

# 比較法學의 方法論

李 相 冕\*

## 序 論

比較法學의 方法論은 法學의 거의 全分野에 관계되는 것이지만 그에 대한 本質的인 研究에는 소홀히 한 것 같다. 本稿에서는 우선 比較法學의 方法論上의 問題點과 學問으로서의 獨自性을 가지는 지를 吟味해보고, 實際적으로 比較法學이 功獻한 바를 살핀 다음 比較法學이 가지고 있는 方法論上의 問題點을 여하히 解決하고 나아가서 比較法學의 現實的 適用度를 어떻게 높일 수 있는가를 研究함을 目標로 한다.

## I. 比較法學의 方法論上의 問題點

### A. 比較法學의 意義

比較法學은 원래 傳統的인 法意識에 젖어 있는 나라가 外國의 法을 도입하는 과정에서 發達해 왔다. 法은 言語와 같이 各 社會마다 그 特性을 內包하기 때문에 歷史와 文化가 다른 他國의 法을 自國의 所見을 가지고 研究하고 이를 自國의 現實에 성급히 利用하려는 데에 종종 摩擦이 따르고 試行錯誤를 거듭하게 되는 수가 많다. 李朝가 大明律繼受로 겪은 社會的 混亂과 甲午更張때 입은 民族的 陣痛은 繼受된 外國法과 傳統社會의 理念의 乖離에서 빚어진 慘狀이었다.<sup>(1)</sup> 二次大戰後 우리나라에서는 先進國의 諸制度를 받아들이기 위하여 比較法學에 대한 關心이 높아졌으나, 그것은 比較法 자체에 對한 研究라기 보다는 오히려 獨逸法, 佛蘭西法, 英美法등 外國法에 대한 개별적인 수요에 기인한 것이었다. 比較法 自體에 內在하는 特有的 性格으로 말미암아 그 學問的 體系를 세운다는 것은 그리 容易한 일이 아니므로 좀 試圖해 보다가는 쉽사리 懷疑에 빠지거나 挫折해 버린 것이 아닌가 한다. 制限된 資料와 言語障壁으로 말미암아 여러 나라의 法을 모두 研究한다는 것은 결코 容易한 일이 아니다.

지금 우리는 先進國의 法을 도입하여 우리 社會에 맞도록 同化시키려는 消極的인 자세에 단 머무르거나 比較法 自體의 특수성과 相對성에 啞然해 있을 때가 아니다. 國際經濟秩序에서 우리나라의 影響力이 增大해 갈에 따라 外國에서도 우리나라의 法을 研究하는 추세

\* 法學博士(하버드); 서울大學校 法科大學 專任講師.

本研究는 원래 白忠鉉教授님께서 擔當하시기로 되어 있었으나, 白教授님의 諸般 事情의 考慮로 筆者가 擔當하게 되었다. 本 研究를 進行하는 동안 白教授님께서 襄載湜 教授님과 함께 各別히 激勵해 주시고 指導해 주신데 대하여 깊이 感謝드린다.

(1) See generally, W. Shaw, *Legal Norms in a Confucian State* (1981).

가 늘고 있고, 우리도 先進國뿐만 아니라 中進國 및 後進國의 法을 소상히 알아야 할 段階에 온지 이미 오래이며, 共產圈의 法에 대해서도 無識해서는 안될 때가 온 것 같다. 1980年代에 들어서서 우리나라는 유엔 國際去來法委員會(United Nations Commission on International Trade Law; UNCITRAL)등에 본격적으로 參加하기 시작하여 國際私法의 統一運動에 協力하고 있다.<sup>(2)</sup> 急變하는 國際社會의 需要에 따라 우리는 積極的으로 比較法學의 體系를 세워 나가고 그 方法論을 開發해 나아가야 하겠다.

### B. 方法論上的 問題點

比較의 方法이 法學에 使用된 것은 그리스·로마나 古代中國에서도 있었지만 본격적인 發達을 한 것은 19세기 후반에 諸國民間의 交易이 活潑해 지면서 부터이다. 進化論에 힘입어 比較의 方法은 거의 모든 學問에 風靡하였으나 法學에서는 주로 國際私法에서 많이 利用되었다. 比較의 方法은 역시 같은 時期에 유럽에서 일어난 이른바 公法統一運動에서도 그 面目을 볼 수 있다.<sup>(3)</sup> 이 運動은 우선 당시 유럽에 蔓延해 있던 自由化 물결이 理想化하여 諸國의 憲法에 具體化하는 것으로 나타났다. 이러한 自由의 表象으로서의 憲法의 國際化는 當時 世界가 갈구하는 國際平和로 이어지는 것으로 認識되었다. 國際私法이건 國際公法이건 간에 比較의 方法은 하나의 必須不可缺한 要素가 되었으며 그 功獻으로 말미암아 比較法學으로 불리게 되었다. 國際關係의 緊密化와 國際法의 發達は 比較法學을 일으키는 데 커다란 힘이 되었고 또한 逆으로 比較法學은 國際法의 發達에 功을 세웠다.

