이라고 하였으나 실질은 과거의 사시처럼 선발시험제도로 운용될 여지가 있는 것이 가장 중요한 원인이다.

III. 헌법적으로 고민할 점

1. 변호사 수급상황의 검토

현재는 2008. 12. 26. 2008헌마192 전원재판부 결정에서 “법학전문대학원 설치에 관한 법률 제5조 제2항, 제6조 제1항, 제7조 제1항은 수급상황에 맞게 법조인력의 배출규모를 조절하고 이를 통해 국가인력을 효율적으로 운용하고자 함에 그 목적이 있는바, 위 조항에 의한 인가주의 및 총 입학정원주의는 이러한 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이며, 현재 법학전문대학원 설치인가를 받지 못한 대학이 법학전문대학원을 설치할 수 있는 기회를 영구히 박탈당하는 것은 아니며 학사과정운영을 통해 법학교육의 기회를 유지할 수 있으므로 위 조항들이 피해최소성의 원칙에 위배되지도 아니한다. 또한 위 조항들로 인해 각 대학 및 국민이 입는 불이익이 인력 배분의 효율성, 질 높은 법학교육의 담보, 양질의 법률서비스 제공에 의한 사회적 비용절감, 법조지역에 대한 국민의 신뢰회복 등의 공익

에 비해 결코 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 요건도 충족한다. 따라서 이 사건 법률조항은 대학의 자율성과 국민의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.”고 항려 사실상 정부와 국회의 절충적 안에 대해서 면죄부를 주고 있는 듯한 결정을 하고 있는데 과연 이 결정이 타당한지에 대해서 다음과 같은 검토를 하고자 한다.

(1) 수요측면에서의 검토

‘국민의 다양한 기대와 요청에 부응하여 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해, 자유 평등 정의를 지향하는 가치관을 바탕으로 하는 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적 효율적으로 해결할 수 있는 법조인을 양성하는 것’이다. 우리나라와 같이 최근에 사법개혁과 법과대학원 제도를 추진한 일본의 경우도 그 취지를 살펴보면 우리나라와 크게 다르지 않다. 즉 ‘풍부한 인간성과 감수성, 폭넓은 교양과 전문적 지식, 유연한 사고력, 설득과 교섭의 능력, 사회와 인간관계에 대한 통찰력, 첨단법 분야와 외국법에 관한 지식, 국제적 시야와 어학력’ 등이 그 취지이다. 법학전문대학원 제도의 취지는 갑자기 그냥 생긴 것이 아니라 법학교육에 대해서 오랫동안 누적되어 온 국민들의 요구가 집약된 것이다. 법학교육에 대한 요구 내지 수요 중에는 이 교육을 받으려는 사람들의 수요도 있고 국가 사회적인 수요도 있으며 법조계(法曹)의 수요도 있겠으나 이 시점에서 가장 중요하게 고려해야 할 법학교육 수요는 국민들의 요구가 아닐 수 없다. 법학교육에 대한 불만은 결국 사법제도와 그 실천에 대한 불만이다. 법학전문대학원 제도는 사법제도와 실천에 대한 국민들의 요구에 대한 대응 중의 하나이다.

그런데 여기서 수요측면은 우선 현재의 법조시장의 포화여부, 유사법조시장의 포화여부, 행정부와 입법부의 수요 등을 고려할 필요가 있는데 장기적으로는 이 모든 시장을 고려하여 법학전문대학원이나 법조인의 양성 여부를 고려하여야 하고 그에 상응하는 제도적 논의도 같이 하여야 하는데 현재의 법학전문대학원도입시는 이에 대한 철저한 준비가 미흡하였고 단지 비교법적으로 OECD국가간의 인구비교에 한정된 느낌이 있다. 하지만 현재의 법조시장의 포화상태라고 하여도 매년 유사법조인에 관한 노무사, 법무사, 변리사, 세무사 등의 신규인력을 충원하는 현 상황과 행정부공무원의 인력충원과 사실상 변호사들의 행정공무원으로의 특채의 증대 등은 전체적인 수요는 존재한다고 보아야 한다. 그러나 실제로 전문인력

의 수요와 공급을 일치시키며 정원을 관리하는 것은 어려운 일이다. 어떤 누구도 법학전문대학원의 정원을 엄격하게 운영하는 방법을 합리화할 과학적 방법이나 자료를 단독으로 제시하기는 어렵다. 따라서 정원제는 국민들의 수요가 법학전문대학원의 정원에 자연스럽게 시행하면서 중장기적으로 스스로 조정되도록 운영할 필요가 있다.

획일적 기준에 따른 엄격한 정원제가 아니라 여유가 있는 유연한 정원제를 운영하고 가능한 한 법학전문대학원을 운영하고자 하는 요구를 최대한 수용해야 하고 국민들이 시장에서 선택할 수 있는 시스템을 만드는 것이 제도개혁의 우선이 되어야 한다. 그렇다면 어느 정도는 시장의 선택을 받도록 약간의 공급과잉이 좀 더 나아 보인다.

(2) 공급측면에서의 검토

그리고 여기서 한 측면 공급측면에서는 어느 정도의 수입을 보장하느냐가 실질적인 가장 중요한 기준이지만 이 부분은 자유업의 당연한 전제조건인지는 의문이 드는데 즉 변호사의 취업을 국가가 걱정할 필요가 있는냐의 문제이다. 그러나 국가는 적정한 수의 전문가집단을 유지하여 과소 또는 과잉으로 발생하는 국가적 손실(고비용, 고학력자 실업, 법조윤리 저하 등)을 피해야 할 책무가 있다. 변호사의 과잉으로 인한 폐해가 벌써 드러나고 있다. 범죄에 연루되어 법률지식을 악용하는 변호사의 숫자가 늘기 시작하였으며, 불필요한소송을 부추겨 법률분쟁을 작출하는 변호사도 늘게 되었고 그로 인한 피해는 고스란히 국민에게 전가되고 있다는 주장도 있지만 이는 대부분의 변호사가 그러한지 단지 일부분의 변호사의 과거의 기대수준을 유지하기 위한 탐욕에서 나온건지 대부분의 변호사가 그러한지를 검토하여 결정되어야 할 것이다’

(3) 소결

“여기서 수급상황에 맞게 법조인력의 배출규모를 조절하고 이를 통해 국가인력을 효율적으로 운용하고자 함에 그 목적은 정당하다고 하나 어느 정도가 수급상황에 맞는 적절한 규모인지에 대한 정확한 판단없이 인가주의 및 총입학정원주의를 하는 것은 구체적인 상황에서 문제될 수 있으며 여기서는 진입장벽을 만들어서 오히려 이러한 목적들보다 상위인 대국민서비스의 향상에 저해될 수도 있다는 점을 고려하지 아니하였다고 보인다. 기본적으로 이 시장에 대해서 수급에서 기본적으로 어떠한가 하는가?

어떤 사람들은 수급사항이니까 수요와 공급을 맞춰야 된다고 했지만 저는 그렇게 생각하지 않습니다. 공급은 과잉되어야 하고 어느 정도 초과 공급이 이루어져야 하며 그래야지만 국민의 선택이 자유롭게 충분히 자유롭게 될 수 있다고 보입니다

2. 준칙주의와 인가주의

법학전문대학원의 설치에 있어서, ① 일정한 기준이 충족되면 법학전문대학원을 설치할 수 있도록 하는 준칙주의와, ② 일정한 기준을 충족시킨 경우에도 별도의 적합성 심사를 통해 행정청이 그 설치 여부를 결정하는 인가주의가 고려될 수 있다.

