

법제교류 자료 10-15-3

2010. 5. 14.



## 일 정

- 일 시 : 2010년 5월 14일 (금) 14:00~18:00
- 장 소 : 한국관광공사 소백실
- 주 제 : 중국의 정부개발원조법제와 법제교류지원방향
  
- 사 회 : 박찬호(한국법제연구원 글로벌법제연구센터장)
  
- 제 1 주제 : 중국의 정부개발원조 법제 현황과 과제  
발 표 : 양효령(전북대학교 법학전문대학원 교수)  
토 론 : 정명운(한국법제연구원 부연구위원)
  
- 제 2 주제 : 중국의 회사법에 대한 법제교류지원방향  
발 표 : 이정표(부산대학교 법학전문대학원 교수)  
토 론 : 유예리(한국법제연구원 초청연구원)
  
- 제 3 주제 : 중국의 물권법제에 관한 법제교류지원방향  
발 표 : 김영규(백석대학교 법정경찰학부 교수)  
토 론 : 박광동(한국법제연구원 부연구위원)
  
- 종합토론  
이준서(한국법제연구원 부연구위원)  
이준호(한국법제연구원 부연구위원)  
김범준(한국법제연구원 부연구위원)  
이경희(한국법제연구원 전문연구원)

## 목 차

■ 중국의 정부개발원조 법제 현황과 과제 .....	7
1. 들어가는 말 .....	9
2. 중국의 정부개발원조체계와 정책의 변화 .....	10
(1) 정부개발원조의 기본 정책과 원칙 .....	10
(2) 중국의 정부개발원조 정책의 변화 .....	11
3. 중국의 정부개발원조 체계와 관리기관 .....	13
(1) 정부개발원조 관리체계 .....	15
(2) 정부개발원조 사업지원 체계 .....	16
(3) 정부개발원조 주관기관: 상무부 및 그 산하기관 .....	16
4. 중국의 정부개발원조 법제 현황 .....	20
(1) 정부개발원조 사업자금 사용에 관한 법제 .....	21
(2) 정부개발원조 사업관리에 관한 법제 .....	21
(3) 정부개발원조 인력관리에 관한 법제 .....	22
5. 중국 정부개발원조 관련 정책 및 법제의 개선방안 .....	23
(1) 정부개발원조 이론 및 정책 연구에 필요한 기반조성 .....	23
(2) 정부개발원조 사업체계의 확립 .....	24
(3) 정부개발원조 법제의 확립 .....	25
(4) 다자간 지원 협력방안의 모색과 NGO 활성화 지원 .....	27
6. 결 론 .....	28
■ 중국의 회사법과 법제교류 지원방향 .....	31
I. 서 론 .....	33

II. 회사의 설립절차 .....	33
1. 회사 설립을 위한 전제 .....	33
2. 회사의 설립절차와 관련된 제문제 .....	37
III. 지배구조 .....	39
1. 지배구조의 문제 .....	39
2. 주주총회 .....	41
3. 이사회와 경리 .....	45
4. 감사회 .....	51
5. 노동조합 .....	53
6. 기관구성원의 의무와 지배주주의 통제권 제한 .....	54
IV. 구조변경 .....	55
1. 합병 .....	55
2. 조직변경 .....	56
3. 분할 .....	57
4. 해산 및 청산 .....	57
V. 중국 회사법에 대한 법제교류지원방향 .....	59
1. 중국에 대한 법률원조가 가능한가? .....	59
2. 상호 주고받을 수 있는 체제 .....	60
3. 입법절차 .....	61
4. 회사법의 법제교류지원방향 .....	61
참고 문헌 .....	64
▣ 중국의 물권법제에 관한 법제교류지원방향 .....	65
I. 서론 .....	67

II. 중국 물권법의 제정과정과 물권의 체계 .....	67
1. 중국 민법과 물권법의 제정 개관 .....	67
2. 중국에서 물권법과 관련한 입법의 시도와 민법전의 기초작업 ...	68
3. 민법통칙의 제정과 물권법 관련 규정 .....	70
4. 입법방침의 전환과 물권법 제정 이전 물권 관련 입법 .....	72
5. 중국 물권법의 제정 .....	73
6. 중국 물권법의 물권 구성과 체계 .....	74
III. 중국 물권법의 주요내용과 그 특색 .....	77
1. 중국 물권법의 총칙 .....	77
2. 점유와 소유권 .....	82
3. 용익물권 .....	85
4. 담보물권 .....	92
IV. 우리 물권법제의 중국에 대한 법제교류지원방향 (법제 수출) .....	97
1. 물권법 총칙 .....	97
2. 점유권과 소유권 .....	100
3. 용익물권 .....	103
4. 담보물권 .....	104
V. 여 론 .....	105

# 중국의 정부개발원조 법제 현황과 과제

발표자 : 양 효 령

(전북대학교 법학전문대학원 교수)

## 1. 가

중국은 정부개발원조(Official Development Assistance : ODA)의 수원국인 동시에 지원국으로서 2가지 지위를 가진 특수한 국가이다.<sup>1)</sup> 중국의 정부개발원조는 1950년부터 시행되어 왔으며, 원조의 범위와 규모는 중국정부의 경제적 역량에 따라 다소 차이가 있으나, 주로 무상 원조·개발사업차관 및 기금전대차관(Two-Step Loan)의 3가지 방식을 중심으로 시행되고 있다. 지원대상국과 지원분야를 살펴보면, 아프리카·아시아·동유럽·라틴아메리카와 태평양지역 160여개 이상 국가의 공업·농업·교통·정보통신·문화 및 교육·보건의료 및 사회공공시설 등 해당 수원국의 국민생활과 밀접한 분야에 대해 정부개발원조 사업을 시행하고 있다.<sup>2)</sup>

또한, 수원국의 요청에 따라 선진공업기술 전문가들을 수원국에 직접 파견하여 기술습득을 위한 교육 및 전문인재 양성을 위한 다양한 교육프로그램을 제공하고 있으며, 수원국에게 대량의 물자지원과 함께 필요에 따라서는 현금지원도 시행하고 있다. 더욱이, 1963년부터는 65여개 국가를 대상으로 의료진을 파견하여 보건의료활동을 시행하고 있으며, 개발도상국의 자력 경제개발을 위한 지원으로 정부보조금 및 저금리의 차관을 제공하는 등 다양한 형식을 통해 수원국과의 경제협력을 시행하고 있다. 2005년부터 현재까지 태국, 미얀마, 짐바브웨 등의 국가에 약 200여명의 해외봉사단을 파견하여 인적교류를 통한 중국어 교육, 한의학 교육, 농업 관련기술 교육, 체육 교육, 컴퓨터 기능 습득 교육 등의 교육사업을 지원하고 있다.

1) 조홍, 장민 등, “대의개발원조와 발전: 수원국인 중국의 경합을 위주로”, 유럽연구, 2007.제2기, p.5(중국논문)

2) 중국상무부정부개발원조사, 2008.1.30 보도자료, <http://>

## 2.

### (1) 정부개발원조의 기본 정책과 원칙

중국의 정부개발원조에 관한 기본 정책과 원칙은 서방국가 및 제3세계 국가들과 국제교류를 진행하는 과정에서 중국 지도자들의 개혁이념의 변화에 따라 확립 되었다고 볼 수 있다. 특히 중국정부는 정부개발원조를 경제외교의 중요한 일부분으로 보고 있으며,<sup>3)</sup> 이에 따라 1964년 주은래(周恩來) 총리가 아시아·아프리카지역의 14개 국가를 방문하면서 발표한 “대외경제기술원조 8개 항목 원칙”, 즉 ‘호혜평등, 수원국의 주권존중, 내정 불간섭, 수원국의 자립 갱생을 위한 지원, 수원국의 수혜보장, 수원국 부담의 경감, 엄격한 의무이행 등의 내용을 중심으로 중국정부의 대외개발원조의 기본 정신과 원칙이 확립 하였다.

개혁개방정책 시행 이후 중국정부는 다방면에서 개방정책을 시행하는 동시에 선진국 및 개발도상국가 간의 외교적·경제적 교류를 통해 상호 윈-윈할 수 있는 발전 모델을 모색하여 왔다. 그 과정에서 20세기 80년대 등소평의 대외개방정책의 지도사상과 제3세계 국가들과의 교류를 통한 경험을 바탕으로 “호혜평등, 실효성 추구, 다양한 지원형태 모색, 공동발전”이라는 새로운 정부개발원조 사업의 주요 원칙을 제시하여 시행하여 왔다.

1996년 강택민 주석이 아프리카대륙 국가를 방문하면서 발표한 “아프리카대륙 국가들과의 교류원칙 5개 항목”<sup>4)</sup>도 이후의 정부개발원조의 기본지침으로써 중요한 역할을 담당 하였으며, 최근 제16차 공산당대회 이후 정부개발원조 사업의 중요성이 제고되면서 후진타오 총

3) 황민보, “중국대외개발원조체계”, 국제경제합작, 2007.제6기, p.4(중국논문)

4) 황민보, 전개논문, p.5(중국논문)

서기와 원지아바오 총리 등이 정부개발원조에 관한 향후 발전 방향을 제시하는 한편, 지난 2006년 11월에 개체된 중국과 아프리카 국가들 간의 ‘고위관료 북경회의’에서 후진타오 주석이 제안한 정부정책 추진 방침에서 아프리카대륙 국가와의 전략적동반자 관계를 구축하기 위한 주요방안의 내용 중 정부개발원조의 기본원칙을 언급한 바 있다.

상술한 내용에서 알 수 있듯이 중국이 시행하고 있는 정부개발원조의 기본 정책과 원칙은 신 중국 설립 이후 지속적으로 제창 되었던 ‘정부개발원조 8개 원칙’을 기초로 ‘상호 평등·상호 이해 증진, 정치적 부수조건 없는 원조방침, 공동발전을 위한 윈-윈정책의 실현’ 이라는 기본정책을 수립하는 과정에서 건국초기의 경제외교차원에서 시작한 정부개발원조 사업이 점진적으로 인도주의 정신에 입각한 지원사업으로 인식되고 있다.

## (2) 중국의 정부개발원조 정책의 변화

중국은 20세기 50년대 초반부터 정부개발원조를 시작 하였으며, 이 시기를 크게 3단계로 나누어 살펴보면 제1단계 시기는 건국초기-개혁 개방 이전까지, 제2단계 시기는 개혁개방초기-20세기 말까지, 제3단계 시기는 21세기 초기부터 현재까지로 분류하여 볼 수 있다. 국제정세와 국내정세의 변화에 따라 중국의 정부개발원조에 관한 기본정책과 지원 방식, 관리체계 등에도 많은 변화가 발생하였으며, 주로 물자원조, 현금 및 기술원조, 기타 원조방식 등을 통해 지원사업을 시행하여 왔다.

### ① 제1단계(건국초기 - 개혁개방 이전까지): 정부개발원조의 기본정책과 관리체계 확립의 초기단계

건국 초기부터 개혁개방 정책이 시행되기 이전까지 중국은 계획경제 체제 하에서 정부개발원조 정책을 수립하여 시행하여 왔다. 이 시기에는 주로 북한, 베트남, 몽골 등의 사회주의 국가를 대상으로 군사 및

기술원조를 시행하여 오다가 점진적으로 지원대상국과 지역을 아시아 국가와 아프리카대륙의 국가로 확대하면서 경제·기술원조를 중심으로 한 물자원조, 공공차관 및 기술원조 등의 다양한 형식을 통해 중앙정부의 관련기관에서 직접 지원활동을 주관하는 방식으로 진행하여 왔다.

특히, 1964년 “대외경제기술원조 8개 항목 원칙”을 천명한 이후, 중국의 정부개발원조는 서방국가에서 시행하고 있는 방법과는 다른 형태를 띠면서 발전하여 왔다. 즉, 중국은 계획경제체제하에서 중앙정부가 정부개발원조 관련 정책을 수립하고, 단순한 행정수단을 통해 정부기관 및 관련부처의 위원회에서 관련 정책을 시행·관리하는 방식으로 시행되어 왔다. 예를 들면, 경제적 원조와 재무관리에 있어서 ‘예산결산제’(預決算制) 방식을 시행하는 과정에서 정부개발원조 사업 항목의 선정방식·지원규모·관리방법·경제적 효율성 등에 대해 사안별 검토가 이루어지지 않고 일률적인 검토를 통해 시행되면서 1971-1975년에는 정부개발원조를 위한 지출 규모가 국가재정 총 지출액보다 약 5.88%가 많은 이상현상이 발생하는 등의 운영의 비효율성이 나타나는 병폐가 발생하였다.<sup>5)</sup> 따라서, 정부기관의 단순한 행정수단을 통한 비효율적인 정부개발원조 사업을 효율적으로 시행하기 위하여 새로운 정책을 수립하고 다양한 지원방식을 통해 사업을 시행할 수 있는 방안마련에 노력을 기울이기 시작하였다.

## ② 제2단계(개혁개방초기 - 20세기 말): 정부개발원조 기본정책과 관리체계 확립의 발전단계

중국이 개혁·개방정책을 시행 하면서 국내정세에 많은 변화가 발생하는 계기가 마련되면서 정부개발원조의 기본정책 수립에도 많은 영향을 미치게 되었다. 특히, 중국이 중국특색의 사회주의시장경제체

5) 조호, “중국의 정부개발원조와 개혁개방 30년”, 세계경제와 정치, 2008.11.제3기, p.35(중국논문)

제를 확립하면서 서방국가로부터 자금·기술·지적재산권과 다양한 선진 경험 등을 이수 받는 과정에서 정부개발원조의 혜택을 받은 최대 수원국인 동시에 아시아, 아프리카 및 라틴아메리카 국가 등 제3세계 국가들을 대상으로 정부개발원조 사업을 적극적으로 시행하는 지원국으로서의 2가지 지위를 가지게 된 국가가 되었다.<sup>6)</sup>

중국에서 시행하고 있는 정부개발원조 주요방식은 대부분 수원국의 요청에서부터 지원절차가 시작된다. 즉, 수원국에 주재한 중국 대사관을 통하여 수원국으로부터 정부개발지원요청을 받게 되면 중국정부는 수원국 정부와의 원조가 가능한 영역에 대해 협의를 통해 그 가능성을 검토하고, 정부개발원조에 필요한 양국 간의 협정을 체결한 이후 이를 바탕으로 구체적인 지원사업을 시행하게 된다.

이 시기의 중국 정부개발원조 관련정책과 지원방식은 기존의 경제적 외교에 주안점을 두어 시행되기 보다는 인도주의차원에서의 순수경제지원 정책이 시행되기 시작하였다고 볼 수 있다.<sup>7)</sup> 먼저, 수원국의 실질적인 생산능력과 관리수준을 감안하여 시행한 생산성 향상을 위한 관련 사업으로는 국제회의센터·국민생활 체육관·병원 설립 등의 수원국의 국민의 민생안정을 위한 실질적인 지원사업을 시행하기 시작하였다. 둘째, 기존에는 정부개발지원 사업이 주로 대형프로젝트를 중심으로 시행되어 왔던 것이 현재는 수원국의 입장에서 필요로 하는 중소형프로젝트를 중심으로 사회공공시설 확충, 전문가 파견 등을 통한 교육사업, 선진기술의 전수, 인적교류를 통한 중국국내 연수 등 다양한 방식을 통하여 관련사업이 실시되고 있다. 셋째, 정부개발원조에 필요한 지원자금을 다양한 형태로 지원할 수 있도록 새로운 방식의 차관을 제공하고 있다.

6) 1994년 중국이 서방국가들로부터 정부개발원조를 받은 지원금은 약 32.25억 달러로써, 세계최대 수원국이 되었다. Davies Penny, *China and the End of Poverty in Africa-Towards Mutual Benefit?* Sundbyberg, Sweden: Diakonia, 2007, p.33.

7) 황민보,, 상계논문, p.6.(중국논문)

③ 제3단계(21세기 초기- 현재까지): 정부개발원조 기본정책과 관리체계 확립의 성숙단계

21세기에 접어들면서 중국의 정부개발원조 지원정책은 물자지원의 단순한 형태에서 벗어나 다양한 지원방식으로 시행되면서 활성화를 띠기 시작하였다. 예를 들면, 2005년 6월 중국이 주관한 ‘8개국 재정 장관회의’에서 개발도상국가를 대상으로 무상지원을 하는 국제기구에 약 400억 달러에 달하는 채무를 면제한다는 합의서를 발표함과 동시에, 동년 7월에 개최된 ‘8개국 정상급회의’에서는 2010년까지 아프리카대륙의 국가들을 대상으로 매년 약 250억 달러의 발전기금을 지원하겠다는 정책을 발표하고 현재까지 이를 꾸준히 시행하고 있다.<sup>8)</sup>

이 시기의 중국의 정부개발원조는 지원규모와 정치적 성향에 상관없이 ‘내정불간섭원칙’에 근거한 ‘8개 항목의 정책시행’을 목적으로 수원국의 경제와 사회발전에 이바지 할 수 있는 다양한 원조방식을 모색하여 시행함으로써 수원국의 국민건강·교육·농업·원자력발전·교통·인재육성 등 여러 분야를 대상으로 정부개발원조 사업을 시행하고 있고 있다. 동시에, 지진·태풍·홍수 등의 자연재해로 인해 긴급구조가 필요한 국가에 대해서도 인도주의 차원의 무상원조를 시행하면서 국제사회에서의 국가위상을 제고하고 있다.

### 3.

중국이 개혁개방정책을 시행한 이후, 국가정책의 변화에 따라 정부개발원조의 정책결정 및 관리·감독을 전담하는 정부기관과 사업시행기관 등이 변화하면서 기본정책과 사업체계를 확립해 가고 있다. 예를 들면, 1982년 3월에 중앙정부기관의 통폐합 과정에서 兩部(대외무

---

8) 조호, 상계논문, p.42.(중국논문)

역부와 대외경제연결부)와 兩委(국가투자관리위원회와 국가술출입관리위원회)를 합병하여 ‘대외경제무역부’를 신설하고 당해 기관에서 정부개발원조 사업을 전담하도록 하였으며, 또한 정부개발원조 사업플랜트설비 수출입회사를 설립하여 원조를 구체적으로 시행하게 하였다. 1993년에는 대외경제무역부를 ‘대외무역경제합작부’로 명칭을 새롭게 변경하여 관련 지원사업을 시행하여 오다가 2003년부터는 대외경제무역과 국제경제협력을 주관하는 국무원 산하기관인 ‘상무부’<sup>9)</sup>에서 정부개발원조 사업에 대한 전반적인 정책수립 및 사업관리에 대해 책임을 맡아 시행하고 있다.

### (1) 정부개발원조 관리체계

중앙정부기관인 상무부(14개 司局), 외교부, 재정부 3개 기관을 중심으로 23개 部와 委員會 및 지방 省정부 산하의 상무부가 공동 참여하여 정부개발원조 정책을 적극적으로 확립하고 효율적으로 정책시행을 위하여 다음의 관리체계를 확립하여 관련 사업을 시행하고 있다.

① 상무부, 외교부와 재정부 3개 기관은 정부개발원조 관련업무의 연동체계 확립, ② 상무부·중국인민은행·재정부 및 국가개발은행, 수출입은행을 중심으로 정부부문과 기관의 감면채무 관련업무 관리체계 확립, ③ 상무부·외교부·해방군참모부에서 인도주의 차원의 대외원조 연합활동체계 수립, ④ 23개 정부부처와 위원회에서는 정부개발원조 협력체계 확립, ⑤ 상무부와 지방省정부 산하상무부에서 정부개발원조 관련업무 연계체계 확립, ⑥ 상무부 산하의 14개 司局은 정부개발원조 관련업무 연계체계 확립, ⑦ 상무부, 외교부, 재정부 및 산하부처의 재무·인사 기록관리, 각 지역의 司 등 單位와 기술 전문

9) 상무부가 정부개발원조 사업을 전담하기 이전에는 대외경제연계총국(1961-1964년), 대외경제연계위원회(1964-1970년), 대외경제연계부(1970.6-1982.3), 대외경제무역부(1982.3-1993.3), 대외무역경제합작부(1993.3-2003.3)에서 관련 업무를 주관하였다.

가폴 형성 및 정부개발원조 사업별 순환관리체계 확립, ⑧ 수출입은행 우대차관연석회의 업무체계 등의 관리체계를 확립하여 형성하고 있다.

## (2) 정부개발원조 사업지원 체계

정부개발지원사업의 효율성을 제고하기 위하여 상술한 정부기관 이외에 기타 관련기관들의 지원과 협조가 필요하다. 따라서, 중국 정부는 상무부 산하의 ‘국제경제협력사무국’과 ‘중국수출입은행’을 통해 정부개발지원사업을 지원할 수 있도록 관련체계를 확립하고 있다.

① 국제경제협력사무국은 중국의 WTO 가입을 위해 관련업무와 행정관리체계를 개선방침을 시행하기 위하여 2007년 3월에 신설된 부서로서, 정부개발지원 사업을 구체적으로 추진하고, 관련 서비스를 제공함으로써 중국기업의 해외진출을 용이하기 위해 대외경제협력 관련 업무를 추진하고 있다.

② 중국수출입은행은 1994년 국제경제협력을 지원하기 위하여 정책적으로 설립한 은행으로서, 주로 정부개발원조사업과 상무부가 기획·비준을 맡아 시행하고 정부우대차관 관련 업무를 전담하고 있으며, 이와 관련한 업무를 시행하기 위해서 중국은행은 매년 상무부·외교부·중국수출입은행과 함께 국무원에 사업계획을 상정·보고하고 비준을 받아야 한다.

## (3) 정부개발원조 주관기관: 상무부 및 그 산하기관

현재 중국의 정부개발원조 관련 사업을 총괄하는 기관으로는 ‘상무부의 정부개발원조사’와 2003년에 새롭게 신설된 ‘국제경제협력사무국’이 있으며,<sup>10)</sup> 그 주요 직능에는 정부개발원조에 관한 정책수립, 관

10) 황민보, 호건민, “중국의 정부개발원조 관리체계의 형성과 발전”, 국제경제협력,

런 법률·법규의 초안 제정 및 부문규장의 제정, 정부개발원조 지원 방식에 관한 개혁방안을 연구·추진하는 한편, 정부개발원조 계획의 편제, 국가별 정부개발원조 방안의 수립하고 사업을 확정하는 동시에 집행조직을 구성 하는 등의 정부개발원조에 관한 사업을 구체적으로 전담하여 시행하고 있다.

### ① 정부개발원조 관련 제도 및 법제화 추진방안 수립

1964년 주은래(周恩來) 총리가 “대외경제기술원조 8개 항목 원칙”을 발표한 이후, 당해 원칙이 중국의 개발원조 활동준칙으로 활용 되어 왔으며, 1991년 ‘전국 대외경제무역활동 회의’에서 개발원조 시행기관의 책임을 명확히 규정하고, 개발원조 형식 중 물자원조와 참여인력에 관한 관리를 강화하기 위한 관법<sup>11)</sup>을 제정하였으며, 특히 1994년 중국정부가 개발원조에 대한 개혁을 단행한 이후 관련 부처기관들이 주요활동 사항 즉, 원조자금의 사용·사업관리·참여인력에 대한 관리 등을 효율적으로 시행하기 위하여 필요한 법규들을 제정하기 시작하였다.

### ② 정부개발원조 지원방식에 관한 개혁방안 연구 및 추진

20세기 50년대부터 70년대까지 중국의 정부개발원조는 주로 자금지원과 물자원조의 단순한 형태로 시행되어 왔으나, 20세기 80년대 이후부터는 특히 1995년 이후부터 새롭고 다양한 방식을 통해 지원사업을 시행하고 동시에 기존의 지원방식에 대한 개혁을 단행 하여왔다. 즉, 정부우대차관방식과 정부개발원조 사업에 대한 합작방식을 통해 수원국의 자원을 활용할 수 있는 방안을 모색하고, 시장의 생산성을

2009.제5기, p.36.(중국논문)

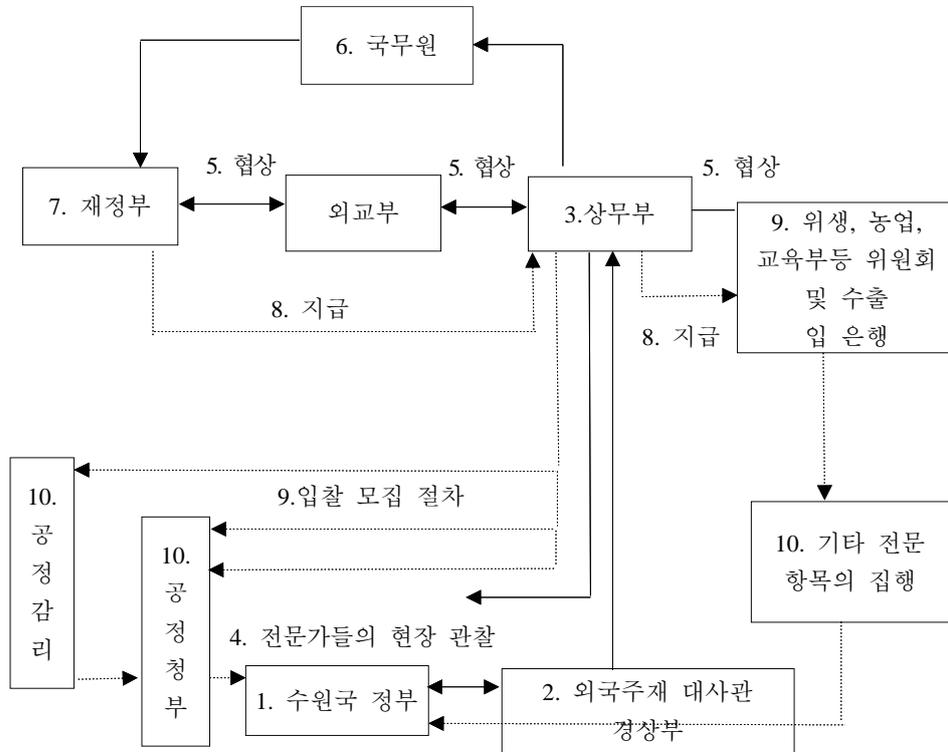
11) 관법(辦法)의 사전적 의미는 방법, 수단 등의 의미 하지만, 법규범으로서의 관법은 대부분 어떤 법률의 시행에 관한 구체적인 절차나 지침 등을 규정하고 있다.

