

# 民事法制的 爭點과 展望

金 相 容\*

## 차 례

- I. 概 說
  - 1. 民法典 制定 50年, 民法典 施行 48年
  - 2. 民事法制에 있어서의 전반적인 쟁점과 과제
- II. 民法(財産法)改正의 爭點과 向後 推進方向
  - 1. 민법(재산법)개정의 과정과 문제점
  - 2. 새로운 민법(재산법) 개정안의 마련을 위한 방향과 방법
- III. 民事法에서의 世界化 推進의 爭點과 展望
  - 1. 민사법에서의 세계화의 흐름
  - 2. 민사법에서의 세계화의 수용과 실현
- IV. 韓國 固有民事法의 發掘과 現代化 推進의 爭點과 展望
- V. 東北亞細亞 普通民事法(ius commune in North East Asian region) 定立의 課題와 展望
- VI. 北韓 社會主義民事法의 社會主義 市場經濟 民事法制로의 轉換支援의 課題와 展望
- VII. 맺는 말: 韓國 民事法制的 將來

\* 연세대학교 법과대학 교수, 법학박사

## I. 概 說

### 1. 民法典 制定 50年, 民法典 施行 48年

올해는 정부수립 60년이며, 우리 민법전을 제정한지 꼭 50년이 되는 해이고, 우리 민법전을 시행한지 48년이 되는 해이다. 법은 그 나라의 문화의 일부이고, 민법은 그 나라의 법문화의 중심부분이기 때문에, 한 나라가 독자적인 민법전을 갖는다는 것은 그 나라가 독자성과 독자적 문화를 갖는다는 것을 의미한다. 우리나라가 독자적으로 민법전을 제정하였다는 것은 우리나라가 독자성과 독자적 법문화를 가짐을 확인하는 대표적인 사건이었다.

우리나라는 일본의 강압에 의하여 1876년에 開港을 하여 우리의 意思와는 관계없이 일본법의 영향을 받다가, 1912년에는 일본민법전이 역시 우리의 의사와는 상관없이 우리의 민법전으로 依用되어, 우리의 법문화에 기초하지 아니하고 우리의 법의식에 부합하지 아니하는 일본민법전이 49년간이나 우리의 민법전으로 적용되었다. 이러한 근 70여년에 걸친 日本民事法の 영향을 벗어나 정부수립과 동시에 우리 민법전의 제정에 착수하여 韓國動亂의 시련을 겪으면서도 우리 민법전의 제정작업을 계속하여, 드디어 1958년에 우리의 舊民法典이었던 일본민법전과는 다른 우리의 민법전을 제정한 것은 우리 법문화의 독자성을 확인한 역사적 사건이었다. 만약에 우리의 민법전을 제정하지 아니하고 의용민법을 그대로 계속 사용하였더라면 우리 법문화의 독자성을 유지할 수가 없었을 것이다.

우리 민법전을 제정함에 있어서는, 재산법에 있어서는 부동산등기를 부동산물권변동의 대항요건에서 성립요건으로 하고, 引渡, 즉 점유의 이전을 동산물권변동의 대항요건에서 성립요건으로 규정하고, 우리 고유의 부동산에 대한 권리였던 傳貰權을 용익물권으로 규정하고, 우리의 전통가족 제도를 크게 입법하였으나, 기본적으로는 舊民法典이었던 일본민법전을 기초로 제정하여, 민법전 제정시에는 구민법전의 영향이 클 수밖에 없었다. 그러나 민법전을 시행해 오면서 가족법 분야는 수차례의 개정<sup>1)</sup>을 통

1) 지금까지 한국민법전은 15차례 改正이 되었으며, 그 중에서 가장 중요한 개정은 家族

하여 우리의 독자성을 구현하면서 인류보편적인 가족법의 시대적 흐름을 수용하여 가족법의 관리가 비교적 원만하게 이루어져 왔다. 그러나 재산법 분야에서는 민법전 제정 후 1984년에 극히 제한적인 범위 내에서 개정이 있었을 뿐 사회, 경제의 변화에 따라서 適期에 민법전을 개정하지 못하여 全地球的 時代의 變化인 國際化, 世界化를 수용하지 못한 채, 좀 뒤쳐진 상태에 있다고 평가된다.

이와 같이 1958년 우리 민법의 제정은 우리 법문화의 독자성을 확인한 역사적인 사건이었다. 그리고 우리 민법전을 제정할 당시의 우리나라는 농업사회였으며 家父長制의 가족제도의 사회였다. 그러나 지난 50년간 우리나라는, 내부적으로는 농업사회를 거쳐 산업사회를 지나 정보화사회로 발전하였다. 그리고 경제의 발전에 의한 국민건강의 향상으로 평균수명이 연장되어 老齡化社會를 지나 老齡社會로 접어들었으며, 젊은이들이 무뎠하는 사회변화가 일어났다. 외부적으로는 세계화, 국제화의 진행으로 국제적인 거래관련법이 세계적으로 통일화되어 가고 있고, 영미법의 법원리가 세계적으로 침투해 들어오는 全地球的인 變化가 일어나고 있다.

이러한 내부적, 외부적 변화에 부응하여, 민법전 제정 후 50년간 우리 민법전은, 가족법 분야는 그 관리가 비교적 원만하게 진행되어 왔으나, 재산법 분야는 시대의 변화를 적절히 반영하지 못한 문제점이 있었다. 그리하여 우리의 가족법은 민주적 가족제도에 입각하여 비교적 인류보편적인 가치를 실현하는 법으로 발전하여 왔다. 그러나 우리의 재산법은 세계적인 법의 통일화의 시대적 흐름을 적절히 반영하지 못한 민법전 관리에 있어서의 문제점을 갖고 있다. 이와 같이 우리 민법전은, 가족법은 그 관리가 비교적 충실하여 살아있는 민법으로 발전하였으나, 재산법은 관리의 소홀로 살아있는 민법으로 충분히 기능하고 있지 못하고 있다고 평가된다.

## 2. 民事法制에 있어서의 전반적인 쟁점과 과제

법은 한 나라의 문화의 일부이기 때문에, 우리의 민사법은, 다른 법분야도 마찬가지로이지만, 인류보편적인 가치를 실현하고, 동시에 우리나라의

---

법이 3번(1977, 1990, 2005), 財産法은 1번(1984) 이루어졌다.

독자성과 고유성을 실현하여야 한다. 그리하여 우리의 민사법은 우리의 正體性을 확실히 구현하고 실현하여야 한다.

우리나라는 세계 속에서 세계인과 더불어 교류하면서 살아가야 하며, 동북아시아에서 이웃하는 국가들과도 활발히 교류하면서 이웃으로 더불어 평화롭게 살아가야 한다. 그리고 내부적으로 우리의 역사를 계속 이어가면서 우리의 독자적인 특징 있는 문화, 그 중에서도 정체성 있는 우리의 법문화를 이루어야 한다. 그리하여야 우리나라가 세계 속에서 보편적이고도 독자적인 문화와 보편성과 독자성을 갖춘 정체성 있는 법문화를 이룩하여, 우리나라가 문화국가로서 永續하고, 우리 국민이 문화인으로서 永存할 수 있는 것이다.

그러므로 우리 법, 특히 우리 민사법이 지향하여야 할 발전방향은 인류 보편적인 가치를 실현하면서 동시에 우리의 독자적이고 고유한 우리의 법문화를 구현하여, 우리나라를 문화국가로 발전케 하고, 한국민을 문화인으로 살아갈 수 있도록 하는 데에 있다. 이러한 인류보편적이고 독자성이 있는 민사법이 바로 살아있는 좋은 법(lebendiges gutes Recht)이며, 이러한 살아있는 좋은 민사법이 바로 사람과 사람간의 조화와 평화를 이룩할 수 있는 법인 것이다. 우리 민사법이 지향하여야 할 방향은 바로 보편적이면서 독자성이 있는 살아있는 법으로서 인간사회의 조화있고 평화로운 질서를 구축하고 실현하는데 있는 것이다.

이러한 우리 민사법의 발전과제의 실현을 위해서는 세계적인 시대의 흐름을 適期에 민사법에서 반영할 수 있어야 하며, 우리의 전통법에서 우리의 고유하고 독자적인 법을 발굴하고 현대화하여야 하며, 특히 동북아시아에서 이웃 국가들과 더불어 평화롭게 살아갈 수 있는 법에서의 방법을 찾아 실천하여야 한다. 그리고 이러한 우리의 발전방향과는 달리 인류 보편적이지 못한 가치를 실현하고자 하는 사회주의 북한의 민사법을 인류보편적인 방향으로 그 진행방향을 바꿀 수 있도록 도움을 주어야 하며, 분단의 고통을 극복하고 치유할 수 있는 좋은 우리의 법, 그 중에서도 좋은 우리의 민사법을 만들어 나가야 한다.

이러한 민사법의 발전방향은, 민사법의 지속인 개정, 수정, 보완을 통한 민사법의 관리를 통하여 이를 구체화하여야 한다. 그러나 이러한 理想的

인 價値의 실현을 위한 우리 민사법의 관리에는 부족함이 많았다고 평가된다. 특히 민법전의 관리, 그 중에서도 재산법의 관리에 소홀함이 많았다고 평가된다.

그리고 지금 추진되고 있는 법학교육제도의 변화와 함께 대륙법위주의 우리 민사법에 영미법의 요소도 많이 침투해 들어올 것으로 전망된다. 이러한 법환경의 변화에 우리 민사법이 능동적, 적극적으로 대처하여 英美私法의 요소도 우리 민사법의 내용으로 變容할 수 있어야 한다. 그리하여 좋은 우리의 민사법을 만들어 나가야 한다.

本稿에서는 이러한 우리 민사법이 나아가야할 방향에 비추어, 우리 민사법에서 구체적으로 실천해야할 내용과 방안에 관하여 살펴보고자 한다.

## II. 民法(財産法)改正의 爭點과 向後 推進方向

### 1. 민법(재산법)개정의 과정과 문제점

#### (1) 개정안 마련의 경과

우리의 민법전 중의 재산법 분야는 제정 후 1984년에 한 번 개정되었을 뿐이었다. 그 간의 사회, 경제적 변화에 대응하기 위하여 재산법 분야는 특별법을 제정하여 임기응변적으로 대처하여 왔다. 그렇기 때문에 국민들의 일상 법생활에서는 민법전에서의 재산법의 원칙규정이 법생활의 지침이 아니라, 오히려 민사특별법에서의 예외적인 규정이 법생활의 지침이 되는 현상이 빚어졌다. 그리고 민법전의 법규정들은 국민의 일상 법생활의 행위규범으로서의 기능보다는 분쟁시에 분쟁해결의 지침이 되는 재판규범으로서의 기능이 훨씬 강하게 나타났다. 이러한 현상은 바로 민법전 제정 후에 사회, 경제적 시대의 변화에 부합하는 민법개정이 충실히 수반되지 못한 결과이다.

이러한 민법전에서의 재산법의 낙후성을 극복하고 민법전이 국민의 일상 법생활에서 살아있는 법으로 기능할 수 있게 하기 위하여, 1999년에 민법 중 재산법의 개정에 착수하여 5년여의 기간 동안 연구, 논의를 거쳐 2004년 10월에 정부안으로 민법(재산법)개정안이 성안되어 국회에 제출되

었다. 그러나 민법(재산법)개정안은 제출된 지 3년 가까이 지났음에도 불구하고, 국회에서 그 심의가 전혀 이루어지지 않은 채 지금에 이르고 있으며,<sup>2)</sup> 헌법 제51조 但書의 규정에 따라서 제17대 국회의 종료와 함께 자동폐기되었다. 새로 제18대 국회가 구성이 되면, 정부는 민법(재산법) 개정안을 다시 성안하여 제출되어야 할 상황에 처해 있다.

민법(재산법)개정안의 성안에 5년여의 세월이 소요되고, 국회에 개정안이 제출된 지 3년 가까이 지났음에도 불구하고 결국 자동폐기되는 결과를 낳게 된 원인이 무엇인지에 대한 분석, 검토는 새로운 민법(재산법)개정안을 마련함에 있어서 반드시 거쳐야 할 필요한 과정이다. 왜냐하면 민법으로 수용되지 못한 민법(재산법)개정안 마련과정에서의 문제점을 파악하고 이를 극복하여야 민법전으로 수용될 수 있는 새로운 민법(재산법)개정안을 마련할 수 있기 때문이다.