준칙주의에 의하면, 대학의 자율성과 법학전문대학원의 경쟁력이 제고될 수 있다는 장점이 있는 반면, 법학전문대학원의 남설로 사회적 비용이 증가하고 법학교육이 부실화될 우려가 있다는 단점 역시 존재한다. 그리하여 법학전문대학원이 교육기관으로서의 성격과 함께 국가로부터 법조인 양성의 책무를 위임받은 기관으로서의 성격을 함께 가지고 있다는 점과, 충실한 법학교육과 수준 높은 법조인의 양성을 위하여는 교수진과 장학금 제도 등 인적 물적 여건의 확충과 깊이있는 교육과정의 정비가 필요하다는 전제 아래, 이를 위한 적정한 준비가 되어 있는지 여부를 엄격하게 심사한 후 인가를 부여한 경우에 한하여 그 설치를 허용하는 인가주의가 채택되었다(이 사건 법률 제5조 제2항, 제6조 제1항).

헌법재판소는 법학전문대학원 단계에서는 정원에 대한 규제를 하지 않되 변호사 자격시험의 합격률을 낮추는 방법(준칙주의)과, 바람직한 법조인력의 수와 연계하여 법학전문대학원의 총 입학정원 자체를 제한하면서 변호사 시험의 합격률을 높이는 방법(인가주의 및 총 정원주의) 등이 있다.”고 한다.

가장 심각한 오류는 일정 수의 법조인의 숫자는 입학단계에서 제한하든 졸업 후 시험으로 제한하여야 우수한 법조인과 국민들에게 양질의 사법서비스를 제공한다는 전제가 있는데 과연 그러한지에 대해서는 의문이 든다. 아직도 국민들은 변호사들을 편안히 접근처 등에서 상담을 받지 못하기에 유사법조인들에게서만 접근할 수 있는데 이러한 논의의 전제조건이 제대로 검증이 되지 않은 상태에서 이러한 결정을 한 근본적인 문제가 있다.

또한 현행 진입규제가 더 효율적인지 아니면 일단 졸업 후 시장에서 국민들이 선택받게 하는 것이 타당한지에 대한 진지한 고려가 없었다고 할

것이다.”법학전문대학원이란 단지 교육의 문제와 변호사숫자를 정하기 위한 목적보다는 근본적으로는 시장중심적 사고 즉 수요자 중심적 사고에 기반을 두어 수요자인 국민들이 어느 정도의 자격을 갖춘 법조인을 어느 정도의 가격선에서 비용을 지급할 것인지에 대해서 결정할 수 있는 선택권을 보장한 상태에서 수급상황을 고려하여야 하다. 자칫 인가주의와 총정원주의는 더 많은 법조인을 필요로 하는 사회적 수요 특히 유사법조인이라는 교육받지 아니하고 단지 과거의 굴절된 역사속에서 그에 기초한 경험을 한 실무를 법률서비스라고 믿는 유사법조수요나 기타 행정공무원 등의 수요를 포함하지 아니하고 공급자 중심측에서 결정될 우려가 있는 한 인가주의와 총정원주의는 우리 헌법의 국민주권주의의 실현에도 반할 수 있다는 점을 진지하게 고려한다면 준칙주의가 더 타당해 보이고 아무리 대학이 준칙주의에 따라 법학전문대학원을 만들어도 취직도 되지 아니하는데 학생들이 고가의 학비를 내고 입학할런지는 의문이고 학생이 없는 대학원을 학교들이 운영할지는 더 의문이기에 이 분을 좀 더 진지하게 검토하지 않은 무성의한 결정이라고 생각이 든다.“

하지만 이미 교과부가 지정한 매우 높은 수준의 객관적 교육의 인적 물적 여건을 구비하였음에도 불구하고 이를 다시 교과부장관이 주관적인 판단하에 결정내릴 수 있는 인가주의로 한 것은 대학들의 정부를 신뢰한 것에 대한 신뢰보호원칙위반과 법치주의의 예측가능성을 위반하였다고도 할 수 있다.

3. 법과대학학생과 일반인들의 직업선택의 자유의 침해여부

현재는 사법시험이 존재하나 과거의 숫자에 비해서 현저히 줄어들고 있는데 경과기간은 주었으나 사실상 합격할 확률을 줄어든게 되었다. 물론 헌법재판소는 자기관련성이 없다고 하였으나 법대를 입학할 당시는 일정수 이상의 합격자를 위한 사법시험이 재학 중 예상했던 수보다 현저히 적은 합격자를 전제로 한 사법시험은 성실히 공부하던 학생들의 정당한 신뢰이익을 보호하기 위하여 경과기간을 두었다고는 하나 이는 기존의 법과 대학에 입학하여 사법시험을 준비하는 학생들의 정당한 기대권을 실질적으로 침해할 우려가 있다. 물론 이러한 학생들의 정당한 신뢰이익에 우선하는 구체적인 공익이 있어야 하는데 그 공익은 단지 법학전문대원생들이 법조시장에 나오기에 늘어나는 법조인 숫자 때문이어서는 아니되고 그로 인하여 질 낮은 법조인이 시장에 초과배출되어 대국민서비스에 해가 된

다는 것을 방지하기 위하여서만 인정되어야 한다. 하지만 이러한 실증적인 증거는 전혀 입증되지 아니하였고 오히려 우리나라의 시스템하에서는 적은 비용과 의무병제 등의 군대시스템, 단지 시험만으로 선발되는 유사 법조수요 등까지 고려한다면 교육을 통한 절차를 거친 학부생들이 사회에 법률수요를 충족시키는 것이 사회적 비용도 줄이고 적은 비용으로도 자신이 원하는 직업을 진출할 수도 있는 직업선택의 자유도 실질적으로 침해할 소지도 있다고 보인다.

또한 일반인들이 사법시험을 통하여 신분상승이나 자신의 사회적 지위를 상승시킬 수 있는 기회로서의 사법시험의 존치에 대해서는 나름 사회적 탈출구내지 희망의 통로로서의 의미는 있으나 이는 이미 법조인의 수의 확대로서 그 의미는 상실되었다고 보이고 국민의 사법적 보장이 중요한 공익을 충족하기 위하여 제도개혁을 논의하여야 하지 소수의 신분상승을 위하여 제도개혁을 논의하는 것은 문제가 있다고 보인다. 다만 일정학점이나 방통대나 학점은행제를 통한 이수를 전제로 한 시험응시의 대안은 마련될 필요가 있다고 보인다.

4. 절차적 측면에서의 하자

(1) 제3자적 정의에 반하는 점

설치인가를 위한 심의기준 자체가 대부분 위원들의 주관적 자의적 평가가 가능한 항목으로 구성되어 있는데 법학전문대학원 설치인가를 신청한 대학의 교수들을 법학교육위원회의 위원으로 참여시킴으로써(총 13인의 위원 중 4인) 청구인들의 적법절차 보장권을 침해하였다는 주장에 대해서는 절차적 정의 즉 누구든지 자신의 사건의 재판관이 되어서는 아니된다는 원칙 등에 반할 것이고 이 분들이 전문가이기에 참여시켰다면 의결 등의 경우는 배제시켰어야 했고 사실상 위원으로 활동했다는 사실만으로 우리나라의 정서상 논란의 여지가 있다.

(2) 국민의 알 권리를 보장하지 문제점

기존의 90년대의 사법제도개혁논의는 법학교수회와 소비자단체 그리고 언론기관의 연합으로 거의 매일 중요쟁점에 대해서 국민들에게 알리고 정보를 제공하는 형태의 논의가 있었는데 반해 최근의 법학전문대학원에 대한 논의는 거의 국민들에게는 알려지지 아니한 채 극비리에 진행되었고

지금도 그러한 문제점을 가지고 있다. 이제는 국민이 즉 소비자가 선택하는 시대이고 국민을 속이고 잠시 기득권을 유지할 수 있으나 국민속으로 들어가지 못한다면 그 기득권도 역시 유지되기 힘들다는 것이 역사적 경험이다. 이제는 이 논의가 법조영역에 한정된 분들의 논의가 아닌 국민들속으로 들어가기 위하여 각종 언론 및 국가통치에 대한 문제제기에 대선주자들에게도 의견을 물어서 공론화를 진행해야 할 것이다.

