

## 법학의 비교연구방법

최종고\*

### 1. 서론

법학을 '법에 관한 학문'이라 일반화해서 말한다면 법은 보편성과 특수성의 양면을 가진 규범이기 때문에, 법학도 보편성과 특수성, 즉 일반성과 국지성을 함께 가진 학문이다. 법은 정의(正義)라는 보편적 가치를 향한 규범이면서도, 각 국가, 각 시대마다 구체적으로 제약되는 현실규범이기 때문에 적나라하게 말하면 정의니 권리니 법치주의니 하는 법이념들을 그 사회가 처한 상황에서 이룰 수 있는 만큼의 그것들에 지나지 않는다고 말할 수밖에 없다.

'비교'를 법에서도 논하지 않을 수 없는 궁극적 이유는 법규범의 이러한 상대성에 기초하는 것이지만, 주어진 법제도 안에서만 정의를 찾고 적합한 해석을 찾는 종래의 법해석학(Rechtsdogmatik)에서는 비교적 방법, 즉 비교법학(Comparative law, Rechtsvergleichung)이 아직 싹틀 수 없었다.

---

\* 서울대학교 사법학과 교수

법학이 고대로마에서부터 서양에서만 ‘학문화’되었기 때문에, 이러한 서구법학이 전세계에 수용(reception)되어 온 것이 세계법학사라고 할 수 있다. 물론 서양의 법학에서도 이른바 대륙법계와 영미법계, 사회주의법계 등 법계(Rechtsfamilie) 내지 법문화(Rechtskultur)가 다르기 때문에 서로 제도와 개념들을 비교하는 비교법학이 150년 전부터 출발하였지만, 오늘날 전세계적으로, 그리고 특히 우리 나라의 관점에서 비교법학이 중요시 되는 것은 종래의 유럽중심주의(Europazentrismus)에서 서서히 벗어나 아시아, 아프리카 등 이른바 제3세계가 자기의 문화의 전통을 재해석하여 세계 법문화의 일원으로 역할하기 시작함으로써 본격화되고 있다. 그래서 아시아 법학자들에게 더욱 비교법학이 중요하게 느껴지고 있다.

라드브루흐(G. Radbruch)도 “과거에 철학이 하던 일을 현대는 ‘비교’가 한다”고 지적한 바 있듯이, 어차피 ‘법이념에 봉사하는 의미있는 현실’인 법은 지구상에 다양하게 존재하여 그 현실을 생생하게 파악하기 위하여는 비교적 방법은 반드시 필요하다(라드브루흐, 1975: 65). 영국법학자 로손(F. H. Lawson)의 “프랑스 법도 좀 알아야 좀더 나은 영국 법률가가 될 수 있다”(Man wird ein besser englischer Jurist, wenn man etwas französisches kennt)는 말은 진실이다(Lawson, 1953).

## 2. 법학에서 비교연구의 의의

법학에서 비교연구방법이란 비교적 안목으로 법에 접근하는 모든 연구방법들을 말한다. 법은 대상과 성격에 따라 헌법, 행정법, 민법, 상법, 형법, 소송법, 노동법, 경제법 등 여러 법역(法域)으로 나뉘는데, 각각에 대하여 예컨대 비교헌법학, 비교행정법학, 비교민법학, 비교상법학, 비교형법학, 비교소송법학, 비교노동법학, 비교경제법학 등이 가능하고 이미 전문화되어 연구되고 있다. 예컨대 우리 나라 헌법이 대통령중심제를 채택할지 내각책임제를 취할지 논의한다든가 지방자치제를 논의한다든

가 할 때 외국의 제도를 검토해 보지 않을 수 없다. 최근 형법개정에서 간통죄, 사형(死刑)을 폐지할지 존치할지 논하면서 새삼 외국의 형법들을 비교해 보고 있다. 또 법학의 좀더 이론적 연구에도 비교의 방법이 고조되어, 예컨대 비교법제사, 비교법사상사, 비교법철학, 비교법문화론, 비교법사회학, 비교법인류학 등이 연구되고 있다. 또 국가마다 사법제도와 법운용이 다르기 때문에 비교사법제도론이나 비교법학교육론, 비교법조기능론 등도 연구되고 있다. 비교법학이 방법론인지 독립 학문영역인지에 대하여는 지금도 논의중이지만, 대체로 비교법학은 다음 세 가지 성격을 띠고 있다고 지적된다(Drobnič and Rehbindler, 1985): 1) 기술(記述)과학 및 설명과학으로서 비교법, 2) 이론과학 및 경험과학으로서 비교법, 3) 순수과학 및 응용과학으로서 비교법.

독일의 예를 들면, 비교법학의 연구를 위하여 주요 도시와 대학에 막스 플랑크 연구소(Max-Planck-Institute)를 세워, 함부르크에는 외국 및 국제사법(國際私法)연구소, 프라이부르크에는 형법연구소, 하이델베르크에는 공법(公法) 및 국제법연구소, 뮌헨에는 저작권법연구소, 프랑크푸르트에는 법사연구소가 있어 전세계의 학자들이 전공에 따라 이러한 연구소들로 모여 비교방법의 연구를 배워 가고 있다(Riegert, 1973). 프라이부르크의 막스 플랑크 외국 및 국제형법연구소(Max-Planck-Institute für internationales und ausländisches Strafrecht)의 소장 예세크(H. Jescheck)는 말하기를,

지난 20년 동안 많은 나라에서 있었던 형법의 커다란 변화는 그 나라의 영역내에서 유리되어 일어난 것이 아니라 오히려 본질적으로 비교법의 성과에 기초하고 있다. 150년 전부터 외국형법과 형사소송법에 관한 과학적 연구가 강력히 행해져 왔고, 그 결과 우리의 법역은 오늘날 하나의 국제적 문화공동체라 할 수 있게 되었다. 비교형법에 긴요한 자료는 문헌목록, 법령집, 전문잡지, 학술논문 및 회의자료의 형태로 존재하여, 우리는 오늘날 이러한 자원을 손쉽게 이용할 수 있다. ……3개 면의 평면에 기초하여

형법개정을 위한 비교법의 연구가 행해진다. 형법의 형성을 위한 명확한 최고의 원칙은 국제적 문화공동체의 법의식으로부터 직접 도출되어 국내 입법과 법운영에 관한 요청으로 전화(轉化)된다. 이것을 보편적 법비교 (universale Rechtsvergleichung)라 할 것이다. 지역적 법비교 (regionale Rechtsvergleichung)가 있는데, 역사, 전통, 언어, 관습, 사회윤리적 근본확신을 통하여 표현되고 좀더 좋은 법역(法域), 예컨대 유럽협약체 (Europarat)의 가입에 비준한 국가들의 법에 관한 비교이다. 셋째로 개개의 법제도의 개혁 (Reform einzelner Rechtseinrichtungen)도 각국의 제도들끼리를 비교하여 좋은 것을 채택하는 방식이다(에세크, 1979: 73).

