현안분석 2006-
비교법제연구 2006-05

비교법 연구 방법론에 대한 고찰

박 찬 호

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

비교법 연구 방법론에 대한 고찰

The Research on the Methodologies of Comparative Law

연구자 : 박찬호(부연구위원)
Park, Chan-Ho

2006. 10.

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

국 문 요 약

비교법 연구는 우리가 흔히 외국법에 대한 연구로 알고 있다. 물론 비교법 연구는 외국법에 대한 연구가 많은 부분을 차지하고 있고, 현실적으로 우리 법제에 대한 논리적 근거와 해석 부분에서 외국법의 연구는 중요한 시사점을 차지하고 있다. 그러나 그 방법을 어떻게 수행해야 하는지는 연구가 진행되지 못했다고 할 수 있다.

법이라는 것은 공장에서 물건을 만들어 내듯이 설계도와 원료를 통해서 즉흥적으로 만들어지는 것은 아니다. 그 사회의 역사와 문화 그리고 자연환경 등 모든 복합적인 요소가 반영된 것이 법이라고 할 수 있다. 이러한 복합적 요인들이 모두 반영되어 탄생한 것이 법이라 할 수 있는데, 우리나라 법제와 같이 외국법의 계수에 많은 부분을 의존하고 있는 법 체제에서는 비교법의 중요성이 더욱 강조된다고 할 수 있다.

따라서 본 연구는 외국법에 대한 연구를 깊이 있게 수행하기 위해서, 비교법에 대한 기초 분야를 연구할 목적으로 수행된 초기 연구라 할 수 있다. 어떤 학문에서나 마찬가지겠지만, 방법론을 분석한다는 것은 매우 어려운 분야이다. 특히나 법문화가 다른 국가의 법을 연구하여 타당한 결론을 도출하기 위해서는 사회과학, 자연과학 등 법과 관련된 모든 분야에 대한 비교가 종합적으로 이루어져야지만 가능하다고 할 수 있다. 본고는 이러한 시각에서 법문화의 차이로 초래될 수 있는 근본적인 비교법 문제에서부터, 분석 회피의 문제, 그리고 비교법의 목적까지 개괄적인 부분을 서술하고, 향후 진행될 비교법 방법론 연구에 초석을 다지는 것을 목적으로 한다.

※ 키워드 : 비교 방법, 법문화론, 오류의 회피, 특정 회피, 일반 회피

Abstract

The Scholars of Comparative Law continue to champion the comparative method as an indispensable tool of legal science, law reform, and international conflict resolution and unification. As Cross-border activity intensifies, decision-makers and commentators increasingly compare conflicting laws of concurrent jurisdictions. These comparisons serve many overlapping purposes. First they potentially facilitate a greater appreciation of similarities and differences among competing laws. Second, they are integral to law reform initiatives intended to reduce the differences. Finally, comparisons inform the creation of private and public international law designed to eliminate conflicts of domestic law.

Notwithstanding the importance of legal comparison in pursuit of these objectives, repeated cheers for the comparative method beg a provocative question: what exactly is the method? Specifically, which objectives do comparisons serve? Which phenomena should be compared? The comparative and international legal scholars might be expected to provide a method for evaluating the effectiveness of different comparisons. This would entail a theory or a methodology of comparisons capable of explaining how comparisons are or should be made in light of their underlying purposes.

The three most frequently cited purposes of comprative law are understanding, reform, and international unification. Each of these purposes is widely accepted as an important justification for cross-national comparisons. However, in order to compare underlying purposes, it may be helpful to do so with greater specificity. Divergent views about the role of comparison in meeting general objectives may be reconciled in part by drawing

attention to the wide variety of purposes underlying each of these three general rubrics. If what should be compared is a function of underlying motivations, greater specificity may shed light on disagreements over th content of comparative legal studies.

※ Key words : Comparative Method, Avoidance, Specific Avoidance, Legal Culture, Comparative Function.

목 차

국 문 요 약 ····· 3

Abstract ····· 5

제 1 장 서 론 ····· 1

제 2 장 비교법 문화론과 사회론 ····· 5

제 1 절 관습과 법의 상호관계 ····· 15

1. 몽테스큐의 관습과 법의 상호관계론 ····· 16

2. 루소의 관습과 법의 상호관계론 ····· 19

3. 법문화론과 비교법학 ····· 21

제 2 절 지역문화와 법과의 관계 ····· 24

1. 환경과 법과의 관계 ····· 24

2. 언어와 법과의 관계 ····· 33

제 3 절 비교법 사회론 ····· 37

1. 스에히로 겐타로 교수의 비교법론 ····· 37

2. 비교법학과 법사회학과의 관계 ····· 39

3. 단계론과 비교론 ····· 41

제 4 절 비교법 연구의 필요성 - 법문화론과 사회론과의 관계적 측면에서 ····· 45

1. 문제의 제기 ····· 45

2. 비교법문화론 ····· 47

제 3 장 비교방법에 대한 검토 ····· 1 5

제 1 절 비교의 의의 및 중요성 ····· 51

1. 비교의 의의 ····· 51

2. 비교의 중요성 ····· 55

제 2 절 비교방법의 부적절성에 대한 논의 ····· 56

1. 비교방법 분석의 회피 ····· 58

2. 정당화될 수 있는 비교 방법 분석의 회피 ····· 62

3. 부분적 회피 ····· 63

4. 비교방법론의 필요성에 대한 부정 ····· 64

제 4 장 비교분석의 적용 ····· 96

제 1 절 법제의 상이성과 외국법 적용의 문제 ····· 69

1. 유럽대륙과 영국 ····· 69

2. 영국과 미국의 차이 ····· 71

3. 유럽과 아시아와의 차이 ····· 74

제 2 절 본질적 차이에 대한 비교방법 ····· 75

1. 언어의 차이에서 출발한 비교방법의 검토 ····· 75

2. 새로운 비교방법에 대한 모색 ····· 90

제 5 장 결 론 ····· 9

제 1 절 비교 연구의 목적 ····· 95

1. 이해의 증진을 위한 비교법 연구 ····· 95
2. 제도 개혁을 위한 비교법 연구 ····· 96
3. 법의 조화와 통일화를 위한 비교법 연구 ····· 96
제 2 절 법학에 있어서의 비교법 연구 ····· 97
1. 비교법 연구 대상의 분류기준 ····· 97
2. 비교법 연구와 입법과의 관계 ····· 100
참 고 문 헌 ····· 101

제 1 장 서 론

모든 학문과 연구에는 많은 硏究방법이 존재한다. 물론 각각의 영역에 따라 그 방법과 범위는 달라지겠지만, 사회과학・인문과학・자연과학등 모든 탐구영역에는 공통적인 연구방법들이 존재한다. 이 공통적인 연구방법 중의 하나가 바로 비교의 방법이다. 우리가 흔히 법학에서 비교라함은 외국 법제도와의 비교를 떠올리기 쉽고, 외국 법제와의 비교가 널리 이용되는 방법 중의 하나이다. 그러나 비교법의 영역은 매우 넓은 영역으로서, 법문화 등 많은 사회제도를 포함한 비교가 그 범위라고 할 수 있다.

요즘에 들어 국제교류가 활발해지면서 많은 국제법・조약들이 제정되고, 비교법의 연구분야는 부각되기 시작했다. 그러나 비교법, 특히 외국 법제에 대한 연구의 중요성은 강조되면서도, 정작 그 방법을 어떻게 할 것인가에 대해서는 연구가 이루어지지 않고 있는 실정이다. 예를 들어, “비교방법의 목적은 무엇인가?”, 또는 “많은 사회・문화현상들 중에 어떠한 제도를 비교할 것인가?”하는 의문에 대해서는 연구가 진행되지 못하고 있다.

모든 학문에 있어서 비교는 불가결한 요소이고, 우리와 같이 외국법계수에 많은 부분을 의존하고 있는 나라의 법제에서는 더더군다나 반드시 연구되어야 하는 분야이다.

따라서 본 연구의 목적은 법학연구의 방법으로서 이용되어온 비교법 연구에 대해 기본적인 정의와 방법을 분석하여 비교법 연구가 실무적 목적에서 체계적으로 수행될 수 있도록 그 방향과 앞으로의 비교법에 대한 기초분석의 단초를 제공하는 것을 목적으로 한다.

분석범위는 비교법 연구에 대해서 국가별 연구를 진행하는 것은 그 차이점을 발견하기가 어렵다. 따라서 근대법의 생성시점부터 그 사

회·문화적 전개과정을 분석하고, 법의 비교방법 뿐만 아니라 법에 반영된 사회론과 문화론을 함께 분석한다.

비교의 기본적인 의의는 사회제반에 대한 비교분석을 통하여 그 차이점과 유사성을 도출하여 해당체제에 적합한 제도와 오류를 극복하는 시사점을 얻는 것이다. 그러나 비교연구를 수행함에 있어서 사회문제를 포함한 여러 비교분석은 해당 주제에 대해서 모든 것을 분석하는 것은 아니다. 때로는 외형적인 현상 또는 제도만을 비교하여 반영하는 경우가 있다. 이때 특히 회피(avoidance)라는 방법을 통해 비교분석에서 배제하는 경우가 많다. 이러한 비교의 회피에는 금기시되는 사항과 같은 일반적 회피와 특수한 목적하에서 분석을 배제하는 특수적 회피가 있다. 이러한 분석의 회피는 근본제도를 파악하지 못하는 심각한 오류를 범하는 경우가 많지만, 외국의 제도와 문화를 해당 사회에 적용하려는 국가에서 통일성 및 적용 불가능성을 이유로 고의적이지만 합리적인 이유로 인해 그 분석을 배제하는 경우가 있다. 따라서 비교분석의 오류와 그 해답을 찾아 비교법학의 접근방법에 근본적인 방향을 제시하는 것은 매우 중요한 방법론을 제시한다고 할 수 있다.

법학에 있어서 외국법을 비교한다는 것은 경쟁관계에 있는 다른 국가 또는 선진 국가의 법률 중에 유사성과 차이점을 발견하여 더 발전된 입법을 위한 기초 연구라 할 수 있다. 그리고 EU와 같이 권역별 통합이 이루어지고 있는 국제현실에서 지역별 법제적 차이성을 극복하여 제도적 통합을 이루는 연구방법으로서 큰 의미가 있다. 또한 국제간 조약과 국제법규분석에 있어서도 제정 배경 분석과 시행방향을 예측하는 중요한 수단으로 볼 수 있다.

법학에 있어서의 비교방법은 기본적인 측면에서는 전술한 일반적 비교 방법과 일치하지만 법학내에서의 유형화된 비교와 비교의 가변성 등 법학이 갖고 있는 특질의 범주내에서 비교방법을 연구할 필요가 있다. 그 방법에는 각각의 법률에 수반한 유형화된 특질로 인한

가변성과, 법형성과 발달의 차이점으로 인해 미시적·거시적 분석방법을 동시에 수행할 수 없는 한계로 인한 분석 방법의 차별성 부분이 있다. 이러한 법학의 특수성을 고려하여 가변적 접근 분야를 정형화하고, 그에 따른 새로운 비교방법을 연구 분석할 필요가 있고, 선진 외국에서는 이러한 문제에 대한 연구를 시작하고 있다.

결론적으로 법의 비교라는 작업은 방법적으로 “어떻게 비교할 것인가” 및 “비교되는 법을 어떻게 파악할 것인가”라는 두 가지 과제를 포함하는 것이다. 그리고 이 두 가지 과제에는, 사회의 객관적 구조 분석과 분석자의 주관적 분석을 어떻게 관련시켜 통합적인 분석을 제시할 수 있는가라는 문제가 전제되어있다. 따라서 법제실무라 할 수 있는 입법작업, 재판, 그리고 법제 연구에 어떻게 적용되었는가를 분석하는 것은 비교법연구의 큰 방향을 보여준다. 비교법 연구의 적용에 있어서는 국가 입법을 위한 외국법의 수용과 국내재판과 국제재판을 위한 비교법 연구가 중요한 부분을 점유하고 있고, 미국, 영국, 프랑스, 독일, 일본등 일부 주요국가에 한정된 비교법 연구를 종합연구의 측면으로 일부 확대해야할 필요성이 제기된다.

제 2 장 비교법 문화론과 사회론

제 1 절 관습과 법의 상호관계

우리가 현재 사회 규율로서 지키고 있는 많은 법률들은 사회의 관습과 문화를 반영하고 있다는 것은 주지의 사실이다. 유럽에서는 로마법의 영향을 받아 오래전부터 관습과 법의 관계를 탐구하였고, 그 대표적인 예가 루소와 몽테스큐이다.

루소의 "사회계약론"은 러시아 專制에 관한 설명을 통해 근대 법률의 발달사를 관습의 측면에서 해석하면서[1], 근대서구 특히 프랑스에서의 법률 내지 법의 인식방법에 대한 모험적 분석을 시작하였다. 러시아 전제에 관한 루소의 진단은 수수께끼 같은 예언으로서 오늘날에도 계속 논의되고 있다.[2] 본절에서는 역사적인 개념으로서의 법률과

1) 大江泰一郎, "比較法文化論における習俗と法律・法", 『比較法學の課題と展望』, 信山社, 59面(2002).

2) 1762년에 간행된 루소(Jean Jacques Rousseau)의 "사회계약론(Du contrat social)" 중에 비교법문화 연구에 의미가 있는 부분은 '입법자에 관한 부분과 바로 다음 장 제2편 제8장 '인민에 관한' 부분이다('러시아인은 시간이 흘러도 정말로 문명화(policer)되는 일이 없을 것이다. 그것은 그들이 너무나도 빨리 문명화되었기 때문이다. 피요트르대제는 모방의 재능을 가지고 있었는데, 진정한 천재, 창조를 통해 무에서 전부를 만들어내는 천재성은 갖고 있지 않았다. 그가 이룬 것 중 일부의 것들은 좋았지만, 대부분은 그 자리에 어울리지 않는 것이었다. 그는 그의 인민이 미개하다는 것은 알았지만, 인민이 문명화할 수 있을 정도로는 성숙하지 않은 것을 알지 못했다. 그는 우선 러시아인을 교육시키고 문명화시키는 것부터 시작해야 했지만, 갑자기 러시아인을 독일인이나 영국인을 만들려고 했다. 그는 그의 신민에 대해, 그들이 현실적으로 그렇게 되어 있지 않은데도 이미 되어 있다고 생각하게 함으로써, 인민들이 자생적으로 성장할 수 있는 길을 막아버렸다. 이와 같은 방법으로 프랑스의 교사는 학생을 교육하기 때문에, 학생은 소년시절 한때는 눈에 띄어도 결국 결코 제대로 되지는 않는 것이다. 러시아제국은 장래 유럽을 정복하고 싶었겠지만, 오히려 자신들이 정복될 것이다. 러시아의 신하 내지 이웃 타타르인이 러시아의 주인이 되고 우리의 주인도 될 것이다. 이 변혁은 나에게는 반드시 그렇게 된다고 보인다.'(CS 2　8)).

법의 구별을 관습개념과 관련하여 분석하고자 한다. 루소의 “사회계약론”과 이에 대응하는 몽테스큐의 “법의 정신”을 비교하는 것은 비교법 문화론의 초기 논의 단계라 할 수 있고, 비교법연구 방법론의 단초를 제공하고 있다. 특히 러시아의 전통법문화의 특질은 서구의 법문화와의 관련하여 관습과 법의 관계를 이해하는 좋은 예라 할 수 있다.

1. 몽테스큐의 관습과 법의 상호관계론

(1) 논의의 시작

루소가 위에 언급한 입법자의 행태에 관한 연구를 진행할 때 이전에 출판된 몽테스큐의 “법의 정신”(1748)의 제19편 제14장[3] ‘국민의 관습 및 생활양식을 바꾸는 자연스러운 수단은 어떠한 것인가’에 대한 부분에서 많은 영향을 받은 것으로 보인다.

“법의 정신”에서는 피요트르 대제가 국민을 문명화시키기 위해서 복장과 수염의 길이 등을 법률로 규제하려는 시도는 잘못된 시도였다는 점을 지적한 견해를 높이 사고 있다. 즉, 법률을 통해 관습을 급격하게 바꾸려는 시도는 바람직하지 못하다는 것이다. 피요트르 1세는 관습과 생활양식의 변화 방법을 법률보다는 사례를 통한 교화의 방법으로 전환하는 것이 훨씬 국민에게 설득력이 있다는 것을 발견한 것이었다. 다시 말해서, 유럽의 관습 및 생활양식을 유럽의 한 국민인 러시아 국민에게 적용하려고 했을 때, 법률은 필요로 하지 않으며, 다른 문화의 관습 및 생활양식을 고취하는 것만으로 충분하다는 점을 발견했다는 것에 의미가 있는 것이다.[4]

---

3) De l’Esprit des Lois(EL 19 14).

4) 몽테스큐의 법의 정신은 원전을 확인할 수 없어서, R. Danier의 교정본의 내용을 참조했다.

(2) 법제에 있어서 관습의 반영

몽테스큐의 법의 정신에서 주목해야할 부분은 위에서 언급한 것처럼, '피요트르 대제가 러시아 국민의 관습 및 생활양식을 바꾸기 위해 법률을 필요로 하지 않았다'는 점에 관심을 둔 것이지만, 몽테스큐가 궁극적으로 무엇을 말하려고 하는지를 이해할 필요가 있다. 이것은 "법의 정신" 전체를 지지하는 몽테스큐의 법률 이론에 근거하여 검토해야 한다. 위에 언급한 문구를 이해하기 위한 직접적 단서는 '관습'(및 생활양식)과 '법률'과의 상호관계 측면이다.

"법의 정신" 속에서 이 주제를 직접적으로 논하고 있는 것은 제19편의 제23장에서 26장까지의 '법률은 어떻게 관습에 따르는가(suivre), 제27장 '법률은 일국민의 관습, 생활양식 및 성격을 형성하는데 얼마나 기여할 수 있을까'에 대한 부분에서 논의되고 있다.

'법률'과 '관습'의 상호관계를 단순화하면, 인과관계 논리 파악에 기초하여 <관습→법률>과 <법률→관습>과 같이 반대되는 두개의 도식으로 정리할 수 있다.[5)]

<관습→법률>의 관계는 고대 로마의 법제를 기초로 하고 있고, <법률→관습>은 관계는 영국법을 근거로 하고 있다. 전자의 <관습→법률>의 논리에 대해서 몽테스큐는 후견인에 관한 법률의 규정을 예로 들어 설명하고 있다. 로마의 법률들을 검토해보면 관습이 사후적으로 법률에 영향을 주고 있다고 한다.

반면에 몽테스큐는 영국에 대해 영국 국민의 관습과 생활양식이 그 법률과 많은 관련을 갖고 있지만, '법률'에 동반되는 개념으로서 '관습'이라는 용어를 사실상 사용하지 않는다고 설명하고 있다. 몽테스큐는 그 당시 영국 국민이 법규의 규제가 없는 범위에서는 최대한의 자유를 향유하는 모습으로 묘사하면서, 영국에 있어서는 <법률→관습>

5) 大江泰一郎, 前揭論文, 62面.

의 논리를 엿볼 수 있지만, 오히려 법률이 어떠한 생활양식과 국민의 성격과 상관관계에 있는지를 논하는 것이 타당하다고 할 수 있다고 설명하고 있다.

이상의 사실에서, 몽테스큐는 '관습'은 '법률'의 선도적 형태를 이루고 관행으로써 성립하고 있고, '관습'이 '법률'로써 확립(établir)되는 연관 관계를 갖고 있다는 주장을 전개하고 있다. 몽테스큐의 법의 정신 제5편 제16장의 전제국가에 관한 서술의 표현으로 바꾸어 말하면, 몽테스큐는 서양에서 '법률'은 '군주의 의사' 이상의 것이라는 역사인식을 가지고 있었음을 엿볼 수 있는데, 이러한 문맥에서의 '관습'의 중요한 함의를 우리는 다음과 같은 설명에서 알 수 있다.

몽테스큐는 아테네의 재판소(areos pagos)의 예를 들면서 자신의 새의 눈을 파낸 아이를 사형시켰다는 판례를 인용하면서, '여기에서는 결코 범죄에 대한 유죄판결이 문제가 아니라, 관습을 기초로 하는 공화정 관습에 대한 재판이 문제라는 것에 중점을 두고 싶다'(EL 5 18)고 말하는 것이다.

결론적으로 아테네뿐만 아니라 '관습'은 본래적으로 법적인 성격을 띠고 있고, 관습은 실제로는 재판과 입법을 통해 법률로 형태화되는 것을 의미한다.

(3) 법 해석과 비교를 위한 대상

몽테스큐는 사회제도에서 키워드의 역할을 하는 '법률'(실정법)에 대해서, '만들어진 법률이 존재하기 이전에, 정의를 기초로 가능한 모든 관계가 존재했다. 실정법이 명하거나 금지하는 것 이외에는, 정(正)한 것도 부정(不正)한 것도 전혀 존재하지 않는다고 하는 것은, 원을 그리기 전에는 모든 반경이 같지 않다고 하는 것과 같다. 따라서 실정법 이전에 우선 균형의 관계가 존재하고, 이러한 요인들이 실정법확립(établir)되는 것이라는 것을 인정하지 않으면 안된다'고 주장하고 있

다.[6] 그럼 여기서 말하는 '정의'(justice) 내지 '균형'이 재판(justice)에 고유한 원리라는 것, 또한 '정의의 가능적인 관계'가 '관습'을 말한다는 것은 더 이상 긴 말이 필요 없다.

몽테스큐는 "법의 정신" 제1편 제3장에서, 주지와 같이, '법률의 정신'을 규정하는 여러 요인을 다음과 같이 설명하고 있다; ①정체의 본성과 원리: ②그 국가에서의 '기후, 토지의 질, 위치, 크기와 같은 환경적 요인: ③농경・수렵・방목 등의 민족의 생활양식: ④국가 제도가 용인할 수 있는 자유의 정도: ⑤종교: ⑥주민의 성향: ⑦부(富): ⑧주민의 수: ⑨상업: ⑩관습: ⑪생활태도: 더 깊이는 ⑫법률상호의 관계: ⑬법률의 기원: ⑭입법자의 의도: ⑮법률 확립의 기초로서의 사물의 질서가 그것이다. 이러한 여러 법률분석 요인들은 유럽에 있어서 <관습→법률>이라는 형성 논리를 뒷받침하는 것이고, 또한 '법률' 형성 논리를 분석하기 위해서는 가능한 한 모든 제도와 관습을 검토해야 하는 것을 암시한다고 할 수 있다.

후술하는 비교법의 방법론에 있어서도 외형적인 법제도에 대한 비교만으로는 정확한 논거로 비교법 연구를 제시할 수 없기 때문에, 몽테스큐의 관습에 입각한 법의 분석론은 오늘날 비교법 연구 방향에 많은 시사점을 주고 있다고 할 수 있다.

2. 루소의 관습과 법의 상호관계론

루소의 "사회계약론"의 주제는 일반의사 행위로서의 법률(loi)이 어떻게 해서 정당화될 수 있는가에서부터 출발하고 있다.[7] 이 점에서 양자는 공통된다고 할 수 있지만, 몽테스큐와 루소 사이에는 법률 내지 법의 관념에 대한 큰 차이점이 있다. 몽테스큐는 그라비나를 예로 내세우면서, 사회질서 전체를 개개인의 결합으로서의 국가상태와 모든

6) De l'Esprit des Lois(EL 1 1).
7) 大江泰一郎, 前揭論文, 74面.

의사 결합으로서의 '시민상태'로 구분하면서, 법학적 시각에서 말하면 '국가 법제'와 '시민법'의 중층적인 구조로서 묘사하고 있지만, 국가 질서 전체를 파악하는 법적인 구조는 명시하지 않고 있다. 하지만, 국가 질서 전체를 '법'(droit)으로서 파악하는 것은 루소에 의해 이루어졌던 것이다.

루소는 몽테스큐와 마찬가지로 재판에 유래하는 ≪법≫ 즉 ≪정의≫라는 문화 구조의 범위내서 사고하고 있는 것은 분명하다. 덧붙여서, 몽테스큐가 '국제법' '시민법'이라고 할 때, 그 '법'은 'droit'였는데, 루소는 국내의 법질서를 ①기본적 법률(loix politiques, loix fondamentales), ②민사 법률 내지 시민 법률(loix civiles), ③형사 법률(loix criminelles), ④제4의 종류의 법률[8](une quatrieme sorte [des loix])로 구분하고 있다. 루소가 말하는 '법'은 실질적 효력이 있는 모든 법률체계 전체를 가리킨다고도 말할 수 있다. 루소의 견해는 몽테스큐가 '유럽 국민 대부분은 지금도 법률이 아니라 관습에 의해 통치되고 있다[9]'라고 하는 것과 상반된 주장이며, 또한 몽테스큐는 법질서 전체를 '법률'과 '관습법' 내지 '관습'우위에서의 혼합으로서 표상하고 있었음에 반해, 루소에 있어서 법질서는 '법률'에서 구성되는 것으로 상정되어 있다.

