

關於中國民法典編纂

梁 慧 星*

차 례

- 一、20世紀初期的民法典編纂
- 二、中華人民共和國的三次民法典編纂
- 三、現行民事法律體系及其存在問題
- 四、編纂民法典的三個步驟及目前狀況
- 五、涉及民法典編纂體例的若干重要爭論點
- 六、4月16~19日法工委召開的民法典草案討論會概要及重大分歧
- 七、結 語

* 中國社會科學院法學研究所 教授，法學博士

一、20世紀初期的民法典編纂

(一) 第一次民法編纂

中國歷史上，長期推行重農抑商的經濟政策，自給自足的自然經濟占居主導地位。政治上實行封建專制主義統治，個人自由、平等、權利義務等觀念均無由發生。因此，不具備民法產生和發展的基本條件。歷代封建統治者雖重視法典編纂，但多為刑法規定。一般民事關係主要由習慣法調整。

近現代意義上的民法編纂，始於清朝末年的法制改革，1910年底，完成第一個民法典草案，稱為“大清民法典草案”。該草案仿照〈德國民法典〉的體例，分總則、債權、物權、親屬、繼承五編，共1569條。特別是總則、債權、物權三編的內容，主要參考〈德國民法典〉和〈日本民法典〉。因1911年10月發生辛亥革命，推翻帝制，建立共和國，致使這一民法典草案未能成為正式的法律。值得指出的是，通過這一民法典草案，大陸法系民法尤其是德國民法的編纂體例及法律概念、原則、制度和理論被引入中國，對現代中國的民事立法和民法理論產生了深遠的影響。

(二) 第二次民法編纂

中華民國成立後，繼續進行民法典編纂，以“大清民法典草案”為基礎，予以增刪修改，於1925年完成“民國民法典草案”。仍是總則、債權、物權、親屬、繼承五編，共1745條。對瑞士債務法有所參考。這部法典草案未獲得通過。

(三) 國民政府制定的中國民法

1927年國民黨領導的國民政府成立，1928年12月設立法院，負責民刑法典的編纂工作。從1929年2月1日開始編纂民法典，至1930年底，民法典各編全部完成並通過生效，稱為〈中華民國民法〉。包括總則、債、物權、親屬、繼承五編，共29章，1225條。這是中國歷史上第一部民法典，所參考的是〈德國民法典〉第二草案，並參考了〈日本民法典〉、〈瑞士民法典〉、〈蘇俄民法典〉和〈泰國

民法典》。1949年中華人民共和國成立，這一法典被中央人民政府明令廢除，現僅在中國台灣地區施行。

二、中華人民共和國的三次民法典編纂

（一）第一次民法起草

中華人民共和國成立后，于1954年開始起草民法典，至1956年12月完成新中國第一部“民法典草案”。分為總則、所有權、債、繼承四編，共525條。主要參考1922年的《蘇俄民法典》。其特点是，將親屬法排除在外，不規定物權，僅規定所有權，以公民概念代替自然人概念，不規定取得時效制度，片面強調對共有財產的特殊保護等。因1957年開始的政治運動，導致民法典起草工作中斷。

（二）第二次民法起草

1962年開始第二次民法起草。至1964年7月完成新中國第二部“民法典草案”，僅包括三編：總則、財產的所有、財產的流轉。起草人設計了全新的體例，一方面將侵權行為、繼承、親屬排除在外，另一方面將預算、稅收、勞動工資報酬納入法典，并一概不用自然人、法人、物權、債權、權利、義務等法律概念。這次民法典起草因1964年開始的政治運動而中斷。

（三）第三次民法起草

中國在經歷“十年文化大革命”之后實行“改革開放”政策，從計劃經濟轉向市場經濟，民法的地位和作用開始受到重視。1979年11月成立民法起草小組，至1982年5月起草了新中國第三部“民法草案”（一至四稿）。此后，立法機關考慮到經濟體制改革剛剛開始，社會生活處在變動之中，一時難以制定一部完善的法典，決定改采先分別制定民事單行法，待條件具備時再制定民法典的方針。迄今已經形成一個以《民法總則》為民事基本法，由《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《繼承法》、《收養法》、《公司法》、《票據法》、《證券法》、《保險法》、《海商法》、《專利法》、《商標法》、《著作權法》等民事單行法構成的民事立法體系。這一民事立法體系，為改

革開放和社會主義市場經濟的發展，爲建立民事生活的法律秩序，保障公民和企業的合法權益，維護社會公平正義，促進民主法治，發揮了重大的作用。

三、現行民事法律体系及其存在問題

(一) 現行民事立法

1、〈民法通則〉

居于民事基本法地位的是〈民法通則〉。〈民法通則〉既不是民法典，也不同于民法典的總則編。它包括九章156條，即第一章基本原則；第二章公民(自然人)；第三章法人；第四章民事法律行爲和代理；第五章民事權利；第六章民事責任；第七章訴訟時效；第八章涉外民事關係的法律适用。第九章附則。

2、民事單行法

相對於民事基本法而言，民事單行法屬於民事特別法。現行單行法有：(1) 屬於民法典債權編內容的，是現行〈合同法〉；(2) 現行〈担保法〉中，關於保證和定金的規定，屬於民法典的債權編的內容，關於抵押權、質權和留置權的規定，屬於民法典的物權編的內容；(3) 屬於民法典親屬編內容的，是現行〈婚姻法〉和〈收養法〉；(4) 屬於民法典繼承編內容的，是現行〈繼承法〉；(5) 屬於商事法性質的民事特別法，有現行〈海商法〉、〈公司法〉、〈票據法〉、〈保險法〉、〈証券法〉、〈專用法〉、〈商標法〉等。

3、民事法規

由國務院制定的民事法規，也屬於民法之構成部分。如國務院1989年制定的〈國內航空運輸旅客身體損害賠償暫行規定〉等。

4、行政法律法規中的民法規則

行政法律法規中也往往包含了民法規則，也屬於現行民法之構成部分。如〈產品質量法〉的第四章關於瑕疵担保責任和產品責任的規定；〈城市房地產管理法〉

第四章關於房地產交易的規定。國務院1991年制定的〈道路交通事故處理辦法〉，其中第六章關於人身傷害的損害賠償的規定，也屬於民法規則。

(二) 存在的主要問題

1、法律規則不完善

中國大陸進行經濟體制改革是從發展市場交易開始的，當時的一個口號叫“搞活流通”，調整市場交易關係的法律較早受到重視，導致現行民法立法體系中，調整市場交易關係的法律法規(例如〈合同法〉、〈海商法〉、〈証券法〉、〈保險法〉)，相對而言要完善一些，而調整財產歸屬關係的物權法，未受到應有的重視。至今缺乏關於物權的基本規則、基本制度，例如區分動產和不動產的準則、不動產物權和動產物權發生、變更與消滅的基本規則、物權保護的原則和制度、關於土地使用權的基本規則、關於高層建築區分所有權的基本規則，以及善意取得制度、取得時效制度等。再如調整婚姻家庭關係的規則，雖有〈婚姻法〉和〈收養法〉，但缺乏關於親屬制度、親權制度等。