감안한 사업항목을 추진할 수 있는 여건을 형성하고 수원국 국내기업의 경쟁력을 제고할 수 있는 등의 다양한 대외원조와 투자방식을 통해 상호 협력하고 있다.

### ③ 정부개발원조 체계의 확립

정부개발원조 사업을 시행하기 위해서는 관련사업의 항목을 시행할 수 있는 관리체계의 확립이 무엇보다 필요하다. 중국 정부는 정부개발원조 사업이 시장경제에 부합할 수 있는 체계를 확립하기 위하여 여러 가지 방안을 모색하여 시행하고 있다. 예를 들면, 정부개발원조 사업항목의 검토·기획, 기획심사·비준 및 감독, 사업시행을 위한 입찰·시공·관리감독, 중간질량검사, 준공검사 및 중대공정에 대한 순환검사 등 일련의 중요한 과정에 상응한 제도와 관리기준을 마련하여 시행하고 있다. 특히, 최근에는 상무부의 적극적인 조치시행에 발맞추어 관련사업의 주체기관에 대한 관리강화, 인적양성사업에 관한 관리 및 우대차관에 대한 관리를 강화하고 있다.

<도표> 중국의 정부개발원조 정책결정 및 집행과정



\* 도표의 실선은 정부개발원조의 정책제정 및 자문 과정의 흐름을 표시한 것이고, 점선은 원조자금 및 프로젝트 집행과정을 표시한 내용임.

④ 정부개발원조 이론 및 정책연구, 적극적인 홍보활동 전개

최근, 상무부에서는 정부개발원조에 관한 이론 및 정책연구를 위하여 전무가품을 구성하고 있으며, 더욱이 관련 사업에 관한 홍보활동을 적극적으로 전개하고 있다.

상무부에서는 중요한 정부개발원조 사업을 시행하기 이전에 전문성을 제고하고 사회역량을 적극적으로 활용하기 위하여 먼저 대학 및 주요 연구기관의 전문가들과 함께 관련 사업에 대한 사전 검토와 연구를 시행하고, 농업·보건의료·교육 등의 관련 위원회와 은행들과

의 교섭을 통해 의견 교류 절차를 거쳐 관련 정책을 수립하다. 또한, 『정부개발원조통신』을 발간하여 정부개발원조 관련 사업마크를 고지하고, 다양한 홍보자료제작하여 소개하고 있으며, 홍보책자를 전국에 배포하는 등의 적극적인 홍보활동을 전개하고 있다.

#### 4.

12)

중국의 정부개발원조는 경제정책의 변화에 따라 지원 규모와 형식이 다를 수 있으나, 주로 무상원조, 개발사업차관 및 기금전대차관(Two-Step Loan)의 3가지 방식을 통해 시행하고 있으며, 약 160여개 이상의 수원국의 민생안정을 도모할 수 있는 공업·농업·교통·정보통신·문화·교육·보건의료 및 사회공공시설 등 다양한 분야를 대상으로 정부개발원조 사업을 시행하고 있다.

2003년에는 상무부 산하의 조약법부처가 주관하는 회의에서 관련 시·국과 함께 정식으로 정부개발원조의 기본법인 “중국 대외개발원조 조례” 초안제정에 필요한 조치를 진행하기로 합의함으로써 법률을 제정하여 개발원조 활동을 관리 할 수 있도록 법제 확립에 노력을 기울이고 있다.<sup>13)</sup> 그러나, 아직까지 정부개발원조 사업을 효율적으로 시행하기 위한 기본법률이 제정되지 못한 상황에서 관련 부처기관들이 제정한 일련의 규범성문건<sup>14)</sup>과 내부규칙으로 구성된 부문규장<sup>15)</sup>을 중심으로 정부개발원조의 주요 활동을 규율하고 있다.

12) 중국의 법률체계는 대륙법계의 성문법주의를 채택하여 시행하고 있으며, 헌법, 법률(기본법률과 기본법률 이외의 기타법률), 행정법규, 지방법규, 자치조례·단행조례, 경제특구의 규범성문건(規範性文件) 및 규장(規章), 특별행정구의 법규, 국제조약·국제관례 등이 있다.

13) 2007년 3.16일 보도자료, 國際在線專稿(<http://crionline.com>)

14) ‘규범성문건’(法規性文件)은 법적 구속력이 있는 문건을 통칭 한다.

15) 규장(規章)은 성·자치구·직할시에서 제정한 행정규범으로서, 제정기관에 따라 부문규장(部門規章)과 지방정부규장(地方政府規章)으로 나뉜다. 이중 부문규장은 국무원 소속의 각 부, 각 위원회가 헌법과 법률, 국무원의 행정법규에 근거하여 본 부문의 권한 범위 내에서 제정하는 규범성 법률문건을 말한다.

## (1) 정부개발원조 사업자금 사용에 관한 법제

정부개발원조 활동을 위한 지출예산 원조금의 사용에 관해서 1998년에 “대외개발원조 지출예산자금 관리관법”을 제정하여 대외개발원조에 필요한 자금의 지출범위, 예산편제, 예산집행과 조정, 재무감독과 관리에 관한 규정을 두고 있다. 또한, 중국 재정부에서는 대외개발원조 사업자금에 대한 예산안을 편성하여 통일적으로 시행·관리하고, 중국국무원 관련주관부처위원회에서 당해 부처기관의 개발원조 사업자금을 구체적으로 관리할 수 있도록 업무를 분업화하여 시행하고 있다.

개발원조 지원금의 사용에 관해서는 1992년 대외무역경제합작부와 재정부가 함께 “다양한 형식의 개발원조 전문사업자금 관리관법”을 제정하여 재정부와 경제무역부에서 전문 사업자금과 차관기관의 자금 사용 현황에 대한 감독·감찰업무를 공동으로 관리할 수 있도록 규정하여 두고 있다. 1998년에는 새로운 “개발원조 합자합작사업 기금관리 관법”으로 기존의 관법을 대체하여 개발원조 전문사업자금의 관리를 강화하고, 동시에 “개발원조 합자합작사업 기금관리 관법세칙”을 제정하여 개발원조 합자합작사업 기금에 대한 재무관리를 강화하여 왔다.

## (2) 정부개발원조 사업관리에 관한 법제

1998년 이후, 기존의 대외무역경제합작부와 상무부에서는 정부개발원조 사업관리에 관한 정책 및 법규를 다량으로 제정하여 개발원조의 물자지원 사업을 규범화하고 플랜트사업 및 인력양성사업을 시행하는데 관련규범을 적용하고 있다.

1998년 대외무역경제합작부에서는 “대외개발원조 지원물자 검역관리관법(시행)”, “대외개발원조 공정(工程)질량 검역평가 및 검수관법”, “대외개발원조 공정(工程)시행 기자재 관리관법”을 제정하여 시행 하

였으며, 1999년에는 “대외개발원조사업 격려 및 징벌에 관한 관법”을 제정하고, 2004년 상무부에서는 “대외개발원조 플랜트사업 시공임무 실행기업 자격인증관법”, “대외개발원조 물적협력사업 시행기업 자격인증관법”을 제정하여 시행하고 있다.

특히, 2005년에는 상무부에서 각종 정부개발원조 사업에 관한 표준 계약원본에 대해 전면적인 협정작업을 진행하고, 동시기에 “대외개발원조 플랜트 안전생산관리관법”, “대외개발원조 물자협력사업 관리관법” 및 “대외개발원조 인력양성사업 관리관법” 초안 작업을 개시 하였으며, 또한 “상부부의 정부대외개발원조 사업시행의 가속화에 관한 의견”, “대외개발원조 인력양성사업 시행관리에 관한 내부 집행규정” 등의 규범성문건을 제정하여 시행하였으며, 이들을 기초로 하여 2006년 상무부에서 “대외개발원조 물자협력사업관리 집행관법”과 “정부개발원조 사업 플랜트 안전생산관리관법”을 정식으로 공포하였으며, 동시에 “대외개발원조 플랜트사업 고찰계획 평가기준 관법(잠행)”과 “상무부의 정부개발원조 사업 평가기준 공시와 질의처리에 관한 규정(시행)”을 제정하여 시행하고 있으며, 최근 2009년 1월 1일부터는 “대외개발원조 플랜트사업관리관법(시행)”을 시행하고 있다.

이러한 노력들을 통하여 중국정부는 정부개발원조에 대한 기본법률의 제정을 가속화하고 법제를 확립함으로써 정부개발원조 사업을 분류·관리하는데 명확한 기준을 제시하였으며, 정부개발원조에 참여하는 기업의 입찰방법 및 자격인증제도를 규범화하고, 정부개발원조사업의 질과 안전에 대한 관리·감독을 강화할 수 있는 계기를 마련하였다.

### (3) 정부개발원조 인력관리에 관한 법제

상무부에서는 2004년에 “대외개발원조 청년지원자 선발·과견과 관리에 관한 집행관법”을 공포하여 정부개발원조 관련 사업에 참여할 수 있는 지원자의 범위, 지원조건, 모집방식, 업무기간, 업무평가방법,

주관부처와 관리기관 등의 내용을 중심으로 관련내용을 명확하게 규정하고 있다. 당해 관법의 제정으로 지원자들에 대한 인력관리방법과 향후 대외개발원조 인적개발의 새로운 방법을 모색할 수 있는 계기를 마련하였다.

또한, 현재 “대외개발원조 인력관리관법”의 제정 작업을 진행하고 있으며, 전문인력을 양성하고 지원자들의 자질을 향상시키기 위하여 수년간에 걸쳐 관련교육의 실시하고 있으며, 정부개발원조사업의 내실을 위해서 개발원조 사업에 참여하는 기관의 국내 책임자·기술팀의 책임자·설계 대표자·관리감독을 하는 엔지니어 및 사업책임자들에 대한 전문교육을 실시하고 있다. 2003년의 예를 들면 분기별로 5차례의 전문인력 양성을 위한 교육을 실시하였으며, 27개 사업에 참여하는 200여명의 지원자를 대상으로 관련 교육을 시행하였다.

이외에, 기타 정부개발원조를 시행하는 관련 부처기관들도 앞다투어 관련 규정을 제정하여 사업관리 체계를 확립해 가고 있다. 예를 들면, 국가세무총국에서는 1999년에 정부개발원조 물자의 국경반출에 대한 세제징수 관련 업무에 관한 조치를 마련하여 시행하고 있다.

## 5.

### (1) 정부개발원조 이론 및 정책 연구에 필요한 기반조성

중국정부가 초기에 시행한 정부개발원조는 인도주의 정신에 입각하여 관련 정책을 시행 하였다기 보다는 제3세계 국가 및 라틴·아프리카 국가를 대상으로 한 경제외교의 일부분으로 인식하고 시행된 원조이기 때문에 서방국가들이 추구하고 있는 정부개발원조의 기본이념과는 상이할 수 있다.

또한, 중국도 우리나라와 마찬가지로 영국의 ODI(해외개발연구소)와 같은 정부개발원조에 대해 전문적으로 연구할 수 있는 연구기관이 설립되어 있지 않고, 수원국의 제반사정을 고려하여 정부개발원조 사업을 시행할 수 있는 방안이 체계적으로 마련되어 있지 않은 상황에서 정책시행에 있어 문제점이 발생할 경우 이를 해결할 수 있는 대책방안을 제시해 줄 수 있는 여건이 조성되어 있지 않아 정부개발원조를 시행 하는데 많은 시행착오를 겪고 있다.

더욱이 향후에는 다양하고 복잡한 정부개발원조 프로젝트를 시행하게 될 가능성이 높기 때문에 정부개발원조의 궁극적 목적과 사업 간의 상호 관련성을 모색하여 시행할 수 있는 방안 마련이 사업의 효율성을 기대할 수 있는 중요한 역할을 담당하게 될 것이다.

따라서, 중국정부가 정부개발원조에 관한 기초이론의 연구를 강화하고 다양한 정책방안을 수립하기 위해서는 서방국가 특히 일본과 OECD의 DAC(국제개발협력위원회)구성원 국가들이 국가차원에서 연구한 정부개발원조의 주요 이론과 정책들을 활용할 수 있도록 연구기관의 조성이 선결되어야 할 것이다.

## (2) 정부개발원조 사업체계의 확립

현재 상무부가 중국의 정부개발원조 사업에 관한 일체의 정책수립과 사업관리를 전담하고 있으나, 정부개발원조 사업에 대한 관리체계를 확립하고 이를 시행한 경험이 부족하여 많은 부분의 보충이 필요하다. 예를 들면, 사업시행 주체기관의 관리에 있어 2004년 이후부터는 시행기관에 대한 ‘자격인증제도’를 도입하여 시행하고 있으나, 시행기관의 경험 미숙, 사업에 대한 정확한 인식의 부족, 사업 운영의 미숙에 대해 관리하고 평가할 수 있는 시스템이 확립되어 있지 않다. 또한, 최근 국무원에서 정부개발원조에 필요한 전문인력 양성에 많은

관심을 가지고 지원함으로써 다양한 영역에서의 전문가가 배출되고 있으나, 전문인력을 양성하는 기관의 자격 요건과 관리방안이 아직까지 수립되어 있지 못한 상황에 있다.

정부개발원조를 위한 관리체계의 확립과 체계적인 전략수립은 사업의 완성도와 운영의 효율성 제고에 중요한 영향을 미칠 수 있다. 따라서, 상무부가 정부개발원조 정책을 수립하는 과정에서 단기적인 효율성만을 고려할 것이 아니라 중장기 전략목표와 기본방안을 수립하고, 각국에서 수원국에 시행하고 있는 다양한 정책방안을 연구함으로써 한정적인 지원금을 효율적으로 활용할 수 있는 사업방안을 수립하여 시행할 수 있는 지원체계를 확립하는데 노력을 기울여야 할 것이다. 무엇보다 수원국의 경제개발과 복지증진을 위한 주요사업의 형태와 사업별 집행전략을 수립하고, 긴급재난구호, 전문인력 양성, 수원국이 경쟁력을 갖출 수 있는 산업분야의 인프라 구축을 위한 다양한 정책의 수립이 필요하다.

### (3) 정부개발원조 법제의 확립

#### ① 정부개발원조 관련 법률의 입법화

미국, 일본 및 유럽대륙의 서방국가들 모두 자국의 정부개발원조에 필요한 관련 기본법 및 관련법규들을 제정하여 시행하고 있으며, 당해 법률에는 정부개발원조의 목적, 시행기관, 사업계획 상정절차 및 기타 비준절차, 지원규모 등의 내용을 중심으로 정부의 공적개발원조 관련사업과 경제원조 등을 규범화함으로써 정부개발지원 사업의 자의적 시행을 방지하고 있다.

이에 반하여 중국은 정부개발원조 사업에 대해 인민대표대회의 비준 받아 제정된 법률이 존재하지 않고 대부분 정부기관에서 규정한 부문규장에 근거하여 시행되고 있으며, 정부개발원조 정책을 수립하

는 주체기관과 절차가 모호하고, 정책의 잦은 변동으로 인하여 정책 시행의 투명성을 확보하고 있지 못해 정부개발원조 사업이 자의적으로 시행되는 경우가 빈번히 발생하고 있다.

따라서 향후 다양한 방식을 통해 정부개발원조 사업의 정책을 현실화 할 수 있는 기초를 마련하고 사업의 효율성을 제고하기 위해서는 무엇보다 당해 사업을 전문적으로 관리하고 규범화할 수 있는 법제의 확립이 선결되어야 하며, 경우에 따라서는 특정사업에 대해 구체적으로 규율할 수 있는 시행방안 및 관련법안의 제정도 필요하다.

## ② 법제교류지원<sup>16)</sup>을 위한 방안 모색의 필요성

상술한 바와 같이, 20세기 50년대부터 중국은 제3세계 국가를 대상으로 정부개발원조 사업을 시행하고 있는 지원국인 동시에 구 소련과 서방국가들의 지원을 받은 최대의 수혜국으로서 특수한 지위를 가진 국가이다.<sup>17)</sup>

최근 중국정부는 정부개발원조 지원국으로부터 경제·사회발전을 위한 경제적 지원 이외에 국가정책의 필요한 법제 확립을 위해 입법과 사법부분에 대해 선진국들의 법제교류지원을 적극적으로 수용하고 있다.<sup>18)</sup> 예를 들면, 미국의 경우 상거래제도·기술관련 제도·금융제도 등 자국의 경쟁력이 있는 부분을 바탕으로 중국과 1983년부터 법제교류지원을 시행하였으며, 독일은 1980년대부터 중국에 대한 법제교류지원을 시작하여 2000년에는 중국 국무원 법제판공실과 “중·독

16) 법제교류지원은 경제적 지원과는 달리 그 국가의 법과 제도를 개혁하는 것을 지원하는 것이기 때문에 그 나라의 법제의 형성과 법률가의 양상에 매우 커다란 영향을 미치게 되며 국제적인 교류와 협력을 활성화하는데 크게 기여할 수 있는 사업이라고 할 수 있다.

17) 조홍, 장민 등, “대외개발원조와 발전: 수원국인 중국의 경험을 위주로”, 유럽연구, 2007.제2기, p.5

18) 중국에 대한 외국정부의 법제교류지원은 중국의 개혁개방정책 시행 과정에서 이루어졌다고 해도 과언이 아니다.

의 법률영역에서의 교류와 협력에 관한 협정”을 체결하고 중·독 간에 행정법, 민법, 상법, 노동 및 사회법, 사법집행의 개선과 공민권리 보호, 경제범죄 및 횡령 부패행위 방지 등에 관해 법제교류지원사업을 시행하고 있다.<sup>19)</sup>

중국정부가 아직까지 정부개발원조에 대한 제도를 명확히 확립하고 있지 못한 상황이지만 선진국의 법제교류지원을 통해 중국의 입법체제 확립에 많은 도움을 받고 있고, 중국의 시장경제체제개혁에 필요한 경제관련 입법을 습득하는데 물질·인적지원을 통해 경제적 부담을 덜 수 있는 중요한 역할을 담당하고 있다. 따라서, 정부개발원조 사업을 적극적으로 시행하면서 동시에 이 기회를 통해 법제교류지원 사업에 대한 소극적인 태도를 갖기 보다는 중국의 법과 제도를 국제적 차원에서 객관적으로 분석·검토하고 자국의 법제가 가지고 있는 장단점은 물론 법률가의 역량을 정확하게 인식함으로써 체제전환국가의 법정비 과정에 필요한 부분을 적극적으로 전수 받을 수 있는 방안의 모색이 필요할 것이다.

#### (4) 다자간 지원 협력방안의 모색과 NGO 활성화 지원

중국은 20세기 80년대 국제연합(UN)과의 협조체제를 바탕으로 다자적인 정부개발원조 사업을 시행해 왔다. 예를 들면, 1983년부터 유엔 국제개발기구와 함께 개발도상국의 경제적·사회적 개발을 촉진하기 위하여 기술원조를 제공하여 왔으며, 중국이 국제사회에서의 점진적으로 위상이 높아짐에 따라 다자적 정부개발원조를 강화 하면서 2005년에는 국제연합의 다자적 지원활동의 일환으로 시행된 지진해일 피해국에 대해 2000만달러의 긴급구호지원을 제공한 바 있으며, 2006년

19) 양효령, “중국에 대한 우리나라의 법제교류지원 현황과 과제”, 중국법연구, 제12집, 2009년 12월, p.123-124

부터는 국제연합개발계획식량계획서(WEP)의 수혜국에서 지원국으로 지위가 전환되는 과정에서 다원화된 정부개발원조 사업을 적극적으로 시행하고 있다.<sup>20)</sup>

그러나, 아직까지 중국은 정부개발원조의 다자간협력에 대한 중요성을 충분히 인식하고 있지 못하고 있어 지원형태, 지원영역 및 지원규모가 양자간 협력에 비해 상대적으로 부족하다고 할 수 있다. 더욱이 현재 정부차원의 정부개발원조의 한계성을 극복하고 정부와 시민단체 사이의 관계를 강화할 수 있는 NGO의 중요성이 대두되고 있는 상황에서 ‘중화자선총회’와 ‘중국 적십자사’가 중국정부가 유일하게 인정한 NGO로써 다른 국가와 비교하여 정부개발원조를 시행하는 민간단체의 참여와 활동에 한계성을 가지고 있다.

따라서, 다원화된 정부개발원조 사업이 종합적이고 체계적으로 시행되기 위해서는 국제기구 출연(부담금) 및 출자를 상향조정하여 지원하고 국제기구에 대한 양허성 차관의 규모를 확대하는 등의 국제기구와의 협력방안을 모색하는 한편, NGO 활성화를 위한 지원방안을 통해 인도주의 정신에 입각한 정부개발원조에 대해 좀 더 깊이 있게 이해할 수 있는 계기를 마련할 수 있도록 관련 정책을 수립하여 시행하면서 거버넌스에 대한 관심이 정부개발원조의 중요한 정책과제로 명시될 수 있도록 필요한 노력을 기울여야 할 것이다.

## 6.

중국과 서방국가의 정부개발원조가 활발히 시행되면서 기존에 시행되었던 양국 간의 협력체계가 국제기구를 중심으로 한 다자적 지원정책으로 전환되고 더욱이 정부개발원조 활동이 개발도상국의 지지를 얻으면서 당해 사업의 중요성이 강조되고 있다.

---

20) 황민보, 전개논문, p.7(중국논문)

중국의 현행 정부개발원조의 기본정신과 원칙은 각국과의 국제교류를 통해 중국 지도자들의 개혁이념의 변화에 따라 확립 되었다고 볼 수 있다. 그러나 아직까지 전인대의 비준절차에 따라 정부개발원조 정책을 수립하거나 관련 지원사업을 규율할 수 있는 기본법이 제정되어 있지 않은 상황에서 정책의 효율성과 안전성을 유지하기에는 많은 어려움이 따르고 있다.

따라서, 이러한 난점을 해결하기 위하여 중국정부는 국내 경제의 제반여건을 고려하여 정부개발원조의 이념과 목적을 새롭게 정립하고, 사업의 효율화, 국제기구를 통한 다자간 협력체제 구축, 무상·유상원조 전략의 연계성 구축, 시민사회와의 협력 등 제반 사항을 제도화할 수 있는 방안을 정부차원에서 검토하여 관련 정책을 수립하고 무엇보다 상술한 내용을 효율적으로 규율할 수 있는 대외원조기본법의 제정을 적극적으로 추진해야 할 것이다.

이러한 노력을 바탕으로 중국이 대외협력을 강화할 수 있는 방안을 마련하고 국제사회에서의 지위를 확보함으로써 국제사회의 안전과 발전은 물론 자국의 안전과 번영 도모할 수 있는 계기를 마련할 수 있을 것이다.

# 중국의 회사법과 법제교류 지원방향

발표자 : 이 정 표

(부산대학교 법학전문대학원 교수)

## I.

중국의 회사법과 한국의 회사법은 경제적 발전과정에 따른 차이가 있고 체제적인 특성 및 상거래 관습 등으로 인하여 많은 차이점이 존재한다. 이 연구에서는 먼저, 회사의 특성과 법원의 차이점, 설립상의 제문제, 지배구조의 문제 기타 회사법제와 관련된 사항을 주식회사를 중심으로 고찰한다. 이 연구의 토대위에서 회사법상의 법제규류지원 방향을 모색해 본다.

## II.

### 1. 회사 설립을 위한 전제

#### (1) 회사의 본질

- 회사는 기업법인이고, 독립한 법인재산이 있으며, 법인재산권을 갖는다. 회사는 그 전체 자산으로 회사의 채무에 대하여 책임을 부담한다(회사법 제3조)
- 본 법의 회사라 함은 중국내에 설립된 유한회사와 주식회사를 말한다(제2조)
- 법인성, 유한책임성, 영리성
- 물적회사인 유한회사와 주식회사만 인정한다. 이 배경은 조합기업법이 독립적으로 입법되어 있어서 한국의 합명회사나 합자회사와 같은 인적회사는 조합기업법에서 규율되고 있고, 외국인투자기업의 대부분은 합명회사이거나 합자회사의 형태로 하기 때문이다.

## (2) 회사의 법원과 법개정절차

- 회사법, 회사정관(자치법규), 등기관련 조례, 삼자기업법(특별법)
- 민법통칙(민상2법통일론)
- 회사법이 상법의 구성부분이자 민법의 한 부분이 됨.
- 법개정절차는 한국이 도입하거나 참조해야 할 부분임(후술함)

## (3) 회사의 자율성 보장 및 한계

중국 개정 회사법에서 가장 두드러진 현상은 구 회사법에 비하여 회사의 자율성을 제고할 수 있도록 각종 사항을 개혁하였다는 점이다. 구체적으로는 회사 경영범위의 자율성을 제고하였고, 회사의 정관 자치를 확대하였으며 회사의 법인성을 보장하고, 재투자를 허용하였을 뿐만 아니라 그 범위도 확대하였다.

구 회사법에서는 정관의 기재사항은 모두 절대적 기재상으로 간주되었을 뿐만 아니라 회사는 정관이 정한 경영범위 내에서만 영업활동을 할 수 있었다(구 회사법 제22조 2호). 정관으로 기업의 경영활동의 범위를 제한하는 것은 자율성을 침해하는 것이기 때문에 개정 회사법은 회사의 경영범위를 정관에 기재하되 수정할 수 있도록 함으로서 목적범위에 따른 제한을 받지 않도록 융통성을 부여하였다. 다만 정관에 그 경영범위를 정하도록 한것은 회사·주주·이사·감사 및 고급관리자에 대한 구속력을 갖는 의미가 있다(11조 2문).

