

中國 會社法上 偽裝納入에 관한 考察

A Study of The Disguised Paid-in under Chinese Corporate Law

崔原碩* · 崔棟彬**

Choi Won-Seok · Choi Dong-Bin

목 차

- I. 시작하며
- II. 위장납입의 기초이론
- III. 위장납입의 판단기준
- IV. 위장납입의 효력과 법적 책임
- V. 맺으며

국문초록

중국 회사법(公司法)과 한국 상법 규정에는, 회사는 설립 또는 신주발행시 납입금을 은행 및 기타의 금융기관에 납입하도록 되어 있다. 이는 회사의 자본금을 확정하기 위한 것이다. 하지만, 회사의 발기인 및 주주, 이사 등은 이러한 상법상 자본금 제도의 제한을 피하기 위해, 또는 회사에 대한 투자자의 신뢰를 높이기 위해, 또는 기타의 이유로 인하여 자본금의 납입을 가장하게 된다. 상법에서는 발기설립, 모집설립과 신주발행 인수의 경우에 발기인 또는 주식인수인의 출자의무이행에 관하여 '전액납입주의' 또는 '전부이행주의'를 명시함으로써 주식회사의 자본충실을 기하고 있다. 하지만 이러한 위장납입은 이른바 '자본충실의 원칙'을 위반하는 결과를 낳게 되어 회사에 부정적 영향을 미칠 수 있게 된다. 따라서 이러한 위장납입을 효과적으로 제재하는 것은 거래의 신뢰성이나 시장의 안정성을 제고하는 데에 있어서 큰 영향을 미친다.

논문접수일 : 2010.12.30

심사완료일 : 2011.1.24

게재확정일 : 2011.1.25

* 法學博士 · 東亞大學校 法科大學 講師

** 碩士生 · 中國政法大學 民商經濟法學院

중국 법계에서는 이처럼 현안문제로 대두되고 있고, 현실적으로도 빈번하게 발생하고 있는 위장납입 문제를 어떻게 해결할 것인가가 쟁점이 되고 있다. 본고에서는, 최근 'BRICs', 'Chindia' 등 신조어를 만들어내며, 전세계적으로 관심을 받으며, 가장 큰 영향력을 미치고 있는 중국에서는 이러한 위장납입행위가 어떻게 발생되고 있는지, 법적으로는 어떠한 판단기준을 가지며, 또 어떠한 문제점이 있는지에 대해 검토한다.

주제어 : 위장납입 중국회사법 자본금 자본충실의 원칙 법인격부인제도

1. 시작하며

중국은 1978년 등소평에 의해 개혁개방 정책을 실시한 이래로 약 30여년의 기간 동안 전세계적으로 유례를 찾아보기 힘든 고속성장을 이루어 왔다. 특히 근 10여 년 동안 매년 경제성장률 약10%에 달하는 놀라운 성장수치¹⁾를 보이는 가운데, 국제사회에서 정치적·경제적으로 그 영향력을 확대해가는 단계에 있다. 특히 한·중·일이 중심이 되는 동아시아 지역에서 중국은 급속한 성장세를 바탕으로 동아시아 3국의 변화를 주도하는 역할을 하고 있다고 해도 과언이 아니다. 이렇게 중국이 가파르게 성장하며 경제적 영향력을 행사함과 동시에 전세계 유수의 기업들이 중국으로 몰려들고 있지만, 막상 중국에서 성공을 거두기는 쉽지 않다고 한목소리로 말하고 있다. 그 이유는 무엇일까? 중국은 신속하게 변화하고 있는 사회적 추세에 발 빠르게 대응하기 위하여, 그에 맞는 제도적 틀을 수시로 개정하고 있는데, 이러한 변화의 일환으로 법률개정 역시 부단히 이루어지고 있다.²⁾ 이러한 급격한 사회적 변화에 따른 제도의 정비로 인하여

1) 중국국가통계국자료(<http://www.stats.gov.cn/tjgb/>)에 따르면, 중국의 경제성장률은 2000년 약 8%, 2001년 약 7.4%, 2002년 약 8%, 2003년 약 9.1%, 2004년 약 9.5%, 2005년 약 9.9%, 2006년 약 10.7%, 2007년 약 11.4%, 2008년 약 9%, 2009년 약 8.7%의 수치를 보이고 있다.

2) 하지만 이러한 법률의 개정이 때로는 과도하게 지연되거나, 때로는 너무 빈번하게 이루어지고 있는 경우가 있으며, 지역마다 세부규정이 다른 경우가 많기 때문에 외국인 투자자의 입장에서는 다소 불합리하게 느껴질 수 있는 것이 사실이다.

3) 중국은 가파른 성장을 거치면서 사회적 변화에 대응하기 위해 정책적으로나 제도적으로 정비를 하고 있는데, 이러한 배경에 따라 법률규정 역시 우선적으로 완비된 상태에서 개정이 이루어지기 보다는 필요에 따라서 제정되거나 개정을 거치는 경우가 더 많다. 따라서 현재 민법영역과 상법영역에서 근본적으로 그 틀을 잡아줄 민법전과 상법전이 존재하지 않는 상황에서, 각 부분별 단일 법률만이 해당 영역을 담당하고 있을 뿐이다. 이러한 시스템에서는 각 영역 간에 법적인 하자가 있을 수 있으며, 이는 지속적인 사회의 발전에 부정적 영향을

법률 하자가 발생하게 되고, 이를 악용하는 사례가 발생하는데, 상법영역에서는 특히 위장납입이 문제된다.

중국 회사법과 한국 상법 규정상 회사의 자본금 확충을 위해 회사는 설립 또는 신주 발행시 납입금을 은행 기타의 금융기관에 납입하도록 되어 있다.⁴⁾ 하지만 회사의 발기인 및 주주, 이사 등은 이러한 상법상 자본금 제도의 제한을 피하기 위해서나 회사에 대한 투자자의 신뢰를 높이기 위해, 또는 기타의 이유로 인하여 자본금의 납입을 가장하게 된다. 상법에서는 발기설립, 모집설립과 신주발행 인수의 경우에 발기인 또는 주식인수인의 출자의무이행에 관하여 '전액납입주의' 또는 '전부이행주의'를 명시함으로써 주식회사의 자본충실을 기하고 있다. 하지만 이러한 위장납입은 이른바 '자본충실의 원칙'을 위반하는 결과를 낳게 되어 회사에 부정적 영향을 미칠 수 있게 된다. 따라서 이러한 위장납입을 효과적으로 제재하는 것은 거래의 신뢰성이나 시장의 안정성을 제고하는 데에 있어서 큰 영향을 미친다.

중국 법계에서는 이처럼 현안문제로 대두되고 있고, 현실적으로도 빈번하게 발생하고 있는 위장납입 문제를 어떻게 해결할 것인지가 쟁점이 되고 있다. 본고에서는, 최근 '브릭스(BRICs)⁵⁾', '친디아(Chindia)⁶⁾' 등 신조어를 만들어내며, 전세계적으로 관심을

미칠 수 있음은 현지 학계에서도 인정하고 있다. 현재 이러한 상황의 개선을 위하여 정부적인 차원에서 민법전 제정 작업을 진행 중에 있다. 그러나 이미 민법통칙(民法通則, 1986년 제정), 계약법(合同法, 1999년 제정), 물권법(物權法, 2007년 제정) 등이 단일 법률로서 제정되어 있는 상황에서 이를 합리적으로 통합하기에 많은 난관이 있어, 제정작업에 진척을 보이지 않고 있다. 다만 각 영역별로 독립적인 개정이나 제정을 통해서 이러한 법적 하자를 최소화하고, 사회 안정을 추구하는 실태이다.

- 4) 중국 회사법 제28조와 제31조, 상법 제305조 2항과 제425조 1항 참조.
- 5) 브릭(BRIC)은 브라질(Brazil), 러시아(Russia), 인도(India), 중국(China)의 3국을 통칭하는 말로, 골드만삭스가 처음으로 이 용어를 사용하였다. 이들은 2002년 상호무역과 협력조약을 맺었다. 2010년 12월 24일 남아프리카 공화국(South Africa)이 브릭스의 5번째 정회원국이 됨으로써, 브릭스(BRICS)로 통칭하게 되었다. 골드만삭스의 경제학자 짐 오닐(Jim O'Neil)은 이들 네 나라가 2050년에 세계 경제를 주도하는 가장 강력한 나라가 될 잠재력이 있다고 주장하였다. 현재 이들은 세계 인구의 40% 이상을 차지하고 있으며, GDP는 미국 달러로 12조 달러가 넘는다. 이들은 유럽연합이나 동남아시아 국가연합과 같은 국제적인 연합이나 통상조약에 가입하지 않다가 2002년 서로 무역조약을 맺었다. 출처: <http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B8%8C%EB%A6%A4D%EC%8A%A4>
- 6) 친디아(Chindia)는 중국(China)과 인도(India)를 함께 일컫는 합성 신조어이다. 특히, 두 국가의 경제를 함께 일컬을 때 자주 쓰인다. 이 유행 신조어를 만든 사람은 인도의 경제학자이자 정치가인 자이람 라메쉬(Jairam Ramesh)이다. 중국과 인도는 지리적으로도 가까이 있으며, 세계 경제에서 가장 빠른 속도로 성장하고 있는 나라들로 간주되고 있다. 둘을 합치면 인구의 합이 전 세계 인구의 3분의 1을 차지한다. 다음 50년간 성장 잠재력이 가장 큰 나라들이라고 골드만 삭스(Goldman Sachs)의 브릭스 보고서(The world needs better economic

받으며, 가장 큰 영향력을 미치고 있는 중국에서는 이러한 위장납입행위가 어떻게 발생되고 있는지, 법적으로는 어떠한 판단 기준을 가지며, 또 어떠한 문제점이 있는지에 대해서 알아보고자 한다.

