

의를 위한

차원의 은 으로 가능한가?

A Tentative Framework Concerning the Cosmpolitain Concept of Commercial Law : Some Essay on the Basis of Legal Philosophy

저자 (Authors)	Ki-Young Kim
출처 (Source)	기업법연구 26(4) , 2012.12, 55-88(34 pages) BUSINESS LAW REVIEW 26(4) , 2012.12, 55-88(34 pages)
발행처 (Publisher)	한국기업법학회 Korea Business Law Association
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE02063263
APA Style	(2012). 의 를 위한 . 기업법연구, 26(4), 55-88
이용정보 (Accessed)	조선대학교 220.67.200.*** 2019/08/02 17:10 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

商事法の 動的的・發展的 理解를 위한 小考*

- 世界的 차원의 商事法 概念은 法哲學的으로 가능한가? -

金 起 暎**

〈 目 次 〉

I. 序 言	IV. 存在論的 懷疑： 세계적 법실증주의
II. 法實證主義의 政治的 性格과 國內 商事法	하에서 商事法은 존재하는가?
III. 世界的 性格의 법실증주의와 超國家的 商事法	V. 本 研究의 意義
	VI. 結 語

I. 序 言

법과대학의 여러 학문분과 중 중요한 비중을 차지하고 있는 것의 하나가 상법이다. 일반적으로 상법은 민사특별법의 하나로서 민법 다음의 비중을 갖는 과목으로 이해되고 가르쳐 지고 있다. 즉 전통적 공사법 구별론에 따를 때에 법률가에게 사법 영역은 공법 영역보다도 실무에 닥쳐 더욱 중요한 비중을 차지한다고 아니할 수 없으며, 따라서 법과대학 또는 법학전문대학원에서 민·상법이 차지하고 있는 비중이 높은 것은 놀라운 일이 아니다. 그런데 현실에 있어 민법에 비하여 상법은 민사특별법의 하나로 민법 원리의 연장선상에서 쉽게 인식되고 있다. 사법원리의 중핵은 민법을 통하여 습득되고 상법은 그러한 원리에 따라 상사관계에 적용되는 특별법에 불과하다는 인식이 지배적인 듯하다. 이러한 인식하에서는 상법을 형식적 의미의 상법전을 중심으로 조문에 따라 정리된 법원 판례를 습득하면 법률가로서 필요한 소양을 갖춘 것으로 볼 수 있을 것이다. 이러한

* 본 연구는 조선대학교 2011년도 교내학술지원금의 후원을 받아 수행되었음.

** 조선대학교 법과대학 교수

인식은 매우 기초적인 한편 실무적으로 유용할 수 있다. 그렇지만 경제와 문화의 世界化 내지 世方化 현실 속에서 한편 안이한 이해라고 보여지기도 한다. 여기서 필자는 상법의 개념에 관한 기존의 도식적 인식에 대한 비판적 이해를 위하여 그 개념의 새로운 정립을 시도하려 한다. 물론 이러한 새로운 개념 정립시도는 기존의 상법 개념을 불식시킨다는 차원의 것이 아니라 새로운 현실 속에서 발전적·동태적으로 상법의 개념을 이해하는 차원의 것이라 할 수 있다. 그렇지만 상법의 개념을 발전적·동태적으로 정립하기 위하여 필자는 기존의 법철학적 이론 체계를 넘지 않을 것이다.

II. 法實證主義의 政治的 性格과 國內 商事法

1. 序 說

전통적인 상사법 개념은 국가 주권을 전제로 하고 있는 바, 이는 법실증주의적 법관념에 연원한다고 본다. 그리고 법실증주의는 법의 가치(merits of law)보다는 법효력의 근원(source of law)을 중시하는 이론으로서, 근본규범을 상정하거나 주권의 절대성 이론과 연결되어 대체로 정치적 성격이 강한 법이론 체계라 할 수 있다.¹⁾ 법실증주의의 연원은 콩트의 실증주의 철학에 힘입어 독일·프랑스 등에서 융성한 바 있으며,²⁾ 판례법 국가인 영국에서는 오스틴과 그의 제자인 하트(Hart) 등에 의하여 이론체계가 정비되었다고 평가된다.³⁾ 물론 홉스와 벤담 등의 시대에 이미 법실증주의적 사고가 태동하였다고 보는 견해도 있는데, 그렇다면 이를 근·현대의 법실증주의(contemporary positivism)와 구별하여 고전적 법실증주의(ancestral positivism)라고 부를 수 있을 것이다.⁴⁾ 대륙법계의 개념법학과 법실증주의 이론은 우리에게 비교적 널리 알려져 있으

1) 민주정치와 법, 단순한 물리력, 합법적 권력과 권리, 의무에 관한 인식 등에 관하여 Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract* 48-49 (Roger D. Masters ed. Judith R. Masters trans. St. Martins Press 1978) 참조. 일반적으로 Republic in Plato, Complete Works (John M. Cooper ed. 1997).

2) 콩트 시대 유럽은 프랑스 대혁명의 여파로 시민세력의 각성을 위한 지적 태도가 중시되었고, 이러한 시대적 배경은 자료와 과학을 중시하는 실증주의 사고를 탄생시키게 된다. 시민그룹의 자각과 실증주의적 사고방식은 사회과학과 자연과학 거의 모든 분야에 영향을 미쳤는 바, 특히 콩트는 이념으로부터 국가체계의 분리를 논하함으로써 자연법의 절대성을 벗어나 법실증주의가 설 수 있는 땅을 제공하게 된다. Angèle Kremer-Marietti, *Auguste Comte et la théorie sociale du positivisme*, Seghers (1972); Auguste Comte, *la science sociale*, Gallimard, (1972); Jacques Muglioni, *Auguste Comte: un philosophe pour notre temps*, Kimé, Paris (1995).

3) John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1995)

므로, 본고에서는 영미 법실증주의자들의 이론에 따라 상사법의 통일적 개념에 대하여 생각해 본다. 물론 이는 법실증주의의 정치적 성격을 배경으로 국가법 내지 주권 중심적 법체계로서의 상사법개념이라고 할 수 있고, 우리의 법인식에 알게 모르게 뿌리 박혀 있는 개념이라고 할 수 있다.

2. 오스틴(J. Austin)의 法思想

오스틴의 법사상은 국가주권에 기반한 법실증주의라고 볼 수 있는 바, 그는 오직 국가만이 도덕적 정당성을 보지할 수 있고, 합법적으로 폭력을 독점할 수 있으며, 합법적으로 지시나 강제할 수 있는 주체이기 때문이다. 이러한 법사상은 우리의 일상적 경험에 부합하며, 시민은 법에 복종하는 것을 당연한 것으로 여기지만, 국가법 아닌 초국가법(non-state norms)에 대하여는 생경함과 거부감을 갖는 경향을 보인다. 오스틴의 법사상은 주권의 절대성과 우월한 자가 열등한 자를 다스리기 위한 통치체계를 구성하는 장치로서의 법관념, 법의 본질로서의 제재·위하를 중시한다는 점에서 고전적 법실증주의로 분류될 수 있는 홉즈의 생각과 유사하다. 그는 이러한 부류에 속하는 최후의 대표적 법실증주의자라고 할 수 있지만, 홉즈, 벤담, 오스틴 등이 법의 권위를 주권에 연원시켰음에 대하여 우리가 흔히 알고 있는 근·현대의 법실증주의자들은 법의 권위가 사회적 관행(social practice), 궁극적으로는 관습(custom)으로부터 도출될 수 있다고 보는 차이점이 있다.⁵⁾ 그러나 이러한 실증주의적 사고체계 하에서도 단순한 폭력(force), 지시나 강제(command)만으로는 법을 근거지을 수 없다고 본다. 이러한 법사상 내지 법정서는 우리의 일상에 부합하지만, 이를 초국가적 차원에서 보면, 초국가법을 제정하고 이용하는 기관들은 폭력이나 지시 등을 행할 수 있는 수단이 결여되어 있으며, 또한 국가와 달리 자신들의 규범을 강제할 수 있는 도덕적 정당성을 보지하고 있지 않다는 점에서 인식론적·존재론적으로 超國家的 商事法 개념에 대하여 회의적이라 할 수 있다.

3. 하트(Hart) 이론과 法制度의 本質

4) Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (H.L.A. Hart ed. 1970).

5) Jeremy Waldron, *Cosmopolitan Norms in Seyla Benhabib, Another Cosmopolitanism* 83 (2006). 법실증주의를 논함에 있어 영미 고전적 법실증주의자들은 국가주권 내지 권력적 요소를 보다 직접적으로 강조함에 대하여, 보다 일찍이 종교적·문화적 중심지였던 유럽 대륙의 근·현대 법실증주의자들은 근본규범론이랄지 사회적 관행이나 관습 등 문화적 요소를 상대적으로 중요시 하였다.

정치적 성격의 상사법 개념을 이해하기 위하여 법이 법이기 위하여 필요한 요소에 관하여 고찰해 본다. 해석법학적 관점에서 법제도의 본질을 규명한 학자 중 가장 정통하다고 할 수 있는 하트(Hart) 이론과 오직 국내법 제도만이 법제도라고 할 수 있다는 라즈(Raz)의 “독창적 조건 모형(unicqueness conditions)”을 간략히 볼 필요가 있다. 하트(Hart)는 법제도를 하나의 사회규칙으로 보고, 그 존재는 전적으로 인간의 사회적 관습에 의존하고 있으며, 사회 속에서 인간의 행위를 규율하는 것으로 보고 있다. 이러한 하트(Hart)의 견해는 오스틴 식의 “主權의 무조건적 正當性”을 넘어 영미철학의 기축 방법론인 분석철학(analytical philosophy)⁶⁾과 이에 기반한 해석법학적 방법론에 기초하여 합리적 정당성을 궁구하였다는 데에 의의가 있다. 하트(Hart)에게 있어 법제도는 제 1차적 규칙과 제 2차적 규칙으로 구성되는 바, 닐 맥코믹(Neil MacCormick)은 이를 의무체계를 이루는 제 1차적 규칙과, 재판, 변화, 인식에 관한 제 2차적 규칙으로 구성된 하나의 체계적 질서(systemic quality)라고 보았다.⁷⁾

주지하듯이 제 1차적 규칙은 인간의 행위에 직접 적용되는 규칙으로서, 형사범죄, 불법행위, 권리, 의무 등을 구체화하게 된다. 하트(Hart)에게 있어 제 2차적 규칙은 오스틴에게 있어 법의 연원인 주권과 상관성을 갖는 것으로, 하트(Hart)는 이를 근대 민주주의 통치과정과 그에 대한 해석적 관점에서 분해·고찰하여 재판, 변화, 인식 등 세가지 차원으로 구성하였다. 재판에 관한 제 2차적 규칙(rule of adjudication)은 대표적으로 법관과 같이 인간이 제 1차적 규칙에 위반하였는가를 심판할 수 있는 권한을 부여한다. 이러한 규칙은 집행에 관한 규칙을 포함한다. 변화에 관한 2차적 규칙(rule of change)은 입법자에게 입법권을 부여하는 규칙이다. 변화에 관한 2차적 규칙은 입법자 외에도, 낮은 질서를 구성하는 개인에게도 적용되는 바, 개인 간의 법률관계를 변화시키게 되며, 계약을 체결하거나, 신탁을 설정하는 행위 등을 가능하게 한다. 認識에 관한 規則(rule of recognition)은 하나의 법제도 안에서 다른 모든 규칙들의 유효성에 관한 표준을 제공한다. 이러한 규칙은, 예컨대 법관에게 “어떠한 법을 적용하여야 한다”는 등 관리나 시민에게 어떠한 법이 유효한 법인가를 지득케 함으로써 법제도가 존재하기 위하여 중요한 요소가 된다. 법제도는 현재 유효하여야 하는 바, 이는 법에 복종하는 시민들이 항상 제 1차적 규칙을 준수하여야 한다는 것을 의미한다.⁸⁾ 이는 제 2차적 규칙에

6) 분석철학은 버트란드 러셀(Bertrand Russell) 의하여 체계화된 이후, 법철학을 비롯하여 영미철학계의 지배적 접근방식이라 할 수 있다. B. Russell, *Our Knowledge of the External World as a Field for Scientific Method in Philosophy* (Chicago & London: Open Court Publishing 1914): *An Inquiry into Meaning and Truth* (New York: W. W. Norton & Company 1940) 등 참조.

7) 라즈 역시 체계적 질서에 관하여 언급하고 있다. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* 127 (1990).

