

〈논문〉

## 아시아법 연구의 어제와 오늘 그리고 내일\*

權五乘\*\*

### 요약

아시아법 연구를 최초로 시작한 나라는 미국이다. 미국에서는 1950년대와 60년대에 “법과 개발”의 관점에서 아시아법을 연구하기 시작하였으며, 아시아에서는 일본이 최초로 아시아법에 대한 연구를 하기 시작하였다. 한국에서는 2000년대에 들어와서 비로소 아시아법에 대한 연구가 시작되었기 때문에 아직 그 성과가 아주 미미한 상태이다.

아시아법 연구에 접근하는 방식에는 두 가지, 즉 서구법의 관점에서 접근하는 방식과 아시아법의 주체적인 관점에서 접근하는 방식이 있는데, 전자의 주류는 법과 개발의 이론이고, 후자의 주류는 다원적 법체제론의 입장이라고 할 수 있다.

아시아법은 아시아 각국의 법과 인도법, 이슬람법 및 극동법으로 구성되는 광역법으로 구성되어 있으며, 실제적으로는 고유법, 계수법, 개발법 등으로 구성되어 있다. 그런데 아시아 각국의 법은 계수법과 개발법이 그들의 고유법과 조화를 이루지 못하여 그 실효성이 높지 않다는 문제점을 안고 있다. 따라서 아시아법에 대한 체계적인 연구는 한편으로는 아시아법의 실효성을 제고하기 위하여, 다른 한편으로는 아시아(경제)공동체의 형성을 위한 법적 기초를 마련하기 위하여 절실히 필요하다. 그리고 그 접근방법은 서구법의 입장에서 접근하는 방식과 아시아법의 주체적인 입장에서 접근하는 방식을 모두 동원하여 서로의 연구 성과를 서로 보완해 나가도록 하는 것이 바람직할 것이다.

주제어: 아시아법, 법과 개발, 서구법, 다원적 법체제, 고유법, 계수법, 개발법, 광역법, 아시아법의 정체성

\* 이 글은 2011년 9월 23일 서울대학교 아시아·태평양법연구소의 창립을 기념하는 국제학술대회에서 기조연설(Keynote Speech)로 발표했던 것을 수정, 보완한 것이다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

## 1. 머리말

그동안 세계 법학의 관심은 주로 서구법에 집중되어 왔으며, 국제비교법학의 관심도 독일법과 프랑스법을 중심으로 한 대륙법(civil law)과, 미국법과 영국법을 중심으로 한 영미법(common law)의 비교 및 양 법계에 속하는 여러 나라의 법률 상호간의 비교에 집중되어 왔다고 할 수 있다. 그런데 1970년대에 들어오면서 그들의 관심이 다른 지역의 법 즉, 사회주의법, 이슬람법, 아프리카법, 극동법 등으로 점차 확대되기 시작하였다. 그러나 아시아법에 대하여는 특별한 관심을 기울이지 않았다. 그 이유는 아시아법이 대륙법이나 영미법, 아프리카법, 라틴 아메리카법 등과 같이 하나의 독립된 법체계로서 실존하는 것이 아니라, 인도법과 이슬람법 및 극동법 등으로 구성되는 다원적인 법체계에 해당하기 때문이라고 생각된다.<sup>1)</sup> 그 결과, 아시아법은 아직 그 용어 자체가 매우 생소할 뿐만 아니라 거기에 포섭되는 범위도 명확하지 않고, 그 연구의 역사가 짧은데다가 연구 성과도 아주 미약한 실정이다.

그런데 매우 흥미로운 것은 아시아법의 연구를 최초로 시작한 나라가 아시아의 어느 나라가 아니라 서구, 특히 미국이라는 점이다. 미국에서는 1950년대와 1960년대에 이른바 ‘법과 개발’(law and development)의 관점에서 라틴 아메리카와 아시아, 아프리카 등과 같은 개발도상에 있는 지역의 법에 대한 연구를 하기 시작하였고, 유럽에서는 비교법학의 관점에서 역사적으로 그들과 밀접한 관련이 있는 아시아 각국의 법과 제도를 연구하기 시작하였다. 그리고 아시아에서는 일본이 최초로 아시아법에 대한 연구를 하기 시작하였고, 그 다음에 한국과 대만 및 중국 등이 그 뒤를 따르고 있다.

한국에서는 2000년대에 들어와서 비로소 아시아법에 대한 연구가 시작되었다.<sup>2)</sup> 아시아법의 연구가 이와 같이 늦어진 이유가 명확하게 밝혀지지는 않았으나 대체로 다음과 같은 것으로 짐작된다. 즉, 우리나라의 법학자나 법률가들은 그동안 근대화<sup>3)</sup> 과정에서 제기되는 제반 법률문제를 해결하고, 나아가 이를 통하여 우리나라의 법과 제도 및 법률문화의 발전에 이바지하기 위하여, 주로 우리나라의 법과

1) 千葉正士, **아시아법의 多元的 構造**, 成文堂, 1998, 232면 참조.

2) 한국에서는 2004년 6월에 사단법인 아시아법연구소가 설립되어 아시아법을 처음으로 연구하기 시작하였는데, 이것을 계기로 하여 아시아법에 대한 연구가 촉발되었다고 할 수 있다.

3) 당시 우리나라에서는 근대화를 서구화로 이해하는 경향이 있었다.

제도 및 법률실무에 직접, 간접으로 영향을 미친 독일, 프랑스, 미국, 영국 또는 일본 등 선진국의 법과 제도 및 이론을 연구하느라, 그러한 것들과 직접적인 관련이 없는 아시아나 아프리카 또는 라틴 아메리카 등과 같은 비서구의 법과 제도 및 이론에 대하여는 관심을 기울일 수 있는 여유가 없었기 때문이라고 생각된다.<sup>4)</sup>

그런데 1990년대에 들어와서는 우리나라가 짧은 기간에 경제성장과 민주화를 동시에 이룩한 나라라는 점에서 세계의 주목을 받게 되었다. 그리고 2000년대 이후에는 우리나라가 경제성장과 민주화를 추진하는 과정에서 법과 제도 및 법률문화도 상당한 수준으로 발전하였고, 법학자나 법률가의 역량도 크게 향상되었다는 것을 인식하게 되었다. 한편 최근에는 이웃나라들 중에서 우리나라의 법과 제도 및 법률문화 그리고 법률가의 양성이나 훈련제도 등에 대하여 깊은 관심을 가지고, 그들의 법제도의 정비나 법률가 양성에 필요한 지원이나 협력을 요청해 오고 있는 나라가 점차 증가하고 있다. 또한, 우리나라의 경제규모가 증대함에 따라 이웃나라와 거래하는 교역의 규모가 크게 증대하였을 뿐만 아니라<sup>5)</sup> 인적, 물적인 교류와 협력이 크게 늘어나게 되었다. 그 결과, 한국인들이 사업이나 유학, 선교 또는 관광 등을 위하여 해외로 진출하는 경우가 현저하게 증가하였을 뿐만 아니라, 외국인들이 취업이나 유학, 혼인 또는 관광 등을 위하여 국내로 들어오는 경우도 크게 증가하고 있다. 따라서 이제 우리나라 법학자나 법률가들도 다양한 이유나 목적으로, 즉 한편으로는 해외에 진출해서 활동하는 우리나라 국민이나 기업을 돕기 위해서, 다른 한편으로는 우리나라 국내에서 거주하고 있는 외국인들의 삶과 관련하여 제기되는 각종의 법률문제를 원만하게 해결하기 위해서, 그리고 한 걸음 더 나아가 이웃나라의 법제도의 정비나 법률문화의 향상 또는 법률가의 양성에 이바지하기 위해서, 이웃나라의 법과 제도 및 법률문화에 대하여 깊은 관심을 가지고 연구하지 않으면 안 되게 되었다. 그러나 우리나라에서는 아직 이웃나라 특히 아시아법에 대한 연구가 초보적인 단계를 벗어나지 못하고 있으며, 그 연구 성과도 대단히 미약한 실정이다.

이러한 시점에, 서울대학교 법과대학/법학대학원에서 아시아·태평양법을 체계적으로 연구하고, 아시아 여러 나라의 법학자와 법률가 및 법학도들 상호간의 교류

4) Kwon, Oh Seung, Competition Law Study in Asian Countries, the 4th BESETO Conference, 2010. 9, p.91 이하 참조.

5) 우리나라의 무역규모는 1964년 총 수출 1억 달러에 불과하였으나 2011년에 무역 1조 달러를 달성하여 세계 9번째의 나라가 되었다.

