

3강. 대륙법과 영미법 그리고 세계법

법학과 강경선 교수



오늘의 학습내용

- 1 대륙법과 영미법의 특징
- 2 대륙법과 영미법의 차이
- 3 보통법과 대륙법의 세계적 전파과정
- 4 대륙법과 영미법의 상호수렴론
- 5 법의 세계화(지구화)

학습목표

1. 법전법과 판례법의 전통, 특징, 장단점을 비교할 수 있다.
2. 선례구속성원리란 구체적으로 무엇인가를 이해한다.
3. 영미법과 대륙법은 각각 어디로 전파되었는가를 살펴본다.
4. 현대에서의 대륙법과 영미법이 상호수렴하는 모습을 이해한다.
5. 법의 세계화를 어떻게 바라볼 것인지 서술할 수 있다.



대륙법과 영미법의 특징

1 대륙법과 영미법의 특징

1 대륙법과 영미법 개관

1. 대륙법(civil law)

- (1) 유럽대륙(특히 프랑스와 독일)에서 발달한 법질서 및 이들 국가에 의해 영향을 받은 지구상의 여러 나라들의 법체계
- (2) 대륙법은 civil law, 즉 시민법이라 불림
- (3) 로마의 12표법(BCE 450년경)이 기원. 오늘날 유럽대륙, 중남미, 아시아와 아프리카의 많은 지역 전파

1 대륙법과 영미법의 특징

1 대륙법과 영미법 개관

1. 대륙법(civil law)

- (4) 사회주의 법계에도 영향을 줌
- (5) 로마시민법, 교회법, 상업법, 시민혁명, 법과학 등의 하부전통 (subtraditions)
- (6) 실체법과 절차법 : 민법, 상법, 민사소송법, 형법, 형사소송법

1 대륙법과 영미법의 특징

1 대륙법과 영미법 개관

2. 영미법(common law)

- (1) 영국과 미국에서 발달되고 그 후 전 세계의 많은 나라에 전파된 법. 커먼로(common law), 즉 '보통법'이라 함
- (2) 보통법의 시작은 대체로 1066년 : 노르만족이 헤이스팅 전투에서 원주민을 격파하고 영국을 정복한 때
- (3) 영국, 아일랜드, 미국, 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드

1 대륙법과 영미법의 특징

2 대륙법과 영미법의 특징

1. 쾰바이게르트와 쿨츠의 법계 분류기준 : 법적 사고의 특징

(1) 대륙법

- 추상적 법규범 제정, 뚜렷한 법체계와 개념 정의가 특징
- *제정법(enacted law)* 중심. 로마법의 수용
- 대학에서 법학자, 교수들에 의한 연구 결과 학식법
- 민주적, 공적, 일반적, 과학적 법교육
- 과학적 법학의 결과 법영역을 법전으로 분류

1 대륙법과 영미법의 특징

2 대륙법과 영미법의 특징

1. 쾰바이게르트와 쿼츠의 법계 분류기준 : 법적 사고의 특징

(2) 영미법(커먼로)

- 외형상 산만한 법체계
- 판결에서 판결로 이어지는 점진적 발달, 판례법(case-law) 중심
- 튜더왕조(헨리 2세) 이래 직업법조인들에 의한 법발달
- 법률인 양성소인 법학원(Inn)에서 도제식 훈련
- 법관 중심의 법률가
- 성적주의, 사적, 직업주의, 기법 중심적 법교육

1 대륙법과 영미법의 특징

2 대륙법과 영미법의 특징

2. 대륙법에서의 3단계 법전편찬기

(1) 제1단계

- 관습법을 정리해서 법전화
- Sachsenspiegel(Eike von Repgow가 1220년대 Saxony의 법 정리)

(2) 제2단계 : 1800년대의 대규모 법전편찬사업

- 프로이센 일반토지법(1794), 프랑스민법전(1804) 제정
- 계몽주의의 영향. 법에 의한 이성적 사회의 건설 목표
- 혁명적 민주주의, '광적 합리주의'(Merryman, 1985)라는 비판

