

# 중국 소유권제도 연구

—민법전 초안에 대한 논쟁을 중심으로

權赫在\*

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 소유권 유형론에 대한 상반된 입장
- III. 기업법인재산권 논쟁
- IV. 맺음말

## I. 머리말

우리 민법에서 소유권은 법률의 범위 안에서 소유권자가 임의로 물건을 사용·수익·처분 할 수 있는 권리를 가르킨다. 이러한 소유권 정의는 근대 민법학의 대륙법적 전통을 계수한 것으로, 현실의 물건에 대한 사실적 지배 유무에 관계없이 소유권 자체에서부터 형식적·논리적으로 인정되는 추상적 권리인 것이다. 그러나, 로마법을 계수한 대륙법의 소유권 이론은 역사적 현상으로서 소유권이 가지는 특수성을 단순히 추상화 해버리고, 일반적으로 보편타당한 개념 규정만을 찾아내려고 노력했다는 비판을 받고 있다. 특히 오늘날 비교법적 연구는 소유권의 성질과 내용이 경제문화사적으로 어떻게 형성되었는가를 잘 보여준다. 이러한 연구성과들은 하나의 권리가 법 체계로부터 논리적으로 연역되는 것일 뿐 아니라, 무엇보다 구체적 생활관계를 직시함으로써 소유권 개념은 선형적인 것이 아니라 역사

\* 서울外國語大 講師

적 과정에서 발전되어 나오는 것임을 보여주고 있다. 따라서 한 시대와 국가의 법질서에서 소유권이나 물권제도를 어떻게 형성할 것인가는 해당 법질서 스스로 결정하는 것이라 볼 수 있다.<sup>1)</sup>

사회주의 국가인 중국에는 나름의 소유권 개념이 존재한다. 1986년 제정된 민법통칙에 규정된 재산소유권의 내용을 보면 일견 같은 대륙법계인 우리 민법과 많은 부분에서 유사하나, 소유권을 소유제 형식에 따라 국가와 집체, 공민개인소유권으로 구분하고 있는 점에서 우리 민법과 구별되는 소유권 형식을 취하고 있었다. 이것은 과거 개인소유권이 전혀 허용되지 않던 계획경제시기와 달리 사회주의 시장경제체제로의 전환 이후 국가소유권과 개인소유권 등 다양한 소유제 경제형식이 병존하는 중국 사회의 변화상을 반영한 것으로 볼 수 있다. 그러나 민법통칙의 추상적이고 일반적인 규정으로만은 급변하는 시대적 요구에 부응하기 어려웠기에, 일찌기 민법전 제정의 필요성이 제기되었고, 그 결과 현재 3가지 민법전 초안이 전인대 상무위에 상정되기에 이른 것이다.

지난 20여년 간 중국 민법의 역사적 전개과정은 자국의 역사·사회적 문제에 대한 법적 대응과 세계적인 민법조류의 수용이라는 두 가지 과제를 중심으로 진행되었다. 학술적 측면에서 그것은 사회주의적 민법학의 전통을 견지하는 입장과 자유주의적 민법의 도입을 주장하는 견해, 중국 특색을 주장하는 상대주의와 보편주의의 대립으로 파악할 수 있을 것이다. 특히 학설들간의 입장차이가 가장 첨예하게 드러난 영역은 국유기업개혁을 둘러싼 '기업법인재산권' 문제와 토지개혁과 더불어 발생한 '토지사유권'에 대한 논쟁이라 할 것이다. 학설 간에 혹은 학설 내부에도 존재하는 광범위한 논쟁들의 이면에는 결국 국가소유권에 대한 상이한 인식이 자리잡고 있다. 이러한 국가소유권에 대한 인식상의 차이는 결국 소유권 자체에

1) 일부 중국학자들은 소유권은 단지 역사적 개념이지 논리적 범주에는 속하지 않는다는 주장을 하기도 한다. 謝在全, 『民法物權論(上)』, 中國政法大學出版社1999年版, p118; 陳華彬, 『物權法原理』, 國家行政學院出版社1998年版, p195. 그러나 이러한 주장은 소유권의 상대적 성격만을 강조하여 중국의 현행 소유권 규정체계를 정당화하기 하기 위한 이론적 방편에서 비롯된 상대주의적 견해라 할 것이다. 하나의 권리는 역사적이면서도 논리적 성격을 동시에 가지고 있고 실제 양자는 상호 영향을 주고 받는 것이다. 또한 논리 또한 현실역사의 발전과 일정한 관계를 가지는 것이기에, 양자 가운데 일부만을 강조하는 것은 문제가 있다고 보아야 한다. 따라서 한국법학자들과 법원이 지나치게 개념법학적 태도에 경도되어 있는 것이 문제라면, 중국 법학자들의 역사법학적 상대주의의 또한 마찬가지로 지적되어야 할 문제점일 것이다.

대한 연구로 이어졌는데, 이에 법철학적·용익물권적 혹은 영미법 이론 등에 기초한 다양한 해석이 제기되었다. 소유권을 규율하는 물권법, 기존의 민법통칙과 계약법 그리고 상속법과 혼인법을 종합한 새로운 민법전의 제정은 이러한 오랜 논쟁과 연구가 일정한 결실을 맺고 새로운 단계로 진입하는 것이라 볼 수 있을 것이다.

중국 법학계의 이러한 발전과정은 우리에게도 시사하는 바가 적지않다고 생각한다. 물론 법치주의의 역사가 짧은 중국은 입법과 이론, 판례 등 많은 부분에서 여전히 미진한 점이 있는 것은 사실이다. 그러나 우리 법학계가 자명한 것으로 전제하며 학문적 의심의 대상으로 삼고 있지 않는 소유권과 같은 근본적 주제에 대해 중국 학계에서는 치열하게 논의하고 있다는 점에 주목하여야 할 것이다. 이는 기본적으로 중국적 현실에서 기인하는 것이지만, 소유권 제한의 법리와 그 본질에 대한 새로운 인식이 요구되는 우리 상황에서도 이같은 중국 민법의 변화과정을 고찰하는 것은 적지 않은 의미가 있다고 본다.

이러한 취지에서 본문에서는 민법전 제정을 앞두고 전인대에 제출된 3가지 초안 중 랑후이싱 연구원과 왕리밍 교수의 초안에 제시된 소유권과 관련된 두 가지 쟁점과 이를 둘러싼 논의를 분석하고자 한다. 이러한 과정을 통해 중국의 소유권 제도가 갖는 특색과 내용을 살펴보고, 그 의의에 관해 논해 볼 것이다.

## II. 소유권 유형화 논쟁 -소위 삼분설과 비삼분설을 중심으로

현행 중국 민법통칙은 소유권에 관해 다음과 같이 규정하고 있다. “재산소유권이란 소유권자가 법에 의해 자신의 재산에 대해 점유, 사용, 수익, 처분할 수 있는 권리를 향유하는 것이다”<sup>2)</sup> 이는 우리 민법 제211조가 소유권을 “소유자는 법률의

2) 《中華人民共和國民法通則》第71條 財產所有權是指所有人依法對自己的財產享有占有、使用、收益和處分的權利. 우리 민법이 근대 여러나라의 민법과 같이 사용 수익 처분의 3가지 권능을 소유권의 내용으로 하고 있음에 비하여 중국 민법은 이처럼 점유 사용 수익 처분의 4가지 권능을 내용으로 하고 있는 것은 양자가 서로 구별되는 것이다. 즉, 우리 민법이 로마법의 태도를 계

범위 내에서 사용 수익 처분할 권리가 있다”라고 규정하고 있는 것과 유사하다.