5. 제도개혁의 실효성을 확인하기 위한 최소한의 사시병존의 보장의 미비

-자유경쟁체제에서 법학전문대학원으로서의 독과점체제로의 변환의 문제점

(1) 문제의 소재

헌법재판소는 “현재 법학전문대학원 설치인가를 받지 못한 대학은 법학에 관한 학사과정 운영을 통하여 법학교육의 기회를 유지할 수 있다. 또한 이러한 대학이 법학전문대학원을 설치할 수 있는 기회를 영구히 박탈당하는 것도 아니다. 즉, 총 입학정원은 고정되어 있는 것이 아니라 법조인의 수급상황이나 법조계의 실정에 따라 증감 변동할 수 있으므로, 교육과학기술부장관이 총 입학정원 및 인가대상 대학의 수를 증가시킬 수 있고, 기존의 법학전문대학원이 평가에 의하여 인가취소되면 새로운 대학이 법학전문대학원 설치인가를 받을 수도 있다”라고 하여 이 문제는 심도있게 검토하지 않았으나 사실상 사법시험이 폐지되고 그로 인하여 각 대학에서 법학과의 통폐합과 정원조정과 학과의 기능재정립 등의 사실상 폐지움직임도 있기에 이에 대해서도 심도있는 검토의 필요성이 있다.

법조인양성제도 개혁 논의과정에서 대학의 법학교육이 사실상 파행으로 운영되는 중요한 이유 중의 하나가 사법시험이라는 제도적 이유 이외에 법과대학의 부족한 물적, 인적 자원임이 명백해졌다. 이로써 사법개혁위원회 내부 및 개혁론자들 사이에서는 학부 단위의 법학교육에 법률가에 대한 교육을 담당시킬 수는 없다는 공감대가 형성되었다. 이러한 문제의 식은 만일 법학교육을 학부단위의 법학교육과 대학원 단위의 법학전문대학원 교육으로 이분화하여 병존시킬 경우 양쪽 다 부실을 면하기 어려울 것이라는 결론으로 이어졌다. 그런데 이러한 주장이 몇 년이 지난 지금에서도 타당한지를 검토해야 한다.

(2) 메디컬스쿨의 선례와 기존법대 병치의 필요성에 대한 검토

메디컬스쿨에 대한 정부당국의 원칙으로는 학사후 교육을 원칙으로 하는 의학전문대학원 체제를 도입하되, 무리없는 추진을 위해 대학에 폭넓은 자율권을 부여하고 국가가 구체적 기준을 제시하지 않았다.

다만 의학교육의 질 관리를 위해 전문대학원으로 전환 후 일정기간 경과 후에는 주기적으로 평가를 받도록 하는 평가인정 제도 마련하고 의사 국가시험제도와 의학교육과정이 상호 보완적 관계를 유지할 수 있도록 관계기관 상호 협력체제 구축하였다. 그리고 의학전문대학원 체제의 조기 정착을 위해 전문대학원 체제로 전환하는 대학에 대하여 국립대 기초 의학교수 정원 증원, 교육과정 개발비, 실험실습 기자재 확충비, 학술대회 개최 경비 지원 등, MEET 시험 개발 기관에 개발비 지원 등 행정 지원 방안을 마련하였다.

하지만 11학년도 의학 27개교(1,687명)에서 2015년에 16개만 남고 2017년에는 5개만 남는다고 하여 정책적으로 실패하게 되었는데 다만 자율적으로 하여 일률적으로 대학원체제로 전환하였을 경우 지렸을 사회적 비용을 최소화하고 교육제도라는 개혁에서 실효성검증을 거쳐 우리사회에 맞는 교육체제를 선택하게 하는 절차보장적 측면에서는 나름 고려해 볼 여지가 있다.

즉, 의사시험이 일정교육을 마친 경우 당연히 대부분 합격하는 자격시험이기에 기존의 대학들의 지위에 큰 변화가 없어서 반발이 적기에 우리의 국가중심의 강행규정이 아닌 인센티브중심의 지원정책을 두어 정책과정에서의 마찰비용을 줄이는 합리적인 절차를 선택하였으나 법학의 경우에는 소수의 대학만이 상당수 학생이 합격하고 대다수는 그러하지 않은 상태에서 법학전문대학원이 되면 기존보다는 더 많은 수의 법조인이 배출된다는 독과점적 지위가 보장되기에 더욱 경쟁이 치열하기에 국가가 부득이 강제로 개입했다고 할 수 있는데 하지만 역시 법학전문대학원의 본래의 의도한 효과도 미미하고 기존대학들의 반발이 심하다면 다시 한번 절차에 대해서 검토의 필요성이 있다고 보인다.

여기서 법과대학은 사법시험의 정원제한 때문에 법학교육의 파행이 있긴 하였지만 자유경쟁체제였지만 법학전문대학원을 통해서 독과점지위로 변화되는데 과연 이러한 진입규제를 통한 독과점체제가 원래 미국에서의 법학전문대학원도입과는 거리가 멀고 국민들에게 도움이 되는 양질의 서비스와 다양한 인재의 양성이라는 목적을 달성할 수 있는지 검토의 필요성이 있다.

(3) 외국의 선례검토

일본은 법학부는 법학만을 학습하는 곳이 아니기 때문이다. 일본 도쿄대의 경우 법학부는 “법학과 정치학을 중핵으로 한 교육연구를 통하여 넓은 시야를 갖추고 법적 사고와 정치학적 식견의 기초를 갖춘 인재 양성을 목적”으로 한다고 소개하고 있다. 즉 법학부는 학부단계의 학생을 대상으로 한 고도의 법학 정치학 등의 교육을 행하는 것이다.

전통적으로는 일본의 법과대학 교육의 목적이 행정부의 고등행정관 양성에 있었다는 점 역시 고려되어야 할 것이다. 일본 최고재판소는 “사법시험으로 법조인이 되는 것에 필요한 기초 법률지식을 갖추었다는 것을 정확하게 판정하는 것이 요구된다. 그러나 일본에서는 그 전제가 되는 대학 법학부 교육이 법조인 양성보다는 오히려 공무원, 기업 등의 제너럴리스트 양성에 중점을 두고 있어 법조인이 되기 위한 기초적인 법학교육이 아주 부족하다는 문제가 있다”고 지적할 정도이다.

그런데 우리나라에서도 실제 행정공무원은 법률안제안권이 국회의원과 행정부가 병존해서 제출할 수 있기에 실제 법률안의 작성은 매우 중요한 업무인데 이러한 측면에서 행정공무원의 배출 역시 법학교육의 핵심이며 법학부나 법학전문대학원의 중요한 목표가 되어야 한다. 그런데 실제 공원선발시험의 과목들이 법학과 거리가 먼 행정학과 관련된 과목이 추가되었기에 기존의 시험만으로는 법학부를 졸업하였던 법학전문대학원을 졸업하였던 신입자체가 어렵기에 그리고 실제 일본이외에 독일에서도 행정공무원의 상당수가 법과대학졸업생인 점을 고려하면 이 문제는 법학교수 전체가 같이 고민하여야 할 과제이며 반드시 학부준치의 필연적 이유라고 보기는 어렵지만 사회전체적인 시간과 비용측면에서는 중요한 논거가 될 것이라고 보인다. 최근에 법학전문대학원졸업생을 6급특채한다 하나 제한적이고 부수적인 것이기에 반드시 우리나라의 사법제도개혁의 중요한 목적으로 삼아야 할 것이며 향후 법과대학준치의 중요한 현실적 근거가 되기도 한다.

미국도 초기에 강제로 법학전문대학원을 도입한 것이 아닌 하바드대학을 선두로 하여 법학전문대학원을 도입한 대학과 그렇지 않은 대학을 병존시켰으나 법률수요시장에서 자율적으로 학부제보다는 법학전문대학원 졸업생을 선호하여 자율적으로 법학전문대학원으로 이행했던 반면에 과거 독일은 법학전문대학원도입을 하려고 할 때 모든 대학이 아닌 일부 시범대학에서 법학전문대학원제도를 도입시키고 기타의 대학은 학부제를 유지

하면서 어느 시스템이 필요한지에 대해서 검토한 후 학부제를 선택한 경험을 고려할 필요가 있다.

