

## 中華人民共和國「民法通則」에 대한 比較法的 考察

金 敏 圭\*

### <목 차>

- 一. 「民法通則」의 制定過程
- 二. 「民法通則」의 特徵
- 三. 「民法通則」에 대한 比較法的 檢討
- 四. 「民法通則」에서 注目하여야 할 課題
- 五. 結 論

### 一. 「民法通則」의 制定過程

#### 1. 「民法通則」制定 前史

1949년 10월 1일 중화인민공화국이 창건되고 1976년 四人幫이 타도된 후 중국은 무법시대에 돌입하므로 인하여 법에 따라 국가를 통치할 필요성에 직면하였고, 정부의 수뇌부로부터 일반민중에 이르기까지 법에 의한 국가통치의 필요성 및 중요성에 대하여 통감하였기 때문에 사회주의적 법치국가로서 재출발하게 되었다.<sup>1)2)</sup> 이와 같은 경향

\* 부산외국어대학교 법학부 부교수, 법학박사.

1) 韓大元外13人共著, 現代中國法入門(博英社, 1995), 204쪽 이하.

2) 何天貴, “中華人民共和國民法通則について”(比較法雜誌-中央大學比較法研究會,

에 따라 중화인민공화국 창건 후 1978년까지 근 29년간 국가의 입법 기관과 법규·규정을 제정할 권한을 가진 정부에서 국민경제의 시대적 상황과 발전요구에 부응하여 여러 가지 민사법률관계 주체의 법률상의 지위, 재산소유권, 채권 및 계약관계 등을 망라한 단행 민사법률과 법규를 공포·실시함으로써 법적 조절작용을 수행하였다.<sup>3)</sup>

중화인민공화국 창건 후 수많은 단행 민사법률<sup>4)</sup>을 제정·시행하여 오면서 이를 전후하여 총 세 차례에 걸친 민법전 제정을 위한 기초작업이 이루어졌다. (i) 제1차 기초작업은 1954년 헌법이 공포된 후 2년 여에 걸친 작업 끝에 총 5편 433개조로 이루어진 「민법전의견청취고」가 성안되는 결실을 거두었다.<sup>5)</sup> 그러나 이 기초작업은 1956년 겨울 개체농업, 수공업 및 자본주의적 공공업에 대한 국가의 사회주의적 개조를 위한 움직임이 고조되고 경제제도에 중대한 변화가 일어나는 등 국내경제환경의 변화로 인하여 기초사업은 중단되고 말았다.<sup>6)</sup> 그러나 궁극적으로는 ‘법은 국가의 정책에 반하여 인민의 활동을 방해하는 반동적인 것’이라는 극좌사상이 득세하므로 인하여 급기야 1957년에 타율적으로 중단되었다. (ii) 제2차 기초작업은 역시 ‘법은 필요하다’라는 주장에 따라 1962년부터 1964년 사이에 총 3편 262개조로 이루어진 「민법초안시험작성고」가 성안되었다. 이러한 제2차 기초작업도 ‘계급투쟁은 가장 요체가 되는 것이다. 계급투쟁만 확실히 잡고

第21卷第1號, 1987), 29面 參照.

3) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 204쪽 참조.

4) 민사 단행법률로서는 경제계약법(1982. 7. 1 시행),涉外경제계약법(1981. 12. 13 공포, 1982. 7. 1 시행), 특허법 및 동 세칙(1984. 3. 제6기 전인민상무위원회 제4회 회의 채택), 상표법 및 동 세칙(1982. 8. 제5기 전인민상무위원회 제24회 회의 채택), 경제계약중재조례(1983. 8. 22 시행), 혼인법(1980. 9. 10 공포, 1981. 1. 1 시행), 상속법(1985. 4. 10 공포, 1985. 10. 1 시행) 등을 들 수 있다.

5) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 204쪽 참조.

6) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 204~205쪽 참조.

있으면 모든 것을 해결할 수 있다' 라는 '좌'적 사조와 법률허무주의의 영향으로 결실을 거두지 못하였다.<sup>7)</sup> 그리고 (iii) 제3차 기초작업은 1979년부터 1982년 사이에 총 8편 465개조로 이루어진 「민법초안」을 완성하였다. 그러나 제3차 기초작업은 중화인민공화국의 개방개혁 후 끊임없는 정세의 변화로 중도에 그만두게 되었다.<sup>8)</sup> 이 기초작업의 특징은 「민법통칙」을 기초하는 것이 아니고 「민법총칙」을 기초한다는 입장을 취하였다는 점이다.<sup>9)</sup> 이 당시 입법자가 「통칙」이 아니라 「총칙」을 起草한다는 사고의 저변에는 실제로 1950년대 및 1960년대의 입법성과를 바탕으로 제3차 기초작업을 행하였음을 의미한다.<sup>10)</sup>

그러나 이와 같은 제3차 기초작업이 이루어질 시기에는 이미 대외적으로는 개방정책을 취하고 대내적으로는 경제활동이 활성화되었던 시기라는 점, 그리고 「민법초안」에는 민사활동에 대한 공통적인 문제 즉 인민과 법인의 법적 지위, 민사법률행위, 민사대리, 민사권리, 민사책임, 시효 등에 관한 규정이 포함되지 않았을 뿐만 아니라 농촌에서는 人民公社가 해체되고 農村都給制度가 출현하므로 인하여 경제분쟁이 다량으로 발생하고 있었다. 따라서 민사법상의 복잡한 문제는 일단 접어두고 확실한 문제에 한정하여 민사활동에 공통성있는 문제를 기본원칙으로 하여 「민법통칙」을 제정하는 작업을 하지 않을 수 없었다. 이와 같은 상황이 발생한 것이 1983년의 일이고, 1984년부터 「민법통칙」 제정작업에 착수하였던 것이다.

7) 何天貴, 앞의 주 2)논문, 34面 參照 ; 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 205쪽 참조.

8) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 205쪽 참조.

9) 何天貴, 앞의 주 2)논문, 34面 參照. 이 草案은 제1편 임무와 기본원칙, 제2편 민사주체, 제3편 재산소유권, 제4편 계약, 제5편 智力成果(무체재산), 제6편 친족·상속, 제7편 민사책임, 제8편 기타로 구성되어 있다. 따라서 이 초안은 시행적(실천적) 민법규범으로서의 성격을 지니고 있다고 한다- 何天貴, 앞의 주 2)논문, 34面.

10) 何天貴, 앞의 주 2)논문, 34~35面 參照.

## 2. 「民法通則」의 制定·公布

1984년 10월 기초위원들은 입법과정에서 고려하여야 할 기본적인 관점을 10여개 항목으로 정리하여 전국을 순회하면서 의견을 청취하는 과정을 거쳐, 급기야 1985년 11월 13일 개최된 전인민상무위원회 제13회 회의에 「민법통칙안」을 제출하여 토론회를 가졌다. 그후 수정 과정을 거쳐 최종안을 마련하여 1986년 2월말 전인민상무위원회의 명의로 전국 전인민대표대회의 대표에게 송부하였다.

따라서 1986년 4월 12일 전국인민대표대회 제6기 제4차회의(*The fourth session of the sixth National People's Congress*)에서 「중화인민공화국 민법통칙」(*General Principles of Civil Law of the People's Republic of China*)으로 채택하였고, 총 9장 156개조로 구성하였다. 또한 이와 같이 구성된 「민법통칙」을 1987년 1월 1일부터 시행하기로 의결하였다.<sup>11)</sup>

중화인민공화국 「민법통칙」은 다음과 같이 구성되어 있다.

### 第1章 基本原則

### 第2章 人 民(自然人)

#### 第1節 民事上の 權利能力 및 民事上の 行爲能力

#### 第2節 監 護(後 見)

#### 第3節 失蹤宣告 및 死亡宣告

#### 第4節 個人工商業者, 農村都給經營者

#### 第5節 個人組合

11) 최근 중화인민공화국에서는 「민법통칙」이 제정된 후에도 合同法와 같은 수많은 後續立法措置가 있었다. 그럼에도 불구하고, 이제 와서 새삼스럽게 「민법통칙」에 대하여 비교법적 연구를 시도하는 것은 아직도 「민법통칙」에 대한 기본법적 성격이 부정되고 있지는 않기 때문이다. 필자는 중화인민공화국의 민법을 연구하기 위해서는 「民法通則」에 대한 연구가 선행되어야 한다고 생각한다.

- 第3章 法 人
  - 第1節 一般規定
  - 第2節 企業法人
  - 第3節 機關, 事業體 및 社會團體法人
  - 第4節 聯合經營
- 第4章 民事法律行爲 및 代理
  - 第1節 民事法律行爲
  - 第2節 代 理
- 第5章 民事上的 權利
  - 第1節 財產所有權 및 財產所有權과 관련된 財產權
  - 第2節 債 權
  - 第3節 知的財產權
  - 第4節 人格權
- 第6章 民事責任
  - 第1節 一般規定
  - 第2節 契約違反의 民事責任
  - 第3節 不法行爲의 民事責任
  - 第4節 民事責任의 負擔方法
- 第7章 訴訟時效
- 第8章 涉外民事關係의 法律適用
- 第9章 附 則

## 二. 「民法通則」의 特徵

### 1. 「民法通則」制定過程에 있어서의 論議

위와 같은 과정을 거쳐 제정된 「민법통칙」은 중화인민공화국 정부

의 입법정책에 따라 제정된 것이 아니라, 경제구조의 개혁을 뒷받침하기 위하여 필요에 따라 제정된 것이었다고 할 수 있다. 따라서 「意志의 産物」이라기 보다는 「必要의 産物」이라 할 수 있다.<sup>12)</sup>

중화인민공화국은 「민법통칙」을 기초·제정하는 과정에서 민법제정이 필요하다는 점에 대해서는 누구든지 통감하고 있었지만, (i) 어떠한 민법을 제정할 것인가, (ii) 민법의 조정대상과 범위는 어디까지로 할 것인가, (iii) 민법을 제정한 후 경제법을 존치시킬 것인가, 경제법을 존치시킨다면 민법과의 관계는 어떻게 되는 것인가에 대하여 폭넓은 논의가 있었다.<sup>13)</sup>

첫째, 민법전은 민사법률규범으로서 역시 중요한 위치를 차지하고 있다는 긍정론적 견해와 ‘통칙’은 법학이론적인 측면에서 체계가 명확하지 아니할 뿐만 아니라 실제로도 커다란 도움이 되지 못한다는 부정적인 견해가 대립되었다.

둘째, 민법은 인민과 법인 및 그 상호간의 재산관계와 인신관계를 조정한다는 견해, 민법에는 인민과 법인의 민사활동에 있어서 권리·의무 및 민사분쟁을 해결하여야 할 원칙을 규정하면 그것으로 족하다는 견해, 민법은 인민과 인민간에 있어서 재산관계와 인신관계만을 조정하여야 한다는 견해, 그리고 민법은 인민간, 법인간, 인민과 법인간의 재산관계 및 신분관계를 조정한다는 견해 등이 대립되었다. 이것은 결국 사회주의 민법은 ‘사법’인가 ‘공법’인가 라는 문제에 귀착하는 문제이다.<sup>14)</sup>

12) “The General Principles of Civil Law are a product of legislative pragmatism and Chinese willingness to compromise.”(E. J. Epstein, *The Evolution of China's General Principles of Civil Law*, 34 *The American Journal of Comparative Law* 706, 1986).

13) 鈴木賢, “中國における民法・經濟法論争の展開とその意義”(北大法學論集第39卷第4號, 1989), 1003面以下 參照.

