

# 中国对外国民法的继受

(Reception of Foreign Civil Laws in China)

梁慧星\*

## 目 次

- 一. 引 言
- 二. 从 20 世纪初期至 40年代的立法
- 三. 20世纪 50和 60年代的立法
- 四. 改革开放以来(1978年——)的立法
- 五. 目前民法典编纂中的主要争论
- 六. 结语

---

\* 中国社会科学院法学研究所

## 一、 引言

中国历史上的中华法系，并无法律领域的划分，各种社会关系，均由同一法律调整，即学者所谓“诸法合一”。历代封建统治者虽重视法典编纂，但多为刑法之规定。其中涉及民事关系者，如户、婚、钱债等，也以采用刑罚制裁者为限，实质上仍属于刑法规范。<sup>1</sup>因此，中国民法是从外国民法继受而来。

中国之继受外国民法，始于20世纪初的清代末期，迄今已百有余年。因继受外国民法，在中国创立了一个崭新的民法体系和一个民法学科，使中国的法律制度可能与国际接轨。<sup>2</sup>改革开放以来的民事立法，正是这一法律继受过程的继续。

## 二、 从20世纪初期至40年代的立法

### (一) 第一次民法典编纂：《大清民律草案》

中国之制定民法典，目的在于废除领事裁判权及变法维新。<sup>3</sup>1900

---

<sup>1</sup> 关于中国历史上是否有“民法”，学者间意见分歧。肯定中国历史上有“民法”的学者，以梅仲协、杨鸿烈等为代表；否定中国历史上有“民法”的学者，以梁启超、王伯琦等为代表。

<sup>2</sup> 在中国历史上，维新派人士最早提出通过继受外国法实现“法律现代化”。1898年1月29日康有为《上清帝第六书》，其中指出西方列强攫取我领事裁判权，借口是“我刑律太重而法规不同”，建议设“法律局”，“采罗马及英、美、德、法、日本之律”，制定民法、商法等“我夙无”的法律。在另一篇奏折《请开制度局议行新政折》中说：“若夫吾国法律，与万国异，故治外法权，不能收复。且吾旧律，民法与刑法不分，商律与海律未备，尤非所以与万国交通也。”引自俞江《清末民法学输入与传播》（未刊稿）

<sup>3</sup> 中国继受外国民法的目的，在于废除领事裁判权和变法维新，此与日本相同。但领事裁判权，一直到1944年才被废除，因此与民刑法典之制定和诉讼制度之改革，并无直接关连。而变法维新亦未成功，革命党人发动辛亥革命推翻绵延数

年八国联军攻入北京,使朝野上下,达成共识:中国要富强,必须进行法制改革,学习西方法律制度。1902年(光绪二十八年)光绪皇帝下诏:参酌外国法律,改订律例。1908年民法典起草正式开始,至1910年底,民法典起草完成,名为《大清民律草案》<sup>4</sup>,包括总则、债权、物权、亲属、继承五编,共计1569条。其中,总则、债权、物权三编,由日本东京控诉院判事松冈义正起草,亲属、继承两编由陈录、高种、朱献文起草。<sup>5</sup>其编制体例及前三编内容,是参考德国民法典和日本民法典。1911年进入审议程序,因10月发生辛亥革命推翻帝制,这一民法典未正式颁行。通过这一民法典草案,大陆法系特别是德国民法的编制体例和概念体系被引入中国,决定了中国近现代民法和民法学的走向。

## (二) 第二次民法典编纂:《国民民律草案》

中华民国成立后,继续进行民法典编纂<sup>6</sup>,以《大清民律草案》为

---

千年之封建帝制,建立共和国,而最终由中华民国完成民法典之制定。见王泽鉴《民法五十年》,载《民法学说与判例研究》第5册,台北1991年10月第6版,第4页。

<sup>4</sup> 在中国法律文献中,与罗马法 *jus civile* 对应的名词有两个:“民律”和“民法”。“民律”一词,是1880年同文馆翻译《法国律例》时自创;“民法”一词,系由日本引进,最早出现在黄遵宪著《日本国志》(1887年)从19世纪90年代至20世纪20年代的30年间,“民律”、“民法”两词并存,交替使用,第一次民法典草案和第二次民法典草案,均用“民律”而不用“民法”,直到1930年《中华民国民法》颁布,“民法”一词才最终取代“民律”一词,使“民律”一词逐渐成为民法史上的用语。参见俞江《中国近代民法与民法学》,北京大学法学院博士论文(未刊稿)

<sup>5</sup> 陈录是法国巴黎大学法学学士,高种是日本中央大学法学学士,朱献文是京师大学堂速成科第一期保送日本留学生,法学学士。

<sup>6</sup> 中国法制史学者杨鸿烈指出:“民国时代编纂法典,不过完成清代未竟之业而已”。见杨鸿烈《中国法律发达史》下册,上海书店1990年版,第1032页。

基础，予以增删修改，于1925年完成《民国民律草案》，仍为总则、债权、物权、亲属、继承五编，共1745条。其中债权编改动较多，采用了瑞士债务法一些原则和制度。这部法典草案，最终也未正式颁行。但当时的司法部曾经通令各级法院可以将这一法典草案作为条理引用，可见，这一从外国继受而来的民法已在裁判实务中发挥其效力。

### （三）第三次民法典编纂：《中华民国民法》

1927年4月国民政府在南京成立，1928年12月设立立法院，负责法典编纂工作。1929年1月，立法院设立民法起草委员会<sup>7</sup>，从同年2月1日开始编纂民法典。至1930年12月26日，民法典各编全部完成<sup>8</sup>，是中国历史上第一部民法典，名为《中华民国民法》。该法典包括总则、债、物权、亲属、继承五编，共29章，1225条。《中华民国民法》之制定，是以《民国民律草案》为基础，采用了德国民法的编制体例和概念体系，并参考了日本民法、瑞士民法、苏俄民法和泰国民法。

### （四）小结

---

<sup>7</sup> 由傅秉常、焦易堂、史尚宽、林彬、郑毓秀五人组成，并聘司法院长王宠惠、考试院长戴传贤及法国人宝道(Padoux)为顾问，以何崇善为秘书，胡长清为纂修。

<sup>8</sup> 1929年4月完成总则编，经立法院4月30日审议通过，于5月23日正式公布；同年11月完成债编，经立法院11月8日审议通过，11月22日正式公布；同年11月完成物权编，经立法院11月19日审议通过，11月30日正式公布；1930年12月完成亲属编和继承编，经立法院审议通过，于12月26日正式公布。

第一, 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。<sup>9</sup>

第二, 《大清民律草案》和《民国民律草案》本采民商分立, 于民法典之外, 将另行制定商法典。但因意大利学者摩坦利厄 (motanelli) 首倡民商合一主义, 得到各国学者赞同, 瑞士民法、泰国民法和苏俄民法均采民商合一主义。因此, 国民党中央政治会议第 183 次会议通过立法院院长胡汉民等的提案, 决定起草民商合一的民法典。

<sup>10</sup>但《中华民国民法典》之所谓民商合一, 重点在于不另行制定商法典, 而将属于商人通则之经理人、代办商, 及属于商行为之交互计算、行纪、仓库、运送营业及承揽运送等契约, 订入民法典。在民法典外, 尚有公司法、票据法、海商法及保险法等民事特别法。

<sup>11</sup>因此, 与现今意大利民法典和新荷兰民法典之彻底的民商合一, 有程度上的差别。

---

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 立法院院长胡汉民等拟定的《民商法划一提案审查报告书》, 详述采纳民商合一之理由, 其主要理由: 中国本无商人之特殊阶级存在, 不宜单独立法; 若制定商法典, 当以商行为为标准, 但何种行为属于商行为, 难以界定; 若采民商法分立, 如一方为商人, 一方非商人, 在法律适用上亦感困难; 制定民商合一法典, 符合中国社会实际状况及现代立法之潮流。见胡长清《中国民法总论》, 中国政法大学出版社 1997 年版, 第 13—14 页。

<sup>11</sup> 另行制定此等民事特别法的理由: (1) 因公司、票据、海商、保险等事项, 商界习惯日新月异, 如订入民法典则修改不便; (2) 海商法、保险法中大部分事项具有行政性质, 不宜订入民法典; (3) 此前已有公司、票据、海商、保险等法律草案, 只须稍加修改, 即可颁行; (4) 如全部订入民法典, 则卷帙浩繁, 检阅不便。见胡长清《中国民法总论》, 中国政法大学出版社 1997 年版, 第 28—29 页。

第三，对中国继受外国法的效果，有不同的看法。一些学者认为“继受的民法在总体上没有取得实际效果”。<sup>12</sup>这是因为《中华民国民法》颁布不久，即发生日本帝国主义侵略中国的事变，中国历经八年抗日战争和四年解放战争，长期处于战争状态，致使这一民法典不能发挥其作用，不是法律继受本身或者这一继受的民法典本身有什么问题。<sup>13</sup>1949年中华人民共和国成立，这一民法典被中央人民政府明令废除，现仅在台湾地区有效（以下称为中国台湾民法）。

### 三、 20 世纪 50 和 60 年代的立法

#### （一） 50 年代的民法草案

中华人民共和国建立后，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，标志着中国对苏联民法的继受。<sup>14</sup>值得注意的是，虽然这一草案是以苏俄民法典为蓝本，但由于该苏俄民法典本身是参考德国民法典制定的，这就决定了现

