

中国大陆制定民法典的几个问题*

梁 慧 星**

차 례

- 一、中国大陆起草民法典的经过
- 二、《民法典草案（征求意见稿）》介绍
- 三、笔者为什么不赞成“松散式、汇编式”的民法典？
- 四、笔者为什么不赞成取消债权概念和债权总则？
- 五、笔者为什么不赞成人格权单独设编？

* 이 글은 『법제연구』 제22호 “关于中国民法典编纂”의 후속글임

** 中国社会科学院法学研究所 教授, 法學博士

一、中国大陆起草民法典的经过

中国大陆自1949年以来曾经三次起草民法典。前两次均因政治运动而中断¹⁾。第三次起草民法典从1979年开始，至1982年暂停²⁾，改为先制定单行法³⁾。

1998年1月13日第八届全国人大常委会王汉斌副委员长邀请五位民法教授⁴⁾座谈民法典起草，五位教授一致认为起草民法典的条件已经具备，王汉斌副委员长遂决定恢复民法典起草，并委托九位学者专家组成民法起草工作小组⁵⁾，负责民法典草案的起草工作。

1998年3月召开民法起草工作小组第一次会议，议定“三步走”的规划：第一步，制定统一合同法，实现市场交易规则的完善、统一和与国际接轨⁶⁾；第二步，从1998年起，用4-5年的时间制定物权法，实现财产归属关系基本规则的完善、统一和与国际接轨；第三步，在2010年前制定民法典，最终建立完善的

1) 从1954年开始起草民法典，至1956年12月完成新中国的第一部《民法典草案》，分为总则、所有权、债、继承四编，共525条。由于此后发生“整风”、“反右”等政治运动，致民法典起草工作被迫中断。这一民法典草案，其编制体例和基本制度均参考1922年的苏俄民法典。1962年，中国在经历严重自然灾害和“大跃进”所造成的严重困难之后，重新强调发展商品生产和商品交换，在此背景之下开始了第二次民法典起草，至1964年7月完成《民法典草案（试拟稿）》。该草案仅分三编：第一编总则、第二编财产的所有、第三编财产的流转。这次民法典起草因1964年开始的“四清运动”而中断。

2) 1979年开始第三次起草民法典，至1982年完成民法典草案（1-4稿）。《民法典草案（第四稿）》，包括8编：第一编民法的任务和基本原则；第二编民事主体；第三编财产所有权；第四编合同；第五编智力成果权；第六编财产继承权；第七编民事责任；第八编其他规定。其编制体例和主要内容，主要参考1962年的苏联民事立法纲要、1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙利民法典。

3) 1982年立法机关决定暂停民法典起草，于是形成现今以《民法通则》及《合同法》、《担保法》、《婚姻法》等单行法构成的民事立法体系。

4) 政法大学的江平教授、中国社会科学院法学研究所的王家福研究员和梁慧星研究员、清华大学的王保树教授、人民大学的王利明教授。

5) 民法起草工作小组的九位成员是：江平（政法大学）、王家福（中国社会科学院法学研究所）、魏振瀛（北京大学）、王保树（清华大学）、梁慧星（中国社会科学院法学研究所）、王利明（人民大学）、肖峒（法制工作委员会退休干部）、魏耀荣（法制工作委员会退休干部）、费宗祯（最高人民法院退休法官）。

6) 合同法的起草始于1993年，1993年10月拟订《合同法立法方案》，1994年1月正式开始起草，1995年1月产生《合同法建议稿》，1998年形成正式草案提交人大常委会审议，1999年3月15日经全国人大第二次会议通过，同年10月1日生效。

法律体系的目标。至2001年，在两个物权法草案学者建议稿的基础上⁷⁾，产生了法制工作委员会的《物权法草案（征求意见稿）》，按照原计划应当在2002年提交常委会审议，2003年通过。

因中国大陆加入WTO，要求改善国内法制环境，第九届全国人大李鹏委员长要求在2002年完成民法典草案并经常委会审议一次。于是，在2002年1月11日召开民法典起草工作会议，由法制工作委员会副主任胡康生委托六位专家学者分别起草民法典各编条文草案⁸⁾，民法典起草正式开始。

在六位受托人相继完成各编条文草案后，法制工作委员会于2002年4月16—19日召开民法典草案专家讨论会。在对受托人起草的各编条文草案进行了讨论之后，于19日上午集中讨论民法典结构体例。王家福研究员建议民法典设10编：总则、人格权、物权、知识产权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用。经过讨论，其中八编，包括总则、物权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用，获得一致同意。对于是否设人格权编和知识产权编，未达成一致意见⁹⁾。

法制工作委员会在受托人起草的各编草案基础上，用了五个月的时间进行删节、修改、整理、编纂，形成《民法典草案（9月稿）》，包括九编：总则、人格权、物权、知识产权、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用。这一草案在9月16—25日的民法典草案专家讨论会上进行了讨论。

9月16—25日的专家讨论会后，本应在《民法典草案（9月稿）》基础上进行修改、增删，形成提交常委会审议的正式草案。但出人意料的是，法制工作委员会竟将《民法典草案（9月稿）》的“合同编”、“亲属编”、“继承编”、“知识产权编”草案废弃，而将现行《合同法》、《婚姻法》、《收养法》和《继承法》原封不动地编入，形成彻底的“汇编式”民法典草案，提交12月23日的常委会进行第一次审议，然后发布征求意见¹⁰⁾。

7) 一是由梁慧星负责的中国社会科学院的物权法草案，一是王利明负责的人民大学的物权法草案。

8) 委托中国社会科学院法学研究所梁慧星研究员负责起草总则编、债权总则编和合同编；中国人民大学法学院王利明教授负责起草人格权编和侵权行为编；中国社会科学院法学研究所郑成思研究员负责起草知识产权编；最高人民法院唐德华副院长负责起草民事责任编；中国政法大学巫昌桢教授负责起草亲属编和继承编；最高人民法院退休法官费宗祯负责起草涉外民事关系的法律适用编。

9) 梁慧星不赞成设人格权编，梁慧星和郑成思不赞成设知识产权编。

10) 以下称为《民法典草案（征求意见稿）》。

二、《民法典草案（征求意见稿）》介绍

《民法典草案（征求意见稿）》包括九编：第一编总则；第二编物权法；第三编合同法；第四编人格权法；第五编婚姻法；第六编收养法；第七编继承法；第八编侵权责任法；第九编涉外民事关系的法律适用法。

第一编总则，117条，包括：第一章一般规定；第二章自然人；第三章法人；第四章民事法律行为；第五章代理；第六章民事权利¹¹⁾；第七章民事责任¹²⁾；第八章时效；第九章期间。

第二编物权法，329条，分为五个部分：

“总则”部分，包括：第一章一般规定；第二章物权的设立、变更、转让和消灭；第三章物权的保护。

“所有权”部分，包括：第四章一般规定；第五章国家所有权；第六章集体所有权；第七章私人所有权；第八章建筑物区分所有权；第九章相邻关系；第十章共有；第十一章所有权取得的特别规定。

“用益物权”部分，包括：第十二章一般规定；第十三章土地承包经营权；第十四章建设用地使用权；第十五章宅基地使用权；第十六章邻地利用权；第十七章典权；第十八章居住权；第十九章探矿权、采矿权；第二十章取水权；第二十一章渔业权。

“担保物权”部分，包括：第二十二章一般规定；第二十三章抵押权；第二十四章质权；第二十五章留置权；第二十六章让与担保。

“占有”部分，不设章，11条。

11) 《民法典草案（征求意见稿）》因取消债权总则编，致不当得利和无因管理无所归属，致债权概念无所归属，因此专设第六章“民事权利”，列举规定物权、债权、知识产权、人格权和婚姻家庭关系上的权利，造成大量重复：第85条与物权法编第一章第2条第1款重复；第89条关于知识产权的规定，与专利法、商标法和著作权法的规定重复；第90条关于自然人和法人享有人格权的规定，与人格权编第一章第1条重复；第91条关于自然人因婚姻、家庭关系产生的人身权受法律保护的规定，与婚姻法编重复。

12) 《民法典草案（征求意见稿）》因取消债权总则编，致合同法编的违约责任与侵权责任编的侵权责任的共同制度、共同问题无所归属，因此在总则编设第七章“民事责任”，造成与合同编和侵权责任编的重复：第93条关于承担民事责任的方式的规定，与侵权责任法编第1章第4条重复；第94条关于不可抗力免责的规定，与合同法编第117条重复；第95条关于违约责任与侵权责任竞合的规定，与合同法编第122条重复。

第三编合同法，454条，即现行《合同法》¹³⁾。

第四编人格权法，29条，包括：第一章一般规定（7条）；第二章生命健康权（5条）；第三章姓名权、名称权（4条）；第四章肖像权（2条）；第五章名誉权、荣誉权（2条）；第六章信用权（4条）；第七章隐私权（5条）。

第五编婚姻法，50条，即现行《婚姻法》（2001年修正）。

第六编收养法，33条，即现行《收养法》（1991年通过）。

第七编继承法，35条，即现行《继承法》（1985年通过）。

第八编侵权责任法，68条，包括：第一章一般规定；第二章损害赔偿；第三章抗辩事由；第四章机动车肇事责任；第五章环境污染责任；第六章产品责任；第七章高度危险作业责任；第八章动物致人损害责任；第九章物件致人损害责任；第十章有关侵权责任主体的特殊规定。

