

商法の 國際的 統一과 國際商法

朴 吉 俊*

- I. 序 論
- II. 商法の 國際的 統一의 基礎
 - 1. 慣習的 特性
 - 2. 合理的 特性
 - 3. 世界的 特性
- III. 商法の 國際的 統一을 위한 機構
- IV. 商法の 國際的 統一의 方式
 - 1. 條 約
 - 2. 國際商慣習法
- V. 商法の 國際的 統一과 國際商法の 定義
- IV. 結 論

I. 序 論

본질적으로 商 (commerce, Handel)이라는 생활관계를 規律하는 商法은 교환경제가 성립한 古代에 그 嚆矢를 두었으나 이는 商에 관한 단편적인 法規나 制度에 불과하였으며,^① 고유한 의미에 있어서의 商法이 문화 발달한 것은 中世 地中海沿岸의 商人團體 즉 길드 (gild, Gilde, gilde)가 그의 特權을 유지하고 商去來에 적합한 여러가지 制度를 法規化한데서 그 기원을 찾고 있다.^② 그 후 政治的으로 中央集權이 확립되고 近代 國民國家가 성립함에 따라 中世 商人團體의 自治法으로서의 商法도 國家立法에 흡수되게 되었다. 그 최초의 立法은 佛蘭西 Louis 14世의 商事條例 (Ordonnance sur le commerce, 1673)와 海事條例 (Ordonnance sur la marine, 1681)로서, 이는 그 후에 制定된 佛蘭西商法典 (Code de commerce, 1807)의 기초가 되었으며, 라틴法系國商事立法의 母法으로서 民事基本法과 商事立法을 문화시키는 최초의 계기가 되었다.^③ 獨逸에서는 普通獨逸어음條例 (Allgemeine Deutsche Wechselordnung, 1848)와 普通獨逸商法

* 法學科 助教授

註 ① 紀元前 18세기경 바빌로니아의 Hammurabi王 (在位, B.C. 1728~1688)이 편찬한 세계최초의 法典인 Hammurabi 法典에는 賣買·任置·運送·仲介·코멘다 類似關係의 內水航海에 관한 規定이 단편적으로 존재하였다.

② 徐墩珪, 全訂 『商法講義』 (上卷), 1969, p. 46, 鄭熙喆, 三訂版 『新商法要論』 (上), 1968, pp. 27~28, 孫珠璜, 『新商法』 (上), 1963, pp. 59~60.

③ 佛蘭西商法史에 관한 대표적 문헌으로는 Huvelin, *L'histoire du droit commercial* (1904); Escarra, *Cours de droit commercial* (1952) 등 參照.

(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, ADHGB, 1861)이 制定되었다가 그 후 獨逸民法典(Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, 1896)과 함께 制定된 獨逸帝國商法典(Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, HGB, 1897)에 편입되어 獨逸法系國商事立法의 根幹을 이루었다.^④

이러한 商法の 國內法化는 形式的 商法典을 가지지 아니한 英國에서도 예외 없이 進척되었다. 다만 佛蘭西나 獨逸과는 달리 英國의 코먼·로(common law)에 흡수되었다는 점이 특이할 뿐이다. 즉 유명한 1666년의 Woodward v. Rowe 事件^⑤에서 “商慣習法은 國法이며, 그 慣習은 商人으로 指定되지 않은 자라도 어떠한 사람에게나 一般的으로 妥當하다”(The law of merchants is the law of the land, and the custome is good enough generally for any man, without naming him merchant.)^⑥고 法院은 判示하였다.^⑦ 이 判決에 의하여 英國의 商慣習法은 코먼·로에 흡수되었으며,^⑧ 19世紀末葉부터는, 다수의 商事成文法이 制定되었다.^⑨ 英國法을 계수한 美國도 英國과 비슷한 法律狀態에 있었으며, 20世紀初葉以來 개시된 商法の 法典化는 統一商法典(Uniform Commercial Code, UCC, 1953)의 起草에 의하여 대성되었다.

이와같이 商法이 商人階級間에서 公同적으로 적용되던 普遍性을 띤 慣習法으로부터 출발하여 主權國家의 國法으로 分열됨에 따라 國內法化(nationalization)·固定化(solidification)·法典化(codification)의 경향이 나타나게 되었다.^⑩ 그러나 國家立法化한 商法の 이러한 경향은 經濟的 合理主義를 기초로 하고 있는 商法の 本質的 屬性과 世界去來的 要請에 逆行하는 것이므로 商事法의 國際的 統一을 위한 노력이 人類 共同의 과제로서 19世紀末葉以後 꾸준히 계속되어 오다가 최근에는 國際聯合이 商法の 國際的 統一을 위한 事業을 적극적으로 추진하였다. 즉 國聯總會는 1966年 “國際商法の 前進的 發展”(Progressive Development of the Law of International Trade)에 관한 國聯事務總長의 報告書^⑪를 채택하고 國際商法の 統一을 위한 國聯國際商法委員會(The United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)^⑫의 設

註 ④ 獨逸商法史에 관한 대표적 저술로는 Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts* (1892), (Neudruck 1957) 등 參照.

⑤ 2 Keb. 132, 84 Eng. Rep. 84 (1666).

⑥ 이는 原告가 “코먼·로가 아닌 단순한 商人間의 特殊慣習에만”(only a particular custome among merchants, and not common law)^⑥의 존재하고 있다는 被告의 抗弁에 대한 法院의 判示였다.

⑦ Holdsworth는 이 判決이 商法을 商人團體에만 적용되는 階級法으로부터 해방하여 商慣習法을 코먼·로와 함께 商人과 非商人의 구별없이 적용시키는데 공헌하였다고 극찬하고 있다. Holdsworth, *History of English Law*, 1956² (7th ed.), p. 572.

⑧ 그 후에도 英國에서는 商慣習法을 코먼·로와 함께 적용하기를 꾀했으나(Clerke v. Martin, 2 Ld. Raym. 757, 1 Salk. 129, 92 Eng. Rep. 6j (1702)), 이를 결국 大成시킨 것은 Mansfield이다. 『Mansfield』는 그의 王座法院(Court of King's Bench)의 首席判事(Chief Justice) 在職中(1756~1788) 商事特別陪審制度를 創안하여 商慣習法을 코먼·로에 體系의 으로 整理·編入하였다. Radcliff and Cross, *The English Legal System*, 1946 (2d ed.), pp. 245~246.

⑨ 예로서, Bills of Exchange Act (1882), Sale of Goods Act (1893) 등이 있다.

⑩ Honnold, “The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of English and American Commercial Law,” *The Sources of the Law of International Trade* (Edited by Schmitthoff) 이하 Int. Trade로 인용) (1964), p. 73.

⑪ 後述 III(商法の 國際的 統一을 위한 機構) p. 5 以下 參照.

⑫ 後述 III(商法の 國際的 統一을 위한 機構) p. 5 以下 參照.

치를 議決하였다. 이는 商法史上 하나의 新紀元을 이룩한 것이며, 商法の 進로를 그 屬性的 傾向과 實際的 要請에 따라 定立한 것이라고 보겠다.

II. 商法の 國際的 統一의 基礎

商法은 다른 분야의 法에 비하여 國際的 統一을 실현할 수 있는 공통적인 요소를 많이 가지고 있다. 그러면 商法の 世界的 統一을 가능케 하는 기초는 어디에 있는 것인가? 이는 商法の 歷史的 起源에서, 本質的 屬性에서, 그리고 去來上의 必要性에서 나타나고 있다.