그러나 중국 민법 통칙의 소유권 체계는 제71조의 재산소유권 규정 아래에서 국가소유권(제73조)과 집체소유권(제74조) 공민개인소유권(제75조)으로 소유권을 소유제 형식에 따라 3가지 종류로 나누어 따로 규율하고 있다.(3분설) 이 점에서 여타 국가의 입법례와는 구별되는데, 또한 현행 민법통칙은 국가소유권에 대해서는 신성불가침이라 하여 특별한 보호를 하고 있다.<sup>3)</sup> 이에 대해 종래 중국학계에서는 구소련 민법의 전통을 따르는 저같은 방식에 대해 많은 논쟁이 있어왔고, 그것은 민법전의 제정과정에도 그대로 이어지고 있다.

소유권 유형화 논쟁은 기본적으로 이러한 논쟁의 연장선상에서 제기된 것이다. 입법기술적 측면에서 보면 소유권 유형화 논쟁은 새로이 제정되는 물권법의 소유권 관련 규정체계를 종래의 민법통칙과 같은 3분설을 따르느냐, 아니면 여타 대륙법계 국가의 입법례에 따라 단일한 소유권 규정을 두느냐에 따른 대립이라 할 수 있다. 그러나 그 이면에는 결국 국가소유권 개념에 대한 상이한 인식이라는 문제가 전제되어 있는 것이라 볼 수 있다. 즉, 국가소유권과 관련해서 국가소유권이 법적 개념으로 성립될 수 있는가? 소유제와 소유권은 어떠한 관계에 놓여있는가? 등의 논점을 가지고 상이한 견해가 전개되고 있는 것이다.

현재 전인대 상무위에서 심의 중인 초안은 중국 사회과학원 량후이싱 연구원이 제출한 초안과 중국 인민대학교 왕리밍 교수의 초안 그리고 전인대 상무위 법제위원회 초안 3가지가 있다. 이 중 량 연구원이 제출한 초고가 현행 민법통칙과 달리 소유제에 따른 소유권의 유형화에 반대하고 단일규정으로 소유권을 규율하고 있으며, 왕교수와 법제위원회의 초안은 민법통칙의 규정체계(3분설)를 그대로 따르고 있다.

아래에서는 량 연구원과 왕교수의 초안을 중심으로 각각의 소유권 규정체계와 그 근거 그리고 이를 둘러싼 논쟁을 살펴보겠다.

수하여 물건에 대한 사실상의 지배인 점유와 물건을 지배할 수 있는 권리인 본권을 구별하는 것에 비해 중국 민법은 점유할 수 있는 권능을 소유권의 내용으로 규정하고 있는데 그 특색이 있다.

3) 《中華人民共和國民法通則》第73條 國家財產屬於全民所有。國家財產神聖不可侵犯，禁止任何組織或者個人侵佔、哄搶、私分、截留、破壞。

## 1. 량후이싱 연구원의 민법전 초안 중 소유권에 관한 내용

량 연구원의 민법전 초안 제2장 소유권은 소유권에 대한 일반규정과 토지소유권, 건축물구분소유권, 부동산상린관계, 동산소유권과 공유 등 모두 6절로 구성되어 있다. 이러한 구성체계는 대륙법계 국가의 입법례(특히 독일과 스위스, 일본, 대만 등)를 주로 참고 한 것으로 알려져 있다. 대륙법계의 통설적 민법이론에 따르면 이러한 입법체계는 우리나라와 마찬가지로 소유권의 객체를 중심으로 소유권을 크게 부동산소유권과 동산소유권으로 구분한 다음 다시 이에 기초하여 세부적인 규정을 하는 형태로서 현행 민법통칙의 재산소유권 부분에서 취하는 소유제의 형식에 따른 소유권의 구별입법과는 명백하게 구별되는 모델이다.

현행 민법통칙을 보면 소유제 형식에 따라 소유권을 국가소유권과 집체소유권 그리고 공민개인소유권으로 구분하고 있다. 즉, 생산수단의 소유형식에 따른 구분 형태를 취하고 있는 데 반해 량 연구원의 소유권 체계는 독일 일본 등의 민법체계를 기본으로 하되 이에 약간의 변화를 가미한 것으로 평가된다. 예를 들어, 건축물 구분소유권과 토지소유권을 병렬적으로 나누어서 규율하였는데, 이는 독일이나 태국 멕시코 민법전이 건축물구분소유권에 관한 규정이 없는 것과 비교되며, 또한 스위스나 이탈리아 대만 민법전이 건축물구분소유권을 토지소유권에 포함하여 규정한 것과 구별된다 할 것이다. 량 교수에 따르면 중국은 아직 물권체계가 완전히 정립되지 않았기에, 이러한 현실을 고려한다면 건축물구분소유권에 관해 단행 법규를 제정할 여건은 마련되지 않았고, 과도기적으로 물권법의 소유권 부분에서 따로 한 절을 구성하는 것이 적당하다고 하였다.<sup>4)</sup>

량 연구원의 민법전 초안의 가장 큰 특징은 앞서 언급한 현행 민법통칙이 취하고 있는 소유권 주체를 기준으로 국가소유권과 집체소유권, 개인소유권으로 구분하는 것을 반대하고 있다는 것이다. 이에 대해 량교수는 다음과 같이 주장한다. “사회주의 전통 민법이론 가운데에는 소위 사회주의 공유재산의 신성불가침이란

4) 梁慧星, 『中國物權法草案建議稿條文、說明、理由與參考立法例』, 社會科學文獻出版社2000年版, 第212-213頁。

것이 있다. 현행 민법통칙은 사회주의공유재산을 국가재산과 노동군중집체재산으로 구분하며, 단지 국가재산에 대해서만 신성불가침하다고 규정하고 있다.(제 73조) 그러나 현재 민법학계의 많은 학자들은 이러한 공유재산의 신성불가침과 국가재산의 신성불가침의 원칙들은 모두 계획경제체제의 특성이 법률에 반영된 것으로서 사회주의 시장경제체제의 요구에는 부합하지 않는다고 한다.” 이어서 량교수는 이러한 소유권의 분류방식은 법학적 의미보다 정치적 의의에 충실한 것이라고 비판한다.<sup>5)</sup> 즉, 민법의 규율을 받는 소유권은 그 주체가 국가, 집체 혹은 개인인지에 상관없이 모두 소유권으로서 공통적 성질을 지니고 있기에, 그 보호방법 또한 차이가 있을 수 없다고 하는 것이다. 따라서 소유권의 주체에 따른 분류는 어떠한 실익도 없으며, 국가와 집체, 개인의 소유권을 동등하게 취급하는 것이 민법의 기본 원칙이며, 나아가 합법재산 전체에 대한 보호원칙을 확립하여, 이에 기초하여 정치적 색채가 짙은 생산수단의 소유형태에 근거한 과거 계획경제시절의 요소를 민법에서 제거하여야 한다고 주장하는 것이다. 이러한 원칙하에 물권법에서는 소유권에 관한 일반적 규정을 두고 단지 소유권의 객체로서 공유물과 공용물에 관한 약간의 규정만을 두면 충분하다고 한다.