2、法律規則不适当

現行民事法律法規，多數是改革開放初期制定的，由於受舊的經濟體制和舊的民法理論的影響，導致若干不适当的法律規則的存在。例如，現行法律法規及實務混淆物權變動與基礎關係的生效，如房屋買賣未辦產權過戶手續，認定買賣合同無效，設定抵押權未辦抵押登記，認定抵押合同無效，嚴重不利於保護交易秩序和當事人合法權益。再如普通訴訟時效期間，〈民法通則〉規定為2年，不利於保護債權人的利益。例如向銀行借款几十万、几百万，僅僅經過2年的時效期間，債務人就可以免責，很難說有合理性。

3、行政權的不当干預

中國實行社會主義市場經濟，要求建立全國統一的大市場，有必要對市場進行宏觀調控和适当限度的管理。但民事法律法規，關係到公民和企業的民事權利義務的享有和負擔，關係到市場規則的統一，依其性質不應由行政部門和地方

政府規定。但現在行政部門通過制定規章、地方政府通過制定地方性法規，限制公民和企業的權利、加重公民和企業負擔及對市場交易設置各種限制和障礙的現象，仍很普遍。例如，一些行政部門規定房屋出租、房屋買賣合同，及設定抵押權，須按照標的物評估價值收取登記費。一些地方規定對許多合同實行強制公証，未經公証不生效，並按照標的物評估價值收取公証費。

四、編纂民法典的三個步驟及目前狀況

按照中國政府確定的建設法治國家的目標，要在2010年前建成一個與發展市場經濟和建設法治國家相適應的完善的法律體系。按照立法機關的構想，這一法律體系中，憲法和民法、民訴、刑法、刑訴均應制定成文的法典。現今憲法和刑法、刑訴法、民訴法均已制定較完善的法典，唯民法僅有一個〈民法通則〉，尚未制定民法典。因此，1998年3月，立法機關委托9位民法學者、專家，成立民法起草工作小組，¹⁾負責中國民法典編纂和草案準備工作。民法起草工作小組議定的計劃是：1999年3月通過統一〈合同法〉；4~5年內通過物權法；2010年前完成中國民法典編纂。

現在，第一個步驟已經完成，新〈合同法〉已于1999年3月通過並生效。第二個步驟在進行中，至今產生了兩部學者起草的物權法草案，即我領導的中國社會科學院物權法立法研究課題組完成的〈中國物權法物權法草案建議稿〉(以下簡稱“社科院草案”)，和王利明教授領導的中國人民大學民商事法律科學研究中心完成的〈中國物權法草案建議稿〉(以下簡稱“人民大學草案”)。在這兩部建議草案的基礎上，產生了全國人大常務委員會法制工作委員會的〈中國物權法草案征求意见稿〉。此征求意见稿已分發人民法院、政府機關和大學法學院征求意见。

由於中國進入WTO，全國人大常務委員會要求加快民法典編纂的進程，今年1月11日法制工作委員會召開民法典編纂工作會議，決定採取分編委托起草的方式，委托若干專家學者分編起草民法典草案。即委托我負責起草民法典的：總則、債權總則和合同；委托人民大學法學院王利明教授負責起草：人格權法、

1) 民法起草工作小組成員是：中國政法大學民法教授江平；中國社會科學院法學研究所民法研究員王家福、梁慧星；北京大學民法教授魏振瀛；清華大學商法教授王保樹；中國人民大學民法教授王利明；最高人民法院原經濟審判庭副庭長、退休法官費宗霖；法制工作委員會原民法室副主任、退休干部肖峴、原經濟法室主任、退休干部魏耀榮。

侵權行爲法；委托最高人民法院前副院長唐德華先生負責起草：民事責任法；委托中國社會科學院法學研究所鄭成思教授負責起草：知識產權法；委托中國政法大學巫昌■教授負責起草：親屬法、〈繼承法〉；委托最高人民法院前副庭長、退休法官費宗yi負責起草：涉外民事關係法律適用法。按照計劃，民法典草案應在今年內完成，并提交人大常務委員會審議。

五、涉及民法典編纂體例的若干重要爭論點

民法起草工作小組內部，及中國民法學界，關於民法典編纂的結構體例，進行着激烈爭論，主要爭論點如下：

(一) 是制定一部着重邏輯性和體系性的大陸法系的民法典，還是在現行〈民法通則〉和各單行法基礎上，加以匯編整理，構成一部所謂“松散式、邦聯式”的民法典？

(二) 關於哪些制度規定在民法典上，哪些制度作爲民事特別法保留在民法典之外，以及民法典的編章順序的安排，是以重要性作爲標準，還是以邏輯性作爲標準？

(三) 民法典的編纂體例，是采用〈德國民法典〉的五編制體例，還是采用〈法國民法典〉的三編制體例？

(四) 關於民法典財產法部分內容，是以物權概念和債權概念爲基礎，劃分爲物權編和債權編，還是以財產權概念取代物權概念，以合同概念和侵權行爲概念取代債權概念，劃分爲財產法編、合同編和侵權行爲編？

(五) 是象〈德國民法典〉那樣以法律關係爲標準，將民法典內容分爲債權、物權、親屬、繼承四編，然后再將主体、客体、法律行爲、代理和時效等共同的制度安排在第一編作爲民法典總則編，還是回到羅馬法關於人法和物法的劃分，設計“人身關係法”和“財產關係法”兩編？

(六) 是根据人格權与作爲主体的自然人的不可分性，仍將關於人格權的規定与關於自然人的規定一并安排在總則編，還是強調人格權的重要性而單獨設立人格權編？

(七) 是着重于合同所產生的權利与侵權行爲所產生的權利所共同的請求權性質，象1992年新的荷蘭民法典那樣規定債權總則編，然后在債權總則編之下再分合同編和侵權行爲編，還是強調侵權行爲与合同的差別，取消債權總則而分

別設立合同編和侵權行爲編？

(八)是考慮專利權、商標權和著作權的特殊性，在民法典上不規定知識產權，而在民法典之外保留現行〈專利法〉、〈商標法〉和〈著作權法〉作爲民事特別法，還是強調知識產權在知識經濟時代的重要性，在民法典設立知識產權編？

(九)是考慮到20世紀以來制定國際私法法典已成爲共同趨勢，及中國國際私法學界已經起草了〈國際私法示范法〉，因此在民法典上不規定沖突規範，而在民法典之外另行制定“中國國際私法法典”，還是沿襲現行〈民法通則〉的做法，在民法典上設立“涉外民事關係的法律適用”編？

六、4月16～19日法工委召開的民法典草案討論會概要及重大分歧

(一) 概要

4月16～19日法制工作委員會召開民法典起草專家討論會。16～18日討論已經起草完成的各部分草案，包括：總則、物權法、知識產權法、債法總則、侵權行爲法、民事責任、親屬法、繼承法、涉外民事關係法律適用法。19日上午討論民法典結構體例，王家福教授首先建議民法典設10編：第一編總則，第二編人格權，第三編物權，第四編知識產權，第五編債法總則，第六編合同、第七編侵權行爲，第八編親屬，第九編繼承，第十編涉外民事關係。后面發言的學者基本上是針對這一方案所列舉的各編作肯定或者否定的表態，并扼要陳述其理由。獲得一致同意或者大多數同意的是：總則編、物權編、債法總則編、合同編、侵權行爲編、親屬編、繼承編、涉外民事關係的法律適用編。有重大分歧的是人格權編、知識產權編。這里着重介紹關於人格權編和知識產權編的分歧。

