

도산법학의 방법론*

- 법적 방법을 중심으로 하여 -

우 세 나**

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 전문법으로서 도산법
- III. 도산법학의 방법론에 관한 논의
- IV. 도산법학의 방법론
- V. 맺음말

I. 서론

오늘날 진행되는 급격한 사회 변화는 법에도 많은 영향을 미친다.¹⁾ 이로 인해 일반적인 구분법인 사법과 공법, 민사법과 형사법 같은 근대법 형태와는 구별되는 새로운 형태의 법이 출현한다. 전문법이라고 불리는 것이 대표적인 예이다. 전문법은 사회 영역이 분화되고 전문적으로 재통합되면서 출현하였다. 전문법의 대표적인 예로 환경법을 들 수 있다.²⁾ 경제적 악화로 인해 도산 위험에 빠진 채무자가 회생시키거나 파산시키는 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」같은 도산법도 전문법으로 언급할 수 있다.³⁾

* 이 글은 도산법 연구에 헌신하신 권종걸 교수님의 정년을 기념하기 위한 것입니다.

** 국립공주대학교 법학과 교수, 법학박사.

1) 이를 다루는 예로는 양천수, 「제4차 산업혁명과 법」, 박영사, 2017; 양천수, 「인공지능 혁명과 법」, 박영사, 2021 등 참고.

2) 환경법을 전문법으로 파악하는 경우로는 양천수, “전문법의 책임으로서 환경책임과 환경민사책임: 환경책임에 대한 법이론적·법사회학적 접근”, 「환경법연구」 제29권 제3호, 한국환경법학회, 2007.12., 259-291면 참고.

한편 전문법에 관해서는 다음과 같은 의문을 제기할 수 있다. 전문법은 전통적인 근대법과 비교할 때 어떤 성격을 지니는가, 전문법을 연구 대상으로 하는 전문법학은 어떤 방법론을 적용해야 하는가 등의 의문이 그것이다. 그래서 이 글은 전문법학의 방법론, 특히 도산법학의 방법론에 논의의 초점을 맞추고자 한다. 도산법학의 방법론으로, 도산법에 관해서는 그동안 도산법에 대해 열정적인 연구를 수행한 권종걸 교수의 논의를 소개하고자 한다. 그리고 전문법인 도산법을 사회에 적절하게 적용하고 해석하며 제도를 이에 맞게 개선하기 위하여는 어떤 방법론을 모색해야 하는지에 대하여 살펴본다. 그중에서도 비교법적 방법을 모색하는 데 중점을 두고자 한다.

II. 전문법으로서 도산법

1. 전문법의 의의

논의의 출발점으로 전문법이란 무엇인지 개관한다. 전문법은 기초법학자이자 형법학자인 이상돈 교수의 논의로 거슬러 올라간다. 이상돈 교수는 2002년에 발표한 논문 “전문법: 이성의 지역화된 실천”에서 전문법에 대한 구상을 처음 제시하였다.⁴⁾ 이 구상은 공법, 민사법, 형사법을 기본 축으로 하는 전통적인 기본 삼법 체계와는 구별되는 것으로, 현대사회에서 새롭게 출현하는 법적 형태를 법사회학의 차원에서 해명하기 위해 제시되었다. 이상돈 교수에 따르면 오늘날 법은 홍수를 이룰 뿐만 아니라 기존의 법체계로는 설명하기 어려운 법적 형식이 출현하고 있으며, 급격하게 변하는 현대사회는 단순히 법률이 양적으로 팽창하는 데 그치는 것이 아니라 법의 구조적 변화가 야기된다. 이로 인해 새로운 법적 형식인 전문법이 등장 및 성장한다. 이상돈 교수는 다음과 같이 말한다.⁵⁾

-
- 3) 도산법을 전문법으로 이해하는 경우로는 양천수, “사법 영역에서 등장하는 전문법화 경향: 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 『법과 사회』 제33호, 법과사회이론학회, 2007.12., 111-135면 참고.
- 4) 이상돈, “전문법: 이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』 제39호, 고려대학교 법학연구원, 2002, 113-151면. 여기서는 이 논문을 재록하고 있는 이상돈, 『법철학』, 박영사, 2003, 단락번호 [6] “전문법”(200-247면)에 따라 인용한다.

“이렇게 볼 때, 육법의 구조적 변화와 개별법의 팽창은 단지 기존의 판택텐 시스템 내부의 지엽적인 변화가 아니라 그 시스템 자체의 구조적인 변화를 가져오고 있다고 할 수 있다. 여기서 구조적인 변화라 함은 판택텐 시스템의 통일적 ‘구조가 해체’되고, 각 개별법이 지속적으로 기능적으로 (세)분화되어 가는 ‘사회적 하부체계를 조직화하는 전문법으로 독립’되어 나가는 현상을 가리킨다. 이를테면 의료법, 정보통신법, 경제법, 교통법, 환경법, 소년법, 교육법, 언론법 등과 같은 전문법의 성장을 말할 수 있다. 전문법이란 그런 명칭의 단행법률이 있는 것이 아니라 판택텐 시스템의 육법전과 그 특별법 그리고 행정법 형식의 개별법이 동등하게 - 우열관계나 선후관계를 고정적으로 확정함이 없이 - 함께 사안을 규율함으로써 형성된다.”

이상돈 교수의 언명에 따르면 전문법은 사회의 변화, 특히 체계이론에서 말하는 사회의 기능적 분화와 관련을 맺는다.⁶⁾ 체계이론에 의하면 사회는 다양한 영역, 즉 전문성을 가진 기능체제로 분화된다. 이러한 기능체제들은 각자 독자성을 획득한다. 더불어 기능을 중심으로 각 영역이 재통합되기도 한다. 이러한 변화는 사회를 규율하는 법에도 영향을 미친다. 사회 변화에 적절하게 대응하기 위해 법도 한편으로는 다양한 영역으로 분화되면서 다른 한편으로는 전문적인 기능 영역을 중심으로 하여 재통합된다. 이러한 과정을 거쳐 형성 및 등장한 법형식인 바로 전문법인 것이다. 요약해서 말하면 전문법은 법체계가 분화되는 동시에 재통합하면서 출현된 법적 형태라 말할 수 있다.

