

---

---

# 仁川法學論叢

## *Incheon Law Review*

---

---

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 법문화 발전의 동향 (2016. 12. 8.) 】

- ◆ 民事法律上推定类型划分新论 ..... 英 刘 明 / 1
- ◆ 中国行政诉讼法的修改启示与展望 ..... 杨 向 东 / 57
- ◆ 对知识产权侵权货物的海关限制进口制度 ..... 李 忠 勋 / 91
- ◆ 朝美修好通商條約의 重新吟味 ..... 盧 泳 暎 / 142

仁川大學校 法科大學

---

法 學 研 究 所

2016年

第 19 輯

---

---

# 仁川法學論叢

*Incheon Law Review*

---

---

仁川大學校 法科大學

---

法 學 研 究 所



## ◆ 목 차 ◆

### 【 한국과 중국의 법문화 발전의 동향 (2016. 12. 8.) 】

- ◆ 民事法律上推定类型划分新论 ..... 英 刘 明
- ◆ 中国行政诉讼法的修改启示与展望 ..... 杨 向 东
- ◆ 对知识产权侵权货物的海关限制进口制度 ..... 李 忠 勋
- ◆ 朝美修好通商條約의重新吟味 ..... 盧 泳 暎

### ※ 부 록

1. 인천대학교 법학연구소 규정
2. 인천법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제17집)



# 民事法律上推定类型划分新论 ——基于“自下而上”的归纳视角

劉 英 明

## 《 目 次 》

- 一、我国诉讼法学界有关法律上推定的代表性学说及其缺陷
- 二、法律上推定类型划分新论

## 摘要

中国民事诉讼法学界有关法律上推定的主流观点大体都基于一种“自上而下”的演绎主义视角，即直接借鉴大陆法系国家的流行理论，想当然地认为我国民事法律上推定也是依据基础事实推定要件事实或权利及法律关系，并且民事法律上推定也都是强制性转

移客观证明责任的。这一主流观点不足以解释一系列代表性的民事推定规则。本文尝试运用“自下而上”的归纳主义视角，即从中国民事法现有的116个推定规则出发，去考察当前主流理论的解释能力与解释盲点，并发现主流理论尚未承认过的新的民事法律上推定类型，最后提出一个能将现有116个民事推定规则容纳在内的新民事法律上推定划分理论模型。

**关键词：**法律上推定；直接推定；低度证明推定；推论推定

民事推定是国内民事诉讼法学界当前研究的热点话题之一。中国诉讼法学界有关民事法律上推定的主流观点大体都基于一种“自上而下”的演绎主义视角，即直接借鉴大陆法系国家的流行理论，想当然地认为我国民事法律上推定也是依据基础事实推定要件事实或权利及法律关系，并且民事法律上推定也都是强制性转移客观证明责任的。本文尝试运用“自下而上”的归纳主义视角，即从中国民事法现有的116个推定规则出发，去考察当前主流理论的解释能力与解释盲点，并发现主流理论尚未承认过的新的民事法律上推定类型，最后提出一个能将现有116个民事推定规则容纳在内的新民事法律上推定划分理论，并希望借此实现民事法律上推定划分理论的中国化。本文大致分成三部分：一、现有主流理论及其缺陷；二、新理论模型的界定及其阐释。

## 一、我国诉讼法学界有关法律上推定的代表性学说及其缺陷

### (一)民事诉讼法学界有关法律上推定的代表性学说

关于法律上推定的分类，在当前中国民事诉讼法学界有五种影响较大的学术观点，现对这五种代表性观点简要介绍如下：

1、江伟、邵明等认为，法律推定可以分为有关事实的法律推定和有关权利的法律推定。其中，法律上（事实）推定是指法律明确规定，应当基于某一已知事实的存在进而认定另一事实存在（或不存在的）一种证据规则。他们还主张，证据法中的推定（即法律上的事实推定，笔者注）均是“可以反驳的推定”，又称“相对推定”，即均允许当事人提供反证予以推翻，也因此，主张将流行所谓“不可反驳的推定”划归拟制的范畴。同时，还主张直接推定不是推定，而是以推定形式表现出来的确定证明责任由谁负担的实体法规范。[1]

2、谭兵、李浩等认为法律上的推定是由法律明文规定的推定，它是事实上推定的对称。法律上的推定可以分为推论推定和直接推定。法律上的推论推定是指法律规定应当从某一已知事实的存在做出与之相关的未知事实存在（或不存在的）假定。法律上的直接推定是指法律不依赖于任何基础事实便直接假定某一法律要件事实存在。他们还认为，法律上的推论推定是各类推定中最具有典型性的。在提及推定时，一般是指这种推定。法律上推定与拟制不同，推定结论允许推翻，而拟制的结论则否。[2]此外，李浩等还介绍了德日民事诉讼法学界关于法律上推定的理论，认为广义的法律上推定包括法律上的事实推定、法律上的权利推定、意思推定、暂定真实、法定证据规则。[3]

3、张卫平认为，法律上推定分为法律上的事实推定和法律上的权利推定。法律上的事实推定，是指法律规定以某一事实的存在

为基础，并直接根据该事实认定待证事实的存在与否。所谓法律上的权利推定，是指法律对某种权利或法律关系是否存在直接加以推论的情形。[4]

4、毕玉谦较为全面地介绍了比较诉讼法学关于法律上推定的技术分类，诸如可反驳的推定和不可反驳的推定，普通推定与强力推定及混合推定，基本推定和技术推定，确推定和假推定等。[5]其个人似主张法律上的推定是指立法者按照特定的立法意图依据立法程序在成文法条文当中所设置的推定规范。法律上的推定可分为法律上的事实推定和法律上的权利推定。[6]

5、陈界融认为，法律上的推定是指法律所推想、假定或拟制的事实或法律关系，而且在该事实或法律关系未被反证推翻以前，使之发生一定的法律效果。法律上推定可以能否被反证分为不能以反证推翻的推定和可以反证推翻的推定，可以效力等标准分为强力推定、普通推定和既判力推定，可依对象分为法律上的权利推定和法律上的事实推定。[7]

总结起来，我国多数民事诉讼法学者主张：1、推定都既包括法律上推定也包括“事实上推定”，其中法律上推定可分为法律上事实推定和法律上权利推定。2、将拟制作扩大理解，除包括明知其非而规定其是的规则外，还包括不可反驳的推定；进而将可反驳性作为推定的一项基本特征。3、狭义的推定都由基础事实推知待证事实，因而无条件的直接推定不是推定。4、法律上推定为转移客观证明责任的强制性推定。

从知识的谱系传承来讲，与证明责任概念类似，中国民事诉讼中的推定概念也是以日本为中介输入的德国民事诉讼术语。不过，有意思的是，中国民事诉讼中关于推定的通行界定更多地体现了日本法的影响而非德国法的影响。德日两国民事推定界定的

核心区别在于两点：一是德国民事诉讼法学界在要件事实的基础上界定推定，而日本民事诉讼法在系争事实的基础上界定推定。德国著名民事诉讼法学家罗森贝克认为推定是指根据法律规定，从非构成要件事实的存在中，即所谓的推定基础的存在中，得出要件事实的存在（这是事实推定）或者得出权利存在或不存在（这是权利推定）。[8]日本著名民事诉讼法学家新堂幸司则认为，推定，是从某事实推认出其他事实（指系争事实，笔者注）的行为。[9]二是德国民事诉讼法学界主流观点认为法律上推定（包括法律上事实推定和法律上权利推定）才是推定，事实上推定不是推定；而日本民事诉讼法学界主流观点认为不仅法律上推定（包括法律上事实推定和法律上权利推定）是推定，事实上推定也是推定。德国著名法学家罗森贝克、普维庭都坚持认为事实上推定不是推定，日本著名法学家新堂幸司、高桥宏志等则主张事实上推定也是推定。[10]

## （二）民事诉讼法学界代表性观点无法圆满解释现行民事推定规则

需要指出的是，上述通行观点无法解释某些中国现行民事推定规则。兹举以下10个疑似推定规则为试金石。

规则1，《民法通则》第126条，建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，**但能够证明自己没有过错的除外。**

试析：本条属于学术界与实务界经常论及的直接（事实）推定。通行观点认为，其不属于推定。根据前文所论及的民事诉讼

法五家代表性学说，仅谭兵、李浩认为本条属于法律上事实推定之一种。

规则2、《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》（以下简称“《审理期货纠纷规定》”）第59条第2款，**有证据证明该保证金账户中有超出期货公司、客户权益资金的部分，期货交易所、期货公司在人民法院指定的合理期限内不能提出相反证据的，人民法院可以依法冻结、划拨该账户中属于期货交易所、期货公司的自有资金。**

试析：根据前引民事诉讼法学界五家观点，无一认为本条属于法律上事实推定。但是本条中的待证事实确实在一定条件下具有暂定真实性和可反驳性。

规则3，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“《公司法解释（三）》”）第21条，**当事人之间对是否已履行出资义务发生争议，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。**

试析：根据前引民事诉讼法学界五家观点，无一认为本条属于法律上事实推定。但是本条中的待证事实确实在一定条件下具有暂定真实性和可反驳性。

规则4，《合同法》第310条，**收货人提货时应当按照约定的期限检验货物。对检验货物的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当在合理期限内检验货物。收货人在约定的期限或者合理期限内对货物的数量、毁损等未提出异议的，视为承运人已经按照运输单证的记载交付的初步证据。**

试析：根据前引民事诉讼法学界五家观点，无一明确认为本条

属于法律上事实推定。但是本条中的待证事实确实在一定条件下具有暂定真实性和可反驳性。

规则5, 《侵权责任法》第58条, 患者有损害, 因下列情形之一的, 推定医疗机构有过错: (一) 违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定; (二) 隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料; (三) 伪造、篡改或者销毁病历资料。

试析: 本条属于推论事实推定。根据前引民事诉讼法学界五家观点, 都认为本条属于法律上事实推定。

规则6, 《反垄断法》第19条第1款, 有下列情形之一的, **可以推定**经营者具有市场支配地位: (一) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的; (二) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的; (三) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

试析: 本条属于许可性事实推定。根据前引民事诉讼法学界五家观点, 无一认为本条属于法律上事实推定。

规则7, 《民通意见》第88条, 对于共有财产, 部分共有人主张按份共有, 部分共有人主张共同共有, **如果不能证明**财产是按份共有的, 应当认定为共同共有。

试析: 本条属于直接权利推定。根据前引民事诉讼法学界五家观点, 似仅谭兵、李浩认为其属于法律上权利推定。

规则8, 《物权法》第142条, 建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人, 但有相反证据证明的除外。

试析: 本条属于推论权利推定。根据前引民事诉讼法学界五家观点, 四家肯定认为本条属于法律上权利推定, 谭兵、李浩很可能认为其是法律上权利推定。

规则9, 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称“《婚姻法解释二》”)第24条, 债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的, 应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务, 或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

试析: 根据前引民事诉讼法学界五家观点, 无一认为本条属于法律上推定。但是本条具有推论推定的结构、被推定事项还具暂定性和可反驳性, 仅仅因为其对象属于责任, 其不属于法律上推定不合理。

规则10, 《民事诉讼法》第67条, 经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书, 人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

试析: 本条属于证据效力推定。根据前引民事诉讼法学界五家观点, 仅李浩、许可明确认为其属于广义上的法律上推定。

规则11, 《民法通则》第11条第2款, 十六周岁以上不满十八周岁的公民, 以自己的劳动收入为主要生活来源的, 视为完全民事行为能力人。

试析: 本条属于事实拟制规则。根据前引民事诉讼法学界五家观点, 四家都认为属于拟制规则、不是推定规则。

规则12, 《物权法》第103条, 共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有, 或者约定不明确的, 除共有人具有家庭关系等外, 视为按份共有。

试析: 本条属于权利拟制规则。根据前引民事诉讼法学界五家观点, 五家似都认为属于拟制规则, 不是法律上推定规则。

规则13, 《民法通则》第66条, 没有代理权、超越代理权或者

代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，**视为**同意。

试析：本条属于通常所谓的不可反驳的推定规则。根据前引民事诉讼法学界五家观点，四家都认为属于拟制规则，仅陈界融认为其是法律上推定规则。

规则14，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称“《民法通则意见》”）第108条第2款，保证范围不明确的，推定保证人对全部主债务承担保证责任。

试析：本条属于大陆法系民事诉讼法学界所说的“意思推定”规则。根据前引民事诉讼法学界五家观点，仅李浩、许可明确认为其属于广义的法律上推定。

总结起来，上述14条规则，五家都认为属于法律上推定的规则是规则5和规则8，其中前者为法律上事实推论推定，后者为法律上权利推论推定。四家认为不是法律上推定，仅谭兵、李浩一家坚持认为属于法律上推定的是规则1和规则7。四家认为不是法律上推定，仅李浩、许可明确认为属于广义上法律推定的是规则10和规则14。五家都认为不是法律上推定的是规则2、3、4、6、9，但这五条规则具有暂定真实性，属于没有被正视的“潜在推定类型”。五家都认为不是法律上推定且为拟制规则的是规则11和12。四家都认为属于拟制，仅陈界融认为其属于不可反驳推定的是规则13。简而言之，现有的代表性五家观点中间存在共识、存在分歧，还存在盲点。

## 二、法律上推定类型划分新论

### (一) 法律上推定类型坐标模型及其说明

鉴于已有的部分民事推定界定存在逻辑矛盾、已有的全部民事推定界定存在或多或少的解释盲点，本文尝试在借鉴已有理论的基础上、构建一个更有解释力的推定类型理论模型，即法律上推定类型坐标图（见图3.2）。这个理论模型涉及四个指标，分别是条件指标（即推定是否需具备条件、具备何种条件）、强制性指标（即推定的适用是否具有强制性）、效果指标（即推定是否转移证明责任、转移何种证明责任）、对象指标（即推定的对象究竟是什么）。其中前三个指标已经形成了如下七组固定性搭配关系：直接推定——强制性—转移客观证明责任；低度证明推定——许可性—可能转移证据提供责任；低度证明推定——强制性—转移证据提供责任；低度证明推定——强制性—转移客观证明责任；推论推定——许可性—可能转移证据提供责任；推论推定——强制性—转移证据提供责任；推论推定——强制性—转移客观证明责任。这样，可以以推定的对象为“经”、以推定的条件——强制性—效果为“纬”将推定的21个子类型画在一张平面图上，即下文的法律上推定类型坐标图（图1）。法律上推定类型坐标图一共有21个小方格，每个方格代表法律上推定的一种子类型，每个方格所代表的推定子类型依其“经度”和“纬度”界定其自身特性。

图3.2 法律上推定类型坐标图（附拟制类型）

条件——强制性—效果 对象	事实推定	权利（法律关 系/责任）推 定	证据效力推定
------------------	------	-----------------------	--------

直接推定	强制性-转移 客观证明责任			
低度证明推定	许可性-可能 转移证据提供 责任			
	强制性-仅转 移证据提供责 任			
	强制性-转移 客观证明责任			
推论推定	许可性-可能 转移证据提供 责任			
	强制性-仅转 移证据提供责 任			
	强制性-转移 客观证明责任			
新型拟制	不转移任何证 明责任			
传统拟制	不转移任何证 明责任			

关于上述法律上推定坐标图所使用的专业术语兹界定如下：

1、推定。广义的推定是指规定一旦某一（组）条件达到或者  
无需任何条件法官必须或可以假定某一待证事实或事项存在、但

允许异议方反驳该被假定事实或事项的法律规则。狭义的推定仅包括推论推定，是指规定一旦基础事实被证明法官必须或可以假定待证事实或事项存在、但允许异议方反驳该被假定事实或事项的法律规则。广义的推定必须具备两个特性：特性1——法律规范性（简称“规范性”）和特性2——待证事实或事项暂定真实性和可反驳性（简称“可反驳性”）。狭义的推定除了具有广义推定所必需具备的规范性和可反驳性之外，还必须具备特性3——根据基础事实推断待证事实或事项的推断性（简称“依据基础事实进行的推断性”）。最狭义推定特指事实推论推定。

2、直接推定。直接推定是指规定无需任何条件法官必须假定某一待证事实或事项存在、但允许异议方反驳被假定事实或事项的法律规则，简言之，无需任何条件的推定。

3、低度证明推定。低度证明推定是指规定一旦一方当事人证明某一待证事实至较低盖然程度法官必须或可以假定该待证事实或事项存在、但允许异议方反驳被假定事实或事项的法律规则，简言之，以低度证明为条件的推定。

4、推论推定。推论推定是指法律规定一旦一方当事人证明某一个（组）基础事实法官就必须或可以假定该待证事实或事项存在、但允许异议方反驳被假定事实或事项的法律规则，简言之，以基础事实为条件的推定。

5、事实推定。事实推定是指规定根据某种条件或者无需条件法官必须或可以假定某一待证事实存在、但允许异议方反驳被假定事实的法律规则。

6、权利（或法律关系）推定。权利推定是指规定根据某种条件或者无需条件法官必须或可以假定某一权利或法律关系或责任存在、但允许异议方反驳被假定权利或法律关系或责任的法律规

则。

7、证据效力推定。证据效力推定是指规定根据某种条件或者无需条件法官必须或可以假定某一证据效力存在、但允许异议方反驳被假定证据效力的法律规则。

8、强制性推定。强制性是指法官必须在某一（组）条件满足后假定某一待证事实或事项存在、并允许异议方反驳被假定事实或事项的法律规则，简言之，法院必须强制适用的推定。强制性推定至少转移证据提供责任。

9、许可性推定。许可性推定是指法律规定在一方当事人证明某一个（组）基础事实时，法官可以而不是必须假定该待证事实或事项存在、并允许异议方反驳被假定事实或事项的法律规则，简言之，法院可以而不是必须适用的推定。许可性推定至多转移证据提供责任。

10、新型拟制。新型拟制是指将不知两者相同与否者，等同视之的法律规则。新型拟制大致相当于中国刑事证据学界普遍论及的“不可反驳的推定”。

11、传统拟制。传统拟制是指有意将明知为不同者，等同视之的法律规则。

## **（二）基于法律上推定坐标图得出的初步结论**

1、在条件类型上，广义的推定包括直接推定、低度证明推定、推论推定；狭义的推定仅包括推论推定。在对象类型上，广义的推定包括事实推定、权利（法律关系/责任）推定、证据效力推定；狭义的推定仅包括事实推定。最狭义的推定是指推论事实推定，即规定一旦某一（组）基础事实被证明法官必须或可以假定某一待证事实存在、且允许异议方反驳该被假定事实的法律规

則。

2、广义的推定不包括拟制。拟制不允许反驳，不转移任何类型的证明责任。广义的推定创设了特殊证明责任（包括证据提供责任和/或客观证明责任）规则。

3、直接推定（经常提及是直接事实推定）都是强制适用的；在效果上，直接推定转移客观证明责任，同时转移证据提供责任。

4、低度证明推定（将来可能经常提及是低度证明之事实推定）可细分为三种子类型：可能转移证据提供责任的许可性低度证明推定、仅转移证据提供责任的强制性低度证明推定和转移客观证明责任（含证据提供责任）的强制性低度证明推定。

5、推论推定（经常提及的是推论事实推定）也可细分为三种子类型：可能转移证据提供责任的许可性推论推定、仅转移证据提供责任的强制性推论推定和转移客观证明责任（含证据提供责任）的强制性推论推定。

6、广义的事实推定在条件类型上包括直接事实推定、低度证明事实推定、推论事实推定，后两者又各自可分为三种子类型，一共七种子类型。狭义的事实推定仅包括推论事实推定，是指规定一旦某一（组）基础事实被证明，法官必须假定待证事实存在、但允许异议方反驳该被假定事实的法律规则。狭义的事实推定包括三种子类型，分别是可能转移证据提供责任的许可性事实推论推定、转移证据提供责任的强制性事实推论推定、转移客观证明责任的强制性事实推论推定。狭义的事实推定和最狭义的推定含义相同。

7、广义的权利推定在对象上可以细分为权利推定、法律关系推定和责任推定。广义的权利推定在条件类型上包括直接权利推定、低度证明权利推定、推论权利推定，后两者又各自可分为三

种子类型，一共七种子类型。狭义的权利推定仅包括推论权利推定，是指规定一旦某一（组）基础事实被证明，法官必须假定该待证权利存在、但允许异议方反驳该被假定权利的法律规则。狭义的权利推定包括三种子类型，分别是可能转移证据提供责任的许可性推论权利推定、仅转移证据提供责任的强制性推论权利推定、转移客观证明责任（和证据提供责任）的强制性推论权利推定。

8、广义的证据效力推定在条件类型上包括直接证据效力推定、低度证明证明效力推定、推论证明效力推定，后两者又各自可分为三种子类型，一共七种子类型。狭义的证据效力推定仅包括推论证明效力推定，是指规定一旦某一（组）基础事实被证明，法官必须假定该待证证据效力存在、但允许异议方反驳该被假定证据效力的法律规则。狭义的证据效力推定包括三种子类型，分别是可能转移证据提供责任的许可性推论证据效力推定、仅转移证据提供责任的强制性推论证据效力推定、转移客观证明责任（和证据提供责任）的强制性推论证据效力推定。

9、中国民事诉讼法学界当前通常所论及的民事法律上推定是指在对象上包括事实和权利（法律关系）且强制性转移客观证明责任的推论推定。理论上，这种理解大致占据了推定坐标模型中的两小格（分别是转移客观证明责任的强制性推论事实推定和转移客观证明责任的强制性推论权利推定）。还须指出的是，这种理解与当代大陆法系国家民事诉讼理论界的主流学说高度吻合。德国著名诉讼法学家罗森贝克等认为，“推定的事实也不需要证明，确切地说，法定事实推定中的特定事实、权利推定中推定所论及的权利状态（即该权利存在或不存在）不需要证明。但允许提供相反的证明，相反的证明在事实推定中以阐明推定事实不真实为

目的，在权利推定中以证明显示推定权利状态不存在或者别样存在的事实为目的。”[11]

### (三) 法律上推定坐标图各子类型在中国民事法中的典型立法例

笔者将所搜集的法律上推定与拟制各子类型的典型立法例填入推定坐标图中，形成如下推定坐标图之典型民事立法例图。

图3.3 法律上推定类型坐标图之典型中国民事立法例

条件——强制性-效果		对象	事实推定	权利（法律关系/责任）推定	证据效力推定
		直接推定	强制性-转移 客观证明责任	《民法通则》 第126条	《民法通则意 见》第88条
低度证明推定	许可性-可能 转移证据提供 责任			《审理期货纠纷 规定》第59条第 2款	
	强制性-仅转 移证据提供责 任	《中国国际经 济贸易仲裁委 员会仲裁规 则》第6条第 (二)项			
	强制性-转移 客观证明责任	《公司法解释 (三)》第21		《审查存单纠 纷》第5条	

		条	(二) 1	
推论推定	许可性-可能转移证据提供责任	《反垄断法》第19条	《婚姻法解释(三)》第2条第1款	《审理船舶碰撞纠纷规定》第11条
	强制性-仅转移证据提供责任	《民用航空法》第114条第3款	《股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》第16条第3款	《审理著作权民事纠纷解释》第8条第2款
	强制性-转移客观证明责任	《侵权责任法》第58条	《物权法》第142条/《婚姻法解释二》第24条	《民事诉讼法》第67条
新型拟制	不转移任何证明责任	《民法通则》第66条		
传统拟制	不转移任何证明责任	《民法通则》第11条第2款	《物权法》第103条	

关于上表，须说明者有二：

1、广义推定共有21个子类型，其中16个子类型在中国现行民事立法中有典型立法例，约占全部广义推定子类型的76.19%；其中5个类型在中国现行民事立法中有典型立法例，约占全部广义推定子类型的23.81%。

2、空格中所填的代表性立法例凡在本章第一节相关部分中已列明者，笔者不再重复；本章第一节相关部分未列明者，补列如下，以资参照。

(1) 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第6条 对仲裁

协议及/或管辖权的异议：……（二）如果仲裁委员会依**表面证据**认为存在由仲裁委员会进行仲裁的协议，则可根据**表面证据**作出仲裁委员会有管辖权的决定，仲裁程序继续进行。仲裁委员会依**表面证据**作出的管辖权决定并不妨碍其根据仲裁庭在审理过程中发现的与**表面证据**不一致的事实及/或证据重新作出管辖权决定。

（2）《民用航空法》第114条第3款，承运人根据托运人的请求填写航空货运单的，**在没有相反证据的情况下**，应当视为代托运人填写。

（3）《最高人民法院关于审查存单纠纷案件的若干规定》第5条，对一般存单纠纷案件的认定和处理……；

（二）处理。人民法院在审理一般存单纠纷案件中，除应审查存单、进帐单、对帐单、存款合同等凭证的真实性外，还应审查持有人与金融机构间存款关系的真实性，并以存单、进帐单、对帐单、存款合同等凭证的真实性以及存款关系的真实性为依据，作出正确处理。

1、持有人以上述真实凭证为证据提起诉讼的，金融机构应当对持有人与金融机构间是否存在存款关系**负举证责任**。如金融机构有充分证据证明持有人未向金融机构交付上述凭证所记载的款项的，人民法院应当认定持有人与金融机构间不存在存款关系，并判决驳回原告的诉讼请求。……

（4）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第2条第1款，夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院**可以推定**请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。

（5）《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规

定》第16条第3款，境外上市外资股股东名册为证明境外上市外资股股东持有公司股份的**充分证据；但是有相反证据的除外**。

(6) 《物权法》第17条，不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，**除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准**。

(7) 《最高人民法院关于审理船舶碰撞纠纷案件若干问题的规定》第11条，船舶碰撞事故发生后，主管机关依法进行调查取得并经过事故当事人和有关人员确认的碰撞事实调查材料，**可以作为人民法院认定案件事实的证据，但有相反证据足以推翻的除外**<sup>1)</sup>。

(8) 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条第2款，公证人员在未向涉嫌侵权的一方当事人表明身份的情况下，如实对另一方当事人按照前款规定的方式取得的证据和取证过程出具的公证书，**应当作为证据使用，但有相反证据的除外**。

#### (四) 中国民事推定规则在推定坐标图中的分布统计

根据笔者的搜集整理，中国现行民事法中广义的推定规则共有117个（这117个推定规则条文参见本书附录1），去掉一个原则性规定<sup>2)</sup>，具体的推定规则共有116个。这116个民事推定规则在推定坐标图中的分布情况大致如下：

---

1) 错误的立法表述方式，“但有相反证据足以推翻的除外”应改为“但有相反证据的除外”，因为许可性推定尽可能转移证据提供责任、不可能转移客观证明责任，而“但有相反证据足以推翻的除外”只能与转移客观证明责任的推定相配，“但有相反证据的除外”才与仅（或可）转移证据提供责任的推定相配

2) 即《民事证据规定》第9条第1款第3项，下列事实当事人无需举证证明……（三）根据法律规定……能推定出的另一事实；……第2款，前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。

图3.4 中国民事推定规则在推定类型坐标图中的分布统计

对象		事实推定	权利（法律关系/责任）推定	证据效力推定	横轴统计	
条件-强制性-效果						
直接推定-强制性-转移客观证明责任		27 23.28%	2 1.72%	6 5.17%	35 30.17%	
低度证明推定	许可性-可能转移证据提供责任		3 2.59%		3 2.59%	8 6.90%
	强制性-仅转移证据提供责任	1 0.86%			1 0.86%	
	强制性-转移客观证明责任	2 1.72%	2 1.72%		4 3.45%	
推论推定	许可性-可能转移证据提供责任	4 3.45%	2 1.72%	1 0.86%	7 6.03%	73 62.93%
	强制性-仅转移证据提供责任	12 10.34%	1 0.86%	1 0.86%	14 12.07%	
	强制性-转移客观证明责任	47 40.52%	3 2.59%	2 1.72%	52 44.83%	
横轴统计		93 80.17%	13 11.21%	10 8.62%	116 100%	

有关上述统计数据五点解说：

- 1、从广义推定的条件类型来看，中国民事法中，直接推定约

占30.17%，低度证明推定约占6.90%，推论推定约占62.93%。这说明，推论推定在中国民事推定类型中数量最多，直接推定也不少，低度证明推定相对比较少。

2、从广义推定的对象类型来看，中国民事法中，事实推定约占80.17%，权利推定仅约占11.21%，证据效力推定约占8.62%。这说明，事实推定占了所有民事推定对象类型中的绝对主导地位。

3、从强制性和许可性分类来看，中国民事法中，强制性推定约占91.38%（其中直接推定约占30.17%，强制性低度证明推定约占4.31%，强制性推论推定约占56.90%）；许可性推定约占8.62%（其中许可性低度证明推定约占2.59%，许可性推论推定也约占6.03%）。这说明在中国民事推定中，强制性推定占了绝对多数。

4、从转移客观证明责任（含证据提供责任）和（仅）转移证据提供责任来看，中国民事法中，至少转移客观证明责任的推定约占78.45%（其中直接推定约占30.17%，强制性转移客观证明责任的低度证明推定约占3.45%，强制性转移客观证明责任推论推定约占44.83%）；至多转移证据提供责任的推定约占21.55%（其中至多转移证据提供责任的低度证明推定约占3.45%，至多转移证据提供责任的推论推定约占18.1%）。这说明在中国民事推定中，转移客观证明责任（含证据提供责任）的推定占据了高度优势地位，至多转移证据提供责任的推定则相对较少。

5、最狭义的推定——推论事实推定（包含如图所示的三种子类型）占广义推定的45.69%，占全部事实推定的56.99%，这说明推论事实推定确实是广义推定和事实推定的第一子类型，在广义推定中、事实推定中地位最重要。

New Discussion to the Types Classification of Legal  
Presumption in Chinese civil Law— A Perspective of  
Induction from Below

Yingming Liu

(ShanghaiUniversityofPoliticalScienceandLaw,Shanghai,201  
701)

**Abstract:** In Chinese civil procedure law circle, deductivism (from general to detail) is deemed as the main foundation and starting point for interpreting legal presumptions. This means people will make direct reference to the popular theory dominating in the civil law countries, and mirror it when reviewing legal presumptions in Chinese civil procedure law. Accordingly, all civil legal presumptions have the basic fact and all civil legal presumptions mandatory transfers objective burden of proof. The aforementioned dominating view is, however, not able to explain a series of selected presumption rules under the civil law. This paper attempts to analysis legal presumptions in Chinese civil procedure law from new perspective, i.e. Inductivist. The author will examine and review the explanatory capability and the explanatory blind spots of the current dominating view by analyzing and summarizing 116 existing civil law presumption rules. The

aim of the analysis is to identify new civil legal constructive types which has not been recognized by the dominating view. Finally the author will try to propose and establish a theoretical model which can cover and explain all 116 civil presumption rules.

**Key words:** Legal presumption; Direct presumption; low level proved presumption; Inference presumption

---

[1] 江伟.民事证据法学 [M] .北京：中国人民大学出版社，2011：138－141.

[2] 谭兵，李浩.民事诉讼法学 [M] .北京：法律出版社，2011：208.

[3] 李浩.民事证明责任研究 [M] .北京：法律出版社，2003：196；许可.民事审判方法：要件事实引论 [M] .北京：法律出版社，2009：87－89.

[4] 张卫平.民事诉讼法 [M] .北京：法律出版社，2009：205.

[5] 毕玉谦.民事证明责任研究 [M] .北京：法律出版社，2007：420－424.

[6] 同[5]，430－461.

[7] 陈界融.证据法学概论 [M] .北京：中国人民大学出版社，2007：248－255.

[8] [德]莱奥·罗森贝克.证明责任论 [M] .北京：中国法制出版社，2002：210.

[9] [日]新堂幸司.新民事诉讼法 [M] .北京：法律出版社，2008：401.

[10] 刘英明. 证明责任倒置与推定的关系刍议——兼论推定的类型化 [C] //中国政法大学证据科学研究院. 第二届证据理论与科学国际研讨会论文集. 北京：中国政法大学出版社，2009：180-181.

[11] [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德.德国民事诉讼法（下） [M] .北京：中国法制出版社，2007：833.

## 민사법률상 추정의 유형구분 소고 - ‘아래에서부터 위로’ 귀납의 시각에서 -

류 명 잉(劉 英 明)

### 《 목 차 》

- I. 중국 소송법학계의 법률상의 추정에 관한 대표적 학설  
및 그 결함
- II. 법률상의 추정유형의 구분 신론

민사추정은 중국민사소송법학계 현 단계 연구에서의 인기주제의 하나이다. 중국민사소송법학계의 민사법률상의 추정에 관한 주되는 견해는 대체적으로 일종의 ‘위로부터 아래로’의 연역주의적인 시각에 기반을 두고 있다. 즉 직접적으로 대륙법계국가에서 유행되는 이론을 참조하여, 중국 민사법률상의 추정도 당연히 기초사실에 근거하여 요건사실 또는 권리 및 법률관계를 추정하는 것이며, 민사법률상의 추정은 모두 강제적으로 객관적인 증명책임을 이전하는 것이라고 주장한다.

본 문장에서는 ‘아래로부터 위로’의 귀납주의적인 시각을 운용하여, 즉 중국민사법상 현존하는 116개의 추정규칙에서 출발하여 현재 주류이론의 해석능력과 해석상의 맹점을 고찰하며, 주류이론이 아직 인정한바가 없는 새로운 민사법률상의 추정유형을 발견하고, 마지막으로 현존하는 116개의 민사추정규칙을 모두 수용할 수 있는 새로운 민사법률상의 추정의 구분이론을 제시함으로써 중국식 민사법률상의 추정의 구분이론을 실현하고자 한다. 본 문장은 대체적으로 3개 부분으로 나뉜다. 즉 첫째는 현재의 주류이론 및 그 결함이고 둘째는 새로운 이론모델의 확정 및 이에 대한 해석 및 설명이다.

