

仁川法學論叢

Incheon Law Review

◆ 목 차 ◆

【 현대사회 상사법제의 새로운 변화(2021. 12.) 】

- ◆ 미국의 대 이란 경제 제재 연혁, 주요 법규 및 1, 2차 제재 연구
..... 박 태 정
- ◆ 불완전양자제도의 기능 구현과 제도의 구축
..... 司 丹
- ◆ 중국 「회사법」상 ‘사적집행’의 발생 메커니즘과 문제점 해소방안
탐색 丁 巍
- ◆ 불완전양자제도의 기능 구현과 제도의 구축
..... 杨 姝 玲

仁川大學校 法學部

法 學 研 究 所

2021年

第23輯

仁川法學論叢

Incheon Law Review

仁川大學校 法學部

法學研究所

◆ 목 차 ◆

【 현대사회 상사법제의 새로운 변화(2021. 12.) 】

- ◆ 미국의 대 이란 경제 제재 연혁, 주요 법규 및 1, 2차 제재 연구
..... 박 태 정 /
- ◆ 불완전양자제도의 기능 구현과 제도의 구축
..... 司 丹 /
- ◆ 중국 「회사법」상 ‘사적집행’의 발생 메커니즘과 문제점 해소방안
탐색 丁 巍 /
- ◆ 불완전양자제도의 기능 구현과 제도의 구축
..... 杨 姝 玲 /

※ 부 록

1. 인천대학교 법학연구소 규정
2. 인천법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제22집)

미국의 대 이란 경제 제재 연혁, 주요 법규 및 1, 2차 제재 연구

박 태 정(Park, Tae-Jeong)*

《 목 차 》

- I. 서론
- II. 미국 제재 분류
- III. 이란 제재
- IV. 결론

I. 서론

전 세계적으로 보호무역주의가 부흥하고 있다. 제2차 세계대전 후 미국 주도하에 각국은 개방과 자유를 원칙으로 하는 자유주의 경제질서를 구축하기 위해 힘을 썼다. 도쿄라운드, 케네디 라운드를 거쳐 WTO가 성립되고, 우루과이 라운드를 통해 무역자유화는 지구적 추세가 되었다. 특히 1980년 대처의 영국, 레이건의 미국은 작은정부, 민영화, 자유화라는 신자유주의 개혁을 통해 자국의 경제성장을 뒷받침하였고 이러한 개혁의 노력은 전세계적으로 확산되어 선진국 진입을 목표로 하는 많은

* 법학박사, 인천대학교 교수

개도국의 표준이 되었다. 하지만 1997년 전후로 아시아 금융위기가 시작되고 2008년 리만사태라는 금융위기를 통해 신자유주의는 그 한계를 드러낸다. 경제 및 정치적 양극화가 진행되기 시작하면서 각국의 극우 정치세력이 활개를 치는 현상이 나타난다. 미국의 경우도, 트럼프 행정부가 들어서면서 보호주의로 인한 미중 무역갈등이 확대되고 WTO의 다자주의 체제가 붕괴되고 있다. 자국 산업의 보호를 위해 반덤핑조치, 상계관세 조치 및 세이프가드 등 각종 무역구제조치로 인하여 대미 수출을 하는 많은 국가의 수출 기업들이 어려움을 겪고 있다. 특히 최근에는 미국의 경제제재로 인하여 제재 대상 국가뿐 아니라 제재 대상 국가와 거래를 유지하던 제 3국 또한 무역 및 금융거래에 많은 어려움을 겪고 있다. 최근 들어, 미국은 대 이란 경제제재를 가하여 왔다. 이러한 대 이란 제재로 인하여 이란과의 수출입 거래에 대한 결제가 제한됨에 따라 제 3국 수출입 업체의 혼란이 발생할 수 있고, 특히 미국의 제재법령은 수출기업에 더하여 해당 거래에 대한 결제를 수행하는 은행들을 제재하여, 수출의 가능여부와 상관없이 은행의 결제가 불가능하게 되는 문제도 발생한다. 또한, 미국의 대이란 제재 강화 또는 완화에 따라 우리 수출기업들은 혼란이 발생하고, 제재 법령의 변화는 정치적 문제뿐만 아니라 경제적인 많은 이슈를 양산하고 있어, 이러한 미국의 경제 제재로 인한 파급력과 효과에 대한 분석이 필요한 시점이다. 실제로 경제 제재가 제재 대상이 되는 국가의 무역량과 GDP에 부정적인 영향을 줄만큼 파급력이 크다는 사실은 많은 연구에서 확인이 된 바 있다.¹⁾

1) Matthias Neuenkirch & Florian Neumeier, "The Impact of UN and US

위와 같이 파급력이 강한 경제 제재는 실제 국제투자법 등 여타 국제법과도 긴밀히 연관 되어 있다. 예를 들어, 최근 이란 다야니 가문이 대한민국 상대로 제기한 국가·투자자 소송(Investor State Dispute Settlement)에서 대한민국 정부는 미국의 대 이란 제재를 피하여 손해배상대금 750억여원을 다야니 가문에 지불하는 방법을 고민 중에 있다.²⁾ 2018년 5월 미국은 이란 핵합의(JCPOA·포괄적공동행동계획)를 탈퇴하고 같은 해 '이란 금융제재 규정(IFSR)'을 전면 복원하는 과정에서 이란 중앙은행 및 50개 은행·금융기관을 제재 대상으로 올렸고, 이로 인해 외국 금융기관들이 이란금융기관과의 금융 거래가 현실적으로 불가능해졌기 때문이다.

경제 제재의 중요성이 높아짐에도 불구하고 국제법 학계에서는 경제 제재에 대한 연구가 깊이 다뤄지지는 않고 있다. 연구 대상 범위가 이란제재로 좁혀져서 출간된 학술지는 전무한 실정이다. 이는 경제 제재 연구의 주체가 국제공법학자여야 하는지 또는 국제통상법학자여야 하는지에 대한 공감대 형성이 안 되어 있는 탓도 크다고 볼 수 있다.³⁾

학계 사정과 달리, 현실에서는 많은 수출입 기업들이 미국의 대 이란 제재의 적용을 피하기 위해 부단히 노력하고 있다. 예를 들어, 한국 자동차 부품 수출기업이 중국에 부품을 수출하고 중국이 이를 이란에 재수출하는 과정에서 줄지에 미국 제

economic sanctions on GDP growth” European Journal of Political Economy, Vol 41, (2015) 참조.

2) 중앙일보 2020. 1.6 정부, 이란에 줄 750억 USD 패소금 미국 제재 땀에 방법 없네 <https://news.joins.com/article/23674597> (방문일자, 8.18.20).

3) Perry S. Bechky, “Sanctions and the blurred boundaries of international economic law”, Missouri Law review, vol 83 (2018) p.1~2.

제 적용을 받는 억울한 경우도 자주 발생한다. 은행에서 기업에 대출해준 자금이 궁극적으로 이란 제재 대상 기업과의 거래에 사용되어 줄지에 은행이 미국 제재를 받는 경우도 허다하다. 이러한 수출기업과 은행들이 가장 궁급해 하는 사항은 대략적인 이란 제재의 법규 내용과 더불어 본인들에게 적용되는 규제가 구체적으로 무엇인가이다. 구체적으로 말하면, 미국인에게만 적용되는 1차 제재는 무엇이며 미국과 이란과 관계 없는 제 3국 수출기업 및 은행들도 적용대상이 되는 2차 제재는 무엇인가에 대한 명확한 개념을 필요로 하고 있다.

이에 대해 본고에서는 미국의 경제제재를 제배방식에 따라 나눠본 후, 이란 제재의 연혁 및 주요 법규와 더불어 대이란 1차 제재 및 2차 제재를 분석하도록 한다. 저자는 미국의 대 이란 1차 제재에 해당되는 조항을 분석하고 2차 제재를 산업별로 분석하여 연구자 및 제재 실무자로 하여금 이란 제재를 이해하는데 도움을 주고자 한다.

II. 미국 제재 분류

제재법규는 제재 방식에 따라 크게 직접제재(Primary Sanctions)와 2차제재(Secondary Sanctions)로 나뉘고, 제재 대상의 유형에 따라 포괄제재(Comprehensive Sanctions), 산업제재(Sectoral Sanctions), 대상제재(List-based Sanctions) 등의 범주로 나누어 볼 수 있다.

1. 직접 제재와 2차 제재

직접제재는 미 국내법을 근간으로 하며 통상 미국의 관할권 또는 미국인⁴⁾을 대상으로 적용된다. 따라서 직접 제재는 소위 미국 관련성(U.S. Nexus)⁵⁾이 있는 거래만이 제재 규정의 대상이 된다.

이와 달리 2차제재(Secondary Sanctions)는 비미국인이 미국 관할권 밖에서 행한 행위를 금지행위로 정하여, 비미국인으로 하여금 미국의 제재를 준수하도록 하는 것이다. 즉, 2차제재는 미국 달러화로 거래 여부 및 거래에 미국인이 개입 여부 등이든바 미국 관련성(Nexus)을 요건이 필요하지 않고, 비미국인이 미국 관할 밖에서 제재상 규정된 특정 금지행위를 하는 것만으로 제재 위반이 충족된다. 이 경우 미국정부가 미국 밖에서 금지행위를 한 비미국인에 대해 위반 책임을 집행할지가 이슈가 되는데 2차제재는 미국기업, 미국은행을 포함한 미국인으로 하여금 동 제재법규 위반의 책임이 있는 비미국인과 거래를 금지하도록 하고 있어 비미국인들의 제재법규 준수를 유도하는 것이다.. 즉, 비미국인이 2차제재를 위반할 경우 미국인과의 거래 뿐 아니라 미국 시장에 대한 접근 자체를 불가능하게 하는 결과에 직면하게 되므로 법규 준수가 간접적으로(secondarily) 강제되는 것이다.⁶⁾

4) 다만, 각 제재법에 따라 미국인의 정의가 다를 수 있으므로 주의를 요한다. OFAC제재의 경우 대표적으로 미국 시민권자, 영주권자, 미국법 또는 미국내 관할 안에서 설립된 기업 또는 미국에 있는 자를 포함하는 것으로 미국인을 정의한다.

5) 관례 등 법적 근거로써 확립된 개념이라기보다, 제재 관점에서 미국의 관할권을 용이하게 구분하고자 실무적으로 쓰이는 개념으로서 통상① 미국인의 관여, ② 미국산 제품(U.S. origin items) 또는 ③ 미국달러화 결제가 개입되는 경우를 말한다.

6) 이러한 까닭에 국내에서 Secondary Sanctions를 “간접제재”라고 번역하는 경우도 흔하다.

다만, 최근 직접 제재의 경우 이행 주체(수범자)를 비미국인으로 확장할 수 있는 여지가 생겼으므로 의무 이행 주체를 기준으로 직접제재와 2차제재로 나누는 것은 문제가 있다. 예를 들어 IEEPA는 2007년 개정⁷⁾을 통해 “미국인으로 하여금 제재 법규를 위반하도록 야기(cause)하는 행위⁸⁾를 제재 위반의 행위 중 하나로 추가되었고 이 경우 야기 행위를 한 자에 미국인뿐만 아니라 비미국인도 포함함으로써 비미국인의 경우에도 제재 위반의 책임이 발생할 수 있다는 것이다. 예를 들어, 금융거래 시, 대한민국 시중 은행과 같은 비미국인 은행이 미국 달러화 해외 송금 거래를 하는 경우,, 해당 거래가 금지된 거래에 관한 것으로서 달러화를 처리하는 미국은행 등 미국인으로 하여금 OFAC 등의 직접제재를 위반하는 결과를 초래한다면, 이러한 위반을 야기한 대한민국 은행(비미국인 은행) 역시 직접 제재 위반의 책임이 발생할 수 있는 것이다.

따라서 직접제재와 2차제재는 상호 배타적이지 않고 미국 제재 당국이 제재 목적과 실효성을 확보할 목적으로 취사선택하는 연속선상에 위치한 수단들로서 이해하는 것이 적절하다고 본다.

2. 포괄제재(Comprehensive Sanctions), 산업제재(Sectoral Sanctions) 및 대상제재 (List-based Sanctions)⁹⁾

7) PUBLIC LAW 110-96—OCT. 16, 2007 121 STAT. 1011.

8) “It shall be unlawful for a person to violate, attempt to violate, conspire to violate, or cause a violation of any license, order, regulation, or prohibition issued under this chapter” (50 U.S. Code § 1705-Penalties).

9) Rathborne et al, “sanctions, sanctions everywhere forging a path through complex transnational sanctions law”, Georgetown Journal of International law vol 44, (2013) pp. 1057-1059 참조

미국의 제재는 제재 대상 및 금지거래 행위를 어느 정도로 포괄적으로 정하는지에 따라 포괄제재(Comprehensive Sanctions), 산업제재(Sectoral Sanctions) 및 대상제재(List-based Sanctions)로 나눌 수 있다. 각 유형은 다음과 같다.

(1) 포괄제재

OFAC제재 중 가장 강한 제재방식으로 이란 뿐 아니라, 쿠바, 북한, 시리아 및 러시아 관련 제재의 일부로서 크림 반도, 베네수엘라에 대하여 포괄제재가 발효되고 있는데 국가를 한 단위로 한 금수조치를 포괄제재라고 불린다.

(2) 산업 제재

적성국가를 지정한 후, 위 국가의 특정 산업을 대상으로 특정 거래 및 경제적 지원을 차단하는 것을 산업제재라고 한다. 구체적인 제재 방식은 다양한데 특정 산업을 지원할 수 있는 제품의 수출 또는 재수출을 금지하거나, 특정 제품 군의 거래를 금지하거나 특정 산업군에 속한 기업과의 거래 전부 또는 일부를 금지(예를 들어 OFAC제재 중 러시아 제재의 일부)할 수도 있다.

(3) 대상 제재

가장 보편화된 제재 방식으로서 미국의 국가적 이익에 반한다고 판단되는 국가 또는 사태에 관여하는 특정 개인 및 법인을 거래 금지 대상으로 지정한 다음 이들과의 거래를 금지하는 방식을 말한다. 이와 같은 방식에 따라 작성된 거래 금지 대상자의 목록이 잘 알려진 SDN 목록(Specially Designated

Nationals List)이다.

III. 이란 제재

1. 이란 제재의 연혁 및 주요 법규¹⁰⁾

미국의 이란에 대한 제재는 1979년 이란혁명 당시 테헤란에서 미국 외교관들이 인질로 잡혀가면서 시작되었다. 당시 지미 카터 대통령은 행정명령을 내려 미국 내 이란 재산을 압류하는 내용의 제재를 공포하였다. 1983년 헤즈볼라에 의해 감행된 테러로 미 해병 241명이 숨지는 사고로 로널드 레이건 대통령은 이란을 테러리즘 지원 국가로 지정하기도 하였다.

2000년대 중반 이후 국제사회는 미국의 이란 제재에 공조하여 이란의 핵 프로그램(핵무기 개발에 사용)이 민간 목적으로만 사용하도록 하기 위한 노력을 기울여왔다. UN 안전보장이사회는 유엔헌장 제7장 제41조에 근거하여 모든 회원국들로 하여금 이란에 대한 제재에 동참하도록 하는 결의안을 채택해왔다. 2006년부터 2008년까지 UN 안전보장이사회 결의안 1737, 1747, 1803을 채택하여 이란의 핵 프로그램 및 대량살상 무기(WMD)에 대한 제재를 부과하였고, 2010년 6월 9일 채택한 결의안 1929은 이란의 핵 프로그램을 돕는 이란 경제의 주

10) Columbia SIPA, Center on Global Energy Policy, "Brief History of US sanctions on Iran" <https://www.energypolicy.columbia.edu/research/brief-history-us-sanctions-iran> (방문일자 8.18.20); Ashish Kumar Sen, "A brief history of US sanctions on Iran, Atlantic Council", (5월 8일 2018) <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/a-brief-history-of-sanctions-on-iran/> (방문일자 8.18.20); 서상현, 박현성, 미국의 대 이란 제재 '스냅백' 부활과 시사점, PCGRI 이슈 리포트 https://www.posri.re.kr/files/file_pdf/63/15448/63_15448_file_pdf_1542170805.pdf (방문일자 8.18.20) 참조

요 부문들에 대한 제재를 가하였다. 2015년 7월 20일, UN 안전보장이사회는 결의 2231호를 채택하여 포괄적 공동행동계획(Joint Comprehensive Plan of Action; 이하 “JCPOA”)을 승인하고, 지난 10년 동안의 이란 핵 프로그램과 관련한 총 6건에 달하는 제재 결의, 즉 1696호(2006), 1737호(2006), 1747호(2007), 1803호(2008), 1835호(2008), 1929호(2010)를 일괄 종료하였다. 그러나 핵협상 타결로는 이란의 탄도 미사일 실험을 제한할 수 없기 때문에 8년간 탄도미사일 개발 제한과 5년간 재래식 무기금수 조치 등을 결의 2231호에 새로 명기하였다. 또한 결의안 2231호 채택에 따라 UN 안전보장이사회 내 ‘이란 제재위원회(1737 제재위원회)’는 활동을 종료하게 되었고, 미국도 JCPOA에 동참하여 행정명령 13716호를 제정하여 이란 핵 관련 2차 제재를 대부분 완화하였다.

그러나, 2018년 5월 8일 도널드 트럼프 대통령은 JCPOA에서 탈퇴하고 이란에 대한 2차제재(secondary sanctions)를 재개한다는 결정을 발표함에 따라 JCPOA에 따라 철폐 또는 유예되었던 이란에 제재조치는 원상복귀 되었다.

미국의 이란 제재 프로그램은 매우 포괄적이며 다양한 법적 권한에 의해 부과되고 있다. OFAC 경제 제재만 한정해서 보더라도 미 의회에 의해 통과된 법률(statutes)에서 대통령에게 재량을 주고 미 대통령은 그 법률에 따라 행정명령을 제정하고, 이들은 OFAC에 의해 CFR¹¹⁾에 기록된다. 이러한 제재 법

11) 제재법규의 근거로 제시되는 시행규칙 31C.F.R.이라 함은 미국 연방 법규 중 하나인 미국연방규정집으로 총 50개의 타이틀(title)로 구성되어 있고 각 타이틀은 여러 장(chapter)로 나누어져 있다. 제재법규의 근거가 되는 31title은 Money and Finance에 대한 내용으로 재산, 금융, 재무 관련 규칙 및 규정들이 정리되어 있다. 이 중 특히 31C.F.R. Part 561 Iranian Financial Sanctions Regulations(이하

규의 변경은 Federal Register에 공포되고 효력을 발휘하게 된다.

주요 법률은 다음과 같다.

- Iran and Libya Sanctions Act of 1996 - 이란과 리비아의 에너지 기반시설에 대한 투자를 제한하는 내용. 2006년 리비아에 대한 제재가 철회되면서 Iran Sanctions Act(이하 “ISA”)로 명칭 바뀌었음. 기본적으로 이란의 석유 분야에 연간 2,000만 불 이상의 투자를 하는 기업에 대해 제재를 가하는 내용임.
- Iran Nonproliferation Act of 2000 - 핵, 생화학무기 및 탄도/크루즈 미사일 관련 상품, 서비스 및 기술을 이란에 제공하는 것을 금지.
- Iran Freedom Support Act of 2006 - ISA를 확대해 이란의 생화학 또는 핵무기 개발을 지원하는 개인/단체를 제재대상으로 함. 또한 행정명령 12957, 12959, 13059호를 명문화했음.
- Comprehensive Iran Sanctions, Accountability and Divestment Act(이하 “CISADA”) - 이란의 에너지 및 금융 산업을 대상으로 미국의 제재 범위를 대폭 확대하여, 비미국 금융회사들에 대해 이란의 대규모살상무기 개발 및 테러 행위를 지원하는 개인들의 행위를 지원(facilitate)하는 행위를 금지시킴.
- Section 1245 of National Defense Authorization Act FY 2012(이하 “NDAA”) - 이란중앙은행(CBI)과 거래하는 비미국 은행들에 대해 SRE(Significant Reduction Exception: 이란에서 석유 구매를 “상당히 줄인(significantly reduced)” 것으로 판명된 국가의 은행에 예외(면제)를 제공하는 것으로 “상당히 줄인”에 대한 정확한 정의가 부족하지만 석유에 대한 일평균

“IFSR”)은 비미국 금융기관에 대한 2차 제재를 규정하고 있어 주의를 요한다.

수입 물량 규모를 기준으로 판단(통상 20% 전후))를 받지 않는 한 제재 부과.

- Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act of 2012(이하 “TRA”) - ISA 제재 적용 확대. 주요 제재대상은 이란의 석유 관련 분야임.

- Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012(이하 “IFCA”) - ISA 제재 적용 확대. 이란의 에너지, 선박, 조선 산업 등을 주요 대상으로 함.

- International Emergency Economic Powers Act(이하 “IEEPA”) - 외국으로부터 야기된 안보, 외교 또는 경제적 위기의 경우 대통령이 거래 제한, 자산동결 등의 제재 조치를 취할 수 있도록 권한을 부여함. 제재조치 위반에 대한 처벌 조항 포함.

- Trade With the Enemy Act(이하 “TWEA”) - 적국이 미국 내 자산을 활용하여 이득을 누리거나 미국 또는 미국 시민권자에게 피해를 가할 현실적, 잠재적 기회를 박탈하기 위한 취지의 조항 포함

2. 이란 1차 제재

이란과의 일반적인 수출입에 적용되는 대 이란 1차 제재는 이란 거래 및 제재 규정 (Iranian Transaction and sanctions Regulations, 이하 “ITSR”)을 통해 확인할 수 있다. 동 규정 하, 미국인들은 일부 예외적 경우를 제외하고는 이란과의 일체의 거래가 금지된다. 예를 들어, 미국 금융기관의 이란 금융기관과 관련된 일체의 거래는 금지되고, 관련 자산은 동결(block)되어야 한다.¹²⁾ 또한 특정 금지된 당사자(이란 정부를

포함)의 재산 및 재산상 이익도 동결 대상이다. 이란 “정부”라 함은 모든 정부기관 및 기구, 공무원, 국책회사 등을 포함한다.

이란 제품을 미국이 수입하는 행위는 허가 (License)¹³⁾가 있지 않는 한 일반적으로 금지되어 있다. 미미한 선물, 정보 관련 재화(informational materials), 특정 식품, 특정 카펫 및 벽걸이 제품 등의 예외는 인정된다.

이란에 대한 재화, 기술 및 서비스의 수출 또한 원칙적으로 금지된다.¹⁴⁾ 정보 관련 재화, 농산물 및 의료제품 등 일부 예

12) 자산의 동결이라 함은, 금지 거래를 파악한 당사자가 단순히 거래를 거절하는데 그치는 것이 아니라 해당 거래의 대상 자산에 대한 처분과 이전을 금지하는 조치까지 미치는 것을 의미한다. 통상 이는 문제가 되는 자산을 금융기관이 관리하는 다른 자금과 분리된 별도의 계좌에 예치하는 방법으로 이루어진다. 대상자의 명의를 유지되지만, 대상자는 OFAC의 승인 없이 자산에 접근하거나 이를 이용할 수 없다. 자산 동결 조치가 이루어지면 대부분의 거래가 완전히 금지된다. OFAC이 별도로 허가(license)하지 않는 한, 동결계좌에서의 지급, 송금, 인출은 금지된다. 동결자산이 있는 계좌를 유지하는 미국 금융기관들은 동결 조치 후 10일 내로 OFAC에 거래를 보고하여야 하며, 동결자금을 대하여 상사이율에 따른 이자를 지급하여야 한다. OFAC 규정은 동결자산을 소유하고 있는 사람이 포함된 거래를 금지하는 경우도 있다. 경우에 따라 OFAC 규정은 전반적인 통제가 해제된 후에도 SDN 등재자의 자산 동결을 유지하기도 한다.

13) 미국은 제재에 따라 원칙적으로 금지되어야 하는 거래에 대해 특정 조건을 만족하는 경우 해당 거래를 예외적으로 허용하는 허가(license) 정책을 마련해 두고 있다. OFAC제재의 경우, 금지 거래에 대하여 특정 조건하에 거래를 허용하는 방식으로 일반허가(General License) 및 특정허가(Specific License)를 발급하고 있다. (1) 일반허가 (General License) 일반허가는 금지된 거래에 대하여 허용되는 조건을 정하여 OFAC이 고시한 것으로, 이를 충족하는 거래는 자동으로 예외가 적용되는 일반적·추상적 효력의 허가이다(OFAC은 웹사이트에 일반허가 리스트를 게재하며, 이를 직접 OFAC 규정에 삽입하기도 한다). (2) 특정허가 (Specific License) 반면 특정허가는 사안별로 개인 또는 회사의 요청에 따라 내려진다. 유사한 사안에서 발급된 허가는 다른 사안에서 유용한 가이드가 될 수 있으나, 그렇다고 하여 허가 발급 없이 유사한 행위를 할 수 있는 것은 아니다. OFAC은 “문제되는 거래가 형식 및 내용 면에서 기존 허가 요건을 완전히 만족시키는지, 기존 허가가 변경되지는 않았는지 여부를 신중하게 살펴야 한다”고 설명하고 있다.

외는 인정된다. 또한 이란 및 이란정부에 이익을 주는 중개 또는 지원(facilitation) 행위 역시 금지된다. 즉 이란 및 이란정부를 위해 자금을 조달(financing) 해주는 행위는 금지된다.

나아가, 다음 (i) 및 (ii)에 해당하는 경우, 미국에서 수출된 물품(goods), 기술(technology), 서비스(services)를 비미국인이 직, 간접적으로 제3국에서 재수출하는 것은 금지된다: (i) 비미국인이 해당 재수출이 이란 또는 이란 정부를 위한 것이라는 사실을 알거나 알 이유가 있고; (ii) 해당 물품, 기술, 또는 서비스의 미국에서 이란으로의 수출은 관련 규정에 따라 수출 license를 받아야 하는 경우.¹⁵⁾ 단, 이와 같은 금지에 대한 예외로, (1) 해당 물품 및 기술이 미국 밖에서 비미국 제조 상품(foreign-made product)으로 현저히 바뀐(substantially transformed) 경우나; (2) 미국 밖에서 비미국 제조 상품(foreign-made product)으로 해당 물품 및 기술이 반영된(incorporated) 경우, 반영된 물품 및 기술의 합산 가액이 해당 비미국 제조 상품의 전체 가액(total value)의 10% 미만인 경우는 상기 재수출 금지가 적용되지 않는다.¹⁶⁾

또한, 미국은 § 560.207을 통하여 금지되는 투자를 규정하였다. 예를 들어, 동 조항은 미국인은 이란 또는 이란 정부가 소유하거나 지배하는 자산(법인을 포함함)에 대하여 일체의 신규 투자를 할 수 없다는 규정이 포함되어 있다. “금지된 거래”라 함은 관련 규정에 예외조항이 있거나 OFAC의 승인이 없는 한 제재 대상 국가 또는 개인과 할 수 없는 교역, 금융거래,

14) ITSR § 560.204.

15) ITSR § 560.205(a).

16) ITSR 205(b)).

서비스 기타 다른 행위(가령 여행도 포함될 수 있음)를 의미한다. 승인은 license의 형태로 내려진다. OFAC은 금지된 거래의 대상으로서 ‘서비스(또는 용역)’에 관하여도 제품 지원이나 기타 기술, 서비스를 제공하는 등 전통적인 용역 외에 모든 금융 지원까지도 포함하는 것으로 넓게 정의한다. OFAC 제재상 서비스에는 금수 조치된 국가에서의 설문조사 진행, 중개, 마케팅, 편집, 사업 또는 법률 서비스 등이 포함된다. 여행자보험이나 전세계적 여행 서비스와 같은 글로벌 서비스 제공도 예외조항에 해당하지 않는 이상 OFAC 제재 위반에 해당할 수 있다.¹⁷⁾

미국은 또한 § 560.208를 통하여 비미국인에 의한 거래에 관한 미국인의 지원(facilitation)을 철저히 금지시킨다. 거래의 지원이라 함은 비미국인이 행하는 거래가 OFAC 제재상 허용된다 할지라도, 해당 거래의 당사자가 미국인이었거나 미국 내 거래였으면 금지되었을 것이라면, 비미국인들이 이러한 거래를 이행하도록 미국인이 지원하는 행위를 말한다. 비미국인들의 경우 미국인들에 비해서는 미국 제재법규 적용 범위가 좁고 금지되는 거래가 한정적이므로(즉, 원칙적으로 2차제재에 의한 금지행위를 제외하고는 문제되지 않으므로) 통상 비미국인들 간의 경상 거래 또는 자본 거래는 제재법규의 영향을 받지 않는다. 그러나 비미국인들 간의 거래 그 자체는 제재법규 위반이 없다 하더라도 이를 미국인이 지원함으로써 해당 거래가 가능해 지는 경우라면, 이러한 미국인의 지원 행위는 허용하지 않겠다는 것이다. 거래의 지원은 금수조치 대상 목적지에 배송을 완료하는 등 거래와 직접 관련된 행위뿐만 아니라, 거래 관

17) OFAC FAQ 102번 및 103번 참조.

