

司法과 民衆*

翻譯 李 相 旭**

I. 사법에 대한 민중의 관계

패전 후 50년, 사법제도가 크게 변한 일본의 헌법 하에서, 주권자인 국민은 재판에 대하여 신뢰감을 가지고 있는 것일까. 재판을 통하여 기본적인 인권이 보장되고 사회 정의가 실현되는 것으로 생각하고 있을까. 사회의 상식과 동떨어진 판결이 있는 것으로 생각하고 있지는 않을까. 만약 신뢰감을 가지고 있지 않다면 그 이유는 무엇일까. 사실 경찰서에 代用監獄이 있다든지, 검사가 취조하면서 피의자에게 폭력을 휘두른다든지, 법관이 대법원이나 정부를 고려하면서 판결을 내렸다고 생각되는 사안도 눈에

* 이 논문은 佐藤篤士/林毅編, 司法への民衆参加 - 西洋における歴史的展開 - 敬文堂(1996)에 게재된 것이다. 우리나라에서도 사법제도 개혁의 일환으로서 참심제의 도입이 논의되고 있는 점에서 시사하는 바가 크다고 생각되어 소개한다.

본 논문의 저자인 佐藤篤士(さとう とくじ)은 1934년 생으로서, 早稻田大學 大學院 法學研究科 博士課程을 수료하고 동 대학원에서 법학박사학위를 받았으며 早稻田大學 教授로 있다.

주요 저서로서,

法學(上), 敬文堂(1967).

LEX XII TABVLARUM - 十二表法原文・邦譯および解説, 早稻田大學比較法研究所(1969).

法史學 - ヨーロッパ法史, 評論社(1972).

古代ローマ法の研究, 敬文堂(1975).

法學の基礎理論, 敬文堂(1981).

ローマ法史 I・II, 敬文堂(1982・1988).

改訂 LEX XII TABVLARUM - 十二表法原文・邦譯および解説, 早稻田大學比較法研究所(1993).

Gy. ディオズ데이 로마所有權法の理論(共譯), 學陽書房(1983) 등이 있다.

** 嶺南大學校 法科大學 教授

된다. 또한 임관을 거부한 사법연수원생이나 재임용을 거부한 판사보도 있는데, 국민의 입장에서 본다면 그 이유를 전혀 알 수 없다. 이러한 제반 사태의 원인은 현재의 직업 법조에 의한 캐리어 시스템(career system)에 문제가 있는 것은 아닌가 한다. 따라서 유럽과 같이 배심제나 참심제를 도입하여 국민이 재판에 참여하여야 한다는 제안이 여러 방면에서 제기되었던 것이다.¹⁾ 최고재판소도 어느 정도의 진실인가는 알지 못하지만, 1988년 이래 매년 법관을 유럽에 파견하여 배심제·참심제를 조사·연구하고 있다.²⁾ 大正 民主化(democracy) 중에 사법민주화의 일환으로서 제정된 배심법에서는, 피고인은 선택적으로 배심재판을 받을 수 있었다. 이 제도는 전시 중에 중지되었으나, 무죄율은 높게 되었다.³⁾ 재판은 관리인 직업재판관(그 일로 훈련을 받은 자)에게 맡겨야 한다는 사고가 뿌리 깊지만, 과연 그것만으로 국민이 납득할 수 있는 사회정의가 실현되는가. 그것은 매우 의문이다. 법기술은 뛰어난다고 하더라도 사회경험이 부족한 법관으로서 국민을 납득시킬 수 없기 때문이다. 우리는 이러한 관점에서 유럽에서의 「司法에 대한 민중참가의 역사」에 몰두하였다.

우리가 여기서 사법이라고 하는 것은 분쟁해결의 구조 전체를 의미한다. 분쟁은 매우 오랜 시대부터 존재하였음은 틀림없다. 그러나 그 해결방법까지 찾게 되는 것은 인류역사 전체로 볼 때 그다지 오래된 일은 아니다. 국가가 형성되어 국가권력 하에서 재판하게 되면서부터 비롯된 것이다. 따라서 동일한 유럽이라고 하더라도 어떠한 국가가 형성되는가에 따라서 재판의 자세도 크게 달라진다. 예컨대, 고전시대라고 일괄적으로 부르고 있지만, 그리스와 로마에서의 사법 본연의 방식은 전혀 다른 것이다. 그리스에서는 市民團이 推選되어 재판에 참가하였지만, 로마에서는 지배층인 원로원 신분의 사람들이 政務官(法務官·高等按察官)·審判人(iudex) 仲裁人(arbiter)이 될 뿐만 아니라, 그리스를 모방한 것으로 알려진 常設查問會(quaestio perpetua)에서도 표결하는 審判人團(recuperatores)은 원로원층 중에서 선출되었다 [술라(Sulla)시대 기사신분인자가 선출된 일도 있지만] . 이처럼 그리스에서는 분쟁이 시민 전체의 문제로서 해결

1) 渡辺洋三・江藤价泰・小田中聡樹, 日本裁判, 岩波書店(1995) : 利谷信義, 司法に對する國民の參加, 岩波書店, 現代法 6(1966) : 特輯 陪審制をめぐる歴史・理念の検討, 法律時報 1992年 4月号 : 東京辯護士會編, 陪審裁判 - 旧陪審の證言と今後の課題, 1992.

2) 矢口洪 -, 最高裁判所とともに, 有斐閣(1993), 114면 이하.

3) 배심사건 484건 중에 무죄는 81건으로 무죄율이 17.8%였다. 검찰관이 언급한 것을 충분한 심의 없이 그대로 승인하였던 당시 재판에서는(물론 오늘날 까지도 이러한 경향은 있지만), 대단히 높은 수치이다. 그만큼 억울하게 뒤집어 쓴 죄(冤罪)로부터 도망칠 수 있게 되었다고 할 수 있다. 「의심나는 것은 피고인의 이익으로」가 통한 것이다. 물론 이 배심법은 피고인의 인권보장에 대해서는 매우 불충분한 것이었다. 그 자세한 내용은 주(1)에 소개된 논문 참조 바람.