II. 위장납입의 기초이론

1. 위장납입의 개념

중국 회사법에서는 위장납입행위에 대한 구체적 개념을 제시하지 않고 있다. 다만 유한회사의 경우, 회사법 제36조에 의하여 위장납입을 금지하고 있으며,⁷⁾ 주식회사의 경우에도 회사법 제92조에 의하여 위장납입을 금지하고 있을 뿐이다. 중국 회사법 제36조에서는 “회사설립 후 주주는 출자를 인출하여서는 안 된다⁸⁾”고 하여 주주의 위장납입을 제한하였으며, 제92조에서는 “발기인 또는 주식청약인은 주금을 납입한 후, 기간 내에 주금을 모집하지 못했거나 발기인이 기간 내에 창립대회를 소집하지 않았거나 창립대회에서 회사를 설립하지 않기로 한 경우 외에는 그 주식의 자본을 회수할 수 없다⁹⁾”고 하였다.

여기서 우리가 눈여겨 볼 것은 제36조에서 말하는 “출자를 인출하여서는 안 된다”는 규정과 제92조에서 말하는 “그 주식의 자본을 회수할 수 없다”라고 한 규정 간에는 개념상 다소 차이가 있다는 점이다. 양자의 법적 해석에 대하여, 학자들 사이에서 의견이 분분한데, 일부 학자는 출자 인출과 출자 회수는 같은 개념으로서 양자 간에는 실질적인 구별이 없다고 하였다.¹⁰⁾ 하지만 일부 학자는 출자 인출과 출자 회수를 각기 다른 개념으로 보고 있다. 즉, 출자 회수는 실질적으로 주주가 투자를 회수하는 명시행위에

BRICs)에서 밝힌바 있다. 출처: <http://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%B9%9C%EB%94%94%EC%95%84>

7) 중국에서 쓰이는 추도출자(抽逃出資)란, 한국의 위장납입에 해당하는 용어로서, 그 뜻을 해석하면 ‘불법으로 또는 임의로 출자금을 뽑아내다(혹은 인출하다)’가 된다. 이와 관련된 개념으로 허가출자(虛假出資)가 있겠는데, 이는 한국의 납입가장(예함에 의한 가장납입)에 해당하는 용어이다.

8) 中國「公司法」第三十六條：公司成立后，股東不得抽逃出資。

9) 中國「公司法」第九十二條：發起人、認股人繳納股款或者交付抵作股款的出資后，除未按期募足股份、發起人未按期召開創立大會或者創立大會決議不設立公司的情形外，不得抽回其股本。

10) 劉俊海, 「現代公司法」, 法律出版社, 2008, 163面.

불과하며, 이러한 행위는 시기적으로 회사의 설립 전이나 후에 모두 발생할 수 있다고 하였는데, 중외합작경영기업법(中外合作經營企業法) 제21조에 따르면, 외방투자자가 합작기간 내에 미리 투자자본을 회수할 수 있다고 한 점을 그 예로 들고 있다. 그러나 출자 인출은 일종의 사기적 특성을 지니는 은폐성 위약행위이자 침권행위(侵權行爲-불법행위)로서, 회사 설립 후에만 발생할 수 있다고 보고 있다.¹¹⁾ 또 다른 학자는 “주주가 불법으로 출자를 인출하는 행위에는 주식의 자본을 불법으로 회수하는 행위뿐만 아니라, 출자금을 불법으로 인출하는 행위를 모두 포함하는 개념으로서, 사기의 특징을 지니는 은폐성 불법 행위이다.”¹²⁾라고 하였는데, 필자는 이러한 관점에 동의하는 바이다. 한국에서는 보편적으로 회사의 개념을 주식회사로 인식하는 반면에 중국에서 말하는 회사는 주로 유한책임회사이다. 주식회사와 비교할 때 그 규모가 대체로 작고, 대외적으로 공개된 정보가 부족한 유한책임회사의 경우, 그 투자자들이 받을 수 있는 법적 보호 조치를 강화해야만 이익의 형평성을 보장할 수 있다고 보는 것이 중국 법조계의 일반적인 인식이므로 이러한 양자 간의 차이에 따라 위장납입에 관한 규정 역시 유한회사에는 불법적인 인출의 개념을 사용하고, 주식회사에는 다만 불법적인 회수의 개념을 두어 유한회사에 대한 제재가 주식회사에 대한 그것보다 더욱 강화되어 있는 것이라고 볼 수 있다.

상술한 바와 같이 중국에서는 위장납입에 대한 개념이 법적으로 명확하게 확립이 되어 있지 않은 까닭에 이와 비슷한 행위 즉, 자금유용과 위장납입을 혼돈하는 경우 역시 발생하고 있다. 그렇다면 중국 학계에서는 위장납입과 자금유용을 어떻게 구분해놓고 있는 것일까?

자금유용적은 회사나 기업 또는 기타 단위의 직원이 직무상의 편리를 이용하여 해당 단위의 자금을 사적인 용도로 사용하거나 타인에게 빌려주는 행위로서, 유용 금액이 비교적 많고 3개월이 넘도록 반환하지 않는 경우, 비록 3개월이 넘지 않았으나 그 금액이 비교적 많고, 영리활동을 실행한 경우, 또는 불법행위를 실행한 경우 이에 해당된다.¹³⁾ 만약 발기인 또는 주주가 출자 후에 회사에서 일정한 직무를 담당하면, 직무를 이용하여 회사자금을 회사로부터 유용할 수도 있게 되는데, 이러한 경우 주주가 회사 설립 후 자금을 인출하는 위장납입과 비슷한 모습을 보이게 된다. 왜냐하면, 주주가 출자한 자금은 회사의 설립 후에 회사의 자본이 되며, 회사법에 규정한 법정 절차를 거치지 아니하고는 임의로 인출할 수 없기 때문인데, 이러한 불법 인출 행위는 자금유용

11) 席建林, “試論公司股東抽逃出資的認定及其民事責任”, 「政治与法律」, 2005, 第2期, 37面.

12) 李广歡, “股東抽逃出資的民事責任承擔問題探析”, 「法制与社會」, 2009, 第3期, 115面.

13) 중국 형법(刑法) 제272조 조항 참고.

죄의 성립 요건에도 해당된다. 이처럼 위장납입이 자금유용죄의 성립요건에 해당된다고 볼 수 있기 때문에 일부 학자는 이러한 경우에 경합죄에 속한다고 보고 들 중에 죄형이 더 중한 것을 택해야 한다고 보기도 한다.¹⁴⁾

하지만 사실 위장납입죄와 자금유용죄에는 분명한 차이가 있다. 자금 유용은 단지 자금의 사용권을 이전하는 행위일 뿐이지만, 위장납입은 재산의 소유권을 이전하는 행위이기 때문이다. 만약 주주가 직무를 이용하여 회사의 자금을 사적인 용도로 사용하거나 임의로 타인에게 빌려준다면, 이는 자금유용죄에 해당하게 된다. 자금유용에 해당되는지 아니면 위장납입에 해당되는지는 행위자에게 반환의 의사가 있는지 여부에 따라 판단할 수 있다. 위장납입은 행위자에게 반환의 의사가 없지만, 자금유용의 경우 영구적으로 자금을 점유하려는 것이 아니라 반환하려고 하는 의사가 있다는 점에서 양자는 구분된다.¹⁵⁾

2. 위장납입의 원인

중국은 가파른 성장을 거치면서 사회적 변화에 대응하기 위해 정책적으로나 제도적으로 정비를 하고 있는데, 이러한 배경에 따라 법률규정 역시 우선적으로 완비된 상태에서 개정이 이루어지기 보다는 필요에 따라서 제정되거나 개정을 거치는 경우가 더 많다. 따라서 현재 민법영역과 상법영역에서 근본적으로 그 틀을 잡아줄 민법전과 상법전이 존재하지 않는 상황에서, 각 부분별 단일 법률만이 해당 영역을 담당하고 있을 뿐이다.

민법전의 경우와 마찬가지로 상법전이 제정되지 않은 중국에서는 1993년에 최초로 회사법을 제정하였고, 현재는 2005년에 개정한 회사법이 적용되고 있다.¹⁶⁾¹⁷⁾ 2005년 개정 시에 회사법상 많은 변화가 있었는데, 그 중에서 최저등록자본금제도에도 큰 변화가 생겼다. 1993년 중국 회사법에 따르면 유한회사의 등록자본 최저한도액(註冊資本最低限額)은 생산경영 및 상업 도매업을 주로 하는 회사의 경우 50만 위안이상, 상업 소매업을 주로 하는 회사의 경우 30만 위안 이상, 기술개발 및 컨설팅, 서비스 회사의

14) 龔培華, “虛假出資、抽逃出資罪及其認定” 「正義網」, 2002年 9月26日 <http://review.jcrb.com.cn/ournews/asp/readNews.asp?id=113690>.

