

〈서 평〉

Chin Kim, *Selected Writings on Asian Law*  
(Colorado, 1982)

宇玄 金辰博士 華甲紀念, 「現代比較法の 諸問題」

(*Selected Problems in Contemporary Comparative Law*, 서울 1987)

崔 鍾 庫\* 評

I.

우선 評者가 위의 두 책을 동시에 평하는 이유를 좀 설명해야겠다. 평자는 1987년 3월에 宇玄 金辰박사의 회갑기념논문집 「現代比較法の 諸問題」의 출판기념회에 참석하여 同論文集을 받고 한동안 한국법학계를 떠나 미국의 대학강단에서 활동해오신 先輩法學者의 학문적 업적이 기념되는 보람을 목격한 일이 있다. 比較法學이 전공이 아니기 때문에 나 자신도 이 책에 대하여 書評을 할 생각도 못했고 과문한 탓인지 다른 法學者들이 쓴 서평도 읽지 못하였다. 그것은 다른 이유에서보다도 우리나라의 법학관계잡지가 受驗誌爲主이기 때문에 華甲紀念論集을 포함하여 學術的 著書가 나와도 종종 아무런 서평도 없이 지나쳐 버리는 경우가 있기 때문이라고 생각한다. 외국에서처럼 일정기간 동안에 나온 학술서적을 면밀히 체크하여 마땅히 서평을 할 만한 책에는 반드시 서평자를 선정하여 서평케하는 전통과 풍토가 아직 정착되어 있지 아니하다.

어쨌든 金辰박사의 회갑기념논문집을 받고 半年이 지나 評者는 해외연구교수로 미국에 가게 되었고, 버클리 로스쿨에 있는 첫 6개월 동안에 金辰박사와 연락하게 되었다. 금년 1월에 金박사께서 교수로 재직하고 있는 샌디에고(San Diego)에 방문하였을 때, 위의 「아시아法論叢」(*Selected Writings on Asian Law*)을 한 권을 받았다. 껴 보니 이미 1982년에 나온 책인데, 우리 나라 법학계가 외국학계와의 교류가 원활하지 못해서인지 이런 책이 나온 줄조차도 모르고 있었다는 것이 부끄럽기 그지 없었다. 그래서 상당히 늦긴 하였지만 이런 학술적 의의가 있는 책에 대하여는 반드시 서평을 하는 것이 예의인 동시에 학자적 의무같이 생각되어 펜을 들었다. 물론 앞서 얘기한 바와 같이 평자는 전문적인 비교법학자는 아니기 때문에 엄격한 의미의 서평이 될지는 스스로 의문스럽다. 그렇지만 비교법학이라는 것이 따지고 보면 어떤 독립된 특수영역만은 아니고 그런 안목에서 여러 분야에서 함께 이루는 학문영역이라고 한다면 이러한 書評도 나름대로 의의가 있을 것이라 생각한다.

\* 서울大學校 法科大學 副教授

## II.

金辰박사라면 우리 나라의 법학계를 떠난지가 어언 20년 이상 되었기 때문에 다소 소개할 필요가 있다고 생각된다. 1926년 12월 19일 부산에서 태어난 그는 1951년에 고려대학교 법과대학을 졸업하고 미국에 유학하여 1954년에 Florida Southern College를 다시 졸업하고 1955년에 George Washington University에서 M.C.L.(비교법석사)학위를 받았다. 이듬해인 1956년에는 Yale University Law School에서 L.L.M.(법학석사)학위를 받고, 2년후인 1958년에 같은 Yale University Law School에서 J.S.D.(법학박사)학위를 받았다. 이듬해에 귀국하여 서울法大 劉基天學長과 연락하여 同大學 助教授로 임용되었다. 1960년부터 1년간은 프랑스 파리대학에 가서 國際私法과 比較法을 연구하고 돌아왔다. 1961년에는 서울法大 도서관장, 1962년에는 동대학 부교수, 1963년에는 司法大學院 교무과장( ~1966), 1966년에는 동대학 교수로 승진하였다. 評者가 法大에 입학할 때 金曾漢교수와 함께 口頭試驗委員이었던 기억이 난다. 그러나 어찌된 心境에서인지 金박사께서는 1967년에 미국으로 떠나 콜럼비아대학교에서 도서관학 대학원과정을 밟아 석사(M.S.)학위를 받고, Valparaiso University의 法學司書(Law Librarian)로 근무하셨다. 1968년에 University of Illinois (Urbana-Champaign) 法大에서 강의를 시작하여 1970년에는 동대학 부교수 겸 법학도서관장이 되었다. 1972년에 동대학에 정교수가 되어 5년을 근무하다가 1978년에 캘리포니아주의 샌디에고에 있는 California Western School of Law의 교수 겸 도서관장으로 부임하여 오늘에 이르고 있다.