되었지만, 로마에서는 고전기까지는 지배층에 있는 자들이 법학자의 도움을 받으면서 분쟁을 해결하였다. 그렇게 형성된 법은 체계적인 것은 아니었지만, 법기술로서는 뛰어난 것이었고, 그 때문에 후세에 계승되었다. 그러나 고전기 이후가 되면 專主政 하에서 관료제가 되고, 관료가 행정과 더불어 재판을 하게 되었지만, 여기서 형성된 법은 고전 법에 비하면 훨씬 미비한 것이었다.⁴⁾ 영국과 미국에서는 배심제도가 채택되고, 독일이나 프랑스 등에서는 법관 중에 비전문가가 참가하는 참심제가 채택되고 있다. 이와 같이 분쟁해결의 구도는 역사적으로 또한 국가에 따라 큰 차이가 있다.

민중이란 법기술 등의 훈련을 받지 않은 비전문가들이다. 그들이 사법에 관여하게 되는 것은, 각 시대 또는 지역에 있어서 주민의 일반상식이나 권리의식을 고려하면서 그 사건에 매듭을 지으려고 하는데 있을 것이다. 협소한 도시국가인 그리스의 아테네에서 市民團으로서 업무를 담당한 것은 그러한 점에 이유가 있을 터이고, 영국 지방의 치안판사에 의한 재판이 그 지방의 명망가층을 배심원으로 하게 된 점도 그러한 것이다. 그러나 지배층이 참가한 로마에서는 그들에게 유리한 법을 형성하게 되는 경우를 발견하게 된다. 예를 들면 賃約(locatio conductio)이다. 이는 오늘날 말한다면 임대차 · 고용 · 도급을 포함하는 개념이지만, 그 구조는 매우 복잡하였다. 낙성 · 쌍무계약이었지만, 임차인은 점유자가 아니었으므로 법무관의 特示命令(interdictum)으로 보호되지 않았다. 이것은 웨버(Weber)가 언급한 것과 같은 개념의 분석이 부족했기 때문이 아니라, 임대인인 지배층이나 그에 봉사하는 법학자들에게는 그 필요성이 없었기 때문이다. 또한 매매(empty venditio)에서도 매수인은 주의만 하면 되지만, 매도인(아마 외국인 상인이 많았다고 추측되지만)에게는 追奪擔保責任이나 하자담보책임(가액의 2배되는 금액)이 부과되었다. 시장에서 노예나 가축을 구입하는 자는 대부분 지배층이었음을 상기할 필요가 있다. 또한 屬州에서 세금을 부당하게 징수한 屬州總督을 추궁하는 常設查問會에서는 법무관의 주최로 원로원 의원층으로 된 審判人團에 의하여 재판을 하게 되었으므로 당연히 권력투쟁의 양상을 보였지만(키케로의 추궁연설이나 변론), 의거해야 할 법률이 없었던 것은 아니다. 상세한 심리절차(lex Acilia repetundarum 123 B.C.)가 규정되어 있었던 것이다. 이러한 재판에서는 어떻게 결정이 나는지 일반 민중도 중대한 관심을 가지게 된 것은 분명하다.⁵⁾ 또한 그와 같은 동

4) 고전기 이후의 법을 卑俗法(Vulgar Law)이라고 하는데, 소유와 점유 · 계약의 체결과 이행 · 법과 사실의 구별이 애매하게 된 것으로 지적하고 있다(E. Levy). 그러나 이 시대의 법 전체를 M. Kaser와 같이 「비속법」이라는 호칭으로 정리할 수 있는가. 이 점에 대해서는 반론도 많다.

5) 원로원층과 기사신분 · 평민과의 사이에 그물코와 같은 보호관계(clientela)가 형성되고 있었기 때문이다.

향이 재판에 전혀 영향을 미치지 않았다고 할 수는 없을 것이다.

II. M. Weber의 재판관

1. 카디(Qadi) 재판

우리는 시민·국민·민중·주민의 권리의식 상태를 재판관이 무시할 수 없다는 점을 분명히 하고자 한다. 그런데 M. Weber는 우리가 채택한 재판, 즉 아테네 시민단에 의한 재판·로마의 常設查問會·배심재판(인민재판)은 실질적인 정의·형평 또는 공리주의적 목적을 가진 것이었고, 형식적 합리성을 무시한 것은 카디재판이었다고 규정하고 있다.⁶⁾

카디는 이슬람제국의 재판관이었다. 처음에는 모든 사안을 취급했는지 모르지만, 점차적으로 이슬람교의 神聖法을 담당하는 종교재판소의 재판관으로 되었다. 웨버에 의하면, 「카디나 이해관계자들은 필요에 따라서 로마에서와 동일하게 공적으로 인허된 법률가의 권위적인 해답을 요구하였다. 그러나 그 해답은 극도로 편의주의적인 것이었고, 사람이 달라질 때마다 내용이 다르고, 신탁과 같이 합리적인 이유를 제시하지 않고 부여되었으므로 법의 합리화에 조금도 기여하지 않고, 오히려 신성법의 비합리성을 실체적으로 더욱 강화하였다」.⁷⁾ 이와 같은 이슬람의 카디에 의한 재판을, 웨버는 인민이 참가하는 재판 전체를 시사하는 개념으로 한 것이다. 이를테면 그때그때의 경제적인 강자, 즉 자신의 힘을 자유롭게 이용할 수 있다는 점에 이익을 느끼고 있는 자 뿐만 아니라, 그야말로 권위에 의한 구속이나 비합리적인 대중 본능을 파쇄하고, 개인적인 기회나 능력의 자유로운 전개를 초래하려고 하는 운동의 모든 이데올로기적 담당자에게 있어서, 형식적이고 동시에 합리적인 재판은 자유의 보장으로 보게 되는 것이지만, 「바로 이 자유야 말로 神聖政治的 또는 家父長制的 = 권위적인 힘, …… 실질적인 정의에 이데올로기적으로 관심을 갖고 있는 모든 힘이 배척되지 않을 수 없는 가치인 것이다」라고 하여, 그와 같은 각 힘에 필요한 것은 형식적 재판이 아니고 카디재판이다. 「아테네의 인민재판은 고도의 카디재판이다」라고 설명하고 있다.⁸⁾ 그리스의

6) Max Weber, 世良晃志郎譯, 法社會學(1974), 創文社, 356면. 이하 막스 웨버로부터의 인용은 주로 이 책에 의한다.

