商法學의 課題

-過去·現在 및 未來에 대한 스케치-

林 泓 根

I. 처 음 에

1. 裁判實踐의 學問으로서의 商法學

가. 經驗的 實證科學으로서 商法解釋學

a) 商法學이라 함은 商法(Handelsrecht)을 연구대상으로 삼는 法學의 一部門이다. 이것에는 廣狹 두 가지 뜻이 있다. 넓은 의미에서 商法學은 商法史學, 商法政策學, 商法哲學, 商法社會學과 商法解釋學의 전부를 포괄하는 개념이지만, 좁은 뜻으로는 商法解釋學(Handelsrechtsdogmatik)만을 가리킨다.[1]

b) 商法學은 商法을 연구대상으로 삼고 있는 學問(Wissenschaft)이라고 하더라도, 商法에는 社會一般市民을 비롯하여 특히 商人이 스스로 지켜야 할 行爲로서의 準據規範(行爲規範)이 있는가 하면, 그 法을 規範으로서 가지는 法共同體(Rechtsgemeinschaft)-近代이후에는 國家의 公的 機關, 전형적으로는 法院이 그것에 따라야 할 規準으로서의 法(裁判規範)도 있고, 그러한 法共同體의 組織, 예컨대 會社를 규율하는 規範(組織規範)도 있다. 그러나 우리들이 보통 商法學에서 문제로 삼고 있는 것은 商事事件의 구체적인 權利紛爭의 解決에 있어서 法院이 무엇을 근거로 판단하는가 하는 것이며, 紛爭解決을 위한 規準으로 되는 商法, 즉 裁判에 準據가 되는 法을 말한다.[2]

c) 商法學과 같은 實定法解釋學의 임무는 裁判이라고 하는 法的 實踐에 있어서 무엇이 紛爭解決의 規範(規準)으로 되어야 하는가, 말하자면 그 裁判實踐이 商法에

林泓根 : 成均館大學校 法科大學 敎授

1) 田中誠二, 商法總則詳論, 1972, 勁草書房, 84面.

2) 川崎武夫, 「法解釋學」, 井上 茂·矢崎 光圀共編 演習法律學槪論, 1973, 靑林書院新社, 249面.

따라 이루어졌다고 하는 正當性의 論證에 있다. 그와 같은 實定商法學의 學問的 性格이 社會的 事實 또는 事態의 經驗科學的 認識을 임무로 하는 社會學(Soziologie)이나 經濟學(Wirtschaftswissenschaft) 등과 다른 것이다[3].

나. 商法解釋學의 學問的 性格

a) 본래 法律學(Rechtswissenschaft)은 로마 이래 「裁判實踐에 있어서 法技術의 學問」으로서 발달해 온 것이지만, 현대에 있어서는 이러한 의미의 商法解釋學은 「裁判에 의한 社會統制(social control) 또는 社會工作(social engineering)의 技術의 學問」으로서 實用學問이라고 말할 수 있다.[4]

b) 商法學이 裁判의 法的 實踐의 學問으로서 발달해 온 것은 商法 본래의 기능이 裁判實踐을 통하여 가장 잘 나타나기 때문이지만, 합리적인 「法의 支配」(rule of law)가 요청되고 있는 近代社會에 있어서는 裁判에 의한 法的 實踐은 商法의 解釋·適用으로서 행하여지도록 요청되고 있으며, 따라서 그러한 의미에서 實用法學으로서 商法學은 商法解釋學의 學問으로서 파악된다.[5]

다. 商法解釋學의 科學性

法의 解釋이라 함은 裁判의 規準으로서 승인된 法源에 의거하여 어떠한 規範을 法으로 하여야 하는가를 결정하는 法官의 價値判斷을 의미한다. 이에 대하여 科學으로서 商法解釋學은 法律解釋 그 자체를 목적으로 하는 것이 아니라, 裁判의 先例(precedents)를 素材로 하여 法院에서는 무엇을 規準으로 裁判을 행하고 있는가를 연구하고, 그것에 의거하여 장래의 裁判의 豫見을 행하는 것이다. 오늘날의 商法學의 주된 課題는 裁判(法의 解釋)이라고 하는 實踐的 行動에 대한 社會的 法則을 탐구하여 장래의 法的 實踐(訴訟)에 대한 指針이나 手段을 제공한다고 하는 점에 있다고 할 것이다. 이러한 「裁判豫見의 學問」으로서 科學的 商法學에 대하여 이른바 「商法解釋學의 理論」은 商法解釋學者의 價値判斷이나 이데올로기(Ideologie)를 정당화하는 體系를 위한 理論이라고 말할 수 있을 것이다.[6]

---

3) Vgl. Struck, Gerhard, Rechtswissenschaft und Soziologie, S. 15ff. ; Raisch, Peter u. Schmidt, Karsten, Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften, S. 144ff., in Dieter Grimm(Hrs.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaft* 1, 1976, C. H. Beck.

4) 이러한 의미에서 商法解釋學은 商法政策學(Handelsrechtspolitik) 내지 立法學(Gesetgebungswissenschaft)과 구별된다.

5) 川崎武夫, 前揭論文 250面.

6) 上揭論文 251面.

2. 이 글의 性格과 目的

가. 이 글의 性格

1992년 1월 20일이면 우리 商法典이 공포된지 만 30년이 되는 날이다. 30년을 보통 한 세대로 잡는다고 하면 가위 商法典이 공포된 후 한 세대가 흘러갔다고 말할 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 商法學은 商法을 연구대상으로 삼는 學問으로서, 여기서 商法은 반드시 商法典만을 의미하지 아니하고, 이른바 實質的 意義의 商法을 뜻하므로, 商法典의 제정이전에도 이 땅에 商法學은 존재할 수 있는 것이다. 따라서 이 글은 商法을 연구대상으로 삼고 있는 商法學者의 한 사람으로서 오늘날 그 課題를 어떻게 보고 있는지를 밝히는 管見에 불과하다.

나. 이 글의 目的

商法學의 課題라고 할 때에 論者에 따라 立論의 기초의 방법이 얼마든지 다를 수 있다고 생각되지만, 筆者는 우선 시간적으로 商法學의 過去, 現在 및 未來로 나누어 잡아서 過去에서는 그 源流를 찾아 오늘에 이르게 하고, 現在에서는 理想과 現實을 생각해 보며, 未來에 있어서는 보다 발전을 위한 提言을 하는 것으로써 이 글의 구성을 잡아 본 것이다.

II. 商法學, 그 源流를 찾아서

우리나라의 商法史에 관한 연구는 몇 분의 學者들에 의하여 이루어진 것이 있으나[7], 商法學史에 관하여는 아직도 정리가 안 된 분야라고 생각된다. 다만 서울大學校 法科大學의 崔鍾庫교수가 열정적으로 연구에 연구를 활발히 함으로써 자료의 貧困과 逸失을 무릅쓰고 많은 업적을 남기고 있어서[8] 이 글도 崔교수의 硏究業績을 바탕으로 착수한 것이다. 다만 筆者는 우리 商法學의 源流를 文獻을 중심으로 찾을 수밖에

7) 이에 관한 文獻으로서는 金容泰, 「韓國在來의 商事制度」, 法律行政論集 第10輯, 1972. 6, 5면 이하 ; 劉敎聖, 「韓國商工業史」[韓國文化史大系 II, 政治·經濟史(下)], 1970, 966면 이하 ; 崔虎鎭, 訂正增補韓國經濟史, 1984 ; 趙璣濬, (改正版) 韓國經濟史, 1982 ; 朴元善, 「褓負商(韓國商法史上의 行商制度硏究)」, 1965 ; 朴元善, 「客主」, 1966 등이 있다.