위에서 인용한 주장에서 확인할 수 있듯이 이상돈 교수는 전문법에 관해 중요한 두 가지 시사점을 제공한다. 첫째, 전문법은 전문적인 기능을 수행하는 단일 법률만을 뜻하는 것은 아니라는 점이다. 이상돈 교수에 의하면 전문법은 이중적인 형식을 보인다. 하나는 “판택텐 체계의 기본법전”이고, 다른 하나는 “사안중심적인 규율형식”이다. 이러한 두 형식이 결합함으로써 전문법이라는 독자적인 법형식이 만들어진다.⁷⁾ 전문법은 서로 다른 두 가지 법적 형식의 “해석적 조정”과 “통합적 작용”을 통해 성장하고 작동하게 된다.⁸⁾

5) 이상돈, 앞의 책, 205-206면.

6) 체계이론에 관해서는 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「체계이론 입문」, 새물결, 2014 참고.

7) 이상돈, 앞의 책, 225-231면.

8) 이상돈, 앞의 책, 229-231면.

2. 전문법으로서 도산법

오늘날은 다양한 전문법이 출현한다. 환경법이나 금융법 등을 대표적인 전문법으로 언급할 수 있고, 이 글에서 다루는 도산법 역시 전문법에 해당한다. 그런데 도산법이 전문법이 되는 근거는 무엇일까? 아래에서는 도산법을 전문법으로 규정한 기초법학자 양천수 교수의 주장을 참고하여 도산법이 어떤 점에서 전문법이 되는지를 밝히고자 한다.⁹⁾

현행 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따르면 “재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 채권자·주주·지분권자 등 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자 또는 그 사업의 효율적인 회생을 도모하거나, 회생이 어려운 채무자의 재산을 공정하게 환가·배당하는 것을 목적”으로 하는 법을 뜻한다(제1조).¹⁰⁾ 일반적으로 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」을 도산법이라 부르기도 하고, 통합도산법으로 지칭하기도 하는데, 왜냐하면 이 법 제정 이전에 존재했던 파산법, 화의법 및 회사정리법을 통합하여 이 범명으로 제정한 것이기 때문이다.¹¹⁾

그렇다면 도산법은 어떠한 근거에서 전문법으로 규정할 수 있는가? 이에 관해 양천수 교수는 세 가지 근거를 제시한다. 첫째, 도산법은 전통적인 실정법의 영역 가운데 어느 한 면에 귀속시키기 어렵다는 것이다. 왜냐하면 도산법은 “민법과 상법 그리고 민사소송법의 측면을 모두 담고 있기 때문”이다.¹²⁾ 예컨대 도산법은 한편으로는 상법학의 영역으로 취급되기도 하지만 다른 한편으로는 민사소송법학의 연구 대상으로 인정되기도 한다. 뿐만 아니라 현행 도산법은 형벌에 관한 규정도 담고 있다는 점에서 이른바 ‘도산형법’의 대상도 된다는 것이다.

둘째, 도산법은 실정법 이론, 즉 실정법 도그마틱만으로 다루기는 어렵다는 것이다. 무엇보다도 도산법은 책임법의 기본원칙인 채무이행원칙(“약속은 지켜야 한다”)에 중대한 예외가 되는 면책제도를 둔다는 점에서 실정법 도그마틱, 특히 책임 도그마틱만으로 다루기 어렵다고 한다. 이로 인해 실정법 도그마틱

9) 양천수, 앞의 ‘사법 영역에서 등장하는 전문법화 경향: 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰’, 111-135면.

10) 이하 ‘채무자회생법’으로 약칭한다.

11) 이에 관해서는 우세나, “개인도산에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2005.2. 참고.

12) 양천수, 앞의 논문, 125면.

을 넘어서는 이론적 관점, 가령 기초법학이나 법경제학 등과 같은 사회과학의 관점이 필요하다. 말을 바꾸면 “한 사회의 경제상황을 정확하게 고려하면서 채무면책을 수행하려면, 도산법 도그마틱에 대한 지식뿐만 아니라, 전체 도산법 정책에 대한 통합적인 지식이 필요할 수밖에 없다”는 것이다.¹³⁾

셋째, 도산법은 “생활세계를 살아가는 일반 개인들의 도산뿐만 아니라, 경제체계의 주축을 이루는 거대 기업의 도산까지 포괄해서 규율한다”는 것이다. 달리 말하면 도산법이 관할하는 영역은 “생활세계에서 경제체계까지 모두” 포섭한다는 것이다.¹⁴⁾

이 같은 분석은 도산법의 특성을 적절하게 보여준다. 현재 도산법이 민법학, 상법학, 민사소송법학 등과 같은 다양한 실정법학에서 접근한다는 점만 고려한다면 하더라도 도산법의 전문법적 성격을 잘 확인할 수 있다. 이러한 근거에서 도산법은 환경법과 마찬가지로 전문법으로 규정하는 것에 무리가 없다고 판단된다.

Ⅲ. 도산법학의 방법론에 관한 논의

1. 전문법학으로서 도산법학

도산법학은 도산법을 연구 대상으로 한다. 따라서 도산법이 전문법이라면 이를 다루는 도산법학 역시 전문법학으로 규정할 수 있다. 그러면 전문법을 적절하게 관찰하고 해석하기 위한 전문법학은 어떠한 방법론을 갖추어야 할 것인가? 아래에서는 이에 관한 선행 연구를 살펴보고, 이를 바탕으로 하여 도산법학이 원용해야 하는 방법론은 무엇인지를 논의하고자 한다.

2. 통합과학의 방법론

앞에서 살펴본 것처럼 전문법은 전문 영역, 즉 도산법을 예로 들면 도산이라는 전문 영역을 기준으로 하여 여러 법영역이 통합되어 형성된 법이라 볼 수 있다. 전문성과 통합성을 전문법에서 발견할 수 있는 것인데, 그렇다면 전문법

13) 양천수, 앞의 논문, 126면.

14) 양천수, 앞의 논문, 126면.

학은 이러한 전문성과 통합성을 고려하는 방법론의 측면에서 모색할 필요가 있다. 이에 적합한 방법론으로 우선 통합과학의 방법론을 예로 들고자 한다.

통합과학 구상 및 방법론은 애초 전문법을 염두에 둔 것은 아니었다. 이 방법론은 헌법학의 방법론으로 제시된 것인데, 정부 부처 장관 및 국회의원을 역임한 헌법학자 정종섭 교수가 30년도 더 전에 새로운 헌법학 방법론으로 제안한 것이다. 1990년에 발표한 논문 “우리 법학의 올바른 자리매김을 위하여: 헌법학의 통합과학적 연구에로”에서 정종섭 교수는 헌법학을 통합과학으로 규정하였다. 이에 따라 헌법학을 제대로 수행하려면 통합과학적 연구방법을 끌고와야 한다고 주장한다.¹⁵⁾ 이러한 주장은 실정법 해석에 매몰된 기존의 헌법학에서 벗어나고자 한 시도였다.