第九编涉外民事关系的法律适用法，94条，包括：第一章一般规定；第二章民事主体；第三章物权；第四章债权；第五章知识产权；第六章婚姻家庭；第七章继承；第八章侵权。

三、我为什么不赞成“松散式、汇编式”的民法典？

今天讨论民法典编纂，一个无可回避的现实是，清朝末年从德国民法继承过来的这套概念、原则、制度和理论的体系，在中国大陆已经存在了一百年之久。现今中国大陆法学院所采用的民法教材，它上面的一整套概念、原则、制度和理论的体系都是德国式的。人民法院的法官裁判案件，不是采用英美法那样的从判例到判例的推理方法，而是采用德国式的逻辑三段论的推理方法。中国大陆的立法，尤其是改革开放以来的法律，以《民法通则》和《合同法》为典型，所使用的概念、所规定的原则和制度，诸如权利能力、行为能力、法律行为、代理、时效、物权、债权、支配权、请求权、抗辩权、代位权、撤销权等等，都是德国式的。可见从德国民法继承而来的这套概念、原则、制度和理论的体系，已经融入中国大陆社会之中，成为立法、司法、教学和理论研究的基础，构成法律传统和法律文化的基础。

有的学者反对德国民法的概念体系，大谈所谓“对德国民法说不”。但现在中国

13) 将现行《担保法》的第2章保证，作为合同法编的第24章。

大陆所面对的，绝不是在大陆法系与英美法系之间，或者在大陆法系内部的德国法系与法国法系之间作出选择的问题！一百年前，我们的前人已经替我们作出了选择¹⁴⁾。中国之属于德国法系已经是既成事实¹⁵⁾。你不可能抗拒、改变、背离或者抛弃一个国家的法律传统？在中国历经百年所形成的法律传统面前，任何立法者和学者，都是渺小的。即使如某些学者所主张的“松散式、邦联式”方案，即使如现在提交审议并发布征求意见的“汇编式”的民法典草案，也并未真正背离德国民法的概念体系，只不过人为地把这一概念体系弄得支离破碎、逻辑混乱罢了！

中国大陆属于成文法，与英美法不同。英美法国家有悠久的判例法传统，法律规则是法官创制的，主要依靠法官的产生机制、高素质的法官和陪审团制度，保障裁判的公正性和统一性。大陆法国家，法律规则是立法机关制定的，主要依靠法律本身的逻辑性和体系性，保障裁判的公正性和统一性。法典愈有逻辑性和体系性，愈能保障审理同样案件的不同地区、不同法院的不同的法官，只能从法典找到同一个规则，得出同样的判决。尤其中国大陆法官队伍人数众多，平均学历不超过大专，法律素质参差不齐，社会地位和工资收入不高，独立性不够，容易受法律外因素的影响。一部不讲究逻辑性和体系性的所谓“松散式”、“汇编式”民法典，使审理同样案件的不同地区、不同法院的不同的法官，可以从中找到完全不同的规则，得出截然相反的判决。这样的法典，不仅不利于保障裁判的统一性和公正性，还会适得其反，使那些在法律外因素影响之下作出的不公正的判决“合法化”！这样的法典，不仅不利于遏止地方保护主义、行政干预和司法腐败，还会适得其反，进一步助长地方保护主义、行政干预和司法腐败！！

有的学者不赞成制定一部具有严格逻辑性和体系性的民法典，他们口口声声说，人家英美法不是适用得好好的吗？须知英美法系之所以不讲究法律的体系，不讲究法律的逻辑结构，因为他们是判例法，是法官造法，他们的法官裁判案件是采用“从判例到判例”的方法。中国大陆属于成文法，法律是立法机关制定的，法官只是适用法律而不能制定法律，法官裁判案件是采用德国式逻辑三段论的推

14) 王泽鉴先生指出：中国之继受外国民法，采大陆法系特别是德国民法，是受日本的影响。其所以不采英美法，纯粹由于技术上的理由，并非基于法律品质上的考虑。大陆法系与英美法系，并无优劣之分，但英美法是判例法，不适于依立法方式继受。其所以不采法国民法而采德国民法，是因为德国民法典制定在后，其立法技术及法典内容，被认为较1804年的法国民法典进步。见王泽鉴《民法五十年》，载《民法学说与判例研究》第5册，第4-5页。

15) 北川善太郎指出，日本、韩国、中国大陆及中国台湾民法，均属于大陆法系中的德国法系。见北川善太郎《民法总则》，有斐阁1993年初版，第105页。

理方法，因此我们的法律必须讲究逻辑性和体系性。因为法律愈有逻辑性和体系性，就愈能够保障裁判的统一性和公正性。法律的逻辑性和体系性，实则是法律的生命线。英美法我们学不了¹⁶⁾，是因为我们属于与英美法完全不同的成文法国家，我们没有英美法系的判例法传统，最关键的是我们培养不出英美法系那样的高水平的法官队伍¹⁷⁾！

四、我为什么不赞成取消债权概念和债权总则编？

中国大陆民法学界主张取消“债权”概念的意见，由来已久。在80年代中期制定《民法通则》时就曾发生过争论。已故著名学者佟柔教授在《新中国民法学四十年》一文中说，有人主张中国民法“应摒弃债的概念。理由是：（1）中国人民所理解的债，与大陆法系国家自罗马法以来形成的债的概念大相径庭；（2）债本身是一个外来词，我们可以不用；（3）债的概念主要是概括合同制度，把无因管理、不当得利和侵权行为放在其中，并无科学性；（4）不用债的概念不会影响中国民法和民法学的完整性、系统性以及民事法律关系的严肃性。”佟柔教授指出，“大多数人认为，中国民法和民法学应当使用债的概念”。¹⁸⁾根据大多数民法学者的意见，《民法通则》专设“债权”一节，并且明文规定了“债权”定义。

《民法通则》的颁布、实施已经十多年，应当说“债权”概念已经深入人心。但1998年3月民法起草工作小组会议上，有的学者建议取消“债权”概念，建议民法典不设“债权编”，理由是“债权”概念不通俗。在9月16—25日召开的讨论《民法

16) 我们只能在德国民法概念体系的架构之内吸收英美法的经验，如现行《合同法》采用德国民法的概念体系，许多原则、制度和条文，可以从德国民法、日本民法和中国台湾民法上找到它们的原型。但其总则和买卖合同部分，参考了《国际商事合同通则》（PICC）、《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）、《欧洲合同法原则》（PECL）和英美契约法。

17) 美国著名法学家庞德于1946年6月来华，担任中华民国司法行政部顾问，在他呈交中华民国司法行政部的报告中指出：“我的第一个论点，即根据我的判断，如果中国由久经继受的现代罗马法系改采英美法系，将是一个极大的错误。”“一个国家如果没有英美法的历史背景，没有如英国或美国所训练的法官及律师，要去体会它是很困难的。”“英美普通法最不善于处理立法文件，也没有把司法经验予以公布的背景，很多立法都是基于实际需要。英美法制中有法律与衡平法的双重制度，普通法与立法之间有着严格界限，这些我都不欲介绍进来。中国循着已走的道路向前进行，是最适当不过的。”见庞德呈交中华民国司法行政部的工作报告《改进中国法律的初步意见》，写于1946年7月12日。引自王健《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，第62—63页。

18) 见《佟柔文集》，中国政法大学出版社1996年版，第246页。

典草案（9月稿）》的专家讨论会上，就是否保留债权概念和设债权总则编发生激烈争论。主张取消“债权”概念和“债权总则编”的学者所持理由，主要有四个：一是认为“债权”概念不通俗；二是认为我们不应迷信德国民法的体系；三是认为债权总则实际是合同总则；四是认为侵权责任不是债或者主要不是债。这四个理由都站不住。

有学者认为民法上的“物权”、“债权”、“法律行为”三个概念最难懂。其实，民法上的概念，不通俗的岂止“法律行为”、“物权”和“债权”三者！我们制定民法典，绝不能够以所谓“通俗化”为目标。民法是一个具有严格逻辑性的行为规则体系和裁判规则体系。每一个概念均有特定的含义，概念相互之间有严格的逻辑关系。正因为如此，才需要开办法学院培养法律专门人才，才需要职业化的法官、律师和检察官，才需要建立专门的司法考试制度。再说，对中国人而言，“债”的概念是古已有之。唐律、明律都有“钱债”。老百姓说“杀人偿命，欠债换钱”。虽其文义有广狭，但其本质同一。是一方请求他方为某种行为的权利，即“请求权”。从这一角度我们可以说“债权”概念并非不通俗。《民法通则》颁布以来，“债权”概念已为中国人民所掌握并熟练运用，就是证明。