민법(재산법)개정의 필요성은 누구나 공감하고 있었다. 왜냐하면 재산법 중에서 이미 그 生命이 다한 규정이 적지 아니하였고, 국민들의 일상법생활에 관한 민사법이 민법에는 전혀 규정되어 있지 않거나 규정되어 있다고 하더라도 불충분하여<sup>3)</sup> 학설과 판례에 의하여 규율되고 있었다. 그리고 시간의 흐름에 따라서 민법전 제정시의 민법제정의 기초가 되었던 사회사정이 근본적으로 변화하였으며, 새로운 시대사정에 적응할 수 있는 민법전으로의 개정이 절실히 요청되고 있었다.

이러한 변화에 따라서 민법(재산법)개정의 추진은 법무부가 이를 시작하였다. 그러나 구체적인 민법(재산법)개정안은 전적으로 법무부내의 민법(재산법)개정특별분과위원회가 이를 담당하였다.

그리고 민법(재산법)개정안을 마련하고 있던 중에 2001년에는 우리 민법전 제정시의 기초가 되었던 독일민법전이 채권법현대화계획(Schuldrechtsmodernisierung)에 따라서 대폭적으로 그리고 근본적으로 개정되어 종래의 기본법리가 크게 수정되었으며, 2004년에는 영미계약법의 영향

2) 국회 입법조사관에 의한 민법(재산법) 개정안에 대한 검토는 이루어진 바가 있다.

3) 대표적으로 근보증이 일반적으로 행하여지고 있음에도 불구하고 민법전에서는 근보증에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하며, 또한 근저당권이 일반적으로 이용되고 있음에도 불구하고 민법전에서는 오로지 민법 제357조 한 조문만을 규정하고 있어서 다양한 내용의 근저당권을 적절히 규율하지 못하고 있다.

을 크게 받은 세계적으로 통일적인 국제거래법인 “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약”(The United Nations Convention on the Contract for the International Sale of Goods: CISG)에 우리나라가 가입하고 2005년에 그 효력이 발생함으로써 우리의 민법체계와는 다른 거래법(즉, 매매법)이 우리의 법으로 수용이 되었다. 또한 일본은 그들의 경제침체상태를 극복하기 위하여 2003년에 그들의 민법전을 개정하여 저당권자 위주의 부동산저당권에서의 중대한 변화를 이루었으며, 2004년에는 그들의 민법전을 現代語化하고, 보증에 관한 내용을 대폭 개정하였다. 그리고 중국은 1999년에 영미계약법과 세계적으로 통일적인 계약법의 법리를 수용하여<sup>4)</sup> 그들의 계약법(合同法)을 제정하였으며, 2007년에는 물권법을 제정하여 사회주의 시장경제의 원리를 그들의 민법전의 일부분인 그들의 물권법에서 구체화하였다. 그러나 이러한 외부적인 민사법의 변화를 우리 민법(채산법)개정안을 마련함에 있어서는 충실히 반영하지 못하였다.

그리고 이번의 민법(채산법)개정안은 민법의 채산법 전분야에 걸친 大改正案으로 마련되었으며, 그로 인하여 민법(채산법)개정의 방향을 정하여 그 방향에 충실한 통일적인 개정안 마련이 되지 못하였다. 또한 민법개정특별위원회 구성원 각자의 개정의견을 취합하여 개정안을 마련함으로써 전체적인 통일성과 일관성이 유지되지 못한 문제점을 갖고 있었다고 평가되고 있다. 따라서 민법(채산법)개정의 이념적 지표가 설정되어 개정안 마련의 방향이 분명히 설정되었어야 했으나, 그러지 못하고 개정위원들 각자의 개정의견을 취합하여 개정안의 범위를 정한 관계로 그 개정안의 내용에 관하여 상호이해와 조화가 부족하였고 통일성이 缺如되어 결국 자동폐기되는 결과에 이른 것으로 이해된다. 민법 개정안 마련과정에서의 상세한 문제점에 관하여는 다음 節에서 詳述하기로 한다.

4) 중국은 그들의 계약법을 제정함에 있어서 “私法統一을 위한 국제연구소”(International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT)가 성안한 UNIDROIT 국제상사계약법 총칙(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)의 내용을 크게 수용하여 제정하였다.

## (2) 개정안 마련 과정상의 문제점

오랜 기간 동안 연구하고 논의하여 성안된 민법(재산법)개정안이 자동 폐기되는 결과에 도달한 데에는 그 만한 상당한 이유가 있었다고 생각된다. 그 이유를 검토, 분석하는 일은 새로운 개정안을 마련함에 극복해야 할 과제가 되기 때문이다.

그 첫째의 원인은, 민법(재산법)개정안을 마련함에 있어서 개정방향과 개정범위 및 주요한 개정내용의 기본이 되는 時代精神(Zeitgeist)에 대한 검토와 설정이 不在하였던 것이다. 민법개정을 위해서는 개정의 필요성의 근거가 되는 사회, 경제적 사정의 변화와 우리나라가 지향하는 나라의 모습과 철학이 먼저 정리되어 설정되었어야 했다. 그러나 그것에 대한 검토가 없었으며, 특히 민법에서 반영되어야 할 우리나라가 처한 이 시대의 시대정신에 대한 검토가 없었다. 소비자시대, 전자시대, 고령 사회의 도래, 국제화, 세계화, 부동산투기 등 비정상적 거래의 확산 등에 대한 극복·대응사상 등, 이 시대가 요구하는 시대정신의 검토와 그러한 시대정신을 민법에서 어떻게 반영할 것인지에 대한 事前檢討와 정리가 不在하여, 개정안의 내용이 서로 조화와 통일을 이루지 못하였다고 판단된다.

그리고 우리나라가 나아가야 할 방향과 국가철학에 대한 진지한 검토가 不在하였다. 물론 우리나라가 나아가야 할 방향은 우리 헌법에 규정되어 있다. 민법을 개정함에는 헌법에서의 근본적 가치결정을 민법에서 구체적으로 어떻게 실현해 나갈 것인지에 대한 법철학적 내지 입법론적 검토가 先行되었어야 했다.

이러한 근본적인 가치와 방향설정이 없이 개정안을 大改正으로 할 것인가 小改正으로 할 것인가, 아니면 중간 정도의 개정을 할 것인가를 논의하였으며, 개정내용의 결정을 통일적인 지침없이 위원들의 평소의 연구과정에서 개정의 필요성이 있다고 판단되는 사항을 나열식으로 열거하고 그것에 대한 개정내용을 결정하였기 때문에 전체적으로 통일되고, 조화를 이룬 개정안이 마련되지 못하였던 것으로 판단된다. 그리고 名望家 時代에는 민법제정이나 개정에서 있어서 그 제정 또는 개정을 주도한 특정



인의 사상이 투영되기도 하였지만,<sup>5)</sup> 오늘날과 같은 대중사회에서는 누구나 동의할 수 있는 전체적인 조화와 균형을 유지하는 것이 가장 중요하다. 그러나 민법개정안의 마련에는 그러한 노력이 부족하였다고 평가된다.

둘째로는 개정내용에 대한 충분한 연구가 부족하였다. 민법개정안의 마련은 사전에 충분한 연구가 이루어지고, 그 연구결과를 기초로 하여 세부적인 규정이 마련되었어야 하였다. 물론 민법개정안을 마련하는 과정에 채권법 분야는 작은 연구가 있었고, 연구결과보고서도 출판이 되었다.<sup>6)</sup> 그러나 물권법 분야는 연구를 할 계획은 있었으나 예산지원의不在로 성사되지 못하였다.

연구를 위해서는 충분한 재정적인 뒷받침이 있어야 했다. 그러나 그러지 못한 관계로 개정위원들의 평소의 개인적인 연구결과를 바탕으로 개정안을 논의할 수 밖에 없었다. 그러므로 심도있는 논의와 개정안 마련이 어려웠던 것으로 평가된다.

독일은 채권법을 2001년 개정함에 있어서, 1978년에 개정구상을 하고 1979년에 개정위원회를 구성한 다음에 1981년과 1983년에 개정과제에 대한 방대한 연구결과보고서를 출판하였다.<sup>7)</sup> 그리고 1991년에는 그 연구결과를 바탕으로 하여 조문화한 개정안에 대한 보고서를 출판하였다.<sup>8)</sup> 또한 그 후에도 여러 번의 개정안 초안에 대한 검토가 이루어진 다음에 비로소 입법이 되었던 것이다.<sup>9)</sup> 이러한 충분한 연구결과를 기초로 하여

5) 프랑스 민법의 제정과정에는 Robert-Joseph Pothier(1699-1772)의 법사상과 그의 연구결과가 크게 영향을 미쳤으며, 스위스 민법의 제정과정에는 Eugen Huber의 법사상과 그의 연구결과가 크게 영향을 미쳤다(김상용, 『민법총칙』(全訂版 增補), 법문사, 2006, 37-57면 참조).

6) “새로운 계약유형의 입법화에 관한 연구”(법무부, 1999. 12. 10)이다. 同연구보고서에 서의 내용은, 제1장: 연구의 목적 및 필요성, 제2장: 여행계약의 법리와 입법화 방안, 제3장: 전문가계약의 법리와 입법방안, 제4장: 의료계약의 법리와 입법방안, 제5장: 전자계약의 법리와 입법화방안에 그치고 있다.

7) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. von Bundesminister der Justiz, Band I und II(1981), Band III(1983).

8) Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. von Bundesminister der Justiz (1992).

9) Diskussionsentwurf(2000. 8. 4), Begründung des Regierungsentwurfs, Stellungnahme des Bundesrates(2001. 7. 13), Gegenäußerung der Bundesregierung, Bericht des Rechtsausschusses(2001. 9. 25) 등의 검토를 거쳐 최종적으로 입법이 되었다.

그 범위내에서 채권법개정안을 마련하였던 것이다.

셋째로는 개정내용에 있어서의 無理가 있었다. 成案되어 국회에 제출된 민법개정안의 내용 중에는 법이론적으로나, 법체계에 있어서나, 법현실에 있어서 수긍하기 힘든 무리한 내용이 적지 아니하였다. 예컨대 사적자치의 원칙에 대한 개정안은 그것을 굳이 민법에서 규정할 필요성이 있는 지에 대한 충분한 검토가 필요하였다. 사적자치는 이미 헌법에서 그 정신이 규정되어 있으므로 헌법에서 도출하면 족한 것이지 굳이 민법에서 규정할 필요가 없는 내용이다. 그리고 특히 소비자시대에는 사적자치가 제약을 받을 수밖에 없는 것이다.<sup>10)</sup> 그리고 무엇보다도 사적자치의 원칙을 민법 제1조의2 제1항에서 규정함으로써 사적자치가 민법전체의 기본원칙인 것처럼 규정을 하였으나, 사적자치는 계약법의 기본원칙일 뿐 물권법, 가족법, 불법행위법 등의 민법전체의 기본원칙일 수 없다는 반대의 견해에서는 이러한 민법개정안에 대해 조금도 수긍을 할 수 없는 것이다.<sup>11)</sup> 너무 개인적인 주장만을 관철한 관계로 반대의 견해와 調和할 수 있는 민법개정안의 마련이 되지 못하였던 것이라 평가된다. 그리고 인격권 보호에 관한 선언적 규정(개정안 제1조의2 제2항)은 민법에서 규정할 필요가 없는 규정이며, 임대차보증금에 관한 개정안 제647조의2도 임대차보증금은 보증금계약에 의하여 당연히 遲滯借賃에 충당되고 나머지는 임차인에게 반환하여야 함으로 이를 굳이 규정할 필요가 없었던 것으로 평가된다. 이러한 민법의 규정은 입법적 장식에 불과한 규정들이다.

그리고 손해배상의 방법으로 금전배상과 병행적, 선택적으로 원상회복을 인정한 민법개정안 제394조 제1항도 법이론적으로 제대로 해명되지 못한 부분이 적지 않은 문제가 있는 규정이다. 지금까지 어느 나라도 손해배상의 방법으로 금전배상과 선택적으로 원상회복을 인정한 입법례를

10) 독일의 개정민법에서는 소비자보호를 위하여 소비자계약에서 의사표시의 任意撤回(Widerruf)를 인정하여 사적자치의 원칙의 표현인 “계약은 지켜져야 한다”(pacta sunt servanda)는 원칙이 제약을 받게 되었다고 평가되고 있다(Vgl., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil (2004), Rn 112 zur Einleitung zum BGB).

11) 김상용, 전거서, 2006, 79면.