정종섭 교수는 통합과학의 방법론으로 네 가지 태도를 제안한다.

“총체적 인식태도”, “경험적·과학적 태도”, “실천적 태도” 및 “역사적 태도”가 그것이다.¹⁶⁾ 정종섭 교수에 따르면 통합과학으로서 헌법학은 네 가지 태도를 통합적으로 갖추어야 한다.¹⁷⁾ 이에 따를 때 통합과학으로서 헌법은 다음과 같은 특징을 가지게 된다.¹⁸⁾ 첫째, 헌법이론은 현실에 적합해야 한다. 달리 말해 “헌법이론의 현실적합성”이 요청된다. 정종섭 교수에 의하면 헌법이론은 “헌법규범과 사회현실에서 발생하는 헌법문제들을 정확히 인식·분석하고, 그 문제해결에 관한 올바른 방향과 처방을 제시”할 수 있어야 한다. 둘째, 헌법연구는 개방적이어야 한다. 셋째, 헌법이론은 “과학성”을 지녀야 한다. 이때 “과학성”은 “객관성”과 “잠정성”을 포함한다.¹⁹⁾ 이러한 까닭에 헌법이론은 넷째, “잠정성”도 가져야 한다. 따라서 정종섭 교수는 “헌법이론도 그 시대, 그 사회의 헌법문제해결에 있어서 설득력을 다하게 되면 소멸할 수밖에 없다”고 말한다.²⁰⁾ 다섯째, 헌법학이 통합과학이 되려면 외국 헌법이론을 무작정 수입하는 것을 경계해야 한다. 정종섭 교수에 의할 때 외국 헌법이론은 탐색적 의미만을 가질 뿐이다. 달리 말하면 “통합과학으로서의 헌법학은 가능한 한 많은 이론적

15) 정종섭, “우리 법학의 올바른 자리매김을 위하여: 헌법학의 통합과학적 연구에로”, 『법과 사회』 제2호, 법과사회이론학회, 1990, 221-254면. 여기서는 정종섭, 『헌법연구(1)』, 철학과 현실사, 1994, 제1장 “통합과학으로서의 헌법학”(11-53면)으로 인용한다.

16) 정종섭, 앞의 책, 16-25면.

17) 정종섭, 앞의 책, 23-24면.

18) 정종섭, 앞의 책, 25-44면.

19) 정종섭, 앞의 책, 33면.

20) 정종섭, 앞의 책, 40-41면.

자원들을 활용하므로 외국이론들에 대한 연구와 활용은 기존의 어떠한 경우보다도 더 활발하고 적극적이겠지만 외국의 이론들이나 시각을 우리 문제에 그대로 대입·적용하지 않는”다.²¹⁾ 결론적으로 통합과학으로서 헌법학은 “헌법이론의 현실적합성”, “헌법연구의 개방성”, “헌법이론의 과학성”, “헌법이론의 잠정성” 및 “외국헌법이론연구의 탐색성”을 지녀야 한다.

통합과학 구상 및 방법론은 헌법학을 대상으로 하지만 도산법학에도 응용할 수 있다. 그중에서도 ‘현실적합성’과 ‘과학성’, ‘외국법이론의 탐색성’은 도산법학의 방법으로 사용할 수 있다.

3. 도산법학의 해석정책

도산법을 전문법으로 규정한 양천수 교수도 도산법학의 방법론에 관해 의미 있는 방향을 제공한다. 양천수 교수는 도산법이 전문법으로서 처한 문제, 즉 여러 법영역의 원리들이 내부적으로 부딪히는 내적 충돌 문제를 해결하기 위한 일환으로 세 가지 해석정책을 제안한다.

먼저 도산법 정책이 가진 복잡성을 고려해야 한다고 말한다. “도산법 정책을 성공으로 이끌려면, 시장의 복잡성, 더욱 정확하게 말해 도산경제체계의 복잡성을 고려해서 정책을 추진해야 한다”고 말한다.²²⁾

다음으로 “도산법 정책의 절차주의화”를 추구해야 한다고 말한다. 이때 절차주의화는 독일 법사회학에서 전개된 ‘절차주의’(Prozeduralisierung)를 원용한 것으로 보인다.²³⁾ 양천수 교수는 도산법 정책의 절차주의화로 두 가지를 언급한다. 첫째는 간접적 조종 우선의 정책이다. 둘째는 이익형량 도그마틱의 절차주의적·논증이론적 해석이다. 여기서 간접적 조종 우선의 정책이란 “도산법에 관한 법적 문제가 발생하거나 이에 대한 법정책을 수립해야 할 때, 해당 문제를 국가 혹은 법이 실체적인 기준을 통해 직접 해결하려 하기보다는, 각 관련자들이 자율적 혹은 절차적으로 문제를 해결할 수 있도록 ‘외적 테두리’를 설정하는 데 더 중점을 두어야”한다는 것을 의미한다.²⁴⁾ 그리고 이익형량 도그마틱

21) 정종섭, 앞의 책, 43면.

22) 양천수, 앞의 논문, 129-130면.

23) 절차주의에 관해서는 G.-P. Calliess, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden, 1998 참고.

24) 양천수, 앞의 논문, 130면. 이는 독일의 법사회학자 토이브너(Gunther Teubner)의 주장을 원용한 것이다. 토이브너의 주장에 관해서는 G. Teubner, *Recht als autopoietisches*

의 절차주의적·논증이론적 해석이란 이익형량을 진행할 때 모든 관련자들의 이해관계를 적절하게 고려하고 이를 “가능한 한 구체적이고 유형화된 그리고 논증적인 언어를 통해” 드러내는 것을 뜻한다.²⁵⁾

나아가 “통합도산법을 해석하고 체계화할 때, 각 제도 사이의 상호경쟁 상태를 유지하면서, 개방된 도산법 도그마틱을 개발”해야 한다고 말한다.²⁶⁾

양천수 교수의 제안은 기초법학에 바탕을 둔 것이기 때문에 추상적이며, 구체화된 방법론으로 보기는 어렵다고 말할 수 있다. 다만 도산법의 성격을 잘 드러낸다는 점에서 도산법학의 방법론을 모색할 때 도움을 줄 수는 있다고 생각한다. 요컨대 도산법학은 도산법의 복잡성을 고려하는 방법론을 찾아야 한다.