7) 법사회학, 402면.

「소송은 로마의 소송과 달라서 법무관에 의한 구속적인 훈령을 받은 · 또는 제정법에 구속된 · 개개의 심판인에 의하여, 형식적인 법에 따라서 결정된 것은 아니다. 그렇지 않고, 「실질적인」 정의에 따라서 — 라고 하는 것은, 실은 눈물과 추종과, 선동적인 폭언과 기지에 따라서 — 결정하는 페리아이아재판소가 소송의 결정을 담당하였던 것이다(아테네 웅변가의 「소송연설」을 보라). 로마형의 형식적인 법과 형식적인 법학의 발전이 불가능하였던 것은 그 결과이다」⁹⁾

웨버에 의하면 이와 같은 카디의 재판(=인민재판)은 바람직한 것은 아니었다. 그렇다면 그에게 바람직한 재판은 어떠한 것이었던가. 그 점은 형식적이고 합리적인 재판과 법운용의 담당자에 대하여 살펴보도록 한다.

2. 형식적 합리적인 재판

이와 같은 카디의 재판에 대하여 웨버는, 형식적 합리적인 재판이 바람직하다고 주장하고, 그 원형으로서 로마의 재판 형태를 언급하였다.¹⁰⁾

로마에서는 명망가행정(원로원의원 계층에 의한 지배)이 관리의 이용을 절제하고, 그것이 소송훈령에 해당하는 관리의 구체적인 소송지휘에 대한 개입을 극소화 한 것, 즉 관리에 의한 소송지휘와, 관리와 심판인간의 권력분할(법정 절차와 심판인 절차의 2단계구조) 등, 로마 특유의 소송훈령실무가 형성되었다. 소송훈령은 어떠한 법적 및 사실적인 여러 조건하에 신청된 청구권을 존재하는 것으로 승인하는가 아닌가를 지시하는 심판인으로서의 정무관의 「엄하게 형식적인 지령(명령)」이다. 이 지령의 모범은 법실무가의 협력을 받아 고시(edictum)로 나타나고, 후임자는 이를 계승하였다. 로마의 절차는 실무가들에게 여러 가지의 일상적인 법개념을 완전히 엄격하고도 예리하게 구별하고 구획하는 것을 부득이하게 하였다. 공화정기 후반이 되면서 俗人 名望家인 고문법률가가 등장하여 전문적인 훈련과 직업적인 법률가 활동이 왕성하게 되고, 형식적인 법교육의 발전을 초래하였다. 여기에서는 실제로 타당한 법과 그 소송상의 취급에는 고도로 형식적이고도 합리적인 성격을 취하지 않을 수 없었지만, 제정기에 들어서도 더욱 종합적 = 권위적인 성격이 결여되어 있고, 합리적으로 체계적인 성격도 결여되어 있었다. 비잔틴시대의 관료제가 비로소 체계성을 갖추었지만, 법사회의 형식 엄

8) 법사회학, 382면.

9) 支配의 諸類型, 142면 이하.

10) 법사회학, 325면 이하.

격성에 대해서는 고전법과 비교하여 훨씬 뒤떨어진 것이었다.¹¹⁾ 그렇지만, 법교육은 법학자의 저작에 따르게 되고, 재판에서는 황제에 의하여 권위가 부여된 특정한 법학자의 학설이 적용되었으며, 근본적으로 일반적 요건 지표가 존중되었다.¹²⁾

그렇다면, 웨버가 말하는, 로마에서 시작하여 근대에서 결실을 맺은 형식적 합리적인 재판이란 어떠한 것일까.

그는 합리성을 형식적인 것과 실질적인 것으로 구별한다. 형식적 합리성은 「그 행위에 대하여 어느 정도 까지 계산이 가능하지만, 또한 그 행위가 실제로 어느 정도 까지 계산을 이용하고 있는가의 정도를 의미한다」고 한다. 웨버는 이 「계산가능」이라는 용어를 여러 곳에서 사용하고 있지만, 그것은 결국 가치판단을 주고받지 않은 누구라도 객관적으로 결론(=판결)을 예측할 수 있다고 하는 의미로 보인다. 보통법학에 의하여 창출된 법학연구가 요청하는 것은, (1) 무릇 모든 구체적인 법적 결정은 추상적인 법명제의 구체적인 「사실」에 대한 「적용」, (2) 무릇 모든 구체적인 사실에 대하여, 법논리의 수단을 이용하여 현행의 추상적인 여러 법명제로부터 1개의 결정을 얻어내는 것이라는 점, (3) 현행의 객관적인 법은 여러 법명제의 「흠결이 없는」 체계를 이루고 있는가, 또는 그와 같은 흠결이 없는 체계를 잠재적으로 내포하고 있는가, 또는 적어도 법적용이라는 목적을 위하여 취급하여야 하는 것, (4) 법학적으로 합리적인 구성이 될 수 없는 것은 법적으로도 중요성을 갖추지 않는 것이라는 등을 예로 들고 있다.¹³⁾ 요컨대 흠결이 없는 추상적인 법명제의 체계를 사실에 적용시키는(적용하는) 것에 의하여 분쟁을 해결하여야 한다는 점이 될 것이다. 따라서 일정한 가치판단(정의·형평·인간 존중 등)이라고 하는 실질적 합리성은 엄격하게 피해야 하는 것이 된다. 재판은 위의 구멍으로 수수료를 첨부하여 한 건의 서류를 넣으면 아래 구멍에서 훌륭한 이유가 첨부된 판결을 토해내는 자동판매기라야 한다.¹⁴⁾ 누가 재판관이 되든 기계적으로 법준칙이 적용되는 것이다. 웨버에 의하면 이것이 형식적 합리적인 재판이다.

3. 법운용의 담당자

11) 법사회학, 364면.

12) 법사회학, 104면.

13) 법사회학, 106면.

