

研究報告 91-16

中國法研究(I)

中國의 民法通則 研究

研究者 文 俊 朝 (責任研究員)

한국법제연구원

발 간 사

中國은 1978년부터 시작된 經濟改革政策의 추진과 더불어 꾸준히 國內法을 정비하여 왔습니다. 그 중에서도 民法通則은 가장 중요한 입법의 하나라고 할 수 있습니다. 1949年 中華人民共和國政府가 수립된 후, 지금까지 3회의 民法起草作業이 있었지만, 그중 처음 두번은 左派思想運動과 文化大革命에 의하여 중단되었으며, 現行 民法通則은 1979年 1月부터 起草作業이再開되어 1986年4月 12일에 제정된 것입니다. 실로 個人과 法人의 활동에 필수불가결한 基本法인 民法이 제정되지 아니한 상태로 40년 가량을 지내 왔다는 사실로부터 우리는 經濟改革政策이 推進되기 前의 中國의 法認識을 미루어 짐작할 수 있다고 하겠습니다. 한편, 中國에서는 民法通則에 앞서, 실질적으로 民法의 영역에 속하는 婚姻法과 相續法 등과 2종류의 經濟契約法이 單行法으로 제정되었습니다. 이와 같이 中國에서는 民法의 영역에 속하는 모든 分野를 망라하여 單一 法典화하는 대신에, 가장 기본적인 내용만을 선정하여 民法通則이라는 명칭으로 입법화하였습니다.

中國法研究(1)은 이러한 民法通則의 條文을 검토 분석한 것입니다. 그 내용을 간략하게 소개하면, 中國의 民法通則의 社會主義의 原則, 所有權制度和 최근의 變化, 債權債務關係 등입니다. 이들 조문의 많은 부분이 표현 그 자체로는 우리의 民法과 유사하지만, 단순한 文理的 解釋만으로는 그 정확한 의미를 파악할 수 없습니다. 이 研究書는 이러한 점에 유념하여 그 차이점을 摘示하고자 하였습니다. 다만, 民法通則이 시행된지는 불과 5년도 채 안된 관계로 外國에서도 深度있는 연구가 미흡하고 中國의 法適用事例 역시 그다지 알려진 바 없다는 사실은 그대로 이 研究書의 한계로 남아있음을 밝히지 않을 수 없습니다.

아무쪼록, 이 研究書가 中國의 民法을 이해하는데 조금이나마 도움이 되기를 바라며, 앞으로도 보다 구체적인 내용은 資料가 수집되는 대로 특히 실증적 분석을 통하여 보완해나갈 예정입니다. 끝으로 이 研究書의 작성에 관계한 韓國法制研究院의 研究陣의 勞苦를 치하하는 바입니다.

1991년 12월

韓國法制研究院
院長 李世薰

목 차

第1章 總 論

1. 민법통칙의 채택경위와 중국에서의 역할	15
(1) 민법통칙의 채택경위	15
(2) 민법통칙의 내용과 민법의 역할	17
(3) 현행 민법통칙의 제정배경	18
2. 민법통칙의 규율대상과 기본원칙	19
(1) 意義	19
(2) 민법의 조정대상과 임무	20
(3) 민법의 적용범위	22
(4) 기본원칙	23
1) 국민경제계획실현의 원칙	23
2) 경제계획제도관철의 원칙	23
3) 계획조절과 시장조절의 결합의 원칙	24
4) 등가교환의 원칙	24
5) 노동에 따른 분배의 원칙	24
6) 국가, 집단 및 개인의 이익 동시배려의 원칙	25
7) 공민의 민사상의 권리와 의무의 일률적 평등의 원칙	25
3. 민사법률관계(自然人·法人·物)	26
(1) 민사법률관계의 사회주의적 특색	26
1) 人과 人의 사회관계	26
2) 통치계급의 의지가 반영된 사회관계	27
3) 상부구조로서의 사회현상	27
(2) 민사법률관계의 의의	28

(3) 민사법률관계의 주체	28
1) 권리 및 의무의 주체	28
2) 국민의 권리능력과 행위능력	29
3) 法人의 設立과 權利·行爲能力	31
4) 個人商工業者(個人工商戶)와 農村請負業者(農村請負經營戶)	34
(4) 민사법률관계의 객체	35
1) 권리·의무의 대상으로서의 객체	35
2) 物件의 분류	35
4. 법률행위	36
(1) 법률행위의 개념	36
(2) 법률행위의 형식	37
(3) 법률행위의 종류	38
1) 일방적 법률행위(단독행위)와 쌍방적 법률행위	38
2) 유상법률행위와 무상법률행위	39
3) 諾成法律行爲와 實踐法律行爲	39
(4) 무효인 법률행위	39
1) 법률규범에 위반하여 명백히 공공의 이익·사회도덕에 해를 미치는 법률행위	40
2) 탈법적 법률행위	40
3) 행위무능력자가 행한 법률행위	40
4) 의사표시가 법정의 형식에 적합하지 아니한 법률행위	40
5) 의사표시가 진실한 의지와 합치되지 아니하는 법률행위	41
6) 假裝의 법률행위와 虛僞의 법률행위	41
(5) 취소되는 법률행위	41
1) 착오에 의하여 행하여진 법률행위	41
2) 공정성이 명확히 결여된 법률행위	42
(6) 무효인 법률행위의 처리	42
(7) 조건부 법률행위	43

5. 대리 및 대리권의 행사	43
(1) 대리의 의의	43
(2) 대리의 적용범위	44
1) 대리가 허용되는 경우	44
2) 대리가 허용되지 않는 경우	44
(3) 대리권의 발생	45
1) 위탁대리	45
2) 법정대리	47
3) 지정대리	48
(4) 대리권의 행사	48
(5) 대리권의 소멸	49
1) 당사자의 사망 또는 행위능력의 상실	49
2) 법정대리에서의 피대리인이 행위능력을 취득 또는 회복한 경우	49
3) 대리의 기초가 되었던 사회관계의 소멸	50
6. 소송시효	50
(1) 소송시효의 개념	50
1) 소송시효의 의의	51
2) 소송시효제도의 의의	52
(2) 소송시효의 종류	53
1) 일반소송시효	53
2) 특수한 소송시효	53
(3) 소송시효의 개시·중지·중단·연장	54
1) 소송시효기간의 개시	54
2) 소송시효의 중지	54
3) 소송시효의 중단	55
4) 소송시효의 연장	55
(4) 소송시효의 효력	56

第2章 所有權制度

1. 소유권의 개념과 본질	59
(1) 마르크스의 계급적 人權概念과 사유재산	59
1) 계급적 인권관념	59
2) 사유재산제의 利己性	60
(2) 소유제와 소유권과의 관계	60
(3) 사회제도에 따른 소유권의 본질	61
2. 소유권의 발생과 소멸	65
(1) 소유권의 발생 방법	65
1) 원시취득 방법	65
2) 계수취득 방법	66
(2) 소유권의 소멸 방법	66
1) 소유물 그 자체의 滅失(절대적 소멸)	66
2) 소유권의 타인으로의 이전(상대적 소멸)	66
3) 소유권의 포기	66
4) 국가행정법령 및 법원의 판결	67
5) 조직의 해산	67
3. 소유권의 내용	67
(1) 점유권	67
(2) 사용권	68
(3) 처분권	68
(4) 공유관계	69
4. 소유권의 보호	70
(1) 소유권확인 청구	70
(2) 원상회복청구	70

(3) 원물반환청구	71
(4) 방해배제청구	72
(5) 손해배상청구	72
5. 국가소유권	73
(1) 국가소유권의 개념	73
(2) 국가소유권의 발생사유	73
1) 사회주의 국유화	73
2) 중소기업주의기업에 대한 사회주의적 개조	73
3) 국영기업의 확대재생산	74
4) 稅收	74
5) 국가가 국내에서 행하는 민사활동	74
6) 징발, 매입, 수용, 몰수 등	74
7) 증여	75
(3) 국가소유권의 주체와 객체	75
1) 국가소유권의 주체	75
2) 국가소유권의 객체	75
(4) 국가소유권의 내용	76
1) 국가재산의 관리원칙	76
2) 국가기관·국영기업·사업단위의 국가재산관리를 위한 권한과 책임	77
3) 고정자산과 유동자산	78
4) 광물자원과 草原·牧場	79
(5) 국가소유권에 대한 보호	79
6. 勞動大衆의 集體所有制	80
(1) 근로대중의 집체소유권의 개요	80
1) 意義	80
2) 근로대중의 집단소유권의 특징	81
3) 근로대중의 집단소유권의 작용	81
(2) 농촌집체 경제조직의 소유권	82

1) 意義	82
2) 농촌의 집체소유권의 내용	83
3) 農業生產責任制의 성질	84
4) 農業生產責任制의 성질	84
(3) 城鎮의 근로대중의 집단소유권	87
(4) 합작사	88
(5) 근로대중의 집단소유권의 보호	89
7. 공민의 개인소유권	90
(1) 공민의 생활자료소유권	90
1) 의의	90
2) 특징	91
3) 객체	91
(2) 개인노동자의 생산수단소유권	92
1) 농민의 가정부업재산소유권	92
2) 비농업의 개인노동자의 생산수단소유권	93
(3) 공민의 개인적 소유권에 대한 보호	94
8. 상린관계	94
(1) 상린관계의 개념	94
(2) 상린관계의 법률적 특징	94
(3) 상린관계의 의의	95
(4) 각종 상린관계의 일반적 준칙	95
1) 상린환경보호관계	95
2) 상린용수·배수관계	95
3) 상린의 통행관계와 官線(파이프·電線)설치관계	96
4) 상린위험예방관계	96
5) 상린경계 및 경계선상의 竹木의 歸屬關係	96
(5) 상린관계처리의 원칙	97

9. 최근의 기업소유권제도의 변화	97
(1) 변화의 배경	97
(2) 기업소유권제도의 변천	98
(3) 기존의 기업소유권제도	99
1) 국영기업	99
2) 집체기업	100
3) 개인기업	101
(4) 개혁하의 기업소유권제도	102
1) 기업소유권제도 개혁의 목적	102
2) 기업자율권과 기업의 자산의 소유권	102
3) 국영기업의 실험적 민영화	105
4) 소규모 국영기업의 민영화	108
5) 집체기업	109
6) 합작사	112
7) 조합	112
8) 국내합작기업	113
9) 개인기업	114
(5) 전민소유공업기업법의 주요내용	115
1) 관리위원회의 구성	116
2) 노동조합위원회의 구성	116
(6) 결 론	117

第3章 債權債務關係

1. 債의 개념과 일반원칙	121
(1) 채권의 개념	121
(2) 債의 종류	121
1) 單一의 債와 多數人의 債	121
2) 特定물의 債와 種類物의 債	122
3) 簡單의 債, 選擇의 債	122

(3) 債의 역할	122
2. 債의 발생원인	123
(1) 행정명령의 의한 債	123
(2) 契約에 의한 債	124
(3) 일방적 행위에 의한 債	124
1) 합법적인 일방적 행위에 의한 債	124
2) 無因(事務)管理에 의한 債	124
3) 위법적인 일방행위에 의한 債	124
4) 不當利得에 의한 債	125
3. 債의 이행과 불이행	125
(1) 債의 이행	125
1) 實際履行의 원칙	125
2) 적합한 이행의 원칙	126
(2) 債의 불이행	127
1) 債의 불이행의 존재	127
2) 과실의 존재	127
3) 손해사실의 존재	128
4) 불이행과 손해간의 인과관계의 존재	128
4. 債의 변경과 소멸	129
(1) 債의 변경	129
1) 당사자의 변경	129
2) 채권채무의 변동	129
(2) 債의 소멸	129
1) 履行	130
2) 相計	130
3) 供託	130
4) 計劃法令의 변경	130

5) 免除	130
6) 기타	130
5. 債의 擔保	131
(1) 위약금	131
(2) 着手金	131
(3) 保證	131
(4) 抵當權	132
(5) 留置權	132
6. 不法行爲에 의한 債	132
(1) 불법행위의 成立要件	132
1) 손해의 발생	132
2) 위법성	132
3) 因果關係	133
4) 故意와 過失	134
(2) 특수한 불법행위의 민사책임	135
1) 행위무능력자 및 행위제한능력자가 야기한 손해에 대한 책임	135
2) 공무원이 야기한 손해에 대한 국가기관의 책임	135
3) 工作物설치·보존의 瑕疵責任	135
4) 動物所有者의 責任	136
5) 高度危險業務의 무과실책임	136
6) 환경오염에 의한 손해에 대한 책임 등	136
(3) 불법행위의 배상범위와 방법	136
1) 배상범위	136
2) 배상방법	137
(4) 불법행위에 의하여 발생한 債의 특징	137
7. 事務管理·不當利得에 의한 債	138
(1) 사무관리에 의한 債의 개념	138

(2) 사무관리에 의한 債의 요건	138
1) 타인의 사무를 관리할 것	138
2) 타인의 이익을 도모할 의사가 있을 것	138
3) 법률상의 근거가 없을 것	139
(3) 사무관리에 의한 채무의 변제	139
(4) 부당이득에 의한 債	139
8. 계약에 의한 債(계약의 일반원칙)	140
(1) 국민경제계획화의 강화	140
(2) 전문화와 협력의 촉진	140
(3) 농업에 대한 국가의 계획지도와 농촌집체경제조직의 집단소유권의 보장	140
參考文獻	141

第1章 總 論

1. 민법통칙의 채택경위와 중국에서의 역할

(1) 민법통칙의 채택경위

중국에서는 1949년 중화인민공화국정부의 수립 이후, 세번의 민법기초작업이 있었다. 첫번째로 1954년부터 1957년까지 전국인민대표대회 상무위원회 산하의 민법연구실이 그 기초작업을 담당하였고, 이 때의 초안은 소련법의 영향을 강하게 받아 중국의 실정에는 부합되지 아니하는 것이었으며, 1957년에는 법전화에 대하여 반우파의 집중공격이 가하여지게 됨에 따라 이 첫번째 기초작업은 중단되고 말았다.¹⁾

중화인민공화국정부의 수립이후 오랫동안 법보다는 黨의 指示와 大衆路線이 우선하였으며,²⁾ 1950년대 百家爭鳴時代의 법률가들은 법이 사회생활과 경제발전의 기초임을 강조하고 외국법의 유용한 부분의 수용을 주장하였으나, 毛澤東과 黨의 보수적 원로들의 법전화 가치에 대한 회의와 의구심으로 인하여 민형사법과 소송법까지도 폐지되어 1970年代까지 혼인법 이외에는 私法の 법전화가 이루어지지 못하고 있었다. 이와 더불어 재산의 사회주의소유제 및 철저한 계획경제체제를 채택·시행하여 국민경제를 중앙집권적 조직적으로 관리하여 왔기 때문에, 자본주의국가에서와 같이 재산관계를 명확히 확정하여 생산과 유통의 주체인 기업의 활동을 규제 조정하는 민상법은 존재할 여지가 없었다.

두번째는 1962년부터 1964년까지의 기초작업이다. 이 작업은 모택동주석의 지시에 따라 전국인민대표대회 상무위원회의 辦公廳研究室이 전문가를 소집하여 재개한 것이었다. 그러나

1) 東歐社會主義國家의 法制度는 다소간 差異는 있지만 社會主義 法系內에서 비교적 同質的(homogeneous) 群을 이루고 있으나, 中國은 대단히 독특한 法體系를 발전시켜 왔다. 즉, 中國은 共產黨이 國家와 社會에서 排他的인 權限을 행사하고 있고 大地主階級과 企業家階級の 擄取를 폐지하고 法을 완전히 政治에 종속시키는 등 철저한 마르크스 레닌主義의 基本原則을 맹종하여 왔다.

蘇聯에서는 法은 經濟社會生活의 秩序確立과 維持를 위한 중요한 裝置로서의 機能이 기대되고 있었으나, 中國은 過多한 法은 社會發展에 장애가 된다는 전제에 입각하고 있었다. 中國이 政治制度와 司法制度 등 상당부분을 蘇聯으로 부터 借用하여 왔음에도 불구하고 蘇聯과는 法에 대한 認識과 役割에 대하여 커다란 認識의 차이를 보여 왔던 것이다. Konzard Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Vol.1 (London: Clarendon Press, 1988), p.320.

2) 보다 구체적인 것은 Lung-Sheng Tao, "Politics and Law Enforcement in China: 1949-1970," *American Journal of Comparative Law*, Vol.22 (1974), pp. 713~715.

1964년에 이르러 좌파사상운동이 격렬하게 진행됨에 따라 법은 불필요하다는 인식이 만연되어 두번째의 작업 역시 중단되기에 이르렀다. 그 후 1966년부터 10년간은 문화혁명에 의하여 민법의 기초작업이라는 것은 상상할 수도 없었다.³⁾ 그러나, 毛澤東 死後 1978年 12월에 개최된 중국공산당 第11期 제3차중앙위원회전체회의에서는 문화혁명의 과오와 공산당정부수립 이후의 정치지도와 국민경제운영상의 과오를 청산하고 중국 근대화를 위하여 경제체제면에서는 국민경제의 활성화와 대외경제개방을 또한 정치체제면에서는 민주화와 법제정비에 관한 改革을 선언하게 되었다.⁴⁾ 이에 따라 전국인민대표대회 상무위원회 산하에 법제위원회(법제공작위원회로 개칭)를 두고 법제정비를 시작하였으며, 특히 외자도입을 위한 안정된 법적 환경의 조성이 필연적으로 요구되어 지금까지의 입법중 70% 이상이 경제관계에 관한 것이었다.⁵⁾

이와 더불어 종래 국가기관보다 우위에 있던 黨도 법령의 범위내에서 행동하도록 하는 등 중국은 명실상부한 법사회로 탈바꿈하고 있다. “국가는 사회주의법제 … 를 견지한다. … 어떠한 조직이나 개인도 헌법에 규정되지 아니한 특권을 향유할 수 없다”라는 1982년 헌법 제5조의 규정과 “黨은 국가의 헌법과 법률이 허용하는 범위내에서 활동한다”라는 1982년 공산당 당헌은 중국 헌정사상 법의 역할에 대한 인식의 변화를 보여준 획기적인 것이라고 할 수 있다.⁶⁾ 이와 더불어 세번째의 민법기초작업이 1979년 11월부터 시작되었다. 전국인민대표대회에 설치된 법제위원회가 民法起草小組를 구성하고 이 小組가 중심이 되어 1982년경, 전체 8편 65조로 구성된 민법초안 第4稿를 작성하였다.

한편, 혼인법은 중국에서는 전통적으로 또한 講學上으로 민법과는 별개의 부문으로 간주되

3) 1966年 以後의 文化大革命時代에는 法에 대한 敵對感까지 만연하여 司法機構는 사실상 붕괴되었고, 紅衛隊에 의하여 많은 法律家들이 起訴·投獄·拷問·殺害되는 등 法은 존재하지 않았다고 하여도 過言이 아니다. KonzardZweigert and Hein Kötz, *op. cit.*, p.321.

4) 中國立法의 發展現況에 대하여는 拙稿, “中國의 對外經濟交流와 關聯法制,” 共產圈國家의 通商關係法, (法制資料 第148輯)(서울: 法制處, 1988), pp.6 8.; 보다 자세한 내용은 藍全普, 三十年來我國法規沿革概況, (北京: 群眾出版社, 1980), pp.6~10. 參照.

5) 中國의 近代化와 法의 役割에 대하여는 徐杰, “中國社會主義經濟法的調整對象,” 中國經濟法論集, 第2輯(香港: 大學出版印務公司, 1987), pp.31~34.; 威天常, “經濟法在四大化建設中的作用,” *ibid.*, pp.41~54.; 劉升平, “中國經濟體制與法制,” *ibid.*, pp.55 66. 參照.

6) Tao-tai Hsia and Wendy I. Zeldin, *op. cit.*, p.250. : 한편으로는 이와 같이 中國이 近代化에 대한 法의 役割의 重要性은 인식하고 있지만 그 否定的인 法律觀은 여전히 投資의 障礙要素로 남을 가능성도 있다. 마르크스·레닌主義에 의한 中國의 法思想에 의하면 社會主義 前段階에서는 法이 支配階級の 利益을 확보하기 위한 手段에 불과하며 따라서 資本主義社會의 法은 人民全體의 意志가 반영된 것이 아니므로 正當性이 缺如되어 있다. 그러나 프롤레타리아獨裁國家에서는 少數의 資本家로부터 所有權을 빼앗아 生産手段의 所有를 社會全體에 환원시킴으로써 擄取階級도 없고 階級鬭爭도 없지만 過渡期의인 法이 존재한다고 한다. 뿐만 아니라 中國側의 資本家階級에 대한 無產階級の敵愾心은 구체적인 法律適用에 영향을 미치고 있다는 지적도 있다.

어 왔으며, 입법상으로도 민법과는 별개의 단행법으로 제정되었기 때문에,⁷⁾ 민법초안 第4稿에는 포함되어 있지 않았다. 또한 第4稿가 제시된 때와 거의 같은 무렵에 經濟契約法이 제정되었다.⁸⁾

한편, 3년 후인 1985년 3월 21일, 7장 34조로 구성된涉外경제계약법이 제6기전국인민대표대회 제3차회의에서 채택되어, 主席令 제24호로 공포되었으며 동년 10월 1일부터 시행되고 있다. 그 후에도 중국의 경제건설의 급속한 진전에 대처하기 위하여 경제법규의 정비가 차츰 이루어지기 시작하였다.⁹⁾ 이에 따라 민사거래의 기본원칙을 명확히 할 것이 강하게 요구되어 전체적으로 민법전의 제정에 앞서 민법통칙의 제정을 보게 되었다.

1985년 7월경부터 민법초안 제4고를 토대로 하여 각방면의 전문가의 지혜를 모아 민법통칙초안의 기초작업이 개시되었다. 약 4개월 후 1985년 11월 13일, 8장 131조로 구성된「중화인민공화국민법통칙(초안)」이 전국인민대표대회상무위원회에 제출되었으며 당일, 王漢斌 전국인민대표대회 상무위원회비서장·법제공작위원회주임이 제6기전인대상무위원회 제13차회의에서 민법통칙초안에 관하여 설명하였다. 그후, 민법통칙초안은 약간의 보완정리를 거쳐 제6기 전국인민대표대회 제4차회의에 상정되어 1986년 4월 12일에 가결되었으며 1987년 1월 1일부터 시행되고 있다.

(2) 민법통칙의 내용과 민법의 역할

민법통칙은 제1장 기본원칙, 제2장 공민(자연인), 제3장 법인, 제4장 민사법률행위 및 대리, 제5장 민사권리, 제6장 민사책임, 제7장 소송시효, 제8장涉外민사관계의 법률적용, 제9장 부칙으로 구성되어 있다. 민법통칙은 그 내용에서 볼 수 있듯이 단순히 민법총칙에 해당되는 것은 아니며 그렇다고 해서 완비된 민법전도 아니다. 이와 같이 중국이 완비된 민법전을 제정하지 아니한 이유는 시행과정에서 법적용경험을 축적하고 이에 따라 대폭적인 증보 또는 개정을 하기 위해서이다.¹⁰⁾

7) 1980년 9월 10일 공포, 1981년 1월 1일 시행.

8) 1981년 12월 13일 공포, 1982년 7월 1일 시행.

9) 중화인민공화국정부 수립이후 1978년까지 800여편의 경제법규가 제정되었는 바, 그 대부분은 국민경제에 대한 행정적 관리에 관한 것들이었으며, 행정법의 범주에 속하는 것으로 간주되었다. 그러나 최근에는 경제체제 개혁에 부응하여 경제관계의 조정, 경제수단의 운용, 경제관리 등을 위한 법규들이 군사·민정·공안·사법 등의 행정관리법규에서 분리하여 하나의 독립된 법률부문인 경제법을 구성하게 되었다. 孫亞明, “中國經濟法幾個基本問題,” 中國經濟法集, 第2輯, (香港: 大學出版印務公司, 1987), p.4.

10) 許光泰, 中國法制論, (臺北: 臺灣商務印書館, 1990), p.215.

민법통칙은 민법의 조정(규제)범위에 대하여 민법은 평등한 주체 상호간의 횡적인 관계 즉, 공민간, 단체 법인가 및 그들 상호간의 재산관계와 신분관계를 조정한다고 규정하고 있다.¹¹⁾

앞서 설명한 바 있듯이, 중국에서는 민법통칙에 앞서 제정된 경제계약법은 실질적 의미에서 볼 때 민법의 영역에 속하는 법령이지만, 형식적으로는 특별법인 경제법의 영역에 위치하고 있다. 이 점과 관련하여 오늘날까지 논쟁이 계속되고 있다. 가장 근본적인 쟁점은 민법과 경제법의 관계라고 말할 수 있으며, 이것은 소련에서도 오랫동안 논의되어온 문제이지만 오늘날 까지도 미해결된 상태이다. 민법과 경제법의 관계에 대하여 중국에서는 크게 나누어 다음과 같은 3가지로 설명되고 있다.

첫째, 大民法說이 있는 바, 이說에 의하면 민법은 기업(집체도 포함)과 기업, 기업과 공민, 공민과 공민, 이러한 3측면의 재산관계(거래 등) 전부를 범위로 포함하여 규정할 수 있다고 한다. 그러므로 민법은 기본법으로서 위치하며 경제계약에 대하여는 필요에 따라 특별법을 제정하는 것을 인정한다.

두번째는 小民法說이며 이說은 경제법을 독립된 법부문으로 보는 입장이다. 이 설에 의하면 민법은 공민과 공민간의 관계만을 규정하며, 그 밖의 기업과 기업 그리고 공민과 기업간의 문제는 경제법이 규정하게 된다.

세번째는 이상의 2가지 설의 절충설로서 이에 의하면 민법은 기업과 공민 및 공민과 공민의 관계를 규정하며 그 밖의 것은 경제법의 범위가 된다고 한다. 그런데, 현재의 중국의 입법활동을 검토하여 보면 소민법설에 입각하여 있음을 알 수 있다.¹²⁾

本稿도 이러한 전제하에 논의를 전개하고자 한다.

(3) 현행 민법통칙의 제정배경

1985년 이후 중국의 민법, 경제법의 입법작업은 크게 진전을 보았다. 이러한 급속한 진전은 중국의 대외개방정책에 의하여 크게 고무되어 왔음은 주지의 사실이다. 1978년 중국이 경제체제개혁을 본격적으로 추진함에 따라, 경제활동의 활성화를 위해서는 민법의 제정이 불가피

11) (제2조). 초안 제4고의 제1조도 이와 거의 유사한 규정을 두었다.

12) 민사법률관계와 경제법률관계는 상호 동일한 부분도 있지만, 다른 점도 있음에 유의할 필요가 있다. 양자의 법률관계는 모두 경제관계를 조정하는데 필수불가결한 도구이지만, 다음과 같은 점에서 다르다. 첫째, 민사법률 관계의 주체는 만약 어느 일방 또는 쌍방이 어떠한 종류의 조직 또는 단위라면 반드시 법인자격을 구비하여야 하지만, 경제법률관계에서는 일방이 국가관리기관이 아닌 한, 경제관리법규정이 타방이 반드시 법인일 것을 요구하지도 않으며, 따라서 법인이 아닌 자도 경제법률관계의 주체가 될 수 있다. 孫亞明, “中國經濟法幾個基本問題,” 中國經濟法集, 第2輯, (香港: 大學出版印務公司, 1987), p.4.

하게 요구되었다고 할 수 있다. 그러나 중국은 오랫동안 법의 공백기간을 거쳤기 때문에 법 문화가 취약하였고 법에 대한 전문지식도 부족할 수 밖에 없었다. 따라서 단기간에 민법의 모든 조문을 입법화하는 것은 무리라는 입장에 입각하여 시간을 두고 입법화한다는 방침을 세웠다. 전술한 바와 같이 이미 기본적 조문만을 담고 추후에 더욱 보완해 나아가갈 예정인 민법통칙 및 이미 내용이 굳어져 향후 크게 변화할 것 같지 아니한 상속법 등이 제정되었고 또한 계약에 관한 단행법규가 제정되어 있으므로 시기가 성숙되면 이것들을 집대성하여 구체적인 조문을 내용으로 하는 각則이 제정될 것이라고 한다.¹³⁾

2. 민법통칙의 규율대상과 기본원칙

(1) 意義

중국의 민법은 중국공산당의 지도에 따라 장기간의 혁명투쟁을 거쳐 완만한 속도로 발전되어 왔다. 신민주주의혁명기(1919~49)에 혁명근거지의 인민정권은 그 관할범위내에서 적용되는 민사관계의 조정에 관한 많은 법령(민사법규)을 제정 공포하였다. 토지혁명전쟁기(1927~37)의 江西소비에트區 등에서 그 예를 찾을 수 있다. 이러한 법령들은 당시의 혁명근거지에서 각종 경제관계를 조정(규제)하여 왔다.¹⁴⁾

또한 중국공산당중앙은 국민당정권을 압도하여 공산당의 우위가 거의 확정적인 것이 되자 1949년 2월 『國民黨의 六法全書를 폐지하고 解放區의 司法原則을 확립하는 것에 관한 指示』를 공포하여 국민당시대의 민법전을 포함한 六法全書를 폐지하고, 혁명근거지에서의 입법경험에¹⁵⁾ 입각하여 새로운 중국의 입법작업을 추진하게 되었다.

한편 중화인민공화국의 성립(1949년 10월) 직후의 국민경제부흥기(~1953) 및 뒤이은 제 1차5개년계획기(1953-1957) 등의 시기에도 각종 단행법규가 제정되어, 이것들에 의해서 민사관계에 대한 법적 규제가 행하여졌다. 이 기간중에 중국에서는 민법전을 제정하기 위하여

13) 民法通則은 7가지의 점에서 중국적 특색을 보이고 있다고 지적되고 있다. ① 중국식 사회주의에 입각하고 있다. ② 경제체제개혁을 위한 것이다. ③ 사회주의상품경제의 활성화를 도모한다. ④ 대외경제개방정책을 중요한 내용으로 한다. ⑤ 과학기술의 발전이 경제진흥의 관건이 된다는 것을 중시한다. ⑥ 공민 및 법인의 합법적 권익의 보호를 그 핵심으로 한다. ⑦ 물질·정신이라는 문명건설을 보증하는 것이다. 王家福, 「一部具有中國特色的民法通則」 法學研究, 1986年 第3號 7面. 그밖에도 鈴木賢, “中國における民法通則制定とその背景,” 法律時報, 제60권 3호, 5호, 6호도 검토할 만한 가치가 있다.

14) 중국의 학자들은 이러한 법령들이 착취를 제거하고, 노동자의 권리를 보장하고 생산을 발전시켜 인민을 혁명전쟁의 지원에 참여하도록 동원하기 위하여 중요한 역할을 하였다고 주장하고 있다.

15) 여기에 소련의 선진적 諸經驗 등이 가미되었다.

최고국가권력기관인 전국인민대표대회 상무위원회가 1954—57년 및 1962—64년의 두번에 걸쳐, 민법기초작업을 진행하여 「중화인민공화국민법초안」을 기초하였으며,¹⁶⁾ 현재의 민법통칙은 제3차의 기초작업의 결과이다.

(2) 민법의 조정대상과 임무

중국에서는 민법은 독립된 법부문으로 간주되어, 형법 및 형사소송법, 민사소송법 등과 더불어 사회주의를 실현하기 위한 사회관계를 조정하는 법규범으로서 통일적인 사회주의법체제의 일부를 구성하고 있다. 민법은 그 중에서 일정한 재산관계 및 명예 등의 인격적 이익을 포함하는 「人身非財産關係」를 규율하고 있다.

그러한 재산관계에는 사회주의조직(국가의 생산부문 및 국영기업, 집체소유제기업, 농업집단경제조직 등)상호간, 사회주의조직과 공민간, 공민상호간의 재산관계가 포함된다. 또한 그 내용으로서는 재산소유관계, 상품유통관계, 유산상속관계 등이 포함된다. 이러한 관계는 민법에서는 각각 소유권, 채권 및 상속권 등의 제도로써 존재한다.

민법의 주요조정대상인 재산관계는 상품유통에 있어서의 독립된 재산주체를 전제로 한 재산관계이다. 그러므로, 이러한 관계는 당사자 쌍방의 법적 지위의 「平等」과 그 경제적 이익의 「等價」라는 3가지 특징을 가지며, 따라서 당사자 쌍방의 자발적 의사(자유의사)의 원칙과 等價有償의 원칙에 입각하여 발생하는 것이라고 한다. 즉, 원칙적으로 행정명령 및 무상조달의 방법에 의해서 이러한 관계가 발생하는 것은 아니다. 물론 등가유상이라고 하는 특징을 갖지 아니하는 약간의 재산관계(예컨대, 증여 및 상속관계)도 존재한다. 그러나, 일반적으로는 그러한 평등과 등가라고 하는 두가지의 특징을 통해서, 민법과 재산관계를 조정하는 다른 법부문과¹⁷⁾ 구별되는 것이다.

다음, 人身非財産關係라는 것은 일정한 정신적 재화의 창조, 발명 또는 지배에 관련하여 발생하는 사회관계(예컨대, 성명·명예·저작·발명·상표사용 등의 관계)라고 정의되고 있다. 민법이 규율하는 「人身非財産關係」의 특징은 ① 특정한 人의 身分과 밀접하게 관련되어 있다는 점에서 일종의 인신관계이며, ② 정신적 내용을 갖는 것이므로 재산관계에 따라 물질적 재화의 내용을 갖는 것은 아니고 따라서 일종의 비재산관계이며, ③ 경제적 내용을 직접적으로 갖는 것은 아니지만 재산관계와 밀접한 관련을 가지고 재산관계의 발생을 전제로 한다는

16) 중국의 입법과정에 대하여는 淺野直人, 「最近の中國の立法動向」 シュリスト, 第857號, 64면 이하 참조.

17) 예컨대, 명령, 봉사의 관계인 행정법과 재정법 및 등가유상이 존재하지 아니하는 혼인가족법을 지적할 수 있다.

것이다.

이상과 같은 규율대상을 갖는 민법의 역할은 「黨 및 국가의 새로운 시기의 전반적 임무(현 단계에는 4대현대화건설)에 따라서 전인민소유제조직간, 집단소유제조직간(이 양자를 사회주의조직이라고 한다) 및 이들 상호간의 재산관계와 人身非財產關係의 조정을 통하여 人民內部의 모순을 정확히 처리하며, 전인민소유와 집체소유의 공공재산을 보호하고 공민의 개인적 소유의 합법적 재산과 인신의 권리를 보호할 뿐만 아니라, 사회질서 및 경제질서를 유지하여 사회주의적 현대화건설의 순조로운 진행을 보증하는 것」이라고 한다.

그런데 민법이 규율하는 특수한 대상은 무엇인가라는 문제와 관련하여 다음 두가지 측면에서 견해가 나누어졌었다. 그 중 하나는 민법이 규율하는 재산관계의 범위를 어떻게 확정할 것인가라는 문제였다. 이에 대하여 민법은 공민간 및 공민과 사회주의조직간의 재산관계를 조정하는 것이라고 생각하는 견해가 있었다. 이 견해는 재산관계의 개개의 주체는 그 지위가 상이하며, 사회주의조직간의 그것은 경제법에 의해서 조정되는 것이라고 생각한다. 그 주된 이론적 근거는 사회주의공유제에 입각한 사회주의조직간의 경제관계에는 당사자간의 평등의 관계 이외에 사회주의조직간에 상·하급의 종속관계도 있으며 후자인 종속관계가 제1차적이라는 점에서 구하고자 한다. 예컨대, 전인민소유제의 재산이 상품의 형태로 교환되는 경우에 우선 국가의 계획과 상급의 명령에 따라 행하여져야 한다는 것이다. 또한 이러한 견해는 사회주의적 공유제의 경제관계의 특수성을 반영한 계획과 명령체제에 따른 종속적 측면(관계)을 강조하고 있지만, 타방에 있어서 사회주의조직간의 재산관계와 사회주의조직과 공민간의 그것과의 공통성을 반영하고 있지 않다는 비판을 받았다. 그러한 비판의 논거로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째, 공민간, 사회주의조직간 및 공민과 사회주의조직간에 발생한 재산관계의 많은 부분은 상품교환관계이고 그러한 관계는 기본적으로 계약의 형식에 의하게 되므로 단일의 법률로 규율되는 것이 바람직하다. 둘째, 재산소유관계와 관련하여 국가재산소유권, 집체재산소유권 및 개인재산소유권 사이에는 공통의 조정원칙과 보호방법이 존재하며, 개인재산소유권과 국가 집체재산소유권을 각기 민법전과 경제법전에서 규정한다면, 두가지의 법전의 규정이 중복되는 결과가 될 것이다.

제2설은 민법은 사회주의적 상품경제관계를 규율하는 것이라는 견해였다. 이 견해는 이론적 근거를 법률부문의 구분은 그것이 규율하는 일정한 특징을 갖는 사회관계에 의하여 결정된다는 점에서 찾고 있다. 즉, 상품경제관계의 성질과 내용에는 그 고유한 특징이

있으며 그것을 조정하는 법률규범은 통일적인 조정대상과 일치된 조정원칙 및 방법을 가지며 하나의 독립된 법률부문을 구성한다. 상품경제관계는 민법으로 규율하고 일반적으로 상품경제 관계가 아닌 저작권, 발명권에 입각하여 발생하는 재산관계 및 재산상속관계에 대하여는 각각 노동법, 혼인가족법으로 조정하여야 한다는 것이다. 이러한 견해는 조정대상을 명확히 하고 있다는 점은 돋보이지만, 민법이 조정하는 재산소유관계 가운데는 상품소유관계외에도 토지, 지하자원 등과 같은 약간의 국가 및 집체의 재산(그것은 상품으로서 점유되는 것은 아니다)도 포함되며, 또한 민법이 조정하는 財産移轉關係도 상품교환관계에만 한정되는 것은 아니라는 비판을 받았다. 예컨대, 無償의 委任(위탁)관계, 借用關係, 증여관계 등은 상품교환은 아니다. 그러므로 민법이 조정하는 재산관계는 주로 상품경제관계이지만 그것이 전부는 아니다.

제3절은 민법은 공민간, 사회주의조직간 및 그 상호간의 재산소유관계 및 재산이전관계를 조정하는 것으로 보는 견해이다. 이러한 견해는 오늘날의 다수설이며, 민법통칙 제2조도 이것을 따르고 있다.

두번째로 문제가 된 것은 민법의 대상에 「인신」관계를 포함하여야 할 것인지의 여부였다. 이와 관련하여 상품경제관계설에 입각한 입장은 부정적인 견해를 갖고 있지만, 다수설이 긍정적인 견해를 보이고 있다.

(3) 민법의 적용범위

민법의 적용범위의 문제는 민법의 규정을 언제, 어디에서, 누구에게 발생한 민사관계에 적용할 것인가라는 문제이다. 즉, 민법이 언제, 어디에서 누구의 사회관계에 대하여 조정작용을 발휘하고 그 규범에 비추어서 당사자로 하여금 활동케 하는가라는 문제이다.

이 문제를 분설하면, 민법의 (1) 시간적, (2) 공간적, (3) 인적인 적용범위의 문제에 관계된다. (1)의 문제로서는 법령의 공포일과 시행일이 일치하지 아니하는 경우 및 소급효의 문제가 있다. 다음 (2)의 민법의 공간적 적용범위와 관련하여서는 중앙정부가 공포한 민사법규를 민족자치지역(예컨대, 내몽고자치구 및 新疆위구르자치구)에서 전면적으로 적용하는 것이 가능한 경우에는 省, 自治區의 인민대표대회(一級行政區의 지방국가권력기관)가 그 기본정신에 따라 당해지역의 민족의 정치, 경제, 문화에서의 특징을 고려한 보충규정 등을 제정할 수 있다는¹⁸⁾ 점을 주목할 필요가 있다.

또한 (3)의 인적 적용범위와 관련하여서는 외국인에 대한 민법의 적용 등이 문제가 된다.

18) 민법통칙 제151조 참조.

중국의 공민, 법인에 대하여는 국외에서 발생한 민사관계에 대하여도 중국의 법률 및 중국이 서명비준한 국제조약을 적용하며 이것들이 없는 경우, 국제관례 및 그 국가의 법률을 적용한다. 다만, 외국에 정주한 중국인의 행위능력에 대하여는 그 국가의 법률을 적용하여야 한다. 또한 중국국내에서 발생한 민사법률관계에 대하여는 국제조직 및 법률에 별단의 규정을 두고 있지 아니하는 한 외국인, 외국법인에 대하여도 중국민법이 적용된다.¹⁹⁾

(4) 기본원칙

중국에서 민법의 기본원칙은 민법의 제정시에 반영된 지도원리이며 특히 재산분쟁을 처리할 때의 근본준칙이기도 하다. 또한 그것은 민법의 사회주의적 본질을 집중적으로 표현한 것임과 동시에 사회주의경제법칙을 법률에 반영시킨 것이다.²⁰⁾ 중국의 민법의 기본원칙은 다음과 같이 설명되고 있다.

1) 국민경제계획실현의 원칙

사회주의경제의 기본적인 특징이 되는 계획경제를 달성하는 것은 중국의 헌법 및 민법의 중요한 원칙이 되어 있다. 중국이 사회주의의 우월성으로 내세우는 점은 - 그러한 주장의 타당성여부에 대한 논의를 별개로 한다면 - 계획경제를 시행하여 각부문, 각단위의 경제활동을 직접적 또는 간접적으로 국가계획의 틀내에 둠으로써, 국민경제에 있어서의 무정부상태를 일소할 수 있다는 것이다. 이러한 국민경제계획을 실현하는 중요한 수단인 하나가 민법상의 계약제도이다.

2) 경제계획제도관철의 원칙

중국의 사회주의기업에서 실시되고 있는 경제계획제도에는 ① 계획적으로 경제를 관리하기 위한 기본적인 방법, ② 증산, 절약을 장려하는데 중요한 조치, 그리고 ③ 국민경제계획을 완성하기 위한 중요한 수단이라는 상호관련된 3가지의 측면이 있다고 주장되고 있다. 국가는 경제계획제도를 실행하는 기업에 대하여 계획을 완성하기 위하여 필요한 물자와 자금을 지급하

18) 민법통칙 제151조 참조.

19) 민법통칙 제8조, 제142조 이하.

20) 중국의 民法通則은 사회주의공유제의 기초 위에서 제정된 것이며 본질적으로는 社會主義的 公法에 속한 것이며 따라서 私有關係의 私法을 표현한 것은 아니다. 그러므로 사회주의 민법은 사회주의경제기초에 이바지하는 것이다. 표현상으로는 자본주의국가의 민법규정과 큰 차이가 있으나, 그 본질과 구체적인 적용에서는 차이는 바로 이러한 면에서 찾을 수 있다. 許光泰, 中國法制論, (臺北: 臺灣商務印書館, 1990), pp.217~223. 參照.

고 기업은 국가의 통일계획·지도에 따라 독립적으로 경영관리를 행하고 법률상, 독립된 재산 주체의 자격으로 경제유통에 참가하게 된다. 이와 같이 사회주의기업간의 재산관계는 기본적으로 그 경제계획제도(독립재산제)의 기초로서 성립하게 되는 것이다.

3) 계획조절과 시장조절의 결합의 원칙

이른바 계획조절과 시장조절의 결합이라는 것은 계획조절과 시장조절이 상호간에 침투되어 공조한다고 하는 관계를 말한다. 또한 양자는 계획조절이 「직접적인 지령성의 계획」이며 반면에 시장조절이 「간접적인 非지령성의 계획」이라는 점에서 구분된다. 이 원칙은 중국의 현행 경제운용정책에서 볼 때 특히 중요하며 민법은 이 원칙에 입각하여 재산관계, 무엇보다도 계획과 시장을 결합하는 유대인 계약관계를 조정하여야 한다고 한다.

4) 등가교환의 원칙

민법이 조정하는 대상인 사회관계는 앞서 언급한 바와 같이 주로 재산소유와 상품유통에 의하여 발생하는 각종의 재산관계이며 여기에서는 등가법칙이 중요한 역할을 한다. 이러한 재산관계의 당사자가 국가조직인가, 집체조직 또는 공민 개인인가 등의 여부에 관계없이 어떠한 경우에도 각자가 재산과 상품에 대하여 소유권을 갖는다는 것을 전제로 하기 때문에, 이들 경제주체간의 재산유통은 상품화폐형태를 통하여 이루어진다.

따라서 중국에서는 상품유통과정에서의 等價有償原則의 효과적인 관철은 무엇보다도 국가의 가격정책과 밀접한 관련이 있다. 즉, 중국에서는 먼저 사회의 수요에 입각하여 계획을 수립하고 다음으로 각종의 제품(생산물)에 대해 합리적인 가격을 정하고 가격을 계획과 사회의 수요에 봉사하도록 한다는 계획제1·가격제2정책을 실시하고 있다. 또한, 중국에서 시행되고 있는 계약제도의 실시와 관련하여 「품질에 따른 가격결정」 즉, 우수한 품질에 대하여는 높은 가격을 정한다는 원칙의 준수가 요구된다. 그러므로 당사자 쌍방은 국가가 정한 가격에 따라 계약을 공동으로 이행하고 계약의 이행중에 발생한 가격에 관한 분쟁도 이러한 등가교환의 원칙과 가격정책에 따라 합리적으로 해결하여야 한다.

5) 노동에 따른 분배의 원칙

중국에서는 소비재는 「각인은 그 능력에 따라 노동하고 노동에 따른 분배를 받는다」라고 하는 사회주의적 분배원칙에 따라 개인에게 분배된다. 이른바, 「노동에 따른 분배」라 함은 국가 또는 집단소유제단위가 사회적 공제를 제외하고, 각각의 노동자가 창조한 가치를 감안하여

보수를 지급한다는 것을 의미한다.²¹⁾

6) 국가, 집단 및 개인의 이익 동시배려의 원칙

사회주의국가인 중국에서는 계급착취가 존재하지 않기 때문에 일반적으로 국가, 집단 및 공민개인의 이익은 긴밀하게 결합되어 있으며 상호간에 대립되어 있지 않다고 주장한다. 즉, 국가의 이익은 전인민의 공동이익이며 집단의 이익은 집단조직의 구성원의 공동이익이며 따라서 그러한 공공의 이익이 개인의 이익의 원천이 된다는 전제하에 이들 3자의 이익이 완전히 일치되어야 함을 강조한다.