런 송장이나 서류를 작성하는 등 사업 지원을 제공하는 행위, 용자, 보증, 비미국 기업 행위의 승인 등을 포함하는 넓은 개념이다. 해외 자회사가 제재 대상 국가 또는 단체와 사업할 수 있도록 기업구조를 재편하는 등의 조치를 취하는 것도 지원 또는 회피의 범위에 포함될 수 있다.¹⁸⁾ 결국 미국인이 잠재적으로 비미국인의 금지행위를 도울 수 있는 행위는 모두 포함되는 것이다.

물론 미국은 위 조항들에 대해 다양한 예외 허용 및 면제 조항을 두고 있다. 예를 들어, 비상업적/개인적 송금. 이란으로 가는 또는 이란에서 오는 비상업적/개인적 송금, 자금의 이체, 또는 관련 법령에 따라 그 재산/재산상 이익이 동결된 개인이 아닌, 이란에 거주하는 개인을 위하여/대리하여 보내는 비상업적/개인적 송금, 자금의 이체는 허용된다.¹⁹⁾ 또한, 개인적 통신(personal communications). 가치가 있는 어떤 것이든 지의 이전을 수반하지 않는 우편, 전신, 전화, 또는 여타 개인적 통신은 이란과의 거래 금지에서 면제된다.²⁰⁾ 인도주의적 목적을 위한 음식, 의복, 의약품의 기부 및 출판물, 영화, 예술품, 사진, CD (compact disk) 등 정보 또는 정보 관련 물품 또한 이란과의 거래 금지에서 면제된다.²¹⁾ 끝으로, 미국인이 이란에 농산물, 의약품, 의료기기의 수출 또는 재수출하는 것은 OFAC에서 발행하는 1년 specific license에 의해서만 가능하고, 이는

18) COSMOS, CEP magazine, “Americans abroad: Compliance with the US sanctions law facilitation principle” (<https://compliancecosmos.org/americans-abroad-compliance-us-sanctions-law-facilitation-principle> (방문일자 8.18.20).

19) ITSR § 560.550.

20) ITSR § 560.210(a).

21) ITSR § 560.210(b) 및 (ITSR § 560.210(c)).

관련 계약을 서명한 날짜부터 시작하여 12개월 이내에 선적(shipped)되는 것을 의미한다.²²⁾

끝으로, 위에서 언급하였으나 1차 제재가 반드시 미국인만을 대상으로 하는 제재는 아니며 비 미국인도 제재의 대상이 될 수 있다는 점을 다시 한번 강조한다. 미국은 IEEPA의 2007년 개정을 통해 “미국인으로 하여금 제재법규를 위반하도록 야기(cause)하는 행위를 제재 위반의 행위 태양 중 하나로 추가하였는데, 이 경우 야기 행위를 한 자에 미국인뿐만 아니라 비미국인도 포함함으로써 비미국인의 경우에도 제재 위반의 책임이 발생할 수 있기 때문이다. 즉, 비 미국인이 미국인으로 하여금 위 ITSR의 조항의 위반을 야기한 경우에는 비미국인 (은행 포함)역시 1차 제재의 위반의 책임이 발생한다는 점이다. 그러므로 제 3국 수출업자 및 은행은 ITSR 규정이 1차 제재 규정이기때 적용사항이 없다고 치부할 것이 아니라 본인들의 행위가 미국인으로 하여금 동 규정을 위반하도록 야기한 경우에 대한 가능성을 항상 염두에 두어야 한다.

3. 이란 2 차 제재

2차 제재의 개념은 주로 비미국인 기업/개인이 이란과의 금지된 거래를 한다면 그러한 기업/개인은 미국과의 거래에 있어 제한을 받는 식으로 2차적 또는 간접적 방식으로 제재의 효과를 가하는 것으로 이해할 수 있다. 즉 미국의 관할권 아래에 있지 않은 기업/개인에게는 이란과 거래를 할 것인지 미국과 거래를 할 것인지 양자택일을 해야 하는 상황이 주어지는

22) ITSR § 560.530(a).

것이다. 만약 비미국 금융기관이 미국의 제재법규를 위반할 경우, 해당 비미국 금융기관은 환거래 계좌 및 대리지불 계좌 제재(Corresponding or payable-through Account Sanctions, 이하 CAPTA) 리스트에 등재하고 미국 내 환거래계좌 및 대리지불계좌를 개설할 수 없거나, 유지할 수 없게 된다.²³⁾

대다수의 기업들은 기축통화로서의 달러화 사용 거래 및 미국 기업들과의 거래를 포기하면서까지 이란과의 금지된 거래를 감행할 합리적 이유가 없을 것이다. 특히 은행이나 보험회사 등 금융기관들에게는 금융당국의 조사나 적발시 미 달러화 거래 금지, 또는 평판 리스크 등이 큰 부담으로 작용하기 때문에 이러한 간접적 방식의 제재가 효과를 발휘할 수 있다. 한편 EU 등 국제사회에서 미국의 이러한 “초관할적” 조치를 비판하는 목소리는 끊이지 않았고, 미국은 그에 따라 일부 2차제재를 완화하는 대신 국제 사회의 공조를 약속 받는 식으로 타협하기도 하였다.

2차제재(secondary sanctions)는 제재법규 상 비미국인이 미국 외에서 특정 행위를 하는 것을 금지하거나, 비미국인이 SDN List에 등재된 이란 관련자와 거래를 하는 것에 대해서도 적용된다. 비미국인과 다음 열거된 자 사이의 중대한(significant)²⁴⁾거래는 2차제재 적용대상이다: (1) SDN 리스트에 등재된 이란인(예: 이란의 대량살상무기(WMD), 그 전달

23) 31 CFR Part 561 - Iranian Financial Sanctions Regulations.

24) IFSR에 따르면 거래의 “significant” 여부는 다음의 요소 등을 고려하여 결정된다: (a) 거래의 크기, 횟수, 빈도 및 성격; (b) 거래의 유형, 복잡성, 상업적 목적; (c) 거래에 대한 경영진의 인식 수준 및 거래가 일정 행위 패턴의 일부인지 여부; (d) 해당 거래의 block된 자와의 관련성(nexus);(e) 법령 상 목적에 해당 거래가 미치는 영향; (f) 거래가 기만적 행위(deceptive practices)를 수반하는지 여부 등.

(delivery) 시스템, 또는 국제 테러리즘에 대한 이란의 지원과 관련하여 이란 행정명령 13224 및 13382에 따라 SDN List에 등재된 자) 및 (2) 이란혁명 수비대(Islamic Revolutionary Guard Corps, IRGC) 및 그 대리인(agents) 또는 관계인(affiliates).

2차 제재는 이와 같이 개인 및 단체를 대상으로 적용되기도 하지만 많은 경우, 산업 제재의 형태를 띄고 있다. 본고는 다음과 같이 산업 분야 별로 미국의 대 이란 제재를 분석해보도록 한다. JCPOA를 통하여 제재가 완화되었다가 복원된 경우도 있을 뿐 더러 최근에 새로이 제재대상이 된 산업도 있었지만 하단의 분석으로 대 이란 산업별 제재의 전반적인 형태를 파악할 수 있겠다.

(1) 금융 및 은행 분야

우선 미국은 이란의 금융 및 은행 분야에 대한 2차 제재를 감행해왔다. 고의로(knowingly), SDN 리스트에 등재된 자의 동결된 재산/재산상 이익에 관한 중대한 금융거래를 수행하거나 지원(facilitation)하는 경우 미국에서 환거래계좌(correspondent account)나 결제계좌(payable-through account) 개설을 금지하고, 기존 계좌가 있는 경우 그 유지 조건을 매우 엄격하게 하거나 유지를 금지하였다.²⁵⁾ 고의로(knowingly), 2018년 11월 5일부터 비미국 금융기관이 이란으로부터 석유화학 제품을 구매하거나 운송하거나 영업하는 행위에 관한 중대한 금융거래를 수행하거나 촉진한 경우, 비미국 금융기관의 미국 내 환거래계좌나 결제계좌 개설을 금지하고 기존 계좌가 있는 경우 그 유지 조건

25) 행정명령 13876호, § 1, § 2.

을 매우 엄격하게 하거나 유지를 금지하기도 하였다.²⁶⁾ 또한 고의로(knowingly), 특정 금지된 당사자의 동결된 재산/재산상 이익에 관한 중대한 금융거래를 수행하거나 촉진하는 경우 미국에서 환거래계좌나 결제계좌 개설을 금지하였으며²⁷⁾ 고의로(knowingly), (a) IEEPA에 의거 그 재산 또는 재산상 이익이 block된 IRGC, 그 대리인(agents), 또는 관계인(affiliates), 또는 (b) 이란의 대량살상무기 또는 그 전달 시스템 확산, 또는 이란의 국제 테러 지원과 관련하여 그 재산 또는 재산상 이익이 block된 금융기관을 위해 중대한 거래를 지원하거나 중대한 금융 서비스를 제공하는 활동을 하는 비미국 금융기관에 대해 미국 내 환거래계좌 및 대리지불계좌 개설 및 계좌 유지 금지 또는 엄격한 요건 부여하였다.²⁸⁾ 고의로(knowingly), 비미국 금융기관이 귀금속, 흑연, 알루미늄, 강철, 석탄, 또는 산업 공정을 통합하는 소프트웨어의 이란 판매, 공급, 이전을 위한 중대한 금융 거래를 수행하거나 지원(facilitate)하는 행위에 대한 제재도 시행하였고 이를 위반하는 비미국 금융기관의 경우 미국 내 환거래계좌나 결제계좌 개설을 금지하고, 기존 계좌가 있는 경우 그 유지 조건을 매우 엄격하게 하거나 유지를 금지하였다.²⁹⁾ 고의로(knowingly), 이 법 제정일 이후에 발행된 이란 국채 또는 이란 정부가 소유 또는 지배하는 단체의 채권 등 이란의 국가부채를 매입, 인수하거나 그 발행을 용이하게 하는 행위에 대한 제재를 감행하였다.³⁰⁾ 고의로(knowingly), 이란의 대량살상무기

26) 행정명령 13846호, § 2.

27) 행정명령 13553호, § 1, § 2.

28) CISADA § 104(c).

29) IFCA § 1245(c).

30) TRA § 213(a).

(WMD) 및 그 전달 시스템(delivery system)의 확산 또는 이란의 국제 테러행위에 대한 지원과 관련하여, 행정명령 13382호 또는 13224호에 의거 지정된 이란 금융 기관에 대하여 직접적으로(directly) 특수 금융메시지 서비스(specialized financial messaging services)를 제공하거나, 그러한 이란 금융 기관을 위하여 특수 금융메시지 서비스에 대한 직·간접적 접근을 가능하게 하거나 용이하게(facilitate) 하는 경우 제재하였고,³¹⁾ IEEPA에 의거 block된 이란혁명 수비대(Islamic Revolutionary Guard Corps(IRGC)) 및 IRGC의 간부(officials), 대리인(agents), 또는 관계인(affiliates)을 중대하게(materially) 조력, 후원하거나, 이들을 지원하기 위해 금전적(financial), 물적(material), 또는 기술적(technological) 지원을 하거나, 물품이나 서비스를 제공하는 것에 대한 제재하였다.³²⁾ 고의로(knowingly), 비미국 금융기관이 이란산 석유, 석유제품 등의 구입 또는 획득을 위해 SDN List에 등재되어 있는 Central Bank of Iran (CBI)과 중대한 금융거래(significant financial transaction)를 수행하거나 지원(facilitate)하는 행위에 대한 금지할 뿐 아니라 이를 위반하는 비미국 금융기관의 경우 미국 내 환거래계좌나 결제계좌를 개설 또는 유지가 금지된다.³³⁾

(2) 보험분야

미국은 보험 분야에 대해서도 많은 제재를 가하여 왔다. 고의로(knowingly), 이란 국영석유기업(National Iranian Oil Company),

31) TRA § 220(c).

32) TRA §§ 302(a), (b).

33) NDAA § 1245(d)(1),(3).

이란 국영탱커선사(National Iranian Tanker Company) 및 그 승계인들에 대하여 인수(underwriting) 서비스, 보험, 또는 재보험의 제공하는 행위에 대한 제재를 감행해왔다(오로지 이란에 농산품, 식품, 의약품, 의료기기 또는 인도적 지원만을 제공하기 위한 거래에 관한 경우는 예외로 함)³⁴⁾ 고의로(knowingly), 대량살상무기의 확산 또는 국제 테러 활동 관련 이란 정부의 활동에 중대한 기여를 하는 재화의 대이란 수출입에 필요한 수송을 위하여, 선박을 판매, 대여, 또는 제공하거나, 보험, 재보험, 또는 기타 해운 서비스를 제공하는 경우도 제재를 하였다.³⁵⁾³⁶⁾ 또한 고의로(knowingly), SDN List에 등재된 이란인에게 또는 이란인을 위하여 언더라이팅 서비스를 제공하거나 보험 또는 재보험을 제공하는 것에 대한 제재도 가하였다.³⁷⁾³⁸⁾ 에너지 및 석유화학 분야에 대해서도 미국의 대 이란 제재는 높은 강도로 시행되어 왔다. 고의로(knowingly), 2018년 11월 5일부터, 이란으로부터 석유, 석유화학제품을 구매, 획득, 판매, 운송 또는 마케팅하는 중대한 거래에 대한 제재가 있어왔고,³⁹⁾ 고의로(knowingly), 이란의 석유자원 개발 능력을 향상

34) TRA § R212(a).

35) TRA § 211(a).

36) 참고로 2018년 11월 5일 이전에 발생한 사건으로 인해 청구가 발생한 경우 2018년 11월 5일 이후에 이루어진 보험 청구의 지불이 이란의 대량살상무기(WMD) 확산 또는 국제 테러 지원과 관련하여 지정된 사람 또는 SDN 리스트에 등재된 자와 관련된 점이라면 제재 대상일 수 있다 (OFAC FAQ #643).

37) IFCA § 1246(a), OFAC FAQ #303.

38) 보험 또는 재보험 제재 대상의 예외로서 이란에 농산물, 식품, 의약품 또는 의료 기기를 판매하거나 이란 사람들에게 인도주의적 지원을 제공하기 위해 보험, 재보험 또는 보험 계약을 체결하는 것 및 2) 재무부 및 국무부가 사안 별로(case-by-case) 평가하여 동 제재 면제하는 것은 가능 (OFAC FAQ #304).

39) 행정명령 13846호, § 13.

시키는데 직접적이고, 중대하게 기여하는, USD 20,000,000 이상의 투자를 하거나, 개별적으로 USD 5,000,000이상의 투자로서 12개월 기간 동안 합산 USD 20,000,000 이상의 투자를 하는 경우 제재를 시행했다.⁴⁰⁾ 고의로(knowingly), 이란의 정제 석유 제품 생산의 유지와 확장을 직접적이고, 중대하게 촉진할 수 있는 시가 기준 USD 1,000,000 이상 가액에 해당하는 또는 12개월 기간 동안 합산 가액이 시가 기준 USD 5,000,000 이상의 재화, 서비스, 기술, 정보, 또는 지원을 판매, 대여, 또는 제공하는 경우도 제재하였다.⁴¹⁾ 또한, 고의로(knowingly), 이란에 시가 기준 USD 1,000,000 이상 또는 12개월 기간 동안 합산하여 시가 기준 USD 5,000,000에 해당하는 정제된 석유를 판매 또는 제공하거나, 이란에 시가 기준 USD 1,000,000 이상 또는 12개월 기간 동안 합산하여 USD 5,000,000 이상에 해당하는 것으로서 이란의 정제된 석유 수입 능력을 향상시키는 재화, 서비스, 기술, 정보, 또는 지원을 이란에 판매, 대여, 또는 제공하는 경우 제재하였다.⁴²⁾

(3) 해상운송, 조선 섹터 및 항만 분야

미국은 해상운송, 조선 섹터 및 항만 운영 분야에 대한 제재도 감행해왔다. 고의로(knowingly), 누구든지 SDN List에 등재된 이란의 에너지, 해운, 또는 조선 부문의 일원인 자, 이란의 항구를 운영하는 자 등을 대신하거나 그들을 위한 활동 또

40) ISA § 15(a)(1).

41) ISA § 15(a)(2) 석유 정제 공장의 건설, 현대화, 수리 또는 직접적으로 연관된 사회기반시설 석유 제품의 배송을 위한 항만 시설, 철도, 도로 등)에 대한 직접적이고 중대한 지원을 포함하여 이란의 정제 석유 제품 생산의 유지와 확장을 직접적이고 중대하게 촉진할 수 있는 재화, 서비스, 기술, 정보, 또는 지원이 이에 해당됨.

42) ISA § 15(a)(3).

는 거래에 대한 금융, 물적, 기술적 지원을 하거나 재화 또는 용역 등의 제공 행위에 대한 제재가 있었고,⁴³⁾SDN에 등재된 이란국영선박회사(Islamic Republic of Iran Shipping Lines(IRISL)),NITC, 그리고 National Iranian Oil Company(이하 “NIOC”)에 대하여 이란의 에너지, 해운, 또는 조선 부문에서 사용되는 중대한 재화 또는 서비스를 판매 또는 공급, 또는 이전하는 행위에 대한 제재도 존재한다.⁴⁴⁾

(4) 금속 및 소프트웨어 분야

금속 및 소프트웨어 분야 제재의 경우, 이란으로 또는 이란으로부터 직, 간접적으로 금 및 기타 귀금속을 판매, 공급, 수출, 또는 이전하는 것 및 이와 관련된 서비스를 제공하는 것은 금지되며⁴⁵⁾ 고의로(Knowingly), 이란의 군사 또는 탄도미사일 프로그램에 사용되는 이란으로 또는 이란으로부터 직, 간접적으로 흑연, 미가공 또는 반가공 금속(알루미늄 및 철), 석탄 및 산업 프로세스 통합을 위한 소프트웨어를 판매, 공급, 이전하는 것 및 이와 관련된 서비스를 제공하는 것 또한 금지된다.⁴⁶⁾

(5) 자동차 분야

끝으로 자동차 분야의 경우, 2018년 8월 7일부터, 이란의 자동차 분야와 관련된 물품과 서비스를 판매, 공급, 또는 이전하는 중대한 거래를 하는 행위 제재가 시행되었다.⁴⁷⁾

43) IFCA § 1244(c)(1).

44) IFCA § 1244(d).

45) IFCA § 1245(a)(1)(A).

46) IFCA § § 1245(a)-(d).

47) 행정명령 13846호, § 13.

IV. 결론

앞으로 미국의 대 이란 제재는 더욱 더 강화될 것으로 판단된다. 한국을 포함한 제3국의 많은 수출입 기업 및 은행은 현재 이란 제재의 내용과 그 영향을 파악하기 위해 부단히 노력하고 있다. 실제 OFAC가 정치적이고 자의적으로 규정을 해석하여 적용하고 있기 때문에 제재로 인한 어려움은 가중되고 있는 실정이다. 본고를 통하여 일반적인 수출입 거래에 적용되는 이란의 1차 제재인 ITSR과 산업별로 분석한 2차 제재를 살펴보았다. 다시 한번 강조하지만 직접제재와 2차제재를 상호 배타적인 범주로 이해하기 보다는, 미국 제재 당국이 제재 목적과 실효성을 확보할 목적으로 취사선택하는 연속선상에 위치한 수단들로서 이해하는 것이 적절하다고 생각한다.

참고문헌

국내문헌

- 서상현, 박현성, 미국의 대 이란 제재 ‘스냅백’ 부활과 시사점, POSRI 이슈 리포트(https://www.posri.re.kr/files/file_pdf/63/15448/63_15448_file_pdf_1542170805.pdf/2020.8.18.).
- 윤여준 외, 미국 트럼프 행정부의 이란 제재 정책 및 시사점, KIEP 오늘의 세계 경제, (2018) Vol 19. No. 15.
- 중앙일보 2020. 1.6 정부, 이란에 줄 750억 USD 패소금 미국 제재 땀에 방법 없네(<https://news.joins.com/article/23674597>/2020. 8. 18.).
- 최철영, 미국의 대외경제제재관련 연구, 한국법제연구원(<http://klri.re.kr:9090/bitstream/2017.oak/3877/1/21868.pdf>/2020.8.18.).

외국문헌

- Ashish Kumar Sen, A brief history of US sanctions on Iran, Atlantic Council, 2018. 5. 8(<https://www.atlantic-council.org/blogs/new-atlanticist/a-brief-history-of-sanctions-on-iran/2020.8.18.>).
- Barry E. Carter & Ryan Farha, Overview and Operation of U.S. Financial Sanctions, Including the Example of Iran, Georgetown Journal of International law Vol. 44, 2013.
- COSMOS, CEP magazine, Americans abroad: Compliance with the US sanctions law facilitation principle(<https://>

compliancecosmos.org/americans-abroad-compliance-us-sanctions-law-facilitation-principle/2020. 8. 18.).

Columbia SIPA, Center on Global Energy Policy, Brief History of US sanctions on Iran(https://www.energy_policy.columbia.edu/research/brief-history-us-sanctions-iran/2020. 8. 18).

Matthias Neuenkirch & Florian Neumeier, The Impact of UN and US economic sanctions on GDP growth. *European Journal of Political Economy*, Vol 41, 2015.

Perry S. Bechky, Sanctions and the blurred boundaries of international economic law, *Missouri Law review*, vol 83, 2018.

Rathborne et al, sanctions, sanctions everywhere forging a path through complex transnational sanctions law, *Georgetown Journal of International law* vol 44, 2013.

US sanctions against Iran

- A brief history and the major sanctions programs including primary and secondary sanctions-

This article provides a brief history and summary of applicable US sanctions against Iran (particularly on primary and secondary sanctions) that may be applicable to many foreign export and import companies and related banks in countries including South Korea. The US implements Iran-related sanctions through a series of executive orders, ITSR, 31 C.F.R Part 560, and IFSR, CISADA and NDAA, both of which are implemented through IFSR. These sanctions programs can be categorized as primary sanctions or secondary sanctions. The core restrictions of the Iranian sanctions regime are set forth in the ITSR, which generally prohibits “US persons” from engaging in almost all transactions and investments involving Iran or the government of Iran, including transactions with those identified on the SDN lists. In addition, secondary sanctions allow the US government to impose a “menu” of sanctions even against non-US persons that engage in certain specified activity involving Iran, even where there is no US nexus.

Key Words : US sanctions against Iran, Primary sanctions, Secondary sanctions

不完全收養制度的功能展現與制度構建

司丹¹⁾

[摘要]不完全收養曾在我國歷史上短暫出現過，並在司法實踐中起到過一定的作用。新中國成立後，我國從《收養法》到《民法典》均未將不完全收養納入其中，而是僅採用單一的完全收養模式。隨着家庭結構變化、人口出生率降低、老齡化加劇等一系列社會問題的出現，完全收養模式已無法滿足現實生活的需要，不完全收養模式的確立已成為歷史的必然。確立不完全收養模式並非要取代完全收養模式，而是將其成為完全收養模式的補充。不完全收養應該增設在《民法典》收養一章當中，列於完全收養模式之後，內容上應確立未成年人不完全收養和成年人不完全收養兩種模式。並明確規定收養的條件、收養的程序、收養的效力及收養的解除等相關內容。

[關鍵詞] 民法典；不完全收養；制度構建

不完全收養是收養制度的重要組成部分，是與完全收養相對稱的內容。我國在收養立法上一直堅持以完全收養作為收養立法的全部內容，從《收養法》到《民法典》從未改變。完全收養一般只針對未成年人發生，其充分體現了收養立法的“育幼”功能。隨着老齡化社會帶來的養老問題的凸顯，賦予收養立法一定的“養老”功能勢在必行，不完全收養則可以很好的實現這一功能，從而解

[作者簡介] 司丹（1984-），女，黑龍江佳木斯人，講師，博士，從事民商法、親屬法研究。

決我國面臨的養老難題。

一、不完全收養的功能展現

(一) 豐富收養制度體系

收養是建立擬制血親的重要途徑，是形成法律上親子間權利義務的基礎之一。在我國實際生活中，計劃生育政策的實施和人們生育觀念的改變，獨生子女家庭和无子女家庭數量呈上升趨勢，除收養孤兒和棄嬰外，完全收養他人的子女已變得越發的不可能。^[1]因此，單純的完全收養制度已經無法滿足時代的需求。其次，完全收養制度產生的原因是戰爭後孤兒的大量湧現，而現代社會孤兒和棄嬰的數量大幅減少，繼續維持單一的收養模式將使收養制度無用武之地。因此，增設不完全收養制度勢在必行。不完全收養與完全收養是收養制度的兩個重要方面，二者互為補充，能夠更好的實現收養目的。再次，離婚率的上升也會引發再婚率的升高，繼父母子女的數量也會隨之增加，根據我國現有立法規定，只有“形成了撫養教育關係的繼父母子女”才能與親生子女享有同等的權利義務關係，這裡隱含着繼子女必須是未成年人的規定。如果繼子女已經成年，即便繼父母對其撫養照顧，也無法“形成撫養教育關係”，不完全收養模式的設立則可以解決這一難題。總之，收養制度中僅有完全收養模式已無法適應時代的需求，人們對美好生活的嚮往需要更加完備的制度支撐，制度體系的不完整，將直接限制其權利的行使，影響其生存與發展的質量。

(二) 推進家庭文化傳承

文化是社會民衆共同價值觀的體現，家庭文化則是民衆對家庭認知的共同理念的體現。在我國家庭文化突出體現的是“孝”。“孝”文化從古代流傳至今，已逐漸成爲中華民族一種共同的心理情感，成爲一種普遍的倫理道德和持續不斷的人文思想。正因如此，我國傳統社會的“孝”才能成爲處理親子關係的規範和最高準則，成爲支撐家庭養老功能的文化機制。^[2]時代的變化只能影響孝的內容，却无法改變孝的本質。在我國的家庭文化當中，年老時有子女贍養、有子女可以依靠是人們所追求的。隨着養老保障制度的逐漸完善，養老的核心問題將不再是經濟問題，精神贍養將是老年父母所期待的。在不完全收養模式當中，失獨老人、空巢老人及其他無子女老人可以通過收養實現子女繞膝、天倫之樂的期盼，從而實現老有所養、老有所依。養子女在照顧養父母的同時，也能在生父母身邊盡孝，充分弘揚了我國的“孝親”文化，使得中華民族的“孝親”文化可以在家庭中代代傳承。

（三）拓展家庭養老路徑

從《第七次全國人口普查主要數據情況》可知：“我國60歲及以上人口爲26402萬人，占18.70%（其中，65歲及以上人口爲19064萬人，占13.50%）。與2010年相比，60歲及以上人口的比重上升5.44個百分點。”^[3]該組數據表明我國人口老齡化進一步加劇，養老問題是老齡化過程中的重點問題。目前，我國各地積極探索各種形式的社區居家養老，爲老年人提供餐飲、醫療等專門服務，保障了老年人的生活質量。然而，社區養老在滿足老年人多方需求的同時却无法滿足老年人對親情關懷的渴求。並且，我國在一段

時期之內仍然是以家庭養老為主要的養老方式，社區養老只能起到輔助作用。收養則是通過法律手段建立家庭的途徑之一，也是增強家庭養老的方式之一。另外，對於无子女或空巢老人而言，不完全收養可以通過改變家庭結構從而改變其養老現狀，尤其是在不完全收養模式中，收養成年人對於“老有所養”更具現實意義。收養人与被收養人通過建立擬制的親子關係，而享有親子間的權利義務，養子女可以照料養父母的晚年生活，同時滿足養父母享有天倫之樂的精神需求，這是其他養老制度難以實現的功能。不完全收養制度的确立能够為社會民衆提供更多的養老選擇途徑，民衆可以通過私法自治的方式解決養老需求，從而減輕國家社會公共養老的負擔。

（四）促進社會和諧發展

法治的前提是有法可依，法律規範的健全才能為民衆提供行為依據。收養制度屬於民事法律制度当中的親子制度范疇，是關係到民衆基本生活的制度。社會進步發展的重要標志是人的生存與發展的自由，受我國傳統文化的影響，当人類个体面臨生存與發展問題時，家庭是其首要的依靠。收養制度能够通過法律擬制建立親子關係，從而建立相應家庭的關係。根据我國《2019年民政事業發展統計公報》顯示，收養登記的數量由2015年的22348件到2019年的13044件呈明顯降低態勢。^[4]這一數據表明，完全收養在我國的適用率在下降。換言之，增加不完全收養制度是滿足民衆養老育幼，帮扶弱勢群体的需求。不完全收養制度的設立，能够使收養行為更加規範，使民衆在法治的環境下實現親子間權利義務的設立，在保障个体良好的生存發展前提下，促進社會的和諧

發展。

二、不完全收養的制度构建

從世界範圍來看，單純采用完全收養或不完全收養的國家并不多，大部分國家同時設有完全收養和不完全收養兩種制度。^[5]我國也應增設不完全收養制度，一方面可以解決收養實際的需要，另一方面可以构建完整的收養制度体系。結合我國現有收養立法，不完全收養的制度构建應從以下几方面予以考慮。