14) 林直道, マックス・ウェーバーの思想體系, 青林文庫(1952), 130면. 이 책은 법에 대하여는 거의 언급하고 있지 않지만, 웨버의 「경제와 사회」를 중심으로 전면적인 비판을 하고 있다. 이 말은 웨버의 형식적 합리성을 시사하는 것으로 채용된다. 예리한 문제의식에 의한 분석은 웨버 사상의 핵심을 지적하고 있다.

웨버는 이와 같은 형식적 합리성을 담보하는 것으로서 근대의 관료제적인 조직을 거론한다. 웨버에 의하면, 존재하여야 할 법운용의 담당자는, 그 일을 위하여 교육과 훈련을 받은 자(관료), 일본에서 말한다면 직업법조인(법관 · 검사 · 변호사) · 서기관 · 경찰관들로서, 모두 소정의 채용시험에 합격한 자들이다. 그들이 의거해야 할 행위의 기준은 성문화되어 있고, 근본적으로 결함이 없는 체계로서 널리 공포되어 있으므로 그들의 자의적 감정적인 운용은 허용되지 않는다. 또한 자신이 의거해야 할 규범을 비판하는 것도 허용되지 않는다. 즉, 사법이라고 하는 기계의 한 톱니바퀴로서 기능하는 것이 된다.

이와 같이 재판이 형식적 합리성을 관철하는데는 관료의 역할이 증시된다. 웨버는 그 예로서 제정후기(專主政期)의 로마 관료제를 거론한다. 고전기에 황제로부터 해답권(ius respondendi)이 부여된 해답법률가의 매우 정치한 법사고에, 「취사선택을 부가하여 세계에 유례가 없는 판덱텐의 체계를 창출해내고, 또한 스스로 법창조를 함으로써 이를 체계적으로 보충한 것은 순세속적이면서 점차적으로 관료화되었던 후기 로마 국가였다」¹⁵⁾ 고 하며, 「임명제 관리를 수반한 황제의 행정이 성립하고, 그것이 합리화와 관료제화를 이루어감으로써 체계적인 법학연구의 필요성이, 특히 屬州 근무에 있어서 매우 강력하게 촉진되었다」¹⁶⁾ 고 하고 있다. 「관리아말로 법전편찬 체계화 사업의 본래 담당자이다. 아마도 그들은 말할 나위도 없이 자신들이 예측할 수 있는 체계 그 자체에 관심을 보이고 있기 때문이다」.¹⁷⁾ 관직 장치가 정확하게 기능하도록 국내의 법적 안정성을 확립하는 것, 나아가 이와 나란히(특히 유스티니아누스 경우는) 군주의 위신감 등, 이 두 가지가 로마말기의 법집대성을 이룩하게 했으며, 결국 유스티니아누스가 법전을 편찬하는 동기가 되었다. 중세의 「군주에 의한 로마법적인 법전 편찬에 대해서도 동일하게 말할 수 있다」¹⁸⁾ 고 하고 있다.

그렇지만, 18세기에 「계몽전제주의」의 시대가 도래 하게 되면 그 이전의 로마법의 현대적 관용(usus modernus pandectarum)에 의하여 형성된 보통법(Gemeines Recht)의 형식적 법논리를 무시하고, 복지국가를 표방하는 가부장제적 지배권력 하에서, 소박한 독선주의를 장식으로 한 관료제의 형성과 국가로부터 급료를 받는 관리에 의한 실질적인 정의를 추구하는 재판이 행해지게 되었다. (프로이센에서는) 법문의 모

15) 법사회학, 360면.

16) 법사회학, 363면.

17) 법사회학, 456면.

18) 법사회학, 458면.

호한 의미에 대해서는 재판관이 그 문제를 해결하기 위하여 설치된 위원회에 자문을 구하여 확인할 것을 명령받았다. 이것은 법학자(법학설)를 배척하기 위한 것이었다.¹⁹⁾ 웨버에 의하면 이와 같은 담당자는 바람직하지 않는 것이었다.

실정법의 규범적 기준으로서의 자연법적인 재판관이 소멸되고, 법규정이利害에 관한 타협의 소산이라는 점이 「너무나도 명료하게 폭로된다」면 법실무가들은 기존의 법을 유지한다는 직업적인 의무로부터 일반적으로 「보수적」 세력에 속하고 있는 것처럼 보인다. 그렇지만 변호사는 비특권자들이나 형식적 평등을 대변하는 역할을 다하기 쉬운, 재판관도, 사정에 따라서는 이데올로기적인 이유나 신분적인 연대감에서 가부장 제적인 세력에 대하여 매우 강력한 반대세력을 형성해 왔던 것이다.²⁰⁾

근대적인 법발전에서 법의 합리화와 체계화는 재판 기능에 대한 계산 가능성의 증대를 의미하고, 이것은 경제적인 永續經營, 자본주의적인 영속경영의 가장 중요한 전제조건 중의 하나가 되며, 이 영속경영은 법적으로는 「거래의 안전」을 필요로 한다. 법사고가 논리적으로 순화되면 외면적으로 명료한 형식적인 지표에 고착되는 것을 중지하게 된다. 논리적인 의미 해명이 강화되는 것이다. 당사자 상호관계를 心情(신의성실·악의)을 기초로 하여 구성하게 되는 것이다. 心情論理的인 合理化는 법실무를 통하여 유력한 利害關心에 봉사한다. 즉, 실질적으로는 이해 당사자들의 평균적인 견해를 재판에서도 용인되어야 하는 규범적 기준으로서 승인한다. 노동자 계급측에서도 정의라든가 인간의 존엄에 근거한 사회법이 요구된다. 그와 같은 법의 형식주의에 근본적으로 의문을 제기하는 것을 의미한다. 이러한 영향을 받아 법실무가도 「법자동판매기」로 되고 있다는 점은 감내하기 힘든 것이라고 생각하게 되고, 분쟁 해결에 법률이 역할을 다하지 못할 때에는, 재판관은 법을 창조하여야 한다고 의식하게 되었다(자유법론)²¹⁾.