15) 周洪波, “虛假出資、抽逃出資罪司法認定中的若干問題”, 「檢察實踐」, 2005, 第1期, 45面.

16) 중국 회사법은 1993년에 제정된 뒤, 1999년의 1차 부분개정과 2004년의 2차 부분개정을 거친 뒤, 2005년에 전면적인 개정을 하게 되었다.

17) 중국의 상법영역에서는 상법전은 제정되어 있지 않으며, 단일 법률로 회사법, 보험법(保險法-1995년), 해상법(海商法-1992년), 증권법(證券法-1992년) 등이 각각 제정되어 있다.

경우 10만 위안이상이고, 주식회사의 경우 1,000만 위안 이상으로 등록자본금을 반드시 한 번에 납부하여야만 하였으나, 2005년 개정안에 따르면 유한책임회사의 경우, 등록 최저자본금은 3만 위안 이상으로 하며¹⁸⁾, 주식회사의 경우 5백만 위안 이상으로 개정하였고, 분할납입이 가능하도록 하였다.¹⁹⁾ 이러한 법률개정으로 인하여 회사 설립이 용이하게 되었으며, 특히, 유한회사의 경우 소액의 자본만 가지고도 회사를 설립할 수 있게 되었다.

회사를 설립하고자 하는 설립자나 투자자는 회사 설립시에 요구되는 최저등록자본금의 액수가 이미 이처럼 낮아졌기 때문에 사실상 위장납입을 할 필요가 거의 없게 되었다고 볼 수 있지만, 그럼에도 불구하고 현실적으로 회사설립 및 증자에 있어 위장납입이 여전히 성행하고 있는 이유는 무엇일까? 그 원인으로는 첫째, 중국에서는 투자자들이 등록 자본금의 액수가 높고 낮음에 따라 회사의 경제적 능력과 기업의 신용을 판단하고 있기 때문이다. 두 번째, 주주가 유한책임이라는 제도적 허점을 이용하여 “껍데기 회사(空殼公司)”를 만들고, 투자를 유도하여 사기행위를 하려고 하기 때문이다. 셋째, 신용평가 기준에 다소 문제가 있기 때문이다. 예로부터 등록자본금 액수가 높은 회사가 보다 높은 채무상환능력을 지니고 있다고 여겨지고 있으며, 회사의 신용을 평가함에 있어 회사의 실질적 유무형 자산이 중심이 되는 것이 아니라 자본이 중심이 되는 이러한 판단 기준이 아직까지도 남아 있기 때문이다. 넷째, 행정관리기관의 관리감독이 부실할 뿐만 아니라, 이를 예방하는 법적조치가 부적절하기 때문에 자금 납입자로 하여금 위장납입을 할 수 있는 여지를 만들어 주었기 때문이다. 다섯째, 중국 회사법은 위장납입의 민사책임에 대해 구체적 규정을 두지 않았기 때문에, 채권자의 보호를 위해 자본금을 증시하는 현실적 추세와 위장납입으로 인하여 채권자가 채무를 변제받지

18) 중국 회사법 제26조: 유한책임회사의 등록자본은 회사등기기관에 등기된 모든 주주가 납입한 출자액이다. 회사의 모든 주주의 최초 출자액은 등록 자본의 20%이상이어야 하며, 법정 최저 등록 자본금액보다 낮아서는 안 되며, 그 남은 부분은 주주에 의하여 회사설립일로부터 2년 내에 전액 납입하여야 한다. 이 중 투자회사는 설립일로부터 5년 내에 전액 납입하여야 한다.

19) 중국 회사법 제81조: 주식유한회사가 발기설립방식을 채택하여 설립한 경우, 등록자본은 회사등기기관에 등기된 모든 발기인이 납입한 주식자본 총액이다. 회사의 모든 발기인의 최초 출자액은 등록 자본의 20%이상이어야 하며, 그 남은 부분은 발기인에 의하여 회사설립일로부터 2년 내에 전액 납입하여야 한다; 그 중에서 투자회사는 설립일로부터 5년 내에 전액 납입하여야 한다. 전액 납입을 하기 전까지는 타인으로부터 주식자본을 모집할 수 없다. 주식유한회사가 모집방식을 채택하여 설립한 경우, 등록자본은 회사등기기관에 등기된 실수 주식자본 총액이다. 주식유한회사의 등록자본의 최저한도액은 인민폐 500백만 위안이다. 법률이나 행정법규에 주식유한회사의 등록자본의 최저한도액이 이보다 더 높게 규정된 경우, 그 규정에 따른다.

못하는 모순이 존재하는 법률적 하자가 있기 때문이다. 여섯째, 위장납입자에 대한 법적으로 책임을 추궁할 수 있는 법률적 조치가 부족하기 때문이다.²⁰⁾

3. 위장납입의 특징

위장납입은 현재 중국에서 매우 빈번하게 일어나는 불법행위로서 납입 가장이나 불완전 납입 등과 구분되는 몇 가지 특징을 지니게 된다. 아래에서는 위장납입 특징을 살펴보기로 한다.

첫째, 납입금액의 인출 속도가 빠르며, 위장납입 금액이 크다는 것이다. 인출 속도가 빠르다고 하는 것은 행위자가 자금납입검사를 마친 후에 자금을 인출하기까지의 과정이 매우 빠른 속도로 진행되는 것을 말한다. 금융기관이 자금 납입 검사를 마친 뒤, 납입증명서를 발급한 이후, 위장납입행위자는 단기간 내에 납입한 출자금액의 전부 또는 일부를 회사의 계좌에서 인출하게 된다. 이는 납입주체가 회사를 설립함에 있어서 진정한 납입의 의도가 있었는지를 판단하는 요소가 될 수 있다. 위장납입 금액이 크다고 하는 것은 위장납입 안전을 놓고 판단해 보았을 때, 대체적으로 주주가 임의로 인출해 가는 위장납입 액수가 크다는 것이다. 현재 중국에서 행해지는 위장납입의 경향을 분석해보면 위장납입의 행위주체는 이미 수십만 위안 또는 수백만 위안의 위장납입 금액에도 만족하지 못하고 있는 것으로 보인다. 예를 들어, 프라이스 스마트 북방경무공사(普爾斯馬特北方經貿公司)의 법정대표인 서빈(徐斌) 등 9명이 불법 인출한 위장납입금액은 무려 1억1천만 위안(한화 180억 원 상당)에 달한다. 또한 절강성 항주시 공안국 조사팀의 조사에 따르면 2005년 2월에 확인된 위장납입 안전의 총액은 약 20억 위안(한화 3400억 원 상당)에 달한다고 한다. 이처럼 중국에서 위장납입을 하는 주주들은 점차 대범해지고 도덕성을 잃어가는 것으로 보인다.

둘째, 다양한 편법을 통하여 주금 혹은 출자의 납입을 위장하므로 강한 은폐성을 가지게 된다. 사실상 주주가 불법인출을 하였는지의 여부는 주주 및 관련 재무인원이 누구보다 잘 알게 되는데, 회사가 설립된 이후에 회사의 자금을 인출할 수 있는 주주는 필연적으로 회사를 실질적으로 장악하고 있는 상황이기 때문에 이러한 주주의 불법적인 인출 사실이 외부로 드러나는 경우는 굉장히 제한적이라고 볼 수 있다. 예를 들어, 2000년에 덕청현(德淸縣)의 XX부동산 종합개발 유한회사가 설립을 준비하는 과정에서,

20) 孫文超, “有限責任公司虛假出資和抽逃出資民事責任制度构建”, 「河北理工大學學報」, 第8卷第4期, 2008, 41面.

덕청현 건설 주관부문은 규정에 따라 해당 회사의 등록자본금을 500만 위안 이상으로 하도록 요구하였으나, 당시에 해당 회사의 주주 3명이 보유한 실질적인 자본은 50만 위안 밖에 되지 않아, 정부에서 요구한 법정 기준에 크게 못 미쳤다. 이에 따라 주주 3명은 회사의 설립을 위하여 각자 191만 2500위안, 168만 7500위안, 90만 위안의 자금을 외부로부터 차입한 후, 해당 기관의 자본 검사를 받아 회사를 설립한 뒤, 바로 자금을 인출하여 차입금을 상환하였다. 하지만 회사 내부인원 외에 이러한 구체적 정황을 아는 사람이 없었기 때문에 이러한 위장납입을 해당기관에 고발하는 이가 없었다.