比較라는 것이 그저 「전주어 보아 좋은 것을 택한다」는 것처럼 그리 쉬운 것은 아니다. 比較에는 대체로 세가지 段階가 있다고 생각된다. 우선 比較할 法에 대한 깊은 理解가 必要하다. 法이 자라난 社會와 文化 및 歷史의인 意味를 精確하게 把握하는 것이 先決問題이다. 다음은 이렇게 理解된 둘 이상의 法을 比較하는 段階이다. 보통 類似性和 相異性を 찾지만, 批判力이 강한 學者들에게는 相異點이 더욱 두드러지게 보일 것이다. 어떤 比較法學者는 오히려 類似點을 강조하여 牽強附會하려 할지 모른다. 比較는 단순한 比較에서 끝나는 것이 아니라, 그 類似點 또는 相異點이 가지는 意義의 吟味라는 法理學的인 段階가 더욱 重要하다.

### C. 比較의 方法

대부분 比較는 어느 정도로 類似한 가를 밝히는 데 主된 目的이 있다. 相異點을 確實히 하는 것도 事實은 類似度를 正確히 測定하려 함이라고 할 수 있다. 比較法學의 主된 課題는 原理·原則의 普遍的 妥當性を 찾는 데 있으며 抽象的인 理論을 具體的인 事例를 들어 論證하는데 使用되어 왔다.

(2) See generally, United Nations Commission on International Trade Law, *Yearbook* (1970~).

(3) See B. Mirkin-Guetzévitch, *Droit constitutionnel international* (1933) at 23 et seq. See also B. Mirkin-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* (1931) at 48 et seq.

國際公法이 二元論에서 國際法 優位の 一元論으로 發展해 가는 것처럼 國際私法<sup>(4)</sup>도 選擇法(Choice of Law)의 段階에서 「普通法」<sup>(5)</sup>의 段階로 發達해가고 있다. 세계가 점차 多邊化해가고 諸國民間의 生活關係는 점점 緊密해가고 있으므로 普通法을 만들어 보다 便利한 國際協力體制를 形成해가자는 것이다. 이러한 傾向은 生産品의 交易을 원활하게 하기 위하여 統一私法典을 만들자는 것에서부터 시작되었다. 私法統一을 위한 國際研究所(UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law)가 1926年 國際聯盟의 補助機構로 設立되어 國際物品 賣買와 運送에 關한 諸協約을 탄생시키고 檢진적인 法典化를 試圖하고 있는 것은 代表的인 例이다.<sup>(6)</sup> 또한, 科學과 技術의 發達은 人間의 生活을 便利하고 淸요롭게 만든 反面에 人間의 環境을 汚染시키어 이에 關한 效果的인 國際的 規律이 要請된다. 1960年代初에 체결된 原子力利用關係 國際不法行爲에 關한 세 개의 協約이라든 지 1972년 宇宙物體에 依한 損害에 對한 國際責任에 關한 協約등은 利害關係國의 不法行爲 法을 比較하여 만든 것이다.

이러한 國際統一法の 制定을 위한 會議에서 主된 對立은 대부분의 경우 大陸法系와 英美法系이다. 1982년 여름 뉴욕에서 열린 國際去來法委員會(UNCITRAL)에서도 國際去來의 契約을 不履行한 측이 損害賠償을 해야 한다는 點을 놓고 英美法系에서는 「確定損害賠償」(Liquidated damages)라고 表現하며 損害를 입은 측의 損失에 對한 補償을 하는 것을 意味한데 對하여, 大陸法系에서는 그에 덧붙여서 契約의 當事者로 하여금 履行을 하게 하고 違約金條項(penalty clause)을 넣어야 한다고 主張하였다. 同委員會에서는 두 가지 對立된 主張 대신에 「合意된 金額」(agreed sum)이라는 애매모호한 表現을 使用하여 兩側의 對立을 조정하려 하는 움직임이 강하였으나 이러한 中立的인 表現으로 相異한 法意識이 消失되지는 않는다.<sup>(7)</sup>

結局 比較하기 위해서는 「어떻게」 法の 原理·原則을 理解하고, 이들을 「어떻게」 比較하여 거기서 把握한 意義를 「어떻게」 認識하고 現實의 問題를 解決하는데 應用하는가 하는데 比較法學의 重要性이 있다. 여기서 「어떻게」라는 問題點은 比較法學이 안고 있는 根本問題이며 比較法學을 하나의 方法論으로 理解하려는 所以이기도 하다.

(4) 여기서 國際私法이라 함은 諸國民間의 私法關係를 다루는 法規範의 總體를 일컫는 것으로 準據法으로서의 涉外私法은 오히려 選擇法이라 부르는 것이 妥當한 것이다.

(5) 「普通法」이라는 學術用語는 아직 없으나 便宜上 英美法の 普通法 또는 共通法과 區別하여 國際私法의 一部가 統一되어가는 傾向을 描寫한 것이다.

(6) 同研究所는 1940년 3월 世 規程을 採擇한 후에 政府間의 國際機構를 발족하였다. 現在 會員國은 50個國이며 우리나라는 1981년 6월에 가입하였다. 同研究所가 주관하여 採擇된 協約으로는 貿易關係의 것으로 國際物品賣買의 統一法에 關한 協約; 國際物品賣買의 契約締結에 關한 協約이 있으며; 運送에 關한 것으로는 陸上國際物品引渡契約에 關한 協約, 陸上國際旅客 및 手荷物引渡契約에 關한 協約, 內陸運航船舶의 登錄에 關한 協約이 있다. 그 밖에도 旅行契約에 關한 國際協約, 宿泊人의 所有物에 關한 호텔經營者의 責任에 關한 유럽協約, 自動車輛의 民事責任에 對한 強制保險에 關한 유럽協約등이 있다.