---

<sup>12</sup> 转引自《中德法律继受与法典编纂》，法律出版社 2000 年 11 月版，第 36 页。

<sup>13</sup> 王泽鉴教授肯定这部法典“在台湾顺利实施，毫无阻碍”，“获得人民的信赖与尊重，并经由判例与学说之协力，而能持续不断的成长与发展”。见王泽鉴《民法五十年》，载《民法学说与判例研究》第五册，台 1991 年 10 月版，第 8 页。

<sup>14</sup> 例如，这一草案完全采纳苏俄民法典编制体例，将亲属法排除在民法之外；不规定“物权”而仅规定“所有权”；不使用“自然人”概念而用“公民”概念代替；仅规定诉讼时效而不规定取得时效；片面强调对国社会主义公有财产的特殊保护等。

今中国民法仍未脱离大陆法系中的德国法系。<sup>15</sup>

## (二) 60年代的民法草案

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起草,至1964年7月完成《民法草案(试拟稿)》。该草案集中反映当时计划经济体制的特征和经济思想上的错误倾向,并受国际国内政治斗争的影响,企图既摆脱苏联民法模式又与资本主义国家民法彻底划清界限。起草者设计了一个全新的编制体例,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。一方面将亲属、继承、侵权行为排除在法典之外,另一方面又不适当地将预算、税收等关系纳入法典,且整个法典草案一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“自然人”、“法人”等概念。这次民法起草工作因1964年开始的“四清运动”而中断。<sup>16</sup>这一民法典草案所留下的深刻教训是:在民法立法上,拒绝对外国民法的继受,盲目追求所谓中国特色,即使不是不可能的,也是不可取的。

## (三) 小结

---

<sup>15</sup> 北川善太郎指出,日本、韩国、中国及中国台湾民法,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。

<sup>16</sup> 1964年起在全国范围内开展的“社会主义教育运动”,简称“四清运动”,至1966年发展为“文化大革命运动”。“文化大革命”期间,各级人民法院、检察院和公安机关被撤销,称为“砸烂公、检、法”。

第一，这一时期的两次民法典起草均因发生政治运动而中断。但深层的原因是当时中国实行单一的公有制和计划经济体制，整个社会经济生活的运行，依赖于行政手段和指令性计划，缺乏民法存在的社会条件。

第二，这一时期正式颁布的民事法律唯有《婚姻法》(1950年)一部。各级人民法院审理的民事案件，主要是离婚案件和人身损害赔偿案件，裁判的依据是《婚姻法》和“民事政策”。所谓“民事政策”，是指“党和国家颁布的有关民事方面的规范性文件”。<sup>17</sup>例如，政务院《新区农村债务纠纷处理办法》(1950年10月20日)及最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见(修正稿)》(1963年8月28日)

第三，因废除国民政府时期的全部法律(包括《中华民国民法》)国民政府时期的全部民法教材均被废弃，大学法律系直接采用苏联民法教材，请苏联专家授课。直到1957年才出版了第一部民法教材，也是改革开放之前中国唯一正式出版的民法教材。<sup>18</sup>这一民法教材，是在参考苏联民法理论的基础上编写的，表明中国对苏联民法理论的全面继受。

第四，中国对苏联民法的继受，因1959年中国共产党对苏联共产党修正主义路线的批判而告终结。于是，苏联的法律和理论与资本主义国家的法律和理论一样，成为革命批判的对象，导致1964年的《民法草案(试拟稿)》拒绝继受一切外国法律。

---

<sup>17</sup> 唐德华主编《民法教程》，法律出版社1987年版，第14页。

<sup>18</sup> 中央政法干校民法教研室编著《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社1957年1月出版。

## 四、 改革开放以来(1978年——)的立法

### (一) 1982年的《民法草案(第四稿)》

中国在经历“十年文化大革命”之后实行“改革开放”政策,从计划经济转向市场经济,民法的地位和作用开始受到重视。1979年11月成立民法起草小组,至1982年5月起草了新中国第三部《民法草案(一至四稿)》。<sup>19</sup>《民法草案(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。

### (二) 1981年的《经济合同法》

《经济合同法》包括7章:第一章总则;第二章经济合同的订立和履行;第三章经济合同的变更与解除;第四章违反经济合同的责任;第五章经济合同纠纷的调解和仲裁;第六章经济合同的管理;第七章附则。共47条。虽说是在《民法草案(第四稿)》合同编的基础上制定的,但受到苏联经济法学派的理论的强烈影响。<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> 此后,立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处在变动之中,一时难以制定一部完善的法典,决定改采先分别制定民事单行法,待条件具备时再制定民法典的方针。

<sup>20</sup> 1979年至1986年,中国发生了长达7年之久的民法学派与经济法学派的论战。经济法学派多数学者主张不制定民法典而制定经济法典,也有学者建议按照捷克斯洛伐克模式同时制定一部经济法典和一部民法典,甚至有人主张废弃“民法”

### (三) 1985 年的《涉外经济合同法》

为了适应对外开放和发展国际商事贸易的需要，1985 年制定了《涉外经济合同法》。包括 7 章 43 条：第一章总则；第二章合同的订立；第三章合同的履行和违反合同的责任；第四章合同的转让；第五章合同的变更、解除和终止；第六争议的解决；第七附则。该法除法律名称保留了“经济合同”概念，留有一点苏联法律和理论的痕迹外，结构和内容主要是参考英美法契约法和《联合国国际货物销售合同公约》。是中国民事立法继受英美法和国际公约的开始。

### (四) 1986 年的《民法通则》

《民法通则》是在《民法草案(第四稿)》第一编总则的基础上制定的，包括 9 章，156 条：第一章基本原则；第二章公民(法人)；第三章法人；第四章民事法律行为和代理；第五章民事权利；第六章民事责任；第七章诉讼时效；第八章涉外民事关系的法律适用；第九章附则。由于是以民法草案(第四稿)的总则编为基础，因此主要受 1962 年的苏联民法立法纲要、1964 年的苏俄民法典和 1978 年修订的匈牙利民法典的影响。

### (五) 1999 年的新《合同法》

---

这一称谓，改称“公民权利法”。该论战因 1986 年《民法通则》的颁布而宣告结束。见梁慧星《佟柔先生与民法经济法论争》，载梁慧星《中国民法经济法诸问题》，中国法制出版社 1999 年版，第 329 页。

为了适应发展现代化市场经济的要求,实现交易规则的统一和与国际接轨,1993年开始起草新合同法,于1999年3月15日通过。新《合同法》包括总则8章、分则15章共23章428条。该法采用了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。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。

#### (六) 小结

改革开放初期的民事立法,所参考的是苏联和东欧社会主义国家的立法。以《民法草案(第四稿)》的合同编为基础颁布的《经济合同法》(1981年)及以《民法草案(第四稿)》的总则编为基础制定的《民法通则》(1986)均显现出1962年苏联民事立法纲要、1964年苏俄民法典、1978年匈牙利民法典和苏联民法理论、经济法理论的浓重色彩。1985年颁布的《涉外经济合同法》比较接近于英美法契约法和《联合国国际货物销售合同公约》。1993年制定《合同法立法方案》时,起草人明确提出了“广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区成功的立法经验和判例学说,并与国际公约和国际惯例协调一致”的指导思想。这一指导思想,在新《合同法》中得到了切实贯彻,我们看到这部法律采用了典型的德国民法的概念体系,许多原则和制度直接采自德国民法、日本民法和中国台湾民法,一些重要的制度直接采自英美法和《国际商事合同通则》、《联合国国际货物销售合同公约》和英美契约法。从这一时期的立法,

我们可以发现中国在继受外国法的进程中，发生了所继受目标的转换：从继受苏联和东欧社会主义国家民法，转向继受发达的资本主义国家和地区的民法；从继受目标比较“单一”，转向继受目标的“多元”。

## 五、 目前民法典编纂中的主要争论

1998年3月全国人大常委会委托9位学者专家成立民法起草工作小组，负责民法典草案的准备工作，原计划在2010年完成民法典编纂。由于中国之加入WTO，全国人大常委会要求加快民法典编纂的进程，要求2002年完成民法典草案并进入审议程序。目前分别委托学者专家起草的各编草案<sup>21</sup>已经完成，2002年4月19日的专家讨论会着重讨论了民法典编纂的结构体例<sup>22</sup>，法制工作委员会正在进行整个民法典草案的修改和编纂工作。民法起草工作小组内部及中国民法学界，围绕中国民法典的编制体例有激烈争论，现将主要争论点整理如下：

### (一) 是“编纂”还是“汇编”？

---

<sup>21</sup> 梁慧星教授受托起草总则编、债法总则编和合同编；王利明教授受托起草人格权编、侵权行为编；唐德华法官受托起草民事责任编；郑成思教授受托起草知识产权编；巫昌桢教授受托起草亲属编、继承编；费宗退休法官受托起草涉外民事关系法律适用编。

<sup>22</sup> 2002年4月19日法制工作委员会召开的民法典草案专家讨论会上，王家福教授建议民法典设10编：第一编总则；第二编人格权；第三编物权；第四编知识产权；第五编债法总则；第六编合同；第七编侵权行为；第八编亲属；第九编继承；第十编涉外民事关系的法律适用。得到与会学者专家一致同意的是：总则编、物权编、债法总则编、合同编、侵权行为编、亲属编、继承编、涉外民事关系法律适用编。关于是否设人格权编和知识产权编，未达成一致意见。