이 밖에도 위장납입행위를 감추기 위하여 허위로 회계장부를 처리하는 수단 역시 널리 쓰이는 방법 중 하나이다. 예를 들어, 장부에 “외상매출금”으로 기입해 넣는 방법이나, “장기 투자”, “기본건설 공정” 등으로 기입하는 방법이 있다. 기업 연도 감사 시에 감사부문은 영업 손실이나 높은 투자금액 등을 이유로 감사를 불합격시킬 수는 없기 때문에 심사과정에서 실수(實收)자본과 등록자본에서 하자를 발견하기 쉽지 않다. 감사부문의 심사근거는 회계·감사 사무소에서 발급한 회계감사 보고서이므로, 회계감사 보고서를 발급하는 기관은 회사의 재무제표 및 장부를 참고로 하여 보고서를 작성하게 되고, 회사 주주의 자금 불법 인출 행위는 회계장부만 가지고 판단해 볼 때, 회사의 운영을 위한 정상적인 경영활동으로 인식되는 까닭에, 위장납입행위는 은폐성이 강해 발견해내기 어렵다고 하는 것이다.

또한 위장납입의 경우 납입가장과는 달리 외관상 실질적인 납입의 행위가 존재하기 때문에 쉽게 발견하기 어렵고, 또 발견하였다 하더라도 그 행위에 대한 증명은 쉽지 않은 반면에, 위장 납입 행위는 용이하기 때문에 주주의 위장납입은 수시로 발생한다. 21)

셋째, 위장납입에 해당하는 안건 수가 매우 많으며, 보편적이라는 점이다. 중국 인민대학 금융·증권 연구소 소장 오효구(吳曉求) 교수의 실증 분석에 따르면, 중국 내 기업 중에서 대주주 또는 지배주주에 의한 위장납입, 불법적인 수익 이전의 문제가 상당히 보편적으로 이루어지고 있다. 특히 상장회사의 경우, 주식을 보유하는 주주의 비율을 놓고 보면, 중소주주가 비교적 다수를 차지하게 된다. 하지만 이러한 중소주주의 경우 회사의 경영에 깊이 참여하지 않으며, 설사 경영에 참여하려 한다고 하더라도 역량이 집중되지 않고 분산되기 때문에, 대주주의 불법행위에 대해 효과적으로 제재를 하기 어려운 경우가 많은데, 이러한 구조적 문제로 인하여 위장납입은 더욱 심화되고 있으며, 일부 대주주는 상장회사를 개인의 “현금 인출기”로 생각하는 경우도 있다. 또 다른 통계에 따르면, 2002년 하반기부터 조사를 받은 1175개 상장회사 가운데, 57.63%에

21) 劉俊海, “論抽逃出資股東的民事責任”, 「法學雜誌」, 2008, 第1期, 50面.

달하는 회사가 대주주에 의하여 거액의 자금을 불법적으로 유용되거나 위장납입이 된 경우가 있었으며, 이러한 자금의 합계는 무려 966억 6900만 위안에 달한다.²²⁾

4. 위장납입의 주요수단

현재 이루어지고 있는 위장납입에 대한 연구를 진행함에 있어 우리는 위장납입이 몇 가지 주요한 수단을 통해서 이루어지고 있음을 알 수 있다. 이러한 위장납입의 주요수단은 다음과 같다.

첫째, 주주가 회사 내부의 지위를 이용하여 기타 주주와의 공모를 통해서, 또는 주주 단독으로 실시하는 위장납입이다. 이러한 방식의 위장납입은 자금을 납입한 날로부터 회사 설립 후 자금을 인출한 날까지 단기간 내에 이루어지며, 회사 설립 후 경영이나 영업에 필요함이 없이 회사 내부적 높은 지위를 이용하여 임의로 자본금을 인출하는 것이다.

둘째, 허위 거래를 통해 이루어지는 위장납입이다. 회사의 설립 후, 주주는 실질적인 거래가 없이 설비 구매 등의 명목으로 장부상으로만 그 거래 내역 및 액수를 기입하고, 회사의 계좌에서 거래비용에 상당하는 자금을 인출해가는 위장납입 방식이다. 일반적으로 장부상에 위장납입을 한 주주와 밀접한 관계를 유지하고 있는 기타 주주나 거래당사자와의 거래내역으로 꾸미는 경우가 많은데, 구체적으로는 원자재 구매 거래의 외상매출 내역으로 기입을 하게 된다.²³⁾

세 번째, 이윤 분배의 명목으로 배당금을 받는 것처럼 꾸미는 방식이다. 이러한 방식은 통상 회사의 회계장부를 허위로 작성하여 마치 회사의 이윤이 증가된 것처럼 꾸민 후, 주주가 이러한 이윤의 증가에 따른 배당금 명목으로 회사 자금을 받아가는 방식이다.

넷째, 회사가 주주에 대해 재투자를 진행하거나 채무 변제, 담보 제공의 방식을 통해서 이루어지는 위장납입이다. 주주는 회사가 설립된 후, 회사의 명의로 주주 자신에 대해 재투자를 진행하도록 한 뒤, 회사로부터 투자자금 명목으로 자금을 받아내는 것으로, 회사의 회계장부 상에는 “장기투자”의 명목으로 기입하게 된다. 이처럼 주주에 대해 허위의 재투자를 진행하게 되면, 회사 등록 자본금이 회사에서 장기간 이탈하는 현상이 발생하므로 회사는 그 자본금을 사용할 수 없게 되는 부작용이 발생하게 된다. 이러한 재투자 형식의 위장납입 외에도, 회사로 하여금 회사 자본금을 이용하여 주주

22) 陳學清, “抽逃出資案件的偵查”, 「吉林公安高等專科學校學報」, 第22卷 第3期, 2007, 44面.

23) 陳學清, 전계논문, 45面.

자신의 채무를 변제하게 하거나 다른 회사를 위해서 연대 보증 책임을 지도록 만들고, 주주가 출자한 자본금의 일부나 전부를 이러한 채무를 변제하는 데에 사용하는 방식으로 자금을 빼들려 중국에는 주주가 이러한 변제 대금을 받아가는 방식이 있다. 이러한 방식은 주주가 차입금을 이용하여 출자 자금을 납입한 경우에 흔히 볼 수 있다.

다섯째, 주주가 현물 출자를 통하여 주금을 납입한 경우에 자본금 납입 검사를 마친 뒤, 이미 소유권 이전 등기를 마친 실물, 공업산권, 특허권, 기술, 토지사용권 등을 무상으로 또는 불합리하게 낮은 가격으로 타인에게 재양도하는 방식이 있다. 여기서 말하는 타인이란 주주와 관련이 있는 사람이거나 출자한 현물의 실질적 소유권자를 가리킨다. 이러한 방식을 통해 주주는 자신의 사적인 채무를 변제하거나 회사 설립을 위하여 잠시 소유권을 회사 명의로 이전하였던 타인 소유의 실물 또는 권리를 회사 설립 후 실제 소유권자에게 반환할 수 있게 된다.

여섯째, 주주가 현금으로 출자를 한 경우, 이미 납입한 회사의 자본금을 임의로 인출해 간 뒤, 인출한 자본금 액수보다 시장가치 월등히 낮은 현물을 자본금 대신 보충하는 형식을 통해 소유권을 이전시킨 뒤, 회계 장부상으로는 보충한 현물의 시가를 인출한 자본금 액수와 상당하게 기입하여 외관상 양자의 시장가치가 차이가 없게 만드는 방식이 있다.²⁴⁾

Ⅲ. 위장납입의 판단기준

중국 회사법, 회사등기관리조례(公司登記管理條例), 회사등록자본등기관리규정(公司注冊資本登記管理規定) 등 법률 규정을 종합해보면, 위장납입행위의 법률 효과 또는 법적 처벌에 관하여만 명시하였을 뿐, 위장납입행위의 개념 및 수단에 대해서는 명확하고 구체적인 규정을 두지 않고 있다. 대체 어떠한 행위가 위장납입에 해당하는 것일까? 현재로서는 명확한 법률 해석이나 법률 적용방법, 판단 기준이 존재하지 않고 있다. 따라서 실무자들은 법을 집행하는 과정 중에 나름의 기준을 세워 판단을 하게 되는데, 이는 즉 회사의 설립 후에 주주가 정상적인 업무 왕래나 합법적인 임대차 등 정당한 이유 또는 경영활동의 필요에 의해서가 아니라 불법적으로 주주가 임의로 회사 설립시 납입한 자금을 인출하는 것을 위장납입이라고 보고 있다. 이에 필자는 위장납입의 판단기준을 행위의 주체와 객체, 주관적 요건과 객관적 요건으로 나누어 살펴보고자 한다.

24) 李广歡, 전계논문, 115면.

1. 위장납입행위의 주체

위장납입의 주체는 일반적으로 회사의 주주 또는 발기인이다. 회사의 주주로서 자격을 갖추기 위해서는 일정한 법정 요건에 부합하여야만 하는데, 중국 회사법 제28조에서는 주주의 출자에 대하여 명확한 법정 요구사항을 두고 있다. 즉, “주주는 응당 기간 내에 회사 정관에서 규정하고 있는 출자금액 전부를 납입하여야 한다”고 규정하였기 때문에 주주가 출자 의무를 완벽히 이행하여 주주로서의 자격을 갖추기 위해서는 반드시 두 가지 조건에 부합하여야만 할 것이다.