IV. 도산법학의 방법론

1. 법적 방법과 비법적 방법

지금까지 살펴본 논의를 바탕으로 삼아 도산법학은 어떤 방법론을 사용해야 하는지 살펴보겠다. 그 전에 도산법학이 원용할 수 있는 방법은 크게 두 가지로 구별할 수 있음을 언급할 필요가 있다. 이때 말하는 두 가지란 법적 방법과 비법적 방법을 말한다. ‘내부/외부’라는 구별을 적용하면 이는 내부적 방법과 외부적 방법으로 달리 말할 수 있다. 법체계를 기준으로 다시 말하면 전자는 법체계 내부적 방법으로, 후자는 법체계 외부적 방법으로 규정할 수 있다.

법적 방법으로는 크게 두 가지를 언급할 수 있다. 첫째는 법의 내적 체계를 고려하는 방법이다. 이는 또 다시 두 가지로 구별할 수 있다. 우선 도산법의 내적 체계, 즉 도산법이 내부적으로 가진 구조나 법원리 등을 고려하는 방법을 들 수 있다. 다음으로 도산법과 다른 법, 가령 민법을 포괄하는 사법과의 관계를 고려하는 방법을 언급할 수 있다. 민법이 기본원리로 설정하는 사적자치 및 이에 바탕을 둔 계약법이나 책임법 원리를 도산법에도 그대로 적용하는 것 예로 들 수 있다.²⁷⁾ 물론 이 두 가지 방법은 엄격하게 분리되기보다는 통합되

System, Frankfurt/M., 1989 참고.

25) 양천수, 앞의 논문, 131면.

26) 양천수, 앞의 논문, 132면.

어 사용되는 경우가 더 많다. 둘째는 비교법적 방법이다. 우리의 도산법과 다른 나라들, 가령 미국이나 독일의 도산법을 비교하는 방법이 그것이다. 그리고 국제법 규범들을 비교하고 분석하는 것도 비교법적 방법에 포섭할 수 있다. 이러한 비교법적 방법론은 법학, 특히 사법학에서 그동안 즐겨 사용되던 방식이다.

한편 비법적 방법으로는 사회과학적·정책학적 방법을 언급할 수 있다. 이 방법은 사회학이나 경제학, 정책학의 방법론을 원용하여 도산법에 접근하는 것이다. 비법적 방법은 도산법정책을 수립할 때, 그중에서도 도산법을 개정할 때 즐겨 사용된다. 예를 들어 면책제도를 도입할 것인지, 도입한다면 그 요건 및 절차 등을 어떻게 할 것인지를 결정할 때 비법적 방법이 유용하게 사용될 수 있다.

아래에서는 이 중 법적 방법, 즉 체계적 방법과 비교법적 방법에 초점을 맞추어 논의를 전개하고자 한다.

2. 체계적 방법으로서 도산법의 기본구조 및 원칙 고려

체계적 방법으로 도산법의 기본구조 및 원칙을 고려하는 방법을 언급할 수 있다. 이때 다음과 같은 의문이 제기된다. 도산법학이 고려해야 하는 도산법의 기본구조 및 원칙이란 무엇인지의 의문이 그것이다. 아래에서 살펴본다.²⁷⁾

(1) 책임법으로서 도산법

먼저 도산법은 사법의 한 부분인 이상, 책임법(Haftungsrecht)의 기본구조를 준수해야 한다.²⁹⁾ 여기서 도산법이 책임법의 기본구조를 갖춘다고 하는 것은, 곧 도산법이 사법의 기본원칙인 사적자치를 기본으로 삼아야 함을 뜻한다.³⁰⁾ 비록 도산법이 민법상 기본원칙인 채무이행원칙에 반하는 면책을 인정한다 하더라도, 이것 때문에 도산법 자체가 민법상의 대전제인 사적자치를 포기해야 하는 것은 아니다.

27) 이러한 연구로는 최준규, 「계약법과 도산법: 민법의 관점에서 도산법 읽기」, 경인문화사, 2021 참고.

28) 아래의 내용은 우세나, 앞의 논문 참고.

29) Ludwig Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/Munchen, 1998, S. 16.

30) 도산법뿐만 아니라 민사소송법 역시 사적자치를 기본적으로 수용한다. 이러한 사적자치 이념은 처분권주의와 변론주의를 통해 구현된다. 이에 관해서는 정동윤, 「민사소송법」, 법문사, 2020; 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2021 참고.

도산법이 책임구조를 띤다고 하는 것은, 구체적으로 다음과 같이 표현되어야 한다.³¹⁾

첫째, 사적자치의 구체적인 내용인 자기결정과 자기책임이 도산법의 근간을 이루어야 한다. 이는 달리 말해, 과실책임원칙이 여전히 도산법에서 기초를 이루고 있음을 시사한다. 둘째, 따라서 도산절차는 철저하게 관련 당사자를 위주로 진행되어야 한다. 채무자와 채권자가 도산절차의 주축을 이루어야 한다. 그렇지 않고 만약 관련 당사자가 아닌 제3자의 이익이나 관점에 따라 도산절차가 진행된다면, 그것은 기본적으로 도산법의 책임구조를 침해하는 것이 된다. 왜냐하면 그것은 도산법의 기본구조인 자기결정과 자기책임을 침해하는 것이기 때문이다. 셋째, 도산법이 책임구조를 지닌다고 하는 것은, 도산절차가 채무자의 책임재산을 기반으로 하여 진행됨을 뜻한다. 이는 궁극적으로 도산법이 시장질서에 따라 이루어져야 함을 보여준다.³²⁾ 만약 도산법이 시장질서 논리가 아닌 다른 논리에 의해 시행된다면, 그것은 도산법의 책임구조를 침해하는 것이 될 수 있다. 물론 이에 대한 예외 역시 생각할 수 있다. 만약 도산절차가 정치적인 논리가 아니라, 사회의 공공복리를 위해서 진행된다면(예를 들어, 공기업에 대한 도산절차의 경우에), 비록 그것이 시장질서에 어느 정도 합치하지 않는다고 해도, 용인할 필요가 있다고 생각한다. 그러나 이 경우에도 시장질서의 논리를 완전히 무시하는 것은 타당하지 않을 것이다. 가령 도산제도를 철저하게 배분적 정의를 실현하기 위한 도구로만 이해하는 것은 자칫 시장질서의 논리를 무시하는 것이 될 수 있어, 도산법의 책임구조를 침해하는 것이 될 수 있음을 염두에 두어야 한다.