多数学者强调民法典的“编纂”，建议制定一部着重逻辑性和体系性的大陆法系的民法典。<sup>23</sup>相反的意见，建议在现行《民法通则》和各单行法基础上，加以汇编、整理，保持各部分的相对独立，构成一部所谓“松散式、邦联式”的民法典。<sup>24</sup>

## (二) 以“重要性”为标准还是以“逻辑性”为标准？

关于哪些制度规定在民法典上，哪些制度作为民事特别法保留在民法典之外，以及民法典的编章顺序的安排，究竟以什么作为标准？一种意见认为，应当以“逻辑性”作为标准，将整个民事生活领域的共同规则、基本制度规定在民法典，而将特殊领域、特殊市场、特殊关系的特殊的规则和制度，制定为民事特别法，保留在民法典之外，民法典的编章顺序也以逻辑性为准。<sup>25</sup>相反的意见认为，应当以“重要性”作为标准，凡是重要的民法制度都应当纳入民法典，民法典的编章安排也以重要性为标准，重要的制度在前，反之则在后。<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> 见梁慧星教授受委托起草的《中国民法典大纲草案》，载梁慧星主编《民商法论丛》第13卷，第800—832页。此外，中国政法大学民法教研室向民法起草工作小组提交的《民法典设计方案》，建议制定德国式五编制的民法典。

<sup>24</sup> 在1998年3月25日的民法起草工作小组第一次会议上，小组成员费宗义主张编纂“松散式、邦联式”的民法典。

<sup>25</sup> 见梁慧星《当前关于民法典编纂的三条思路》，载徐国栋编《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第5页。

<sup>26</sup> 见徐国栋《民法典草案的基本结构》，载徐国栋编《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第56—104页。此外，民法起草工作小组多数成员主张民法典设人格权编和知识产权编，也是基于人格权法和知识产权法的重要性。

### (三) “民商合一” 还是 “民商分立”?

多数学者认为，中国在 20 世纪 30 年代即采纳民商合一，50 年代中国大陆转而继受苏联的法律和理论，而苏联也是民商合一，故民商合一始终未变，现行民法通则、合同法、担保法均为民商合一的立法，因此主张制定民商合一的民法典。<sup>27</sup>相反的意见认为，只要我们不能完全否认民事与商事的区分，就应采民商分立，建议改采民商分立主义<sup>28</sup>。

### (四) “德国式五编制” 还是 “法国式三编制”?

多数学者认为，德国式五编制体例的特点在于着重法律规则的逻辑性和体系性，便于法官适用，易于保障法制的统一和裁判的公正，加之中国自清末即已继受德国式编制体例，因此建议仍以德国式五编制为基础，并吸收新荷兰民法典、新蒙古民法典和新俄罗斯民法典的经验，将债权编分解为债法总则、合同和侵权行为三编，制定七编制的民法典。<sup>29</sup>相反的意见，批评德国式五编制体例的弊病在于使“人法”淹没于财产法之中，赞赏法国式三编制的优点在于符

---

<sup>27</sup> 见梁慧星《民法总论》，法律出版社 2001 年版，第 13 页；王利明《论中国民法典的体系》，载《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社 2001 年 10 月版，第 111—115 页。

<sup>28</sup> 见米建《现今中国民法典编纂借鉴德国民法典的若干思考》，载《中德法律继受与法典编纂》，法律出版社 2000 年 11 月版，第 22—25 页。

<sup>29</sup> 见梁慧星《民法总论》，法律出版社 2001 年版，第 17 页；梁慧星受民法起草工作小组委托提出的《中华人民共和国民法典大纲草案》，载梁慧星主编《民商法论丛》第 13 卷，第 800—832 页。2002 年 4 月 19 日法制工作委员会召开的民法典草案专家讨论会上，王家福教授建议编纂 10 编制的民法典，系在七编制基础上增加“人格权”、“知识产权”和“涉外民事关系的法律适用”三编，仍属于以德国式五编制为基础。

合罗马法的“人法优位主义”，因此建议制定“三编制”民法典或者“两编制”的民法典。<sup>30</sup>

#### (五) 关于是否保留“物权”概念和“债权”概念?

多数学者强调，“物权”概念和“债权”概念是大陆法系民法的基础性概念，建议以“物权”概念和“债权”概念为基础，划分为“物权编”和“债权编”。相反的意见不赞成采用“物权”概念和“债权”概念，建议以“财产权”概念取代“物权”概念，同时以“合同”概念和“侵权行为”概念取代“债权”概念，划分为“财产法编”、“合同编”和“侵权行为编”。<sup>31</sup>

#### (六) 是否设“总则编”?

多数学者主张按照德国民法典的编制体例，设立民法典的总则编，

---

<sup>30</sup> 中国社会科学院法学研究所的郑成思教授建议民法典分为：人法、财产法、债权法三编。见郑成思、薛虹《再谈应当制定财产法而不制定物权法》，载《中国社会科学院要报：信息专版》(第62期)2001年9月6日；厦门大学法学院徐国栋教授建议制定两编制的民法典：第一编人身关系法(第一分编自然人法、第二分编法人法、第三分编亲属法、第四分编继承法)第二编财产关系法(第五分编物权法、第六分编知识产权法、第七分编债法总论、第八分编债法分论)见徐国栋《民法典草案的基本结构》，载徐国栋编《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第61页。

<sup>31</sup> 如郑成思教授认为物权概念不科学，建议用财产权概念取代物权概念。见郑成思《关于制定“财产法”而不是“物权法”的建议》，载《中国社会科学院要报：信息专版》(第41期)2001年6月8日。另外，在1998年3月民法起草工作小组第一次会议上，江平教授认为物权概念和债权概念不通俗，建议以财产权概念取代物权概念，以合同和侵权行为概念代替债权概念。在2001年5月的物权法草案专家讨论会上，江平教授声明“不再坚持”这一意见，在2002年4月19日的民法典草案专家讨论会上，江平教授明确表示赞同设物权编和债法总则编。

规定民法基本原则、主体、客体、法律行为、代理、诉讼时效及期间、期日等制度。<sup>32</sup>相反的意见认为，由于设立民法典总则编，破坏了罗马法“人法——物法”的基本结构，“人法”被淹没于总则的庞杂规定中，人文精神被淹没于各种技术性规定中，建议放弃“总则”这一过时的结构，制定划分为“人身关系法”和“财产关系法”两编制民法典。<sup>33</sup>

### （七）人格权是否独立设编？

一种意见认为，人格权单独设编符合保护人权的要求，并且突出民法以人为本的立法思想，建议民法典单独设立人格权编。<sup>34</sup>相反的意见认为，人格权为民事主体资格应有的内容，具有与民事主体不可分离的性质，不宜单独设编，建议在总则编自然人一章规定人格权。<sup>35</sup>

### （八）关于知识产权法

多数意见强调知识产权在知识经济时代的重要性，建议在民法典

---

<sup>32</sup> 在2002年4月19日的民法典草案专家讨论会上，与会学者专家一致同意民法典设总则编。

<sup>33</sup> 见徐国栋《民法典草案的基本结构》，载徐国栋编《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第71—72页。

<sup>34</sup> 见王利明《论中国民法典的体系》，载徐国栋编《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第118—122页。

<sup>35</sup> 见梁慧星《民法总论》，法律出版社2001版，第17—18页；梁慧星受委托起草的《中国民法典：总则编草案》，在第二章自然人的第五节规定人格权，共11个条文。

设立知识产权编。<sup>36</sup>相反的意见,考虑到专利权和商标权难以与程序规则分离,及知识产权法必须随科学技术的发展而频繁修改,建议民法典不设知识产权编而在民法典之外保留现行《专利法》、《商标法》和《著作权法》,作为民事特别法。<sup>37</sup>

### (九) 关于国际私法

一种意见认为,考虑到20世纪以来制定国际私法法典已成为共同趋势,及中国国际私法学界已经起草了《国际私法示范法》,因此建议在民法典上不规定冲突规范,而在民法典之外另行制定《中国国际私法法典》。<sup>38</sup>相反的意见,建议沿袭现行《民法通则》的做法,在民法典上设立“涉外民事关系的法律适用”编。<sup>39</sup>

## 六、 结 语

---

<sup>36</sup> 民法起草工作小组多数成员赞同在民法典设知识产权编。此外,厦门大学徐国栋教授建议,将知识产权法规定在民法典的第二编(财产关系法)的第六分编。见徐国栋《民法典草案的基本结构》,载徐国栋编《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第61页。

<sup>37</sup> 2002年4月19日法制工作委员会召开的民法典草案专家讨论会上,郑成思教授和梁慧星教授公开表示不赞成设知识产权编。此外,王利明教授在《论中国民法典的体系》一文中,也主张民法典不规定知识产权,而将知识产权法作为特别法,保留在民法典之外。见王利明《论中国民法典的体系》,载徐国栋编《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第131—132页。

<sup>38</sup> 在1998年9月3日民法起草工作小组第三次会议上,小组成员一致同意民法典不规定涉外民事关系的法律适用,而建议单独制定《国际私法法典》。