그러나, 이들 3자의 이익간에도 일정한 기간·지점·조건 등에 따라 충돌이 생겨날 수 있다는 사실도 인정한다. 이리하여 이러한 모순을 처리함에 있어서는 개인적 이익은 공공의 이익에 종속되며 부분적 이익은 전체의 이익에, 또한 목전의 이익은 장기적 이익에 각각 종속된다는 전제에 따라 국가, 집단 및 개인의 이익을 동시에 배려하여야 한다는 추상적인 원칙을 민법의 기본원칙으로 내세우고 있다.

7) 공민의 민사상의 권리와 의무의 일률적 평등의 원칙

중국의 모든 공민은 민족, 인종, 성별, 직업, 사회적 출신, 종교신앙, 교육정도, 재산상황, 거주기간을 불문하고 일률적으로 평등하며, 자신에게 부여된 민사상의 권리를 향유하고 자신에게 지워진 민사상의 의무를 이행하며 어떠한 공민도 특수한 권리(특권)을 갖지 아니할 뿐 아니라 법률상 부담하는 의무를 면하는 것도 허용되지 않는다. 이러한 원칙이 그 裏面에 숨은 이데올로기적 요소를 고려하지 않는다면 물론 자본주의국가에서와 조금도 차이가 없음은 물론이다.²²⁾

민법통칙은 이것들을 5대원칙으로 정리통합하여 특히 경제활동에 있어서의 국가의 경제계획에 따라 상부로부터의 명령을 최소한으로 하고 시장경제·상품경제를 대폭적으로 수용함으로써, 국민의 생산의욕을 고취하고자 한다. 따라서 공민개인, 집체소유제기업도 국가(전인민

21) 중국의 학자들은 「노동에 따른 분배」는 자본주의사회에 있어서 「자본에 따른 분배」와는 완전히 대립되는 것이며 수천년 동안의 생산수단에 대한 사적인 점유에 의거한 인간이 인간을 착취하는 분배제도를 근본적으로 부정하는 것이라고 주장한다. 野村好弘, 淺野直人, 前掲書, 18面 참조.

22) 한편, 여기에서 일률적 평등성과 더불어 反특권(특권반대)가 강조되고 있지만 이점에 상응하여 중국에서는 공민의 권리·의무의 불가분성도 강조되고 있다. 즉, 권리와 의무는 상호간에 결합되어 있으며 권리를 향유하는 자는 의무를 이행하여야 하며 의무를 이행한 자는 권리를 향유할 수 있고 어떠한 공민도 권리만을 향유하고 의무를 부담하지 아니하는 것이 허용되지 않는다고 강조되고 있다.

소유제조직)도 모두 민사활동의 측면에서는 평등하다는 점을 강조하고 이것을 제1의 원칙으로 하고 있다.²³⁾ 이러한 원칙은 재산의 소유권 이외에 기타의 권리의무의 향유·이행에 대하여도 마찬가지로 적용된다. 민법통칙이 지적하는 제2의 원칙은 자유의사, 공평, 등가유상 및 신의성실의 원칙이다.²⁴⁾ 사기·강박에 의하여 또는 권력적 압력에 의하여 자신의 의사에 반한 민사활동은 법률상의 효력을 가지지 아니하며 또한 평등한 민사주체간의 민사활동을 지배하는 원칙은 공평의 원칙이다. 민사책임의 분야에서 과실책임주의를 채택한 것도 공평의 원칙이라고 할 수 있다. 평등원칙은 상품교환관계에 있어서는 등가유상의 원칙에 해당한다고 할 수 있다.

또한 민사의무의 이행에 있어서 신의성실의 원칙에 따라야 한다는 것은 당사자간 뿐만 아니라 국가사회에 대한 의무이기도 하다. 그밖에도 민법통칙은 공민·법인의 합법적 민사권익의 보호의 원칙,²⁵⁾ 민사활동수행에 있어서 법률 준수의 원칙을²⁶⁾ 규정하고 있다. 또한 법률의 규정에는 없지만 국가의 법률 및 정책에 위반되지 아니하여야 한다는 것은 민사법률행위의 유효조건이다. 더 나아가, 민사활동은 사회도덕을 존중하여야 하며 사회공공이익을 손상시킴으로써 국가계획을 파괴하거나 사회경제질서를 교란하는 방식으로 행하여져서는 안된다는 점이 강조되고 있다.²⁷⁾ 사회도덕이라 함은 公序良俗과 동일한 의미를 가지며 또한 사회공공이익에는 국가이익도 포함된다. 국가경제계획에 따라야 할 의무는 상속, 혼인 등의 인신관계와 같은 민사활동에는 미치지 아니한다.

3. 민사법률관계(自然人·法人·物)

(1) 민사법률관계의 사회주의적 특색

당사자간의 권리의무를 내용으로 하는 사회관계, 즉 소유권관계, 채권관계, 상속관계 등을 민사법률관계라고 한다. 사회주의사회인 중국에서는 그 민사법률관계는 다음과 같은 특색을 갖는다고 지적되고 있다.

1) 人과 人의 사회관계

민법은 주로 재산관계를 규율하는 것이지만 그것은 人과 物 또는 物과 物의 관계가 아니라

23) 민법통칙 제3조.

24) 민법통칙 제4조.

25) 민법통칙 제5조.

26) 민법통칙 제6조.

27) 민법통칙 제7조.

물질적 또는 정신적 재산을 둘러싼 人과 人과의 사회관계라고 한다.²⁸⁾ 그 논거는 다음과 같다. 物은 의지를 갖지 않기 때문에 지배의 객체가 될 뿐이며, 人은 그 의지에 따라 物을 점유하고 타인과의 사회관계를 형성하게 되며, 따라서 物을 둘러싼 민사법률관계는 인과 인과의 사회관계라는 것이다. 소유권관계도 人이 物을 지배하는 관계는 아니며 소유자와 그밖의 모든 人과의 관계로 보아야 한다고 한다.²⁹⁾

2) 통치계급의 의지가 반영된 사회관계

중국의 학자들은 민법은 물질사회관계로서의 재산관계(및 인신비재산관계)를 조정하지만 이 물질사회관계는 법률에 반영되어 일종의 사상사회관계로서의 민사법률관계가 된다고 지적하고 있다. 다만, 이것은 일반적 사회관계는 아니며, 통치계급의 의지를 반영한 관계라는 그들의 지적은 주목을 요하는 부분이다. 즉, 「국가가 통치계급의 이익과 일치하는 것이라고 인정된 재산(및 인신비재산)관계만이 민사법률관계로 승인되고 국가의 강제력에 의하여 당사자간의 권리의 실현이 보장되는 것이므로 友人간의 단순한 약속과 같은 일반적 사회관계에서는 국가의 강제력이 행사되지 아니한다」고 한다. 또한 많은 경우, 민사법률관계는 당사자의 의사를 실현함으로써³⁰⁾ 발생한다. 하지만, 손해배상관계와 같이 사회의 공공이익·공민의 법적 이익의 보호를 위하여 통치계급의 의지에 입각하여 발생하는 것도 있다고 지적되고 있다.

3) 상부구조로서의 사회현상

社會主義 法理論에 의하면 법률관계는 일반적으로 생산관계에 의해 발생한 것을 반영하게 되며, 주로 재산관계를 조정하는 민법은 특히 생산관계를 반영 한다고 한다. 예컨대, 소유권·채권관계는 생산관계중에서도 재산소유·유통관계를 반영하는 것이며, 생산관계가 민사법률관계의 형식을 갖기 위해서는 국가의 입법에 의한 승인을 요한다는 것이다. 이를 보다 구체적으로 설명하면, 생산관계와 민사법률관계는 깊은 관계를 가지기는 하지만 구별되는 개념이며, 전자는 경제기초의 범주에 속하며 이것을 人間의 의지에 좌우할 수 없고, 후자는 상부구조의 범주에 속하며 통치계급의 의지에 의하여 좌우된다는 것이다. 이와 같이 중국의 학자들은 통

28) 중국의 학자들은 자본주의사회의 민법학자들이 민사법률관계를 人과 物, 또는 物과 物의 관계라고 말하지만 그것은 사물의 본질을 왜곡한 것이며 자본가와 노동자간의 착취피착취의 관계 즉, 생산수단의 사유제에 입각한 자본주의제도의 본질을 은폐하고자 하는 것이라고 비판한다. 野村好弘, 淺野直人, 前掲書, 20면.

29) 上掲書, 21面.

30) 중국의 학자들은 이와 같이 민사법률관계에 의하여 당사자의 의지가 실현되는 것은 민법과 통치계급의 의지와 합치되는 경우에 한한다는 입장을 취하고 있다. 野村好弘, 淺野直人, 前掲書, 13페이지.

치계급의 의지도 그 물질생활조건에 규정되므로 민사법률관계도 궁극적으로는 생산관계에 의하여 규정된다는 전제에 입각함으로써 자본주의국가에서의 민법과 사회주의국가에서의 민법의 본질의 차이로 계급착취의 유무에서 발견하고자 한다.

다시 말해서 자본주의적 생산관계를 조정하는 자본주의국가의 민법이 착취제도보호의 결과로서 생겨난데 반해 중국의 민법은 사회주의적 생산관계를 확인·조정하는 민사법률관계를 중심으로 출현한 것이라는 지적을 하고 있다. 그러므로 후술하는 바와 같이 중국의 민법통칙의 많은 규정이 자본주의국가의 민법과 크게 다를 바 없지만, 그 운용상에는 많은 차이가 있을 것임을 추측케한다.

(2) 민사법률관계의 의의

민사법률관계를 보면, 그 주체, 내용 및 객체가 문제가 된다. 그 중, 주체와 객체에 대하여는 후술한다. 민사법률관계의 내용은 주체의 권리 및 의무이다. 중국의 민법교과서는 권리를 절대권, 상대권, 주된 권리, 종된 권리, 재산권, 人身非財產權 등으로 분류하여 설명한다. 그러한 권리는 재판 및 조정 또는 행정기관에 의한 중재를 통하여 보호된다.

민사법률관계는 민법이 정한 일정한 상황, 즉, 법률사실에 의하여 발생·변동·소멸하며 그 주체에 구체적인 권리의무를 발생케 한다. 그러한 법률사실은 人的 의지에 의하여 부인되며 행위와 사건으로 분류되며 전자는 다시 적법행위와 위법행위로 구분된다. 적법행위에는 법률 행위 및 기타의 행위(예컨대, 수렵허가구역에서의 야생동물의 포획 등은 소유권을 발생시킨다)가 포함될 뿐 아니라 국가기관의 직권에 의한 강제명령의 행사 즉, 행정행위(예컨대, 물자 분배계획의 실시 등)도 포함된다.

(3) 민사법률관계의 주체

1) 권리 및 의무의 주체

민사법률관계상의 권리를 향수하고 의무를 부담하는 人, 다시 말해 민사법률관계의 주체는 권리주체와 의무주체로 구분되지만, 賣買·租賃(貸貨借)關係 등에 의하여 양당사자가 모두 권리주체이자 의무주체이기도 한 경우가 있다.

주체가 될 수 있는 것은 공민(자연인)과 법인(사회주의조직)이다. 국채발행, 정부명의로 대외무역협정 등 특수한 경우는 국가도 주체가 된다. 중외합자경영기업법이 중외합자경영기업에 중국의 민사법률관계상의 주체가 되는 자격을 부여한 것과 같이 자격부여는 국가의 법에

정한 바에 따른다.

민사법률관계의 주체는 민사상의 권리능력과 행위능력을 가지며 사회주의사회에서는 주요한 생산수단은 전인민 및 노동자의 집체의 소유가 되며 노동자의 진정한 평등의 주체적 자격, 다시 말해서 권리능력이 보증되는 것이라고 강조되고 있다.

2) 공민의 권리능력과 행위능력

① 공민의 권리능력

중국의 공민은³¹⁾ 노동권, 휴식권, 노령, 질병, 노동능력의 상실시의 물질적扶助수급자, 자신의 합법적 수입, 저축, 가옥 기타의 생활수단 등에 대한 소유권 및 물질문화적 생활의 수요를 만족시키기 위한 각종의 민사법률관계와 관련된 권리, 교육을 받을 권리, 과학·연구·문학·예술·창작 기타의 문화적 활동에 종사할 권리, 저작·발명 등의 지적 창작성과에 관한 권리 등 광범한 민사적 권리를 향유할 자격(권리능력)을 가진다. 그밖에도 권리능력에 대하여는 다음과 같이 설명되고 있다.

① 공민의 권리능력은 출생으로 시작된다.³²⁾ 호구제도는 출생후 독립호흡을 하는 胎兒가 금방 사망한 경우에도 출생등기와 사망등기하도록 규정한 것은 그러한 정신을 반영한 것이다.② 胎兒는 권리능력이 없지만, 태아의 부친이 사망한 경우에는 태아에게도 유산에 관한 권리가 인정된다.³³⁾ ③ 공민의 권리능력은 연령의 제한없이 일률평등하다. ④ 권리능력은 법적 수단에 의하지 않고는 박탈·제한되지 않는다. 더욱이 사형판결, 국적박탈 이외의 방법에 의한 전면적 박탈·제한은 없다. ⑤ 권리능력은 양도되지 않는다. ⑥ 권리능력은 사망에 의하여 종료된다.³⁴⁾

자연사망 이외에 선고사망도 있다. 후자는 민사소송법(시행) 11장 제3절 및 민법통칙 23조 이하에 규정되어 있으며 자기의 주소지를 상당히 장기간 떨어져 있던 자로서 소식불통으로 사망의 증명이 되지 않는 자에 대해서 이해관계자의 신청에 따라 최후의 거주지를 관할하는 기층인민법원이 일련의 공고와 조사를 거쳐 판결에 의하여 이것을 선고한다. 선고의 철회도 재판에 의한다. 선고사망은 행방불명이 된 후 만4년이 경과한 경우, 또는 불의의 사고에 의하여 행방불명이 되어 事故發生日로부터 만2년이 경과한 경우 신청할 수 있다. 기간을 단기로

31) 民法通則에서 ‘공민’이라는 표현은 ‘자연인’을 지칭한다. 자연인을 공민이라고 표현하는 국가는 대부분 중국 등 사회주의국가들이며 극소수에 불과하다. 許光泰, 中國法制論, (臺北: 臺灣商務印書館, 1990), p.215.

32) 민법통칙 제9조.

33) 상속법, 제28조.

34) 민법통칙 제9조.

한 것은 중국의 戶口管理가 완비되어 있음을 보여주는 것이라고 한다. 그 밖에 민법통칙은 부재자재산관리제도를 규정하고 있는 바, 본인의 사망을 의제하는 것이 아니라 재산관리의 관계만을 관계자에 위임하는 효과를 갖는다.³⁵⁾

② 공민의 행위능력

자신의 행위에 의하여 민사법률관계는 발생·변경·소멸되며, 또한 자신의 위법행위에 대한 법률상의 책임을 부담할 능력을 행위능력이라고 한다. 민법통칙은 만18세의 공민은 완전한 행위능력이 인정된다.³⁶⁾ 다만 16세 이상 18세미만의 공민도 자기의 근로소득을 주요한 생활 기반으로 하고 있는 경우에는 완전한 행위능력자가 되며 이것은 16세이상의 공민은 人民公司社員이 되는 것이 허용되고 있다는 사실에서도 알 수 있다.

10세 이상 18세 미만의 미성년자에는 부분적 행위능력이 인정되며 이것을 제한민사행위능력자라고 한다. 그런데 그러한 자들은 연령에 상응하는 민사적 권리를 취득하고 의무를 부담 하지만 연령에 상응하지 아니하는 중대한 재산문제의 처리에는 법정대리인의 대리 또는 동의를 요한다. 10미만의 소년은 행위능력이 인정되지 않으며 그의 민사활동은 후견인이 대리한다. 이들 소년이 타인을 가해한 경우, 부모, 후견인이 책임을 진다. 성인의 정신병환자 및 중증의 정신착란자, 자기의 행위의 의의 및 효과를 이해할 수 없는 자도 행위능력을 갖지 못하며 이 경우에는 이해관계인의 신청에 의하여 병원, 의사 또는 기관, 단체에 의한 심신상실의 증명 및 인민법원에 의한 사실조사를 거쳐 법원이 행위무능력자임을 선고하여 후견인을 선임한다. 또한 자기의 행위를 완전히 식별할 수 없는 자는 제한민사행위능력자로서 취급된다.

미성년인 자에 대하여는 부모가 후견인이 된다.³⁷⁾ 부모가 후견인이 될 수 없는 경우에는 조부모, 외조부모, 형제 기타 근친자가 후견인이 된다. 정신병환자에 대하여도 배우자, 부모, 성년의 자녀, 기타의 근친이 후견인이 된다. 조부모, 외조부모 및 부모, 형제, 자녀 이외의 근친자, 親知가 후견인이 되는 경우에는 본인의 거주지의 주민위원회, 촌민위원회의 동의를 요하며 후견인의 선임에 대하여 다툼이 있는 경우에는 상기의 위원회가 지정한다. 다만, 소송이 제기된 경우에는 인민법원의 결정에 의한다.

35) 호구관리제도가 행하여지고 있는 중국에서는 호적소재지인 거주지를 주소지로 하여 공민의 정치·경제활동을 중심으로 하여 또는 소송관할범위가 정하여진다. 주소는 하나이며 주소변경은 호적등기변경에 의해 효과가 발생한다. 다만 민법통칙 제15조는 특별한 경우, 일상거주지를 주소로 간주할 수 있는 여지를 남기고 있다.

36) 민법통칙 제11조.

37) 민법통칙 제16조.

3) 法人의 設立과 權利·行爲能力

① 중국에서의 법인제도의 도입

중국에서는 대대적인 경제개혁과 더불어 활발한 입법작업, 특히 민사법과 경제법분야의 입법이 추진되면서 법인제도가 점차 확립되어 왔다. 예컨대, 1982년 1월 30일의 중외합작연안 석유자원탐사개발조례 제30조는 「중국해양석유총공사는 법인자격을 갖춘 국가기업이며 외국기업과 협력지역내에서 석유를 탐사·개발·생산·판매할 수 있는 배타적인 권리를 가진다」라고 규정하고 있다. 이 규정은 중국이 입법을 통하여 국영기업의 법적 지위와 책임을 국가 자신 또는 정부의 감독기관의 그것과 구별하기 시작하였음을 말해 주는 것이다. 그 후 1983년 4월 1일 공포된 국영공업기업잠정규정은 국영기업이 국가와 독립된 법인임을 명시적으로 규정한 점에서 중요한 의미를 가진다. 또한 1986년 4월 12일의 민법통칙 제36조는 “법인에 대하여 민사적인 권리능력과 행위능력을 가지고 법률에 따라 독립적으로 민사상의 권리를 행사하고 민사상의 책임을 질 수 있는 조직”이라고 정의하고 있고, 제41조에서 국영기업 등의 법적 지위와 책임을 보다 구체적으로 규정하고 있다. 중국의 대외경제교류가 대단히 활발하게 이루어짐에 따라 법인제도에 관한 중국의 인식변화는 필연적일 수 밖에 없었다.³⁸⁾

② 법인의 설립

법정절차에 따라 조직된 일정한 조직기구과 독립의 재산을 가진 자기의 명의로 민사법률관계에 참여하여 재산적 권리를 취득하고 의무를 부담하고 재판상의 당사자가 되는 사회주의조직은 중국의 법규정에 따라 법인이 된다. 여기에는 1) 국가의 예산으로 경비를 지출, 운영하는 국가기관 및 사업단위로 독립의 경비를 가지는 것, 2) 국가가 투자하여 경제계획제(독립채산제)를 하는 국영기업, 3) 노동자가 스스로 조직하여 독립계산을 행하는 집단경제조직, 4) 인민이 조직하고 비경제적 활동에 종사하는 사회단체 등이 있다. 또한 5) 법에 의하여 인가를 얻어 설립등기된 중외합작경영기업, 중외합작경영기업 및 전액외자기업도 법인이 된다.

이중에서 1) 은 법률 또는 행정명령에 의하여 설립되며, 등기를 요하는 경우, 등기에 의하여 법인격을 취득한다. 또한 2) 이하는 주관부문의 심사·승인을 얻어 설립등기를 함으로써 설립된다. 어떠한 법인도 조직과 활동내용은 국가의 인가를 얻은 정관, 조례에 의하여 정하여

38) 예컨대, Paterson, Zochonis (UK) Ltd. v. Compania United Arrow, SA 事件에서 美國의 뉴욕東部地區 邦地方裁判所(the US Federal District Court for the Southern District of New York)는 中國海洋運送 會社가 中國의 交通部 傘下에 있다하여 前者의 독립된 法人格을 인정하지 않았다. Huang Jin and Ma Jingsheng, “Immunities of States and Their Property: The Practice of the People’s Republic of China,” *Hague Yearbook of International Law*, Vol.1(1988), p.178.

진다. 활동범위의 변경, 조직의 합병·분리는 각각의 설립의 절차와 동일한 절차를 거치지 않으면 허가되지 아니하며, 그러한 사실을 공고할 필요가 있다. 민법통칙은 이중에서 2) 내지 3) 및 5)까지의 법인을 기업법인으로 하여 제41조 이하에서 상세히 규정하고 있다.

법인은 목적달성, 사원 및 회원총회의 결의, 위법한 활동, 경영파산 등의 원인으로 소멸된다. 이 경우, 법률 및 행정명령에 의한 설립의 취소, 위법활동에 의한 등기말소처분, 파산 등의 강제절차에 의한 경우와 결의에 의한 해산 등 임의절차에 의한 경우가 있지만 어느 경우에도 공고를 요하며 법령, 정관에 따라 청산을 행하며 해산등기를 하여야 한다.

③ 권리능력과 행위능력

법인의 권리능력은 법인의 성립에 의하여 발생하며 해산에 의하여 소멸한다. 공민의 권리능력은 보통·평등·동일성이라는 특질을 가지는 반면에, 법인의 경우는 각각의 업무의 범위에 따라 법인마다 권리능력의 내용이 다르다. 또한 법인은 공민에 의하여 인정된 권리능력의 일부(예컨대, 부양을 받을 권리능력 등)를 갖지 않는다. 반면에 공민도 법인에게 인정되는 권리능력의 일부(예컨대, 국영기업이 국가소유재산을 관리하는 권리능력 등)를 갖지 않는다. 법인은 인신성질적(인격적) 권리를 가질 자격을 갖는다. 예컨대, 자기의 명칭, 상품명, 상표 등을 사용하는 권리능력을 갖는다.

법인의 명칭사용의 권리는 법적으로 보호되며, 타인이 무단으로 사용하는 것은 위법이다. 또한 법인은 상품명을 사용할 권리를 가지며 그와 동시에 사용의 의무를 진다. 이것은 상품의 출처와 품질을 명확하게 하기 위한 것이며 기업명, 소재지, 상품의 등급, 규격번호를 기입하여야 한다. 다만, 상표는 등록되어야 하며, 도안, 명칭 등으로 이루어지는 상표를 사용하기 위하여는 중화인민공화국공상행정관리총국에 등록된 사용증서를 발급받아야 한다. 상표는 양도될 수 있으며 양도의 경우에도 등록을 요한다.

법인의 행위능력의 발생·소멸은 권리능력의 그것과 마찬가지로이다. 그 범위도 권리능력과 마찬가지로 법인 내부의 책임기관이 행사하되, 달리 대리행사될 수도 있다. 책임기관이란 법률, 정관, 조례에 정한 바에 따라 법인의 명의로 대외적 민사활동을 수행하는 자를 말한다. 예컨대, 국가기관 및 사업단위의 경우에는 학원(대학)의 원장, 공장장, 공사의 사장 등이며 집체경제조직도 사회단체의 경우는 관리위원회, 이사회 등이다. 기업법인은 법정대표자 및 사원의 경영활동에 대하여 민사책임을 진다.

이러한 법인이 대외적으로 부담하여야 할 민사책임은 집체기업, 중의합자기업, 중의합작경영기업, 외자기업의 경우에는 각각 소유하는 재산이 그러한 책임에 대한 담보가 되는 것은 당연하다. 그러나 국영기업의 경우는, 그 재산은 모두 국가소유재산이며 그 취급에 대하여는 불

명확한 점이 있다. 민법통칙은 이와 관련하여 국영기업법인은 국가가 당해 기업에 경영관리를 위탁한 범위의 재산에 의하여 민사책임을 지도록 하고,³⁹⁾ 국영기업이 국가로부터 경영관리를 위탁받은 재산에 대한 경영권은 법적으로 보호된다는 점을 명문화하였다.⁴⁰⁾

이것은 종래부터 국영공업기업잠정조례 제6조 내지 제8조의 규정에 의하여 처리되었던 관행에 법적 근거를 부여한 것이며, 기업법인에 관리가 위탁된 재산에 대하여는 國庫와 분리되어 당해 법인의 채무에 대하여 국고는 책임을 지지 아니한다. 그러므로 국가는 그러한 재산에 대하여 기업의 통폐합·전업 등에 관한 최종적인 처분권을 보유하지만 통상적으로는 조세의 형식을 통하여 수익의 권리를 행사할 뿐이고, 기업법인의 운영에는 개입하지 아니한다.

그러한 기업경영권에 대하여는 국가의 재산을 국가의 대리인으로서 관리하는 권리로 보는 견해 중에는 이것을 물권으로 파악하는 자도 있으며, 기업법인에는 일정한 재산의 관리가 위탁되어 그 재산의 사용·수익권 및 점유를 수반하는 것이므로 이것을 상대적 소유권이라고 부르는 견해도 있다. 또한 국가와 기업이 재산을 분유하는 것으로 보는 견해, 국가의 소유권에 입각한 기업의 독점권으로 보는 견해 등 각양각색이다.⁴¹⁾ 한걸음 더 나아가 기업이 국가의 투자분을 국가에 상환한 후의 기업재산은 기업노동자의 집단소유가 된다고 파악하는 자도 있다.⁴²⁾ 어찌되었든 기업경영권이 직접 국가의 지배로부터 독립된 권한이라는 것을 부인하지는 않으며, 따라서 중국에서 적어도 이론상으로는 기업경영권은 소유권과 관련한 독립된 재산권으로 인정되고 있다고 할 수 있다.

이와 같은 기업의 경영관리권에 대한 관념은 소유와 경영의 분리를 도모하고자 하는 사고방식이라고 할 수 있다. 특히 기업의 경영자주권은 시장경제의 발전에 수반하지 아니하는 한, 완전하게 발휘될 수 없다라는 지적이 그러한 사실을 잘 말해주고 있다. 노동력 및 에너지의 공급에 대하여 시장메커니즘이 작용하지 아니하는 현상에서는 실질적인 의미에서의 경영자주권의 범위는 그다지 광범한 것은 아니라는 지적도 있다.

39) 민법통칙 제48조.

40) 민법통칙 제82조.; 王家福은 “전인민소유제기업재산경영권을 설정한 것은 중국경제체제개혁의 중요한 성과를 법률에서 인정한 것이며 사회주의민사입법의 중대한 구조변화이며 사회주의국가의 소유권이론 및 실천에 대한 거래한 발전이다. 다시 말해서 사회주의국가에서 소유권의 내부구조 및 행사방법의 중대한 개혁이다”라고 지적하고 있다. 王家福 外 現代中國涉外取引論, (京都: 法律出版社, 1990), p.41.

41) 전인민소유제기업의 재산경영권이 物權이라는 점은 民法通則이 명문으로 인정하고 있지만, 어떠한 物權인가에 대하여는 중국내에서도 견해가 일치되어 있지 않다. 論者에 따라 점유권, 경영관리권, 상품소유권, 용익권리이라고 주장하고 있다. 특히 王家福은 이러한 전인민소유제기업재산경영권을 기업법인소유권이라고 인정하는 것이 보다 타당하다고 주장한다. *ibid.* p.41.

42) 野村好弘, 淺野直人, *op.cit.*, p.27. 參照.

4) 個人商工業者(個人工商戶)와 農村請負業者(農村請負經營戶)

민법통칙 제4절 26조 내지 29조까지의 4개조는 개인상공업자와 농촌청부업자에 관한 규정을 두고 있다.

① 개인공상호

개인공상호라 함은 개인경영자를 지칭하며 그들이 종사하는 업종은 床屋, 바나나판매, 식당경영, 운송, 수리업 등 다양각색이다. 최근에는 육호를 사용할 수 있게 되었다. 개인공상호의 합법적인 권익은 법률상의 보호를 받으며 그 대외적 채무는 개인재산에 의하여 부담하게 된다.

② 농촌청부경영호

농촌의 집단경제조직의 구성원은 법률에 의하여 허용되는 범위에서 청부계약으로 청부받은 생산량을 초과하는 생산물에 대하여 자유롭게 상품경영을 행할 수 있다. 이것을 농촌청부경영호라고 한다. 청부계약은 집체소유의 주체(인민공사 해체 후의 오늘날에는 鄉의 사무소)간에 행하여진다. 농민의 청부권은 재산소유권과 관련된 재산권이므로 일종의 물권으로 파악된다. 중국의 학자들은 청부경영권을 하나의 새로운 물권으로 정립하는 것은 중국의 농촌경제개혁의 중요한 성과를 법률로 인정한 것이며, 사회주의민사입법상의 중요한 구조변화라고 지적하고 있다. 이것은 공유제와 생산책임제를 결합시키고 집단소유권과 청부경영권을 결합시킴으로써, 사회주의집단소유제의 우월성을 과시하여 8억 농민의 자주권을 보장하고 농촌의 진흥에 획기적인 의의를 갖는 것이라고 한다.⁴³⁾

농촌청부경영호는 1985년말 기준으로 2000만호에 달하였다고 한다. 상품경영의 내역은 각양각색이며 상품·식료·경작 외에 과수원, 양어장도 있다. 국가와의 청부계약에 의하여 생산량을 초과하는 부분을 자유롭게 매각하는 경우, 그것에 의한 이익은 농가의 것이 된다. 이른바, 萬元戶가 각지에서 생겨나고 있지만, 그것을 억제하거나 무거운 소득세를 부과하는 것은 오늘날에는 행하여지고 있지 않다. 개개의 농가의 생산의욕을 높이는 것은 국가전체의 경제력을 고양하는데 불가피하다고 생각되었기 때문이다.

농촌청부경영호는 중국농업은행의 말단조직인 農村信用社에 구좌를 개설하고 대부를 얻을 수 있게 되었다. 신용사는 개개의 농가의 경제상황을 잘 파악하고 있으므로 변제가능한 범위 내에서 대출하게 된다. 1983년 이후에는 중국인민보험공사의 농촌보험이 급속하게 보급되었다. 양계보험, 돼지사육보험, 西瓜보험, 牛乳보험 등 100종류를 상회하는 다양한 보험상품이

43) 王家福, *op.cit.*, p.43.

개발되어 농가의 경영안정에 이바지하고 있다.

(4) 민사법률관계의 객체

1) 권리·의무의 대상으로서의 객체

민사법률관계의 내용인 권리 의무의 대상이 객체이다. 구체적으로는 物件·행위·知的 財産 등이 그것이다. 물건이라 함은 현실적으로 존재하는 물체(천연으로 존재하는 것은 물론이고 인공적으로 제조된 것도 포함)이며, 특히 기본적인 객체이다. 소유권관계의 객체는 物이며, 또한 많은 채권관계의 객체도 物이다. 법적 의미에서의 物件이라 함은 일정한 경제적 가치가 있고 생산 및 생활의 필요를 충족시키는데 사용가능한 것을 말하며 물리학적 의미에서의 物과는 다르다.

債權關係의 일부는 인의 활동 즉, 행위를 객체로 한다. 여객운송, 극단출연, 봉제계약 등에 입각한 의복의 봉제 등이 그 예이다. 이러한 경우, 여객, 극단은 인간의 두뇌활동의 성과인 저작 발명 등의 비물질적 재화이다.

2) 物件의 분류

중국의 민법에서는 물건을 다음과 같이 분류하고 있다.

① 생산자료(생산수단)과 생활자료(생활수단)

토지·삼림·광물자원·원자재·건축공구 등 생산에 필요한 수단이 생산자료이다. 이것들은 중국에서는 원칙적으로 국가와 노동대중집체만이 소유자가 되며, 공민개인은 소유자가 될 자격이 없다. 다만, 전술한 개인공상호 등이 법률의 허용된 범위내에서 생산의 용도에 사용하는 경우에는 소유가 인정된다.

② 고정자산과 유동자산

생산자료에 대하여 세부적으로 분류한다. 공장건설 및 기계설비 등 사용기간이 비교적 장기고 생산의 과정에서 일회 사용등으로 모두 소모되지 아니하는 물건을 고정자산이라고 한다. 국영기업의 고정자산은 당해 기업에 경영관리권이 부여되어 있을 뿐이며, 기업은 그것들을 사용·수익할 수는 있지만 최종적으로 처분하는 것을 자유롭게 할 수 있는 것은 아니다.

이것에 대하여 원자재, 연료, 동력 등과 같이 일회에 사용되어 소모되고 그 가치가 생산품중에 이전되는 자산을 유동자산이라고 한다. 그 중에서 노동자의 임금용기금을 제외하고 담보에 공하여지며 강제집행의 대상이 된다.

③ 유통제한물과 유통비제한물

법률의 규정에 입각하여 민사상의 유통에 제한을 받는 物件과 그러하지 아니하는 物件을 말한다. 이 구분은 어떠한 物件에 대하여 어떠한 주체가 그것을 민사법률관계의 객체로 하는가 또한 제한에 반한 위법행위로서 법의 제재를 받게 되는가를 결정하는데 중요한 의의를 갖는다.

유통비제한물은 국가조직, 집체경제조직, 공민, 개인 상호간에 유통된다. 그러나 공공의 이익 및 공민 개인의 이익을 도모하기 위하여 고정자산중에서 國家專有財産 및 위험물 등은 유통제한물이 된다. 이 중에서 國家專有財産이라 함은 憲法에 규정된 바와 같이 광물자원, 국유 산림, 황무지 기타의 천연자원, 군사장비, 무기 등은 국가만이 소유하며 집단경제조직 및 공민 개인은 이것을 소유할 수 없고 또한 권리 이전의 객체가 되지 아니한다. 또한 비군사용 화약과 독극물 및 관리를 요하는 無線電器材 등은 공공의 안전과 치안의 유지를 위하여 공민간에는 유통될 수 없다. 또한 국가금융질서의 안전에 관련된 물품인 금, 백금, 외화는 공민간에 취급될 수 없다. 그 밖에도 1960년의 국무원의 규정에 의하여 문화재(역사문화물)의 민간거래는 금지된다.

④ 기타

동산과 부동산, 種類物과 특정물, 불가분물과 가분물, 주물과 종물 등의 구별은 우리나라와 마찬가지로이다. 또한 부동산에 대하여는 소유권이전등기를 요하며, 그것은 효력발생요건이 된다.

4. 법률행위

(1) 법률행위의 개념

법률행위는 공민, 법인이 민사법률관계를 발생 변경 소멸시키는 적법행위이다.⁴⁴⁾ 각종의 계약 및 유언, 위탁, 상속포기는 법률행위이다. 중국에서는 법률행위의 의의를 다음과 같이 설명하고 있으며, 文言 자체로는 자본주의국가에서의 법률행위와 큰 차이는 없다.

① 법률행위를 행하는 자는 자유의지에 의하여 일정한 민사상의 효과를 획득하고자 하는 목적을 가진다. 그 특징은 법률행위와 기타의 행위를 구분하게 할 뿐만 아니라 기타의 법률사실과도 구별하도록 한다. 사건은 의지에 의함이 없이 법률관계에 변화를 야기하는 법률사실이 된다. 위법행위 및 법률행위 이외의 합법행위는 민사상의 효과를 갖지만, 행위자가 사전에 의

44) 민법통칙 제54조.

도한 것은 아니다. 어떠한 종류의 행정명령은 민사상의 효과를 발생시키는 것을 목적으로 하며, 당사자의 의지가 아니라 행정기관의 의지표현이다.

② 당사자의 의사표시가 법률행위의 기본적 요소이다.

법률행위를 발생시키고자 하는 당사자의 의지는 적당한 방식에 의하여 표시되어야 비로소 의미를 갖는다. 민사상의 효과를 얻기 위하여는 법률의 규정에 비추어서 내심의 의지를 표시하고 객관적으로 표현되지 않으면 안된다. 이와 같이 표현된 것이 의사표시이다.

심리과정 가운데 머무른 내심의 의지에는 민사상의 효과를 부여하지 아니하며 의사표시는 내심의 의지와 합치되지 아니하면 안된다. 합치되지 아니하는 경우에는 주관적 요인에 의한 것인가 객관적 요인에 의한 것인가에 불구하고 허위의 의사표시가 된다.

일방 의사표시만으로 또는 쌍방의 합치된 의사표시에 의하여 민사상의 효과가 발생한다. 그러나 어떠한 법률행위는 의사표시 이외에 현물이 교부되지 않으면 안된다. 예컨대, 차용계약은 쌍방의 의사표시 중에 대주가 物을 차주에 교부함으로써 비로소 계약이 이행된다. 그러므로 의사표시는 모든 법률행위의 유일한 구성요소는 아니며, 의사표시와 법률행위가 같은 것이라고 할 수 없다.

③ 당사자의 의사표시는 반드시 법률의 규정에 부합되는 것이어야 한다.

의사표시가 존재하지 아니하는 경우, 법률행위도 성립되지 않지만 당사자의 의지가 모든 것을 결정하는 것은 아니다. 결정적인 역할을 부과하는 것은 국가의지이며, 따라서 법률상의 의미를 갖는 모든 행위와 마찬가지로 법률행위가 갖는 법률상의 의미도 국가의지에 의하여 결정되는 것이다. 어떠한 민사주체가 어떠한 법률행위를 행할 수 있는가, 각종의 법률행위는 어떠한 하야야 하는가, 이에 따라 어떠한 민사상의 효과가 발생하는 것인가에 대하여는 국가가 제정한 민법규범이 구체적으로 규정한다.

법률행위에 의하여 예기된 민사상의 효과를 얻을 수 있으려면 개인이 자유로운 의사에 따라 그러한 의지를 갖는 중에 법률이 사전에 그러한 효과를 규정하고 있다. 그러므로 법률행위의 유효성은 행위자의 의지가 민법규범에 부합될 것을 전제로 한다. 그러하지 아니한 경우, 법률행위는 무효이며 그 일탈이 현저한 때에는 법률상의 제재를 받게 된다.

(2) 법률행위의 형식

의사표시는 일정한 방식에 의하여 행하여져야 한다. 이러한 의사표시의 방식이 법률행위의 형식이 된다. 법률행위는 모두 일정한 형식을 가지며 법률행위가 유효하기 위하여는 법률이 요구하는 형식을 가져야 한다.

구두에 의하여 의사표시를 한 경우, 구두의 법률행위라고 부르며(구두형식), 서면을 사용한 의사표시는 서면의 법률행위라고 부른다(서면형식). 법률에 특별한 규정을 두고 있는 경우에는 당사자 쌍방의 서명 뿐만 아니라 공증 또는 주권기관의 승인 및 그 등기가 필요하며, 이것들이 없는 경우, 효력은 발생하지 않는다. 또한 추정형식이라 함은 음성 문자를 사용하지 아니하고 목적에 따른 의미있는 실제의 행동에 의하여 타자가 당사자의 진정한 의사를 추정하는 것이다. 이 실제의 행동은 추정행위라고 한다. 예컨대, 가옥의 임대차의 기간만료 후, 당사자가 家賃을 접수하는 행위로부터 임대차관계 계속의 의사표시가 추정된다. 또한 법률의 특별규정에 의하여 부작위, 이른바 침묵에 의하여 행하여진 의사표시도 있다(묵시형식). 묵시가 일종의 의사표시가 되기 위하여는 법률의 특별한 규정이 필요하다. 예컨대, 공급계약의 법률규정에서 수급측이 제품을 수납한 후, 일정기간 내에 이의를 제기하지 아니하면, 그 침묵은 품질에 이의가 없다는 의사표시로 간주된다.

법률행위의 형식은 일반적으로 당사자의 자유로운 선택에 따르며, 경제계약법 18조 등에 의하여 법률이 특별한 규정을 두고 있는 경우에는 이에 따르지 아니하면 법률행위는 성립되지 않는다.

(3) 법률행위의 종류

법률행위의 종류는 중국에서 다음과 같이 분류되며 일부를 제외하고는 자본주의국가에서의 그것과 큰 차이는 없다.

1) 일방적 법률행위(단독행위)와 쌍방적 법률행위

일방적 법률행위는 단독의 의사표시만으로 민법상의 효과를 발생시키는 법률행위이다. 유언, 상속포기, 채권의 포기 및 기한을 정하지 아니한 임대차계약에서 임대인 또는 임차인이 계약의 종료를 표명하는 경우 등이 일방적 법률행위이다. 쌍방적 법률행위는 쌍방의 합치된 의사표시에 의하여 비로소 효과가 발생하는 법률행위이다.

각종 계약은 쌍방법률행위이며 이러한 행위의 대부분은 당사자의 의사가 상호간에 대응한다. 예컨대, 매매계약에서는 賣主의 물을 매각하여 금전을 획득하고자 하는 의사와 買主의 금전에 의하여 물을 획득하려는 의지의 정반대의 의사의 결합이다. 일부의 상호법률행위는 당사자의 의지와 평행하고 있다. 예컨대, 농촌집단경제조직간에 체결되는 수력발전소의 공동투자 와 운영에 관한 계약이 그것이다.

2) 유상법률행위와 무상법률행위

유상법률행위는 등가유상의 원칙에 따라 당사자 쌍방이 상대방의 이익을 위하여 의무를 부담하여 급부 또는 행위를 하는 법률행위이다. 급부라 함은 物·화폐를 상대방에게 점유 또는 사용되도록 하는 것이며 임대차계약에서는 쌍방이 급부의 의무를 부담한다. 행위를 하는 것은 상대방의 이익을 위한 봉사를 완성시키는 것을 말한다. 건설청부계약에서는 청부인은 행위를 할 의무를, 채권자는 보수를 급부할 의무를 진다.

무상법률행위는 일방이 일정한 급부 또는 노무를 획득할 뿐이고 상대방에 대하여는 어떠한 형식으로도 등가의 급부를 받지 않으며, 약정행위를 하는 의무를 지지 않는 법률행위이다. 증여계약이 전형적인 것이다.

쌍무계약, 즉 당사자 각자가 권리를 향유하고 상응하는 의무를 부담하는 계약은 모두 유상 법률행위이다. 편무계약은 일방이 권리를 향유할 뿐이고, 상대방은 의무를 이행할 뿐인 계약이며 이것은 무상의 경우(無利息의 消費貸借)도 있고 유상인 경우(利息付消費貸借)도 있다. 그러므로 유상법률행위·무상법률행위와 쌍무계약·편무계약을 동일시할 수 없다. 법률행위중에는 유상으로 행하여지는 것도 있고 무상으로 행하여지는 것도 있으며 다른 종류의 법률행위는 당사자의 의사표시에 의하여 유상도 되고 무상도 된다.

3) 諾成法律行爲와 實踐法律行爲

쌍방법률행위중 당사자의 의사표시만으로 성립되는 것을 諾成法律行爲라고 한다. 의사표시의 합치 이외에 실물을 교부하지 않으면 성립되지 않는 것을 實踐法律行爲(要物行爲)라고 하며, 借貸契約, 보관계약, 운수계약이 그것이다. 이외에 주된 법률행위와 종된 법률행위, 단독 행위와 보조행위 등의 구분이 있다.

(4) 무효인 법률행위

법률행위가 효과를 발생하기 위하여는 다음과 같은 요건을 구비하여야 한다.⁴⁵⁾ ① 행위자가 행위능력을 가질 것, ② 행위자가 행한 의사표시가 진실의 의지와 합치할 것, ③ 행위의 내용이 법률에 위반되어 공공의 이익 또는 사회도덕에 손해를 미치지 않을 것, ④ 법률이 요구하는 경우에는 행위자의 의사표시가 법정의 형식을 구비할 것 등이다. 이러한 4가지 조건은 법률행위의 유효요건이며 이러한 요건을 구비하지 아니한 경우 무효의 법률행위로서 다음과 같

45) 민법통칙 제55조, 제56조.

이 분류되고 있다.

1) 법률규범에 위반하여 명백히 공공의 이익·사회도덕에 해를 미치는 법률행위

법률규범에 위반하는 법률행위에는 정관위반, 상업신용대출을 금지한 법령의 위반, 시장관리조례위반의 법률행위, 법정수단에 의하지 아니한 유통제한물의 이전, 은행화폐감독의 회피, 또는 국가의 경제질서를 파괴하는 법률행위, 기타 모든 내용·형식·목적 등에서 관계법률을 위반한 법률행위를 포함한다. 법률규범에 위반하는 법률행위 및 통모하여 악의로 어떠한 국가 이익·집단이익·개인이익을 포함하는 공공의 이익 또는 사회의 도덕을 해하는 행위는 무효인 법률행위이다. 또한 국가의 지령에 의한 경제계획에 반하는 경제계약이 무효라는 것도 특별히 명시되어 있다.

법률행위는 대단히 다양하며, 법률이 명시적으로 규정을 두고 있지 아니한 법률행위는 공공의 이익 및 사회도덕을 해하는 것인지의 여부에 의하여 그 효력을 확정하게 된다. 무효인지의 여부는 행위자의 주관적 동기의 여하뿐만 아니라 객관적인 상황을 고려하여 판단하게 된다.

2) 탈법적 법률행위

위법한 목적을 달성하기 위하여 합법적 형식을 갖는 행위이다. 형식상으로는 법률위반이 아니지만 법률에 위반하는 결과를 발생시킨다. 예컨대, 강제집행을 받게 될 재산을 매각, 증여 등에 의하여 분산하는 행위이다.

3) 행위무능력자가 행한 법률행위

행위무능력자가 행한 법률행위 및 제한행위능력이 독립적으로 행한 법률행위는 무효인 법률행위이다. 이는 행위무능력자를 보호하기 위한 제도이며, 이러한 행위도 사후에 부모, 기타의 법정대리인의 추인이 있으면 유효하게 된다. 법인의 법률행위는 정관에 의하여 제한을 받으며 이것을 일탈한 법률행위는 무효이다. 이것은 국가의 정상적인 경제질서를 유지하기 위한 것이라고 지적되고 있다.

