



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

한국과 중국의 회사법상 주식회사  
이사회제도에 관한 비교 연구  
- 이사의 지위를 중심으로 -

A Comparison on the System of Directors' Board In Company Law  
Between Korea and China  
- Focus On The Directors' Status -

제주대학교 대학원

법학과

陸 萃

2012年 8月

# 한국과 중국의 회사법상 주식회사 이사회제도에 관한 비교 연구

- 이사의 지위를 중심으로 -

지도교수 송 석 언

陸 奉

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2012년 8월

陸 奉의 법학 박사학위 논문을 인준함

심사위원장 \_\_\_\_\_

위 원 \_\_\_\_\_

위 원 \_\_\_\_\_

위 원 \_\_\_\_\_

위 원 \_\_\_\_\_

제주대학교 대학원

2012년 8월

# 목 차

제1장 서론 .....	1
제2장 중국 회사법의 연혁 .....	7
제1절 신중국 성립 이전의 회사법 .....	7
1. 중국 최초의 회사법 .....	7
2. 국민정부시기의 회사법 .....	7
제2절 신중국 성립 후 회사법 제정 이전의 회사관련법률 .....	8
1. 사회주의개조시기와 전면적인 계획경제시기의 회사관련법률 .....	8
2. 경제체제개혁시기의 회사관련법률 .....	9
제3절 회사법의 제정연혁 .....	10
제4절 회사법의 법원 .....	12
제3장 중국 주식회사 이사회제도 .....	15
제1절 이사 .....	15
1. 의의 .....	15
(1) 개념 .....	15
(2) 종류 .....	15
(3) 이사와 회사의 관계 .....	17
2. 이사의 선임, 중임, 보수 .....	18
(1) 선임 .....	19
(2) 중임 .....	25
(3) 보수 .....	28
3. 권한 .....	28
4. 의무 .....	30
(1) 이사의 충실의무와 근면의무의 관계 .....	30
(2) 충실의무 .....	32
(3) 근면의무 .....	42
(4) 독립이사의 특별한 의무 .....	44
5. 책임 .....	44
(1) 이사의 회사에 대한 책임 .....	44
(2) 이사의 제3자에 대한 책임 .....	48
(3) 이사의 책임 추궁 .....	52

(4) 이사의 책임제한 .....	58
제2절 이사회 .....	59
1. 의의 .....	59
2. 권한 .....	60
(1) 업무집행결정권 .....	60
(2) 인사권 .....	61
(3) 기타 고유권한 .....	61
(4) 정관으로 이사회에 권한으로 정할 수 있는 사항 .....	61
3. 소집 .....	62
(1) 소집권자 .....	62
(2) 소집절차 .....	62
4. 이사회 결의와 의사록의 공시 .....	64
(1) 결의요건 .....	64
(2) 의결권의 제한 .....	67
(3) 결의의 하자 .....	68
(4) 결의방법 .....	69
(5) 이사회 의사록과 공시 .....	71
5. 상장회사의 특별규정 .....	73
(1) 이사회내의 전문위원회 .....	73
(2) 이사회 비서 .....	73
제3절 이사장 .....	75
1. 의의 .....	75
2. 선임과 중임 .....	76
(1) 선임 .....	76
(2) 중임 .....	77
3. 권한 .....	78
(1) 주주총회의 주재권 .....	78
(2) 이사회에 소집권 및 주재권 .....	79
(3) 이사회 결의의 집행에 관한 감독권 .....	79
제4절 법정대표자제도 .....	79
1. 의의 .....	79
2. 선임과 중임 .....	80
(1) 선임 .....	80
(2) 중임 .....	80
3. 업무집행권 .....	81
4. 대표권 .....	81

(1) 대표행위의 요건 .....	81
(2) 권리능력 범위 내의 대표행위 .....	82
(3) 대표행위의 형식적 요건 .....	82
(4) 대표행위의 실질적 요건 .....	82
(5) 대표권의 남용 .....	83
(6) 법정대표자의 불법행위 .....	84
(7) 공동대표제도 .....	84
(8) 표현대표 .....	85
제5절 경리 .....	86
1. 의의 .....	86
2. 선임과 중임 .....	86
3. 법적지위 .....	87
(1) 회사와의 관계 .....	87
(2) 이사회와의 관계 .....	87
(3) 이사장과의 겸임 타당성 .....	89
4. 권한 .....	90
5. 경리의 대외적 업무집행과 대표권에 대한 검토 .....	90
6. 의무와 책임 .....	92
제4장 한국법과의 유사점과 차이점 .....	93
제1절 한국 이사회제도의 연혁 .....	93
1. 2011년 개정이전의 이사회제도 .....	93
2. 2011년 개정회사법과 이사회제도 .....	95
제2절 이사에 관한 비교 .....	96
1. 유사점 .....	96
2. 차이점 .....	99
(1) 이사의 종류 및 회사와 이사의 관계 .....	99
(2) 이사의 선임 .....	99
(3) 이사의 중임 .....	101
(4) 이사의 의무 .....	101
(5) 이사의 책임 .....	105
(6) 이사의 보수 .....	108
(7) 사외이사와 독립이사 .....	108
3. 중국 회사법에 대한 시사점 .....	109
(1) 집중투표제 .....	109
(2) 이사의 의무 .....	110

(3) 이사의 책임 .....	115
(4) 독립이사 .....	116
제3절 이사회에 관한 비교 .....	116
1. 유사점 .....	116
2. 차이점 .....	117
(1) 이사회 소집 .....	117
(2) 이사회 권한 .....	118
(3) 이사회 결의 .....	118
(4) 이사회 내의 위원회 .....	120
(5) 상장회사의 이사회 비서 .....	120
3. 중국 회사법에 대한 시사점 .....	120
제4절 회사의 대표기관 .....	122
1. 유사점 .....	122
2. 차이점 .....	122
3. 중국 회사법에 대한 시사점 .....	123
제5장 결 론 .....	125
참고문헌 .....	132

# A Comparison on the System of Directors' Board In Company Law Between Korea and China

– Focus On The Directors' Status –

Lu, Ping

Department of Law

Graduate School

JeJu National University

Directed by

Professor Song, Seok-Eon

In China, the Company Law of 1993 played a significant role during the transfer from a planned economy to a market economy; however, because the Company Law of 1993 mainly served for the transfer of state-owned enterprises to a corporate form there were many provisions related to state-owned enterprises. In particular, provisions that provided preferential policies for state-owned enterprises resulted in an inequality between state-owned enterprises and non state-owned enterprises. As a result, investors were not able to make good use of company structures because there were many provisions that enabled the government to intervene in a company.

To solve these problems, China has revised its Company Law three times. Among these the most significant is the amendment to the Company Law of 2005. In particular the most striking changes were amendments related to corporate governance, and the major amendments are as follows: first, establishing a one person one vote voting system for any decisions to be taken at meetings of directors; second, implementation of voting rights restrictions to prevent directors from abusing the principle of a majority to



control the company; third, adding provisions to enable any decisions of the directors that are defective to be made void or be canceled for the protection of the interests of the company; fourth, introducing a cumulative voting system to prevent the largest shareholders from using their votes to elect their own directors; fifth, introducing the concept of a derivative suit system for high level officers and shareholders to strengthen the company's interests, specifying a director's duty of loyalty, and adding a director's duty of care; sixth, adding special provisions for listed companies; and, seventh, allowing the manager to be a legal representative. Despite these amendments to Chinese Company Law, many problems exist owing to the short history of company law in China. Especially there are serious problems related to the directors, and as the board of directors plays a central role in corporate governance it is necessary to have a study on the role of directors in the Company Law of 2005.

Meanwhile, Korea amended its Companies Act in 2011 to enhance economic strength, and the intensity and scope of these amendments was unprecedented. The amendments related to the board of directors are as follows: first, the scope of limitations on persons who undertake self-dealing was increased and an impartiality requirement was added to the contents of self-dealing; second, provisions related to the usurpation of corporate opportunities were added; third, a reduced responsibility system was implemented to improve the enthusiasm for business of the directors; and, fourth, an executive system was introduced to enhance the supervision of the board of directors and improve the business execution abilities of the directors.

China and Korea share certain similarities in terms of corporate governance; therefore, this paper will make a comparison between the roles of company directors in China and Korea and, from the comparison, put forward some constructive comments related to Chinese Company Law.

## 제1장 서론

중국의 1993년 제정회사법은 중국이 계획경제를 사회주의 시장경제로 전환하는데에 큰 역할을 하였다.<sup>1)</sup> 그러나 1993년 회사법은 국유기업의 회사로의 전환<sup>2)</sup>을 용이하게 하기 위한 것이어서 주요한 내용은 투자자의 보호보다는 국유기업에 관한 특별규정이 대부분이었다.<sup>3)</sup> 특히 국유기업을 위한 “특혜” 규정<sup>4)</sup>은 국유기업과 비국유기업간의 불평등조항들이 많았다. 그리고 1993년 회사법은 회사에 대한 정부의 규제규정이 많았기 때문에 회사의 경영에 어려움이 많았다.<sup>5)</sup> 따라서 이러한 문제들을 해결하기 위하여 회사법은 1999년,<sup>6)</sup> 2004년,<sup>7)</sup> 2005년<sup>8)</sup> 세

- 1) 그 역할은 주로 다음과 같다. 첫째, 중국경제에서 가장 큰 비중을 차지하는 국유기업을 회사로 전환하면서 현대 주식회사제도의 원리인 소유와 경영의 분리를 기반으로 하는 주식회사제도를 도입하였다. 그리고 국유기업의 회사화를 통하여 국유기업은 관 주도 경영에서 탈피하고, 국가는 기업에 대한 무한책임의 부담에서 탈피할 수 있었다. 둘째, 소유 주체를 기준으로 분류하였던 기업 분류 방식을 배제하고 현대적 회사 분류기준에 따라 투자방식 및 책임부담형식을 기준으로 기업을 분류하였다. 셋째, 회사설립을 과거보다 용이하게 하고 투자자의 투자욕을 고취시켰다.  
(公司法的新修訂及其影響, <http://wenku.baidu.com/view/63606719227916888486d7bc.html>, 마지막 방문시간: 2012. 7. 12).
- 2) 1992년부터 중국은 사회주의 시장경제를 채택하여 국유기업과 비국유기업이 모두 시장에서 자유로운 경쟁을 하도록 하였다. 그러나 정부가 소유권을 행사하는 국유기업은 소유와 경영의 구조적인 모순 때문에 경영효율성이 낮을 수밖에 없었다. 이에 따라 국유기업의 경영효율성을 제고하기 위하여 1993년 중국공산당 제14기 제3차 중앙위원회(中國共產黨 第14屆3中全會)에서는 「사회주의 시장경제체제 건립과 관련한 몇 가지 문제에 대한 결정」(關於建立社會主義市場經濟體制若干問題的決定)에서 국유기업을 시장경제에 걸맞는 회사제도의 도입을 모색하게 되었는데, 이 결과로서 나타난 것이 1993년 회사법이다. 이 법에서 국유기업을 회사로 조직을 변경하는 방식을 세 가지 유형으로 규정하였다. 첫째, 단일투자주체의 국유기업 중 회사법의 유한책임회사설립조건에 부합되는 국유기업은 국유독자유한회사로 변경할 수 있다(중국 1993년 회사법 제21조). 둘째, 다수 투자주체의 국유기업 중 회사법의 유한회사설립조건에 부합되는 국유기업은 2인 이상 50명 이하의 주주가 공동 투자하는 유한책임회사로 할 수 있다(중국 1993년 회사법 제20조). 셋째, 국유기업 중 회사법의 주식회사설립조건에 부합되는 국유기업은 주식회사로 변경할 수 있다. 그리고 만약 발기인이 5인 이하이면 모집설립절차방식에 따라야 한다(중국 1993년 회사법 제75조).
- 3) 예를 들면, 회사의 국유자산은 국가에 귀속한다(중국 1993년 회사법 제4조 제3단). 그리고 국가의 수권을 받은 기구 또는 부서가 국유독자회사의 자산 인수에 관한 심사·비준·자산 인수 등의 수속을 하여야 한다(중국 1993년 회사법 제71조). 경영과 자산상태가 양호한 대형 국유독자회사(國有獨資公司)는 국무원의 수권에 의해 자산소유자(資產所有者)로서의 권한을 행사할 수 있다(중국 1993년 회사법 제72조).
- 4) 예를 들면, 국유기업은 회사로 전환할 때 발기인의 수가 5인 이하라도 무방하다(중국 1993년 회사법 제75조). 그리고 주식회사가 아닌 국유독자기업과 국유유한책임회사에는 채권의 발행권한이 있다(중국 1993년 회사법 제159조).
- 5) 예를 들면, 주식회사는 국무원이 수권한 부서 또는 성급 인민정부(省級人民政府)의 비준을 받아야 설립·합병·분할을 할 수 있다(중국 1993년 회사법 제77조, 제183조).
- 6) 1999년의 개정에는 두 개 조문에 불과하다. 첫째는 국유독자회사에서 감사회의 설치 및 감사회의 구성, 권한 등의 내용을 추가한 것이고(중국 1999년 회사법 제67조), 둘째는 하이테크산업분야의 주식회사에 있어서 발기인이 공업재산권(工業產權)과 비특허기술(非專利技術)을 평가하여 출자한 금액이 회사 등록자본금

번의 개정을 단행하였다. 특히 2005년 개정은 중국 회사법 역사에서 전례 없는 대폭적인 개정이었다.<sup>9)</sup> 동 개정 중에서 종래 법학자들이 1993년 회사법의 문제라고 지적하였던 지배구조에 관한 개정,<sup>10)</sup> 특히 이사회에 관련된 개정은 주목할 만한 부분이다. 그 개정 내용은 대체로 다음과 같다. 첫째, 이사회 의결방식에 있어서 1인 1표제를 명확히 규정하였다.<sup>11)</sup> 둘째, 이사가 다수결 원칙을 남용하여 자신의 이익을 추구하는 것을 방지하기 위하여 이사의 의결권 제한제도를 도입하였다.<sup>12)</sup> 셋째, 회사의 이익과 주주의 이익을 보호하기 위하여 하자있는 이사회 의결에 대하여 무효의 소와 취소의 소에 관한 규정을 추가하였다.<sup>13)</sup> 넷째, 이사선임에 대주주의 전횡을 견제하기 위하여 집중투표제를 도입하였다.<sup>14)</sup> 다섯째, 회사이익의 보호를 강화하기 위하여 회사의 업무집행기관에 새로 고급관리자의 개념<sup>15)</sup>을 도입하고, 고급관리자에게 이사의 의무와 책임에 관한 규정을 적용하도록 하고 있다.<sup>16)</sup> 그리고 이사의 충실의무에 관한 일반규정<sup>17)</sup> 외에 구체적인 규정을 추가하였으며,<sup>18)</sup> 회사의 지배주주, 실질적 지배자, 이사, 감사의 책임을 강화

---

에서 차지하는 비율, 회사의 신주발행, 주식상장의 신청조건은 국무원이 별도로 규정한다는 규정을 추가한 것이다(중국 1999년 회사법 제229조 제2항).

- 7) 2004년의 개정은 주식의 발행가액이 액면가를 초과하는 경우에는 반드시 국무원 증권관리부서의 비준을 거쳐야 한다는 규정을 삭제하였다(중국 1999년 회사법 제131조 제2항).
- 8) 개정내용은 대체로 다음과 같다. 첫째, 정부의 회사에 대한 기존의 관여 규정과 제한 규정을 삭제하였다. 둘째, 회사설립을 더 용이하게 하였다. 셋째, 자본에 대한 규제를 완화하였다. 넷째, 사채발행에 대한 자격 제한, 규모제한 등을 삭제하였다. 다섯째, 소수주주의 보호를 강화하였다. 여섯째, 회사 채권자 보호를 강화하였다. 일곱째, 회사의 지배구조와 관련하여 이사와 경리의 의무와 책임을 명확히 하고 감사회 또는 감사의 기능을 강화하였으며, 상장회사에 대한 특별 규정을 두고 있다. 여덟째, 회사법을 위반한 행위에 대한 각종 소의 소송절차를 명확히 하였다. 2005년 개정의 목적은 회사의 조직 및 행위를 규범화 하고, 회사, 주주 및 채권자의 권리를 보호하며, 사회경제질서를 수호하고 사회주의 시장경제발전을 추진하는 것이었다(중국 2005년 회사법 제1조).
- 9) 2005년 회사법은 총13장 219조로 구성되어 있는데 무려 137개 조항을 개정 또는 신설하였다.
- 10) “社會轉型與公司法改革”, <http://wenku.baidu.com/view/e9b2a0878762caaedd33d439.html>, 마지막 방문시간: 2012. 7. 14.
- 11) 중국 회사법 제121조 제2단.
- 12) 중국 회사법 제125조.
- 13) 중국 회사법 제22조.
- 14) 중국 회사법 제106조.
- 15) 고급관리자에 속하는 자는 회사의 경리, 부경리, 재무담당자, 상장회사 이사회 의 비서 또는 정관에 정한 기타의 임원이다(2005년 회사법 제217조 제1호).
- 16) 중국 회사법 제149조, 제150조.
- 17) 중국 회사법 제148조.

하였다.<sup>19)</sup> 또한 회사의 이사에 대한 권리행사가 소홀한 경우에 이사, 감사 등의 책임추궁의 실효성을 확보하기 위하여 주주의 대표소송제도를 도입하였다.<sup>20)</sup> 여섯째, 상장회사의 지배구조 개선을 위한 특별규정을 두고 있다.<sup>21)</sup> 일곱째, 회사의 법정대표자를 이사장으로 한정하던 법정대표제도를 보완하기 위하여 정관으로 법정대표자를 경리로 확대할 수 있도록 하였다.<sup>22)</sup>

2005년의 대폭적인 회사법개정에도 불구하고 중국의 회사법은 짧은 역사를 가지고 있기 때문에 아직도 해결되지 않은 부분이 많다.<sup>23)</sup> 그리고 2005년 회사법은 개정된 후 이미 7년이 경과하였고, 그 동안 중국의 경제는 비약적으로 발전하였고, 주식회사가 급속히 증가하였다. 중국의 주식회사를 둘러싼 환경의 변화는 주식회사의 제도를 다시 한번 점검할 필요가 있으며 향후의 중국의 경제발전의 견인차 역할을 할 주식회사의 경영의 합리화는 그 어느 때보다 중요한 의미를 가지게 되었다. 특히 이사회는 주식회사의 경영감독기관으로서 전략적 리더십과 관련하여 가장 많은 관심을 받고 있다. 이러한 전제에서 중국의 현행 회사법이 주식회사의 건전한 운영을 위하여 효과적으로 이사회를 구성하고 활성화시킬 수 있는지에 대하여 검토할 필요가 있다.

한편 한국은 2011년에 자유롭고 창의로운 기업과 투명한 경영을 추구하기 위하여 회사제도를 국제기준에 맞게 회사법을 대폭 개정하였다.<sup>24)</sup> 동 개정은 과거의 회사법개정에 비할 수 없을 정도로 많은 내용이 변경 또는 신설되었다.<sup>25)</sup> 그

18) 중국 회사법 제149조. 근면의무를 추가하였다.

19) 지배주주, 실질적 지배자, 이사, 감사, 고급관리자는 관련관계를 이용하여 회사에 손해를 끼쳐서는 아니 되며, 이를 위반하여 회사에 손실을 발생시킨 경우에는 배상책임을 진다(중국 2005년 회사법 제21조). 이사, 감사, 고급관리자가 법령 또는 회사정관을 위반하여 회사에 손실을 발생시킨 경우, 배상책임을 진다(중국 2005년 회사법 제150조).

20) 이어나 고급관리자가 법령이나 정관에 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우, 발행주식총수의 100분의1 이상을 계속하여 180일 이상을 가진 주주는 직접 인민법원에 소송을 제기할 수 있다(중국 2005년 회사법 제152조).

21) 2005년 회사법에서는 “상장회사는 독립이사를 두어야 하며, 구체적인 방법은 국무원 규정에 따른다는 규정을 신설하였다. 그리고 이사가 의결권을 이용하여 자신의 이익을 추구하는 것을 방지하기 위하여 상장회사 이사가 이사회 회의에서 결의할 사항에 관련된 기업과 관련관계가 있는 경우 의결권을 행사할 수 없다고 규정하고 있다”(중국 2005년 회사법 제125조).

22) 중국 1993년 회사법 제45조 제4단, 제51조 제3단, 제113조 제2단, 2005년 회사법 제13조.

23) 예를 들면, 이사의 충실의무를 열거하고 있으나 그에 관한 구체적인 내용이 추상적이기 때문에 적용하기가 곤란하다.

24) “2011년 개정 상법(회사편)의 주요내용”, 「선진상사법률연구」, 통권 제54호(2011. 4.) 「별책부록」, 1면.

중에서 이사회와 관련한 개정은 다음과 같다. 첫째, 이사의 자기거래의 요건을 더욱 엄격히 규정하여 이사뿐만 아니라 이사의 배우자, 이사의 직계존·비속, 이사의 배우자의 직계존·비속과 그들의 개인회사가 회사와 거래하는 경우까지 사전에 이사회 승인을 받도록 하였고,<sup>26)</sup> 거래의 내용이 공정하여야 한다는 요건<sup>27)</sup>도 추가하였다.<sup>28)</sup> 둘째, 회사가 추진하여야 할 유리한 사업기회를 이사가 가로채는 것을 방지하고 기업경영을 투명화하기 위하여 이사의 회사기회유용금지의무를 도입하였다.<sup>29)</sup> 셋째, 한국에서 이사의 책임을 추궁하는 대표소송이 빈번

25) 주요 개정내용은 대체로 다음과 같다. 첫째, 새로운 기업형태로 합자조합과 유한책임회사가 도입되었다. 둘째, 기업지배구조 분야에서는 이사의 자기거래의 범위 확대, 이사의 회사기회유용의 금지, 이사의 책임감경의 인정, 집행임원의 선택적 도입, 준법지원인 제도의 도입 등 주로 이사의 의무와 책임과 관련된 내용의 개정이 이루어졌다. 셋째, 기업재무 분야에서는 무액면 주식의 도입, 현물출자시 조사절차의 축소, 종류주식의 다양화, 출자전환의 부분적 인정, 자기주식취득의 전면적 허용, 준비금의 부분적 반환 허용, 이사회에 배당결정권한 부여, 사채제도의 전면적 개선, 회계관련 규정의 폐지 등 광범위한 변화가 있었다. 즉, 주로 실무와 괴리된 불필요한 규제를 제거하고 다양한 자금조달 수단을 인정하는 것을 목적으로 하였다. 넷째, 기업구조조정과 관련해서는 소수주식 강제매수제도의 도입, 현물배당의 허용, 합병대가의 유연화 등 영미식 구조조정 방법이 새롭게 도입되었다(송옥렬, “2011년 개정 회사법의 해석상 주요쟁점-기업재무 분야를 중심으로-”, 「저스티스」 통권 제127호, 한국법학원, 46면).

26) 2011년 개정 이전의 회사법에서 이사와 회사의 자기거래제한은 이사 스스로나 제3자의 계산인 경우로 한정되어 있었으나, 이번 개정에서는 그 범위를 더욱 확대하여 이사와 회사뿐만 아니라 주요주주와 회사의 거래 그리고 이사 또는 주요주주의 특수관계인과 회사의 거래까지 그 대상으로 하고 있다. 이는 이사가 회사의 거래 상대방이자 거래와 관련된 결정을 하는 지위에 있는 것을 악용할 수 있어 거래가 불공정해질 수 있으며 이것은 주요주주, 특수관계인의 경우에도 생겨 날수 있으므로 회사법 제398조의 적용대상을 확대한 것이다(최호진·최준선, “개정 상법 제398조의 자기거래에 있어서 공정성 요건에 관한 연구”, 「성균관법학」, 제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2011, 787면).

27) 한국의 2011년 개정회사법은 절차적 공정성과 실제적 공정성을 모두 이사 등의 자기거래의 유효요건으로 도입하였다는 점에서 매우 획기적인 대안이라고 볼 수 있고, 기존에 이사의 승인이 있는 경우라고 하더라도 그 승인의 절차적 공정성의 유무를 판단하는 것이 모호한 경우가 있었다는 점에서, 구체적인 절차적 요건을 충족하기 위한 이사회 승인시기 및 정족수를 명시하고 있는 점은 이사의 자기거래를 규제하는데 있어 효과적인 것으로 보인다. 또한, 그 동안 명문의 규정이 없어서 논란이 많았던 이사의 개시 의무도 명문으로 규정하였다는 점에서 절차적 공정성을 확보하는데 일조할 것으로 보인다(양명조·문화경, “2011년 개정 상법상 주식회사 이사의 자기거래에 있어서의 공정성 요건”, 「법조」, 제60권 제9호, 법조협회, 2011, 197면).

28) 한국의 2011년 개정회사법 제398조: 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회 승인은 이사 3분의2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다. ① 이사 또는 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주, ② 제1호의 자의 배우자 및 직계존·비속, ③ 제1호의 자의 배우자의 직계존·비속, ④ 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사, ⑤ 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사.

29) 한국의 2011년 개정회사법 제397조의2: ① 이사는 회사의 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이 경우 이사회 승인은 이사 3분의 2이상의 수로써 하여야 한다. 1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회, 2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회. ② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

해지면서 경영자들이 책임추궁을 두려워하여 공격적·모험적 경영을 회피하는 현상을 보이므로 회사가 자율적으로 이사의 책임을 경감할 수 있도록 하였다.<sup>30)</sup> 넷째, 기업경영의 의사결정과 업무집행을 분리하여 실질적인 업무감독시스템 구축 기반을 마련하기 위하여 집행임원제도를 도입하였다.<sup>31)</sup>

중국과 한국의 주식회사 지배구조의 유형<sup>32)</sup>은 유사한 점<sup>33)</sup>이 많아 한국의 이번 회사법개정은 중국에 대하여 시사하는 바가 많다고 본다. 따라서 본 논문은 법해석론을 중심으로 2005년에 개정된 중국 회사법과 2011년 개정된 한국 회사법의 주식회사의 이사와 이사회제도를 둘러싼 법규정과 학설을 비교하고, 중국 회사법상 아직 해결되지 않은 문제들을 보완하기 위한 입법론적인 시사점을 찾

30) 한국 회사법 제400조 제2항: 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 이사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함한다)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 다만, 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제397조 및 제398조에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

31) 집행임원의 권한과 책임은 이사와 동일하게 되는데, 제도의 채택 여부는 개별회사가 자율적으로 선택할 수 있다(한국 2011년 회사법 제408조의2). 집행임원을 설치한 회사에서는 집행임원이 회사의 업무를 집행하고 이사회는 집행임원의 선임·해임 및 집행임원의 업무집행에 대한 감독권한을 행사한다(한국 2011년 회사법 제542조의8).

32) 회사법상 주식회사의 지배구조는 주주총회가 경영담당자를 선택하는 일원제와 주주총회가 경영감독기관의 구성원을 선임하여 경영감독기관이 그 구성권 이외의 자리부터 경영자를 선임하는 이원제로 구분된다. 미국의 지배구조는 전형적인 일원제이다. 일원제는 이사회가 회사의 업무를 집행하고 회사정책을 결정하며 구체적인 업무를 담당할 임원이나 대리인을 선임하며, 이사와 임원을 분리하고 이사와 별개의 독립된 감사제도는 두지 않는 특징을 갖는다. 독일의 지배구조는 전형적인 이원적 지배구조에 속한다. 이원제는 회사의 업무집행은 이사회에 전속되고, 업무집행에 대한 감독은 감사회에 귀속시키고 있으며, 이사에 대한 인사권을 감사회에 부여하여 감사회 감독의 실효성을 확보하는 한편 이사의 해임사유를 제한함으로써 감사회의 자의적인 인사권의 행사로부터 이사의 지위의 독립성을 보장해 주는 특징을 가지고 있다(김효신, 「주식회사 지배구조의 법리」, 경북대학교출판부, 2009, 19면, 20면; 이기수, “주식회사의 지배구조에 관한 비교법적·입법론적 고찰”, 「사회과학연구」 제7권, 창원대학교 사회과학연구소, 2000, 242면; 강희갑, “주요국가의 회사지배구조론과 일본의 주식회사의 경영감독구조에 대한 개선논의”, 「상사법연구」 제18권 제3호, 한국상사법학회, 2000, 118면, 119면).

33) 한국 회사법상의 주식회사 지배구조를 보면 경영기구를 이사회와 대표이사로 이원화 하고 있는 점에서는 독일식 이원적 제도와 차이가 있다. 또한 감사라는 별도의 경영감독기관을 두도록 한 점은 독일식 이원적 제도와 유사하나, 합의체기관이 아니고 단독기관인 점에서 독일의 경우와는 다르다. 한편 경영권의 중심을 이사회에 두고 이사회로 하여금 업무집행에 관한 기능과 경영감독의 기능을 겸하게 하면서, 감사에 갈음하여 이사회 내의 감사위원회를 둘 수 있게 하여 경영감독 및 감사를 맡기고 있는데 이는 미국식 지배구조를 도입한 것이다. 따라서 회사법상의 주식회사의 운영 및 감독에 관한 기관구성은 순수한 독일식도 미국식도 아닌 이들의 혼합형 내지 변형형태라고 할 수 있다(김효신, 상게서, 20면). 중국의 경우 회사의 최고 권력기관은 주주총회, 집행의결기관은 이사회, 감독기관은 감사회로 각각 분리되어 있다. 중국이 이사회와 감사회를 별개로 두는 것은 미국식의 일원적 제도와 다르고 독일식 이원적 제도와 유사하나, 이사회는 감사회에서 선임되는 것이 아니라 주주총회에서 선임되는 점에서 독일식의 지배구조와 다르다. 양국의 회사법은 의사결정기관인 주주총회, 업무집행결정기관인 이사회, 업무집행자인 대표이사(이사장)·집행이사(경리), 감독기관인 감사(감사회)로 분화되어 있다는 점, 그리고 기관구성상 양국은 주주총회는 주주로 구성되고, 이사는 주주총회에서 선임되며, 집행임원(경리)이 업무집행권을 분담하고, 상장회사의 경우 사외이사(독립이사)를 두어야 한다는 점에서 유사하다.

아내고자 한다.

본 논문은 크게 5장으로 구분한다. 우선 제2장에서는 중국 회사법의 입법연혁과 법원에 대하여 설명하기로 한다. 그리고 제3장에서는 중국의 주식회사 이사와 이사회제도에 대한 것으로서 이사의 선임과 해임, 이사의 임기, 이사의 권한과 의무 그리고 책임, 이사회구성과 소집, 이사회회의 권한, 이사회결의와 의사록, 이사회내의 전문위원회의 효율성·독립성, 이사장과 법정대표제도 및 경리 등을 다룬다. 제4장에서는 한국과 중국의 이사와 이사회제도를 비교하여 향후의 중국의 회사입법에 고려되어야 할 분야가 어떤 것인지를 분석하고자 한다. 마지막으로 제5장은 본 논문의 전 과정에서 논의되었던 이사와 이사회제도가 앞으로 어떠한 방향으로 정립되어야 할 것인가를 결론으로 정리하고자 한다.

## 제2장 중국 회사법의 연혁

### 제1절 신중국 성립 이전의 회사법

#### 1. 중국 최초의 회사법

중국 최초의 회사법은 1904년의 청나라 시대의 「대청상률」(大清商律) 제2장의 「회사율」(公司律)이다.<sup>34)</sup> 회사율은 영국의 1856년 「주식회사법」, 1862년 「회사법」과 일본의 1899년 「상법」을 토대로 한 대륙법계와 영미법계의 혼합적인 성격을 갖고 있었다. 회사율의 대강의 내용을 보면 중국에서 회사의 개념을 최초로 정의하였고,<sup>35)</sup> 4가지 종류의 회사<sup>36)</sup>와 유한책임제도 그리고 주식평등의 원칙을 도입하였다.<sup>37)</sup> 그러나 회사율은 내용이 너무 추상적이고, 중국의 원래의 상관습과 맞지 않아 실용성이 없었다.<sup>38)</sup> 그리하여 이를 시정하기 위하여 1907년부터 1909년 사이에 상인단체인 상하이예비입헌공회(上海豫備立憲公會), 상하이상무총회(上海商務總會), 상하이상학공회(上海商學工會) 등이 공동으로 두 차례의 전국적인 상법토론회를 거쳐 「회사율초안」(公司律草案) 및 「회사율조사안이유서」(公司律調查案理由書)를 작성하여 국회(資政院)에 입법청원하기로 하였으나<sup>39)</sup> 청나라의 멸망으로 입법이 무산되었다.

#### 2. 국민정부시기의 회사법

34) 魏淑君, “近代中國關與‘公司法移植與本土化問題’第一次真正意義上的思考”, 「中國的前沿文化復興與秩序重構——上海市社會科學界第四屆學術年會青年文集」, 2006년, 407면. 제11절 131개의 조문으로 규정되었다.

35) 제1조에서 회사란 자본을 모집하여 공동으로 무역을 하는 자라고 정의하였다.

36) 즉 합자회사(合資公司), 합자유한회사(合資有限公司), 주식회사(股份公司), 주식유한회사(股份有限公司)이다.

37) 張忠民, 「艱難的變遷: 近代中國公司制度研究」, 上海社會科學院出版社, 2002, 64면, 65면.

38) 陽幼炯, 「近代中國立法史」, 北京商務印書館, 1936, 74면.

39) 「회사율초안」 및 「회사율조사안이유서」를 중국에 적합하게 개정하려는 중국 상인들의 첫 번째 시도로 볼 수 있다.



국민정부시기의 회사법은 북경국민정부시기의 회사법과 남경국민정부시기의 회사법으로 구분된다. 북경국민정부시기의 회사법은 1914년의 「회사조례」(公司條例)<sup>40)</sup>를, 남경국민정부의 회사법은 1929년의 「회사법」<sup>41)</sup>을 말한다. 그 후 1931년에 남경국민정부는 동법을 시행하기 위하여 「회사법시행법」(公司法施行法), 「회사등기규칙」(公司登記規則)을 공포하였다. 이 회사법은 여러 차례 개정을 거쳐 현재 중국의 대만에서 시행되고 있다.