有学者认为我们不应迷信德国民法的概念体系，不必套用“物权”、“债权”概念，不必设“债权总则编”。其实，“物权”、“债权”的明确区分，虽然是《德国民法典》首倡，但《法国民法典》就已经采用了“债权”概念。特别应注意的是，“债权”、“物权”是大陆法系民法的基础性概念，无论所谓大众化的法典如《魁北克民法典》，或者学者型的法典如新的《荷兰民法典》，都有“债权”概念，都有“债权编”或“债权总则编”。可见，采用“债权”概念，规定“债权总则编”，是民法典科学性和体系性的要求，与“迷信”不相干。退一步说，即使是“迷信”，我们可以“迷信”“物权”、“法律行为”、“时效”、“法人”、“人格权”等德国民法的概念，为什么就不可以“迷信”“债权”概念和“债权总则”？！

有的学者认为，侵权的本质是“责任”而不是“债”，或者仅“损害赔偿”是“债”，特别提到“停止侵害”、“赔礼道歉”不是“债”。但是，各校采用的民法教材，都说“债权”是一方请求他方为一定行为或不为一定行为的权利，从来没有限定所请求的“行为”必须具有金钱价值。因此，侵权行为的后果，不仅请求加害人支付赔偿金是“债”，请求加害人停止侵害（不为一定行为）、赔礼道歉（为一定行为）也当然是“债”！王泽鉴先生指出：因名誉被侵害请求为恢复名誉之适当处分，“如

刊登道歉启示，虽其内容不以金额为赔偿标的，但性质上仍属债权”。¹⁹⁾

有学者认为《合同法》总则部分的大多数内容实际是“债权总则”的内容，因此民法典不必设“债权总则编”。应当看到，现行《合同法》超越自己的范围去规定本属于民法总则的法律行为规则、代理规则和本属于“债权总则”的规则，是因为《民法通则》的规定太简单不能适应市场经济发展的要求，是不得已的权宜之计。现在我们制定民法典，就应当按照法律逻辑和体系的要求，使现行《合同法》中属于“债权总则”的规定回归于“债权总则编”，属于民法总则的内容回归于“总则编”，将剔除了属于“债权总则”内容和属于民法总则内容后的合同法作为民法典的“合同编”。怎么能够因《合同法》规定了“债权总则”的内容而取消“债权总则编”？难道也因《合同法》规定了属于“总则编”的法律行为规则、代理规则，而取消“总则编”吗？

没有“债权总则编”、没有“债权”概念，物权法上的“债权人”、“债务人”、“被担保债权”、“债权质押”等也将失去存在的前提。“物权优先于债权”这一基本原则也就失去了依据。能说“物权优先于合同”吗？能说“物权优先于侵权”吗？没有了“债权”概念，许多商事法律都要受到影响。如《公司法》关于“公司债”的规定，《票据法》关于“票据债权人”、“票据债务人”的规定。特别是破产法，“债权人申请破产”、“债务人申请破产”、“债权申报”、“债权人会议”、“按债权额比例分配”等制度，以及基于“物权优先于债权”原则的“取回权”制度，均将失去前提。甚至公法也要受到影响，如《税收征管法》第四十五条规定的“税收优先于无担保债权”，能够改为“税收优先于无担保合同”吗？应当指出，“债权”概念，绝不仅是民法财产法的基本概念，而且是整个民商事法律的基础性概念，是国家整个法律体系的基础性概念，一旦取消“债权总则编”和“债权”概念，必将导致整个法律体系、法律秩序的混乱。

还应当注意“债权”概念作为法律思维工具的重大价值。例如“物权优先于债权”、“债权平等”、“债权请求权”与“物权请求权”的区分、“可分债权”与“不可分债权”、“连带债权”与“连带债务”等等，是我们进行法律思维的工具。法官、律师正是靠这一系列建基于“债权”概念的原则，进行法律思维和办理案件的。如果废弃“债权”概念，我们的法官、律师将如何进行法律思维，如何分析案件和裁判案件？

19) 见王泽鉴《侵权行为法》第一册，台北1998年9月版，第132页。

还应当看到,“债权”概念不仅在法律体系和法律思维上具有重大意义,而且有其重要的社会意义。这就是,“债权”概念是反映市场经济本质的法律概念,“债权总则”是市场交易的基本规则。“合同之债”是市场交易的常态,“不当得利之债”、“无因管理之债”和“侵权之债”是市场交易的变态。在计划经济条件之下,整个社会经济生活包括生产、流通、分配、消费均通过行政手段、指令性计划和票证安排,因此没有“债权”概念存在的基础。中国大陆在改革开放前的计划经济体制下,企业之间也签订所谓“经济合同”,但这种合同的实质是“计划”而不是“债”。可见,计划经济与市场经济,差异不在合同,而在“债权”,“债权”是民法与市场经济的“连接点”。

1981年的《经济合同法》不讲“债权”,主要是反映计划经济的本质和要求。1986年的《民法通则》专设“债权”一节,符合了市场经济的本质和共同规则,因此为进一步的改革开放提供了平台,为市场经济的发展,为《合同法》的制定提供了基础。《民法通则》采用“债权”概念,相对于此前的法律不使用“债权”概念,的确是一个巨大的进步,并且是改革开放和发展市场经济的成果,也是进一步改革开放和发展市场经济的基础。从“经济合同”概念到“债权”概念,实质是从计划经济转向市场经济。现在我们要建立市场经济法律秩序和法律体系,有赖于继续使用“债权”这一基础性概念。要说什么是什么是《民法通则》的成功经验,《民法通则》专设“债权”一节并规定“债权”概念才是真正的成功经验。因此,制定民法典就应当在《民法通则》成功经验的基础上,保留“债权”概念,设立“债权总则编”以统率“合同编”和“侵权编”,进一步完善“债权”法律制度,为发展现代化的市场经济和建立健康有序的市场经济法律秩序,提供法制基础。²⁰⁾

五、我为什么不赞成人格权单独设编?

主张人格权单独设编的第一条理由是人格权的重要性。人格权关系到人的尊重、人格尊严和人权保护,其重要性并无人否认。但民法典的编排体例,绝不能

20) 在9月16-25日的专家讨论会上,取消债权总则编和“债权”概念的做法受到多数学者的批评。但《民法典草案(征求意见稿)》仍坚持不设债权总则编,仅在“总则编”增设“民事权利”一章,其中第86条规定“债权”定义:“自然人、法人依法享有债权。因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,在当事人之间产生的特定的权利义务关系,为债权债务关系,享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。”

以重要性为标准。人的尊重、人格尊严和人权保护，属于法典的进步性问题，应当体现在民法典的价值取向、规范目的、基本原则和具体制度上。一项法律制度充分体现了对人的尊重，对人格权和人权的保护，就具有进步性，至于该项制度在民法典上的安排和位置，是作为单独的一编，还是一章，是放在法典的前面还是后面，对其进步性不发生影响。法典结构体例、编章设置、法律制度的编排顺序，应当符合一定的逻辑关系，并照顾到法官适用法律的方便。民法典的编纂体例，应当以逻辑性为标准，使民法规则构成一个有严格逻辑关系的规则体系，以保障裁判的公正性和统一性。

主张人格权单独设编的第二条理由是所谓创新。认为世界上迄今存在的民法典，人格权都是规定在自然人一章，还没有单独设编的，中国大陆民法典单独设立人格权编，就有了自己的特色，有所创新。我不反对创新，不反对中国民法典体现中国特色，但问题在于这种创新和特色，一定要符合公认的法理，至少在法理上说得通，有起码的合理性和说服力。否则，就是故意标新立异。民法典是为民事生活制定准则，为市场经济和家庭生活设立行为规则，为法官裁判民事案件设立判断基准，绝不允许任意性和标新立异！

世界上的民法典和民法典草案，关于人格权的规定有三种模式：一是规定在侵权行为法之中，如1896年的德国民法典、1896年的日本民法典、1881年的瑞士旧债务法等；二是规定在总则编或人法编的自然人一章，如1955年的法国民法典草案；三是在总则编或人法编的自然人一章规定人格权，同时在侵权行为法中规定侵害人格权的后果，如1959年的德国民法典修正草案。²¹⁾迄今没有将人格权单独设编的，其理论根据在于人格权的特殊本质，在于人格权与其他民事权利的差异。²²⁾我们有什么理由和必要偏要反其道而行之呢？

主张人格权单独设编的第三个理由是所谓《民法通则》的成功经验。必须指出，当年制定《民法通则》，专设第五章对民事权利作列举性规定，其中第四节规定人格权，并不是出于理性的决定，而是出于不得已。绝不意味着将来制定民法典就一定要单独设立人格权编。《民法通则》之在国内外受到好评，是因为

21) 见日本著名学者瀨川信久在2002年8月27日早稻田大学“日中法学者共同讨论会”上的报告稿《关于人格权》第1页、第4页。

22) 瀨川信久指出，人格权区别于财产权的特征是：其一，非因当事人意思而取得；其二，当法律规定对其法益受侵害予以救济时才认识到权利的存在；其三，权利人不能处分其权利（除个别例外），与权利主体不能分离。见瀨川信久在2002年8月27日早稻田大学“日中法学者共同讨论会”上的报告稿《关于人格权》第1页。

