

영국 법률가집단의 형성과정 : 15세기-18세기

李國運*

목 차

- I. 머리말 : 문제의식
- II. 법률전문직업인들의 형성과정
- III. 절대주의의 도전과 법률가집단의 변동추이
- IV. 시민혁명의 제도화와 법률가집단
- V. 맺음말 : 산업화와 자유주의적 개혁운동, 그리고 영국적 전형의 완성

I. 머리말 : 문제의식

법률가집단의 역사적 비교연구에 있어서 영국의 법률가집단¹⁾이 典型으로서의

* 한동대학교 법학부 조교수

1) 주지하듯이 영국은 잉글랜드와 웨일즈, 스코틀랜드와 북아일랜드로 이루어진 연합왕국 (United Kingdom)이다. 이들 중 잉글랜드와 웨일즈는 1536년 정치적으로 통합되었고, 스코틀랜드는 1707년의 조약으로 연합왕국의 일원이 되었다. 북아일랜드는 1801년 연합왕국의 일원이 되었던 아일랜드가 1922년 에이레자유국으로 독립할 당시 종교적인 이유로 합세하지 않은 신교도 중심의 북부지역을 일컫는다. 고유한 법전통에 따라 잉글랜드-웨일즈, 스코틀랜드, 북아일랜드는 각기 독자적인 사법시스템을 가지고 있으며, 이것들이 상원(귀족원, House of Lords)에 연결되어 연합왕국의 사법시스템을 이루고 있다. 여기서

가치를 지니고 있다는 사실은 비교적 명백하다. 커먼로, 법전문주의, 법률가집단의 정치적 소극화, 법의 비과학화, 법률가집단의 조직적 분열, 형식적 법이론 등 영국의 법률가집단이 가지고 있는 주요한 특징들은 법관료주의를 채택한 대륙법계의 경우는 물론이러니와 법률가집단의 정치적 적극화, 법의 과학화, 법률가집단의 조직적 통일, 실질적 법이론 등을 특징으로 하는 미국의 그것과 날카로운 대조를 보이며, 법률가집단의 역사적 비교연구를 이끄는 하나의 이념형적 유형으로 자리잡고 있다. 필자는 개인적으로 법률가집단의 역사적 비교연구를 통하여 근대 서구의 정치-법시스템의 본질을 입체적으로 이해해 보려는 연구의 관심을 가지고 있다. 이런 관점에서 영국 법률가집단의 형성과정은 필자에게 하나의 필수적인 기초적 학습과정에 해당한다.

리처드 에이블이나 아티야와 섬머스 등이 지적하듯이, 이러한 종류의 영국적 전형은 18세기 말에서 19세기 초에 이르는 기간 동안 갖추어졌다.²⁾ 그러나 그 이전, 즉 그와같은 전형이 형성된 과정에 관해서는 국내는 물론이러니와 국외에서도 알려진 바가 적은 형편이다. 근대국민국가의 형성과정에서 법과 법률가집단이 담당했던 중요한 역할들에도 불구하고, 이 분야의 연구가 오랜 동안 법률가들의 뿌리찾기 수준에 머물러 왔기 때문이다.³⁾ 이 점에 주목하면서 필자는 기왕에 시도하였던 역사적 비교연구⁴⁾의 후속작업으로서 이 분야에서 이루어진 최근의 연구성과들을 중심으로 15세기에서 18세기에 이르는 영국 법률가집단의 형성과정을 간략하게나마 스케치해보고자 한다. 그리고 이를 통하여, 법사학의 주요분과 중의 하나인 법률가집단의 역사에 관한 기초적인 읽을 거리를 마련함으로써, 장차의 연구에 교두보를 마련하고자 한다.

말하는 영국은 통상의 예에 따라 잉글랜드와 웨일즈만을 가리킨다.

- 2) Richard L. Abel, 'England and Wales: A Comparison of the Professional Projects of Barristers and Solicitors', in Richard L. Abel and Philip S. C. Lewis eds., *Lawyers in Society Vol. 1: Common Law World*, University of California Press, 1989 ; P. S. Atiyah and Robert S. Summers, *Forms and Substance in Anglo-American Law*, Oxford University Press, 1987
- 3) Wilfrid Prest, *Lawyers in Early Modern Europe and America*, Holmes and Meier Publishers, 1981, introduction.
- 4) 줄고, 「정치적 근대화와 법률가집단의 역할-법률가양성제도 개혁논의의 비교분석을 통한 접근」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1998.

II. 법률전문직업인들의 형성과정

1. 중세적 기원

오늘날의 영국 법률가집단은 대략 7세기에 걸친 변화와 발전의 산물이다. 영국의 커먼로는 대체로 12세기 후반부터 형성되기 시작했으며, 커먼로법원의 법률가집단은 13세기 후반부터 형성되기 시작했다. 앵글로-노르만시대에는 전문적인 법률가(professional lawyers)가 존재하지 않았으나, 헨리 2세의 치세기(1154-1189)에 커먼로법원을 중심으로 법원시스템이 정비됨에 따라, 법률가들에 대한 사회적 수요가 창출되었다. 이로 인해 커먼로법원을 중심으로 원초적인 형태의 전문적인 법률가들이 배출되기 시작하였다. 법정에서 임명받아 소송당사자를 대신하는 직업적인 소송대리인(attorney)제도가 생겼고, 헨리 3세 때에는 법정에서 구술과 변호의 임무를 담당하는 대언자(narrator) 또는 청구대행자(pleader)가 생겼다. 한편 국왕 스스로도 법정에서의 대변자가 필요하게 되자 14세기에는 국왕의 소송수행인(serjeant of the king)이 임명되었으며, 평상시에는 이들이 사인에게 용역을 제공할 수 있게 되어 결국 대언자의 역할을 대신하게 되었다.

폴 브랜드에 의하면 이러한 법률가집단은 에드워드 1세의 치세기(1272-1307)에 이르러 법학교육, 법률가양성, 법관임명, 자율규제 등에 있어서 어느 정도 독자성을 지니는 전문가집단으로 성장하였다고 한다.⁵⁾ 특히 1292년에 에드워드 1세가 공포한 칙령은 법률전문직업인의 형성에 있어서 하나의 전기를 마련하였다. 그것은 커먼로법원에서 일정한 수의 소송대리인과 견습생을 선발하여 그들만이 소송 업무에 참가할 수 있도록 허용함으로써 결국 법률직의 독점을 용인하는 조치였던 것이다. 이러한 조치는 오래지 않아 영국의 법률가집단이 로마 및 교회법의 영향력으로부터 상대적으로 독립하고, 커먼로법원에 보다 밀착하게 되는 결과를 가져왔다. 또한 재판이 열리는 기간에 법률가들이 함께 생활하는 관습은 영국 특유의 법학원제도를 탄생시켰다. 법원조직과 공생하는 일종의 법률전문직업인의 동업조합(길드)이 형성되었던 것이다. 이러한 법률가길드는 소송업무의 다양성 및 법원

5) Paul Brand, *The Origins of the English Legal Profession*, Blackwell, 1992

조직의 위계와 관련하여 다양하게 분포하였다. 대법관부(Chancery)와 교회법원에도 법률가들이 있었고, 장원의 영주재판소(manorial court)를 비롯하여 각 지역법원에도 부업으로라도 소송업무에 종사하는 법률전문직업인들이 존재하고 있었다.

물론 15세기 중반까지도 영국에 자율양성과 자율규제를 핵심으로 하는 법률가 집단(legal profession)이 존재하였다고는 말할 수 없다. 이런 상황에서 법률가 집단의 전문직화를 촉진하는 요인으로 등장한 것은 바로 커먼로법원 및 대법관부의 법학원들(the Inns of Courts and Chancery)이었다. 적어도 1450년까지는 커먼로법원 및 대법관부의 법학원들에 회원자격을 획득하는 것이 충분한 법학교육을 받았고 법률가로서의 자격을 갖추었다는 명백한 증거로 간주되는 관행이 성립되었고, 커먼로법원의 판사직을 독점했던 소송수행인(serjeants)들의 예에서 보듯이 법학원 또는 법률가길드를 매개로 한 재조(Bench)와 재아(Bar)의 통합, 즉 법조일원화의 전통이 시작되었다.

