

로스쿨과 공익성

임 재 홍*

I. 사법개혁 진행의 현황

대법원장과 대통령은 2003. 8. 22. 공동으로 사법개혁을 추진하기로 합의하였고, 이에 따라 사법개혁추진기구로서 “사법개혁위원회”(이하 ‘사개위’로 약칭함)가 대법원에 설치되었다.¹⁾ 위원회는 2004년 초부터 활동을 개시하여 몇번의 공청회 및 전체회의를 열어 대강을 제시했다.

이번 사개위가 사법개혁의 대상으로 설정한 의제는 상당히 많다. 그런데 언론보도 등을 통해 알 수 있듯이 이번 사법개혁은 마치 법학전문대학원(이하 ‘로스쿨’로 약칭함) 도입 여부로 축소된 듯한 느낌을 지울 수 없다. 배심제(참심제 포함)나 형사사법제도의 개선 등도 매우 중요한 과제임에도 불구하고 이에 대한 구체적인 후속프로그램은 없고 오로지 로스쿨 도입여부만이 부각되어 왔다.

대법원과 사개위는 법학교육의 전문화라는 요인에 근거하여 대학원수준의 전문교육방안과 법조인의 질과 공익성을 염두에 둔 양성인력의 최소 설정, 상당히 높은 수준의 물질·인적 조건을 갖춘 대학에 대해서 인가를 통한 양성기관의 설정 등을 골자로 한 개선안을 발표하였다.²⁾ 그리고 이 개선안은 법무부나 정치권과도 이미 사전 조율이 전혀 없었

* 嶺南大學校 法科大學 副教授

1) 지난 1995년 세계화추진위원회에서 사법개혁을 제창한 이래 1996년 교육개혁위원회, 1998년 새교육공동체위원회 등 무수한 논의를 거쳤지만 국가기관 내부적인 의견의 불일치나 이해관계 집단의 반발로 인하여 논의에 비해 구체적인 결실은 거의 없었다. 경우에 따라서는 논의의 출발점이 국민을 위한 것인지 아니면 상황논리에 의한 것인지 불투명한 부분도 있었다.

던 내용은 아니다.³⁾ 이상의 경과를 보면 대법원과 사개위, 여야정당내 로스쿨 추진의원들은 로스쿨 도입에 찬성하는 입장에 있는 것 같다.

로스쿨 도입의 결론이 이루어졌다고 하더라도 구체적인 논의를 위해 상당한 시간이 소요될 것으로 보인다.⁴⁾ 왜냐하면 회의결과를 보면 여전히 도입하고자 하는 로스쿨이 무엇인지 과연 우리나라에 도입하는 경우 무엇을 준비해야 하는지 구체적인 사안은 전혀 논의되고 있질 못하기 때문이다. 바로 이 로스쿨문제로 법조, 대학, 변호사단체 등 모든

-
- 2) 19차 전체회의에서 이미 골격이 대법원에 의해서 주어졌다고 보아야 할 것 같다. 대법원이 제안했다는 “법조인 양성 및 선발 제도 개선안”에 의하면 대법원은 로스쿨 도입에 원칙적으로 찬성하면서 그 개요를 다음과 같이 제시했다. - 로스쿨 도입, 도입시기는 2008년 정도에 처음으로 신입생을 모집 - 로스쿨의 전체 입학정원은 초기 단계에서 현재의 사시 합격자 수를 기준으로 1천200명 가량(변호사 자격시험합격률 80% 감안)이 적정 인원 - 로스쿨 설치인가 기준으로 ▲전임교수 대 학생 비율을 1대 15명(일본 기준과 동일) 또는 1대 12명 이하 ▲전임교수 20명 이상 ▲전임교수 중 20% 이상이 전공분야 경력 5년 이상(일본 기준과 동일) 등을 제시 - 로스쿨에 법관과 검사, 국가공무원을 교원으로 파견, 지원하는 방안 - 수업이수학기에 대해서는 원칙적으로 6학기(3년) 이상 - 로스쿨 입학생은 학부 성적과 어학능력, 적성시험 성적, 개인의 특별한 경력 및 능력, 사회활동 경력 등을 종합해 선발하되 응시횟수는 제한 - 로스쿨의 다양성과 전문성을 확보하기 위해 학부법학전공자 및 해당 대학 학부졸업생의 선발비율을 일정 비율 이하로 제한 등. 사개위가 대법원장에 최종 보고서를 건의하는 것을 임무로 하는 위원회 임을 감안하면(사법개혁위원회 규칙 제3조 1항), 사개위와 대법원간에 이미 조율이 이루어진 것 같다.
- 3) 언론보도에 의하면(신종철, 법원행정처 ‘법조인 양성제도 개선시안’ 열린우리당에 제출, 2004/07/29 오후 1:12 © 2004 OhmyNews), 앞서 본 대법원의 의견은 이미 대법원의 법원행정처 사법정책연구실이 (2004년 7월) 28일 열린우리당 법사위와의 간담회에 제출한 ‘법조인 양성제도 개선시안’에서 “전국 로스쿨의 총 입학정원은 최종 법조인의 수와 연관되기 때문에 수급상황을 고려해 일정 수준 이하로 유지해야하며 현재 사법시험 합격자 수를 기준으로 시작해야 한다”고 하면서 로스쿨 정원을 대략 1200명 정도로 잡고 있다고 한다. 이에 따르면 각 로스쿨 정원이 200명 정도로 제한될 가능성이 높아 전국에 설립될 로스쿨은 대략 6개 안팎이 될 것으로 예상하고 있다. 기타 개선시안에 포함되어 있는 내용을 요약하면 다음과 같다. - 설립기준을 충족하고 인가를 받은 대학에 한해 로스쿨을 설립하도록 하되 교육부 산하에 정부, 법조인, 법학교수 등으로 구성되는 법학교육위원회를 설치해 인가권을 부여하는 방안을 제안 - 로스쿨의 정원책정은 교육부 장관이 법원행정처장 및 법무부장관과 협의해 결정 - 로스쿨 도입 4년 이내에는 입학생 중 법학전공자의 비율이 60%이하가 되도록 유지하되 해당 대학 학부 졸업생의 비율도 50% 이하로 제한하는 방안. 그런가하면 로스쿨 도입을 부정적으로 바라보던 법무부도 지난 2004년 9월 1일 ‘법무부·검찰 개혁방안’을 발표하면서 “국가인력의 적정한 배분과 국제화시대의 경쟁력있는 법조인 양성을 위해 로스쿨도입을 적극 검토하기로 했다”고 밝혔다. 열린우리당이나 한나라당도 위에서 보았던 대법원의견과 거의 유사한 내용으로 로스쿨을 도입하고 2014년까지 사법시험을 변호사자격시험과 병행하고 2015년부터 사법시험을 폐지하는 내용의 입법을 추진할 것으로 밝히고 있다.
- 4) 즉 “로스쿨에 찬성하는 측에서는 대법원 안을 기초로 좀더 보완된 안을 마련하고, 변협 등 로스쿨에 반대하는 측에서도 구체적인 대안을 제출하여 그 두개의 안을 가지고 논의를 계속하기로 함”이 회의결과인데 추상적인 형태로 논의가 진전되어 왔기 때문에 사개위에서 세부적인 부분까지 모두 정할 수 있을 것 같지는 않다.

부분에서 상당한 갈등이 나타날 징후들이 보이고 있다.

현재 상황을 보면 로스쿨 도입에 반대하는 그룹도 많으며 그들의 반대이유도 각각 다르다.

첫째, 로스쿨이라는 법조인 양성방식이 결국 법조인 수의 증대로 이어질 것이라는 것을 염려한 변호사 단체의 반대가 강하다.⁵⁾

둘째, 로스쿨 도입시 인가를 받기 힘들 것이라고 판단되는 대학 특히 지방소재의 대학들은 대부분 반대입장을 가지게 될 것이다. 현재도 사법연수원생 972명 중 89%가 서울 지역 대학출신이며 전국변호사 6,127명중 67%가 서울에서 활동을 하고 있다. 즉 지방소재대학의 법학 전공학생들은 대부분이 법조에 진출하지 못한다는 것이다. 이것도 법학교육 파행의 한 원인으로 지적되어 왔다.⁶⁾

셋째, 로스쿨 도입이 현재의 법조인양성이나 법학교육에 대체할 수 있는 수단이 되지 못한다고 보는 입장에서의 반대이며 이들 그룹은 사개위 내부에서도 소수이지만 존재하고 있다.⁷⁾

넷째, 로스쿨 도입시 로스쿨 입학을 희망하는 대학생들의 수는 극도로 많아질 것이며 이 입학시험의 과열로 인하여 우수 인력을 뺏기게 될 여타 학문분야의 반대도 예상해 볼 수 있다.⁸⁾

다섯째 아직 가시화되지는 않았지만 로스쿨 도입시 법조인이 되기 위해 대학 4년, 로

5) 현재 대법원이나 사개위는 1200여명을 양성해서 그중 1000여명 정도 변호사 자격을 부여하는 방안을 마련하고 있다. 그러나 변호사단체를 이를 믿지 않고 있다. 즉 법안통과과정에서 이런 저런 이해관계의 수용으로 인해 그 숫자가 훨씬 늘어날 것이라고 보고 있다. 법과대학관계자들은 대부분 2000여명 안팎에서 양성인원이 결정될 것으로 내다보고 있다. 이 경우 변호사들의 독점적 특권적 지위의 저하가 당연히 염려될 것이다.

6) 이들 지방소재의 대학들은 사법개혁 논의과정에서도 철저히 소외되어 왔다. 이 대학들은 정보 부족 및 재원부족으로 인하여 로스쿨을 적절히 준비하지도 못하고 있는 상황이다. 이들 대학들의 법학교육은 로스쿨도입과 더불어 고사위기로 몰릴 것이다.

7) 사개위 회의록과 그 제출자료를 보면 한 전문위원의 경우 “그 동안 사개위는 로스쿨의 장단점 및 국내 도입 가능성에 대해 여러 차례 논의했으나, 논의의 실체인 로스쿨의 구체적인 모습에 대해 한번도 검토하지 않아 각 위원들은 자기의 주장을 반복할 뿐 논의가 공전되고 있다”고 지적했다. 그는 “지난 10년간 사법개혁의 논의될 때마다 로스쿨 도입이 주요 과제로 선정되면서 로스쿨 도입은 사법개혁의 대명사로 대두돼 왔는데 개혁의 정당성을 확보하기 위해서는 현재의 모습과 새로운 제도가 도입된 이후의 모습을 구체적으로 비교해 본 후 새로운 제도가 갖는 장점이 제도 도입에 따르는 부작용을 월등히 능가한다는 점이 입증돼야 한다”며 “현재의 논의 방식은 이런 비교를 원천적으로 불가능하게 한다”고 주장했다.

8) 미국의 경우에도 주요 로스쿨 입시 경쟁률은 매우 높게 나타나고 있다. 우리의 경우에는 입학 정원의 한정으로 인해 그 경쟁률은 더욱 치열해 질 것이며, 그 만큼 인적 자원의 배분이 사회적으로 왜곡되는 현상은 피할 수 없게 된다. 오히려 현행의 정원제 사법시험제도보다도 더 과열되는 현상까지 우려된다.

스쿨 3년을 포함하여 7년동안 다른 경제활동을 접고 공부에 매달려야 하는데 이러한 기간동안 경제적 뒷받침이 안되는 학생들은 사실상 법조인의 길을 포기해야 한다. 이 경우 학생이나 그 부모들의 반대도 예상된다. 더불어 경제력이 있다 하더라도 사실상 정원제나 다름없는 형태의 로스쿨이 운영되기 때문에 로스쿨입학을 하지 못하는 낭인(이제는 고시낭인이 아니라 로스쿨 준비낭인의 존재도 무시할 수 없다)들의 불만도 무시하기 힘들다.