그 사이 발표한 저서로는 「國際私法」(法文社 1960), 「新國際私法」(法文社 1962), 「佛蘭西法要論」(文運堂 1962), 「英美法」(法文社 1963) 등의 한국 저서가 있고, 영문저서로는 위에 적은 *Selected Writings on Asian Law* (Fred B. Rothman, Littleton, Colorado, 1982, 573p) 외에도 *The Criminal Code of the People's Republic of China* (Fred B. Rothman, Colorado, 1982, 74p), *The Criminal Procedure Code of the People's Republic of China* (Fred B. Rothman, 1985, 156p), *Korean Law Study Guide* (San Diego, 1987)가 있다. 그리고 그가 쓴 논문목록은 상기 「現代比較法の 諸問題」에 수록되어 있다.

## III.

「아시아法論叢」(*Selected Writings on Asian Law*)은 金辰박사의 일본, 한국, 중국과 베트남法에 관한 논문 26편을 수록한 573페이지에 이르는 논문집이다. 영어를 포함하여 서양어로 된 논문집 가운데 아시아法에 관하여 이만큼 심도깊은 분석서는 아직 없다고 생각한다. 그것은 저자가 아시아人 學者이면서 미국대학에서 활동한지 20년에 이르는 학문적 경력을 가지면서 쓴 논문들이기 때문이라고 생각한다. 물론 여기에 실린 논문들은 여러 기회에

미국과 외국 학술지 혹은 단행본 논문집에 발표된 것들이고, 이 책 역시 새로 조판한 것이 아니고 발표한 원문대로 복사하여 한 권으로 묶은 것이다. 서양에서도 순수한 학술서적은 판매면에 있어서 그리 수익성이 있는 것이 아니기 때문에 이런 방법으로 학술논문집을 발간하는 것은 드문 예가 아니다. 그러나 자세히 보지 않으면 그런 표시도 잘 나타나지 않고, 뒤에는 판례색인, 인명색인, 사항색인까지 만들어 붙였으니 단행본으로서의 성격에 손색이 없는 것이다. 물론 서양의 에티켓인 동시에 의무이듯이 원래 발표한 학술지에다 리프린트를 해도 좋다는 승낙을 받아 감사를 표시하고 있다.