14) 사회주의민법의 법적 성격 이른바 「공법」인가 「사법」인가 라는 문제에 대한 논의가 민법과 경제법의 관계에 대한 논의로 발전하면서 격렬한 논란이 있

셋째, 중화인민공화국의 민법학자들은 사회주의 민법은 공법이라고 이해하고, 그 근거로서 自願(自主)의 原則에 대하여 자본주의 국가의 민법이 '사법'이라고 하는 것은 특히 당사자의 自由意思에 기초한 임의성에 따라 실현되는 것이지만, 이에 반하여 사회주의 민법은 예컨대 그것이 당사자의 자유의사에 따른 계약이라 하더라도 국가의 법률, 정책, 계획 또는 국가와 사회공공의 이익에 반하는 경우에는 그 효력을 상실할 수 있다는 것과 같이 법률의 규정범위를 그 한도로 일정한 계약을 받는다. 이러한 의미에서 自願(自主)이라 하여도 의사의 자치라고 이해하지는 않는다.<sup>15)</sup> 또한 자본주의 민법이 자본주의 사회의 경제관계를 조정하는 기초법으로서 상품의 등가교환을 법적으로 보장하는 역할을 수행하여야 할 기본적 성질을 지니고 있고 그것을 민법의 기본원칙으로 삼고 있는 바와 같이, 사회주의 민법도 사회주의 사회의 경제관계를 조정하는 기초법으로서 사회주의 경제체제를 법적으로 보장하는 기본적 성격을 지니고 있다. 그렇다고 하여 사회주의 민법이 상품의 등가교환을 부정하는 것은 아니다. 사회주의 민법과 자본주의 민법의 커다란 차이점은 제1차적으로는 소유제 그리고 제2차적으로는 보호하는 기본대상이 서로 相異하다는 점에 그 특색이 있고, 이와 같은 특색에서 출발하여 사회주의 공유제를 기초로 하는 사회주의 민법은 이미 사법으로서의 특색을 상실하였다고 이해하여도 좋을 것이다.<sup>16)</sup> 따라서 중화인민공화국 「민법통칙」은 「경제법」적 요소를 함께 지니고 있다.<sup>17)</sup>

었다-何天貴, 앞의 주 2)논문, 39面以下 參照. 민법과 경제법의 관계에 대한 논쟁에 대하여는 鈴木賢, 앞의 주 13)논문, 1006面以下 參照.

15) 何天貴, 앞의 주 2)논문, 41面.

16) 何天貴, 앞의 주 2)논문, 41面 參照.

17) 민법과 경제법에 대한 논쟁의 최대 초점은 사회주의 중국에서 재산법시스템을 어떻게 구성할 것인가 라는 점에 있고, 그 중에서도 사회주의 주체에 속하는 기업(전인민소유제기업과 집단소유제기업) 상호간의 경제관계에 대한 법적 규제를 둘러싼 문제에 있다. 첫번째의 입장은 시민개인간, 사회주의 주

## 2. 「民法通則」의 特徵

### 1) 社會主義經濟體制的 反映

중화인민공화국 「민법통칙」은 사회주의 경제체제를 바탕으로 재산 관계와 인신관계를 규율하는 기본법이다.<sup>18)</sup> 이와 같은 이념은 맑스가 말한 “입법은 항상 어쩔 수 없이 경제적 조건에 복종하게 되고, 입법은 경제관계의 요구를 보여줄 뿐이며 기재할 뿐이다” 라고 한 이념과 엥겔스가 말한 “민법준칙은 법률형식으로서 사회의 경제생활조건을 표현할 뿐이다” 라고 한 이념을 충실히 반영한 것이다.<sup>19)</sup>

이른바 경제체제를 하부구조로 하고 민법을 포함하여 법률부문을 상부구조로 삼는 사회주의 이념을 반영한 것이라 할 수 있다. 따라서 중화인민공화국 「민법통칙」은 당시 중국사회의 경제생활조건을 반영한 것이다.<sup>20)</sup>

이와 같은 이념을 바탕으로 「민법통칙」은 다음과 같은 원칙을 기본으로 삼고 있다. 즉 (i) 불가침의 사회주의 공공재산을 보호하는 원칙, (ii) 국민경제계획 달성을 보증하는 원칙, (iii) 경제계산을 실행하는 원칙, (iv) 국가·집단·개인의 각 이익을 결합하는 원칙이 그것이다.<sup>21)</sup> 이와 같은 원칙에 따라 「민법통칙」은 사회주의적 공동소유제 즉 전인민적 소유제경제와 집단적 소유제경제를 바탕으로 제정하였

---

체와 인민간, 사회주의 주체 상호간의 수평적인 경제관계는 모두 ‘민법’에 따라 통일적으로 규제된다고 생각하는 입장이다(大民法說). 두번째의 입장은 사회주의 주체 상호간의 경제관계는 인민간의 경제관계와는 법적 성질이 다른 법부문에 의한 규제를 필요로 하고, 사회주의 주체 상호간의 경제관계에는 새로운 법부문인 「경제법」이 그리고 인민간의 경제관계에는 전통적인 「민법」이 적용되어야 한다는 입장이다(小民法=經濟法論)-鈴木賢, 앞의 주 13)논문, 1006面 參照 ; E. J. Epstein, *supra* note 12 at 709.

18) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 205쪽 이하.

19) 맑스엥겔스선집, 제4권, 248~249쪽 참조.

20) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 206쪽 참조.

21) 何天貴, 앞의 주 2)논문, 42面.



고, 개인공상업자·농촌도급경영자들의 민사상의 권리의무에 대하여 규정하였다.

## 2) 構成上의 特徵

위에서 「민법통칙」의 적용범위를 어디까지로 할 것인가에 대하여 논란이 있었음은 언급하였으나, 「민법통칙」 제2조에서는 「중화인민공화국 민법은 평등한 주체인 인민간, 법인간, 인민과 법인간의 재산관계 및 신분관계를 규제한다」라고 규정하여 이른바 경제법적 요소를 포함한 민법체계를 취하고 있고(大民法說), 사회주의 경제체제를 염두에 두고 “규제한다”(regulate)라고 규정하여 조정적 기능을 명시하고 있다.<sup>22)</sup>

이와 같이 「민법통칙」은 인민개인간, 사회주의 주체와 인민간, 사회주의 주체 상호간의 수평적인 경제관계는 모두 ‘민법’에 따라 통일적으로 규제되어야 한다는 입장 이른바 『大民法說』을 취하고 있기 때문에, 권리의 주체가 다양하게 나타나고 있다. 따라서 「민법통칙」에서는 권리의 주체에 대하여 62개조를 규정함으로써 총 156개조 중 약 40%를 차지하는 결과를 가져왔다.

아울러 사회주의체제와 시장경제원리를 결합하는 「민법통칙」에서는 권리의 주체가 다양하게 나타나는 만큼 민사상의 권리도 재산소유권·재산소유권과 관련있는 재산권·채권을 규정함과 동시에 최근 관심을 불러일으키는 지적재산권 그리고 지금까지 해석학에 의하여 보충하여 온 인격권에 대하여도 명문규정을 두는 방법을 취함으로써 총

22) Article 2. The civil law of the People's Republic of China *regulates* property relations and personal relations between subjects of equal status - between citizens, between legal persons, and between citizens and legal persons. (Translated by Whitmore Gray & Henry Ruiheng Zheng, General principles of civil law of the People's Republic of China, 34 The American Journal of Comparative Law, 1986, 715).

35개조를 규정하고 있다.

그 외에도 「민법통칙」에서는 민사책임에 대하여 총 29개조, 소송시효에 대하여 총 7개조, 섭외민사관계 총 9개조 그리고 부칙 총 6개조를 규정하고 있다. 또한 계약책임에 대해서는 경제계약법에서 별도의 규정을 두고 있기 때문에 11개조만 규정하고, 특허권과 상표권에 대해서는 특허법과 상표법이 먼저 제정되었기 때문에 3개조만을, 그리고 재산상속권에 대해서는 상속법이 이미 제정되어 있기 때문에 1개조만을 규정하고 있다. 따라서 「민법통칙」에서는 주로 민사상의 권리주체, 민사상의 권리, 민사책임에 대하여 많은 분량을 할애하여 규정한 것으로 이해할 수 있다.

### 3) 廣範한 民商事關聯法規를 포괄적으로 規定

「민법통칙」에서는 권리의 주체로서 인민(자연인), 개인공상업자, 농촌도급경영자, 개인조합, 법인, 기업법인 등을 규정하고 있다. 우리 민법과 비교하여 볼 때 인민과 법인의 경우에는 민법과 관련이 깊고, 개인공상업자·농촌도급경영자 및 기업법인의 경우에는 상법과 관련성이 깊은 것으로 판단할 수 있다. 따라서 「민법통칙」은 민·상법을 포괄하는 민상통일법적 성격을 지니고 있는 것으로 보인다. 그러나 법인간의 권리의무를 명확히 하기 위하여 이에 앞서 경제계약법을 제정<sup>23)</sup>하였기 때문에, 이것만으로 민·상 통일법의 구성을 취하고 있다고 판단하기에는 미흡한 점이 있다.

아울러 민법『총칙』이 아니라 민법『통칙』이라는 점을 충분히 감안하더라도 지적재산권 및 인격권에 대하여 규정하고 있다는 점 그리고 국제적인 생활관계에 적용할 준거법을 규정하는 섭외민사관련 법규를 「민법통칙」에서 함께 규정함으로써 폭넓게 민사상의 생활관계를 규

23) 경제계약법(1981년 12월 13일 제정, 1982년 7월 1일 시행) 제2조 참조. 경제계약법상의 규정은 개인경영자·농촌인민공사와 법인간의 경제계약에도 경제계약법을 참고하도록 규정하고 있다(같은 법 제54조).

올하는 규범으로서의 기능을 명확히 하였다는 점<sup>24)</sup>에서 민사상의 법률관계를 폭넓게 규정하였다는 특징을 간과할 수 없다.

### 3. 「民法通則」의 機能

중화인민공화국의 「민법통칙」이 제정된 시기는 중화인민공화국의 농촌에서 경제체제의 개혁이 이루어지고 그 성과를 올리고 있던 시기였다. 따라서 「민법통칙」은 그와 같은 농촌경제체제의 개혁에 법적 근거를 제시하는 역할을 수행하였다. 더 나아가 「민법통칙」은 농촌경제체제의 개혁에 이어 도시경제체제의 개혁에 박차를 가할 수 있는 계기를 마련하는데 중요한 도구로서의 역할을 담당하였다. 따라서 중화인민공화국 「민법통칙」은 경제체제개혁을 촉진하는 중요한 수단으로 사용되었다.<sup>25)</sup>

또한 「민법통칙」이 시행된 후 인민법원에 민사사건과 경제사건이 대량으로 접수·처리되는 효과를 가져왔다. 따라서 1988년 4월 2일 최고인민법원에서는 「중화인민공화국 민법통칙을 관철·집행하기 위한 약간의 문제에 대한 의견」을 제시하였고, 이 의견이 관철됨으로써 사법해석에 의한 실무와의 연계가 가능하게 되었다. 즉 최고인민법원이 내린 사법해석은 유권해석이며 법적 구속력이 있는 해석이다. 이것은 민사상 법률관계를 정확히 처리하며 많은 민사분쟁사건을 해결함과 동시에 사회주의적 시장경제의 정상적인 운영과 법인의 합법적인 권익을 보장하기 위하여 적극적이고 중요한 역할을 하고 있다.<sup>26)</sup>

24) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 207쪽 이하 참조.

25) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 209쪽.

26) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 210쪽.

### 三. 「民法通則」에 대한 比較法的 檢討

#### 1. 基本原則

(1) 目的 : 「민법통칙」 제1조에서는 그 “목적”으로 ‘인민, 법인의 합법적인 민사상의 권리와 이익을 보장하고 민사관계를 올바르게 규제하며, 사회주의 현대화사업 발전의 필요에 적응하기 위하여 헌법 및 우리 나라 실정에 따라 민사활동의 실천경험을 총괄하여 이 법을 제정한다’ 라고 규정하고 있다.

