

오리엔테이션. 비교법 강의소개

법학과 강경선 교수



1 이번 학기 수업 진행 소개

주차별 강의

제1강 비교법 서론

제2강 고대법의 여러 모습들

제3강 대륙법과 영미법 그리고 세계법

제4강 로마법의 계수

제5강 독일법제(1)

제6강 독일법제(2)

제7강 영국법제

제8강 미국법제

1 이번 학기 수업 진행 소개

주차별 강의

제9강 영국의 노예제 폐지과정

제10강 미국의 노예제 폐지과정

제11강 중국의 법제도

제12강 일본의 법제도

제13강 인도의 법제도

제14강 러시아의 법제도

제15강 정리 및 결론

1강. 비교법 서론 - 법계의 분류 방법 -

법학과 강경선 교수



오늘의 학습내용

- 1 비교법이란 무엇인가?
- 2 비교법의 역사
- 3 법계론
- 4 비교법의 연구효과와 연구자료
- 5 정리 : 비교법 강의 전망

학습목표

1. 다수의 법체계, 법계, 법전통, 법문화 개념을 설명할 수 있다.
2. 비교법 방법론의 과거와 현재를 설명할 수 있다.
3. 비교법의 연구대상 및 효과를 설명할 수 있다.
4. 여러 학자들의 법계 분류방법을 서술할 수 있다.



비교법이란 무엇인가?

1 비교법이란 무엇인가?

1 외국법의 도입

- 비교법학은 현행 우리나라 법에 대한 바른 이해를 위한 학문
- 우리나라 법은 성문법(대륙법)국가. ex)독일법, 일본법
- 현실은 미국법의 영향력이 강함
- 기본법전(민법, 형법, 상법, 민사소송법, 형사소송법)은 대륙법계 영향

1 비교법이란 무엇인가?

1 외국법의 도입

- 특별법령들은 미국법의 영향
- 현실에서는 일본법의 영향
- 당위적으로는 중국법, 사회주의법, 인도법, 동남아법, 러시아법 등 필요

1 비교법이란 무엇인가?

2 비교법이란 무엇인가?

- 비교법(comparative law)은 개별적 법률체계(body of rules)가 아님
- 쾰바이게르트와 쿨츠 : “법을 대상으로, 비교를 그 절차로 하는 지적 활동”
- 세계에는 3개의 주요 법계(대륙법, 보통법, 사회주의법계)와 42개의 법체계 존재
- 비교법 : 비교의 방법으로 특정 법전통과 법규율에 대한 체계적 연구

1 비교법이란 무엇인가?

3 법체계, 법계(法系), 법전통

1. 법체계(legal system)

- 협의 : 한 국가의 법규율과 제도들
ex) 프랑스 법체계
- 광의 : 널리 유사한 법체계를 가진 다수 국가들에 공존하는
법률적 철학과 방법 = 법계
ex) 보통법체계

1 비교법이란 무엇인가?

3 법체계, 법계(法系), 법전통

2. 법계(legal family)

- 많은 법체계 중에서 동종의 특징 때문에 '동일 본적'으로 분류될 수 있는 법률 집단
ex) 독일법과 프랑스법은 같은 법계, 과거 중국법계(동북아시아)
- 데이비드(David)와 브라이어리(Brierley) : 주요 법체계(major legal systems)로 표현

1 비교법이란 무엇인가?

3 법체계, 법계(法系), 법전통

2. 법계(legal family)

- 에스멩(Esmein) : 라틴법계, 게르만법계, 앵글로색슨법계, 슬라브법계, 이슬람법계
- 쾰바이게르트와 쿼츠의 법적 양식(juridical style)

1 비교법이란 무엇인가?

3 법체계, 법계(法系), 법전통

3. 법전통(legal tradition)

- 한 사회와 정치체에서 법의 본질이나 법의 역할, 법체계의 적절한 조직과 작용, 법의 현실과 당위, 적용과 연구, 제정과 교육방법 등에 대한 역사 속에서 형성된 뿌리 깊은 태도
- 법전통은 법체계를 문화적 관점에서 파악하는 것

1 비교법이란 무엇인가?