근거하므로 절대적인 것이고, 왜 그 규칙에 복종하여야 하는가는 문제되지 않는다. 한편 하트(Hart)는 주권⁹⁾ 내지 제 2차적 영역에 동태적 여지를 남겨두기 위하여 인식요소를 도입하였다. 그의 인식에 관한 규칙에 이르면 관리들은 내적 인식작용을 통하여 당해 규범이 구속력을 가지며, 다른 관리들이 당해 규범의 구속력을 부인하면, 그에 대한 비판적 인식을 가함으로써 법의 정당성을 근거지우기 위하여 인적 동태성이라는 여지를 남겨 두고 있다. 이는 위헌법률심사의 중요성이나 대법원 구성의 진보·보수성을 논하는 우리의 현실과 부합하는 면이 있다.

하트(Hart)의 법제도 본질에 관한 강학은 근·현대의 인식론적·존재론적 관점에서 법개념 내지 법제도에 관한 근원적 이해를 주고 있지만, 그는 단순히 법제도는 그가 주장한 여러 요소로 구성된 제도화된 규범체계라고 기술적으로 설명하고 있는데 불과하다. 이에 비하여 라즈(Raz)는 하트(Hart)의 이원적 체계를 제 1차적 규칙과 사회규칙의 총화로 보고, 법제도에 독특한 전제조건에 관하여 논급하고 있다.

4. 라즈 (Raz)의 法制度에 관한 성찰

라즈(Raz) 이론의 특징은 다른 법실증주의자와 달리 매우 보수적 입장을 취하고 있다는 점과, 기존관념에 구애되지 않고 국내 법제도의 여러 특징에 관하여 논하고 있다는 점이다. 그는 1975년 현대법의 검토(the Modern Law Review), 1983년 법의 권위(the Authority of Law), 1990년 실증적 이성과 규범(Practical Reason and Norms) 등을 저술하면서, 법제도가 법제도이기 위하여 가져야 되는 독창적 조건을 역설하고 있다. 라즈(Raz)는 법제도의 중요한 세 가지 성격으로 포괄성, 최고성, 공개성을 갖는다고 보았는 바,¹⁰⁾ 이를 분설해 보면 다음과 같다.

첫째, 법제도는 包括的 성격을 갖는 바, 자신의 관할권 영역에서 모든 인간 행위를 규율하려는 특징을 가지고 있다. 라즈(Raz)에 의하면 국가 밖에서 볼 수 있는 법질서는 이러한 특징을 보이고 있지 않다. 둘째, 법제도는 最高性을 고집하게 되는 데, 다른 제

8) 인간은 기본적으로 정치적 동물이라고 할 수 있으므로, 정치적 성격의 법실증주의는 인간에 대한 고전적 설명과 매우 부합한다. Chris Danta & Dimitris Vardoulakis, Special Issue of Substance: *The Political Animal*, Issue 117, 37: 3 (Madison: University of Wisconsin Press, 2008) 참조.

9) 하트(Hart)의 법철학은 일정한 통치영역을 전제로 한 주권 단위로서의 국가에 집중되고 있다는 점을 부인할 수 없다. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 1961); McCormick, *H.L.A. Hart*, 33 (Stanford: Stanford University Press 2007).

10) Raz, op. cit. 153-156.

도화된 법질서까지도 복종시키려 하는 경향을 보인다. 이러한 최고성에도 불구하고, 상호 양립이 가능한 경우에는 하나의 공동체 안에서 둘 또는 그 이상의 법제도가 존재할 수 있다. 셋째, 법제도는 公開性을 갖는 바, 공개성에 의하여 다른 법제도로부터 자신의 법제도에 권위를 부여하기 위한 규범들을 수입할 수 있다. 따라서 법제도는 국가 아닌 다른 유형의 사회적 그룹화를 지지할 수 있는 바, 개인 내지 단체들 간의 계약, 합의사항, 규칙, 관습 등을 지지하고 집행하거나, 자국의 섭외사법 규정에 따라 다른 나라의 사법을 적용하기도 한다. 국가를 중심으로 한 라즈(Raz)의 법제도는 사회질서는 물론이고 시민이 복종하여야 할 제도화된 법질서 중 가장 중요한 것이 된다.

그의 법제도 이론 중 상사법의 이해와 관련하여 중요한 의미를 갖는 것이 “채택(adoption)”을 본질적 요소로 하는 포섭이론이다. 그에 의하면 법제도가 채택을 하는 경우로 두가지 유형이 존재하는데, 그 하나는 섭외사법에 따라 다른 나라의 법을 선택 적용하는 경우와 같이 하나의 법제도가 다른 규범체계의 법을 채택하는 것이고, 다른 하나는 법제도의 權利附與體系(power-conferring rules)에 근거하여 사인간의 합의에 따라 형성된 규범을 인정하는 것이다.¹¹⁾ 전자는 규범간 채택이 일어나는 경우라 할 수 있고, 후자는 사인간 계약, 회사의 규제 등에 있어 사회규범이 아닌 사인간의 법률행위에 일정한 규범력을 부여하는 경우에 발생한다고 이해할 수 있다. 그러나 라즈(Raz)의 국가중심적 법이해에 따르면 이때에 적용되는 “외국의 私法條項”이나 “사인간의 계약”은 실제적으로 규범으로 기능하지만 “섭외사법”이나 “계약상 분규에 관한 법원의 판결”과 달리 여전히 법규범이 아니다. 또한 일국의 법관이나 입법자는 합리적 체계를 가지고 문명국의 법체계에 위배되지 않으면서 체계적이고 제도화된 방법으로 규범을 적용하지만, 오스틴식의 주권적 법사상과 같이 규범을 적용하는 기관의 인식과 판단이 정당한가는 문제되지 않으며, 원리적으로 도덕적 정당성을 갖는 것으로 전제된다. 그들은 당연히 시민사회의 가치인 자유와 평등을 지지하고 사인의 자율영역에 권리를 부여하는 법제도하에서 법적 분규를 처리한다. 그들은 문명국 법제도의 중요한 부분을 구성하고, 그들의 법제도는 불량국가로 낙인찍혀 정치적 실력으로 존재가 부인되지 않는 한 세계질서 하에서 하나의 법제도로 일반적으로 정당성을 인정받고 있다. 그의 국가중심적 사고는 중재에 관한 이해에서도 발견된다. 라즈(Raz)는 당사자간의 중재합의는 중재를 가능케 하는 근거가 되는데, 이는 새로운 규범적용기관을 창설하는 것이 아니다. 즉 단순히 권리부여체계에 따른 사회적 그룹화에 불과하고, 중재판정부는 단지 권리부여체계에 따라 권한을 행사할 뿐 제 1차적 규칙 적용기관이 아니라고 본다.¹²⁾

11) Id. at 153.

12) Id. at 136.

5. 정치적 성격의 상사법

정치적 성격을 중시하는 법실증주의 관점에서 상사법의 개념을 규정하는 것은 어려운 일이 아니다. 상사법의 정치적 성격을 강조하게 되면, 상사법은 국내 법제도하에서 상사에 관한 일련의 국가법이라고 정의할 수 있다. 우리는 상사법에 관하여도 제 1차적 규칙에 연관된 제 2차적 규칙들을 확인할 수 있다. 하트(Hart)나 라즈(Raz) 등이 말한 제 2차적 규칙은 세계화와 다원화된 법이 지배하는 사회에서 인식론적·존재론적으로 유용한 도구가 된다. 국내 법제도의 경우 법효력을 부여하는 인식에 관한 제 2차적 규칙은 국내 입법의 경우에 두드러질 것인 바, 나라마다 보통 입법부의 의결과 집행부 수반의 서명 등을 내용으로 한다. 선례구속성의 원칙에 기반하고 있는 판례법 국가의 경우에 이러한 인식규범은 법원이 선례를 생산하고 선례를 인용하는 등의 절차에 관한 규칙 등을 그 내용으로 한다. 한편 국제협약 등의 경우에 있어 인식규범은 대체로 헌법을 포함하여 정부가 조약을 체결하거나 가입함에 있어 따라야 할 국내법 규범 등이 될 것이다. 정부의 조약체결이나 가입이 있게 되면 당해 조약은 국내법으로 轉化한다. 다만 미국 등 자기집행조약과 비자기집행조약을 구별하는 나라의 경우에는 조약이 하트(Hart)가 말한 제 1차적 규범이 되기 위해서는(즉 法院에서 法으로 주장되기 위해서는) 그것이 자기집행조약이거나 국내입법절차를 거쳐야 할 것이다. 물론 비자기집행조약의 경우에도 시민 아닌 국가는 당해 조약에 구속된다. 조약의 비준이나 가입 절차는 국가마다 조금씩 다르지만 대체로 전권위임대사의 조약문 작성 합의 국가원수 또는 집행부 수장의 서면 비준 및 국회의 동의를 요하는 것이 보통이다. 정치적 성격을 강조하는 법실증주의하에서 국가를 초월하여 국제협약의 법적 유효성을 인정하는 인식규범은 존재하지 않는다. 일부 국제법학자는 “계약(조약)은 준수되어야 한다”와 같은 인식에 관한 관습법적 규범을 주장하지만, 그러한 인식규범이 인정된다 하여도 이는 국가만을 기속할 뿐, 시민을 기속하지는 못한다.

5.1 國家中心的 思考의 한계

5.1.1. 하트(Hart)와 라즈(Raz) 이론의 검토

법실증주의에 따른 국가중심적 사고의 한계는 하트(Hart)가 그의 저서 법의 개념(The Concept of Law) 제 10장에서 주장한 바와 같이 “국제협약은 당사국만을 구속하는 법”이라는 사실에서도 확인되고 있다.¹³⁾ 법에 대한 국가중심적 사고의 한계는 모

13) Hart, *The Concept of Law*, 153 (2nd. ed. 1997).

범법 영역에서도 확인된다. UNCITRAL 모범법이나 주정부가 승인하지 않는 UCC 등은 특정 영역에서 단순히 이론적으로 우수한 법일 뿐, 개인의 행위를 규제하지 못한다. 모범법의 규범으로서의 인정은 국내법에 근거하는 인식규범에 따라 당해 모범법을 법으로 승인하는 경우에 한한다.

상사법을 국가중심적으로 이해하게 되면 어떠한 한계가 있는가를 간략히 본다. 먼저 라즈(Raz)의 권리부여체계 가설에 따르면, 법은 국가에 의하여 승인된 여러 규범들의 집합이 제 1차적 규칙의 중요한 부분을 구성한다고 본다. 따라서 상사법의 경우 상인법(*lex mercatoria*)은 국가법이 아니며, 다만 사인간의 계약조항에 지나지 않는다. 포섭만으로는 초국가법을 국가법으로 전환시키지 못하며, 다만 국가권력을 바탕으로 사인간에 권리를 부여할 뿐이고, 결코 인식규범(*rule of recognition*) 하에서의 인식에 해당하지 않는다. 라즈(Raz)에 있어 “포섭(*incorporation*)”은 채택과 유사한 개념으로서, 최고성을 가지는 한편 공개성을 갖는 국가 법제도하에서 다른 열등한 지위에 있는 사회적 그룹에 대한 그룹화 작용에 불과하다. 즉 자신의 국가 영역 내에서 일정한 종교를 인정하듯이 상인그룹을 지지하는 것에 불과하다.

구체적으로 보면 시민들은 권리부여체계에 따라 법은 아니지만 초국가적 규범에 따라 유효한 법률관계를 맺게 되는데, 이는 제 2차적 규칙 중 변화에 관한 규범(*rule of change*)으로서의 성격을 가지며, 인식규범은 아니다. 따라서 시민들은 자율적으로 의무를 부담하고 자신들의 운명을 자유롭게 형성·변화시키지만 자신들의 운명을 결정하는 초국가법(*non-state norms*)은 법실증주의자들에 있어 법은 아니다.¹⁴⁾ 이러한 변화에 관한 대표적 규범으로 계약체결에 관한 규범, 신탁설정규범, 물권변동 등에 관한 규범 등을 들 수 있으며, 이에 관한 초국가법은 법이 아니고, 기껏해야 국내법상 채무불이행 규범체계로부터의 일탈을 허용하는 정도에 그친다.

국가가 권리부여체계에 관한 규범을 가지고 있는 것은 자신의 시민들이 일정한 법률 행위를 함에 있어 이를 지지함으로써 국가이익을 증진시킬 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 권리부여체계는 한계를 가지는데, 국가가 “공공정책(*public policy*)” 내지 “공적 질서(*public order*)”를 주장하는 경우가 그러하다. 즉 국가 법제도는 공개성외에도 최고성, 포괄성 등의 성격을 가지는 바, 국가는 자국의 공적 질서에 반한다는 이유로 “사회적 그룹화(*social grouping*)”에 대하여 부권적으로 관여하고, 공적 질서를 대변하는 법조항에 위반하는 경우 그러한 행위나 준거규범 등을 인정하지 않게 된다. 즉 사회적 그룹화를 거부하고, 국가이익을 우선하게 되며, 사회적 그룹화로 인하여 국가이익에 해가 된다면, 이를 인정하지 않는 것이다.¹⁵⁾

14) 초국가법에 관하여, 김기영, 초국가법(Non-state Norms)을 통한 사법의 국제적 통일에 관한 소고-대륙법과 영미법이라는 법제적 시각을 중심으로, 인권과 정의 (2007/8) 78-90면 참조.