이는 법학전문대학원이라는 것이 단지 법학에 한정된 문제라기보다는 법치는 인류역사상 통치의 가장 합리적 수단이었을 고려할 때 국가전반의 문제이기에 정책적 실효성을 시장에서 인정받지 않는다면 정책적 혼란과 그로 인한 사회적 비용이 증가될 수 있기 때문이다.

독일의 경우에도 일부대학의 로스쿨을 두어 기존의 학부제와의 병치를 하여 정책검증 후에 로스쿨제도를 철회하게 되었다.

결국 선진화된 나라에서는 자연과학적 실험과 다른 중요한 사회제도의 근간인 법학교육과 법조인선발제도의 개혁에 있어서는 기존의 제도와 새로운 제도를 병존하여 그 효과를 검증하여 제도개혁을 하고 있다는 중요한 제도개혁의 절차적 원칙을 제시하고 있다고 할 수 있는데 우리는 이를 무시한 채 너무나 급하게 제도개혁을 하였다고 할 것이다.

(4) 소결

법학부 존치는 법학전문대학원 교원들에게 과중한 노동량이 부과될 것이라는 일본의 학자의 지적은 동일대학에서 학부와 대학원제를 병존하는 경우이기에 우리 법제에게는 문제가 안되고 둘째, 법학전문대학원의 법학교육이 법학부의 교육과 다른 점은 교육 방법론상으로 강의보다는 다양한 선택과정과 실무교육으로 귀결될 것인데 한국에서도 다양한 선택과정을 개설하고 또 모의재판, 실무연수, 인턴쉽, 엑스틴쉽, 리걸 클리닉 등 실무교육을 강화하고 있다. 하지만 이를 제외한 동일한 법체계내에서 동일한 판례와 이론을 배우고 사실상 이러한 실무교육도 미국의 경우와는 비교도 되지 않을 정도로 적고 변호사시험 때문에 사실상 형해화되고 있다. 또한 학부에서도 실무교육과 인턴쉽프로그램의 실시로 이를 보완할 수 있으나 시험제도로 인해 사실상 불가능하다고 할 것이다.

법학부 존치가 장점이 있을 수 있으나 현실에서는 오히려 새로운 법조인 양성제도인 법학전문대학원의 안정적인 출범을 가로막을 가능성이 높고 그것은 법학전문대학원 교육이 불충실하게 이루어질 가능성이 높다는 점, 법학부와 법학전문대학원의 법학교육이 엄밀하게 구분되기 어렵다는 점에서 법학부 졸업생의 변호사시험 자격을 박탈할 명분이 없다는 점, 법학부 졸업생에게는 실무교육이 부족하기 때문에 따로 실무교육기관이 필요하다는 점 등 때문에 병존을 반대하는 견해가 있으나 이는 법학전문대

학원이 학부제와 구분되는 명백한 장점이 없음에도 반드시 존치시켜야 한다는 전제하에 주장되나 사회적 공익에 기여하지 않는 제도를 증가된 교육비와 대학원시스템으로 법학교육을 독점화시킴으로서 사회적 비용을 증가시키는 제도를 당연히 존치시켜야 하는지에 대해서는 헌법적 관점에서 보아도 문제가 있다고 할 것이다. 법학전문대학원 자체의 교육도 부실화할 가능성의 가장 큰 원인은 법학부의 존치보다는 현재의 법학전문대학원 제도하에서도 과거의 법학부제도 하에서도 선발인원의 제한이라는 것이 가장 근본적인 문제라는 점을 인식하여야 할 것이다. 또한 앞에서 본 국민들의 법률서비스에 대한 수요가 고급법률서비스와 유사법조서비스내지는 행정공무원까지 포함하는 서비스라면 반드시 법학전문대학원제도에 의해서 법조인을 양성할 필요는 없다고 보이기에 법학부를 존치시키고 법학전문대학원졸업생과 경쟁시키는 제도가 더 합리적이라고 보인다.

이러한 제도를 마련하지 않고 일률적으로 법학전문대학원준비를 하게 하고 안되면 법학교육을 통하여 법조인을 양성할 수 없게 만든다면 대학의 자치권을 실질적으로 침해하게 되는 것인데 여기서는 법학전문대학원과 학부병치라는 대안이 있음에도 일률적으로 법학전문대학원만 법조인을 독점하였기 때문이다.

6. 지방균형적 측면에서의 검토

법학전문대학원 설치 운영에 관한 법률 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20740호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 시행령’이라 한다) 제5조(설치인가 등에 있어 고려사항)은 “교육과학기술부장관은 법 제5조 및 법 제6조에 따른 법학전문대학원의 설치인가 등에 있어서 지방대학의 발전과 지역발전에 필요한 우수 인력을 양성하기 위하여 지역 간 균형을 고려하여야 한다.”고 규정한다.

법학전문대학원 체제를 도입함에 있어 법학교육과 변호사 분포의 지역 간 편차를 어떻게 극복할 것인가 하는 점도 주요한 고려사항 중의 하나였다. 한국의 대학교육은 서열화가 심각하고 특히 서울과 지방의 차이는 갈수록 벌어져 양극화가 완전히 고착화되고 있는 실정이다. 국가는 법학전문대학원을 설치함에 있어 ‘지역간 발전의 기회균등을 촉진하고 지역의 발전역량을 증진시켜야’(국가균형발전특별법 제2조)하는 법적인 의무를 지고 있다. 지역균형발전은 한국의 지독한 양극화를 해결할 수 있는 유력한 방안 중의 하나이기 때문에 모든 정책에서 관철되어야 한다는 주장도 있다.

하지만 법학전문대학원 설치 운영에 관한 법률의 인가에 관한 5조, 6조 자체에서는 이를 전혀 예상할 수도 없고 “대국민사법서비스의 향상을 위한 1조의 우수한 법조인을 양성의 목적과 제2조의 교육이념인 국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여”이라는 목적은 국민주권주의라는 대정제인데 이는 지방균형을 포함한 상위 개념으로서 이러한 목적에 적합한 수단인지도 먼저 고려했어야 하는데 이에 대한 우선순위를 고려하지 않은 채 지방균형만을 최우선과제로 삼은 문제가 있다고 할 것이다.

따라서 타당한 법률적 근거 없이 상위법규에 없는 하위법규에서 이러한 규정을 정하여 수도권 소재 대학과 지방권 소재 대학으로 나누어 인가대상 대학을 정하는 등 이 사건 예비인가 거부결정에 재량권의 일탈 남용이 존재하여 청구인들의 평등권, 학문의 자유, 교육의 자주 및 대학의 자율권이 침해되었다고 볼 수 있다.

그리고 설사 그러한 주장이 맞다고 하여도 정책의 실효성 측면에서 보면 여기서 지방대학의 정원배정률이나 합격률을 높여야 한다는 것은 단지 지방대학의 위상때문이라기보다는 지방에 거주하는 국민들의 사법서비스를 받을 수 있는 기회를 높이기 위한 것이고 과연 지방대학의 법학전문대학원배정의 효과가 이러한 근본적인 목적에도 도움이 되는지에 대해서 검토의 필요성이 있고, 오히려 이는 서울이든 지방이든 상관없이 법조인의 숫자를 늘려 자연스럽게 지방에게까지 법조인들이 대국민서비스를 하도록 해야 하는 것이 정답이라 본다. 아니면 지방대학법학전문대학원졸업생은 반드시 일정기간 지방에서 근무하도록 하는 규정이 하여야 하는데 이 또한 직업수행의 자유를 과도하게 제한한다는 문제점도 가진 수단이기에도 도입에는 문제가 있다고 보인다. 하지만 지금은 지방로스쿨에게도 대부분 수도권대학학생이 수도권대학진학이 좌절된 후에 지방대학을 선택하고 졸업 후에도 일정기간 지방에서 근무하도록 하는 규정도 없기에 결국 지방균형적 측면에서 지방주민들에게 대국민서비스가 돌아갈 수 있다는 정책의 실효성을 담보하지 않은 채 수도권대학의 법학전문대학원진입을 막은 것이 과연 국민의 입장과 대학의 자치라는 원칙에서 타당한지는 의문이 들고 이는 앞으로의 국가 정책방향에서도 재고되어야 한다고 보인다.