<sup>39</sup> 2002年4月19日的民法典草案专家讨论会上,与会专家学者一致同意设涉外民事关系的法律适用编,理由是《国际私法法典》尚未列入国家立法计划,如民法典不设涉外民事关系法律适用编,在民法典颁布(民法通则将同时废止)后,将出现缺乏规范涉外民事关系的规则的法律空白。

第一期的立法继受，继受目标是大陆法系的德国民法、日本民法和瑞士民法，其立法成就是《中华民国民法》；第二期的立法继受，因为政治经济体制的和意识形态的原因，转向继受苏联民法；第三期的立法继受，可进一步区分为前期（80年代）和后期（90年代）前期仍主要继受苏联和东欧社会主义国家民法，其立法成就是《经济合同法》和《民法通则》，后期主动调整继受目标，转向主要继受市场经济发达的国家和地区的民法，其立法成就是新《合同法》。此外，从90年代颁布的新《合同法》等民事法律可以看到，中国对外国法的继受呈现出继受目标“多元化”的现象，在维持大陆法系的德国民法的概念体系基础之上，广泛参考借鉴发达国家和地区成功的立法经验和判例学说，兼采英美法系的灵活制度，并着重与国际公约和国际惯例协调一致。中国民法典的制定，必将继续推进这一从新《合同法》开始的“多元化”立法继受。

中国对外国法的继受，从“单一继受”转向“多元继受”的结果，使中国的法律带有“多元复合”的色彩。新《合同法》的概念体系是德国式的，直接采自德国民法、日本民法、中国台湾民法的制度不胜枚举，例如，缔约过失（第42、43条）附随义务（第60条2款）后契约义务（第92条）同时履行抗辩权（第66条）不安抗辩权（第68、69条）债权人代位权（第73条）债权人撤销权（第74条）承包人法定抵押权（第286条）等等。但新《合同法》将违约责任原则从过错责任改为严格责任（第107条）及所规定的预期违约（第108条）强制实际履行（第110条）可预见规则（第113条）间接代理（第402、403条）等制度，则是主动继受英美法和《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》

的结果。<sup>40</sup>可以预见，这种“多元复合”的色彩在将来的中国民法典上必定会更加显著和突出，也许这就是所谓“中国特色”。

---

<sup>40</sup> 此外，《消费者权益保护法》第49条规定惩罚性赔偿金制度，《产品质量法》第四章规定的严格产品责任制度，均系从美国法继受而来。

# 中國에 있어서 外國 民法의 繼受

(번역) 최길자\*

## I. 서론

중국 역사상 중화법계는 법률 분야에 관한 구분이 없었으며, 하나의 법률로 각종 사회 관계를 규율하였다. 학자들은 이를 소위 “諸法合一”이라 하였다. 역대 봉건 통치자들은 법전편찬을 중요시하기는 하였지만, 대부분은 형법에 관한 규정이었고 그 중 민사관계에 속하는 戶·婚·錢債 등에 대해서도 형벌제재만을 규정하였기에 그 실질적 내용은 여전히 형법규범에 속하는 것이었다.<sup>1)</sup> 그리하여 중국에 있어서 민법은 외국 민법을 계수하게 되었다.

중국에 있어서 외국 민법의 계수는 20세기 초 청나라 말기에서 시작되어 오늘에 이르기까지 100여 년이 된다. 외국 민법의 계수로 인하여 중국은 참신한 民法體系와 民法學分野를 창설하였고, 중국의 법률제도 또한 국제적인 제도에 진입할 수 있는 가능성을 가지게 되었다.<sup>2)</sup> 개혁·개방 이후의 민사법의 제정은 바로 이러한 법률을 계수하는 과정의 계속이라고 볼 수 있다.

---

\* 중국 화동정법대학 조교수

- 1) 중국 역사상 “민법”의 존재여부에 관하여 학자들의 견해는 분분했다. 중국 역사상 “민법”이 있었다고 긍정하는 대표적인 학자들로는 梅仲協, 楊鴻烈 등이 있고, 이를 부정하는 학자로는 梁啓超, 王伯琦 등이 있다.
- 2) 중국 역사상 제일 먼저 외국법의 계수를 통하여 “법률의 현대화”를 제기한 것은 維新派人士였다. 1898년 1월 29일 康有爲는 《上清帝第六書》에서 서양의 열강은 “우리의 刑律이 너무 과하고 법규가 서로 다르다”는 것을 이유로 우리의 영사재판권을 박탈하므로 “法律局”을 설립하고, “로마 및 영·미·독·불·일본의 법률을 받아들여서”, 우리에게 없었던 민법·상법 등의 법률을 제정해야 한다고 권의하였다. 다른 한편, 上奏文는 《請開制度局議行政折》에서 “우리의 법률은 세계 각국의 법률과 다르기 때문에 治外法權을 收復할 수 없다. 그리고 우리의 구법은 민법과 형법을 구분하지 않고 商律과 海律을 가지고 있지 않으므로, 세계 각국과의 교류는 더더욱 불가능하다”고 적고 있었다. 俞江, 《清末民法學輸入與傳播》에서 재인용.

## II. 1920년대로부터 1940년대까지의 입법

### 1. 제1차 민법전 편찬 : 《大清民律草案》

중국에서 민법전을 제정하게 된 것은 영사재판권 및 維新變法을 폐지하려는 데 그 목적이 있었다.<sup>3)</sup> 1900년 8국 연합군의 북경 침략이 있는 후에, 朝野上下는 중국이 부강해 지려면 법제를 개혁하고, 서양의 법률제도를 배워야 한다는 인식을 가지게 되었다. 1902년(光緒28年), 光緒皇帝는 외국 법률을 참조하여 법률을 개정할 것을 명하였다. 1908년 민법전 기초작업이 정식으로 시작되어, 1910년 말 민법전 기초작업이 완성되었으며, 이를 《大清民律草案》<sup>4)</sup>이라한다. 이는 총칙·채권·물권·친속·상속 등 총5편 1569조문으로 구성되었다. 그 중 총칙·채권·물권 세 편은 日本 東京控訴院의 松岡義正 判事が 기초하였고, 친속·상속 두 편은 陳泉, 高種, 朱獻文이 기초하였다.<sup>5)</sup> 이 민법전의 편찬 방식 및 세 편의 내용은 독일 민법전과 일본 민법전을 참고로 하였다. 1911년 심의 절차에 들어갔으나 같은 해 10월 신해혁명으로 인하여 이 민법전은 정식으로 공포되지 못하였다. 이 민법전 초안을 통하여 대륙법계 특히, 독일 민법의 편찬 방식과 개념체계가 중국에 도입되었고, 중국 근·현대 민법과 민법학의 방향을 결정하게 되었다.

### 2. 제2차 민법전 편찬 : 《中國民律草案》

3) 중국이 외국법을 계수한 것은 영사재판권과 維新變法을 폐지하기 위한 것으로, 이는 일본과 마찬가지로이다. 그러나 영사재판권은 1944년 폐지되었으므로 민·형법의 제정과 소송제도의 개혁은 이와는 직접적인 관련이 없었다. 維新變法 또한 성공하지 못해서 혁명 당원들은 신해혁명을 통하여 수천년간 지속되어 온 봉건제도를 뒤집고 공화국을 건립하였으며, 결국은 중화민국이 민법전을 제정하게 되었다. 王澤鑑, 「民法50年歷史」, 《民法學說與判例》, 第5冊, 臺北1991年 10月, 第6版, 4면 참조.

4) 로마법 “jus civile”에 해당하는 중국의 법률 용어로는 “民律”과 “民法”이 있다. “民律”이란 용어는 1880년 同文館에서 《프랑스 律例》를 번역할 때 만든 것이고, “민법”이란 용어는 일본에서 수입된 것으로 黃遵憲의 《日本國志》(1887년)에 최초로 등장한다. 1890년대부터 1930년대까지 “민율”과 “민법”이 두 용어는 병존하면서 상호 호환적으로 사용되었는데, 제1차 민법전 초안과 제2차 민법전 초안에서는 모두 “민율”을 사용하고 “민법”은 사용하지 않다가, 1930년 《中華民國民法》이 공포되면서 “민법”이라는 용어는 최종적으로 “민율”이라는 용어를 대체하게 되었고 “민율”은 점점 民法史上的 용어로 되었다. 俞江, 《中國近代民法與民法學》, 北京大學法學院 박사 학위논문, 참조.

5) 陳泉은 프랑스 파리대학의 법학 학사, 高種은 일본 중앙대학법학학사, 朱獻文은 京師大學堂速成科 제1기 일본 과견유학생으로 법학학사였다.

중화인민공화국 성립이후, 민법전 편찬은 계속되었고<sup>6)</sup> 《中國民律草案》을 토대로 수정 과정을 거치면서 1925년 《民國民律草案》이 완성되었는데, 이는 여전히 총칙·채권·물권·친속·상속 등 총5편 1745조문으로 구성되었다. 그 중 채권편에 대한 수정이 많았는데, 스위스 채무법의 원칙과 제도를 일부 채택하였다. 이 초안은 정식으로 공포되지는 못하였다. 그러나 당시의 사법부는 이 법전의 초안을 條理로서 인용할 것을 전국 법원에 명하였다. 여기에서 외국으로부터 계수한 민법이 이미 재판실무에도 그 효력이 있었음을 알 수 있다.