이와 같은 “목적”규정은, 앞에서 본 바와 같이, 사회주의 현대화 건설을 제1차적 목표로 삼고, 이를 달성하기 위하여 제2차적으로 민사관계를 규제한다고 하는 입장을 분명히 하고 있어서, 경제체제를 하부구조로 삼고 법률부문을 상부구조로 취하는 체계를 선언하고 있다. 이러한 이념은 1982년 중화인민공화국 헌법 서문에서 밝히고 있는 ‘중화인민공화국 성립 후 우리 나라 사회는 신민주주의로부터 사회주의에로의 이행을 한 걸음 한 걸음 실현하여 왔다. 생산수단의 사유제라는 사회주의적 개조가 달성되어 사람이 사람을 착취하는 제도는 소멸하고 사회주의 제도를 확립하였다’ 라고 밝히고 있는 점과 ‘국가의 장래 기본적 임무는 전력을 다하여 사회주의적 현대화의 건설을 해나아가는 것이다’ 라고 밝히고 있는 점과 그 방향을 같이 하는 것이라 할 수 있다.

따라서 「민법통칙」은 기존의 사회주의 경제체제를 부정하면서 탄생한 자본주의적 민법이 아니라 사회주의 경제체제를 기반으로 삼고 이를 뒷받침하기 위하여 민사관련 「통칙」을 제정하였다는 점에 주목할 필요가 있다.

(2) 適用範圍 및 當事者地位의 平等 : 「민법통칙」 제2조에서는 이 법의 적용범위를 평등한 주체인 인민간, 법인간, 인민과 법인간의 재

산관계 및 신분관계에 적용한다고 밝히고, 이어 제3조에서는 ‘당사자 지위평등의 원칙’을 규정하고 있다.

(3) 基本原則 : 민사활동의 기본원칙으로서 자유의사, 공평, 등가유상(等價有償), 성실신용의 원칙을 들고 있고(제4조), 인민과 법인의 권리와 이익의 침해금지를 규정하고 있다(제5조).

(4) 民事活動의 原則 : 민사활동에는 제1차적으로는 법준수를, 제2차적으로는 국가정책을 기본원칙으로 들고 있다(제6조). 이와 같은 규정은 民事法源을 규정한 것이라 할 수 있고, 민사법률행위의 원칙으로서 사회공공도덕, 사회공공이익, 국가경제계획, 사회경제질서의 준수를 명문화하였다(제7조).

(5) 適用領域 : 「민법통칙」은 중화인민공화국 내에서의 외국인의 민사활동에 적용하고, 무국적자에게도 적용한다(제8조). 이는 속지법주의를 규정한 것이라 할 수 있다.

## 2. 人 民(自然人)

### 1) 民事上的 權利能力和 民事上的 行爲能力

(1) 權利能力 : 「민법통칙」 제9조에서는 인민은 출생시부터 사망시까지 권리능력을 가짐을 선언하고, 권리능력평등의 원칙을 밝히고 있다(제10조). 이는 한국민법 제3조에 해당하고, 같은 입법주의를 취하고 있다.

(2) 成年年齡 : 「민법통칙」에서는 10세미만자에 대하여는 절대적 민사행위무능력자(제12조 제2항), 10세 이상 18세미만자를 제한적 민사행위능력자(제12조 제1항) 그리고 18세 이상자를 완전한 민사행위능력자(제11조 제1항)로 규정하고 있다. 다만, 제한적 민사행위능력자 중에서도 16세이상 18세미만의 인민에 대하여는 자기의 노동수입을 주요한 생활의 원천으로 하는 자에 대하여 예외적으로 완전한 행위능

력을 인정한다(제11조 제2항).

이와 같은 입법태도는 행위능력을 단계적으로 인정하는 제도로서 독일민법적 색채를 농후하게 반영하고 있다.

(3) 民事行爲無能力者 : 자기의 행위를 辨別할 수 없는 정신병자(한국민법의 금치산자)는 민사행위무능력자(제13조 제1항), 그리고 자기의 행위를 완전히 변별할 수는 없는 정신병자(한국민법의 한정치산자)는 제한적 민사행위능력자(제13조 제2항)로 규정하고 있다.<sup>27)</sup>

연령의 경우나 정신능력의 경우나 민사행위무능력자에 대해서는 법정대리인의 대리권을, 그리고 제한적 민사행위능력자에 대해서는 법정대리인의 대리권과 동의권을 인정하고 있다(제13조 제2항 후문). 아울러 민사행위무능력자 및 제한적 민사행위능력자에게는 감호인을 법정후견인으로 한다(제14조).

(4) 住 所 : 「민법통칙」 제15조 전단에서는 “호적소재지인 거주지”를 주소로 한다고 규정하고 있다. 우리 민법에서는 “생활의 근거되는 곳”을 주소로 규정하고 있다는 점에 비추어 보면 호적을 중시하고 도시와 농촌의 호적을 이중적으로 취급하는 국가정책을 반영하고 있는 것으로 짐작할 수 있다. 또한 “경상적인 거주지”와 주소가 일치하지 아니할 경우에는 “경상적인 거주지”를 주소로 간주하고 있다(제15조 후단)는 점은 주소개념의 경직성을 완화하기 위한 배려라고 이해할 수 있다. 여기에서 말하는 “경상적인 거주지”는 한국민법 제18조 제1항에서 규정하는 “생활의 근거되는 곳”으로 이해하여도 좋을 것이다.

## 2) 監護(父母, 後見)

(1) 未成年者의 監護人 : 부모가 미성년자에 대하여 감호할 수 없는 경우에는 제2차적인 법정대리인으로서 감호인(후견인)을 선임한다.

27) 「民法通則」에서는 “정신병자”라는 용어를 사용하고 있다. 이는 “정신장애자”를 의미하는 것으로 이해하고 있는 듯하다-趙中孚=湯樹梅=葉林執筆, 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 214쪽 참조.

감호인이 되는 자격은 조부모, 외조부모, 형, 동생, 밀접한 관계있는 기타 친족, 친구로서 감호책임을 부담하기로 희망하고 미성년자의 부모의 소속조직 또는 미성년자의 주소지의 주민위원회, 촌민위원회의 동의를 얻은 자이고(제16조 제1항), 감호인의 담임에 다툼이 있는 경우에는 주민위원회 또는 촌민위원회에서 지정하며 이에 불복할 경우에는 인민법원에서 선임(결정)한다(제16조 제2항). 감호인이 될 자가 없거나 감호인을 지정할 수 없는 경우에는 최종적으로 주민위원회, 촌민위원회 또는 民政部門이 감호인이 된다(제16조 제3항).

따라서 감호인이 되는 자격으로서는 부모>제2차적인 법정대리인으로서의 감호인>주민위원회 또는 촌민위원회의 동의를 얻은 감호인>주민위원회 또는 촌민위원회로부터 지정된 감호인>인민법원의 선임 감호인>주민위원회 또는 촌민위원회의 순서가 된다. 주민위원회 또는 촌민위원회에게 미성년자의 감호인이 될 자를 동의하거나 직접 감호인으로서의 자격을 부여하고 있다는 점은 공적 조직을 중시하는 사회주의의 특징으로 받아들일 수 있을 것이다.

(2) 民事行爲無能力者 또는 制限的 行爲能力者의 監護人 : 정신장애자에 대한 감호인으로서의 배우자, 부모, 성년의 자, 기타 근친, 긴밀한 관계있는 기타 친족, 친구로서 감호책임을 부담하기로 희망하고 정신장애자의 소속조직 또는 주소지의 주민위원회, 촌민위원회의 동의를 얻은 자가 감호인이 된다(제17조 제1항). 감호인의 담임에 다툼이 있는 경우에는 주민위원회 또는 촌민위원회가 근친자 중에서 지정하며 이에 불복할 경우에는 인민법원에서 선임(결정)한다(제17조 제2항). 제17조 제1항에서 정한 감호인이 될 자가 없는 경우에는 정신장애자의 소속조직 또는 주소지의 주민위원회, 촌민위원회 또는 民政部門이 감호인이 된다(제17조 제3항).

(3) 監護人의 職務 및 責任 : 감호인은 피감호인의 신분, 재산, 기타의 권리와 이익을 보호하여야 하고, 피감호인의 권리와 이익을 침해

한 경우에는 손해를 배상하여야 한다(제18조). 또한 인민법원은 감호인의 자격을 취소할 수 있다(제18조 제3항 후단).

정신장애자의 이해관계인도 인민법원에 민사행위무능력자 또는 제한적 민사행위능력자의 선고를 신청할 수 있고, 인민법원은 정신장애 사유를 회복한 경우에는 제한적 행위능력자 또는 완전한 행위능력자임을 선고할 수 있다(제19조).

우리 민법이 일정한 친족관계에 있는 자를 청구권자로 규정하고 있음(한국민법 제9/12조)에 비하여, 중화인민공화국 「민법통칙」에서는 정신장애자에 대한 이해관계인을 신청권자로 규정하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

### 3) 失蹤宣告 및 死亡宣告

(1) 2년이상 행방불명자에 대하여 이해관계인은 인민법원에 실종선고를 청구할 수 있고(제20조), 실종자의 재산에 대하여는 배우자, 부모, 성년의 자, 긴밀한 관계있는 기타의 친족, 친구가 재산관리인이 된다(제21조). 실종선고를 받은 자가 생환하거나 행방이 확인된 경우에는 본인 또는 이해관계인의 신청에 의하여 실종선고를 취소할 수 있다(제22조).

따라서 「민법통칙」에서는 우리 민법과 같은 보통실종·특별실종과 같은 구별방법은 취하지 않고 있다.

(2) 행방이 4년 이상 불명한 경우나 우발사고로 인하여 행방이 불명하게 되어 사고발생일 후 2년 이상 경과한 경우에는, 이해관계인은 사망선고를 인민법원에 신청할 수 있다(제23조). 사망선고를 받은 자가 생환하거나 살아있는 사실이 확인된 경우에는 사망선고를 취소하여야 하고(제24조 제1항), 사망선고가 취소된 경우에는 반환을 청구할 수 있고 원물을 반환할 수 없는 경우에는 적당한 보상을 하여야 한다(제25조).



우리 민법이 “부재자재산관리제도”와 “실종선고제도”를 두고 있는 반면, 「민법통칙」에서는 “실종선고제도”와 “사망선고제도”를 두고 있다. 이와 같은 법제도에 비추어 본다면, 「민법통칙」상의 “실종선고제도”는 한국의 “부재자재산관리제도”에, 그리고 “사망선고제도”는 한국의 “실종선고제도”에 해당하는 것으로 비교적으로 이해하여도 좋을 것이다. 다만 “사망선고제도”의 경우 보통사망선고는 4년으로 규정하고 우발사고로 인한 특별사망선고의 경우는 2년으로 규정하고 있다. 그런데, 여기에서 “우발사고”의 개념이 무엇인가에 대하여 명확히 할 필요가 있을 것이다. 아울러 우리 민법상의 “부재자재산관리제도”는 부재자의 재산관리인선임 여부에 따라 그 효과가 달라지지만, 「민법통칙」상의 “실종선고제도”는 이해관계인의 신청에 의한 선고에 의할 수밖에 없다. 이러한 점에서 「민법통칙」은 인민법원에 의한 공적 선고를 유일한 방법으로 규정하고 있지만, “실종선고제도”의 효과에 관하여는 규정하지 않고 있다.

#### 4) 個人工商業者, 農村都給經營者

(1) 個人工商業者 : 「민법통칙」에서는 법이 허용하는 범위내에서 법에 따라 인가등기를 거쳐 공상경영에 종사하는 경우 개인공상업자라 부르고 상호를 사용할 수 있도록 하였다(제26조). 이는 우리 상법상의 상인(제4조)에 해당할 것이지만, 상인에게 인가등기를 요구하는 것은 특징적이라고 이해할 수 있다.

(2) 農村都給經營者 : 농촌집단경영조직의 구성원이 도급계약에 따라 상품경영에 종사하는 경우 농촌도급경영자라 부르고, 이는 계약관계에 의하여 형성된 상인적 지위라고 할 수 있다. 중화인민공화국의 경우 오래 전부터 도급경영체제를 취하여 왔다는 배경이 「민법통칙」에 정착한 것으로 이해할 수 있다.