결국, 웨버는 비전문가 재판제도의 다양한 시도에도 불구하고, 법의 기술적인 내용이 점차적으로 증가하고, 비전문가에게는 이해하기가 곤란한 한편, 그때그때의 현행법을 합리적인, 언제든지 목적 합리적으로 변경할 수 있는, 내용적으로 신성함을 일체 지니고 있지 않는 기술적 장치라고 판단한 평가가 더욱더 강화되어 가는 것이, 법이 피할 수 없는 운명이라고 한 것이다.²²⁾ 神託과 같이 이유를 제시하지 않고 결론을 부여

19) 법사회학, 471면 이하.

20) 법사회학, 503면.

21) 법사회학, 514면.

22) 법사회학, 534면.

하는 배심재판은 결함이 많다는 것이 된다. 웨버에게는 직업적으로 훈련을 받은 재판관에 의한 재판이 가장 바람직한 것이고, 재판에 비전문가가 참가한다는 것은 비난받아야 할 일이었다.

4. 웨버의 裁判觀에 대한 검토

1) 로마법에 대한 고찰

웨버의 로마법에 대한 인식에는 당시 사회나 경제의 형태가 전혀 고려되지 않고 있다. 법개념의 구별이 등장하게 된 것은 로마의 소송절차에서 유래한다기보다는, 오히려 공화정 말기의 사회형태나 경제적 발전이었다. 세계적인 제국이 되고, 외국인과의 거래가 비약적으로 증대한 것에 따른 것이다. 외국인이 분쟁 당사자가 된 경우에, 속인법인 낡은 시민법이 적용되지 않고, 필연적으로 종래의 형식에 구애받지 않는 유연한 법으로 처리하여야만 했다.²³⁾ 법무관이나 고등안찰관은 새로운 사건이 제기될 때마다 고문 법률가의 도움을 받아 그 사건을 처리하여야 했던 것이다. 법무관이나 고등안찰관은 각각 포괄적인 명령권(imperium)·직권(potestas)을 가지고 있었지만, 임기가 1년으로 법률에는 문외한이었기 때문이다. 이렇게 해서 많은 소송형식(소권)이 이루어졌지만, 그것은 상품거래에 특유한 것(채권채무관계)이었다고 할 수 있다. 이 부분이 제정시대에 들어와서 세련되고, 근대법의 형성에 결정적인 영향을 미치게 된 것이다.

여기서는 이미 제정되었던 법준칙을 「자동판매기」처럼 적용한 것이 아니라, 다음에 제기되는 개개 사건에 따라서 가장 타당한 해결책을 모색했던 것이다.²⁴⁾ 따라서 이 시대의 법은 체계성이 약했다고 하는 것은 당연한 일이다.

23) 方式書(formula) 訴訟. 종래의 법률소송(legis actio)과는 별도로, 소송 당사자가 외국인인 경우에 이용되었다. 각 사건에 채용될 수 있는 雛型的의 文書가 방식서이고, 이것을 시장(forum)에 게시한다. 소송을 제기하려는 자는 그 사건에 적합한 방식을 선택하게 된다. 법무관·고등안찰관은 그 방식서 중에 항변(exceptio)을 삽입하는 경우도 있었다. 방식서의 문면은 심판인을 비롯한 관계자에 대한 명령이었다. 기원전 150년경이 되면 시민 상호간에도 방식서소송을 이용하는 것이 인정되고(Lex Aebutia), 기원전 17년에는 민사소송은 모두 방식으로 하게 되었다(Lex Iulia iudiciorum privatorum). 법무관과 안찰관은 법률가의 도움을 받아 법을 세련되게 하였지만, 하드리아누스황제는 법학자 율리아누스에게 명하여 그동안 작성된 방식서(고시)를 편찬하게 함으로써(永久告示錄 Edictum perpetuum) 고시는 고정화되고, 그 이후는 법무관에 의한 법 창조는 사라지게 되었다.

24) 앞에서 언급한 것처럼 법무관은 형평(aequitas, bonum aequum)에 근거한 고시를 발하였다고 할 수 없다. 佐藤薦土, Aequitas考, 早稻田法學 57권 3호.

제정 후기(專主政)에는 황제 아래 관료제가 채택되었지만, 그것으로써 법이 체계화되었던 것일까. 관료(법률학교에서 공부하고 시험에 합격한 자)는 통상적인 행정을 관장함과 동시에 재판을 하였다. 해결이 곤란한 경우에는 황제에게 질의하여 그에 대한 회답(칙법)으로 판결하였다. 그러나 이로 인해 로마 제국 전체에 일의적으로 일반요건 지표가 존중되는 것이라고 할 수 있는가. 4省 · 12郡 · 96縣의 長이 각각, 직권주의에 의한 특별소송절차로 재판을 했지만, 통일적 · 포괄적인 제정법이 없는 단계에서는 차이가 나지 않을 수 없었다.²⁵⁾ 그렇기 때문에 私撰 · 公撰의 칙법집(Codex)을 편찬하여야 했던 것이다.²⁶⁾ 또한 특정한 법학자에게 권위를 부여하고 그것을 적용하도록 명령하여야 했다.²⁷⁾ 勅法集은 당시의 사회현실을 반영하고 고전법에서 형성되었던 법의 정치함과 추상성을 상실하게 되었다. 이 시기의 法源인 칙법집(Codex)이나 저작물(예컨대 Pauli Sententiae)은 체계적이거나 망라적인 것이었다고 할 수 없다.

웨버가 언급하였듯이 유스티니아누스의 법전편찬은 「관직장치가 정확하게 기능하도록 국내의 법적 안정성을 확립하는 것」을 목적으로 한 것인가. 만약 그렇다고 한다면, 왜 통치를 받고 있는 사람들의 압도적인 다수가 그리스어로 말하는데 라틴어를 사용했는가. 왜 유스티니아누스가 발포한 칙법은 그리스어를 사용하고 있는가(신칙법 Novellae)²⁸⁾ 등을 설명할 필요가 있다. 일반인들은 이 법전에 어떠한 내용이 기술되어 있는지 대부분 알지 못한 것이 틀림없다. 그 때문에 얼마 후 그리스어로 된 번역본이 출간되어야 했다. 이 법전이 후대에 이루 말할 수 없는 큰 영향을 주었다고 하더라도, 6세기 전반인 당시에는 일반 민중은 그리스어를 따르지 않으면 판결의 의미도 이해할 수 없었던 것이다.