(2) 재판상 도산절차의 보충성

나아가 도산법이 사적자치에 바탕을 두고 있다는 전제에서 재판상 도산절차는 보충성 원칙이 적용되어야 한다. 이는 도산법상 채권자표 작성과 승인 등 채무정리절차가 원칙적으로 채무자와 채무권 사이의 자율적인 합의내용에 따라 진행되어야 하고, 이러한 합의가 실패했을 경우에만 법원이 개입하여 강제적으

31) Ludwig Häsemeyer, a.a.O., S. 16-17 참고.

32) 이에 관해서는 김경욱, “사적자치와 채무초과”, 『영남법학』 제11호·제12호, 영남대학교 법학연구소, 2000.2., 185-201면 참고.

로 도산절차를 이끌어야 함을 뜻한다. 다른 관점에서 본다면, 이는 최근 각종 법적 분쟁절차에서 활성화되고 있는 ADR의 이념을 도산절차에 도입한 것이라고도 말할 수 있다.

(3) 절차적 참여권 보장

도산절차를 통해 채권자와 채무자의 이익을 최적화하기 위해서는 각 관련 당사자의 절차적 참여권은 최대한 보장되어야 한다. 만약 절차적 참여권을 적절하게 보장하지 않는다면, 비록 도산법이 실체법적인 측면에서 완전한 규정을 두고 있다 하더라도, 이러한 규정은 도산절차를 실행하는 과정에서 제대로 실현될 수 없기 때문이다. 그러므로 각 관련 당사자가 도산절차 과정에서 적절하게 참여할 수 있도록 도산법을 규정할 필요가 있는 것이다. 그런데 여기에서 염두에 둘 점은, 이러한 절차적 참여권은 그 자체로 다음과 같은 모순을 담고 있다는 점이다. 그것은 바로 채권자가 갖는 절차적 참여권과 채무자가 갖는 절차적 참여권 그리고 도산절차의 절차적 효율성은 각기 대립관계에 있다고 하는 점이다. 먼저 절차적 참여권을 너무 넓게 인정하면, 도산절차의 절차적 효율성을 침해할 수 있다고 하는 점이다. 만약 도산절차가 10년 이상에 걸쳐 진행된다면, 그것은 채무자뿐만 아니라 채권자에게도 손해가 된다. 나아가 채권자의 절차적 참여권과 채무자의 절차적 참여권도 일정한 대립관계에 있다고 하는 점이다. 앞에서 본 것처럼, 절차의 효율성을 유지하기 위해서는, 절차적 참여권은 적절한 범위에서 제한할 필요가 있는데, 이 경우 만약 채권자의 절차적 참여권을 집중적으로 보장한다면, 그만큼 채무자의 절차적 참여권이 제한될 소지가 있다고 생각한다.

그러므로 결국 도산절차상 절차적 참여권을 보장할 때는 2단계의 절차적 최적화를 고려해야 한다. 그것은 첫째, 절차적 참여권과 절차적 효율성 사이의 최적화를 마련해야 한다는 것과 둘째, 채권자의 절차적 참여권과 채무자의 절차적 참여권 사이의 최적화를 고려해야 한다는 점이다.

(4) 채권자 평등 원칙

그리고 도산법은 채권자 평등의 원칙을 실현할 수 있어야 한다. 도산절차에

서는 원칙적으로 총채권자와 채무자 사이의 이익이 대립한다. 그러나 채권자 사이에서도 각기 이익이 대립할 수 있다. 만약 모든 채권자가 동종의 채권을 갖고 있고, 또 그 채권액이 동등하다면, 이러한 대립상황이 덜 할지 모르겠지만, 현실은 그렇지 않은 경우가 더 많다. 따라서 이렇게 서로 대립할 여지가 있는 채권자를 도산법을 통해 평등하게 대우함으로써, 채권자 사이의 분쟁을 억제하고, 이를 통해 거래비용을 최소화할 필요가 있다.

(5) 채무자의 생존 배려

마지막으로 채무자의 측면에서 볼 때 채무자의 생존, 즉 최소한의 경제적 지위를 보장할 필요가 있다. 잔여채무 면책제도는 이러한 생존배려이념을 실현한 것이라 이해할 수 있다. 그러나 만약 잔여채무 면책제도가 형식적인 의미만 가질 뿐이라면, 즉 채무자들이 현실적으로 실행할 수 없는 것이라 한다면 이는 채무자에 대한 생존배려라는 관점과 합치하지 않는 것이 된다. 그러므로 도산법이 규정할, 규정하고 있는 면책제도는 현실적·절차적으로 실현될 수 있는 방향으로 법적 규정이 마련되어야 한다.

3. 비교법적 방법

(1) 의의

법적 방법 가운데 하나인 비교법적인 방법은 그동안 실정법학, 특히 민사법학에서 즐겨 사용되던 방법이다. 민사법학의 기본이 되는 민법학은 지금도 법사학적인 방법과 더불어 독일, 프랑스, 미국, 일본 등의 관련 민법을 비교하는 방법을 적용하여 논의를 전개한다.³³⁾ 이를 반영하듯 사법학에서는 비교사법학이 독자적인 범영역으로 정착되었다. 이처럼 비교법적 방법이 민사법학을 포함하는 실정법학의 대표적인 방법으로 애용되는 데는 이유가 없지 않다.

독일의 비교사법학자 라벨(Ernst Rabel)이나 케머러(Ernst von Caemmerer)가 보여주듯이 비교법적 방법은 현행법을 상대화시키면서 현행법이 어떤 문제

33) 이를 잘 보여주는 예로는 이동진, “공서양속과 계약 당사자 보호”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2011, 79면 아래 참고.

와 한계를 가지는지 드러내도록 한다. 이로써 현행법에 대한 해석 방향이나 개정 방향을 설득력 있게 모색하는 데 도움을 준다.

(2) 비교법적 방법의 위험성

물론 모든 방법이 그렇듯이 비교법적 방법이 만능인 것은 아니다. 우리 실정법보다 나은 선진 외국법을 무작정 받아들인다고 해서 우리 실정법에 대한 해석이나 입법이 좋아지는 것이 아니다. 왜냐하면 실정법은 사회 현실을 규율하는 것이기에 해당 사회 현실이 가진 고유한 특성, 이른바 법문화를 적절하게 고려해야 하기 때문이다.³⁴⁾ 따라서 현재 우리 법이 어떤 문제를 가지고 있는지를 철저히 규명하지 않고서 외국법을 그대로 수용한다면 현실에 적합하지 않은 실정법 해석이나 개정법이 될 수 있는 것이다. 이러한 상황이 되면, 현실과 법규범 사이에 괴리가 발생하게 된다.