(7) See United Nations Press Release, L/TR/147-49 (July 1982).

## II. 比較法學의 方法論의 存在

### A. 比較法學의 獨自性

比較法을 研究하는 段階에서 겪는 問題는 比較法이 하나의 學問으로서 存在할 수 있는가 하는 點이다. 法學으로서 存在하려면 體系를 세울 수 있어야 하고 有用성을 지녀야 한다. 「전주어 보아 좋은 것을 택한다」는 것은 人間의 基本的 欲求이며 比較에 의하여 對象을 把握하려는 試圖는 사실 어느 學問에 있어서나 效果的이다. 比較法學을 하려는 初學者들도 比較를 할 것인가 말 것인가를 놓고 問題를 삼지는 않는다. 比較法學의 有用성에 關係서는 異論이 있을 수 없다. 問題는 比較를 어떻게 할 것인가 그리고 方法論의 課題를 追求해가는 것으로 과연 學問으로서의 體系를 세울 수 있는 것인가에 있다.

1900년 파리에서 열린 國際比較法會議에서 英國의 폴록(F. Pollock)은 比較法이 學問으로서 成立할 수 없다고 力說하였다.<sup>(8)</sup> 그로부터 약 半世紀 후에 케임브리지大學의 거트리지(Gutteridge)도 比較法은 學問研究를 위한 方法이지 法學의 한 分野가 아니라고 主張하였다.<sup>(9)</sup> 이들이 主張하는 근거는 比較法이라고 이름을 부칠 만한 法規의 體系가 별로 存在하지 않는다는 데 있다. 거트리지는 어느 나라를 막론하고 아주 普遍的인 法原則을 가지고 있다고 보았다.

美國에서도 比較法이 하나의 方法論이라는 점은 否認하지 않지만 좀더 實用主義의인 次元에서 現實의인 意味를 찾으려 한다. 라인스타인(Rheinstein)은 比較法을 萬有人才처럼 普遍的으로 存在하는 原理를 探究하는 學問으로 把握하고 있으며,<sup>(10)</sup> 패턴(Paton)도 世界統一法典의 準備를 위한 가장 共通의인 法體系를 研究하는 學問으로 認定하여 比較法學의 實際의인 意味를 부여하려 하고 있다.<sup>(11)</sup>

홀(Hall)은 比較法을 몇 개의 法體系와의 比較에서 얻은 지식과 세계적인 普遍法 體系라는 理想의 複合體 내지 中間者로서 把握하려 한다.<sup>(12)</sup> 사실 대부분의 比較法學者들은 全世界의 法體系를 모두 研究하지 못하고 대개 두세 개를 比較해 보는데 그친다. 그리하여 심지어는 英美法系에서는 比較法이라고 하면 대개 大陸法을 意味하며, 大陸法系에 속한 나

(8) See Congrès International de Droit Comparé Tenu à Paris du 31 Juillet au 4 Août 1900, *Procès-Verbaux des Séances et Documents* (Paris, 1905), Vol. I, at 60.

(9) See H.C. Gutteridge, *Comparative Law* (rev. ed.; Cambridge, 1949) at 1, 41.

(10) See M. Rheinstein, "Teaching Tools in Comparative Law", 1 *American Journal of Comparative Law* 95, 98(1962). See generally also M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (München, 1974).

(11) See G. Paton, *A Textbook of Jurisprudence* (Oxford, 1946) at 32, n.1. 「法은 言語처럼 각 나라마다 特殊하다」는 Savigny의 民族魂(Volksgeist)을 지나치게 원형하게 보면 統一法典運動에 懷疑를 품을지도 모르지만, Savigny야말로 諸法領域의 探究를 強調한 比較法學者로 國際法の 共同體의 立場에서 모든 나라에 妥當성을 갖는 普遍的인 國際私法の 原則을 發見하려고 努力하였다.

(12) See J. Hall, *Comparative Law and Social Theory* (Baton Rouge, 1963) at 7.

라들에서는 주로 英美法을 일컫는 수도 있다. 그리하여 比較法이라 하면 보통 이 두 개의 커다란 法體系를 比較하는 것으로 생각하는 初學者들도 많다. 世界的인 「普通法」體系를 세우려는 努力도 現代에 와서의 일이나 그 重要性은 國際關係가 緊密해짐에 따라 增大한다. 비록 지금까지는 때로는 個人的 努力에 의하여 때로는 私法統一을 위한 國際法研究所 (UNIDROIT)와 같은 몇 개의 國際機構에서 論議되었으나 점차 體系를 정비하여 統一私法典으로 發展해 갈 것이다. 그렇다고 하여 모든 私法이 반드시 統一化되어야 하는 것은 아니며 어느 면에서는 多樣性이 劃一性에 못지 않게 重要할 것이다.

### B. 實證的 方法論

比較法學은 比較의 方法을 주축으로 하는 技術學問이다. 大陸法系의 學者들이 比較法學을 學問的 技術 내지 方法으로 보는 것이라든지, 英美法系의 學者들이 外國法의 解釋이나 私法의 調和와 統一을 위한 手段 내지 技術로 보는 傾向이 있는 것도 그것이 方法論的인 技術學問이기 때문이다.