4) 의사표시가 법정의 형식에 적합하지 아니한 법률행위

법률의 규정에 의하여 일정한 형식을 구비하도록 요구되고 있는 경우, 이것에 위반되면 무효이다. 예컨대, 서면으로 체결하는 계약에서 공증·등기를 요구하고 있는 경우이다.

5) 의사표시가 진실한 의지와 합치되지 아니하는 법률행위

① 사기, 위협, 강박에 의하여 진실을 은폐함으로써 상대방에게 착오를 발생케하여 자신의 법률행위에 동의케 하는 것이다. 위협은 장래의 실현가능한 상대방의 재산, 인신(육체와 정신을 포함)에 손해를 줄 것이라고 협박하여 상대방에 법률행위를 하도록 하는 것이다.

② 강제명령에 의하여 행하여진 법률행위도 중국의 민법교과서에 의하면 무효이다. 강제명령이라 함은 국가기관, 사업단위 및 그 직원이 국가임무의 수행을 위하여 민사활동을 행하는 경우, 민사상의 유통에 있어서 「의사의 자유의 원칙」에 위반하여 상대방에 수용할 것을 강제하는 수단을 사용하는 것을 말한다. 예컨대, 강제적으로 어떠한 상품을 판매하는 것 및 어떠한 물품의 강제적인 매각은 강제명령이다. 상대방이 강제명령에 의하여 법률행위를 행하는 것에 동의하는 것은 강제명령에 의하여 행한 법률행위이다.

강제명령은 대부분 농산물의 매입시에 행하여진다. 예컨대, 생산대(인민공사해체 후에는 개개의 농가)가 식량을 강제매입할 임무를 수행한 후에는 강제매입은 강제명령이다. 이러한 사태가 발생하는 원인에 대하여는 국가기관, 사업단위의 책임자 및 공무원이 당의 정책을 정확히 이해하지 못하여 농업집단 경제조직의 집단소유권 및 농민의 가정부업의 농산물의 개인소유권을 존중하지 아니하였기 때문이라고 지적되고 있다. 다만, 강제명령과 농산물매입정책의 정확한 집행의 구별을 명확히 구분하지 않으면 안된다.

6) 假裝의 法律行爲와 虛僞의 法律行爲

假裝의 법률행위란 함은 어떠한 법률관계의 형식을 구비하고 있지만, 실제에는 그 법률관계를 발생시키지 아니하는 법률행위이다. 虛僞의 법률행위는 본래의 법률행위를 은폐하기 위하여 별도의 법률행위를 행하는 것이다. 양자간에 다른 점은 허위의 법률행위에는 그것이 은폐되고 있는 본래의 법률행위가 존재하고 있다는 점이다. 양자 모두 의사표시와 진실의 의지가 분리되어 있으며, 이것은 행위자가 의도한 것이며 많은 경우, 탈법행위를 위한 것이다. 처리에 있어서는 허위의 법률행위는 그 자체가 무효가 되는 경우와 본래의 법률행위 자체가 유효조건을 구비한 경우를 구별하여 대응하게 된다.

(5) 취소되는 법률행위

1) 착오에 의하여 행하여진 법률행위

착오라 함은 법률행위의 성질, 당사자, 목적에 대한 이해가 결여되어 부정확하다는 것이다.

착오와 사기는 당사자 일방 오해가 어떠한 인식에 의하여 이끌어진 점에서 동일하며, 착오는 자신의 주관으로부터 발생한 것인데 반하여 사기는 상대방의 惡意있는 행위로부터 발생한다는 점에서 차이가 있다. 심리에서는 사기와 착오를 명확히 구별하여 중대한 착오와 통상의 착오를 명확히 구별하게 된다. 사기는 악의있는 행위이므로 법률행위를 무효화하는 이유가 되며 착오는 자신의 주관적 과실에 비롯된 것이므로 중대한 착오가 있는 경우에만 변경, 취소의 청구원인이 된다.

2) 공정성이 명확히 결여된 법률행위

공정성이 명확히 결여된 법률행위는 변경 취소의 청구원인이 된다. 이것은 당사자의 일방이 경제상의 궁박한 필요로부터 자신에게 중대한 불이익이 되는 조건으로 행하여 명확히 공정성이 결여된 법률행위이다. 그 특징은 ① 일방에 대단히 불리하며 ② 그러한 자의 진실의 의지로 행하는 것은 아니며 ③ 그러한 불이익은 법률상 허용되지 아니한다는 것이다. 이상의 3가지 측면에서 자유로운 의지에 의한 불공평한 조건을 맺은 법률행위와는 구별된다.

(6) 무효인 법률행위의 처리

법률행위는 그것이 구비하여야 할 효력요건에 비추어 절대무효의 법률행위와 취소되는 법률행위로 구별된다. 절대무효의 법률행위는 당사자가 법원에서 다툴 필요도 없이 무효가 되는 법률행위이다. 내용이 위법이거나 또는 탈법적 법률행위, 명확히 공공의 이익과 사회도덕에 손해를 미치는 법률행위, 행위무능력자가 행한 법률행위, 가장의 법률행위, 허위의 법률행위 및 법정의 형식에 위반하는 법률행위는 모두 절대적 법률행위이다.

취소되는 법률행위는 당사자의 일방의 청구에 의하여 소가 제기되어 법원이 무효로 판결한 법률행위이며, 전술한 착오에 의한 법률행위 및 불공평한 법률행위가 그것이다. 이러한 종류의 법률행위는 당사자가 그러한 행위의 유효성에 이의를 제기하지 않는 한, 효력이 발생하지만, 효력은 상대적으로 불안정하다. 또한 전부에 대하여 또는 일부에 대하여만 취소할 수 있다.

무효인 법률행위는 또한 이행되지 아니 한 경우, 이것을 행할 필요가 없고 일부 또는 전부가 이행된 경우에는 이것에 의하여 발생한 효과에 대하여 처리하여야 한다. 이것은 불법한 당사자에 경제적 제재를 가하고 합법적인 당사자의 정당한 권익을 보호하고, 민사유통에 미친 악영향을 제거하며 대중이 법제를 준수하도록 교육하는 것을 목적으로 한다.

중국에서 무효인 법률행위의 처리의 방법은 다음과 같다.

(원물의 반환) 무과실의 피해자(예컨대, 사기, 협박, 위협, 강제명령을 받은 자)와 선의의

有過失者(착오한 양당사자) 및 행위무능력자와 그 상대방은 상대방에 대하여 교부한 재물의 반환을 청구할 수 있다.

그 밖에도 교과서에 의하면 다음과 같은 처리에 대하여 규정하고 있다.

(국고에의 몰수) : 악의를 가진 행위자, 예컨대, 사기, 위협, 협박을 행한자, 대리인과 악의를 가지고 내통한 자, 궁박에 편승하여 상대방을 명확히 불리한 지위에서 내용이 위법인 법률행위를 행한 자에 대하여는 상대방에 교부한 재물을 국고에 몰수하지 않으면 안된다. 만약 문제의 재물들이 국가기관, 사업단위 각각에게 속하는 경우에는 상호간에 반환되어야 한다. 다만, 그 재물을 계속하여 보관할 필요가 있는 경우에는 별도의 배분을 한다. 이상의 행위를 행한 책임자 또는 대리인에 대하여는 행정처분 또는 형사처분이 내려진다.

(손해의 배상) : 과실있는 당사자 일방은 과실로 인한 상대방의 실제손실을 배상하여야 한다.

(강제매각) : 국가의 가격정책, 통일적 매매 판매정책에 위반한 법률행위 및 기타 유사한 법률행위에서 그 정황이 가벼운 것에 대하여는 국가의 공정가격에 의하여 강제매각된다. 중한 것에 대하여는 저가격으로 매각하는 경제적 제제가 가해진다. 법인이 업무외로 취득한 몰자도 강제매각된다.

(7) 조건부 법률행위

민사법률행위에 조건을 붙일 수 있다. 조건부법률행위는 조건에 합치되어야만 효력이 발생한다.⁴⁶⁾

5. 대리와 대리권의 행사

(1) 대리의 의의

중국의 민법통칙은 대리라 함은 대리인이 대리권을 가지고 피대리인(본인)의 명의로 피대리인에 대하여 직접 권리의무를 발생시키는 법률행위 및 기타의 법적 의미 있는 행위를 행하는 것이라고 정의함으로써,⁴⁷⁾ 자본주의국가에서의 그것과 정의상의 차이는 없음을 보여주고 있다. 또한 중국의 사회생활에 따라 대리제도는 불가결의 민사법률제도이며 공민 및 법인이 민사적 유통관계에 참가하는데 중요한 보조수단이라고 지적되고 있다.

다시 말해서, 법률행위 및 기타의 법적 의미있는 행위는 통상 본인이 스스로 행하지만 그것을 대리인(제3자)에 행하게 하여 피대리인(본인)과 상대방과의 간에 권리의무관계를 설정하

46) 민법통칙 제62조.

47) 민법통칙 제63조 이하.

는 것을 대리라고 한다. 대리에는 다음과 같은 특징이 있다. ① 피대리인이 대리인을 통하여 민사상의 권리의무를 실현하는 것을 목적으로 한다. 민사상의 법률효과를 발생시키지 않는 것은 형식이 유사할지라도 대리라고 부르지 않는다. ② 대리인이 행한 의사표시는 대리인 자신의 의지에 입각한 것이며 피대리인의 의지를 표현한 것은 아니다. 그러므로 대리인은 「행위능력」을 가진 자여야 한다. ③ 대리활동으로부터 발생한 권리의무는 피대리인에게 발생한다. 대리인의 과실 및 착오에 의하여 불리한 효과가 발생한다 할지라도 피대리인은 그것이 자신에 미치는 것을 거부할 수 없다. 또한 대리인이 행한 법률행위가 무효인 경우, 피대리인은 그것을 법원에서 주장하는 권리를 갖는다.

(2) 대리의 적용범위

1) 대리가 허용되는 경우

대리는 개개인의 사회생활의 실제적 필요로부터 발생하므로 그 적용범위는 대단히 넓다. 법률행위에서도 대리가 인정된다. 예컨대, 매매, 임대차, 채무의 이행, 상속의 승인 등은 대리인을 통하여 행할 수 있다. 민사사건의 당사자는 대리인을 통하여 소송에 참가할 수 있다. 당사자가 미성년이거나 정신질환자 또는 생리적으로 결함이 있는 자이기 때문에 스스로 소송을 행하지 못하는 경우에는 그러한 자의 법정대리인이 대신하여 소송을 행한다.

법정대리인이 없는 경우 및 법정대리인이 있지만 스스로 대리권을 행사할 수 없는 경우에는 인민법원이 대리인을 지정할 수 있다. 재정·행정적 의무의 이행에 관한 행위, 예컨대 가옥소유권의 등기, 선박의 등기, 법인의 등기, 상표등록, 납세 등도 대리인을 통하여 행할 수 있다.

2) 대리가 허용되지 않는 경우

법적 의미가 있는 모든 행위가 모두가 대리인을 통하여 행하여질 수 있는 것은 아니다. 중국에서는 다음과 같은 경우에는 대리가 인정되지 않는다. 신분상의 행위, 예컨대, 유언, 혼인 등기 등은 타인이 대신하여 행할 수 없다. 이혼사건에서 대리인을 출정시키는 것은 가능하지만, 당사자도 출정하여야 한다. 특별한 사정이 있어 출정할 수 없는 경우에는, 법원에 대하여 이혼할 의사의 유무를 서면으로 제출하고 대리인을 통하여 그러한 의지를 표시하는 것은 허용된다.

인신성질의 채무, 예컨대 회화의 제작 및 연예공연 등의 계약은 채무자 자신이 이행하여야 한다.

(3) 代理權의 發生

代理關係에 있어서 代理權은 중요한 요소이며, 이것은 어떠한 자가 타인(본인)의 대리인이 되므로 그 자의 명의로 법률행위 및 기타의 법적 의미를 갖는 행위를 행할 권리를 가진다. 중국민법이론도 어떠한 자에게 대리권이 있다는 자체가 일종의 민사법률관계이며 따라서 그 발생도 필히 일정한 법률사실에 입각한 것임을 지적하고 있다. 그러므로 대리권을 발생시키는 법률사실은 당사자의 위탁, 법률의 직접적인 규정, 일정한 기관의 지정의 3가지이다. 이와 같이 대리권발생의 근거는 각각의 경우에 다른 것이므로 대리는 위탁대리, 법정대리, 지정대리의 3가지로 분류된다.

1) 위탁대리

이것은 대리인이 피대리인의 위탁에 의하여 행하는 대리이다. 대리 중에는 가장 광범하게 행하는 형식이며 인신관계의 성질을 갖는 민사활동 이외의 민사활동은 이 형식에 의하여 행한다. 또한 법원은 소송당사자가 소송행위를 타인에 위탁하여 대리하는 것을 허가할 수 있다(다만, 대리증서를 요한다). 기관 및 기업은 그 법률행위를 직원에게 위탁하여 대리케 할 수 있으며, 공민은 가옥의 구입·家賃의 징수, 또는 기타의 법률행위를 타인에게 위탁하여 대리할 수 있다. 이런 것은 모두 위탁대리이다.

위탁과 대리권은 밀접한 관계를 가지며, 양자는 구별되어야 한다. 즉 위탁은 授權行爲이며 대리권은 授權의 결과이다.

위탁대리는 위탁인(피대리인)과 수탁인(대리인)간의 일정한 법률관계에 입각하여 성립되며, 2인간의 권리의무관계도 그러한 법률관계에서 명확하게 정하여지는 것이라고 설명되고 있다. 통상적으로 이러한 법률관계는 위탁인과 수탁인간에 체결되는 위탁계약에 의한 경우가 많다. 특히 위탁계약은 위탁인과 수탁인의 공동의 의사표시에 의하여 성립하는 쌍방적 법률행위의 일종이며, 이에 대하여 위탁은 위탁인의 일방적 의사표시에 의하여 수탁인에게 대리권이 발생하는 일방적 법률행위이므로 위탁계약과 위탁은 밀접한 관계가 있지만 구별되어야 한다. 즉 위탁계약의 체결이 직접 대리관계를 성립시키는 것은 아니며 위탁계약에 입각하여 피대리인으로부터 위탁이라는 수권행위가 있어야 비로소 대리인에 대리권이 발생하고 대리관계가 성립된다. 다만, 위탁계약 중에는 수권조항이 있는 경우에는 다시 위탁을 할 필요가 없다.

위탁대리는 그 밖에도 피대리인과 대리인간의 노동계약관계에 입각한 경우도 있다. 피대리인이 법인이고 대리인이 그 직원인 경우에는 위탁계약을 체결하지 않더라도 법인의 책임기관

이 직접 직원에 수권하여 대리관계를 성립시킬 수 있다.

數人の 대리인이 존재하는 경우, 대리권은 1인 또는 數人에 수여할 수 있다. 대리인이 다수인 경우에는 각 대리인의 대리권한의 범위는 수권시에 명확히 정하여야 하며, 법률 또는 수권자가 특별히 정하고 있지 아니한 경우에는 복수대리인이 공동으로 대리를 행하며, 따라서 공동으로 책임을 부담하게 된다.

피대리인에 의한 위탁은 구두형식으로 또는 서면형식으로 행하여진다.⁴⁸⁾ 공민간의 일반적인 위탁은 구두형식에 의할 것이다. 구두형식은 간단히 행할 수 있으며 문자를 알지 못하는 자에게 유리한 것이지만, 소송의 대리에 대하여는 서면형식에 의하도록 요구된다. 서면에 의한 위탁을 함에 있어서 위탁서 내지 대리증서를 서면으로 작성한다. 소송을 타인에 대리케 하고자 하는 당사자, 법정대리인 및 대표자는 인민법원에 위탁서를 제출하여야 한다. 특히 재판의 실제에 있어서는 피대리인이 법정에서 구두형식에 의해 소송대리인에 대리권을 수여하는 것도 인정되고 있으며, 관할법원은 그것을 문서에 기록하여야 한다. 이러한 위탁서는 대리인이 대리권을 갖는다는 것을 증명하는 것이며 대리인의 성명, 대리의 사항, 권한 및 기간, 피대리인의 서명, 날인 기타의 중요한 사항을 갖추어야 한다.

서면형식에 의한 위탁을 행할 것인가는 일반적으로 당사자의 의지에 의하여 결정될 문제이다. 그러나 이상에서 설명한 바와 같은 소송대리 이외에는 법률이 특별히 규정하고 있는 경우에는 서면형식에 의할 것이 요구된다.⁴⁹⁾ 법률이 서명형식을 가질 것을 명문으로 규정한 경우에는 위탁서의 제시가 없으면, 상대방 당사자는 대리인과 법률행위 또는 기타 법적 의미 있는 행위를 행하는 것을 거부할 수 있다. 법인이 참여한 대리관계에서는 통상적으로 서면형식이 채용되며, 또한 기타의 경우에도 구두형식으로는 분규가 발생할 우려가 있는 경우에는 서면형식을 취할 필요가 있다. 수권내용이 불명확한 경우, 피대리인은 대리인과 연대책임을 져야 한다.

법률에 특별히 규정하고 있는 경우, 위탁서에 대하여 공증기관에 의한 공증 및 권한 있는 기관에 의한 증명이 필요하다. 예컨대, 중국국내에 소재하지 아니하는 외국의 당사자가 중국의 변호사에 소송의 대리를 위탁한 경우에는 위탁서는 본인의 소재지의 공증기관이 또는 사법기관을 거쳐야 비로소 효력이 발생하게 된다.

위탁대리에서는 대리증서의 효력이 직접 피대리인의 수권행위에 의한 것인 바, 위탁계약이 성립된 후 어떠한 원인으로 법률상의 효력을 상실하였다 할지라도 이것에 의하여 대리인의 대

48) 민법통칙 제65조,

49) 예컨대, 1950년 공포된 상표등록법 제7조는 「상표등록은 …… 대리인에 위탁되어 행하여지는 경우에는 위탁서를 교부하여야 한다」라고 규정하고 있다.

리권은 영향을 받지 않는다. 그러므로 피대리인이 대리증서를 취소하지 않는 한 그 대리증서는 유효하며 대리의 법률효과는 피대리인에 대하여 발생한다.

피대리인이 대리인에 수여하는 대리권은 그 권한범위가 동일하지 않으며 이점에서 3가지로 분류되고 있다. 즉,

1차위탁 : 법률행위를 1회 행하도록 위탁하는 것. 예컨대, 가옥을 대신하여 매각하고 賃金 및 예금을 대신하여 수령하는 경우 등이 여기에 속한다.

특별위탁 : 비교적 장기간, 동종류의 법률행위를 계속하여 행하는 것을 위탁하는 것. 예컨대 반년 또는 일년에 걸쳐 家賃을 대신하여 수령하는 경우 등이 여기에 속한다.

총위탁 : 일정기간내, 어떠한 종류의 사무 및 어떠한 목적물에 대하여 대리활동을 행하는 것을 위탁하는 것. 예컨대, 갑이 을에 대하여 가옥의 거래에 대한 승인과 가옥의 소유권 등기·납세·대여 등 각종의 사항을 위탁하는 경우 등이다.

대리활동의 효과는 피대리인에 발생하므로 피대리인은 위탁시에 대리권의 범위를 구체적으로 확정하고 대리인이 위탁사항을 적절하게 처리하도록 편의를 제공하고 대리에 관한 분류를 피하기 위한 배려를 할 것이 요구되고 있다.

중국에서도 위탁대리에서 특별한 경우에는 대리인은 인수한 대리사항의 일부 또는 전부를 타인에게 위탁할 수 있다. 復代理(再代理라고 부른다)를 행하는 경우에는 대리인은 사전에 피대리인의 동의를 얻어 또는 부득이한 경우에는 사후에 피대리인에 통지함으로써, 복대리인이 필요한 사정에 대하여 알 수 있도록 하지 않으면 안된다. 그러므로 피대리인의 동의를 얻을 수 없는 경우에는 대리인은 복대리인의 행위에 대하여 피대리인에 대하여 책임을 지게 된다. 또한 피대리인에 의한 특별한 수권이 없는 경우에도 긴급한 때에는 피대리인의 합법적 이익을 수호하기 위하여 타인에 위탁할 수 있다.⁵⁰⁾ 대리인이 행한 그러한 위탁은 轉委託이라고 부르고 전위탁에 의해 대리권을 부여 받은 자는 복대리인이라 부르고 있다. 복대리인은 피대리인과의 관계에서 직접적으로 법률관계가 발생하며(전위탁자인 대리인의 명의로 인한 것이 아니라) 피대리인의 명의로 상대방당사자와의 관계에서 법률행위 및 기타의 법적 의미를 가진 행위를 행하게 된다. 복대리인의 대리권의 범위는 원대리인의 대리권의 범위를 초과할 수 없다.

2) 법정대리

법정대리는 피대리인과 대리인간에 일정한 사회관계가 존재하는 것을 전제로 하여 법률이

50) 민법통칙 제68조.

직접 규정한 대리이다. 그러므로 일정한 사회관계가 존재하지 않으면 법정대리는 성립되지 않는다. 예컨대, 부모와 자녀간에는 친족관계가 존재한다. 그리하여 법률은 부모가 미성년의 자녀의 대리인이 됨을 규정하고 있다. 또한 노동조합과 조합원간에도 법률에 의하여 전자는 후자를 대리하여 단체협약을 체결하며 또한 노동문제의 소송에 참가할 수 있다.

3) 지정대리

지정대리는 행정명령 및 법원에 의하여 직접 확정된 대리를 말한다. 예컨대, 어떠한 자에 死者의 유산을 관리하여 주도록 지정한 경우 등이다. 지정대리는 서면방식 또는 구두방식에 의한다. 서면방식을 지정서라 부르며 지정서에는 대리인과 피대리인의 성명, 대리사항, 권한, 유효기간, 지정일, 지정기관의 서명·날인이 기재되어 있어야 한다. 이러한 사항이 기재되지 아니한 경우에는 무효가 된다.

(4) 대리권의 행사

대리인이 대리권을 행사하는 것에 의하여 생겨난 법률효과는 모두 피대리인에게 발생한다. 그러므로 법률은 대리인이 피대리인의 이익을 충분히 배려하고 피대리인이 수권한 권한의 범위내에서 대리활동을 하도록 요구하고 있다. 따라서 대리인이 대리권을 이용하여 피대리인의 이익을 해치는 것을 방지하기 위하여 대리인이 행한 활동 중에서 대리권의 남용 및 무권대리의 경우에는 대리활동은 인정하지 않고 있다.

대리권의 남용이 되는 것은 대리인이 피대리인의 명의로 대리인 자신의 법률행위(예컨대 계약의 체결)를 행하여 대리인이 동시에 쌍방의 당사자를 대리하여 법률행위를 행하는 경우이다. 이러한 2가지 종류 이외에 대리인이 상대방과 악의로 통모하여 법률행위를 행한 경우에도 대리권의 남용이 된다.

무권대리라 함은 피대리인에 의한 대리권의 수여를 받지 아니한 대리활동을 하거나 대리권이 있지만 그 범위를 유월하여 대리활동을 행하는 것을 말한다. 이러한 무권대리의 경우에는 대리활동의 결과로서의 법률효과는 피대리인에 발생하지 않는다. 즉, 이상과 같은 법률행위는 성립되지 아니한다고 해석된다. 그러나 상대방당사자가 그러한 대리권의 남용 및 무권대리라는 사실을 알지 못하고 법률행위를 하고 이로 인하여 손실을 입을 경우에는 대리인이 배상의 책임을 진다. 다만, 무권대리인이 행한 법률행위를 사후에 피대리인에 추인하면 유효한 대리였던 것이 된다. 이러한 사후의 수권행위는 소급효를 가지며 무권대리행위는 최초부터 대리권에 근거하여 행한 것이 된다. 또한 피대리인이 무권대리의 사실을 알고, 이것을 거부하지 아

니한 때에는 동의가 있었던 것으로 간주된다. 피대리인의 추인(또는 추인거절)의 의사표시는 무권대리인에 대하여 또는 상대방에 대하여 행하여져야 한다.

상대방은 피대리인에 대하여 추인하는지의 여부에 대하여 일정기간내에 확실하도록 催告할 수 있으며, 피대리인이 催告기간을 경과하여 확실하지 아니한 경우에는 추인이 거절된 것으로 인정되어 그 후에는 추인의 권리를 상실한다. 한편, 피대리인이 무권대리행위를 추인하기 전에는 상대방이 취소권을 가지고 무권대리인이 행한 법률행위의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다. 다만 법률행위의 시점에서 상대방이 무권대리인이라는 사실을 알고 있었거나 알 수 있었을 때에는 취소권을 상실한다.

대리권의 남용 및 무권대리에 의하여 피대리인에 발생한 손해에 대하여는 피대리인에게도 배상 또는 원상회복을 청구할 권리가 인정된다. 대리인과 통모한 제3자 등도 대리인과 연대책임을 진다.

(5) 대리권의 소멸

대리권은 일정한 사유(법률사실의 발생)에 의하여 소멸한다.

1) 당사자의 사망 또는 행위능력의 상실

위탁대리, 법정대리, 지정대리의 어떠한 경우에도 대리인이 사망하면 대리권은 소멸한다. 대리권은 재산권과 같이 상속인이 상속하는 것은 아니다. 또한 법정대리 및 지정대리는 피대리인이 사망한 경우에도 대리권이 소멸한다. 그렇지만, 대리인이 그러한 사실을 알지 못하고 행한 법률행위는 유효하다고 인정된다. 또한 위탁대리, 법정대리, 지정대리의 어느 경우도 대리인이 행위능력을 상실한 경우에는 대리권이 소멸한다.

2) 법정대리에서의 피대리인이 행위능력을 취득 또는 회복한 경우

법정대리는 미성년자 및 정신질환자가 그 행위능력의 전부 또는 일부를 상실하게 되며, 자기의 행위의 결과를 이해할 수 없기 때문에 스스로 법률행위를 행할 수 없는 경우에 인정된다. 즉 법률은 그러한 자의 합법적 이익을 보호하고 자신의 권리를 실현하며 의무를 이행하기 위하여 대리인에 관한 규정을 둘 수 있다. 그러므로 미성년자가 성년에 달하고 또한 정신질환자가 건강을 회복하여 스스로 법률행위를 할 수 있는 때에는 법정대리인의 존재는 불필요하게 되어 법정대리인의 대리권은 소멸한다.

3) 대리의 기초가 되었던 사회관계의 소멸

대리는 일정한 사회관계의 존재를 전제로 하여 성립하는 것이므로 그러한 사회관계가 소멸하면 대리권도 소멸한다. 예컨대 위탁계약이 해제된 경우 및 직원이 해고되어 그 임무가 종료된 경우에는 그러한 계약과 복무관계에 근거하여 존재하던 대리권도 소멸한다. 또한 노동조합이 조합원을 대리하는 대리권은 조합원이 조합을 탈퇴한 경우 소멸한다.

공민간의 위탁관리는 피대리인 또는 대리인중 일방이 타방에 통지함으로써 해제될 수 있다. 이러한 위탁의 해제권을 사전에 포기한다는 취지의 약정은 법률상의 효력을 갖지 않는다. 위탁의 철회 및 위탁의 사임은 일종의 일방적 법률행위이며 일방이 의사표시를 하면, 타방의 동의를 얻지 않아도 대리권은 소멸한다. 다만, 위탁을 해제하는 측은 일정기간 이전에 상대방에게 통지하여 상대방이 준비할 수 있도록 함으로써, 해제에 의하여 손실이 발생하지 않도록 하여야 한다. 대리행위의 상대방과의 관계에 대하여는 대리권의 취소 또는 사퇴는 이와 더불어 대리행위를 상대방에게 통지하거나 대리권수여와 동일한 방식으로 제3자가 알 수 있도록 하여야 한다. 이것에 의하여 상대방 및 제3자의 이익을 보호하게 된다. 대리권의 취소 및 사퇴전에 대리인이 善意의 제3자와 행한 법률행위에 대하여 피대리인은 대리권의 취소 및 사퇴를 이유로 책임을 회피할 수 없다.

6. 소송시효

(1) 소송시효의 개념

중국에서는 상당히 오랜 기간에 걸쳐 시효제도가 없었으며 따라서 법원은 대단히 오래 전에 발생한 사건도 처리하는 경우가 있었다. 그러나 증거의 수집과 확인이 곤란한 입장에 처하게 된 경우가 왕왕 있었기 때문에 시효제도의 도입이 요구되었으며 이에 따라 민법통칙에도 이를 규정하게 되었다. 소송시효를 도입한 목적은 경제질서를 유지하고 당사자가 적시에 권리를 행사하는 것을 촉진하며 법원이 증거를 명확히 확인할 수 있도록 하기 위한 것이다.⁵¹⁾

소송시효라고 하는 것은 일본민법에는 없다. 우리나라 민법에서는 시효에 대하여 취득시효와 소멸시효라고 하는 2가지의 제도를 두고 있으며, 소송시효는 이러한 소멸시효에 대응하는 제도이다. 그러나 그 내용을 검토하여 보면 그 이념은 상당히 다르다.

51) 慧星, “中華人民共和國民法通則の制定と實行”, 門東亞大學校 中國法研究會, 佐タア木靜子(譯) 中國ビジネス法大系, 上卷(東京, 學生社, 1989), 228페이지.

타인의 재산을 소유할 의사를 가지고 선의에 의하여 공연히 또한 계속적으로 점유하는 상태가 일정기간 경과함으로써 점유자가 점유하고 있는 재산의 소유권을 취득한다는 점유시효제도는 전통적인 중국의 도덕관념에 반하는 것이며 이것을 다룬 교과서도 적으며 장래에도 중국민법에서 제도화될 가능성은 적다고 지적되고 있다.⁵²⁾

또한 취득시효의 여부에 대하여 북경대 교과서에서는 취득시효는 유익하지 못한 것이라고 간주되어 왔다고 하여 부정적인 입장을 보이고 있는데 반하여 통일교과서에서는 사회주의조직간 또는 공민간이라고 당사자에 대한 제한을 두고 적당한 취득시효제도를 채용하는 것은 적극적인 의의가 있다고 지적하고 있다.

1) 소송시효의 의의

소송시효라 함은 권리자가 소송절차에 의하여 의무자에 의무를 이행하도록 강제할 수 있는 법정기간이다. 권리자가 권리를 주장하지 아니한 상태에서 그 기간이 경과하게 되면 권리자는 승소권을 상실하게 된다. 소송시효기간의 만료는 일종의 법률사실이며, 그 법률사실의 발생이 민사법률관계를 소멸시키는 것으로 지적되고 있다. 예컨대, 貸借관계에 있어서 채무자의 의무를 이행하지 아니한 경우, 채권자는 소송시효기간내에 법원에 소를 제기하고, 채무자에 대하여 借金辨濟를 강제하여 주도록 법원에 요구하여야 한다. 그렇지 않으면 시효기간의 만료에 의하여 채권채무관계가 소멸하고, 예컨대 그 후 채무자가 법원에 소송을 제기하여도 승소할 수 없게 된다.

여기에서 승소권이라는 말을 사용하였지만 승소권과 기소권은 구별된다. 승소권이라 함은 권리자가 소송수단에 의하여 의무의 이행을 의무자에게 강제하고 이로써 자기의 권리를 실현하는 권능을 말하며, 한편 기소권이라 함은 권리자가 재판에 의하여 보호를 청구하는 권리, 즉 법원에 소를 제기하는 권리를 말한다. 소송시효기간의 만료에 의하여 실체적 의의를 가지는 권리인 승소권은 소멸되지만, 절차적 의미를 갖는 권리인 기소권은 소멸되지 않으므로 소송시효기간이 만료한 민사사건이라고 할지라도 법원은 訴를 수리하여야 한다.

법원은 소송이 제기된 사건에 대하여 민사소송절차에 따라 심리를 진행하고 이를 통하여 기소의 시점이 소송시효기간을 경과하였음을 명확히 선언하게 된다. 그러므로 기간이 경과하였음이 명백하거나 訴提起의 지연에 정당한 이유가 없다고 판단되는 경우에는 원고(권리자)패소의 판결을 내린다. 다만, 기간이 경과하였다고 할지라도 정당한 이유가 있는 것으로 판명된

52) 野村好弘, 淺野直人, 전제서, 58페이지.

경우, 법원은 소송시효기간을 연장하여 원고승소의 판결을 내리고 원고의 합법적인 권익을 보호할 수 있다.⁵³⁾

소송시효제도는 대다수의 민사법률관계에 적용될 수 있으며, 인신권(인격권), 및 인의 신분과 밀접한 관계가 있는 권리, 예컨대 창작권 및 발명권 등에는 시효제도는 적용되지 않는다. 시효에 관한 법률의 규정은 강제성의 규범이며 어떠한 조직, 개인이라 할지라도 이것을 준수하여야 할 뿐아니라 당사자간에는 소송시효의 기간의 연장, 단축, 포기 등의 약정을 하여도 모두 무효가 된다. 또한 중국에서도 우리 나라의 제척기간과 동일한 개념이 있으며 이것을 예정기간이라고 한다. 예컨대, 공광산품매매계약조례 15조에 규정된 買主의 점검의무에 관한 기간제한 등이 여기에 속한다.

2) 소송시효제도의 의의

중국에서 소송시효제도는 다음과 같은 존재의의를 갖는 것으로 설명되고 있다. 첫째, 당사자의 민사법률관계는 일정기간내에 취득한 권리를 실현하고 인수한 의무를 이행하기 위하여 존재한다. 그러므로 약속의 기간을 경과하였으나 의무자가 의무를 이행하지 아니하는 경우라도 時機를 상실한 청구권의 행사를 권리자에게 인정함으로써 무제한으로 권리주장을 하게 한다는 것은 원활한 민사활동을 저해하게 된다. 그러므로 이러한 상태에서 법원이 강제적 간섭을 행할 수 있도록 하는 것은 장기에 걸쳐 이루어져온 사실관계가 무기한으로 불안정한 상태로 방치하게 되는 결과를 가져오며 소송시효제도는 그러한 폐해를 방지하는 역할을 한다.

둘째, 사회주의조직은 경제계획원칙에 따라 활동하고 있으며, 이를 위하여는 기업의 생산과 지출의 모두에 대하여 엄격하게 時宜에 부합되는 계산과 일정기간내의 계획임무의 달성을 보증하여야 한다. 시효제도는 권리자 및 의무자에 이행을 강제하는 소송을 최단기간내에 제기하고 이것에 의하여 경제계획원칙을 실현하고 자금유통의 속도를 빠르게 하며 適時에 사회적 부의 이용이 가능하게 한다.

셋째, 법원의 임무의 하나는 민사분쟁을 진실에 입각하여 해결하는 것이며, 그 임무를 수행하기 위하여는 증거를 조사하여 사실을 명확히 함으로써 정확한 처리와 당사자의 합법권익의 보호가 가능하게 된다. 소송시효에 의한 제한이 없다면, 오래전에 발생한 사건은 시간의 경과에 의하여 그 조사가 곤란하게 되어 사실을 명확히 할 수 없으므로 처리가 곤란하게 된다.

53) 民法通則 제137조.

(2) 소송시효의 종류

법률에 규정한 소송제기의 기간이 소송시효의 기간이다. 소송시효의 기간에 대하여는 법률관계와 법률관계의 주체의 상이함에 의하여 법의 규정이 다르다. 대별하면 다음과 같다.

1) 일반소송시효

일반소송시효의 기간은 민법에 통일적으로 규정되어 있다. 민법제정전의 재판관행에 의하면, 1935년 7월 7일 이전의 채무를 老債, 그 이후 해방이전의 채무를 구채, 해방이후의 채무를 新債로 구분하여 달리 취급하였다. 노채는 일반적으로 보호하지 않는다. 구채는 일반적으로 元本을 보호하고 이식은 보호하지 않는다. 新債는 元本과 利息 모두를 보호한다. 중화인민공화국정부수립 초기에는 이러한 처리도 정확하였으나, 30년이 경과하게 되자 이러한 처리를 계속하는 것은 사실관계의 확정곤란 등 문제가 많게 되어, 통일적인 새로운 소송시효기간을 정할 필요가 있게 되었다.

그런데, 자본주의국가의 시효기간에 비해서 사회주의국가의 시효기간은 비교적 단기이다. 예컨대 소련, 체코슬로바키아는 3년, 헝가리는 5년이였다.⁵⁴⁾ 그와 같이 단기로 정한 목적은 권리자가 권리를 행사하는 것을 촉진하고 경제의 발전을 가속화하는데 있다고 한다.⁵⁵⁾ 이에 따라 중국의 민법통칙 제135조는 일반적인 소송시효를 2년으로 하고 있다.

2) 특수한 소송시효

다음의 소송시효는 1년으로 한다.⁵⁶⁾

- ① 신체에 손해를 입고 배상을 요구하는 경우
- ② 품질불합격의 상품을 판매하고 또한 공고하지 아니한 경우
- ③ 임차료의 지불을 지연 또는 거부하는 경우
- ④ 위탁된 재물을 분실 또는 훼손한 경우

54) 중국의 학자들은 “자본주의국가에서는 10년 이상부터 최장 30년까지의 장기를 시효기간으로 정하고 있는 것은 자본주의사회가 생산수단의 사유제를 택하고 있으므로 부르조아의 이익을 보호하기 위한 제도를 강화하는 것이지만, 사회주의국가의 시효기간은 자본주의국가에 비해 단기여야 한다. 소송시효기간은 장기이면 사회경제생활을 불안정하게 하고 단기인 경우에는 권리자의 이익을 해치게 되므로 적절한 기간이 필요하다”라고 주장한다. 野村好弘, 淺野直人, *op.cit.*, p.58.

55) 梁慧星, “中華人民共和國民法通則の制定と實行”, 門東亞大學校 中國法研究會, 佐タア木靜子(譯) 中國ビジネス法大系, 上卷(東京, 學生社, 1989), p.229.

56) 민법통칙 제136조.

이밖에 각종의 단행민사법규도 일반소송시효에 비해 단기의 시효를 정하고 있다. 특수소송시효는 특정업무부문이 관련된 민사손해배상청구권에 대하여 적용된다. 특수소송시효의 규정이 없는 법률관계에는 일반소송시효가 적용된다. 단행민사법규는 국가의 관계기관이 그 업무활동의 특색에 맞추어 제정한 것이며 법규마다 규정이 다르다. 예컨대, 1972년 공포된 「鐵路貨物運輸規定」 제47조에서는 철도와 送荷人·受荷人間에 사고배상과 운수비용반환에 대한 요구는 180일 이내에 당사자에 의하여 직접 행하여져야 하며, 철도는 송하인 및 수하인이 제출한 배상요구에 대하여 60일 이내에 처리하여 한다]라고 규정하고 있다. 또한 1979년 9월 교통부가 공포 시행한 「水路貨物運輸規則」 제42조는 「화송을 위탁한 측, 청부받은 측의 상호간의 사고에 대한 배상요구의 시효는 화물운수기록편성의 다음날부터 起算하여 180일이내로 한다」라고 규정하고 있다.

특수소송시효기간은 이러한 부문의 업무활동이 빈번하게 이루어지고 있고, 또한 관계지역이 광범하기 때문에 당사자가 適時에 청구를 제기하여 배상분쟁을 신속하게 해결하도록 조장한다는 전제하에 정하여진 것이다.

(3) 소송시효의 개시·중지·중단·연장

1) 소송시효기간의 개시

소송시효기간의 始期는 권리자가 권리를 침해 받았음을 알거나 알 수 있었을 때, 즉 권리자가 청구권을 행사할 수 있게 된 때이다.⁵⁷⁾

여기에서 2가지의 사실을 유의할 필요가 있다. 그 하나는 인신에 손해를 가하여 그것에 의하여 피해자가 재산적 손해를 입었고 가해행위가 행하여진 때부터 일정시간이 경과한 후에야 이것이 명백해진 경우, 소송시효는 재산에 손해가 발생한 때부터 개시된다. 또 다른 하나는 재산에 손해가 가해진 경우, 피해자가 가해행위 후 일정시간이 경과한 후에야 비로소 손해를 발견한 경우에는 손해를 발견한 때부터 시효가 시작된다. 다만, 권리가 침해된 때로부터 20년을 경과하면 시효가 완성된다.

2) 소송시효의 중지

소송시효기간 내에 권리자에 귀책될 수 없는 사유, 예컨대 수해 또는 지진에 의한 교통두절

57) 민법통칙 제137조.

등이 발생하였고 이로 인하여 권리자가 일정 기간 내에 법원에 소를 제기할 수 없게 된 경우, 권리자의 합법적 권익을 보호하고 손해를 방지하기 위하여 소송시효를 중지시키게 되며 불가항력의 원인이 없어진 후에 시효의 진행이 계속된다. 그러므로 권리자가 기소할 수 없는 기간은 시효기간에 산입하지 않는다. 이러한 소송시효의 중지는 시효기간 만료전 어느 때에도 인정되는 것은 아니며, 시효기간의 최후의 시기(6개월 이내)에만 성립한다. 그 이전에는 남은 기간 내에 권리자가 소송을 제기할 수 있기 때문이다.⁵⁸⁾

3) 소송시효의 중단

소송시효의 진행중에 법률에 규정된 원인이 발생하면 소송시효는 중단된다. 중단 후는 시효는 새롭게 기산되며 중단 이전의 기간은 새롭게 계산하는 시효기간에 산입되지 않는다. 이것을 소송시효의 중단이라고 한다. 소송시효의 중단은 다음과 같은 경우에 발생한다.

① 기소

통상적으로 새로운 소송시효는 판결이 효력을 갖는 날로부터(翌日이라고 한 교과서도 있다)부터 기산한다. 다만, 소송제기 후, 인민법원이 소환한 원고가 정당한 이유없이 출정하지 아니한 경우, 소송을 철회할 의지가 있다고 판단되는 경우, 시효기간은 중단되었다고 본다.

② 의무이행의 승인

소송시효의 진행중에 채무자가 채권자에 대하여 채권을 인정하는 의사표시를 하면 시효는 중단된다. 예컨대, 채무자가 이행의 연기를 구하고 채무의 일부를 변제하면 이것은 채무를 인정한다는 의사표시가 되어 소송시효는 새롭게 계산되어 시작된다. 사회주의조직간의 채무관계에서는 채무의 승인에 의하여 소송시효를 중단할 수 없다. 사회주의조직간에 관하여 소송시효기간을 단기로한 정신에 반하기 때문이다.

③ 청구

권리자가 의무자에게 의무의 이행을 요구하는 의사표시가 청구이며 이것은 오로지 소송 외에 채무자에 채무의 이행을 요구하는 催告를 지칭하며, 의무의 이행을 권리자가 청구하는 행위는 권리 불행사의 사실 상태에 변경을 가하여 시효의 진행을 중지시키는 원인의 하나이다.

4) 소송시효의 연장

법정의 이유에 의한 시효의 중단 및 중지 이외에 기타의 사유로 권리자가 시효기간 내에 법

58) 민법통칙 제139조.

원에 소송을 제기할 수 없는 경우도 있다. 소송시효기간을 경과하였다고 할지라도, 정당한 이유가 있을 때에는 법원은 시효기간을 연장할 수 있다. 이것은 공평한 사건의 처리를 행하고, 권리자의 요구를 만족시키기 위한 것이다.

(4) 소송시효의 효력

소송시효기간 내에 권리자가 소송을 제기하였고, 법원이 심리한 결과 정당하다는 결정을 내린 경우, 강제수단에 의하여 권리자의 요구를 충족시키게 된다. 시효기간이 만료된 후에는 권리자는 그러한 기회를 확정적으로 상실하게 된다. 소송시효기간이 만료된 후, 권리자는 강제수단에 의하여 청산을 받을 수 있는 가능성을 상실하게 되지만 권리 그 자체는 여전히 존재하므로 청산을 받을 수 있는 가능성은 남아 있다. 그러나 청산은 의무자의 의지에 달려 있을 뿐이다. 즉, 의무자가 자신의 의지로 의무를 이행하였다면, 그 후에는 시효를 이유로 권리자에 반환을 요구할 수 없다.⁵⁹⁾

59) 민법통칙 제138조.

第2章 所有權制度

1. 소유권의 개념과 본질

(1) 마르크스의 계급적 人權概念과 사유재산

1) 계급적 인권관념

사회주의법이론에 의하면, 인류사회 자체의 계급적 성격상, 초계급적·추상적 人性은 존재할 수 없으므로, 추상적인 인간이 없으며 따라서 추상적 인권은 존재하지 아니한다는 전제하에, 인권은 그 본질상 계급적 성격에서 탈피할 수 없다고 한다. 마르크스는 유물론의 관점에서 “인간의 본질은 개개인 고유의 추상물이 아니며, 인간은 각종 사회관계의 총화이고, 인간은 주관적으로는 이러한 사회관계를 초탈할 수 있을지 모르지만, 객관적으로 경제법주의 인격화일 뿐이다.”라고 지적하였다.¹⁾

이와 같이 마르크스는 인간을 오로지 사회관계의 산물로 파악하고 있기 때문에, 천부인권의 관념을 역사유심주의의 산물이라는 이유로 철저하게 부인하고 있다. 천부인권설이 주장하는 자유와 평등도, 유산계급과 무산계급은 상호적대적이라는 선협적 전제에서 출발하는 마르크스 레닌주의의 입장에서 보면 전혀 추상적인 것이 아니다. 계급의 부자유와 불평등이 존재하여야 자유와 평등의 계급적 요구가 나오게 되며, 자유·평등·박애는 유산계급의 인권의 표현일 뿐이므로 무산계급의 인권은 될 수 없기 때문이다.²⁾

마르크스는 인권을 정치권리, 사인권리 및 권리의 가장 일반적인 형식이라고 규정짓고, 공산주의는 상반되는 개념이라는 전제하에 「猶太인에 관한 問題」라는 글에서, 유대인이 요구하는 정치적 해방은 인류의 해방이 아니며, 이것은 철저하지 못하고 모순적인 것이라고 주장하였다. 마르크스는 인권(droits L'homme)은 시민사회구성원의 권리인 公民權(droits du citoyen)과는 다르며, 전자는 인간의 본질과 공동체에서 벗어난 이기주의적 인간의 권리라고 하였다. 예컨대, 유대인이 요구하는 신앙의 자유(즉, 일반인권)는 인간과인간의 결합이라는 토대

1) 許光泰, 中共法制論, (臺北: 臺灣商務印書館, 1990), p. 2.