위와 같은 몽테스큐와 루소의 법과 관습의 상관 관계는 법학 연구에 있어서 많은 시사점을 주고 있지만, 비교법의 영역에서의 의미는 후술하는 비교 대상 부분에 중요한 논점을 제시하고 있다. 간략하게 설명하면, 많은 비교법 연구자들은 정확한 비교를 위해서는 관습을 포함한 문화전체에 대한 비교가 수행되어야지만, 정확한 비교법 연구 결과를 도출할 수 있다고 한다. 이 부분은 몽테스큐의 법에 대한 견해와 일치하고 있다고 할 수 있다. 그러나 루소의 견해에 의하면, 법

8) 제4의 종류의 법률이라는 것은 명확하게 개념 정의를 할 수는 없지만, 기존의 법률체계로 구분할 수 있는 법 영역을 모두 포함시키는 부분으로 설정한거라 생각된다.

9) De l'Esprit des Lois(EL 8 8).

이 문화 내지는 관습에 우위에 있기 때문에, 법 자체의 비교만으로도 충분한 연구결과를 도출할 수 있다는 결론에 도달할 수 있기 때문에, 몽테스큐와 루소의 법 관념은 비교법 연구 방법론의 방향에 중요한 초석이 될 수 있다.

3. 법문화론과 비교법학

(1) 몽테스큐 이론의 한계

앞에서 살펴본 관습과 법의 관계를 보면 몽테스큐의 이론 구성이 비교법학의 선구적인 경지를 여는 것이었다고 해도, 그것을 현대의 학문의 수준으로 연결하기에는 많은 논리적인 뒷받침이 필요하다. 이 비판의 요체는 몽테스큐의 논리 구조는 “유럽적 한계”에 직면하고 있다고 할 수 있다. 다시 말해서, 다른 법제도와 국가에서도 이러한 관습과 법의 관계가 성립할 수 있는가에 대한 문제를 검토해야지만, 논리적 타당성을 가질 수 있기 때문이다. 그 당시 검토되었던 유럽 체제에서 벗어나 아시아를 포함한 비유럽 지역에서의 법률연구 방법을 탐구할 필요성이 제기되었다는 것이다

(2) 하트의 법사회학

하트에 따르면 ‘법’(law)의 개념은 책무(obligation)의 관념을 내용으로 하는 제1차적 규칙과, 승인(recognition)의 규칙, 변경(change)의 규칙 및 재판(adjudication)의 규칙을 내용으로 하는 제2차적 규칙과의 결합(union)으로서 파악되어야 한다고 한다.[10] 이 ‘결합’이라는 이론적 구상의 함의는 하트가 제2차적 규칙이 제1차적 규칙에 ‘기생한다’(be parasitic upon)든가, ‘궁극의 규칙’이라고도 불리는 승인의 룰을 역사적

10) H.L.A. Hart, The Concept of Law, at 79, 82(Oxford, 1961) (大江泰一郎, 前揭論文, 91面에서 재인용).

인 '법이전(the pre legal)에서 법(the legal)으로의 이행'에 관계하게 되어 있다. 즉, 이 시각에서 하트의 견해는 '변경의 룰'이 루소가 말하는 '입법' 즉 <법률→관습>, 바꿔 말하면 법률이 관습을 만든다고 하는 논리와 유사한 구조를 취하고 있다. 루만이 '법의 실정화' 내지 '법의 실정성'의 중핵적인 요소를 '법 변경의 합법화'에 구하는 의미도 여기에 있다고 할 수 있다.[11]

(3) 루만의 연구

서양에서의 법률의 형성을 사회학적으로 고찰할 때 우리에게 있어 중요한 시사점은 제1차적 룰에서 제2차적 룰로 '이행' 내지 변환이 일반적으로 입법(실정법)이라는 정치적 결정의 행위만으로는 끝나지 않는다는 것이다.[12] 이러한 하트의 시각이 앵글로색슨법의 전통과 깊이 결부되어 있는 것은 부정할 수 없지만, 앵글로색슨법 전통에 유일한 예라고는 할 수는 없다. 이러한 부분에서 접근방법은 다르지만, 대륙법적 시각에서 접근한 루만이 법을 주권적 권력의 작용에서 생성되는 것을 부정하면서, '법'(Recht)을 사회학적인 방법에 기초하여 '정합적으로 일반화된 규범적 행동예시'라고 규정하고, 근대에서의 법의 '실정화'를 나타내는 사회학적 기준을 일회적인 결정행위로서의 입법이 아니라 오히려 '끊임없이 현실적인 법 체험(Recheserleben)'에 구하고 있는 것은 법역사에 대한 비교법 연구에 중요한 단초가 된다.

(4) 하트・루만의 연구와 비교법 문화론

하트의 이론은 이상과 같이 비교법 문화론에 있어서도 중요한 시사점을 갖고 있는데, 동시에 이론적 한계에 직면하고 있다. 그것은, 본

11) N. Luhmann, Rechissozologie, Aufl., Opladen, S. 209-209 (1987); 村上淳一・六本佳乎譯,『法社會學』岩波書店, 230-31面(1977).

12) Luhmann, id, S. 99-100.

래 <관습→법률> 도식에 대해서도 말할 수 있는 것인데, 하트 자신이 서술하고 있듯이 자신의 이론은 서구법 문화권에 따라 구상된 것이라는 점에서 그 한계를 찾을 수 있다.[13]

(5) 관습・법 그리고 비교법과 법사회학

이상의 검토에 근거하여 몽테스큐 전제론에 대한 비판적 수정을 시도하고 있는 루만에 의하면, 로마에 특징적인 '재판절차에 의해 재판절차를 위해 정립되는 법'은 정치적 기능중심이 종교와 지배자들로부터 독립하여 우위적 지위를 점하는 것을 전제요건으로 하고 있다. 반면에 고대 중국법은 원시적인 가족적 질서(Familienordnung) 위에 종교적으로 규정된 정치적 집중이 실현되었다. 따라서, 중국에서는 원시적인 법실무가 살아있는 한편, 형법 및 형벌에 기초한 국가구성법과 행정법만이 정치적으로 집중되고, 이 모순이 자연과의 조화적 일치라는 일개의 보편화된 상관적인 상황윤리(relationale Situationsmoral)에 의해 조정되어 있었던 것이다. 이 윤리는 법은 단순히 타당하기 때문에 관철되어야한다고 하는 시각을 거부하는 것이고, 이 문맥에서 '형법 및 형벌에 기초지워진 국가구성법과 행정법'은 '율령'으로, 또한 '상관적인 상황윤리'는 종교의식에 유래하는 '예(禮)' 내지는 질서관념의 교양화 형태로서의 '유교'로 이해해도 논리에는 문제가 없을 것이다. 만약 여기에 정당한 인식이 포함되어 있다고 하면, 가설적으로 서구적인 <관습→법률> 도식을 대신해, '상황윤리'와 '형법 및 형벌에 기초지워진 국가구성법과 행정법'의 상호관계, 즉 <예→율령(레그르만적 질서)> 도식을 얻을 수 있다.[14]

---

13) Hart, *supra* note 10, at 89, 107.
14) 大江泰一郎, 前揭論文, 99-101面.

제 2 절 지역문화와 법과의 관계

1. 환경과 법과의 관계

(1) 도 입

앞에서 살펴보았듯이, 법은 자생적으로 발달한 것이 아니라 관습과 해당 지역의 자연환경 및 생활권에 따라 발전한 것으로 볼 수 있다. '인간은 환경을 대외적으로 표현한 것이다'라는 말은 '사람이 각각 사는 지역의 환경을 반영한 존재이다'라는 것을 나타내고 있다.[15] 우리와 같은 자연의 모습에서 멀어져버린 현대인은 이러한 것을 자주 간과하고 있다. '땅에 발을 붙이라'는 가르침과 자연을 대상으로 하는 모든 시도가 이루어지고 있음에도 불구하고, 현대인은 여전히 지구의지배자인 것처럼 행동하고 있다. 그러나 환경은 주어진 운명이라고 밖에 말할 수 없다. 이것은 법에서도 마찬가지이다. 이러한 이유 때문에 '환경과의 관계 속에서 행동하는 사람'을 중심에 두고 생각하지 않으면 안된다. 왜냐하면, 환경에 의한 제약이야말로 바로 인간을 만들어온 요소이기 때문이다. 이것은 다음에 나타내는 것처럼 몇 개 단어에서 그 예를 볼 수 있다.[16] 히브리어의 'adam'은 'der Mensch(인간)'을 의미하고, 'adamah'는 'die Erde(대지)'를 의미하고 있다. 또한 'human (인간)' 및 'Humus(부식토)'라는 단어의 기원은 라틴어의 'homo(인간)' 및 'humus(부식토)'에서 유래한다고 할 수 있고, 또한 인도 유럽어의 'dheghom'의 경우에는, 인도 유럽어의 단어는 'Erde(대지)'나 'Mensch (인간)'('Erdling(대지의 것)')을 의미하고 있다.[17] 독일어의 'Kultur(문화)'

15) Economides & Blacksall & Watkins, *The Special Analysis of Legal Systems: Toward to a Geography of Law*, 13 J. of L. & Society, at 161 (1986).
16) 山內惟介 & 浅利朋香,『比較法文化論』, 27-28面 (中央大學出版部, 2003).
17) 上揭書, 28面.

의 바탕이 된 라틴어 동사 ‘colere’나 라틴어 명사의 ‘cultus’에는 ‘밭을 경작한다’라는 의미가 있다.

(2) 환경과 문화에 대한 논의의 시작

환경과 문화와의 관계를 고찰하고자 할 때는, 시작 시기를 고대로 거슬러 올라가야 한다. 위대한 고대그리스의 의사 히포크라테스(기원전 460년-375년)는 자연 속에서 ‘자극’을 발견하고, 이 자극에 대해 사회는 ‘nomoi(언어)’를 통해 반응한다고 생각했다. 이에 대해, 고대그리스의 역사가・지리학자 스트라본(기원전63년-기원후26년)은 환경과 문화의 관계를 히포크라테스만큼 밀접한 것으로는 보지 않았다. 프랑스의 계몽사상가 몽테스큐(1689년-1755년)는 환경과 문화의 관련성에 관한 논의를 계몽시대에 실시해왔다. 독일에서는 역사가인 유스투스메자(1720년-1794년)가 다음과 같이 서술하고 있다.

“어떤 국가의 제도든 국가가 위치하는 대지의 성질과 그 상황에 크게 좌우되고 있다. 사람들이 필요로 하는 것 대부분은 그들이 살고 있는 대지의 성질과 상황에 따라 생겨나고 그리고 충족되고 있는데 지나지 않는다. 풍속도 법률도 종교도 이러한 필요성을 생각한 것이어야 한다.”[18]

풍토가 각각의 문화에 대해 어떠한 영향을 미쳐왔는가 하는 점은 아직까지도 논의되고 있는 문제이며, 비교법 연구에도 많은 영향을 미치고 있다.

1) 예 링

환경과 법과의 연결을 논했던 것은, 19세기의 독일의 저명한 법률가 루돌프 폰 예링(1818년-1892년)이었다.[19] 사후에 간행된 그 저서 “인도

18) Samtliche Werke, Bd. 12, 1, Hamburg 1964, S. 137.

19) Max Weber, Die romische Agraregeschichte in ihrer Bedeutung fur das Staats- u.

유럽어족 전사" 속에서 그는 목적이야말로 법의 제조자라는 것을 인류학적 시점에서 분석했다. 그는 셈인의 환경(바빌론)과 아리아인(인도유럽어족)의 환경을 비교하여 다음과 같은 판단을 했다.

"모든 민족의 역사상의 행동에 대해 결정적인 영향을 미치는 각종 요인 중에서, 그러한 행동이 이루어지는 대지, 즉 민족의 거주지는 단연 제1위를 차지하고 있다. ……민족의 생활에서 유일하게 변하지 않는 요소는 그 거주지이다. 법, 도덕, 풍속, 종교는 시간과 함께 변하지만, 거주지만은 언제나 동일하다. 이러한 거주지의 우위는, 거주지 그 자체의 상황에서 보면 그것이 계속해서 유일불변한 존재라는 결과를 도출함으로서 얻어지는 것이다. 이 우위에 대해서는 또한, 다른 어떠한 것과도 비교할 수 없을 만큼의 영향력, 즉, 거주지야말로 민족의 생활전체를 형성하고 제 민족의 역사조차도 결정하는 영향력을 가진다는 점이 추가되어 있다. 이러한 표현은 언뜻 보면 모순된 느낌을 줄지도 모르지만, 그래도 여기에 서술한 것은 사실적인 것이다. 실로, 토지와 민족은 일체의 것이다.[20]"

'Boden(대지)'는 폰 예링에 있어, 보통 일컬어지는 'Land(토지)'를 의미하는 것만이 아니다. 그가 이 단어에서 생각한 것은 '민족의 거주지라는 상황을 매개로 하여, 특정 장소에서 제공되고 있는 제 요소의 전체임과 동시에, 그것들 하나하나의 요소였다'. 그는 다른 민족에 대한 친근성도 이 단어에 포함했고, '문화사적・정치적인 의미의, 간단히 말하면 역사적인 의미에서의' 토지에 대해 서술했다. '민족의 운명은 모두 그 민족이 대지와 어떠한 접촉을 가지고 있는가에 달려 있다'. 폰 예링은 이것을 다음과 같이 요약하고 있다.

"어떤 민족의 경우라도 어디에 살고 있는지가, 그들이 무엇을 이룰 수 있는지, 어떻게 이룰 수 있는지 하는 문제에 대답할 때의 근거가

Privatrecht, Tubingen 1986.

20) Von Jehring, Vorgeschichte, S. 96f.

되어 있다. 어떤 민족도 민족분포지도 상에서 차지하는 장소에 따라 그들의 운명을 정하는 주사위는 이미 던져져서, 행운이 되거나 돌이킬 수 없는 결과가 되기도 한다. 이러한 의미에서, 지리는 환경・문화・법이 연결된 역사이고, 역사는 환경・문화・법이 연결된 흐름 속에서 지리로 바뀔 수 있다."

예링은 환경・문화・법과 연결된 역사 외에, '환경・문화・법에 구속되지 않는, 자유롭게 형성할 수 있는 역사'도 생각했다.

2) 기타 견해

독일의 종교학자 알프레히트 알트는 구약성서의 연구에서 '반론의 여지가 없는 명백한' 법과 '무엇이 올바른지를 일의적으로 결정할 수 없는' 법을 구별하고 있다. 전자의 '반론의 여지가 없는 명백한' 법은 모든 경우에 해당한다고 생각되고, 후자의 '무엇이 올바른지를 일의적으로 결정할 수 없는' 법은 개개의 사안을 개별적으로 규율한다고 생각되고 있다. '반론의 여지가 없는 명백한' 법은 '황무지의 생활환경에서 탄생한' 십계이고, '무엇이 올바른지를 일의적으로 결정할 수 없는' 법은 '팔레스티나와 같은 정주형의 문화'에서 유래한다. 독일의 사회학자 옌스트 브록도 이와 마찬가지로, 말레이시아의 두 가지 민족 사이에 경제적・사회적인 질서의 차이가 있음을 서술했다. 한 민족(메리나족)에서는 토지는 희소하고 많은 노동력(노예)이 있는데 비해, 다른 한편의 민족(사피마니리족)은 토지가 넘칠 정도로 있지만 노동력은 부족했다.

남아프리카 다반의 법학자 존 버틀러 아담은 풍경을 텍스트와 대비하여, 풍경을 텍스트에 유사한 것이고 독해할 수 있는 것으로 생각했다.

"언어의 가장 충실한 의미를 생각하면, 풍경은 과거, 현재 및 가까운 미래의 문화를 모두 포함하는 보고(寶庫)를 의미한다. 우리는, 우

리의 사회에서의 다양한 가치 그 자체나 그러한 가치의 급격한 전환이나 변화가 빚어내는 이야기를 문학적 시점에서 읽고 있다."

사람들은 '사회질서'와 '정의'라는 단어를 환경에 따라 정의하는 경향이 있다. 사람들은 스스로에게 있어 그 환경 속에서 적절하고 합목적적이라고 생각되는 것을 공정하다고 간주하고 있다. 법적인 시각도 이러한 이해를 전제로 한다. 일정한 사항이 존재함과 동시에, 그에 대한 의식이 형성되어 있다는 생각이다. 법의 내용은 '대지와의 대화'의 결과이기도 하다. 어디에서 법이 정해지는지에 따라, 법의 내용도 제약되게 된다. 법은 무엇보다도 먼저 '각각의 토지에 고유한 지식 체계'이다.

(3) 환경과 비교법 연구와의 관계

위의 설명을 근거로 영국법의 섬나라 특유의 성질과, 독일법에는 유럽대륙의 중앙에 위치하는 이유에서 기인하는 고유의 성질이 있음을 알 수 있다. 중국에서 노자시대부터 이루어지고 있는 도교의 근원은 분명히 중국의 자연에 대한 시각과 관련이 있다. 황갈색의 점토질 토양을 가지는 화북 지역에서는 호우가 오래 계속되면 두번 다시 통행할 수 없게 되었다. 우선 길(도교(道敎)의 도(道)'와 같은 의미이다)이 고르게 되고, 그 후에 사회질서가 그 토지에 들어온 것이었다.

페루의 법률가 콜데라가 페루에 대해 극히 간단하게 서술하고 있는데, 페루의 교회법은 '해발 2000미터 이상의 지역'에서는 이미 적용될 수 없게 되어 있다. 예전의 소비에트사회주의공화국연방의 경제제도나 법제도를 초래한 원인은, 광대한 국토와 지역마다 대조를 이루었던 풍토였다.

1) 환경 분석의 필요성

비교법 연구를 위해 우리는 얼마나 많은 사례와 깊이 있는 문화적 배경을 조사해야 하는가라는 문제에 직면하게 된다. 예를 들어 독일

과는 지구 반대편에 위치하는 국가에서 이와 같은 연구를 진행하는 것일까. 그 이유는 다음에 있다. 즉 독일법이 탄생한 11세기는 많은 도시가 형성되었고, 각 도시의 영역내에서 자급자족 생활이 이루어지고 있었다. 그 후, 각 도시에서의 생활 인프라 보급에 문제가 발생하였고, 또한 도시간의 왕래가 증가함에 따라 새로운 법형식이 필요해졌다. 지리적으로 보면 극단적인 상황인 환경이 법에 어떠한 영향을 미치는지는 비교법연구에 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.[21]

2) 법제도에 나타난 환경적 요소

자연환경이 법에 영향을 미치고 있는 것은 개개의 법제도를 보면 잘 알 수 있다. 폰 예링은 로마에서 남자아이가 중시된 이유를, 오랜 전쟁으로 사망자가 많이 발생하였던 것과 아리아인의 이주에서 찾았다. 또한 일부일처제에 대해서도 폰 예링은 그 근거를 이주에서 찾았다. 사형집행에 있어서 셈인에게는 투석형이 이용되고, 아리아인에게는 책형(磔刑)(‘아리아인은 통나무를 무기로 한다’)이 이용된 원인에 대해서도, 각각의 환경에서 나무가 부족한가 풍부한가 하는 점에서 차이가 있었다.

“사형이 집행될 때, 셈인은 돌을 들고 수형자에게 던지는데, 아리아인은 통나무를 손에 든다. 아리아인은 수형자를 말뚝이나 나무에 묶고, 묶인 수형자를 때리거나 채찍으로 치거나 한다. 셈인은 수형자에게 돌을 던진다. 이와 같이, 아리아인과 셈인은 사형집행의 경우에도 각각의 환경에 충실하게 돌과 통나무라는 도구의 차이를 보여주고 있다.”

로마인(인도유럽어족)에 의한 예수 그리스도의 책형은 이스라엘 초대왕 사울(셈인)에 의해 이루어진 기독교도에서 최초의 순교자인 스데반의 투석형과 대비할 수 있다. ‘사형시에는 나무에 묶여진다’고 폰 예

21) 山內惟介・浅利朋香, 前揭書, 36-41面.

링은 아리아인에 대해 서술하고 있다-그 설명은, 창과 같은 가늘고 긴 봉을 의미하는 ‘Spieß’라는 단어와 가늘고 긴 가지를 의미하는 ‘Rute’라는 단어로 합성된 ‘Spießrutenlaufen(부드럽고 뾰족한 어린 가지로 만들어진 채찍을 사용하는 채찍형)’이라는 표제어와 같은 자세한 부분까지 다루고 있다.

오늘날의 독일법에 대해 말하면, 가축매매에 관한 규정(독일민법전 제481조-제482조)을 들 수 있다. 이러한 규정은 물론, 특정 동물에만 적용되어, 특정 동물을 평가하는 것이다. 처음에 나타나는 것은 말이고, 마지막에 오는 것은 돼지이다(이러한 단어는 ‘Pferdefuß(말다리)’나 ‘Schweinhund(야비한 녀석)’과 같이, 모욕의 표현으로 이용되는 경우가 있다).

외국법을 분석할 때에 법학자와 실무가들은 위에서 서술한 것과 같은 요인을 염두에 두어야만 한다. 즉 법 비교에는 지리적인 제약과 같은 법문화에 관한 내재적 요인이 있다는 것을 전제하여야한다. 그 좋은 예는 17세기의 네덜란드의 물레방아간이다. 물레방아에 사슬로 묶여진 죄인은 계속 불어나는 물에서 익사하지 않도록 펌프로 물을 퍼내지 않으면 안되었다. 바다를 간척해서 겨우 손에 넣은 토지, 바꾸어 말하면, 물과의 싸움 끝에 만들어낸 토지, 이러한 국가인 네덜란드에서 이루어진 형(刑)에는 이와 같은 역사적 배경이 있다. 또한 미국의 텍사스주에서는 영국의 ‘엄격책임’(위험책임)을 받아들이지 않았는데, 그 이유도 이러한 환경의 차이에 있다.

지역별 차이에 대한 예로서, ‘울타리치기에 관한 문제’를 들 수 있다. 여기에서의 논점은 누가 목장에 울타리를 설치해야하는가라는 문제에 있었다. 미국의 중서부와 남서부에서도 목장 경영자와 농민 사이에 이러한 문제를 둘러싸고 다툼이 있었다. 영국에서는 목장경영자가 가축을 울타리로 둘러싸지 않으면 안되었다’. 목장경영자가 둘러싸는 것을 게을리 했기 때문에 가축이 목장에서 나와 이웃 농가의 밭에

손해를 주었을 때는, 목장경영자가 그 손해를 보상해야했다. 이러한 사고방식은, 인구밀도가 높고 농업이 장려되어 있는 국가의 수요에 맞는 것이다. 이와 지리적 경우를 달리 하는 미국에서는, 'fencing in(둘러싸다)'라는 원칙은 다르게 적용되어 'fencing out(울타리를 둘러 못들어오게 하다)'으로 받아들여졌다. 그 결과 농민은 자유롭게 돌아다니는 가축으로부터 자력으로 자신의 밭을 지켜야했다.

환경이 법에 미치는 영향을 나타내고 있는 또 하나의 전형적인 예는 소작인이 소작지에 3층 목조가옥을 세운 경우를 들 수 있는데. 이 집은 소작인과 토지소유자 중 어느 쪽에 귀속되어야만 하는 것인가라는 문제가 제기된다. 영국의 커먼로(common law)에 의하면, 이 집은 토지의 소유자에게 귀속된다. 그러나 미국 대법원은 다음의 몇 가지를 고려했다.

"영국의 커먼로는 미국의 법제도와 대응하고 있는 것이 아니다. 우리 미국 국민의 선조는 커먼로의 일반원칙을 국가 성립시의 법제로 채택했다. 그러나 채택된 영국의 커먼로 중에서 적절하다고 판단되는 것에 대해서만 영국법을 인정할 뿐이다."

이와 같이 본건의 논점에 대해서도, 영국의 커먼로가 미국에서 모두 채택되었다고 주장할 수는 없다.

"토지는 원래 미개의 땅이고, 사람들은 이 땅을 서둘러 개간하려고 했다. 지주도 세인들도 모두 기회를 잡아, 소작인을 독려하여 농업에 종사시키고, 이런 목적을 달성하기 위해 어떤 건물이라도 세우는 것을 장려했다. 많은 비용을 들여 건물을 세워도 건물을 소유할 권리를 얻을 수 없음을 알고 있는데, 그런 것을 하려고 하는 소작인이 도대체 어디에 있을 것인가. 폐가이건 통나무집이건-어떠한 것이든 토지의 개량에 있어 집은 언제나 중요한 것이다-, 소작인이 집을 세운 순간에, 그것이 이미 자신의 것이 아니게 되어 버리는 것은 도저히 생각할 수 없다."

일본에서는 가옥과 토지의 법적 운명은 일치하지 않는다.[22] 아마도 이것은 지진이 일어나는 것을 전제로 하여 건축양식이 채택되어 있기 때문일 것이다.