1. 慣習의 特性

商法도 다른 法律分野에 있어서와 마찬가지로 역사적 발전의 소산이다. 따라서 商法の 沿革의 起源은 現代商法の 형식과 내용에 커다란 영향을 미쳤을 뿐만 아니라 앞으로의 발전 방향까지도 결정하는 중요한 요소가 된다. 역사적으로 고찰할 때 商法은 三段階를 거쳐 발전하여 왔다. 즉 商法은 中世 商人間에서만 적용되던 商慣習法(stilus mercatorium, jus mercatorium, lex mercatoria)으로부터 출발하여 近代 國民國家의 탄생과 함께 主權國家의 立法行爲에 의하여 成文化된 國內制定法(municipal commercial law, national commercial law)의 단계를 거쳐, 오늘날에는 이를 다시 國際的인 규모에서 파악하려는 新商事法(neo lex mercatoria, new law merchant)의 단계로 접어들었다.¹³⁾

원래 초기의 商法은 中世商慣習法에 그 기원을 두고 있다. 즉 11世紀頃 베니스(Venice)·제노아(Genoa)·마르세이유(Marseilles)·바시로우너(Barcelona)·보르도오(Bordeaux) 등의 地中海 沿岸都市에서 慣習的으로 형성된 商法은 해상교역과 함께 西班牙·佛蘭西·獨逸·和蘭·英國 등으로 전파되어 商人團體間을 규율하는 普遍的인 階級法이 되었던 것이다. 그런데 中世商慣習法은 각 地方都市를 통하여 그 내용이 사실상 일치되어 있었으므로 商法은 그 形成初期부터 統一的 關聯性을 가지고 있었다. 이와 같이 지방적으로 분산된 각 都市商慣習이 統一的 關聯性을 가지게 된 것은, 첫째, 외국에 거주하는 母國商人聯合에 의한 法律統一, 둘째, 定期市法(Messerecht, droit des foires)의 영향, 셋째, 해상교역에 의한 전파, 넷째, 法學·神學 등의 문헌의 영향 등에 그 원인을 두고 있다.¹⁴⁾

이러한 初期商法の 慣習法의 特性은 오늘 날도 商法の 法源의 特性으로써 커다란 비중을 차지하고 있으며,¹⁵⁾ 主權國家에 의한 立法的 吸收後에는 成文法의 法源의 硬直성과 嚴格性을 완화하는 方法¹⁶⁾으로서, 商法の 國際的 統一에 있어서는 條約과 함께 가장 중요한 方式¹⁷⁾으로

註 13) Schmitthoff, "International Business Law: A New Law Merchant," 2 *Current Law and Social Problems*, (1961), p. 129 et seq.

14) 鄭熙喆, 前掲書, p. 28.

15) 韓國商法第1條, 韓國涉外私法 第28條 參照.

16) 韓國商法第1條는 商慣習法을 成文 民法보다 우선적으로 적용하도록 규정하고 있다.

17) 後述 IV. 2. (國際商慣習法), p.11 以下 參照.

계속적인 진전을 보이고 있다.

2. 合理的 特性

商法の 규율대상인 商은 그 원형이 되는 經濟商으로부터 시작하여 現代企業에 이르기까지 營利性을 그 存在理由(raison d'être)로 하고 있는 바, 이 營利性은 善·惡의 倫理觀보다는, 최소의 희생으로 최대의 효과를 거두려고 하는 經濟的 合理主義 내지 合目的的 精神에 의해서만 달성된다. 따라서 商을 규제하는 商法도 國家의 역사·종교·풍속·습관·윤리·민족성 등의 傳統的·非合 的 要素에 제약을 받기보다는 合理的·合目的的 精神을 基調로 하는 技術法的인 성격을 가지게 되었다. 그 결과 商法은 기계와 기술 등의 발달에 따라 생산과 분배를 담당하는 企業의 구조와 기능 그리고 경영기술이 변화하자 이에 민감하게 적응하며 合目的的으로 발전하였다. 그런데 商法の 지도이념인 經濟的 合理主義와 技術的 合目的性은 인류공통의 普遍性을 띠우고 있으므로 각 主權國家에 의한 獨自의 立法에도 불구하고 統一의인 共通基盤을 가지게 되었다.^⑧ 더구나 급속하게 발전하는 經濟生活에 적응한 商法の 改正이 立법절차상의 技術적인 제약으로 지체 내지 곤란해지자 고정적인 商法典의 規定으로부터 유리된 經濟生活의 實際的 要請에 적응하기 위하여 형성된 商人間의 商慣行과 普通契約條款(general conditions, allgemeine Geschäftsbedingungen, conditions généraux)이 成文國家立法의 결함을 보충하며, 企業의 生活關係를 규율하게 되었다.^⑨ 이 商慣習과 普通契約條款은 현실적인 經濟生活의 수요를 충족하기 위하여 合目的的으로 성립된 살아 있는 法(lebendes Recht)으로서 商法の 統一의인 공통기반을 조성하는 또 하나의 공헌을 하고 있다.^⑩

3. 世界的 特性

이미 고찰한 바와같이 商法은 傳統的·倫理的 精神에 구속되지 아니하고 合理主義가 지배하는 法域인 까닭에 各國 共通化의 경향이 있으며, 특정국가의 立法에 의하여 발명된 규정이라 하더라도 合理的인 한 그 普遍的 特性으로 말미암아 國경을 초월하여 國적의 구별없이 이를 受容 援用하였다. 이러한 경향은 資本主義經濟가 발전하고 資本增殖運動이 세계적 규모로 확대됨에 따라 더욱 촉진되었다. 원래 共同社會(Gemeinschaft)의 法은 世界的 統一이 곤란하나 利益社會(Gesellschaft)의 法은 그 合目的的이며 契約的인 結合體의 性質上 世界的 統一이 가능한 바 經濟社會는 가장 전형적인 利益社會이므로 經濟社會의 法인 商法은 世界的 統一性을 갖는다.^⑪

註 ⑧ 佛蘭西의 Tunc 教授에 의하면 發展途上國家일수록 經濟成長度가 빠르기 때문에 先進國으로부터 借受하여 自國法化한 商法과 현실적인 經濟生活사이의 간격이 커지므로 商法の 世界的 統一의 必要性和 有益性이 나타난다고 한다. *Int. Trade Law*, p. 280. 특히 아프리카 新生獨立國家의 商法에 관하여는, Boka, "The Sources of the Law of International Trade in the Developing Countries of Africa," *Int. Trade Law*, p. 227 이하 參照.

⑨ 商慣行과 普通契約條款을 기조로 한 國際商慣習法의 방식에 의한 商法の 國際的 統一에 관하여는 後述 IV. 2. (國際商慣習法), p. 11 參照.

⑩ 徐煥珪, 前揭書, p. 42, 孫珠瓚, 前揭書, pp. 54~5.

⑪ 鄭熙喆, 前揭書, p. 35.

이러한 合理主義的 普遍性에 관한 理論的 基礎위에 國際商去來上의 實際的 必要性이 商法の 統一의 傾向을 조장하고 있다. 특히 근래의 商法統一運動은 商法の 合理主義的 基礎보다는 各國間의 商法の 抵觸을 극복하기 위한 實際的 要請에 의하여 더욱 촉진되고 있는 경향이 나타나고 있다.²² 본래 商法은 異民族 또는 異教徒間의 평화로운 교역關係를 규제하는데 그 발단을 두었으므로²³ 世界的인 法規의 성질을 가지고 있었으나, 近代 國民國家의 성립과 함께 國內法으로 흡수되면서 내용상의 차이가 나타나게 되었던 것이다. 그러나 근래 世界經濟의 進전에 따른 國家間의 交역은 商法規定上의 상위로 인한 法律抵觸을 涉外私法의인 迂路에 의하여는 해결하기 어려울 정도로 확대되었다. 따라서 오늘 날의 빈번한 國際去來의 수요를 충족시키기 위하여 商法の 世界的인 統一, 즉 國際商法(international commercial law, internationales Handelsrecht, droit commercial international)²⁴을 制定하기 위한 노력이 다수의 國際機構에 의하여 경주되어 왔으며, 이미 어음法과 海商法の 영역에서는 상당한 성공을 거두었다.²⁵ 그러므로 各國法의 統一化에 의한 世界法의 성립은 商法の 영역에서 그 可能性을 위한 必要條件과 充分條件을 胚胎하고 있다고 볼 수 있다.

III. 商法の 國際的 統一을 위한 機構

19世紀以來 商法을 國際的으로 統一하기 위한 노력이 다수의 國際機構에 의하여 계속되어 왔으며, 최근에는 國際聯合이 國際商法委員會²⁶를 설치함으로써 商法の 國際的 統一化에 새로운 박차를 가하게 되었다. 이 國際商法委員會의 설치를 위한 基礎資料로서 國聯事務總長이 第21次總會(1966年)에 제출한 報告書 “國際商法の 前進의 發展”(Progressive Development of the Law of International Trade)²⁷은 그 第3章²⁸에서 國際商法統一에 관한 略史를 다루어 지금까지의 商法統一을 위한 國際機構를 國際組織 내지 國際會議를 기초로 분류하고 그 활동과 업

註 22 Goldstajn, "International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law," *Int. Trade Law*, p. 115.