2) 마르크스는 “유산계급은 자유와 평등을 주장하지만 실제로는 자유와 평등을 무산계급과 노동인민에게는 주지 않으며, 유산계급의 통치가 무산계급혁명의 위협을 받게 되면 자유와 평등을 보병, 기병, 포병으로 바꾸는데 조금도 주저하지 않는다.”라고 주장한 바 있다. *ibid.*

위에서가 아니라, 인간과 인간의 분리라는 토대위에서 실현되는 자기폐쇄성을 가진 것이라고 하였다.

2) 사유재산제의 利己性

마르크스는 자유권이라는 인권을 사유재산에까지 미치는 것으로 보아 사유재산이란 인간과 인간의 분리를 전제로 사회의 속박을 받지 않고 자신의 재산적 권리를 사용·처분하는 것이라는 근거로, 일종의 사리사욕적 권리로 보고 있다. 즉, 자신의 재산적 자유를 실현함에 있어서는 타인 즉 사회전체를 고려하지 않는다는 점을 그 논거로 하고 있다. 마르크스는 평등도 역시, 이기주의에서 출발한 것으로, 자신의 이익에 폐쇄되어 사회전체의 구성원으로부터 이탈하여 실현되는 것이라고 주장한다.³⁾ 요컨대, 자유·평등은 상품소유자의 자유와 평등, 자본의 자유와 평등이 될 수 있을 뿐이다.

마르크스는 “사유재산과 사유제도하에서의 노동은 인간의 본질적인 상실이며, 인간을 착취하는 제도인 사유재산제의 포기가 인간 본성의 회복에 필수적이다”라고 주장하였고 엥겔스도 인권의 계급적 본질을 논하면서 “선포된 가장 중요한 인권의 하나는 유산계급의 소유권이다”라고 지적한 바 있다.⁴⁾ 레닌도 계급소멸의 필요성을 강조한 바 있다. 즉, 레닌은 “무산계급은 반드시 계급을 소멸시켜야 하며, 이것이 바로 무산계급의 민주이고 무산계급의 자유(자본가로부터 벗어난 자유, 상품교환으로부터 벗어난 자유)와 무산계급의 평등(자본과 자본주의를 뒤집어 엮은 노동자의 평등)의 진정한 내용이며 마르크스주의자들이 소멸시켜야 할 계급이란 주로 유산계급이라고 할 수 있다. 그 이유는 일체의 생산수단을 소유하고 있는 유산계급은 사유재산제하에서 자유롭게 무산계급을 약탈하고 노역시킬 수 있는 권리를 향유하는 반면에, 무산계급은 자유롭게 자신의 노동력을 팔 수 있는 권리만을 가질 뿐이기 때문이다”라고 역설하였다.

(2) 소유제와 소유권과의 관계

중국의 학자들은 소유제와 소유권은 전자가 경제제도이고 후자가 법률제도라는 점에서 서로 다른 개념이지만 양자간에는 밀접한 관계가 있다고 지적하고 있다. 소유제는 사회의 생산수단이 누구의 점유에 속하는가 또는 누구의 지배에 속하는가에 관한 기본적인 경제제도이며, 사회의 생산관계의 기초가 되는 것이다. 마르크스가 「어떠한 형태의 소유도 실재하지 않는다면,

3) *Ibid.*, p. 6.

4) *Ibid.*

생산도 사회도 문제가 되지 않는다」라고 지적한 바 있듯이, 사회주의적 입장에 의하면 소유제는 인간과 物과의 관계가 아니라 人과 人간의 사회관계를 표현한 것이라고 한다.

마르크스레닌주의에 의하면 생산관계는 생산력의 성질에 적합하지 않으면 안되며 이것은 인류사회발전의 기본법칙으로서 생산력의 발전에 따라 역사상, 그 성질에 적합한 5종류의 기본적인 생산수단소유제가 있었다고 한다. 원시공동체적, 노예제적, 자본주의적, 그리고 사회주의적 소유제도가 그것들이다. 원시공동체적 소유제는 생산력의 수준이 극단적으로 낮은 상태하에 있는 공동체를 단위로 하는 공유제(사회적 소유제)이며, 한편, 공산주의사회(그 초보단계인 사회주의적 소유제를 포함)는 생산력의 발전이 더욱 진전된 공유제라고 한다.

또한, 노예제, 봉건제 및 자본주의 각 사회의 소유제는 모두 사유제이며, 소유권은 소유제의 형태에 의하여 결정되는 바, 소유자의 물질적 재화, 특히 생산수단에 대한 점유지배의 권리를 사회의 지배계급이 입법형식을 통하여 확인한 것, 즉 소유권은 소유제의 법률상의 반영이라고 보고 있다. 생산력이 일정 정도까지 발전하면, 1인의 노동에 의한 소득이 자기의 생존에 필요한 최저한도를 충족시키고도 잉여상태가 되며, 여기에서 어떠한 자가 타인의 잉여노동을 지배할 가능성이 생겨나게 되어 원시공동체의 공유제가 노예제도의 사적소유제로 이행함에 따라 계급과 착취가 생겨났고, 이에 따라 국가와 법률이 생겨나고 소유권이라는 법률제도가 등장하게 되었다고 한다.

이와 같이, 소유권은 법률제도이며 상부구조의 범주에 속하며 사회의 물질적 재화, 특히 생산수단소유제형태를 공고하게 하는 수단이며, 사회의 생산방식의 발전변화에 따라, 역사상, 노예제적 소유권, 봉건제적 소유권, 자본주의적 소유권 및 사회주의적 소유권 등 3종류의 소유권은 사유제를 전제로 한 것이고 실제로는 지배계급이 그 생산수단에 대한 점유를 이용하여 노동자들을 착취하는 도구로서 기능할 뿐이라고 한다. 이에 대하여 사회주의적 소유권은 인류의 역사상, 최고의 소유권이며, 사회주의적 공유제(사회주의적 소유제)를 법률상 반영한 것이며, 이것은 사유제를 소멸시킴으로써 착취를 소멸시킨 법률상의 무기라고 설명함으로써 소유권의 본질을 사회의 사회제도에 따라 이원적으로 파악하고 있다. 따라서, 사회주의적 소유제는 자본주의적 소유제와는 동일선상에서 그 본질을 파악할 수 없다. 이에 관하여는 다음과 같이 요약할 수 있다.

(3) 사회제도에 따른 소유권의 본질

중국의 소유권제도와 자본주의국가의 소유권제도는 본질적인 차이가 있다. 종래의 중국의 민법교과서는 양자의 차이를 다음과 같이 설명하고 있다. 즉,

“자본주의의 소유제도는 자산가계급이 생산수단을 소유한다는 경제적 기초에 입각하여 자산가계급의 의지를 반영하고 있다. 따라서 이것은 생산수단의 사유제를 공고히 하고 그들이 노동자를 경제적으로 착취하고 정치적으로 억압하는 사회관계의 옹호를 목적으로 한다. 자산가계급이 봉건적 지배에 반대하여 혁명 당초에 그들은 「사유재산은 신성하므로 침해될 수 없는 것」이라는 원칙을 제시하고 사유재산에 대한 권리는 어떠한 자에 의해서도 박탈당할 수 없는 천부인 권이라고 선언하였다. 그들은 권리탈취 후 법률의 형식을 빌어 사유재산권은 절대·신성불가침의 권리임을 천명하였는 바, 실제로는 소수의 자산가계급에 의하여 독점된 특권이다”.

사회주의학자들은, 자본주의사회에서는 이러한 자본주의소유권의 실질을 은폐하기 위하여, 자산가계급이 생산수단을 점유하는 것에 의하여 노동인민을 착취하는 권리를 「人的 物에 대한 지배」라고 부르며, 「人和 物과의 관계」라고 설명한다고 비판하고 있다. 그들은 “자본가의 소유권은 기업주가 그 공장과 기계에 대하여 행하는 지배에 지나지 않으며 따라서 기업주와 공장·기계와의 관계에 불과하다는 설명은 착취의 본질은 들추어 내지 않고 있기 때문에 이러한 설명은 완전히 기만적인 것이다”라는 논리를 전개한다.

중국의 학자들은 사회주의체제인 중국의 소유권제도는 다음과 같은 면에서 자본주의국가의 소유권제도와는 완전히 상반되는 것이라고 주장한다. 즉, “중국의 소유권제도는 생산수단이 사회적으로 소유되는(공유) 사회주의경제에 입각한 상부구조의 일부이며 노동자계급과 광범한 노동인력의 의지를 반영한 것이다. 이것은 생산수단의 사유제를 소멸시키고 착취를 근절하고 사회주의적 공유제를 공고히 발전시키며 사회의 생산력의 발전을 촉진하는 모든 노동인민의 물질문화생활의 수요를 충족시키는 것을 보장하는 법률상의 무기이다”라고 설명한다.

그들에 의하면, 중국인민은 민주주의혁명을 거쳐, 관료자본의 몰수·국유화, 자본가의 소유제에 대한 사회주의적 개조를 행하고, 그 결과 사회주의적 전인민소유제를 수립함과 동시에, 자발적 의지와 상호이익의 원칙에 입각하여 농업 및 수공업에 종사하는 다수의 개인노동자에 대하여 사회주의 개조를 행하며 그들을 합작화의 길로 지도함으로써 노동대중에 의한 사회주의집단소유제를 수립하였다고 주장한다. 이러한 두가지 형식의 사회주의공유제가 법률로 반영된 것이 국가소유권이자 집단소유권이며, 이것들은 중국의 사회주의공유제를 구성하는 중요한 요소라는 것이다.

한편, 중국의 법학자들은 권리는 국가가 제정한 헌법과 법률이 확인한 바에 따라 公民이 어떠한 행위를 실현할 수 있는 「가능성」일 뿐이며, 의무는 국가가 제정한 헌법과 법률에서 확인한 바에 따라 公민이 어떠한 행위를 수행하여야 할 「필요성」이라고 한다.⁹⁾ 따라서 권리는 계

급독재의 도구인 국가가 부여하는 것이며, 계급이 다르면 권리의 내용도 달라지는 것이므로 초계급적인 천부인권은 있을 수 없다.⁶⁾ 중국도 유산계급의 인권을 형식적이고 가식적인 것이라고 비난하지만, 유산계급의 통치를 뒤엎고 무산계급의 정권을 수립하기 위하여 인권의 구호를 적극적으로 이용하였다. 중국이 이러한 투쟁방법을 최초로 사용한 것은 아니다. 앵겔스는 “무산계급은 유산계급의 말(言)꼬리를 움켜쥐고……평등은 표면적인 것이어서는 아니되며, 국가영역에서 뿐만 아니라 사회적·경제적 영역에서 실행되어야 하므로, 프랑스유산계급이 프랑스혁명으로 시민의 평등을 최초로 제기한 후, 프랑스 무산계급은 유산계급을 향하여 사회적·경제적 평등의 침봉을 들이 대었다. 이러한 평등이 프랑스무산계급특유의 전투구호가 되었다”라고 지적한 바 있다.⁷⁾

중국은 그 전제가 되는 계급관념의 여하에 불구하고 인권이란 근본적으로 자본주의와 식민지와 반식민지시대의 유물일 뿐이며, 무산계급이 통치계급의 지위에 있는 사회주의사회에서는, 무산계급과 인민군중의 인권은 근본적으로 보장되어 있기 때문에 인민이 인권을 요구하는 자체가 자기모순이라고 생각하여 왔다. 또한, 계급적 인권관에 따라 무산계급과 유산계급의 차원에 그치지 않고 인민과 적간의 계급대립에까지 확대하여, 인민의 권리를 보호할 수 있을 뿐이고 혁명분자, 형사범 등 인민의 적의 인권은 보호할 수 없다는 입장을 취하여 왔다. 중국에서는 인민과 적이라는 개념은 일정한 역사내용과 계급내용을 가지고 있으므로 상이한 조건 하에서는 인민의 내용도 반드시 변화하며, 중국에 순종하는 일체의 계급, 계층, 개인은 모두

5) 張鑫, 大陸法制之現狀·問題, (臺北: 蔚理律出版社, 1988), p. 2.

6) 中國의 法學者들은 人權이라는 用語는 外見上 階級的 外交를 입고 있을 뿐만 아니라, 실제로도 극히 선명한 階級性을 지니고 있는 有產階級的 口號일 뿐이며, 마르크스의 「人權은 그 자체가 다른 아닌 特權」이라는 주장에 따라 有產階級이 말하는 人權이란 그들의 特權을 의미하는 것에 불과하다고 지적한다. 그러나, 그들도 17~18세기, 서구의 계몽사상가들이 봉건전제제도와 의 투쟁과정에서 인권을 옹호함으로써, 인민을 각성시켜 자유와 민주를 쟁취하고 사회적 진보와 발전을 가져다 주었다는 사실을 부인하지는 않았다. 즉, 인권의 구호는 유산계급의 대봉건전투쟁에서는 진보적인 기능을 하였으나, 유산계급의 지위가 확립됨에 따라 그러한 작용을 상실하게 되었고 인민에게는 기만적인 것이 되었다는 것이다. *ibid.*

7) 許光泰, *op. cit.*, pp 8~9. 中國은 실제로는 「以其人之道, 還治其人之身」을 염두에 두고, 有產階級이 과거 封建專制主義와 투쟁할 때 사용하던 口號를 逆으로 有產階級과의 鬪爭에서 武器로 삼았다. 예컨대, 中華人民共和國政府樹立 以前에 적지 않은 人權保障條例가 반포되었으며, 예컨대, 山東人權保障條例(1940年 11月 11日 通過·公布·施行), 陝甘寧邊區人權財產保障條例(1941年 11月 17日 通過), 冀魯豫邊區人民權利保障暫行條例(1941年 11月 23日 公布) 晉西北人權保障條例 1942年 11月 公布), 渤海區人權保障條例執行規則(1943년 2月 21日 通過·公布·施行), 哈彌濱特別市政府布告(秘序 第二十號), 豫皖蘇邊行政公署의 淮海區人權保障改正條例(1948年 5月 公布) 등이 제정되었다. 中國新民主主義革命時期根據地法制文獻選編, 第1卷, (北京: 中國社會科學出版社, 1981), pp. 89~109. 1948年 中國共產黨이 領導하던 學生運動에서는 中國同盟과 人權保障委員會와 같은 組織도 설치된 바 있다. 張鑫, *op. cit.*, p. 2.

인민의 범주에 속하지만 나머지는 모두 인민의 적으로 간주되었다. 이러한 「인민과 인민의 적」을 대립개념으로 하여 설명하는 인권이론은 「무산계급과 유산계급」이라는 대립개념을 전제로 한 것보다는 훨씬 탄력적이어서, 중국이 소위 계급의 적을 탄압하는 이론적 무기로서 효과적으로 이용될 수 있었다.

인권은 유산계급의 관념과 구호이고 유산계급이 봉건정권과 신권사상에 반대하기 위한 무기였지만, 그와 동시에 유산계급을 위한 장식적인 造花라는 입장에서, 사회주의국가에서 인권보장의 구호를 내세우는 것은 유산계급의 민주와 자유를 쟁취하고자 하는 것이며, 계급투쟁의 적이 무산계급을 공격하기 위한 수단이라고 보아, 반동적인 것으로 간주하여 왔다. 이러한 인식은 중화인민공화국정부수립 이후, 30년이상 지배적인 것이었으며, 문화대혁명시기에서의 인권탄압도 여기에 바탕을 둔 것이었다. 외부세계에서 중국의 인권부재를 지적하는 경우, 중국은 국가와 법률이 보장하는 것은 일정한 계급의 이익과 권리일 뿐이므로 그러한 지적은 국내 문제에 대한 간섭에 해당하는 것이라고 반박하여 왔다. 혁명당시 임시헌법이었던 중국인민정치협상회의공동강령과 중화인민공화국 정권수립 이후 제정되었던 4건의 헌법 및 기타 법률문서에서도 인권이라는 용어에 갈음하여 공민의 權利라는 표현을 사용하고 있다.⁸⁾

중국에서도 일정한 범위에서 공민의 개인적 소유권이 인정되고 있다. 즉, 공민의 생필품에 대한 소유권과 농가의 소량의 생산수단에 대한 개인적 소유권이 인정되고 있다. 이러한 소유권을 인정하는 목적은 인민의 물질·문화생활을 개선시키고 다수의 노동대중으로 하여금 적극적으로 사회주의를 건설하도록 하기 위한 것이라고 한다. 그러나 이상의 기본적 틀을 중심으로 하여 최근에는 경제의 활성화를 목적으로 현대화를 추진하기 위하여, 비농업개인노동자(수공업자, 소매업자)에도 국가는 노동자에 대한 착취를 금지하는 정책을 견지하는 가운데, 생산수단의 소유권을 승인하고 있다. 또한 도시 또는 농촌의 기층조직은 법률이 허용하는 범위내에서 착취를 목적을 하지 않는 한, 타인을 개인노동에 종사시키는 것도 허용하고 있다. 즉 법

8) 그러나, 중국에서는 대외개방정책의 추진과 더불어 다음과 같은 새로운 견해가 등장하기 시작하였다. 王鐵崖, 國際法, (北京: 法律出版社, 1981), p. 268. 첫째, 인권은 유산계급적인 것만은 아니며, 유산계급의 계몽사상가들이 人權과 神權, 人權과 特權은 상호대립되는 것으로 파악한 것은 인류역사상 첫번째의 위대한 사상해방운동이었으며, 따라서 사회주의체제하에서도 인권은 적극적인 의의를 갖는다는 說이다. 王家福, 陳爲典, 『人權』不是無產階級的口號, 北京日報, 1979年 4月 22日字 1面. 둘째, 한걸음 더 나아가, 유산계급도 그의 인권관을 가지고 있듯이 무산계급도 자신의 인권관을 가져야 하며, 후자는 전자보다 더욱 진보적이고 숭고한 것이어야 할 뿐 아니라 인민의 이익에 부합된 것이어야 한다는 說이다. 李澤銳, 『關於國際人權法的理論探討』, 中國國際法年刊(1983), p. 93~116. 실제로 중국은 대외개방정책의 추진과 더불어 개체경제를 크게 확대허용하고 소규모의 사유재산권을 인정하고 있다. 자본주의 국가의 관점에서 보면 대단히 제한적인 것이지만, 중국이 개인에게 비교적 큰 권리와 자유를 부여하고 있는 것만은 사실이다.

률이 허용하는 범위내에서 인가등기를 받은 개인공상업자는 그 범위내에서 생산수단을 소유하고, 적법한 권익을 가지는 것을 법률에 의하여 인정하고 있다.

2. 소유권의 발생과 소멸

(1) 소유권의 발생방법

1) 원시취득방법

원래, 소유권의 취득은 前소유자의 소유권에 입각한 것이 아니라 원초적인 것이다. 이러한 종류의 취득방법을 원시취득방법이라고 한다. 예컨대, 국유화, 공유화, 확대재생산, 수익, 침부, 가공 및 無主재산의 취득 등이 여기에 속한다.

국유화는 탈취자의 재산을 박탈하는 것을 말하며, 공유화는 집체화운동에 의하여 각 사원의 생산수단 기타의 재산을 집단소유에 두는 것을 말한다. 또한 확대재생산에 의하여 획득한 생산물도 국가 및 집체조직 등이 취득한다.

수익이란 함은 원물로부터 생겨난 과실이 원물의 소유자의 재산이 되는 것을 말한다. 예컨대, 果樹에서 얻은 과실, 가축으로부터 얻은 幼畜은 과실 또는 가축의 소유자의 소유가 된다.

침부라 함은 소유자가 주물 위에 부가된 他物의 소유권을 취득함을 말한다. 예컨대, 가옥의 임차인과 임대인이 약정하거나 법률의 규정에 따라 차용재산을 개량하고 이것을 분리하는 것이 재산에 손해를 미치게 될 경우에는 이러한 개선부분은 임대인의 소유가 된다.

가공이라 함은 어떠한 자가 동의를 얻어 타인이 소유하는 재료를 사용, 새로운 물품으로 가공했을 때, 가공물의 가치가 재료의 가치를 현저하게 초과하지 않는 한 가공자가 재료의 대가를 지불하여 가공물의 소유권을 취득하는 것을 말한다. 또한 재료의 가치가 비교적 큰 경우에는 가공자와 재료소유자가 합의하여 해결한다. 그러나, 그와 같이 함으로써 가공물을 취득한 자는 타방의 손실을 보상하여야 한다. 사회주의조직의 재산은 개인의 소유권취득원이 되지 않는다.

무주재산이라 함은 소유자가 불명확하거나 소유자가 없는 재산이다. 무주재산은 국가의 소유가 된다. 상속인이 존재하지 아니하는 재산, 수취인이 없는 습득물 및 매장되어 은닉되어 있는 물건은 무주재산이다. 다만, 상속인이 존재하지 않는 농가의 재산은 농촌집단소유단위의 소유가 된다. 또한 매장물의 발견자는 국가로부터 장려금을 받을 수 있다. 유실물, 표류물의 습득인은 이것을 상실자에게 반환하고 상실자는 비용을 상환하여야 한다. 상실자가 불분명한

경우에는 공고하고 일정기간(일반적으로 6개월) 후에 수령자가 나타나지 않는 경우, 주관기관은 그 가액을 평가하여 국가에 상납한다. 다만, 공공교통기관 및 공공의 장소에서의 유실물의 처리는 주관기관이 특별한 규정에 따라 처리한다.

2) 계수취득방법

계수취득이라 함은 소유자가 원소유자로부터 승계적으로 소유권을 취득하는 것을 말한다. 예컨대, 매매, 증여, 상속 등의 방법에 의하여 소유권을 취득하는 것이 여기에 속한다. 이러한 방법의 소유권이전은 교부의 방식에 의한다.

그러므로 법규정이 없고 당사자의 별도의 합의가 없는 한, 소유권은 실물교부와 동시에 이전된다.⁹⁾ 이러한 교부는 양도인이 양수인에 대하여 물의 점유를 이전하는 것이다. 실물의 교부 이외에 계약의 규정 또는 양수인의 지시에 따른 양수인에 대한 화물처분증서의 교부, 운송인으로서의 화물의 교부 또는 우편으로서의 송부도 교부이다.

(2) 소유권의 소멸방법

소유권의 소멸이라 함은 일정한 법률사실에 의하여 소유자의 소유권을 상실시키거나 소유자를 소유권으로부터 이탈시키는 것이다. 소유권은 다음의 경우에 소멸한다.

1) 소유물 그 자체의 滅失(절대적 소멸)

소유권은 그 차체의 멸실에 의하여 소멸한다. 예컨대, 공민이 쌀을 사용하면 공민의 쌀에 대한 소유권은 소멸한다. 국영기업이 석유, 석탄을 소비하면 국가의 석유, 석탄에 대한 소유권은 소멸한다.

2) 소유권의 타인으로서의 이전(상대적 소멸)

소유자가 자기의 의사에 따라 재산을 타인에게 이전하면 종전의 소유자의 소유권은 소멸하고, 양수인이 그 재산에 대하여 소유권을 취득한다.

3) 소유권의 포기

소유자가 소유권을 포기하면 그 재산은 무주재산이 되어 공유가 된다.

9) 민법통칙 제72조.

4) 국가행정법령 및 법원의 판결

소유권을 강제적으로 다른 주체에 이전하면, 전소유자의 소유권은 소멸한다. 예컨대, 국가는 공공의 이익을 위하여 법률에 규정된 절차와 조건에 따라 토지 기타의 재산을 매각하고, 收用(徵用), 또는 국유화할 수 있다. 법원은 법률에 따라 당사자의 재산을 몰수하는 판결을 내릴 수 있다.

5) 조직의 해산

법인조직의 해산을 선포함으로써, 그 재산소유권은 소멸한다.

3. 소유권의 내용

소유권은 物件에 의하여 생겨난 개인과 개인간의 민사법률관계이며, 주체, 내용 및 객체의 3요소로 구성된다. 소유권법률관계의 권리주체는 특정의 주체인 재산소유권의 향유자이며 통상적으로 소유자라 칭한다. 이에 대하여 소유권법률관계의 의무주체는 소유자 이외의 불특정의 주체이다. 소유권법률관계의 객체는 물건이며, 이것에 대한 소유권을 물권이라 한다. 소유권법률관계의 내용은 소유자가 향유하는 권리와 의무주체가 부담하는 의무이다.

소유자가 재산에 대하여 향유하는 권리는 점유, 사용 및 처분의 3가지 기능이다.¹⁰⁾ 즉 재산 소유자는 법률이 규정한 범위내에서 자기의 재산에 대하여, 점유, 사용 및 처분의 권능을 갖는다. 이것이 소유권의 내용이다.

(1) 점유권

점유는 개인이 재산에 대하여 사실상 지배하는 것을 말한다. 또한 재산에 대하여 실제적인 장악·지배하는 것을 말한다. 일반적으로 재산소유권은 재산의 점유자이다. 다만, 재산의 점유자가 재산소유자가 아닌 경우도 있을 것이다. 이것을 비소유자의 점유라고 부른다. 비소유자의 점유는 합법적 점유와 불법점유의 2종류로 구분된다. 합법적 점유는 법률, 행정명령, 소유자의 의사표시 또는 기타의 합법적 원인에 의하여 발생한다. 예컨대, 국영기업 또는 사업단위는 국가로부터 교부받은 재산을 점유하게 되며, 임차인은 가옥임대차계약에 입각하여 가옥소유자에 의하여 임대된 가옥을 점유한다. 불법점유는 비소유자가 법률상의 근거없이 타인의 재

10) 民法通則 第71條에서는 수익의 권리도 열거하고 있다.

산에 대하여 행하는 점유이다.

(2) 사용권

사용은 물건의 성능 즉, 재산의 경제적 용도에 따라 이용하는 것을 말한다. 사용의 목적은 재산을 이용하여 완전하게 생산하고 수익을 취득하고 또한 재산의 유용성에 의하여 인민의 생활에 이바지하는데 있다고 지적되고 있다. 소유자뿐만 아니라 비소유자도 사용할 수 있는 것은 점유와 같다. 비소유자의 사용권은 법률, 법령, 행정명령 또는 계약의 규정에 입각하여 발생한다. 예컨대, 농촌에서 自營地, 宅地 및 敷地의 소유권은 집체경제조직에 속하며, 사원 기타의 가족은 사용권을 갖는다. 또한 物의 借主는 借用(使用賃借)契約에 입각하여 차용기간중 차용재산에 대하여 사용권을 갖는다.

(3) 처분권

처분은 소유물의 사실상 및 법률상의 운명을 결정짓는 것이며, 소유자의 가장 기본적인 권리이다. 소유자는 법률의 범위내에서 자기의 의사에 입각한 법률행위에 의하여 재산을 처분하는 권리를 갖는다. 양도, 임대차(出租) 등의 物을 대상으로 하는 일체의 계약은 소유자의 처분권의 구체적인 표현이다. 그 밖에 소비에 의한 물건의 消耗도 처분권의 행사이다. 이것에 의하여 물건이 소모되어 소멸하며, 전술한 소유권법률관계도 존재하지 않게 된다. 위에서 설명한 소유권의 3가지 내용은 사회에 있어서의 경제활동의 객관적 요소를 반영하고 있다. 권리주체는 경제활동에서 재산의 점유, 사용 및 처분을 통하여 비로소 그 경제적 목적을 실현할 수 있다. 권리주체가 재산에 대하여 상기의 권능을 향유할 수 없게 된다면, 생산 및 소비의 면에서 그 효능을 발휘할 수 없게 되고, 분배 및 교환의 측면에서도 그 이용이 불가능하게 되어, 경제목적의 실현할 수 없게 된다.

완전한 소유권개념은 이러한 3가지의 개념을 포함하며, 복잡한 경제활동의 경우에는 이러한 기능의 한두가지 또는 세가지를 일시적으로 소유자로부터 분리시키는 것도 가능하며 또한 이것이 필요하기도 하다. 다만, 여기에는 결코 소유자가 소유권을 상실하는 것을 의미하는 것은 아니다. 예컨대, 가옥을 임대하면, 임차인은 당해 가옥의 점유권 및 사용권을 향유하며, 가옥 소유자는 여전히 가옥소유권을 향유한다. 또한 집체조직이 완전히 매각한 화물이 철도에 의하여 운송되는 도중, 탁송인 또는 화물수취인이 운송비 및 비용을 지불하지 아니하면, 철도는 당해 화물을 유치할 권리가 있으며 일정기간 내에 운송비 기타의 비용을 지불하라는 취지를 채무자에게 통보할 권리를 갖는다. 기한을 초과하고도 지불하지 않으면 철도는 화물은 轉賣하

여 이것을 운송비 기타의 비용에 충당할 수 있다. 이것에 의하여 소유자는 화물의 유치기간내에는 일시적으로 점유·사용 및 처분의 권리를 상실하지만, 화물의 소유권을 상실하는 것은 아니다.

소유자의 점유, 사용 및 처분의 권능은 절대적인 것은 아니며, 반드시 법령의 범위내에서 정하여야진다. 소유권의 행사를 이유로 공공의 이익 및 국민의 합법적인 권리 이익을 침해할 수는 없다. 이러한 침해에 대하여는 법률은 보호를 부여하지 않고 제재를 과한다. 예컨대, 자연 조건 및 상린관계에 의하여 어떠한 당사자가 생산 또는 생활상의 필요에 의해 임시적으로 다른 단위의 토지에 진입하여 장기적으로 이곳을 통과하지 않으면 안되는 경우에는, 상대방은 허가하지 않으면 안된다. 다만, 이로 인하여 발생한 손해에 대하여는 상대방이 손해배상을 청구할 수 있다. 상대방이 자신의 권리행사상의 필요를 구실로 진입 또는 통과를 허가하지 아니한 경우에는 법률의 규정에 위반된다.

어떠한 단위 또는 개인도 최선의 방법으로 소유권을 행사하여 경제활동을 행하고 최대의 수익을 취득하지 않으면 안된다. 예컨대, 국가가 자금 및 설비를 기업단위에 부여하였음에도 불구하고, 당해 기업이 적극적으로 직권범위 내의 경제활동을 행하지 아니하거나 또는 경제활동을 충분하게 수행하지 아니함으로써 획득할 수 있는 경제이익을 획득하지 않거나 기업에 손실을 주게 되는 사태는 법률에 의하여 허용되지 않는다.

다른 의무주체는 소유자가 재산에 대하여 향유하는 점유·사용·처분의 권리를 침범 또는 방해할 수 없다. 이것은 소유권법률관계의 의무주체가 부담하여야 할 의무이다. 이 의무는 일종의 부작위의무이다. 의무주체가 이러한 종류의 의무에 위반한 경우에는 소유자는 법원에 법의 보호를 청구할 수 있다. 소유권법률관계의 의무주체는 채권관계의 의무주체와 다르다. 후자가 부담하는 의무는 일반적으로 작위의무이다. 즉 채권관계의 의무주체는 반드시 적극적인 행위에 의하여 자기의 의무를 이행하지 않으면 안될 뿐아니라 이것에 의하여 채권자는 비로소 그 권리를 실현하게 된다.

(4) 공유관계

사회생활을 하는 가운데 재산을 공동소유하는 상태는 예컨대, 상속된 유산 및 부부가 혼인중에 공동으로 취득한 재산 등으로 발생한다. 또한 기업활동을 수행하는 과정에서도 이러한 경우가 생긴다. 민법통칙 제78조는 이것을 按分共有와 共同共有로 구분하고 있다. 안분공유는 각자가 지분에 따라 권리를 분유하고 의무를 부담하는 것이며 공동출자에 의하여 취득한 재산 등이 이것이다. 공동소유는 재산 전체에 대하여 권리 의무를 가지는 것이며, 혼인중의 취득재

산 등이 이것이다.

공유재산에 대하여는 지분의 양도 및 분할청구가 가능하며 양도함에 있어서 공유자에 우선적인 구입의 권리가 부여된다.

4. 소유권의 보호

법률이 허가하는 범위내에서 소유자에 의하여 행하여진 점유, 사용 및 처분의 권능행사는 보호된다. 이러한 보호를 통하여 국가 집체 공민의 재산이 침해되지 아니하도록 하고, 각자가 재산을 충분하게 이용하여 생산 및 생활상의 수요를 충족시키게 된다. 이와 관련하여, 소유권의 보호는 중국의 개개의 법률부문의 공통의 임무라고 까지 지적되고 있다. 사실상 중국의 여러 법령들도 소유권의 보호에 관한 규정을 두고 있다. 예컨대, 중국형법은 「사회주의적 전인민소유의 재산 및 노동대중의 집단소유의 재산을 보호하고 공민의 개인적소유의 합법적 재산을 보호한다」라고¹¹⁾ 규정하고, 재산침해법에 대하여는 형사제재를 과한다. 이것에 대하여 중국민법통칙은 민사소송을 통한 소유권의 보호를 규정하고 있는 바, 소유권자는 재산의 침해에 대하여 법원에 제소하는 것에 의하여 보호를 구할 수 있다. 소유권의 민법상의 보호방법은 다음과 같다.

(1) 소유권확인 청구

재산소유권의 귀속에 관한 다툼에 대하여는 당사자는 소유권의 확인을 구하여 제소할 수 있다. 이러한 소유권확인 청구는 소유권보호를 위한 독립의 방법이며, 기타의 방법으로 대체될 수 없다. 구체적인 사건에서는 제1차적으로 재산권의 귀속문제를 확인할 필요가 있으며, 그 후에 구체적인 보호방법을 사용할 수 있다. 예컨대, 甲이 그 반환을 구하는 제소를 인민법원에 한 경우, 법원은 먼저 사실을 확인하고, 甲, 乙 어느 쪽에 소유권이 귀속되는가를 확정한다.

(2) 원상회복청구

재산이 위법하게 損壞된 경우, 회복가능하면 소유자는 가해자에게 회복을 요구하여 재산의 원상회복을 청구할 수 있다.

11) 형법 제2조.

(3) 원물반환청구

재산이 위법하게 타인에게 점유된 경우, 소유자는 불법점유자에게 원물의 반환을 청구할 수 있다. 이것은 일반적으로 중요한 소유권의 보호방법이다. 행사에 있어서 유의해야 할 점은 다음과 같다.

- 1) 청구의 상대방은 불법점유자, 즉 법률상의 근거가 없는 점유자이다. 합법적 점유자의 합법기간내의 점유에 대하여는 본소송은 제기될 수 없다. 예컨대, 가옥임대차계약의 유효기간중의 임차인의 점유 등이 그것이다.
- 2) 원물이 반드시 존재하여야 한다. 본소송의 대상은 소유자의 점유를 이탈한 특정물이다. 원물이 소멸되어 반환불가능한 경우에는 그것에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.
- 3) 비소유자가 원물을 제3자에게 이전한 경우, 소유자는 제3자에게 반환을 청구할 수 있다. 이 문제는 각 상황에 따라 다음과 같이 취급된다. 첫째, 소유자의 의사에 입각하여 원물이 타인의 점유로 될 수 있다. 제3자는 양도인이 비소유자인 것을 알지 못한다에 대하여 과실이 없으면 유효하게 취득한다. 제3자가 유상으로 취득하였는가 또는 무상으로 취득하였는가에 관계없이 소유자는 제3자에게 원물의 반환을 청구할 수 없다. 다만, 위법양도자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이다.

둘째, 소유자의 의사에 입각하여 원물이 소유자로부터 이탈되어 타인에 의하여 위법하게 점유되고 있는 경우가 있을 수 있다. 점유자가 위법하게 제3자에게 이전한 경우, 제3자에게 과실이 없는 한 적당한 대가를 지불한다면, 소유자는 제3자에게 원물반환을 청구하지 못하고 위법양도자에게 손해배상을 청구할 수밖에 없다. 예컨대, 乙이 甲소유의 손목시계를 절도하여 이전한 경우, 丙이 무과실로 유상양수하였다면 甲은 丙에 그 반환을 청구할 수 없고 乙에 손해배상을 청구할 수 밖에 없다. 이와 같이 시장교역의 안전과 민사유통의 정상적인 운용이 보장되고 있다. 반대로 제3자에게 과실이 있으면, 유상으로 취득하였다고 할지라도 소유자는 그 반환을 청구할 수 있다. 제3자의 손해는 위법양도자가 배상한다. 이러한 예로는 甲은 丙에 손목시계의 반환을 청구하고 丙의 손해는 乙이 배상한다. 또한 제3자가 무상으로 취득한 때에는 과실의 유무에 관계없이 소유자는 제3자에게 반환을 청구할 수 있다. 이와 같이 소유자의 권리와 제3자의 합법적 이익과의 조정을 도모하게 된다.

- 4) 불법점유자는 원물의 반환시에 취득한 또는 취득할 수 있었을 수익을 반환하지 않으면 안된다. 불법점유자가 무과실인 경우는 불법점유인 것을 안 이후 취득한 또는 취득할 수

있었을 수익을 반환하여야 하지만, 그 때까지 취득한 수익을 반환할 필요는 없다.

(4) 방해배제청구

재산이 타인에 의하여 위법하게 방해받는 경우, 소유자는 법원에 그 방해의 배제를 청구할 수 있다. 예컨대, 소유자의 허가없이 도로에 물건을 방치하여 소유자의 사용을 방해하는 것, 지하에 구멍을 뚫어 침수된 건물의 수명을 단축시키는 것 등이다. 환경오염은 소유자의 재산 소유권의 행사를 방해할 뿐 아니라, 국민의 신체건강에 직접적인 영향을 미치는 것이며, 방해배제청구권의 대상이 된다. 중국에서는 1979년에 환경보호법(試行)이 공포되어 오염공해에 대한 규제를 입법화하였는데, 동법 제8조는 「국민은 환경을 오염시켜 파괴하는 단위 및 개인에 대하여 감독, 고발 및 고소의 권리를 가진다」라고 규정하고 있다.

(5) 손해배상청구

소유자의 원물이 가해자의 과실에 의하여 소실 또는 損壞된 경우에는 소유자는 손해배상을 청구할 수 있다.

이상의 5가지 보호방법중, 앞의 4가지 방법은 「物權의 訴」의 보호방법이라고 부른다. 그 특징은 소유자가 이러한 보호방법을 사용하여 그 점유, 사용 및 처분의 권능을 충분하게 실현하는 것이다. 이에 대하여 손해배상청구는 「債權의 訴」의 보호방법이라고 부른다. 그 특징은 채권의 발생방법에 의하여 소유자의 손해를 배상하고 소유자의 합법적 권리의익을 보호하는 것이다. 물권의 訴와 채권의 訴는 상호 관련되어 있어 사건에 따라서는 동시에 복수의 보호방법을 사용하여 소유자의 권리를 보호할 필요가 있다.

중국 민법통칙상의 소유권에 대한 보호는 재산소유자의 민사상의 권리와 합법적인 이익을 옹호하기 위한 중요한 방법이며, 기타의 법률의 보호방법에 의하여 대체될 수 없다. 예컨대, 공공재산 또는 개인재산을 침해한 형사사건의 처리는 가해자의 형사책임을 추궁하는 이외에 贓物의 회수와 손해배상은 처리범위 밖에 있다. 이렇게 되면, 피해자의 적법한 요구를 충분하게 만족시킬 수 없다. 민사책임을 추궁하게 되면 형벌은 면제된다는 사고방식은 공공재산 및 국민의 합법적 권리·이익의 유효한 보호를 위해서는 잘못된 것이라고 한다.

한편 중국은 사회주의공유제가 각종의 경제형식의 존재를 배척하는 것은 아님을 계속하여 천명하여 왔다. 실제로, 현재의 중국에서는 개인의 공동경영, 법인의 운영, 중외합작경영기업 및 외자기업의 존재를 인정하고 이들 법주체에 의한 소유가 인정되고 있다. 이에 따라 각각의 법주체간의 평등의 관념도 철저히 실현되고 있으며, 소유권관계에서도 각각의 법주체는 평등하므로 국

가소유권, 집제소유권이 개인소유권에 우선한다는 제도는 원칙적으로 폐지되었다.¹²⁾

5. 국가소유권

(1) 국가소유권의 개념

중국의 국가재산은 사회주의적 전인민소유의 재산이며, 사회주의적 전인민소유제라 함은 프롤레타리아계급독재의 국가가 전인민을 대표하여 생산수단을 소유한다는 형태의 소유제라고 설명되고 있다. 앞서 설명한 바와 같이, 중국의 학자들에 의하면 국가소유권이라는 것은 이러한 사회주의적 전인민소유제의 법률상의 표현이다.

(2) 국가소유권의 발생사유

국가소유권의 발생방법은 다양하지만 주로 다음과 같다.

1) 사회주의 국유화

생산수단의 사회주의공유제는 생산수단의 자본주의사유제와 전적으로 다르다. 후자는 봉건주의사회에서 형성되었으며 전자는 자본주의사회에서 형성된 것이라고 한다. 중국에서는 공산정권의 수립과 더불어, 착취자로부터 생산수단을 박탈한다는 명분하에 혁명적 수단에 의하여 국민당반동정부 및 관료자본가의 재산을 몰수하여 사회주의국가의 소유로 이전하였다. 당시 몰수 통제된 기업은 2850개 정도이며, 최대의 은행, 철도, 다수의 철강공업, 기타의 중요한 중공업 경공업도 국가가 장악하였다.

이와 동시에 「중화인민공화국토지개혁법」은 대규모의 森林, 水利事業, 荒蕪地, 鹽田, 鑛山, 湖水, 바다, 하천, 港 등은 국가가 소유하며, 인민정부가 경영관리한다고 규정하고 있다. 이와 같은 국유화는 건국초기에는 국가소유권발생의 주요한 방법이었다.

2) 중소자본주의기업에 대한 사회주의적 개조

한편 중국은 공산화초기, 민족부르조아계급의 공상업에 대하여는 박탈의 수단을 사용하지 않고, 이용·제한·개조라는 정책을 택하여, 가공주문, 일괄매입·일괄판매, 公私合營 등의 방

12) 野村好弘, 淺野直人, 73페이지

법을 통하여 점진적인 사회주의 개조를 행하였다. 그러나 그 후, 자본주의소유제를 전면적으로 사회주의적 전인민소유제로 전환시키게 되었는데, 특히 1956년에는 모든 工商業의 公私 合營을 실현함으로써, 자본가는 일정한 배당을 받도록 하고, 생산수단은 실제로 전인민소유로 轉換하였다.

3) 국영기업의 확대재생산

국영기업의 확대재생산은 중국의 국가소유권발생의 통상적인 중요한 방법이다. 국가의 사회주의건설사업의 발전에 따라 국영경제의 확대재생산에 의하여 얻은 수입은 국가의 주요한 財 產源이 되고 있다. 현재, 중국의 예산가운데 중요한 부분은 국영기업이 납부한 이윤과 감가상각공제이다.

4) 稅收

세수라 함은 국가가 법에 입각하여 납세의무의 어떠한 단위 및 개인으로부터 징수한 화폐 또는 현물을 말한다. 중요한 것은 기업법인 및 도시와 농촌의 집체경제조직으로부터 징수한 각종 조세, 노동자 또는 기타의 공민으로부터 징수한 조세 등이며 현재, 중외합자경영소득세법, 개인소득세법 등 각종 세법이 제정되어 있다.

5) 국가가 국내에서 행하는 민사활동

국가의 기관 및 기업 등의 단위가 민사유통에 참여하여 집체경제조직 및 공민개인과 행하는 각종의 법률행위, 예컨대, 매매, 공급, 농산물·공산품의 매매, 가공청부, 기타의 각종 계약에 의하여 국가소유권이 발생한다.

6) 징발, 매입, 수용, 몰수 등

징발이라 함은 국가가 법에 따라 집체 및 개인으로부터 무상으로 어떠한 종류의 재산을 취득하는 것이다. 예컨대, 공산화초기 祠堂, 寺院, 敎會, 學校기타의 단체가 농촌에서 소유하고 있던 토지 기타의 공유지, 공상업자가 농촌에서 소유한 토지, 소규모의 토지를 소작경영에 불인자 및 부농의 여분의 토지 등에 대하여 징발하였다. 매입이라 함은 국가가 유상으로 공민 개인 및 집체의 소유권을 취득하는 것이다. 수용이라 함은 국가가 국가적 사업의 필요에 의하여 법에 입각하여 유상 또는 무상으로 재산의 소유권을 취득하는 조치이다. 이 목적을 위한 국가건설토지수용조례가 제정(현재는 토지관리법에 흡수)되어 있다. 예컨대, 법에 근거하여

반혁명분자 및 기타의 형사범죄인의 재산을 몰수하여 국가의 소유로 한다. 또한 벌금은 범죄인에 대하여 일정액의 금전의 지불을 인민법원이 강제하는 형벌이다.

7) 증여

국가는 증여를 받아 재산소유권을 취득할 수 있다. 국가는 국내의 각종 재산을 증여받을 수 있다. 예컨대, 공민이 국가에 대하여 자신이 소유하고 있는 역사문물, 예술품, 서적을 증여하거나, 공민이 유언으로 재산의 전부 또는 일부를 국가에 증여할 수 있다.

(3) 국가소유권의 주체와 객체

1) 국가소유권의 주체

국가소유권의 주체는 중화인민공화국이다. 국가는 국가소유권의 주체로서 유일성과 통일성이라는 두가지 중요한 특성을 가진다. 국가소유권주체의 유일성은 국가의 특수한 지위를 반영하고 있다. 전인민소유제의 재산은 전인민을 대표로 한 국가만이 그 주체가 될 수 있다는 것이다. 중앙 및 지방의 어떠한 국가기관 및 기업, 사업단위도 국가소유권의 주체가 될 수 없다. 국가소유권의 주체의 통일성이라는 특성은 전인민소유제의 성질과 작용에 의하여 결정된다. 전인민소유의 재산에 대하여는 국가만이 소유권을 갖는다. 국가가 집중, 통일적으로 전인민재산을 소유하는 것은 인민전체의 이익을 대표하고 또한 그러한 재산을 통일적으로 관리·지배·사용하는 것을 가능하게 하며, 계획적으로 사회주의건설을 추진할 수 있다.