比較法學이 이루어 놓은 功績을 보면 그것이 純粹學問으로서 다소 부족한 점이 있으나 하여 배척할 이유가 없다. 比較의 方法은 거의 모든 法學의 全般에 걸쳐 사용되어 왔다. 法理學, 法社會學, 法史學 기타 어느 분야를 막론하고 學者이건 實務家이건 모두 이용하고 있다. 法의 普遍性을 歸納的으로 밝히는 데에도 必要하고 假說을 演繹的으로 풀어 보려는 데서 생기는 誤謬를 實證的으로 밝혀내는 데에도 有用하기 때문이다. 사실 대부분의 理論家들이 一定한 地域에서 發生한 法理論을 制限된 知識과 形式論理를 얹어 맞추려는 傾向이 있다. 比較法學은 이러한 排他的인 理論家들의 視野를 넓혀줄 것이다. 보다 普遍的인 眞理를 實證的으로 糾明하려는 比較法學은 實用主義에 바탕을 둔 學問이다.

## III. 比較法學의 方法論의 功獻

### A. 比較法을 통한 理解와 協力

서로 다른 法文化圈에서 자라난 法의 原理와 原則을 比較研究하면 그 原理와 原則은 물론 그것을 낳은 法文化圈에 대한 보다 깊은 理解에 到達하게 된다. 이러한 相互理解는 國際協力の 바탕이 된다. 比較에 의하여 發見된 共通點들은 相互간의 理解의 圖謀는 물론이고 그 地域에 있어서 「普通法」을 마련하는 기반이 될 수도 있으며, 選擇法의 效果的인 適用을 위한 새로운 次元의 法理論의 발달의 계기가 될 수도 있다.

19세기 후반에서부터 유럽에서 일어났던 公法統一運動과 私法統一을 위한 摸索은 오늘날 EEC의 形成의 기반이 된 것은 分明하다. EEC共通法規의 制定은 보다 신속하고 질서정연한 去來體制를 마련하고, 歐洲共同體裁判所에 의해 紛爭을 解決하는 것은 地域的 國際協力は 물론 地域的 國際平和에도 功獻하고 있는 것이다.<sup>(13)</sup> 이러한 經濟共同體는 하나의 모델

(13) See generally E. Stein, P. Hay and M. Waelbroeck, *European Community Law and Institutions in Perspective* (1976).

이 되어 라틴아메리카와 아프리카 일부 地域에서도 試圖되고 있다.

國際聯合 國際去來法委員會에서 진행되고 있는 國際去來關係 法規의 統一化運動도 역시 國際理解와 協力을 통한 國際平和의 達成이라는 國際聯合憲章의 理念을 具現하고자 하는 것이다. 이러한 統一法運動은 一次的으로 去來의 편의를 도모하기 위한 것이지만, 時間이 지나 그 有用性이 證明되면 각 나라에서도 統一法에 맞추어 國內法을 改正할 수 있음은 물론이다.

### B. 「普通法」의 發見

比較法學의 方法論은 國際慣習規範을 探究해 내는 데에 必須不可缺少하다. 國際司法裁判所 規程 第38條 1項(b)에 規定된 國際法の 法源으로서의 慣習은 「法으로서 受諾된 一般 慣行」(a general practice accepted as law)을 意味한다. 慣習法の 成立要件은 慣行이 一般的이어야 하고 그에 대한 法的 確信(opinio juris)이 있어야 한다. 慣行의 一般性を 判斷하기 위해서는 諸國의 慣行을 比較하여야 하며 法的 確信이 있는가 與否도 역시 마찬가지이다. 이에 덧붙여서 同規程 第38條 1項(d)에 規定된 附隨的 手段으로서의 國際裁判의 先例라든가 資質이 높은 學者의 學說등의 比較는 慣習法の 存否를 判斷하는데 도움을 줄 것이다.

比較法學의 方法論이 가장 關聯이 큰 法源은 同規程 第38條 1項(c)에 言及된 이른바 「文明國에 의하여 承認된 法の 一般原則」(general principles of law recognized by civilized nations)이다. 法の 一般原則이란 諸國家의 國內法の 原則을 말한다. Hudson判事は 뮤즈 江水路轉換事件(The Case Concerning Diversion of Water from the Meuse)에서 英美法の 衡平法상의 原則인 「衡平法上 救濟를 받으려는 者は 깨끗한 손으로 訴를 提起하지 않으면 안된다」(He who comes into equity must do so with clean hands)는 法諺을 로마법, 佛蘭西 및 獨逸民法의 原則들과 比較하여 論旨을 展開하였다.<sup>(14)</sup>

國際協約에는 一般的인 國家慣行이 기초한 國際法の 一般原則을 規定하고 있는 것이 종종 나타난다. 人權과 基本的 自由의 保護에 관한 유럽 協約 第26條는 國內的 救濟節次와 關聯하여 一般的으로 承認된 國際法原則을 標準으로 삼고 있다. 同協約 第5條 3項에 言及된 「合理的인 期間안에」라는 애매한 表現도 當事國의 關係法에 관한 認識의 정도에 따라 달리 解釋될 수 있을 것이다.<sup>(15)</sup>

### C. 「普通法」의 立法

國內法을 比較해야 하는 것은 多者條約이나 統一私法の 制定時에 특히 必要하다. 比較를 하여 共通點을 찾아내거나 아니면 새로운 解決策을 강구해 내기 위해서이다. 근세 유럽에서 있었던 몇가지의 統一法關係會議에서 나타난 實例에서 比較法의 새로운 역할을 살펴 볼 수 있다.