일반적으로 서양법학에서 비교법학의 중요성을 제창한 학자는 형법학자 포이에르바흐(Anselm Feuerbach, 1775-1833)로 알려져 있다. 예링(Jhering, 1818-92)도 비교방법을 법현상의 이해에 필수적 요구라고 보았는데, 이러한 사고는 독일에도 영향을 주었지만 특히 영미법학의 프랑크(J. Frank), 르웰린(K. Llewellyn) 등 법현실주의(legal realism)와 파운드(R. Pound) 같은 사회학적 법학(sociological jurisprudence)(Pound, 1955)에 영향을 주었다(Zweigert and Siehr, 1971). 독일에서 나치즘의 등장으로 미국으로 건너간 '망명법학자'(immigrant scholar)들이 미국이라는 신천지에서 살아남기 위해 비교법학의 발전에 기여한 것도 알려진 사실이다(최종고, 1988). 1900년에 파리에서 제1회 세계비교법학회(International Congress of Comparative Law)가 열린 후 지금까지 활동하고 있다.

출판을 통해서도 《비교민상법사전》(*Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil-und Handelsrecht des In-und Auslandes*, 1929-39), 그리고 1983년부터 17권으로 계획된 《세계비교법 백과사전》(*International Encyclopedia of Comparative Law*)을 현재에도 발간중에 있다.

일본에서도 비교법연구들이 활발하며,<sup>1)</sup> 한국에서는 해방 후 대륙법 일변도에서 벗어나 영미법을 가미한다는 취지에서 비교법학회가 창립되

1) 한 예를 들면 《비교법》 잡지가 계속 발간되고 있다.

었으나 활동이 끊어지고, 근년에 재창립하였으나 그리 활발하지 못하다. 대학에서 비교법 강의도 그리 많지 않다.

비교법학의 본질을 생각하면서, 1916년에 뮌헨 대학에 독일 최초의 비교법연구소를 세운 비교법학자 라벨(Ernst Rabel, 1874-1955)의 논문 “비교법학의 과제와 필요성”에서 한 말을 다시 상기하지 않을 수 없다.

비교법학의 내용에 따라 세 가지 부분영역으로 나뉜다. 첫째, 법의 내용을 비교·평가하는 해석론적 혹은 체계적 비교법학, 둘째는 법질서의 역사적 관계를 탐구하여 상호간의 유사성과 공통요인을 밝히는 역사적 비교법학, 셋째는 법철학으로 귀착되는 법의 일반이론이다. 비교법학은 개별 법조문을 대비하는 것이 아니라 각 법질서가 작용하고 있는 바탕이 되는 생활과 그 법의 기능을 탐구하여 비교하는 것이다.……비교법학은 성문 법의 본질과 생성, 법에서의 인과관계와 목적성의 평가를 위하여 중요하다. 공정한 평가를 위해서는 문제제기가 예리하고 풍부해야 하며, 편견에서 해방되고 개념을 명확히 알아야 한다. 비교법학자는 객관적으로 사고해야 한다. 학문적 주요과제는 주의를 다해서 하나하나의 소재를 정확히 다루어야 한다(라벨, 1985: 15-19).

### 3. 법학에서 비교연구의 목적

#### 1) 비교연구의 필요

A와 B를 정확히 알려면 왜 A가 B가 아니고 A인가를 비교하지 않을 수 없다는 점에서, 일반적으로 “가장 선명한 인식은 경계선에서 온다”는 말을 한다. “하늘 아래 새 것은 없다”는 성서의 표현은 이 지상에 완전한 것은 없다는 뜻일 것이다. 그렇다면 인류가 각 민족과 국가를 단위로 만든 온갖 제도 — 대부분의 제도는 법을 통한 제도이다 — 들을 많이 알고 참조하면 할수록 그만큼 문명된 국가이며, 좀더 나은 제도로 개선하려는

의지가 높아진다. 법은 어느 면에서는 높은 곳에서 낮은 곳으로 흐르는 물과 같아 발달된 나라의 법은 덜 발달된 법제로부터 '수용'(reception)되고 만다. 비교법학에서는 모법(母法, Mutterrecht)과 자법(子法, Tochterrecht)의 관계라 말하는데, 두 법 사이를 비교하는 것도 비교법학의 과제이지만, 명심할 것은 수용된 법제도라 하더라도 점점 그 사회에서 토착화(indigenization)되고 상황화(contextuation)되어 이질화된다는 사실이다. 여기에서 더욱 비교법학의 과제가 커지는 것이다.

서로 다른 법체계가 있을 때 '교섭'의 관계에서 시작하여, 점점 교섭이 빈번해질수록 두 법은 '수렴'(convergence)의 길을 모색하게 되는 것이다. 사실 대륙법과 영미법은 그 기원과 발전사가 다른데도 오늘날 상당한 수렴의 정도를 보여주고 있다. 상법 같은 분야에서는 통일상법전(Uniform Commercial Code) 같은 것이 제정될 정도로 세계 보편화의 추세로 나아가고 있다. 예컨대 미국의 버클리 로스쿨과 독일의 쾰른 법과대학은 자매관계를 맺고 대륙법과 미국법의 비교·수렴을 추진하는 학문적 업적을 내고 있다.