본서는 크게 6부로 구성되어 있는데, 서장은 *Asian Law and Comparative Legal Studies: A Proposed Curriculum Design*으로 저자의 평소의 아시아법에 대한 관심을 미국에서의 교수경험을 기반으로 하여 여러 각도에서 설명하고 문제점을 부각하고 있다. 원래 이 논문은 독일 본(Bonn)대학의 카알 뵙거(Karl Bünger) 교수의 70세기념논문집인 *State and Law in East Asia*(1978)에 실은 것으로, 金辰박사의 비교법학적 관심과 방법론을 잘 보여주고 있다. 그는 본서의 서문에서도 밝히고 있듯이 東아시아法(East Asia Law) 강좌를 통하여 아시아법문화(Asian legal culture)의 의미와 특징을 부각시키고, 아시아 국가들에 있어서 대륙법, 영미법, 사회주의 법의 전통이 어떻게 영향을 미치게 되었는가를 추구하는 데에 주관심을 두고 있다. 이러한 관심을 미국의 법학계와 법학교육에서 실현하기 위하여 방법론적으로 정책적으로 해결해야 할 점들을 지적하고 있다. 그는 위그모어(John H. Wigmore)의 法系論의 短點을 지적하는 데에서부터 학생들에게 비교법학과 아시아법에 대한 안목을 고취시킨다고 서술하고 있다. 왜냐하면 그는 위그모어는 근본적으로 법과 문화와의 상호관계를 충분히 파악하지 못했다고 보고있기 때문이다(p.8). 그리고 라인슈타인(M. Rheinstein), 르네 데이비드(R. David) 교수등의 세계 法系論을 평가하고 있다. 이어서 비교법학적인 방법의 구체적 예로 司法權과 정치문제에 대한 미국, 일본의 접근방법을 비교하고, 외설(obsenity)에 대한 미국, 일본의 접근방법을 서술하고, 같은 방법으로 死刑의 문제, 教育權의 문제, 선거소송사건, 종교의 자유문제들을 분석하고 있다. 결론적으로 그는 아시아법 세미나를 통하여 미국의 법학도들에게 새로운 관심을 불러일으키고 있으며, 미국이나 일본이나 기본권과 제도보장에 대한 헌법적 표현은 비슷하다 하더라도 일본과 미국의 문화적 배경과 구조가 다르기 때문에 상당한 해석의 차이가 난다는 사실을 설득력있게 보여 줄 수 있다고 설명하고 있다. 이러한 철저하고 자신있는 주장은 아시아법에 대하여 깊은 이해를 하고 있는 학자만이 할 수 있는 설제라고 하겠다. 다만 여기에서 다소 아쉽게 느껴지는 것은 본서에 있어서 방법론적 기초로 보이는 이 논문이 비교법적 地畛을 너무 미국법과 일본법에만 국한시키고, 대륙법이나 중국법, 한국법에 대한 언급이 부족한 듯 보인다는 점이다. 미국의 법대생을 위한 세미나의 현실적 수요에 따른 어쩔 수 없는 제약이라고 이해된다.

제 2 부는 일본법에 관한 논문 다섯편이 수록되어 있는데, 첫째 논문은 *The Law of the Subtle Mind: The Traditional Japanese Conception of Law*이다. 아시아인이 서양인과 법에 대하여 근본적으로 다른 心性 내지 태도를 가지고 있다는 사실을 일본학자 노다 요시유키(野田良之) 교수의 표현을 빌려, 서양인의 *law of the geometric mind*에 반해 일본인의 *law of subtle mind*라고 표현하고 있다. 본 논문은 그것을 설명하기 위하여 일본인의 전통적 사고, 일본인의 성격을 광범하게 설명하고 있다. 저자의 일본이해의 심도를 가장 잘 보여 주는 논문처럼 보인다. 둘째 논문은 *Constitution and Obscenity: Japan and the U.S.A.*라는 논문으로 일본과 미국에서 외설의 의미와 한계에 대한 司法的 판단과 이론 구성의 차이점을 설명하고 있다. 셋째 논문은 *Clinical Legal Education: Japanese and U.S. Experience with Prosecutor Training Programs*로서 일본의 검사제도의 개혁과 법조양성제도를 분석하고 있다. 넷째 논문은 *The Legal Status of Amerasian Children in Japan: A Study in the Conflicts of National Laws*로서 일본에 있는 미국인과 일본인 혼혈아에 대한 國籍의 문제를 분석하고 있다. 다섯번째 *Guide to International Trade and Investment Law in Japan*은 일본에서 국제거래와 외국인 투자를 하기 위하여 필요한 국제조약, 상법, 조세법, 공업소유권법과 저작권법, 외환관리법, 反트러스트법, 노동법, 해상법, 중재법과 상업분쟁 해결, 다국적 기업에 관한 법률적 지식을 소개하고 있다.