8) 崔鍾庫, 「開化期의 法學敎育과 韓國法律家의 形成」, 서울대학교 法學 제22권 1호(1981) 등의 論文들이 崔鍾庫, 韓國法學史, 1990, 博英社로 출간되어 있다.

없다는 인식 위에 서서, 學問은 무릇 學者가 가르치고 그것을 남기는 著述을 근거로 한다고 할진대, 文獻史的으로 事件으로 될 만한 것을 중심으로 서술하고 있다. 문제는 1910년부터 1945년까지의 商法學史를 어떻게 처리할 것인가이다. 우리나라의 學術史는 京城帝大가 주도하였고, 싫든 좋든 京城帝大에서 배운 한국인이 해방후 한국학계의 원로로서 활동하여 오늘에 그 脈을 잇고 있는 점에서 筆者는 日帝時代의 學風과의 단절이라기 보다는 연결로 보아야 한다는 觀點을 가지고 있다.[9]

1. 法官養成所에서의 商法學

가. 우리나라에서 최초의 법학전문교육기관으로서 法官養成所가 1895년에 설립됨으로써 근대적 의미의 한국법학은 출발하였다. 즉 高宗의 勅令 제49호로 발표된 「法官養成所規程」에 의하면 이 기관은 동시에 제정된 「裁判所構成法」에 의한 司法制度의 近代化에 부응하여 司法事務를 담당할 司法官을 양성하기 위하여 速成으로 法學敎育을 시행할 것으로 목적으로 한 것이다[10]. 그 조직은 法部의 參書官이 所長이 되고, 수시로 임명하는 약간의 敎授를 두었다. 法官養成所는 1895년 3월에 平理院안에 설치되어 3회 졸업생을 내고 중단하였다가 1903년 개편하여 재개하였다.

1909년 10월 28일 法學校官制가 제정되어 法部 소관의 法官養成所는 學部 소관의 法學校로 바뀌었다. 1911년 3월에는 이름을 다시 京城專修學校로 바꾸고, 그 후 1916년에는 京城專門學校로, 1923년에는 京城法學專門學校로 개칭하면서 1945년 해방까지 계속된다.[11]

나. 法官養成所의 敎科科目에 商法이 들어간 것은 10년 뒤의 일이다. 처음에는 法學通論, 民法과 民事訴訟法, 刑法과 刑事訴訟法 기타 現行法律을 가르쳤고, 1904년부터 敎課目에 憲法, 行政法, 國際法, 外國律例(프랑스法), 算術, 作文과 함께 商法이 추가되었다. 商法이 敎課科目으로 들어간 때에도 처음에는 商法(總論·會社·商行爲)이 單一講座로 들어갔지만(1907년까지), 점점 商法總則, 商行爲法, 會社法 및 魚驗法으로 나누어 강의하였다[12].

다. 초창기 法官養成所의 商法講座를 맡은 분으로는 李恒鍾, 羅 瑨, 李晃宇,

9) 崔鍾庫, 韓國法學史 430면.
10) 梁承斗, 「法官養成所에 관한 小考」, 世林韓國學論叢(第1輯), 1977, 487면.
11) 崔鍾庫, 前揭書 434면.
12) 上揭書, 83-84면 참조.

申佑善 등이 있었다. 그러나 이 글에서는 著述을 내고 있는 李冕宇와 申佑善에 대하여만 언급하기로 한다.

a) 法官養成所와 그 뒤의 普成專門學校의 교재로 출판한 것으로 보이는 「商法總論」은 李冕宇가 저술한 것이다.

저자는 1879년에 進士 李會東의 아들로 태어나 1894년(開國 503년)에 官立 日語學校에 입학, 공부하다 이듬해 3월 官費留學生으로 일본에 유학하였다. 동경의 慶應義塾 1년 3개월만에 普通科를 졸업한 후 1899년 7월에는 東京法學院(中央大 前身)에서 3년간 법학을 공부하여 전과정을 졸업한 수재였다.

귀국한 후에 처음에는 어려움을 겪다가 1902년 8월 農商工部臨時博覽會事務所의 主事가 되었다. 1904년 6월 漢城裁判所 檢事가 되었다가 이어서 平理院判事로 되었다. 1905년에는 普成專門學校가 설립되자 講師로 나갔고, 뒤에 法官養成所 敎官 및 所長이 되기도 하였다. 저자는 뒤에 「會社法」도 저술하였으며, 「大韓協會會報」 등 韓末 學術紙에 法學論文들을 발표하였다[13].

b) 申佑善의 「魚驗法論」은 法官養成所와 普成專門學校에서 교재로 사용된 듯하다. 저자 申佑善 역시 1895년 3월 官費留學生으로 뽑혀 일본에 건너가 普通科와 高等科를 졸업하고, 1900년에 경제학과를 졸업하였다. 1901년 6월 30일 일본 大藏省에서의 見習을 마치고 귀국하였는데, 그 역시 바로 자리를 잡지 못하고 있다가 1904년 7월 法官養成所 敎官으로 임명되어 이듬해 1월까지 봉사하였다[14].

2. 普成專門學校에서의 商法學

가. 1905년 韓末 당시 軍部大臣으로 있던 李容翊이 申海永에게 「學校를 설립하여 人材를 배양하여 國家의 基礎를 完成하고 國民의 知識을 발달케 할 次로 專託하고 維持方法은 永遠히 本人이 擔當할지라」는 뜻을 밝혔다. 이에 申海永은 學校의 設立方法을 연구하여 당시 國內에 專門學校가 없으니, 法律, 經濟, 農業, 商業 및 工業 등 5개 專門科를 두기로 하고 우선 法律學과 經濟學의 두 專門科를 설립하고 학생을 모우면서 學校가 시작되었다. 이 普成專門學校는 이 나라의 國運과 같이 設立하면서부터 財政에 어려움을 겪어서 天道敎本部로 財團이 넘어갔다가 1932년 仁村 金性洙가 普專을 引受하면서부터 本軌道를 나아가지만, 校名이 高麗大學校로 된 것은 8. 15解放 이후 1946년 8월에 이르러서이다[15].

---

13) 上揭書, 90-91면.

14) 上揭書, 94면.

15) 高麗大學校 70年誌(1905-1975) 23면 이하 참조.

나. 1905년대의 普成專門學校의 課程表를 보면, 法律學專門科 2학년 과목에 1·2학기에 商法總論이 들어가 있고, 理財學專門科의 경우는 1학년 1학기에 商法總論이 들어가 있으나, 2학년 1·2학기에는 會社法과 實用魚驗法釋義가 들어가 있었다. 그러나 第1回 入學生이 修學한 課程表에는 法律學專門科(晝間部) 및 理財(經濟)學專門科 2학년 과목에는 商法總論·會社法·魚驗法·海商法 및 商行爲 등이 포함되어 있었다[16].

다. 開化期에 한국인에 의하여 쓰여진 商法敎科書는 모두 9권가량 남아 전하고 있는데[17], 그 중의 李晃宇의 「商法總論」과 申佑善의 「魚驗法論」은 法官養成所뿐만 아니라, 普成專門學校에서도 敎材로 쓰인 것같고, 그밖에 金祥演의 「商法要義」, 安國善의 「商行爲法」, 朱定均의 「商法總論」, 兪致衡의 「海商法」 등이 있었다.

a) 金祥演의 「商法要義」는 국한문혼용의 73면에 이르는 敎材로서 普成專門學校에서 출판된 것이지만, 著者는 國內에서 교육받은 者인데 그 이력이 알려지고 있지 아니하다[18].

b) 安國善의 「商行爲法」은 언제 어디서 발간되었는지는 명기되어 있지 아니하다. 대체로 1907년께 나온 것이 아닌가 추측된다. 국한문 혼용 161면에 달하는 교재이다. 著者는 1854년에 서울서 출생하여 일본에 유학하여 政治大學에서 공부하였다. 日帝時代에는 타협을 하지 않고 불행한 생활로 일생을 마쳤다[19].

c) 朱定均의 「商法總論」은 普專敎材로 사용된 듯 추측되지만, 그 발행일과 발행처는 밝혀지고 있지 아니하다.