2. 법률전문직업인들의 상황

15-16세기 동안 런던의 커먼로법률가들은 대략 다음의 6계급으로 분열되어 있었다.⁶⁾

① 소송수행인들 및 판사들(serjeants and judges)

최상층 법률가들인 소송수행인(serjeants)은 커먼로법원인 민소법원(the Common Pleas)와 형소법원(King's Bench)의 판사직을 독점하였다. 커먼로법원의 판사에 임명되기 전에 순회법원의 (임시)판사(commissioner of assize) 또는 국왕의 소송수행인(king's serjeant) 등으로 임명되는 경우도 있었다. 이들은 민소법원(the Court of Common Pleas)을 구성한 뒤, 에드워드 2세의 치세기(1307-1327)까지 배타적인 길드를 형성하였다. 대개 매 10년마다 6-8명의 인원을 법학원으로부터 선발하였으며, 때로는 출신 법학원의 관리책임도 맡기도 했다. 판사직을 독점하는 최상급의 법률

6) 이하의 두 절의 설명은 대부분 다음 글에 의존한다(J. H. Baker, 'The English Legal Profession, 1450-1550', Wilfrid Prest ed., 앞의 책, pp.18-31.).

가들로서 사회적 특권을 누림은 물론이러니와 오랜 기간 상급 커먼로법원의 법정 변론권(the right of audience)을 독점함으로써 부유한 생활을 영위하였다. 국왕의 법률업무를 처리하는 관리(예컨대 attorney-general이나 solicitor-general)가 국왕의 소송수행인들 보다 중요하게 취급되는 경향이 있긴 하였지만, 두 번의 예외를 제외하고서는 전자로부터 커먼로법원의 판사가 임명되는 경우는 없었다. 재무법원(the Bench of the Court of Exchequer), 대법관부법원(형평법원) 등의 판사에는 소송수행인이 임명되는 경우가 드물었고, 그밖의 각종 법원의 판사들은 그때 그때 충원하는 경우가 많았다. 베이커(J. H. Baker)는 이 당시 전업으로 항구적인 판사임용을 받고 있었던 법률가의 수를 커먼로법원에 12명 내외, 대법관부에 12명 내외 정도로 추정한다. 항소법원판사(appellate court judge)나 전임순회법원판사는 존재하지 않았다.

② 주요법원의 행정직원들(clerks and officers of the central courts)

법률가집단의 또다른 구성원들은 런던에 소재한 주요 법원의 행정직원들이었다. 커먼로법원의 상급직원들(office-holder)은 대개 법학원소속으로서 하급직원들(under-clerk)을 거느렸다. 대법관부의 행정직원들은 상당부분 일반인으로 충원되었지만, 이들 중 일부는 법학원에 받아들여졌다. 그밖에 중앙의 군소법원과 각 지방의 소법원들에도 행정직원들이 존재하였다. 런던의 커먼로법원들에만 50여명의 상급직원들이 있었던 것으로 미루어, 이 시기 런던에만 100 내지 200명의 재판보조 인력이 존재하였던 것으로 추정된다. 이들은 분명 전문적인 법률가는 아니었지만 상당수가 법학원의 구성원이었다는 점에서 법률가집단에 포함될 수 있었다. 행정직원들 가운데 봉급을 받는 사람은 극소수였고, 나머지는 업무에 관련된 각종 수수료에서 수입을 충당하였다. 이들의 경제적 형편은 소송수행인들에 비할 바가 아니었으나, 런던의 주요법원들에서 하급직원들 가운데 훈련을 통해 능력을 인정받은 사람이 상급직원으로 내부 승진하는 예가 쌓여 가면서, 상급직원들 가운데는 상당한 정도로 치부하는 사람도 등장하였다.

③ 소송대리인들(attorneys)

소송대리인은 일반인들의 소송을 대행하던 법률전문직업인으로서 가장 다수를 차지했다. 13세기 이래로 신사(gentleman)의 자격을 갖추었는지를 기준으로 판사들이 소송대리인명부(the Roll of Warrants of Attorney)에 등재 또는 삭제하는 감독관행이 정착하였지만, 점차로 충분한 법지식(learned in the law)이 소송대리인의 기준으로 부각되었다. 각 왕립법원은 고유의 소송대리인단을 가지고 있었으며, 소송대리인들은 각 법원들에 소속되어 있는 것으로 인식되어 커먼로법원의 경우에 민소법원의 소송대리인이 형소법원에서 소송대행할 수 없다는 관례가 17세기 초까지도 유지되었다. 물론 이들 가운데 다수는 커먼로법원뿐만 아니라 각지에 산재해 있었던 장원의 영주재판소를 포함하여 다양한 종류의 법원들에 소송대리인자격을 가지고 있었다. 그밖에 소송대리인들은 사법서사(scrivener)의 일을 겸하는 경우도 많았다. 소송대리인들 중 일부는 커먼로법원의 행정직원이 되는 등의 방식으로 커먼로법원의 법학원에 진입하기도 하였으나, 대다수는 일반인들의 소송을 대행하면서 일반적으로 커먼로법원의 법학원에 비해 그 규모나 구성원의 자질이 떨어지는 것으로 여겨졌던 대법관부의 법학원들에 소속되었다. 1292년에 판사들은 이들의 숫자를 140명으로 제한하기도 했다. 베이커는 당시의 사건기록부 등을 기초로 1480년 현재 약 180명 가량의 소송대리인들이 민소법원, 형소법원, 재무법원에서 실제로 활동하였으며, 여러가지 이유로 활동하지 않고 있는 경우를 고려하면 웨스트민스터의 소송대리인들의 숫자가 200명이 넘을 것으로 추정한다.

④ 법률도제들(apprentices at law)

법률도제들은 가장 정의하기 어려운 집단이다. 도제란 대개 학생신분을 일컫는 말이지만, 영국 법률가집단의 경우에 그것은 법학교육을 충분히 받은 법학원의 고참구성원들을 의미한다. 법학원 내부에서 이들은 대개 법학원선임(reader)의 역할을 담당했으며, 따라서 이들은 계서적으로 소송수행인들의 바로 밑에 위치한다고 볼 수 있다. 대학의 학위에 비견한다면, 배리스터(barrister)는 학사(bachelor)에, 법률도제(apprentice at law)는 석사(master)에, 그리고 소송수행인(serjeant)은 박사(doctor)에 해당한다. 16세기에 이르러 이들은 법학원에서의 상급 커먼로법원에서의 법정변론

권을 획득하였지만, 같은 세기의 후반에 이 권한은 후술하는 법학원수료자 또는 배리스터학위자들(utter-barristers)에게도 주어지기 시작했으며, 이들 양자는 결국 현재의 배리스터집단을 이루는 출발점이 되었다. 1500년에서 1540년까지 현재까지 남아 있는 4개의 대표적인 법학원(Lincoln's Inn, Middle Temple, Inner Temple, Gray's Inn)에서 188명의 법학원선임이 배출되었으나, 이들 중 약 25%만이 소송수행인이 되었고, 비슷한 비율로 판사가 임명되었으며, 적어도 25%는 법원 또는 행정부의 공무원이 되었다. 대부분은 출신지역의 지역법원 판사로도 봉사하였고, 일부는 기사작위를 받기도 하였다.

⑤ 법학원수료자들 또는 배리스터학위자들(utter-barristers)

영국적 전형에서 오늘날 상층법률가를 이루고 있는 배리스터들은 1550년대까지 독자적인 길드를 구성하지 못하였다. 그 가장 큰 이유는 이 시기의 배리스터가 공적인 법률가의 자격이 아니라 법학원 내부의 커먼로교육프로그램수료자들을 일컫는 용어였기 때문이다. 당시까지 법학원에는 대개 커먼로를 배우는 학생으로서 가입하게 되는 것이 보통이었으며, 커먼로의 학습은 매우 천천히 진행되어 평균 6년이 지나서야 비로소 배리스터라는 일종의 전문학위를 취득할 수 있었던 것이다. 그러나 배리스터학위를 받더라도 판사로 임명받기까지는 더욱 오랜 기간, 즉 법학원가입부터 약 17년 가량이 걸렸다. 배리스터학위자들 가운데 일부 고참들은 법률도제로서 법학원 내부에서 법학원선임(reader)의 역할을 담당하였다. 하지만 법률도제도 아니고, 판사로 선발되지 못한 사람들은 각자 출신지역으로 돌아가 아직도 중세적 형태를 유지하고 있던 영주재판소나 그밖의 각종 법원 또는 행정조직들에서 적당한 직업을 찾아내는 수밖에 없었다. 예컨대 1518년에서 1550년까지 링컨법학원(Lincoln's Inn)에는 89명이 배리스터학위를 받았으나, 그중 35명만이 판사로 취직했고, 소송수행인이 된 사람은 5명에 불과했다. 이처럼 배리스터학위자들이 다수 발생했던 원인은 당시의 법학원이 법률가양성기능만이 아니라 넓은 의미의 교양교육으로서 법학교육을 담당했기 때문이다. 많은 이들에게 법학원수료를 나타내는 배리스터학위는 법률가의 자격만이 아니라 지적인 신사의 자격을 나타내는 표지였던 것이다.