（一）不完全收養的類型

根據不完全收養對象的不同，可將其分為未成年人的不完全收養和成年人的不完全收養兩種類型。從我國實際情況出發，這兩種類型均應增設在我國《民法典》当中。

1. 未成年人的不完全收養

增設未成年人的不完全收養，并不是要取代我國現有的完全收養模式，而是爲了更好的保護未成年人。對未成年人的收養，無論采用哪种模式，都應當遵循“兒童最大利益原則”。因此，我國收養立法中關於未成年人收養部分，應确立完全收養爲主，不完全收養爲輔的立法模式。爲保護孤儿等特殊未成年人的合法權益，對《民法典》第1093條中規定的“喪失父母的孤儿”和“查找不到生父母的未成年人”進行收養的只能采用完全收養模式。這樣能够促使這類兒童更好的融入新家庭，与養父母建立良好的親子關係。而“父母有特殊困難无力撫養子女”的情形則應同時屬於完全收

養和不完全收養的對象。換言之，當父母有特殊困難無力撫養子女時，既可以選擇完全收養模式也可以適用不完全收養模式。如果父母的特殊困難只是暫時的，不必與子女長久分離，那麼就可以採用不完全收養模式，未成年子女既能得到養父母的照護，也可以保持與生父母的聯系。

2、成年人的不完全收養

如果說未成年人的不完全收養主要體現了家庭的“育幼”功能，那麼成年人的不完全收養則突出體現了家庭的“養老”功能。目前在世界範圍內，無論是以法國為代表的將成年人收養隱含在不完全收養當中，還是以德國為代表的明確規定成年人收養的立法模式，都表明成年人收養是世界收養立法發展中的重要一環。故我國也應盡快立法，以順應世界發展趨勢。在成年人收養立法上，宜在不完全收養項下進行規定。因為，我國目前的收養立法為單一的完全收養模式，如果採用未成年人收養和成年人收養的立法模式，則會打破現狀，在未成年人收養中既包含完全收養又包含不完全收養，在成年人收養中則僅規定不完全收養，這將極易造成民衆適用法律時的混亂。故在保持原有立法整體不變的情況下，增加不完全收養一節是最好選擇，在不完全收養當中再分別規定未成年人的不完全收養和成年人的不完全收養。畢竟生活中大多數民衆都不是法律專業人士，故在立法設計上應考慮我國的國情。成年人的不完全收養在立法上應表述為：成年人可以被收養，但并不因此消除其與生父母以及其他近親屬間的權利義務關係。

（二）不完全收養的條件

不完全收養的條件是不完全收養行爲發生的前提，是不完全收養關係成立的基礎。不完全收養的條件應由一般條件和特殊條件構成。

1、一般條件

不完全收養的一般條件是收養人、被收養人及送養人應當符合的最基本條件。這些最基本條件可以分爲兩類：一類是主觀方面的條件。另一類是客觀方面的條件。

在主觀條件方面，主要是對當事人意思表示的規制。因收養對象的不同，涉及的當事人也有所差異。在未成年人不完全收養當中，當事人的意思表示應與完全收養一致，即採用《民法典》第1101條和1104條的規定。在成年人不完全收養當中，由於不涉及送養人，故主要考慮收養人和被收養人的意思表示，其次考慮其近親屬的意思表示。因此，該部分內容可以規定爲：收養成年人的，收養人與被收養人，應雙方自願。有配偶者收養子女，應當夫妻共同收養。被收養人有配偶和子女的，應徵得其配偶和子女的同意。成年人不完全收養的設立，主要目的是實現養老功能，這將會影響到被收養人配偶及子女的利益，因此要徵得其同意。從法律層面來看，徵得被收養人配偶和子女的同意是利益分配的考量，是公平原則的體現。從生活層面來看，這一規定更加有利於收養人和被收養人兩個家庭的和諧相處。

在客觀條件方面，主要應規定當事人的年齡狀況、健康狀況、經濟狀況等內容。關於收養人，應根據收養對象的不同而有所區別。收養未成年人的，收養人應當同時具備下列條件：一是有撫養、教育和保護被收養人的能力；二是未患有在醫學上認爲不應當收養子女的疾病；三是無不利於被收養人健康成長的違法犯罪

記象；四是年滿三十周歲。與完全收養中的收養人條件相比，去除了對收養人子女的限制。因為在不完全收養中，養子女與養父母及生父母均具有權利義務關係，故不必刻意要求收養人的子女狀況。只要能夠保障未成年人的健康成長，符合“兒童最大利益原則即可”。收養成年人的，收養人應當具備的客觀條件主要就是年齡問題。收養人與被收養人之間必須存在一定的年齡差，以避免建立擬制血親時，出現違背親屬倫理的情形。結合我國結婚年齡的立法，收養人的年齡應至少大於被收養人二十五周歲為宜。關於被收養人的客觀條件也應區分未成年人和成年人而規定：被收養人為未成年人的，僅限於“父母有特殊困難無力撫養的”情形。被收養人為成年人的，該成年人應為完全民事行為能力人。由於無民事行為能力人和限制民事行為能力人的意思表示真實性無法確定，為避免損害其利益，故排除這兩類人作為成年人的不完全收養對象。對於無民事行為能力人和限制民事行為能力人可以通過監護制度予以保護。關於送養人，因僅涉及未成年人的情形，故應規定為：有特殊困難無力撫養子女的生父母可以作為未成年人不完全收養的送養人。

2、特殊條件

不完全收養的特殊條件主要是指當收養人與被收養人有前置特殊關係時，應當滿足的特定條件。主要包括親屬的不完全收養和繼父母的不完全收養兩種類型。關於親屬間的不完全收養，可以參考我國完全收養的相關內容進行規定。即親屬間的不完全收養可以適當放寬年齡、生活狀況等客觀條件。我國在不完全收養的立法上應符合民衆的收養習慣，在不違背倫理輩分的前提下，給民衆充分的空間。關於繼父母與繼子女間的收養，我國目前立法並未對繼子女與

生母或生父的權利義務關係如何變化做特殊規定。同時，在立法中還對繼父母收養繼子女的條件進行了放寬，可見我國是鼓勵這種收養形式存在的。在這一背景下，繼父母與未成年人建立不完全收養關係時，應參考現有立法內容，只要繼子女的生父母同意，即可以確立不完全收養關係。如果繼父母需要與成年子女建立不完全收養關係，則只要滿足不完全收養的一般條件即可。這樣成年子女與繼父母也可以建立法律上的親子關係。

（三）不完全收養的程序

不完全收養的程序性要求是收養關係有效成立的重要環節，由於收養關係形成後，對當事人的人身和財產均會產生重大影響，故必須採用要式的方式予以確立。我國《民法典》中規定，收養應當登記，收養關係自登記之日起成立，登記機關為縣級以上民政部門。由於未成年人被完全收養後其與生父母的權利義務即消除，故採用嚴格的登記程序，便於國家監管，有利於保護未成年人的權益。而不完全收養的設立是要讓更多有需求的人能夠通過建立擬制血親而改變生活現狀，其適用範圍要比完全收養廣泛，限制條件比完全收養少，在收養程序上也應更靈活。對於不完全收養的程序，當事人可以根據實際情況選擇到民政部門進行收養登記，或者對訂立的收養協議進行公證。收養關係自登記或公證之日起成立。之所以在程序上的要求比完全收養寬松，是因為不完全收養對於未成年人而言，其生父母對子女的權利還在，能夠對收養後的情況進行監督，保護未成年人的權益。而成年人的不完全收養，雙方均是完全民事行為能力人，可以對自己的行為負責，也能夠對自己的權益救濟。因此，建立多元的收養程序不僅

可以減輕國家監管的負擔，還能夠有效推進該制度的適用。

(四) 不完全收養的效力

根據我國現有立法，不完全收養關係成立後，養父母與養子女間的權利義務關係適用父母子女關係的規定。但由於不完全收養關係中的養子女與生父母的權利義務關係並不因收養關係的成立而消除，這難免就會出現收養當事人間權利義務衝突的現象。因此，養子女與養父母及生父母的權利義務關係原則上可以適用現有立法，但在子女贍養義務和親子間的繼承權方面應加以特殊規定。

1、子女的贍養義務

無論被收養人是未成年人還是成年人，隨着時間的推移，都會涉及到子女的贍養問題。通常情況下，養子女對養父母和生父母均有贍養義務，這是權利義務相對等的體現。但如果養子女因特殊情況僅具備贍養一方父母的能力時，那麼就會引發養父母和生父母權利優先性問題。在不完全收養關係中，如果是為了幫助養子女渡過生活困難期而進行的收養，則根據權利義務相對等的原則，養父母應得到優先贍養。如果是為了實現養父母的養老需求而進行的收養，那麼在收養關係成立之前當事人就應預見衝突情況，為了保障收養目的的實現，養父母也應該得到優先贍養。綜上，在不完全收養關係中，養父母應得到相對優先的贍養權。如果養子女拒絕優先贍養養父母，則養父母可以通過解除收養關係等方式對自己的權益進行救濟。

2、親子間的繼承權

親子間的繼承權既包括父母對子女遺產的繼承，又包括子女對父母遺產的繼承。在父母對子女遺產繼承方面，養父母與生父母對養子女應享有同等的繼承權。有學者認為如果是未成年人收養，養父母與生父母可以享有同等的繼承權，因為雙方對養子女都盡了撫養義務。而如果是成年收養，被收養人對收養人的贍養較多，收養人對被收養人的撫養較少。故應剝奪收養人的繼承權。^[6]持該觀點的學者忽略了以下幾方面內容：一是在成年人收養當中，養父母對養子女的幫助未必體現在撫養方面，其可以對養子女提供其他方面的幫助。二是養子女對養父母享有繼承權，根據權利義務相對等，養父母對養子女也應享有繼承權。三是如果是以贍養為目的而進行的成年人收養，那麼養父母對養子女遺產的繼承恰是養子女贍養義務的延續。因此，養父母與生父母應享有同等的繼承權。在子女對父母遺產繼承方面，子女對生父母和養父母均享有繼承權，其權利行使應符合我國《民法典·繼承編》的相關規定。在親子間繼承過程中，如果當事人一方有扶養能力而沒有盡扶養義務的，在遺產分割時可以少分或不分。

（五）不完全收養的解除

擬制血親關係和自然血親關係雖然在法律上相同，但在民衆的生活認知中還存在着一定的區別，因此在賦予擬制血親關係成立的條件同時，也應確立其解除的路徑。

不完全收養關係的解除應包含協議解除和法定解除兩種情形。協議解除的條件，于未成年人而言，收養人與送養人達成協議即可解除。于成年人而言，收養人與被收養人達成協議即可解除。協議解除不完全收養關係的程序，可以根據收養關係確立時的程序辦理，即不完全收養關係通過登記確立的則解除也需要到民政

部門進行登記，不完全收養關係是通過協議后公証確立的，則解除時也需要通過公証解除協議實現。當出現不完全收養的目的無法實現時，則可以直接適用法定解除收養關係。導致不完全收養目的無法實現的原因可以從以下四個方面予以確定：一是收養人或被收養人未履行應盡的義務；二是收養人或被收養人已不具備履行義務的能力；三是收養人或被收養人有虐待、遺棄等故意傷害對方的行為；四是收養人與被收養人關係嚴重惡化，無法繼續維持收養關係。不完全收養的法定解除應通過訴訟途徑解決。不完全收養關係解除后的法律效力可以參考完全收養的相關規定。一是親屬間的權利義務關係的消除。二是成年養子女要對養父母盡必要的贍養義務。三是根據解除的原因，向養父母支付收養期間所花費的撫養費用。

總之，對不完全收養內容應確立在《民法典》的收養一章當中，將現有的收養立法歸于完全收養項下，不完全收養作為整體增加到完全收養之后。這樣的立法設計既明確區分了完全收養與不完全收養兩種模式，又不會對原有立法內容造成影響。不完全收養立法的确立，是制度體系完整性和社會現實生活的共同需求。

[參考文獻]

- [1]王歌雅.中國親屬立法的倫理意蘊与制度延展[M].哈爾濱：黑龍江大學出版社,2008:326.
- [2]李桂梅.中西家庭倫理比較研究[M].長沙：湖南大學出版社,2009:280.
- [3]國家統計局.http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/202105/t20210510_1817176.html,2021-5-13.
- [4]中華人民共和國民政部·民政數據,<http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/>,2021-4-23.
- [5] 蔣新苗.比較收養法研究[M].北京：北京大學出版社,2005:39.
- [6]王漢.我國增設不完全收養模式研究[D]，福州大學專業碩士論文,2014:28.

불완전양자제도의 기능 제도의 구축

司 丹(하얼빈상업대학)

[요약] 불완전양자는 중국 역사에서 잠시 나타난 적이 있었고, 사법실무에서 일정한 역할을 하였었다. 중화인민공화국 출범 이후 중국의 《입양법》부터 《민법전》에 이르기까지 모두 불완전양자를 규정하지 아니하고 오로지 단일한 완전양자모델만을 채택하였다. 가정구조의 변화, 인구출산율의 하락, 고령화의 가속화 등 일련의 사회적 문제가 나타남에 따라 완전양자모델은 이미 현실적인 수요를 충족시킬 수 없게 되었으며, 불완전양자모델의 확립은 이미 역사적인 필연으로 되었다. 불완전양자모델의 확립은 완전양자모델을 전면 대체하고자 하는 것은 아니며, 이를 완전양자모델의 보충으로 하고자 하는 것이다. 불완전양자제도를 《민법전》 입양 章에 증설, 완전양자규정 다음에 배치하여, 그 내용상 미성년 불완전양자와 성인 불완전양자의 두 가지 모델을 확립하여야 하며, 입양의 요건, 입양 절차, 입양의 효력 및 입양의 해제 등 관련 내용을 명확히 규정하여야 한다.

[주제어] 민법전, 불완전양자, 제도의 구축

불완전양자는 양자제도의 중요 구성부분이며, 완전양자와 대별되는 내용이다. 중국의 입양입법은 줄곧 완전양자를 양자입법의 전부내용으로 하였는바, 이는 《입양법》부터 《민법전》

에 이르기까지 시종일관 변하지 아니하였다. 완전양자는 통상적으로 미성년자에 대한 입양에서만 발생하며, 이는 입양입법의 “어린이 양육”의 기능을 충분히 구현하였다.

고령화 사회로 인하여 노후관리문제가 부각됨에 따라 입양입법에 일정한 “노후관리”기능을 부여하는 것이 피할 수 없는 추세가 되었는데 불완전양자는 이러한 기능을 잘 실현할 수 있으며 따라서 중국이 직면한 노후가 어려운 문제를 해결할 수 있다.

I. 불완전양자의 기능구현

1. 입양제도체계의 다양화

우선, 입양은 의제한 혈연관계를 창설하는 중요한 경로이며, 법적으로 친자 간의 권리의무를 형성하는 기초의 하나이다. 중국의 현실생활에서 계획출산정책의 시행과 국민의 출산 관념의 변화로 인하여 단독자녀 가정과 무자녀 가정의 수가 상승하는 추세를 보이고 있기에 고아와 기아의 입양을 제외하고, 타인의 자녀를 완전양자로 입양하는 것은 점점 불가능에 가깝다.^[1] 때문에 단일한 완전양자제도는 이미 시대의 수요를 충족시킬 수 없게 되었다. 다음으로, 완전양자제도가 생겨난 원인은 전후 고아가 대량으로 생겨났기 때문이다. 그러나 현대사회에서 고아와 기아의 수가 크게 줄었기에 단일한 입양모델을 유지할 경우 입양제도는 무용지물이 되게 될 것이다. 때문에 불완전양자제도를 증설하는 것이 피할 수 없는 추세이다. 불완전양자와 완전양자는 입양제도의 두 가지 중요한 부분이고 상

호 보완하여 입양의 목적을 더욱 잘 실현할 수 있다. 마지막으로, 이혼율의 상승은 재혼율의 상승을 불러왔고 이에 따라 계부모자녀의 수도 증가하게 된다. 중국의 현재 입법의 규정의 의하면 오로지 “부양교육관계를 형성한 계부모자녀”만이 친생자녀와 동등한 권리의무관계를 향유할 수 있게 되는데 여기에는 은연중 계자녀는 반드시 미성년자여야 한다는 의미를 내포하고 있다. 가령 계자녀가 이미 성인자인 경우, 계부모가 부양하더라도 “부양교육관계의 형성”은 불가능하게 된다. 불완전양자모델의 확립은 이러한 난제를 해결할 수 있다. 결과적으로 입양제도 중에 완전양자모델만 규정되어 있는 상황은 더 이상 시대의 요구에 부응할 수 없다. 인간의 아름다운 생활에 대한 동경은 더욱더 완비된 제도의 뒷받침이 필요하다. 제도시스템의 불완비는 권리의 행사를 직접적으로 제한하게 되고 생존과 발전의 품질에 영향을 미치게 된다.

2. 가정문화의 전수와 계승의 추진

문화는 사회민중의 공동가치관의 구현이며, 가정문화는 사회민중이 가정에 대하여 인식하고 있는 공통이념의 구현이다. 중국의 가정문화에서 가장 두드러지게 구현하고 있는 것이 “효” 문화이다. “효”문화는 고대로부터 현재까지 이어져 온 것이고 이미 점차적으로 중화민족의 하나의 공통된 심리적 감정으로 되었으며 하나의 보편적인 윤리도덕과 지속적인 인문사상이 되었다. 그렇기 때문에 중국 전통사회의 “효”만이 친자관계를 처리하는 규범과 최고의 준칙이 될 수 있으며, 가정노후관리기능을 뒷받침하는 문화메커니즘이 될 수 있다.^[2] 시대의 변화는 효

의 내용에만 영향을 미칠 뿐이고, 효의 본질을 바꿀 수 없다. 중국의 가정문화 중 노년에 자녀의 부양을 받고, 자녀에게 의지할 수 있는 것이 사람들이 지향하는 바이다. 노후보장제도의 완비에 따라 노후관리의 핵심문제는 더 이상 경제문제가 아닐 것이고, 정신적 부양이 노부모가 기대하는 바가 될 것이다.

불완전양자모델 중에 외동자녀를 앞서 보낸 노인, 자녀들이 외지에서 생활하는 독거노인 및 기타 자녀가 없는 노인은 입양을 통하여 자녀를 옆에 두고 가정의 즐거움을 누리는 소망을 이룰 수 있게 되고, 노년에 부양해줄 사람이 있고, 노년에 의지할 사람이 있는 목표를 실현할 수 있다. 양자는 양부모를 돌보는 동시에 양부모의 곁에서 효도를 다할 수 있게 되어 중국의 “효친”문화를 충분히 발양하여 중화민족의 “효친”문화가 가정 중에서 대대로 전해지게 할 수 있다.

3. 가정노후관리방식의 확장

《제7회 전국인구전면조사 주요 데이터 상황》에 의하면, “중국의 60세 및 그 이상 인구는 26,402만 명으로 18.70%(65세 및 그 이상 인구는 19,064만 명으로 13.50%를 차지함)를 차지한다. 2010년과 비교할 경우, 60세 및 그 이상 인구의 비중은 5.44% 상승하였다.^[3]” 상기 데이터는 중국 인구의 고령화가 더욱더 심화되었고, 노후관리문제가 고령화 과정 중의 핵심문제임을 보여준다. 현재 중국 각지에서는 적극적으로 각종 형태의 지역사회 자택노후관리의 모델을 모색하여 노년층을 위하여 식사, 의료 등 전문적인 서비스를 제공하여 노년층의 삶의 질을 보장하고 있다. 지역사회 노후관리는 노년층의 다각적인 수

요를 충족하고 있지만 노년층의 가정의 관심과 배려에 대한 갈구를 충족할 수 없다. 또한 현 단계 일정 기간 내에 중국의 노후관리방식은 여전히 자택노후관리를 주로 하게 되고, 지역 사회노후관리는 보조적인 역할을 할 수 밖에 없다. 입양은 법적으로 가정을 건립하는 하나의 경로인 동시에 자택노후관리를 강화하는 방식의 하나이다. 그리고 자녀가 없는 노인이나 또는 자녀들이 외지에서 생활하는 독거노인의 경우, 입양을 통하여 가정구조를 바꾸는 방식으로 본인 노후관리의 현재 상황을 바꿀 수 있다. 특히, 불완전양자모델에서 성년자 입양이 “노년에 부양해줄 사람이 있음”에 있어 더욱더 현실적인 의의를 가진다. 양부모가 될 자와 양자가 될 자는 의제된 친자관계를 확립함으로써 친자 간의 권리의무를 향유하게 되고, 양자는 부모의 노후생활을 돌볼 수 있고 동시에 양부모의 가정의 즐거움을 누리하고자 하는 정신적 수요를 충족시킬 수 있는데 이는 기타 노후관리제도가 실현하기 어려운 기능이다. 불완전양자제도의 확립은 사회민중에게 더욱 많은 노후관리를 선택할 경로를 제공하게 되며 민중은 사적자치의 방식으로 노후관리 수요를 해결할 수 있기에 국가사회의 공공노후관리의 부담을 줄일 수 있게 된다.

4. 사회의 조화로운 발전의 추진

법치의 전제는 근거할 수 있는 법이 제정되어 있어야 하는 것이기에 범규범의 완비만이 민중에게 행위근거를 제공할 수 있다. 입양제도는 민사법제도 중의 친자제도의 범주에 속하며 민중의 기본 생활과 관련되는 제도이다. 사회의 진보 발전의

중요한 징표는 인간의 생존과 발전의 자유이다. 중국 전통문화의 영향으로 인간 개체가 생존과 발전의 문제에 직면한 경우, 가정은 우선적인 의지가 된다. 입양을 통하여 법정 친자관계의 의제, 창설함으로써 상응한 가정 관계를 확립할 수 있다. 중국 《2019년 민정업무발전 통계 공보》에 근거하면, 입양등록 건수는 2015년의 22,348 건에서 2019년의 13,044 건으로 현저히 하락하는 추세를 보이고 있다.^[4] 이러한 데이터는 완전양자입양의 적용비율이 중국에서 감소하고 있음을 보여주고 있다. 다시 말하면, 불완전양자제도를 증설하는 것은 민중의 노후관리와 어린이 양육, 약자를 돕는 수요를 충족하는 것이다. 불완전양자제도의 확립은 입양행위를 더욱더 규범화 하여 민중으로 하여금 법치의 환경에서 친자 간 권리의무의 창설을 실현할 수 있고, 개체의 좋은 생존 발전을 보장하는 전제 하에서 사회의 조화로운 발전을 추진할 수 있다.

II. 불완전양자제도의 구축

세계적으로 살펴보면, 단일하게 완전양자 또는 불완전양자를 채택하고 있는 국가는 많지 않고, 대부분 국가의 경우 완전양자와 불완전양자 두 가지 제도를 동시에 두고 있다.^[5] 중국도 불완전양자제도를 증설하여 한편으로 입양의 실제 수요를 충족시킬 수 있고 다른 한편으로 완비된 입양제도시스템을 구축할 수 있다. 중국 현재의 입양입법과 결합하여 불완전양자제도의 구축은 아래와 같은 몇가지 측면으로부터 고려하여야 한다.

1. 불완전양자의 유형

불완전양자의 입양대상에 따라 미성년자 불완전양자와 성년자 불완전양자의 두 가지 유형으로 나눌 수 있다. 중국의 현실에서 출발하여 이 두 가지 유형은 중국 《민법전》에 증설하여야 한다.

1) 미성년자 불완전양자

미성년자 불완전양자의 증설은 중국 현재의 완전양자모델을 대체하고자 하는 것은 아니라 미성년자를 더 잘 보호하기 위함이다. 미성년자에 대한 입양에 있어 어떠한 모델을 채택하든지 모두 “자의 복지의 원칙”에 따라야 한다. 때문에 중국 입양입법 중 미성년자 입양과 관련하여 완전양자를 주로 하고 불완전양자를 보충으로 하는 입법모델을 확립하여야 한다. 고아 등 특별한 미성년자의 합법권익을 보호하기 위하여, 《민법전》 제1093조에 정한 “부모를 여윈 고아”와 “생부모를 찾을 수 없는 미성년자”를 입양하는 경우 완전양자모델을 채택할 수밖에 없다. 이렇게 한다면 이 유형의 아동들이 새로운 가정에 더 잘 녹아들 수 있어서 양부모와 좋은 양부모자녀관계를 확립할 수 있게 된다. 그러나 “부모에게 특별한 어려움이 있어서 자녀를 부양할 수 없는” 경우는 동시에 완전양자와 불완전양자의 대상이 된다. 다시 말하면, 부모에게 특별한 어려움이 있어서 자녀를 부양할 수 없는 경우, 완전양자모델을 채택할 수도 있고 불완전양자모델을 채택할 수도 있는 것이다. 만약 부모의 특별한 어려움이 단지 단기적인 것이어서 그 자녀와 장기 분리할 필요가 없는 경우에는 불완전양자모델을 채택함으로써 미성년자녀가 양부모의 보살핌을 받을 수 있는 동시에

생부모와의 연락을 유지할 수 있게 된다.

2) 성년자 불완전양자

가령 미성년자 불완전양자제도가 주로 가정의 “어린이양육” 기능을 구현하였다고 한다면, 성년자 불완전양자는 가정의 “노후관리”기능을 뚜렷하게 구현하였다. 현재 세계적 범위에서 프랑스를 대표로 하는 성년자 입양을 불완전양자에 내포시키는 입법모델이든지 독일을 대표로 하는 성년자 입양을 명확하게 정하고 있는 입법모델이든지를 불문하고 모두 성년자 입양이 세계의 입양입법발전에서 중요한 일환임을 보여주고 있다. 때문에 중국에서도 가급적 빨리 이를 입법하여 세계의 발전추세에 부응하여야 한다. 성년자 입양입법에 있어 불완전양자 제하에 규정을 두는 것이 바람직하다. 이는 중국의 현재 입양입법은 단일한 완전양자모델이기에 가령 미성년자 입양과 성년자 입양의 입법모델을 채택할 경우, 현재의 상황을 깨는 것이 된다. 미성년자 입양에 완전양자와 불완전양자를 모두 포함시키고, 성년자 입양에 불완전양자만 규정할 경우, 법적용에 있어서 민중의 혼란을 야기하기 쉽다. 때문에 기존의 입법 전반은 그대로 유지하되 불완전양자를 한 개의 절(節)로 증설하는 것이 제일 좋은 선택이다. 불완전양자에 다시 미성년자 불완전양자와 성년자 불완전양자를 각각 규정하는 것이다. 현실 생활에서 어디까지나 대다수의 민중은 법전문가가 아니기에 입법설계에 있어 중국의 국가 실제상황을 고려해야 하기 때문이다. 성년자 불완전양자는 입법에서 다음과 같이 기술하여야 한다. “성년자는 입양될 수 있다. 다만 이로 인하여 그와 생부모 및 기타 근친속 간의 권리의무관계는 단절되지 아니 한다.”

2. 불완전양자의 요건

불완전양자의 요건은 불완전양자가 발생하는 전제이고, 불완전양자관계가 성립하는 기초이다. 불완전양자의 요건은 일반요건과 특별요건으로 구성되어야 한다.

1) 일반 요건

불완전양자의 일반 요건은 입양인, 피입양인 및 입양인의 부모 등이 부합하여야 하는 기본 요건을 말한다. 이러한 제일 기본적인 요건은 두 가지 경우로 나뉠 수 있다. 하나는 주관적 요건이고 다른 하나는 객관적 요건이다.

주관적 요건은 주로 당사자의 의사표시에 대한 규제이다. 입양대상이 다르기에 관련된 당사자도 차이가 있다. 미성년자 불완전양자에 있어서 당사자의 의사표시는 완전양자입양과 일치하여야 한다. 즉 《민법전》 제1101조와 제1104조의 규정을 채택하게 된다. 성년자 불완전양자에 있어서 입양인의 부모 등과 관련이 없기에 주로 입양인과 피입양인의 의사표시를 고려하고, 그 다음으로 그의 근친속의 의사표시를 고려한다. 때문에 이 부분의 내용은 "성년자를 입양할 경우, 입양인과 피입양인 쌍방이 스스로 원하여야 한다. 배우자가 있는 자가 양자를 입양할 경우에는 부부 공동으로 입양하여야 한다. 피입양인에게 배우자나 자녀가 있을 경우에는 그의 배우자나 자녀의 동의를 얻어야 한다."라고 규정할 수 있다. 성년자 불완전양자의 성립의 주된 목적은 노후관리의 기능의 실현에 있기에 이는 피입양인의 배우자 및 자녀의 이익에 영향을 미치게 되기에 그들

의 동의를 얻어야 하는 것이다. 법적인 측면에서 볼 때, 피입양인의 배우자와 자녀의 동의는 이익 분배의 고려이며 공평 원칙의 구현이다. 생활 측면에서 볼 때, 이 규정은 입양인과 피입양인 두 가정이 사이 좋게 지냄에 더욱더 유리하다.