2) 국가소유권의 객체

국가소유권의 객체는 제한이 없으며 매우 광범하다. 어떠한 재산(모든 생산수단과 소비재)도 국가소유권의 객체가 될 수 있다. 국가소유권의 객체로서는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

- ① 국가만이 소유하는 재산. 예컨대, 광물자원, 水域, 철도, 인공위성, 군용물자, 재외국가 재산 등
- ② 국가의 소유에 속하는 토지, 삼림, 황무지, 저수지, 항, 油田, 공장, 발전소, 운송수단 및 시설, 농장 및 목장, 상점, 창고, 건축물, 비축물자 등
- ③ 국가의 소유에 속하는 문화, 교육, 위생, 과학, 체육 등의 시설, 명승지, 자연보호구 등, 또한 역사문물, 고건축, 古遺蹟, 古生物化石 등
- ④ 국가의 소유에 속하는 고정자산 및 유동자산 등 기타의 재산

(4) 국가소유권의 내용

국가소유권의 내용은 국가재산의 점유, 사용, 처분의 기능이다. 전술한 바와 같이 국가재산의 소유권은 통일적으로 국가에 속하고 있다. 다만, 국가소유권의 통일성은 국가재산의 점유·사용·처분의 모든 기능이 중앙 또는 중앙의 각부문에 집중되어 행사됨을 의미하는 것은 아니다. 국가재산을 합리적으로 경영관리하기 위하여 국가는 기관 및 기업 그리고 사업단위를 통하여 국가재산을 관리하고, 점유, 사용, 그리고 일정한 범위의 처분의 권능을 행사하는 것이다.

1) 국가재산의 관리원칙

통일지도와 分級관리가 국가재산관리의 기본원칙이다. 국가는 중앙에 의하여 집중지도와 지역적합성을 결합하여 중앙집권과 지방분권을 결합한 원칙에 의하여, 중요한 권한은 독점하고 경미한 권한은 분산함으로써, 집중할 수 있는 것은 집중시키고 분산할 수 있는 것은 분산하여, 중앙과 지방의 국가재산의 관리권한을 정확히 구분하여 국가재산을 적절하게 공동관리하고 있다.

國家財産은 하나의 統一體이며, 관리의 중심은 중앙정권이므로, 중앙정권은 지구, 업무, 자연조건, 기술조건의 상이함에 따라 다수의 생산단위조직, 업무조직, 지방조직 등을 포함하여 관리인을 임명·파견하고 그들에게 정책과 법률의 규정 범위내에서 관리권한을 집행하게 된다. 국가기관 및 기업·사업단위가 국가재산을 경영관리함에 있어서는 반드시 국가의 정책 및 법률을 준수하고 통일적인 계획 및 체도를 집행하여 통일적인 지휘에 따르도록 하고 있다. 그러한 통일적 지휘체제의 목적은 당해 단위의 이익보다는 국가전체의 이익을 도모하는데 있다고 한다.

국가재산의 관리체제의 개혁은 당면한 중요한 과제가 되었으며, 80년대 전반까지의 단계에서 중요한 문제가 된 것은 다음과 같다.

- ① 국가재산의 관리체제에서 과도적인 집중이 있어 그것이 각 방면의 적극성을 방해하였다. 그리하여 과감히 권한을 위임하여 지방 및 기업에 국가계획의 지도에 따라 큰 경영자주권을 부여할 필요가 있게 되었다.
- ② 경제법칙에 따라 행동하고 가치법칙의 작용을 중시하지 않으면 안된다. 계획조절과 시장조절과의 결합의 원칙을 실행하고 기업에 대하여 계획의 달성을 전제하여 일정한 범위내에서 생산품의 자기판매를 인정하고 기업이 시장에서의 관심을 갖도록 하였다. 그러므로

次第에 以産定銷(생산이 소비를 결정한다)를 以銷定産(소비가 생산을 결정한다)으로 변화시킬 필요가 있었다.

- ③ 종래의 小而全(적지만 완전)가 「大而全」(크면서도 완전)으로 기업조직을 바꾸고 각종 전문공사 및 연합공사를 발전시켜 專業을 협업으로 조직하여 대생산의 요구에 응하도록 할 필요가 있다.
- ④ 경제적 수단의 기능을 충분하게 발휘하도록 하여야 한다. 엄격한 경제책임과 계약원칙의 엄격한 집행을 행한다. 또한 재정과 은행의 기능을 충분하게 발휘하도록 한다. 또한 각 지에의 분배, 공급, 지급 등을 무상으로 행하여 경제책임, 경제효과, 경제계획 등을 고려하지 않는 현물지급제도라는 관리방법을 중단하여야 할 필요가 있다.
- ⑤ 당과 정부와 기업을 구별하지 아니하여 당이 정부를 대신하고 정부가 당을 대신하는 현상을 당의 일원적 지도에 따라, 업부가 수행되도록 하였다. 다시 말해서 級을 나누고 분업을 하여 각 개인이 책임을 지도록 하여 심사·상벌·昇進의 제도를 엄격하게 실행하며 사상정치활동과 노동자의 물질이익을 결합하여야 할 필요가 있다는 전제에 입각하고 있다.

2) 국가기관·국영기업·사업단위의 국가재산관리를 위한 권한과 책임

① 권한

국가는 국가기관, 국영기업, 사업단위에 대하여 국가재산을 경영관리하는 권한을 가진다. 국가기관·국영기업·사업단위는 국가재산관리에 관한 법률의 규정에 따라 국가로 부터 경영관리를 위임받은 재산에 대해 사용·수익의 권리를 갖는다. 또한 그들은 그러한 권한이 침해된 경우, 인민법원에 소송을 제기하여 보호를 청구할 수 있다. 법률의 규정에 따라 자기의 관리에 속하는 재산에 대하여 경영권을 갖고 독립적으로 경영활동을 행할 수 있다. 예컨대, 국영기업은 계획과 市場需要에 입각하여 자신이 처한 조건을 고려하여 자주적으로 생산과 판매의 계획을 수립할 수 있다.

국가가 국가재산의 관리권한을 授權한 단위는 모두 독립의 법인이 되며 이들 단위는 민사유통에 참가하여 법률행위를 행하는 권한을 가지고 또한 자신이 관리하는 재산에 대하여 법에 따라 일정한 처분권을 행사할 수 있다. 국가의 법률은 국가재산에 관한 경영관리를 위임받은 기업의 경영권을 보호하며 국가가 통일적으로 정한 것이 아닌 한, 기업은 어떠한 단위 또는 개인이 자신에게 할당하는 각종의 사회적 노무와 경비에 대하여는 이것을 거절할 수 있다. 이들에 의하여 발생한 손실에 대하여는 기업은 관계있는 단위에 대하여 변상을 요구할 수 있다.

보복을 받은 경우에는 주무기관 또는 사법기관에 그 시정을 요구할 수 있다.

② 책임

국가기관·국영기업·사업단위는 법률 및 법령의 방침 및 정책을 성실하게 수행하여 계획적으로 유동자산을 사용하며 엄격하게 재정규율을 준수하고 재정부문과 은행을 감독을 받도록 요구되고 있다. 또한 그들은 국가가 수립한 계획을 확실하게 실행하고, 품질·수량·시기를 지켜 국가가 부여한 임무를 완수하고 국가에 대하여 일정한 이윤 또는 세금을 적시에 납부하여야 한다.

한편, 경영관리를 개선하고 경제계획을 강화하고 재원을 개척하여 지출을 절약한다는 전제하에 최소한으로 物力·財力·人力을 소비하고, 이와 같이 자신이 관리하는 국가재산이 재생산과정중에 확대·증대되도록 할 것을 요구받고 있다.

3) 고정자산과 유동자산

관리의 대상인 국가재산은 고정자산과 유동자산으로 구분된다. 고정자산은 국가가 기업에 대하여 행한 고정투자이며, 공장의 건물·기계·운반도구 등의 설비가 여기에 속한다. 고정자산이 되기 위해서는 다음과 같은 조건이 있다. 그것이 생산과 경영과정에서 부과된 역할이 비교적 장기간 지속되는 것이며, 특히 점차적으로 소모되는 것이어서 감각상각이라는 형식으로 생산비에 반영되는 것이므로써 그 가치가 일정액 이상이 되어야 한다. 기업이 현재 정하고 있는 고정자산액표준은 기업규모의 대소와 생산조건에 따라 다르며, 고정자산액표준보다 낮은 것은 유동자산으로 처리된다. 기업이 점유·사용하는 고정자산은 과거에는 무상이었으나, 현재는 경제관리체제개혁의 실행대상이 되고 있는 일부 단위에서는 유상으로 점유·사용하도록 하는 방법이 시도되고 있다. 이러한 경우, 법률의 규정에 따라 고정자산세를 납부하여야 하며, 이로써 고정자산의 이용율을 높이게 된다.

유동자산은 기업이 생산활동을 하는데 필요한 전제조건이며, 생산과정에서 지불되어야 할 화폐와 관련된 것이다.

국가재산을 고정자산과 유동자산으로 구분하는 법적 의미는 다음과 같다. 기업은 유동자금을 점유·사용·처분하는 권리를 가지며, 고정자산에 대하여는 잉여부분에 대하여만 집단소유제의 기업 및 사업단위, 또는 기타 국영기업단위에 유상으로 양도할 수 있고, 중요한 고정자산에 대하여는 양도시에 국가의 주권기관의 인가를 얻어야 한다. 기업의 부채는 유동자산으로 변제하여야 하며, 고정자산으로 변제할 수 없다. 법원은 채무의 강제집행사건에서 기업의 유동자산에 대하여만 강제집행할 수 있으며 고정자산은 강제집행의 대상이 되지 아니한다. 국영

기업은 당해 기업의 재무제도에 따라 유동자금이외에 일정한 용도를 정한 특별기금 및 특정용도지출금을 가지고 있다. 예컨대, 기본건설투자, 감가상각적립금, 大修理積立金, 獎勵基金 등이다. 기업은 이들 자금을 엄격하게 구분하여 관리 사용하게 된다.

4) 광물자원과 草原·牧場

광물자원은 모두 국가의 소유에 속하며, 그것이 집단소유 토지의 지하에 있는 경우에도 마찬가지이다. 광물자원의 개발시에는 집단소유의 토지인 경우에는 집체의 토지소유권과, 또한 국가소유지인 경우에는 지면의 사용권과 지하광물자원의 探鑛權이 각기 충돌하지만, 국가는 토지소유권을 발동함으로써 해결할 수 있다. 국가는 자신이 채광할 수 있는 권리를 갖지만, 양이 적거나 분산되어 있는 약간의 광물자원에 대하여는 일정한 계획과 허가절차에 따라 일정한 범위를 정하여 자원과 환경을 파괴하지 아니한다는 조건하에 무상 또는 유상으로 집단소유제의 단위 및 공민에게 채광하도록 할 수 있다.¹³⁾

초원과 목장은 국가의 소유이다. 종래의 농업정책 중에는 火田造成이 중요시되고 초원이 경시되었으나, 중국공산당 제11기3중전회 이후 목축업도 중시되었다. 草原法과 民法通則은 초원에 대하여도 다른 생산수단(예컨대 토지, 森林 등)과 마찬가지로 모두 2종류의 소유제, 즉 전인민소유제와 집단소유제를 명문으로 규정하고 있다.

(5) 국가소유권에 대한 보호

중국에서는 사회주의적 전인민소유제가 국민경제에서 중요한 위치를 점하고 있다는 점에서 국가소유권의 보호는 대단히 중요한 의미를 갖는다. 민법통칙상의 소유권보호에 관한 일반규정은 모두 국가소유권에 대하여 적용된다. 조정에는 특별히 다음과 같은 보호가 부여되었다. 첫째, 불법점유된 국가재산의 반환청구에는 점유인의 과실유무에 관계없이 또는 점유인이 직접 점유한 것인가 불법적인 양도에 의하여 점유하였는가의 여부에 관계없이 국가는 반환청구를 할 수 있다. 다만, 반환청구할 수 있는 대상은 생산수단과 古跡物에 한한다. 일반생활자료에 대하여는 수량이 적고 점유가 고의에 의한 것이 아닌 경우에는 善意的 轉得者의 절실한 이익을 고려하여 그 자에게 원물의 반환을 청구하지 아니하고, 轉得者가 아닌 직접 불법점유한 자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

무과실의 공민 및 집체조직에 대하여 재산반환에 의하여 손해를 준 경우에는 적당한 보상을

13) 民法通則 第81條.

하지 않으면 안된다. 선의의 轉得者는 그것을 매각한 자로부터 대금을 반환받을 수 있으며, 매각한 자가 대금을 변제할 능력이 없는 경우, 관계국가가관이 적당한 보상을 할 수 있다. 둘째, 불법점유된 국가재산의 반환청구에는 시효가 적용되지 않는다. 세째, 국가와 집체 또는 개인간에 소유권에 관한 다툼이 발생하였으나 귀속을 실제적으로 확정하는 방법이 없는 경우, 국가의 소유로 추정된다. 다만 당해 재산을 국가의 소유로 추정한다는 판결이 내려진 후 충분한 증거에 의하여 제3자의 재산이라는 사실이 입증된 경우에는 재판감독절차를 통하여 원판결을 취소하고 제3자의 소유권을 확정하게 된다. 네째, 국가의 소유에 속하는 고정자산은 어떠한 자의 청구에 의해서도 강제집행이 허용되지 않는다. 국가소유권을 침해한 자는 민사책임(예컨대, 원물의 반환 및 손해배상)을 질 뿐만 아니라, 행정법규 또는 형법의 규정에 위배된 경우에는 행정처분 또는 형사처분을 받게 된다.

그런데 민법통칙은 각각의 법주체의 평등을 규정하고 있기 때문에 국가재산에 대한 이상과 같은 특별한 보호가 여전히 부여되는 것인지가 문제가 된다. 이러한 특별한 취급은 원칙적으로 폐지되었다는 주장도 있으나,¹⁴⁾ 공민 또는 집체의 재산과는 달리, 국가재산에 대한 강제집행이 실현가능하다고 보기는 어렵다는 점에서 수긍하기 어렵다고 본다.

6. 勤勞大衆의 集團所有制

(1) 근로대중의 집단소유권의 개요

1) 意義

근로대중의 집단소유제는 전인민소유제와 더불어 생산수단의 공유제를 구성한다. 근로대중의 집단소유권은 근로대중의 집체경제조직이 자기의 재산에 대하여 占有·使用·處分の 권한을 가지고 있다. 집단소유제는 농촌에서는 농업상호협력운동의 발전에 의하여 발생한 것이다. 농업합작화(協同化)는 개별적인 小農生産에서 집체생산으로의 발전을 유도하고 소유제의 변화를 유도하였다. 農業合作化의 初期에는 土地를 출자하고 이에 따라 분배를 받고 대규모의 가축, 대형 농기구에 대하여는 有償으로 合作社(協同組合)의 財産이 되도록 하였다. 合作化의 정도가 진척되고 高級合作社가 되면 토지·농구 등의 생산수단은 모두 合作社의 집단소유가 되었다. 그 밖에 合作社의 財産의 중요한 원천은 合作社의 社員의 노동에 의한 축적, 국가의

14) 野村好弘, 淺野直人, 中國民法の研究, (東京:學陽書房, 1987), p. 75.

자금지원 및 농토조성에 대한 투자이다.

城鎮에서는 수공업자, 서비스업자, 소매상등을 각종 형식의 합작조직을 통하여 집체경제에 갈음하게 한다. 공업·수공업의 합작사의 성립시에는 사원은 주요한 工具, 原料, 製品을 시장 가격으로 환산하여 출자한다. 이것이 入社費 및 出資金을 초과한 경우에는, 합작사에 양도하거나 임대라는 형식으로 처리한다. 社員의 자기사용의 手工工具는 개인소유이다. 서비스업자·소매상인 등은 각자의 설비 자금을 출자하여 합작상권 등의 집체경제조직이 되었다. 이러한 집단소유권의 내용은 최근의 경제개혁에 의하여 크게 변화하였다.

2) 근로대중의 집단소유권의 특징

집단소유권의 주체는 집체경제조직이다. 집체경제조직이 단일의 주체로서 소유하게 됨으로 인하여 조직의 구성원은 단독으로 소유권을 행사 할 수 없다. 또한 국가도 소유권을 행사할 수 없다.

집체경제조직의 내부에서는 구성원의 생산수단에 대한 占有關係는 평등하며, 각 집체경제조직간에는 각각 위치한 조건에 따라 불평등하다.

최근의 경제조정·체제개혁에 의하여 다양한 생산책임제가 실행됨에 따라 도시 및 농촌의 집체경제단위내에서도 노동방식·경영방식이 수시로 변화하고 있는 상황에서, 이것들을 소유제와 관련시켜 정확한 법률상의 지위를 파악할 필요가 있다.

집단소유권의 내용은 공민의 個人所有權보다 광범하고 국가소유권보다는 협소하며, 국가이익을 위하여 제약을 받는다. 또한 집체조직의 종류·임무·경영의 범위의 차이에 따라 각각의 조직의 소유권의 내용도 다르다.

한편 근로대중의 집단소유권은 公民의 個人所有權보다는 광범하지만, 국가소유권보다는 협소하다. 국가가 독점적으로 소유하는 재산은 집단소유권의 객체가 될 수 없다. 다음에 열거한 것들이 집단소유권의 객체가 된다. 첫째, 법률에 의하여 집체가 소유하도록 규정한 토지 및 삼림, 산지, 초원, 황무지 등이다. 둘째, 집체경제조직의 재산. 셋째, 집단소유의 건축물, 농지 수리시설 및 교육·과학·문화·위생·스포츠 시설 등이다.

3) 근로대중의 집단소유권의 작용

농촌은 집단소유제경제를 근간으로 유지되며 도시집체기업은 국영기업의 유력한 보조수단이 되고 있다. 집체기업의 투자는 적은 반면에 수익이 높아 국가자금의 축적에 이바지하고 있다고 한다. 이리하여 법률은 집체경제를 보호하는 것은 국민경제의 발전에 중요한 의의를 갖

는다는 전제하에 집단소유권을 보장하고 있다. 집체기업은 실제로도 도시노동력의 취업문제의 해결에 큰 도움이 되고 있다.

뿐만 아니라, 집단소유권의 보장은 증대하는 물질적 문화생활의 수요를 충족시키는데도 긴요하다고 간주되고 있다. 왜냐하면 집체화된 농민·집체경제조직의 노동자는 인구의 다수를 점하고 있고, 이러한 자들의 생활에 필요한 것은 집체경제에 의하여 공급되기 때문이다. 또한 전인민소유제 단위의 노동자에게 필요한 일상생활의 물자도 대부분 집체경제에 의하여 공급된다. 그러므로 중국에서는 집단소유제가 단순히 전인민소유제를 보충하는 위치에 불과한 것이 아니라 양자는 대등하게 중요하다고 평가되고 있다.

(2) 농촌집체경제 조직의 소유권

1) 意義

농업·임업·목축업·어업 및 농산물가공·기계수리 등의 부업을 포괄하는 농업·공업·상업이 상호 결합한 사회주의집체경제조직으로서 농촌인민공사가 구성되어 있다. 농촌인민공사는 公司·生産大隊·生産隊의 各級 所有로 구성되는 三級所有制를 실시하고 生産隊를 기본생산단위로 하고 있다. 그러므로 이러한 「生産隊를 기본으로 하는 三級所有制」는 생산력의 발전 단계에 적합한 것이 되었다.

인민공사의 성립후 몇년동안은 공사를 기본으로 하는 제도가 실시되어 생산에 증대한 과적을 가져왔다. 이에 대하여 1962년에 「농촌인민공사工作條條正草案」이 제정되어 「生産隊를 기본으로 하는 三級所有制」를 실시하게 되었다. 그러나 문화대혁명중에는 객관적 경제법칙을 부정하여 기본생산단위를 무리하게 이행하여 인민공사를 일체화하는 정책이 취하여졌다. 이것에 의해 농업생산이 크게 피해를 입게 되었으며 四人幫이 축출된 직후에는 「生産隊를 기초로 하는 三級所有制」의 유지가 강조되었다. 그후의 개혁에서는 농촌의 행정조직과 경제조직의 분리가 이루어진 결과, 종전의 인민공사는 해체되어 행정기관과 집체경제조직으로 구분되고 후자는 生産大隊, 生産隊 또는 농업생산합작사 등으로 칭하여지게 되었다.

종전의 공사·생산대대 생산대의 삼급은 각각 자신의 재산에 대하여 독립적인 소유권과 관리권을 가졌다. 三級の 각각의 조직간에는 조직상의 관계가 있으나 각각 독립된 관리주체였다. 各級은 법률상으로 별개의 법인으로서의 자격을 갖고 있었다.

各級間에는 물자의 교환 및 경제협력을 행하는 경우 自由意志·互惠 等價有償의 원칙을 견지하여 無償調達을 하지 않았다. 따라서 上級은 下級에 대하여 생산관리상의 지도와 감독의

책임을 진다. 그러나 上級은 下級의 재산에 대하여 처분권을 갖지 않으며 無償으로 占有 또는 使用하지 않는다. 국가도 各級의 재산을 무상으로 수용하거나 처분할 수 없다.

各級의 재산의 주체는 各級의 組織이며 개개의 社員이 아니다. 財産의 관리는 各級의 관리 위원회가 民主的 集中制의 원칙에 따라 權限內에서 집행한다. 幹部라 할지라도 개인의 의사로 점유·사용·처분할 수는 없다.

人民公司의 해체결과 이러한 三級所有制는 영향을 받게 되어 그러한 상태는 유동적이라고 지적되고 있다.

그러므로 농촌의 집체경제조직의 재산으로 중요한 것은 村(중전의 公司)이 경영하는 기업, 村이 건설한 농업수리시설, 대형의 농업기계, 적립금 및 村이 소유하는 토지·삼림 등이 포함 되어 있다. 또한 과거의 生産大隊가 소유한 토지 삼림과 大隊가 심은 木, 비교적 대형인 농업 기계·기구, 운송설비, 大隊가 경영하는 企業, 合同積立金 등이 포함된다. 이와 더불어 과거의 生産隊가 소유하는 토지, 농업수리시설, 생산공구, 운송시설, 가축, 산림, 초원, 生産隊가 경영하는 농업·임업·목축업·어업·부업 및 기타의 용도에 사용되는 설비와 그러한 생산물 등이 포함된다.

이들중에는 과거의 生産隊에 의한 集團所有制는 현단계의 농촌의 기본적인 소유제이며, 주요생산수단은 과거의 生産隊의 소유로 하고 있었다. 그러나 舊公司등의 소유에 속한 재산은 줄곧 行政組織인 村의 集團所有財産으로 유지되어 그 사용·수익의 권한이 토지경영집체조직에 부여되는 형식을 취하고 있다.

2) 농촌의 집단소유권의 내용

집단소유권의 내용은 집체경제조직이 법에 의하여 소유하는 재산에 대하여 향유하는 권리와 경영관리면에서 상대적으로 독립된 자주권을 갖는다는 점을 중심으로 설명될 수 있다. 국가계획하에서 법률의 규정과 집체이익의 요구에 따라 재산의 점유·사용 처분의 권리를 행사하는 것이다.

法律은 점유권이 제3자의 침해받지 않도록 보호하고 있다. 어떠한 單位 個人이 집체 경제조직의 재산을 위법하게 무상조달하거나 上級의 집단소유형식 또는 전인민소유형식으로 이행하도록 집체경제조직에게 강요하는 것은 점유권을 침해하는 것이다. 어떠한 單位 또는 個人도 동의를 얻지 않고 임의로 점유할 수 없다. 生産 또는 생활의 필요에 의하여 生産隊의 토지 및 기타의 재산을 점유하는 경우, 자유의사·호혜의 원칙 및 等價有償의 原則에 의하여 처리하여야 한다.

集團經濟組織은 계획경제를 위주로 하고 市場調節을 보충적으로 시행한다는 원칙에 따라 생산계획을 수립하고 민사법률행위를 통하여 관계 單位와 생산물의 판매계약을 체결할 수 있다. 국가·집체·개인의 이익을 충분히 고려함으로써 固定投資資金을 위한 留保權과 社員·職員 노동자에 대한 분배를 결정하고 집체경제조직의 收益의 배분을 적절하게 행할 권한을 가진다. 또한 公益金(사회보험과 후생복지사업에 사용하기 위한 資金)을 운용하여, 社員·職員·勞動者를 위하여 복리사업 등을 행할 권한을 가진다.

3) 農業生產責任制

중국정부가 건전한 농업생산책임제를 도입한 목적은 일반 대중의 대단히 복잡한 생산관계의 변혁을 유도한다는 데 있었다. 集體經濟體制에 장기에 걸쳐 존재하던 병폐를 극복하기 위해서 노동조직, 報酬計算方式 등의 측면에서의 개조를 통하여 생산관계를 부분적으로 調整하고 과도한 관리의 집중, 경영방식의 극단적 단일화라는 결정을 시정한다는 것이다.

이러한 변혁을 거쳐, 현재의 중국농촌의 주체적인 경제형식은 상이한 경영방식을 갖는 집체경제이며, 국영농장 및 가정경제가 그러한 집체경제와 병존하고 있다. 이러한 다양한 사회주의 농업경제주체는 생산력의 발전과 사회주의 우월성을 발휘하는데 필요하다는 인식에서 비롯된 것임은 물론이다.

1982년에 이르러, 전국의 농촌의 90%이상의 生產隊가 다양한 형식의 생산책임제를 채택함으로써 대규모의 변화가 생겨났다. 中國의 공산당은 중국의 농업을 발전시키기 위해서는 사회주의 농업의 집체화와 公有制를 고수하고 생산책임제를 변함없이 시행하여야 할 것임을 강조하고 있다. 생산책임제가 집체경제조직의 소유관계에 미치는 영향에 대하여는 다음과 같이 설명할 수 있다.

4) 농업생산책임제의 성질

현재 시행되고 있는 농업생산책임제는 다음과 같은 것을 포함하고 있다. 부분적인 請負制(小段包工定額計數), 專業請負形式의 生產量聯係責任制(專業承包產計酬), 生產量係個人請負制(產到) 등이다. 이것들은 모두 사회주의 경제의 구체적인 形式이며 사회주의 농업경제의 구성부분이다. 各戶請負制라 함은 『生產隊의 통일지도, 통일계획, 통일보배라는 前提下에 전부 또는 대부분의 耕地를 각 호에 배당하여 재배시키고 기본적으로 各戶를 작업 단위로 하여 생산하는것』을 말한다. 各戶經營制는 통일경영·통일보배를 행하지 않고 생산과정 전체를 별개의 농가가 담당하여 책임생산량 이상의 생산물은 모두 농가가 취득하는 제도이다. 이러한

各戶經營制는 合作化 이전의 소규모 사유개인경제와는 다른 것이다. 各戶經營制를 토지를 각 가족에게 토지를 환원시키고 집체재산을 분할하여 농지를 배분하여 개인책임으로 생산하는 것으로 보는 것은 근거없는 것이다.

이러한 각호경영제의 형식은 일부 지방에서 시행된 후, 경영방식의 변화를 보게 되었으며 기본적으로는 개별경영, 손익자기부담으로 변하였다. 다만, 다음과 같은 근거에서 볼 때 각호경영제가 私有的個人經濟라고 볼 수 없을 것이다. 첫째, 그것이 公有制의 기초에 입각한 것이며 농가와 집체간의 관계는 청부관계이며, 둘째, 국가계획의 틀내에서 이루어지며 어떠한 경우에는 통일계획하에서 농업기본건설을 추진하기도 한다. 셋째, 수익면에서 집체와 개인의 양자의 이익을 배려하여 일정한 公共留保有分이 존재하며 혁명희생자와 군인의 유족 그리고 노인·병자·고아·과부·신체장애자(五保戶) 및 기타 곤궁한 가족의 생활을 위하여 통일적으로 분배한다.

① 公有制의 유지

생산책임제를 다음과 같은 면에서 실시하는 것은 공유제를 완벽하게 하는 유력한 시책이며 공유제를 약화시키는 것이 아니다. 첫째 생산책임제는 토지의 집단소유제를 유지하여 경지의 보호와 경지의 합리적 이용에 이바지한다. 둘째, 집체에 의하여 대형농기계·수리시설을 통일적으로 관리·사용하도록 한다. 셋째, 생산의 발전을 도모하고 社員의 생활수준을 부단히 높인다는 것을 전제로 하여 집체의 경제력을 증대시킨다. 넷째, 노동에 따라 분배한다는 원칙을 준수한다는 것이다.

토지의 집단소유를 견지하는 문제에 대하여는 다음과 같은 것이 강조되지 않으면 안된다. (i) 집단소유의 경지, 원예지, 林地, 草地, 水面, 황무지 등의 사용은 집체의 통일적계획·분배에 따르며 어떠한 單位 또는 個人도 私적으로 점유할 수 없다. (ii) 집체가 사원의 장기적 사용을 위하여 배정한 自營地·自營山·宅地의 소유권은 당연히 집체에 속한다. (iii) 社員에게 위탁된 토지는 계약의 규정에 따라 집체의 통일적 계획에 입각하여 생산에 사용되며 위탁된 토지에 가옥을 짓거나 묘지를 만들거나 토양을 제거하는 것은 엄격히 금지되며 매매·임대·양도는 허용되지 않는다. 이상의 것이 지켜지지 아니하는 경우에는 집체는 권리를 회수하거나, 사원이 경영할 여력이 없거나 다른 업종으로 전업한 경우에는 집체에게 반환하여야 한다. (iv) 기관·기업·단체·부대, 학교는 점유하는 경지의 관리를 엄격하게 하여야 한다. (v) 집체의 토지 위의 공공건축물, 생산시설, 수목 및 기타 공공재산을 보호하여야 하며 그러한 재산을 편취하거나 사적으로 분할하거나 파괴한 자는 엄중한 제재가 가해진다.

② 생산량과 노동량에 따른 報酬計算

보수계산의 문제는 집체경제조직이 그 재산관계를 처리하는 중심적 문제이며, 집체과 사원의 쌍방의 이익에 관계되고, 집체경제의 발전에 결정적인 의의를 갖는다.

생산책임제를 실시한 후, 시간과 노동의 태도에 의한 보수계산 등 현재의 생산력의 상황으로부터 이탈한 계산방법을 시정하여 생산량에 따른 보수계산 방법이 이에 같음하도록 하는 것이 각지에서 확대되었다. 현재는 생산량에 따라 보수계산을 실행하고 있는 것이 生產隊 전체의 80%이상을 점하고 있다. 이러한 보수방법은 집체와 개인의 이익을 조화시키고 집체의 통일적 경영과 노동자의 자주경영이라는 쌍방 모두의 적극성을 동시에 보장한다는 점에서도 긍정적인 평가를 받고 있다.

③ 契約制度를 통한 국가계획과 농민의 생산계획에 대한 통일적배려원칙

농업은 중국의 국민경제의 중요한 구성부분이므로 계획조절을 무시할 수 없다. 그러나 식량, 면화 등의 상품은 통일매입·판매정책이 폐지되어 느슨한 指導的 計劃에 입각하여 청부계약이 중심이 되어 있다. 계약제도를 적용하여, 계약을 통하여 농민의 생산계획을 국가계획의 범주에 편입시키는 것은 생산성의 제고라는 면에서도 바람직하다고 간주되고 있다.

④ 농촌집체경제조직의 소유권의 발생방법

社員이 자발적인 의사에 따라 무상으로 제공한 토지, 유상으로 제공한 기타 주요생산수단, 社員이 제공한 출자금등을 통하여 농촌집체경제조직의 소유권이 발생하는 것이 가장 일반적인 현상이지만, 집체경제의 확대재생산, 국가의지원과 투자 등에 의하여도 집체경제조직의 소유권이 발생한다. 그밖에도 농촌집체경제조직의 各級組織이 매매등의 법률행위를 통하여 재산을 취득할 수 있음은 물론이다.

⑤ 村社(社隊)集團企業의 所有權

村社의 기업단위는 各級の 집체경제조직이 단독으로 또는 공동으로 투자하여 설립한 것이다. 그러나 村社集團企業은 독립적으로 경제계산을 행하는 집체경제조직이다. 그러므로 한편으로는 그 자체가 농촌집체경제조직의 집단소유권의 구성부분이기도 하다.

村社集團企業은 主管部門의 심사에 의한 同意 또는 工·商行政部門의 심사에 의한 인가를 얻어 법인자격을 취득하고 재산에 대한 소유권을 갖는 독립된주체로서 민사상의 법률활동을 수행할 수 있다. 村社集團企業間 또는 全人民所有制單位 등 어떠한 單位와의 경제거래는 自由意思·互惠의 원칙, 等價有償의 원칙에 입각하여 이루어져야 하며, 그 재산은 투자를 한 농촌 집체경제조직의 소유가 된다. 농촌집체경제조직들이 공동으로 설립한 기업은 독립의 재산소유권을 구성하는 것이 아니며 재산권의 주체는 기업자신이 아니다. 이러한 기업은 최근 크게 발전하여 그 업종도 養殖, 農副產品加工, 農機工業, 採鑛, 건축, 운송, 봉제, 수리, 식품, 여관, 목

욕탕 등 다양하다. 村社集團企業은 공장장의 청부생산제, 기업노동자집체의 청부제, 개인청부 또는 임차제 등 기업의 규모에 따라 다양한 형식의 생산책임제하에 운용되고 있다.

(3) 城鎮의 근로대중의 집단소유권

城鎮의 집체기업·집체사업은 근로대중이 자주적으로 조직하며, 공업기업, 상업기업과 수리·서비스업의 기업 그리고 병원, 극단, 탁아소 등의 사업단위를 포함한다. 이들 단위는 단독경영되기도 하고 협동경영되기도 한다. 區·縣·국이 관할하는 대규모 집체기업도 있다.

집체기업·집체사업의 경제활동의 의의는 다음과 같은 점에서 높게 평가되고 있다. ① 중소기업의 기업 및 수공업생산에서 집체기업이 점하는 지분이 크다. ② 일용품 및 수공업품의 생산에 점하는 비율이 높으며 이것들은 외화의 획득에도 이바지하고 있다. ③ 집체경제의 발전은 취업문제의 해결에 이바지한다. ④ 농촌의 인근소도시의 집체기업의 발전은 도시와 농촌의 경제교류를 촉진하여 양자의 차이를 축소시킨다.

이상과 같이 집체기업·집체사업은 사회주의건설에서 중요한 역할을 수행하기 때문에 법률에 의하여 그 소유권이 보호된다. 법인자격을 구비한 모든 기업 사업단위는 독립하여 민사활동을 수행할 권리의무의 주체가 된다. 그러므로 그러한 주체가 소유하는 고정자산·유동자산 등의 일체의 재산은 보호의 객체가 된다.

城鎮의 집체기업·사업은 다음과 같은 방법에 의하여 소유권을 갖게 된다. 첫째, 집체합작조직의 집체기업으로의 轉化,¹⁵⁾ 둘째, 부인 또는 퇴직자의 자발적인 조직,¹⁶⁾ 셋째, 집체기업의 이익과 확대재생산, 네째, 국가의 용자, 설비, 건물 등의 물질적 지원

城鎮의 집체기업·집체사업단위는 자신이 소유하는 재산에 대하여 점유·사용·처분의 권리를 갖는다. 다시 말해서, 생산·경영 및 이익의 분배에 대하여 자주권을 갖는다. 이러한 면에서 집체기업·집체사업단위는 이익과 손실에 대하여 자기책임을 지는, 즉 독립적으로 경제계산을 행하는 조직이다. 합작화이후, 집단소유제기업은 기본적으로 자주권을 상실하였다. 통일적인 손익계산은 무상조달의 성질을 갖는 것이다. 많은 “대집체”는 상급주관부문에 의하여 통일적 계산을 행하며, 이것은 실제적으로 城鎮의 집단소유권에 대한 침해이다. 손익의 자기계산은 단순한 경제계산의 형식의 문제는 아니며, 소유제와 긴밀하게 관련되어 있는 것이며 城鎮의 집체경제의 기본적 특징에 의하여 결정되고 있다. 이것은 그 자체 城鎮의 집단소유권

15) 1950년대에 성립한 수공업생산합작사·합작상점이 城市區·縣의 주관부문의 관할에 속하며 집체의 공업·상업·서비스업기업으로 轉化되었다.

16) 집체의 공장·상점·식당·탁아소 등.

의 중요한 내용의 하나이다. 금후에는 집체기업간에도 무상조달·평균주의는 허용되지 아니할 것이다.

집체기업의 재산소유권은 집체기업의 경영관리자주권을 통하여 더욱 보장될 것이다. 집체기업의 소유권을 승인하지 않는다면, 그 자주권의 보호는 물론이고 소유권도 공허한 것이 되고 만다.

경영자주권은 소유권의 구체적인 내용을 구성하며 양자는 밀접한 관련을 가지고 있다. 경영자주권에는 이하의 것을 포함한다. 1) 국가계획의 지도하에 시장의 수요에 따라 스스로 생산 또는 경영종목을 조정하는 권한, 2) 국가가 배분하는 물자 이외에 원자재를 구입하는 권한, 3) 노동자에 대한 수익배분권한, 4) 노동자의 민주적 관리권한이다.

집체기업·집체사업단위의 이익의 배분은 자체적으로 결정하며 주관부문이 통일적으로 이익과 손해를 인수하거나 임의로 유용할 수 없다. 세금 및 이익으로부터 상납분을 공제한 나머지는 이윤유보와 생산의 발전 및 복리사업의 운영 및 장려금의 지급에 사용될 수 있다.

집체기업·집체사업단위의 운영에 대하여는 대중노선과 민주적 관리라는 원칙하에 모든 조직구성원의 의견과 제안을 충분히 고려한다.

(4) 합작사

합작사와 기타의 합작조직은 도시와 농촌의 근로대중이 자주적으로 조직한 집체경제단위이다. 이들은 농업·수공업·상업·서비스업·건축업·금융업 등을 수행한다. 주요 합작사로는 다음과 같은 것을 열거할 수 있다. ① 수공업생산합작사, ② 서비스합작사(서비스의 내용은 인쇄, 촬영, 위생 등 다양하다), ③ 운송합작사,¹⁷⁾ ④ 소비합작사,¹⁸⁾ ⑤ 농업생산합작사,¹⁹⁾ ⑥ 농업생산합작사,²⁰⁾ ⑦ 신용합작사,²¹⁾ ⑧ 합작상점과 수리서비스업.²²⁾

17) 합작화의 과정에서 다음과 같은 종류의 조직이 구성되었다. 합작소조는 주관부문에 의하여 화물의 통일분배, 통일운송, 통일배치되었다. 초급합작 조직은 운송수단을 출자하여 통일운입, 統一配送, 통일배치, 통일계산을 실시하고 손익을 공동부담하며, 출자액에 따라 이익배분을 하였다. 운송합작사는 운송수단을 합작사의 집체소유로 하여 출자에 의한 이익분배가 아니라 노동에 따른 임금지급방식을 채용한다.

18) 당과 정부의 직원 등이 일용생활품의 구매를 위하여 조직한다.

19) 인민공사의 3급소유제가 해소된 地域에서는 生産隊가 이에 갈음하고 있다.

20) 농촌의 노동인민이 자주적으로 조직한 집체상업조직이다. 農副產品의 매입 및 생산용구, 일상소비용품 등을 판매한다.

21) 농촌의 노동인민이 자주적으로 조직한 금융기관이다. 인민공사원 및 생산대에 대하여 예금과 대부를 행하고 중국농업을 발달기관이 되었다.

22) 부식품, 잡화품, 음식, 수리, 여관, 이발 등의 업무를 수행한다.

이들 집체경제조직은 각 방면에서 국영의 조직을 보조함으로써 대중의 생활의 편익에 공헌한다는 점에서 긍정적인 평가를 얻고 있다. 또한 실업자의 취업문제를 해결하는데도 이바지한다. 국가는 집체기업 집체사업조직에 대해서와 마찬가지로 합작사 등의 집체조직에 대하여도 집단소유권을 인정하고 법률의 보호를 부여하고 있다. 법인가격을 구비한 합작조직은 독립적으로 경제계산을 행하고 이익과 손실에 대하여 자기책임을 부담하며, 독립된 민사상의 권리의무의 주체로서의 법률적 지위가 보장된다.

① 합작사의 내용과 권리

집단소유의 각 합작조직은 독립의 소유권을 향유하며 경영관리의 측면에서도 완전한 자주권을 갖는다. 각종의 합작조직은 경제계산의 단위로서 이익과 손실에 대하여 자기책임을 진다. 결산시에는 손실이 발생한 경우, 집체의 구성원이 공동으로 부담한다. 이익은 정관의 규정에 따라 분배된다. 공공적립금과 공익금을 적립하여야 하며, 이러한 용도의 자금은 다른 용도로 유용될 수 없다. 이윤의 대부분은 연말에 직원·노동자에 대한 이익배분으로 지출되며 이것은 노동에 따른 보수의 원칙에 따라 처리된다. 입사 시에 납입하는 출자금에 대하여는息的 배당이 행하여진다.

합작조직의 중요한 경영관리활동은 사원대회 또는 대표대회를 통하여 행하여져야 한다. 여기에는 계획의 수립, 대규모생산설비의 도입, 중요한 계약의 체결, 연말의 이익분배 등이 포함된다. 합작사의 소유권의 발생원인으로서는 다음과 같은 것을 들 수 있다. 1) 개인노동자의 생산수단의 집체화, 2) 출자금과 입사비, 3) 생산경영의 수입과 축적, 4) 국가의 지원 등이다.

(5) 근로대중의 집단소유권의 보호

집단소유권에 대한 침해형태는 다음과 같이 분류할 수 있다. ① 집체경제조직의 재산에 대하여 위법하게 평등주의를 적용하여 무상조달을 행하는 경우, 여기에는 무상의 점유, 유용, 자유의지에 의하지 아니한 임차, 不等價의 협동이용 등이 포함된다. ② 경제법칙 및 집체조직의 다수의 구성원의 의지에 반하여 소유권을 이전하는 경우,²³⁾ ③ 법정절차에 반하여 수용, 강제매입, 국유화되는 경우, ④ 위법적으로 집체경제조직에 각종의 비용을 징수하거나 지방의 독자적인 정책에 따라 가격을 인하하여 매입하는 경우, ⑤ 집체재산을 낭비하고 집체재산을 사용하여 접대하는 경우, ⑥ 집체경제조직의 구성원이 규정에 위반하여, 자영지, 飼料地, 宅地

23) 여기에는 生産隊基本計算制를 생산대중 또는 公司基本計算制로 이행하도록 강제하거나 집체소유제로부터 전 인민소유제로 이행하도록 강제하는 것 등이 포함된다.

등을 확대하는 경우, ⑦ 집체재산을 점거, 훼손 또는 위법하게 침해하는 경우.²⁴⁾

집단소유권은 민법통칙상의 일반적인 보호를 받을 뿐만 아니라, 개인소유권보다 우월성이 인정된다. 집체재산이 공민에 의하여 불법적으로 점유되고 있는 경우, 일반적으로 시효의 제한을 받지 아니하며 집체조직이 이것을 발견한 때에는 어떠한 경우에도 소송을 제기하여 반환을 청구할 수 있다. 또한 집체조직과 공민간에 재산에 관한 다툼이 있는 경우, 그 재산이 당해 공민의 것인가 아니면 제3자의 것인가에 대하여 증명할 수 없을 때에는 집단소유에 속하는 것으로 추정된다.

7. 공민의 개인소유권

중국의 1978년 헌법은 「국가는 공민의 합법적인 수익, 저축, 가옥 기타의 생활자료의 소유권을 보호한다」(제9조)라고 규정하고 있었으며 1982년의 현행헌법 제13조 제1항은 「국가는 공민의 합법적인 수익, 저축, 가옥 및 기타의 합법적인 재산의 소유권을 보호한다」라고 규정하고 헌법상의 개인적 소유권보호의 대상을 「생활자료」로부터 「합법적 재산」으로 확장하였다. 그런데 여기에서 말하는 「기타의 합법적 재산」에는 「개인이 소유하는 것을 법률이 금지하지 아니하는 생활자료 및 생산수단」이 포함된다.

(1) 공민의 생활자료소유권

1) 의의

사회주의사회에서는 생산수단은 원칙적으로 국가 또는 집체의 소유에 속하지만 공민의 생활자료에 대한 소유가 배제되는 것은 아니다. 즉, 사회주의소유제를 확립할 당시, 폐지의 대상이 된 것은 생산수단의 사유제일 뿐이며, 생활자료에 대한 개인적 소유는 국가와 법률의 보호를 받고 있다는 것이다. 이와 같이 법률이 공민의 생활자료소유권에 대하여 보호를 부여하는 것은 「생산의 발전에 따라 공민의 물질 및 문화생활의 개선을 법적으로 보장하고 또한 공공재산의 축적에 관심을 기울여, 사회주의건설에 참가하도록 공민의 적극성을 환기하는데도 중요한 역할을 한다」라고 지적되고 있다.

24) 여기에는 무상으로 노동력을 징발하거나 소속된 집체조직의 생산량을 허위로 보고하여 집체조직에 손해를 준 경우 등이 포함된다.

2) 특징

사회주의국가에서의 공민의 생활자료소유권은 역사상 존재하였던 유형의 사유제와는 본질적으로 구별된다. 공민의 개인적 생활자료에 대한 소유권은 사회주의공유제로부터 파생되는 것이다. 사회주의공유제에 의하면, 生産手段과 社會的 富의 확대를 위하여 노동자의 노동의 성과의 일부가 사용되고, 나머지 부분은 소비자자료로서 노동자가 소비하게 된다. 한편 생활자료는 개인의 노동에 의하여 획득된다.²⁵⁾

그런데, 공산주의사회의 전단계에 속하는 사회주의단계에서는 생산수단을 점유하는 것만으로는 사회의 생산물의 분배에 참여하는 것은 배제되며, 생산력의 발전수준이 낮고 경제, 도덕 및 문화의 면에서 舊사회의 병폐가 잔존해 있고 아직은 「필요에 따라 분배」할 조건이 구비되어 있지 않기 때문에 공민이사회를 위하여 수행한 노동의 질과 양에 따라 생활자료를 분배받을 수 없다고 한다.

한편 중국의 법률이 공민의 생활자료소유권을 보호하는 목적은 생활자료를 이용하여 공민의 물질·문화생활의 수요를 충족시키는 것이라고 한다. 그러므로 공민은 생활자료소유권을 행사함에 있어서 반드시 개인의 이익과 공공의 이익의 결합의 원칙과 국가의 법령을 준수하여야 할 뿐만 아니라 자신의 이익만을 위하여 노동규율에 위반하여 공공의 이익, 공공도덕, 국가, 집체의 이익 및 타인의 이익을 손상시켜서는 안된다는 점이 강조되고 있다.