《民法通则》规定了比较充分的人格权，而绝不是因为将人格权单设一节。

人格权不应单独设编的基本理由，在于人格权的特殊本质。首先是人格权与人格的本质联系。作为人格权客体的人的生命、身体、健康、自由、姓名、肖像、名誉、隐私等，是人格的载体。因此，人格权与人格相始终，不可须臾分离，人格不消灭，人格权不消灭。世界上的民法典，均将人格权规定在自然人一章，其法理根据正在于此。其次，人格权与其他民事权利的区别，还在于人格权是存在于主体自身的权利，不是存在于人与人之间的关系上的权利。人格权就像权利能力、行为能力、出生、死亡一样，属于主体自身的事项。只在人格权受侵害时才涉及与他人的关系，但这种关系属于侵权责任关系，属于债权关系。这是人格权不应单独设编而与物权、债权、亲属、继承并立的法理根据。再者，人格权与其他民事权利的区别还在于，其他民事权利均可以根据权利人自己的意思，依法律行为而取得，均可以根据自己的意思，依法律行为而处分，而人格权因出生而当然发生，因死亡而当然消灭，其取得、发生与人的意思、行为无关，且人格权原则上不能处分，不能转让、赠与、抵销、抛弃。因此，民法总则的法律行为、代理、时效、期间期日等制度，不能适用于人格权。人格权单独设编，混淆了人格权与其他民事权利的区别，破坏了民法典内部的逻辑关系。相对于总则编而言，其余各编均属于分则，总则编的内容理所当然地应适用于其余各编。试问总则编的法律行为、代理、诉讼时效、期日、期间等制度，将如何适用于人格权编？²³⁾

23) 瀨川信久认为，考虑到人格权与权利主体的不可分离的关系，应当支持在总则编的人法中规定人格权的见解。如果人格权单独设编而与债权、物权并立，将人格权与债权、物权同样对待，将给人以人格权可与主体分离而存在并可以处分的印象。进而言之，如人格权单独设编，则至少在形式上，总则编的法律行为、消灭时效的规定，也应当适用于人格权。见瀨川信久在2002年8月27日早稻田大学“日中法学者共同讨论会”上的报告稿《关于人格权》第2页。

中國에 있어서 民法典制定의 몇 가지 問題點

著者: 梁 慧 星*
翻譯: 崔 吉 子**

차 례

1. 중국 민법전 起草 경위
2. 《민법전초안(의견조회서)》에 관한 개요
3. “개별화·편제화”[松散式·匯編式]민법전을 반대하는 이유
4. 채권개념과 채권총칙의 취소를 반대하는 이유
5. 인격권편의 단독 編制를 반대하는 이유

* 中國社會科學院法學研究所 教授, 法學博士

** 中國 華東政法大學 助教授, 法學博士

1. 중국 민법전 起草 경위

1949. 이후, 중국대륙에서는 세 차례의 민법전기초작업이 있었지만 앞의 두 차례는 정치운동으로 중단되었고,¹⁾ 세 번째의 기초작업은 1979.에 시작되어 1982.에 잠시 중단되었다가²⁾ 단행법³⁾의 제정으로 입법방향이 전환되었다.

1998. 1. 13. 제8기 전국인민대표대회 상무위원회 부위원장 王漢斌은 5명의 민법교수⁴⁾를 초청하여 민법전기초작업에 관한 좌담을 가졌고, 당시 5명의 민법교수는 민법전을 기초할 수 있는 여건이 마련되었다는 점에 의견을 같이 했고, 이에 기하여 王漢斌 부위원장은 민법전기초작업을 재개하기로 하고, 9명의 학자 및 전문가에게 민법전기초작업위원회⁵⁾를 설립하여 민법전기초작업의 진행을 위임하였다.

1998. 3. 민법전기초작업위원회는 제1차 회의에서 “3단계”의 기획방안을 합의하였다. 제1단계에서는 통일계약법⁶⁾을 제정하여 시장거래규칙의 정비·통

-
- 1) 1954.부터 민법전기초작업이 시작되어 1956. 12.에 신중국의 첫번째 《민법전초안》이 완성되었고, 이는 총칙·소유권·채(권)·상속의 총 4편 525조문으로 구성되었다. 그런데, 그 후에 일어난 “整風”·“反右派”등 정치운동으로 민법전기초작업은 폄박에 의해 중단되었다. 이 민법전초안은 입법체계와 기본제도에 있어서 1922.의 러시아 민법전을 참조하였다. 1962. 중국은 자연재해와 “大躍進”으로 말미암은 막대한 어려움에 부딪친 후 상품생산과 상품교환의 발전을 다시 강조하게 되었고, 이를 계기로 제2차 민법전기초작업이 시작되어 1964. 7.에 제2부 《민법전초안》이 완성되었고 총칙·재산의 소유·재산의 이전 등 3편으로 구성되었다. 이번 기초작업은 1964.에 시작된 “四清運動”으로 중단되었다.
 - 2) 1979.에 제3차 민법전초안작업이 시작되어 1982.에 민법전초안(1-4稿)이 완성되었다. 《민법전초안(第4稿)》은 제1편 민법의 임무와 기본원칙; 제2편 민사주체; 제3편 재산 소유권; 제4편 계약; 제5편 지적재산권; 제6편 재산상속권; 제7편 민사책임; 제8편 기타 등으로 구성되었다. 입법체계와 주요내용은 주로 1962.의 소련의 민사입법강요·1964.의 러시아민법전 및 1978.의 헝가리아 민법전을 참조하였다.
 - 3) 1982. 입법기관은 민법전기초작업을 일시 중단하기로 결정하고 현행 《민법통칙》·《계약법》·《담보법》·《혼인법》등 단행법으로 구성된 민사입법체계를 형성하게 되었다.
 - 4) 5명의 민법교수는 中國政法大學의 江平教授, 中國社會科學院의 王家福教授와 梁慧星教授, 清華大學의 王保樹教授 및 中國人民大學의 王利明教授이다.
 - 5) 민법기초작업위원회는 江平(정법대학), 王家福(사회과학원), 魏振瀛(북경대학), 王保樹(청화대학), 梁慧星(사회과학원), 王利明(인민대학), 肖峴(법제공작위원회 퇴직간부), 魏耀榮(법제공작위원회 퇴직간부), 費宗禕(최고인민법원퇴직법관)등 9명위원으로 구성되었다.
 - 6) 계약법기초는 1993.에 개시되어 1993. 10. 《계약법입법방안》을 擬定한 후 1994. 1.에 정식으로 시작되었고 1995. 1.에 《계약법건의안》이 완성되어 이를 토대로 1998.에 정식초안이 형성되어 인대상무위원회에 제안되었다. 동 초안은 1999. 3. 15. 전국인대

일 및 국제규칙에로의 접근을 실현하고, 제2단계에서는 1998.부터 약 4-5년의 기간을 들여 물권법을 제정함으로써 재산의 귀속관계에 관한 기본규칙의 정비와 통일 및 국제규칙의 접근을 실현하고, 제3단계에서는 2010. 이전에 민법전을 제정하여 최종적으로 완비된 법률체계의 구축에 이르는 것이었다. 2001. 두 건의 물권법초안학자의견서⁷⁾를 토대로 법제공작위원회의 《물권법초안(의견조회서)》가 작성되었다. 원래의 계획에 따른다면 2002.에 인민대표대회 상무위원회에 제안하여 2003.에 통과되었어야 한다.

그런데, WTO가입으로 인해 제9기 전국인민대표대회 상무위원회 위원장 李鵬은 2002.에 민법전초안을 완성하여 상무위원회의 제1차 심사를 받을 것을 요청하였다. 이로 인하여 2002. 1. 11. 민법전기초회의에서 法制工作委員會 胡康生 副主任은 6명의 학자 및 전문가에게 민법전을 편별로 나누어 각자 그 기초작업을 분담⁸⁾할 것을 위탁하였고 이로부터 민법전 기초작업이 본격적으로 시작되었다.

위탁을 받은 6명 학자가 각각 분담하여 작성한 초안이 나온 후 법제공작위원회는 2002. 4. 16. - 19. 이에 관한 전문가회의를 개최하였다. 각 편에 대한 검토가 끝난 후 19. 오전에 민법전 편제에 관하여 집중적인 검토가 있었는데 이에 대하여 王家福 教授는 총칙·인격권·물권·지적재산권·채권총칙·계약·불법행위·친족·상속·섭외민사관계의 법률적용 등 총 10편으로 구성하는 제안을 내놓았다. 토론을 거쳐 그 중 총칙·물권·채권총칙·계약·불법행위·친족·상속·섭외민사관계의 법률적용 등 8편에 관해서는 견해가 일치되었지만 인격권과 지적재산권에 관해서는 견해의 대립이 있었다.⁹⁾

법제공작위원회는 위의 초안내용을 토대로, 5개월 동안의 수정작업을 거쳐 《민법전초안(9月稿)》를 내놓았다. 이는 총칙·인격권·물권·지적재산권·

제2차 회의에서 통과되어 동년 10. 1.부터 효력을 발생하게 되었다.

7) 그 중 하나는 梁慧星이 주도한 중국사회과학원의 물권법초안이고 다른 하나는 王利明이 주도한 중국인민대학의 물권법초안이다.

8) 중국사회과학원 법학연구소 梁慧星 教授는 總則編과 債權總則 및 契約編; 인민대학의 王利明 教授는 人格權編과 不法行爲法編; 중국사회과학원 법학연구소 鄭成思教授는 知的財産權編; 최고인민법원 唐德華부원장은 民事責任編; 중국정법대학 巫昌楨 教授는 親屬編과 相續編; 최고인민법원 퇴직법관 費宗禕는 涉外民事關係의 法律適用編을 각각 분담하게 되었다.