### 3. 제3차 민법전 편찬 : 《中華民國民法》

1927년 4월 국민정부가 남경에서 성립되었고, 1928년 12월 입법원이 설립되어 법전 편찬작업을 하게 되었다. 1921년 1월 입법원은 민법 기초위원회<sup>7)</sup>를 설립하였고, 같은 해 2월 1일 민법전 편찬이 시작되었다. 1930년 12월 26일 민법전의 각 편이 모두 완성되었는데, 이는 중국 역사상 첫 번째 민법전으로 《中華民國民法》이라 하였다. 이는 총칙·채권·물권·친속·상속 등 총 5편 제29장 1225조문으로 구성되었다. 《中華民國民法》은 《民國民律草案》을 기초로 독일 민법전의 편찬 방식과 개념체계를 따랐고, 일본 민법·스위스 민법·소련 민법과 태국 민법을 참고하였다.

### 4. 소 결

1. 중국에 있어서 외국 민법의 계수는 대륙법계, 특히 독일 민법을 채택하였는데, 이는

- 
- 6) 중국 법제사학자 楊鴻烈은 “민국시대의 법전 편찬은 다만 청나라말기에 완성되지 못한 것을 완성했을 뿐이다”라고 지적한 바 있다. 楊鴻烈, 《中國法律發達史》下冊, 上海書店 1990年版, 1032면 참조.
- 7) 민법기초위원회는 傅秉常, 焦易堂, 史尙寬, 林彬, 鄭毓秀 5명으로 구성되었으며, 사법원장 王寵惠, 고시원장 戴傳賢 및 프랑스의 Padoux를 고문으로 초빙하였고, 何崇善은 비서, 胡長清은 纂修였다.
- 8) 총칙편은 1929년 4월에 완성되어 4월 30일에 입법원의 審議를 통과하고, 5월 23일에 공포, 채권편은 동년 11월에 완성되어 11월 8일에 입법원의 심의를 통과하고, 11월 22일에 정식으로 공포되었다. 물권편은 동년 11월에 완성되어 11월 19일에 입법원의 심의를 통과하고, 11월 30일에 정식으로 공포되었다. 친족편과 상속편은 1930년 12월에 완성되어 입법원의 심의를 통과한 후, 12월 26일에 정식으로 공포되었다.

일본의 영향을 받은 것이다. 영미법을 채택하지 아니한 것은, 순전히 입법 기술상의 이유에 기인한 것이지, 결코 각 법계간의 우위에 기인한 것은 아니다. 대륙법계와 영미법계에 있어서 우열 순위가 있는 것은 결코 아니며, 단지 영미법은 판례법으로서 입법의 방식으로 이를 계수하는 것이 적합하지 않았기 때문이다. 프랑스 민법을 계수하지 않고 독일 민법을 채택하게 된 것은, 독일 민법이 프랑스 민법이후에 제정되어 독일의 입법기술 및 법전의 내용이 1804년의 프랑스 민법전 보다 진보적이라고 인식되었기 때문이었다.<sup>9)</sup>

2. 《大清民律草案》과 《國民律草案》은 원래 民商分立의 입법례를 채택하여 민법전 이외에 별도로 상법전을 제정하기로 되어 있었다. 그러나 이탈리아 학자 Motanelli가 처음으로 民商合一主義를 주장하였고, 이는 각국 학자들로부터 지지를 받았으며, 스위스 민법과 태국 민법 및 소비에트 민법은 모두 민상합일주의를 채택하고 있다. 따라서 국민당정치위원회 제183차 회의에서 입법원 원장 胡漢民的 제안에 따라 민상합일의 민법전을 제정하기로 결정하였다.<sup>10)</sup> 그러나 《中華民國民法典》의 이른바 민상합일의 중심내용은 상법전을 별도로 제정하는 것이 아니라, 商人通則에 해당하는 지배인[經理人], 대리상과 상호계산, 중계업, 창고업, 운송영업 및 운송주선업 등 상행위에 해당하는 계약을 민법전에 편입한 것이었다. 민법전 외에 회사법, 어음법, 해상법 및 보험법 등 민사특별법이 있었다.<sup>11)</sup> 그러므로 순수한 민상합일체로 되어 있는 현행 이탈리아 법전과 네델란드 민법전과는 어느 정도의 차이가 있다.
3. 중국의 외국법 계수에 관하여 학자들의 평가는 다소 분분한데, 일부 학자들은 “계수된 민법은 총체적으로 그 실제적인 효과를 거두지 못했다”<sup>12)</sup>라는 견해를 피력하였다.

9) 王澤鑑, 「民法五十年」, 45면 참조.

10) 입법원 원장 胡漢民등이 작성한 《民商法劃一提案審查報告書》는 중국이 민상합일의 방식을 채택하게 된 이유를 상세히 설명하고 있다. 그 주요한 이유는 다음과 같다. 즉, “중국은 근본적으로 상인이라는 특수계층이 존재하지 않기에 단독입법이 적합하지 않으며, 만약 상법전을 제정한다면 商行爲를 기준으로 하여야 하는데 어떠한 행위가 상행위에 해당하는지 그 범위를 확정하기 어려우며, 民商을 분리하는 경우 일방은 상인이고, 일방은 비상인으로 법률의 적용에 있어서도 어려움이 있으며, 민상합일의 민법전을 제정하는 것이 중국의 사회적 상황 및 현대의 입법추세와 부응하는 것이다.”(胡長清, 中國民法總論, 中國政法大學出版社 1997年版, 13-14면 참조.)

11) 이러한 민사특별법을 별도로 제정하는 이유는 다음과 같다. ① 회사·어음·해상·보험 등에 관한 사항과 商慣習은 그 변화의 속도가 빠른 것으로 이를 민법전에 편입하는 경우 그 수정이 어려우며 ② 海商法·保險法의 대부분은 행정적이 성격을 띠는 것으로, 민법전에 편입하는 것은 적합하지 않고, ③ 이미 회사법·어음법·해상법·보험법 등 법률초안이 약간의 수정을 거치면 공포할 수 있고, ④ 전부를 민법전에 편입하는 것은 너무 방대하여 閱覽하기에 불편하기 때문이다. 胡長清, 中國民法總論, 中國政法大學出版社1997年版, 36면, 참조.

12) 《中德法律繼受與法典編纂》, 法律出版社 2001年 11月版, 36면에서 재인용.

이는 《중화민국민법》이 공포된 후, 얼마 지나지 않아 일본이 중국을 침략했고 중국은 8년간의 항일전쟁과 4년의 해방전쟁이 장기간 지속되면서, 민법전은 그 역할을 발휘하지 못하였기 때문이며, 법률 계수 그 자체 또는 계수한 민법전 그 자체에 문제가 있는 것은 아니었다.<sup>13)</sup> 1949년 중화인민공화국이 성립된 후 이 민법전은 중앙인민정부의 명령에 의해 폐지되었고, 현재는 다만 대만지구(이하 “중국대만민법”으로 칭함)에서 유효할 뿐이다.

### Ⅲ. 1950년대와 1960년대의 입법

#### 1. 1950년대의 민법 초안

중화인민공화국 성립이후 1954년에 민법전 기초 작업이 시작되어 1956년 12월에 신 중국의 제1부 《民法草案》이 완성되었고 이는 총칙·소유권·채(권)·상속 4편으로 총 525조 문으로 구성되었다. 그러나 그 후에 일어난 “整風”·“反右”등 정치운동으로 민법전 기초 작업은 중단되었다. 이 민법전 초안은 그 편찬 형식과 기본제도에 있어서 모두 1922년의 소비에트의 민법전을 참고하였고, 이러한 점은 중국의 소련 민법에 대한 계수를 상징한다.<sup>14)</sup> 그런데 이 초안은 비록 소련 민법을 기본으로 하였지만, 1922년의 소련 민법이 독일 민법을 참고하였기 때문에, 오늘날 중국의 민법은 여전히 대륙법계 중 독일법계를 이탈하지 않게 되었음은 주목되어야 할 바이다.<sup>15)</sup>

#### 2. 1960년대의 민법 초안

- 
- 13) 王澤鑑교수는 동 법전은 “대만에서는 순조롭게 실시되고 아무런 저해도 없으며”, “인민들의 신뢰와 존중을 받으며, 판례와 학설의 영향으로 인하여 지속적으로 발전하고 있다”며 긍정적인 태도를 보이고 있다. 王澤鑑, 「民法五十年」, 8면 참조.
- 14) 예를 들어 동 초안은 완전히 소비에트민법전의 편찬 방식을 채택하였는데, 친족법은 민법전에서 삭제되었으며, “물권”을 규정하지 않고 다만 “소유권”만을 규정하였다. 또한 “공민”의 개념을 “자연인”으로 대체하였고, “소송시효”만 규정하고 취득시효에 관해서는 규정을 두지 않았으며, 사회주의 공유재산에 관한 특수보호만을 강조하였다.
- 15) 일본·한국·중국 및 중국대만 민법은 모두 대륙법계에 속한다. 北川善太郎, 민법총칙, 有斐閣 1993年初版, 105면.