3) 객체

공민의 생활자료소유권의 객체는 생활자료에 한한다. 생활자료라 함은 본인 및 가족의 의식주와 문화, 오락의 필요 등에 직접적으로 사용되는 소비적 성질의 재산을 말한다. 예컨대, 공민의 주택, 의복, 가정일용품, 텔레비, 도서, 잡지 등이 여기에 속한다. 이에 대하여 생산수단이라 함은 직접 생산에 사용되고 물질재화를 창조하는 재산, 예컨대, 토지, 경작용가축, 농기구, 공장건물, 기계, 원료, 자금 등을 말한다. 주요한 생활자료라 함은 다음과 같다.

첫째, 합법적인 수입이다. 합법적인 수입이라 함은 공민이 법률이 허용하는 범위내에서 자기의 노동 또는 기타의 방법에 의하여 화폐 또는 현물수입을 취득하는 것이다. 현재, 중국에서는 대다수의 공민의 합법적 수익은 사회주의공유제에 입각한 노동수입이며, 이것은 공민의

25) 사유제사회에서는 생산수단과 노동자가 분리되어 생산수단을 점유하는 소수의 착취자가 노동자의 노동의 성과를 무상으로 취득하지만 사회주의 국가인 중국에서는 생산수단의 공유제를 채택함으로써 그러한 顛倒된 상황도 정상적으로 되돌려 놓았다고 한다.

생활자료의 기본적인고 또한 중요한 源泉이다. 이러한 합법적 수입에는 임금, 장려금, 원고료 및 합법적인 법률행위에 의하여 취득된 수입, 예컨대, 매매, 증여, 상속에 의하여 취득된 재산 및 생활용건물의 임대료, 은행예금의 이자 등이 있다.

둘째, 저축이다. 저축은 국가가 국민의 유희자금을 축적하여 사회주의건설 사업에 사용하는 데 중요한 수단이 된다고 한다. 국민의 개인적 저축은 강제적인 것은 아니며 자발적인 의사에 따라 이루어지고 원금과 이자에 대하여 당해 국민이 소유권을 갖는다. 이러한 원칙에 의하여 인민법원의 재결 또는 인민검찰원의 허가가 없는 한 국민의 개인적 저축에 대하여 조사하거나 그 지출을 정지시킬 수 없다.

세째, 가옥이다. 과거 중국에서는 사인의 가옥에 대하여 사회주의적 개조(공유제)가 행하여져 개조기준 이하의 가옥은 국민의 생활자료의 범위에 속하는 것으로 개인소유를 인정하였다. 또한 최근에는 도시에서도 노동자의 가옥 소유정책이 시행되고 있다. 이러한 국민의 개인적 소유 또는 사용에 속하는 가옥은 도시와 농촌에 관계없이 어떠한 단체, 기관, 또는 개인도 불법적으로 침입·차압·점거·파괴할 수 없다. 건설의 필요에 의하여 공민소유의 가옥을 철거 또는 전용하지 않으면 안되는 경우, 국무원의 民家收用規定에 따라 소유자에 대하여 합리적인 보상 또는 그에 상당한 대체가옥을 제공하여야 한다. 국민의 자신의 소유가옥을 매각할 수 있으며 일시적인 非使用時에는 임대하고 합리적인 임대료를 지급받는 것이 허용된다.

네째, 기타 각종 생활자료이다. 국민이 소유하는 생활자료의 범위는 대단히 광범한 것이어서 前述한 것 이외에 현재, 법률이 금지하지 아니하는 개인 및 가정의 생활필수품에 속하는 모든 것은 개인재산소유권의 객체가 되며 법률의 보호를 받는다.

(2) 개인노동자의 생산수단소유권

1) 농민의 가정부업재산소유권

1978년 헌법은 「인민공사의 집체경제가 절대적인 우위를 점하는 것을 보증한다는 조건하에 인민공사구성원은 소규모의 자영지와 가정부업을 경영할 수 있으며, 收畜區에서는 소량의 가축을 보유할 수 있다」²⁶⁾라고 규정되어 있었으며 政司分離(인민공사가 집체경제조직임과 동시에 鄉에 갈음하는 말단의 행정구역이었던 政司合—상태로부터 양자를 분리시켜 鄉을 부활시킴과 동시에 인민공사를 독자적인 집체경제조직으로 전환시킨 현행헌법에서는 「농촌집체경제조

26) 第7條 第2項.

직에 참가하는 노동자는 법률이 정하는 범위내에서 자영지, 自營山, 가정부업을 경영하고 가족을 사육하는 권리를 가진다」라고 규정하고 있다.²⁷⁾

그러므로 농민의 가정부업재산은 법률상 기본적으로 공민의 생산자료와 동등한 위치에 있으며 어떠한 단위, 개인도 근거없이 이에 간섭할 수 없다. 그러나 양자는 서로 다르다. 왜냐하면 농민의 가정부업소유권의 대상은 생활자료에 한하지 아니하며, 예컨대 농민이 소유하는 농기구, 도구 등과 같이 생산수단에 속하는 것도 있으며 이것들을 사용하여 어떠한 종류의 생산 및 교환활동에 종사하기 때문이다.

그렇지만 농민의 가정부업은 비농업의 개인경제와는 달리 집체경제의 긴밀한 부속물이며 집체경제의 발전에 영향을 주지 아니한다는 것을 원칙으로 하고 있다. 그런데 생산책임제의 도입, 政司分離의 시행에 따라 농촌의 상황은 크게 변화하게 되어 생산청부제가 정착되어 가고 있음에 주목할 필요가 있다.

2) 비농업의 개인노동자의 생산수단소유권

중국에서는 비농업의 개인노동자가 존재하며 그 수가 날로 증가하고 있다. 그들은 주로 수공업, 수리업, 음식, 일용잡화품의 판매에 종사하는 상인이다. 이들 개인노동자에 의한 경제활동도 공유제경제를 활성화하는 등 그 역할이 부과되어 있다고 인정되어, 민법통칙은 이들을 個人工商戶로서 명문으로 규정하고 있다. 1978년의 헌법이 「국가는 비농업의 개인노동자가 도시 또는 농촌의 말단조직의 통일적 안배와 관리에 따라 법률이 허용하는 범위내에서 타인을 착취하지 아니하는 개인노동에 종사하는 것을 허용한다. 동시에 그들을 단계적으로 사회주의 집체화의 과정으로 인도한다」²⁸⁾라고 규정하고 있었던데 반하여 현행헌법은 「법률이 정하는 범위내의 도시, 농촌 노동자의 개인경제는 사회주의공유제경제의 보완물이다. 국가는 개인경제의 합법적인 권리 및 이익을 보호한다」²⁹⁾ 또한 「행정관리에 의하여 개인경제를 지도, 지원 및 감독한다」³⁰⁾ 규정하고 있다. 개인공상회의 생산수단소유권은 법률의 보호를 받으며 그 생산·경영활동은 국가, 집체 및 기타 공민의 이익을 해칠 수 없다.

27) 第8條 第1項 後段.

28) 第5條 第2項.

29) 第11條 第1項.

30) 第11條 第2項.

(3) 국민의 개인적 소유권에 대한 보호

국민이 취득할 수 있는 노동임금 기타 노동수입을 불법적으로 차압하는 것은 허용되지 아니하며 국민의 식량 및 국가에 의한 공급물품인수증을 불법으로 거래하는 것은 허용되지 아니한다. 한편, 국민이 일상생활의 요구를 충족시키기 위하여 개인재산을 이용하여 매매, 임대차, 기타의 일체의 민사활동을 행하는 것은 법률에 의하여 금지되거나 사회공공의 이익에 저촉되지 아니하는 한, 국가의 승인과 보호를 받게 되며, 어떠한 기관, 개인에 의하여도 간섭을 받지 아니한다.

국민이 자신의 개인재산권이 침해당한 경우, 다른 소유권이 침해된 경우와 마찬가지로 인민법원에 소유권의 확인, 원상회복(방해배제) 및 손해배상 등의 소송을 제기하여 그 보호를 구할 수 있다.

8. 상린관계

(1) 상린관계의 개념

상린관계라 함은 인근의 소유자 또는 점유자가 각각의 토지 또는 토지상의 자연물, 건축물에 대하여 소유권 또는 점유권을 행사하는 경우, 상호간에 편의를 제공하는데 제한을 받아서는 안된다는 원칙에 따라 발생하는 권리의무관계를 말한다. 그러한 권리의무관계를 권리의 각도에서 보는 경우, 상린권이라고 부른다. 이러한 관계는 중국에서는 최근에 대단히 중요시되고 있다. 어떠한 권리의 행사도 모두 절대적·무제한한 것은 아니며 법률이 허용하는 범위를 초과할 수 없다. 상린관계는 실질적으로는 소유자 또는 점유자에 정당한 합법적 이익을 손상하지 않고 상대방의 합리적인 필요성을 배려하고 편의를 제공하는 것이며 국가와 집체, 국민 모두에게 이익을 주는 것이라고 한다.

(2) 상린관계의 법률적 특징

상린관계는 다음과 같은 법률적 특징을 갖는다. 첫째, 상린관계는 주체는 상호간에 인접한 또한 근접한 소유자 또는 점유자이며, 국민, 법인을 불문한다. 이러한 관계의 발생은 항상 자연조건과 관련되어 있다. 예컨대, 갑과 을의 각 생산대의 토지가 하나의 하천의 兩岸 또는 둘로 구분된 구획에 존재하는 경우, 갑과 을의 생산대간에는 수력자원을 어떻게 이용할 것인가를 둘러싸고 상린관계가 발생한다. 둘째, 상린관계의 객체는 일반적으로 소유권의 객체 그자

체는 아니며 소유권을 행사하는 것에 의하여 파생되는 이웃과의 관계에서 갖는 경제적 이익 또는 기타의 이익이다.

(3) 상린관계의 의의

상린관계자는 토지 또는 토지상의 자연물 또는 건축물이 인접하고 있기 때문에 권리를 행사하게 되며 경우에 따라서는 이익의 충돌이 발생하여 분쟁이 생겨날 가능성이 있다. 이러한 상황은 공민상호간에 발생할 뿐만 아니라 법인 상호간 또는 공민과 법인간에도 발생할 수 있다.

(4) 각종 상린관계의 일반적 준칙

1) 상린환경보호관계

공업화의 발전에 따라 환경오염의 요인은 날로 증가하고 있어 환경오염과 생태계파괴의 방지는 중국의 4대현대화건설에서도 중요한 과제가 되고 있다.³¹⁾ 환경보호법 및 기타의 관련법령의 규정은 모든 기업사업단위가 三廢(廢液, 廢가스, 廢棄物)와 방사성물질을 폐기하는 경우, 국가가 정하는 기준을 초과할 수 없고 인접한 단위와 개인의 합법적 권익을 침해하지 아니하도록 하고 있다. 상린관계자가 糞尿, 汚水를 버리거나 부패물, 유독물, 약취물 등을 堆積하는 경우에는 이웃이 거주하는 건축물과 일정한 거리를 유지하거나 적당한 방호조치를 취하여 오염의 발생과 이웃의 생산 및 생활에 영향을 초래하지 아니하여야 한다. 이러한 의무에 위반한 단위 및 책임자에 대하여는 정황에 따라 달리 처리된다. 정황이 경미하여 일반적이 손해를 초래한 자에 대하여는 손해배상을 지불하도록 명하게 되며 오염과 파괴의 정황이 중대하여 예컨대 타인의 상해·사망을 초래하거나 農·林·漁業 또는 副業에 중대한 손해를 준 경우, 경제책임 이외에 행정책임과 형사책임을 추궁당하게 된다.

또한 상린관계자는 高音·騒音·騷亂·振動 등에 의하여 이웃의 업무, 생활에 영향을 주어서는 안되며 그로 인하여 피해를 입은 자는 관계지도관에 그 是正을 구할 수 있다.

2) 상린용수·배수관계

상린관계자는 水의 자연적 흐름을 변경시켜서는 안된다. 또한 당사자의 일방이 水流의 방향을 변경시킬 필요가 타방의 水利用에 영향을 미치게 될 경우, 타방의 동의를 얻어야 하며 또

31) 상린권은 中國에서도 대단히 중요한 의의가 있다고 지적되고 있다. 王家福 外, 現代中國涉外取印論, (京都: 法律出版社, 1990), p. 43. 參照.

한 그로 인하여 발생하게 될 손해를 대하여 적절한 보상을 하여야 한다.

인접하는 각 당사자는 自然의 流水의 이용에 대하여 합리적으로 분배하고 공동으로 사용하여야 할 뿐만 아니라 水源에 여유가 있는 低地의 당사자는 水를 역류시켜 高地의 排水에 영향을 미쳐서는 아니되고 水源이 부족한 경우 高地의 당사자는 水源을 통제하여 低地의 이용을 제한하여서는 안된다. 이상과 같이 중국에서의 상린용수·배수관계는 우리나라와 차이가 없다.

3) 상린의 통행관계와 官線(파이프·電線)설치관계

인접한 당사자 일방의 건축물 또는 토지가 자연조건 또는 행정구역의 변경에 의하여 이웃의 토지에 둘러싸이게 되거나 이웃의 토지를 통행하지 않으면 안될 경우 이웃은 통행을 허용하여야 한다. 또한 역사적으로 형성된 통로에 대하여는 토지소유자 또는 사용자는 임의로 이것을 폐쇄하여 이웃의 정상적인 통행을 방해하여서는 안되며 통로를 변경하지 않으면 안될 경우, 이웃의 동의를 얻어야 한다.

인접한 당사자 일방이 電線·埋設파이프의 설치를 위하여 타방의 토지를 사용하지 않으면 안될 경우에는 타방은 이를 허용하여야 한다. 그러나 사용한 당사자는 공사종료후 원상을 회복하여 하며 그러한 설치로 인하여 상대방에게 미친 손해에 대하여 적절한 보상을 하여야 한다.

4) 상린위험예방관계

인접하는 당사자 일방이 자신의 토지에 건축물을 짓기 위하여 溝, 貯水池, 貯水用穴 등을 조성하게 되는 경우, 상대방의 재산의 안전에 주의를 하여야 하면 이로 인하여 이웃의 沈降·崩壤시키거나 이웃의 건축물에 손해를 주어서는 안된다.

인접하는 일방의 건축물 또는 기타의 시설에 설계 또는 시공상의 중대한 결함이 있음에도 불구하고 장기간 그러한 결함의 수리를 미루고 방치함으로써 위험을 초래할 우려가 있는 경우, 타방은 상대방에게 그러한 위험의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 취하도록 요구할 수 있는 권리를 갖는다.

5) 상린경계 및 경계선상의 竹木의 歸屬關係

인접하는 당사자가 토지·草地·도로·宅地를 사용하는 경우, 경계가 불분명하여 분쟁이 발생한 때에는 주관기관의 지도에 따라 역사적 현실의 상황을 침작하여 협의의 통하여 해결하여

야 한다. 인접하는 경계선상의 竹木, 경계를 이루는 溝 등의 소유권이 불분명하여 분쟁이 발생한 경우에는 쌍방의 공유재산이라고 추정하게 된다.

(5) 상린관계처리의 원칙

사회주의공유제에 기초를 두고 있는 중국의 상린관계에서도 많은 모순이 존재하여 각종 분쟁이 발생하고 있으며, 이러한 분쟁은 다음과 같은 원칙에 따라 처리된다. 첫째, 중국에서는 일체의 민사활동은 모두 반드시 통일적으로 계획되어야 하고 국가, 집체, 개인의 3자의 이익을 정확히 결합시켜야 한다는 것이다. 따라서 인민법원이 상린관계분쟁을 처리하는 경우에도 이러한 원칙에 따라 공정하게 처리되도록 요구된다.

둘째, 상린관계는 인접하는 각 당사자의 경제적 이익과 직접 관계가 있으나 분쟁을 처리함에 있어서 중요한 기준은 생산의 발전과 사회주의건설의 속도를 늦추지 아니하여야 한다는 것이다. 따라서 개인의 이익 보다는 공공의 이익이 절대적으로 우선하게 된다고 할 수 있다. 셋째, 주지하다시피 다민족으로 구성된 중국에서는 상린관계의 처리시에 전국의 각 민족인민의 단결을 강화하는데 도움이 되어야 한다는 것도 하나의 기준이 된다. 이러한 경우, 상황 자체가 비교적 복잡하지만 원칙적으로 소수민족의 전통적 관습과 생산·생활방식을 존중하고 민족간의 단결을 고려하여 협의를 통하여 해결하도록 한다.

9. 최근의 기업소유권제도의 변화

(1) 변화의 배경

최근 중국의 경제개혁은 기업소유권제도까지 미치게 되어 사기업이 하나의 반동적인 현상으로 간주되던 시절은 이미 지나가 버린 감마저 든다. 사실 그 시절에는 기업관리기관의 중요성과 영향력은 중국전체에 대하여 엄청난 것이었다. 그러나 경제개혁의 시작과 더불어 종전에는 인정되지 않았던 여러가지 형태의 소유권의 사유화 및 새로운 형태의 소유권의 등장 등 두드러진 변화를 보게 되었다. 많은 집체기업들이 주식을 발행하여 왔고 심지어는 국영기업들까지도 주식발행가능성을 모색하여 왔다. 많은 소규모 국영기업들은 국가가집체에 의하여 또는 개인에 의하여 운영될 수 있도록 임대하거나 매각함에 따라 효율적으로 민영화되어 왔다. 이러한 현상은 소위 소비에트유형의 마르크스경제이론을 이탈한 하나의 혁명에 해당하는 것이라 할 것이다. 그렇다고 할지라도 중국인들은 서구의 자본주의적 소유권제도를 전면적으로 도입하기 보다는 중국의 특성을 살린 특유의 제도를 발전시킨다는데 기본 방침을 두고 있다.

그러므로 중국의 “소유권(ownership)” 또는 “주식회사(stock company)”의 개념이 항상 서구의 개념과 일치되는 것이 아니며, 중국인들이 추진하고 있는 궁극적인 기업소유권제도 역시 자본주의 국가의 소유권제도와는 근본적인 차이가 있을 것이다. 다만 새롭게 변모하고 있는 중국의 기업소유권제도의 특이성 그 자체는 법적인 측면에서는 물론이고 역사적으로 또는 경제학적으로도 관심을 끌기에 충분한 것이다.

여기서는 법적 측면에서 기업소유권제도개혁과 그 전개과정을 중심으로 여러가지 문제들을 다루고자 한다. 특히 우리 기업들이 중국에 직접투자를 하는 경우의 중국측 당사자로 나서게 될 중국내의 기업형태와 권리 의무 등에 관한 연구는 가장 기본적으로 필요한 과제가 아닐 수 없다. 더구나 중국의 법제가 현재 완비된 상태가 아니고 형성되어가고 있는 중이므로 그에 대한 정확한 전망과 대비책이 절실이 요망된다고 본다.

(2) 기업소유권제도의 변천

모든 생산수단이 공유라는 것은 기본적인 사회주의원칙이다. 인민이 착취당하는 것을 막기 위한 최선의 방법으로—공동조직은 자신의 「노동자이자 소유주」를 착취할 수 없으므로—모든 주요한 재산을 인민의 대표(국가 또는 집체)의 소유로 두어야 한다는 마르크스의 신념에서 이러한 원리는 비롯된 것이다.³²⁾ 이리하여 대부분이 국가의 계획에 따라 운용되는 사회주의경제체제 아래서는 모든 중요한 경제적 기업은 공공부문이 소유한다.

중국의 재산소유권제도 역시 이러한 일반원칙에 따라 운용되어 왔다. 중국은 중공정권이 수립된 직후인 1950년대 초반에 거의 모든 중요한 개인재산을 국가소유 또는 집체소유로 이전시키는 급속한 “사회주의화 변혁기”를 경험한 바 있다. 토지는 소작인에 재분배되고 다시 집체에 재이전되었으며 국민당기업은 몰수되었고 외국기업은 국유화되었으며 국민의 자본주의적 기업들은 점진적으로 국가가 매입하였다. 이러한 계획이 마무리되면서 모든 주요한 기업의 개인소유는 사라지게 되었고 사실상 모든 생산수단이 공유기업의 관리하에 있게 되었다.³³⁾

1950년대 이후, 중국의 새로운 중앙계획경제체제 아래에서 기업은 국가의 기관으로서 행동할 수 밖에 없었고 독립된 법인격은 거의 인정되지 못하였으며, 국가가 기업에 관한 모든 중요한 경제적 결정을 내렸던 것이다. 이러한 결정에는 거시경제정책상의 문제 예컨대, 생산량, 이윤률 및 성장률 등은 물론이고 미시경제적 결정 예컨대 각 공장들이 어느 곳에서 물자를 구

32) 1982년 중국헌법 제6조는 “사회주의적 공유제는 인간에 의한 인간의 착취 제도를 제거하였다”라고 규정함으로써 중국은 여전히 사유제에 대해서는 부정적인 시각을 가지고 있음을 밝히고 있다.

33) 개인사용물품은 사유가 허용된다(중국헌법 제6조, 제13조 참조).

입하고 어디에 상품을 판매할 것인가, 가격은 어느 수준으로 책정할 것인가, 또는 무엇을 생산할 것인가 등이 포함되었다. 공장이나 기업 등의 경제단위에는 자유시장체제의 기업들이 재산소유권과 관련하여 갖고 있는 권한이 거의 부여되어 있지 아니하였다. 그러한 권한은 국가가 거의 모든 사항을 결정해 버리기 때문에 기업에 부여될 수 없는 것으로 간주되었던 것이다. 집체는 국영기업이 소유하지 않는 나머지 생산수단을 소유하였다. 집체는 중앙계획경제에 완전히 편입되어 있지 아니한 경우도 없지 않지만, 국가의 수많은 지시를 따르도록 요구되는 것이 보통이었다. 그러므로, 모든 중요한 재산은 공유되고 있었다고 말하는 것이 정확한 표현이라고 할 것이다. 1982년 중국헌법은 3가지 기본형태의 소유권을 인정하고 있다. 전인민의 소유(국가소유),³⁴⁾ 노동자의 집단소유³⁵⁾ 및 개인소유³⁶⁾ 등이 그것들이다.

(3) 기존의 기업소유권제도

1) 국영기업

국가소유는 국영기업, 정부부처 및 일정한 비영리기관에 의한 재산 소유를 말한다. 국영기업은 중국경제에서 지배적인 기업형태이다. 역사적으로 국영기업은 1949년 이후 몰수된 국민당기업, 1950년대 국유화된 외국기업, 사회주의화 과정에서 매각된 개인자본가기업 및 국가에 의하여 설립된 새로운 기업들에서 연유한다. 국영기업은 중공업 분야에서 사실상 독점권을 가지고 있고 대부분의 다른 산업분야를 통제하고 있다. 그들은 중국의 중앙계획경제의 중핵을 이루고 있을 뿐 아니라 가장 발전된 형태의 사회주의기업이다.

국영기업이 보유하고 자산은 그 기업자신이 아니라 국가가 소유하는 것이다.³⁷⁾ 다시 말해서 기업은 단순히 국가의 재산을 이용·관리할 수 있는 권한을 가질 뿐이다. 국영기업의 자산이 국가소유라는 사실은 중앙계획에 의한 경제운용방식과 궤를 같이 한다. 국가는 상품의 구입·판매·장소·지역·가격·생산품목 및 자본시설의 매입 매각시기 등을 포함하여 국영기업의 모든 중요한 경제적 사항을 결정하여 왔다. 국가는 어느 국영기업으로부터 자산을 아무런 보상없이 다른 국영기업에 재배정할 수 있는 권한을 가졌다. 반면에 국영기업 자신은 그 자산을 관리·처분할 수 있는 능력면에서 크게 제한을 받아왔다. “專款專用(특정한 용도를 위한 특정한 자금)”의 원칙이 지배하였는 바, 이는 국영기업에 배정된 모든 자금은 국가가 지정한 용도

34) 중국헌법 제6조 및 제7조.

35) 동 제6조 및 제8조.

36) 동 제1조.

37) 國家工業企業暫定規定(1983. 4. 1. 국무원제정) 제6조.

로만 사용될 수 있음을 의미하는 것이다. 한편, 국가가 국영기업에 배정한 자금과 자산은 크게 2종류로 분류되었다. 즉, 고정자산과 유동자산이다. 고정자산이 매각된 경우 -통상적으로는 당해 기업의 상급기관의 허가를 요한다- 고정자산의 재매입을 위한 절차가 반드시 필요하였다. 마찬가지로 유동자산에 배정된 재매입을 위한 절차가 반드시 필요하였다. 마찬가지로 유동자산에 배정된 자금은 원자재, 재고 및 기타 단기자산의 매입 또는 사소한 생산용도의 물품을 구입하는데 사용되어야 했다. 국영기업은 어떠한 고정자산과 유동자산을 또한 어디에서 매입·매각할 것인지에 관하여 상급기관으로부터 지시를 받았으며 또한 그 모든 연간이익을 국가에 양도하여야 했다. 매년 말에 국가는 국영기업의 고정자산과 유동자산의 수준을 검토하고 필요한 경우에는 그것들을 재조정하기도 하였다.

그러므로 국가가 모든 국영기업의 자산을 소유·관리한다고 해도 틀린 말은 아니다.

2) 집체기업

집체소유라 함은 일단의 개인 -통상적으로는 집단으로서의 노동자 또는 농민에 의한 소유를 말한다.³⁸⁾ 집체기업은 주로 농업·서비스업 및 경공업 등의분야에서 운용되고 있으며 중국 경제에서는 제2차적이지만 중요한 부분을 형성하고 있다. 농업집체는 1950년초 중국공산당정부가 농부들 개개인으로 하여금 재산을 모아 합작사를 구성하도록 요구하면서부터 등장하기 시작하였다. 그 직후에는 국가가 상인 및 기타 개인들로 하여금 그들의 도구와 다른 생산용자산을 모아 都市서비스집체와 경공업집체를 구성하도록 장려함에 따라 도시집체가 형성되기 시작하였다.

집체소유재산은 비록 국가가 소유하는 것은 아니지만 집단소유와 국가소유는 “사회주의공유제”의 형태로 분류되어 개인소유와는 구별된다. 집체기업은 이론적으로는 개인소유와 국가소유의 과도기적인 형태이다. 집체는 그 구성원에 의하여 민주적으로 운영되는 것으로 간주되지만 실제로는 많은 집체들 특히 대규모 집체는 지방정부에 의하여 행정적으로 흡수되어 지방 국영기업과 유사하게 운용되어 왔다. 집체기업의 고정자산의 소유상황은 역사적으로 국영기업의 그것보다 더욱 애매모호한 것이었다. 이러한 애매모호함은 각각의 집체기업의 기원·유형 및 구성이 대단히 다양하다는 사실에 그 원인의 일부를 찾을 수 있다. 그 중 극단적인 예가 지방정부에 의하여 점차 행정적으로 흡수되어 온 대규모 도시집체들이다. 그들의 운영과정, 회계 및 관리는 국영기업의 예를 따라 이루어져서 경제계획에 편입되기도 하였다. 농촌집체와

38) 집체는 다른 집체에 의하여 전부 또는 일부 소유될 수도 있다.

소규모 도시집체들은 성격상 공공성이 약하다. 그들의 운영은 더욱 비정형적인 것이고 독립적이며 계획경제의 밖에서 또는 그 주변에서 이루어져 왔다.³⁹⁾

이러한 다양성에도 불구하고 원칙적으로 집체는 비영리적 소유형태이다. 즉, 그 자산은 집체의 구성원들이 소유하는 것이 아니고 집체 자신이 그 자산을 소유하는 것이다. 1983년 국무원이 공포한 「都市集體暫定規定」은 어떠한 부문 또는 개인이 집체기업의 자금·이익·공장 건물·장비·원료·제품 및 공급품을 사적인 이용을 위하여 이러한 형태 또는 구실로도 무분별하게 양도하거나 남용 보유 또는 분할할 수 없다고 규정하고 있다.

집체의 구성원이 집체기업에 투자한 예가 간혹 있기는 하지만 그러한 투자는 지분투자(equity investment)라기 보다는 대부(loan)와 유사한 것으로 취급되었다. 집체의 구성원이 배당금을 받는 경우에도 그것은 통상적으로 급여와 유사한 “노동배당금” 또는 이자와 유사한 투자에 대한 고정보수의 형태이다. 「도시집체규정」은 집체구성원투자원금은 시간이 경과하면 상환되어야 함을 지적하고 있고 상환 후에는 배당금이 지급될 수 없음⁴⁰⁾을 명시하고 있다. 동규정은 집체가 지급하는 이익배당률은 15%를 초과할 수 없다고 규정하고 있다.⁴¹⁾

대부분의 경우, 집체는 아직도 稅後利益金の 일정비율을⁴²⁾ 일반집체기금에 대한 기여금으로 정부기관에 납부하도록 요구받고 있다. 이러한 기금은 다른 집체들의 생산·운영의 확장 및 집체건설·과학연구·노동자교육·집체의 재난구제 및 집체의 복지시설 등의 지원을 위하여 사용된다.⁴³⁾ 나머지 세후이익금은 당해 집체의 일반적인 생산·운영 용도와 복지 및 노동배당금의 용도로 사용된다. 이러한 집체이익금의 전통적인 일련의 사용순위도 역시 집체의 공공성을 반영해 주는 것이라 할 수 있다.

3) 개인기업(個體戶)

개인경제라고 지칭하는 경우는 개인 또는 가정의 소유와 관련된 경제를 말한다. 역사적으로 중공의 정책은 개인소유의 기업의 집체화를 장려·강요하여 왔다. 1978년 헌법까지도 개인기업은 점진적으로 사회주의집체화되어야 한다고 규정하고 있었다. 이러한 일반적인 정책은 개인소유가 가장 원시적인 생산단계이며 자본주의의 전제라는 관념에 기초하고 있었다. 그러나

39) Tany and Ma, “Evolution of Urban Collective Enterprises in”, China Quartely no. 104(1985) p. 614.

40) 都市集體暫定規定 第15條.

41) 廣東省株式債券行運營辦法(1986. 10. 10 廣東省政府制定) 제11조 역시 국영기업과 마찬가지로 주식자본의 15%를 초과할 수 없다고 규정하고 있다. China Eonmy News, (1986. 11. 3) p. 3.

42) 일반적으로 25%를 초과하지 아니한다.

43) 都市集體暫定規定 第18條.

문화혁명시의 급진적 좌익세력들이 중국경제를 파탄의 궁지로 몰아넣었다는 사실을 자각하여 그후 개인기업의 부활이 허용되기에 이르렀다.⁴⁴⁾ 다만, 개인기업의 존재가 허용되는 때에는 생산수단은 여전히 공공부문의 수중에 있었음을 유의할 필요가 있다.

(4) 개혁하의 기업소유권제도

1) 기업소유권제도 개혁의 목적

중국경제개혁의 주요한 목표는 경제성장을 촉진할 수 있도록 기업에 자극을 주는 방법을 모색한다는 것이다. 중국은 완전한 중앙계획경제는 자발성(initiative)이 결여되어 있어 때로는 낭비적이며 이로울 게 없다는 점을 인식하게 되었다. 이러한 인식하에서 중국정부는 지난 수 년동안 경제적인 잠재력이 있는 기업을 육성하기 위하여 새로운 기업형태를 모색하여 왔고 종전의 기업형태를 개선하여 왔던 것이다. 앞으로 진행될 개혁 과정에서도 공유인 국영기업과 집체기업은 여전히 주도적인 역할을 해나갈 것이지만 한편으로는 이들 기업들도 혁신적인 변화를 겪게 될 것으로 예상된다. 중국은 생산성의 실질적인 제고를 위하여 개인책임과 연결된 개인인센티브(유인)제도를 활용한 농촌개혁의 성공에 크게 고무되어, 이러한 개혁들을 착실히 실천에 옮기고 있는 중이다.

2) 기업자율권과 기업의 자산의 소유권

기업자율권의 확대 움직임은 소유제도개혁에까지 이어지게 되었다.⁴⁵⁾ 소유를 경영과 분리하는 것이 생산성을 자극하는 수단이 된다는 제안이 실천에 옮겨지고 있는 것이다. 기업의 독립성이 확대되면 될수록 기업은 국가가 아닌 실체가 진정으로 소유하게 되고 기업도 자신의 자산을 소유하게 되기 마련이다.

이러한 개혁에 따른 개별경제주체로서의 기업의 자율권증대는 중국법에서 새로 도입된 “법인”으로서의 지위에서도 찾아 볼 수 있다. 1981년 경제계약법에서 중국은 최초로 법인의 개념을 인정한 바 있고,⁴⁶⁾ 그 직후 국영기업, 집체기업 및 중외합자경영기업이 법인으로 인정되기에 이르렀다. 서구국가에서는 전통적으로 기업의 법인으로서의 지위에 채소·응소권, 계약 체결권 및 재산소유권을 포함하여 기업자신의 명의의 많은 권리가 뒤따른다. 한편, 중국의 민

44) 중국공산당정권하의 개인기업에 관한 역사는 D. Solinyer, China Business Under Socialism을 참조.

45) 기업의 자율권의 성질과 소유제와의 모순을 지적한 것으로는 施達郎, “國家所有權與企業自主權之性質,” 中華人民共和國憲法論文集(續集), (香港: 中文大學出版社, 1987), pp. 94~95.

46) 涉外經濟契約法 제2조.

법통칙 제41조는 법인은 “민사능력을 가지고 민사행위를 수행할 수 있는 능력을 가지며 또한 법에 의거하여 독립적으로 민사권리를 향유하고 민사업무를 수행한다”라고 규정하고 있다.

기업의 자율성의 확대는 최근 중국법이 기업의 유한책임을 인정한 사실에서도 쉽게 알 수 있다. 민법통칙 제48조는 “전인민소유제의 기업법인은 국가로부터 경영관리를 위임받은 재산으로 민사책임을 진다. 집단소유제의 기업법인은 기업이 소유한 재산으로 민사책임을 진다. 중의합작경영기업법인, 중의합자경영기업법인 및 전액외자기업법인은 법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 당해 기업이 소유하고 있는 재산으로 민사책임을 진다”라고 규정하고 있다.

상부로부터 간섭을 덜 받으면서 자신의 자산을 관리할 수 있는 기업의 권한의 확대는 더욱 혁신적인 변화를 의미하는 것이다. 국영기업의 고정자산처분에 관한 일련의 법들은 이 점을 더욱 명백히 대변해 주고 있다. 전술한 바와 같이 국가는 아무런 보상없이 어느 국영기업의 자산을 다른 국영기업에 재양도할 수 있었다. 그러나 1979년 財政部는 고정자산을 재양도함에 있어서 일정한 경우를 제외하고는 합리적인 보상을 하도록 하는 법령⁴⁷⁾을 공포한 바 있다. 이 법령에서도 재양도라는 용어가 여전히 사용되고 있는 점으로 보아 양도가 상부의 지시에 근거한 것임을 시사해 주고 있다.

1983년 국무원은 국영공업기업규정을 공포하였는 바, 여기에서는 국영기업이 잉여고정자산을 처분하거나 임대 또는 양도하는 것을 허용하고 있다. 그 후 2년동안 국무원의 1984년 국영공업기업의 자율권확대규정 등 2개의 중요한 법령을 공포하였는 바, 여기에는 국영기업의 자율권을 더욱 확대하는 규정을 두고 있다. 이들 두 법령은 국영기업이 불필요한 유희고정자산을 상부기관의 승인을 받지 아니하고 다른 기업에 매각하거나 임대할 수 있도록 하고 있다. 또한 필요한 장비들 중에서 정밀한 것이 아니거나 선진적인 것이 아닌 경우에는 자신의 수입금으로 구입할 수 있도록 하고 있다. 국영기업은 국내합작사업에의 출자금으로 잉여의 고정자산을 사용할 수 있다. 민법통칙에 국영기업은 자신의 자산을 관리⁴⁸⁾ 할 수 있는 권한을 가진다고 규정하고 있다.⁴⁹⁾

그밖에 기업자율권의 확대에 관한 증거로서, 기업의 감가상각기금⁵⁰⁾은 증가되어 왔고 그 사

47) 財政部の 國營企業間固定資產補償再讓渡實施暫定辦法(1979. 6. 3 제정) 제1조 및 제3조.

48) 규정상의 용어는 經營權.

49) 민법통칙의 기초과정에 직접참여한 어느 인민대학교수의 말에 따르면 경영권이라는 용어는 경영관리권이라는 종전의 표현을 피하고 의식적으로 선택한 것이라 한다. 이러한 표현에는 국영기업의 권한확대를 천명하기 위한 뜻이 함축되어 있다는 것이다. Tong and Zhou, "Discussion of Management Powers of State enterprises, 法學研究(1984년 제3호) pp. 12~13. 동교수의 설명은 다음과 같다. "국가가 재산을 국영기업을 위하여

용에 관한 관리도 기업에 이관되어 왔다는 사실이다. 1979년 이전에는 기업은 고정자산의 감가상각비에 귀속되어야 할 금액 중의 상당부분을 정부에 납부하여야 했다. 1979년 국가가 선별한 국영기업들이 감가상각기금의 70%를 보유하는 것을 허용하는 실험적인 계획을 착수한 후,⁵¹⁾ 1985년에는 이 정책을 모든 국영기업에 확대 실시하였고 보유할 수 있는 감가상각기금의 비율을 인상하기까지 하였다.⁵²⁾

유동자산에 관한 국영기업의 자율권은 이보다 훨씬 확대되어 왔다. 경제개혁과 더불어 국가 계획에 의한 상품생산의 비율이 감소한 까닭에 기업들은 국가계획의 밖에서 자신의 공급선과 시장을 개척하도록 요구받고 있다. 현재는 많은 기업들이 국가계획하에서 원자재의 50% 내지 70% 정도만을 조달할 수 있고 그들의 산출고의 50% 내지 70% 정도만을 국가계획을 통하여 판매할 수 있다. 그러므로 기업은 일반적으로 과거보다 훨씬 큰 독립성과 책임을 가지고 누구로부터 물자를 구입할 것인가, 무엇을 생산할 것인가 누구에게 판매할 것인가 또한 가격은 어느 수준으로 할 것인가를 결정할 수 있다.⁵³⁾

이러한 새로운 기업자율권은 세후이익금의 사용에까지 확대되었다. 「이익금전액의 국가에의 납부제도」로 부터 「국가에의 소득세납부제도」로⁵⁴⁾ 변경됨에 따라 기업은 보다 많은 자유재량적 기금을 보유할 수 있게 되었으며 이러한 기금은 일반적으로 당해 기업이 사용할 5개의 특별용도의 기금으로 배정되도록 요구되고 있다. 즉, 생산개발기금, 신제품개발기금, 유보기금, 복지기금 및 보너스기금 등이다. 한편, 국가가 이들 자금에 대한 통제권을 그러한 특별용도기금의 사용에 대한 제한에 관한 각종 규칙을 통하여 행사하여 왔으나 그러한 기금의 사용에 대한 제한도 점차 완화되어 가고 있다. 예컨대 「국영공업기업자율권확대규정」은 생산개발기금, 신제품개발기금 및 유보기금의 혼용을 허용하고 있다.

기업과산법⁵⁵⁾ 동법이 발효하게 되면 국영기업의 자율독립성이 확대될 수 밖에 없다. 기업

전용하는 순간부터 그 재산은 국가의 국고재산이 아니며 국영기업의 경영관리권의 대상이 된다. 국가는 당해 재산에 대한 직접적인 통제권을 상실하므로 그 재산을 재취득하기 위하여는 당해 국영기업에 보상을 할 수 밖에 없다”.

50) 기업의 고정자산의 일부로 간주된다.

51) 國營企業減價償却率引上 및 減價償却金の改善에 관한 暫定規定(1979. 7. 13. 국무원제정) 제3조.

52) “This Year State Council Will Reduce or Eliminate the Adjustment Tax and Increase Depreciation Fund”, Jinji Ribao(1986. 1. 15) p. 1.

53) 國營工業企業自律權擴大規定 제1조 내지 제4조.

54) 財政部の「國營企業에 의한 利益金納付로부터 租稅納付로의 轉換을 위한 施行辦法」(1983. 4. 12. 국무원 제정) 제1조 및 제2조.; 「이익금납부로부터 조세납부로의 전환확대를 위한 시행관법」(1948. 8. 8. 국무원 제정). 제1조 내지 제3조 제10조.

55) 1986. 12. 2. 제6차 전국인민대표대회 제18차 상무위원회에서 채택한 기업과산법은 동법이 제정될 당시에는

이 자신의 이익과 손해에 대하여 진정으로 책임을 져야 한다면 그들에게 자신의 활동을 관리 하는데 필요한 상응하는 권한이 부여되어야 할 것이다. 그러나, 현재로서는 국영기업은 자신의 자산에 관한 관리권한이 확대되었음에도 불구하고 여전히 자산을 소유할 수 없다. 다시 말해 그러한 자산은 국가가 소유한다. 뿐만 아니라 기업에 더 큰 자율성을 부여하자는 움직임도 사회주의체제의 고수라는 근본적인 장벽으로 심각한 어려움을 겪어 온 것도 사실이다.⁵⁶⁾

그럼에도 불구하고 국영기업은 과거보다는 훨씬 그들 자산에 대하여 소유주와 유사하게 행동하고 있다. 소유제도에 관한 현재의 전반적인 움직임을 볼때 국가소유제에서 기업소유제로 국영기업을 전환시켜 자신의 자산을 소유할 수 있도록 하여야 한다는 보다 전향적인 의견도 제시되고 있음은 그다지 놀랄만한 일은 아니라고 본다.

3) 국영기업의 실험적 민영화

기업소유권개혁운동의 가장 논란이 되고 있는 측면 중의 하나는 국영기업의 소유권을 민영화하여 그 소유권의 일부를 주식형태로 직원·경영자 및 기타의 투자자들에게 제도적으로 개별매각할 수 있도록 하여야 한다는 제안이다. 지금까지 여러가지 실험적인 계획이 각지에서 시행되어, 국영기업들의 소유권의 일부를 직원들에게 매각하는 것을 허용하고 있다. 여기에서 나타난 결과를 보면 직원의 기업소유권참여가 사원의 사기와 동기를 현저하게 개선시켜왔음을 알 수 있다.⁵⁷⁾

국영기업들 중 일부를 민영화하여야 한다는 혁신적인 제안의 기원은 대단히 복잡하게 얽혀 있다. 집체기업에 의한 최근의 주식공모가 거둔 엄청난 성공도 하나의 요소임에는 틀림없다. 중국의 자본시장을 활성화하고 사회에서 자금을 조달하기 위한 독창적인 아이디어들이 모색되고 있는 때에 그러한 제안이 나오게 된 것을 단순히 우연으로만 돌려버릴 수는 없다고 본다. 그러한 제안은 무엇보다도 국영기업을 활성화시키기 위한 전반적인 노력의 일부라고 할 수 있다. 그러한 제안을 지지하는 사람들은 민영화가 직원들이 근무하는 기업에 직접적인 이해관계를 갖도록 함으로써 생산성의 향상을 가져올 것이라고 믿고 있다. 국영기업의 임원 및 직원들은 어느 정도의 소유권을 인정받지 못한다면 그들 기업으로부터 가급적이면 많은 봉급과 그 밖의 단기적인 혜택만을 얻고자 하는데 그칠 것이지만, 일단 당해 기업의 소유주가 된다면 기

아직 입법화되지 않은 전인민소유기업법법이 발효하는 날로부터 3개월이 경과한 후 시행도록 부칙에서 규정하고 있다. 동기업법은 1988. 4. 13. 제정된 바 있다.

56) "Business Should Make Own Decisions". China Daily(1986. 10. 18) at 4. col. 1.

57) "Coina's State Firm Will Experiment with Stock Issues", Asian Wall Street Journal(1986. 3. 4) at 1, col. 3.

업의 장기적인 발전과 수익성을 유지하는데 헌신적으로 노력할 것이라는 근거이다.

기업의 민영화는 소유(정부)는 경영과 분리시키기 위한 방법으로 자율적인 이사회와 설치와 더불어 계속 주장되어온 문제이다. 다시 말하자면 경영자는 국가기관이나 당의 부당한 간섭을 받지 않고 자신의 임무를 수행할 수 있어야 한다는 기조 아래에서 이상과 같은 주장이 거듭되어 왔다. 또한 주식의 발행을 통한 새로운 형태의 “공유”제도의 도입을 제안한 학자도 있다.⁵⁸⁾

그에 의하면 은행·철도·전화·우편·전신 이외의 대규모의 국영기업은 주식회사의 형태를 가져야 한다는 것이다. 물론 이러한 기업으로 전환된다면 주주들이 선임하는 이사회를 구성해야 할 것이며 국가는 어느 정도의 주식을 소유함으로써 당해 기업에 대한 이해관계를 유지할 수 있을 뿐이며, 따라서 정부가 소유하는 주식의 비율은 반드시 50% 이상이어야 할 이론적 근거는 없으며 그보다 훨씬 낮을 수도 있는 것이다.

이러한 주장에 의하면 중국정부는 국가경제에 제1차적인 중요성을 가지는 기업에 대하여만 직접적인 통제권을 행사할 필요가 있으며, 새로운 주식회사에 대한 통제권은 원칙적으로 이사회에 부여되어야 한다. 이 경우 이사회에서는 정부, 다른 기업 및 당해 기업 자신 등 참여집단의 이익을 대표하는 3부류의 주주들이 영향력을 행사하려고 할 것이다.

한편 기업은 자신이 보유한 이익금을 사용하여 당해 기업의 주식을 매입하고 이를 통하여 이사회에서의 대표권을 강화하고자 할 것이다. 이러한 과정에서 교차주식보유(cross-shareholding)제도를 통해 기업들이 대규모적 컨소시움이 등장하여 서로 경쟁을 하게 될 가능성이 있다. 이때는 건실한 컨소시움은 확장될 것이고 부실한 컨소시움은 결국 무너지고 말 것이다. 어찌되었든 기업의 민영화는 직원의 사기를 높이는 이외에도 기업의 경쟁력을 제고시키게 될 것임에 틀림없다.