## I. 중국 소송법학계의 법률상의 추정에 관한 대표적 학설 및 그 결함

### 1. 민사소송법학계의 법률상의 추정에 관한 대표적 학설

법률상의 추정의 분류와 관련하여 현 단계 중국민사소송법학계에는 큰 영향을 미치는 다섯 개의 주장이 있다. 이러한 다섯 개의 주장에 대하여 간략하게 소개하고자 한다.

1) 지양위이(江偉), 사오미잉(邵明) 등 학자들은 법률상의 추정은 사실에 관한 추정과 권리에 관한 추정으로 나뉘었다고 주장한다. 그중 법률상(사실) 추정은 법률에 명확히 규정되어 있는 이미 알고 있는 甲사실의 존재에 기하여 乙사실의 존재(또는 부존재)를 인정하는 일종의 증거규칙이다. 이들은 또한 증거법상의 추정(즉 법률상의 사실추정, 필자

주)은 모두 “반박 가능한 추정”이고 이를 “상대적 추정”이라고도 하며, 당사자가 반증을 제기하여 번복하는 것을 허용한다고 주장한다. 때문에 소위 ‘반박 불가능한 추정’을 의제의 범주에 포함시켜야 한다고 주장한다. 동시에 직접추정은 추정이 아니라 추정의 형식으로 표현되는 증명책임을 누가 부담하는가를 확정하는 실체법규범이라고 주장한다.

2) 탄빙(譚兵), 리하오(李浩)는 법률상의 추정은 법률이 명문으로 정한 추정이며, 이는 사실상의 추정과 대응하는 표현이라고 주장한다. 법률상의 추정은 추론(推論)추정과 직접추정으로 나뉠 수 있다. 법률상의 추론추정은 법률이 정한 이미 알고 있는 甲사실의 존재로부터 이와 관련되는 미지의 乙사실이 존재한다고 하는 가정이다. 법률상의 직접추정은 법률이 어떠한 기초사실에 의존하지 아니하고 직접적으로 어느 법률요건사실의 존재를 가정하는 것을 가리킨다. 또한 이들은 법률상의 추론추정은 여러 유형의 추정 중 제일 대표적인 것이라고 주장한다. 추정이라고 함은 일반적으로 이러한 추정을 의미한다. 법률상의 추정은 의제와는 다르며 추정결론은 번복할 수 있지만 의제결론은 그러하지 아니하다. 이외에, 리하오(李浩) 등은 독일과 일본의 민사소송법학계의 법률상의 추정에 관한 이론을 소개하면서 광의의 법률상의 추정에는 법률상의 사실추정, 법률상의 권리추정, 의사추정, 잠정적진실, 법정증거법칙을 포함한다고 주장한다.

3) 장위이평(張衛平)은 법률상의 추정은 법률상의 사실추정과 법률상의 권리추정으로 나뉜다고 주장한다. 법률상의

사실추정은 법률에 정한 甲사실의 존재를 기초로 하여 직접 이 사실에 근거하여 乙사실의 존재여부를 인정하는 것을 말한다. 법률상의 권리추정은 법률이 어떠한 권리 또는 법률관계의 존재여부에 대하여 직접적으로 추론하는 경우를 가리킨다.

4) 비위치안(畢玉謙)은 비교적 전면적으로 비교소송법학상의 법률상의 추정에 관한 기술적인 분류를 소개하였다. 예컨대 반박 가능한 추정과 반박 불가능한 추정, 일반추정과 강력추정 및 혼합추정, 기본추정과 기술적 추정, 확정추정과 가추정 등이다. 개인적으로는 법률상의 추정은 입법자가 특정한 입법의도에 따라 입법절차에 근거하여 성문법조문에 설정한 추정규범이라고 주장하는 것으로 보인다. 법률상의 추정은 법률상의 사실추정과 법률상의 권리추정으로 나뉠 수 있다.

5) 천지에룡(陳界融)은 법률상의 추정은 법률에 의하여 추상(推想), 가정 또는 의제되는 사실 또는 법률관계이며, 이러한 사실 또는 법률관계가 반증에 의하여 번복되기 이전에는 일정한 법적 효과를 발생하는 것이라고 주장한다. 법률상의 추정은 반증여부에 따라 반증으로 번복할 수 없는 추정과 반증에 의하여 번복할 수 있는 추정으로 나뉘며, 효력 등을 기준으로 강력추정, 일반추정과 기판력추정으로 나뉘며, 대상을 기준으로 법률상의 권리추정과 법률상의 사실추정으로 나뉜다.

위의 내용을 개괄하면, 중국의 다수 민사소송법학자들은

다음과 같이 주장하고 있다. ① 추정은 법률상의 추정을 포함할 뿐만 아니라 “사실상의 추정”도 포함한다. 법률상의 추정은 법률상의 사실추정과 법률상의 권리추정으로 나뉠 수 있다. ② 의제에 대하여 확정해석을 함으로써 반박 불가한 추정도 포함하는 것으로 보아, 반박 가능성을 추정의 하나의 기본 특징으로 보고 있다. ③ 협의의 추정은 기초사실에 근거하여 증명하고자 하는 사실을 추지(推知)하는 것이기에, 무조건적인 직접추정은 추정이 아니다. ④ 법률상의 추정은 객관적 증명책임을 이전하는 강제적 추정이다.

지식계보의 승계차원에서 보면 증명책임의 개념의 경우와 유사하게 중국 민사소송상의 추정의 개념은 일본을 매체로 하여 독일의 민사소송용어를 도입한 것이다. 다만, 흥미로운 점은 중국 민사소송상의 추정의 일반적인 개념정의는 독일법의 영향보다는 일본법의 영향을 더 크게 구현하였다는 점이다. 독일과 일본 양국의 민사추정에 대한 개념정의에 대한 핵심적인 차이점은 두 가지가 있다. 하나는 독일 민사소송법학계는 요건사실의 기초위에서 추정을 정의하지만, 일본의 민사소송법은 계쟁사실의 기초위에서 추정을 정의한다는 것이다. 독일 민사소송법학자인 로젠베르크는 추정은 법규정에 근거하여 요건사실을 구성하지 아니하는 존재 중에서, 즉 소위 추정기초의 존재 중에서 요건사실의 존재(이는 사실의 추정임) 또는 권리의 존재 또는 부존재(이는 권리의 추정임)를 찾아내는 것이라고 주장하였다. 일본의 민사소송법학자인 新堂幸司는 추정은 어느 사실로부터 다른 사실(계쟁사실을 의미함, 필자주)를 추인하는 행위라고 주장한다. 둘째는 독일

민사소송법학계의 주류견해는 법률상의 추정(법률상의 사실 추정과 법률상의 권리추정을 포함)만이 추정이며, 사실상의 추정은 추정이 아니라고 주장하는 반면, 일본 민사소송법학계의 주류견해는 법률상의 추정(법률상의 사실추정과 법률상의 권리추정을 포함)만이 추정일 뿐만 아니라 사실상의 추정도 추정이라고 주장한다. 독일 민사소송법학자인 로젠베르크와 H. Pruetting은 모두 사실상의 추정은 추정이 아니라고 주장하고 있고, 일본 민사소송법학자인 新堂幸司와 高橋宏志 등은 사실상의 추정도 추정이라고 주장하고 있다.

## 2. 민사소송법계의 대표적인 견해는 현행 민사추정규칙을 원만하게 해석할 수 없다.

위의 통상적인 견해는 일부 중국 현행민사추정규칙을 해석할 수 없다. 아래와 같은 10개의 추정규칙으로 보이는 경우를 들어 시금석으로 삼아 검토하기로 한다.

규칙1 : 민법통칙 제126조 : “건물 또는 기타 시설 및 건물 위의 설치물 또는 거치물이 무너지거나 떨어지거나 추락하여 타인의 손해를 초래한 경우, 그의 소유자 또는 관리자는 민사 책임을 부담하여야 한다. 다만 본인의 과실이 없음을 증명할 수 있는 경우에는 제외한다.”

검토 : 본 조항은 학계와 실무계에서 자주 거론하고 있는 직접(사실)추정이다. 통상적인 견해에 따르면 이는 추정에 속하지 아니한다. 앞에 소개한 민사소송법 5개의 대표적 학설 중 탄빙(譚兵), 리하오(李浩)의 주장에 따르면 이 조항은

법률상의 사실추정의 하나에 속하게 된다.

규칙2 : 최고인민법원 선물분쟁사건의 심리에 있어 약간 문제의 규정(이하 선물분쟁심리규정으로 약칭) 제59조 제2항 : “해당 보증금계좌에 선물회사, 거래처의 권익을 초과하는 부분이 있음을 증명하는 증거가 있고, 선물거래소, 선물회사가 인민법원이 지정한 합리적인 기한 내에 반대증거를 제출하지 못하는 경우, 인민법원은 법에 따라 해당 계좌 내의 선물거래소, 선물회사의 자기자본에 속하는 부분을 동결, 이체할 수 있다.”

검토 : 앞에 소개한 소송법학계의 5개의 학설에 근거하면, 이 조항을 법률상의 사실추정에 속한다고 인정하는 견해는 없다. 다만 본 조항 중의 요증사실은 일정한 조건 하에서 잠정적 진실성과 반박가능성을 가지고 있음은 분명하다.

규칙3 : 최고인민법원 중화인민공화국회사법의 적용에 관한 약간문제의 규정(3)(이하 회사법해석(3)으로 약칭) 제21조 : “당사자 간에 출자의무의 기이행여부에 대하여 분쟁이 발생하였고 원고가 주주의 출자의무의 이행에 대하여 합리적인 의심을 할 수 있는 증거를 제공한 경우에 피고인 주주는 그가 이미 출자의무를 이행하였다는 것에 대하여 증거제출책임을 부담한다.”

검토 : 앞에 소개한 민사소송법학계의 5개의 주장에 의하면 이 조항이 법률상의 사실추정에 속한다고 인정하는 주장은 없다. 다만 본 조항 중의 요증사실은 일정한 조건 하에서 잠정적 진실성과 반박가능성을 가지고 있음은 분명하다.

규칙4 : 계약법 제310조 : “화물수취인이 화물을 수령할 경우 약정한 기한에 따라 화물을 검사하여야 한다. 화물검사 기한에 대하여 약정이 없거나 또는 약정이 불명확하고 본법 제61조의 규정에 따라도 확정할 수 없는 경우에는 합리적인 기한 내에 화물을 검사하여야 한다. 화물수취인이 약정한 기한 또는 합리적인 기한 내에 화물의 수량, 훼손 등에 대하여 이의를 제기하지 아니한 경우에는 운송인이 이미 운송장의 기재에 따라 인도한 초보적 증거로 본다.”

검토 : 앞에 소개한 민사소송법학계의 5개의 주장에 의하면 이 조항이 법률상의 사실추정에 속한다고 명확하게 인정하는 주장은 없다. 다만 본 조항 중의 요증사실은 일정한 조건 하에서 잠정적 진실성과 반박가능성을 가지고 있음은 분명하다.

규칙5 : 불법행위책임법 제58조 : “환자에게 손해가 발생한 경우, 아래 경우의 하나에 해당되는 경우 의료기관에 과실이 있다고 추정한다. 1. 법률, 행정법규, 규정 및 기타 진료관련규범의 규정을 위반한 경우, 2. 분쟁과 관련된 진료기록자료를 은닉 또는 그 제공을 거절한 경우, 3. 진료기록자료를 위조, 변조 또는 폐기한 경우.”

검토 : 이 조항은 추론사실의 추정에 속한다. 앞에서 소개한 민사소송법학계의 5개의 주장에 의하면 이 조항은 법률상의 사실추정의 규정이라고 인정한다.

규칙6 : 반독점법 제19조 제1항 : “아래 경우의 하나에 해당되는 경우, 경영자가 시장지배적 지위를 가진다고 추정할

수 있다. 1. 한 경영자의 관련 시장에서의 시장점유율이 1/2에 달한 경우, 두 경영자의 관련 시장에서의 시장점유율의 합계가 2/3에 달한 경우, 세 경영자의 관련 시장에서의 시장점유율의 합계가 3/4에 달한 경우.”

검토 : 이 조항은 허가성 사실추정에 속한다. 앞에서 소개한 민사소송법학계의 5개의 주장에 의하면, 이 조항이 법률상의 사실추정에 속한다고 인정하는 주장은 없다.

규칙7 : 민법통칙 제88조 : “공유재산에 대하여 일부분 공유인이 지분공유를 주장하고, 일부분 공유인이 공동공유를 주장할 경우, 재산이 지분공유임을 증명하지 못할 경우에는 공동공유로 인정하여야 한다.”

검토 : 이 조항은 직접적 권리추정에 속한다. 앞에서 소개한 민사소송법학계 5개의 주장에 의하면, 탄빙(譚兵), 리하오(李浩)의 경우만 이 조항이 법률상의 권리추정에 속한다고 인정하는 것으로 보인다.

규칙8 : 물권법 제142조 : “건설용지사용자가 건축한 건축물, 구조물 및 그 부속시설의 소유권은 건설용지사용권자에게 속한다. 다만 반대증거가 증명하는 경우는 제외한다.”

검토 : 이 조항은 추론권리의 추정에 속한다. 앞에서 소개한 민사소송법학계의 5개의 주장에 의하면, 4개의 경우 이 조항이 법률상의 추정에 속한다고 인정하고, 탄빙(譚兵), 리하오(李浩)의 경우에는 법률상의 권리추정에 속한다고 인정할 가능성이 있다.

규칙9 : 최고인민법원 중화인민공화국혼인법 적용에 관한 약간문제의 해석(2)(이하 혼인법해석2로 약칭) 제24조 : “채권자가 혼인관계존속기간에 부부일방이 개인의 명의로 부담한 채무에 대하여 권리를 주장할 경우, 부부의 공동채무로 처리하여야 한다. 다만 부부일방이 채권자와 채무자가 명확히 개인채무로 약정하였음을 증명할 수 있거나 또는 혼인법 제19조 제3항이 규정한 경우에 속하는 것을 증명할 수 있는 경우에는 제외한다.”

검토 : 앞에 소개한 민사소송법학계 5개의 주장에 의하면 이 조항이 법률상의 추정<sup>1)</sup>에 속한다고 인정하는 주장은 없다. 다만 이 조항은 추론추정의 구조를 가지고 있으며, 추정되는 사항은 잠정성과 반박가능성을 가지고 있음에도 단지 그 대상이 책임에 속한다는 원인으로 말미암아 법률상의 추정에 속하지 않는다고 하는 것은 불합리하다.

규칙10 : 민사소송법 제67조 : “법절차에 따라 공증으로 증명한 법률행위, 법률사실과 문서에 대하여 인민법원은 사실인정의 근거로 삼아야 한다. 다만 반대증거가 있어 공증증명을 번복하기에 충분한 경우는 제외한다.”

검토 : 이 조항은 증거효력의 추정에 속한다. 앞에 소개한 민사소송법학계 5개의 주장에 의하면, 리하오(李浩)의 경우만 이 조항이 광의의 법률상의 추정에 속한다고 명확하게 인정하고 있다.

규칙11 : 민법통칙 제11조 제2항 : “만 16세 이상 만 18세 미만의 공민이 본인의 노동수입을 주되는 생계소득으로 할

경우, 완전민사행위능력자로 본다.”

검토 : 이 조항은 사살의제의 규정에 속한다. 앞에 소개한 민사소송법학계 5개의 주장에 의하면 4개의 주장의 경우 모두 이 조항은 의제규정이며, 추정규정은 아니라고 인정한다.

규칙12 : 물권법 제103조 : “공유인이 공유하고 있는 부동산 또는 동산에 대하여 지분공유 또는 공동공유인지를 명확하게 약정하지 아니하였거나 또는 약정이 불명확한 경우, 공유인이 가정관계 등을 가지고 있는 경우를 제외하고, 지분공유로 본다.”

검토 : 이 조항은 권리의제의 규정에 속한다. 앞에 소개한 민사소송법학계 5개의 주장에 의하면 모두 이 조항은 의제규정이며, 법률상의 추정규정은 아니라고 인정하는 것으로 보인다.

규칙13 : 민법통칙 제66조 : “대리권이 없거나, 대리권을 초월하였거나 또는 대리권이 종료된 이후의 행위는 피대리인의 추인을 거친 경우에만 피대리인이 민사책임을 부담한다. 추인을 거치지 아니한 행위는 행위자가 민사책임을 부담한다. 본인이 타인이 본인의 명의로 민사행위를 시행함을 알면서도 부인의 표시를 하지 아니한 경우에는 동의한 것으로 본다.”

검토 : 이 조항은 통상적인 반박 불가한 추정규정에 속한다. 앞에 소개한 민사소송법학계 5개의 주장에 의하면, 4개의 경우 이 조항이 의제규정에 속한다고 인정하고, 천지에룡(陳界融)의 경우만 이는 법률상의 의제규정이라고 인정한다.

규칙14 : 최고인민법원 중화인민공화국민법통칙의 관철집행에 관한 약간문제의 의견(試行)(이하 민법통칙의견으로 약칭) 제108조 제2항 : “보증의 범위가 불명확한 경우, 보증인이 전부 주채무에 대하여 보증책임을 부담하는 것으로 추정한다.”

검토 : 이 조항은 대륙법계 민사소송법학계에서 주장하는 “의사추정”의 규정이다. 앞에 소개한 민사소송법학계 5개의 주장에 의하면, 리하오(李浩)만이 이 조항이 광의의 법률상의 추정에 속한다고 명확하게 인정하고 있다.

개괄하면, 위의 14개의 규칙에 대하여 5개의 주장이 모두 법률상의 추정에 속한다고 인정한 규칙은 규칙5와 규칙8이다. 전자는 법률상의 사실추론추정이고, 후자는 법률상의 권리추론추정이다. 4개의 주장이 법률상의 추정에 속하지 아니한다고 인정하고, 탄빙(譚兵), 리하오(李浩)만이 법률상의 추정에 속한다고 인정하는 규칙은 규칙1과 규칙7이다. 4개의 주장이 법률상의 추정에 속하지 아니한다고 인정하고, 리하오(李浩)만이 광의의 법률상의 추정에 속한다고 명확하게 인정하는 규칙은 규칙10과 규칙14이다. 5개의 주장이 모두 법률상의 추정의 규칙이 아니라고 인정하는 것은 규칙2,3,4,6,9이다. 다만 이 5개의 조항은 잠정적 진실성을 가지고 있기에 직시되지 못한 ‘잠재적 추정의 유형’에 속한다. 5개의 주장이 모두 법률상의 추정이 아니라 의제의 규칙이라고 인정하는 것은 규칙11과 규칙12이다. 4개의 주장이 의제에 속한다고 인정하고 천지에룡(陳界融)만이 반박 불가한 추정에 속한다고 인정하는 것은 규칙13이다. 요약한다면, 현재 5개의 대표

적인 주장에는 공동한 인식도 있고, 차이도 존재하며, 맹점도 존재하고 있는 것이다.

## II. 법률상의 추정유형의 구분 신론

### 1. 법률상 추정유형의 좌표모형 및 설명

기존의 민사추정의 확정에 있어 논리적인 모순이 존재하고, 민사추정의 확정에 있어 해석상의 맹점이 존재함을 감안하여, 본문은 기존의 이론을 참조한 기초위에서 더욱더 해석력을 가지는 추정유형이론모형, 즉 법률상의 추정유형 좌표도형(도형3.2 참조)의 구축을 시도하고자 한다. 이 이론모형은 4개의 지표와 관련된다. 각각 조건지표(즉 추정이 조건을 갖추어야 하는지? 어떠한 조건을 갖추어야 하는지?), 강제성 지표(즉 추정의 적용이 강제성을 갖추는지 여부), 효과지표(추정이 증명책임의 이전을 가져오는지? 어떠한 증명책임이 이전하는지?). 대상지표(즉 추정의 대상은 무엇인지?)이다. 여기에서 앞의 3개의 지표는 아래와 같은 7개의 고정적인 조합관계를 형성하고 있다. 즉, 직접추정--강제성-객관증명책임의 이전; 저장도증명추정--허가성-증거제출책임이전가능; 저장도증명추정--허가성-증거제출책임이전; 저장도증명추정--강제성-객관증명책임의 이전; 추론추정--강제성-증거제출책임의 이전가능; 추론추정--강제성-증거제출책임의 이전; 추론추정--강제성-객관증명책임의 이전이다. 이렇듯, 추정의 대상을 횡좌표로, 추정의 조건--강제성-효과를 종좌표로 하여 21개의 유형도면을 하나의 평면도에 표

기한다. 즉 아래의 법률상의 추정유형좌표도(그림1)이다. 법률상의 추정유형 좌표도에는 모두 21개의 네모 칸이 있는데 각각의 네모는 법률상의 추정의 하나의 유형을 대표하는데 각 네모가 대표하는 추정의 유형은 경도와 위도로 그 특성을 확정한다.

그림3.2 법률상 추정 유형좌표도(의제유형 첨부)

대상		사실추정	권리 (법률관계/책임) 추정	증거효력
조건——강제성-효과				
직접추정	강제성-객관 증명책임의 이전			
저강도 증명추정	허가성-증거 제출책임의 이전가능			
	강제성-증거 제출책임만의 이전			
	강제성-객관 증명책임의 이전			
	허가성-증거			

추론추정	제출책임의 이전가능			
	강제성-증거 제출책임만의 이전			
	강제성-객관 증명책임의 이전			
신형 의제	증명책임의 이전이 없음			
전통 의제	증명책임의 이전이 없음			

위의 법률상 추정 좌표도에서 사용한 전문용어에 대하여 다음과 같이 범위를 정한다.

1) 추정. 광의의 추정은 어느 한 조건을 충족하거나 또는 아무런 조건이 필요 없이 법관은 어느 요증사실 또는 사항의 존재를 가정하거나 또는 가정할 수 있으며, 다만 이의를 제기하는 쪽에서 가정된 사실 또는 사항을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 협의의 추정은 추론추정만 포함한다. 즉 기초사실이 일단 증명되면 법관은 요증사실 또는 사항의 존재를 가정하거나 또는 가정할 수 있으며, 다만 이의를 제기하는 쪽에서 가정된 사실 또는 사항을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 광의의 추정은 두 개의 특성을 갖추어야 한다. 특성1--법률규범성(규범성으로 약칭)과 특성2--요증

사실 또는 사항의 잠정적 진실성과 반박가능성(반박가능성으로 약칭)이다. 혐의의 추정은 광의의 추정이 갖추어야 하는 규범성과 반박가능성 외에도 특성3--기초사실에 근거하여 요증사실 또는 사항을 추단(推斷)하는 추단성(기초사실에 근거한 추단성으로 약칭)이다. 최혐의의 추정은 특히 사실의 추론추정을 의미한다.

2) 직접추정. 직접추정은 아무런 조건 없이 법관은 반드시 어느 요증사실 또는 사항의 존재를 가정하여 하며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 사실 또는 사항을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 요약하면, 아무런 조건도 요하지 아니하는 추정이다.

3) 저강도 증명추정. 저강도 증명추정은 일단 일방당사자가 어느 요증사실에 대하여 개연성이 낮은 정도의 증명을 한 경우 법관은 그 요증사실 또는 사항의 존재를 가정하거나 또는 가정할 수 있으며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 사실 또는 사항을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 요약하면, 저강도 증명을 조건으로 하는 추정이다.

4) 추론추정. 추론추정은 일단 일방당사자가 어느 기초사실을 증명하면 법관은 그 요증사실 또는 사항의 존재를 가정하거나 또는 가정할 수 있으며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 사실 또는 사항을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 요약하면, 기초사실을 조건으로 하는 추정이다.

5) 사실추정. 사실추정은 어느 조건에 근거하여 또는 아무런 조건 없이 법관은 어느 요증사실의 존재를 가정하거나 또는 가정할 수 있으며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 사실을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다.

6) 권리(또는 법률관계)추정. 권리추정은 어느 조건에 근거하여 또는 아무런 조건 없이 법관은 어느 권리 또는 법률관계나 책임의 존재를 가정하거나 또는 가정할 수 있으며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 권리 또는 법률관계나 책임을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다.

7) 증거효력추정. 증거효력의 추정은 어느 조건에 근거하여 또는 아무런 조건 없이 법관은 어느 증거효력의 존재를 가정하거나 또는 가정할 수 있으며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 증거효력을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다.

8) 강제성추정. 강제성추정은 어느 조건이 충족된 이후 법관이 어느 요증사실 또는 사항의 존재를 가정하여야 하며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 사실 또는 사항을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 요약하면, 법원이 반드시 강제적으로 적용하여야 하는 추정이다. 강제성추정은 적어도 증거제출책임을 이전한다.

9) 허가성 추정. 허가성 추정은 법규정에 의하여 일방당사자가 어느 기초사실을 증명한 경우 법관은 그 요증사실 또는

사항의 존재를 가정할 수 있으며(반드시 가정하여야 하는 것은 아님), 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 사실 또는 사항을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 요약하면, 법원이 적용할 수 있는(반드시 적용하여야 하는 것은 아님) 추정이 다. 허가성 추정은 적어도 증거제출책임을 이전한다.

10) 신형의제. 신형의제는 양자의 동일여부를 모르는 경우에, 이들이 동일하다고 보는 것을 의미한다. 신형 의제는 대체적으로 중국 형사증거법학계에서 보편적으로 언급되는 반박 불가능한 추정에 해당된다.

11) 전통의제. 전통의제는 양자가 서로 다름을 알면서도 이들을 동일하다고 보는 것을 의미한다.

## 2. 법률상 추정 좌표도에 기하여 도출한 초보적 결론

1) 조건의 유형에 있어 광의의 추정은 직접추정, 저장도 증명추정, 추론추정을 포함하고, 협의의 추정은 추론추정만 포함한다. 대상의 유형에 있어 광의의 추정은 사실추정, 권리(법률관계/책임)추정, 증거효력추정을 포함하고, 협의의 추정은 사실추정만 포함한다. 최협의의 추정은 추론사실추정이다. 즉 일단 어느 기초사실이 증명되면 법관은 어느 요증사실의 존재를 가정하거나 또는 가정할 수 있으며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 사실을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다.

2) 광의의 추정은 의제를 포함하지 아니한다. 의제는 반박을 허용하지 아니하며, 어느 유형의 증명책임도 이전하지 아니한다. 광의의 추정은 특수증명책임(증거제출책임과/또는 객관증명책임)규정을 창설하였다.

3) 직접추정(경상적으로 직접사실추정으로 언급됨)은 모두 강제적용하는 것이다. 효과상으로 직접추정은 객관증명책임을 이전하며 동시에 증거제출책임도 이전한다.

4) 저장도 증명추정(향후에 경상적으로 저장도 증명의 사실추정으로 언급될 가능성이 높음)은 3개의 유형으로 세분될 수 있다. 즉 증거제출책임의 이전이 가능한 허가성 저장도 증명추정; 증거제출책임만 이전하는 강제성 저장도 증명추정과 객관증명책임(증거제출책임을 포함함)을 이전하는 강제성 저장도 증명추정이다.

5) 추론추정(경상적으로 추론사실추정으로 언급됨)은 3개의 유형으로 세분될 수 있다. 즉 증거제출책임의 이전이 가능한 허가성 추론추정; 증거제출책임만 이전하는 강제성 추론추정과 객관증명책임(증거제출책임을 포함함)을 이전하는 강제성 추론추정이다.

6) 광의의 사실추정은 조건유형에 있어 직접사실추정, 저장도증명 사실추정, 추론사실추정을 포함하고, 후 양자의 경우 각각 3개의 하위유형으로 나뉠 수 있기에 모두 7개의 하위유형이 있다. 협의의 사실추정은 추론사실추정만 포함하는

데 일단 어느 기초사실이 증명되면 법관은 요증사실의 존재를 가정하여야 하며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 사실을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 협의의 사실추정은 3개의 하위유형을 포함하는데 각각 증거제출책임의 이전이 가능한 허가성 사실추론추정, 증거제출책임이 이전되는 강제성 사실추론추정과 객관증명책임이 이전되는 강제성 사실추론추정이다. 협의의 사실추정과 최협의의 추정의 의미는 동일하다.

7) 광의의 권리추정은 그 대상을 기준으로 권리추정, 법률관계추정과 책임추정으로 세분될 수 있다. 광의의 권리추정은 조건유형에 있어 직접권리추정, 저장도증명 권리추정, 추론권리추정으로 포함하고, 후 양자의 경우 각각 3개의 하위유형으로 나뉠 수 있기에 모두 7개의 하위유형이 있다. 협의의 증명효력추정은 추론증명효력추정만 포함하는데 일단 어느 기초사실이 증명되면 법관은 요증권리의 존재를 가정하여야 하며, 다만 이의를 제기하는 쪽이 가정된 권리를 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 협의의 권리추정은 3개의 하위유형을 포함하는데 각각 증거제출책임이 이전가능한 허가성 추론권리추정, 증거제출책임만 이전하는 강제성 추론권리추정, 객관증명책임(과 증거제출책임)이 이전하는 강제성 추론권리추정이다.

8) 광의의 증거효력추정은 조건유형에 있어 직접증거효력추정, 저장도증명 증명효력추정, 추론증명효력추정을 포함하고, 후 양자의 경우 각각 3개의 하위유형으로 나뉠 수 있기에

모두 7개의 하위유형이 있다. 협의의 증명효력추정은 추론증명효력추정만 포함하는데 일단 어느 기초사실이 증명되면 법관은 그 요증증거효력의 존재를 가정하여야 하며, 다만 이를 제기하는 쪽이 가정된 증거효력을 반박하는 것을 허용하는 것을 의미한다. 협의의 증거효력추정은 3개의 하위유형을 포함하는데 각각 증거제출책임이 이전 가능한 허가성 추론증거효력추정, 증거제출책임만 이전하는 강제성 추론증거효력추정, 객관증명책임(과 증거제출책임)이 이전하는 강제성 추론증거효력추정이다.

9) 중국 민사소송법학계에서 현재 통상적으로 언급되는 민사법상의 추정은 그 대상에 있어 사실과 권리(법률관계)를 포함하며, 객관증명책임을 강제적으로 이전하는 추론추정을 의미한다. 이론적으로 이러한 이해는 추정좌표모형의 두 개의 세모를 차지한다(각각 객관증명책임을 이전하는 강제성추론사실추정과 객관증명책임을 이전하는 강제성추론권리추정임). 여기에서 지적할 점은 이러한 이해는 현재 대륙법계 국가의 민사소송이론학계의 주류학설과 고도로 일치하다는 것이다. 독일 민사소송법학자 로젠베르크 등은 “추정의 사실도 증명을 요하지 아니한다. 확실하게 말한다면, 법정사실추정 중의 특정사실, 권리추정 중의 추정이 언급하는 권리상태(즉 이 권리의 존재 또는 부존재)는 증명을 요하지 아니한다. 다만 반대되는 증명을 제출하는 것을 허용한다. 반대되는 증명은 사실추정에서는 추정사실이 진실하지 않음을 밝히는 것을 목적으로 하고, 권리추정에서는 추정권리상태의 부존재 또는 다른 형태로서 존재하는 사실을 증명하는 것을 목적으로 한

다.”고 주장하고 있다.

3. 법률상 추정좌표도 각 하위유형의 중국민사법에서의 대표적 입법례

필자는 검색된 법률상 추정과 의제 각 하위유형의 대표적 입법례를 추정좌표도에 채워 넣어 추정좌표도의 대표적 민사입법례도표를 구성하였다.

그림3.3 법률상 추정유형 좌표도의 대표적 민사입법례

조건——강제성-효과		대상	사실추정	권리 (법률관계/책임) 추정	증거효력추정
직접추정	강제성-객관 증명책임의 이전	민법통칙 제 126조	제88조	민법통칙의견 제88조	물권법 제17 조
저강도 증명 추정	허가성-증거 제출책임의 이전가능			선물분쟁심리 규정 제59조 제2항	
	강제성-증거 제출책임만 이전	중국국제경제 무역중재위원 회 중재규칙 제6조 제2호			
	강제성-객관	회사법 해석		예금증서분쟁	

민사법률상 추정의 유형구분 소고 47

	증명책임의 이전	(3) 제21조	심사규정 제5조(II)1	
추론추정	허가성-증거 제출책임 이전가능	반독점법 제19조	혼인법 해석 (3)제2조 제1항	선박충돌분쟁 심리규정 제11조
	강제성-증거 제출책임 이전	민용항공법 제114조 제3항	주식회사 경외주식모집 및 상장 특별규정 제16조 제3항	저작권민사분쟁 심리해석 제8조 제2항
	강제성-객관 증명책임의 이전	불법행위책임법 제58조	물권법 제142조, 혼인법해석(2)제24조	민사소송법 제67조
신형의제	증명책임의 이전이 없음	민법통칙 제66조		
전통의제	증명책임의 이전이 없음	민법통칙 제11조 제2항	물권법 제103조	

위의 도표와 관련하여 두 가지 설명이 필요하다.

1. 광의의 추정은 모두 21개의 하위유형이 있다. 그중 16개의 하위유형은 중국 현행민사입법에서 대표적 입법례를 찾을 수 있는바, 전체 광의추정 하위유형의 76.19%를 차지한다. 5개의 하위유형은 중국 현행 민사입법에서 대표적 입법례를 찾을 수 없으나 전체 광의추정하위유형의 23.81%를 차지한다.