1 대륙법과 영미법의 특징

2 대륙법과 영미법의 특징

2. 대륙법에서의 3단계 법전편찬기

(3) 제3단계 : 독일의 민법전(BGB) 제정기간

- 역사적 정향성, 과학성, 직업주의성 모두에서 로마법전통과 결부
- 추상적이고 과학적인 법조문
- 법관에 의한 광범위한 해석권 인정

1 대륙법과 영미법의 특징

2 대륙법과 영미법의 특징

3. 법률가들의 특징

(1) 대륙법의 법률가

- 제정 법규, 제도의 관점에서 추상적 사고
- 법체계는 완전, 무흠결의 법체계로 상정. 체계와 일반화, 이념에 지도되는 편향의 우려. 미리 계획하고 대상을 규제하고자 함
- 법규율의 체계적 입법화. 선입견, 고정관념, 연역적 사고, 제정 입법 선호

1 대륙법과 영미법의 특징

2 대륙법과 영미법의 특징

3. 법률가들의 특징

(2) 영미법의 법관

- 사건을 어떻게 해결할 것인가를 예측. 사건의 관점에서 당사자의 권리와 의무관계를 구체적으로 확인. 사건중심으로 법을 살핌
- 일반화에 대한 회의적 태도. 머릿속에 그림을 그려가며 법을 찾아감. “다리가 나타나면 그 때 건넌다.”, 경험론자
- 영국인들이 바닷사람들이기 때문에 가변적 사고가 강함
- Step by step. 판례법 선호

1 대륙법과 영미법의 특징

3 소결 : 대륙법과 영미법, 그리고 동양법

- 오늘날 대륙법에서도 제정법들은 입법부재, 법의 흠결로 인한 많은 판례법 출현
- 영미법에서도 많은 제정법 존재
- 서구법(대륙법과 영미법)과 동양법
 - 1) 서구법
 - 법은 별도의 자율적 체계, 종교나 도덕 기타 사회규범으로부터 독립, 분리

1 대륙법과 영미법의 특징

3 소결 : 대륙법과 영미법, 그리고 동양법

1) 서구법

- 법은 사회질서와 분쟁해결에서 1차적이며 가장 중요한 수단.
한국, 중국, 일본 등 유교국가에서 법은 부차적 수단
- 법이란 개인뿐만 아니라 국가까지도 규율한다는 생각. 피치자뿐만 아니라 통치자까지도 법의 지배 하에 있다는 생각

1 대륙법과 영미법의 특징

3 소결 : 대륙법과 영미법, 그리고 동양법

1) 서구법

- 일반적이고 추상적인 선재하는 규율들을 구체적인 사건에 적용함으로써 분쟁해결을 할 수 있다는 신념
- 법률관계(권리의무관계) 철저, 법률소송 선호
- 분쟁해결은 제로섬(zero sum) 게임 : 당사자간 화해, 조화, 협력 도모가 약함

1 대륙법과 영미법의 특징

3 소결 : 대륙법과 영미법, 그리고 동양법

2) 동양법

- 명명백백 시비를 가리는 판결방식보다 체면을 세워주는 타협적 방식 선호
- 승자독식(winner takes all) 보다 win-win 추구 : 보다 평화적이고 우호적인 구성

3) 라틴아메리카

- 유럽과 다른 해결방식 선호



대륙법과 영미법의 차이

2 대륙법과 영미법의 차이

1 제도상의 차이

- 영미법
 - 약인(consideration)제도, 신탁, 대리, 불법행위의 많은 종류, 다양한 재산권, 지정유산관리인 및 법정유산관리인제도 등 특징적인 상속 부동산의 집행방식, 금반언 등이 있고, 증거법의 경우도 종류가 많음
- 대륙법
 - 형식주의, 인과관계, 직접소송, 채권자대위권, 권리남용, 계약, 법률 행위, 부당이득, 계약해제, 계약체결상의 과실책임 등이 있음

2 대륙법과 영미법의 차이

2 역사의 연속성 유무와 헌법의 유무

- 역사의 연속성 유무
 - 영미법은 역사적 연속성
 - 대륙법은 역사적 단절(프랑스는 혁명, 독일은 로마법 계수)
- 헌법의 유무
 - 영국에는 성문헌법전이 없음