著者는 仁川出身으로 漢城師範學校 敎員으로 근무하면서 야간으로 普專 제1회로 졸업한 사람이다. 잠시나마 軍部 軍法課 理事가 되었다가 이내 母校인 普專의 講師가 되어 法學通論과 商法을 강의하였다[20].

d) 兪致衡의 「海商法」은 국한문 혼용 290면에 달하는 敎材이다.

著者는 1877년 5월 14일생으로 1895년 3월 官費留學生으로 뽑혀 일본의 慶應義塾에서 普通科를 마친후 東京의 中央大學에서 3년간 法律學을 공부하고 1899년 7월에 졸업하였다. 이어서 일본의 司法省과 각 裁判所에서 견습을 받고 귀국하였다.

---

16) 上揭書, 30-32면 참조.
17) 崔鍾庫, 前揭書 325면.
18) 上揭書, 328면.
19) 上揭面.
20) 上揭書, 327면.

1900년 8월에 私立 鐵道學校에서 교사로 가르치다가, 1902년 9월 法律起草委員으로 임명되었다. 1904년 2월에서 1906년 1월까지는 駐英公使館의 參事官으로 근무하였고, 1907년 이후 普成專門學校에 出講하여 法學通論과 民法을 강의하였다[21].

3. 京城帝國大學에서의 商法學

가. 1920년에는 日帝에 의한 合併 이후 이 땅에 도도히 民立大學運動이 전개되는 마당에 朝鮮總督府는 1923년 11월에 訓令으로 朝鮮帝國大學創設委員會를 설치한다. 이 委員會는 校名을 놓고 議論이 나누어지다가 京城帝國大學이라는 명칭으로 1924년부터 法文學部와 醫學部, 그리고 豫科를 두고 大學教育을 실시하였다. 教授陳은 전부 日本人으로 짜여졌고, 이른바 京城帝大出身은 8. 15解放과 더불어 이 나라의 各界各分野에서 先導的 役割을 하게 되는 人材들이 된다.

나. 이 京城帝國大學에서 우리 商法學史에 오래 기억될 두 가지 事件을 지적하여야 한다고 생각한다. 하나는 1928년에 京城帝國大學 法文學部 助教授로 부임한 西原寬一教授이고, 다른 하나는 그 教授밑에서 지도를 받고 論文을 가지고 당시 日本商法學界의 泰斗인 竹田 省教授와 論爭을 한 故 維民 洪璡基先生이다.

a) 西原寬一教授는 京城帝大에서 商法을 배운 분들은 그 분을 일러 올라가지 못할 어마어마한 先生님이었다고 한다. 우선 그분은 스위스의 Zürich 大學의 K. Wieland에서 企業說을 받아드려 日本商法學界의 最高峰으로 군림하는 恩師 田中耕太郎 教授의 商的 色彩說을 공박하는 데에 이론적 기초를 세우고, 또 이 학설이 나중에 일본의 通說이 되며, 우리 나라의 通說도 되었다.[22]

b) 1942년 당시 京城帝大 法學部 助手로 있던 洪璡基는 京城帝大「法學會論集」(제13권 1호)에「會社의 合併에 있어서의 交付金」이라는 연구논문을 실었다. 이 논문에서 그는 당시 京都帝大 商法教授인 竹田 省의 이론을 비판하였다. 이에 대하여 竹田教授가「民商法雜誌」(1942년 12월, 16권 6호)에 반박논문을 실었더니, 洪璡基가 다시 그 잡지에 반박논문을 실어서 洪璡基의 학설은 그의 일본이름인 德山의 學說로 오랜 책에서는 소개하고 있다[23].

---

21) 上揭書, 109면, 331-332면.

22) 西原寬一. 日本商法論 第一卷. 1943, 日本評論社, 3-19面 參照.

23) 兪鎭午, 賀辭,「法學의 諸問題」(維民洪璡基先生還甲紀念論文集), 1977, 7-8면 ; 鄭熙喆, 머리말, 위의 책 11-12면. 洪璡基先生의 日語論文은 위의 책 337-413면에 번역·수록되어 있다.

4. 8. 15解放 이후의 商法學

가. 위에서 본 바와 같이, 우리가 西洋法學을 직접 受容하지 못하고 일본을 통해서 간접으로 受容하였다는 것과 특히 日帝에 의한 36년간의 支配로 말미암아 日本法學으로부터 강한 영향을 받았음을 알 수 있다. 1957년 4월의 유네스크韓國總覽속에 들어 있는 兪鎭午박사의 글에 의하면, 「…日本統治時代에는 京城帝國大學 法文學部 法律學科, 京城法學專門學校, 普成專門學校 法科 및 소위 一種인 法政學校가 우리 땅에 존재하는 法學教育機關의 전부였다.」 日帝로부터 解放을 맞이할 「…당시의 韓國人 法律教授라고는 6·7인의 普成專門學校教授, 각 1인정도의 延禧·惠化 및 明倫專門學校 教授가 고작이었으므로…」 「…이러한 사정은 解放後 우리나라의 法學教育에 중대한 지장을 일으켰으니 그것은 法科關係의 각 大學·專門大學의 教授陳구성에 있어서 人選難에 빠졌기 때문이다. 결국 各機關들은…大學을 갓 나온 韓人들을 채용함으로써 미봉적인 教授陳구성에 만족하지 아니할 수 없었다」.

나. 商法에 관하여 우리나라에서 解放후 처음으로 간행된 저술로는 朱愈淳의 「商法總則講義」(1950년)와 「會社法講義」(1950년)이며, 그 후 1953년의 崔泰永의 「現行어음·手票法」이 있다. 특히 後者는 일본 手形法·小切手法이 依用되고 있을 때에 그 解釋法學인데도 불구하고, 우리나라 고유의 用語인 어음·手票라는 用語를 과감히 사용하여 그 獨創性을 발휘하고 있었다. 그 후 徐燉珏의 商法全般에 걸친 著作物이 나와 군림하게 되고, 1970년대이후에는 鄭熙喆의 商法學(上)(下)가 학생들간에 많이 읽히는 教材가 되었다.

解放後 우리가 가장 자랑스럽게 여기는 것은 商法史에 관한 硏究로서 朴元善의 「褓負商」, 「客主」 등이 나와서 우리나라 고유의 商事制度에 관하여 금자탑과 같은 업적을 올렸으며, 金容泰의 「韓國在來의 商事制度」(高大 法律行政論叢 10집)도 勞作중의 勞作이라 할 것이다[24].

다. 1962년 1월 20일 商法典의 制定·公布를 전후로 해서 商法教授들의 海外硏究가 진행되고, 또 外國서 學位를 받고 귀국하는 학자들이 늘어나면서 西洋文獻들이 눈에 드러나게 많이 소개되고 있다는 점을 지적하여야 할 것이다. 따라서 商法教科書들이 자연히 그 부피가 커져 가고 있는 추세에 있는 사실도 대단히 발전이라고 해야 할 것이다. 그 대표적인 학자가 서울大法大의 崔基元교수이다. 그리고

24) 鄭熙喆, 「商事法學界回顧」, 서울大學校 法學 제19권 1호(1978), 125면.