## 제2절 신중국 성립 후 회사법 제정 이전의 회사관련법률

### 1. 사회주의개조시기와 전면적인 계획경제시기의 회사관련법률

1949년 중화인민공화국의 건국과 동시에 새로운 정권은 새로운 회사제도를 위하여 1950년 12월 29일에 「사영기업잠행조례」(私營企業暫行條例)를 공포하여 합명회사(無限公司), 유한회사(有限公司), 합자회사(兩合公司), 주식회사(股份有限公司), 주식합자회사(股份兩合公司)등 다섯 종류의 회사를 규정하였다. 이 다섯 종류의 회사는 투자자가 회사지배구조를 자율적으로 정할 수 있는 영리사단법인인 회사이다. 그런데 그 후 중국정부는 사영기업잠행조례에 따른 회사를 사회주의경제체제로 개조하기 위한 목적으로 1954년 9월에 정무원(政務院)은 「공사합영공업기업잠행조례」(公私合營工業企業暫行條例)를 시행하게 되었다. 이 조례는 사회주의소유제와 자본주의소유제의 결합체인 공사합영기업(公私合營企業)이라는 회사제도를 출범시킨 것이다. 즉 회사의 경영권은 국가에 있고 투자자인 사인은 기

40) 「회사조례」는 「회사율」보다 더 상세하면서도 진일보하게 입법되었다. 즉 회사를 영리를 목적으로 하는 단체라고하여 현대적인 개념으로 정의하였고, 상인과 상행위의 개념, 사체에 대한 규정 등을 두고 있었을 뿐만 아니라 합명회사(無限公司), 합자회사(兩合公司), 주식합자회사(股份兩合公司), 주식회사(股份有限公司)의 4종류의 회사 중 애매한 형태인 합자회사(兩合公司)를 삭제하였다.

41) 1929년 「회사법」은 자본제도, 소수주주이익보호제도, 대주주의결권제한제도가 도입된 것이 특징이다. 1946년 남경국민정부는 투자촉진과 대주주의결권제한의 완화를 위하여 1929년의 회사법을 개정하였다. 이 개정에서는 선진외국의 새로운 회사법 이론을 전면적으로 검토·수용하여 회사설립, 주주의 권리와 의무, 회사기관 및 그들의 권한, 회사의 청산 절차 등에 대하여 비교적 상세하게 규정하였다. 그리고 “유한회사”를 회사의 종류로 추가하였다(魏淑君, “公司法在中國的百年歷程”, 「華東政法大學學報」第2期, 華東政法大學, 2005, 77면 참조).

업에서 정한 비율의 이익을 받을 수 있을 뿐 회사경영에는 참여하지 못하도록 하였다.<sup>42)</sup> 1958년 중국은 인민공사화운동(人民公社化運動)으로 중국의 경제는 계획경제로 되어 공사합영기업뿐만 아니라 상품경제<sup>43)</sup>를 기초로 하는 상사법률(商事法律)은 그 자취를 감추게 되었다.<sup>44)</sup>

## 2. 경제체제개혁시기의 회사관련법률

중국은 1978년 중국 공산당 제11회 중앙위원회 제3차 전체회의(中國共產黨第十一屆中央委員會第三次全體會議)이후 경제체제개혁을 실행하였고 회사제도도 점차 부활하였다. 우선 1979년 7월 1일에 전국인민대표대회 제5회 제2차 회의(第五屆全國人大二次會議)에서 「중외합자경영기업법」(中外合資經營企業法)<sup>45)</sup>을 제정·시행하였다. 동법은 중국이 개혁·개방한 이후 외자기업에 대한 최초의 회사입법이다. 그 후 1986년 4월 12일에 「외자기업법」(外資企業法)<sup>46)</sup>이 전국인민대표대회 제6회 제4차 회의(六屆全國人大四次會議)에서 통과되었고, 1988년 4월 13일에 「중외합작경영기업법」(中外合作經營企業法)<sup>47)</sup>이 전국인민대표대회 제7회 제1차 회의(七屆全國人大一次會議)에서 통과되어 시행되었다. 동법들은 위의 「중외합자경영기업법」(中外合資經營企業法)과 함께 중국의 삼자기업법(三資企業法)이

42) 王志華, 전계논문, 95면, 96면.

43) 상품경제(Commodity Economy)란 직접적으로 교환을 목적으로 한 경제시스템으로서 상품의 생산과 교환을 포함한다. 시장경제란 자원 배분은 주로 시장메커니즘을 기초로써 한 상품경제를 말하고 이는 상품경제에서 진일보한 단계의 경제시스템이다.

44) 魏淑君, “歷史的智識: 中國百年公司法史的解讀與啓迪”, 「山東師範大學學報」第53卷 第3期, 山東師範大學, 103면.

45) 합자경영기업(合資經營企業)이란 외국의 회사 또는 기타 경제조직이 중국 법률에 따라 중국 국내의 회사 기타 경제조직과 공동으로 설립한 기업으로서 유한책임회사이다(1979년 「중외합자경영기업법」 제1조, 제4조). 합자경영기업의 등록자본 중 외국인투자자의 자본 비율은 일반적으로 25%이상이어야 하며(제4조 제2단, 제3단), 합영자(合營者)가 등록자본을 양도할 경우에는 반드시 합영(合營) 각 측의 동의를 받아야 한다(제4조 제4단).

46) 동법을 시행하기 위하여 국무원의 원대외경제무역부(原對外經濟貿易部)는 1990년 10월 28일에 「외자기업법실시세칙」(外資企業法實施細則)을 공포하였다. 외자기업이란 중국 내에 설립된 회사의 투자자가 외국인으로서(제2조) 유한책임이지만 다른 기업로의 조직변경에는 정부의 승인을 받아야 한다(제19조).

47) 합작경영기업이란 외국의 기업, 기타 경제조직, 개인 투자자가 중국의 기업 또는 기타 경제조직과 공동으로 중국 내에 설립된 기업(제1조)으로서 위 합자경영기업과 다른 점은 합작경영기업은 반드시 유한책임회사가 아니며 법인격 없는 기업일 수도 있고 외국인인 개인도 투자할 수 있음에 반하여 합자경영기업은 유한책임회사이며 법인이며 개인은 투자할 수 없다.

라고 불린다. 이러한 외국인투자기업에 관한 입법은 외국인투자기업의 설립과 운영의 법적 기초가 되었고, 1993년 중국 회사법제정의 토대를 제공하였다.<sup>48)</sup> 국무원은 1988년 6월 25일에 「사영기업잠행조례」(私營企業暫行條例)<sup>49)</sup>를 공포하였고, 동법 시행으로 회사는 다시 사적 경제의 규제영역으로 복귀하였다.

### 제3절 회사법의 제정연혁

1980년대 이후 회사라는 명칭을 사용하는 기업의 수는 기하급수적으로 증가하였으나, 이를 규제하는 법률의 미비로 많은 혼란이 야기되었다. 이를 규제하기 위하여 1993년 12월 29일에 「유한회사조례(초안)」(有限公司條例(草案)), 「주식유한회사조례(초안)」(股份有限公司條例(草案)),<sup>50)</sup> 「유한회사법(草案)」(有限公司法(草案))<sup>51)</sup>, 「유한책임회사규범의견」(有限責任公司規範意見), 「주식유한회사규범의견」(股份有限公司規範意見) 등<sup>52)</sup>에 기초한 회사법이 전국인민대표대회 상무위원회 제8회 제5차 회의(第八屆全國人民代表大會常務委員會第5次會議)에서 통과되었다. 그리고 동법은 1999년과 2004년에 각각 개정되었다.<sup>53)</sup> 그러나 1999년과 2004년에 개정된 회사법은 단지 개별조항에 대한 부분개정이었으므로 회사법의 제도적 결함과 구조적 결함을 완전히 극복할 수는 없었다. 따라서 투자의 촉진, 거래의 안전, 국제경쟁력의 강화와 회사의 이해관계인간의 이해충돌(회사내 부인과 외부인 사이, 주주와 경영진 사이, 대주주와 소수주주 사이) 등을 타당하

48) 劉俊海, 「現代公司法」, 法律出版社, 2011, 34面, 35面.

49) 1950년 「사영기업잠행조례」와는 무관한 것이다.

50) 1986년 전국가경위(前國家經委)를 비롯하여 국가체개위(國家體改委), 경무부(經貿部)와 전국인대상위회법 제공작위원회(全國人大常委會法制工作委員會)의 공동안으로서 국무원법제국(國務院法制局)의 심사를 거쳐 국무원입법계획에 포함되었다.

51) 1991년 국무원법제국(國務院法制局)과 국가체개위의 제안으로 국무원상무회(國務院常務會)에 심의를 요청하였으나, 이 초안은 유한책임회사법과全民所有制工業企業法(全民所有制工業企業法)간의 관계를 어떻게 조정할 것인가에 대하여 명확하게 규정하지 않았기 때문에 통과되지 않았다.

52) 1992년 국가체개위가 공포한 것으로서 유한책임회사와 주식유한회사의 설립, 지배구조, 합병·분리, 해산·청산, 재무·회계, 법적 책임 등을 규정하였다. 이 의견은 법령과 같은 효력을 갖는다.

53) 앞의 주 6) 참조.

게 처리하기 위하여 회사법의 전면적인 개정이 필요하였다. 이에 따라 2005년 회사법에 대한 대폭적인 개정 작업이 있었다. 동법의 개정내용은 대체로 다음과 같다. 첫째, 예전에 존재하였던 정부의 회사에 대한 관여 규정<sup>54)</sup>과 회사에 대한 일부 제한규정<sup>55)</sup>을 삭제하였다. 둘째, 회사설립을 보다 더 용이하게 하였다.<sup>56)</sup> 셋째, 자본에 대한 규제를 완화하였다.<sup>57)</sup> 넷째, 사채발행에 대한 자격제한, 규모제한 등을 삭제하였다.<sup>58)</sup> 다섯째, 주주권, 특히 소수주주의 보호를 강화하였다.<sup>59)</sup> 여섯째, 회사 채권자 보호를 강화하였다.<sup>60)</sup> 일곱째, 회사의 지배구조와 관련하여 이사와 경리의 의무와 책임을 명확히 하고, 감사회 또는 감사의 기능을 강화하였으며, 상장회사에 관한 특별 규정을 두고 있다.<sup>61)</sup> 여덟째, 회사법을 위반한 행위에 대한 각종 소의 소송절차를 명확히 하였다.<sup>62)</sup>

54) 앞의 주 3), 5) 참조.

55) 예를 들면, 회사가 다른 회사에 대한 투자에 대한 제한규정(1993년 회사법 제12조)의 삭제(2005년 회사법 제15조), 회사의 대외담보행위(1993년 회사법 제60조)를 허용하였다(2005년 회사법 제16조).

56) 예를 들면, 1인 유한책임회사를 인정하였고 그에 관한 특별규정을 두고 있다(2005년 회사법 제58조- 제64조). 그리고 주식회사 설립시 최저 받기인 수를 5인에서 2인으로 하였다(1993년 회사법 제75조, 2005년 회사법 제79조).

57) 예를 들면, 유한책임회사와 주식회사의 등록자본금의 최저한도를 하향 조정하고 출자방식을 다양화하였다. 원래 유한책임회사의 경우 최저 등록자본금은 산업별로 인민폐 10만 위엔, 30만 위엔, 50만 위엔이었으나, 개정회사법에는 유한책임회사의 최저 등록자본금을 3만 위엔으로 동일하게 대폭 하향 조정하였다(1993년 회사법 제23조, 2005년 회사법 제26조). 주식유한회사의 최저 등록자본금을 1000만 위엔에서 500만 위엔으로 하향 조정하였다(1993년 회사법 제78조, 2005년 회사법 제81조). 그리고 개정 전의 회사법에서는 공업재산권(工業產權) 및 비특허기술(非專利技術)로 출자하는 금액을 등록자본금의 20%로 제한하였던 것을 개정회사법에서는 화폐로 환산 가능한 모든 자산(현물, 지적재산권, 토지사용권 등)으로 확대하고, 비화폐자산의 출자비율도 등록자본금의 70%까지 대폭 상향 조정하였다(1993년 회사법 제24조, 2005년 회사법 제27조).

58) 원래 사채를 발행할 수 있는 자는 주식회사와 국가소유의 유한책임회사에 한정되었고, 국무원이 사채발행 규모를 결정하였다(1993년 회사법 제159조, 제164조).

59) 예를 들면, 주주의 열람권과 관련하여 개정 전 회사법은 주주가 열람할 수 있는 것은 주주총회의 의사록과 회사의 재무제표로 제한하였으나(1993년 회사법 제110조), 이번 개정은 회사정관, 주주총회의 의사록, 이사회 의사록, 감사회의 의사록, 재무회계보고 등으로 확대하였고, 정당한 이유가 있는 경우 회사의 회계장부 열람도 신청할 수 있도록 하고 있다(2005년 회사법 제34조). 그리고 회사의 존속이 주주의 이익에 중대한 손실을 야기하는 경우에 이를 해결할 방법이 없을 때에는 발행주식총수의 10분의 1이상의 의결권을 보유한 주주는 인민법원에 회사의 해산을 청구하는 소를 제기할 수 있는 규정을 신설하였다(2005년 회사법 제183조).

60) 법인격부인의 법리를 명문화하였다. 즉 주주와 회사는 법인제도와 주주의 유한책임을 남용하여 채무를 회피하고 회사채권자의 이익에 중대한 손실을 끼쳤을 경우 회사 채무에 대하여 연대책임을 져야 한다(2005년 회사법 제20조). 그리고 회사의 사회적 책임을 명문화하였다(2005년 회사법 제5조).

61) 앞의 주 19), 20) 참조.

62) 주주총회·이사회결의 무효·취소의 소(2005년 회사법 제22조 제2단), 주주의 정보접근권에 대한 소(2005년 회사법 제34조), 주주의 이사·고급관리자에 대한 소(2005년 회사법 제153조), 회사에 대한 해산의 소(2005년 회사법 제183조) 등이다.

#### 제4절 회사법의 법원

회사법의 법원은 다양하게 존재하고 있다. 그의 입법기관과 법률의 효력을 기준으로 살펴보면 다음과 같다.<sup>63)</sup>

첫째, 회사의 기본법인 전국인민대표대회(全國人民代表大會)가 입법한 2005년의 중화인민공화국회사법(中華人民共和國公司法)이다.<sup>64)</sup>

둘째, 중국의 국무원이 헌법과 법률에 의하여 제정한 회사관련 법규이다. 국무원은 「입법법」(立法法) 제56조에 따라 법률을 집행하기 위하여 규정할 필요가 있는 사항 또는 헌법의 89조에 따른 국무원의 권한 범위 내에서 행정법규를 제정할 수 있다. 이 행정법규의 효력은 헌법과 법률의 아래에 위치한다.<sup>65)</sup>

셋째, 지방인민대표대회(地方人民代表大會) 및 그의 상무위원회(常務委員會)가 제정한 기업에 관한 지방성법규(地方性法規)이다. 「입법법」 제63조에 따라 성(省), 자치구(自治區), 직할시(直轄市)의 인민대표대회 및 그 상무위원회는 헌법, 법률, 행정법규에 저촉되지 않은 범위 내에서 당해 지역의 상황에 맞게 지방성법규를 정할 수 있다. 그리고 성(省)과 자치구(自治區)의 인민정부 소재지(人民政府所在地)의 시(市), 경제특구 소재지의 시(經濟特區所在地的市), 국무원의 비준을 거친 대도시의 인민대표대회 및 그 상무위원회는 헌법, 법률, 행정법규, 본 성(省), 자치구(自治區)의 지방성법규에 저촉되지 않은 범위 내에서 당해 지역의 상황에 맞게 지방성법규를 정할 수 있고, 그 법규는 본 성(省), 자치구(自治區)의 인민대표대회의 상무위원회가 비준한 후 실행한다. 또한 민족자치지방(民族自治地方)의 인민대표대회(人民代表大會)는 자치조례(自治條例)와 단행조례(單行條例)

63) 한국과 중국의 법체제는 상당한 차이가 있어서 중국의 회사법의 法源을 한국에서와 같은 제정법, 관습법, 자치법규로 설명하기에는 적합하지가 않다. 예컨대 한국의 제정법의 범위는 중국의 제정법의 범위와는 입법기관의 차이로 상당한 차이가 있어 한국의 설명방식에 따른 설명이 불가능할 정도이다.

64) 중국의 입법기관은 전국인민대표대회 및 그 상무위원회(헌법 제58조)이지만, 민사법에 관한 입법권은 전국인민대표대회에 전속한다(헌법 제62조 제3항). 회사법이 범주에 속하는 법원으로 「민법통칙」, 「회사법」, 「전민소유제공업기업법」, 「중외합작경영기업법」, 「외자기업법」, 「중외합작경영기업법」, 「조합기업법」, 「개인독자기업법」, 「증권법」, 「담보법」, 「상업은행법」, 「반부당경쟁법」(反不正當競爭法), 「세수징수관리법」, 「어음수표법」, 「기업과산법」, 「반독점법」 등의 특별법들이 있다.

65) 이 범주에 속하는 법원으로 「도시집체소유제기업조례」, 「중외합작경영기업법실시조례」, 「회사등기관리조례」, 「기업법인등기관리조례」, 「조합기업등기관리판법」, 「외자기업법실시세칙」 등이 있다.

를 정할 수 있다.<sup>66)</sup> 지방성법규의 법률효력은 헌법, 법률, 행정법규 아래에 위치한다.<sup>67)</sup>

넷째, 중앙정부의 부서나 지방정부가 제정한 기업에 관한 규정이다. 「입법법」에 따라 중앙정부의 각 부서나 위원회, 중국인민은행, 심계서(審計署), 행정관리직권을 갖는 직속기구(直屬機構)는 법률과 행정법규에 의하여 각 부서의 권한 범위 내에서 규정을 제정할 수 있다. 또한 성과 자치구 인민정부 소재지의 시(省, 自治區人民政府所在的市), 경제특구 소재지의 시(經濟特區所在的市), 국무원의 비준을 거친 대도시의 인민정부는 법률, 행정법규 및 본 성, 자치구, 직할시의 지방성법규에 의하여 법률, 행정법규, 지방성법규를 집행하기 위하여 규정할 필요가 있는 사항 또는 당해 지역의 상황에 맞게 지방성규정을 정할 수 있다.<sup>68)</sup> 중앙정부의 부서 등이 제정한 규정의 효력은 헌법, 법률, 행정법규 아래에 위치하는데 지방정부 규정과 같은 효력을 갖는다. 다만, 지방정부 규정의 효력은 지방성법규 아래에 있다.<sup>69)</sup> 그리고 중앙정부의 부서 등이 제정한 규정이 지방성법규에 충돌하는 경우에는 「입법법」에 관한 규칙이 적용된다.<sup>70)</sup>

다섯째, 중국 최고인민법원이 입법기관의 수권에 따라 법률·법령의 적용과정에서 구체적인 법률 운용에 관하여 내리는 해석이다.<sup>71)</sup> 이는 급변하는 현실에 따라 법규홈결과 같은 문제점이 발생한 경우를 보완하기 위한 제도이다.<sup>72)</sup> 이러한

66) 「입법법」 제63조, 제64조.

67) 회사법과 관련하여 제정된 지방성법규로 「내몽고 자치구의 회사의 종업원이사, 종업원감사에 대한 조례」를 예로 들 수 있다.

68) 「입법법」 제71조, 제73조.

69) 이 범주에 속하는 법원으로 「<회사법>실시 이후 기업재무 문제 처리에 대한 통지」(<公司法>實施以后企業財務處理問題的通知), 「상장회사에 대한 현장검사관법」(上市公司現場檢查辦法) 등이 있다.

70) 「입법법」立法法, 제86조 제1단 제2항: 지방성법규와 부서규정이 동일한 사항에 대한 규정이 서로 다를 때에 어떤 것을 적용하여야 하는지가 불명확한 경우에는 국무원은 의견을 제기하여야 한다. 국무원이 지방성법규(地方性法規)를 적용하여야 한다고 판단한 경우에는 당해 지방에서는 지방성법규를 적용하여야 한다. 그러나 국무원이 부서규정을 적용하여야 한다고 하는 경우에는 국무원은 전국인민대표대회에 의견을 제청하여야 하고, 전국인민대표대회가 이에 대하여 판단한다.

71) 「전국인민대표대회 상무위원회의 사법해석 강화에 관한 결의」(全國人民代表大會常務委員會關於加強法律解釋工作的決議) 제4항에 의하여 최고인민법원은 법률·법령의 적용문제에 대하여 해석할 수 있다.

72) 회사법에 관한 사법해석은 「최고인민법원이 회사법을 적용함에 대한 여러 가지 문제에 대한 규정(1)」(最高人民法院關於適用<中華人民共和國公司法>若干問題的規定一), 「최고인민법원의 회사법을 적용함에 대한 여러 가지 문제에 대한 규정(2)」(最高人民法院關於適用<中華人民共和國公司法>若干問題的規定二), 「최

사법해석은 법률과 같은 효력을 갖는다.<sup>73)</sup>

---

고인민법원의 기업개혁에 관련된 민사분쟁(民事紛爭) 안건의 심리문제에 관한 규정」(最高人民法院關於審理企業改制相關的民事糾紛案件若干問題的規定」 등이 있다.

- 73) 중국에서 사법해석이 법률과 같은 보편적 효력이 있는지에 관하여는 견해가 대립되고 있다. 찬성론에 의하면, 사법해석은 중국 최고의 재판기관인 최고인민법원(最高人民法院)이 법에 따라 내리는 것이므로 법률과 같은 보편적 효력이 있다고 본다. (周道鸞, “新中國司法解釋工作的回顧與完善司法解釋工作的思考 (代序)”, 「最高人民法院司法解釋全集 (第一卷)」, (代序) 1面). 2010년 중국 정법위원회(政法委員會)는 최고인민법원과 최고인민검찰원의 사법해석은 보편적인 효력이 있는 것으로서 하급재판기관을 구속한다고 하였다. (朱孝清, “司法解釋的效力範圍”, 「檢察日報」, 2010.9.27. [http://newspaper.icrb.com/html/2010-09/27/content\\_54522.htm](http://newspaper.icrb.com/html/2010-09/27/content_54522.htm), 마지막 방문시간 2012. 7. 14). 반대론에 의하면, 「입법법」(立法法) 제42조에 따라 법률해석의 권한은 전국인민대표대회 상무위원회에 전속한다고 한다. 즉 최고인민법원이 「전국인민대표대회 상무위원회의 사법해석 강화에 관한 결의」(全國人民代表大會常務委員會關於加強法律解釋工作的決議)와 「인민법원조직법」(人民法院組織法)에 따라 가지는 해석권은 재판 실무에서의 구체적인 문제에 관한 해석권일 뿐이고, 법률과 같은 보편적인 효력을 갖는 것이 아니다. 따라서 사법해석은 구체적인 안건에만 효력이 있을 뿐이라고 한다. (紀誠, 最高人民法院司法解釋研究---對最高人民法院司法解釋合理性反思, 中國政法大學2006年博士論文, 46面). 실제로 중국의 최고인민법원(最高人民法院)의 해석은 지방각급법원(地方各級法院)에 대하여 효력이 있다. 따라서 사법해석은 사실상 법률과 같은 보편적 효력을 갖는다고 본다.

## 제3장 중국 주식회사 이사회제도

### 제1절 이사

#### 1. 의의

##### (1) 개념

중국 회사법(본장에서는 이하 ‘회사법’으로 칭함)상 이사는 이사회 구성원으로서 회사의 업무집행의 의사결정에 참여하는 자이다. 이사의 지위에 관하여 이사회 기관성에 대하여는 이설이 없지만 이사의 기관성 여부에 대하여는 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 긍정설에 의하면 이사란 이사회 구성원으로서 회사의 업무를 집행하는 필요적 상설기관이라고 한다.<sup>74)</sup> 부정설에 의하면 이사는 이사회 구성원으로서의 지위만 갖고 있기 때문에 회사의 기관이 아니라고 한다.<sup>75)</sup> 회사의 업무를 집행하는 자는 이사장 또는 경리로서 이들은 이사회 하부 기관이고 이사는 이사회 기관구성원으로서의 지위만을 갖는 자라고 보아야 할 것이다. 부정설이 타당하고 다수설이다.<sup>76)</sup>

##### (2) 종류

이사가 회사의 내부 업무를 담당하는지의 여부에 따라 사내이사와 사외이사로 구분된다. 사내이사란 회사의 업무를 담당하는 자를 말하고, 사외이사란 이사 이외의 업무를 담당하지 않는 이사<sup>77)</sup>를 말한다. 사내이사는 회사의 정보에 정통하

74) 梅慎實, 「現代公司權力機關構造論」, 中國政法大學出版社, 2000, 314面, 317面.

75) 王保樹·崔勤之, 「中國公司法」, 中國人工出版社, 1995, 206面.

76) 王保樹·崔勤之, 상계서, 206面. 叶林, 「中國公司法」, 中國審計出版社, 1997, 117面; 劉俊海, 「現代公司法」, 504面; 施天濤, 「公司法論」第二版, 法律出版社, 2006, 342面.

77) 1999년 「해외상장회사의 운영과 개혁을 진일보하게 심회함에 관한 의견」(關於進一步促進境外上市公司



기 때문에 신속한 이사회 의사결정을 기대할 수 있고, 또한 경리의 업무집행에 있어서도 상호 조절을 할 수 있기 때문에 효율적인 관계를 설정할 수 있다. 하지만 이는 경리에 대한 이사의 객관적이고 독립적인 판단에 문제가 될 소지가 있는 단점이 있다.<sup>78)</sup>

사내이사만으로 이사회 업무집행의사결정과 업무집행감독기능에는 한계가 있기 때문에 사외이사제도를 도입한 것이다. 그러나 사외이사는 회사의 상무를 담당하지 않을 뿐 이사로서의 독립성을 갖추지 않는다면 사외이사제도의 취지를 달성할 수 가 없다. 그리하여 회사법 제123조는 상장회사에 독립이사를 두도록 하고 있는데,<sup>79)</sup>여기서의 독립이란 회사의 업무를 담당하지 않고 회사 또는 주요주주와 관계가 없는 자로서 독립적이고 객관적인 판단을 할 수 있는 사외이사를 말한다.<sup>80)</sup> 즉 독립적인 사외이사를 말한다고 해석하여야 한다.

이사가 누구의 이익을 대표하는지의 여부에 따라 주주대표이사과 종업원대표이사로 구분된다. 주주대표이사란 주주로서 주주총회에서 선임된 이사를 말한다.<sup>81)</sup> 종업원대표이사는 주주총회에서 선임되는 것이 아니라 종업원대회(職工大會) 또는 기타 형식을 통하여 선임하도록 하고 있다.<sup>82)</sup> 회사법 제45조는 국유기업과 2 이상의 국영업체가 출자한 회사는 종업원대표이사를 두도록 하고 있다.

---

規範運作和深化改革的意見) 제3조: 사외이사란 회사의 직무를 담당하지 않는 이사를 말한다.

78) 趙旭東, 「公司法學」, 高等教育出版社, 2003, 343, 344면; 劉俊海, 「現代公司法」, 504면; 양동서, 「중국회사법」, 진원사, 2007, 408면; 이정표, 「중국회사법」, 박영사, 2008, 133면.

79) 종래 중국의 국유기업개혁은 경영진의 권한 강화를 통하여 기업생산을 제고하는 방향으로 전개되었기 때문에 입법상 기업경영의 자주성(自主性)과 독립성을 강조하는 반면, 감사회제도는 도외시되어 감사회 고유의 감독기능의 약화를 초래하였다. 뿐만 아니라 중국은 경제체제개혁의 핵심 부분인 국유기업의 개혁 과정에서 기업자본 조달을 목적으로 주식시장을 개설한 바, 대부분의 상장회사의 전신(前身)은 국유기업이며 그들은 주식시장에서의 2/3 이상의 주식을 보유하고 있었으므로 상장회사의 지배주주로서 절대적인 영향력을 발휘하고 있었다. 이러한 현상을 국유주(國有股)의 소유집중(所有集中) 또는 소유독점(所有獨占)이라고 하는데, 이로 인하여 이사회와 감사회의 기능과 역할은 무력하였다. 특히 대주주가 불법내부거래와 불법담보를 통해 상장회사의 자산과 이윤을 수탈하는 문제가 빈번하게 발생하였다. 이러한 문제해결을 위하여 중국은 내부감독을 강화함으로써 대주주의 불법행위를 제한하고 소수주주의 권익을 보호하며 나아가 자본시장 질서를 건전하게 개선하기 위하여 독립이사제도를 도입하였다.李紅琨, “我國上市公司獨立董事制度研究”, 西南財經大學博士論文, 2006, 95-113면).

80) 「상장회사의 독립이사에 대한 지도의견」 (關於在上市公司建立獨立董事制度的指導意見-이하 ‘지도의견’) 「제1조 제1항.

81) 劉俊海, 「現代公司法」, 505면.

82) 회사법 제45조 제2단, 제68조 제1단, 제2단, 제109조 제2단.

### (3) 이사와 회사의 관계

이사와 회사의 관계에 대하여는 한국 회사법 제382조 2항과 같은 규정이 없어서 위임설, 대리인과 수탁자설, 대리인과 준수탁자설, 법정관계설 등의 학설대립이 있다. 위임설에 의하면 이사는 주주총회의 선임으로 수임인의 지위를 갖는 위임관계로 본다는 것이다.<sup>83)</sup> 그리고 이사가 회사에서 보수를 받는 경우에는 유상 위임관계라고 한다.<sup>84)</sup> 대리인과 수탁자설에 의하면 이사가 회사를 대표하여 제3자와 거래를 할 때는 회사의 대리인으로서의 지위를 가지고, 이사가 대내적으로 회사 자산을 관리할 때는 회사의 수탁자로서의 지위를 갖는다고 한다.<sup>85)</sup> 대리인과 준수탁자설에 의하면 수탁자설은 회사의 자산의 소유권은 수탁자에게 있어야 하는 것인데 회사의 자산의 소유권은 회사에 있다는 것을 간과한 이론이라고 한다. 그러므로 이사는 수탁자가 아닌 준수탁자의 지위를 갖는다고 한다.<sup>86)</sup> 법정관계설에 의하면 회사의 조직과 그에 따른 법률관계는 법에서 정하고 있기 때문에 이사와 회사의 관계는 법정관계라고 한다.<sup>87)</sup> 위 학설을 검토해보면 이사를 회사의 대리인으로 보는 것은 타당하지가 않다. 민법통칙의 대리제도는 대리행위의 효과가 본인에게 귀속되기 위한 요건으로서 본인의 수권범위내의 법률행위이어야 하는데 이사는 본인인 회사의 수권범위내에서만 행위하는 것이 아니라 회사의 최대의 이익을 위하여 경영전략면에서 고도의 재량판단에 따라 행위를 할 수 있다는 점에서 이사를 대리인의 지위로 설명하는 것은 합당하지가 않다. 이사를 수탁자 내지 준수탁자로 보는 것도 무리한 논리라고 본다. 중국의 신탁법에 의하면 수탁자는 신탁자의 재산을 수탁자의 명의로 관리 또는 처분한다.<sup>88)</sup> 그러나 이

83) 王保樹, “股份有限公司機關構造中的董事和董事會”, 梁慧星 主編, 「民商法論叢(第1卷)」, 法律出版社, 1994, 114面.

84) 劉惠明, “公司違法時董事對公司的賠償責任探析”, 「河海大學學報(哲學社會科學版)」, 第12卷 第4期, 河海大學, 2010, 58面; 劉俊海, 전게서, 252面, 253面; 孟宁, “論完善我國公司法中的董事注意義務制度”, 「知識經濟」, 第15期, 重慶市科學技術協會, 2010, 22面.

85) 張民安, “董事對公司債權人承擔的侵權責任”, 「民商法學(人大報刊夏印資料)」 第11期, 中國人民大學, 2000, 87面.

86) 張漢瑛, 「香港公司法原理與實務」, 科學普及出版社, 1994, 124面, 125面.

87) 梅慎實, 전게서, 327面, 328面; 高俊學·劉偉光, “論我國公司法上的董事勤勉義務”, 「中外企業家」, 第2期, 哈爾濱工業大學, 2010, 104面; 朱曉娟, “股份有限公司董事‘惡’之法律抑制”, 「政法論壇」(中國政法大學學報) 第22卷 第5期, 中國政法大學, 2004, 50面, 51面).

88) 중국 신탁법 제2조.

사는 회사의 자산을 회사의 명의로 관리 또는 처분하여야 한다.<sup>89)</sup> 그리고 수탁자는 수탁재산의 소유권자이지만 이사는 회사자산의 소유권자가 아니다. 따라서 이사를 수탁자의 지위로서 회사와 이사의 관계를 설명하는 것은 타당하지가 않다.

중국의 민법통칙(民法通則)이나 회사법에는 위임제도가 없다. 다만 민법통칙 제43조는 법인은 법인의 대표자의 행위에 대하여 책임을 진다고 규정하고 있다. 이 규정을 회사에 그대로 적용한다면 법정관계설이 일응 타당할 수도 있다. 그러나 이 규정은 비영리법인을 전제로 한 것이어서 영리법인인 회사에 적용하기에는 무리이다.<sup>90)</sup> 한편 중국 계약법은 위임계약을 규정하고 있는데<sup>91)</sup> 위임계약이란 수임인이 위임인의 사무를 처리하는 계약을 말한다.<sup>92)</sup> 수임인은 위임계약의 범위 내에서 위임사무의 처리와<sup>93)</sup> 대리인과 달리 위임인의 이익의 최대화를 위하여 일정한 범위 내에서 재량의 결정권을 갖는다는 점에서 이사의 특징과 유사하다.<sup>94)</sup> 따라서 이사와 회사의 관계를 위임관계로 설명하는 것이 타당하다고 본다.<sup>95)</sup>

## 2. 이사의 선임, 중임, 보수

89) 회사법 제149조 제1단 제2항의 의하면 이사가 자기명의로 은행계좌를 개설하여 회사자금을 예금하여서는 아니 된다.

90) 「민법통칙」 제43조는 기업법인(企業法人)은 법정대표자와 기타 업무집행자의 경영활동에 대하여 책임을 진다고 규정하고 있다. 여기의 법인이란 권리능력과 행위능력을 가지고 법에 따라 권리의무의 주체가 될 수 있는 조직을 말하고(민법통칙 제36조), 기업법인이란 제41조에서 전민소유제기업, 집체소유제기업, 중외합작경영기업, 중외합작경영기업, 외자기업 등이 민법통칙의 법인격을 취득한 기업을 말한다. 이들이 민법통칙상의 법인격에 따른 권리의무의 주체가 되는 것과 회사법상의 법인격에 따른 권리의무의 주체로서 법의 적용을 달리하는 것을 주의하여야 한다. 즉 회사는 기업법인이지만 기업법인이 회사인 것은 아니다. 법인격 있는 기업, 예를 들면 원래의 공업소유제기업(工業所有制企業)은 회사가 아니다. 그리고 법인이 반드시 기업법인인 것은 아니다. 즉 법인은 기업법인 이외의 기관법인(機關法人), 사업단위법인(事業單位法人), 사회단체법인(社會團體法人) 등의 비기업법인을 포함한다(민법통칙 제50조).

91) 계약법 제21장(396조-413조).

92) 계약법 제396조.

93) 계약법 제397조.

94) 陸萍, “董事与公司關係探微”, 「政治与法律」 第6期, 上海社會科學院法學研究所, 2001, 45面, 46面.