제 3 부는 한국법에 관한 부분으로 10편의 논문이 실려있다. 첫째 논문 *The Legal System*은 원래 *Studies on Korea: A Scholar's Guide* (1980)란 책에 쓴 것으로 한국법의 역사, 남한법의 法源과 구조, 남한의 사법제도, 북한의 법원과 검사제도를 간명하게 소개하고 한국법연구 문헌을 자세히 소개하고 있다. 이 논문을 확대하여 1987년에 그는 *Korean Law Study Guide*(한국법연구지침)라는 제목으로 아담한 단행본으로 출간하였다. 아마도 현재까지 나온 서양어로 된 한국법연구지침서로는 이것이 가장 짜임새 있게 이루어진 책이라고 생각한다. 그러나 이왕 단행본으로 된 바에는 서술부분을 좀더 확대·심화시켰으면 하는 아쉬움이 있다. 그러나 어차피 이런 각도에서의 한국법입문서(Introduction to Korean Law)는 한 권 따로 있어야 할 것이다. 둘째 논문 *The Legal Status of Aliens in Korea*로 한국에 있어서 외국인의 법적 지위를 헌법, 국제사법에 기초하여 그 권리와 의무의 측면에서 분석하고 있다. 셋째 논문 *Parental Power under the Civil Code of the Republic of Korea*는 한국 민법에 있어서 家長의 권리를 전통법에서부터의 발전과정과 현행법의 측면에서 분석하고 있다. 넷째 논문 *Intercountry Adoption of South Korean Orphans: A Lawyer's Guide*는 한국고아의 입양문제에 따른 법률적 문제점을 안내·분석해 주고 있다. 이 논문은 미국 뿐만 아니라 유럽으로부터 한국법에 대하여 현실적으로 가장 많이 알고 싶어하는 수요에 대응한 것으로 보인다. 다섯번째 논문 *The Korean Choice-of-Law Rules*은 1962년에 입법된 한국의 涉外私法의 내용을 간략히 소개하고 법문을 영어로 번역한 것이다. 여섯번째

논문 *The Role of the Law Schools in the Developing Nations: The Graduate School of Law in Korea*는 한국의 서울대학교에 부설한 司法大學院의 설치 의의를 역사적으로 서술하고 외국에서의 법학교육경향과 부합됨을 설명하고 있다. 일곱번째 *International Trade and Investment Law in the Republic of Korea*는 한국에 있어서 국제거래와 외국인투자에 따른 법적 요건들을 서술하고 있다. 여덟번째 논문 *The 1972 Socialist Constitution of North Korea*는 1972년에 제정된 북한헌법을 자세히 분석 소개하고 있다. 아홉번째 *North Korean Nationality Law*는 1963년에 제정된 北韓國籍法의 내용을 개관하고 있다. 열번째 *Law of Marriage and Divorce in North Korea*는 북한에 있어서 결혼과 이혼제도에 관한 법률을 간략히 소개하고 있다.

제 4부 중국법에 관한 부분은 5편의 논문으로 구성되어 있다. 첫번째 *The Death Penalty in Traditional China*는 중국法制史에 나타난 死刑의 관념과 실재를 심도 있게 분석하고 있다. 두번째 논문 *The 1975 Constitution of the People's Republic of China*는 1975년 1월 17일 제 4차 人民議會에서 개정된 中共憲法를 개관하고, 셋째 논문 *The 1978 Constitution of the People's Republic of China*에서는 1978년 3월 5일에 개정된 中共憲法를 개관·분석하고 있다. 네번째 논문 *Guide to International Trade and Investment Law in the Republic of China*는 中華民國의 국제거래 및 투자법에 관한 안내를 서술하고 있고, 다섯번째 논문 *Choice-of-Law Rules in the Republic of China*는 中華民國의 涉外私法를 개관하고 있다.

제 5부 비교적 분석(Comparative Analysis) 부분에는 두 개의 논문이 수록되어 있는데, 첫번째 *Asian Criminal Law: A Comparison with Proposed Federal Criminal Code*는 아시아의 중국, 일본, 한국刑法들을 미국연방형법개정위원회(National Commission on Reform of Federal Criminal Laws)의 최종안과 비교하면서 전체적 구조와 특징을 조명하고 있다. 전통형법에 있어서 중국형법이 일본·한국에 미친 영향을 분석한 후 서양형법의 수용 이후 최근 일본형법개정의 노력에서 나타나는 문제점을 설명하고 있다. 두번째 논문 *Recent Development in the Constitution of Asian Marxist-Socialist States*에서는 캄보디아, 中共, 라오스, 북한, 몽고, 베트남 그리고 1979년 이후 아프가니스탄의 사회주의 국가이데올로기가 각국 헌법에 어떻게 반영되고 있는가를 분석하고 있다. 맑스-레닌이즘이 각국의 민족주의와의 접촉에서 각이한 방식으로 표현되고 있음을 보여 주고 있다.