1958년 이래 韓國商事法學會가 1970년대에 들어서 본격적으로 활동을 벌이어 商法改正을 대비하여 출간된 著作物로서 특기할 것은 「商法改正試案 및 意見書」 및 「商法改正의 論點」(1981년)이 있다. 그리고 1980년대에 學會誌로서 매년 출간되고 있는 것이 「商事法硏究」가 금년까지 9권까지 발행되고 있다. 이 韓國商事法學會는 총 회원이 180여명이나 되는데, 대부분은 대학에서 商法講座를 담당하고 있는 學者이나 그밖에 변호사·공인회계사 및 기업실무가들도 구성되어 있다. 변호사로서 왕성한 商法硏究物을 출간하는 분이 바로 「會社法의 諸問題」의 저자인 金敎昌변호사이다.

III. 商法學 그 理想과 現實의 調和를 模索하여

1. 商法學의 現代化 問題

가. 商法은 法律發展의 開拓者(Vorreiter der Entwicklung des Gesetzes)라고 한다. 이것은 商法이 다른 法域에 비하여 진보·발달이 현저히 빠르다는 사실을 말해주는 것이며, 실은 그 전제로서 商法의 地盤인 企業에 관한 사항이 매우 技術的인데다가, 技術이나 經濟의 발달에 맞추어 신속하게 변천해 간다는 사실이 있다는 것이다. 그러나 우리의 사정에서는 企業에 관한 法이 經濟나 技術의 변화에 敏速하게 대응하지 못하고 있다고 말할 수 있다. 즉 商法典의 改正이 企業活動이나 企業組織의 변화에 따라 갈 수 없는 바람에, 한편으로는 商法典規定의 老朽化·死文化를 초래하고, 다른 한편에 있어서는 立法을 하여야 할 商事現象에 대하여 立法을 하지 못한 채 방치하고 있는 경우도 있다.

나. 商法이 적용되는 法律事實이 商法의 任意法規에 관한 경우에는 企業者는 契約自由의 原則에 근거해서 그 상대방과의 사이에 적당한 내용을 가지는 契約을 체결하고, 특히 많은 상대방과의 사이에 유사한 契約을 체결한 때에는 일반적으로 널리 적용될 수 있는 普通去來約款(Allgemeine Geschäftsbedingungen : AGB)을 작성하여 그것을 이용함으로써 신속하게 빠진 내용이 없는 契約을 체결하는데, 이렇게 되면 商法의 任意規定은 그 去來에 대하여는 解釋規定 내지 補充規定으로 전락하는 운명에 놓이게 된다. 만일 普通去來約款이 商法의 任意規定을 배제할 정도로 상세하게 규정된다면 商法의 規定은 死文化되게 된다. 그 전형적인 예는 保險契約이나 海上運送契約 등에서 볼 수 있다.

다. 商法이 적용되는 法律事實이 商法의 強行法規에 관한 경우에는 當事者의 特約이나 定款의 規定에서 달리 정할 수 없는 것이 通常인데도, 企業이 그 便宜와 能率을 앞세워 교묘하게 商法의 強行規定을 회피하는 경우가 많아지고 있다. 예컨대 會社法에 있어서 株式會社設立에 관한 節次를 형식적으로 이행하여 設立의 基盤을 약하게 한다든지, 會社支配의 양상으로 株主總會 내지 理事會制度를 形骸化 내지 形式化시킨다든지 심지어 法人制度를 株主의 有限責任을 만끽하게 위하여 악용하여 사회에 폐해를 입히게 하는 예를 허다히 볼 수 있다.

라. 그 뿐만 아니라, 당연히 商法典에 들어가 있어야 할 去來類型들이 現行商法에 빠져 있어 立法上의 再考가 요망되고 있다. 현재 商行爲編에 규정되어 있는 去來形態는 代理商·仲介業·委託賣買業·運送周旋業·運送業·公衆接客業 및 倉庫業 등 7종에 불과하다. 그러나 電氣·가스의 供給·銀行 기타의 金融去來, 去來所에 있어서의 去來 등 오늘날의 經濟生活에 있어서 큰 비중을 차지하고 있는 去來形態를 商法에서 규율하지 못하고 있는 것이다.[25]

2. 商法學 그 硏究對象에 관한 課題

가. 判例硏究

a) 商法學의 硏究對象으로서 判例硏究가 중요한 의미를 가지는 것은 언제나 지적되고 있는 바이다. 判例는 일반적으로 成文法이나 慣習法을 具體的 事件에 적용한 결과라고 인정하지만, 判例가 先例(precedent)로서 그 후의 裁判을 사실상 구속하는 일이 많기 때문에, 그것은 현실로는 判例法을 형성하게 된다. 또한 法規의 適用이라고 말하면서 成文法을 상당히 대담하게 類推適用 혹은 擴張解釋하여 실질적으로는 法創造를 행하고 있는 경우도 자주 있다. 그리고 慣習法에 관하여는 실제로 행하여지고 있는 慣行 내지 慣習도 判例에 의하여 慣習으로 인정되어야 비로소 慣習法으로 되는 경우가 많다. 즉 慣習은 慣行으로 행하여짐으로써 慣習法의 효력을 가짐에도 불구하고, 실제로는 慣習法의 효력이 있는가 없는가는 判例가 인정하기에 달려 있다고 말할 수 있을 것이다.[26] 거기다가 때로는 判例는 成文法의 強行規定에 어긋나는 慣習까지 慣習法으로 인정하여

25) 拙著, 商行爲法, 1989, 法文社, 29-30면.

26) Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., 1979, S. 346은 「실제의 原意味의 慣習法은 오늘날 아무런 역할도 더 이상 해내지 못한다. 이에 반하여 오늘날 실제로 의미가 있는 것은 이른바 '先決例'(Präjudizien)에 의하여 형성되는 '法官法'(Richterrecht)이다」라고 하고 있다.

成文法優先主義를 번복하려고 하기도 한다. 따라서 成文法 원래의 의미나 구체적 기능을 알고, 또 어떠한 慣習이 현실로 慣習法인 效力을 가지는가를 인식하기 위하여는 判例研究는 불가결하다고 하여야 한다. 그런데 오늘날 判例研究는 商法學者 사이에 널리 보급되어 있어서 새삼스럽게 그것을 강조할 필요는 없다고 생각된다.[27] 商法學者로서 「法律所聞」, 「判例月報」 등 機關誌에 判例評釋을 쓰는 분이 많고, 이를 集大成한 것이 李泰魯의 「判例敎材 會社法」, 鄭熙喆의 「判例敎材 어음法·手標法」 및 梁承圭의 「判例敎材 保險法·海商法」 등이 있고, 姜渭斗교수(釜山大)가 商事判例研究會會長으로서 펴내고 있는 商法判例 1-3권이 있다.