(3) 權利와 責任 : 개인공상업자와 농촌도급경영자의 합법적인 권리

와 이익은 법에 따라 보호받고(제28조), 양 주체의 채무에 대하여는 개인경영의 경우는 개인재산으로 그리고 가족경영의 경우는 가족재산으로 부담하도록 규정하여 개인책임으로 귀속시키고 있다(제29조).

#### 5) 個人組合

(1) 個人組合의 主體性 : 복수의 인민이 계약(약정)에 따라 각자 자금·현물·기술 등을 제공하여 공동으로 경영하는 경우 개인조합으로서 사법상의 주체성을 인정함(제30조)과 동시에, 상호를 사용할 수 있고 인가등기를 거쳐 경영에 종사할 수 있다(제33조). 이는 우리 민법상의 조합계약에 해당할 것이지만, 조합에 의하여 맺어진 단체를 사법상의 주체로 인정하는 것은 이해적이라 할 수 있고, 우리 민법상의 「권리능력없는 사단」에 해당하는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 그러나 인가등기를 갖출 것을 요구하고 있다는 점을 중시한다면, 이는 「권리능력없는 사단」이 아니라 「권리능력있는 사단」으로서 법인과 동일시할 수 있을 것이다.

(2) 組合員의 財産關係 : 조합원의 출자액, 이익분배, 채무인수, 가입 및 탈퇴, 조합의 종료 등에 대하여는 서면에 의한 약정을 요하고(제31조), 조합재산은 통일(공동)하여 관리하도록 규정함과 아울러 조합원간의 재산관계는 '공유'로 규정하고 있다(제32조 제2항). 우리 민법에서는 조합체로 재산을 공동소유할 경우에는 '합유'로 규정하고 있다는 점과 비교할 필요가 있다. 그러나 「민법통칙」에 있어서 '공유'라 함이 우리 민법이 취하고 있는 '공유'·'합유'·'총유'관계를 엄밀히 구별하는 의미에서 '공유'를 말하는 것인지는 의문이다.

(3) 個人組合의 運營 : 개인조합은 조합원 공동으로 경영활동을 결정하고, 조합원은 집행 및 감독의 권리를 가진다(제34조). 조합채무에 대하여는 출자비율 및 약정에 따라 각자의 재산으로 청산책임을 부담(제35조 제1항)하지만, 별도의 약정이 없는 한 연대책임을 부담한다

(제35조 제2항).

### 3. 法 人

#### 1) 一般規定

(1) 法人의 定義 : 법인은 민사상의 권리능력 및 행위능력을 가지고 법에 따라 독립하여 권리와 의무를 부담하는 조직을 말하는 것(제36조)이라 정의하고, 권리능력과 행위능력의 시기와 종기는 법인의 성립과 종료시로 규정하고 있다(제36조). 아울러 법인의 성립요건으로서 ① 법에 의하여 성립할 것, ② 필요한 재산 또는 경비를 가질 것, ③ 각자의 명칭·기구·주소를 가질 것, ④ 민사책임을 독립하여 부담할 수 있을 것이라는 요건을 명시하여 법인의 성립요건을 엄격히 요구하고 있다(제37조).

(2) 法人의 運用 : 법인에는 법 또는 정관에서 정하는 바에 따라 대표자를 선임할 수 있고(제38조), 주된 사무소의 소재지를 법인의 주소로 하며(제39조), 청산법인은 청산범위내로 그 활동범위가 정지된다(제40조).

#### 2) 企業法人

(1) 企業法人의 成立 : 전인민소유제기업 및 집단소유제기업은 요건을 갖추고 주관기관의 인가등기를 거쳐 법인격을 취득한다(제41조 제1항). 중외합자경영기업·중외공동경영기업 및 외자기업도 공상행정관리기관의 인가등기를 거쳐 법인격을 취득한다(제41조 제2항).

(2) 企業法人의 經營範圍 및 責任 : 기업법인은 인가등기에 따른 경영범위내에서 경영에 종사하고(제42조), 기업법인은 법정대표자 등의 경영활동에 대하여 민사책임을 부담한다(제43조). 즉 기업법인의 불법행위책임을 인정하고 있다. 전인민소유제기업법인, 집단소유제기업법인, 중외합자경영기업, 중외공동경영기업 및 외자기업은 각자 기업소

유재산으로 민사책임을 부담한다(제48조). 기업소유제의 기본으로 조직 및 체제에 있어서 사회주의이념을 견지하면서 민사책임에 대해서는 개별책임을 명확히 하고 있다.

(3) 企業法人의 責任種類 : 기업법인은 법인의 불법행위책임 이외에 법정대표자에 대한 행정처분·벌금을 부과할 수 있고, 범죄를 구성할 경우에는 형사책임도 추급한다(제49조). 따라서 법인에 대해서는 불법행위책임능력을 인정하고, 법인의 대표자에게는 행정책임과 형사책임을 부과하고 있다.

### 3) 機關, 事業體 및 社會團體法人

法人格의 取得 : 독립한 경비(재산)를 가진 기관은 법인이 성립한 날로부터 법인격을 가지고(제50조 제1항), 법인의 요건을 갖춘 사업체 및 사회단체는 법인등기를 필요로 하지 않는 경우에는 성립의 날로부터, 그리고 법률에 따라 필요한 경우에는 인가등기를 거쳐 법인격을 취득한다(제50조). 위의 기업법인의 경우가 영리법인에 관한 규정이라면 기관, 사업체, 사회단체법인의 경우는 비영리법인에 관한 규정이라 할 수 있다. 다만, 독립한 경비(재산)를 가진 기관에게 법인격을 인정한다면, 이는 재단법인을 의미하는지 아니면 비영리법인이라도 경비를 가질 것을 요구하는지 불명확하다.

### 4) 聯合經營

(1) 聯合經營의 要件 : 기업간 또는 기업과 사업체간 연합경영을 하는 경우는 새로운 경제조직을 구성하고 민사책임도 부담하며, 법인의 요건을 충족하고 있는 경우는 주관기관의 인가등기를 거쳐 법인격을 취득한다(제51조). 그러나 공동경영을 위한 법인의 요건을 갖추지 아니한 경우는 출자비율 또는 약정에 따라 각자 소유 또는 경영관리 재산으로 민사책임을 부담한다. 다만 법률 또는 당사자의 약정이 있는 경우에는 연대책임을 부담한다(제52조).

(2) 獨立經營에 대한 責任 : 기업간, 기업과 사업체간 연합경영의 경우 독립하여 경영하는 경우에는 그 권리의무는 약정에 따라 정하고, 각자가 민사책임을 부담한다(제53조).

#### 4. 民事法律行爲 및 代理

##### 1) 民事法律行爲

(1) 民事法律行爲의 概念 : 민사법률행위라 함은 인민 또는 법인이 민사상의 권리 및 의무를 발생, 변경, 소멸시키는 합법행위를 말하고(제54조), 그 요건으로서 ① 행위자가 상응한 행위능력을 가질 것, ② 의사표시가 진실할 것, ③ 법률 및 사회공공의 이익에 반하지 아니할 것을 요구한다(제55조). 또한 민사법률행위의 방식으로서는 서면, 구두 기타의 방식을 취할 수 있고, 법률에서 특별히 정한 바가 있는 경우에는 그에 의한다. 따라서 「민법통칙」에서도 법률행위의 방식에 있어서는 특별한 제한을 두고 있지 않다.

(2) 法律行爲의 拘束力 : 민사법률행위는 성립한 때로부터 구속력을 가지고, 법률의 규정이나 상대방의 동의 없이 변경 또는 해제할 수 없다(제57조). 따라서 「민법통칙」에서도 계약유지의 원칙을 취하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

(3) 法律行爲의 無效와 取消 : 「민법통칙」에서는 무효와 취소사유를 규정하고 있다. 먼저, 무효사유로서 ① 민사행위무능력자의 행위, ② 제한적 행위능력자가 법률에 따라 독립하여 행할 수 없는 행위, ③ 사기·협박 또는 타인의 위난을 이용하여 진실에 반하여 행한 행위, ④ 약의에 의한 통모에 의하여 국가, 집단 또는 타인의 이익을 해한 행위, ⑤ 법 또는 사회공공의 이익에 반하는 행위, ⑥ 국가의 지령성계획에 위반한 경제계약, ⑦ 합법적인 형식을 취하여 법에 반하는 목적을 은폐한 행위(탈법행위)를 열거하고(제58조 제1항), 무효행위는 처음부

터 법적 구속력을 가지지 않는 것으로 규정하여(같은 조 제2항), 절대적 무효를 의미하는 것으로 해석한다.<sup>28)</sup> 그리고 변경 및 취소사유로서는 ①행위자가 행위의 내용에 대하여 중대한 오해를 한 경우, ②명백히 공평성을 잃은 행위를 열거하고, 소급적 무효를 인정하고 있다. 이와 같은 변경 또는 취소에 해당하는 법률행위는 상대적 무효<sup>29)</sup>에 속하는 것으로 해석하고, 인민법원 또는 중재기관에 그 변경 또는 취소를 청구할 수 있다(제59조). 더 나아가, 민사행위가 무효 또는 취소로 확인된 경우에는 당해 행위로 인하여 취득한 재산은 상대방에게 반환하여야 하고(원상회복), 고의 또는 과실에 의한 경우에는 손해배상책임을 부담하며, 쌍방에게 고의 또는 과실이 있는 경우에는 각자 그에 따른 책임을 부담한다(제61조 제1항). 제58조 제1항 제4호(악의의 통모)에 의한 경우에는 쌍방이 취득한 재산을 환수하여 국가, 집단 또는 제삼자에게 반환하여야 한다(제61조 제2항).

또한 「민사행위의 일부가 무효인 경우 다른 행위의 효력에 영향을 미치지 아니할 때에는 다른 부분은 유효로 한다」라고 규정하여 이른바 일부무효의 법리를 규정하고 있다(제60조).

(4) 條件附 法律行爲 : 「민법통칙」에서는 조건부법률행위에 대하여 규정하고 조건이 성취된 때로부터 그 효력을 발생한다(제62조). 여기에서 조건부법률행위라 함은 정지조건부 법률행위와 해제조건부 법률행위를 포함한 개념으로 사료된다.

## 2) 代 理

(1) 代理制度 一般 : 인민과 법인은 대리인을 선임하여 민사법률행위를 할 수 있고, 대리인은 대리권한의 범위내에서 피대리인(본인)의 명의로 행하며, 피대리인은 대리인의 대리행위에 대하여 민사책임을

28) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 228쪽.

29) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 229쪽.

부담한다(제63조 제1항 및 제2항). 따라서 「민법통칙」에서는 顯名主義와 本人責任의 原則을 밝히고 있다. 다만, 「대리에 친하지 아니한 법률행위」에 대해서는 대리행위를 금지하고 있다(제63조 제3항).

(2) 代理의 種類 : 「민법통칙」에서는 피대리인(본인)의 위탁에 따라 대리권을 행사하는 「위탁대리」, 법률의 규정에 따라 대리권을 행사하는 「법정대리」 그리고 인민법원 또는 지정한 조직의 선임에 따라 대리권을 행사하는 「지정대리」라는 세 가지 유형의 대리제도를 인정하고 있다(제64조). 이와 같은 대리제도의 유형은 한국민법상의 “임의대리”, “법정대리”, “선임대리”의 형태와 유사하다. 아울러, 「위탁대리」의 경우 복수인에게 대리권이 수여된 경우에는 공동대리의 법리에 따라 해석한다.<sup>30)</sup>

(3) 表見代理 : 대리권이 없는 경우(이른바 무권대리), 대리권을 넘은 경우(이른바 권한을 넘은 표현대리) 그리고 대리권이 종료한 후의 대리행위(이른바 대리권소멸 후의 표현대리) 라는 세 가지 유형을 인정하고, 피대리인의 추인을 얻은 경우에는 피대리인에게 효력이 발생하고, 추인을 얻지 아니한 경우에는 표현대리인이 민사책임을 부담한다. 피대리인이 표현대리인의 행위를 알면서 否認의 意思를 표시하지 아니한 경우에는 피대리인이 동의한 것으로 본다(제66조 제1항). 대리인의 직무불이행으로 인하여 본인에게 손해를 야기한 경우에는 본인에 대하여 민사책임을 부담하고(같은 조 제2항), 대리인과 제삼자가 통모한 경우에는 연대책임을 부담하며, 대리인의 표현대리로 인하여 타인에게 손해를 야기하는 것을 제삼자가 안 경우에는 제삼자와 행위자가 연대책임을 부담한다(같은 조 제3항 및 제4항).