결국 량 연구원은 3분설을 취하는 것은 기존의 법적용과 집행과정을 보았을 때 또다시 국가소유권에 대한 특혜를 부여해주는 것에 불과하다고 보는 것이다. 이러한 과거의 관행은 민사주체평등 원칙과 동등취급의 원칙을 심히 훼손하는 것으로서 무엇보다 공민개인소유권이 심각하게 침해되는 결과를 가져왔었던 것은 사실이다. 따라서 량 연구원은 그동안 열악한 위치에 처해있던 그러나 낱이 사회경제적 비중이 증가하는 개인소유권의 보호를 위해서는 대륙법계의 여타의 입법례와 같이 추상적이고 동일한 규범으로 처리하는 것이 타당하다고 보는 것이다.

5) 梁慧星, 「制定中國物權法的若干問題」, 載『法學研究』, 2000年第4期 第82頁。

## 2. 왕리밍 교수 민법전 초안의 소유권 규정체계

량 연구원보다 1년 정도 늦게 제출된 왕교수의 민법전 초안의 소유권 규정은 다음과 같은 체계를 취하고 있다. 즉, 제2장 소유권을 국가소유권, 집체소유권과 공민개인소유권의 3절로 구분하여 비교적 세밀하게 규정하고 있는 것이다.

왕교수는 량 연구원과 달리 중국의 물권법에는 국가소유권과 집체소유권을 따로 규정할 필요가 있다고 주장한다. 일정한 소유제 관계가 가지고 있는 특수한 법적 관념은 특정한 법적 관계로 발생되어 나오는 것이며, 재산관계의 기본법으로서 물권법은 반드시 소유제 관계의 현실을 반영하여야 한다는 것<sup>6)</sup>이다. 또한 헌법에도 규정되어 있듯이 중국의 현실은 공유제가 주도적 지위를 차지하며 동시에 다양한 소유제 형식이 병존하는 사회주의 시장경제 국가이기에 이와 관련된 국가소유권과 집체소유권에 관한 규정이 필요함을 역설하고 있다.

왕 교수는 이같은 주장의 근거로서 다음의 다섯 가지<sup>7)</sup>를 들고 있다.

첫째, 물권법은 보편적 국제적 성질을 띄는 채권법과 달리 각 국의 고유한 역사적 사회적 특성에 기반한 고유법적 특성이 있다는 것이다. 예를 들어 한국의 전세권은 한국의 고유한 용익물권 형태로서 대만을 제외한 여타의 대륙법계 국가에서는 이같은 용익물권의 종류가 존재하지 않으며 독일의 토지부담제도 또한 독일법의 고유한 제도로써 물권법의 고유법적 특성을 잘 보여주는 사례라고 할 수 있다. 따라서 중국에서는 중국 특색의 역사적 사회적 제도가 있고, 헌법 또한 이러한 것을 긍정하고 있다면 민법에서는 당연히 이에 관한 규정이 필요하고 한다.

둘째, 서양 국가의 물권법에서 단일한 소유권 제도를 취하고 있는 것은 소유권 제도 자체가 개인소유권의 기초 위에 형성된 것이기 때문이다. 따라서 국가소유권이나 여타 소유권 형식도 이러한 개인소유권의 법리에 의하여 규율하고 있는 것인데, 만약 중국 물권법에서 이같은 형식을 그대로 모방한다면 물권법에는 단지 개

6) 王利明, 『中國物權法建議稿及說明』, 中國法制出版社2001年版, 第608頁.

7) 이하 내용은 다음 부분을 참고. 王利明, 「物權立法若干問題新思考」載『法學』2004年第期, 第75-76頁.

인 소유권만이 존재하는 것이 될 것이고, 결국 국가소유권과 집체소유권의 특질을 제대로 반영하지 못하게 될 것이라 한다.

세 번째, 물권법에서 공유재산에 관한 규정을 따로 두지 않는다면, 이것은 평등 보호의 원칙에 어긋나는 것이 될 것이라 한다. 공유재산에 관한 규정을 민법에 두지 않는다면 특별법으로서 공유재산을 보호하게 될 것이고, 사유재산은 민법에만 규정을 두게 된다면, 특별법 우선의 원칙에 의해 오히려 사유재산 보호를 어렵게 할 수 있기 때문이다. 따라서 오히려 3가지 소유권의 유형을 규정한 후 이 모든 소유권은 평등하다는 것을 분명히 규정하는 것이 사유재산보호에도 유리하다고 보는 것이다. 즉, 왕교수는 지금 현실에서 잦은 침해로 인해 제대로 보호받지 못하는 사유재산의 보호는 오히려 이같은 병렬적 규정체계에 의해 더 잘 달성될 수 있다고 보는 것이다. 따라서 왕교수는 국가소유권을 규정하면서 국가소유권의 취득방식인 '징수'에 있어서 그 목적과 방법, 보상방법 등에 대한 구체적이고 엄격한 규정을 두는 방식으로 사유재산을 보호하여야 한다고 주장한다.

네 번째, 공유재산은 사유재산과 달리 그 고유의 특수한 성질이 존재한다. 무엇보다 소유권의 객체라는 측면에서 보면, 토지는 단지 국가와 집체만이 소유할 수 있기에 개인소유권과는 구별된다. 또한 취득방식에서도 국가소유권은 매매나 증여와 같은 법률행위가 아닌 징수라는 법정취득방식에 의해 획득되는 것이다. 이렇게 국가소유권과 집체소유권은 권리의 객체와 취득방식에서 여타 소유권 형식과 개념적으로 구별되기에 이같이 3분하여 나누는 것은 가능하다고 한다. 또한 현실 인민들의 경제생활에서 주요한 부분을 담당하고 있는 공유재산에 대해 물권법 이외에 대한 규율을 포기한다면, 이는 오히려 국가나 집체의 재산귀속이 불분명해지고 나아가 그러한 권리행사에 대한 규율도 어려워지기에 남용의 위험이 존재하며, 공유제가 가지는 여러 가지 장점 또한 훼손하게 될 수 있다고 한다.

끝으로, 소유권을 유형화하여 규율하지 않을 경우 타물권제도를 규정 할 수 없는 상황이 올 수 있다고 한다. 일반적으로 타물권은 소유권이 명확하게 규정되었을 때, 이에 기반하여 형성되는 것이다. 예를 들어 국유토지사용권은 국가토지소유권의 기초 위에 성립되는 것이고, 농촌토지도급경영권은 집체토지소유권의 바탕위에 형성되는 것이다. 만약 공유재산에 관한 소유권 규정이 존재하지 않는다면

국유토지사용권과 농촌토지도급경영권의 연원에 관해 설명할 수 없게 된다고 왕교수는 주장한다.