b) 어느 하나의 判決을 평가하는 경우에는, 첫째로 구체적 사실이 정확히 행하여지고 있는가 여부, 둘째로 適用法條의 해석이 객관적인가 여부, 셋째는 인정된 구체적 사실과 적용되어야 할 法條의 해석과의 對應關係가 타당한가 여부를 따지는 三段構成을 필요로 한다. 그러나 실제로는 이 三段構成은 상호 유기적인 관련이 있어서 단순히 서로 관계가 없는 것으로 三分하는 것은 정당치 못하다고 생각한다. 그것도 그럴 것이 첫번째의 구체적 사실을 인정하더라도, 특정한 法條의 적용을 인정한 사실의 인정(fact-finding)이기 때문에 필연적으로 適用法條로부터의 事實構成에 대한 合目的的 規制가 가하여진다. 또 適用法條의 해석이라고 하더라도, 적용되어야 할 구체적 생활사실의 유형 내지 개성에 따라 각각 類型化 내지 個性化가 꾀하여지는 것은 오늘날 일반적으로 승인되고 있는 바이다. 이렇게 본다면 구체적 생활사실과 適用法條의 해석과의 對應의 타당성은 점차로 해석이 사실과의 관계에서 유기적으로 행하여지는 경향이 강해지면서 점점 세번째 문제점의 해결에 도달하는 것이다.[28]

c) 判例 중에는 확정적인 것과 浮動的인 것이 있다. 확정적인 判例라는 것은 앞으로 상당한 기간동안 변경될 가능성이 거의 없는 判例이고, 반대로 浮動的인 判例라는 것은 모순·대립을 보인 判決이 속출할 가능성이 많은 判例이다. 엄밀히 말해서 확정적 判例만이 「判例」라고 말할 만하고, 浮動的 判例는 본래 「判例」라고 말할 수는 없는 것이다.

원래 確定判例가 될 수 있음에는 그 判決의 기초인 생활사실이 대부분 안정·부동의 것임을 필요로 한다. 생활사실이 안정·부동한 상태에 이르르면 그것에 대응하는 判決도 어느 정도 부동한 것이 되며, 따라서 判決에 대한 평가도 상대적으로 안정되는 경우가 많다. 이와같이 確定判決로 되기 위한 요건으로서는 무엇보다도

27) 服部榮三, 商法總則[第二版], 1977, 靑林書院新社, 144면.
28) 李範燦·金憲式·林泓根共編, 體系商法判例集 3-1, 1988, 三知院, 머리말 iv-v.

먼저 그 대상인 생활사실의 안정·부동이 불가결한 것이지만, 그러한 의미에서 確定判決을 고찰할 때에는 그 確定判決이 確定判決로 되기까지의 형성과정을 검토하지 않으면 안된다고 할 것이다.[29]

나. 約款研究

a) 매우 복잡하지마는 진보적인 企業生活의 실정을 살펴본다면, 商法의 任意法規性은 어느 정도 부득이하다고도 말할 수 있으나, 그것만으로 經濟生活의 進展속에서 商法은 그 실질적 가치가 감퇴해 가는 것을 시인하지 않을 수 없다. 더군다나 근대적인 企業生活은 運送·保險·銀行 등 그 집단적·계속적인 企業活動을 처리하기 위하여 특히 합리적인 規準의 定立을 요청하기 때문에 企業去來關係에서 普通去來約款의 이용을 필수적인 것으로 만들며, 이것이 實定商法을 보완하거나 혹은 그것에 갈음하여, 혹은 새로운 企業生活을 규율하게 된다. 이리하여 企業生活은 企業活動에 관한 면에 있어서는 대부분의 경우에 이른바 「法典으로부터의 逃避」(Flucht aus dem Gesetz)를 하는 것인데[30], 商法도 이를 용인하거나 혹은 예정하고 있다고 말할 수 있고, 企業生活을 규율하는 「살아있는 法」(lebendes Recht)은 普通去來約款 기타 개별적인 約定(Individualabreden) 등을 탐구하지 않고서는 이를 이해할 수 없는 단계에 이르고 있다. 그러므로 현실적인 문제가 생긴 때에는, 法院의 任務는 이 분야에서는 實定商法의 해석 적용이라기 보다는 오히려 普通去來約款이 企業去來關係에 적용되는 것에 관한 法的 構成이나 普通去來約款의 解釋適用에 그 중심을 옮겨가게 되는 것이다. 이 경우에 法院에 대하여 기대하는 法的 作業은 實定商法의 解釋適用으로써는 실효를 거두기 어려운 성질의 것으로 되고 있다.

b) 普通去來約款은 실질적인 企業生活의 경험에서 생겨난 것으로서 다분히 기술적이며, 각각 企業去來分野에 있어서 慣行的 事實에 관한 충분한 이해를 전제로 하여야 하는 경우가 적지 아니하다. 더군다나 그것을 에워싸는 法的 紛爭은 企業生活의 성질상 당연히 신속하게 해결되어야 하는 것이다. 여기에 企業活動에 관한 法院의 任務는 實定商法의 해석작용이라는 본래적인 것 말고도 普通去來約款 기타의 約款을 중심으로 하는 「살아있는 法」의 해석작용이라는 특수한 사명을 예정하게 된

29) 上揭書, 머리말 v.

30) 이 말은 「法院으로부터의 逃避」(Flucht aus dem Gericht)라는 말과 함께, Müllerisert, *Allgemeine Lieferungsbedingungen*, Einleitung S. vi.에서 독일 私法의 최근의 특색을 간결하게 표현하면서 사용한 것이다.

다. 그리고 또한 이 점은 企業이 「法院으로부터의 逃避」도 실현하게 되는 하나의 계기를 內包하고 있음을 주의할 필요가 있다.[31]

3. 商法學 그 硏究方法論上의 課題

가. 綜合的 方法

a) 商法學硏究의 綜合的 方法은 통일적·체계적 硏究方法이기도 하지만, 이것은 商法 전체에 관한 硏究方法일 뿐만 아니라, 개개의 제도 내지 法規에 관한 硏究에 관하여도 요구되는 방법이다. 그런데 우리가 여기서 綜合的 方法이라고할 때에는 대체로 다음의 세 가지 경우를 포함한다고 생각한다.[32]

b) 하나는 개개의 제도 내지 法規에 관하여 이루어진 종래의 硏究成果를 종합하여 商法 전체 또는 그 일부분에 대하여 통일적인 이론을 형성하는 방법이다. 이 방법은 자기 또는 타인의 個別硏究의 성과를 통일적·기초적 이론으로 집약하는 것이지만, 단순한 總括로서는 특색있는 新理論의 형성에 이르지 못한다는 곤란이 있다. 그러한 의미에서 綜合的 硏究方法은 이른바 基礎理論을 목표로 하는 일이 많지만, 최근의 우리 商法學에서 출간된 金星泰編의 「商法의 爭點」이나 鄭熙喆·鄭燦亨共著의 「商法學演習」은 이러한 方法論에 기초한 것이 아닌가 생각된다.

c) 둘은 商法 전체 또는 그 일부분을 포괄적으로 연구하는 방법이다. 槪括書나 體系書에서 취하는 방법이지만, 徐燉珏·金驃鎭·金鍾炫共著의 「新商法總覽」, 車洛勳·安秉洙·徐廷甲·孫珠瓚共著의 「註釋商法(上)」, 徐廷甲·孫珠瓚·金世元·鄭東潤共著의 「註釋어음法·手票法」이나 1984년 商法改正후에 나온 孫珠瓚의 「改正商法逐條解說」, 孫珠瓚·李範燦·梁承圭·朴吉俊·李均成의 「改正商法解說」, 朴炵祥의 「改正商法解說」, 徐燉珏·金泰柱共著의 「註釋會社法(上)(下)」, 徐廷甲의 「註釋改正商法」 등이 있다. 그러나 槪說書나 體系書에 있어서 각종의 문제를 포괄적 내지 체계적으로 취급하는 것이 언제나 綜合的 方法의 적용을 의미하는 것이 아니다. 그렇게 말할 수 있기 위하여는 전체적·통일적 관점이나 기초이론적 시각이 어느 정도 확립되어 있어야 한다고 생각된다.

d) 셋은 개개의 제도 내지 法規에 관하여 商法 전체 또는 그 일부분의 전체적·통일적 관점과 관련지워 연구하는 방법이다. 商法에 관한 個別硏究는 숫적으로·양

31) 拙著, 商行爲法 20-21면, 특히 普通去來約款에 관하여는 48면 이하 참조.
32) 服部榮三, 前揭書 155面.