3 법체계, 법계(法系), 법전통

4. 법문화(legal culture)

- 프리드만(L. Friedman) : 공적으로 존재하는 법이나 법제도에 관한 사상, 가치, 기대, 입장
- '법문화'를 '법체계일반', 때로 '전통'과 동의어로 사용

1 비교법이란 무엇인가

4 비교법의 방법론

- 비교법은 하나의 '연구방법'
- 비교법학(comparative jurisprudence), 비교법제사(comparative history of law), 비교입법(comparative legislation)
- 비교법은 사회과학 : 살레이유(Salilles), 라벨(Rabel), 라인슈타인(Rheinstein), 홀(Hall)

1 비교법이란 무엇인가

4 비교법의 방법론

- 라벨 : 비교법은 법의 피상적 형식과 외피구조를 벗겨내어 그 핵심을 파악함으로써 공통된 법구조의 일치성을 유지시키려는 것
- 법과 역사, 법과 문화와의 관계는 밀접
- 왓슨(A. Watson) : 비교법이란 여러 법체계들 간의 관계, 혹은 하나의 체계 이상의 법률들 사이의 관계를 역사적 맥락에서 연구하여, 법의 본질과 법발전의 본질을 밝혀내려는 학문

1 비교법이란 무엇인가

5 비교법의 연구 대상 : 허그(Hug)의 설명

- 외국과 국내의 법체계를 상호비교함으로써 유사점과 상이점 비교
- 특정 법적 사안에 대한 해결방법을 객관적·체계적으로 분석 연구
- 상호 다른 법체계에 이르게 된 원인관계를 탐구
- 여러 법체계의 다양한 단계를 비교연구
- 일정 기간과 체계에 따라 법진화의 일반적 모형을 발견하고 탐구



비교법의 역사

2

비교법의 역사

1

초기상황

- (1) 아리스토텔레스의 [아테네의 정체](Constitution of Athens)
- (2) 로마의 12동판법(Twelve Tables)도 그리스문화의 영향
- (3) 로마의 만민법(jus gentium)은 정복지역 법들의 총화로 만들어진 '세계법'
- (4) 400년경의 '신법'(神法, Lex Dei) : 로마법과 모세5경을 종합

2

비교법의 역사

1

초기상황

- (5) 로마제국 붕괴 후 ‘속인법’(屬人法, the personality of law)
: 각자가 속한 나라와 부족의 법 적용 - 로마법과 게르만법 별개로 발달
- (6) 900년경 롬바르드 학파(Lombard school)의 과학적 비교법 연구
: 봉건법, 교회법, 유스티니아누스 황제 이전의 로마법들의 단편들을 모아 연구
- (7) 그로티우스와 몽테스키외 : 자연법을 경험적으로 근거지우기 위해
비교법적 방법 활용

2

비교법의 역사

2

19세기의 상황

- (1) 몽테스키외를 최초의 비교법학자라 평함 : [법의 정신](1748)
- (2) 라드부르흐는 독일의 형법학자 포이에르바흐를, 특히 1800년에 발표한 코란의 형법학에 관한 논문을 중시
- (3) 경험과학에 있어서 모든 발견의 가장 풍부한 원천은 비교와 구성 (라드부르흐)

2

비교법의 역사

2

19세기의 상황

(4) 프랑스 : 1832년에 프랑스대학에 [비교입법사강좌] 창설, 1846년에 파리대학 법학부에 형법 및 [비교형사법학강좌], 비교법제협회 (1869) 설치, 파리대학에 [해양법, 비교상사법강좌](1892), [비교헌법강좌](1895), [비교민법연구강좌](1902) 개설

2

비교법의 역사

2

19세기의 상황

(5) 생물학, 사회학, 언어학 등의 영향을 받아 촉발

: 린네의 분류법 [자연의 체계](1735), 라마르크의 [동물철학](1809),
다윈의 [종의 기원](1859), 보프의 [비교문법](1833),
프랑스 큐비에트의 [비교해부학강의](1801-1805)

(6) 영국 : 메인(Maine)의 [고대법](1861)

- 옥스퍼드 [역사, 비교법학] 초대 교수

2

비교법의 역사

3

20세기의 비교법

(1) ‘비교법국제회의’(1900) 파리 개최 : 살레이유(Saleilles)

- 사법(私法)의 통일 추구, 국제공통법의 창조 목적
- 랑베르(E. Lambert)가 계승

(2) 독일의 라벨(E. Rabel) : 뮌헨대학의 ‘비교법연구소’

(3) 영국의 캣터리지(H.C. Gutteridge)와 로손(F.H. Lawson)

2

비교법의 역사

3

20세기의 비교법

(4) 미국은 1908년 미국변호사협회에 비교법부를 두고 잡지 발행,
1945년 루이지애나주의 툴렌(Tulane)대학에 설치된 비교법연구소,
제2차 세계대전 이후 유럽에서 미국으로 이주한 유대계 비교법학자들이
대륙법과 영미법을 비교 연구