첫 번째 조건은 자본금을 기간 내에 납입해야 하는 것이다. 이는 출자 시간에 대한 요구이다. 중국에서 채택하고 있는 현행 자본금 제도는 분기별 자본금 납입을 인정하고 있는데, 주주의 출자 시간은 회사 정관에 반드시 기재해야 하는 사항 중 하나이다. 주주는 반드시 회사 정관에서 규정하고 있는 시한 내에 출자의무를 이행해야 한다.

두 번째 조건은 전액 납입이다. 이는 출자에 대한 질적 요구사항이다. 회사 자본 확정 원칙에 따라 주주가 납입해야 하는 자본금은 회사 정관에 기재되어 있는 금액과 동일해야 하며, 반드시 전액 납부하여야만 하고, 그렇지 않은 경우에는 그에 상응하는 책임을 지게 된다. 일반적으로 전액 납입이 이루어지지 않는 경우는 세 가지가 있다. 바로 미출자, 불완전출자, 현물재산의 출자가 회사 정관의 요구와 부합되지 않는 경우이다.

회사의 설립에 있어 주주나 발기인은 개인일 수도 있고, 법인일 수도 있기 때문에 위장납입의 주체 역시 개인이나 법인일 수도 있다. 회사의 설립에 있어서 설립 주체의 출자 의무는 주주 또는 발기인 간에 행해지는 일종의 계약 의무이며, 회사의 설립 후에 출자의무는 주주가 회사에 대해 책임지는 법정 의무이므로, 위장납입의 주체는 회사의 주주나 발기인이다.

위장납입의 주체에는 상술한 회사의 주주나 발기인 외에도 이사나 고위관리직 임원도 위장납입의 주체에 포함된다. 이는 회사의 설립 후, 회사의 관리권이 이사회에 의해 행사되기 때문에 이사나 고위관리직 임원 역시 자신의 지위를 이용하여 충분히 위장납입을 실시할 수 있기 때문이다. 또한 회사법 규정은 회사 재산에 대하여 엄격한 관리제도를 두었기 때문에 이사회 또는 이사의 협조 없이 주주는 단독으로 자금을 인출할 수 없다는 것도 이사나 고위관리직 임원이 위장납입의 주체로 포함되어야 하는 이유이다.²⁵⁾

2. 위장납입행위의 객체

25) 歐洁梅, “論抽逃出資的定性及其民事責任”, 「法制與社會」, 2009, 第5期, 79面.

위장납입행위의 객체는 즉, 위장납입의 주체가 행한 위장납입으로 인하여 손실을 입게 되는 대상으로 이는 크게 회사, 회사의 기타 주주, 회사의 채권자로 나눌 수 있다.

먼저 회사에 대해 알아보도록 하자. 위장납입행위는 여러 객체에 대하여 손실을 입히게 되는데 그 중에서 가장 직접적으로 영향을 미치는 것은 회사라고 할 수 있다. 주주는 위장납입을 통해 회사의 재산에 대한 실질적인 점유를 하게 되는데, 이는 회사 재산에 대한 침권행위이기도 하다. 일반적으로 주주에 의해서 이루어지는 위장납입행위는 회사의 지속적인 경영에 필요한 기초 자금 및 생산 규모에 큰 영향을 미치게 되며, 정상적인 생산과 경영 활동에 종사할 수 없게 만든다. 또한 위장납입으로 인한 실질적인 자본금 액수의 변화는 회사의 자본 변경 등기를 해야 하거나, 법인격이 부인되는 결과를 가져오기 때문에 회사는 최종적으로 해산절차를 거치게 되거나 관련 기관으로부터 영업자격이 박탈되기도 한다.

다음으로 회사의 기타 주주 역시 위장납입행위의 객체이다. 일단 위장납입행위가 있게 되면, 회사의 재산을 침해할 뿐만 아니라 회사의 기타 주주의 주주권을 침해하는 결과도 가져온다. 위장납입을 한 주주는 위장납입행위를 통해서 주주의 권리를 획득하게 되는데, 이러한 주주의 권리에는 배당금 분배 등을 포함하는 이익권과 표결권 등을 포함하는 공익권이 해당된다. 이처럼 주주가 향유할 수 있는 권리와 출자액 사이에는 직접적인 비례 관계가 존재하는데, 응당 실질적인 출자금이 있어야만 주주권을 획득하게 되고, 출자 금액이 클수록 향유하는 주주권 역시 확대되는 것이다. 하지만 위장납입의 주주는 표면적으로는 납입을 하였지만, 회사 설립 후 이를 인출하였기 때문에 사실상 실질적으로 출자한 자본금이 없다고 본다면, 정당하게 출자액 전부를 납입한 기타 주주의 합법적인 이익에 반하게 된다.

위장납입으로 손실을 입게 되는 세 번째 위장납입의 객체로는 회사의 채권자가 있다. 회사의 자산은 회사의 채권자가 채권을 실현할 수 있는 중요한 근거가 되는데, 주주의 위장납입행위는 필연적으로 회사의 채무변제능력을 저하시키며, 채권자의 위험을 증가시킬 뿐 아니라 채권자의 권리를 침해하게 된다. 이와 동시에 위장납입은 민사적으로 사기행위에 해당되기 때문에 회사 채권자는 주주의 사기행위로 인하여 손실을 입게 되고, 이에 따른 손해배상을 청구하게 된다.

3. 위장납입행위의 주관적 요건

주주가 임의로 회사의 자본금을 인출하는 행위가 위장납입에 해당하는지, 과연 위장납입은 법적으로 어떤 성질을 지니는지를 확정지을 때에는 응당 위장납입과 정상적인

출자 양도, 합법적인 금전 차입관계 등과 구분하여야 하는데, 이는 실무적으로 쉽게 해결하지 못하는 부분이다. 26) 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 근본적으로 주관적 요건과 객관적 요건을 동시에 고려하여 판단을 해야 하는데, 그 중 주관적 요건은 주주가 행한 출자 금액의 인출행위에 정당한 이유가 존재하는지 유무이고, 객관적 요건은 위장납입행위가 직접적으로 회사 자금의 감소에 영향을 미쳤는지 여부이다. 27) 주주가 행한 출자 금액의 인출행위에 정당한 이유가 존재하는지 유무가 중요한 이유는 만약 주주가 정당한 이유 없이 임의로 회사의 자본금을 인출하게 되면, 처음부터 회사에 투자할 목적으로 납입을 한 것이 아니라 단지 자본금 없이 회사를 설립 후 이를 통해서 사적인 이익을 얻기 위해 고의로 위장납입을 했다고 판단되기 때문이다. 이러한 고의성이 있기 때문에 학계에서는 위장납입이 일종의 사기성을 지니는 불법행위라고 보고 있다. 그러므로 이러한 주주의 임의성과 고의성은 위장납입을 판단하는 주관적 요소라고 볼 수 있다.

4. 위장납입행위의 객관적 요건

위장납입의 판단을 위해서 주관적 요건과 객관적 요건을 모두 만족시켜야 하는데, 상술한 주관적 요건은 구체적으로 외부에 드러나는 것이 아니기 때문에 사실상 이에 대한 판단이 쉽지 않다. 그렇다면 최선의 방법은 위장납입의 정형에 대한 객관적인 기준을 두어 위장납입 여부를 판단하는 것이겠으나, 중국 현행 법률상 이러한 기준을 명확하게 열거한 법률 규정이 존재하지 않는다. 다만 현행 회사법, 민법, 기타 관련 법률 규정에 따라 아래와 같은 세 가지 기준을 도출해 낼 수 있다.

먼저, 회사법 규정을 위반하였는지의 여부이다. 회사는 반드시 회사법 규정에 따라 독립적인 재산을 확보하고 유지하여야 하며, 법인으로서 독립적으로 민사책임을 질 수 있는 능력을 지녀야 한다. 중국 회사법 역시 자본의 확정(회사법 제28조·제29조 규정), 자본의 충실(회사법 제36조·제93조 규정), 자본의 불변(회사법 제32조·제82조 규정)이라는 자본의 3원칙에 관한 규정을 두어 이를 준수하도록 하고 있는데, 주주가 임의로 회사 자금을 인출하게 되면, 회사 자금이 부실하게 되는 바, 이는 자본 충실의 원칙을 위배하는 것으로 회사법을 위배하는 결과를 가져온다. 또한 주주가 임의로 자금을 인출하는 행위는 회사의 자금이 채무를 변제하는 데에 불충분함으로 인하여 채무변제

26) 劉俊海, 전계논문, 51面.

27) 歐洁梅, 전계논문, 80面.

능력을 상실되므로, 독립적인 민사책임을 질 수 없게 된다.

다음으로는 주주의 불법적인 인출행위이다. 이는 위장납입이 납입가장과 구별되는 가장 큰 특징이기도 하며, 주주의 주관적 의도와 관계없이 행위가 있었는지의 유무가 중요한 객관적 요건이다. 주주가 회사 설립을 위하여 자금 납입 검사를 마친 뒤 등기를 거쳐 회사의 설립을 하고 난 후, 회사의 계좌에서 임의로 자금의 전부 또는 일부를 인출을 한 행위가 있어야지만 주주의 위장납입이 성립될 수 있다.