⑥ 소송중개인(solicitors)과 회계인(accountants)

법률전문직업인들 가운데서 최하급의 존재는 소송중개인이었다. 소송중개인은 엄격한 의미에서 소송업무를 대행하지는 않았지만 각종 기초적인 법률상담을 담당하였다. 이들은 물론 법학원예의 가입이 허용되지는 않았지만, 때때로 기초적인 법기술교육을 받을 것이 요구된 적은 있었다. 또 법률가집단의 일원으로 보기에는 약간 무리가 있긴 하지만, 재무법원을 중심으로 활동했던 회계인들 가운데는 법학원에 가입한 경우가 적지 않았다. 이 회계인들이 오늘날의 솔리시터와 공인회계사들의 직업적 기원을 이룬다는 점은 분명하다. 소송대리인으로서 소송중개인이나 회계인의 업무를 겸하는 사람보다는 법학원수료자로서 이들 직역을 겸하는 사람이 많았다. 후일에는 판사임용을 기다리는 법학원수료자들이 이 업무를 담당하는 것이 당연시되기도 했다.

3. 커먼로법원과 대법관부의 법학원들

각종 자료들의 토대로 계산할 때, 16세기 초 커먼로법원의 대표적인 4개 법학원은 각기 약 120여명으로 구성되었고, 대법관부의 10여개의 법학원은 각기 약 60여명으로 구성되었던 것으로 보인다. 총 1,200명 가량의 숫자는 당시 케임브리지 대학의 규모에 약간 못미치는 수준이다. 1450년에서 1550년 사이 이 4개 법학원에 가입했던 총 인원은 5-6,000명 정도이며, 그밖에 대법관부의 법학원들에 가입했던 사람들을 고려한다면 법학원가입자의 총인원은 1만명정도로 추정된다. 커먼로법원의 법학원들의 입학자들은 대개 20-21세의 청년이었으며, 대법관부의 법학원들의 입학자들은 그보다 어려서 17-18세 정도였다. 법학원 입학자격이 켄트리나 귀족계층에 국한된 적은 없었으나, 교육비용이 대단히 높았던 까닭에 대다수의 민중은 접근할 수 없었던 것이 분명하다. 부유한 요먼(yeomen)계층에서 법학원에 입학하여 신사의 자격을 획득하는 경우도 간혹 있었다.

법학원입학자들 중 판사, 법원직원, 소송대리인, 법률도제 등 전문적인 법률가 직업으로 나아갔던 비율은 약 20% 수준이다. 그밖에 법학원의 또다른 기능은 지방의 귀족, 명문가의 자제들에게 런던에 나와 학식과 교양을 연마할 기회를 제공

하는 것이었다. 법학교육 또한 그와같은 신사교육의 일환으로서 행해졌다. 이 시기 커먼로법원과 대법관부의 법학원들은 영국사회에 대단히 큰 영향력을 행사했다. 이 법학원들이 런던에 위치하고 있었다는 점은 옥스포드와 케임브리지의 대학들에 비해 유리한 점으로 작용하였다. 1450년에서 1550년 사이 전 영국의 켄트리지 중 3분의 1 정도가 법학원을 거쳤으며, 의회, 행정부, 법원, 기타 각종 기관들에 걸쳐 이들 가운데서 일종의 동료의식을 가진 영국사회의 지도적 인물들이 다수 배출되었다. 이런 점에서 이 시기의 법학원은 영국사회의 지배계층을 생산하고 통치 엘리트들을 공급하는 중요한 토대였다.

Ⅲ. 절대주의의 도전과 법률가집단의 변동추이

1. 절대주의 : 외부로부터의 도전

백년전쟁(1327-1453)과 장미전쟁(1455-1485)의 혼란을 딛고 일어난 튜더왕조는 국내질서를 회복하고 봉건제도를 타파하여 국민국가를 건설하는 일에 매진하였다. 그 때문에 국왕을 중심으로 하는 강력한 중앙집권적 통치가 요청되었고, 여기에 1532년 로마카톨릭과의 관계를 청산하는 방식으로 종교개혁이 이루어지면서, 헨리 8세나 엘리자베스 1세가 보여주는 바와 같은 절대왕정이 시작되고 있었다. 절대왕정의 특징은 중상주의정책과 관료제의 도입으로 요약될 수 있다. 전자는 상업의 증시로 인해 국부를 증가시켰을 뿐 아니라, 종래의 켄트리지계층에 더하여 부르주아 계급이 새로운 잠재적 지배계층으로 성장하는 결과를 낳았고, 후자는 중세 이래의 '법의 지배' 전통에 대하여 중앙집권화의 도구로서 대륙에서처럼 로마시민법 및 시민법법률가에 대한 수요를 발생시켰다. 더불어 이 양자는 종교개혁 이후의 종교적 혼란과 연결되어 영국사회에 분란을 예고하고 있었다.⁷⁾

7) 내란 이전의 영국사회는 대단한 종교적 혼란을 겪고 있었다. 헨리 8세의 종교개혁 이후 대세는 영국국교회에 장악하고 있었지만, 보수적인 왕당파는 언제나도 카톨릭으로 복귀할 준비가 되어 있었고, 새로이 증가하는 여러 교파의 신교도들은 정치적 잠재력을 축적

튜더시대에는 강력한 통치에 대한 시대적 요청과 더불어 의회의 동의를 구하는 국왕들의 정치적 수완이 정면충돌을 방지하고 있었다. 하지만 튜더 왕조의 엘리자베스 1세가 사망한 이후 스코틀랜드의 제임스 6세가 연합왕국의 제임스 1세로 즉위하는 것(1603)으로 시작된 스튜어트 왕조는 1세기가 채 못되는 그들의 시대 동안 끊임없이 절대왕정을 꿈꾸었다. 통치의 이론적 근거로서 그들은 왕권신수설을 주장하였으며 대륙적인 주권이론을 전면에 내세웠다. 특히 찰스 1세의 즉위(1625) 이후에 격화된 의회와의 대립에서 국왕은 칙령의 형식으로 입법을 강행하는 동시에 '대권법원(preogative court)'의 일종인 '성청법원(Court of Star Chamber)' 등을 통해 정치적 반대자들을 엄벌에 처하였다. 이러한 절대주의의 도전은 중앙집권화의 과정에서 일부 귀족과 젠트리출신들로 이루어졌던 웨스트민스터의 기존 지배계층을 대체할 기회를 제공한다는 점에서 구귀족이나 중하류계층에게 하나의 정치적 기회로 여겨질 수 있었다. 요컨대 국왕과 의회 사이의 투쟁은 향후 영국사회를 통치해 나아갈 지배계층의 위상과 그 구성에 관련된 투쟁이었던 것이다.⁸⁾

2. 법률가집단 내부의 변화

그렇다면 이처럼 절대주의의 도전이 계속되고 있었던 시점에 법률가집단의 상황은 어떠한가? 엘리자베스 여왕이 즉위했던 1558년까지도 봉건적 영주재판소의 소송이나 교회법원의 법률가들을 포함한 많은 법률전문직업인들이 매우 다양한 경로를 통해 배출되고 있었다. 크게 보면 영국의 법률가집단은 런던의 커먼로법률가들과 지방의 다양한 법률가들로 양분될 수 있는 형국이었다. 하지만 이

해가고 있었다(영국사연구회 옮김, 『옥스포드 영국사』 [한울아카데미, 1994], 5-6장).