회사의 자율성은 내부적으로 회사 구성원들의 자율적 경영참여가 보장되고 대외적으로 지배구조나 자본구조에 의한 영향을 받지 않을 때 가능한 것이다. 구 회사법체계에서는 집행기관이나 주주들의 책임에 관한 규정이 명백하지 않았기 때문에 자신의 지위나 정보등을 이용한 회사재산의 유출이나 대외적 신용에 부정적 영향을 가져오는 행위들이 비일비재하였다. 개정 회사법에서는 회사의 경영과 직접적으

로 관련있는 기타 이해관계자들의 책임규정을 명시하고 정관상의 경영목적에 합당한 영업활동을 하도록 유도하였다.

회사의 투자자인 주주는 회사의 이해관계에 많은 영향력을 줄 수 있기 때문에, 개정 회사법은 주주의 권리를 보장하면서 다른 한편으로는 주주의 지위를 이용하여 회사에 손실을 초래하는 경우 회사에 대한 손해배상책임을 명시하였다(제20조 1단). 이와 함께 주주가 회사의 법인격 및 유한책임의 법리를 남용하여 회사채권자의 이익을 침해하는 경우에 회사채권자에 대하여 연대책임을 지도록 하였다(제20조 제3단).

회사의 경영과 직접적으로 관련 있는 기타 이해관계자는 지배주주(控股股東)·실질적 지배자(實際控制人)·이사·감사 및 고급관리자(高級管理人員)이다(제21조). 이러한 이해관계자들은 경영에 직접적으로 영향을 주는 이어나 감사 또는 고급관리자(高級管理人員)들 뿐만 아니라, 자신의 자본지배력을 이용하여 회사를 통제할 수 있는 지배주주 또는 실제 지배자들이다. 이들이 자신의 신분이나 지위 등 관련관계(關聯關係)를 이용하여 회사에 손해를 주는 행위를 할 경우 회사에 대한 손해배상책임을 있음을 규정하였다(제21조, 150조). 특히 이사회회의 구성원인 이사는 회사의 중요한 정책을 결정하고 집행하는 지위에 있기 때문에 이들에게 충실의무와 근면의무 및 기타 의무를 부과하였다(제148조).

일반적으로 채투자란 회사가 투자자로서 회사가 보유하고 있는 법인자산을 다른 회사에 출자함으로써 회사가 다른 회사의 구성원으로 되는 출자행위를 말한다.<sup>1)</sup> 채투자는 투자대상회사의 경영성이나 채무부담비율에 따라 직접적으로 영향을 받으므로 자본충실의 측면에서 회사나 주주 및 채권자에게 중대한 사항이 된다. 구 회사법은 채투자를 인정하였지만 투자대상과 투자금액을 제한하는 방식을 취하였다(구 12조). 개정 회사법은 회사가 타 기업에 채투자하는 경우에 정관

1) 이정표, 중국회사법, 박영사(2005), p. 43.

의 규정에 따라 이사회나 주주총회의 결의를 얻도록 하였다. 재투자를 인정하는 대신 투자대상회사의 채무에 관하여 연대책임을 지는 출자자가 되지 못하도록 제한하였을 뿐만 아니라, 회사 정관에서 재투자의 총액이나 투자항목 등에 제한규정이 있을 경우 그 한도액을 초과하지 못하도록 하였다(15조, 16조).

회사의 재투자에 관한 규정과 함께 그 범위를 확대시킨 것이 회사의 타인을 위한 담보설정 부분이다. 중국 회사법상 회사가 타인을 위한 담보를 설정할 수 있는 것은 대외적으로 제3자에게 담보를 설정하는 것과 회사의 주주나 실제 지배주주에게 담보를 설정하는 경우로 구분된다. 구 회사법에서는 타인을 위한 담보제공이 가능한지에 관해서조차 규정이 없었기 때문에 경영진이 권한을 남용하여 회사의 자본 충실을 저해하는 사례가 많았다. 개정 회사법은 회사는 타인을 위한 담보설정이 가능하도록 하고, 다만 이에 대한 제한을 설정하였다. 즉 정관에서 타인을 위한 담보제공에 관한 규정을 두어야 하고 정관에서 담보총액 또는 개별담보의 한도액에 대한 제한규정을 둘 수 있게 하였다(16조). 만일 회사의 주주나 지배주주에 대한 담보제공이 주주총회 의결사항인 경우 의결권을 갖지 못하도록 제한하였다(16조). 그러나 타인을 위한 담보제공에 관해 정관에 근거규정이 없는 경우에 회사의 경영자가 담보제공을 할 수 있는가에 관해서는 인정하는 견해와 부정하는 견해로 구분되지만, 회사의 담보제공의 문제는 회사의 권리능력의 문제이고, 담보법에서도 법인의 대외담보제공에 관한 근거규정이 존재하기 때문에(담보법 제7조), 정관의 규정 유무에 불구하고 가능하다고 해석된다.<sup>2)</sup>

---

2) 이정표, 위의 책, p. 45.

## 2. 회사의 설립절차와 관련된 제문제

### (1) 설립원칙

중국의 구 회사법은 회사의 설립에 관하여 허가주의를 취하였으나, 2005년의 개정 회사법에서 준칙주의로 전환하였다. 이 외에도 회사의 설립에 관한 실체적 요건으로는 법정사원수, 법정 최저등록자본제도, 출자형태와 출자방식, 정관의 활용도 등을 개선하였다.<sup>3)</sup>

회사설립절차에서 중국 회사법상 매우 특색있는 것이 자본제도(법정 최저등록자본금제도)와 출자의 목적이다.

회사 설립시에 구 회사법에서는 회사의 영업범위에 따라 그 최저한도액이 규정되었고, 그 범위는 인민폐 1천만원으로 고정되었을 뿐만 아니라 출자자가 1회에 전액을 완납하도록 하였다. 개정 회사법에서는 최저 등록자본금을 500만원(인민폐)으로 하고 있고, 납입방식도 설립방식에 따라 분할납입을 허용하였다.

발기설립의 경우 발기인들이 납입한 가액의 총액이 500만원(인민폐)이면 회사의 설립이 가능하도록 하였다. 이와 같은 낮은 최저 등록자본금제도를 보완하기 위하여, 발기설립의 방식으로 회사를 설립하는 경우에는 전체 발기인의 최초 출자액은 법정 등록자본액의 20/100보다 낮지 않도록 하였고, 나머지 부분도 발기인들이 회사 성립일자로부터 2년 이내에 완납하도록 하였다(제81조).

모집설립의 경우에 발기인들의 출자액과 주금모집금액이 500만원(인민폐)에 달하면 회사 설립이 가능하도록 하였다. 다만 모집설립의 경우 발기인이 회사의 주식총수 중에서 35/100이상을 인수하여야 하는 것은 구 회사법과 동일하다(제85조).<sup>4)</sup> 모집설립의 경우 등록자본금

3) 이정표, 앞의 책, p. 71.

4) 구 회사법 제74조·제83조

은 회사 등기기관에 등기하는 실제로 납입한 자본금총액으로 하기 때문에 등록자본금 전액을 납입한 후에야 설립등기가 이루어지는 결과 발기인의 분할납입은 허용되지 않으므로 모집설립의 경우에는 여전히 법정자본제가 유지된다는 특징이 있다.<sup>5)</sup>

설립절차에서 분할납입이 허용되지 않는 한국 상법(제295조, 305조)과 비교되는 부분이다.

회사의 설립절차에서 출자자의 제한과 출자의 목적물 및 범위도 특색있는 부분이다. 구 회사법에서는 출자의 목적물으로는 현금·실물·산업재산권·비특허기술·토지사용권의 5종으로 제한함으로써 유형의 재산만을 그 대상으로 하였고, 나아가 무형재산(산업재산권과 비특허기술)의 출자비율을 총등록자본금의 20/100을 초과하지 못하도록 하였을 뿐만 아니라, 무형재산중에서 저작권이 빠져 있었다. 이와 함께 현물출자는 발기인만 할 수 있도록 법정화 하였다. 그러나 개정 회사법은 출자목적물을 확대하여 현금·실물·지식재산권·토지사용권 등과 같이 현금으로 가격환산이 가능하고 동시에 양도가 가능한 객체도 출자의 목적물로 정하였다.

다만 토지사용권은 국유토지사용권만을 그 대상으로 하며, 농촌토지사용권의 그 귀속주체가 농촌집체조직이 되고 법에서 농촌토지사용권은 이 조직이 설립하는 기업에 출자할 수 있을 뿐 이 조직이 아닌 주체는 이 토지를 사용할 수 없다는 제한이 있다(토지관리법 63조). 이와 함께 저작권도 출자의 목적물로 할 수 있느냐에 관하여 논의가 있다. 저작권은 인격권이 강하게 투영된 권리일 뿐만 아니라 저작인접권은 현금으로 가격을 환산하기도 힘들뿐만 아니라 양도에도 제한이 따르는 점 때문에 출자의 목적물로서 적당하지 않다는 비판이 있다.<sup>6)</sup>

---

5) 이정표, 앞의 책, P. 210.

6) 이정표, 앞의 책, p. 90.

출자의 범위도 모든 주주의 금전출자의 금액은 등록자본금의 30/100 이상으로 하도록 함으로서 금전출자의 최저한도를 정하였다. 이로서 비실물재산을 포함한 현물출자는 등록자본금의 70/100까지 가능하게 되었다.

### Ⅲ.

#### 1. 지배구조의 문제

회사의 지배구조란 회사내부의 의사결정과 집행 및 이것을 감독하는 기관 상호간의 권력배분과 견제과정을 포함하여, 회사와 회사 외부의 시장이나 국가기관 및 채권자와의 상호 어떤 연관관계가 있는 것인가를 규명하는 것이다. 중국 회사법체계에서 외부지배구조의 작용은 매우 제한적이므로, 일반적으로 회사의 지배구조라 함은 내부적 지배관계를 의미한다.<sup>7)</sup>

중국 회사법체계에서 지배구조의 문제는 외형적으로 보면 소유와 경영이 분리된 주식회사의 형태를 갖춘 전형적인 현대적 회사의 형태이지만 그 내면을 보면 주식(지분)이 고도로 특정 소유자에 집중되어 있고 이 집중된 힘이 통제력을 발휘되는 과정에서 소액주주들의 권리가 희생되고 있다는 사실이다. 일반적인 지배구조의 문제는 소유와 경영이 분리되고, 주식이 분산됨에 따라 경영자가 통제권을 쉽게 장악함으로써 상호 견제과정이 제대로 작동하지 않는다는 점이 가장 본질적인 문제였다. 그러나 중국의 주식회사의 지배구조 개편 과정은 국영기업이나 국유기업(주: 현재는 국유자산공사가 정부를 대리하여 소유 및 통제)을 법인화·주식화 하는 과정에서 주식의 지분을 국가나 국영기업 또는 국유기업이 절대다수의 지분을 보유하면서 그 중 일부

7) 정영진, “중국 회사법상 유한회사의 지배구조에 관한 소고”, 법학논집(전남대) 제 29집 제1호, p. 221.

만 상장시장에 거래할 수 있도록 함으로서 경영권을 통제하는 방식으로 운용되어 오다가 회사의 자본조달 및 시장상황의 변화에 따라 국가 또는 국유기업이 통제하던 주식을 대규모로 시장에 유통시키게 됨으로서 지배구조에 큰 변화가 발생하였다는 점이다. 이러한 과정에서 개정 회사법이 개정됨으로서 지배구조의 규범적 측면을 검토하는 것은 매우 중요한 의미가 있다.

중국회사법에서 기관구성은 의사결정기관인 주주총회, 집행기관인 이사회와 경리, 감독기관인 감사회와 사외이사 및 노동조합(工會)으로 구성된다.

주주총회는 회사의 권력기구로 작용하며 회사에 대한 통제권과 중요사항 결정권을 통해 주주의 의사를 반영시킨다. 회사에 대한 통제권은 이사회 구성원에 대한 임면권이 주요한 것이고, 중요사항 결정권은 회사의 경영 전반에 대한 사항을 결정하는 권한이다.

이사회는 주주총회에서 결정된 사항을 집행하기 위한 업무집행권과 경영정책 결정권을 갖는다. 업무집행을 위하여 경리에 대한 임면권을 갖는다. 내부지배구조의 핵심인 이사회를 구성하는 이사들이 최고경영자와 밀접한 관계를 갖는 경우에는 최고경영자에 대한 통제가 미흡하여 경영감시기능의 효율성이 저하된다는 문제점이 있다.<sup>8)</sup> 중국의 경우 주식의 지분구조가 국유기업에 집중되어 있었기 때문에(주권분치전후) 국유기업이 주주총회를 지배하고, 이사회 회장과 경리를 추천하여 임명시키는 관례상 내부적 지배구조의 문제는 한계에 부딪치게 된다.

지배구조의 문제는 주주총회와 이사회 및 감사회(감사) 상호간의 권한분배와 경영감시효율성을 중점으로 논의하여야 할 것이다. 이런 관점에서 중국 회사법의 지배구조에서 기관구성으로 특징적인 것은 경리와 직공대표의 경영참여이다. 경리는 이사회 결정사항을 집행하고

---

8) 나승성, “주식회사지배구조론에 관한 서론적 고찰,” 고시계, 2000.4, p. 64.

회사 전반의 경영업무에 대한 책임을 지며 회사 정관으로 위임된 사항을 집행할 권리와 의무가 있다. 직공대표는 근로자대표로 구성되며 감독기능을 가질 뿐만 아니라 경영참여도 가능한 조직이다. 따라서 주주총회와 이사회, 이사회(경리포함)와 근로자대표 및 감사회의 기능 구조를 보는 것이 의미가 있다.

## 2. 주주총회

### (1) 주주권의 보장

구 회사법 하에서는 회사의 구성원인 주주의 권리가 명문으로 정해져 있기는 하였지만 실제적으로는 보장이 곤란하였다. 일반 주주들의 상업장부에 대한 열람이나 회사정보 열람에 대한 접근이 차단되었고, 지배주주에 의한 주주총회의 일방적 의결, 이사회 구성원인 이사의 지배주주에 대한 종속성 등으로 주주총회와 이사회 관계는 거의 형식적인 관계가 되었다.

주주의 권리보호가 미흡했던 점을 개선하고자 개정 회사법은 총칙 부분에서 주주 및 채권자 보호에 관한 일반규정(제1조), 주주의 유한 책임(제3조 제2단), 주주권(股權, 股東權)의 범위 설정(제4조), 지배주주에 대한 회사의 담보설정 제한(제16조 제2단 및 제3단), 주주권 남용에 대한 법적책임(제20조 3단), 주주총회(사원총회)·이사의 결의취소의 소(제22조 제2단) 등을 명시하였다.

각칙부분에서는 정보공개청구권(知情權)(제32조, 제34조, 제98조, 제117조), 이익배당청구(제35조) 지분매수청구권(제75조), 중요사항 의결권(제101조, 제103조, 제111조), 주요 기관 구성원에 대한 선거권 및 기타 권리 등을 입법하였다.

개정 회사법에서 주주의 권리보호를 위한 위의 규정들을 입법하였음에도 불구하고 현실적으로 주주가 주주총회 결의하자에 관한 소송

에 관해서는 주주총회결의 하자의 소만 명시하고 있고, 임원진의 위법행위에 대한 대표소송에 관한 규정 등이 존재하기는 하지만(제152조) 명백하지 않은 요건절차를 가지게 됨으로서 사후적 구제가 곤란한 점은 여전히 그 한계로 남아있다.

## (2) 주주총회 활성화를 위한 개선과정

중국 회사법에서 주주총회는 최고권력기관이고 법정의 필수기관의 지위를 갖는다(제99조). 주주총회는 자본제도(자본증감이나 사채발행)의 의결이나 주요 기관 구성원에 대한 임면 결정권, 이사회 또는 감사회의 보고를 심의하고 비준할 권한, 회사의 합병과 분할, 해산과 청산 및 조직변경, 정관개정 등의 중요한 권한이 있다(제100조, 제38조 제1항). 그럼에도 불구하고 주주총회는 고도로 집중된 주식지분을 소유한 국가가 이사장이나 경리 또는 지배주주를 통하여 주주총회가 고정된 방향으로 의결을 하도록 유도하였고, 일반 주주는 지리적 여건상 주주총회에 참석하는 것이 용이하지 않았다.<sup>9)</sup>

특히 소수주주에게 인정된 임시주주총회의 소집청구권을 요청하는 경우에도 이사장이나 집행이사가 이것을 거절하더라도 구제할 방법이 없었다. 주주총회가 개최되더라도 주주총회를 주최할 권한을 갖는 이사장이 주주총회의 의제와 직접적 이해관계가 있거나 기타 관계에 문제가 있을 경우 이사장이 지정하는 자가 주최권을 갖고 있었기 때문에(구 회사법 43조) 고의로 주최권자를 지정하지 않음으로서 주주총회의 개최를 방해하는 일이 많았다.<sup>10)</sup> 이러한 문제점을 개선하기 위하여 개정 회사법에서는 임시주주총회의 소집권자로서 단독 또는 합계로 회사의 주식을 10/100 이상을 지주하고 있는 주주가 소집청구할 경우(제101조 제3호), 이사회가 임시총회 소집이 필요하다고 인정

9) 이정표, 앞의 책, p. 112.

10) 이정표, 앞의 책, p. 117.

하는 경우(제101조 제4호), 감사회가 임시총회의 소집을 제의한 경우(제101조 제5호), 회사 정관에서 회사의 중요 자산을 양도·양수 하거나 주주총회를 거쳐서 외부에 담보로 제공하도록 규정한 경우, 이사회는 적시에 임시총회를 소집할 수 있다(제105조). 주식회사의 주주총회 회의는 이사장이 주최한다(제102조 제1단). 이사장이 주최할 수 없거나 하지 않는 경우 부이사장이 주최하고, 부이사장도 회의 주최가 불가능하게 된 경우 과반수의 이사가 선출한 1인의 이사가 주최하도록 하고(제102조 제1단), 이런 자가 없을 경우 감사회가 주최하며, 최종적으로는 단독 또는 지분 주식합계가 10/100 이상이 되는 소주주주가 독자적으로 주최할 수 있도록 법정화 함으로서 구 회사법상의 주주총회 개최에 관한 흠결을 보완하였다.

주주총회의 결의절차에서도 사전에 통지한 사항 이외에는 의결할 수 없을 뿐만 아니라(제103조 3단), 회사의 자기주식은 표결권을 제한하였다(제104조). 이것은 이사장이나 경리가 자기주식을 이용한 주주총회 절차를 남용하는 사례가 많았던 점을 개선한 것이다.<sup>11)</sup>

주주총회결의 하자에 관해서는 구 회사법에서는 “주주총회, 이사회 의 결정이 법률과 행정법규를 위반하고, 주주의 합법적인 권익을 침해한 때, 주주는 인민법원에 해당 위법행위와 침해행위의 중지를 청구하는 소송을 제기할 수 있다.”고 규정하였다(제111조). 이 규정이 주주총회결의 하자에 관한 소송이나 또는 대표소송도 포함되는 것이냐에 관하여 논의가 있었고,<sup>12)</sup> 제111조 자체도 그 소송물이나 효력 및 절차 등이 분명하게 제시되지 못하고 법원의 재량으로 결정될 가능성이 높은 본 규정의 특성으로 인해 실제로 주주총회 결의하자에 관한 소송은 제기되지 못하였다. 개정회사법은 주주총회결의 취소의 소를 주주대표소송과 분리하여 신설하였고 그 효력·소송절차·관련 등기절

11) 이정표, “최근 개정된 중국회사법의 검토,” 성균관법학 제17권 제2호, p. 453.

12) 이정표, 앞의 책, p. 123.

차 등을 새롭게 입법하였다(제22조). 회사법 제22조 제2항은 “사원총회 또는 주주총회의 결의가 소집절차, 표결방식 등에 있어서 법률·행정법규를 위반하였거나, 결의내용이 회사정관을 위반하였을 경우, 주주는 결의일로부터 60일 이내에 인민법원에 취소청구의 소를 제기할 수 있다.”고 규정하였다. 반면 주주대표소송은 회사의 기관관리자의 책임부분에서 독립하여 규정하고 있다(제150조, 제152조, 제153조). 이와 같은 주주총회결의 취소에 관한 소가 입법되었지만, 이것은 주주총회결의 취소나 변경을 요하는 형성의 소이고, 주주총회나 이사회결의가 “법률과 정관에 위반하였거나 회사의 정관을 위반한 경우”에만 적용된다는 점에서 그 범위가 좁을 뿐만 아니라, 주주총회무효확인 소나 주주총회결의 부존재확인 소 등이 아직 입법되지 않아서 실무상 많은 곤란이 있게 된다.

실무상으로 주주총회결의와 관련하여 많은 문제가 되었던 것이 행정법규나 행정규장 또는 규범성의견에 위반하는 결의가 성립된 경우 주주총회결의 하자의 원인으로 되느냐에 관해서, 구 회사법에서는 이러한 규정이나 의견은 거의 관습법에 가까운 규범적 효력을 갖는 것으로 보아서 주주총회 결의 하자의 원인으로 인정하는 것이 주류였지만, 현행 회사법은 주주총회 결의가 ‘법률’, ‘행정법규’, ‘회사 정관’에 위반한 때 주주총회하자의 대상으로 하고 있으므로 구 회사법에서의 문제점은 극복되었다고 평가된다.

앞으로 중국의 주주총회결의 하자와 관련하여 가장 실질적인 구제 수단으로 사용될 것은 주주대표소송제도라도 생각된다. 회사의 이사나 감사 또는 경리와 같이 회사의 업무를 집행하는 자의 위법행위로 인하여 회사가 손해를 받았을 경우에 중국과 같이 지배주주의 절대적 지원을 받는 업무집행기관이나 임원의 위법행위에 대하여 사법구제를 통한 회사의 원상회복은 상당히 어렵게 된다. 중국의 구 회사법에서는 아예 대표소송에 관한 근거규정 조차 없었기 때문에 업무집행기관

이나 임원의 위법행위에 대하여 소송을 제기하기로 어려웠을 뿐만 아니라, 소송이 제기된 후에도 조정과 소의 철회방식을 통해 중도에서 마무리되는 관행이 존재했었다.<sup>13)</sup> 법정의 주주자격을 갖춘 자가 회사의 이익을 위하여 법정절차에 따른 소송을 제기함으로써 회사의 이익을 보호하고 주주자신도 보호받을 수 있는 이 제도는 앞으로 소수 주주들에 의하여 활성화될 가능성이 높을 것으로 보인다. 특히 주주 대표소송은 회사의 이익을 침해하는 모든 타인이 그 대상이므로 회사의 이사·감사·경리나 고급관리자 뿐만 아니라 회사 내부자나 채권자 및 회사의 채무자도 포함됨으로서 적용범위가 매우 넓은 특징을 갖고 있다.

### 3. 이사회와 경리

#### (1) 이사회제도

이사회는 필요적 상설기관으로서 주주총회에 대한 책임을 지며 회사법과 정관에서 정한 업무집행에 관한 법정의 권한을 갖는 상설기관이다. 이사회에는 이사회의를 주최할 이사장을 반드시 설치하여야 하고, 부이사장도 선임할 수 있으며 이사장과 부이사장에 관한 선출방식은 정관에 규정을 두어 처리할 수 있고, 주주총회에서 선임된 이사가 전체회의에서 선거로 선출할 수도 있다(제45조, 제47조 제109조, 제106조, 제116조). 이사장은 이사의 회의체인 이사회에서 선출되고 이사회 의 업무를 집행하는 파생기관에 속한다. 이사장은 이사회 의 제안권과 주최권과 소집권 및 회사명의로 서명할 권한만 갖고 있고(제48조, 제110조), 회사의 법정대표자는 아니다. 회사법에 따르면 법정대표자는 이사장, 집행이사 또는 경리 중에서 회사 정관으로 정한 자이다(제13조).

---

13) 이정표, 앞의 책, p. 128.

주식회사에서 이사회 구성과는 별도로 경리를 반드시 설치하도록 법정화 하고 있다는 점도 하나의 특징적인 부분이다(제50조, 제114조).

이사회 구성원 중에서 구 회사법에서는 직공대표자를 반드시 구성하도록 하였으나 개정 회사법은 이것의 설치여부는 회사의 선택에 따라 할 수 있도록 임의규정화 하였다(제109조 2단).

## (2) 이사회의 구성과 권한관계

중국 회사법에서 인정되는 이사의 유형으로는 일반이사과 사외이사 및 유한회사에서 인정되는 집행이사가 있다. 사외이사는 상장회사의 경우 반드시 설치하도록 법정화 하였고 그 임면에 관한 사항은 국무원 규정에 따르도록 위임하였다(제123조). 이사는 주주총회에서 선임되지만 그 임명절차를 보면 이사장이 이사를 추천한 후 주주총회에 제한하거나 지배주주가 직접 이사를 추천하는 방식으로 구성되므로<sup>14)</sup> 결국 선임된 이사는 이사장이나 지배주주의 영향을 받게 되어 있는 구조에 있다.

이사회의 구성은 회사의 유형과 조직규모 등에 따라 다르게 구성되고, 특별법에 규정이 있는 경우에는 이에 따라 조직하여야 한다.

주식회사 이사회 구성원은 5인 이상 19인이고(제109조 제1단), 정관에 규정이 있으면 이사회에 근로자대표를 참여시킬 수 있다(제109조 제2단). 상장회사인 경우 사외이사를 반드시 설치하여야 하고 이사회 구성원의 1/3 이상이 되도록 하여야 한다.