2 대륙법과 영미법의 차이

3 법의 해석, 의회주권과 사법심사제

- 법의 해석
 - 영국은 엄격한 문리해석만을 인정하고 입법자 의사의 고려가 없음
- 의회주권과 사법심사제
 - 영국의 의회는 절대적. 그 결과 위헌법률심사제 부인

2 대륙법과 영미법의 차이

4 판례구속성의 원리

1. 영국에서 성문법과 커먼로의 관계

- 성문법은 커먼로의 부록 혹은 정오수정을 하는 기능
- 성문율이 전혀 없어도 법체계 존재
- 성문법과 커먼로가 충돌하는 경우 성문법 우선 : '의회주권의 원리'

2

대륙법과 영미법의 차이

4

판례구속성의 원리

1. 영국에서 성문법과 커먼로의 관계

- 의회의 입법권은 거의 무제한적. 다만, 의회법이 정의와 이성에 반하거나 그 수행이 불가능한 경우에는 커먼로는 이것을 통제하고 그러한 법률을 무효라고 단정(Edward Coke)
- 커먼로의 인식방법
 - 커먼로는 불문법. 인쇄물인 판결문을 통해 인식. 판결문은 판례 연보에 수록. 판례연보는 에드워드 1세 통치 이래 집적. 16세기 이래 판결들은 장래에 일어날 모든 동일 사건에 대해 구속력을 가짐

2

대륙법과 영미법의 차이

4

판례구속성의 원리

2. 판례의 구속력

- 많은 판결례 중에서 일정한 법을 도출시키는 과정
- 선례의 종류
 - 1) 설득력이 있는 선례
 - 타법체제에 속하는 법원의 판결, 미국의 동일 주 내의 타 항소법원이나 타 연방항소법원처럼 같은 법체계 내의 동급법원의 판결
 - 여러 주에서 상반된 판례가 나오는 경우, 다수의 법원칙과 소수의 법원칙이 있을 때, 다수원칙은 더 큰 설득력. 판결을 행한 법원이나 판사가 가지는 명성에 따라 (예, 미국에서는 Holmes나 Cardozo 같은 저명한 판사의 판결문) 설득력의 크기. 법과 법상황에 따라서도 설득력이 달라짐
 - 설득력은 선례구속의 원칙은 적용되지 않음

2

대륙법과 영미법의 차이

4

판례구속성의 원리

2. 판례의 구속력

2) 구속력이 있는 선례

- 귀족원은 이전에 내린 귀족원 판결에 대해 어떠한 의문을 품어서도 안 된다고 말함
- 항소법원(The Court of Appeal)의 판결도 모든 하급법원에 대해 구속력을 가짐
- 하급법원의 판결도 오랜 시간이 경과하면 상급법원조차 무시할 수 없는 권위 축적. 상급법원이 하급법원의 판결을 파기(overrule)할 수 없는 때, 성문법제정에 의한 법변경

2

대륙법과 영미법의 차이

4

판례구속성의 원리

2. 판례의 구속력

■ 판결이유와 방론

- 1) 판결문 속의 판결이유만이 구속력을 가짐
- 2) 판결이유(ratio decidendi: holding, 主論) : 판사로 하여금 구체적 쟁점에 관해서 원고 또는 피고에게 유리하게 결정하도록 만든 결정적인 근거. 당해 판결상 필요하였던 법규칙 (a rule of law)
- 3) 방론(傍論, obiter dictum) : 판결문 중 판결이유가 아닌 여타 부분. 방론은 설득력을 가질 뿐이며 구속력이 없음. 하지만 존중할만한 가치를 지니는 선례, 방론도 때로 판결이유로 선택될 수 있음

2

대륙법과 영미법의 차이

4

판례구속성의 원리

2. 판례의 구속력

- 선례의 반복
 - 1) 선례가 이번 사안에서 정의가 아니라도 선례를 따를 경우 : 법원은 법변경은 입법부가 하는 것이지 법원의 임무가 아니라고 항변
 - 2) 선례의 반복(overrule) : ①너무 잘못되거나, ②너무 오래되거나, ③법원구성이 바뀌어 이전 다수의견이 소수의견이 된 선례를 이번 사안에 적용 거부
 - 3) 판결문에 반대의견(dissenting opinion), 부수의견(concurring opinion)이 첨가되어 있을 때에는 선례 구속력은 약화
 - 4) 선례반복시 소급효의 문제 : 법원의 법창조기능과 법발견기능