(4) 委託代理(任意代理) : 위탁대리의 경우 대리권수여방식에는 제한이 없으나 서면에 의할 경우에는 일정한 기재사항의 명시를 요하

30) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 232쪽.

고, 위탁서(위임장)의 내용이 불명확할 경우에는 피대리인과 대리인이 연대책임을 부담한다(제65조).

위탁내용이 위법인 줄 알면서 대리행위를 행한 경우 또는 대리인의 대리행위가 위법인 줄 알면서 피대리인이 반대의 의사를 표시하지 아니한 경우에는 피대리인과 대리인이 연대하여 배상책임을 부담한다(제67조).<sup>31)</sup>

(5) 復委託權(復任權) : 대리인의 복위탁권은 인정되지만, 사전에 피대리인의 동의를 얻어야 하고 사전에 동의를 얻을 수 없는 경우에는 긴급한 경우를 제외하고는 즉시 피대리인의 동의를 얻어야 한다. 피대리인의 동의를 얻지 못한 경우에는 복위탁인의 행위에 대하여 대리인이 민사책임을 부담한다(제68조).

(6) 代理의 終了 : 위탁대리의 경우에는 ①대리기간의 만료 또는 대리사무의 완성, ②피대리인에 의한 위탁의 취소 및 위탁대리인의 사퇴, ③대리인의 사망, ④대리인의 민사행위능력상실, ⑤피대리인 또는 대리인인 법인의 취소 및 해산에 의하여 종료하고(제69조), 법정대리 또는 지정대리는 ①피대리인의 민사행위능력의 취득 또는 회복, ②피대리인 또는 대리인의 사망, ③대리인의 민사행위능력의 상실, ④지정대리인에 대한 인민법원 또는 지정조직의 지정취소, ⑤기타의 원인에 의한 피대리인과 대리인 사이의 감호관계의 소멸로 종료한다(제70조).

## 5. 民事上의 權利

### 1) 財産所有權 및 財産所有權과 관련있는 財産權

(1) 財産所有權 : 「민법통칙」에서는 “물권”이라는 표현을 사용하지 않고 “재산소유권”이라는 표현을 사용하여 소유권을 중심으로 규정하고 있다. 그러나 「민법통칙」 제5장에서 규정하는 내용은 “물권”에 관

31) 「민법통칙」 제58조(무효사유) 참조.



한 내용이고, 이는 ‘물건에 관한 직접적인 관할과 지배이며, 타인의 간섭을 배제하는 민사상의 권리’ 라고 정의한다.<sup>32)</sup> 특히 사회주의 국가에서는 토지를 중심으로 한 소유관계가 국가 이데올로기를 지탱하는 중요한 요소이기 때문에, 「물권제도는 사회주의적 경제제도를 공고화하며 여러 형식의 경제를 조절·발전시키고 상품의 유통을 촉진시키며 물질적 생활을 풍부하게 한다는 점 등에서 중요한 역할을 한다.’<sup>33)</sup>

「민법통칙」 제71조에서는 ‘재산소유권이라 함은 소유자가 법에 따라 자기재산에 대하여 점유, 사용, 수익 및 처분의 권리를 가지는 것을 말한다’ 라고 정의하고 있다. 따라서 재산소유권 즉 소유권이라 함은 점유권능, 사용권능, 수익권능, 처분권능을 가지는 권리라고 할 수 있다.

이와 같은 재산소유권은 무주재산의 발견과 같은 법률사실에 의하여 취득하는 원시취득과 매매·교환·증여·상속과 같은 법률사실에 의하여 취득한다. 원시취득의 대표적인 예로서 소유자가 명확하지 아니한 매장물·은닉물은 국가에 귀속하고 이를 수취한 조직은 그 발견한 조직이나 개인에게 표창 또는 물질적으로 장려하여야 한다고 규정하고, 유실물과 표류물 및 사육하는 주인을 떠난 사육동물을 습득한 경우에는 유실자에게 반환하여야 하고 이를 위하여 지출한 비용을 변제하여야 한다고 규정하고 있다(제79조). 이에 비하여 「민법통칙」 제72조에서는 ‘계약 기타의 합법적인 방법에 따라 재산을 취득한 경우 재산소유권은 재산을 인도한 때에 이전한다’ 라고 규정하여 승계취득에 의한 소유권귀속시기를 “引渡時”로 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우 또는 당사자 사이에 별도의 약정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다’ 라고 규정하여 예외를 인정

32) 중국대백과전서(법학), 628쪽(韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 240쪽 참조).

33) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 240쪽.

한다. 여기에서 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우’는 법률의 규정에 의한 물권변동의 경우로 이해할 수 있으나, ‘당사자 사이에 별도의 약정이 있는 경우’를 예외로 인정하는 것은 물권변동의 시기를 “인도시”로 규정한 의미를 혼란스럽게 하고 있다. “인도”를 물권변동의 공시방법으로 본다면, 당사자의 약정에 의하여 별도로 정할 수 있다는 것은 공시방법으로서의 기능을 반감하기 때문이다.

(2) 所有權의 主體 및 客體 : 「민법통칙」에서는 국가, 집단, 개인이라는 소유권의 삼주체를 인정하고, 그 객체로서 국가재산은 전인민의 소유로(제73조), 집단조직의 재산은 집단소유로(제74조), 그리고 인민의 합법적인 수입이나 가옥, 저축, 생활용품 등은 개인재산으로(제75조) 규정하고 있다. 따라서 「민법통칙」에서 규정하는 소유권의 종류로서는 국가소유권, 근로대중의 집단적 소유권, 인민의 개인소유권으로 분류<sup>34)</sup>할 수 있고, 특히 개인소유권에는 개인생활필수품, 개인근로자 생산수단, 개인경영기업주 소유권<sup>35)</sup>이 이에 속하며, 인민의 개인재산은 재산상속권의 대상이 된다(제76조).

이울러 종교단체를 포함한 사회단체의 합법적인 재산은 법률에 따라 보호하고(제77조), 이를 사회단체 소유권<sup>36)</sup>이라 총칭하여 부른다.

34) 「민법통칙」상의 소유권제도를 『전인민의 소유에 속하는 국가재산권』, 『근로대중의 집단소유에 속하는 집단조직재산권』, 『종교단체를 포함한 사회단체의 합법적인 재산』, 『인민의 합법적인 개인재산』으로 분류하고, 재산소유권에 관련된 재산권으로서 『사용권』, 『경영권』, 『경영자주권』, 『도급권』, 『채광권』, 『상린권』으로 분류하는 견해가 있다(何天貴, 앞의 주 2)논문, 59面以下). 또한 중화인민공화국의 소유권에 관한 역사적 고찰에 대하여는 倉田彪士, ‘中和人民共和國の所有權について’(甲南法學, 第2卷第3號, 1961), 332面以下 參照; 同, ‘中和人民共和國の所有權について(二)’, (甲南法學, 第3卷第3號, 1962), 257面以下 參照.

35) 중화인민공화국 「사영기업잠정조례」(1988년 6월 3일 국무원 제7차 상무위원회에서 채택하여 같은 해 7월 1일부터 시행)에 규정된 “개인경영기업”은 개인이 투자하고 노동자 8명 이상을 두어 경영하고 손익을 자체가 부담하는 경제조직을 말한다(韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 248쪽 이하 참조).

(3) 共同所有 : 수인의 인민 또는 법인이 공동으로 재산을 소유하는 공동소유제도를 인정하고 있다. 그 종류로서는 각자의 지분에 따라 공유재산에 대하여 권리·의무를 가지는 ‘지분공유’와 공유재산 전체에 대하여 권리와 의무를 가지는 ‘공동공유’를 인정하고 있다(제78조). 여기에서 ‘지분공유’라 함은 우리 민법상의 “공유”를 의미하고(한국민법 제262조 이하), ‘공동공유’라 함은 우리 민법상의 “합유”를 의미하는 것(한국민법 제271조 이하)으로 이해할 수 있다.

(4) 土地所有制度 : 국가소유의 토지는 전인민소유제조직이 사용할 수 있고 법률에 따라 집단소유제조직이 사용하게 할 수도 있다(제80조). 또한 삼림, 산지, 초원 등의 자연자원에 대해서는 전인민소유제조직이 사용할 수 있고, 법률에 따라 집단소유제조직이 사용할 수 있도록 결정할 수도 있다(제81조). 국가소유의 토지나 천연자원에 대하여 인민 또는 집단이 사용하는 경우에는 도급계약에 의하고, 이와 같은 도급경영권은 법률에 따라 보호받는다(제80조 제2항, 제81조 제3항). 또한 전인민소유제기업이 국가로부터 경영·관리권을 수여받은 경우에는 법률에 따라 경영권을 가지고 동시에 보호받는다(제82조). 아울러 인접한 부동산의 소유자 및 점유자에게 생산성 제고, 생활의 편의, 단결력 향상, 공평이념의 실현을 위하여 相隣關係에 바탕을 둔 권리·의무를 부담시켜 부동산의 이용을 조절한다(제83조).

## 2) 債 權

(1) 債權·債務 및 請求權에 관한 定義 : 채권·채무는 계약이나 법률에 의하여 발생하는 권리의무관계이고, 채권자는 계약의 약정 또는 법률의 규정에 따라 의무의 이행을 채무자에게 요구하는 권리라 하여 청구권의 개념을 정의한다(제84조). 또한 계약이라 함은 민사관계를 창설, 변경, 종료시키는 당사자간의 합의를 말하는 것이라고 정의하고

36) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 249쪽.

(제85조 전문), 법률에 의하여 성립한 계약도 법의 보호를 받는 것으로 규정하여 법률에 의한 계약의 성립도 인정한다(제85조 후문).<sup>37)</sup>

(2) 多數當事者의 債權·債務關係 : 복수인이 확정된 지분에 따라 채권·채무를 분유하는 분할채권관계(제86조)와 2인이상의 복수인이 연대하여 채권·채무를 부담하는 연대채권·채무관계를 규정하고 있다(제87조).

(3) 債務의 履行과 擔保 : 계약당사자의 의무이행방법에 대하여 「민법통칙」 제88조 제1항에서 규정하고, 계약의 내용 중 품질, 기한, 장소, 대금에 대하여 명확하지 아니한 경우에는 계약조항의 내용에 따라 해석·확정하고 당사자의 합의에 의하여 확정할 수 없는 경우에는 법률의 규정에 의한다(제88조 제2항 참조).

또한 법률의 규정 또는 당사자의 약정에 따라 보증계약으로 담보방법을 확보하는 방법(보증인으로 하여금 이행하게 하는 방법, 연대보증하는 방법)(제89조 제1항), 저당물을 제공하여 담보하는 방법(같은 조 제2항)이 있다. 아울러 계약 등에 의하여 계약금을 지급하게 하여 계약의 이행을 담보하는 방법을 취할 수도 있다. 이 경우 계약금은 위약금적 성격을 지니기도 하고(같은 조 제3항), 채무자가 채무를 이행하지 아니할 경우 점유자는 유치권을 가지고 유치한 재산을 평가하거나 매각하여 우선적으로 변제받을 권리를 가진다(같은 조 제4항).