23 Huvelin, *op. cit.*, p. 115. Huvelin은 이것을 市場法(le droit du marché)과 賓客優待法(le droit de l'hospitalité)이라 불렀다.

24 國際商法の 概念에 관하여는 後述 V(商法の 國際的 統一과 國際商法の 定義), p.14 以下 參照.

25 後述 IV. 1(條約), p. 9 參照.

26 後述 8面以下 參照.

27 Report of the Secretary-General, UN Doc. A/6396, 23 September 1966. 國際聯合第20次總會(1965)는 商法の 世界的인 統一 내지 調和의 可能性을 조사할 목적으로 國際商法の 前進의 發展에 관한 包括的인 報告를 第21次總會에 제출할 것을 事務總長에게 요청하였던 바 (Resolution Adopted by the General Assembly 2102 (XX), *Consideration of steps to be taken for progressive development in the field of private international law with a particular view to promoting international trade*, UN Doc. A/RES/2102 (XX), 20 December 1965.) 이 報告書는 前記 決議에 응하여 事務總長이 第21次總會에 제출하여 滿場一致로 채택된 것이다. 이 報告書는 國聯事務總長의 위촉으로 Schmitthoff 教授(英國)가 起草하였으며, Argus 博士(알겐틴), Elias 博士(나이지리아), Eorsi 教授(헝가리), Reese 教授(美國) 그리고 Yasseen 教授(이락) 등의 評釋이 添加된 것으로서, 商法の 國際的 統一에 관한 重要資料로 평가되고 있다. 이 報告書에 관한 日本의 文獻으로는 道田信一郎, 國際商法の 世界的 統一と 國連總會決議, 『商事法の研究』(大隅先生選歴記念), (1968), p. 458 以下 參照.

28 Report, *op. cit.*, pp. 16~58, pars. 27~189.

적을 평가하였다. 그 概要를 소개하면 다음과 같다.

1. 政府間機構 (Inter-governmental organizations)

- 1) 私法統一國際協會 (The International Institute for Unification of Private Law, UNIDROIT)
 - 2) 헤그國際私法會議 (The Hague Conference on Private International Law)
 - 3) 國際聯盟 (The League of Nations)
 - 4) 國際聯合 (The United Nations and related bodies)
 - (1) 外國仲裁 裁定の 承認 및 執行에 관한 國聯條約 (The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)
 - (2) 工業所有權立法 (Industrial property legislation)
 - (3) 國聯地域經濟委員會 (United Nations regional economic commission)
 - a) 유럽經濟委員會 (Economic Commission for Europe, ECE)
 - b) 亞細亞·極東經濟委員會 (Economic Commission for Asia and the Far East, ECAFE)*
 - c) 南美經濟委員會 (Economic Commission for Latin America, ECLA)
 - d) 아프리카經濟委員會 (Economic Commission for Africa, ECA)
 - (4) 國聯貿易開發會議 (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)*
 - (5) 工業開發本部 (Center for Industrial Development)*^㉔
 - 5) 國聯專門機關 (The United Nations specialized agencies)
 - (1) 國際復興開發銀行 (International Bank for Reconstruction and Development, IBRD)*
 - (2) 政府間海事協議機構 (Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, IMCO)*
 - (3) 國際民間航空機構 (International Civil Aviation Organization, ICAO)*
 - 6) 知的財產保護國際合同事務局 (United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property, BIRPI)
2. 地域政府間機構·集團 (Regional inter-governmental organizations and groupings)^㉕
- 1) 經濟相互援助會議 (The Council for Mutual Economic Aid, COMECON)
 - 2) 유럽經濟共同體 (The European Economic Community, EEC)
 - 3) 유럽自由貿易聯合 (The European Free Trade Association, EFTA)
 - 4) 南美諸國 (The Latin American countries)
 - 5) 유럽審議會 (The Council of Europe)
 - 6) 베네룩스諸國 (The Benelux countries)

註 *표는 우리나라가 가입하고 있는 國際機構.

㉔ 工業開發本部는 뒤에 國聯工業開發機構 (United Nations Industrial Development Organization, UNIDO)로 개칭되었다.

㉕ 地域政府間機構·集團은 엄밀한 의미에서 보면 汎世界的인 商法の 國際統一機構는 아니며, 학자에 따라서는 世界的인 統一機構를 향한 準備段階로 보는 견해도 있다. Goldstajn, *op. cit.*, p. 106.

- 7) 스칸디나비아理事會(The Nordic Council)
- 8) 아프리카統一機構(The Organization of Africa Unity, OAU)
- 9) 亞細亞·아프리카法律協議委員會(The Asian-African Legal Consultative Committee)

3. 非政府間機構(Non-governmental organizations)

- 1) 國際商業會議所(The International Chamber of Commerce, ICC)*
- 2) 國際海事委員會(萬國海法會) (The Comité Maritime International, CMI)
- 3) 法學國際協會(The International Association of Legal Science)
- 4) 國際法協會(The International Law Association, ILA)*
- 5) 國際法學會(The Institute of International Law)

위 機構의 노력에 의하여 商法の 國際的 統一事業이 어느 정도의 결실을 맺기는 하였으나^㉔ 커다란 성공을 거두지는 못하였다. 이에 관하여 前記 國聯事務總長의 報告書는 商法の 國際的 統一事業이 “약간의 進展”(some progress)을 보였을 뿐 刮目할만한 성과를 이룩하지 못한 것은 지금까지 商法の 國際的 統一事業을 담당한 機構에 네가지의 “重大한 缺陷”(significant shortcomings)이 있었기 때문이라고 지적하였다.^㉕ 첫째로 商法の 國際的 統一을 담당한 作成 機構(formulating agencies)의 加入國이 근소하여 統一法이 발효되어도 세계적인 규모로 시행되지 못하였다는 점,^㉖ 둘째로, 최근 독립한 發展途上國(developing countries)은 未來의 商法の 國際的 統一運動에 참가할 기회가 없었으므로 國際商法이 이들 新生 獨立國家의 實際的 要求를 만족시키지 못하였을 뿐만 아니라 이들 國家가 先進國으로 부터 계수하여 시행중인 國內 商法도 이들 國家의 經濟發展의 現段階에 부적합하였다는 점,^㉗ 셋째로 商法の 國際的 統一을 담당한 機構가 理念的으로, 地域的으로 또는 經濟發展의 先後에 따라 均衡적으로 구성되지 못하여 世界的 承認(world-wide acceptance)을 받지 못하였다는 점,^㉘ 넷째로 作成機構 상호간의 調整(co-ordination)과 協同(co-operation)이 불충분하였다는 점^㉙등이 商法の 國際的 統一을 저해하는 重要원인으로 열거되었다.

이러한 과거의 경험에 비추어 볼 때 國際聯合은 世界的인 構成과 權限을 가졌을 뿐만 아니라 각종의 法的·經濟的·社會的 體制와 상이한 經濟發展段階가 전부 網羅·代表되어 있으므로 그 자체가 商法の 國際的 統一事業을 실현할 수 있는 “가장 적절한 場所”(a most appropriate

註 ㉔ 그 령저한 예로서 國際聯盟에 의한 어음法 統一條約과 手票法 統一條約 그리고 國際商業會議所에 의한 貿易用語解釋에 관한 國際規則과 商業信用狀에 관한 統一規則 및 慣例 등을 들 수 있다. (상세한 것은] 後述 IV(商法の 國際的 統一의 方式) pp.11, 13 參照.

㉕ Report, *op. cit.*, p. 64, par. 208.

㉖ Report, *op. cit.*, p. 64, par. 210 (a).

㉗ Report, *op. cit.*, pp. 64~65, par. 210 (b).

㉘ Report, *op. cit.*, p. 65, par. 210 (c).