일부는 과거 사법시험 합격자 수를 300명에서 1,000명으로 늘리면서 지방의 격차가 악화되었다고 하는데 상식적으로 생각하면 사법시험 합격자 수를 늘리게 되면 더 많은 대학에서 합격자를 배출하고 특히 지방 대학

에서 많은 합격자를 배출했어야 할 것이다. 그러나 사법시험 합격자 수는 수도권 일부 대학에 집중하였고 지방 대학은 상대적으로 후퇴하였다. 한마디로 “취약한 법과대학의 현실 및 과다한 법과대학 학부생의 정원, 대학간의 현격한 학력 차이, 과다 설립된 당시의 법과대학 체제”라고 한국의 법학교육 현실을 요약할 수 있을 것이다. 여기에 하나 더하면 서울과 지방의 현격한 차이가 있다고 하였다.

이 지적은 타당하나 그렇다고 현행 지방대의 법학전문대학원진입생이 진정으로 지방대생인지 아니면 수도권대학졸업자들이 성적에 따라 지방에 간 것인지를 보면 후자에 가깝고 지방에서 공부하지 않은 학생들이 과연 지방에 정착할가의 문제는 의문이 든다고 보인다.

따라서 이 문제는 공익법무관이나 공익변호사제도의 확대를 통한 제도 개선을 통해서 이루어지게 하는 것이 타당하고 이는 반드시 로스쿨이 아니더라도 변호사숫자를 확대한다면 해결가능한 것이라고 보인다.

7. 교육비용적 측면

법학전문대학원 도입의 반대론자들의 강력한 논거 중 하나는 교육비 부담이 증가하고 법조지역에 진입하는데 오히려 새로운 장벽을 만든다는 것이었다. 교육의 낭비 및 교육기간의 장기화에 따른 부작용을 우려하는 목소리도 이에 속한다. 특히 일부에서는 법학전문대학원 제도의 도입으로 가장 직접적이고 큰 혜택을 입는 자는 우리 사회의 부자내지는 특권층이라고 하여 현대판 음서제도라는 비판도 있다.

이미 당시의 사법시험제도에서도 시험에 응시하기 위한 비용이 엄청날 뿐 아니라 현실적으로 법조지역의 진입장벽이 심화되고 있었고 법학전문대학원 설치 운영에 관한 법률에서 특별전형제도와 장학금 제도로 구체화되었기에 타당하지 않다는 주장도 있다. 하지만 실질적으로 사회취약계층의 입학은 실질적으로 줄어들고 있는데 졸업 후 현재는 일부의 비판대로 부모의 사회적 지위에 따른 로펌에서의 취업문제, 그리고 부양가족들의 문제로 인한 것으로 보인다.

결론적으로 보면 단순비교가 아닌 시험준비에 들어가는 명목비용과 기회비용 등을 고려하면 법학전문대학원이 많은 비용이 든다고 할 수 있고 현행 학부제하에서도 시험제도와 기타 취업제도를 합리적으로 연계시켜 자격시험화만 된다면 학부제가 더 적은 비용이 든다고 할 수 있다.

또한 앞에서 본 국민들의 법률서비스에 대한 수요가 고급법률서비스와

유사법조서비스내지는 행정공무원까지 포함하는 서비스라면 반드시 법학전문대학원제도에 의해서 법조인을 양성할 필요는 없다고 보이기 사시제도를 존치시키고 법학전문대학원졸업생과 경쟁시키는 제도가 더 사회전체적인 비용측면에서는 절약할 수 있기에 타당하다고 할 것이다.

8. 법체계의 충돌 문제

미국의 법학전문대학원 방법을 성문법주의, 대륙법주의를 채택하는 한국에 제대로 적용할 수 있겠는가 하는 것이었지만 전세계는 이미 정당한 내용을 전제로 한 성문법주의로 확립되었고 우리의 교육도 이론식교육이외에 사례식교육의 필요성을 느끼고 이미 교육에도 반영하고 있으며 미국도 사례교육이외에 미약하지만 이론식교육도 같이 가기에 이는 근본적인 문제는 아니라고 보인다.

9. 현행 법학전문대학원교육의 충실화 여부

법학전문대학원을 통한 변호사 선발방식이 이 법에서 기대하였던 목적, 즉 과거 사법시험의 방식이 만들어냈던 부정적인 결과를 제거한다는 목적, 혹은 법전원 방식으로 달성하고자 하였던 목적 즉, “국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의의 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 변호사 양성”이라는 목적을 충분히 실현하지 못하였음에서 비롯되는 비판이었다. 길으로는 법학전문대학원을 거친 변호사의 자질이 충분하지 못하다는 것이었지만 이것을 처음부터 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률이 가진 법제도적인 문제였다. 왜냐하면 현재의 법전원법은 법전원법이 목적이나 교육이념으로 제시하였던 그러한 법조인을 양성하기 위하여 이 법률이 규정하고 있는 수업 내용과 분량은, 법학전문대학원 안에서의 수업연한과 수업내용만으로는, 결코 그 목표를 달성할 수 없기 때문이다.

법학전문대학원을 통한 변호사의 실력에 대한 우려는 처음부터 예상되었던 것이다. 왜냐하면 변호사가 되기 위하여 그동안 운영되던 사법시험과 비교하여도 법학전문대학원의 수업연한과 교육내용은 현저하게 부족하였기 때문이다. 예컨대 법학전문대학원에서는 변호사가 되기 위한 수

업연한으로 3년을 예상하고 있고 졸업학점 전체 90학점에 과거 사법연수원에서 하던 법조윤리, 2. 국내의 법령 및 판례 정보 등 법률정보의 조사, 3. 판결문, 소장(소장), 변론문 등 법문서의 작성, 4. 모의재판, 5. 실습과정을 포함시키도록 하고 있기 때문이다. 절대적인 법학습득의 양이 부족할 수밖에 없다는 이야기이다. 이러한 우려는 법조현장에서 그대로 드러나 2012년 법률구조공단은 계약직 변호사를 채용하면서 법전원 출신 변호사에게만 별도의 필기시험을 요구하기에 이르렀다. 법전원 출신 변호사의 실력을 믿지 못하겠다는 것이다. 법학전문대학원 출신 변호사가 변호사로 되기 전까지 받았던 법학교육이 충분하지 않을 뿐만 아니라 이들의 실력을 검증할 객관적인 방법이 존재하지 않기 때문이다. 실력저하가 예상되는 부분이다. 또한 최근에는 사법연수원생들이 검사와 재판연구원 선발 때 법학전문대학원(로스쿨) 출신들과 공개 경쟁시험을 치르게 해달라는 청원서를 제출했다. 연수원생들은 "로스쿨 졸업생들은 불투명한 입학과정, 짧은 학사과정, 75%에 이르는 변호사시험 합격률 등으로 법조인의 기본적인 자질과 능력을 갖추 기회를 갖지 못하고 있다"는 의견을 제시했다. 또한 이런 목소리는 법전원 내부에서뿐만 아니라 이미 변호사 업계 현장에서조차 나왔다. 법학교육을 학부과정에서 소화할 수 있는지 아니면 전문대학원체제에서 소화해야 하는지에 대해서 역시 논란이 있었다.