95) 계약법은 수임인의 선량관리자로서의 주의의무를 규정하지 않고 있다. 따라서 계약법상의 위임관계로 이사와 회사의 관계를 설명하는 것이 미흡하다고 주장하는 학자도 있다

(孫光焰, “也論公司、股東與董事之法律關係”,

[http://www.chinalawedu.com/news/21604/21630/21652/2005/2/ma5871494934152500250274\\_159062.htm](http://www.chinalawedu.com/news/21604/21630/21652/2005/2/ma5871494934152500250274_159062.htm),

마지막 방문시간 2012. 7.14.

## (1) 선임

### 1) 정원

이사의 인원수는 최소 5인 이상 최대 19인 이하이어야 한다.<sup>96)</sup> 이사의 인원수를 제한하는 목적은 이사회의 규모를 적당하게 유지함으로써 이사회의 효율적인 운영을 확보하기 위한 것이다.<sup>97)</sup> 회사는 정관에서 이사의 수를 정할 수 있지만 이 규정은 강행규정이므로 5인-19인의 범위 내이어야 한다.<sup>98)</sup> 그리고 정관개정은 주주총회의 권한사항이므로 정관으로써 이사회의 인원수를 변경하는 경우에는 주주총회의 결의가 있어야 한다.<sup>99)</sup>

이사회 구성원에는 회사의 종업원대표를 둘 수 있도록 하고 있다. 종업원대표는 종업원대표대회(또는 종업원대회) 또는 기타 형식을 통하여 선임된다.<sup>100)</sup> 이를 종업원의 경영참가제도라 한다.<sup>101)</sup> 이 제도는 생산수단의 공유제라는 사회주의적 경제체제에서 도출된 것으로서 이해관계자중심주의<sup>102)</sup> 이사회를 형성하기 위한 것이다.<sup>103)</sup>

96) 회사법 제109조.

97) 조사에 의하면 이사회의 규모가 회사지배구조에 영향을 미친다고 한다. 일정한 규모의 이사회, 예를 들면 구성원이 4-11인의 경우가 이사회의 결의와 감독기능이 효율적이라고 한다. 반면 규모가 그 범위를 초과한 경우에는 이사회 결의의 신속성과 감독기능이 비효율적이라 한다.(李有根·趙西萍·李懷祖, “公司的董事會構成與經理控制機制研究”, <http://www.chamc.com.cn/gvhr/bshgzz/bshlt/64976.shtml>, 마지막 방문시간: 2012. 7. 14).

98) 施天壽, 전계서, 335면.

99) 회사법 제38조, 제100조.

100) 회사법 제109조 제2단.

101) 회사법은 종업원대표를 이사회의 구성원으로 할 수 있도록 하여 종업원의 경영참여를 제도화하고 있다.(109조) 한편 동법 제118조에서는 감사회의 구성원을 종업원대표를 1/3이상 두도록 의무화하고 있다. 제 18조에서는 회사는 의무적으로 노동조합을 설립하여 회사가 구조조정, 경영방침의 중대한 변경 또는 중대한 회사규정의 변경의 경우에는 노동조합의 의견을 반영하도록 하고 있다.

102) 경제학에서 기업의 소유자가 누구인지에 관하여 주주주의이론(Shareholder Primacy Theory)과 이해관계자주의이론(stakeholder Theory)이 대립하고 있다. 주주주의이론에 의하면 주주는 기업의 물적 기초인 자본의 출자자이므로 기업의 소유권자이다. 그러므로 기업은 주주의 이익을 최고의 가치로 삼아야 한다고 한다. 이해관계자주의이론에 의하면 기업의 진정한 소유자는 기업의 이해관계자라고 한다. 왜냐하면 기업의 발전에 공헌하는 자는 주주를 포함한 기업의 모든 이해관계자들이라고 보는 것이다. 그들 모두는 기업의 경영위험을 부분적으로 분담하므로 그에 상응하여 기업의 소유권을 향유하여야 한다고 한다(陳昆玉·陳昆琮, “利益相關者公司治理模式評介”, 「北京郵電大學學報(社會科學版)」, 第4卷 第2期, 北京郵電大學, 2002, 15面, 16面).

103) 高大慧, “論《公司法》對職工參與公司治理制度的法律規定”, 「北京市工會幹部學院學報」, 第21卷, 第1期,

이사회 구성원으로서 종업원대표가 이사의 지위를 부여 받는 것인지가 명확하지 않기 때문에 종업원대표를 이사로 보아야 할 것인지 참관인(Observer)의 자격에 불과하다고 보아야 할 것인지가 의문이다. 생각건대 중국의 주식회사의 이사회 구성은 전술한 바와 같이 이해관계자중심주의를 취하고 있으므로 이사회에서 종업원의 이익을 대변할 이사가 있어야 한다. 만약 종업원대표를 참관인의 지위로 본다면 이사회에서 의결권이 없는 단순한 의견 진술만 허용되는 결과 종업원의 이익을 위한 경영참가제도의 취지에 맞지 않는다. 따라서 이사회 구성원으로서의 종업원대표는 주주총회에서 선임된 이사와 동일한 지위가 부여된 이사라고 보아야 할 것이다.<sup>104)</sup>

상장회사는 국무원의 규정에 따라 독립이사를 두어야 하는데,<sup>105)</sup> 그 인원수는 이사의 구성원 중 1/3 이상이어야 하며, 그 중 1명 이상의 회계전문가로서의 독립이사가 포함되어야 한다.<sup>106)</sup> 그리고 회계·추천위원회·보수위원회의 구성원 중 독립이사는 1/2 이상이어야 한다.<sup>107)</sup>

## 2) 자격

회사법 제147조는 독립이사이외의 이사의 자격을 제한하여 그를 예시하고 있다.<sup>108)</sup> ① 행위능력이 없거나 제한을 받는 자, ② 횡령, 뇌물제공, 재산침해, 재산유용 또는 사회주의시장경제질서를 파괴한 행위 등으로 인하여 형사처벌을 받아 집행이 종료된 후 5년이 경과하지 아니한 자 또는 범죄로 인하여 참정권이 박탈되고 집행이 종료된 후 5년이 경과하지 아니한 자, ③ 회사의 파산에 책임이 있는 이사, 사장 또는 경리로서 파산에 따른 청산절차의 완료일로부터 3년이 경과하지 않은 이사, 사장 또는 경리, ④ 위법행위로 인하여 영업허가가 취소된 회사의 법정대표자로서 그 취소된 날로부터 3년이 경과되지 않은 경우, ⑤ 기타 채무

北京市工會幹部學院, 2006, 46面, 47面.

104) 이 같은 취지의 예로는 「河北省公司制企業職工董事職工監事條例」 제6조, 제12조.

105) 회사법 제123조.

106) 「지도의견」 제1조 제3항.

107) 「지도의견」 제5조 제4항.

108) 회사법 제147조.

과다인 자로서 그 채무의 이행이 완료되지 아니한 자 등은 이사가 될 수 없다. 회사가 이러한 규정에 위반하여 결격사유가 있는 이사를 선임한 경우 그 선임은 무효이다. 또한 이사가 재임기간 중에 위에 열거한 결격사유가 발생한 경우에는 회사는 그 이사를 해임하여야 한다.<sup>109)</sup>

이사는 자연인이어야 하는가에 대하여 회사법은 명확하게 규정하고 있지 않다. 그러나 「상장회사정관가이드라인」은 이사는 자연인이어야 한다고 규정하고 있으므로<sup>110)</sup> 법인은 이사가 될 수 없다고 보아야 할 것이다. 이사의 직무는 고도의 경영판단을 요하고, 업무집행에 실질적으로 관여하여야 하고 더 나아가 이사는 이사장의 피선거자로서 이사장의 업무수행은 자연인이어야 가능한 것이기 때문이다.

「지도의견」은 독립이사의 자격을 적극적 요건과 소극적 요건으로 정하고 있다. 적극적 요건으로는 ① 상장회사 이사의 자격이 있어야 한다. ② 독립성이 있어야 한다. ③ 상장회사 운영시스템에 관한 기본적인 지식을 갖추어야 하고 이와 관련된 법률, 행정법규 등에 능숙하여야 한다. ④ 법률·경제 분야 또는 독립이사의 업무집행에 필요한 분야의 근무경력이 5년 이상이어야 한다.<sup>111)</sup> 소극적 요건으로서 다음에 해당하는 자는 독립이사가 될 수 없다.<sup>112)</sup> ① 당해 상장회사 또는 종속회사에 재임 중인 임원 또는 그의 직계혈족, ② 당해 상장회사의 발행주식총수의 1/100 이상을 직·간접적으로 보유하는 주주 또는 법인주주 외 주주 중 10위 내의 주주 또는 그의 직계혈족, ③ 당해 상장회사의 발행주식총수의 5/100 이상을 보유한 법인주주 또는 법인주주 중 5위 이내에 해당하는 법인주주에 재임 중인 임원 또는 그의 직계혈족, ④ 최근 1년 전 ①②③에 해당하는 자, ⑤ 당해 상장회사 또는 종속회사에 재무·법률·자문을 제공하는 자, ⑥ 회사 정관에서 정한 기타의 자, ⑦ 증권감독위원회에서 정한 자 등은 독립이사가 될 수 없다.

### 3) 선임기관

---

109) 회사법 제147조 제2단.

110) 「상장회사정관가이드라인」(上市公司章程指引)이하 「가이드라인」 칭함 제77조.

111) 「지도의견」 제2조.

112) 「지도의견」 제3조.

이사는 주주총회에서 선임되고,<sup>113)</sup> 회사설립시 발기설립의 경우는 발기인들이 선임하고 모집설립의 경우에는 창립총회에서 선임한다.<sup>114)</sup> 그리고 앞에서 본 바와 같이 종업원대표이사의 선임기관은 종업원대표대회 등이다.<sup>115)</sup>

선임된 자가 이사의 지위를 취득하려면 일반계약에서와 같이 청약과 승낙의 절차를 요하는지가 문제이다. 주주총회에서 특정인을 이사로 선임하는 결의를 하였더라도 회사가 그 피선임자에 대하여 임용계약의 청약을 하고 피선임자가 승낙을 하여야 비로소 이사가 된다고 한다면 회사가 피선임자에게 이사취임의 청약을 하지 않는 한 피선임자의 이사취임을 불가능해진다. 따라서 이사선임결의는 창설적 효력을 갖는 행위로서 그 자체에 청약의 효력이 있는 것으로 보고, 선임결의가 있으면 피선임자가 이에 동의함으로써 바로 이사지위를 취득한다고 보아야 한다.

독립이사는 추천기관의 추천에 의해 선임기관에서 선임된다. 독립이사를 추천할 수 있는 자는 이사회, 감사회, 단독 또는 공동으로 당해 상장회사의 발행주식총수 중 1/100이상을 보유하는 주주이다.<sup>116)</sup> 그리고 상장회사는 증권감독위원회에 독립이사후보의 자료를 제출하여야 하고 증권감독위원회는 15일 내에 독립이사의 자격과 독립성에 대하여 심사하여야 한다.<sup>117)</sup>

#### 4) 선임방법

주주총회가 2인 이상의 이사를 선임할 때는 회사의 정관 규정 또는 주주총회의 결의에 의하여 집중투표제<sup>118)</sup>를 채택할 수 있다.<sup>119)</sup> 집중투표제란 주주총회의

113) 회사법 제106조.

114) 회사법 제91조 제3항, 제93조 제1단 제5항.

115) 회사법 제109조.

116) 「지도의견」 제4조 제1항.

117) 「지도의견」 제4조 제3항 제2단.

118) 중국에서 집중투표제의 입법례는 먼저 지방성법규(地方性法規)에서 시도되었다. 1992년 「광둥성주식회사조직기구규칙실행」(广东省股份有限公司组织机构規則試行.) 제13조(주주는 이사를 선임할 때 1주마다 선임할 이사의 수에 해당하는 의결권을 가진다. 주주는 의결권을 집중 또는 분산하여 행사할 수 있다). 동년의 「해남특구주식회사조례」(海南經濟特區股份有限公司條例) 제99조(주주는 이사를 선임할 때 1주마다 선임할 이사의 수에 해당하는 의결권을 가지며, 주주는 의결권을 집중 또는 분산하여 행사할 수 있다. 이때

이사선임에 있어 1주에 대하여 선임할 이사의 수에 해당하는 복수의 의결권을 부여하고, 이 복수의 의결권을 1인에게 집중 또는 수인에게 분산하여 행사할 수 있는 투표방식 이다.<sup>120)</sup> 회사법은 집중투표제의 채택여부는 정관 또는 주주총회의 결의로 할 수 있도록 하고 있는데, 「상장회사지배구조준칙」은 상장회사의 경우 지배주주가 발행주식총수의 30% 이상인 상장회사는 의무적으로 집중투표제를 채택하도록 하고 있다.<sup>121)</sup>

주주총회에서의 집중투표제채택과 관련하여 회사법 제103조와 제106조간에 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 제106조에서 집중투표제는 정관에 집중투표제배제규정이 없을 경우에 주주총회의 보통결의로 통하여 채택될 수 있도록 하고 있다.<sup>122)</sup> 그러나 소수주주의 이익을 보호하기 위하여 도입된 집중투표제를 보통결의로 채택할 수 있도록 한 것은 오히려 대주주에게 선택권을 준 것이나 마찬가지 일 것이다.<sup>123)</sup> 그러므로 이 경우에는 대주주의 의결권 중 일정 비율의 의결권을 제한할 필요가 있다. 둘째, 제103조에서는 소수주주(의결권 없는 주식을 제외한 100분의 3이상의 주식을 가진 주주)는 주주총회일의 10일전 까지 임시제안(臨時提案)<sup>124)</sup>으로써 이사선임방식에 집중투표제의 채택을 청구할 수 있다.<sup>125)</sup> 소수주주의 집중투표제청구에 대하여 제106조의 보통결의의 대상으로 보아야 할 것인가가 문제이다. 보통결의의 대상으로 보아야 한다고 하면 전술한 대주주에게 선택권을 주는 결과가 될 것이다. 이러한 결과를 예상하지 못하고 입법을 한 것이라고는 보지 않는다. 따라서 제103조에 의한 소수주주의 집중투표제청구에 대

---

이사로 선임되는 자는 다득표자 순으로 된다. 1993년 「심천경제특구주식회사조례」(深圳經濟特區股份有限公司條例) 제97조(2인 이상의 이사를 선임하기 위하여 주주총회를 소집할 때, 정관에 별다른 규정이 없는 경우에는 주주는 주주총회를 소집하기 전의 5일내에 회사에 대하여 집중투표제를 청구할 수 있다.) 등이다. 2002년에 「상장회사지배구조준칙」(上市公司治理準則--이하 지배구조준칙 칭함)은 소수주주의 이익을 보호하기 위하여 집중투표제도를 도입하였고, 2005년에 회사법이 이를 채택하였다.

119) 회사법 제106조 제1단.

120) 회사법 제106조 제2단.

121) 「지배구조준칙」 제31조.

122) 회사법 제106조 제1단.

123) 桑士俊·賀琛, “關於我國累積投票制的反思--基于XX公司董事選舉決議無效的案例分析”, 「財經理論與實踐」第31卷 第167期, 湖南大學, 2010 45面; 呂紅兵·李辰, “累積投票制若干法律問題之探討”, 「第三屆中國律師論壇論文集(實務卷)」, 中華全國律師協出版社, 2003, 264面.

124) 한국회사법상의 주주제안과 유사한 것이다.

125) 회사법 제103조 제2단.



하여는 제106조를 적용할 수 없다고 보아야 한다. 즉 소수주주를 보호하기 위한 제도로서의 집중투표제가 다수결에 의하여 거절되는 결과는 제도의 취지에 맞지 않는 것이기 때문이다.

## 5) 임기

이사의 임기는 정관에서 정하되 3년을 초과할 수 없다. 임기만료 후 재선임으로 연임이 가능하다.<sup>126)</sup> 독립이사의 임기도 마찬가지로, 연임기간은 6년을 초과하지 못한다.<sup>127)</sup> 회사법에서 정한 3년은 의미는 회사가 정할 수 있는 임기의 한계를 의미할 뿐이고, 회사가 임기를 정하지 아니한 경우 임기를 3년으로 본다는 뜻이 아니다. 정관에 이사의 임기를 규정하고 있다 하더라도 주주총회에서 이사를 선임할 때 이보다 단기의 임기를 정할 수 있다고 본다. 이사별로 임기를 달리하여도 무방하다.

법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 법률, 행정법규 또는 정관에 따라 이사의 직무를 계속 수행하여야 한다.<sup>128)</sup> 또한 이사는 원칙적으로 임기를 초과하여 재임할 수 없으나, 정관에 규정을 두어 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결시까지 연장할 수 있다고 본다. 왜냐하면 정기총회를 목전에 두고 이사선임을 위한 임시주주총회의 소집은 회사에 번거롭기 때문이다.

이사가 결원이 되어 보궐선임을 하는 경우에는 새로 임기가 개시하지만, 후임 이사의 임기를 전임자의 잔임기간으로 하는 보궐선임도 가능하다.

이사의 임기개시는 대외적으로 명확하고 수인의 이사간에 확일적으로 정해져야 하므로 선임결의시에 임기개시일을 정한 때에는 그 날부터, 정하지 않은 경우에는 선임결의를 한 날로부터 임기가 개시한다고 본다. 문제는 이사로 선임된 자의 동의가 이사지위의 취득요건인데 수인의 이사가 각기 다른 시기에 동의를

---

126) 회사법 제46조, 제109조.

127) 「지도의견」 제4조 제4항.

128) 회사법 제46조.

하는 경우에는 동시에 선임된 이사들이 임기의 시작과 만료의 차이로 불편한 관계가 생길 수 있다. 그러므로 선임결의에서 정한 임기개시일 후에 취임의 동의가 있으면 결의상의 임기개시일로 소급하고, 결의에서 임기개시일을 정하지 아니하고 또 결의 후에 동의가 있으면, 결의일로 소급하여 개시한다고 본다.

## (2) 종임

### 1) 종임의 사유

#### 가. 임기 만료

이사는 법률이나 정관에서 정한 임기가 만료되면 자동적으로 종임된다.

#### 나. 이사의 사임

회사와 이사의 관계는 위임관계이므로 이사는 언제든지 사임할 수 있다. 이사의 사임은 단독행위로서 회사에 대한 일방적인 의사표시에 의하여 효력이 발생하기 때문에 회사 또는 주주총회의 승낙을 요하지 않고 또 변경등기를 하지 않더라도 자격을 상실한다.<sup>129)</sup> 선임의 의사표시는 이사장에게 하여야 하고, 이사장에게 도달함으로써 효력이 발생하며, 사임의 의사표시는 철회할 수 없다. 그러나 사임의 의사표시의 효력발생시기를 특별히 정한 경우(정관 등)에는 그에 따른다고 본다.

상장회사의 경우에는 이사의 사임의 의사표시는 이사회에 하여야 하고 이사회는 2일 내에 그에 관한 내용을 공개하여야 한다.<sup>130)</sup> 그리고 이사의 사임으로 인하여 이사회의 인원수가 법정인원수보다 부족한 경우 새로운 이사가 취임할 때까지 그 이사는 이사로서의 권리·의무가 있다. 즉 이사의 사임의 의사표시의 효력발생시기는 이사회에 도달한 때에 발생하는데 사임으로 인한 법정인원수의 결

129) 范健·王建文, 전거서, 396面.

130) 「가이드라인」제100조 제1단.

원시에는 결원이 보충될 때까지 이사로서의 직무수행의 의무가 있다.<sup>131)</sup>

독립이사도 임기 만료 전에 언제든지 사임할 수 있다.<sup>132)</sup> 그리고 독립이사는 사임할 경우 반드시 서면으로 이사회에 사임과 관련된 사항 또는 주주와 채권자의 주의가 필요하다고 생각되는 사항에 대하여 설명하여야 한다.<sup>133)</sup> 독립이사의 사임으로 인해 이사회는 독립이사의 구성원이 「지도의견」의 최저 인원수보다 적을 때 사임한 독립이사의 사임의 효력은 새로운 독립이사가 선임된 후 발생한다.<sup>134)</sup>

#### 다. 해임

이사의 해임은 주주총회의 보통결의로 언제든지 이사를 해임할 수 있다.<sup>135)</sup> 주주총회의 결의에 의해서만 해임할 수 있으므로 정관으로 주주총회결의이외의 방법으로 해임방법을 정할 수 없다.

이사의 임기 전에 정당한 이유 없이 이사를 해임 할 수 있는지에 대하여 1993년 중국 회사법은 해임할 수 없도록 하고 있었는데,<sup>136)</sup> 2005년 회사법은 주주보호를 강화하기 위하여 해임할 수 있도록 하였다. 주주총회에 의한 일방적인 이사의 해임은 이사는 주주의 출자로 형성된 회사재산을 관리하는 자로서 그 지위의 유지 여부는 전적으로 주주가 결정할 문제이기 때문이다. 그리고 소유와 경영의 분리원칙 하에서 이사가 부적정한 경영을 할 때 주주에게 자기 재산의 방어수단을 강구 해줄 필요가 있기 때문이다.

상장회사에서는 이사의 임기의 만료 전에는 정당한 이유 없이 해임할 수 없다.<sup>137)</sup> 그러나 이사 본인이 연속하여 2회 이상 이사회에 출석하지 아니하거나 그 경우 다른 이사에게 위임하지도 아니하는 경우<sup>138)</sup>와 독립이사 본인이 연속하여

131) 위 「가이드라인」 제100조 제2단.

132) 「지도의견」 제4조 제6항.

133) 「지도의견」 제4조 제6항.

134) 「지도의견」 제4조 제5항.

135) 회사법 제38조.

136) 1993년 중국 회사법 제115조.

137) 「가이드라인」 제96조.

3회 이상 이사회회의에 출석하지 않을 경우에는 이사회는 주주총회에 해임을 청구할 수 있다. 정당한 이유 없이 임기 만료 전에 독립이사를 해임할 경우 당해 상장회사는 해임의 사유를 공개하여야 하고, 해임을 당한 독립이사는 해임사유에 부당성에 대하여 공개성명을 할 수 있다.<sup>139)</sup>

이사는 부당한 해임에 대하여 해임에 따른 손해의 배상을 청구할 수 있다고 본다. 정당한 해임의 경우에 회사는 손해배상의 의무가 없다고 해야 할 것이다. 여기서 정당한 이유란 전술한 이사의 결격사유 즉, 행위무능력자가 되거나 횡령 등의 형사처벌을 받거나 참정권이 박탈되거나 위법행위 등을 했을 때를 말한다.

감사회는 이사가 법률, 행정법규 또는 정관을 위반한 경우에 주주총회에 해임을 청구할 수 있다.<sup>140)</sup>

#### 라. 기타 사유

이사는 정관에서 정한 결격사유가 발생하거나 회사가 해산하거나 기타 위임의 종료사유가 생길 때(이사 본인의 사망, 파산, 행위능력 상실 등) 종임 된다.

#### 2) 이사의 결원

이사의 법정원수를 결한 경우에는 이사의 임기만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사로서의 직무를 수행하여야 한다.<sup>141)</sup> 이 규정의 취지는 이사의 결원으로 회사가 정상적인 활동을 할 수 없게 되는 사태를 방지하고자 하는 것이다. 이사의 법정원수를 결한 경우에만 퇴임이사의 지위를 규정하고 있으므로 정관상의 원수를 결하지만 법정원수에 충족되는 경우의 퇴임이사에게는 이 규정이 적용될 수 없다.

---

138) 「가이드라인」 제99조.

139) 「지도의견」 제4조 제5항.

140) 회사법 제54조.

141) 회사법 제46조 제2단, 제109조.

### (3) 보수

이사의 보수는 주주총회가 정한다.<sup>142)</sup> 이사의 보수는 경영성과에 대한 성과와 보상의 의미가 있으므로 이사들이 스스로 결정하면 과다하게 책정할 염려가 있어 주주가 판단하여 결정할 사항으로 할 필요가 있기 때문이다.<sup>143)</sup> 보수라 함은 월급·상여금·연봉·퇴직금 또는 퇴직위로금 등 명칭 여하를 불문하고 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 일체의 대가를 뜻하며, 정기적이든 부정기적이든 불문한다. 그리고 금전의 급부에 한하지 않으며, 타인에 대한 이익의 제공이라도 궁극적으로 이사의 이익으로 귀속되는 것이라면 이사의 보수이다. 이사의 보수도 이사선임계약의 내용이므로 이사의 선임결의와 동시에 결정되어야 할 것이다. 이사로 선임된 자의 이사취임의 동의여부를 보수에 기준을 두는 것이 일반적이기도 하거니와 취임 후에 보수를 결정하는 것은 의무의 동시이행에도 맞지 않는다.

이사의 보수결정에 관한 규정은 강행규정이다. 따라서 주주총회결의에 근거하지 않은 보수의 지급 또는 약정은 무효이다. 주주총회의 결의에 갈음하여 정관, 이사회, 이사장 등이 이를 결정할 수 없고, 지배주주라도 다를 바 없다.

독립이사의 보수는 이사회에서 정하여 주주총회의 심사와 회사 연보(年報)에 공개하여야 한다.<sup>144)</sup> 그리고 독립이사는 당해 상장회사 및 주요주주 또는 이해관계가 있는 자로부터 기타 이익을 받아서는 아니 된다.<sup>145)</sup>

### 3. 권한

이사는 이사회 의 구성원으로서 이사회 의 참석권,<sup>146)</sup> 이사회에서의 의결권,<sup>147)</sup>

---

142) 회사법 제100조, 제38조

143) 회사는 정기적으로 주주에게 이사의 보수에 관한 정보를 제공하여야 한다(회사법 제117조). 상장회사의 경우 보수·평가위원회가 이사의 보수에 대하여 심의하고, 이사회는 이사의 보수와 지불방법에 대하여 제안하고 주주총회는 이를 보통결의로 결정한다(「지배구조준칙」 제71조, 「가이드라인」 제76조). 이사회 또는 보수·평가 위원회는 일반이사를 평가하고 독립이사는 자기 평가 또는 상호 평가를 하여야 한다(「지배구조준칙」 제70조).

144) 「지도의견」 제7조 제5항 제1단.

145) 「지도의견」 제7조 제5항 제2단.

임시이사회소집청구권<sup>146)</sup> 등과 이사장피선임권을 가진다. 그리고 법정대표자(法定代表人)<sup>147)</sup>가 아닌 이사는 원칙적으로 회사의 업무집행권 및 대표권이 없다.

독립이사의 권한은 「지도의견」에서 특별히 정하고 있다. ① 중대한 내부거래에 대한 승인권,<sup>150)</sup> ② 회계기관의 선임 및 해임에 대한 제안권, ③ 임시주주총회 소집 제안권, ④ 이사회소집 제안권, ⑤ 외부회계감사기관과 자문기관을 초빙할 수 있는 권한, ⑥ 주주의결권을 모집할 수 있는 권한 등 이다. 독립이사가 위 권한을 행사하려면 독립이사 1/2이상의 동의가 있어야 한다.<sup>151)</sup> 만약 독립이사가 전술했던 제안이 채택되지 않거나 또는 위의 권한을 정상적으로 행사하지 못할 경우 회사는 반드시 이에 관한 정보를 공개하여야 한다.<sup>152)</sup>

독립이사는 다음과 같은 중대한 사항에 대하여 이사회 또는 주주총회에서 의견을 진술할 수 있다.<sup>153)</sup> ① 이사의 추천·선임·해임, ② 고급관리자의 선임·해임, ③ 이사, 고급관리자의 보수, ④ 당해 회사와 당해 회사의 주주, 실질적 지배자 및 그와 관련된 기업과의 기존 또는 신규 거래액이 300만 위안 이상인 경우, 당해 회사의 순자산평가액의 5%를 초과하는 금융거래 또는 미수금회수조치의 합리성여부, ⑤ 소수주주의 권익을 침해할 가능성이 있는 사항, ⑥ 정관으로 정한 기타 사항 등 이다. 또한 효율적인 독립이사의 운영을 위하여 독립이사의 정보수집권을 자세히 정하고 있다.<sup>154)</sup> 즉 회사는 독립이사에게 이사회결의사항에 대한 자료와 정보를 법정 시간 내에 통지하여야 한다. 그 자료와 정보가 불충분한 경우에는 보충을 요구할 수 있다. 2인 이상의 독립이사는 자료와 정보의 불충분을 이유로 이사회회의 연기 또는 해당사항의 심의의 연기를 청구할 수 있다. 독립이

146) 회사법 제113조.

147) 회사법 제112조.

148) 회사법 제111조.

149) 이에 관하여 이사장 부분에서 설명한다.

150) 중대한 내부거래란 회사와 내부자와의 거래액이 300만 위안 이상 또는 당해 회사의 최근 순자산평가액의 5%이상인 거래를 말한다(「지도의견」 제5조 제1항 제1호).

151) 「지도의견」 제5조 제1항 제1호.

152) 「지도의견」 제5조 제3항.

153) 「지도의견」 제6조 제3항. 예를 들면, 관련사항에 대한 정보를 공개할 필요가 있을 경우 회사는 독립이사의 의견을 공개하여야 하고, 독립이사의 의견이 불일치할 경우 이사회는 각 독립이사의 의견을 공개하여야 한다

154) 「지도의견」 제7조 제1항 제1단.

사에게 제공된 자료와 정보는 회사와 독립이사는 5년 이상 보존할 의무가 있다.<sup>155)</sup>

#### 4. 의무

##### (1) 이사의 충실의무와 근면의무의 관계

###### 1) 서

1993년 회사법에는 이사의 충실의무만 규정하고 주의의무(근면의무)를 규정하지 않았다고 보았다.<sup>156)</sup> 1993년 회사법 제59조는 “이사는 회사 정관을 준수하고 직무를 충실하게 이행하여야 한다”라고 규정하고 있었다. “이사의 충실의무”라는 직접적인 용어는 사용하지 않았지만 이사의 충실의무를 규정한 것이라고 본 것이다. 1993년 회사법이 제정되었던 당시 중국의 「민법통칙」에는 주의의무를 내용으로 하는 위임제도에 관한 규정이 없는 상태였기 때문에 이사의 주의의무를 논하는 것은 법리적으로 곤란한 환경이었다.<sup>157)</sup> 그러므로 이사의 주의의무위반에 대한 책임을 추궁하기가 곤란하였다. 그러다가 2005년 개정 회사법에 처음으로 이사의 근면의무를 명문화하였고,<sup>158)</sup> 또한 처음으로 충실의무라는 용어를 직접 사용하였다. 즉 “이사는 법률·행정법규 및 회사정관을 준수하여야 하며, 회사에 대한 충실의무와 근면의무를 진다”고 규정하고 있다.

###### 2) 충실의무와 근면의무의 관계

이사의 충실의무와 근면의무는 동의반복인지 여부에 대하여 논란이 있다. 통설은 충실의무와 근면의무는 성질이 다르다고 하는데 그 논거는 다음과 같다. 첫

---

155) 「지도의견」 제7조 제1항 제2단.

156) 양동석, 전계서, 226면; 劉俊海, 「現代公司法」, 507면.

157) 吳莞·向欣, “論公司對董事的賠償責任”, 「湖北社會科學」第11期, 湖北省社會科學聯合會·湖北省社會科學院, 2004, 66면.

158) 회사법 제148조.

째, 충실의무는 회사가 이사에 대하여 가지는 신뢰를 기반으로 하는 이사 개인의 윤리적인 의무인 반면에 근면의무는 회사가 이사에게 요구하는 회사경영과 회사 관리면에서의 의무라고 한다.<sup>159)</sup> 즉, 충실의무는 이사에게 이사라는 지위를 이용하여 자기의 이익을 도모해서는 아니 되며 회사와 이사 사이에 이익충돌이 발생할 때 이사는 회사의 이익을 우선하여야 한다는 것이고, 근면의무는 이사의 직무와 관련하여 수임자로서 위임의 본래 취지에 따라 선량한 관리자의 주의로서 직무를 수행해야한다는 것이다.<sup>160)</sup> 둘째, 충실의무는 이사가 자신의 지위를 이용하여 개인의 이익을 도모하는 것을 방지하는 것이므로 소극적인 부작위 의무인 반면에 근면의무는 이사가 회사의 일을 자기 자신의 일을 처리하는 것처럼 직무를 적극적으로 이행하라는 의무인 점에서 적극적인 작위의무라는 것이다.<sup>161)</sup> 셋째, 근면의무위반에 대하여는 경영판단의 법리에 의하여 면책가능성이 존재하나, 충실의무위반의 경우에는 경영판단의 법리를 적용할 여지가 없다는 점에서 양 의무는 다른 것이라고 한다. 넷째, 충실의무는 회사에 대한 의무인데 반하여 근면의무는 회사의 주주와 채권자에 대한 의무이기도 하다는 점에 차이가 있다고 한다.<sup>162)</sup>

회사법에서는 충실의무에 대해서는 구체적인 내용을 열거해 두고 있는 반면에 근면의무에 대해서는 개괄적으로만 규정하여 근면의무보다 충실의무를 더 강조하고 있다고 볼 수 있다. 그 이유는 첫째, 위에서 본 바와 같이 충실의무는 이사의 지위를 이용한 자기이익추구는 결정적으로 회사에 불이익을 초래할 개연성이 크므로 회사이익에 심각한 영향을 미치며, 반면에 근면의무는 이사의 직무수행의 일환인 경영의 결과가 회사에 이익이 되는지 아닌지의 판단은 상당히 주관적이어서 근면의무위반을 판단함에 충실의무위반의 판단보다 어렵기 때문이기도 하다. 둘째, 충실의무는 소극적인 부작위 의무로서 고의로 위반하지 않으면 되지만 근면의무는 적극적인 작위의무로서 근면의무보다는 충실의무를 이행하는 것이 더 쉽기 때문이다. 셋째, 충실의무위반에 대한 책임의 성질은 무과실책임인 반면

159) 崔燦, “公司董事忠實義務之概論”, 「重慶社科文匯」, 6月刊, 中共重慶市委黨校·重慶行政學院, 2009, 64面.

160) 陳飛, “論公司董事之忠實義務”, 「湖北經濟學院學報」第4卷 第5期, 湖北經濟學院, 2007, 63面; 李選民, “論公司董事的義務和責任”, 「南方經濟」第12期, 廣東經濟學會·中山大學(嶺南學院), 2003, 18面.

161) 鄧峰, 「普通公司法」, 中國人民出版社, 2009. 451面, 452面.

162) 이정표, 전개서, 158면; 崔燦, 전개논문, 64面.