우리 나라의 현실로 돌아오면, 우리는 법학의 개념법학화, 수험법학화로 진정한 의미에서 '비교법학'에 대한 개방적 태도가 제대로 형성되지 못하였다. 외국의 법제를 좀 안다고 해서 비교의 마음가짐이 되지 못하는 경우도 많다고 하겠다. 한국의 법학 교과서들이 외국법에 관한 서술들을 많이 보인다고 해서 그것이 방법론적으로 '비교법학적'인가는 의문스럽다. 자기중심적 사고, 흑백논리, 주관적 우월감 혹은 열등감(inferiority complex)이 강할 때 진정한 비교는 이루어지기 어려울 것이다. 예를 들면, 외국법제를 연구하기 위해 학자와 관계 공무원들이 수십 차례 외국시찰을 다녀왔지만 가져온 자료도 서로 활용하지 않고 독점할 때 '비교'는 이루어지지 않는다. 예가 될지 모르겠으나 남한법과 북한법의 '비교'도 통일을 대비하여 중차대한 과제인데, 자료에서나 법현실 파악에서나 '비교'는 제대로 시작도 못하고 있는 상태라 하지 않을 수 없다(최종고, 1993: 595-618). 이러한 몇 측면을 종합하여 말한다면, 비교는 개선의 기초로서

더욱 필요하다고 하겠다. 이 말은 개선이 어려운 만큼 비교도 결코 간단하지 않은 과제라는 뜻도 된다.

국제화시대에서 국제법과 국제사법(國際私法, international private law)의 발달을 말할 필요도 없이, 거의 모든 법역에 이미 외국법과 관련이 커지고 있다. 따라서 비교법적 지식이 없으면 당장 법생활에도 불구자가 된다고 말할 수밖에 없다.

법비교를 한다고 하여, 거기에서 어떤 '정당한' 결론, 바른 법(richtiges Recht)을 도출해 낼 수 있겠는가 하는 질문이 생긴다. 비교에서 자동적으로 정당성이 나오는 것은 아닐 것이다. 비교는 어디까지나 과정이요, 보조라고 할 수 있다. 그러나 비교법학자 슐레징거(R. Schlesinger)의 표현대로 다른 것 사이에도 '공통의 핵심'(common core) 같은 것이 존재하여(Schlesinger, 1988), 비교가 과학적이고 심도 깊을수록 이러한 동질성을 찾아나갈 수 있을 것이다. 비교적 방법에 따라 충분히 자료가 제공된 입법일수록 바른 입법이 되고, 법운용이 될 것임에 인식할 필요는 없다.

## 2) 비교법의 목적

비교법학이 하나의 독립된 법과학으로서든 아니면 방법론으로서든 그것이 추구하는 목적은 대체로 분명하게 나타나고 있다. 이에 대해서도 상론을 약하고 몇 가지 대표적인 목적만 서술하면 다음과 같다.

### (1) 법해석에 대한 기여

법은 자국(自國)의 테두리 안에서 역사적·사회적 제반사정을 고려하여 제정되고 해석되는 것이 보통이지만 그것이 반드시 최선의 해석이라고 말하기는 어렵다. 때에 따라서는 같은 내용의 법조문이 다른 나라에서는 어떻게 규정하고 있고 어떻게 해석하고 있는지를 살펴보는 것이 큰 도움이 될 수도 있다. 비교법은 그것을 자국법(自國法)의 해석에 활용함으로써 자국법이 구체적으로 좀더 타당성을 지닐 수 있도록 법을 해석하는

데 기여해 준다. 특히 우리 나라같이 외국법을 법조(法曹)의 형식으로 수용하고 있는 나라에서는 그것이 외국, 특히 모법(母法)의 나라에서 어떻게 해석되고 있는가를 알아야만 우리 나라의 법을 올바르게 해석할 수 있을 것이다. 또 한편 비교법적 해석은 법의 국제적 통일의 준비작업이 되기도 한다. 자국법의 해석에 비교법을 이용하여 외국과 공통된 해석에 접근함으로써 공통된 해석의 결론에 도달하게 될 것이며, 그것이 결국에는 국제적 통일법을 마련하는 기반이 되는 것이다. 오늘날 비교법이 법해석에 중요한 기여를 한다는 사실은 의심할 여지가 없다. 다만 법의 해석에 비교법을 이용하는 데에서 자국의 사회, 경제, 정치, 문화 등 법의 배경을 이루는 사정들, 자국법의 문화적 환경을 항상 염두에 두어야 할 것이다(현승중, 1972: 27).

## (2) 입법에 대한 기여

비교법의 목적은 자국법의 좀더 나은 해석에 못지 않게 입법, 즉 새로운 법을 제정하거나 또는 기존의 법을 개정하는 데에 도움을 준다. 어떠한 국가라도 입법을 하는 경우에 좀더 앞선 다른 나라의 경험을 이용하려고 하는 것은 당연하다. 이는 우리 나라의 거의 모든 입법이 비교연구의 소산임을 보아도 쉽게 이해할 수 있는 일이다. 19세기의 법사가면서 비교법학자인 헨리 메인(Henry Maine, 1822-1888)이 “훌륭한 법률가들이 일반적으로 인정하는 바로는 비교법학의 주된 기능은 입법과 법의 실제적 개선을 쉽게 하는 데에 있다”(Maine, 1871: 25)고 말한 데에서도 비교법의 입법에 대한 기여를 보여 주고 있다고 하겠다.

입법시 비교법의 기여를 바라는 경우에 문제가 되는 것은 어떤 나라의 법을 비교의 대상으로 할 것인가 하는 것이다. 우선 입법의 주제에 따라 그 주제에 관하여 참고가 될 만한 좋은 법을 가지고 있는 나라를 찾아서 그 나라의 법을 대상으로 해야 할 것이다. 둘째로는 그 주제에 관한 선진국의 법이 대상이 되는 점이 일반적이는데 여기서 주의하여야 할 점은 자국의 현실과 너무 동떨어져 실효성(實效性)이 없는 법을 제정하지 않도록



해야 한다는 것이다. 셋째로 입법에 대한 기여를 위한 비교법의 대상은 동일 법제(法制)에 속하는 나라의 법인 경우가 대부분인데, 우리 나라의 경우 독일이나 일본의 법을 자주 참고하는 것은 이러한 이유에서라고 할 수 있다. 그러나 반드시 그래야만 하는 것은 아니다. 우리 나라는 특히 제2차대전 후 영미 법제의 법 또한 입법의 중요한 대상으로 삼고 있는데, 이처럼 입법을 위한 비교법의 대상이 반드시 동일법제(同一法制)여야 할 필요는 없다. 다만 그 국가의 다른 여러 법규정들과 좀더 잘 조화될 수 있도록 하기 위해 동일한 법제의 나라의 법을 대상으로 비교연구를 많이 하고 있는 것이 사실이다. 외국법을 입법에 참고하기 위하여 비교법의 대상으로 삼는 경우에 그 법의 외관(外觀)뿐만 아니라 그 법과 그 국가간의 관계—정치적 배경, 국민의 여론, 법관의 적용 등—을 세밀히 비교 검토하는 작업이 선행되어야 함은 물론이다.