이사회의 권한을 정한 회사법 제47조 및 제109조 제4단을 보면 그 권한이 회사의 업무집행에 관하여 비교적 광범위하게 입법되었다는 것을 볼 수 있다.<sup>15)</sup> 대체적인 권한사항을 정리해 보면 사원총회(주주

14) 이정표, 앞의 책, p. 134.

15) 사원총회(주주총회) 회의의 소집 및 사원총회(주주총회)에의 업무보고, 사원총회(주주총회)의 의결·집행, 경영계획과 투자방안 결정, 연도재무예산안·결산안의 제정, 이익배당안과 결손전보안 제정, 등록자본금의 증자 또는 감자의 계획 제정, 합

총회)의 의결에 관한 사항, 회사의 중대한 사항에 대한 결정과 집행, 회사 내부관리기구의 통치와 회사의 기본제도의 입안 및 인사권의 행사 등 4대 기능으로 대별된다.<sup>16)</sup> 좀더 세부적으로 검토해 보면 이사회 권한은 대륙법계의 회사법이 정하고 있는 대표이사의 권한까지도 포괄되는 것으로 보이므로<sup>17)</sup> 거의 주주총회의 권한사항까지도 일부 포함되는 것처럼 해석된다. 예컨대, 회사법 제47조의 제3호인 “회사의 경영계획과 투자방안의 수립”, 동 조 제6호인 회사등록자본금의 증자나 감자방안의 수립, 제10호 회사 기본관리제도의 제정 등에서 이와 같은 경향이 나타난다. 결국 이사회 결의와 주주총회 결의가 상충될 경우 이에 관한 조정사항이 필요하게 될 것이나 주주총회의 결의의 효력을 우선해야 하고, 주주총회 폐회기간 동안에는 이사회의 결의에 따라 처리하면 될 것이다.

### (3) 이사회와 경리

경리는 반드시 설치하여야 하고, 이사회가 초빙 또는 해임하며(제114조), 경리는 이사회에 대하여 책임을 진다(제50조, 제114조 제2단).

경리의 법적지위에 관하여 고급관리자의 지위라는 견해와 이사회의 업무를 보조하는 업무보조집행기관(사용인)이라는 견해가 있으나, 회사법상의 법정필수기관이라고 보아야 한다.<sup>18)</sup>

경리의 권한은 회사법 제50조 및 제114조에서 규정하고 있고 그 범위도 매우 넓어 보인다. 구체적으로는 회사의 생산·경영관리업무의 처리, 이사회결의의 집행, 회사 사업년도 경영계획과 투자방안의 집

---

병과 분할, 해산 및 회사 조직변경안 작성, 내부관리기구의 설치와 결정, 경리의 선임·해임 및 보수에 관한 사항 결정, 경리가 지명하는 회사 부경리와 재무책임자를 선임 또는 해임하며 그 보수와 관련한 사항, 회사의 기본 관리제도의 제정, 회사정관에 규정된 기타 권한의 수행 등이다.

16) 李建僞, 公司制度·公司治理與公司管理, 人民法院出版社, 2005, 제156면.

17) 이정표, 앞의 책, p. 137.

18) 이정표, 앞의 책, p. 140.

행, 회사내부관리기구 조직의 입안, 회사의 기본적 관리제도 입안, 회사의 규칙 제정, 부경리와 재무담당자의 초빙·경질제청, 이사회가 초빙하거나 경질하는 자 이외의 관리자의 초빙·경질, 이사회가 수권한 기타의 권한과 회사정관에서 정한 특정된 권한 및 이사회 참석권 등이다. 이것을 대별해 보면 회사의 일상적인 경영관리권 및 이사회 결의사항 업무집행권으로 분류된다.

이 외에도 정관과 이사회 수권에 의해서 경리의 권한은 더욱 확대될 수 있으며, 실증적으로도 경리가 이사의 지위를 겸직하고 있는 경우가 많기 때문에<sup>19)</sup> 경리의 권한이 이사회 권한보다 실제적으로 강화되는 경향에 있다는 점<sup>20)</sup>은 주목할 만하다.

경리의 자격과 선임은 이사회에서 결정하지만, 경리의 권한은 회사법에서 법정하고 있을 뿐만 아니라, 이사회 수권에 의하여 확장 가능할 수도 있고, 한편으로는 주주총회가 정관으로 경리의 권한사항을 결정할 수 있다는 점 등을 고려해 보면 이사회와 경리의 관계는 위탁과 수탁을 받는 대리관계로 표현되고 경리와 회사의 관계는 법정대리의 관계로 귀결된다.<sup>21)</sup>

#### (4) 상장회사 기관구성의 특별규정

##### 1) 상장회사의 사외이사

상장회사란 주식발행에 관해 국무원 증권감독관리기관의 심사비준을 얻은 후 그 주식을 증권거래시장에 거래할 수 있는 주식회사를 말한다(제121조). 상장회사가 되려면 증권법 제50조에서 정한 법정요건을 충족해야 한다.

19) 이정표, 법제처 동북아법령정보서비스사업 2006년도 연구용역보고서, p. 101.

20)李建偽, 公司制度·公司治理與公司管理, 人民法院出版社, 2005, 제158면.

21) 이정표, 앞의 책, p. 142.

원래 구 회사법에서 상장회사에 관한 일반적 규정들을 입법하였다가 개정회사법에서는 상장회사에 관해 주식회사 설립과 기관구성에 관해서만 규정을 두고 기타 모든 사항은 개정 증권법으로 이전하여 규정하고 있다.

회사법에서 규정하고 있는 상장회사의 기관에 관해서는 사외이사의 구성과 이사회 비서, 이해관계 있는 이사회의 의결권 제한에 관한 사항, 이사회 전문위원회제도 등 이다.

사외이사는 상장회사 내의 일반 이사의 직무가 아닌 기타 직무를 담당하는 자로서 회사나 지배주주와 어떤 이해관계가 없어서 선임된 자로서 회사 관련 업무를 독립하여 객관적으로 판단할 권한이 있는 자이다. 상장회사에서는 반드시 설치하여야 할 법정기관이고, 그 구체적인 설치방식은 국무원의 관련 규정에 위임하였다.

사외이사는 주주총회에서 선임됨으로서 회사의 대주주나 이사장 및 총경리의 통제권으로부터 독립하여 존재하고 소수주주의 이익을 보호하고 경영진의 업무집행을 공정하게 감독함에 그 의의가 있다. 중국 회사법에서 사외이사제도를 법제화 한 것도 중국의 주권 지배구조가 고도로 집중되어 있을 뿐만 아니라, 감사회까지도 지배주주에게 통제 당할 수 있는 중국의 지배구조적 특징을 개혁하기 위한 것이다.<sup>22)</sup>

이러한 목적으로 중국 회사법에서는 사외이사의 자격요건은 비교적 엄정하게 규정하여 사회각계에서 전문적인 식견을 갖춘 경험있는 전문가가 초빙될 수 있도록 법정화 하였다.<sup>23)</sup> 예컨대, 상장회사의 이사

22) 李建僑, 公司制度·公司治理與公司管理, 人民法院出版社, 2005, 제162면.

23) 사외이사 자격의 적극적 요건으로는, 첫째 상장회사 이사자격을 구비하고 있을 것, 둘째 독립성을 구비할 것, 셋째 상장회사 운영시스템에 관한 기본지식을 갖추고, 이와 관련된 법률, 행정법규, 규장 및 규칙을 숙지하고 있을 것, 넷째 5년 이상 법률, 경제 또는 기타 사외이사 직무에 필요한 경험이 있을 것 등이다. 소극적 요건에 관해서도 몇 가지 규정을 두고 있지만 그 주요한 것은 상장회사 또는 그 부속회사에 재임하는 자나 그 직계친족, 직접 또는 간접으로 상장회사의 기 발행주식의 5/100 이상을 보유한 주주이거나 상장회사 또는 그 부속회사에 재무, 법률 및

회는 전문위원회를 설치할 수 있는데, 전문위원회의 유형 중에서 계리(審計)위원회·추천위원회·보수위원회 및 조사위원회에는 사외이사가 다수로 참여하여야 하고 동시에 소집인이 되어야 한다(상장회사지배구조준칙 제52조).

## 2) 사외이사와 감사회의 관계<sup>24)</sup>

사외이사와 감사회는 이사회와 경리에 대한 감독기능을 수행한다는 점에서 공통점이 있지만, 그 기능적 측면에서는 차이가 있다. 사외이사의 준립기능 자체는 이사회와 경영정책 결정과정에서 사전적으로 정책적 타당성을 감독하고, 사후에도 전문적·객관적 감독기능을 하는데 그 의의가 있다. 감사회는 직무감사권과 재무감사권을 행사함으로써 주로 사후적으로 합법적 감독기능을 하는데 의의가 있다. 따라서 사외이사와 감사회는 그 감독의 방향이 다르므로 그 기능이 중첩되지 않는다는 견해도 있다.<sup>25)</sup> 그러나 실증적 조사자료를 검토해 보면 ①회계사무소의 초빙 또는 해촉에 관한 제의권, ②임시 주주총회 제안권, ③외부 계리기관과 자문기관의 독립적인 초빙권, ④회사의 이사 및 고급관리자의 보수결정권, ⑤증권감독기관 및 기타 관련 부서에 직접 보고할 권리 등은 사외이사와 감사회의 기능이 중복되는 것으로 나타났다.<sup>26)</sup> 이 조사자료에 의하면 ①주주소집투표권, ②이사의 추천 및 임면권, ③이사 및 고급관리자의 보수결정권, ④중대한 관련 거래의 인가권 등이 사외이사의 권한으로서 두 기관사이에 기능중복이 발생되지 않는 것으로 나타났다.

---

자문 등의 서비스를 제공하는 자, 회사 정관에서 규정한 기타의 자 등은 사외이사로 될 수 없다: 「상장회사의 사외이사 설치에 관한 지도의견(關於在上市公司建立獨立董事制度的指導意見)」

24) 이정표, 앞의 책, p. 152.

25) 李建僞, 公司制度·公司治理與公司管理, 人民法院出版社, 2005, 제161면.

26) 上海證券交易所研究中心, 中國公司治理報告(2005): 民營上市公司治理, 復旦大學出版社, 2005, 제112면.

사외이사와 감사회의 감독적 기능을 저해하는 요인으로는 사외이사가 대부분 지배주주를 대표하는 이사장에 의하여 추천될 뿐만 아니라, 사외이사의 선임은 주주총회에서 결정하므로 결국 지배주주의 영향하에서 탄생되는 태생적 한계를 갖고 있다는 점이다. 사외이사제도를 입법하여 집중된 주권에 의하여 형성된 업무집행기관의 형식화된 시스템을 감독하고자 했던 초기의 목적을 달성하기에는 시간이 필요할 것으로 보인다.

### 3) 이사회 비서

상장회사는 이사회에 비서(秘書)를 두어야 하여야 한다. 이사회 비서는 주주총회 및 이사회에의 준비업무와 서류보관 및 회사의 주주에 관한 자료의 관리 및 정보공개업무 등을 담당한다(제124조).

이사회 비서의 지위가 무엇이나 관해 회사법에서는 규정이 없고, 상장회사 정관가이드라인에서 그 기능을 회사의 '고급관리자'의 지위를 갖는 것으로 규정하고 있다.<sup>27)</sup> 이 가이드라인에 따르면 이사회 비서는 일정한 전문지식과 경험을 갖춘 자 중에서 선발하도록 되어 있다.

## 4. 감사회

감사회의 기능은 전통적으로 회사의 업무집행기관의 직무감독과 재무감독이 주요한 것이다. 감독기능을 통해 회사의 왜곡된 업무집행을 교정함으로써 회사의 주주와 채권자를 보호하는데 그 의의가 있으나, 중국의 경우 근로자 대표를 감사회에 참여시킴으로서 근로자를 통한 회사의 업무집행의 감독 및 근로자 이익반영의 기능도 있다.

주식회사는 감사회를 반드시 설치하여야 하는 법정기관이고, 그 법정인원수는 법률에 다른 규정이 없는 한 최소 3인 이상으로 할 수 있

---

27) 「상장회사 정관가이드라인(上市公司章程指引)」(증권감독위원회, 1997).

다(제118조). 감사회는 주주대표와 적정비율의 근로자대표를 포함하여 구성하되, 근로자대표의 비율은 감사회 법정인원수의 1/3 보다 적지 않도록 하여야 한다. 이 비율의 구체적 내용은 정관으로 정한다(제118조).

감사회는 주식 1인을 두어 감사회의 소집 및 주최권을 부여한다. 감사회 주식이 직무를 수행하지 않거나 수행할 수 없는 경우 부주식이 소집·주최하고, 부주식이 이 업무를 수행하지 못할 경우에는 과반수의 감사가 공동으로 선출한 1인의 감사가 감사회의를 소집·주최한다.

감사는 이사 및 고급관리자의 지위를 겸임하지 못할 뿐만 아니라, 감사의 임기는 연임은 가능하지만 3년으로 확정해 놓았다는 점 때문에, 이사의 경우 그 임기는 정관으로 정하도록 되어 있어서 그 임기가 고정되지 않았다는 점에서 구별된다.

감사회의 권한도 비교적 광범위한 것처럼 보인다.<sup>28)</sup> 그러나 이 권한을 분류해 보면 이사와 경리에 관한 직무감독권과 회사의 재무감독권에 관한 사항이다. 감사회의 감사는 해석상 적법성 감사에 한정되고 타당성 감사권은 없다고 해석하는 견해도 있으나,<sup>29)</sup> 감사의 권한에 관한 제119조 및 제54조와 제55조 규정<sup>30)</sup>에 의하여 타당성 감사권도 포함된다고 해석된다.

---

28) 회사재무의 직무감사, 이사 및 지배인의 직무위반행위 감사권, 이사와 지배인의 직무행위가 회사에 손실을 입힐 경우의 수정 요구, 임시 주주총회의 소집제외, 회사 정관이 정한 기타 직무권한, 후임 감사를 선임할 때 까지 전임 감사의 권한유지(제53조 제2단), 이어나 고급관리자에 대한 파면건의권(제54조 제2항, 제119조), 이사회를 대신한 주주총회의 소집과 집행권(제54조 제4항, 제119조), 주주총회에 대한 의안제출권(제54조 제5항, 제119조), 감사회나 감사의 회사 경영상태에 대한 직무감사권, 회계사사무소 초빙권, 이어나 고급관리자의 회사 업무수행중 법률위반행위를 적발할 경우(제54조 제6항, 제119조, 제152조, 제150조)의 소송대행청구권(제152조), 이사회 회의에 참석권 및 질문권이나 건의권(제55조, 제119조) 등.

29) 정용상, 앞의 논문, p. 178.

30) 제55조: “감사회 또는 감사회가 설치되지 않은 회사의 감사는 회사의 경영상황에 이상이 있음을 발견하면 조사를 진행할 수 있다. 필요한 경우 회계사무서 등의 협조를 받을 수 있으며, 그 비용은 회사가 부담한다.”

## 5. 노동조합

중국에서는 과거 단위제도의 전통에서 노동조합에 관련된 일부 사항을 회사법에서 규정하고 있다. 관련 규정으로는 노동조합의 합법적 활동 보장 및 근로자 대표회의 형식으로 관리할 것, 회사의 구조조정이나 경영상 중대한 문제 및 정관에서 중요 사항을 제정하는 경우에는 노동조합의 의견을 청취하여 결정하여야 한다(제18조). 노동조합법에서는 노동조합의 의견을 청취하여 결정해야 할 사항으로는 급료·복지·근로안전·위생·사회보험 및 근로자의 이익과 관련 있는 회의인데, (노동조합법, 제38조) 중국적으로 이 부분은 근로계약의 문제이므로 노동계약법의 적용을 받게 된다.

노동조합대표는 이사회 구성원에 참여할 수 있고(109조), 감사의 신분으로 회사의 업무감독을 할 수 있다(제118조). 회사법에서 규정한 노동조합관련 규정을 보면 근로자대표나 노동조합이 회사의 경영활동에 참여할 수 있을 뿐만 아니라, 업무집행을 감독할 수 있는 기능을 갖는다.

전체적으로 볼 때 중국 회사법의 지배구조는 감사회와 이사회와의 관계에서는 일본 회사법상의 지배구조와 유사하고, 업무집행구조가 이사회와 경리층간의 수직적 단계로 구성된다는 점에서는 미국 회사법상의 지배구조와 유사한 면이 있다. 감사회에 근로자가 참여한다는 점에서는 독일의 공동결정제도도 닮은 점이 있다. 이사회의 권한이 규정상으로는 막강한 것처럼 보이지만 경리층에 의하여 대행되거나 지배주주가 이사장이 될 경우 지배구조는 단일화 되는 특성이 있다.<sup>31)</sup>

---

31) 이정표, 앞의 책, p. 104.

## 6. 기관구성원의 의무와 지배주주의 통제권 제한

중국 회사법에서 이사·감사 및 고급관리자는 법률과 행정법규 및 회사정관을 준수하여야 하며, 회사에 대하여 충실의무와 근면의무(勤勉義務)를 진다고 규정하고 있다(제148조). 충실의무란 이사·감사 및 고급관리자가 회사의 업무를 처리함에 있어서 회사의 이익을 극대화하여야할 주관적 의무 및 자신의 이익이 회사의 이익과 충돌될 때 회사의 이익을 극대화 하는 방향으로 처리해야할 객관적 의무를 말한다. 충실의무의 내용은 자기거래 금지의무, 경업금지 의무 등이 포함된다.

근면의무를 선량한 관리자의 주의의무 중의 하나로서 회사의 이사·감사 및 고급관리자 등이 회사의 경영능력에 관한 높은 의무적 요구, 즉 법률과 정관에서 정해진 범위내에서 권리를 행사하고 의무를 져야 하는 것을 말한다.

충실의무를 회사에 대한 법정 의무이므로 면책할 수 없는 의무인데 반하여 선량한 관리자의 주의의무는 회사에 대한 것 뿐만 아니라 회사의 주주와 채권자에 대한 의무도 포함되며 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무는 경영판단의 법리에 의하여 면책이 가능하다. 충실의무 위반의 책임은 계약책임으로 귀결되나 선량한 관리자의 주의의무 위반책임은 계약책임 뿐만 아니라 불법행위책임도 포함된다는 점에서 구별된다.<sup>32)</sup>

지배주주의 통제권을 행사하기 위한 회사법상의 제도로는 소수주주의 보호에 관한 제101조 이하의 개괄적 규정들과 사외이사제도가 포함된다. 사외이사제도는 앞에서 설명한 바와 같고, 소수주주의 보호와 관련된 것으로는 제101조 이하에서 규정되어 있다.<sup>33)</sup> 이 외에도 집중

32) 이정표, 앞의 책, p. 159.

33) 주주에게 임시주주총회 소집권(제101조), 특별한 경우의 주주총회의 소집 및 주권(제102조 제2단), 주주총회 결의사항의 사전제안권(제103조 제2단), 회사 자기

투표제를 두어서 이사와 감사 선임시에 활용할 수 있도록 하고 있는 것이다.<sup>34)</sup> 한국법에서는 감사선임시에 일정비율 이상의 주식에 대한 의결권을 제한하는 방식에 의한 대주주의 감사선임시의 독점을 막는 제도는 매우 고정적인 측면이 있다.

## IV.

### 1. 합병

회사법에서의 합병은 흡수합병과 신설합병을 의미하고, 증권법에서 기업의 인수와 공개매수에 관한 규정을 따로 두고 있다. 공개매수의 경우에는 5%룰이 엄격하게 적용되어 주식보유비율의 보고와 공고, 매수청약, 강제청약, 청약기한 만료 등의 절차가 필요하다.

종합평가: 중국에서는 흡수합병의 방식이 많이 이용된다. 이것을 절차의 신속성과 법률관계의 명확한 해결이 가능하기 때문에 이용되는 것이다.<sup>35)</sup> 다만 합병시 합병계약서에는 합병으로 소멸하는 회사의 근로자 배치에 관한 적절한 처리방식을 기재해야 하는데, 이것은 중국의 단위제도에서 비롯된 중국적 특색의 하나이다.<sup>36)</sup> 합병시에 채권자 보호절차는 규정되어 있으나 주주나 사원에 보호절차에 관해서는 명시적 규정이 존재하지 않는다는 특징 있다.

---

주식의 의결권제한(제104조), 임시이사회 소집청구권(제111조 제2단), 회사합병·분할을 결정한 주주총회결의에 이의를 제기한 주주의 주식매수청구권(제143조 제4항), 이사 및 고급관리자의 직무위반행위가 발생된 경우 감사에 대한 위법행위유지청구권(제152조 제1단), 예외적인 직접제소권(제152조 제2단), 제3자의 회사에 대한 불법행위로 인한 손해가 발생한 경우에 감사에 대한 제소청구권, 이사와 고급관리자의 직무위반행위가 아닌 법률 기타 회사정관의 위반행위에 대한 제소권(제153조), 회사의 회복 불가능한 경영상황이 발행한 경우의 회사해산청구권(제183조) 등이 이와 관련된다.

34) 정용상, 앞의 논문, p. 174.

35) 이정표, 앞의 책, p. 238.

36) 이정표, 앞의 책, p. 240.

## 2. 조직변경<sup>37)</sup>

유한회사가 주식회사로 조직변경 하는 경우에는 본 회사법에 규정된 주식회사의 요건에 부합하여야 한다(회사법 제9조 제1단). 유한회사가 주식회사로 조직 변경하는 경우 주식회사 발기인 수에 상당하는 2인 이상 200인 이하의 법정주주(股東)의 인원수, 주식회사 최저 등록자본금에 따른 자본변경, 이사회 구성원의 변경, 감사회의 구성원에서 근로자대표의 참여 등과 같은 주요 사항을 변경하여야 한다.

주식회사가 유한회사로 조직 변경하는 경우에도 본 회사법에서 규정하는 유한회사의 요건에 부합하여야 한다(회사법 제9조 제2단). 주식회사가 유한회사로 변경되는 경우에는 50인 이하의 법정 사원수, 사원의 과반수가 중국 내 주소가 있어야 한다는 요건과, 법정자본제에 따른 최저 한도액을 충족하여야 하고, 이사회의 법정 인원수를 충족하여야 하고, 기타 회사법이 요구하는 유한회사로서의 법정요건을 갖추어야 한다.

조직변경이 완료되면 등기주관부서에 변경등기를 하여야 한다. 이와 같은 조직변경이 완료되면 회사의 법인격을 존속시키면서 회사의 형태만 변동시키는 효과가 발생되고, 회사의 변경 전의 채권과 채무는 변경후의 회사로 포괄승계된다(제9조 3단).

종합평가: 중국의 경우 회사법에서 조직변경에 관한 규정을 입법하면서 국가단독출자회사에의 경우에도 회사법의 규정을 받도록 함으로서 공기업이 민영화되는 조직변경에 관한 사항도 일반 회사법에서 규정하고 있다는 특징이 있다.

---

37) 이정표, 앞의 책, p. 235.

### 3. 분 할

중국 회사법상 분할은 존속분할과 신설분할로 구분된다. 이 구분은 한국회사법과 동일하고 다만 분할후에는 원 회사가 부담하였던 채무에 관하여 분할회사들이 연대채무를 지는 것을 원칙으로 하면서 분할전에 특약으로 정한 약정이 있으면 그 약정에 따르고, 약정이 있어도 불명하거나 약정이 없는 경우에는 기업의 분할당시의 자산비례에 따라 책임을 분담하게 된다(최고인민법원사법해석).

### 4. 해산 및 청산

중국 회사법상 해산사유는 임의해산과 강제해산으로 분류된다. 임의해산은 조직법의 특성상 당연히 인정되는 것이나, 강제해산은 법에서 정한 사유에 따라 청산절차를 밟는 것이다. 회사법 제181조 제4호 및 제5호에서 정한 해산사유는 법률에 의하여 영업허가증이 말소(吊鎖)되고, 폐업(關閉) 또는 허가취소(撤鎖) 처분을 받은 경우(회사법 제181조 제4호), 인민법원이 본 법 제183조 규정에 따라 해산판결을 확정하는 경우(회사법 제181조 제5호) 등이 있다. 영업허가증이 말소되거나 허가취소 처분을 받는 경우로는 회사 등기시에 허위의 등록자본금을 신고하거나, 허위의 자료를 제출하거나 기타 사기적인 수단으로 중요사실을 은폐하여 회사의 등기를 취득한 경우 등이다 (회사법 제199조).

청산의 경우에도 파산(채무상환능력의 부재)을 원인으로 하는 파산법상의 청산절차와 파산과 관계없이 회사법상의 해산사유를 원인으로 하는 회사법상의 청산절차로 구분된다. 회사법상의 청산도 임의청산과 법정청산으로 구별되며, 법정청산의 경우에도 국가기관(법원이

나 행정기관)이 관여하는지에 따라 보통청산과 특별청산으로 나눈다.

그러나 청산조직(청산인회)을 구성하여 청산절차를 진행하도록 규정하고 있으면서도 청산인회나 대표청산인에 관한 규정이 없다. 단지 청산조직의 구성원에 관해서만 규정하고 있을 뿐이다(184조 2단).

중국 회사법상 청산절차에서 행정기관이 회사법 제181조에 따른 영업허가증의 말소·폐업·허가취소 등의 처분을 한 경우 특별청산을 위한 청산조직을 정하게 되는 특징이 있다. 인민법원의 해산판결에 의한 경우에는 법원이 정한 방식에 의하여 특별청산조직이 구성된다.

청산조직은 회사재산을 정리한 후에 청산계획을 작성하여야 하고 인민법원의 허가를 받은 후 채권자에게 통지 및 공고하고 청산과 관련된 미결업무를 처리한 후에 세금 및 채권과 채무의 정리와 잔여재산의 분배를 하여야 한다.

청산조직은 회사의 채무를 상환하는 경우 다음의 순서에 따라야 한다. 즉, 회사재산으로 청산비용, 근로자 임금, 사회보험료 및 법정보상금을 먼저 지급하고, 세금을 완납한 후에 채무를 상환하여야 한다(회사법 제187조 제2단).

