

〔書評〕

鄭熙喆著

商法 I

現行依用商法은 商行爲中心主義를 取하고 있어 商行爲概念이 商法の 全編을 通하여 흐르는 基礎概念으로 되어 있다. 그러나 이것은 商法이 擬制商人(四條二項 및 五二條二項) 制度를 規定하고 있는 點 및 船舶法三五條에 依한 海商編規定의 擴大準用等の 點에서 이미 體系上의 不完全性을 內包하고 있다. 뿐만 아니라 經濟生活의 變動에 따르는 企業界의 需要가 特別商事法規의 增加를 齎來케 하고 있으며, 이것은 「商法」의 規律對象의 面으로 볼 때 自足性의 貧困을 意味하고 同時에 體系上의 再吟味를 必要로 하게 한다. 이와 같은 商法典의 體系의 不備性은 結局學者들 的 學問的인 體系에 依하여 補充되지 않을 수 없는 것이다.

商法에 關하여는 우리나라에도 적지 않은 勞作이 이미 公刊된 바 있으나, 鄭熙喆教授의 「商法 I」은 實定商法을 企業法으로 把握하여 獨自的인 體系를 樹立한 것과 叙述體系를 從前의 類書와는 달리하고 있는 點에서 異色の인 學說書로 보여진다.

商法의 本質的對象을 어떻게 把握하는냐에 對하여는 여러가지 立場이 있으나, 近來 가장 普遍化된 見解로 進展해 온 것은 亦是 企業說이다. 經濟學에서 發達한 企業의

概念을 商法에 轉用하여, 商法을 企業關係의 需要에 應하기爲한 特別法, 即 企業法으로 보는 이 見解는 Wieland를 先驅者로 하여 많은 學者의 同調를 얻고 있다(日本에서는 西原・大隅・野津・小町谷・石井・田中誠・實方・竹內・高田等). 勿論이 說에 對하여는 有力한 反對說이 없지는 않으나(田中耕) 方法으로서의 商의 色彩) 竹田教授 占稀記念, 商法の 諸問題」一三面以下所收. 竹田「商法總則」一〇面以下. 鈴木「商法の 企業法的 考案의 意義」八面以下等), 이 企業說은 우리나라에서도 거의 一般化된 傾向에 있으며, 鄭教授가 同說을 取한 것은 徐燾珪(新稿商法)上・二五面), 車洛勳(商法概論)上・二六面), 朱愈淳(商法總則)七・七面. 企業의 概念에 多少의 差異는 있으나, 諸教授와 그 軌를 같이 하는 것이다. 그러나 다 같이 企業說의 立場에서 學說體系, 叙述體系에 있어서는 반드시 同一하지는 않으며 그 方法에 여러가지 있으나, 大部分의 傾向은 各編의 內부에 있어서는 어느 程度의 獨自的인 體系가 이루어지고 있으면서 全般에 亘하여는 大體로 法典體系에 依據하려는 것이 從來의 實情이었다. 同教授는 이 點에 있어서 法典體系를 完全히 脫却하고 純粹히 著者自身의 獨自的인 體系를 세우고 있으며, 이것은 또 어디까지나 商法을 企業法으로 보는 立場을 體系面에서 徹底化하려는 努力에 다름없다. 法典體系를 全적으로 無視하고 企業法으로서 一貫된 獨自的인 體系를 企圖한 例로서는 西原教授의 그것이 널리 알려져 있으나 鄭教

授의 體系는 이것과도 달리한다. 卽 現行商法典상의 體系에 關한 批判에 있어서는 西原教授와 大體로 意見을 같이 하고 있으나(鄭教授同著八五·八六面. 西原前掲書二七二面 및 商法總則二二〇面以下), 그리고 總論과 各論

卽, 普通과 特殊의 關係를 企業의 對象의 點으로부터 解決하려는 基本態度에서는 同一하면서, 田中教授가 企業法總論과 企業法各論의 물로나누고 있는데 對하여, 鄭教授는 이것을 ①企業法總論 ②企業法各論 ③企業形態法으로 三分하고 있으며(이 ③은 田中教授에 있어서는 總論에서 取扱되고 있다), ①을 더욱 (a)企業組織法, (b)企業行爲法으로 하여 商法總則中 代理商을 除外한 企業의 人的·物的設備에 關한 規定, 商行爲編中 交互計算에 關한 規定 및 去來對象으로서의 企業에 關한 規定(營業讓渡을 (a)에, 그리고 交互計算을 除外한 商行爲編總則을 (b)에서 解說하였고, ②에서는 商行爲編各則의 各種營業(仲介業·委託買賣業·運送業·保險業·倉庫業·公衆接客業)·金融業·建設業·商品買賣業(朝鮮取引所令·朝鮮證券取引所令·中央都賣市場法·市場規則)에 關한 法規를 그 內容으로 하였으며, 다시 匿名組合는 會社企業 및 企業의 合同形態에 關한 法規와 같이 ③에서 따로 다루고 있다(이 음法·手票法을 實質의 商法의 除外로 取扱하여 야 한다는 主張에 있어서는 徐燾瑒著「新稿商法」下二六〇面, 田中「商法論」二九七面과 同一하다). (더욱 鄭教授同著八六·八七面, 田中前掲二八九面 以下參照). 鄭教