(4) 환경에 기초한 비교법 연구의 한계

지역 환경에 기초한 법학연구는 그 배경 파악에 있어서 많은 의미를 갖고 있지만, 그 정도를 지나쳐서는 안된다. 환경에 의해 법해석과 적용이 제한될 가능성은 분명히 있지만, 인간의 행동은 결코 강제되는 것이 아니기 때문이다. 비슷한 경우에서는 같은 반응이 우선되는 경우가 있는데, 결코 똑같이 행동하는 것이 요구되고 있는 것은 아니다. 또한 경우가 다르다고 해서, 해결책이 항상 다른 것도 아니다. 사람들은 '문화적으로 제약된 필터'를 통해 감각적 환경을 경험하고 있다. 이와 같이 지각할 수 있는 환경하에서 외부 지리에 의한 조작은 이루어지지 않는다. 환경은 과연 우리를 보호하는 것인지 아니면 우리를 불안에 빠뜨리는 것인가 라는 질문은 한번 생각해 볼 필요가 있다. 예를 들면, 산이 '위험하다'고 느껴지는 경우도 있지만, 동시에 '신들이 머무는 곳'이라든가 '최고의 체험을 얻는 장'으로써 느껴지는 경우도 있다. '알프스 등산'이라는 등산에 대한 독자적 사고가 19세기에 '발견'된 것에서도 알 수 있듯이, 감정조차도 문화 속에서 급격하게 변해버리는 경우가 있다. 어느 문화에나 당연한 해결책은 있는데, 그렇다고 해서 그것이 최선의 해결책이라고는 한정할 수 없다. 사람들은 거의 모든 경우에 있어서 선택의 여지를 가지고 있다. 자연환경에 적응하려고 하는 사람이 있으면, 자연을 극복하려고 노력하는 사람도 있다. 어느 정도 자연을 극복할 수 있는 전망이 있는가 하는 점

22) 독일민법전 제94조와는 달리, 일본에서는 '토지 위에 세우는 가옥은 토지의 소유자에 귀속된다(superficies solo cedit)'라는 원칙은 받아들여지지 않고 있다.

에서의 평가도, 문화적 환경에 따라 다르다-그 결과, 초래되는 대답도 각각의 것이 되어 있다.

"인간은 예측되지 않는 존재이고 또한 인간은 자유를 가지고 있다 그러나 예측할 수 없다고 해도, 물리적·사회적인 가능성에는 수량적인 한계가 있는 것으로써, 그러한 한계 속에서 인간의 활동이 이루어지고 있다."

법은 언제나 주어진 공간에서 생겨난 산물임과 동시에, 공간적 제약을 극복한 성과이기도 하다.

지리적 요인은 행동을 일으킬 때의 동기로서도 작용한다. 지리적 요인이 담당하는 역할은, 관계하는 사회집단에서 그 때마다 통용하고 있는 가치질서에 의해 결정되고 있다. 그러한 가치질서 속에서 지리적인 요인이 차지하는 지위도 지리적 요인이 가지는 특성도, 실제로는, 개개의 상황에 의해 크게 달라질 여지가 있다.

환경과 인간은 각각 다른 것에 대해 영향을 미치는 힘을 가지는 것으로서 병존하고 있다. 사람들은 인간에 대한 평가를 높이하면서도 자신이 사는 환경과 타협을 짓고 있다. 환경에 대한 관념은 각각의 시대에 따라 변화하는 것이다. 예를 들면, 토지를 철저하게 이용하는 경우가 있으면, 토지를 지키려고 하는 경우도 있다.

그래도 이러한 지리적인 단서를 과대시해서는 안된다. 왜냐하면, 여러 문화가 혼재되어 있는 경우가 있기 때문이다.

2. 언어와 법과의 관계

(1) 의 의

언어는 해당 언어가 성립한 지리적 배경을 반영하고 있고, 법에 대해 영향을 미치고 있다. 이런 사실에서 우리가 검토해 볼 수 있는 것

은 '법의 언어지리학'측면에서의 분석이다. 어떠한 언어를 말하는 민족이나 현실을 볼 때에는, 공간적으로 한정된 장소에서 현실을 조망하고 있다. 스스로를 위해 선택된 특정 장소가 아니라, 일반적으로는 일회적인 것으로써 결정된 장소가 어디인가에 따라, 그 민족이 세상을 어떻게 보는가 하는 것도 결정되는 것이다. 이와 같이 하여 세계의 시각이 결정되는 것이다. 이 점은 어디에서나 변함없다.

(2) 언어의 영향에 대한 사례[23)]

언어는 지리적・역사적인 상황과 강하게 연결되어 있다. 폰 예링은 이 점에 관해, 로마법에 기초하는 수많은 실례 외에 언어의 역사에서 일례를 들고 있다. 'Acker(밭)'이라는 단어의 출처는 산스크리트어의 'ajras'=목초지로, 'ajras'라는 단어에는 어근 'aj(몰다)'가 발견되고, 여기에서 '가축을 쫓다'라는 의미가 나온다. 이 단어에서 가장 중요한 활동을 생각해낼 수 있다. 로마인은 '몰다'라는 의미를 가지는 'ago'라는 단어를 이용해 'quid agis?(어떻습니까)'라고 묻는다. 이것은 우리가 '몰다'라는 의미를 가지는 'treiben'을 이용하여 'was treiben Du?'라고 묻는 것과 같다.

"민족의 언어에는, 각각의 민족이 자신들에게 고유한 것으로서 명명하고 있는 것이 모두 포함되어 있다. 단어가 있다는 것은 그 단어를 통해 보여지고 있는 사물이 존재하고 있다는 것이고, 단어가 없다는 것은 그러한 사물이 거기에는 없다는 것을 의미하고 있다. 이와 같이, 언어는 현실을 충실하게 표현하고 있다."

이러한 예는 법의 경우에서도 보여진다. 'Recht'를 나타내는 중국의 문자 '법'은, 대지 위를 물이 여기저기 분산하여 흐르는 것을 암시하고 있다. 이것은 도작(稻作)문화에 고유한 질서를 유지하기 위해 법에

23) 山內惟介・浅利朋香, 前揭書, 47-55面 參照.

부과된 임무이다. 또한 불교에서의 생명의 윤회라는 생각은 전세, 현세, 내세 그리고 다시 현세라는 것과 같이, 무한히 순환하는 법칙을 나타내고 있다. 윤회의 기원은 오랜 옛날의 인도에서 사용되었던 양수차(揚水車)에서 찾아진다. 이 장치는 물을 퍼올려서 흘려보내어 토지를 다시 경작가능한 상태로 되살리는 것이었다. 그 의미는 문자 그대로 생명의 윤회이다.

이와 비슷한 것은 그리스어의 'nomos'(독일어의 'Recht(법)을 의미하는 단어)의 경우에도 해당한다. 이 단어의 기원은 인도 게르만의 목축민사회에 있는데, 이 단어는 '목초지의 분배'라는 'nemein'을 의미했다(그리스어의 'nemein'은 독일어의 'nehmen(이해)'에 상당한다). 목축에 종사한다는 점에서 'anomal(변칙적인)'자는 올바른 유목민이 하는 것처럼 행동하지 않는다. 'nomos'라는 단어는 헬레니즘시대에 선행하는 시기의 그리스-농경사회-에서 운명을 나타내기 위해 사용된 'moira'라는 단어를 쫓아버렸다. 그리스어의 'moira'는 '경지의 분배'를 의미했다. 이러한 농경사회에서 목축사회에의 변화와 평행하여 동시에 나타난 것이, 추상화로 향하는 경향이었다. 그것은 우리가 그리스 신화에서의 3가지 계절의 여신 호라이 즉 제우스와 테미스를 부모로 하는 딸들의 이름에서 보는 대로이다. 3명의 여신의 이름은 예전에는 타로(싹틈의 여신), 아우타소(성장의 여신), 카르포(수확의 여신)이었는데, 이를 대신하는 새로운 이름으로서, 에우노미아(봄의 여신, 법률에 의한 질서), 디케(여름의 여신, 지시, 정의), 에이레네(가을의 여신, 평화)가 이용되고 있다. 법에 관계되는 이러한 개념은 각각의 시대에서 배분에 있어 무엇이 가장 중요했는가 하는 환경의 차이에 따라 다른 세계상을 초래하고 있다.

(3) 언어가 차지하는 위치

아시아인이 계약에 대한 생각과 유럽인의 개념이 다른 것은 언어에 대한 양자의 태도의 차이에 기인한다고 볼 수 있다. 아시아인은 구두

약속을 해도 그다지 엄격하게 약속을 지켜야한다고 느끼지는 않고, 또한 계속해서 약속에 구속된다고도 느끼지 않는다. 아시아에서는 '예'라고 대답을 하는 것이 자주 사회적으로 예의바른 행동의 표현으로서 요구되고 있다

이에 반해서 유럽에서 사람들은 '언어 속'에서 생활하고 있다. '언어는 사람이 그와 같이 행동해야한다고 하는 내용을 반영한 것이다.' 원래, '약속'이 구속력을 가진다는 것은 처음부터 정해져 있는 것이 아니라, 문화의 산물이다. 유럽의 어린이가 생각하는 의미에서 약속을 지키도록 배우는 것은, 거의 10세 전후이다. 이런 사실에서 알 수는 것처럼, '약속'이라는 단어에는 두 가지 의미가 있다. 즉 약속에는 구속력이 있다는 의미와 구속력이 없다는 의미의 두 가지이다. 이 외에, 우리는 'verbindlich(구속하다)'라는 단어도 들 수 있을 것이다. 왜냐하면, 이 단어를 이용해도 사정에 따라서는 'unverbindlich(구속되지 않는다)' 경우를 생각할 수 있기 때문이다.

(4) 지역적인 언어와 보편적인 언어의 차이

이외에도 법의 내용을 검토하는 경우에 그것이 일부의 지역에서만 통용되는 모국어에 의해 이루어지고 있는지, 또는 보편적이라고 생각되고 있는 미지의 언어에 의해 이루어지고 있는지에 대한 점도 중요하다. 그러한 예는 중세부터 근대초에 걸쳐 사용된 라틴어에 의한 법률용어 속에서 발견된다. 라틴어는 유럽의 어느 지역에서나 이해되는 보편적인 언어였는데, 라틴어를 이용함으로써 독자적 환경이 만들어지고, '출신지가 지리에 의한 제약에서 해방되었다'. 이와 동시에, 법은 지역성을 잃고, 그 결과 법이 가지는 추상적인 이념(보편성)은 특정한 보편적인 현실을 반영하는 것으로 표시되게 되어 버리고, 법은 그것에 고유한 환경과 언어에서 분리되어 버렸다.

제 3 절 비교법 사회론

1. 스에히로 겐타로 교수의 비교법론

일본교수인 스에히로 겐타로(末広厳太郎) 교수는 비교법에 대해서, '비교법 사회론'적 측면에서 접근을 시도했다.[24] 우리나라와 유사한 법제를 갖고 있는 일본의 비교법 접근 방법, 특히 스에히로 교수의 접근은 사회학적 시각의 시도라는 점에서 의미가 있다고 할 수 있다.

스에히로법학은 그 총체로서 '독일의 자유법론・미국의 리얼리즘법학 등에서 보여진 19세기적 법률학에서 20세기적 법률학으로의 변환 추진, 이러한 시대적 분위기에 영향을 받으면서 일본적 조건 하에서 선도된 법률학'이었다고 평가되고 있고, 이러한 법률학의 '변환 추진'은 국가제정법 실증주의에 대해서 '사회에서 자생하는 법' 및 '국가주의를 초월하는 법'이라는 관점을 제시하고 그 한계를 비판하는 이론적 지향에 의해 지지되었다고 할 수 있을 것이다.[25] 각각이 '법사회학' 및 '비교법학'으로 불리는 것이라는 것은 말할 필요도 없다. 비교법학의 선구자 콜러의 '보편법사Universalrechtsgeschichte'는 국가법을 초월하는 '보편법' 탐구의 시도였다면, 스에히로법학이란 '학(學)'의 구축 그 자체를 목표로 하는 것은 아니었다. 스에히로의 법률학적 영위의 목적은 사회 속에서 '올바른 법'을 실현하는 것이고, 이 목적을 위해 사회에 대한 역사적 인식이 요구되고, '올바른 법'의 실현과 탐구를 위해 '법정책학으로서의 실용법학' 및 '법에 관한 사실학'으로서의 법사회학이 자리매겨지고, 또한 법사회학과 함께 비교법학과 법사학의 중요성이 주장되었다. 그리고 이러한 '법에 관한 사실학'은 법규의

24) 廣渡清吾, "法の比較にいての方法的考察",『比較法學の課題と展望』, 信山社, 27面 (2002).

25) 五十風清,『比較法學の歷史と理論』, 32-42面 參照 (1977).

정리학이 아니라, 법을 정치경제의 기초과정부터 분석하는 학문이라는 것으로 요구되는 것이다.

스에히로는 자신이 실제로 살고 있는 시대의 일본사회와 법을 대상으로 세밀한 연구를 진행했다. 그리고 일본사회와 법의 특질은 서양사회와 법에 대한 비교 연구를 진행하고자 했던 것인데, 특히 '중국사회의 법적 관행' 조사에 임하는 방법론의 검토 중에서, 근대법을 스스로의 사회에서 자생시킨 국가・사회와는 다른, 근대법을 문명으로서 인식하고, 토착 '법'과의 다양한 충돌을 끌어안는 국가・사회에서의 법 분석 시각을 제시했다. 법 계승국에서의 문제는 한편으로 문명을 가져와서 이식하려고 하는 '정치력'과, 다른 한편으로 그 시행을 저지하고 저항하려고 하는 '전통력'의 상극으로서 파악되고, 이 저항의 정도나 실정을 조사・분석함으로써 반대로 '고유의 전통력'의 내실을 알 수 있다고 설명되었다. 스에히로 교수에 의하면 비교 연구를 통해 '일본사회의 특질을 명확하게 할 수 있음과 동시에, 나아가서는 일본사회에 타당한 법의 특질을 생각하는 기초를 부여할 수 있다' 것이다. "고유법"과 "계수법"의 이중적인 구조는 아시아전역에 걸친 법체제의 특색을 이루는 것으로서, 이원적 법률 구조의 인식은 우리나라 비교법 연구의 출발점이자, 아시아법연구의 출발점이다.

스에히로가 직면한 문제는 '일본사회와 법'의 구조가 이원적인 힘이 작용하는 장이라는 것에 그치지 않고, 동시에 그 구조 자체가 역사적으로 전개・변용하는 것이라는 점에서도 생겨났다. 즉, 근대법의 계승국인 국가・사회에서는, 어떻든 간에 근대법 시스템의 토착화가, 토착사회규범과 제도 및 법에 관한 사회적 문화적 관념과의 사이의 복잡한 관계에 규정되면서도 진행되어 가는데, 그 프로세스는 동시에 근대법 시스템 그 자체가 그 사이의 정치적, 경제적, 사회적 발전에 대응하여 정리・수정되어야 하는 과정에 중복되게 된다. 그 때문에 이입된 근대법 시스템의 운명은 '토착화'와 '변용(현대적 변용)'이 교차

하는 이중의 상(相)에서 파악해야하는 것이 된다. 스에히로법학은 이에 따라 이중의 과제를 떠맡은 것이고, 이것을 해석한 이소무라 테츠(磯村哲)는, 여기에 초점을 맞추어 '시민법학'(='일반민주주의의 확립·확대를 과제로 하여 추구한 법사상')과 '사회법학'('국가적 권력적 법률관을 극복하고 국가와 법을 사회에 기초로 세우는' 과제를 담당하는 법학)의 결합으로서, 스에히로법학상을 제시했던 것이었다.

스에히로의 법률학적 영역은 학문의 과제로서 '일본사회와 법'의 고유성을 탐색하는 것으로 향해졌다. 그 탐색은 세계적 연관 속에서 전개되고, 동시에 학문적으로 뒷받침되는 정책적·실천적 과제를 이끄는 것이었다. '비교법 사회론'이라는 정식화는, 이 탐색의 길을 방법적으로 정리해보기 위해 착상했던 것이다.

2. 비교법학과 법사회학과의 관계

비교법 사회론(Comparative Study in/on Law and Society)라는 명칭, 비교법 사회학(comparative Sociology of Law)이라는 명칭을 의식적으로 피한 것인데, 그 이유는 '사회학'이라는 원칙과 범주에 사로잡히지 않겠다는 것이다. 따라서 적극적이고 강한 의미는 없다.

'비교법 사회학'(vergleichende Rechtssoziologie)은 독일의 법사회학자 라이저가 1995년 간행의 법사회학의 체계서에서 '앞으로의 과제'로서 언급하고 있다.[26] 그는 '사회에 존재하는 법에 관계된 가치관념, 규범, 제도, 절차규칙 및 행동양식의 총체'를 '법문화'로 정의하고, '독일연방공화국의 법문화'를 구체적으로 분석하는데 이러한 개별적 내셔널 법문화의 해석은 필연적으로 다른 내셔널한 법문화와의 상호 비교가 요구된다는 것이다. 라이저는 비교법학에 고유한 법영역 부여에 대해서 제정법 중심적이라는 이유로 회의적인데, 개별 법질서의 법사회학

26) Raiser, Thomas, Das Lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 1995, S. 334ff.

적 분석을 기초로 하면 법권론이 의미있는 것이 될 수 있다는 주장을 하고 있다.

라이저는 '법의 비교'에서 '법'을 법사회학적으로 파악하면, 비교법학과 법사회학을 연결할 수 있다는 방법론적 시각을 제시했다. 비교법학은 '법'의 '비교'를 목적으로 하고, '비교'의 방법에 대해 고유하게 논하는데, '법'을 어떻게 파악할 수 있는가 또한 비교법학에 있어 방법적인 문제이다.

츠바이게르트/쾨츠의 비교법(Rechtsvergleichung) 정의에 의하면 '비교법이란 각종 법질서를 각각의 정신과 양식에 비추어 분석하는 것, 또는 각종 법질서에서 비교가능한 법제도 내지 비교가능한 문제를 관련짓는 것'이라고 정의하고 있다.[27] 법사회학자는 라이저와 같이, 비교법학이 실정법규범・실정제도중심이라고 하는 비판을 하는 경우가 많다. 도로프닉과 레빈더 편(編)에 의한 "법사회학과 비교법학"(1977년)에는 이 테마에 대해, 9명의 논자의 논설이 수록되어 있다.[28] 여기에서의 거의 공통적인 견해에 의하면, 비교법학의 목적이 어떻게 설정되는가에 따라, 두 가지 관계가 정해진다고 한다. 비교법학은 법해석론이나 완전히 실용적인 또한 입법정책상의 제도론 수준에서 논의되는 영역이라는 것이 공통적인 견해였다.

비교법학은 이론적, 방법론적인 결론이 충분히 이루어지고 있다고는 말할 수 없고, 비교법학이 성공하기 위해서는 법사회학에 그치지 않고, 사회 여러 과학의 기여가 필요하다는 것을 주장하고 있다.

비교법학측은 이러한 비판을 정당한 것으로 받아들이고 있어, 츠바이게르트/쾨츠는, 비교법학과 법사회학이 상호간에 서로 배우는 것뿐만 아니라 그 방법을 부분적으로 공유하는 것, 특히 기능적 비교에서의 문

27) Zweigert & Kotz, Einfurhrung in die Rechisvergleichung auf dem Gebeit des Privatrechts, Band 1, Grundlagen, 1971.

28) Drobnig & Ulrich & Rehbinder, Manfred, Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, 1977.

제 설정에 관해 '중립적인 개념'이 과학적으로 필요하고, 이것을 제공하는데 법사회학적 방법이 비교법학에 불가결한 것이라는 것이 지적되어 있다. '중립적'의 의의는 법률학적 도그마에 의한 선입견적 이해와 특유의 문화적 환경에서 개념을 떨어뜨려 구성하는 것이라는 것이다.

3. 단계론과 비교론[29)]

(1) 비교론

A와 B 두 가지를 비교하는 경우, 비교 기준에 <발전・진보>의 내용이 포함되어 있다고 하면, A와 B와의 사이에서 발견되는 차이가, 다른 발전단계에 있는 차이로 간주되는 경우가 있을 수 있다. 원숭이와 인간의 비교에 의한 차이는 진화론적으로는 발전단계의 차이로 이해된다. 다만 이것을 문화(=고유성)의 차이로 파악하고, 원숭이사회와 인간사회를 비교하는 논의도 있을 수 없는 것은 아니다. 이러한 사고방법은, 거꾸로 말하면, 피아(彼我)의 문화(고유성)의 차이를 단계적 차이로 착각할 위험성을 가지고 있다. 이 착각은 그 차이를 차이로서 분석하고, 상호의 고유성으로서 확인하거나 혹은 발전단계상의 차이, 즉 <지연=후진성>으로서 극복해야하는 것으로 생각하는가의 차이(실천적 태도의 차이)로 귀결된다.

(2) 발전단계론적 사고

발전단계론적 사고와 문화차이론적 사고의 관계는 그 어느 것을 취할 것인가 하는 선택의 문제가 아니라, 대상의 구체적인 비교분석에서 그 사고패턴의 개성에 유의하고 한편으로 치우치지 않고 조합하면서 적절하게 이용한다는 문제라고 생각된다. 다만 이렇게 말했다고 해도, 그것을 구체적인 분석으로서 보여주는 것은 물론 쉽지 않다. 여

29) 廣渡淸吾, 前揭論文, 39面 以下 參照.

기에서는 이 문제의 소재에 접근한다는 취지에서, 이들 두가지 사고 패턴의 예로써 전후 일본에서 '일본의 사회와 법'의 특질을 둘러싸고 이루어진 대표적인 논의의 두 가지를 들어 논하도록 한다. 각각 주지의 논의로써 그 내용에 대해 소개할 것까지도 없는데, 한 가지는 가와시마 다케요시의 일본인의 법의식론이고, 다른 한 가지는 노다 요시유키의 일본인의 국민성론이다.

가와시마는 메이지기의 개혁 및 제2차대전후의 개혁에 의해 법제도의 근대화가 이루어졌음에도 불구하고 일본사회의 근대화가 진행되지 않는 원인을 일본인의 법의식에서 찾고(사회규범으로서의 의리인정규범의 우월이 사회관계를 권리의무관계로 구성하는 것을 저해하고 있다), 이러한 법의식의 역사적 성격을 근대화적인 것(봉건적인 것)으로 파악했다. 가와시마의 이러한 인식은, 첫 번째로 이미 사회의 근대화를 이룬 구미사회와의 비교에서, 일본인의 법의식을 후진적인(지연된) 것으로 자리매기고, 따라서 두 번째로, 일본사회의 발전(공업화・도시화 등의 발전에 의한 근대화의 달성)에 의해 이러한 법의식의 변혁이 진행된다는 이해를 도출했다. 이것에서 보여지 듯이, 가와시마는 일본인의 법의식의 서구와의 대비에서 비교적 '특질'을 근대화라는 척도에서의 발전단계의 차이로서 자리매긴 것이 된다. 그 때문에 그 사고패턴은 발전단계론적 사고로서 특징지울 수 있다(다만, 그것에 의해 곧바로 이 논의의 내용 자체의 옳고 그름이 결정되는 것은 아니다).

비교법학자인 노다는 가와시마가 취한 일본인의 법의식의 문제성을, 보다 넓게 비교문화론적인 접근방법으로 설명하고자 시도했다. 그는, 같은 법제도 하에서도 법의 구체적인 기능 방법이 다른 것은, 법이 작용하는 단위인 집단(국가)에서의 '법에 관해 생각하는 방법, 느끼는 방법, 행동하는 방법'(이것을 '법관념'이라고 부른다)의 차이에 기초하는 것이라는 가설을 세우고, 법관념의 기초가 되는 보다 일반적인 '사물에 대해 생각하는 방법, 느끼는 방법, 행동하는 방법'을 '멘탈리티'

라고 총칭하고, 이 '멘탈리티' 국민의 멘탈리티이므로 '국민성'의 해명이야말로 비교문화론의 과제로 삼았다. 그에 의하면, 멘탈리티를 뒷받침하는 조건에는 '외인적 조건'과 '내인적 조건'이 있다고 하고, 인류의 멘탈리티에 결정적인 영향을 미친 세 가지의 외인적 조건으로서, 인류가 그 발전사에서 획득한 생활양식, 즉 수렵채집, 농경 및 목축이, 또한 내인적 조건으로서 '인간의 성격'(노다는 이것을 유전적으로 계승된다고 생각)이 제시된다. 그 다음으로 노다는 인류가 획득한 3가지의 생활양식에 따라 ①수렵채집형 멘탈리티, ②농경민형 멘탈리티 및 ③유목민형 멘탈리티를 이론적으로 구성하고, ②가 일본(내지 보다 넓게는 아시아), ③이 유럽의 멘탈리티를 뒷받침하고 있고 ①은 보다 전기적인 것으로서 ② 및 ③의 보다 심층에 존재한다고 설명한다. '성격'에 관해서는, 오로지 프랑스의 성격학의 논의에 의거하여 그것이 지시하는 8가지의 성격형 중 그 3가지가 일본인의 성격을 대표하는 것이라는 추론을 전개하는데, 성격과 법관념의 관련은 그다지 명확하게 지적되어 있지 않다.

이상의 논의에 의하면, 첫 번째로 '불변의' 정신세계로 뒷받침되는 문화의 차이는 움직이기 어려운 것이고, 두 번째로, 다른 문화 사이에서 선진・후진, 우열 등의 비교는 그 자체로서는 무의미하며, 문화의 공존, 상보적 관계에서의 하모니가 지향되어야 한다. 다만, 스스로의 '국민성'의 결함을 자각한다면, 교육 등을 통해 변하는 노력을 해야한다.

(3) 단계론

전후 일본의 법률학에서 유력했던 법의 발전단계론은 마르크스주의적 방법(사적유물론)에 많든 적든 의거하여, 사회의 토대인 경제적 여러 관계・제도의 발전단계에 대응하여 법의 변화를 고찰하는 방법이었다. 특히 자본주의사회에 대해 시민혁명기, 산업자본주의단계, 독점자본주의단계 및 국가독점자본주의단계(가장 후자의 단계성에 대해서

는 경제학에서 논쟁이 있었다)에 상응하여 법체계・법규범의 방법, 법의 기능 등이 단계를 계획하고 변화를 달성하는 것이 분석되고 논해졌다. 또한, 이러한 자본주의의 역사적 단계적 변화를 전제로 하면서, 보다 추상화된 카테고리로서, 근대법 현대법, 시민법 사회법 등이 법의 발전단계에 관련하는 개념으로써 이용되고 있다.