2 대륙법과 영미법의 차이

5 판례법의 장단점

1. 장 점

- 확실성(certainty)
- 발달 가능성
- 풍부한 세칙 : 대륙법의 법조문보다 영국의 관계세칙은 훨씬 상세
- 실제성 : 일상생활의 경험과 필요가 결부된 판결은 법전입법보다도 훨씬 실제적

2

대륙법과 영미법의 차이

5

판례법의 장단점

2. 단 점

- 경직성(rigidity)
 - 흔히 판례법이 융통성이 있다고 하지만 그 반대. 판사의 자유재량에 대한 질곡
- 비논리적 구분의 위험(the danger of illogical distinctions)
 - 과거사건과 현재사건과의 동일, 비동일성을 구분할 때 오류 위험
- 대량과 복잡성(bulk and complexity)
 - 몇 천 권의 판례집. 가끔은 성문법에 의해 복잡성, 불공정성, 비논리성을 치유해서 단순·명확성을 확보해야 함.
 - 1933년의 법개정위원회(Law Revision Committee) 설치

2 대륙법과 영미법의 차이

6 커먼로와 대륙법에서의 법발견과 절차

1. 커먼로의 기본 입장

- 사물을 '구체적'으로 본다
- 사건마다의 새로운 정의를 추구하며 진보
- 미리 정리된 보편명제로부터 연역적으로 도출하지 않음
- 새로운 사건에 즉응한 앵글로 색슨의 사건처리방식의 결과

2 대륙법과 영미법의 차이

6 커먼로와 대륙법에서의 법발견과 절차

2. 대륙법의 기본 입장

- 대륙법 법률가는 합리론, 연역법 중시
- 대륙법 법률가들은 삼단론법에 신뢰, 영미법 법률가는 선례에 신뢰

2 대륙법과 영미법의 차이

7 대륙법과 영미법의 차이

- 법전법(Code Law)과 판례법(Case Law)

- 분류에서의 차이

1) 공법과 사법

- 대륙법: 로마의 율피아누스 이래 공사법 구분. 사법(私法)이 체계적 발달.

근대초기 영토국가와 종교개혁 이후 대학에 공법학과 설치.

비겔리우스(Vigelius)의 기여

- 영미법: 보통법 법원은 공적 권한남용 제한. 행정행위 적법성 여부 판단

- 오늘날은 영국도 공법 발달. 유럽연합의 출범에 따라 영국도 유럽 헌법의 적용

2 대륙법과 영미법의 차이

7 대륙법과 영미법의 차이

- 분류에서의 차이

- 2) 민법과 상법

- 대륙법 : 로마법은 상거래에 적합하지 않았음. 상인들은 길드나 회사를 통해 관습법 발전. 이를 상인법으로 편찬. 유럽전역에 걸친 통일화. 별도의 상사법원 설치. 상사법 논리는 귀납적, 실용적, 상법은 민법과 구별되는 독자적 영역 차지
 - 영미법 : 17-18세기에 상인법은 보통법에 흡수됨. 상사에 관한 특별법원 부인

3

보통법과 대륙법의 세계적 전파과정

3

보통법과 대륙법의 세계적 전파과정

1

법의 지도(legal map)

1. 분류기준의 다양성

- 문화(슈니처)
- 종족이나 언어(에스멩/소서-홀)
- 역사적 연원(글라손/사르화티)
- 입법계(레비-울만)
- 법체계의 스타일(쯔바이게르트/괴츠)
- 여러 기준들의 조합(데이비드/브라이어리)

3

보통법과 대륙법의 세계적 전파과정

1

법의 지도(legal map)

2. 분류기준의 가변성, 법의 지도의 변화

- 영미법과 대륙법의 2분법은 수렴현상을 무시하는 위험
- 2분법은 개별국가들의 특이성 무시
- 법체계는 일원적 제도가 아니며, 다양한 층을 가진 동적 존재(Ugo Matti)

3

보통법과 대륙법의 세계적 전파과정

1

법의 지도(legal map)