㉙ Report, *op. cit.*, p. 66, par. 210 (d).

forum)로 간주되었다.^㉞ 이리하여 國際聯合은 각국간의 國際商去來에 있어서의 협력이 우호적인 관계를 촉진하고, 따라서 平和와 安全을 유지함에 중요한 요인임을 고려하고, 全人類의 관심, 특히 發展途上國의 관심은 國際商去來의 광범위한 발전에 유리한 여러가지 條件의 개선에 기울어져 있다는 확신을 想起하고 國際商去來에 관한 각국의 法律上的 상위가 세계무역의 발전에 장애가 된다는 것을 확인하고, 國際商去來의 유통에 대한 法的 障礙를 제거·감소함에 國際聯合이 좀 더 적극적인 역할을 담당하여야 한다는 점을 확신하며, “國際商法の 前進的인 調和와 統一”(the progressive harmonization and unification of the law of international trade)의 촉진을 목적으로 하는 國際聯合國際商法委員會(the United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)를 설치할 것을 第21次 總會(1966年 12月 17日)에서 滿場一致로 議決하였다.^㉟

그리고 國聯總會는 “國際商法の 前進的인 調和와 統一”을 촉진하기 위하여 다음과 같은 任務를 同 委員會에 부여하였다.^㊱

- (1) 商法の 國際的 統一을 위하여 활동하고 있는 各 機關의 作業을 調整(co-ordinating)하고 機構相互間의 協力(co-operation)을 장려;
- (2) 現存 條約(existing international conventions)에의 보다 광범위한 加入 및 現存 模範法과 統一法(existing model and uniform laws)의 보다 광범위한 승인의 촉진;
- (3) 새로운 條約(international conventions)·模範法(model laws)·統一法(uniform laws)의 채택의 준비·촉진 및 商法の 國際的 統一을 위하여 활동하고 있는 各 機構와의 協同에 의하여 國際商去來에 관한 用語(international trade terms)·規則(provisions)·慣習(customs)·慣行(practices) 등의 成文化(codification)와 보다 광범위한 승인의 촉진;
- (4) 國際商法에 관한 條約과 統一法の 統一的인 解釋과 適用(uniform interpretation and application)의 확보;
- (5) 國際商法の 분야에서 判例法(case law)을 포함한 國內立法(national legislation)과 최근의 法的 動向(modern legal developments)에 관한 자료의 수집·보급;
- (6) 國際貿易開發會議(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)와의 긴밀한 協力維持;
- (7) 國際商去來와 관계된 기타 國聯機構 및 專門機構와의 連絡維持;
- (8) 기타 委員會의 職務遂行을 위하여 유익한 행위 등을 촉진하는 것이다.^㊲

註 ㉞ Report, *op. cit.*, pp. 68~69, pars. 217, 219.

㉟ Resolution Adopted by the General Assembly 2205 (XXI), *Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law*, UN Doc. A/RES/2205 (XXI), 4 January 1967.

㊱ Resolution, *op. cit.*, Sec. II, par. 8(a)~(h).

㊲ 이 밖에 同 決議 第9項 내지 第12項에서도 委員會의 임무와 활동범위를 規定하고 있다.

또 委員會의 構成은 國際聯合의 議席數를 基準으로 하여 아프리카에서 7個國, 亞細亞에서 5個國, 東歐에서 4個國, 南美에서 5個國, 西歐 기타 地域에서 8個國 등으로 構成하기로 하고, ④ 國聯總會에 의한 委員會參加國選出에 있어서도 “세계의 주요한 經濟體制와 法律體制”(the principal economic and legal systems of the world)가 적절히 대표되고 또 “先進國과 發展途上國”(developed and developing countries)이 적당히 대표되도록 주의할 것까지 規定하여 ⑤ 世界各國의 均衡적인 참가를 시도하였다. ⑥ 이와같이 國聯國際商法委員會는 地域的·經濟的·社會的·法制的 側面에 있어서 均衡을 이루고, 명실공히 汎世界的인 규모로서 國際商法の 調和와 統一을 이룩할 수 있는 가장 적절한 機構로서, 이 委員會의 設치가 때늦은 감은 있으나 適當한 것으로 생각된다. ④

IV. 商法の 國際的 統一의 方式

商法の 國際的 統一은 다양한 형태로 이루어지나 그 중 가장 중요한 方式으로 條約과 國際商慣習法을 들 수 있다. ⑤

1. 條 約

條約(treaty)은 主權國家間의 明示的 合意(agreement)이며, 各國은 상호간의 關係를 規律하기 위하여 이와같은 合意으로써 規則을 設定하고 있다. ⑥ 따라서 國際商去來를 規制하기 위한 國家間의 合意를 商事條約이라 한다면 商事條約은 國際商法の 가장 중요한 法源이 되는 것이다.

註 ④ Report of the Sixth Committee, *Progressive Development of the Law of International Trade*, UN Doc. A/6594, 15 December 1966, p. 10.

⑤ Report of the Sixth Committee, *op. cit.*, p. 11.

⑥ 國聯 第22次總會(1967年 10月 30日)에서 選出된 構成國은 다음과 같다. 構成國의 任期는 1968年 1月 1일부터 6年이나, *표의 國家만은 3年으로 制限되었다.

(a) 아프리카國家: 콩고(Democratic Republic of Congo), 가나*, 케냐, 나이지리아*, 튀니시아, 統一아랍共和國*, 탄자니아*. (b) 亞細亞國家: 印度, 이란, 日本*, 시리아, 泰國*. (c) 東歐國家: 체코슬로바키아*, 헝가리, 루마니아, 소련*. (d) 南美國家: 알제틴, 브라질, 칠리*, 콜롬비아*, 멕시코. (e) 西歐 기타 國家: 오스트리아, 벨지움, 佛蘭西*, 伊太利*, 노르웨이, 西班牙, 英國*, 美國. General Assembly, Provisional Verbatim Record of the Fifteen Hundred and Ninety-third Plenary Meeting, *Election of the Members of the United Nations Commission on International Trade Law*, UN Doc. A/PV. 1593, 30 October 1967. 1970年 12月 31日 로 任期가 종료되는 *표의 14個構成國에 대하여 國聯 第25次總會(1970)는 아프리카國家中 가나, 나이지리아, 統一아랍共和國, 탄자니아; 亞細亞國家中 日本, 싱가포르; 東歐國家中 소련, 폴란드; 南美國家中 칠리, 가이아나; 西歐 기타 國家中 佛蘭西, 노르웨이, 英國, 오스트리아 등을 1971年 1月 1일부터 6年의 任期로 再選 내지 改選하였다. UN Monthly Chronicle, Vol. VII, No. 11 (December 1970), p. 98.

④ 國聯國際商法委員會는 지금까지 4次의 會期(1968~1971)를 통하여 國際動產賣買(international sale of goods), 國際決済(international payments), 國際商事仲裁(international commercial arbitration), 國際海上運送立法(international legislation on shipping) 등의 國際商法分野에 커다란 業績을 남겨 놓고 있다. Rambach (ed.), *Issues Before the 26th General Assembly*, 1971, pp. 212~214.

⑤ Schmitthoff, "International Business Law: A New Law Merchant," 2 *Current Law and Social Problems*, (1961), p. 131, pp. 149~152; Kopelmanas, "International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law," *Int. Trade Law*, p. 119.

⑥ 李漢基, 『國際法學』(上), 1958, p. 99.

다.⁴⁷ 이는 沿革의으로 볼 때 18世紀後에 있어서는 自由通商을 보장하기 위한 기초로서, 世界 第1次大戰後에는 自由通商에 의한 自動的 調節作用을 제한하기 위하여, 그리고 世界 第2次大戰後에는 國際通商의 擴大的 均衡을 취하려는 목적에서 각각 그 의미를 가졌으나,⁴⁸ 國際交易이 국경을 넘어 행하여지는 商品의 去來라는 國際商去來의 本質적인 特性自體에 그 기본적인 이유가 있다고 볼 것이다.