근면의무위반에 대한 책임의 성질은 과실책임이다. 과실책임주의원칙에 대한 예외로서 충실의무위반이 무과실책임임을 강조할 필요성이 있고 책임추궁에 따르는 입증도 용이하기 때문이다.<sup>163)</sup>

이사는 이사회 의 기관구성원으로서 지위를 가지고 있지만, 다른 한편 이사로 취임함으로써 가지는 개인으로서의 지위도 갖게 된다. 이러한 양면적인 지위를 가지는 이사는 회사에 대하여 어떠한 의무를 부담하는가에 대하여 견해가 대립할 수 있다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 회사의 불이익이 이사에 의한 것이라면 이사의 무엇에 의한 것인가를 규명함에 있어서 근면의무와 충실의무를 동질의 것이라는 견해에 의한다면 회사이익을 침해한 이사는 경영판단의 범리로 면책될 수 없는 것도 면책될 수 있는 여지를 남겨두게 된다. 따라서 회사이익의 보호를 위하여는 충실의무와 근면의무는 서로 다른 성질의 것이라고 봄이 타당하다.

## (2) 충실의무

충실의무는 회사와 이사 사이에 이익이 충돌하는 경우에 발생하는 의무이다.<sup>164)</sup> 이사가 자기 자신의 이익이나 자신의 이익이 포함된 제3자의 이익이 회사의 이익과 충돌할 때 회사의 이익을 우선해야 한다는 의무이다.<sup>165)</sup> 중국 회사법은 회사의 이익을 극대화하도록 이사에게 충실의무를 부과하고 있다. 구체적으로 회사재산횡령과 점유금지의무, 재무협조금지의무, 자기거래금지의무, 경업금지의무, 회사기회유용금지의무, 비밀유지의무 등 기타의 충실의무에 대하여 규정하고 있다.<sup>166)</sup>

---

163) 劉俊海, 「現代公司法」, 507면, 508면.

164) 이론적으로 이는 대체로 네 가지 종류로 나누고 있는데 전형적인 것은 자기거래이며, 그 외에 회사재산 점유, 재무협조(財務協助), 혼합동기행위(混合動機行爲) 등이 있다. 회사재산 점유는 회사의 유형적인 재산과 지적재산권을 점유하는 것, 회사의 기회를 유용하는 것, 회사와 경쟁하는 것 등의 세 가지 구체적인 내용을 포함한다고 한다(鄧峰, 전게서, 462면).

165) 이정표, 전게서, 158면.

166) 중국 회사법의 이사의 의무와 책임규정의 적용대상은 이사뿐만 아니라 감사 및 기타 고급관리자도 모두 포함된다.

## 1) 회사재산횡령과 점유금지의무

회사재산횡령과 점유금지의무는 이사가 자신의 지위나 권한을 이용하여 회사의 재산을 침해하거나 점유하지 못한다는 것이다. 즉 이사는 이사의 권한을 이용하여 뇌물이나 기타 불법한 이익을 얻거나 회사재산을 침해하여서는 아니 되며,<sup>167)</sup> 회사자금의 횡령도 금지되고,<sup>168)</sup> 자기명의 또는 타인명의로도 은행계좌를 개설하여 회사자금을 예금해서도 아니 되며,<sup>169)</sup> 타인과 회사의 거래에서 발생하는 수수료를 사취하는 것도 금지된다.<sup>170)</sup> 이사는 이사로서의 직무수행에 대한 보상으로 보수와 수당 등을 회사로부터 지급받는 것이기 때문에 그 외에 별도로 이사의 지위를 이용하여 사적인 이익을 취하는 것은 이사의 충실의무에 반하는 것이기 때문이다.<sup>171)</sup>

회사법 제148조, 제149조 제1단 제1호를 위반한 이사는 뇌물죄, 횡령죄<sup>172)</sup>에, 제149조 제1단 제6항을 위반한 경우에는 중국의 부정경쟁방지법 제8조에 저촉될 수도 있다.<sup>173)</sup>

## 2) 재무협조금지의무

### 가. 의의

재무협조란 이사가 타인을 위하여 회사의 재산을 이용하는 행위를 말한다.<sup>174)</sup>

---

167) 회사법 제148조 제2단.

168) 회사법 제149조 제1단 제1항.

169) 회사법 제149조 제1단 제2항.

170) 회사법 제149조 제1단 제6항.

171) 양동석, 전계서, 227면.

172) 중국 형법 제272조.

173) 「反不正當競爭法」 제8조: 경영자가 상품을 판매하거나 구매하기 위하여 재물이나 기타 수단으로써 뇌물을 제공하여서는 아니 된다. 거래 당사자가 이를 위반하는 경우에는 뇌물공여죄 및 뇌물수수죄의 처벌을 받는다. 그러나 예외적으로 경영자가 상품을 판매하거나 구매할 때 상대방 또는 중개인에게 명시적으로 수수료를 줄 수 있도록 허용되는 경우에는 수수료의 내용을 양 당사자의 장부에 사실대로 기록하여야 한다.

174) 鄧峰, 전계서, 463면.

회사법에서는 재무협조행위의 유형을 두 가지로 보는데 회사자금의 대여와 회사 자산의 담보제공이다. 즉 이사는 회사의 정관에 위반하여 주주총회 또는 이사회 의 동의를 거치지 않고 회사자금을 타인에게 대여해 주거나 또는 회사의 재산을 타인의 채무에 대한 담보로 제공할 수 없다고 규정하고 있다.<sup>175)</sup> 이사의 재무협 조행위는 회사의 부담행위로서 회사자산에 위험을 초래할 수 있으므로 방지할 필요가 있다.<sup>176)</sup>

#### 나. “타인”의 범위

여기서 “타인”의 범위와 관련하여, 당해 회사의 A 이사가 당해 회사의 B 이사를 위하여 재무협조행위를 할 수 있는지 의문이다. 회사법 제116조에 의하면 회사는 직접적으로 또는 자회사를 통하여 이사에게 대여할 수 없다고 규정하고 있어 회사가 이사에게 대여하는 것은 금지된다고 볼 수 있는데 담보제공의 경우에는 어떻게 해석해야 할 것인지 문제이다. 재무협조행위제한의 취지가 회사부담방 지에 있으므로 회사법 제116조의 “대여”는 담보제공의 경우도 포함하는 것으로 해석해야 할 것이다. 한편 회사법 제16조는 회사의 담보제공행위를 엄격하게 제 한하고 있다. 즉, 회사가 다른 기업에 투자하거나 타인에게 담보를 제공하고자 하면 회사정관에 따라 이사회 또는 주주총회의 결의에 거쳐야 하고, 회사정관에 투자액이나 담보액에 대하여 제한이 있는 경우에 그 제한액을 초과할 수 없으며, 회사가 회사의 주주나 실질적 지배자에게 담보를 제공하고자 하면 주주총회의 동의를 거쳐야 한다.

또한 중국에서는 금융회사외의 일반 회사는 금융업무를 하지 못한다.<sup>177)</sup> 만일 에 적법한 절차를 거친 재무협조행위로 타 회사에 자금을 대여한 것이 금융업무 로 판단되는 경우에는 범규충돌이 발생할 수 있다. 적법한 재무협조행위가 회사

175) 회사법 제149조 제3항.

176) 劉俊海, 「現代公司法」, 509面.

177) 「대여통칙」(貸款通則) 제61조에서는 기업은 금융법규를 위반하여 대여업무나 다른 형태의 용자업무를 하지 못한다고 규정하고 있고, 또한 중국최고인민법원은 「회사간의 대여계약에서 변제기한을 초과하여 대 여금을 반환하지 않는 경우 어떻게 처리하는지에 관한 회답」(關於對企業借貸合同借款方逾期不歸還借款應如何處理問題的批复)에 대한 사법해석은 기업간의 대여계약은 관련금융법규를 위반한 것으로서 무효인 계 약이라고 판단하였다.

에 이익이 되는 경우에는 회사로서도 바람직한 것이다. 그런데 「대여통칙」이 적용된다면 적법한 재무협조행위의 순기능을 살릴 수 없는 결과가 될 것이다. 관련법규간의 불협화음이라고 생각하며 입법론으로서 「대여통칙」의 해석을 제고하여야 할 것이다.

### 3) 자기거래금지의무

#### 가. 의의와 입법취지

이사의 자기거래란 이사 자신 또는 제3자의 이익을 위하여 회사와 자신의 거래 또는 회사와 제3자의 거래를 말한다. 이사의 자기거래금지의무는 궁극적으로 이사 자신 또는 제3자의 이익을 위하여 회사와 자신의 거래 또는 회사와 제3자의 거래를 엄격히 규제하기 위한 것이다. 이사와 회사와의 거래가 직접적이든 간접적이든 간에 당사자간에는 이해관계가 대립되므로 이사는 본인 또는 제3자의 이익을 위하여 회사의 손실에 개의치 않는 불공정한 거래를 할 소지가 있기 때문에 자기거래를 제한하는 것이다.

#### 나. 제한범위

회사법 제149조 제1단 제4항은 “이사는 회사정관을 위반하거나 주주총회의 동의를 얻지 않은 경우에는 회사와 계약을 맺거나 거래를 할 수 없다”고 규정하고 있다. 이와 관련하여 자기거래의 인적 제한범위에 대하여 논란이 있다. 통설은 이사 자신뿐만 아니라 이사의 배우자, 자녀, 또는 기타 이해관계자<sup>178)</sup> 등 제3자를 포함한다고 한다.<sup>179)</sup> 그러나 소수설은 중국은 성문법국가로서 법문을 엄격하게 해석하여야 하므로 자기거래의 인적 제한범위는 당해 이사에 한정되어야 한다고 한다.<sup>180)</sup>

178) 여기에서의 이해관계자란 회사와 관련관계가 있는 자를 말하는데, 회사법 제217조(4)에서 그 범위를 정하고 있다.

179) 車輝, 「公司法理論與實務」, 中國政法大學校出版社, 2009, 202面; 李寧, “論對董事忠實義務法律的缺失及完善”, 「福建工程學院學報」第8卷 第5期, 福建工程學院, 2010, 504面.

소수설의 견해는 자기거래의 탈법적인 행위를 방지할 수가 없다. 이사의 자기거래제한은 이사의 구체적인 충실의무이다. 충실의무의 핵심은 이사와 회사 간의 이익이 충돌하는 경우에는 회사의 이익을 우선하도록 하는 의무이다. 그러므로 이사는 자기거래제한의무위반을 회피하기 위하여 이사의 타인을 내세워 외형적으로는 자기거래가 아닌 형식의 거래를 취할 수도 있다. 이는 실질적으로는 자기거래에 해당하는 것이므로 자기거래의 인적 제한범위를 통설과 같이 보는 것이 타당하다.

#### 다. 승인방식

이사의 자기거래가 유효하려면 회사법 제149조 제1단 제4항에서 정관의 허가 또는 주주총회의 동의인데, 이 승인방식은 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 정관에 자기거래를 포괄적으로 허용하는 것은 이사의 권한남용을 초래할 수 있다. 즉 이사가 지배주주인 경우에는 쉽게 정관에 자기거래를 포괄적으로 허용하는 규정을 둘 수 있기 때문에 정관에 의한 자기거래 승인방식은 지배주주에 의한 회사의 도구화에 불과하게 되어 자기거래제한의 취지에 반하는 결과가 될 수 있다. 둘째, 주주총회의 승인방식은 주주총회의 소집에 복잡한 절차와 장시간이 소요되기 때문에 거래의 신속성이 요구되는 사안에는 적절치가 않다. 셋째, 자기거래를 승인하기 전에 거래의 내용에 대한 정보를 사전에 주주총회에 개시하여야 할 의무가 없기 때문에 주주총회는 객관적인 판단을 내릴 수 없고, 결국 자기거래의 투명성을 확보하지 못한다는 비판이 있다.<sup>180)</sup> 그러므로 이사의 자기거래에 대한 승인기관을 이사회로 하는 것이 효율적이다. 또한 승인은 사전적이어야 하며, 거래내용에 대한 충분한 공개와 거래의 공정성도 유효요건으로 하여야 된다고 생각한다. 향 후 입법에 고려되어야 할 것이다.

#### 4) 경업금지의무

180) 胡曉靜, “論理事自我交易的法律規制”, 「當代法學」第6期, 吉林大學法學院, 2010, 65面.

181) 胡曉靜, 전개논문, 67面 참조.

## 가. 의의

이사는 회사와 동종영업을 자영하거나 타인의 계산으로 영업할 수 없다. 이를 이사의 경업금지 의무라 한다.<sup>182)</sup> 이사에 의한 회사와의 불공정 경쟁영업에 따른 회사의 손실을 방지하고, 더 나아가 이사는 회사의 업무에 전념해야 된다는 취지이다.

## 나. 경업행위와 계산주체

경업행위와 계산주체에 대하여 명의설(名義說)과 이익귀속설(利益歸屬說)이 대립하고 있다. 명의설에 의하면 경업행위란 이사가 자신의 명의로 또는 제3자의 대리인 또는 대표자 명의로 회사와 경업하는 행위를 말하고, 이익귀속설에 의하면 누구의 명의로 경업을 하든 그 행위의 경제적 효과가 이사나 제3자에게 귀속하면 경업행위에 해당한다는 것을 말한다.<sup>183)</sup> 후자가 다수설이다.<sup>184)</sup>

## 다. 동종영업

동종영업은 재직중인 회사와 완전히 같은 영업뿐만 아니라 유사한 영업도 포함되는 것으로 해석하고 있다.<sup>185)</sup> 한편, 회사가 전혀 하지 않는 영업 또는 회사가 원래 했던 영업인데 지금은 하지 않는 영업은 설사 그 영업부류가 정관에서 정한 영업범위에 포함되더라도 제한되는 경업의 범위에 속하지 않다고 본다. 왜냐하면 이 경우는 회사와의 경쟁이 생길 수 없기 때문이다.<sup>186)</sup>

## 라. 겸직금지

---

182) 회사법 제149조 제1단 제5항.

183) 劉洲, “論公司治理視野中的競業限制”, 「學術界」第9期, 安徽省社會科學界聯合會, 2010, 80面.

184) 李選民, 전계논문 17면; 劉洲, 상계논문, 80면; 崔燦, 전계논문, 64면.

185) 이정표, 전게서, 2008, 160면.

186) 蔣燕玲·郭文靜, “我國董事忠實義務制度完善芻議”, 「湘潭師範學院學報」, 第31卷 第2期, 湖南科技大學, 2009, 2面.

회사법상 이사의 겸직금지(國家單獨출자회사)의 이사에게만 규정하고 있다.<sup>187)</sup> 따라서 국가단독출자회사 이외의 이사에 대해서는 동종영업의 회사에의 겸직을 금하는 규정을 하고 있지 않기 때문에 겸직할 수 있다고 해석할 수 있다.<sup>188)</sup> 그러나 겸직금지의무의 목적은 이사가 그 지위를 이용하여 자신의 개인적 이익을 추구함으로써 회사의 이익을 침해하는 것을 방지하는 것이다. 만일 동종영업의 다른 회사에 겸직을 허용하게 되면 경쟁관계에 있는 회사들로서는 이해관계가 상반되는 것이 일반적이므로 어느 한 쪽의 회사는 손실을 볼 수밖에 없는 구조가 될 것이다. 이는 결과적으로 회사간의 불공정거래의 원인이 될 수 있는 것이기도 하다. 그러므로 회사법에서 일반회사의 이사의 겸직금지의무 규정이 없다고 하더라도 해석론으로서 이사의 겸직금지의무를 인정하여야 할 것이다.

#### 5) 회사기회유용금지의무

##### 가. 의의

회사기회유용금지의무는 이사가 그 지위를 이용하여 회사의 영업기회를 유용하는 것을 방지하는 데에 목적이 있다. 이사는 회사의 영업과 재산을 관리하는 지위에 있으므로 일반적으로 회사의 이익을 가로챌 수 있는 기회를 많이 가지고 있다. 그리하여 회사법은 이사와 회사 사이에 이익이 충돌하는 경업이나 자기거래를 방지하고 있다. 그러나 최근 경제가 발전함에 따라 회사의 규모가 커지고 영리기회가 확산되고 있어, 기존의 경업금지나 자기거래를 정면으로 위배하지 않고도 회사의 영업기회를 유용함으로써 회사가 취할 이익을 이사가 가로챌 수 있는 기회가 늘고 있다. 이러한 회사기회<sup>189)</sup>유용금지의무는 경업이나 자기거래의 유형에 속하지 않는 회사와 이사 사이의 이익충돌유형인 것이다.

회사기회유용을 금지하는 최초의 규정은 「국경외의상장회사정관에 필수적인조항」(到境外上市公司章程必備條款)이며<sup>190)</sup> 그 후 「가이드라인」에서 규정하였

187) 회사법 제70조. 국가단독출자회사의 이사장, 부이사장, 이사, 고급관리자는 국유자산감독관리기구의 동의를 거치지 않고는 다른 유한책임회사, 주식유한회사 또는 기타 경제조직의 책임자를 겸임하지 못한다.

188) 이정표, 전제서, 161면.

189) “회사기회”를 사업기회 또는 영업기회로 표현하는 경우도 있음.

다.191) 회사기회의 재산적 가치의 중요성은 상장회사에만 한정되는 것은 아니다. 그리하여 2005년 회사법은 이 의무를 명문화하여 모든 회사에 적용하고 있다. 즉 이사는 주주총회의 동의를 얻지 않는 경우 이사의 지위를 이용하여 자기 또는 타인을 위하여 회사에 속하는 사업기회를 이용하여서는 아니 된다.192)고 규정 하였다. 회사법은 회사기회를 정의하지 않고 있는데 학계의 다양한 정의193)를 정리해 보면 회사기회란 이사가 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회 또는 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회로서 회사가 이로부터 이익을 얻을 기대가능성이 있고 장래에 회사의 이익이 되는 기회를 말한다.194)

#### 나. 회사기회유용금지의 대상이 되는 회사기회

이사의 회사기회유용금지의 대상이 되는 회사기회는 이사가 이사의 신분 또는 지위와 밀접한 관계에서 얻은 모든 기회뿐만 아니라 회사의 자원195)을 이용하여 얻은 기회는 유용금지의 대상이 된다.

#### 다. 회사가 이용하지 않거나 이용이 불가능한 회사기회

회사가 이용하지 않거나 이용이 불가능한 회사기회를 이사가 이용할 수 있는지가 문제이다. 이에 대하여 ALI 「회사지배구조준칙: 분석과 의견」 § 5.05.에 의하면 회사가 이러한 사업기회를 이용하는 것을 포기하는 이사회 또는 주주총회의 결의가 있을 때 이사는 이를 이용할 수 있다196). 한편 영국의 경우는 회사가

190) 외국에서 상장하는 중국기업의 의무규정을 의미하는 지침임(이하 「정관에필수적인조항」 칭함). 제114조 제3항에서는 이사는 회사의 재산이나 회사에 유리한 기회를 점유하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

191) 「가이드라인」 제80조 제7항: 지위를 이용하여 자기 또는 타인을 위하여 회사에 속하는 사업기회를 점유하거나 받으면 아니 된다.

192) 회사법 제149조 제1단 제5항.

193) 劉俊海, 「股東權法律保護概論」, 人民法院出版社, 1995, 173面; 曹順明, 高華, “公司機會準則研究”, 「政法論壇」第22卷 第2期, 中國政法大學, 2004, 61面; 施天濤, 전계서, 425面.

194) 車傳波, 전계논문, 71面.

195) 여기서의 자원이란 회사의 자산, 인력자원, 사업비밀 등 유형 또는 무형의 자산을 말한다.



포기하는 회사기회를 이사가 이용하기 위해서는 주주총회의 승인을, 이사이외의 고급관리자가 이용하기 위해서는 이사회 승인을 받아야 한다고 한다.<sup>197)</sup>

미국과 영국에 있어서 이사가 회사가 이용하지 않는 회사기회를 이용할 수 있는 요건으로는 미국의 경우에는 이사회 또는 주주총회의 이용의 포기결의, 영국의 경우에는 회사의 이용의 포기결의와 이사의 이용의 승인결의 방식이라고 정리할 수 있는데, 영국의 방식이 회사이익을 보호하는데 더 적합하다고 볼 수 있다.

한편 이사는 회사가 회사기회를 법률, 재정, 기술 및 제3자의 부동의 등의 문제로 이용이 불가능한 경우에도 이용할 수 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 이러한 경우에 이사에게 회사기회의 이용을 허용한다면 이사가 자기 자신의 이익을 위하여 회사의 회사기회의 이용의 장애를 극복하기 위한 노력을 하지 않을 것이기 때문이다.

#### 6) 비밀유지의무

이사는 회사의 비밀을 유지해야 할 의무가 있다.<sup>198)</sup> 회사의 비밀은 기업비밀 또는 영업비밀로서 보통 회사가 적당한 수단으로 비밀보호조치를 가한 각종 기술비밀, 영업비밀, 관리비결, 재무비밀, 각종 재무문건, 결정 및 의향 등이다.<sup>199)</sup> 오늘날 기업의 경쟁력에서 기업비밀이 차지하는 비중은 상당하다. 이사는 회사의 경영자로서 항상 회사의 비밀에 접근할 수 있고 이사가 이를 임의적으로 누설하게 되면 회사에게 치명타가 될 수 있기 때문에 이사에게 비밀유지의무를 부과하는 것이다. 회사의 비밀 중에는 회사기회도 있을 수 있다. 문제는 퇴임이사가 재직 중에 지득한 기업비밀을 유용하는 것을 방지해야만 회사기회유용금지의무제

---

196) 이에 의하면 이사가 지득한 회사기회를 이용하려면 회사에 그 내용을 공개하고 이해관계없는 이사회 승인 또는 이해관계없는 주주의 승인을 얻은 다음에 이용할 수 있다고 함. 상세는 The American Law Institute 「Principles of corporate governance: analysis and recommendations」 Propose Final Draft. March 31. 1992. §5.05.(a),(1)(2),(3) 참조함.

197) Gower. L. C. B , 「Principles of Modern Company Law(5th)」, Sweet & Maxwell, 1992. P570. Queensland Mines Ltd. v. Hudson ((1978) 52A. L. R. 379, P. C).

198) 회사법 제149조 제1단 제7항.

199) 양동석, 전게서, 229면.

도의 취지가 달성될 수 있기 때문에 퇴임이사에게도 일정 기간 동안 비밀유지의무를 부과할 필요성이 있다. 입법의 불비라고 본다.<sup>200)</sup>

#### 7) 기타 충실의무

회사법은 상술한 이사의 충실의무의 구체적 유형 외에도 다음의 것을 충실의무의 유형으로서 설명하기도 한다. 예컨대 이사가 그의 직무를 이용하여 정당하지 않은 이익을 얻는 것을 방지하기 위하여 회사는 직접적 또는 간접적으로 자회사를 통하여 이사에 대해 대출을 제공하는 것을 금지하고,<sup>201)</sup> 회사는 정기적으로 주주에게 이사, 감사, 고급관리자의 보수 상황을 공개하여야 한다는 규정<sup>202)</sup>을 들고 있다. 또한 상장회사의 이사는 이사회 결의사항과 관련하여 회사와 특별한 관계가 존재하는 경우에는 그 이사는 당해 결의에 대하여 의결권을 행사하지 못하고, 기타 이사를 대리하여 의결권도 행사하지 못한다는 규정,<sup>203)</sup> 그리고 회사의 이사는 보유하고 있는 당해 회사의 주식과 그 변동사항을 회사에 신고하여야 하며, 임기 중 양도하는 주식은 보유한 주식의 25%를 초과할 수 없으며, 보유한 당해 회사의 주식은 회사 주권이 상장된 날로부터 1년 내에는 양도할 수 없고, 그 밖에 이사는 사임한 후 6개월 이내에는 보유한 당해 회사의 주식을 양도할 수 없으며, 정관으로 이사의 주식 양도를 제한할 수 있도록 한 규정<sup>204)</sup> 등을 들고 있다.

#### 8) 위반효과

이사의 충실의무위반으로 회사에 손해가 발생한 경우에 회사는 그 이사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있고,<sup>205)</sup> 또한 개입권을 행사할 수 있다.<sup>206)</sup> 개입권은

200) 鄧峰, 전계서, 466면.

201) 회사법 제116조.

202) 회사법 제117조.

203) 회사법 제125조.

204) 회사법 제142조 제2단.

205) 회사법 제150조.

회사법이 회사에 부여하는 특별한 권한이고 그 성질은 형성권이다.<sup>207)</sup> 이사는 회사재산 횡령과 점유금지의무를 위반한 경우 회사가 이로 인해 손해를 본 재산에 대하여 반환청구권을 행사할 수 있다.<sup>208)</sup>

### (3) 근면의무

이사의 근면의무는 2002년에 제정된 「지배구조준칙」에 처음으로 규정되었으며,<sup>209)</sup> 2006년 개정 「가이드라인」에서도 규정하고 있다.<sup>210)</sup> 그러나 이들은 상장법인에게만 적용하는 것이어서 중국의 모든 회사에 이사의 근면의무를 적용하기 위하여 2005년의 회사법에 도입하게 되었다.

#### 1) 근면의무와 주의의무

중국 회사법상의 “근면의무”는 영미법상의 “주의의무”와 같은 의무인지에 대하여 견해가 갈린다. 대부분의 학자들은 근면의무를 영미법상의 주의의무의 내용과 같은 것으로 이해하고 있다.<sup>211)</sup>

206) 회사법 제149조 제2단.

207) 王建敏·袁錦, “公司歸入權問題研究”, 「山東社會科學」第12期, 山東省社會科學界聯合會, 2010, 148面.

208) 車輝, 전제서, 208面.

209) 제33조: 이사는 회사와 주주 전체 이익의 최대화를 위하여 충실·신의·근면하게 직무를 이행하여야 한다. 제34조: 이사는 직무이행에 필요한 시간과 정력을 확보하여야 한다. 제35조: 이사는 이사회에 출석하여야 하고, 결의사항에 대하여 명확한 의견을 제시하여야 한다. 이사가 이사회에 출석하지 못할 경우에는 서면으로 기타 이사에게 위임하여 투표를 할 수 있으며, 위임 받은 이사는 그에 대하여 책임을 져야 한다. 제36조: 이사는 법률·행정법규·정관을 준수하여야 하며, 엄격하게 자신의 의무를 이행하여야 한다. 제37조: 이사는 회사의 교육에 적극적으로 참여하여 이사의 권한·의무·책임을 알아야 하고, 관련된 법률·법규를 파악하여야 하며, 이사로서 갖춰야 할 지식이 있어야 한다.

210) 제98조: 이사는 법률·행정법규·회사정관을 준수하여야 하며 회사에 대하여 다음과 같은 근면의무를 부담하여야 한다. ① 이사는 권한을 신중·성실·근면하게 행사하여 회사의 영업 활동이 국가의 법률·행정법규·각종 경제 정책에 부합하도록 하여야 한다. 회사는 상업등기에 정한 범위 내에서 영업을 하여야 한다. ② 이사는 모든 주주를 공정하게 대우하여야 한다. ③ 이사는 회사의 경영 상황에 대하여 파악하여야 한다. ④ 회사가 제공한 정보의 진실성, 정확성, 완전성을 보장하기 위하여 이사는 회사에 대한 정기보고서에 서면으로 자신의 의견을 제출하여야 한다. ⑤ 이사는 감사회에 진실한 정보와 자료를 제공하여야 하고, 감사회 또는 감사의 직무수행을 방해하여서는 아니 된다. ⑥ 이사는 법률·행정법규·각 부서의 규칙·회사정관에 따른 기타 근면의무를 준수하여야 한다.

211) 任自力, “公司董事的勤勉義務標準研究”, 「中國法學」第6期, 中國法學會, 2008, 148面; 劉敬偉, “董事勤勉義務判斷標準比較研究”, 「當代法學」, 吉林大學, 2007, 148面; 李中立, “董事違反注意義務之責任追窮”, 「河北大學學報」, 河北大學, 2010, 第2期, 75面.

그러나 양자는 같은 의무가 아니라고 주장하는 견해도 있다. 근면이라는 용어는 “성실한 직무수행”을 의미하는 것으로서 이사의 근면의무는 이사에게 성실한 직무수행의 작위의무를, 즉 게으른 직무수행을 근면의무위반으로 본다는 것이다. 주의의무는 이사에게 성실한 직무수행뿐만 아니라 일반인이 유사한 상황에서 신중하고 합리적인 주의를 기울여야 하는 것(이른바 관주의무(關注義務))과, 회사의 최대의 이익을 위하여 최대한의 능력을 발휘하도록 노력하여야 한다는 것(이른바 적업의무(適業義務))을 요구하기 때문에 근면의무는 주의의무의 일부분 일 뿐이라고 한다. 또한 2002년의 「지배구조준칙」과 2006년의 「가이드라인」의 근면의무는 영미법상의 주의의무와 유사하다고 볼 수 있다고 한다. 그러나 이를 회사법 제148조의 근면의무와 동일하다고 이해한다면 근면의무위반의 경우를 주의의무위반의 경우로 보게 된다. 영미법상의 주의의무위반의 경우에는 경영판단의 법칙이나 책임면제의 제도가 따르게 되는데 중국 회사법에는 경영판단의 법칙이나 책임면제제도가 없기 때문에 영미법상의 주의의무와 똑같은 의무라고 풀이 할 수 없다고 한다. 그러므로 회사법의 근면의무를 주의의무와 동일한 의무로 하기 위해서는 경영판단의 법칙이나 책임면제제도와 같은 보완제도가 전제되어야 한다. 왜냐하면 이사에게 근면의무보다 과중한 내용의 의무인 주의의무를 부담시키는 것은 오히려 이사에게 적극적인 직무수행을 주저하게 하는 결과가 될 수 있기 때문이라고 한다. 따라서 중국 회사법에서 ‘주의의무’가 아닌 ‘근면의무’라는 용어를 사용한 것은 입법기관의 실수가 아니라 중국의 시장경제의 불완전, 회사제도의 미비, 사법제도의 미흡 등 여러 요인을 고려하여 제정한 것이라고 한다.<sup>212)</sup>

회사법의 근면의무를 영미법상의 주의의무와 다른 것으로 보는 견해는 중국 회사법에 경영판단의 원칙이나 책임면제제도와 같은 보완제도가 입법되었을 때에는 근면의무를 주의의무로 볼 수 있다는 것인데 경영판단의 원칙이나 면책은 반드시 성문의 법제도로 나타나는 것은 아니다. 성문법국가에서도 성문법에 경영판단의 법칙을 규정하고 있지 않지만 판례로 정립되고 있다. 오늘날 경제규모의 확대와 경영의 다양화 등은 이사에게 적극적이고 창의적인 경영활동을 요구하고

212) 夏利民, “董事謹慎職責與經營判斷規則之關係芻議-以美國法爲視角”, 「比較法研究」, 中國政法大學比較法研究所, 2010, 第6期, 54面; 殷道飛, “公司董事勤免義務研究”, 「法制與社會」第1期, 雲南省法學會, 2009, 335面, 336面.

있다. 이는 이사의 의무의 내용을 주의의무로 보아야 이사에게 요청할 수 있는 것이다. 따라서 중국 회사법 제148조의 근면의무는 영미법상의 주의의무와 같은 내용으로 해석하는 다수설이 타당하다.<sup>213)</sup>

## 2) 근면의 정도

근면의무의 근면의 정도를 어떻게 볼 것인가에 대하여 주관설과 객관설이 있다. 주관설은 근면은 개인의 능력이 다르기 때문에 구체적으로 개별 능력을 기준으로 판단하여야 한다는 설이다. 객관설은 표준인 또는 이성인을 기준으로 하여 모든 이사에게 통일적으로 적용하는 것이다.<sup>214)</sup> 객관설이 통설이며 회사의 업종·규모 등 제반 여건에 따라 그 정도를 달리 이해해야 한다고 한다.<sup>215)</sup> 객관설에서의 이성인 또는 표준인으로 한다는 의미는 이사에게 요구되는 근면 내지 주의는 경영관리자로서 갖추어야 할 정도이므로 일반인(통상인)보다는 그 정도가 높은 것으로 봐야 할 것이다.

## (4) 독립이사의 특별한 의무

「지도의견」은 특별히 독립이사에게 소수주주의 이익을 보호할 의무와 다른 회사의 독립이사로 겸직할 수 있는 회사를 5개 회사 이하로 하고 있다. <sup>216)</sup>

## 5. 책임

### (1) 이사의 회사에 대한 책임

#### 1) 의의

213) 따라서 이하 본 논문에서는 근면의무와 주의의무를 동일한 내용의 의무로 보고 서술한다.

214) 양동석, 전제서, 229면, 230면.

215) 方昉·熊賢忠, “公司治理中注意義務之判斷標準探析”, 「江西社會科學」第5期, 江西省社會科學院, 2010, 195, 196面; 鄧可祝, “董事的勤勉義務研究” 「黑龍江省政法管理幹部學院學報」第5期, 黑龍江省政法管理幹部學院, 2010, 90面, 91面.

216) 「지도의견」 제1조 제2항.

중국 회사법은 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 경우를 다음과 같이 정하고 있다. 즉, 이사가 직권을 이용하여 회사에 손해를 발생시킨 경우,<sup>217)</sup> 이사회 결의가 법률·행정법규 또는 회사정관·주주총회의 결의에 위반하여 회사에 손해를 야기했을 경우,<sup>218)</sup> 이사의 업무집행이 법률·행정법규·회사정관에 위반하여 회사에 손해를 야기했을 경우<sup>219)</sup>에는 회사에 손해배상책임을 져야 한다고 규정하고 있다.

## 2) 법적 성질

이사의 손해배상책임을 위임계약의 불이행에 따른 책임이라고 보는 채무불이행설, 회사법에서 이사의 손해배상책임을 규정한 것은 이사라는 특수한 지위를 감안하여 채무불이행책임과는 다른 특수한 책임이라는 다원설이 대립하고 있다.<sup>220)</sup> 채무불이행설은 이사는 회사와의 관계가 위임관계이므로 이사의 책임의 성질은 당연히 채무불이행책임이라고 한다.<sup>221)</sup> 다수설인 다원설은 이사와 회사와의 관계는 위임관계이나, 이사의 위법행위로 인하여 회사에 손해를 입혔을 때 이사는 채무불이행책임을 지는 동시에 불법행위책임도 져야 하므로 이는 단일적인 성질의 책임이 아니고 다원적인 책임이라는 것이다.<sup>222)</sup>

이사는 회사의 수임인으로서 근면의무를 부담하고 있으므로 이러한 의무를 위반할 때에는 위임계약의 법리를 적용하여 채무불이행의 책임을 지는 것이 일반적이다. 그러나 충실의무를 위반하여 회사에 손해를 끼칠 때, 예를 들면 이사가 회사의 자산을 점유하여 회사에 손해를 야기한 경우에 이사는 위임계약을 위반하여 채무불이행책임을 지는 동시에 불법행위책임의 요건을 충족하여 불법행위책임을

217) 회사법 제21조.

218) 회사법 제113조.

219) 회사법 제150조.

220) 謝朝斌, “論我國股份公司獨立董事義務與責任”, 「南京審計學院學報」 第2卷 第1期, 南京審計學院, 2005, 4面; 劉定湘, “회사의 임원의 의무와 책임에 관한 연구--한중 회사법의 비교를 중심으로”, 고려대학교 박사논문, 2010, 192면.