### (3) 법 수용에 대한 기여

법의 수용(受容, Rezeption)은 반드시 비교법으로만 이루어지는 것은 아니다. 그러나 비교법은 법 수용의 가장 중요한 원인의 하나이다. 즉 비교법은 법의 수용에 기여하는 것을 하나의 목적으로 한다. 법의 수용이 넓은 의미에서 한 사회의 법이 다른 사회에 이전하는 현상을 말한다(레바인더, 1982). 법의 수용에는 여러 원인들이 있지만, 비교법의 소산(所産)으로서 법의 수용이 이루어지는 경우가 많다. 비교법적 방법에 따른 입법을 하는 경우나 입법의 형태를 취하지 않더라도 법의 해석에 학설이나 사례를 통하여 외국의 법이론을 도입하는 경우에 법의 수용현상이 이루어지는 것이다. 이와 같은 법수용을 위하여 모법에 관한 비교법적 연구가 필요하고 또 수용한 후에도 그것을 좀더 명확하고 올바르게 운용하기 위해서는 모법에 관한 비교법적 연구가 계속 필요하다. 더욱이 오늘날에는 법수용 현상 자체의 일반적 법칙을 발견하고자 하는 연구들이 많이 전개되면서(Hirsch, 1981) 이를 위해 비교법이 사용되기도 한다. 법의 수용에 관한 문제를 비교법적 연구활동을 통해 규명하려는 노력도 국제적으로

법학계에 큰 공헌을 하였으며, 앞으로도 그러할 것으로 전망된다.

#### (4) 법의 국제적 통일에 대한 기여

비교법의 가장 중요하면서 궁극적 목적은 법, 특히 사법(私法)을 국제적으로 통일하는 데에 있다고 말할 수 있다. 오늘날 세계는 다양한 법제들로 나뉘어져 있지만 날이 갈수록 교통기관, 통신시설의 발달로 사회·문화 등 각 방면의 국제적 교류와 왕래가 빈번해짐에 따라 국제적인 법률문제가 자주 생기게 되는데, 이러한 경우에 발생하는 법률문제들을 원활하게 해결하기 위해서 오늘날 국제사법(國際私法, Internationales Privatrecht)이 연구·적용되고 있다. 하지만 아직 이러한 법만으로는 부족하다. 이보다 더 바람직한 일은 이러한 문제들에 공통적으로 적용될 수 있는 국제적 통일법(統一法)을 마련하여 시행하는 것이다. 비교법이 자국법의 해석과 제정 또는 법의 수용에 기여하는 것도 모두 궁극적으로는 법을 국제적으로 서로 접근시켜 통일시키는 하나의 간접적 준비작업이다. 그러나 비교법은 한걸음 더 나아가 가능한 범위에서 직접적으로 국제적 통일법을 마련하고자 노력한다. 즉 비교법적 방법으로 각 국가법체계에서 공통된 법원칙을 추출하거나 또는 서로 경합하는 체계 중에서 보편성을 지닌 어느 하나를 선택하는 등으로 공통된 통일법을 마련하고자 한다.

우리 나라는 비교법에 관하여 아직 발전이 거의 없는 상태여서 사법(私法)의 통일문제에 무관심한 편이다. 이는 우리 나라가 세계의 대세(大勢)에서 홀로 뒤떨어진 듯한 불안감을 던져 주며 결과적으로 국제거래에서 뜻하지 않게 많은 국가적 손실을 자초하게 될지도 모른다(현승종, 1972: 36). 물론 통일법의 문제는 정치적·경제적 요인에 좌우되는 경향이 크므로 비교법학자가 혼자서 해결할 수 있는 문제는 아니다. 그러나 상황이 그럴수록 통일법의 달성을 위한 비교법학자들의 노력이 절실히 요청되며, 특히 우리 나라의 법학계는 법의 통일문제를 비롯한 세계의 비교법학계에서 이름없는 존재가 되지 않도록 힘쓰고 국가이익의 보호에 중요한 역할을 담당해야 할 것이다.

## (5) 법의 일반이론 수립에 대한 기여

비교법은 법의 일반이론의 발견을 목적으로 하기도 한다. 법의 일반이론(Allgemeine Rechtslehre)이란 모든 법제도, 법사상, 법문화 등에 공통된 보편적인 법개념 또는 일반적 법원칙을 말한다. 법의 일반이론은 선험적 연구를 통하여 얻을 수도 있지만 비교법적 고찰을 통해 경험적으로 탐구할 수도 있다. 비교법적 고찰을 통해 법의 일반이론을 발견하게 될 때 그것은 실증적인 토대를 가지게 되며 실정화(實定化)된 자연법(自然法)을 찾을 수 있게 된다.<sup>2)</sup>

그러나 여기서 과연 비교법으로써 법의 일반이론의 발견이 가능한가라는 문제가 제기된다. 비교법의 대상이 전세계의 법에까지 확장된 상태에서 보면 법의 일반이론 도출이 불가능해 보일지도 모른다. 그렇지만 수많은 나라들의 법의 차이점들은 외형적인 경우가 많고, 법이 작용되는 실질적인 기능에서는 상당히 많은 공통점을 발견할 수 있다. 물론 모든 법제를 대상으로 하여 그 일반원칙을 발견하는 데에는 상당한 어려움이 따를 것이고 어느 정도의 한계를 면할 수 없을 것이다(현승중, 1972: 40). 결국 법의 일반이론은 각 법계의 법제도, 법사상, 법문화 등의 비교법적 연구에 따라 경험적으로 발견될 수 있는 것이기는 하지만 그것에도 한계가 있어 선험적인 것이 가미되어 양자가 서로 보충해 주어야만 충분한 토론이 가능할 것이다.