그러나 우리 법학의 역사를 되돌아보면 우리 실정법학 역시 이 같은 문제에서 자유롭지 못했음을 알 수 있다. 물론 우리 실정법과 실정법학이 선진 외국 법이나 법학보다 뒤떨어진다는 절박함으로 어서 빨리 외국법과 법학을 받아들여야 한다는 요청이 나름 정당화될 수도 있는 시대도 있었다. 그러나 그 와중에 현재 우리가 가진 법이 무엇인지를 고민하는 노력이 상대적으로 부족하지 않았는가도 생각해 볼 수 있다. 한때는 일본 법학을, 또 한때는 독일 법학을 받아들이는 것이 올바른 해법이라는 관념이 법학을 지배한 적도 없지 않았다. 이에 대한 문제의식을 잘 보여주는 다음의 주장을 살펴본다.³⁵⁾

“그런데 이것은 또한 그 나름대로 독특한 문제를 제기한다. 즉 그와 같은 외국법에의 주목, 그리고 그와 필연적으로 연결될 ‘도입’ 주장은 우리 민법전 자체의 규범 구조에는 들어맞지 않는, 또는 그 구조에 비추어서는 불필요한 새로

34) 이에 관해서는 양창수·이동형, 「문화와 법체계 그리고 비교법학: 민법상 거래안전의무를 예로 하여」, 『민족문화논총』 제36집, 2007.9., 121-152면 참고.

35) 양창수, “한국사회의 변화와 민법학의 과제”, 『민법연구』 제1권, 박영사, 1991, 17면. 이렇게 ‘현재 있는 법’을 강조하는 태도는 일본의 민법학자이자 법사회학의 태두라 할 수 있는 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)에서 찾아볼 수 있다. 이에 관해서는 末弘嚴太郎, 『新裝版 法學入門』, 日本評論社, 2018, “第三話 社會の法律と國家の法律” 참고. 양창수 교수 역시 이 점을 지적한다. 양창수, “에른스트 폰 케머러 소묘: 우리 민법학에 대한 약간의 시사를 덧붙여”, 『민법연구』 제1권, 박영사, 1991, 56면 각주(46) 참고.

운 법제도를 수입하게 될 위험과 연결되어 있다. (...) 이러한 바람직스럽지 않은 사태를 피하기 위하여는 무엇보다도 ‘현재 행해지고 있는 법’을 정확하게 인식하는 것이 요구되며, 그러한 인식의 기반 위에서야말로 우리가 노력을 쏟아 해결하여야 할 문제의 확인과, 나아가서는 그 문제의 해결방법의 올바른 선택이 가능할 것이다.”

(3) 비교법적 방법의 방향성

이러한 주장을 고려한다면 비교법적 방법을 적절하게 즉, 현재 우리가 가진 법체계에 적절하게 사용하려면 다음과 같은 방법적 절차를 따를 필요가 있다고 생각한다.

첫째, 현재 우리 사회가 직면한 법적 문제가 무엇인지를 확인해야 한다. 우리가 법적 문제를 가지고 있지 않은데도 마치 문제가 있는 것처럼 비교법적 방법을 성급하게 찾을 필요는 없는 것이다.

법적인 문제가 발견된 후에는, 이 문제를 우리 법제도가 어떻게 규율하는지 철저히 살펴보아야 한다. 달리 말해 법적인 문제를 규율하는 ‘현재 있는 우리 법’이 무엇인지, 현재 있는 우리 법이 이 문제를 어떻게 규율하는지, 여기에 어떤 문제가 있는지를 찾아보아야 한다.

법적 문제를 해결하는 데 현재 있는 우리 법이 한계를 가진다면 그때 비로소 이를 해결하기 위한 일환으로 비교법적 방법을 모색해야 한다는 것이다. 이때 비교되는 법은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 해당 문제를 규율하는 국제법 규범 한 가지와 다른 나라, 특히 우리보다 법적 제도와 법문화, 법적 상황이 나온 외국의 국내법이 그것이다. 그동안 전자는 주로 국제법학에서 다루었지만 이들 법규범도 비교법의 대상이 된다고 말할 수 있다. 후자의 경우는 미국, 독일, 프랑스, 일본이 제도화한 실정법을 예로 들 수 있다.

관련 법규범을 찾아 비교하고 분석한다고 해서 곧바로 분석 결과를 우리 법제도에 적용해서는 안 된다. 해당 국가가 어떠한 사회 현실을 이유로 하여 또는 어떤 법현실을 배경으로 하여 그러한 법규정을 제도화한 것인지 대한 파악부터 해야 하기 때문이다. 만약 비교 대상 국가의 법현실과 우리 법현실 사이에 차이가 있다면 비교법적 분석 결과를 그대로 받아들여서는 안 될 것이다.

이러한 과정을 거치고도 비교법적 분석 결과를 수용할 수 있다면 이는 진지

하게 받아들여야 한다. 이 또한 세 가지로 나누어 수용할 필요가 있다. 법해석론, 법형성론, 입법론이 그것이다.³⁶⁾ 법해석론은 비교법적 결과를 활용하여 우리 관련 법규정을 해석할 때 고려된다. 법형성론은 법적 문제를 해결하는 데 우리 법제도가 관련 규정을 가지고 있지 않은 경우 이를 보완하기 위한 방안으로, 다시 말해 흠결을 보충하기 위한 방안으로 고려된다. 입법론은 해당 법적 문제를 장기적으로 해결하기 위해 우리가 새로운 입법을 할 때 참고할 수 있는 방법을 말한다.

(4) 권종걸 교수의 비교법적 방법

도산법학이 비교법적 방법을 실제로 어떻게 원용해야 하는지는 권종걸 교수의 연구가 잘 예증한다. 영남대학교 법학전문대학원에 재직하면서 권종걸 교수는 크게 세 분야에서 연구를 수행하였다. 미국법, 국제거래법 및 도산법이 그것이다. 특히 미국 도산법을 분석하고 소개하는 데 크게 이바지하였다. 다음과 같이 연구결과를 들 수 있다. “미국 연방파산법상 담보권과 우선적 파산채권의 지위”, “미국연방파산법상 편파행위의 부인과 그 예외”, “지방자치단체 회생제도의 특징과 입법시 고려사항: 미국연방파산법과 주의 지자체 회생대책을 중심으로”, “기업집단 도산에 관한 UNCITRAL 모델법 검토”, “미국 연방파산법상 2019년 소액영업자회생법(the Small Business Reorganization Act of 2019)의 중요내용 분석 및 시사점”이 그것이다.³⁷⁾ 아래에서는 이 중 두 편의 연구를 간략하게 소개하고자 한다.