9) 梁慧星은 인격권편입에 관하여 鄭成思는 지적재산권의 편입에 관하여 각각 반대의견을 내놓았다.

계약·불법행위·친족·상속·섭외민사관계의 법률적용 등 9편으로 구성되었다. 동년 9.16. - 25. 이에 대한 전문가토론회의가 개최되었다.

9.16. - 25.회의 후 원래의 계획은 《민법전초안(9월고)》를 토대로 법제공작위원회가 인민대표대회 상무위원회에 제안할 正式 민법전초안을 만들도록 되어 있었다. 그런데, 전혀 예상외로 법제공작위원회는 《민법전초안(9월고)》의 “계약편”·“친족편”·“상속편”·“지적재산권편”을 완전히 폐기하고, 현행 《계약법》·《혼인법》·《입양법》과 《상속법》을 원형대로 묶어 철두철미한 “편제식” [匯編式]민법전초안을 만들어 [2002.]12.23. 인민대표대회 상무위원회에 제안하였고 현재는 제1차 심의를 거친 수 이에 관한 의견조회서가 전국에 배포되어 있다.¹⁰⁾

2. 《민법전초안(의견조회서)》에 관한 소개

《민법전초안(의견조회서)》는 제1편 총칙; 제2편 물권; 제3편 계약; 제4편 인격권; 제5편 혼인법; 제6편 입양법; 제7편 상속법; 제8편 불법행위책임법; 제9편 섭외민사관계의 법률적용법 등 총 9편으로 구성되었다.

제1편 총칙은 제1장 일반규정, 제2장 자연인, 제3장 법인, 제4장 민사법률 행위, 제5장 대리, 제6장 민사권리,¹¹⁾ 제7장 민사책임,¹²⁾ 제8장 시효, 제9장 기간 등 총 117개 조문으로 구성되었다.

10) 이하 《민법전초안(의견조회서)》라 칭한다.

11) 《민법전초안(의견조회서)》에서 채권총칙편이 취소됨으로서 부당이득, 사무관리, 채권 개념에 관한 규정을 어디에 두어야 되는지가 문제되었고, 이때문에 제6장 “민사권리”를 설정하여 물권·채권·지적재산권·인격권·혼인가족관계상의 권리를 열거하였다. 이는 민법전초안 구조의 앞뒤가 여러 번 겹치는 결과를 초래하고 있다. 제85조와 물권법편 제1장 제2조 제1항 내용의 중복; 제89조의 지적재산권에 관한 규정과 특허법·상표법과 저작권법 내용의 중복; 제90조의 자연인과 법인의 인격권에 대한 규정은 인격권편의 제1장 제1조와 중복; 제91조 자연인의 혼인·가족관계에 기한 人身權에 대한 법적 보호의 규정과 혼인법 편과의 중복이 그 예이다.

12) 《민법전초안(의견조회서)》에서 채권총칙편이 취소되면서 계약편의 계약불이행 책임과 불법행위책임편의 불법행위책임의 공통부분을 어디에 두어야 되는지가 문제되어 총칙편 제7장 “민사책임”편을 설정하였다. 이는 다음과 같은 문제점을 초래하고 있다. 즉 계약편과 불법행위편의 중복; 제93조의 민사책임방법에 관한 규정과 불법행위책임법 제1장 제4조의 중복; 제94조 불가항력에 기한 면책에 관한 규정과 계약법편 제117조의 중복; 제95조의 계약불이행책임과 불법행위책임의 경합에 관한 규정과 계약편의 제122조의 중복 등이 그 예이다.

제2편 물권법은 제1장 일반규정, 제2장 물권의 성립·변경·이전·소멸, 제3장 물권의 보호 등 총 329개 조문으로 구성되었다.

“소유권”에 관하여 제4장 일반규정, 제5장 국가소유권, 제6장 집단소유권, 제8장 건물구분소유권, 제9장 상린관계, 제10장 공유, 제11장 소유권취득에 관한 특별규정 등으로 규정하고 있다.

“용익물권”에 관하여 제12장 일반규정, 제13장 토지도급경영권, 제14장 建設用地使用權, 제15장 택기지사용권, 제16장 지역권, 제17장 典權; 제18장 거주권, 제19장 探鑛權·採鑛權, 제20장 取水權, 제21장 어업권 등으로 규정하고 있다.

“담보물권”에 관하여 제22장 일반규정, 제23장 저당권, 제24장 질권, 제25장 유치권, 제26장 양도담보 등으로 규정하고 있다.

“점유”에 관해서는 단독 편장을 설정하지 않고 11개 조문으로 규정하고 있다.

제3편 계약법은 현행 《계약법》 그대로¹³⁾ 총 454개 조문으로 구성되어 있다.

제4편 인격권법은 제1장 일반규정(7개 조문), 제2장 생명건강권(5개 조문), 제3장 성명권·명칭권(4개 조문), 제4장 초상권(2개 조문), 제5장 명예권·영예권(2개 조문), 제6장 신용권(4개 조문), 제7장 隱私權(프라이버시)(5개 조문)등으로 구성되어 있다.

제5편 혼인법은 50개 조문으로 현행 《혼인법》(2001. 개정) 원형대로 편입되었다.

제6편 입양법은 33개 조문으로 현행 《입양법》(1991. 개정) 원형대로 편입되었다.

제7편 상속법은 35개 조문으로 현행 《상속법》(1985. 개정) 원형대로 편입되었다.

제8편 불법행위책임법은 제1장 일반규정, 제2장 손해배상, 제3장 항변사유, 제4장 교통사고 책임, 제5장 환경오염책임, 제6장 제조물책임, 제7장 고도위험작업책임, 제8장 동물로 인한 손해배상책임, 제9장 물건으로 인한 손해배상책임[한국민법의 공작물책임에 유사함 - 역주], 제10장 불법행위의 책임주체에 관한 특수규정으로 총 68개 조문으로 구성되어 있다.

제9편 섭외민사관계의 법률적용은 제1장 일반규정, 제2장 민사주체, 제3장 물권, 제4장 채권, 제5장 지적재산권, 제6장 혼인가정, 제7장 상속, 제8장 불법행위 등 총 94개 조문으로 구성되어 있다.

13) 현행 《담보법》의 제2장 保證을 계약법편에 제24장으로 편입하였다.

3. “개별화·편제화”[松散式·匯編式]민법전을 반대하는 이유

오늘 날 중국에 있어서 민법전편찬에 관한 논의는 다음과 같은 현실문제를 떠날 수 없다. 중국은 일찍 청나라 후기에 독일민법을 계수하게 되었고 독일 민법의 개념·원칙·제도와 이론체계는 100여년의 역사를 통해 이미 중국에 정착되어 있다. 중국대륙의 법과대학에서 사용되고 있는 민법교과서는 독일민법의 개념·제도와 이론체계의 틀을 벗어나지 못하고 있고 인민법원에서의 재판도 영미법의 판례에서 판례에로의 추리 방식을 채용하는 것이 아니고 독일식 논리의 3단계추리방식을 채용하고 있다. 중국대륙의 입법, 특히 개혁·개방이후의 법률은 《민법통칙》과 《계약법》을 비롯해서 모두 독일법의 개념·원칙 및 제도를 채용하였다. 즉, 權利能力·行爲能力·法律行爲·代理·時效·物權·債權·支配權·請求權·抗辯權·代位權·取消權 등은 그 예이다. 여기서 독일 민법의 개념·원칙·제도와 이론체계는 이미 중국대륙에 정착되어 입법·사법·교육과 이론 연구의 토대로 나아가 법률전통과 법률문화의 토대를 이루고 있음을 알 수 있다.

중국의 일부 학자들은 독일민법의 체계를 반대하면서 “독일민법은 아니다”라는 주장을 내세우고 있다. 그러나, 오늘날 중국대륙에 있어서 해결되어야 할 문제는 결코 대륙법과 영미법, 또는 대륙법계내부의 독일법계과 프랑스법계에 대한 선택의 문제가 아니다. 이는 100여년전 우리의 선조들에 의해 이미 선택되어 있어¹⁴⁾ 중국법의 대륙법적 성격은 이미 기정사실로 되어 있다.¹⁵⁾ 이미 정착된 법률전통을 개혁하고 반대 또는 포기한다는 것은 어려운 문제이다. 100여년을 거쳐 중국 땅에 자리 잡은 법률전통 앞에서는 그 어떠

14) “중국의 외국법의 계수에 있어서 대륙법계 특히는 독일민법을 채용하게 된 것은 일본의 영향으로 때문이다. 당시 영미법을 선택하지 않은 것은 완전히 기술상의 원인에 기하는 것이고, 결코 법률성격에 기한 것은 아니다. 대륙법계와 영미법계에 우열의 차이가 존재하는 것은 아니지만 입법의 방식에 의한 계수에 있어서 영미법은 적합하지 않았다. 당시 프랑스법을 채용하지 않고 독일법을 채용한 것은 독일민법이 뒤에 제정되었고 그 입법기술 및 법전내용이 1804.의 프랑스민법전에 비해 진보적이라고 생각되었기 때문이다”. 王澤鑾, “民法五十年”, 《民法學說與判例研究》第5冊, p.4~5.