마지막으로 대법원이나 사개위가 생각하는 안대로 현행처럼 법조인의 수를 1000명 정도 선발하는 경우 여전히 법조인은 특권적 지위를 누리며 이 특권적 지위를 여전히 이용하기 힘들어질 일반 국민들의 불만도 사그라들지는 않을 것이다. 물론 이것은 경제력이 없는 일반국민만의 불만사항이 되는 것만은 아닐 것이다. 즉 기업의 경우에도 법조인을 직원으로 채용한다든지 아니면 변호사비용의 증가로 인한 불만도 여전히 미해결로 남게 된다.⁹⁾

그렇다고 현행 제도를 유지하는 것도 최선은 아닐 것이다. 적어도 현행 선발제도의 문제점에 대해서 사회적 합의가 있었고 지난 10여년 동안 끊임없이 사법개혁을 논의해 왔기 때문이다. 그런데 이러한 논의과정에서 두 가지 누락된 부분이 있었다. 하나는 변호사의 법적 지위에 대한 논의이었다. 종래 변호사업무를 공공적인 업무로 보고 이를 행하는 변호사를 고급공무원(내지 준공무원)으로 보는 시각이 여전히 지배적이며 이것은 상당히 무의식적으로 우리의 머리를 지배하고 있는 것 같다. 아니면 적어도 고도의 공익성을 띤 업무를 수행하는 자로 취급하여 국가에 의한 공급규모 및 질관리가 이루어져야 한다고 보고 있다. 이에 대한 검토로 변호사업무가 공공부분인가에 대한 판단(II), 공급관리에 대한 판단(III)으로 검토한다. 둘째로는 변호사선발제도를 누가 결정할 것인가 하는 개혁의 주체문제이다. 변호사업무를 고도의 공익업무로 보고 국가관리의 차원에서 보게 되면 결정주체는 국가이고 특히 사법부가 될 것이다. 그러나 그 공익성의 내용이 국민의 기본권 실현에 있다고 하면 판단주체는 사법서비스의 이용자인 국민이며 단순한 이용자가 아닌 주권자로서의 국민이다. 국민을 위한 사법개혁이자 동시에 국민에 의한 사법개혁이 이루

9) 그러나 이러한 반대입장들을 모두 포괄할 수 있는 방안도 없는 것이 현실이다. 예를 들면 변호사 단체의 주장을 받아들여려면 현행 사법고시 방식을 유지하든 로스쿨 형식이든 소수만을 선발해야 하는데 그럴 경우 양질의 변호사 서비스를 이용하지 못하는 국민의 불만은 여전히 남게 된다. 또한 대학의 법학전공학생들도 거의 90%가 전공을 살리지 못하는 문제점이 남는다. 그렇다고 법학을 전공하는 학생들이 대부분 법조인이 될 수 있도록 제도개선을 하는 것도 올바른 방안은 되지 못할 것이다. 이것은 90여 개가 넘는 법학전공을 두고 있는 대학들이 공교육을 제대로 실시하고 있다는 것을 전제로 하는 것인데 현실은 그렇지 못하기 때문이다.

어져야 한다. 현재의 사법개혁은 관료에 의한 사법개혁이며 그 결과는 국민을 위한 사법개혁이 되는 것이 아니라 사법관료를 포함한 법조인을 위한 사법개혁으로 변질될 우려가 있다. 그 변질의 내용을 판단하고 국민에 의한 사법개혁의 방안을 검토한다(IV).

II. 변호사라는 직업의 법적 성격¹⁰⁾

- 공무원인가, 사적 직업인인가

현재의 법조인 양성방안에서 전혀 논의되지 않는 것 중의 하나가 변호사라는 직업의 성격문제이다. 그러나 정확히 말하면 논의가 없는 것이 아니라 일정한 전제에 기초하고 있는 것 같다. 즉 변호사업무는 고도의 공공성으로 특징지워지기 때문에 국가가 그 제도 설계를 함에 있어 입법재량을 가지고 있다는 전제이다. 따라서 현행의 정원제를 통한 질 관리나 공급관리 내지 대법원이 도입하고자 하는 로스쿨 제도 개선 역시 입법재량의 문제로 보는 것 같다. 그리고 이러한 전제는 이미 관련 법령에서도 이념상으로 충분히 반영되고 있는 것 같다.

이러한 전제가 타당하다면 공급조절과 일정 수준의 질관리가 필요하다. 나아가 이러한 법적 보호에 상응하는 감독이 행해져야 한다. 즉 공급규모에 대한 정책적 판단의 근거가 보다 면밀하게 제시될 필요가 있고, 수입료등 각종 윤리적이고 공공적인 규제가 이루어져야 하는 방향으로 관련 법개정도 필요할 것이다.

그러나 변호사라는 직업이 공공적인 부문이 아니고 사적인 성격의 직업이라면 헌법 15조에 따라서 일정한 법정 자격을 갖춘 사람이라면 누구나 변호사가 될 수 있도록 해야 할 것이며 그 개입은 공익에 따른 필요최소한의 적절한 개입이어야 하며 이 경우 개입의 근거가 되는 공익이 명확히 설정되어야 할 것이다.

10) 이 글에서는 법조인이 아닌 변호사라는 직업의 법적 성격문제를 중심으로 다룬다. 법조인이라 함은 둘로 구분된다. 국가에 고용된 공무원으로서의 법조인과 사인의 의뢰를 받아 그 법적 판단의 형성과정에 조력하는 사적 전문직업인으로서의 변호사이다. 우리가 실정법상 채택해 온 법조인의 양성이란 넓게 보면 이 양자를 다 포함한다. 그런데 사개위 논의를 보면 법조일원화는 큰 반대없이 쉽게 의사일치가 이루어졌다. 법조일원화란 법관임용자격의 요건, 즉 모든 법관은 일정 경력의 변호사 자격자 중에서만 선발하여야 한다는 뜻으로 사용한다. 법관 임용루트의 다양화라는 뜻으로도 사용할 수도 있으며, 이러한 의미에서는 변호사검사 나아가 교수에게 변호사자격의 부여로 그 임용의 확대가 논의될 수 있다. 법조일원화가 되어야 한다는 전제에 입각하여 이하에서는 법조인 양성을 변호사 자격에 관한 것으로 축소해서 논의한다.

1. 실정법을 통해 본 변호사의 법적 성격

① 헌법

헌법에서 변호사관련 조항은 다음과 같다.

제12조 제4항 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.” 제5항 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.”

이 헌법조항을 통해서 피의자 내지 피고인은 ‘변호인의 조력을 받을 권리’가 있으며 이를 보장하기 위해서 체포·구속시 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 행사할 수 있음을 고지해 주어야 한다. 또한 이 권리를 행사할 수 있도록 하기 위해서 국가는 변호인이 될 수 있는 요건 및 양성을 위한 법제도를 정비해야 하는 의무를 부담하고 있음을 알 수 있다. 그리고 형사피고인에 대해서 일정한 경우에는 법원이 국선변호인을 직권으로 선정해 주어야 한다.¹¹⁾ 이 경우 국가는 어떠한 형식으로든 국선변호인을 확보해야 하는 의무를 부담한다.

② 변호사법등

이 헌법상의 규정으로 만들어진 법률이 변호사법이다.

변호사법은 제1조 제1항에서 “변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 한다”고 규정하고 있다. 그리고 제2조는 “변호사는 공공성을 지닌 법률전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 행한다”고 규정하고 있다.

이 조항에서 확인할 수 있는 것은 적어도 변호사의 업무는 국민의 기본적 인권보장이 라는 공공성으로 인하여 직업의 윤리성과 전문성이 요청되며 그 확보를 위해 국가가 일정한 보호와 규제·감독을 행할 수 있다는 것이다. 문제는 그 공공성의 정도이다. 공공성의 정도를 간접적으로 알 수 있는 것이 변호사법 제4조와 법원조직법 제72조이다.

변호사법 제4조는 ‘사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자’와 ‘판사

11) 형사소송법 제214조의2, 제282조, 283조.

또는 검사의 자격이 있는 자'에 대해서 변호사의 자격을 부여하고 있다. 우리 현행법상 사법연수원생은 별정직 공무원으로 되어 있고 판사와 검사 역시 공무원이다. 법원조직법 제42조 제2항에 의한 판사의 자격, 검찰청법 제29조 검사의 임명자격을 보아도 알 수 있듯이 우리 법률들은 사실상 판사, 변호사, 검사의 자격을 구분하지 않는 접근방식을 취하고 있다.¹²⁾

법원조직법 제72조 제1항은 사법연수생은 별정직 공무원으로 규정하고 있다. 사법연수원생이 되기 위해서는 사법시험에 합격해야 한다. 이렇게 되면 사법시험은 순수한 의미의 자격시험이라기보다는 사법연수원 입학시험의 성격을 가지고 있고, 더욱이 공무원 임용시험의 성격도 가지고 있다.¹³⁾

변호사법 제5조는 변호사의 결격사유를 규정하고 있는데 그중 1호부터 6호는 국가공무원법 제33조의 결격사유와 동일하며 다른 점이 있다면 제7호인데 '변호사법에 의하여 영구제명된 자'를 추가하고 있다.¹⁴⁾ 이러한 결격사유는 구사법시험령이나 현행 사법시험

12) 현행 법원조직법, 검찰청법, 변호사법, 사법시험법을 보면 이들 법조인을 상호 구별하고 있지 않다. 법원조직법은 법관임용자격자를 변호사자격자로 한정하고 있고 그와 같은 태도는 검찰청법에 의하여 검사에게도 그대로 견지되고 있다. 이것은 결국 우리나라의 변호사자격이 '국가의 법적 판단을 대리하기 위하여 법관으로 임용될 수 있는 자격'으로 동일시될 수 있음을 의미한다. 변호사법에 의하면 변호사의 자격은 다시 사법시험에 합격하고 사법연수원을 수료한 자가 갖춘 자격으로 환원된다. 따라서 우리나라에서 법조인이라 사법시험에 합격하고 사법연수원을 수료하여 법관으로 임용될 자격을 갖춘 사람이라고 할 수 있다. 그러나 법조인 중 변호사는 엄밀히 말해 사적인 그러나 전문적인 성격을 갖는 직업인에 불과하기 때문에 이렇게 공무원과 사적 직업인을 구별하지 않는 것은 바람직스럽지 못하다. 따라서 로스쿨이 설립 도입되지 못한다 하더라도 현행 사법시험법을 포함한 법조인 관련 법제의 개정이 필요하다고 본다.

13) 이렇게 공무원으로서의 법관, 검사와 사적 직업인으로서의 변호사를 구별하지 않는 것 자체가 문제라고 할 수 있다.

14) 변호사법 제5조 (변호사의 결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다.
1. 금고이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자 2. 금고이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 경과한 후 2년을 경과하지 아니한 자 3. 금고이상의 형의 선고유예를 선고받고 그 기간중에 있는 자 4. 탄핵이나 징계처분에 의하여 파면 또는 이 법에 의하여 제명된 후 5년을 경과하지 아니하거나, 징계처분에 의하여 해임된 후 3년을 경과하지 아니한 자 5. 금치산자 또는 한정치산자 6. 파산자로서 복권되지 아니한 자 7. 이 법에 의하여 영구제명된 자

국가공무원법 제33조(결격사유) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.
1. 금치산자 또는 한정치산자 2. 파산자로서 복권되지 아니한 자 3. 금고이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자 4. 금고이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자 5. 금고이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자 6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자 7. 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 때로부터 5년을 경과하지 아니한 자 8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 때로부터 3년을 경과하지 아니한 자

법에서도 소극적 결격사유로 규정되어 있다.¹⁵⁾ 이러한 결격사유는 조금씩의 차이는 있지만 법원조직법이나 검찰청법에서도 유지되고 있다.¹⁶⁾

또한 변호사법은 제24조(품위유지의무등), 제26조(비밀유지의무등), 제27조(공익활동 등 지정업무처리의무), 제33조(독직행위의 금지) 등을 규정하고 있고, 변호사는 소속 지방변호사회·대한변호사협회 및 법무부장관의 감독을 받는다(동법 제39조)까지 규정하고 있다. 이런 조항을 보면 기본적으로 변호사법은 변호사를 공무원으로 보고 있는 것이 아닌가 하는 착각이 들 정도이다.

③ 변호사윤리장전

이러한 변호사법은 오히려 변호사윤리장전에 비하면 아무 것도 아니다.

변호사윤리장전 제5장(보수에 관한 윤리)의 제29조를 보면 제1항에서 “변호사의 사명은 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현에 있으므로 그 직무는 영업이 아니며, 대가적 거래의 대상이 되어서는 아니된다”고 하고, 제2항은 “변호사는 공공성을 지닌 전문직이므로 그 보수는 절대로 과다하여서는 아니된다”고 하며, 제3항은 “변호사는 국민에 대한 봉사자이므로 보수가 부당한 축재의 수단이 되어서는 아니된다”라고 규정하고 있다.

변호사직무의 영업성을 부정한다는 것은 영리행위성을 부정한다는 의미이다. 그렇다면 변호사의 업무는 공적 업무가 되는 것이다. 이 부분을 보다 명확히 한 것이 ‘국민에 대한 봉사자’ 개념일 것이다. 헌법은 제7조에서 공무원에 대해서 ‘국민전체에 대한 봉사자’로 표현하고 있다. 이상으로 변호사의 사적 직업성은 완전히 부정되고 공무원으로 전제하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

2. 공공성 강조의 허상과 사적 이익의 강화

변호사 업무는 이렇게 공공성의 과도한 강조로 인하여 사적 직업성이 완전히 부정되고

15) 1963년부터 현행의 사법시험법에 이르기까지 국가공무원법상의 결격사유가 있으면 사법시험 응시가 불가능했다.