8) 17세기 영국정치의 격동은 그 이면에 깔린 사유재산권과 왕권의 대립, 즉 양자 중 어느 쪽이 절대적이냐 하는 것에 대한 논쟁을 통해 더욱 잘 이해될 수 있다. 사유재산권의 절대성을 주장하는 측에서는 사유재산권의 절대성의 논리를 통해 어떠한 권력도 이를 제한할 수 없다는 논지를 폈으며, 왕당파의 학자들은 절대왕권의 입장에서 국가의 중대한 필요가 있을 경우에 국왕이 이를 제한할 수 있다는 논리를 전개하였다. 역사적으로 이 논쟁은 그로티우스와 푸엔도르프의 사유재산권옹호론이 필머의 왕권옹호론에 의해 공박되고, 다시 그것이 존 로크의 재산권이론에 의해 극복되는 단계로 이루어졌다.(김병곤, 「자유주의와 소유권사상」, 『사회비평』 16호, 1996, 189-200면)

가운데 주도권을 획득했던 것은 결국 런던의 커먼로법률가들이었다. 이들은 법학원의 고참구성원들이 왕립법원들의 판사직으로 진출하는 관행을 정착시키고, 법학원교육을 통해 영국사회의 지배계층으로 편입되면서, 더욱 조직화되었다. 그리고 이 과정에서 하급법률가들과의 갈등이 촉발되었으며, 이것은 영국적 특징인 법률가집단 내부의 상하이원주의가 제도화될 수 있는 출발점이 되었던 것이다.⁹⁾

우선적인 변화는 커먼로법률가의 대폭적인 증가에서부터 비롯되었다. 그 중에 서도 런던 커먼로법원의 소송대리인의 수는 엘리자베스 1세의 즉위(1558)부터 내란의 발발(1642)까지 약 300명에서 약 1500명까지 증가하였다. 증가원인의 하나는 절대주의적 중앙집권과 중상주의정책의 시행에 따라 런던 커먼로법원의 사건 수가 폭증한 것이었다. 이로 인해 커먼로법원의 소송대리인 수가 늘었을 뿐만 아니라 지방의 다양한 법원의 소송대리인들이 커먼로법원의 소송대리인자격을 획득하게 되었던 것이다. 그럼에도 불구하고 이들 소송대리인집단은 상층법률가들의 수준에 있는 법원의 통제를 받고 있었던 까닭에 아직 두 가지 점에서 완전한 형태의 전문직업집단으로 성장하지 못하고 있었다. 즉, 그들은 부정행위에 대한 징계에 있어서, 그리고 소송대리인의 양성에 있어서 자율권을 획득하지 못하였던 것이다.

다른 한편 커먼로법원의 법학원에 가입하는 숫자도 점진적으로 증가하였다. 전반적인 인구증가, 소송증가 등의 원인 말고도 법학원의 가입숫자가 증가한 데에는 이 시기 동안 법학원들이 다양한 신사교육을 제공함에 있어서 귀족과 젠트리의 자제들에게 옥스포드나 케임브리지 대학만큼 유력한 교육기관이었기 때문이다.¹⁰⁾ 여기서 한 가지 언급할 것은 당시의 영국사회가 동시대의 다른 사회들에 비하여 상당히 법률지향적인(legalistic)한 성격을 지니고 있었다는 점이다. 비록 최상층의 정책결정자들 가운데 직업적인 법률가가 선임되는 경우는 드물었지만, 그 아래 층에 해당하는 정치, 경제, 사회, 문화의 다양한 영역에서 법률가가 된다는 것, 또는 법학교육을 받는다는 것은 상당한 사회적 유동성을 확보한다는 것을 의미했다. 이런 이유로 법학원은 당시의 영국사회에서 신분유지 또는 신분상승의 주요한 통로

9) 이하 본절의 서술은 상당부분 다음의 글에 의존한다(C. W. Brooks, *The Common Lawyers in England 1558-1642*, Wilfrid Prest ed., 앞의 책), p.50이하).

10) 오주환, 『영국근대사회연구』(경북대학교출판부, 1992), 248면.

로 이용될 수 있었으며, 그 결과로서 영국사회에서 커먼로와 커먼로법률가의 지위는 더욱 확고해졌다.

법학원의 법률가들은 대개 스스로를 로마공화정의 법률가들과 동일시하는 경향을 가지고 있었다. 이러한 자기정체성은 차츰 법률가집단 내부에서 상층법률가들과 소송대리인들 사이의 차이를 점차 강조하게 되는 결과를 낳았다. 상층법률가들의 시각에서 출신배경이 다른 데다가, 신사교육으로서의 법학교육을 받지 못하고, 단지 도제식으로 법률실무만을 익힌 소송대리인들은 결코 동류의 법률가가 아니었기 때문이다. 다시 말해 소송대리인은 법학원수료자, 즉 배리스터학위자들과는 분명히 구분되어야 할 존재라고 여겨졌던 것이다. 이런 이유로 상급변호사들은 일방당사자의 대변자가 아니라 독립한 변론인으로서의 지위를 주장했다. 1547년의 칙령은 명시적으로 법정변론권을 법학원의 구성원들에게 한정했으며, 1591년에는 다시 위의 배리스터학위자들에게 국한되었다. 그리고 1556년부터 판사와 법학원의 고참법률가들은 추밀원(Privy Counsel)과의 연대아래 소송대리인들을 법학원에서 축출하는 조치들을 취했다. 그 결과 16세기 말에 이르러서 소송대리인들은 사실상 법학원에 가입할 수 없게 되었고, 법학원의 교육은 그야말로 상층법률가들의 전유물로 남게 되었다. 이러한 계급적 구분에 의하여 법학원으로부터 축출된 소송대리인들은 그들만의 동업조합을 구성하는 수밖에 없었다.

이러한 상하분열의 배후에서 또 한가지 발생한 변화는 바로 시민법법률가들(civilian)의 성장이었다. 절대왕정을 원했던 왕당파에게 국왕의 의사를 법으로 고양시키는 이론적 근거라는 점에서 로마법은 대단한 매력을 주고 있었다. 사실 당시에 커먼로는 어느 정도 약화되어 있었는데, 그것은 헨리 8세의 종교개혁 이후 교황청의 재판권을 대신하기 위해 설치된 ‘고등중무법원(Court of High Commission)’ 등의 특별법원들이 로마교회법의 모델을 따라 새로운 절차를 적용했기 때문이었다. 더우기 르네상스적 인문주의에 심취한 이 시대의 지성인 일반과 대학의 풍토 또한 한층 명료하고 정연한 로마법의 계수에 상당히 호의적이라고 할 수 있었다. 이런 이유로 이들 특별법원에서는 옥스포드와 케임브리지에서 로마법 교육을 받은 시민법법률가들이 1511년 이후로 특별한 동업조합(the advocates to the Court of Arches)까지 조직하게 되었다. 이들의 숫자는 비록 1750년까지 500명이 채되지 않

을 만큼 소규모였지만, 이런 상황은 법률가집단 내부의 주도권을 확보하고 있었던 커먼로법률가들에게 매우 중대한 정치적 과제를 던져 주었다. 왜냐하면 그것은 절대주주의 도전이 곧 그들의 직업적 이해관계에 대한 직접적인 침해와 연결될 수 있다는 점을 의미하는 것이었기 때문이다.¹¹⁾

IV. 시민혁명의 제도화와 법률가집단

1. 법률가집단의 정치적 위상정립

17세기 초반까지 정치적 투쟁의 주도권은 국왕에게 있었지만, 1640년대에 이르러 의회에서는 해묵은 불만이 터져 나왔다. 찰스 1세가 1640년에 이른바 ‘장기의 회’를 소집한 목적은 아일랜드 구교도의 반란을 진압할 비용을 염출하려는 것이었다. 그러나 의회의 거센 반발은 법률에 의해 성청법원과 고등중무법원을 폐지하고, 추밀원의 사법권을 박탈하는 것으로 나타났다. 이러한 반대로 뜻을 이루지 못하게 되자 찰스 1세는 드디어 무력수단을 동원하기 시작하였으며, 이로부터 20여년간 영국사회는 내란의 소용돌이에도 빠져들게 되었다. 하지만 의회와 국왕간의 투쟁을 해결함에 있어서 내란은 결코 손쉬운 해결책이 아니었다. 한때 종교적 정열에 충만했던 크롬웰의 공화국은 사실상 왕정복고를 향해 돌아가는 시기였고,¹²⁾ 1660년 찰스 2세는 아무런 조건없이 그 부왕의 자리에 복귀할 수 있었다. 주지하듯이 이 분쟁의 최종적인 해결은 30년이 지난 뒤에 이루어졌다. 명예혁명 이듬해인 1689년에 의회는 권리선언을 기초하여 이에 대한 수락을 조건으로 네덜란드의 윌리엄과 메리를 공동군주로 지명하였고, 이들이 그 제안을 수락함으로써 영국사에는 신의 적법한(*de jure*) 명령이 아니라 의회의 사실상(*de facto*)의 결의에 따라 왕위에 오른 국왕이 등장하게 된 것이다.