법계론

3 법계론

1 법계론(法系論)

- 비교법(두 개 이상의 법질서를 비교 고찰하는 학문)의 전제로서의 법계론
- 동일계통에 속하는 법질서 : 법체계(legal system), 법계(family of law), 법권(法圈, circle of law)
- ① 법계분류의 기준, ② 법들의 혼재로 인한 법계분류작업의 곤란성

3

법계론

2

법계론의 예

1. 에스멩(A. Esmein) : 프랑스

(1) 분류기준 : 인종, 언어, 종교

(2) 로마법계, 게르만법계, 앵글로색슨법계, 슬라브법계,
이슬람법계의 5가지

3

법계론

2

법계론의 예

2. 슈니어처(Schnitzer) : 스위스

- (1) 원시민족의 법 : 토착민족의 과거나 현재의 법
- (2) 고대문화민족의 법 : 고대 이집트, 메소포타미아, 그리스, 로마의 법
- (3) 라틴 영역의 법 : 프랑스, 이탈리아, 그리스, 스페인, 포르투갈, 중남미국가의 법
- (4) 게르만 영역의 법 : 독일, 스위스, 오스트리아, 덴마크, 스칸디나비아국가의 법

3

법계론

2

법계론의 예

2. 슈니어처(Schnitzer) : 스위스

- (5) 슬라브 영역의 법 : 소련, 폴란드, 체코, 유고, 알바니아, 루마니아, 불가리아의 법
- (6) 영미법 : 영국, 아일랜드, 미국, 쿠바, 푸에르토리코의 법
- (7) 종교법 : 유대교법, 기독교법, 이슬람교법
- (8) 아프리카, 아시아법 : 터키, 이란, 인도, 파키스탄, 아프가니스탄, 동남아 국가의 법

3

법계론

2

법계론의 예

3. 데이비드(R. David) : 프랑스

- (1) 1950년에 [비교사법원론], 1964년에 [현대의 대법계(大法系)](Major Legal Systems in the World Today)
- (2) Legal system보다도 family of law라는 용어 선호
- (3) 동일한 법계 : 법기술적 요소, 이데올로기적 요소

3

법계론

2

법계론의 예

3. 데이비드(R. David) : 프랑스

(4) 분류

- 로마, 게르만법계 : 대륙법계, 로마법에 기초
- 커먼로 법계 : 영미법계, 로마, 게르만 법가족과 함께 '서구법'으로 부름
 - 서구법은 기독교의 도덕적 기초 위에 성립
 - 자유주의적 민주주의의 정치와 사회원리
 - 자본주의의 경제구조에 기초
 - 대륙법과 영미법의 차이는 이데올로기가 아닌 법기술의 차이

3

법계론

2

법계론의 예

3. 데이비드(R. David) : 프랑스

(4) 분류

- 사회주의 법계
- 종교적, 전통적 제도 : 이슬람법, 힌두법, 극동의 법, 아프리카와 마다가스카르의 법
 - 극동의 법은 중국법과 일본법 포함
 - 중국법에서 법의 역할은 2차적. 제1차적 사회질서의 기초는 법이 아니라 예(禮)
 - 예(禮) : 사물의 자연질서와 조화하는 행위규범

3

법계론

2

법계론의 예

4. 쾰바이게르트(Zweigert), 쾰츠(Koetz) : 독일

- (1) 비교기준 : 법의 양식(style, 樣式). 어학과 조형예술에서 처음 차용
- (2) 양식 결정요소 : 역사적 배경과 법체계 발전, 특징적인 법적 사고 방식, 특이한 법제도나 법원(法源)의 종류와 해석, 이데올로기적 요인 등
- (3) 라틴법권, 독일법권, 북구법권, 영미법권, 사회주의법권, 극동법권, 이슬람법권, 힌두법권 등 8개의 법권

3

법계론

2

법계론의 예

5. 최근

(1) 인터넷의 발달로 최근에는 각국의 법이 많이 소개되고 있음

3 법계의 분류 기준과 각각의 특징

1. 분류 기준

- 인종과 언어(Sauser-Hall)
- 문화(Schnitzer)
- 법의 실질적 내용(Arminjon, Nolde, Wolff)
- 이데올로기, 철학, 정의관념, 법기술(David)
- 역사적 기원(Glasson, Sarfatti)
- 법적 스타일(양식)(Zweigert, Koetz)