와 협력을 촉진하기 위하여, “환태평양법 연구소” 또는 “아시아·태평양법 연구소”를 설립하게 된 것은 매우 뜻 깊은 일이라고 생각된다. 그리고 이를 기념하기 위한 목적으로, “아시아의 공동변영과 법의 지배”라는 주제로 국제학술심포지엄을 개최하게 된 것을 기쁘게 생각하며, 이 자리에서 필자가 아시아법에 대하여 깊은 관심을 가지고 연구하고 있는 국내외의 전문가들을 모시고 법의 지배(rule of law)라는 관점에서 아시아법 연구의 역사와 현황을 살펴본 다음에, 앞으로 나아갈 방향을 전망해 볼 수 있는 기회를 가지게 된 것을 매우 영광스럽게 생각한다.

## 2. 아시아법 연구의 접근방식

일반적으로 아시아법의 연구에 접근하는 방식에는 두 가지가 있다. 하나는 서구법의 입장에서 접근하는 것이고, 다른 하나는 아시아법의 주체적인 입장에서 접근하는 것이다. 그리고 전자는 다시 비교법학적인 관점으로 접근하는 방식과 법사회학과 법근대화론의 입장에서 접근하는 방식 및 ‘법과 개발’(law and development)의 관점에서 접근하는 방식 등으로 나누어지는데, 그동안 아시아법의 연구를 주도해 온 접근방식은 법과 개발의 관점에서 접근하는 방식이라고 할 수 있다. 한편, 아시아법의 주체적인 입장에서 아시아법의 연구에 접근하는 방식으로는 제3세계 법학과 다원적 법체제론의 관점에서 접근하는 방식 등이 있는데, 그 중에서는 다원적 법체제론의 관점에서 접근하는 방식이 주류를 이루고 있는 것으로 보인다.<sup>6)</sup>

그리고 미국에서는 1950년대와 1960년대에 이른바 법과 개발의 관점에서 아시아의 법과 제도에 대한 연구가 시작되었고, 유럽에서는 비교법학의 관점에서 아시아 각국의 법과 제도에 대한 연구가 시작되었다. 한편, 아시아 내부에서는 일본이 1980년대 이후에 법과 개발의 관점에서 아시아법에 대한 연구를 최초로 시작하였고, 한국에서는 2000년대에 들어서 비로소 아시아법에 대하여 관심을 가지게 되었다. 또한, 대만과 싱가포르 및 태국 등과 같은 나라에서도 아시아 각국의 법과 제도에 관심을 가지고 연구하기 시작하였으며, 중국은 1990년대 초에 개혁과 개방을 추진하기 위한 수단으로 시장경제체제를 도입하면서, 아시아에서 시장경제에 성공한 경험을 가지고 있는 일본과 한국 등의 법과 제도에 대하여 관심을 가지고 연구

6) 安田信之, 東南아시아法, 日本評論社, 2000, 17면 이하 참조.

하기 시작하였다.

이 글에서는 아시아법 연구의 역사와 현황을 점검하기 위하여 우선, 서구법의 입장에서 아시아법의 연구를 최초로 시작한 미국의 ‘법과 개발’ 이론의 전개과정을 간략하게 살펴본 다음에(3), 일본과 한국을 비롯한 아시아 내부에 있어서 아시아법연구의 현황과 문제점을 검토해 보고(4), 나아가 장차 아시아법 연구가 담당해야 할 과제와 접근방법에 대하여 살펴보고자 한다(5).

### 3. 미국의 법과 개발 이론의 전개과정

법과 경제발전의 관계에 대한 연구는 멀리 19세기까지 거슬러 올라간다. 그러나 개발도상국의 법적 시스템을 개혁하기 위한 체계적이고 조직적인 노력이 국제개발기구의 업무의 하나로 채택된 것은 제 2차 대전이후의 일이다. 당초에는 국제개발기구들이 법을 경제적인 성장을 이룩하기 위한 국가정책의 수단으로 보았다. 그리고 1980년대에 들어오면서부터 경제개발에 있어서 법이 담당하는 역할에 대하여 관심이 고조되기 시작하였는데, 관심의 초점은 국가권력의 수단으로서 법의 역할 이라기보다는 오히려 시장 활동을 위한 프레임워크로서 법의 역할이었다. 한편 1990년대 중반부터는 개발실무자들이 전혀 새로운 방법, 즉 법을 시장실패에 대한 교정과 개발 그 자체의 구성부분으로 보게 되었다. 그 결과, 법의 지배(rule of law)는 개발정책의 수단으로서의 물론이고 개발정책의 목표로서도 중요한 의미를 가지게 되었다.<sup>7)</sup>

#### (1) Law and Development Doctrine의 전개과정

법과 개발에 관한 이론은 그동안 세 가지의 기본적인 단계를 거쳐서 오늘에 이르고 있다. 우선, 제 1기는 1950년대와 1960년대에 나타나게 되었는데, 당시의 개발정책은 경제의 관리와 전통적인 사회의 개혁에 있어서 국가의 역할에 초점을 맞추게 되었다. 개발 실무자들은 법이 경제적 관리를 위한 도구와 사회적 변화를 위한 지렛대로 사용될 수 있다고 생각하였다. 이러한 생각은 널리 수용되었으며 결

7) David M. Trubeck and Alvaro Santos, Introduction: The third moment in law And development theory and the emergence of a new critical practice, *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, 2006, p.1.

국 법과 개발의 이론에 반영되었다. 제 1기의 이론은 경제에 있어서 효율적인 국가개입을 위한 수단으로서 법의 중요성을 강조하였다.<sup>8)</sup>

그리고 제 2기는 1980년대에 나타났는데, 당시에는 법이 개발정책의 형성에 중심적인 지위로 이동하였으며 개혁을 위한 노력의 범위도 기하급수적으로 확대되었다. 이러한 법에 대한 새로운 관심은 개발에 관한 신자유주의적 사고에 크게 영향을 받았다. 신자유주의 사상가들은 경제성장에 있어서 시장의 기본적인 역할을 강조하였다. 개발정책의 입안자들이 통제경제를 시장경제로 전환하고 또 개발도상국들을 세계경제에 통합시키고자 할 때에, 법을 정책의 중요한 영역으로 보기 시작하였다. 그런데 여기서는 법이 국가정책의 수단이라기보다는 오히려 시장관계의 기초와 국가에 대한 제한으로서 이해되었다. 물론 국가의 통제를 해소하기 위해서도 법이 필요한 것은 사실이지만, 성장을 위하여 필요하고도 충분한 조건은 유효한 시장이라는 주류 경제학의 이론이 말하는 바와 같이, 법적 제도에 부여된 기본적인 역할은 시장관계를 형성하고 규율하기 위한 하나의 기초라는 점이었다.

그 주된 관심은 행정국가의 형성에서 사법(私法)의 기본적인 제도로, 국가의 강제에 대하여 기업을 보호하는 사법부의 역할과 개별 국가를 세계경제에 통합시키는 것을 촉진하기 위한 개별국가의 법에 대한 변화의 필요성으로 이동되었다. 그러나 규제법에 대하여는 많은 관심을 기울이지 않았다. 규제는 가끔씩 시장에 대한 불필요한 간섭으로 표현되었다. 법과 개발에 관한 신자유주의적 사고는 오로지 시장의 법에 초점을 맞추었으며, 법이 정치적 및 개인적인 권리의 보장자로서 담당하는 역할이나 약자 또는 장애자에 대한 보호자로서 담당하는 역할에 대하여는 상대적으로 깊은 관심을 기울이지 않았다.<sup>9)</sup>

한편, 제3기는 1990년대와 2000년대에 나타나고 있는데, 당시에는 경제개발에 관한 경제학, 지원정책과 실무 및 법적 사고에 변화가 나타나게 되었다. 신자유주의적 사고는 재검토되었고 개발의 개념에 추가적인 요소들이 가미되었다. 이에 대하여 어떤 사람들은 법과 개발 이론에 기본적인 변화가 나타났다고 보는 반면에, 다른 사람들은 신자유주의적 영역이 실제로 종료되었는지는 분명하지 않다고 주장한다.<sup>10)</sup>

<sup>8)</sup> *Ibid.*, p.2.

<sup>9)</sup> *Ibid.*, pp.2-3.

<sup>10)</sup> *Ibid.*, p.3.