종전에는 중국에서 기업들에 대한 자원배분이 반드시 효율성이나 수익성에 근거하여 이루어진 것은 아니었고 오히려 역사적인 소비수준이나 관료의 영향력에 좌우되는 경향이 강하였다. 그러나 기업의 민영화가 확대되어 간다면 자율적인 리스크의 평가와 예상보수율 등에 입각하여 투자를 결정하는 독립적인 투자자들이 많이 등장하게 될 것이다. 특히 기업에 진정한 자율권이 부여된다면 그들은 실적에 입각하여 자금조달경쟁을 전개하게 될 것이고 이로 인하여 기업의 동기부여(motivation)와 효율성의 증대가 현저하게 나타날 것이다. 뿐만 아니라 새로운 기업과산법은 그것이 시행된다면 기업의 직원들은 당해 기업의 파산을 두려워하게 될 것이고

58) “A Conception of Reform of the Ownership System in Out Country”, Renmin Ribao, (1986. 9. 26) at 5. col. 1.

기업의 효율적인 경영에 대한 관심은 가중시키게 되는 영향을 미칠 것으로 전망된다.

이와 같이 국영기업의 민영화 실험을 허용한 최초의 문서들 중 하나는 1985년 3월 국무원이 발한 통지(circular)였다. 그 통지 제2조는 “실험적인 도시에서는 일부 대규모의 (국영) 기업들이 직원의 투자를 권유할 수 있다. 다만, 이 경우 배당금에 관한 적절한 규칙을 작성하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이러한 시도는 1986년 「광동성주식 및 채권의 발행운영에 관한 판법」에 의해 한단계 발전하여 구체화되었다. 이 변법은 국영기업, 집체기업, 중외합자경영기업, 국내합자기업에 의한 주식 및 채권의 발행에 관한 상세한 골격을 마련한 획기적인 것이었다.

「광동성주식 및 채권발행규정」은 주식의 성격과 주주의 일정한 소유권에 대하여 다음과 같이 정하고 있다. “주권은 어떠한 기업에 대한 자본투자의 증거이다. 주권의 소유자가 주주이며 기업의 정관에 따라 주주는 당해 기업의 경영에 참여하거나 감독할 수 있고 배당금과 이자를 받을 수 있는 권리를 가진다. 주주의 기업에 대한 경제적인 책임은 당해 주주의 주식인수에 의하여 제한된다.” 「광동성주식·채권발행규정」은 비록 특정한 작업단위의 직원들에게만 발행한 주식은 당해 작업단위 내에서만 양도할 수 있도록 제한하고는 있지만 주식의 양도를 허용한 점에서 획기적인 것임에 틀림없다. 다만, 기업의 주식이 자유롭게 거래되려면 사전에 중국인민은행 광동지점의 허가를 얻어야한다.

한편, 국영기업의 경우에는 발행하는 주식총가치는 당해 기업의 자산총가치의 49%를 초과할 수 없도록 제한함으로써 국가가 항상 과반수의 지분을 보유하도록 요구하고 있다. 주식에 대하여 지급되는 보수는 이자와 배당금으로 구분되는데 연간총이자액과 배당금은 주식자본의 15%를 초과할 수 없도록 하고 있다. 뿐만 아니라 이자로 지급되는 율은 은행의 연간예금이자율을 25%이상 초과하여서는 안된다. 중국에서의 국영기업의 민영화는 많은 정부관료와학자들로부터 완강한 반대에 부딪쳐 온 것도 사실이다. 그들은 국영기업에 대한 국가의 이해관계가 감소하게 되면 “순수한” 사회주의체제로부터 이탈하게 될 뿐이라고 주장하고 과연 직원의 생산성을 실제로 자극하는 효과를 가져올 것인가에 대해 회의를 보이고 있다.

이러한 반대론자들은 국무원으로 하여금 국영기업이 일반인에게 주식을 발행하는 것을 금지시키는 지시를 내리도록 요청하기도 하였으나 이 지시는 아직 외국인에게 그 원본이 입수되어 있지 않다. 다만 국영기업이 자신의 직원들에게 주식이 매각되는 것을 금지하지 않으며, 국영기업이 여전히 채권을 발행하는 것을 허용받고 있다고 한다. 한가지 흥미있는 사실은 일부 집체기업들은 주식의 발행은 허용되지만 채권의 발행은 금지되고 있다는 것이다. 어찌되었든 위에서 언급한 국무원의 지시는 2가지 주된 근거하에서 내려진 것으로 여겨진다. 첫째, 국영기

업의 주식공모는 사회주의로부터의 이탈이라는 우려를 하고 있는 듯 하다. 이로써 집체기업과 국영기업의 취급상 차이점이 어느 정도 드러나고 있다.

둘째, 무제한한 유가증권의 발행은 국가계획 밖에서의 무제한적인 낭비와 무질서를 초래하게 될 것이고 더 나아가서는 금융제도의 통일성마저도 손상하게 된다는 것이다. 이러한 끊임 없는 논쟁이 과연 어떠한 결과로 끝을 맺을 것인지를 예측하기 어렵지만 중국이 다소 느린 속도로 기업의 민영화 실험국면에 접어 들고 있음은 명백하다. 그러나 적어도 국영기업에서의 직원의 소수(49%) 소유제의 실험적인 계획이 계속하여 진행될 것으로 보인다. 물론 시간이 흐름에 따라 중국경제에 대한 거시경제적 통제체제가 개선되고 유가증권의 발행에 관한 법령과 절차가 정비된다면 국영기업주식의 소수부분(49% 이하)을 일반인에게 공모하는 것을 허용할 가능성도 없지 않다.

어찌되었든 현재로서도 국영기업의 실험적 민영화로 인해 국영기업에 관한 본질적인 개념이 변화되고 있으며 특히 직원에게 주식을 매각한 국영기업과 집체기업은 그 차이점을 발견하기 어렵게 되었다.

4) 소규모 국영기업의 민영화

소규모 국영기업을 집체 또는 사인에 의하여 운영되도록 전환시킨 최근의 정책은 그러한 기업의 민영화를 보다 효율적으로 추진하는데 크게 이바지하여 왔다. 「상업제도의 개혁에 관한 보고」와 「상업부문의 산업에 관한 합동보고」에서 중국 정부는 적어도 상업부문에서의 소규모 기업들이 국가보다는 개인이나 개인집단에 의하여 운영될 때 더욱 생산성이 높다는 결론을 내리고 있다. 제7차5개년 계획에는 「일부 소규모(국영)기업은 그 경영을 위하여 집체 또는 개인과 계약을 체결하거나 당해 기업을 임대할 수 있다」라고 명시되어 있다.

국영기업의 경영을 위한 집체와의 계약체결은 당해 소규모국영기업의 성격을 바꾸어 놓는 결과를 가져올 것이다. 현실적으로 그러한 계약을 체결하는 집체는 흔히 당해 국영기업의 원래의 직원들로 구성된 것이며, 합의된 공식에 따라 국가와 제세후 이익금을 분배한다. 당해 국영기업의 최초의 재산에 대한 소유권은 국가에 있지만 새로운 자산과 기금은 계약에 의하여 경영을 하는 집체의 소유가 된다. 만일, 집체가 국가에 의하여 제공되는 유동자산을 사용하도록 허용받고 있다면 집체는 현행은행이자율에 해당하는 사용료를 국가에 지불하는 것이 상례이다.

한편 그러한 기업은 집체기업에 적용되는 8등급화된 소득세를 납부하며 이것은 국영기업이 납부하는 세율보다 유리한 것이다. 뿐만 아니라 그러한 기업은 국영기업에 요구되는 감가상각

기금의 금액의 2분의 1만을 국가에 지불하면 된다. 이에 관한 세부적인 시행은 지방당국에 위임되어 있으며, 이러한 사실은 각 지방마다 현실적인 운용상황이 크게 다를 수 있음을 의미하는 것이라 하겠다.

소규모의 국영기업을 변형시키는 또다른 방법은 이상과 같이 간접적인 방법(집체와의 계약을 통한 경영위임)과는 달리 민영화를 통해 집체기업화하는 것이다. 이 경우에는 당해 기업의 소유권은 국가로부터 집체로 이전된다. 물론 집체는 그 구성원들이 있으며, 국영기업의 자산을 감가상각된 장부가액으로 할부매입하는 것이 일반적이다. 한편 국가는 이러한 새로운 집체기업의 설립을 위한 유가증권의 발행을 허용한다.

그 밖에도 많은 소규모 국영기업들이 그 경영을 위하여 개인에게 임대되고 있음을 유의할 필요가 있다. 국가는(소규모 소매업을 위한)장소를 임차하여 임대차계약을 체결한 후, 임대료를 받고 개인에게 임대하기도 한다. 임차인은 감가상각률에 기초한 임차료를 국가에 납부하고 당해 기업의 직원에 대한 퇴직연금지급을 적립할 책임을 진다. 그러나 임차인은 당해 기업의 세후이익금을 임의로 처분·사용할 수 있다. 임차인과의 임대차행위는 물론 계약에 의해 행하여져야 하며 임차인은 그 계약을 변경할 수 없다.

현실적으로 민영화는 농촌지역의 배급을 위한 네트워크분야에서 먼저 이루어졌다. 농촌지역의 공급 판매협동조합이 최초로 구성된 1950년대에는 그러한 협동조합은 집체기업으로 분류되었으며, 그러나 그 후 상업부의 관할권이 그들에게 점차 강하게 미치게 되고 급기야는 사실상 흡수하는 단계에까지 이르러 경향은 최근에 들어서는 반전되어 그러한 협동조합의 소유권이 공식적으로 그 구성원에 복귀되게 되었다.

5) 집체기업

최근의 경제개혁과정에서 집체기업은 두드러진 자생력과 적응력을 보여왔다. 중국정부는 여러 반면으로 집체의 성장을 지원하는 정책을 수립·시행하여 왔는데, 국영기업보다 집체기업이 더욱 적합한 분야가 있기 때문이다. 국영기업에서의 효율성이라는 심각한 문제를 해소하기 위하여, 중국정부는 서비스업, 소매업, 경제조업을 비롯한 많은 사업분야에서 집체기업이 보다 적합하다는 결론을 내리고 있다. 왜냐하면 집체기업은 국영기업보다 탄력성이 있고 진취적이며 또한 자주적으로 운영될 수 있을 뿐 아니라 집체내의 노동연령에 도달한 젊은이들에게 필요한 일거리를 제공할 수 있기 때문이다. 그러나 가장 중요한 사실은 중국인의 절대다수가 농업집체에 소속되어 있다는 점이다. 만약, 중국의 농촌지역의 공업화를 위한 발전전략이 성공할 수 있으려면 농촌집체기업은 더욱 성장하여야 할 것임을 자명한 일이 아닐 수 없다. 이러

한 상황에서 엄청난 수의 집체기업들이 성립되었고 이들 새로운 기업의 후원자는 각양각색이어서 국영기업, 개인(예컨대, 실업자인 청소년과 은퇴한 기술자와 경영인), 대학 또는 농촌 집체 등을 망라하고 있다.

국영기업은 “노동서비스공사”라는 새로운 기업의 설립을 지원하기 위하여 직원의 가족들(예컨대 직원의 미취업 자녀)에게 자금 또는 장비를 대여하기도 한다. 많은 새로운 집체가 소규모 국영기업의 탈국영화의 결과로서 형성되기도 하였다. 또한 기업가로서의 활동을 위한 한편으로 새로운 집체기업과 이해관계를 맺고 집체기업의 유한책임지위를 이용하는 개인의 수가 크게 증가하고있는 실정이다. 특히 대도시에 인접한 향 또는 촌 및 개인집단들이 운영하는 농촌집체기업들은 중국의 남부지방과 동부지방의 농부들에게 놀랄만한 소득증대를 가져다 주었다.

집체가 여전히 개인기업이 아니라 “공유” 형태로 간주되고 있지만, 특히 최근에 설립된 많은 집체들은 과거보다 훨씬 사적인 성격을 지니고 있다. 정부기관은 집체기업의 내부문제에 관여하거나 자의적인 공과금과 수수료를 부과하지 않도록 권유되어 왔다. 집체는 아직도 집체가 지급하는 배당금의 수준에 대하여 기술적으로 제약을 받고 있고 정부기관에 집체기업기금을 사용할 기여금을 제공하도록 요구받을 수도 있지만, 실제로는 많은 집체가 마치 구성원의 소유인 것과 같이 운영되고 있다. 그러나 집체기업의 진정한 소유권의 성격은 아직 애매한 상태이다. 예를 든다면 구성원들이 집체의 청산으로부터 잔여금을 배당받을 수 있는지의 여부 등 집체기업의 성격은 아직도 법적으로 의문투성이라고 할 수 있다.

최근에 설립된 자문회사 대부분이 새로운 비정부적 집체의 전형이다. 이러한 자문회사들은 판매에 귀중한 지식·경험을 가진 은퇴한 기술자와 경영인들이 설립하는 경우도 있다. 그들은 자신들의 예금을 인출하고 친지들로부터 돈을 빌리는 등 여러가지 방법으로 기금을 조성하여 자문회사의 최소 자본요건을 구비하고 새로운 집체기업설립인가를 신청한다. 만약, 그들이 강력한 정부기업⁵⁹⁾을 후원자로 받을 수만 있다면, 새로운 집체기업의 인가를 훨씬 쉽게 얻을 수 있다. 새로운 기업이 일단 성립되면, 구성원들은 흔히 경영인으로 행동하고 이익금과 경영권을 함께 차지한다.

집체기업은 중국에서 실험적으로 채권과 주식을 발행하는 선두주자로서의 역할을 하고 있다. 일찌기 1984년에 집체의 주식공모가 상해와 광둥성에서 수차례 행하여졌다. 집체에서의 이러한 초기의 주식발행은 대부분 투자자에게 가변적인 이익배당권과 고정적인 보수율이 보장

59) 예컨대 과학·기술개발 등에 참여해온 연륜있는 작업팀 또는 기관 등.

되는 채권 또는 우선주의 발행에 불과한 경우가 많다. 주주는 주식을 소유는 하지만 실제로는 기업에 대한 아무런 통제권도 행사하지 못한다. 그러나 대규모이고 조직상태가 양호한 일부 집체기업들은 이사회가 주주총회에 주주들에 의해 선임·구성되도록 하고 있다. 이러한 통제 구조는 대규모의 주식회사형태의 집체기업에 공통된 경향인 것 같다.

집체기업에 의한 주식발행은 국영기업은 민영화만큼 논란이 있는것은 아니지만 중국의 전통적인 소유권의 원칙과 관련하여 몇가지 이론적인 도전을 받고 있다. 1982년 헌법 제8조에 의하면 집체는 그 노동자들이 소유하는 것으로되어 있으나 투자자들에게 주식을 발행하는 집체의 경우에는 사실이 아니라고 보아야 한다. 또한 집체에의 사적인 투자는 전통적으로 대여형태의 거래에만 한정된 것이었으나, 새로운 집체기업이 발행하는 주식 중에는 원금의 상황을 보장하고 있지 아니한 것도 있다. 이러한 주식은 주주의 항구적인 투자를 고려하고 있는 것이다. 이상에서 보듯이 최근에 설립된 새로운 집체기업은 과거의 집체기업보다 더욱 사적인 성격을 가진 것 같다. 명목상으로는 이들 새로운 집체기업이 종전의 집체기업과 동일한 범주에 속하고 있으나 실질적으로는 오히려 서구의 주식회사에 가깝다고 할 수 있다.

집체기업의 민영화 확대는 단기적으로는 공산주의철학에 대한 고려보다는 오히려 경제적 요인에 의해 제한을 받을 것이다. 집체기업에 의한 주식과 채권은 대단히 큰 성공을 거두어 저축인들의 자금을 끌어들이며 국립은행의 자금보유고가 현저하게 감소되기에 이르렀다. 이로 인하여 은행들은 경제분야에의 자금유입에 관한 통제권을 상실할지도 모른다는 우려를 갖게 되었다. 즉, 은행은 이러한 새로운 자본시장은 잠재적인 경쟁자로 여기게 되었고 인민은행이 중국자본시장의 제1차적인 조정자로서의 자신의 역할을 강화하기 위해 노력해온 것도 사실이다. 바로 이러한 이유 때문에 국영기업의 주식발행을 제한하는 최근의 국무원의 지시가 오직 소수의 집체기업만이 일반인에게 주식의 발행을 허용받게 될 것이며 집체기업은 채권을 발행할 수 없다고 규정하고 있는 것이다.

결국, 기업의 민영화와 관련된 가장 중요한 문제는 중국이 제2차시장의 확립을 통한 중국에의 자본유입을 활성화하게 될 주식의 거래를 어느정도까지 허용하게 될 것이냐이다. 실험적인 주식거래소가 중국의 일부도시 즉 사해, 광주 및 북경 등에서 설립되었다. 그러나 제2차적인 거래에 관하여는 아직도 대단히 제한적인 입장을 보이고 있고 특히 중국정부가 투기에 대해서는 전통적으로 혐오하고 있기 때문에 대규모의 제2차적인 주식시장이 어느 정도로 빨리 발전하게 될 것인가는 분명하지 않다.

중국이 아직 집체기업의 경영구조를 규율하는 종합적인 회사법을 제정하지 않았음에도 불구하고 중국이 이 분야에서 어느 정도로 진전을 보게 될 것인가를 예측해 본다는 것은 흥미있는

일이 아닐 수 없다. 국영기업과 집체기업모두 주식회사의 형태로 발전해 나간다면, 그러한 회사법이 그러한 형태의 기업을 모두 규율하게 될 것이고 결국 그 양자의 구별은 모호해질 수밖에 없을 것이다.

6) 합작사

또 다른 기업형태인 합작사는 최근에 들어와 특히 농촌지역을 중심으로 번창하기 시작하였다. 합작사는 공식적으로 집체형태로 분류되지만 별도의 기업형태로 보기도 한다. 합작사는 중국에서 최근에 나타난 형태는 아니며 소규모의 지주와 도시상인들이 상품을 협력하여 생산하기 위하여 그들의 노동력과 자산을 이웃 사람들과 함께 공동출자하도록 압력을 받던 1950년에도 이미 존재하였다. 결국, 1950년의 「도시집체규정」에 의하여 승인 규율되기에 이르렀다. 이러한 새로운 합작사는 최근에 조직된 많은 집체기업과 마찬가지로 이익을 얻기 위하여 자신들의 재산 또는 노동력을 공동출자한 개인들의 자발적인 단체로 여겨진다.

합작사는 지위가 불명확한 것이기는 하지만 합작사는 전통적인 집체보다는 성격상 훨씬 사적이라는 점에서 일반적으로 일치된 견해를 보이고 있다. 동「도시집체규정」은 합작사의 세후 이익이 다음 4가지 용도로 할당되는 것을 허용하고 있다. 공동적립기금(생산개발을 위한 용도로 사용함), 공동복지기금, 감가상각기금, 노동배당금(매년 15%를 초과하지 아니할 것) 등이 그것이다. 합작사는 공동적립기금과 공동복지기금상의 자산은 합작사의 구성원 개개인의 소유가 아니라 합작사 전체의 소유이기 때문에 공유적인 요소를 보유하고 있다. 그러나, 「도시집체규정」은 합작사의 해산시에는 채무의 변제 및 투자자본의 회수 후에, 구성원들은 협의를 통하여 잉여금을 분배할 수 있다고 정하고 있다. 국가는 합작사로 하여금 자금조달의 방법으로 유가증권을 발행하는 것을 허용함을 법규정으로 정하고 있다. 「농촌경제를 촉진하기 위한 정책에 관한 합동보고」 제8조는 합작사가 주식을 발행할 수 있고 주식과 교환하여 자본재와 노동의 출자를 받아 들일 수 있음을 명시하고 있다. 제8조는 또한 주주의 소유권에 따른 이익이 변경되지 아니함을 보장함으로써 초기의 관행인 합작사 자산의 집체소유화를 방지하고 있다.

7) 조합

민법통칙은 완전히 사적인 형태의 집체기업인 조합을 승인하고 있다. 민법통칙 제30조는 정의조항으로 “개인조합이라 함은 2인 이상의 공민이 계약에 따라 각각 자금, 현물, 기술 등을 제공하고 공동으로 경영하며, 공동으로 노동하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있다.

조합은 출자금, 이익분배, 재무부담 및 조합의 가입·탈퇴·해산의 방식을 특정한 서면계약에 따라 설립되어야 하고, 조합에 출자된 자산은 조합원이 통일적으로 관리·사용하여야 한다. 또한, 조합은 조합원이 공동으로 운영하며 조합원은 조합의 채무에 대하여 연대책임을 진다. 많은 합작사는 궁극적으로 조합으로 분류될 수 있을 것이다. 이러한 조합에 관한 규정에서 가장 중요한 의미를 가진 것 중의 하나는 집단적인 규모의 완전히 사적인 기업이 허용되어야 함을 승인한 것이라고 본다.

8) 국내합작기업

전통적인 중앙계획경제하에서는 기업들은 각부(ministry) 또는 지방정부의 관할하에 있는 하위의 행정기구의 일원이다. 이들 국가기관은 각각 자신의 관할권을 강력히 행사하여 왔다. 각기 다른 부 또는 성의 관할하에 있는 기업들간의 사업계약은 결코 기업자신이 발의하지 못하며, 국가계획에 의하여 명하여졌다. 이러한 상황에서 개별기업은 자신의 필요를 충족시키거나 그러한 기회를 가지지 못하였다. 현재의 경영개혁정책은 자신의 발의에 의하여 기업간의 경제적 유대를 장려하고 있다. 기업들은 새로 부여된 자율권을 가지고 각기 다른 행정기관들간 또한 지역간의 관료주의적 장벽을 극복하기를 희망하고 있다. 이렇게 된다면 상품, 노동·자본 및 기술은 보다 자유스럽게 전국적으로 이동하게 될 것이며 결국 중국경제가 부흥하는데 이바지할 것임이 틀림없다.

이러한 경제적 유대는 여러가지 형태를 지니고 있다. 예컨대, 국가는 현재, 기업들로 하여금 자신들의 생산을 위하여 원자재를 구입하고 바이어를 물색하기 위하여 전국에 구입직원과 판매직원을 파견하도록 요구하고 있다. 도시로부터 농촌으로의 기술이전 및 연안지역으로부터 내륙지방으로의 기술이전은 일상적인 일이 되었다. 뿐만 아니라, 기업들은 수많은 국내합작사업을 벌이고 있다.

전형적인 국내합작사업에서, 발전된 대도시(예컨대, 상해)의 국영기업은 도시의 외곽에 있는 농촌의 집체와 협력하고 있다. 도시국영기업은 농촌의 집체가 불비한 기술과 중점설비를 가지고 있고, 농촌집체는 도시국영기업이 필요로 하는 토지와 값싼 노동력을 가지고 있다. 도시국영기업은 그러한 합작사업을 생산의 확대, 신뢰할 만한 부품공급선의 확보 및 이윤의 획득을 위한 기회로 삼고 있고 반면에 농촌집체는 그 구성원의 직장과 훈련을 보장받고 더 큰 이익을 창출하기 위한 기회로 삼는다. 이러한 유형의 협력은 중국전역에 걸쳐 점차 일반적인 것이 되고 있고 앞으로 중국경제에 큰 영향을 줄 것으로 예상된다.

이러한 새로운 기업의 지위를 정하는 법령이 이미 수건 제정되어 있다. 이와 관련하여서 가

장 두드러진 것은 「국내합작기업에 관한 일정한 재정문제에 관한 재정부규정」 및 「경제합작을 장려함에 있어서의 일정한 문제에 관한 국무원규정」이다. 이들은 모두 1986년 초에 채택된 것들이다.

이들 법령은 국내합작기업은 당사자들에 의하여 완전히 자발적으로 설립 해산됨을 정하고 있다. 국내합작기업은 합자경영기업 합작경영기업 및 공동생산을 포함하는 각종 형태 중 어느 하나를 취할 수 있다. 또한 이들 법령은 국내 합작기업에 어떠한 형태의 재산을 출자할 수 있는가와 출자자산의 평가를 어떻게 할 것인가에 대한 규정을 두고 있고 국내합작기업을 3유형으로 분류하고 있는 바, ① 수개의 생산기업 또는 생산단위들의 합병을 통하여 설립된 합작기업 ② 1개의 기업이 외부의 투자를 유치하여 하나의 새로운 합작기업을 만든 경우 ③ 기존의 수개의 기업 또는 단위가 공동투자를 통하여 설립한 합작기업 등이다.

상기의 법령들은 국내합작기업의 소유권의 성격에 대하여 명확히 밝히지 않고 회사문제에 관하여 두번째 유형의 합작기업의 모기업에 적용되고 회계규칙을 따르도록 규정하고 있을 뿐이다. 제1유형과 제3유형의 합작기업은 국영기업이 투자가로 참여하고 있는 경우에는 국영기업에 적용되는 회계규칙을 따라야 하고 그렇지 않을 경우에는 집체기업의 회계규칙을 따라야 한다. 한 가지 주목할 것은 국내합작기업은 그 자체가 소득세를 납부하지 아니한다는 사실이다.

그들의 이익은 최초의 합작계약에 따라 투자자들에게 배당되며 각각의 투자자들이 자신들의 배당액에 대해 조세를 납부하여야 한다. 뿐만 아니라 국내합작기업은 독립된 법인격을 가질 수도 있지만 그렇지 않을 수도 있다. 이는 법인격의 구비요건을 구비하여 정부의 인가를 받았는지의 여부에 좌우될 문제이다. 국내합작기업의 출현은 중국의 기업에 대한 유형구분에 혼란을 가중시키고 있다. 예컨대, 국영기업과 합작사 간의 합작기업은 어떻게 분류하여야 할 것인지도 확실치 않다.

9) 개인기업

아마도 중국의 경제개혁의 어떠한 부분도 ‘개인기업의 부활’이라는 것보다 자본주의국가의 관심을 끌지 못하였을 것이다. 최근에 들어와 도시와 농촌의 경제에 노점상, 식당, 영세소매상, 상품의 운반을 비롯한 수많은 형태의 기타 활동을 하는 개인기업이 엄청나게 급증하고 있다. 이들 분야에서의 소득이 대부분 신고되지 않기 때문에 공식적인 통계는 정확한 것이 못되겠지만 이제는 이들 개인기업이 중국경제의 실질적인 구성부분이 되었음은 두말할 여지가 없다.

중국의 새로운 경제정책은 공유제에 대한 유용한 보완제도로써의 개인기업을 장려하고 있다. 이러한 개인의 경제활동은 중국의 소비자들에게 보다 나은 서비스를 제공하고 실업자들에

계 일자리를 제공함으로써 중국경제에서 중요한 역할을 수행하고 있다. 1985년 9월 현재 이 분야에서는 1,500만이 훨씬 넘는 개인이 당국의 허가를 받아 활동하고 있다.

물론 개인기업에 대한 당국의 입장이 완전허용이라는 기초에 입각한 것이냐는 아직도 명확하지 않다. 중국당국은 다른 노동자들을 착취하고 부의 증대가 중국사회에 불평등을 초래하게 되고 그들의 자녀가 빈둥빈둥 사치스러운 생활을 즐길지도 모를 새로운 자본가 계급을 형성하지 않을까 우려하고 있기 때문이다. 이들 개인기업가들은 대부분 적당한 이익을 얻고 있으나 일부에서는 지나칠 정도의 폭리를 얻고 있는 등 개인기업들에 대한 확실한 평가도 선불리 내리기 어려운 실정이다. 이리하여 개인기업에 대한 누진세가 연간 5,000원을 초과하는 소득에 대하여는 66% 내지 84%까지 엄청나게 높은 세율로 부과되고 있다. 뿐만 아니라 개인기업이 고용할 수 있는 고용원의 수를 공식적으로 제한하고 있고 당국은 비교적 규모가 큰 활동을 하고 있는 기업가들을 예의주시하여 감시하고 있다. 더구나 개인이 진출할 수 있는 영업분야는 일반적으로 제한을 받고 있다.

(5) 전민소유공업기업법의 주요내용

1988년 4월 13일 전인대에서 제정된 「전민소유공업기업법」은 전문 63개조(본문 58개조 부칙 5개조)로 구성되었으며 종전의 많은 경제관계입법과는 달리 회사에 관한 상당히 포괄적인 내용을 담고 있는 법이다. 이 기업법에서 정의하고 있는 기업이란 사회주의적 상품생산과 경영에 있어서의 하나의 단위를 뜻하며 국가는 기업재산에 관하여 소유권과 경영권을 분리하여 시행하며 기업은 자주적으로 경영을 하되 손익에 대하여 책임을 지도록 하고 있다.⁶⁰⁾ 이를 위하여 기업은 사장책임제를 바탕으로 경영을 하고 노동대표자대회를 통하여 기업을 민주적으로 관리하여야 한다.⁶¹⁾ 기업은 영업인가증을 발급 받아 법인격을 취득하며, 일단 성립된 후에는 법률이나 합작·파산선고·휴업결정으로 인하여 기업활동이 정지되는 경우라 할지라도 대외적인 채권·채무는 영향을 받지 않는다.⁶²⁾

한편 기업은 달리 정하고 있는 경우를 제외하고는 상품의 판매, 상품공급처의 선택, 물자의 구입, 상품의 가격과 농임의 결정, 국가가 경영관리를 위임하고 있는 고정자산에 대한 임대 및 유채양도, 기업상황에 맞는 임금과 상여금의 결정 등을 자율적으로 행할 수 있는 권리를 인정받고 있다.⁶³⁾ 또한 기업의 기구와 편제를 독립적으로 결정하고⁶⁴⁾ 다른 기업에 투자하거나

60) 제 2조.

61) 제6조, 제9조.

62) 제16조.

주식을 소유할 수 있는 권리도 인정받고 있다.⁶⁵⁾

기업은 상품의 질과 서비스를 보장해야 하며 사용자와 소비자에 그에 대한 책임을 부담하며⁶⁶⁾ 근로조건의 개선,⁶⁷⁾ 노동조합이나 직원의 합법적인 권익의 보장·보호에 관한 의무를 진다.⁶⁸⁾

기업의 사장은 기업의 법정대표자로서 정부당국에 의해 선임되거나 초빙을 받아 취임하게 된다. 노동대표자대회에서 선임되는 경우도 있으나 이 때에는 정부당국의 인가를 받아야 한다. 사장을 해임시킬 때에도 정부당국의 허가를 받아야 한다.⁶⁹⁾ 사장은 기업에 대하여 책임을 지며, 생산·경영관리에 관한 계획·지도·심의 나아가 경영기구의 설치에 관한 결정·임원의 임면, 임금조정안, 상여금배정안, 기타 중요한 규칙을 제정해서 이를 직원대표자 대회에 제출하여야 하며 기타 법률에 관한 업무를 관장한다.⁷⁰⁾

1) 관리위원회의 구성

기업은 각 분야별 책임자와 직원대표자들로 관리위원회를 구성하고 사장들이 위원회의 의장이 되며, 기업에 관한 중요한 문제들은 이 위원회와 협의하여 결정한다.⁷¹⁾ 관리위원회에서 다루게 될 사항은 기업의 경영방침을 비롯하여 기업의 장기계획, 중요한 기술의 혁신과 도입계획 근로자에 대한 훈련과 노임 조정계획, 예산의 결정, 기업자금의 배정과 사용방안 등이다.

사장은 이러한 문제들에 관해서 심의 방법을 제시하여야 하며 기업에 있어서의 각종 계획의 시행, 상품의 품질과 서비스의 향상 및 기업의 이익을 제고시킨 업적에 대한 포상 등의 권한을 가진다.

2) 노동조합위원회의 구성

기업에 종사하는 직원은 기업을 민주적으로 관리할 의무를 지며 이러한 관리는 직원대표자 대회를 통하여 이루어지지만 실질적인 활동기구는 노동조합위원회이다.⁷²⁾ 이 위원회의 직무에

63) 제22조, 제23조, 제27조 및 제29조.

64) 제30조.

65) 제32조.

66) 제34조.

67) 제38조.

68) 제41조.

69) 제42조.

70) 제43조.

71) 제44조.

72) 第46條.

속하는 것으로는 사장의 기업경영에 관한 방침과 기업경영의 장기계획 및 연간계획, 기업의 확장과 개혁방안, 중요한 기술의 혁신방안, 근로자에 대한 훈련계획, 기업자금의 사용 및 배정방안에 대한 보고를 청취하고 이를 심의하여 그 의견을 건의하고 기업의 경영책임제방안, 노임조정대책, 상여금배정방안, 노동보호 및 법적문제를 심의·결정한다. 또 그 밖에도 기업의 임원들에 대한 감독·임면 및 상벌에 관한 사항, 사장의 선임과 인가의 신청 등에 포함된다.

한편 기업의 현지작업장은 직원대표자 소위원회를 통하여 이를 민주적으로 관리하고 작업장의 공원들은 그들의 작업반과 작업조를 민주적으로 관리하는데 직접 참여한다.⁷³⁾ 직원대표자 대회와 노동조합위원회는 사장의 임무수행에 조력하고 직원에 대한 교육과 제반 규칙의 준수 및 생산과 작업에 관한 임무 수행을 보장하여야 한다.⁷⁴⁾

(6) 결론

중국에서의 최근의 기업소유제개혁은 대단히 복잡하고 다양하다는 느낌을 준다. 기존의 기업형태는 기업의 주식발행과 더불어 이미 종전과 다르게 분류되어야 할 지경에 이르렀다. 종전에 볼 수 없었던 새로운 형태의 기업들이 점차 중국전역에 확산되고 있다. 사실상 이와 같이 비교적 단기간내에 나타난 기업형태와 그 소유제의 혁신적인 변화에 관해서는, 중국의 전문가들조차 그 성격이나 내용에 대해 일치된 견해를 보이고 있지 않다.

그러나 중국당국이 기업들로 하여금 정도의 차이는 있으나 사영화·사유화의 방향으로 나아가는 것을 허용하고 있다는 사실은 의심할 여지가 없다. 물론 이러한 정책은 국영기업의 주식발행 등과 관련하여서는 아직은 실험적인 단계에 머무르고 있어 기업의 고용원들이 소수(주식)이익을 소유하는 것에 한정되고 있다. 그러나 집체기업이나 집체 또는 개인에 의한 경영을 위한 소규모의 국영기업의 임대·매각 등과 관련하여서는 주식발행이 이미 잘 정착되어 있다고 할 수 있다. 바로 이러한 현상은 마르크스이론에 입각한 중국의 소유권제도의 혁명적인 변질 내지 점진적인 붕괴를 의미하는 것이다. 따라서 국가 소유, 집체소유 및 개인소유로 분류하는 것은 이제는 정확한 것이 못된다. 여러가지 형태의 기업—국영기업, 집체기업, 국내합작기업 등에 의한 주식발행이 보편화된다면 그러한 소유구분은 더욱 더 어렵게 될 것이다. 그러므로 앞으로 중국은 이러한 전통적인 기업형태와 소유제도를 보다 총괄적으로 규율하는 법체계를 형성해 나갈 것으로 예상된다. 다시 말해서 개개의 유형의 기업에 대한 단행법을 제정하는 방식을 앞으로는 지양할 수 밖에 없을 것이다.

73) 제48조.

74) 제49조.

이러한 중국의 기업소유제도의 개혁이 서구의 자본주의적 모델에 근접하는 방향으로 움직이겠지만 중국이 사회주의체제를 고수하는 한 결코 자본주의체제의 모델과는 상당한 차이가 있을 것임을 알아야 한다. 우리 기업들은 앞으로 대중국투자를 하는 경우 이러한 복잡하고 다양한 여러가지 형태의 기업과 합작경영 또는 합자경영을 하게 될 것이다. 이에 대비하여서는 반드시 중국측 당사자의 중국법상의 지위와 권리·의무 등을 정확히 파악하여야 하리라고 본다.

第3章 債權債務關係

1. 債의 개념과 일반원칙

(1) 채권의 개념

중국의 민법통칙에서는 우리나라의 채권채무관계에 상당하는 관계를 「債」라고 규정하고 있다. 本稿에서도 중국의 표기에 따라 설명하고자 한다. 債라고 하는 것은 특정한 당사자(채권자·채무자)간에 권리의무를 발생시키는 민사법률관계의 일종이며,¹⁾ 주체·내용·객체의 3가지 요소로 되어 있다. 債의 주체는 상대방(채무자)에 대하여 일정한 작위 또는 부작위를 청구하는 권리를 가진 권리주체, 즉 채권자와 이것을 만족시켜야 할 의무를 부담하는 의무주체, 즉 채무자이며 공민과 법인 모두 債의 주체가 될 수 있다. 債의 내용은 채권·채무이며, 債의 객체는 물건과 행위이다.

債에는 편무적인 것과 쌍무적인 것이 있다. 예컨대, 貸借借契約에 의한 債는 전자이다. 소유권관계와 채권관계는 상호간에 밀접하게 관련되어 있다. 전자는 사회경제생활중에서 생산과 소비를 반영하고, 후자는 분배와 교환을 반영하며 전자는 후자의 발생을 전제로 하며, 또한 흔히 후자를 통하여 취득되는 것이다. 사회주의법이론에 의하면 양자는 모두 통치계급의 의지의 표현이며 사회의 생산관계에 의하여 결정된다고 한다.

(2) 債의 종류

1) 單一의 債와 多數人의 債

이러한 구별은 債의 주체의 다소에 의한 것이다. 다수인의 債는 예컨대 2인이 공유하는 가옥의 매매 등에 의하여 발생하며 이것은 다시 按分の 債(分割債權債務關係)와 連帶의 債(連帶債權債務關係)로 구분된다. 按分の 債라 함은 다음과 같다. 즉, 자기에게 속하는 부분(分額)에 대하여만 청구하고, 또한 이행하면 족하다. 또한 分額을 각 주체간에 동일하도록 할 것인가는 약정에 의한다. 약정이 없고 또한 협의도 없는 경우에는, 중재기관 또는 법원의 판결에 따라지게 된다. 多數人間의 債는 按分の(持分에 따른) 債가 된다.²⁾

1) 民法通則 第84條.

2) 民法通則 第86條.

連帶의 債라 함은 다음과 같다. 多數의 채권자중 1인이 채무자에게 전부의 이행을 청구하고 채무자가 이에 따라 전부를 이행한 때에는 다른 채무자가 그 이행을 청구할 수 없는 경우가 있다. 또한 다수의 채무자의 1인이 전부의 이행의무를 부담하고 그 이행에 의하여 다른 채무자도 의무를 면하게 되는 경우도 있다. 후자의 예에서는 계약체결후의 불이행에 의한 상대방에 대한 배상의무에 따라 보증인도 연대채무를 부담하게 되고, 공동으로 타인에게 손해를 끼친 경우의 피해자에 대한 배상의무에 대하여도, 各共同行爲者는 연대채무를 지게 된다. 이와 같은 연대채무를 인정하는 것은 채무자에게 확실하게 채무를 이행하도록 하여 채권자의 이익을 보호하기 위한 것이다.

2) 특정물의 債와 種類物의 債

예컨대, 골동품, 사용중인 機器 등 채권발생시에 급부의 목적물이 확정되고 특정한 성질을 갖는 물건을 목적으로 하는 債가 특정물의 債이다. 특별한 사정이 없는 한, 특정물의 소유권은 債의 성립과 더불어 상대방에 이전되고 그 교부전에 훼손멸실되지 아니한 한도내에서 다른 물건의 교부로 그 이행에 갈음하도록 할 수 없다. 이것에 대하여, 낙화생, 담배 등의 농산물매매계약에 의한 債등 채권발생시에는 급부의 목적물을 구체적으로 확정할 수 없어도 이행시에는 일정한 수량 품질 규격에 따라 채권자에 교부가능한 물건을 목적으로 하는 債가 種類物의 債이다. 이러한 종류물의 소유권은 교부시에 상대방에게 移轉되며 채무자는 항상 實物交付의 의무를 지게 된다.

3) 簡單의 債, 選擇의 債

債의 내용이 당사자의 선택에 의존하는지의 여부에 따라 簡單의 債와 選擇의 債로 구분된다. 선택의 여지가 없는 것이 前者이고 선택의 여지가 있는 것이 후자이다. 선택의 債는 유통의 편의로 당사자의 필요를 충족시키기 위하여 인정되고 있으며, 선택권이 채권자에 부여되는 선택채권과 선택권이 채무자에게 부여되는 선택채무가 있다. 어느 쪽에 선택권이 있는지가 불분명한 경우에는, 채무자에게 선택권이 있다. 선택의 대상이 되는 것은 債의 목적, 이행기, 이행지, 이행방법, 이행이 부적당한 경우의 보상방법 등 다양하다.

(3) 債의 역할

중국에서는 債의 역할에 대하여는 일반적으로 다음과 같이 설명되고 있다. 즉, 채권제도도 다른 법률제도와 마찬가지로, 사유제·계급과 국가의 출현에 따라 등장하였으며 자본주의사회에

이르러, 상품생산·교환이 현저하게 발전됨에 따라, 채권제도도 크게 발전하였는 바, 자본주의 사회에서의 채권제도는 자본주의의 생산관계에 의하여 결정되며, 따라서 자산계급의 이익을 반영한 것이라고 한다. 이러한 사회주의적 법이론에 의하면, 자산계급은 채권관계를 통하여 노동력을 착취하여 잉여가치를 취득하며, 자본가집단내에서의 이익의 분배를 행하거나 상대방을 꺾呑하려고 한다고 한다. 이에 반하여, 자본주의 채권제도의 이와 같은 부정적 측면과는 달리, 중국의 채권관계는 생산수단공유제에 입각한 사회주의생산관계에 의하여 결정되는 것이며, 노동자계급의 의지를 반영한 것이며, 사회주의의 본질실현을 위한 국가조직의 경제·문화·교육 각 방면에서의 활동의 수단이 되고 있다고 하여 대단히 긍정적인 역할을 인정하고 있다.

이러한 전제에 입각하여 중국의 채권제도는 職權濫用·竊盜·投機行爲·空去來 등의 자본주의적 책동과 이로 인한 사회공익·공민의 합법적 이익의 침해의 방지를 위한 법률상의 무기로서의 역할을 부과하는 것이며 경제유통을 정상적으로 이루어지게 함으로서 사회주의 생산을 순조롭게 발전시킨다고 지적되고 있다. 즉, 중국에서는 국가기관·기업·사업단위간의 채권관계에 의하여 그들간의 경제적 유대를 강화하고 상호간에 조화와 감독작용을 부과하며 국민경제계획의 구체적인 실현이 이루어지게 되고, 국가조직과 집단조직간의 채권관계를 통하여 농업·수공업을 국가계획의 틀속에 넣음으로써, 농업 수공업생산품의 합리적인 교환·생산의 보증이 이루어지고 있다는 설명을 하고 있다. 더 나아가, 중국에서는 사회주의조직과 공민간의 채권관계에 의하여 공민의 물질문화생활의 충족을 보증하고 대중을 사회주의건설에 적극적으로 관여하게 하는 것이며 공민상호간의 채권관계에 의하여 有無相通이라는 상호협력정신이 발휘되고 있다고까지 설명한다.

2. 債의 발생원인

채권관계는 다른 법률관계와 마찬가지로 일정한 법률사실에 의하여 발생한다.

(1) 행정명령에 의한 債

물자분배계획, 할당지령, 정부매입·수용문서 등의 행정법규 및 국가기관이 발하는 命令·決議 등은 中國에서는 채권발생의 근거의 하나이다. 다만, 행정명령은 채권관계발생의 기초 내지는 전제가 되므로 채권관계의 本體가 되는 것은 아니다. 예컨대, 국가가 생산품의 분배계획을 고지하고 쌍방 당사자의 계약체결과 생산수량 및 공급기한을 정하게 되며 그것은 수급의

양당사자에게 계약을 체결하여야 할 의무를 부과하게 된다. 쌍방은 이것에 의하여 계약을 체결해야 할 뿐만 아니라, 계획에서 정한 임무달성을 위해, 구체적으로 명확한 채권관계를 발생시키지 않으면 안된다. 다만, 전인민소유제단위의 합병·해산을 명하는 행정명령과 같은 특별한 명령은 다시 별도의 계약을 체결할 것 까지도 없이 그 재산의 일부 또는 전부를 다른 單位로 이전시키는 효과를 발생시킨다.

(2) 契約에 의한 債

양당사자의 합의에 의한 契約은 채권관계를 발생시켜, 당사자간의 권리의무를 확정시키게 되며 가장 보편적인 채권발생원인이다.

(3) 일방적 행위에 의한 債

당사자 일방의 행위만으로 채권관계가 발생하기도 하는 바, 예컨대 다음과 같은 경우이다.

1) 합법적인 일방적 행위에 의한 債

법률의 규정이 허용하는 경우 일방적 행위에 의하여 채권관계가 발생한다. 예컨대, 공민이 遺贈의 문서를 작성한 경우, 그 내용이 법률의 규정에 적합한 때에는 受遺者는 遺贈者死亡과 더불어 유증된 재산의 인도를 청구하는 권리를 취득한다.

2) 無因(事務)管理에 의한 債

위탁에 의하지 않고 타인의 이익을 위하여 타인의 사무 및 재물의 관리를 행하는 때에는 그 타인과 채권관계가 발생한다. 이것은 합법적인 일방행위에 의한 것이다. 無因管理에 의해 관리인은 성실하게 관리할 의무를 부담함과 동시에 상대방(본인)에 대하여 그 활동에 소요된 비용의 상환을 청구할 수 있다. 이것은 일종의 의무적 행위이기 때문이다. 다만, 본인은 자기의 이익에 손해를 미친 관리에 대하여는 비용상환을 거부할 수 있다.

3) 위법적인 일방행위에 의한 債

일방의 侵權(不法)行爲에 의해 타인에게 손해를 미친 경우, 피해자는 가해자에게 배상을 청구하는 권리를 획득하게 되어 채권관계가 발생한다. 이것은 가해자의 일방적 위법행위에 입각한 債이다.

4) 不當利得에 의한 債

法律上的 근거없는 이익을 얻음으로써 타인에게 손실을 준 경우, 부당한 이익을 얻은 자는 利益所有者(被害者)에게 이득을 반환하여야 한다. 예컨대, 매매의 賣主가 대금을 지급한 상태에서 受荷人이 타인의 荷物을 수령한 경우 등이다.

3. 債의 이행과 불이행

(1) 債의 이행

채권자는 법률의 규정 및 계약의 약정에 입각하여 자신이 부담하는 의무, 즉 일정한 작위 또는 부작위를 전면적으로 또한 적절하게 완성시켜야 한다. 한편, 중국의 학자들은 자본주의 사회에서 債의 이행은 채권자의 이익보호라는 명분으로 일부계급을 옹호하는 제도라 하여 부정적으로 보는 반면에 사회주의사회에서는 債의 이행제도는 채권자의 합법적 이익과 더불어 국가·집단조직 및 인민 전체의 이익과 깊은 관련성이 있다고 설명한다.