그리고 商事條約인 限 그 형태가 二國間의 二邊的 條約(bilateral treaty)이든 또는 多數國間의 多邊的 條約(multilateral treaty)이든 불문하고 當事國間에는 法規範으로서의 拘束力이 있으며, 國際商法에서 특히 비중을 차지하는 것은 後者이다. 이는 國際商法의 特質인 世界的 統一性의 실현이 二國間의 閉鎖的인 條約締結方式 보다는 多數國間의 開放的인 條約締結方式에 의하여 보다 효과적으로 달성될 수 있기 때문이다. 多邊的 條約은 當事國間에 동일한 權利義務關係를 설정함으로써 國際規範을 창설한다는 의미에서 立法條約(law-making treaty) 또는 國際立法(international legislation)⁴⁹이라고 까지 불리우고 있다.

國際立法에 의한 商法統一의 方式으로는 國家主權에 의한 條約의 締結이나 加入 그리고 國家主權에 의한 統一模範法(uniform model law)의 國內立法化의 두가지가 있다.⁵⁰ 그러나 後者는 그 내용의 同一性으로 인하여 실질상 國際的 統一이 이루어졌다는 점에서는 條約과 다름 없으나 國家主權에 의한 受容의 節次와 形式은 國內의 立法作用에 의존하므로 이를 條約으로 이해하는 것은 부당하다. 다만 “條約과 一般的으로 承認된 國際法規는 國內法과 같은 效力”⁵¹을 가지므로 統一模範法의 國內立法化가 國際法的 取扱을 받거나 國內法的 取扱을 받거나간에 效力상의 차이는 생기지 않는다. 그리고 模範法의 方式에 의한 商法統一은 條約에 비하여 몇가지의 특징을 가지고 있다.

첫째로, 條約은 締結 批准 또는 加入과 함께 當事國間에서 拘束力이 발생하므로 世界的 統一이 동시에 신속하게 이루어짐에 반하여, 模範法은 當事國의 任意的인 선택에 의한 國內立法化의 절차를 필요로 하므로 統一化의 속도가 漸進的이다.⁵²

둘째로, 條約은 그 내용이 劃一的으로 法制化(codification)되나, 模範法은 國家主權에 의한 受容過程에서 각국의 개별적인 情狀에 따라 내용을 수정할 수 있으므로 彈力的인 性格(elasticity)을 띠우고 있다.⁵³ 물론 條約에 있어서도 留保(reservation)에 의하여 동일한 결과가 초래되기는 하나 彈力性의 범위가 제한적으로 고정되어 있는 반면 模範法은 그 선택자체가 전혀

註 47) Boka, *op. cit.*, p. 228.

48) 林泓根, 『貿易去來法』, 博英社 1971, p. 17.

49) 李漢基, 前掲書, p. 100; Schmitthoff, “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation,” *Int. Trade Law*, p. 16.

50) *Ibid.*

51) 韓國憲法 第5條.

52) Goldstajn, *op. cit.*, p. 114.

53) *Ibid.*

任意的(optional)이므로 그 내용에 있어서도 무한한 彈力性을 가지고 있다.

세째로, 前述한 條約과 模範法の 특성에 의하여, 전체적인 國際協調가 요청되는 기술적인 분야, 예컨대 어음·手票, 鐵道·道路·海上·航空運送, 商事仲裁 등에 관하여는 條約이, 그 밖의 분야에 관하여는 模範法이, 商法の 國際的 統一을 위하여 각각 적합한 方式으로 이해되고 있다.⁵⁴

지금까지 締結된 중요한 商事條約은 주로 어음法和 海商法에 관한 것이다. 前者에 속하는 것으로 어음法·手票法統一條約(Convention portant loi uniforme sur lettres de change, billets à ordre, et les chèques), 즉 換어음과 約束어음에 관하여 統一法을 制定하는 條約(1930), 換어음과 約束어음에 관하여 法律的 抵觸을 解決하는 條約(1930), 換어음과 約束어음에 대한 印紙法에 관한 條約(1930), 그리고 手票에 관하여도 동일내용의 3個條約(1931)이 締結되었다. 後者에 속하는 것으로는 船舶衝突에 관한 統一條約(Convention for the Unification of Certain Rules of Law in regard to Collision, 1910), 海難救助에 관한 統一條約(Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritime, 1910), 船荷證券에 관한 統一條約(Convention for the Unification of Certain Rules of Law in regard to Bill of Lading, 1923), 船舶所有者責任制限統一條約(International Convention relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-going Ships, 1924·1957) 등이 있다.

2. 國際商慣習法

國際商慣習法은 商事에 관한 國際的인 慣習法으로서 商事에 관한 慣行(practices), 慣例(usages) 또는 普通去來條款(general conditions of sale)이나 標準契約方式(standard forms of contract) 등을 그 기초로 하고 있다. 원래 慣習法에는 一般的 慣行과 法的 拘束力의 두가지 요건이 필요한 바, 前者는 그 普遍性으로 말미암아 일반적으로 준수할 것이 예상되는 行爲樣式을 말하며, 後者는 여기에서 한 걸음 더 나아가 이러한 慣行을 준수하는 것이 義務化되었다는 法的 信念(opinion juris)에까지 도달한 것을 의미한다.⁵⁵ 그러나 國內慣習法과 달라 國際慣習法에 있어서는 그 法的 性格의 存否의 결정이 용이하지 아니하다. 즉 단순한 慣行과 法的 性格을 구비한 慣習法과를 구별하고 발견하는 方法과 節次의 확립이 어려울 뿐만 아니라 설사 발견한다 하더라도 이를 확인하고 선언할 수 있는 有權的인 中心機關이 國際社會에 있어서는 결여되고 있다. 그러므로 國際慣習法의 存在事實에는 의심의 여지가 없으나, 여기에는 不確定性이 필연적으로 수반된다.⁵⁶ 그런데 國際商法에 있어서 法源의 不確定性은 오히려 當事者間의 분쟁을 가열할 우려가 있으므로 國際商慣習法으로부터 不確定性을 배제하기 위하여 國際商慣

註 54 Ibid.

55 李漢基, 前掲書, p. 103.

56 同書, p. 104.

行中 國際商業會議所나 國際法協會 등의 國際機構에 의하여 成文化된 것(formulated)⁵⁷만을 國際商慣習法으로 인정하여야 한다는 유력한 견해가 있다.⁵⁸ 이러한 견해는 國際商慣習法の 내용을 명확히 하기 위하여, 그리고 國際商慣習法の 世界的 統一을 위하여 타당한 理論이라고 생각한다.

商事に 관한 國際的인 慣行 등을 기초로 하고 있는 國際商慣習이 實效性 있는 國際商慣習法이 되기 위하여는 그 成文化에 있어서 다음의 몇 가지를 유의하여야 한다. 첫째는 國際商慣習法の 作成에 있어서 關係當事者의 利益이 公平하게 보호되도록 하여야 한다.⁵⁹ 즉 經濟力이 강한 當事者를 중심으로 利害關係가 조정된 國際商慣習法은 反對當事者에 의하여 준수될 기대가능성이 적다. 이는 後述하는 바와 같이 國際商慣習法이 條約과 달라 行爲의 主體나 當事者를 직접적으로 구속하지 못하기 때문이다. 그러므로 國際商慣習法の 成文化에 있어서는 대립되는 利害關係의 代表者가 고루 참여할 수 있는 기회가 부여되도록 하여야 한다. 특히 國聯國際商法委員會의 設置에 관한 前記 國聯總會의 決議에서도 同 委員會가 “全人類의 利益 특히 發展途上國의 利益”(the interests of all people, and particularly those of developing countries)을 留意하도록 환기시키고 있다.⁶⁰ 둘째로 國際商慣習法은 國際的인 商去來의 변천에 따라 끊임없이 적응할 수 있도록 流動性(flexibility)이 부여되어야 한다.⁶¹ 이 流動性으로 말미암아 國際商慣習法은 條約에 비하여 우수한 商法統一方式으로 이해되고 있다. 셋째로 國際商慣習法の 統一性(uniformity)을 확보하는 것이다.⁶² 이미 설명한 바와같이 國際商慣習法은 成文化된 것만을 의미하므로 國際商慣習法の 統一性의 문제는 주로 그 適用過程에서 일어나고 있다. 즉 國際商慣習法이 統一的으로 成文化되어도 이를 適用·判斷하는 각국의 裁判機構가 상이한 解釋을 한다면 모처럼 成文化된 國際商慣習法の 統一성은 사실상 그 의미를 상실하여 버리고 만다. 그러므로 國際商慣習法の 統一성은 國際商事紛爭의 처리와 직접적인 관련성을 가지고 있다. 이에 관하여 다수의 학자는 國際商事仲裁制度에 의한 國際商慣習法の 統一的인 解釋을 시도하고 있다.⁶³ 이러한 점에서 볼 때 前述한 國聯國際商法委員會의 任務로서 國際商事條約과 統一法の 統一的인 解釋을 規定하고 있음은 오히려 당연하다고 하겠다.⁶⁴ 끝으로 國

註 57 後述 p. 13 參照.