## (2) 경제성장(Economic Growth)에서 법의 지배(Rule of Law)로

법과 개발이론의 각 기별 특성을 간략히 살펴보면 다음과 같다. 우선, 제 1기의 특징은 “법과 개발 국가”(Law and Developmental State)로 요약할 수 있다. 개발 국가는 국내시장에 있어서 수입대체가 성장의 엔진이며, 불충분한 저축은 주요 산업 분야에 투자되어야 하며, 사적인 영역은 자주적인 성장(self-sustaining growth)이 가능하도록 보장하는 “도약”(take-off)을 제공하기에는 너무나 취약하고, 또 “전통적인 영역”(traditional sectors)은 변화에 저항할 것이라는 생각을 포함하는 일련의 가정들을 기초로 하고 있었다. 외국인 투자가 경제성장에 도움이 될 수 있는 것은 사실이지만 그것은 희소하고 착취적인 성격을 띠는 가능성이 있다. 따라서 자주적인 성장을 보장하기 위해서는 각 국가가 계획을 수립하고, 잉여를 재조정하며, 저항을 극복하고, 주요 산업분야에 투자하고 관리하며, 외국자본을 통제해야 한다고 생각하게 되었다.

개발 국가에 있어서 법의 주된 용도는 “전통적인” 장애요소들을 제거하고 경제적인 행동을 변화시키는 도구이었다. 법은 거시 경제적 통제를 위한 형식적 구조를 형성하는데 필요하였다. 입법은 경제적인 행동을 국가의 계획에 맞추어 조정함으로써 정책목표를 행동으로 전환할 수 있었다. 법은 효율적인 정부기관의 기능과 공기업의 지배를 위한 프레임워크를 만드는 데 필요하였다. 법적 규칙들은 복잡한 외환통제와 수입규제를 관리하는데 필요하였다.

제1기의 법과 개발의 이론과 실무는 이러한 비전에 따라 규제와 법률 전문직의 근대화에 초점을 맞추었다. 공법과 규제법을 선진국으로부터 이식하는 것이 강조되었다. 국가기관과 국가기업의 법적 역량을 강화하고 실용적이고 정책지향적인 변호사 직무의 격려를 통한 법률전문직을 근대화하는 것이 중요하였다. 왜냐하면 근대화는 주로 대학교육을 통하여 실현되는 것으로 생각하였기 때문에, 법학교육의 개혁을 크게 강조하게 되었다.<sup>11)</sup>

그리고 제2기의 특징은 “법과 신자유주의적 시장”(Law and Neoliberal Market)으로 볼 수 있다. 신자유주의적 시장의 개발정책은 성장을 이룩하는 최선의 방법은 가격통제권을 확보하고, 재정원칙을 촉진하고, 국가의 개입에 의하여 형성된 왜곡을 제거하고, 자유무역을 촉진하고 외국인 투자를 장려하는 것이라는 견해를 기초로 하고 있었다. 제2기에서는 법을 사적 거래를 촉진하기 위한 수단으로 보았기 때문에, 법과 개발 이론은 재산권을 보호하고 계약적 거래를 촉진하기 위한 사법

11) *Ibid.*, p.5.

(私法)을 중시하였다. 여기서는 국가의 개입에 대하여 엄격한 제한을 가하고 외국인 자본에 대한 동등한 처우를 보장하기 위한 수단으로 법을 사용하고자 하였다. 따라서 재산권을 강화하고 계약의 이행을 보장하기 위한 목적으로 법적 개혁이 이루어졌다. 그리고 국가의 권한을 제한하고 시장을 촉진하는 사법(司法)의 역할이 강조되었다. 형식적인 방법들을 사용하는 독립된 사법부가 법에 대한 신뢰와 예측가능성을 제공할 수 있을 것으로 생각되었다. 이러한 모델은 보편적인 것으로 생각되었다. 즉 시장은 시장이기 때문에, 어디서나 같은 법적 기초가 필요할 것이고 또 어느 곳에서나 작동할 수 있을 것으로 생각되었다.<sup>12)</sup>

그러나 20세기말에는 개발경제학에 있어서 신자유주의적 프로그램에 대한 반작용이 점점 더 커졌다. 이러한 정책들을 채택했던 많은 개도국과 체제전환국들은 심각한 경제위기를 경험하였다. 신자유주의적 정책이 그들이 약속했던 성장을 제공하지 않는다는 것이 명백해졌을 때에 회의적인 경제학자들의 목소리는 더욱 커졌고 신자유주의적 정책을 조문화한 이른바 워싱턴 합의(Washington Consensus)에 대한 신뢰도 약화되었다. 러시아에 있어서 시장충격 요법이 가져온 참혹한 경험, 많은 라틴 아메리카 국가들이 경험한 심각한 경제위기와 아시아의 재정위기는 시장이 그들의 성공을 위한 조건을 스스로 마련해 주지 않는다는 것을 확인시켜 주었다. 아무런 제한을 받지 않는 시장은 종종 효율적이지 않으며, 국가의 개입은 거래비용이나 정보의 비대칭성과 같은 시장실패를 교정하기 위하여 필요하다는 것을 알게 되었다. 그리고 신자유주의적 정책입안자들은 실제로 존재하는 각국의 제도들과 개혁의 시점에 대하여 주의하지 않았다는 비판도 받았다. 그들은 최고의 관행(best practice)을 반영하고 있다고 여겨졌던 이식한 법률들이 가끔 뿌리를 내리지 못하거나 그들이 의도했던 것과는 정반대의 결과를 초래한다는 것을 인식하게 되었다. 그들은 경제정책의 성공이 지역적 환경은 물론이고 개혁의 결과와 속도에 대한 배려와도 무관하지 않다는 것을 강조하였다.

한편, 다른 비판은 개발정책을 지배하는 사고가 오로지 경제성장에 초점을 맞추고 있는 것에 대하여 의문을 제기하였다. 어떤 사람들은 성장이 반드시 빈곤의 감소를 초래하지 않는다는 것을 지적하였고, 다른 사람들은 “개발”(development)을 오로지 경제성장과 빈곤감소의 문제로 보는 견해에 대하여 의문을 제기하였다.<sup>13)</sup>

이러한 비판들은 개발에 대한 두 가지의 새로운 생각, 즉 시장의 한계에 대한 인

<sup>12)</sup> *Ibid.*, pp.5-6.

<sup>13)</sup> *Ibid.*, p.6.



식과 개발 개념의 확장이라고 하는 새로운 견해를 낳게 되었다. 우선, 주류 개발이론가들은 시장이 사회에 있어서 생산과 자원의 배분을 위한 주된 기제로서 그리고 경제성장을 위한 주된 수단으로서 가지는 중요성을 계속 강조하고 있지만, 그들은 바야흐로 심각한 시장실패가 나타날 수 있으며, 그것이 국가의 개입을 정당화할 수 있다는 것도 인식하게 되었다. 개발경제학자들은 이제 더 이상 국내시장의 “규제완화”(deregulation)를 주장하지 않고 “적정한 규제”(appropriate regulation)의 도입에 초점을 맞추게 되었다. 마찬가지로 그들은 국내시장의 개방과 무제한적인 자본과 상품의 이동에 대한 그들의 신뢰를 누그러뜨리게 되었다. 자유무역에 대한 신뢰는 여전히 강고하지만 각 나라가 그들의 국경을 개방하는 속도를 조절할 필요가 있다는 점을 인정함으로써 그러한 신뢰가 약화되었다.

둘째로, 경제성장에 초점이 맞추어져 있는 개발의 개념을 재정립할 필요가 있다는 주장이 제기되었다. 이러한 견해의 대변자들은 개발정책의 범위를 인간의 개발을 추구하는 방향으로 확대되어야 하며, 이를 위해서는 수입의 증대는 오로지 한 측면에 불과하며, 정치적·사회적 및 법적인 발전에도 같은 배려를 해야 한다고 주장하고 있다. 이러한 개발의 복합적인 측면은 자유(freedom), 즉 인간의 잠재력을 제고하여 각 개인이 그들이 선택한 삶을 스스로 살아갈 수 있도록 하는 것을 목표로 하고 있다. 이러한 목적은 “종합적인 개발 프레임워크”(Comprehensive Development Framework)를 촉구하는 과정에 반영되고 있으며, 또 정책추천에 사회적 목록을 포함시키는 것에 의하여 실현되고 있다.<sup>14)</sup>

개발 그 자체를 재고하려는 이러한 노력에 더하여, 학계와 실무에서는 자유주의 모델의 한계를 반영하는 다른 변화도 나타나게 되었다. 각 지역의 고유한 제도들을 고려할 필요성과 모든 지역을 똑같이 취급하는 천편일률적인 접근을 회피하기 위한 노력도 강조되었다. 따라서 경제개혁의 수립과 집행에 지역 대표들의 참여에 더 많은 주의를 기울임으로써 지역 단체들이 개혁과 프로젝트의 “주도권”(ownership)을 잡을 수 있도록 하기 위하여 노력하였다. 끝으로 사회안전망의 형성과 명시적으로 빈곤의 감소를 추구하는 정책에 새로운 관심을 기울이게 되었다. 시장의 한계에 대한 새로운 주의, 개발을 성장이 아니라 자유로 정의하려는 노력, 지역에 대한 강조, 참여에 대한 관심과 빈곤 감소에 대한 초점 등이 법에 대한 새로운 사고를 형성하는 것을 돕고, 또 법과 개발이론에 대한 새로운 시기를 알려주고 있다.<sup>15)</sup>

14) *Ibid.*, pp.6-7.