이러한 논의・카테고리는 오로지 선진자본주의국가에서 자본주의의 발전과 법의 변화를 대상으로 하는 것으로써, 모든 법질서(내셔널한 단위에서 파악하면 200에 가깝다)를 비교의 시야에 넣고자 하면, 당연히 한정적인 의미 밖에 갖지 않는다. 그 때문에, 예를 들면 아시아의 발전도상국에 대한 법의 역사적 발전을 파악하기 위해서는 다른 카테고리가 구성되지 않으면 안 될 것이다. 다만, 그러한 한정성을 바탕으로 한다면, 자본주의법의 발전단계론은 방법적으로 의미있는 것이라고 생각할 수 있다. 또한, 여기에 제시되어 있는 카테고리는, 대부분의 경우에 이념형으로서 파악되고 있는 것이고, 이 이념형의 도출은 자본주의에 관한 경제이론(마르크스경제학)을 중심으로 한 사회과학이론을 참조하면서, 선진자본주의국가의 역사적 법발전의 실증분석에 기초하여 거기에서의 공통성을 추상화하는 방법으로 이루어진다. 개별대상에 따라 이념형의 추상도를 작게 하여, 예를 들면 '현대법에서의 나치즘형과 뉴딜형'과 같이 '유형'으로 구성하는 것도 생각할 수 있다.

히구치 요이치(樋口陽一)의 비교헌법학은 헌법 현상의 비교를 역사적 단계론적 파악과 연결하는 독특한 방법론을 제시하고 있다. 비교헌법학이란 '여러 외국의 헌법 현상을 비교의 관점에서 대상으로 다루는 과학'인데, 그는 그것을 위한 방법으로서 이론적 유형학과 역사적 유형학을 제시한다. 전자는 헌법 현상의 기능적 분석에 이바지하는 것이고, 후자는 헌법 현상의 역사사회와의 관련 분석에 이바지하는 것이다. 이 역사적 유형학에 대해 또한 보자면, 자본주의헌법의 발전사가 3단계로서 파악되고(①근대시민혁명기, ②근대입헌주의의 확립

기, ③근대입헌주의의 현대적 변용기), 각각의 시기에 헌법 현상의 '역사적 유형'이 ①에 대해서는 프랑스, ②에 대해서는 영국 및 ③에 대해서는 독일을 대상으로 구성된다. 그리고, 이러한 '역사적 유형'이 현대서측민주주의헌법의 비교분석(역사적 및 기능적 분석)의 인증기준으로서의 역할을 완수하는 것이다. 또한 세 가지의 역사적 유형의 성립과 변화를 분석하는 일 그 자체도 헌법현상의 비교가 되는 것이다.

단계론의 동기는 비교 대상이 되는 것의 역사적인 위치와 변화 분석의 필요성을 지시하는 것이고, 단계론적 카테고리는 비교를 위한 중요한 하나의 표식이 될 수 있다. 그것을 성공시키기 위해서는 각종 영역에서 법의 역사적 단계적 변화에 대해 실증작업을 하고, 그것에 기초하여 법 현상의 비교에 도움이 될 수 있는 이념형적 내지 유형적 카테고리를 구성하는 것이 요구된다. 개발체제의 법시스템, 복지국가의 법시스템 혹은 포스트모던의 법시스템 등이 이러한 카테고리로서 구성되는지 아닌지는 앞으로의 중요한 검토과제이다.

제 4 절 비교법 연구의 필요성 - 법문화론과 사회론과의 관계적 측면에서

1. 문제의 제기

Max Weber는 "종교사회학론집"의 첫머리를 장식하는 서언에서, 그 시각을 다음과 같이 설정하고 있다. '근대유럽의 문화세계에서 생을 향수한 자가 보편사적인 제 문제를 다루려고 하는 경우, 그는 필연적으로, ...다음과 같은 문제를 제기할 것이다. 도대체, 어떠한 제 사정의 연쇄가 존재하여 다름아닌 서양이라는 지반에서 또한 거기에서만 보편적인 의의와 타당성을 가지는 발전경향을 취하는 문화 현상이 모습을 나타내게 된 것인가.[30] 반대로 비서양문화권에서는 왜 이러한

30) 大塚久雄譯, Gesammelte Aufsätze zur religionsspziologie 1 (1920).

문화현상이 발생하지 않았을까. 비서양문화권에서 보여지는 '비합리의 진실'이라는 것은, 일고의 가치도 없는 것일가 라는 문제가 제시된다.

다른 한편, Harold Berman의 "법과 혁명"(Law and Revolution:The Formation of the Western Legal Tradition, 1983)에 의하면, '법은 이성 및 의사뿐만 아니라 감정, 직관 및 신의로 흡수되어야만 한다. 바꾸어 말하면, 법이라는 것은 총체적인 사회적 합의를 요하는 것이다'라고 한다. 이 제언은 바로 포스트모던적인 문제제기이다.

1967년 일본의 민법학자이자 법사회학자였던 川島武宜 교수는 "일본인의 법의식"에서 다음과 같은 사회진화론적 문제제기를 하고 있다. 그는 '서유럽의 선진자본주의국가 내지 근대국가의 법전을 모방하여 만들어진 메이지의 근대법전의 장대한 체계와 현실의 국민 생활과의 사이에는 큰 차이가 있었다'고 말한다. 이 차이의 문제는 '"자본주의화" 내지 "공업화" 혹은 "근대화" 등의 단어로 불려지는 경제적・사회적 변화를 경험하고 있는 현대의 많은 사회-특히 아시아와 아프리카 등의 제 사회-가 현재 혹은 가까운 미래에 경험할 문제와 많은 요소를 공통으로 가질 것이다'라고 한다.

전통적인 사회질서와는 이질적인 내용을 가지는 법률을 외국-특히, 선진자본주의사회-에서 받아들인 경우에, 그러한 법률이 담당하는 사회통제의 기능은 무엇인가. 그러한 법률과 당해 사회 사이에 어떠한 상호작용이 성립하고, 그러한 법률과 당해 사회 사이에 어떠한 상호조정과정이 진행되는가(川島武宜). 오늘날에도 또한 전통적인 법관념, 법의식 내지 법의 역할은, 일본인의 사회생활 속에 뿌리깊이 잔존해 있고, '쓰여진 법'과 '사회행동 차원에서의 법'과의 사이에 심각한 갭을 발생시키고 있다.

그러한 갭을 발생시키는 법 이전 재판 이전의 전(前)이해 내지 공동주관을 규정하고 있는 법문화적 요인(법관념, 법의식을 규정한다) 내지 인간유형으로서 어떠한 것을 상정할 수 있을까. 역사적 가치를 담

당하는 우리 법제는 서양화된 법이기는 해도, 서양법이 아닌 것은 아닐까. 만약 그렇다고 한다면, 우리나라의 법은 세계의 법질서 속에서 어떠한 법으로서 평가되어야할 것인가라는 의미에서 비교법연구는 중요성을 차지하고 있다고 보아야 한다.

2. 비교법문화론

(1) 법계론

비교법학에서는 소위 법계론에 대한 분석으로 비교법을 시작하는 경우가 많다. 프랑스의 비교법학의 태두 Rene David는 1950년에 공간한 “비교민사법원론”(Traité élémentaire de droit civil compare)에서, 이데올로기적 기준(철학적 초, 정의의 관념)을 핵심으로 하고 제2차적으로 법기술적 기준도 가미하여, 현대세계의 법을 서양법계, 소비에트법계, 이슬람법계, 힌두법계 및 중국법계의 5가지 법계로 분류하고, 일본법을 중국법계로 평가했다. David의 이 분류에서 가장 특징적인 점은, 중국법계, 힌두법계 등의 비서양법과의 대비에서, 대륙법계와 영미법계를 통합하는 ‘서양법’(droit occidental)의 개념을 제창한 점에 있다. 이 분류기준은 법기술적 요소를 종교적 교양・세계관・이데올로기에 종속시키고 있는 점에서, 비교법문화론적 접근을 시사한다고 할 수 있다.

Rene David 제2판이라고 할 수 있는 “현대의 주요한 법계”(Les grands systèmes de droit contemporains)(1964)의 서론에서, 비교법연구의 기초적 시각을 다음과 같이 설명한다. ‘법학을 한나라의 국경내에 가두어 두려고 하고 외국의 사상과 경험을 도외시하고, 이것을 서술하거나 또는 발전시키자고 주장하는 것은, 법률가에게 있어서는 지식과 행동의 가능성을 모두 제한하는 결과를 초래한다. 역사학과 경제학, 정치학 혹은 사회학과 마찬가지로, 법학도 사회과학으로서는 단순한 국내

적 시각에서는 충분한 연구가 불가능하다. 법학상의 내셔널리즘은 진정한 학문정신과는 맞지 않는다. 그것은 자국법의 발전과 적용에 있어서조차 빈곤화를 초래하여 위험하다'고 법 및 법학의 연구를 국경을 넘어 글로벌화할 필요성을 설명하는 David의 견해는 법을 한 법주체의 문화의 일환으로써 종합적이고 체계적으로 비교해야함을 강조하는 비교법문화론적 시각를 제공하는 것이라 할 수 있을 것이다.

세계의 제 법체계를 가능한 한 넓고 깊게 연구하기 위해서는, 유사한 법을 famille(가족)으로 하여 하나의 군(群) 내지 그룹으로 정리하고 이것들을 상호 비교하는 것이 바람직하다. 거기에서 이 '법족'(famille de droits)의 개념을 분류기준으로 하여, 세계의 주요한 법체계가 복수의 군 내지 그룹으로 분류되게 된다. 로만게르만법족[대륙법계](제7장), 커먼로법족[영미법계](제8장), 사회주의법족 및 종교적・전통적법족이 그것이다. 우리나라 법은 제4의 분류의 하나인 극동법으로 평가되어 있다. 그러나 '서양법'의 개념을 부정한 것은 아닌데, 종교적・세계관적・이데올로기적 요소와 법기술적 요소를 동렬에 두고, 더구나, 비서양법을 '종교적・전통적법족'에 일괄분류하고 있는 점에서, 비교법문화론으로서는 문제가 남고 전자에 비해 일보 후진이라는 생각을 피할 수 없다. 그렇다고 해도, 그의 법문화론적 접근방식이 종래의 법해석중심의 비교법에서 크게 진전한 것이라는 것은 의심의 여지가 없다.

(2) 기초법학으로서의 비교법

독일의 비교법학자 K.Zweigert도 "법비교입문-사법의 영역에서의"의 총론(Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht)(1971)을, H. Kötz와 공저 형태로 세상에 문제를 제기했다. Zweigert에 의하면, 비교법의 기본적 기능은 인식에 있는데, 그것과 함께 사회적 분쟁의 방지를 해결하기 위한 모델의 탐구라는 면이 있다. 전자는 기초법학적 발상에 기초하는 것이고, 후자는 법해석학적 실천에 기인한

것이라고 할 수 있다. 계약에서 예를 취하면, 서양사회와 비서양사회에서는 계약관념이 기본적으로 다르기 때문에, 이러한 관념의 공통적 핵심과 차이점이 비교의 중심이 될 것이지만, 본교에서는 법관념의 비교라기보다는 법체계의 비교에 의해 중점을 두고 있다고 할 수 있다.

Zweigert는 법체계의 스타일(양식)을 명확하게 하는 것을 목적으로 하고, '법질서의 역사적 발전' '법적사고방법' '특징적인 법제도' '법원과 해석' '이데올로기'를 5가지의 '양식형성요소'(stilprägende Faktoren)로서 들고, 세계의 법질서를 로마법권, 독일법권, 스칸디나비아법권, 커먼로법권, 사회주의법권, 기타 법권(극동법권, 이슬람법권, 힌두법권)으로 분류했다. Zweigert에 의하면, 서양법의 '법적 사고방법'(법관념)은 Kampf ums Recht(권리를 위한 투쟁)에 기초하고 있는데 비해, 극동법은 이와 180도 대조적인 사고방식에 입각하고 있다고 한다. 이 양자의 차이는, 유목민형 문화와 농경민형문화라는 2대문화에 기초하는 동서의 2대 기본사고유형에 연결될 가능성도 있다. 그러나, Zweigert는, 이러한 비교법문화론적인 문제의식을 가지면서도, 다른 한편으로는 법제도론 내지 법체계론적 분석을 보다 중시하고, 그 때문에 전자를 충분히 전개하지 않았던 것으로 생각된다. 그의 분류는, 분류기준이 다원적이 된 점은 평가되고 있지만, 여전히 유럽중심적이고, 미크로적인 실정법적 접근이 기본을 이루고 있고, 약간 나열적인 생각을 벗어나지 못하는 점이 비판의 대상이 되어 있다. 비교법문화론적 시점에서 보면, 이 비서양법문화에 대한 사물의 시각 자체가 문제가 될 것이다. 거기에서는, 서양적 법제도론에 입각한 법권의 비교가 어느 정도의 학문적 의미를 가질 수 있는가 라는 기본적 의문이 나타나게 될 것이다.

(3) 법질서에 대한 형태학적 분석

Zweigert가 주로 실정법지향적 경향이 강한 것에 비해, Léontin-Jean Constantinesco는 법학에서의 코페르니쿠스적 전환을 비교법을 수단적

측면에서 보아 1971년에 “법비교-비교법입문”(Rechtsvergleichung: Einführung in die Rechtsvergleichung)을 세상에 내놓고, 모든 법질서의 형태학적 특성의 해명을 시도한다. Constantinesco는, Zweigert의 미크로적인 양식형성요소를 심히 비판한 다음, 거시적인 관점에서 제 법질서의 구조와 각각의 법질서에 개성을 부여하는 ‘규정적 요소’(determinierende Elemente)를 분명히 할 필요를 설명하고, ‘법의 관념과 법의 역할’ ‘이데올로기와 교조’ ‘사회적・경제적・정치적・역사적 현실(여건)과 법규범(구성)과의 관계’ ‘경제적 구조’‘국가의 관념과 역할’ ‘시민의 기본권’ ‘법원과 그 단계 구조’ ‘법해석 및 재판관의 지위와 역할’ ‘법적 제개념 및 기본적 법카테고리’를 규정적 요소로서 들고 있다. 그의 구체적인 법권분류는 저자의 타계와 함께 미완으로 끝났지만, 공법을 포함한 포괄적인 법문화적 접근을 시도하고 있다는 점에서, 비교법문화론으로서는 Zweigert를 넘는 것이 있다고 할 수 있다.

서양법화된 법이기는 해도 서양법 그 자체는 아닌 ‘우리나라 법’을 ‘세계의 법체계 속에서 어떠한 법으로서 평가되어야할 것인가’라는 연구를 진행하면서, ‘서양법문화권-영미법계-미국법족’과 ‘북동아시아법문화권-동아시아법계-일본 · 한국 법족’의 분류기준에 의거한 비교법분석을 시도하고 있다.

제 3 장 비교방법에 대한 검토

거의 모든 학문의 연구에서 비교의 방법은 중요한 탐구수단으로 이용되었고, 인류의 지적발달사와 모든 법률분야의 판단 부분에서 '비교(comparison)'는 매우 중요한 수단이었다.[31] 그러나 일정한 사안에 대한 비교를 수행하는 방법 중에는 잘못된 방법으로 접근하는 경우가 있고, 특히 비교법 연구에 있어서는 비교의 방법이 어떻게 이루어져야 하는가는 매우 중요한 기초연구라 할 수 있다. 따라서 본장에서는 현재 논의되고 있는 일반적인 비교 방법(the comparative method)에 대한 설명에 관해서 검토하고, 일상으로 통용되는 비교방법 중 쉽게 범할 수 있는 오류에 대해서 검토하고, 그 오류에 대한 새로운 방법을 모색해 보기로 한다.

제 1 절 비교의 의의 및 중요성

1. 비교의 의의

앞에서도 살펴보았듯이 '비교'는 인간의 모든 생활 부분과 지적 발달사에서 이루어지고 있다. 일상생활 속에서도 우리는 컴퓨터 게임, 음악 등을 선택할 때 항상 다른 동종의 상품과 비교하는 습관을 갖고 있다. 법제도를 비롯한 다른 분야의 연구에 있어서도 항상 비교는 행하여지고 있고, 이러한 비교방법을 통하여 선택과 지침을 얻는 경우가 많다. 비교의 기능에 대해서 Vivian Surna교수는 "자아에 있어서 비교의 기능은 중요한 관심사항이다"라고 언급하면서, 비교는 자아와 자신의 경험 측면이 인식되지 않은 측면에서 수행되어야지만, 자신이 연구하고 선택하는 분야가 올바른 방향으로 이루어질 수 있다는 점을

31) Hiran E. Chodosh, *Comparisons, Comparing Comparisons: In Search of Methodology*, 84 Iowa L. Rev. 1025, at 1032 (1999).

강조하고 있다.[32] 다시말해서, 우리의 일상 생활과 학문 탐구에 있어서 '비교(comparison)'는 지침(guidance)과 정당성(justification)을 제공한다고 할 수 있다. 비교 방법은 또한 인간의 지적 능력과 판단 능력의 발달에 있어서 불가결한 요소라 할 수 있다.[33] 또한 연구에 있어서 나타나는 이해, 비평, 그리고 판단과 분석은 모두 깊이 살펴보면 비교의 영역에 있다고 말할 수 있다.[34] 비교의 전개는 우리가 분석하고자 하는 분야의 현황과 그리고 우리가 연구에 있어서 얻고자 하는 목표 내지는 당위성을 구별하는 중요한 수단이 되기도 한다.[35] 그리고 우리가 일상적으로 내리는 결정은 불완전한 대체수단에 대한 '비교'를 통해 이루어지는 경우가 많고,[36] 인지된 사실과 미지의 사실, 현실과 이상, 그리고 현재 상태와 장래의 변화에 관한 분류 판단은 모두 비교의 과정을 통해 이루어진다.[37]

많은 법사학자들은 이러한 이유에서 비교방법을 예전부터 이용해왔고,[38] 현재 많은 법학자들과 주석자들은 법률 분석과 해석에 있어서 비교의 방법을 사용하는 경향이 증가하고 있다. 예를 들어, 준거법의 선택과 같이 특정법을 선택해야 하는 경우, 절차법의 입안계획, 법체제에 대한 분석, 또는 공기관과 사기관에 대한 권한의 위임과 같은

32) Vivian G. Curran, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, 46 Am. J. Comp. L. 43, at 43 (1998).

33) *See* Douglas R. Hofstadter, Godel, Escher, Bach: An Internal Golden Braid, at 26(1970).

34) *See* Curran, *supra* note 32, at 47.

35) John Henry Merryman, *Comparative Law and Scientific Explanation, in* Law in the Unithed States of America in Social and Technological Perspective, at 84(John N. Hazard & Wenceslas J. Wagner eds., 1974): Merryman교수는 논문에서 현재의 현황을 "*is*"로 표현하고 있으며, 당위성의 부분을 "*ought*"로 표현하고 있다.

36) *See generally* Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in* Law, Economixs and Public Policy, at ix(1994).

37) *See* Merryman, *supra* note 35, at 81-82.

38) Konrad Zweigert & Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law: the Framework, at 7 (1977).

법제를 입안하고 계획하는 과정에서 비교의 방법은 필수적인 방법이 되고 있다.[39] 즉 이러한 비교방법을 통한 분석과 연구는 법발전에 있어서 결정적인 중요한 구조를 형성하며, 그 과정 역시도 반드시 요구되는 사항으로 간주되고 있다.[40]

오늘날에는 단순한 국내문제에 대한 비교의 관점을 넘어, 국가간 교류의 활성화 그리고 지역간의 충돌로 인해서 다른 국가의 법 규정·입법절차와 기구에 대한 비교 연구의 필요성이 증가하고 있다.[41] 이러한 비교연구는 비교법에 대한 이해, 법 개혁 작업, 그리고 국제사회의 통일화 추세의 목표를 수행하는데 중요한 역할을 하고 있다. 특히 본질적인 부분에서 차이가 나는 국가 또는 문화에 대한 상호작용은 자신들의 문화와 제도를 비교하여 삭제해야 하는 것은 무엇이며 그리고 보호해야 하는 제도와 문화는 무엇인가에 대한 어려운 문제가 제기되는 결과를 초래하기도 한다. 그 예로 미국에서 결정난 흥미있는 판례가 있다[42]:

아프가니스탄의 망명자로서 미국에 체류하고 있는 망명자가 자신의 아들의 성기에 입맞춤을 하여 아동 성폭력(gross sexual assault)으로 기소된 아버지에 대한 사건에서 재판부는 이러한 행위는 미국 사회에서는 용납될 수 없는 명백한 범죄행위이지만, 피고인 모국의 문화적 관습에 따르면 자식에 대한 사랑의 표현이기 때문에, 그 행위는 문화적 관습으로 받아들여져야 하며 피해 당사자인 아들은 어떠한 신체적 해를 입지 않았기 때문에 무죄로 판시한다는 내용의 판결이 있다.

---

39) *See generally* Leopold Pospisil, Anthropology of Law: A Comparative Theory, at 39-96 (2d. ed. 1992).

40) Chodosh, *supra* note 31, at 1036.

41) Oscar G. Chase, *Legal Processed and National Culture*, 5 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 1, at 1-2(1997).

42) *State v. Kargar*, 679 A. 2d 81 (Me. 1996).

비교법 분야에서 서구 외국에서 중요하게 연구한 분야는 사법부가 어떻게 하면 제도적으로 더 독립된 기능과 역할을 담당할 수 있는가에 대한 부분[43]과 절차법의 수동적 성격을 극복하는 부분이었다.[44] 더욱이 비교법 연구의 중요성이 강조되는 부분은 국제 사건에 있어서 재판관과 소송 대리인이 국내 사건에 국제법을 어떻게 적용시킬 것이가하는 부분이 중요한 관심사항으로 떠오르고 있다.[45] 국제법 전문가들은 국제사건과 분쟁에 있어서 사건 해결의 원활화를 위해서 국가와 특정 지역, 그리고 국제기구에 위임되는 권한의 범위를 합리적으로 재조정하는 방법에 대해 현재 많은 연구를 진행하고 있다.[46] 또한 국제 사건에 있어서 많은 법률 전문가들은 국가가 '왜', '어떻게' 국제법을 준수해야 하는 지에 대한 당위적 근거를 찾기 위해 노력하고 있다.[47] 이러한 국제법 학자들과 실무가들의 국제법 적용을 확대시키려는 노력은 전통적인 국가의 범위에서 논의되던 국제법·국제기구에 큰 영향을 미치게 된다.

---

43) John Henry Merrymann, *How others do it: The French and German Judiciaries*, 61 S. Cal. L. Rev. 1865(1988).

44) John H. Langbein, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, 43 Am. J. Comp. L. 545 (1995); Ernst C. Stiefel & James R. Maxeiner, *Civil Justice Reform in the United States - Oppotunity for Learning from 'Civilized' European Procedure Instead of Continued Isolation*, 42 Am. J. Comp. L. 147(1994).

45) Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation,* 66 Fordham L. Rev. 319, at 320(1997) (본 논문에서 저자들은 미국 법원에서 국제인권소송을 다루는 것에 대한 합법성에 대해서 설명하고 있다); Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position,* 110 Harv. L. Rev. 815 (1997) (앞의 논문과 같은 저자인 Bradley교수와 Goldsmith교수는 본 논문에서 미국 국내 법원에 제기된 국제사건에 미국 연방법을 적용하는 것에 대한 비판적 시각을 언급하고 있다); Harold Hongju Koh, *Is International Law Really State Law?*, 111 Harv. L. Rev. 1824, at 1826-27(1998) (Koh교수는 앞의 Bradley교수와 Goldsmith교수의 연방법 적용에 대한 반대 의견에 대해 비판하면서, 연방법도 미국 법원에서 제기된 사건에서는 적용될 수 있다는 논리를 전개하고 있다).

46) Joel P. Trachtman, *Introduction: Toward Comparative Analysis of Institutions for International Economic Integration,* 17 Nw. J. Int'l L. & Bus. 351, at 351 (1997).

47) Jose A. Alvarez, *Why Nations Behave,* 19 Mich. J. Int'l L. 303, at 303 (1998).