법학전문대학원 도입론은 법학은 그 자체로서 종합학문이므로 풍부한 교양을 바탕으로 전문대학원 체제에서 교육을 해야 할 필요성이 있을 뿐 아니라 갈수록 복잡다기해지고 전문화되어 가는 사회현상 및 분쟁을 해결할 수 있는 능력은 학부에서의 전공분야와 법학을 접목시킴으로써 가능해진다는 점을 강조하였다. 법학전문대학원 도입을 주장한 사법개혁위원회 전문위원들은 "다양한 전공의 지식과 경험을 쌓은 학생들을 대상으로 한 교육"을 법학전문대학원 도입의 근거로 주장하였다. 이와 동시에 "고등학교 졸업생의 지적 수준 및 능력을 고려할 때 대학 학부과정에서 종합적인 사고력과 논리력을 요구하는 전문적인 법학교육을 실시하기에는 현실적으로 어려움이 있고", "법학전문대학원의 학생들은, 4년 동안 다양한 전공의 학부에서 지식과 경험을 쌓았을 뿐만 아니라, 법조인이 되겠다는 명확한 목적의식을 가지고 있으므로, 매우 실천적으로 학습과정에 집중할 것"이며 "법학전문대학원 학생들은 학부에서의 전공 지식을 전문법학지식과 접목함으로써 전문법조인으로서의 나아가기 위한 지적 토대를 마련할 수 있을 것"이라고 주장하였다. 하지만 앞서도 검토한 바대로 변호사시험의 실

질적으로 자격시험이 되지 않는 한 법학전문대학원에서도 3년간이라는 단 기간내에 집중적으로 법학을 공부하더라도 변호사시험을 합격할 수 없다 면 변호사시험과목이 아닌 기초법과목의 기피현상이 사실상 발생하고 실질적으로는 시험합격때문에 법학전문대학원에서 법대출신들을 선호할 것이며 이는 다양한 사회를 접한 학생을 선발한다는 취지에 반하고 학부에서 비법학을 전공하고 법학전문대학원을 지원하는 학생들의 경우도 학부에서도 선행학습으로서의 법학관련 학원이나 법학부전공 등을 통해서 실질적으로 학부전공의 충실화도 달성되지 못할 것이다.

그나마 중요한 차별지표인 실무교육의 충실화도 현행 법학전문대학원에서는 판검사와 일부실무교수님의 수업이 도움이 되지만 변호사시험이 해결되지 아니하고는 이 문제의 해결은 어렵다는 것이 교육현실이기에도 현행 학부제하에서의 동일한 문제점을 가지고 있고 학부제하에서도 다양한 편입의 허용과 재학 중 인턴십프로그램이나 졸업 후 사회에 진출하여 사회경험을 쌓는 것이 더 이러한 목적의 달성에 도움이 되는지도 실제로 확인할 필요가 있으며 대한민국의 공무원들의 실무경력은 교육과정정보다는 취업 후 실무를 접하면서 각종 전문가에게의 자문 기타 경험을 통해 얻어진다. 점을 보면 실무경험 후 취업이 반드시 타당하다고는 할 수 없을 것이다.

10. 법조일원화의 전면 실시

법학전문대학원 체제의 도입은 한국에서 사법연수원을 폐지하고 전면적인 법조일원화를 실시하는 것과 긴밀하게 관련되어 있다고 한다.

사법연수원의 존부와 법학전문대학원 체제의 도입과 밀접히 관련되기보다는 합격정원이 많아져 사실상 사법연수원이 그 인원을 수용할 수 있는지 여부, 그리고 획일화된 관료교육을 변호사를 하려고 하는 자에까지 하여야 하는지 여부 등이 더 중요하지 않나 생각이 들고 법조일원화는 법학전문대학원과 상관없이 법원과 검찰의 의지만 있으면 가능하다.

법조일원화는 우선 대국민서비스를 경험한 변호사들이 미국처럼 판검사를 하고 이러한 판검사를 한 후에는 우리의 법조계의 근본적인 문제인 전 관예우를 방지하는 제도를 여러 각도에서 검토한 후 정착시키면 되는 것이 결코 로스쿨만이 아닌 현행 학부제하에서도 판검사임용방식만 바뀌면 되는 것이기에 이 이유로 로스쿨시스템의 도입을 주장하는 것은 타당해 보이지 않는다. 그리고 유사법조인을 폐지하고 변호사제도로 일원화하

고 그 서비스의 질을 향상시키는 노력도 대국민서비스향상을 위하여 필요하다고 보인다.

V. 결론-대안의 검토

1. 로스쿨과 사시의 병치시의 대안

(1) 로스쿨선발 및 운영제도의 개선

일본의 경우에서처럼 기수자에 대한 1년 수업연한 단축, 입학시 법학 소양시험 도입 (법학 전공자에게 선택적으로)도 법학부의 교육과 로스쿨의 교육의 근본적인 차이가 없다면 도입의 필요성이 있고, 현재 비법학사 1/3 이상 선발 의무제를 거꾸로 법학사 1/3 이상 선발제로 바꾸는 방안 등도 검토할 필요성이 있다고 보인다.

(2) 학부교육의 내실화

법조인이 책과 도서관에서 공부하는 것만으로 완성되는가라는 질문에 대해서는 99%의 현실적 경험과 1%정도의 법학지식의 결합이 필요하다고 본다. 이러한 측면에서 법학교육 속에 다양한 실무경험인턴십프로그램을 다양하게 경험할 수 있게 할 필요가 있다.

(3) 법학전공자들의 공무원진출기회의 확대방안

법학교수회와 법조계가 일치단결화하여 과거 행정학회가 중심이 되어서 행정공무원시험과목을 행정학위주로 변경하였듯이 잘못된 공무원시험과목을 일정 부분 헌법과 행정법 등을 필수로 하여야 하고 기존의 시험중심의 선발에서 개방형공무원제로의 전환을 매개로 일정수자이상의 공무원을 법학전공자로 선발할 수 있는 제도의 개혁이 필요하다고 보인다.

(4) 법조인선발제도의 방향

1) 예비시험 도입

향후 로스쿨과 학부제의 병치시에는 학부졸업생의 경우 일본과 같은 예비시험을 두어 예비시험을 통과시에 변호사시험자 을 두는 제도의 도입이 꾸준히 주장되고 있다. 이는 로스쿨측에서는 일본의 로스쿨이 실패한 주요원인이라고 하며 반대하고 있으나 역으로 일본에서 이러한 출구를 마련

하고 있는지를 검토할 필요가 있다. 이는 앞에서 본 저자가 주장하고 있듯이 로스쿨이 우리의 현행 우리체제에 적합한지를 검증하기 위하여 경과과정을 둔 오히려 합리적 제도인데 이를 반드시 로스쿨의 실패원인이라고 주장하는 것은 사회제도의 개혁의 점진적인 검증을 전제로 한 개혁의 절차적 정당성을 간과한 측면이 있다.

2) 현행 일정 숫자이상의 사법시험체제의 존치 등의 방안

이 방안은 현행 사법시험체제의 시험으로 법조인을 선발하는 문제점이 존치하기에 논란이 있기에 일정 학점이나 방통대나 학점은행제를 통한 이수를 전제로 한 현행 일정 숫자이상의 사법시험체제의 존치의 방안이 본인은 타당하다고 보는데 이는 대한변협이나 서울변협의 주장안이기도 하는데 다만 단지 기존의 사시하에서의 사법연수원체제의 우수성을 전제로 한 주장 등은 이미 이는 사법제도개혁의 개혁의 이유이기도 하기에 이러한 근거는 논리적 타당성이 적다고 보인다.

현행 로스쿨제도하에서의 변호사 선발과정의 고비용, 질적 수준 저하, 법학교육의 부실문제와 대학 하에서 법과대학 혹은 법학과의 위상 저하의 문제는 이미 눈 앞에 와 있는 문제이고 독립된 단과대학으로 법과대학은 전국에서 매년 1개교 이상이 법학과로 지위가 격하되어 다른 단과대학으로 편입되고 있으며 지금까지 순수하게 “법학과”로 존재하던 법학과도 학과 이름을 변경하여 “경찰법학과”나 “행정법학과”로 그 순수성을 잃어가고 있다. 아울러 법학과와 법학전문대학원과의 연계가 분명하지 않아 학생들의 진로교육에 어려움을 겪고 있다.