15) *Ibid.*, p.7.

한편, 신자유주의적 정책에 대한 비판이 구체화되고 개발정책의 새로운 비전이 나타나자, 법의 역할에 대하여 관심이 있는 사람들은 **법과 개발** 이론을 다시 생각하기 시작하였다. 그 결과, 법에 관한 일련의 새로운 아이디어들이 나타나서 폭넓은 지지를 받게 되었는데, 이를 우리는 법과 개발의 제3기라고 부르고 있다. 그러나 제3기는 제1기와 제2기와는 달리, 아직 그 형성과정에 있다. 새로운 비전에 관한 기본적인 윤곽은 명백해 졌으나 몇 가지 측면에 대해서는 아직도 논쟁이 계속되고 있는 상태이다.

새로운 ‘파라다임’은 개발정책에 관하여 다양한 아이디어들의 복합체를 포함하고 있다. 이들은 시장은 실패할 수 있고 또 이를 보완하기 위한 국가의 개입이 필요하다는 것과 “개발”은 경제적 성장보다는 더 넓은 개념으로서 “인간의 자유”(human freedom)를 포함하는 개념으로 재구성되어야 한다고 보고 있다. 제3기 이론은 이와 같이 넓은 개념을 포함하고 있는데, 각 개념은 정책에 관하여 매우 다양한 함의를 가지고 있는 넓은 범위의 선택 가능성을 내포하고 있다. 예컨대 “시장실패”를 정부개입의 근거로 들고 있는 경우를 살펴보면, 시장실패는 매우 넓게 해석될 수 있으며, 정부개입의 범위를 넓게 인정할 수도 있지만, 아주 좁게 인정할 수도 있다. 마찬가지로 모든 사람들이 개발에 인권(human right)을 포함시켜야 한다고 주장하지만, 그것이 무엇을 의미하는지에 대하여는 매우 다양한 해석의 여지가 있다. 어떤 사람들은 인권을 국가의 행위를 제한하는 것으로 이해하고 있는 반면에 다른 사람들은 보다 넓은 개념으로 이해하고 있다. 똑같은 인권이라는 용어가 억압된 소수의 이익을 증진하기 위하여 사용될 수도 있지만 반대로 재산가의 이익을 증진하기 위하여 사용될 수도 있다.

이러한 두 가지 아이디어들은 매우 다양한 해석의 주제가 될 뿐만 아니라 서로 양립할 수 없는 방향으로 전개될 수도 있다. 인간의 번영을 그 척도로 받아들이고 있는 개발이론은 확실히 개발에 관한 순수한 경제적 개념을 능가한다. 그러한 개발에 관한 총체적인 비전을 추구하는 사람들은 인간의 능력과 자유의 감소를 회피하거나 그 증진을 촉진하기 위하여 장기적인 성장의 결과를 희생시키는 정책을 채택할 수도 있다. 반대로, 부의 극대화를 개발의 척도로 삼고 있는 사람들은 인간의 능력 개발에 대한 투자를 아껴서 장기적인 성장을 위한 정책을 채택할 수도 있다.<sup>16)</sup>

요컨대 새로운 이론은 법이 시장을 형성하고 보호할 뿐만 아니라 시장의 과잉을 억제하고, 사회적 약자를 지원하고, 가난한 자에 대한 직접적인 구제를 제공하기

<sup>16)</sup> *Ibid.*, p.8.

위해서도 사용된다는 것을 인정하고 있다. 그들은 제3기 이론은 신자유주의의 사법(私法)의 발전 프로젝트를 계속 진행하면서, 경제적 행동의 규제를 위한 적절한 프레임워크를 형성하기 위해서도 노력하고 있다. 제3기에서도 사법부가 핵심적인 주체로 남아있고 사법개혁이 여전히 개발원조의 주된 초점이 되고 있다. 그러나 제3기에서는 판사의 역할에 대하여 약간의 차이가 보이고 있다. 판사들은 이제 재산권을 보호하고 계약이 이행되도록 보장해야 할 뿐만 아니라 규제법을 정확하게 해석하고 넓은 범위의 인권을 보호하고 빈곤의 감소에도 기여해야 한다. 그 결과, 그들은 오로지 형식적인 논리에만 의존할 수 없고 결과론적인 사고도 전개해야 한다. 사법부가 이제 빈곤의 감소와 관련을 맺고 있기 때문에 궁핍한 상황에 처해 있는 사람들이 법원에 접근할 수 있도록 하는 것이 중요하다.

끝으로 하나의 이론이나 제도가 모든 경우에 부합되지 않는다는 것을 인정하게 되었다. 기관들은 더 많은 경험을 얻게 되었고, 법에 부과된 과제는 더욱 복잡하게 되었다. 따라서 그들은 기꺼이 지역적인 여건과 국가적 다양성을 수용할 용의가 있다고 말하고 있다.<sup>17)</sup>

#### 4. 아시아에 있어서 아시아법연구의 현황과 문제점

##### 가. 아시아법연구의 현황

###### (1) 일본에 있어서 아시아법 연구

아시아에서 아시아법의 연구를 최초로 시작한 나라는 일본이다. 일본에서는 1960년대 후반부터 일부 대학에서 아시아법에 대한 강좌가 개설되기 시작하였고, 1990년대 초에는 아시아법에 관하여 다양한 연구가 시작되었다.<sup>18)</sup> 일본의 아시아법 연구는 두 가지 가닥으로 나누어지는데, 하나는 서구의 근대법이 전제로 하고 있는 국가법 일원론과 서구법 보편론, 즉 일원적 법체제의 관점에서 아시아법의 연구에 접근하는 방식이고, 다른 하나는 아시아 각국의 법은 국가법과 고유법으로 구성되어 있다는 것을 전제로 하고 있는 다원적 법체제<sup>19)</sup>의 관점에서 아시아법의

<sup>17)</sup> *Ibid.*, pp.8-9.

<sup>18)</sup> 千葉正土, 前掲書, 17면 참조.

<sup>19)</sup> 다원적 법체제는 국가 이외에도 독립한 단위를 이루는 법질서가 복수로 병존하기 때

연구에 접근하는 방식이다. 그런데 여기서 특히 주의를 끄는 것은 후자의 방식이다. 그들은 아시아법의 연구대상을 종속으로부터 탈피해 가고 있는 아시아 각국의 다원적 법체제, 각국의 법에 공통의 특징으로 나타나고 있는 광역법(廣域法) 및 각 지역에 살아 있는 고유법으로 보고, 그 연구의 방법은 각 나라와 지역의 법을 주체적인 관점에서 이해하는 동시에, 그들 상호간의 비교 및 아시아 이외의 다른 법 문화와 비교하는 것이다.<sup>20)</sup>

그동안 일본에서 아시아법의 연구를 주도해 온 학자는 安田信之 교수, 黒木三郎 교수와 千葉正士 교수라고 할 수 있는데, 그들이 사용하고 있는 연구방법은 대체로 다음과 같다. 우선, 安田 교수는 아시아 각국이 대체로 서구 열강의 식민지를 거쳤을 뿐만 아니라 독립된 이후에도 서구 제국의 영향을 받아 서구화를 추진해 나가고 있기 때문에, 아시아 각국의 법에는 고유법과 계수법<sup>21)</sup> 및 개발법이라고 하는 서로 다른 종류의 법이 혼재되어 있으며, 법리적으로는 공동법리와 시장법리 및 명령법리<sup>22)</sup>가 혼합되어 있는 다원적 체제라고 보고 있다.<sup>23)</sup>

고유법은 인간의 가장 원시적인 집단과 깊이 연결되어 있는 것으로서, 이러한 집단의 동일성 내지 일체성을 기초로 하여 성립하고 있다. 이러한 집단을 지탱하고 있던 공동체의식은 근대화 과정에서 다양한 모습의 공동체가 서서히 해체됨에 따라, 한편으로는 국가(국민)의식(nationalism)으로 확산 또는 약화되면서, 다른 한편으로는 가족관계에 응축되고 있다. 이러한 공동체의식이 강한 사회나 집단에서는 자기와 타인을 구별하지 않고 이를 일체로 파악하는 경향이 있는데, 이러한 감정을 安田 교수는 어떤 특정한 공동체의 존재를 기초지우는 기본원리라는 의미에서 ‘공동법리’라고 부르고 있다. 공동법리는 오늘날 가족관계에 순수한 모습으로 남아 있는 것으로 보인다. 따라서 이 법리는 법의 영역으로서는 가족법의 영역에서 가장 분명하게 드러나고 있으며, 나아가 종교단체나 지역사회와 같이 어느 정도의 일체성을 전제로 하는 공동체(communitiy)를 둘러싼 법률관계에도 확산되고

---

문에, 각 법질서를 유지하는 사회=문화적 조직을 국가와는 다른 법주체로 인정한다는 것을 의미한다.