찾아보지 못하였다. 무엇보다도 피해자가 원상회복을 법원에 청구하였는데, 법원이 원상회복청구에 상당한 이유가 없음을 이유로 원상회복청구를 기각하면, 피해자는 다시 금전배상청구의 訴를 제기할 수 있는지, 제기할 수 있다면 원상회복청구의 소가 오래 지속이 되고 敗訴로 소멸시효중단의 효력이 소급해서 소멸하여(민법 제170조 제1항) 금전배상청구권의 소멸시효기간이 완성이 된 경우에는 피해자를 어떻게 보호할 수 있는지 등, 미해결의 문제점을 적잖이 내포하고 있다.<sup>12)</sup> 그럼에도 불구하고 무리하게 금전배상과 원상회복을 선택적으로 행사할 수 있도록 개정안을 마련한 것은 무리였다고 판단된다.

그리고 책임능력 있는 미성년자의 법정감독의무자의 책임에 관하여 미성년자에게 辨濟資力이 없는 경우에는 법정감독의무자의 책임이 인정되고, 그 미성년자에게 변제자력이 있는 경우에는 법정감독의무자의 책임이 인정되지 않도록 한 개정안 제755조 제2항도 문제가 있는 개정안이다. 이러한 개정안은, 결국 피감독자인 미성년자에게 변제자력이 있으면 감독자의 불법행위책임이 성립하지 아니하고, 변제자력이 없으면 감독자의 불법행위 책임을 인정하고 있어서, 이는 有錢 不法行爲 不成立, 無錢 不法行爲의 成立의 결과를 초래하여, 너무 가진 자 중심의 사고에 입각하고 있으며, 事物의 理致에 反하는 개정안이라 평가된다.

또한 계약해제에 관한 민법개정안 제544조의2 제1항에서는 계약해제를 위한 채무의 불이행을 한 條文으로 통합하여 규정하면서, 언제나 채무자의 귀책사유를 요하도록 규정하여, 계약해제의 요건에 관하여 채무자의 귀책사유를 요하지 아니한다는 세계적인 추이에도 反할 뿐만 아니라, 현행민법의 규정(민법 제544조)보다도 후퇴한 개정안을 제출하였다. 이러한 국제적 보편성이 결여되고, 현행민법의 내용보다도 후퇴한 개정안은 민법의 개정이 아니라 改惡이 될 수도 있다. 세계적인 추이를 반영하지 않겠다면 현재와 같이 그대로 두는 것이 타당하며, 현재보다 더 뒤로 되돌아가는 입법은 하지 아니함이 타당함은 多言을 요하지 아니한다. 그럼에도 불구하고 이와 같은 개정안을 마련하였기 때문에 반대의견자들을 설득할

12) 더 상세한 문제점에 관하여는 김상용, “민법(재산법)개정안 중 문제조항들에 대한 의견”: 국회입법조사관과의 간담회(2005. 5. 30) 보고서 참조.

수가 없었던 것이었다.

그 외에도 무리한 개정안으로서 전체적으로 조화와 균형을 이루지 못한 개정안이 적지 아니하다.<sup>13)</sup> 특히 재단법인의 출연재산의 귀속시기에 관하여 등기나 인도를 요하는 出捐財産은 재단법인명의로의 등기, 인도가 있어야 재단법인의 재산으로 되도록 한 개정안 제48조 제3항은 너무 형식논리에 치우친 개정안으로 이해되며, 재단법인의 기초인 출연재산의 확보가 미약해 질 수밖에 없음에도 불구하고, 재단법인의 재산적 기초를 충실히 할 수 있는 현행의 조항을 개정하고자 한 것은 무리였다고 판단된다. 그리고 농지의 임대차가 널리 인정되고 있음에 따라, 농지임대차를 방지하기 위한 농지에 대한 전세권 설정의 금지규정(민법 제303조 제2항)은 삭제함이 時代事情에 부합한다고 판단됨에도 불구하고 그것에 관하여는 아무런 개정안을 마련하지 못하였다.

그리고 성년연령을 만 20세에서 단지 만 19세로만 낮추었는데(개정안 제4조), 젊은이들이 조속하는 현실을 제대로 반영하였는지 의문이며, 일반적으로 18세를 성년연령으로 규정하고 있는 세계적 추이에 부합하는 지도 의문이다. 그리고 성년연령을 낮추었을 때에 稅法에 있어서 만 19세 이상의 성인자를 세대주의 피부양자로 인정할 수 있는지에 대한 검토도 병행이 되었어야 마땅한 일이었다고 평가된다.

넷째로는 세계화, 국제화의 全地球的인 시대의 흐름을 민법개정안에서 반영하지 못한 점이다. 국제적 또는 지역적으로 국제적인 거래에 관련된 법은 통일화의 방향으로 발전되고 있으며, 영미사법의 원리에 근거한 거래법 원칙들이 대륙법계 국가에도 영향을 강하게 주고 있는 것이 세계적 내지 전지구적인 현상이다. 그리하여 대륙법계 국가에서의 거래법, 즉 계약법에서 전통적인 법원리가 영미계약법의 원리로 轉換·代替되고 있는 것이 현실이다. 세계화의 상징으로서 거래법의 세계적인 통일법인 1980년의 “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약”(CISG)은 영미계약법의 원리를 크게 담고 있으며, 세계적으로 영향을 주어, 독일은 이미 2001년에 이 협약의 법원리를 따라서 채권법을 개정하였다. 그 가장 대표적인 사례가

13) 더 상세한 개정안에 대한 반대의견에 관해서는, 위의 김상용, “민법(재산법)개정안 중 문제조항들에 대한 의견”: 국회입법조사관과의 간담회(2005. 5. 30) 보고서 참조.

바로 履行障礙(Leistungsstörung)의 여러 유형을 義務違反(Pflichtverletzung) 하나로 통합하고, 계약의 해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 요하지 않도록 개정한 것이었다.<sup>14)</sup>

우리나라도 2004년에 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약에 가입하였고, 同협약은 2005년에 그 효력을 발생하였다. 그러므로 우리나라는 계약해제에 관하여 물품의 涉外的 非消費材賣買契約에서와 국내거래계약에서의 그 요건과 효과와 涉외적 소비재매매계약에서의 그 요건과 효과가 달라지는 2원화의 현상이 발생하게 되었다.<sup>15)</sup> 중국은 1999년에 그들의 계약법을 입법하면서, 이러한 국제화, 세계화의 흐름을 그들의 계약법에서 이미 반영을 하였다. 중국이 계약법을 입법하면서 참고한 “사법통일을 위한 국제연구소”에서 성안한 UNIDROIT 국제상사계약법 총칙(UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts: PICC)도 영미계약법의 원리가 크게 반영된 Restatement로서 그 주요내용에 있어서는 위 국제연합협약과 脈을 같이 하고 있다.

다섯째로는 민법개정안을 마련함에 있어서 학계, 실무계의 다양한 의견, 특히 개정안에 대한 비판적 의견을 收斂하고 수용하여 조화와 균형을 이루는 일을 충실히 하지 못하였다. 학계, 특히 민사법학계에 보고하여 그 의견을 청취했어야 했으나 그러하지 못하였으며,<sup>16)</sup> 법조계, 실무계의 의견을 물은 적은 있으나, 개정안을 각계에 소상하게 설명할 수 있는 기회는 한 번의 공청회를 제외하고는 없었던 것이다. 그리하여 민법학계로

14) 이와 같이 독일채권법에서 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 계약해제에 관한 내용을 수용한 것은, 이미 독일채권법개정에 관한 의견서에서 이행장애에 관한 집필자였던 Ulrich Huber의 제안(Ulrich Huber, “Leistungsstörung”, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I(1981), SS. 647-909)에 의해 이루어진 것이다(Vgl., Heinrich Dörner, Ausgar Staudinger, Schuldrechtsmodernisierung: Systematische Einführung und synoptische Gesamtdarstellung, 2. Aufl.(Baden-Baden, Nomos, 2002), S. 11).

15) 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 우리 민법에서의 수용에 관하여는, Kim Sang Yong, “Impacts of CISG in Korea: National Report of the Republic of Korea to the Congress of IACL(International Academy of Comparative Law)”, to be held in Mexico City, Mexico on the November 13-15, 2008), 참조.

16) 여기서의 민사법학계라 함은 우리나라의 민사법관련 학자들의 학술단체인 민사법전반에 걸친 모든 학회를 통칭하며, 한국민사법학회만을 의미하는 것이 아니다.

부터는 강한 반대의견이 제기되었으며, 그 반대의견이 민법안개정건의서로 공표되었다.<sup>17)</sup> 그리고 민법개정안에서는 기간에 관한 규정이 많은데, 과연 그러한 개정안에서 정한 기간이 실제로 충분한 기간인지, 실무에서의 문제점은 없는 지에 대한 실무계로부터의 의견청취가 있었어야 했던 일로 평가된다.

이와 같이 민법개정에 관하여 지대한 관심과 이해관계를 가진 단체와 개인으로부터의 다양한 의견을 청취하고 이를 수용하여 조화롭게 개정안을 마련했어야 했으나, 그러한 노력이 부족하여 개정안에 대한 반대에 부닥치고 결국 개정안이 자동폐기되는 결과에 도달한 것이라고 생각된다. 새로운 우리의 민법개정안을 마련함에 있어서는 법실증주의적인 태도를 止揚하고 조화로운 인류보편적인 자연법적인 民法觀을 견지해 나감이 절실히 요청된다고 생각된다.

민법은 특정 소수의 개정에 참여한 사람들만의 법이 아니며, 민법을 이해하는 사람들만을 위한 법도 아니며, 민법을 아는 사람들과 민법을 모르고 살아가는 사람들 그 모두를 위한 기초법이다. 특히 민법은, 민법을 알지 못하는 국민들도 일상의 생활속에서 자연적으로 실천될 수 있는 법이어야 한다. 그러므로 민법은 생활에 친숙한 법이어야 하며, 일상적인 보통의 생활 속에서 실천될 수 있는 내용으로 구성되어야 한다. 그러기 위해서는 최대다수의 국민들의 동의에 기초한 법이어야 한다. 적어도 민법 개정안을 마련함에 있어서는 각계의 의견을 충분히 듣고 이를 개정안에 반영하여야 진정한 살아있는 민법전으로 만들 수 있는 것이다. 그것이 민법으로 하여금 국민들의 일상 법생활을 조화롭고 균형 있게 할 수 있는 행위규범으로 기능할 수 있게 하는 것이다.

미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code: UCC)는 법적 구속력이 있는 미국의 제정법이 아니지만, 각계의 의견을 다양하게 그리고 적극적으로 청취하고 수용하고 이를 반영하였기 때문에 미국에서는 물론 세계적으로 영향력이 있는 법으로 기능하고 있다.<sup>18)</sup> 구체적으로 통일상법전

17) 민법안개정건의서(민법개정연구위원회 편, 三知院, 2002)이다.

18) 미국의 통일상법전은 민법과 상법을 구분하지 아니한 민상2법통일주의에 입각하고 있으나 민법분야에서도 그 영향력이 지대하다. 특히 통일상법전 제9조에서의 동산담

제9조의 개정안을 마련할 때에 각계의 의견을 구하고 반영한 과정을 살펴보면, 유능한 법학자와 경험이 풍부한 법조실무가가 참여하여 성안을 하고, 모든 절차를 공개하고, 초안을 인터넷을 통해 모든 사람들에게 알리고, 이해관계의 단체가 법안의 마련에 참여할 수 있도록 그 단체들을 법안 마련에 초청을 하였으며, 소비자단체들에 대해서는 개정안의 마련에 참여할 수 있도록 재정지원까지 하였으며, 개정안을 이해단체에 송부하여 그 이해단체들이 그들의 회의에서 검토할 것을 요청하였으며, 이렇게 검토되고 제안된 의견을 충분히 또다시 재검토하여 개정안을 마련하였다.<sup>19)</sup> 그리하여 통일상법전은 보편적인 내용을 담게 되고 아주 실용적인 법이 되어, 미국내에서는 물론 세계적으로도 법의 통일화에 있어서 모범으로 받아들여지고 있다.