(二) 關於知識產權編

多數學者贊同民法典設立知識產權編，主要理由是重要性。在現今知識經濟時代，知識產權非常重要，因此有必要將知識產權法納入民法典，專設知識產權一編。在贊同設立知識產權編的前提下，又分爲兩種意見：一是主張將知識產權法的全部內容納入民法典，于民法典生效時廢止現行的專利法、商標法和著

作權法三部特別法，二是主張僅在民法典知識產權編作原則性的規定，保留現行專利法、商標法和著作權法作為民法典的特別法。

明確表示不同意將知識產權納入民法典的學者是我和鄭成思教授。我不贊成設立知識產權編的主要理由：其一，知識產權法所規範的是特殊的民事法律關係，應當象公司法、票據法、海商法那樣，作為民法典的特別法存在。其二，現行專利法、商標法和著作權法已構成一個相對獨立的知識產權法體系，如果原封不動地把三部法律搬進民法典作為知識產權編，等於是法律位置的移動，實質意義不大。如果是從專利、商標和著作權法當中抽象出若干重要的原則和共同的規則，規定在民法典上，同時保留專利、商標和著作權法，則法官裁判知識產權案件除適用民法典知識產權編外，還得適用專利法、商標法和著作權法的具体規則，將增加法官適用法律的困難。其三，知識產權法，隨着科學技術的飛速進步，需要不斷頻繁修改，規定在民法典上修改不便，繼續作為民法典之外的特別法存在，修改起來要方便得多。

鄭成思教授不贊成將知識產權法納入民法典的主要理由：其一，全世界沒有先例。法國、菲律賓有知識產權法典，巴西、墨西哥等10多個國家有工業產權法典。大多數國家是分別立法，沒有將知識產權法納入民法典的。其二，國內審理知識產權案件的法官大都不同意將知識產權法納入民法典。其三，特別是專利、商標工業產權不可避免地涉及程序法，很難將專利權、商標權從現行專利法、商標法中分離出來規定在民法典，另外制定或者保留關於專利權、商標權的程序性法規。其四，1996年華盛頓召開的國際學術會議，討論俄羅斯民法典計劃設立知識產權編的方案，與會專家達成共識，認為將知識產權法納入民法典是不适宜的。

（三）關於人格權編

人格權單獨設編的首倡者是王利明教授，得到與會多數學者的贊同，其主要理由有三：其一，人格權關係到人的尊重、人格尊嚴和人權保護，因此非常重要，有必要單獨設編；其二，中國在21世紀制定民法典，一定要有所創新，即使全世界的民法典都沒有單獨設立人格權編，也不等於中國民法典不可以單獨設立人格權編。人格權單獨設編，使中國民法典具有自己的特色，有了創新；其三，我國現行民法通則專設民事權利一章，其中第四節規定人格權，此在國際間獲得很高的評價，被稱為中國的權利宣言。可見，將人格權單獨規定，是民法通

則的成功經驗。我們現在制定民法典，沒有理由拋棄這一成功經驗而將人格權放回總則編的自然人一章。

針對主張人格權單獨設編的第一个理由，我的駁論是：人的尊重、人格尊嚴和人權保護，屬於法典的進步性問題，應當體現在民法典的價值取向、規範目的、基本原則和具體制度上。一項法律制度，充分體現對人的尊重、對人格尊嚴和人權的保護，即具有了進步性。至於該項制度在民法典上的安排，是作為單獨一編、單獨一章，是安排在法典的前面、或是後面，對其進步性不發生影響。民法典的編纂體例、編章結構，法律制度的編排順序，應當符合一定的邏輯關係，並照顧到法官適用法律的方便，這屬於法典的形式一面，應當要求科學性，而不是進步性。簡而言之，民法典的基本原則、精神實質、價值取向、制度內容，屬於進步性問題；民法典的編纂體例、編章結構、編排順序，屬於科學性問題。怎麼能夠混為一談！

針對主張人格權單獨設編的第二个理由，我的駁論是：我並不反對創新，不反對中國民法典要有自己的特色，但問題在於這種創新、這種特色，一定要符合公認的法理，要在法理上說得通，要具有起碼的合理性，要具有起碼的說服力。人格權單獨設編，世界上沒有先例。如果法理上說不通，缺乏起碼的合理性和說服力，這絕不是真正的“創新”，而是故意“標新立異”。立法絕不同於文學藝術，不同於舞台表演。特別是制定民法典，是為民事生活制定準則，為市場經濟和家庭生活設立行為規範，為法官裁判民事案件設立判斷基準，為中國在21世紀建成發達的市場經濟國家，實現真正的民主、人權和法治國奠定牢不可破的法制根基，應當本着對國家、民族、人民極端負責的精神，謹慎從事，不容許任何的草率、任意性，不應當故意標新立異！

針對主張人格權單獨設編的第三个理由，我的駁論是：當年制定民法通則專設第五章，列舉規定各種民事權利，其中第四節規定人身權，並不是出於理性的決定。民法通則既不是民法典也不是民法典的總則，為了使人民了解自己享有哪些民事權利，而將各種民事權利集中規定，可以說是出於不得已。絕不能認為，當時已經有明確的立法者意思：該章所列舉規定的每一種民事權利，將來都要單獨設立一編。應當看到，民法通則之在國際國內受到好評，是因為民法通則在人民共和國歷史上第一次明文規定了包括人格權在內的民事權利，是因為民法通則所規定的人格權等內容體現了對人的尊重和對人格尊嚴和人權的保

護，是因為民法通則所規定的法律制度所具有的進步性。絕不是因為民法通則專設一章列舉規定民事權利、專設一節規定人格權的這種編纂體例、編排順序，有什麼科學性，有什麼合理性！要說民法通則的經驗，其經驗在於規定了人格權，而不在于將人格權單獨規定。如果說民法通則已經將人格權單獨規定為一節，現在制定民法典就應該將人格權單獨規定為一編的話，則民法通則已經將民事責任單獨規定為一章，現在制定民法典是否就必須專設“民事責任”一編呢？！

我不贊同人格權單獨設編的基本理由如下：人格權與人格兩個概念確有不同。但作為人格權客體的人的生命、身體、自由、姓名、肖像等，是人格的載體。因此，人格權與人格相終始，不可須臾分離，人格不消滅，人格權不消滅。人格權單獨設編，全世界沒有先例，無論法國式民法典或者德國式民法典，人格權均與自然人一併規定。其理由，不僅在於人格權與自然人不可分離，還在於人格權是主體對自身的權利，是維持主體存在所不可或缺的基本條件，其性質與權利能力、行為能力、出生、死亡、失蹤相同，均屬於主體自身的事項，而與一般民事權利之屬於人與人之間的關係不同。