이에 대한 타개책으로 법과대학이나 법학과는 변호사업계와 연대하여 예비시험제도 도입이나 사법시험 존치운동을 벌이고 있다. 그리고 그런 노력의 결과로 박영선 국회 법제사법위원회장은 예비시험도입을 골자로 하는 변호사시험법 일부개정 법안을 제출하였다. 즉, 이 법안은 제안이유로 “연으로 예정된 사법시험 폐지 후에는 로스쿨을 졸업하여야만 변호사가 될 수 있음. 그러나 로스쿨을 졸업하기 위해서는 막대한 비용이 들기 때문에 경제적 약자들은 실질적으로 변호사가 되기 어려움.”에 두고 그 내용으로 “가. 변호사예비시험을 합격한 사람이 대체법학교육기관을 통하여 대체법학교육과정을 이수한 경우에는 변호사시험에 응시할 수 있도록 함(안 제 5조의2), 나. 변호사예비시험은 법무부장관이 관장·실시하며, 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 기본적인 능력

을 검정하여야 함(안 제5조의3), 다. 변호사예비시험을 통하여 응시자격을 갖춘 사람은 교육과정을 이수한 달의 말일부터 5년 내에 5회만 시험에 응시할 수 있음(안 제7조), 라. 시험의 합격 여부를 결정하는 데 법학전문대학원의 석사학위 취득자 수 · 대체법학교육기관의 교육과정 이수자 수 · 개업한 변호사 수는 고려하지 않도록 함(안 제10조제1항), 이에 경제적 약자들도 변호사가 될 수 있도록 로스쿨을 졸업하지 않더라도 변호사예비시험을 합격한 후 대체법학교육과정을 이수하면 변호사시험을 칠 수 있도록 하여 누구나 변호사가 될 수 있도록 하려는 것.”을 입법목적의 취지로 들고 있다. 또한 대한법학교수회와 기타 법과대학교수님들과 대한변호사회는 법학전문대학원에 대한 전반적인 재고의 시각에서 사법시험으로의 회귀나 법학전문대학원과 사법시험제도 존치를 위하여 활발히 노력하고 있다.

다만 변협과 협력하에서 로스쿨에 준하는 실무연수를 거친 학생들이 기존의 암기식 사시가 아닌 현실실무수행에 도움이 되는 실질적인 자격시험으로의 제도 개선이 된 사법시험의 도입을 전제로 하여야 할 것이다.

3) 일정기간의 실무수습을 전제로 한 현행 학부제졸업생의 변호사시험자격부여방안

현재의 로스쿨체제의 교육이 현행 학부제와는 일정기간의 실무수습이외에는 차이가 없기에 반드시 예비시험제도의 도입이나 현행 사시의 존치방안만이 타당하지 않기에 일정기간의 실무수습을 전제로 한 현행 학부제졸업생의 변호사시험자격부여방안을 검토할 필요가 있다.

이 방안은 본인이 앞에서 주장한 로스쿨과 기존의 법과대학이 서로 선의의 경쟁을 통하여 우리 사회의 적합한 합리적인 제도를 일정한 기간을 두고 검증하여야 한다는 본인의 주장에도 가장 맞는 제도안이기도 하다.

특히 이러한 제도적 안에 모형이라고 볼 수 있는 우리나라의 의과대학과 로스쿨격인 메디컬스쿨도 “동일한 필기시험과 실기시험”을 거쳐 동일한 의사자격을 부여하고 다만 어느 과정을 거친 의사가 우리나라의 의료환경과 의료수요에 적합한지를 시장에서 선택하여 제도개선을 모색하고 있는 합리적인 대안이라고 보인다.

2. 나아갈 방향

현존의 법학전문대학원에 대한 정부의 결정은 국가정책 전반적으로 중대한 영향을 미칠 수 있는 중요교육제도에 대해서 진지한 고민없이 너무

성급히 만든 듯하다. 사법제도의 개혁의 목적은 결코 로스쿨이 아니라 국민들의 기본권을 보장하며 인류역사의 가장 확실히 입증된 통치의 원리인 법치를 실현하여 정의를 실현하는 법치의 확립에 있다는 점을 망각하여서는 아니된다. 교육백년대계라고 듯이 우리나라의 법학교육과 사법제도의 파행을 가져온 것이 학부제 때문이었는지 아니면 사회수요를 고려하지 않은 소수의 인원만을 선발하는 시험제도 때문이었는지를 진지하게 고려하여야 할 필요가 있다. 미국의 법학전문대학원의 근본적인 취지는 시장중심적으로 국민이 선택하고 법학전문대학원의 강의이외에 실무에 직접 뛰어들어 경험을 쌓아서 법을 깨닫게 하는 실무교육의 조화를 전제로 하는 교육을 통한 예측가능한 법조인의 양성과 그로 인한 사회의 법치주의의 확립을 통한 예측가능한 사회의 확립 등이 중요한 목적이 될 것이다. 여기서의 결론은 무조건 학부제를 고집하는 것은 아니다. 향후 일정기간동안 법학전문대학원과 학부제의 병치를 한시적으로 병치시켜 법조인을 양성해 보고 의대처럼 시장에서 선택하도록 국가는 후원자역할을 하여야 하지 지금처럼 진입부터 국가가 개입하여 막고 변호사시험조차도 사실상 통제하는 시스템이 민간중심의 본래 의도하였던 법학전문대학원의 목적이었는지를 검토하여야 한다. 만약 이러한 로스쿨독점적 변호사양성개혁이 우리의 실정에 맞지 아니하고 과 정부의 소수변호사숫자를 유지하려는 반민주적인 특징으로 인하여 정책실패로 이어진다면 이에 대한 혼란은 누가 보상할 것이며 다시 정상적인 상태로 되돌리는데 엄청난 비용과 시간적 혼란을 겪게 될 것이기에 절차적 측면에서도 진지하게 고려하여야 할 것이다. 다행히 아직 사법시험이 완전 폐지되지 아니한 상태에서 현재의 법학교육을 개선하여 저렴한 비용으로 대국민서비스를 향상시킬 수 있는 대안이 가능하다면 현재의 왜곡된 법학전문대학원의 현실보다는 더 타당한 대안이라고 할 것이다. 행정부에서는 미국식의 개방형관료제를 확대하려 하였으나 우수하고 다양한 인재를 영입하려는 본래의 취지와 달리 위 무공원특채논란에서에서 불거졌듯이 특권계층의 자녀들의 등용문으로 남용된 이유로 확대실행을 연기한 적이 있다. 이렇듯 제도개혁은 그 현실을 정확히 점검하면서 신중히 하였어야 하는데 과거 법학전문대학원은 그에 대한 진지한 고민없이 너무 급히 진행된 면도 있다. 하지만 우리사회의 사법제도개혁의 논의를 다시 불태운 면이 나름 의미가 있다고 보이기도 한다. 법률소비자시장에서 법학전문대학원체제 본래의 목적이 달성된다면 장기적으로는 법학전문대학원체제로 이행하는 것도 의미가 있다고 보인

다. 하지만 현재의 법학전문대학원의 진입장벽과 국가주도의 법학전문대학원의 운영은 문제가 있고 이에 대한 보완은 반드시 따라야 한다. 하지만 지금처럼 사실상 사법시험을 폐지시켜서 과점형태의 진입규제하는 국가주도의 강제는 지양되어야 하고 대학자율적으로 결정되어야 할 것이다. 그리고 초기 사법제도의 개혁의 일환으로 주장되었던 대안으로서 단일학교 중심의 법학전문대학원외에 콘소시엄형식의 법학전문대학원도 현행 인가주의를 수정한다면 현행 독과점형태가 아닌 각 대학에 흩어지신 우수한 법학교육자분들이 법학교육에 참여하게 하고 여러 대학의 특성을 결합한 장점도 있기에 도입할 필요도 있다고 보이나 이는 합리적인 정원산출과 그에 기반 변호사시험의 자격시험화 등이 전제된 후에 대학들이 자율적으로 한다는 전제하에서 논의할 사항이다.