2. 분류기준의 가변성, 법의 지도의 변화

- 모든 법체계는 순전히 토착적일 수는 없으며, 대부분 외부로부터 차입 내지 수입하여 '중층적 복잡성'(layered complexity)을 띠는 법체계. 전통적 법감정의 지속. '법의 감수성'(legal sensibility) (인류학자 Clifford Geertz)
ex) 이탈리아 : 입법은 프랑스 모델, 학문전통은 독일
- 모든 국가는 '법적 다원주의'(legal pluralism)

3 보통법과 대륙법의 세계적 전파과정

2 지역별 분포

- 라틴아메리카 : 스페인과 포르투갈의 대륙법, 공법과 사법에 보통법이 침투
- 푸에르토 리코(Puerto Rico), 루이지애나, 퀘벡 : 영미법 국가에서 대륙법 사용 지역
- 아프리카, 아시아 지역의 영국 식민지(인도, 홍콩) : 영미법
- 필리핀 : 미국법의 영향
- 스코틀랜드, 남아프리카, 스리랑카, 기아나 : 대륙법의 영향을 받은 곳에 영미법 영향

3 보통법과 대륙법의 세계적 전파과정

2 지역별 분포

- 터키 : 형법전은 이탈리아 모델, 형사소송법은 독일법, 민사소송법은 스위스 Neuchatel 주의 법, 행정법원의 조직과 행정법은 프랑스의 영향
- 라이베리아 : 미국법
- 스칸디나비아 : 북구법(Nordic law), 대륙법과 영미법과 구별됨
- 사회주의법 : 구 소련, 중국, 베트남, 북한, 쿠바, 대륙법의 영향

3 보통법과 대륙법의 세계적 전파과정

3 기타 분류법

- 단일국과 연방국
- 국회 입법에 대한 사법심사제의 유무에 따른 방법
- 종교법국가냐 세속법국가냐에 따른 구별 방법
- 법다원주의냐 일원주의냐에 따른 방법
- 발전된 국가냐 저발전, 발전도상국가냐에 따른 방법
- 그 사회에서의 법의 비중이 어느 정도냐에 따른 방법 : 서구와 비서구 국가



대륙법과 영미법의 상호수렴론

4 대륙법과 영미법의 상호수렴론

1 대륙법과 영미법의 현황

- 역사적 유산, 법원(法源), 전문법률직업의 구조, 법학교육제도, 법원의 조직, 법이론과 법철학에서의 입장 등 많은 분야에서 서로 상이
- 상품의 매매, 계약, 불법행위, 기업의 운영방식 등 유사성 발견
- 법원(法源)에서도 양 체계는 서로 제정법과 판례법을 공식적으로 인정하는 경향
 - 영국의 경우 1979년 보수당정권 이후 정부입법 폭증
 - : 의회법, 법원 권한 축소
 - ex) 1991년의 '아동지원법'(Child Support Act)은 58개 조문에 걸쳐 100개를 넘는 행정입법제정권 부여
 - 대륙법 국가인 프랑스, 독일의 경우에도 법관의 입법자 역할 증대

4 대륙법과 영미법의 상호수렴론

2 유럽의 상황

- 1989년 이후 동유럽은 서구헌법모델 추구
- 유럽연합 등 유럽의 신 보통법(neo jus commune) 시대 돌입
- 보통법(jus commune) 이론
 - 하나의 법에 의하여 지배된다는 이론
 - 유스티니아누스제에 의해 편찬된 로마법이 주석학파, 주해학파를 거쳐 신성로마제국 전체에 걸쳐 보편적으로 적용되었던 예
 - 로마 카톨릭교회의 교회법(canon law)이 보통법을 이론 예
 - 오늘날 '보통법의 부활', '유럽의 보통법, 공통의 법문헌과 법언어, 국제적인 공통의 법률가'를 언급