民法典的編纂，是按照民事法律關係理論，以民事法律關係(人與人之間的關係)作為劃分標準，分為物權關係、債權關係、親屬關係、繼承關係，相應設立物權編、債權編、親屬編和繼承編；再將各編即各種民事法律關係的共同制度，包括主體、行為、代理、時效等抽出，在各編之前集中規定，作為民法典的總則編。人格權是主體自身的問題，是主體對自身的權利，是主體對自身的“關係”，不是主體對外部的關係，不是主體與他主體之間的關係，不是人與人之間的關係。所以，不能稱為“人格權關係”或者“人格關係”。僅在人格權受侵害時，才發生權利人與加害人之間的關係，即侵權損害賠償關係，屬於債權關係。世界各國民法典，均將人格權安排在自然人一章(編)，而與權利能力、行為能力、失蹤宣告、死亡宣告一併規定，其法理根據正在於此。

我國大清民律草案總則編第二章自然人，其中第五節以“人格保護”為節名，包括7個條文。但學者均將本節稱為“人格權保護”。該草案第51條將人格權稱為“人格關係”，當時即受到尖銳的批評。因為人格權是主體對自身的權利，不是人與人的關係，當人格權遭受侵害時才發生人與人之間的關係，即侵權損害賠償關係，而此種關係屬於債權債務關係，而非所謂“人格關係”或者“人格權關係”。

這個問題，在民國初期就已經弄清楚。因此，1925年的民國民法草案，即拋棄了“人格關係”一語，而直接使用“人格權”概念。現在制定民法典，要接受歷史的經驗和教訓。我們如果將人格權單獨設編，將人格權這一主体自身的問題，與物權關係、債權關係、親屬關係和繼承關係并列，就違反了民法典編纂的邏輯和民法法理，其錯誤程度遠超過大清民律草案之規定“人格關係”。

七、結語

法制工作委員會將在學者起草的民法典各部分條文建議稿基礎上進行修改、編排，于6、7月間形成中國民法典草案，然後組織專家討論會進行修改并廣泛征求修改意見，最後形成正式的中國民法典草案，提交12月召開的人大常委會審議。如果順利，可能在2005年前獲得通過。

중국의 民法典 編纂

著者：梁 慧 星*

翻譯：崔 吉 子**

차 례

- 一. 20세기 초의 민법전 편찬
- 二. 세 번에 걸친 중화인민공화국의 민법전 편찬
- 三. 현행 민사법률의 체계와 주요 문제점
- 四. 민법전 편찬의 3단계와 그 현황
- 五. 민법전 편찬 방식에 관한 주요 쟁점
- 六. 민법전 초안토론회의 개요와 주요 쟁점사항(2002.4.16~19)
- 七. 결 어

* 中國社會科學院法學研究所 教授, 法學博士

** 서울大 博士課程修了, 中國社會科學院法學研究所 博士課程

一. 20세기 초의 민법전 편찬

(一) 제1차 민법전 편찬

중국은 역사적으로 오랫동안 농업을 중시하고 상업을 억제하는 경제정책을 실시하여 자급자족의 경제가 주도적 지위를 차지하게 되었다. 정치적으로는 봉건적인 독재통치를 실시하여 개인의 자유·평등·권리·의무 등의 관념은 생성될 수 없었다. 따라서 민법이 형성되고 발전할 수 있는 기본여건이 마련되지 않았다. 역대의 봉건통치자들은 법전 편찬을 중요하게 여겼으나 대부분은 형법에 관한 규정이었으며 일반적인 민사관계는 주로 관습에 의해 규율되었다.

근대적·현대적 意義의 민법전 편찬은 청조말년의 법제개혁에서부터 시작되었다. 1910년 말, 첫번째의 민법전 초안이 완성되어 “大清民律草案”이라 지칭되었다. 동 초안은 독일민법전을 모델로 하여 총칙·채권·물권·친족·상속 등 총 제5편 1569개의 조문으로 구성되었다. 그 중에서 총칙·채권·물권은 주로 독일 민법전과 일본 민법전을 참고하였다. 1911년 10월, 신해혁명에 의해 제국제도가 붕괴되고 공화국정권이 건립되면서 동 민법초안은 정식법률로 제정되지 못했다. 하지만 동 민법초안을 통해 대륙법계의 민법인 독일 민법의 편찬 방식과 법률개념·원칙·제도와 그 이론이 중국에 도입되면서 현대 중국 민사입법과 민법이론에 막대한 영향을 미치고 있다는 점은 주목해야 할 점이다.

(二) 제2차 민법전 편찬

중화민국 성립 이후, 민법전편찬은 계속하여 진행되었다. 1925년, “大清民律草案”을 수정하여 “中華民國民法典草案”이 완성되었다. 동 초안은 여전히 총칙·채권·물권·친족·상속 등 총 제5편 1745개의 조문으로 구성되었는데, 이 초안은 스위스 민법도 참고하였다. 그러나 동 초안은 정식 법률로 채택되지 못했다.

(三) 국민정부의 민법전 제정

1927년 국민당이 집권하는 국민정부가 성립된 후, 1928년 12월에 입법원이 설립되어 민·형법전의 편찬작업을 담당하였다. 민법전 편찬 작업은 1929

년 2월 1일에 시작되어 1930년 말 완성된 후 통과되어 발효되었으며 <中華民國國民法>으로 지칭되었다. 총칙·채권·물권·친족·상속 등 총 제5편 제29장 1225개의 조문으로 구성되었다. 이는 중국 역사상 첫 번째 민법전이며 독일 민법전 제2초안을 참고한 것이다. 그밖에 일본 민법전·스위스 민법전·소비에트 민법전·태국 민법전을 참고하였다. 1949년, 중화인민공화국이 성립되면서 동 민법전은 중앙정부의 명령에 의해 중국대륙에서는 실효되었고 지금은 대만에서만 시행되고 있다.

二. 세 번에 걸친 중화인민공화국의 민법전 편찬

(一) 제1차 민법기초

중화인민공화국의 성립이후, 1954년부터 민법전 기초작업이 시작되어 1956년 12월에 신 중국의 제1부 “민법전 초안”이 완성되었다. 이는 총칙·소유권·채권·상속 등 총 제4편 525개의 조문으로 구성되었고 주로 1922년의 <소비에트 민법전>을 참고하여 친족법을 민법전에서 삭제하고, 물권을 규정하지 않고 소유권만을 규정하였으며, 공민의 개념으로 자연인 개념을 대체하였고, 취득시효를 규정하지 않았으며, 公有財產을 특별히 보호하여야 함을 강조하는 등 특징을 지니고 있었다. 1957년의 정치운동으로 동 초안의 기초작업은 중단되었다.

(二) 제2차 민법기초

제2차 민법기초는 1962년에 시작되어 1964년 7월에 신 중국의 제2부 “민법전 초안”이 완성되었는데, 이는 總則·財產의 所有·財產의 移轉 등 3편만으로 구성되었다. 起草者는 완전히 새로운 형식을 채택하여 한편으로는 불법행위·상속·친족을 민법전에서 삭제하였고, 또 다른 한편으로는 예산·세입·노동 임금보수를 민법전에 포함시키고 그와 동시에 자연인·법인·물권·채권·권리·의무 등의 개념은 전혀 사용하지 않았다. 이 민법전의 기초작업은 1964년에 시작된 정치운동으로 중단되었다.