제 6부의 其他國家法의 부분에서는 세 개의 논문을 실고 있는데, 첫번째 *The Thai Choice-of-Law Rules*는 태국의 國際私法를 소개하고 있고, 두번째 *The Marriage and Family Law of North Vietnam*에서는 1960년 1월 13일에 시행된 越盟의 혼인 및 가족법의 내용을 개관하고 있다. 마지막 논문 *Asian Immigrants in American Law: A Look at the Past and the Challenge which Remains*는 미국의 移民法의 변천사 속에서 아시아系 移民의 처우가 어떠하였던가를 개관하고, 현재의 미국移民法에 있어서 그들의 法的地位를 분석하고 있다.

논문 한편 한편에 대한 내용적 논평을 할 여유가 없지만, 어느 하나도 가볍게 쓰지 않은 중후한 학문적 연구성과들이다. 미국에서 아시아법을 영어로 이렇게 연구·소개한다는 것이 주는 영향은 심대하다고 하겠다. 다만 이 책이 아시아법에 관한 통일적인 개론서가 아니고 그때그때의 학술지에 발표된 것이기 때문에 갖는 단행본으로서의 한계점이랄까 특수성이 있는 것을 부인할 수 없다. 희망으로서는 金박사께서 이제 이러한 개별적 연구를 기초로 하여 「아시아法」의 方法論과 構成을 일괄하는 通書를 하나 내어주실 것을 기대해 본다.

#### IV.

「現代比較法の 諸問題」는 金辰박사의 回甲을 기념하기 위하여 국내외의 동료·제자들이 만든 논문집인데, 여기에도 金박사 자신의 영문 논문 4편이 실려있다.

먼저 金박사의 논문을 순서대로 보면, 첫번째 The TaeMyōngnyul Chikhae라는 제목의 논문은 「大明律直解」를 해설한 논문으로 한국의 古代中世法制史를 간단히 서술한 후 大明律直解의 발간경위와 그 내용의 대강을 서술하고 있다. 金박사의 한국法史에 관한 관심을 나타내주는 논문으로 평가된다. 둘째 논문 The 1980 Chinese Code of Criminal Procedure and the Rights of the Accused to Defense는 1980년에 제정된 中共의 刑事訴訟法에 있어서 被告人의 權利를 여러 각도에서 분석하고 있다. 셋째 논문 Chinese Constitutions는 中共의 1975년, 1978년, 1982년 헌법개정 과정과 내용을 일괄적으로 검토하고 있다. 네번째 The Criminal Trial in Japan: The Accused's Right to Confrontation and Cross-examination of Witness는 일본에 있어서 刑事裁判을 특히 證人訊問의 절차의 관점에서 분석하고 있다. 金박사의 비교적 근년의 논문들로서 그의 아시아법에 대한 계속적 관심방향을 보여주고 있다.

지면관계로 「現代比較法の 諸問題」에 기고한 논문들의 내용을 일일이 논평할 수는 없고, 그 논문 제목들을 보면, 國際訴訟에서의 裁判管轄權(崔公雄), 船主責任制限制度에 관한 涉外私法的 考察(閔丙國), 外國人土地法上の 許可主義(朴英植), 英美法上 契約違反에 대한 救濟(鄭鏞仁), 英美刑事節次와 韓國刑事節次의 차이점(李鍾淵), 仲裁判定의 司法的 彈劾; 美國仲裁法上 原則 및 실무(申鉉柱), 株式會社의 理事의 의무(鄭東潤), 한국憲法の 改正史; 정부형태의 변화를 중심으로(姜基遠), 南極問題의 現황과 남극조약체계의 전개(成敏慶), Foreign Legal Study and the Nature of Comparative Law (Craig M. Lawson)이다.