마지막으로 위장납입 금액의 액수가 크고, 그 행위의 결과가 심각하거나 기타 심각한 상황이 있는 경우에 위장납입죄가 성립된다. 최고인민검찰권·공안부가 공동으로 공포한 “경제범죄 안건의 추소표준에 관한 규정(關於經濟犯罪案件追訴標準的規定)”에 따르면 위장납입이 있을시 회사나 주주, 채권자에게 직접적으로 미친 경제손실액이 10만 위안에서 50만 위안 이상인 경우에 해당되면 위장납입죄에 해당된다고 할 수 있다. 또한 위장납입으로 인해 회사가 정상적인 경영을 할 수 없게 된 경우, 회사의 발기인이거나 주주가 공모하여 위장납입을 한 경우, 이미 위장납입으로 2차례 이상 행정처벌을 받았으나 다시 위장납입을 한 경우, 위장납입을 통해 획득한 자금으로 불법행위를 한 경우에는 비록 위의 금액 기준에 해당되지 않더라도 위장납입죄에 해당된다.²⁸⁾

IV. 위장납입의 효력과 법적 책임

1. 위장납입의 법적효력

위장납입의 법적효력은 과연 위장납입을 한 주주가 주주로서의 자격을 지니는지, 주주의 위장납입으로 인하여 독립재산에 변화가 생긴 회사는 과연 법인격이 지속적으로 인정되는지 아니면 부인되는지는 위장납입에 따른 법적효력을 논함에 있어 가장 중요한 문제이다.

먼저 위장 납입의 주주 또는 발기인이 주주로서의 자격을 가지는지 여부에 대해서 알아보도록 하자. 중국 회사법 관련규정에 따르면 주주 또는 발기인은 회사가 설립된 후에 회사 내부로는 회사정관, 주주명부에 이름이 기재되고, 회사 외부로는 회사등기기관²⁹⁾에 이름이 기재되며, 출자 증명서를 취득하면 회사의 주주로서 자격을 얻기 위한

28) 陳璐, “論虛假出資、抽逃出資罪的客觀要件”, 湘潭大學 法學院, 碩士學位論文, 2007, 3面.

29) 회사등기절차는 “공상국(工商局)”을 통해서 이루어지며, 그 절차는 다음과 같다. ①기업명칭 예비심사(공상국)→②자본금감사(회계사)→③심사비준수속(공상국)→④영업자격신청(공상국)

형식적 요건을 갖추게 되며 이러한 요건을 갖추지 아니하고는 주주로서의 자격을 얻을 수 없다고 할 수 있다. 주주가 설립 회사 설립 후 임의로 회사의 자본금을 인출하였다 하더라도 회사의 설립 과정에 있어 엄연히 상기와 같은 주주로서의 형식적 요건을 갖추고 있기 때문에 위장납입으로 인해 출자에 하자가 생겼음을 이유로 하여 경솔하게 위장납입자의 주주로서의 자격을 부정하여서는 아니 된다는 것이 학계의 공통된 인식이다.³⁰⁾

다음으로는 회사의 법인격 인정 여부에 대한 판단을 위하여 법인격 부인제도에 대하여 알아보고, 이를 적용해야 하는지를 판단해보도록 한다. 법인격 독립제도와 주주 유한책임제도는 사회경제의 발전을 촉진시켰으나 채권자의 이익보호라는 측면에서는 다소 공평성을 잃는 결과를 초래하였다. 주주가 유한책임제도의 제도적 이점을 악용하고 채권자의 이익을 침해하는 것을 방지하기 위해서, 법인격 부인제도는 채권자에게 이러한 제도적 기반을 뛰어넘어 권리를 보장받을 수 있도록 하였다. 하지만 법인격 부인제도가 법인의 독립적 인격 전부를 부인하는 것은 아니고, 다만 구체적 법률관계 가운데, 특정한 사실이 있는 경우에만 잠시 법인의 독립적 인격을 부인하여, 법인의 유한책임의 혜택을 박탈하게 되는 것이다. 법인격 부인제도는 법인격 독립제도의 형평성을 보충해주는 제도로서 법인격의 독립이 이 제도를 적용할 수 있는 전제조건이 된다.

그 효력범위는 특정한 시간과 특정한 범위에 한정되며, 목적은 법인격 독립제도를 남용하는 법인의 독립적 인격을 배제함으로써 법인격 독립제도를 보호하고, 제도적으로 완비함에 있다. 통상적으로 주주의 출자금은 회사의 합법적 설립 이후 회사의 독립자산이 되며, 회사는 독립인격을 획득하게 된다. 주주가 출자 의무를 완전히 이행하면, 주주 개인은 회사를 위해 책임지지 않게 되며, 유한책임의 보호를 받게 되고, 해당 독립 자산은 채권자와의 거래 신용을 보장하게 되는 것이다. 이런 시스템에 따라 회사와 주주, 채권자는 이익 평형을 이루게 되는데, 위장납입행위는 이러한 평형을 깨뜨려, 삼자 사이에 불균형을 가져온다. 이에 따라 회사의 독립자산은 심각한 손해를 입게 되고, 회사의 운영함에 있어 가장 기본이 되는 물질적 기초에 영향을 주게 된다. 또한 채권자의 잠재적 위험은 증대되며, 최후에는 채권을 실현할 수 없게 될 수 있다. 법인의 독립 인격은 이처럼 특정한 법률관계 아래 남용되고 있기 때문에 이러한 법률관계에서의 주주의 유한책임을 옹당 배제시키고, 회사의 법인격을 부정하여, 주주로 하여금 무한책임을 지게하고, 직접 채권자의 채권을 실현하도록 해야 한다. 이때에 주주가 책임

30) 周友蘇, 「新公司法論」, 法律出版社, 2006, 226~227面; 王清林·顧東偉, 「新公司法實施以來熱點問題適用研究」, 人民法院出版社, 2009, 196~197面.

저야할 채무 변제의 범위는 등록자본 또는 주주가 납입한 자본에만 한하는 것이 아니라 채권자가 변제받지 못한 모든 채무를 기준으로 해야 한다. 그렇지 않으면 법인격 부인과 주주의 유한책임의 배제에 따른 기대효과를 실현시킬 수 없게 되며, 과실 있는 위장납입자의 출자 부실 행위에 대한 처벌을 할 수 없게 된다.³¹⁾

하지만 법인격 부인제도의 적용은 회사의 존립자체를 부정하게 되는데, 이러한 결과로서 채권자와 회사의 관계, 성실히 출자 의무를 이행한 주주와 회사와의 관계, 회사와 위장납입을 한 주주와의 관계 등에 더욱 큰 혼란을 가져올 수 있다고도 볼 수 있다. 법인격 부인제도가 가져오는 이익 평형의 법적 정의는 이해할 수 있지만, 실질적으로 법적 책임을 명확히 확정짓고, 이에 따른 문제를 해결하는 데에는 불리할 수 있기 때문에 필자는 법인격 부인제도의 적용을 반대하는 바이다.

2. 위장납입의 회사법상 행정책임

중국 회사법 제201조 및 회사등기관리조례 제71조에서는 “회사의 발기인, 주주가 회사의 설립 후 그 자금을 인출한 경우, 회사등기관에 의하여 이에 대한 시정이 요구되며, 위장납입 금액의 5%이상 15%이하의 벌금을 납부해야 한다”고 규정하고 있다. 이러한 법률 규정에 따라 위장납입을 한 주주는 중국의 회사등기관인 공상행정관리국(공상국)에 의하여 위장납입에 대한 개정조치를 받게 되고, 일정 액수의 벌금을 납부하게 된다.

위장납입에 대한 시정조치에 대하여 명확한 법적 해석이 있지 않는데, 위장납입을 한 주주가 자금의 인출을 한 뒤에 전체적 또는 부분적으로 시정을 한 경우는 어떻게 처리해야 하는가? 중국 “회사법” 제201조에서는 회사의 발기인, 주주가 회사의 설립 후 그 자금을 인출한 경우, 회사등기관에 의하여 이에 대한 시정을 요구해야한다고 규정하고 있는데, 일부 학자는 위장납입자가 자본금의 인출 이후에 본 회사법 규정에 따라 시정을 하였다고 하더라도, 이미 실시한 위장납입행위 자체에는 법적 제재를 가해야 한다고 보고 있다. 왜냐하면 위장납입죄는 결과범에 속하기 때문에 만약 주주의 임의적 자금 인출 행위가 위장납입의 요건에 해당되는 경우, 설사 사후에 이에 대한 시정행위가 있었다고 하더라도 위장납입의 사실에는 변화가 없기 때문에, 이론적으로 판단해 볼 때 이러한 시정행위가 위장납입의 액수에 변화를 가져옴으로 인하여 죄의 경중을 결정하거나 벌금의 액수를 결정함에 있어 영향을 줄 수는 있어도 위장납입 자

31) 羅靜芳, “虛假出資與抽逃出資的民事責任之區分”, 『經濟論壇』, 2005, 第4期, 63~64面.

체에는 아무런 영향이 없다고 보고 있다.