5.1.2. 商事法の 몇 가지 문제와 法實證主義

법의 정치적 성격을 강조하는 법실증주의에 따르면, 다른 나라의 법은 상인법(*lex mercatoria*)과 유사한 취급을 받지만, 섭외사법에 의하여 선택된 다른 나라의 법은 그렇지 아니다. 즉 상사관계를 형성하는 당사자가 권리부여체계에 관한 규범에 따라 스스로 상인법이나 다른 나라의 법을 준거법으로 합의한 경우와는 성격을 달리하는 것이다. 따라서 정치적 성격을 강조하는 법실증주의에 있어 섭외사법은 매우 중요한 법이 된다.¹⁶⁾ 섭외사법적 접근방식이 국가중심적이고 법실증주의에 부합하는 것은 섭외사법은 국가법의 최고성과 포괄성을 그 출발점으로 하고 있기 때문이다.¹⁷⁾ 섭외사법의 논리에 따르면, 모든 법적 공백은 국가법에 의하여 보충되어야 한다. 권리부여체계에 따르거나 섭외사법에 근거를 두지 않는 계약이나 상사적 법률관계는 존재할 수 없다. 그런데 이러한 입장은 국가법의 최고성과 포괄성을 초월하여 다른 차원의 최고성과 포괄성을 인정하는 세계적 성격의 법실증주의와는 상충한다. 국경을 초월하여 적용되는 초국가법규범을 인정하는 접근방식은 전통적인 섭외사법 법률가들에게는 근원적 모순으로 비춰지게 된다.

5.1.3. 法適用機關과 法制度

정치적 성격을 강조하는 법실증주의하에서 법적용기관은 라즈(Raz)의 표현을 빌리면, 급격하게 법제도를 변화시키게 되는 바,¹⁸⁾ 따라서 라즈(Raz)는 하트(Hart)의 재판에 관한 규범은 특별한 의미를 갖는 것으로 본다. 즉 법실증주의하에서 법에 종속하는 시민들의 행위를 권위적으로 평가할 수 있는 기관이 존재하지 않는 한 논리적으로 법질서는 존재할 수 없으며, 이때에 법원은 다른 어떠한 분쟁해결절차보다 중요한 의미를 갖는다. 이는 당연한 논리적 귀결이며 법원절차는 중재와 같은 대체적 분쟁해결절차는 엄격히 구분된다. 정치적 법실증주의하에서 중재판정부는 한 국가 영역을 배경으로 중재를 행하고, 중재지국의 중재법에 복종하는 것을 본질로 한다. 분쟁당사자들은 중재판정의 집행

15) Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 96-98 (2004).

16) Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* 40 (1999); Ralf Michaels, *The Restatement of Non-state Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, 51 Wayne, L. Rev. 1209 (2005).

17) 20세기 이후 미국에 있어 섭외사법의 발전과 그 주요내용에 관하여 Charles R. Calleros, *Toward Harmonization and Certainty in Choice of Law Rules for International Contracts: Should the US Adopt the Equivalent of Rome* 28 Wis. Int'l L.J. 664-680.

18) Raz, *op. cit.* 142.

을 위하여 중재지 법원의 협력을 구해야 하며, 중재에 관한 중재지국의 국가정책을 적용해줄 것을 요청하기도 한다. 이를 중재절차나 관정에 관한 중재지 법원의 감독이라고 부르며, 중재에 관한 국가의 감독은 보편적 현상이고, 정치적 법실증주의 하에서는 필요불가결한 것이다. 국제중재를 중재지국 국가법으로부터 이탈시켜, 脫 地域化를 하려는 생각은 불가능하며, 당사자가 국가법을 배제하는 합의를 하더라도 그러한 합의는 효력을 갖지 못한다. 중재판정의 배상 문제를 중재지국 실체법으로부터 분리할 수도 없다. 요컨대 국가법이 존재하지 않는 한 당사자 사이에 계약이 존재할 수도 없고, 중재합의도 존재할 수 없다. 중재판정부가 배상을 명함에 있어서는 당사자가 준거법으로 정한 법이나 섭외사법의 규정에 따라 선택된 국가의 법을 적용하여야 한다. 중재판정부가 배상을 명하게 되면, 137개국이 가입하고 1957년 체결된 중재판정의승인및집행에관한 뉴욕협약에 따라 어느 나라에서나 쉽게 중재판정을 집행할 수 있다.¹⁹⁾ 동 협약 제 5조에 따르면 집행지국 국가의 공서양속에 반하는 경우에 당해 국가의 법원은 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있는 바, 정치적 성격의 법실증주의 하에서 동 조항은 국가의 공적 이익이 사인간의 사적 이익에 우선한다는 것을 확인하는 대표적 조항으로 이해된다. 동 조항은 물론 최고성을 보지하는 국가들의 합의에 기반하고 있다. 따라서 뉴욕협약은 법실증주의자들의 사고체계와 일치하게 되지만, 이들은 결국 중재절차에 우선하여 국가의 최고성만을 강조·확인하게 된다.

III. 世界的 性格의 법실증주의와 超國家的 商事法

1. 世界的 性格의 법실증주의와 5 요소론

세계적 성격의 법실증주의 모형에 따르면, 정치적 성격의 법실증주의는 많은 한계를 가지며, 법제도에 대한 불완전하고 부정확한 설명을 결과하는 오류를 범한다고 한다. 즉 법실증주의는 초국가법 제도를 통합적으로 설명하고 통일된 개념을 제시하려 하지만, 기존의 국내 법제도라는 특수성에 기초하여 법의 효력을 논하고 있다. 즉 국가에 기반을 두지 않는 초국가법이 존재한다고 보았을 때, 정치적 법실증주의는 한계를 가질 수밖에 없다. 특히 상사법 영역에서 그러한 한계가 두드러지는 것이다.

정치적 법실증주의나 세계적 법실증주의는 “법효력의 근원(source of law)”을 단순한 힘이나 지시 또는 강제에 두지 않고 있다는 점에서는 공통된다. 또한 초창기 법실증주의

19) United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10 (1958).

자들과 같이 국가는 도덕적으로 정당하다는 “絕對的 善”을 강조하지도 않는다. 양 이론 모두 법제도는 본질적으로 사회적 관습, 즉 Waldron의 말을 빌리면 “관행 유사한 사회적 관습(custom like practices)”으로부터 기원한다고 보고 있다.²⁰⁾ 따라서 양이론은 모두 집행부, 국회, 법원 등 제 2차적 규칙에 따라 규범을 사용하는 자들이 법을 법으로서 받아들이는 것과 이를 근거지우는 인식규범이 중요한 의미를 갖는다.

법제도가 존재하기 위하여 국가의 존재를 절대적인 것으로 볼 필요가 없다는 세계적 법실증주의는 법제도가 존재하기 위하여 다음 5가지 요소가 필요하다고 한다. (1) 법제도를 구성하는 자들이 법제도 내의 규범을 유효하고, 구속적이며, 권위적인 것이라고 받아들일 것, (2) 문제의 법제도가 규범의 지배과정에서 “體系性과 品格性(systemic quality)”을 가짐으로써, 법제도가 창출하려는 법질서가 법제도 내의 구성원들에게 “合理性과 全體性(intelligible and comprehensible)”을 갖는 것으로 비춰질 것 (3) 제 2차적 규칙과 제 2차적 규칙을 사용하는 관리들이 존재할 것. 다만 이러한 관리들은 다른 나라의 관리일 수도 있고, 국제기구나 학술단체와 같이 국가 아닌 실체의 종사자일 수도 있다 (4) 제 2차적 규칙을 사용하는 관리들 사이에 하나의 법제도를 창출한다는 인식하에 공식적으로 상호 책임관계와 공동의 협력관계가 존재할 것 (5) 물권, 계약, 분쟁해결절차 등 법제도가 다루는 문제에 관하여 공통의 제 1차적 규칙이 존재할 것 등이다.

2. 5가지 요소론의 구체적 내용

구성원들에 의한 “規範의 受容”이라는 첫 번째 요소는 정치적 성격의 법실증주의하에서는 그리 중요하지 않다. 정치적 성격의 법실증주의는 규범을 공통적으로 사용하는 공동체내의 시민들이 제 1차적 규칙에 복종하는 이유를 중시하지 않는다. 시민이 규범에 복종하는 이유는 만 가지가 될 수 있는 것이다. “법제도는 전적으로 국가를 전제로 존재한다”라는 법제도 개념을 이해함에 있어 중요한 것은 유효한 법을 창출하는 관리들의 내적인 사려작용이다. 비록 하트(Hart)나 다른 법실증주의자들이 “법을 습관적으로 준수하는 것은 양과 같이 슬픈 일(sheeplike)”이라고 하였지만,²¹⁾ 어쨌든 정치적 법실증주의는 시민이 법에 복종하는 이유는 중시하고 있지 않는 것이다. 정치적 성격의 법실증주의에 대한 인식론적 차원의 문제는 규범수용자보다는 법제도내의 유효한 법을 창출하는 “규범 창출자(norm givers)”에 있어 더욱 중요한 의미를 갖는다는 것이다. 그것은 많은 경우에 법이 규범수용자로부터 정치적·지리적으로 단절되어 우연히 자발적으로 주어지기 때문이다.

20) Waldron, op. cit., 93.

21) Hart, *The Concept of Law* 117 (2nd. ed. 1997).

그러나 규범공동체가 국가가 아닌 경우에는 규범사용자의 믿음이나 태도가 매우 중요하다. 국가와 달리 정치적 경계선을 갖지 않는 공동체의 경우에는 공동체 구성원 자격은 자신의 운명을 선택할 자유가 주어진다든 전제에서 자의에 따라 의도적으로 주어진다. 예컨대 신용장통일규칙이 은행을 구속하는 이유는 은행그룹이 그러한 통일규칙을 법으로 받아들이기 때문이다. 이때에 은행은 신용장통일규칙을 자신을 구속하는 제 1차적 규칙으로 받아들임에 있어 “內的인 熟慮過程”을 거치게 된다. 또한 제 2차적 규칙과 관련하여서도 내적인 숙려과정을 거치게 되는 것이다. 즉 국제상업회의소 은행기술실무위원회 구성원만이 아닌 그 밖의 은행들도 제 2차적 규칙에 관하여 내적 숙려과정을 거치게 된다. 요컨대 국가공동체 아닌 규범공동체의 경우에는 규범창출자는 물론 규범수용자도, 또한 제 1차적 규칙인가 제 2차적 규칙인가에 상관없이 모두 내적인 숙려과정을 거치게 된다. 따라서 효력이 있는 규범인가의 문제는 국내법제도와 달리 매우 예민한 문제가 된다.²²⁾

이러한 현상의 원인은 무엇인가? 그것은 “役割 또는 正體(role or identity)”의 문제와 관련이 깊다. 예컨대 어떤 개인이 상인의 지위나 역할을 선택하였다면, 상인그룹에 적용되는 상인법이 그에게 적용되는 것은 당연하다. 상인이 이러한 상인법에 따르지 않게 되면 어떻게 될까? 물론 규범을 따르지 않는 것은 규범에 대한 위반이 되므로 그는 채무불이행법에 따라 제재를 받게 될 것이다. 한편 자신을 그러한 규범영역 밖에 두는 것은 동일 그룹의 사람들로부터 심각한 부정적 인식을 갖게 한다. 신용장거래에 있어 확인은행이 개설은행에게 “자신은 신용장통일규칙을 따르지 않겠다”라고 하는 것은 모든 은행이 따를 것으로 예정되어 있는 구속력 있고 권위 있는 규범을 위반한 것이고 단순한 채무불이행의 문제보다 심각한 불이익을 감수해야 한다.

두 번째 요소인 “규범의 기능과정에서의 체계성과 전체성”은 규범창출자와 규범수용자에게 법제도의 정체를 알 수 있게 한다. 하트(Hart)는 이러한 체계성과 전체성은 제 1차적 규칙과 제 2차적 규칙의 유기적 상호작용으로부터 연원한다고 보았다. 규범창출자는 제 2차적 규칙을 통하여 규범수용자에게 적용되어야 하는 유효한 법을 창출한다. 변화에 관한 2차적 규칙도 이와 유사하게 기능한다. 또한 재판에 관한 2차적 규칙은 법 적용기관이 법제도 구성원들 간의 분쟁을 해결함에 있어 적용될 제 1차적 규칙을 적용할 수 있는 권위를 부여한다. 국가와 같이 가장 전형적인 법제도하에서는 제 2차적 규칙과 제 1차적 규칙이 원활하게 상호 작용하여 구성원들이 자신이 속한 법제도를 쉽게 알 수 있으며, 자신이 속한 법제도에 관한 일정한 신념과 태도를 형성하게 된다. 국가외의 다른 그룹들도 이러한 체계성과 전체성을 가질 수 있지만, 중요한 것은 그룹화가 아니라

22) Raj Bahla, *Applying Equilibrium Theory and the Ficas Model: A Case Study of Capital Adequacy and Currency Trading*, 41 St. Louis L. J. 203-204.