(4) 債權讓渡 및 債務의 引受 : 채권자 또는 채무자가 채권 또는 채무의 일부 또는 전부를 제삼자에게 양도할 경우에는 상대방의 동의를 얻도록 규정하고 있다. 특히 여기에서 주목할 것은 채권양도 및 채무인수에서 이익을 도모하여서는 안된다고 규정하여, 사회주의적 이념

37) 「민법통칙」 제90조에서는 임대차관계에 대한 법적 보호에 대하여 특별히 규정하고 있다. 「민법통칙」에서 전형적인 계약의 유형을 규정하지 않고 제85조에서 계약에 관한 일반규정을 두고 있는 입법주의를 고려한다면, 제90조에서 임대차에 관한 특별규정을 두는 것은 불필요한 입법이라 할 수 있다.

을 구현하고 있다는 점이다. 또한 철저적인 입장에서 법률에 따라 인가기관의 인가를 얻어야 할 경우에는 채권양도 및 채무인수의 경우에도 인가를 얻어야 한다(제91조).

(5) 不當利得 및 事務管理 : 합법적인 근거없이 부당한 이익을 얻고 타인에게 손해를 야기한 경우에는 그것으로 손해입은 자에게 그 이익을 반환하도록 하여 부당이득반환의무를 규정하고(제92조), 법률 또는 약정상의 의무없이 타인에게 야기되는 손해를 회피하기 위하여 관리·복무한 경우에는 수익자에게 이를 위하여 지출한 필요경비의 상환을 청구할 수 있다(사무관리<sup>38)</sup>, 제93조).

### 3) 知的財産權

인민과 법인은 저작권(제94조)을 가지며, 특허권(제95조)·상표전용권(제96조)·발견권 및 발명권(제97조)을 가진다. 이와 같은 지적재산권을 「민법통칙」에서 규정한 것은 일반규정으로서 그 보호를 위한 원칙을 규정한 것으로 이해할 수 있다.

또한 민법통칙 제88조 제3항에서는 약정에 의한 特許出願權에 대하여 규정하고, 약정이 없는 경우에는 당사자에게 出願權을 인정함과 동시에 사용권에 대하여 약정이 없는 경우에는 당사자에게 사용할 수 있는 권리를 인정하고 있다.

### 4) 人格權

(1) 人格權의 保護 : 「민법통칙」에서는 인민의 生命健康權(제98조)과 氏名權(姓名權, 제99조 제1항) 및 肖像權(제100조)을 보호하고, 법인·개인공상업자·개인조합에 대해서는 名稱權을 인정하고 사용·양도할 수 있는 권리를 인정한다(제99조 제2항). 또한 인민과 법인에게는 名譽權(제101조)과 榮譽權(제102조)을 인정하고, 그 침해를 금지

38) 事務管理에 대하여 “무주관리”라는 표현을 사용하기도 한다(韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 262쪽 참조).

하고 있다.

더 나아가, 인민의 혼인의 자유를 인정함(혼인자주권, 제103조)과 동시에 혼인, 가정, 노인, 모친 및 아동보호에 관한 규정을 두고 있고(제104조 제1항), 신체장애자의 합법적인 권리와 이익을 보호하며(제104조 제2항), 부인에 대한 권리능력평등의 원칙을 규정하고 있다(제105조).

근대 민법체제에 비추어 볼 때, 생명권·건강권·씨명권·초상권·명칭권·명예권·영예권·혼인의 자유 및 부와 처의 권리능력평등의 원칙을 규정한 것은 당연한 규정이라 할 수 있고, 민법상에서 신체장애자의 권익보호를 규정한 것은 이해적이라 할 수 있다.

## 6. 民事責任

### 1) 一般規定

(1) 民事責任의 原則 : 「민법통칙」에서는 계약에 위반하거나 기타의 의무에 위반하여 채무를 이행하지 아니한 경우에는 민사책임 이른바 계약책임을 인정하고(제106조 제1항), 인민 또는 법인이 고의 또는 과실에 의하여 국가, 집단의 재산 그리고 타인의 재산 및 인격을 침해한 경우에는 민사책임 이른바 불법행위책임을 인정하고 있다(제106조 제2항). 이와 같은 입법체제에서 먼저 특징적인 것으로 인식할 수 있는 것은 계약책임과 불법행위책임을 관한 민사책임을 같은 조문에서 규정하여 민사책임을 一元化시켰다는 점이다. 그러나 불법행위책임에서 국가와 집단에 대해서는 재산적 손해에 대한 책임을, 그리고 인민에 대해서는 재산적 손해와 인격적 손해(비재산적 손해)에 대한 책임을 인정하고 있다. 그렇다면 국가와 집단(법인)에 대해서는 인격적 책임 즉 비재산적 손해에 대한 책임을 인정하지 않는다는 입법취지인가 의문이다. 그러나 제120조 제2항에서는 법인의 명칭권, 명예권, 영예권

이 침해된 경우에도 손해배상청구권을 인정하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

또한 제106조 제3항에서는 법률의 규정에 따라 고의 또는 과실이 없는 경우에도 민사책임을 부담한다는 이른바 법정책임(무과실책임) 규정을 두고 있다. 그렇다면, 제106조 제1항과 제2항의 민사책임규정과 같은 조 제3항의 법정책임을 상호관계가 문제되고, 더 나아가 법정책임을 범위가 문제될 수 있다.

다만, 법률상 다른 규정이 있는 경우를 제외하고, 불가항력에 의하여 타인에게 손해를 야기한 경우에는 민사책임을 면제시키고 있다(제107조). 이것은 제106조에 대한 예외라고 이해할 수 있지만, 부칙 제153조에서는 “불가항력”이라 함은 ‘예견할 수 없고 회피할 수 없으며, 또한 극복할 수 없는 객관적인 상황’을 말한다고 정의한다. 그렇다면 “불가항력”의 개념을 “과실”개념에 대한 반대개념으로 파악하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

(2) 債務의 履行 : 채무는 완제하여야 한다고 하여 완전이행의무를 부과하고 있다. 다만, 일시적으로 변제능력이 없는 경우에는 채무자의 동의 또는 인민법원의 裁決을 거쳐 분할하여 변제할 수 있고(분할변제), 변제능력이 있음에도 불구하고 변제를 거부하는 경우에는 인민법원의 판결에 따라 변제를 강제한다고 하여 강제이행을 인정하고 있다(제108조). 「민법통칙」에서 강제이행가능성에 대한 근거규정을 두는 것은 타당할 것이나, 실제법상에서 분할변제를 인정하는 것은 이례적이라고 할 수 있다.

(3) 間接侵害 : 국가, 집단의 재산 및 타인의 재산, 인격이 침해되는 것을 방지, 제지하기 위하여 손해를 입은 경우에는 침해자에 대하여 손해배상책임을, 그리고 수익자에 대해서는 보상책임을 인정한다(제109조). 우리 민법상에서는 사무관리 규정에 따라 해결하여야 할 문제일 것이다.

(4) 民事責任·行政責任·刑事責任의 併科 : 민사책임을 구성하는 행위가 동시에 행정책임을 물을 필요가 있는 경우에는 행정책임을 추급하고, 또한 형사책임을 구성하는 경우에는 인민 또는 법인의 대표자에게 형사책임을 추급할 수도 있다(제110조). 결국, 민사책임과 행정책임 및 형사책임을 병과할 수 있는 근거규정을 「민법통칙」에서 명시하고 있다는 점이 이례적이다.

## 2) 契約違反의 民事責任

(1) 債務不履行과 損害賠償責任 : 계약의 당사자 일방이 의무를 이행하지 아니한 경우 즉 이행지체의 경우에는 이행을 청구할 수 있고, 의무의 이행이 계약의 조건에 적합하지 아니한 경우 즉 불완전이행의 경우에는 보완(추완)조치를 청구할 수 있다. 이 경우에는 손해에 대한 배상을 청구할 수도 있다(이상 제111조). 계약의 당사자 쌍방이 계약을 위반한 경우에는 개별적으로 민사책임을 부담하여야 한다(제113조).

이 때 손해배상은 이행지체 또는 불완전이행으로 인하여 야기된 손실에 상당한 것이어야 한다(제112조 제1항). 또한 계약의무의 불이행으로 야기된 손해를 배상하기 위하여 위약금을 약정할 수 있고(위약금계약), 계약위반으로 인하여 야기된 손해배상액의 산정방법을 미리 약정할 수도 있다(손해배상액의 예정, 제112조 제2항).

(2) 擴大損害의 防止義務 : 계약 당사자의 일방이 상대방의 계약위반으로 손해를 입은 경우에는 즉시 확대손해를 방지하기 위한 조치를 취하여야 하고, 그와 같은 조치를 취하지 아니한 경우에는 확대손해에 대한 배상을 청구하지 못한다(제114조). 이와 같이 채무불이행으로 인한 확대손해의 방지의무와 그 확대손해에 대한 배상책임의 배제를 규정한 것은 계약당사자의 관계가 대립관계가 아니라 협력관계라는 점을 명시한 것으로서 참고할 가치가 있다.



(3) 損害賠償請求權의 獨立性 : 계약을 해제하거나 변경하더라도 손해배상청구권에는 영향을 미치지 아니한다(제115조). 이른바 계약해제권 또는 계약변경권을 행사하더라도 손해배상청구권은 그와 독립하여 행사할 수 있음을 명시한 규정으로서 의미있다고 할 수 있다.

(4) 上級機關과 下級機關의 責任構造 : 상급기관에게 원인있는 행위로 인하여 의무를 이행할 수 없게 된 경우에도 계약당사자는 약정에 따라 손해를 배상하고 보완(추완)조치를 취하여야 하며, 이에 상급기관은 그것으로 인하여 야기된 손해에 대하여 책임을 지고 처리하여야 한다(제116조). 여기에서 특이한 것은 상급기관에게 원인있는 행위로 인하여 계약당사자가 의무를 이행할 수 없게 된 경우 당사자에게 손해배상책임과 보완책임을 부여하면서 상급기관에게 그 손해에 대하여 책임을 지고 처리하여야 한다는 것이 무엇을 의미하는지 불명확하다. 이것은 결국 계약 당사자가 먼저 손해배상 또는 보완조치를 취하고 나서 상급기관에게 구상권을 행사하는 이른바 追償賠償을 의미한다고 한다.<sup>39)</sup> 이와 같은 배상추급구조는 소송절차에 있어서 상급기관은 당사자가 될 수 없는가 라는 의문을 남긴다.

### 3) 不法行爲의 民事責任

(1) 不法行爲責任과 損害賠償 : 국가, 집단 또는 타인의 재산에 대한 점유를 침해한 경우에는 그 재산을 반환하여야 하고(제117조 제1항), 반환할 수 없는 경우에는 현가로 환산하여 배상하여야 하며, 국가, 집단 또는 타인의 재산을 손괴한 경우에는 원상에 회복하거나 現價로 환산하여 배상하여야 한다(제117조 제2항). 또한 점유의 침해 또는 재산의 손괴로 인하여 확대손해가 발생한 경우에는 가해자는 그 손해를 배상하여야 한다(제117조 제3항).

(2) 知的財産權의 侵害 : 인민, 법인의 저작권, 특허권, 상표전용권,

39) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 275쪽.

발명권 또는 과학기술성과물이 剽竊, 改竄, 偽造 등의 방법으로 침해된 경우에는 침해의 정지, 영향의 제거, 사죄, 손해배상을 청구할 수 있다(제118조).

(3) 身體權 侵害 : 인민의 신체권을 침해한 경우에는 의료비, 일실회비, 생활보조비 등을 배상하여야 하고, 사망한 경우에는 그 외에 장례비, 잔존 피부양자의 생활비 등을 지급하여야 한다(제119조). 신체 침해의 경우 잔존 피부양자의 생활비까지 배상의 범위에 포함시키는 제도는 이례적이라 할 수 있고, 이것은 사회주의적 요소를 반영하는 것이라 할 수 있다.

(4) 人格權의 侵害 : 인민의 氏名權, 肖像權, 名譽權, 榮譽權이 침해된 경우에는 침해의 정지, 명예회복, 영향의 제거, 사죄 및 손해배상을 청구할 권리를 가진다(제120조 제1항). 법인의 명칭권, 명예권, 영예권이 침해된 경우에도 또한 같다(제120조 제2항).