4 대륙법과 영미법의 상호수렴론

2 유럽의 상황

- 유럽에서의 미국법 수용
 - 미국영어가 독일과 프랑스 침투(각종 매스컴, 비디오, 서적 등)
 - 법률분야에서도 미국의 영향 지대
 - Leasing, factoring, franchising 같은 미국식 사업개념 유입
 - 불법행위, 헌법상 신개념들 도입 : 상품하자에 대한 책임, 의료과실, 소비자보호법
 - 미국식 법경제학적 분석기법이나 학제간 연구방법 사용
 - 유럽 법률가들이 미국에서 학위후 교육훈련기간
 - 후기 산업사회, 정보화사회에 들어서면서 이런 경향은 더욱 확대
ex) 스위스

4 대륙법과 영미법의 상호수렴론

3 상호수렴론에 관한 여러 견해

1. 법진화론

- 진화론 : 인위적인 힘보다도 자연스러운 흐름으로 모든 상황이 변화한다고 믿는 이론
- 낙후된 사회는 발전된 사회의 제도를 모방하므로 법은 수렴 경향
- 대륙법의 역사가 보통법보다 훨씬 깊기 때문에 보통법이 대륙법을 닮아가리라는 추리 가능
(전파과정을 보면 대륙법이 영미법보다 자연스런 확산 과정)
- 대륙법과 보통법은 우열을 논하기 어려움

4 대륙법과 영미법의 상호수렴론

3 상호수렴론에 관한 여러 견해

2. 자연법이론

- 인간의 본성은 공통성이 있기 때문에 사회구조나 법, 법체계도 궁극적으로는 하나의 공통된 법으로 발전될 것이라고 보는 입장

3. 세계적 수렴론

- 사회주의 국가의 변화, 이슬람제국의 문화적 개방화, 세계화(지구화) 현상에 힘입어 전 세계의 법이 공통점을 향하리라는 전망



법과 세계화(지구화)

5 법과 세계화(지구화)

1 헌법의 발전

- 미국의 독립과 프랑스 혁명 : 유럽과 라틴아메리카 각국의 헌법 제정
- 1830, 1848의 프랑스 혁명 : 동유럽(루마니아, 불가리아, 그리스, 세르비아), 독일과 폴란드, 이탈리아
- 제1차 세계대전 : 봉건적 제국의 붕괴(러시아제국, 독일제국)와 새로운 공화국헌법
- 제2차 세계대전 : 세계 각국의 탈식민지화
- 1980년대 말 이후 사회주의국가의 붕괴

5 법과 세계화(지구화)

2 세계화(Globalization)의 뜻

- 세계화 : 국가의 경계를 넘어 국제경쟁이 치열해지는 동시에 국제협력과 분업이 정착되는 과정. 개별 국민국가의 개념이 약화되면서 세계적인 가치, 기준, 협력의 관행이 확산
- 국제화(internationalization) : 종래 국가단위를 기본으로 하는 세계적 협력 차원
- 지구화 : 정치·경제·문화·환경 등 모두가 하나의 지구 울타리 내로 동질화되어 가고, 근대 국민국가의 경계가 허물어지고 세계가 하나의 단위체로 통합되어 가는 과정

5 법과 세계화(지구화)

3 법의 탈국가화

- 근대법에서 공리로 삼고 있는 법과 국가 사이의 긴밀한 관련성을 전제로 하지 않으면서도 특정한 규칙의 법규범성이 인정되고 있는 현상
- 4대 분야 : 상거래, 인권, 과학기술, 환경 분야
- 경제의 탈국가화 : 초국적인 생산, 무역, 금융네트워크를 확립.
국민국가는 세계자본의 구동벨트 경향

5 법과 세계화(지구화)

4 소결

- 근대 국민국가의 이행기 : 일국 정부의 권력, 기능 및 권위 재건축
- 유럽연합(EU)의 경우
 - 1) 초기 : 경제적인 공동시장에 역점
 - 2) 최근 : 법률, 정치, 외교, 안보의 통일화까지 지향
 - 3) 초기 목표는 시장의 통합, 후에 법의 통합 필요성
 - 4) 법통일은 처음 각 회원국의 국내법의 조화를 도모함

5 법과 세계화(지구화)

4 소결

- 유럽연합(EU)의 경우
 - 5) 1990년대 말부터 사법(私法) 통합을 위한 작업
: 유럽계약법원칙(2003) 공표
 - 6) 유럽민법전연구회(1998), 유럽사법학회(1992),
유럽사법네트워크(2005)