58 Schmitthoff, "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation," *Int. Trade Law*, p. 16.

59 Kopelmanas, *op. cit.*, p. 123.

60 Resolution Adopted by the General Assembly 2205 (XXI), *Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law*, UN. Doc. A/RES/2205 (XXI), 4 January 1967, sec. II, par. 9.

61 Kopelmanas, *op. cit.*, p. 123.

62 *Ibid.*

63 Malintoppi, "The Uniformity of Interpretation of International Conventions on Uniform Laws and of Standard Contracts," *Int. Trade Law*, p. 127 et seq.; Ramzaitsev, "The Law Applied by Arbitration Tribunals," *Ibid.*, p. 138 et seq.; Tallon, "The Law Applied by Arbitration Tribunals," *Ibid.*, p. 154 et seq.

64 前述 III(商法の 國際的 統一을 위한 機構), p. 8 參照.

國際商慣習法の 내용은 가능한 한 구체적이고 상세하게 成文化하여야 한다.⁶⁵ 이는 利害가 상반하는 當事者間의 國際商事法上的 분쟁을 國際商慣習法에만 의하여 自足的으로 해결하기 위함이다. 國際商慣習法이 추상적으로 모호하게 規定되거나 또는 規定이 전혀 없는 경우에는 결국 國內法에 의거하는 도리밖에 없기 때문이다.⁶⁶

國際商慣習法을 成文化하여 世界的으로 統一하는데 공헌한 國際機構로서 國際商業會議所(International Chamber of Commerce, ICC)와 國際法協會(International Law Association, ILA)를 들 수 있다. 後者は CIF 契約에 관한 華沙·옥스포드規則(Warsaw Oxford Rules for C.I.F. Contract, 1932)과 共同海損에 관한 요오크·안트워프規則(York Antwerp Rules, 1962)을 制定하였으며, 前者는 貿易用語解釋에 관한 國際規則(International Rules for the Interpretation of Trade Terms, Incoterms, 1936, 1953)과 商業信用狀에 관한 統一規則 및 慣例(Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credit, 1962) 등 가장 중요한 國際商慣習法을 作成하였다.

위에서 우리는 商法을 國際的으로 統一하는 二大方式으로 條約과 國際商慣習法에 관하여 고찰하였다. 그러면 이 條約과 國際商慣習法은 각각 어떠한 特性과 關聯性을 가지고 있는가? 첫째로 條約은 國家의 主權的 作用에 의한 規範定立임에 반하여 國際商慣習法은 오로지 商事에 관한 國際的인 慣行·慣例·慣習 등의 自然發生的으로 형성된 規範을 기초로 하므로 國家의 主權이 작용할 여지가 없다.⁶⁷ 또 國際商慣習法을 公式的으로 成文化하는 中央機關이 존재한다 하더라도 이는 國家 내지 國家를 代表하는 政府機關은 아니다. 둘째로, 條約은 國內法과 동등한 효력을 가지며,⁶⁸ 個人은 國際法의 受動的 主體로서 존재하므로⁶⁹ 條約은 결국 國際商去來의 主體인 國家나 個人을 직접 구속하여 그 効力を 발생한다. 그러나 國際商慣習法은 國家에 의하여 制定된 法規範이 아니므로 國際商去來의 主體 내지 當事者에 대한 직접적인 拘束力이 없다. 즉 國際商去來上의 契約 기타의 意思表示에 의하여 國際商慣習法의 援用이 當事者에 의하여 明示된 경우에 한하여 적용될 수 있는 것이다. 따라서 세째로, 條約은 強行法規(jus cogens)의 性質을 가진 國際商法의 世界的 統一을 위하여, 그리고 國際商慣習法은 任意法規(jus dispositivum)의인 國際商法의 統一에 각각 적합한 方法이다. 그러므로 契約自由(liberty of

註 65 Kopelmanas, *op. cit.*, p. 124.

66 Kopelmanas는 國際商慣習法이 아무리 구체적이고 상세하게 규정된다 하더라도 國內法의 終局的 準據性을 否認할 수는 없다고 주장한다. *Ibid.*

67 Schmitthoff, "The Law of International Trade, It's Growth, Formulation and Operation," *Int. Trade Law*, p. 16.

68 國聯憲章前文은 "...正義와 條約, 기타 國際法의 源泉으로부터 나오는 義務의 尊重..."을 宣言하고 있으며, 各國은 條約의 一般的 受容方式에 의하여(예 ; 韓國, 美國, 日本 등), 또는 個別的 變形方式에 의하여(예 ; 벨지움, 英國 등) 條約을 國內法化하고 있다. 李漢基, 前掲書, p. 460以下.

69 同書, p. 433; Kelsen, *Principles of International Law*, (1952), p. 322.

contract) 내지 當事者의 意思自治 (autonomy of parties' will) 를 허용하지 않는 請求權 특히 クレ임 (claim) 의 消滅時效, ⑩ 外國換管理・輸出入許可・租稅 등에 관한 國家의 經濟政策 ⑪ 그리고 효과적인 二重課稅의 면제등은 ⑫ 모두 條約에 의하여서만 世界的 統一이 가능한 분야로 지적되고 있다. 끝으로 條約은 그 締結 내지 作成에 있어서 理論的・演繹的 要素가 지배하나, 國際商慣習法의 形成에 있어서는 實際的・技術的・經驗的 原理가 작용하고 있다. 이러한 현상은 國內法的 法源으로서의 大陸法系의 成文法主義와 英美法系의 不文法主義의 特色과 각각 일치하며, 大陸法系國家와 英美法系國家는 國內法的 法源性的 嗜好가 國際商慣習法的 法源에까지 확장되어 前者는 條約, 後者는 商慣習法的 法源에의 의존도가 큰 비중을 차지하고 있다. ⑬

V. 商法の 國際的 統一과 國際商法の 定義

이미 고찰한 바와같이 國聯國際商法委員會는 “國際商法の 前進的 調和와 統一”의 추진을 목적으로 설립되었으며, ⑭ 商法の 國際的 統一을 궁극적으로 담당하는 汎世界的인 機構로서 등장하였다. 그러면 商法の 國際的 統一에 의하여 새로이 형성되는 國際商法 (international commercial law, internationales Handelsrecht, droit commercial international) 은 어떻게 定義되며 法體系上 어떠한 영역을 차지하게 될 것인가? 이는 商法の 國際的 統一을 담당하는 國聯國際商法委員會의 任務遂行과도 관련되는 중요한 문제이다.

國際商法の 개념이나 그 범위는 비교적 새로운 연구분야로서 학자에 따라 견해가 일치되지 못하고 있다. Schmitthoff 는 國際商法을 “國際企業法의 一部” (a branch of international business law) 로 ⑮ 規定하고 있는 바, 이는 國內商法을 企業法으로 이해하고 있는 오늘날의 商法學者들의 견해 ⑯에 입각하여 본다면 오히려 당연하다고 말할 수 있다. 이에 대하여 Goldstajn 은 “國際商去來法에 적용되는 法規全體” (all legal rules governing international trade transactions) ⑰로 파악하고 있으며, Boka 는 “商去來에 적용되는 條約規範 또는 慣習規範의 一團” (the body of conventional or customary rules which govern commercial exchanges) ⑱으로 定義하고 있다. 위의

註 ⑩ Trammer, “The Law of Foreign Trade in the Legal Systems of the Countries of Planned Economy,” *Int. Trade Law*, pp. 50~51. 國聯國際商法委員會는 1970年 8月 國際動產賣買에 있어서 消滅時效에 관한 統一法 (Uniform Law on Prescription (Limitations) in the International Sale of Goods)의 草案을 作成하였고, 이를 1972年 3月に 개최되는 第5次 會期에 상정할 예정이다. Rambach (ed.), *op. cit.*, p. 213.