1962년 중국은 심각한 자연 재해와 “大躍進”으로 인한 막대한 어려움을 겪은 후, 상품 생산과 상품교환의 발전을 다시금 강조하면서 제2차 민법전 기초작업이 시작되어 1964년 7월 《민법초안(시험기초안)》이 완성되었다. 이 초안은 주로 당시의 계획경제체제의 특징과 잘 못된 경제관념이 반영되어 있으며, 대내외적인 정치적 영향으로 인하여 소련 민법의 틀을 벗어남과 동시에 자본주의 국가의 민법이념의 틀을 완전히 벗어나려고 시도하였다. 기초자는 완전히 새로운 편찬 형식을 채택하였다. 즉 제1편 총칙, 제2편 재산의 소유, 제3편 재산의 이전 등 3편만을 두었다. 한편 친족·상속·불법행위는 법전에서 제외하였고, 다른 한편 예산·세입 등의 관계를 포함하였으며, “권리”·“의무”·“물권”·“채권”·“소유권”·“자연인”·“법인” 등의 개념을 전혀 사용하지 않았다. 이러한 민법전의 작업은 1964년에 시작된 “四清運動”으로 중단되었다.<sup>16)</sup> 동 민법 초안이 남겨준 교훈은, 민법 제정에 있어서 외국 민법을 계수하지 아니하고 오직 중국의 것만을 고집하여 규정하는 것이 불가능한 것은 아니지만, 바람직한 제정 방향이 아니라는 것을 보여주고 있다.

### 3. 소 결

1. 이 시기 두 번의 민법전의 기초는 모두 정치적인 운동으로 중단되었다. 그러나 내적인 원인은 당시 중국은 단일한 公有制와 計劃經濟體制를 실행한 데 있으며, 전반적인 사회경제는 행정적인 수단과 指令性 계획으로 인하여 민법이 존재할 수 있는 사회적 여건이 결여되어 있었던 것이다.
2. 이 시기에 정식으로 공포된 민사법률로는 《혼인법》(1950년)뿐이었다. 전국 각급 인민법원에서 심리하는 민사사건은 주로 이혼사건과 인신상해에 관한 배상사건으로, 그 재판의 기준은 《혼인법》과 《민사정책》이었다. 소위 《민사정책》은 “당과 국가에서 공포한 민사와 관련된 규범적인 문서”이다.<sup>17)</sup> 예를 들어 政務院의 《新區農村的 債務紛爭에 관한 處理 辦法》(1950년 10월 20일), 최고인민법원의 《민사정책의 몇 가지 문제를 집행할 데 관한 의견(修正稿)》(1963년 8월 28일)이 그것이다.
3. 국민정부 시기의 모든 법률(《중화민국민법》 포함)을 폐지하였기 때문에 국민정부 시기의 민법교재도 모두 폐기되었고 대학의 법학부는 소련의 민법교재를 사용하며 소

16) 1964년 전국적 범위에서 일어난 “사회주의 교육운동”을 “四清運動”이라 한다. 이 운동은 1966년에 와서 “문화대혁명”으로 발전되었고, “문화대혁명”기간 전국의 인민법원·검찰원과 공안기관은 모두 폐쇄되었는데, 이를 “公·檢·法の 파멸”이라 한다.

17) 唐德華 주편, 民法教程, 法律出版社, 1987년, 14면.

련전문가를 초빙하여 대학강의를 하게 하였다. 1957년에 처음으로 민법교과서가 출판되었고, 이는 개혁·개방 이전에 유일하게 정식으로 출판된 교과서이다.<sup>18)</sup> 이 민법교과서는 소련의 민법이론을 토대로 하였으며, 이는 중국이 소련 민법을 전반적으로 계수한 사실을 나타낸다.

4. 중국의 소련 민법 계수는 1959년 있는 소련공산당의 수정주의 노선에 대한 중국공산당의 비판으로 인하여 종지부를 찍게 되었다. 이리하여 소련의 법률과 이론은 자본주의 국가의 법률 및 이론과 함께 중국 혁명의 비판대상이 되었으며, 1964년 《민법초안(시험초안)》은 외국 법률에 대한 계수를 모두 거부하게 되었다.

## IV. 개혁·개방이후(1978년—)의 입법

### 1. 1982년의 《民法草案(제4고)》

중국은 “10년 문화대혁명”이 경과한 후, “개혁·개방”정책을 실시하여 계획경제체제로부터 시장경제체제로 전환되었으며, 이에 따라 민법의 지위와 역할도 점차 중요한 위치를 차지하게 되었다. 1979년 11월 민법 기초위원회를 설립하여 1982년 5월 신 중국의 세 번째 《민법초안(1-4稿)》이 만들어지게 되었다.<sup>19)</sup> 《민법초안(제4고)》은 총8편으로 구성되었다. 즉 제1편 민법의 임무와 기본원칙, 제2편 민사주체, 제3편 재산소유권, 제4편 계약, 제5편 지적재산권편, 제6편 재산상속권, 제7편 민사책임, 제8편 기타 규정이 그것이다. 그 편찬 방식과 주요내용은 주로 1962년의 소련민사입법개요, 1964년의 소비에트 민법전과 1979년에 개정된 헝가리 민법전을 참고하였다.

### 2. 1981년의 《경제계약법》

《경제계약법》은 총 7장으로 구성되었다. 제1장 총칙, 제2장 경제계약의 성립과 이행, 제3장 계약의 변경과 해제, 제4장 경제계약위반책임, 제5장 경제계약분쟁의 조정과 중재,

18) 中央政法幹部學教民法教研室 編, 中華人民共和國民法基本問題, 法律出版社, 1957年 1月 出版.

19) 그후, 입법기관은 경제체제개혁이 아직 초창기에 있고 사회생활도 과도기 중에 있어 완비된 민법전을 제정하는 것은 어렵다는 점을 고려하여 먼저 민사단행법을 제정하고 조건이 성숙되었을 때 다시 민법전을 제정하자는 방침을 취하였다.

제6장 경제계약의 관리, 제7장 부칙이 그것이다. 동 법은 《민법초안(제4고)》의 계약편을 기초로 제정되었지만 소련 경제법학파이론의 영향을 많이 받았다.<sup>20)</sup>

### 3. 1985년의 《섭외경제계약법》

대외개방과 국제상사무역의 발전 수요에 적응하기 위하여 1984년에 《섭외경제계약법》을 제정하였다. 이는 총 7장 43조문으로 구성되었다. 즉 제1장 총칙, 제2장 계약의 성립, 제3장 계약의 이행과 계약위반책임, 제4장 계약의 양도, 제5장 계약의 변경·해제와 해지, 제6장 분쟁의 해결, 제7장 부칙이 그것이다. 동 법은 법률의 명칭으로 “경제계약”이라는 개념을 사용하고 소련의 법률과 이론이 반영되었다는 점 이외에는 그 구조와 내용을 영미법의 계약법과 《유엔통일매매협약》을 주로 참조하였다. 이로써 중국 민법은 영미법과 국제협약을 계수하기 시작한 것이다.

### 4. 1986년의 《민법통칙》

《민법통칙》은 《민법초안(제4고)》의 제1편 총칙을 토대로 제정되었는데 총 9장 156조문으로 구성되었다. 즉 제1장 기본원칙, 제2장 공민(자연인), 제3장 법인, 제4장 민사법률행위와 대리, 제5장 민사권리, 제6장 민사책임, 제7장 소송시효, 제8장 섭외민사관계의 법률 적용, 제9장 부칙이 그것이다. 민법초안(제4고)의 총칙편을 기초로 하였기 때문에, 주로 1962년의 소련민사개요, 1964년의 소련 민법전과 1978년에 개정된 헝가리 민법의 영향을 받았다.

### 5. 1999년의 신 《계약법》

현대적 시장경제로의 발전 요구에 부응하고 거래규칙의 통일성과 국제적인 제도에서의 진입을 실현하기 위하여, 1993년부터 새로운 계약법을 기초하여 1999년 3월 15일에 통과되

20) 1976-1986년, 중국은 장장 7년간 민법학과와 경제법학과사이의 논쟁이 벌어졌다. 경제법학과파 다수는 민법전의 제정을 반대하고 경제법전의 제정을 주장하였고 일부의 학자들은 유고슬라비아를 모델로 경제법전과 민법전을 각각 제정할 것을 주장하였으며 심지어 “민법”이란 호칭을 폐지하고 “공민권리법”으로 개칭하자고 주장하는 학자도 있었다. 이 논쟁은 1986년에 《민법통칙》의 공포로서 종결을 선고하게 되었다. 梁慧星, 「佟樓先生與民法經濟法論爭」, 《中國民法經濟法諸問題》, 中國法制出版社, 1999年版, 329면 참조.

었다. 새 계약법은 총칙 8장, 각칙 15장으로 총 23장 428조문으로 구성되었다. 동 법은 독일 민법의 개념체계를 채택하였고, 대부분의 원칙과 제도 및 조문은 독일 민법, 일본 민법과 중국대만민법에서 그 원형을 찾을 수 있다. 그 중 총칙과 매매계약부분은 《국제상사계약원칙》(PICC), 《유엔통일매매협약》(CISG), 《유럽계약법원칙》(PECL)과 영미계약법을 참고하였다.