221) 耀振華, “公司董事民事責任制度研究”, 「法學評論」 第3期, 武漢大學, 1994, 31面.

222) 謝朝斌, 전계논문, 4面; 張美欣, “試論董事的義務及責任--董事的侵權(直接侵權)責任初探”, 「中央政法管理干部學院學報」 第5期, 中央政法管理干部學院, 2000, 48面; 劉平華·劉開, “論公司執行董事的責任”, 「計劃與市場探索」 第1-2期, 廣西宏觀經濟學會·廣西區計委經濟研究所, 2004, 86面.

져야 한다. 따라서 이러한 경우에는 이사의 채무불이행책임과 불법행위책임이 결합된다.<sup>223)</sup> 그러므로 다수설인 다원설이 타당하다고 본다.<sup>224)</sup>

### 3) 발생원인과 과실유무

이사의 회사에 대한 책임의 발생원인은 법률·행정법규·회사정관의 위반이다. 여기의 이사의 책임이 과실책임인지 무과실책임인지에 대하여 회사법에서는 아무런 규정이 없으며 견해가 매우 다양하다.

이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 것은 이사의 의무위반이 어떠한 종류의 의무에 대한 위반이든지 간에 (근면의무 또는 충실의무 불문) 이러한 책임은 과실책임이라는 설,<sup>225)</sup> 이사가 근면의무를 위반한 경우에는 과실책임이고, 충실의무를 위반한 경우에는 구체적 사안에 따라 무과실책임을 질 수도 있고 과실책임을 질 수도 있다는 설,<sup>226)</sup> 이사의 회사에 대한 책임은 과실책임이 원칙이며 예외적으로 무과실책임이 인정될 수 있다는 설,<sup>227)</sup> 이사의 회사에 대한 책임의 성질이 손해발생의 원인에 따라 다르다는 설,<sup>228)</sup> 이사의 회사에 대한 책임이 근면의무위반의 경우에는 과실책임이며 충실의무위반의 경우에는 무과실책임이라는 설<sup>229)</sup> 등이 있다. 판례는 과실책임설을 취하고 있다.<sup>230)</sup>

223) 이사의 손해배상책임을 불법행위책임으로 판단한 예: 浙江省宁波市中级人民法院民事判决书(2009)浙甬商終字第1212号: 「...A회사의 이사 甲은 타인과 공동출자하여 B회사를 설립하여 A회사의 영업과 동종의 영업을 한 것에 대하여 법원은 甲의 충실의무위반을 인정하고 A회사의 甲에 대한 손해배상청구를 甲의 불법행위로 인한 손해배상청구로 심리한 사안이다....」

224) 樓曉·汪婷, “論董事責任中歸則原則的適用”, 「商場現代化」 第1期, 中商科學技術信息研究所, 2007, 290面; 吳堯·向欣, “論公司對董事的賠償責任”, 「湖北社會科學」 第11期, 湖北省社會科學聯合會·湖北省社會科學院, 2004, 66面; 謝朝斌, 전개논문, 4面.

225) 車輝, 「公司法理論與實務」, 中國政法大學校出版社, 2009, 207面; 梅慎實, “論董事的民事責任”, 「法律科學」 第2期, 西北政法大學, 1996, 37面, 38面.

226) 謝朝斌, 전개논문, 4面.

227) 張繼恒·胡玲麗, “完善董事責任制度的几点思考”, 「南昌高專學報」 第1期; 江西科技師範學院, 2008, 10面; 李選民, “論公司董事的義務和責任”, 「南方經濟」 第12期, 廣東經濟學會·中山大學(嶺南學院), 2003, 19面.

228) 이 설에 의하면 첫째 이사의 월권행위로 인하여 회사에 손해가 발생한 경우는 과실이 있는 것으로 추정되고 무과실의 입증책임은 이사가 부담한다는 이른바 과실추정책임이며, 둘째 이사가 임무해태로 인하여 회사에 손해를 끼친 경우는 과실책임이며, 셋째 이사가 경업금지의무 등의 충실의무를 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우 무과실책임이다. (胡甲慶, “公司董事民事責任及歸責原則研究”, 「云南學術探索」 第2期, 云南省社會科學界聯合會, 1998, 59面, 60面; 劉定湘, “회사의 임원의 의무와 책임에 관한 연구—한중 회사법의 비교를 중심으로”, 고려대학교 박사논문, 2010, 194面.)

229) 劉定湘, 상개논문, 194面, 195面.

과실책임주의는 근대사법의 기본원칙이므로 이에 대한 예외를 인정하기 위해서는 명문의 규정이 필요한 점, 법원의 법령해석이나 행정관청의 명령이 변경되어 과거의 해석에 따른 이사의 행위가 결과적으로 법령에 위반하게 된 경우에도 이사에게 책임을 지우는 것은 너무 가혹하다는 점, 이를 무과실책임으로 풀이하는 경우에는 유능한 경영인을 확보하기가 곤란하다는 점 등에 비추어 과실책임설이 타당하다. 다만 이사가 법령 또는 정관을 위반하는 경우에는 과실이 추정되므로 이사는 무과실의 입증책임을 진다고 본다.

#### 4) 적용대상

회사에 대하여 손해배상책임을 지는 이사는 위의 책임요건에 해당하는 이사인데 영미법상의 “사실상 이사와 그림자 이사”(facto and shadow directors)와 같은 개념의 이사도 손해배상책임이 있는지가 의문이다.<sup>231)</sup> 이사의 손해배상책임제도의 입법취지와 기능에 비추어 사실상 이사와 그림자 이사가 사실상 이사의 권한을 행사하는 자라면 손해배상책임을 진다고 해석하여야 할 것이다.

#### 5) 배상책임의 범위

230) 北京市門頭溝區人民法院民事判決書(2009) 門民初字第4号: 「...손실이 고급관리자의 고의 또는 과실에 의하지 않은 영업위험 또는 기타 외부적인 원인으로 된 것이면, 고급관리자가 근면의무를 위반한 것이라고 판단할 수 없다.」

231) Mayson, Stephen, French, Derek & Ryan, 「Company law」, Oxford University Press, 2008. p416, 417. 「사실상 이사」란 이사가 아니지만 사실상 이사의 권한을 행사하는 자를 가리킨다(A person who acts as a director of a company but is not a de jure director of it is called a de facto director).

「그림자 이사」란 이사가 아니지만 자신의 영향력을 행사하여 이사에게 업무집행을 지시하는 자를 말한다. (shadow director means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act(CA 2006, s251(1)), but advice given in a professional capacity does not make the adviser a shadow director(CA 2006, s251(2)). The Court of Appeal considered the definition of shadow in Secretary of State for Trade and Industry v Deverell 「2001」 Ch 340. It was held that, in order to establish that a person is a shadow director of a company: (1) it is not necessary to show that the person gives directions of instructions on every matter on which the directors act, but it must be shown that the person has a real influence in the company's corporate affairs: (2) whether any particular communication should be classed as a direction or instruction: (3) advice(provided it is not professional advice) may be a direction or instruction: (4) it is not necessary to show that the directors adopted a subservient role or surrendered their discretion: (5) despite the use of the term 'shadow director' it is not necessary to characterise the person as 'lurking in the shadows': it is possible for a person to be a shadow director quite openly.)



회사법에서는 이사의 배상범위에 대하여 규정하지 않고 있으나 이사는 회사의 수임인으로써 회사의 재산을 관리하므로 회사의 재산을 증가시켜야 할 뿐만 아니라 회사의 재산이 부당하게 감소되는 것도 방지해야 할 의무가 있다고 본다. 따라서 이사의 위법행위로 인한 회사의 직·간접적인 손실을 배상하여야 한다. 판례는 이사의 불법행위로 인한 실질적인 손해를 배상범위로 하고 있다.<sup>232)</sup>

## (2) 이사의 제3자에 대한 책임

### 1) 의의

회사법 제153조는 이사가 법률·행정법규 또는 회사정관을 위반하여 주주에게 손해를 발생시킨 경우에 주주는 인민법원에 제소할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 이사의 의무위반으로 손해를 입은 주주는 손해배상을 청구할 수 있다는 것이다. 이 규정을 이사의 제3자에 대한 책임규정이라고 하는 견해<sup>233)</sup>(긍정설)와 그렇지 않다는 견해(부정설)<sup>234)</sup>가 있다. 긍정설에 의하면 회사법 제153조에서 주주에게 이사에 대한 손해배상청구권을 규정한 것은 주주와 이사는 제3자 관계이기 때문에 이사의 제3자에 대한 책임을 규정한 것이라고 한다. 즉 이사의 회사에 대한 의무위반의 책임은 회사에 대하여 책임을 지는 것이지 주주에 대하여 지는 것은 아니기 때문에 주주는 제3자로서 이사를 상대로 불법행위에 의한 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이다. 그러므로 회사법 제153조는 이사와 직접적으로 법률관계를 가지지 않는 주주에 대하여 책임을 지도록 한 것은 이사의 제3자에 대한 책임을 정책적으로 법정한 것이라 한다. 현실적으로 주식회사는 영업활동에서 다수인과 이해관계를 맺는 중요한 위치에 있고 주식회사의 활동은 이사의 직무수행에 의존하고 있다. 그러므로 이사의 직무수행이 제3자에게까지 영향을 미치는 경우가 많음을 고려하여 제3자를 보호하는 한편, 이사가 직무수행을 함에 있어서 신중을 기하게 하는 의미에서 이사의 제3자에 대한 책임을 인정하는 것이다.<sup>235)</sup> 이러한

232) 北京市第一中級人民法院 (2009) 一中民終字第16916号民事判決書.

233) 姜惠琴, “董事對第三人責任”, 「法學雜誌」第6期, 2006, 119面; 馮果·柴瑞娟, “論董事對公司債權人的責任”, 「國家檢察官學院學報」, 第15卷 第1期, 國家檢察官學院, 2007, 120面.

234) 車輝, 전게서, 208面.

의미에서 이사의 주주에 대한 손해배상책임을 규정한 제153조는 이사의 제3자에 대한 책임이라고 부를 수 있는 것이다. 문제는 회사법 제153조의 해석에 있어서 제삼자의 범위를 주주로 한정할 것인가 주주 외의 회사채권자 또는 이해관계인을 포함할 것인가에 대하여 견해가 대립되고 있다.

## 2) 제3자의 범위

법문상 손해를 입은 주주만이 손해를 야기한 이사에 대해 손해배상청구를 할 수 있도록 하여 주주의 자에게는 제153조를 인용할 수 없는 듯하다.<sup>236)</sup> 이 때문에 회사법 제153조가 이사의 제3자에 대한 책임규정인지 여부와 제3자의 범위에 대한 학설이 대립하고 있다. 다수설은 제3자의 범위를 주주, 채권자 및 이해관계인을 포함한다는 것이다.<sup>237)</sup> 반면에 소수설은 회사법 제153조는 이사의 제3자에 대한 책임과 관련된 규정이지만 제3자의 범위를 손해를 입은 주주로 한정된다고 해석한다.<sup>238)</sup>

이사는 직접적으로 주주와 법률관계에 있지 않기 때문에 주주가 이사에 대해 직접 손해배상을 청구할 수 없는 것이 논리적이다. 이러한 손해발생의 경우에 손해를 입은 주주는 회사의 행위로 인하여 입은 손해임을 입증할 수 있는 경우에 한하여

235) 중국에서 이사의 제3자에 대한 손해배상책임제도를 도입한 최초의 법은 1998년 증권법(證券法)이다. 그러나 이 규정은 증권거래에만 한정하여 적용되는 것이었다. 1998년 증권법(證券法) 제63조: 발행인·주관(承銷的)증권회사는 공개매수설명서(招股說明書), 채권 모집 방법(公司債券募集辦法), 재무회계보고서(財務會計報告), 상장보고서(上市報告文件), 연도보고서(年度報告), 중기보고서(中期報告), 임시보고서(臨時報告) 등에서 허위 기재, 혼동을 초래하는 설명, 중대한 누락 등으로 인하여 증권투자자에게 중 손해를 입힌 경우에는 그 투자자에 대하여 발행인·대리인인 증권회사는 배상책임을 지고, 발행인·대리인인 증권회사에 서의 당해 이사·감사·기타 고급관리자 및 기타 직접적인 책임자는 연대책임을 져야 한다.

2005년 증권법 제69조: 발행인·상장회사의 이사·감사·고급관리자 및 기타 직접적인 책임을 지는 자와 보증인(保薦人)·대리인인(承銷的)증권회사는 공개매수설명서(招股說明書), 채권 모집 방법(公司債券募集辦法), 재무회계보고서(財務會計報告), 상장보고서(上市報告文件), 연도보고서(年度報告), 중기보고서(中期報告), 임시보고서(臨時報告) 등에서 허위 기재, 오도한 진술, 중대한 누락 등으로 인하여 증권투자자에게 손해를 입힌 경우에는 그 투자자에 대하여 발행인·상장회사의 이사·감사·고급관리자 및 기타 직접적인 책임을 지는 자와 보증인(保薦人)·주관(承銷的)증권회사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 단 무과실의 경우에는 예외로 한다.

236) 한국 회사법 제401조“...제삼자에 대하여 ...손해를 배상할 책임이 있다”라는 규정의 범문과 상이한 형식이다.

237) 姜惠琴, “董事對第三人責任”, 전계논문, 2006, 118面; 曹順明, 「股份有限公司董事損害賠償責任研究」, 中國法制出版, 2005, 53面.

238) 車輝, 전계서 208面.

회사에 손해배상을 청구할 수 있다고 함이 논리적일 수 있다. 그러나 회사에만 손해배상을 청구할 수 있도록 한다면 회사의 재산을 감소시키는 동시에 결국은 주주의 돈으로 주주의 손해를 보상하는 셈이 된다. 한편 이사의 제3자에 대한 책임제도는 이사의 위법행위를 효과적으로 견제하기 위한 취지의 제도로서 법인격 부인의 대체적 기능을 할 수 있다는 것이 강조되고 있다. 즉 이사의 개인재산에 까지 책임재산을 확대하는 효과를 가져오게 되어 이사의 직무수행에 신중을 기하게 하는 효과도 기대할 수 있게 될 것이다. 참고로 사법실무에서는 제3자의 범위에 채권자를 포함하고 있다. 2008년 5월 19일 시행된 「최고인민법원의 중국회사법 적용에 관한 규정(2)」(最高人民法院關於适用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(二))에 의하면 이사는 회사의 해산과 청산에 있어서 회사채권자에 대하여 책임을 진다고 해석하고 있다.<sup>239)</sup> 다수설의 해석이 타당하다고 본다.

### 3) 책임의 성질

이사의 제3자에 대한 책임의 성질에 대해서 특별법정책임설, 특수한 불법행위 책임설, 일반불법행위책임설로 견해가 대립된다. 특별법정책임설에 의하면 이사는 제3자에 대한 책임은 불법행위나 채무불이행에 의한 책임이 아니라 특별법인 회사법에서 법정한 책임이라고 한다. 특수한 불법행위책임설에 의하면 이사의 제3자에 대한 책임은 불법행위책임이지만 요건상 경과실이 제외되고 위법성이 배제되는 특수한 불법행위책임이라는 것이다. 일반불법행위설에 의하면 이사의 제3자에 대한 책임은 민법상의 불법행위책임이라는 것이다.<sup>240)</sup> 견해가 대립하는 이유는 법문에 위반의 책임을 과실책임인지 무과실책임인지 나타나 있지 않을 뿐

239) 「최고인민법원의 중국회사법 적용에 관한 규정(2)」(最高人民法院關於适用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(二))제18조: 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주는 법정 기한 내에 청산을 하지 못함으로써 회사의 재산 가치의 하락, 회사 재산의 유실, 훼손, 멸실을 초래한 경우, 그 초래한 손해의 범위내에서 채권자에 대하여 손해배상책임을 진다. 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주는 임무해태로 인하여 회사의 중요한 재산, 장부, 자료의 멸실을 초래하여 청산을 하지 못하는 경우, 채권자에 대하여 회사의 채무에 대하여 연대책임을 진다. 회사의 실질적인 지배자의 행위로 인한 경우에도 동일한 책임이 있다.

제19조: 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주, 회사의 실질적 지배자는 회사가 해산한 후에 악의로 회사의 재산을 처분하여 채권자에게 손해를 입힌 경우, 또는 청산을 거치지 않고 법인말소등기(法人注銷登記)를 한 경우에 채권자에 대하여 배상책임을 진다.

240) 劉俊海, 「股份有限公司股東權的保護」, 法律出版社, 1997, 265面.

만 아니라 과실책임이라면 그 과실이 중과실인지 경과실인지도 나타나 있지 않기 때문이다. 어느 견해를 취하든 간에 입법의취지가 이사의 책임을 강화하여 제3자를 보호하고자 하는 데에 있음을 생각할 때 다수설인 특별법정책임설이 타당하다.<sup>241)</sup>

#### 4) 책임의 형태

이사의 제3자에 대한 책임은 회사와의 연대책임인가에 대하여 무책임설과 연대책임설이 대립하고 있다.

무책임설이란 이사는 법인인 회사의 기관으로서의 이사의 업무수행이 합법, 위법을 불문하고 법인의 행위로 간주되어 그 효과가 회사에 귀속되고, 이사의 불법행위책임은 회사가 부담하며 이사가 직접적으로 회사외의 제3자에게 책임을 부담하지는 않는다는 것이다.<sup>242)</sup> 따라서 손해를 입은 주주(원고)가 손해를 야기한 이사를 상대로 한 손해배상청구소송에서 피고는 당해이사가 될 수 없고 회사가 피고적격을 갖게 된다는 것이다. 학설의 근거는 「민법통칙」 제43조이다.<sup>243)</sup>

연대책임설에 의하면 법인기관의 행위는 법인행위인 동시에 행위자인 이사의 행위이기도 하다. 이사의 행위는 회사의 기관행위로서 회사가 책임을 짐과 동시에 이사는 그의 자신의 행위로 인하여 책임을 진다. 이는 공동불법행위자라고 볼 수 있으므로 회사와 행위자가 동시에 손해를 입은 제3자에게 연대책임을 져야 한다.<sup>244)</sup> 또한 법인이 책임능력이 있다하더라도 법인의 행위자인 이사가 업무를 수행함에 있어 그 특수한 지위 때문에 특별한 주의를 기울이게 할 필요가 있다. 그러기 위해서는 설사 회사가 제3자에게 책임을 진다고 하더라도 이사에게도 책임을 지도록 할 필요가 있는 것이다.<sup>245)</sup>

241) 藍華生, “試論我國董事責任制度的完善”, 「福建廣播電視大學學報」 第1期, 福建廣播電視大學, 2005, 8面; 孫建江·陳永旭 “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」 第16卷 第3期, 寧波大學, 2003, 11面.

242) 馬俊駒, 「法人制度通論」, 武漢大學出版社, 1988, 154面; 전인용 孫建江·陳永旭, “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」 第16卷 第3期, 寧波大學, 2003, 11面.

243) 「민법통칙」 제43조: 법인은 법정대표자 및 기타 임원의 경영활동에 대하여 책임을 진다.

244) 史尙寬, 「民法總論」, 台灣正大印書館, 1981, 143面; 전인용 孫建江·陳永旭, “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」 第16卷 第3期, 寧波大學, 2003, 11面.

오늘날 주식회사의 지배구조가 이사회중심주의로 변하고 있음에 따라 회사의 운영에 관한 권한을 이사 및 이사회에 집중시키고 있다. 이에 반하여 주주총회의 형해화, 감시기능의 저하로 인하여 이사 및 이사회 경영독주가 심화되는 경향을 보이고 있다. 그러므로 오늘날의 주식회사의 지배구조에서는 이사의 책임이 그 어느 때보다 강조되어야하고, 이사를 견제하고 추궁하기 위한 제도적 장치가 절실히 필요한 때이다. 그러므로 이사의 책임을 연대책임설에서 주장하는 논지와 같이 파악하여야 한다고 본다.

## 5) 책임의 요건

제153조에서는 위법행위, 손해사실, 인과관계 등을 요구한다. 이사의 행위가 법률·행정법규 또는 회사정관을 위반하는 것으로서 그 행위의 작위 부작위를 불문한다. 이사의 위법행위와 발생한 손해사이에는 직·간접적으로 인과관계가 있어야 한다.<sup>245)</sup>

### (3) 이사의 책임 추궁

#### 1) 유형

이사에게 책임을 추궁하기 위해서는 제150조에 따라 회사가 직접 당해 이사에게 손해배상을 청구할 수 있으며 회사가 이를 행하지 아니하는 경우에는 동법 제152조의 대표소송을 통하여 추궁할 수 있다. 또한 동법 제153조는 이사의 위법행위로 인하여 손해를 입은 주주는 당해 이사를 상대로 손해배상청구소송을 제기할 수 있다. 전자를 대표소송이라 하고 후자를 직접소송이라 한다.

대표소송과 직접소송은 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 첫째, 소제기권의 근거가 다르다. 직접소송은 주주의 자익권의 행사로서 주주는 자기 자신의 명의로

245) 劉桂清, “股東對董事之直接訴訟”, 「法學評論」 第3期, 武漢大學, 2006, 第71面; 孫建江·陳永旭, “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」 第16卷 第3期, 寧波大學, 2003, 11面.

246) 孫建江·陳永旭, 전계논문, 11面.

소를 제기하는 것이며, 대표소송제기권은 주주의 공익권의 행사로서 주주는 원고로서 소를 제기하는 것이다. 둘째, 소송의 목적이 다르다. 직접소송은 주주 자신의 이익을 위한 것인 반면 대표소송은 회사의 이익을 위한 것이다. 셋째, 직접소송의 원고는 형식적인 소권과 실질적인 소권을 향유하는 반면, 대표소송의 원고는 형식적인 소권만 향유하고 실질적인 소권은 회사가 향유한다. 넷째, 판결의 효력은 직접소송에서는 원고인 주주에게, 대표소송에서는 회사에 미친다.<sup>247)</sup>

## 2) 직접소송 - 주주의 이사에 대한 직접소송 -

회사법 제153조는 이사가 법률·행정법규 또는 회사정관을 위반하여 주주에게 손해를 발생시킨 경우에 주주는 인민법원에 제소할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 이사의 위법행위로 인하여 손해를 입은 주주는 회사에 손해배상청구소송을 제기하지 않고 당해 이사를 피고로 하여 직접 손해배상청구소송을 제기할 수 있는데 이를 직접소송에 의한 이사의 책임추궁이라 한다.<sup>248)</sup>

중국의 학자들은 원래 1993년 회사법상 이사회 결의가 법률·행정법규 또는 정관에 위반하여 주주의 권리를 침해하는 경우 주주는 인민법원에 제소하여 이러한 불법행위와 침해행위를 정지(停止)시킬 청구권이 있다는 규정<sup>249)</sup>을 주주의 직접소송제도라고 이해해왔다.<sup>250)</sup> 즉 이사회결의로 손해를 입은 주주가 그 손해를 야기하는 행위에 대하여 중지할 것을 청구할 수 있을 뿐 직접 손해배상청구를 할 수 있는 것은 아니었다. 이는 손해를 입은 주주에게 손해배상청구권을 인정하는 것이 아니라 장차 손해의 발생을 야기할 행위를 정지할 것을 청구할 수 있다는 것이다. 그리하여 손해를 본 주주의 보호와 이사회 및 이사의 위법행위에 대한 효율적인 견제를 위해서는 회사법 제153조와 같은 입법이 필요하다고 요구되었다.<sup>251)</sup> 이러한 요구에 2005년 개정회사법은 주주의 직접소송제도를 1993년

247) 宋云峰, “淺析股東代表訴訟的訴訟原則和賠償範圍”, <http://wenku.baidu.com/view/874d20a10029bd64783e2ca7.html>, 마지막 방문시간: 2012. 7. 15.

248) 양동석, 전제서, 231면.

249) 중국 1993년 회사법 제111조.

250) 駱東平, “股東直接訴訟程序制度研究”, 『特區經濟』, 深圳市社會科學院, 2006. 8. 315면; 付琛瑜, “股東直接訴訟制度芻議”, 『河南財政稅務高等專科學校學報』第18卷 第5期, 河南財政稅務高等專科學校, 2004. 41면; 李開甫, “論股東權益的訴訟保護機制”, 『江漢論壇』, 第3期, 湖北省社會科學院, 2005. 129면. 한국회사법 제402조의 유지청구권과 유사한 것이다.

의 회사법보다 확대하였다. 즉 주주총회·이사회결의의 무효·취소의 소<sup>252)</sup>, 둘째 주주의 정보접근권에 대한 소,<sup>253)</sup> 셋째 주주의 이사·고급관리자에 대한 소,<sup>254)</sup> 넷째 회사에 대한 해산의 소<sup>255)</sup> 등을 규정하였다.

주주의 이사에 대한 직접소송은 이사의 위법행위로 손해를 입은 주주가 손해배상청구의 소를 제기할 권리가 있는 것이다.<sup>256)</sup> 여기의 주주는 원칙적으로 주식을 보유하는 주주이나, 주식을 양도하기 전에 이사의 위법행위로 인하여 손해를 입었는데 소송을 제기할 때 주식을 양도한 경우에 원고의 자격이 있는지가 문제이다. 이 경우에 원고의 자격을 완전히 부인하면 불공정한 결과를 초래할 수 있으므로 일정한 기간 내에 피해 주주에게 원고자격을 부여하는 것이 타당할 것이다.<sup>257)</sup>

### 3) 대표소송

#### 가. 의의와 성질

대표소송이란 이사의 위법행위로 인한 회사의 손해에 대하여 회사가 그 이사에 대하여 손해배상청구를 하지 아니하는 경우에 주주가 회사의 이익을 보호하기 위하여 제기하는 소송이다.<sup>258)</sup> 회사법 제152조는 대표소송제도를 규정하고 있다.

대표소송제도는 회사의 이사에 대한 권리행사가 소홀한 경우에 주주의 대표소

251) 付琛瑜, 상계논문, 41面. 주주의 직접소송은 2002년 최고인민법원의 「증권시장에 대한 허가진술로 인한 불법행위분쟁에 관한 통지」(關於受理證券市場因虛假陳述引起的民事侵權糾紛案件有關問題的通知)에서 처음으로 채택되었다.

252) 회사법 제22조 제2단에 의하여 주주총회·이사회 결의의 소집절차·의결방법은 법률·행정법규·회사정관을 위반하거나, 결의 내용이 회사정관을 위반하는 경우에 주주는 결의일로부터 60일 내에 인민법원에 취소의 소를 제기할 수 있다.

253) 회사법 제34조에 의하여 주주는 회사정관·주주총회의 회의록·이사회 결의·감사회의 결의·재무회계보고의 열람·복사할 권리가 있으며 회계장부를 열람할 수 있다. 주주가 회사의 회계장부를 열람하는 경우에는 서면으로 열람목적 제시하여야 하며 회사는 합리적인 근거가 없이 이를 거절할 수 없다. 회사가 합리적인 이유없이 열람을 거절하는 경우에 주주는 소를 제기할 수 있다.

254) 회사법 제153조.

255) 회사법 제183조.

256) 이정표, 전계서, 162면.

257) 駱東平, 전계논문, 316面.

258) 양동석, 전계서, 232면.

송을 통하여 이사, 감사, 기타 고급관리자의 책임추궁의 실효성을 확보하자는 것이다.<sup>259)</sup>

## 나. 소의 당사자

### (가) 원고

발행주식총수의 100분의 1이상을 계속하여 180일 이상을 단독으로 또는 합계하여 보유하고 있는 주주가 대표소송을 제기할 수 있다.<sup>260)</sup>

「최고인민법원의 중국회사법 적용에 대한 규정(1)」(最高人民法院關於适用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(一)) 제4조에 의하면 회사법 제152조에 규정한 180일이란 소를 제기할 때까지 계속하여 주식을 보유하는 기간이라고 한다. 여기서 이사의 위법행위가 주주가 주식을 보유하는 180일이라는 기간내에서 발생하여야 하는 것인가에 대하여는 의문이다. 위법행위의 발생시점을 파악한다는 것이 그리 쉬운 것도 아니므로<sup>261)</sup> 위법행위의 발생 시간과는 관계없고 주주가 기소할 때 주주가 계속하여 180일 이상 회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상을 보유하면 족하다고 해석하여야 할 것이다. 회사 성립 후 6개월 미만인 경우에 어떻게 되느냐에 대하여 통설은 주주가 회사 성립 이후 계속하여 주식을 보유하면 소를 제기할 수 있고 180일이라는 기한의 제한을 받지 않는다.

### (나) 피고

대표소송의 피고가 될 수 있는 자는 이사를 비롯하여 고급관리자, 감사뿐만 아니라 그 외에 회사에 손실을 야기한 “타인”도 포함된다.<sup>262)</sup> 여기서 타인이라는 것은 지배주주, 실질적 지배자, 기타 주주를 포함하여 이들의 위법행위로 회사에 손

259) 高旭軍, “股東代表訴訟的應用探究——論《公司法》第150條和第152條”, 「東方法學」第6期, 上海市法學會, 2008, 21面.

260) 회사법 제152조 제1단.

261) 孟祥剛, “公司股東代表訴訟的審理”, 「法律适用」, (最高法院)國家法官學院, 第4期, 2007年, 22面.

262) 회사법 제152조 제3단.



해를 입힌 자는 피고가 될 수 있다.

(다) 회사의 소송상의 지위

회사법은 주주의 대표소송에 회사가 소송에 참가할 수 있는지에 대하여 규정하고 있지 않다. 대표소송에 있어서 회사의 지위에 대하여 공동원고설(共同原告說), 명의피고설(名義被告說), 보조참가인설(無獨立請求權의第3人說), 혼합설(混合說) 등의 학설이 대립하고 있다. 공동원고설에 의하면 회사는 그 소송의 고지를 받은 후 일정한 기한 내에 소송참가 여부에 대하여 결정을 할 수 있다. 회사가 소송참가를 결정한 경우 회사는 공동원고가 되고, 소송참가를 거절한 경우 회사는 소송의 당사자가 아니라고 한다.<sup>263)</sup> 명의피고설에 의하면 소수주주가 대표소송을 제기하는 것은 회사가 회사의 명의로 소송을 제기하는 것을 거절한다는 뜻으로 이해하여야 하고, 이는 회사가 피고인 이사의 책임추궁을 포기한다는 뜻이므로 회사는 이 소송의 원고가 될 수 없고 <sup>264)</sup> 회사는 실질적인 피고와 구별하기 위하여 명의상의 피고로 간주하여야 한다고 한다.<sup>265)</sup> 보조참가인설에 의하면 소의 제기를 해태한 회사는 주주가 제소한 대표소송과 동일하게 제소할 수 없다. 그러나 판결의 효력은 회사에 미치지 때문에 회사는 보조참가인의 신분으로 소송에 참가할 수 있다고 한다. 혼합설에 의하면 회사가 소송에 참가하는 경우에는 회사는 공동원고로서의 지위를 갖지만, 회사의 입장이 주주의 대표소송에 반대하는 경우<sup>266)</sup>에는 회사는 제3자의 지위로 보아야 한다는 것이다.<sup>267)</sup> 사법실무에서는 대표소송에서 회사를 제3자의 지위로 취급한 경우가 대부분이다<sup>268)</sup>.

대표소송을 제기한 주주는 회사의 대표기관으로서 회사의 권리를 주장하는 것

263) 劉凱湘, 전계논문, 160面.

264) 劉俊海, “論股東的代表訴訟提起權”, 「商事法論集」 第1輯, 法律出版社, 1997, 96面.

265) 甘培忠, “論股東代表訴訟在中國的有效適用”, 「北京大學學報」 第9期, 北京大學, 2002, 21面.

266) 예를 들면 주주의 대표소송의 목적이 회사를 위한 것이 아니라 단순히 주주 자신의 이익을 위해서 하는 경우, 이사의 행위가 회사에 손해를 끼칠 수 있지만 그 행위가 합리적인 경영행위인 경우에 회사가 이사의 책임을 추궁하고 싶지 않는 경우 등이 있다.

267) 蔡元慶, “股東代表訴訟中公司的訴訟參加問題研究”, 「華東政法學院學報」 第2期, 華東政法大學, 2007年, 39面.

268) 北京市西城區人民法院民事裁定書(2008)西民初字第13694号.

이다. 그러므로 회사를 피고로 보는 명의피고설은 타당하지 않다. 또한 판결의 효력이 회사에 귀속하므로 보조참가인설도 타당하지 않다.<sup>269)</sup> 따라서 회사가 대표소송에 참가하는 경우에 그 지위는 공동원고라고 해야 할 것이다.

#### (라) 기타 주주의 소송상의 지위

기타 주주가 주주의 대표소송에 참가하는 경우에는 공동원고로 간주한다.<sup>270)</sup> 그러나 제1회 심리 이후 법원은 기타 주주가 소송을 참가하는 것을 허락하지 못하도록 하여야 할 것이다. 왜냐하면 기타 주주의 참가 여부가 안건의 심리에 대하여 큰 영향이 없기 때문이다.

#### 다. 절차

소수주주는 대표소송을 제기하기 전에 이유를 기재한 서면으로 감사회, 이사회, 또는 집행이사에게 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 것을 청구하여야 한다.<sup>271)</sup> 감사가 본 소송의 피고로 되는 경우에는 이사회에 청구하여야 하고, 이사가 본 소송의 피고로 되는 경우에는 감사회에 청구하여야 한다. 이러한 절차에 의한 서면청구를 받고도 제소하지 않거나, 그 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소송을 제기하지 않을 경우, 또는 상황이 급박하여 즉시 소송을 제기하지 않으면 회사의 이익이 회복될 수 없는 경우에는 소수주주는 회사의 이익을 위하여 자기의 명의로 인민법원에 소를 제기할 수 있다.<sup>272)</sup>

회사법은 대표소송의 관할법원에 대한 규정이 없으므로 「민사소송법」 제29조를 유추하여 불법행위지 또는 피고주소지의 인민법원을 관할법원으로 하여야 할 것이다. 사법실무에서 대표소송의 관할은 불법행위지의 법원으로 하고 있다.<sup>273)</sup>

269) 중국 「민사소송법」 제56조 제2단: 제3자는 당사자 쌍방의 소송물에 대하여 독립적인 청구권이 없으나, 안건 처리의 결과가 제3자와 법률상의 이해관계가 있는 경우 제3자는 소송참가를 신청하여 법원의 동의를 얻고 소송에 참가할 수 있다.

270) 劉凱湘, 전게논문, 160面; 孟祥剛, 전게논문, 22面.

271) 회사법 제152조 제1단.

272) 회사법 제152조 제2단.