(5) 國家賠償責任 : 국가기관 또는 국가의 공무원이 직무집행과정에서 인민 또는 법인의 합법적인 권리 또는 이익을 침해한 경우에는 민사책임을 부담하여야 한다(제121조). 당해 국가기관의 배상책임에는 국가배상법이 적용된다.

(6) 生産物(製造物)責任 : 생산물의 품질이 기준에 달하지 아니하여 타인의 재산 또는 인격에 손해를 미친 경우에는 제조자, 판매자는 법률에 따라 민사책임을 부담하고, 운송인, 보관자가 그 책임을 부담하는 경우에는 제조자, 판매자는 운송인, 보관자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(제122조).

(7) 危險責任 : 高所, 高壓, 爆發性, 毒劇, 放射性 등 고도의 위험을 동반하는 작업에 종사하는 者는 타인에게 끼친 손해에 대하여 민사책임을 부담하여야 한다. 다만, 피해자의 고의에 의한 것임을 증명할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다(제123조).

(8) 環境侵害 : 국가의 환경보호·오염방지규정에 위반하여 환경을

오염하여 타인에게 손해를 야기한 경우에는 법률에 따라 민사책임을 부담한다(제124조).

(9) 工事施工者責任 : 표식의 설치 및 안전조치를 강구하지 아니하고 공공의 장소, 노변 또는 통로의 굴삭 등의 공사를 시공함으로써 타인에게 손해를 야기한 경우에는 시공자는 민사책임을 부담하여야 한다(제125조). 이를 지면시공자책임이라고도 한다.<sup>40)</sup>

(10) 工作物責任 : 건축물, 시설 및 설치물에 의하여 타인에게 손해를 야기한 경우 그 소유자 또는 관리자는 민사책임을 부담한다. 그러나 자기에게 고의 또는 과실이 없음을 증명한 때에는 그러하지 아니하다(제126조).

(11) 動物에 의한 權利侵害 : 사육하고 있는 동물로 인하여 타인에게 손해를 야기한 경우에는 사육자 또는 관리자가 민사책임을 부담한다. 피해자의 고의 또는 과실에 의하여 손해가 야기된 때에는 그러하지 아니하다. 제삼자의 고의 또는 과실에 의하여 손해를 야기한 때에는 제삼자가 민사책임을 부담한다(제127조).

(12) 正當防衛 : 정당방위에 의하여 손해를 야기한 경우에는 민사책임을 부담하지 않는다. 그러나 필요한 범위를 넘어 손해를 야기한 경우에는 적당한 민사책임을 부담한다(제128조).

(13) 緊急避難 : 긴급피난에 의하여 손해를 야기한 경우 위험을 야기한 자는 민사책임을 부담한다. 위험이 자연적 원인에 의하여 야기된 경우 긴급피난자는 민사책임을 부담하지 않거나 적당한 민사책임을 부담한다. 긴급피난에 따라 취한 조치가 부당하거나 필요한 한도를 넘어 불상당한 손해를 야기한 경우 긴급피난자는 적당한 민사책임을 부담하여야 한다(제129조).

(14) 共同不法行爲 : 2인 이상이 공동하여 타인의 권리를 침해하여

---

40) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 277쪽.

손해를 야기한 경우에는 연대책임을 부담한다(제130조).

(15) 過失相計 : 손해의 발생에 피해자의 고의·과실이 존재하는 경우에는 가해자의 민사책임을 경감할 수 있다(제131조).

(16) 歸責事由없이 야기된 損害 : 당사자에게 고의·과실없이 야기된 손해에 대해서는 실제의 상황에 따라 당사자에게 그 손해를 분담시킬 수 있다(제132조). 이와 같이 법률에서 무과실책임을 적용할 규정도 없고 과실책임을 적용할 규정도 없는 경우 이와 같은 책임분담규정을 적용한다. 이와 같은 책임유형을 공정책임이라 부른다.<sup>41)</sup>

(17) 監護人의 監護責任 : 민사행위무능력자 또는 제한적민사행위능력이자 타인에게 손해를 야기한 경우에는 감호인이 민사책임을 부담한다. 그러나 감호인이 감호책임을 다하였을 때에는 그 민사책임을 적당히 경감할 수 있다(제133조 제1항). 자기재산을 가지고 있는 민사행위무능력자 또는 제한적민사행위능력이자가 타인에게 손해를 야기한 경우에는 본인의 재산으로 배상하고, 부족부분에 대해서는 감호인이 적당한 배상을 행한다. 그러나 조직이 감호인인 경우에는 그러하지 아니하다(제133조 제2항).

이와 같은 감호인의 감호책임을 경우 제133조 제1항에서는 감호인의 자기책임을 규정하고 있음에 비하여, 같은 조 제2항에서는 '자기재산을 가지고 있는 민사행위무능력자 또는 제한적민사행위능력이자가 타인에게 손해를 야기한 경우에는 본인의 재산으로 배상하고, 부족부분에 대해서는 감호인이 적당한 배상을 행한다' 라고 규정하여, 감호인의 자기책임과 피감호자의 자기책임이 서로 교착하는 현상을 발견할 수 있다.

#### 4) 民事責任을 부담하는 方法

민사책임을 부담하는 방법으로서 (1) 침해정지, (2) 방해배제, (3)

41) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 274쪽.

위험제거, (4) 재산반환, (5) 원상회복, (6) 수리·재이행·교환, (7) 손해배상, (8) 위약금지급, (9) 영향의 제거·명예회복, (10) 사죄의 방법이 있다. 구체적인 사건에서는 각각 단독으로 적용할 수도 있고, 병용할 수도 있다(제134조 제1항).

또한 인민법원은 위와 같은 방법을 적용하는 외에 훈계, 시달서제출, 불법행위에 사용된 재물 및 불법한 소득에 대한 收納(回收)을 명할 수도 있고, 법률의 규정에 따라 벌금, 구류에 처할 수도 있다(제134조 제2항).

이와 같은 방법은 위와 같은 민사책임을 부과하면서도 훈계·시달서제출과 같은 행정책임 그리고 몰수, 벌금, 구류와 같은 형사책임도 부과할 수 있기 때문에, 동일한 법원에서 민사책임·행정책임·형사책임을 併科할 수 있는 특징을 지니고 있다.

<제7장 소송시효, 제8장 섭의민사관계에 대한 법률적용, 제9장 부칙 생략>

#### 四. 「民法通則」에서 注目하여야 할 課題

##### 1. 體系 및 理念上的 特徵

「민법통칙」에서는 권리의 주체에 관한 규정이 62개조를 차지하여 약 40%, 민사상의 권리에 대해서는 35개조를 그리고 민사책임에 대하여는 29개조를 규정하여 각각 약 20%씩을 차지하는 구조를 취하고 있다. 따라서 「민법통칙」의 중심은 권리주체, 민사상의 권리, 민사책임이라고 말할 수 있다.

「민법통칙」의 구조적인 면에서 보면, 먼저 권리주체에 관한 규정이

전체의 약 40%를 차지하는 것은 중화인민공화국의 민사관련 생활관계가 사회주의적 소유체제를 바탕으로 다양한 경제주체가 활동하고 있다는 국가경제체제에 그 이유가 존재한다. 또한 민사상의 권리와 민사상의 책임에 대하여 다양한 유형을 규정하고 있다. 민사상의 권리에 관한 규정은 전통적인 민법전에 비하여 그 종류는 오히려 단순하다고 할 수 있으나, 재산소유권과 관련된 소유체제가 국가소유·집단소유(사회단체 소유 포함)·개인소유라는 특이한 구조를 취하고 있다. 그리고 민사상의 책임에 관한 규정 중에서도 계약책임에 관한 규정은 경제계약법이 제정되어 있기 때문에 중복을 피하기 위하여 최소한의 규정만 두고 있으나, 권리침해를 구제하기 위한 불법행위책임의 경우에는 다양한 책임유형을 규정하고 있다. 더 나아가, 특허와 상표에 대하여도 특허법과 상표법이 먼저 제정·공포되었기 때문에 「민법통칙」에서는 최소한의 규정만 두고 있을 뿐이고, 재산상속권에 대하여도 상속법이 이미 제정·공포되어 있기 때문에 민법통칙에서는 1개 조문만 두고 있을 뿐이다.

그런데 이와 같은 「민법통칙」의 체제는 전통적인 민법전과 단순비교할 수는 없는 측면이 있다. 왜냐하면 「민법통칙」은 순수하게 私人(법인 포함)과 私人間의 법률관계를 규율하기 위한 법규가 아니라, 제 2조에서 밝히고 있는 바와 같이 ‘규제한다(*regulate*)’ 라고 규정하여 외국의 전통적인 민법전과는 달리 경제주체간의 권리를 조정한다는 선명한 특색을 구현하기 위한 목적을 지니고 있다<sup>42)</sup>고 한다. 더 나아가, 경제법적 요소는 물론이고 행정규제 및 책임의 공평한 분담에 관한 규정도 포함하고 있다. 따라서 「민법통칙」은 단순한 민사관계를 규율하기 위한 법률이라기 보다는 경제생활과 관련된 총체적 규정을 포괄하는 경제질서에 관한 법규라고 할 수 있다.

42) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 207쪽.

## 2. 權利主體와 企業活動의 支援

「민법통칙」에서는 민사상의 권리주체로서 인민(개인공사업자, 농촌도급경영자, 개인조합 포함)과 법인(기업법인, 사회단체, 연합경영 포함)으로 체계화함과 동시에 경제활동의 활성화를 위하여 기업법인지도(제41~49조)를 강화하였다.

이를 위하여 기업은 자기의 소유 및 경영·관리하여 얻은 재산으로 민사책임을 부담하도록 규정함(제48조)과 동시에 기업의 소멸규정(제45조)을 명시하여 기업에 대한 독립적이고 자주적인 경영권을 부여하였다. 아울러, 「민법통칙」 제71조 내지 제83조에서는 소유권과 그에 관한 경영권 및 사용권 등에 관한 규정으로 국가소유권과 국영기업의 경영권을, 국가소유권과 집단사용권을, 집단소유권과 농촌도급경영권<sup>43)</sup>을 결합시켜 법률로 인민과 법인의 민사활동을 명확히 함과 동시에 그와 같은 재산권을 귀속시킴으로써 기업의 적극적인 활동을 뒷받침하고 있다.<sup>44)</sup>

## 3. 所有權法의 構造

중화인민공화국 「민법통칙」에서 규정하는 소유권은 전인민소유의 대상이 되는 국가소유권, 근로대중의 소유대상인 집단소유권, 사회단체의 소유권, 인민의 개인소유권으로 유형화할 수 있다. 그런데 과거 전통적인 사회주의국가에서는 전인민소유제 국가소유권을 강화하고, 집단소유제 및 개인소유권은 약화시킴으로써 생산수단의 집단 및 개인소유화를 억제하는 것이 법정책이었다. 그러나 「민법통칙」에서는 중화인민공화국이 취하고 있는 대내경제의 활성화 및 대외개방정책을

43) 토지 등 자연자원을 도급·경영하는 것은 중화인민공화국의 농촌에서 보편적으로 실시하는 법률제도라고 한다(韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 252쪽).

44) 何天貴, 앞의 주 2)논문, 74面 以下 參照.

뒷받침하기 위하여 소유권법의 측면에서 국가재산의 불가침<sup>45)</sup>뿐만 아니라 집단소유제 및 개인소유권도 침해할 수 없음<sup>46)</sup>을 명시·선언하였다. 이른바 국가소유제 뿐만 아니라 집단소유제 및 개인소유권도 동등하게 법적 보호를 받는 제도적 장치를 마련하였다.