3 법계의 분류기준과 각각의 특징

2. 역사적 발전

- 영국의 커먼로 : 실용주의, 불문의 관습법규율, 강한 군주, 불문헌법, 중앙집권적 법원
- 대륙법 : 로마법-게르만법, 프랑스 민법전, 독일민법전, 로마법 계수, 법전화, 개념체계, 법의 원리와 분류, 분쟁사건에 따른 임시적·실질적 법원리 채택, 법관법보다는 대학(학설법)이나 의회입법에 의한 법개혁
- 사회주의법 : 동유럽, 소련의 법계, 1991년 이후 사회주의 붕괴
- 식민지의 경우 다른 경로, 특징을 가지고 법 수용(reception)

3

법계론

3

법계의 분류기준과 각각의 특징

3. 법적 사고방식

- 대륙법
 - 추상적, 개념적, 이분법적 용어에 의한 법사고
 - 규율 중심(rule-based) 해법, 제정법에 의한 해결
 - 일반원리(general principle) 추구
 - 실정법, 법전법 중심
 - 계획, 체계화, 포괄적 규제

3

법계론

3

법계의 분류기준과 각각의 특징

3. 법적 사고방식

- 영미법
 - 재판 중심(court-based), 실용적 해법
 - 사례중심적(from case to case)
 - 사건 중심, 당사자 중심, 선례구속성
 - 다만, 법흐름이 있는 경우 조직적, 포괄적인 양태로 법관입법
 - 제정법이 행해지는 경우에도 판례법이 해석 기준

3

법계론

3

법계의 분류기준과 각각의 특징

3. 법적 사고방식

- 사회주의법
 - 판례법, 선례구속성원리 배격, 성문법 위주
 - 로마법에 근거를 둔 대륙법과 근접, 대륙법의 용어·개념 구사
 - 법을 사회정책의 도구, 맑스-레닌주의의 수단으로 간주

3

법계론

3

법계의 분류기준과 각각의 특징

4. 특징적 법제도

- 커먼로에는 신탁, 대리, 불법행위, 약인, 금반언 등과 같은 특유한 제도 존재
- 대륙법은 일반조항, 법률행위 존재

3

법계론

3

법계의 분류기준과 각각의 특징

5. 법원(法源) 선택

- 성문법이나 불문법이나만 가지고 대륙법과 영미법을 구분할 수는 없음.
예컨대, 미국은 영미법 국가이지만 성문헌법 보유
- 힌두법계, 무슬림법계를 구별
- 유럽대륙과 앵글로-색슨의 법계를 구별

3 법계의 분류기준과 각각의 특징

6. 법체계 이데올로기

- 뜻 : 정치적 또는 경제적 이론 혹은 종교적 신념
- 이 기준에 따르면 앵글로 색슨 게르만, 라틴, 노르딕(북구) 법계는 동일
- 종전의 사회주의국가들(중국, 몽골, 베트남, 북한, 러시아, 동유럽)은 하나의 법계
- 힌두교법계, 무슬림법계가 분리됨

3

법계론

3

법계의 분류기준과 각각의 특징

7. 결 론

- 정변, 혁명의 시대는 제정법, 성문법 필요
- 이후 경제, 정치성숙기는 판례법이 발달
- 커먼로, 대륙법의 법계의 혼합(hybrid)기에는 구별기준이 모호

4

비교법의 연구효과와 연구자료

4 비교법의 연구효과와 연구자료

1 비교법의 연구목적과 효과

- 법의 해석에의 기여
- 입법에의 기여
- 법의 계수에의 기여
- 법의 국제적 통일에의 기여
- 법의 일반이론의 수립에의 기여
- 법학교육에의 기여
- 주의할 점 : 타국 입법례의 맹목적 수용, 왜곡 적용

4 비교법의 연구효과와 연구자료

2 비교법 연구자료

- 외국의 법령, 판례
- 저술(단행본, 논문, 정기간행물)
- 국내의 비교법, 법제사 관련 저서



정리 : 비교법 강의 전망

- 개별법들의 역사적 출처를 찾아보는 시간
- 우리 현행 법체계는 서양법 계수
- 대륙법, 특히 독일법과 깊은 관련
- 독일법도 로마법과 주변국가들의 영향을 받은 법
- 우리법에 대한 미국법의 영향 : 영미법과의 관계
- 북한, 중국, 러시아를 이해하기 위해서는
사회주의법의 특징도 연구대상
- 선진국이 되려면 세계국가의 문화를 알아야 함