(三) 제3차 민법기초

10년동안의 문화대혁명이 있는 후 개혁·개방정책을 실시하여 계획경제에서 시장경제로 전환하면서 민법의 지위와 역할도 매우 중요한 위치를 차지하게 되었다. 1979년 11월, 민법전 기초위원회가 설치되어 1982년 5월 신 중국 제3차 “민법전초안”(1-4稿)을 기초하였다. 그 후, 입법기관은 사회가 불안정한 경제체제개혁의 초창기인 당시의 상황으로는 모든 법률관계가 완비된 민법전을 제정할 수 없다는 점을 감안하여 먼저 민사특별법을 제정하고 그 후 다시 민법전을 제정하자는 방침을 채택하게 되었다. 현재 민사기본법에 속하는 <민법통칙>과 민사특별법인 <계약법>·<담보법>·<혼인법>·<상속법>·<입양법>·<회사법>·<어음법>·<증권법>·<보험법>·<해상법>·<특허법>·<상표법>·<저작권법> 등으로 민사법의 체계가 형성되었다. 이러한 민사입법체계는 개혁·개방과 사회주의 시장경제발전을 위하여, 또한 민사생활의 법질서를 확립하기 위하여, 공민과 기업의 법적 권익을 보장하고 평등과 정의를 수호하고 민주적인 법치주의를 촉진하는 중요한 작용을 발휘하고 있다.

三. 현행 민사법률의 체계와 주요 문제점

(一) 현행 민사법

1. <민법통칙>

<민법통칙>은 민사기본법에 속한다. <민법통칙>은 민법전에 해당하지 않으며 민법전의 총칙편에도 해당하지 않는다. 총 제9장 156개의 조문으로 구성되었다. 제1장 기본원칙, 제2장 공민(자연인), 제3장 법인, 제4장 민사법률행위와 대리, 제5장 민사권리, 제6장 민사책임, 제7장 소송시효, 제8장 섭외민사관계의 법률적용, 제9장 부칙이다.

2. 민사단행법

민사단행법은 민사특별법에 해당한다. 현행 단행법으로는 다음과 같은 것들이 있다.

① 민법전 채권편 내용에 속하는 것으로는 현행 <계약법>이며, ② 현행 <담보법>에서 보증과 계약금에 관한 규정은 민법전 채권편에 해당하고, 저당권·질권과 유치권에 관한 규정은 민법전의 물권편에 해당한다. ③ 현행 <혼인법>과 <입양법>은 민법전의 친족법에 해당한다. ④ 현행 <상속법>은 민법전의 상속편에 해당한다. ⑤ 현행 <해상법>·<회사법>·<어음법>·<보험법>·<증권법>·<특허법>·<상표법>등은 商法의 성격을 가지는 민사특별법에 속한다.

3. 민사법규

국무원에서 제정하는 민사법규도 민법의 일부분으로 예를 들어 1989년에 제정된 <국내 항공운수에 있어서 여객신체손해배상에 관한 잠정조례>등이 있다.

4. 행정법규에 속해 있는 민법규칙

행정법규에 민법규칙이 포함되는 경우도 있는데 역시 현행 민법의 일부분을 이룬다. 예를 들어 <제조물품질법>[產品質量法]제4장의 하자담보책임에 관한 규정과 제조물책임에 관한 규정, <도시부동산관리법>제4장의 부동산거래에 관한 규정 등이다. 1991년 국무원에서 제정한 <道路交通事故處理辦法>중 제6장 人身傷害의 손해배상에 관한 규정도 민법법규에 해당한다.

(二) 주요 문제점

1. 법률규칙의 不備

중국대륙의 경제체제개혁은 시장거래의 발전을 그 시작점으로 하여 이루어졌고 “유통의 활성화”가 당시 유행된 슬로건이었다. 따라서 시장거래의 관계를 규율하는 법률이 기타 다른 법률보다 좀더 주목을 많이 받게 되어 현행 민법의 체계에서 시장거래관계를 규율하는 법률(계약법·해상법·증권법·보험법) 등은 상대적으로 완비된 반면, 재산의 귀속관계를 규율하는 물권법은 그러하지 못한 결과를 초래하였다. 지금까지도 물권에 관한 기본적인 규칙이나 제도, 예를 들어 동산과 부동산을 구분하는 준칙, 부동산물권과 동산물권의 발생·변경 및 소멸에 관한 기본규칙, 물권보호에 관한 원칙과 제도, 토지사용권에 관한 준칙, 고층건물의 구분소유권에 관한 기본규칙 및 선의취득제도·취득시효제도

등에 관한 규정들은 미비하다. 또한 혼인가족관계를 규율하는 <혼인법>·<입양법>이 존재하지만 친족제도·친권제도 등에 관한 규정을 두고 있지 아니하다.

2. 타당하지 아니한 몇몇 법률규칙

현행민사법법규의 대부분은 개혁·개방초기에 제정되었기에 낡은 경제체제와 낡은 민법이론의 영향으로 말미암아 약간의 타당하지 아니한 법률규칙들이 존재한다. 예를 들면 현행법규 및 실무에서는 물권변동과 원인관계의 유효성에 있어서 애매한 태도를 취하고 있다. 예를 들면 부동산(가옥)매매에서 소유권이전수속을 하지 않은 경우 계약은 무효로 인정하고, 저당권설정에서 등기를 하지 않은 경우도 계약은 무효로 인정되어 거래의 안정과 당사자의 합법적 권익에 엄중한 불이익을 가져오고 있다. 또 예를 들면 일반소송시효의 기간은 <민법통칙>에서 2년으로 규정되어 있는데 이는 채권자보호에 대단히 불리한 것이다. 예를 들면 은행으로부터 수 십만·수백만의 대출을 받은 후 다만 2년의 시효기간이 경과한 원인으로 채무자의 면책이 인정된다는 것은 합리적이라고 말하기 어렵다.

3. 행정권의 부당한 간섭

사회주의 시장경제의 발전은 전국적 범위에서 통일된 대형시장을 건설할 것이 요청되었고 시장에 대한 거시관리와 적당한 제한이 필요하게 되었다. 그런데 민사법법규는 공민과 기업의 민사권리의무의 향유와 부담에 관계되고, 시장규칙의 통일에 관계되는 법규로서 그 성격상 행정부문과 지방정부에서 규정할 바가 아니다. 하지만 행정부문과 지방정부는 규칙 및 지방법규에 의해 공민과 기업의 권리를 제한하고 의무부담을 가중하고 있으며 시장거래에 부당한 제한과 장애를 설치하는 일들이 아직도 보편화되고 있다. 예를 들면 일부분의 행정부문은 부동산건물(가옥)의 임대, 부동산건물(가옥)의 매매계약 및 저당권의 설정에 관한 등기에 있어서 목적물의 평가가격에 의해 등기수수료를 정한다고 규정하고 있다. 일부 지방은 대부분의 계약에 강제적인 공증을 실시하고 공증을 받지 아니한 경우 계약은 무효로 인정되고 공증수수료는 목적물의 평가가격에 의하여 정한다고 규정하고 있다.