⑪ Kopelmanas, *op. cit.*, p. 121.

⑫ Schmitthoff, *The Export Trade*, 4th ed. (1962), pp. 192~198.

⑬ Schmitthoff, “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation,” *Int. Trade Law*, p. 20.

⑭ 前述 III(商法の 國際的 統一을 위한 機構), p. 5以下 參照.

⑮ Schmitthoff, “International Business Law: A New Law Merchant,” *2 Current Law and Social Problems*, (1961), p. 130.

⑯ Wieland, *Handelsrecht*, Bd. I, (1931), S. 143ff. 우리나라에서는 徐墩珪, 前掲書, p. 27, 鄭熙喆, 前掲書, p. 20 參照.

⑰ Goldstajn, *op. cit.*, p. 105.

⑱ Boka, *op. cit.*, p. 228.

세 學者中 Schmitthoff 는 國際商去來의 企業의인 측면을 강조한데 반하여, Goldstajn 과 Boka 는 國際商去來의 去來의인 측면에 중점을 두었고, 특히 Boka는 去來의인 측면과 함께 國際商法の 法源的 特質을 고려하였다는 점에서 그 견해의 차이를 발견할 수 있다. 그러므로 國際商法の 개념은 학자들의 관점의 차이에 따라 잡다하게 定義되어 왔다. 그런데 前述한 “國際商法の 前進的 發展”에 관한 國聯事務總長의 報告書⁹⁹에 의하면, 國際商法은 “異國間的 商事關係에 적용되는 私法的 性質의 法規”(the body of rules governing commercial relationships of private law nature involving different countries)¹⁰⁰로 規定하고 있으며, 이러한 定義의 範圍內에 는 다음과 같은 事項을 특히 포함할 것으로 例示하고 있다.

- 1) 國際動產賣買
 - (1) 契約의 成立
 - (2) 代理
 - (3) 排他的 販賣協定
- 2) 流通證券 및 銀行信用狀
- 3) 國際商去來에 있어서 企業行爲에 관한 法
- 4) 保 險
- 5) 運 送
 - (1) 海上物件運送
 - (2) 航空物件運送
 - (3) 道路・鐵道物件運送
 - (4) 內水物件運送
- 6) 工業所有權 및 著作權
- 7) 商事仲裁¹⁰¹

國聯事務總長의 報告書에 나타난 國際商法の 개념과 범위에 관하여는 논의의 여지를 다소 남겨 두기는 하였으나 그 내용을 구체적으로 검토하면 다음과 같이 분석할 수 있다.¹⁰²

첫째로 國際商法은 상이한 國家間(involving different countries)의 法規이다, 원래 國家間的 商去來는 물건이나 用役이 國경을 넘어 이동하는 것이므로 최소한 二個以上の 國家間的 접촉이 불가피하게 되며 國家間的 商去來를 그 規制의 대상으로 國際商法이 異國間的 法規가 된다고 하는 것은 오히려 必然的인 歸結이라 할 수 있다. 그러므로 國際商法을 異國間的 國際

註 99 前述 III(商法の 國際的 統一을 위한 機構), p.5 以下 參照. 이 報告書는 國聯 第21次總會에서 滿場一致로 採擇되었음을 留意할 必要가 있다.

100 Report, *op. cit.*, p. 10. par. 10.

101 *Ibid.*

102 이에 관하여 상세한 것은 Note by the Secretary-General, *Comments by Member States, Organs and Organizations on the Work Programme of the Commission*, UN Doc. A/CN. 9/4, 30 November 1967. 參照.

法規로서 이해하는데 있어서는 견해가 완전히 일치되어 있으며, 條約이 國際商法の 가장 중요한 法源으로 열거되는 이유도 거기에 있는 것이다.⁸³ 다만 國家間의 商去來는 국적을 달리 하는 상이한 國民(nationals)으로서의 個人(individuals)이나 會社(companies and firms) 相互間의 去來 뿐만 아니라 상이한 國家間(nations)의 去來까지도 포함한다는 점이며, 따라서 國際法規의 受動的 主體인 個人이나 會社 뿐만 아니라 國家自體까지도 國際商去來의 主體로 인정된다.⁸⁴ 이는 世界 第1次大戰以後 自由主義의 經濟原理를 수정하여 國民의 經濟生活에 대한 國家의 干渉통제와 간섭이 증대함에 따라 나타나는 현상이며, 따라서 철저한 中央計劃經濟體制를 갖추고 있는 社會主義國家 내지 共產主義國家에 있어서 國際商去來의 主體로서의 國家는 특히 커다란 비중을 차지하고 있다.⁸⁵

둘째로 國際商法은 商事關係에 적용할 法規이다. 國內商法에 있어서 商法の 적용대상이 商事⁸⁶라는 점을 감안한다면 國際商法이 商事關係에 적용한 法規라는 것은 지극히 당연하다. 다만 國際商法에 있어서도 商事의 의미를 國內商法에 있어서와 같이 企業의 生活關係로 이해할 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있으나 이는 긍정적으로 해결하여야 할 것이다. 그 이유는 商法の 對象把握에 있어서 企業法說이 世界 各國을 風靡하고 있는 지배적인 견해이기 때문이다.⁸⁷ 또 國際商法에 있어서 企業의 生活關係中 가장 중요한 부문은 역시 國際動產의 賣買에 틀림없으나,⁸⁸ 그밖의 부문에 있어서는 견해가 일치되지 못하고 있다. 그러나 前述한 國聯事務總長 報告書에서 國際商法이 포괄하여야 할 것으로 例示한 事項은 一應의 기준이 된다고 본다.

세째로, 國際商法은 私法的 性質을 가진 法規로 이해하여야 하는가? 로마法以來 法은 일반적으로 公法과 私法으로 구분되었고⁸⁹ 특히 近代國家에 이르러 그 社會構造가 政治的인 國家社會와 非政治的인 市民社會로 二元化되자 公私法二元論(dichotomy of public and private law)은 近代國家의 二元的 社會構造에 적절히 대응하여 그 기능을 최고도로 발휘하였다. 전통적인 公私法二元論에 의하여 國內·國際의 모든 實定法은 公法과 私法中的 어느 한 法體系에 완

註 83 “國際商法の 前進的 發展”에 관한 國聯事務總長의 報告書와 國聯國際商法委員會의 設置에 관한 國聯總會決議에 대한 意見書에서 蘇聯은 國際商去來에 있어서 差別撤廢에 관한 條約案의 作成을 특히 強調하고 있다. Note, *op. cit.*, p. 55. Union of Soviet Socialist Republics.

84 Boka, *op. cit.*, p. 228.

85 共產主義國家에서는 外國貿易에 대한 國家獨占權을 憲法原理로 하고 있으며(예: 蘇聯憲法 第14條2項, 폴란드憲法 第7條2項, 헝가리憲法 第6條, 체코슬로바키아憲法 第7條1項·2項), 특히 蘇聯의 通商代表部(torgpredstvo)는 駐在國에서 蘇聯의 外國貿易을 관장하는 國家行政機關의 一部이며 蘇聯外交使節의 不可欠의 構成部分으로서 治外法權 등의 外交上的 免除과 特權을 享有한다. (日蘇通商條約 第11條 및 同附屬書 第2條 參照). 共產主義國家의 貿易機構에 관하여 상세한 것은, 拙稿, “국제 상거래에 있어서 공산주의 국가 및 북극 국제상거래법의 특징”, 1971, 국토통일원, pp. 44~54 참조.

86 韓國商法 第1條 參照.

87 Wieland, *a.a.O.*; Mossa, *Dritto commerciale*. I. p. 25; 田中誠二, 商法總論, p. 6 以下; 徐燦珪, 前掲書, p. 26.

88 Schmitthoff, “International Business Law: A New Law Merchant,” 2 *Current Law and Social Problems*, 1961, p. 130.

89 郭潤直, 民法總則, 1967, p. 21.