2. 비교의 중요성

다양한 범위에서 이루어지고 있는 비교방법에 대한 중요성을 설명하는 것은 쉽지 않은 문제이다. 그리고 법학적 사고에 있어서 비교방법의 중요성을 구체적으로 설명하는 것 또한 많은 논리적 타당성의 문제에 직면하게 된다. 그러나 우리가 생각해보아야 할 사항은 그럼 "의사결정을 해야하는 경우에 있어서 우리는 어떠한 사항을 논리전개에 포함시켜야만 하는가?[48]" 그리고 "사법제도 조직 개편에 있어서 어떠한 형태가 충분한 사법부의 독립을 보장할 수 있는가?"라는 문제에 부딪쳤을 때 우리는 어떠한 연구 방법으로 가장 합리적인 답을 내놓을 수 있을가? 또한 국제법 문제에서 소위 말하는 "불량국가(rogue states)"를 국제무대에서 무슨 근거로 배제시킬 것인가[49] 하는 문제에 대해서 우리는 어떠한 이론적 구성을 할 것인가라는 기본적인 문제에 봉착하게 된다. 이러한 의문들에 대한 판단시에 우리는 선택할 수 있는 여러 가지 경우들을 비교 방법에 의한 이해에 기초하여 판단하는 경우가 많다. 결과적으로, 의사결정권자(decision-makers)는 분석된 비교가 설득력 있게 그 목적에 부합하는가를 반드시 고려해야 하며, 반대되는 제도와 의견을 정확하게 분석했는가를 신중하게 검토해야 한다.[50]

비교의 외형적인 중요성도 반드시 인지되어야 하는 사실이지만, 또한 다양한 영역에서의 비교 방법을 인지하는 것은 비교의 절차적 측면 고찰에 대한 필요성을 증가시킨다.[51] 비교가 진행되는 절차적 측

48) A.B.A. Report, *An Independent Judiciary,* 1997 A.B.A. Comm. on Separation of Powers & Jud, Independence Rep.(본 A.B.A.보고서는 Chodosh교수의 앞의 각주 2번 논문 1039면에서 재인용).

49) *See* Cuban Liberty and Democratic Solidarity [Libertad] Act, 22 U.S.C.A §§6021-6091 (West Supp. 1999) (본 법률에서는 쿠바 정부가 미국 국민으로부터 착취한 재산을 미국 회사가 매입하는 것에 대해서 미국 회사를 형사상 책임을 물어 기소할 수 있는 근거를 규정하고 있다).

50) Chodosh, *supra* note 1, at 1039.

51) *Id.*

면을 고찰하는 것은 정확한 비교를 위한 수단적인 측면이 있기도 하지만, 절차적인 면을 강조하면 분석에 장애가 되는 결과도 초래할 수 있다. 그러나 비교방법에 대한 내면적 고찰은 뚜렷한 비교 관점에서 분석의 건전성을 기초로 정확한 판단을 내려야 하는 의사결정권자와 주석자들에게는 좋은 안내서가 된다. 이러한 방법적 부분에 대한 연구는 연구자가 선택한 방향성에 대한 정당성과 타당성의 근거를 제공한다고 할 수 있다. 자신들의 방법론을 언급하지 않은 상태에서 의사결정권자와 주석자들이 특정 법률비교를 채택 또는 거부한 경우에는 그 연구와 분석의 타당성을 주장하기가 어렵다. 즉, 방법론적인 측면에서의 분석은 추상적인 비교법 연구를 좀 더 현실적인 방향으로 유도하는 유용한 수단이 될 수 있으며, 연구자의 분석내용에 대한 논거를 제시하는 설명적 수단의 기능을 한다.[52]

이렇듯 좀 더 포괄적인 비교방법 이해에 대해서 잠재적 가치가 부여된다면, 많은 법률분야에서 진행되고 있는 비교법 연구가 기초적인 방법론적 난관과 개념적 정의 빈곤 현상을 사실적으로 소개하는 기능을 담당할 수 있을 것이다. 또한 비교법 연구를 통해서 얻고자 하는 법제간의 결정적인 차이점과 유사성의 확인은 비교 방법론을 통한 접근에서 달성될 수 있다.[53]

제 2 절 비교방법의 부적절성에 대한 논의

우리가 흔히 “비교 방법(the comparative method)”을 언급하면서 같은 범주에서 논의하는 것은 비교법에 대한 것이다. 비교법은 법학이라는 학문의 범위내에서 비교라는 명백한 방법을 통해 연구・분석하는 법

52) Ronald Coffey, Interventions in Securities Decisionmaking: Methodology and Analytics, at 1(본 Coffey교수의 견해는 출판되지 않은 자료여서, 본장의 각주 1번의 Chodosh 교수의 논문 1040면에서 재인용하였다).

53) Curran, *supra* note 2, at 44.

률 원칙을 말한다.[54] 우리는 법학을 연구하거나 또는 법제를 분석할 때 비교의 수단을 통해 해당 법률분야의 목적과 내용등과 같은 근본적인 문제에 접근한다.[55] 이렇듯 다른 제도 또는 역사 속의 변천과정에 대한 연구에 있어서 이용되는 비교방법은 어떠한 방법이 올바른 연구를 위하여 필요한지에 대해서는 설명을 하지 못하고 있다. 즉, 어떠한 비교방법이 분석을 위해서 필요한지에 대해서는 정확한 답변을 하지 못하고, 단지 의문과 필요성에 대한 추상적인 답변만을 하고 있을 뿐이다.[56] 비교방법의 추상성에 대한 의문은 단지 그 필요성에 대한 언급에서만 끝나는 것이 아니라, "비교 방법(the comparative method)"에 대한 논의는 우리가 일반적으로 알고 있는 단순한 "비교(mere comparison)" 이상의 무언가를 포함하고 있는가라는 의문과 법제 비교에 의해 우리가 궁극적으로 얻고자 하는 것이 무엇인가라는 궁극적인 문제가 제기된다. 또한 비교를 위하여 정확하게 선택해야 하는 것은 무엇인가, 왜 특정한 구별기준 또는 변동 요소를 선택해야하는가, 그리고 수행된 비교 결과를 어떠한 기준에 의해 이성적으로 평가할 것인가, 마지막으로 도출된 결과가 연구자의 의도한 방향으로 만족할만한 근거를 제시하고 있는가와 같은 미시적인 의문이 제기된다.

우리가 말하는 '비교방법(the comparative method)'은 흔히 '비교(comparison)'와 동일한 것으로 판단되고 있다. 그러나 많은 학자들은 연구에서 이용되는 비교방법과 일반적인 비교는 그 목적과 내용에 있어서 일치하지 않는다고 주장하고 있다.[57] 또한 대부분의 학자들은 자신들

54) *See generally* William Baxter, *Choice of Law, and the Federal System,* 16 Stan. L. Rev. 1, at 1(1963).

55) Friedrich K. Juenger, *American Jurisdiction: A Story of Comparative Neglect,* 65 U. Colo. L. Rev. 1, at 1(1993).

56) Hiran E. Chodosh, *Egyptian Civil Justice Process Modernization: A Functional and Systemic Approach,* 17 Mich. J. Int'l L. 865, at 879-90(1995).

57) William Ewald, *Comparative Jurisprudence: What Was It Like to Try a Rat?,* 143 U. Pa. L. Rev. 1889, at 1896(1995).

의 연구에서 외국 법제 또는 구법의 비교분석을 이용하고 있지만, 소수의 학자들만이 비교 연구 수행 이유를 명시하고 있다.[58] 실제로 비교 방법에 대한 개념 정의가 연구의 "출발점(a point of departure)"이 된 경우에도, 비교학자들은 비교 방법에 대한 개념 정의 부분에 부정적인 시각을 보이고 있다.[59] 몇몇 비교론자들 (comparatists)은 비교기능은 비교법 연구에 수반되는 부수적인 요소이기 때문에 비교 방법을 논의하는 것은 무의하다고 주장[60]하면서, 비교방법 논의 회피에 대하여 정당성을 부여하고 있다.

1. 비교방법 분석의 회피

(1) 유사성에 대한 비교의 한계

많은 학자들은 일반적인 방법론적인 언급을 회피하는 경향이 많고, 비교법 부분에서 Lawson교수와 Watson교수는 "비교법 연구는 시스템화되는 것이 거의 불가능하다"는 점을 강조하면서 회피론에 대한 일반론적 논거를 제시하였다.[61]

---

58) Eric Stein, *Uses, Misuses - And Nonuses of Comparative Law,* 72 Nw. U. L. Rev. 198, at 198 (1977) (Stein 교수는 입법 연구자와 실무가들이 독일법을 입법 목적에 맞게 비교 대상으로 삼으면서 비교 방법을 어떻게 채택했는가에 대한 의문을 제시하였다); Andrew Huxley, *Golden Yoke; Silken Text,* 106 Yale L.J. 1885, at 1924 (1997) (Huxley교수는 비교법 연구의 결론은 연구자의 비교대상 선택에 의해 사전에 결론지어진다는 견해를 설명하고 있다).

59) C.N. Kakouris, *Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities,* 6 Pace Int'l L. Rev. 267, at 268 n.3, 282-83(1994); Chodosh, *supra* note 1, at 1043 (현재 발간된 많은 사회과학 논문과 연구자료에서 조차도 비교 기능에 대한 실질적인 논의를 거의 전개하지 않고 있고, 대부분의 비교학자들과 국제법 전문가들 역시도 비교 방법에 대해서 설명하는 것을 꺼리고 있다. 단지 몇몇 학자들만 일반적인 의구심만 제시하고 있을 뿐, 자신들의 연구에서 사용된 비교방법에 대한 전반적인 개관을 설명하는 학자는 찾아보기 힘들다. 이러한 선행연구의 부족은 학문을 시작하는 학생들과 법제를 연구하는 많은 실무가들이 방향성에서 많은 어려움을 겪게되는 결과를 초래하고 있다.

60) Merryman, *Supra* note 5, at 82.

61) Alan Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, at 11(2d ed. 1993).

비교법 연구에 대한 기초적 연구를 많이 진행한 Gutteridge교수는 자신의 책인 “Comparative Law”에서 비교 절차에 대한 견해를 전개하고 있다.[62] Gutteridge교수는 법제의 비교를 유효한 논거로 포함시키기 위해서는 심층적 연구가 필요하지만, 이러한 비교 연구를 수행하는 데에는 비교 대상의 기초 자료 확인과 같은 심각한 장애요소가 많다는 점에 주목하였다. Gutteridge교수는 비교법의 기술적인 연구전략을 제시했다는 점에서 비교법 연구 방법론의 체계적인 이론적 접근을 가능하게 했다. 그러나 Gutteridge교수는 과정적 측면의 비교 연구를 분석하지 않고, 대신에 단계적인 측면으로 각 사회를 구분하여 “동등한 법률적・정치적・경제적 발전단계에 있는 국가 또는 사회”의 시스템 부분의 “유사성(like with like[63])” 비교에 대한 필요성만을 언급하고 있다. 그러나 Gutteridge교수는 유사성(likeness or sameness)을 출발점으로 삼는 방법에 대해서는 간과하고 있고, 유사성을 갖고 있는 여러 현상들 중에 존재하는 차이점에 대한 분석을 간과했다는 약점을 갖고 있다. 즉, 비교법 연구의 목적 중 중요한 하나는 본질적인 부분에서 차이가 나는 다른 제도와 문화를 비교하여 시사점을 도출하는 것인데, Gutteridge교수는 유사성만을 비교하면서 이질 또는 이종의 시스템에 대한 비교분석을 설명하지 못하고 있다.

(2) 비교목적의 불명확성

Gutteridge교수 이후 비교법 기초 분야연구를 진척시키고 있는 Schlesinger・Baade・Herzog・Wise교수는 “비교법은 방법론적인 측면에서 법률 문제, 법제도와 같은 전체적인 법률시스템을 조망하는 것”이라고 설명하고 있다.[64] 위의 저자들은 비교법 연구를 재판과 입법에 있어서

62) H.C. Gutteridge, Comparative Law, at 72-87(1946) (Gutteridge교수의 책은 참고가 불가능하여 Chodosh교수의 논문(앞의 각주 1번) 1044면에서 재인용하였다).

63) *Id.,* at 73.

64) Rudolf B. Schlesinger et al., Comparative Law: Cases, Text, Materials, at 2(6th ed.

외국 사례를 적용하는 측면에서 검토하고 있다.[65] 그러나 많은 학자들도 비교법의 본질적인 접근방법에 대한 자료 부족과 외국법 연구에 대한 현실적인 한계로 인해서 독특한 방법을 시도한 것은 아니었다. 즉, 매우 제한적인 범위를 한정하여 자신들의 연구를 진행하기 위한 수단으로 비교법을 연구했다고 할 수 있다. 예를 들어, Merryman 교수는 비교법 연구를 수행하는 목적을 외국의 전통과 비교하여 공통점을 찾는 방법으로 접근하였다.[66] 또한 cappelletti교수는 사회적으로 중요한 문제를 해결하기 위한 목적으로 다른 제도등을 비교하는 방법을 취하였다.[67] 그러나 기존 연구들 역시도 다른 제도와 사회구조를 비교하는 목적과 방법을 적시하지는 못하고 있다.[68] 이렇듯 비교법학에 있어서 선도적 역할을 수행한 연구에서 조차도 비교 방법을 명확하게 표현하는 것을 회피하고 있기 때문에, 내재되어 있는 연구 방법을 유추하는 것은 연구 결과에 한정되어서 검토될 수밖에 없다.

(3) 과학적 가설방법의 접근으로서 비교

많은 비교법 연구와 학자들의 논의에서는 일관되게 방법론 고찰의 필요성을 제기하고 있지만, 그 필요성을 연구로 전개시키는 것에 대해서는 매우 회의적인 입장을 보이고 있다. 또한 일반적인 방법론에 대한 고찰까지는 아니더라도, 비교 연구에는 오해 비교를 시도하는지, 또는 왜 특정 부분에는 비교의 방법을 사용하지 않는지에 대해서 반드시 밝혀야 하지만, 구체적 주제에 접근하는 연구에서 조차도 이러한 회피의 목적을 적시하지 않고 있다.[69]

1998).

65) *Id.,* at 21-52.

66) John Henry Merryman, The Civil Law Tradition (2d ed. 1994).

67) Maurio Capelletti, The Judicial Progress in Comparative Perspective (1989).

68) Rene David & John E.C. Brierley, Major Legal Systems in the World Today: In Introduction to the Comparative Study of Law (3rd ed. 1985).

69) Eric Stein, Uses, Misuses - And Nonuses of Comparative Law, 72 Nw. U. L. Rev.

입법자들은 법제정을 위해 외국의 법제를 비교하는 방법을 선택하여 자신의 국가에 맞는 입법 방향을 설정한다. 그러나 그 입법안에 외국의 제도를 어떻게 비교했는지에 대한 설명보다는, 외국에 있어서 그 법을 어떻게 법원이 적용했는가에 대한 의문만을 제기하면서 결론을 내리는 경우가 많다. 즉 입법 방향만을 설정한 상태에서 비교 방법에 대한 시스템적인 접근에 대해서는 회피하고 있다.[70]

비교에 대한 과학적 접근 방법 중의 하나가 가설의 구성과 실험을 위한 비교 접근이다. 그러나 거의 모든 연구 영역에서 방법에 대한 부분은 그 답으로서 의문만을 제시하는 것으로서 끝나는 경우가 많다. 이러한 이유로 인해서 독자들은 때로는 순간적인 오류 내지는 논리전개의 공백에 빠지는 경우가 많다. 즉, 연구자와 집필자가 말하려는 결론에 도달하기 전에, 논리적으로 잠시나마 혼동에 빠지는 경우가 발생한다는 것이다.[71] 이러한 문제점이 있는 것을 많은 과학자와 연구자들도 알고 있지만, 자신들이 연구방법에 대한 명확한 기준을 제시하지 못하고 있는 것이 현실이다. 더욱이 비교의 방법으로 수행되고 있는 연구들 중에는 다른 학문의 영역과 비교하는 경우에도 그 차이점을 언급하지 않거나, 채택된 비교 대상과 회피된 비교 대상에 대한 설명을 언급하지 않고 결론으로 도출하는 경우가 있다. 이러한 경우에 일반 독자들은 문화의 차이와 같은 정당화된 회피 목적을 알지 못하기 때문에, 논리의 오류를 제시할 가능성이 있다.

다시 말해서, 비교 방법은 과학적 분석에서 시도하는 가설과 그 입증이라는 형식적 과정과는 많이 다른 영역을 구축하고 있는 분야이고, 과학적 분석 방법과 비교 방법을 같은 맥락에서 파악하여 설명하는 것은 결과에 대한 데이터 분석과 자세한 내용 분석을 정확하게 설명하지 못하게 된다.

198, at 209-10 (1977).

70) *Id.,* at 215.

71) Mary Ann Glendion et al., Comparative Legal Traditions, at 11-12 (2d ed. 1994).

결론적으로 가설을 설정하여 그 입증을 시도하는 방법을 비교의 방법과 같이 보는 것은 시스템과 기법의 테두리를 정확히 고찰하지 못하는 오류를 범할 수 있고,[72] 수용한 법제와 거부한 법제를 정확하게 파악하지 못하는 한계에 직면하게 된다.

2. 정당화될 수 있는 비교 방법 분석의 회피

비교 방법을 명확하게 언급하지 않고 분석하는 연구접근 방법은 위에서 언급한데로 결론에 도달하는 과정의 논리적 공백을 불러올 수 있는 부분이기 때문에, 많은 연구자가 유념해야 하는 부분이다. 그러나 때로는 비교 방법을 적시하는 것이 논리 전개에 장애가 될 수 있고, 그러한 경우에는 단순한 비교와 소개로 정리하는 것이 더 좋은 방법이라는 분석도 생각해볼 필요가 있다.

이러한 비교방법 분석의 회피는 연구자의 연구 방법을 부분적으로 정당화시키는 기능을 수행한다고 할 수 있다. 비교 방법 분석회피를 정당화시키는 견해로는 실질적이고 구체적인 비교방법이 존재하는가라는 의문에서 시작하고 있다. 회피 정당화 논의는 비교에 대한 가치 자체를 부정하는 것은 아니지만, 비교는 단지 부수적인 연구 방법 또는 현상일 뿐이고, 실제로 진정한 의미에서 비교와 분석이 이루어지는 것은 매우 드물다는 것이다.[73] 오히려 비교, 특히 비교 법학에서의 비교는 서술적인 설명의 한 부분으로 보는 것이 좀 더 정확한 표현이라고 볼 수 있다는 주장도 제기되고 있다.[74] 그 근거는 비교에 의한 설명은 독자들의 이해를 증진하기 위한 기술적 설명에 불과하다는 것이며,[75] 외국 제도와 법에 대한 연구는 외국 관련 문제를 해결하기 위한 수단

72) Hirna E. Chodosh, Comparing Comparisons: In Search of Methodology, 84 Iowa L. Rev. 1025, at 1049 (1999).

73) John Henry Merryman et al., The Civil Law Tradition: Europe, Latin, America, and East Asia, at 1 (1994).

74) *Id.*

75) *Id.*

이고, 단지 차이점을 설명하기 위한 부분이기 때문에 방법론적인 고찰은 필요없다는 것이다. 또한 비교 연구는 법과 사회에 대한 차이점을 분석하는 방법이기 때문에, 그 차이점만을 도출할 수 있으면 충분하다고 한다. 그러나, 비교 법학의 중요성을 단지 사실의 설명으로 평가절하 하는 것은 비교의 기능 중 일부를 전체로 확대하여 해석하는 것이 아닌가라는 의문이 제기된다.

3. 부분적 회피

비교를 통해 연구하는 방법은 다양한 분야에서 서로 다른 방법으로 접근되고 있다. 다른 법체계를 분석하는 연구에서 비교 연구는 필수불가결한 요소이다. 그러나 앞에서도 언급했듯이 법률 내지 법학이라는 것은 사회·문화적 요소를 담고 있기 때문에, 비교하는 과정에 이 모든 것을 포함하여 고찰하는 것은 불가능하다. 따라서 많은 비교 연구과정에 자신이 선택한 비교 대상과 방법의 구체적 언급을 피하는 경우가 있는데, 이러한 것을 부분적 회피로 생각해볼 수 있다.

연구에 있어서 그 목적을 명백히 밝히지 못하면 이후 서술되는 과정에 대한 구체적 방향을 제시하지 못하는 결과를 초래할 수 있듯이, 비교를 주로 하는 연구에 있어서, 왜 비교를 하는가에 대한 목적과 방향을 제시하지 못하는 것은 저자가 의도하는 내용 전달에 장애 요소가 될 수 있다. 예를 들어 비교 대상의 선택에 대한 설명 없이 전개되는 분석은 비교 내용을 읽는 독자로 하여금 선입견에 치우치게 하는 경우가 생길 수 있다. 또한 대조되는 요소와 차이점에 대한 상세한 기술 없이는 비교 연구의 목적이 흐려질 수 있다. 그러나 이러한 문제가 모든 비교 연구의 대상에서 발생하는 것은 아니다 라는 것이다. 때로는 해당 사회의 장점만을 분석하여, 그 결과를 도출하는 것도 비교 연구의 대상으로 충분한 가치를 가질 수 있기 때문이다.[76]

76) Hiram E. Chodosh, *Comparing Comparisons: In Search of Methodology*, 84 Iowa L.

부분적 회피현상에 대한 회의론과 연구 목적을 위해서는 부분적 회피도 필요하다는 주장이 서로 맞서고 있다. 하지만, 비교에 대한 원론적 기능을 중시하는 Zweigert와 Kotz교수는 “각 법률체계는 각각 독특한 체계를 갖고 있기 때문에, 시스템 전체에 대한 분석 없는 일부분에 대한 설명은 의미가 없다”고 부분적 회피 정당화 주장을 반박하고 있다.[77]

4. 비교방법론의 필요성에 대한 부정

비교방법론을 논의하는 것은 적절하지 않다는 주장은 다음의 네 가지로 요약될 수 있다. 첫째는 비교 방법은 크게는 학문의 영역별로, 작게는 연구 목적에 따라 차이가 나기 때문에 통일적인 방법이 존재할 수 없다는 것이다. 두 번째는 비교 대상이 다양하기 때문에, 원칙적인 비교 방법이 존재할 수 없다는 것과[78], 세 번째로 비교라는 것은 동전의 앞면과 뒷면이 어디냐에 대한 질문처럼, 항상 반대에 부딪칠 수 있기 때문에, 비교는 실질적으로 불가능하다는 것과, 그리고 네 번째는 비교라는 것은 매우 복잡한 절차와 복합적 분석을 통해서만이 얻어질 수 있는 결과물이기 때문에, 실제로 비교방법이 타당성을 주장하기 힘들다는 것이다.

(1) 비교방법의 보편성에 관한 문제

비교방법의 구체적 기술을 요하는 학자들은 “비교 방법은 이미 각 학문별로 정착되어 있기 때문에, 일정한 기준의 비교를 통해서만 비교연구가 수행될 수 있다”는 주장을 하고 있다.[79] 실제로 이러한 견해

Rev. 1025, at 1050-51 (1999).

77) Konrad Zweigert & Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law: The Framework, at 36 (1977).

78) Hiram E. Chodosh, Comparing Comparisons: In Search of Methodology, 84 Iowa L. Rev. 1025, at 1057 (1999).

79) Arend Lijphart, *Comparative Politics and the Comparative Method,* 65 Am. Pol. Sct. Rev. 682, at 682 (1971).

는 비교 방법은 너무나 근본적인 문제이기 때문에, 그것을 어떻게 수행해야하는가를 논하는 데에 어떠한 이론도 필요 없다는 주장이다.

비교의 통일성에 대한 강조는 부분적으로는 타당한 주장이라 할 수 있다. 첫 번째로, 비교의 중요한 기능 중 하나는 지식과 정보의 습득이다. 유사성과 차이점을 발견하고자 하는 계속적인 노력 중에 우리가 알지 못하는 사실과 개념들이 도출될 것이고, 이 부분이 시사점으로 연결될 것이다. 이러한 견해에 따르면 비교 과정은 포괄적인 것[80] 이고, 본질적으로 자생적인 것이기 때문에, 비교 작업을 통해 상대 제도를 배척하거나 자신의 제도를 세밀하게 구체화시키는 정도를 넘어 일정 부분까지는 비교 과정은 필수적으로 수반되는 과정이라는 것이다. 즉, 비교는 연구에 있어서 항상 수반되는 과정이고, 워낙 보편화되어 있기 때문에 수행된 비교를 다른 대상과 또 비교하여 그 차이점을 끌어내는 작업을 통하여 비교 방법의 타당성을 확인하는 것은 타당하지 않다는 것이다.

(2) 비교 대상의 다양성

비교 대상은 다양하기 때문에, 획일적인 비교방법을 구축하는 것은 올바른 연구방법이 아니라는 주장이 두 번째 비교방법을 부정하는 이유이다.[81] 이 주장은 법을 보는 관점은 매우 다양하다는 측면에서 전개된 이론이다. 즉, 계층적 구조와 질서 속에서 하나의 시스템을 형성하고 있는 법질서와 체계를 한 가지 방법으로만 접근한다는 것은 타당하지 않다는 것이다.[82] 그러나 이러한 다양성을 통해 비교방법을 부정

80) Oscar Lewis, *Comparisons in Cultural Anthropology, in* Reading in Cross-Cultural Methodology 50, at 51 (F.W. Moore ed., 1961).

81) Otto Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject,* 82 L.Q. Rev. 40, at 41 (1966): Florian Miedel, *Is West Germany's 1975 Abortion Decision a Solution to the America Abortion Debate: A Critique of Mary Ann Glendon and Donald Kommers,* 20 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 471, at 510 (1994).

82) Joachim Zekoll, *Kant and Comparative Law: Some Reflections on a Reform Effort,*

하는 견해 역시, 비교를 위한 실무적인 지침을 내놓지는 못하고 있다. 단지 획일적인 기준을 비교방법에 적용하는 것을 부정하는 것이고, 비교법 학자와 연구에 의해 채택된 방법은 그 자체로 정당화될 수 있고 또한 비교 그 자체에 의해 사용된 기법과 목적, 그리고 주제의 정합성 등으로 연구 방법의 타당성만을 얻으면 족하다는 것이다.