(14) Permanent Court of Justice, Series A/B, No. 70, at 73, 76.

(15) B. Dutoit, "Comparative Law and Public International Law", in W.E. Butler, ed., *International Law in Comparative Perspective* (1980) at 78.

유럽理事會(Council of Europe)의 諮問會議(Consultative Assembly)는 消費者保護를 위한 法을 制定하고자 1971년 長官委員會(Committee of ministers)에 요청하여 各國의 國內法을 수립하여 比較·研究하도록 任하였다. 유럽理事會는 蒐集된 資料를 모아 1974년 出版하였다. 1976년에는 專門家委員會(Committee of Experts)는 그 資料를 分析하여 報告書를 作成하였으며 消費者를 害하는 契約의 文句등에 관한 標準을 提示하였다.<sup>(16)</sup> 얼마전에 採擇된 個人的 死傷에 관계된 生産品賠償에 관한 유럽協約도 私法統一을 위한 國際研究所(UNIDROIT)에서 行한 比較法研究에 基礎를 두고 있다. 國際私法에 關한 헤이그會議(Hague Conference on Private International Law)는 유럽理事會의 경우와 달리 法規의 調和와 統一을 피하는 대신에 選擇法(Choice of Law)내지 管轄權問題를 다루어 왔다. 그러나 이것도 역시 各國의 選擇法을 比較하는 作業에 基礎하고 있음은 물론이다.

比較하여 共通點을 찾기 어려운 때에는 새로운 國際私法의 法規를 탄생시키기도 한다. 최근에 나온 有體財産의 善意의 賣受人을 保護하기 위한 統一法 草案은 私法統一을 위한 國際委員會의 實務委員會에서 比較하여 共通點을 찾지 못하는 경우에는 國際去來에 가장 편리한 새로운 法規를 創造할 수 있다는 原則에 의해서 만들어졌다.<sup>(17)</sup>

比較法學的 方法論에 의하여 國際法을 法典化하고 發展시키는 것은 미단 國際私法뿐만 아니라 國際公法에 있어서도 마찬가지다. 1949年 이후 國際聯合 國際法委員會(International Law Commission)가 國際法의 法典화와 점진적인 發達을 위하여 各國의 慣行을 比較·研究하는 方法에 의존한 例는 제네바 海洋法 協約, 비엔나 條約法協約, 外交 및 領事關係에 關한 비엔나 協約등 많다. 1972년에 採擇한 主權免除에 關한 유럽協約도 各國의 慣行을 比較 研究한 바에 의하여 草案되었음을 물론이다.<sup>(18)</sup>

#### D. 比較에 依한 法의 解釋

國際條約이나 法規의 解釋에도 比較의 方法에 의존하는 경우가 많다. 條約이나 法規의 原文이 外國語인 경우에 거기에 表現된 言語는 外國의 產物이기 때문에 단어 하나의 解釋 에도 주의해야 한다. 數個의 言語로 記錄된 原文들이 모두 權威를 갖는 경우에는 적절한 意味를 찾기가 극히 어려운 일이 종종 있다. 또한 解釋하는 方法이 法系마다 나라마다 다를 수 있기 때문에 解釋이 더욱 어려워진다. 하기와 合意는 當事者들의 意圖를 따라 解釋 한다는 法謬은 어디에서나 共通이겠으나 나라에 따라 엄격하게 解釋하기도 하고 具體的 상황에 따라 리버럴하게 解釋하기도 한다. 또한 法規의 制定 當時의 準備作業(Travaux préparatoires)이 判事에 의해 考慮되는 나라도 있고 그렇지 않은 나라도 있다.

條約에서는 종종 比較法學的 方法論에 의하여 解決하도록 委任하는 경우도 있다. 人權과

(16) *Id.* at 75-76.

(17) *Id.* at 77.

(18) See generally Experts Committee on State Immunity, *Summary of the Practice of the Member States in the Matter of State Immunity*, EXP/ST. IMM (1965).

基本的 自由의 保護를 위한 유럽 協約 第20條는 國內의 救濟節次를 完了한다는 것과 관련하여 「一般的으로 承認된 國際法原則에 의할 것을 규정하고 있으며, 外交關係에 관한 비엔나 協約 第41條 3項도 「一般國際法の 다른 規則」을 언급하고 있어 比較에 의하여 一般性を 判斷하도록 하고 있다. 幼兒保護에 관한 決定의 承認과 執行에 관한 유럽理事會의 協約草案 第14條는 同協約의 效果的인 適用을 위하여 締約國 當局은 自國의 關係法律을 當事國에 알릴 것을 規定하고 있다. 幼兒保護에 관한 紛爭을 解決하는 國際機構에 관한 유럽 協約草案 第8條는 同機構가 權限을 갖는 경우 어느 國內法에도 구속받음이 없이 幼兒의 最善의 利益에 따라 決定한다고 宣言하고 있다.<sup>(19)</sup>