2021년에 공간된 논문인 “미국 연방파산법상 2019년 소액영업자회생법(the Small Business Reorganization Act of 2019)의 중요내용 분석 및 시사점”에서 권종걸 교수는 2019년에 제정되어 2020년 2월 19일부터 시행된 미국 소액영업

36) 법해석론과 법형성론에 관해서는 양천수, 「삼단논법과 법학방법」, 박영사, 2021 참고.

37) 권종걸, “미국 연방파산법상 담보권과 우선적 파산채권의 지위”, 「법학연구」 제35집, 전남대학교 부설법학연구소, 2012.5., 1-34면; 권종걸, “미국연방파산법상 편파행위의 부인과 그 예외”, 「법학논총」 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013.3., 373-401면; 권종걸, “지방자치단체 회생제도의 특징과 입법시 고려사항: 미국연방파산법과 주의 지자체 회생대책을 중심으로”, 「미국헌법연구」 제25권 제3호, 미국헌법학회, 2014.12., 1-43면; 권종걸, “기업집단 도산에 관한 UNCITRAL 모델법 검토”, 「법학연구」 제60권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2019.11., 75-108면; 권종걸, “미국 연방파산법상 2019년 소액영업자회생법(the Small Business Reorganization Act of 2019)의 중요내용 분석 및 시사점”, 「법학논총」 제45권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2021.3., 343-378면.

자회생법(the Small Business Reorganization Act of 2019)을 소개 및 분석하였다. 이 내용은 미국 연방과산법 제11편 회생절차 제5장에서 규정한다.³⁸⁾ 권종걸 교수에 의하면 미국 소액영업자회생법은 다음 내용을 규율한다. 일단 미국 연방과산법 제11편이 규정하는 회생절차 규정을 개선하여 회생절차를 신속하고 저렴하게 진행할 수 있도록 한다. 또한 회생계획상 강제인가를 위한 요건을 완화하여 강제인가시 절대우선의 원칙을 폐기하였다. 이를 통해 담보부채권자의 영향력을 최소화하였다. 나아가 회생절차 후에도 채무자의 대주주 등이 그 지분을 유지할 수 있도록 하였다.³⁹⁾

이때 중요한 점은 권종걸 교수가 평면적인 관심에서 미국 소액영업자회생법을 비교 및 소개하는 것이 아니라는 점이다. 권종걸 교수는 우리 도산법이 규정하는 간이회생절차의 한계를 보완하기 위해 미국 소액영업자회생법을 비교법적인 방법으로 분석 및 소개하였다.⁴⁰⁾ 이는 왜 비교법 방법을 원용해야 하는지에 대한 좋은 예가 된다.

그리고 권종걸 교수가 2019년에 출간한 논문 “기업집단 도산에 관한 UNCITRAL 모델법 검토”는 다음과 같은 점에서 의미가 있다. 이 논문은 미국이나 독일의 도산법을 분석하는 것이 아니라 UNCITRAL, 즉 UN 국제거래법 위원회(The United Nations Commission on International Trade Law)가 2019년에 제정한 「기업집단 도산에 관한 모델법」(Model Law on Enterprise Group Insolvency)이라는 국제법규범을 분석한다는 것이다. 비교되는 법을 외국의 국내법에 한정하지 않고 UN이 제정한 국제법까지 확장한 것이다. 이 논문에서 권종걸 교수는 「기업집단 도산에 관한 모델법」이 규정하는 기업집단의 국제도산 관련 공조와 절차조정, 기획도산절차, 의제절차, 기업집단도산계획을 분석하였다.⁴¹⁾

이 논문도 다음과 같은 의도에서 출발하였다. 우리나라 도산법은 “기본적으로 개별 기업의 도산 관련 규정들이고 기업집단 도산 관련 규정은 극히 제한된

38) 권종걸, 앞의 ‘미국 연방과산법상 2019년 소액영업자회생법(the Small Business Reorganization Act of 2019)의 중요내용 분석 및 시사점’, 345면.

39) 권종걸, 앞의 ‘미국 연방과산법상 2019년 소액영업자회생법(the Small Business Reorganization Act of 2019)의 중요내용 분석 및 시사점’, 344면.

40) 권종걸, 앞의 ‘미국 연방과산법상 2019년 소액영업자회생법(the Small Business Reorganization Act of 2019)의 중요내용 분석 및 시사점’, 374면.

41) 권종걸, 앞의 ‘기업집단 도산에 관한 UNCITRAL 모델법 검토’, 77면 아래.

범위에서 존재”한다는 것이다.⁴²⁾ 그 점에서 이 연구도 도산에 관한 국제법을 무작정 분석하지는 않는다. 대신 우리의 법문제, 도산에 관해 현재 있는 우리 법이라는 문제의식에서 국제도산법을 비교 및 분석한다. 이 점에서 또한 권종걸 교수는 비교법적 방법에 관해 의미 있는 시사점을 제공한다.

4. 비법적 방법

도산법학이 사용하는 비법적 방법으로는 사회과학적 방법, 그중에서도 법경제학적 방법이 유용하게 사용될 수 있다. 특히 도산법의 적용대상 및 범위를 결정하거나 면책제도의 효력범위를 설정하는 과정에서 법경제학적 방법이 설득력 있게 사용될 수 있다.⁴³⁾ 다만 이에 관한 상세한 논의는 이 글에서는 생략하고자 한다.

V. 맺음말

지금까지 도산법학의 방법론, 특히 법적 방법에서 체계적 방법과 비교법적 방법을 중심으로 하여 논의를 전개하였다. 이 글은 도산법을 전문법으로 규정하면서 이를 다루는 도산법학도 전문법학으로 파악하였다. 그러면서 도산법학이 어떤 방법론을 모색해야 하는지 검토하였다. 이에 관한 선행 연구로 이 글은 통합과학 방법론과 도산법의 해석정책을 살펴보았다. 이에 토대를 두어 도산법학의 방법으로 법적 방법과 비법적 방법을 구별하였다. 법적 방법으로는 체계적 방법과 비교법적 방법을 검토하였다. 비교법적 방법을 살펴보는 과정에서는 이에 관해 좋은 연구를 수행한 권종걸 교수의 연구를 소개 및 분석하였다. 물론 비교법적 방법을 포함하여 도산법학이 어떤 방법을 추구해야 하는지는 앞으로 더욱 검토해야 할 것이다.

투고일 : 2022.5.21. / 심사완료일 : 2022.6.13. / 게재확정일 : 2022.6.14.

42) 권종걸, 앞의 ‘기업집단 도산에 관한 UNCITRAL 모델법 검토’, 77면.