객관적 요건은 주로 당사자의 연령, 건강상태, 경제상황 등 내용을 규정하여야 한다. 입양인과 관련하여 입양대상에 따라 어느 정도 차이를 두어야 한다. 미성년자를 입양할 경우, 입양인은 다음과 같은 요건을 동시에 갖추어야 한다. 첫째는 피입양인을 부양, 교육과 보호할 능력을 갖추어야 한다. 둘째는 의학적으로 미성년자를 입양하여서는 아니 된다고 인정되는 질환이 있어서는 아니 된다. 셋째는 피입양인의 건강한 성장에 불리한 위법범죄기록이 있어서는 아니 된다. 넷째는 연령상 만 30세 이상이어야 한다. 완전양자 중의 입양인의 요건과 비교하면, 입양인 자녀에 대한 제한을 삭제하였다. 이는 불완전양자에서 양자와 양부모 및 생부모 간에 모두 권리의무관계를 가지고 있기에 특별하게 입양인의 자녀의 상황을 요구할 필요가 없기 때문이다. 미성년자의 건강한 성장을 보장할 수 있어서 “자의 복지”의 원칙에만 합치하면 되는 것이다. 성년자를 입양할 경우, 입양인이 갖추어야 하는 객관적 요건은 주로 연령문제이다. 입양인과 피입양인 간에는 반드시 일정 정도의 연령차이가 존재하여 혈친 의제 시 친족윤리에 위배되는 상황이 나타나는 것을 피하여야 한다. 중국의 적정 혼인연령 입법과 결합하여, 입양인의 연령은 적어도 피입양인보다 25세가 더 많은 것이 바람직하다. 피입양인의 객관적 요건도 미성년자와 성년자를 구분하여 피입양인이 미성년자인 경우에는 ‘부모가 특별한 어려움으로 부양할 수 없는’ 경우에 한하여야 하고, 피입양인이 성년

자인 경우에는 해당 성년자는 민사행위 완전능력자여야 한다. 민사행위 무능력자와 민사행위 제한능력자의 의사표시의 진실성을 확정할 수 없기에 그들의 이익에 대한 손해를 피하기 위하여 이 두 가지 유형의 자를 성년자 불완전양자의 대상에서 배제하여야 한다. 민사행위 무능력자와 민사행위 제한능력자에 대해서는 후견제도를 통해 보호할 수 있다. 피입양인의 부모 등에 관하여 미성년자의 경우에만 관련되기에 “특별한 어려움이 있어서 자녀를 양육할 수 없는 생부모는 미성년자 불완전양자의 동의를 할 수 있다.”라고 규정하여야 한다.

2) 특별 요건

불완전양자의 특별 요건은 주로 입양인과 피입양인에게 전치적(前置的)인 특별 관계가 있는 경우에 충족하여야 하는 특정 요건을 가리킨다. 주로 친족의 불완전양자와 계부모의 불완전양자 두 가지 유형을 포함한다. 친족 간의 불완전양자와 관련하여 중국 완전양자의 관련 내용을 참조하여 규정할 수 있다. 즉 친족 간의 불완전양자는 연령, 생활 상황 등 객관적 요건을 적절히 완화할 수 있다. 중국의 불완전양자 입법은 민중의 입양관습에 부합하여야 하며, 윤리 항렬을 위배하지 아니하는 전제 하에 민중에게 충분한 공간을 제공하여야 한다. 계부모와 계자녀 간의 입양과 관련하여, 중국 현재의 입법은 계자녀와 생모 또는 생부와는 권리의무관계에 어떠한 변화가 발생하는지에 대하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하다. 동시에 입법에서 계부모가 계자녀를 입양하는 요건에 대하여 완화된 규정을 두고 있다. 이는 중국이 이러한 입양형식의 존재를 독려하고 있음을 보여준다. 이러한 배경 하에서 계부모와 미성년

자가 불완전양자관계를 확립할 경우, 현재 입법내용을 참조하여 계자녀의 생부모가 입양에 동의한다면 불완전양자관계를 확립할 수 있다고 규정하여야 한다. 계부모가 성년자녀와 불완전양자관계를 확립하고자 하는 경우, 불완전양자의 일반 요건을 충족하면 된다. 이렇게 성년자녀와 계부모도 법률상의 친자관계를 확립할 수 있다.

3. 불완전양자의 절차

불완전양자의 절차적 요구는 양자관계가 유효하게 성립하는 중요한 일환이다. 양자관계가 형성된 이후 당사자의 인신과 재산에 모두 중대한 영향을 미치기 때문에 반드시 요식적인 방식을 채택하여 확립하여야 한다. 중국 《민법전》은 입양은 입양등록을 하여야 하고 양자관계는 등록된 날로부터 성립한다고 규정하였고 등록기관은 현급 이상 민정부서이다. 미성년자가 완전양자로 입양된 이후 생부모와의 관계가 단절되기에 엄격한 등록절차를 채택하여 국가의 관리 감독에 유리하고, 미성년자 권익보호에 유리하게 된다. 이와 달리 불완전양자의 확립은 더 많은 필요한 사람들에게 의제 혈연관계를 확립함으로써 생활 현황을 바꾸고자 하는 것이기에 그 적용범위는 완전양자의 경우보다 더 광범위하며 제한도 완전양자보다 적으며 입양절차도 더욱더 탄력적이어야 한다. 불완전양자절차에 대하여 당사자는 실제상황에 따라 민정부서에 가서 등록할 것인지 아니면 입양계약서에 대하여 공증할 것인지를 선택할 수 있다. 양자관계는 등기 또는 공증한 날로부터 성립한다. 절차상 요구가 완전양자보다 완화된 데에는 불완전양자가 미성년자인 경

우 그의 생부모와의 관계가 여전히 유지되기에 입양 이후의 상황에 대하여 감독하여 미성년자의 권익을 보호할 수 있기 때문이다. 성년자 불완전양자의 경우, 쌍방이 모두 민사행위 완전능력자이어서 본인의 행위에 대하여 책임을 질 수 있기에 스스로 본인의 권익을 구제할 수 있다. 때문에 다원화된 입양 절차는 국가의 감독 관리의 부담을 경감할 수 있을 뿐만 아니라 이 제도의 적용도 효과적으로 추진할 수 있다.

4. 불완전양자의 효력

중국 현재의 입법에 의하면, 불완전양자관계가 성립된 이후 양부모와 양자 간의 권리의무관계는 부모자녀관계의 규정을 적용하게 된다. 그러나 불완전양자관계 중의 양자와 생부모의 권리의무관계가 양자관계의 확립으로 단절되지 아니하기에 이로 인하여 입양당사자 간의 권리의무에 충돌이 발생하는 경우를 피할 수 없게 된다. 때문에 양자와 양부모 및 생부모의 권리의무관계는 원칙으로 현재 입법을 적용하되, 자녀의 부양의무와 친자 간의 상속권 등 부분에서는 특별한 규정을 정하여야 한다.

1) 자녀의 부양의무

피입양인이 미성년자인지 아니면 성년자인지를 불문하고 시간이 흘러감에 따라 자녀의 부모에 대한 부양문제가 발생하게 된다. 통상적인 경우에 양자는 양부모와 생부모에게 모두 부양의무가 있는데 이는 권리와 의무의 대등원칙의 구현이다. 그러나 가령 양자가 특별한 사정으로 일방 부모만 부양 가능한 능

력만 갖추었을 경우에는 양부모와 생부모의 권리에 있어서 어느 쪽이 우선인가라는 문제가 발생하게 된다. 불완전양자관계에서 가령 양자의 생활고를 극복하기 위한 입양의 경우에는 권리와 의무의 대등원칙에 따라 양부모가 우선 부양을 받아야 한다. 가령 양부모의 노후관리를 위한 입양의 경우에는 양자관계의 성립 이전에 당사자들이 충돌상황을 예견하여야 하고, 입양목적의 실현을 위하여 양부모가 우선 부양을 받아야 한다. 이를 종합한다면, 불완전양자관계에서 양부모가 상대적으로 우선적인 부양 받을 권리를 취득하여야 한다. 만약 양자가 양부모를 우선 부양하는 것을 거부한다면 양부모는 양자관계의 해제 등의 방식으로 권익을 구제받을 수 있다.

2) 친자 간의 상속권

친자 간의 상속권에는 부모가 자녀의 유산에 대한 상속을 포함할 뿐만 아니라 자녀의 부모의 유산에 대한 상속도 포함한다. 부모의 자녀 유산에 대한 상속에 있어 양부모와 생부모는 양자에 대하여 동등한 상속권을 가진다. 일부 학자들은 “미성년자 입양의 경우에는 양부모와 생부모는 동등한 상속권을 가질 수 있는데 이는 쌍방 공히 양자에게 부양의무를 다했기 때문이다. 그러나 성년자 입양의 경우에는 피입양인이 입양인에 대한 부양이 비교적 많지만 입양인이 피입양인에 대한 부양이 비교적 적기에 입양인의 상속권을 박탈하여야 한다.”고 주장한다.^[6] 이렇게 주장하는 학자들은 아래의 몇가지 내용을 간과하였다. 첫째, 성년자 입양 중 양부모의 양자에 대한 도움은 반드시 부양에 있는 것이 아닐 수 있으며, 양자에 대하여 기타 측면에서의 도움을 줄 수 있다. 둘째, 양자는 양부모에

대하여 상속권을 가지기에 권리와 의무의 대등원칙에 따라 양부모도 양자에 대하여 상속권을 가져야 한다. 셋째, 양자의 양부모에 대한 부양을 목적으로 진행된 성년자입양이라면 양부모의 양자의 유산에 대한 상속은 바로 양자의 양부모에 대한 부양의무의 연장인 것이다. 때문에 양부모와 생부모는 동등한 상속권을 가져야 한다. 자녀의 부모의 유산에 대한 상속에 있어, 자녀는 생부모와 양부모에 대하여 모두 상속권을 가지며, 그 권리의 행사는 중국 《민법전 상속편》의 관련 규정에 부합하여야 한다. 친자 간의 상속 과정 중에 당사자의 일방이 부양능력이 있음에도 부양의무를 다 하지 않은 경우에는 유산분할에서 적게 분할하거나 또는 분할하지 않아야 한다.

5. 불완전양자의 해제

의제된 혈연관계와 자연 혈연관계는 비록 법적으로는 동등하지만 일반 민중의 생활 속에서의 인식에 있어 아직도 일정한 차이가 있다. 때문에 의제된 혈연관계 성립의 요건을 부여하는 동시에 의제된 혈연관계를 해제하는 방법을 확립하여야 한다.

불완전양자관계의 해제에는 협의해제와 법정해제의 두 가지 경우를 포함한다. 협의해제의 요건으로 미성년자의 경우 입양인과 양자의 부모 등의 합의로 해제할 수 있고, 성년자의 경우 입양인과 피입양인의 합의로 해제할 수 있다. 불완전양자관계를 협의해제하는 절차는 양자관계 확립 시의 절차에 따라 처리할 수 있다. 즉 불완전양자관계가 등록을 거쳐 확립한 경우에는 그 해제도 민정부서에 가서 등록하여야 하며, 불완전양자

관계가 계약서 공증을 거쳐 확립한 경우에는 그 해제도 계약서 공증을 거쳐 실현하여야 한다. 불완전양자의 목적의 실현이 불가능한 경우에는 직접적으로 법정해제를 적용하여 양자관계를 해제할 수 있다. 불완전양자의 목적의 실현이 불가능하게 된 원인은 아래의 4가지 점으로부터 확정할 수 있다. 첫째, 입양인 또는 피입양인이 의무를 이행하지 아니한 경우, 둘째, 입양인 또는 피입양인이 이미 의무를 이행할 능력을 갖추지 못한 경우, 셋째, 입양인 또는 피입양인이 학대, 유기 등 고의로 상대방을 상해한 행위를 한 경우, 넷째, 입양인과 피입양인의 관계가 악화되어 양자관계를 계속 유지할 수 없는 경우이다. 불완전양자의 법정해제는 소송의 방식으로 해결하여야 한다. 불완전양자관계 해제 이후의 법적 효력은 완전양자의 관련 규정을 참조할 수 있다. (1) 친족 간의 권리의무관계의 해제, (2) 성년자인 양자가 양부모에 대하여 필요한 부양의무를 이행할 것, (3) 해제의 원인에 따라 양부모에게 입양기간에 지출한 부양비용을 지급할 것.

결론적으로, 불완전양자의 내용은 민법전의 입양의 장(章)에 확립하여야 한다. 현재의 양자 입법을 완전양자의 제하에 두고 불완전양자 전체를 증설하여 완전양자의 규정 뒤에 두어야 한다. 이러한 입법설계는 완전양자와 불완전양자 두 가지 모델을 명확히 구분하였을 뿐만 아니라 원래의 입법내용에 영향을 미치지 않게 된다. 불완전양자 입법의 확립은 제도시스템의 완성성과 사회현실생활의 공동 요구이다.

[참조문헌]

- [1] 王歌雅, 中國親屬立法的倫理意蘊与制度延展[M], 哈爾濱: 黑龍江大學出版社, 2008, 326.
- [2] 李桂梅, 中西家庭倫理比較研究[M], 長沙: 湖南大學出版社, 2009, 280.
- [3] 國家統計局,
<http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/202105/t20210510>,
- [4] 中華人民共和國民政部, 民政數據,
<http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/>
- [5] 蔣新苗. 比較收養法研究[M], 北京: 北京大學出版社, 2005, 39.
- [6] 王 漢. 我國增設不完全收養模式研究[D], 福州大學專業碩士論文, 2014, 28.

저자소개:

司 丹 (1984-), 女, 黑龍江佳木斯人, 講師, 博士, 從事民商法、親屬法研究。

我國公司法“私人執行”的生成机理与問題疏解

丁巍 哈爾濱商業大學法學院

【摘要】

私人執行与公共執行相比具有避免權力尋租，克服執法者執法惰性，降低社會成本等優勢。但也存在股東理性冷漠、短期機會主義、司法保障不足等問題。繼續堅持和完善私人執行是我國公司治理執行机制的方向。總体來說，私人執行困境的解決措施，在于減少私人執行的成本，提高私人執行的積極性。具体來說，應當加強公司的自願披露制度，完善公司的內部監督制度，增強私人執行主体的權利保障，降低訴訟費用。

【關鍵詞】 公司制度；私人執行；股東訴訟；証券訴訟

引 言

公司治理机制与公司執行机制應當是一体兩翼的關係，其始終圍繞着股東利益展開。縱觀我國当前對公司治理的研究現狀，我國的公司治理研究長期局限于治理机制的立法設計，未對執行机制進行深入研究。在學術上，盡管有一定數量的學者對公司執行進行了相應的探討，但現有學術探討大多局限于理論上的探討，未立足我國公司發展的特点和企業現狀。且對於公司私人執行制度的探討局限于具体制度的討論，未從總体的高度進行分析。而法律的執行也會深深的影響到法律的遵守，設計良好的治理机制

如果缺乏公司執行机制的配合，那治理机制將會淪為具文。因此，公司治理研究應當是治理机制与執行机制双管齊下。本文將在分析公司法“私人執行”机制存在的問題的基础上，提出相應的解決方案，希冀有益實踐。

一、我國公司法“私人執行”的机制內涵与生成机理

按照執行的主体是否有公權力的介入，法律的執行可以分為公共執行和私人執行。²⁾在我國公司法的背景下，公司治理執行机制的公共執行主要有行政處罰、刑事處罰、民事處罰等；私人執行主要表現為：股東訴訟、證券訴訟、破產訴訟、行使投票權和拋售股票。其中股東訴訟、證券訴訟和破產訴訟稱之為正式執行，行使投票權和拋售股票等屬於非正式執行。而本文的討論將圍繞着私人執行中的正式執行，尤其是股東訴訟展開。我國借鑒吸收比較法的經驗，完善了私人執行制度。³⁾具体來說，私人執行制度產生的原因，有以下几点：

(一) 私人利益之間的冲突是私人執行產生的根本原因

私人執行本質上是一种解決私人糾紛的方式，其与公共執行的方式在目的上存在一致性。其區別在于使用的方式和依靠的主体和力量上的差异。因而，私人利益之間的冲突是私人執行產生的

²⁾ 参见徐文鸣：《证券民事诉讼与投资者赔偿——基于虚假陈述案件的实证分析》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2017年第3期，第67页。

³⁾ 参见王健：《反垄断法私人执行的优越性及其实现》，《法律科学（西北政法大学学报）》2007年第4期，第104页。

根本原因，如果沒有私人利益的存在，則在具体的執行中，并未有私人執行的必要性。而在公司治理中，私人之間的利益存在着多方面的冲突。

首先，大股東的私人利益与公司的共享利益之間存在着冲突。盡管各國的治理模式不盡相同。但公司的控制權一般都由公司大股東進行控制。實踐中，董事會成員、高級管理人員一般都根据大股東的意志產生。因而，從公司治理結構上來說，可能會存在着類似于行政机构的治理結構。但是總體來說，公司的控制權依然屬於大股東，這就產生了公司控制權私人利益化的問題。在正常的制度設計和實踐中，股東的利益与公司的利益具有一体性，即股東通過公司的發展，提升公司本身的价值，來使得自身占有的公司財產增值。与小股東相比，大股東本身也更有能力和動力去關注公司的發展，提升公司的价值。⁴⁾但是，在具体的實踐中，公司的利益可以分爲兩個部分。即公司共享收益和私人利益。前者屬於全体股東的利益，即使是大股東，在共享收益上，也与其他股東相同，遵循同樣的股票同樣的收益權，大股東也只能通過提高公司的整体价值，通過持有的股份來分享公司的利益。后者則屬於大股東甚至是通過控股股東所獨有，是基于控制權而產生的。⁵⁾因而，在具体的實踐中，由于大股東本身占据着對公司的控制權，其可以通過對公司控制權的操縱，來使得私人利益的最大化，因而在維護股東整体利益的共享利益与私人利益之間便產生了冲突。

4) 参见邓建平、曾勇：《大股东控制和控制权私人利益研究》，《中国软科学》2004年第10期，第50页。

5) 参见曾洋：《公司控制权私人利益的法经济学解释》，《江海学刊》2013年第5期，第199页。

其次，股東異質化加劇了私人利益與公共利益之間的沖突。盡管在比較法上，有國家採用股東異質化的規定。但在我國傳統公司法上，對於股東權利的規定採取的是同股同權的規定。⁶⁾因而，公司的控制權與股東權表現總是類似。即使在股東會與董事會產生沖突的時候，大股東依然有更多的手段來維護自身的利益。但這也導致了一些公司，特別是科技公司的創始人，為了持續的獲得公司的控制權。而選擇到境外進行融資。而股東異質化使得股東的權利與控制人進行了相應的分离。此种分离使得如何平衡公司控制權的濫用和股東利益的維護成爲一个新的難題。⁷⁾而且，公司的控制權與股權的不對等，本身就導致公司股權的實際增值與控制人的利益產生了分歧。容易誘發公司的實際控制人通過自己所掌握的控制權來爲自己牟利的風險。

(二) 私人執行的自身優勢

一方面，私人執行本身符合民法的一般原理。從民法的一般原理來說，有損害就應當有救濟，損害與救濟是一體兩面的關係。而具體到公司之中。公司承載着兩方面的利益：一是公司作爲一個法人，本身承載着社會利益；二是公司作爲一個財產的集合體，其本身的价值來源於股東的股權。在公司中，股東的利益與公司的利益具有一致性，公司利益的損害也將會損害股東的利益。如果股東本身的利益遭受了相應的侵害，盡管公司本身有相應的內部治理機制，但公司的內部治理機制本身和公司法人制度本身

⁶⁾ 參見劉毅：《股東權利保護研究》，北京大學出版社2016年版，第21頁。

⁷⁾ 參見劉桂清：《公司治理視角中的股東訴訟研究》，中國方正出版社2005年版，第43頁。

并不能代替股東權利的救濟。因而，賦予股東私人執行的救濟路徑，本質上，是因為股東自身權利受損的一種救濟措施，屬於侵權責任的范疇，⁸⁾賦予股東私人執行的權利符合民法的一般原理。

另一方面，股東的私人執行能夠威懾其他侵權者，促進公司治理。正如前述，在現代的公司結構中，儘管公司的股權來源會更加的分散，但控制權本身更多的是由相關具有血緣關係的家族所控制。在股權被家族控制的背景下，可能會導致公司的家族化。而在家族內部之間，其由於血緣關係的存在，具有共同的利益基礎。如果不對其進行相應的監督，將極有可能造成家族內部的相互串通來損害其他中小股東的利益。而在公司的日常經營中，由於大股東本身的優勢地位，公司內部結構的控制本身很難對大股東產生相應的監督。⁹⁾因而，需要賦予中小股東更多的手段來進行控制和威懾公司權利的控制人，避免其進行惡意的操縱。¹⁰⁾而在私人執行中，原告股東通過私人執行的方式實現對公司權利的救濟，讓侵犯公司利益的人承擔相應的賠償責任，不僅能夠彌補公司的損失，保證股東自身的權利不被侵犯，也能通過訴訟的行使，預防損害的再次發生，起到威懾和預防的作用。¹¹⁾

(三) 私人執行的比較優勢

⁸⁾ 参见郝磊：《股东诉讼的实施问题研究》，中国法制出版社2012年版，第18页。

⁹⁾ 胡滨、曹顺明：《股东派生诉讼的合理性基础与制度设计》，《法学研究》2004年第4期，第97页。

¹⁰⁾ 参见胡宜奎：《股东代表诉讼中的公司参与》，知识产权出版社2017年版，第28页。

¹¹⁾ 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第27页。

私人執行能够弥補公共執行机制的不足。与私人執行相比，公共執行具有强大的威懾力和社會影響力。但是，公共執行本身也存在着巨大的問題。如果僅依賴于公共執行，將无法完全的保護股東和社會的利益，甚至會導致公共執行本身處于形式化。

第一，私人執行有助于解决公共執行的權力尋租問題。公共執行運用的是行政權力或者行政權力参与到對公司的執行中。但是在實際中，往往公司利益的侵犯者本身具有相對較高的社會地位和社會資源，其更有可能接触到公權力的行使者，容易影響到公共執行的具体實施。私人執行却有利于解决這個問題。

第二，私人執行能够弥補公共執行的積極性不足的問題。公共執行本身具有消极性。公共執行的執行者履行監管職責是基于職務行爲而產生，本身并非是公共執行的利益主体。公共執行完成后，作為公共執行者本身无法享受到切實的利益，因而，雖然職務的履行對於当事人本身來說，具有一定的作用。但是，如果沒有上級的強迫或者考核的壓力，公權力的主体本身都會存在着惰性。而私人執行因為關係到私人主体的切實利益，在具体的形式上，屬于一對一的關係，在利益的層級上，關係到私人主体本身切身的利益。因而，与公共執行相比，私人執行具有更為強烈的動力。

第三，私人執行有利于弥補公共執行信息不足的問題。在公司正常的經營過程中，公司本身的業務對外具有一定的保密性，即使公司存在一定的侵權行爲，作為公共執行主体的政府部門也无法及時的發現問題和固定証据。但私人執行者雖然大都數并非公司的參與者，但其基于投資關係，會更加注重公司本身的運營情況，有更多的機會和途徑發現公司存在的問題，及時維護自己的利益。

第四，私人執行能够實現執行成本最小化。在具体的執行中，

公共執行与私人執行相比，需要花費更高的社會成本。一是，在具体的執行過程中，公共執行的執行程序更加複雜，需要支出更多的成本。二是，公共執行的惰性、權力尋租等，也加重了公共執行的成本，甚至導致違法犯罪現象的產生，而私人因為涉及到自身的利益，在進行私人執行時，具有更强的動力，能够更有效的進行解決。

二、我國公司法“私人執行”机制存在的問題

（一）股東理性冷漠和短期機會主義

公司法私人執行制度本身來說，是爲了保護股東的利益而創設的，但是在實踐中，私人執行制度本身却出現了相應的變異。无法達到法律設計之初的目的。具体來說，表現爲股東的理性冷漠和短期機會主義。股東理性冷漠和短期機會主義的出現其根本原因在于小股東訴訟成本与收益不成正比，即訴訟成本過高而收益不足。在高額的成本与少量的利益之間，股東爲了實現自己成本和付出的最优化而採取的行爲措施。

首先，我國不完善的私人執行制度使得股東維權的成本高。以公司股東訴訟爲例，根据《公司法》第151條的規定，對於股東的直接訴訟，採取的是先讓有資格的股東向董事會或者監事會進行申請，在董事會或者監事會不同意對有錯誤的董事、高級管理人員或者監事進行相應的訴訟申請的情況下，股東再進行相應的起訴。在具体的案件中，公司的私人訴訟本身胜訴的可能性較低。与其費時費力的去參與公司的股權救濟，不如採取拋售股票等其他措施，在經濟上更爲合理。尤其是對中小股東而言更是如此。

因而，導致股東缺乏進行積極私人執行的動力。

其次是短期投機主義，對公司管理層和股東均存在影響。短期機會主義使二者不再專注於追求公司善治而是謀求短期利益。只要能在短期內實現自己的基本增值，則公司具體治理的良善與股東的收益並不存在太大的關聯。

再次，股份公司的特點加劇了公司法私人執行問題的產生。在現有階段，股份公司股東本身注重短期的盈利性和股權流轉的便利性，導致股東本身不再去關注企業本身的發展狀況，更多的從獲得利潤的角度來進行考慮。只要能夠在短期獲得相對高額的回報。公司本身的發展狀況並不在公司本身的經營範圍之內。

（二）公司濃厚的家族色彩加劇了股東私人執行的困難

我國公司制的發展特點加劇了股東私人執行的難度。據統計，截止到2017年，我國民營上市公司中，家族企業達到2240個。¹²⁾此統計僅僅針對的是達到絕對規模的上市企業，而根據常理，公司的規模越小，家族色彩就會越濃厚。由此可知，規模更小的企業中，以家族為紐帶的企業會更多，概率也會越大。除家族企業外，還存在着以親友為紐帶的企業。在由家族或者親友為主要股東的企業，大股東之間具有血緣關係或情誼關係。由於此種關係的存在，往往公司的董監高之間都很難進行絕對的權利監督。但是小股東本身並不參與到公司的運行，也無法表達自己的訴求，利益受損的小股東，由於自身所占的股權較少，以訴訟的方式維護自身的利益，其獲得利益較少。

¹²⁾ 參見王奇、吳秋明：《家族企業基因如何在代際間复制？——基於家族上市公司的實證分析》，《企業經濟》2020年第10期，第30頁。

(三) 公司法私人訴訟的司法保障存在欠缺

一方面，立法上來看，無論是股東訴訟、証券訴訟，還是破產訴訟都已經在我國法律上進行了確定。但在立法上還存在着較大的欠缺。盡管《公司法》及其相關的配套解釋一直在對股東訴訟進行完善，但是在具體的操作中依然存在着欠缺。如在公司股東代表訴訟中，《九民紀要》規定了股東代表訴訟免于前置程序的規定。但是對於何時可以排除前置程序的適用，依然沒有準確、客觀的標準，導致實踐中的不確定性。¹³⁾

另一方面，從司法上來看，我國司法中對於私人執行的保護也存在着問題。在私人訴訟尋求法律救濟的時候，其不僅面臨着高昂的社會成本，而且，還面臨着極高的敗訴風險。

三、我國公司法“私人執行”機制的問題疏解

(一) 進一步完善信息披露制度

信息披露是私人執行的重要前提和基礎，從現有的情況下來看，信息披露制度至少以下幾方面的作用。第一，有助於公司股東和其他利益相關人即使的了解公司的發展動向，即時提起訴訟。私人執行的前提是私人已經知道其自身的利益受到了相應的損害。在股東無法獲得相應的情況下，其無法弄清公司的運行現狀和相關決策的背景信息。而在當前背景下，私人主動去獲取信息本

¹³⁾ 參見葛偉軍：《股東代表訴訟的制度架構及其完善》，《證券法苑》2020年第1期，第229頁。

身存在着較大的難度，導致公司實踐中，存在着相當的問題，未能被股東本身所獲悉，這不僅產生監管上的困難，而且，導致公司本身的運營問題很難被發現。就私人執行而言，加強公司的信息披露至少會對股東私人執行產生以下影響。第一，有利于股東及時發現公司存在的問題，採取私人執行。公司的信息不透明，導致股東無法發現公司的運營狀態。在公司的運營狀態都無法發現的情況下，對於公司的追責自然無從談起。而公司信息披露制度的完善，能夠促進股東了解相關信息，及時的做出反應。第二，有利于化解股東的理性冷漠。股東理性冷漠是股東利益衡量的結果。股東理性冷漠的產生與股東的訴訟成本之間存在着較大的關聯。而信息披露的進行能夠降低相應的訴訟成本，有利于化解股東的理性冷漠。

但值得注意的是，信息披露涉及到信息披露的數量和質量。實踐中很多公司在信息披露中，往往只注重數量而不注重質量。因而，完善信息披露應當加強立法，加強引導公司內部自願披露制度，促進信息披露的數量和質量同步提高。¹⁴⁾

(二) 完善公司內部監督制度

從私人執行的產生原因來看，私人執行問題產生的根本原因在於私人利益之間的沖突。而私人利益沖突產生的原因，又在於公司的正常運營中，公司管理人員尤其是大股東等佔據着公司經營管理權力的主體的權利濫用。而監事基於自身的利益考量，一般不會去權利的濫用，必將導致股東利益的受損，兩者之間產生相

¹⁴⁾ 參見鐘凱、程小可、姚立杰：《內部控制信息披露與控股股東掏空——中國版“薩班斯”法案的實施效果》，《中國軟科學》2014年第9期，第103頁。

應的利益冲突。因而，完善公司內部監督制度，對於防止公司的權利濫用，維護股東的正常權益具有极其重要的作用。

總体來說，完善公司內部監督制度，對於公司股東制度的完善至少具有如下作用。一是，完善公司股東制度能够減少公司管理人員利用管理公司的權利來侵害股東的利益。權力的制約對於遏制權力的濫用具有重要的作用。公司內部監督制度的完善，可以防止公司管理人員濫用權利，從根源上減少私人執行案件的產生。同時，公司內部監督制度的完善，能够及時的發現公司管理中存在的侵害股東權利的情形，促進公司本身的發展和完善。二是，完善公司內部監督制度，可以加強公司之間的了解，便于私人執行制度的進行。