四. 민법전 편찬의 3단계와 그 현황

법치국가의 건립을 목표로 하는 중국정부의 방침에 의해 2010년까지 시장경제의 발전과 법치국가의 건설에 부합하는 법률체계가 완비되어야 한다. 입법기관의 구상에 의하면 이러한 법률체계에서 헌법과 민법·민사소송법·형법·형사소송법은 모두 성문의 법전을 제정하는 것이다. 그런데 지금까지 헌법과 형법·형사소송법·민사소송법은 이미 비교적 완비한 법전이 제정되어 있는데, 민법만이 <민법통칙>만 제정되어 있을 뿐 민법전이 제정되어 있지 않다. 따라서 1998년 3월에 입법기관은 9명의 민법학자 및 전문가들로 구성된 민법기초작업위원회¹⁾를 설립하고 중국민법전편찬과 초안에 관한 준비작업을 책임지도록 위탁하였다. 민법기초작업위원회에서 결정한 계획에 의하면, 1999년 3월에 통일계약법을 제정하여 통과시키고, 4~5년 내에 물권법을 제정·통과시키며, 2010년 이전에 중국민법전편찬을 완성하는 것이다.

지금까지 제1단계의 계획이 완성되어 1999년 3월, 신 계약법이 통과 및 효력을 발생하고 있으며 제2단계는 지금은 진행가운데 있으며 학자를 통해 기초된 2부의 물권법초안이 완성되어 있다. 즉 그 중 하나는 필자가 주도하는 중국사회과학원의 물권법입법연구팀의 <중국물권법초안건의고>이고, 다른 하나는 중국인민대학 민법교수 王利明教授가 주도하는 중국인민대학 民商事法律科學研究센터의 <중국물권법초안건의고>이다. 상술한 2부의 학자건의초안에 기하여 전국인민대표대회상무위원회법제공작위원회의 <중국물권법초안 의견조회서>[中國物權法草案征求意见稿] 형성되었다. 동 “의견조회서”는 이미 전국에 있는 인민법원과 정부기관 및 대학교법과대학에 발송되어 수정의견을 요구하고 있다.

중국이 WTO에 가입하면서부터 전국인민대표대회 상무위원회는 민법전편찬을 가속화할 것을 요구하였다. 이에 의해 2002년 1월 11일, 법제공작위원회는 민법전편찬에 관한 전문가회의를 개최하고 민법전을 編別로 나누어 학자

1) 입법기관의 위임을 받은 9명의 민법학자 및 전문가는 중국정법대학의 민법교수 江平; 중국사회과학원 법학연구소 민법교수 王家福, 梁慧星; 북경대학 민법교수 魏振瀛; 칭화대학 상법교수 王保樹; 중국인민대학 민법교수 王利明; 최고인민법원 전 경제심판청 부청장 퇴임법관 費宗霖; 법제공작위원회 전 민법실 副主任 퇴직간부 肖峒, 전 경제실 主任 퇴직간부 魏耀榮이다.

들에게 분담하여 기초할 것을 위탁하기로 하고 일부 전문가와 학자들에게 위탁하였다. 즉 필자는 민법전의 총칙, 채권총칙과 계약, 인민대학의 王利明 教授는 인격권법과 불법행위법, 최고인민법원의 唐德華先生은 민사책임법, 중국 사회과학원법학연구소의 鄭成思教授는 지적재산권법, 중국정법대학의 巫昌楨 교수는 친족법과 상속법, 최고인민법원 전 副廳長 퇴직법관 費宗彝先生은 섭외민사관계법률의 적용법의 기초를 위탁받았다. 계획에 의하면 민법전초안은 금년 안에 인민대표대회상무위원회에 제출되어 심의된다.

五. 민법전 편찬 방식에 관한 주요 쟁점

민법기초위원회의 내부 및 중국민법학계는 민법전편찬에 있어서 그 구조격식에 관하여 다음과 같은 논쟁들이 활발히 진행되고 있다.

(一) 논리성과 체계성을 중요시하는 대륙법계의 민법전을 제정하자는 견해와 현행 <民法通則>과 각 단행법의 토대하에서 이것들을 匯編으로 整理하여 이른바 “개별화·상호연계방식”(松散式·邦聯式)의 민법전을 제정하는 견해의 대립이 있다.

(二) 어떠한 제도들을 민법전에 규정하고 어떠한 제도들을 민사특별법으로 규정하기 위하여 민법전밖에 둘 것인가 그리고 민법전의 編章順序 배열과 관련하여 중요성을 기준으로 하자는 견해와 논리성을 기준으로 하자는 견해의 대립이 있다.

(三) 민법전의 편찬형식에 있어서 독일민법전의 5편제 형식을 채택하자는 견해와 프랑스민법전의 3편제형식을 채택하자는 견해의 대립이 있다.

(四) 민법전의 재산법부분의 내용에 있어서 물권개념과 채권개념을 기초로 이를 물권편과 채권편으로 구분하자는 견해와 재산권개념으로 물권개념을 대체하고 계약개념과 불법행위개념으로 채권개념을 대체하여 재산법편·계약편·불법행위편으로 획분하자는 견해의 대립이 있다.

(五) 독일민법전을 모델로 민법전 내용에 관하여 법률행위를 기준으로 채권·물권·친족·상속 4편으로 분류한 다음 다시 주체·객체·법률행위·대리·시효 등 공동으로 적용되는 제도를 민법전에 제1편 총칙편으로 배치하자는 견해와 로마법에 있어서 人法과 物法の 획분방법에 따라 人身關係法과 財產關係法の 두 편으로 설계하자는 견해의 대립이 있다.

(六) 인격권은 주체로서의 자연인과 분리될 수 없는 성격에 의해 인격권과 자연인에 관하여 총칙편에 규정을 두자는 견해와 인격권의 중요성을 강조하여 단독으로 인격권편을 설정하자는 견해의 대립이 있다.

(七) 계약으로 인한 청구권과 불법행위로 인한 청구권의 성격의 동일성을 중심으로 하면서 1992년의 신 네델란드 민법전을 참고하여 채권총칙편을 규정한 다음, 그 아래에 계약편과 불법행위편을 두자는 견해와 불법행위와 계약의 차이점을 강조하여 채권총칙을 삭제하고 계약편과 불법행위편을 따로 두자는 견해의 대립이 있다.

(八) 특허권·상표권·저작권의 특수성을 고려하여 지적재산권을 민법전에 편입하지 않고 현행 특허법·상표법·저작권법을 민사특별법으로 유보하자는 견해와 지적재산권의 지식경제시대의 중요성을 강조하여 지적재산권을 민법전에 편입하자는 견해의 대립이 있다.

(九) 20세기이후 국제사법법전을 제정하는 것은 세계적인 추세로 되고 있는 점과 중국국제사법학계에서 이미 <國際私法모델法>을 기초한 점을 고려하여 민법전에 저축규범을 규정하지 않고 민법전 외에 따로 중국국제사법법전을 제정하자는 견해와 현행 <민법통칙>의 방식을 답습하여 민법전에 “섭외민사관계의 법률적용”편을 설정하자는 견해의 대립이 있다.