그러한 그룹들이 일정한 질서를 위한 규범기능체계를 가지고 있는가 하는 점이다. 이러한 체계성과 전체성을 가질 때만이 그러한 질서는 법제도가 될 수 있는 것이고, 우리는 일정한 법질서의 존재를 인식하고 그 정체를 인정하게 된다. 이러한 체계성과 전체성이 존재하지 않는 한, 우리는 무수한 규범이 존재하여도 그것을 법질서라고 보지 않으며, 일정한 규범들을 어떠한 하나의 법질서로 묶어 놓기 위해서는 규범수용자들에게 의미를 갖는 중요한 영역을 규율하는 완전한 질서가 존재하고 있다는 납득(reason)이 필요한 것이다.

세 번째 요소로서 국경을 초월하여 다른 국가 내지 초국가적 실체 속에 일정한 제 2차적 규칙이 존재하고, 제 2차적 규칙을 이용하여 법을 창출하는 엘리트들이 필요하다. 이러한 배분적 환경이 존재할 수 있는 가장 중요한 동인은 컴퓨터 과학의 발달이라고 할 수 있는 바, 컴퓨터의 대량 보급은 이러한 환경을 가능케 한다. 인터넷은 이러한 배분적 환경의 가장 대표적인 예인 바, 인터넷 공동체하에서는 누구도(심지어 국제도메인 관리기구: ICAAN)까지도 인터넷 전체를 지배할 수 있는 최고성과 전체성을 주장할 수 없게 된다.²³⁾ 인터넷 공동체는 국가와 같이 지배와 복종이라는 권위체계와는 다르며, 인터넷 운용자에 의하여 범세계적으로 정부간 또는 사적 단체간 조화로운 협력체계를 통하여 지배된다. 인터넷의 지배에 있어서도 국가가 많은 역할을 하지만, 국가 아닌 실체들이 많이 관여하는 것이 사실이다. 물론 인터넷 운용체계가 직접적으로 세계적 법실증주의나 초국가적 상사법체계와 비교되는 것은 아니지만, 그것이 여러나라의 정부나 다른 일정한 권위체계, 제도간 상호작용을 통하여 일정한 행위영역에 관하여 분권화된 방법으로 기능한다는 점에서 유사한 점이 있다.

세계적 법실증주의하에서는 認識, 變化, 裁判에 관한 제 2차적 규칙이 배분적인 규범영역에서 다양하게 존재한다는 특징을 갖는다. 물론 정치적 법실증주의하에서도 다른 내용의 제 1차적 규칙, 다른 범주의 규범 또는 헌법, 법원칙, 제정법, 보통법 등 다른 형식의 규범 등이 존재함으로 인하여 인식에 관한 제 2차적 규칙이 다양할 수 있다. 예컨대 지방의 조례는 헌법원칙과는 다른 인식에 관한 규칙으로부터 창출되는 제 1차적 규칙이다. 매튜 아들러(Matthew Adler)는 “미국 헌법공동체라는 독특한 시민그룹이 존재한다”고 하면서, 이는 미국 법제도에 독특한 인식에 관한 제 2차적 규칙에 근거하고 있다고 보았다.²⁴⁾ 그의 설명은 “법관은 여러 차원의 인식규칙에 따라 제 1차적 규칙을 확

23) 일반적으로 Paul Schiff Berman, *Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era*, 153 U. Pa. L. Rev 1819 (2005) 참조.

24) Matthew Adler & Kenneth Einer Himma, *The Rule of Recognition and the American Constitution*, 746 (Oxford: New York: Oxford University Press 2009).

인하고 재판한다”는 라즈 (Raz)의 설명과 부합한다. 하지만 이러한 다양한 유형의 인식 규칙의 존재에도 불구하고, 정치적 법실증주의하에서는 그것이 결국 국내 법제도하에서 기능한다는 한계를 갖는다.

네 번째 요소로는 제 2차적 규칙을 사용하는 엘리트들이 하나의 “共通된 公的 機關 (shared agency)”으로서 역할한다는 것인데 이는 법을 “계획(planning)”이라는 관점에서 이해하는 것이다. 해석법학의 새로운 조류로 스콧 샤피로(Scott Shapiro)의 “대량의 공통된 공적기관 (massively shared agency)”이라는 관점에서 법을 이해하는 경향을 들 수 있다.²⁵⁾ 이에 관하여 자세하게 논할 수 없지만, 초국가적 상사법의 새로운 개념정립을 위하여 필요한 한도에서 계획과 의도(plans and intentions)에 관한 철학적 측면을 살펴보기로 한다. 이에 관하여는 마이클 브랫만(Michael Bratman)의 권위를 빌릴 필요가 있다.²⁶⁾ 브랫만에 의하면 공통된 공적 기관은 두 가지의 특징을 갖는데, “공동으로 의도적인 행위를 할 것”과 “공동으로 협력한다”는 특징을 갖는다. 공동으로 의도적 행위를 하기 위하여는 상호 책임관계가 형성되어야 하는 바, “共同的 協力關係 (shared cooperative agency)”하에서 각 참여기관은 다른 참여기관의 의도나 행위에 관하여 일정하게 반응하여야 하고, 다른 참여기관은 또한 역으로 일정한 반응을 하여야 한다, 각 참여기관은 다른 자의 입장에서 자신의 행위를 조절하여야 하고, 다른 자도 역시 그와 같은 조절작용을 하게 된다. 공동의 협력관계 하에서 각 참여기관은 이유야 어떻든지 간에 공동의 행위를 하기 위하여 성실하게 목적의식을 가지고 있어야 하며, 그들의 상호작용은 이러한 목적을 위한 것이다.²⁷⁾

물론 정치적 법실증주의자들은 이러한 공통된 공적기관 현상은 그들이 주장하는 “法的

25) Scott J. Shapiro, *Legal Practice and Massively Shared Agency*, available at www.law.yale.edu/yclp/papers/shapiro-paper.doc (last visited October 12, 2008).

26) 먼저 당신과 내가 법학을 공부하는 학생이라고 가정하고, 다른 2명의 학생들과 스터디그룹을 만들어 회사법의 개요에 관한 보고서를 작성하기로 했다고 하자. 이때에 생산된 보고서는 우리가 작성한 보고서라고 표현하는 것이 정확할 것이다. 생산된 보고서는 4명이 개별적으로 작성하고 이를 단순히 합한 것이 아니며, 우리가 공동으로 작성한 것이다. 우리는 공동으로 보고서를 작성하기로 사전에 계획하고 의도하였으므로 그것은 개별적으로 작성된 문서의 단순한 총화가 아니다. 4명의 학생이 우연히 부산 출신이어서 추석을 맞이하여 부산으로 돌아가는 경우, 개별적으로 비행기를 예약하고 귀향하는 것과는 다르다.

27) 우리의 사례에서 4명의 학생은 공동의 과제를 이사의 성실의무, 내부자거래 등 회사법상의 세목에 따라 분담할 것이지만, 그 과정에서 상호 의견을 교환하고, 회사법 보고서라는 궁극적 목적을 위하여 공동의 목적의식을 가지고 행동할 것이다. 그런데 브랫만의 설명에 의하면 공동의 공적기관에는 보다 강한 협력관계를 띠는 경우가 있는 바, 그러한 경우에는 공동의 행위를 함에 있어 다른 자가 도움을 요청하는 경우 그러한 도움을 제공하는 등 보다 긴밀한 협력 유대관계가 있게 된다. 이러한 현상을 설명하기 위하여 브랫만은 게임이론의 고전인 토마스 셸링(Thomas Schelling)의 “*The Strategy of Conflict*(1960)” 제 4장을 인용하고 있다.

慣行(legal practices)”에 포함된다고 항변할 수 있을 것이다. 그러나 그들의 주장은 국내 법제도를 전제로 한다는 점에서 초국가적 상사법 질서를 설명하는 데는 부적절하고, 우리는 초국가적 상사법을 생산하고 이를 적용하는 엘리트 그룹에 논의의 초점을 맞추어 필요가 있다.

마지막으로 제 1차적 규칙이 물론, 계약법, 분쟁해결절차 등 법제도들이 공통적으로 다룰 수 있는 쟁점들을 다루어야 한다고 하였는데, 이는 특정 법제도가 다른 규범질서 체계의 제 2차적 규칙들과 다른 제 2차적 규칙을 갖게 된다는 점을 설명하는데 있어 중요한 전제가 된다. 아직 이러한 문제를 논한 자는 없어 보이는데, 예컨대 맥코믹(MacCormick)같은 자도 단순히 오직 국내법제도만이 제도화된 법질서를 제공할 수 있을 뿐이라고 한다.²⁸⁾ 그러나 제 2차적 규칙이 법제도 안에서만 존재한다는 우리의 피상적 인식은 타당하지 않다. 규범을 생성하고, 적용하며, 이를 집행하는 것은 우리의 일상 생활 규범 속에서 흔히 발견할 수 있으며, 필연적으로 법규범 체계만의 현상이 아니다. 교회, 대학, 스포츠단체, 기업사회, 시민 클럽 등은 모두 인식, 변화, 재판에 관한 제 2차적 규칙들에 기반하여 운용되고 있다고 볼 수 있다.²⁹⁾ 우리가 특정 영역을 지배하는 이성체계에 관하여 특별히 문제를 제기하지 않듯이, 법은 특별히 이러한 영역에 관여하지 않는다. 우리는 이러한 현실 속에서 세계적 법실증주의의 타당 영역을 발견할 수 있으며, 특정 그룹에 적용되는 일정한 규범체계가 제 1차적 규칙과 제 2차적 규칙의 원활한 상호작용 속에서 체계성과 전체성을 가지고 운용된다면, 국가의 존재 없이도 법제도가 존재할 수 있다는 결론에 이르게 된다. 이러한 법제도는 제 1차적 규칙과 제 2차적 규칙이 실제적으로 기능하고 있으며, 규범창출자와 규범수용자 모두에게 구속력과 권위로 다가오며, 법이 공통적으로 다룰 수 있는 쟁점을 처리하게 된다. 이때에 제 2차적 규칙은 다른 차원과 권위 하에서 제도속의 운용자에 의하여 사용되며, 이러한 제 2차적 규칙은 일부는 국가로부터, 다른 일부는 다른 권위로부터 연원하게 되는 것이다.

28) MacCormick, *Questioning Sovereignty* 1 (1999).

29) Raz, op. cit., 150. 대학의 예로 공과대학들의 공학교육인증제도나 경상대학들의 국제경영대학발전협의회(AACSB) 인증제, 영국 국제교육인증기관(ASIC) 인증제 등을 들 수 있겠다. 교육기관은 각 국가의 교육부로부터 인증을 받는 것이 통례이지만, 많은 대학들이 교육부 인증에 더하여 외국 인증기관들의 인증을 받아 권위를 유지하고 교육의 품격을 선전하는 것은 대학공동체라는 규범공동체내에 공통의 인식이 존재하기 때문이라 할 수 있다.

IV. 存在論的 懷疑: 세계적 법실증주의하에서 商事法은 존재하는가?

그렇다면 법제도가 갖추어야 할 앞서본 5가지 요건을 충족시키는 상사법이 존재하는가? 가능한 일이지만, 반대입장도 있을 수 있을 것이다.

1. 첫 번째 요소의 검토

먼저 세계적 법실증주의하에서는 규범의 효력은 일정한 사회그룹의 내적 숙려과정을 통하여 부여되는 것이라고 하였는바, 이는 정치적 법실증주의자들이 상인법의 효력을 “국가의 편입”에 근거지우는 것과 대비된다. 즉 정치적 법실증주의하에서는 “상인법이 법으로서 기능하는 것은 그것이 국가에 의하여 편입되는 과정을 거치기 때문”이라고 볼 것이다. 그들은 사회규범에 대하여 법규범으로서의 구속력을 부여하는 것은 오로지 국가 법제도에 의해서만 가능하다고 본다. 라즈(Raz)가 말한 “국가법제도에 의한 편입”은 입법적, 사법적, 또는 계약을 통하여 가능하게 되는데, 이러한 원리에 따라 법의 다원화 현상을 포섭하게 된다. 예컨대 미 변호사협회가 제정한 모범통일 상법전은 법이 아니지만, 주 의회의 의결을 통하여 입법적으로 포섭되었다거나, 하로 & 존스(Harlow & Johns),³⁰⁾ 비피 국제석유(BP Oil International)³¹⁾ 또는 성 폴 가디언 보험(St. Paul Guardian Insurance)사건에서와 같이 司法的 包攝을 주장하는 경우이다. 후자의 경우에 이를 통일매매법협약(CISG) 9조에 따라 立法的 包攝이 이루어 졌다고 보는 견해도 있지만, 어쨌든 법원은 동 사건에서 상인법을 법으로 인정하는 이유로 “상인법이 상인사회에서 보편적으로 받아들여지고 있다”는 점을 들고 있다.