25) 웨버는 언급하고 있지 않지만, 특별소송절차(cognitio extra ordinem)에서는 법률소송이나 방식소송과 같은 2단계구조를 취하지 않는다. 여기서는 관리가 법정소환에서부터 판결의 집행에 이르기까지 소송 전부를 담당한다. 황제의 칙법은 각 지방장관의 질의에 대하여 개별적으로 이루어진 것이고, 제국 전체에 그 내용 모두가 알려진 것은 아니었다. 지방장관의 재판에서는, 특히 경미한 사건에 대하여 각각 판단한 판결이 내려진 점은 용이하게 추측된다. 방식소송절차는 342년의 칙법으로 폐지되었다.

26) Codex Gregorianus(291년) · Codex Hermogenianus(295년) · Codex Theodosianus(438-439).

27) 후에 인용법(Lex citationum)으로 부르게 된 것이다. 콘스탄티누스의 칙법(321 · 322년)에서 파피니아누스의 학설 · 「파울루스의 의견서」(Pauli Sententiae)의 효력을 인정하였다. 테오도시우스 2세의 칙법(426년)에서는 5명의 고전 법조 학설에 순위를 부과하여 효력을 인정하였다. 이러한 학설은 수도의 특권관료에 의하여 적용되었다. 황제로서는 칙법과 고전법조법의 통일적이고도 체계적인 파악이 필요하였던 것이다. 칙법만으로는 모든 사건에 대처할 수 없었기 때문이다.

28) 534년 이후 유스티니아누스황제가 사망할 때까지 발포된 168건의 칙법을 집대성하였다.

2) 근대법의 무효결성 · 추상성

웨버는 재판관을 자동판매기와 같은 것이라고 하여, 누가 재판관이 되더라도 어떠한 내용의 판결이 나올지 예측할 수 있는 것(계산가능성)이라고 생각하고 있지만, 그 전제에는 근대법의 무효결성이 존재한다. 추상적이고 형식적이며 체계적인 법명제를 모든 구체적인 사실에 적용함으로써 분쟁의 해결이 가능한 것은 근대법(판덱텐 체계)에는 결함이 없기 때문이다.

과연 그러한가. 법전 · 제정법은 역사의 한 시점에서 제정 · 공포 · 시행되지만, 사회는 끊임없이 발전한다. 이러한 사실은 역사의 발전과 더불어 새로운 분쟁이 발생할 가능성이 있다는 것을 의미한다. 원시 축적(이에 대해서는 웨버는 전혀 언급하지 않고 있지만)으로부터 시작하여 자본주의가 발전할 때까지 근대 시민법에서는 해결할 수 없는 여러 문제가 발생한다. 상품 교환법으로서의 근대시민법은 추상적인 것이지만, 각자가 자유 · 평등 · 대등하게 구성되어 있는 한, 동일한 법규에 대해서도 여러 가지 견해가 제기될 수 있다. 그뿐만 아니라, 근대 시민법상의 계약자유 원칙이 관철되면 될수록 사회현실에서는 불평등이 확산된다. 예컨대 자본가와 노동자 사이에는 대등 · 평등의 원칙이 존재함에도 불구하고 현실적으로는 지배 종속관계가 발생한다. 계약 자유를 표방하는 자본가(사용자)는 입지가 약한 노동자에게 가혹한 노동조건을 강요하게 되는 것이다. 웨버의 「계산가능」(이렇게 하면 이 만큼의 이익을 얻을 수 있다는)을 염두에 두는 사용자와 인간의 존엄을 추구하는 노동자 사이에는 이해가 대립하고 노동운동이 발생한다. 노동자들은 사회법에 대한 입법을 요구할 뿐만 아니라, 법적 분쟁이 야기되면 소송 당사자는 각각 자신들의 이익을 주장하고, 자신들의 법적 견해를 주장하게 되는 것이다. 이와 같은 와중에서 진행되는 재판은 결코 자동판매기와 같은 것이 아니라, 당연히 재판관의 인생관이나 세계관의 영향을 받지 않을 수 없는 것이다. 자유심증주의를 채택하고 있는 것도 이러한 점을 야기하고 있다. 또한 오늘날과 같이 부합계약이 일반적인 계약형태가 되고 사생활이 거대 자본이나 지배층에 종속되고 있는 경우에는, 재판을 통한 권리옹호나 피해를 입은 주민이 집단으로 제기하는 주민소송과 많은 사람들이 가난한 원고를 물심양면으로 지원하는 운동 등이 큰 역할을 하고 있다. 재판에 어떠한 형태로든 민중의 생각을 반영시키고 싶다는 것이 민중의 거짓 없는 심정일 것이다.

웨버가 활약하던 시대에는 이미 자본주의가 발달하여 노동운동이 성행하고 있었으므로 그의 주장은 이러한 운동에 찬 물을 끼얹는 것 같았다. 즉 그의 이론은 가치 대

립이 현실적으로 존재하고 격렬하게 다투고 있는 가운데, 학문(과학)은 초계급적이어야 하고 현실과 실천은 별개의 것이라고 하게 된다. 따라서 재판도 법학에 뒷받침된 법준칙에 의하여 가치판단이 개입하지 않도록 하여야 하는 것이다.

3) 민중에 대한 불신

웨버는 보통법이 요청하는 것 중의 하나로서, 법학적으로 합리적으로 구성되지 않는 것은 법적으로도 중요성이 없다는 점을 들고 있다. 이것은 법이란 법학자를 통하여 형성되어야 하는 것이고, 당대의 권력자나 민중의 영향을 극력 배제하여야 하는 것이라는 사고를 보이는 것이다. 더구나 민중에 대해서는, 비전문가재판이 여러 가지 형태로 이루어지고 있고 노동자에 의한 사회법의 요구가 있지만, 법기술은 더욱 정치해지므로 민중은 그 내용을 이해할 수 없게 되는(민중의 「법의 무지」) 것은 피할 수 없는 운명이라고 한다. 정치한 논리를 전개하지 않을 수 없는 재판에서, 민중(비전문가)은 법논리도 알지 못하면서 오로지 심정에 따라 행동하는 것이라고 본다. 웨버에게는 민중이란 너무나도 「愚鈍」한 존재이고 너무나도 「低劣」한 존재이다. 따라서 민중을 재판에 참가하게 할 수 없다는 것이 된다. 이처럼 웨버는 민중을 멸시하고 전혀 신뢰하지 않고 있다. 이와 같은 태도에서는 역사의 장래를 통찰하는 것과 같은 이론을 형성할 수 없을 것이다.