(3) 비교 불가능성에 대한 문제

만약 법률 현상들과 연구 과제가 비교 대상으로 적합하지 않거나, 혹은 비교 자체가 불가능한 경우는 여기서 논의하는 비교 방법에 대한 설명은 무의미하다.[83] 이러한 문제 제기는 "비교 방법은 실제로는 어떠한 방법론적 요구가 필요하지 않다[84]"라는 전제에서 출발하였다. 더욱이 비교 연구를 통해 도출된 결과에 대한 비교분석이 불가능한 경우, 비교 방법을 확정하는 것은 본질적으로 적합하지 않고, 그리고 비교 그 자체에 대한 질적 분석이 이루질 수 없다. 다시 말해서, 비교 방법을 확정하는 문제는 법률 현상과 법률 비교가 비교의 대상이 될 수 있는지에 대한 전제적 분석이 선행되어야 한다.

(4) 비교의 복합성에 관한 문제

비교 방법에 대한 부정적인 시각 중의 또 하나는 공식적인 견해 또는 권위를 부여할 수 있는 비교 방법을 가정할 수 없다는 것이다. 즉, 복합적인 문제에 대한 비교에는 많은 어려움이 따르고, 정확한 비교 방법에 대한 명시 없이 비교 분석 결과를 다시 비교하는 것은 위험한 전개과정이 될 수 있다. 비교를 위한 비교 또는 대체적인 비교 방법

70 Tul. L. Rev. 2719, at 2736 (1996).

83) Steven Pinker & Paul Bloom, *Natural Language and Natural Selection, in* The Adapted Mind 451, at 461-62 (Jerome H. Barkow et al. eds., 1992)

84) Alan Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, at 1-2 (2d ed. 1993).

이 존재한다는 견지에서, 비교를 정당화하는 것보다는 비교 그 자체에 영역과 정당성을 인정하는 것이 보다 쉬운 전개방법이다. 예를 들어서, 자동차를 본인의 선택으로 구매한 구매자가 왜 그러한 결론에 도달하게 되었는지에 대해서 질문을 받는다면, 구매자는 안전성 평가, 색상, 안전도와 같은 사항에 대해서 다른 차량과의 비교 방법으로 설명하는 방법밖에는 없을 것이다. 즉, 자신이 비교 선택한 결과를 정당화시키는 논리 전개를 취하기보다는, 단순 비교를 통해서 자신의 선택에 대한 합리성 내지는 정당성을 주장하는 것이 훨씬 편한 방법이 될 수 있다. 여기에서 도출될 수 있는 비교 방법에 대한 부정적인 견해가 바로 비교는 복합적 요인으로 이루어진다는 것과 비교를 정당화시키는 것은 매우 어려운 논리 전개를 요구한다는 것으로 연결된다.

복합성 또는 논리 전개의 복잡성은 비교의 목적 중의 하나인 통일성을 부정하는 논거 중의 하나가 될 수 있다. 왜냐하면, 비교의 방법으로 도출된 결과가 비교의 방법으로 정당화될 수 없다면, 다른 제도를 통일화하는 과정에 적용될 수 없기 때문이다. 즉, 어떠한 비교 방법의 일반론도 비교 결과를 정당화시킬 수 없고, 이론전개 과정에서의 타당성을 도출하는 비교 방법을 제시할 수 없는 문제에 직면하게 된다.

제 4 장 비교분석의 적용

제 1 절 법제의 상이성과 외국법 적용의 문제

1. 유럽대륙과 영국

비교법 연구는 '크고 넓은 세계가 가지고 있는 분위기'를 직접적으로 느낌으로서 사물을 너무 단순화하거나 마치 셀프서비스로 쇼핑을 하는 점포처럼 세계를 법문화적으로 완결한 것으로 간주하는 오류를 범하지 않는 수단이 될 수 있다.

최근에 문제가 되는 기업회계법을 보면, 독일의 기업회계법은 독일 상법전 제264조 제2항 제1문에서 영국의 '진실과 공정의 관념'을 도입하고 있다. 그러나 영국에서는 무엇이 '진실과 공정'에 해당하는 것일까, 잉글랜드에서의 '공정'은 유럽대륙에서의 그것과 완전히 같은 내용을 의미하고 있는 것일까, '공정'의 정의는 세계 어디에서나 변하지 않는 것일까, 그리고 '공정'이라는 어구의 내용을 전혀 변경하지 않고, 이 어구를 다른 문화 사이에서 서로 전환할 수 있는 것일까라는 기본적인 의구심이 생기게 된다. 독일 법률은 자본회사의 연도말 결산서에 '실제 상황에 적합한 모습을 반영하는 것'을 추구하고 있다. 이러한 관점에서 전용이 올바른지 아니면 좀더 '적절한 관점'이 있는 것은 아닐까 하는 의문이 생긴다. 법을 비교하는 사람은 유럽에서조차 스스로가 가지는 기법에 한계가 있는 것을 알고, 거친 바다에 던져지게 되는 것처럼 답답함을 느끼게 된다.

다른 하나의 예로 보험감독법과 회사법을 들 수 있다. 예를 들면 영국법이 규정하고 있는 것처럼 감독 시스템을 채택하는 것으로서 독일의 피보험자, 사원 및 채권자는 충분히 보호받을 수 있을가 라는 문제에 직면한다. 유럽공동체법원은 많은 문제점 가운데 보험법에 관한 부

분에 대해서는 보호받고 있다고 답하고, 회사법에 관한 부분에 대해서는 보호받지 못한다고 대답하고 있다. 이것은 유럽에서 국제회사법상 전통적으로 채택되어 있는 본거지법설이 유럽공동체조약에 정해진 자유이동 원칙을 구속 하고 있기 때문이다.

그러면 우리나라가 유럽을 위한 기준으로 영국법을 채택하지 않는 것은 무엇 때문인가 라는 질문을 받게 되면, 일반적인 대답은 영국법이 유럽의 법과는 상이하기 때문이라고 답할 수밖에 없다. 그러나 영국법이 EU법과 어떤 부분에서 차이가 나는지에 대해서는, 추상적인 답변을 하면서 영국과 유럽대륙과의 사이에는 두바해협이 있다는 식의 회피적인 발언을 하는 경향이 많다. 그러나 유럽의 법적 사고는 해협이 있어서 발생했던 여러 문제를 지금은 이미 극복했다.

영국과 유럽대륙과의 사이에는 공통의 기원으로서의 기독교신앙이라는 강한 구심점이 있고, 영국법을 포함한 유럽법에 공통적인 교회법과 같은 연결고리가 있다. 유럽인은 각 국가의 국민들이 느끼는 것 이상의 유사점을 갖고 있고, 이 유사성은 영국인에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 외견적으로 보아도 유럽에 속하는 많은 국가와 그 국민들은 공통점을 많이 갖고 있다. 그렇다고 해도 영국법이 유럽법의 모델이라고 단정하는 것은 어려운 문제이다.

이러한 방식의 지역별 유사점으로 비교법을 접근하는 것은 첫번째 사람들은 자국의 고유한 법질서에 익숙해져 있다는 것을 전제하고 있다. 이러한 기초적인 공통적은 사람들의 의식속에 막연한 기대감으로 유사점을 찾아가는 것이라 말할 수 있다. 그러나 익숙함이나 느낌보다도 더 중요한 것은 사회적 환경이라고 생각된다. 이것은 일목요연하게 설명할 수 있는데, 영국은 섬을 영토로 하는 국가라는 것이다. 섬나라라는 지리적인 제약에서 생겨난 영국의 문화가 가지고 있는 성격, 그리고 오랜 역사속에서 나타나는 엘리트가 런던에 모이는 중앙지향, 이로써 비즈니스나 법에 관한 공동체가 작게 통합되는 조직, 즉 폐쇄

사회가 탄생했다. 이 폐쇄사회의 멤버는 같은 기초교육을 받고 있다. 이 엘리트 교육의 편중 현상을 나타내는 것이 옥스포드와 캠브릿지라는 2개 대학 이름으로 만들어진 합성어 'Oxbridge'이다. 또한, 영국은 약 900년간에 걸쳐 비교적 평온한 시기를 보냈다. 이 역사적 평화의 기간은 100년 전쟁을 경험한 프랑스나 30년 전쟁을 경험한 독일과 대비하면 잘 알 수 있다.

이와 같이 오랜 시간을 들여 조직된 사회문화 그리고 밀접한 상호관련성을 가지는 사회에서는, 많은 문제점들이 언어를 통해 구체적으로 표현하지 않고, 또한 법을 이용하지 않아도, 묵시적 양해와 사회적 통제에 의해 해결되고 있다. 이 때문에 '공정'이라는 표현을 이제 와서 변화시켜 해석할 필요가 없다. 왜냐하면 해석상에 차이는 있겠지만, 영국법에 있어서 공정이라는 개념은 누구나 그 내용을 충분히 알 수 있기 때문이다.

이러한 사회질서를 간단하게 다른 문화나 다른 사람들에게 전용하는 것은 불가능할 것이다. 그것은 다른 사람들은 게임의 세세한 규칙과 터부를 범하는 부분에 대해서 정확하게 인지하는 것이 불가능하기 때문이다.

2. 영국과 미국의 차이

영국에서 미국으로 대상을 바꾸어도 논리적 전개는 크게 달라지지 않는다. 왜냐하면, '앵글로・아메리카법'이라는 표현이 있는 것처럼, 양국간의 친근성은 충분히 인정되어 있기 때문이다. 그러나 '앵글로・아메리카법'이라는 표현은 오해를 부르기 쉽다. 왜냐하면 이 표현에는 다양한 역사적 관련보다도 훨씬 많은 것이 포함되어 있기 때문이다. 이 표현에서는 법률용어도 공통이라는 선입견이 발생할 가능성이 많기 때문이다. 여기서 주의해야 하는 것은 영국의 극작가 쇼가 주장하

는 영국과 미국은 두가지점에서 차이점이 있다는 말을 상기할 필요가 있다. 즉, 양국은 공통의 언어를 가지면서도 별개의 존재이다 라는 말이다. 이것은 법의 영역에서는 기타 영역보다도 훨씬 많이 해당되는 부분이다. 왜냐하면 미국이 영국과 비교하여 갖고 있는 새로운 환경, 양국의 규모의 차이 그리고 양국 주민의 이질성, 이러한 것들이 미국의 언어를 오래된 전통을 갖고 있는 영국식 영어보다도 훨씬 강한 것으로 만들고 있기 때문이다.

놀라운 점은 역사와 문화가 영국에 비해 일천한 미국은 훨씬 강한 영향력을 갖고 있고, 이미 일상어 수준에서조차 영국에서는 '조심스러운 표현'이 이용되고, 미국에서는 '과장된 표현'이 이용되고 있다는 점이다. 예를 들면 영국에서는 어제 누군가를 알게 되었다고 하면, 오늘, 나는 그 사람을 '내가 아는 사람'이라고 소개하는데, 미국에서는 나는 그 사람을 '친구'라고 부르는 것이다. 법대 시스템 적인 부분에 있어서도 법대를 졸업하면 영국에서는 'Bachelor of Laws(법학사)인데, 미국에서는 'Doctor Juris(법학박사)'이다. 영국에서 policeman이라고 불리는 경찰은 미국에서는 police officer라고 불리는데, 이것은 영국에서는 경찰 간부직원을 의미한다. 이와 같이 양국의 언어의 의미가 사회적 상황에 맞추어 다르게 전개되어 왔다. 미국에서는 거의 모든 회사에 가령 사원이 2명뿐이라도, 사장과 부사장이 있다. 가장 알기 쉬운 예는 독일의 자동차 'Audi'의 경우일 것이다. 이 자동차는 독일과 영국에서는 'Audi 100'으로 판매되고 있는데, 미국에서는 'Audi 5000'으로 표시되어 있다. 이와 같이 영국과 미국을 비교하는 경우 미국인은 미국에서 통용되듯이 말하고 영국에서 통용되듯이 말하지 않는다. 우리가 주의하지 않으면 안되는 것이 이러한 점이다. 그리고 이러한 차이는 우리가 상상하는 것 이상으로 커질 가능성이 있다.

영국법에 채택되어 있는 명칭은 미국에서는 채택되어 있지 않은 경우가 많다. 실질적으로 보면, 양국법 사이에는 큰 차이가 있다. 여기에 서술한 것은 영국의 법률가 패트릭 아타이어의 'Lawyers and Rules: Some Anglo-American Comparisons(법률가와 룰: 앵글로・아메리카법에서 본 약간의 비교)'라는 논문에서도 실증되어 있다. 영국의 판사는 법의 계속적 형성과 변천에 대해 그다지 대담하지 않다. 왜냐하면 영국 판사들은 법을 불변적 룰의 체계로 보고 있기 때문이다. 이에 대해 미국의 판사는 룰에 크게 구속받지 않는다. 오히려 미국 판사는 자신의 신념에 따라 재판을 행하고 있다. 왜냐하면 판사들은 그 지위가 정치적으로 이루어지고 있는 (선거에서 선택된 판사, 정치적인 관점에서 행해지는 판사의 지명) 결과, 그들은 정치적 집단과 지역적 단체의 이익을 보다 강하게 고려하고 있기 때문이다.

미국의 배심제도도 이러한 차이를 가져오는 하나의 요인이 되어 있다. 이것은 아마추어가 참가하는 배심은 반드시 법을 엄격하게 적용해야하는 것이 아니기 때문에, 처음부터 법을 지향하지 않고 있다고 해석될 수도 있기 때문이다. 그래도 소송법에서 결정적인 차이가 있는 것은 비교법적으로 보면 분명하다. 즉 절차를 통해 그 사회와 문화에 살아 있는 법이 만들어지는 것이다. 독일 법률가, 슈티펠은 이 점에 대해 다음과 같이 서술하고 있다.

"미국의 법개념, 행정규칙, 재판, 이것들에 대해서는 최대한의 주의를 기울이지 않으면 안된다. 미국의 사법제도 기록된 내용을 문자 그대로 받아들인다고 해도, 그것들은 기껏해야 법을 비교하는데 있어서의 원재료 밖에 되지 않는다. 이러한 규정들과 그 적용결과가 미국에 고유의 환경에서, 즉 독일의 법제사적 전통을 공유하지 않고 있는 환경에서, 어떠한 존재의식을 가지는가 하는 점을 모른 채, 경솔하게 결론을 내서는 안된다."

아타이어는 일반적인 법이론에 대해서도 경고를 하고 있다. 일반적인 법이론은 지역적 특성을 숨기고 있기 때문에, '법의 여러 이론은 이론가가 기대하는 이상으로 편협한 것이 될 가능성이 있기' 때문이다. 이 사실은 미국의 유명한 판사 홈즈(1841-1935년)의 '법이란 재판관이 재판하는 사항의 예측이다'라는 말로서 표현될 수 있다.

어떤 문장도 그 표현이 고려되거나 서술되는 환경에서 떼어낼 수 없다. 이와 같이 환경이 법을 형성하는 힘이 법이 환경을 형성하는 힘보다도 훨씬 강한 것이고, 비교법에 있어서의 접근 방법에 환경적 요인도 반드시 가미되어야 하는 것을 보여주는 단적인 예라할 수 있다.

3. 유럽과 아시아와의 차이

비교법 연구의 가치는 유럽 및 서양 세계에서 떨어져 아시아로 눈을 돌릴 때에 더욱 명백하게 나타난다. 아시아와 유럽을 비교해보면 단어 특히 법률 용어의 해석에 있어서 아시아와 유럽은 큰 차이를 보이고 있는 것을 쉽게 발견할 수 있다. 예를 들면 독일에서 'Gesetz ist Gesetz(법률은 법률이다)'라고 하는 경우, 그 의미는 우리가 규범에 따르지 않으면 안된다는 당위적인 사실을 기재한 문구이다. 이 문장을 우리말로 번역하면, 그 표현은 완전히 똑같지만 의미는 다르게 해석되는 경우가 많다. 즉 법률은 있어도 그것은 법률 세계 내부의 것이고, 우리의 눈앞에 있는 문제를 실제로 해결하기 위해서는 법률을 사용하지 않아도 도리에 맞는 방법을 발견할 수 있다는 의미로 해석할 수도 있다. 우리는 법률문제 또는 사회 문제 해결에 있어서, 사안마다 신뢰를 얻을 수 있는 해결책을 구성하려고 한다. 이러한 이유때문에 외국에서 수입된 법제도를 자신들의 문화에 맞게 해석하여 적용하는 노력을 기울이지 않는 한, 비교법 연구는 공허한 탁상공론이 될 수 있다는 점은 명심해야할 사항이다.

제 2 절 본질적 차이에 대한 비교방법

1. 언어의 차이에서 출발한 비교방법의 검토

(1) 언어와 비교법 연구와의 관련성

비교법 연구 방법에 있어 우리가 가장 큰 한계를 느끼는 것은 바로 언어에 대한 문제일 것이다. 미지의 사회질서를 볼 때에 우리의 사회경험과 우리의 모국어, 우리의 모국어에 의해 얻어지는 이해, 이러한 전통적 사회질서를 '안경'이라고 비유하여, '안경'을 통해 미지의 세계의 사회질서를 보는 것에 있다. 다른 나라의 조개껍데기에 귀를 대고 소리를 들으려고 해도, 그 조개껍질에서 들려오는 것은 자기 자신의 고동이지 결코 대양의 파도소리가 아니다. 그러면 미지의 기호에는 어떠한 내용이 포함되어 있을까 라는 의문을 떠올릴 수 있다. 모국어에 대해 확인되어 있는 것과 같은 다양한 해석방법을 다른 언어나 다른 기호시스템에 대해서도 이용하고자 한다면, 잘못된 방향으로 나아갈 가능성이 커진다고 할 수 있다.

특히 위험한 것은 외국의 다양한 기호를 외부에 나타난 외형적 내용만을 분석하여 적용 · 분석하는 경우이다. 외국의 기호가 나타내는 외부적 형식과 그 내용은 과연 완전히 동일한 것일가 라는 점은 많은 학자들과 입법자들이 고민하고 있는 부분이다. 외부적 형식과 내용과의 사이에는 어떠한 관련성이 있는 것일까. 침묵은 어떠한 상황을 나타내고 있는 것일까. 어떤 특정 기호로 생각되고 있는 것은 구체적 사상인가 추상적 사상인가. 또한 사실적인 것인가 아니면 관념적인 것인가라는 의문이 제기된다.

이러한 오해를 범할 위험성은 법을 비교하는 경우에는 특히 크다고 할 수 있다. 그 이유는 법해석과 비교에 있어서 당연히 수반되는 일

이지만, 개개의 단어에 너무 많은 노력을 기울이고 있기 때문이다. 법을 비교하는 때에 최초로 검토하는 것은 법원(法源)으로써의 텍스트 문구이다. 법을 비교할 때의 유럽 스타일은 외부에서 판단할 수 있는 그 문화적인 특징에 따라 비교를 선행하고, 언어를 전제하여 언어를 신뢰하는 방법으로 비교를 수행한다. 그러나 다른 문화의 경우 이러한 방식은 과연 어느 정도 도움이 될 것인가는 앞에서도 살펴보았듯이 큰 논리적 오류에 빠질 가능성이 많다. 비교법 해석에 있어서 법률용어나 법의 문구 하에 머물러 있는다면, 아마도 그 해석은 미지의 세계의 사회질서를 왜곡할 가능성이 생긴다. 왜냐하면 언어는 외국에서는 우리의 경우만큼 '질서 매기는' 힘을 가지는 것으로 간주되지 않는 경우가 있기 때문이고, 또한 언어와 현실과의 관련성이 유럽의 그것과 다른 경우도 있을 수 있기 때문이다.

(2) 언어에 대한 신뢰

적어도 유럽문화에서 생각되고 있는 일정 정도의 '언어에 대한 신뢰'가 곧바로 다른 문화에서도 그러하다고 기대해서는 안 될 것이다. 이 때문에 '언어에의 신뢰'를 기반으로 하는 법의 비교는 특히 비교대상이 '언어를 신뢰하지 않는' 문화일 때는 한계에 부딪히게 된다. 그리고 모국어와 다른 외국어를 모국어로 정확하게 번역해야 하는 경우, 쌍방의 표현이 단순히 상태를 맞추고 있는 외형적인 표현의 변형일지도 모른다. 어느 경우이건 미지의 세계의 언어의 내용을 이해하는 것은 모국어로 쓸 때와 비교하면 그다지 정확하다고는 할 수 없을 것이다.

법 비교에 있어서, '무언가를 전달하는 언어'를 이해하고자 하면, 각각의 문화가 가지고 있는 코드 전체를 알아야한다. 법을 비교하기 위해서는 적어도 다음의 내용들을 한번 상기할 필요가 있다.

"나는 언어를 그다지 높은 가치가 있는 것으로 평가할 수 없다"
(독일의 작자, 괴테 "파우스트" 제1부)

이미 단서로 이용해온 '언어'나 '법의 문구'에 가치를 두는 경우에 이와 같이 신중하게 행동해야만 하고, 단순히 그렇게 할 뿐만 아니라 상당히 주의 깊게 행동해야한다.

앞에서 본 것처럼 다양한 행동규범이 전제되어 있다는 것을 의식하는 경우, 언어에 주의가 기울여지는 상황은 언제나 극히 일부분 밖에 없다. 가장 중요한 것은 주로 '행간'에 있고, 또한 '단어와 단어의 사이'에 있다. 복수의 단어 사이의 아무 것도 서술하지 않은 중간의 스페이스가 어떠한 의미를 가지고 있는가 하는 점은 각각의 문화에 따라 크게 다르다. 어떤 단어 말하자면 침묵이라는 '대해(大海)'를 '표류하고 있다'라는 말을 상정해보면, 침묵이라는 이름의 단 하나의 공통 배경과 관련되어 있다. 외국어 문구를 읽는 경우 자국의 것과는 종류를 달리한 침묵을 느낄 수 없다. 오히려 우리는 모국어 문구에 고유한 '서술되어 있지 않은 것'을 외국어의 행간에서 읽어 버리고, 그 문구를 전혀 다른 의식 관련성 속에 넣어버리고 있다. 이 때문에 외국에 의한 법 문구를 읽어도, 우리는 주로 잘못된 이미지를 얻는다. 이러한 경우에는 오해가 미리 프로그램으로써 포함되어 있다.

이러한 오해를 피하고자 하면, 법의 문구를 둘러싼 상황을 올바르게 인식해야한다. 그렇지만 이러한 미지의 세계의 상황에 대해 편견을 품지 않고 볼 수가 없다. 왜냐하면 어떤 사회시스템이나 그것을 관찰하는 자에게 고유한 시각을 반영하여, 독자적 시각으로 관찰되고 있기 때문이다. 자연과학에서 이루어지고 있듯이, 우리가 사회적 현실에 주의를 기울여 보고 있는지 아닌지에 따라, 우리의 눈에 들어오는 사회적 현실의 모습도 달라진다.

"현재 이루어지고 있는 것이 무엇인지는, 우리가 거기에서 이루어지고 있는 것을 어떻게 관찰하고 있는가 하는 것에 좌우되고, 적어도, 우리가 거기에서 이루어지고 있다고 관찰한 사실에 좌우된다."

예를 들면, '어떤 사회질서의 참상'과 같은 부정적 표현은 사회질서를 가르치거나 발전시키려고 하는 서적 중에서는 거의 찾아낼 수 없을 것이다. 우리가 서적에서 읽은 내용이 그대로 실무에서 이루어지고 있는 예도 지극히 드물게 존재한다. 이 때문에 우리는 언제라도, 설명된 것이 정말로 그렇다고 오해하거나, 효력을 잃은 법을 마치 효력이 있는 법인 것처럼 오해할 수 있는 위험성에 직면해 있다.

(3) 단어의 독자성

상술한 것 외에, 법을 비교할 수 있는지 없는지의 판단에 있어 중요해지는 것은 언어가 다른 제 요소에 대해 어느 정도 독립해 있는가 하는 점이다. 언어는 그 자체 고유의 가치를 가지는가(법치국가), 아니면 권력자의 수중에 있는 하나의 수단에 지나지 않는가. 독일의 경우에는 언어는 원리적으로 국가의 성립이전부터 존재했다. 즉, 사회에 의해 이름이 부여되어 있는 것으로써, 국가가 언어를 사용해 개념을 지배하고 있는 것이 아니다. '씨저는 문법가를 초월한 존재가 아니다'라고 신하 마르켈스는 제2대 로마황제 티베리우스(기원전 42전-기원37년)에 대해 대답은 좋은 예이다. 다른 방법으로 말하면, 아마도 '황제여, 당신이 우리에게 부여할 수 있는 것은 시민권이지, 언어가 아니다'라는 것이 될 것이다. 과연 이러한 생각에 의의를 주장할 수 없는 것은 아닌데(예를 들면 독재체제 하에서 이루어지고 있던 '언어에 관한 규제'나 사회주의의 특수한 경제체제의 하에서 이루어지고 있던 조작이다), 그래도 이 점에 대해 유럽에서는 기본적인 합의가 있다.

중국의 사정은 이와 다르다. 중국최초의 중앙집권국가 진나라의 초대황제 시황제(기원전 3세기)가 세운 비(碑)에는 다음과 같은 문장이 새겨져 있다.