그 외에도 민법개정안의 마련에 아쉬웠던 점이 적지 않았다고 평가된다. 개정안 마련에 있어서 그 인적구성에 있어서도 노년, 장년, 청년이 균형있게 配置되지 못하였다고 평가되며, 개정안 마련의 절차에 있어서도 반대의견에 대한 충분한 관심과 이해가 부족하였다고 평가되며, 의견이 엇갈리는 사항에 대해서는 충분한 토론보다는 과반수에 의한 결의의 방법으로 결정한 점도 문제점이 있었다고 평가되며, 정부의 민법개정에 대

---

보에 관한 규정내용은 세계적으로도 동산담보법의 통일화에 기여하고 있다. 구체적으로 통일상법전의 동산담보에 관한 규정은, 유럽부흥은행(The European Bank for Reconstruction and Development: EBRD)이 마련한 동산담보에 관한 모범법(EBRD Model Law on Secured Transactions), 미주기구(The Organization of American States: OAS)에서 마련한 동산담보모범법(The Model Inter-American Law on Secured Transactions), UNIDROIT에서 마련한 중요장비담보에 관한 협약(UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: 一名 Cape Town Convention), 국제연합무역거래위원회(The United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)에서 마련중인 UNCITRAL의 동산담보에 관한 입법지침초안(UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions)에 영향을 주어 세계적인 동산담보법의 통일화에 모범법으로 활용되고 있다.

19) Harry C. Sigman, "Security in Movables in the United States: Uniform Commercial Code Article 9: A Basis for Comparison", in: Security Rights in Movable Property in European Private Law (ed. by Eva-Maria Kieninger, Cambridge University Press, 2004), pp. 62-63. 통일상법전 제정과정에 관한 보다 상세한 내용에 관해서는, William A. Schnader, "A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code", University of Miami Law Review, Vol. 22, Nr. 1 (Fall 1967), 참조.

한 이해와 의지도 부족하였으며, 법조실무계에서는 시대사정의 변화를 적극적으로 추구하여 실정법에 의한 새로운 민법의 마련에 의하여 국민들의 일상 법생활에 있어서 행위지침 내지 행위규범을 설정, 제안하려고 하기 보다는 이미 형성된 학설과 판례에 따른 분쟁해결에 안주하려고 한 감이 없지 아니하였으며 민법개정에 대한 의지가 약하였다고 평가된다.

## 2. 새로운 민법(재산법) 개정안의 마련을 위한 방향과 방법

### (1) 분야별, 단계적 개정 추진

민법(재산법)의 全篇에 걸쳐서 동시에 개정을 추진하는 것은 각 분야별로 시대정신과 고려사항이 조금씩 다르기 때문에 통일성을 잃을 수 있으며 전체적으로는 조화와 균형을 유지하기가 어렵다. 그러므로 분야별로 단계적으로 개정해 나감이 바람직한 방법이라 생각된다.

독일도 그들의 민법전을 2000년대 초에 근본적으로 개정함에 있어서 분야별로 단계적으로 개정하였다. 먼저 2001년에 “전자장치에 의한 법률행위의 방식에 관한 방식규정조정법”(Formvorschriftenanpassungsgesetz, 正式法名: Gesetz zur Anpassung der Formschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr(2001. 7. 17 공포, 2001. 8. 1 시행))에 의하여 독일민법상의 법률행위의 방식에 종래까지의 서면방식(Schriftform)이외에 전자적 방식(elektronische Form)과 複寫方式(Textform)을 추가하고,<sup>20)</sup> 그 다음으로 “임대차법개혁법”(Mietrechtsreformgesetz, 정식법명: Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts(2001. 6. 19 공포, 2001. 9. 1 시행))에 의하여 임대차, 그 중에서도 주로 주택임대차에 관한 독일민법의 규정을 개정하였다.<sup>21)</sup> 그 다음으로 “채권

20) Susanne Hähnchen, “Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr”, NJW, 2001 Heft 39, SS. 2381-2384.

21) Helmut Köhler, “Einführung”, in: BGB: Textsammlung, 60. Aufl.(Beck, 2007), S. XVIII; Birgit Grundmann, “Die Mietrechtsreform: Wesentliche Inhalte und Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage”, NJW, 2001, Heft 31, SS. 2497-2576.



법현대화법”(Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, 정식법명: Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts(2001. 10. 11 국회통과, 2002. 1. 1 시행))에 의하여 이행장애법, 해제제도, 매매계약법과 도급계약법, 소멸시효제도, 소비자보호특별법의 민법예외의 수용<sup>22)</sup>을 실현하고, 그 다음 해인 2002년에는 “2차 손해배상법개정법”(Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, 정식법명: Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften(2002. 7. 25 공포, 2002. 8. 1. 효력발생))에 의하여 독일민법상의 손해배상법을 개정하고, 특히 위자료배상의 범위를 확대인정 하였다.<sup>23)24)</sup>

이와 같이 독일에서 분야별로 나누어 독일민법전을 개정한 것은 그 각각의 고려사항이 달랐기 때문이었다, 특히 독일채권법현대화법에 의한 독일채권법의 개정은 유럽연합의 소비재매매에 관한 입법지침(Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), 이행지체에 대한 투쟁을 위한 입법지침(Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 1999 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr: Zahlungsverzugsrichtlinie), 전자거래에 관한 입법지침(Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der

22) 독일은 1953년 3월 5일에 처음으로 개별 특별법들을 독일민법전에 통합수용하는 입법적 조치를 취한 후, 2001년의 채권법현대화법에서 2번째로 특별법의 민법예외의 수용조치를 취하였다(Vgl., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil (2004), Rn 106 zur “Einleitung zum BGB”).

23) A a O, S. XXVI: Gerhard Wagner, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, NJW, 55. Jahrgang, Heft 29(2002), S. 2053ff. 구체적으로 위자료 배상범위의 확대에 관하여는, 독일민법 제253조 제2항에서 신체, 건강, 자유, 기타 性的 自己決定權의 침해의 경우에 그로 인한 재산손해이외의 손해를 입은 자로 하여금 위자료의 배상을 받을 수 있도록 하였다. 그리고 위험책임 또는 계약위반으로 인하여 이러한 법익의 침해가 있을 때에도 위자료의 배상을 받을 수 있게 되었다. 그리고 첫 번째의 손해배상법개정법은 1977년 8월 26일에 이루어졌다.

24) 손해배상법개정법에서는 또한 10세 미만의 어린아이는 그가 고의로 야기한 경우가 아닌한 그의 부주의로 야기된 교통사고로 인한 손해배상의 책임을 지지아니하도록 규정하였다(§828 Abs 2 BGB).

Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, in Binnenmarkt: Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr: E-Commerce-Richtlinie)의 국내법으로의 전환(Umsetzung)을 위하여 이루어진 것이었으며, 소비재매매입법지침은 2001년 말까지 국내법으로 전환되었어야 하였기 때문에 그 기간에 맞추어 독일채권법을 개정한 것이었다. 그리고 유럽연합에서 소비자보호를 위한 입법지침들(Richtlinie)을 만들어 이들에 관한 국내법의 제정 또는 개정을 추진하도록 하였기 때문에 독일채권법은 소비자보호중심으로 개정되게 된 것이었다.<sup>25)</sup>

이와 같이 민법(재산법)은 물권법과 채권법으로 구성되어 있지만 그 각각의 특징적인 성질과 법원리가 있으므로 그 각각의 시대정신과 그 특징 및 법원리를 실현하여 민법 전체적으로는 조화와 균형을 이루도록 분야별, 단계적으로 입법함이 바람직하다고 판단된다. 이러한 분야별, 단계별 입법 방식이 입법기술상 타당하므로, 이러한 방식으로 민법개정을 새롭게 추진할 것을 이미 개인적 의견으로도, 또한 학회에서 제안하였다.<sup>26)</sup>

그리하여 먼저 국민들의 일상 법생활에 관한 기본법인 근저당권과 근보증을 중심한 근담보제도에 관하여는 현재의 개정안을 바탕으로 하여 조금 더 손질을 한 후에 이를 입법하여, 국민들의 일상 법생활의 지침으로 하도록 함이 타당하다고 판단된다. 그리고 노령화시대의 도래와 청소년들이早熟하는 시대를 반영할 수 있는 성년후견제도와 성년연령의 인하에 관하여 집중적으로 연구하여 이를 입법함이 바람직하다고 판단된다. 또한 해제제도, 손해배상의 방법 등 민법의 기본구조 내지 기본틀에 관한 내용은 더 깊이 연구한 후에 이에 관한 민법개정을 추진함이 바람직하다고 판단된다. 물론 이러한 민법의 기본구조에 관한 개정은 세계화의 추이

---

25) Köhler, a.a.O., S. XXVI. 물론 이에 대해서는, 임대차법개혁법에 의한 임대차계약에서의 사적자치의 제한과 함께 소비자보호를 위하여 사적자치를 제한함으로써 잘못된 민법개정이라는 反論도 있다(Vgl., Staudingers Kommentar, Band 1 (2004), Rn. 106, 112 zum Einleitung zum BGB).

26) 구체적으로 개인적으로는, 김상용, “民法(財産法)改正의 必要性和 當爲性”(2007. 2. 4. 법무부 제출)에서 제안되었으며, 한국민사법학회에서는 2007년 6월 16일 “국회에 계류 중인 민법개정안에 대한 의견”으로 회원들에게 이러한 방법으로 민법(재산법)개정작업을 추진함이 바람직함을 알린 바가 있다.

에 따라서 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)과 기타 세계적 또는 지역적 통일계약법<sup>27)</sup>상의 영미계약법에 기초한 새로운 계약법 원리들을 우리 민법으로 수용하는 방안에 대한 연구가 중심이 될 것이다.

그리고 법률행위의 방식, 용어의 정리, 기타 세부적, 부분적인 개정부분을 하나로 묶어 민법체제정비법으로 개정할 수 있을 것이다. 아니면, 근담보법 개정과 그 후의 민법의 근본구조에 관한 개정과 병행하여 체제정비를 함께 할 수도 있을 것이다. 그리고 소비자보호를 위한 각종의 임대차법, 보통거래약관법, 할부매매법 등의 민사특별법의 민법으로의 편입을 독립한 한 부분으로 하여 개정을 추진함이 타당할 것으로 생각된다.

## (2) 세계화, 국제화의 실현

금번의 민법(재산법)개정안을 마련함에 있어서는 세계화, 국제화의 시대적 흐름을 충실히 반영하지 못하였다. 물론 시간적으로도 민법개정안의 마련이 진행되는 중에 독일채권법이 개정되고, 우리나라가 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약에 가입하고, 일본민법전이 개정되어, 민법개정안에서 이러한 변화를 수용하기가 힘든 면이 있었다. 그러나 하자담보책임의 내용으로서 瑕疵補修(Nachbesserung)를 추가한 것은 이러한 세계적인 변화의 극히 일부분을 수용한 것이라 평가된다.

세계화는 이 시대의 拒逆할 수 없는 흐름이며, 우리나라가 세계와 더불어 공존공영할 수 있기 위해서는 이러한 시대의 흐름에 능동적, 적극적으로 참여하고 이를 활용하여야 한다. 이러한 세계화와 국제화는 우리에게는 도전이자 기회이기도 하다. 민법도 이러한 전지구적인 시대의 흐름을 파악하고 이러한 흐름을 법적으로 뒷받침할 수 있는 법제도의 마련에 무관할 수는 없다. 이러한 세계화, 국제화의 시대의 흐름은 사법분야에서는 국제적인 거래관계법의 통일화로 나타난다. 국제적인 법의 통일화는 국제사법의 통일화로도 나타나지만 오늘날은 오히려 實體私法の 통일화로 나타난다. 사법의 통일화는 전세계적으로도 일어나고 지역적으로

27) 예컨대 UNIDROIT 국제상사계약법 총칙(PICC: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)와 유럽계약법 총칙(PECL: Principles of European Contract Law) 등이 중심이 된다.

도 일어나고 있다. 통일화의 방법에 있어서도 그 방법이 극히 다양하여 국제조약으로,<sup>28)</sup> 모범법으로,<sup>29)</sup> 입법지침으로,<sup>30)</sup> 단순히 학자들에 의한 리스테이트먼트(Restatement)로도<sup>31)</sup> 이루어지고 있다. 그리고 이러한 사법의 국제적인 통일화는 이러한 국제적, 지역적 통일법을 각국이 그대로 수용하는 방식(adoption model)이 아니라, 각국이 선택하도록 하는 방식(choice model)으로 이루어지는 것이 일반적인 모습이다.<sup>32)</sup>

국제화의 상징인 법이 바로 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약으로서 최초의 전세계적인 統一實體私法이다. 동협약은 국제적인 비소비재 매매계약, 즉 국제상사매매계약과 소비재매매계약이 아닌 국제적인 민사매매계약에 관한 국제적인 통일법이며, 영미계약법의 법원리가 크게 영향을 미친 매매계약법이다. 그리고 주로 국제상사매매계약에 관한 협약이지만 민상2법통일주의에 입각하고 있으며, 민사매매계약에도 큰 영향을 줄 수 있는 국제적인 통일계약법의 하나이다.