16) 법원조직법 제43조 (결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 법관으로 임용할 수 없다. 1. 다른 법령에 의하여 공무원으로 임용하지 못하는 자 2. 금고이상의 형을 선고받은 자 3. 탄핵에 의하여 파면된 후 5년이 경과되지 아니한 자

검찰청법 제33조 (결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 검사로 임용될 수 없다. 1. 국가공무원법 제33조제1항 각호의 1에 해당하는 자 2. 금고이상의 형의 선고를 받은 자 3. 탄핵결정에 의하여 파면된 후 5년을 경과하지 아니한 자

있다. 즉 다시 말해서 변호사법과 변호사윤리장전은 변호사라는 직업이 헌법 제15조의 적용을 받지 않는 공공부문에 해당되는 것처럼 규정을 하고 있다.

여기서 한 가지 의문이 든다. 이렇게 공공성을 과도히 강조한 결과 ‘국민의 기본적 인권’(변호사법 제1조상의 공공성 확보의 최종 목적)이 실현되고 있는가 하는 점이다. 그리고 변호사가 받는 과도한 수임료, 성공사례금은 현실적으로 영업이윤이 아니고, 국민의 기본적 인권실현을 위한 최소한의 요건에 불과한 것인가? 아니면 공공적 사업을 행하는 공무원에 준하는 변호사의 최소한의 품위유지를 위한 수단인가 하는 점이다. 우리 사회에서 변호사 문턱이 높아져 일반 대중은 변호사의 서비스를 사실상 이용할 수 없게 되어 버렸다. 그래서 회자되는 말이 유전무죄·무전유죄이다.

과연 변호사관련 법제에서 금과옥조처럼 말하고 있는 공공성의 과도한 강조가 실제 어떤 다른 목적을 달성하기 위한 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 그 의문은 사법시험법 제4조의 ‘선발예정인원’과 변호사법 제109조 1호상의 법률사무의 변호사 독점조항¹⁷⁾으로 풀린다. 공기업이나 사인이 행하는 공익사업처럼 공공성이 강조되는 공공사업부문은 그 공공성으로 인하여 몇 가지 특징이 법적으로 인정되고 있다. 우리 실정법률도 대부분 규정하고 있는 것처럼 법률상이든 사실상이든 독과점의 허용, 일정한 보호와 감독, (개인이 공공사업을 운영하는 경우) 수요-공급의 균형을 통한 적정 수익성의 보장과 같은 것이 특징이다. 법률사무의 변호사독점의 특권¹⁸⁾ 내지 공급의 관리라는 것이 실현되는 것은 바로 위에서 든 법률조항을 통해서 가능해지는 것이다.

그런데 이러한 과도한 공공성의 강조로 인하여 법조영역에서 공공성이 결과적으로 얼마나 실현되었는지를 판단해 볼 필요가 있다. 법조인 공급의 조절, 법률사무의 독점을 통한 변호사의 생계보장이 공공성의 목적이라면 현재의 상황은 공공성이 충분히 확보되어

17) 변호사법 제109조 (벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 7년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. 1. 변호사가 아니면서 금품·향응 기타 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 소송사건·비송사건·가사조정 또는 심판사건·행정심판 또는 심사의 청구나 이익신청 기타 행정기관에 대한 불복신청사건, 수사기관에서 취급중인 수사사건 또는 법령에 의하여 설치된 조사기관에서 취급중인 조사사건 기타 일반의 법률사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서작성 기타 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자

18) 현재는 “입법자가 변호사제도를 도입하여 법률사무전반을 변호사에게 독점시키고 그 직무수행을 엄격히 통제하고 있는 것은 전문적인 법률지식과 윤리적 소양을 갖춘 변호사에게 법률사무를 맡김으로써 법률사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 일반 국민의 기본권을 보호하고 사회정의 실현하려는데 있는 것”이라고 하여 법률사무의 독점근거를 변호사 업무의 공공성으로부터 찾고 있다. 2000.4.27. 98헌바95-96, 99헌바2, 2000헌바4(병합) 전원재판부

있다고 볼 수 있다.¹⁹⁾ 오히려 공급을 늘림으로써 이러한 공공성의 취지가 왜곡될 위험에 있다.

그러나 헌법과 변호사법을 통해서 알 수 있듯이 공공성 인정의 목적은 변호사의 생계 보장에 있는 것이 아니다. 공공성 강조의 최종 목적은 ‘국민의 기본적 인권의 실현’이다. 공공성의 원리를 통해 알 수 있듯이 국민의 기본적 인권은 “저렴한 가격으로 손쉽게 변호사서비스를 이용할 수 있을 때”에만 실현되는 것이다. 따라서 기본적 인권의 실현을 위해서는 충분한 변호사의 공급, 나아가 공공적 측면의 규제 즉 수입료에 대한 규제, 공공성 위반행위에 대한 강력한 규제가 더 중요한 수단이 되어야 한다. 즉 국가가 변호사 서비스의 이용료를 직접 결정하거나 아니면 인가제를 통해서 가격결정에 개입해야 한다. 심지어 형사사건뿐만 아니라 민사사건의 경우에도 개인이 변호인의 조력이라는 법률서비스를 원하는 경우 국가가 공급해 줄 수 있는 것까지도 생각해 볼 수 있을 것이다.

그런데 현실은 목적과 수단이 완전히 전도되어 버렸다. 통상 변호사 업무에 공익성의 한 요소인 전문성을 요구하는 것은 질 낮은 비윤리적인 변호사서비스로 인한 피해를 예방하기 위함이다. 그런데 과도한 공공성의 강조로 인하여 수요-공급의 원리만 살아남아 변호사를 포함한 법조인의 특권적 지위만 인정해져 버리는 오류를 범했고, 변호사의 조력을 통한 국민의 인권보장이라는 목적은 그 어디에서도 찾아볼 수 없게 되어 버렸다. 심하게 표현하면 인위적인 진입장벽의 설치로 인하여 독과점이 형성된 결과 ‘고가의 저질서비스’로 전락된 것이 아닌가 하는 우려까지 나오고 있는 실정이다.²⁰⁾

3. 변호사 지위의 재설정

변호사업무의 특권화 내지 수입의 과다여부는 사실 본질적인 문제는 아니다. 본질적인 문제는 국민의 기본권 보장을 가능하게 하는 변호사의 법률서비스제공의 최선의 방식을 찾아내는 일이다. 변호사의 업무에 대해서 공공성을 관철시킬 것인지 아니면 사적 직업성을 인정하면서 일정한 제한을 가할 것인지 그리고 어느 방식이 우리 헌법의 구상에 규범적으로 합치하는지를 찾아내는 작업이다.

19) 중앙고용정보원이 편찬한 2004 직업지도에 의하면 변호사는 월평균 556만원으로 전체 2위를 차지하고 있다. 그리고 전문직중에서는 가장 소득이 많다. 물론 2002년의 경우에는 608만원으로 전체 1위를 차지한 것에 비하면 정원의 확대로 인하여 소득이 감소한 것을 볼 수 있다.

20) 민주주의법학연구회, 『사법개혁을 위한 기초자료집-사법시험폐지, 변호사자격제도입-』, 1999, 5쪽

공공부문의 공공성은 광의로 보면 공익에 포함되는 개념인 만큼 헌법 제37조 2항에서 규정하는 공공복리개념에 해당한다고도 볼 수 있다.²¹⁾ 그런데 사회국가적 공공복리개념은 그 범위가 매우 넓고 그에 따른 법적 성질도 각각 다르다. 즉 공공복리성이 강하면 강할수록 사익의 제한범위는 매우 넓어진다. 공공성이 강한 공공재사업은 헌법 제37조상의 “필요한 경우에 한하여 제한이 가능하고 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”는 제한도 받지 않는다.

이처럼 공익이 강한 사업을 공공재사업 또는 공공성이 인정되는 사업이라고 부른다. 그리고 이런 사업은 법률상 독점되거나 아니면 국가나 공법인이 직접 사업을 담당한다. 이런 사업분야가 공공부문이다. 그리고 이 공공부문에서 생산하는 재화와 서비스는 자본의 증식보다는 사회적 필요의 충족을 목적으로 하는 “공공재(public goods)”의 성격을 지니게 된다. 결코 시장의 잣대로 재단될 수 없는 공공재는 국민의 삶의 질을 결정할 뿐만 아니라, 사회적 공공성이 유지되는 데 필수불가결한 전제조건이 된다.²²⁾

우리 헌법은 사회적 시장경제질서원리를 받아들여 자본주의적인 영업자유와 경쟁원리가 적용되는 부분과 이윤의 추구가 제한되는 공공부문을 경계 지워놓고 있다. 헌법이 정하고 있는 경계는 명확하지는 않다. 다만 우리 헌법이 사회국가원리를 당연히 내포하고 있지만, 그 범위에 대해서는 극히 한정적으로 이해하고 있고²³⁾, 학설도 보충성의 원칙을 받아들여 확장의 가능성을 제한하고 있다. 실정법제도상 공공부문(광의의 의미로 보아서 사인이 운영하는 경우를 포함하는 경우에도)으로 시행되는 영역도 매우 한정적이다.²⁴⁾ 따라서 헌법상 해석을 해보면 공무원조직, 국민일반의 생존권을 보장하기 위해서 국가가 책임을 지고 직접 서비스를 제공하는 영역에 해당하는 공기업과 교육영역이 공공부문에 해당한다.

그런가하면 사적 권리성이 근본적으로 인정되고 단지 사회적 필요에 의해서 최소한의

21) 공공복리란 “공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 공공적 이익”으로 이해된다. 즉 사회적 정의를 달성하기 위한 사회국가적 공익개념으로 볼 수 있다.

22) 공공부문은 국가기관과 국가가 정책적으로 개입하기 위하여 설립된 특별한 기관의 총체라고 할 수 있다. 또한 공공부문은 소유와 경영양식의 측면에 있어서 정부가 직접 운영하거나 사실상 운영하는 부문을 말한다. 박병섭, “공공부문에 대한 규범적 접근”, 민주법학 23호(2003), 14-15쪽

23) 예를 들면 제126조

24) 예를 들면 유럽의 경우에는 공기업, 의료·보건, 교육, 주택 등의 경우에도 공공부문으로 인정하지만, 우리의 경우에는 의료·보건, 교육, 주택 등이 사적인 영역에 더 많이 의존하고 있다. 그래서 사회공중의 생활에 없어서는 안될 필수 재화만이 공공부문으로 한정되었다.

규제만 받는 사업도 존재할 수 있다.²⁵⁾ 즉 공공재에 비해서 공익성이 상대적으로 약한 경우에 사인이 공익사업을 운영하는 경우도 있다. 물론 이 경우에도 국가는 공익목적의 규제와 조절의 필요성에 따라 규제를 할 수 있다. 규제와 조절의 내용은 공익성의 정도에 대한 판단을 근거로 법률이 결정한다. 따라서 개인이 운영하는 사업도 공익성의 정도가 강하면 공기업에 준하는 법률관계가 설정되고, 반대로 공익성의 정도가 약하면 일반 영업체에 준하는 법률관계가 설정된다.

변호사업무를 사적인 업무로 놓을 지 아니면 공공부문으로 할지는 기본적으로 입법자의 결단에 의해 정해질 문제이다. 현재 우리나라의 상황을 보면 종래 공공부문으로 인정되어 왔던 공기업들이 사영화되고 있는 추세임은 주지하는 바이다. 이것은 공공부문을 확대해야 할 상황에서 벌어지고 있기 때문에 문제라 하지 않을 수 없다. 그런데 실질 내용도 없이 변호사업무를 공공부문으로 볼 이유는 전혀 없는 것 같다. 변호사의 업무가 공공부문에 포함되지 않는다고 보면 변호사라는 직업은 헌법 제15조의 직업선택의 자유에 해당하는 사적 직역이라고 할 수 있다. 따라서 변호사와 판사·검사의 법적 지위를 명확히 구별해야 한다.

우리 헌법에 의하면 사법부는 법관으로, 검찰청은 검사로 구성된다. 국가공무원법상 판·검사는 경력직공무원 중에서도 담당업무의 특수성으로 인하여 임용자격·신분보장·복무규율에 있어서 여러 가지 특성이 인정된다. 반면 변호사는 국가공무원이 아닌 사인이다. 의뢰인으로부터 금전적 대가를 받고 법률서비스를 제공하는 직업을 가진 개인이라는 것이 기본적 성격이다.²⁶⁾ 따라서 변호사업무는 사적 직업이다. 따라서 변호사로서 영업을 하기 위해 자격을 취득하는 것은 헌법 제15조의 영업자유의 규율범위에 해당한다. 물론 이러한 권리는 헌법 제37조에 의하여 합리적인 제한을 받을 수 있다. 그것이 공공복리에 의한 제한이다.