43) 이에 관해서는 양천수·우세나, “채무자 규제와 파산면책: 사회보험의 일종으로서 파산면책제도”, 『민사집행법연구』 제3권, 한국민사집행법학회, 2007.2., 334-357면 참고.

[참고문헌]

- 양천수, 「삼단논법과 법학방법」, 박영사, 2021.
- _____, 「인공지능 혁명과 법」, 박영사, 2021.
- _____, 「제4차 산업혁명과 법」, 박영사, 2017.
- 이상돈, 「법철학」, 박영사, 2003.
- 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2021.
- 정동윤, 「민사소송법」, 법문사, 2020.
- 정종섭, 「헌법연구(1)」, 철학과 현실사, 1994.
- 최준규, 「계약법과 도산법: 민법의 관점에서 도산법 읽기」, 경인문화사, 2021.
- 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「체계이론 입문」, 새물결, 2014.
- 권종걸, “기업집단 도산에 관한 UNCITRAL 모델법 검토”, 「법학연구」 제60권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2019.
- _____, “미국 연방파산법상 담보권과 우선적 파산채권의 지위”, 「법학연구」 제35집, 전북대학교 부설법학연구소, 2012.
- _____, “미국 연방파산법상 2019년 소액영업자회생법(the Small Business Reorganization Act of 2019)의 중요내용 분석 및 시사점”, 「법학논총」 제45권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2021.
- _____, “미국연방파산법상 편파행위의 부인과 그 예외”, 「법학논총」 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013.
- _____, “지방자치단체 회생제도의 특징과 입법시 고려사항: 미국연방파산법과 주의 지자체 회생대책을 중심으로”, 「미국헌법연구」 제25권 제3호, 미국헌법학회, 2014.
- 김경욱, “사적자치와 채무초과”, 「영남법학」 제11호·제12호, 영남대학교 법학연구소, 2000.
- 양천수, “사법 영역에서 등장하는 전문법화 경향: 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 「법과 사회」 제33호, 법과사회이론학회, 2007.
- _____, “전문법의 책임으로서 환경책임과 환경민사책임: 환경책임에 대한 법이론적·법사회학적 접근”, 「환경법연구」 제29권 제3호, 한국환경법학회, 2007.
- _____, 우세나, “채무자 규제와 파산면책: 사회보험의 일종으로서 파산면책제도”, 「민사집행법연구」 제3권, 한국민사집행법학회, 2007.
- 우세나, “개인도산에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2005.

- 이동진, “공서양속과 계약 당사자 보호”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2011.
- 이상돈, “전문법: 이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』 제39호, 고려대학교 법학연구회, 2002.
- 정종섭, “우리 법학의 올바른 자리매김을 위하여: 헌법학의 통합과학적 연구에로”, 『법과 사회』 제2호, 법과사회이론학회, 1990.
- Ludwig Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1998.
- G.-P. Calliess, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden, 1998.
- G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M., 1989.

[국문초록]

도산법학의 방법론 - 법적 방법을 중심으로 하여 -

우 세 나*

오늘날 진행되는 급격한 사회 변화는 법에도 많은 영향을 미친다. 이로 인해 일반적인 구분법인 사법과 공법, 민사법과 형사법 같은 근대법 형태와는 구별되는 새로운 형태의 법이 출현한다. 전문법이라고 불리는 것이 대표적인 예이다. 전문법은 사회 영역이 분화되고 전문적으로 재통합되면서 출현하였다. 경제적 약화로 인해 도산 위험에 빠진 채무자가 회생시키거나 파산시키는 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」같은 도산법을 전문법으로 들 수 있다. 이 글은 도산법을 전문법으로 규정하면서 이를 다루는 도산법학도 전문법학으로 파악하였다.

한편 전문법에 관해서 다음과 같은 의문을 제기하였다. 전문법은 전통적인 근대법과 비교할 때 어떤 성격을 지니는가, 전문법을 연구 대상으로 하는 전문법학은 어떤 방법론을 적용해야 하는가 등의 의문이 그것이다. 그래서 이 글은 전문법학의 방법론, 특히 도산법학의 방법론에 논의의 초점을 맞추고자 한다. 우선 도산법학의 방법론에 관한 논의로서 통합과학 방법론과 도산법의 해석정책을 살펴본다. 그리고 이에 토대를 두어 도산법학의 방법론으로 법적 방법과 비법적 방법을 구별하여 살펴본다. 법적 방법으로는 체계적 방법과 비교법적 방법을 검토하였다. 비교법적 방법을 살펴보는 과정에서는 그동안 도산법에 관해 열정적인 연구를 수행한 권종걸 교수의 연구내용을 소개 및 분석하였다. 전문법인 도산법을 사회에 적절하게 적용하고 해석하며 제도를 이에 맞게 개선하기 위하여는 어떤 방법론을 모색해야 하는지는 앞으로 더욱 검토해야 할 것이다.

주제어 : 전문법, 도산법, 도산법학, 법학방법론, 법적 방법

* 국립공주대학교 법학과 교수, 법학박사.

[Abstract]

Methodology of Insolvency Law

- Focusing on the legal method -

Se-Na Woo*

The rapid social change that is taking place has a great impact on the law. Because of this, the common types and common distinction of the forms of modern law such as civil law, criminal law, judicial law and public law etc are changed into new forms. This new form of law can be defined the professional law. Used to rehabilitate debtors who are on the risk of bankruptcy due to economic deterioration, Insolvency law such as the Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act, which may be defined the professional law. This article defines the Insolvency law as the professional law.

On the other hand, the following questions were raised regarding the professional law. The professional law compared with the traditional modern law, What kind of character does it have? what methodologies are applied to the professional law? which is research subjects for the professional law?

Therefore, this article intends to focus the discussion on the methodology of professional jurisprudence, especially the methodology of insolvency jurisprudence.

First, as discussions on the methodologies of insolvency law, the integrated science methodology and the interpretation policy of insolvency law will be reviewed. And based on this, the method of insolvency jurisprudence distinguishes between legal methods and non-legal methods. As for legal methods, systematic methods and comparative methods are reviewed.

This article defines the insolvency law as the professional law. In order to properly apply and interpret and improve the system, what methodology should be sought in this jurisprudence methodology?

Professor Kwon Jong-geol's research contents were introduced and analyzed

* Professor at Law faculty, Kongju National University, Dr. jur.

of comparative methods in insolvency law, so I introduced and analyzed his research contents. Applying the professional law, insolvency law will have to be further investigated in the future.

Key words : professional law, insolvency law, methodology of insolvency law,
jurisprudence methodology, legal method