2. 공란에 기재한 대표적 입법례에 있어 앞의 부분에서 이미 열거하여 설명한 부분은 중복설명하지 아니한다. 보충설명이 필요한 부분은 이하와 같다.

(1) 중국국제경제무역중재위원회 중재규칙 제6조(중재합의 및/또는 관할권에 대한 이의) : “ ... (Ⅱ) 중재위원회가 표면증거에 근거하여 중재위원회에 의하여 중재를 진행하는 합의가 존재한다고 인정할 경우 표면증거에 근거하여 중재위원회에 관할권이 있다는 결정을 내릴 수 있으며 중재절차는 계속하여 진행된다. 중재위원회가 표면증거에 근거하여 내린 관할권결정은 중재합의부의 심리과정에서 발견한 표면증거와 일치하지 아니한 사실 및/또는 증거에 근거하여 다시 관할권결정을 내리는 것을 방해하지 아니한다.”

(2) 민용항공법 제114조 제3항 : “운송인이 운송위탁인의 청구에 근거하여 항공화물운송장을 작성한 경우, 반대 증거가 없는 경우에는 운송위탁인을 대신하여 작성한 것을 보아야 한다.”

(3) 최고인민법원 예금증서분쟁사건의 심사에 관한 약간 규정 제5조 : “일반 예금증서분쟁사건에 대한 인정과 처리...

처리. 인민법원은 일반 예금증서분쟁사건의 심리에 있어서 예금증서, 입금증서, 입출금내역서, 예금계약서 등 증빙서류의 진실성을 심사하는 외에 소지자와 금융기관 간의 예금관계의 진실성을 심사하여야 하며, 예금증서, 입금증서, 입출금내역서, 예금계약서 등 증빙서류의 진실성 및 예금관계의 진실성을 근거로 정확한 처리를 하여야 한다.

① 소지자가 상기한 진실한 증빙서류를 증거로 하여 제소한 경우, 금융기관은 소지자와 금융기관 간에 예금관계가 존재하는지 여부에 대하여 증거제출책임을 부담한다. 가령 금융기관이 충분한 증거로 소지자가 금융기관에 상기한 증빙서류에 기재한 금액을 납부하지 아니함을 증명하는 경우에 인민법원은 소지자와 금융기관 간에 예금관계가 존재하지 아니한다고 인정하고 원고의 소송청구를 기각하여야 한다. ...“

(4) 최고인민법원 중화인민공화국혼인법 적용에 관한 약간문제의 해석(3) 제2조 제1항 “부부의 일방이 인민법원에 친자관계부존재의 확인을 청구하고, 필요한 증거를 제출하여 증명한 경우, 다른 일방이 반대증거가 없으면서도 친자감정을 거절할 경우에 인민법원은 친자관계부존재확인을 청구하는 일방의 주장이 성립된다고 추정할 수 있다.”

(5) 국무원 주식유한회사 경외주식모집 및 상장에 관한 특별규정 제16조 제3항 : “경외에 상장한 외자주식 주주명부는 경외에 상장한 외자주식 주주가 회사의 주식을 보유하고 있다는 충분한 증거이다. 다만 반대증거가 있는 경우는 제외한다.”

(6) 물권법 제17조 : “부동산권리귀속증서를 권리자가 당해 부동산물권을 향유하고 있다는 증명이다. 부동산권리귀속증서의 기재사항은 부동산등기부와 일치하여야 한다. 기재가 일치하지 아니할 경우, 증거로 부동산등기부에 오류가 있음을 증명하는 경우를 제외하고, 부동산등기부를 기준으로 한

다.”

(7) 최고인민법원 선박충돌분쟁사건의 심리에 관한 약간 문제의 규정 제11조 : “선박충돌사고가 발생한 후 주관기관은 법에 따라 조사를 진행하여 취득한, 사고당사자와 관련자의 확인을 거친 충돌사실 조사자료는 인민법원이 사건사실을 인정하는 증거로 삼을 수 있다. 다만 반대증거가 있어 번복이 충분한 경우는 제외한다.”

(8) 최고인민법원 저작권민사분쟁사건 법률적용에 관한 약간문제의 규정 제8조 제2항 : “공증인이 불법행의혐의가 있는 일방당사자에게 그 신분을 분명하게 밝히지 아니한 상황에서, 사실에 맞게 다른 일방당사자에 대하여 정향에 정한 방식에 따라 취득한 증거와 증거취득과정에서 발급한 공증서류는 증거로 사용하여야 한다. 다만 반대증거가 있는 경우는 제외한다.”

#### 4. 중국 민사추정규칙의 추정좌표도에서의 분포에 관한 통계

필자의 검색과 정리에 근거하면 중국 현행민사법상의 광의의 추정에 관한 규칙은 모두 117개가 있다. 하나의 원칙규정을 빼면 구체적인 추정규칙은 모두 116개이다. 이 116개 민사추정규칙의 추정좌표도에서의 분포정황은 대체적으로 다음과 같다.

#### 그림3.4 중국 민사추정규칙의 추정유형좌표도에서의 분포에

민사법률상 추정의 유형구분 소고 51

관한 통계

대상		사실 추정	권리 (법률관계/책임) 추정	증거 효력추정	橫軸통계	
조건-강제성-효과						
직접추정-강제성-객관증명책임의 이전		27 23.28%	2 1.72%	6 5.17%	35 30.17%	
저강도 증명추정	허가성-증거제출 책임 이전 가능		3 2.59%		3 2.59%	8 6.90%
	강제성-증거제출 책임만 이전	1 0.86%			1 0.86%	
	강제성-객관증명 책임 이전	2 1.72%	2 1.72%		4 3.45%	
추론추정	허가성-증거제출 책임 이전가능	4 3.45%	2 1.72%	1 0.86%	7 6.03%	73 62.93%
	강제성-증거제출 책임만 이전	12 10.34%	1 0.86%	1 0.86%	14 12.07%	
	강제성-객관증명 책임 이전	47 40.52%	3 2.59%	2 1.72%	52 44.83%	
	橫軸통계	93 80.17%	13 11.21%	10 8.62%	116 100%	

위의 통계와 관련한 5개의 설명 :

1) 광의추정의 조건유형에서 보면, 중국민사법상 직접추정이 약 30.17%, 저강도 증명추정이 약 6.90%, 추론추정이 약

62.93%를 차지한다. 이는 추론추정이 중국 민사추정의 유형에 있어 제일 많고 직접추정도 적지 않으며, 저장도 증명추정이 상대적으로 적다는 것을 설명한다.

2) 광의추정의 대상유형에서 보면, 중국 민사법상 사실추정이 약 80.17%, 권리추정이 약 11.21%, 증거효력추정이 약 8.62%를 차지한다. 이는 사실추정이 모든 민사추정의 대상 유형에서 절대적인 주도지위에 있음을 설명한다.

3) 강제성과 허가성의 분류에서 보면, 중국 민사법상 강제성추정은 약 91.38%(그 중에 직접추정이 약 30.17%, 강제성 저장도증명추정이 약 4.31%, 강제성추론추정이 약 56.90%를 차지함), 허가성 추정이 약 8.62%(그 중 허가성 저장도증명추정이 약 2.59%, 허가성 추론추정이 약 6.03%를 차지함)를 차지한다. 이는 중국의 민사추정에서 강제성추정이 절대다수를 차지하고 있음을 설명한다.

4) 객관증명책임(증거증명책임 포함)의 이전과 증거증명책임만의 이전에서 보면, 중국민사법상 적어도 객관증명책임을 이전하는 추정은 약 78.45%(그 중 직접추정이 약 30.17%, 강제성 객관증명책임이전 저장도 증명추정이 약 3.45%, 강제성 객관증명책임이전 추론추정이 약 44.83%임), 많아야 증거제출책임을 이전하는 추정은 약 21.55%(많아야 증거제출책임을 이전하는 저장도 증명추정이 약 3.45%, 많아야 증거제출책임을 이전하는 추론추정이 약 18.1%임)이다. 이는 중국 민사추정에 있어 객관증명책임(증거제출책임

포함)을 이전하는 추정이 고도의 우세지위를 차지하고 있으며, 많아야 증거제출책임을 이전하는 추정은 상대적으로 적음을 설명한다.

5) 최협의의 추정--추론사실추정(도표에 표시한 3개의 하위유형 포함)이 광의추정의 45.69%를 차지하고, 전체 사실추정의 56.99%를 차지한다. 이는 추론사실추정이 광의추정과 사실추정에 있어 제일 큰 하위유형이며, 광의추정에 있어서, 사실추정에 있어서 가장 중요한 지위를 가지고 있음을 설명한다.

关键词：法律上推定；直接推定；低度证明推定；推论推定

핵심어：법률상의 추정, 직접추정, 저강도 증명추정, 추론추정

New Discussion to the Types Classification of Legal  
Presumption in Chinese civil Law— A Perspective of  
Induction from Below

Yingming Liu

(ShanghaiUniversityofPoliticalScienceandLaw,Shanghai,20  
1701)

**Abstract:** In Chinese civil procedure law circle, deductivism (from general to detail) is deemed as the

main foundation and starting point for interpreting legal presumptions. This means people will make direct reference to the popular theory dominating in the civil law countries, and mirror it when reviewing legal presumptions in Chinese civil procedure law. Accordingly, all civil legal presumptions have the basic fact and all civil legal presumptions mandatory transfers objective burden of proof. The aforementioned dominating view is, however, not able to explain a series of selected presumption rules under the civil law. This paper attempts to analysis legal presumptions in Chinese civil procedure law from new perspective, i.e. Inductivist. The author will examine and review the explanatory capability and the explanatory blind spots of the current dominating view by analyzing and summarizing 116 existing civil law presumption rules. The aim of the analysis is to identify new civil legal constructive types which has not been recognized by the dominating view. Finally the author will try to propose and establish a theoretical model which can cover and explain all 116 civil presumption rules.

**Key words:** Legal presumption; Direct presumption; low level proved presumption; Inference presumption

作者简介：刘英明，上海政法学院副教授，法学博士，

主要研究方向为民事诉讼法学和证据法学, 电子邮箱为 [yingming\\_liu@126.com](mailto:yingming_liu@126.com),

- [1] 江伟.民事证据法学 [M].北京：中国人民大学出版社，2011：138-141.
- [2] 谭兵，李浩.民事诉讼法学 [M].北京：法律出版社，2011：208.
- [3] 李浩.民事证明责任研究 [M].北京：法律出版社，2003：196；许可.民事审判方法：要件事实引论 [M].北京：法律出版社，2009：87-89.
- [4] 张卫平.民事诉讼法 [M].北京：法律出版社，2009：205.
- [5] 毕玉谦.民事证明责任研究 [M].北京：法律出版社，2007：420-424.
- [6] 同[5]，430-461.
- [7] 陈界融.证据法学概论 [M].北京：中国人民大学出版社，2007：248-255.
- [8] [德]莱奥·罗森贝克.证明责任论 [M].北京：中国法制出版社，2002：210.
- [9] [日]新堂幸司.新民事诉讼法 [M].北京：法律出版社，2008：401.
- [10] 刘英明.证明责任倒置与推定的关系刍议——兼论推定的类型化 [C] //中国政法大学证据科学研究院.第二届证据理论与科学国际研讨会论文集.北京：中国政法大学出版社，2009：180-181.
- [11] [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德.德国民事诉讼法（下） [M].北京：中国法制出版社，2007：833.

# 中国行政诉讼法的修改启示与展望

杨 向 东

## 《 目 次 》

- 一、中国举证期限制度的演变
- 二、举证期限制度演变的原因分析
- 三、举证期限制度的完善建议

**摘要：**我国在2014年对《行政诉讼法》进行了修改，修改后的新法扩大了受案范围，完善了程序公正的设计，力图在最大限度内保护人民的诉权。行政诉讼法在依法治国的背景推进，在实践中也取得了一定的成绩。立足保护诉权，逐渐推进审判中心的体制改革，行政诉讼法未来还需要进一步的修改完善。在制度上，形成诉讼类型化模式，在审判体制上，真正做到独立行使审判权，让行政争议得到实质性的解决。

**关键词：**行政诉讼法，修改，受案范围，审判权

我国行政诉讼法始于北洋政府时期，1914年已有正式的行政诉讼制度，后有多次变革。1)1982年，中华人民共和国颁

布了《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》，进而推动了行政诉讼制度的建立。1989年4月4日第七届全国人民代表大会通过了《中华人民共和国行政诉讼法》，并于1990年10月1日正式实施。行政诉讼法的颁布是我国民主法治建设的重要步骤，也就此加速了我国行政法学的研究。在过去的二十多年里，行政诉讼法的实施不仅需要制度的配套，还需要体制的回应。例如，大量的司法解释和指导性案例，起到了查缺补漏的作用，有效提升了该法的适用性。尤其是2014年，为解决“立案难、审理难、执行难”的三难问题，我国首次就行政诉讼法进行了大规模的修改，进一步以依法治国的理念，完善了正当程序、依法行政、人权保障，权力制约等基本问题，以回应社会发展的需求。从历史沿革来看，我国行政诉讼法的体系及内容则是向大陆法系的回归，是法治主义的产物。2014年的修改，在于突出解决亟待解决社会矛盾，尤其是公权力恣意侵犯私权的问题，解决行政诉讼法“名不符实”的问题。

## 一、我国行政诉讼法的制度演进

1989年《行政诉讼法》第1条规定，“为保证人民法院正确、及时审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权，根据宪法制定本法。”2014年修正后，第1条修改为，“为保证人民法院公正、及时审理行政案件，解决行政争议，保护公民、法人和其他组织的合法权益，监督行政机关依法行使职权，根据宪法，制定

---

1) 1914年5月1日，北洋政府公布的《中华民国约法》第八条规定，“人民依法律所定，有请愿于行政官署，及陈述于平政院之权”。

本法。”突出了公正、及时解决行政争议。实质上，进一步明确行政诉讼的价值定位，对违法行政行为侵害人民权益，并损害其权利，可进行救济的权利。关于行政争议，在后续条款中进一步明确了因行政行为而产生的争议事件，除法律的特别规定外，均可提起行政诉讼。

新法<sup>2)</sup>第2条明确规定了，“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。”该条总括性的规定，为整个行政诉讼法提供了进一步修法的理论基础。回顾过去行政诉讼法不彰，维权不易，民告官始终处于两难境地。新法的修正，无疑让我们深思能否真正实现行政诉讼法的意义。

20世纪以来，我国追求现代化的进程，比较曲折。对于政治体制、经济秩序、法律结构的改革，更是谨慎推进。2004年我国宪法修正案，增加了推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展。由此为基，行政诉讼法的发展不在局限于国家特色，宪法的引导，德国等大陆法系行政诉讼法的理念，西方的法治精神，成为了行政诉讼改革的动力与源泉。行政诉讼法的发展，也不外乎民主与法治。自我国十八大以来<sup>3)</sup>，全面推进“依法治国”被确立为推进政治建设和政治体制改革的重要任务，对“加快建设社会主义法治国家”作了重要部署，这是大环境的改善。为此，为争论了多年的行政诉讼法修改，提供了有利的契机。

---

2) 为了与1989年的《行政诉讼法》相区别，将2014年修改后的《行政诉讼法》，简称为新法。

3) 指中国共产党第十八次全国代表大会，2012年11月08日在北京召开。

行政诉讼乃是保障“法治国穹顶之拱心冠石”。<sup>4)</sup> 2014年的修改，幅度比较大，条文数目扩至104条，虽不及民事诉讼法、刑事诉讼法之变化大，但在内容上增加了扩大了受案范围、增加了简易程序、强化了诉讼程序、改革了诉讼判决类型，可谓是近二十年之最大变化。根据立法目标，这种变化在于保障人民权利，监督国家行政权合法行使，并强化司法功能，让更多的行政争议，以诉讼解决。

除对行政诉讼法修改外，最高人民法院还出台了相应的司法解释，包括《〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（2015年4月20日最高人民法院审判委员会第1648次会议通过），集中解决立案登记、受案解释、民事争议、诉讼程序等突出问题，共计25条。尤其最高人民法院《关于人民法院登记立案若干问题的规定》，对行政诉讼的立案登记，具有重大的改善。与之相对应的是重大的审判体制的改革，新法第18条第2款，“经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。”由于我国不设立行政法院，而是有人民法院的行政审判庭，负责行政诉讼，由此涉及的司法独立，则容易受到干扰。跨行政区域的法院的建立，则是我国司法改革中，“去地方化”，“去行政化”的重大实践，对于法院解决法律问题，提高审判实效，具有重要价值。

自新法实施一年来，行政诉讼的案例大幅度增加。根据最高人民法院的统计，2015年5月1日至5月31日，立案登记制实施满月之时，全国法院共登记立案 1132714 件，同

---

4) Richard Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 9.

比增长29%，当场登记立案率达90%。其中行政案件增幅最大，登记立案 29 924 件，同比增长 221%。个别地方法院行政案件的增幅更是惊人，例如，天津法院同比增长7倍，山西、上海同比增长近5倍，浙江同比增长近3倍。从目前来看<sup>5)</sup>，立案登记制带来的改观是让人欣喜的。但同时，也应该注意到案件数量激增给法院造成了巨大的压力，尤其是对行政庭。在2015年的全年一审行政诉讼案件中，比2014年增长了55%，达到22万件。<sup>6)</sup>在法院受理的案件中，公安案件一度占据行政诉讼的首位，后来持续下降，只列第三。城建、资源已经连续十余年成为数量最多的两类诉讼，两者合计占三成以上。拆房、征地已成当前社会矛盾的热点，而法院积极承担了解决热点纠纷的任务。在行政行为类型中，行政处罚仍是第一大类，但所占比例最近几年连续下降，2015年低于 11%。值得注意的是，几类传统的行政行为（行政处罚、行政许可、行政裁决、违法要求履行义务、行政强制措施、要求履行法定职责、行政补偿）加在一起，已经不到三分之一。<sup>7)</sup>

可以肯定的是，行政诉讼法的修改，尤其是立案登记制度的改革，引发了大量诉讼，其中不乏内容琐碎、重复、没有实际意义的诉讼。从诉权保护角度来，当前的立法进行有效的制度

---

5) 最高人民法院关于行政审判工作情况的报告——2015年11月2日在第十二届全国人民代表大会常务

委员会第十七次会议上”，中国人大网 2015年11月3日，[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2015-11/03/content\\_1949926.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2015-11/03/content_1949926.htm)（最后访问时间：2016年11月6日）

6) 罗书臻：《最高人民法院通报实施立案登记制改革首月情况：立案数超百万当场立案率达9成》，载《人民法院报》2015年6月10日。

7) 何海波：《从全国数据看新《行政诉讼法》实施成效》，《中国法律评论》，2016年第3期，第145页。

设计，但是有关制度的后续操作性解释，或者在个案中的运用，还有待进一步明确或加强。

## 二、新发展：审判为中心的行政诉讼制度

中国共产党的十八届四中全会提出，推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。推进以审判为中心的诉讼制度改革是司法改革的一项重大任务，主要是指在刑事诉讼活动中以法院审判为中心，对于涉及被告人刑事责任的事实认定与法律适用，必须严格遵循法定程序，通过法庭审判进行裁决。事实上，我国行政诉讼法的发展，受民事诉讼、刑事诉讼影响最大，行政诉讼被告是行政主体，其影响乃至干涉法院行政审判的能量大、动机强，因而在行政诉讼领域更需要推进以审判为中心的诉讼制度改革。

### （一）行政争议与审判权

一般来讲，因行政争议提起了行政诉讼，这是立法的概括性规定，以及行政诉讼法第12、13条的肯定和否定列举。由此在行政庭受理之后，是否属于受案范围，或是行政争议，由立案庭、审判庭进行识别。是民事案件，还是行政案件，是无法避免的首要问题。例如，早期涉及土地征收的案件，由于涉及行政合同，故交由民事庭审判，后发现涉及是公法关系，应该由行政庭审判，诸如此类之纠缠或冲突，在新法实施后，仍会出现。

第一，人民以基本权利受到侵害为由，提起行政诉讼。尤其该权利涉及的宪法基本权利，则会以无审判权限为由驳回。造成此因，一是我国无宪法法院；二是宪法无法在行政案

件中适用。因此，向最高法院请求统一解释为宜。例如，1999年，最高人民法院就一民事案件，作出了《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》，很遗憾的是，该批复在2008年被废止。不难发现，在行政诉讼权益的保障过程中，如缺少宪法的支持，则行政诉讼会受阻。例如，韩国具有宪法法院，可以进行有效的、实质的宪法审查，在不能提起行政诉讼的时候，可以以宪法诉讼作为补充救济程序。当然，这项权利也需要谨慎使用。

行政争议与民事争议的分歧，最新在司法解释第11条中有明确规定，“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。”行政诉讼，以专指行政争议而产生的诉讼，当然不包括宪法、刑法等公法产生的争议，其中宪法性质的争议，是国家机构就宪法直接规范的权利义务产生的争议，例如，法律有无抵触宪法，行政法规有无抵触等等。刑事诉讼，则是对于犯罪行为的程序规定，虽包含国家与人民的法律关系，究其本质，与行政诉讼有经纬之分。但也不否认有些行为，有区分之难。例如，警察使用的某些措施是行政强制措施，还是刑事强制措施，均会有实务混淆的问题。一般根据其适用的依据，较为容易区分。同样，行政诉讼中，当事人申请一并解决相关民事争议，立法规定法院可以一并审理。但是在实务中，法院还是会有所选择，迫使行政诉讼附带民事“轮空”。

第二，根据现行的行政诉讼法，立法排除了相应的范围。例如，第13条规定，人民法院不受理公民、法人或者其他组织对

下列事项提起的诉讼：包括国防、外交等国家行为；行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。上述规定，与之前1989年的立法保持一致，将政治行为、抽象行政行为、内部行政行为、行政裁决等予以排除。就此而言，学者的讨论中，上述内容均可逐渐扩展至受案范围，但也取决于立法的限定，审判权的自我限定。除了行政行为外，还有一些非行政行为，例如事实行为，包括公法契约等，均有所受限。从保护相对人合法权益和监督行政的目的出发，将行政诉讼受案范围的立足点放在行政争议范围，有助于解决而因行政职权行为侵犯相对人权益引起争议，这也是符合当前我国的需求。从国外经验看，扩大受案范围，必须和行政诉讼的类型化有效结合，是较为妥当方式。

第三，解决行政审判独立公正的问题。我国行政诉讼的突出问题，就是行政审判的不独立，导致的审判不公正。新法第4条，明确规定了“人民法院依法对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”试图解决这个问题，并从体制上推广跨行政区域法庭的建立。与国外行政法院的建立不同，上述概括性的规定，并无具体的操作或程序性制度安排，仍难以解决审判的独立性问题。2015年1月5日，最高人民法院审判委员会1640次会议审议并通过《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》，并于1月28日公布改规定。2015年1月28日，第一巡回法庭在广州深圳正式成立，巡回区为广东、广西、海南三省区。1月31日，第二巡回法庭在辽宁沈阳正式成立，巡回区为辽宁、吉林、黑

龙江三省。根据《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》，巡回法庭的主要审判任务是审理跨行政区域重大行政和民商事等案件。新成立的跨行政区划管辖案件的法院不只是最高法院巡回法庭，在北京市和上海市，还分别成立了一个新的中级人民法院。

其次，为了保障司法独立，当然也包括行政诉讼的改革的顺利推进，我国司法改革的“法官员额制”也正大力推进，以此确保法官主要集中在审判一线，高素质人才能够充实到审判一线。截止 2015 年底，全国已有两批共18个省份开展司法改革试点。但是这种改革，能否成功，还需拭目以待。

行政审判，不仅在于保护公民权利，而且对于法律秩序的维护，具有重要的意义。解决不了争议，容易导致社会矛盾，官民对立，有效解决纠纷，则可以疏导民怨，加强实施效果。为此，正如部分学者所言，必须在司法权威不加强，审判独立的问题不解决，行政诉讼永远摆脱不了困境。行政诉讼法的修改，必须在司法体制上有所突破，否则修法就没有多少意义。<sup>8)</sup>

## (二) 强化程序正当

任何诉讼，都必须强调程序的正当，没有程序的正当，就无法给以公正的审判。行政诉讼对于程序正义的追求，是裁判请求权的必然要求。从司法权对行政权监督的角度来看，司法审查制度应适应国家治理体系现代化对行政权的要求，保障审判权的依法独立和权力运行机制的健全。只有行政诉讼的程序公正得以确立，司法权的权威性、中立性才会得以认可。

---

8) 章剑生：《行政诉讼法修改的基本方向——以《行政诉讼法》第1条为中心》，《苏州大学学报》，2012年第1期。

第一，程序小改，大进步。2014年的修改，集中于对于行政诉讼审理程序的改进主要围绕简易程序的增设，调解制度的引入，诉讼不停止执行的规范。新法对这三个方面都给予了回应，但与人们所期望的尚有差距。在简易程序的增设上，立法第79条规定了简易程序的适用情形，第80条规定了独任审判制和对审理期限的要求，但上述改革基本是对于原来简易程序之前试点工作的总结。

对调解制度的引入，行政诉讼还与现实具有很大的差距，基本还是保留原有司法解释中所提及的对于部分自由裁量行为的调解，主要集中在行政赔偿和行政补偿案件。行政法原则上，仍然还是不适用调解。我国的行政法长期研究，都表明了行政调解，大有作为。现实之中，行政调解的适用也越来越多。无论从规范主义还是功利主义来看，行政调解的引入，可以在技术上有利于行政争议的解决。我国的行政法学者多次指出，除了制度本身具有的优势之外，还多缘于我国特色的法治背景所导致的行政诉讼主体三方的博弈心态，我国基于这些特色原因而生出的对行政诉讼调解制度的迫切需要，使得我们不由产生警惕之心，这一制度的建立的确能满足各方利益在短期内解燃眉之急，但在法治不健全，行政强势且各种考核机制不健全的背景下，这一制度在长远上发挥的作用将与我们谋求的法治国家的建设之路背道而驰。

也有学者进一步指出，在行政诉讼司法实践中，变相的调解以“协调和解”的样态长期存在，且受到各方的较高评价，从居高不下的裁定撤诉率可见一斑。在此前提下，规范协调和解，让调解制度正式步入司法审查之中可谓水到渠成。当然，调解的适用情形宜限于有行政裁量空间的事项，同时应明确调解自

愿和合法的原则，制作调解书并赋予其判决书的效力。<sup>9)</sup>

此外，现行行政诉讼遵循诉讼不停止具体行政行为的执行原则。由此也该程序改革设置了较多的障碍，无法以停止执行为原则，进行相应的程序设计，不利于保护保护原告的权益。况且，还有大量的程序性完善，例如，执行程序中强化了相应的执行强制措施、增加保全程序、增加和解程序等等。

第二，行政诉讼类型还有待推进。行政诉讼的发展和深化，不应局限在现有的制度上，对比德、日、韩的发展，均以行政诉讼的类型化为主导。例如，日本1962年的《行政案件诉讼法》规定了四种行政诉讼类型，主要是抗告诉讼、当事人诉讼、民众诉讼以及机关诉讼。德国的撤销之诉、义务之诉、确认之诉、一般给付之诉、行政诉讼中的机构之诉、诉讼程序性形成之诉等。韩国的行政诉讼法也以类型化为主，规定了抗告诉讼、当事人诉讼、民众诉讼、机关诉讼等。而诉讼类型化与判决类型化，是两回事，我国的判决在新修改中，强化了类型的效果，提出了试图通过撤销判决、履行判决、给付判决、违法确认判决、无效确认判决等规定，实现行政诉讼的精细化改造。在行政诉讼类型化的规范结构上，目前存在以日本及我国澳门地区为代表的“总则+各章分述”模式、以我国台湾地区为代表的“总则+其他特殊规定”模式、以德国为代表的“受案范围+类型条文”模式等三种不同类型的立法例。相比之下，新《行政诉讼法》的规定还只能算作一种“隐形”的诉讼类型化，即诉讼类型化的意涵依稀体现在受案范围、诉讼程序和裁判类型的规定之中。<sup>10)</sup>

---

9) 湛中乐：《论《中华人民共和国行政诉讼法》的修改》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2012年第

第三，行政公益诉讼没有制度创设。理论界对于行政公益诉讼的必要性和可行性已经基本达成共识。<sup>11)</sup>很遗憾的是，《行政诉讼法》中并没有增加公益诉讼的条款，而民事诉讼法已经具有相应的内容，行政诉讼公益诉讼的缺位，与我国的行政诉讼发展不相符合。尤其是对大量侵害社会公益的案件，将无法得到救济。当然，在修法中，由于公益诉讼对检察机关的定位不同，且有些部门反对检察机关做行政诉讼的原告，分歧较大，没有形成立法。但长远来看，公益诉讼必须推进，以此形成完整的诉讼体系。

#### 审查标准与自由裁量权的控制

在行政诉讼中，我国法院只能审查行政行为的合法性，当然新的立法增加了对于明显不当的认定，合理性审查仍是受到了严格的限制。法律对于法院的审查标准的力度，以及是否严格区分行政机关的裁量权，并没有做严格的区分。这也促使法官具有了很大的裁量权。例如，行政法的基本原则是重要的法律标准，包括了比例性原则、平等性原则、合法预期保护原则等等。均还缺乏有效的运用。当然这里有一个前提，就是需要大量行政案件的积累，以及法官的积极解释法律，才能得以形成。显然，这两个方面，我们都是欠缺的。

在新修改的《行政诉讼法》第70条规定，行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：包括了主要证据不足的；适用法律、法规错误的；违反法定程序的；超越职权的；滥用职权的；明显不

---

10) 章志远：《论变革观在行政诉讼法修改中的运用》，《行政法学研究》，2015年第1期，第48页。

11) 近三年来，学界关于行政公益诉讼研究将近1000篇文章，而其中持支持态度者为众。

当的。其中“明显不当”的增加，清楚地描述了合理性的审查，但是具体的标准，还是缺乏的。过去立法“显失公正”，一般也是以外观的显著来进行判断，明显不当的增加，意味着法院审查范围的扩大，尤其是可以适用撤销判决，更加强化了这种审查。但是，在现有的行政诉讼中，对于行政机关的自由裁量权的控制，还是明显不足。确立司法标准，强化司法控制，是司法审查的应有之意。当然，在这个领域，存在立法部门和执法部门激励的博弈。

第一，行政诉讼的受案范围应继续扩大，进而扩大审查范围。本次立法虽然范围有所扩大。例如，立法把具体行政行为，修改为行政行为，提出了对规范性文件的审查等。但是行政诉讼的受案范围，仍是最具有争议的问题。人民普遍认识到现代行政国家下，国家及其行政机关通过直接或间接的行政措施来影响人民的生活，有效的法律控制必然依赖司法审查的介入。尤其面临存在争议的问题，该如何解决争议，就需要法院最权威的解释。在行政诉讼的推进中，对于抽象行政行为，虽然仅涉及到规范性文件，但是修法讨论中，还是对于规章作为审查的范围，进行控制。当然也包括，这种审查是采取单独的诉讼进行，还是与其他诉讼一样进行审查，同样还有待今后补充修改。此外，对于事实行为纳入范围，也是本次立法的重大的贡献之一。但是对于一些不具有法律约束力的行政决定，例如，行政指导还是不具有可诉性。上述受案范围的扩展，其直接要求就是审查范围的扩充，并提出了较高的要求。行政主体的行政行为的多样性，且具有连续性，决定了单靠行政机关去解释说明，会损坏行政法治，司法控制可以避免行政机关的任意解释或恣意行为，但是法院仅是按照立法的要求或解释来行

为，立法不突破，则司法难进展，没有司法解释做支撑的行政行为，势必会加剧行政机关的行为的合法性，其次，没有司法充分解释的行为，也会因其模糊，而使得行政相对人无法得到有效的保护。

第二，审查的标准应继续的细化。我国行政诉讼法的发展，已经走过了粗线条发展的阶段。目前主要是精细化。加强技术性、可操作性的规范。例如，审查的标准问题，要想争议得到实质性的解决，法院必须具有可操作性的审查标准，我国行政诉讼法主要进行法律审查和事实审查。根据立法的宗旨，对于法律方面，主要是合法性审查，这个标准主要在第70条中，列举了主要证据不足的；适用法律、法规错误的；违反法定程序的；超越职权的；滥用职权的；明显不当的等六种情形。以上规定可以成为概括性的审查标准，其中第六项明显不当也涉及到了合理性审查。从域外经验看，各国体系都比较注重行政权和司法权的平衡。由此影响到了审查标准。例如，美国的《联邦程序法》规定了全面初审的标准，同时还规定了合理性标准、任意性标准等。包括一些个案也确定了一些特别的审查标准，例如严格标准等。由于受解释主义的影响，所以审查标准的问题，具备多样性，也为行政诉讼的推进，提供了必备的法律支持。

司法审查的标准应当能够被法院所遵循，具有原则性也必须有灵活性。我国合法性及有限合理性的审查，还比较抽象。由于法官不具有自由解释法律的权力，也不会受到判例的影响或拘束。这使得同案不同判的情况，也大量存在。对此，应不断在个案审判中深化现有标准，形成不同的法律审查标准和事实审查标准，加大对于自由裁量权的司法控制，形成体系化的合

法性审查标准和合理性审查标准。

### 三、结语

我国行政诉讼法的修改，目的在于保障公民的诉讼权利，在于对于行政机关的有效监督。通过本次修法，法制虽已逐步完善，但仍有不足。我国的修法，仍需要立足保障人民诉讼权利的角度，有效吸收来自德国、日本、韩国等国家行政诉讼制度改革有效的国家的成熟经验，进行深入的改革。同时，要进一步发挥学术界的有效的作用，行政诉讼制度具有实务性,并且以具体、个别的案件为基础,所以单纯从法理论的角度来解决问题肯定是不够的。所以，为了法制的正确运用以及判例的方向定位,需要学术界对此需作出不断的实质性研究。

## 중국 행정소송법 개정의 시사점과 전망

양 향 동

### 《 目 次 》

- I. 중국 행정소송법제의 진보
- II. 새로운 발전: 심판을 중심으로 한 행정소송제도
- III. 결어

**초 록:** 중국은 2014년 <행정소송법>에 대한 개정작업을 진행하였고, 이를 통해 사건수리의 범위를 확대하고 공정절차에 대한 설계를 완성하였으며, 최대한도 내에서 인민의 소송권보호를 모색했다. 행정소송법은 의법치국의 배경에서 추진되어 법실천중 일정 성적을 얻어내었다. 소권보호의 측면에 입각하여 심판중심의 체제의 개혁으로의 점차적인 추진과 행정소송법의 미래에를 위해선 좀 더 개정이 필요하다. 제도상 소송유형화 모델을 형성하고 심판체제상 심판권 행사의 독립을 보장하여 행정쟁의가 실질적인 해결을 이루어 낼수 있도록 해야한다.