25) 예를 들면 법률상 국가(또는 공법인)의 독점이 인정되는 공기업(화폐발행, 전신·우편, 수도사업), 법률상 독점은 아니지만 사실상 독점이 되어 있는 사업(국영철도, 수력발전, 공영가스사업 등), 중요자원의 국유를 전제로 한 특허사업(헌법 제120조 1항), 공익성이 있지만 사인에 의하여 운영될 수 있는 공익 사업(사립학교, 전기사업, 전기통신사업, 철도사업, 궤도사업, 자동차운송사업, 가스사업 등)도 있을 수 있다. 사인이 운영하는 공익사업은 그 공공성의 정도에 따라 국가가 국유화 내지 공유화할 수 있는 사업도 있고(헌법 제126조), 국·공유화가 부정되는 사업도 있을 수 있다.

26) 즉 국민의 인권보장은 구조상으로는 국가기관에 의하여 보장되어야 하는 것이며, 그 소송과정에서 전문적인 지식을 갖추고 있는 변호사의 서비스를 개인이 이용한다는 의미이다. 김재원, 「변호사업무의 윤리적 딜레마」, 『법과사회』 제24호(2003), 269쪽

변호사법 제2조상의 변호사업무의 공공성이란 ‘기본적 인권의 옹호’, ‘사회정의의 실현’(변호사법 제1조)으로 검사의 업무²⁷⁾, 판사의 업무²⁸⁾에 거의 준해서 그려지고 있지 만²⁹⁾, 변호인의 법률서비스업무를 공공부문에 포함시킬 이유가 앞서 본 것처럼 없기 때문에 변호사법 제1조의 공공성이란 낮은 수준의 공익성으로 즉 공익에 따른 필요한의 제한을 하기 위한 법적 근거로 이해하면 된다.

우리 헌법재판소도 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대해서 법무부장관이 업무 정지를 명할 수 있도록 규정한 변호사법 제15조의 위헌결정에서 사적 직업성을 전제로 한 결정을 내린 바 있다.

“변호사법 제15조는 직업선택의 자유를 제한함에 있어서 제한을 위해 선택된 요건이 제도의 당위성이나 목적에 적합하지 않을 뿐 아니라 그 처분주체와 절차가 기본권 제한을 최소화하기 위한 수단을 따르지 아니하였으며 나아가 그 제한의 정도 또한 과잉하다 할 것으로서 결국 동 조항은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 어긋난 헌법 제15조의 직업선택의 자유의 제한이라고 볼 수밖에 없을 것이다”³⁰⁾

그런데 이 사건에서 법무부, 당해 사건의 법관 및 대한변협도 변호사 업무의 사적인 성격을 인정하여 기본적으로 헌법 제15조의 직업선택의 자유에 해당하는 것이라는 것을 전제하고 있다.³¹⁾ 따라서 변호사의 법적 지위를 사적 직업인이라는 것을 전제로 하여 논

27) 검찰청법 제4조(검사의 직무) ①검사는 공익의 대표자로서 다음의 직무와 권한이 있다. 1. 범죄수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항 2. 범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘·감독 3. 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구 4. 재판집행의 지휘·감독 5. 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독 6. 다른 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항

28) 헌법 제103조 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

29) 이 정도라면 모든 변호사에게 차라리 공무원신분을 주는 것이 낫고 취업도 제대로 되지 않는 장래의 현실을 감안해서 차라리 국가가 일률적으로 보수를 지급하는 것이 좋을런지 모른다.

30) 헌재 1990.11.19. 90헌가48, 헌판집 제2권, 393, 402쪽

31) 법무부는 의견서에서 “변호사 직무의 공공성·윤리성을 확보하기 위한 변호사업무정지제도가 . . . 변호사의 직업선택의 자유가 제한되더라도 이는 변호사 직무의 공공성·윤리성 확보를 위한 필요 불가결한 제한으로서 헌법 제37조 제2항에 의하여 가능한 것이다”라고 하여 긍정적 입장이다. 반면 재정신청법원은 “변호사에 대하여 공소가 제기되었음을 이유로 그 업무정지를 명할 수 있도록 규정한 변호사법 제15조는 . . . 직업선택의 자유를 규정한 헌법 제15조, . . . 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정한 헌법 제37조 제2항의 각 규정에 위반된다는 의문이 있다는 의견을 내었다. 대한변협 역시 이 의견에 전적으로 동의하고 있는데 이 역시 변호사의 사적인 직업성을 인정하기 때문일 것이다.

의를 풀어가야 한다.

III. 현행 변호사 선발제도와 공익적 필요에 따른 규제의 관계

1. 정원제의 불합리성과 위헌성

변호사업무에 대한 과도한 공공성의 강조로부터 도출된 것이 정원제이다. 정원제란 사법시험법 제4조에 의하여 인정되는 것으로 미리 합격자의 수를 정한 후 수험자의 성적순 위별로 합격자를 결정하는 것을 말한다. 정원제로 인한 문제는 상당히 많으며 변호사선발제도를 논할 때 그 중심에 있는 것이다.³²⁾ 왜냐하면 정원제로 인하여 인위적으로 합격자의 수를 제약한 결과 법조직역의 특권성이 야기되었고, 사법서비스에 대한 국민의 불만 역시 여기서부터 유래한다. 더불어 정원제로 인한 법조영역의 폐쇄성이 법조비리의 이유가 되기도 한다. 또한 공급의 인위적 제한은 법학교육을 왜곡시킨 주범이기도 하다.

앞서 본 것처럼 변호사업무는 공공부문에 해당되지 않는 사적 직업영역이다. 따라서 국가가 수요-공급을 조절할 수 있는 정원제는 공공성에 의하여 정당화되지 않는다. 문제는 정원제를 규정하고 있는 사법시험법 역시 어떠한 정당화 근거를 두고 있지 않다는 것이다. 그렇다면 그 정당화 근거는 헌법 제37조의 공공복리에 의한 제한으로부터 도출될 수 있다. 따라서 헌법 제15조의 직업선택의 자유에 대한 공공복리적 제한의 결과로 정원제가 시행되고 있는 것으로 일단 추정된다. 이러한 추정에 따라 첫째 변호사업무의 공공복리성이 무엇인지 그리고 둘째로 공익성이 인정된다면 그것이 정원제를 합리화할 수 있는 정도인지를 검토해 보아야 한다.

종래 법조인은 의사와 성직자와 함께 전통적인 전문직의 하나로 전문업무를 수행할 수 있도록 고도의 학식과 기술을 습득하여야 한다고 보았다. 즉 전문성의 요구가 자격취득의 전제 조건이 된다. 다음으로 변호사업무는 윤리성·공공성이 일반 사적 직업보다 높게 요구된다.³³⁾ 변호사 업무를 극단적인 사적 영업으로 보아 사익의 추구를 허용하게 된

32) 우리 나라 사법제도의 핵심적 문제는 법조인들의 숫자가 절대적으로 적기 때문이다. 공급이 너무 적어 독과점이 형성되기 때문이다. 민주주의법학연구회, 앞의 책, 5쪽

33) 통상적인 직업인의 업무가 그 종사자의 사적 이익의 추구에 있음에 반하여, 법조인의 임무는 의뢰인과의 개별적 관계에서 공공봉사라고 하는 이타주의의 정신에 근거하여 수행하여야 한다.

다면 그 역시 부정적 측면이 나타나게 된다. 따라서 직업윤리에 대한 최소한의 요구를 할 필요가 있다. 이로 인해 변호사업무의 공익성은 다른 직업영역보다 높지 않을 수 없다.

사법제도를 지탱하는 법조인의 바람직한 모습(인적 기반의 확충)으로 “전문적인 법적 지식을 보유함은 물론 폭넓은 교양과 풍부한 인간성을 기초로 충분한 직업윤리를 몸에 익히고, 사회의 다양한 분야에서 두꺼운 층을 이루어 활약하는 법조인을 획득한다”고 일본의 사법제도개혁심의회 의견서나³⁴⁾, “전문적 법률지식, 국제적 경쟁력 및 직업윤리를 갖춘 우수한 법조인력을 양성할 수 있는 사법제도”³⁵⁾라는 표현 역시 변호사의 사회적 책임(공익성)의 실천을 중시하고 있다.

이와 같은 변호사업무의 공익성은 ‘변호인의 조력을 받을 권리’와 ‘국선변호인제도’(헌법 제12조 제4항)를 통해서도 알 수 있고, 이런 맥락에서 변호사법은 상당히 광범위한 의무를 규정하고 있다.³⁶⁾

법조단체와 국가기관들은 이러한 공익적 요구로부터 공급조절의 합리성이 도출된다고 보고 있다. 구사법시협령³⁷⁾ 제3조 제1항 등 위헌확인³⁸⁾소송에서 헌법재판소는 각하결정을 내렸기 때문에 헌법재판소의 입장을 알 수는 없다. 그러나 이 사건에서 의견서를 제출한 법원행정처장, 행정자치부장관, 법무부장관은 고도의 공익성을 인정하여 공급제한을 너무나 당연한 것으로 전제하고 있다. 논리는 다음과 같다.

① “사법시험 합격자 수의 제한은 양질의 법조인력을 확보하기 위한 합리적 제한이다”(법원행정처장의 의견). “전문성·기술성을 요하는 직업의 경우 시험합격 등과 같은 일정한 주관적 사유 내지 전제조건과 결부시켜 직업선택의 자유를 제한할 수 있는바, 사법시험의 경우 국민의 생명과 재산을 다룰 법조인을 선발하는 시험이므로 시험을 부과하여 자격있는 자를 선발하는 것은 당연하고, 선발인원을 결정함에 있어서 국가인력의 효율적

이타적 공공성이야말로 정의를 실현하는 법조인의 기본적인 직업정신이어야 한다. Roscoe Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, West Publishing, 1953, p. 5., 박홍규, 「사법제도개혁, 무엇이 문제인가」, 『민주법학』 제9호(1995), 21-22쪽에서 재인용.

34) - 변호사는 성실하게 직무를 수행하고 국민의 권익보호를 위하여 봉사함으로써 사회적 책임(공익성)을 수행하며, 그 사명에 적합한 직업윤리를 가지고 부단히 직무활동의 질적 향상에 노력하여야 한다. - 변호사의 공익활동에 관하여는 그 내용을 명확히 한 후에 변호사의 의무로서 위치를 부여하여야 한다. 또한 공익활동의 내용에 관하여 투명성을 확보하고 국민에 대한 설명책임을 다하여야 한다.

35) 사법개혁위원회규칙 제2조의 사법제도 개혁의 기본이념

36) 제24조 (품위유지의무등) 제26조 (비밀유지의무등) 제27조 (공익활동등 지정업무처리의무등) 제33조 (독자행위의 금지) 등.

37) 1998. 12. 31. 대통령령 제16032호로 개정되고 2001. 3. 31. 대통령령 제17181호로 폐지된 것

38) 전원재판부 2002. 2. 28. 99헌마693

관리 측면, 법률서비스에 대한 사회적 수요, 공급되는 법조인력의 질적 수준, 기존의 법조인력 현황 등을 고려하는 것이 위헌이라고 보기 어렵다”(행정자치부장관의 의견). “법조인의 고도의 전문성, 그 역할의 사회적 중요성 등을 고려하여 일정하게 합격자 수를 제한한다고 하여 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다”(법무부장관의 의견).

② “사회적 수요에 맞추어 전문가 집단의 수를 조정하는 것은 당연하다”(법원행정처장의 의견). “법조인 선발에 있어서 그 방법을 사법시험 형태로 할 것인지 아니면 다른 형태로 할 것인지 여부, 또한 사법시험을 절대점수제로 할 것인지 아니면 정원제로 할 것인지 여부, 그 밖에 선발인원을 몇 명으로 할 것인지 여부 등의 문제는 입법자가 각 나라마다 고유한 사법문화와 역사, 사법제도의 실태와 운용현황, 국민의식 및 교육환경 등을 종합적으로 고려, 합목적적으로 판단하여 결정할 입법정책의 문제이다”(법무부장관의 의견).

국가기관들의 의견을 요약하면 변호사라는 직업의 고도의 공익성과 그에 따른 수요-공급의 조절필요성을 들고 있고 이에 대한 결정은 기본적으로 입법재량이라는 것이다.