그러나 이러한 논리는 擬制的인 性格이 강하며, 실제로 상사거래의 당사자, 법원, 입법자들이 상인법의 구속력을 인정하는 인식체계를 설명하기 어렵게 된다. 이들은 법으로서의 규범적 효력을 부여하기 위한 편입은 형식적인 것이거나, 규범으로서의 수용과 권위를 증명하는 증거에 불과한 것으로 본다. 즉 상인법의 규범적 효력은 특정 규범영역내의 행위자가 계약을 체결하는 등 행위를 하기 이전에 이미 상인법을 내적으로 수용하는 과정에서 규범적 효력이 부여된다고 본다. 예컨대 신용장통일규칙이 법으로서의 효력을 갖는 것은 은행그룹에 의하여 그것이 규범으로 창출되었기 때문이고, 은행이 이를 규범으로 수용하였기 때문이며, 국가에 의한 편입으로 인한 것이 아니다. 은행에게는 신용장통일규칙이 자국의 국내 은행법보다 중요한 규범이며, 신용장통일규칙은 수범자에게 국

30) Harlow and Johns LTD. v. American Express Bank LTD, [1990] Lloyd's L.Rep. 343.

31) BP Oil Int'l. Ltd. v. Empresa Estatal Petroieos de Ecuador, 332 F. 3d 333(5th Cir. 2003).

내 은행법과는 다른 과정을 통하여 규범으로 인식되게 되며, 국가 없이도 존재할 수 있는 초국가법으로 인식되어지게 된다.

2. 두 번째 요소의 검토

두 번째 요소가 되는 법의 체계성과 전체성은 제 1차적 규칙과 제 2차적 규칙의 원활한 상호작용을 통하여 이루어지는데, 상사법의 개념을 이해함에 있어 존재론적으로 의의를 갖는다. 상사법 영역에 있어 체계성과 전체성의 문제는 국가의 공적 개입과 재판에 관한 제 2차적 규칙을 통하여 확인할 수 있다. 국가는 전통적으로 “정치적 질서 사항”에 관심을 기울인다. 즉 국가는 역사적·전통적으로 자신의 주권과 시민의 보호에 관한 사항에 관심을 보이는 바, 상사법, 특히 초국가적 상사법은 상인사회의 자율적 특성으로 인하여 “支配의 空白現象(governance gap)”이 발생한다.³²⁾ 지배의 공백현상은 “국가의 무권한, 개입의 부적절 또는 소극적 태도, 관심의 결여” 등으로 나타나며, 이때에 상사법은 국가 아닌 주체가 “규범창설기관(formulating agency)”으로 기능한다. 그런데 체계성과 전체성의 관점에서 국가의 개입과 상호작용이 필요하게 되는 바, 국가는 소비자 보호 등 공공정책적 이유로 상사법체계와 상호작용하고, 전체적으로 법질서를 형성하게 된다. 우리는 신용장거래나 소비자거래에서 이러한 현실을 발견할 수 있다. 법원이 신용장거래에 신용장통일규칙을 적용하면서도 명백한 사기적 거래에는 신의칙 등 자국 사법이 채택하고 있는 일반원칙을 원용한다거나,³³⁾ 소비자보호가 자국의 정치질서와 연관이 있는 연유로 정의와 형평에 기초하여 여러 개입을 하는 경우가 이에 해당한다. 이때에 제 1차적 규칙과 제 2차적 규칙이 체계적으로 상호작용하는 규범적 메커니즘이 형성되고, 전체적으로 하나의 법제도를 구성하는 것을 가능케 한다.

이러한 體系性和 全體性은 재판에 관한 제 2차적 규칙에서도 발견된다. 국가는 전통적으로 형사문제나 국가의 정치질서에 관한 문제를 다루며, 국내 상사분규에 있어 제 1차적 규칙을 적용하는 역할을 한다. 그런데 상사분규, 특히 초국가적 상사분규는 중재에 의하여 해결되는 경우가 많아 체계성과 전체성의 관점에서 유리될 수 있는 여지가 있다. 그러나 이때에도 법원은 최소한 외국 법원의 판결이나 외국 중재기관 판정의 집행에 관여하게 되는 바, 그것은 집행문제는 재산의 변동과 관련되고, 국가가 권위를 부여한 기관이 이를 행할 필요가 있기 때문이다. 재산을 확인하고 집행을 통하여 이를 타인에게 이전하는 것은 전통적으로 국가의 관심영역인 것이다. 그러나 중재판정의 집행을 위한 법원의 개입은 본질적으로 엄격한 사법작용이 아니라 중재적 성격을 가지며, 사법기관과

32) M.S. Gogan, *The Governance Gap*(2009).

33) John Dolan, *The Law of Letters of Credit* 55-56(4th. ed, 2007).

중재판정부가 상호 조정과 지원을 통하여 행해진다고 보아야 한다. 이로써 상호 교호하여 법제도의 체계성과 전체성을 이룰 수 있는 것이다.

앞서본 라즈(Raz)의 정치적 법실증주의는 국가중심적 법실증주의에 집착하여 이러한 현상을 적절하게 설명하지 못하고 있다. 특히 그가 말한 법제도의 최고성과 공개성은 상호 모순되는 측면이 있다. 라즈(Raz)는 국가의 최고성을 전제로, 공개성의 특성에 따라 우수한 법제도가 열악한 법제도를 지지함으로써 하나의 상사법체계가 탄생한다고 보았지만, 상인법을 수용하는 과정에서 국가가 관여하는 것은 국가가 우월한 지위에서 일반적으로 상인사회를 지지하는 것은 아니다. 반대로 국가가 자신의 상사법체계를 하나의 법제도로써 유지하기 위하여 상인법을 필요로 하는 것이다. 따라서 하나의 상사법체계를 위한 양자의 협력관계는 상호 대등한 것이며, 보완체계에 따라 상호 調整하는 관계라고 보아야 한다.

3. 세 번째 요소의 검토

세 번째 요건인 다른 차원의 공동체에 제 2차적 규칙이 배분적으로 존재한다는 점에 관하여 본다. 이는 제 2차적 규칙이 어떻게 효율적으로 기능하는가의 문제이다. 우리가 경험하는 상사법에 관한 제 2차적 규칙을 보면, 정치적 법실증주의의 주장은 완전한 설명이라고 할 수 없다. 정치적 법실증주의자들의 2차적 규칙론은 법 일반에 관하여 모호한 점이 있고, 특히 상사법에 관한 2차적 규칙과 관련해서는 더욱 그러하다. 이하에서는 규범의 정립을 중심으로 한 “認識에 관한 2차적 규칙”과 “裁判에 관한 제 2차적 규칙”으로 나누어 검토해 보기로 한다.

3.1. 認識에 관한 제 2차적 규칙과 관련하여

먼저 인식규칙이 기능하는 대표적 경우인 국내 입법을 보면, 정치적 법실증주의와 세계적 법실증주의가 별 차이가 없다. 양 이론 모두 이를 인식규칙이 기능하는 것으로 보고 있다. 그러나 국내적 차원의 입법은 물론이고, 국제적 차원의 입법에서 입법에 결정적 역할을 하는 준정부기관이나 “政府間 機構(Intergovernmental Organization: IGO)”는 국가 아닌 실체지만 규범을 인식케 하는 과정에서 중요하다 아니할 수 없다. 더욱이 어떤 경우에는 국가가 만연히 국내입법을 적극적으로 보류하고 국가와 특별히 관련이 없는 실체에 이를 위임해 버리는 경우도 있다.

미 통일상법전의 제정에 있어 국가나 주정부 의회는 혼자서는 물론, 협력을 통하여서도 통일상법전(UCC)을 비롯하여 통일법을 제정하거나 개정할 수 없었고, 미 법률가협

회(ALI), 주 통일입법을 위한 국가위원회(NCCUL) 등이 상호 협력을 통하여 어떠한 법을 만들 것인가를 정한 것이 그 한 예이다. 이때에 미합중국의 통일법을 만들기 위하여 미 법률가협회(ALI), 준정부기관인 주 통일입법을 위한 국가위원회(NCCUL) 등 국가나 주정부 아닌 다른 차원의 기관들이 인식에 관한 제 2차적 규칙을 지지하고 적용하게 되는데, 형식적으로 “주정부 의회에 의하여 그것이 州法으로 채택될 때까지는 그것은 법이 아니다”라고 설명하는 것은 인식규칙이 현실적으로 기능하는 양태를 고려할 때 적절한 설명이 아니다. 이들의 노력이 없는 한, 주 의회가 의결하여야 할 실체가 존재하지 않는 것이다.³⁴⁾ 이러한 현실은 국제적 차원에서도 존재하며, 模範法 또는 統一法 제정에서 흔히 볼 수 있는데, 예컨대 유엔상거래법위원회(UNCITRAL)이 운영하는 국제파산에 관한 모범법을 개정할 수 있는 실체는 정부간 기구인 동 기구(UNCITRAL)밖에 존재하지 않는다.

국가와 국가 아닌 실체간 인식규범이 배분적으로 기능하여 제 1차적 규칙을 창출하는 보다 극단적인 예로 미 통일상법전 제 2조를 들 수 있다. 통일상법전 초안자들은 물품 매매계약에 있어 인도조건에 관하여 입법을 보류하였는바, 그 이유는 국제상인협회(ICC)가 제정한 보다 높은 차원의 국제매매 정형거래조건 (Incoterms)가 있기 때문이었다. 이는 초안자들이 국가법과 초국가법의 조화와 통일을 위하여 입법을 보류하는 것이 타당하다고 보았기 때문이고,³⁵⁾ 정치적 법실증주의자들의 주장과 같이 국가가 우월한 존재로서 상인그룹을 지지하기 위하여 상인사회의 규범을 포섭한 것이 아니다. 또한 인식규칙을 적용함에 있어 양자는 배분적으로 평등하게 공동으로 이를 적용하고 있다고 보는 것이 타당하다. 그리고 이때에 상인사회의 규범이 편입되는 것은 국가 법제도의 최고성으로 인한 것이 아니라, 배분적 규범공동체하에서 상인사회가 받아들이는 규범과의 조화를 꾀함으로써 복수의 인식규범이 작용한 결과라고 보아야 한다.

다른 하나의 예로 개발도상국 정부에 의하여 자주 사용되는 국제기능사협회(FIDIC: Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils)의 “표준 용어 및 계약조건”을 들 수 있다. 주요 건설공사계약에 적용되는 동 규범은 “당사자가 명시적으로 원용하지 않는 한, 계약조건이 될 수 없다”고 함으로써 일응 정치적 법실증주의하에서 보다 설명이 쉽다고 할 수 있다. 그러나 동 규범도 조정과 협력의 기능관계라는 관점에서 바라볼 필요가 있다. 즉 동 규범하에서 국가는 국가 아닌 다른 차원의 실체가 정한 규범을 받아들이고 있다. 역으로 동 표준용어나 계약조건이 제정되지 않았다면, 그러한 용어나 계약조건은 규범이 될 수 없었을 것이다. 즉 국가는 이에 관한 국내입법을 하지 않고 동 규

34) Introduction--About NCCUSL, www.nccusl.org/update/ (last visited May 27, 2009): About ALI, www.ali.org/index.cfm (last visited May 27, 2009).

35) U.C.C. 2-324 leg. note (2003) 참조.

범을 받아들임으로써 다른 차원의 규범공동체간 複數의 認識規範이 기능하여 하나의 법 질서가 이루어지는 예가 된다. 이러한 관점은 개발도상국 정부, 세계은행 및 지역개발은행들이 동 표준용어와 계약조건을 의무적으로 사용할 것을 정하고 있는 현실에서 더욱 설득력을 갖는다.³⁶⁾ 즉 이러한 예에서 제 2차적 인식규칙은 배분적으로 존재하며, 여러 주체들이 복합적으로 인식규칙을 적용하고 행위(validating acts)하는 바, 이는 초국가적 상사법질서를 만들어 내는데 절대적으로 중요한 의미를 갖는다.