의회와 국왕간의 투쟁과정에서 법원과 법률가집단의 항배는 관건 중의 하나였

11) Brian P. Levack, *The English Civilians, 1500-1750*, Wilfrid Prest ed., 앞의 책, pp.108-128

12) 영국사연구회 옮김, 앞의 책, 356면.

다. 그리고 이 문제는 영국의 헌정체제에서 법과 법률가가 어떠한 위치에 있어야 하는가라는 물음에 답하는 것이기도 했다. 이러한 물음 앞에서 법률가집단은 여러 갈래로 분열되었다. 예컨대 에드워드 코우크경은 의회파를 지지하는 입장에서 본 햄사건(Dr. Bonham's Case, 1610)에 이르러서는 일반적 정의와 이성에 반하거나 집행불능인 국회제정법은 커먼로에 의해 무효가 될 수 있다는 견해¹³⁾를 밝혔지만, 프란시스 베이컨경이나 에드워드 리틀튼경 등은 대체로 국왕의 입장을 지지하는 견해를 보였다. 그러나 양자의 대립이 극심해지면서 커먼로 특유의 역사성과 내부의 길드적 유대를 무기삼아 의회의 입장을 지지하는 것이 대체적인 흐름이 되어 갔다. 이것은 법률가집단에 대한 적의 아래 극단적인 권력독점으로 나아갔던 청교도혁명 전후의 혁명파와 왕당파의 대립 속에서 의회를 중시하는 중도적 입장에 법률가집단 내부의 다수가 기울어진 때문이었다. 여기에는 특히 전통적인 커먼로적 사고가 의회를 커먼로 상의 최고법원으로 인식하고 있었다는 점과 함께, 상층 법률가집단이 법학원을 중심으로 영국사회의 다른 엘리트집단과 신사로서의 동질감에 바탕한 연대의식을 가지고 있었던 점도 중요한 요인으로 작용하였다. 혁명파나 국왕과의 싸움에서 패전한다는 것은 곧 그들 지배계층 전체를 기껏해야 대륙에서 보는 것과 같은 거대한 관료기구의 일원으로 격하시키는 것을 의미했기 때문이다. 더우기 판례법 내지 소권법체계의 커먼로는 커먼로법률가들을 강력한 관료기구를 건설하고자 하는 혁명파나 국왕측의 요구보다는 그들 자신의 이해관계가 포함되어 있는 의회파의 신분적-봉건적-지방적 이해관계를 대변하는 쪽에 가깝게 만들었다.

법률가집단에게 있어서 내란과정에 대한 소극적 참여의 결과는 명예혁명 이후에 구체적으로 사법권의 독립(judicial independence) 또는 판사의 신분보장이라는

13) 에드워드 코우크의 이런 견해는 법이란 공동체생활의 누적된 지혜의 결과물이며 판사란 그것을 발견하는 자에 지나지 않는다는 중세 후기 이래의 전통적인 커먼로사상을 그대로 반영하고 있었다. 코우크의 정신세계에서는 의회도 그것이 하나의 최고법원인 한에서 이와같은 커먼로의 대변자일 수 있었던 것이다. 이 커먼로전통의 고차법사상은 존 마샬의 해석논리를 통해 미국에서 위헌법률심사제도로 정착하게 된다(Norman Doe, *Fundamental Authority in Late Medieval English Law*, Cambridge University Press, 1990, Ch.3).

형태로 확보되었다. 1701년에 선포된 왕위계승법(Act of Settlement)은 ‘흠이 없는 한’이라는 조건으로 판사를 임명하고, 의회양원의 결의가 있는 경우에만 그를 파면할 수 있다는 내용으로 국왕의 권한을 규정하여 판사의 신분을 보장하였던 것이다. 이로써 커먼로법원의 판사직을 독점하고 있었던 법학원의 커먼로법률가들은 그들의 지위를 정치적으로 보장받게 된 셈이었다. 물론 헌법원리의 측면에서 이러한 성과는 어디까지나 제한적인 것일 뿐이었다. 명예혁명은 왕과 귀족과 평민대표로 구성되는 의회가 최고의 주권기관이 된다는 의회주권의 원리를 영국의 정치시스템에 깊숙히 각인시켰으며, 후에 앨버트 다이스가 지적하였듯이 의회주권이란 ①의회에 무제한적 입법권과 ②의회에 대항할 만한 입법권의 부존재를 의미하는 것으로서, 아무리 관습법적인 커먼로전통에 기반한 것이라고 할지라도 ‘법의 지배’는 어디까지나 이러한 의회주권의 범위 내에서만 인정될 수밖에 없었기 때문이다.¹⁴⁾ 이런 점에서 커먼로법원의 법률가들에게 권리장전은 새로운 지배계층으로 등장하는 부르조아들로부터 일정한 독점영역을 확보해내는 잠정적인 타협문서에 지나지 않았다.¹⁵⁾ 그러나 커먼로법률가들에게 이것은 그들을 대체할 수 있는 법률가집단이 나타나지 않는 한 대단히 효과적인 타협책일 수 있었다. 시민혁명의 결과 가장 강력한 라이벌이던 시민법률가들이 교회법정과 대학강의실에 머무르게 됨으로써, 그들의 지위를 위협할 존재는 당분간 등장하지 않을 것으로 기대되었기 때문이다.

2. 법률가집단의 조직화와 전문직화

비록 의회에 비해 2차적인 지위를 가지는 것일지언정 이렇게 해서 커먼로법률가들은 새로운 국민국가의 사법시스템의 중심을 차지하게 되었다. 그리고 잠재적

14) A. V. 다이스/ 안경환 등 역, 『憲法學 入門』(경세원, 1993), 2-3면 및 106-123면; 이 점은 명예혁명의 이론적 정당화에 공헌했던 존 로크가 입법권, 행정권, 동맹권으로 권력분립을 구성하고 사법권을 입법권에 부속되는 것에서도 잘 드러난다. 사법권력은 그 판단의 기준을 스스로 마련할 수 없는 관계로 2차적 권력의 지위를 차지할 수밖에 없다는 것이다.

15) Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, 1981, Ch. 2

이나마 그들의 지위를 위협할 만한 것들, 예컨대 대학에서의 이론법학교육과 법률
가양성과의 제도적 연계는 철저히 거부되었던 것이다.¹⁶⁾ 어찌되었든 17세기의
격심한 정치적 투쟁을 거치고 난 뒤 영국사회는 대외적인 팽창과 더불어 국내적
인 안정을 구가하게 되었다. 윌폴의 독세와 함께 정치에 있어서 휘그들의 주도권
이 확립되었고, 상당한 사회적 긴장이 존재하였음에도 불구하고 영국은 역사상 최
초의 중산층 국가로 형성되기 시작하였다. 시민혁명의 정치적 결과들이 법률가집
단 내부에 정립되기 시작했던 것은 바로 이런 상황에서였다.

우선 법률가집단 내부의 길드들이 각기 자율양성과 자율정계를 핵심으로 하는
전문직업집단의 모습을 갖추기 시작했다. 16세기 중반 이후 상급법원에서의 법정
변론권이 확대됨으로써 소송수행인이 아닌 법학원의 고참법률가들에게 입신할 기
회가 많아졌다. 하지만, 커먼로법원의 판사직이 한정되어 있는 이상 판사로서의
진급은 언제나 제한될 수밖에 없었다. 이런 상황에서 소송수행인의 커먼로법원판
사직 독점에 반발한 법률도제들은 법정변론권을 획득한 이후 독자적인 법률가길
드를 형성하는 방향으로 나아갔다. 그리고 이런 시도는 결국 판사직은 물론 소송
수행인직과도 구분되는 별도의 상층법률가집단(Bar)을 구성하게 되는 결과를 낳았
다. 내란이 발발하기 직전까지 상층법률가집단은 최소한 400여명의 구성원을 가지
고 있었으며, 이들은 영국 전역의 중상위 계층으로부터 충원되었다. 그리고
counsellor at law, professor of the law 등 다양한 이름으로 불리던 그 구성원들의
명칭은 차츰 배리스터로 통일되어 갔다. 원래 법학원의 학위명칭이었던 배리스터
가 독자적인 법률가의 명칭으로 등장했던 것이다.¹⁷⁾

17세기에 배리스터의 업무는 결코 법정변론에만 국한되지 않았다. 이들은 상하
급, 중앙과 지방의 각종 법기관에서 소송대리인, 소송중개인, 심지어는 사법서사의
일까지도 취급했다. 이것은 비교적 소득이 좋은 런던의 커먼로법원의 업무가 소송
수행인과 법률도제들을 비롯한 고참배리스터들에 의해 독점되었기 때문이기도 했
다. 다른 배리스터들은 말그대로 자유경쟁시스템 속에서 활동하였으며, 이들의 활

16) 유일한 예외가 있었다면 옥스포드대학의 첫번째 영국법교수가 된 블랙스톤의 『영국법주
석』이 커먼로교육의 주된 교재로서 읽히는 정도였다.