"황제는 모든 사물을 규율하고, 모든 행동을 조사했다. 황제는 모든 사물에 대해 적절한 이름을 부여했다"

정치적인 권력을 가지는 자는 무엇이 진실한지를 결정하고, 스스로가 단어를 규율할 수 있는지, 또한 그렇게 해도 되는지를 모두 결정한다. 어떠한 단어도 어떠한 법률도 또한 어떠한 권리도 그러한 권력자에 대해서는 완전히 무력하다. 사물에 이름을 붙일 수 있는 자만이 사물을 지배한다. 독일의 작가, 엘빈 비켈트는 다음과 같이 서술하고 있다.

"제상 초고는 왕위를 빼앗으려 하여, 자신이 얼마만큼의 힘을 가지고 있는지를 시험했다. 그는 황제에 대해 한마리의 사슴을 보이면서, '저는 황제폐하에 이 말을 헌상합니다'라고 말했다. 그러자 황제는 웃으면서 이렇게 말했다. '그것은 잘못 말하지 않았는가. 제상이여, 저것은 말이 아니라, 사슴이다'라고 지적하였다. 그러나 황제가 자신의 주위에서 모시는 관리나 신하들이 황제에게 동의하고 있는 모습을 확인하려고 그들을 바라보았을 때, 웃음소리가 갑자기 멈췄다. 그들은 진지한 표정을 하고 한 가지만 골똘히 생각했다. 몇 명은 그 동물이 실제로 어딘가 그리고 어디에서 그 동물을 관찰하느냐에 따라 말과 전혀 닮지 않은 것은 아니라고 생각했다. 또 다른 사람들은 그것이 말인지 사슴인지의 판단을 내릴 수 없었다. 그래도 몇 사람은 주저하지 않고 사슴이 가지고 있는 본래의 특성을 그 동물에서 찾아내어 그것은 사슴이라고 솔직하게 대답했다. 제상은 황제에게 동조하여 사슴이라고 대답한 사람들을 처벌했다.

이 사건은 제2대 황제의 지배 말기를 의미했다. 왜냐하면, 제2대 황제는 이미 사물에 대해 이름을 붙일 수 없었기 때문이다. 황제는 사물을 지배하는 힘을 완전히 잃어버렸기 때문이다. 지배력은 황제에게 독을 강요한 제상의 손으로 옮겨졌고, 그 결과 이 왕조는 멸망했다."

(4) 언어의 현실 관련성

특히 비교법 연구에서 현실적으로 어려운 부분은 미지의 언어를 이용해 현실을 불러내기 위해서는 어떻게 하면 되는가라는 점이다.

"어떤 단어에나 마력이 숨겨져 있다. 어떠한 혼을 불어내는가에 따라 - 그에 따른 혼이 모습을 나타낸다."

어떤 문화나 어딘가 다른 혼을 불러내고 있고, 이에 따라 되돌아 오는 메아리도 달라진다.

법률의 문구가 완전히 같은 언어로 완전히 똑같이 쓰여져 있는 경우조차, 그 적용결과가 다른 경우가 있다. 예를 들면 프랑스와 벨기에에서의 Code civil(민법전)의 해석에 부분적인 차이가 있다는 것이 고전적인 예이고, 독일연방공화국과 구독일민주공화국에서의 Bürgerliches Recht(민법)의 운용의 차이도 일례이다. 왜냐하면, 정해진 법 문구가 동일하다고 해서, 법의 운용도 동일해진다고는 한정할 수 없기 때문이다.

(5) 동일성에 대한 문제

다양한 관련성이 서로에게 어떠한 관계가 있는지에 대해 체계적으로 정리하고 전체를 개관할 수 있도록 하는 것은 법을 비교하는 경우에도 필요불가결한 학문적 과제이다. 체계적으로 정리하는 것은 우리에게 있어 '동일(同一)이란 무엇인가를 인식하는 것'을 의미한다. 이 때문에 '법적용의 동일성'은 우리에게 있어 '정의의 중핵을 이루는

것’으로 간주되고 있다(영어의 ‘equal justice under the law(법 아래의 평등을 실현하는 것이 정의이다)’라는 표현이 그에 해당한다). 그러나 여기에서도 언어가 가지고 있는 장벽에 부딪힌다. 왜냐하면 언어에 의해 거론되는 것은 어떤 특정 부분에 한정되고, 그 특정 부분을 통해 얻어지는 ‘동일성’ 밖에서는 만들어지지 않기 때문이다. 언어는 우리에게 유익이 되거나 공정하다는 것이 무엇을 의미하는지를 전달하고 있다.

“이에 대해 언어는 무엇이 유익하고 무엇이 유해한지를 전달하는 것에, 그리고 무엇이 공정하고 무엇이 공정하지 않은지를 전달하는 것에도 이용되고 있다”
(고대그리스 철학자, 아리스토텔레스 “정치”)

우리가 사용하는 ‘Spannung(긴장하고 있는 상태)’라는 독일어는 정신활동에 관계되는 영역(예를 들면, ‘Ich erwarte mit Spannung(나는 긴장하면서 기다리고 있다)’에 대해서도 전류(예를 들면, ‘Hochspannung (고압)’)에 대해서도 이용되고 있다.

우리가 ‘자연인’과 ‘법인’이라는 개념을 개재시켜-가령 ‘자연인’이 눈에 보이는 것이고, ‘법인’이 눈에 보이지 않는 것이라는 차이가 있다고 해도-인간과 재산을 동일화하는 경우에도, 이에 유사한 형태가 보여질 것이다.

언어에는 이와 같이 동일성을 성립시키는 작용이 있다. ‘das Gleich-Bezeichnete(동일하다고 표시된 것)’이 ‘동일성’ 속에 ‘gleichartig(동종의 것)’으로써 나타나 있다.

“각각의 단어 속에 포함되어 있는 특정 요소가 서로 동일하다고 보는 것은, 각각의 사물을 보는 시각에 내용으로써 포함되어 있는, 그 요소 이외의 부분에 나타나 있는 이질성을 모두, 보다 한층 후퇴시

키는 것이 되고 결국에는 그것을 시계(視界)에서 완전히 소거해버리게 될 것이다. 이 때문에 여기에서도 동일성을 나타내는 부분이 전체를 대신할 뿐 아니라, 그 이상으로 그 부분이 전체로 변용하거나 그 부분이 전체 그 자체와 동시되게 된다."

이런 사실을 나타내는 라틴어의 'pars pro toto(일부가 전체 대신에)'는, 언어를 이용해 실시하는 은유나 동일성을 성립시키는 경우의 기본원칙으로서 잘 알려져 있다. 예를 들면 'fliegen(날다)'= 'Vögel(새:복수형)', 'Rußland(러시아)'= '(예전의)USSR(소비에트사회주의공화국연방)', 'Holland(네덜란드왕국의 한 지역인 홀랜드)'= 'Niederlande(저지, 네덜란드의 정식명칭)', 'England(영국의 한 지역인 잉글랜드)'= 'Vereinigtes Königreich(연합왕국)', 이러한 조합이 그러한데, 본래를 한 부분의 명칭인 것이 전체를 나타내는 단어로 이용되고 있다. 언어는 이와 같이 부분을 다룸으로써, '다른' 대상물 상호간에 하나의 공통성을 성립시키고 있다('등가성의 원칙'). 이로서 개개의 부분이 당해부분을 제외한 전체를 '동일한 것'으로써 연결하고 있다. 아무리 크게 다른 내용이라도, "단어상으로는 동일하다고 취급될 가능성이 있고, 그 결과 어떠한 언명이나 그 자체는 어떤 특정한 것에 대해서밖에 적합하지 않지만, 기타의 것에도 적합하게 하기 위해 확장하여 이용하고, 그 결과 기타의 것에도 적합한 것으로 전용될 가능성이 있다."

이와는 반대로 언어가 복수의 것 사이에 동일성이라는 점에서 관련성이 있다는 인식을 방해하는 경우도 있다. 예를 들면 독일법의 'sicherungsübereignung(양보담보)'라는 표현은, 이 단어가 나타내는 'besitzloses Pfandrecht(점유를 결여한 질권)'(독일민법전 제1205조)에는 해당되지 않고, 독일의 정당명인 'PDS(Partei des Demokratischen Sozialismus의 약어)(민주사회당)'과 그 전신인 구동독시대의 당명 'SED(Sozialistische Einheitspartei Deutschlands)(독일사회주의통일당)'과의 사이에도 동일성

은 없다. ‘ungeborenes Kind(태어나지 않은 아이)’라고 말하는 대신에 ‘Embryo(태아)’라는 표현을 이용함으로써, ‘Abtreibung(낙태)’라는 행위가 ‘완화되고’ 있다(‘Abtrebung’이라는 단어 이 단어의 의미에서는 ‘Kind-stötung(영아살인)’에는 해당되지 않는다). 이와 같이 언어는 동일성이 있는지 없는지를 결정하고 있고, 그리고 사람의 생사도 결정하고 있다.

단어뿐만 아니라 그때에 사용되는 언어가 다르면, 그 때마다 동일성의 내용에 대해서도 전혀 다른 것이 만들어지게 된다. 예를 들면 몇 가지 문화에서는 나비는 조류로 분류되어 있다. 왜냐하면 나비는 새와 같이 날기 때문이다. 우리가 외국의 평가기준을 이해하고자 하면, 우리는 ‘동일성’에도 차이가 있다는 것을 탐지해내야 한다.

이런 사실에 부수하여 각각의 문화가 똑같이 정의의 요청으로서 동일한 취급을 받는다고 가정하면, 동일성의 취급에 관한 평가 방법이 문화에 따라 달라지는 상황이 발생하고 있다. 언어로 강조되는 대상에는, 동일성(영어의 ‘you’는 모든 2인칭에 대해 이용되고 있다)이 있으면, 거리감(독일어의 2인칭 ‘Du’와 ‘Sie’의 사용구분)도 있고, 또한 비동일성(독일어의 3인칭 단수의 인칭대명사 ‘er’)도 있다. 이를 통해 언어는 무엇이 ‘자연’인가에 대한 이미지를 형성하고 있다. 그 다음 동일성의 원칙-특히 ‘기회균등’의 원칙이라는 의미에서-은 가족과 집단에서의 사고에는 익숙하지 않다. 왜냐하면 가족도 집단도 모두, 똑같이 ‘자연적인 것’이고, 똑같이 ‘공정한 것’이고, 그리고 똑같이 각각의 구성을 스스로 결정하는 것이기 때문이다. 가족 속에서 가족의 일원을 우대하는 것이 도덕적으로 요청되고 있고, 도덕적 부패에도 해당하지 않는다.

(6) 추상적 표현과 구체적 표현

추상적 표현을 즐겨 이용하는 단어와 구체적인 사물을 강조하는 단어와의 구별이 있음에도 유의해야한다. 개념을 추상화하면 할수록, 내

용이 다른 것이라도 동일성이라는 관점에서 연결시킬 수 있게 된다. 좀 더 말하면 동일성은 추상적인 단어 속에서만 존재한다. 단어가 추상적이면 추상적일수록, 대상물이 '동일한' 정도도 높아진다.

이와 같이 단어에 주목하여 얻어지는 차이점에서, 우리의 법과는 반대적인 것이 만들어지는 경우가 있다. 우리가 그러한 반대에 있는 것을 거론하고자 하면, 분명히 우리는 인내심 있게 그것을 우리의 단어로 간략화할 수 있겠지만, 결코 그것을 잘 정리할 수는 없다. 이와 같은 이유로 법률용어는 현실을 파악하고 있는지 아닌지 어느 정도 파악하고 있는지와 같은 문제에 직면하게 된다.

"예를 들면 완전히 동일한 개념이나 단어가 두가지의 다른 언어체계 속에서 발견되는 경우에, 그러한 개념과 단어들의 연결에 관한 정의가 다를 때, 우리는 그러한 개념이 현실을 나타내고 있음을 도대체 어느 범위에서 말할 수 있을 것인가."

(7) 언어외의 기타 기호관련 해석의 문제

언어를 언어 그자체로 인식하지 않는 경우가 있다. 왜냐하면 어떤 특정한 기호가 언어를 의미한다고는 생각하지 않기 때문이다. 독일의 경우에서조차, 구두로 서술되어 있는 언어 외에, 우리가 대개 흘려듣거나 흘려보는 언어가 있다. 그것으로써 열거되는 것은, 예를 들면, 분위기가 언어로서의 역할을 담당하는 경우(Duftsprache)(이것은 백화점의 큰 매장에서의 진열 방식의 예로 증명되어 있다)이고, 아이들이 우표를 수집하는 경우에 자주 사용하는 부호와 같은 언어이다. 또한 이러한 예로써 들어지는 색 사용을 나타내는 언어에는, 카톨릭의 미사의 예배 의식에서 보여지는 의식(빨강은 순직자를 나타내고, 보라색은 재의 화요일에서 부활제 전날까지의 일요일을 제외한 40일간을 의미하는 사순절을 나타낸다)과 교통신호(빨강색은 정지, 녹색은 진행, 노랑색은 주의)가 있다. 이러한 것들에 기초하여 생겨나는 것이, '구두

표현으로써의 언어' 이전에 존재하는 커뮤니케이션 방법이다. 예를 들면 눈이나 얼굴 표정 등을 이용하는 신체언어와 몸짓에 의한 제스쳐, 중세에 나타나 색깔과 숫자로 표현되는 언어, 아프리카의 반투민족에게서 보여진 색깔과 숫자를 나타내는 언어가 그것에 해당한다.

이러한 언어는 구두로 서술되는 언어보다도 훨씬 강한 영향을 미치는 경우가 있다. 이러한 방법은 받아들이는 사람에 대해 구두로 서술하는 단어보다 훨씬 많은 내용을 전달할 수 있다. 왜냐하면, 이러한 방법은 표현이 나타내는 내용을 표정, 외치는 소리, 연기와 연결하고 있기 때문이다. 카톨릭 미사에서의 예배 의식에서 이용되고 있는 제스쳐는, 자주 언어로 서술하는 것 이상으로 많은 내용을 포함함과 동시에 언어로 서술하는 것 이상으로 강하게 사람들을 구속하는 힘을 가지고 있다. 그래도 그러한 제스쳐가 무엇을 의미하고 있는지를 '해독하는 것'은 우리에게 있어서도 어려운 부분이다.

(8) 완 곡

언어의 내용을 잘 인식할 수 있는 경우에서 조차 그 언어가 미지의 사물을 나타내고 완곡하게 사용되는 경우가 있다. 이것을 잘 나타내고 있는 예는, 미국 남서부에 사는 프에브로 인디안의 하나인 호피족과 인접지역에 사는 프에브로 인디안의 테와족(타노족)과의 관계이다. 호피족 남자가 테와족의 여자와 혼인하는 경우, 호피족의 남자들은 자주, 다른 부족인 아내의 가족 속에서 생활한다. 남자들은 가령 테와족의 언어를 이해해도, 결코 테와족의 언어를 말하지 않는다.

"이러한 현상이 보여지는 원인은 호피족이 테와족에 의한 '저주'의 존재를 믿고, 또한 그것을 깊이 믿고 있다는 점에 있다. 양자 사이에서 몇번인가 심각한 알력이 계속된 결과, 테와족은 이러한 행동에 의해, 자신들의 언어와 생활방법에 관한 지식을 호피족에 대해 '닫

아' 버렸다. 그 결과 당시의 호피족과 그 자손들은 테와족의 언어와 테와의 의식 규정을 습득하는 것이 전혀 불가능해졌는데, 반대로 테와족은 호피족의 그것들을 습득할 수 있었다. 이러한 이유로 인해서 호피족은 테와족에 의존하여 생활하게 되었다. 테와족은 자신들의 개성을 중시하고 있었고, 이런 점에서 태와족에게는 호피족과의 사이에 눈에 띄는 차이가 있었다. 이 때문에 테와족이 채용한 주요한 수단은 실로 자신들에게 고유한 언어를 계속 유지하는 것이고, 그리고 호피족이 테와족의 언어를 습득할 수 없게 하는 것이었다. 이러한 두 부족간에 문화의 본질에 일치가 있는 경우, 우리는 양자간의 차이를 나타내기 위해 언어의 차이를 부각시키거나, 민족적 특징의 차이를 의식적으로 강조해왔다. 이런 사실은 두 부족간에 쌍방향의 혼인관계가 빈번하게 이루어지고 있음에도 불구하고 언어의 차이는 완벽하게 극복되었다고 말할 수가 없다.

(9) 법제 실현과의 관련

이 외에도 법의 내용이 어떻게 실현되고 있는가 하는 문제를 부가할 수 있을 것이다. 문화는 여러가지 언어로 표시된 내용 아래에 가만히 멈춰선 채 변하지 않고 있는 것일까. 문화는 언어로 표현되어 있는 내용을 과연 실현하고 있는 것일까. 언어로 표현되어 있는 법은 과연 '죽어 있는 것'일까 아니면 '살아 있는 것'일까. 법에 따르는 것은 과연 보람이 있는 것일까. 또한, 위법적 행위를 하는 것에는 뭔가 좋은 점이 있는 것일까. 이러한 점에 대해 생각하는 것은 법이 미치는 영향에 대해 연구하는 것을 의미한다. 사회질서의 비교를 의미하는 법의 비교에 있어서도 이러한 연구를 방치할 수 없다.

자국의 문화에서 보아 멀리 떨어진 문화에 속하는 미지의 세계의 법을 배우려고 하는 경우, 어디서부터 시작하면 좋을 것인가. 연구자가 겪는 걱정스러운 문제는 다음과 같은 점이다.

"왜냐하면, 문화적으로 보아 중요한 의미를 가지는 우리의 생활사상은 모두 단 일회적인 것이다. 일회밖에 이루어지지 않는 것이 현실이다. 현실의 법이 어떻게 되어 있는지는, 가령 설명용 판 위에 쓰여져 있는 것이 모두 같았다고 해도, 지구전체를 통해 보면 실로 그러한 특정 성향을 가지는 것으로서 단 한번 밖에 찾을 수 없는 것이다. 왜냐하면 어떠한 규범도 그것이 현실에서 이루어지고 있다고 할 수 있는 경우에는, 사람들에 의해 경험되어야하기 때문이다."

(10) 번역과 언어

이해 가능한 외국어에 의거하는 경우에 많은 학자들은 모국어로 번역하는 것을 꺼려하고 있다. 이러한 장해는 외국에서 그 외국어로 비교가 이루어지는 경우에는 모국어의 경우보다도 훨씬 큰 것이 된다. 왜냐하면 어떤 언어라도 하나의 개념을 표현하는 경우에 그 개념에 포함되어 있는 감정적 내용에는 차이가 있고, 그 개념에 대해 전혀 다른 내용이 할당되어 있는 경우가 있기 때문이다. 예를 들면, 독일어의 'selbstbewußt(자기를 의식했다)'라는 단어를 그 의미에 비추어 영어로 문자 그대로 번역하면 'self-conscious(자의식이 강한')가 되는데, 이 영어를 다시 독일어로 번역하면, 'self-conscious'에는 '내성적인'이라는 의미도 있기 때문에 'schüchtern(내성적인, 망설이는)'이 되는 경우가 있다.

다른 문화 사이에서 동의어 내지는 유사점을 찾는 것은 매우 힘들다. 이 점에 대해서는, 다음과 같은 표현도 보여진다.

"두 가지 다른 언어에 속하는 두 가지 단어가 완전히 동일한 의미를 가진다고 믿는 것은, 완전한 공상이다"

어떤 단어도 어떤 문장 중 단 하나라도 그 전체를 봄으로써 처음부터 이해하기 힘든 방향으로 논리 전개가 된다. 이것을 실행할 수 있

는 범위는 언제나 극히 한정되어 있다. 왜냐하면 서로 다른 두가지 언어 사이에는 완전히 똑같은 사고경로가 없기 때문이다.

이와 같이 보면, 번역에 종사하는 자가 번역하고자 하는 원전의 저자의 사고와 같은 경험을 할 찬스는 지극히 적다는 것이 분명하다.

"그래도 현실 세계가 광범위에 걸쳐 무의식 중에 당해 집단이 가지고 있는 언어관용을 매개로 만들어져 있다는 것이 사실일 것이다. 서로 충분히 닮아 있는 두 가지 언어를 다루어도, 완전히 같은 현실을 나타내고 있다고 말할 수 있는 두 가지 언어를 나타낼 수 없다. 어떤 세계나 복수의 다른 사회가 존재하고 있고, 어떤 세계나 완전히 다른 세계이며, 완전히 동일한 세계가 있을 뿐 그것을 외부에 나타내는데 다른 라벨이 붙여질 뿐이라는 것은 없다."

다른 문화에 속해 있는 자가 서로 인식하고자 하는 경우, 그것을 방해하는 장벽은, 법에서는 특별히 높다.

"언어가 많이 있다고 해도, 하나의 사항을 표시하는 경우에 언어의 수 만큼 표시할 방법이 많이 있는 것은 아니다. 완전히 동일한 사항에 관해 시각이 나뉘어져 있는 경우도 있고 그 사항과 외부적으로 표시된 의미가 대응하지 않을 때는, 달리 만들어진 사항의 각각에 대응하는 수만큼 많은 시각이 있게 된다."

특히 지적 창작의 경우에 있어서는 언어가 그 언어에 의해 표시되는 대상물을 만들어내고 있다. 또한 법에 있어서는 표현형식이, 즉 일정한 정해진 방식을 지키는 것이 결정적으로 중요하게 되어 있다. 이것은 실로 '어떻게든 해서' 사람들이 '위트'를 발휘시킬 때의 표현형식과 비슷하다. 독일의 법사가 코샤카는 이 때문에 다음과 같은 문제를 제기했다.

"법 분야에서 계승을 생각하는 경우, 중점은 이미 순수한 방식에는 없고, 오히려 외부에서 인식가능한 형식과 사고형식에, 또한 그 내용에 있다고 할 수 있는지"를 검토해 보아야 한다.

법을 비교하는 경우 우리는 문학작품의 텍스트 번역에 관한 이론을 믿을 수 없다. 왜냐하면 우리가 번역하고자 하는 것은 법의 문구에 나타나 있는 내용보다도 더 많은 사항이고, 법의 내용을 받아들이는 자의 시야로 보아 법이 어떠한 효과를 미치고 있는지를 인식하는 것이기 때문이다. 문학의 텍스트를 번역하는 경우, 번역자는 문화를 번역해야하는 것이 아니라 언어를 번역해야할 것이다.

이에 대해 법을 비교하는 경우, 이미지의 교환을 하지 않으면 번역은 잘 진행되지 않는다. 우리는 우리가 모르는 외국법상의 제 개념을 우리가 알고 있는 이미지로 바꾸어야하고, 더구나 그 경우 우리의 모국어로 기술해야한다. 거기에서는 이미지가 바뀌어져 있다.

그래도 우리는 우선 우리의 경험의 제약에서 생겨나는 한계에 부딪히게 될 것이다. 왜냐하면 번역자 자신이 이미지를 치환하는 측과 치환되는 측에 공통하는 경험을 하지 않았다면, 우리는 이미지를 치환할 수 없기 때문이다. 눈이 보이지 않는 사람은 색깔의 뉘앙스를 전달할 수 없고, 원시림에 사는 사람에 대해 대해(大海)에서의 체험을 전달할 수 없다. 그리고 어떤 단어나 그 단어와 관련되는 어떤 특정한 언어체계에 포함되어 있다. 그렇지만 그러한 특정한 언어체계 속에 존재하는 특정 관련성을, 이것과는 전혀 별개의 언어체계에 채용되어 있는 관련성 속에 넣고, 그 관련성을 우리 자신이 이용하고 있는 언어체계에서의 관련성을 이용해 이해하는 것이 필요하고, 더구나 이와 동시에 그 내용을 우리의 언어로 표기해야한다. 또한 독자적 암시를 포함하는 외국어 역시 우리의 모국어로 완전하게 표현할 수는 없다. 왜냐하면 다양한 이미지에 대해 각각의 의미를 부여하고 있는 세계관 전체를 우리의 언어로 바꾸는 것은 우리에게는 불가능하기 때문이다. 독일의 여류작가 마리 폰 에프너=에센바흐는 언어의 근본정신은 번역 불가능한 단어 속에서 그 모습을 가장 잘 나타낸다고 전면적으로 생각했다.

이상의 설명에 의해서도 의문이 전부 풀리지는 않는다. 왜냐하면 어느 한 가지 언어를 통해 또한 그 언어 속에서 살고 있는 법이 결국에 다른 언어로 치환되는 경우, 어떠한 일이 발생하는가 하는 문제가 여기에 또한 남겨져 있기 때문이다. 각각의 언어가 가지고 있는 구조와 평가기준에 의해, 그 언어에 의한 사고도 영향을 받기 때문에, 언어가 그 언어로 쓰여지는 법의 구조와 내용을 결정하게 된다. 그 때문에 같은 법규라도, 결국 다른 언어로 쓰여지고, 결국 다른 암시를 나타내는 관련성 속에 있게 된다. 따라서 결국 다른 '생활양식'(오스트리아 출생의 영국 철학자, 위트겐슈타인의 말)과 결국 다른 '전기장'(미국의 논리철학자, 크와인의 말) 속에 있을 때에는 그 내용을 바꾸게 된다. 복수의 언어 사이의, 그리고 언어의 기초에 있는 생활경험간의 격차가 크면 클수록 그 변동의 폭은 점점 커질 가능성이 있다.