**키워드:** 행정소송법, 개정, 안건수리범위, 심판권

중국의 행정소송법은 북양정부 시기에 시작되어 1914년 정식 행정소송제도를 갖추기 시작하였고, 그 이후 몇 차례의 변화를 겪어왔다.<sup>1)</sup> 1982년 중국은 <중화인민공화국 민사소송법(시행)>을 공포하며 행정소송제도의 건립을 추진했다. 1989년 4월 4일 제7차 전국인민대표대회에서 <중화인민공화국 행정소송법>이 통과되었고, 1990년 10월 1일부로 정식 시행되었다. 행정소송법의 공포는 중국 민주법치 건설과정의 중요한 단계로, 이로 인해 중국 행정법학 연구는 더욱 활발해 질 수 있었다. 지난 20년이 넘는 시간 동안, 행정소송법의 실시에는 제도상의 정립 뿐 아니라 체제의 뒷받침도 요구되었다. 특히 다양한 사법해석과 지도성 사례는 입법 흠결을 보완하는 역할을 해내었고, 본 법안의 적용 효율을 상승시켰다. 또한 2014년, ‘입안난(難), 심리난(難), 집행난(難)’의 3가지 어려움을 해결하기 위해, 중국은 처음으로 행정소송법에 대규모 수정을 가했다. 이는 의법치국의 이념을 진일보시키고, 절차의 정당성과 법치행정, 인권보장, 권력제약 등의 기본원칙을 실현함으로써 사회의 요구에 회답하였다. 중국 행정소송법의 체계와 내용의 변천과정은 대륙법계로의 회귀이며, 법치주의의 산물이라 할 수 있다. 특히 2014년의 개정작업은 시급했던 사회의 여러 모순들과 공권력의 자의적인 사권침해의 문제에 있어 행정소송법이 가지고 있던 ‘유명무실’의 문제를 해결하는데 기여

1) 1914년5월1일, 북양정부가 공포한 <중화민국약법>의 제8조는 인민은 법률 규정에 따라 행정관서에 탄원을 평정원에 진술을 할 권리가 있다고 규정하였다.

하였다.

## I. 중국 행정소송법제의 진보

1989년 <행정소송법> 제1조는 “인민법원의 정확하고 신속한 행정사건 심리를 보증하고, 공민과 법인 및 기타조직의 합법권익을 보호하며, 행정기관이 법에 따라 행정직권을 행사하는 것을 유지감독하기 위해 헌법에 근거하여 본법을 제정한다”고 규정하였다. 이에 비해 2014년 개정 이후의 동법 제1조는 “인민법원의 공정하고 신속한 행정사건의 심리 및 행정쟁의의 해결을 보장하고, 공민과 법인 및 기타조직의 합법권익을 보호하며, 행정기관이 법에 따라 행정직권을 행사하는 것을 유지감독기 위해 헌법에 근거하여 본법을 제정한다”고 수정하며, ‘공정’에 관한 부분을 강조하고, ‘신속한 행정쟁의의 해결’에 대한 부분을 추가하였다. 이로 인해 개정법은 실질적인 행정소송의 가치정립을 더욱 명확히 하고, 인민의 권리를 침해하는 위법행위에 대하여 권리구제를 신청할 수 있게 되었다. 행정쟁의에 관한 부분은 후속되는 조항을 통해, 행정행위로 인하여 발생한 쟁의사건을 명확히 하였고, 법률의 특별규정이 있는 경우 외에는 모두 행정소송의 제기가 가능하도록 하였다.

신법<sup>2)</sup> 제2조는 “공민, 법인 혹은 기타조직이 행정기관과 공무원의 행정행위에 의해 합법권익을 침해받았다고 여겨질 시, 본법에 따라 인민법원에 행정소송을 제기할 권리가 있

---

2) 1989년<행정소송법>과 구별을 위해 2014년 개정된 <행정소송법>은 신법이라 칭한다.

으며, 여기서 말하는 행정행위는 법률, 법규, 규장에 의해 수권받은 조직이 하는 행위를 말한다”고 명확히 규정하고 있다. 본 조항의 포괄적인 규정은 행정소송법 전반에 진일보한 이론기반을 제공했다. 지금껏 중국의 행정소송법은 그 명확한 의도가 잘 드러나지 않고, 권익옹호가 힘들어 행정구제절차를 밟는데 어려움이 있었다. 이에 신법은 행정소송법의 의의가 중국법제에서 진정을 실현될 수 있는가에 대한 고찰을 하도록 한다.

20세기, 중국이 현대화 과정에 들어서, 많은 우여곡절을 겪으며 정치체제와 경제질서, 법률구조의 개혁에 대해 더욱 신중히 추진되어 왔다. 2004년 중국은 헌법의 부분개정을 통해 물질문명과 정치문명, 정신문명의 조화발전을 추진하도록 하였다. 이를 기초하여 행정소송법의 발전은 국가적 특색, 헌법의 인도, 독일등 대륙법계 행정소송법의 이념과 서방의 법치정신에 국한되지 않고, 중국 행정소송 개혁의 동력과 원천이 되었다. 행정소송법의 발전은 민주 및 법치와 그 길을 같이한다. 중국 ‘18대’ 이후, 3)전면적으로 추진된 “의법치국”의 방침은 정치건설과 개혁의 주요 임무로 확립되었으며, 사회주의 법치국가 건설에 중요한 기반을 거대한 환경의 변화를 이끌었다. 또한 이는 여러해 동안 논쟁이 되어왔던 행정소송법의 개정작업에 중요한 계기를 제공하였다.

행정소송은 “아치형 법치국가에서의 썬기들”을 보장한다.<sup>4)</sup> 2014년 의 개정은 그 개정폭이 비교적 컸고 조항수도

3) 20012년 11월 03일 북경에서 열린 중국 공산당 제18차 전국인민대표대회를 말한다.

104개로 증가했다. 비록 민사소송법이나 형사소송법의 변화 정도에 미치지 못할지라도, 그 내용상으로는 사건수리의 범위, 간이소송절차의 증대, 소송절차의 강화, 소송판결유형의 개혁 등으로, 최근 20년간 가장 큰 변화로 볼 수 있다. 입법목적에 따르면 이러한 변화는 인민의 권리보장에 있고 국가행정권 합법행사의 감독에 있으며, 사법기능을 강화하고 더 많은 행정쟁의를 소송을 통해 해결하려는 데에 있다.

행정소송법의 개정작업 외에도, 최고인민법원은 관련된 사법해석을 발표하였으며 <중화인민공화국 행정소송법 약간문제의 해석>(2015년4월20일, 최고인민법원심판위원회 제1648차회의 통과)를 발표하였으며 이는 입안등기, 사건수리, 민사쟁의, 소송절차 등 자주 제기되었던 해석문제에 대해 집중적으로 해결하는 내용으로, 총 25개 조항으로 이루어져 있다. 특히 최고인민법원의 <인민법원등기입안 약간문제에 관한 규정>은 행정소송의 입안등기상 문제들에 대하여 많은 개선을 하였다. 이에 대응하는 주요 심판체제의 개혁인 신법 제18조 제2항은 "최고인민법원의 기준을 거쳐 고급인민법원은 심판업무의 실제상황에 따라 일부 인민법원의 행정구역관할을 벗어난 행정사건에 대하여 관할을 확정할 수 있다."고 규정하였다. 중국은 행정법원을 설치하지 않았고, 인민법원에 행정법정이 있어 행정소송업무를 담당하기 때문에 사법독립과 관련하여 간섭을 받을 여지가 있다. 행정구역을 초월하는 법원의 설립은 중국 사법개혁중

---

4) Richard Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 9.

‘탈지방화’, ‘탈관료제화’의 증대한 실천으로 법원 심판의 효율성을 증대시켰다는 중요한 의의가 있다.

신법이 실시된 1년간 행정소송 사건은 대폭 증가하였다. 최고인민법원의 통지에 따르면, 2015년 5월 1일부터 31일까지 입안등기제가 실시된 한달간, 전국법원에 등기된 사건이 1,132,714건으로 동기대비 29%가 증가하였으며, 현장 등기율은 90%에 이르렀다. 그 중 행정사건의 증가폭이 가장 컸고 등기건수는 29,924건으로 동기대비 221%나 증가했다. 개별 지방법원 행정사건의 증가폭은 더욱 놀라운 수준이며, 그 중 천진시의 법원은 동기대비 7배가 증가하였고, 산서성·상해시의 법원은 동기대비 5배가 증가하였으며, 절강성의 법원은 3배가 증가하였다. 5)오늘날에 이르러 입안등기제가 가져온 이러한 변화는 매우 환영할 만하다. 하지만 동시에 사건수량의 급증이 법원, 특히 행정법정에 가중시키는 업무의 압박에 대해서도 주의할 필요가 있다. 2015년 한 해 동안의 1심 행정소송사건은 동년대비 55%가 증가하여 22만건에 이르렀다. 6)법원이 수리한 사건 중 공안사건이 한 때 행정소송건 중 가장 많았지만 그 비율이 점차 줄어들어 3번째에 머물렀고, 이제는 도시건설과 자원관련 소송이 10여년 연속, 가장 많은 비율을 차지하는 두가지 유형으로 자리잡았으며 이 두가지 소송유형을 합치면 전체

5) “최고인민법원의 행정심판업무상황에 관한 보고 -2015년 11월2일 제12기 전국인민대표대회상무위원회 제17차회의” 중국인민대표대회 홈페이지 2015년 11월 3일.

[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2015-11/03/content\\_1949926.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2015-11/03/content_1949926.htm)  
2016년11월6일방문.

6) 罗书臻：《最高人民法院通报实施立案登记制改革首月情况：立案数超百万当场立案率达9成》，载《人民法院报》2015年6月10日。

30%이상을 차지한다. 주택철거, 토지징발과 같은 문제는 이미 사회의 뜨거운 쟁점으로 대두되었으며, 법원은 이러한 모순의 해결을 위해 적극적으로 대처하고 있다. 행정행위 유형 중 행정처벌은 여전히 가장 큰 분류지만 그 비율은 최근 몇년간 감소하여 2015년말에는 11%에 이르렀다. 주의 할만한 점은 이러한 유형의 전통적 행정행위(행정처벌, 행정허가, 행정재결, 위법한 의무이행요구, 행정강제조치, 행정청에 대한 의무이행요구, 행정보상)를 합하여도 이미 3분의1이 되지 않는다.<sup>7)</sup>

긍정적인 것은 행정소송법의 개정, 특히 입안등기제의 개혁은 다량의 소송을 발생시켰고, 그 중 잡다하고 복잡하며 실질적인 의의가 없는 소송이 적지 않다. 소권 보호의 측면에서 보면 이러한 입법과정은 효과적인 진행을 하고 있지만, 관련제도의 후속단계의 작업 또는 각 사안 중의 적용은 좀 더 명확하고 강화될 필요가 있다.

## II. 새로운 발전: 심판을 중심으로 한 행정소송제도

중국공산당 제18기 4중전회에서는 심판을 중심으로 한 소송제도 개혁의 추진과 법률의 검증을 통해 제소된 사건의 사실증거에 대한 조사·심사의 확보 요구가 제기되었다. 심판을 중심으로 한 소송제도 개혁의 추진은 사법개혁의 중대 임무로서 주요하게는 형사소송활동 중에서 법원심판을 중심으로 하도록 하는 것을 가르킨다. 즉, 관련 피고인의 형사

7) 何海波：《从全国数据看新《行政诉讼法》实施成效》，《中国法律评论》，2016年第3期，第145页。

사건의 사실인정과 법률적용에 대하여 반드시 엄격한 법정 절차를 준수하고 법정심판을 통해 판결을 진행해야 한다는 것이다. 사실상, 중국 행정소송법의 발전은 민사소송과 형사소송의 영향을 많이 받아왔으며, 더구나 행정소송의 피고는 행정주체이고 그 영향이 관련법원의 행정심판 역량에 관계가 있으므로 행정소송영역에서는 더더욱 심판을 중심으로 한 소송제도의 개혁이 필요하다.

### (1) 행정쟁의심판권

일반적으로 행정쟁의로 인해 제기된 행정소송은 입법상 개괄적으로 규정되어있고, 행정소송법 제12조· 제13조에 수리 가능한 사건의 범위와 불가능한 사건의 범위가 열거되어 있다. 이에 근거하여 행정법정이 사건을 수리한 후, 사건의 수리범위에 포함되는지 혹은 행정쟁의인지, 입안법정과 심리법정에서 구분한다. 민사사건인가 행정사건인가의 문제는 피할 수 없는 중요한 문제이다. 예를 들어, 일찍이 토지징수와 관련된 사건이 행정계약과 관련되어 민사법정에서 심판되어도, 차후에 공법관계가 관련된 것이 밝혀지면 행정법정에서 심판해야 하며, 이렇듯 여러 요소가 혼합되어 있거나 충돌하는 분쟁의 유형은 신법 실시 이후에도 여전히 등장하고 있다.

첫번째, 인민은 기본권리의 침해를 사유로 행정소송을 제기한다. 이때 침해받은 권리가 헌법상의 기본권에 해당한다면 심판권한이 없음을 이유로 기각될 수 있다. 이는 첫째, 중국은 헌법재판소가 없고, 둘째 헌법적 요소는 행정사건에 적용될 수가 없기 때문이다. 따라서 이러한 문제에 대해 최

고법원이 통일적인 해석을 내려줄 필요가 있다. 일례로, 1999년 최고인민법원은 한 민사사건에 대해 <성명권을 침해한 수단으로서 헌법상 보장되는 국민의 교육받을 기본권리를 침해받을 시 민사책임을 부담해야 하는가에 관한 회답>을 발표하였지만, 아쉽게도 이 <회답>은 2008년 폐지되었다. 행정소송 권익보장의 과정 중 헌법의 지지가 부족하다면, 행정소송은 장애에 부딪힐 것이다. 한국의 경우를 보면, 헌법재판소를 가지고 있어 유효하고 실질적인 헌법심사를 진행할 수 있기 때문에, 행정소송을 제기할 수 없을 때도 헌법소원으로서 구제절차를 밟을 수 있다. 물론 이러한 권리도 신중히 사용되어야 할 것이다.

행정쟁의와 민사쟁의의 구분은 최신 사법해석 제11조에서 “행정기관은 공공이익 또는 행정관리목표를 실현하기 위하여 법정직무 범위내에서 국민, 법인 혹은 기타조직과 행정법상의 권리의무내용을 가지고 있는 계약을 체결하는 경우, 행정소송법 제12조 제1항 제1호에 해당하는 행정계약으로 규정한다”고 명확히 밝히고 있다. 또한 행정소송은 전적으로 행정쟁의로 인해 야기된 소송을 가르킴으로서 헌법, 형법등의 공법에 의해 발생된 쟁의를 포함하지 않는다. 여기서 말하는 헌법성질의 쟁의는 국가기구가 헌법에 대해 직접규범한 권리의무에 근거하여 발생된 쟁의로, 법률이 헌법에 저촉되는가 혹은 행정법규가 헌법에 저촉되는가 등의 쟁점이 포함된다. 그 밖에 형사소송은 범죄행위에 대한 절차규정으로 국가와 인민의 법률관계를 포함하지만, 행정소송과는 그 본질이 다르다. 예를들어 경찰이 사용한 어떠한 조치들에 행정강제조치인지 형사강제조치인지 실무적으로 혼

합되어 있는 문제가 있을 수 있는데, 이 경우 그 적용의 근거에 따르면 구분이 용이하다. 마찬가지로 행정소송 중 당사자가 병합하여 관련 민사쟁의를 신청하는 경우, 입법상 법원도 병합하여 심리할 수 있다고 규정하고 있다. 하지만 실무에서 법원은 아직 선택의 기로에 있고, 무리하여 행정소송에 민사쟁점요소를 가지고 가는 현상이 있다.

두번째, 현행 행정소송법에 근거하여, 입법은 상응하는 범위를 배제하였다. 예를 들어, 제13조 규정에 따르면 인민법원은 공민, 법인 혹은 기타조직이 행정소송을 제기할 수 없는 예외적인 규정을 두고 있는데, 여기에는 국방·외교 등 국가행위; 행정법규; 규정 혹은 행정기관이 제정·공포한 일반적 구속력이 있는 결정·명령; 행정기관이 공무원에 대하여 행한 인사에 관한 결정; 법률의 규정에 따라 행정기관이 최종적으로 재결한 구체적 행정행위가 이에 포함된다. 본 규정은 개정 전 행정소송법과 동일하게 유지되고 있는데, 정치행위·추상적 행정행위·내부행정행위·행정재결 등을 배제하고 있다. 이에 대해 학계에서는 앞서 언급한 내용들이 점차적으로 사건 수리범위로 확대되고 있으면서도, 입법의 제한 때문에 심판권이 스스로 한계를 만들고 있다고 평가한다. 행정행위 외에 또다른 일부 비행정행위 즉, 공법상계약을 포함한 사실행위도 모두 그 제한을 받고 있다. 상대방의 합법권익과 행정감독의 목적에서 보았을 때, 행정소송사건 수리 범위의 기반은 행정쟁위의 범위에 근거하는 것이 쟁의의 해결에 유리하고, 이 것이 또한 현재 중국사회의 요구에 부합하는 것으로 보인다. 외국의 경험칙에서 보면, 사건 수리범위를 확대하는 것은 분명히 행정소송의 유형화에 효과

적이고 타당한 방식이라 여겨진다.

세번째, 행정심판의 독립공정문제를 해결한다. 중국 행정소송의 고질적인 문제점은 행정심판이 독립되지 못하였고, 이로 인해 심판의 불공정성이 문제된다는 것이다. 신법 제4조는 “인민법원은 법에 따라 행정사건에 독립적으로 심판권을 행사하고, 행정기관과 사회단체 및 개인의 간섭을 받지 않는다”고 규정하고 있다. 그리고 이 문제의 해결을 시스템적으로 시도하기 위한 한 방안은 행정지역을 초월한 법원을 설립하는 것이다. 외국의 행정법원의 설립과 달리, 앞서 언급한 개괄적 규정은 결코 구체적인 방식이나 절차적인 제도가 없었고, 심판의 독립성 문제를 여전히 해결하기 힘들었다. 이에 2015년 1월 5일 최고인민법원 심판위원회 1640차 회의에서 통과한 <최고인민법원의 순회법정심리사건의 약간문제에 관한 규정>이 1월 28일 공포되었다. 2015년 1월 28일 제1순회법정은 광주 심천에 정식 설립되었고, 담당구역은 광둥, 광서, 해남등 세곳의 성지역으로 결정되었다. 1월31일 제2순회법정이 요녕성 심양에 정식 설립되었고, 담당구역으로는 요녕, 길림, 흑룡강등 세곳의 성지역으로 결정되었다. <최고인민법원의 순회법정심리사건의 약간문제에 관한 규정>에 따르면 순회법정의 주요한 임무는 행정구역의 범위를 뛰어넘는 중대한 행정과 민상사사건을 심리하는 것이다. 새로 설립된 탈행정지역 관할사건 법원은 최고인민법원 순회법정일 뿐 아니라 북경시와 상해시에 따로 새로운 중급인민법원을 설립하였다.

또한 사법독립을 보장하고 행정소송 개혁의 순조로운 추진을 위하여 중국 사법개혁은 정예법관제(法官額制)또한

적극적으로 추진하였고, 이를 통해 법관이 심판에 집중할 수 있도록 하고, 높은 수준의 인재를 일선 심판업무에 순조롭게 그 역량을 펼칠 수 있도록 하였다. 2015년 말까지, 시범지역으로 지정된 전국 18개 성에서 사법개혁이 진행되고 있지만, 이러한 개혁이 성공은 아직 더 두고봐야할 필요가 있다.

행정심판은 국민의 권리를 보호하는 것 뿐 아니라, 법률 질서의 유지에 있어서도 중요한 의의가 있다. 해결할 수 없는 쟁의는 사회모순과 민관대립을 야기시키고, 효과적인 분쟁의 해결은 민원을 해결하며 행정실시의 효율을 높인다. 따라서 학자들의 주장처럼 사법권위를 강화하지 않고, 심판 독립의 문제를 해결하지 않으면 행정소송은 영원히 현재의 곤경에서 벗어날 수 없다. 행정소송법의 개정은 반드시 사법체제의 난관을 돌파할 수 있어야 하며, 그렇지 않으면 신법의 개정도 더이상 의의가 없다.<sup>8)</sup>

## (2) 절차정당성의 강화

어떠한 소송이든 모두 절차의 정당성은 강조되어야며, 절차의 정당성이 없으면 공정한 심판을 이루어낼 수 없다. 행정소송에서 절차의 정의를 추구하기 위해서는 대해서는 재판청구권의 필수적인 요구이다. 사법권의 행정권에 대한 감독의 입장에서 보았을 때, 사법심사제도는 현대화된 국가 지배구조시스템 행정권에 대한 요구에 적응해야하며 심판권의 법적독립과 권력운영기제의 건전성도 보장되어야 한다. 행

8) 章剑生：《行政诉讼法修改的基本方向——以《行政诉讼法》第1条为中心》，《苏州大学学报》，2012年第1期。

정소송절차의 공정성이 확립되었을 때만이 사법권의 권위성과 중립성도 인정받을 수 있다.

우선은, 절차의 작은 변화와 큰 진보이다. 2014년 개정은 행정소송심리절차의 개선은 주요하게 간이절차의 증설, 조정제도의 도입, 소송집행부정지의 규범 부분에 있다. 신법은 이 3가지 방면에 모두 응답하였지만 사회가 바라는 기대와는 아직 거리가 있다. 간이절차의 증설과 관련하여 입법 제79조는 간이절차를 적용하는 경우에 대해 규정하였고, 제80조는 독립심판제와 심리기한의 요구에 대해 규정하였으나 이러한 개혁의 기본은 본래 간이절차의 시행작업에서 크기다름이 없다.

조정제도의 도입에 대해서도 행정소송과 현실은 큰 차이를 가지고 있다. 기본적으로 사법해석에서 언급하였듯, 일부 자유재량행위의 조정은 주로 행정배상과 행정보상사건에 집중되어있다. 즉, 행정법 원칙은 여전히 조정에 적용되지 않는다. 중국 행정법계에서 장기간 진행되어 온 연구에 의하면 행정조정은 실제로 큰 역할을 해낼 수 있다고 밝히고 있으며, 현실에서 행정조정이 적용될 수 있는 부분도 점점 많아지고 있다. 규범주의 혹은 공리주의의 관점에서 보았을 때, 행정조정의 도입은 기술상 행정쟁의의 해결에 도움이 된다. 중국의 행정법 학자들이 여러번 지적하였듯, 조정제도 본연의 우수성 외에도, 이는 중국 특색의 법치배경에 의해 야기된 행정소송 세가지 주체의 수위기 심리에 기반한다. 중국이 이러한 특수 원인으로 인해 구성원들의 경계심이 존재하는 현 사회에서, 이와 같은 제도의 건립은 확실히 단기간 내에 당사자들이 긴박한 문제를 해결할 수 있도록

할 것이다. 하지만 법치와 각종 심사기제의 불건전한 환경에서, 본 제도가 장기적으로 발휘할 작용은 우리가 추구하는 법치국가의 건설과는 다른 방향으로 갈 수도 있다.

어떤 학자들은 나아가 행정소송의 사법실천 중에서 조정은 "화해협의"의 형태로 이미 장기간 존재해왔고 당사자들의 좋은 평가를 받아왔다고 지적했다. 이는 고공 행진하는 소송취하율을 보더라도 알 수 있다. 이러한 전제하에서 화해협의를의 규범은 조정제도가 정식으로 사법심사 중 자연스럽게 편제되도록 할 수 있다. 물론 조정이 적용되는 상황은 행정재량의 사항에 한정되어야 하고, 동시에 자원 조정과 합법의 원칙을 확립하여 조정서에 판결의 효력을 부여할 수 있도록 해야한다.<sup>9)</sup>

이 밖에, 현행 행정소송은 소송 중 '구체적 행정행위 집행 부정지' 원칙을 따르고 있다. 이 때문에 절차개혁의 과정에 적지 않은 난관이 있고, 집행정지를 원칙으로 하는 절차를 설계할 수가 없어 원고의 권익보호에 불리하다. 여기에 다량의 절차 개선은 집행절차 시행 중 강제조치집행을 강화하고, 절차보전과 화해절차를 증가시켰다.

두번째, 행정소송의 유형화가 추진될 것으로 기대된다. 행정소송의 발전과 심화과정은 현재의 제도에 국한되서는 안 된다. 독일, 일본, 한국의 발전과정을 보면 모두 행정소송의 유형화에 의해 주도되었음을 알 수 있다. 예를 들어, 일본은 1962년의 <행정사건소송법>에서 4가지 행정소송유형을 규정하였는데, 주요하게는 항소소송·당사자소송·민중소송

9) 湛中乐：《论《中华人民共和国行政诉讼法》的修改》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2012年第1期。

및 기관소송이 있다. 또한 이러한 행정소송의 유형화는 독일에서 취소의 소·의무의 소·확인소·일반급부의 소·행정소송중의 기구의 소·소송절차성 형성의소 등으로 표현되며, 한국도 항고소송·당사자소송·민중소송·기관소송등으로 유형화하고 있다. 소송유형화와 판결의 유형화는 서로 다른 개념으로, 중국의 판결은 개정 과정을 통해 유형의 효과를 강화하였고, 취소판결·이행판결·급부판결·위법확인판결·무효확인판결 등의 규정을 통해 행정소송 세분화의 실현을 시도하였다. 행정소송유형화의 규범구조상, 오늘날 일본과 마카오 지역을 대표로 하는 “총칙+각장분설”형태, 대만지역을 대표로 하는 “총칙+기타특수규정”형태, 독일을 대표로 하는 “사건수리범위+유형조문”형태의 3가지 유형의 입법례가 존재한다. 이와 비교하였을 때 중국 신<행정소송법>의 규정은 아직도 불투명한 소송유형화로 즉, 소송유형화 그 의의의 모호함이 사건수리범위, 소송절차, 재판유형의 규정 중 나타나고 있다.<sup>10)</sup>

세번째, 행정공익소송의 제도가 창설되지 않았다. 이론계에서는 이미 오래 전부터 행정공익소송의 필요성과 가행성에 대해 공통적으로 인식하고 있었다. <sup>11)</sup>아쉬운 점은 <행정소송법>에는 공익소송에 관한 조항이 추가되지 않았지만, 민사소송법은 이미 상응하는 내용을 가지고 있고, 행정소송공익소송의 부재는 중국의 행정소송발전의 노선에 부합하지 않는다. 특히 오늘날 다량의 사회공익침해의 사건에

10) 章志远：《论变革观在行政诉讼法修改中的运用》，《行政法学研究》，2015年第1期，第48页。

11) 최근 3년간, 학계에서 행정공익소송에 대한 연구는 1천편가까이 되며 이를 지지하고 있다.

대하여 구제를 받을 방법이 없다. 물론 개정 과정에서 검찰 기관에 대한 공익소송의 지위가 다르고, 일부의 상황에 대해 검찰기관이 행정소송의 원고가 되는 것을 반대하기 때문에, 그 입장차가 커 입법적으로 완비되지 못한 부분이 있다. 하지만 장기적으로 보았을때 공익소송은 반드시 추진되어야 할 것이며, 이는 소송체계의 완성에 중요한 밑바탕이 될 것이다.

### (3) 심사표준과 자유재량권의 통제

중국 법원은 행정소송 중, 단지 행정행위의 합법성수에 대해 심사할 수 밖에 없다. 물론 새로운 입법을 통해, 명백한 부당성에 대한 인정을 추가하였지만, 합리성심사는 여전히 엄격한 제한을 받고 있다. 또한 법률은 법원의 심사표준의 역량 및 행정기관의 재량권에 엄격한 구분을 할지에 대해서 엄격히 규정을 해놓고 있지 않다. 이 또한 법관에게는 더 많은 재량권을 부여하게 되는 요소이다. 예를 들어, 비례성원칙·평등성원칙·합법기대보호원칙과 같은 행정법의 기본원칙은 중요한 법률표준이지만, 모두 아직 효과적인 운용이 부족하다. 이러한 운용을 위한 전제는 대량으로 누적된 행정사건으로 부터 나오는 경험과 법관의 적극적인 법률해석인데, 중국은 아직 이 두 가지 방면에서 모두 부족함을 나타내고 있는 실정이다.

개정<행정소송법> 제70조는 인민법원이 취소 혹은 일부 취소의 판결을 내리고, 또한 피고가 새로 행정행위를 하도록 판결할 수 있는 행정행위를 규정하고 있다. 이러한 행정행위에는 주요증거가 부족한 경우, 적용된 법률·법규에 착

오가 있는 경우, 법정절차를 위반한 경우, 직권을 벗어난 경우, 직권을 남용한 경우, 부당함이 명백한 경우가 포함된다. 그 중 행정행위의 부당함이 명백한 경우에 대한 추가는 분명히 법률이 합리성의 심사에 대해 표현하는 것이다. 하지만 그 구체적인 표준은 아직 결여되어 있다. 과거 입법의 ‘공정성의 실추’는 일반적으로 외관적으로 드러나는 부분에 의해서 판단하였는데, 명백한 부당성의 언급은 법원 심사범위의 확대를 의미하고, 특히 취소판결을 적용하여 이러한 심사를 더욱 강화할 수 있다. 하지만 기존의 행정소송 중 행정기관의 자유재량권에 대한 통제는 아직도 현저히 부족해보인다. 사법표준을 확립하고 사법통제를 강화하는 것은 사법심사에 있어 당연한 이치가 되어야 한다. 물론 이 영역에서 입법부와 집행부가 수싸움은 여전히 존재한다

첫번째, 행정소송의 사건수리의 범위는 더욱 넓어져야 하고, 나아가 심사범위도 확대해야 한다. 이번 입법을 통해 ‘구체적인 행정행위’를 ‘행정행위’로 수정한 것과 규범성문건에 대한 심사를 제시한 부분을 보면 그 범위가 확대된 것으로 보인다. 하지만 행정소송사건의 범위는 여전히 논쟁의 여지가 남아있다. 현대 행정국가에서 국가 및 기타 행정기관이 직·간접적으로 행정조치를 통해 일상 생활에 영향을 미치는 것은 이미 보편적으로 인식되어 있고, 따라서 효과적인 법률통제를 위해서는 사법심사의 개입이 필요하다. 특히 논쟁이 있는 쟁점에 대해 어떻게 해결할 것인가에 대한 법원의 권위적인 해석이 필요하다. 행정소송의 추진과정 중 추상적 행정행위에 대해 관련된 규범성문건이 존재함에도 불구하고, 개정논의에서는 여전히 규장에서 심사범위를 기

준으로 통제를 실시하고 있다. 물론 이러한 심사가 단독의 소송진행 방식을 취하는지, 아니면 기타소송과 같이 심사를 진행하는지에 대해서도, 향후 보충적인 개정작업이 필요하다. 그 외에 사실행위를 범위에 추가하는 것도 이번 입법의 중요한 공헌 중 하나이다. 하지만 행정지도 같이 일부 법률 구속력이 없는 행정결정은 역시 아직 심사가능성이 없다. 상술한 사건수리범위의 확대가 요구하는 것은 심사범위의 확충이고, 비교적 높은 요구조건을 제시하고 있다. 행정주체의 행정행위의 다양성은 연속성이 있으며, 행정기관 일방에 기대어 해석을 결정하는 것은 행정법치를 훼손시킬 수 있다. 이러한 위험에 대하여, 사법통제는 행정기관의 임의적 해석 또는 자의적 행위로 부터 벗어날 수 있는데, 법원이 단지 입법적 요구 또는 해석에 따라서만 판단하면 사법발전에 진전이 어렵고, 사법해석이 받쳐주지 않는 행정행위는 행정기관 행위의 합법성을 악화시킬 수 있으며, 사법이 충분히 해석하지 않은 행위는 그 모호성에 의해 행정행위의 대상자로 하여금 효율적인 보호를 받을 수 없도록 한다.