六. 민법전 초안토론회의 개요와 주요 쟁점사항(2002.4.16~19)

(一) 개 요

2002년 4월16~19일, 법제공작위원회가 주최하는 民法典起草專門家 討論會議가 있었다. 16~18일은 먼저 기초작업이 완성된 부분적 초안을 토론했다. 총칙·물권·지적재산권·채권총칙·불법행위법·민사책임·친족·상속·涉外民商事關係法律適用이었다. 19일 오전은 민법전구조에 관한 토론이 있었다. 먼저 王家福 教授(사회과학원 법학연구소 퇴임 민법교수 - 譯註)가 민법전을 10편으로, 즉 제1편 총칙, 제2편 인격권, 제3편 물권, 제4편 지적재산권, 제5편 채권총칙, 제6편 계약, 제7편 불법행위, 제8편 친족, 제9편 상속, 제10편 섭외민사관계의 구조로 편찬하자는 건의가 있었다. 이를 중심으로 찬성 또는 반대의 견해와 그 이유에 관한 설명이 있었다. 대다수 학자들의 의견이

일치했던 부분은 총칙편·물권편·채권총칙편·계약편·불법행위편·친족편·상속편·섭외민사관계법률적용편이었다. 의견대립이 치열했던 부분은 人格權編과 知的財産權編이었다. 여기서는 人格權編과 知的財産權編에 관한 논쟁만을 중점적으로 소개한다.

(二) 지적재산권편에 관하여

회의 참석자 대다수는 민법전에 지적재산권을 편입하는데 찬성하였다. 찬성학자의 주요이유는 지적재산권의 중요성이었다. 즉 지식경제시대에 있어서 지적재산권은 아주 중요한 것으로서 반드시 민법전에 편입되어야 한다는 것이다. 이를 동의하는 전제아래 또 두 가지의 의견대립이 있었다. 하나는 지적재산권의 전반 내용을 민법전에 편입하고 현행 특허법·상표법과 저작권법 3부의 법률을 폐지하자는 견해이고 다른 하나는 민법전에 지적재산권편의 원칙적인 규정만을 정하고 현행 특허법·상표법과 저작권법을 민법전의 특별법으로 유보하자는 견해였다.

지적재산권을 민법전에 편입하자는 견해에 대해 반기를 내 건 학자는 筆者와 鄭成思教授이었다. 필자의 반대이유는 다음과 같았다. 첫째, 지적재산권법은 특수한 법률관계를 규율하기 때문에 회사법·어음법·해상법과 같이 민법전의 특별법으로 존재하여야 한다. 둘째, 현행 특허법·상표법과 저작권법은 이미 상대적으로 독립된 지적재산권법체계를 형성하고 있기에 만약 3부의 특별법을 그대로 민법전의 지적재산권편으로 편입하게 되면 그것은 단지 법률조문의 位置移動에 불과하기에 별 실익이 없다. 만약 특허법·상표법·저작권법 중에서 중요한 원칙과 공동규칙을 추출하여 민법전에 규정하고 동시에 특허법·상표법·저작권법을 유보한다면 지적재산권에 관한 재판에서 법관은 민법전의 지적재산권편을 적용해야 할뿐만 아니라 특허법·상표법·저작권법의 구체적인 규칙도 적용하여야 하기에 법률적용에 있어서 어려움을 느끼게 된다. 셋째, 지적재산권법은 과학기술의 급속한 발전에 따라 그 개정이 빈번해야 하는데 민법전에 규정하면 그 개정에 있어서 불편함이 있기에 민법전 밖의 특별법으로 존재하면 그 개정에 편리하게 된다.

鄭成思교수(사회과학원 법학연구소 지적재산권 교수-譯註)의 반대이유는 다음과 같았다. 첫째, 전세계적으로 先例가 없다. 프랑스, 필리핀에서는 지적

재산권법전을 제정하고, 브라질, 멕시코 등 10여 국가는 공업재산권법전을 제정하고 있다. 대다수의 국가는 지적재산권을 민법전에 편입하지 않고 단독으로 입법한다. 둘째, 실무계도 반대한다. 지적재산권사건을 담당하는 법관들은 지적재산권을 민법전에 편입하는 것을 반대한다. 셋째, 특히 특허·상표공업재산권은 절차법과 밀접한 관계가 있는데 특허권·상표권을 현행 특허법·상표법에서 분리하여 민법전에 규정하고, 그 외에 따로 특허권과 상표권에 관한 절차적 법규를 제정하거나 유보한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 넷째, 1996년 워싱턴에서 열린 국제심포지움에서는 러시아 민법전에 지적재산권을 설립하려는 방안을 토론하였는데 회의 참석자들은 지적재산권을 민법전에 편입하는 것은 타당하지 않다고 일치하게 의견을 모았다.

(三) 人格權編에 관하여

제일 먼저 인격권의 단독설정을 주장한 학자는 王利明教授(인민대학 민법교수 - 譯註)이다. 회의 참석자들은 그 주장에 찬성했고 주요이유는 다음과 같다. 첫째, 인격권은 인간의 존중·인격존엄·인권보호와 관계되기에 아주 중요한 것으로서 단독으로 설정할 필요가 있다. 둘째, 중국의 민법전은 21세기에 제정되는 것으로 반드시 창의성이 있어야 한다. 비록 세계각국의 민법전에 인격권을 따로 설정한 선례는 없지만 그것은 중국민법전에 인격권편을 단독으로 설립하지 못한다는 이유가 되지 않는다. 인격권편의 단독 설정은 중국민법전으로 하여금 자기의 특색을 가지게 하고 창의성이 있게 된다. 셋째, 현행 <민법통칙>제4장 인격권에 관한 규정은 국제적으로 중국의 권리의 선언이라는 높은 평가를 받고 있다. 여기서 인격권을 단독으로 규정하는 것은 <민법통칙>의 성공적인 경험임을 알 수 있다. 민법전 제정에 있어서 <민법통칙>의 이러한 성공적 경험을 포기하고 인격권을 총칙편에 설정할 이유는 없다.

인격권의 단독설정을 주장하는 위의 이유들에 대하여 필자는 다음과 같은 반론을 제기하였다.

첫째 이유에 대하여, 인간존중·인격존엄·인권보호는 법전의 進步的 문제에 해당하는 것으로서 민법전의 가치판단·규범목적·기본원칙과 구체제도에 구현되어야 한다. 어떠한 제도가 인간존중·인격존엄·인권보호[원칙]를 충분히 구현한 경우 그 제도는 진보적이라고 할 수 있다. 하지만 그 제도가

민법전 편장의 설정에 있어서 단독일편으로 또는 단독일장으로 규정되느냐, 법전의 앞부분에 규정되느냐 또는 뒷부분에 규정되느냐하는 것은 그 진보적 의의에 영향을 주지는 않는다. 민법전의 편찬형식·편장구조, 법률제도의 배열순서는 반드시 일정한 논리관계에 부합되어야 하며, 법관의 법률적용에도 방편을 제공해 주어야 하는데 이는 법 기술적 문제에 해당하는 것으로서 과학적일 것을 요구하고 진보적인 것을 요구하는 것은 아니다. 요컨대 민법전의 기본원칙·주요취지·가치판단·제도내용은 진보성에 관계되는 문제이고 민법전의 편찬형식·편장구조·배열순서는 과학성에 관계되는 문제이다. 양자를 혼동하여서는 안 된다.