다음으로 정치적 법실증주의 이론이 특징적으로 적용되는 국제협약에 관하여 본다. 정치적 법실증주의하에서 국제협약은 국가법의 산물이며, 법제도의 형성을 위하여 어떠한 국제적 법제도도 인식에 관한 제 2차적 규칙을 제공하지 않는다. 즉 국가 법제도하의 제 2차적 인식규칙만이 국제협약이 국내법제도에서 유효한 법으로 존재하기 위한 근거를 제공한다. 그러나 세계적 법실증주의하에서 바라보면, 국제협약은 하트(Hart)의 고찰과 같이 순수하게 헌법이나 정부간 기구의 절차에 관한 규범이 적용되어 산출되는 규범이 아니라, 정부간 기구, 정부, 상인단체가 상호 협력하는 다차원적인 규범영역에서 산출되고 기능한다고 보게 된다. 이러한 상호 조정과 보완적 성격을 증명하듯이, 국제상인협회는 유엔상거래법위원회의 특별자문단체로서의 위상을 부여받고 있다.³⁷⁾

한편 최근 많이 이용되고 있는 유엔상거래법위원회나 유엔사법통일기구(UNIDROIT)의 다양한 모범법과 국제계약법원칙(Principles)에 있어 제 2차적 인식규칙의 적용과 기능을 보면 약간의 차이가 있다는 점을 지적하고 싶다. 모범법(model law)의 경우에는 “부분적으로 2차적 인식규칙이 적용되고 있지만, 제 1차적 규칙이 직접적으로 산출되었다고 볼 수 없다”는 데에 정치적 법실증주의와 세계적 법실증주의 모두 인식을 같이 하고 있다. 그러나 국제계약법 원칙에 관하여 보면, 정치적 법실증주의와는 달리 세계적 법실증주의하에서는 그것이 제 2차적 인식규칙을 사용하여 생산된 제 1차적 규칙이 된다. “좋은 법이기 위하여는 모범법의 내용을 담고 있어야 한다”거나, 권위의 상징으로 모델로서 기능하는 모범법과 달리 국제계약법원칙은 중재절차 등에서 지속적으로 동 원칙이 규범으로 원용됨으로써 상인법의 지위를 가질 수 있고, 구속력을 가질 수 있게 되는 것이다. 다만 국제계약법 원칙은 신용장통일규칙이나 국제매매 정형거래조건(Incoterms)와 성격을 같이 하지만, 신용장 통일규칙이나 정형거래조건은 상인사회라는 규범공동체의 제 2차적 인식규칙이 보다 공식적이고 엄격하게 적용되어 규범이 제정된다는 점에서 차이를 보이고 있다.

36) World Bank Standard Bidding Documents Procurement of Works (May 2006, rev. March & April 2007).

37) Coordination of Work on International Trade Law, www.uncitral.org/uncitral/en/tac/coordination (last visited May 27, 2009)

3.2. 裁判에 관한 제 2차적 규칙과 관련하여

마지막으로 세 번째 요건은 정치적 법실증주의하에서 재판에 관한 제 2차적 규칙과 관련된다.³⁸⁾ 세계적 법실증주의 모형은 재판에 관한 제 2차적 규칙과 관련하여 보다 적절한 이론적 모형이 될 수 있다. 즉 재판에 관한 제 2차적 규칙에 있어 우리는 多元的 규범영역에 골고루 산재해 있는 많은 법규범들을 발견할 수 있다. 다원적 규범 영역에서는 국가와 국가 아닌 실체들이 상호 조정하고 권위적 평가작용을 함에 있어 상호 의존하고 있다. 특히 세계적 법실증주의는 재판에 관한 제 2차적 규칙과 관련하여 라즈(Raz)가 얘기한 “법제도의 공개성”이라는 성격을 설명하는데 보다 적절하고 정확한 설명이 된다. 여기에서는 영국 법원의 사법정책, 국제기능사협회의 계약조건, 그리고 상사중재제도와 관련하여 配分的・多元的 문제를 생각해 보도록 한다.

정치적 법실증주의를 주장하는 자들은 대부분 영국의 법률가들이지만,³⁹⁾ 역설적으로 영국법원은 세계적 법실증주의하에서 강조되는 조정과 상호협력에 관한 대표적 실례들을 제공하고 있다. 영국은 고등법원 여왕전담부(Queens Bench Division of High Court)를 두어 상사법원으로 기능하도록 하고 있다. 동 상사법원은 분규의 당사자들이 영국과 아무런 연관성이 없는 경우에도, 국제상사중재를 해결하는 법정으로 기능하고 있다. 동 법원의 주요 권한은 물품운송, 용선계약, 보험, 재보험, 물품거래 및 중재절차와 관련한 분규 등에 관한 것이다. 동 법원과 전문 중사자들은 외국 당사자에게 환영받고 있는 바, 데닝스(Dennings) 대법관은 아틀란틱 스타(Atlantic Stars)지와의 인터뷰에서, “정의를 구하기 위하여 이 법정을 이용하려는 자를 좌절시켜서는 안된다. 본 법정을 이용할 수 있는 권리는 영국인 만에 국한되는 것이 아니다. 그것은 모든 우호적 외국인에게 개방되어 있다. 그가 법원의 도움을 구하려 한다면 언제든지 가능하다. 혹자는 이를 포럼쇼핑(forum shopping)이라고 깎아 내리겠지만, 영국이 법정지인 한 결과물은 물론이고 빠른 서비스라는 관점에서 그러한 쇼핑은 의미가 없는 것이 아니다.”⁴⁰⁾

38) Raz, op. cit and accompanying text. 라즈에 있어 법적용기관은 결정적으로 중요한 역할을 하게 되는데, 그것은 규범공동체에 복속하는 시민들 행위의 가치를 권위적으로 평가함으로써 법제도를 급격하게 변화시킬 수 있기 때문이다. 다만 이러한 그의 주장이 국가만에 한정된다고 하는 것은 현실과 부합하지 않는다.

39) 예컨대 Rt. Hon. Lord Justice Mustill, *Contemporary Problems in International Commercial Arbitration: A Response*, 17 Int'l Bus. Law (1989): Lord Kerr, *Modern Trends in commercial Law and Practice*, 41 Mod. L. Rev. 1(1978) 등.

40) Atlantic Star [1973] 1 Q.B. 364, 381-82 (Friedrich K. Juenger, *Forum Shopping, Domestic and International*, 63 Tul. L. Rev. 553, 565 (1989)에서 재인용): Amin Rasheed v. Kuwait Insurance Corp. [1984] A.C. 50: Lord Kerr, Id, 10(1978): *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods:*

이러한 영국법원의 司法政策은 세계적 차원에서 이해될 수 있다. 그들은 분규 당사자의 기회를 최대한 보장하려 하고, 당사자들은 상사법원이나 국제중재를 통하여 자신들의 분규를 해결하려는 것이다. 상사법원이나 국제 중재판정부는 다원화된 방식으로 여러 규범공동체를 넘나들며, 초국가적 상사법질서를 창출해내기 위하여 다차원의 재판에 관한 제 2차적 규칙을 사용하고 있는 것이다.

한편 국제기능사협회(FIDIC)는 계약당사자의 행위를 계약에 따라 권위적으로 평가하는 수많은 규범적용기관을 두고 있다. 자주 원용되는 참고자료에는 자문을 주는 전문 엔지니어가 계약당사자가 준수하여야 할 사항, 계속적 이행, 중재절차 등을 권위적으로 평가하는 등 최전방위 규범적용기관으로 역할하게 된다. 그리고 법적 분규가 중재를 통하여 해결되면, 뉴욕 협약에 따라 각국 법원에서 인정받고 집행되게 된다.⁴¹⁾ 즉 동 협회는 수많은 재판에 관한 제 2차적 규칙을 가지고 있으며, 계약관계가 정상적으로 기능하기 위하여 필요한 여러 규범적용기관을 두고 있다.

국제상사중재제도를 보는 관점에 있어서도 세계적 법실증주의는 國家의 優越性과 지도·감독자로서의 기능을 강조하는 정치적 법실증주의와 다른 관점을 보인다. 즉 법원과 중재판정부는 상호 조정하고, 다른 국가 영역 및 규범공동체를 아우르는 한편, 상호 협력하는 관계에 있는 것이다. 중재절차는 탈지역화 되어 국가로부터 분리될 수 있는 바, 이때에 중재에 관한 당사자의 합의에 따라 중재절차가 진행되게 된다. 국제상사중재제도의 당사자는 영리행위를 하는 직업인 내지 상인들로, 소비자보호에 관한 국가이익은 기능할 영역이 적어진다. 다만 일정 영역을 지배하는 자는 국가에 한정되므로, 仲裁地는 필연적으로 일정한 나라를 기반으로 정해지지만, 실제로 지역이나 영토는 규범적으로 중

Reason and Unreason in the United Kingdom, 26 Balt. L. Rev. 59. 상고심에서 영국의 대법원은 데닝스(Dennings)의 입장을 거부하였지만, 데닝스가 권고적 의견에서 밝힌 위와 같은 평가는 영국법의 전통을 반영하고 있는 것이다. 또한 아민 사건(Amin Rasheed v. Kuwait Insuarnance Corp.)에서 디플록(Diplock) 대법관은 “상사법원은 여러 국가의 국민들에게 매우 인기있는 법정으로 받아들여지고 있다”고 하였으며, 영국의 섭외사법에 관한 유명한 저서들도 “외국인이 영국에서 소송한다는 것은 보이지 않는 수출이고, 영국법제도와 사법체계의 우수성을 알리게 된다는 점에서 영국의 국익에 도움이 된다”라고 하고 있다. 그리고 미랑고 사건(Miliangos v. George Frank Ltd.)에서 영국 대법원은 섭외사건에서 영국법제도의 이점을 유지하기 위하여 외국통화에 의한 금전배상을 명할 수 있다고 하고 있다. 커(Kerr) 대법관은 미랑고사건에 관하여, “외국인은 우리의 법제도에 관하여 신뢰하고 있다. 그러나 영국통화에 관하여는 더 이상 신뢰하지 않는다. 그들은 안정적 통화를 기준으로 계약을 체결하며, 그에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 본 법정을 찾고 있고, 그들은 가치가 하락한 영국통화에 의한 배상의 위험을 감수하려 하지 않는 경향을 보이고 있다.

41) New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral-texts/arbitration/NYConvention.html (last visited May 27, 2009).

요한 차이를 가져 오지 않는다.

4. 4번째 · 5번째 요소의 검토

제 2차적 규칙을 사용하는 엘리트들이 공동 협력기관을 구성한다는 4번째 조건을 검토한다. 우리는 먼저 초국가적 상사법질서는 당연히 공동의 의도적 행위에 기반하고 있다는 것을 경험적으로 쉽게 알 수 있는 바, 규범을 인식하거나 재판하는 국내외 엘리트들은 상호 반응하고 공동 협력체계를 이루고 있는 것이다. 이러한 엘리트그룹은 국내 입법기관의 구성원을 필두로, 특정국 법관, 정부간 기구 대표, 정부간 기구의 국제관료그룹, 상인법을 제정하는데 관여하는 비정부 단체 및 그 구성원, 국제 상사중재 재판관, 국제 중재제도에 관한 서비스를 제공하는 비정부 중재기관 등에 산재해 있다. 제 2차적 규칙을 사용하는 이러한 엘리트들은 비록 그들이 다른 규범공동체에 속해있지만, 최소한 상사문제가 국가를 달리하여 이루어지는 경우에는 공동 협력기관을 구성한다는 특징을 갖는다. 규범을 제정하거나 재판작용을 함에 있어 그들은 다른 엘리트들의 행위에 반응함으로써 상호 협력하고 하나의 기관처럼 행동한다. 즉 그들은 상호 보완작용을 통하여 규범공동체를 다스려 나가는 것이다.

다만 超國家的 商事法秩序는 공동으로 행동하지만 상호 긴밀한 공동의 협력관계(shared cooperative agency)라고 할 수는 없다. 다차원적인 규범공동체에 속해 있는 제 2차적 규칙을 사용하는 엘리트 그룹이 “다른 공동체 엘리트들이 자신들의 과업을 수행함에 있어 진정으로 협력한다”고 보는 것은 회의적이다. 즉 이들은 상사 거래를 규율하기 위하여 공동의 사명감 하에서 행동하지만, 그 이유는 다르다. 그들은 초국가적 상사법질서를 지지하지만, 그들은 각기 다른 주인을 섬김으로 그들의 이유는 각기 다를 수 있다. 국가 엘리트들은 자신들의 시민을 위하여, 상인단체는 기업을 위하여, 정부간 기구의 엘리트들은 구성국의 이익을 위하여 행동한다.⁴²⁾

그러나 초국가적 상사법질서가 긴밀한 협력관계 속에서 지지되고 있지 않다는 사실로부터 그것이 하나의 법질서를 이루고 있지 않다고 하는 것은 논리적 비약이다. 우리는

42) 예컨대 중재판정부 재판관은 자신의 중재판정이 집행될 수 있게 하기 위하여 독과점 금지법에 관한 판례를 인용하기를 꺼려한다. 국제기능사협회는 국가가 작업장의 안전규칙을 스스로 제정하고 집행하도록 내버려 두고 있으며, 안전규칙에 관하여는 규제를 하지 않고 있다. 이러한 작위 혹은 부작위는 상호 긴밀한 협력관계라고 할 수 없다. 규범을 적용하거나 생산하는 자는 단지 갈등관계를 피하려 하는 경향을 보이고, 그들간 조정 내지 보완관계는 그 과정에서 발생하는 우연한 부산물인 것이다. 그들은 진정한 의미에서 공동의 협력기관이요구하는 강한 협력관계를 보이고 있지 않다. 국제기능사협회는 국가가 작업장 안전규칙을 제정하고 집행하는 것을 돕고 있지 않으며, 중재 재판관들은 국가가 추구하는 독과점 규제를 위하여 협력하고 있지 않는 것이다.