적으로 많이 쌓이고 있으나, 이 綜合的 方法에 의한 硏究가 그 연구의 생명을 길게 하는 것이라고 생각한다.

나. 比較法的 硏究方法

우리나라의 法律을 충분히 이해하기 위하여 外國의 法律 및 學說을 알 필요가 있음은 商法에 관해서일 뿐만 아니라, 기타 다른 法部門에 대하여도 해당된다. 그러나 商法에 있어서는 比較法的 方法(comparative law study)은 특히 중요하다. 比較法(Rechtsvergleichung)은 이따금 아주 특수한 法域인 國際去來法(Recht des internationalen Handels)을 敍述的·分析的으로 다루는 데에 많이 이용되고 있다. 對外去來에 종사하는 商人들과 海運(Seeschiffahrt)을 담당하는 商人들은 지난 여러 세기 동안 고유의 去來方式을 발전시켜 왔다. 예컨대 傭船契約(Chartervertrag), CIF契約, 船荷證券(bill of lading, Konnossement)을 비롯하여 信用狀(Akkreditiv)도 그 예이다. 이와 같은 商行爲(Handelsgeschäft)는 國際商去來에 참여하는 국가의 형식상 法體系의 構成部門이기는 하지만, 일정한 統一性(Einheitlichkeit)을 갖추고 있어서 商人들은 自國의 法體系와의 相違를 대체로 느끼지 못하고 있고, 또 法體系의 相違를 느낀다 하더라도 실제로 그 차이를 무시하고 있다.[33]

그러나 法學者의 作業은 간혹 어떤 방법으로든지 外國法(ausländisches Recht)을 고려하여야만 比較法的 硏究의 에티켓을 갖출 때가 있다. 그것은 自國法과 外國法을 對照的으로(synoptisch) 설명함으로써 두 法體系를 총체적으로 파악함을 목적을 한다. 外國法을 이와같이 취급할 때에는 단순히 서술적(deskriptiv)이면 比較法이라 표현하지 않고, 分析的·體系的 接近을 시도하여야 과학성을 띤다고 할 것이다.[34]

다. 利益衡量的 方法

商法은 企業과 企業去來를 둘러싸고 利害關係人의 私的 利益의 調整을 목적으로 하고 있으므로, 商法學에 있어서도 利害關係人의 利益衡量(Interessenabwägung)이 중요한 의미를 가진다. 즉 當事者의 利益의 衡量과 調整을 목적으로 하여 商法의 해석과 입법이 이루어져야 한다. 利益의 衡量은 商法이 보호하려고 하는 利益을 중심으로 하여 이에 맞추어 合目的으로 이루어져야 한다. 따라서 利益衡量的 方法은 目的論的인 方法이기도 하다. 商法이 보호하려고 하는 利益은 商法의 規定이 변경되

33) Rheinstein, Max, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1974, C. N. Beck Verlag, S. 23.
34) Ibid., S. 22.

지 아니하더라도, 시대의 흐름에 따라 변화하는 것이므로 시대와 함께 달라지는 사회적 수요에 주목해서 商法學은 그 이론의 전개를 시도하여야 한다고 할 것이다.[35]

라. 法社會學的 方法

法社會學(Rechtssoziologie)은 社會現象으로서의 法을 경험과학적으로 연구하여 거기서 經驗法則을 발견하며, 이에 근거를 두고 法現象을 관리하거나 또는 변혁하는 것으로 되어 있으나, 이 방법을 商法에 적용하게 되면 특히 다음과 같은 商法學의 課題가 생긴다. 즉 商法現象의 사회적·경제적 기반의 분석뿐만 아니라, 國家權力과 商法의 諸規範과의 관계 및 國家權力과 獨占資本과의 관계의 구조적 파악이 요청되는 동시에, 이 파악이 모든 商法現象의 인식에 있어서 中核的 地位에 놓여 있어야 하는 것이다. 이러한 課題가 충분히 인식되지 아니한다면 法社會學的 方法에의 접근은 불가능하다. 요컨대 法社會學的 方法은 商法을 경제와 사회의 發展法則과의 관련을 고려하면서 파악하여야 하는 것이다. 우리는 商法에 관련된 文獻에서 「살아있는 法」의 추구를 목표로 하는 法解釋과 法適用의 전개를 일단 이러한 方法論의 受容으로 보고자 한다.

그리고 法社會學的 方法의 적용으로는 歷史的으로 商法史 및 商法學史를 그 배후의 사회경제의 발전과 관련지워 고찰하여 그 전개에 있어서 特殊的 傾向 내지 法則을 명확히 하는 것, 解釋學에 관하여는 商法의 制度 내지 規定을 그 기능과의 관련에서 해명하고 그 적용에 의하여 타당한 해결을 얻을 수 있도록 하는 것, 政策學에 있어서도 역사적 혹은 基礎理論的 硏究에 뒷받침된 立法政策을 전개하여 올바른 立法의 方向을 규명하여 끊임없이 現行法의 軌道修正을 하려고 하는 시도도 이러한 法社會學的 方法의 一環으로 파악하여야 할 것이다.[36]

Ⅳ. 商法學 그 飛翔에는 날개가 있어야!

1. 商法學에서 私法學으로

가. 統一的 考察

a) 現行 우리나라 法의 再檢討도 商法에 관한 것뿐만 아니라, 널리 企業을 중심

35) 服部榮三, 前揭書 158面.
36) 上揭書, 161面.

으로 전개한 社會·經濟關係에 관한 私法(Privatrecht)으로서 이를 파악하여야 한다고 생각한다. 그런데 이제까지 商法學의 理論은 商法의 獨自性(Autonomie)을 승인한 전제위에서 전개되어 왔다. 民法과 商法은 구분 입법하고 있는 것은 단순한 歷史的 産物에 불과하다고 하면, 이러한 商法學의 理論도 다시 검토되어야 한다고 할 것이다. 이렇지 아니한다면 私法을 해명하는 理論的 作業을 시작할 수가 없다.[37]

b) 우리는 이 글에서 民商法統一論을 주장하고 있는 것이 아니다. 立法論으로 民法과 商法을 통일하는 것이 적당한가 어떤가, 만일 적당하다고 하더라도 法의 改正에 뒤따르는 번잡과 혼란을 甘受할 정도로 유익한가는 전혀 별개로 고려하여야 할 사정이다. 이 글에서 하고 싶은 얘기는 法과 企業, 혹은 法과 經濟의 문제를 생각하는 경우에 民法과 商法이라고 하는 기존의 틀에 구애됨이 없이 통일적으로 고찰하지 않으면 眞面目에 접근할 수 없다는 것이다. 예컨대 近代的 信用과 法에 대하여 고찰하는 경우, 한편으로는 民法上의 債權法을, 다른 한편으로는 어음法을 각각 별개로 고찰한데서야 처음부터 말이 되지 아니한다. 實用法學으로서 작업을 하는 경우에 있어서도, 民法과 商法의 規定을 아울러 고려하여야 하는 것이다.[38]

나. 經濟의 展開·發展과 法

a) 이제까지 商法學은 商法이 民法에 대하여 가지는 특색의 하나로서 民法이 고정적인 것임에 대하여 商法이 經濟의 變化發展에 뒤따라 변화발전한다고 하는 「商法의 進步性」을 드는 것이 일반이었다. 그러나 이것은 매우 부정확한 표현이며, 民法이라고 하는 분야의 여러 제도가 한결같이 고정적이요, 商法分野의 여러 제도가 한결같이 변화·발전적인 것은 아니다.