2. 새로운 비교방법에 대한 모색

(1) 포괄적 접근 방법으로서의 종합비교법학

비교법학이라는 이름의 법학은 서구문화 속에서 서구법을 정통법으로 하여 전개해왔기 때문에 비서구법을 무시하거나 비정통시하는 일종의 편향을 피할 수 없었으므로, 비서구법 문화 내지 다원적 법체제가 이에 대한 반대로서 등장했다. 양자는 각각 의미가 있기는 하지만, 다른 면에서는 통합도 가능 아니 필요하다는 것 및 그것을 실현하는 조건으로서 주체적 관점과 조작적 개념 구조라는 두 가지 방법을 제창하는 것이 구체적인 목적이다.

현재 우리나라의 비교법학은 우리나라 법제도를 직접간접 기준으로 하여, 한편으로는 여러 외국의 법제도 그중에서도 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본을 주로 하면서도 최근에는 다른 약간의 서구국가법과 비서구국가법에도 주의를 기울이기 시작하고, 다른 한편으로는 법 문제 속

에 법문화를 포함시키려고 하고 있다. 학계의 그러한 관심의 확대는 우리나라의 비교법학 성장에 동반하는 내재적 욕구와 국제비교법학계의 동향이라는 외부적 자극의 쌍방의 상승작용에 의한 것일 것이다.

(2) 비서구법연구의 현상

1) 일 본

일본에서는 '비서구법연구' 즉 비서구법을 테마로 하여 추구하는 연구업적은 비서구국가법 개개의 조사업적으로서는 비교법학외 기타 여러 분야에서 상당수가 제출되고 있다. 그러나 그것이 법학계 일반에 통용하는 용어 혹은 테마로서 성숙되는 상황까지 이르지 못하고 있고, 더구나 법학계의 한 영역을 형성했다고는 도저히 말할 수 없을 정도이다. 오히려 '아시아법'이 1980년 전후부터 법학계의 신 테마로서 정착되었고, 2000년 7월에는 야스다 노부유키(安田信之)・이나 이나 마사키(稲正樹) 등의 노력에 의해 아시아법연구회의 조직이 이루어졌다. 그렇지만 그것이 비서구법 전반에까지 확대되는 동향은 아직 보이지 않고, 또한 관계하는 학자가 태만하다고 단언할 수 없는 상당의 이유도 있다. 한편으로는 아시아법과 자주 비교되는 아프리카법이 전체적으로 공통의 실체적 특징을 가지는데 비해, 아시아법에는 그것이 발견되기는 커녕 반대로, 인도법・중국법・이슬람법 기타 법으로 분립되어 있는 것의 단순한 총칭으로서 이해하는 수밖에 없고, 다른 한편으로는 중국법을 중심으로 하는 동남아시아국가법이 역사적・문화적으로 일본과 긴밀한 상관관계에 있었던 사실로부터, 다른 아시아지역에 우선하여 '동아시아법' 내지 '동남아시아법'을 가지고 아시아법을 대신했다고 하는 실정이었다.

그러나 그럼에도 불구하고, 동아시아법연구와 동시에 다른 아시아지역을 포함하는 '전체로서의 아시아법' 그리고 또한 서구사회 이외의

법의 전부를 즉 비서구법 연구를 발전시키는 것을 요청했다. 그 이유에는 두 가지가 있다. 한 가지는 '실체론상의 이유', 지리상의 아시아 여러 지역에 다양하게 산재하는 법 내지 법문화의 전체 범위에 언뜻 보아서는 알 수 없는 공통의 특징이 있는데, 특히 아프리카・라틴아메리카・오세아니아의 비서구 여러 주와 대조하면 명확하게 인정할 수 있기 때문에 이것을 해명하는 것이 가능하고 또한 필요한 일이다.

또 한 가지는 '이데올로기론상의 이유'이다. 세계의 법학에는 서구법학이 전제로 하는 국가법 일원론과 서구법 보편론이 융성하고 있는데, 일본의 현행법학도 그것을 받아들여 서구법학이 대상으로 하는 근대서구법이 인류의 규준이 될 만한 유일한 법이고, 그것이 만들어낸 근대법학이야말로 법이론의 진정한 기준이라는 것을 오랫동안 법학의 금과옥조로 삼아왔다. 그러나 20세기 말기에는 그것이 이데올로기적 신화에 지나지 않았음을 포스트모던법학이 상징하는 것처럼 인정되기에 이르렀다. 따라서 현대의 법이론은 서구법학의 전부를 신화라고 간과해버리는 것은 물론 너무 과격하지만, 그 신화적인 부분 내지 성질을 정확하게 척결하는 것, 바꾸어 말하면 우선 서구법 및 서구법학의 이데올로기성을 비판할 수밖에 없다. 그 이데올로기성 비판의 무기로는 포스트모던법학이 주장하는 많은 테마가 있는데, 그 중에서도 단적이고 강력한 무기인 것이 비서구법이고, 그리고 이것을 변증하는 관점이 비서구법연구 내지 비서구법학이다. 비서구법연구・비서구법학은 서구법학과 마찬가지로, 물론 실체론상의 요청에 의한 것과 함께 이데올로기론상의 요청에 응하는 것이기도 하다.

당연히 비서구법연구・비서구법학은 누가 하는 것이라도, 비서구법의 다양한 사실을 정확하게 관찰・분석하는 실체연구와 평행하고, 그러한 것이 서구법학의 이데올로기성 비판인 면을 강조할 수밖에 없다.

주지의 이해를 독자에게 구하는데 있어 서술에 두 가지 난점이 있었다. 한 가지는 비서구법연구와 비서구법학의 유사어에 명확한 규정

을 부여하지 않고 용어의 구별도 부정확한 채로 사용했던 것이다. 그러한 점의 현재의 수정을 결론적으로 기록하면, 비서구법연구는 비서구법의 개념에 해당하는 다양한 사실을 법학의 연구테마의 하나로 하는 관찰·분석, 비서구법학은 비서구법에 특유의 대상과 방법을 이론적으로 확립시켜 다른 영역과는 분명하게 구별되는 법학의 한 특수영역으로 각각을 구별해야 했다.

또 한 가지는 중요한 대상인 비서구법의 의미도 규정하지 않고, 그 연구의 의의를 요약하는 것도 하지 않은 상태였다는 것이다. 예를 들면 비서구법은 넓은 의미에서는 관습법 내지 법문화를 포함한다는 것을 당연한 전제사항으로 다루고, 이것을 정확하게 관찰·분석하기 위해서는 서구법학이 알지 못하는 도구개념을 필요로 한다.

2) 외 국

외국학계의 비서구법연구로서는, 전후의 획기적 대사업이었던 International Encyclopedia of Comparative Law(IECL)가 서구제법을 기준으로는 하지만 비서구국가의 국가법과 민중의 법관념도 고려하여 1975년에 제1권을 배출한 이래 큰 계기가 되었다. 그 이전에는 비서구국가의 법이란 서구법을 이식한 국가법의 서구적 법률학이 있을 뿐으로 각지의 고유법은 특유의 존재의의를 인정할 수 없는 상태에 있었다. 실제로는 고유법이 각각의 사회에 전통으로 뿌리깊이 살아 작용했음이 알려져 있고, 그 법으로서의 성질을 인정한 것으로 민족법학도 나타냈지만 법학에서는 방류에 그쳤고, 또한 인류학이 개별적인 조사보고를 제출했지만 법학은 무시할 수 있었기 때문에 그것이 법의 일종으로 인정되었다 하더라도 관습법·미개법·현지법 등의 비정통을 의미하는 형용사를 붙이지 않으면 안되었다.

바꾸어 말하면, IECL을 기획한 국제비교법학회의 학자들은 비서구법을 서구법과는 이질적이고 기껏해야 별세계의 법이라고 하여 정식

법에서 제외시켜온 과거의 관점을 그대로 유지할 수 없게 되었다. 그 착안점은 당초에는 비서구법은 서구법과 달리 관습 내지 관습법의 비중이 큰 것이었는데, 한참 후에는 법철학자들과 함께 이것을 법문화(legal culture)의 차이로 인정하게 되었다. 다른 한편으로, 일부의 법학자는 법사회학자나 법인류학자로서, 1970년대부터 이것을 다원적 법체제(legal pluralism)라고 불러 연구를 진행했다. 이 두 가지 착안은 그 후에도 서로 섞이지 않고 따로따로 진행되고 있는데, 현재에도 비서구법에 대한 서구법연구의 대표적인 동향이 되어 있다.

그것은 학계의 일반경향이었는데, 유럽과 미국에서는 그것과는 약간 다른 관심도 별도로 발전했다. 미국에서는 전후에 독립한 신흥국의 '법과 발전' 연구가 1970년 전후에 시대의 요청으로서 한 시기에 번창했었는데, 곧 미국의 세계정책을 따라간다는 비판을 받아 '별도의 발전'을 탐색하는 제3세계법학이라는 이름으로 비서구국가법의 특수성을 탐색하는 것으로 변했다. 유럽국가에서 법학은 무엇보다도 유럽통합의 역사적인 추세에 대응하는 것에 쫓겼고, 1990년 전후부터는 이민 또는 난민의 급증에 의한 문화충돌의 문제가 커져서(Gessner et al. 1996), 캐나다에서 발신된(Kymlicka1995) 문화다원주의(multiculturalism)을 실감하게 되었는데(Raz1998), 결국 대세의 관심은 구미선진국내부의 문제에 있고, 비서구법을 주시하는 견해는 다원적 법체제 혹은 법문화에 착안하는 일부학자의 예외에 그쳤다.

제 5 장 결 론

제 1 절 비교 연구의 목적

비교법의 목적은 '입법 작업에 있어서 이해의 증진(understanding)', '개혁(reform)', 그리고 '통일(unification)'로 나누어 질 수 있다.[85] 이 세 가지 목적은 비교법 연구의 중요성과도 일맥상통하는 개념이며, 동시에 앞으로의 비교 연구의 방향과도 연결된다. 그러나 이해의 증진, 개혁, 그리고 통일화 과제는 국가간의 비교법 연구를 위한 중요 정당성 목적으로 받아들여지지만, 좀 더 포괄적인 비교 연구의 필요성을 전제한 후 세부적인 비교법의 목적을 언급할 필요가 있다.

이해의 증진(understanding)[86]을 위한 비교법 연구를 위해서는 비교 연구는 설명,[87] 지식, 법제사, 그리고 법제와 관련된 사법제도와 사회과학적 사상을 모두 포함하고 있어야 한다. 비교법 연구를 통해 일정 제도를 개혁하려고 한다면, 그 연구는 법원의 판결과 입법에 대한 비교 연구를 주목적으로 하여야 한다. 법의 통일화를 목적으로 연구를 수행한다면, 비교 연구는 공사법을 포함한 모든 국제법과 국제기구에 관한 분석을 선행해야 하는 문제가 발생한다.

1. 이해의 증진을 위한 비교법 연구

이해의 증진이라는 것은 독자를 위한 가장 근본적인 비교 연구의 목적이다. 비교의 내용에는 법의 본질 내지는 내재된 성격을 포함하

85) Pierre Lepaulle, *The Function of Comparative Law with a Critique of Social Jurisprudence,* 35 Harv. L. Rev. 838, at 855-57 (1922); Hiram E. Chodosh, *Comparing Comparisons: In Search of Methodology,* 84 Iowa L. Rev. 1025, at 1069(1999).

86) 비교법에 있어서 이해의 증진이라는 것은 그 대상을 주로 독자로 맞추고 있다: Andrew Huxley, *Golden Yoke; Silken Text,* 106 Yale L.J. 1885, at 1925 (1997).

87) John Henry Merryman, *Comparative Law and Scientific Explanation, in* Law in the United States of America in Social and Technological Perspective, at 86 (1974).

고 있어야지만, 일반적인 독자의 이해를 증진할 수 있다. 특히 국제사회와 국내 정황에 대한 분석이 전제된 법제 변천에 대한 내용은 법의 흐름을 이해하는데 중요한 단서가 될 것이고, 국제 정세의 변화에 따른 법 변천은 미래의 법과 사회의 변화과정을 예측할 수 있는 중요 수단이 될 것이다. Pierre Lapaulle이 말했듯이 “진정한 내재적 진실과 의미를 파악하기 위해서는, 일정한 거리를 두고 이방인의 입장에서 사물을 직시하여야 하고, 만약 자기 국가의 법제와 사회 현실에 국한되어 외국의 제도를 연구한다면, 그 연구 결과는 오류를 피할 수 없을 것이다.

비교 연구의 목적 중 이해의 증진을 좀 더 확대하여 해석한다면, 비교 연구를 통해 통일적·보편적 법 가치관을 도출하는 것도 가능하다고 생각한다.

2. 제도 개혁을 위한 비교법 연구

비교법 연구의 궁극적인 목적 중의 하나로 제시될 수 있는 것은 제도 개혁(Reform)이다. 다른 나라의 법제도를 통해 자국의 법제를 개혁한다는 것은 법제의 수용 또는 계수를 통해서 자국의 법 체제를 발전적인 방향으로 진보시키는 것이다. 비교법 연구를 통해 개혁을 달성하기 위해서는 외국의 법제 실현 상황과 역사적 분석을 반드시 수반하여야 하고, 이 뿐만 아니라 상이한 법제도를 갖고 있는 외국에서 일어나는 현상과 그 제도에 대한 장점을 철저히 분석하여야 한다.

3. 법의 조화와 통일화를 위한 비교법 연구

비교법 연구가 실제로 실효성 있는 연구로 자리 매김하는 영역은 아마도 국제법과 국제사건에 관한 부분일 것이다. 국제 분쟁사건에 있어서 준거법의 문제와 그 해결을 위한 법리 채택의 문제 등 사건 해

결 이론을 위해서 비교법 연구는 중요한 역할을 하고 있다. 또한 EU 통합 과정에서 시사점을 얻을 수 있는 법의 조화와 통일화에 대한 연구에서는 비교법 연구는 반드시 수반되어야하는 필수 조건이라고 할 수 있다.

제 2 절 법학에 있어서의 비교법 연구

1. 비교법 연구 대상의 분류기준

비교법학의 모든 '법권론'(Lehre von Rechtskreisen)은 세계의 여러 법질서의 분류를 그 학문적 과제로 삼고 있다. 완성에 이르지는 못했지만 콘스탄티네스코의 시도가 그 전형적인 예라 할 수 있다. 분류에는 분류의 기준이 필요하고, 이 분류 기준을 어떻게 설정하는가에 대해서도 논쟁이 있다. 널리 알려진 사실이지만, 츠바이게르트/쾨츠는 다섯 가지 표식(Kriterien)을 제안하고 있다: ①법질서의 역사적 유래와 발전; ②그 법질서를 지배하고 있는 특수한 법률적 사고방법; ③매우 특수한 법제도; ④법원(法源)의 종류와 해석; ⑤이데올로기적 정치경제적, 종교적 해석을 중요한 분류기준으로 제시하고 있다. 이러한 분류기준을 불충분하고 부적절하다고 하는 콘스탄티네스코는 9가지의 표식①법의 관념과 법의 역할, ②법 및 국가권력에 영향을 주는 공식적, 비공식적인 이데올로기, ③사회적 현실과 법규범의 관계, ④경제구성법, ⑤국가의 개념과 역할, ⑥시민의 기본권과 그 기초, ⑦법원(法源)과 그 체계, ⑧법원과 법의 해설, 재판관의 지위와 해석에 있어서의 그 역할, ⑨법개념과 기초적 법적 카테코리를 제시하고 있다.

어떤 법질서의 전체적 특징을 분석하고 파악하려고 할 경우, 표식을 많이 취하면 개개의 법질서에 대해 보다 상세하고 정확한 특징부여가 가능하게 되지만, 개개의 법질서 비교시에는 각 표식에 의한 특징부여의 조합의 수가 많아지기 때문에, 그만큼 비교에 의한 분류의 명료

성은 감소하게 된다. 그러나 반대로 적은 표식을 취해 대략적인 분류를 한다면, 이러한 분류에 어떠한 의의가 있는지가 문제가 된다. 또한, 비교에 의한 분류를 위해서는 개개의 법질서의 각 표식에 따른 미시적 분석이 필요한 전제이고, 미시적 분석의 결과에 기초하여 정리・분류하는 것인데, 이 정리・분류에 의해 미시적 분석이 명확하게 각각의 법질서의 특징에 부가하여, 또한 어떠한 새로운 식견을 얻게 되는가 아닌가가 문제이다. 무릇 법권론은 '법권'이 세계에 실재적으로 생존하고 있고, 그것을 실증해야 하는 개별 법질서의 미시적 연구를 실시하고, 거시적 비교를 목표로 한다고 볼 수 있다. 오히려 '법권'은 실증할 수 있는 것으로써, 개별 미시 연구의 실증성과에 기초하는 분류에 따라 비로소 귀납되는 것으로 여러 법질서의 공통성이 발견된 경우에는 다음으로 '왜 공통인가' 하는 이유・원인이 탐구되는 것이 아닐까하고 다음 단계로 넘어가 볼 수 있다.

이와 같이 생각하면 '법권의 확정'을 그 자체로서 학문적 작업의 목적으로 하는 것은, 당장은 방법적으로 회의적이 될 수밖에 없다.

법의 비교를 여러 법질서의 체계적 분류로 연결시키는 것으로서가 아니라, 개별 미시적 연구를 기초로 하는 법질서간의 비교로서 간단하게 생각한다면, 법의 비교의 원칙적 목적은 비교의 방법을 이용하여 복수의 법질서를 연구하고, 그것을 통해 '특정사회의 법질서'의 특질(고유의 상)을 명확하게 하는 것이라고 해도 좋다.

독일의 비교법학자가 토마스만의 다음 문장을 인용해 비교(법)의 원리적 의의를 설명하고 있는 것은, 이런 취지와 부합한다고 할 수 있다. '사람은 비교에 의해서만, 있어야 하는 자신과 지금 그렇게 있는 자신을 구별하고 그리고 경험하여 그렇게 있어야 하는 자신이 되려고 하는 것이다.'(Denn nur durch Vergleichung underscheidet man sich und erfährt was man ist, um ganz zu warden, was man sein soll).

이러한 복수의 법질서 비교를 시도하는 경우, 모든 법질서를 총체로 하여 대조하는 비교는 법권론에서 표식을 취하는 것이 어려운 것과 마찬가지로, 방법적으로도 실제적으로도 용이하지 않다. 따라서 법의 비교를 시도하려고 하는 사람은 그것을 통해 비교를 실시한다고 하는 '문제'를 설정할 필요가 있다. 그렇게 하여 선택・설정되는 '문제'가 '법질서의 특질'에 본질적으로 관계되는 것인지 아닌지를 검토하는 것도 법 비교의 중요한 작업 중 일부를 이루는 것이다. 그리고 설정되는 '문제'는 비교 대상에서 공통으로 존재하는 것이어야만 한다. 자주 일컬어지듯이 '비교는 비교가능한 것을 전제로 해야만 하는' 것이고, 그것이 비교의 출발점으로 여겨진다.

오오키 마사오(大木雅夫)는 '소비에트법과 부르주아법의 비교가능성'이라고 제목한 1968년의 논문에서 이 테마를 다루고 있다. 그 연구에서 비교법 근거로서의 공통성에 관해, '다양성에서의 통일성' 및 '구조적으로 괴리하는 여러 형식의 기능적 등가'라는 두 가지 키워드가 나타난다. 전자에 대해서는 그 구체적인 표식으로써 '기원적 공통성', '기능적 유사성', '문화적 연속성 내지 문명사회의 기본적 제도의 일치', 또한 '생활조건의 유사성' 등이 거론되어 있다. 다만, '다양성으로서의 통일성'을 비교법의 근거로서 강조하면, 비교법학은 보편적인 법원리를 추구하는 수렴이론(Konvergenztheorie)이라는 비평을 부르게 될 가능성도 있다.

법의 형태는 시간적 구조적으로 규정되는데, 기능은 문제에 따라 규정되고, 비교가능해진다고 되어 있다. 즉, 공통의 '문제'가 세워지고, 그것이 어떻게 해결되는지에 대해 등가적인 기능을 나타내는 비교가 추구될 때, 언뜻 동떨어진 다른 법형식(법제도)이 연결되어, 비교가 가능해지는 것이다. 그 때문에 오오키는 '기능적 비교'가 '체계적 사고(Systemdenken)로가 아니라 '문제적 사고(Problemdenken)'에 연결되는 것이라는 것을 강조하고 있다.

이와 같이 비교는 어떠한 '문제'가 설정되는가에 의해 비교의 대상을 선택하는 것이 되고, 각종 '문제'를 통한 비교에 의해 어떤 특정 사회와 법의 특징을 분석하는 것이다. 또한 비교법 사회론은 여러 '문제'에서의 법의 비교를 통해 어떤 법질서의 고유성을 탐구하고자 하는 것이다. '문제'는 현대에 발견되는 것인데, 그것이 문제의 '역사적 경로' 분석을 필요로 하는 것은 말할 필요도 없다.

2. 비교법 연구와 입법과의 관계

우리나라의 입법 작업은 그 기초 작업이 외국의 선례 분석에서 시작하는 경우가 많다. 혹자들은 우리나라의 모든 법제도는 외국법을 계수했다고, 비하하는 발언을 하는 경우도 있다. 그러나 비교법 연구의 기능 중의 하나는 외국의 선례를 분석하여 자신의 국가에 적합한 제도를 도출하는 것에 있다. 그러나 어느 법률에서도 이 부분은 외국의 무슨 법에서 도입했다는 안내문을 달아 놓는 경우는 없다. 단지 해당 법제를 도입/법제화시키기 위한 기초 연구의 기능을 비교법 연구는 수행하는 것이다. 그러나 국제법 부분에서는 이와는 다른 경향이 나타난다. 특히 EU의 경우를 보면 알 수 있는데, 법제 통합과정에서 필요에 따라 각각의 위원회를 설치하여 해당 법률에 대한 통일작업을 수행했다.[88] 이렇듯, 권역별 통합이 이루어지는 경우에는 그 권역에 포함된 모든 국가의 법제가 입법에 직접적인 영향을 미친다고 할 수 있다.

88) The Principles of European Contract Law.

참 고 문 헌

▣ 국내문헌

김상용,「비교계약법」, 법영서 (2002)

조규창,「비교법(상・하)」, 소화 (2005)

▣ 일본문헌

木下毅,「比較法文化論」, 有斐閣(1999)

千葉正士, “総合比較法学の推進を願う”,「比較法学の課題と展望」, 信山社(2002)

広渡清吾, “法の比較についての方法的考察-「比較法社会論」のために-”,「比較法学の課題と展望」, 信山社(2002)

大江泰一朗, “比較文化論における習俗と法律・法 - モンテスキューとルソー;ロシア専制論からの視角-”, 比較法学の課題と展望」, 信山社(2002)

石部雅亮, “穂積陳重と比較法学”,「比較法学の課題と展望」, 信山社(2002)

Bernhard Großfeld,「比較法文化論」, 中央大学出版部(2004)

▣ 영미문헌

Schlesinger, Rudolf et al., Comparative Law: Case-Text-Materials (6th ed., 1998)

Port, Kenneth L. & Gerald Paul McAlinn, Comparative Law: Law and the Legal Process in Japan (2d ed. 2003)

Hofstadter, Douglas R. Godel, Escher, Bach: An Internal Golden Braid, (1970)

Merryman, John Henry, Comparative Law and Scientific Explanation, in Law in the Unithed States of America in Social and Technological Perspective(John N. Hazard & Wenceslas J. Wagner eds., 1974)

Ole, Lando, *Comparative Law and Lawmaking*, 75 Tul. L. Rev. 1015 (2001)

Palmer, Vernon, *From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*, 53 Am. J. Comp. L. Rev. 261 (2005)

Chodosh, Hiran, *Comparison, Comparing Comparisons: In Search of Methodology*, 84 Iowa L. Rev. 1025(1999)

----------, *Egyptian Civil Justice Process Modernization: A Functional and Systemic Approach*, 17 Mich. J. Int'l L. 865 (1995)

Curran, Vivian G., *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, 46 Am. J. Comp. L. 43(1998)

Chase, Oscar G., *Legal Processed and National Culture*, 5 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 1(1997)

Merrymann, John Henry, *How others do it: The French and German Judiciaries*, 61 S. Cal. L. Rev. 1865(1988)

Langbein, John H., *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, 43 Am. J. Comp. L. 545 (1995)

Stiefel, Ernst C. & James R. Maxeiner, *Civil Justice Reform in the United States - Oppotunity for Learning from 'Civilized' European Procedure Instead of Continued Isolation,* 42 Am. J. Comp. L. 147(1994)

Bradley, Curtis A. & Jack L. Goldsmith, *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position,* 110 Harv. L. Rev. 815 (1997)

Koh, Harold Hongju, *Is International Law Really State Law?*, 111 Harv. L. Rev. 1824(1998)

Trachtman, Joel P., *Introduction: Toward Comparative Analysis of Institutions for International Economic Integration,* 17 Nw. J. Int'l L. & Bus. 351(1997)

Alvarez, Jose A., *Why Nations Behave,* 19 Mich. J. Int'l L. 303(1998)

Baxter, William, *Choice of Law, and the Federal System*, 16 Stan. L. Rev. 1(1963)

Juenger, Friedrich K., *American Jurisdiction: A Story of Comparative Neglect,* 65 U. Colo. L. Rev. 1(1993)

Stein, Eric, *Uses, Misuses - And Nonuses of Comparative Law*, 72 Nw. U. L. Rev. 198(1977)

Huxley, Andrew, *Golden Yoke; Silken Text,* 106 Yale L.J. 1885 (1997)