15) 北川善太郎은 “일본·한국·중국대륙 및 중국대만 민법은 모두 대륙법계중의 독일법계에 속한다”고 기술하고 있다. 北川善太郎, 民法總則, 有斐閣, 1993. 初版, p.105.

한 입법자도 학자도 미미한 존재에 지나지 않는다. 사실상 어느 한 학자에 의해 주장되고 있는 이른바 “松散式·聯邦式”방안이나 현재 인민대표대회의 제1차 심의를 거친 의견조회서의 “匯編式”의 민법초안은 독일민법의 개념체계를 벗어나지 못했고, 다만 인위적으로 그 개념체계가 파괴되었고 논리의 혼란이 초래되었을 뿐이다.

중국대륙은 성문법국가로서 영미법과는 다르다. 영미법국가는 역사적으로 오래된 판례법전통을 가지고 있고 법관을 통해 법이 창설될 수 있다. 영미법은 주로 법관양성제도와 높은 법학수준을 갖춘 법관 및 배심제도에 의하여 재판의 공정성과 통일성을 확보하고 있다. 하지만 대륙법계의 법은 입법기관에서 제정하고 있으며, 주로 법 자체의 논리성과 체계성에 의하여 재판의 공정성과 통일성을 확보하고 있다. 각 地域과 審級의 법원은 동일 유형의 사건을 심리하는 데 있어서 오직 논리와 체계가 정치한 법전에 의하는 경우에만 그 통일성을 확보할 수 있다. 더욱이 중국대륙의 법관은 그 수가 방대하고 평균학력이 전문대수준을 넘지 못하고 있으며, 그 수준도 천차만별이다. 그리고, 사회적인 지위와 처우도 높지 아니하여 재판에 있어서의 독립성과 법률밖의 영향에 대한 저항력이 부족하다. 논리성과 체계성을 무시한 “松散式”·“匯編式” 민법전은 가령 동일유형 사건이라 하더라도 각 지역 법관에 의해 서로 다른 법을 찾아내고, 전혀 다른 결과를 초래하는 토대가 될 것이다. 이러한 법전은 재판의 공정성과 통일성을 담보할 수 없을 뿐만 아니라 그와 반대로 외계영향으로 말미암은 불공정한 재판결과를 “합법화”하는 근거가 될 것이다. 또한 지방보호주의와 행정개입 및 사법부패가 억제되는 것이 아니라 오히려 조장될 것이다.

일부학자는 엄밀한 논리성과 체계성을 구비한 민법전을 제정하자는 견해에 반대하면서 영미법의 적용을 이유로 내세우고 있다(강평교수의 주장 - 역주). 주목되어야 될 점은 영미법에서 논리성과 체계성이 강조되지 아니하는 이유는 법관에 의해 법이 창설되고, 법관은 “판례에서 판례로”의 재판 방법을 채용하고 있기 때문이다. 중국대륙은 성문법국가로서 입법기관에 의해 법이 제정되고 법관은 법률을 적용할 뿐이고, 창설하지 못하며, 재판과정에서 독일식의 논리의 3단계 추리방법을 채용하고 있다. 따라서 중국의 법률은 반드시 논리성과 체계성이 중시되어야 한다. 논리성과 체계성이 엄밀할수록 재판의 공정성과 통일성을 확보할 수 있고 이것이 바로 법의 생명선이 될 것이다. 중국에

서 영미법을 도입한다는 것은 중국 현실에 적합하지 않는다.¹⁶⁾ 왜냐하면 지금까지 우리는 영미법과 완전히 다른 법계를 유지해 왔고, 영미법계의 판례법 전통이 없으며, 특히 우리는 영미법계의 높은 수준의 법관을 배양할 수 있는 여건이 구비되어 있지 않기 때문이다.¹⁷⁾

4. 채권개념과 채권총칙의 취소를 반대하는 이유

“債權”개념의 취소 여부에 관하여 중국대륙민법학계에서는 예로부터 학설의 대립이 있었는데, 80년대 중기, 《민법통칙》이 제정되면서 이에 대한 논쟁이 본격적으로 시작되었다. 作故한 著名學者 修樓教授의 《新中國民法學四十年》 글에 의하면 “중국민법에서 채권개념을 취소하여야 한다는 학자들의 이유는 (1) 중국인민들이 이해하고 있는 債(권)의 개념과 대륙법계국가에서 로마법 이래 형성된 債(권)의 개념은 완전히 다른 개념이라는 것; (2) 債(권) 그 자체는 외래어로서 사용하지 않아도 좋다는 것; (3) 채(권)개념은 주로 계약제도를 총괄하는 것으로서 사무관리와 부당이득 및 불법행위의 중심개념으로 설정하는 것은 과학적이지 못하다는 것; (4) 채(권)개념을 사용하지 않는다고 하여 중국민법과 민법학의 완전성·체계성 및 엄숙성이 파괴되는 것은 아니라는 것이다.” 修樓教授는 “다수의 학자들은 중국민법과 민법학에 있어서 채권개념은 반드시 사용되어야 한다고 인정한다.”고 지적하였다.¹⁸⁾ 다수 민법학자의

16) 우리는 다만 독일민법개념체계의 틀 내에서 영미법의 경험을 흡수할 수 있다. 현행 《계약법》은 독일민법의 개념체계를 채용하고 있고 그 중 제 원칙·제도와 조문은 독일 민법·일본민법 및 중국대만민법에서 그 원형을 찾을 수 있다. 단 총칙부분과 매매계약부분에 한해서 《국제상사계약통칙》(PICC)·《UN국제화물관매계약공약》(CISG)·《유럽계약법원칙》(PECL)와 영미계약법을 참조했을 뿐이다.

17) 1946. 6. 미국의 저명한 법학자 Pound는 중화민국사법행정부고문으로 임명되어 중화민국사법행정부에 올린 보고서 《중국의 법률개혁에 관한 초보적 의견》에서 다음과 같은 의견을 피력하였다. “나의 판단에 의하면 만약의 경우 중국에서 역사적으로 계수한 로마법체계를 포기하고, 영미법계를 채용한다면 그것은 중대한 착오다.”, “영미법의 역사배경이 없는 국가에서, 영국 또는 미국에서 양성하는 법관 또는 변호사가 없는 경우, 영미법을 체험한다는 것은 지극히 어려운 것이다.”, “영미보통법은 입법자료에 익숙하지 못하며, 사법경험을 공포해주는 배경도 없고, 대부분의 입법은 실제의 수요에 기한다. 영미법제에는 법률과 형평법의 이중제도가 있고, 보통법과 입법지간에는 엄격한 경계선이 있는데 이러한 것을 소개하여 도입할 필요는 없다. 중국은 이미 걸어온 길을 계속하여 나가는 것이 제일 타당할 것이다.”. 王健, 《西法東漸--外國人與中國法的近代變革》에서 재인용.

18) 《修樓文集》, 中國政法大學出版社, 1996年版, p.246 참조.

의견에 의해 《민법통칙》은 “債權”을 단독 편절로 설정하고 “채권”의 정의에 관해 명문으로 규정하였다.

《민법통칙》의 시행은 이미 10여년이 지났고 따라서 “채권”개념도 일반대중에게 널리 알려져 있다. 그런데 1998. 3. 민법기초위원회회의에서 “채권”개념을 취소하고 민법전에 채권편을 설정하지 말자는 주장이 있었다[강평교수 - 역주]. 그 이유는 채권개념은 대중적이지 못하다는 것이다. [2002.] 9. 16 - 25., 《민법전초안(9월고)》에 관한 전문가 토론회의는 채권개념의 유보와 채권총칙편의 설정에 관하여 치열한 논쟁을 벌였다. “취소설”의 이유는 다음과 같다. (1) 채권개념은 대중적 개념이 아니다; (2) 독일민법의 구조를 맹신하지 말아야 한다; (3) 채권총칙은 사실상 계약총칙이다; (4) 불법행위는 채권이 아니거나 적어도 그 내용의 주요부분은 채권이 아니라는 것이다. 그러나 이는 전혀 설득력이 없는 주장이다.

어떤 학자[강평교수 - 역주]는 민법에 있어서 “물권”·“채권”·“법률행위” 세 개의 개념은 가장 이해하기 어려운 개념이라고 주장하고 있다. 사실상 민법상의 개념 중 비대중적 개념은 “물권”·“채권”·“법률행위” 뿐만은 아니다. 민법은 엄밀한 논리성을 갖고 있는 행위규범과 재판규범을 그 체계로 하는 것으로서 민법전 제정은 이른바 “대중화”를 목표로 할 수 없다. 민법에 있어서 각 개념은 특정된 의의를 가지고 있고 개념상호간에는 엄밀한 논리관계가 있는 것이다. 바로 이러한 이유로 법과대학을 설립하여 법률전문인재를 양성하고 있는 것이고, 직업법관·변호사·검사 등이 필요한 것이고, 전문적인 사법고시가 행해지는 것이다. 또한 중국에 있어서 “채권”개념은 예로부터 있는 것으로서 唐律과 明律에도 이미 기재되어 있었고 “殺人償命, 欠債換錢”은 일반대중들이 늘 쓰는 용어로서 債(권)의 개념은 광의와 협의의 뜻을 가지고 있지만 그 본질적 내용은 일치한 것이다. 즉 일방당사자가 상대방 당사자에게 특정행위를 청구할 수 있는 권리, 즉 “청구권”을 뜻한다. 여기서 우리는 중국에 있어서 “채권”개념은 결코 비 대중적 개념이 아님을 알 수 있겠다. 《민법통칙》시행 이래로 채권개념이 대중화되어 있는 점도 이를 입증하고 있다.