## 6. 소 결

개혁·개방 초기의 민사법의 제정은 소련과 동유럽사회주의 국가의 입법을 참고하였다. 《민법초안(제4고)》의 계약편을 토대로 하여 제정된 《경제계약법》(1981년)과 《민법초안(제4고)》의 총칙편을 토대로 하여 제정된 《민법총칙》(1986년)은 모두 1962년의 소련민사입법개요, 1964년의 소비에트 민법전, 1978년의 헝가리 민법전과 소련 민법 및 경제이념의 색채가 짙었다. 1985년에 공포한 《섭외경제계약법》은 대체로 영미법의 계약법과 《유엔통일매매협약》(CISG)과 유사하다. 1993년에 《계약법입법방안》을 제정할 때, 기초자는 “시장경제가 발달한 국가와 세계각국의 성공적인 입법경험과 판례 및 학설을 널리 수용하고, 국제협약과 국제관습에 일치하게 한다”는 이념을 제기하였다. 이러한 이념은 새 계약법에 반영되었는데, 동 법은 전형적인 독일 민법의 개념체계를 채택하였고, 대부분의 원칙과 제도들을 독일 민법, 일본 민법과 중국대만민법으로부터 수용하였으며, 일부 중요한 제도는 영미법과 《국제상사계약원칙》, 《유엔통일매매협약》과 영미계약법에서 받아들였다. 이 시기에 우리는 중국의 외국법의 계수의 방향이 달라지고 있음을 알 수 있다. 즉 소련 및 동구권 사회주의 국가의 민법 계수로부터 선진자본주의 국가와 세계 각 국의 민법 계수로 이전되었으며, 계수의 목표 또한 “단일화”에서 “다원화”로 이전되고 있음을 알 수 있다.

## V. 민법전 편찬과정 중의 주요 쟁점

1998년 3월 전국인민대표대회상무위원회는 9명의 학자와 전문가들에게 민법기초위원회를 설립하고 민법전초안의 준비작업을 책임질 것을 위탁하였다. 원래의 계획은 2010년에 민법전 편찬을 완성하는 것이었지만, 중국이 WTO에 가입하게 됨에 따라 전국인민대표대회상무위원회는 민법전 편찬을 가속화하여 2002년에 민법전초안을 완성하고 심의절차에

들어갈 것을 요구하였다. 현재 학자와 전문가들이 編別로 나누어 기초한 각 편의 초안<sup>21)</sup>이 이미 완성되어 있다. 2002년 4월 19일 전문가 토론회에서 민법전 편찬에 있어서 그 구조격식에 관하여<sup>22)</sup> 집중적으로 토론하였고, 현재는 法制工作委員會에서 전체에 걸친 민법전초안의 수정과 편찬작업을 진행중이다. 민법기초위원회 및 중국 민법학계는 중국 민법전의 편찬방식에 있어서 치열한 논쟁을 하였는데 그 주요한 논쟁점을 정리하면 다음과 같다.

## 1. "編纂"과 "匯編"에 관하여

다수학자들은 민법전의 "편찬"을 강조하고 논리성과 체계성을 중요시하는 대륙법계 민법전을 제정할 것을 건의하였다.<sup>23)</sup> 이에 대해 반대 의견은 현행 《민법통칙》과 각 단행법을 토대로 하여 편집·정리하여 각 부분이 상대적으로 독립하는 이른바 "개별화·상호연계방식"(送散式·邦聯式)의 민법전을 구성하자고 주장하였다.<sup>24)</sup>

## 2. "중요성"기준과 "논리성"기준에 관하여

어떠한 제도를 민법전에 규정하고 어떠한 제도를 민사특별법으로 민법전 밖에 둘 것인가에 관하여, 그리고 민법전의 편장 배열순서에 있어서 무엇을 기준으로 할 것인가에 관하여 견해의 대립이 있었다. "논리성"을 기준으로 전체 민사영역에 있어서 공통되는 규칙과 기본제도를 민법전에 규정하고 특수영역·특수시장·특수관계의 특수한 규칙과 제도는 민사특별법으로 제정하여 민법전 밖에 두며 민법전의 편장의 배열순서도 논리성을 기준으로

21) 총칙편·채권총칙편·계약편은 梁慧星教授, 인격권편·불법행위편은 王利明교수, 민사책임편은 唐德華법관, 지적재산권편은 鄭成思교수, 친족편과 상속편은 巫昌楨교수, 섭외민사관계법률의 적용은 費宗彝퇴임판사에게 각각 그 기초를 위탁하였다.

22) 2002년 4월 19일, 법제공작위원회에서 개최한 민법전초안전문가회의에서 王家福교수는 민법전을 10편으로 설정할 것을 건의하였다. 즉 제1편 총칙, 제2편 인격권, 제3편 물권, 제4편 지적재산권, 제5편 채권총칙, 제6편 계약, 제7편 불법행위, 제8편 친속, 제9편 상속, 제10편 섭외민사관계의 법률적용이었다. 여기서 총칙편, 물권편, 채권총칙편, 계약편, 불법행위편, 친속편, 상속편, 섭외민사관계의 법률적용편은 회의 참석자들의 일치한 찬성을 받았지만 인격권편과 지적재산권편의 설정에 관해서는 견해의 대립이 있었다.

23) 梁慧星, 「中國民法典大綱草案」, 梁慧星 主編 民商法論叢, 第13卷, 800-832면 참조. 이 외에도 中國政法大學民法教研室은 民法起草委員會에 《民法典設計方案》을 제출하였는데 독일의 5편제의 민법전을 제정할 것을 건의하였다.

24) 1998년 3월 25일의 민법전기초작업위원회 제1차 회의에서 費宗彝 委員이 "개별화·상호연계방식"의 민법전을 제정할 것을 건의하였다.

하여야 한다는 견해<sup>25)</sup>와 이와 반대로 “중요성”을 기준으로 무릇 중요한 제도는 민법전에 편입하고 그 배열순서도 그 중요성에 의하여 선후를 정하여야 한다는 견해이다.<sup>26)</sup>

### 3. "民商合一"과 "民商分離"에 관하여

다수의 학자들은 20세기 30년대의 중국 민법은 이미 “민상합일”의 방식을 취했고 50년대에 소련 민법을 계수하였지만, 소련 민법 역시 “민상합일”을 취하고 있었기에 “민상합일”은 중국에서 시종변화가 없었고, 현행 민법통칙·계약법·담보법도 민상합일을 취하고 있음을 이유로 민상합일의 민법전을 제정할 것을 주장하였다.<sup>27)</sup> 이에 대한 반대의 견해를 가진 학자들은 민사와 상사의 구분을 완전 부인하지 않는 한 민상분리를 취하여야 함을 이유로 민상분리의 민법전을 제정할 것을 건의하였다.<sup>28)</sup>

### 4. "독일식 5편제"와 "프랑스식 3편제"에 관하여

다수의 학자들은 독일식의 5편제는 법률규칙의 논리성과 체계성을 중요시하고, 법관의 적용에 편리를 제공하며, 법제의 통일과 재판의 공정을 용이하게 보장할 수 있는 장점을 가지고 있고 게다가 중국은 청나라 말기부터 이미 독일식의 편찬방식을 계수하였음을 이유로 여전히 독일식 5편제를 토대로 신 네달란드민법전, 신 몽고민법전과 신 러시아민법전의 경험을 받아들여 채권편을 채권총칙·계약과 불법행위 3편으로 나누어 7편제의 민법전을 제정할 것을 주장하였다.<sup>29)</sup> 이와 반대의 주장은 독일식 5편제의 폐해는 “人法”을 재산법에 매몰시키는 것이고 프랑스식의 3편제의 장점은 로마법의 “人法優位主義”에 부합하는

25) 梁慧星, 「當前關於民法典編纂的三條思路」, 徐國棟編, 《中國民法典起草思路論戰》, 中國政法大學出版社 2001年版, 5면, 참조.

26) 徐國棟, 「民法典草案的基本結構」, 《中國民法典起草思路論戰》, 56-104면 참조. 그 외, 민법기초작업위원회의 다수 위원들은 민법전에 인격권편과 지적재산권편을 설정할 것을 주장하고 있는데 그 이유는 인격권법과 지적재산권법의 중요성에 기한다.

27) 梁慧星, 民法總論, 法律出版社 2001年版, p13; 王利明, 「論中國民法典的體系」, 앞의 《中國民法典起草論戰》, 111-115면 참조.

28) 米建, 「現金中國民法典編纂借鑑德國民法典的若干思考」, 《中德法律繼受與法典編纂》, 法律出版社 2000年 11月版, 22-25면 참조.

29) 梁慧星, 앞의 民法總論, 17면 참조. 梁慧星, 앞의 「中華人民共和國民法典大綱草案」, 참조, 2002년 4월19일 법제공작위원회에서 개최한 민법전초안 전문가회의에서 王家福교수가 제기한 10편제는 7편제를 토대로 “인격권”·“지적재산권”·“섭외민사관계의 법률적용”등 3편을 증가한 것으로 여전히 독일식 5편제를 토대로 한 것이다.