20) 千葉正士, 前掲書, 23면 참조.

21) 安田 교수가 이식법(移植法)이라고 부르고 있는 것을 필자는 계수법이라고 번역하였다.

22) 安田 교수가 지령법리(指令法理)라고 부르고 있는 것을 필자는 명령법리라고 번역하였다.

23) 安田信之, 前掲書, p.40 이하 참조.

있다. 이러한 의미에서 공동법리는 국가사회나 경제사회와는 다른 고유한 범주로서, 자연, 혈연 또는 학연 등으로 연결되어 있는 공동사회를 지탱하는 기본원리라고 할 수 있다.<sup>24)</sup>

그리고 계수법은 그것이 서구의 근대법과 동의어로 이해되고 있는 것에서 알 수 있는 바와 같이, 자본주의 경제체제와 깊이 관련되어 있다. 자본주의 경제체제는 상품의 교환을 전제로 하고 있는데, 교환은 타인과의 관계에서 이루어지는 것이기 때문에, 타인의 존재를 부정하는 공동법리와는 원리적으로 대립하는 존재이다. 그리고 그것은 항상 당사자간의 자유의사와 교환대상의 등가성을 전제로 하고 있다. 근대법이 교환의 전제인 상품의 소유권의 불가침성과 그 교환과정인 계약의 자유의 보장을 그 기본원리로 하고 있는 것은 바로 이러한 이유에서이다. 뿐만 아니라 자유로운 시민의 의사의 일치로 형성된 계약은, 국가조차도 시민들 간의 계약에 의하여 형성된다고 하는 사회계약론이 전형적으로 보여 주고 있는 바와 같이, 근대 시민국가를 지탱하는 기본원리로 되어 있었다. 시장법리는 그것이 독립된 각 개인의 의사의 자유를 전제로 하고 있다는 점에서 자유주의와 불가분의 관계를 맺고 있는데, 이러한 의미에서 사회를 일체로 파악하는 공동법리와는 대립하는 존재이다. 安田 교수는 교환을 규율하는 계약법이 계수법의 중요한 부분을 구성하고 있는 것으로 보고, 이를 지탱하는 법리를 시장에 있어서 교환을 지탱하는 기본적인 원리라는 의미에서 ‘시장법리’라고 부르고 있다. 시장법리는 평등하고 독립적인 인격자 상호간의 등가교환을 지탱하고 있는 수평적인 원리라고 정의할 수 있다.

한편, 개발법은 국가에 대하여 광범한 재량권과 강제권을 부여하는 것을 그 특성으로 하고 있다. 安田 교수는 이와 같은 명령·복종관계를 이른바 국가의 본질에 관한 것으로 보고, 이러한 명령과 복종이라고 하는 수직관계를 기본으로 하는 원리를 ‘지배 또는 명령법리’라고 부르고 있다. 지배 또는 명령법리는 역사적으로는 부족사회로부터 국가가 형성되는 과정에서 구체화된 것으로 보이지만, 근대사회에 있어서 명령 또는 지배법리가 적극적인 의의를 가지기 시작한 것은 19세기 후반이었다. 시장법리를 기본으로 한 근대사회는 국가로부터 자율성을 확보한 대가로서 정기적인 경제공황을 경험하면서도 꾸준히 발전해 왔다. 그러나 19세기 말부터 그 자율성, 즉 무정부성을 극복하기 위하여 국가에 의한 경제시스템의 통제

24) 우리나라에서는 특정한 지역이나 집단에서 이러한 의식이 매우 강하게 남아 있는 경우가 있는데, 이를 잘 표현해 주고 있는 말이 바로 “우리가 남이가?!”라는 말이 아닌가 생각된다.

· 계획화가 요청되기 시작하였다. 그 결과, 20세기 초에는 생산수단의 국유화와 경제의 계획화를 이념으로 하는 사회주의국가인 소련이 탄생하였다. 그리고 자본주의 체제하에서도, 미국의 뉴딜정책이나 독일의 국가사회주의에서 보는 바와 같이 국가에 의한 경제의 통제가 일상화되었다. 이러한 의미에서 20세기는 바야흐로 계획화의 시대라고 할 수 있다. 지배 또는 명령법리의 법적인 모델은 국가와 국민의 관계를 규율하는 공법 또는 행정법의 관계에서 전형적으로 나타나고 있다. 여기서 분쟁을 처리하는 모델은 사법영역에 있어서 평등한 당사자를 전제로 하는 명확한 법규범의 해석이라고 하기보다는 오히려 국가(행정부)의 공공목적에 따른 정책제량의 타당성에 대한 이의신청이라는 성격을 띠게 된다. 安田 교수는 이상과 같은 관점에서 아시아 각국의 법을 개별적으로 해명하는 동시에 그 속에 숨어 있는 공통의 특징을 찾아내어 이를 광역법 및 세계법과 비교하는 방법을 사용하고 있다. 그는 1996년에 이러한 방법으로 동남아시아의 법을 연구하여, 그 성과를 ‘ASEAN 法’이라는 책으로 출판한 바 있으며, 2000년에는 이를 개정하여 ‘東南아시아法’이라는 이름으로 출판한 바 있다.

한편, 黒木 교수는 가족법의 비교연구를 시도하여, 인도, 중국, 한국의 가족법을 개인적으로 연구한 후, 아시아 각국의 가족과 혼인에 관한 전통적인 관습법과 근대화정책을 주제로 하는 공동연구를 조직하여, 방대한 저서를 출판하였다. 여기서 다루고 있는 나라는 한국, 중국, 태국, 대만, 필리핀, 인도네시아에 걸치고 있으며, 집필자도 일본뿐만 아니라 중국, 한국, 태국으로부터 인류학자까지 참가한 18명에 이르고 있다. 이것은 아시아의 다원적 법체제 연구를 직접적으로 의도한 것은 아니지만, 국가법에 의한 근대화가 고유법의 운명에 미치는 영향을 광역법의 틀에서 비교적으로 보고하고 있는 점에서 실질적으로 그것에 해당하는 것으로서, 고유법으로부터 아시아법에 접근하는 연구의 대표적인 예라고 할 수 있다. 또한 千葉 교수는 다원적인 아시아의 법문화를 조사, 연구하는 방법으로 아시아의 다원적인 법체제에 접근하고 있으며, 1998년에는 동북아시아, 특히 한자문화권에 속하는 것으로 볼 수 있는 일본과 중국 및 한국에 있어서 고유법과 계수법의 관계에 초점을 맞추어서 아시아법의 다원적 구조를 연구한 성과를 ‘아시아法の 多元的 構造’라는 책으로 출판한 바 있다.<sup>25)</sup> 그리고 최근에는 아시아법학회가 새로운 관점에서 아시아법을 연구한 결과를 2006년에 ‘아시아 法研究의 새로운 地平’<sup>26)</sup>이라는 책으로

25) 千葉正土, *아시아法の 多元的 構造*, 成文堂, 1998.

26) 아시아 法學會 편, *아시아 法研究의 새로운 地平*, 成文堂, 2006.

출판한 바 있으며, 水林 彪 교수는 2007년부터 5년간 한국과 중국의 학자들과 공동으로 추진하고 있는 “東아시아에 있어서 法の 繼受와 創造 - 東아시아共通法の 基盤造成을 위하여”라는 제목의 프로젝트의 첫 번째 성과를 정리하여, 2009년에 ‘東아시아 法研究의 現狀과 將來’라는 책을 출판한 바 있다.<sup>27)</sup>

요컨대 일본에 있어서 아시아법의 연구가 얻은 최대의 성과는 아시아법을 주체적인 입장에서 접근하여, 아시아법이 서구의 법과 같은 일원적인 법체제를 형성하고 있는 것이 아니라 다원적 법체제를 형성하고 있다는 점을 밝힌 점이라고 할 수 있다. 그러나 아직 그 연구의 역사가 짧아서 다원적 법체제의 내용이나 특성을 정확히 밝혀내지는 못하고 있는데, 그것이 그 한계로 지적될 수 있다.