국내 법질서하에서도 이러한 긴밀한 협력관계는 쉽게 존재하지 않는다는 것을 알 수 있다.⁴³⁾ 긴밀한 협력관계가 존재한다면 더할 나위 없겠지만, 법질서 존재의 전제가 되는 필요조건은 보다 약한 형태로도 가능하다고 보아야 하고, 그것은 공동의 의도적 행위 (shared intentional activity)가 존재할 것을 요구하는 것에 그친다.

법제도는 통상 자신의 사회적 문제를 규율하는 제 1차적 규칙의 존재를 필요로 한다는 다섯 번째 요건은 우리가 쉽게 간취할 수 있는 문제이다. 초국가적 상사법질서하에서 이러한 규범은 계약법, 물권법 및 분쟁해결규범에 관한 것이다.

V. 本 研究의 意義

이하에서는 이상의 논의가 갖는 의의를 간략히 정리해 보기로 한다.

첫째, 본 연구를 통하여 상사법을 연구하는 학자나, 이를 적용하는 법 실무자들이 상사법에 대한 개방적 개념을 가질 수 있었으면 한다. 정치적 법실증주의는 법질서를 이해함에 있어 매우 중추적이지만, 모든 차원에서 다원화되고 있는 세방화의 현실에서 경직적이거나 부적절 할 수 있다. 우리 법원이 전형적으로 부딪히는 문제 중 국제협약의 해석 문제를 살펴본다. 대부분의 나라의 법원이 그렇듯이 우리도 국제협약의 해석에 있어 호놀드(Honnold)가 말한 “국가이익으로의 경향(homeward trend)”이 있을 것이다.⁴⁴⁾ 이때에 정치적 법실증주의하에서는 국제협약의 다원적 해석은 국가주권의 최고성으로 인하여 불가피할 것이지만, 세계적 법실증주의하에서는 일원적 해석을 원리적으로 옳은 것으로 볼 것이다. 국제협약이 다원적으로 해석될 수 있는 한 예로 “합리적 해석의 범주에 해당하지만, 각국의 법관이 자신의 法理와 良心에 따라 협약을 달리 해석할 수 있는 경우”가 있을 것이다. 이러한 경우는 사법권의 재량 영역으로 보아야 하고, 세계적 법실증주의의 테제에 반한다고 할 수 없을 것이다. 그러나 베이징 메탈(Beijing Metal) 사건에서와 같이 국제협약의 적용을 원천적으로 거부하거나, 국제협약을 해석함에 있어 다른 나라의 선례를 원용하는 것을 거부하는데 이른다면, 이는 정치적 법실증주의 모형 하에서만 설명이 가능하다. 즉 인식규범을 사용하고 적용하는 엘리트들이 세계적 법실증주의를 지지하지 않는 경우 문제는 심각하다.

둘째, 필자는 상법의 개념이라는 표현 대신에 상사법의 개념이란 용어를 사용하였는

43) Shapiro, op. cit. 328.

44) 최근의 삼성과 애플간의 특허분쟁사건의 결과가 법정지에 따라 다른 것에 관하여 여러 차원에서 설명이 가능하겠지만 법원의 국가이익으로의 경향도 하나의 관점을 제공할 수 있을 것이다.

바, 이는 상법이란 용어가 일반적으로 상사관계에 적용되는 실체법만을 지칭하기 때문에 상사관계에 적용되는 실체법·절차법을 모두 포괄하기 위함인데, 상사법을 이렇게 이해하면 법 실무가의 입장에서 보다 현실적일 수 있을 것이다. 현대의 세방화된 국제사회에 있어 상사관계를 다루는 법률실무가나 상법학자는 기실 국내 상사 실체법을 넘어 민사 소송법은 물론이고 다양한 상사 특별법, 중재법, 통일규칙, 국제협약 나아가 모범법, 리스টে이트먼트에 이르기까지 현실적으로 이론적 공구의 범위가 넓어질 수밖에 없는 현실이다. 따라서 이는 기존의 법과대학 강좌의 하나인 국제거래법의 개념 범주와 거의 일치한다고 할 수 있지만, 국제거래법 혹은 국제상법이 현실적인 국제거래규범에 주안점을 둔다면, 본고는 시공을 초월하여 상사관계의 본질과 이를 규율하는 규범에 관한 인식론적 논의에 주안점을 두었다는 차이가 있을 것이다. 이러한 시도는 국제사회의 광역화·긴밀화 현상에 따라 필요하다 아니할 수 없는 바, 우리는 유엔통일매매법 협약은 현재의 국제사회에서 국내 상법과 거의 동일한 성격을 보지하고 있다는 어느 저명한 상법학자의 말에 귀를 기울일 필요가 있다. 또한 최근 중국과 러시아의 WTO 가입은 상사법은 이념을 초월하여 보편적으로 적용될 수 있는 기술적 성격의 법이라는 점을 부각시키고 있으며, 국내 私法學者를 중심으로 한 한중일 아시아 삼국의 통일 민상법 제정노력,⁴⁵⁾ 유럽계약법 원칙의 제정 등은 기존의 상법과 국제거래법에 대한 인식을 체계화하여 상사법적 본질에 바탕한 개념과 그에 대한 이해를 필요로 한다 아니할 수 없다.

둘째, 정보화·세방화의 가속으로 국제사회가 긴밀화 되면서, 규범의 다기화와 함께 범통일 문제가 부각되고 진전을 보고 있다. WTO 법, 환경보호 문제 등 공법적 문제들은 국제협약을 통하여 국제사회에 필요한 규범이 정립되지만, 사법 영역에서는 통일협약 외에도 다양한 성격의 법규범이 생성되고 존재하고 있다. 상품교역의 확대는 물론이고 서비스 교역의 자유화, 나아가 자본의 이전과 노동 이동의 자유가 확대된다면, 법 영역에 있어 상사법이 차지하고 있는 중요성이 더욱 커지게 될 것으로 예상된다. 따라서 법 이론적으로 상사법의 본질과 개념에 관하여 어떠한 이해를 가져야 할 것인가가 연구자나 법학도의 출발점이 되어야 한다.

셋째, 우리나라를 비롯하여 법률서비스 시장의 개방으로 외국의 로펌이 국내에 진출하고, 국내변호사와 외국변호사가 협력하여 법률서비스를 제공하여야 하는 현실에서 그 중심에 서는 것이 상사법이라 할 수 있고, 상사법의 본질에 대한 검토와 개념론적 이해는 서로 다른 법계의 법률가들이 협력함에 있어 공통의 인식을 가능케 한다는 점에서 필요하다 할 수 있다.

넷째, 국제 民商事 統一法院이 존재하지 않는 현실에서 상사법에 대한 통일적인 개념이나 이해에 관한 유권적 해석은 기대하기 어렵다. 다른 한편 상사 중재가 매우 활성화

45) “아시아 계약법원칙 초안 주도한 이영준 변호사” 2010년 12월 20일자 법률신문 인터뷰란 참조.

되어 있는 현실에서 상사중재인들이나 관련 법률전문가들에게 있어 다기한 상사규범에 대한 법철학적·개념론적 이해는 문제에 보다 쉽게 접근하고 보편타당한 결론에 이르게 할 수 있을 것이다.

다섯째, 상사법을 포함한 사법의 통일은 어렵지만 점진적으로 진전될 것으로 예상된다. 상사법을 통일함에 있어 중요한 접근 방식이 비교사법적 천착이라 할 수 있는데, 이때 상사법을 통일적으로 이해하는 것은 영미법계 및 대륙법계를 비롯하여 많은 법계의 법률가들에게 혼란을 줄 여지를 줄일 수 있을 것이다. 이는 우리가 다종다양한 올림픽 경기를 지켜보면서 좋아하지만, 하나의 올림픽 정신 또는 이념을 통하여 이해되고, 정치적 이유로 메달을 박탈할 수 있는가, 승부조작이나 약물복용에 대한 제재와 정치적 표현에 대한 제재는 어떻게 달라야 하는가 등의 결론을 내림에 있어 그러한 정신이나 이념이 준거기준을 제공하는 것과 같은 이치라 할 것이다.

여섯째, 상사법에 대한 개념론적 이해는 전형적인 판덱텐식 체계에 따르는 것이 부적절하다. 상사법의 기원은 나폴레옹 성문 5법전 제정 훨씬 이전, 또한 유럽 법학계에 있어 판덱텐식 접근 방식이 융성하기 이전 이미 지중해를 중심으로 번성한 교역문화와 상관습법, 소위 商人法(*lex mercatoria*)에 기반하고 있다. 따라서 주권 중심적 법철학 내지 그에 따른 개념 또는 이해는 상사법의 동태적 발전에 저해가 될 수 있다.⁴⁶⁾ 2차 세계대전 이후 국제교역이 비약적으로 발전하면서 상인법의 부활(*new lex mercatoria*)이라고 불리는 국제상사법 규범이 증대되고 있고, 국제 상사법 규범은 그 자체로 규범력을 가지는 한편 국내법 제·개정의 모델로까지 역할하고 있다. 모범법 형식의 국제 상사법 규범이 많은 것은 이를 반증하고 있다. 또한 미국의 국내 상법전인 통일 상법전(UCC)은 모범법 형식에서 시작하여 유일한 미국의 통일사법으로 성공적 발전을 보였다. 이러한 현실은 상사법은 경제와 교역현상에 관한 법으로서 매우 자율적이고 동태적 성장의 가능성이 큰 상인사회를 규율하는 법이고, 상인사회를 지배하는 합리성과 기술성이라는 공통된 특질로 인하여 특정 주권, 지역, 국제 v. 국내 등을 초월하여 개념적 공통분모를 가질 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 현실에서 상사법에 대한 좁은 이해는 지양되어질 필요가 있다고 보는 것이다.

일곱째, 상사현상 내지 상사관계는 기업의 경제적 필요에 따라 다양해지고 있다. 과거에 볼 수 없었던 프로젝트 파이낸스 방식의 금융거래, 프랜차이즈 계약, 소수주주권 문제 등 회사지배에 관한 법리의 민주화 경향, 전자적 방식의 신용장, 전자거래나 전자전송물에 관한 법적 문제 등은 경제현상의 동태적·발전적 성격을 증명한다. 우리는 인간

46) 따라서 나폴레옹 민법전에서도 “선의의 계약은 국가법을 대체한다”고 선언하고 있다 “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.” Code civil [C. civ.] art. 1134 (Fr.).

의 한 특질로 경제적 동물로서의 인간, 즉 호모 에코노미쿠스(homo economicus)를 들고 있고, WTO와 함께 국가간 경제전쟁을 치르고 있다. 그리고 어느 일본 기업회장은 현대사회의 기업과 상인은 국적이 없는 시대에 살고 있다고 갈파하였다. 이렇듯 동물적·전략적 성격이 강하고, 생존경쟁이 치열할 수밖에 없는 경제영역을 규율하는 범으로서의 상사법을 생각하면, 상사법에 대한 기존의 좁은 범위의 이해를 넘어 보다 현실적이고 포괄적인 개념을 통한 이해가 필요하다고 할 수 있다.