그러나 요즈음은 여기서 한걸음 더 나아가 선험적인 것의 대명사라고 까지 얘기되는 법철학의 영역에서까지 비교법철학(Vergleichende Rechtsphilosophie)이 논의되고 있다. 독일의 유명한 법철학자 아르투어 카우프만(Arthur Kaufmann) 교수는 “비교법철학: 고전적 중국 법문화와 서양 법문

2) 19세기의 Allgemeine Rechtslehre에 대한 비판은 G. Radbruch의 ‘법철학의 안락사(安樂死)’(Euthanasie der Rechtsphilosophie)란 표현처럼 20세기 ‘자연법(自然法)의 부활(復活)’로 연결된다. 자세한 것은 라드브루흐(1975)를 참조할 것.

화”(Vergleichende Rechtsphilosophie am Beispiel der klassischen chinesischen und klassischen abendländischen Rechtsphilosophie)라는 논문에서 ‘여행하는 법철학’(Rechtsphilosophie auf der Reise)이란 표현까지 써 가면서 비교의 중요성을 이렇게 강조한다.

두 개 이상의 개념은 각자가 다른 것에 대하여 직접적으로 관계될 수는 없고 오직 간접적으로, 즉 각자가 제3의 개념에 관계됨으로써 다른 것과도 관계를 갖는다. ……국가적 법체계 자체를 이러한 공통적 관계점(Beziehungspunkt)으로 만들고 다른 법체계를 그 점과 동등한 혹은 상이한 것으로 추구한다면 그 결과 국가로 제약되는 관심밖에는 되지 못할 것이다. 국가적 관심의 범비교를 공통의 관계점으로 하여 국가를 넘어서는 어떤 법체계를 찾지 않으면 안 된다(카우프만, 1992: 114~134).

#### (6) 법학교육에 대한 기여

비교법의 역사는 엄밀히 말해서 19세기 후반에 시작되었다고 말할 수 있다. 그만큼 법학에서 비교적 새로운 분야이기 때문에 그것이 법학교육에서 차지하는 비중도 그리 중요하지 않아 보였다. 최근에는 비교법의 연구가 활발해지고 따라서 법학교육에서도 중요성을 더해 가고 있다. 불행히도 우리 나라의 법학계에서는 법학 교육과정에서 비교법을 포함시킨 경우가 별로 없는데, 우리 나라와 같이 전통적 법요소보다 외국법을 수용한 부분이 많은 경우에 비교법적 지식이 필요한 것은 말할 필요도 없다. 비교법의 교육이 법학교육에 주는 기여는 우선 국내법이 해석과 기존법의 개정 내지 새로운 입법, 통일법의 모색과 법의 일반이론의 탐구 등을 학생들에게 가르치게 하는 데에 있다. 또한 비교법을 통해서 국제적 안목을 갖고 법학을 좀더 폭 넓고 동태적으로 이해할 수 있게 해준다. 인류의 이상(理想)은 하나의 세계를 지향하여 평화를 추구해 나가는 것이라면 그 기초가 되는 것은 좀더 폭 넓은 법에 대한 이해가 필수적이다.

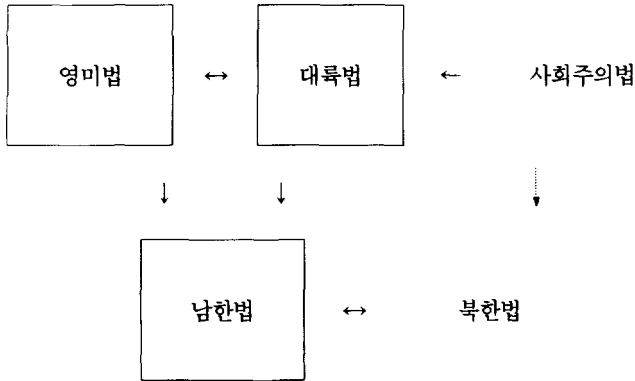
## 4. 법학에서 비교연구방법

### 1) 비교법의 원칙

비교법의 전제로 법계론(法系論)이 중요한 역할을 하는데, 비교법학자마다 여러 기준에 따라 다양한 법계론을 주장하고 있다. 한두 학자만 들면 미국의 위그모어(John H. Wigmore, 1863-1943)는 《세계법체계의 파노라마》(*A Panorama of the World's Legal Systems*, 1928)에서 세계의 법을 이집트법, 메소포타미아법, 히브리법, 중국법, 힌두법, 그리스법, 로마법, 해법(海法, marine law), 일본법, 이슬람법, 켈트법, 게르만법, 슬라브법, 교회법, 라틴법, 영국법의 16법계로 나누었고, 프랑스의 다비드(René David)는 《세계법체계》(*Les Grandes Systems de droit contemporains*, 1965)에서 서양법, 소비에트법, 이슬람법, 힌두법, 중국법의 5법계로 나누었고, 독일의 쾰바이게르트(K. Zweigert)는 《비교법입문》(*Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1971)에서 라틴법권(Rechtskreis), 독일법권, 북구법권, 영미법권, 사회주의법권, 극동법권, 이슬람법권, 힌두법권의 8법권(法圈)으로 나누었다.<sup>3)</sup> 쾰바이게르트는 법질서의 양식형성적 요소(Stilprägende Faktoren)로서 1) 역사적 전통, 2) 특수한 법적 사고, 3) 특히 특징적인 법제도, 4) 법원(法源)의 종류와 해석, 5) 이데올로기의 5요소를 기준으로 하는 이른바 양식이론(stiltheorie)이 요즘 비교법학에서 많이 논의되고 있다. 한국법은 대부분 서양학자들에게는 그리 주목받지는 못하지만, 우리의 관점에서 보면 세계의 법문화, 즉 대륙법과 영미법 그리고 사회주의법까지를 한곳에 모은 실험실처럼 느껴지며, 통일이 된다면 법과 이데올로기의 극복, 법문화의 통합이라는 점에서 세계 법문화에

3) 자세한 것은 최종고(1989: 11-23)를 참고할 것.

커다란 기여를 할 것이다. 이를 도식화해 보면 다음과 같은 것이다.