두번째, 심사의 표준은 반드시 지속적으로 세분화되어야 한다. 중국 행정소송법의 발전은 큰틀에서 이미 발전단계에 들어섰다고 볼 수 있고, 이제 중요한 것은 세분화에 관련된 부분이다. 실질적인 해결이 요구되고 있는 심사표준의 문제 같은 경우에는 더욱 기술적인 부분을 강화하고 조절가능한 심사표준이 요구되고 있다. 또한 중국 행정소송법은 법률심사와 사실심사를 진행한다. 입법의 목적에 따라 법률방면에서 합법성심사를 진행하는데, 이와 관련된 부분은 제70조에서, 주요증거가 부족한경우; 적용된 법률·법규에 착오가 있

는 경우; 법정절차를 위반한 경우; 직권을 벗어난 경우; 직권을 남용한 경우; 명백하게 부당한 경우등 6가지 유형으로 분류하고 있다. 이상의 규정은 개괄적인 심사표준이 될 수 있는데 그 중 여섯번 째 ‘명백하게 부당한 경우’는 역시 합리성심사와 관련된다. 외국의 법경험에서 보면, 각국 법체계는 비교적 행정권과 사법권의 균형을 중시하고, 이는 심사표준에 영향을 준다. 예를 들어, 미국의 <연방절차법>은 재판 초심의 전면적인 표준을 규정하고 있고, 동시에 합리성표준과 임의성표준 등을 규정하고 있다. 몇 가지 사안은 엄격표준과 같은 특별한 심사표준을 확정하고 있기도 하다. 또한 해석주의의 영향으로 인해, 심사표준의 문제는 더욱 다양성을 갖게 되며, 행정소송을 위한 법률적 지지를 제공하게 된다.

사법심사의 표준은 법원에 의해 충분히 준수되어야 하고, 원칙성 뿐만 아니라 유연성도 중요하다. 중국의 합법성 및 제한된 합리성의 심사는 아직은 추상적인 단계이다. 법관 스스로 자유해석의 권리가 없지만, 판례의 영향과 구속을 받지않기 때문에, 같은 사례에 다른 판결의 상황이 아직도 많이 존재하고 있다. 이에 대해 지속적으로 개별적 사건심판을 통해 현재의 표준을 더욱 심화시키고, 각기다른 법률심사표준과 사실심사표준을 형성함으로써, 자유재량권에 대한 사법통제를 강화하고 체계화된 심사표준을 형성해야 한다.

### Ⅲ. 결어

중국 행정소송법 개정의 목적은 국민의 소송권리를 보장

함에 있고, 행정기관에 효과적인 감독에 있다. 이번 개정작업을 통하여, 제도적으로 더욱 개선되었다고 볼 수 있지만, 아직 부족함이 있다. 중국의 행정소송법 개정은 여전히 인민소송권리 보장의 측면에서, 독일과 일본, 한국등 국가의 행정소송제도 개혁의 성숙한 경험을 받아들여, 더욱 심도깊은 개혁을 진행해야할 필요가 있다. 동시에 학술계도 더욱 효과적인 역할을 다하기 위해, 단순한 법이론적인 해결이 아닌, 행정소송제도의 실무적 특징과 개별사건을 기반으로 한 연구를 진행해야 할 것이다.

# 세관에 의한 지식재산권침해물품의 수입규제제도

이 충 훈

## 《 목 차 》

- I. 서론
- II. 우리나라 관세법에 근거한 통관보류제도
- III. 한국과 중국의 세관에 의한 지식재산권보호제도의 비교  
및 우리나라 세관에 의한 보호제도의 문제점
- IV. 결론

## I. 서론

중국은 2015년 7월 현재 우리나라의 제1의 수출국이면서, 제2의 수입국으로 전체 교역국 중 1위를 차지하고 있는 우리나라의 최대 무역대상국이다. 또한 2015년 12월 한국과 중국 간의 자유무역협정(Free Trade Agreement)이 발효되어 중국과의 교역은 더욱 증가할 것으로 예상된다. 중국과의 교역이

늘어날수록 우리나라의 지식재산권을 침해하는 물품의 수출입도 늘어날 가능성이 충분히 존재하고 있으며 우리나라의 지식재산권을 침해하는 물품이 중국의 세관에서 적발되는 사례도 증가하고 있는 추세이다.<sup>1)</sup>

지식재산권의 침해가 의심되는 물품의 국내 유통을 막기 위하여 국경에서 통관중인 물품을 세관에서 통관을 저지하는 방법인 이른바 국경조치(Border Measures)를 취하고 있는 나라가 많다. 국경조치란 지식재산권 침해 물품이 국내시장에 유통되기 전에 세관의 통관보류조치 또는 권한 있는 행정기관이나 사법기관에 의한 수입금지명령을 세관이 집행함으로써 해당 물품의 국내 유입을 차단하는 제도를 말한다. 국경조치는 지식재산권 침해 물품에 대한 집행의 효율성 제고를 위하여 미국 등 선진국이 국내적으로 운영해오던 제도로서 「무역관련지식재산권협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : 이하 TRIPS협정이라 한다)」에 반영되었다.<sup>2)</sup>

우리나라의 경우에도 지식재산권침해가 의심되는 물품에 대한 국경조치를 세관과 무역위원회에 권한을 부여하여 시행하고 있으며, 그 근거가 되는 법은 「관세법」과 「불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률」이다<sup>3)</sup>. 한편 중국의

1) 이에 관한 자세한 내용은 김호·이충훈, “중국 세관의 지식재산권보호제도에 관한 연구”, 『문화·미디어·엔터테인먼트 법』제7권 2호(2013), 중앙대학교 문화미디어엔터테인먼트법연구소, 5면 이하 참조

2) 박덕영·이일호, 국제저작권과 통상문제, 세창출판사, 2009, 329면 이하.

경우에도 국경조치에 해당하는 제도가 존재하고 있다. 중국의 경우 세관에서 지식재산권침해물품의 유통을 저지할 수 있도록 하고 있으며, 그 근거가 되는 법규는 《중화인민공화국지적재산권세관보호조례(中华人民共和国知识产权海关保护条例 : 이하 세관보호조례라 약칭한다)》와 《중화인민공화국세관의지식재산권보호조례에관한실시방법(中华人民共和国海关关于〈中华人民共和国知识产权海关保护条例〉的实施办法: 이하 실시방법이라 약칭한다)》이다.

우리나라의 지식재산권을 중국 내에서 보호받기 위하여는 우리나라의 지식재산권자가 중국법상 지식재산권을 보호하는 방법을 정확하기 고찰할 필요가 있으며, 구체적인 통관보류절차를 아는 것도 필요하다고 할 것이다.

이하에서는 우리나라의 세관에 의한 지식재산권보호방법인 통관보류 절차를 소개하고 한국과 중국의 법제도상의 유사점 및 차이점을 고찰한 후, 우리나라의 통관보류 절차의 문제점 및 개선방향을 고찰하고자 한다.

---

3) 우리나라 불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률 제4조부터 제14조의 3에서는 보호되는 특허권·실용신안권(實用新案權)·디자인권·상표권·저작권·저작인접권(著作隣接權)·프로그램저작권·반도체집적회로의 배치설계권이나 지리적 표시 또는 영업 비밀을 침해하는 물품등을 수입하거나 국내에서 제조하는 행위를 금지하고 무역위원회가 직권 또는 신청에 의하여 지식재산권을 침해하는 행위가 있었는지 여부를 조사한 후 지식재산권을 침해하였다고 결정하면 해당 물품의 수입중지 등의 시정조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 불공정무역행위에 관한 내용은 본 주제와 직접적인 관련이 없으므로 이번 논문에서는 제외하고자 한다.

## II. 우리나라 관세법에 근거한 통관보류제도

### 1. 통관보류제도의 의의

「관세법」 제235조 1항에서는 「상표법」에 따라 설정등록된 상표권, 「저작권법」에 따른 저작권과 저작인접권(이하 "저작권등"이라 한다), 「식물신품종 보호법」에 따라 설정등록된 품종보호권, 「농산물품질관리법」 또는 「수산물품질관리법」에 따라 등록되거나 조약·협정 등에 따라 보호대상으로 지정된 지리적표시권 또는 지리적표시(이하 "지리적표시권등"이라 한다), 「특허법」에 따라 설정등록된 특허권, 「디자인보호법」에 따라 설정등록된 디자인권"을 침해하는 물품은 수출하거나 수입할 수 없다고 규정하고 있다.<sup>4)</sup>

이 규정에 따라서 세관은 산업발전을 저해하고 소비자를 기만하는 행위로 국제적으로 금지되고 있는 불공정무역행위인 지식재산권 침해 물품의 수출입을 금지할 수 있는 국경조치를 실시할 수 있다. 우리나라 「관세법」 제235조에서는 세관이 지식재산권침해물품의 보류나 유치(이하 통관보류등이라 한다)를 할 권한이 있음을 명문으로 규정하고 있다. 구체적으로

---

4) TRIPs협정 제51조는 지식재산권침해물품 통관조치 대상으로 상표권과 저작권은 의무사항으로, 특허권 등 기타 지식재산권은 선택사항으로 규정하고 있다. 우리나라의 경우 종전에는 상표권과 저작권, 저작인접권만을 그 대상으로 하였으나 2010년 12월 30일 관세법 제235조를 전면 개정하여 상표권, 저작권, 저작인접권 외에 지식재산권을 그 대상으로 확대하였다.

「관세법」 제235조 3항에서는 지식재산권을 사전에 신고한 자의 요청에 의한 통관보류등을, 제235조 4항에서는 지식재산권을 사전에 신고하지 않은 자의 요청에 의한 통관보류등을, 제235조 7항에서는 세관이 지식재산권을 침해한 물품을 발견한 경우 직권으로 통관보류등을 할 수 있는 규정을 두고 있다.

이하에서는 「관세법」 과 「관세법시행령」, 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」에서 규율하고 있는 세관에 의한 통관보류등의 절차에 관하여 살펴보고자 한다.

## 2. 신청에 의한 통관보류등 절차

가. 지식재산권 신고제도

(1) 지식재산권 신고제도의 의의

「관세법」 제235조 2항에서는 “관세청장은 지식재산권을 침해하는 물품을 효율적으로 단속하기 위하여 필요한 경우에는 해당 지식재산권을 관계 법령에 따라 등록 또는 설정등록한 자 등으로 하여금 해당 지식재산권에 관한 사항을 신고하게 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 신고인은 ①지식재산권을 사용할 수 있는 권리자, ②지식재산권의 내용 및 범위, ③침해가능성이 있는 수출입자 또는 수출입국, ④침해사실을 확인하기 위하여 필요한 사항 등을 적은 신고서 및 해당 지식재산권을 관련 법령에 따라 등록 또는 설정등록한 증명서류를 세관

장에게 제출하여야 한다.<sup>5)</sup> 현재 관세청장은 「관세법」 제235조 2항에 따른 지식재산권의 신고에 관한 업무의 일부를 「관세법 시행령」 제288조 8항에 따라 사단법인 무역관련지식재산권보호협회(이하 “지식재산권보호협회”라 한다)의 장에게 위탁하도록 하고 있다.<sup>6)</sup>

세관장은 지식재산권의 신고를 접수한 후 신고의 적정성을 기하기 위하여 ①상표권 신고 중 상표권 침해여부 판단 관련 사항, ②품종보호권 신고 중 권리를 침해하였음을 증명하는 DNA 분석 등 자료, ③특허권 신고 중 권리를 침해하였음을 증명하기 위해 제출한 자료, ④디자인권 신고 중 권리를 침해하였음을 증명하기 위해 제출한 자료에 대하여 심사를 할 수 있다.<sup>7)</sup>

## (2) 신고유효기간

권리보호를 위한 지식재산권신고의 효력은 지식재산권 신고서 처리결과 통보서로 신고인에게 통보한 날로부터 발생되며, 유효기간은 3년으로 한다. 다만, 지식재산권의 존속기간이 3년 이내에 만료되는 경우에는 존속기간 만료일까지로 한다.<sup>8)</sup>

---

5) 「관세법 시행령」 제237조.

6) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제10조.

7) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제10조 4항.

8) 처음 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」를 제정할 때에는 상표권에 관하여만 사전신고를 할 수 있도록 하였고 그 기간도 10년을 원칙으로 하였다. 그 후 2009년 개정을 통해 현재와 같이 3년을 원칙으로 하고 있다.

「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제11조 참조.

갱신을 할 경우 유효기간 만료일 2개월 전부터 10일 전까지 지식재산권 신고서에 의해 지식재산권보호협회장에게 갱신 신청을 하여야 한다. 갱신에 따른 효력은 갱신 전 효력 만료일의 다음날부터 발생하며, 유효기간은 3년이 된다.

이와 별도로 지식재산권자는 지식재산권의 침해 가능성이 있는 수출입자등에 대한 사전신고가 가능하지만 이러한 신고의 유효기간은 1년으로 한다. 다만, 지식재산권보호협회장에게 지식재산권 신고서를 제출하여 연장 신청할 수 있으며 연장기간은 1년씩 연장하되 최대 연장기간은 신고서 유효기간 내로 한다.

### (3) 효력의 상실

관세청장에게 신고한 지식재산권은 ①관련 법령에 따라 등록된 권리가 취소 또는 무효, 말소가 확정된 때, ②권리보호 신고서 내용이 사실과 다르게 신고되었음이 확인되었을 때, ③권리보호 신고자가 신고 철회를 신청하여 수리된 때, ④그 밖에 관련 법령에 따라 신고자의 지식재산권 권리자로서의 자격이 상실될 때에는 그 사유가 발생한 날부터 신고의 효력이 상실한다.

### (4) 침해의심물품의 수출입신고 등 사실 통보

세관장은 수출입 등 신고된 물품이 지식재산권보호협회에 신고된 지식재산권을 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 지식재산권 신고인에게는 해당물품의 수출입 등 신고 사실을, 수출입자 또는 수출입 등 신고자에게는 해당물품이 지식재산

권 신고인의 요청에 따라 통관보류 또는 유치될 수 있음을 세관신고권리 침해우려물품 수출입 등 사실 통보서에 의거 각각 통보하여야 한다.<sup>9)</sup>

지식재산권을 사전에 신고한 자는 세관장의 침해의심물품의 수출입신고 사실을 통보받으면 세관장에게 통관보류등을 요청할 수 있고, 세관장은 특별한 사유가 없는 한 침해의심물품에 대하여 통관보류등의 조치를 취해야 한다.

#### 나. 권리자에 의한 통관보류등의 요청

##### (1) 신고한 권리자의 통관보류등의 요청

세관으로부터 지식재산권침해우려물품의 수출입사실을 통보 받은 권리자는 세관장에게 담보를 제공하고 통관보류등의 조치를 요청할 수 있다.<sup>10)</sup> 세관장은 물품이 신고된 지식재산권을 침해할 의심이 있는 때에는 해당 물품의 수출입, 환적, 복합환적, 보세구역 반입, 보세운송 또는 일시양륙(이하 "수출입 등"이라 한다)의 신고 사실을 지식재산권을 신고한 자 및 수출입자등에게 세관신고권리 침해의심물품 수출입 등 사실 통보서로 각각 통보하여야 한다.<sup>11)</sup> 지식재산권 신고인은 통보를 받은 날로부터 7일 이내에 세관장에게 담보를 제공하고 지식재산권 침해물품 통관보류등 요청서에 의거 해당물품에 대한 통관보류등을 요청할 수 있다. 단, 부패하기 쉬운 물품 등 세관

9) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제13조 1항.

10) 「관세법」 제235조 3항.

11) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제14조 1항.

장이 긴급하다고 인정하는 물품은 5일 이내에 통관보류등을 요청하여야 한다.<sup>12)</sup>

(2)권리침해예방을 위한 사전신고에 의한 통관보류등의 요청

지식재산권을 보호 받으려는 지식재산권 권리자등이 침해의 심물품의 통관으로부터 자신의 권리를 보호받기 위하여 사전에 세관장에게 통관보류등을 요청하려는 경우에는 지식재산권 침해물품 통관보류등 요청서에 침해증빙자료를 첨부하여 침해의심물품 수출입등 신고 예정지 세관장에게 제출하여야 한다.<sup>13)</sup>

이 경우 과세가격의 100분의 120에 상당하는 금액(「조세특례제한법」 제5조 1항에 따른 중소기업인 경우에는 100분의 60)을 담보로 제공하여야 한다. 다만 권리침해예방을 위한 사전신고에 의한 통관보류등의 요청은 해당 물품이 ①수입물품의 경우 국내반입 예정일, ②수출물품의 경우 수출신고 예정일, ③환적·복합환적 및 보세구역 반입물품의 경우 보세구역 반입 예정일, ④보세운송물품의 경우 보세운송신고 예정일, ⑤일시양륙물품의 경우 일시양륙신고 예정일의 20일 이전부터 수입신고수리 등의 조치를 하기 전까지 하여야 한다.

다. 신고하지 않은 권리자의 통관보류등 요청

관세법 제235조 4항에서는 관세청에 지식재산권을 신고하지

12) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제14조 2항.

13) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제16조.

않은 권리자라도 세관장에게 담보를 제공하고 해당물품의 통관보류등을 요청할 수 있도록 규정하고 있다. 세관장은 지식재산권 권리자가 관세청장에게 지식재산권을 신고하지 아니한 경우에도 수출입등 신고된 물품이 관련 법령에 따라 적법하게 등록된 권리를 침해하였다고 의심되는 때에는 수출입등 사실을 수출입자등 및 지식재산권 권리자에게 지식재산권 침해의 심물품 수출입등 사실 통보서로 각각 통보할 수 있다.<sup>14)</sup> 통보를 받은 지식재산권 권리자는 통보를 받은 날로부터 5일 이내에 세관장에게 담보를 제공하고 지식재산권 침해물품 통관보류등 요청서에 의거 해당물품에 대한 통관보류등을 요청할 수 있다.<sup>15)</sup>

#### 라. 통관보류등의 조치

신고한 지식재산권자나 지식재산권을 보호받고자하는 자의 통관보류등의 요청을 받은 세관장은 특별한 사유가 없으면 해당 물품의 통관을 보류하거나 유치하여야 한다. 이 경우 통관보류등의 조치가 있음을 통관보류요청인 및 수출입업자에게 통보하여야 한다.<sup>16)</sup> 수출입자 또는 수출입 등 신고자는 통보를 받은 날로부터 7일 이내에 세관장에게 해당물품이 지식재산권을 침해하지 않았음을 소명하는 자료를 제출할 수 있다. 단, 부패하기 쉬운 물품 등 세관장이 긴급하다고 인정하는 물

14) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제13조 2항.

15) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제14조 2항.

16) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제17조 1항, 2항.

품은 5일 이내에 소명자료를 제출하여야 한다.

마. 통관보류등 기간

통관보류등 기간에 관하여는 명문의 규정이 없다. 종전의 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제4-2조에서는 “통관보류등 기간은 원칙적으로 통관보류등 요청인이 통관보류등 사실을 통보 받은 날로부터 10일까지로 한다.”고 규정하고 있었으나, 2013년 개정으로 동 조항이 삭제되었다.

다만 관세법 시행령 제239조 3항에서는 “세관장은 통관보류등을 요청한 자가 해당 물품에 대한 통관보류등의 사실을 통보받은 후 10일 이내에 법원에의 제소사실을 입증하였을 때에는 해당 통관보류등을 계속할 수 있다. 이 경우 통관보류등을 요청한 자가 부득이한 사유로 인하여 10일 이내에 법원에 제소하지 못하는 때에는 상기 입증기간은 10일간 연장될 수 있다”고 규정하고 있고, 관세법시행령 제240조에서는 “수출입신고등을 한 자가 법 통관 또는 유치 해제를 요청하려는 때에는 관세청장이 정하는 바에 따라 신청서와 해당 물품이 지식재산권을 침해하지 아니하였음을 소명하는 자료를 세관장에게 제출하여야 한다”고 규정하고, 3항에서는 “세관장은 수출입신고등을 한 자의 요청이 있는 경우 해당 물품의 통관 또는 유치 해제 허용 여부를 요청일부터 15일 이내에 결정한다”고 규정하고 있다. 또한 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리

에 관한 고시」 제20조 2항에서는 “수출입신고등을 한 자가 담보를 제공하고 통관 또는 유치 해제를 요청하는 경우에는 7 일 이내에 수출입신고수리여부를 결정하도록” 규정하고 있다.

### 3. 직권에 의한 통관보류등 절차

세관장은 ①수출입신고된 물품, ②환적 또는 복합환적 신고된 물품, ③보세구역에 반입신고된 물품, ④ 보세운송신고된 물품이 ①법원의 확정판결이 있는 경우, ②권한 있는 기관(저작권위원회, 무역위원회 등)의 침해여부에 대한 감정, 판정·결정이 있는 경우, ③ 수출입자 또는 수출입 등 신고자가 침해물품을 서면으로 확인한 경우, ④물품의 성상, 포장상태, 원산지, 적출국, 신고금액 등을 종합적으로 판단하여 해당 물품이 지식재산권을 침해하였음이 명백하다고 세관장이 인정하는 경우 등에 해당하여 지식재산권을 침해하였음이 명백한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 직권으로 해당 물품의 통관을 보류하거나 해당 물품을 유치할 수 있다.<sup>17)</sup> 이 경우 지식재산권 권리와 수출입업자에게 통관보류등의 조치가 있었음을 통지하여야 한다. 이후의 조치는 앞에서 살펴본 신청에 의한 통관보류절차와 같다.

### 4. 수출입업자의 통관허용 요청

17) 「관세법」 제235조 7항. 「관세법시행령」 제239조 2항, 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제18조.

## 가. 수출입업자의 통관허용 요청

관세법 제235조 제5항에서는 수출입신고등을 한 자가 담보를 제공하고 통관 또는 유치 해제를 요청하는 경우에는 ①위조하거나 유사한 상표를 부착하여 「상표법」에 따라 설정등록된 상표권에 따른 상표권을 침해하는 물품, ②불법복제된 물품으로서 저작권등을 침해하는 물품, ③같거나 유사한 품종명칭을 사용하여 「식물신품종 보호법」에 따라 설정등록된 품종보호권에 따른 품종보호권을 침해하는 물품, ④위조하거나 유사한 지리적표시를 사용하여 지리적표시권등을 침해하는 물품, ⑤특허로 설정등록된 발명을 사용하여 「특허법」에 따라 설정등록된 특허권을 침해하는 물품, ⑥같거나 유사한 디자인을 사용하여 「디자인보호법」에 따라 설정등록된 디자인권을 침해하는 물품을 제외하고는 해당 물품의 통관을 허용하거나 유치를 해제할 수 있다.”고 규정하고 있다. 또한 관세법시행령 제240조 3항에서는 세관장은 수출입신고 등을 한 자가 통관 또는 유치 해제 요청을 한 경우 해당 물품의 통관 또는 유치 해제 허용 여부를 요청일부터 15일 이내에 결정한다고 규정하고 있다. 또한 동시행령 제241조에서는 “통관 또는 유치 해제를 요청하려는 자는 세관장에게 해당 물품의 과세가격의 100분의 120에 상당하는 금액(중소기업인 경우에는 해당 물품의 과세가격의 100분의 40에 상당하는 금액)의 담보를 제공하여야 한다”고 규정하고 있다. 또한 식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시 제20조 1항에서는 “수출입자등이

수출입신고수리 또는 유치해제(이하 "수출입신고수리등"이라 한다)를 요청하려는 경우에는 영 제241조에 따라 과세가격의 100분의 120에 상당하는 금액(「조세특례제한법」 제5조 1항에 따른 중소기업인 경우에는 100분의 60)의 담보를 제공하고 수출입신고수리등 요청서로 세관장에게 요청하여야 한다. "고 규정하고 있고, 동조 2항에서는 "통관 또는 유치해제요청을 받은 세관장은 그 사실을 관세청장과 통관보류등 요청인에게 수출입신고수리등 요청 사실 통보서로 즉시 보고(통보)하고, 요청을 받은 날로부터 7일 이내에 수출입신고수리등 여부를 결정하여야 한다"고 규정하고 있다.

#### 나. 세관의 심의

수출입업자가 수출입신고를 하였으나, 세관이 권리자의 신청 또는 세관장의 직권에 의하여 통관보류등의 조치를 취한 경우 수출입업자는 수출입신고의 수리 또는 유치해제를 요청할 수 있다. 이 경우 세관장은 수출입신고된 물품이 지식재산권을 침해하는지 여부를 판단하기 위하여 관련 전문가에게 지재권침해여부에 대한 의견조회를 할 수 있으며, 세관의 통관보류등 조치와 수출입업자의 수출입신고수리등 요청에 대한 심의를 하기 위하여 지식재산권침해등 결정심의회를 운영할 수 있다.<sup>18)</sup>

18) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제20조, 제24조 참조.

## 5. 세관의 후속 조치

가. 통관보류등을 결정한 경우

세관이 권리자의 통관보류등을 결정한 후 수출입업자는 수출입신고의 수리 또는 유치해제를 요청할 수 있으며 세관장은 7일 이내에 수출입신고를 수리할지 여부를 결정하도록 규정하고 있다. 이 경우 지식재산권 권리자는 통관보류등이 된 물품이 자신의 지식재산권을 침해한 사실과 관련된 입증자료 등을 세관장에게 제출할 수 있다. 다만 사전에 지식재산권을 신고한 경우에는 7일 이내(부패하기 쉬운 물품 등 세관장이 긴급하다고 인정하는 물품은 5일 이내)에 하여야 하며, 사전에 신고하지 않은 경우에는 5일 이내에 해야 한다.

통관보류등이 된 물품은 통관이 허용되거나 유치가 해제될 때까지 세관장이 지정한 장소에 보관하여야 한다.<sup>19)</sup> 한편 세관장은 수출입자등이 지식재산권 침해물품 폐기동의서를 제출하는 경우에는 해당 침해물품을 폐기할 수 있다.<sup>20)</sup>

세관장이 통관보류등 결정을 하면 통관보류된 물품은 「상표법」 등 법령 위반혐의로 조사부서에 송치의뢰하여야 한다. 송치의뢰를 하는 경우 지식재산권 권리자 의견서, 변리사 또는 전문감정인의 감정서 등 침해사실을 확인할 수 있는 서류를 첨부하여야 한다. 다만, 물품의 성상·포장상태 등을 판단하여

19) 「관세법 시행령」 제239조 6항.

20) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제27조.

침해사실이 명백한 경우에는 송치의뢰 후 감정서 등 관련 서류를 사후에 첨부할 수 있다.<sup>21)</sup>

나. 수출입신고의 수리

세관장은 ①관련 법령에 의해 권리가 없음으로 판결되거나 소멸되는 경우, ②지식재산권 권리자가 통관보류등의 요청을 하지 않은 경우, ③지식재산권 권리자등이 소재불명, 수취거절 등으로 연락이 불가능한 경우, ④법원에서 침해하지 않았다고 판결이 확정되거나, 지식재산권 권리자가 소송을 취하한 경우, ⑤부패·변질 등의 사유로 통관보류등 해제에 대한 법원의 결정이 있는 경우, ⑥ 담보제공시 명시된 제공기간내에 갱신 또는 연장하지 아니한 경우, ⑦송치의뢰한 결과 무혐의로 결정된 경우에는 수출입업자가 신청한 수출입신고를 수리하여야 한다.<sup>22)</sup>

수출입신고가 수리되면 통관보류등의 조치의 효력은 소멸되며, 수출입업자는 물품의 반출이 가능하게 된다.

### Ⅲ. 한국과 중국의 세관에 의한 지식재산권보호제도의 비교 및 우리나라 세관에 의한 보호제도의 문제점

21) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제26조.

22) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제17조 3항.

## 1. 한국과 중국의 보호제도의 유사점 및 차이점

### 가. 보호의 객체

한국의 경우 세관에 의한 지식재산권의 보호객체로 상표권, 저작권과 저작인접권, 품종보호권, 지리적표시권, 특허권, 디자인권을 규정하고 있고, 중국의 경우 상표전용권, 저작권과 저작권과 관련된 권리, 특허권을 규정하고 있다. 그런데 중국은 저작권과 관련된 권리에 저작인접권과 컴퓨터소프트웨어저작권을 포함하고 있고, 특허권에는 발명특허권과 실용신안권, 디자인권을 포함하고 있으므로 한국과 중국의 차이점은 품종보호권과 지리적표시권에서 차이가 날 뿐이다. 우리나라는 2010년 관세법 개정 전에는 상표권과 저작권 및 저작인접권만을 세관에 의한 보호의 대상으로 규정하고 있었으나, 현재와 같이 보호범위를 확대하여 양국의 차이는 거의 없다고 할 것이다.

### 나. 지식재산권 사전신고제도

한국과 중국은 모두 지식재산권의 효율적인 보호를 위하여 지식재산권을 세관에 사전에 신고할 수 있는 규정을 두고 있다. 한국의 경우 지식재산권을 세관에 사전 신고한 경우 세관장은 수출입 등 신고된 물품이 지식재산권을 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에 해당 지식재산권자에게 지식재산권을 침해할 우려가 있는 물품이 수출입신고 되었다는 사실을 통보해야 하며, 통보를 받은 지식재산권자는 세관에 통관보류등의

조치를 신청할 수 있게 된다. 중국의 경우도 지식재산권자는 자신의 지식재산권을 세관총서에 등록 신청할 수 있으며, 사전 등록된 지식재산권을 침해하는 수출입물품을 발견한 세관은 지식재산권자에게 서면으로 그 사실을 통지하도록 규정하고 있다.

한국의 경우 사전신고의 유효기간은 3년이다. 초기에는 상표권에 한하여 10년을 원칙으로 하고 있었으나 2009년 수출입통관사무처리에 관한 고시를 개정하여 유효기간을 원칙적으로 3년으로 변경하였다.

중국의 경우 사전등록의 유효기간은 10년이다. 초기에는 7년이었으나 10년으로 연장하였다.

#### 다. 지식재산권자의 통관보류등 요청

한국과 중국 모두 지식재산권자가 세관에 대하여 자신의 지식재산권을 침해할 우려가 있는 물품을 세관에서 통관보류(압류)하도록 신청할 수 있다.

##### (1) 통관보류등의 요청기한

한국의 경우 지식재산권을 사전신고한 권리자는 7일 이내에 세관장에게 담보를 제공하고 해당물품의 통관보류등을 요청할 수 있으며, 지식재산권을 사전에 신고하지 않은 권리자도 세관으로부터 지식재산권을 침해하였다고 의심되는 물품에 대한 통지를 받은 경우 5일 이내에 세관장에게 담보를 제공하고 통관보류등을 요청할 수 있다.

중국의 경우 지식재산권자가 권리침해혐의가 있는 물품이 수출입될 것임을 발견한 경우 신청서 및 관련 증명서류 및 권리침해 사실이 입증될 수 있는 증거를 세관에 제출하고 세관이 해당물품을 압류할 것을 신청할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐 언제까지 압류신청을 해야 하는가에 관한 명문의 규정은 존재하지 않는다.

### (2)통관보류등 기간

한국의 경우 세관이 지식재산권자의 통관보류등의 요청에 따라 통관보류등의 결정을 한 경우 통관보류등의 기간에 관한 규정이 없다. 다만 통관보류등을 요청한 자가 통보를 받은 날로부터 10일 이내에 법원에 제소사실을 입증한 경우에는 통관보류등을 계속할 수 있다고 규정하고 있고, 수출입신고 등을 한 자가 담보를 제공하고 통관 또는 유치해제를 요청하는 경우에는 7일 이내에 수출입신고여부를 결정하도록 규정하고 있을 뿐이다.

중국의 경우 세관이 지식재산권자의 압류신청에 의해 권리침해 혐의화물을 압류하였으나 권리자가 압류한 날로부터 20일 근무기간 이내에 권리자가 인민법원의 집행협조통지를 받지 못한 경우에는 해당물품의 압류를 해제해야 하므로 압류기간은 압류일로부터 최장 20일 근무기간이라고 할 것이다.

### (3)통관보류등의 결정기관

한국의 경우 세관이 통관보류등의 결정을 해야 하는 경우 지식재산권 침해여부를 판단하기 위하여 필요하다고 인정되는

경우에는 특허청, 국립중자원 등 유관기관 또는 관련 전문가에게 지적권 침해여부 의견조회를 할 수 있으며,<sup>23)</sup> 세관장은 통관보류등의 조치와 수출입신고수리 등 요청에 대한 심의를 위하여 지식재산권침해 등 결정심의회를 운영할 수 있도록 하고 있다.<sup>24)</sup> 물론 세관이 수출입신고를 수리하지 않는 경우 수출입업자는 법원에 제소할 수 있다.

중국의 경우 권리침해여부의 최종 판단은 인민법원이 결정하도록 하고 있다. 즉 압류일로부터 20일 근무기간 내에 인민법원의 집행협조통지를 받아야 압류가 지속될 수 있으므로 권리자가 법원에 제소하지 않는 한 압류가 지속될 수 없다는 점에서 최종판단은 법원에 있다고 할 것이다.

#### 라. 직권에 의한 통관보류등

한국과 중국 모두 세관이 수출입물품을 관리·감독하는 과정에서 해당물품이 지식재산권을 침해하였음이 명백하다고 세관장이 인정하는 경우에는 해당물품의 통관보류등(압류)을 할 수 있다. 다만 한국과 중국은 직권에 의한 통관보류등의 절차가 다음과 같은 점에서 차이를 보이고 있다.

##### (1) 직권에 의한 통관보류절차의 개시

한국의 경우 법원이 확정판결이 있거나, 권한이 있는 기관의 침해여부에 대한 감정, 판정, 결정이 있거나, 수출입업자가 침해물품임을 서면으로 확인하거나, 세관장이 해당물품이 지식재

23) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제21조.

24) 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」 제24조.

산권을 침해하였음이 명백하다고 인정하는 경우에 직권으로 해당 물품의 통관보류등을 할 수 있다. 즉 지식재산권의 사전 신고여부에 관계없이 직권에 의한 통관보류절차가 개시될 수 있다.