### E. 比較法の 適用

#### 1. 國際裁判

國際裁判을 하는 判事들은 比較法學의 方法論을 使用하여 推論하기를 좋아하지 않는 傾向이 있다. 比較法學의 論證을 하기에 資料가 不足한 점도 있겠지만 그것은 充分한 理由가 되지 못한다. 특히 거의 모든 國際裁判의 判決文이 註를 달지 않는다. 國際裁判에서 援用되는 法의 一般原則들은 대부분의 경우 自然法的인 常識的인 法原則들이며 대개 比較法學의 方法論에 의한 철저한 研究가 없이 자기 나름대로 理解하는 것 같다. 細細한 問題일수록 關係國의 法意識과 결부되어 公開的으로 比較를 하기가 쉽지 않을 수 있다. 그리하여 國際裁判의 判事들은 國內法을 적용하는 대신에 判事 자신이 創造하는 一般的인 原則을 내세운다. 美國·베네즈웰라間의 請求 審判委員會 審判官 킨들레이(Findlay)는 國際裁判所는 國內裁判所에서와 같이 편협하고 엄격한 原則에 拘束받는 것이 아니라 事物의 本然과 必然에 (nature and necessity of things)를 근거로 둔 原理에 따라 判斷하여야 한다고 말하였다.<sup>(20)</sup> 이 本然과 必然의 原理를 確證하기 위해서도 關係國의 國內法과 諸般 事情을 比較하여 살피는 것이 便利할 것이다.

國際裁判에서는 國際法の 欠缺을 데우고 裁判不能(non liquet)을 防止하기 위해서 國內法の 原理를 援用하는 수가 있다. 카유가 인디언 請求事件(Cayuga Indian Claim)에서 裁判廷은 美國聯邦大法院의 判例를 援用하여 인디언의 國際的 位置를 判斷하였다.<sup>(21)</sup>

國際裁判에서 종종 衡平의 原理와 관련하여 比較法學의 方法論이 使用된다. 英美法系의 衡平(equity)이 大陸法系에 存在하지 않기 때문에 衡平의 原理가 法의 一般原則으로서 國際裁判의 法源이 될 수 있는가 하는 문제가 國際常設仲裁裁判所는 노르웨이 船主 請求事件(Norwegian Shipowners' Claims)에서 當事者들이 「法과 衡平」에 따라 判決해 달라는 부탁을 받고, 1921年の 特別協定에 言及된 「法과 衡平」이라는 말은 英美法學에서 말하는 傳統

(19) See B. Dutoit, *supra* note 15, at 78.

(20) See J.B. Moore, 4 *History and Digest of International Arbitrations* (Washington D.C., 1898) at 4203.

(21) United Nations 3, *Reports of International Arbitral Awards* (Leiden, 1949) at 1905, 1920.



的인 意味로 解釋할 수 없다고 말하고 이것은 어느 특정 國家의 法律體系와 區別되는 「一般의인 正義」를 意味한다고 宣言하였다.<sup>(22)</sup> 이 衡平의 原理는 獨美石油會社油槽船事件(The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tanker Case)에서 문제가 되었다.<sup>(23)</sup> 베르사이유條約 第7章 第2附屬書 20項에 「法的 또는 衡平의 利益」(legal or equitable interests)이 規定되었는데, 英美法의 概念으로는 明確한 것이지만, 佛語로는 「法과 合當한 利益 (droits et intérêts légitimes)」라고 되어 있어 法的으로 不確實한 文句가 되어 버려서 裁判所는 이 둘을 糾纏하는데 급급한 듯한 느낌을 준다.

Hudson 判事는 뮤즈江 水路轉換事件에서 英美法에서 보는 바와 같은 法과 衡平의 區分은 國際法에는 없다고 보고 衡平의 原理는 國際法의 한 分部으로 考慮되어 왔다고 宣言하였다. Hudson判事가 말하는 法의 一般原則으로서의 衡平의 原理의 內容을 探究하기 위해서는 比較法學의 方法論에 依하여야 함은 물론이다. Hudson判事도 「平等은 衡平이다」라든가 「衡平을 求하는 자는 衡平을 행하여야 한다」는 英美法의 法諺과 로마법이나 獨逸民法에 있는 「同時履行의 抗辯權」등을 援用하여 國際法에서의 衡平의 原理를 說明하였다.<sup>(24)</sup>

거트리지(Gutteridge)는 國際司法裁判所 規程 第38條 1項(c)에 法의 一般原則을 規定한 目的이 判事로 하여금 한편으로는 새로운 原理를 選擇할 수 있게 하기 위한 것이며, 다른 한편으로는 判事가 親熟한 原理에 偏見적으로 빠지는 것을 防止하기 위한 것이라고 한다.<sup>(25)</sup> 즉, 比較法學의 方法論에 의하여 구체적 事件에 合當한 가장 公正한 해결을 위한 客觀的인 기준으로서의 새로운 原理를 찾게 된다는 것이다.