결국 왕교수는 물권법의 고유법적 특성과 중국의 특수한 역사 사회적 상황 그리고 헌법적 근거에 의거하여 3분설을 정당화하고 있다. 또한 국가소유권과 집체소유권은 개인소유권과 개념적으로도 분리되며, 나아가 이러한 3분법의 체계가 사유재산의 보호에도 유리함을 역설하고 있는 것이다.

### 3. 제 견해에 대한 평가

상술한 논쟁은 소유관계의 올바른 규율을 위한 소유권의 규정방법과 체계를 둘러싼 대립으로서, 핵심적인 것은 국가소유권이 과연 법적 개념으로 정립가능한가에 있다 할 것이다.

이와 관련한 왕교수의 주장을 살펴보면, 첫 째 물권법의 고유법적 특성을 소유권 유형화의 근거로 들고 있으나, 물권법의 고유법적 특성도 물권법 일반의 공통적 기초 위에서 가능한 것이지, 임의로 형성될 수 있는 것은 아니라고 본다. 즉, 한국의 전세권제도나 독일의 토지부담제도는 용익물권과 담보물권의 고유한 법리 위에 형성된 독특한 제도이지, 용익물권과 담보물권의 기본 법리와 상관없이 존재하는 법제도가 아니기 때문<sup>8)</sup>이다.

이외에 왕교수는 소유권 유형화의 근거로 서구의 개인소유권 중심 체계와 중국의 현실에 존재하는 국가소유권과 집체소유권 간의 차이를 근거로 들고 있다. 그러나 이러한 주장은 논리적으로 먼저 국가소유권이 어떻게 성립될수 있는 것인가를 증명하여야 하는 것이기에, 왕교수는 국가소유권과 집체소유권은 그 객체와 취득방식이라는 면에서 개인소유권과 개념적으로 구별된다는 주장을 하고 있는 것이다. 그러나 이러한 내용이 과연 국가소유권만의 고유한 특성인지도 의문이며, 나아가 국가소유권을 따로 편성할 근거가 되기도 어렵다고 생각된다. 필자가 보기에 입법기술적으로 상술한 량 연구원의 규정체계로도 이러한 내용은 충분히 포괄

8) 彭眞明、常健華，「論土地使用權制度的完善」，www.civillaw.com.cn.

할 수 있다고 판단된다. 객체의 특수성은 공용물과 공유물에 관한 규정으로, 취득 방식은 징수와 징용에 관한 규정으로 충분히 규율할수 있기 때문이다. 오히려 국가소유권은 그 주체나 객체라는 측면에서 민법학상 기본적으로 갖추어야 할 명확성과 통일성을 결여하고 있다는 주장<sup>9)</sup>이 유력하다. 즉 주체라는 측면에서 국가는 다양한 부서와 중앙과 지방으로 분리되어 현실에선 상호간의 이익충돌이 빈번하게 벌어지기에 '국가소유권'에서 '국가'는 민법상 단일한 주체로서 자격이 결여되어 있다고 보는 것이 타당하다. 또한 객체도 그 구체적 대상과 범위가 명확하게 한정되어 있지 않고 추상적이어서 임의로 확장될수 있기에 국가소유권은 엄밀한 의미에서 법적 개념이라 보기 어렵다고 보아야 할 것이다. 결국 왕교수는 국가소유권이 개인소유권이 어떻게 개념적으로 구별되는가에 대한 논증에 성공하지 못한 것으로 판단된다. 끝으로 왕교수를 비롯한 3분설적 견해는 법에 관해서 일종의 반영론적 태도를 취하고 있음도 지적되어야 할 것이다. 법은 현실을 반영하면서도 한편으로는 형성적 작용을 가하는 것이다. 또한 그러한 반영도 자연과학적 반영이 아닌 규범적 반영이라는 점에 유의해야 한다. 즉 규범적 반영은 법적 가치평가를 전제로 하는 것이기에 하나의 제도가 현실에 단지 존재하기에 규정하여야 한다는 주장은 사실에 규범력을 인정하는 것으로서 기존 제도에 대한 법적 가치평가를 소홀히 한 것이 아닌가 생각된다.

량 연구원의 초안은 우리나라를 비롯한 대륙법계의 규정체계를 따르는 것으로서 법적 안정성과 명확성에 기여하는 바가 있다고 보여진다. 그러나 이같은 규정체계는 왕 교수가 비판하였듯이 자본주의 국가의 소유권제도이지 사회주의 국가의 소유권이라고 보기에는 어렵다는 비판에 직면할 수 있다. 사실 근대적 소유권은 개념 그 자체가 이미 개인성을 지닌 사적 소유권을 의미하는 것이라 보아야 한다. 따라서 소유권 자체를 새롭게 파악하지 않는 한 헌법적 기본질서인 사회주의와 모순된다는 비판에서 벗어나기 힘들 것으로 보인다.

9) 孫憲忠, 「我國物權法中所有權體系的依然結構」, 載《法商研究》2002年第5期, 第42-43頁。

### Ⅲ. 기업법인재산권 논쟁

현행 중국 회사법 제4조는 다음과 같이 규정되어 있다. “출자자로서 회사의 주주는 회사의 자본에 투자한 금액에 따라 소유자로서 자산의 수익, 주요 의사결정 및 회사관리자의 선임 등의 권리를 가지고 있다.(제1항) 회사는 주주가 투자하여 형성한 전체 법인재산권을 향유하고, 법에 따라 민사적 권리와 책임을 부담한다.(제2항) 회사가 보유하고 있는 국유자산의 소유권은 국가에 속한다.(제3항)”<sup>10)</sup>

동 규정에서는 처음으로 “법인재산권”이란 용어를 사용하기 시작했는데, 재산권에 관한 일반적 법률인 민법에 법인재산권 혹은 재산권에 관한 구체적 내용이 규정되어 있지 않기에, 학설은 법인재산권의 의미를 둘러싸고 다양한 견해<sup>11)</sup>를 제출하며 격렬한 논쟁을 전개해 왔었다. 학설의 논점은 주로 국가가 출자한 재산에 대해 회사법인이 가지는 법인재산권의 본질이 무엇인가 하는 것이다. 이에 대해 다수의 견해인 소유권설에 의하면 법인재산권은 법인소유권을 의미한다고 한다. 그러나 적지 않은 견해는 회사법 4조의 규정을 보면, 회사재산에 대한 소유권자는 국가라고 되어 있기에, 법인이 회사재산에 대해 소유권을 가지게 되면, 하나의 물건에 두 명의 소유자가 되어 민법상의 일물일권의 원칙에 어긋나기에 법인재산권은 소유권으로 볼 수 없다고 주장<sup>12)</sup>하고 있다. 이러한 견해는 다시 법인재산권을 경영권으로 파악하는 입장과 점유권으로 보는 견해 등으로 다양하게 나뉘어 진다.