반면 중국의 경우 지식재산권을 세관총서에 사전에 등록한 경우, 세관이 지식재산권을 침해하는 물품을 발견한 경우 지식재산권자에게 이 사실을 통지하고 지식재산권자가 압류신청을 하면 세관이 해당물품을 압류하는 절차이다. 즉 직권에 의한 압류는 지식재산권의 사전등록을 전제로 하고 있으며, 지식재산권자의 압류신청이 있어야 압류를 할 수 있다는 점에서 직권에 의한 압류라고하기 어렵다. 지식재산권자는 세관으로부터 통지를 받은 날로부터 3일 근무기간 내에 압류신청을 해야 하며, 담보비용을 내야 한다.

## (2) 권리침해여부의 심사

한국의 경우 직권에 의한 통관보류절차가 개시된 이후에도 수출입업자는 수입신고의 수리 또는 유치해제를 요청할 수 있다. 이후의 절차는 앞에서 설명한 권리자의 신청에 의한 통관보류등의 절차와 같다.

중국의 경우 사전등록된 지식재산권을 침해하는 물품이 압류된 경우 권리침해여부의 심사는 세관이 한다. 세관은 압류한 날로부터 30일 근무기간 내에 해당물품이 지식재산권을 침해하였는지 여부를 결정하도록 규정하고 있다. 물론 이 결정에

대하여 수출입업자가 인민법원에 제소할 수 있음은 물론이다.

마. 통관보류등의 후속조치

한국의 경우 세관이 통관보류등의 조치를 시행하면 통관보류된 물품은 상표법 등 관련법령 위반혐의로 조사부서에 송치의 되며, 세관장이 지정한 장소에 보관하여야 한다.

중국의 경우 세관이 압류한 물품이 지식재산권을 침해한 것으로 최종 판단되면 이를 몰수하고 지식재산권자에게 지식재산권침해물품과 관련된 상황을 서면통지 하도록 하고 있다.

2. 한국의 세관에 의한 보호제도의 문제점 및 개선방향

가. 세관에 의한 지식재산권보호를 규율하는 대통령령 제정의 필요성

우리나라에서 세관에 의한 지식재산권의 보호를 규정하고 있는 법은 「관세법」 제235조 이다. 이에 따라 세관은 지식재산권을 침해하는 물품에 대한 통관보류나 유치를 할 수 있다. 다만 「관세법」은 제235조에서 7개의 조항만을 규정하고 있을 뿐 나머지 사항은 대통령령으로 규정하도록 하고 있다. 한편 「관세법 시행령」에서는 세관에 의한 지식재산권보호규정을 제237조부터 제242조까지 6개의 조문을 두고 있을 뿐이다. 우리나라에서 세관에 의한 지식재산권의 보호방법에 관한 구체적인 내용은 관세청이 고시한 「지식재산권보호를 위한 수

출입통관사무처리에 관한 고시」에서 규정하고 있다. 동 고시는 2005년에 제정되었고 현행고시는 2015년 11월에 개정되어 시행되고 있다.

문제는 세관에 의한 통관보류제도의 구체적인 모든 내용이 관세청고시에 의해 규율되고 있다는 점이다. 관세청고시의 법적 성질이 법규명령인지 행정규칙인지 명확하지 않다. 법규명령이란 법령상의 수권에 근거하여 행정권이 정립하는 규범으로서 국민과의 관계에서 일반구속적인 규범을 의미하므로 외부적 구속효가 있는 행정입법을 말하고, 행정규칙이란 행정조직 내부 또는 공법상의 법률관계 내부에서 그 조직과 활동을 규율하는 일반추상적인 명령으로 법규적 성질을 갖지 않는 것을 말한다.<sup>25)</sup> 관세청고시가 법규명령이라면 법규적 성질을 갖지만, 행정규칙이라면 외부적 구속효가 없다는 점에서 일반인에게 적용되지 않게 된다. 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」는 지식재산권자를 보호하고 지식재산권 관련 물품의 통관에 필요한 사항을 규정하고 있으므로 일반인에게 적용되는 내용을 담고 있으므로 법규명령에 속한다고 볼 수도 있다. 그런데 행정규제기본법에서는 행정규제란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말하고, 행정규제는 법률에 직접 규정하되, 규제

25) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2014, 215면, 245면.

의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(上位法令)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>26)</sup> 그렇다면 세관에 의한 지식재산권의 보호가 전문적·기술적인 사항이거나 경미한 사항에 해당한다고 할 수 있는지 의문이 든다. 따라서 세관에 의한 지식재산권의 보호제도는 고시로 규율할 사항이라고 하기 어렵다고 할 것이다.

또한 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」의 내용은 지식재산권의 보호를 위하여 지식재산권의 침해우려가 있는 물품에 대하여 세관이 통관보류등의 조치를 행하는 절차를 규정하고 있다. 따라서 세관이 통관보류등의 조치를 취할 경우 수출입신고등을 한 자의 권리가 제한되는 상황이 발생하게 된다. 이렇게 개인의 권리가 제한되는 내용을 담고 있는 사항은 법률에 직접규정하거나 대통령령·총리령·부령으로 정할 내용이라 할 것이다. 더욱이 관세법이나 관세법시행령의 경우에는 일반국민이 쉽게 접근할 수 있는 방법이 있지만 관세청고시의 경우에는 일반국민이 그 내용을 알기 어렵다는 문제가 제기된다.

한편 관세법 제235조 6항에서는 지식재산권에 관한 신고,

26) 행정규제기본법 제2조, 제4조 2항 참조.

담보 제공, 통관의 보류·허용 및 유치·유치해제 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. 즉 관세법시행령에서 지식재산권의 세관보호에 관한 내용을 규정하도록 위임하고 있는데, 관세법시행령은 제242조 3항에서 지식재산권 침해 여부의 확인, 통관보류등의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 관세청장이 정한다고 규정하여 다시 관세청장이 필요한 사항을 정하도록 위임하고 있다. 더욱이 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」에서는 관세법시행령에서 위임하고 있는 지식재산권침해여부의 확인과 통관보류등의 절차 이외에도 지식재산권의 신고에 관한 규정도 가지고 있다는 점에서 위임의 한계를 벗어난 행정입법이라고 할 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위하여 세관에 의한 지식재산권보호를 규율하는 대통령령의 제정이 필요하다고 할 것이다. 현행 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」의 내용을 바탕으로 대통령령을 제정하면 앞에서 언급한 문제를 해결할 수 있다고 생각된다.<sup>27)</sup>

#### 나. 지식재산권신고제도의 문제점

우리나라에서 지식재산권을 세관에 신고한 경우 지식재산권자가 얻을 수 있는 법적 이익이 크지 않다는 문제가 제기될

27) 참고로 일본의 경우에는 관세법에서 절차를 규율하고 있고, 중국의 경우에는 우리나라의 대통령령에 해당하는 세관보호조례를 제정하여 시행하고 있다.

수 있다. 세관장은 수출입 신고가 된 물품이 신고된 지식재산권을 침해할 우려가 있다고 인정될 경우에 지식재산권자에게 통지해야 하고, 통지를 받은 신고인은 세관장에게 해당 물품의 통관보류등을 요청할 수 있는데, 이 경우 지식재산권자는 침해증빙자료 등을 첨부해야 한다. 이러한 절차는 지식재산권을 세관에 신고하지 않은 지식재산권자가 통관보류등을 요청하는 경우와 같다. 즉 신고를 하지 않은 자와 신고를 한 자가 제출해야 하는 서류 및 침해 증빙자료가 동일하다는 것이 문제로 제기될 수 있다. 참고로 중국의 세관보호조례에 의하면 지식재산권을 신고(등록)한 자는 압류신청서와 담보비용을 내면 압류가 개시되지만, 지식재산권을 등록하지 않은 자는 압류신청서와 담보비용 및 침해사실이 나타나 있는 증거를 제출해야 압류가 개시되므로 지식재산권을 등록한 자는 압류신청시 침해사실의 입증 없이도 압류신청이 가능한 장점이 있다.

우리나라의 경우에도 지식재산권을 신고한 자에 대한 법적 이익을 보장하는 방법을 강구할 필요가 있다고 할 것이다.

#### 다. 통관보류등의 기간 문제

세관이 통관보류등을 할 경우 그 기간을 정확하게 규정하고 있지 않다는 문제가 제기된다. 즉 종전의 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」에서는 통관보류등 기간은 원칙적으로 통관보류등 요청인이 통관보류등 사실을 통보받은 날로부터 10일까지로 한다고 규정하고 있었으나, 동

조항은 삭제되었다. 따라서 통관보류등을 언제까지 할 수 있는가에 관한 명확한 규정이 존재하지 않는다. 관세법 시행령 제 239조 3항에서는 통관보류등을 요청한 자가 해당 물품에 대한 통관보류등의 사실을 통보받은 후 10일 이내에 법원에의 제소 사실을 입증하였을 때에는 해당 통관보류등을 계속할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다. 세관이 통관보류등을 할 경우 원칙적인 통관보류등의 기간을 정해놓을 필요가 있다고 할 것이다. 원칙적인 기간을 정해놓아야 지식재산권자나 수출입신고를 한 자의 권리를 부당하게 침해할 여지가 줄어들 것이라 판단된다.

#### IV. 결론

세계의 거의 모든 국가에서는 지식재산권의 보호를 위한 국경조치를 규율하고 있으며 우리나라에서는 세관이 지식재산권을 침해하는 물품을 세관에서 통관보류나 유치할 수 있는 제도를 시행하고 있다. 우리나라의 경우 근거가 되는 법률은 「관세법」이며, 「관세법 시행령」과 「지식재산권보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」에서 구체적인 절차를 규율하고 있다.

중국의 경우에도 지식재산권을 침해하는 물품을 세관에서 압류할 수 있는 제도를 시행하고 있으며 그 근거가 되는 법규는 《중화인민공화국지식재산권세관보호조례》와 《중화인민공화국세관의 지식재산권보호조례에관한실시방법》이다.

세관에 의한 국경조치는 지식재산권을 침해한 물품이 국내에 반입되기 전에 세관에 의해 통관을 저지할 수 있다는 점에서 지식재산권을 효율적으로 보호할 수 있는 방법의 하나로 판단된다. 지식재산권을 침해하는 물품이 국내에 반입된 후에는 민사소송의 제기나 행정적 재제의 청구등 사후적인 조치만을 취할 수 있기 때문에 세관에 의한 국경조치를 적절히 취한다면 지식재산권을 침해하는 물품의 국내유입을 막을 수 있는 효율적인 방법이라 할 것이다. 중국이 우리나라의 최대교역대상국이 된 상황에서 중국내에서 제조된 지식재산권침해물품의 국내유입을 막을 수 있는 효과적인 방법이라 할 것이다.

중국에 지식재산권을 등록한 한국기업이 증가하고 있는 상황에서 한국의 지식재산권을 침해하는 물품이 중국내로 유입되기 전에 이를 효율적으로 저지하기 위한 수단으로 중국세관에 의한 국경조치도 그 의미를 갖는다고 할 것이다. 우리기업이 중국의 세관에 의한 지식재산권보호제도를 명확하게 인지하여 우리나라 지식재산권이 중국내에서도 효과적으로 보호받을 수 있어야 할 것이다.

우리나라의 세관에 의한 지식재산권보호제도도 문제가 있다. 세관에 의한 지식재산권보호는 관세청이 고시한 「지식재산권 보호를 위한 수출입통관사무처리에 관한 고시」에 의해 규율되고 있는데 이는 행정규제기본법에 위반되는 상황이라고 판단된다. 따라서 세관에 의한 지식재산권보호를 위한 새로운 법령으로 대통령령을 제정해야 한다고 생각된다.

【참 고 문 헌】

박덕영·이일호, “국제저작권과 통상문제”, 세창출판사, 2009.

홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2014

김호·이충훈, “중국 세관의 지식재산권보호제도에 관한 연구”, 문화·미디어·엔터테인먼트법 제7권 2호, 중앙대학교 문화미디어엔터테인먼트법연구소, 2013

이충훈, “중국의 세관에 의한 지적재산권의 보호”, 통상법률 통권 제 71호, 법무부, 2006

## 对知识产权侵权货物的海关限制进口制度

李 忠 勋

### 《 目 次 》

- 一、序论
- 二、韩国《关税法》规定的中止放行制度
- 三、韩中知识产权海关保护制度的比较及韩国海关保护制度存在的问题
- 四、结论

### 一、序论

截止到2015年7月，中国是韩国最大的出口对象国、第二大进口对象国，是韩国最大的贸易对象国。而且随着2015年12月中韩自由贸易协定（Free Trade Agreement）的正式生效，两国之间的贸易规模会持续扩大。但两国之间的贸易量的增加也同时意味着侵害韩国知识产权的货物进出口的可能性也随之增加。现实中，中国海关扣留侵害韩国知识产权货物的案例也日益增加<sup>1)</sup>。

1) 详细内容请参照金镐·李忠勋，“中国海关知识产权保护制度研究”，载《文化·传

为了限制知识产权侵权货物在本国流通，多数国家采取海关在边境限制国外货物通关的方法，即边境措施（Border Measures）。边境措施是指知识产权侵权嫌疑货物在正式进入本国市场之前，由海关作出中止通关措施或由海关执行相关行政机关或司法机关作出的禁止进口命令，从而禁止侵权货物进入国内的制度。边境措施是美国等发达国家为了提高对知识产权侵权货物的执行力在其国内施行的制度，该制度也规定在《与贸易有关的知识产权协定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights：以下简称TRIPS协定）》中<sup>2)</sup>。

同样在韩国，《关税法》和《不公平贸易行为调查与产业损害救济法》中规定海关和贸易委员会有权对知识产权侵权嫌疑货物实施边境措施<sup>3)</sup>。而在中国，也制定了边境措施制度。即，中国海关可以禁止知识产权侵权嫌疑货物进入国内，其法律依据规定在《知识产权海关保护条例（以下简称海关保护条例）》和《中华人民共和国海关关于〈中华人民共和国知识产权海关保护条例〉的实施办法（以下简称实施办法）》中。

为了更有效的保护在中国注册的韩国知识产权，有必要准确了解中国的知识产权保护制度，以及具体的限制通关制度。

---

媒·娱乐法》第7卷第2号（2013），中央大学文化传媒娱乐法研究所，5页。

2) 朴德泳·李日镐，《国际著作权与贸易问题》，世昌出版社，2009，329页。

3) 韩国《不公平贸易行为调查与产业损害救济法》第4条至第14条之3规定，禁止进口或在国内生产侵害法律所保护的专利权、实用新型权、外观设计权、商标权、著作权、著作邻接权、软件著作权、集成电路布图设计权、地理标志或商业秘密的货物。贸易委员会可以依职权或申请调查是否存在知识产权侵权行为，调查结果认为侵害了知识产权，则可以采取停止该货物的进口等整改措施。但关于不公平贸易行为的内容与本论文的主题没有直接关系，所以本论文就不对此论述。

据此，本文先介绍韩国的海关知识产权保护制度——中止放行程序，考察与中国海关知识产权保护制度的相同点与不同点，最后指出韩国中止放行程序存在的问题及其完善方案。

## 二、韩国《关税法》规定的中止放行制度

### 1. 中止放行制度的意义

韩国《关税法》第235条第1款规定，禁止出口或进口侵害根据《商标法》的规定注册的商标权、《著作权法》规定的著作权与著作邻接权（以下简称‘著作权等’）、根据《植物新品种法》的规定注册的品种保护权、根据《农产品质量管理法》或《水产品质量管理法》的规定注册或基于条约·公约被指定为保护对象的地理标志权或地理标志（以下简称‘地理标志权等’）、根据《专利法》的规定注册的专利权、根据《设计保护法》的规定注册的外观设计权的货物<sup>4)</sup>。

根据这一规定，海关可以采取禁止知识产权侵权货物进出口的边境措施。韩国《关税法》第235条明文规定了海关有权利中止知识产权侵权货物的通关。具体说，《关税法》第235条第3款规定了依申报知识产权权利人申请的中止放行，第235条第4款规定了依

---

4) TRIPs协定第51条规定各成员国义务将侵害商标权与著作权的货物纳入边境措施对象，而对侵害专利权等其他知识产权的货物则属各成员国的裁量。在韩国，过去只将商标权、著作权和著作邻接权纳入了边境措施的对象范围内，但之后2010年12月30日全面修改了《海关法》第235条的规定，将其他知识产权也纳入了对象范围内。

未申报知识产权权利人申请的中止放行，第235条第7款规定了海关发现知识产权侵权嫌疑货物时依职权中止放行等规定。

以下重点考察《关税法》、《关税法施行令》、《关于知识产权保护进出口通关业务处理告示》所规定的海关中止放行程序。

## 2. 依申请的中止放行程序

### (1) 知识产权申报制度

#### 1) 知识产权申报制度的意义

《关税法》第235条第2款规定，“为有效打击知识产权侵权货物，必要时关税厅长可以要求根据相关法令的规定注册该知识产权的人申报该知识产权的相关事项”。这时申报人应向海关最高负责人提交 可以使用知识产权的权利人、 知识产权的内容与范围、 有侵权嫌疑的进出口人或进出口国、 记载确认侵权事实必要事项的申报书以及根据相关法令注册该知识产权的证明资料<sup>5)</sup>。根据《关税法施行令》第288条第8款的规定，关税厅长将《关税法》第235条第2款规定的关于知识产权申报的部分业务委托给社团法人与贸易有关的知识产权保护协会（以下简称‘知识产权保护协会’）的最高负责人<sup>6)</sup>。

在收到知识产权申报后，为了确认申报的合法性，海关最高负责人可以审查 商标权申报事项中关于判断是否侵害商标权的事项、品种保护权申报事项中证明侵权事实的DNA分析等资料、 专利权

5) 《关税法施行令》第237条。

6) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第10条。

申报事项中为了证明侵权事实而提交的资料、外观设计权申报事项中为了证明侵权事实而提交的资料<sup>7)</sup>。

## 2) 申报的有效期

知识产权的申报从申报书的处理结果通知到申报人之日起发生法律效力，有效期为三年。但知识产权的剩余有效期不满三年时，其有效期为剩余期间届满之日<sup>8)</sup>。

更新时，应在有效期届满两个月至十日前的期间内，以提交知识产权申报书的方式向知识产权保护协会会长申请更新。更新从之前申报效力届满之日的第二天发生法律效力，有效期为三年。

另外，知识产权权利人还可以对有侵权嫌疑的进出口人进行事先申报，该申报的有效期为一年。但可以向知识产权保护协会会长提交申报书申请延长，每次延长期间为一年且不能超过申报书上的有效期。

## 3) 失效

向关税厅长申报的知识产权在下列情况下丧失效力。根据相关法令注册的权利被撤销、无效或注销时、经确认，权利保护申报书的内容与实施不符时、权利保护申报人申请的撤销申报申请被受理时、其他根据相关法令的规定申报人丧失知识产权权利人资

---

7) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第10条第4款。

8) 最初制定《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》时只能对商标权进行申报，其有效期为十年。但在2009年修订后，将其修改为如今的三年。参照《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第11条。

格时。这时，申报自上述事由发生之日起丧失效力。

#### 4) 侵权嫌疑货物的进出口申报等实施通知

海关最高负责人认为进出口申报货物存在侵害在知识产权保护协会申报的知识产权之嫌疑的，应向知识产权申报人通知该货物的进出口申报事实，向进出口人或进出口申报人通知因知识产权申报人的请求该货物有可能中止放行或被扣留的事实<sup>9)</sup>。

在收到侵权嫌疑货物的进出口申报事实后，事先申报知识产权的人可以请求海关最高负责人中止放行，如没有特定事由，海关最高负责人应对侵权嫌疑货物采取中止放行等措施。

### (2) 权利人的中止放行请求

#### 1) 申报权利人的中止放行请求

收到海关的知识产权侵权嫌疑货物进出口事实的权利人向海关最高负责人提供担保后可以请求采取中止放行措施<sup>10)</sup>。海关最高负责人认为货物存在侵权嫌疑的，应向知识产权申报人和进出口人通知该货物的进出口、转运、复合转运、搬出保税区、保税运输或临时卸载（以下简称‘进出口等’）申报事实<sup>11)</sup>。

在收到海关的通知后，知识产权申报人可以在七天内向海关最高负责人提供担保并请求对该货物的中止放行。但容易腐烂的货物等海关最高负责人认为紧急的货物，应在五天内提出请求<sup>12)</sup>。

9) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第13条第1款。

10) 《关税法》第235条第3款

11) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第14条第1款。

2) 依事先申报的中止放行请求

知识产权权利人为了免受侵权嫌疑和货物通关带来的损害，事先向海关最高负责人请求中止放行的，应将知识产权侵权嫌疑货物中止放行请求书和相关证明材料提交至侵权嫌疑货物拟申报进出口的海关最高负责人<sup>13)</sup>。

这时，应提供相当于征税价格的120%（《税收特例限制法》第5条第1款规定的中小企业为60%）的担保。而且，该中止放行请求应在 进口货物为进入国内预定日、 出口货物为出口申报预定日、 转运、复合转运及搬入保税区的货物为搬入保税区预定日、 保税运输货物为保税运输申报预定日、 临时卸载货物为临时卸载申报预定日的二十日以前至受理进口申报之前提交。

3) 未申报权利人的中止放行请求

《关税法》第235条第4款规定没有向关税厅申报知识产权的权利人也可以向海关最高负责人提供担保后请求对该货物中止放行。即使知识产权权利人没有向关税厅长申报知识产权，海关最高负责人认为进出口申报货物存在侵权嫌疑的，可以将进出口等事实通知进出口人和知识产权权利人<sup>14)</sup>。在收到海关的通知后，知识产权权利人可以在五天内向海关最高负责人提供担保并请求对该货物的中止放行<sup>15)</sup>。

---

12) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第14条第2款。

13) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第16条。

14) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第13条第2款。

15) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第14条第2款。

#### 4) 中止放行措施

收到上述中止放行请求后，如没有特别事由，海关最高负责人应将该货物中止放行或扣留。这时，应通知中止放行请求人和进出口人采取中止放行措施的事实<sup>16)</sup>。进出口人或进出口申报人可以在收到通知后七天内向海关最高负责人提交可以证明该货物没有侵害知识产权的资料。但容易腐烂的货物等海关最高负责人认为紧急的货物，应在五天内提交证明资料。

#### 5) 中止放行期间

韩国并没有关于中止放行期间的明文规定。过去《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第4-2条曾规定“原则上中止放行期间为自中止放行请求人收到中止放行通知之日起十天”，但2013年修改该告示时删除了这一条款。

但《关税法施行令》第239条第3款规定，“中止放行请求人在收到中止放行事实后十天内证明已向法院提起诉讼的，海关最高负责人可以维持中止放行措施。这时中止放行请求人因迫不得已事由无法在十天内向法院提起诉讼的，上述举证期间可以延长十天”；且《关税法施行令》第240条规定，“进出口申报人请求解除中止放行或扣留的，应向海关最高负责人提交申请书和可以证明该货物没有侵害知识产权的资料”；第3款规定，“收到进出口申报人的请求后，海关最高负责人应在十五天内作出决定”。另外，《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第20条第2款规

---

16) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第17条第1款、第2款。

定,“进出口申报人提供担保并请求通关或解除扣留的,应在七天内决定是否受理进出口申报”。

### 3. 依职权的中止放行程序

进出口申报货物、转运或复合转运申报货物、保税区搬入申报货物、保税运输申报货物属于下列情形的,海关最高负责人可以依职权中止该货物的放行或扣留该货物。存在法院的生效判决的情形、存在相关机关(著作权委员会、贸易委员会等)对侵权与否作出的鉴定、裁决、决定的情形、进出口人或进出口申报人以书面形式确认是侵权货物的情形、综合考虑货物的性质和状态、包装、产地、发货地、申报金额等情况后,认为该货物明显侵害知识产权的情形<sup>17)</sup>。这时,应向知识产权权利人和进出口人通知采取中止放行措施的实施。之后的措施与前述的依申请的中止放行程序相同。

### 4. 进出口人的通关许可请求

#### (1) 进出口人的通关许可请求

《关税法》第235条第5款规定,进出口申报人在提供担保后请求通关或解除扣留的,可以许可该货物的通关或解除扣留。但使

17) 《关税法》第235条第7款。《关税法施行令》第239条第2款。《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第17条第1款、第2款。

用伪造或类似商标，侵害《商标法》规定的商标权的货物、侵害著作权的非法复制货物、使用相同或类似品种名称，侵害《植物新品种保护法》规定的品种保护权的货物、使用伪造或类似地理标志，侵害地理标志权的货物、使用已注册专利的发明，侵害《专利法》规定的专利权的货物、使用相同或类似外观设计，侵害《外观设计保护法》规定的外观设计权的货物除外。另外，《关税法施行令》第240条第3款规定，进出口申报人请求通关或解除扣留的，海关最高负责人应在十五天内决定是否许可该货物的通关或解除扣留。且第241条规定，“通关或解除扣留的请求人应向海关最高负责人提供相当于征税价格的120%（中小企业为40%）的担保”。《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第20条第1款规定，“进出口人请求受理进出口申报或解除扣留的，应根据施行令第241条的规定，应提供相当于征税价格的120%（《税收特例限制法》第5条第1款规定的中小企业为60%）的担保，并向海关最高负责人请求”，第2款规定“收到通关或解除扣留请求后，海关最高负责人应立即将该事实通知关税厅长和中止放行请求人，并在七天内决定是否受理进出口申报”。

## （2）海关审查

虽然进出口人完成了进出口申报，但海关依权利人申请或职权采取中止放行措施的，进出口人可以请求受理进出口申报或解除扣留。这时，为了判断进出口申报货物是否侵害了知识产权，海关

最高负责人可以向相关专家咨询是否侵权。而且为了审查海关的中止放行措施和进出口人的进出口申报受理请求，可以设置知识产权侵权决定审议会<sup>18)</sup>。

## 5. 海关的后续措施

### (1) 决定中止放行的

海关决定中止放行的，进出口人可以请求受理进出口申报或解除扣留，海关最高负责人应在七天内决定是否受理进出口申报。这时，知识产权权利人可以向海关最高负责人提交可以证明中止放行货物侵害本人知识产权的资料。但事先申报知识产权的，应在七天内（容易腐烂的货物等海关最高负责人认为紧急的货物为五天）内提交；没有事先申报的，应在五天内提交。

在许可通关或解除扣留之前，中止放行的货物应在海关最高负责人指定的地点保管<sup>19)</sup>。另外，进出口人提交知识产权侵权货物销毁同意书的，海关最高负责人可以销毁该侵权货物<sup>20)</sup>。

海关最高负责人决定中止放行的，应将中止放行的货物移交给调查机关。移交时，应提交知识产权权利人意见书、专利师或专门鉴定人的鉴定书等可以确认侵权事实的资料。但通过货物的性质、状态、包装等，可以明确确认侵权事实的，可以先移交后再

---

18) 参照《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第20条、第24条。

19) 《关税法》第239条第6款。

20) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第27条。

提交鉴定书等相关资料<sup>21)</sup>。

(2) 进出口申报的受理

发生下列情形的，海关最高负责人应受理进出口人的进出口申报。根据相关法律规定，被判决没有权利或权利已消灭的、知识产权权利人没有提出中止放行请求的、知识产权权利人因下落不明或拒绝接听等原因而无法联系的、法院判决没有侵权或知识产权权利人撤回起诉的、因腐烂、变质等事由，法院决定解除中止放行的、没有在提供担保时明确的提供期间内更新或延长的、移交结果显示没有嫌疑的<sup>22)</sup>。

受理进出口申报后，中止放行措施的效力消灭，进出口人可以搬出货物。

### 三、韩中知识产权海关保护制度的比较及韩国海关保护制度存在的问题

#### 1. 韩国和中国保护制度的异同

##### (1) 保护客体

在韩国，海关知识产权保护客体为商标权、著作权和著作邻接

---

21) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第26条。

22) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第17条第3款。

权、品种保护权、地理标志权、专利权、外观设计权，而中国则是商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权。但中国的与著作权有关的权利包括著作邻接权和软件著作权，专利权包括发明专利、实用新型权、外观设计权。因此，韩国和中国之间只对品种保护权和地理标志权存在不同。韩国在2001年修改关税法之前只将商标权、著作权和著作邻接权纳入了海关的保护对象，但现在扩大了其范围，可以说两国基本上没有太大的差异。

## (2) 知识产权事先申报制度

为了有效保护知识产权，两国都规定可以事先向法院申报知识产权。在韩国，事先向海关申报知识产权的，海关最高负责人认为进出口申报货物存在侵权嫌疑的话，应通知知识产权权利人该侵权嫌疑货物进出口申报事实，收到通知的知识产权权利人可以请求海关中止放行。而在中国，知识产权权利人也可以将自己的知识产权在海关总署备案，海关一旦发现进出口货物存在侵权嫌疑的，应书面通知这一事实。

在韩国，事先申报的有效期为三年。最初该有效期为十年，但在2009年修订《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》后，将其修改为三年。

在中国，备案的有效期为十年。最初该有效期为七年，但后来延长至十年。

(3) 知识产权权利人的中止放行请求

韩国和中国都规定知识产权权利人可以向海关请求对侵权嫌疑货物的中止放行。

1) 中止放行的请求期限

在韩国事先申报知识产权的权利人可以在七天内向海关最高负责人提供担保并请求对该货物的中止放行，没有事先申报知识产权的权利人则可以在收到海关通知之日起五天内向海关最高负责人提供担保并请求对该货物的中止放行。

在中国，之规定了知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当提交申请书及相关证明文件，并提供足以证明侵权事实明显存在的证据，并没有明文规定扣留请求期限。

2) 中止放行期间

韩国并没有关于中止放行期间的明文规定。之规定了中止放行请求人在收到中止放行事实后十天内证明已向法院提起诉讼的，海关最高负责人可以维持中止放行措施；进出口申报人提供担保并请求通关或解除扣留的，应在七天内决定是否受理进出口申报。

在中国，海关依知识产权权利人的请求扣留侵权嫌疑货物，但自扣留之日起20个工作日内未收到人民法院协助执行通知的，应解除扣留。因此扣留期间最长不能超过20个工作日。

### 3) 中止放行的决定机关

在韩国，海关在决定中止放行时，为了判断进出口申报货物是否侵害了知识产权，必要时可以向专利厅、国立种子院等相关机关或专家咨询是否侵权<sup>23)</sup>，且为了审查海关的中止放行措施和进出口人的进出口申报受理请求，可以设置知识产权侵权决定审议会<sup>24)</sup>。当然，海关不受理进出口申报时，进出口人可以向法院起诉。

在中国，由法院判断是否侵权。即，自扣留之日起20个工作日内收到人民法院协助执行通知时才能继续扣留，所以除非权利人向法院起诉否则无法继续扣留。

### 4) 依职权的中止放行

韩中两国都规定，海关在管理、监督进出口货物的过程中，认为该货物侵害知识产权的，可以对该货物中止放行。但两国的依职权的中止放行程序存在下列不同。

#### a. 依职权的中止放行程序的启动

在韩国，在存在法院的生效判决时，存在相关机关（著作权委员会、贸易委员会等）对侵权与否作出的鉴定、裁决、决定时，进出口人或进出口申报人以书面形式确认是侵权货物时，海关最高负责人认为该货物明显侵害知识产权时才可以依职权中止该货物的放行。即，无论是否实现申报了知识产权，海关可以依职权启

23) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第21条。

24) 《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》第24条

动中止放行程序。

在中国，事先将知识产权在海关总署备案后，海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑的，通知知识产权权利人，如果知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的话，海关扣留该货物。即，依职权扣留是以知识产权的备案为前提，且知识产权权利人请求扣留时才可以扣留，因此很难说是完全的依职权扣留。知识产权权利人自收到海关通知之日起3个工作日内请求扣留，并提供担保。

b. 调查是否侵权

在韩国，依职权启动中止放行程序后，进出口人可以请求受理进口申报或解除扣留。之后的程序与前述的依申请的中止放行程序相同。

在中国，扣留侵权嫌疑货物的，由海关调查其是否侵权。海关应当自扣留之日起30个工作日内对被扣留的侵权嫌疑货物是否侵犯知识产权进行调查。当然，对海关的决定进出口人可以向法院起诉。

5) 中止放行的后续措施

在韩国，海关决定中止放行的，应将中止放行的货物移交给调查机关，在海关最高负责人指定的地点保管。

在中国，被扣留的侵权嫌疑货物，经海关调查后认定侵犯知识产权的，由海关予以没收，海关没收侵犯知识产权货物后，应当将

侵犯知识产权货物的有关情况书面通知知识产权权利人。

## 2. 韩国海关保护制度存在的问题及其完善

### (1) 制定关于海关知识产权保护的总统令的必要性

在韩国，规定海关知识产权保护的法律是《关税法》第235条。根据这一条款，海关可以对知识产权侵权货物中止放行或扣留。但《关税法》第235条只有7个条款，其余事项由总统令规定。而《关税法施行令》中，关于海关知识产权保护的内容规定在第237条至第242条，6各条款中。具体内容规定在《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》中。该告示于2005年制定，现行告示是2015年11月修正的。

但问题是关于海关中止放行制度的所有具体内容都规定在关税厅告示中。关税厅告示的法律性质是法规命令还是行政规则，尚不明确。法规命令是指，依据法令的授权由行政机关制定的对国民有拘束力的规范，是有对外拘束力的行政立法。而行政规则是指，在行政机关内部或公法上的法律关系内部中，规定其组织和活动的一般命令，并没有法规性质<sup>25)</sup>。如果关税厅告示属于法规命令，则具有法规性质；如果属于行政规则的话，由于没有对外拘束力，无法适用于一般人。《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》的宗旨是为保护知识产权权利人，而规定知识产