## 2. 國際經濟秩序

不當利得(unjust enrichment)의 概念은 佛蘭西를 제외한 대부분의 大陸法系 國家들의 民法典에 採擇되고 있다. 英美法에는 이에 해당하는 原理가 없어서 準契的(quasi-contract)이나 創設的 信託(constructive trust)의 原理에 의하여 해결하고 있다. 美國에서는 이것이 補償(restitution)으로 發展하고 있다. 어느 것이나 남을 희생하여 자신의 利益을 도모할 수 없다는 로마법의 法諺과 비슷한 뜻이다. 이 不當利得의 개념은 國際社會에 變形되어 被壓迫民族들이 獨立후에 收奪國에 對하여 不當利益을 返還하라는 主張에 利用되었다. 이 新生獨立國들은 植民地時代에 收奪한 不當利得의 返還만이 問題의 根本을 解決하는 것으로 理解하고 있다.<sup>(26)</sup> 이 理論은 天然資源의 永久主權論과 國有化論에 利用되었으며, 近來에 와서는 南北問題 및 新國濟經濟秩序 論議에서 第3世界國家들에 의해 主張되고 있다.

## 3. 國際經濟組織

EEC와 같은 國際經濟組織에서는 會員國들의 國內法을 比較하여 共通點을 찾거나 EEC全

(22) *Id.*, Vol. I, at 309, 331.

(23) *Id.*, Vol. II, at 779, 792.

(24) See note 14 *supra*.

(25) See *supra*, note 9 at 65, 70-71.

(26) See W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (New York, 1964) at 206.

體를 위하여 가장 바람직한 것을 찾는 것을 目標로 하는데 後者의 例가 더 많다. 歐洲共同體裁判所에서는 適用法規가 條約에 들어 있지 않은 경우에 會員國의 國內法의 一般原則을 검토하여 共通의 法的 確信이 있다고 判斷되면 적용한다. 同裁判所는 1975년 10월 28일 判決에서 人權과 基本的 自由에 관한 유럽協約은 全 會員國에 의해 承認된 積極的인 表現이라고 宣言하였다. 特히 問題가 된 勞動者의 移轉의 自由에 관하여는 EEC條約 第48條 3項에 規定된 「公共政策, 公共의 安寧, 公衆의 保健」등은 會員國들이 近來에 制限政策을 取하고 있는 事實을 考慮하여 民主社會에 있어서의 必要를 保護하기 위해 要求되는 條件의 限界를 넘지 않는 범위내에서 限定的으로 解釋해야 한다고 宣言하였다.<sup>(27)</sup>

會員國들의 國內法規가 相馳하는 경우 EEC는 그 目的을 實現하는데 必要한 만큼 相馳點을 調和하도록 努力하고 있다. 이 點에 관해 EEC條約 第101條는 共同體가 會員國의 法律, 規則 기타 行政行爲로 共同市場의 競爭條件을 沮害하는 경우에 그러한 要因을 除去할 필요가 있을 때에는 關係會員國과 協議하여야 한다고 規定하고 있다. 이러한 競爭條件을 沮害하는 정도를 判斷하기 위해서는 會員國의 關係法規를 比較하여야 할 것이다.

이와 같이 國際機構가 基礎하고 있는 條約의 解釋에는 國際法의 諸原則에 따라야 하는 契約的인 측면이 있고 關係國의 憲法과 行政法을 比較하여 해석해야 하는 公法的인 측면이 있다. 그 외에도 國際機構의 機能에 관계되는 機構內部的 法의 研究에도 다른 國際機構 또는 會員國의 關係機關의 法規를 比較하여야 한다. 이러한 機構內部的 문제에 관계된 事件은 機構內부에 설치된 行政裁判所에서 審判한다.<sup>(28)</sup>

#### IV. 比較法學의 方法論의 發展

##### A. 比較法學의 研究를 위한 準備

比較法學의 方法論은 法學의 諸分野의 發展에 至大한 功獻을 하여 왔고 國際法과 함께 國際協力の 增進에 촉매 작용을 하여 왔으나, 現實적으로 比較의 方法을 통하여 當面한 문제에 있어서의 法的인 結論을 유도한다는 것은 그리 쉬운 문제가 아니다. 대부분의 경우 比較法學의 研究는 그 深度가 깊어지면 깊어질수록 比較하는 對象 사이에 相異點이 더욱 드러나 보이게 마련이며 원래 發見하고자 했던 類似點은 상대적으로 수그러져 보이는 傾向이 있다. 比較는 絶對的인 이 아니라 相對的으로 價値를 評價하는 것이므로 지나친 價値추구보다는 現實適用度등 實際的인 面을 考慮해 보는 것이 좋을 것이다.

比較法을 하기 위해서는 우선 그것이 存在하는 나라의 言語에 能通해야 하고 그 社會의 文化와 歷史를 아울러 잘 알아야 하며, 나아가서는 그 法이 存在하는 法體系에 대한 理解 및 그 社會에 있어서의 그 法의 역할을 소상히 알면 알수록 좋다. 比較는 둘 이상을 對象

(27) *Rutili v. Minister of the Interior, Recueil* (1975) at 1232.

(28) See F. Morgenstern, "The Law Applicable to International Officials", 18 *International and Comparative Law Quarterly* 739, 746 (1969).