헌법재판소는 다른 사건에서 변호사의 공익성을 판단하고 있는데 그 내용은 변호사법의 규정을 그대로 인용하는 것에 다름없다. 변호사법은 명목상으로만 고도의 공익성을 인정하고 있기 때문에 이를 그대로 나열하면 고도의 공익성을 인정하는 결론이 나지 않을 수 없다.

“입법자가 변호사제도를 도입하여 법률사무 전반을 변호사에게 독점시키고 그 직무수행을 엄격히 통제하고 있는 것은 전문적인 법률지식과 윤리적 소양을 갖춘 변호사에게 법률사무를 맡김으로써 법률사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 일반 국민의 기본권을 보호하고 사회정의를 실현하려는 데 있는 것” 혹은 “전문적인 법률지식과 윤리적 소양을 갖춘 변호사에게 법률사무를 맡김으로써 법률사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 일반 국민의 기본권을 보호하고 사회정의를 실현”하는 것이라고 판시하고 있다.³⁹⁾

헌법재판소는 이러한 고도의 공익성을 기반으로 하여 입법정책적 재량사항임을 암시하고 있다.

“입법자는 일반 국민의 법률상의 분쟁을 원활하게 해결하여 법률생활의 안정을 통한 기본권 보호 및 사회정의실현이라는 공익을 위하여 법률사무 전반을 변호사의 업무영역으로 설정하고 이를 보호하는 내용의 변호사제도를 두고 있다.” “입법자는 국민의 법률

39) 98헌바95-96, 99헌바2, 2000헌바4(병합)

생활분야의 공익을 달성하기 위하여 정책적 판단에 따라 자유롭게 일정한 자격을 갖춘 자에게 법률사무의 일정분야에 대한 사무를 취급할 수 있도록 자격제도를 마련하고 그 업무영역을 보호하는 내용의 입법을 형성할 광범위한 재량이 있다”. “변호사를 비롯하여 법무사, 변리사 및 손해사정인 등 법률사무관련직업에 대한 자격제도는 - 그 제도를 도입하게 된 배경과 목적, 각 전문분야가 갖는 특성과 그 업무의 성격, 각 전문분야의 자격요건 및 직무수행에 있어서의 통제가 서로 다르다고 할 것이므로 각 전문분야의 업무범위, 자격요건 등 제도의 구체적인 내용을 어떻게 구성할 것인가는 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 것이고, 입법자의 정책적 판단에 따른 자격제도 및 그 내용이 명백하게 불합리하거나 불공정하지 않는 한, 입법자의 판단은 존중되어야 한다.”⁴⁰⁾

위 사건 결정은 변호사의 법률사무 독점에 관한 위헌소원의 판단중에 내려진 결정이지만, 간접적으로 헌법재판소는 변호사업무의 고도의 공익성을 근거로 하여 입법자의 재량범위를 폭넓게 보는 입장을 취하고 있다. 그래서 입법자가 정원제를 취하든 취하지 않든 모두 문제될 것 없다는 입장을 추론해 볼 수 있다. 그리고 이러한 판단이 위에서 본 국가기관들의 의견서에 반영되고 있지 않은가 한다.

그러나 자세히 보면 자격제=고도의 공익성이라는 논리로 포괄적으로 사용되고 있음을 알 수 있다. 즉 전문적 판단이 필요하고 따라서 자격제로 시행할 수밖에 없으며 이 부분에 입법자의 재량이 인정된다는 것이다. 전문적인 법률지식과 윤리적 소양은 변호사 자격시험에서 판단해야 할 문제이지 이것을 근거로 바로 고도의 공익성을 인정하고 따라서 입법자의 자유형성의 범위가 넓다는 것은 지나친 논리미약이라 하지 않을 수 없다. 만약 “전문적인 법률지식과 윤리적 소양”의 확보여부를 판단하기 위해서 일정한 전공학점의 취득 내지 국가가 공인하는 법률학 전공학위의 취득을 요건으로 한다면 이해가 될 수도 있다.

오히려 공급조절의 논리는 고도의 공익성보다는 현실적인 요인 즉 “설사 사법시험이 순수한 자격시험이라 하더라도 시장경쟁의 원리에 맡겨 법조인을 제한없이 양성해 낸다면 국가적 비용의 낭비, 국가경쟁력 약화 등의 부작용을 초래할 수 있으므로 이를 방지하기 위하여 정책적으로 법조인의 적정한 수를 유지할 필요성이 있다”는 법무부 장관의 의견⁴¹⁾이 더 솔직할 수 있다.

40) 98헌바95-96, 99헌바2, 2000헌바4(병합)

41) 전원재판부 2002. 2. 28. 99헌마693, 일정 점수 이상 취득자를 무조건 합격시키게 되면, 전문가집단의 수를 사회적 수요에 맞출 수가 없다는 법원행정처장의 의견도 비슷하다고 볼 수

그러나 이러한 의견 역시 논리적 근거가 없다. 왜냐하면 수요-공급을 조절하기 위해서는 시장에서 결정된 가격의 적정성을 염두에 두어야 한다. 그러나 앞서 통계를 통해서도 알 수 있듯이 변호사의 소득은 월평균 556만원으로 전문직중에서는 가장 소득이 높다. 이를 적정한 가격으로 볼 수 있는지는 의문이다. 또한 공급을 조절해야 한다는 논리는 변호사자격있는 자의 의무적 영업개시와 계속적 영업의무를 전제로 할 때만 가능하다. 그러나 우리 법제로는 변호사자격있는 자의 영업개시를 의무지우는 법령조항도 없으며, 더구나 계속적 영업의 의무를 규정한 조항도 없다. 따라서 이론적으로는 변호사 자격이 있다 하더라도 변호사영업을 하지 않을 수도 있다. 따라서 엄밀하게 공급강제가 없는 한 조절이란 것도 있을 수 없다.⁴²⁾

오히려 구사법시험령 제3조 제1항 등 위헌확인소송에서 청구인들의 청구이유가 타당함을 알 수 있다.⁴³⁾ 특히 헌법학계 및 헌법재판소에서 논의하고 있는 직업선택의 자유제한의 3단계이론⁴⁴⁾에 의하더라도 사법시험법은 위헌이라고 한다. 즉 변호사·회계사 업

있다.

- 42) 물론 통계를 근거로 공급의 규모를 파악할 수 있을 지도 모른다. 지금처럼 고소득이 보장되는 상황에서 자격이 있는 자는 대부분 변호사업무를 하리라는 것은 쉽게 예측이 가능하다. 그러나 이것은 고소득의 보장이라는 현실적 이유에 기인한 것인지 법률적인 강제에 따른 것은 아니다.
- 43) (1) 사법시험 합격자 수를 국가가 미리 결정하는 것, 즉 개개인이 가지고 있는 법률가로서의 자질과 소양을 그 자체로서 평가하지 않고, 국가가 미리 가지고 있는 수급계획에 따라 석차순으로 결정하는 것은 법률서비스 직역을 선택하여 법률서비스의 공급자로서 삶을 영위하려는 국민의 직업선택의 자유를 본질적으로 침해하는 것이다. (2) 현재의 정원제 사법시험은 우리나라의 변호사 숫자를 극도로 제한함으로써 법률서비스의 시장가격을 높은 수준으로 유지하여, 자력이 부족한 사람들이 변호사의 조력없이 재판에 참가하게 하는 결과를 낳고 있는바, 이는 국민들의 재판청구권을 침해하는 것이다. (3) 법원조직법과 검찰청법은 변호사의 자격이 있는 사람에게 판·검사 임용자격을 주고 있는데, 변호사의 자격을 얻기 위해서는 사법시험에 합격하여야 하므로, 사법시험 정원제는 결국 사법시험 응시자 중에서 판·검사가 되고자 하는 자의 공무담임권을 제한하는 결과를 가져온다. (4) 헌법은 국민의 기본권제한은 반드시 국가가 제정한 법률에 의하도록 규정하고 있는바, 사법시험 정원 제한의 경우에는 대통령령인 사법시험령에 근거를 두고 있을 뿐이므로 기본권제한에 있어서의 법률유보원칙에 위배된다.
- 44) 제한의 3단계이론이란 헌법적 기본권 제한의 한계인 비례원칙을 적용하기 위하여 보호하려는 법익과 침해받는 법익 사이의 비교형량 원리로 독일연방헌법재판소에서 정립된 것이다. 3단계 이론에 의하면 1단계 제한은 직업수행의 제한으로 공공복리에 대한 이성적 고려에 의해 그것이 합목적적인 것으로 판단되는 경우에 한하여 제한할 수 있다. 2단계 제한은 주관적 허가요건에 의한 직업선택의 제한으로 직업선택의 자유는 특별히 중요한 공공법익의 보호를 위하여 필요한 경우에 한하여 주관적 허가요건을 통해 제한된다. 여기서의 허가요건은 충족여부가 개인의 사정여부에 달려 있는 제한을 말한다. 3단계 제한은 현저히 중요한 공공법익의 보호를 위해, 그리고 명백하거나 고도의 개연성이 있는 중대한 위협의 제거가 요청되는 경우에 한하여, 객관적 허가요건을 통해서 제한되는 경우이다. 여기서의 허가요건이란 개인적 특성과는

무를 수행하는 자에게 일정한 자격(국가시험에의 합격)을 요구하는 것은 2단계의 제한에 해당한다.⁴⁵⁾ 따라서 우리 사법시험법이 사용하고 있는 정원제에 의한 제한은 합당한 제약이라 말할 수 없게 된다. 사법시험에 합격한 자에 한하여 법조인으로서의 직업을 허용한다는 점에서 사법시험의 실시는 주관적 요건에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한이 된다. 즉 법조인으로서의 직업을 행사하기 위해서는 상당한 법률지식을 필요로 하고 법조인의 역할이 개인의 권리구제와 법치국가의 확립에 절대적으로 요구된다는 점에서 사법시험에 합격하여 능력과 자질을 입증한 자에게만 법조인으로서의 자격을 부여하는 주관적 요건의 설정은 타당하다. 이 경우에도 최소한의 능력과 자질의 검정이라는 점에 국한되어야 한다는 것이다. 반면 지나친 선발인원의 제한은 당사자의 자질과는 무관하며 지원자가 영향력을 행사할 수 없는 것이다(주로 법조시장의 사정에 따라 결정된다). 따라서 이는 객관적 사유의 설정에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한에 속한다. 객관적 사유의 설정에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한은 기본권에 대한 가장 강력한 제한이므로 ‘특별히 강한 공익의 보호’와 ‘그 불가피성’이 인정되는 경우에만 허용된다.⁴⁶⁾

앞서 본 것처럼 변호사의 업무는 기본적으로 사적인 것이며, 제한의 경우에도 생존에 필수적인 서비스는 아니라고 판단되므로 ‘현저히 중요한 공익’ 범주에 포함시키기는 힘들 것이다. 헌법재판소는 이러한 공익판단의 문제 내지 제도 설계의 문제에 대해서 기본적으로 입법재량으로 보고 있다.⁴⁷⁾ 그러나 동시에 이러한 입법재량에 대한 한계도 지적하고 있다.⁴⁸⁾ 따라서 한계범위를 벗어난 입법권의 행사이므로 위헌성의 소지는 상당히

관계없이 객관적 징표들에 의해서 좌우된다. 3단계의 제한에서 수요-공급의 조절을 위한 제한이 가능할 것이다. 톨프 슈토버(최송화 · 이원우역), 독일경제행정법, 법문사, 1996, 206쪽

45) 권영성, 『헌법학원론』, 박영사, 2004, 568쪽

46) 이기우, 「직업의 자유에 대한 제한의 한계」, 한국법학교수회편, 『법학교육과 법학실무』, 교육과학사, 1992, 136-137쪽.

47) “입법자가 일정 전문분야에 관하여 자격제도를 마련하고 그 자격자의 업무영역에 관하여 상당한 법률상 보호를 하고 있는 경우에 있어서도 그 자격자 이외의 자에게 동종업무의 취급을 허용할 것인가의 문제는 기본적으로 그 제도를 도입하게 된 배경과 목적, 해당 전문분야 업무의 성격 등을 입법자가 종합적으로 고려하고 합목적적으로 판단하여 결정할 입법정책의 문제라 할 수 있다”. 헌재 1996.4.25. 94헌마129, 95헌마121(병합), 판례집 8-1,449,460; 헌재 1997.4.24. 95헌마273, 판례집 9-1,487,494 참조.

48) “각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 영향을 미치는 것이기 때문에 . . . 국가의 안전보장질서유지 또는 공공복리를 위한 목적의 정당성이 인정되는 경우에는 그러한 목적을 달성하는데 필요한 범위 내에서 법률로서 국민의 기본권을 제한할 수 있다. 그러나 그 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 과잉금지의 원칙에 위배되거나 제한의 한계규정인 헌법 제37조 제2항 후문의 규정에 따라 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이어서는 아니된다(헌법재판소 1989.11.20. 선고, 89헌가102 결정; 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정; 1993.5.13. 선고, 92헌마80 결정 참조). 地價公示 및

높다고 볼 수 있다.