다수설인 소유권설은 회사가 주주에 의해 출자된 재산을 소유하지 못한다는 것은 회사법이론에도 어긋나고, 뿐만 아니라 거래의 안전을 위협하고, 나아가 회사

10) 《中華人民共和國公司法》第四條 公司股東作為出資者按投入公司的資本額享有所有者的資產收益, 重大決策和選擇管理者等權利。公司享有由股東投資形成的全部法人財產權, 依法享有民事權利, 承擔民事責任。公司中的國有資產所有權屬於國家。본문에서 강조는 필자주.

11) 법인재산권에 관한 학설은 대략 7-8가지 정도가 되는데, 소유권설, 신탁적 소유권설, 대리설, 점유권설, 경영권설, 물권설, 안분공유설, 종합권설(절충설) 등 이 있다. 자세한 내용은 아래를 참고. 梅慎實, 『現代公司治理結構規範運作論』, 中國法制出版社2003年版, 第161~181頁. 吳天寶, 武宜達, 陶曉林, 張媛媛, 『國有企業改革比較法律研究』, 人民法院出版社2002年版, 第216~241頁.

12) 梅慎實, 『現代公司治理結構規範運作論』, 中國法制出版社2003年版, 第163頁.

가 진정한 시장의 주체가 될 수 없기에 법인재산권은 소유권으로 보아야 한다고 주장<sup>13)</sup>하고 있다.

이러한 회사법 상의 논쟁은 그대로 민법전 제정과정으로 연결되어 물권법에서 기업법인재산권에 관한 일반적 규정을 두어야 하는가에 관한 논쟁이 일어난 것이다. 기업법인재산권 문제에 대해서도 랑 연구원과 왕 교수의 초고는 상이한 태도를 보이고 있다.

### 1. 랑 연구원 초고의 내용 및 그 평가

랑 연구원은 일찍이 회사법상 기업법인재산권에 관해 기업법인소유권설을 취하고 있었다. 그러나 기업법인재산권에 관한 규정을 민법전에서 따로 규정하여야 하는가라는 문제와 관련해서는 그럴 필요가 없다고 주장한다. 그는 먼저 국유기업의 회사제 개혁이후 국가와 기업간의 재산관계는 회사법의 규율범위에 속하게 되었으며, 회사법에 의하면, 국가는 주주권을 향유하고 기업은 법인재산권을 향유하는 것이라 한다. 그리고 기업법인재산권의 구체적 내용에 따라, 토지사용권은 물권법의 용익물권 규정을, 공장 건축물에 대한 권리는 부동산 소유권에 관한 규정을, 기계와 설비, 차량 등에 대한 권리는 동산소유권에 관한 규정을, 기업명칭에 대한 것은 인격권에 관한 규정을, 특허와 상표 등에 관한 권리는 지적재산권에 관한 규정을 적용하면 되지, 따로 일반 규정을 만들어 물권법에서 포괄적으로 규율할 필요가 없다고<sup>14)</sup> 주장한다. 즉 기업법인재산권은 다양한 성질의 권리를 포괄하고 있기에 문제가 되는 구체적 권리는 해당법률의 규정을 적용하면 되는 것이지 물권법에서 개괄적으로 기업재산의 귀속문제를 규정할 필요가 없다는 것이다. 따라서 랑 연구원의 초고에는 기업법인재산권에 관한 규정이 존재하지 않는다. 그리고 랑 연구원은 국가소유재산을 경영성 재산과 비경영성 재산으로 구분하여, 전자의 경우 기업법인재산권의 대상이기에 물권법에서 규율할 필요가 없지만, 후자인

13) 紫振國, 『企業法人財產權的反思與重構』, 法律出版社2001年版, 第53-54頁.

14) 梁慧星, 『制定中國物權法的若干問題』, 『法學研究』2000年第4期, 第82頁.

비경영성 자산의 경우 공유물과 공용물이란 형태로 따로 규율하고 있다.

생각건대, 기업법인재산권은 포괄하는 범위가 매우 넓은 것으로 물권법에서 이를 개괄적으로 규율할 필요도 없고, 나아가 단일한 조문으로 규정하기도 입법기술적으로 어렵다. 따라서 문제가 되는 관계는 해당 규범에 따라 처리하면 된다는 량 연구원의 지적은 적절한 것이라 생각한다. 그러나 국가와 기업간의 재산관계가 회사법의 규율범위에 속한다는 량 연구원의 주장은 동의하기 어렵다. 일반적으로 회사법은 민사주체의 조직법이지, 재산의 귀속과 이용의 문제를 다루는 규범이 아니기 때문이다. 재산의 귀속과 이용은 분명 물권법의 규율대상이다. 그러나 일부에서 주장하는 것과 같이 물권법에 기업법인소유권을 규율하는 것<sup>15)</sup> 또한 옳지 않다고 생각한다. 이는 왕교수가 아래에서 언급하는바와 같이 소유권을 주체에 따라 분류하는 것에 해당하는 것이 되기 때문이며, 또 한편 회사법인이 관련되는 재산권의 종류는 매우 다양하기 때문에 이를 일률적으로 소유권이란 형태로 규율하기 어렵기 때문이다.

## 2. 왕 교수 초고의 견해

왕 교수는 량 연구원과 달리 기업법인재산권을 물권법에서 규율할 필요가 있다고 주장한다. 왕교수 초안은 국가소유권 부분의 5개 조문을 기업법인재산권에 관한 규정으로 할애하고 있으며, 주로 국유자산관리부분, 행정기관과 국유기업경영자 간의 권리의무 등을 다루고 있다.<sup>16)</sup>

왕 교수는 회사재산권 문제를 두 가지 방향으로 설명하고 있다. 첫째, 회사는 독립재산을 보유하고 있는가? 법인소유권을 가지고 있는가? 라는 부분과 둘째, 회사재산에 관한 규정을 물권법에 두어야 하는가?의 문제로 나누어서 접근하고 있다.<sup>17)</sup>