둘째 이유에 대하여, 창의성을 반대하지는 않으며 중국 민법전이 자기의 특색을 지니는 것도 반대하지 않는다. 그러나 문제는 이러한 창의성과 이러한 특색은 공인된 법리에 부합되어야 하며 법리적으로도 통해야 하며 최저한도의 합리성은 구비되어야 하고 최저한도의 설득력은 있어야 한다. 인격권을 단독으로 설정하는 것은 세계적으로도 그 선례가 없다. 만약 법리적으로 통하지 않고 최저한도의 합리성과 설득력도 구비하지 않는다면 이것은 결코 창의가 아니며 단 창의를 위한 창의를 불과하다.

입법은 문학예술과 다르며 무대에서의 연극이 아니다. 특히 민법전의 제정은 민사생활에 있어서의 준칙을 제정하는 것으로서 시장경제와 가족생활에 행위규범을 정하고 법원의 민사재판에 재판기준을 정해주는 것이며, 21세기의 중국이 발달한 시장경제를 확립하고 진정한 민주·인권·법치국을 실현하는데 견고한 법제도대를 닦아주는 것으로서 마땅히 국가·민족·인민에 대한 극도의 책임감을 지니고 신중히 고려하여야 하며 輕率함과 任意性은 경계되어야 하며 창의를 위한 창의를 더더욱 금지되어야 한다.

셋째 이유에 대하여, <민법통칙>을 제정할 때 제5장에 각종 민사권리를 열거하고 그 중 제4절에 人身權을 규정한 것은 결코 理性的인 결정은 아니었다. <민법통칙>은 민법전도 아니며 민법전의 총칙편도 아니다. 인민들로 하여금 자기가 향유하는 민사권리를 요해하기 위하여 각종 권리를 집중적으로 규정한 것은 부득이한 경우였다고 할 수 있다. 당시 이미 <민법통칙>제5장에서 열거한 각 민사권리를 장래에 단독 編으로 설정하려는 입법자의 명확한 의사가 있었던 것으로 이해하여서는 결코 안 된다. <민법통칙>이 국제·국내적으로 그 에 상응한 호평을 받는 것은 <민법통칙>이 인민공화국의 역사상 처음으로 인

격권을 포함한 민사권리를 명문으로 규정하였기 때문이며, <민법통칙>에서 규정한 인격권 등 내용이 인간존중·인격존엄·인권보호를 구현하였기 때문이며, <민법통칙>에서 규정된 법률제도가 진보적이기 때문임을 잊어서는 안 된다. 그것은 결코 <민법통칙>에 민사권리를 단독 한 장을 설정하고 인격권을 단독 한 절로 설정한 편찬격식과 배열순서에 과학성과 합리성이 있어서가 아니다. 만약 <민법통칙>이 인격권을 단독으로 한 개 절로 규정하였기에 지금은 민법전에 단독 한 편을 설정하여야 한다는 논리라면 <민법통칙>에서 민사책임에 관해서도 단독 한 장을 설정하였기에 민법전에 반드시 민사책임에 관한 한 개장을 단독으로 설정해야 한다는 것인가?!

인격권의 단독 編題化에 반대하는 필자의 이유는 다음과 같다. 인격권과 인격은 서로 다른 개념임을 틀림없다. 그러나 인격권은 객체로서의 인간의 생명·신체·자유·성명·초상 등은 인격의 表象이다. 따라서 인격권과 인격은 始終 합체되어 있는 것이고 잠시라도 분리되지 않으며 인격이 소멸되지 않는 한 인격권도 소멸되지 않는다. 세계적으로도 인격권을 단독으로 설정한 선례는 없다. 독일 민법전이나 프랑스 민법전이나를 막론하고 모두 인격권을 자연인과 병합하여 규정한다. 그 이유는 인격권은 자연인과 분리될 수 없을 뿐만 아니라 인격권은 主體가 그 自身에 대한 권리이기 때문에 그 주체의 존재를 유지하는 不可缺의 기초조건으로서 그 성격은 권리능력·행위능력·출생·사망·실종과 같은 것으로서 모두 주체자신의 사항에 속하지만 일반민사권리는 사람과 사람사이의 관계로서 이와는 구별된다.

민법전의 편찬은 민사법률관계의 이론에 의해 민사법률관계(사람과 사람사이의 관계)를 획분의 기준으로 하여 물권관계·채권관계·친족관계·상속관계로 구분하고 그에 상응한 물권편·채권편·친족편·상속편을 설정한 다음에 다시 각 편, 즉 각종 민사법률관계의 共同制度인 주체·행위·대리·시효 등을 抽出하여 각편의 앞에 집중적으로 규정하여 민법전의 총칙편을 구성하는 것이다. 인격권은 주체 자신의 문제로서 주체가 자신에 대한 권리이며 주체가 자기 자신에 대한 “관계” 이지 주체와 타 주체지간의 관계가 아니며 사람과 사람사이의 관계가 아니다. 따라서 인격권관계 또는 인격관계라고 지칭할 수 없다. 다만 인격권이 침해를 당한 경우에만 권리인과 가해자사이의 관계 즉 채권관계에 속하는 불법행위로 인한 손해배상관계가 발생한다. 세계 각국의 민법전은 인격권을 자연인장(편)에 설정하고 권리능력·행위능력·실종선고·사

망선고와 같이 규정하는데 그 법리의 근거는 바로 이에 있다.

中國 大清民律草案은 總則編 - 第2章自然人 - 제5절 “人格保護” 節名으로 7개 조문을 규정하였다. 그런데 학자들은 본질을 “인격권보호”라고 지칭한다. 동 초안 제51조는 인격권을 “인격관계”라고 지칭한 적이 있는데 당시 예리한 비난을 받았다. 인격권은 주체가 자신에 대한 권리로서 사람과 사람사이의 관계가 아니며 인격권이 침해될 당한 경우에만 인과 인의 관계 즉 불법행위손해배상관계가 발생하며 이러한 관계는 채권관계에 속하는 것이지 결코 이른바 “인격관계” 또는 인격권관계”는 아님은 일찍 民國初期에 명확히 해결된 문제이다. 그러므로 1925년의 민법초안은 “인격관계”용어를 포기하고 직접 “인격권”개념을 사용하였다. 지금의 민법전제정은 반드시 역사적 경험과 교훈을 받아들여야 한다. 인격권을 단독편으로 설정하는 경우 인격권주체자신의 문제는 물권관계·채권관계·친족관계·상속관계와 병렬하게 되는데 이는 민법전편찬의 논리와 민법법리를 위반하는 것으로서 그 착오의 정도는 大清民律草案에서 인격관계”로 규정한 착오를 훨씬 초과할 것이다.

七. 결 어

法制工作委員會는 학자들에 의해 기초된 민법전 각 편의 조문에 관한 意見書を 토대로 필요한 수정작업을 거친 후 오는 6월~7월(2002년)에 민법전초안을 형성한다. 그 다음 전문가토론회를 개최하고 수정의견을 수렴한 후 수정에 착수하여 마지막에 正式 中國民法典草案이 형성되고 2002년 12월에 개최되는 인민대표대회상무위원회에 제출되어 심의된다. 순리로운 경우, 2005년 전에 통과될 것으로 예상된다.