3. 변호사의 전문성을 확보하기 위한 방안

- 로스쿨도입의 타당성 검토

앞서 본 것처럼 변호사의 법적 지위가 사적 직업이라 하더라도 변호사업무에 수반되는 공익성으로 인하여 일정한 전문성을 갖추어야만 변호사의 자격을 취득할 수 있는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 변호사업무의 전문성과 윤리성은 결국 변호사 개인을 통해서 실현되어야 하기 때문이다. 따라서 이런 특성에 대한 판단작업은 변호사자격취득의 조건으로 설정할 수 있다.⁴⁹⁾

구사법시행령은 사법시험을 치르는데 특별한 응시자격이 없었다.⁵⁰⁾ 심지어 법학을 전공하지 않아도 시험에 응시할 수 있으며, 학력도 차별하지 않았다. 그러나 이렇게 최소한의 조건조차 요구하지 않는 것은 법학교육의 의미를 반감시키는 결과를 빚게 된다. 법학교육의 파행 또는 사회적으로 과도한 인력의 낭비는 그 결과라고 볼 수도 있다.⁵¹⁾ 2001

土地등의評價에관한法律施行令제30조등違憲確認 (1996.8.29. 94헌마113 전원재판부)

- 49) 물론 이런 특성을 과도하게 강조하는 것은 또 다른 문제를 파생시킬 수도 있다. 그것은 변호사업무가 정의와 공익을 추구하고 법치주의를 실현하는데 기여한다는 명목하에 소수 법조인의 독과점을 옹호하는 논리로 사용될 수도 있기 때문이다. 따라서 이러한 요구는 필요 최소한에 그쳐야 한다. 왜냐하면 변호사는 수입을 얻기 위하여 그 의뢰자의 사적 이익을 옹호하여야 한다는 점에서 공익추구라고 하는 이념에 반드시 봉사할 수 없다. 그 결과 공공봉사라고 하는 이념은 높은 사회적 지위와 경제적 보수를 얻기 위한 명목에 불과하고, 엄격한 자격요건을 정하거나 최저보수규정을 규정하는 것, 또는 변호료광고를 금지하는 변호사 윤리규범이나, 반대로 변호사회 차원에서 타전문직의 직업영역을 침투하는 것은 법조인의 수를 제한하여 직업적 독과점을 확보하기 위한 것이라고 하는 비판이 줄기차게 제기되어 왔다. 이러한 비판은 한국에도 그대로 적용될 수 있기 때문이다. 박홍규, 앞의 글, 22쪽.
- 50) 1963년 제정된 사법시험령은 응시자격을 소극적 요건과 적극적 요건으로 나누어 정했다. 먼저 소극적요건으로는 “국가공무원법 제33조 각호의 1에 해당하지 아니하는 자”이고, 적극적 요건으로는 “4년제대학졸업자 또는 졸업예정자나 법령에 의하여 이와 동등이상의 자격이 있다고 인정되는 자” 혹은 “사법 및 행정요원에비시험령에 의한 시험에 합격한 자” 중의 하나만 갖추면 되었다. 그후 1972년 개정된 사법시행령은 이러한 적극적 요건을 삭제했다. 이러한 것은 2001년 폐지될 때까지 지속되었다.
- 51) 대학에서의 법학교육이 사법시험합격에 특별한 조건이 아닐 뿐더러 심지어 대학보다는 더 효율적으로 사법시험을 준비시키는 이른바 고시학원의 난립속에서, 문자 그대로 유능한 남녀노소 누구나 사법시험을 준비하는 상황이 되었다. 대학의 법학교육이 피폐화되었고, 특히 IMF환란 이후에는 법학전공자 이외의 수많은 유능한 학생들이 자신의 전공을 내팽개치고 사법시험에 도전하는 기현상이 전개되었다. 누구에게나 개방된 이러한 체제는 법학의 기본지식이나 법조윤리 등 법학분야의 기초적 소양도 없고 법학에 관한 깊이 있는 전문성이 결핍된 법조인의 양산을 유발하는 원인으로 주목되었다. 이상수, 앞의 글, 188쪽.

년 제정된 사법시험법이 사법시험응시자격제도를 신설한 것은 바로 그러한 상황에 대한 일종의 타개책으로 제시되었다고 보인다. 이에 따르면 일정 학점 이상의 법학과목 학점 취득자만이 사법시험에 응시할 수 있도록 하고 있다.⁵²⁾ 그러나 이러한 식의 해법은 매우 잘못된 상황판단에 기초하고 있는 것으로 보인다.⁵³⁾

더불어 사법시험법은 35학점만 취득하면 전문성을 획득할 수 있다고 보고, 윤리성과 공공성에 대한 교육은 연수원을 통한 양성과정에서 실시할 수 있다고 믿는 것 같다. 아마도 이것은 정원을 정한 선발이 있기 때문에 전문성에 저해가 되지 않을 것이라는 판단하에 이러한 제도를 채택하고 있는 것 같은데 과연 사법시험이라는 주·객관식 시험을 통해서 변호사가 갖추어야 할 덕목을 테스트할 수 있는지는 상당히 의문이며, 마찬가지로 연수원이 이러한 역할을 하고 있는지는 여전히 의문이다.⁵⁴⁾

결국 법조인에게 요구되는 최소한의 전문성 확보는 법학교육의 몫이다. 문제는 이러한 전문성이 담보되는 법학교육을 실현하려면 대학자체의 개혁도 필요하겠지만 일정 법학교육을 이수한 자에게는 어느 정도의 전문성을 갖추었다고 보고 그 최소한의 요건을 갖추었는지 여부에 대한 판단만 하는 자격시험만 시행하면 될 것이다. 이러한 것은 현행 4년제 법학교육에서도 가능한 것이고, 새로운 시스템으로 로스쿨을 도입해도 가능한 방안이다.

문제는 현행 제도의 개선보다는 이를 완전히 바꾸는 로스쿨도입이 언제나 유력한 방안으로 제시되어 왔으며, 이번 사법개혁논의의 귀결도 로스쿨의 도입으로 마무리되고 있다

52) 사법시험법 제5조, 사법시험법 시행령 제3조, 사법시험법시행규칙 제4조에 의한다. 시행령 제3조 제2항은 이수학점을 35학점으로 규정하고 있다.

53) 왜냐하면 지금까지 사법시험 합격자의 전문성과 교양의 결핍이 법학수업을 수강하지 않은 탓이 아니기 때문이다. 문제는 법조인이 되기 위해서 반드시 통과되지 않으면 사법시험 때문에 예비법조인들이 법학적 소양과 전문성을 쌓을 기회를 갖지 못한다는 점에 있는 것이다. 유능한 학생들조차 오로지 사법시험에만 매달려 전심전력으로 노력하지 않으면 합격하기가 힘들기 때문에 수험생은 사법시험 이외의 법학과목뿐만 아니라 다른 학문에 힘을 쏟을 여력이 없는 것이다. 현재와 같은 사법시험제도가 존재하는 한 유능하고 교양있는 법조인을 배출하는 것은 기대난망이라고 하겠다. 이처럼 문제의 본질이 사법시험 자체에 있음에도 불구하고 법학과목의 수강을 의무화하는 것은 수험생들에게 추가적인 부담을 줄뿐이고, 법학교육의 정상화나, 법조인의 자질향상에는 거의 도움을 주지 못할 것이다. 지금처럼 무척 어렵지만 일단 합격하면 많은 특권을 누리는 사법시험제도하에는 합격에 직접 필요한 것 이외의 모든 것은 소홀히 할 수밖에 없었기 때문이다. 이상수, 188-189쪽.

54) 올바른 제도개혁이라면 다양한 전문지식과 교양을 충분히 연마한 사람들이 손쉽게 변호사로 진출하여 그러한 전문성과 도덕성에 기반하여 활동할 수 있게 하여야 할 것이다. 이러한 전제가 마련되지 않은 채 일정학점 이상의 법학과목을 역지로 이수하게 하는 것으로는 소기의 성과를 기대할 수 없으며, 법과대학에는 부당한 특권을 부여하고 그나마 자생적으로 생겨나던 자연과학 및 타학문과 연계된 전문변호사의 출현을 저지하는 것이 될 뿐이다.

는 점이다. 그러나 언제나 그랬듯이 왜 로스쿨을 도입해야 하는지 그리고 그 구체적인 모습은 무엇인지 시원한 설명은 찾아보기 힘들다는 점이다.

전반적인 논의를 추적해 볼 때 몇 가지 도입의 정당화사유가 발견된다. 하나는 전문화의 논리이고 전문적인 학부교육을 마친 학생을 대상으로 한 대학원교육의 필요성을 들고 있다. 둘째는 신자유주의 흐름 더 정확히 말하면 미국화의 열풍 속에서 미국식제도의 채택필요성이며 이것은 일본의 로스쿨 도입으로 더 강조되고 있다. 전자가 이론적 논거라면 후자는 현실적인 논거가 될 수 있다.

먼저 로스쿨을 도입하면 전문화의 문제가 해결되리라는 논거는 그 근거가 있는가?

변호사라는 제도는 분쟁의 법적 해결을 염두에 둔 제도이다. 따라서 근대국가이래 사인상호간의 분쟁을 사인 스스로가 아니라 국가라는 공적 기관을 통해 해결할 것을 상정한 이후로 각 국가마다 200여년 넘게 독특한 법조인 양성제도를 정착시켜 왔다. 미국의 경우 19세기이래 자유방임주의하에서 수많은 법조인이 필요했고, 그 배출의 역할을 로스쿨이 담당해 왔다. 그것은 미국의 대학이 교양교육을 위주로 했고, 전문직업교육은 대학원수준에서 이루어졌기 때문이다. 이러한 교육방식은 미국의 특유한 제도이며 세계적으로 보편화된 현상은 아니다. 더구나 이러한 대학원수준의 교육이 반드시 법학교육의 전문화를 달성할 수 있는 유일한 대안으로 볼 수도 없다.

전문교육이라는 개념이 무엇을 전문화하는 것인지도 불분명하지만, 적어도 법학교육의 전문화란 측면만 본다면 로스쿨이라고 해서 전문화된 법학교육을 시키는 것도 아니다. 1학년의 기초과목과 2-3학년의 다양한 선택과목의 학습이며 우리보다 교과과목의 선택폭이 좀더 넓다고 판단해 볼 수는 있다. 이것은 우리의 경우에도 교원의 확보와 과목의 다양화를 통해 충분히 달성할 수 있는 부분이다.

물론 로스쿨주창자들이 말하는 전문화란 법학교육의 전문화가 아니라 법무시장의 개방을 전제로 사회의 복잡화·전문화에 따른 새로운 수요에 대한 대응필요성을 들고 있다. 이러한 영역이 국제소송에서의 외국어능력, 국제통상관련, 특허 등 기술보호, 투자, 지적 재산권, 환경, 세무, 노사, 공정거래, 증권거래, 과학기술영역 등 새로운 분야의 법률서비스를 충족하기 위해서 전문적 능력이 있는 변호사가 늘어나야 한다는 것이다.

이 역시 교과과목의 다양화나 사법시험과목의 재조정이나 시험조건의 추가로 해결할 수 있는 여지가 많다. 사개위가 로스쿨의 형식적인 요건으로 정하고 있는 인적 물적 시설의 최소기준과 유사한 기준을 만들어 법학교육에 적용한다면 전문분야에 대한 법학교육의 충실화를 이루지 못할 이유가 전혀 없다. 또한 정원제를 배제하면 보완을 통해 독일식

법학교육과 사법시험제도에 쉽게 접근할 수 있는 방법이 있다. 독일의 법학교육이나 변호사의 수준이 전문성이 없다고 말할 수는 없지 않겠는가?

실제로 환경변화에 대응하는 전문적인 변호사의 배출은 변호사시장내에서 경쟁원리를 도입하고 전문화되지 않으면 생존할 수 없는 환경을 설정함으로써 가능하다고 볼 수 있다. 우리나라 변호사 대부분이 민·형사소송업무에만 치중하는 것은 이것만으로도 충분히 고소득을 올릴 수 있기 때문이다. 우리나라의 변호사 수입이나 소득은 단순히 비교만 해보아도 다른 나라에 비해서 월등히 높은 수준이다. 이러한 상황에서 변호사들이 기를 쓰고 새로운 전문영역에 뛰어드는 것이야말로 이상한 일이라 하지 않을 수 없다. 따라서 전문화된 변호사를 확보하기 위해서는 변호사의 대량배출을 통해서 가능하다고 볼 수 있다.