회사의 청산절차가 주주총회나 인민법원의 확인을 받아 완료되면(189조) 청산조직은 회사의 청산종료일로부터 30일 이내에 원래의 등기주관부서에 말소등기를 신청하여야 한다. 말소등기가 완료되면 회사는 종료된다(189).

종합평가<sup>38)</sup>: 중국의 회사법은 제183조에서 회사 해산청구권을 주주에게 부여하였지만 그 해산 사유를 명백하게 규정하지 못했다는 한계성을 갖는다. 즉, ‘회사의 경영과정에서 심각하게 곤란한 사유’가 발생하여, 계속해서 존속할 경우 주주의 이익에 중대한 손실을 미치게 하는 상황에서, ‘다른 방법으로도 그 해결이 불가능한 경우’에 해산을 청구할 수 있는 것으로 하였다. 이러한 사유만으로는 회사와 채권자

---

38) 이정표, 앞의 책, p. 254.

및 주주들에게 중대한 결과를 초래할 수 있는 해산을 결정할 수 있는 명백한 기준이 되지 못한다.<sup>39)</sup> 특히 회사의 해산과 청산에 관한 입법을 하면서도 회사의 유형에 따른 해산과 청산사유를 특정하지 않고 일괄적으로 규정한 것은 실질적으로 도움이 되지 못한다는 비판이 있다.<sup>40)</sup>

## V.

### 1. 중국에 대한 법률원조가 가능한가?

#### (1) 가 능

- 중국과 한국의 회사법 발전과정의 차이
- 중국과 한국의 법체계 차이
- 한국의 선도적 성공모델(금융, 지배구조, 감독절차, 경쟁절차)

#### (2) 한 계

- 중국 회사법 입법참조를 보면 한국법의 인용은 극히 적음
- 일본의 영향을 직접적·포괄적 계승하고, 미국법을 중시하는 태도는 교류에 한계로 작용 가능
- 경제발전의 자부심속에서 한국을 싱가포르·홍콩·대만과 대등시 보는 법주관부서 지도자들의 의식도 한계로 작용가능. 이들은 입법시 이들 국가의 입법은 참고하지만 직접 반영은 하지 않는 태도임.

39) 법제처 동북아법령정보서비스사업 2006년도 연구용역과제 보고서, p.185.

40) 上海市高級人民法院 編(齊奇主編), 「公司法疑難問題解析」, 法律出版社, 2006, 115面.

## 2. 상호 주고받을 수 있는 체제

### (1) 감사제도

#### 1) 감사의 독립성과 독립성 확보를 위한 제도

감사의 선임시 누적투표제를 활용할 수 있는 것은 한국에서는 불가능하나 중국에서는 가능하기 때문

#### 2) 감사의 충실의무와 선량한 관리자의 주의의무의 부여

한국법에서는 감사가 업무집행에 관여하지 않으므로 경업금지나 자기거래금지 등의 충실의무가 없는데 반하여, 중국 회사법상 감사는 이 두가지 의무를 부담하고 있음.

### (2) 이사회와 주주총회의 권한관계

중국의 경우 주주총회가 최고의 권력기관이라는 상징성 때문에 초과권한을 갖고 있음. 일정한 권한을 이사회에 이양해서 이사회가 활성화 하도록 해야 할 것.<sup>41)</sup>

### (3) 전자주권 발행사항

중국에서는 전자주권을 발행해서 거래에 이용하고 있음. 이것은 한국의 경우에 도입준비중인 것으로서 의미가 있음.

### (4) 설립절차

분할납부의 인정은 중국이 완화된 체계, 그러나 실물중심의 설립절차가 중심인 중국에서 실물과 무체재산권 및 기타 재산권을 출자목적으로 하는 한국의 회사법이 다소 유리함

41) 강대섭, “한국과 중국 회사법상의 주주총회에 관한 비교연구,” 기업법연구 제19권 제4호, p. 145.

### 3. 입법절차

중국의 경우 입법절차는 광범위하고 조직적으로 진행됨.<sup>42)</sup>

한국과 달리 입법주도기관이 주체가 되고 몇몇의 전문가에 의하여 비교조사 및 공청회를 거쳐서 입법되는 법제관행은 개선되어야 할 과제임.

### 4. 회사법의 법제교류지원방향

#### (1) 법제방향

##### 1) 이념적 방향

독자적인 한국법, 중앙정부의 법제관련 기관, 전문가, 연구기관 등이 정부개발원조법제에 대한 확고한 이념과 지원의사가 있느냐?

- 법전문가들의 글로벌체제에 대한 인식부족으로 인한 이해부족 및 인류공영에 대한 의식부족으로 인한 회피, 내지 무관심이 큰 이유 일 것.
- 특히 중국에 대한 이해부족이나 무시 등이 큰 원인으로 지적될 수 있음. 오히려 중국은 한국을 싱가포르 정도로 인식하는 중국 지도자들의 의식태도가 더 큰 장애요인이 될 수 있음.

##### 2) 단일화된 회사법 중심법체계는 중국에 우위;

반면 독립된 회사법제는 우리가 배워야할 체계

- 단일화된(국내회사와 외국투자회사의 일원화체계) 회사법체계는 우위성을 갖는 체계임. 그러나 현재 대다수 국가가 회사법을 독립된

---

42) 중국의 법제시스템은 먼저 각종 법학영역에서 인정받는 주요 전문가가 입법초안을 내고, 이 초안을 근거로 각 정법대학과 주요 대학의 입법의견서, 중앙 주요 법제관련 부서(국무원 법제판공실, 검찰원, 전인대 법제판공실, 공상행정관리총국 등)의 입법의견서, 변호사협회의 입법의견서 등을 종합해서 공청회를 지역별로 순환해서 실시한 다음 초기 입법초안 작업을 정리해서 국무원 법제판공실로 넘기면 이것을 정리해서 전인대 법제판공실이 실무적으로 처리한 다음 전인대 상무위원회(비회기중)나 전인대(회기중)에 상정하여 법으로 공포함.

편제체제로 개편하는 과정에 있고, 한국의 경제상황도 이것을 수용해야 하는 상대임에도 단일법제로 묶여 있는 것을 회사법의 발전을 저해하는 요소일 수 있음.

3) 대중국 개발원조와 관련하여 다른 국가와 달리 정부주도형이 아닌 민간(대학·연구회)주도형 법제교류지원방향이 특색

- 정부의 몰이해, 예산범위의 제약, 전문가 부족 등으로 중국의 법률원조는 주로 민간부분이 앞장서서 활성화 시킨 면이 있음. 예컨대 학회나 대학, 대학연구소 등이 주체가 되어 관련 사업을 전개 하였음.
- 현재 중국은 G2로 진입을 위한 경제적 실체를 갖고 있으므로 이를 뒷받침하기 위한 법제교류가 필요한 상황이지만, 그 기한이 일시적이라는 한계가 있음.

(2) 실천방향

1) 회사법에서 법률원조가 가능한 방향

- 우선 법제기관간, 입법기관간의 상호 이해가 우선,
- 예컨대, 증권거래소 상호간, 공정거래기관 상호간, 법제판공실과 법제처 및 법제연구권 상호간.
- 대륙법계에서 영미법계로 전환해서 토착화되었을 뿐만 아니라 정착신화를 이룬 상법(회사법)의 제 이론과 체계는 충분히 전수가 가능한 분야임.
- 자본제도의 전환, 이사회제도의 활성화 경험, 주주총회의 운영, 소수주주의 보호, 감독체계, 회사법상의 소송 등은 법률원조가 이루어 질 수 있는 분야임.

2) 어떻게 할 것인가?

- 법률원조지원센터(창업보육센터에 대응하는 개념)가 가능할 것인가.
- 전문인력양성 없인 지원사업 불가능, 그러므로 국내법과 중국법에 정통한 대학과 전문가를 선택지원하든지 공동협력해서 인력양성을 해야하는 중요한 시점에 와 있음
- 입법절차과정에서도 참여가 가능함: 이 경우 전국 법학 관련 주요 대학들의 의견서에 개인적으로 참여할 수도 있고, 입법초안을 담당하는 최고전문가와 협력하여 하는 입법작업도 가능한 상태임. 중국은 입법초안에 그 입법초안을 작성한 단위(사업체)를 표기하고 공포함.

3) 회사법의 사법실무방향

- 회사법상의 감독과 집행분야는 실질적 교류가 활성화 가능. 예컨대, 이사회제도는 한국이 매우 활성화된 부분이고, 사외이사제도나 감사제도부분에서는 중국이 거의 공백상태에 가까운 실정임.
- 회사법상의 소송제도는 판례가 축적되고 집행단계가 명확한 한국의 실정이 중국의 회사법제에 유효하게 적용가능 함.
- 국가가 법제(회사법)의 운영에서 관여와 방임관계를 되풀이 해 온 한국의 경험은 중요한 시사점이 될 수 있음. 예컨대, 통제기-간섭기-개방기(외환위기 전후)-방임기-국가의 재관여 등의 절차를 거친 중앙정부의 경험. 특히 사법부와 행정부간의 독립과 견제경험은 교류부분의 중요한 가치가 될 수 있음.

4) 인적교류방향

- 연구와 재교육이 가능한 방향으로 교류지원이 가능함
- 연구는 주요 연구기관이 담당하고, 재교육은 법조실무기관이 분야별로 국제협력시스템을 구성하는 체제가 적절함.

## 참 고 문 헌

- 강대섭, “한국과 중국 회사법상의 주주총회에 관한 비교연구,” 기업법연구 제19권 제4호(2005).
- 나승성, “주식회사지배구조론에 관한 서론적 고찰,” 고시계(2000.4).
- 양효령, “중국에 대한 우리나라의 법제교류지원 현황과 과제,” 중국법연구 제12집(2009.12).
- 이정표, 『중국회사법』, 박영사(2008).
- , “최근 개정된 중국회사법의 검토,” 성균관법학 제17권 제2호(2005).
- , 법제처 동북아법령정보서비스사업 2006년도 연구용역보고서.
- 정영진, “중국 회사법상 유한회사의 지배구조에 관한 소고”, 법학논집(전남대) 제29집 제1호(2009).
- 정용상, “개정중국회사법상의 감사제도,” 재산법연구 제24권 제3호(2008.02)
- 李建偽, 公司制度·公司治理與公司管理, 人民法院出版社(2005).
- 上海證券交易所研究中心, 中國公司治理報告(2005): 民營上市公司治理, 復旦大學出版社(2005).
- 上海市高級人民法院 編(齊奇主編), 「公司法疑難問題解析」, 法律出版社(2006).
- 『상장회사 정관가이드라인(上市公司章程指引)』(증권감독위원회, 1997)

중국의 물권법제에 관한  
법제교류지원방향

발표자 : 김 영 규  
(백석대학교 법정경찰 학부 교수)

## I.

중국은 1978년 중국이 경제개혁과 대외개방을 표방한 이후 1986년 4월 12일 제정(1987년 1월 1일부터 시행)된 ‘조선 민주주의인민공화국 민법통칙(이하 ‘중국 민법통칙이라 약칭함)을 통하여 물권법제의 토대를 마련하였다. 이후 중국은 1999년 3월 헌법을 개정하여 사회주의적 시장경제질서를 표방하고, 2004년 3월 개정헌법을 통하여 사유재산보호를 명시하여 물권의 근간을 이루는 규정을 마련하였으며(동법 11조 2항, 13조), 오랜 논의를 거쳐 2007년 3월 16일 ‘조선 민주주의인민공화국 물권법(이하 ‘중국 물권법’라 약칭함)을 제정(2007년 10월 1일부터 시행)하여 물권법제를 체계적으로 구축하였다.

이에 본 발표에서는 1986년 제정된 중국 민법통칙과 2007년에 제정된 중국 물권법을 중심으로 중국 물권법제의 제정과정과 중국물권제도의 체계를 검토하고, 그 주요내용과 특색을 살펴본 후, 우리 민법의 물권법제의 내용 중 향후 중국에 대한 법제교류지원방향(법제 수출)을 모색해보고자 한다.

## II.

### 1. 중국 민법과 물권법의 제정 개관

중국은 1949년 건국 이래 오늘날까지 약 50여년에 이르는 동안 ‘중국 특유의 사회주의국가건설’을 국가목표로 추진하여왔다는 점에서, 현재 중국이 가지고 있는 법을 비롯한 정치·경제·사회·문화의 모든 제도는 사회주의체제와 불가분의 관계에 놓여있다. 특히 민법은 경제제도와 직결되는 분야이며 나아가 국가체제 자체와 유기적인 관련을 맺는 것이므로, 그 규정 및 내용은 물론 제정배경과 과정에 있

어서도 중국이 그간 겪어 온 역사적 변천과정들이 그대로 반영되어 있다.

중국은 1954년 이래 민법전의 기초작업에 착수한 이래 3회에 걸쳐 이를 수행하여 민법초안을 마련하였으나, 그 후 입법방침을 전환하여 1986년 민법총칙과 민법전의 중간적 성격을 지니는 민법통칙을 제정하였고, 민법통칙의 제정을 전후해서 상속법, 담보법 등의 물권 관련 단행법을 제정하였다. 중국은 이러한 일련의 제정과정을 거친 이후 2005년 6월 물권법의 초안을 만들어 발표하였으며, 2007년 3월 16일 중국 물권법을 채택하였다. 다음에서는 이러한 중국의 민법과 물권법의 제정경과를 검토한다.

## 2. 중국에서 물권법과 관련한 입법의 시도와 민법전의 기초작업

### (1) 제1회 기초작업

중국에서 물권법과 관련한 입법의 시도는 민법전의 기초작업으로부터 비롯되었으며, 그 작업은 크게 3회에 걸쳐 진행되었다.

중국에서 민법전의 제1회 기초작업은 1954년 9월 20일 전국인민대표대회 제1차 회의에서 헌법이 제정된 후, 그 후속조치로서 민법을 비롯한 기본법전의 제정계획과 더불어 전인대상무위원회 변공청연구실을 조직하여 민법의 기초작업이 행하여졌다.<sup>1)2)</sup> 제1회 기초작업은

1) 이 때의 작업수행에서는 잠정적으로 “민법전은 복잡하여 민법전체를 규율하는 민법전을 기초하는 것은 곤란하기 때문에 우선 가능한대로 단행법규를 먼저 만들고, 여건이 성숙하면 각 단행법규를 후에 민법전에 편입시키기로 결정하였다.”고 전해지고 있다(河山·肖水, 繼承法概要, 北京群衆出版社, 1985, p. 10; 鈴木 賢, “中國民法における民法通則の制定とその背景 1”, 法律時報, 第60卷 第3號, 1980. 3, p. 71).

2) 제1회 기초작업의 진행은 구소련의 영향을 강하게 받아 계획경제를 강조한 나머지 시장원리에 의한 조절을 무시함으로써 중국의 실정에는 적합하지 않은 방향으로 행하여졌다(加藤一郎, “中國立法の動向 : 民法を中心として”, JURIST, 第754號, 1981. 12, p. 18).

1957년 정풍·반우파투쟁을 전개하는 과정에서 민법도 좌파사상에 방해가 된다고 공격을 받게 되어 기초작업은 중단되었다.<sup>34)</sup>

## (2) 제2회 기초작업

중국에서 민법전의 제2회 기초작업은 1962년에서 1964년에 걸쳐 이루어졌다.<sup>5)</sup>

그러나 1963년부터 농촌에서 전개되기 시작한 사청운동(四清運動)<sup>6)</sup>이 전국적인 규모로 확산되면서 법은 필요치 않다는 비판이 일게 되자, 제2회 기초작업도 중단되기에 이르렀다.<sup>7)</sup> 이후 중국에서는 1966년 5월에서 1976년 10월에 이르는 약 10년 동안 문화대혁명이 일어났으며, 이 기간은 중국에 있어서 문화의 암흑기로서 모든 법규범이 부인되는 공백기였기 때문에 민법전의 기초작업도 전혀 이루어지지 않았다.

3) 1957년의 중국 상황은 모택동 주석이 지식인의 비판적 견해를 사회주의건설에 동참시키기 위하여 예술 및 학술문제에 있어서 자유로운 토론을 보장하는 ‘백화제방(百花齊放)·백가쟁명(百家爭鳴)’을 제창함에 따라 지식인의 주장이 자유롭게 전개되었으나 그 정도가 공산당이 예상했던 수위를 넘어서게 된 것이 그 원인이 되었다(寇志新, 民法原理, 西安西北政法學院科研究處, 1983, p. 27; 鈴木 賢, 전계논문, p. 71).

4) 제1회 기초작업이 중단된 이유는 이 밖에 당시에 있어서 민법제정의 중요성이 충분히 인식되지 못하고 있었고, 1957년 당시에는 농촌의 집단화가 추진되고 있었기 때문에 중국경제의 근간을 이루는 농촌의 소유제도가 커다란 변화를 가져오게 되어 소유권제도를 그 중심내용으로 하는 민법이 제정될 수 있는 상황이 아니었다는 지적도 제기되고 있다(加藤雅信, “中國の民法と經濟法”, 加藤一郎 編, 中國の現代化法, 東大出版會, 1980, p. 41).

5) 1957년 이래 중단되었던 민법전의 기초작업이 다시 제2회 기초작업의 배경과 관련하여, 1962년 3월 23일 “형법뿐만 아니라 민법도 필요하다. 오늘날은 무법무천이다. 법률이 없는 것은 바람직하지 않으며, 형법과 아울러 민법도 반드시 만들어야 한다. 법률을 제정함은 물론이고, 판례집도 편찬하라.”는 모택동 주석의 민법의 필요성에 대한 지시에 따라 1962년 전인대상무위원회 판공청 법률연구실에서 다시 착수하였다(趙蒼壁, “在法制建設問題座談會上的講話”, 人民日報, 1978. 10. 29).

6) 사청운동(四清運動)이란 중국에서 1963년도에 농촌을 중심으로 전개되기 시작한 사회주의 교육운동이 정치·경제·조직·사상을 깨끗이 하자는 전국적인 규모로 확산되면서 계급투쟁을 강조하였던 좌파사상운동을 말한다(이재선 역, 중화인민공화국, 학민사, 1988, p. 184 참조).

7) 野村好弘, “中國民法通則(草案)の考察”, JURIST, 第856號, 1986. 3, p. 58.

### (3) 제3회 기초작업

중국은 중단되었던 민법전 기초작업을 다시 추진하기 위해<sup>8)</sup> 1979년 11월 3일 전인대상무위원회가 중심이 되어 민법기초 소조(위원회)를 발족시켰다.<sup>9)</sup> 민법초안소조는 그 출범 후 1982년 8월 제4고를 거쳐 그 때까지의 민법초안을 모두 망라하여 민법전의 초안을 완성하였으며, 그 구성은 민법의 임무 및 기본원칙·민사주체·재산소유권·지적 소유권·재산상속권·민사책임·기타·부칙 등 총 8개편 456개 조문으로 되어 있었다. 이러한 민법초안 제4고의 구성 중 재산소유권은 물권법과 관련한 입법으로서 다음에서 보게 될 민법통칙의 원형을 보여주는 것이다.<sup>10)</sup>

## 3. 민법통칙의 제정과 물권법 관련 규정

위에서 민법전 초안 제4고를 마련한 중국 전인대상무위원회 법제위원회는 여건이 성숙하는 대로 민법의 각 단행법을 제정한 후 각 부분을 모아 완전한 민법전을 제정하기로 하는 입법방침을 정하고,<sup>11)</sup>

8) 중국은 1976년 10월 문화대혁명을 주도했던 4인방이 타도되고, 혁명이 종식되자, 법질서가 회복되면서 민법의 필요성이 다시 대두되게 되었으며, 특히 4대 현대화계획이 국가의 기본방침으로 정하여지자, 종래 소홀하였던 법제의 정비에 본격적으로 착수하게 되었다.

9) 黄双全, “民法起草小组成立”, 中國百科年鑑, 中國百科全書出版社, 1982, p. 187.

10) 중국에서 민법전의 제3회 기초작업은 4고(4稿)에 걸친 민법초안의 과정을 거쳤으며, 이는 뒤에서 살펴보는 바와 같이 민법전을 제정하려던 본래의 방침이 민법통칙의 제정으로 변경되면서 민법전의 편찬은 이루어지지 못하였으나, 민법초안 4고는 현행 민법통칙의 원형을 보여주는 것이다(野村好弘, “中國における民法典立法”, 法律のひろば, 第36卷 第6號, 1983. 6, p 12. 참조).

11) 중국은 민법초안 제4고가 완성된 후 민법전과 민법총칙의 중간적 성격을 띠는 민법통칙만을 일단 제정하고, 여건이 성숙하는 대로 각 단행법전을 제정한 후 각 부분을 모아 추후 완전한 민법전을 제정하기로 입법방침을 전환하였다. 이와 같이 중국이 민법제정에 대한 입법방침을 전환한 이면에는 먼저 현실의 경제관계의 유동성과 이론적으로 대립하는 문제들이 단기간 안에 해소되지 않을 것이라는 점, 경제관계법을 민법의 일부로 구성할 것인가 아니면 별도의 단행법으로 제정할 것인가

이에 따라 전인대상무위원회에서는 1985년 민법총칙의 기초에 착수하였다.

그러나 작업의 진행과정에서 총칙의 범위를 벗어나 각칙에 해당하는 부분이 다수를 이루게 되어 1985년 7월 전인대상무위원회 법제공작위원회에서는 그 명칭을 ‘민법총칙’에서 ‘민법통칙’으로 변경하여 1985년 11월 13일에 8개장 131개조로 구성된 ‘중화인민공화국민법통칙(초안)’이 만들어져서 전인대상무위원회에 제출되었다.<sup>12)</sup>

제출된 민법통칙초안은 전인대상무위원회에서 토의에 부쳐져서 약간의 수정을 거친 후 제6기 전인대 제4차 회의에 상정되어 1986년 4월 12일 9개장(제1장 기본원칙·제2장 공민(자연인)·제3장 법인·제4장 법률행위 및 대리·제5장 민사권리·제6장 민사책임·제7장 소송시효·제8장 섭외민사관계의 법률적용·제9장 부칙) 156개조로 구성된 ‘중화인민공화국민법통칙’으로 최종적으로 확정·채택되고, 1987년 1월 1일부터 시행되고 있다.

이러한 민법통칙의 내용 중 ‘물권법’에 해당하는 규정은 제5장 민사권리 중 제1절 재산소유권 및 재산소유권에 관계되는 재산권(71조~83조)이다.

지에 대한 격렬한 논쟁이 전개되고 있었다는 점 등이 그 이유로 지적되고 있다(河山·肖水, 전게서, p. 12; 鈴木 賢, 전게논문, p. 72).

12) 제출된 민법통칙(초안)은 제1장 민법의 임무 및 기본원칙, 적용범위·제2장 공민(자연인)·제3장 법인·제4장 법률행위 및 대리민사권리·제5장 법률행위 및 대리·제6장 민사책임·제7장 시효 및 기간·제8장 섭외민사관계의 법률적용으로 구성되어 있는 바, 이의 성격에 관하여 전인대상무위원회 비서장 겸 법제공작위원회 주임은 “민법통칙초안은 전인대상무위원회가 최고인민법원 및 법률전문가가 합심해서 헌법에 의거하여 중국의 실제상황, 특히 경제체제개혁 이후에 출현된 새로운 상황·새로운 문제·새로운 경험과 중국민사재판의 실전경험을 고려하여 민법초안 제4고의 바탕 위에 기초한 것이다.”라고 설명하고 있다(王漢斌, “中華人民共和國民法通則草案的說明”, 人民日報, 1985. 11. 15).

#### 4. 입법방침의 전환과 물권법 제정 이전 물권 관련 입법

중국이 입법방침의 전환을 가져온 후에 처음으로 제정된 민사관계 단행법은 1985년 4월 10일 제6기 전인대 제3차 회의에서 채택되고 주석령 제24호에 의하여 공포되어 1985년 10월 1일부터 시행되고 있는 ‘중화인민공화국 상속법’이다.<sup>13)</sup> 이 중 공민이 사망한 경우의 상속의 대상이 되는 합법재산에 ‘공민의 수입, 공민의 가옥·가축·생활용품 등에 대한 소유권, 공민의 도서자료·수목에 대한 소유권, 법률이 허용하는 공민소유의 생산자료’ 등을 포함시키는 규정(동법 3조)은 물권 중 소유권에 대한 법적 보호의 계속을 강조하는 물권 관련 규정이다.

이어서 중국은 1993년 12월 29일 제8기 전인대상무위원회 제5차 회의에서 ‘중화인민공화국 회사법’(이하 ‘회사법’이라 약칭함)을, 1995년 6월 30일 제8기 전인대상무위원회 제4차 회의에서 ‘중화인민공화국 담보법’(이하 ‘담보법’이라 약칭함)을, 1999년 3월 15일 제9기 전인대 제2차 회의에서 ‘중화인민공화국 계약법’(이하 ‘계약법’이라 약칭함) 등의 민사관계법을 각각 채택하였다.

위의 민사관계법 가운데 계약법 중 ‘계약금’과 관련하여 “당사자는 <중화인민공화국 담보법>에 의하여 일방이 상대방에게 계약금을 지급하는 것을 채권담보로 약정할 수 있다.”는 규정(동법 115조 1항)과 ‘매매의 대상인 재산권’과 관련하여 “매매계약은 매도인이 목적물의 소유권을 매수인에게 이전하고 매수인이 대금을 지불하는 계약이다.”라고 하여 매매의 대상인 재산권을 ‘소유권’에 한정하는 규정(동법 130조)<sup>14)</sup> 및 ‘임대물의 소유권변동과 임대차의 대항력’과 관련하여 “임대

13) 중국 상속법은 민법초안 제4고의 제6편 재산상속에 관한 부분을 그 원형으로 하여 이를 거의 그대로 답습하여 제정되었으며, 제1장 총칙·제2장 법정상속·제3장 유언상속과 처리·제4장 유산의 처리·제5장 부칙 등 5개장 37개조로 구성되어 있다.