어떤 학자[강평교수 - 역주]는 우리는 독일민법의 체계에 盲信하여서는 안 된다고 주장하면서 “물권”·“채권”개념의 사용과 “채권총칙편”의 설정을 반대하고 있다. 사실상 “물권”과 “채권”의 명확한 구분은 비록 《독일민법전》에서 시작되었지만 《프랑스민법전》에서도 “채권”개념은 채용되고 있다. 더욱이 “채

권”·“물권”개념은 대륙법계민법의 기초적인 개념으로서 대중화법전으로 지칭되고 있는 《퀘백민법전》이나 또는 학자형 민법전으로 불리고 있는 《네달란드민법전》 모두 “채권”개념을 사용하고 있고, “채권편” 또는 “채권총칙편”을 설정하고 있다. 이로부터 알 수 있듯이 채권개념의 사용과 채권총칙편의 설정은 민법전의 과학성과 체계성의 요청에 의한 것이지 결코 “맹신”과는 관계없는 것이다. 가사 이를 독일민법에 대한 “맹신”이라 할 때 “물권”·“법률행위”·“시효”·“법인”·“인격권”등 독일민법개념은 “맹신”하면서 “채권”개념과 “채권총칙”을 “맹신”하지 말아야 한다는 그 이유는 무엇인지?!

어떤 학자들[왕이명교수 - 역주]은 불법행위의 본질은 “責任”이고 “債權”은 아니며, “손해배상”만이 “채권”이라고 한다. 그리고, 불법행위책임에 있어서 “침해정지청구”·“사과”는 “채권”이 아니라고 특별히 강조하고 있다. 그러나 중국 각 법과대학에서 사용하고 있는 민법교과서에는 채권의 개념에 대하여 일방 당사자의 상대방 당사자의 일정한 행위에 대한 작위 또는 부작위를 청구할 수 있는 권리라고 서술하고 있으며, 청구할 수 있는 “행위”는 “金錢價值”에 限定된다는 서술은 어디서도 찾아볼 수 없다. 그러므로 불법행위의 효과로서 가해자에 대한 배상금의 청구뿐만 아니라 가해자에 대한 정지침해청구(부작위)·사과(작위) 등도 여전히 채권범위에 속하는 것이다. 王澤監(대만대학교 민법교수 - 역주)교수는 명예훼손으로 인한 명예회복청구권에 기초한 사과문의 공개 등은 금전배상을 내용으로 하지는 않지만 성격상 여전히 채권에 속한다고 지적하고 있다.¹⁹⁾

어떤 학자[강평교수 - 역주]는 《계약법》의 총칙부분의 대부분은 《채권총칙》의 내용으로서 민법전에 채권총칙을 따로 설정할 필요가 없다고 주장하고 있다. 하지만 반드시 짚고 넘어가야 할 부분은 현행 《계약법》은 이미 계약법의 범위를 초월하여 민법총칙의 법률행위·대리제도와 “채권총칙”의 규범들을 규정하고 있다. 이는 《민법통칙》의 규정으로는 시장경제의 발전에 부응할 수 없는 현실에 비추어 어쩔 수 없이 계약법에 보충하게 된 임시방편에 지나지 않는다. 지금 이루어지고 있는 민법전제정은 반드시 법적 논리와 체계의 요구에 따라 현행 《계약법》중 “채권총칙”에 속하는 내용은 “채권총칙편”에 규정하고, 민법총칙의 내용은 “총칙편”에 규정해야 한다. “채권총칙”에 속하는 내용과 “민법총칙”에 속하는 내용을 제외한 나머지 부분만을 민법전의 “계약편”에 규

19) 王澤監, 《侵權行爲法》第一冊, 臺北1998年9月版, p.132, 참조.

정해야 한다. 현행 《계약법》에 “채권총칙”의 내용이 포함되어 있다는 이유로 민법전에 “채권총칙편”을 설정하지 말아야 한다는 것은 근거가 없는 주장이다. 이 논리에 따르면 《계약법》에 “총칙편”의 법률행위와 대리제도가 규정되어 있으니 “총칙편”도 취소되어야 하는 것은 아닌지?

“채권총칙편”과 채권개념의 취소로 인하여 물권법상의 “채권자”·“채무자”·“피담보채권”·“채권질권”은 그 존재의 전제를 잃게 될 것이고, “물권은 채권에 우선하는 효력을 가진다”는 기본원리도 그 근거를 잃게 된다. “물권은 계약에 우선하는 효력을 가진다” 또는 “물권은 불법행위에 우선하는 효력을 가진다”라 서술할 수는 없을 것이다. “채권”개념의 취소에 따라 상사법률도 그 영향을 받게 될 것이다. 《회사법》의 “회사채”에 관한 규정; 《어음법》의 “어음채권자”·“어음채무자”에 관한 규정이 그 예이다. 특히 《파산법》에 있어서 파산에 관한 “채권자신청”·“채무자신고”·“채권자회의”·“분할채권” 등의 제도 및 “물권은 채권에 우선한다”는 원칙에 기한 “還買權”제도도 그 근거를 잃게 된다. 심지어 공법도 그 영향을 받게 될 것이다. 《稅收徵管法》 제45조에서 규정된, “세수는 무담보채권에 우선한다”는 규정을 “세수는 무담보계약에 우선한다”고 할 수 없을 것이다. 강조하고 싶은 것은 “채권”개념은 민법재산법의 기본개념일 뿐만 아니라 민상사법률의 기초적인 개념이며, 전반적인 법률체계의 기초적인 개념으로서 “채권총칙편”과 “채권”개념을 취소하게 되면 전반적인 법률체계와 법질서에 혼란을 가져오게 될 것이다.

“채권”개념은 법적 사고 방식의 도구로 중대한 의의를 가지고 있음을 잊어서는 안 된다. 예를 들면, “채권에 우선하는 물권적 효력”·“채권의 평등”·“채권적 청구권”과 “물권적 청구권”의 구분·“분할채권”과 “불가분채권”·“연대채권”과 “연대채무” 등등은 우리가 법적 사고를 함에 있어서 필수적이다. 법관과 변호사는 바로 “채권”개념을 토대로 한 원리에 의해 법적 사고를 하고 사건을 처리한다. 만약 “채권”개념을 취소한다면 우리의 법관과 변호사들의 법적 사고방식과 사건의 처리는 또 어디에 근거하여야 하는지 의문이 생기지 않을 수 없다.

“채권”개념은 시장경제의 본질과 연관되는 중요한 법적 개념이다. “채권총칙”은 시장거래의 기본규범으로서 “계약에 의한 채권”은 시장거래의 常態이고, “부당이득에 기한 채권”·“불법행위에 기한 채권” 및 “사무관리에 기한 채권”은 시장거래에 있어서의 變態라고 할 수 있다. 계획경제체제에 있어서 생

산·유통·분배·소비 등을 포함하는 전반적인 경제생활은 모두 행정적 수단·指令性計劃 및 票證(식용유·식량·면포 등을 배급받을 수 있는 티켓의 총칭 -역주)에 의해 이루어 졌고, “채권”개념이 존재할 수 있는 기반이 없었던 것이다. 중국 대륙에 있어서 개혁·개방 전의 계획경제체제시대는 기업간에 소위 “경제계약”이 있었으나, 그 실질에 있어서는 “계획”으로서 “채권”은 아니었다. 이로부터도 알 수 있듯이 계획경제와 시장경제의 차이는 “계약”에 있는 것이 아니고 “채권”에 있으며, “채권”은 민법과 시장경제의 “連接線”이라고 할 수 있다.