具体來說，完善公司內部監督制度，應從公司內部治理机构入手。從我國現有的公司制的發展結構來看，我國公司結構中，主要存在股東會、董事會和監事會。而在具体的權力行使中，董事會一般及高級管理人員一般占據着公司的經營權。因而，對於公司內部監督制度的完善，可以通過加強股東會和監事會的權力監督和完善董事會及高級管理人員的內部權力平衡入手。

（三）加強私人保障和激勵机制

從上述分析可以看出，公司私人執行根本問題的產生，其最關鍵的是如何提高股東積極性的問題。事實上，現在學界所探討的股東訴訟，証券集團訴訟，其根本的措施還是通過減少股東訴訟的成本，來維護股東訴訟的積極性。因而，在現有的情況下，破解公司的執行困境，首要的任務是加強私人保障和建立激勵机制。

一方面，應該加強私人執行的私人保障，讓私人執行主体能够

安心的行使自己的權利。第一，要加強私人執行的私人權利保障。在公司的治理結構中，往往是侵害公司權利的股東本身處於絕對優勢的地位，對其進行訴訟的股東本身處於弱勢的地位。一旦進行訴訟，即使訴訟勝訴，但原被告之間的關係將處於極其尷尬的地位。甚至可能導致被告對原告在其他事情上的打擊報復，使得私人主體不敢進行相應的訴訟。第二，要加強私人執行主體的物質保障。如在美國證券法上，就不僅制定了“聲明退出機制”，還制定了勝訴酬金制度來克服理性冷漠，保障私人執行的順利實施。¹⁵⁾使得當事人能夠不懼危險的進行訴訟，即使敗訴也不需要付出相應的律師費用。

另一方面，應該加強私人執行的激勵機制。鼓勵股東的私人執行在比較法上均面臨着相應的困難。以公司股東訴訟為例，在訴訟上，對於訴訟費的繳納以及訴訟費用，均由訴訟股東負擔。一旦敗訴，股東將面臨相應的風險，而一旦勝訴，根據《最高人民法院關於使用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（四）》的規定，勝訴的利益歸公司所有，這不僅導致訴訟股東在維權的時候需要進行多層的利益衡量，而且，也助長了股東之間“搭配車”的風險。¹⁶⁾因而，至少需要在兩方面完善股東訴訟的激勵機制。一是在股東進行相應的訴訟費用的承擔上，要加強私人執行法制保障。完善各項私人救濟制度的法律規定，適當降低案件受理費的繳納標準。既要鼓勵股東運用私人執行的方式維護自身的利益，同時又要避免濫訴。此在比較法上也有先例。比較法上，日本

¹⁵⁾ 參見郭震：《證券集團訴訟的功用與借鑒——一個基於現實的批判性解讀》，《證券法苑》2019年第3期，第1018頁。

¹⁶⁾ 參見李文莉：《上市公司私有化的監管邏輯與路徑選擇》，《中國法學》2016年第1期，第200頁。

商法典爲鼓勵股東訴訟，曾大幅度的降低股東訴訟案件的受理費標準。¹⁷⁾《最高人民法院關於證券糾紛訴訟若干問題的規定》對證券訴訟中的特別代表人訴訟規定了先不預交案件受理費的規定。在原告敗訴后還可以申請免交或者減交訴訟費。筆者認爲，應當將此一規定擴展到整個私人正式執行之中。二是要制定合理的訴訟費用分担機制。一旦勝訴，股東可以要求公司在公司獲得的利益範圍之內支付訴訟股東的律師費用以及其他合理費用。

結 語

私人執行問題不僅是一個中國問題，也是一個世界性的問題。與公共執行相比，私人執行制度有其自身的優勢和不足。各國均採取不同的措施促進私人執行問題的解決。我國法上也不斷的在進行完善。如在證券訴訟中的特別代表人訴訟及其相關配套制度。但私人執行問題的產生，歸根到底還是由我國現有公司制的特点和公司制度本身的局限性所決定的。現有的制度，均只是在一定程度上對公司制度缺點的修正。總體來說，私人執行困境的解決措施，在於減少私人執行的成本，提高私人執行的積極性。具體來說，應當加強公司的自願披露制度，完善公司的內部監督制度，增強私人執行主體的權利保障，降低訴訟費用。

¹⁷⁾ 參見孫光焰：《中日股東代表訴訟激勵與約束制度安排立法比較》，《中南民族大學學報（人文社會科學版）》2009年第4期，第98頁。

중국 「회사법」 상 ‘사적집행’의 발생 메커니즘과 문제점 해소 방안 탐색

丁 巍(딩웨이)

[요 약]

공적집행과 비교해 보았을 때 사적집행은 지대추구를 방지하고 집행과정에서 집행자가 타성에 빠지는 것을 극복할 수 있으며 사회적 비용도 절감할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 주주의 ‘합리적 냉담’, ‘단기적 기회주의’, ‘불충분한 사법적 보호’ 등의 문제도 존재한다. 그럼에도 불구하고 사적집행 제도를 계속 보완, 정비해 나가는 것은 중국의 기업 지배 및 운영 시스템이 나아가야 할 방향이라고 할 수 있다. 이런 점에서 비용 절감과 적극성 제고를 통해 사적집행이 안고 있는 문제점들을 해결할 필요가 있다. 구체적으로는 기업의 자발적 정보공개제도를 강화하고 기업의 내부 관리감독 제도를 개선, 보완하며, 사적집행 주체의 권리 보호를 더욱 두텁게 하고 소송비용도 낮춰야 한다.

[핵심어] 기업제도, 사적집행, 주주소송, 증권소송

I. 들어가며

기업의 지배구조 메커니즘과 업무집행 메커니즘은 ‘동전의 앞뒷면’과 같은 관계로 양자 모두 주주의 이익을 중심으로 이야

기되는 것이다. 하지만 최근까지도 기업지배구조에 대한 중국 학계의 연구는 기업지배구조에 대한 ‘입법적 제도화 방안’에 국한되어 있을 뿐, 기업 업무집행 메커니즘으로까지 심화, 확대되지는 못하고 있는 상황이다.

물론 관련 연구가 일부 진행되고는 있지만, 대부분은 이론적 탐색 수준에 그치고 있어 중국의 기업 발전 특징 및 현황을 적절히 반영하지 못하고 있다는 한계가 있다. 또한 ‘기업의 사인 집행’에 대한 연구도 세부적인 제도에 대한 논의에 국한되어 있을 뿐 전체를 조망하는 분석은 이루어지지 못하고 있다.

‘법집행’의 수준은 ‘법준수’ 여부에 심대한 영향을 미칠 수 있기 때문에 아무리 잘 설계되어 있는 기업 지배구조 메커니즘이라 하더라도 업무집행 메커니즘의 뒷받침이 없다면 제 역할을 다할 수 없을 것이다. 이런 점에서 기업 지배구조에 대한 연구는 지배구조 메커니즘과 업무집행 메커니즘에 대한 것이 함께 이루어져야만 한다. 본 논문에서는 중국 회사법상 ‘사적집행’ 제도의 문제점을 살펴보고 이를 바탕으로 그에 대한 나름대로의 해법을 제시해보고자 하며, 더불어 그러한 해법 제시가 도움이 되길 기대해 본다.

II. 중국 「회사법」상 ‘사적집행’의 내용과 발생 메커니즘

법집행은 집행의 주체가 공권력을 가지는지 여부에 따라 ‘공적집행’과 ‘사적집행’으로 나눌 수 있는데¹⁸⁾, 중국 회사법상 공적집행에 해당되는 주요한 것으로는 행정처분, 형사처벌, 민사

18) 参见徐文鸣：《证券民事诉讼与投资者赔偿——基于虚假陈述案件的实证分析》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2017年第3期，第67页。

제재 등이 있다. 반면 사적집행은 주로 주주소송, 증권소송, 파산소송, 투표권 행사 및 주식매각 등으로 실현되는데, 그중 주주소송, 증권소송 및 파산소송을 ‘공식적 집행’이라고 부르고 있으며 투표권 행사와 주식매각을 ‘비공식적 집행’이라고 부르고 있다.

이 논문에서는 ‘공식적 집행’ 중 주주소송을 중심으로 논의를 진행하고자 한다. 중국은 그 동안 외국의 제도운영 경험을 참고하여 사적집행 제도를 완비해왔는데¹⁹⁾, 구체적으로 사적집행의 발생원인은 아래와 같이 몇 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.

1. 사적집행 발생의 근본적 원인: 사익(私益)의 충돌

사적집행은 본질적으로 사인 간의 분쟁을 해결하는 방식 중 하나라고 할 수 있는데, 이런 점에서 공적집행과 목적은 동일하다고 할 수 있다. 다만 행사 방식과 주체, 그리고 효력에 있어서는 차이가 있다고 할 수 있는데, 이처럼 사적 이익의 충돌은 사적집행이 발생하는 근본적인 원인이기 때문에 사적이익이 존재하지 않는다면 사적집행의 필요성도 당연히 없다고 할 것이다. 한편 기업지배와 관련하여 사익의 충돌은 다양한 모습으로 나타나고 있다.

우선 ‘대주주의 사적이익’과 ‘기업의 공동이익(公司的共享利益)’ 사이 충돌을 들 수 있다. 각국의 입법례마다 조금씩 차이가 있지만 기업에 대한 통제권은 보통 대주주를 통해 행사되고 있는 바, 이사회나 경영진의 구성도 대주주의 의사에 따라

19) 参见王健：《反垄断法私人执行的优越性及其实现》，《法律科学（西北政法大学学报）》2007年第4期，第104页。

이루어지는 것이 보통이다. 따라서 기업 지배구조의 측면에서 이야기하면 행정기구와 유사하다고도 할 수 있다.

그러나 전체적으로 살펴보면 기업에 대한 통제권은 여전히 대주주에게 있으며, 그로 인해 기업의 통제권이 사익(私益)화되는 문제가 발생하게 된다. 정상적인 상황에서는 주주의 이익과 기업의 이익이 일치하기 때문에 주주는 기업을 통해 발전하고 기업 자체의 가치를 제고시킴으로써 자신이 보유하고 있는 기업자산에 대한 가치도 증대시킨다. 또 소액주주와 비교해 보았을 때 대주주는 기업발전과 기업가치 제고에 대해 더 많은 관심을 가지고 있으며, 또 그렇게 할 수 있는 역량 또한 훨씬 크다.²⁰⁾

한편 현실적으로 기업의 이익은 ‘기업의 공동이익’과 ‘개인의 이익’, 이렇게 두 부분으로 구분할 수 있다. 전자는 전체 주주의 이익에 귀속되는 것이기 때문에 대주주도 수익 공유면에서는 여타 주주들과 차이가 없다. 즉 대주주 역시 (여타 주주들과) 동일한 주식과 수익권을 가지고 기업의 증대된 가치를 보유주식에 비례해 이익을 나누는 것이다. 반면 후자는 대주주에게 속하는 것으로 지배권에 기초해 발생하는 지배주주의 독점적인 것이다.²¹⁾ 이처럼 실제에 있어서 대주주는 자신이 보유한 기업지배권을 통해 개인의 사익을 극대화하고자 하는데, 이로 인해 전체 주주의 이익을 수호하는 공동이익과 사익 사이에 충돌이 발생하게 되는 것이다.

두 번째는 주주들 사이의 이질화로 인한 사익과 공동이익의

20) 参见邓建平、曾勇：《大股东控制和控制权私人利益研究》，《中国软科学》2004年第10期，第50页。

21) 见曾洋：《公司控制权私人利益的法经济学解释》，《江海学刊》2013年第5期，第199页。

충돌이다. 비교법적으로는 ‘주주 차등화’에 대한 규정을 두고 있는 나라도 있지만, 중국 「회사법」은 전통적으로 ‘동종 주식은 동일한 권리를 갖는다(同股同權)’는 ‘주주평등의 원칙’을 채택하고 있다.²²⁾ 이 때문에 기업에 대한 지배권과 주주권은 항상 유사하게 나타나게 된다. 물론 주주총회와 이사회 사이에 충돌이 발생하더라도 대주주는 여전히 다양한 수단을 통해 자신의 이익을 보호할 수 있다. 그러나 이러한 ‘주주평등의 원칙’으로 인해 일부 기업, 특히 ‘Tech 기업’의 창업자들은 자신이 확보하고 있는 기업지배권을 유지하기 위해 해외에서의 자금 조달을 시도하기도 한다.

반면 ‘주주 차등화’는 주주의 권리와 지배주주를 상당 부분 분리시키는데, 이로 인해 ‘기업지배권의 남용과 주주 이익의 보호 사이에 어떻게 균형점을 찾을 것인가?’가 새로운 고민거리가 되었다.²³⁾ 또한 기업지배권과 주주권 사이의 불균형은 주주권의 실질적 가치증대와 지배주주의 이익 사이에 불일치를 초래하기도 한다. 즉 기업의 지배주주가 자신의 이익을 위해 지배권을 행사하여 위험을 감내하려는 상황이 손쉽게 일어날 수도 있다는 것이다.

2. 사적집행 자체의 우위

먼저 사적집행 그 자체는 민법의 일반원리에 부합하는 것이다. 민법의 일반원리에 따르면 손해가 발생한 경우에는 반드시

22) 参见刘毅：《股东权利保护研究》，北京大学出版社2016年版，第21页。

23) 见刘桂清：《公司治理视角中的股东诉讼研究》，中国方正出版社2005年版，第43页。

그에 대한 구제가 뒤따라야 하는 바, 손해와 구제는 포리의 관계에 있다고 할 수 있다.

한편 기업은 두 가지 측면의 이익을 담고 있는데, 하나는 법인으로서 가지고 있는 ‘사회적 이익’이고, 또 다른 하나는 주주의 주권(株權)에서 연원하는 ‘재산의 집합체로서의 이익’이다. 기업에 있어 주주의 이익과 기업의 이익은 일치하기 때문에 기업이익에 대한 손해는 주주의 이익 역시 침해하는 것이 된다. 그러나 만일 주주 자신의 이익이 침해당한 경우에는 기업이 내부적인 처리 메커니즘을 갖추고 있다 하더라도, 그러한 메커니즘이나 기업법인제도가 주주의 권리를 구제해줄 수는 없다.

따라서 주주에게 사적집행이라는 구제책을 마련해주는 것은 본질적으로 주주 자신의 권리가 손해를 입은 것에 대한 일종의 구제조치라고 할 수 있고, 이런 점에서 불법행위책임의 범주에 속하는 것이라고 할 수 있다.²⁴⁾ 이런 이유에서 주주에게 사적집행의 권한을 부여하는 것은 민법의 일반원리에 부합한다고 한 것이다.

다음으로 주주의 사적집행은 여타 (잠재적) 권리침해자들에게 충분한 위하를 가할 수 있을 뿐만 아니라 기업지배도 촉진시킬 수 있다. 앞서서도 언급한 것처럼 현대적 기업에서는 주주권이 더 분산되어 있기는 하지만, 지배권 자체는 혈연관계가 있는 가족 구성원들에 의해 통제되고 있는 경우가 많다. 상황이 이렇다 보니 기업의 가족화가 야기되기도 하는데, 가족 구성원들은 혈연관계에 기초한 공동의 이익기반을 가지고 있다

24) 参见郝磊：《股东诉讼的实施问题研究》，中国法制出版社2012年版，第18页。

는 특징이 있다. 따라서 만일 이에 대한 적절한 감독이 이루어지지 않는다면, 가족 구성원들끼리 통모하여 여타 중소 주주들의 이익에 손해를 가하는 상황도 배제할 수 없다.

기업의 일상적인 경영활동 중에는 대주주의 우월적 지위 때문에 기업 내부의 통제시스템이 대주주에 대해 제대로 작동하기 어렵다.²⁵⁾ 따라서 중소 주주들에게 더 많은 수단을 부여하여 기업에 대한 지배권을 가진 자가 악의적인 조종을 하지 못하도록 통제, 방지할 필요가 있는 것이다.²⁶⁾ 주주는 사적집행을 통해 기업의 권리에 대한 구제를 실현하고 기업의 이익을 침해한 자에 대해 상응하는 배상책임을 지도록 하는데, 이를 통해 기업의 손실을 보전할 수 있을 뿐만 아니라 주주 자신의 권리 역시 침해당하지 않도록 보장할 수 있다. 또한 소송을 통해 위하의 작용도 발휘하여 손해의 재발생을 예방하는 측면도 있다.²⁷⁾

3. (공적집행에 대한) 사적집행의 비교 우위

사적집행은 공적집행 시스템의 부족한 부분을 보완할 수 있다. 사적집행과 비교했을 때 공적집행은 강한 위하력과 사회적 영향력을 가지고 있지만, 공적집행 그 자체에는 커다란 문제가 있다. 그렇기 때문에 만일 공적집행에만 의지한다면 주주와 사회의 이익을 완전히 보호할 수 없을 뿐만 아니라 공적집행의

25) 胡滨、曹顺明：《股东派生诉讼的合理性基础与制度设计》，《法学研究》2004年第4期，第97页。

26) 参见胡宜奎：《股东代表诉讼中的公司参与》，知识产权出版社2017年版，第28页。

27) 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第27页。

형식화까지도 초래할 수 있다.

우선 사적집행은 공적집행의 ‘지대추구(權力尋租)’ 문제를 해결하는데 도움이 될 수 있다. 공적집행의 운용은 행정권 내지 준행정권이 기업 운영에 개입하게 되는데, 현실에서 기업이익을 침해하는 자는 상대적으로 높은 사회적 지위나 사회적 자본을 가지고 있어 공권력을 행사하는 주체와 접촉할 가능성이 크고 공적집행의 구체적 실현에 영향을 끼치기 쉽다. 사적집행은 바로 이러한 문제의 해결에 도움을 줄 수 있는 것이다.

두 번째로 사적집행은 공적집행의 부족한 적극성을 보완할 수 있다. 공적집행 그 자체는 소극성을 띠다고 할 수 있는데, 그 이유는 공적집행이 어떤 이해관계에 기초해 이루어지는 것은 아니기 때문이다. 즉 공적집행의 집행자는 자신의 직무와 직분에 기해 공적집행을 수행할 뿐이어서 공적집행이 완료되더라도 향유할 수 있는 아무런 이익이 없다. 그렇다 보니 상급기관의 압박이나 평가에 대한 부담감조차 없다면 공권력의 주체는 타성에 젖을 가능성이 농후하게 된다. 하지만 사적집행은 사인의 실질적 이익에 관계된 것이고 형식적으로도 일대일의 관계에 해당되며, 개인의 밀접한 이익과 관련되기 때문에 공적집행에 비해 집행의 원동력이 훨씬 강하다고 할 수 있다.

세 번째로 사적집행은 공적집행이 가지는 정보부족의 문제를 보완하는데 도움이 된다. 일반적인 경영상황에서 기업의 업무는 대외비의 성격을 가지게 되는데, 이런 특성 때문에 기업과 관련한 불법행위가 있다 하더라도 공적집행의 주체인 정부기관이 적시에 문제를 발견하거나 증거를 확보하기는 어렵다. 반면 사적집행자는 대부분이 기업경영에 참여하지는 않지만 투자관계에 있기 때문에 기업의 운영상황에 대해 더 많은 관

심과 주의를 기울일 수 있다. 그 결과 적시에 기업에 존재하는 문제들을 발견하여 자신의 이익을 보호할 기회와 경로 역시 공적집행의 경우보다 더 많다고 할 수 있는 것이다.

마지막으로 사적집행은 집행비용을 최소화할 수 있다. 구체적인 집행과정에서 공적집행은 사적집행에 비해 더 많은 사회적 비용을 지출해야 하는데 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 공적집행은 집행과정이 더 복잡해서 지출해야 할 비용도 크다. 둘째, 공적집행이 가지고 있는 타성이나 지대추구 등의 단점은 공적집행의 비용을 증가시킬 뿐만 아니라 심한 경우 위법한 범죄행위까지도 야기시키기도 한다. 반면 사인은 자신의 이해가 관계되어 있기 때문에 사적집행의 원동력도 훨씬 강할 뿐만 아니라 집행시 더욱 효과적인 해결책도 충분히 강구할 수 있다.

Ⅲ. 중국 「회사법」 상 ‘사적집행’ 메커니즘의 문제점

1. 주주들의 합리적 냉담(rational apathy)과 단기적 기회주의 회사법상 사적집행 제도는 주주의 이익을 보호하기 위해 만들어진 것이지만 실제로는 변화를 겪고 있다. 그 이유는 제도 설계 당시의 목적달성이 불가능하게 되었기 때문인데, 구체적으로는 주주의 ‘합리적 냉담’과 ‘단기적 기회주의’로 나타나고 있다. 주주의 ‘합리적 냉담’과 ‘단기적 기회주의’가 나타나게 된 근본적인 원인은 소액주주의 경우 소송비용에 비해 얻을 수 있는 이익 내지 효과가 크지 않다는 점에 있다. 즉 높은 수준의 소송비용과 미미한 이익 내지 효과 사이에서 소액주주들은 자신의 비용 지출을 최적화하기 위해 이러한 행동을 선택하게

되는 것이다.

먼저 중국의 불완전한 사적집행 제도로 인해 주주의 권리 보호 비용 역시 증가하고 있다. 일례로 ‘주주대표소송’의 경우, 「회사법」 제151조는 자격을 갖춘 주주가 이사회 또는 감사회에 과실있는 이사, 경영진 또는 감사를 상대로 소를 제기하도록 먼저 요청하고, 이사회나 감사회가 이러한 요청에 동의하지 않는 경우 비로소 주주가 직접 소를 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 또 한 가지는 구체적인 사건에서 사인의 승소가능성이 상당히 낮다는 것이다. 그렇기 때문에 소액주주의 입장에서는 시간과 노력을 들여 기업을 상대로 구제절차를 진행하기보다는 주식매각 등의 기타 방법을 강구하는 것이 경제적으로 더 합리적이라는 판단을 하게 된다. 특히 중소 주주들에게는 더 더욱 그럴 것이다. 이런 이유에서 주주들은 사적집행을 적극적으로 수행할 원동력을 상실하게 된다.

다음으로 단기적 기회주의는 기업 경영진과 주주 모두에게 영향을 미친다. 단기적 기회주의는 양자 모두에게 장기적인 측면에서 기업의 ‘굿 거버넌스(Good governance)’보다는 단기적이윤추구에 더욱 치중하도록 만들고 있다. 즉 단기간 내에 기업의 기본적인 가치증대를 실현시킬 수만 있다면 기업 관리에 있어서의 양호함이나 주주의 수익 등은 크게 중요하지 않게 되는 것이다.

마지막으로는 주식회사의 특징이 회사법상 사적집행의 문제 발생을 심화시키고 있다는 것이다. 지금껏 주식회사의 주주는 단기적인 영리성과 주식 유통의 편리성에만 치중해왔을 뿐 기업의 (장기적인) 발전에 대해서는 큰 관심을 두지 않았다. 즉 이윤추구의 측면이 더 많이 강조되다 보니 단기간 내에 높은

수익을 올릴 수만 있다면 기업의 (장기적인) 발전은 많은 경우 기업 경영시 고려해야 할 사항에 포함되지 못하였다.

2. 기업의 농후한 가족적 색채와 그로 인한 주주의 사적집행 어려움

중국 기업 제도의 발전 특징은 주주의 사적집행을 어렵게 만드는 요인이 되고 있다. 통계에 따르면 2017년말 현재 상장된 민영기업 중 가족기업은 2,240개에 달하는 것으로 나타났다.²⁸⁾ 물론 이 통계수치는 일정 규모 이상의 상장기업만을 대상으로 한 것이기 때문에 규모가 작은 기업의 경우에는 가족적 색채가 더욱 두드러지게 나타날 것이다. 즉 기업의 규모가 작아질수록 가족간의 유대관계를 매개로 하는 경우도 더 많아질 것으로 추정할 수 있는데, 가족의 역할을 가까운 친지나 절친한 지인이 대신하는 경우도 존재한다. 이처럼 가족이나 친지 또는 절친한 지인이 핵심 주주인 기업의 경우에는 대주주 상호 간에 혈연관계나 돈독한 친분관계가 있게 된다. 그리고 이러한 특수관계는 기업의 이사와 감사, 경영진 사이에 제대로 된 관리감독을 어렵게 만드는 원인이 되기도 한다. 하지만 소액주주는 기업의 운영에 참여하지 못하기 때문에 자신의 요구사항을 반영시킬 방법이 없다. 또 손해를 입었다 하더라도 자신의 지분율이 적기 때문에 소송으로 자신의 권익을 보호하려 하더라도 한계가 있을 수밖에 없다.

3. 「회사법」 상 사인소송에 대한 사법적 보호의 흠결

28) 参见王奇、吴秋明：《家族企业基因如何在代际间复制？——基于家族上市公司的实证分析》，《企业经济》2020年第10期，第30页。

우선 입법적인 측면에서 보면 주주소송이나 증권소송, 파산소송 모두 이미 법제화되어 있기는 하지만, 입법적으로는 아직도 보완할 부분이 많다고 생각된다. 물론 「회사법」과 관련 사법 해석에서 주주소송의 미비점들을 계속 보완해오고 있지만, 구체적인 운영에 있어서는 여전히 부족한 점이 있다. 일례로 2019년 11월 개최된 ‘제9차 전국법원 민상사 사건 재판업무 회의 요록(第九次全國法院民商事審判工作會議紀要, 약칭 ‘九民紀要’)’에 따르면 주주대표소송에 대해서는 전치(前置)절차를 면제하는 것으로 되어 있으나, 구체적으로 언제 전치절차 규정의 적용이 배제될 수 있는지에 대해서는 아직까지 객관적이고 정확한 기준이 없어 실제 운용에 있어 불확실성이 해소되지 않고 있다.²⁹⁾

또 사법제도적인 측면에서도 사적집행에 대한 보호에 문제가 있다고 생각된다. 왜냐하면 개인이 소송을 통해 법적 구제를 받고자 하더라도, 비싼 사회적 비용과 매우 높은 패소 위험을 안고가야 하기 때문이다.

IV. 중국 「회사법」상 사적집행 메커니즘의 문제점 해소 방안

1. 기업정보 공개제도의 강화

(기업)정보의 공개는 사적집행의 중요한 전제조건이자 출발점이라고 할 수 있는바, 다음과 같은 몇 가지 측면에서 역할을 담당하고 있다. 첫째, 주주와 여타 이해관계인들이 적시에 기

29) 参见葛伟军：《股东代表诉讼的制度架构及其完善》，《证券法苑》2020年第1期，第229页。

업의 발전동향을 파악하고 제소하는데 기여할 수 있다.

개인은 자신의 이익에 손해가 발생하였음을 인지하여야 비로소 사적집행을 고려하게 된다. 한편 관련 정보를 확보할 수 없는 상황에서는 주주가 기업의 운영상황과 의사결정에 대한 배경정보를 제대로 알기 어렵다고 할 수 있는데, 현재까지는 개인이 기업의 정보를 능동적으로 확보하기가 상당히 힘든 상황이다. 이처럼 주주가 정보에 접근하는 것이 힘들다면 관리감독상의 어려움이 초래될 뿐만 아니라 기업 운영상의 문제점 발견도 쉽지 않게 된다.

이런 점에서 기업 정보공개 강화는 주주의 사인집행에 긍정적인 영향을 미칠 수 있다고 생각되는데, 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 먼저, 주주가 적시에 기업의 문제점을 발견하여 사인집행에 착수하는데 도움이 된다. 기업정보가 불투명하다면 주주가 기업의 운영상황을 파악하는 것 역시 불가능할 것인바, 그러한 상황에서는 기업에 대한 책임 추궁도 이야기될 수 없을 것이다. 따라서 기업정보 공개제도가 개선된다면 주주는 관련 정보에 대한 이해를 높이고 이를 바탕으로 시의적절한 조치도 취해 나갈 수 있을 것이다.

두 번째로는 주주의 ‘합리적 냉담’을 완화하는데 기여할 수 있다는 것이다. 주주의 합리적 냉담은 주주가 나름대로 자신의 관련 이익을 비교형량한 결과라고 할 수 있는데, 이런 점에서 합리적 냉담의 발생과 소송비용은 비교적 밀접한 관련이 있다. 즉 정보공개가 확대될수록 소송비용이 낮아질 수 있기 때문에 합리적 냉담 완화에도 도움이 될 수 있다는 것이다.

다만, 하나 주의할 것은 정보공개에 있어서는 공개되는 정보의 양과 질이 중요하다는 것이다. 실제로도 정보를 공개하고

있는 많은 기업들은 정보의 질보다 양에 치중하고 있는데, 관련 입법을 강화하여 기업 내부의 자발적 정보공개제도를 유도하고 양과 질 모두에서 공개되는 정보의 수준을 제고시킬 필요가 있다.³⁰⁾

2. 기업 내부 관리감독 제도의 개선 및 보완

앞에서도 언급한 것처럼 사적집행이 발생하는 근본적인 원인은 사적 이익의 충돌에 있다. 그리고 이러한 사익 충돌은 다시 기업경영진, 그중에서도 특히 대주주 등 기업의 경영권을 장악하고 있는 주체들의 권한 남용에 그 원인이 있다. 반면 감사는 자신의 이익을 고려하여 권한을 남용하지 않는 것이 보통이지만, 주주의 이익에 손해를 야기한 때에는 감사와 주주 사이에도 상충하는 이익 충돌이 발생하게 된다. 따라서 기업 내부의 관리감독 제도를 개선, 보완하는 것은 기업에 있어서의 권한 남용을 방지하고 주주의 정상적인 권익을 보호하는데 매우 중요하다고 할 수 있다.