授의 위와 같은 獨特한 體系상의 編章別中 代理商을 各論으로 옮긴 것은 商法草案과 같으나, 交互計算·匿名組合을 總論에서 說明하고 있는 點에서는 달리 하고 있다.

二

同著는 以上과 같은 獨特한 體系樹立의 基盤으로서 從來學者들에 依하여 商法상의 技術的인 基礎概念으로 說明되어 온 「商人」과 「商行爲」의 두가지 概念에다가 새로히 「企業」의 概念을 追加하여 이것을 商法學에 있어서의 三大基本概念으로 하고 있다(同書八八面以下). 解釋學上の 要求에서 經濟學上の 概念인 企業을 商法分野에 導入하기는 하였으나, 그러나 이것은 「從來 商法의 二大支柱이던 商行爲 및 商人의 概念만 가지고는 變遷發達하여가는 經濟事情의 變動에 어울린 解釋을 내리기 어려운데서 이 兩概念을 統合補充하여 經濟事情에 알맞는 解釋學을 樹立하기」爲한 것이며, 따라서 決코 「이 概念은 商行爲 및 商人의 概念과 相互矛盾된 概念도 아니요, 商人 및 商行爲의 概念을 抹消하고 그것을 代身하여 나타난 概念도 아니고, 商人 및 商行爲의 傳統의 概念을 再檢討·再構成하는데 必要한 基礎的·事實의 概念인 것이다.」 商法을 企業法으로 把握하고 獨特한 學的體系를 樹立하려는 同著로서는 必然的인 構想이었겠으나, 從前의 一般的인 傾向에서 볼 때 이것은 分明히 새로운 것이며 實定商法의 解釋運用상의 여러가지 問題點을 解決하는 하나의 關鍵은 이 企業의 概念의 規定如何에 있지 않을까 한다(더욱 西原前

揭三〇三面以下)。이리하여 同書는 企業에 關한 定義를 내리고 그의 性格으로서 「企業이 營利追求機構로서 企業活動의 主力이 營利性的의 發揮에 努여지는 것은 否定할 수 없지만, 反面에 國民經濟的으로 至大한 社會性을 띠우고 있다는 것」, 또 「企業은 獨立한 生活體로서 獨目的인 存在을 繼續하는 經濟的主體性을 가지고 있지만, 方便이 것은 單一한 經濟財로서 去來의 對象이 될 수 있는 權利客體性을 가지고 있는」 點을 들어 企業의 一重性格을 指摘하고 있다(同書九五面)。이제 까지 商法은 倫理的으로 無色이며 去來活動의 合理的調節解決을 爲한 技術法으로 認識되어 온데 對하여, 企業의 社會性을 들어 國民經濟全體의 立場에서의 倫理性을 主張함은, 近代私法의 指導原理의 새로운 趨勢와 더불어 商法에 새로운 또 하나의 理念을 指示하는 것으로 同法의 立法·解釋·適用에 있어서 커다란 指針이 되지 않을 수 없을 것이다。

同書는 各種商事制度의 解說에 앞서 우리나라 舊來의 그것에 關한 沿革的인 考察에 努力을 아끼지 않았다。現行法上의 商事制度는 大體로 中世 歐羅巴의 그것에 沿革을 찾고 있다。商法이 大陸法系에 屬하는 繼受法이므로 現行法制度의 解說에 있어서 宜當한 그리고 不可避한 것이었으나 우리는 亦是 우리대로의 固有的 歷史를 가지고 있는 만치 우리社會의 傳來的인 商事制度를 法制史의 面에서 往時의 그것에 沿革을 求함으로써 繼受法上의 그것과 比較檢討하는 것의 意義를 否定할 理由는 없을 것이

다。그러면서 우리는 資料의 貧困·稀貴로 因하여 그 뜻을 여태껏 이루지 못하였음은 遺憾된 일이 아닐 수 없다。이때에 鄭教授의 各商事制度에 있어서의 韓國法制史面의 沿革을 究明한 것은, 이때까지 이루지 못하고 있던 우리의 뜻을 充足해 주는 것으로 同書를 特徵的인 것으로만 들어 주는 또 하나의 業績이 아닐 수 없다。