17) Wilfrid Prest, *The English Bar, 1550-1700*, 같은 사람, 앞의 책(1981), pp.65-85

발한 활동에 의해 다양한 종류의 의뢰인들이 법률가집단과 연결되었다. 배리스터를 그 밖의 법률가들과 구분하는 유일한 표지는 법학원에의 가입 여부였지만, 법학원 입학자의 수가 증가추세에 있었으므로 그것 역시 더 이상 회소성의 보장책이 될 수 없었다. 그리고 또한 그것은 쌍방대리나 과다수임료와 같이 사악한 행위를 일삼는 배리스터들을 징계하는데도 아무런 도움이 되지 못하였다.¹⁸⁾

이와 같은 상황에서 내란시기에 민중의 법률가집단에 대한 뿌리깊은 적대감이 폭발한 것은 배리스터집단의 내부적 개혁을 촉진하는 계기로 작용했다. 우선 그들은 스스로 앞서 말한 로마공화정의 법률가들의 이미지를 심기 위해 노력하였으며, 커먼로가 민중의 자유와 재산을 보호하는 불편부당한 헌법적 질서의 핵심이라는 점을 내세웠다. 각종 불법적인 관행을 척결하고, 소송절차를 의뢰인들의 편의에 맞도록 개혁하자는 주장들이 상층법률가집단 내부에서도 제기되었다. 하지만 크롬웰의 공화국의회에서 제기된 여러 급진적인 법개혁안들은 법률가직의 보장을 재산권의 보장과 같게 취급하는 또다른 주장에 부딪혀 좌절되고 말았다.

상층법률가집단의 개혁과 전문직업집단화는 오히려 왕정복고 이후의 17세기의 후반기에 배리스터직이 다른 직업에 비해 정치적으로도 유력하지 않을 뿐아니라 신분상승에도 유용하지 않은 정체적 직업으로 고착되기 시작하면서 비롯되었다. 내란 이전 법학원의 신사교육적 풍토에 힘입어 커먼로와 法史 지식이 정치적 논쟁의 중심에 자리하였던 것에 비하여 17세기 후반기에는 왕립협회(Royal Society)와 같은 학술단체들과 실험과 검증을 중요시하는 과학적 지식이 중요한 역할을 담당하게 되었다. 고래의 헌법(ancient constitution)을 강조하는 커먼로의 논리를 과학적 토대를 가졌다고 주장하는 홉즈류의 실증주의나 로크류의 자연권론이 대신하게 되었으며, 그 결과로 정치에 대한 법의, 의회에 대한 법원의 예측은 확실하게 되었다. 법학원은 점점 신사교육의 활기를 잃고, 커먼로교육을 위한 의례적인 장소로 쇠퇴해 갔으며, 오늘날까지 남아있는 4개의 법학원으로 정돈되었다. 이런 상

18) 이와같은 배리스터의 등장은 중전의 최상층법률가이던 소송수행인의 점진적인 몰락과 병행하여 이루어졌다. 커먼로법원에서의 구술변론기술에 의존하던 이 중세적 소송수행인들은 소송절차의 개혁과 법원의 통합에 따라 민소법원(the Common Pleas)이 폐지되면서 점차 역사의 뒀안길로 사라져 갔다.

황에서 소송대리인들이 배리스터와 의뢰인 사이를 파고들어 의뢰인으로부터 사건을 수임한 뒤 배리스터에게 사건을 의뢰하기 시작하면서, 배리스터집단에는 일종의 직업적 위기감이 스며들기 시작했다. 하지만 이런 위기는 배리스터집단의 갱신을 위한 긍정적인 계기로 작용하였다. 이 시기부터 이들이 신사집단으로서의 외양을 벗어던지고 전문적인 법률가집단으로서 탈바꿈하기 시작했기 때문이다.

17세기말까지 배리스터들은 추밀원 등의 통제권을 배제하고 상급법원판사들(Benchers)의 주도권아래 법학원의 입학허가와 자체징계절차를 중심으로 직업적 자율성을 확보하는데 성공했다.¹⁹⁾ 그리고 이 과정에서 배리스터양성과정은 법학 교육보다는 법률가로서의 의례를 중요시하는 장기간의 도제방식으로 재정립되었다. 이로 인해 법학원수료자의 수는 격감하였으나, 결과적으로 배리스터의 희소성은 보장될 수 있었다. 1785년까지 (개업)배리스터의 숫자가 300명 정도로 유지될 수 있었기 때문이다. 고참배리스터가 판사로 임용되는 전통이 유지되고 있는 상태에서 이러한 숫자는 다시금 배리스터직의 전망을 밝게 만들었고, 산업혁명이 진행되면서 발생한 각종 분쟁들은 법률가직 전반에 대한 더 많은 수요를 유발하였다. 이로 인해 1830년까지 배리스터의 숫자는 1150명 가량으로 늘었고, 그 가운데 판사로 임용되는 비율 또한 18세기말에 비해 증가하였다. 여기에 대학졸업생들을 우대하는 정책이 시행되면서 배리스터집단은 다양한 종류의 중상류계층의 대학졸업생들로 채워지게 되었다. 요컨대 배리스터집단은 18세기 동안 귀족적 형태의 법률 전문직으로 변화되었던 것이다.²⁰⁾

19) Daniel Duman, *The English Bar in the Georgian Era*, Wilfrid Prest ed., 앞의 책, pp.86-107

20) 1829년이래 템플법학원(Inner Temple)에서부터 비대학졸업생들에게 역사와 라틴어 또는 그리스어의 시험을 치르게 하는 것이 점차 보편화된 사실에서 볼 수 있듯이, 배리스터집단은 소위 인문학적 자격취득요건을 더욱 강화하는 방향으로 움직였다. 그러나 정작 공식적인 법률시험으로 표현되는 법지식의 습득요건에 관해서는 매우 소극적인 모습을 보였고, 1872년에 마침내 시작된 시험은 터무니없을만큼 평이한 수준으로 치러졌다. 19세기말까지 8-90%의 지원자가 합격하였으나, 법학원의 법학교육이 실무가들에 의해 최소한의 수준으로 이루어졌으므로, 점차 개인교습의 수요가 증가하였고, 이런 상태는 대체로 2차대전 이후까지 유지되었다. 이하 19세기에 벌어진 배리스터와 솔리시터집단의 변화에 대한 설명은 리처드 에이블의 설명에 의한다(Richard L. Abel, 앞의 글, pp.24-8).

이에 비하여 소송대리인들을 중심으로 한 하급법률가들은 다른 방식으로 변모하였다. 16세기말에 법학원에서 축출되어 산재하던 소송대리인들은 17세기 동안 새롭게 등장한 배리스터들과의 업무경합 속에서 차츰 하급법원에서의 소송대리는 물론이려니와 상급법원에서의 고객면접 및 배리스터 선임업무에 집중하게 되었다. 이들은 정치와의 관련성이 상대적으로 적었으며, 1739년에는 형평법원을 중심으로 주로 토지업무분야에 종사하던 소송중개인(solicitor)들과 통합하여 동업자단체인 Society of Gentlemen Practicers in the Courts of Law and Equity를 설립하였다. 이 단체는 1817년에 해체되었지만, 다른 이름으로 부활이 시도되었다가, 1831년에 만들어진 동업자단체가 1845년 헌장으로 법률협회(Law Society)의 명칭을 얻게 되면서, 배리스터를 제외한 모든 하급법률가들이 형식적으로 통합되었다. 그리고 이들 모두는 1873년의 사법개혁에 의해 솔리시터라는 공통의 명칭을 갖게 되었다.