한편, 일본에 있어서 아시아법 연구의 최근 동향과 관련하여 특히 주목할 필요가 있는 것은 법제정비 지원사업이다. 일본은 1990년대부터 개발도상국이나 체제 전환국에 대한 법제정비 지원사업을 활발하게 전개하고 있는데, 이 사업을 주도하고 있는 것은 나고야(名古屋)대학 법정국제교육연구협력센터(CALE, Center for Asian Legal Exchange)이다. 나고야대학 법학부는 1990년에 창립 40주년을 기념하여 아시아 제국의 법과 정치에 대한 연구와 교육을 하기 시작하였으며, 1998년에는 그동안 관계를 맺어온 베트남, 라오스, 캄보디아, 몽골을 대상으로 하여, 각국의 법제정비와 법률가양성에 관하여 지원하는 사업을 시작하였다. 그리고 2000년에는 법학부 내에 ‘아시아법정보교류센터’를 설립하여 아시아의 법과 정치에 관한 연구와 법제정비지원사업의 센터로서 활동하기 시작하였으며, 2002년에는 이를 나고야대학의 한 독립부서로 발전시키면서 그 이름을 ‘법정국제교육연구협력센터’로 바꾸었으며, 중앙아시아도 그 대상국에 포함시켰다. CALE는 나고야대학 대학원 법학연구과와 연대하고, 나아가 문부과학성, 외무성, 법무성, JICA 등의 기관 및 다른 대학과 협력관계를 구축해 나가면서, 아시아법제정비지원의 조정센터로서, 아시아 제국의 법연구의 거점으로서 활동하고 있다. CALE는 일본의 대학에서 법제정비 지원연구·사업을 전문적으로 취급하고 있는 유일한 센터로서, 아시아 제국을 중심으로 한 법제정비 지원사업을 수행하는 동시에, 그 연구 성과와 아시아제국의 법제정보를 발표하고, 이 분야에 관한 인적 네트워크를 확산해 나가는데 중요한 역할을 담당하고 있다. CALE의 안내 자료에 따르면, 법제정비지원은 개발도상국이나 체제전환국에 있어서 공정한 시장경제, 법의 지배, 인권, 민주주의를 실현하기 위하여 필요한 법제 정비를 지원하는 사업으로서, 그 활동은 법령의 기초나

27) 水林 彪 편저, 東아시아 法研究의 現狀과 將來, 國際書院, 2009.

사법제도의 정비를 위한 협력, 법령·판례정보의 정비나 접근개선 등 법적 인프라 정비를 위한 협력, 법률가 양성을 위한 협력 등으로 구성되어 있다고 한다.<sup>28)</sup>

## (2) 한국에 있어서 아시아법 연구

한국은 일본의 식민지를 거치는 동안에 일본을 통해서 대륙법을 계수했을 뿐만 아니라 건국 이후에도 오랫동안 일본법의 영향을 받아왔기 때문에, 한국의 법학자나 법률가들은 일본법에 대하여는 깊은 관심을 가지고 있었지만, 아시아에서 일본을 제외한 다른 나라의 법과 제도에 대하여는 별다른 관심을 기울이지 않았다. 그러다가 2000년대에 들어와서 아시아 여러 나라와 경제적인 교류와 협력이 급격히 증가함에 따라 중국이나 베트남 등과 같은 아시아 각국의 법과 제도에 대하여도 차츰 관심을 갖기 시작하였다. 그러나 그 연구의 성과는 아주 미약한 실정이다.

한국에서 ‘아시아법’이라는 용어를 최초로 사용한 단체는 아마 1995년에 설립된 “아세아여성법학연구소”가 아닌가 생각된다. 그러나 아시아법에 대한 연구가 본격적으로 전개되기 시작한 것은 2004년 6월에 설립된 사단법인 아시아법연구소의 창립 이후라고 할 수 있다. 아시아법연구소는 우리나라가 산업화와 민주화 시대를 지나서 바야흐로 선진화의 시대로 나아가고 있다고 보고, 이러한 시대를 살고 있는 법률가들이 안으로는 각종의 법과 제도를 시대의 요구에 맞게 발전시켜 나가면서, 밖으로는 이웃나라의 법률가들과 교류와 협력을 증진해 나가야 할 시대적 사명을 띠고 있다는 인식하에, 우리나라의 정부와 기업 및 개인이 이웃나라와 상호 긴밀한 교류와 협력을 통하여 아시아 여러 나라의 공존공영에 이바지하는 동시에, 장차 아시아경제공동체를 형성하는데 필요한 법적, 제도적 기반을 조성하는 데 기여하기 위한 목적으로 설립되었다. 그리고 이러한 목적을 실현하기 위하여 아시아 여러 나라의 법과 제도 및 문화에 대한 조사와 비교연구, 체제전환국의 법제 정비에 필요한 지원과 협력, 국제적인 교류의 활성화에 따른 법률서비스의 지원, 법률가와 차세대 지도자 양성에 대한 지원과 협력, 법률시장의 개방에 대비한 법률가 상호간의 교류와 협력의 증진 등과 같은 사업을 추진해 오고 있다.<sup>29)</sup> 그리고 같은 해 6월 19일에는 동 연구소의 창립을 기념하기 위하여 “아시아법연구의 현황과 과제 - 법적 교류와 협력 그리고 지원”이라는 주제로 국제심포지엄을 개최하여

28) 鮎京正訓, 名古屋大學 法整備支援事業·研究, 東北亞法研究 (전북대학교 동북아법연구소) 제2권 2호, 2008, 7면 이하 참조.

29) 권오승, “아시아법연구소 설립취지문”, 아시아법연구소, 2004, 3-4면 참조.



아시아법 연구의 필요성과 방향 및 과제에 대하여 관심을 촉구한 바 있고,<sup>30)</sup> 그 해 11월부터는 법무부의 지원을 받아 “체제전환국 법제정비 지원사업”에 대한 공동연구를 실시하여, 그 연구결과를 “체제전환국 법제정비 지원”이라는 제목으로 2006년에 출판한 바 있다.<sup>31)</sup> 그리고 2005년에는 2월에 아시아법에 대하여 관심을 가지고 있는 교수, 판사, 검사 변호사들과 함께 싱가포르, 캄보디아, 베트남을 방문하여 법제정비의 지원과 법률가 교류와 협력의 필요성을 확인한 뒤에, 6월에는 서울에서 “아시아경쟁법의 비교”라는 국제심포지엄을 개최한 바 있고, 11월에는 베트남 하노이에서 베트남 사회과학연구원 산하 국가법연구소와 공동으로 “베트남의 시장경제 발전을 위한 사법개혁”이라는 주제로 국제심포지엄을 개최한 바 있다. 그리고 2006년에는 “베트남토지법에 관한 연구”를 주제로 공동연구를 실시하여 출판하였으며,<sup>32)</sup> 2008년에는 베트남의 기업관련법제에 대한 국제심포지엄을 개최한 바 있다.

그리고 2005년에는 한국법제연구원이 아시아법령정보센터를 설립하여 아시아법령정보네트워크(ALIN)를 통하여 아시아법령정보를 수집하여 제공하는 사업을 추진하기 시작하였으며, “아시아법제연구”라는 학술지도 발간하고 있다. 한편, 전북대학교에서는 2007년에 “동북아법연구소”를 설립하여 활발한 활동을 전개하고 있으며, “동북아법연구”라는 학술지도 발간하고 있다.

한편, 대법원은 2002년부터 아시아 각국의 대법관을 비롯한 법관들을 초청하여 연수하는 프로그램을 시작하였고, 법무부 산하의 법무연수원에서는 해마다 해외 법조인들에 대한 연수를 실시하고 있다. 그리고 2004년에는 외교통상부 산하의 한국국제협력단(KOICA)이 베트남의 정보통신촉진법(IT Law)의 제정과 마약통제 행정현대화 사업을 지원하는 사업을 추진한 바 있다. 한편, 최근에는 우리나라가 정부개발원조(ODA; Official Development Assistance)의 수원국(受援國)에서 지원국(支援國)으로 바뀐에 따라, 정부차원에서 녹색성장위원회를 설립하여 개도국에 대한 “녹색성장”을 지원하는 사업을 전개하고 있는데, 이에 관한 구체적인 사업은 글로벌녹색성장연구소(GGGI; Global Green Growth Institute)에서 맡아서 추진하고 있으며<sup>33)</sup>, 그중에서 특히 정책과 법에 관한 지원사업은 한국법제연구원 글로벌법

30) 권오승, **아시아법연구의 필요성과 방향**, 2004. 6. 19 (국제학술심포지엄 자료) 참조.

31) 권오승 외 3인, **체제전환국 법제정비 지원**, 서울대학교 출판부, 2006.