商法分野의 여러 제도·원리도 고정적인 것과 발전적인 것이 있다. 그것은 이러한 여러 제도·원리를 각각 그 성격과 經濟와의 관련사항을 구체적으로 고찰하면 명백해진다. 去來의 安全 때문에 하는 公示의 요청, 예컨대 商業登記에 관하여 일정한 제도가 필요한 것은 19세기 중엽과 20세기말에 처한 오늘에 있어서 변함이 없다. 어음法도 사정은 같다. 近代的 어음法原理의 형성은 17세기에서 비롯하여 19세기 전반에는 완성에 이르러서 그 후 오늘날까지 거의 변화한 것이 없다. 이것도 어음制度가 商業信用에 관하여 발전한 것인데, 商業信用은 商品流通에 관련해서 발달한 것임을 생각한다면, 당연한 이치이다. 이에 대하여 株式會社法은 準則主義의 형

37) 富山康吉, 現代商法學の課題, 1975, 成文堂, 7面.
38) 上揭書, 6-7面.

식을 취한 近代的 株式會社法이라고 할 수 있는 것이 확립한 것은 19세기 중엽쯤이지만, 그 후 크게 변화해 와서 오늘날에도 부단히 변화하고 있다. 이것도 株式會社라고 하는 資本集中體의 성격을 고려하고 또 그 資本과 支配의 集中進行이 어느 시점에서 정지한 것이 아님을 고려한다면 당연하다. 또한 이러한 株式會社法의 발전에서 볼 수 있는 資本과 支配의 集中은 곧 그때까지는 自由競爭이 관철되고 있던 市場의 구조를 크게 바꾸어 놓았다. 그것이 다시 去來法의 변화도 초래하지만, 去來法上의 제도나 원리라고 하더라도, 市場構造의 변화로 말미암아 변화할 수밖에 없는 것이라 한다면, 이러한 市場構造의 변화와는 관계없이 변화하지 않는 것도 있음은 조금 구체적으로 생각하기만 하면 분명해진다.[39]

b) 民法分野의 여러 제도·원리에도 고정적인 것과 발전적인 것이 있다. 民法인가 商法인가가 문제가 되지 아니한다. 私法上의 여러 제도·원리는 각각 어떻게 또 어떤 차원에서 經濟의 展開·發展과 관계하고 있는가가 문제이다. 더군다나 이것은 이론적으로 해명할 수 있다. 각국의 역사적 사정·구체적 조건에 따른 차이가 있더라도, 私法上의 어떤 제도가 어떤 때에 형성되고, 어떻게 완성·고정되었는가, 어떠한 제도가 어느 때에 확립되고, 어떻게 발전을 계속하고 있는가는 미국이든 독일이든 大差는 없다. 그것은 民法과 商法을 구분·입법하였는가가 역사적 사정에서만 설명할 수 있는 것과는 다르고, 논리적으로 해명할 수 있음을 보이고 있는 것이다.[40]

c) 私法의 여러 제도·원리의 전개·발전을 資本主義經濟의 展開·發展과 관련지워 어떤 차원의 논리로 파악할 수 있는가 하는 작업은 이제까지 怠慢해 온 것이 사실이다. 그것은 商法學뿐만 아니라, 널리 私法學에 책임이 있는 것처럼 생각된다. 예컨대 民法學에서는 私法의 理論的 解明을 꾀할 때에 商品交換의 法이라고 하는 시각에서만 그 작업을 해 온 경향이 강하다. 그러나 앞에서 든 여러 제도에 국한하더라도, 그 모든 제도의 전개·발전을 商品交換이라고 하는 차원의 논리만으로 푸는 것은 불가능하다. 특히 株式會社法의 발전 등은 전혀 視野 밖에서 나온 것이라 할 것이다. 商法學理論의 再檢討뿐만 아니라, 法의 社會科學的 解明을 시도하려고 해 온 理論法學의 再檢討가 필요하다고 생각한다.[41]

---

39) 上揭書, 8-9面.
40) 上揭書, 9面.
41) 上揭面.

2. 國際去來法으로의 志向

가. 商法도 다른 法律分野에 있어서와 마찬가지로 歷史的 發展의 所産이다. 따라서 商法의 沿革的 起源은 現代商法의 形式과 內容에 커다란 영향을 미쳤을 뿐만 아니라, 앞으로의 發展方向까지도 결정하는 중요한 요소가 된다. 역사적으로 고찰할 때에 商法의 發展過程은 세 단계를 거쳐 발전해 왔다.

商法의 發展過程은 첫번째 단계에서 中世의 商人法(lex mercatoria)으로서 나타나 국경을 초월하여 보편적으로 승인된 慣習法(Gewohnheitsrecht)의 형태를 취하고 있었다. 두번째 단계에서 商人法은 主權國家의 國法으로 분열됨에 따라 國內法化(nationalization)·固定化(solidification)·法典化(codification)의 경향이 나타나게 되었다.[42] 그 결과 國際去來가 행하여지는 경우에 적용될 法은 自國의 法律인가, 外國의 法律인가의 문제가 생긴다. 그러나 國際去來를 하는 경우에 外國法을 準據法(proper law)으로 한다면 그 내용을 알기도 어렵거니와 그 해석을 둘러싸고 다툼이 생길 여지가 많기 때문에 불편할 때가 많다.

이와 같이 國家立法化한 商法의 이러한 경향은 經濟的 合理主義를 기초로 하고 있는 商法의 本質과 世界去來法的 要請에 역행하는 것이므로 商法의 國際的 統一을 위한 노력이 人類共同의 課題로서 19세기말 이후 꾸준히 계속되어 오다가 최근에는 國際聯合이 商法의 國際的 統一을 위한 사업을 적극적으로 추진하고 있다. 이렇게 본다면 商法發展의 세번째 단계는 國家主權에 의하여 적용되더라도, 國內法의 屬性을 떨구어 世界的 普遍性으로써 새로이 自主的인 商人法인 國際去來法의 탄생이 그것이다.[43]

나. 國際去來에 있어서 처음부터 自國의 法을 去來의 準據法으로 指定하는 것이 좋을 것이지만, 그러나 어느 去來에나 相對方이 있으므로 그다지 쉬운 것이 아니다. 어느 나라의 法律을 去來의 準據法으로 할 것인가의 문제를 놓고 수개월씩 보내는 경우도 있다. 相對方에 따라서는 自國의 法을 準據法으로 할 것을 제안한 경우에

---

42) Honnold, J., The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of English and American, in : *The Sources of the Law of International Trade* (ed. Schmitthoff), 1964, p. 73.

43) Schmitthoff, Clive M., International Business Law : A new Law Merchant, in : *Current Law and Social Problems*, 1961, p. 131.

크게 반발을 해 올 수도 있으며, 감정적 응어리를 남기는 경우도 있다. 그 결과 商去來의 成立을 위하여 本意 아니게 外國法을 準據法으로 指定하는 때도 있다. 혹은 去來의 準據法을 명확히 해 두지 않고 이 문제에 언급을 피하는 방식으로 去來를 하는 수도 있다. 그러나 그 경우에는 去來의 履行過程에서 當事者 사이에서 意見의 相違를 보이면 매우 어려운 사태가 벌어진다. 요컨대 國際去來에 적용되는 法律의 內容을 各國의 立法·判例에 맡겨 둔 채로 個個의 去來를 할 때마다 어느 나라의 國內法을 準據法으로 정하려고 하는 방법은 去來의 觀點에서 볼 때에 매우 번잡하여 去來의 障害가 될 뿐만 아니라, 불합리하여 불공평한 결과를 초래한다든지, 많은 費用을 들인다든지, 감정적 응어리를 남길 수밖에 없다. 그런데 現代에는 어느 나라도 國際交易을 비롯하여 技術·資本導入契約 등 國際去來에 크게 의존하고 있지 아니한가!