15) 孫憲忠, 「我國物權法中所有權體系的依然結構」, 載『法商研究』2002年第5期, 第44頁。

16) 王利明, 「中國物權法建議稿及說明」, 中國法制出版社2001年版, 第277頁。

17) 王利明, 「物權立法若干問題新思考」, 載『法學』2004年第期, 第77-78頁。

첫 번째 문제와 관련하여 그는 다음과 같이 주장한다. 먼저 회사가 법적으로 독립된 법인격을 지닌 법인이 되기 위해서는 반드시 자신의 독립적 재산이 있어야 된다. 만약 그렇지 않을 경우 회사의 구성원 혹은 주주는 회사의 채무에 관해 유한 책임을 질 수 없게 될 것이다. 여기서 말하는 “유한책임”은 회사의 사원 즉 주주의 입장에서 바라본 것이고, 회사자신의 입장에서 보면 회사의 전체재산으로 책임을 부담하는 것이기에, 법률상 회사는 독립된 재산을 가지고 있어야만 하는 것이다. 국유회사에 출자된 국유재산은 법률상 회사가 향유하는 것이고 주주(국가)는 단지 주주권을 가질 뿐이다. 현행 회사법 제4조는 회사의 국유자산소유권은 국가에 속한다고 되어있다. 그러나 동 규정은 국유자산과 회사자산의 구별을 어렵게 하였고, 또한 국유기업과 회사의 한계 또한 모호하게 한 것으로 명백히 잘못 된 것이다. 이러한 규율방법은 적지 않은 문제를 일으키는데, 예를 들어, 중국의 어떤 국유회사가 국외에서 외국회사와 민사분쟁이 발생한 경우, 이 회사 이외에 국유자산이 있는 회사나 심지어 중국 정부도 이러한 분쟁에서 자유로울수 없게 될 것이다.<sup>18)</sup> 이외에도 국가는 국유자산을 출자한 이후에도 투자재산에 대해 소유권이 있다고 볼 경우, 여타의 주주가 출자 이후 출자한 자산에 관해 소유권을 상실하는 것과 비교해 볼 때, 회사법 상 주주평등의 원칙에도 위배된다고 하여야 할 것이다. 그 다음 주주의 출자가 납입이 완료되었는가에 대한 판단기준은 중국 회사법<sup>19)</sup>에 의하면 회사의 명의로 귀속되었는가에 있다. 즉, 동산의 경우 점유의 이전이 이뤄져야 하고, 부동산이나 여타 등기를 요하는 물건의 경우 등기가 이뤄져야 하는 것이다. 따라서 회사가 유·무형의 자산을 자신의 명의로 보유하고 있다는 것은 역

18) 구체적 예를 들면 이집트와의 교역과정에서 이러한 문제가 발생한 적이 있었다. 즉, 중국의 모국유선박회사에서 물건의 인도를 지체함으로 인해 채무불이행 책임이 발생하였는데, 해당 회사의 선박은 이미 중국으로 귀환하여 이집트 측은 강제집행을 할 수 없게 되자, 중국의 다른 국유회사의 선박을 압류하였다. 이때 이집트 측에서는 중국의 국유회사는 정부의 소유이기에 모든 국유회사는 실제 하나의 단일한 회사로 볼 수 있으며 따라서 자신들의 집행은 정당함을 역설하였다.

19) 회사법 제25조 제1항은 “주주는 회사정관에 규정된 납입예정 출자금액을 각각 납입해야 한다. 실물과 공업재산권, 비특허기술, 토지사용권을 출자하는 경우 법에 의해 그 재산권 이전수속을 밟아야 한다”고 규정하고 있다. 《中華人民共和國公司法》第25條 第1款 股東應當足額繳納公司章程中規定的各自認繳的出資額。股東以貨幣出資的，應當將貨幣出資足額存入準備設立的有限責任公司在銀行開設的臨時帳戶；以實物 工業產權 非專利技術和土地使用權出資的，應當依法辦理其財產權的轉移手續。

으로 회사가 독립적 재산을 가지고 있음을 보여주는 회사법적 근거가 된다. 그런데 여기서 왕교수는 회사가 독립된 재산을 가지고 있다는 것이 곧 회사가 독립된 법인소유권을 지니고 있다는 것과 동일시 할 수 없다는 독특한 주장을 펼치고 있다. 즉 독립적 재산과 소유권은 서로 다른 개념이라는 것이다. 왕교수는 신탁관계를 예를 들며 신탁재산을 수탁자의 소유라고 보지 않는 것과 같은 이치라고 말하며, 회사가 법인소유권을 가지는 가는 법리상 아직 좀 더 신중히 접근하여야 할 문제라고 한다. 그러나 영미법상의 신탁의 법리를 근거로 현행 중국회사법 체계에 대해 이같은 주장을 펼치는 것은 문제가 있다고 본다.

두 번째, 회사가 독립적 재산을 보유한다는 것을 물권법에서 규율할 필요성이 있는가의 문제에 대해서는 다음과 같이 주장한다. 회사재산의 성질이 소유권의 범위에 속하는 것인지는 좀 더 연구를 하여야 할 문제이지만, 설령 소유권에 속한다고 할 지라도 회사법에서 이를 규율하는 것이 물권법에 규정하는 것보다는 타당하다고 한다. 그 이유로는 먼저, 회사법인소유권을 규정하게되면 이는 실질적으로 민사주체에 따라 소유권을 분류하는 것이 되는 것이다. 이러한 규정방법은 중국 물권법이 소유제를 기준으로 소유권을 분류하는 방식과 다르기에 양자간에 충돌이 발생할 수 있다는 것이다. 그 다음, 민법이론에 따르면 소유권의 권리의무 내용과 객체는 주체와 관계없이 동일하고 본질적 차이가 없다는 것이 통설적 견해이다. 따라서 소유권의 주체에 따른 분류방식은 실질적 의의가 없다고 한다. 끝으로 회사법은 조직법이자 동시에 행위법이며, 그러한 행위의 전제는 회사의 재산이기에 회사법에 회사법인소유권에 관한 규정을 두는 것이 적합하다고 한다. 그리고 국유기업재산의 특수성과 국유기업의 주식제 개혁을 실시 이후 그 재산권 구조에 큰 변화가 일어났기에, 물권법의 국가소유권 부분에 개혁개방의 성과를 반영하는 차원에서 약간의 규정을 하는 것이 옳다고 하며 자산의 초안이 가지는 당위성을 설파하고 있다.

그러나 왕교수는 기업법인재산권이 법인소유권을 뜻하는지에 대해서는 신중한 견해를 펼치면서도, 역설적으로 자신의 초안 가운데 기업법인재산권에 관련 규정을 국가소유권 부분에 규정하고 있다. 이러한 규정체계는 기업법인재산권을 국가소유권의 범위 안에서 파악한다고 볼수 있기에 분명 모순이 있다고 할 것이다. 또

한 좀 더 크게 보면 기업법인재산권을 물권법의 소유권 부분에서 규율하였기에 기업법인재산권을 소유권에 해당되는 문제로 바라보는 것으로 이해할 수 있게 되는 규정체계상 문제점이 존재한다. 또한 량 연구원과 마찬가지로 법인소유권에 관한 규정을 회사법에 두어야 한다는 견해 또한 동의하기 어렵다.

재미있는 것은 상술한 왕 교수의 견해를 보면 그는 소유제에 따른 3분설과 민사주체에 따른 분리규정을 구분하고 있음을 알 수 있다. 즉 왕 교수는 3분설은 민사주체에 따른 분리규정과 다른 것이라고 주장하고 있는 것이다. 그러나 3분설에 반대하는 량 연구원 등 많은 학자들은 왕교수가 주장하는 3분설 자체가 민사주체에 따른 분류라고 하며 이를 비판하고 있다는 점에 주의하여야 한다. 그렇다면 어느 쪽의 주장이 옳은 것인가? 문제의 핵심은 결국 소유제와 소유권의 관계에 있다고 보아야 할 것이다. 사실 3분설에 반대하는 학자들은 정치적 이유로 인해 직접적으로 표현하지 못하지만, 암묵적으로는 소유제와 소유권의 관계에 대해 회의적인 태도를 가지고 있는 경우가 많다. 따라서 이들은 소유제에 따른 전통적 입법보다는 대륙법계 혹은 현대적 법이론이라는 이름 하에 자유주의적 근대 민법체계를 계수하고자 하는 것이다. 이에 아래에서는 사회주의적 민법의 핵심원칙인 소유제와 소유권의 관계에 대한 견해들을 살펴보겠다.