것이라는 이유로 “3편제” 또는 “2편제”의 민법전을 제정하여야 한다는 견해이다.<sup>30)</sup>

## 5. "물권"개념과 "채권"개념의 보존여부에 관하여

다수의 학자들은 “물권”개념과 “채권”개념은 대륙법계민법의 기초적인 개념임을 강조하면서 “물권”개념과 “채권”개념을 기초로 “물권편”과 “채권편”으로 구분할 것을 주장하였지만, 이와 반대의 견해는 “물권”개념과 “채권”개념을 채택하는 것을 반대하고 “재산법”개념으로 “물권”개념을 대체하고 동시에 “계약”개념과 “불법행위”개념으로 “채권”개념을 대체하고 “재산법편”·“계약편”·“불법행위편”으로 구분할 것을 건의하였다.<sup>31)</sup>

## 6. "총칙편"의 설정여부에 관하여

다수의 학자들은 독일 민법전의 편찬구조에 따라 민법전에 총칙편을 설립하여 민법의 기본원칙·주체·객체·법률행위·대리·소멸시효(訴訟時效) 및 기간·기일 등에 관한 제도를 규정할 것을 건의하였다<sup>32)</sup>. 이에 대해 반대의 견해를 가진 학자들은 민법전의 총칙편은 로마법의 “人法-物法”의 기본구조를 파괴하는 것으로서 “人法”은 총칙편의 龐雜한 규정 속에 매몰되고 人文精神은 각종 기술적인 규정으로 매몰된다고 주장하면서 구 시대의 “총칙”구조를 포기하고 “인신관계법”과 “재산관계법” 두 편으로 구분하는 민법전을 제정할 것을 건의하였다.<sup>33)</sup>

30) 중국사회과학원법학연구소의 鄭成思교수는 민법전을 인법·재산법·채권법 3편으로 구분할 것을 건의하였고, 鄭成思, 薛虹, 「再淡應當制定財產法而不制定物權法」, 《中國社會科學院要報: 信息專版》第62期, 2001年 9月 6日, 참조; 廈門大學法學院의 徐國棟교수는 2편제의 민법전을 제정할 것을 주장하였다. 즉 제1편 인신관계법(제1분편 자연인법 제2분편 법인법, 제3분편 친족법, 제4분편 상속법), 제2편 재산관계법(제5분편 물권법, 제6분편 지적재산권법, 제7분편 채권총칙편, 제8분편 채권각칙편), 徐國棟, 앞의 「民法典草案的基本結構」, 61면 참조.

31) 鄭成思교수의 경우는 재산권개념으로 물권개념을 대체할 것을 건의하였다(鄭成思, 「關於制定“財產法”而不是“物權法”的建議」, 《中國社會科學院要報: 信息專版》第41期, 2001年6月8日). 그 외, 江平교수는 1998년 3월 민법기초작업위원회 제1차 회의에서 물권과 채권은 통속적인 개념이 아니므로 재산권개념으로 물권개념을 대체하고 계약과 불법행위개념으로 채권개념을 대체할 것을 건의하였으나, 2001년 5월의 물권법초안전문가회의에서는 “더 다시 위 의견을 고집하지 않는다”고 聲明하였고, 2002년 4월 19일의 민법전기초전문가회의에서는 물권편과 채권편의 설정을 찬성한다고 그 의사를 명확히 하였다.

32) 2002년 4월 19일 민법전기초전문가회의에서 회의참석자들은 민법전에 총칙편을 설정할 것에 대하여 의견을 일치하였다.

33) 徐國棟, 앞의 논문. 참조.

## 7. 인격권의 단독 설정여부에 관하여

일부의 학자들은 인격권을 단독편으로 설정하는 것은 인권보호의 원칙에 부합되며 민법의 人本主義 입법사상을 강조할 수 있다고 주장하면서 민법전에 인격권을 단독편으로 설정할 것을 건의하였다.<sup>34)</sup> 이와 반대의 견해는 인격권은 민사주체자격에 필요한 내용으로서 민사주체와 불가분의 성격을 가지는 것으로서 단독편으로 설정하는 것은 타당하지 않으며 총칙편의 자연인장절에 인격권을 규정하자는 견해이다.<sup>35)</sup>

## 8. 지적재산권에 관하여

다수의 학자들은 지식경제시대에 있어서 지적재산권의 중요성을 강조하면서 지적재산권편을 민법전에 설정하자고 건의하였다.<sup>36)</sup> 이와 반대 견해의 학자들은 특허권과 상표권은 절차적 규칙에서 분리하기가 어려운 점과 지적재산권은 반드시 과학기술의 발전에 따라 빈번히 수정을 가해야 한다는 점을 고려하여 민법전에 지적재산권을 설정하지 않고 민법전 밖에 《특허법》·《상표법》·《저작권법》을 그대로 두고 이를 민사특별법으로 규정하자고 건의하였다.<sup>37)</sup>

## 9. 국제사법에 관하여

일부의 학자들은 20세기에 들어와서 국제사법법전을 제정하는 것은 공동의 추세로 되었고 중국국제사법학회는 이미 《국제사법시법법》을 기초하였으므로 민법전에 저촉규정을 규정하지 않고 별도로 《중국국제사법법전》을 제정하자고 건의하였다.<sup>38)</sup> 이와 반대의 견

34) 王利明, 앞의 논문「論中國民法典的體系」, 참조.

35) 梁慧星, 民法總論, 17-18면, 동「中國民法典: 總則編草案」은 제2장 자연인의 제5절에 총 11개 조문으로 인격권을 규정하고 있다.

36) 민법기초작업위원회의 다수 위원들은 민법전에 지적재산권편을 설정하는데 동의하였다.그 외, 徐國棟교수는 지적재산권법을 민법전의 제2편 재산관계법의 제6편으로 설정할 것을 건의하였다(동, 앞의 논문, 참조).

37) 2002年 4월 19일 법제공작위원회에서 개최한 민법전기초전문가회의에서 鄭成思교수와 梁慧星교수는 민법전에 지적재산권편의 편입을 찬성하지 않는다는 의견을 내놓았다. 그 외, 王利明교수도 민법전에 지적재산권편을 편입하지 않고 특별법으로 민법전 밖에 둘 것을 건의하였다(동, 앞의 논문, 참조).

38) 1998년 9월 3일 민법기초작업위원회 제3차 회의에서 민법전에涉外민사관계의 법률적용을 편입

해는 현행 《민법통칙》의 방식을 답습하여 민법전에 “섭외민사관계의 법률적용”편을 설정 하자고 건의하였다.<sup>39)</sup>

## VI. 결 어

제1기의 입법계수의 목표는 대륙법계의 독일 민법·일본 민법·스위스 민법의 계수이었고 그 성과로서는 《중화민국민법》이 있으며, 제2기의 입법계수는 정치·경제체제와 이데올로기의 원인으로 소련 민법으로 그 방향을 전환하였고, 제3기의 입법계수는 전반기(80년대)와 후반기(90년대)로 구분되어, 전반기에는 여전히 주로 소련과 동구 사회주의 국가의 민법을 계수하였고 그 입법의 성과로는 《경제계약법》과 《민법통칙》이 있으며, 후반기에는 자발적으로 계수목표를 조정하여 주로 시장경제가 발달한 국가와 세계 각 국의 민법을 계수하게 되었고 그 입법성과로는 신 《계약법》을 들 수 있다. 그밖에, 90년대에 공포된 신 《계약법》으로부터 알 수 있는 바 중국의 외국법의 계수 목표는 “다원화”로 발전되었고, 대륙법계의 독일 민법의 개념체계를 유지하면서 선진국가와 세계 각 국의 성공적인 입법경험과 판례 및 학설을 폭 넓게 참고하고 받아들이고 있으며 영미법계의 일부 제도도 채택하고 있고 국제협약과 국제관례에 보조를 맞추고 있음을 알 수 있다. 중국 민법전의 제정은 반드시 신 《계약법》으로부터 시작된 입법계수의 다원화를 계속하여 추진하여 갈 것이다.

중국에 있어서 외국법의 계수는 “單一繼受”로부터 “多元繼受”로 방향을 전환하였고 그 결과 중국 법률은 “多元複合”의 색채를 띠게 되었다. 신 《계약법》의 개념체계는 독일법식으로서 대부분의 제도들은 독일 민법·일본 민법·중국대만민법에서 직접 수용한 것이다. 예를 들면 締約過失(제42조, 43조), 附隨義務(제60조 제2관), 後契約義務(제92조), 同時履行抗辯權(제66조), 不安抗辯權(제68조 69조), 債權者代位權(제73조), 債權者撤回權(제74조), 都給者의 法定抵當權(제286조)등이다. 그러나 신 《계약법》에서 채무불이행책임원칙을 과실

하지 않고 국제사법법전을 단독으로 제정할 데 관하여 의견을 일치하였다.

39) 2002년 4월 19일 민법전기초전문가 회의에서 전문가 및 학자들은 민법전에 섭외민사관계의 법률 적용을 편입할 데 관하여 일치하게 동의하였다. 그 이유는 국제사법법전은 아직 국가의 입법계획안에 들어오지 못했기에 만약 민법전에 섭외사법민사관계법률적용편을 편입하지 않는 경우 민법전의 공포(동시에 민법통칙은 폐지)후에 섭외민사관계를 규율에 관한 법률의 공백이 생길 우려가 있다는 것이다.

책임으로부터 엄격책임(제107조)으로 개정된 것과 豫期違約에 관한 규정(108조), 強制實際履行(제110조), 可豫見規則(제113조), 間接代理(제402조, 403조)등 제도들은 영미법과 《유엔 통일매매협약》(CISG), 《국제상사계약원칙》(PICC)을 계수한 결과이다.<sup>40)</sup> 이러한 “多元複合”의 색채는 앞으로의 중국 민법전에서 더더욱 두드러질 것으로 예상되며, 아마도 이것이 바로 이른바 “중국특색”일 것이다.

---

40) 그 밖의 《소비자권익법》 제49조의 징벌성격의 배상금제도와 《제조물품질법》은 제4장의 엄격책임제도는 모두 미국법에서 계수한 것이다.