전체적으로 살펴보면 기업 내부 관리감독 제도의 정비는 주주 제도를 보완하는데에도 일정한 역할을 할 수 있다. 우선 주주 제도가 보완, 정비되면 기업 경영진이 기업 운영권을 남용하여 주주의 이익을 침해하는 경우도 줄일 수 있다. 권한에 대한 제약은 권한남용을 억제하는 중요한 수단인바, 이런 점에서 기업 내부 관리감독 제도의 정비는 경영진의 권한남용을 방지

30) 参见钟凯、程小可、姚立杰：《内部控制信息披露与控股股东掏空——中国版“萨班斯”法案的实施效果》，《中国软科学》2014年第9期，第103页。

할 수 있고 사적집행의 근본적인 발생원인도 감소시킬 수 있다. 또한 기업 운영 과정에서 주주의 권리를 침해하는 상황을 적시에 발견할 수 있어 기업의 건전한 발전 촉진에도 보탬이 된다. 둘째, 기업 내부 관리감독 제도의 정비를 통해 기업 간 이해를 강화할 수 있으며, 사적집행 진행에 있어서의 편의성도 도모할 수 있다.

한편 구체적인 기업 내부 관리감독 제도의 정비는 기업 내부 기관들로부터 시작하여야 한다. 현행 중국의 기업 제도하에서 기업은 주주회 내지 주주총회와 이사회 및 감사회로 이루어져 있는데, 구체적인 경영권의 행사는 이사회와 경영진이 장악하고 있다. 따라서 기업 내부 관리감독 제도를 정비하기 위해서는 주주회 내지 주주총회와 감사회의 관리감독 권한을 강화하여 이사회 및 경영진과 내부적으로 권력 균형을 맞추는 것에서부터 시작할 필요가 있다고 생각된다.

3. 개인에 대한 보호 및 보상기제 강화

앞에서 언급한 바와 같이 사적집행이 안고 있는 근본적인 문제를 해결하기 위해 가장 중요한 것은 주주들의 적극성을 어떻게 이끌어낼 것인가라고 할 수 있다. 현재 학계에서 논의되고 있는 주주소송, 증권집단소송 등의 근본적인 조치는 주주소송의 비용을 줄여 주주소송의 적극성을 유지 내지 이끌어내는 것이다. 하지만 이러한 문제를 해결하기 위해 가장 먼저 해야 할 것은 개인에 대한 보호를 강화하고 보상기제를 구축하는 것이라고 생각된다.

먼저 사적집행에 있어 개인에 대한 보호를 강화하여 사적집

행의 주체가 자신의 권리를 안심하고 행사할 수 있도록 해야 하는데, 이를 좀 더 자세히 설명하면 다음과 같다. 첫째, 사적 집행에 있어 개인에 대한 보호를 강화하여야 한다. 왜냐하면 기업 지배구조에서 기업의 권리를 침해하는 주주는 절대적으로 우월적인 위치에 있는 것이 보통이지만, 해당 주주를 상대로 소송을 진행하는 주주는 불리한 위치에 있기 때문이다. 또 일단 소송이 시작되어 (대주주를 상대로 소를 제기한 주주가) 승소하게 되더라도 둘 사이의 관계는 매우 불편해질 수밖에 없으며, 심지어 피소된 대주주가 소송 진행을 방해하기 위해 원고에게 보복을 가하는 경우가 있다는 점도 이유 중 하나라고 할 수 있다.

둘째, (주주들의 적극성을 이끌어낼 수 있도록) 사적집행의 주체에게 ‘물질적 보상’을 강화할 필요가 있다. 미국 「증권법」에서는 ‘제외신청(opt-out) 제도’뿐만 아니라 ‘성공보수(contingent fee) 제도’도 규정하여 합리적 냉담을 극복하고 사적집행이 순조롭게 이루어질 수 있도록 보장하고 있다.³¹⁾ 즉 당사자가 (패소의) 위험을 걱정하지 않고 소송을 진행할 수 있도록 하기 위해 패소시에는 변호사 비용을 지출하지 않아도 되도록 할 필요가 있는 것이다.

다음으로 비교법적으로 살펴봐도 주주의 사적집행을 장려하는 것이 쉽지는 않지만, (그럼에도 불구하고) 사적집행에 대한 보상기제를 강화해야 한다. 주주소송을 예로 들면 소송에서 소송비 등의 소송비용은 모두 소를 제기한 주주가 부담해야 하는데, 이런 상황에서 만일 패소하게 된다면 주주는 상당한 어

31) 参见郭雳：《证券集团诉讼的功用与借鉴——一个基于现实的批判性解读》，《证券法苑》2019年第3期，第1018页。

려움에 처할 수밖에 없다. 반면 승소하게 되더라도 승소에 따른 이익은 「‘중화인민공화국 회사법’ 적용에 있어 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원 규정(4)」에 따라 기업에 귀속되게 된다. 이러한 상황은 권리를 보호받고자 하는 주주로 하여금 불필요하고 복잡한 이익형량을 하도록 만들고 있으며, 나아가 여타 주주들이 이러한 주주들에게 ‘무임승차’하도록 분위기를 조장하고 있기도 하다.³²⁾

따라서 최소 두 가지 측면에서 주주소송에 대한 보상기제를 정비할 필요가 있다. 하나는 주주가 상응하는 소송비용을 부담하도록 하면서 사인집행에 대한 법적 보호를 강화하는 것이다. (구체적으로는) 사인집행에 대한 규정들을 정비하고, 소장 접수시 납부하는 인지세(案件受理費)의 납부기준을 적당한 수준으로 낮춰야 한다. 또 다른 하나는 주주가 사적집행을 통해 자신의 권익을 보호하도록 장려하면서 동시에 남소의 가능성도 차단하는 것이다.

이와 관련해서는 비교법적으로 참고할만한 사례가 있는데, 일본 「상법」의 경우에는 주주소송을 장려하기 위해 소장 접수시 납부하는 인지세의 납부기준을 대폭 낮춘 바 있다.³³⁾ 또 중국의 경우에도 「증권분쟁 관련 소송에 있어 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원 규정」에서 증권소송 중 특별대표자소송에 대해 인지세의 사전납부를 면제하고 원고가 패소한 경우에는 인지세의 감면도 신청할 수 있도록 규정하기도 하였다.

필자는 이러한 규정이 사적집행 전체로 확대될 필요가 있다

32) 参见李文莉：《上市公司私有化的监管逻辑与路径选择》，《中国法学》2016年第1期，第200页。

33) 参见孙光焰：《中日股东代表诉讼激励与约束制度安排立法比较》，《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2009年第4期，第98页。

고 생각한다. 더불어 합리적인 소송비용 분담 메커니즘도 구축할 필요가 있다. 즉 (주주가) 승소한 경우에는 기업이 (해당 소송을 통해) 이익을 얻은 범위 내에서 변호사 비용 및 기타 합리적인 비용을 지출하도록 요구할 권리를 주주에게 부여하는 것이다.

V. 맺음말

사적집행은 비단 중국에서만 문제되는 것이 아니라 전세계적으로 문제가 되고 있다고 할 수 있다. 공적집행과 비교해 보았을 때 사적집행 제도는 나름대로의 장점도 있지만 한계 역시 존재한다. 이런 이유에서 세계 각국은 (각자의 현실을 고려한) 다양한 방법들을 강구하여 사적집행의 문제를 해결하고자 하고 있으며, 중국 역시 이를 위해 부단한 노력을 경주하고 있다. 위에서 언급한 증권소송에서의 특별대표자소송 및 관련 제도들도 이러한 노력의 한 부분이라고 할 수 있을 것이다.

그러나 (중국에서) 사적집행 문제의 발생은 근본적으로 현행 중국 기업 제도의 특징과 제도 자체의 불완전성에 기인하는 바가 크다. 현행 제도는 기존의 기업 제도가 가지고 있던 흠결을 일정 부분 개선, 보완한 정도에 그치고 있는바, 사적집행의 비용은 줄이고 적극성은 제고시키는 방향으로 사적집행의 어려움을 해결해야 한다. 또한 구체적으로는 기업의 자발적 정보공개제도를 강화하고 기업의 내부 관리감독 제도를 개선, 보완하며, 사적집행 주체의 권리 보호를 더욱 두텁게 하고 소송비용도 낮출 필요가 있다.

隱名出資人法律地位之辨³⁴⁾

楊姝玲

(哈爾濱商業大學 法學院, 黑龍江 哈爾濱 150028)

摘

要：《公司法司法解釋（三）》關於隱名出資的規定之間存在矛盾，集中體現為隱名出資人与顯名股東之間何者為股東，隱名出資人与公司、与第三人的關係如何處理。《九民紀要》亦未規定隱名出資人顯名應當考慮顯名股東意願。股東資格取得的基础應為股東与股東、股東与公司之間的合意，完善股東名冊的記載及修改程序，并進行登記，可以作為確定股東資格的形式標準，產生對抗第三人的效力。隱名出資可以依信托制度分析，明确顯名股東為公司股東、隱名出資人与顯名股東之間合同效力不能及于公司，隱名出資人顯名途徑應當遵循《公司法》規定的股權對外轉讓程序，顯名股東處分股權為有權處分，无涉股權善意取得。

關鍵詞：隱名出資人 顯名股東 股東資格 股東名冊 信托制度

最高人民法院在《關於适用〈中華人民共和國公司法〉若干問

基金項目：2016年黑龍江省社會科學基金項目“隱名出資法律問題研究”（16FXE06）階段性研究成果。

作者簡介：楊姝玲（1977-），女，黑龍江望奎縣人，哈爾濱商業大學法學院，副教授，法學博士，研究方向：商法。

題的規定(三)》(以下簡稱《公司法司法解釋(三)》)中,規定了有限責任公司隱名出資所涉相關主體間的法律關係,《全國法院民商事審判工作會議紀要》(以下簡稱《九民紀要》)明确了特定情形下隱名出資人顯名的條件。依《公司法司法解釋(三)》第24條第1款規定,隱名出資,是指實際出資人(隱名出資人)與名義出資人訂立合同,約定名義股東名下的出資來源於實際出資人,名義出資人為有限責任公司的名義股東(顯名股東),并由實際出資人享有投資權益。我們可以將隱名出資理解為隱名出資人以他人名義實際向公司出資,但公司章程、股東名冊與公司登記中記載他人為股東的法律行為。其中,以他人名義向公司出資的人為隱名出資人,在公司章程、股東名冊與公司登記中記載為股東的人為顯名股東。

一、隱名出資人法律地位現行規定之問題分析

《中華人民共和國公司法》(以下簡稱《公司法》)對隱名出資人與顯名股東之間的關係沒有作出規定,隱名出資人與顯名股東之間隱名出資合同的效力如何?隱名出資人與顯名股東何者為股東?隱名出資人處分登記於名下股權的效力?隱名出資人如何顯名?這些都是司法實踐中亟待解決的問題。《公司法司法解釋(三)》第24條、第25條對上述問題進行了回應,這些規定對於司法實踐有很强的指導意義,但尚存如下問題:

1.隱名出資合同是否適用《中華人民共和國民法典》(以下簡稱《民法典》)合同編規定。《公司法司法解釋(三)》第24條第1款明确了實際出資人與名義股東之間隱名出資合同,“如無法律規

定的无效情形，人民法院應當認定該合同有效”。

2.“投資權益”僅指公司分配的利潤，還是也包括因為投資所產生的包括表決權、利潤分配請求權等股權實際出資人獲取投資權益的依據是與名義股東之間的隱名出資合同，還是實際出資根據《公司法司法解釋（三）》第24條第2款，由於實際出資人實際履行了出資義務，投資權益應當歸屬於實際出資人。

3.隱名出資人與顯名股東何者為股東？根據《公司法司法解釋（三）》第24條第3款規定：“實際出資人未經公司其他股東半數以上同意，請求公司變更股東、簽發出資證明書、記載於股東名冊、記載於公司章程並辦理公司登記機關登記的，人民法院不予支持。”這一規定採“形式說”作為認定股東資格的標準，顯名股東為公司股東，隱名出資人取得股東資格需遵循特定程序；根據第25條第1款，名義股東處分股權，“實際出資人以其對於股權享有實際權利為由，請求認定處分股權行為无效的，人民法院可以參照民法典第三百一十一條的規定處理”，即第三人憑借對登記內容的信賴，一般可以合理地相信登記的股東（即名義股東）就是真實的股權人，可以接受該名義股東對股權的處分，實際出資人不能主張處分行為无效。《公司法司法解釋（三）》第25條第1款的基本判斷是名義股東為《民法典》物權編第311條規定的無權處分人，而實際出資人則為真正的股權人，採“實質說”確定股東資格，這與第24條、第26條的“形式說”相矛盾，這使得顯名股東與隱名出資人何者為股東，顯名股東處分股權的行為是有權處分抑或無權處分成為學界爭執的焦點，也成為司法實踐中不能回避的問題。

4.隱名出資人欲顯名成爲公司股東，是否應當取得顯名股東的同意，其他股東是否享有同等條件下的優先購買權。根據《公司法司法解釋（三）》第24條第3款規定，隱名出資人顯名條件類似于《公司法》第71條規定的有限責任公司股權對外轉讓程序，根據《九民紀要》第28條：“實際出資人能夠提供證據證明有限責任公司過半數的其他股東知道其實際出資的事實，且對其實際行使股東權利未曾提出異議的，對實際出資人提出的登記爲公司股東的請求，人民法院依法予以支持。”這一規定針對不完全隱名出資中隱名出資人顯名條件，對於其他股東的同意規定有不同的要求。但這一規定同樣沒有明確隱名出資人顯名，是否應當征得顯名股東同意，沒有規定其他股東享有優先購買權。

二、股東資格的取得基礎與形式標準

（1）股東資格取得的契約解讀

根據公司契約理論，契約是公司的本質，公司是“契約束”或一組“默示”或“明示”的契約。投資是意思自治的行爲，股東之間、股東與管理者之間、股東與其他利益相關者之間、所有利益相關者之間的關係從根本上來說都是契約關係。股東資格產生的基礎是股東與股東之間達成設立公司的合意，出資與認繳出資成爲股東資格取得後應當負有的義務。股東與股東之間、股東與公司之間的合意貫穿公司始終，在公司設立過程中，股東之間的合意爲全體股東的一致同意，表現爲全體股東共同簽署公司章程，在公司成立之後，股東之間的合意則表現爲股東會決議。在公司存續期間，新股東加入公司情形主要包括：股權對外轉讓、認繳公司新增

資本以及股權繼承等。根据《公司法》第71條，股東向股東以外的人轉讓股權，需要經過其他股東過半數同意，“過半數”股東同意的要求可以等同于股東會的一般決議。公司增加注冊資本需要股東會特別決議通過，可能涉及原有股東以外的人認繳新增出資，取得股東資格。例外的是，通過股權繼承取得有限責任公司股東資格，似乎沒有考慮公司与其他股東的意願，但根据《公司法》第75條規定，公司章程也可以作出不同規定，公司章程是否作出另外規定，則為基于股東之間的合意或者公司的決議。

(二) 股東資格确定的形式標準

從有限責任公司設立程序觀察，記載股東姓名或名称等基本信息的文件包括出資證明書、股東名冊、公司章程以及公司登記，這些文件的記載應當一致，但從實踐觀察，這些文件的記載并不同步，如果記載不一致時，以哪一個文件為依据？即哪一個可以作為确定股東資格的形式標準。

出資是取得股東資格后應當向公司履行的義務，出資證明書由公司簽發，在時間上离出資最近，但出資證明書是由股東自己保管，涉及公司与其他股東的知曉及辨別成本，不宜作為确定股東資格的形式標準。公司章程在公司設立時，必須由全体股東簽名、盖章，并提交公司登記機關備案，在公司成立后，公司章程的記載事項如需變更，需經股東會特別決議通過，即需經過公司代表2/3以上表決權的股東通過，根据《公司法》第73條，股權轉讓后相應修改公司章程關於股東及其出資額的記載，无需經過股東會表決。公司章程體現了股東与股東、股東与公司之間的合意，但是，与其他記載事項不同的是，關於股東的姓名、名称及出資

額記載正确与否，并不是通過股東會決議，不是由其自身的修改程序決定，而是基于股權轉讓的程序与結果，加之公司章程的記載事項不僅包括股東的基本信息，公司章程也不适合作為确定股東資格的形式標準。公司登記由公司登記機關依登記程序進行，從時間与程序觀察，距离股權變動最遠，加之公司登記的主要作用在于公示公司的基本信息，体现對於第三人的保護，也不是較好的選擇。而股東名冊是由公司設置与保管，且獨立于公司章程，僅記載股東基本信息，在設置与變更程序上有一定的獨立性，更适合作為确定股東資格的形式標準。但缺点是股東名冊并不需要登記，對於第三人的保護不够周全。觀察域外法，《英國公司法》第112條規定，同意成為公司成員并且其名称被記載在成員登記冊的每个其他人，是公司成員。明确以股東名冊的記載，作為確認股東資格的依据。

如果將股東名冊作為确定股東資格的形式標準，在我國現行公司立法之下，需要解決的問題有哪些？根据《公司法》第32條，有限責任公司應當置備股東名冊，但未規定違反這一義務公司需要承担的義務，也未規定股東名冊的制定修改程序，作為公司内部置備文件的股東名冊，并不需要向公司登記機關提交登記。關於股東名冊的記載內容，《公司法》僅就股東的基本信息、出資額以及出資證明書編號三項內容作出要求。《公司法》第32條第2款規定：“記載于股東名冊的股東，可以依股東名冊主張行使股東權利”，股東名冊作為行使股東權利的依据，第3款又規定：“公司應當將股東的姓名或者名称向公司登記機關登記；登記事項發生變更的，應當辦理變更登記。未經登記或者變更登記的，不得對抗第三人。”股權是一項既含有財產權利內容又包括一定的身份權益的結合性權利，即所謂的成員權或社員權。股東資格或者股東權利

如果希望獲得強烈的公示效力，能夠對抗所有人，最為廣而告之的方法顯然只能是借助于國家公權力的工商登記行為。可以考慮未來公司立法中，規定置備股東名冊作為有限責任公司的義務，並明確違反置備義務公司應當承擔的責任，確定股東名冊的管理人以及制定與修改程序等內容，豐富股東名冊的記載事項，可以考慮將股東名冊的記載進行登記並公示，並作為公司設立時必須提交的文件，完善後的股東名冊與公司章程共同作為公司設立時股東合意的體現。經過登記的股東名冊，除具有確認股東資格的推定效力外，也產生了對於第三人的對抗效力，既節省管理成本，也符合商法效率原則。

三、隱名出資人法律地位的信托法解讀

(一) 隱名出資與信托制度相契合

信托是以信任為基礎，委托人將自己的財產權轉移給受托人，受托人以自己的名義，為了受益人的利益或其他目的而加以管理的一種財產安排。與信托相同的是，隱名出資關係也是基於信任關係產生，信托制度的理論與規定，有利於分析與平衡隱名出資人、顯名股東、公司以及第三人之間的關係：首先，在信托法律關係中，信托財產的所有權發生轉移，獨立於委托人、受托人以及受益人財產，在隱名出資法律關中，隱名出資人作為委托人，一般將財產轉移給作為受托人的顯名股東，顯名股東將財產向公司進行投資，形成公司財產，這部分投資公司的財產獨立於隱名出資人的個人財產，也獨立於顯名股東的個人財產。一般隱名出資人作為受益人；其次，信托的設立與隱名出資均具有隱蔽性。

在信托法律關係中，受托人以自己的名義對外從事法律行爲。在隱名出資法律關係中，顯名股東作爲公司股東，以自己的名義行使股東權利，包括資產收益、重大決策以及選擇管理者等。隱名出資合同僅約束隱名出資人與顯名股東，顯名股東若違反隱名出資人指示，則需承擔相應的違約責任；最後，隱名出資人與顯名股東之間的隱名出資合同與信托合同更爲契合。隱名出資合同除了約定由隱名出資人享有股權收益外，也可能約定比如表決權如何行使、知情權、提議召開臨時股東會會議以及提起股東代表訴訟等。

隱名出資合同內容既包括債權屬性內容，又包含了身份屬性內容。隱名出資合同不屬於《民法典》合同編規定的十九種典型合同，是否能夠適用合同編通則規定？根據《民法典》合同編第464條：“合同是民事主體之間設立、變更、終止民事法律關係的協議。婚姻、收養、監護等有關身份關係的協議，適用有關該身份關係的法律規定；沒有規定的，可以根據其性質參照適用本編規定。”可見，《合同法》（現爲合同編）上所稱的合同不包含身份合同，規範的僅僅是債權合同。隱名出資合同可以適用《民法典》總則，合同編並不能管轄隱名出資合同全部法律關係，只能管轄隱名出資合同中由於隱名出資而產生的債權債務關係。顯名股東爲了實現信托目的，對信托財產進行管理，隱名出資人可以通過隱名出資合同對受托人管理財產進行指示與限制，約定受益人取得信托利益的形式、方法以及信托財產的管理方法等事項。

（二）隱名出資人與相關主體之間的關係

1. 隱名出資人與顯名股東

顯名股東爲公司股東，享有包括向公司請求分配利潤、行使表決權等完整股權，根據《公司法》第4條規定：“公司股東依法享有資產收益、參與重大決策和選擇管理者等權利。”

隱名出資人作爲委托人的法定權利包括知情權、監督權以及受益權等，但這些權利的行使只能向作爲受托人的顯名股東了解公司經營情況，了解的範圍不能違反公司《公司法》規定；新受托人的選任，還需遵循《公司法》關於股權轉讓規定。能够請求公司分配利潤的只能是顯名股東，顯名股東分取利潤后，依隱名出資合同約定交付隱名出資人，因此，《公司法司法解釋（三）》第24條第1款關於“投資權益”的歸屬是基于隱名出資人与顯名股東之間的合同約定，隱名出資人不能直接向公司請求股權收益。根據《中華人民共和國信托法》（以下簡稱《信托法》）第11條第（一）項：“信托目的違反法律、行政法規或者損害社會公共利益”，信托无效。根據《民法典》第153條：“違反法律、行政法規的強制性規定的民事法律行爲无效。但是，該強制性規定不導致該民事法律行爲无效的除外。”關於規避法律型隱名出資，如果隱名出資人与顯名股東之間的隱名出資合同被確認无效，不影響顯名股東仍爲公司股東，如果顯名股東選擇繼續作爲公司股東，則需返還隱名出資人股權价值，如果顯名股東選擇不繼續作爲股東，則需將股權轉讓，所得股權轉讓价款退還隱名出資人。根據《信托法》第25條，顯名股東對於隱名出資人負有誠實、信用、謹慎、有效管理義務。信托終止時，信托財產的返還若爲股權，尚需考慮顯名股東以及其他股東的意願，即應遵循股權對外轉讓的程序，如果返還股權不能成就，則由顯名股東選擇繼續作爲公司股東，還是將股權轉讓，向隱名出資人返還股權价值。

2. 隱名出資人与公司

隱名出資人与公司不存在合同關係，但依《公司法》第216條：“實際控制人，是指雖不是公司的股東，但通過投資關係、協議或者其他安排，能够實際支配公司行爲的人。”如果顯名股東所持股權比例在公司中占有支配地位，達到絕對控股或相對控股，隱名出資人可能通過隱名出資協議成爲公司的實際控制人。隱名出資人的顯名途徑應考慮顯名股東是否同意轉讓股權，應當在顯名股東同意將股權轉讓給隱名出資人前提下，征求其他股東同意，建議其他股東同意的規定應當與《公司法》第71條保持一致，即應當經公司其他股東過半數同意。針對不完全隱名出資，對於《九民紀要》第28條涉及其他股東同意的規定值得肯定，但應當在顯名股東與隱名出資人就股權轉讓達成合意的前提下適用，股權轉讓應當考慮顯名股東的意願。如果顯名股東不同意將股權轉讓給隱名出資人，違反雙方約定，則顯名股東依雙方所簽訂的隱名出資合同承擔違約責任。此外，在顯名股東與隱名出資人達成股權轉讓合意后，征求其他股東同意，經股東同意轉讓的股權，其他股東享有優先購買權，但是，公司章程另有規定的除外。如果明確其他股東享有同等條件下的優先購買權，則隱名出資人受讓股權應當支付價款，這是判斷其他股東優先購買權“同等條件”的重要因素，隱名出資合同可能約定顯名股東無償轉讓股權給隱名出資人，但雙方之間的合同約定的效力并不及于公司及其他股東，股權轉讓還應遵循《公司法》規定，尊重其他股東意願，以保證有限責任公司的人合性。如果經過股權轉讓程序，隱名出資人未獲股權受讓，則只能向顯名股東請求返還轉讓股權所得價款。

3. 隱名出資人与第三人

隱名出資人与公司債權人，根据《公司法司法解釋（三）》第26條第1款規定，公司債權人可以請求名義股東對公司債務不能清償的部分，在未出資本息範圍內承担補充賠償責任，是基于名義股東的股東身份；而第2款規定名義股東可以向實際出資人追償，則是基于實際出資人与名義股東之間的隱名出資合同。

隱名出資人与股權受讓人，主要体现為顯名股東處分股權的行為是否為无權處分，是否适用股權善意取得的規定。顯名股東既然作為公司股東，享有完整的股權，其轉讓股權為有權處分，并无适用《公司法司法解釋（三）》第25條第1款規定的股權善意取得的必要，也与第24條、第26條規定的邏輯一致。如果顯名股東處分股權的行為違反与隱名出資人的約定，則由顯名股東向隱名出資人承担違約責任。實踐中，可能存在這樣的情形，隱名出資人欲顯名成為公司股東，已取得半數以上其他股東同意，變更了股東名冊記載，但沒有進行公司登記變更之前，顯名股東處分了股權，可能涉及第三人善意取得問題。但依《公司法》對於股權轉讓規定，如果顯名股東將股權轉讓給公司其他股東，則受讓股東基于對公司登記的信賴，主觀上很難构成善意，原因在于隱名出資人顯名已取得半數以上其他股東同意，并對股東名冊記載進行了變更。如果顯名股東向股東以外的人轉讓股權，應當經過半數其他股東同意，其他股東應當知道股東名冊已變更完畢，只是尚未進行股權變更登記，事實上此种轉讓也不能獲得其他股東的同意，上述情形的股權善意取得在公司實踐中几乎沒有适用空間。

結語

以合意作股東資格取得的基础，以完善后的股東名冊作為確定股東資格取得的形式標準。股東享有完整的股權，股權中的人身

權与財產權不能由分別歸屬於不同主体享有。在隱名出資法律關係中，顯名股東作為公司股東，隱名出資人与顯名股東之間通過合同約定双方權利義務關係，隱名出資合同效力并不能及于公司。隱名出資人顯名的途徑，应当在顯名股東与隱名出資人達成股權轉讓合意的前提下，适用《公司法》第71條關於股東向股東以外的人轉讓股權的規定，在不完全隱名出資情形下，其他股東的同意參照《九民紀要》第28條規定。顯名公司作為公司股東，處分股權為有權處分，并无适用股權善意取得規定的必要。信托法制度的理論与相關規定為隱名出資關係提供一種分析思路，但是，意定信托、擬制信托等信托制度的完善尚需進一步研究。

실제출자자의 법적 지위에 대한 고찰

양 주 려(楊 姝 玲)

「회사법사법해석(3)」상 실제출자자에 관한 규정들이 서로 모순되는바, 이러한 모순은 실제출자자와 명의상 주주 간, 실제출자자와 회사 또는 제3자간의 관계를 어떻게 처리하는지에 집중된다. 「구민기요」 역시 실제출자자가 자신의 명의를 공개할 때 명의상 주주의 의사를 고려해야 한다는 규정이 없다. 주주자격을 취득하기 위해서는 주주와 주주, 주주와 회사 간의 합의가 있어야 하고, 주주명부상의 기재 및 수정 절차를 거쳐, 등기하여야 하는데, 이는 주주자격의 형식적 기준으로써 제3자에 대한 대항력이 생긴다. 신탁제도의 시각에서 실제출자를 보면, 명의상 주주는 회사의 주주이고, 실제출자자와 명의상 주주 간 계약의 효력은 회사에 미치지 않으며, 실제출자자가 자신의 명의로 변경하려면 회사법상의 주권양도절차 관련 규정에 따라야 하며, 명의상주주는 주권을 처분할 권리가 있고, 주권선의취득이 적용되지 않는다.