---

25) 洪井善，行政法原论（上），博英社，2014，215页、245页。

权相关货物通关所需事项，因此规定有适用于一般人的内容，从而可以说其属于法规命令。但《行政规制基本法》规定的行政规制是指，国家或地方自治团体为实现特定行政目的限制国民（包括适用国内法的外国人）的权利或赋予义务的，规定在法令或条例、规则上的事项。行政规制应该规定在法律中，但具体的规制内容可以在法令或其上位法中规定范围后，委任给总统令、总理令、部令或条例、规则规定。但法令中，关于专门性、技术性事项或轻微的事项且鉴于业务性质只能委任的事项，在规制具体范围后委任时，可以在告示中规定<sup>26)</sup>。那么海关知识产权保护属于专门性、技术性事项或轻微的事项吗？对此，值得商榷。因此很难说海关知识产权保护制度是可以由告示规定的事项。

另外，《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》的规定了海关对知识产权侵权嫌疑货物采取中止放行措施的具体程序。因此，海关采取中止放行措施时，有可能限制进出口申报人的权利。这样的限制个人权利的内容应该规定在法律或总统令、总理令、部令中。况且一般人比较容易接触《关税法》和《关税法施行令》，而关税厅告示，一般人则很难了解其内容。

而且《关税法》第235条第6款规定，关于知识产权的申报、提供担保、通关的保留、许可、扣留、解除扣留的必要事项由总统令所定。即，委任给《关税法施行令》规定知识产权海关保护的内容。而《关税法施行令》第242条第3款规定，关于判断知识产权侵权与否、中止放行程序等的必要事项由关税厅长规定，从而

---

26) 参照《行政规制基本法》第2条、第4条第2款。

再委任给关税厅长规定。但《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》中，除了《关税法施行令》所委任的关于判断知识产权侵权与否、中止放行程序等的必要事项之外，还规定了知识产权申报的相关内容。可以说该告示超出了《关税法施行令》委任的范围。

为有效解决这些问题，有必要制定规定海关知识产权保护的总统令。以现行《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》的内容为基础，制定总统令的话可以解除前述问题。在日本，海关知识产权保护程序规定在《关税法》中；在中国，规定在《海关保护条例》这一相当于韩国总统令的法令中。

## (2) 知识产权申报制度存在的问题

在韩国，知识产权权利人在向海关申报知识产权后，其可以获得的法益并不多，这也可能成为问题。海关最高负责人认为进出口申报货物有可能侵害申报知识产权的，应通知知识产权权利人，收到海关通知的知识产权权利人可以请求中止该货物的放行，这时应提交侵权的证明资料。这样的程序与没有向海关申报知识产权的知识产权权利人请求中止放行的情形相同。即，申报的人和没有申报的人应提交的资料和侵权证明资料相同。在中国，请求扣留时，没有在海关备案的知识产权权利人比在海关备案的知识产权权利人多提交各种证明资料。

所以，韩国也有必要探索更好地保障知识产权申报人法益的方

法。

### (3) 中止放行的期间问题

韩国并没有关于中止放行期间的明文规定。即过去《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》曾规定“原则上中止放行期间为自中止放行请求人收到中止放行通知之日起十天”，但后来删除了这一条款。《关税法施行令》第239条第3款只规定，中止放行请求人在收到中止放行事实后十天内证明已向法院提起诉讼的，海关最高负责人可以维持中止放行措施。因此，有必要规定海关的中止放行期间的规定。如果规定具体的期间的话，就可以更好的预防知识产权权利人或进出口申报人的权利遭受非法侵害。

## 四、结论

几乎世界上所有国家都规定了边境措施。韩国也施行海关对知识产权侵权货物中止放行或扣留的制度。其法律依据规定在《关税法》中，且在《关税法施行令》和《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》中规定了具体程序。

在中国，同样实施海关扣留知识产权侵权货物的制度，其法律依据规定在《中华人民共和国知识产权海关保护条例》和《中华人民共和国海关关于〈中华人民共和国知识产权海关保护条例〉的实施办法》。

海关的边境措施是将知识产权侵权货物在进入国内之前限制其通关，从而有效保护知识产权。如果知识产权侵权货物进入国内的话，只能通过提起民事诉讼或申请行政规制等事后措施救济，因此如果充分利用海关的边境措施的话会有效抑制知识产权侵权货物进入国内。现阶段中国是韩国最大贸易伙伴，因此边境措施可以成为抑制中国制造的知识产权侵权货物进入韩国国内的有效方法。

在中国注册知识产权的韩国企业日益增多，因此将侵害韩国知识产权的货物在进入中国国内之前通过边境措施限制其进入中国国内的话，对韩国知识产权的保护也有利。所以，对中国海关知识产权保护制度的正确理解是必要的。

韩国海关知识产权保护制度也存在一些问题。比如，现阶段海关知识产权保护制度规定在《关于知识产权保护的进出口通关业务处理告示》中，这种做法是有悖于《行政规制基本法》规定的。因此，有必要制定关于海关知识产权保护的总统令。

#### 【参考文献】

朴德泳·李日镐，《国际著作权与贸易问题》，世昌出版社，2009。

洪井善，行政法原论（上），博英社，2014。

金镐·李忠勋，“中国海关知识产权保护制度研究”，载《文化·传媒·娱乐法》第7卷第2号，中央大学文化传媒娱乐法研究所，201

3。

李忠勳，“中国海关的知识产权保护”，载《通商法律》，总第71号，法务部，2006。

## 조미 수호통상조약의 재음미

노영돈(인천대 법학과)

### 《 목 차 》

- I. 서론
- II. 조미 수호통상조약의 체결 배경과 경위
- III. 조미 수호통상조약의 내용
- IV. 조미 수호통상조약의 재음미
- V. 결론

### I. 서론

소위 개화기에 쇄국정책을 쓰던 조선은 일본과 서구제국의 식민지화의 대상으로 개항의 압력에 맞은 도전을 받았다. 그 간 조선의 개화기 역사에 있어서 일반적으로 개화파의 주장과 논조가 긍정적인 평가를 받음으로써 조선의 쇄국정책은 부정적으로 평가되어 왔다. 그러나 조선의 쇄국정책의 근저에는 ‘위정척사(衛正斥邪)’라는 사상이 있었다.

물론 개화파의 주장처럼 조선 자체적으로 부국강병(富國強兵)이 실현되었으면 좋았겠지만 현실에서는 부국강병도 실현되지 못하였고 결국은 일본에게 병합을 당하여 국치의 경험을 하게 되었지만, 그렇

다고 하여 위정척사파의 주장이 아무런 의미나 의의도 없이 단순히 봉건세력들의 기득권 유지를 위한 행태로만 보는 것은 우리의 사상사적 측면에서나 주체적 의식의 유지발전이라는 측면에서 정당한 평가라고 볼 수 없다고 하겠다<sup>1)</sup>.

위정척사란 간단히 말하면 옳은 것을 지키고 나쁜 것을 배척한다는 것인데, 여기서 옳은 것이란 백성을 인(仁)이나 덕(德)으로 감화시켜 통치하는 왕도정치(王道政治)를 말하며, 나쁜 것이란 백성을 힘이나 폭력으로 굴복시켜 통치하는 패도정치(霸道政治)를 말한다. 즉 그 동안 조선은 유교(특히 성리학)를 기초로 왕도정치를 이상으로 하던 국가로서 무력으로 조선의 정복이나 식민지화를 추구하던 일본이나 서구열강은 패도를 일삼는 오랑캐로 본 것이다<sup>2)</sup>. 따라서 위정척사파의 쇄국정책이 봉건적 기득권을 지키려는 양반계급의 시도라고만 보는 것은 자주적 사관에 입각한 것이라 보기 어렵다.

이러한 조선의 쇄국정책은 패도를 자행하는 일본과 구미제국주의 국가들을 상대로 한 것이었지만<sup>3)</sup> 결국 개화파가 주장한 부국강병도 실패하고 일본(1876년)을 시작으로 미국(1882년), 영국(1883년), 독일(1883년), 이태리(1884년), 러시아(1884년), 프랑스(1886년), 오스트리아-헝가리(1892년), 벨기에(1901년), 덴마크(1902년) 등의 구미

1) 우리나라의 정치사상사의 연구에서도 일반 사학에 아직도 잔존한다고 평가되는 식민사관의 영향인지 위정척사파의 철학적 또는 정신적 기초에 대한 연구가 매우 일천하다. 이에 대한 연구로는 이상익, “위정척사파의 외세에 대한 인식과 대응”, 태동고전연구소, 태동고전연구, 제20집, 2004, 1-45쪽; 이상익, “위정척사파의 사회사상”, 율곡학회, 율곡사상연구, 제19집 2009, 231-261쪽 참고.

2) 이를 더 세분하여 위정척사파의 ‘정’과 ‘사’에 대한 규정은 역사적 상황의 변화에 따라 그 초점을 달리한다고 하고, 먼저 서학(西學, 즉 천주교)이 물의를 일으켰던 시기(18세기말~19세기초)에는 ‘유교적 인류문명’이 ‘정’으로 설정되고, ‘천주교’가 반인륜적인 ‘사’로 설정되었으나, 제국주의 열강의 침략이 본격화되던 시기(19세기 중반 이후)에는 ‘유교적 인류문명과 함께 우리의 국권(國權)’이 ‘정’으로 설정되고, ‘서구의 침략세력과 그 문명’이 ‘사’로 설정되었다고 하는 견해도 있다. 상계서, “위정척사파의 외세에 대한 인식과 대응”, 3쪽.

3) 당시에는 이와 같이 일본과 구미제국을 동일하게 패도를 추구하는 무리로 보는 “왜양일체론(倭洋一體論)”이 제기되어 있었다.

제국주의국가들에게 차례로 수호통상조약을 체결함으로써 개국을 하였다<sup>4)</sup>. 그리고 일본과 구미제국주의국가들은 위에서 열거된 수호조규 또는 수호통상조약만 체결한 것이 아니라 여러 개의 부속조약이나 후속조약들을 체결하여 한국 식민지화의 목적을 도모하였다<sup>5)</sup>.

4) 쇄국을 하던 당시 조선은 청과만 수교를 하고 있었다. 청과의 수교관계는 1627년 청의 침략으로 발발한 정묘호란으로 형제관계가 수립되었고, 이어 1636년 청의 재침으로 발발한 병자호란에서 군신관계가 수립되었던 것이다. 이 군신관계는 다시 말하면 종속관계로서 1894년~1895년에 있었던 청일전쟁에서 승리한 일본이 그 강화조약인 <시모노세키조약>에서 청으로 하여금 “청국은 조선국이 완전무결한 독립자주국임을 확인하고, 독립자주를 훼손하는 조선국으로부터 청에 대한 조공, 헌상, 전례 등은 영원히 폐지한다(제1조)”하여 청의 속국(또는 번국)상태에서 조선을 해방시켜줄 때까지 유지되었다. 이렇게 조선이 청의 속국상태에서 해방되기 전에 이미 일본과 구미제국들은 쇄국정책을 취하던 조선을 개국시켰고, 이제 조선과의 종속관계가 청산되자 청은 조선과 대등한 외교관계와 종래의 봉건적 조공무역이 아닌 근대적 통상관계를 수립하기 위하여 뒤늦게 1899년 <한청 통상조약>을 체결하였다.

5) 일본과는 1876년 <조일 수호조규> 이후 같은 해 <수호조규 부록>, <무역규칙>, 1877년 <부산항조차조약>, <표류선취급규칙>, 1879년 <원산진개항예약>, 1881년 <원산진조차협정서>, 1882년 <수호조규 속약>, 1883년 <제조선국일본인민통상장정(조선국에 있는 일본인민무역의 규칙) 및 (일본인민에 대한) 조선국해관세칙(海關稅則)>, <한국간행리정협정약서>, <인천항일본조차조약>, 1884년 <한국간행리정협정약서 부록>, 1886년 <절영도지소차입약서>, 1891년 <월미도지소차입약서>, 1897년 <인천일본거류지확장에 관한 주한각국사신회의 협정서>, 1902년 <마산포일본전관조차협정서>, 1908년 <청진토지관리에 관한 협정서> 등을 차례로 체결하였다. 이 외에도 일본은 정한론에 따라 조선을 식민지화하는 과정에서 소위 구 조약 5건을 포함하여 여러 개의 조약을 체결하였다.

미국과는 1882년 수호통상조약 이후 1883년 <수호통상조약 호환속약>을 체결하였고, 영국과는 1883년 수호통상조약과 함께 <수호통상조약 부속통상장정>, <수호통상조약 세칙(稅則)>과 <세칙(稅則)장정>, <수호통상조약 선후속약>을 체결하였으며, 독일과는 1883년 수호통상조약과 함께 <부속통상장정>을 체결하였고, 이태리와는 1884년 수호통상조약과 함께 <부속통상장정>, <수호통상조약 세칙(稅則)>과 <세칙(稅則)장정>, 1885년 <수호통상조약 속약>을 체결하였으며, 러시아와는 1884년 수호통상조약과 함께 <부속통상장정>, <수호통상조약 세칙(稅則)>과 <세칙(稅則)장정>, <수호통상조약 선후속약>, 1888년 <육로통상장정>, 1900년 <마산포지소조차조약>과 <거제도불조차조약>을 체결하였고, 프랑스와는 1886년 수호통상조약과 함께 <부속통상장정>, <수호통상조약 세칙(稅則)>과 <세칙(稅則)장정>, <수호통상조약 선후속약>, 1901년 <우편협정>을 체결하였으며,

이들 수호통상조약들 중에서 인천(현재의 인천광역시)에서 체결된 조약으로는 조일 수호조규, 조미 수호통상조약, 조영 수호통상조약, 조독 수호통상조약이 있다. 아래에서는 이 중에서 조미 통상조약에

---

오스트리아-헝가리 동군연합과는 1892년 수호통상조약과 함께 <부속통상장정>, <수호통상조약 세칙(稅則)>과 <세칙(稅則)장정>, <수호통상조약 부속약관>을 체결하였고, 벨기에와는 1901년 수호통상조약과 함께 <부속통상장정>, <수호통상조약 세칙(稅則)>과 <세칙(稅則)장정>을 체결하였으며, 끝으로 덴마크와는 1902년 수호통상조약과 함께 <부속통상장정>, <수호통상조약 세칙(稅則)>과 <세칙(稅則)장정>을 체결하였다. 그리고 상기의 양자조약 외에도 1884년에는 <인천제물포각국조계장정>, 1897년에는 <진남포 및 목포 각국조계장정>, 1899년에는 <군산마산포성진 각국조계장정>이 체결되었다. 반면 청과는 1899년 <통상조약>을 새로 체결하였는데, 그 이전인 1882년 <조청 상민수륙무역장정>, 1883년 <봉천성조선변민교역장정>, 1884년 <인천구화상지계장정>, 1885년 <전선(電線)조약>, 1886년 <부산전선(電線)조약>, 1891년 <원산전선(電線)규약> 등을 체결하였고, <통상조약>을 체결한 해에는 <통상조약 호혜조약>을 체결하였다. 이들 조약들의 원문은 국회도서관 입법조사국, 구한말조약회찬, 상권(1964)/중권(1965)/하권(1965) 참고.

그런데 1905년 일본이 조선과 소위 <을사보호조약>을 불법적으로 체결하고, 이를 계기로 대한제국의 외교권을 일본이 행사하게 되었지만 구미국가들이나 청과 체결된 모든 조약들은 효력은 일응 유지되었다. 즉 1905년 을사보호조약 체결 직후 고종황제가 황실고문인 H. B. Hulbert에게 보호조약이 일본의 강요에 의한 것으로 무효임을 선언하고 그 뜻을 미국에 알릴 것을 지시하였고, 이에 따라 그 사실이 미국과 세계 각국에 알려지자 1906년 1월과 2월에 각각 영국과 프랑스에서 신문과 논문으로 그 무효가 주장되었다. 국회도서관 입법조사국, 구한말조약회찬, 상권, 1964, 76쪽 참고. 그러자 이에 대하여 일본은 외교경로를 통하여 <1905년 한일협약에 관하여 일본정부가 영국, 미국, 프랑스, 독일, 오스트리아-헝가리, 이태리, 벨기에, 덴마크 및 청의 각국 정부에 통고함에 있어서 첨부한 각서>를 통하여 한국과 수호통상조약을 체결하여 수교가 있는 국가들에게 일본의 대한제국에 관한 보호권에 주의를 환기시키고, 보호관계를 기정사실화하였다. 상계서, 80-86쪽 참고. 즉 을사보호조약 후에도 이들 조약들은 여전히 유효하여 일본의 외교적 개입이 가능해졌음에도 불구하고 치외법권이나 관세 등에서의 불평등한 특권 등을 계속 유지되었다.

그러나 이러한 조약들은 1910년 일본이 대한제국을 병합하면서 효력을 상실하였다. 1910년 8월 22일 <한국병합에 관한 조약>을 체결한 일본은 같은 달 29일 한국과 조약을 체결하고 있는 국가들에게 <한국병합에 관한 선언>을 발표하였는데, 이 선언으로 일본은 한국과 각국들과의 조약은 당연히 무효가 되고 일본과 각국과의 현행조약이 그 적용이 가능한 한 조선에 적용한다고 하였다.

대하여 그 체결 배경과 경위, 그 주요내용 등을 알아보고, 동 조약이 가지는 의미를 되새겨 본다.

## II. 조미 수호통상조약의 체결 배경과 경위

쇄국정책을 고수하던 조선이 1882년 구미제국 중 미국을 처음으로 수호통상조약을 체결하였다. 조미 수호통상조약의 체결은 미국으로서의 오랜 노력의 결과였다고 하겠다. 미국은 먼저 청과는 1844년 <미청 망하조약6>을 통하여, 일본과는 1854년 <미일 화친조약7>을 통하여 문호를 개방시켰다. 그 후 조선과의 통상을 시도하였는데, 당시 고종의 섭정을 맡고 있던 흥선대원군의 쇄국정책8)으로 용이하지 않았다. 그리하여 1866년 소위 상선 서만호 사건을 빌미로 조선을 무력으로라도 개항하기 위하여 1871년 소위 “포함외교(砲艦外交; gunboat diplomacy)”를 단행하여 조선 원정(신미양요)을 시도하였지만 실패하였다. 그 후 1876년 일본이 미국과 같이 포함외교를 단행

- 
- 6) 영어로는 정식명칭은 <Treaty of peace, amity, and commerce, between the United States of America and the Chinese Empire>이고, 약칭 <Treaty of Wanghia>라고도 한다. 중국어로는 <中美望厦条约> 또는 <中美五口贸易章程>이라고 한다. 이는 불평등조약의 하나였다.
- 7) 영어로는 정식명칭은 <Convention of Peace and Amity between the United States of America and the Empire of Japan>이고, 약칭 <the U.S.- Japan Treaty of Peace and Amity>라고도 한다. 일본어로는 정식명칭은 <アメリカ合衆国と日本帝国間の平和および修好の条約>이고, 통칭 <日米和親條約> 또는 <神奈川条約(가나카와조약)>이라고도 한다. 이도 불평등조약의 하나였다.
- 8) 조선은 건국 초기부터 쇄국정책을 실시하였다. 그러다가 개화기에 이르러 흥선대원군이 1842년 아편전쟁으로 청이 영국, 프랑스, 러시아 등과 불평등조약으로 굴욕적으로 많은 이권을 양허하는 것을 보고는 소위 위정척사사상을 기초로 청을 제외한 서구제국주의 국가와 일본과의 통상을 완강히 거부하였다. 이러한 흥선대원군의 쇄국정책은 서원철폐조치를 강행하다가 최치원의 계유상소로 1873년 섭정에서 물러나면서 약화되었고, 1876년 일본과 <조일 수호조규>을 체결하면서 완전히 막을 내렸다.

하여 소위 운요호 사건을 빌미로 <조일 수호조규<sup>9)</sup>>을 체결하여 조선과 통상을 시작하자 미국은 조선과의 수교를 서두르게 되었다.

당초 미국은 일본을 통하여 조선과의 수교교섭을 시도하였으나 여의치 않았다. 그러던 중 1879년 청의 리홍장은 청의 주선을 통해 미국과 수교할 것을 조선에 권유하였다. 이 권유는 처음에는 조선이 국제법을 불신하여 즉각 받아들여지지 않았으나, 다음 해인 1880년 《조선책략<sup>10)</sup>》의 조선 유입으로 조선 조정은 적극적인 외교의 필요성을 느끼게 되어 그 권유에 응하게 되었다.

그리하여 조선과 미국의 수교교섭이 진행되게 되었으나, 이 수교교섭이 청의 주선을 통한다 하더라도 조선과 미국의 대표가 직접 만나 진행된 것이 아니라 1882년 3월 천진에서 청의 리홍장과 미국의 해군제독 슈펠트(Robert Wilson Shufeldt)간에 조약안에 대한 협의를 먼저 진행되었고, 그 조약안을 두고 나중에 청의 대표의 입회하에 조선과 미국의 대표가 만나 조선측이 그 조약안을 사후승락하는 방식으로 계획·전개되었다. 즉 조미 수호통상조약은 조선과 미국간의 독자적인 의견의 합치가 아니라 청의 개입과 협력이 반영된 것이었다.

조미 수교 예비교섭은 1882년 3월 천진에서 하게 되었는데, 조선

9) 조약에는 단지 <수호조규(修好條規)>라고 되어 있다. 한국어로는 <조일수호조규(朝日修好條規)>, <강화도조약>, 또는 <병자수호조약>이라고도 한다. 일본어로는 <日朝修好條規>라고 한다. 이도 또한 불평등조약의 하나였다.

10) 이 책은 주일청국공사관의 참사관 황준헌이 지은 책으로 원명은 《사의조선책략(私擬朝鮮策略)》이다. 이는 2차 수신사로 파견된 김홍집이 일본에 약 1개월간 머무는 동안 근대적인 외교정책과 국제법에 관한 탐문과 조사를 하였는데, 그 과정에서 주일청국공사관과 자주 접촉하면서 입수하게 된 것이다. 이 책은 조선의 외교정책에 관한 것으로, 그 골자는 러시아의 동방정책에 이은 남하정책을 경계하여 조선은 친중국(親中國), 결일본(結日本), 연미국(聯美國)하여 개국(開國), 균세(均勢), 자강(自強)하여야 한다는 것이었다. 이 《조선책략》은 조선의 조약에 커다란 반향을 가져왔고, 개화파와 위정척사파의 대립을 더욱 가중시켰다. 조정은 대외정책을 쇄국정책에서 적극적인 개국정책으로 전환하는데 결정적인 영향을 미쳤고, 반면 유생들에게는 개화를 반대하는 거국적인 위정척사운동을 펼치게 하였다.

국왕의 요청을 받은 청의 리홍장이 미국과 교섭을 하였다. 이 때 리홍장이 제시한 조약 초안 제1조에는 “조선은 중국의 속방이나 그 내정과 외교는 조선국왕이 자주적으로 한다(朝鮮素爲中國屬邦, 而內治外交, 向來均由大朝鮮國國主自主)”고 하여 종래 청이 주장해온 종속관을 명문화하여 이를 국제사회에 성명하려는 것이었다. 이는 일본이 정한론으로 조선침략정책을 전개하는 과정에서 조선은 청의 속국(또는 번국)이라는 명분으로 개입해 온 것을 제거하기 위하여 1876년 <조일 수호조규> 제1조에서 조선은 자주국이라고 규정하였는데, 리홍장은 그러한 일본의 의도를 깨뜨리기 위하여 반대로 1881년 조미 수교교섭에서 조미 조약에 다시 조선은 청의 속국임을 명시하고자 한 것이었다. 이것이 리홍장이 조미 수교를 중재한 주원인이었다고 한다.

그리하여 리홍장의 이를 강력히 요구하였고, 이에 대하여 슈펠트는 조선이 내치외교에 자주권을 가진다면 미국은 청의 종주권없이 조선을 대등한 국가로 취급할 권리를 가지며, 또 청과 조선의 그러한 관계를 미국과 조선과의 조약에 규정한다면 미국의 오랜 외교정책<sup>11)</sup>에 배치된다고 하여 강력히 반대고, 교섭 결렬을 선언하기도 하였다. 결국 이 문제는 같은 해 4월 천진에서의 마지막 교섭에서 미국 정부로부터 동 규정을 삭제하지 않아도 좋다는 전문이 오지 않는 한 동 규정은 조약에서 삭제하고, 조약과는 별도로 조선 국왕이 미국 대통령에게 보내는 조선은 청국의 속방이라는 내용의 조회문을 슈펠트가 수령하는 형식으로 정리되었다<sup>12)</sup>.

11) 미국은 건국 이래 제2차 세계대전 전까지 이 고립주의(isolationism)를 외교정책의 기본원칙으로 삼았다. 특히 1823년 몬로 독트린(Monroe Doctrine)으로 강화되었다. 이는 남북미에서의 미국의 이익을 지키는 것 이외의 사안에 대하여는 불간섭 원칙을 견지한다는 것이다. 이로써 유럽의 분쟁에 휘말리지도 않고, 이민국가인 미국의 내적 갈등을 회피한다는 정책이다.

12) 국회도서관 입법조사국, 구한말조약회찬, 중권, 1965, 284-286쪽 참고. 이 조회문의 전문은 고려대학교아세아문제연구소, 구한국외교문서, 제10권, 미안(美案 1), 1967, 10-11쪽 참고.

이렇게 정리된 초안을 가지고 실제로 청의 중재를 통한 조선과 미국의 직접 교섭이 진행된 것은 1882년 5월 인천에서였다. 조선 대표는 영어가, 미국 대표는 조선어가 되지 않았기 때문에, 청의 대표가 통역을 하였으며, 조선과 청간에는 말이 아니라 필담으로 진행되었다<sup>13)</sup>.

처음부터 이 조미 수교교섭은 일본에게는 비밀로 할 것이 요구되었다. 전술한 바와 같은 이유로 일본이 조미 수교를 방해할 것을 우려했기 때문이었다.

이후고 1882년 5월 22일 <조미 수호통상조약(朝美修好通商條約, 영문으로는 Treaty of Peace, Amity, Commerce and Navigation, United States-Korea Treaty of 1882)>이 조선의 전권위원 신헌 및 김홍집과 미국의 전권위원 슈펠트간에 조인되었다<sup>14)</sup>. 이 조약의 조인으로 1883년 4월 푸트(Lucius H. Foote)가 조선주재 미국 초대 공사로서 조선에 입국하여 5월 19일자로 비준서를 교환하고, 조선정부에서도 같은 해 6월 민영익을 수반으로 한 보빙사 일행을 미국에 파견하였다. 이로써 조선은 구미 자본주의국가에 개국을 하게 되었고, 불평등하였지만 한미 양국의 교류가 시작되었다.

### III. 조미 수호통상조약의 내용

조미 수호통상조약은 모두 전문과 14개조로 구성되어 있다. 이 조약은 한문본과 영문본으로 되어 있으며, 각각 3부씩을 작성하였다.

13) 인천에서의 <조미 수호통상조약> 체결과정과 비준서교환 시까지 3국의 대표들이 교환한 의견과 문건들은 고려대학교아세아문제연구소, 전게서. 주 11, 1-30쪽 참고.

14) 이 조약의 최종조항에서는 조약조인지와 장차 비준서교환지로서 인천을 지정하였으나 조약문의 문구에 의하면 한문본에는 “仁川府”로, 영문본에는 “Yin-chuen”로만 되어 있다.

조미 수호통상조약의 번역문은 아래와 같다<sup>15)</sup>.

제1조 사후로 대조선국 군주와 대아미리가(大亞美理駕)합중국 백리새천덕(伯理璽天德, President) 및 그 인민은 각각 영원히 화평우호를 지키되 만약 타국이 불공경모(不公輕侮)하는 일이 있게 되면 일차 조지(照知)를 거친 뒤에 필수상조(相助)하여 잘 조치함으로써 그 우의를 표시한다.

제2조 본 수호통상조약을 체결한 양 체결국은 각각 병권대신을 파견하여 다른 한쪽 국가의 수도에 주재시킬 수 있고 또 각각 통상항구에 영사관을 설치하되 이는 자국의 편의에 따른다. 이들관원은 본지의 관원과 더불어 왕래교섭하되 동등한 품급에 상당한 예우로써 응대한다. 양국의 병권대신 및 영사 등의 관현은 종중(種種)의 은시(恩施)와 피차의 접대에 다름이 없는 최우국(最優國) 특권을 향획(享獲)한다.

오직 영사관은 반드시 봉도(奉到)한 주찰(駐紮)국의 비준문빙(批准文憑)하여 방가시사(方可視事)요 차견된 영사등 관(官)은 반드시 진정한 관원이 되어야 하며 상인으로서 겸무(兼務)를 얻을 수 없고 또 무역을 겸행(兼行)할 수도 없다. 각 항구에 영사관이 미설(未設)된 곳이면 혹 타국의 영사에 청하여 겸대(兼代)하되 역시 상인으로서 겸충(兼充)을 할 수 없고 혹은 즉 지방관에 의하여 현정(現定)조약에 비추어 대관(代辦)할 수 있다.

15) 이 번역문은 [https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%A1%B0%EB%AF%B8\\_%EC%88%98%ED%98%B8\\_%ED%86%B5%EC%83%81\\_%EC%A1%B0%EC%95%BD](https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%A1%B0%EB%AF%B8_%EC%88%98%ED%98%B8_%ED%86%B5%EC%83%81_%EC%A1%B0%EC%95%BD)에서 전제(2015.11.15. 검색).

동 조약의 정문인 한문본과 영문본, 그리고 그 번역문 전문은 국회도서관 입법조사국, 구한말조약회찬, 중권, 1965, 288-305쪽 참고. 또다른 번역문은 외무부 외교연구원, 구한말조약집, 1965, 30-40쪽.

만약 조선에 주찰하는 미국영사관등 관이 불합리하게 관사(辦事)하면 미국공사에게 조회하여 피차의견이 서로 같을 때 가히 비준문빙을 회수할 수 있다.

제3조 미국 선척이 조선의 가까운 해변에서 구풍을 만났을 때 또 양식과 물이 모자랐을 때 통상 항구가 아주 먼 곳이면 어떤 곳이나 수박(收泊)하여 구풍을 피하도록 허용하고 양식을 구매하며 선척을 수리하되 소요된 경비는 관계 선주가 자비(自備)할 것이며 지방장관은 연휼(憐恤)과 함께 소수(所需)를 조공(助供)한다.

만일 해당 선박이 불통상항구에서 몰래 무역을 하면 선척 화물은 나획(拿獲) 몰수한다. 만일 미국선척이 조선해안에서 파괴되면 조선 지방관은 그것을 듣는 대로 즉시 선원을 구호(救護)하고 양식들을 공급하되 일면(一面)으로 설법(設法)하여 선척화물을 보호하고 모든 것을 영사관에게 알려 수부(水夫)를 본국에 송환할 것이요 아울러 선화(船貨)도 구출토록 하되 일절 경비는 선주나 미국정부가 인환(認還)한다.

제4조 조선 재류 미합중국 민(民)은 조선정부 지방관으로부터 생명, 재산의 보호를 받을 것이며 어떠한 종류의 기능(欺凌; 기만과 능욕)과 손해(損毀)으로부터도 보호를 받는다. 만약 불법한 자들이 미국인의 방옥(房屋) 등을 파괴할 때는 지방관은 영사의 요구에 의하여 즉시 군대를 파견하여 소란(騷亂)자를 해산시키고 범법자를 체포(逮捕)하여 처벌한다.

조선인으로서 재조선미국인에게 범행한 자는 조선국이 조선법률에 의거하여 처벌하고 미국인으로서 해안.선상에서 조선인을 기능(騷擾)케 하고 조선인의 생명 재산을 손상케 한 자는 미합중국의 영사 또는 해권능(該權能)을 가진 기타 관리만이 미합중국법률에 의하여 체포하고 처벌한다.

조선국 내에서 미국인과의 사이에 분쟁이 생기고 그것이 양국관원이 심문하고 판결됨을 요하는 것일 때는 이 같은 사건은 피고국적의 해당관리가 법에 의하여 심리(審理)한다. 그리고 해당권능을 가진 원고국적의 관리에게는 심리참석이 자유롭게 인가되며 그 지위에 상당한 예로 대우하여야 한다. 공정을 기하기 위하여 소송절차를 감시함에 적당한 일 절의 편의(便宜)가 그에게 허여(許與)되어야 하며 만일 그가 원한다면 그는 증인을 소환(召喚)하여 신문(訊問)하고 또는 반대심문할 권리를 갖는다.

만약 그가 소송에 불만을 가질 때는 항변(抗辯)할 권한을 허여한다. 그러나 대조선국이 조선의 법령과 재판절차를 수정 및 개혁한 때문에 그것이 미국의 법령 및 재판절차와 일치된다고 미국이 판단할 때에는 언제든지 조선에 있는 미국민에 대한 치외법권은 철폐(撤廢)될 것이며 그 후에는 미국민이 조선경내에 있을 때에는 지방관의 관할에 속한다.

제5조 조선국의 상민이나 상선이 무역을 목적으로 미합중국에 가면 미합중국의 세관규칙에 의하여 관세, 돈세(頓稅) 및 일 절의 수수료를 지불하여야 하며 미국인이나 최혜국인에 부과되는 것보다 높거나 또는 다른 세율의 관세나 돈세(배의 용적에 대한 세금)는 그들에게 강요되지 않는다.