동협약에서의 매매계약에 관한 규정에서는 계약법의 중요한 변화의 내용을 담고 있다. 특히 여러 유형의 채무불이행의 계약위반(breach of contract) 하나로의 통일, 매도인의 담보책임의 계약위반책임으로의 흡수, 급부의무와 부수의무의 통합, 계약해제 및 계약위반으로 인한 손해배상에 있어서의 채무자의 귀책사유의 不要, 청산관계설에 의한 해제의 將來效를 인정한 계약해제의 효과, 손해상액산정에 있어서의 예견가능성설

28) CISG, United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade(2001), UNIDROIT Übereinkommen über Internationales Factoring(1988), UNIDROIT Übereinkommen über Internationales Finanzierungsleasing(1988), UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment 등을 그 예로 들 수 있다.

29) EBRD Model Law on Secured Transactions(1994), OAS Model Inter-American Law on Secured Transactions(2001), UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce(1996), UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency(1997), UNCITRAL Model Law on the Electronic Signatures(2001) 등이 이에 속한다.

30) UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law(2004. 12. 2, 유엔총회 채택). 그리고 유럽연합에서의 입법 지침(Richtlinie) 등이 여기에 속한다.

31) UCC, PICC, PECL, Principles of European Law on Personal Security 등이 이에 속한다.

32) Jan-Henderik Röver, Secured Lending in Eastern Europe: Comparative Law of Secured Transactions and EBRD Model Law (Oxford University Press, 2007), p. 24.

(doctrine of foreseeability), 계약위반책임으로서의 하자보수와 채무자 스스로의 瑕疵治癒의 허용 등, 대륙의 계약법에서와는 다른 계약법의 법원리와 법제도를 담고 있다.

이와 같이 현행의 우리 계약법에서와는 다른 동협약의 내용이 적지 아니하다. 이러한 변화에 대하여 독일은 이미 2001년의 채권법현대화법에 의하여 손해배상책임을 엄격책임(strict liability)으로 규정한 동협약의 내용을 제외하고는 동협약의 내용을 거의 모두 받아들여 독일민법의 내용으로 규정하였다. 우리는 어떻게 할 것인지에 대한 진지한 검토가 있어야 할 시기가 되었다. 중국은 이미 1999년에 이러한 내용을 포함하고 있는 UNIDROIT 국제상사계약법 총칙을 수용하여 계약법을 입법하였으며, 일본도 현재 동협약의 내용의 수용여부에 관한 민법채권법개정안을 준비 중에 있다.

우리도 결국은 세계화의 흐름을 법, 그 중에서도 민법에 수용하는 개정을 추진하여야 할 것으로 판단된다. 다만 동협약에서와 같이 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 무과실의 엄격책임으로 하는 것은 신중에 신중을 기하여야 할 것이다. 이에 관하여는 의무위반으로 인한 손해배상책임을 인정에는 독일민법에서와 같이 채무자의 과실을 요하는 과실책임의 원칙을 유지하는 것이 우리의 법실정에 비추어 보다 타당할 것으로 판단된다. 그리고 우리 민사법의 측면에서 세계적인 통일계약법에서의 새로운 법원리에 대한 비교연구와 수용방법에 대한 검토가 충분치 아니한 것으로 판단되므로, 더욱 충실히 연구를 한 후에 우리의 실정에 맞게 수정하여 받아들이도록 하여야 할 것으로 판단된다.

### (3) 광범위한 理解와 同意의 導出

새로운 민법개정안을 마련함에 있어서는 각계각층에 광범위한 의견제출을 요청하고 반대의견에 대한 충분한 검토와 대안을 마련하며, 국민들로부터 이해와 동의를 받도록 하여야 한다. 민법은 모든 법의 기본이고, 국민들의 일상 법생활의 지침이 되므로, 특정 소수의 의견에 따라서 개정안이 마련되어서는 아니되며, 민사법학계에 충분한 의견제출의 기회가 주어져야 하고, 반대의견에 대한 진지한 검토와 수용이 필요하다. 그리고

민사실무계의 구체적인 실무상의 문제점과 법적대책에 대한 의견을 제출토록 하고, 실무의 계속성이 유지될 수 있도록 최대한의 노력을 기울여야 할 것이며, 그들의 이해와 동의를 얻을 수 있는 노력을 기울여야 한다. 특히 민법에서 규정하고 있는 각종의 법정기간이 適正한지, 그리고 소멸시효기간과 취득시효기간이 적정한 기간인지에 대한 의견을 실무계에 구해야 한다. 그러한 광범위한 이해와 동의에 기초한 민법개정안이 마련되어야 살아있는 민법을 만들어 나갈 수 있을 것이며, 금번과 같은 개정안의 자동폐기와 같은 前例를 다시 밟지 않을 것이다. 이와 같이 개정 법안의 성안과정에 외부로부터의 이해와 동의를 구하여야 하는 것은 물론이거니와, 내부에서도 너무 개인의 자기주장에 집착할 것이 아니라 이해하고 寬容하고 전체적인 조화를 도모하여, 특정인의 주도로 이루어진 법안이 아니라 구성원 모두의 참여와 기여로 이루어진 법안이 되도록 하여야 한다.

로마법학자 켈수스는 법이란 善과 衡平의 技術(Ius est ars boni et aequi<sup>33)</sup>: Das Recht ist die Kunst des Guten und Gerechten)이라고 하였다.<sup>34)</sup> 筆者는 법, 특히 민사법이란 調和와 平和의 技術이자 手段이라고 이해한다(Law is a technic and a tool for harmonization and peace). 법은 개인과 개인간의 조화와 평화, 사회의 조화와 평화, 국가간의 조화와 평화를 위한 수단이자 道具라 생각한다. 그러므로 법의 목표 내지 이상은 조화와 평화이며, 법은 바로 조화와 평화를 위한 수단이라 생각한다. 이러한 민사법에서 조화와 평화를 이루기 위해서는 그 민사법의 성안과정에 모든 국민들, 특히 이해관계인으로부터의 충분한 이해와 동의를 얻어야 한다. 그러한 개정법안만이 實效的일 수 있으며 일상의 생활속에서 실천되어 생활속의 법치주의를 실천할 수 있는 것이다. 그러한 법이 바로 보편성이 있는 법이며, 우리의 독자성을 구현할 수 있는 법이라 생각된다. 그러한 법들이 모이고 쌓여 우리나라를 법에 있어서의 문화국가를 만들어 나갈 수 있는 것이다.

33) Ulpianus, D. 1. 1. 1. pr.

34) 김상용, 『법사와 법정책: 로마 民法學史 중심』, 한국법제연구원, 2004, 10면.

(4) 법생활의 연속성과 계속성의 유지

민사법은 국민들의 일상 생활속에서 실천되어야 할 법이다. 그러므로 국민들의 법의식속에 민사법의 정신과 내용이 刻印되어 자연스럽게 실천되어야 한다. 따라서 민사법, 그 중에서도 민법은 연속성과 계속성이 유지되어야 한다. 물론 시대의 변화에 따라서 그 내용을 바꾸어야할 경우에도 가능한 한 연속성과 계속성이 이어질 수 있도록 노력하여야 한다.

우리의 현재의 민법은 서양의 민법을 계수하여 제정된 법이므로 우리의 긴 역사 속에서 형성되고 발전된 내용이 아닌 내용이 적지 아니하다. 그리하여 우리는 법의식에 있어서는 전통법이 강하게 남아 있으나 법의 素材는 계수된 서양법이므로 생활속의 법치주의가 충분히 뿌리내리고 못한 부분이 적지 아니하다.

법의 연속성과 계속성의 유지를 위해서는 우리의 전통법을 발굴하여 이를 현대화하는 것이 하나의 방법이 될 것이다. 전통민사법의 발굴과 그 현대화는 앞으로 지속적으로 추진하여야할 우리의 과제이다. 그러나 당장의 민법개정안을 마련함에 있어서도 너무 급격한 근본적인 개혁보다는 점진적, 단계적인 변화를 추구하여야할 것이다. 그러기 위해서는 가능한 한 기존의 법제도의 틀을 유지하면서 개선을 추구하는 세심한 노력을 기울임이 마땅하다고 생각된다.

국민들의 법의식속에 뿌리내리기도 전에 새로운 제도로의 전환의 추구는 법에 대한 신뢰를 저하시킬 뿐만 아니라, 민사법을 국민들의 행위규범으로 기능하게 하는데 부정적인 영향을 주게 될 것이다.

결국 우리 민사법, 그 중에서도 민법은 인류보편적인 가치를 실현할 수 있는 내용을 담으면서, 동시에 우리의 전통법을 현대화하여 우리의 독자성이 구현된 법이어야 한다. 그리하여야만 우리 국민들로 하여금 법대로 살아가게 하고, 그것이 생활의 안정과 조화와 평화를 가져오며, 수준높은 법에서의 문화국가로 가는 길임을 깊이 깨닫고 실천할 수 있도록 할 수 있다고 생각된다.

### Ⅲ. 民事法에서의 世界化 推進의 爭點과 展望

#### 1. 民事법에서의 世界化의 흐름

세계화는 이 시대의 시대정신이며 이 시대의 거역할 수 없는 흐름이기도 하다. 지역적, 세계적으로 市場이 하나로 형성되어 가는 경향을 보이고 있다. 이러한 세계화의 시대에는 單一市場의 형성에 법적장애를 없애고 통일된 거래법으로 발전하는 것이 그 屬性이다. 그리고 이러한 시대의 흐름은 법의 내용에 있어서 인류보편적이고 간편하고 누구나 쉽게 접근할 수 있는 법으로 발전해 나간다. 이러한 시대정신을 보편화의 길로 이끈 나라가 강대국이며, 그러한 법을 만들어 나가는 나라의 법이 다른 나라에서 영향을 주는 것이다. 이러한 시대의 흐름을 역행하는 나라는 결국 쇠퇴의 길을 걸을 수 밖에 없음은 역사가 이를 증명해 주고 있다.

로마제국은 나라는 멸망하였어도 그들의 로마법은 영원히 계속되고 있고 로마법이 세계법으로 발전하였다. 自國의 법의 발전을 추구하는 사람은 로마법의 발전과정을 살펴볼 필요가 있다. 로마는 언제나 개방적인 방향으로 나라가 발전하였다. 그리고 로마제국을 지켜준 로마법은, 먼저 로마법학자들의 학설에 의하여 만들어지고, 그것이 法典으로 정리·편찬되었으며, 다시 법학자들에 의하여 그 편찬된 법전이 연구되고 발전하여 유럽 대륙의 보통법(ius commune: gemeines Recht)으로 되었으며, 로마법으로 구성된 보통법은 더욱 학문적으로 체계화되어 오늘날의 근대 서양의 민법전의 기본적인 내용이 되었다. 그리고 로마법은 그 발전과정에 기독교의 道德神學과 결합하여 로마법이 보편적이고 도덕적으로 순화되어 더욱 더 인류보편적 가치를 담은 법으로 발전하였으며, 이제는 로마법이 전인류의 귀중한 법의 소재로 되었다.<sup>35)</sup>

로마제국의 개방적인 국가발전방향의 추구하고 그러한 로마제국을 뒷받침해준 로마법이 기독교의 도덕신학과 결합하여 그 내용이 인류보편적인 가치를 실현해 주는 자연법적인 요소를 많이 간직함으로써, 로마제국은

35) 로마법의 발전과정에 관하여는, 김상용, 『법사와 법정책: 로마 民法學史 중심』, 한국 법제연구원, 2004. 참조.



멸망했어도 로마법은 영구히 발전해 왔으며, 그 문화적, 사상적 배경이 전혀 다른 동양의 우리나라에도 역시 로마법에 바탕을 둔 민사법을 갖고 있는 것이다.

오늘날 진행되고 있는 유럽연합내의 지역적 법의 통일은 바로 로마법이 유럽의 보통법(ius commune)으로서 근대유럽에서의 법의 통일화의再現으로 파악되고 있다.<sup>36)</sup> 이와 같이 역사, 특히 법의 역사는 보편화의 방향으로 진행하고 있다. 이처럼 오늘날의 법에서의 세계화는 이미 로마법사를 통하여 그 역사적 당위성이 입증되고 있는 것이다.