14) 중국의 계약법이 매매의 대상인 재산권을 ‘소유권’에 한정하는 태도는 “매도하는 목적물은 매도인의 소유물이거나 매도인에게 처분권이 있어야 한다.”는 규정(동법

차기간 중에 임대물의 소유권의 변동되어도 임대차계약의 효력에는 영향을 미치지 않는다.”는 규정(동법 229조)·‘임대인은 임대한 가옥을 매각할 경우 매각하기 전에 상당한 기간 내에 임차인에게 통지하여야 한다. 임차인은 동등한 조건으로 우선 매입할 권리를 가진다.’는 규정 등은 대표적인 물권 관련 규정이다.

또, 담보법 중 제3장 저당권(33조~62조), 질권(63조~81조), 유치권(82조~88조) 등의 규정은 물권법 중 제한물권의 중심을 이루는 담보물권에 관한 대표적인 규정이다.<sup>15)</sup>

이 밖에도 현재 중국에서는 토지관리법, 광산자원법, 해역사용관리법, 초원법, 문물보호법, 도시부동산관리법, 농촌토지도급법 등의 입법에서 소유권 및 제한물권과 관련하여 실질적 물권법에 해당하는 규정을 두고 있다.

## 5. 중국 물권법의 제정

중국은 물권법을 별도의 단행법으로 제정하기로 입법방침을 정한 후 1994년 이후 전인대상무위원회 법제공작위원회에서 이에 대한 연구를 추진하여 2002년 1월 28일 ‘중화인민공화국 물권법의 1차 초안에 해당하는 의견청취고(意見聽取稿)를 마련하였다.<sup>16)</sup> 이 초안에 의하면 물권

132조), “목적물의 소유권은 목적물을 인도하는 때로부터 이전된다.”는 규정(동법 133조 본문), “당사자는 매매계약에 매수인이 대금을 지급하지 않거나 기타 의무를 이행하지 않을 경우 목적물의 소유권은 매도인에게 속한다고 약정할 수 있다.”는 규정(동법 134조) 등을 통하여 확인할 수 있다.

15) 이 밖에 회사법 중 ‘유한책임회사(동법 3조 2항)의 설립’과 관련하여 “주주는 화폐로 출자할 수도 있고, 현물·공업소유권·비특허기술·토지사용권을 가격으로 환산하여 출자할 수도 있다. 토지사용권에 대한 가격의 평가·산정은 법률과 행정법규의 규정에 따른다.”는 규정(동법 24조)과 “주주가 (중략) 토지사용권으로 출자할 경우에는 법에 따라 그 소유권의 이전수속을 하여야 한다.”는 규정(동법 25조) 및 ‘주식유한회사(동법 3조 3항)의 주식양도’와 관련하여 “회사는 본 회사의 주주권을 저당권의 목적물로 인수하지 못한다.”는 규정(동법 149조)은 대표적인 물권 관련 규정이다.

16) 成壽, “中國物權法的立法動向和主要內容”, ‘남북한 교류협력법제와 중국·대만(양

법은 제1편 총칙(1조-39조), 제2편 소유권(40조-115조), 제3편 용익물권(116조-246조), 제4편 담보물권(247조-322조), 제5편 점유(323조-333조) 등 5개편과 부칙(334조-335조) 등 총 335개조로 구성되어 있었다.

이후 중국은 전인대상무위원회 제16차 회의에서 사유재산제도를 구체적으로 뒷받침할 법률인 중화인민공화국 물권법의 초안을 만들어 이를 심의 중임을 2005년 7월 10일 공식 발표하였으며,<sup>17)</sup> 이후 7번의 심의를 거쳐 2007년 3월 16일 중국 물권법을 채택하여 2007년 10월 1일부터 시행되고 있다. 이러한 중국 물권법의 제정은 중국뿐만 아니라 중국에 투자하는 우리나라의 법인이나 개인에게도 토지와 건물 등 부동산에 대한 소유권이나 용익물권의 안정적인 취득 및 저장권 등 담보물권의 설정을 통한 금융과 부동산시장의 활성화 등에 있어서 법적 안정성을 확보한다는 점에서도 법제정의 의의를 찾아볼 수 있다.

## 6. 중국 물권법의 물권 구성과 체계

### (1) 중국 물권법의 구성

중국 물권법은 총 5개편(총칙 1개편과 각칙 4개편) 19개장 부칙 247개조로 구성되어 있다.<sup>18)</sup>

먼저 제1편은 총칙으로 이에선 제1장 일반규정(1조-8조), 제2장 물권의 설립·변경·양도와 소멸(9조-31조), 제3장 물권의 보호(32조-38조) 등 3개장으로 구성되어 있으며, 이 중 제2장의 경우는 다시 제1절 부

---

안)관계법제' 한·중 학술세미나 자료, 한국 국민대 법대 BK21 북한법제연구사업 팀·한국법학교수회 북한법연구특별위원회·중국 상해사회과학원 법학연구소·북단대학 공동주최, 2002. 7. 30, p. 4; 조성국, “북한과 중국의 물권법에 관한 비교고찰 : 소유권을 중심으로-”, 북한법연구, 제6호, 북한법연구회, 2003, p. 108.

17) 中華人民共和國物權法(草案) 全文, 人民日報, 2005. 7. 10.

18) 우리 민법의 편제와 다른 것은 각개의 장이 편별로 독립되어 있는 것이 아니라 편과 관계없이 차례로 장의 이름이 정하여지고 부칙상의 조문도 본칙에 이어서 조문이 정하고 있다.

동산등기(9조-22조)· 제2절 동산의 인도(23조-27조)· 제3절 그 밖의 규정(28조-31조)으로 나누어진다.

다음으로 제2편 내지 제5편은 각칙에 해당하는 것으로서 제2편은 소유권, 제3편은 용익물권, 제4편은 담보물권, 제5편은 점유로 구성되어 있다. 이 중 제2편 소유권(39조-116조)은 다시 제4장 일반규정(39조-44조), 제5장 국가·집단소유권 및 개인소유권(45조-69조), 제6장 업주의 건축물구분소유권(70조-83조), 제7장 상린관계(84조-92조), 제8장 공유(93조-105조), 제9장 소유권취득의 특별규정(106조-116조) 등 6개장으로 구성되어 있다.

또 제3편 용익물권은 제10장 일반규정(117조-123), 제11장 토지도급경영권(124조-134조), 제12장 건설용지사용권(135조-151조), 제13장 주택기지사용권(152조-155조), 제14장 지역권(156조-169조) 등 5개장으로 구성되어 있다.

또한 제4편 담보물권은 제15장 일반규정(170조-178조), 제16장 저당권(179조-207조), 제17장 질권(179조-229조), 제18장 유치권(230조-240조) 등 4개장으로 구성되어 있다. 이 중 제16장(저당권)의 경우는 다시 제1절 일반저당권(179조-202조)과 제2절 최고액저당권(203조-207조)으로, 제17장(질권)의 경우는 다시 제1절 동산질권(208조-222조)과 제2절 권리질권(223조-229조)으로 나누어져 있다.

또 본칙의 끝에 위치하고 있는 제5편 점유는 제19장 점유(241조-245조) 1개장으로 구성되어 있다.

마지막으로 부칙은 제246 내지 제247조의 2개조로 구성되어 있으며, 이 중 제246조에서는 부동산등기와 관련한 규정을, 제248조에서는 시행일(2007년 10월 1일)에 대한 근거규정을 다루고 있다.

## (2) 중국 물권법의 물권의 체계

종래 중국 민법상 물권은 민법체계상 독립된 지위를 가지고 있지 못했으며, 더욱이 물권법정주의가 인정되지 않음에 따라 물권의 체계적 분류가 어려웠다.<sup>19)</sup>

이에 따라 종래 중국 민법상 민법통칙을 근거로 한 물권에 관한 규정은 민법통칙과 담보법 등에 산재되어 있거나 혹은 그 성격을 달리 하는 두 가지 이상의 물권이 한 조문에 혼합된 형태로 규정되어 있기도 하기 때문에 물권의 분류는 전혀 체계화되어 있지 못하였다.<sup>20)</sup> 또한 점유권에 대하여서는 종래 중국의 민법이론이 용익물권인 사용권을 점유사용권으로 이해하고 있는 점,<sup>21)</sup> 중국의 민법통칙이 본권을 수반하지 않는 점유는 불법점유로서 금지된다고 하고 있는 점(동법 73조-75조), 거래의 신속 등과 같은 동태적인 측면이 중요시되지 않았던 현실 등을 고려해 볼 때 점유권을 독립한 물권으로 이해하는 데 소극적인 입장이었다고 할 수 있다.<sup>22)</sup>

그러나 2007년 제정된 중국 물권법은 “물권의 종류와 내용은 법률의 규정에 따른다.”고 규정하여 민법상 물권의 독자적 지위를 전제로 한 물권법정주의의 원칙(5조)을 취하고 있다. 이에 따라 중국 물권법은 제2편부터 제4편에 걸쳐 각칙에서 소유권에 대응하는 제한물권에 대하여 각각 용익물권과 담보물권으로 체계화하고 있다. 따라서 중국

19) 종래 중국 민법통칙상 ‘소유권 및 소유권에 관계되는 재산권’에 나타난 물권을 근거로 물권의 종류를 소유권과 소유권에 관계되는 재산권으로 나눌 수밖에 없었다. 여기서, ‘소유권에 관계되는 재산권’은 소유권에 대응하는 것으로서 다시 도급·경영권·사용권·국영기업경영권·채광권·유치권·저당권으로 나누고, 그 밖에 명문규정은 없지만 이론에 의하여 인정되고 있는 물권으로서 지상권·지역권·전권·질권 등은 국가의 정책에 반하지 않는다는 것을 그 존립근거로 하여 인정되고 있었다(法學教材編輯部編, 民法原理(修訂本), 法律出版社, 1989, p. 149).

20) 김영규, “중국 민법의 물권제도에 관한 연구”, 박사학위논문, 단국대학교 대학원, 1993. 2, pp. 136-139.

21) 鄭立·劉家興, 民法·民訴法全國自學統考復習問題集, 法律出版社, 1991, p. 56.

22) 김영규, 전계논문, pp. 149-150.

물권법은 물권을 소유권과 제한물권인 타물권으로 나누고 있으며, 다시 제한물권을 다시 토지도급경영권·건설용지사용권·주택기지사용권·지역권 등의 용익물권과 저당권·질권·유치권 등의 담보물권으로 체계화하고 있다고 할 수 있다.<sup>23)</sup>

이 밖에 중국 물권법은 점유권의 독자성을 인정하고 있지 않던 종래의 태도와는 달리 제5편에서 ‘점유’에 관한 별도의 규정을 두고 있다.

### Ⅲ.

#### 1. 중국 물권법의 총칙

##### (1) 기본원칙

###### 1) 중국 물권법의 기본원칙

중국 헌법은 물권법의 기본원칙과 관련하여 착취소멸의 원칙, 사회주의공공재산보호 및 합법적인 사유재산보호의 원칙, 사회주의시장경제실현의 원칙을 밝히고 있으며(중국 헌법 5조, 12조, 16조), 이는 법체계상 그대로 중국 물권법의 기본원칙이 된다(중국 물권법 1조, 3조).

이 밖에 중국 물권법은 “물권의 취득과 행사는 법률·사회공덕을 준수하여야 하고, 공공의 이익과 타인의 합법적 권익을 침해하지 못한다.”고 규정함으로써 사회공중도덕의 준수 및 공공이익·합법권익에 대한 침해금지의 원칙을 밝히고 있다(7조).<sup>24)</sup> 여기서, 합법적 권익에 대한 침해금지는 민사권익에 대한 법률상의 보호를 강조한 규정으로서 중국 민법이 자본주의민법의 원리를 수용하고 있음을 보여주는 것으로 이해된다.

23) 物權的構成體系, 人民日報, 2005. 7. 11.

24) 여기서 ‘사회공덕’(社會公德)이란 사회의 공중도덕이고, ‘공공이익’은 국가의 이익을 포함하는 사회 공공의 이익으로서 사회공덕과 공공이익은 우리 민법상의 공서양속(公序良俗)에 해당하는 것으로 여겨진다(동법 103조).

## 2) 물권의 개념 및 특징

중국 물권법은 물권의 개념과 관련하여 “본법에서 물권이라 함은 권리자가 법에 따라 특정한 물건을 직접 지배할 수 있는 배타적인 권리를 말하며, 소유권과 용익물권 및 담보물권을 포함한다.”고 규정하고 있다(동법 2조). 종래 중국의 민법통칙 등의 입법에서는 물권의 개념에 관한 규정이 따로 독립되어 규정되어 있지 않았으나, 종래 중국의 민법이론은 물권은 어떤 주체가 어떤 특정한 물건(객체)에 대하여 직접 지배함으로써 일정한 이익을 누리는 권리를 일컫는다고 이해하고 있다.<sup>25)</sup> 따라서 중국 물권법의 물권의 개념 및 특징은 종래의 물권이론과 맥락을 같이 하는 것으로서, 이는 얼핏 보기에 우리 민법상의 물권의 개념 및 특징과 서로 유사한 것으로 보인다.

그러나 종래 중국의 민법이론은 자본주의 민법의 물권개념에 대하여 부르조아지 학자들의 대부분은 근본적으로 물권을 ‘사람의 물건에 대한 권리’로 이해하고, 물건을 지배하는 재산권 또는 사람이 직접 물건에 대하여 향유하는 일정한 권리라고 하는데, 이는 결코 물권의 본질적 내용을 규정하는 것이 아니라고 비판한다.<sup>26)</sup> 이는 맑스주의적 관점<sup>27)</sup>에 근거한 것으로서, 이에 의하면 재산관계인 물권의 본질은 결코 ‘사람과 물건의 관계’가 아니고 ‘사람과 사람의 관계’라고 한다.<sup>28)</sup> 이와 같이 물권의 개념에 대한 본질적 차이에도 불구하고 외견

25) 法學教材編輯部編, 전게서, pp. 149~150.

26) 王利明·郭明瑞·吳漢東, 民法新論(下冊), 中國政法大學出版社, 1988, p. 2.

27) 맑스는 “물건은 사람을 위한 존재이고 동시에 다른 사람에 대한 사람의 관계이며, 바로 사람의 사람에 대한 사회관계이다. 이것은 자본주의사회에서는 사람의 물건에 대한 지배관계라는 표상으로 나타나는데, 이는 사람의 사람에 대한 잔혹한 착취관계를 은폐하는 것이다. 그러므로, 경제학이 연구할 것은 물권이 아니라 사람과 사람간의 관계이며, 이는 결국 계급과 계급과의 관계로 귀속된다.”라고 지적하고 있는데(馬克思恩格斯全集, 第2卷 p. 52 ; 王利明·郭明瑞·吳漢東, 전게서, p. 2), 이와 마찬가지로 맑스주의 민법학도 단순히 물권을 사람의 물건에 대한 관계로만 연구해서는 안 된다는 것이다.

28) 王利明·郭明瑞·吳漢東, 전게서, p. 2.

상 같은 정의를 내리는 것에 대하여 중국의 종래 민법이론은 법률이 주체와 객체에 대한 의지 및 이익을 객관화할 수 있고, 동시에 이를 실현시킬 법적 강제력의 존재를 외부에 인식시키게 되기 때문이라고 밝히고 있다.<sup>29)</sup>

### 3) 물권법정주의

중국 물권법은 중국 민법통칙과는 달리 “물권의 종류와 내용은 법률의 규정에 의한다.”라고 규정함으로써 물권의 종류와 내용을 민법(물권법)과 그 밖의 법률에 의해서만 제한하고, 이에 의하지 않는 새로운 종류의 물권을 임의로 창설하거나 그 내용에 대한 임의변경을 금지하는 물권법정주의의 원칙을 밝히고 있다(동법 5조).<sup>30)</sup> 이러한 중국 물권법의 태도는 물권의 종류와 내용을 획일적으로 단순화함으로써 물권변동에 있어서 공시의 원칙을 관철하려는 것과 궤를 같이 하는 것이라고 할 수 있다.

## (2) 물권변동

### 1) 중국 물권법의 공시의 원칙

중국 물권법은 제2장 제1절(9조~22조)과 제2절(23조~27조)은 부동산 물권에 대해 등기를, 동산물권에 대해 교부(인도)를 각각 공시방법으로 인정하여 물권의 변동에 대하여 공시방법을 갖추도록 하고 있다.<sup>31)</sup>

29) 法學教材編輯部編, 전게서, p. 150.

30) 중국 민법통칙 제6조는 “민사활동에서는 법률을 반드시 준수하여야 하며, 법률의 규정이 없을 경우에는 국가의 정책을 준수하여야 한다.”로 규정함으로써 ‘국가정책’에 의한 물권의 종류를 인정함으로써 물권법정주의에 배치되는 입장을 취하고 있었다. 이에 따라 종래 중국의 민법이론은 지상권·지역권·전권·토지도급경영권·질권·유치권·저당권 등의 물권의 형식은 국가의 정책이 적극적으로 금지하지 않는 한 인정된다는 입장을 취하고 있었다(法學教材編輯部編, 전게서, p. 150). 이와 같이 민사활동에 있어서 국가의 정책을 준수하여야 한다는 종래 중국 민법통칙의 태도에 대하여는, 종래 중국이 진정한 법치주의사회를 건설한다는 것은 요원한 일이 아니냐는 비판이 가해지고 있었다(許光泰, “中共民法通則初評”, 中國大陸研究, 第28卷 第11期, 國立政治大學國際關係研究中心, 1986. 5, p. 4).

## 2) 부동산물권변동과 등기

중국 물권법은 “부동산물권의 발생·변경·소멸은 등기하여야 하며, 등기하지 않으면 물권의 효력이 발생하지 않는다. 다만, 법률에 별도의 규정이 있는 경우에는 그러하지 않다.”고 규정하여(동법 9조), 등기를 요하는 부동산물권변동의 원인을 ‘법률행위’로 보고 있다.

또한 중국 물권법은 등기 없이도 부동산물권변동이 발생하는 경우를 동법 제28조 내지 제30조에서 규정하고 있다. 즉, 인민법원, 중재위원회의 법률문서 또는 인민정부의 징수결정 등으로 인하여 물권이 설정, 변경, 양도 또는 소멸되는 경우 물권은 법률문서 또는 인민정부의 징수결정 등이 효력을 발생하는 때로부터 물권의 효력이 발생한다(동법 28조). 또한, 상속 또는 유산증여를 받아 물권을 취득하는 경우 물권은 상속 또는 유산증여를 받는 때로부터 효력을 발생한다(동법 29조). 또, 주택의 합법적인 건설, 철거 등 사실상의 행위로 인하여 물권이 설정 또는 소멸되는 경우 물권은 사실상의 행위가 완성된 때로부터 효력을 발생한다(동법 30조).

중국 물권법상 부동산물권의 등기는 토지 소재지의 등기기관에서 취급하며, 당사자가 등기를 신청할 때에는 등기사항에 대한 권리증명 과 토지의 경계와 면적 등 필요한 자료를 제공하여야 하며(동법 10조, 11조), 등기신청을 접수한 등기기관은 1차적으로 형식적 심사를 하나, 등기신청을 한 건설용지의 관련 상황에 대하여 더 깊이 알아볼 필요가 있다고 인정하는 경우 2차적으로 신청인에게 보충자료를 요구할 수 있으며 필요시에는 현장조사를 할 수 있는 실질적 심사권을 행사할 수 있다(동법 12조). 또한 부동산의 사용권증서는 권리자가 당해 부동산물권을 향유함을 증명하는 증서로서, 중국 물권법은 권리증서의 기재사항이 부동산등기부의 등재사항과 같지 않은 경우 부동산등

---

31) 중국 물권법 제24조는 선박·자동차·항공기의 본질을 동산으로 취급하면서도 이들의 공시방법으로서는 등기를 인정함으로써 우리 법제에서와 마찬가지로 이들을 의제부동산으로 취급하고 있다.

기부에 확실히 오류가 있음을 증명하는 증거가 없는 한 부동산등기부의 기재에 의하도록 하여 등기의 추정력을 명문으로 규정하고 있다(동법 17조).

### 3) 동산물권변동과 인도

중국 물권법은 동산물권변동과 관련하여 “동산물권의 설립과 양도는 인도할 때 효력이 생긴다. 그러나 법률에 다른 규정이 있는 경우는 제외된다.”고 규정하여(동법 23조), ‘법률행위’로 인한 동산물권변동은 인도를 요하는 형식주의원칙을 채택하고 있다.

또한 인도와 관련하여 우리 민법(199조-191조)과 마찬가지로 현실의 인도 이외에 간이인도 점유개정, 목적물반환청구권의 양도 등 관념적 인도를 명문으로 인정하고 있다(동법 25조-27조).

### (3) 물권의 보호

중국 물권법 제34조 내지 제37조는 방해의 모습에 따른 물권적 청구권 3가지의 모습을 모두 인정함으로써 외형상 우리 민법(동법 213조-214조, 204조-206조 참조)과 비슷하다.<sup>32)</sup>

또한 물권의 보호와 관련하여 중국 물권법은 “물권을 침해한 경우, 민사책임을 져야 할 뿐만 아니라 행정관리규정을 위반하면 법에 따라 행정책임을 지고 범죄가 구성되면 법에 따라 형사책임을 지게 된다.”고 규정하고 있다(동법 38조). 이에 따라 소유권 등의 물권을 침해하는 행위에 대하여 물권자는 침해자인 상대방에게 물권적 청구권의 내용에 포함되는 민사책임과 행정처분은 물론 형사책임도 병존적으로 주장할 수 있다.

32) 이와 관련하여 전인대 상무위원회 입법소위 위원장도 초안이 인민의 물적 소유권을 확인케 해줌으로써 사유재산이 확립되게 만들 것이라고 하면서, 초안의 특징 중의 하나로 물권보호방식의 구체화를 강조하고 있다(王胜明, “物權法要回答的問題”, 人民日報, 2005. 7. 8).

## 2. 점유와 소유권

### (1) 점 유

중국 물권법은 제5편 제19장에서 제241조 내지 제245조에 걸쳐 점유하고 있다는 사실에 대하여 점유자의 책임(242조)·점유자의 비용상환청구권(243조)·점유물의 멸실 훼손에 대한 책임(244조)·점유보호청구권(245조)의 인정 등 법률효과를 독립적으로 인정하고 있다.

이와 같이 ‘점유’에 대하여 독자적 지위를 규정하고 있는 중국 물권법의 태도에 대하여는, 우리 민법과 마찬가지로 점유권을 독립한 물권으로 인정하고 있는 것인가, 아니면 점유가 독립한 물권이 아닌 권리행사의 한 내용인 권능으로 이해할 것인가에 대하여 분명하지 않다.

이와 관련하여 일찍이 중국은 물권법 초안의 해석에서 물권의 구성에 물권을 ‘대물적 권리’라는 점을 강조하면서 이를 소유권과 제한물권으로 나눔에 있어서 소유권을 자물권(自物權)으로, 제한물권을 타물권(他物權)으로 체계화하고 있을 뿐, 별도로 점유권에 대하여 소유권 등의 본권에 대응하는 물권으로 나누고 있지 않다.<sup>33)</sup>

### (2) 소유권

#### 1) 소유주체에 따른 소유 형태의 다양성(국가소유권과 집단소유권 및 개인소유권)

중국 물권법은 종래 민법통칙이나 사회주의 민법의 일반적인 태도와 마찬가지로 소유권을 소유주체에 따라 국가소유권(45조-57조)과 집단소유권(58조-63조) 및 이에 대응하는 ‘개인소유권’(64조-69조)으로 나누어 규정하고 있다.

33) 人民日報, “物權的構成體系”, 2005. 7. 11.

그러나 중국 물권법은 개인소유권과 관련하여 “개인은 그 합법적인 수입, 건물, 생활용품, 생산도구, 원자재 등 부동산과 동산에 대해 소유권을 가진다.”고 규정하여(동법 64조), 종래 생산수단에 대한 사소유를 부정하는 종래 사회주의 민법의 물권법제와는 달리 ‘개인소유권’을 사소유권으로 포함하는 것으로 하는데, 이는 중요한 입법적 변화이다.

## 2) 입주자의 건축물구분소유권

중국 물권법은 제6장에서 사람들이 주택, 영업 등의 활동을 진행하는 건축물 중 전유부분에 대하여 입주자가 갖는 구분소유권에 대하여 규정하고 있다(동법 70조-83조). 이 중 전유부분과 공용부분에 대한 권리행사와 의무의 부담(70조-72조), 도로·녹지·공공장소·공공시설·건물관리용시설 등의 권리귀속(72조), 입주자 대회(총회)·입주자위원회 및 위원회의 결정(75조-78조), 보수자금의 입주자 공동부담(79조), 건축물 및 부속시설의 관리와 감독(80조-81조) 등은 우리 물권법제에서 특별법인 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률의 규정과 유사한 관련 입법으로 평가할 수 있다.

## 3) 상린관계

중국 물권법은 제7장에서 서로 인접한 부동산소유권의 상호 행사를 합리적으로 조절하기 위한 법률관계인 상린관계에 대하여, 종래 근거 입법이던 중국 민법통칙 제83조를 구체화하여 규정하고 있다(동법 84조-92). 이 중 용수, 배수에 필요한 편의를 제공(86조), 상린지역의 통행권(87조), 오염물질의 배출금지(90조), 상린권자의 안전의무와 손해배상의무(90조-91조) 등은 우리 민법의 자연유수의 승수의무와 권리 및 저수·배수·인수를 위한 공작물에 대한 공사청구권(221조, 223조), 인지사용청구권과 주위토지통행권(216조, 219조), 매연 등에 의한 인지

에 대한 방해금지(217조), 상린권자의 보상의무와 손해배상의무(219조 2항, 236조) 등의 규정과 유사한 관련 입법으로 평가할 수 있다.