전히 편입되었으며, 이러한 原則에 따라 前記 “國際商法の 前進的 發展”에서 國聯事務總長은 國際商法을 私法體系에 포함시켰다. 그러나 公法과 私法の 구별이 沿革的・相對的인 것에 불과하여 그 사이에 명확한 限界線을 그어 놓는다는 것이 곤란할 뿐만 아니라⁹⁰ 近代國家에 있어서의 資本主義經濟의 발전과 國家機能의 확대로 인한 社會法(social law, Sozialrecht, droit social)의 출현 및 私法の 公法化 내지 公法에 의한 私法の 支配現象은 公・私法の 구분을 단념하게 하고 결국 公・私法の 구분을 부인하는 논의까지 대두케 하였다.⁹¹ 특히 社會主義國家 내지 共產主義國家에 있어서 私法은 거의 전부가 公法속에 용해되어 私法이 존재할 여지를 남겨 두지 않고 있다.⁹² 더구나 經濟의 발전에 따라 國家間的 교역이 진전・확대되자 個體間的 去來를 本質로 하는 國際商去來에 대한 規制도 契約自由의 原則을 기초로 한 私法的인 規制로부터 國家權力에 의한 간섭을 의미하는 公法的인 統制로 옮겨가게 되었다. 이 것이 이른바 國家의 貿易管理(trade control)로서 이는 自國產業의 보호・육성, 國家財政의 확충, 국방상의 통제, 또는 경찰상의 제재를 달성하기 위한 國家政策의 구현이 그 목적인 것이다.⁹³ 그러므로 오늘날 國家間的 商去來에 있어서 貿易管理에 의한 公法的인 規制가 직접・간접으로 미치는 영향은 지대하다. 따라서 國際商法에 私法的 性質의 法規만을 포함시키고 公法的 性質의 法規를 제외한다면 國際商法の 역사를 延續적으로 고찰한다는 의의는 있겠으나, 오늘날의 國際商法の 本質을 總體的으로 파악하기는 어려울 것이다. 특히 社會主義國家 내지 共產主義國家에 있어서 國際商法과 公法과의 관계는 한층 더 밀접한 것으로 나타나고 있다.⁹⁴ 따라서 國際商法에는 私法的 法規 뿐만 아니라 公法的 法規까지 포함하여 이해하는 것이 타당할 것이다.⁹⁵

VI. 結 論

이미 고찰한 바와같이 商法은 中世의 商價習法으로 부터 출발하여 近代의 國家商法으로 분열되었다가 다시 新商事法에 의하여 世界的으로 통합될 단계에 이르렀다. 中世의 商價習法과 現代의 新商事法은 兩者가 모두 世界的 統一性을 가지고 있다는 점에 공통적인 특색이 있으며, 이는 商法の 合理主義의 特性和 國際去來의 要請에 그 가능성의 기초를 두고 있다. 그

註 90 同書, pp. 21~22.

91 Friedmann, *Law in a Changing Society*, (1959), pp. 349 et seq.

92 Hazard, *Soviet Legal Philosophy*, pp. 120 et seq., p. 292. Friedmann, *Legal Theory*, (3rd ed.), pp. 255 et seq.

93 林泓根, 前掲書, p. 11 以下.

94 Knapp, "The Function, Organization and Activities of Foreign Trade Corporations in the European Socialist Countries," *Int. Trade Law*, p. 57; Goldštajn, *op. cit.*, p. 115; Ionasco and Nestor, "The Limits of Party Autonomy", *Int. Trade Law*, p. 168.

95 國聯國際商法委員會 第1次會期(1968)에서도 國際商法の 定義에 관한 문제가 논의되었던 바, 이 자리에서 多數의 代表는 前記 國聯事務總長의 報告書에 나타난 國際商法の 概念을 “暫定概念”(temporary definition)으로 수락할 것을 주장한 반면, 少數의 代表는 “公法的 性質의 問題”(questions of public law nature)를 포함시킬 것을 역설하였다. Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its first session, UN Doc. A/7216, 26 February 1968, pars. 23~24.

러나 現代의 新商事法은, Schmitthoff가 적절히 지적하고 있는 바와같이,⁵⁶ 國家主權에 의하여 형성된 多元的인 國家法體制의 障礙를 극복하지 않으면 안된다는 점에서 商法の 國際的 統一을 위하여 中世商慣習法보다 한층 더 어려운 과제를 안고 있다. 물론 中世에 비교할 수 없을 정도로 발달된 現代의 立法方式과 立法技術은 이러한 난관을 타개할 수 있는 길을 마련하여 주었으며, 이미 商法の 國際的 統一을 위한 다수의 條約과 國際商慣習法이 締結·作成된 것은 이를 단적으로 입증하여 주는 것이다. 또 商法の 國際的 統一을 위한 政府間·非政府間 國際機構의 노력이 끊임없이 계속되고 있으나, 그 결과는 部分的인 統一 밖에 이룩하지 못하였다. 그 주요원인은 商法の 國際的 統一을 담당할 國際機構의 地域的·理念的·沿革的 閉鎖性和 國家間的 協調缺如에 있었다.

이에 本源的이고 實效性 있는 商法の 國際的 統一을 추진하기 위하여 國際聯合이 적극적인 조치를 강구하였다. 즉 國聯 第21次總會(1966年 12月 17日)는 國際商去來에 관한 國家間的 協力이 友好關係를 촉진하며, 平和와 安全을 유지함에 중요한 요인임을 고려하고, 全人類의 關心 특히 發展途上國의 關心이 國際商去來의 광범위한 발전에 유리하도록 條件을 개선함에 있다는 확신을 상기하고, 國際商去來에 관한 法的 障礙를 감소 내지 제거함에 國際聯合이 보다 적극적인 役割을 담당하는 것이 바람직하다는 확신을 가지고 國際商法の 前進的인 調和와 統一의 추진을 목적으로 하는 國聯國際商法委員會의 설치를 滿場一致로 決議하였다.⁵⁷ 國際聯合이 政治的·經濟的·法律的·社會的·文化的 理念과 體制를 각각 달리하는 全世界 國家의 集結體인 점을 감안할 때 종래 商法の 國際的 統一을 담당할 國際機構의 制限的·閉鎖的 構成으로 인한 실패는 일단 극복되었다고 볼 수 있다. 그러나 全世界 國家의 集結體인 國際聯合이라 할지라도 國家間的 利害關係, 특히 政治體制를 달리하는 自由主義國家와 共產主義國家 間的 理念的 對立 그리고 經濟發展도를 달리하는 先進國家와 發展途上國家 間的 經濟的 利害衝突은 尙存하고 있다. 그러므로 앞으로의 商法の 國際的 統一은 理念的 對立과 經濟的 利害衝突을 극복하여 國家間的 協調를 이룩하는데 그 성공의 關鍵이 놓여 있다고 볼 수 있으며, 그 전망은 상당히 樂觀的이라 하겠다. 그 이유로서 國際商去來를 規制하는 國際商法은 어떠한 國家를 막론하고 國際商去來에 의한 國家利益의 추구라는 特定目的을 달성하기 위한 法的手段이 될 따름이며, 法規自體로서는 自由主義의 性格이나 共產主義의 性格을 전혀 띠우고 있지 않은 中性的인 존재이므로 商法の 國際的 統一은 상이한 목적을 달성하기 위한 各國의 共同手段이 됨에 불과하기 때문이다.⁵⁸ 그러므로 商法の 國際的 統一은 法을 통한 世界平和(World Peace through Law)의 一環을 이루고, 나아가 人類의 福祉向上에 커다란 공헌을 할 것으로 확신한다.

註 ⁵⁶ Schmitthoff, "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation," *Int. Trade Law*, p. 37.

⁵⁷ 前述 III(商法の 國際的 統一을 위한 機構), p. 8 參照.

⁵⁸ Goldstajn, *op. cit.*, p. 110. 그 구체적인 실례로서 COMECON 과 EEC 의 理念的·地域的·閉鎖的 經濟共同體를 각각 구성하고 있는 東·西歐國家가 國際聯合(國聯유럽經濟委員會, ECE)을 통한 公同의 노력과 협조로 國聯유럽經濟委員會 去來一般條款과 標準契約方式(ECE General Conditions of Sale and Standard Forms of Contract)을 작성하였음을 들고 있다.