#### (4) 이사의 책임제한

##### 1) 의의

회사법에는 이사의 책임을 제한하는 제도를 도입하지 않고 있다고 볼 수 있다. 이유는 중국이 회사제도를 실행한지 얼마 되지 않고 입법의 초점은 이사의 책임 추궁이며, 이사의 책임제한제도의 역할과 기능에 대한 인식이 부족하기 때문이라고 한다.<sup>274)</sup> 다만 회사법에서 이사의 책임이 제한되는 경우는 이사회 결의가 법률·행정법규 또는 정관이나 주주총회의 결의에 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우에 결의에 이의를 제기한 기재가 의사록에 있는 자는 책임을 면제할 수 있다<sup>275)</sup>는 규정뿐이다.

이사의 책임이 엄격하게 되면 이사의 경영활동은 위축되게 된다. 이는 회사로서도 바람직하지 않다. 오늘날의 경영환경은 예측가능한 것보다는 예측이 불가능한 분야가 더 많은 실정이다. 이러한 급변하는 불예측의 경제환경에서 이사의 경영판단이 항상 정확하고 이익만을 보장하리라고 보는 것은 합리적이지 않다. 그러므로 오늘날의 경제환경에서 이사가 최대의 경영능력을 발휘할 수 있도록 영미법상의 경영판단의 원칙을 적극적으로 도입하여 이사의 책임을 합리적으로 추궁될 수 있도록 하여야 한다고 본다.

##### 2) 경영판단의 원칙

경영판단의 원칙(Business Judgment Rule)이란 회사의 목적범위 내이고 이사의 권한 내인 사항에 대하여 이사가 내린 의사결정이 그 같이 할 합리적인 근거가 있고, 회사의 이익을 위한 것이라는 믿음 하에 어떤 고려에 의한 영향을 받지 아니한 채 독립적인 판단을 통해 성실히 이루어진 것이라면 법원은 이에 개입하여

273) 威海市中級人民法院 (2007) 威民二外初字第27号民事判決: 「… 회사의 고금관리자의 불법행위 책임을 추궁하는 대표소송에는 불법행위지의 법률을 적용하여야 한다.」

274) 任自力·曹文澤, 전제논문, 89面.

275) 회사법 제113조 제3단.

그 판단에 따른 거래를 무효로 하거나 그로 인한 회사의 손해에 관해 이사의 책임을 묻지 아니한다라는 원칙이다.<sup>276)</sup> 경영판단의 원칙의 핵심은 이사의 경영행위에 대하여 판단하는 것이다.<sup>277)</sup> 이는 회사소송에서 이사의 주주에 대한 항변권이 라 할 수 있다.<sup>278)</sup> 이를 소송법적으로 해석해 본다면 “이사가 경영에 관해 내린 의사결정은 사익을 위한 것이 아니고, 사안에 관해 숙지한 상태에서 그러한 행위가 회사에 최선의 이익을 가져온다는 정직한 믿음에 기해 성의로 이뤄졌다고 하는 추정”을 뜻한다. 그리하여 대표소송에서 주주가 이사의 책임을 묻고자 할 때에는 원고가 이러한 추정을 깨는 사실을 주장·입증하여야 하고, 이러한 주장·입증이 성공하면 이사측이 문제된 거래에 대하여 책임을 져야 한다는 것이다.

2005년 개정회사법은 이사의 의무를 강화하기 위하여 근면의무(또는 주의의무)를 규정하고 있으므로 중국에도 경영판단의 원칙을 도입해야 한다는 유력한 다수의 견해가 있다.<sup>279)</sup> 앞서 설명한 바와 같이 근면의무를 영미법상의 주의의무와 동일한 내용의 의무이므로 근면의무위반의 판단은 영미법상의 경영판단의 원칙을 적용할 필요가 있다는 것이다.

## 제2절 이사회

### 1. 의의

이사회란 회사의 업무집행에 관한 의사결정을 위해 이사 전원으로 구성되는 주식회사의 회의체기관으로서 필요적 상설기관이다.<sup>280)</sup> 주식회사에서는 주주들

276) 蔡元慶, “經營判斷原則在日本的實踐及對我國的啓示”, 「現代法學」第28卷 第3期, 西南政法大學, 2006, 182면.

277) 容纓, “論美國公司法上的商業判斷規則”, 「比較法研究」第2期, 中國政法大學, 2008, 47면.

278) 容纓, “美國商業判斷規則對我國公司法的啓示: ——以經濟分析爲重點”, 「政法學刊」第24卷, 第2期, 廣東警官學院, 廣東省公安司法管理干部學院, 2006, 31면.

279) 蔡元慶, “經營判斷原則在日本的實踐及對我國的啓示”, 183면; 劉迎霜, “股東對董事訴訟中的商業判斷規則”, 「法學」第5期, 華東政法大學, 2009, 144면; 段從清, “公司董事法律責任的免責機制問題研究”, 「經濟管理」第22期, 2005, 中國社會科學院工業經濟研究所, 34면; 李燕, “美國公司法上的商業判斷規則和董事義務剖析”, 「法學」第5期, 華東政法大學, 2006, 149면.

업무집행에서 배제하고 타인기관인 이사회에 업무집행에 관한 의사결정권을 부여하고, 그 집행은 이사장이나 경리에 의해 이루어지도록 한다. 이사회는 필요적 상설기관으로서 회사의 설립 시부터 존재하고, 이사회는 개회·폐회·휴회 또는 이사회 구성원의 변동과 관계없이 존재한다.<sup>281)</sup> 이사회는 주주총회에 대하여 업무집행보고를 하여야 하고, 주주총회는 이사의 선임·해임을 통해 이사회를 통제할 수 있다. 이는 주식회사의 소유와 경영의 분리에 따른 것이다. 중국 회사법에서도 소유와 경영의 분리를 지향하여 주주총회의 권한을 축소하고 이사회 권한을 강화하는 경향을 보이고 있다.

## 2. 권한

### (1) 업무집행결정권

업무집행이란 회사의 운영에 관련되는 모든 사무를 지칭한다고 볼 수 있으나, 그 중에는 소유와 경영의 분리의 취지에 따라 성질상 주주에 의해 결정되어야 할 것도 있고 업무집행의 효율성 측면에서 이사회 권한으로 할 것도 있다.

회사법 제47조는 이사회 권한을 비교적 상세하게 규정하고 있지만 입법기술의 한계로 이사회 권한을 전부 나열한 것은 아니라고 본다. 다만 소유와 경영의 분리라는 대전제 아래 제47조의 이사회 권한은 이사회 최소한의 고유권한으로서 타 기관(주주총회, 경리 또는 감사)이 침범할 수 없는 범위라고 본다. 따라서 회사의 정관으로 이사회 최소한의 고유권한외의 권한을 타 기관의 고유권한<sup>282)</sup>을 침범하지 않는 범위에서 확장할 수 있다.

280) 劉俊海, 「現代公司法」, 483面.

281) 趙旭東, 「公司法學」, 高等教育出版社, 2003, 342面, 343面; 范健·王建文 「公司法」, 法律出版社, 2011, 393面; 양동석, 「중국회사법」, 진원사, 2007, 403면; 이정표, 「중국회사법」, 박영사, 2008, 132면, 133면.

282) 주주총회의 고유권한. 회사법 제38조, 제100조: ① 회사의 경영과 투자계획에 대한 결정 ② 이사(종업원 대표이사 제외)·감사의 선임과 해임, 이사·감사의 보수결정 ③ 이사회 보고사항에 대한 심의·비준 ④ 감사회 또는 감사의 보고사항에 대한 심의·비준 ⑤ 회사 연도예산안·결산안에 대한 심의·비준 ⑥ 이익 배당안과 결손보전안에 대한 심의·비준 ⑦ 등록자본금의 증자 또는 감자에 대한 의결 ⑧ 사채발행사항에 대한 의결 ⑨ 회사의 합병과 분할, 해산, 청산 또는 회사의 조직변경에 대한 의결 ⑩ 회사정관의 변경결의 ⑪ 회사정관에 따른 기타 권한.

감사(회)의 고유권한, 회사법 제54조, 제119조: ① 재무감사 ② 이사·고급관리자의 업무집행에 대한 감독과 해임건의 ③ 이사·고급관리자에 대한 유지청구권 ④ 임시주주총회소집청구권 ⑤ 주주총회에의 제안

이사회는 최소한의 고유권한으로서의 제47조의 구체적인 내용으로는 주주총회의 소집, 주주총회결의사항의 집행, 회사의 경영 및 투자계획안의 결정, 회사의 연도예산안·결산안의 작성, 이익배당안과 결손보전안(彌補虧損方案)의 작성, 등록자본금의 증자 또는 감자에 관한 계획서의 작성 및 사채발행계획안의 작성, 회사의 합병과 분할, 해산 및 회사의 조직변경계획안의 작성, 회사 내부관리기구의 설치여부의 결정, 회사의 기본관리제도의 제정과 정관으로 정한 권한이다.

## (2) 인사권

이사회는 이사장의 선임·해임권, 경리의 선임·해임권과 보수결정권, 경리의 추천에 의하여 부경리와 재무담당자의 선임·해임권과 보수결정권을 갖는다.<sup>283)</sup> 회사법이 이사회에게 이러한 권한을 부여하는 목적은 이사회가 인사권을 행사함으로써 이사장, 경리, 부경리 및 재무담당자의 업무집행행위의 타당성·적법성에 대하여 감독하기 위한 것이다.<sup>284)</sup>

## (3) 기타 고유권한

이사회는 이사의 경리 겸임여부를 결정할 수 있다.<sup>285)</sup> 경리선임권은 이사회에 고유 권한이므로 정관으로 이사장이나 주주총회의 권한으로 정할 수 없다.

## (4) 정관으로 이사회에 권한으로 정할 수 있는 사항

회사법은 회사의 기타 기업에 투자에 대한 승인,<sup>286)</sup> 회사자금의 대여와 회사자

권 ⑥ 회사소송제기권 ⑦ 정관에 따른 기타 권한.

경리의 권한은 회사법 제50조와 제114조에서 규정하고 있으나 고유권한이라고는 할 수 없고 정관에서 아래의 권한을 달리 정할 수 있다: ① 이사회결의사항과 업무의 집행 ② 회사의 재정계획과 투자계획의 집행 ③ 회사 내부관리기구의 설치계획안수립 ④ 회사의 기본관리계획안수립 ⑤ 회사의 부경리, 재무담당자의 초빙 또는 해임제청권 ⑥ 이사회 선임·해임권 대상외의 임원에 대한 기타 업무관리자에 대한 선임·해임권 ⑦ 이사회에서 수권한 사항 ⑧ 정관에 따른 기타 권한.

283) 회사법 제47조 제9항, 제109조 제3단.

284) 劉俊海, 「現代公司法」, 485面.

285) 회사법 제115조.

산의 담도제공에 대한 승인,<sup>287)</sup> 회계사무소의 초빙<sup>288)</sup> 등의 사항에 대하여 정관으로 이사회에 권한으로 정할 수 있다.

### 3. 소집

#### (1) 소집권자

이사회에 소집권자는 이사장이지만 1993년의 회사법은 많은 문제를 내포하고 있었다.<sup>289)</sup> 즉 이사장이 이사회를 소집할 수 없을 때에는 이사장이 부이사장 또는 기타의 이사에게 이사회 소집권한을 수권하지 않을 경우 이사회소집이 불가능했다. 이 문제를 해결하기 위하여 2005년 회사법은 소집권자를 확대하였다. 즉 이사회에 소집권자인 이사장이 이사회를 소집할 수 없거나 소집하지 않을 경우에는 이사장의 이사회소집권한의 수권과 무관하게 부이사장 또는 과반수의 이사가 추천한 1인의 이사가 회의를 소집할 수 있다.<sup>290)</sup> 그러나 부이사장이 2인 또는 2인 이상인 경우에는 소집권자가 누구인가가 문제될 수 있다. 회사법은 이에 관하여 아무런 규정이 없다. 다만 이러한 경우의 상장회사는 「가이드라인」에서 부이사장이 2인 이상인 때에는 과반수의 이사가 공동으로 추천한 부이사장이 회의를 소집할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>291)</sup> 그러나 과반수의 이사의 추천이 되지 않는 경우에는 누가 이사회를 소집할 수 있는지가 또한 문제이다.

#### (2) 소집절차

이사회는 매년 최소한 두 차례의 정기회의를 개최하여야 하고 회일의 10일 전에 전체 이사와 감사에게 소집통지를 하여야 한다.<sup>292)</sup> 통지의 방법은 서면에 국

286) 회사법 제16조.

287) 회사법 제149조 제3항.

288) 회사법 제170조.

289) 중국 1993년 회사법 제48조, 제114조.

290) 회사법 제110조 제2단 참조.

291) 「가이드라인」 제113조.

한하지 않고, 구두나 기타 개별적인 의사전달의 방법도 가능하다. 통지사항에는 소집일시와 장소 그리고 목적사항이다. 그러나 목적사항은 주주총회를 소집할 때<sup>293)</sup>와 달리 이사회에서의 심의·의결에 현저한 지장을 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 회의의 목적사항을 함께 통지할 필요가 없다. 왜냐하면 이사들은 원래 회사의 일상적인 업무수행자들로서 이사회에 참석할 의무를 지며, 주주와 달리 목적에 따라 참석여부를 선택할 지위에 있는 자가 아니기 때문이다. 그러나 일단 회의의 목적을 통지한 경우 결의범위는 이에 제한되는가 이다. 이는 일률적으로 말할 수 없고, 결의사항의 중요성과 이례성(異例性), 결의의 배경, 이사회 운영현황 등 구체적인 사정을 고려하여 의사결정방법의 합리성이라는 관점에서 결정할 문제이다. 그리고 일부의 이사에게 통지하지 않고 소집하여 행한 결의는 하자가 있는 결의에 해당하여 주주는 회사법 제22조에 의하여 법원에 취소의 소를 제기 할 수 있다. 회사법은 주주총회와 달리 이사회 소집장소에 관하여는 규정하지 않고 있다. 따라서 소집장소는 회사내외를 불문하고 제한받지 않는다고 할 수 있다. 그러나 이사회를 소집하는 목적은 전체 이사들의 지혜를 모아 효율적인 회사 경영을 추구하는 것이므로 합리적인 이유 없이 혹은 이사들의 동의 없이 일부 이사의 참석이 현실적으로 어려운 장소나 회사와 무관한 장소를 선택하는 것은 위법이라고 본다. 그리고 이사회는 긴급을 요하지 않는 한 가급적 많은 이사가 출석할 수 있는 시기에 소집하여야 할 것이다.

상장회사의 이사회 소집통지의 방법은 반드시 서면으로 하여야 하고,<sup>294)</sup> 통지의 내용으로는 회의의 일시, 장소, 목적사항과 통지의 발송시간 등이 있어야 한다.<sup>295)</sup>

임시이사회를 소집하는 경우에는 통지방법 및 통지기한을 별도로 정할 수 있다.<sup>296)</sup> 임시이사회는 소집권자에 의해 언제든지 개최될 수 있다. 임시이사회소집

292) 회사법 제111조 제1단. 2001년 「중외합자기업법조례」 제32조는 외국인투자 주식회사의 이사회는 매년 1회 이상 개최하도록 한다.

293) 회사법 제103조 제1단, 제2단, 제3단에 의하여 주주총회를 소집할 경우에는 회의를 소집하는 20일 전에 회의 소집 일시, 장소 및 목적사항을 각 주주에게 통지하여야 하며..., 주주총회는 목적사항외의 사항을 의결하지 못한다.

294) 「가이드라인」 제114조.

295) 「가이드라인」 제117조.

296) 회사법 제111조 제3단.



청구권자는 10분의1 이상의 소수주주, 3분의1 이상의 이사 또는 감사회이며, 이 사장은 그 청구를 받은 후 10일 이내에 임시회의를 소집하여야 한다.<sup>297)</sup>

#### 4. 이사회 결의와 의사록의 공시

##### (1) 결의요건

이사회는 회의체로서 의사정족수와 의결정족수의 요건을 갖추어야 한다. 회사법 제112조는 의사정족수는 이사 과반수의 출석을, 의결정족수는 전체 이사의 과반수로 하며 1인 1의결권으로 한다고 규정하고 있다.

이사회 의사정족수를 주주총회에서와 달리 과반수의 출석을 요하는 이유는 안전에 대하여 이사 상호간에 상호 토론과 조율하는 과정을 거쳐 가장 합리적인 단체의사를 형성하는 과정이 필요한 것인데 그 회의에 참석자는 가급적이면 다수여야 함이 바람직하다. 그러므로 합리적인 단체의사형성과정과 단체의사결정의 원칙인 다수결의 원칙에 따라 이사 과반수의 출석을 강제하는 것이다.<sup>298)</sup>

이사회에서의 의결권은 이사 1인에 대해 1개씩 주어진다.<sup>299)</sup> 정관에 의하여서도 이에 대한 예외를 둘 수 없다. 그리고 이사회의 결의는 반드시 전체이사의 과반수로 의결하여야 한다.<sup>300)</sup> 여기서 “전체이사” 라는 것이 이사회의 구성원으로서 재임하고 있는 이사 전체를 의미하는지, 아니면 이사회에 출석한 이사 전체를 의미하는지에 대하여 회사법은 명확하게 규정하고 있지 않다. 이에 관하여 구성원으로서의 전체이사설<sup>301)</sup>과 출석한 전체이사설<sup>302)</sup>이 대립하고 있다. 전체이사설은 이사회 구성원으로서 재임하고 있는 이사 전체라고 해석한다. 즉 회사법 제110조에서 주주총회 결의에 대하여 “회의에 출석한 전체주주의 과반수” 라는 용어를 사용하는데 이사회결의에 대하여는 “전체이사의 과반수”라는 용어를 사용

297) 회사법 제111조 제2단.

298) 施天壽, 전계서, 339면.

299) 회사법 제112조 제1단.

300) 회사법 제112조 제2단.

301) 周友蘇, 「新公司法論」, 法律出版社, 2006, 332면.

302) 劉俊海, 「現代公司法」, 488면.

하고 있다. 이는 회사법상 “구성원으로서의 전체이사”와 “출석한 전체이사”로 구별하여 규정한 것으로 볼 수 있다고 한다. 따라서 법문으로 보면 “전체이사”란 이사회 구성원으로서의 이사 전체를 의미한다고 한다.<sup>303)</sup> 출석한 전체이사설은 이사회에 출석한 이사 전체라고 해석한다. 즉 이사회 의사결정은 이사회 구성원으로서의 이사의 의결권 행사를 통하여 성립하는 것이다. 이사의 의결권의 행사는 이사의 의사표시인데 전체이사설은 출석하지 않은 이사의 의결권의 의사표시를 반대 의사로 간주하게 된다. 이는 의사표시의 해석방법에도 맞지 않기도 하거니와 이사회 운영의 신속과 효율적인 측면에도 맞지 않는다. 따라서 “전체이사”는 “출석한 전체이사”라고 보아야 한다.<sup>304)</sup> 오늘날 경제환경의 급속한 변화와 신속한 거래환경은 이사회결의의 신속성과 효율성을 요구하고 있다는 것을 감안하면 출석한 전체이사로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

#### 1) 결의요건의 강화

회사법은 이사회 결의요건의 비율을 정관으로 조정할 수 있는지에 대하여 규정하지 않고 있다. 단체의사의 결정은 다수의 의사에 의한 결정이어야 하므로 그 비율을 높일 수는 있으나 반대로 완화할 수는 없다고 본다. 그러므로 이사회 결의요건에 대한 규정은 최소한의 요건을 제시한 강행규정이다. 다만 결의요건을 강화한다고 하더라도 일부 이사들에게 거부권을 주는 것과 같은 정도로 강화할 수 없다고 본다. 이는 다수 이사의 의결권에 대한 침해이기도 하고 이사들 간에 의사의 대립을 초래하여 회사의 경영이 교착상태에 빠지고 결국은 기업유지의 이념에도 반한다.

#### 2) 가부동수

이사회결의가 가부동수인 경우에 특정인이 결정권을 행사할 수 있도록 정관에

---

303) 沈貴明, “論公司法對董事會決議表決的規範——我國《公司法》第112條規定的失誤與修正”, 「法學」第6期, 華東政法大學, 2011, 91面.

304) 劉俊海, 「現代公司法」, 488面.

규정을 두거나 이사회 결의가 가능한지에 대하여 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 긍정설에 의하면 이사회결의에 있어서 1인 1표를 원칙적으로 적용하는데 가부동수의 경우에는 이사회결의의 효율성을 위하여 허용할 필요가 있다고 한다.<sup>305)</sup> 부정설은 이사회 결의의 1인 1표제는 강행규정이므로 이를 위반하면 안 된다고 한다. 특정인에게 복수의결권을 주는 것은 결의요건을 완화하는 것으로서 결의요건의 강행규정성에 반하기도 하거니와 다수결의 원칙에 반하므로 허용될 수 없다고 본다.

### 3) 이사의 의결권 대리제도

이사는 이사회 의사형성과정과 의사결정에 이사 본인이 직접 참석하여야 함이 원칙이다. 그러나 이사 본인이 이사회회의에 부득이 하게 출석할 수 없어 의사정족수나 의결정족수를 충족하지 못하는 경우에는 이사회 결의가 이루어지지 못하고 결과적으로 회사의 경영에 막대한 지장을 초래하게 된다. 이에 따라 중국 회사법은 이사회 결의를 신속하게 형성하기 위하여 이사의 의결권 대리제도를 두고 있다. 즉 이사 본인이 이사회회의에 출석이 불가능한 때에는 다른 이사에게 서면으로 위임의 범위를 정하여 위임할 수 있다.<sup>306)</sup> 여기서 주주총회에서 주주의 의결권 대리행사를 제한하지 않는 것<sup>307)</sup>과 달리 이사의 의결권의 대리인을 당해 회사의 이사로 한정하고 있는 것은 이사회 회의는 회사의 기업비밀을 다루는 경우가 많으므로 회사의 기업비밀을 보호하기 위해서도 대리인을 제한 할 필요가 있다. 그리고 이사회는 회사의 경영과 업무집행을 위한 의사결정기관이라서 이사회 구성원인 이사는 당해 회사의 경영과 업무에 전문적인 지식을 바탕으로 의사결정에 참여하는 자이어야 한다. 따라서 당해 회사의 이사의 자를 대리인으로 참석할 수 있도록 하는 것은 그러한 취지를 달성하지 못할 수가 있기 때문이다.

이사의 의결권 대리는 반드시 서면으로 위임의 범위를 특정하도록 한다. 「가이

305) 劉俊海, 「現代公司法」, 488面.

306) 회사법 제113조.

307) 회사법 제107조.

드라인」은 위임의 요건을 구체적으로 정하고 있다. 즉 위임장에는 대리인의 성명, 대리사항, 대리범위, 유효기한 등을 기재하여야 하고,<sup>308)</sup> 그 위임은 일회적인 위임이어야 하고 장기적으로 위임할 수 없다. 왜냐하면, 이사의 의결권 대리는 부득이한 상황에만 사용하는 방법이므로 이사가 제한 없이 장기적으로 의결권을 위임하면 이사의 의결권행사가 무의미 하게 될 수 있기 때문이다.<sup>309)</sup>

## (2) 의결권의 제한

이해관계를 가진 이사의 의결권은 제한되어야 타당하다.<sup>310)</sup> 그러나 회사법은 이해관계를 가진 이사의 의결권을 제한하는 규정을 상장회사에만 적용하도록 하고 비상장회사에는 적용을 하지 않고 있다. 즉 이사와 관련관계가 있는 사안에 대하여 그 이사는 의결권을 행사할 수 없으며, 다른 이사에게 대리하여 의결권을 행사할 수도 없다. 이 경우 이사회 결의는 관련관계가 없는 이사 과반수의 출석과 관련관계가 없는 이사의 과반수로 한다. 이사회에 출석한 관련관계가 없는 이사가 3인에 미달하는 경우에는 이사회는 의결할 사항을 주주총회에서 의결한다.<sup>311)</sup> 여기서 의결권이 제한되는 이사는 이사회결의사항이 이사가 직접 또는 간접적으로 지배하는 기업과 관계되거나 또는 이사와 특별한 관계에 있는 자(예컨대 이사의 친족 등)에게 회사의 이익을 이전하는 경우에 해당하는 이사로서, 이를 관련관계 이사라 한다. 이를 위반한 이사회결의에 대하여 주주는 회사법 제22조에 따라 취소의 소를 제기 할 수 있다.

이사의 의결권제한의 취지는 회사의 이익을 보호하고 이사 자신의 지위를 이용하여 자신의 이익을 추구하는 것을 방지하는 데에 있다. 그러므로 이사의 의결권 제한의 적용범위도 “결의사항에 관련된 기업과 관련관계가 있는 경우” 로만 한정할 것이 아니라 이사가 특별이해관계를 가지는 모든 사안으로 하여야 한다고 본다. 또한 상장회사뿐만 아니라 비상장회사에도 적용하도록 해야 할 것이다.

308) 「가이드라인」 제121조.

309) 施天壽, 전계서, 341面.

310) 이사의 의결권 예외배제제도(例外排除制度)라고 하기도 한다. (危兆賓, “論公司表決權例外排除制度的制度功能与具体運行”, 「時代法學」, 第7卷 第1期, 湖南師範大學, 2009, 67面).

311) 회사법 제125조.

### (3) 결의의 하자

회사법 제22조는 하자있는 이사회결의에 대하여 무효의 소와 취소의 소를 규정하고 있다.

#### 1) 무효의 소

이사회결의의 내용이 법률 또는 행정법규에 위반한 때에는 무효의 소를 제기할 수 있다.<sup>312)</sup> 예컨대 대외투자규정에 위반한 때,<sup>313)</sup> 이사의 충실의무에 위반한 때,<sup>314)</sup> 공사수주규정에 위반한 때<sup>315)</sup> 등을 말한다. 무효의 소는 확인소송이며 제소권자와 제소기간에 제한이 없다. 무효소송의 효력은 대세효이며 소급효이다.

#### 2) 취소의 소

이사회 소집절차와 결의방법이 법률 또는 행정법규에 위반하거나, 결의의 내용이 회사정관에 위반한 때에는 주주는 취소의 소를 제기할 수 있다.<sup>316)</sup> 예컨대 이사회 소집권한이 없는 자의 이사회소집,<sup>317)</sup> 소집통지의 기한을 위반한 때,<sup>318)</sup> 이사회 결의요건을 위반한 때,<sup>319)</sup> 이사의 의결권제한을 위반한 때<sup>320)</sup> 그리고 결의의 내용이 정관에 위반한 때 등 이다. 결의의 내용이 정관에 위반한 때를 법률을 위반한 경우와 달리 취소의 소의 요건으로 하고 있다. 원래 결의의 내용이 정관에 반하는 것은 실질적인 하자로서 무효사유가 될 수 있는 것이다. 그러나 정

---

312) 회사법 제21조 제1단.

313) 회사법 제15조.

314) 회사법 제149조.

315) 계약법 제272조 제3단.

316) 회사법 제22조 제2단.

317) 회사법 제102조.

318) 회사법 제111조.

319) 회사법 제112조.

320) 회사법 제125조.

관은 주주의 합의이므로 정관에 반하는 결의내용의 효력을 주주가 결정해도 무리가 아닐 것이다. 또한 정관에 반하는 결의의 내용에 대하여 주주 아닌 회사 외부인에게 시비를 따질 수 있는 권한을 주는 것은 합리적이지 않다는 등의 이유로 취소의 소의 대상으로 함이 옳다고 본다.<sup>321)</sup> 취소의 소는 형성소송이므로 취소 전까지는 유효한 결의로 취급된다. 제소기간은 결의의 날로부터 60일 내이다. 제소권자는 주주이고, 피고는 회사이다. 주주의 남소를 방지하기 위하여 인민법원은 회사의 청구에 따라 당해 주주에게 담보제공을 요구할 수 있다. 판결에 변경등기를 하여야 하는 사항이 있으면 회사등기기관에 변경등기를 청구하여야 한다.

#### (4) 결의방법

##### 1) 의의

이사회는 이사들이 직접 출석하여 상호 의견을 교환하여 최적의 결론을 도출하는 집단적 의사결정(collective decision-making)방식을 취하여야 한다. 따라서 이사들의 현실적인 회합을 전제로 한 결의가 원칙이므로 현실적인 회합이 없는 서면결의는 인정되지 않는다고 볼 수 있다. 그러나 오늘날의 경제환경은 이사회의 결의를 언제나 현실적인 회합을 전제로 하기에는 무리한 경우가 많다. 그래서 화상회의를 현실적인 회합으로 하는 사정도 있지만 화상회의마저도 곤란한 경우도 많을 것이다. 이사회결의를 통한 최적의 집단적 의사결정방식이 현실적 회합이나 화상회의 외의 다른 방식으로 가능하다면 부정할 것이 아니라고 본다. 그 방식이 서면결의방식이더라도 그렇다. 그러므로 서면결의가 효율적인 이사회결의의 방법이 된다면 예외적으로 허용되어야 할 것이다.<sup>322)</sup>

##### 2) 서면결의

---

321) 車輝, 전제서, 192面.

322) 沈貴明, 전제논문, 97面.

회사법은 서면결의의 허용여부를 규정하지 않고 있지만 「가이드라인」은 임시이사회에 대하여 일정한 조건을 구비하는 경우 서면결의를 인정하고 있다고 한다.<sup>323)</sup> 「가이드라인」 제120조는 “임시이사회에서 이사의 의견이 충분히 표시될 수 있는 형식을 전제로 한 다른 방식으로 의결권을 행사할 수 있고...”라고 하고 있다. 여기서의 ‘다른 방식으로 의결권을 행사 할 수 있고’란 의미는 이사의 의결권 행사의 직접출석과 직접의결의 방법과 다른 방식이라는 것으로서 서면결의가 가능하다는 것이다. 서면결의가 유효하려면 이사의 의견이 충분히 표시될 수 있는 형식이어야 한다. 즉 서면에 단순히 찬성 또는 반대라는 의사표시만 기재되는 형식이 아니라 그 의사표시의 이유가 충분히 표시되어야 한다는 것이다. 이는 이사의 책임을 추궁할 때 중요한 판단기준이 될 수 있기 때문이다.

서면결의에 앞서 고려되어야 할 것으로는 안전에 대한 최대의 정보와 그에 대한 충분한 판단시간을 제공하여야 한다. 의사결정의 판단에 직접적 또는 간접적으로 영향을 줄 수 있는 모든 자료이어야 할 것이나 최대의 정보인가의 판단은 양적인 것이 아니라 질적인 것이라고 해야 할 것이다. 충분한 판단시간이란 안전에 따라 다르겠지만 제공된 정보에 대한 양과 질을 고려하여 합리적으로 해석하여야 한다. 서면결의의 진정성확보 차원에서 회사는 서면원본을 보존하여야 할 의무를 부담한다고 본다. 그러므로 부득이 하게 신속한 이사회결의를 요하는 경우에는 서면결의를 팩스 또는 이메일로 하더라도 이사는 서면결의의 원본을 회사에 송달할 의무가 있다.<sup>324)</sup>

### 3) 화상회의 또는 전화회의

최근에는 통신기술이 발전함에 따라 화상회의 또는 전화회의를 회의방법으로 하는 사례가 많아지고 있다. 회사법은 융통적인 회의방법에 대하여 규정하지 않고 있다. 이사가 직접 회의에 출석하지 아니하고 모든 이사가 “음성을 동시에 송·수신하는 원격통신수단”에 의한 이사회결의도 유효하다고 보는 것이 통설적

323) 「가이드라인」 제120조: 임시이사회에서 이사가 의견발표를 충분히 보장하는 전제로 “다른 방식”을 통하여 의결권을 행사할 수 있고, 출석한 이사는 서명을 하여야 한다.

324) 劉俊海, 「現代公司法」, 487面.

인 견해이다. 그러나 일부 이사들의 발언이 송신만 되거나, 중앙에서 이사들의 발언을 중개해 주는 방식은 허용되지 않는다고 본다.

## (5) 이사회 의사록과 공시

### 1) 이사회결의와 의사록

이사회는 의결사항에 대하여 의사록을 작성하여야 하고, 회의에 출석한 이사들은 의사록에 서명하여야 한다.<sup>325)</sup> 이사회결의의 성립은 가결된 경우 의장이 가결을 선언하는 것이 통례이지만, 의장의 선언에 의해 결의가 성립되는 것은 아니다. 이사들의 의사를 동시에 묻는 표결에 들어가 법상의 결의요건을 충족하는 의결권의 수가 확정되는 순간 결의가 이루어진 것으로 보아야 한다. 결의의 효력도 결의의 성립과 동시에 발생하지만, 효력발생시기를 별도로 정할 수 있다.<sup>326)</sup> 그러므로 의사록의 작성이 이사회결의의 성립요건은 아니다. 그러나 이사회결의에 의해 바로 실행행위가 이어지고, 결의관계자 및 집행행위자들의 책임이 따르는데, 의사록은 결의에 관한 일응의 증거가 되므로 의사록의 실제상 의미는 매우 중요하다.<sup>327)</sup>

### 2) 의사록의 작성요령

회사법은 의사록을 작성하고 출석한 이사가 서명하도록 하고 있지만<sup>328)</sup> 작성요령에 대하여는 규정하지 않고 있다. 「가이드라인」의 작성요령에 의하면 소집일시와 장소, 소집권자의 성명, 출석한 이사와 위임받은 이사(대리인)의 성명, 경과요령, 이사 발언의 주요 내용과 결의방법 및 결의결과를 기재하도록 하고 있다.<sup>329)</sup> 경과요령이란 개최, 의안의 상정과 토의 및 표결 그리고 폐회에 이르는

325) 중국 회사법 제113조 제2단.

326) 이사회결의사항이 등기를 요하는 경우에는 등기시를 효력발생시기로 하는 것과 같다(예컨대 법정대표자의 선임과 해임의 등기)

327) 施天濤, 전제서, 341면.

328) 회사법 제113조.



절차의 진행과정을 말하며, “결의결과”란 찬성하는 자와 반대하는 자의 이유를 말한다. 찬성이 아닌 것은 모두 반대이므로 여기서의 반대란 기권이나 중립의 표시도 포함한다. 따라서 이러한 의사를 표시한 이사들의 성명과 그 이유도 기재하여야 한다.

### 3) 의사록의 공시와 제한

회사법은 이사회 의사록작성의무만을 규정하고, 그의 비치에 대해서는 규정하는 바가 없다. 이사회 결의는 회사의 업무집행을 결정하는 의사결정이므로 그 내용 중에는 기업기밀에 속하는 사항도 다수 들어 있어, 이를 주주총회의 의사록과 동일시하여 주주와 채권자에게 항상 공개하게 함은 기업의 경쟁력에 치명적인 장애를 준다. 이 점을 고려하여 회사는 이사회 의사록을 비치할 의무가 없다고 할 것이다. 동시에 이사회 의사록의 공시를 제한하고 사안에 따라 이사회 의사록의 열람 또는 등사청구를 거절할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 다만 주주는 영업시간 내에 이사회 의사록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있지만 채권자는 열람·등사를 청구할 수 없다. 주주가 열람·등사를 청구함에 있어서는 이유개시를 요하지 않는다.