이 밖에 중국 물권법은 상린관계의 처리원칙과 처리근거(84조-85조), 건설시공·관·선 등의 설치에 발생하는 상린관계(88조), 통풍·채광·일조 등의 환경과 상린관계(89조)에 대해서만 규정하고 있으나, 우리 민법이 30개 남짓의 조문에 걸쳐서 다루는 대부분의 상린관계 규정을 그들은 두고 있지 않다(215조-244조).

#### 4) 공동소유

중국 물권법은 제8장에서 수인의 단위 또는 개인이 부동산 또는 동산을 같이 소유하는 공동소유에 대하여 안분(按分)공유와 공동(共同)공유로 나누어 규정하고 있다(동법 84조-92). 여기서 안분공유는 수인이 지분에 의하여 공동으로 소유하는 것으로 우리 민법의 공유에 상응하는 공동소유의 모습이고, 공동공유는 수인이 지분에 의하지 않고 공동으로 평등한 지위에서 물건의 소유권을 같이 행사하는 것으로 우리 민법의 합유와 비슷한 공동소유의 형태이다. 특히 중국 물권법은 공유자 사이에 공유하는 부동산 또는 동산에 대해 안분공유 또는 공동공유에 대한 약정이 없거나 약정이 불명확한 경우에는, 공유자 사이에 가족관계인 경우를 제외하고는 모두 안분공유로 간주되는 것으로 취급하고 있으며(동법 103조), 이에 따라 가족관계에서 성립하는 부부공유재산, 가정공유재산, 공동상속의 재산은 공동공유로 다루어진다.<sup>34)</sup> 이 밖에 중국 물권법은 수인이 공동으로 용익물권이나 담보물권을 행사하는 경우에는 본장(제8장)의 규정을 참조하도록 함으로써(동법 105조), 준공동소유를 인정하고 있다.

34) 연세대학교 산학협력단, 중국의 기업소득세법 및 물권법 해석서 Ⅱ-중국의 물권법-<법제처 연구용역 최종보고서>, 2007. 12. 14, p. 110 참조.

### 5) 소유권취득의 특별규정

중국 물권법은 제9장(소유권취득의 특별규정)에서 법률의 규정에 의한 소유권취득의 원인과 물건의 실정법상의 분류와 관련한 조문을 규정하고 있다(106조-116조). 중국 물권법은 이 중 법률의 규정에 의한 소유권취득의 원인과 관련하여 선의취득(106조-108조), 유실물습득(109조-113조), 매장물발견(114조)을 규정하고 있고, 이어서 물건의 실정법상의 분류와 관련하여 주물과 종물(115조), 원물에 대응하는 과실에 대하여 천연과실과 법정과실을 규정하고 있다(116조).

특히 중국 물권법은 제9장의 선의취득의 목적물과 관련하여 우리 민법(249조)과 달리 부동산을 포함시키고 있으며(동법 106조), 유실물 습득과 관련하여 우리 유실물법과 관련한 절차 규정을 물권법에서 규정하는 등의 특징을 띠고 있다.

## 3. 용익물권

### (1) 용익물권 일반

중국 물권법상 용익물권은 물권법정주의를 천명하고 있는 입법취지상 중국의 민법이론이 강조하고 있는 물권의 일반적 효력으로서 배타적 효력·우선적 효력·물권적 청구권과 추급력 등이 당연히 인정된다.<sup>35)</sup>

중국 물권법은 용익물권의 정의를 “타인 소유의 부동산이나 동산에 대하여 법에 따라 점유, 사용, 수익 할 수 있는 권리”라고 규정하고 있어서 동산도 용익물권의 객체가 될 수 있도록 그 적용범위를 확대하고 있다(동법 117조). 그러나 중국 현행 물권법의 용익물권은 모두 부동산을 대상으로 하고 있으며, 동산은 앞으로 입법의 변화를 고려하여 둔 정책적 규정으로 이해된다.

35) 王澤鑿, 民法物權(第1冊), 臺灣三民書局, 1992, p. 50 ; 江平(노정환 옮김), 중국 민법, 삼성경제연구소, 2007, p. 598.

또한 중국 물권법은 용익물권의 일반규정에서 “국가는 천연자원의 유상양도체도를 실시한다.”는 규정을 두고 있다(동법 118조). 이는 중국 민법통칙에는 없는 규정으로 이미 중국에서 시행되고 있는 토지사용료, 세금의 징수, 토지사용권의 유상양도를 뒷받침하는 규정이라고 평가할 수 있다.

또 중국 물권법은 우리의 경우 수산업법(2조 8호)과 광업법(3조 3호)에 근거하여 준물권(準物權)으로 다루어지는 어업권과 광업권과 관련한 규정을 일반규정에 두고 있다(중국 물권법 122조, 123조).

## (2) 중국 물권법의 토지도급경영권

### 1) 토지도급경영권의 주체와 객체

중국 물권법상 토지도급경영권이라 함은 토지도급경영권자가 법에 의하여 자신이 도급받아 경영한 경작지·임지(林地)·초지(草地) 등에 대하여 재배업·임업·목축업 등 농업생산을 위하여 점유하여 사용·수익할 권리를 말한다(동법 125조). 따라서 토지도급경영권의 객체는 농촌토지이며,<sup>36)</sup> 그 주체는 농업생산을 위한 단체 또는 개인으로서 당해 토지를 이용하여 농업생산을 위한 경우가 아니면 토지도급경영권이 성립하지 않는다.

여기서 토지도급경영권의 목적이 되는 농업생산을 위한 산업에는 재배업·임업·목축업이 해당되므로(중국 물권법 125조),<sup>37)</sup> 권리자는 이에 따른 사용권은 물론 수익권의 일환으로 농업생산물을 소유할 권리를 가진다.

36) 중국 물권법상 토지도급경영권의 객체인 농촌토지는, 집체가 소유하는 토지로서 경작지·임지·초지, 국가소유토지로서 농촌집체가 사용하는 경작지·임지·초지, 기타 법에 의하여 농업생산을 위한 토지를 말한다(동법 124조).

37) 이와 관련하여 중국 농업법은 “농업은 재배업·임업·목축업과 어업 등의 산업이 포함되고, 이들과 직접 관련이 되는 생산 전, 생산 중, 생산 후의 서비스도 포함된다.”고 규정하여(동법 2조), 농업생산을 위한 농업의 범위를 중국 물권법보다 넓게 규정하고 있다.

## 2) 토지도급경영권의 존속과 처분

중국 물권법은 토지도급경영권의 존속기간에 대하여 경작지의 경우는 30년, 초지의 경우는 30년 내지 50년, 임지의 경우는 30년 내지 70년으로 제한하고 있다(동법 126조 1항). 따라서 중국 물권법의 토지도급경영권의 최단존속기간은 30년이고, 위 기간이 만료되면 관련 규정에 따라 계속하여 갱신할 수 있다(동조 2항).

또한 토지도급경영권자는 투하자본을 회수하기 위하여 농촌토지도급법의 규정에 따라 토지도급경영을 존속기간 안에 하도급·교환·양도·저당 등의 방식으로 처분할 수 있다(중국 물권법 128조, 133조).<sup>38)</sup> 여기서 특히 중국 물권법이 토지도급경영권의 처분행위로 저당권을 설정할 수 있도록 하고 있는 것은 종래 경작지도급경영권에 대하여 이를 인정하고 있지 않던 입법태도<sup>39)</sup>에 변화를 보여주는 것으로, 위 권리를 통한 금융의 수단으로서의 기능을 부여하는 것이라고 할 수 있다.

## 3) 토지도급경영권의 취득과 제한

중국 물권법은 “토지도급경영권은 토지도급경영권계약의 효력이 발생한 때부터 설정된다.”고 규정하고 있다(동법 127조 1항). 따라서 토지도급경영권은 계약의 성립<sup>40)</sup>과 동시에 효력이 발생하고 수급인이

38) 이와 관련하여 중국의 농촌토지도급법은 토지도급경영권의 처분행위로 하도급(수급자가 경영권의 전부 또는 일부를 일정기간 같은 집체경제조직의 다른 농가에 이전하여 농업생산경영을 하게 하는 행위), 교환(같은 집체경제조직의 수급 토지를 대상으로 경영권을 서로 이전하는 행위), 양도(수급자의 신청과 도급인의 동의를 거쳐 경영권의 전부 또는 일부를 농업능력이 있는 양수인에게 이전하는 행위), 저당(채무이행의 담보를 위하여 당해 토지를 담보로 제공하고 환가하여 우선변제를 받도록 하는 행위)을 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 32조, 49조).

39) 중국의 담보법은 경작지의 토지사용권을 저당권의 객체로 할 수 없도록 규정하고 있다(동법 37조 2호 참조).

40) 계약의 성립과 관련하여 중국 계약법 제13조는 “당사자는 계약을 체결함에 있어 청약, 승낙의 방식을 취한다.”고 규정하여 ‘청약’과 이에 대응하여 계약성립을 의욕

등기 없이 권리를 취득하게 된다.

또 토지도급경영권자가 권리를 취득하면 현금 이상 인민정부는 토지도급경영권자에게 증서를 발급하고 등기하여 권리를 확인하여야 하며(중국 물권법 127조 2항, 중국 농촌토지도급경영권증서 관리방법 4조 및 7조),<sup>41)</sup> 토지도급경영권의 취득 및 처분과 관련한 등기는 대항요건이다(중국 물권법 129조).

또한 토지도급경영권의 수급지가 기간이 만료되기 전에 징수된 경우에는 권리자는 그 상실한 이익을 보상청구권을 행사할 수 있다(중국 물권법 132조, 42조).

### (3) 중국 물권법의 건설용지사용권

#### 1) 건설용지사용권의 주체와 객체

중국 물권법상 건설용지사용권이라 함은 건설용지사용권자가 법에 의하여 국가소유의 토지를 점유하여 사용·수익할 권리로서, 권리자는 당해 토지를 이용하여 건물·구조물 및 그 부대시설을 축조할 권리를 가진다(동법 135조). 따라서 중국 물권법의 건설기지사용권은 우리 민법(279조)의 지상권에 상응하는 권리로 이해할 수 있으나, 우리 민법의 경우와는 달리 국유토지만을 그 객체로 한다는 점에서 차이가 있다.

종래 중국 민법통칙은 국유토지사용권의 주체에 대하여 전인민소유제기업과 집단소유제기업 등의 법인에 한정하였으나, 중국 물권법은

---

하는 상대방의 의사표시인 ‘승낙’의 일치(합의)에 의하여 계약이 성립함을 명문으로 인정하고 있다.

41) 여기서 토지도급경영권의 취득 및 처분과 관련한 등기를 대항요건으로 하는 이유에 대하여는, 효력발생요건주의를 취하게 되면 필연적으로 등기비용을 발생시켜 농민에게 불필요한 부담을 초래하게 되고 처분의 경우 이해관계인이 대부분 근처의 농민이라는 점이 많다는 것이 입법취지라고 설명되고 있다(연세대학교 산학협력단, 전게서, p. 150 참조).

건설기지사용권은 별도의 제한을 두고 있지 않으므로, 자연인도 건설기지사용권의 주체가 될 수 있다(동법 135조).<sup>42)</sup>

중국 물권법상 건설용지사용권의 객체는 원칙적으로 국가소유의 토지이다(동법 135조). 여기서, 국가소유의 토지는 도시의 토지를 말하며(중국 헌법 10조 1항), 토지에 대한 권리행사의 범위는 지표에 한하지 않고 지상과 지하를 포함하나, 토지의 지표·지상·지하만을 대상으로 할 수도 있다(동법 136조 본문).<sup>43)</sup> 따라서 중국 물권법 제136조의 건설기지사용권은 종래 토지의 평면적 이용에서 입체적 이용으로 변화되는 현실을 입법적으로 반영한 것으로 우리 민법(289조의 2)의 구분지상권에 상응하는 규정으로 이해할 수 있다.

## 2) 건설용지사용권의 존속과 처분

중국 물권법은 건설용지사용권의 최장기에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만 동법은 주택 건설용지사용권의 기간이 만료되면 기간이 자동 갱신되도록 하여 법정갱신을 인정하고 있다(동법 149조 1항). 이러한 주택 건설용지사용권의 법정갱신을 명문화함으로써 건설용지사용권자로 하여금 그 지상건물의 소유권행사에 법적 안정성을 도모하는 입법조치로 해석된다.<sup>44)</sup>

42) 이는 ‘중화인민공화국 城鎮 國유토지사용권 출양과 양도에 관한 잠정조례’(이하 ‘잠정조례’라 약칭함) 제3조에서 “중화인민공화국 내의 회사·기업·기타 기구와 개인은 법률에 별도 규정이 있는 자를 제외하고 모두 본 조례 규정에 따라 토지사용권을 취득하여 토지를 개발·이용·경영할 수 있다.”고 규정하고 있는 것과 맥락을 같이 하는 것이다.

43) 중국 물권법상 이미 지하만을 대상으로 하는 건설기지의 구분사용권이 있는 경우에는 그 후 지표나 지상에 건설용지사용권을 취득한 자라도 기존의 지하사용권자의 이익을 침해하지 않을 의무를 부담한다(동법 136조 단서).

44) 또 비주택 건설용지사용권의 기간만료 후의 갱신은 법률규정에 따라 처리하고, 당해 토지상의 가옥과 기타 부동산의 귀속은 약정이 있는 경우 그 약정에 따르고 약정이 없거나 약정이 불명확한 경우에는 법률, 행정법규의 규정에 따라 처리하도록 하고 있다(동조 2항). 따라서 공업용지·상업용지나 순수한 주택건설용지가 주상복합건물용지 등의 경우에는 법정갱신이 인정되지 않게 되므로, 이를 고려한 투자가 현실적으로 중요시 되리라 판단된다.

또한 건설용지사용권자는 권리의 처분과 관련하여 법률에 별도의 제한이 없는 한 건설용지사용권을 양도·교환·출자·증여할 수 있으며, 이를 담보로 제공하여 저당권을 설정할 수도 있다(중국 물권법 143조). 여기서 건설용지사용권을 양도·교환·출자·증여 또는 저당할 경우 당사자는 반드시 서면형식으로 상응한 계약을 체결하여야 하며, 사용기간은 당사자가 약정하되 그 기간은 건설용지 사용권의 잔여기간을 초과할 수는 없다(동법 144조, 잠정조례 22조).<sup>45)</sup>

### 3) 건설용지사용권의 취득과 제한

중국 물권법 제137조는 “건설용지사용권 설정은 사용권 출양 또는 획발 등의 방식을 취할 수 있다. 공업·상업·관광·오락 및 상품주택 등 영업성용지 또는 동일한 사용권 사용희망자가 둘 이상인 사용은 입찰·경매 등 공개입찰경쟁의 방식으로 사용권을 출양해야 한다.”고 규정하여 출양이 건설용지사용권의 취득방식의 원칙임을 규정하고 있다.<sup>46)</sup> 여기서 출양금의 지급은 출양계약의 요소이므로, 건설용지사용권자는 반드시 법률규정 및 계약에 약정한 바에 따라 사용권 출양금을 지급하여야 한다(141조).

또 중국 물권법 제137조는 “획발의 방식으로 건설용지사용권을 설정하는 것을 엄격히 제한한다. 획발의 방식을 취할 경우에는 토지용도에 관한 법률, 행정법규의 규정을 준수하여야 한다.”(동조 3항)고 규정하여 획발은 예외적인 건설기지사용권의 취득방식임을 규정하고 있다.

45) 또한 중국 물권법상 건설용지사용권을 양도·교환·출자·증여할 경우에는 등기기관에 변경등기를 하여야 한다(동법 145조, 잠정조례 25조).

46) 중국 물권법은 “입찰·경매·협의 등 사용권 출양의 방식으로 건설용지 사용권을 설정할 경우 당사자는 서면형식으로 건설용지사용권 출양계약을 체결하도록 규정하고 있으며, 그 계약내용으로 “① 당사자의 명칭과 주소, ② 토지 경계·면적 등, ③ 건물, 구축물 및 그 부대시설이 차지하는 공간, ④ 토지용도, ⑤ 사용기간, ⑥ 사용권 매각금 등의 비용 및 그 지불방식, ⑦ 분쟁해결방법” 등의 조항들을 포함시키도록 강제하고 있다(동법 138조).

건설용지사용권의 제한과 관련하여 중국 물권법은 건설용지사용권의 기간이 만료되기 전에 공공 이익의 수요에 의해 당해 토지를 조기 회수할 경우에는 위 제42조의 규정에 따라 당해 토지에 있는 가옥과 기타 부동산에 대하여 보상해주어야 하며 아울러 상응한 사용권 출양금(매각대금)을 반환하여야 함을 강조하고 있다(동법 148조).

#### (4) 중국 물권법의 주택기지사용권

중국 물권법상 주택기지사용권이라 함은 주택기지사용권자가 법에 의하여 단체가 소유한 토지를 점유하여 사용·수익할 권리로서, 권리자는 당해 토지에 건축된 주택 및 그 부속시설을 사용할 권리를 가진다(동법 152조).<sup>47)</sup> 따라서 주택기지사용권도 건설기지사용권과 마찬가지로 우리 민법의 지상권에 유사한 권리로 이해할 수 있으나, 중국 물권법의 주택기지사용권은 건설기지사용권과는 달리 자연인만이 취득할 수 있고 그 취득 및 행사와 양도는 토지관리법 등의 관련 규정이 적용되며 취득시 등기는 임의사항이다(중국 물권법 153조).<sup>48)</sup>

특히 중국 물권법은 자연재해의 원인으로 주택지가 멸실되면 주택기지사용권도 소멸하나, 주택지를 상실한 경우에는 다른 택지를 재분배하도록 규정하고 있으며(동법 154조),<sup>49)</sup> 이는 우리 민법 등 자본주의 민법에서는 입법례를 찾아볼 수 없는 것으로 중국 물권법이 사회주의 민법의 색채를 띠는 특색 있는 규정이다.

47) 종래 중국의 민법이론은 민법통칙 제80조·제81조의 사용권에 대하여 국유토지 사용권·국유산림사용권·국유초원사용권·국유수면 및 간석지 등의 동식물양육사용권 등을 포함하여 다양한 내용의 토지사용권에 대한 심의가 있었으나, 주체의 민감성을 고려하여 토지사용권에 대한 일반규정은 두지 않고 건설용지사용권과 주택기지사용권만이 입법화 되었다(江平<노정환 옮김>, 전게서, p. 726 참조).

48) 중국의 토지관리법은 주택기지사용권을 반드시 행정법률심사절차인 비준을 거쳐 원시취득을 하도록 규정하고 있으며(동법 62조), 이미 권리자가 취득한 주택기지사용권을 양수인은 주택소유권과 수반하여 사용권을 승계취득할 수 있다.

49) 주택기지사용권의 취득시 등기는 임의사항이나, 주택기지사용권의 취득시 당사자의 신청에 의하여 등기를 한 경우에는 권리의 양도 또는 소멸시 변경등기 또는 말소등기를 하여야 한다(중국 물권법 155조).

### (5) 중국 물권법의 지역권

중국 물권법상 지역권이라 함은 자신의 부동산의 편익을 위하여 타인의 부동산을 사용할 권리로서, 여기서 지역권자 자신의 부동산을 수역지(需役地)하고 그 권리행사의 대상이 되는 부동산을 공역지(供役地)라 한다(동법 156조).<sup>50)</sup> 중국 물권법은 지역권에 대하여 우리 민법과 마찬가지로 수역지소유권 등 수역지상의 부동산권리와 지역권과의 관계에 있어서 부종성(동법 164조)·수반성(동법 165조)·불가분성(동법 168조)·공용성(동법 160조) 등의 성질을 띤다.

그러나 중국 물권법은 주택기지사용권의 취득의 경우에서와 마찬가지로 지역권의 취득시 등기를 임의사항으로 다루고 있으며(동법 169조), 존속기간 등 일정한 사항을 기재한 지역권설정계약을 서면으로 체결하도록 강제하고 있다(동법 157조).<sup>51)</sup>

특히 중국 물권법은 지역권자가 지역권을 남용하거나 유상약정을 한 지역권자가 대가의 지급을 체납한 경우에 설정자가 2번의 독촉에도 불구하고 합리적 기간 안에 대가를 계속 지급하지 않으면 해제권을 행사하도록 규정하고 있다(동법 168조).

## 4. 담보물권

### (1) 담보물권 일반

중국 물권법은 제4편 담보물권의 일반규정(제15장)에서 담보물권의 각론으로 저당권·질권·유치권을 다루기에 앞서 그 공통된 내용을

---

50) 여기서 중국 물권법 제156조의 수역지(需役地)는 편익을 필요로 하는 토지로서 우리 민법의 요역지(要役地)에 해당하고, 공역지(供役地)는 편익을 할 수 있도록 공급하는 토지로서 우리 민법의 승역지(承役地)에 해당한다.

51) 여기서 중국 물권법 제156조는 “당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 공역지와 수역지의 위치, 이용목적과 방법, 존속기간, 비용 및 그 지급방법, 분쟁해결의 방식” 등의 6개 사항을 반드시 지역권설정계약서에 포함시키도록 하고 있다.

규정하고 있다.

특히 중국 물권법은 제15장에서 담보물권의 일반적 효력으로서 우선변제적 효력(170조),<sup>52)</sup> 통유성으로서의 부종성과 수반성(172조, 174조), 인적 담보와 물적 담보의 관계(176조), 담보물권의 공통된 소멸원인(177조), 물권법과 담보법과의 관계(178조) 등을 규정하고 있다.

특히 중국 물권법 제178조는 “담보법과 본법(중국 물권법)의 규정이 일치하지 않은 경우, 본법을 적용한다.”고 규정하여 얼핏 보기에 담보물권을 규율함에 있어서 일반법인 물권법과 특별법인 담보법 사이에 특별법우선의 원칙에 어긋나는 것처럼 보이거나,<sup>53)</sup> 이는 중국 물권법이 ‘전국인민대표대회’에서 채택된 것으로서 ‘전국인민대표대회 상무위원회’에서 채택된 담보법보다 상위법으로서 상위법우선의 원칙에 따른 것이다.

## (2) 저당권

### 1) 일반저당권

중국 물권법은 제16장에서 보통의 일반저당권(제1절 : 179조-202조)과 근저당인 최고액저당권(제2절 : 203조-207조)으로 나누어 저당권을 규정하고 있다.

특히 일반저당권에서 중국 물권법은, 저당권을 채권자인 저당권자가 채권담보를 위하여 채무자 또는 제3자가 담보로 제공한 재산(목적물)

52) 중국 물권법 제70조는 담보물권의 우선변제적 효력과 관련하여 “담보물권자는 채무자가 만기된 채무를 이행하지 않거나 당사자들이 약정한 담보물권 실행의 상황이 발생하는 경우, 법에 따라 담보재산에 대해 우선 변제를 받을 권리가 있다. 그러나 법률에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.”고 규정하고 있다.

53) 중국 담보법은 물권법 제4편(담보물권) 규정과 일반법과 특별법의 관계에 있고, 중국 물권법은 담보법보다 신법에 해당한다. 따라서 양법 사이에 서로 충돌되는 규정에 대하여 신법우선의 원칙에 따르면 물권법이 담보법에 우선하여 적용되어야 하나, 담보법의 특별법의 지위에 있는 것으로 파악하면 신일반법이 구특별법에 우선하지 못하게 된다.

의 점유를 이전하지 않고 채무자가 채무를 이행하지 않거나 당사자들이 약정한 저당권 실행의 사유가 발생하면 채권자가 그 재산으로부터 우선변제를 받을 권리라고 정의하고 있다(동법 179조).

여기서 특히 중국 물권법은 저당권의 객체가 될 수 있는 것(180조)<sup>54</sup>과 없는 것(184조)<sup>55</sup>을 구체적으로 열거하고 있으며, 유저당(流抵當)을 금지하는 명문규정을 두고 있다(동법 186조). 또 저당권설정등기는 저당권이 성립하기 위한 효력발생요건이 원칙이나 생산설비, 원재료, 반제품, 제품, 교통운송수단, 건조 중인 선박, 항공기 등의 동산이나 특수동산의 경우에는 저당권설정등기를 대항요건으로 2원적으로 나누어 규정하는 특색을 보이고 있다(187조, 188조).<sup>56</sup>

또한 저당권의 효력과 관련하여 중국 물권법은 저당권의 수반성과 과실에도 효력이 미치는 것(192조, 197조) 등에서 우리 민법과 비슷하지만, 임차권에 물권적 성질을 부여하여 저당권이 설정되기 전에 먼저 임차권이 설정되면 후에 설정된 저당권에 영향을 받지 않고 임차권이 저당권에 우선하는 것으로 다루고 있다(190조).

---

54) 중국 물권법 제180조는 채무자 또는 제3자는 처분할 권리가 있는 (1) 건축물과 기타 토지부착물, (2) 건설용지사용권, (3) 입찰, 경매, 공개협상 등 방식으로 취득한 황무지 등 토지도급경영권, (4) 생산설비, 원재료, 반제품, 제품, (5) 건조 중인 건축물, 선박, 항공기, (6) 교통운송수단, (7) 법률, 행정법규가 저당권설정을 금지하지 않는 재산 등을 저당권의 객체로 설정할 수 있도록 규정하고 있다.

55) 중국 물권법 제184조는 (1) 토지소유권, (2) 경작지, 주택기지, 자류지(自留地), 자류산 등 집체소유의 토지사용권(단 법률이 저당권이 설정될 수 있다고 규정한 것 제외), (3) 학교, 유치원, 병원 등 공익을 목적으로 한 사업단위, 사회단체의 교육시설, 의료위생시설과 기타 사회공익시설, (4) 소유권, 사용권이 불명확하거나 분쟁이 있는 재산, (5) 법률에 의하여 봉인, 차압, 감독, 관리하는 재산, (6) 법률, 행정법규의 규정에 의해 저당하지 못하는 기타 재산 등을 저당권의 객체로 설정할 수 없도록 규정하고 있다.