그러나 폐쇄적이고 쇠국적이었던 나라와 그러한 나라를 뒷받침하여 주었던 극히 법실증주의적인 법은 역사의 비판을 받았으며, 그 나라의 멸망과 함께 그 법도 역사에서 사라지는 운명에 처하여졌다. 우리의 舊韓末의 鎖國政策으로 왕조의 멸망은 물론 우리의 전통법마저 그 계속성을 유지시키지 못하고 말았다. 지금 북한은 인류의 보편가치에 반하는 방향으로 국가발전전략을 취하고 있으며, 非理性的인 사회주의법으로 그 체제를 유지하려고 하고 있으나, 그 역사가 오래가지는 못할 것으로 판단된다.

개인도 나라도 개방적이고 사해동포적으로 나아가야 하며, 그러한 사회를 유지하고 발전시킬 수 있는 법체계를 갖추어야 그 나라의 역사를 계속할 수 있는 것이다. 그러한 사회에서는 법은 개인과 개인, 개인과 국가, 국가와 국가의 조화와 평화를 추구하는 인류보편적인 자연법적인 내용으로 구성되어야 하는 것이다. 인류보편적인 가치를 실현하는 내용의 법은 그것을 생활속에서 실천할 수 있으며, 법이 단순한 수단이 아니라 로마법에서와 같이 법이 하나의 德目으로 되는 것이다.

오늘날 진행되고 있는 세계화의 흐름에 따라서 형성되고 있는 지역적, 세계적인 법의 조화와 통합은 주로 국제거래관계법을 중심으로 하여 이루어지고 있다. 계약법과 동산담보법, 그리고 분쟁해결을 통일적으로 처리하기 위한 절차법에서 세계적, 지역적 법의 통일이 이루어지고 있다. 그리고 이러한 통일적인 법은 그 내용구성이 단순화하고, 구체적인 타당

36) Reinhard Zimmermann, "Roman Law and European Legal Unity", in: Towards a European Civil Code, 2. Ed.(by Arthur Hartkamp, The Hague, Kluwer Law International, 1998), p. 33.

성이 있으며, 누구나 수긍할 수 있는 보편적인 내용으로 구성되어 있는 것이 일반적인 특징이다. 또 한편으로 통일화를 추구하면서 각국이 자유롭게 자국의 특징적인 법으로 발전시킬 수 있도록 자국의 다른 선택의 여지를 많이 남겨두고 있는 것도 특징이다.

세계화의 가장 상징적인 법이 바로 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약이다. 동협약은 국제상사매매와 국제소비재매매를 제외한 국제민사매매를 규율하는 다자간 조약으로서, 비교법학에 의하여 대륙법과 영미법이 절충된 매매법이다. 비록 국제적인 매매계약에 관한 법이긴 하지만, 대륙법계에 속하는 우리 민법에서는 낮은 내용이 많이 내포되어 있다. 이러한 내용의 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약은 각국의 국내법에 영향을 주어 동협약의 내용이 각국의 민사법의 법원리로 수용되고 있다.

세계적인 통일계약법의 하나인 UNIDROIT 국제상사계약법 총칙도 역시 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 내용과 유사하며, 지역적 통일계약법인 유럽계약법 총칙도 역시 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 내용을 크게 수용하고 있다.<sup>37)</sup>

## 2. 민사법에서의 세계화의 수용과 실현

우리 민법(재산법) 개정안을 마련함에 있어서는 민사법에서의 세계화의 흐름과 그 결과로 형성된 국제적, 지역적 거래법의 통일화의 내용을 검토하여 이를 우리의 민법개정안에 반영하는 노력이 미약하였음은 이미 설명을 하였다. 여러 가지 이유가 있었지만, 국제적인 통일계약법에 대한 연구가 국제거래법학자들에 의해서는 깊이 있는 연구가 이루어졌지만, 실

37) 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)과 UNIDROIT 국제상사계약법 총칙(PICC), 그리고 유럽계약법 총칙(PECL)의 주요내용의 비교에 관하여는, 김상용, 『비교계약법』, 법영사, 2002. 참조. 그 외에도, 최홍섭, 『유엔국제매매법: 국제물품매매계약에 관한 유엔협약』, 인하대학교 출판부, 1997; 최홍섭, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약과 우리법의 비교적 검토”, 『比較私法』 제11권 제3호, 한국비교사법학회, 2004; 석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국법에의 수용”, 『상사법연구』 제21권 제2호, 한국상사법학회, 2002; 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”, 『법학논총』 제23집 2호(특별호), 한양대학교 법학연구소, 2006; 박영복, “CISG상의 계약책임 구조에 대한 비교법적 분석”, 『國際去來法研究』 第14輯 第2號, 국제거래법학회, 2006. 등 참조.

체민사법학자들에 의해서는 아직도 충분한 연구가 이루어졌다고 할 수는 없으며, 이러한 새로운 거래법원리를 우리 민법전에 어떻게 수용하여 반영할 것인가에 관하여는 더욱 깊은 연구가 필요하다고 판단된다.

선진제국에서는 국제적인 통일계약법을 성안하는 과정에 깊이 참여하여 학문적인 연구가 축적이 되어 있었지만, 우리나라는 통일계약법의 성안에 참여는 하였으나, 민사법학자들에 의한 민법전으로의 수용에 관한 연구는 아직 미진하다고 할 수 밖에 없다. 지금부터라도 이에 관한 깊은 연구와 검토가 있어야 한다.

특히 국제적인 통일계약법은 영미계약법의 법원리를 수용한 내용이 적지 아니하기 때문에 대륙법계에 속하는 우리 민법의 계약법원리와는 상당히 다른 내용을 담고 있다. 그러나 독일은 이미 2001년에 이러한 국제적인 통일계약법의 원리들을 수용하여 자국의 계약법원리로 규정하였으며, 중국도 이미 그들의 계약법에서 이러한 변화된 법원리를 수용하여 입법을 하였다. 일본도 지금 이러한 법원리의 수용을 위한 채권법 개정안을 마련 중에 있다.

우리 민사법학계에서도 이러한 세계적인 흐름을 깊이 인식하고 우리 민법에서의 세계화의 추진을 위하여, 한국민사법학회에서는 한국법제연구원의 재정지원으로 2007년말에 동북아 각국의 민법학자들을 초빙하여 동북아 각국의 최근 민법동향에 관한 발표를 들을 기회를 가졌으며, 금년 말에는 독일의 “막스 플랑크 외국사법 및 국제사법 연구소”(Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht)와 공동으로 한국과 독일의 민법에 관한 국제학술회의를 개최할 예정으로 있다. 이러한 국제적인 학술대회를 통하여 우리의 민법의 세계화에 관한 방향과 방법을 정립할 수 있을 것으로 판단된다.

우리 민법의 세계화의 추진은 먼저 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 내용을 어떻게 우리의 민법에 조화롭게 수용할 것인가가 가장 중요할 것으로 생각된다. 이미 前章에서 설명한 것과 마찬가지로 독일의 채권법현대화법에서의 수용과정과 수용정도가 크게 참고가 될 것으로 판단된다. 이러한 노력은 바로 민법의 기본구조 내지 기본틀에 관한 사항으로서 좀 더 연구를 심화시킨 후에 민법에 수용하도록 함이 바람직하다고 생각된다.

#### IV. 韓國 固有民事法の 發掘과 現代化 推進의 爭點과 展望

법은 그 영속성과 계속성이 유지되어야 하며, 그 내용은 보편적이면서 동시에 그 나라의 고유성과 독자성이 구현되어야 한다. 그러기 위해서는 우리 고유의 전통법의 발굴과 현대화가 필요하다.

우리의 법의 역사에 있어서는 그 역사의 연속성이 단절되어 있다. 비록 가족법과 부동산물권법에서 다소간 우리의 고유의 법제도를 입법하긴 하였으나, 우리 국민들의 법의식과 법감정에 부합하는 우리의 민법이기에는 아직도 거리가 있는 것이 사실이다. 왜냐하면 우리가 서양의 법을 계수하면서 우리가 주체적으로 서양법을 계수하여 우리의 법으로 變容한 것이 아니라, 依用에 의하여 서양의 법을 받아들였으며, 우리 고유의 관습법에 대한 조사도 우리 스스로가 한 것이 아니라, 식민지 당국의 식민정책의 실천을 위한 수단으로 삼기 위하여 식민당국이 우리의 관습법을 조사하고 그 내용을 왜곡하였기 때문이다.

이제부터라도 우리의 법의 역사의 연속성과 계속성을 이어주는 노력을 기울여야 한다. 우리 전통법속에는 현대화할 요소들이 적잖이 있을 것으로 이해된다. 鄉約, 契, 두레 등 우리의 전통민중법은 우리의 선조들이 스스로의 삶을 이어가기 위한 지혜와 노력이 깃들여 있는 법들이다. 이러한 자연법적인 민중법은 그것을 발굴하여 현대화할 충분한 가치가 있다. 가족제도, 토지이용에 관한 관습법, 相扶相助의 법들, 그리고 相隣關係에 관한 관습등 우리의 고유법의 요소들을 정리하고 현대화할 가치가 있고 필요성이 있다. 그리고 日帝가 조사하여 정리한 관습조사결과에 대한 비판적 재검토 작업도 필요하다. 그리고 王朝爲主의 국가제정법에 대하여는 생활속의 법치주의의 실현과 그러한 시각으로 비판적인 연구가 필요하다고 판단된다. 또한 일제에 의해 강제적으로 開港을 한 후, 일제에 의해 우리의 전통법이 왜곡되어 온 과정에 대한 깊이 있는 연구와 평가도 우리가 정리하여야 할 중요한 법적과제이다.<sup>38)</sup>

38) 우리 전통법의 발굴과 현대화, 日帝에 의한 우리의 고유법의 歪曲에 관하여는, 김상용, 『법사와 법정책: 韓國法史 중심』, 한국법제연구원, 2006. 참조.

이와 같이 전통법에 대한 연구, 발굴, 현대화가 이루어져야 우리의 법 의식과 법감정에 맞는 살아있는 우리의 법을 가질 수 있는 것이다. 독일은 로마법을 따라서 독일민법의 제1초안을 만들었지만, 제2초안에서는 그들의 고유법인 게르만법으로 사회적 색깔을 추가할 수 있었다. 그러나 제정시의 독일민법전은 주로 로마법을 따라서 개인주의적이고 자유주의적인 민법전이었으나, 그 후 독일 민법전의 개정과정에 꾸준히 독일고유법의 요소를 현대화하여 입법을 하였다. 2001년 독일의 채권법현대화법에서 소비자보호를 위한 법규정을 다수 입법할 수 있었던 것도, 유럽연합의 소비자보호에 관한 입법지침들이 강하게 작용하기도 하였지만, 독일고유법인 게르만법에서의 사회적 색깔의 민법의 전통이 이어져오기 때문에 더욱더 용이하게 그리고 확실하게 입법할 수 있었다고 판단된다.<sup>39)</sup>

우리나라도 近者에 고전적 기록들의 한글로의 번역이 상당히 이루어지고 있고, 민중의 삶속에서 형성된 口傳文學들에 대한 조사가 상당히 이루어져 있는 상태이다. 이러한 고전적 기록들과 口碑文學으로부터 법규범들을 발굴할 수 있을 것이며, 이를 오늘날의 시대정신에 부합되게 현대화할 수 있을 것이다. 이러한 전통고유법의 발굴과 현대화 작업은 국가에서 정책적으로 추진하여야 하며, 한국법제연구원이 이를 담당할 가치와 필요가 있다고 판단된다. 현대화된 고유법은 이를 민법의 내용으로 입법하는 노력을 기울어야 한다.

이러한 우리 고유민사법의 발굴과 현대화는 우리의 민사법을 보편적이면서도 독자성을 유지할 수 있는 방법이라 판단되며, 우리 민사법의 역사적 연속성과 계속성을 유지할 수 있는 길이라 생각된다. 그것이 법에 있어서의 문화국가의 실현의 한 방법이라 생각된다.

## V. 東北亞細亞 普通民事法(ius commune in North)

39) 독일민법에서의 사회적 요소에 대해서는, 김상용, 『법사와 법정책: 게르만法史, 教會法史, 獨逸民法學史 중심』, 한국법제연구원, 2005. 참조.