여덟째, 법학교육이나 법률전문가들의 認識論的・存在論的 懷疑는 상사법의 본질과 개념에 대한 이해 그리고 범주화 작업에 있어 필요하다. 전통적인 학문 방법론인 연역법과 귀납법적 사고방식은 이제 도식적 분류로서의 성격만을 갖는다. 우리는 유럽대륙의 학문 전통을 연역법에 기초하여 “시스템 빌딩(system building)”의 특징을 갖는다고 보고 있고, 영미식 학문전통을 귀납법을 중시하는 “문제해결식(problem-solving)” 태도로 크게 이해하고 있다. 이러한 학문 방법론은 법학 영역에 있어 개념 법학적 사고방식과 사례형 사고방식(case method)으로 양분되어 계승되었다고 보는 것이다. 이러한 지적 사고방식의 차이는 유럽대륙이라는 구세계를 세계의 중심으로 보았던 역사적 소산이라고 할 수 있다. 짧지만 나폴레옹의 유럽대륙의 제패는 당시에는 세계 제패인 것이고, 이는 근대 대표성문법전의 제정으로 표출되었다. 유럽대륙의 백과전서파나 개념법학적 사고방식은 유럽대륙과 단절되어 실용주의적 지적 전통을 고수해온 英美式 思考 方式과는 다른 점이 있다. 세계패권의 중심이 영국, 그리고 미국으로 이어지면서 지적 접근방식과 학문전통은 어떠한 변화가 있는가? 양차 세계대전을 통하여 세계정치의 중심국이 된 미국이 유엔을 창설하면서 한스 켈젠(Hans Kelsen)식 개념법학이 프레임워크를 제공한 것은 우연한 일이 아닐 것이다. 미국의 가장 현대화된 발명품인 인터넷(Internet)을 배경으로 위키피디아(Wikipedia)를 창설한 것은 드니 디들러(Denis Diderot)의 百科全書派의 사고방식의 단순한 부활이라고 할 수 있을까? 현대를 사는 대한민국의 우리는 흔히 주위사람이 이상한 행동을 하면 “무개념인 사람”이라고 놀려 먹는다. 필자는 그러한 말을 이해하면서도 지금과 같은 세방화·국제화·다원화 사회에서 한편으로 無概念인 사람이 열린 사람 아닌가 하는 생각을 할 때도 있다. 그렇다면 우리가 어떠한 개념과 인식을 가질 수 있을까? 과거 구세계와 같은 시스템 빌딩(system building)적 사고방식 혹은 통일된 개념과 이해를 가질 수 있을까를 생각해 본다. 필자는 법학 영역에서 그러한 가능성이 가장 큰 분야로 상사법 영역을 들고 싶다. 전술한 미국의 통일상법전이나 국제공법적 성격의 기구지만 근원적으로 상사법적 실체를 갖고 국제기구 중 가장 활발한 역할을 하고 있는 WTO가 이를 반증하고 있다. 차제에 상사법의 개념에 대한 비판론적 이해의 기회를 갖는 것은 이론적·실무적으로 무의미한 일이 아닐 것이다. 나아가 이러한 논의가 단순히 머그 컵(Mug cup)에 미국 대통령 사진을 박아 넣는 지성인들의

유희를 넘어 우리의 법과대학과 법률사무소 법정에서 유용한 편린이 되었으면 한다.

VI. 結 語

필자는 초국가적 상사법(transnational commercial law)의 개념에 대한 비판적 이해를 위하여 세계적 법실증주의의 모형을 시험적으로 제시하고 검토해 보았는 바, 이러한 시도는 정치적 법실증주의자들의 이론체계와 상충하는 바가 있을 것이다. 그러나 인식론적 회의가 있지 않는 한, 국내법 중심의 법실증주의에만 집착하게 될 것이고, 급격한 세계화시대에서 법실증주의 이론은 지역에 국한된 낡은 국내법 이론체계에 머무를 수밖에 없다는 한계를 가질 것이다. 일단 기존의 여러 재판기관이 실제로 기능하고 있다는 점에서 상사법 영역에서 제도화된 법질서(institutionalized normative order)를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 그러한 제도화된 법질서의 존재가 바로 하나의 법제도(legal system)를 형성한다고 할 수는 없다. 법실증주의가 상사법의 입법과 적용·집행을 위하여 국내법제도에 핵심적 위상을 부여한 것은 주지의 사실이지만, 국내법제도 상호간의 관계, 국내법제도와 국내법제도에 기반하지 않는 국제적 차원의 여러 법질서간의 상호관계에 관하여는 설명이 미흡하다.⁴⁷⁾ 본인의 주장은 법 다원론(legal pluralism)과 법실증주의(legal positivism)간의 갈등에 기초하고 있다. 법실증주의자들은 자신들의 주장이 국내법에만 치중하는 것이 아니라고 가르치지만, 법다원론자들은 법실증주의이론이 국가중심의 국내법이론에만 타당하다고 논박한다. 대표적 법실증주의자인 하트(Hart)의 주장을 보더라도 국내법질서에 관한 설명으로 그치고 있으며, 사실 법실증주의자들의 이론은 국내법 제도에 관한 논리로서의 면모를 가지고 있음을 부인할 수 없다. 라쓰(Raz)의 법제도에 관한 독창적 조건(uniqueness conditions)모형도 국내법제도에 국한된 설명이라고 할 수 있다. 법실증주의 이론에 관한 반박은 당연히 법다원론적 입장에서 제기되는 바, 이는 종래의 해석법학적 방법론을 탈피하여, 사회학적·인류학적 방법론을 중요하게 여기게 된다. 그러나 필자의 주장은 어디까지나 해석법학적 전통에 기반하고 있다는 점에서 법다원론적 방법론과는 차이가 있다는 점을 밝힌다. 필자는 현대 상사법의 다원적·초국가적 성격을 설명함에 있어 세계적 차원의 법실증주의 관점을 제시한 것이라고 할 수 있고, 법의 세계화현상을 설명하기 위하여는 기존의 법실증주의에 대한 혁신적 제검토가 필요하다는 점을 역설하고 싶다. 상사법의 초국가적 발

47) 유럽연합에 있어 다양한 법문화와 법제도 상호간의 관계에 관하여 Giulio Itzcovich, *European Union: Jurisprudence Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and its Law in Three Concepts*. *European Law Journal* 18(3), 2012) 358-384 참조.

전을 논함에 있어 우리는 기존의 법실증주의를 이차원적으로 이해할 필요가 있다. 첫째는 법실증주의의 고전적·정치적 측면인 바, 이는 법실증주의를 이해함에 있어 가장 중요한 것이다. 다른 하나는 법실증주의의 세계적 성격이라고 할 수 있는 새로운 관점인 바, 이에 관한 연구는 거의 전무한 현실이다. 요컨대, 본인은 도식적 법실증주의 이론을 수정하여 새로운 법실증주의 이론을 상사법의 세계화 현상에 적용하는 두 가지 노력이 필요하다고 본다.

♣ 參考文獻

〈동양문헌〉

김기영, 초국가법(Non-state Norms)을 통한 사법의 국제적 통일에 관한 소고-대륙법과 영미법이라는 법계적 시각을 중심으로, 인권과 정의 (2007/8) 78-90 면.

〈서양문헌〉

Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (2004).

Amin Rasheed v. Kuwait Insurance Corp. [1984] A.C. 50: Lord Kerr, Id, 10 (1978).

Angèle Kremer-Marietti., *Auguste Comte et la théorie sociale du positivisme*, Seghers (1972): Auguste Comte, *la science sociale*, Gallimard, (1972): Jacques Muglioni, *Auguste Comte: un philosophe pour notre temps*, Kimé, Paris (1995).

B. Russell, *Our Knowledge of the External World as a Field for Scientific Method in Philosophy*(Chicago & London: Open Court Publishing 1914): *An Inquiry into Meaning and Truth*(New York: W. W. Norton & Company 1940).

Charles R. Calleros, *Toward Harmonization and Certainty in Choice of Law Rules for International Contracts: Should the US Adopt the Quivalent of Rome* 28 Wis. Int'l L.J. 664-680.

Chris Danta & Dimitris Vardoulakis, Special Issue of Substance: *The Political Animal*, Issue 117, 37: 3(Madison: University of Wisconsin Press, 2008).

Giulio Itzcovich, *European Union: Jurisprudence Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and its Law in Three Concepts*. European Law Journal 18(3), 2012).

Hart, *The Concept of Law*(Oxford: Oxford University Press 1961).

Hart, *The Concept of Law*,(2nd. ed. 1997).

Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract* 48-49 (Roger D. Masters ed. Judith R. Masters trans. St. Martins Press 1978) 참조. 일반적으로 *Republic in Plato, Complete Works*(John M. Cooper ed. 1997).

Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (H.L.A. Hart ed. 1970).

Jeremy Waldron, *Cosmopolitan Norms in Seyla Benhabib, Another Cosmopolitanism* 83 (2006).

John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1995)

John Dolan, *The Law of Letters of Credit* 55-56 (4th. ed, 2007).

Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* 127 (1990).

Klauss Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* 40 (1999):

Ralf Michaels. *The Restatement of Non-state Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, 51 Wayne, L. Rev. 1209 (2005).

Kerr, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Reason and Unreason in the United Kingdom*, 26 Balt. L. Rev. 59.

MacCormick, *H.L.A. Hart*, (Stanford: Stanford University Press 2007).

MacCormick, *Questioning Sovereignty* (1999).

M.S. Gogan, *The Governance Gap* (2009).

Matthew Adler & Kenneth Einer Himma, *The Rule of Recognition and the American Constitution*, 746(Oxford: New York: Oxford University Press 2009).

Paul Schiff Berman, *Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era*, 153 U. Pa. L. Rev 1819(2005).

Raj Bahla, *Applying Equilibrium Theory and the Ficas Model: A Case Study of Capital Adequacy and Currency Trading*, 41 St. Louis L. J. 203-204.

Scott J. Shapiro, *Legal Practice and Massively Shared Agency*, available at www.law.yale.edu/yclp/papers/shapiro-paper.doc(last visited October 12, 2008).

〈자료〉

Atlantic Star [1973] 1 Q.B. 364, 381-82 (Friedrich K. Juenger, *Forum Shopping, Domestic and International*, 63 Tul. L. Rev. 553, 565 (1989)에서 재인용): Code civil [C. civ.] art. 1134 (Fr.).

Coordination of Work on International Trade Law, www.uncitral.org/uncitral/en/tac/coordination(last visited May 27, 2009).

Introduction-About NCCUSL, www.nccusl.org/update/ (last visited May 27, 2009): About ALI. www.ali.org/index.cfm (last visited May 27, 2009).

New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral-texts/arbitration/NYConvention.html (last visited May 27, 2009).

U.C.C. 2-324 leg. note (2003).

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10 (1958).

World Bank Standard Bidding Documents Procurement of Works (May 2006. rev. March & April 2007).

〈판례〉

Amin Rasheed v. Kuwait Insurance Corp. [1984] A.C. 50: Lord Kerr, Id, 10 (1978).

BP Oil Int'l. Ltd. v. Empresa Estatal Petroieos de Ecuador, 332 F. 3d 333 (5th Cir. 2003).

Harlow and Johns LTD. v. American Express Bank LTD, [1990] Lloyd's L.Rep. 343.

<Abstract>

A Tentative Framework Concerning the Cosmopolitan Concept of Commercial Law: Some Essay on the Basis of Legal Philosophy

Ki-Young Kim

The paper aims at rethinking the traditional understanding of commercial law, and tentatively provides its cosmopolitan concept under the backdrop of extended commercial exchange and corresponding development of the transnational trade laws. Given the influence of legal positivism over the source of law debate, the commercial law would be defined in a relatively narrower focus, which principally presumes the sovereign nature of legal community. The phenomenon and interactive reality in this global sphere through the mid-20th century and new millenium have driven us to experience new ways of dealings, sometimes blurring or otherwise encroaching upon a conventional discourse about the true nature of laws. In one way of efforts to accommodate such new phenomena, the author likes to present a possibility of more systemic, comprehensive, reality-oriented construction of commercial law concept concerning the current wave of legal pluralism. It became increasingly pervasive in our daily experiences that the norms of various nature have a potential to govern the commercial relationship. These norms, unlike the traditional state laws, are observed to possess a distinctive feature requiring a coherent understanding among another. This conceptual work also could matter with the traditional concept of sovereignty-driven commercial law. The paper will begin with the theoretical essence of legal positivism propounded by Hart and Raz. Particularly, the five strands of legal system would provide the basis of analysis, and could be compared to the narrative of legal positivists. For the purpose of this thesis, they would be contested to favor the strengths of cosmopolitan concept of commercial law. For an illustration,

the author would argue that the shared agency element as well as recognition process of norms can give us more genuine understanding of the commercial law and practices. In this way, the author discusses and proposes a new concept focusing on the contemporary commercial law. Finally, he pointed out the critical needs of this kind of definitional work notwithstanding the legal plane or global diversity. In many ways, the paper would be found tentative, epitomizing, less exhaustive as trade-offs for a comprehensive build-up. The author also regrets to curtail much potentials of opposing arguments against the cosmopolitan understanding of commercial law. It is hoped that this work would later be developed, which could be realized by the complimentary as well as critical followers.

📌 주제어(Key Words)

상사법, 법실증주의, 법의 개념, 국제거래법, 세계적 차원의 법관념, 법제도, 세방화

Commercial Law, Legal Positivism, Concept of Law, International Trade Law, Cosmopolitan Concept of Law, Legal System, Glocalization

논문투고일자 : 2012년 10월 25일

심사의뢰일자 : 2012년 11월 20일

게재확정일자 : 2012년 12월 25일