56) 중국 물권법이 동산저당권의 경우, 저당권설정계약만으로 효력발생이 되지만 등기가 없으면 선의의 제3자에게 대항할 수 없도록 하는 대항요건으로 다루는 입법태도에 대하여는, 동산의 경우는 유동성이 크기 때문에 공시방법을 등기로 하면 사회현실에 부합하지 않고 동산의 유동성을 저해하고 거래의 비용을 증가하기 때문으로 이해하고 있다(연세대학교 산학협력단, 전게서, p. 198).

이 밖에 중국 물권법은 건물에 저당권을 설정하는 경우에는 당해 건물이 점하고 있는 범위 안의 건설용지사용권도 동시에 저당권의 효력이 미치며, 건설용지사용권을 저당권의 객체로 하는 경우 그 토지상의 건물도 동시에 저당권의 효력이 미치는 것으로 간주하고 있다(동법 182조). 또 향진기업·촌기업의 건설용지사용권은 단독으로 저당하지 못하며, 향진기업·촌기업의 공장건물 등의 건축물을 저당물로 하는 경우 그 건물이 점하고 있는 범위내의 건설용지사용권도 동시에 저당된다(동법 183조).

## 2) 최고액저당권

중국 물권법은 최고액저당권(203조)에 관하여 우리 민법의 근저당권(357조)과 마찬가지로 계속적 채권관계로부터 발생한 장래 불특정의 채권을 결산기의 일정한 최고한도액의 범위 안에서 담보하기 위하여 설정된 저당권으로서 부종성의 완화라는 특징을 띠는 저당권으로 다루고 있다.

여기서 특히 중국 물권법은 근저당권을 실행하기 위한 피담보채권의 확정사유에 대하여 우리 민법이 별도의 명문규정을 두고 있지 않은 것과는 달리, 확정사유에 대한 포괄적 규정을 두고 있다(206조). 이에 따르면 근저당은 (1) 약정된 채권 확정기간이 만료된 경우, (2) 채권의 확정기간을 정하지 않았거나 약정이 불명확한 경우 근저당권 설정일로부터 2년 후 채권확정을 청구하는 경, (3) 새로운 채권이 발생할 가능성이 없는 경우, (4) 저당재산이 봉인, 압류된 경우, (5) 채무자, 저당권설정자가 파산 또는 철회를 선고받은 경우, (6) 법률에서 법률에서기타 채권 확정시 발생하는 경우 등의 사유가 있으면 피담보채권이 확정되어, 근저당권이 일반저당권으로 전환되고 실행할 수 있게 되며 그 이후 발생한 채권은 담보되지 않게 된다.

### (3) 질 권

#### 1) 동산질권

중국 물권법은 제17장에서 질권에 대하여 동산질권(제1절 : 208조-222조)과 권리질권(제2절 : 223조-229조)으로 나누어 규정하고 있다.

특히 동산질권에 대하여 중국 물권법은, 채권자인 질권자가 채무자 또는 제3자로부터 제공받은 동산을 채권자 자신의 점유 아래에 두었다가 채무자가 채무를 이행하지 않거나 당사자가 약정한 질권 실행사유가 발생하면 채권자가 그 동산으로부터 우선변제를 받을 권리라고 정의하고 있다(동법 208조).

여기서 특히 중국 물권법은 우리 민법의 유질계약을 금지(339조), 동산질권의 성립요건으로서의 인도(330조), 질권자의 과실수취권(323조, 343조), 질권자의 선관의무(324조, 343조), 전질(336조)과 같은 취지의 규정을 두고 있다(동법 211조, 212조, 213조, 214조, 215조, 217조).

그러나 중국 물권법은 질권과 관련하여 우리 민법에 별도의 명문규정이 없는 질권계약의 방식(요식성)과 필수적 내용(210조), 질권자의 담보물보충청구권 및 환가권(216조), 질물의 반환과 질권의 행사방식과 기간(219조-221조), 근질(222조) 등을 규정하는 특색을 띠고 있다.

#### 2) 권리질권

권리질권에 대하여 중국 물권법은, 처분권을 가지는 채무자 또는 제3자가 제공한 동산이 아닌 재산권<sup>57)</sup>을 대상으로 하는 질권으로 정의하고 있다(동법 223조).

---

57) 중국 물권법 제223조는 채무자 또는 제3자는 처분할 권리가 있는 (1) 환어음, 수표, 약속어음, (2) 채권(債券), 예금통장, (3) 창고증권, 선하증권, (4) 양도할 수 있는 증권(주식), (5) 양도할 수 있는 등록상표권, 특허권, 저작권 등 지적재산권 중 양도할 수 있는 재산권, (6) 금전청구권, (7) 법률, 행정법규가 규정하고 있는 질권 설정이 가능한 기타 재산권 등을 권리질권의 객체로 설정할 수 있도록 규정하고 있다.

권리질권과 관련하여 중국 물권법은 증권적 채권의 질권설정과 그 행사(동법 224조, 225조), 증권(주식)질권(동법 226조), 지적재산권질권(동법 227조) 등을 중심으로 규정하고 있다. 이 밖에 중국 물권법은 금전청구권에 질권을 설정하는 경우 반드시 질권설정자와 질권자의 서면계약으로 하도록 강제하고 있으며, 질권설정 후 질권설정자는 질권자의 동의를 받아서만 그 권리를 양도할 수 있되 “질권설정자는 그 양도로 인하여 얻은 이득으로 채권자에게 미리 채무를 변제하거나 공탁하여야 한다.”고 규정하고 있다(동법 228조).

#### (4) 유치권

중국 물권법은 제18장에서 유치권에 관하여 “채무자가 이행기 도래의 채무를 이행하지 않은 경우 채권자는 이미 합법적으로 점유하고 있는 채무자의 동산을 유치할 수 있다. 그리고 당해 동산에 대해 우선변제를 받을 권리가 있다.”고 규정하면서(동법 230조), 그 성립요건·효과·소멸 등 유치권 관련규정을 두고 있다(동법 230조-240조).

이 중 특징적인 것은 유치권은 우리 민법과 마찬가지로 법정담보물권으로서의 성질을 띠지만, 우리 민법과 달리 부동산이 아닌 동산만을 목적물로 하고 우선변제권을 인정하는 점 등을 들 수 있다.

### IV.

( )

#### 1. 물권법 총칙

##### (1) 부동산물권변동과 실체법과 절차법의 분리

중국 물권법은 제2장 제1절 부동산등기(9조-22조)에서 부동산물권변동의 효력에 관한 실체법상의 규정(9조)만을 두고 있는 것이 아니라

부동산등기기관과 제도의 원칙(10조), 등기신청인의 자료제공의무(11조), 등기기관의 업무수행의 범위와 심사주의(12조), 등기기관의 행위규범(13조), 부동산물권의 효력발생시기(14조), 등기의 효력과 관리(15조, 16조), 부동산권리증서의 작용과 부동산등기부의 증거자격(17조), 등기자료에 대한 열람과 복사(18조), 경정등기와 이의등기(19조), 예비등기(20조), 등기의 착오로 인한 손해배상 책임(21조), 등기비용(22조) 등 절차법적인 규정을 다수 규정하고 있다.

물론 우리 법제에서도 법인설립 등 절차법적인 규정이 실체법에 있고(우리 민법 30조 이하), 가등기의 효력과 같이 실체법적인 규정이 절차법에 있을 수 있으나(우리 부동산등기법 4조 2항), 이는 최소화하는 것이 법체계에 합치한다. 따라서 중국의 법체계에서 부동산등기에 대한 절차법적인 규정을 실체법인 물권법에 두는 것보다는 위에서 열거한 대부분의 규정은 우리 부동산등기법과 같은 절차법에 입법하는 것이 타당할 것이다.

## (2) 물건 및 동산과 부동산에 대한 정의규정의 신설

중국 물권법은 제9장(소유권취득의 특별규정)에서 물건의 실정법상의 분류로서 주물과 종물, 원물과 과실(천연과실, 법정과실)에 대해서만 규정할 뿐(115조, 116조), 우리 민법이 규정하는 물건의 정의 및 동산과 부동산에 대한 별도의 정의규정을 두고 있지 않다.

그러나 중국 물권법이 “본법이 일컫는 물건은 부동산과 동산을 포함한다.”는 규정을 두고 있음에 비추어볼 때 유체물은 물론 관리가능한 무체물까지 물건을 포함시킬 것인가의 여부에 대한 법적 안정성확보를 위해 우리 민법(98조)의 물건의 정의와 같은 규정을 도입할 필요가 있다.

또한 중국 물권법은 종래 사회주의민법이론에서 상대적으로 중요시되지 않던<sup>58)</sup> 부동산과 동산을 구별하면서 공시방법 등에서 양자 사이

---

58) 종래 사회주의민법이론에서는 물건의 분류로 부동산과 동산의 구별보다 생산수

에 법률상 취급을 달리하고 있다. 따라서 우리 민법(99조)의 부동산과 동산의 정의와 같은 규정을 도입하는 것이 법률상 양자의 차이를 둘러싼 물적 지배의 범위를 명확히 하는 입법이 될 것이다.

여기서 중국 물권법에 물건 및 동산과 부동산에 대한 정의규정을 신설하게 되면 총칙을 다루는 제2조 또는 물건의 실정법상의 분류를 다루는 제116조 앞에 입법화하는 것이 타당할 것이다.

### (3) 물권법정주의 규정에 관습법 근거 마련

중국 물권법(5조)은 종래 민법통칙의 태도와 달리 물권법정주의를 규정하고 있으나, 우리 민법(185조)과 달리 물권창설의 근거에 ‘관습법’을 포함시키고 있지 않다.

그러나 종래 중국의 민법이론은 법률에 근거는 없지만 종래 전권(典權) 등을 국가의 정책에 반하지 않는다는 것을 근거로 하여 인정되고 있었다.<sup>59)</sup> 따라서 법률에 근거는 없지만 거래사회의 발전에 따라 필요한 물권을 관습법에 의하여 창설 할 수 있도록 함으로써 물권현실과 법의 괴리를 극복하기 위하여 우리 민법(185조)과 같이 관습법을 포함시키는 것으로 중국 물권법의 물권법정주의 규정(5조)을 개정하는 것이 타당한 입법이 될 것이다.

### (4) 민사책임과 형사책임 및 행정상책임의 분리

중국 물권법은 물권의 보호와 관련하여 물권적 청구권을 인정하고 있으나, 물권의 침해자에게 민사책임과 행정처분은 물론 형사책임도 병존할 수 있도록 하고 있어서 여전히 사회주의민법의 색채를 내포하고 있다는 점에서 그 입법적 한계를 보이고 있다(동법 38조). 이는 중국 물권법에 민사책임만으로 행정상의 책임과 형사책임도 같이 부담

단과 소비자료의 구별을 중요시하여왔다.

59) 法學教材編輯部編, 전게서, p. 149

시킬 수 있다는 것으로 확장해석될 수 있다는 점에서<sup>60)</sup> 각각의 법적 책임의 요건과 효과가 다른 만큼 행정상의 책임과 형사책임을 지게 된다는 부분은 삭제하는 것이 타당한 입법이 되리라 파악된다.

## 2. 점유권과 소유권

### (1) 점유권의 독립한 물권 지위의 명확화 필요성

현행 중국 물권법은 점유권에 대하여 독립한 물권적 지위를 규정하고 있지 않다. 따라서 거래의 신속성 확보와 사회의 평화유지와 본권보호라는 점유제도의 존재이유를 고려할 때 우리 민법 제192조와 같은 규정을 두어 점유권에 독립한 물권적 지위를 인정할 필요성이 있다.

또 위 규정을 도입하게 되면 중국 물권법을 개정하여 현행 제5편의 점유의 위치를 제2편 점유권으로 규정하고, 우리 민법의 물권법 각칙의 차례에 따라 현행 제2편 내지 제4편을 제3편 내지 제5편으로 체제를 변경하는 것이 타당한 입법으로 판단된다.

### (2) 점유의 추정규정의 도입과 점유권의 효력 관련 규정의 구체화 필요성

중국 물권법은 제19장(점유)에서 점유자의 점유물에 대한 책임(242조, 244조), 비용상환청구권(243조) 등에서 선의점유자는 점유한 물건을 사용하여 손해가 발생하였다도 배상책임을 부담하지 않고, 선의점유자는 지출한 필요비용의 상환을 요구할 수 있도록 하여 선의점유와 악의점유를 구별하고 있다. 이 밖에 중국 물권법은 제9장(소유권취

60) 여기서, 민사책임에 있어서 행정상의 책임·형사책임 등 다른 책임의 병존을 강조하는 규정은 중국 민법통칙 제134조와 그 맥락을 같이 하는 것으로서, 위 규정의 태도는 단지 민사관계의 규율을 받는 물권 등의 민사관계도 행정상·형사상의 문제가 발생할 수 있음을 밝히는 것에 그치는 것이 아니라, 이에 한 걸음 나아가 민사책임의 심리만으로 행정상의 책임·형사책임을 지울 수 있음을 강조하는 데 입법취지가 있다고 할 수 있다(한대원 외, 현대중국법입문, 박영사, 1995, p. 277 참조).

특의 특별규정)에서 선의취득(108조)의 요건과 관련해서도 선의의 양수인일 것을 요하는 등 선의점유와 악의점유를 구별하고 있다. 따라서 위의 사항들에서는 선의점유자에게 입증책임을 지우지 않도록 할 필요성이 요청되므로, 중국 물권법에도 우리 민법(197조)에서와 같은 점유의 추정규정을 도입할 필요성이 있다.

또한 중국 물권법은 점유의 효력과 관련하여 우리 민법과 비슷한 제도를 대부분 규정하고 있으나, 자력구제에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 점유권 등의 권리침해시 청구권을 보전하기 어려운 경우, 중국 물권법에도 공권력에 의한 구제의 한계를 보완하기 위하여 우리 민법(209조)의 자력방위권과 자력탈환권과 같은 규정을 도입할 필요성이 있다.

### (3) 소유권의 제한과 추상적 용어의 구체화

중국 물권법 제42조는 소유권의 제한원리인 공공이익 및 합법적인 권익과 관련하여 “공공이익의 필요를 위하여 법률이 규정한 권한과 절차에 따라 집체소유의 토지와 단위, 개인의 가옥 및 기타 부동산을 수용할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 공공이익이라는 용어는 매우 추상적이므로, 실무상 남용될 가능성이 있다는 점에서 이를 뒷받침하는 관련 구체적 입법의 보완이 요청된다.<sup>61)</sup>

61) 중국에서 물권법(초안)이 2005년 7월 10일 공포된 이후 전인대 상무위원회 법제 공작위원회에는 7월 26일까지 약 6,515건의 의견이 접수되었고, 7월 27일 이후 8월 10일까지 약 10,032건의 의견이 접수되었다고 한다. 이 중 물권법초안 제49조와 관련하여서는 초안공포 후 징수·징용당한 경우에는 보상과 더불어 피철거자, 피징수자가 적절하게 이주되도록 하여야 한다는 입장에서, 이와 관련한 ‘공공이익’, ‘합리적 보상’, ‘적절한 이주’의 의미의 명확화는 물론이고, 여기에 관련규정을 추가하여 징수, 징용당한 사람이 ‘이주 후’의 조건이 ‘이주 전’의 조건에 비하여 나쁘지 않아야 하고, 동시에 정부가 철거하여 이주시키는 경우에 부담하는 법적인 책임에 관하여 명확히 하여야 한다고 주장이 제기되고 있다(人民日報, “第一讀解：有意見就提物權法草案熱點”, 2005. 8. 12).

#### (4) 입주자의 건축물구분소유권 관련 규정의 보완 및 특별법 전환 필요성

중국 물권법 제6장(70조-83조) 입주자의 건축물구분소유권 관련 규정은 우리 법제 중 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라 약칭함)의 규정과 유사한 관련 입법으로서 우리의 집합건물법에서 규정하고 있는 대지와 대지사용권, 규약, 재건축과 복구 등의 규정을 중국 물권법에서는 다루고 있지 않으므로 이와 관련 규정을 다루고 있지 않으므로 중국 물권법에도 건축물구분소유권과 관련 법률문제를 둘러싼 구체화와 법적 안정성확보를 위하여 우리 집합건물법의 위 관련 규정을 도입할 필요성이 있다.

또 입주자의 건축물구분소유권의 성격상 상린관계와 관련이 있으므로, 물권법에서는 제7장(상린관계)의 앞 부분에 근거규정만을 두고 나머지 이와 관련한 상세한 규정들은 법체계상 우리 집합건물법과 마찬가지로 특별법으로 전환할 필요성이 있다.

#### (5) 상린관계규정의 상세화 필요성

중국 물권법은 상린관계에 대하여 9개의 조문만을 열거하고 있을 뿐이고(동법 84조-92조), 우리 민법이 30개 남짓의 조문(215조-244조)에 걸쳐서 다루는 물에 관한 상린관계, 수류의 변경, 공유하천용수권, 경계선부근의 건축, 경계에 관한 비용부담 등 대부분의 상린관계 규정을 두고 있지 않다. 따라서 향후 중국 물권법에도 입법적 불비에 해당하는 상린관계에 대하여 우리 민법의 관련 규정을 계수하여 보다 구체적으로 규율하는 것이 법적 안정성을 확보하는 입법이 될 것이다. 또 중국 물권법의 상린권자의 통행권의 규정(87조)도 우리 민법의 인지사용청구권(216조)과 주위토지통행권(219조)의 규정으로 나누어 체계적으로 규율하는 입법을 하여야 할 것이다.

### (6) 공동소유와 총유의 개념 인정 필요성

중국 물권법은 공동소유에 대하여 우리 민법의 공유와 합유와 유사한 안분공유와 공동공유의 2가지의 유형만을 인정하고 있을 뿐 총유를 인정하고 있지 않다.

특히 종래 중국의 민법이론은 총유에 대하여 학술상 공유(公有)와 비슷한 것으로 이해하고 있으나,<sup>62)</sup> 이는 공유와 사소유로서의 총유의 개념을 혼돈하는 것으로 파악된다. 따라서 중국물권법도 사회단체의 존재를 인정(69조)함에 비추어 법인격을 취득하지 않은 사단의 존재가능성과 그 재산의 귀속형태를 고려할 때, 중국 물권법에도 우리 민법 제275조 이하의 총유 관련 규정을 도입할 필요성이 있다.

## 3. 용익물권

### (1) 용익물권의 제한과 추상적 규정의 구체화 필요성

중국 물권법 제148조는 건설용지사용권의 제한 및 소멸사유인 국가의 조기회수와 관련하여 보상의무를 구체화하고 있으나 그 원인을 ‘공공의 이익’이라는 매우 추상적인 표현으로 규정하고 있으므로, 실무상 남용될 가능성이 있다. 따라서 이러한 점들은 향후 중국의 통합민법전 제정시, 외자기업 등의 외국투자자에 대한 안정적 법적 지위의 확보라는 차원에서 입법적 보완이 요구된다.

### (2) 건물전권에 대한 전세권 규정의 계수 필요성

전권(典權)은 용익권자인 전권인(典權人)이 일정한 대가인 전가(典價)를 지급하고 타인의 부동산을 사용·수익한 후 존속기간인 전기(典期)가 만료된 후 부동산을 빌려준 자인 출전인(出典人)에게 목적물을

---

62) 江平, 전게서, p. 700.

반환하고 전가를 돌려받는 권리로서, 중국에서 공산화 이전에 존재하던 고유의 물권제도이다.<sup>63)</sup>

중국에서는 정부수립 후 토지개혁시에 지주의 가옥을 몰수하고 토지에 대하여는 사소유가 인정되지 않으므로 토지에 대해서는 전권이 존재할 여지가 없으나,<sup>64)</sup> 개인의 사소유가 인정되는 건물에 대해서는 전권의 상황이 발생할 수 있다. 이와 관련하여 1988년 1월 26일의 ‘최고인민법원의 <민법통칙>의 집행을 관철하기 위한 몇 가지 문제에 관한 통지’ 제120조의 가옥전당에 관한 의견에서도 전권의 상황이 발생할 수 있음을 보여주고 있다.

현재 중국 계약법은 건물용익권자의 보호를 위하여 임대차에서 ‘매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다.’는 원칙을 취하여 용익권자의 지위를 강화시키고 있으나(동법 229조), 건물용익권자의 지위를 보다 강화하기 위해서는 건물전권으로 물권법에 도입할 필요성이 있다. 이에 따라 건물전권이 중국 물권법에 도입되면 종래 우리의 경우 구관(舊慣)의 채권적 전세제도를 용익물권으로 입법한 우리 민법의 전세권규정(303조-319조)은 관련 입법으로서 중요한 지침이 될 수 있을 것이다.

#### 4. 담보물권

##### (1) 피담보채권의 범위 중 지연배상의 제한 규정의 도입 필요성

중국 물권법 제173조는 담보물권의 피담보채권의 범위에 대하여 우리 민법 제360조와 비슷한 입장을 보이고 있으나, 이자에 대한 별도의 제한이 없는 것에서 차이를 보이고 있다. 그러나 후순위권리자의 지위를 보호하고 법적 안정성확보를 위해서는 중국 물권법 제173조를

63) 중국에서도 전권을 물권 중 제한물권인 용익물권으로서의 법적 성질을 띠는 권리로서 전권자는 목적물에 대하여 배타적 지배권을 갖는 것으로 이해하고 있다(丘金峰, 防地產(法律諮詢), 法律出版社, 1999, p. 85).

64) 丘金峰, 전게서, p. 85 ; 王利明·郭明瑞·吳漢東, 전게서, pp. 87-88.

개정하여 피담보채권의 범위 중 지연배상에 대해서는 우리 민법 제 360조 단서와 같이 ‘이행기를 경과한 1년분’에 한정된다는 제한 규정을 도입할 필요성이 있다.

(2) 유치권자의 선관주의의무위반에 대한 효과로  
유치권소멸청구권의 도입 필요성

중국 물권법 제234조는 유치권자의 선관주의의무를 규정하면서 그 효과로 손해배상책임을 규정하고 있으나, 보다 실효성을 확보하기 위해서는 우리 민법 제324조 제3항의 유치권소멸청구권을 도입할 필요성이 있다.

## V. 여 론

중국 물권법의 규정은 중국이 표방하는 사회주의적 시장경제질서에 따른 소유권 등의 물권제도를 대내적으로 확립하고, 또 이를 대외적으로 표방함으로써 중국에 투자하는 외국의 법인이나 개인에게 토지에 대한 용익물권과 그 지상건물에 대한 소유권의 안정적인 취득 및 저당권 등 담보권설정을 통한 금융 등 법률관계에서 법적 안정성을 확보한다는 점에서 물권법제정의 의의를 찾아볼 수 있다.

본 발표는 2007년 제정된 중국 물권법을 중심으로 중국 물권법제의 제정과정과 물권의 체계, 중국 물권법의 주요내용과 특색, 우리 민법의 물권법제의 내용 중 향후 중국에 대한법제교류지원방향(법제 수출)을 중심내용으로 하고 있다.

그러나 앞으로 현행 중국 물권법제 중 우리 물권법제에 도입할 필요가 있는 것(법제 수입)에 대하여서도 연구가 필요하리라고 판단된다. 특히 중국 물권법은 제3편과 제4편에 제한물권을 규정하면서 각 개의 타물권 앞에 용익물권과 담보물권에 공통적으로 적용되는 일반 규정에 두고 있으며, 이는 우리 민법에도 용익물권과 담보물권의 일

반규정을 두는 것에 대한 입법적 검토를 요하는 부분이다. 또 중국 물권법은 준물권인 어업권과 광업권과 관련한 규정을 용익물권의 일반규정에 두고 있다(중국 물권법 122조, 123조). 이와 관련하여 우리의 경우, 수산업법(2조 8호)과 광업법(3조 3호)도 어업권과 광업법을 준물권으로 이해하고 있으며, 동법에서 정한 것 외에는 ‘민법’에 관한 규정을 준용하도록 하고 있음을 고려할 때,<sup>65)</sup> 앞으로 우리 민법에도 중국 물권법과 같이 어업권과 광업법에 관한 근거규정을 두는 것이 법적 안정성을 기하는 입법이 되리라 생각된다.<sup>66)</sup>

이 밖에 중국 물권법이 인적 담보와 물적 담보의 관계(176조)와 근질에 대한 명문규정을 두고 있는 것(222조) 및 근저당권을 실행하기 위한 피담보채권의 확정사유에 대한 포괄적 규정을 두고 있는 것(206조) 등도 우리 민법에의 수용을 위한 입법적 검토를 요하는 부분이다.

---

65) 우리 광업법은 “광업권은 물권으로 하고, 이 법에서 따로 정한 경우 외에는 부동산에 관하여 「민법」과 그 밖의 법령에서 정하는 사항을 준용한다.”고 규정하여 민법의 준용규정을 두고 있다(동법 10조 1항). 또 우리 수산업법도 “㉔ 어업권은 물권(物權)으로 하며, 이 법에서 정한 것 외에는 ‘민법’ 중 토지에 관한 규정을 준용한다.”고 규정하여 광업법에서와 같은 취지의 규정을 두고 있다(동법 18조 2항).

66) 이 밖에 중국 물권법은 공업용지·상업용지·주상복합건물용지 등 비주택용지에 대한 건설용지사용권에 대해서는 법정갱신을 인정하지 않으며, 건설용지사용권의 존속기간의 만료시 국가가 당해 토지 위의 지상건물 및 그 부속물의 소유권은 국가가 무상으로 취득하게 됨을 유의하여야 한다.