## East Asian region) 定立의 課題와 展望

韓中日 3국을 중심으로 하는 東北亞는 지역적으로 서로 연결되어 있을 뿐만 아니라, 문화적으로 불교와 유교문화를 共有하면서 오랜 역사를 통하여 문화적 교류를 지속하여 왔으며, 비록 언어는 서로 달라도 漢字를 공통적으로 사용하고 있는 긴밀한 관계를 유지하여 왔으며, 오늘날도 상호 긴밀한 관계에 있다. 역사를 통하여 韓中日 3국은 서로 이웃으로서 살아왔고, 앞으로도 영원히 서로 이웃으로 살아가야 할 운명적 존재이다. 그러나 각 국가의 이념과 체제의 차이, 그리고 自國의 우월성을 너무 강조한 나머지 서로간에는 침략과 지배와 隸屬의 불행한 관계의 역사도 있었다. 그러나 동북아 3국은 유교, 불교에 바탕을 둔 전통문화를 유지·발전시켜 왔을 뿐만 아니라, 현대에 와서는, 각국의 정도의 차이는 있지만, 서양의 기독교 문화를 받아들여 동서양의 문화가 서로 어우러져 발전되고 있다.

이와 같이 韓中日 3國은 역사적으로 상호교류를 하여 왔고, 오늘날은 3국이 경제대국 내지 경제강국으로 浮上하였음에도 불구하고, 동북아지역은 다른 어느 지역보다도 공동체의 구성이 이루어지지 못하고 있다. 동북아는 이념적, 정치적으로는 여전히 자본주의와 사회주의가 대립하고 있고, 지배와 예속의 과거 역사를 깨끗이 정리하지 못한 過去事를 갖고 있으며, 영토문제를 둘러싼 대립도 여전히 常存하고 있다. 오늘날은 세계화와 지역화의 시대적 흐름에 따라서 지역적 공동체의 형성으로 지역적 통합의 방향으로 세계역사가 진행되어 감에도 불구하고, 동북아는 대립적인 관계를 不息하지 못하고 있는 상태에 있으며, 東北亞共同體의 구성에 대해서 주장은 되고 있지만 현실적으로 구체화되지는 못하고 있다. 이러한 지역통합 및 東北亞에서의 현상과 관련하여, 미국은 팽창하고 있고, 유럽은 통합하고 있고, 아시아는 분열과 대립과 갈등이 증대되고 있다고 진단되고 평가되기도 한다.<sup>40)</sup>

이제 동북아 3국은 대립과 갈등의 역사에서 이해와 평화와 이웃으로 살아갈 수 있는 방안의 모색이 필요하다. 이미 동북아를 경제공동체, 평

40) 韓國東北亞知識人連帶 編, 『東北亞 共同體를 向하여: 아시아 地域統合의 꿈과 現實』 (서울), 東亞日報社, 2004, 29面.

화공동체, 문화공동체로 발전시켜 나가야한다는 주장은 각 방면으로부터 제기되었다. 특히 무한경쟁을 유발하는 경제공동체보다는 함께 이웃으로 더불어 평화롭게 살아갈 수 있는 평화공동체, 문화공동체로 발전하여 나가야한다는 주장이 설득력을 얻고 있다고 판단된다.<sup>41)</sup> 동북아의 공동체는 경제공동체도 지향하여야 하지만, 무엇보다도 평화를 지향하는 평화공동체, 그리고 오랜 유교와 불교문화에 기초하면서 서양의 기독교문화를 수용하여 동양의 유교 불교문화와 서양의 기독교문화가 결합된 제3의 문화의 창조를 향한 문화공동체를 지향함이 바람직하다.

동북아 3국에도 전통의 유교, 불교문화의 일부로서 생성되고 발전된 전통의 동북아공통의 법, 즉 東北亞 普通法(common law (ius commune) in the North-East Asian Region)이 있다.<sup>42)</sup> 그리고 현대에는 동북아 3국이 서양의 기독교문화의 일부로서 생성되고 발전된 서양의 법을 계수하여 自國의 법으로 사용하고 있다. 그러므로 오늘날 東北亞 3국에서는 繼受된 서양법에 기초한 동북아의 보통법이 생성되고 있다. 이러한 전통의 동북아의 보통법과 현대의 계수된 서양법에 기초한 동북아의 보통법을 통하여 동북아 3국의 법도 동북아의 문화공동체의 형성에 기여할 수 있게 되었다. 동북아의 전통문화에 기초한 보통법과 현대의 계수된 법을 통한 보통법을 발굴하여 정리하고, 그리고 더욱 발전시켜 나감으로서, 법을 통하여 동북아 3國民들 상호간의 이해와 교류의 幅을 넓혀 갈 수 있으며, 동북아 3국의 이상적인 공동체인 평화공동체 내지 문화공동체로의 발전에 법이 기여할 수 있는 것이다.

이와 같은 동북아의 평화를 위한 동북아 보통법의 발굴과 형성은 바로 동북아 각국법의 비교연구로부터 출발함이 바람직하다. 부분적으로 동북아 각국의 법에 대한 상호연구가 진행되고 있지만, 동북아의 평화를 위한 체계적이고 조직적인 동북아 보통법의 발굴과 형성을 위한 법에서의

41) 東北亞文化共同體의 주장은, 崔松和·權寧高 編著, 『21世紀 東北亞文化共同體의 構想』(서울), 法文社, 2004. 에서 비교적 상세히 제시되고 있다.

42) 동북아 보통법의 정립 가능성과 필요성에 관하여는 筆者가 이미 중국과 일본에서 발표한 바가 있다. 金相容, “作爲東北亞普通法的統一買賣法的立法方向, 中日民商法研究 第4卷(渠濤 主編, 北京, 法典出版社, 2006. 2), 210-216面; 金相容, “東北アジア普通法の形成可能性に對する檢討と前望”, 『東洋文化研究』 第8號 (東京, 學習院大學 東洋文化研究所, 2006. 3), 131-152頁 참조.

학문적 노력이 강화되어야 한다. 이미 한국법제연구원에서 아시아법령정보네트워크를 형성하고, 아시아법제연구 및 Asia Law Review의 발간으로 이를 시작하였지만, 이를 더욱 심화시켜 동북아 보통법의 정립을 위한 그 연구방향을 설정함이 필요하다고 생각된다. 이러한 과제의 수행도 역시 국책연구기관인 한국법제연구원이 맡아서 장기적인 안목에서 추진해 나감이 바람직하다고 생각된다.

이러한 동북아 보통법의 정립을 위한 법학에서의 노력은, 유럽연합에서 유럽법의 정립모습을 크게 참고할 수 있을 것으로 생각된다. 그리고 우리는 서양의 발전된 민사법도 관심을 갖고 연구, 수용, 變容하여야 하지만, 동북아에서의 평화를 위한 법에서의 노력도 병행해서 강화하여야 한다.

## VI. 北韓 社會主義民事法の 社會主義 市場經濟 民事法制로의 轉換支援의 課題와 展望

북한의 영역도 우리나라의 주권이 미치므로(헌법 제3조), 북한의 사회주의법도, 불행하지만, 우리법의 일부이다. 사회주의국가에서의 법은 그 자체가 목적이 아니라 사회주의정치의 실천을 위한 도구에 불과하여, 사회주의 민사법은 사회주의의 계획경제를 실천하기 위한 수단에 불과하다. 집단주의에 의하여 개인의 존재가치를 부인하고 단체 내지 집단의 구성원으로서만의 개인의 존재가치가 인정될 뿐이다.

사회주의는 인간과 인간의 관계를 투쟁적인 敵對的 關係로 파악하며, 평화로운 사회를 염원하는 것이 아니라 항상 혁명을 추구하는 투쟁적인 사회를 추구한다. 그러한 사회주의는 인간의 본성에 반하며, 인류보편적이지 못하다는 것은 사회주의 몰락의 역사가 이를 증명해 주고 있다. 그러나 북한은 아직도 이러한 사회주의를 고수하며, 그 체제유지를 위하여 극히 모험적인 극단적인 행동으로 불안을 조성하여 불안을 통하여 체제유지를 꾀하고 있다.

사회주의는 몰락했거나 근본적인 변화가 일어나고 있다. 舊소련과 東歐 사회주의는 몰락을 하였으며, 아시아의 사회주의 국가들은 사회주의 시장



경제로 그 체제를 전환해 나가고 있다. 그러나 북한은 사회주의 시장경제로의 전환을 아직도 거부하고 있다. 북한의 사회주의도 사회주의 시장경제로 전환하고, 더 나아가서 궁극적으로는 자본주의 시장경제로 근본적인 변화를 하여야 한다.

북한은 우선 사회주의 시장경제의 체제로 전환을 하여야 한다. 그러기 위해서는 사회주의계획경제의 실전을 위한 북한의 민사법의 전환을 우리나라가 지원하여야 한다. 그 일을 위해서 먼저 북한으로 하여금 그들의 민법을 개정하도록 하여, 시장경제에 맞는 계약법과 토지이용권을 물권으로 인정하도록 하여야 한다. 중국의 계약법과 물권법을 모범으로 하여 북한의 민법은 개정되어야 한다. 중국의 계약법은 우리의 계약법보다도 더 세계화된 내용을 담고 있기 때문에 중국의 정도보다는 낮은 수준정도라도 북한의 계약법의 개정이 있어야 한다. 그리고 토지이용권을 북한주민 개인에게도 인정하여, 농업의 생산성을 향상시키고, 주민의 주거생활의 안정을 도모할 수 있도록 하여야 한다. 그러기 위해서는 토지이용권을 물권으로 규정하고 북한주민들로 하여금 토지이용권을 流動化할 수 있도록 하여 계획보다는 시장을 통하여 경제생활이 이루어질 수 있도록 전환하여야 한다. 그리고 북한의 손해보상법은 그 내용이 결코 불법행위로 인한 손해배상이 그 중심에 있는 것이 아니라, 자본주의의 침투에 대한 사회주의체제 유지를 위한 것이 중심을 이루고 있다. 이러한 사회주의법들은 북한주민의 인간을 위한 법이 아니라 그 사회주의 체제유지를 위한 도구에 불과하다.

사회주의법은 극히 법실증주의적인 법이다. 그러므로 북한의 사회주의법은 점진적으로 인간의 인격과 이성을 존중하는 보편성을 갖는 법으로 전환되어야 한다. 그리고 인간과 인간과의 관계도 적대적, 투쟁적인 관계가 아니라 평화롭게 함께 더불어 살아가야할 이웃이라는 것을 인정하고 이를 실현할 수 있는 내용의 법으로 전환하여야 한다.

이와같은 북한의 사회주의민사법의 사회주의시장경제로의 전환에 맞는 민사법으로의 전환지원도 우리나라가 정책적으로 추진하여야할 과제이다. 그리고 민주주의 시장경제로의 남북한의 완전통합전의 남북한간의 준섭의적 민사거래를 규율할 수 있는 법이론의 정립도 절실히 필요하다. 남북한

에 헤어진 부부간의 혼인 계속의 문제, 북한에 두고온 자녀들에 대한 남한 국민의 상속문제, 남북한간의 투자와 거래에 따른 민사준거법의 문제 등 시급히 해결해야할 남북한 간의 민사법의 과제가 적지 아니하다. 그리고 무상으로 몰수된 북한의 토지의 처리문제도 구체적인 대안의 마련이 요청되고 있다. 이러한 모든 법적과제들은 가장 인간적이고 가장 보편적인 법이론의 도출과 정립으로 이를 해결하도록 하여야 한다. 분단의 고통에서 가장 아름다운 법이론의 도출과 정립을 이루어 분단이 고통만을 가져온 것이 아니라 그 고통이 아름다움으로 승화될 수 있도록 자연법적인 법이론의 개발이 절실히 요청된다. 이러한 북한사회주의 민사법이 사회주의 시장경제, 궁극적으로는 자본주의 시장경제에서 기능할 수 있도록 전환하는 일도 우리 민사법의 당면과제가 되어 있다.

## VII. 맺는 말: 韓國 民事法制的 將來

우리는 인류보편적인 가치를 담고 또한 한국고유의 전통적인 가치를 실현할 수 있는 우리의 正體性이 드러나는 좋은 민사법을 정립하고 발전시켜 나가야 한다. 이러한 좋은 우리의 민사법은 세계화의 시대적 흐름을 적극적으로 반영하고, 우리의 법의식과 법감정에 부합하는 우리의 독자성과 고유성이 분명한 법이다.