다. 따라서 各國의 商法을 통일하여 앞서 설명한 어려운 문제를 한꺼번의 해결함으로써 去來의 締結을 용이하게 할 뿐만 아니라, 諸國民 사이의 友好的·平和的 關係의 維持에 공헌하려고 하는 運動이 시작되었으니, 이것이 곧 現代商法의 傾向이라고 할 것이다.[44]

3. 學問의 地盤을 다지기 위한 提言

가. 學問에는 王道가 없다(There is no royal road to science)고 한다. 西洋法學을 일본을 통하여 受容한 결과 「日本을 통하여 日本을 넘어야 하는 길」을 걸을 수밖에 없는 우리는 정녕 西洋法學에 적극적으로 접근해 가야 하고, 그것은 곧 論證科學的 方法論이니 우선 文獻부터 완비하여야 한다고 생각한다.

나. 法律文獻의 絶對不足의 克服

a) 우리나라 大學圖書館을 비롯하여 公共施設에는 法律文獻·資料가 절대로 부족하다는 얘기는 어제 오늘의 얘기가 아니다. 조금 깊이있는 法律論文을 쓰기 위하여 歐美文獻에서 引用한 資料를 추적하다 보면 그만 중도에서 좌절해야 하는 경험을 맛보게 된다. 최근에 筆者는 8. 15解放전의 法律文獻을 많이 소장하고 있는 서울法大 法律圖書館에서 Burdick, What is the Law Merchant? 2 Col. L. Rev. 470 (1902)을 찾을 수가 없었다. Columbia Law Review는 1903년부터 그 도서관에

44) Vgl. Fabricius, F., Internationales Handelsrecht und Weltfrieden, in : *Festschrift für Clive M. Schmitthoff*, 1973, S. 101ff.

들어 왔기 때문이다. 만일 2000년 이후에 오는 後學들은 筆者와 같은 과정에서 近來에 나온 文獻資料를 찾을 수가 없는 여건과 상황들을 우리는 많이 가지고 있다. 이러한 여건과 상황들을 하루 빨리 극복해야 하는 것임은 말할 필요가 없다.

b) 우리는 종종 현재 情報化時代에 살고 있다고들 한다. 갖가지 情報의 洪水에서 헤엄을 치고 살아야 하는 것이다. 그러나 法律文獻에 관한 한, 우리가 정녕 情報化時代에 살고 있다고 말할 수 있는가? 日帝時代에 일본교육을 받은 세대도 지금은 50대, 40대에게는 日本語는 엄연한 外國語이다. 日本語의 辭典과 日本語文法의 지식없이 日本文獻을 읽을 수가 없는 것이 숨길 수 없는 현실이다. 40대이후의 세대가 왜 日本文獻을 읽어야 하는가. 日本法學의 강한 영향을 받았다는 것이 그 이유의 전부는 아니라고 생각한다. 大望의 司法試驗에 합격한 法學徒가 처음 체험하는 것이 日本語의 필요성이다. 日本法學도 外國法學이니까 比較法의 입장에서 물론 연구하여야 하지만, 法律情報를 日本文獻에 크게 의존할 때에 우리 法學의 向方은 어떻게 될 것인가? 적어도 2000년 이후에 대비해서라도 西洋法學의 獨自的 接近을 위해서라도 집중적으로 法律文獻의 絶對不足을 국가적 차원에서 극복하자는 筆者의 所見이다.[45]

다. 法律情報의 普及·擴大

a) 國際化時代에 사는 法學徒는 자연히 相對國의 法律을 많이, 그것도 과학적·전문적으로 알고 있어야 한다. 70년대 中東景氣를 타고 건설업체가 中東에 진출하였는데도 아랍法律에 관한 法律書籍을 보지 못하였다(寡聞한 탓이었으면 좋겠다). 그러나 안가 본 中東의 法律을 알 수 있는 것이 比較法의 위력이다. 적어도 歐美의 法律雜誌들에는 아랍法律家들이 쓴 論文들이 들어 있기 때문이다. 이것은 아프리카 大陸의 경우도 사정은 마찬가지이다. 國際化時代에 능동적으로 대처하기 위해서는 적어도 韓國法學의 立場에서는 比較法專門家들 많이 양성하여야 하며 그들의 硏究가 國際舞臺에서 우리나라의 國益을 위하여 도움을 줄 수 있도록 먼저 先進外國의 法律文獻을 完備하여야 한다. 늦기전에.

b) 최근에는 政府도 法務部에 國際法務局을 설치한다든지 司法硏修院을 이수한 者들의 海外硏修를 大韓辯協에서 적극적으로 뒷받침하는 案이 세상에 나오기도 하는 등 國際化時代에 대처하고 있기는 하다. 그런데 海外硏修한 者들이 계속 外國法

45) 拙稿, 「韓國法學의 先決課題」, 1985, 7. 28. 法律所聞(1645호), 15면 참조.

을 연구하고 그 情報를 보급할 수 있는 제도적 장치가 併行되어야 함은 물론이다.

오늘날에 이르서도 外國의 法務資料를 個人能力에 의존하는 것은 止揚되어야 한다. 日本의 雜誌로서 國際商事法務, 海外法務, 比較法雜誌와 같은 것을 우리손으로 만들어 보급할 수 있어야 한다. 간혹 需要가 없다는 구실로 얼버무리는 경우가 많지만 需要의 創出이 바로 法務領域의 擴大·廣域化이다.

c) 日本書籍 및 歐美書籍取扱店을 가보면 많은 책이 들어 오고 있는 것을 알 수 있다. 즉 公共施設이 책을 사도 사고, 個人이 所藏用으로 購入해도 購入하기는 한다. 老敎授의 私宅에는 그 많은 장서가 꽉들어차 있는 것을 본다. 그러나 20代 30代의 世代들에게는 이 또한 쉬운 일이 아니다. 對外國換率이 엄청나게 올랐기 때문이다. 그래저래 複寫版이 돈다. 그런데 이 複寫版도 점점 어려워지게 되어 있다. 美國을 비롯하여 外國에서 이른바 著作權保護를 들고 나오고 있으니까.

우선 우리나라의 法律文獻의 獨占化를 어떻게 풀어갈 것인가. 젊은 世代가 指導敎授의 장서에 매달리는 風土는 어떻게 설명할 것인가. 指導敎授도 財政形便은 넉넉한 것이 아니고, 겨우겨우 수집한 資料이지만 대부분은 公共圖書館이 충분히 그 기능을 해냈으면 모으지 않아도 될 수 있는 資料도 많을 것이다. 설령 그 資料가 쌓이고 쌓여도 個人의 힘으로는 그 자료를 분석·검토하는 일은 불가능한 것이다. 各自가 그 몫을 나누어 일하고 그 몫을 한데 모으는 機能이 필요한 것이다. 그렇지 않고서는 國際化時代에 앞서 갈 수가 없지 아니한가. 이런 일을 누가할 것인가. 篤志家의 손을 떠난 것은 벌써 오랜 얘기이고 國家가 떠맡아야 한다. 그것도 늦기 전에…