32) 서헌제, **베트남 토지법제에 관한 연구 - 외국인 투자를 중심으로 -**, 아시아법연구소, 2007.

33) [www.gggi.org](http://www.gggi.org) 참조.

제연구센터가 담당하고 있는 것으로 알려져 있다.

그러나 한국에 있어서 아시아 각국의 법에 대한 연구는 아직 초보적인 수준을 벗어나지 못하고 있으며, 그 대상도 우리나라와 교류가 많은 일본법과 중국법 및 베트남<sup>34)</sup>에 치중하고 있으며, 그 밖의 나라의 법에 대한 연구는 아주 제한적이다. 그리고 그 연구의 내용이나 수준도 아주 단편적인 수준을 벗어나지 못하고 있다. 예컨대 각 개별법의 영역에서 다른 나라의 법을 연구하여 소개하고 있는 정도에 그치고 있어서 종합적이고 체계적인 연구의 성과는 찾아보기가 어려운 실정이다.

### (3) 중국에 있어서 아시아법의 연구

중국에서는 아시아법 그 자체에 대한 본격적인 연구는 아직 보이지 않고,<sup>35)</sup> 주로 아시아 여러 나라들 중에서 근대화에 먼저 성공한 일본의 법과 아울러 같은 언어를 사용하면서 서구법의 도입에 성공한 대만의 법에 대하여 깊은 관심을 가지고 있는 것으로 보이며, 최근에는 경제성장과 민주화에 동시에 성공한 한국의 법과 제도에 대하여도 깊은 관심을 가지고 있는 것으로 보인다.<sup>36)</sup>

## 나. 아시아법연구의 문제점

전술한 바와 같이, 아시아법의 연구에 접근하는 방식은 크게 서구법의 입장에서 접근하는 방식과 아시아법의 주체성을 인정하는 입장에서 접근하는 방식으로 나누어지는데, 그동안 아시아법 연구를 주도해 온 방식은 전자이며, 후자는 아직 그 초보적인 단계를 벗어나지 못하고 있는 것으로 보인다. 그런데 아시아법을 주체적인 입장에서 연구하고자 할 때에는 다음과 같은 어려움이 있는 것으로 생각된다. 우선, 아시아는 그 지역이 매우 넓을 뿐만 아니라 인구도 매우 많다. 그 지역은 동서로는 극동에서 중앙아시아에 이르기까지, 그리고 남북으로는 인도네시아와 인도에서 러시아에 이르기까지 매우 광대하며, 그 문화권은 이슬람과 불교, 힌두교 및 유교문화권 등과 같이 매우 다양하게 구성되어 있다. 따라서 아시아법은 인도법, 이

34) 베트남법에 대한 대표적인 연구로는 이효원, “베트남 사회주의 공화국 헌법과 정치체제”, **아시아법제연구** 제3호(2005), 한국법제연구원; 김대인, “베트남을 중심으로 본 ‘법과 개발’의 현황과 과제”, **아시아법제연구**, 제8호(2007. 9), 141면 이하, 권오승·김대인·이상현, ‘국제개발협력과 법’의 관점에서 본 베트남 체제전환에 대한 연구(2011.5) 참조.

35) 2011년에 중국 인민대학에 아시아·태평양법연구소가 설립되었다고 한다.

36) 2011년 현재 한국법 연구센터가 설립되어 있는 대학은 중국 인민대학, 화동정법대학 및 연변대학 정도가 아닌가 생각된다.

슬람법과 극동법 등과 같은 다양한 모습의 광역법으로 구성되어 있기 때문에 이를 주체적인 입장에서 접근하여 그 공통성을 찾아내기란 매우 어렵다. 뿐만 아니라 아시아법은 실체적으로는 고유법과 계수법 및 개발법 등과 같은 다양한 요소들을 포함하고 있는 다원적 법체제로 구성되어 있기 때문에, 이를 주체적인 입장에서 연구하여 아시아 각국의 법의 내용과 특성을 밝혀내고, 나아가 아시아법의 공통성과 정체성을 밝혀내기가 매우 어렵기 때문이다.

그리고 아시아에는 서구 열강의 식민지를 거쳐서 서구의 영향 아래 근대화를 추진하고 있는 나라들이 많이 있고, 그 과정에서 주로 서구의 법을 중심으로 한 근대법을 계수한 나라들이 많다. 따라서 아시아 각국에는 그들의 정치나 경제, 사회 또는 문화적 요소들은 물론이고 법과 제도들 중에도 서구의 그것들 보다 열등하게 생각될 수 있는 요소들이 많이 남아있는 것도 사실이다. 그 결과, 아시아 각국의 법을 구성하고 있는 요소들 중에서 고유한 관습이나 전통적인 법문화와 같은 고유법이 서구의 근대법을 도입한 계수법에 의하여 위축되는 경우도 있고, 또 전근대적이거나 비합리적 또는 비효율적이라는 이유로 무시되는 경우도 있는 것으로 보인다. 그리고 20세기 이후에는 아시아 각국이 저마다 산업화와 민주화를 내용으로 하는 이른바 ‘근대화’를 추진해 오고 있는데, 이러한 과정에서 도입한 개발법들은 대체로 근대화에 성공한 서구의 법과 제도를 받아들인 것들이다. 그런데 이러한 개발법들이 실효성을 확보하도록 하기 위해서는 각국의 고유한 법이나 관습 또는 전통적인 법문화를 조사하여 그것들과 조화시켜 나가지 않으면 안 되는데, 여기에는 상당한 시간과 노력이 필요하기 때문에 이러한 과정을 거치지 않고 서구의 법과 제도를 일방적으로 도입하여 시행해 오고 있는 경우가 많기 때문에, 그 실효성이 그다지 높지 않은 것으로 보인다.

한편, 아시아에는 1980년대 후반에 들어와서 구소련의 붕괴와 더불어 오랫동안 지탱해 오고 있던 사회주의 계획경제 체제에서 벗어나 시장경제 체제로 그 체제를 전환하기 위하여 노력하고 있는 체제전환국들이 많이 있다. 중국, 베트남, 캄보디아, 몽골과 우즈베키스탄을 비롯한 중앙아시아 여러 나라가 그 대표적인 예이다. 그런데 이러한 나라에서는 그들의 고유법이나 전통적인 법문화가 사회주의 체제하에서 이미 많이 파괴되었거나 변형되어 버렸기 때문에, 그 원형을 찾아내기가 매우 어려운 경우도 많이 있다. 그리고 그들은 개혁과 개방을 적극적으로 추진하기 위하여 시장경제를 도입하여 실시하면서, 새로이 도입한 시장경제 체제를 하루 속히 정착시키기 위하여 거기에 필요한 서구의 법과 제도를 도입하여 시행하고 있기

때문에, 이를 그들의 고유법이나 전통적인 법문화와 조화시켜 나가기 위하여 노력하거나 배려할 여유를 가지지 못하고 있는 경우가 대부분이라고 생각된다.

## 5. 아시아법연구의 과제와 접근방법

이상에서 살펴 본 바와 같이, 아시아법은 서구법과 같이 일원적인 법체제를 이루고 있는 것이 아니라 아시아 각국의 법과 다수의 광역법으로 구성되어 있으며, 실체적으로는 고유법과 계수법 및 개발법 등으로 구성되어 있는 다원적인 법체제를 이루고 있다. 그런데 아시아 각국은 근대화를 추진하는 과정에서 대체로 서구의 근대법을 도입하여 실시하고 있는데, 이러한 계수법이나 개발법은 각 나라에 따라 어느 정도 차이가 있기는 하지만, 서구의 여러 나라에 비하여 그 실효성이 많이 떨어지고 있는 것이 사실이다. 그 주된 이유는 크게 두 가지로 나누어진다. 하나는 아시아 각국이 서구의 근대법을 도입하면서, 이를 뒷받침하고 있는 법원리와 법문화까지 도입하지는 못하였기 때문이며, 다른 하나는 새로 도입한 근대법, 즉 계수법이나 개발법이 각국의 고유한 관습법이나 전통적인 법문화와 조화되지 않고 있기 때문이라고 생각된다. 이는 마치 동전의 양면과 같은 관계라고 할 수 있다. 따라서 아시아 각국이 그 법의 실효성을 제고하기 위해서는 다음과 같은 노력을 할 필요가 있다. 한편으로는 서구에서 도입한 계수법과 개발법의 실효성을 제고하기 위하여 서구법의 원리나 문화를 더욱 철저히 연구하여 이를 널리 보급하는 동시에 각국의 여건이나 환경에 맞게 수정해 나가도록 노력하는 것이고, 다른 한편으로는 아시아 각국에 고유한 관습법이나 법문화를 깊이 연구하여 도입한 계수법이나 개발법을 고유한 법과 문화와 조화시켜 나가도록 노력하는 것이다. 여기에 아시아법연구의 일차적인 의의와 가치가 있다고 할 수 있다.