또한 대내적으로는 개인공사업자 및 농촌도급경영자(제26~29조), 개인조합(제30~35조), 연합경영(제51~53조)에 관한 집단소유제를 확립하고, 중외합자경영기업·중외공동경영기업·외자기업(제41~48조) 등을 인정함으로써 국제적 협력관계를 확립하는 多重層經濟構造를 긍정함과 동시에 집단소유제에 대한 폭을 확대하였다.<sup>47)</sup>

중화인민공화국 「민법통칙」은 근본적으로 ‘소유와 경영의 분리’라는 이념에서 출발하여 소유권이라는 권리와는 별도로 경영권의 양도(매매) 및 임대차를 물권법상의 권리로 인정하는 체제를 취하고 있다. 그렇다면 소유권과는 별개로 경영권의 매매 또는 임대차는 어떠한 법리에 근거하여 가능하게 되는 것인가. 만약 「민법통칙」상의 재산거래행위가 매매 및 임대차와 같이 자유롭게 행하여 질 수 있다면 그 거래행위의 대상은 소유권이라는 개념보다는 경영권이라는 개념이 전면에서 나타나게 되어, 결국 소유권개념은 관념화된 권리에 지나지 않게 된다.

45) 「민법통칙」 제73조 : ①국가재산은 전인민의 소유에 속한다. ②국가재산은 신성하고 침해할 수 없으며 어떠한 조직 또는 개인으로부터 침탈, 집단에 의한 약탈, 부정분배, 부정유치, 파괴도 금지한다.

46) 「민법통칙」 제74조 제3항 : 집단소유의 재산은 법률에 따라 보호받고, 어떠한 조직이나 개인으로부터 침탈, 집단에 의한 약탈, 부정분배, 파괴 또는 불법한 봉인, 압류, 동결, 몰수도 금지한다.

제75조 제2항 : 인민의 합법적인 재산은 법률에 따라 보호받고, 어떠한 조직 또는 개인으로부터 침탈, 집단에 의한 약탈, 파괴 또는 불법한 봉인, 압류, 동결, 몰수도 금지한다.

47) 何天貴, 앞의 주 2)논문, 73面 以下 參照.



#### 4. 民事責任法の 體系

「민법통칙」 제106조 제1항에서는 계약책임을, 같은 조 제2항에서는 불법행위책임을 규정하여 민사책임을 일원화하고 있다. 그럼에도 불구하고, 불법행위책임에서는 고의·과실이라는 귀책사유를 명문으로 요구하고 있으나, 계약책임 규정에서는 별도의 명문규정이 없다. 따라서 계약책임을 구하는 경우 귀책사유를 요구하지 아니하는가가 문제이다.

그러나 「민법통칙」 제106조 제3항(이른바 무과실책임)에서는 ‘법률의 규정에 따라 고의 또는 과실이 없는 경우에도 민사책임을 부담하여야 하는 경우에는 민사책임을 부담하여야 한다’ 라고 규정하여, 귀책사유의 존재여부를 규정하고 있고, 경제계약법 제32조에서는 ‘당사자 일방의 過誤로 인하여 경제계약의 이행불능 또는 불완전이행을 초래한 경우에는 過誤있는 당사자가 위약책임을 부담한다...’ 라고 규정하고 있다. 여기에서 “過誤”라 함은 고의·과실을 포함하는 개념이다. 그러므로 「민법통칙」에서 민사책임이라 함은 계약책임을 구하는 경우 불법행위책임을 구하는 경우 고의·과실이라는 귀책사유를 요구하는 과실책임이라고 이해하는 것이 바람직할 것이다.

그런데 「민법통칙」에서는 과실책임 이외에도 『무과실책임』과 『공정책임(공평책임)』을 보충적으로 취하고 있다. 『무과실책임』의 대표적인 예로서 제106조 제3항의 경우를, 그리고 『공정책임』의 경우는 ‘당사자에게 손해의 발생에 대하여 고의 또는 과실이 없는 경우는 실제 상황에 기초하여 당사자에게 민사책임을 부담시킬 수 있다’ 라고 규정한 제132조를 대표적인 예로 들 수 있다.<sup>48)</sup> 더 나아가, 과실책임을 제106조 제1항 및 제2항의 경우와 같은 “일반적 과실책임”과 경제계약법 제32조와 같은 “과실추정책임”으로 구별하기도 한다.<sup>49)</sup>

48) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 274쪽 참조.

49) 韓大元外13人共著, 앞의 주 1)책, 275쪽 참조.

따라서, 결국 「민법통칙」에서는 『과실책임』, 『무과실책임』, 『공정책임』으로 구별하고, 『과실책임』을 다시 “일반적 과실책임”과 “과실추정책임”으로 구별하여 이해하는 것이 체계적일 뿐만 아니라 책임구조를 파악하는데 도움이 될 것이다.<sup>50)</sup>

### 5. 民事責任 · 行政責任 · 刑事責任의 混用

「민법통칙」에서는 계약책임 및 불법행위책임에서 민사책임 이외에 행정책임과 형사책임을 병과할 수 있는 책임구조를 취하고 있다. 즉 제110조에서는 ‘민사책임을 부담하는 인민, 법인에 대하여 행정책임을 추급할 필요가 있는 경우에는 행정책임을 추급하여야 한다. 형사책임을 구성하는 경우에는 인민, 법인의 대표자에 대하여 법률에 따라 형사책임을 추급하여야 한다’ 라고 규정하여, 민사책임 이외에 행정책임을 물을 필요가 있는 경우에는 행정책임을, 그리고 형사책임을 구성할 경우에는 형사책임을 동시에 물을 수 있다는 것이다.

그렇다면 이와 같은 책임구조는 민사책임과 행정책임 및 민사책임과 형사책임이 미분화된 상태를 의미한다. 근대법의 책임구조에 비추어 본다면, 이와 같은 책임구조는 시대적 흐름에 역행하는 구조임은 말할 필요도 없다. 물론 사회주의이념을 바탕으로 한 「민법통칙」이라는 점을 들어 이해할 수 없는 것은 아니지만, 비교법적으로 살펴본다면 특징적인 책임구조라는 점을 부인할 수 없다.

행정책임이나 형사책임이 인민 또는 법인에게 미치는 영향이 직접

50) 이에 비하여 「민법통칙」에서는 엄격책임(strict liability)과 과실책임(liability based on fault)을 취하는 것으로 이해하는 견해도 있다(H. R. Zheng, 'China's New Civil Law', 34 *The American Journal of Comparative Law* 696, 1986). 엄격책임을 취한 예로서 생산물(제조물)책임(제122조), 위험책임(제123조), 환경책임(제124조), 공사시공자책임(제125조)의 경우를 들 수 있다.

적이라고 한다면, 민사책임은 간접적이라고 할 수 있다. 따라서 부수적으로 이루어지는 행정책임 및 형사책임이 민사법률관계에서 오히려 주역을 담당할 우려도 있다는 점을 우리의 경험칙에 비추어 볼 때 무시하지 않을 수 없다.

## 五. 結 論

전통적인 자본주의 경제체제에 익숙한 우리의 민법사고에 비추어 볼 때 사회주의 경제체제를 취하고 있던 중화인민공화국이 「민법통칙」을 제정하였다는 사실 그 자체만으로도 놀라운 역사적 대사건이라 하지 않을 수 없다. 더욱이 전인민소유의 대상인 국가소유재산제를 중시하고 집단 또는 개인소유제를 가능한 한 억제하려는 법정정책적인 방향에서 전환하여, 국가소유권을 견지하면서 근로대중의 소유대상인 집단소유권, 사회단체 소유권, 인민의 개인소유권을 병렬적으로 인정하는 소유권법을 정착시키려는 노력이 현실적으로 법제화되었다는 점은 전통적인 소유권법적 사고에 젖어있는 우리에게는 충격이 아닐 수 없다.

또한 책임법상에서도 과실책임주의를 기본원칙으로 정립하면서 무과실책임(엄격책임) 및 공정책임(공평책임)의 법리를 명문화시켰다는 점도 주시할 필요가 있다. 특히 생산물(제조물)책임·위험책임·환경책임·공사시공자책임의 경우 무과실책임 또는 엄격책임의 법리를 도입하는 책임법적 근거를 명시하였다는 점은 시대적 법사조에 비추어 볼 때 높이 평가하지 않을 수 없을 것이다. 더 나아가, 「민법통칙」 제 132조에서 공정책임(공평책임)을 규정하였다는 점은 앞으로의 법운용 실태 및 그 결과에 관심을 가질 필요가 있다.

더 나아가, 「민법통칙」에서는 민사책임을 부담하는 방법으로서 침해정지, 방해배제, 위협제거, 재산반환, 원상회복, 수리·재이행·교환, 손해배상, 위약금지급, 영향의 제거·명예회복, 사죄의 방법을 도입하였다. 전통적인 민법이론에 의하면, 민사책임의 부과방법으로서는 주로 손해배상책임의 형식을 취하여 왔지만, 최근 권리침해에 대한 구제방법으로서 침해행위중지 또는 원상회복 등이 심도있게 논의되고 있을 뿐만 아니라 권리침해로 인한 명예훼손행위에 대해서도 명예회복을 위한 조치 또는 사죄의 방법 등이 부분적으로 도입되고 있다는 점을 고려할 때 권리침해에 대한 구제방법으로서 신중히 접근할 필요가 있다. 또한 「민법통칙」에서는 위와 같은 민사책임부담방법 이외에도 훈계, 시달서제출과 같은 행정적 제재, 불법행위에 사용된 재물 및 소득의 회수(몰수 등), 벌금·구류와 같은 형벌적 제재방법을 병행할 수 있는 제도적 장치를 갖추고 있다. 이와 같은 민사책임부담방법은 민사책임과 행정책임 및 형사책임을 병과할 수 있는 근거로서 작용할 것이지만, 장래의 평가가 주목된다.

그뿐만 아니라, 민사책임법(계약책임, 불법행위책임)에 민사손해배상책임뿐만 아니라 행정책임과 형사책임을 병과할 수 있는 법체제를 도입하였다는 점은 책임법체계에 혼란을 초래할 수도 있고 이중처벌의 우려가 있다는 점도 배제할 수 없지만, 책임법의 전보적 기능 이외에 제재적 기능·만족적 기능 및 예방적 기능을 기대할 수도 있을 것이라는 긍정적인 측면도 고려하지 않을 수 없다. 이와 같은 책임구조도 장래의 운용결과를 기다려 볼 가치가 있을 것이다.

전통적인 민법적 사고 및 책임법구조에 비추어 볼 때 위와 같은 우려를 떨칠 수 없는 것이 현실이지만, 그와 같은 우려도 중화인민공화국이 처하고 있는 현실적 경제구조를 바탕으로 이해하여야 할 것이다. 따라서 「민법통칙」은 보편적 가치판단에 바탕을 둔 “意志의 産物”이 아니라 현실적 수요에 바탕을 둔 “必要의 産物”이라는 점을 간과

하여서는 안될 것이다. 비교법적으로 볼 때, 「민법통칙」이 전통적인 민법적 기저에서 벗어난 과감한 입법이라는 점에서 우리의 민법적 사고를 다소 동요시키는 입법이라는 측면에서 당황하지 않을 수 없지만, 민사법에 관한 기본법 즉 「률」로서의 기능을 잃지 않고 있고 각종 선행 단행법규, 예컨대 경제계약법,涉外경제계약법, 특허법, 상표법, 혼인법, 상속법 등 일련의 전문적인 민사법률들이 제정된 바탕 위에 이루어진 결과물이라는 점에서 「민법통칙」은 중화인민공화국의 사회주의개혁의 커다란 성과물이라는 점을 부인할 수 없다. 그뿐만 아니라, 최근에도 계약법, 부동산개발 및 경영에 관한 법률, 중재·조정법 그리고 인터넷사업관련 조례 등의 법률제정을 위한 노력이 계속되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

법률은 그 사회의 정치이념 및 경제구조를 바탕으로 제정·적용하는 사회규범의 결집체이다. 따라서 특정 국가가 제정한 법률도 그와 같은 배경을 기반으로 평가되어야 하고, 인권보호 및 경제원리에 반하지 않는 한 즉시적 판단은 유보하는 것이 바람직할 것이다. 그러므로 중화인민공화국에 있어서의 「민법통칙」도 국가적 경제구조의 특징과 그 운용성과를 좀더 지켜볼 필요가 있다.