三

위와 같이 同書는 商法을 純粹히 企業法으로 把握하는 立場에서 完全히 著者自身の 獨特한 體系를 樹立한 것과, 商法의 基礎概念으로서 在來의 「商人」 및 「商行爲」의 兩概念에다가 새로운 「企業」의 概念을 附加하고 더욱 이것에 一重性格을 指摘한 것, 그리고 各商事制度에 있어서 우리나라 固有的 舊來의 制度에 關한 沿革的인 研究를 하고 있는 등의 點에서 從前의 類書와는 異色の인 存在인 것이나, 더욱 基本的인 立場이 企業說에 있는 만치 商法의 對象을 現行商法典에 局限하지 않고 폭을 넓혀서 現在 우리나라에서 適用效力을 維持하고 있는 諸種法規中 企業活動關係의 것을 말하는 日政時의 制令으로부터 가까이 는 財産再評價法에 이르기까지 거의 網羅的으로 動員하여 同書의 곳곳에서 適宜 解說하고 있어 商法을 한층 더 레넌트한 것으로 理解케 하여 주고 있으며, 이러한 各種法規가 制令·總督府令·軍政法規·大統領令等等 其의 多元的인 複雜性을 띤 法源들이어서 그 가운데는 效力有無에 關해서 마치 明白치 않은 것이 不尠하니 이 點에

서도 著書의 勞苦의 程度를 窺知할 수 있다.

끝으로 法典編纂委員會의 草案에 對한 立法論의 批判은 앞으로의 新商法の 制定에 있어서 既示한 바 體系的인 見解와 더불어 立法方向을 示唆하는 바 적지 않을 것이다. 이렇듯 위에서 紹介한 本書의 諸特徵은 그것이 從來의 商法解說書等의 傾向과 色을 달라 하고 있다는 데서만 意義가 있는 것이 아니라, 立法、實務界 그리고 學界에 있어서 商法이 나아갈 새로운 方向을 指示하여 주며, 斯界에 寄與할 바 貢獻이 크다 할 것이니 이點에 한층 더 重大한 意義를 가졌다 할 것이며, 就中 우리나라 商法學發達의 하나의 커다란 里塚이 될 것을 믿어 마지 않는다.

孫 殊 瓊

〈筆者——本大學講師〉

朴文福著

刑法總論

四二八六年十月 現行刑法實施以後、今日까지 十數種의 刑法解說書乃至 教科書가 나왔다. 처음에는 주로 實務家에 依한 著書가 나오더니、最近 二三年間에는 各大學의 現役教授의 著作이 나오게 되었다. 이中에는 力作도 있고 韓國의 刑法學界의 理論水準을 높인 著書도 있었

다. 그러나, 우리가 보기에는 多數의 著書가 그 理論의 展開에 있어, 또는 現行刑法規定의 解明에 있어 未及한 著書도 있었다고 본다. 今般、朴文福教授의 「刑法總論」은 이러한 未及한 點을 充足시켜 줄 것으로 믿는다.

現在 우리의 刑法理論이 所謂 主觀主義와 客觀主義의 理論對立으로 發展하고 있다. 右의 여러 著作中에는 主觀主義理論을 根幹으로 하여 論述된 것도 있고, 客觀主義의 理論을 中核으로 한 것도 있다. 우리가 보기에는 서울法大의 黃教授、大邱大의 白教授、筆者等이 客觀主義의 理論을 展開한다고 본다. 그런데 朴教授의 今般著書는 教授自身이 그 序言에서 「本派를 구태어 學派로 色別하자면 그는 傳統的 刑法理論 即 舊派(所謂 客觀主義理論)에 屬한 것이 라고 할 수 있다」라고 말한 바에 依하여 明白히 客觀主義의 理論에 屬하는 것이다. 勿論 客觀主義의 理論을 採擇한다고 하여도 그 細部の 理論展開의 方法이 다르다. 그러나, 이러한 傾向의 著書들이 罪刑法定主義와 構成要件의 理論을 堅持하여 理論으로서의 刑法을 堅固히 하고, 實踐的으로는 國民의 權利自由를 保障하는 데에는 同一하다. 그러나 筆者와 同一傾向에 있는 朴教授의 著書를 筆者가 評한다는 데에는 適任이 아닐 줄 안다. 그러나, 細部에 있어서 는 筆者와 所見을 달리 하는 點도 있고 또 編輯者의 要求도 있으니, 몇가지 點에 있어 생각하는 바를 적어 본다.