그리고 최근에는 아시아 역내의 교역이 점차 증가하고 있을 뿐만 아니라 인적, 물적인 교류와 협력도 더욱 활발하게 전개되고 있다. 그런데 아시아의 여러 나라가 장차 공동으로 발전과 번영을 지속해 나가기 위해서는 이러한 교역과 교류 및 협력을 더욱 확대해 나갈 필요가 있다. 그런데 이를 위해서는 한편으로는 교류와 협력을 저해하는 요인들을 찾아내어 이를 제거해 나갈 필요가 있으며, 특히 각국의 법과 제도를 중에서 교류와 협력을 저해하는 요인들을 제거해 나가는 동시에, 다른 한편으로는 각국의 법과 제도 및 문화에 내재하는 공통점은 더욱 발전시켜 나갈

필요가 있다. 그리고 한 걸음 더 나아가서 아시아에서도 장차 유럽공동체와 같은 공동체를 형성해 나갈 필요가 있는데, 이를 위해서는 아시아 각국의 법과 제도는 물론이고 다수의 광역법을 좀더 깊이 연구하여 각국의 법과 다수의 광역법의 공통점을 찾아내어 이를 더욱 발전시켜 나가는 동시에, 이를 초월하는 아시아법 자체의 정체성을 밝혀낼 필요도 있을 것이다.<sup>37)</sup> 이러한 연구를 통해서 확인된 아시아법의 정체성, 즉 공통성과 특성이 장차 아시아(경제)공동체의 법을 형성하는 기초가 될 수 있을 것이다. 필자는 여기에 아시아법 연구의 궁극적인 의의와 가치가 있다고 생각한다.

따라서 우리가 아시아법을 연구함에 있어서는 서구법의 입장에서 접근하는 방식과 아시아법의 주체적인 입장에서 접근하는 방식을 모두 사용함으로써 양자의 연구 성과를 서로 보완해 나갈 필요가 있을 것이다. 한편으로는 서구법의 입장에서 아시아법에 접근함으로써 아시아법의 후진성을 극복하는데 이바지할 수 있을 것이며, 다른 한편으로는 아시아법의 주체적인 관점에서 아시아법에 접근하여, 아시아 각국의 법과 제도에 내재하고 있는 고유법적인 요소를 찾아내어 이를 서구에서 도입한 계수법 및 개발법과 조화시켜 나감으로써 아시아 각국의 법의 실효성을 제고하는데 이바지할 수도 있을 것이다. 그리고 아시아법을 구성하고 있는 인도법과 이슬람법 및 극동법 등과 같은 광역법을 연구하여 그 내용과 특성을 명확하게 밝혀내는 동시에 이를 서구법과 비교함으로써, 다수의 광역법으로 구성되어 있는 아시아법의 정체성을 밝혀냄으로써 장차 형성해 나가야 할 필요가 있는 아시아(경제)공동체의 법적기초를 마련하는 데에도 이바지할 수 있을 것이다.

투고일 2011. 10. 18	심사완료일 2011. 12. 2	게재확정일 2011. 12. 10
------------------	-------------------	--------------------

37) 예컨대 이러한 관점에서 이루어진 대표적인 연구로서는 권오승, “동아시아 공동시장의 형성과 경쟁법의 과제”, **서울대 법학** 제46권 3호, 2005. 9, 140면 이하 참조.

## 참 고 문 헌

- 강동국, “일본의 법정비지원의 현상과 과제: 한국에 주는 함의를 중심으로”, **동북아법연구**(전북대학교 동북아법연구소) 제2권 2호, 2008.
- 권오승 외 3인, **체제전환국 법제정비 지원**, 서울대학교 출판부, 2006.
- 권오승·김대인·이상현, ‘국제개발협력과 법’의 관점에서 본 베트남의 체제전환에 대한 연구, 2011. 5.
- 권오승, **아시아법연구의 필요성과 방향**, 2004. 6. 19 (국제학술심포지엄 자료).
- \_\_\_\_\_, “동아시아 공동시장의 형성과 경쟁법의 과제”, **서울대 법학** 제46권 3호, 2005.
- 김대인, “베트남을 중심으로 본 ‘법과 개발’의 현황과 과제”, **아시아법제연구**, 제8호(2007.9), 한국법제연구원.
- 서헌재, “베트남토지법제에 관한 연구- 외국인투자를 중심으로-”, **아시아법연구소**, 2007.
- 이효원, “베트남 사회주의 공화국 헌법과 정치체제”, **아시아법제연구** 제3호(2005), 한국법제연구원.
- 千葉正士, **아시아법의 多元的 構造**, 成文堂, 1998.
- 金子 由芳, **아시아 법의 可能性**, 大學教育出版, 1998.
- 水林 彪 편저, **東아시아 法研究의 現狀과 將來**, 國際書院, 2009.
- 安田信之, **東南아시아法**, 日本評論社, 2000.
- 아시아 法學會 편, **아시아 法研究의 새로운 地平**, 成文堂, 2006.
- 鮎京正訓, 名古屋大學과 法整備支援事業·研究, **東北亞法研究** (전북대학교 동북아법연구소) 제2권 2호, 2008.
- 名古屋大學 法政國際教育協力研究센터, CALE Center for Asian Legal Exchange Nagoya University.
- Christoph Antons ed., **Law and Development in East and South East Asia**, Routledge Curzon, 2003.
- David M. Trubeck and Alvaro Santos, **The New Law and Economic Development**, Cambridge University Press, 2006.
- Kwon, Oh Seung, **Competition Law Study in Asian Countries**, the 4th BESETO Conference, 2010. 9.

<Abstract>

## Study on Asian Laws: The Past, Present and Future

Kwon, Oh Seung\*

Study on Asian laws was first started by the United States. In 1950s and 1960s, the United States started to study laws of developing regions such as Latin America, Asia, and Africa from the viewpoint of 'law and development'. European countries also began studying laws and legal systems of Asian countries, from the standpoint of comparative law. Among Asian countries, Japan was the first country to start studying Asian laws. Korea followed thereafter, along with Taiwan and China etc.

As Korea entered the 2000s, it was recognized that the advancement of Korean laws, legal system, and legal culture reached high level, and the competency of Korean legal experts also enhanced greatly. A number of neighboring countries are coming to Korea to learn its legal system and culture and are requesting that Korea exchanges resources or helps to develop their legal system and nurture legal experts. However, study on Asian laws is only at its beginning stage in Korea, and thus we have very little outcome of the studies.

There are two main approaches of studies on Asian laws. One is approaching from the viewpoint of western laws, and the other is approaching from inside, that is from the standpoint of Asian laws. The former comprises of approaches from the perspective of comparative law, sociology of law and the modernization of law, and from the view of 'law and development'. The main approach of studies on Asian laws has been from the viewpoint of 'law and development'. On the other hand, there are also two approaches to study Asian laws from the inside: one is from the viewpoint of laws of the third world, and the other is from the viewpoint of pluralist legal system. Among these two, the latter is more widely used.

This paper touches firstly upon the developing history of law and development

---

\* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

doctrine of the U.S. who was the first country to study Asian laws from a western perspective, then looks into the current status of Asian laws studies within the Asian region such as Japan and Korea, and lastly defines the direction where Asian laws study should head and tasks that lay ahead of us in doing so.

Asian laws are consisted of different legal systems of each country, which includes each country's traditional law, adopted laws, and development laws. In the process of modernization in Asia, it turned out that the adopted laws and development laws are not so efficient as in Europe or USA. Especially, when the adopted law and development law cannot be in harmony with the existing traditional laws and legal culture, public confidence in the new laws inevitably falls leading to ineffectiveness of the laws. Therefore, Asian countries must continuously push forward to have the adopted laws and development laws work in harmony with their existing traditional laws and culture.

Also, in the process of carrying out industrialization and democratization, Asian countries should collaborate and exchange resources with neighboring countries so as to speed up achievement of modernization. At the same, it would be necessary to study how to harmonize each country's laws and/or regional laws with other country's laws and/or regional laws. This kind of study on laws could contribute to lay the sound foundation of an Asian Common Market or Asian community law. In order to do so, we should study on Asian laws not only from the viewpoint of western laws, but also from our own viewpoint as owners of the laws. Furthermore, we have to study more seriously about individual laws of each country. And also engage in more in-depth studies on the Asian regional laws that are composed of Indian laws, Islamic laws and Far East Asian laws.

Keywords: study on Asian laws, adopted laws, and development laws, traditional laws, law and development, pluralist legal system, Asian regional laws, Asian Common Market