더 나아가, 사회주의조직간의 채권관계는 국민경제계획의 임무수행에 영향을 미치게 되므로 그 이행의무는 국가에 대한 의무이기도 하며, 중국에서 債의 이행과 관련하여서 다음 두가지 원칙이 지켜져야 한다고 지적되고 있다.

1) 實際履行의 원칙

법률의 규정 또는 계약에 정한 목적에 따라 실제로 이행하여야 한다. 일반적으로 채무의 이행에 갈음하여 다른 물건이나 금전을 교부하고 위약금 배상금을 지불하는 것은 허용되지 않는다. 사회주의계획경제하에서는 이것에 의하여 생산단위가 필요로 하는 원자재가 확보되고 생산의 임무수행이 보증되기 때문에 이 원칙은 엄격히 지켜져야 한다는 것이다.

그러나 경우에 따라서는 어떠한 원칙의 준수가 불가능하기도 하고 그것을 준수하는 것이 오히려 국가의 이익을 해치기도 한다는 전제에 입각하여, 이 원칙에도 예외가 있음을 인정하고 있다. 지금까지 중국의 사법적 경험에서는 다음과 같은 경우에는 채무자가 위약금 또는 배상금을 지불하는 것에 의해 본래의 이행에 갈음하는 것이 인정되고 있다.

즉, (i) 특정물이 채무의 목적물인 경우, 채무자의 과실에 의하여 목적물이 滅失되어 실제 이행이 불가능한 때,

(ii) 채무자가 목적의 이행을 지체하여 실제이행이 무의미하게 된 때,

(iii) 예컨대, 貨物運輸規則에서와 같이 法律의 규정에 의하여 계약불이행시에는 손해배상책임만을 부담하게 됨을 규정한 때,

2) 적합한 이행의 원칙

채무자는 시기, 장소, 품질 등을 포함하여, 그 이행의 방법에 대하여 가장 적합하도록 의무를 이행하여야 한다.

적절한 시기(이행기)라 함은 약정의 기한이 있으면 그 때이며, 약정이 없는 경우, 채권자가 청구한 때부터 일정한 時期內를 말한다. 후자의 경우는 채무자에게 이행준비를 위한 상당한 시간을 부여하여야 한다.³⁾ 일반적으로 이행은 계약에서 정한 期限內에 행하여져야 하며 어떠한 종류의 계약에서는 期限前履行이 허용된다. 예컨대, 基本建設一切引受契約에 대하여는 청구인이 期限前에 공사를 완성한 경우, 청구인의 작업이 양호하다고 평가되는 때에는 계약은 이행된 것으로 본다.

적절한 장소(이행지)라 함은 계약에 정한 지점을 말하며, 약정이 없는 경우에는 건축물의 인도 및 수리 등의 채권에 대하여는 채무자의 거주지 또는 주소지이다.⁴⁾ 적절한 방법이라 함은 목적, 규격, 품질 등이 계약의 규정에 합치되고 비용을 최소화하여 채권자의 부담을 가볍게 하는데 가장 적당한 방법을 말한다. 예컨대, 운송계약에서 운송인은 최단거리로 운송하여야 하며, 우회한 경우, 탁송인은 운임의 지불을 거절할 수 있다. 一回에 전부를 이행할 것인가 분할하여 이행할 것인가도 당사자의 이익과 관련된 문제이며, 법률 및 계약에 별단의 규정을 두고 있지 않는 한, 전부를 이행하여야 하며 일부의 이행은 그 수량을 거부할 수 있다.

다만, 按分の債는 그러한 제한을 받지 않는다. 또한 품질이 정하여지지 아니한 경우, 국가의 품질기준에 따르되, 품질기준이 없는 경우에는 통상의 기준에 따른다.⁵⁾ 대금의 약속이 불분명한 경우, 국가가 정한 가격에 의하되, 그것이 없으면 시장가격 기타 동종의 役務의 가격에 따른다.⁶⁾ 이러한 원칙도 사회주의 조직간에는 국가계획 및 기업의 경제계산제도를 유지하고, 국가경제에 대한 손실을 방지하기 위하여 중요한 의의를 갖고 있다.

3) 民法通則 第88條 第2項 第2號.

4) 民法通則 第88條 第2項 第3號.

5) 民法通則 第88號 第2項 第1號.

6) 民法通則 第88號 第2項 第4號.

(2) 債의 불이행

법률은 강제력을 갖는 행위규범이며 위법행위는 일정한 법률효과를 발생시킨다. 형법에 위반되면 범죄가 되고 형사제재를 받으며, 행정법에 위반되면 행정처분의 대상이 됨은 중국에서도 마찬가지이다. 중국에서도 민법에 위반되면 일정한 경제책임을 부담하게 된다. 채권관계는 민사법률관계의 일종이다. 채무자가 채무를 이행하지 아니한 경우, 인민법원은 채권자의 신청에 따라, 채무의 이행을 강제하게 된다. 또한 채권관계의 계약에 위약금의 규정이 있고, 불이행으로 인하여 채권자가 손해를 받은 경우에는 위약금 또는 배상금의 지불을 명하게 된다.

그러므로 채무의 강제이행은 채무자에게 본래의 의무를 명할 뿐이고 새로운 부담을 부과하는 것은 아니므로 법률상의 제재에 해당하는 것은 아니다. 그러나, 위약금 및 배상금의 지불은 본래의 이행의무와는 별개인 새로운 부담이며 일종의 법률상의 제재이다. 채무불이행에 대한 민사책임이라 함은 그러한 법률상의 제재를 말하며 다른 법률상의 제재와 마찬가지로 민사책임의 성립에는 다음과 같은 일정한 요건이 필요하다.

1) 債의 불이행의 존재

채무의 履行期를 경과하여 채무자가 완전히 불이행상태에 있는 경우 또는 적합한 이행이 행하여 지지 아니한 경우에는 채무의 불이행이 된다. 다만 履行期를 경과하였지만 쌍방 당사자가 이행시기의 연장에 동의한 경우에는 채무의 불이행이 되지 아니하는 것으로 본다.

2) 과실의 존재

과실이라 함은 채무자의 주관적 심리상태를 말하며, 채무불이행에 의한 민사책임으로서의 과실은 고의를 포함한다. 고의와 과실을 구분하는 것은 당사자의 동기목적을 명확하게 함으로써 사상교육을 실시하는 것 이외에 기율처분 및 형사책임추궁을 할 것인지를 결정하는데 기여하게 되며, 경제책임으로서의 배상범위를 확정하는데 실제적인 의의를 갖게 된다. 따라서 채무자에게 과실이 있으면 전부의 배상의무가 발생하며, 고의 또는 과실의 어느 경우에도 배상액이 증감하는 것은 아니다.⁷⁾ 채무자에게 과실이 없다면 민사책임을 부담하지 아니한다는 것이 과실책임의 원칙이며 국가계획의 변경 또는 우연의 사고·불가항력 등의 예측할 수 없었던 사건에 의하여 야기된 불이행에 대하여는 일반적으로 채무자의 책임이 발생하지 않는다.

7) 民法通則 第106條, 第107條 參照.

3) 손해사실의 존재

채무자의 불이행에 의하여 채권자에게 손해가 발생하였을 것을 요한다. 손해는 직접손해 즉 불이행에 의한 채권자의 재산의 감소와 얻을 수 있었을 이익에 대한 손해 즉 불이행에 의하여 채권자가 입은 이익의 손해를 말한다.

4) 불이행과 손해간의 인과관계의 존재

인과관계라 함은 채무자의 불이행과 채권자에 발생한 손해사실간의 내재적·필연적인 법칙적 관련을 말하며 그러한 관련이 없으면 민사책임이 발생하지 아니한다. 채무불이행의 결과, 채무자가 부담하여야 할 위약금지불은 앞서 설명한 바와 같이 일종의 법률상의 제재이며, 이것은 채권자의 손실의 유무 다소에 관계없이 지불된다. 중국에서는 위약금은 債의 담보의 방법으로 간주되고 있다.

이에 대하여 손해배상은 보상을 위한 법률수단이며, 따라서 「실제손실」을 배상하여야 한다는 원칙(實損害填補의 원칙)이 적용된다. 법률 및 배상의 범위 및 금액의 계산에 대한 규정이 있는 경우에는 그 규정에 입각하여 집행하여야 한다. 사회주의조직간에 발생한 채무불이행에 대한 위약금 및 배상금의 지불자금은 이윤부분 및 잉여경비로부터 지급되어야 하므로 생산경비 및 본래의 예산에 계상하여 지출하여서는 아니된다.

채무자가 그 과실에 의하여 이행을 지연한 경우, 위약금 및 그것에 의해서 填補되지 아니한 채권자의 손해에 대하여 배상을 지불하지 않으면 안되며, 그와 동시에 이행을 계속하여야 할 의무를 지게 된다. 또한 이행지연후에 발생한 불능에 대하여도 책임이 발생한다. 이행지연의 결과, 그 이행을 수령하는 것이 무의미하게 된 때에는 앞서 설명한 바와 같이 채권자는 그 수령을 거부하여 배상을 청구할 수 있으며, 이 경우에는 그러한 취지를 채무자에게 통지하여야 하고 통지가 채무자에게 도착하기 전에 채무자가 행한 이행은 그 수령을 거부할 수가 없다. 금전의 지불을 목적으로 하는 채무의 이행지연에 대하여는 연기기간에 대하여 법정이자를 지불하게 된다.

한편, 채권자가 합법적인 이유없이 채무자의 이행을 수령하지 아니하거나 채무자에 대하여 약정에 입각한 필요한 협력을 하지 아니한 때에는 그 후의 불능에 대하여 채무자는 면책되고 또한 지연이자의 지불이 면제될 뿐만아니라, 채권자는 위약금 또는 채무자에게 발생한 보관비용 기타의 손해에 대하여 배상금을 지불해야 할 경우도 있다. 이와 같이 수령지체에 대하여도 채권자의 민사책임을 부과하게 됨에 유의할 필요가 있다.

4. 債의 변경과 소멸

(1) 債의 변경

1) 당사자의 변경

法人의 合併·消滅 및 相續의 개시에 의하여 채권 또는 채무가 타인에게 이전되어 당사자의 변경이 발생하는 것으로 설명되고 있다. 그러나 부양청구권 등 一身專屬的 권리는 여기에 속하지 않는다. 또한 債權은 新舊債權者의 契約에 의하여 양도되면 양자의 협의성립일로부터 새로운 채권자는 舊債權者의 법률상의 지위를 취득하고 채무자에게 舊債權者에 대해서와 마찬가지로 이행을 청구할 수 있다. 債務者로서는 누구에게 이행 할 것인지에 관계없이 변경되지 아니하므로 채권양도에 대하여 채무자의 동의는 불필요하며, 舊債權者는 채권양도의 사실을 채무자에게 통지하여야 하며, 이로써 새로운 채권자에게 이행된다.

한편, 채무자에 갈음하여 다른 자가 채무를 이행하게 되는 채무의 이전도 舊債務者의 契約에 의하며, 이 경우에는 새로운 채무자의 이행능력이 문제가 되므로 채권자의 동의를 필요로 하며 그러한 동의가 있으면 채무이전의 효과가 발생한다.⁸⁾ 새로운 채무자는 舊債務者와 동일한 법률상의 지위를 가지며 구채무자와 동일한 채무이행의무를 진다.

2) 채권채무의 변동

채권관계의 발생후에 다음과 같은 사정이 발생한 경우에는 그 내용이 부분적으로 변경된다. 첫째, 국가계획에 입각한 채권관계는 계획변경에 의하여 변경된다. 둘째, 원자재, 보조자재, 연료, 動力의 변화가 생산에 영향을 줄 정도로 발생하였고 그러한 사정이 채무자에 귀책되지 아니하는 경우에는 채권의 내용이 변경된다. 그러나 그것이 당사자 일방의 업무수행상 문제가 되지 아니하는 경우에는 채권의 내용이 변경되지 않는다. 셋째, 불가항력적인 자연재해의 발생에 의하여 채권관계의 일부 또는 전부의 변경이 발생한다. 넷째, 계약채결시에 예상하지 못하였던 사정의 변경이 발생한 경우, 양당사자의 합의에 의한 내용의 변경이 발생할 수 있다.

(2) 債의 소멸

채권관계발생후에 발생한 일정한 법률사실에 의하여 채권관계는 그 즉시 소멸한다. 民法通

8) 이 점은 民法通則 제91조에 명시적으로 규정되어 있다.

則에 규정된 債의 소멸원인은 다음과 같다.

1) 履行

채무의 이행은 채권관계소멸의 가장 일반적인 원인이다.

2) 相計

同種이고 이행기가 도래한 그이상의 債는 상계에 의하여 상호 소멸한다. 이것은 일반적으로 공민간의 채권관계에 대하여 적용되며, 국영기업·사업, 사회주의조직간의 채무는 은행에서 청산되고 당사자간에 직접적으로 상계할 수 없다.

3) 供託

채권자의 수령지체 및 주소불명 등 일정한 사정이 있는 경우에는, 인민법원 또는 법정주무기관에 채무의 목적물을 교부하여 보관하여 주도록 신청할 수 있다. 供託을 위한 목적물을 교부한 일자에 채권관계가 소멸한다.

4) 計劃法令의 變更

계획법령에 의한 채권관계는 그 변경에 의하여 소멸 될 수 있다. 또한 법의 개정 및 행정명령에 의한 소멸도 있다.

5) 免除

채권관계발생후의 채권자의 면제에 의하여 채권관계는 소멸되며, 이것은 사회주의 조직간에는 적용되지 않는다. 즉 사회주의 조직에 대하여는 清算과 經濟計劃制가 요구되기 때문이다.

6) 기타

2이상의 企業의 합병 등에 의하여도 채권관계는 소멸된다. 또한 채권관계의 내용이 당사자의 一身專屬的인 경우에는 당사자의 사망에 의하여 채권관계가 소멸됨은 물론이다. 그러나 일반적으로는 당사자의 사망은 상속에 의하여 당사자의 변경을 초래하게 되며, 유산이 채무를 지불하는데 부족한 경우, 부족분은 채무자의 사망에 의하여 소멸한다.

5. 債의 擔保

債의 擔保란 채무의 이행을 확보하고 채권의 실현과 그것에 의한 민사유통의 정상적인 진행을 보장하는 법적수단을 말한다. 중국에서는 다음과 같은 방법이 있다.

(1) 違約金

違約금은 일종의 벌금 내지 制裁金이며, 이론적으로는 罰金性違約金(損害賠償과 무관하게 지불되는 것)과 賠償性違約金(實損害가 그 금액을 상회하는 경우에는 차액을 추가지불하여야 하며 그러하지 아니한 경우에는 違約金の 지불로 배상의무를 면하게 하는 것)으로 구분된다. 經濟契約法은 違約금을 배상성違約금으로 규정하고 있다.⁹⁾ 그 기준은 主管部門이 정하게 되며, 그와 같이 정하지 아니한 경우, 약정에 의한다. 약정의 경우에는 書面에 의하도록 요구되고 있다. 계약은 원칙적으로 違約금에 관한 규정을 두어야 하며 이러한 규정을 두지 아니한 계약은 불완전한 계약이다.

(2) 着手金

着手金は 채권담보의 기능을 갖는다.¹⁰⁾ 중국에서는 농산품구입계약에 착수금이 사용되는 경우가 많았으며 엄밀하게 말하여 이것은 예치금이었다. 경제계약법의 시행과 경제개혁의 진행에 따라, 오늘날에는 착수금은 담보로서의 역할이 커졌다고 할 수 있다. 民法通則 제89조 제3호도 착수금에 대하여 규정하고 있다.

(3) 保證

채무자가 채무를 불이행한 경우, 보증인은 여기에 갈음하여 이행의무를 지게 되며, 책임범위는 보증계약의 규정에 따라 정하여진다. 經濟契約法 제15조, 民法通則 제89조 제1호에도 보증에 관한 규정을 두고 있으며 보증은 항상 연대보증으로 하고 있다. 중국에서는 보증은 상급기관이 하급기관의 계약을 보증하는 형식으로 행하여지는 경우가 많다.

9) 經濟契約法 第35條.

10) 經濟契約法 第14條.

(4) 抵當權

채무자 또는 제3자의 재산에 의하여 채무이행을 담보할 수 있다. 채권자는 채무자의 불이행시에 저당재산을 換價하여 채권의 청산에 사용할 수 있다. 中國에서는 우리나라와 같이 저당권과 질권을 개념적으로 구분하지 않는다. 저당권은 동산·부동산 및 권리에 대하여 성립하는 것이며, 원칙적으로 목적물은 저당권자의 점유하에 있다 할지라도 그에게 사용권과 소유권이 이전되는 것은 아니다. 토지 및 국영기업의 생산수단인 動産은 저당권의 대상이 되지 않는다. 그러나 저당권설정자의 생산활동에 필요한 목적물에 대하여는 저당권자의 감독에 따라 이것을 저당권설정자에게 보관하도록 할 수 있다. 저당권은 계약에 의하여 성립되며, 이것은 서면형식에 의할 수 있으며 규정에 따라 등기를 하여야 한다.

(5) 留置權

채무자가 채무를 불이행하는 경우, 채권자가 점유하고 있는 채무자의 재산을 유치하고, 일정기한을 경과하고도 이행하지 아니한 때에는 당해재산을 매각하여 그 價額으로부터 청산을 받을 수 있는 권리가 留置權이다.¹¹⁾ 이것은 채권담보의 제도이며, 채권자는 법률의 규정에 위반하여 유치권을 남용할 수 없다. 예컨대, 유치권은 運輸契約에 대하여 인정되고 있다.

6. 不法行爲에 의한 債

(1) 不法行爲의 成立要件

불법행위의 민사책임은 일종의 법률책임이다. 그러한 책임이 성립하기 위해서는 일반적으로 다음과 같은 요건을 구비하여야 한다.

1) 손해의 발생

불법행위의 민사책임은 재산에 손해가 발생한 것을 전제로 한다. 여기서 손해라 함은 재산상의 손실을 의미한다.

2) 위법성

제2의 요건은 위법성이다. 한가지 유의할 점은 중국에서 위법성의 판단은 단순히 헌법 및

11) 民法通則 第89條 第3號.

현행민사법규에 의하여 행하여질 뿐만 아니라, 사회주의도덕준칙도 중요한 기준이 된다는 점이다. 위법성은 작위 또는 부작위에 의한 것인가를 불문한다는 점은 우리나라와 다를 바 없다. 일반적으로 타인의 재산 또는 인신에 손해를 미치는 행위는 위법행위이지만 다음과 같은 예외적인 경우에는 개인에게 손해를 주었다고 할지라도 합법적인 것이 된다.

① 職務授權行爲

사회공공이익 및 국민의 합법적 권익을 보호하기 위하여, 법률은 工作人員이 필요시 자신의 직무를 집행하고 타인의 재산 내지 인신에 손해를 미치는 것을 허용한다. 화재가 확대되지 아니하도록 소방대가 부근의 가옥을 파괴하는 경우, 급성전염병의 박멸을 위하여 방역의료대가 전염병환자의 의류를 소각하는 경우, 外科醫가 외상을 입은 환자에 대하여 필요한 수술을 하는 경우, 경찰관이 도주하는 범인을 법에 따라 총기를 사용하여 부상을 입힌 경우 등을 그 예로 들 수 있다.

② 정당방위행위

사회공공이익, 자신 또는 타인의 합법적 권익을 지키기 위하여 행사하는 정당방위는 일종의 합법적인 행위이며, 이것에 의하여 손해가 발생하여도 배상책임을 지지 아니한다.¹²⁾ 과잉방위에 대하여는 손해를 배상하여야함은 물론이다.

③ 긴급피난행위

사회공공이익, 자신 또는 타인의 합법적인 권익에 대한 보다 큰 손해를 회피하기 위하여 부득이 타인에게 최소한의 손실을 준 긴급피난에 대해서도 우리나라와 차이가 없다. 중국의 교과서에서 긴급피난의 예로 들고있는 것은, 선박이 항행중 폭풍의 위협을 만나 여객을 보호하기 위하여 화물의 전부 또는 일부를 바다에 투척한 경우, 자동차와의 충돌을 피하기 위하여 路邊의 屋臺를 무너뜨린 경우 등이다.

긴급피난은 일종의 합법행위이지만 위협이 행위자에 의하여 야기된 것이 아니면 긴급피난에 의하여 발생한 손해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다. 위협의 발생이 제3자에 의하여 야기된 경우에는 그 제3자가 배상책임을 지게 된다.¹³⁾

3) 因果關係

위법행위와 손해사실간의 인과관계는 민사책임확정요건의 하나이며 4가지 요건중에서 가장 복잡한 요건이다.

12) 民法通則 第128條.

13) 民法通則 第129條.

4) 故意와 過失

고의와 과실은 행위자가 행위를 결정함에 있어서의 심리상태에 기준을 둔 주관적 요건이다. 고의와 과실을 구별하는 것은 「刑事責任에서는 意義가 있으나 民事責任에서는 意義가 없다」라고 설명되고 있다. 다시 말해서 민사책임의 범위는 손해의 유무와 大小에 의하여 결정되는 것이며 행위자의 고의 또는 과실에 의하여 달라지는 것은 아니다. 민사재판에서 행위자의 고의 과실의 정도는 민사책임을 확정함에 있어서 일반적으로 실제적 의의가 없으나, 특정한 상황에서서는 행위자의 과실 착오의 정도는 배상책임을 확정하는데 주요근거가 된다. 高等學校 試用教材 「民法原理」의 설명에 의하면 그러한 특정한 상황은 다음과 같다.

① 혼합과실 착오

손해의 발생 또는 확대에 행위자에 과실·착오가 있었을 뿐만 아니라 피해자 자신에게도 과실이 있는 경우, 즉 혼합과실·착오가 있는 경우, 쌍방이 손해의 발생에 대하여 각각의 과실·착오의 정도에 따라 책임을 분담하게 된다.

② 공동불법행위

2이상의 사람이 공동으로 타인에게 손해를 준 경우, 공동불법행위가 된다. 일반적으로는 공동불법행위의 기본특징으로서의 다음 두가지이다. 즉, 첫째, 殺人の 행위자간에 주관적 의사관계 또는 공동과실이 있고, 둘째 그들의 위법행위가 객관적으로 손실을 발생시킨 원인이라는 점이다. 피해자가 받은 재산손실에 대하여, 공동불법행위자는 연대책임을 지게 된다. 공동불법행위자 내부에서는 各不法行爲者의 과실·착오의 정도에 비례하여 배상을 분담한다. 공동불법행위자는 대외적으로는 연대책임을 지며, 대내적으로는 각각의 불법행위자의 과실·착오 정도에 비례하여 발생한 債의 목적이 피해자의 합법적 권인을 보호하는데 있음은 두말할 여지가 없다.

한편, 北京大學教科書는 「共同侵權損害의 책임」과 「多因一果의 責任」으로 구분하고 전자는 複數의 행위자 상호간의 주관적 「共同侵權損害의 의사연락」이 있다는 점이 특색이며, 연대책임이 성립하는데 반하여, 후자는 몇개의 원인이 결합하여 동시에 1인 1회의 손해결과를 발생시키는 것이며 각자가 과실·착오의 대소에 따라 배상책임을 지며 연대책임을 지지 아니한다. 이러한 분류에 의하며, 共同侵權損害는 「고의」의 불법행위에 해당된다.

③ 피해자의 고의 또는 중대한 과실

손해의 발생이 주로 피해자의 고의 또는 중대한 과실에 의하여 야기되고 가해자에게는 일반적인 과실이 없는 경우, 가해자는 배상책임을 면제받을 수 있다. 쌍방에게 고의 또는 중대한

과실이 있는 경우에는 혼합과실·착오가 되어 책임면제의 문제는 발생하지 않는다.

(2) 특수한 불법행위의 민사책임

민법통칙은 각종 특수한 불법행위를 규정하고 있다. 즉, 행위무능력자가 야기한 손해에 대한 책임, 고도의 위험업무의 무과실책임, 환경오염에 의한 손해에 대한 책임 및 제조물책임 등이다.

1) 행위무능력자 및 행위제한능력자가 야기한 손해에 대한 책임

행위무능력자 및 행위제한능력자는 자신의 행위의 결과 및 영향을 이해할 수 없기 때문에 사무를 신중하게 처리할 능력이 결여되어 있으므로 자신의 행위에 대하여 책임을 질 수 없다. 따라서, 행위무능력자 및 행위제한능력자가 타인에게 손해를 준 경우 그 법정대리인 또는 監護人의 監護責任을 강화하는 것은 행위무능력자에 의한 침해행위의 발생을 예방하는 효과가 있게 된다. 행위무능력자와 행위제한능력자에게 자산이 있는 경우, 우선 그 자산으로 손해비용을 부담하고 부족분을 감호인이 부담하게 된다.

2) 공무원이 야기한 손해에 대한 국가기관의 책임

국가는 공무원의 집무집행중의 불법행위에 대하여 민사책임을 진다.¹⁴⁾ 예컨대 소방대원이 진화활동중 파괴할 필요가 없는 가옥을 파괴한 경우 또는 공무원이 직권을 남용하여 타인에게 재산손해를 입힌 경우에는 관계조직이 실제의 상황을 고려하여 배상할 의무도 진다.

3) 공작물설치·보존의 瑕疵責任

공공의 장소 및 도로상에 구멍을 뚫어 지하시설을 설치함에 있어서 安全標識를 설치하지 아니하거나 기타의 안전조치를 강구하지 아니한 경우¹⁵⁾ 및 건축물 등의 간판 기타 방치물에 의한 사고가 발생한 경우에는¹⁶⁾ 민사책임을 진다. 책임의 주체는 전자의 경우는 工事施行者이며 후자의 경우는 건축물의 소유자 또는 관리자이다. 그러나 후자의 경우는 사고의 발생에 대하여 過失이 없음을 입증하면 소유자 또는 관리자는 책임을 면하게 된다. 이상의 두가지 경우 모두 무과실책임이 인정되지 않는다.

14) 民法通則 第121條.

15) 民法通則 第125條.

4) 動物所有者の 責任

사육하는 동물이 타인에게 신체 또는 재산상의 손해를 준 경우에는 동물의 소유자 또는 관리자가 민사배상책임을 진다. 그러나 손해의 발생이 피해자의 과실 또는 착오에 의하여 야기된 경우에는, 동물의 소유자 또는 관리자는 책임을 지지 아니한다. 동물에 의한 피해가 제3자의 고의에 의하여 야기된 경우 그 제3자가 배상책임을 지게 된다.

5) 高度危險業務의 無過失責任

일반적 상황하에서 과실책임의 원칙을 인정한다는 것은 公民의 權利의 正當한 행사 및 건설 事業 발전의 需要에 依하여 現代의 民法의 原則이 되었다. 그러나, 19세기 말부터 20세기 에 이르기까지 工業의 발전에 수반되는 위험한 사고가 빈발하게 되어, 이러한 상황하에서 과실책임의 原則을 유지하게 되면 피해자는 보상을 받을 수 없는 경우가 종종 발생한다. 이러한 점을 감안하여 中國의 民法通則 제123조는 高度危險業務의 무과실책임을 인정하고 있다.

高度危險業務라 함은 高空·高壓·可燃·폭발·독극·방사성 등의 업무이다. 이러한 업무 중, 타인의 생명, 건강 및 재산에 손해를 미친 경우에는 과실·착오가 없었다 할지라도 민사 배상책임을 지게 된다. 그러한 규정은 위험업무에 종사하는 조직 내지 개인이 그 임무에 대하여 고도의 책임을 지도록 한 것이다. 다만, 손해의 발생이 피해자의 고의에 의하여 야기된 경우에는 위험업무에 종사하는 조직 내지 개인은 배상책임을 지지 않는다.

6) 環境汚染에 의한 損害에 대한 責任 等

企業事業單位가 法令에 규정된 廢氣·폐기물·폐수·분진·방사성물질 등의 배출기준에 위반하거나 당해 업무의 騒音·電動·惡臭 등의 규제기준에 위반함으로써 타인에게 손해를 준 경우, 無過失責任을 지게 된다.¹⁷⁾ 그 밖에 製造者와 판매자는 製造物의 결함에서 기인하는 손해에 대하여 무과실책임을 진다.

(3) 不法行爲의 배상범위와 방법

1) 賠償範圍

배상범위에 대하여는 다음과 같은 原則이 있다.

17) 民法通則 第124條.

① 재산손실에 대한 全部賠償原則

불법행위에 의한 민사책임은 일종의 재산책임이다. 책임범위는 행위자의 과실·착오의 대소에 의해서가 아니라 불법행위에 의하여 야기된 재산손해의 대소에 의하여 결정된다. 불법행위자는 재산손해의 전부를 배상하여야 할 책임이 있다. 민사책임의 기본적인 목적은 한편으로는 불법행위에 대한 제재이며 또 다른 한편으로는 피해자의 손실에 대한 보상이다. 全部賠償은 직접손실과 간접손실의 양자를 포함한다. 現存財産의 직접 멸실이 직접손실이며 정상적인 상황에서 실제로 얻을 수 있었을 이익이 간접손실이다.

② 당사자의 경제상황에 대한 고려

이것은 우리나라의 不法行爲法에는 규정되지 아니한 것이다. 중국에서는 불법행위자의 경제상황이 비교적 양호하여 배상능력이 있을 경우에는 손실의 전부를 배상하지만, 경제상황이 양호하지 못하여 全部賠償後 불법행위자 및 그 가족의 생활을 곤궁에 빠뜨려 정상생활의 유지가 곤란하게 할 경우에는 당사자 쌍방을 調停하여 피해자의 了解를 얻을 것을 전제로 구체적 상황에 입각하여 적당한 감면을 할 수 있다. 필요한 경우에는 사회구제적 방법을 사용하여 해결할 수도 있다.

2) 배상방법

불법행위에 의하여 야기된 손해는 재산상의 손실과 인신상해에 의하여 지출된 각종 경비로 구분할 수 있다. 불법행위에 의하여 타인에게 재산손실을 준 경우 우선 原物返還 또는 原狀回復을 행하여야 한다. 그러나 原物이 이미 소실되었거나 또는 원상회복이 곤란한 경우에는 原物에 상당하는 實物로 배상하여야 한다. 손해를 입은 재산의 실제가치에 따라 현금으로 배상할 수도 있다.

(4) 불법행위에 의하여 발생한 債의 특징

중국에서 불법행위의 債의 특징으로 다음 2가지가 지적되고 있다.

① 불법행위의 민사책임은 일종의 법적 제재이며 형사제재 및 행정제재로 구분되고 있다.

② 불법행위의 민사책임은 일종의 재산책임이다.

중국의 사회주의체제에서는 인신권리(인격권)이 침해되어도 재산손실이 발생하지 않으면 금전배상의 방법을 사용하여 해결할 수 없다. 그러한 경우에는 행위의 정지 및 그 영향의 제거를 청구하는 이외에 형사·행정 등의 수단을 사용할 수 있다. 다만, 예외적인 경우에는 물질에 의한 慰撫가 가능하다. 중국의 학자들은 「자본주의 제도하에서는 모든 것이 상품화되어 있으며 그 예로서 명예가 침해된 경우에 금전으로 배상하고 있다」라고 지적하여 자본주의 국

가에서의 재산손실이 수반되지 아니한 인격권의 침해에 대한 배상제도를 비판하고 있다.

7. 事務管理 不當利得에 의한 債

(1) 事務管理에 의한 債의 개념

管理者가 위탁을 받지 않고 법률상의 의무없이 타인의 이익이 된다고 생각하고 행하는 事務管理은 中國에서는 사회주의의 도덕풍습의 發揚 및 精神文化의 건설에 대하여 적극적인 의의를 갖는다고 지적되고 있다. 사무관리의 관리자는 채권자가 되며 사무관리를 위하여 지불한 필요경비의 반환을 청구하는 권리를 갖는다. 本人은 채무자가 되어 그 비용을 반환할 의무를 진다. 이러한 原則은 民法通則에서도 확인되고 있다.¹⁸⁾

(2) 사무관리에 의한 債의 要件

1) 타인의 사무를 관리할 것

타인의 사무를 관리하는 것이 사무관리의 성립요건의 하나이다. 관리되는 사무는 첫째, 채권채무관계를 발생시키는 사무에 한정된다. 예컨대, 눈이 내려서 통행인을 위하여 도로의 눈을 제거하는 공익적 사무는 사무관리가 아니다. 둘째, 관리하는 사무는 객관적으로 타인의 사무여야 한다. 자기의 사무는 그 목적이 타인의 이익을 위한 것이라고 할지라도 사무관리는 아니다. 그러나 사무관리는 순수하게 타인의 사무를 관리하는 것에 한정되지 않는다. 예컨대, 타인과 자기가 공동으로 사용하는 벽 또는 하수도를 수선하는 것은 타인에 속하는 부분에 대하여는 사무관리가 된다. 셋째, 사무관리는 단순한 관리행위에 한정되지 않는다. 예컨대, 본인이 부재시에 증명서를 요구하고 기한부의 정량배급의 상품을 본인을 대신하여 매입하거나 또는 협의할 시간이 없어 기한이 임박한 승차권 등을 본인을 대신하여 轉賣하는 등으로 소유권을 이전하는 행위도 관리활동의 범위에 속한다. 그러므로 그러한 행위도 사무관리에 의하여 채의 발생근거가 된다.

2) 타인의 이익을 도모할 의사가 있을 것

관리자가 타인의 이익을 도모한다는 의사를 가지는 것이 사무관리의 성립 요건의 하나이다. 타인의 이익을 도모할 의사라 함은 관리행위의 동기와 효과에 의하여 판단될 수 있다. 동기에

18) 民法通則 第93條.

대하여 말한다면, 관리자는 타인의 이익을 도모할 목적으로 관리행위를 하여야 하고 또한 효과에 대하여 말한다면 어떤 관리행위에 의하여 획득된 이익이 최종적으로 본인의 소유에 속하여야 한다. 또한 관리자와 본인, 모두가 관리행위로부터 수익을 얻은 경우에는 본인의 수익부분에 대하여는 사무관리가 된다.

이 요건에 부합되지 않으면, 예컨대 자신이 사용하기 위하여 타인의 物件을 수리하고자 한 경우에는 일반적으로 사무관리가 되지 않는다. 이러한 요건을 구비하지 않으면, 사무관리가 되지 아니할 뿐만 아니라 그 성질에 따라 부당이득 또는 불법행위가 된다. 소위, 이익에는 관리행위에 의하여 본인에게 권리와 이익을 취득하게 하는 직접적 수익은 물론이고 본인의 손실을 회피 또는 감소시키는 수익도 포함된다. 또한 이러한 이익에는 사실상의 이익이든 법률상의 이익이든 상관없다.

3) 법률상의 근거가 없을 것

즉, 관리자가 위임받지 않고 또한 법률상의 근거도 없다는 것이 사무관리의 성립요건의 하나이다.

(3) 사무관리에 의한 채무의 변제

사무관리가 성립하면 당사자간에 채권채무관계가 발생한다. 관리자는 사무관리를 위하여 지출한 필요경비의 변제를 청구할 수 있는 권리를 갖는다. 본인은 그 비용을 변제할 의무를 진다. 이른바 필요경비에는 본인의 사무를 관리하기 위하여 직접 지출한 경비, 본인의 이익을 도모하기 위하여 부담한 채무 및 관리자가 관리활동에 의하여 입은 직접적인 손실이 포함된다. 그 구체적인 금액은 관련 상황에 따라 다르겠지만, 본인이 얻은 이익의 범위를 초과할 수 없다. 사무관리는 관리자가 본인의 이익을 도모하기 위하여 실시하는 도덕적 행위이며 본인이 직접적인 수익자이다. 그러나 관리자가 본인에게 보수를 요구하거나 명목을 달리하여 다른 형태의 보수를 요구하는 것은 허용되지 않는다.

(4) 부당이득에 의한 債

부당이득의 개념, 부당이득에 의한 채의 요건 등에 대한 중국학자들의 설명은 우리나라 민법의 내용과 크게 다를 바 없다.

8. 계약에 의한 債

契約은 법률의 규정에 의하여 국가계획 및 상호간의 유통을 실시하기 위하여 당사자간의 민사법률관계를 발생·변경·소멸시키는 합의이며,¹⁹⁾ 채권발생의 가장 보편적인 원인이다. 계약을 일반적으로 중국에서는 「合同」이라고 부르고 있으며 계약은 당사자 쌍방의 의사표시의 일치에 의하여 성립되는 쌍방적 법률행위라는 점은 자본주의국가에서와 조금도 다를 바 없다.

그러나 중국에서는 계약이 자본주의사회의 그것과는 달리, 생산수단의 사회주의적 공유제에 입각한 법률제도이며, 사회주의경제건설을 촉진하고 인민의 물자·문화 양면에서의 생활수준을 향상시키는 역할이 부과되어 있다. 특히, 4대 현대화가 추진되고 있는 현재로서는 경제건설규모의 확대, 국제무역의 번영화, 분업의 세분화 등의 요인에 의해 계약제도의 역할은 일층 중요하게 되었다. 이리하여 계약의 역할로서 다음과 같은 점이 강조되고 있다.

(1) 국민경제계획화의 강화

사회주의계획경제하에서 국민경제를 발전시키기 위해서는 국민경제계획을 수립하고 이에 따라 경제활동을 지도하는 것은 필연적이다. 그러나 국가계획은 단순히 통제의 지표만이 아니다. 그 지표의 실현은 국민경제의 각부문의 유기적 결합에 의존할 뿐만아니라 각조직은 그 지표에 입각하여 계약을 체결하여 그 실현을 도모하는 것이다. 즉 계약은 국가의 계획편성의 기초가 되며 동시에 그 실행의 수단이며 국가계획의 不備를 보충한다.

(2) 전문화와 협력의 촉진

현대화된 대규모생산을 행하기 위해서는 전문화와 협력의 원칙에 의해서 조직화된 생산을 할 필요가 있으며 이것은 4대현대화를 달성하는데 불가피하다. 계약은 각조직간의 협력을 촉진하고 상호의 권리관계를 명확히 하는 것에 의하여 전문화의 촉진에 이바지한다.

(3) 농업에 대한 국가의 계획지도와 농촌집체경제조직의 집단소유권의 보장

국가는 농촌생산에 대한 통일적 지도를 하고 농촌기층조직의 소유권과 자주권을 존중하여야 한다. 국가는 그들의 생산물에 대하여 강제매입 및 무상징발을 할 수 없으며 等價有償의 원칙에 따라 계약관계를 통하여 이를 입수하여야 한다.

19) 民法通則 第85條.

參考文獻

- 南路明·肖志岳,「中華人民共和國地產法律制度」(北京:中國法制出版社,1991).
- 全國人民代表大會常務會法制工作委員會 編,「中華人民共和國法律匯編」(北京:人民出版社,1991).
- 全國人代常委會法制工作委員會民法室,「中華人民共和國著作權法知識問答」(北京:法律出版社,1991).
- 張友漁,「涉外經濟合同法概論」(北京:煤炭工業出版社,1988).
- 張鑫,「大陸法制之現狀·問題」(臺北:蔚理法律出版社,1988).
- 初保泰·董徹圓 譯,「外商在中投資的法律問題」(北京:企業管理出版社,1988).
- 許光泰,「中國法制論」(臺北:臺灣商務印書館,1990).
- 徐孟洲·吳宏偉,「中華人民共和國經濟法法理」(北京:國際文化出版公司,1988).
- 翁松燃 編,「中國經濟法論集」(香港:大學出版印務公,1987).
- …… 編,「中華人民共和國憲法論集(續集)」(香港:中文大學出版社,1987).
- 李鴻禧·林合民·呂榮海 外 3人,「認識中共法律」(臺北:蔚理法律出版社,1987).
- 王家福·江偉·韓延龍,「現代中國涉外取引法論」(東京:法律文化史,1990).
- 野村好弘·淺野直人,「中國民法の研究」(東京:學陽書房,1988).
- 李培傳 編,「中國社會主義立法的理論與實踐」(東京:中國法制出版社,1991).
- 王鐵崖(編),國際法(北京,法律出版社,1981).
- 黃炳坤 主編,當代國際法,(廣角鏡出版社有限公司,香港,1988)
- 清河雅孝,西村峰,裕中國合併企業法の理論と實務,(中央經濟社,東京,1988)
- 佐夕木靜子(譯),中國ビジネス法大系 上,中,下卷,(中國法學會,澳門東亞大學研究院 編)(學生社,東京,1989).
- 法學詞典編輯委員會編,法學詞典,(上海辭書出版社,1985)
- 1990 中國年鑑,(大修館書店,東京,1990)
- 1987年 中國法律年鑑(法律出版社,東京,1988)
- 1988年 中國法律年鑑(法律出版社,東京,1989)
- 1989年 中國法律年鑑(法律出版社,東京,1990)
- 蔘延豹,“利用外資合同的主體及其主要內容,”政治與法律,第5輯(1983,6)

- 郭思永, “我國民事訴訟法(施行)中開放外局判決的承認與執行,” 政治與法律, 第5輯(1983, 6) 法制處, 共產圈國家의 通商關係法, (法制資料 第148輯)(서울:法制處, 1988).
- 法制處, 國際세미나 韓中經濟交流의 實際와 展望, (서울:法制處, 1988).
- 藍全普, 三十年來我國法規沿革概況, (北京:群眾出版社, 1980)
- 劉隆享, 經濟法概論, (北京:北京大學出版社, 1984).
- 劉丁, 國際經濟法, (北京:法律出版社, 1984).
- 徐杰, “中國社會主義經濟法的調整對象,” 中國經濟法論集, 第2輯, (香港:大學出版社印務公司, 1987).
- 蕭蔚雲, “中國的經濟立法與憲法,” 中國經濟法論集, 第1輯, (1986).
- 孫亞明, “中國經濟法幾個基本問題初,” 中國經濟法論集, 第2輯, (1987).
- 楊福麟, “普通法律師眼中的中國經濟法規,” 中國經濟法論集, 第2輯, (1987).
- 楊紫煊, “論經濟體制改革與立法,” 中國經濟法論集, 第1輯, (1986).
- 翁松然, “中國式社會主義建設與經濟立法, 中國經濟法論集, 第1輯, (1986).
- 劉升平, “中國經濟體制改革與法制,” 中國經濟法論集, 第2輯, (1987).
- 張增強, “中國經濟法制建設的若干問題,” 中國經濟法論集, 第1輯, (1986).
- 唐厚之, 袁明建, “論法具有階級性和社會性的兩中性質,” 法學雜誌, 1984年 第4期(總 25期) (北京:法學雜誌出版社).
- 陳學明, “馬克師早期法哲學觀礎探,” 中國法學文集, 第1輯(1984), pp. 76~112.
- 千浩成, “論法的階級性與社會性,” 法學雜誌, 1984年 第1期(總 22期), (北京:法學雜誌出版社), pp. 17~23.
- Amfelt, Andrew, “Foreign Economic Contract Law of the People’s Republic of China,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36(1987).
- Chang, ta-kuang, “The Making of the Chinese Bankruptcy Law : A Study in the Chinese Legislative Process,” *Harvard International Law Journal*, Vol. 28(1987).
- Chao, Howard and Xiaoping, Yang, “The Reform of the Chinese System of Enterprise Ownership,” *Stanford Journal of International Law*, (1987).
- Clarke, Christopher M., “China’s Organizational Revolution,” *China Business Review*, Vol. 9, No. 4(1982).
- Easson, A. J., and Jinyan, Li, “The Evolution of the Tax System in the People’s Republic

- of China," *Stanford Journal of International law*, (1987).
- Eliasoph, Ellen R., and Gruneberg, "Law on Display in China," *China quarterly*, No. 88 (1981).
- Epstein, Edward J., "Individual enterprise in Contemporary Urban China : A Legal Analysis of Status and Regulation," *International Lawyer*, Vol. 21, No. 2(1987).
- Ginsburgs, George, "Bankruptcy Law of the People's Republic of China : Principle, Procedure and Practice," *Vanderbilt Journal of transnational Law*, Vol. 19(1986).
- Gold, Thomas B., "China's Private Enterprenures," *China Business Review* Vol. 12. No. 6 (1985).
- Graham, Marianna, "Laws," *China Business Review*, Vol. 10, No. 5(1983).
- Hsia, Tao-tai, and Zeldin, Wendy, I., "Recent Developments in the People's Republic of China," *Harvard International Law Journal*, Vol. 28, No. 2(1987).
- Jones, William C., "Some Questions regarding the Significance of General Provisions of Civil Law of the People's Republic of China," *Harvard International Law Journal*, Vol. 28(1987).
- Kato, Masanobu, "Civil and Economic law in the People's Republic of China," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 30(1982).
- Lichtenstein, Natalie G., "Law and Enterprise," *China Business Review*, Vol. 14, No. 2 (1987).
- Lieberthal, Kenneth, "Reform Politics," *China Business Reviw*, Vol. 10, No. 6(1983).
- Schwartz, Louis B., "The Inheritance Law of the People's Republic of China," *Harvard International Law Journal*, Vol. 28, No. 2(1987).
- Tao, Lung-Sheng, "Politics and Law Enforcement in China," *American Journal of Intenational Law*, Vol. 22(1974).
- Wang Jinafu, "Compenatory Transfer of the Right to Use Land," For Presentation at Beijing Conference on the Law of the World(Apr. 22-Apr. 27., 1990), 저스티스, 23권 제1호(1990).
- Xaohua, Peng, "Charateristics of China's First Bankruptcy Law," *Harvard International Law Journal*, Vol. 38, No. 2(1987).
- Yu, Mengjia, "A General Presentaion on China's Endeavor to Establish and Perfect its

Legal System since 1979," *New York Law school Journal of International and Comparative Law*, Vol. 10(1989).

Zweig, David, et. al., "Law, Contracts and Economic Modernization : Lessons from the Recent chinese Rural Reforms," *Standford Journal of International law*, (1988).

研究報告 91-16

中國의 民法通則 研究

1991年 12月 25日 印刷

1991年 12月 30日 發行

發行人 李世薰

發行處 韓國法制研究院

印刷處 韓國컴퓨터產業(주)

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981.8.11 제1-190호

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함.