### 3. 소유제와 소유권의 관계

국가소유권에 대해서는 그 법적 개념성에 대해 회의적인 견해가 적지 않음에도 불구하고 입법이나 학설에서 국가소유권과 집체소유권을 구별하는 견해가 끊임없이 제기되는 것에는 소위 전통적 “소유제 이론”이 그 배경에 놓여있기 때문이다. 소유제 이론은 사회주의적 이념에 입각하여 소유권은 소유제라는 하부 구조가 상부 구조인 법률에 반영된 것으로 보는 견해이다. 중국의 소유제이론은 스탈린 등 구 소련의 소유제 이론을 계승한 것<sup>20)</sup>으로 알려져 있으며 주요한 내용은 다음과 같다.

20) 康德琯、林慶苗,『國有企業改革的經濟學與法學分析』,法律出版社1998年版,第46-59頁。

첫째, 경제관계로서 소유제의 함의는 사회의 생산수단이 누구의 점유(혹은 소유)에 속하고, 혹은 누구의 지배에 속하고 있는가 그리고 이러한 생산수단의 점유 혹은 지배를 누구의 이익을 위해 어떻게 사용하는가라는 문제를 지칭하는 것<sup>21)</sup>이다. 여기서 말하는 3가지 요소는 결국 하나로 모아진다고 볼 수 있다. 즉, 누가 지배하는 가는 누가 소유하는가의 또다른 표현에 불과하고, 그러한 지배와 소유를 통해 누구의 이익을 위해 어떻게 사용하는가 라는 것은 생산수단의 소유와 지배에 따른 결과를 가르키는 것이기에, 결국 상술한 3가지 물음은 생산수단의 소유자에 대한 귀속문제라고 요약할 수 있을 것이다.

두 번째, 소유제는 역사 유물론의 주요 개념인 생산력과 생산관계 가운데 생산관계의 핵심적 요소이다. 스탈린은 소유제는 생산관계의 기초로서 생산관계의 기타 내용과 성질은 모두 소유제의 성질에 의해서 결정된다고 한다.

세 번째, 경제관계로서 소유제의 법적 표현에 관한 문제이다. 스탈린은 이에 관한 직접적 언급은 없었지만, 중국과 소련의 대다수 학자들은 소위 '직접대응론'으로 이를 설명한다. 직접대응론은 소유제의 법적 표현형태는 바로 상응하는 소유권이라는 것이다. 예를 들면 자본주의적 소유제는 자본가 개인 소유권이 그 법적 표현 양태일 것이고, 사회주의 전민소유제(공유제)에서는 국가소유권이 그에 대응하는 것이다.

소유제 이론은 사회주의 중국의 입법과 법학에서 절대적인 이념으로 자리잡고 있다. 소유제 이론의 영향으로 이에 따른 입법경향이 형성되어, 크게 경제법과 민상법으로 구분되고, 동일한 법률 내에서도 국가소유권과 개인소유권이 구별되어 차등적으로 규율되었던 것이다. 민법전 제정에 있어서 소유권의 3분설을 주장하는 왕리밍 교수나 기업법인재산권에 있어 국가의 소유권을 주장하는 견해 그리고 3분설에 반대하는 견해들도 상당수는 모두 이러한 전통적 소유제 이론의 연장선에서 제기된 것이다. 즉 사회주의 시장경제체제인 중국에는 전민소유제와 집체소유제를 중심에 있고 개인소유제가 함께 존재하는 것이기에 각각의 소유제 형식에

21) 만약 생산수단을 자본가가 사적으로 소유하고 지배하고, 자신의 이익을 위해 노동자를 착취하는데 사용한다면 이는 자본주의적 사적 소유제가 될 것이다. 반대로 국가 혹은 사회가 소유, 지배하며 노동자의 이익을 위해 사용한다면 이는 사회주의적 소유제 즉 공유제가 될 것이다.

따른 법적 규율이 필요하다<sup>22)</sup>는 것이다.

그러나 이같은 소유제에 따른 입법과 학설에 대해서는 많은 학자들에 의해 법적 통일성과 형평의 원칙에 어긋난다는 비판이 끊임없이 제기되고 있다. 이에 학계에서는 소유제와 소유권의 관계에 대한 다양한 해석을 제기하며 소유제 이론의 문제점을 넘어서고자 하였다. 이같은 경향으로는 주로 다음과 같은 것이 있다.

첫째, 전통적 대륙법계와 근접한 관점으로 용익물권을 통해 소유권에 대한 변화를 시도하는 견해이다. 이들은 물권법의 '소유'(귀속)에서 '사용'으로의 전환이라는 세계적 추세에 따라 기존의 소유권은 그대로 둔채, 물의 사용권만을 이전하는 방식을 연구하여야 하며, 용익물권은 이러한 수요를 만족시킨다고 한다. 따라서 무엇보다 물건의 귀속을 제일의 가치로 여기고 물건의 이용을 그 다음 가치로 여기는 기존 물권법의 원칙이 과도하게 소유권을 강조하여서 용익권의 사회적 의의를 간과하였다고 비판하며, 특정재산의 사회경제가치 및 최대의 실현을 위해서는 물의 귀속과 이용이라는 두 개의 가치를 유기적 전체이자, 상호의존하고 상호작용하는 관계라는 것을 인식하여야 한다고 주장한다. 따라서 물의 최대이용이라는 목적하에 소유권의 권능을 소유권자와 용익권자 사이에서 합리적으로 구분하여 쌍방 당사자는 이익을 향유하는 동시에 상응하는 물적 부담을 지는 것이라 한다.<sup>23)</sup>

이러한 견해는 중국법계의 전통적 소유권 범위 내에서 특정 부분을 강화 혹은 약화하는 것으로서, 기존 대륙법계의 체제 내에서 발전되어 나온 것이기에, 법적 안정성에 기여하는 면이 있다. 그러나 무엇보다 구체적으로 어떠한 제도를 가지고 용익물권의 이같은 작용을 실현할 것인지가 분명하지 않고 의견이 분분하다. 또한 소유권을 전제로 성립되는 용익물권이 어떻게 소유권을 대체하여 물권법의 중심적 권리가 되는지 또한 아직도 분명하지 않은 한계가 존재한다 할 것이다.

두 번째, 경제학상의 재산권 개념으로 이러한 소유권과 소유제간의 모순을 극복하고자 하는 견해이다. 어떤 학자는 재산권이라는 개념으로 소유권을 대체하여야 한다는 다소 급진적 견해를 펼치기도 한다. 즉, 현대사회는 공업경제에서 지식

22) 헌법적 경제질서로서 사회주의 시장경제에 대해 왕 교수의 경우 전자인 사회주의에 충실한 견해라면, 량 연구원은 후자인 시장경제를 강조하는 입장으로 볼 수 있을 것이다.