키워드: 실제출자자, 명의상 주주, 주주자격, 주주명부, 신탁제도

최고인민법원 「중화인민공화국 회사법을 적용함에 있어 몇 가지 문제에 관한 규정(3)」(이하 “회사법사법해석(3)”)은 유한회사의 실제출자 관련 주체간의 법률관계를 규정하였고, 「전국

법원 민사, 상사재판업무 회의 기요」(이하 “구민기요”)는 특정 경우의 실제출자자가 자신의 명의를 공개하는 요건을 규정하고 있다. 「회사법사법해석(3)」 제24조 제1항에 따르면 실제출자란 실제출자자와 명의상 출자자간의 계약을 체결하여 명의상 주주의 출자가 실제출자자를 통해 이루어지고 명의상 출자자가 유한회사의 명의주주가 되고 실제출자자가 투자 관련 권익을 가지는 것을 말한다. 이에 따라 실제출자란 실제출자자가 타인의 명의로 회사에 출자했으나 회사정관, 주주명부 및 회사등기상 타인을 주주로 기재하는 법률행위로 이해할 수 있다. 그중 타인의 명의로 회사에 출자하는 자를 실제출자자, 회사정관, 주주명부 및 회사등기상 기재된 주주를 명의상 주주라고 한다.

I. 실제출자자의 법적 지위 관련 현행규정의 문제점

「중화인민공화국 회사법」(이하 “회사법”)은 실제출자자와 명의상 주주간의 관계에 대한 규정이 없다. 따라서 실무상 실제출자자와 명의상 주주간의 실제출자계약의 효력을 어떻게 볼 것인지, 실제출자자와 명의상 주주 중 누가 주주인지, 실제출자자가 명의상 주주로 등기된 주권을 처분할 때의 효력은 어떠한지, 실제출자자는 어떻게 자신의 명의를 공개해야 하는지 등 일련의 문제가 발생한다. 비록 「회사법사법해석(3)」 제24조, 제25조의 규정을 통해 상기 실무상의 문제를 어느 정도 해소하였으나, 여전히 다음과 같은 문제점이 존재한다.

1. 「중화인민공화국 민법전」(이하 “민법전”) 계약편의 규정이

실제출자계약에 적용되는가? 「회사법사법해석(3)」 제24조 제1항은 실제출자자와 명의상 주주간의 실제출자계약은 “법률상의 무효인 경우에 해당하지 않으면 법원은 해당 계약이 유효한 것으로 인정한다.”고 규정하였다.

2. “투자권익”이란 회사가 배분하는 이윤만을 가리키는지, 아니면 투자로 인해 발생하는 의결권, 이윤배분청구권 등 주권도 포함하고 있는지? 실제출자자가 투자권익을 취득하는 근거는 명의상 주주와 체결한 실제출자계약인지 아니면 실제출자인지? 「회사법사법해석(3)」 제24조 제2항에 따르면 실제출자자가 실제로 출자의무를 이행하였으면 실제출자자가 투자권익을 향유한다고 규정하였다.

3. 실제출자자와 명의상 주주 중 누가 주주인가? 「회사법사법해석(3)」 제24조 제3항은 “실제출자자가 기타 주주의 과반수 동의 없이 회사에 주주변경, 출자증명서 발급, 주주명부에 기재, 회사정관에 기재할 것을 청구하고 회사등기기관에 등기한 경우, 법원은 이를 지지하지 않는다.”고 규정하였다. 이 규정은 “형식설”을 주주자격 인정기준으로 하여 명의상 주주를 회사 주주로 보고 실제출자자가 주주자격을 취득하려면 특정 절차를 거칠 것을 요하고 있다. 또한 제25조 제1항은 “명의주주의 주권 처분과 관련하여, 실제출자자가 자신이 해당 주권에 대한 권리가 있음을 이유로 주권처분행위 무효를 청구한 경우, 법원은 민법전 제311조의 규정에 따라 처리할 수 있다”고 규정하였다. 다시 말하자면 제3자가 등기내용에 대한 신뢰를 기반으로 보통 등기된 주주(즉 명의상 주주)가 진짜 주권자임을 합리

적으로 믿고 해당 명의상 주주의 주권처분을 받아들인 경우, 실제출자자는 해당 처분행위의 무효를 주장할 수 없다. 「회사법사법해석(3)」 제25조 제1항은 명의상 주주를 「민법전」 물권편 제311조의 무권처분자로 보고, 실제출자자를 진정한 주권인으로 보아 “실질설”을 취하고 있는데, 이는 제24조, 제26조의 “형식설”과 모순된다. 따라서 명의상 주주와 실제출자자 중 누가 주주인지, 명의상 주주의 주권처분행위가 유권처분인지 아니면 무권처분인지가 학계 논쟁의 중심이 되었고, 실무상 피할 수 없는 문제로 되었다.

4. 실제출자자가 명의를 공개하는 방식으로 회사의 주주가 되려면 명의상 주주의 동의를 받아야하는가, 이때 기타 주주가 동등한 조건하의 우선 매수권을 향유하는가? 「회사법사법해석(3)」 제25조 제3항은 실제출자자의 명의 공개는 회사법 제71조의 유한회사 주주가 외부에 양도하는 절차와 유사하다고 규정하고 있고, 「구민기요」 제28조는 “실제출자자가 유한회사 기타 주주의 과반수가 자신이 실제 출자한 사실을 알고 있음을 증명할 수 있는 증거를 제공하고, 그가 실제로 주주 권리를 행사하는데 이의를 제기한 적이 없는 경우, 법원은 이를 지지한다.”고 규정하였다. 이러한 규정은 불완전 실제출자자의 명의 공개 조건에 대한 규정으로, 기타 주주의 동의 규정과 다른 요구를 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정 역시, 실제출자자가 명의를 공개할 때 명의상 주주의 동의를 받아야 하는지를 규정하지 않았고, 기타 주주의 우선매수권에 대해 규정하지 않았다.

II. 주주자격의 취득 기초 및 형식적 기준

1. 주주자격을 취득하는 계약 분석

회사 계약 이론에 의하면 계약은 회사의 본질로써, 회사는 “계약구속” 또는 일련의 “묵시적” 또는 “명시적”인 계약이다. 투자는 사적자치의 행위로써 주주 간, 주주와 관리자간, 주주와 기타 이해관계자간, 모든 이해관계자간의 관계는 근본적으로 계약관계라고 할 수 있다. 주주자격은 주주와 주주간의 회사를 설립하는데 대한 합의를 기초로 하고, 출자와 자금매수가 주주자격 취득 이후 반드시 부담해야 하는 의무가 된다. 주주와 주주 간, 주주와 회사 간의 합의는 회사의 전반 과정에 걸쳐있는바, 회사 설립과정에서 주주간의 합의는 전체 주주의 만장일치로 회사 정관을 작성하는데서 체현되고, 회사 설립 이후에는 사원총회의 결의에서 체현된다. 회사 존속기간에서 새 주주가 회사에 가입하는 방식은 주로 대외적 주권양도, 회사증자 자본의 매수 및 주권상속 등이 있다. 회사법 제71조에 따르면 주주가 주주이외의 자에게 주권을 양도하려면 기타 주주의 과반수 동의가 필요하고, “과반수” 주주의 동의 요구는 사원총회의 일반적 결의와 동등하다. 회사가 등기자본을 증가하려면 사원총회의 특별한 결의가 필요하고, 기존 주주이외의 자가 증가 출자를 매수함으로써 주주자격을 취득하는 경우도 포함될 수 있다. 예외적으로 주권상속을 통하여 유한회사의 주주자격을 취득할 수 있는데, 이때 회사와 기타 주주의 의사를 고려하지 않은 듯 하지만, 회사법 제75조에 따르면 이와 관련하여 회사 정관에서 별도의 규정을 둘 수 있고, 회사정관은 주주간의 합의

또는 회사의 결의를 기초로 한다.

2. 주주자격을 취득하는 형식적 기준

유한회사의 설립절차를 보면, 주주 성명 또는 명칭 등 기본 정보를 기재하는 문서는 출자증명서, 주주명부, 회사정관 및 회사등기가 있는데, 이런 문서상에 기재된 내용은 일치해야 한다. 그러나 실무상 상기 문서에 기재된 내용들이 일치하지 않은바. 이때 어느 문서를 근거로 해야 하는가? 즉 어느 문서가 주주자격을 확정하는 형식적 기준이 될 수 있는가?

출자는 주주자격을 취득한 후 회사를 상대로 이행해야 하는 의무로서, 출자증명서는 회사가 발부하는 문서인데, 시간적으로 출자시기와 가장 근접하다. 그러나 출자증명서는 주주 자신이 보관하고, 회사와 기타 주주의 인지 및 식별하는 과정이 필요하여 주주자격을 확정하는 형식적 기준으로 보기에는 적절하지 않다. 회사정관은 회사설립 시 전체 주주가 서명 또는 날인하여 회사등기기관에 등기하고, 회사설립 후 회사정관의 기재사항을 변경하려면 사원총회의 특별결의, 즉 회사의 3분의 2 이상 의결권을 대표하는 주주의 동의가 있어야 한다. 회사법 제73조에 의하면 주권양도에 따라 회사정관상의 주주 및 그 출자에 관한 기록을 수정하려면 사원총회의 결의를 필요로 하지 않는다. 회사정관은 주주와 주주, 주주와 회사 간의 합의를 표현하지만, 기타 기재사항과 달리, 주주의 성명, 명칭 및 출자액에 관한 기록의 정확 여부는 사원총회의 결의 또는 자체 수정절차에 의하지 않고 주권양도 절차 및 결과에 따라 결정되고, 또한 회사정관은 주주의 기존정보만을 기재하는 것은 아니

기 때문에 회사정관 역시 주주자격을 확정하는 형식적 기준으로 보기에는 적절하지 않다. 회사등기는 회사등기기관이 등기절차에 따라 진행하는데, 시간적 및 절차적으로 볼 때 주권변동과 가장 멀고, 회사등기의 주요 역할이 회사의 기본정보를 공시함으로써 제3자를 보호하는데 있음을 감안할 때, 역시 좋은 선택은 아니다. 또한 주주명부는 회사가 작성 및 보관하는 것으로 회사정관과 독립되고 주주의 기본정보만 기재하며, 작성 및 변경절차가 어느 정도 독립되어 있어 주주자격을 확정하는 형식적 기준으로 보기에 더 적합하다. 다만 주주명부는 등기를 요하지 않기 때문에 제3자에 대한 보호측면에서 충분하지 않을 수 있다. 입법례를 볼 때, 「영국회사법」 제112조는 회사의 구성원이 되는데 동의하고 그 명칭이 구성원등기부에 기재된 자는 회사의 구성원이다. 따라서 주주명부상 기재여부를 주주자격을 확정하는 근거로 한다.

만약에 주주명부를 주주자격을 확정하는 형식적 기준으로 하면, 현행 중국 회사법체계하에서 어떤 문제를 해결해야 하는가? 회사법 제32조는 유한회사는 주주명부를 비치해야 한다고만 규정하고 있고, 그 의무를 위반할 경우 부담해야 하는 의무를 규정하지 않았고, 주주명부의 제정 및 수정절차도 규정하지 않았으며, 회사 내부 비치서류인 주주명부는 회사등기기관에 등기할 필요가 없다. 주주명부의 기재내용과 관련하여, 회사법은 주주의 기본정보, 출자액 및 출자증명서 일련번호 등 세 가지 내용만 요구하고 있다. 회사법 제32조 제2항은 “회사명부에 기재된 주주는 주주명부에 따라 주주 권리를 행사할 수 있다”고 규정하고 있어 주주명부를 주주권리 행사의 근거로 하고 있다. 또한 제3항은 “회사는 주주 성명 또는 명칭을 회사등기

기관에 등기해야 하고, 등기사항이 변경되면 변경등기를 완료해야 한다. 등기 또는 변경등기를 하지 않으면 제3자를 대항할 수 없다”고 규정하고 있다. 주권은 재산적 권리 내용과 일정한 신분적 권익이 결합된 권리, 즉 소위 구성원권 또는 사원권이 다. 주주자격 또는 주주권리가 강한 공시적 효력을 가져 모든 사람을 대항하려면 가장 널리 알릴 수 있는 방법은 당연히 국가공권력인 공상등기행위를 통하는 것이다. 따라서 앞으로 회사법 입법에서 주주명부의 비치를 유한회사의 의무로 규정하고 비치의무를 위반한 회사가 부담해야 하는 책임을 명확히 하고 주주명부의 관리자 및 제정, 수정절차 등 내용을 규정하고, 주주명부의 기재사항을 풍부히 하고, 주주명부의 기재사항을 등기 및 공시하고 회사설립 시 반드시 제출해야 하는 서류로 함으로써, 개정 이후의 주주명부와 회사정관이 공동으로 회사설립 시 주주합의를 표현하는 서류로 할 수 있다. 등기 완료된 주주명부는 주주자격을 확정하는 추정적 효력이 있는 외에 제3자에 대한 대항력도 발생하여 관리에 필요한 코스트를 절약할 수 있고 상법의 효율원칙에도 부합된다.

Ⅲ. 실제출자자 법적 지위에 대한 신탁법상 해석

1. 실제출자와 신탁제도의 결합

신탁은 신뢰를 기반으로 하고, 위탁자가 자신의 재산권을 수탁자에게 이전하고 수탁자는 자신의 명의로 수익자의 이익 또는 기타 목적으로 관리하는 일종의 재산 배치이다. 신탁제도와 동일하게 실제출자관계도 신뢰를 기반으로 발생하고, 신탁제도

의 이론과 규정은 실제출자자, 명의상 주주, 회사 및 제3자간의 관계를 분석하고 균형을 이루는데 유리하다. 우선, 신탁법률관계에서 신탁재산의 소유권이 이전하고 위탁자, 수탁자 및 수익자의 재산과 독립되며, 실제출자법률관계에서 실제출자자는 위탁자로서 일반적으로 재산을 수탁자인 명의상 주주에게 이전하고 명의상 주주는 해당 재산으로 회사에 투자함으로써 회사재산을 구성하는데, 이 투자재산은 실제출자자의 개인재산과 독립되고 명의상 주주의 개인재산과도 독립된다. 일반적으로 실제출자자가 수익자이다. 다음, 신탁의 설립과 실제출자 모두 은폐성을 띤다. 신탁법률관계에서 수탁자는 자신의 명의로 대외적으로 법률행위를 한다. 실제출자법률관계에서 명의상 주주는 회사 주주로서 자신의 명의로 자산수익, 중대사항 결정 및 관리자 선정 등 주주 권리를 행사한다. 실제출자계약은 실제출자자와 명의상 주주만을 구속하고, 명의상주주가 실제출자자의 지시를 어기면 상응한 계약위반책임을 부담해야 한다. 마지막으로, 실제출자자와 명의상 주주간의 실제출자계약은 신탁계약에 더 부합된다. 실제출자계약은 실제출자자가 주권수익을 향유함을 약정하는 외에, 의결권 행사, 알권리, 임시 사원총회 소집제안 및 주주대표소송의 제기 등 사항을 약정할 수 있다.

실제출자계약의 내용은 채권적 성격의 내용 뿐만 아니라 신분적 성격의 내용도 포함할 수 있다. 실제출자계약은 「민법전」 계약편에서 규정하고 있는 19가지 계약 유형에 해당하는지, 계약편 통칙의 규정을 적용할 수 있는지? 「민법전」 제464조는 “계약은 민사주체 간에 민사법률 관계를 설립, 변경, 종료하는 합의이다. 혼인, 입양, 감호 등 신분관계에 관한 합의는 신분관계 관련 법률규정을 적용하고, 관련 규정이 없으면 그 성격에

따라 본 편의 규정을 적용할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 「계약법」(현 계약편)에서 규정한 계약은 신분계약을 포함하지 않고 채권계약만을 규정하고 있음을 알 수 있다. 실제출자계약은 「민법전」 총칙의 규정을 적용할 수 있고, 계약편은 실제출자계약의 전반법률관계에 적용될 수 없으며 실제출자계약상 실제출자에 따른 채권채무관계에만 적용된다. 명의상 주주는 신탁의 목적을 실현하기 위해 신탁재산을 관리하고 실제출자자는 실제출자계약을 통해 수탁자의 재산관리를 지시 또는 제한할 수 있고, 수익자가 신탁이익을 취득하는 형식, 방법 및 신탁재산의 관리방법 등 사항을 약정할 수 있다.

2. 실제출자자와 관련 주체간의 관계

(1) 실제출자자와 명의상 주주

명의상 주주는 회사주주으로써 회사에 대한 이윤분배청구, 의결권 행사 등을 포함한 완전한 주권을 향유하고, 「회사법」 제4조의 규정에 따라 “회사주주는 법에 따라 자산수익, 중대한 사항 결정 참여 및 관리자 선택 등 권리를 향유한다.” 실제출자자는 위탁자로서 알권리, 감독권 및 수익권 등을 포함한 법정 권리를 향유한다. 그러나 이러한 권리는 수탁자인 명의상 주주에 대해 회사경영상황을 파악하기 위해 행사해야 하고, 그 범위는 「회사법」의 관련 규정을 위반할 수 없다. 새로운 수탁자의 선임은 또 「회사법」상 주권양도 관련 규정을 지켜야 한다. 회사에 이윤배분을 청구할 수 있는 자는 명의상 주주이고, 명의상 주주는 이윤을 배분 받은 후 실제출자계약의 약정에 따라 실제출자자에게 교부한다. 따라서 「회사법사법해석(3)」 제

24조 제1항의 “투자권익” 귀속은 실제출자자와 명의상 주주간의 계약에 의하고, 실제출자자는 직접 회사를 상대로 주권 수익을 청구할 수 없다. 「중화인민공화국 신탁법」(이하 “신탁법”) 제11조 제1항의 규정에 따르면 “신탁목적이 법률, 행정법규에 위반되거나 사회공공이익을 해칠 경우” 그 신탁은 무효이다. 「민법전」 제153조에 따르면 “법률, 행정법규 상의 강제성 규정에 위반되는 민사법률 행위는 무효이다. 단 해당 강제성 규정이 그 민사법률 행위의 무효를 초래하지 않는 경우에는 제외한다.” 법률적용을 피하기 위한 실제출자와 관련하여, 만약에 실제출자자와 명의상 주주간의 실제출자계약이 무효인 것으로 확인되어도 명의상 주주는 여전히 회사주주이다. 만약에 명의상 주주가 계속하여 회사주주로 될 것을 선택하면 실제출자자의 주권가치를 반환해야 하고, 만약에 명의상 주주가 계속하여 주주가 될 것을 선택하지 않으면 주권을 양도하여 취득한 주권양도가치를 실제출자자에게 반환해야 한다. 「신탁법」 제25조에 의하면 명의상 주주는 실제출자자에 대해 성실하고, 신용적이며, 신중하고, 유효하게 관리할 의무를 부담한다. 신탁종료 시, 신탁재산의 반환이 주권이면 명의상 주주 및 기타 주주의 의사, 즉 주권의 대외적 양도절차도 고려해야 한다. 만약에 주권 반환이 이루어지지 않으면 명의상 주주는 계속하여 회사 주주가 될 것인지 아니면 주권양도를 통해 실제출자자에게 주권가치를 반환할지를 선택해야 한다.

(2) 실제출자자와 회사

실제출자자와 회사 간에는 회사관계가 존재하지 않는다. 그러나 「회사법」 제216조의 규정에 의하면 “실제지배자란 회사

의 주주는 아니지만 투자관계, 합의 또는 기타 배정을 통하여 실제로 회사행위를 지배할 수 있는 자를 가리킨다.” 만약에 명의상 주주가 가지고 있는 주권비율이 회사의 지배적 지위에 있어 절대적인 지배 또는 상대적인 지배에 해당하면 실제출자자는 실제출자계약을 통해 회사의 실제지배자로 될 수 있다. 실제출자자의 명의공개 방식은 명의상 주주가 주권양도에 동의하는지 여부를 고려해야 하고 명의상 주주가 실제출자자에 대한 주권양도 동의하에 기타 주주의 동의를 얻어야 한다. 이때 기타 주주의 동의규정은 「회사법」 제71조의 규정, 즉 회사 기타주주의 과반수 동의 규정과 일치해야 한다. 불완전 실제출자와 관련하여, 「구민기요」 제28조의 기타 주주 동의 관련 규정을 지켜야 한다. 다만 명의상 주주와 실제출자자가 주권양도에 대해 합의가 이루어진 기초 하에 적용해야 하고, 주권양도는 명의상 주주의 의사를 고려해야 한다. 만약에 명의상 주주가 실제출자자에 대한 주권양도를 동의하지 않아 약정을 위반하면 명의상 주주는 실제출자계약에 따른 계약위반책임을 부담한다. 또한 명의상 주주와 실제출자자간에 주권양도합의가 이루어진 이후 기타 주주의 동의를 얻어 양도하는 주권에 대해 기타 주주는 우선매수권을 향유한다. 단 회사정관에 별도의 규정이 있으면 제외한다. 만약에 기타 주주의 동등한 조건하에서의 우선매수권을 규정하면 실제출자자가 주권을 양수할 때 상응한 대가를 지불해야 한다. 이는 기타 주주 우선매수권의 “동등한 조건”을 판단하는 중요한 요소이다. 실제출자계약에 명의상 주주가 실제출자자에게 무상으로 주권을 양도하는 내용을 약정할 수도 있지만, 당사자 간의 계약 효력은 기타 주주에게 미치지 않고, 주권양도는 「회사법」의 규정에 따라 기타

주주의 의사를 존중함으로써 유한회사의 인적 적합성을 보장해야 한다. 만약에 주권양도절차에 따라 실제출자자가 주권을 양도받지 못하면 명의상 주주를 상대로 주권을 통한 가치를 반환할 것을 청구할 수 밖에 없다.

(3) 실제출자자와 제3자

실제출자자와 회사채권자의 관계와 관련하여, 「회사법사법해석(3)」 제26조 제1항에 의하면 회사채권자는 명의상 주주를 상대로 회사의 채무를 변상할 수 없는 부분에 대해 본금과 이자를 초과하지 않는 범위 내에서 보충배상책임을 부담하는데, 이는 명의상 주주의 주주신분에 기한 것이다. 또한 제2항의 명의상 주주가 실제출자자를 상대로 구상할 수 있는 규정은 실제출자자와 명의상 주주간의 실제출자계약에 기한 것이다.

실제출자자와 주권양수인간의 관계는 주로 명의상 주주의 주권처분행위가 무권 처분인지? 주권 선의취득 규정을 적용할 수 있는지? 등에서 나타난다. 명의상 주주는 회사 주주로서 완전한 주권을 향유하지만 주권양도는 유효처분으로 「회사법사법해석(3)」 제25조 제1항의 주권선의취득을 적용할 필요가 없고, 제24조와 제26조의 규정과도 논리적으로 일치하다. 만약에 명의상 주주의 주권처분행위가 실제출자자와의 약정을 위반하면 명의상 주주는 실제출자자에 대한 계약위반책임을 부담한다. 실무상 실제출자자가 명의 공개를 통해 회사 주주가 되기 위해 이미 기타 주주의 과반수 동의를 얻어 주주명부상의 기재사항을 변경하였으나, 회사등기변경 전에 명의상 주주가 주권을 기타 주주에게 양도한 경우, 양도받은 주주는 회사 등기에 대한 신뢰를 바탕으로 하는 선의가 있다고 보기 어렵다. 그

이유는 비록 실제출자자의 명의 공개가 이미 기타 주주의 과반수 동의를 얻었고 또 주주명부에 변경사항을 기재하였기 때문이다. 만약에 명의상 주주가 주주 이외의 자에게 주권을 양도하였다면 기타 주주의 과반수 동의를 얻어야 하고, 기타 주주는 주주 명부가 변경되었음을 알고 있어야 하며, 단지 주권 변경등기를 완료하지 않았을 뿐, 사실상 이러한 양도는 기타 주주의 동의를 받을 수 없어, 회사 실무상 상기 경우의 주권선의취득은 거의 적용될 여지가 없다.

IV. 결론

합의를 주주자격을 취득하는 기초로 함으로써 주주명부를 주주자격 취득의 형식적 기준으로 해야 한다. 주주는 완전한 주권을 향유함으로써 주권 중의 인신권과 재산권이 각각 다른 주체가 향유할 수 없다. 실제출자법률관계에서 명의상 주주는 회사주주으로써 실제출자자와 명의상 주주는 계약을 통해 쌍방의 권리의무관계를 약정하고 실제출자계약의 효력은 회사에 미치지 않는다. 실제출자자가 명의를 공개하는 방식은 명의상 주주와 실제출자자가 주권양도에 대한 합의가 이루어진 전제하에 「회사법」 제71조의 주주이외의 자에 대한 주권양도 규정을 적용해야 하고, 불완전 실제출자 경우의 기타 주주 동의는 「구민기요」 제28조의 규정을 적용해야 한다. 명의상 주주는 회사 주주으로써 그의 주권처분은 유권처분으로서 주권선의취득규정을 적용할 필요는 없다. 신탁법제도의 이론과 관련 규정은 실제출자관계에 새로운 분석 방식을 제공하지만, 의정신탁, 의제신탁 등 신탁제도는 여전히 추가적인 연구가 필요하다.

부 록

1. 법학연구소 규정
2. 법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제22집)

법학연구소 규정

제정 1999. 12. 1.

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 규정은 법의 이론과 실제에 관한 이론과 실제를 통하여 우리나라의 법학과 법문화 발전에 기여하며, 동북아 및 국제화·지방화시대의 법체도를 연구하기 위하여 설치한 인천대학교 부설 법학연구소(이하"연구소"라 한다)의 조직과 운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명칭) 본 연구소는 인천대학교 법학연구소라 부른다.

제3조(소재) 연구소는 인천대학교 법과대학 안에 둔다.

제2장 사 업

제4조(사업) ① 본 연구소는 제1조의 목적을 위하여 다음 각 호의 사업을 한다.

1. 법학일반이론의 연구
2. 법제 및 법령의 연구
3. 법조실무상의 문제점연구
4. 동북아교류 및 국제관계법제의 연구
5. 지방자치의 관계법제 연구

② 본 연구소는 제1항의 사업에 필요한 다음 각호의 사업을 할 수 있다.

1. 연구발표회, 세미나 및 강연회의 개최

2. 학술논문집, 정기간행물 및 도서의 발간
3. 정부기관 및 지방자치단체 기타 외부기관의 위촉에 의한 자문·연구사업의 수행
4. 국내외 타 연구기관의 제휴 및 공동연구의 수행
5. 연구결과에 관한 학술발표 및 기타 강연회개최
6. 법학 전반에 관한 정보수집·체계화 및 응용방안에 관한 연구
7. 기타 연구소 설치목적에 부합하는 사업

제3장 조직과 운영

제5조(구성) ① 본 연구소는 상임 및 비상임연구위원과 연구원으로 구성한다.

② 상임연구위원은 본 대학교 전임교원 중 법학박사학위를 소지한 전임교원으로 한다.

③ 비상임연구위원은 법학박사소지자 또는 변호사자격이 있는 법조인이며, 운영위원회의 동의를 거쳐 임명한 자로 한다.

④ 연구원은 석사학위를 받은 자 또는 석사과정 이상의 자를 운영위원회의 동의를 거쳐 연구소장이 임명한다.

⑤ 본 연구소의 연구사업을 수행하기 필요한 때에는 본 대학교 학부학생 중에서 연구보조원을 둘 수 있다.

제6조(조직) ① 본 연구소의 임원으로는 연구소장 1인으로, 연구소장은 조교수 이상의 운영위원회의 제청을 거쳐 총장이 임명하며, 임기는 2년으로 한다.

② 연구부장은 상임연구위원 및 비상임연구위원 중에서 연구소장이 위촉하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다. 그 임기는 연구사업의 만료일까지로 한다.

③ 감사는 상임연구위원 중에서 운영위원회가 선임하며, 임기는 2년으로 한다.

④ 간사는 연구원 중에서 연구소장이 임명하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다.

제7조(임원의 직무) ① 연구소장은 본 연구소를 대표하며, 연구소의 업무를 통할한다.

② 연구부장은 부여된 연구사업에 대한 계획수립, 실행 및 보고에 관한 제반업무를 수행한다.

③ 감사는 본 연구소의 업무에 대한 회계감사를 하며, 감사결과를 운영위원회의 정기회의에 보고해야 한다.

제8조(운영위원회) ① 본 연구소의 사업 및 운영에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 운영위원회를 둔다.

② 운영위원회는 소장과 연구위원 및 간사로 한다. 위원장은 연구소장이 겸임하며, 위원은 연구위원으로 하며, 간사는 연구원 중에서 위원장이 임명한다.

③ 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구소의 사업 및 운영계획의 수립
2. 연구부의 설치 및 연구비의 배정·관리
3. 차기연구소장,비상임연구위원,연구부장,연구원의 임명제청
4. 예산안의 승인 및 결산보고의 승인
5. 본 연구소 규정의 개정
6. 기타 운영회의에서 본 연구소의 운영에 필요하다고 판단되는 사항

④ 운영위원회의 정기회의는 매년 3월에 소집하며, 임시회의는 위원장이 필요하다고 인정한 때 또는 위원3분의 1이상의 요구가 있는 때에 소집한다.

⑤ 운영회의의 결정사항은 3분의 2이상 찬성이 있어야 한다.

⑥ 운영위원회의 회의는 반드시 회의록을 작성·보관을 해야하며 그 업무는 간사가 담당한다.

제4장 재 정

제8조(경비) 본 연구소의 운영에 필요한 연구비 또는 기타의 경비는 교비지원금, 용역사업비, 보조금, 기부금 기타의 수익으로 한다.

제9조(예산 및 사업계획) 소장은 연구소의 예산서와 사업계획서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장의 승인을 받아야 한다.