회사는 주주의 의사록 열람·등사청구에 대하여 이유를 붙여 이를 거절할 수 있다. 회사가 열람을 거절하는 이유가 정당한 이유이어야 함은 물론이다. 정당한 이유란 기업비밀의 유지나 기타 회사의 이익을 위해서 필요함을 뜻한다.

회사가 이사회 의사록의 열람·등사를 거절할 경우 주주는 법원의 허가를 얻어 이사회 의사록을 열람 또는 등사할 수 있다. 법원은 어떠한 경우에 열람·등사를 허가하여야 하는가? 의사록을 열람·등사하더라도 회사의 이익이 침해되지 않는 경우에는 회사의 열람·등사거절이 부당하므로 물론 허가하여야 할 것이나, 회사의 거절이유가 타당하더라도 주주가 이사의 책임을 추궁하기 위하여서 필요하거나, 기타 주주의 권리행사에 부득이하게 필요한 경우에는 열람·등사를 허가하여야 할 것이다.

회사채권자도 이사에게 손해배상을 청구하기 위한 경우에는 이사회 의사록을

---

329) 「가이드라인」 제123조.

열람·등사할 필요가 있을 것인데, 법원에 열람·등사허가를 청구할 수 있는 권리마저 인정하지 않은 것은 의문이다.

## 5. 상장회사의 특별규정

### (1) 이사회내의 전문위원회

효율적인 이사회 운영을 위한 이사회내의 전문위원회제도는 전문위원회에 그 기능에 적합한 이사를 배치하여 의사결정의 전문성과 신속성을 기할 수 있다는 데에 그 취지가 있다. 주요 국가의 회사법에서도 이 제도를 대규모회사에 실시하고 있는데, 중국에서도 2002년 「지배구조준칙」에서 도입하고 있다.<sup>330)</sup> 즉 상장회사의 이사회는 주주총회의 결의로 이사를 구성원으로 하는 경영전략·회계·추천·보수 등의 전문위원회를 설치할 수 있다.<sup>331)</sup> 전문위원회의 기능<sup>332)</sup>은 각 전문분야별로 연구 검토한 결과를 이사회에 제시하여 효율적인 이사회 운영을 도모하는 데에 있다.<sup>333)</sup>

전문위원회의 주요 기능은 이사회에 전문분야에 대한 자문 또는 제안에 한정된다. 전문위원회의 제안에 대하여 이사회가 심의의결하게 되는데 이는 신속한 이사회결의를 요하는 사안인 경우에는 비효율적인 절차일 수가 있다. 그러므로 전문위원회에 의결권을 주고 이사회에 부결권의 행사를 해제조건으로 하는 것도 생각해 볼 필요가 있다.

### (2) 이사회 비서

---

330) 중국 최초의 사례는 1998년 홍콩연합거래소(香港聯合交易所)의 상장회사인 강서동광주식회사(江西銅業股份有限公司)의 회계위원회이다.

331) 「지배구조준칙」 제52조 -제56조.

332) 전략위원회: 회사의 장기발전전략과 투자계획. 회계위원회: 외부회계기관의 초빙 또는 변경, 회사회계에 대한 관리와 감독, 재무구조에 대한 심사 등. 추천위원회: 이사와 경리의 추천기준과 절차, 이사회후보자과 경리후보자선발과 후보자에 대한 검증 등. 보수 및 평가 위원회: 이사와 경리의 업무수행평가 및 보수에 대한 정책 등.

333) 謝朝斌, “試論股份公司董事會專業委員會及其獨立性規制”, 「甘肅政法學院學報」第3期, 甘肅政法學院, 2004, 38面, 40面. 위원회의 최저 인원수에 대하여 아무런 규정이 없으므로 영미국가의 사례에 따라 3인 이상으로 본다.

중국은 상장회사의 경영의 효율성과 안정성을 제고하기 위하여 1994년의 「정관의필수적인조항」에서 처음으로 이사회 비서제도를 도입하였다.<sup>334)</sup> 그리고 「가이드라인」에서는 상장회사의 이사회는 이사회 비서를 설치하도록 의무화하였다.<sup>335)</sup> 또한 2005년 회사법은 상장회사의 이사회 비서를 필수적 기관으로 하고 고급관리자의 지위를 부여하고 있다.<sup>336)</sup> 이사회 비서의 선임기관은 이사회이다.<sup>337)</sup> 이사회 비서는 이사 또는 고급관리자를 겸직할 수 있으나 감사를 겸직할 수 없다.<sup>338)</sup>

이사회 비서는 전문적인 경영지식과 경험을 갖춰야 하며 다음의 결격사유에 해당하지 않아야 한다.<sup>339)</sup> ① 행위능력이 없거나 제한을 받는 자, ② 횡령, 뇌물 제공, 재산침해, 재산유용 또는 사회주의시장경제질서를 파괴한 행위 등으로 인하여 형사처벌을 받아 집행이 종료된 후 5년이 경과하지 아니한 자 또는 범죄로 인하여 참정권이 박탈되고 집행이 종료된 후 5년이 경과하지 아니한 자, ③ 회사의 파산에 책임이 있는 이사, 사장 또는 경리로서 파산에 따른 청산절차의 완료일로부터 3년이 경과하지 않은 이사, 사장 또는 경리, ④ 위법행위로 인하여 영업허가가 취소된 회사의 법정대표자로서 그 취소된 날로부터 3년이 경과되지 않은 경우, ⑤ 채무과다인 자로서 그 채무의 이행이 완료되지 아니한 자, ⑥ 중국 증권감독위원회의 시장진입금지처벌을 받고 그 기간이 만료되지 아니한 자<sup>340)</sup> 등이다.

이사회 비서의 주요한 직무로는 주주총회관련업무(회의준비, 서류보관, 주주에 관한 자료관리, 총회의안관련정보제공 등),<sup>341)</sup> 이사회관련업무(이사회회의준비,

334) 宗延軍·李頌臣, "董事會秘書制度移植效用不佳成因之探討", 「理論觀察」第2期, 理論觀察雜誌社, 2008, 84面.

335) 「가이드라인」 제5장 제3절.

336) 회사법 제124조.

337) 「가이드라인」 제107조.

338) 「가이드라인」 제96조, 제135조.

339) 전문적인 경영지식과 경험이란 「주식상장규칙」(股票上市規則) 제5.1.2 조 제1항, 제2항). 상해증권거래소(上海證券交易所)가 공포한 「상장회사이사회비서관리방법」(上市公司董事會秘書管理辦法--이하 '관리방법'. 제4조, 제5조)에 따르면 전문학교 이상의 학력, 금융·기업관리·주식관련 업무경험이 3년 이상. 재무회계, 법률, 컴퓨터 등에 관한 지식, 인간성과 직업윤리 등을 의미한다.

340) 「가이드라인」 제95조.

341) 회사법 제124조, 「관리방법」 제13조.

이사회안전관련정보제공 등), 회사내부정보관리업무, 회사지배구조개선업무,<sup>342)</sup> 관련관계거래 및 경쟁업종에 대한 분석업무, 투자관련업무관리,<sup>343)</sup> 주권(股權)관리업무,<sup>344)</sup> M&A관련업무 등 이다.<sup>345)</sup>

중국의 이사회 비서는 영미법상의 회사비서(the secretary)에서 유래하므로 양자는 주로 절차적 사무를 처리하는 점<sup>346)</sup>에서 유사하다. 그러나 영미법상의 회사 비서는 공증인과 유사한 지위를 가지므로<sup>347)</sup> 경영진의 불법행위 억제와 제3자 보호에 적극적인 역할을 발휘하고 있다. 반면에 위에 본 바와 같이 중국의 이사회 비서의 권한은 주로 회의 준비, 문서관리, 정보관리 등에 한정하기 때문에 회사경영의 효율성과 안전성을 제고하기 위하여 도입한 제도의 취지와는 동떨어진 운영이라고 본다.

### 제3절 이사장

#### 1. 의의

중국 회사법상 주식회사의 이사회는 반드시 이사장 1인을 두어야 한다.<sup>348)</sup> 이사장은 이사회에서 선출되며, 이사회 회의를 소집하고 회의를 주재할 권한을 가지는 이사회 회의의 의장으로서 이사회의 책임자일 뿐이고, 그 지위도 일반이사와 동등하다. 이사장은 이사회의 대표자일 뿐 회사의 대표는 아니다.

1993년 회사법에서는 이사장을 회사의 법정대표자로 하고 있었지만,<sup>349)</sup> 2005년

342) 「관리방법」 제14조.

343) 「관리방법」 제15조.

344) 「관리방법」 제16조. 여기의 주권관리의 내용으로는 일반주주의 주권에 대한 업무뿐만 아니라 내부거래(이사, 감사, 고급관리자, 기타 관련자 등) 대한 감독업무도 포함된다.

345) 「관리방법」 제17조.

346) 영미법상의 회사비서의 중요한 책임으로는 회사의 각종 회의의사록, 계약서류, 주주명부 등에 대한 증명 책임, 회사의 통지의 적법성에 대한 증명책임, 會社印鑑에 대한 증명책임 등 이다.(陳歷幸, “論我國公司秘書制度的建构”, 「法學」, 第4期, 華東政法大學, 2001, 59面).

347) 米也天, 「澳門民商法」, 中國政法大學出版社, 1996, 255面; 陳歷幸, 상계논문, 60面.

348) 회사법 제45조.

349) 1993년 회사법 제113조.

개정 회사법은 이 규정을 삭제하고, 제25조에서 이사장, 집행이사 또는 경리 중에서 회사 정관으로 정한 자가 법정대표자로 된다.<sup>350)</sup>

## 2. 선임과 종임

### (1) 선임

#### 1) 선임기관

이사장은 이사회 전체 이사의 과반수의 동의로 선임된다. 이사장은 이사의 자격을 갖고 있어야 한다.<sup>351)</sup>

이사장의 선임기관을 정관으로 주주총회로 할 수 없다고 보는 견해가 일반적이다. 그 논거로는 회사법 제110조의 “...이사회 전체 이사의 과반수로 선임한다.”라는 규정의 해석의 당연한 결과라는 것이다. 이 규정의 해석과 무관하게 정책적인 이유로 설명하기도 한다. 즉 중국은 아직도 “내부인 지배문제(內部人問題)”<sup>352)</sup>가 심각하므로 이사장 선임과 같은 중요한 권한을 주주총회의 권한사항으로 하게 되면 대주주가 원하는 이사장을 선임하여 회사를 지배할 수 있으므로 이사회에서 선임함이 타당하며, 또한 일반적으로 주주는 전문적인 경영지식이 부족한 경우가 많아 이사장 선임에 대하여 적합하지 않다고도 한다.<sup>353)</sup>

이사장의 선임기관을 이사회로 보는 데에는 회사법 제110조의 문리해석상 당연하고 정책적인 측면에서도 타당성이 있다. 그러나 회사법 제102조에 의하면 주주총회를 주재(主宰)<sup>354)</sup>하는 의장은 이사장이 맡도록 되어 있다. 일반론으로 기

350) 회사법 제13조, 제25조.

351) 회사법 제110조.

352) 내부인지배문제(Insider Control)란 기업의 지배권이 경영자와 종업원 등 기업 내부자에 의해 장악되어 있어, 기업 외부로부터의 효과적인 감독이 이루어지지 않는 상태를 의미한다(한동훈, “중국 국유기업의 내부자통제와 사유화”, 「중국 경제의 성장과 개혁」(2002년도 한국경제발전학회 추계학술대회자료집), 한국경제발전학회, 81-82쪽, 권혁재, “중국회사법상 종업원 경영참가제도 연구”, 「국제지역연구」 제9권 제2호, 각주4).

353) 榮國權·劉博, “銀行股東大會選任董事長法律效力淺析”, 「特區經濟」深圳市社會科學院, 2011, 140面.

354) 회사법 제102조의 원문표기는 “主持”로 하고 있으나 한국어로 번역하면 회의를 주재하는 경우의 “主宰”임.

관의 총회에서 의장을 불신임하고 새로운 의장을 선임할 수 있음인데, 이러한 경우에는 회사법 제102조의 해석을 유연하게 할 필요가 있다고 본다. 즉 주주총회의 의장을 이사장을 당연직으로 하더라도 예외적으로 이사장이 주주총회의 의장으로서 회의를 주재하는 것이 적절치가 않거나 이해관계있는 경우에는 주주총회에서 임시의장을 선정할 수 있도록 해야 한다고 본다.

## 2) 원수

회사법에서 이사장의 인원수는 1인에 한정하고 있지만,<sup>355)</sup> 실무에서는 등기하지 않은 이사장이 존재하기도 한다.<sup>356)</sup>

## 3) 자격과 임기

이사장은 이사 중에서 선임되므로 이사의 자격을 가져야 한다. 이사장 자신도 이사이기 때문에 그의 임기는 이사와 같이 3년을 초과할 수 없다고 본다. 그리고 회사정관에서 이사장의 임기를 이사의 임기보다 짧게 정할 수도 있는데 임기가 만료된 이사장은 이사로서의 임기가 만료되지 않는 한 계속해서 이사자격을 갖는다고 본다. 즉 이사장으로서의 임기와 이사로서의 임기는 별개이다.

### (2) 종임

이사장은 이사장으로서의 임기만료, 이사자격의 상실, 사임 또는 해임으로 종임한다. 이사장은 언제든지 사임할 수 있다. 이사장의 지위의 특성상 신속한 후임결정을 하여야 할 것이므로 이사회를 소집하고 이사회에 대하여 사임의 의사 표시를 하거나 이사 전원에게 사임을 통지하여야 한다고 본다. 이사장이 회사의 불리한 시기에 사임함으로써 인하여 회사에 손해를 끼친 경우에는 회사에 대하여 손해배상책임을 져야 한다고 본다.

---

355) 회사법 제110조.

356) 施天壽, 전계서, 357면.

이사회는 이사를 해임할 수 있다.<sup>357)</sup> 이사의 임기 만료 전에 정당한 이유 없이 해임하는 경우 이사는 해임으로 인한 손해를 배상청구 할 수 있을 것인가에 대하여 중국의 학계에서는 논의되지 않고 있다. 일반론으로서 부당해임으로 인한 손해가 있다면 배상청구할 수 있다고 볼 것이며 굳이 청구할 수 없다고 단정할 필요는 없다고 본다.

### 3. 권한

1993년 회사법에서 이사는 회사의 법정대표기관이었고, 지배주주와 직접·간접으로 연관되면서 상당한 영향력을 행사하였다. 그리하여 이사의 막강한 권한은 이사의 독주를 초래하였고, 이는 바람직하지 못한 회사의 지배구조로 나타났다. 이에 개정회사법에서는 이사의 권한을 주주총회의 주재권, 이사의 제안권<sup>358)</sup>과 주재권 및 소집권, 회사명의로 서명할 수 있는 등의 형식적 권한만 부여하고, 나머지 중요한 권한은 이사회로 전환하였다. 즉 이사는 이사회 회의를 소집·주재하며 이사회결의 사항의 실시상황을 감독할 권한을 갖는다.<sup>359)</sup>

#### (1) 주주총회의 주재권

이사는 주주총회를 주재한다.<sup>360)</sup> 이사가 주주총회를 주재하지 못한 경우 또는 주재하지 않을 경우에는 부이사가 주재한다. 부이사가 주재하지 못한 경우 또는 주재하지 않을 경우에는 과반수의 이사가 추천한 1인의 이사가 회의를 주재한다.<sup>361)</sup> 그러나 이사회가 주주총회를 소집하지 아니하거나 소집할 수 없

357) 北京市第一中級人民法院 (2009)一中民終字第14216号: 「...회사정관에서 이사의 해임에 관한 규정이 없으나 이사는 이사회에서 선임되므로 이사회는 당연히 이사를 해임할 수 있다. ...」.

358) 이정표, 전제서, 139면. 대다수의 상장회사에서는 이사회규칙을 제정하여 실시하고 있는데 이사회 제안권자 현황을 보면 이사장 92.68%, 경리 75.61%, 이사 63.14%, 대주주 39.02%의 분포를 보이고 있다. 회사가 대주주에게도 이 권한을 주는 것으로 나타났다고 한다.

359) 회사법 제110조.

360) 劉俊海, 「現代公司法」, 493면. 중국 회사법상 주주총회의 소집권자와 주재권자가 다르다. 소집권자인 이사회는 주주총회의 소집과 관련된 사항을 정하고 실행하며, 주재권자인 이사는 주주총회의 질서와 의사를 정리하는 주주총회 의장으로서의 권한이다.

361) 회사법 제102조 제1단.

을 경우에는 감사회가 주주총회를 소집·주재한다. 감사회가 주주총회를 소집하지 아니하는 경우에는 3개월 전부터 계속하여 발행주식총수의 100분의 10이상을 보유하는 주주(소수주주권)가 주주총회를 소집하여 주재할 권한을 갖는다.<sup>362)</sup>

## (2) 이사회 의 소집권 및 주재권

이사회 의 소집권 및 주재권 은 전술한 이사회 의 소집에서 설명한 바와 같다.

## (3) 이사회 결의 의 집행에 관한 감독권

이사장은 이사회 결의 를 집행하는 자에 대하여 감독한다.<sup>363)</sup> 이 규정 의 목적은 주로 경리가 이사회 의 결의 를 집행하는 데에 대한 감독에 있다. 이러한 감독의 범위는 일체 의 업무집행내용에 대한 것이 아니라 이사회결의 사항 을 실질적으로 집행하는지, 업무집행절차가 적법한지 등의 집행행위자 의 근무상황을 전반적으로 점검하고 독촉하는 것이다.<sup>364)</sup>

## 제4절 법정대표자제도

### 1. 의의

법정대표자란 회사를 대표하여 법률행위를 하는 자를 말한다.<sup>365)</sup> 법정대표제도는 본래 구소련에서 유래된 것으로 주로 공유제기업의 행정상 관리를 위해 기업에 경리를 파견하던 관행에서 비롯되었고, 1인 대표제도도 구 계획경제시대의 수

---

362) 중국 회사법 제102조 제2단.

363) 회사법 제110조 제2단.

364) 劉俊海, 「現代公司法」, 494面.

365) 劉俊海, 「現代公司法」, 496面; 柳經緯, “論法定代表人”, 「貴州大學學報」第20卷 第2期, 貴州大學學報, 2002, 17面, 18面 .



장(首長)책임제의 유산이다. 입법으로 도입한 것은 1979년의 중외합자경영기업법 및 그 실시조례가 최초였으며, 1986년 제정된 민법총칙에서 법정대표자의 개념, 효과를 규정<sup>366)</sup>하면서 법정대표제도가 일반화되었다.

1993년에 제정된 회사법은 이러한 영향을 받아 법정대표자제도를 채택하여 이사장을 법정대표자로 규정하였다.<sup>367)</sup> 후술하는 바와 같이 법정대표자는 회사의 대표로서 대내외의 업무집행에 대표권을 행사할 수 있는 지위로서 경리의 대외적 업무집행과의 충돌 내지 혼동, 이사장으로의 회사권력집중 등의 폐해가 많은 비판을 받게 되어 2005년 개정회사법은 법정대표자는 정관으로 정하되 이사장 또는 경리로 하도록 하였다.

## 2. 선임과 종임

### (1) 선임

회사법은 법정대표자를 정관으로 정하도록 하고 있으므로 법정대표자의 선임은 주주총회라고 할 것이다. 법정대표자는 정관의 절대적 기재사항이며 등기할 사항이다.<sup>368)</sup>

### (2) 종임

법정대표자는 임기만료, 해임 또는 사임으로 종임한다. 법정대표자의 임기는 별도로 정한 바가 없다. 법정대표자가 될 수 있는 자는 이사장 또는 경리이므로 이들의 임기와 같이 한다고 볼 수 있다. 법정대표자의 해임규정도 없다. 법정대표자는 정관의 절대적 기재사항<sup>369)</sup>이므로 법정대표자의 해임은 정관변경사항이므로 주주총회의 특별결의를 요한다고 볼 수도 있다.<sup>370)</sup>문제는 이사장 또는 경리

366) 「민법총칙」 제38조: 법정대표란 법률 또는 정관에 따라 법인(法人)을 대표하며 책임을 지는 자를 말한다.

367) 중국 1993년 회사법 제45조 제4단, 제105조.

368) 회사법 제13조.

369) 회사법 제82조 제7항.

의 해임권은 이사회에 있는데 이사회가 이들을 해임하면 법정대표자 피선거격의 상실로 법정대표자가 해임되는 결과가 된다. 법정대표자는 회사의 대표로서 회사 경영의 핵심적인 지위에 있는 자이다. 회사경영의 책임자로서 부적절한 회사경영을 하는 법정대표자의 해임을 주주총회로 한다는 것은 주주총회의 성질상 맞지 않는다. 신속한 경영판단을 해야 할 기관에 해임권을 주는 것이 타당하다. 그러므로 법정대표자의 해임은 이사회에 있다고 할 것이다. 법정대표자의 해임의 정당성, 임기 내인가의 여부에 관계없이 이사회는 언제든지 해임할 수 있다. 이러한 경우의 해임에 따른 손해배상청구권도 부인할 것이다. 왜냐하면 법정대표자는 이사회에 경영판단으로 해임하는 것으로서 회사의 이익을 보호하려는 이유이므로 이사회를 법정대표자의 손해배상청구권에 구속되지 않도록 할 필요가 있기 때문이다.

법정대표자는 언제든지 사임할 수 있다. 법정대표자의 사임의 의사표시는 지위의 특성상 신속하게 후임이 결정되어야 하므로 이사회와 이사 전원에게 하여야 한다. 법정대표자는 회사의 업무집행자 및 대표자로서 회사경영에 큰 영향을 끼치기 때문에 정당한 이유 없이 회사의 불리한 시기에 사임하여 회사에 손해가 발생한 때에는 해임의 경우와는 달리 손해를 배상할 책임이 있다고 본다.

### 3. 업무집행권

회사법은 법정대표자의 직무와 권한에 대하여 주권과 사채권에의 기명날인권만을 명시하고 있으나,<sup>371)</sup> 법정대표자는 회사를 대표하며, 영업에 관한 재판상·재판외의 모든 행위를 할 권한을 갖는다고 본다.<sup>372)</sup>

### 4. 대표권

#### (1) 대표행위의 요건

370) 회사법 제104조.

371) 회사법 제129조, 156조.

372) 「민법통칙」 제38조: 법정대표자란 법률 또는 정관의 규정에 따라 법인을 대표하여 권한을 행사하는 자를 말한다.

법정대표자가 회사를 대표하는 행위를 하였을 때 그 효력이 회사에 귀속되기 위한 요건으로서 회사의 권리능력이 인정되는 법률행위이어야 하며, 대표행위로서의 형식을 갖추어야 하고(형식적 요건), 그 행위가 대표권한의 범위 내에 속할 것(실질적 요건) 등으로 크게 나누어 볼 수 있다.

## (2) 권리능력 범위 내의 대표행위

대표행위가 회사의 권리능력 범위를 벗어난 것이라면 제3자의 선의여부를 불문하고 회사는 그 제3자에게 거래상 책임을 지지 않는다.

## (3) 대표행위의 형식적 요건

대표행위가 요식행위임을 요하는 법률행위(예컨대 어음·수표행위 등)에는 엄격한 현명주의가 적용되는 결과 반드시 대표자격을 표시하고 법정대표자가 기명날인 또는 서명하여야만 회사에 그 효력이 귀속된다. 그 밖의 행위를 하는 경우에도 반드시 이러한 형식을 갖추어야만 하는지가 문제되나, 현명하지 않은 경우라고 하더라도 상대방이 회사와 거래할 의사를 가지고 있었고 또 그 행위자가 법정대표자라는 사실을 알고 거래한 때에는 계약법 제402조<sup>373)</sup>를 유추적용하여 회사에 대하여 효력이 있다고 하여야 한다.

## (4) 대표행위의 실질적 요건

법정대표자의 대표권은 법률에 의하여 제한되기도 하며, 정관·이사회규칙·이사회 결의 등에 의해 내부적으로 제한되기도 한다.

법률상 주주총회나 이사회 결의가 요건으로 되어 있는 경우에는 법정대표자는 주주총회 또는 이사회 결의를 얻어서 대표행위를 하여야 한다. 법률상 주주총회의 결의를 요건으로 하는 행위를 법정대표자가 주주총회결의 없이 한 경우

373) 계약법 제402조: 수입인이 자신의 명의로 수입범위 내에 제3자와 계약을 체결하는 경우 제3자가 계약을 체결할 때 수입인과 위임인의 관계를 아는 경우 그 계약은 위임인에 대하여 효력이 있다. 단지 그 계약은 수입인과 제3자에 대하여만 효력이 있는 증거가 있는 경우 전의 규정을 적용하지 않는다.

에는 무효이다. 법률상 이사회의 결의를 요하는 사항임에도 이를 거치지 않은 경우에는 회사의 내부관계에서는 효력이 없으나 대외적으로는 제3자의 선악을 구별하여 선의의 상대방에 대해서는 유효한 것으로 본다.

회사가 대표권을 내부적으로 제한한 경우 법정대표자가 이 제한을 위반하여 대표행위를 하였을 때, 상대방이 대표권의 제한이 있음을 알지 못하였다면 회사는 거래의 무효를 주장할 수 없다. 거래의 안전을 위해서이다. 제3자의 과실의 유무는 묻지 않는다. 회사가 상대방의 악의를 증명하여야 한다.

#### (5) 대표권의 남용

대표권의 남용이란 외관상으로는 법정대표자의 권한 내의 적법한 행위이지만, 주관적으로 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위로서 회사에 손실을 끼치는 행위를 말한다.

외관상으로는 대외적으로 적법한 행위이어야 한다. 따라서 대표이사가 내부적으로 가해진 대표권의 제한을 초과하거나 법상 필요한 절차를 거치지 아니한 행위는 위법한 행위이므로 대표권의 남용에 해당하지 아니한다.

자기 또는 제3자의 이익은 법정대표자가 남용행위를 하는 동기의 요소로서 대표권남용의 요건 중 가장 중요한 부분이라고 할 수 있다. 이는 주관적인 요소이므로 거래시에 외부에 표현되지 아니함이 보통이고 또 표현됨을 요하지 아니한다. 그 행위로 인해 회사에 생겨나는 경제적 효과를 가지고 판단할 일이다.

대표행위의 결과 회사에 손실을 주고 자기 또는 제3자에게 이익이 있어야 한다. 예컨대 법정대표자가 자기의 친지에게 회사의 재산을 저렴하게 양도함으로써 시가와의 차액만큼 회사에는 손실이, 제3자에게는 이익이 생기는 것과 같다. 회사에 손해가 없으면 대표권의 남용은 성립하지 않는다.<sup>374)</sup>

대표권은 포괄·정형성을 갖고 있고 이 정형성은 객관적 기준으로 판단되는 것이므로, 대표행위가 객관적으로 대표권의 범위내의 행위라면 당연히 대표행위로서 유효하여 회사는 이에 대하여 책임을 진다. 다만 제3자가 이를 알고 있거나 중과실로 모른 경우에 그 권리를 주장하는 것은 신의칙위반 또는 권리남용에 해

374) 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 제20판, 2012, 689면.

당하여 회사는 이행을 거절할 수 있다고 본다.

#### (6) 법정대표자의 불법행위

법정대표자가 대표행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 배상할 책임이 있다고 본다.<sup>375)</sup> 법정대표자의 대표행위가 가능한 범위에서 회사의 업무 집행과 관련이 있고 행위의 외형상 객관적으로 법정대표자의 직무범위 내로 보여지는 경우는 모두 회사의 불법행위가 성립될 수 있다. 반면 대표행위가 있을 수 없는 경우에는 회사의 불법행위가 성립하지 않는다.

#### (7) 공동대표제도

공동대표란 2인 이상이 공동으로써만 회사를 대표할 수 있는 제도를 말한다. 회사의 규모가 커지면 거래활동을 확대할 목적에서 여러 명의 회사 대표자를 들 필요성이 있다. 또한 의사결정을 보다 신중하게 하고 대표자의 위법 또는 부적정한 대표행위를 사전에 예방하고 사후에도 시정할 수 있는 장점이 있다. 회사의 대표가 회사의 이름으로 행한 행위에 관하여서는 회사가 모두 책임을 져야 하므로 주주의 입장에서 회사의 대표자란 위험부담이 큰 제도이다. 회사 대표자의 전횡을 방지하기 위하여 내부적으로 권한을 제한할 수 있지만, 선의의 제3자에게 대항할 수 없으므로 회사 대표자 스스로 제한을 준수하지 않는 한 실효성이 없다.

중국 회사법은 공동법정대표자제도를 명시적으로 채택하고 있지 않고 있다. 이사장은 1인으로 하고 있기 때문에 이사장을 법정대표자로 하는 경우에는 단독법정대표자가 될 것이다. 물론 경리의 인원수를 제한하지 않고 있으므로 2인 이상의 경리를 법정대표자로 할 경우에는 공동법정대표자가 될 수 있다. 그러므로 중국 회사법상 공동법정대표자제도가 가능할 것으로 보인다. 중국의 경제발전과 회사 규모의 확대에 따라 공동법정대표자제도도 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다고 본다.

---

375) 「민법통칙」 제43조.

## (8) 표현대표

표현대표란 법정대표자의 대외적 행위만이 회사의 행위가 되고 회사가 이에 대해 책임을 지므로 회사법은 법정대표자의 성명을 등기하도록 강제함으로써 거래 상대방이 적법한 회사 대표자를 식별할 수 있도록 하고 있다. 그러나 법정대표자가 아닌 자가 회사의 승인 아래 법정대표자로 오인할 만한 명칭을 사용하여 대표행위를 하는 경우에 이를 믿고 거래한 상대방에게 등기부를 조회하지 않은 책임을 물어 불이익을 주는 것은 신속을 요하는 상거래에서는 비현실적이며 신의칙에도 반한다.

중국 회사법에는 법정대표자의 표현대표행위에 대한 규정이 없고, 다만 계약법 제49조<sup>376)</sup>에서 표현대리를 규정하고 있다. 이 규정을 소위 표현법정대표행위에 유추 적용할 수 있다고 본다. 표현대리제도의 입법취지는 제3자의 신뢰이익을 보호하여 거래의 안전을 유지하기 위한 것이기 때문에 제3자가 악의 또는 중과실이 있는 경우 이러한 보호의 필요성은 없어진다. 표현대표행위의 효과로 회사는 선의의 제3자에 대하여 책임을 진다.<sup>377)</sup> 따라서 표현법정대표자의 표현대표행위에 대해 회사의 책임이 발생하려면 표현대표자로서의 행위가 법정대표자의 권한 내의 행위이어야 한다. 따라서 법정대표자로서도 할 수 없는 행위에는 적용되지 않는다. 또 주주총회·이사회의 결의 등 일정한 절차를 거쳐야 하는 것이 명백한 행위에 있어서는 법정대표자의 행위에 해당한다는 것만으로는 상대방이 보호받지 못한다. 이사회의 결의가 필요한 행위를 이사회결의 없이 표현대표자가 단독으로 한 경우에는 상대방이 이사회 결의가 없었음을 과실 없이 알지 못했다는 요건을 구비하여야만 표현대표행위의 효력을 주장할 수 있다. 회사가 내부적으로 법정대표자의 권한을 제한하더라도 이로써 선의의 제3자에게 대항할 수 없으므로 대표권이 제한된 행위에 대해서도 표현대표자의 행위가 성립할 수 있다.

376) 계약법 제49조(표현대리) 대리권없는 자가 타인의 대리인으로 법률행위를 하거나, 대리인이 그 권한외의 법률행위를 하거나, 대리권이 소멸된 후에 그가 한 법률행위에 대하여 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 그 법률행위는 유효하다고 하여 본인이 책임을 지도록 하고 있다.

377)李建華·許中緣, "表見代表及其适用--兼評<合同法>第50條", 「法律科學」, 第6期, 2000, 80面.

## 제5절 경리

### 1. 의의

중국 회사법은 소유와 경영의 분리원칙에 따라 회사의 최고 의사결정기관, 업무 집행기관 및 감독기관을 분리하여 설치하고, 회사의 업무집행기구로서 이사회와 경리를 규정하였다. 경리를 주식회사의 필수적 상설기관으로 하여 경리는 이사의 초빙에 의하여 경리기관으로 취임하고, 직무로서 수행한 구체적 업무집행에 대하여는 이사의 감독을 받는다. 경리기관은 회의체가 아니며 권한은 법정되어 있다.

중국은 국유기업을 회사형태로 전환하는 법적 근거를 위하여 1993년 회사법을 제정하였다. 이때 중국이 선택한 회사조직기구의 형태는 대륙법계의 전통적인 구조형태인 주주총회, 이사회, 감사회라는 구조에 경리라는 제4의 기관을 추가하여 필수적 상설기관으로 하였다.<sup>378)</sup>이로서 경리는 회사구조에서 중요한 축을 형성하였다.

회사법상 경리제도의 기원은 개혁개방 전 중국의 대표기업인 국유기업의 전통적인 기업영도체제에서 찾을 수 있다. 중국에서 국유기업의 경영방식은 시기별로 다양한 형태를 취해왔으나, 기본적으로는 국유기업의 경영책임자 1인이 기업의 생산경영관리체계 전반에 대하여 통일적으로 관리하고 그에 대하여 책임을 지는 방식이었다. 이러한 국유기업의 영도체계를 「창장(廠長)책임제」 또는 「경리책임제」라고 한다.<sup>379)</sup>

### 2. 선임과 종임

경리는 이사회에서 초빙 또는 해임된다.<sup>380)</sup> 그러나 회사법은 경리의 자격, 사

378) 趙旭東, 전계서, 353면. 회사법 제114조. 원래 1993년 회사법은 유한책임회사에도 경리를 필수기관으로 하고 있었으나(1993년 회사법 제50조), 2005년 회사법은 회사가 필요에 따라 경리의 설치여부를 선택할 수 있도록 하였다.

379) 施天壽, 전계서, 351면; 소삼영, “중국회사법상 경리의 지위와 권한”, 「한양법학」, 제20권 제3집, 한양법학회, 593면.

임, 임기 등에 대하여 규정하지 않고 있다. 경리가 업무집행에 있어서 중요한 지위를 갖는 것을 고려하면 이사회에 해임절차나 해임사유, 부당해임에 대한 구제수단 등을 규정할 필요가 있다고 본다. 그리고 경리의 임기규정이 없으므로 경리의 임기는 제한이 없다고 볼 수 있다.