23) 錢明星, 「近現代物權法的發展趨勢與我國物權法的制定」, 載《中外法學》1999年, 第46-52頁。米健, 「用益權解決所有權難題的一個思路」, 載《民貴商法縱論》, 中國政法大學出版社, 2000年版, 第346-358頁。

경계로 급속히 발전해가고 있는데, 그러한 과정에서 가장 중요한 요소는 디지털 기술이 광범위하게 응용된다는 것이다. 이러한 디지털 기술은 전통적인 사회경제 조직의 형식을 변화시켰고, 당사자와 생산수단간의 결합방식도 변화시키는데, 생산, 교환 등의 과정에서 물적 요소의 결정적 기능은 이제 지적재산권 요소에게 자리를 내주고 있다는 것이다. 이러한 과정은 바로 소유권제도가 재산권제도로 진화되는 역사적 변천과정이라고 한다. 또 다른 학자는 절충적으로 물권과 재산권의 공존을 주장한다. 전통적인 물권은 물건의 정태적이고 배타적이며 귀속적인 소유와 이용을 강조하는 것이고, 재산권은 물의 동태적이며 상대적 소유와 동태적 이용을 그 특징으로 하는 것이다. 전통적인 물권은 권능의 세 차례(사용·수익·처분) 분리 후 재산권의 기본구조로 이루었으며, 역사발전의 산물로서 시장경제 발전의 필연적 결과라 한다. 따라서 시장경제에서 물권과 재산권 양자는 모두 규범적·경제적 기능을 제공하는 한편, 상호작용하며 보충하는 경향을 보이고 있기에, 물권제도와 재산권 체계는 동시에 정비되어야 한다는 것이다. 또한 어떤 근거에 의하여 권능이 어떻게 이전될지라도, 잉여지배권과 잉여수익권은 항상 소유자의 권리이다. 따라서, 이렇게 소유권자가 잉여를 지배할 권리는 유일하게 소유자에게서 분리할 수 없는 것이기에, 소유권 추상화의 원천이 되는 것이다. 이것이 바로 최종적 지배권이며, 이에 근거하여 소유권을 재산의 분리할 수 있는 일련의 권능에 내재된 최종적 지배권을 향유하는 것이라고 새롭게 정의한다.<sup>24)</sup>

이외에도 사람과 물건의 관계라는 물권의 본질적 측면을 비판하며 이를 사람과 사람의 관계로 파악하여야 한다는 견해<sup>25)</sup>나 영미의 분석법학을 이용하여 이를 새롭게 파악하고자 하는 견해<sup>26)</sup> 등이 다양하게 존재한다. 그러나 아직까지 이러한 시도들은 성공하지 못한 것으로 평가된다. 무엇보다 이러한 견해들은 아직 이론적 수준에만 머물러 있지 구체적 입법이나 판결에서 영향을 미칠 만한 근거를 효과적으로 제시하지 못하고 있다는 점이 지적되어야 할 것이다. 그 주요한 원인으로는

24) 徐漢明, 『現代物權與產權制度改革』, 中國檢査出版社1999年版, 第143-148頁. 劉心穩 主編, 『中國民法學研究述評』, 中國政法大學出版社1996年版, 第351-354頁. 王澤鑾, 『民法物權(一)』, 中國政法大學出版社1998年版, 第35-36頁.

25) 康德昭、林慶苗, 『國有企業改革的經濟學與法學分析』, 法律出版社1998年版.

26) 王涌, 『所有權概念分析』載『中外法學』2000年版 第5期.

헌법적 결단으로 선재하는 사회주의적 기본 질서와 조화되기 어렵기 때문인 것으로 생각된다. 결국 이러한 시도들은 그 문제의식의 건전성에도 불구하고 성과를 내기 위해서는 좀 더 긴 시간이 필요할 것으로 보인다.

#### IV. 결 론

생각건대 전체적으로 중국의 민법전 제정과 그 발전과정은 성문법계의 여타 국가와 점차 흡사한 모습으로 나아갈 것으로 생각된다. 이 과정에서 소유권 관련 논쟁은 사회주의적 요소의 마지막 보루와 관련된 것이라 볼 수 있을 것이다.

필자가 보기에 중국에서 국가소유권은 실제 개인소유권과 아무런 차이가 없이 운용되고 있다. 국가소유권과 집체소유권의 구체적 권리행사자인 정부 해당부서의 관료와 지방정부들은 소유권과 집체소유권을 행사함에 있어 공공성에 근거하기 보다는, 많은 경우 그들의 사익을 위해서 국가재산을 운용하고 있다는 것은 이미 공공연한 사실이다. 이러한 현상은 국가소유권이 법현실에서는 역설적으로 독점적 개인소유권과 같은 형태로 존재하고 있음을 보여주는 것이다. 이를 사적 소유권의 남용이 문제되는 한국의 상황과 비교해보면, 양자는 얼핏 정반대의 상황을 보이는 듯 하지만, 본질적으로는 동일한 층차에 속하며 질적으로는 구별되지 않는 것임을 알 수 있다. 따라서 소유권의 형식도 중요하지만 소유권 자체에 대한 개념적 반성과 더불어 현실적으로는 이를 합리적으로 제한할 방안에 대한 연구가 요구된다 할 것이다. 이와 관련하여 무엇보다 소유권의 역사성과 논리적 성격 그리고 사회성과 개인성 간의 관계에 대한 깊은 성찰이 필요하다. 특히 전자(역사성과 사회성)와 관련하여 중국의 경우 이를 자주 언급하고는 있으나 이데올로기라는 선형적 차원에서 벗어나지 못하는 한계가 있기에 후자와의 관계에서 문제점이 드러난다. 또한 한국의 경우 소유권을 단지 후자(논리성과 개인성)의 차원에서만 파악하는 편향적 인식이 지적될 수 있을 것이다. 따라서 소유권의 이같은 대립적이고 상충하는 범주에 대한 총체적 시각의 회복이 무엇보다 절실하다 할 것이다.

지금 한국은 지금 수 십년 만에 대대적인 민법전의 개정을 앞두고 있다. 그러나 이에 대한 논의가 공개적으로 이루어지지 않고 있으며, 그 내용도 기술적 부분에 한정되고 있는 것은 심히 문제가 아니라 할 수 없다. 중국의 저 같은 논쟁은 우리와 비교하여 무엇보다 광범위한 주제와 진지한 태도라는 측면에서 배울 점이 있다고 생각된다.

#### <中文摘要>

本文作為中國所有權制度研究考察現行法上所有權的內容與對此的多種立法見解及其意義與啓點。在即將制定民法典的情況下中國正在進行所有權的有關爭論。其論點主要有所有權能否類型化、企業法人財產權是否在物權法上規定等。本文主要以民法典草案建議稿的作者梁慧星與王利明的草案為中心首先探討支持所有權類型化的王利明教授的看法再考察對此持反對意見的梁慧星研究員的主張。王教授認為國家所有權作為法律概念內涵與外延都不明確而梁研究員則認為這有反社會主義市場經濟的憲法性經濟秩序。對企業法人財產權王教授把它規律在國家所有權章主要批評在國家所有權的範圍內理解企業法人財產權的問題。最後本文有批判性地考察中國所有制理論認為中國對所有權的不靈活的認識造成這樣的所有制理論并主張中國需要新的所有權研究。

중심어 : 소유권, 국가소유권, 소유제, 기업법인재산권