이뿐만 아니라 중국 회사법 및 관련 규정, 법률 해석에서는 시정시한 및 시정에 대한 강제성, 이러한 행정책임 외의 기타 부분에 대하여서도 역시 명확하게 제시하지 않고 있는 실정이다. 상술한 바와 같이 현재 중국에서 주주들의 위장납입행위는 점점 빈번해지고 대범해지는 실정이다. 이는 중국 회사법이 이러한 위법행위를 적절하게 규제하고 있지 못하다는 반증이기도 하다. 따라서 회사법의 개정을 통해서나 회사법에 대한 해석 등을 통하여 주주의 위장납입행위에 대한 제한적 조치로서 보다 엄격한 제재 방안이 필요하다고 판단된다.

3. 위장납입의 민사책임

중국 “회사법” 제36조, 제92조, 제201조에서는 위장납입에 따른 법적 책임을 규정하고 있다. 그러나 상기 규정에서 아쉬운 점은 위장납입에 따른 규정이 명확하지 못할 뿐 아니라 민사책임에 관한 규정을 언급하지 않았다는 것이다. 이러한 법률 규정은 다만 회사를 설립함에 있어 상기 규정을 통해 예방의 목적을 달성하고, 위장납입이 이루어진 이후에 이를 처벌하는 것에 중점을 두고 있을 뿐 회사 및 회사의 채권자의 손실에 대한 실질적 보상 조치에는 큰 관심을 기울이지 못한 결과이다. 주주가 위장납입을 하게 되면, 회사는 위장납입자가 납부해야 하는 벌금을 획득하지 못할 뿐 아니라 회사 및 채권자의 손실은 구제받지 못하게 된다. “회사법”은 제28조에서 “위장납입을 한 주주는 출자의무를 성실히 이행한 기타 주주에 대하여 출자 위약 책임을 진다”라고만 규정하고 있을 뿐, 회사 및 회사의 채권자의 손실에 대하여는 이에 상응하는 규정을 두지 않고 있다.³²⁾

특히 주주가 위장납입을 통해 획득한 주주권을 선의 아닌 제3자에게 양도를 하고 난 후, 이렇게 획득한 주주권을 또 다른 선의 아닌 제3자에게 양도하였을 때, 위장납입을 한 주주가 상응하는 행정책임이나 형사책임을 지지 않는 경우, 누가 어떻게 민사책임을 지게 되는가? 위장납입이후 발생한 주금액의 부족분은 어떻게 보충해야 하며, 회사

32) 여기서 말하는 ‘출자의무를 성실히 이행한 기타 주주’란 법에 의거하여 회사 정관에 기재된 출자금액 전부를 납입한 주주로서 회사에 위장납입의 사실이 발생한 것을 몰랐거나 이러한 사실을 알았다고 하더라도 이사회나 감사회 또는 소송 등을 통하여 회사의 이익을 보호하기 위한 조치를 취한 주주를 말한다. 만약 위장납입의 사실을 알고 있으면서도 적절한 조치를 취하지 않거나, 이러한 사실을 은닉하는 주주는 위장납입을 한 주주에 대하여 위약책임을 주장할 수 없으며, 이와 반대로 기타 주주에 대하여 위장납입을 한 주주와 함께 연대책임을 져야 한다.

및 채권자의 손해배상은 어떻게 이루어지는가? 일본 회사법에서는 “주주가 현금 출자를 하는 경우, 출자의무에 나태하게 되면, 해당 주주는 응당 이자 외에 손해를 배상해야만 한다”고 규정하고 있다.³³⁾ 이를 통해 볼 때, 일본 회사법 역시 위장납입이 주주가 회사에 대해서만 손해배상 책임을 지우고 있으며, 회사 채권자와 하자있는 주주권을 양도받은 비선외의 제3자에 대한 책임 문제를 규정하지 않고 있음을 알 수 있다.

위장납입에 따라 발생한 하자있는 주주권을 양도받은 비선외의 제3자에 대한 책임 문제 역시 민사책임과 행정책임, 형사책임으로 나눌 수 있는데, 이는 회사의 자본에 대해 공법적 측면과 사법적 측면에서 동시에 보호하기 위함이다. 그 중 민사책임에 관한 부분은 부족분에 대한 보충, 이자, 손해 배상 등 3가지 방향으로 진행된다.³⁴⁾

가. 회사에 대한 침권책임(侵權責任-불법행위책임)

주주의 재산과 회사의 재산을 엄격하게 분리하는 것은 회사법인에 독립적 인격을 부여하는 전제조건으로 중국 회사법 제3조에서는 “회사는 기업법인으로서 독립적인 법인 재산을 보유하며, 법인 재산을 향유한다. 회사는 그 재산 전부를 가지고 회사의 채무에 대해 책임을 진다.”라고 규정하였다. 만약 주주가 출자를 한 후에 다시 출자금을 인출하게 되면 사실상 법인의 독립 재산을 침해하게 되는 것이다. 그러므로 회사는 위장납입을 한 주주에 대하여 인출한 회사의 자금을 반환할 것을 청구할 권리가 있다.

나. 다른 주주에 대한 위약책임

회사의 설립에 대하여 회사의 설립자(주주 또는 발기인)와 기타 설립자사이에는 계약의 성질을 가지게 된다. 따라서 주주는 회사의 정관에 따라 출자를 해야 할 의무를 지게 되는데, 만약 회사의 설립 후 출자금을 임의로 인출하게 되면, 기타 주주와의 계약을 위반하는 결과를 초래하게 되므로 위장납입의 주주는 위약 책임을 져야 한다. 즉, 이미 출자금액 전부를 납입한 성실한 기타 주주는 회사 정관의 규정에 따라 위장납입을 한 주주에 대하여 위약 책임을 지도록 할 수 있다.

다. 채권자에 대한 연대책임

회사의 자산은 회사의 채권자가 채권을 실현하기 위한 중요한 담보 역할을 하기 때문에 주주의 위장납입행위가 있게 되면 채권자의 미래 이익에도 영향을 미치게 된다.

33) 王保樹·于敏·楊東譯, 「最新日本公司法」, 法律出版社, 2006, 312面.

34) 邵文龍, “有限公司抽逃出资瑕疵股權轉讓問題探析”, 「广西政法管理干部學院學報」, 第24卷 第5期, 2009, 92面.

그렇다면 위장납입을 한 주주는 회사의 채권자에 대하여 어떠한 책임을 지게 되는가? 중국 “회사법”에는 이에 대하여 구체적 규정을 두고 있지 않다. 일부 학자는 “만약 회사가 채무를 변제할 능력이 부족하고, 이와 동시에 위장납입을 한 주주에 대하여 인출한 회사 자금을 상환할 것을 청구함에 있어 나태한 경우에, 회사의 채권자는 회사와 위장납입을 한 주주를 공동 피고로 하여, 위장납입금액과 그 기간 동안의 이자의 범위 내에서 채무를 변제할 것을 청구할 수 있다.”고 하였으며, 회사 채권자에 대해 위장납입을 한 주주가 배상 책임을 지는 법적 근거는 중국 계약법(合同法) 제73조에서 규정한 채권자의 대위권에서 찾아볼 수 있다고 하였다.³⁵⁾

비록 이러한 주장에도 일리는 있지만 실무상, 채권자가 회사의 주주에 대하여 기초적 단계로서의 위장납입에 대한 의심이 드는 경우에 대다수의 채권자는 회사와 위장납입을 한 주주를 공동 피고로 하게 되는데, 이럴 경우에 일반적으로 법원이 회사가 채무 변제 능력이 있는지를 확인한 후에 다시 주주를 공동 피고로 정하게 되는 경우는 거의 없다. 따라서 ‘회사가 채무를 변제할 능력이 부족하고, 또한 위장납입을 한 주주에 대하여 인출한 회사 자금을 상환할 것을 청구함에 있어 나태한 경우’를 반드시 전제조건으로 해야만 한다면, 이론과 실무가 서로 상충되는 결과를 가져오게 되고, 채권자의 합법적 이익을 보호하는 데에도 이롭지 아니 하다. 또한, 이론적으로 회사의 채권자가 위장납입을 한 주주에 대하여 책임을 지게 하는 법적 근거에는 대위권만 있는 것은 아니다. 왜냐하면 대위권 제도 역시 기타 이론에서부터 파생된 제도이기 때문이다. 그러므로 다른 각도에서 위장납입을 한 주주에 대한 책임 청구의 이론 기초를 찾아보면, 위장납입행위는 근본적으로 신의 성실 원칙을 위배한 것이고, 그 결과 채권자의 신뢰 이익에 손해를 입혔으므로 위장납입을 한 주주는 이에 합당한 보상을 해야 한다. 즉, 채권자는 신뢰 이익에 대한 손해배상 청구권을 가지게 되는 것이다.

회사의 채권자와 회사가 거래를 진행할 시에, 일반적으로 회사의 등록자본금 액수를 하나의 기본적인 참고 기준으로 삼아, 회사가 충분한 거래 능력과 실력을 가지고 있는지를 판단하게 된다. 만약 주주가 자본금을 납입한 이후 임의로 인출한다면, 민상사 거래의 기본원칙 중 하나인 신의 성실의 원칙을 위배한 것이며, 이는 채권자가 회사의 실력을 판단함에 있어 허위의 등록 자본금 액수를 보고 회사의 실력을 판단하게 되어 후에 손실을 입을 가능성이 있는 것이다. 만약 회사의 채권자가 거래 과정 중에 주주의 위장납입 가능성을 발견하게 된다면, 위장납입을 한 주주와 회사를 공동 피고로 할 수 있고, 위장납입금 액수의 범위 내에서 회사가 연대책임을 지게 할 수 있다.³⁶⁾

35) 劉俊海, 전제논문, 51面.