무역을 목적으로 조선국에 오는 미국상인 및 상선은 모든 수출입상품에 대하여 관세를 지불해야 한다. 관세부과권은 응당 조선국정부에 속한다. 수출입품에 대한 관세정률은 밑 수 기타 비행을 방지하기 위한 관세규칙과 함께 조선국에 정하고 미국해당관리들에게 이를 통지(通知)하여 그들로 하여금 그들의 국민에게 알려서 이를 준수케 하여야 한다. 그러나 우선 대강은 다음과 같이 정한다. 일용품류의 수출입 품에 관한 관세정률은 증가세(從價稅) 10%를 초과하지 않

으며 사치품 등 예컨대 외국주, 외국연초 시계류의 수입품에 대한 관세정률은 종가세 30%를 넘지 못한다. 그리고 수출도산품은 종가 5%를 초과하지 않는 관세를 지불한다.

그리고 외국 수입품 관세는 다만 한번 통관항구에서 지불하고 기타 요금, 관세, 수수료, 세금 또는 어떠한 종류의 부과금이라도 조선국 안에서나 어떤 항구에서도 해당 수입품에 대하여 부과하지 않는다. 조선국 항구에 들어오는 미국 상선은 매톤(ton) 5전(錢)의 세율로 돈세를 지불하되 청국력(淸國曆)에 의하여 3개월에 한번씩 매 선박에 대하여 지불한다.

제6조 조선국 상민으로서 미합중국에 가는 자는 해당국 전역에서 대지를 임차하거나 토지를 매수하여 주택이나 창고를 건축할 수 있다. 그들은 각종 본업 및 부업에 종사하고 법률에 의하여 금지된 제품으로 규정되지 않은 모든 미가공(未加工) 및 가공상품을 자유롭게 교역할 수 있다.

미국 상민으로서 대외통상에 개방되어 있는 조선국 항구에 왕래하는 자는 해당 개항장 조계지 경계 내에 거주하며 해당지에서 건물 또는 토지를 임차하거나 주택 또는 창고를 건축할 수 있다. 그들은 개항장 경계 내에서 각종 본업 및 부업에 종사하며 법률에 의하여 금(禁)제품으로 선언되지 않은 모든 미가공 및 가공 상품을 교역할 수 있다. 토지나 건물을 취득하는 데 강제나 협박(脅迫)은 불허될 것이며 조선국 당국에게 소정의 지대를 지불한다.

그리고 조선국 개항구에서 이와 같이 취득된 토지는 여전히 해당국의 불가결한 부분이라는 것과 해당 지역 내의 인신과 재산에 대한 모든 재판권은 조선국 당국에 속한다는 것을 정하고 다만 본 조약에 의하여 명시적으로 포기(拋棄)된 것만은 예외로 한다. 미국 상민들이 외국수입품을 판매

하기 위하여 내지로 수송하거나 토산품을 구매하기 위하여 내지로 들어가는 것을 불허한다. 본 규칙을 위반하면 해당 상품은 몰수할 것이며 범법 상인은 영사관에게 인도되어 징벌한다.

제7조 조선국과 미국은 조선국 상인이 미국의 어느 항구에든지 아편 수입을 불허하며 미국상민이 아편을 조선국의 어느 항구에서든지 수입하거나 또는 이를 한 항구에서 다른 항구로 수송하거나 또는 이를 조선국 내에서 교역함을 불허한다. 이는 양국 상민을 논하지 않고 고용한 외국선박 및 어느 일방국의 상민이 소유하고 아편 수송용으로 별국인(別國人)이 고용한 선박에도 미치는 것이고 이는 미국 또는 조선국측의 적당한 입법에 의하여 행해지며 범법자는 엄벌한다.

제8조 조선정부가 조선 내의 사고로 인하여 식량난을 우려할 만한 이유가 있을 때는 언제든지 임시적으로 일절의 양곡수출을 금지할 수 있으며 이러한 때에는 그 내용을 조선국이 미국의 해당 관리를 통하여 재조선미국민에게 정식으로 알린 뒤 이를 실시한다.

그리고 각종 미곡 및 양곡수출은 인천항에서는 금지한다. 조선국은 오래전부터 홍삼수출을 금지하여 왔으므로 만약 미국민이 수출하기 위해 밀매(密賈)할 때에는 이를 몰수하며 위반자는 처벌한다.

제9조 모든 포, 창과 검, 화약, 탄환 및 일절 군기(軍器)의 구입은 조선국 관원에게만 허가되며 미국민은 조선 정부로부터 서면상 면허로서만 그것을 수입할 수 있다. 만약 이 물품들을 밀수입할 때는 몰수하며 범법자는 처벌한다.

제10조 양국관원 상민으로서 피차 통상지방에 거주하는 자는 모든 합법적인 사업에 있어서 그곳 지방민을 고용할 수 있다. 만약 조선인으로서 조선국법을 범한 자는 또는 어떤 소송을 제기 당한 자가 미국민의 주택 창고 또는 미국선에 은복(隱伏)한다면 미국영사관은 해당 지방관으로부터 그 사실의 통지를 받는 대로 지방관이 경찰을 보내 체포함을 허가하거나 또는 영사관이 그 자를 체포하여 지방경찰에게 인도하여야 한다. 미국민은 이 같은 자를 숨겨주어서는 안 된다.

제11조 양국학생으로서 언어, 문자, 법률 또는 기술을 학습하기 위해 왕래하는 자는 돈독한 친목의 우의로서 가능한 모든 보호와 원조를 하여야 한다.

제12조 본 조약은 조선국이 최초로 입약한 조약으로서 그 조관들에 있어서 간략하나 이에 규정된 모든 점들이 실시될 것이며 이에 포함되지 않는 것은 5년 후 양국관민이 각각 언어에 익숙하게 되었을 때 만국공법의 통례상 공평하게 상의하여 상세한 통상조관 및 규칙에 관하여 재교섭한다.

제13조 본조약 체결 후 앞으로 양국정부간의 왕복문서는 조선국에서는 한문을 사용하며 혹 영문을 사용한다면 한문을 여기에 첨부하여 오해를 피하도록 한다.

제14조 양조약국은 이후에 조선국이 어느 때든지 어느 국가나 어느 나라 상인 또는 인민에 대하여 항해, 통상, 정치, 기타 어떠한 통교에 관련된 것임을 막론하고 본조약에 의하여 부여되지 않은 어떤 권리 또는 특혜를 허가할 때에는 이와 같은 권리 특권 및 특혜는 미국의 관민상인(官民商人)에게도 무조건 균점(均霑)된다.

그러나 이와 같은 특권 권리 또는 특혜가 해당 관계타국에 의하여 용인된 어떤 조건 또는 대등한 보수(報酬)를 수반할 때에는 언제나 미국과 그 관리 및 인민은 관계 제조건 또는 보수를 응락(應諾)할 때에 한하여 이같은 권리 특혜를 향수(享受)할 수 있다.

## IV. 조미 수호통상조약의 재음미

### 1. <조미 수호통상조약>의 일반적 의의

<조미 수호통상조약>의 체결로 1871년 포함외교를 통하여 조선의 개국을 시도했던 미국은 러시아의 남하정책을 저지하는 효과뿐만 아니라 경쟁하던 다른 서구제국주의국가들보다 조선에 대한 선점권을 획득하면서 무역팽창정책을 실현하게 되었다.

이 조약이 구미국가 중에 최초의 수호통상조약이었던 관계로 조선의 다른 서구국가들과의 수호통상조약의 기준이 되었다. 그런데 이 조약의 의미나 영향과 관련하여 유의할 필요가 있다. 즉 대부분의 자료들에서 흔히 그 이후의 다른 서구제국과의 수호통상조약의 내용도 최초의 조약인 조미 수호통상조약과 비슷하다고 설명하고 있는데, 이러한 설명에는 유의할 점이 있다. 즉 이러한 설명은 마치 미국과의 수호통상조약에 뒤이어 체결된 조약들이 미국과의 조약과 내용상 대동소이하다는 인상을 주고, 이러한 설명은 스스로 이들 조약들을 실증적으로 비교검증하지 않은 일반인들에게는 중대한 오해를 초래하고 있다. 다시 말하면 미국을 뒤이어 조선과 수호통상조약을 체결한 국가들은 미국과의 조약을 기준으로 하였는데, 그것은 이 조약은 당시 구미제국주의국가와 그들의 식민지개척의 대상이었던 아시아제국간의 수호통상관계에서 다루게 되는 사항들의 종합 또는 열거

한 것일 뿐이며 내용까지도 동일유사하지는 않다. 실제 다른 서구제국들은 구체적인 내용의 면에서는 미국과의 조약에 보태어 추가적이거나 다른 이익이나 혜택을 조선에 요구 또는 유도함으로써 조약들 간에는 내용상의 상당한 차이가 발견된다<sup>16)</sup>

이하에서는 조미 수호통상조약과 관련하여 당시나 현재에 다시 음미해 볼만한 주요한 내용들을 몇가지 살려 보기로 한다<sup>17)</sup>.

16) 예컨대 미국에 바로 뒤이어 조선과 수호통상조약을 체결한 영국은 처음에 중국 함대총사령(Commander-in-Chief, China Station)의 윌스(George Wiles)제독을 전권대표로 파견하였는데, 윌스가 조선에 대하여 미국과의 조약 내용에 추가적으로 몇 가지의 요구를 하였다가 조선의 전권대표인 조영하의 반대나 양국을 중재하던 청의 마찌엔쥬의 반대에 부딪혔고, 또 프랑스의 조선 진출을 견제하기 위하여 급하게 미국과의 조약에 따른 조약안에 조인하였다. 그런데 이 소위 <윌스 조약안>을 검토한 영국 정부는 그 내용이 영국의 이익과는 배치된다고 하여 <윌스 조약안>에 비준을 거부할 것을 결정하고, 새로운 조약안을 추진하였다. 이를 위하여 영국은 중국의 중개를 거치지 않고 조선과의 직접교섭을 추진하였고, 결과적으로 주일 영국공사로 있다가 주청 영국공사로 전임한 팍스(Harry Smith Parkes)공사를 전권대표로 하여 1883년 11월 새로운 조약안으로 조선의 전권대표인 민영목과 조약을 조인·체결하였다. 이 <조영 수호통상조약>은 미국과의 그것과 비교하여 볼 때 최혜국대우조항의 효력문제, 아편판매금지문제, 수입관세율문제, 치외법권 철폐가능성문제, 연안무역문제 등이 다르게 규정 또는 처리되었다.

그런데 이렇게 체결된 조영 수호통상조약과정을 국제법적 관점에서 볼 때, 새삼스럽게 음미해 볼 부분이 발견된다. 본시 국제조약법상 조약체결에 있어서 조인이란 조약문의 확정 효력을 가지는 것으로, 일단 조인된 조약안은 수정하거나 변경할 수 없는 것이다. 따라서 영국은 <윌스 조약안>을 비준하고 발표시키거나 그것을 원하지 않으면 비준하지 않는 것 뿐이었다. 그러나 영국은 조인되어 확정된 조약안을 폐기하고 자신에게 유리하도록 새로운 조약안을 제시하고 그렇게 조약을 체결한 것은 국제조약법의 위반이라 하겠다. 즉 영국은 한국과의 최초의 조약체결과정에서 국제법을 위반하였고, 그러한 국제법 위반사실은 당시 조선의 서구적 기원을 가진 근대국제법에 대한 무지와 영국의 부정직함으로 은폐되고 넘어갔다. 이는 오늘날의 자국의 이익을 추구하고 있는 외국과의 교류에서 외교당국이 국제법에 대한 무지와 안일한 태도를 경계하여야 한다는 교훈을 주는 예라 하겠다.

17) <조미 수호통상조약>의 영향의 하나로 조선에 영어 등 외국어 교육기관의 설립을 가져왔다는 것이다. 즉 종래 중국을 통하여 간접적으로 교류를 하던 것에서 조미 수호통상조약의 체결로 이제는 미국 등 구미제국과 직접 교류를 하여야 하

## 2. 관세자주권 문제

그리고 조미 수호통상조약은 당시 구미제국주의국가들에 당하는 아시아국가들이 모두 그러했듯이 불평등한 조약이었다. 이러한 불평등조약성에 대하여 주요하게 지적되는 사항이 관세조항과 치외법권 조항이다.

먼저 관세조항에 대하여 살펴보기로 한다. 1882년 <조미 수호통상조약> 제5조에서는 관세에 관한 규정이 있었다. 즉 그 제5조에서 양국의 상인이나 상선은 모두 상대국에서 관세를 지불하여야 하는데, 미국에서는 이미 확립된 관세자주권<sup>18)</sup>에 의하여 제정되어 있는 세관규칙에 따르고, 조선에서는 아직 세관규칙이 마련되어 있지 않으나 관세자주권에 의하여 관세부과권이 응당 조선에 있음을 명시하고, 장차 관세규칙을 정하여 미국 해당관리에게 통지하도록 규정하였다. 그러나 그 이전을 위하여 임시로 관세율을 규정하였다.

조미 수호통상조약의 관세조항의 의미는 양면성을 가지고 있다는

---

므로 영어를 구사하는 근대적 지식인 양성이 필요하였던 것이다. 그리하여 1883년 통리교섭통상사무아문의 부속기관으로 동문학(同文學)이 설립되었고, 이는 1886년 우리나라 최초의 근대적 국립학교인 육영공원(育英公院)의 설립으로 폐지되었다. 그러나 이들 학교들의 운영과 효과는 부정적으로 평가되고 있다.

- 18) 관세자주권이란 국가의 배타적 관할권에 포함된 권리로서 국제법의 규제를 받지 않으며, 국가가 독자적으로 규제할 수 있는 권리이다. 법문사, 법률학사전, 1980, 122쪽 참고. 관세는 통과세나 수출세보다 수입세가 가장 중대한 의미를 지니는 것으로 수입세에는 보호관세와 재정관세가 있는 바 보호관세는 관세율의 조종으로서 자국산업의 보호에 필요한 외국상품의 수입을 막는 것이고, 재정관세는 수입하는 물품에 과세하는 것이니 이는 근대국가의 중요한 세수입이 되는 것이다. 국회도서관 입법조사국, 구한말조약회찬, 상권, 1964, 110쪽. 관세에 있어서 협정세율이라는 것이 있다. 이는 양국간의 조약에 의하여 특정한 품목의 관세율을 정한 것을 말하는데, 대등한 외교교섭에 있어서는 특정한 품목에 대하여만 관세율을 약정하지만, 불평등조약에 있어서는 원칙적으로 특정품목이 아니라 모든 품목에 대하여 상대국의 관세율을 정하게 된다. 통상 관세자주권이 없다고 하는 것은 상대국과의 협정세율에 의해 구속되는 상태를 말하는 것이다. 한편 국제법상 관세문제는 원칙적으로 국제법상 모든 국가가 지는 국내문제 불간섭의무에서 불간섭의무의 대상인 국내문제에 해당하는 것이다.

점에서 평가되어야 한다. 즉 일본과의 관계에서와 미국과의 관계에서의 양면성이 있다.

일본과의 관계에서는 이미 1876년 2월 체결된 <조일 수호조규>에는 물론 같은 해 8월 체결된 그 후속조약인 <수호조규 부록>과 <무역규칙>에서도 관세에 대하여 아무런 조항이 없었다. 그런데 같은 날 수호조규 부록에 부속하는 서한이 교환되었는데 그 중 일본측이 조선측에 보낸 문서에 “일본으로부터 조선에 수출하는 물품에는 일본의 세관에서는 수출세를 부과하지 않고, 조선으로부터 일본으로 수출하는 물품에도 수입세를 부가하지 않는다”는 내용이 있었다. 이는 양국간의 무역은 무관세로 한다는 것으로서 조선은 소위 관세자주권의 상실 또는 포기를 의미하는 것이었다. 그러나 당시 국제법의 지식이 부족했던 조선은 반론이 없었고 자연스럽게 양국간의 무역은 무관세체제로 진행되었고, 이를 통하여 일본은 조선의 산물을 관세없이 일본으로 마음대로 반출해 가고, 일본의 물품을 관세없이 수출하였다. 뒤늦게 알아차린 조선 정부는 관세권의 회복을 위해 외교적 노력을 모색하였으나 잘못되었더라도 한번 성립된 국가간의 합의는 마음처럼 바꿀 수 없었다. 그러던 중 1882년 <조미 수호통상조약>에서 처음으로 관세조항(제5조)이 규정되고 조선의 관세부과권, 즉 관세자주권이 명시되었다. <조미 수호통상조약> 체결의 영향으로 1883년 7월 일본은 조선과 새로운 통상장정이 맺어야 했는데, <재조선국일본인민통상장정(조선국에 있는 이문인민무역의 규칙)>이 그것이다. 이 때 <조미 수호통상조약>에서 조선이 관세자주권을 가짐이 확인된 이상 일본도 더 이상 무관세를 고집할 수 없었게 되었다. 그리하여 새로운 통상장정에서 조선의 수출입관세를 납부하여야 함을 규정하고(제9조), 그 세율은 동 통상장정의 부록인 <조선국 해관세칙>으로 정하였다. 이와 같이 <조미 수호통상조약>은 일본과의 관계에서 일본이 악의적인 의도로 면탈한 조선의 관세부과권을 회복시킬 수 있는 계기가 되었다<sup>19)</sup>.

반면에 미국과의 관계에서는 미국은 조선이 관세부과권이 있음을

조약에 명시하면서도 아직 관세규칙이 마련되지 않았다는 이유로 수호통상조약에서 임시로 관세율을 정하여 일용품은 수출입관세를 10% 이내로, 사치품은 수입관세를 30% 이내로, 그리고 토산품의 수출관세는 5% 이내로 한정하였다(제5조). 임시적 조치라 하더라도 조선이 자주적으로 결정하여 부과할 관세를 미국은 조약에서 협정관세율의 형태로 명시함으로써 조선이 국내산업의 보호와 세수입을 위하여 융통성있게 관세율을 조정할 수 있는 여지를 없애버린 것으로 조선의 관세자주권을 제한하는 것이었다.

### 3. 영사재판권 문제

〈조미 수호통상조약〉 제4조에서 “... 조선인으로서 미국인에게 범행한 자는 조선당국이 조선의 법률에 의거하여 처벌하고 미국인으로서 선상이든 해안이든 막론하고 조선인의 생명과 재산을 사기, 능멸, 소우, 손상한 자는 미국의 영사 또는 미국이 파견한 관리가 미국의 법률에 의하여 조사, 체포, 처벌한다.... 조선이 조선의 법령과 재판절차를 장차 개혁하여 미국이 보아 미국의 법령 및 재판절차와 상부

---

19) 일본도 구미제국과의 수호통상조약에서 관세자주권문제가 있었다. 일본은 막부 시대 말인 1858년에 소위 <안세이 5개국 조약>이라 하여 미국을 필두로 영국, 프랑스, 러시아, 네덜란드의 5개국과 각각 수호통상조약을 체결하였다. 이들 조약에 의하여 일본은 수출세는 일률적으로 5%로 하고, 수입세는 물품을 4개의 류(類)로 구분하여 각각 무관세, 5%, 35%, 20%로 정하여 있어서 관세자주권없이 개국을 하였다. 이렇게 일본이 자신도 모르게 저관세율을 강요당하는 불평등성을 처음 알게 된 것은 1871년부터 이와쿠라(岩倉 具視) 사절단이 일본과 조약을 체결하고 있는 구미제국을 시찰·조사를 위해 여행하던 중이었다. 일본의 명치정부는 수출관세자주권 회복을 위하여 매우 절실하게 노력하였는데(일본에서는 이러한 불평등조약의 개정 노력을 1871년부터 1911년까지 진행하였는데, 일본의외교사에서는 이를 특별히 “條約改正(조우약쿠카이세이)”라고 부르고 있다), 실제로 이러한 관세불평등이 철폐된 것은 러일전쟁에서 승리하여 1907년 체결한 <일러 통상항해조약>을 통하여 러시아와 처음으로 해결하였고, 그 후 1911년 미국과의 <미일 통상항해조약>을 시작으로 다른 서구국가들과 평등한 통상항해조약 등을 새로이 체결하여 관세자주권을 완전히 회복하였다.

하다고 판단할 때에는 미국관원의 조선에서의 재판권은 거두어들일 것이며 그 후에는 조선의 지방관의 관할에 귀속시킨다”고 하였다. 이는 조선에서의 미국의 미국인에 대한 영사재판권을 승인하는 것이었으며, 또 조선의 법제를 미개한 것으로 반면에 미국의 법제를 우월한 것으로 전제하여 조선의 법제가 미국의 법제를 따라 개혁되기를 종용하는 것이었으며, 그렇지 않는 한 영구적으로 미국이 조선에서 영사재판권을 향유하겠다는 것이다.

이는 치외법권(영사재판권)을 승인한 것인데, 이는 국제법에 무지하고 등한했던 조선당국자들은 말할 것도 없거니와, 그것은 바로 서구열강이 중국을 강박하여 체결한 불평등조약과도 흡사하여 일본이 무력을 배경으로 한 페리제독에 의하여 미일 화친조약을 강요당하던 그대로를 한국에 재판한 것에 불과하다. 즉 당시 국제관례를 몰랐기 때문에 편무적인 영사재판권을 승인해놓고 후회하던 일본이 한국에 대하여 편무적인 치외법권을 강요하여 불평등조약을 체결한 것은 교린의 우의에 어긋날뿐더러 확실히 한국을 기만한 것이다<sup>20)</sup>.

영사재판권이란 어떤 나라에 거주하는 외국인에 대한 재판을 그 영토국이 그 영토국의 법률에 따라 재판하지 않고, 그 영토국에 주재하는 당해 외국인의 본국이 파견한 영사가 본국법에 따라 재판하는 권리를 말한다. 이는 제국주의시대에 불평등조약에 의해 편무적으로 부여되는 치외법권의 하나이다. 원칙적으로는 외국인은 그가 재류하고 있는 영토국의 법권에 복종하는 것이지만, 영사재판권은 그에 대한 예외인 것이다. 치외법권은 당해 외국, 즉 제국주의 국가의 각종 법제에 대한 지식이나 관례를 영토국이 충분히 알지 못했기 때문에 영사재판은 정당하지 않은 판결이 내려지는 경우가 많았다.

이러한 미국의 영사재판권은 1905년 <을사보호조약>으로 일본이 조선의 외교권을 침탈한 뒤에도 그대로 유지되었다가, 1910년 <한국병합에 관한조약>으로 일본이 조선을 병합함으로써 폐지되었다.

20) 국회도서관 입법조사국, 구한말조약회찬, 상권, 1964, 9쪽.

#### 4. 최초의 국기로서의 태극기의 사용

이러한 문제 외에 <조미 수호통상조약>과 관련하여 특별한 의미가 있는 사항은 조미수호통상조약 자체에 관한 것 외에도 최초의 태극기에 관한 것이다. 1882년 5월 조미 수호통상조약을 체결할 당시 조선은 국기가 없었다. 이 때 미국의 전권특사 슈펠트는 청의 종속 관계에서 벗어나고픈 조선에게 만약 조선이 조인식에 독자적인 국기를 게양한다면 조선을 독립국으로 인정하겠다고 하여 조선의 대표인 신헌과 김홍집에게 국기를 만들어 조인식에 사용할 것을 요구하였다. 이에 김홍집이 역관이었던 이응준에게 국기를 제정할 것을 명하였고, 이응준이 태극사괘의 태극기를 만들었고, 이 태극기는 1882년 5월 22일 조미 수호통상조약 조인식에서 미국의 국기와 나란히 게양되었다고 한다<sup>21)</sup>. 즉 조미 수호통상조약 체결시에 최초의 태극기가 만들어졌다는 것이다.

이는 5월 22일 <조미 수호통상조약> 조인 직후 조선의 신헌과 청의 마찌엔쑹이 청의 선박에서 필담으로 주고받은 대화에서도 알 수 있다. 마찌엔쑹이 조선의 국기문제를 꺼내면서 “어제(5월 21일) 이응준이 만든 국기는 일본의 것과 혼동될 수 있다. ...전에 황 참찬(황준헌)이 이르기를 귀국(조선)은 마땅히 중국의 용기(龍旗)를 사용하여야 한다고 했다. ...내 생각에는 귀국의 국기는 흰색 바탕에 푸른

21) 이는 종래 최초의 태극기가 1882년 9월 일본에 수신사로 파견되는 박영효에 의하여 만들어졌다고 본 것보다 4개월이 앞선 것이었다. 그리하여 논란이 일자 2008년 5월 27일 독립기념관 한국독립운동사연구소 주최로 서울 대우재단빌딩에서 열린 '국기 원형 자료 분석 보고회'가 열렸는데, 한철호 동국대 교수, 김원모 단국대 명예교수, 이태진 서울대 교수 등이 그 동안의 연구 성과를 바탕으로 격론을 이어 간 끝에 태극기의 창안과 제정 과정에 대해 사실상의 결론을 내렸다. 태극기의 창안자는 이응준이었으며, 박영효는 '이응준 태극기' 중 4괘(卦)의 좌·우를 바꾼 뒤 국기로 공식 제정했다는 것이다. 이 보고회에 관하여 보다 자세한 내용은 [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2008/05/29/2008052901794.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2008/05/29/2008052901794.html) 참고(2015.11.14. 검색).

구름과 황색 용으로 하고, 용은 4개의 발톱을 가진 것으로 하여야 한다”고 제안하였다. 이에 신헌은 “취지는 심히 오묘하나 마땅히 조정에 보고하여 속방임을 표하여 중국의 의장(황룡)을 따를 수 있을 것이다”고 하였다<sup>22)</sup>. 이 문답에서 이응준은 적어도 5월 21일 국기로 태극기를 도안했음을 알 수 있고, 조인 직후에 마찌엔쑹이 황룡기를 제안한 것으로 보아, 조인 시에 황룡기가 사용되지 않았고 아마도 그 태극기가 사용된 것으로 추정된다<sup>23)</sup>. 그리고 이는 슈펠트는 조선이 황룡기를 사용한다면 조선을 독립국으로 인정하려는 자신의 의도와 배치된다고 하여 반대한 것에서도 반증된다. 그 후 5월 27일 인천의 남관(南館)에서 만나 한 문답에서는 마찌엔쑹이 입장을 바꾸어 “일전에 국기에 대하여 의논한 후 일찍이 생각하기를 흰색 바탕에 태극원과 그 주위에 8괘를 그대로 사용(仍用)하면, 8괘는 마치 조선 8도의 수와 통하고 그 색은 검정색으로 나타내고, 태극은 반은 붉은 색 반은 검은 색으로 하면 어떻겠는가? 다만 이는 나의 견해이고 마땅히 우리 정부에 알려야 할 것이다”고 하자, 이에 신헌은 “마땅히 귀 조정에 통지하라”고 답하였다<sup>24)</sup>. 이는 조미 조약 조인 시에 태극팔괘도를 국기로 사용한 듯하다.

그러나 이와 관련하여는 현재 사학계에서는 태극기를 최초로 국기로 사용한 것은 1882년 5월 이응준에서 의하여 제작된 것이라고 하는 것으로는 귀결이 되었으나 그 태극기의 문양은 태극사괘였다는 것으로 추론하고 있다. 당시 이응준의 태극기가 태극사괘라는 것은 2004년 미국 해군부 항해국의 <해상국가들의 깃발>라는 자료에 태극기가 포함되어 있었는데, 이 태극기의 시점이 1882년 7월 19일인

22) <淸使馬建忠과全權大官申櫓의淸船問答>, 고려대학교아세아문제연구소, 전게서. 주 11, 12-13쪽 참고.

23) 청이 황룡기를 제안한 이유는 당시 청의 국기로 황룡기가 사용되었고, 조선에게 용의 발톱을 4개로 제안한 것은 5개의 발톱을 가진 황룡은 황제를 표지이므로 4개로 하여 청의 속국임을 나타내게 하려는 것이었다.

24) <淸使馬建忠과全權大官申櫓의國旗에關한南館問答>, 고려대학교아세아문제연구소, 전게서. 주 11, 14쪽 참고.

것에서 추론된 것이다. 그러나 이러한 추론은 상기의 자료에서 보듯이 조미 수호통상조약 체결 직후 신헌과 마찌엔쥬의 대화에서는 태극팔괘였던 것으로 되어 있다. 따라서 이응준의 태극기가 태극사괘였다는 추론은 확정적인 것이 될 수 없다. 어쩌면 태극팔괘가 맞을 수 있는 것이다. 이러한 추론은 1882년 5월 조미 수호통상조약 체결 시 이응준이 제작된 태극기의 실물이 발견되지 않았고, 또 그에 대한 공식적인 기록마저도 발견되지 않았기 때문이다. 따라서 명확한 근거가 발견되기까지 시간을 상정할 수는 없지만 사학계의 연구가 필요한 상황이다.

## V. 결론

이상에서 본 바와 같이 <조미 수호통상조약>의 체결은 한국역사 또는 한미관계에 있어서 여러가지 의미를 가진다. 예컨대 조선의 쇄국정책의 종결, 개화파와 위정척사파의 대립의 종료, 구미제국주의국가에 대한 최초의 개국, 뒤이은 다른 서구제국주의국가들에 대한 개국의 계기, 구미 자본주의의 유입, 서구적 근대국체법의 무지와 수용 필요성의 인식, 서구적 근대국가성의 인식, 제국주의국가들의 식민지화의 시작 등이 그것이다. 그리고 오늘날 이 조미 수호통상조약을 재음미하며 상기되는 것은 위정척사파의 사상적 근거에 대한 재평가의 필요성, 국제관계에 있어서 미국과 일본의 연대의 역사와 강도에 대한 재인식, 미국과 한국의 우호관계의 역사와 강도, 또는 진정성에 대한 재음미 등이다. 물론 이러한 표현이나 수식에 대한 견해는 논자에 따라 다를 수 있지만 미국이 한국에 대하여 처음부터 진정하게 우방이었는가? 아니었으면 언제 어떻게 왜 우방으로 전환되었는가? 또 한미의 우방관계가 미일관계와 비교할 때 만족한 수준인가? 특히 대립적인 한일관계에서 미국은 한국의 우방인가 아니면 일본의 우방

인가? 이러한 물음에는 맹목적인 답은 불가능할 것이다.

또 한가지 중요한 것은 최초의 태극기와 관련하여 종래 1882년 9월 박영효가 수신사로서 도일하는 과정에서 제작된 것으로 보았던 것을, 1882년 5월 조미 수호통상조약 체결시 이응준이 제작한 것이라고 비정되었다. 그럼에도 불구하고 일각에서는 이응준의 태극기는 국기로서 최초로 “공식”적으로 사용된 태극기이며, 반면 박영효의 태극기는 고종이 국기를 창안할 것을 명하였던 것을 근거로 박영효의 태극기가 최초의 “공인” 태극기라고 하여 구별하는 견해도 있다. 이러한 구별 논의가 전혀 무가치한 것은 아니라고 본다. 국기는 한 국가의 상징으로서 어느 국가에게도 중요한 문양인 것이다. 따라서 이러한 국기에 대한 의의의 부여에 있어서도 국가적인 차원에서 논의를 거쳐 국기로서 태극기의 역사와 의의에 대해서도 정리가 되는 것이 바람직하다고 본다.

한편 이와 아울러 이응준의 태극기가 태극사괘였는지, 아니면 태극팔괘였는지에 대한 사학계의 연구도 기대해 본다.

# 부 록

1. 법학연구소 규정
2. 법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제18집)



# 법학연구소 규정

제정 1999. 12. 1.

## 제1장 총 칙

### 제1조(목적)

이 규정은 법의 이론과 실제에 관한 이론과 실재를 통하여 우리나라의 법학과 법문화 발전에 기여하며, 동북아 및 국제화·지방화시대의 법제도를 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)

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

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)

본 연구소는 상임 및 비상임연구위원과 연구원으로 구성한다. 상임연구위원은 본 대학교 전임교원 중 법학박사학위를 소지한 전임교원으로 한다.

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

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

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

### 제6조(조직)

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

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

감사는 상임연구위원 중에서 운영위원회가 선임하며, 임기는 2년으로 한다.

간사는 연구원 중에서 연구소장이 임명하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다.

### 제7조(임원의 직무)

연구소장은 본 연구소를 대표하며, 연구소의 업무를 통할한다.

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

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

### 제7조(운영위원회)

본 연구소의 사업 및 운영에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 운영위원회를 둔다.

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

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

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

운영회의의 결정사항은 3분의 2이상 찬성이 있어야 한다.

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

## 제4장 재 정

### 제8조(경비)

본 연구소의 운영에 필요한 연구비 또는 기타의 경비는 교비 지원금, 용역사업비, 보조금, 기부금 기타의 수익으로 한다.

### 제9조(예산 및 사업계획)

소장은 연구소의 예산서와 사업계획서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장의 승인을 받아야 한다.

### 제10조(결산)

본 연구소의 회계연도는 본 대학교의 회계연도와 같이 한다.

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 글자

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

#### 제8조 (판례의 표시)

- ① 판례는 선고법원, 선고연월일, 사건번호 및 출처의 순서로 기재하되, 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 편집위원에서 위촉된 외부 심사위원의 심사를 받아야한다.
- 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 편집 위원회에 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, 판매 하거나 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 ..... 김영선
- 4. 유럽화폐통합 및 자본시장통합에 관한 법제도 서설 ..... 이준섭
- 5. 제4차 家族法改正의 方向과 課題(1) - 민법(가족법)개정안의 국회 제출과 관련  
하여 - ..... 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 ..... 이승우
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 · 최정욱

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 ..... 경재용
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 결여문제와 『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