이러한 법문화권끼리 거시적 비교도 가능하며, 그것을 위하여는 내부적인 구체적 비교들이 많이 이루어져야만 한다. 비교법학의 방법으로는 연구대상의 구체적 개별성 내지는 전체적 양식성(樣式性)의 관점에서 미시적 법비교(Mikrovergleichung)와 거시적 법비교(Makrovergleichung)로 나뉜다. 미시적 비교법은 각국 법에서 제도들(계약, 혼인, 형벌 등)을 비교하는데, 거시적 비교법은 법의 정치적, 윤리적, 종교적, 사회문화적 배경을 감안하여 좀더 폭 넓은 법문화의 비교를 지향한다. 형식적 비교(Formelle Rechtsvergleichung)와 기능적 비교(Funktionelle Rechtsvergleichung), 해석학적 비교(Dogmatische Rechtsvergleichung)와 체계적 비교(Systematische Rechtsvergleichung), 입법적 비교(Gesetzgeberisch Rechtsvergleichung)와 역사적 비교(Historische Rechtsvergleichung) 등 여러 특징을 붙인 비교방법들이 있다(日本比較法研究所 編, 1990). 이러한 방법들의 다양화와 전문화는 비교법학을 풍성하게 하는 도구들이다.

비교법학에서 방법론과 관련해 다음과 같은 원칙들이 많이 언급된다.

- 1) 비교할 수 있는 것과 비교할 수 있는 것을 비교해야지 비교할 수 없는 것끼리 비교하면 비교하지 아니함만 못하다.

- 2) 같은 제도와 개념이라도 다른 법문화권에서는 다른 기능과 결과를 가져올 수 있다.
- 3) 법조문끼리 비교하는 것은 피상적이며, 그것은 성립된 배경과 운용하는 현실을 함께 고려해야 한다.
- 4) 비교를 위해 '언어'가 중요하며, 번역이 중요한 역할을 한다.<sup>4)</sup> '번역법학'의 문제점도 심각한 문제이다.
- 5) 체계화(classification)에 맞추어 비교하는 일은 필요하면서도 자칫 위험을 내포한다. 대륙법과 영미법은 물론 사회주의 법과는 '체계' 자체가 다르다. 그렇다고 체계화 자체를 포기할 수는 없다.
- 6) 컴퓨터를 사용한 첨단 연구방법이 사용된다. LEXIS, WESTLAW, CELEX 같은 컴퓨터시스템은 외국법에 관한 많은 자료를 제공해 준다(Goedan, 1986).
- 7) 이런 의미에서 법비교는 법사회학이나 사회이론(social theory)과도 긴밀한 관련을 맺지 않을 수 없다(Hall, 1963). 정치학자, 사회학자, 인류학자, 역사학자들과 제휴하여 그 사회에서 법의 기능과 법의식에 관한 실증적 연구를 하지 않으면 안 된다. 법전의 법(Law in Books)과 현실의 법(Law in Action)을 다 비교해 보아야 완전한 비교가 된다 할 것이다(Neumayer, 1970).

## 2) 비교법의 대상

비교법의 대상이 될 법계는 예컨대 대륙법계와 영미법계를 비교한다든가 또는 대륙법계에서 프랑스법계와 독일법계, 영미법계에서 영국법계와 미국법계를 비교할 수 있고, 독일법계와 영국법계, 사회주의 법계를 비교하는 방법도 있다. 각 법계의 헌법, 형법, 민법, 상법, 민·형사소송법 등 모든 부문을 대상으로 할 수도 있다. 아니면 민법이면 민법, 상법

---

4) Schlesinger(1988: 871)는 스위스 민법을 1915년 R. Schick 교수가 영어로 번역한 것을 스위스 민법을 제정한 교수가 바르게 고쳐 번역한 실례(實例)를 도표로 표시해 놓고 있다.

이면 상법 등 어떤 특수한 범영역을 대상으로 하든가, 더욱 범위를 좁혀 소유권(所有權), 매매계약, 혼인이나 상속 등 단일한 법개념에 국한시켜 비교할 수도 있다. 이것은 비교의 목적에 따라 달라지지만 일반적으로 비교의 대상의 개수나 범위를 넓힐수록 비교과정은 복잡해지는 대신 좀더 객관적 결론을 끌어낼 수 있고, 비교의 대상의 개수나 범위를 좁힐수록 비교과정은 간단하고 쉬운 대신 그만큼 비교에서 얻어지는 결론은 객관성이 희박해진다. 그렇다면 이러한 비교의 방법에 따라 무엇을 어떻게 비교할 것인가?

### (1) 현시법과 과거법

오늘날 비교법은 그 대상을 현시법(現時法)에 국한하는 것이 보통이다. 그러나 넓은 의미에서 비교법은 과거의 법을 그 대상에 포함시킨다. 법제도의 발전방향과 발전법칙을 발견하려고 하는 비교법제사(比較法制史, vergleichende Rechtsgeschichte), 보편법사(普遍法史, Universalrechtsgeschichte),<sup>5)</sup> 인종법학(人種法學, Ethnologische Jurisprudenz) 등은 바로 과거의 법을 대상으로 하는 비교법에 따라 형성된다. 이들은 법의 비교연구에서 법진화(法進化)의 일반법칙을 끌어내고 법사(法史)를 완성하며, 일정한 진화발전단계에서 법정형(法政形)을 발견하는 것을 목적으로 하는데, 이와 같은 비교고찰을 원시시대부터 현대에 이르기까지 각 문화 발전단계에 비추어 그것에 대응하는 법의 정형(定形)을 발견하면 그것을 종합함으로써 과거의 법의 발전과정을 인식할 수 있고, 더 나아가 법의 발전방향을 짐작할 수도 있게 된다(최종고, 1984; 1994a: 169-186). 비교법의 목적을 현재법의 개선·통일 등에 두고 비교법학자들은 과거법의 비교연구를 비교법에서 제외하고 있지만, 이와 같은 시대적인 법의 비교연구는 현대법의 이해와 개선방향의 탐색에 큰 기여를 할 수 있다는 사실을 알아야 한다. 다만 과거법을 비교하는 경우 주의해야 할 점은 같은 시대가 아

5) Joseph Kohler의 시도(試圖)가 알려져 있다.



닌 동일한 문화발전관계를 배경으로 하는 법을 비교해야 한다는 것이다. 그럴 때에만 그 법들은 비교가능한 동류성(同類性)을 지니며 그 비교의 결과가 생산적인 것이 되기 때문이다.