4. 위장납입의 형사책임

일반적으로 위장납입의 사실이 있는 경우에 회사 등기 기관에서는 행정책임만을 묻게 되고, 기타 책임은 법정에서 형법에 의거하여 형사책임을 확정짓게 되는데, 이러한 배경에는 먼저, 중국 회사법 및 민법 규정에서 위장납입에 대한 민사책임을 구체적으로 규정하지 않았기 때문이다. 두 번째로는 상법에서 납입가장죄를 규정한 한국과는 달리 중국에서는 형법에서 위장납입죄에 대한 규정을 두었으며, 상법 제216조에서 “본법 규정을 위반한 경우, 범죄에 해당되면 법에 의거 형사처벌을 받는다”고 하는 규정을 두었기 때문이다. 중국「刑法」제159조에는 “회사의 발기인 및 주주가 회사법의 규정을 위반하여 화폐나 현물을 지급하지 아니하거나 재산권을 이전하지 않는 경우, 납입을 가장하거나 회사 설립 후에 출자금을 인출함에 있어 그 금액이 크고, 행위의 결과가 심각하거나 기타 심각한 상황이 있는 경우, 5년 이하의 유기징역이나 구역에 처하며, 납입 가장 금액 또는 위장납입 금액의 2%이상 10이하의 벌금을 단독으로, 또는 같이 부과할 수 있다”고 규정하고 있다.

V. 맺으며

주주의 위장납입 문제는 그 행위의 고의성이나 법적 폐해를 놓고 볼 때, 시장경제 노선을 택한 중국이 지속적으로 경제의 발전을 이루어 나가고, 사회의 안정을 도모하기 위해 반드시 해결하여야 한다. 본문에서 논의한 내용들과 위장납입에 관한 중국의 현행 법률, 법규 및 사법해석을 종합해볼 때, 비록 우리가 위장납입에 의한 분쟁을 처리함에 있어 법적근거를 제공해주었지만, 이러한 분쟁을 완전히 해결하기에는 부족한 점이 있다고 판단이 든다. 첫째, 주주의 위장납입에 따른 법적 책임이 형사책임 및 행정책임에 집중되어 있고 민사책임에 관해 명확한 규정을 두지 않고 있기 때문에 회사의 채권자 보호라는 측면에 있어서 불리하다고 볼 수 있다. 둘째, 민사책임의 규정에서 회사 및 기타 주주에 대한 구제 형식이 명확하지 않다. 셋째, 현행 규정에 의하면 채권자는 위장납입의 주주에 대하여 직접 청구권을 행사할 수 있는지에 대해 분명하지 않다. 최고인민법원이 공포한 인민법원 업무집행에 관한 약간문제의 규정(關於人民法院執行工作若干問題的規定) 제80조에 따르면, 집행 중에 위장납입의 주주를 변경

36) 李广歡, 전계논문, 132면.

하거나 추가할 수 있다고 하였지만,³⁷⁾ 실질적으로 집행 단계에서 주주를 피집행인으로 변경하거나 추가하는 것에는 절차상의 문제점이 존재하고 있기 때문이다. 넷째, 법률 규정이 명확하지 않기 때문에 이에 대한 법률 해석이나 보충규정을 두고 있지만 이러한 규정은 적용범위가 비교적 협소하기 때문에 분쟁 해결에 있어 이를 적용하기에 어려움이 있다.³⁸⁾

사회는 지속적으로 변화하고, 법학자는 법률 제정 및 개정을 통하여 사회가 혼란스럽지 않도록 이를 규정하는 틀을 만들어 주어야만 한다. 현행 법률의 위장납입을 효과적으로 규제하는 데에 위와 같은 어려움이 있다면, 지속적인 법률제정과 개정을 통해서 이를 극복해나가면 될 것이다. 2008년 세계적인 금융위기를 극복하는 데에 있어서 중국의 경제적 성장이 큰 도움이 되었음은 자명한 사실이며, 앞으로도 중국이 세계 시장을 이끌어 갈 것임에도 의문이 없지만, 이처럼 신속한 경제발전의 배경 하에 중국의 기업가들에게는 돈만이 최고라는 의식으로 인하여 타인의 권리나 사회적 도의는 전혀 고려하지 않고 자신의 이익만을 추구하는 모럴해저드(Moral hazard) 현상이 심각하게 이루어지고 있다. 위장납입은 쉽게 말해 돈 한 푼들이지 않고 회사의 주주가 되어 회사가 성공하면 큰돈을 벌게 되고, 회사가 망하면 그만이라는 기본 관념에서 시작된 위법행위이다. 이미 많은 법학자들이 이 문제의 심각성을 인식하고 법률개정을 주장하고 있는 상황에서 중국의 입법자들이 어떠한 대응을 할 것인지 지켜보아야 하겠다.

參考文獻

- 劉俊海, 「現代公司法」, 法律出版社, 2008.
王保樹·于敏·楊東譯, 「最新日本公司法」, 法律出版社, 2006.
王清林·顧東偉, 「新公司法實施以來熱點問題適用研究」, 人民法院出版社, 2009.
趙旭東, 「公司法」, 高等教育出版社, 2008.
周友蘇, 「新公司法論」, 法律出版社, 2006.
龔培華, 「虛假出資、抽逃出資罪及其認定」, 正義網, 2002.

37) 피집행자가 채무를 변제할 재산이 없는 경우, 만약 해당 회사가 설립할 당시 납입한 등록자금이 부실하거나 또는 위장납입의 정황이 있으면, 해당 회사를 피집행인으로 변경하거나 추가할 수 있고, 등록자금 부실액 또는 위장납입 금액의 범위 내에서 책임을 지게 할 수 있다.

38) 席建林, 전계논문, 39面.

- 歐洁梅, “論抽逃出資的定性及其民事責任”, 「法制与社會」, 2009.
- 羅靜芳, “虛假出資与抽逃出資的民事責任之區分”, 「經濟論壇」, 2005.
- 劉俊海, “論抽逃出資股東的民事責任”, 「法學雜誌」, 2008年 第1期.
- 李广歡, “股東抽逃出資的民事責任承擔問題探析”, 「法制与社會」, 2009.
- 席建林, “試論公司股東抽逃出資的認定及其民事責任”, 「政治与法律」, 2005.
- 邵文龍, “有限公司抽逃出資瑕疵股權轉讓問題探析”, 「广西政法管理干部學院學報」, 第24卷 第5期, 2009.
- 孫文超, “有限責任公司虛假出資和抽逃出資民事責任制度构建”, 「河北理工大學學報」, 第8卷 第4期, 2008.
- 周洪波, “虛假出資、抽逃出資罪司法認定中的若干問題”, 「檢察實踐」, 2005.
- 陳璐, “論虛假出資、抽逃出資罪的客觀要件”, 湘潭大學 法學院 碩士學位論文, 2007.
- 陳學清, “抽逃出資案件的偵查”, 「吉林公安高等專科學校學報」, 第22卷 第3期, 2007.

〈摘要〉

關於中國公司法抽逃出資的考察

A Study of The Disguised Paid-in under Chinese Corporate Law

崔原碩

東亞大學校 法科大學 講師

崔棟彬

中國政法大學 民商經濟法學院 碩士生

1978年鄧小平實施改革開放政策以來, 近30年來中國取得了舉世矚目的經濟高速增長。近10年來更是維持了年經濟增長率10%的高速增長, 在國際社會經濟、政治等方面都擴大了其影響力。特別是在以韓、中、日為中心的東亞地區, 中國起到了實質上的主導作用。在中國經濟高速增長、擴大影響力的同時, 全球優秀的企業逐漸進入中國市場。然而, 這些企業均表示, 在中國取得成功并非易事。根本原因是什么呢? 中國為了適應迅速變化的社會情況, 一直試圖進行制度上的根本性改革。該等制度改革的一種表現形式即為法律制度的不斷修改。在上述社會變革和制度改革過程中, 企業的抽逃出資問題是商法領域的熱點問

題之一。

在商法規則中，爲了確保公司資本金充足，公司設立或新股發行時，應將資本金繳納至指定的金融機構。然而，公司的發起人、股東或董事，爲了規避商法上的最低註冊資本限額制度，或者爲了提高未來投資者對公司的信任，或爲其他原因，對出資進行抽逃。在公司發起設立、募集設立、新股發行時，商法上採納全額繳納主義（或稱全部履行主義），以維持公司資本充實原則。抽逃出資違背資本充實原則而會產生消極後果，因此，有效的限制抽逃出資對提高交易安全和市場穩定性具有重大意義。

那麼，中國法學界是如何確定抽逃出資的認定標準、如何限制抽逃出資的？針對新近產生出BRICs、Chindia等名詞、具有重大影響力並且被世界所關注的中國，本文試圖研究其在抽逃出資的產生原因、法律認定標準方面存在何種問題。

關鍵詞： 抽逃出資 中國公司法 資本金 資本充實原則 法人格否認制度