소송에서 원고와 피고가 되었을 때에는, 어느 누구도 변호사에게 맡겨두면 된다고 생각하지는 않는다. 아무리 법기술이 정치하다고 하더라도 그들은 법의 내용을 익혀서 자신의 정당성을 스스로 주장한다. 소송 과정도 결국은 판결을 비판할 수 있는 능력을 숙달시키는 것이라고 생각한다. 사회나 민중과 무관하게 법조만으로 재판을 하는 것은 아니다. 그 시대나 사회 민중의 법의식·권리의식이 많은 적든 재판에 영향을 미치는 것이라는 점을 명기하여야 한다.

III. 司法에 대한 민중참가

1. 재판의 공개와 국민주권주의

전근대적인 사법(재판)은 국가권력에 의한 국민(인민)지배의 장치로서 기능하였다.

국가권력에 의하여 임명된 관리가 직권주의적인 절차에 따라 재판을 하였던 것이다. 그러나 국민주권이 확립된 근대에서는, 사법(재판)은 국민의 기본적 인권을 준수하고 사회정의를 실현하여야 하는 것으로 자리 매김하게 되었다. 헌법²⁹⁾도 「누구라도 재판소에서 재판을 받을 권리를 박탈할 수 없다(제32조)」고 규정하고 있으며, 형사사건의 경우에는 「피고인은 공평한 재판소의 신속한 공개재판을 받을 권리를 가진다(제37조)」.³⁰⁾ 이것은 明治 헌법체제하에서의 사법본연의 자세(고문의 일상화 · 자백의 강요 · 특별재판소 등)에 대한 통절한 반성에 바탕을 둔 것이다. 재판관은 국왕이나 황제의 관리가 아니고, 그러한 권력은 독립된 신분이라고 생각하게 되었으며, 일본에서도 「자신의 양심에 따라 독립하여 그 직권을 행사하며, 이 헌법 및 법률에 의해서만 구속된다(제76조)」라고 규정하고 있다. 모든 재판관은 각각 독립해서(누구로부터도 간섭받지 않고) 직권을 행사하고, 국가권력에 대해서가 아니라 국민에 대하여 책임을 부담하게 된다. 재판관은 국가권력으로부터 독립된 존재가 되어야 하는 것이다. 만약 그렇지 않다면 국가를 상대로 한 재판에서는 공평한 입장을 취할 수 없게 되기 때문이다. 따라서 누구에게도 재판의 방청이 공개된다고 하는 것은 재판이 공평하게 진행된다는 것을 의미한다. 재판에서 당사자가 된 자는 물론이고, 그 사건에 관심이 있는 자들이 법정에 출석하는 운동은 대단히 중요한 의미를 가진다. 실제로 명분이 지켜지고 있는지의 여부를 확인할 수 있기 때문이다.

그러나 방청하는 것만으로는 국민이 권한을 가지고 주체적으로 재판에 참가한 것이 되지는 않는다. 만약 국민이 주체적으로 재판에 관여하는 것으로 하려면, 영국이나 미국에서 시행하고 있는 배심제를 채택하든가, 또는 독일 등에서 시행되고 있는 참심제를 채택하는 방법밖에 없다. 일본에서 어느 쪽을 선택하든지 몇 가지의 장애를 극복하여야 할 것이다.³¹⁾ 우선, 배심법을 어떠한 형태로 부활시킬 것인가에 대해, 법조 3자

29) 역자 주. 일본 헌법을 의미한다. 우리나라 헌법 제27조 제1항은 「모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다」라고 규정하고 있다.

30) 역자 주. 일본 헌법을 의미한다. 우리나라 헌법 제27조 제3항은 「모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가진다」라고 규정하고 있다.

31) 渡辺洋三外, 日本の裁判, 269면 이하. 사법민주화가 불가결의 요소인 점은 말할 나위도 없다. 경찰과 검찰에서 糾問的 수사현실을 개혁하고, 재판관이 진실로 사법행정이나 정부로부터 독립하여 직권을 행사할 것, 헌법과 양심에 따라 재판할 수 있는 체제를 만들어야 할 것이다. 「재판관은 잠음에 귀를 기울이지 말자」(田中耕太郎 長官의 훈시)라든가, 靑年法律家協會에 가입한 재판관에게 탈퇴를 강요한 점(최고재판소 사무총장), 정부 당국이 「부적절」한 재판관을 임명하지 않도록 하는 압력을 들 수 있다. 이에 대해서는 일본 民主法律家協會의 기관지인 「法と民主主義」에 연재되었던 「激動の記録」이나 「司法をめぐる變動」을 참조하기 바

나 법학자가 국민에게 이 문제를 제기하여 논의를 불러일으키고 널리 이해를 얻어야만 할 것이다.³²⁾ 또한 檢察審査會에 대해서도, 그 결정이 검사의 기소나 불기소의 처분에 대하여 법적인 구속력을 갖도록 개정하여야 하는 것은 아닐까. 주권자인 국민이 대부분 사법에 관여할 수 없다고 한다면 조리에 맞지 않기 때문이다.³³⁾

2. 분쟁 형태의 변화

금세기 들어 발달한 자본주의 체제하에서는 분쟁의 형태가 크게 변화하였다. 노동자와 사용자의 분쟁이 빈발하고 사회법의 입법 요구가 대두하였다. 이것은 노동조합의 법적 인격의 승인을 포함하여, 추상적인 법주체로서가 아니라 구체적인 인간의 상태를 기초로 한 것이므로 당연한 일이지만, 노동자측과 사용자측이 서로 비난하는 와중에 이루어진 타협의 산물이었다. 따라서 그 역학관계에 의하여 사회법의 내용이 좌우된 것이다.³⁴⁾ 분쟁(예컨대 해고)이 발생되었다면 노동조합은 물론, 비전문가인 민중이 지원체제를 갖추는 경우가 대두될 수 있다(재판투쟁). 이 문제는 사회복지의 경우에도 동일하다.³⁵⁾

거대한 공장이나 위험한 공장 등을 가동하게 되면서 공해문제가 발생하는 경우와 같다. 피해자는 그 지역 전체에 미치고, 그들은 집단적으로 원고가 되며, 법률가의 도

람. 어느 것이든 헌법과 너무나 동떨어진 현실을 지적하고 있다.