이런 점에서 로스쿨제도의 이론적 근거는 명확하지 않다고 본다. 그러면 남는 것이 세계적 추세인데 로스쿨은 엄밀히 세계적 추세라고 볼 수 없으며 일본이 로스쿨을 도입했다고 해서 우리까지 당연히 이를 추수해야 할 이유는 없다. 심지어 일각에서는 일본의 로스쿨 도입을 비판하면서 미국식 로스쿨에 보다 근접한 순수형로스쿨을 도입하자고 하는데 왜 순수 미국식 로스쿨을 도입하자고 하면서 정원에 대한 사전 제한을 가하려고 하는지는 아무도 설명을 하고 있지 않은 점도 석연치 않다.

이상에서 논의한 것처럼 우리나라에서 로스쿨 도입의 이유를 명확히 설명한 적은 없었다. 대체로 로스쿨을 하게 되면 대학원과정인 만큼 학부에서 전공 공부를 열심히 한 학생을 선발할 것이기 때문에 전문화를 이룰 수 있을 것이라는 막연한 추정에 근거하고 있다. 그러나 현행의 모든 제도를 부정하고 새로운 제도를 도입하는데 드는 사회적 비용에 대한 대책이나 도입시 성공가능성에 대해 일반 국민을 설득할만한 정밀한 검토는 그 어디에서도 발견하기 힘들다. 이러한 막연한 추정에 근거하여 제도를 도입하고 기대할만한 성과가 없을 때 누가 어떻게 책임을 질 것인가?

IV. 사법개혁 논의에 대한 비판

1. 대법원과 사개위 논의에 대한 비판

앞서 본 대법원과 사개위의 로스쿨안은 기본적으로 변호사업무를 서로 상반된 두 가지

시각에 입각하여 이를 절충적으로 타협시켜 버리는 오류를 범했다.

변호사라는 업무를 극도로 사적인 업무로서 능력에 따라 충분히 영업이익을 올릴 수 있는 선행의 대상이 되는 직업이라고 무의식적으로 전제하고 있다. 따라서 공공적 측면의 규제를 거추장스러워한다. 그러나 사적 직업인으로서의 성격을 전제할 때 당연한 귀결로서 “누구나 일정한 자격을 확보하면 변호사로서의 직업선택의 자유를 누려야 한다는 것을 인정”해야 함에도 불구하고 이 부분은 철저히 부정하고 있다.

이러한 부정은 역으로 변호사 직업의 공공성을 강조함으로 인하여 가능해졌다. 변호사라는 업무는 극도의 전문성이 요구되는 것이기 때문에 누구나 할 수 있는 직업은 아니라고 보는 것이다.⁵⁵⁾ 이러한 고도의 전문성과 윤리성에 대한 요구는 사법시험법상의 정원제에서 잘 드러난다. 그러나 이것은 사법시험을 과거시험으로 동일시하는 봉건적 사고의 연장선상에서나 이해 가능한 것이다.

우리 변호사선발제도는 공공성의 과도한 강조로 변호사가 영업이익이라는 사익을 최대한 추구할 수 있도록 만들어 주었다. 반면 공공성의 강조를 통해서 얻고자 하는 인권실현은 되지 않았으며 공공성을 실현하기 위한 제도적 장치는 거의 전무한 실정이다.

대법원과 사개위는 이러한 묘한 사익성과 공공성의 왜곡된 결합을 풀려고 하지는 않았다. 오히려 이를 유지시키려고 노력한 것 같다. 대법원이나 사개위의 안은 로스쿨이라는 전혀 새로운 옷을 준비하면서도 앞서 본 정원제를 변형적으로 받아들였다. 즉 로스쿨의 학교 수와 양성인원에 대한 제한을 통해 정원제를 유지시켰다. 로스쿨은 이러한 변형정원제의 새로운 껍데기에 불과하다.

국가주도로 로스쿨제도를 도입하면서 그 수와 입학정원을 제한하는 것은 사법시험법상의 정원제를 변형된 형태로 받아들인 것이다. 따라서 정원제 자체가 과도한 제한으로서 위헌이라면 이러한 변형된 정원제로서의 입학정원의 제한 역시 위헌이라고 밖에는 판단할 수 없다. 또한 로스쿨안은 독점을 제한하는 헌법원리에도 반하며, 법조일원화를 전제로 하는 경우 국민의 공무담임권의 과도한 제한이 될 것이다.⁵⁶⁾

이러한 방안이 시행된다면 과거와 마찬가지로 이중적 의미의 권리침해 현상이 계속 반

55) 가령 조선시대의 과거시험과 같이 소수의 능력있는 사람만을 선발하는 고급공무원시험으로 보기 때문에 그 선발인원을 배타적으로 제한해야 한다고 믿는 것이다. 그래서 사법시험을 준비하는 것만으로 7급공무원의 의식을 1차를 붙으면 6급, 다시 최종합격하면 5급의 고위공무원으로 스스로를 인식하게 만들었다.

56) 이것은 현행 제도도 마찬가지로 위헌의 소지가 강하다. 현행 법원조직법은 정원제하에서 변호사자격 있는 자에 한해 판사의 자격을 부여하고 있는데 이 역시 과도한 제한이라 하지 않을 수 없다.

복될 것이다. 즉 공익성인 국민의 기본적 인권보장은 계속 부실화될 것이다. 변형된 정원 제하에서 로스쿨준비생의 직업선택의 자유 역시 침해될 것이다. 더 큰 문제는 법제도를 통해 특권화된 계층의 지배층으로의 전환과 특권의식의 확장으로 사회의 건전한 의식은 없어지고 대다수 사람들은 맹목적 투기(사시열풍)와 한탄(로스쿨준비생)으로 막을 내릴 것이다.

반면 이 새로운 껍데기를 도입하는데 치러야 할 사회적 비용은 엄청나다. 한 마디로 모든 것이 변해야 된다. 예를 들면 교육부가 2009년까지 요구하는 교수학생비율이 1:24(국립은 1:21)라면 로스쿨은 1:15이다. 법률전문도서관 등 전문교육시설이 갖추어져야 하며 사후 엄격한 평가의 대상이 되기도 한다. 이에 수반되는 비용은 최종적으로 수혜자 부담원칙에 의하여 학생들에게 전가될 가능성이 높다.⁵⁷⁾ 이렇게 많은 변화와 비용을 부담하면서 근본적인 문제는 해결되지 않는다. 그러면 무엇으로 제도변화를 정당화할 수 있는가?

추정되는 대답들은 다음과 같다. 하나는 양성후 선발제도의 도입으로 법학교육의 정상화를 꼽을 것이다. 둘째로 전문적인 법조인의 양성가능성을 들 것이다. 그러나 첫째의 문제는 현행 제도하에서도 얼마든지 실현시킬 의지만 있다면 실현될 수 있는 장점들이다. 둘째의 경우도 시험방식의 다변화와 조기에 법조인을 사회에 다수 배출시킴으로써 우회적으로 해결할 수 있는 방법이 전혀 없는 것도 아니다. 따라서 장점이 거의 없는 새로운 제도의 도입은 무의미하다.

2. 새로운 논의의 시작을 위해서

이번 사개위 발표이후 이에 대한 논의는 두갈래로 갈리는 것 같다.

하나는 로스쿨도입을 전제로 하여 입학정원을 제한한 부분에 대한 비판이다. 즉 로스쿨입학정원을 1,200명 수준으로 하는 것은 사법개혁을 포기하는 것과 다름없다는 게 중론이다. 따라서 비판은 입학정원의 한정이 대한변협 등 법조인들의 이기주의에 향해지며 자연스럽게 대안은 입학정원을 몇 명으로 할 것인가 하는 문제로 남게 된다. 경실련은 3,000명을, 참여연대는 “과도기의 문제점을 최소화하기 위한 경과 조치로서 로스쿨 설립

57) 종래 국가가 교육부분에 대한 재원투자에 인색한 것이 우리 교육의 특징이라고 볼 때 로스쿨에 비용이 전가될 가능성이 크며, 일부 로스쿨에서는 대안을 모색할 수도 있을지 모르나 그렇지 못할 경우에는 최종적으로 학생에게 부담되는 것은 쉽게 추측해 볼 수 있는 일이다.

에 대한 인가주의를 취한다 하더라도 (1)수년 이내에 완전한 준칙주의로의 이행을 약속하는 청사진을 가지고 시작해야 하며 (2)로스쿨 정원을 현 사법시험 제도보다 획기적으로 증원한 상태(최소한 현재의 1200-1300명 안의 2-3배)에서 시작해야 한다"고 대안을 제시했다. 일부 언론도 로스쿨을 당연한 전제로 논의하는 점에서 개혁안으로서의 로스쿨은 상당한 사회적 지지를 확보했다고도 평가할 수 있다.

다른 하나는 사법개혁뿐만 아니라 교육개혁과의 연관성속에서 로스쿨 도입의 긍정적 의미를 찾는 입장이다. 이러한 긍정적 효과를 극대화시키기 위해서 로스쿨 도입의 방향과 내용을 다시 설정하자는 것이다. 그 결과로서 ① 운영주체의 공공성 확보 ② 교육비용의 국가부담 원칙(재정의 공공성) ③ 지식과 소양과 실무의 조화 ④ 학부와 전문대학원의 교육과정 연계 ⑤ 교수진의 유연한 순환체계 운영 ⑥ 학생-교수 수의 점진적 증원 ⑦ 법률전문대학원 수와 지역 위치의 안배를 들고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 방안이 여러 장점도 있지만 실효성이 있을 지에 대해서는 의문이 드는 부분도 많다. 단적으로 현재 신자유주의대학정책의 기본 골격이 교육비용에 대한 국가책임부담을 최소화하려는 입장이기 때문에 정부가 이러한 방안에 적극적일지도 미지수이다. 더욱 중요한 것은 공교육으로 하는 경우 변호사업무의 공적 규제가 이루어져야 한다. 이것은 수입료 부분에서 국가규제의 철저성을 요구해야 관철되는데 변호사업무의 성질상 가능한지도 미지수이다.

여하튼 변호사라는 업무의 중요성과 그 법적 성격을 고려한 제도설계안이 필요하다는 것은 누구도 부정할 수 없는 일이다. 특히 이번 사법개혁은 변호사 양성을 매우 중시하고 있다. 변호사를 통해 법치주의를 실현할 수 있다는 측면을 보았기 때문이다. 그렇다면 이러한 변호사의 양성 역시 가장 적법하고 타당한 방식으로 설계되어야 한다. 즉 묘한 직업이기적 타협안이 아니라 변호사라는 업무의 성격을 확실히 하자는 것이다. 즉 사적 직업인으로서 보고 필요한 규제만 일부 하자는 것이다. 아니면 변호사직무를 철저히 공공성이 강한 직업군으로 제도를 설계하려면 국가가 정책적으로 관리하면 될 것이다.

먼저 변호사의 직업의 사적 성격을 근간으로 해서 이를 관철시키는 방법이 있다. 즉 자격시험을 통해 법조인을 대량으로 배출하고 이들이 시장에서 경쟁하도록 함으로써 국민의 기본적인 인권실현이 가능해 지도록 만들어야 한다. 이를 위해서는 현행 제도에 대한 일정한 보완만 이루어지면 된다. 사법시험법을 개정해서 변호사 선발인원을 폐지하고, 사법시험응시자격에 일정한 조건만 붙이면 된다. 독일의 경우처럼 일정 과목을 이수한

58) 주경복, 법률전문대학원 도입의 바람직한 방향, 민교협내부 발표자료

후에 몇 번의 자격시험에 응시할 수 있도록 하면 될 것이고, 법학의 전문성 확보여부는 시험의 관리를 맡은 선발위원회가 그 요건을 정하면 된다. 특히 법무시장 개방을 염두에 두고 영역별 전문가가 필요하다면 시험과목에 이런 전문적 영역에 대한 과목을 선택과목으로 설정하도록 하면 된다. 또한 전문적 법학교육의 관철을 하고 싶으면 현재 로스쿨에 적용하겠다는 인적·물적 조건을 법과대학에 요구하면 된다. 이러한 방법을 통해서도 전문적인 법학교육과 선발을 연결시키면서 동시에 새로운 영역에 대한 전문적 지식도 판단할 수 있다. 이러한 것은 변호사직업의 사적성격을 염두에 둔 것이므로 국가의 개입도 최소화시키는 관점에서 변호사법상의 과도한 공일적 요구도 축소시키는 방향으로 개정이 필요하다.