제10조(결산) ① 본 연구소의 회계년도는 본 대학교의 회계연도와 같이 한다.

② 소장은 연구소의 결산서와 사업보고서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장에게 보고하여야 한다.

제5장 보 칙

제11조(운영세칙) 본 연구소의 운영에 관하여 필요한 사항은 반드시 운영위원회의 의결을 거쳐 결정하며, 총장의 승인을 얻어야 한다.

제12조(개정) 이 규정은 운영위원회에서의 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2이상 찬성을 하여야 하고 총장의 승인을 얻어야 한다.

부 칙

이 규정은 1999년 12월 1일부터 시행한다.

법학논총 논문게재 규정

제1조(목적) 본 규정은 인천대학교 부설 법학연구소의 정기발간 학술논문집인 "仁川法學論叢"에 게재할 원고의 작성방법, 제출, 심사 및 편집에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(게재논문 제출자격) 인천대학교 법학연구소의 연구원으로서 인정된 자에 한한다. 그러나 편집위원회의 승인을 받은 경우에는 비연구원도 원고를 제출할 수 있다.

제3조(논문작성방법) ① 투고원고의 작성에 있어서는 편집위원회 규정 및 이 지침에 규정된 사항을 준수하여야 한다.

② 투고원고는 다음과 같이 구성되어야 한다.

1. 제목(한글 및 외국어)
2. 저자명(한글 및 외국어)
3. 목차
4. 본문(항목번호는 I, 1, (1), 가, ①, A의 순서로 함)
5. 주제어(5단어 내외의 한글 및 외국어)
6. 초록(500단어 내외의 외국어)

③ 투고원고의 내용은 원칙적으로 국문으로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 기타 논문의 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 국문으로 된 번역문을 첨부하여야 한다.

④ 제2항 각 호의 외국어는 영어, 독어 또는 불어 중의 하나로 작성한다.

⑤ 저자가 2인 이상인 경우에는 책임저자와 공동저자의 구분을 명시하여야 한다.

제4조(논문작성시 유의사항) 투고원고를 작성함에 있어서는 다음의 사항에 유의하여야 한다.

1. 국내외의 문헌을 인용함에 있어서는 최신의 문헌까지 인용하되 가급적 교과서 범주를 넘어서 학술논문 수준의 문헌을 인용하고, 교과서의 경우에는 출판연도와 함께 판수를 정확하게 기재한다.
2. 외국법에 관한 논문이 아닌 한 국내의 학술논문을 인용하여 국내학설의 현황을 파악할 수 있도록 하고, 외국문헌은 필요한 한도 내에서 인용한다.
3. 다수설 및 소수설을 제시할 경우 문헌 몇 편으로 근거를 삼지 않고, 될수록 많은 문헌을 인용하여 다수설 및 소수설의 평가가 정확히 되도록 유의한다.
4. 기존의 학설을 비판하거나 새로운 학설을 주장하는 경우 그 근거되는 논의상황이 국내의 상황인지 또는 외국의 상황인지를 명확하게 구별하고, 자신의 주장이 해석론인지 형사정책적 제안인지도 분명히 제시한다.
5. 원고는 원칙적으로 한글로 작성하며 한자와 외국어는 혼동이 생길 수 있는 경우에만 괄호 안에 넣어서 표기한다.
6. 외국의 논문이 번역에 가깝게 게재논문의 기초가 되어서는 안 된다.

제5조(문헌인용의 방법) 다른 문헌의 내용을 인용하는 경우에는 다음 각 호의 방식에 의하고, 각주에서 그 출처를 밝혀야 한다.

1. 인용되는 내용이 많은 경우에는 별도의 문단으로 인용하고, 본문과 구별되도록 인용문단 위와 아래를 한 줄씩 띄우고 글자크기를 10포인트 그리고 양쪽여백을 4ch(칸)으로 설정한다.
2. 인용되는 내용이 많지 않은 경우에는 인용부호(" ")를 사용하여 표시한다.
3. 인용문의 내용 중 일부를 생략하는 경우에는 생략부호(...)를 사용하고, 내용을 변경하는 경우에는 변경표시([])를 하여야 한다.
4. 인용문의 일부를 강조하고자 할 때에는 국문은 밑줄을 쳐서 표

시하고 영문은 이탤릭체를 사용한다.

제6조(각주의 내용) ① 각주에서는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 한글로 표기한다. 특히 See, Cf, Ibid, Supra, Hereinafter, et al, etc, Vgl, Dazu, Siehe, a.a.O. f(ff), usw 등과 같이 외국어로 된 지시어는 사용하지 않는다.

② 인용문헌이 여러 개인 경우에는 각각의 문헌 사이에 세미콜론 (;)을 표기하여 구분한다.

③ 문헌을 재인용하는 경우에는 원래의 문헌을 표시한 후 괄호 안에 참조한 문헌을 기재한 후 "재인용"이라고 표시한다.

④ 제1항 내지 제3항 및 제7조 내지 제11조에 규정된 이외의 사항에 대하여는 한국법학교수협의회에서 결정한 「논문작성 및 문헌인용에 관한 표준(2000)」에 따른다.

제7조(인용문헌의 표시) ① 인용되는 문헌이 단행본인 경우에는 저자, 서명 권수, 발행지:출판사, 출판연도, 면수의 순서로 기재한다. 다만 발행지와 출판사는 생략할 수 있다.

② 인용되는 문헌이 논문인 경우에는 저자, 논문제목, 서명(잡지인 경우에는 잡지명, 권수 호수), 발행지:출판사, 출판연월, 면수의 순서로 기재한다. 다만 발행지와 출판사는 생략할 수 있고, 월간지의 경우에는 권수와 호수 및 출판년도 대신에 "○○○○년 ○○월호"로 기재할 수 있다. 그리고 논문제목은 동양문헌인 때에는 인용부호(" ")안에 기재하고, 서양문헌인 때에는 별도의 표시 없이 이탤릭체로 표기한다.

③ 서명 및 잡지명은 그 명칭의 전부를 기재하여야 한다. 다만 외국문헌의 경우 처음에는 그 전부를 표기하고 이후부터는 약어로 기재할 수 있다.

④ 저자가 두 명인 경우에는 저자명 사이에 가운데 점(·)을 표시하

고, 세 명 이상인 경우에는 대표 저자만을 표기한 후 "외"라고 기재한다.

⑤ 인용문헌이 편집물인 경우에는 저자명 뒤에 "편"이라고 기재한다.

⑥ 인용문헌이 번역물인 경우에는 저자명 뒤에 사선(/)을 긋고, 번역자의 이름을 기입한 뒤 "역"이라고 기재 한다

⑦ 기념논문집, 공청회자료집 등은 서명 다음에 콜론(:)을 표시하고 그 내용을 표시한다.

제8조 (판례의 표시) ① 판례는 선고법원, 선고연월일, 사건번호 및 출처의 순서로 게재하되, 출처는 괄호 안에 표기한다.

② 판례의 출처는 다음과 같이 약어를 사용하여 표시한다.

1. 법원공보(또는 판례공보) 1987년 125면 이하 공 1987, 125
2. 대법원판례집 제11권 2집 형사편 29면 이하 집11(2), 형 29
3. 고등법원판례집 1970년 형사·특별편 20면 이하 고집 1970, 형특 20
4. 하급심판결집 1984년 제2권 229면 하집 1984(2), 229
5. 판례카드 3675번 카 3675
6. 헌법재판소판례집 제5권 2집 14면 이하 헌집5(2), 14
7. 헌법재판소공보 제3호 255면 헌공3, 255
8. 판례총람 형법 338조 5번 총람 형338, 5

③ 외국판례는 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제9조 (법령의 표시) ① 법령은 공식명칭을 사용하여야 하며, 띄어쓰기를 하지 않고 모두 붙여 쓴다.

② 법령의 이름이 긴 경우에는 "[이하 ○○○이라고 한다]"고 표시한 후 일반적으로 사용되는 약칭을 사용할 수 있다.

③ 법령의 조항은 "제 조 제 항 제 호"의 방식으로 기재하며, 필요한 경우에는 본문, 단서, 전문 또는 후문을 특정하여야 한다.

- ④ 법령이 개정 또는 폐지된 때에는 그 연월일 및 법령 호수를 기재하여야 한다.
- ⑤ 외국의 법령은 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제10조 (기타 자료의 표시) ① 신문에 실린 자료는 작성자와 기사명이 있는 경우 저자명, "제목", 신문명, 연월일자, 면을 표시하고, 작성자와 기사명이 없는 경우에는 신문명, 연월일, 면을 표시한다.
② 인터넷 자료는 저자명, "자료명", URL, 검색일자를 표시한다.

제11조 (동일한 문헌의 인용표시) ① 앞의 각주에서 제시된 문헌을 다시 인용할 경우에는 저자명, 주 ○)의 글(또는 책), 면의 순서로 표기한다.
② 바로 앞의 각주에서 인용된 문헌을 다시 인용하는 경우에는 앞의 글(또는 앞의 책), 면의 순서로 표기한다.
③ 하나의 각주에서 동일한 문헌을 다시 인용할 경우는 같은 글(또는 같은 책), 면의 순서로 표기한다.

제12조 (표 및 그림의 표시) 표와 그림은 <표 1>, <그림 1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 명시하여야 한다.

제13조 (논문제출기일) 원고를 제출하고자 하는 자는 10월 30일까지 원고를 제출하여야 한다.

제14조 (게재원고의 심사) ① 제출된 원고는 인천대학교 법학연구소 편집위원회에서 위촉된 외부 심사위원의 심사를 받아야 한다.
② 인천대학교 법학연구소에서 개최하는 학술대회에서 발표된 논문은 심사를 면한다.
③ 인천대학교 대학원에 재학 중인 자는 지도교수의 심사로 외부 심사를 갈음한다.

제15조 (원고심사절차) ① 편집위원회는 원고 1편당 2인의 외부심사위원을 위촉하여 심사를 한다. 특별한 사정이 있는 경우에는 외부심사위원 이외에 교내의 저명학자에게 심사를 위촉할 수 있다.

② 심사위원은 다음 각호의 심사기준에 따라 제출된 원고를 심사하고, 그 결과를 법학연구 게재예정논문 심사평가서를 작성하여 편집위원회에 제출한다.

1. 논문주제의 명석성
2. 구성체제의 적합성
3. 내용의 충실도
4. 참고문헌의 활용도
5. 연구의 기대효과 및 활용방안
6. 기타 운영위원회에서 정한 사항

③ 편집위원회는 심사결과에 따라서 논문의 수정 및 보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다.

제16조 (원고의 저작권) 법학연구에 게재된 원고의 저작권은 저자에게 있으나, 저자는 인천대학교가 CD-ROM을 제작, 배포, 판매하거나 또는 전자매체에 의한 정보전송제공을 무상으로 허락한 것으로 본다.

부 칙

1. (규정제정) 본 규정은 편집위원에서 재적의원 과반수이상의 발의와 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 제정된다.
2. (발효) 이 규정은 2003년 3월 1일부터 시행한다.

인천법학논총 게재논문

◇ 창간호(1998)

목 차

법과대학 독립기념 학술세미나 주제발표논문(1998. 6. 3)

- 企業의 構造調整과 株式會社機關의 改編方案 이범찬
- 情報保安에 관한 刑法的對應 (Hacking 犯罪를 중심으로) .. 류인모

- 1. 國際慣習法에 관한 研究 노영돈
- 2. 幫助犯의 意義와 成立要件 - 대법원 1995. 9. 29선고, 95도456판결 백원기
- 3. 會社任員賠償責任保險의 最近動向 김영신
- 4. 유럽화폐통합 및 자본시장통합에 관한 법제도 서설 이준석
- 5. 제4차 家族法改正의 方向과 課題(1) - 민법(가족법)개정안의 국회 제출과 관련하여 -
..... 이희배
- 6. 社會的 親子關係와 法律上의 親子關係 최진섭
- 7. 윤락행위등방지법 제26조 3항 신동일
- 8. 株式會社의 法的問題에 관한 研究
- 독점규제및공정거래에관한법률과 상법상의 문제를 중심으로 - ... 윤현석
- 9. 國際商事仲裁에 있어서 公的規則 장복희
- 10. 國際法上 人空衛星發射國의 責任 최철영
- 11. 집단민원을 고려한 행정행위의 부관의 허용성 및 효력 ... 김영삼, 박경귀
- 12. 원자력규제에 있어서 지방자치단체의 역할 이동과, 정사언

◇ 법학논총 제2권(1999)

목 차

(1999년 제2 회 법학 학술세미나 “가족법 개정의 방향과 과제”
발표논문)

1. 혼인개정법의 방향과 과제 한봉희
2. 친자법의 개정방향과 과제 최진섭
3. 상속법 개정의 방향과 과제 이송우
4. 소위 ‘재외동포법’에 관한 과제 노영돈
5. 세계화 시대의 법학 류인모
6. 이사의 충실의무 김영선
7. 독일의 M&A규제 : 공개매수제도의 최근논의를 중심으로..이준섭
8. 추상적 부양당사자의 범위에 관한 고찰 이희배
9. 독일기본법상 연방의회에 관한 고찰 김도협
10. 법과 문학 신동일
11. 신국제경제질서에 관한 국제법원칙의 발전 장복희
12. 국제여행과 여권의 국제적 기능 최철영

◇ 법학논총 제3권(2000)

목 차

1. 가족법과 35년 - 미숙 교수의 퇴임 강연	이희배
2. 회사임원배상책임보험의 면책사유에 관한 서론적 고찰	김영선
3. 벌금형의 시효중단 - 대결 1992. 12. 28, 92모 39	백원기
4. 소위 간도협약의 법적 효력	노영돈
5. NOVA형 재심사유로서의 증거의 신규성과 명백성	류인모
6. 인지무효 확인심판이 확정되어도 인지청구의 소를 제기할 수 있는 경우 (판례평석: 대상판결, 대판 1999. 10. 8, 98므 1698)	최진섭
7. 증권거래법의 쟁점에 대한 입법론적 고찰	이준섭
8. 개괄조항에 근거한 경찰권의 근거와 한계	김영삼·경재웅
9. 행정법학의 종합과학화를 위한 소고	김기진
10. 금융지주회사의 인사정책과 노동법상의 문제점 고찰	박승두
11. 유전 공학의 한계로서의 법	신동일
12. 기 시 고	유성국
13. 회사법상 주식교환·주식이전제도의 도입에 관한 연구	윤현식
14. 독점 규제법상 전략적 제휴의 제문제	이봉의
15. 법률행위의 해석	이충훈
16. 수질환경권의 침해에 대한 공법적 구제	정사언
17. EU법원의 역내 자유교역제한 판례연구	최철영
18. 독도의 국제법적 지위	권문상·최정옥
19. 의사의 설명의무와 관련된 판례의 검토	안귀옥

◇ 법학논총 제4권(2001)

목 차

1. 소청심사제도에 관한 고찰	
- 판례와 결정예(인천광역시)를 중심으로-	김영삼
2. 상속인의 책임 제한의 법리	최진섭
3. 감사인의 피감사회사에 대한 책임과 제한	이준섭
4. 지식정보사회의 역기능방지를 위한 제도적 방안	
- 사이버범죄의 예방과 처벌을 중심으로 -	류인모
5. 생활권보상의 법적 성질과 보상내용에 관한 소고	경제웅
6. P&I 보험 개설	김종윤
7. 미국법상 대리모가 출산한 자의 부모	김혜숙
8. 고속도로 설치·관리상 하자의 의미와 유형에 관한 연구	박 신
9. 우리나라의 부부재산제의 문제점과 개선방안	박종용
10. 소극적 구성요건이론	신동일
11. 수질환경권의 침해에 대한 행정개입청구권	정사언
12. 경제질서의 헌법적 의미와 헌법재판소 판례의 분석	조소영
13. 남과북의 교류협력관련 법령연구	
- 남의 남북교류협력법과 북의 외국인투자 관련법을 중심으로 -	최철영
14. 상속회복청구제도의 개선과 특별한정승인제도의 신설	
- 제4차 가족법 일반개정과 관련하여	이희배
15. 행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제	서원우
16. 의료계약법 제정을 제의함	안귀옥

◇ 법학논총 제5권(2002)

목 차

1. 소청심사제도에 관한 고찰(II)	김영삼
2. 재심제도에 관한 비판적 고찰	백원기
3. 우리 국적법상 ‘최초의 대한민국 국민의 범위’ 규정의 결여문제 와 『국적에 관한 임시조례』의 효력	노영돈
4. 계약체결상의 과실책임	이충훈
5. 스웨덴의 지역혁신체제에 관한 연구	박상철
6. 경찰권행사에 대한 국가배상책임	경재웅
7. 일본 개호보험법의 제정배경과 입법경위에 관한 고찰	박승두
8. 고령사회에서의 배우자상속권의 강화	박종용
9. 규범과 법률 II	신동일
10. 환경권의 법적 성질과 재량통제	정사언

◇ 법학논총 제6권(2003)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2003. 6. 2.)】

- ◆ 참여정부와 검찰개혁의 과제 김일수
- ◆ 한국 사법부의 근본적 문제점 분석과 그 해소방안의 모색 신 평

- 1. 소청심사제도에 관한 고찰(III) 김영삼
- 2. 불이익변경금지 원칙에 관하여 백원기
- 3. 재외동포법에 대한 법무부 개정방안에 관한 연구 노영돈
- 4. 소멸시효 완성의 효과에 관한 소고 이충훈
- 5. 금융업무와 형사제재 정순섭
- 6. 노친부양과 관련한 효행장려법의 입법논의 이희배
- 7. 수질보전을 위한 토지이용규제의 문제점과 개선방안 정사언

◇ 법학논총 제7권(2004)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2004. 11. 11.)】

- ◆ 검찰수사와 국민참여 김일수
- ◆ 법원재판과 국민참여 신 평

- 1. 자유심증주의에 관하여 백원기
- 2. 해적행위 단속을 위한 국제법과 국내형사법의 검토 노영돈
- 3. 인간배아연구에 대한 형법적 논의 류인모
- 4. 양자제도의 개선방안 최진섭
- 5. 신탁재산과 채무의 귀속주체에 관한 서론 정순섭
- 6. 호주제의 헌법불합치결정과 가족부제의 제안 이희배
- 7. Legal Aspects on Biotechnology and its Control 신동일

◇ 법학논총 제8권(2005)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2005. 11. 17.)】

- ◆ 법학전문대학원의 나아갈 방향 김창록
- ◆ 로스쿨 제도, 과연 도입할 만한가? 이상수

- 1. 비 상 상 고 백원기
- 2. 국제법에서 본 독도영유권문제 노영돈
- 3. 생명공학이 제기하는 형법적 문제
(인간복제문제와 관련하여 배아의 지위를 중심으로) 류인모
- 4. 국제가족법학회 제12차 세계회의 참가기 이희배

◇ 법학논총 제9권(2006)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2006. 11. 30) 】

- ◆ 아동의 공법상 지위 김 수 진

- 1. 판례를 통해본 혼외자의 보호 최 진 섭
- 2. 외국판결의 승인이 거부되는 이유 김 석 호
- 3. 족형고 류 성 국
- 4. 기업변동과 노동조합의 지위 김 경 태

◇ 법학논총 제10권(2007)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2007. 11. 8.)】

- ◆ 중국 독점금지법의 제정과 시사점 김 호
- ◆ 독도영유권을 둘러싼 이승만 라인의 합법성 문제 고찰
..... 호사카 유지
- 1. 새 가족관계 등록부제도 개관 이 희 배
- 2. 관할권의 역외확장 근거 김 석 호
- 3. 성별에 따른 상이한 창업지원자금신청기간설정과 국가의 평등보장의무
..... 김 수 진
- 4. 청원경찰제도의 문제점과 그 개선방안 김영삼·강의환
- 5. 사실혼배우자의 보호 박 종 용
- 6. 의약품의 제조·투약과 제조물책임 정 용 진

◇ 법학논총 제11권(2008)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2008. 6. 5.) 】

◆ 중국헌법상 경제제도의 변화와 그 특징	이 성 연
◆ 해양유류오염사고를 통해서 본 해양환경법의 발달과 태안 해양오염사고의 시사점	정 영 석
◆ 事業讓渡와 就業規則의 存續	김 경 태
1. 2000년대 개정가족법 개관	이 희 배
2. 다문화사회의 사회통합을 위한 우리나라 재외동포 정책 및 법제 의 검토	노 영 돈
3. 國際法上 開發權의 形成 및 實現	김 석 호
4. 신의성실의 원칙	박 종 용

◇ 법학논총 제12권(2009)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2009. 12. 4.) 】

- ◆ 중국행정소송이론의 새로운 동향 이 철 범
- ◆ 한국과 일본의 위헌심사패턴의 선택과 계시 하 운 봉
- ◆ 한국 민사소송법 체제하에서 국제적 중복소송의 처리방안 홍 지 욱
- ◆ 법학전공의 민족특색과 특색과목의 설계 김 하 록
- ◆ 한·중 무역현황과 분쟁해결책 및 방지하여야 할 경제범죄
..... 주 후 흥
- ◆ 현대 위험사회와 형법 류 인 모

- ◆ 이혼조정과 이혼상담의 비교 이 희 배

◇ 법학논총 제13권(2010)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2009. 12. 4.) 】

- ◆ 토지공법제도에 관한 비교법적 고찰 김영삼·이성연
- ◆ 중국의 중재제도 김 호
- ◆ 가족법학 발전사 이 희 배

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2010. 11. 25.) 】

- ◆ 中國 外商投資企業의 審査批准節次 조 용 주
- ◆ 中國 群體訴訟에 관한 考察 장 송 청

【 인천지역 법학교수검찰 실무연구회 주제발표논문(2010. 12. 02.) 】

- ◆ 저작권 침해죄의 성립요건인 ‘고의’에 관한 연구 이 수 미
- ◆ 프랑스의 미리 유죄를 인정한 경우의 재판절차 및 활용방안
..... 박 성 민

◇ 법학논총 제14권(2011)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2012. 10. 27.) 】

- ◆ 중한 범죄고의론의 비교연구 김 창 준
- ◆ 중국 국선번호인제도의 개선방향 윤 무 국
- ◆ 일본의 과거사책임의 성격 노 영 돈

- ◆ “제사를 주재하는 자”의 결정과 제사용 재산의 승계
..... 이 희 배
- ◆ 소말리아 해적단속을 위한 국제법 및 국내법의 검토
..... 노영돈·최영춘
- ◆ 스포츠 범죄에 대한 연구 류인모·이의주
- ◆ 한중 투자보장협정을 통한 ISD제도에 관한 소고
..... 김 호·김진형
- ◆ 규제일몰제의 도입 및 효율성 제고에 관한 고찰
..... 남 상 택

◇ 법학논총 제15권(2012)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2012. 05. 23.) 】

- ◆ 주주사이의 분쟁해결 방안 등 봉
- ◆ 한국과 중국의 회사법상 주주의결권제도에 대한 비교연구
..... 이 암
- ◆ 2011년 회사법 주요 개정내용과 향후 운용방안 문 상 일
- ◆ 외상투자기업의 법적 위기현황 및 법적위기의 예방
..... 장 정
- ◆ 한국 주식회사의 감사제도와 중국에 대한 시사점 주 신

- ◆ 공무원연금제도 운영과 관련 판례의 고찰 이희배·김혜숙
- ◆ 행정소송법상 집행정지에 관한 논의 정사언·남상택

◇ 법학논총 제16권(2013)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2013. 11. 22.) 】

- ◆ 지식재산권 침해에 대한 구제 수단으로서 금지청구권의 요건 진 도 왕
- ◆ 음악저작권 협회와 KBS의 사용료 소송 허 중 혁
- ◆ 2013년 상표법 판례 해설 최 승 재

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2013. 12. 13) 】

- ◆ 대한민국 헌법재판제도 및 정치 분야 주요헌법 판례 소고 김 영 진
- ◆ 헌법의 변천과 그 시사점 우 문 군
- ◆ 자회사 채권자의 대한 모회사 이사의 민사책임에 관한 연구 김 현 무
- ◆ 일부일처혼의 정착과정과 그 전망(3) 이희배·김혜숙
- ◆ 고시의 법적 성격에 관한 소고 정사언·남상택

◇ 법학논총 제17권(2014)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2014. 06. 05.) 】

- ◆ 중국 P2P 인터넷 대출의 현황과 위험규제 양 총 효
- ◆ 한중 양국의 계약과실책임 비교 연구 이 총 훈
- ◆ 상해 자유무역구 사법보장제도의 건설 진 강

- ◆ 환경권의 법적 성격에 관한 논의 남 상 택
- ◆ 한국 상행위법을 통한 중국의 상사책임 독립요구에 관한 검토
..... 김 진 형

◇ 법학논총 제18권(2015)

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 법문화 발전의 동향(2015. 10. 26.) 】

- ◆ 평생책임추궁제도 ZHANG DAHAI
- ◆ 중국 입증기한제도의 연역과 완화 邓继好
- ◆ 중국 법관정원제도의 개혁 YAOYUAN
- ◆ 중국 불법행위법상의 안전보장의무 이 총 훈
- ◆ 항고소송의 대상에 관한 소고 남 상 택
- ◆ 사정변경의 원칙에 관한 소고 서 정 민
- ◆ 화재 및 재난·재해현장에서 필요한 소방행정법상
강제처분에 대한 고찰 이 갑 재

◇ 법학논총 제19권(2016)

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 소송제도 최신 쟁점 (2016. 12. 8.) 】

- ◆ 民事法律上推定类型划分新论 英 刘 明
- ◆ 민사법률상 추정 유형구분 소고 Liu Yingming
- ◆ 中国行政诉讼法的修改启示与展望 杨 向 东
- ◆ 중국 행정소송법 개정의 시사점과 전망 양 향 동
- ◆ 세관에 의한 지식재산권침해물품의 수입규제제도 이 충 훈
- ◆ 对知识产权侵权货物的海关限制进口制度 李 忠 勋
- ◆ 조미 수호 통상조약의 재음미 노 영 돈
- ◆ 대형마트 영업규제에 관한 공법적 고찰 남 상 택

◇ 법학논총 제20권(2017)

◆ 목 차 ◆

【 현대사회의 변화에 따른 최근 입법동향 (2017. 12. 8.) 】

- ◆ 음란물유통방지를 위한 정기통신 사업법의 개정방향 .. 이 충 훈
- ◆ 도산법의 주요 개정내용과 판례의 최근 경향 조 용 주
- ◆ 청소년 정신질환 범죄에 대한 접근방법 우 동 형
- ◆ 특허권의 간접침해 김 규 현
- ◆ 최근 저작권 판례의 동향 최 승 수

- ◆ 행정소송에 있어서 패소한 경우 헌법소원의 가능 여부 .. 남 상 택

◇ 법학논총 제21권(2018)

◆ 목 차 ◆

【 법학의 새로운 지평과 해법(2018. 5.) 】

- ◆ 회사법 관련 최신 대법원 판례의 동향 김 정 연
- ◆ 미국 역사교과서 발행제도의 현황과 법제도 윤 인 숙
- ◆ 중간이자 공제이율에 대한 검토 김 훈 주

【 동아시아 법제의 최근 동향(2018. 12.) 】

- ◆ 한국과 중국의 건물임대차제도의 비교고찰 이 총 훈
- ◆ 2018 중국 헌법개정안 해설 汪 全 胜
- ◆ 일본 헤이트스피치 규제 관련 재판의 현상과 과제 김 철 민
- ◆ 경찰관 직무집행법상 손실보상 남 상 택

◇ 법학논총 제22권(2019)

◆ 목 차 ◆

【 법학의 새로운 지평과 해법(2019. 12.) 】

- ◆ 저작권법상 혁신적 매체 방어에 도입 타당성 연구
..... 김 창 화 / 01

- ◆ 표현의 자유의 범위와 가짜뉴스 : 가짜뉴스 규제에 대한 재검토
..... 류 성 진 / 37

- ◆ 『경찰관 직무집행법』상 불심검문에 관한 법적 고찰
..... 남 상 택 / 87

【편집위원】

위원장 : 이 충 훈 교수

위 원 : 백 원 기 교수 위 원 : 노 영 돈 교수
위 원 : 류 인 모 교수 위 원 : 김 수 진 교수
위 원 : 김 호 교수 위 원 : 문 상 일 교수
위 원 : 진 도 왕 교수 위 원 : 김 영 진 교수
위 원 : 박 태 정 교수

인천법학논총

제23집

2021년 12월 31일 인쇄

2021년 12월 31일 발행

발행 및 편집인 : 이충훈

발행처 : 인천대학교 법학부 · 법학연구소

현주소 : 인천광역시 연수구 송도동 12-1

032) 835-8320 · 8920

인쇄소 :

전화 :

ISSN 2234-7402

<비매품>

December, 2021

Incheon Law Review

Vol. 23

【 현대사회 상사법제의 새로운 변화(2021. 12.) 】

- ◆ US sanctions against Iran – A brief history and the major sanctions programs including primary and secondary sanctions–
..... Park, Tae-Jeong
 - ◆ 不完全收养制度的功能展现与制度构建
..... 司 丹
 - ◆ 我国公司法“私人执行”的生成机理与问题疏解
..... 丁 巍
 - ◆ 隐名出资人法律地位之辨
..... 杨 姝 玲
-

Published by
DIVISION OF LAW - LAW RESEARCH INSTITUTE
UNIVERSITY OF INCHEON