으로 하는 것이므로 比較의 對象이 늘어날수록 比較는 점점 더 어려워지며, 한 사람의 能力으로는 감당해 내기 어려운 지경에 이르게 될 것이다. 世界의 主要 法系에 관계되는 言語를 모두 驅使하고 法을 모두 소상히 把握한다는 것은 극히 어려운 일이므로 감히 比較法의 상당한 경지에 이르려고 試圖하기를 주저하는 所以가 있다.

이와 같은 어려운 與件下에서 比較法學的의 獨自의인 學問體系를 完備한다는 것은 現實적으로 매우 어려운 일임에 틀림이 없다. 그럼에도 불구하고 민면히 發達해 온 比較法學은 비록 學問的 體系가 아직 未備한 점이 있을지라도 그 方法論자체가 촉매가 되어 國家間的 法律問題를 解決하고 國際協力에 功獻해 온 바는 실로 괄목할만 하다 하겠다. 歐美의 대부분의 名門大學에서는 比較法을 강의해 온지 이미 오래되었으며, 주요 外國의 法을 憲法, 契約法 등으로 나누어서 가르치기도 한다.<sup>(29)</sup> 이것은 學問的인 關心에 의한 것 뿐만 아니라 實際的인 需要가 있기 때문이다. 國際社會가 점점 緊密해지고 國際協力の 增大가 要請되는 이 때에 우리는 比較法이 무엇인가를 묻기 전에 比較法學的의 研究를 위하여 무엇을 준비하고 方法論을 어떻게 開發할 것인가를 熟考하는 것이 賢明할 것이다.

### B. 方法論의 開發

比較法學은 方法論을 주축으로 하는 學問이므로 方法論의 開發이 重要하다. 이 比較는 단순한 手段이나 方法에 그치는 것이 아니라 方法論으로서 研究되어야 한다. 比較는 일종의 價値判斷이므로 比較하는 사람의 主觀이 介入될 여지가 많다. 比較의 客觀化를 위하여 科學的 方法論이 강구되어야 할 것이다.

比較를 하기 위해서는 우선 比較의 對象을 正確하여야 한다. 두 나라의 法을 比較할 것인가 두 法系를 比較할 것인가를 분명히 해야 할 것이며, 比較한 결과를 少數의 對象間에서 價値判斷을 해야 할 것인가 아니면 國際的 次元에서 吟味해야 할 것인가도 確實히 하여야 할 것이다. 比較에 의하여 얻은 原理가 兩國 사이에 選擇法의 問題를 해결하기 위해 적용될 것인가, EEC처럼 한 地域을 對象으로 하는가 아니면 國際聯合 國際去來法委員會(UNCITRAL)처럼 全世界의 參加國을 모두 對象으로 하는가에 따라 價値의 기준이 現實的인 實用性을 감안하여 달라질 수도 있기 때문이다. 多數國間에 採擇한 法規는 후에 參加한 나라에게는 문제가 되기도 한다. 英國이 參加하기 前에 EEC는 大陸法 中心으로 法規를 정비하고 있었으나 英國이 參加한 후에는 大陸法과 英美法의 충돌이라는 큰 문제가 등장하였다. 比較하는 對象의 數가 많아지면 全部를 比較할 것인가 主要한 나라의 法만을 比較할 것인가가 문제가 된다. 比較의 對象이 늘어날수록 作業量이 많아져서 한 개인의 힘으로는 감당해 내기 어렵게 될 것이며 共同研究가 바람직할 것이다.

(29) Harvard Law School에서는 전체 강좌의 약 四分之一이 比較法 또는, 國際法에 관한 것들이다. Comparative Law라는 大題아래 大陸私法, 大陸公法, 中國法, 日本法이스람法, 아프리카法, 인도法 등 地域에 따라 나누고, 이를 더 細分하여, 中國法史, 日本憲法, 日本契約法 등으로 나누어 가르치기도 한다.

比較의 對象이 점차 世界化하는 傾向이 있는 만큼 이 方面의 研究도 世界的인 次元에서 行해지는 것이 效果의 일 것이다. 가령 國際比較法研究所가 設立되어 各國의 資料를 蒐集하고 研究할 시설과 必要的 資金을 確保하면, 國際法과 比較法의 發達에 크게 기여하는 기틀을 마련하게 될 것이다. 法을 통한 國際協力の 增進은 곧 法을 통한 世界平和의 길이다.

### 結 論

比較法學은 두셋 정도의 少數의 나라의 法들을 研究하는 면과 全世界를 무대로 하는 國際統一法運動에 부응하는 면이라는 두 가지의 複合體 내지 少數의 對象에서 多數내지 世界的 次元을 對象으로 進行하는 中間者이다.

比較法學은 이와 같은 動的인 面이 있을 뿐 아니라 複數의 法域에서 생긴 對象을 比較하고 價値判斷을 하는 方法論을 주축으로 하는 學問이므로 比較의 對象이 늘수록 比較의 深度가 깊을수록 學問的 體系를 세우기가 어려워진다. 比較法學이 國際紛爭을 解決하고 國際協力を 增進하는데 有用性이 높다는 實用的인 측면을 감안하여 이에 대한 研究가 緊要하다. 실로 과제에 따라 個人的 努力으로 막히는 경우가 허다할 것이니 共同研究가 바람직하며, 國家的인 次元에서 나아가서는 世界的인 次元에서 이에 대한 支援과 努力이 必要하다.