법원에 의한 전통적인 통제에 더하여 제정법에 의한 통제가 가해지기는 했지만 솔리시터 단체 역시 전문직화를 시도하였다. 독립적인 징계법원을 구성함으로써 자율규제권을 획득하였고, 자체적인 솔리시터 양성프로그램이 마련되었다. 비공식적, 비가시적 수단을 총동원하여 정력적으로 진입장벽을 구축한 배리스터들과 달리, 상대적으로 역사가 깊지 않았던 솔리시터집단에는 배리스터와 같은 진입장벽이 거의 존재하지 않았다. 1833년 수습솔리시터들을 대상으로 하는 공식적인 강의 프로그램이 시작된 이래 솔리시터집단은 법학교육에 관해서도 상대적으로 적극적인 관심을 보였다. 하지만 1870년대말에도 전체의 5%만이 대학졸업생이었을만큼 19세기 솔리시터들은 일반적으로 대학을 다니지 않은 사람들이었으며, 그 자격을 취득하는 데는 단지 5년동안의 도제수업(articles)이 법으로 요구되고 있을 뿐이었다. 그나마 솔리시터들은 전 잉글랜드에 산재하는 관계로 도제수업에는 기숙사생활이 필요치 않았을 뿐더러, 도제수업이 오히려 자격취득 후의 개업을 손쉽게 만드는 측면이 있었기 때문에 진입장벽이라고 부르기에 어려운 측면이 있었다.²¹⁾

21) 솔리시터들은 1836년부터 전문적인 법률시험을 시행하였는데 이것이 어느 정도 업적주의적(achievement) 진입장벽으로 작용하였다. 이로 인해 이후 40년 동안 솔리시터의 숫자가 안정되는 결과가 발생했으며, 1861년부터는 여기에 더하여 도제수업기간 중의 중간시험까지 도입되었고, 1906년부터는 부기 등에 관련된 3차시험이 시작되었다.

V. 맺음말 : 산업화와 자유주의적 개혁운동, 그리고 영국적 전형의 완성

이상에서 살핀 것처럼 18세기부터 시작된 전문직화의 흐름은 19세기 초입에 이르러 영국적 전형의 핵심이라고 할 수 있는 법률가집단 내부의 상하이원주의를 형식적으로나마 완성시켜 놓고 있었다. 하지만 진정한 의미에서 그것의 완성은 19세기에 불어닥친 자유주의적 개혁운동의 와중에 비로소 이루어질 수 있었다. 나폴레옹전쟁에서 승리한 이후 영국의 대외적 지위는 역사상 유례가 없을 만큼 강력해졌으나, 대내적으로는 심각한 정치사회적 위기가 발생하였다. 경제활동의 중심이 상공업으로 이행함에 따라 도시에는 역사상 최초로 노동자계급이 형성되었으며, 그와 더불어 각종 사회문제가 제기되기 시작했다. 기아와 파업 및 기계파괴 운동이 사회문제로 확산되면서 엘리트계층 내부의 진보세력들 사이에서는 혁명을 피하기 위한 정치사회적 개혁의 불가피성이 대두하였다. 그 결과 귀족원의 반대를 무릅쓰고 행한 1831년과 1832년의 선거입법을 통해 상공업적 중산계급에게 정치 참여가 허용되었고, 계속하여 다른 분야에서도 ①구빈법의 근본적 재구성, ②연소노동의 금지 등 노동입법의 등장, ③자유무역주의에로의 전환과 같은 중요한 사회 개혁이 시도되었다.

이 시기동안 개혁의 지도이념으로 커다란 호응을 받은 것은 입법운동의 기초를 마련하기 위해 제레미 벤담이 제시한 특유의 법이론이었다. 벤담은 자신의 통치이론을 정교화하기 위해서 정치적 상위자와 정치적 하위자라는 용어를 사용하였으며, 법의 특성을 정치적 상위자가 정치적 하위자에게 부과하는 명령으로 규정하였다. 이러한 법명령설에 따르면, 법은 주권자로부터 나오고 그의 의지가 명시적 혹은 묵시적인 명령에 의해서 법으로 전환되는 것이다.²²⁾ 벤담은 만일 어느 정치사

22) 명령은 본질적으로 제재의 위협에 의해서 뒷받침되는 의지의 표현이다. 이 견해에 따르면, 법은 중립적이고 사실적인 언어로 진술될 수 있다. 아티야와 섬머스는 벤담의 법이론을 다음과 같은 네 가지 명제로 간단하게 압축한 바 있다. ①법이란 정치적 약자에 대한 정치적 강자의 명령이다. ②법이란 근본적으로 성문화된 규칙들의 체계이다. ③법

회에서 주권자가 누구인지 확인될 수 있고 그 주권자가 어떤 요구를 하였을 때 그 요구에 따르지 않는 사람들에게 고통스러운 일이 일어난다면, 이러한 요구를 명령이라고 할 수 있으며, 또한 그것이 바로 법이라고 주장했다. 이와같은 벤담의 주장은 그 이후 존 오스틴에 의하여 보다 세련된 법명령설의 형태로 정식화되었으며, 법률가들의 커먼로적 사고방식과 지속적인 갈등을 빚으면서도 영국사회 내부에서 지배적인 법이론의 위치를 확보할 수 있었다.²³⁾ 따라서 법이 무엇인가는 그것이 주권자, 즉 의회에 의해서 명령된 것인가를 물음으로써 확인될 수 있었다. 주권자인 의회를 통하여 명령된 것만이 법이었으며, 따라서 법은 실질적인 내용이나, 이상의 지시, 혹은 자연의 법이나 신의 법에 호소함으로써 확인될 수 있는 것이 아니었다. 한편 제도의 역사보다 그 효용성을 중요시하는 벤담의 공리주의적 입장에서 전통적인 커먼로제도는 무엇보다 불합리한 것이었다. 따라서 자유주의적 개혁작업의 목록에 사법제도의 개혁이 포함된 것은 당연한 일이었다. 그의 입장에서 합리적인 기획이 아니라 역사적 우연에 바탕을 두고 있는 커먼로의 제규칙들이나 배리스터의 존재로 대표되는 보수적인 실무전통은 사회개혁을 방해하는 장애물일 뿐이었다. 그리하여 벤담은 영국 사법제도의 철저한 개혁을 주장하였으며, 이를 위한 방법으로서 공리주의철학에 기초한 전반적인 법전편찬을 제안하였다.²⁴⁾

특정의 사회철학에 입각하여 ‘탁상에서 행해진 법전화’로 수백년 동안의 공동체적 법생활의 총체라 할 커먼로를 대체하려는 벤담의 생각은 특히 커먼로법률가들에게 도저히 용납될 수 없는 것이었다. 더욱이 그와같은 입법운동은 커먼로의 소송법적 형태에 관련하여 유지되어 온 법률가집단의 직업적 이해관계를 너무나도 명백히 침해하는 행위였다. 하지만 영국의 법률가집단은 이러한 법이론을 전면적으로 반대하는 것보다는 사법제도에 대한 대중의 개혁요청을 수용하면서 ‘법의 지배’의 범위 속에서 자신들의 직업적 이해관계를 그대로 관철하는 전략을 택하였다.²⁵⁾ 영국정치사에서 19세기 동안 계속되었던 사법개혁운동의 결산은 1873년에

과 도덕은 철저히 분리된다. ④권리는 법에 의해 창출된다(P. S. Atiyah and Robert S. Summers, 앞의 책, pp.223-4).

23) P. S. Atiyah and Robert S. Summers, 앞의 책, Ch. 8-9.

24) Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, 1986, Part 2

25) 여기서 주목할 점은 벤담이래의 지배적 법이론이 법률가집단, 특히 배리스터로 구성되는

의회를 통과한 법원조직법(Supreme Court of Judicature Act) 등의 일련의 법률에 의해서 이루어졌다. 이것은 ①커먼로법원과 형평법법원, 그리고 각종의 특별법원들을 하나의 법원시스템에 통합되었으며, 이에 기초하여 ②커먼로와 형평법을 통합하고 불합리한 소송제도들을 개선하는 작업이었다. 하지만 법률가집단의 직업적 이해관계를 수호한다는 측면에서 이 개혁에 이르는 과정에서 위에서 말한 법률가집단 내부의 상하이원구조가 완성된 점이였다. 이러한 영국적 전형 속에서 상하로 나누어진 법률가집단들은 각자 고유의 업무영역을 수호하는 가운데 직업적 이익을 나누는 은밀한 기제들을 만들어냈기 때문이다.²⁶⁾

우선 법률가집단 내부의 상하이원주의는 특히 상층법률가의 공급을 제한함으로써 법률가집단을 정치적으로 소극화하는 대신 직업적 이익을 수호하는데 적합하게 만들었다. 특히 배리스터집단 내부에는 상급법원판사들(Benchers)에 의해 주도되는 강력한 귀족주의적(ascriptive)인 진입장벽이 존재했다. 법학원지원자는 종신을 맹세해야 했고, 기성 배리스터 두 명의 추천을 받아야 했다. 대학졸업생들에게는 5년의 수습기간을 3년으로 축소하고 매 학기의 정찬(dinner) 횟수도 6회에서 3회로 줄이는 등의 특혜를 주었기 때문에, 아직 대학이 소수의 국교회 상층계급에

상층법률가들의 집단적 이해관계를 유지하는데 부합하는 측면이 적지 않았다는 점이다. 벤담의 주장은 사법부의 역할, 특히 판사들의 법창조기능을 부정하는 것이었는데, 이러한 주장은 19세기 영국의 정치적 상황과 매우 일치되는 것이기도 하였다. 19세기 후반 영국의 의회는 거대한 개혁의 집행자가 되기 시작하였으며, 그 입법권한은 어떠한 기관으로부터도 구속받지 않는 최고의 기관이 되었다. 이처럼 의회가 막강한 입법적 권한을 행사하면 할수록, 판사들은 정책영역으로부터 후퇴하였으며, 기술적 법원리의 문제에만 몰두하게 되었다. 점점 복잡해지는 법이론이나 법개념들은 법조인들에게만 관심있는 영역이 되었으며, 법은 전반적으로 법조인들의 법으로 불리게 되었다. 이러한 실증주의적 경향은 19세기와 20세기의 법보수주의자들에게 커다란 안식처를 마련해 주는 이론적 그늘의 역할을 하게 되었다. 자신들의 임무는 단지 입법부가 제정한 법을 적용하는 것이며 법을 만들거나 발전시킬 어떠한 권한도 갖고 있지 않다고 전제하면서, 대부분의 판사들은 당시의 법적 현실에 대한 모든 책임을 의회에 떠넘길 수 있었던 것이다(Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence-A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Butterworths, 1989, pp.47-49)

26) Richard L. Abel, 앞의 글, pp.24-28 ; Raymond Cocks, *Foundations of the Modern Bar*, Sweet and Maxwell, 1983.

계만 개방되었을 뿐이던 당시에 배리스터의 절반 이상을 대학졸업생이 차지하게 되는 결과를 낳았다. 법학원졸업자들은 기성 배리스터들에게서 1-2년의 수습을 거쳐야 개업할 수 있는 것이 관행이었다. 따라서 일반인의 입장에서 배리스터는 대학과 법학원과 실무수습을 거친 뒤에야 얻을 수 있는 법률전문직이었다.

다른 한편 법률가집단 내부의 경쟁제한시스템도 비슷한 기능을 수행하였다. 무엇보다 법률서비스의 독점은 두 법률가집단의 공존을 통해서 방어진 측면이 있다. 배리스터들은 법정변론이라는 눈에 띄는 활동으로 법률가의 밀교적 정체성을 독점하였고, 솔리시터들은 그들에 대한 사건중개권을 독점하여 다른 직종의 법률서비스시장 진출을 저지했다. 특히 배리스터들은 자유경쟁에 가까운 그들 법률서비스시장의 성격과 특수한 집단구조가 심한 비공식적 경쟁제한관행을 촉발하였다. 사실 변론능력이란 너무도 눈에 잘 띄는 것이고, 고객인 솔리시터들도 전문가이기 때문에, 경쟁제한만 없다면 배리스터 서비스시장은 곧장 가격 및 품질경쟁으로 돌입할 수 있었다. 하지만 배리스터들은 이러한 위협을 여러가지 방법으로 최소화하였다. ①우선 최상급배리스터인 칙선법률가(King's or Queen's Counsel, K.C. or Q.C.)가 중요한 사건을 맡고, 소장배리스터(junior)가 손쉬운 사건을 맡는, 인위적인 역할구분을 통해 노장층과 소장층 간의 경쟁을 없앴다. 칙선법률가의 선정은 대법관(Lord Chancellor)의 몫이었다. ②또한 수평적인 경쟁도 전체 배리스터를 런던에 200개, 지방에 100개 정도의 소그룹으로 관리하여 자연스럽게 제한되었다. 런던 안에서는 서기를 두어야 한다는 공식요건이나, 법학원의 협소성 등에 의해서도 제한이 이루어졌다. ③소송사건의 전문화도 큰 몫을 했고, ④사회적 배경과 기능의 동질성, 지리적 인접성도 중요한 요인이었다. 결국 이와 같은 관행에 의한 경쟁제한의 대가로 배리스터들은 나름의 위계질서 속에서 안주할 수 있었던 것이다.²⁷⁾

27) 그외의 대표적인 관행으로는 ①칙선법률가는 항상 소장배리스터의 보조를 받아야 한다는 the two-counsel rule, ②후자의 사례금은 전자의 3분의 2이어야 한다는 the two-thirds rule, ③순회상급법원의 배리스터단에 일시적으로 참가한 배리스터의 사례금에 관한 barriers to practice on the circuits 등이 있다. 그밖에 솔리시터집단이 1845년 이후로 법률협회(Law Society)라는 하나의 단체로 구성되었던 것에 비해, 배리스터집단의 조직화는 상당히 저해되었음도 주의할 필요가 있다. 1873년 이후에도 배리스터집단은 그 양성을 전담하는 4개의 법학원별로 분열되어 있었으며, 재조(Benchers)와 재야(Bar), 원로(K.C. or Q.C.)와 소장

이상에서 살핀 바와 같이 19세기 동안 영국의 법률가집단은 강력한 자유주의적 개혁운동의 와중에서 상하이원주의라는 영국적 전형을 실질적으로 완성하였다. 대학에서의 이론법학교육과 법률가양성과의 제도적 연계는 철저하게 거부되었고, 도제적 법률가양성에 기초하여 법률가집단 내부의 경쟁은 엄격하게 제한되었다. 이러한 전형이 완성된 결과 법률가집단 특히 상층의 배리스터집단은 엘리트주의의 이익을 향유할 수 있었다. 그들은 명예혁명 이래 의회의 관할사항이 되어 버린 정치의 영역에는 무관심하였으며, 그 대신 전통적인 커먼로의 영역을 중심으로 특수한 신분집단으로서의 위상을 여전히 고수할 수 있었다. 그러나 그 댓가로서 영국의 법률가집단은 의회와 정당을 통한 영국사회의 역동적 변화에 참여할 수 없었다. 이와같은 영국 법률가집단의 기본골격은 20세기에 들어와서도 기본적으로 그대로 유지되었다. 그러나 문제는 이른바 ‘제정법의 세기’인 20세기적 상황에서 이와같은 영국적 전형이 과연 영속적인 적합성을 지닐 수 있겠는가의 물음이었다.

(junior)과 같은 방식으로 더욱 세분되어 있었던 것이다. 1883년의 The Bar Committee와 그것을 대체하는 1895년의 The General Council of the Bar가 배리스터 상호간 및 솔리시터와의 관계에서 문제되는 직업적 에티켓을 소관사항으로 하였던 것에서 보듯이 배리스터집단의 조직적 통합은 가히 필요한 최소한의 수준에서 시도되었을 뿐이다.

The Development of the English Legal Profession : From 15th Century to 18th Century

Lee, Kukwoon*

In this article I trace the development of the english legal profession since 15th century. Because the english legal profession can be regarded as one of the typical types of the legal profession in modern society, it is very interesting and worthful to research and analyze the history of it. Especially, from the unique feature of the horizontal division in the legal profession, that is, the Barristers and the Solicitors, we can find a kind of good insight on the direction of our judicial reform movement. In order to do it, I compose the paper in the following five chapters. (1) Introduction (2) The medieval origins and the early stage in 15th and 16th century (3) The absolute monarchy and the transformation in the english legal profession (4) The revolution in 17th century and the professionalization of the english lawyers (5) Industrialization, liberal reformation, and the formation of the english pattern.

* Professor, Law dlepartment, Handong University.