32) 自由人權協會, 新陪審法案(第一次案), 1989년 : 陪審裁判を考ふる會, 陪審法試案(第一次稿), 1990년 : 日本辯護士聯合會, 刑事陪審法改正討論要綱, 1992년 등.

33) 주권자가 국민이면서도 국민이 사법에 관여할 수 있는 범위는 한정되어 있다. 최고재판소 재판관의 국민심사, 檢察審査委員會, 조정위원, 간이재판소의 민사사건의 司法委員, 가사심판사건의 참여원 등이다. 전 2자 이외에는 행정위원회 위원과 동일하게 이른바 지식인들만 선출되고 있으며, 국민으로부터 널리 선출되는 것으로 되어 있지 않다.

34) 무엇보다도 전형적인 것으로서 국가공무원법이나 지방공무원법의 경우를 들 수 있다. 공무원에게는 사용자인 公衆(국민이나 주민)을 상대로 한 정의행위가 허용되지 않고, 오히려 이를 위반하면 처벌된다. 유럽에서는 공무원의 정의행위는 당연한 권리로 인정되고 있기 때문에, ILO는 일본 정부에게 관련법의 개정을 권고했지만 정부는 이에 응하는 시책을 추진하지 않았다. 이 정부의 태도에 응하듯이 최고재판소는 1977년 10월 재판관협의회를 개최하여 공무원의 정의의 사건에 대하여 취하여진 처분(징계·경고 등)을(정당한 것이라고) 전체로 심리하여야 하는 것으로 전국의 재판소에 통지하였다. 그 결과 이후 노동자측의 패소가 잇따르고 있다. 또한 노동기준법을 사실상 개정이라고 하듯 「노동 시간 단축의 촉진에 관한 임시조치법」을 제정하여(1992년), 사용자 주도하에 변형노동시간제·간주노동시간제 등을 노사로 구성된 時短委員會의 결의를 거쳐 실시할 수 있는 것으로 하였다. 이에 대해서는 노사협정이나 勞働基準監督署에 대한 계층은 필요 없고, 노동기준법에 정한 노사협정이나 단체교섭권을 노동시간에 대하여 부정하는 것으로 되어 있다.

35) 유명한 사건으로서 朝日訴訟, 堀木訴訟이 있다. 渡辺洋三外, 日本の裁判, 31면 이하.

움을 받으면서 승소하기 위해서 전력을 기울이지 않을 수 없게 된다. 비전문가이면서 법률문제에 개입하여 유리한 사실인정을 확보하기 위해서 혼신의 노력을 경주하게 된다. 웨버가 언급하였듯이 재판관의 심정에 호소하고, 눈물을 흘리는 것과 같은 주장을 한다는 것이 아니다. 어디까지나 기본적인 인권을 보호하고 사회정의의 실현을 목표로 노력하는 것이다. 납득이 될 때까지 논의를 한다는 의미이다. 이와 같은 소송을 지원하는 민중의 광범위한 연결 고리가 마련된다.³⁶⁾

재판관도 한 시민이라는 의식을 가지게 된다면 민중의 법의식 내지 권리의식을 이해하고 민중이 납득할 수 있는 판결을 하게 되는 것으로 사료된다.³⁷⁾ 그와 같은 법조가 유럽에서 처럼 일본에도 있었으면 하고 바라지 않을 수 없다.

36) 공해소송, 미군기지·자위대에 관한 소송, 水害訴訟 등. 사실인정을 다루는 제1심은 대단히 중요하다. 이제 까지 제1심 판결이 뛰어난 것이라고 해도 항소심이나 상고심에서 번복되는 경우가 많았다. 그 압도적인 다수는 정부의 방침에 따른 것이었다. 예를 들면 美日安全保障條約은 헌법에 위반된다고 판시한 東京地方裁判所 판결이 최고재판소에서는 통치행위론을 원용하여 사실상 미군기지의 존재를 인정하게 되었다. 長沼나이기基地訴訟에서는 지방재판소장에 의한 재판 간섭이 자행되었을 뿐만 아니라, 최고재판소에서는 정부의 주장에 따른 판결이 내려졌다. 당연한 일이지만, 이러한 판결에는 재판을 비판하는 여론이 비등하였다. 비록 소수이지만 반대의 경우도 있다. 岩手縣議會가 천황이나 수상의 靖國神社參拜를 요구하는 결의를 국가에 제출한 것은 헌법 제20조(정교분리원칙)에 위반되는 것이고, 岩手縣이 玉串料를 靖國神社의 春秋大祭에 내는 것은 헌법 제20조에 위반하는 것이라는 주민소송이 제기되는데 대하여, 盛岡地方裁判所는 공식 참배에 대한 결의는 단순한 의견 표명에 불과하다고 판시하였으며, 玉串料는 사교적인 의례로서의 증여이므로 종교적인 행사에 해당되지 않는다고 판결하였다(1987년). 이에 대하여 항소심인 仙台高等裁判所는 지방재판소 판결을 전면적으로 파기하고 원고(주민) 승소 판결을 내렸다(1991년). 이 항소심 판결은 획기적인 것으로서 많은 국민을 납득시키는 것이었다.

37) 무엇보다도 중요한 것은 司法官의 독립과 시민적 자유의 확립이다. 재판관이 승진이나 최고재판소의 考課表(블랙리스트)로부터 해방되고, 진정으로 공정한 재판을 할 수 있는 구조를 어떻게 만들어 갈 것인가를 고려하여야 할 것이다. 유럽에서는 재판관이나 검사가 조합 활동도 하고 있는 오늘날, 우리는 조합을 만들면 불공정한 재판이 이루어지게 된다는 생각이 적용되지 않는 것과 같은 사법개혁을 기대하고 싶다.