### (2) 미개국법과 문명국법

오늘날 비교법학자들이 일반적으로 생각하듯 비교법의 대상을 현대법에 국한하는 경우에도 문명국의 현대법만 포함시킬 것인가 아니면 미개국 내지 개발도상국의 현대법도 포함시킬 것인가가 문제로 제시될 수 있다. 오늘날 미개국법의 비교법적 고찰은 법의 근대화 과정을 연구하는 데 중요한 의의가 있지만 그 이외에는 현대법에 대한 기여를 위해서는 별로 도움이 되지 못하고 있다.

### (3) 동법계와 이법계

비교법의 대상을 현대의 문명국의 법에 국한하는 경우 그것을 동일한 문화발전단계에 있는 나라들의 법을 의미함은 물론이려니와 이들 나라들 사이에서도 법계(法系)를 달리한다. 예를 들면 대륙법계에 속하는 나라와 영미법계에 속하는 나라, 또 같은 대륙법계국 사이에서도 프랑스법계에 속하는 나라와 독일법계에 속하는 나라 등등이 전형적인 것들이다. 여기서 비교법의 대상을 동법계로 국한할 것이냐 이법계도 포함시킬 것이냐가 문제로 된다. 종전에는 대체로 비교법의 대상을 동법계에 국한하는 경향이 짙었으나 제2차대전 이후에는 오히려 이법계 사이의 비교가 많이 이루어지고 있다. 대표적으로 오늘날에는 대륙법계와 영미법계의 비교에서 대다수의 비교법학자들이 업적을 내고 있는 것이 이를 증명해 준다(Atiyah, 1987). 또 대륙법과 영미법을 포함해서 서구법과 사회주의국가법 사이의 비교도 오늘날 많은 논의의 대상이 되고 있다(버틀러, 1988).

### 3) 비교연구의 법역

지금까지 비교법의 대상으로 되어 온 실정법(實定法)의 분야 중 가장 대표적인 것은 사법(私法, Privatrecht) 분야였다. 그러나 비교법은 사법뿐만 아니라 헌법, 형법 등의 다른 법역에서도 성립할 수 있다는 것을 보여 주고 있다. 이에 관하여는 비교법학자 구트리지(Guttridge)가 그의 저서 《비교법》(Comparative Law)에서 실정법의 각 분야와 비교법의 관계를 자세히 고찰하고 있다. 이에 의거하여 대체로 비교연구의 법역을 다음과 같이 나누어 볼 수 있을 것이다.

#### (1) 헌법·행정법

일반적으로 헌법과 행정법은 통치(統治)에 관한 법으로서 비교법에 광범위한 대상을 제공해 준다. 정치부분과 관련돼 있어 비교연구에 어려움이 있는 것이 사실이지만 이 부분에서는 공공사업에 관련된 문제, 또는 행정 당국과 시민 사이의 관계, 특히 행정적 능력과 개인의 권리 사이의 균형의 문제 등 비교연구에 적합한 문제들이 많이 있다. 기본권에 관하여도 각국의 헌법 규범과 헌법 현실에서 보장되고 있는 기본권의 비교연구도 가능하며, 오늘날처럼 이른바 ‘인권(人權)의 국제화’의 방향으로 나아가는 때에 이러한 비교법적 연구는 점점 중요하게 평가되고 있다.

#### (2) 형사법

형사법(criminal law)은 그 역사적 발전과정이 나라에 따라 다르다. 그 나라의 정치적, 경제적, 사회적, 종교적 배경에 따라 내용에도 차이가 나기 때문에 비교에 부적합하다는 견해도 있다. 그러나 우리 나라의 경우만 보더라도 대륙법계의 형사법과 영미법계의 형사법을 모두 받아들이고 있기 때문에 비교법적 연구는 불가결하다고 아니할 수 없다. 뿐만 아니라 몇 가지 유형의 범죄는 그 지역적 범위를 국제적으로 넓혀 가고 있기 때

문에 형사법의 비교법적 연구의 필요성은 더욱 커지고 있다. 독일 국제형법 및 비교형법 연구소의 예세크(H. H. Jescheck) 소장은 형사법 영역에서 비교연구의 중요성을 잘 설명해 주고 있다(예세크, 1979).

### (3) 사법

앞서 이야기한 바와 같이 사법(私法)은 비교법의 대상으로 널리 총애를 받아 온 분야인데, 그 이유는 사법이 합리성과 보편성이 가장 강한 법역이기 때문이다. 특히 채권법과 상법, 물권법에서 거래법이나 동산법(動産法) 등은 법의 세계적 통일을 목적으로 비교법의 대상이 되어 왔는데(쓰바이게르트, 1991 참조), 이와는 다소 거리가 먼 신분법, 즉 친족상속법이나 가족법 같은 분야도 자국법의 해석 개선을 위해 비교연구가 널리 행해지고 있다.<sup>6)</sup>

### (4) 노동법과 경제법

자본주의의 발달에 따라 근대시민법 질서 아래서 임금노동자의 생활향상을 목적으로 하는 노동법과 경제의 고도화에 응하는 새로운 법현실에 착안하여 생긴 개념으로서 경제법(Wirtschaftsrecht)은 국제성이 강하여 비교법학자들이 널리 연구의 대상으로 삼는 법 분야이다. 노동법 분야에서는 노동문제의 처리에 관한 다른 나라의 경험이 많은 도움을 주며, 경제법 분야에서는 국제무역경쟁에서 불리한 지위에 서지 않기 위해서 입법을 통해 되도록 동일한 기준을 세우는 것이 필요하기 때문에 이 분야의 비교법이 활기를 띠고 있다. 우리 나라는 이 분야도 외국법을 수용하고 있는 형편이어서 이 분야의 비교법적 연구가 매우 유용할 수 있다. 단, 외국의 경우와 차이가 있는 우리 나라의 특수한 경제적·사회적 사정을 충분히 고려해야 한다는 점을 잊어서는 안 된다.

6) 작은 예를 들면 같은 유교문화권에서도 한·중·일 3국의 가족법 학자들의 비교 연구를 위해 수년간 상호교환 연구모임이 개최되고 있다.