이 일을 위하여 우선 애써 마련한 민법(재산법)개정안이 자동폐기 되었으므로 새로운 개정안을 마련하여야 한다. 새로운 민법(재산법)개정안을 마련함에 있어서는 금번의 개정안 마련 과정에서 소홀하였던 사항을 다시 점검하고 모든 국민들이 수긍하고 지킬 수 있는 민법개정안을 준비하여야 한다. 무엇보다도 시대정신을 구현할 수 있는 민법개정안이 되도록 개정안이 마련되어야 하며, 그 절차에 있어서는 각계의 의견을 충분히 듣고 이를 검토하여 학문적으로도 우수하고 실무적으로 실용적인 개정안을 마련하여야 한다. 그리고 무엇보다도 개정안의 내용은 물론 개정 절차에 있어서 조화와 균형을 유지할 수 있도록 함이 극히 중요하다. 그리하여야 살아있는 좋은 우리의 민법을 만들 수 있는 것이다.

새로운 개정안을 마련함에는 분야별, 단계별로 추진함이 바람직하다고 생각된다. 먼저 시급히 국민들의 일상의 법생활에서 행위지침으로 필요한 근저당권, 근보증의 등의 근담보법을 개정하도록 하고, 다음으로 전자 시대에 부응하기 위한 전자적 법률행위, 전자적 법률행위 방식에 관한 개정이 뒤따라야할 것이며, 인구의 노령화와 청소년의 조숙에 따른 성년 후견제도와 성년연령의引下에 관하여 개정함이 요청되며, 소멸시효와 취득시효에 관하여 그 요건을 새롭게 재구성하여야할 지와 법정의 기간이 적정한 지에 대한 실무계의 의견을 충분히 들어 개정하여야할 것이다. 그리고 각종의 임대차법, 할부거래법, 약관규제법 등 소비자 내지 사회적 약자의 보호에 관련된 민사특별법의 민법예로의 수용에 관하여 깊이 있게 연구하여 개정하여야 할 것이며, 세계화의 시대정신에 기초한 민법의 기본구조에 관한 계약의 해제제도, 손해배상의 방법과 범위 등에 깊이 있는 연구를 하여 이에 관하여도 개정을 하여야할 것이다. 그리고 용어의 정리, 표현의 수정등을 하나로 하여 민법용어의 순화를 위한 개정도 추진하여야할 것으로 판단된다.

무엇보다도 민법을 개정함에 있어서는 세계화의 흐름을 민법에서 반영하여 우리 민법이 더욱 보편적인 내용으로 발전할 수 있도록 하고, 동시에 우리의 독자성과 고유성을 살릴 수 있도록 하여야 한다. 그리고 법은 조화의 평화를 위한 수단임을 깊이 인식하여 보편성있는 자연법적인 내용으로 구성하도록 노력하여야 한다. 그리하여야만 국민들이 수긍할 수 있는 민법의 내용으로 구성할 수 있을 것이며, 법은 문화의 일부이므로 우리나라를 문화국가로 발전시켜 나갈 수 있는 민법으로 개정해 나가야 한다.

그리고 이러한 민법의 개정 이외에도 민사법의 과제로서는 세계화의 시대정신에 따른 세계적, 지역적 법의 조화와 통일화에 적극 참여하고 보편적인 통일법의 내용을 우리 법으로 수용하여야 하며, 우리 전통고유법을 지속적으로 발굴하고 현대화하여 우리 민사법의 역사의 연속성과 계속성을 이어나가도록 하여야 할 것이며, 동북아의 평화를 위하여 동북아 보통법의 발굴과 정립을 위한 학문적 노력을 경주하고, 북한의 사회주의 계획

경제에 입각한 민사법을 사회주의 시장경제에 부합하는 민사법으로 전환케 한 다음에, 궁극적으로는 자본주의 시장경제에 기능할 수 있는 민사법으로의 전환에 우리가 적극적으로 기여하여야 한다.

법은 조화와 평화의 기술이며, 한 나라의 문화의 일부이다. 그리고 우리나라는 평화를 추구하는 문화국가를 지향하여야 한다. 우리 민사법도 이러한 우리나라의 발전방향을 뒷받침할 수 있는 인류보편적이고 자연법적이며, 동시에 우리의 고유성과 독자성이 구현된 정체성있는 우리의 민사법으로 정립해 나가야한다. 그러한 민사법이 좋은 민사법이며, 그러한 정체성있는 좋은 민사법의 정립이 우리 민사법제의 과제이다.

**주제어** 민법(재산법)개정, 살아있는 법, 자연법, 세계화, 보통법, 보편성, 독자성, 정체성, 현대화, 국제물품매매계약

## 參考文獻

### I. 國內文獻

- 김상용, 민법총칙, 全訂版增補, 법문사, 2006.
- \_\_\_\_\_, 비교계약법, 법영사, 2002.
- \_\_\_\_\_, 法史와 法政策: 로마民法學史法 중심, 한국법제연구원, 2004.
- \_\_\_\_\_, 法史와 法政策: 게르만法史, 敎會法史, 獨逸民法學史 중심, 한국법제연구원, 2005.
- \_\_\_\_\_, 法史와 法政策: 韓國法史 중심, 한국법제연구원, 2006.
- 민법개정안의견서, 민법개정안연구회 편, 삼지원, 2002.
- 새로운 계약유형의 입법화에 관한 연구, 법무부, 1999. 12. 10.
- 崔松和, 權寧高 編著, 21世紀 東北亞文化共同體의 構想, 法文社, 2004.
- 최홍섭, 유엔국제매매법: 국제물품매매계약에 관한 유엔협약, 인하대학교출판부, 1997.
- 韓國東北亞知識人連帶 編, 東北亞 共同體를 向하여: 아시아 地域統合의 꿈과 現實, 東亞日報社, 2004.
- 김상용, “민법(재산법)개정안 중 문제조항들에 대한 의견”: 국회입법조사관과의 간담회(2005. 5. 30) 보고
- \_\_\_\_\_, “民法(財産法)改正의 必要성과 當爲性”, 2007. 2. 4. 법무부 제출 時論.
- \_\_\_\_\_, 민법개정에 관한 한국민사법학회 회원들께 드리는 글, 2007. 6. 16.
- 박영복, “CISG상의 계약책임 구조에 대한 비교법적 분석”, 國際去來法研究 第14輯 第2號, 국제거래법학회, 2006.
- 석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국법에의 수용”, 상사법연구 제21권 제2호, 한국상사법학회, 2002.

\_\_\_\_\_, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”, 법학논총 제23집 2호(특별호), 한양대학교 법학연구소, 2006.

최홍섭, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약과 우리법의 비교적 검토”, 比較私法 제11권 제3호, 한국비교사법학회, 2004.

## II. 外國文獻

Dörner Heinrich, Ausgar Staudinger, Schuldrechtsmodernisierung: Systematische Einführung und synoptische Gesamtdarstellung, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2002.

Huber Christian, Das Neue Schadensersatzrecht, Bonn, Deutscher Anwalt Verlag, 2003.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, 2004.

Röver Jan-Henderik, Secured Lending in Eastern Europe: Comparative Law of Secured Transactions and EBRD Model Law, Oxford University Press, 2007.

Das Schuldrecht 2002: Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform, hrsg. von Harm Peter Westermann, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2002.

Schuldrechtsmodernisierung 2002, zusammengestellt und eingeleitet von Claus-Wihlem Canaris, C. H. Beck, 2002.

Basedow Jürgen, “Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration”, Uniform Law Review, NS-Vol. VIII: 2003 1/2, UNIDROIT, 2003.

Bazinas Spros V., “Harmonization of International and Regional Trade Law: the UNICITRAL Experience”, Uniform Law Review, NS-Vol. VIII: 2003, 1/2, UNIDROIT, 2003.

- Hondius Edward, "Towards a European Civil Code", in: Towards a European Civil Code, 2. Ed. ed. by Arthur Hartkamp, The Hague, Kluwer Law International, 1998.
- Karlsruhe Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung- Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, hrsg. von Egon Lorenz, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2006.
- Grundmann Birgit, "Die Mietrechtsreform: Wesentliche Inhalte und Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage", NJW, 2001, Heft 31.
- Hähnchen Susanne, "Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr", NJW, 2001 Heft 39.
- Huber Ulrich, "Leistungsstörung", in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981.
- Kim Sang Yong, "Impacts of CISG in Korea": National Report of the Republic of Korea to the Congress of IACL(International Academy of Comparative Law) to be held in Mexico City, Mexico on the 13-15 November 2008.
- Köhler Hulmut, "Einführung", in: BGB: Textsammlung, 60. Aufl., Beck, 2007.
- Schnader William A., "A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code", University of Miami Law Review, Vol. 22, Nr. 1, Fall 1967.
- Sigman Harry C., "Security in Movables in the United States: Uniform Commercial Code Article 9: A Basis for Comparison" Securit Rights in Movable Property in European Private Law, ed. by Eva-Maria Kieninger, Cambridge University Press, 2004.
- Wagner Gerhard, "as Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz" NJW, 55. Jahrgang Heft 29, 2002.

Zimmermann Reinhard, “oman Law and European Legal Unity” in: Towards a European Civil Code, 2. Ed. ed. by Arthur Hartkamp, The Hague, Kluwer Law International, 1998.

金相容, “作爲東北亞普通法的統一買賣法的立法方向”, 中日民商法研究 第4卷, 渠濤 主編, 北京, 法典出版社, 2006. 2.

———, “東北アジア普通法の形成可能性に對する検討と前望”, 東洋文化研究 第8號, 東京, 學習院大學 東洋文化研究所, 2006. 3.

———, “韓國民法改正の動向とバンテクテン: Trend of Korean Civil Code Reform and Pandekten)”, 早稻田大學 比較法研究所 創立50周年 記念國際シンポジウム: バンテクテンのゆくえ - グローバル時代の法のターミノロジ: ヨーロッパ・東アジアにおける法移植に關する比較法的研究, 發表, 2007. 12. 9.



## Issues and Prospects of Civil Law in Korea

Kim, Sang - Yong\*

This year is a meaningful and glorious year in the history of Korea and the Korean civil law. Because this year is the 60th anniversary of the establishment of the Korean Government 1948, and at same time the 50th anniversary of the legislation of the Korean Civil Code 1958. Also 48 years have been passed since implementation of the new Korean Civil Code from January 1, 1960.

Law constitutes a part of culture of a nation. Civil law is a core element of laws in a nation. Legislation of civil code means and symbolizes that the nation has its own unique legal culture. Further, it means that the nation has its own identity. Therefore, almost every new independent nation legislates its own civil code after its liberation.

Korea has also legislated its own Civil Code after 10 years of the establishment of the Korean Government. The legislated new Civil Code has been different from the old Civil Code in its contents, which was the then Japanese Civil Code. Especially, in the part of the family law and the real property law of the new Korean Civil Code many unique contents have been prescribed, which have been differentiated from those of the old Civil Code.

Since the legislation of the new Civil Code, the part of family law has been relatively well amended in conformity with social changes, but the part of property law has a little lacked in its amendment. Therefore, the property law in the Korean Civil Code has been not kept up with social and economical changes after its enforcement.

In order to renovate the property law of the Civil Code, an amendment draft had been elaborated by a special committee under the Ministry of Justice after deep consultations for 5 years long

---

\* Yonsei University, professor of College of Law

from 1999 and it as a bill has been submitted to the National Assembly in 2004. However, it has not been taken into consideration and deliberation until now. It was automatically repealed as the term of membership of the National Assembly was expired at the end of May of this year. Maybe, a new amendment draft shall be prepared by the Ministry of Justice and submitted to the National Assembly once again.

The amendment draft has contained so many controversial contents, against which many civil law scholars have strongly and sharply criticized. Without a sufficient consideration with the criticized contents by the special committee, the amendment draft has been elaborated and submitted to the National Assembly. It would be the most important reason, why the bill has been not deliberated by the National Assembly and has been automatically repealed.

In the new amendment draft which will be prepared in near future, controversial articles shall be more deeply re-examined and more suitably modified for harmonization and balance with diverse opinions. Furthermore, in the new amendment draft the globalization in the civil law should be adopted and realized, of which trend is worldwide main stream in these days and of which symbolic law is the United Nations Convention on the Contract for the International Sale of Goods(CISG).

Besides, many other tasks are assigned to academics of civil law in Korea. Firstly, uniquenesses of the Korean civil law shall be found out from the traditional law and modernized into the current Civil Code. Secondly, the socialistic civil law in the North-Korea shall be transformed into civil law suitable to the socialistic market economy. Thirdly, the common law (*ius commune*) in the North East Asian region shall be found out from common sources of laws and formulated in the future in cooperation with academics of neighboring countries.

<b>KEY WORDS</b> Amendment of Civil Code(Property Law), Law in action, Natural Law, Globalization, Common Law( <i>ius commune</i> ), Modernization, CISG. Identity
--