1981.의 《경제계약법》에서 “채권”개념을 사용하지 않은 것은 계획경제의 본질과 요청에 기한 것이다. 1986.의 《민법통칙》에서의 “채권”의 단독 편질 설정은 시장경제의 본질과 규범에 부응한 것으로서 진일보한 개혁·개방을 위한 여건이 되어 시장경제의 발전과 《계약법》의 제정을 위한 토대로 되었던 것이다. 《민법통칙》에서 “채권”개념을 사용한 것은 그 이전의 법률과 비교할 때 아주 진일보한 것이며, 개혁·개방의 성과를 나타냄과 동시에 개혁·개방과 시장경제를 더 앞으로 밀고 나갈 수 있는 기초가 되었다. “경제계약”개념에서 “채권”개념으로의 발전은 그 실질에 있어서는 계획경제로부터 시장경제로의 전환이었다. 《민법통칙》의 가장 두드러진 장점이 무엇이나고 묻는다면 《민법통칙》에 “채권”을 단독 편질로 설정하고 “채권”개념을 사용한 것이라고 할 수 있다. 그러므로, 민법전제정에 있어서 반드시 《민법통칙》의 성공경험을 토대로, “채권”개념을 존속시킬 뿐 아니라 “채권총칙편”을 설정하여, “계약편”과 “불법행위법편”을 통솔(저자가 주도하는 민법전초안은 “부당이득” 및 “사무관리”에 관한 규정은 “채권총칙편”에 “채권의 발생원인”의 종류로 규정하고 있다.--역주)하게 함으로서 “채권”에 관한 법률체도를 정비하여 현대시장경제의 발전과 건전한 시장경제의 법질서를 위하여 법적 기초를 마련해 주어야 한다.²⁰⁾

20) [2002.] 9. 16. - 25. 열린 전문가회의에서 채권총칙편과 채권개념을 취소하자는 학자의 주장은 다수 학자들의 비판을 받았다. 그런데, 《민법전초안(의견조회서)》에서는 여전히 “채권총칙편”을 삭제하고, “총칙편”에 “민사권리”장절을 설정한 후 그 중의 제86조에서 “채권”에 관하여 “자연인·법인은 법에 의해 채권을 향유한다. 계약·불법행위·사무관리·부당이득 및 기타 법률규정에 의한 당사자간의 특정된 권리의무관계는 채권채무관계이며 권리를 향유하는 자는 채권자이고 의무를 부담하는 자는 채무자이다.”고 정의하고 있다.

5. 인격권편의 단독 編制를 반대하는 이유

인격권의 단독 編制를 주장하는 학자(王利明의 주장 - 역주)는 인격권의 중요성을 그 첫 번째의 이유로 강조한다. 인격권은 인격존중·인격존엄과 인권보호와 관계되는 것으로서 인격권의 중요성에 대해서는 그 누구도 반대의 견해를 피력하지 않았다. 그러나, 민법전의 구조체계를 설정함에 있어서 내용의 중요성을 기준으로 하는 것은 아니다. 인간존중·인격존엄과 인권보호는 법전의 진보성과 관련되는 문제로서 민법전의 가치판단·규범목적·기본원리와 구체제도에서 구현되어야 한다. 인간존중·인격존엄 및 인권보호를 나타내는 법률제도 자체가 진보적인 제도이지, 그것이 민법전의 독립된 하나의 편으로 설정되거나 민법전의 앞의 순위에 설정하든 이는 법제도의 진보성과는 전혀 관련이 없는 것이다. 법전의 구조체계·편장설정·법제도의 배열순서는 반드시 일정한 논리에 부합되어야 하며, 법관의 법률적용에도 방편을 제공해주어야 한다. 민법전편찬은 논리성을 기준으로 하여, 엄격한 논리성을 전제로 하는 민사규범체계를 구성하여 재판의 공정성과 통일성을 확보하여야 한다.

인격권의 단독 編制化를 주장하는 학자의 두 번째 이유는 이른바 “창의성”인데, 그에 의하면 지금까지 각국의 민법전은 인격권을 “자연인”에 규정하고 단독 편으로 설정한 입법례는 없다는 것이다. 때문에 중국대륙의 민법전에 인격권을 단독으로 설정하면 우리의 특색을 나타내는 것으로서 이른바 창의성의 결과라고 한다. 필자는 창의적인 중국특색의 민법전을 만들자는 의도에 대해서는 반대하지 않는다. 하지만 문제는 이러한 창의와 특색은 반드시 공인된 법리에 부합되어야 하며 최저한도의 합리성과 설득력이 구비되어야 한다는 것이다. 이러한 전제를 떠난 창의성은 결코 창의가 아니며, 단지 창의를 위한 창의에 불과한 것이다. 민법전은 민사활동을 위한 준칙을 제정하는 것이고, 시장경제와 가족생활을 위한 행위규범을 규정하는 것이며, 민사사건을 재판하는 법관에게 재판의 기준을 규정해 주는 것으로서 임의성과 창의를 위한 창의는 금지되어야 한다.

각국의 민법전과 민법초안의 인격권에 관한 규정은 대체로 세 가지 입법례로 구분된다. 하나는 불법행위에 규정되어 있는 입법례로서 1896.의 독일민법전·1896.의 일본민법전 및 1881.의 스위스채무법 등이고; 두 번째는 총

칙편 또는 人法編의 “자연인”에 규정되어 있는 입법례로서 1955.의 프랑스민법전초안이 그 예이며; 세 번째는 총칙편 또는 인법편의 자연인에 규정하는 동시에 불법행위에 인격권침해에 대한 효과로 규정하고 있는 입법례로서 1959.의 독일 민법전수정초안이 그 예이다.²¹⁾ 지금까지 인격권을 단독편으로 설정한 입법례는 없고, 그 이론적 근거는 인격권은 다른 민사권리와는 구별되는 특수한 본질에 있다고 생각된다.²²⁾ 반드시 이에 거슬러 나가야 하는 우리의 이유와 그 필요성은 무엇인지?

인격권의 단독 編制化를 주장하는 학자의 세 번째 이유는, 이른바 《민법통칙》의 성공적인 경험을 강조하는 것이다. 여기서 반드시 지적해야 될 것은 《민법통칙》의 제5장에 민사권리를 설정하고 제4절에 인격권을 단독으로 설정하게 된 것은 理性的 思考에 의한 것이 아니고 부득이 그렇게 할 수밖에 없었던 원인이 있었다. 이것은 결코 앞으로 민법전을 제정할 때 인격권을 단독으로 설정해야 함을 뜻하는 것은 아니었다. 《민법통칙》이 국제·국내적으로 그에 상응한 호평을 받고 있는 것은 인격권에 관한 내용을 충분히 규정했기 때문이지 결코 인격권을 단독으로 설정했기 때문은 아니다.

인격권의 단독 編制化를 반대하게 되는 이유는 인격권의 특수한 본질에 기인한다. 먼저 인격권과 인격은 본질적으로 연계되어 있다. 인격권의 객체로서의 인간의 생명·신체·건강·자유·성명·초상·명예·프라이버시 등은 인격의 표상이다. 따라서 인격권과 인격은 시종 분리되지 않으며 인격이 소멸되지 않는 한 인격권도 소멸되지 않는다. 각국의 민법전이 인격권을 “자연인”에 규정하는 원인이 바로 여기에 있을 것이다. 두 번째로 인격권의 기타 민사권리와의 구별은 인격권은 주체 그 자체에 존재하는 것이고 타인과의 관계에서 존재하는 것은 아니다. 인격권은 권리능력·행위능력·출생·사망과 마찬가지로 주체 자신의 사항에 속한다. 다만 인격권이 침해를 당했을 때 타인과의 관계가 발생하고, 이러한 관계는 불법행위책임의 관계로서 채권에 속한다. 이는 바로 인격권을 단독 편제하여 물권·채권·친족·상속 등과 병립하지 않는 법

21) 2002. 8. 27. 일본 와세다대학교에서 열린 “日中法學者共同討論會”에서 발표한 瀬川信久의 《인격권에 관한 보고서》 p.1~4, 참조.

22) 위 보고서는 인격권이 재산권과 구별되는 특징을 다음과 같이 서술하고 있었다. (1) 권리의 취득은 당사자의사에 기하지 않는 것; (2) 그 법익이 침해를 당한 경우 법적으로 구제 받을 수 있음을 법률이 규정하는 경우 권리의 존재를 인식하게 되는 점; (3) 권리자는 자기의 권리를 처분할 수 없으며 (특수한 경우를 제외), 권리주체와 분리될 수 없는 점.

적 논리의 근거일 것이다. 세 번째로 인격권과 기타 민사권리가 구별되는 점은 기타 민사권리는 권리자가 자기의 의사에 의한 법률행위에 의해 취득하게 되고 법률행위에 의해 처분할 수 있는 것이다. 하지만 인격권은 출생에 의해 당연히 발생하고 사망에 의해 당연히 소멸하는 것으로서 그 취득·발생은 당사자의 의사·행위와는 무관할 뿐만 아니라 인격권은 원칙상 처분·양도·증여·상계·포기가 불가능하다. 따라서 민법총칙의 법률행위·대리·시효·기간 등 제도는 인격권에 적용되지 않는다. 인격권의 단독 편제화 주장은 인격권과 기타 민사권리의 구별을 혼동하고 있으며 민법전 내부의 논리관계를 파괴하고 있다. 총칙편에 대응하여 기타의 각편은 각칙에 속한다. 총칙편의 내용은 당연히 각칙편의 내용에 적용되어야 할 것이다. 그렇다면 총칙편의 법률행위·대리·소멸시효·기간·기일 등 제도는 인격권 편에도 적용된다고 할 수 있는지?²³⁾

23) 앞의 보고서(제2면)는 “인격권과 권리주체의 불가분관계의 성격을 고려하여 총칙편의 人法에 인격권을 규정하자는 견해에 찬성해야 한다. 만약 인격권을 단독으로 설정하여 물권·채권과 병립하면 인격권과 물권·채권을 동등하게 대하게 되어 인격권은 그 주체와 분리될 수 있고 또한 처분할 수도 있다는 오해를 줄 수 있다. 나아가 인격권을 단독으로 설정하면 적어도 형식상으로는 총칙편의 법률행위·소멸시효의 규정을 인격권에 적용하여야 한다는 결과가 된다”고 피력하고 있다.