### (5) 소송절차법

관할권이 영토에 기초를 두고 있기 때문에 소송절차법은 나라에 따라 차이가 있기 마련이다. 그래서 종전에는 소송절차법이 비교법의 대상에서 제외되었지만 점점 소송절차법의 비교법적 연구가 국내 소송절차의 개선을 위해서도 필요하다는 점이 인식되고 있다. 그리고 각국의 사법(司法)제도와 소송제도가 다름으로써 생기는 장단점을 비교하여 볼 필요가 있다. 우리 나라에서 최근 대법원의 사건 폭주로 인하여 상고허가제(上告許可制)를 실시하는 것도 비교연구의 결과라고 지적되고 있다.

### (6) 국제사법

국제사법(國際私法)은 본질적으로 한 나라의 국내법의 일부분이지만 그 내용은 외국인 사이의涉外的(涉外的) 생활관계에 관하여 준거법(準據法)을 정함을 목적으로 하고 있어 국제성을 지니고 있다. 따라서 국제사법은 비교법의 좋은 대상이 되며 특히 국제사법에서 비교연구는 사법(司法) 문제에서 국제협력의 성장과 발전을 위해 매우 중요한 의의를 가진다. 그러나 저촉규정(抵觸規定, conflict of laws)의 체계의 비교에서 가장 중요한 점은 아직 불완전한 국제사법에서 비교의 결과를 각 체계 사이에 존재하는 간격을 메우는 국제사법의 법원(法源)으로 할 수 있다는 점과 저촉규정 결합의 구체책을 마련할 수 있다는 점이라고 하겠다(현승중, 1972: 25).

### (7) 국제법

국제법을 국가간 합의에 기초하여 국가간 관계를 규율하는 법이라고 이해할 경우에는 국제법이 그 보편성 때문에 비교법의 대상이 될 수 없다고 생각할 수 있다. 그러나 국제법의 성장과 발전이 사법(私法)의 비교법적 연구에 의하여 이루어진다는 점에서 국제법도 비교법의 대상이 된다고 말할 수 있다. 즉 국제법은 각국의 법에 대한 비교법학적 연구가 구체

적인 법제도 속에서 어떻게 적용되어 있는지를 살펴볼 수 있는 자료로서 비교법의 대상이 되는 것이다.

## 5. 결론

150년 이상의 전통을 가진 비교법적 연구방법을 새삼 그것이 무엇이며, 왜 필요하며, 어떻게 하는가를 반추하여 보았지만, 외국에서는 자명한 듯이 보이는 이러한 연구방법론이 한국에서 법학연구의 부족으로 아쉽고 더욱 돋보이는 것이라는 결론적 인상을 덧붙이며, 이를 타개하기 위해서는 인접 학문들과 대화의 폭을 넓혀 나가는 데에서 출발해야 한다고 생각한다.

---

### 참고문헌

라드브루흐, 최종고 역

1975, 《法哲學》, 三英社

라벨, E. (E. Rabel), 최종고 역

1985, “비교법학의 과제와 필요성”, 《위대한 법사상가들 III》, 학연사.

레바인더, M. (M. Rehbeinder), 최종고 역

1982, “법사회학적 관점에서 본 외국법의 수용”, 《韓獨法學》 3

버틀러(W. Butler), 박홍규 역

1988, 《사회주의법과 자본주의 법》, 일월서각.

예세크(H. H. Jecheck), 이영준 역

1979, “형법개정을 통한 비교법학의 의의”, 《佛獨法學》 장간호.

쯔바이게르트, (K. Zweigert), 양창수 역

1991, 《比較私法制度論》, 大學文化社

최종고

1981, 《한국의 서양법 수용사》, 박영사.

1984, “법은 발전하는가?”, 《Fides》 26(1).

1988, “영미법학과 독일 망명학자들의 기여”, 《임원택교수회갑기념논문집》, 법문사.

1989, 《한국법과 세계법》, 교육과학사.

1992, “남북한 법제 비교의 과제와 방법”, 《법제연구》 2(1).

1993, 《북한법》, 박영사.

1994a, 《법학통론》, 박영사(중보신판).

1994b, 《한국법입문》, 박영사.

1995, 《G. 라드브루흐 연구》, 박영사.

최대권

1990, 《비교법》, 방송통신대학 출판부.

- 카우프만(A. A. Kaufmann), 최종고 역  
1992, “비교법철학”, 《법철학과 사회철학》 2.
- 현승중  
1972, 《비교법입문》, 박영사.
- 日本比較法研究所 編  
1990, 《比較法の方法と今日的課題》, 中央大出版部.
- Atiyah, P. S. and Summers, R.  
1987, *Forms and Substance in Anglo-American Law*.
- David, R.  
1965, *Major Legal System of the World Today*.
- Drobnig, U. and Rehbinder, M. (Hrsg.)  
1985, *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*.
- Goedan, J. C.  
1986, “Legal Comparativists and Computerized Legal Information Systems”,  
*International Journal of Legal Information* 14.
- Hall, J.  
1963, *Comparative Law and Social Theory*(최달곤 역 1978, 《비교법과 사회이론》, 고려대출판부).
- Hirsch, E.  
1981, *Rezeption als Sozialer Prozeß*.
- Lawson, Frederih H.  
1953, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*(양창수 역, 1994, 《대륙법입문》, 박영사).
- Maine, H.  
1871, *Village Communities*.
- Nader(ed.), L.  
1965, *The Ethnography of Law*.

Neumayer, K. H.

1970, "Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung", *Rabels-Zeitschrift* Bd(34).

Pospisil, L.

1971, *Anthropology of Law*(이문웅 역 1992, 《법인류학》, 민음사).

Pound, R.

1955, "Comparative Law in Space and Time", *American Journal of Comparative Law* 4.

Rehbinder(Hrg.), M.

1990, *Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea*, Baden-Baden.

Riegert, R. A.

1973, "The Max Planck Association's Institute for Research and Advanced Training in Foreign Law", *Journal of Legal Education* 25.

Schlesinger, R.

1988, *Comparative Law*(5th).

Wigmore, J.

1928, *A Panorama of the World Legal Systems*.

Zweigert, K. and Kötz, H.

1971, *Einführung in die Rechtsvergleichung*.

Zweigert, K. and Siehr, K.

1971 "Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method", *American Journal of Comparative Law* 19.