다음으로 변호사라는 직업에 공공성이 강하다고 판단하면 철저히 공공성을 관철시키는 제도적 형태를 설계하라는 것이다. 즉 그러한 공공성의 내용에 수급조절이 있으면 고려할 수도 있다. 그러나 이러한 수급조절도 철저한 데이터에 근거해야 한다. 어떠한 논리적 근거도 없이 선발인원을 확정짓는다면 아니면 로스쿨의 입학정원을 제한하는 것은 설득적이지 못하다. 사개위안은 2중적 차단장치를 통해서 법조인의 특권적 지위를 강화시키는 결과를 초래할 수도 있다. 즉 로스쿨입학정원을 최소한으로 한 점이고 다른 하나는 여전히 법조인이 영향을 미칠 수 있는 선발인원의 획정이 그러하다.

여기서 두 부분에 대한 판단이 필요해 보인다. 하나는 변호사 공급의 적정인원문제이다. 다른 하나는 로스쿨 입학정원의 결정문제이다. 이 양자는 서로 상관관계가 있다. 왜냐하면 변호사선발인원을 1000여명으로 규정해 놓고 입학정원만 늘린다면 예를 들어 일본의 경우처럼 선발인원의 확대없이 입학정원만 확대하는 경우에는 (과거의 경우처럼 심각하지는 않겠지만) 고시낭인이 상당수 존재하게 되고 로스쿨의 법학교육은 지금처럼 다시 부실하게 될 것이다. 지금 로스쿨 인가를 받으려고 준비하는 대학들은 이런 식으로 해서라도 일단 인가를 받으려고 들 것이나 이로 인한 부작용도 심각하다는 것을 인정해야 한다. 다음으로 지금처럼 1200여명선으로 하면 중간탈락자를 제외하면 누구나 졸업과 함께 변호사자격(거의 자동으로) 취득하게 되고 법학교육의 정상화는 어느 정도 해결되겠지만 모든 문제는 로스쿨입학에서 폭발적으로 나타나 로스쿨준비생의 사회적 문제가 야기될 것이다.

그러나 수급조절을 인위적으로 하는 경우이더라도 한 가지는 우리가 전제하고 들어가야 한다. 즉 변호사는 국민의 인권보장이라는 공적 목적의 수단적 존재라는 것이다. 목적

과 수단을 전도시키는 제도설계는 안된다는 것이다. 따라서 먼저 적절한 변호사의 수를 정하고, 법학교육의 왜곡을 가져오지 않는 범위에서 적당한 경쟁이 나타날 수 있는 규모로 로스쿨 정원을 정해야 한다는 것이다.

이 경우 적절한 변호사의 수를 정해야 하는데, 그 누구도 이 적정인원이 어느 정도이여야 하는지 객관적 데이터를 제공한 사례는 없는 것 같다. 물론 그렇다고 이를 정하지 못할 이유도 없다. 왜냐하면 변호사는 국민의 기본적 인권보장을 위해 존재하는 직업군이기 때문에 국민총수대 변호사 비율(비교자료 필요), 또는 수입료비교등을 통해서 합리적 책정이 가능하다고 보여진다. 아래의 도표에서 보듯이 비교대상국가들에 비해 우리의 경우 변호사뿐만 아니라 판검사까지 절대적으로 부족하다는 것을 알 수 있다. 이 때문에 당연히 수입료가 높게 책정되는 것은 당연한 일일는지 모른다.

그러나 이것은 거꾸로 이해할 수도 있다. 종래 사법개혁의 문제가 변호사 수의 극단적인 과소로 인하여 발생한 것이기 때문에 현재 전문적인 법학교육을 실시할 수 있는 인적 물적 규모를 염두에 두고 최대한의 배출규모를 잡는 방법도 있다. 여기서 방법은 현재의 인적 물적 시설에 따라 최대한의 배출규모를 계산하는 것이 가능하다는 것이다. 물론 물적 시설이야 최대한 늘릴 수도 있겠지만 인적 요소 즉 교육을 담당하는 법학교수 수는 한정되어 있다는 점이다. 현재 법학교수인원은 약 950여명이며 교수1인당 학생 15명선으로 생각했을 경우 로스쿨 입학정원은 4750명까지 확대된다. 여기에 실무교수까지 감안한다면 입학정원은 5000여명에 이르게 된다(물론 이것은 최대배출규모이며 실제로는 이보다 낮아질 수밖에 없다). 이 5000여명의 양성인원에서 선발을 몇 명으로 할 것인가? 만약 1000여명을 고수한다면 경쟁률은 5:1이 되며 불합격후 재응시하는 학생까지 감안한다면 경쟁률은 7:1을 넘어서게 된다. 이 경우 로스쿨의 정상적인 교육이 가능하겠는지가 문제된다. 따라서 방법은 선발인원을 최대한 늘리는 방법이 있으며, 이는 법학교육의 정상화와 함께 적절한 경쟁률을 가미하면 된다. 적절한 경쟁률을 어떻게 계산하든 선발인원수는 현재보다 대폭 늘어나는 것은 불가피하며 이것이 사회적 문제를 야기할 것이라고 생각할 필요는 없다. 왜냐하면 변호사는 자격에 불과한 것이기 때문에 반드시 변호사 영업을 해야 할 의무가 발생하는 것도 아니고 다른 업종(예를 들면 판료, 기업, 국제적 조직 등)으로의 진출이 가능하기 때문이다. 이것이 사회전체의 법치주의화에 기여하는 방법이 아니겠는가? 그리고 언제가는 실현될 배심제 실시를 위해서도 좋지 않겠는가?

(도표) 각국의 법조인구 비교

(단위 : 명)

	한국	미국		영국 ⁽¹⁾	독일	프랑스	일본	
		연방	주					
인구	47,640,000	276,298,000		52,943,000	82,259,500	58,520,688	127,291,000	
GDP (억달러)	4,970	104,456		15,459	19,870	14,193	39,924	
법조인구	8,238	1,038,290		95,124	142,204	38,785	24,258	22,553 ⁽²⁾
(법조 1인당 국민수)	(5,783)	(266)		(557)	(578)	(1,509)	(5,247)	(5,644)
(국민 100 만명당 법조인수)	(172.92)	(3757.84)		(1796.72)	(1728.72)	(662.76)	(190.57)	(177.18)
(GDP 1억불당 법조인수)	(1.66)	(9.94)		(6.15)	(7.16)	(2.73)	(0.61)	(0.56)
법관 (법관 1인당 국민수)	1,808 (26,350)	31,292 (8,830)		3,647 (14,517)	20,878 (3,940)	5,093 (11,490)	3,094 (41,141)	2,288 ⁽³⁾ (55,634)
		1,752 (494)	29,540 (8,336)					
검사 (검사 1인당 국민수)	1,357 (35,107)	34,276 (8,061)		2,136 (24,786)	5,044 (16,308)	1,656 (35,339)	2,313 (55,033)	1,414 ⁽⁴⁾ (90,022)
		5,014 (1,179)	29,262 (6,882)					
변호사 (변호사 1인당 국민수)	5,073 (9,391)	972,722 (284)		89,341 (593)	116,282 (707)	32,036 (1,827)	18,851 (6,752)	
변호사수 /법관수	2.81	31.09		24.50	5.57	6.29	6.09	8.24

(1) 영국은 잉글랜드와 웨일즈를 대상으로 한 수치임

(2) 간이재판소 판사 및 부검사를 제외한 수

(3) 간이재판소 판사를 제외한 수

(4) 부검사를 제외한 수

(* 자료출처: 대법원, 『법조인 양성, 그 새로운 접근 -공개토론회(2003. 7. 25)결과보고서-』, 2003, 239쪽)

이상과 같이 변호사업무의 공공성을 강조하더라도 그 공공성은 국민의 인권보장에 있는 만큼 변호사의 적절한 공급은 국가의 의무라고 할 수 있다. 이를 위한 구체적 방안의 하나가 준칙주의와 자격주의의 결합이라는 방식이다. 즉 로스쿨설립의 준칙주의와 변호

사선발시험에서의 자격주의인 것이다.

나아가 이러한 공공성에 따라 수요-공급을 조절한다든지 아니면 로스쿨이라는 정책을 구사하려면 다음과 같은 공공복리적 구상도 정책적으로 관철시켜야 한다.

- ① 수요자인 국민의 기본적 인권보장을 위한 법조인력의 규모를 엄밀히 파악하여 국민이 저렴하고 쉽게 이용할 수 있도록 할 필요가 있다.
- ② 누구나 법조인이 될 수 있는 기회의 균등이 보장되어야 된다. 특히 재산등에 의해 사실상의 차별이 이루어지지 않도록 해야 한다.
- ③ 법학교육도 공교육의 일환이므로 공교육적 요소인 국가의 재정적 부담 의무가 관철되어야 한다는 것이다. 이것은 법조인의 수임료와 맞물려 있는 문제이다.
- ④ 중앙-지방의 균형적 발전을 위한 고려가 있어야 한다. 국토의 균형적 발전 역시 공공복리적 목적에서 실현되어야 한다. 따라서 고등법원 관할지역으로 하든, 아니면 지방법원관할지역으로 하든 전국적인 분산과 변호사의 관할구역내 개업의무화 같은 정책도 필요하다.
- ⑤ 로스쿨의 설치가 기존의 대학서열화라는 병폐를 더 심화시키는 수단이 되어서는 안 된다.

마지막으로 이러한 법조인양성의 새로운 대안을 누가 입안할 것인가 하는 문제를 논하지 않을 수 없다. 현재 대법원과 사개위의 안은 무원칙적 절충과 왜곡의 결과를 낳았다. 그렇다고 현행 제도를 계속 유지시키는 것도 앞서 본 것처럼 이중의 권리침해를 유발하고 있는 만큼 적절한 제도적 개선이 필요할 것이다. 이 지점부터 다시 논의의 필요가 있다. 여기서 한 가지 짚고 넘어가야 할 것은 개혁의 주체이다.

이것은 개혁안 입안의 주체가 종래 정원제의 특혜를 입은 기관, 그 구성원들이 다수를 점한다면 결코 국민을 위한 사법개혁안은 나올 수 없다. 대법원은 사개위가 법조인과 비법조인이 절반씩으로 구성되었다고 말한다.

(도표) 사개위 위원 구성 현황

위원장 - 변호사	시민단체 - 2인
부위원장 - 법원행정처 차장	(아름다운 재단-변호사, 경실련-법학교수)
법원 - 2인 판사	언론계 - 2인
법무부 - 2인 검사	국회 - 1인
변호사회 - 2인 변호사	헌법재판소 - 1인
법학교수 - 2인 교수	경제계 - 1인
행정부 - 2인 교육부와 국방부 관료	노동계 - 1인(변호사)
	여성계 - 1인

그러나 이것이 어떤 의미를 갖는가? 2004년 6월 7일자 사개위 위원의 구성을 보면 입법부·사법부·행정부 관료의 수가 절대적이며 그 다음이 변호사와 교수이다. 앞서 본 것처럼 국가기관들은 모두 일치하여 정원제를 입법재량으로 합헌이라고 의견서를 낸 바 있다.

국민을 위한 사법개혁을 하려면 공급자의 입장이 아니라 법률서비스의 소비자의 입장이 반영될 수 있어야 한다. 또한 이를 매개하여 교육을 담당하는 교원들의 입장도 반영되어야 한다. 위 도표로 본 구성으로 국민을 위한 사법개혁 나아가 공공복리적 정책의 구사가 가능하다고 볼 수는 없을 것이다.

향후 사개위보고서작업이 완료되면 구체적인 입법작업을 위해 정부에 또 다시 위원회가 만들어질 것이다. 적어도 금년 12월이면 보고서 작성이 완료될 것이고, 그 시기에 맞추어 제2기 사개위가 구성될 것이다. 한 가지 이 구성에서 말하고 싶은 것은 법학교육의 담당자로서 법학교수사회가 일정한 목소리를 낼 필요가 있다는 것이다. 법조인의 특권적 지위를 유지하는 사법개혁안에 의하여 각 대학이 생존을 위해 격렬하게 경쟁하고 교수사회가 분열되는 모습을 보이는 것은 바람직하지 않다. 소속대학을 위해 최대한의 노력을 하는 것은 일면 아름다울 수도 있지만, 법조인이기주의에 이어 대학이 또는 대학 소속 법학교수의 이기주의로 사법개혁이 또 왜곡된다면 그 모든 부담은 후대에 전가될 것이다. 무엇보다 법조인특권국가화를 방지해서는 안된다.

이제는 법과대학이 법학교수가 앞장서서 공론장에서, 시민사회에서 설득력있는 대안을 제시해야 한다. 이것은 향후 구성될 제2의 사개위에서도 필요한 작업이며 이러한 법학교수의 주도적 참여는 로스쿨의 (인가이든 허가이든) 적정 기준의 설정, 변호사선발에 있어서도 필요할 것이다.