경쟁은 생존을 위하여 소비자를 위한 더 나은 개선책을 찾지만 독과점은 부당한 기득권을 위하여 부패할 수 있고 소비자후생에도 도움이 안되기에 우리는 독과점을 규제한다. 현행 법학전문대학원이 그러한 독과점제인지 아니면 정말 국민을 위해서 예외적으로 유지되는 합리적인 독과점으로서의 정당한 자격제인지는 좀 더 진지하게 생각하여야 한다. 사법제도개혁은 단지 법학전문대학원도입을 비롯한 특정분야의 문제라기보다는 앞으로의 제도개혁이 진정으로 이 나라의 주인인 국민의 사법서비스를 제대로 하여 진정으로 이 나라의 주인인 국민의 기본권을 충실히 보장하고 그로 인해 진정한 민주주의국가로 거듭나기 위한 국가전체의 개조와 관련 된다는 점에서 개별 분야의 직역이기주의보다는 좀 더 큰 안목에서 제도개혁을 이루어 내야 하고 이러한 노력이 국민들에게 감동을 준다면 법학은 이 나라의 통치에 진정한 중심으로 거듭나는 기회가 될 것이다.

여기서의 대안으로 본인이 검토한 대안들의 모든 공통점은 이제는 변호사실험이든 사시라고 하든 이 모든 시험은 사회적 소수에게만 허용된 특권층을 배출하기 위한 시험에서 진정으로 사법의 민주화를 위하여 법률소비자인 국민들의 사법서비스와 이를 위하여 진정으로 국민의 아픈 바를 치료해 주고 이를 통한 경험을 토대로 과거의 권력자들의 참모로서의 범조인이 아닌 진정으로 국민의 봉사자로서의 자리매김을 하고 미국처럼 아니 로마도 법과 원칙으로 다스렸다는 격언에 맞는 이 사회의 진정한 리더가 배출되어 이 사회가 진정으로 원활하게 돌아갈 수 있는 사회개혁을 위한 것이지 기득권을 지키기 위하여 논의되어서는 아니된다는 점이다.

이를 위하여 기존의 법률가도 기득권을 포기하여야 하고 역시 로스쿨교

수님들이나 기존의 학부교수님들도 이러한 제도개혁을 위하여 자신의 기득권을 내려놓은 국가적 차원의 제도개혁이어야 하고 현행 로스쿨이 실패한 가장 큰 원인인 법조인숫자의 제한을 전제로 한 제도개혁이라는 근본적인 문제점이 해결되어 더 이상 법조인숫자제한은 제도개혁의 중심이 되어서는 아니된다는 점을 주장하고자 한다.

교육백년대계라고 했듯이 우리나라의 법학교육과 사법제도의 파행을 가져온 것이 사시 때문이었는지 아니면 사회수요를 고려하지 않은 소수의 인원만을 선발하는 시험제도 때문이었는지를 진지하게 고려하여야 할 필요가 있다. 미국의 법학전문대학원의 근본적인 취지는 시장중심적으로 국민이 선택하고 법학전문대학원의 강의외에 실무에 직접 뛰어들어 경험을 쌓아서 법을 깨닫게 하는 실무교육의 조화를 전제로 하는 교육을 통한 예측가능한 법조인의 양성과 그로 인한 사회의 법치주의의 확립을 통한 예측가능한 사회의 확립 등이 중요한 목적이 될 것이다. 여기서의 결론은 무조건 사시제도를 고집하는 것은 아니다. 향후 일정기간동안 법학전문대학원과 사시의 병치를 한시적으로 병치시켜 법조인을 양성해 보고 의대처럼 시장에서 선택하도록 국가는 후원자역할을 하여야 하지 지금처럼 진입부터 국가가 개입하여 막고 변호사시험조차도 사실상 통제하는 시스템이 민간중심의 본래 의도하였던 법학전문대학원의 목적이었는지를 검토하여야 한다. 만약 정책실패로 이어진다면 이에 대한 혼란은 누가 보상할 것이며 다시 정상적인 상태로 되돌리는데 엄청난 비용과 시간적 혼란을 겪게 될 것이기에 절차적 측면에서도 진지하게 고려하여야 할 것이다. 다행히 아직 사법시험이 완전 폐지되지 아니한 상태에서 현재의 법학교육을 개선하여 저렴한 비용으로 대국민서비스를 향상시킬 수 있는 대안이라면 현재의 왜곡된 법학전문대학원의 현실보다는 더 타당한 대안이라고 할 것이다. 행정부에서는 미국식의 개방형관료제를 확대하려 하였으나 우수하고 다양한 인재를 영입하려는 본래의 취지와 달리 외부공원특채에서 벌어졌듯이 특권계층의 자녀들의 등용문으로 남용된 이유로 그에 확대실행을 연기한 적이 있다. 이렇듯 제도개혁은 그 현실을 정확히 점검하면서 신중히 하였어야 하는데 과거 법학전문대학원은 그에 대한 진지한 고민없이 너무 급히 진행된 면도 있다. 하지만 우리사회의 사법제도개혁의 논의를 다시 불태운 면이 나름 의미가 있다고 보이기도 한다. 법학전문대학원 체제 법률소비자시장에서 본래의 목적이 달성된다면 장기적으로는 법학전문대학원체제로 이행하는 것도 의미가 있다고 보인다. 하지만 현재의 법

학전문대학원의 진입장벽과 국가주도의 법학전문대학원의 운영은 문제가 있고 이에 대한 보완은 반드시 따라야 한다. 하지만 지금처럼 사실상 사법시험을 폐지시켜서 과점형태의 진입규제하는 국가주도의 강제는 지양되고 대학자율적으로 결정되어야 할 것이다. 그리고 초기 사법제도의 개혁의 일환으로 주장되었던 대안으로서 단일학교중심의 법학전문대학원외에 콘소시엄형식의 법학전문대학원도 현행 인가주의를 수정한다면 현행 독과점형태가 아닌 각 대학에 흩어지신 우수한 법학교육자들이 법학교육에 참여하게 하고 여러 대학의 특성을 결합한 장점도 있기에 도입할 필요도 있다고 보이나 이는 합리적인 정원산출과 그에 기한 변호사시험의 자격시험화 등이 전제된 후에 대학들이 자율적으로 한다는 전제하에서 논의할 사항이다.

그리고 로스쿨의 단점만을 부각시켜 기존의 사시제도로의 복귀를 주장하는 것은 제도개혁의 올바른 방향은 아니고 기존의 사시제도가 아닌 대국민을 위하여 개선된 사시제도의 준비가 로스쿨보다 더 대국민서비스에 도움이 되기에 병치시켜 일정기간 그 실효성을 검증하여야 한다는 논리가 타당하다고 본다. 경쟁은 생존을 위하여 소비자를 위한 더 나은 개선책을 찾지만 독과점은 부당한 기득권을 위하여 부패할 수 있고 소비자후생에도 도움이 안되기에 우리는 독과점을 규제한다. 현행 법학전문대학원이 그러한 독과점체제인지 아니면 정말 국민을 위해서 예외적으로 유지되는 독과점인지 좀 더 진지하게 생각하여야 한다. 사법제도개혁은 단지 법학전문대학원도입을 비롯한 특정분야의 문제라기보다는 앞으로의 제도개혁이 진정으로 이 나라의 주인인 국민의 사법서비스를 제대로 하여 진정으로 이 나라의 주인인 국민의 기본권을 충실히 보장하고 그로 인해 진정한 민주주의국가로 거듭나기 위한 국가전체의 개조와 관련된다는 점에서 개별 분야의 직역이기주의보다는 좀 더 큰 안목에서 제도개혁을 이루어 내고 이러한 노력이 국민들에게 감동을 준다면 법학은 이 나라의 통치에 진정한 중심으로 거듭나는 기회가 될 것이다.