### 3. 법적지위

#### (1) 회사와의 관계

경리가 경리기관에 취임하면서 회사와 체결하는 계약의 성격을 어떻게 볼 것인가에 대하여 고용계약설과 위임계약설이 대립하고 있다. 고용계약설에 의하면 경리는 이사회에 초빙에 의하여 회사와 고용계약을 체결함으로써 권리를 향유하고 책임을 진다. 따라서 경리는 회사가 초빙하여 채용하는 피고용자이지만 이사회에 수권에 따라 회사의 업무를 집행한다는 점에서 일반적인 피고용자와 달리 고급종업원이라는 것이다. 따라서 경리와 회사의 관계는 고용관계라 한다.<sup>381)</sup> 위임계약설에 의하면 경리는 이사회에 위임을 받아 일을 처리하고, 위임범위 내에서 일정한 업무집행권을 가지므로 경리와 회사의 관계는 위임관계라고 한다.<sup>382)</sup>

회사법에서 경리는 이사와 달리 “초빙”(聘任)이라는 용어를 사용하고 있기 때문에 고용관계라고 볼 수 있다. 그러나 회사는 필요에 따라 경리를 해임할 수 있으며, 이러한 관계는 회사와 경리와의 계약에 달라질 수 없다. 그러므로 경리와 회사의 실질적인 관계는 위임관계로 보아야 하며, 따라서 회사나 경리는 어느 쪽이든 위임관계를 종료시킬 수 있다고 본다.

#### (2) 이사회와의 관계

각국의 회사법은 전통적으로 이사회에 고유권한에 속하였던 업무집행권을 의

380) 회사법 제114조.

381) 陳自強, 「代理權與經理權之間—民商合一與民商分立」, 北京大學出版社, 2008年, 14面; 王保樹·錢玉林, 「經理法律地位之比較研究」, 「法學評論( 雙月刊)」, 武漢大學, 第2期, 2002, 41面.

382) 何曉行, 「公司經理法律制度研究」, 「天府新論」第3期, 四川省社會科學界聯合會, 2009, 85面.



사결정권과 업무집행권으로 분리하여 서로 다른 기관에 배분하고 이사회는 업무 감독기능을 강화하는 방향으로 진화하고 있다. 즉 업무집행에 관한 의사결정기능은 이사회에, 집행기능은 이사 혹은 집행임원에게 분배하는 형태이다. 이 때 이사회는 의사결정을 집행하는 기관과의 관계를 어떻게 이해할 것인지가 문제된다.

중국에서도 주식회사의 업무집행에 관한 의사결정기능을 담당하는 이사회와 집행을 담당하는 경리와 의 관계를 어떻게 볼 것인가에 대한 논의가 있다. 소수설은 경리를 회사의 독립기관이라고 본다. 이에 의하면 경리의 법정된 권한은 이사회나 주주총회 또는 정관으로 변경하거나 박탈할 수 없다는 점, 편제구조상 이사회와 경리를 병렬적으로 배치함으로써 이사회는 업무집행권을 의사결정기능과 업무집행기능으로 분리한다는 점, 경리는 일상적 생산경영관리업무를 집행에 관한 의사결정을 할 수 있고 이러한 의사결정은 경리의 최종의지에 따라 행하는 점 등을 보면 경리는 이사회로부터 독립된 기관이라고 한다.<sup>383)</sup> 그리고 경리를 독립기관으로 인정하여야 경영의 효율성을 확보할 수 있다고 한다.<sup>384)</sup> 그러나 중국의 학자들 사이에서는 경리를 회사의 독립기관으로 보는 견해는 거의 보이지 않고 대부분 파생기관이라고 본다. 그 논거로는 회사법 관련조항을 종합해 볼 때 이사회는 주주총회의 결의와 정관규정에 근거하여 회사경영과 업무집행에 대한 의사결정을 하는 의사결정기관이며, 업무집행과 의사결정은 모두 결의의 형식으로 이루어지며 일치하는 것이고, 다만 업무집행에 관한 결의를 한 후 이사에게 위임하여 집행하거나(예, 등기나 문서의 비치 등) 경리에게 위임하여 집행하게 되는데(예, 경리의 권한 중 이사회로부터 위임 받은 사항의 집행) 이사회나 경리의 집행행위는 실시차원의 행위라고 보고, 따라서 경리는 이사회를 보조하여 회사의 일상적 경영관리활동을 조직하고 실시하는 보조업무집행기관이라고 한다.

중국회사법상 이사회는 직무와 권한 등 이사회에 관한 규정을 종합적으로 고찰할 때 중국회사법은 이사회를 업무집행기관으로 규정하고 있고 경리의 권한을

383) 韓長印·吳澤勇, “公司業務執行權之主体歸屬”, 「法學研究」第4期, 中國社會科學院法學研究所, 1999, 36面; 鄭建華, “論中國股份有限公司董事會與經理的分离”, 「今日科苑」第4期, 中國老科學技術工作者協會, 2009, 138面.

384) 張曉飛, “論股份公司經理的法律地位”, 「西安建築科技大學學報(社會科學版)」第25卷 第1期, 西安建築科技大學, 2006, 43面.

규정하고 있는 회사법 제50조의 규정을 살펴보다라도 경리의 업무집행에 관한 권한을 열거하면서 직접 ‘업무집행’이라는 표현을 사용하지 않고 ‘회사의 생산경영관리업무를 주재하고 이사회에 결의를 조직하고 실시한다’는 표현을 사용하고 있으며, 경리는 이사회에 대하여 책임을 진다고 하여 이사회와 경리의 관계에 대하여 상·하관계의 기관으로 묘사하고 있는 점 등을 고려하면 경리의 업무집행권은 이사회에 대한 권한으로부터 유래한 것이고, 그 지위는 이사회에 수임인이나 대리인과 유사하다고 보는 보조업무집행기관설이 타당하다고 생각된다.

### (3) 이사장과의 겸임 타당성

회사법은 이사장이 경리를 겸임할 수 있도록 규정하고 있지만,<sup>385)</sup> 이의 타당성에 대하여 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 긍정설에 의하면 경영의 효율성과 대리인감독비용문제를 해소하는데에 도움이 된다고 한다.<sup>386)</sup> 부정설에 의하면 이사장과 경리는 겸임할 수 없도록 해야 경영진으로의 권력집중을 방지할 수 있고,<sup>387)</sup> 이사회에 대한 감독기능이 활성화될 수 있다고 한다.<sup>388)</sup>

전통적인 회사지배구조는 주주의 이익을 극대화하기 위하여 주주총회중심주의에 축을 두었으나 주주총회의 형해화 등으로 회사지배구조를 이사회중심으로 전환되면서 이사회로 권력이 집중되는 결과를 초래하였다. 이에 따라 각국의 회사법은 전통적으로 이사회에 속하였던 업무집행권을 의사결정권과 업무집행권으로 분리하여 서로 다른 기관에 배분하고 있다. 즉 의사결정과 업무집행에 관한 감독기능은 이사회에, 업무집행은 업무집행기관에 분배하여 각각의 기능을 강화하고 있다. 그러므로 권한집중의 폐해를 방지하기 위하여서도 이사장과 경리의 겸임을 허용해서는 아니 된다고 본다.<sup>389)</sup>

385) 회사법 제115조.

386) 張素珍, “中國上市公司領導結構問題探討”, 「經濟師」第1期, 山西省社會科學院, 1999, 15面, 16面.

387) 劉俊海, 「現代公司法」, 499面.

388) 王保樹, “公司組織機構的法的實態考察與立法課題”, 「法學研究」第2期, 中國社會科學院法學研究所, 1998, 56面.

389) 이정표, 전계서, 140면. 현재 중국 상당수 주식회사의 이사장이 경리의 지위를 겸임하는 경우가 많아지고 있으며, 이사장과 경리가 권한을 분담하는 체제라고 하더라도 회사의 관리권은 주로 경리에게 집중되고 있고, 이러한 사실은 이사회와 이사장의 권력이 약화되어 가는 경향이라고 한다. 상장회사의 이사회와 경

#### 4. 권한

경리의 권한은 중국 회사법 제114조에서 열거하고 있다. 즉 회사의 생산·경영 관리업무의 처리, 이사회결의의 집행, 회사 사업연도 경영계획과 투자방안의 집행, 회사내부관리기구와 조직의 입안, 회사의 기본적 관리제도 입안, 회사의 규칙 제정, 부경리와 재무담당자의 초빙·해임제정, 이사회가 초빙하거나 해임하는 자 이외의 관리자의 초빙·해임, 이사회가 수권한 기타의 권한 등인데, 동조 제8호에서는 정관으로 경리의 권한범위를 따로 정할 수 있도록 하여 확대 또는 축소할 수 있다.

경리는 이사회에 대하여는 책임을 지지만 주주총회에 대하여는 책임을 지지 않지만 정관으로 경리의 권한범위를 정할 수 있도록 하여 경리에 대한 주주총회의 견제가 가능하도록 하고 있다.<sup>390)</sup>

#### 5. 경리의 대외적 업무집행과 대표권에 대한 검토

1993년 회사법이 법정대표자를 이사장으로 하였는데 이사장이 경리를 겸임하는 것에 대하여 많은 비판이 있었다. 상술한 바와 같이 회사권력의 집중으로 인한 폐해가 지적되었던 것이다. 그러나 현행법도 이사장과 경리의 겸임이 가능하여 개정 전과 차이가 없다.

다만 현행 회사법은 법정대표자를 이사장을 당연직으로 하지 않고 이사장 또는 경리 중에서 정관으로 정하도록 하고 있다. 이는 이사장을 이사회 의장으로 서의 역할에 충실하도록 하여 이사회 의사결정기능 및 업무집행감독기능을 제대로 할 수 있도록 하고자 함에 있다고 판단된다. 그런데 업무집행과 관련하여

---

리의 관계에 관한 조사에 의하면, 중국 상장회사의 이사회 구성원은 평균 9.42인이고, 이사회에 소속된 이사의 평균 2.72인이 경리층(총경리, 부총경리, 경리)의 직무를 겸직하고 있으며, 이 비율은 전체의 28.83%가 된다. 이사가 경리업무를 겸직하지 않는 것은 평균 6.7인으로 전체 이사회 구성원 중의 71.17%가 되는 것으로 나타났다. 경리의 권한이 이사회 권한보다 강화된 배경은 회사법에서 직접 경리의 권한사항을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 경리의 권한을 제한할 수 있는 명확한 규정이 없고, 이사회가 경리에게 권한사항을 위임할 수 있도록 한 것에 그 원인이 있다. 원래의 국유기업에서 최고권력기관이었던 공장장(廠長)이 국유기업의 개혁(조직변경)에 따라 총경리로 전환되면서 종래의 권한이 그대로 유지되었던 것도 그 이유 중의 하나라고 한다.

390) 이정표, 전게서, 141면.

대표권자인 법정대표자와 업무집행기관인 경리가 분리된 경우 다음과 같은 문제가 제기된다.

경리는 회사의 업무집행기관이고 회사의 업무가 대내적 업무와 대외적 업무로 명확히 구분될 수 없는 것일 뿐만 아니라 현실적으로 경리의 대외적인 업무집행, 예컨대 대외적 계약체결은 회사의 명의로 하게 되는데 그와 같은 대외적 행위와 회사와의 관계를 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 이에 대해 두 가지 견해가 있을 수 있다. 그 하나는 경리는 법정대표자로부터 수권을 받아야만 대외적으로 회사를 대표할 수 있다는 견해이고, 다른 하나는 경리는 그 업무집행권한 범위 내에서 당연히 회사를 대표할 수 있다는 견해이다.<sup>391)</sup>

후자의 견해 즉 경리가 그 업무집행권한 범위 내에서 당연히 회사를 대표할 수 있다고 주장하는 근거는 다음과 같다. 경리는 다원적 법률관계속의 법률주체로서 경리의 지위도 다원적인 지위를 갖는다고 한다. 즉 경리는 회사대리인으로서의 경리, 업무집행기관으로서의 경리, 회사대표자로서의 경리, 회사종업원으로서의 경리의 지위를 동시에 갖는다고 주장한다. 대리인으로서의 경리의 권한은 회사의 수권에 의한 제한을 받고, 이 대리권은 회사에 대한 책임의 기초가 된다고 한다. 그러나 경리와 제3자의 관계에서는 경리의 권한은 법률의 규정으로부터 나온다는 것이다. 경리는 그 지위에 기초한 외관으로 회사는 제3자에게 책임을 진다는 것이다. 경리가 대외적으로 회사를 대표하는 것은 외관이론의 적용한 결과이지 회사의 수권의 결과가 아니라는 것이다. 이러한 경리의 대표권은 법정대표자의 대표권과는 다른 개념이라고 한다. 그러나 이러한 주장은 다음과 같은 비판이 있다. 경리의 법정 권한이 제3자에게 외관을 부여하고 제3자가 그러한 경리의 외관을 신뢰한 경우 회사가 내부적으로 경리의 권한을 제한하였다는 사실로서 선의의 3자에게 대항할 수 없다는 것이다. 개정전의 1993년 회사법은 경리의 법정권한은 회사가 임의로 제한할 수 없도록 정형화하고 있었으므로 외관이론이 어느 정도 적용될 수 있는 여지가 있었다. 그러나 2005년 회사법 개정으로 현행법에서는 정관의 규정으로 경리의 권한을 제한하거나 축소할 수 있게 되어 1993년의 경리의 권한의 정형화와는 다른 상황이 되어 위 주장과 같은 외관이론을

391) 소삼영, 전제논문, 609면; 王保樹·錢玉林, “經理法律地位之比較研究”, 「法學評論( 双月刊)」, 武漢大學, 第2期, 2002, 40面.

적용할 근거가 약해졌다고 한다.

경리와 제3자와의 거래에 회사가 책임을 지도록 하기 위한 경리의 대리권 또는 대표권에 관한 중국 학계에서의 논의는 모두 선의의 거래상대방을 보호하기 위한 논리를 제공하기 위한 것이다. 그러나 회사경리의 대외적 거래에 대하여 민법의 표현대리에 관한규정을 적용한다거나 법률적 근거가 약한 외관이론으로는 제3자 보호와 거래의 안전을 담보할 수 없다. 위와 같은 문제의 본질은 회사법이 경리의 대외적 계약체결권을 명시적으로 규정하지 않았고 또 제3자와 관계에서 회사가 경리의 권한을 제한하더라도 선의의 제3자에게 대항할 수 없도록 하는 경리권제한의 효력규정을 두지 않았기 때문이며, 더 나아가 업무집행권자와 대표권자를 분리하는 제도에 있다고 본다. 따라서 경리의 업무집행권의 성격과 범위를 명확히 하는 입법, 예컨대 상사대리인 혹은 상업사용인제도를 도입하거나 업무집행권자와 회사대표권자의 분리를 통합해야 한다고 생각한다.

## 6. 의무와 책임

경리는 고급관리자로서 이사와 같은 의무와 책임을 부담한다. 즉 근면의무, 충실의무, 회사에 대한 책임, 제3자에 대한 책임, 대표소송 등에 관한 규정이 적용된다.

## 제4장 한국법과의 유사점과 차이점

### 제1절 한국 이사회제도의 연혁

#### 1. 2011년 개정이전의 이사회제도

한국은 1962년에 회사법을 제정하였다. 이 법에서는 의용상법의 내용을 크게 개정한 것으로서 회사경영기구의 합리화와 권한재분배를 위하여 대표이사와 이사회제도를 채용한 이래로 9차례의 개정을 거치며 오늘에 이르고 있다.<sup>392)</sup>

한국 회사법의 이사회제도의 변천과정인 개정내용을 개략적으로 보면 다음과 같다.

1984년 개정회사법은 주식회사의 운영의 효율성을 위하여 직무집행의 감독을 이사회에 권한사항으로 명시하고,<sup>393)</sup> 그 결의요건을 완화하여 이사회가 기업환경의 변화에 능동적으로 의사결정을 할 수 있도록 하였다.<sup>394)</sup>

1995년 개정회사법은 회사의 운영을 원활히 하기 위하여 이사의 경업에 대한 승인기관을 주주총회에서 이사회로 하였고,<sup>395)</sup> 또한 회사합병에는 합병당사회사 전부의 주주총회의 승인을 요건으로 하였으나, 흡수합병의 경우에 소멸회사의 총주주의 동의가 있거나 존속회사가 소멸회사의 주식의 전부를 소유하고 있는 경우에는 소멸회사의 주주총회의 승인은 이사회에 승인으로 갈음할 수 있게 개정하였다.<sup>396)</sup>

1998년 개정회사법은 소수주주의 이익을 대표하는 이사의 선임이 가능하도록 하기 위하여 집중투표제<sup>397)</sup>를 도입하였고, 이사의 책임강화를 통한 건전한 기업

---

392) 한국 1962년 회사법 제390조.

393) 한국 1984년 회사법 제393조.

394) 한국 1984년 회사법 제391조 제1항.

395) 한국 1995년 회사법 제397조 제1항.

396) 한국 1995년 회사법상 제522조 제1항.

운영을 촉진하기 위하여 이사의 충실의무<sup>398)</sup>를 신설하였으며, 이사가 아니면서 지배력을 이용하여 실질적으로 업무의 집행에 참여한 자에게 이사와 동등한 책임을 부여할 수 있는 제도<sup>399)</sup>를 신설하였다.

1999년 개정회사법은 이사회 운영의 탄력화를 도모하기 위하여 이사가 직접 회의에 출석하지 아니하고 화상회의의 방법으로 이사회에 참가하는 것<sup>400)</sup>을 인정하였다. 또한 이사의 책임규명을 명확히 하기 위하여 이사회이사록에 의안에 반대하는 자와 반대이유를 명기하게 하였으며,<sup>401)</sup> 이사회이사록의 공시의무를 완화하고, 정당한 이유가 있는 경우 회사가 주주의 열람청구를 거부할 수 있는 근거를 마련하였다.<sup>402)</sup> 그리고 이사회 내에 2인 이상의 이사로 구성되는 각종 위원회를 설치하여 이사회로부터 위임받은 권한을 행사할 수 있도록 하였으며,<sup>403)</sup> 기업경영의 투명성을 보장하기 위하여 감사위원회제도를 도입하여 회사가 감사 또는 감사위원회를 선택하여 운영할 수 있도록 하였다. 감사에 갈음하여 감사위원회를 설치하는 경우에는 3인 이상의 이사로 구성하되 위원 3분의 2 이상의 사외이사가 참여하도록 하였다.<sup>404)</sup> 그 밖에 기업구조조정의 편의를 위하여 회사를 발행주식총수 100분의 5 이하의 소규모로 분할합병하는 경우에 주주총회의 결의에 갈음하여 이사회 결의로 이를 분할 합병할 수 있도록 분할합병요건을 완화하였다.<sup>405)</sup>

2001년 7월 회사법은 이사 특히 사외이사의 정보접근권과 관련하여 사내정보의 사외유출에서 빚어지는 폐단을 막기 위하여 재임 중 이사뿐만 아니라 퇴임 후의 이사도 회사의 영업비밀을 누설하는 것을 금하였다.<sup>406)</sup> 또한 종전의 해석을 수용하여, 이사회소집에 관해 소집권자인 이사가 정당한 이유 없이 이사회소집을

397) 한국 1998년 회사법 제382조의2.

398) 한국 1998년 회사법 제382조의3.

399) 한국 1998년 회사법 제401조의2.

400) 한국 1999년 회사법 제391조 제2항.

401) 한국 1999년 회사법 제391조의3 제2항.

402) 한국 1999년 회사법 제391조의3 제4항.

403) 한국 1999년 회사법 제393조의2.

404) 한국 1999년 회사법 제415조의2.

405) 한국 1999년 회사법 제530조의11 제2항.

406) 한국 2001년 회사법 제382조의4.

거절하는 경우에는 다른 이사가 이사회를 소집할 수 있음을 명문화하고,<sup>407)</sup> 이사회 권한으로서 “중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입”을 추가하였다.<sup>408)</sup> 그리고 사외이사 등의 업무집행사항에 관한 정보의 필요성을 고려하여 이사가 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있도록 하고,<sup>409)</sup> 이사로 하여금 업무집행상황을 3월에 1회 이상 이사회에 보고하도록 규정하였다.<sup>410)</sup>

2009년 개정회사법은 종래 “이사”와 “감사”로 구분하여 등기하던 것을 이사를 “사내이사, 사외이사 기타 상무에 종사하지 아니하는 이사”로 구분하여 성명과 주민등록번호를 등기하도록 하였다.<sup>411)</sup> 또한 사외이사에 대한 정의를 명시하였으며,<sup>412)</sup> 상장회사 중 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 사외이사가 이사총수의 4분의 1 이상이 되도록 하고, 대통령령으로 정하는 대규모 상장회사의 사외이사는 3명 이상으로 하되, 이사총수의 과반수가 되도록 사외이사설치를 의무화하였다.

## 2. 2011년 개정회사법과 이사회제도

2011년 개정회사법은 회사와 이사의 자기거래의 요건을 더욱 엄격히 규정하여 이사뿐만 아니라 이사의 배우자, 이사의 직계존·비속, 이사의 배우자의 직계존·비속과 그들의 개인회사가 회사와 거래하는 경우까지 이사회 승인을 받도록 규정하고, 거래의 내용이 공정하여야 한다는 요건도 추가하였다.<sup>413)</sup> 그리고 이사가 직무를 수행하는 과정에서 알게 된 정보 또는 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제3자에게 이용하도록 하는 경우에도 이사회 승인을 받도록 하였다.<sup>414)</sup> 또한 회사에 대한 이사의 배상책임을

407) 한국 2001년 회사법 제390조 제2항.

408) 한국 2001년 회사법 제393조 제1항.

409) 한국 2001년 회사법 제393조 제3항.

410) 한국 2001년 제393조 제4항.

411) 한국 2009년 회사법 제317조 제2항 제8호.

412) 한국 2009년 회사법 제382조 제3항.

413) 한국 2011년 회사법 제398조.



고의 또는 중대한 과실로 회사에 손해를 발생시킨 경우를 제외하고는 이사의 최근 1년간의 보수액의 6배(사외이사의 경우 3배) 이내로 제한할 수 있게 하였다.<sup>415)</sup> 그 밖에 이번 회사법개정에서 집행임원제도를 도입하였다. 집행임원의 권한과 책임은 이사와 동일하게 되는데, 제도의 도입 여부는 개별회사가 자율적으로 선택할 수 있도록 하였다.<sup>416)</sup> 집행임원을 설치한 회사에서는 집행임원이 회사의 업무를 집행하고 이사회는 집행임원의 선임·해임 및 집행임원의 업무집행에 대한 감독권을 행사한다.<sup>417)</sup>

## 제2절 이사에 관한 비교

### 1. 유사점

첫째, 양국은 이사의 기관여부에 대하여는 긍정설과 부정설이 있으며, 부정설이 다수설<sup>418)</sup>이다. 이사의 선임에 있어 양국은 주식회사 이사의 선임기관,<sup>419)</sup> 임기,<sup>420)</sup> 종임,<sup>421)</sup> 집중투표제,<sup>422)</sup> 보수결정<sup>423)</sup>에 있어서 유사점을 갖는다. 둘째, 한

414) 한국 2011년 회사법 제397조의2 제1항.

415) 한국 2011년 회사법 제400조 제2항.

416) 한국 2011년 회사법 제408조의2.

417) 한국 2011년 회사법 제542조의8.

418) 한국에서는 이사의 기관성 여부에 대하여는 긍정설과 부정설이 있다. 긍정설에 의하면 이사란 회사의 수임인으로서의 지위에서 이사회의 구성원으로서 회사의 업무를 집행하는 법적인 권한을 가진 주식회사의 필요적 상설기관이다. 왜냐하면 이사의 지위와 이사회 구성원으로서의 지위는 동시성을 가지며, 이사에게 각종의 단독적인 권한을 부여하고 있기 때문이라고 한다.(이철송, 전게서, 625면). 부정설에 의하면 이사란 이사회의 구성원으로서 이사회의 회사의 업무집행에 관한 의사결정과 (대표)이사의 업무집행을 감독하는데 참여할 권한을 갖는 자를 말한다(정찬형, 전게서, 889면). 중국의 경우 앞의 제3장에서 설명하였다.

419) 양국의 회사법에서 이사의 선임기관은 주주총회이고, 단지 회사설립시에 발기인이 선임하거나 창립총회에서 선임한다. 그리고 이사의 선임은 주주총회의 보통결의에 의한다(한국 회사법 제382조 제1항, 중국 회사법 제106조)

420) 양국의 회사법에서 이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다(한국 회사법 제383조 제2항, 중국 회사법 제46조, 제109조).

421) 이사의 종임사유는 임기만료, 사임, 해임, 그리고 사망·파산 등을 포함한다(한국 회사법 제385조 제1항, 제2항, 민법 제689조, 제690조. 중국 회사법 제46조, 「가이드라인」 제100조). 또한 주주총회가 이사를 해임하는 경우, 한국 회사법상 정당한 이유 없이 그 임기의 만료 전에 이를 해임한 때에는 회사는 그 이사에

국과 마찬가지로 중국도 충실의무와 주의의무(근면의무)를 규정하고 있으며, 구체적으로 이사에게 경업금지의무,<sup>424)</sup> 자기거래금지의무,<sup>425)</sup> 비밀유지의무,<sup>426)</sup> 회사기회 유용금지의무<sup>427)</sup> 등을 부과하고 있다. 셋째, 이사의 회사에 대한 책임에 있어서 양국은 법령 또는 회사정관 위반을 책임의 원인으로 규정하고 있다.<sup>428)</sup> 이사의 책임추구에 있어서 양국은 소수주주의 대표소송제도<sup>429)</sup>가 있다는 점이 공통된다. 넷째, 한국과 중국의 회사법은 경영판단원칙을 규정하고 있지 않고 있다. 한국의 학계에서는 경영판단원칙의 도입에 대하여 긍정적인 입장을 갖고,<sup>430)</sup>

대하여 손해배상책임을 진다고 규정하고 있다(한국 회사법 제385조 제1항). 중국의 경우 회사법은 이러한 명문규정이 없지만 앞에 제3장에서 본 바와 같이 이사와 회사의 관계는 위임관계이기 때문에 계약법 제40조에 의하여 회사에 대하여 배상청구권이 있다.

422) 양국의 회사법에서 이사를 선임 시 집중투표제를 사용할 수 있다(한국 회사법 제382조, 중국 회사법 제106조).

423) 양국의 회사법에서 주식회사의 주주총회가 이사의 보수를 정할 수 있다(한국 회사법 제388조, 중국 회사법 제100조).

424) 경업의 범위에 대하여 양국은 정관상의 영업목적에 국한하지 않고 실제로 이익충돌이 되는 영업의 범위로 해석하고 있으며, 경업거래의 당사자도 누구인가를 불문하고 그 행위의 경제적 효과가 중국적으로 이사에게 귀속하면 경업행위에 해당한다고 해석하고 있다. 그리고 적법 절차를 거친 경우(예컨대 승인기관의 승인)에는 경업 또는 겸직을 할 수 있다.

425) 제한되는 자기거래도 적법 절차를 거친 경우에는 유효하게 된다는 것이 유사점이다(한국 회사법 제398조, 중국 회사법 제149조 제4항).

426) 한국 회사법 제382조의4, 중국 회사법 제149조 제1단 제7항.

427) 한국 회사법 제397조의2, 중국 회사법 제149조 제1단 제5항.

428) 한국 회사법 제399조. 중국 회사법 제150조.

429) 한국 회사법 제403조, 중국 회사법 제152조.

430) 한국에서 경영판단원칙의 도입을 긍정하는 견해가 다수설이다. 긍정설의 논거는 대체로 다음과 같다. 첫째, IMF사태 이후에는 참여연대 등 시민단체의 지원과 소송비용의 회사 부담규정 등의 상황변화 및 예금보험공사의 책임추구의 무용으로 인하여 이사에 대한 책임 추구가 점차 활성화되고 있다. 증권관련 집단소송제도 도입, 시행도 그러한 경향에 한 몫을 한 것이다. 따라서 이러한 상황 하에서 기업경영이 모험을 수반하고 춘각을 다투는 의사결정의 필요성 및 국내외적인 기업경쟁의 심화 등으로 인하여 이사들의 신속하고 과감한 의사결정을 지원하기 위하여 경영판단원칙의 도입이 필요하다. 둘째, 이사와 회사의 관계는 위임이므로 이사는 회사에 대하여 선관의무를 진다. 그렇다고 회사에 손해가 생긴 때에 항상 선관의무의 위반으로 이사가 책임을 진다고 한다면 이는 이사에게는 가혹한 결과가 초래된다고 할 것이다. 왜냐하면 경쟁이 치열하고 수시로 경제 환경이 변화하는 시대의 기업경영에 있어서 항상 정확하고 손해 없는 경영판단을 기대할 수는 없는 것이기 때문이다. 셋째, 부실경영에 대한 소수주주들을 중심으로 한 책임추궁사례가 급증하고 있으며, 게다가 기업지배구조에 대한 근본적인 재검토가 활발하고, 특히 1998년 회사법개정에서 이사의 충실의무에 대한 규정을 신설하는 등 경영자 책임을 묻기 위한 여건들이 성숙되고 있다. 그러나 한국에서는 이사들이 독립된 경영판단을 하지 못한 채 지배주주에 의해 종속되거나 그들에 의해 지배되는 등 이사회외의 민중화가 실현되지 못하고 있는 가운데 이사들의 책임만을 추궁하는 것은 어폐가 있다. 이러한 상황 하에서는 이사들의 올바른 경영판단이 보다 적극적으로 보호되는 경영판단원칙을 도입할 필요가 있다. 넷째, 경영판단의 원칙을 도입하여 그 선관주의의무와 이사의 행위에 대한 사법심사 기준 및 이에 따른 책임기준을 완화한다면 경영진이 합리적인 방법으로 과감한 투자를 결정하고 적극적인 경영전략을 수립함으로써 회사의 이익과 발전을 도모할 수 있다고 한다(최병규, “경영판단원칙과 그의 수용 방안”, 「기업법연구」 제19권 제2호, 한국기업법학회, 2005, 121면; 최윤범, “경영판단의 원칙”, 「비교법학」

이를 적용한 판례가 있다.<sup>431)</sup> 중국의 학계에서도 경영판단원칙 도입에 대하여 활발한 논의가 있고, 다수설<sup>432)</sup>은 긍정설을 취하고 있다. 다섯째, 양국은 모두 회사의 지배구조의 개선과 내부감독기능을 강화함으로써 지배주주의 독단 문제를 해결하기 위하여 사외이사 또는 독립이사제도를 도입하였고, 그의 자격 요건,<sup>433)</sup> 정보수집권,<sup>434)</sup> 선임절차,<sup>435)</sup> 등 면에서 유사점이 있다.

제2권, 전주대학교 비교법학연구소, 2002, 69면; 최기원, 「신회사법론」 제13대정판, 박영사, 2009, 656면; 송인방, “경영판단원칙의 도입가능성에 관한 검토”, 「법학연구」 제14권, 충남대학교 법학연구소, 2003, 330면, 331면; 조성중·윤영수, “이사의 회사에 대한 손해배상책임과 경영판단원칙”, 「법학연구」 제23집, 한국법학회, 2006, 176면, 177면).

431) 한국에서 경영판단의 원칙에 대하여 비교적 상세하게 실시한 최초의 판례는 대구지법2000. 5. 30. 선고 99가합13533 판결이다. 동 판결에서 「대표이사의 행위가 회사의 경영에 관한 것인 경우에는, 대표이사가 법령이나 정관의 규정에 위배되지 아니하는 범위 안에서 회사의 경영에 대한 판단재량권을 가지고 있고, 또한 회사경영이란 것이 그 성질상 다소의 모험을 수반하기 마련이므로, 대표이사가 업무를 집행함에 있어 경영자로서 요구되는 합리적 선택의 범위 안에서 판단하고 이에 따라 업무를 집행하였다면 사후 그의 행위로 인하여 회사가 손해를 입었다고 할지라도 대표이사에게 선량한 관리자로서의 주의의무를 위반하였다고 하여 책임을 물을 수는 없다 할 것이나, 대표이사가 경영에 관한 판단을 함에 있어 판단의 자료가 될 정보를 용이하게 수집할 수 있었음에도 불구하고 이용 가능한 정보를 수집하기 위한 노력을 태만하거나 이용 가능한 정보를 얻을 때까지 판단을 유보하지 아니한 채 무모하거나 경솔한 판단을 내리는 경우는 경영판단에 관하여 허용된 재량권의 범위를 일탈한 것으로서 선량한 관리자로서의 주의의무에 위반된다」라고 하였다. 그 후 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결을 시작으로 하여 우리나라 대법원에서도 경영판단의 원칙을 언급한 판례들이 나타나기 시작하여 요건에 대하여도 좀 더 상세한 내용이 나타났다. 판결에서 경영판단 원칙 적용의 기준으로, 첫째 이사의 행위가 법령에 위반하지 않은 것, 둘째 합리적으로 이용 가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거쳤을 것, 셋째 이러한 정보를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하면서 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸을 것, 넷째 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있을 것 등을 제시하고 있음을 볼 수 있다(김효신, “경영판단원칙과 선관주의의무의 재정립”, 「중앙법학」 제13집 제4호, 중앙법학회, 각주37, 463면).

432) 앞에 제3장에서 설명하였다.

433) 한국 회사법 제382조 제3항: ① 회사의 상무에 종사하는 이사·감사·집행임원 및 피용자 또는 최근 2년 이내에 회사의 상무에 종사한 이사·감사·집행임원 및 피용자 ② 최대주주가 자연인인 경우 본인과 그 배우자 및 직계 존속·비속, ③ 최대주주가 법인인 경우 그 법인의 이사·감사·집행임원 및 피용자, ④ 이사·감사·집행임원의 직계 존속·비속, ⑤ 회사의 모회사 또는 자회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자, ⑥ 회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사·감사·집행임원 및 피용자, ⑦ 회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자가 이사·집행임원으로 있는 다른 회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자 등은 사외이사가 될 수 없다. 중국 「지도의견」 제2조, 제3조의 의하면 소극적 요건으로서 다음에 해당하는 자는 독립이사가 될 수 없다. ① 당해 상장회사 또는 종속회사에 재임 중인 임원 또는 그의 직계혈족, ② 당해 상장회사의 발행주식총수의 1/100 이상을 직·간접적으로 보유하는 주주 또는 법인주주 외 주주 중 10위 내의 주주 또는 그의 직계혈족, ③ 당해 상장회사의 발행주식총수의 5/100 이상을 보유한 법인주주 또는 법인주주 중 5위 이내에 해당하는 법인주주에 재임 중인 임원 또는 그의 직계혈족, ④ 최근 1년 전 ①②③에 해당하는 자, ⑤ 당해 상장회사 또는 종속회사에 재무·법률·자문을 제공하는 자, ⑥ 회사 정관에서 정한 기타의 자, ⑦ 증권감독위원회에서 정한 자 등 이다.

434) 한국 회사법은 감사위원회와 감사에 대해서는 이사에 대한 보고요구권과 업무 및 재산상태 조사권(제415조의2 제6항, 제412조 제1항, 제2항)을 규정하고 있다. 따라서 감사위원회 위원인 사외이사는 이에 의하여 영업상의 중요 정보를 확보할 수 있다. 중국 「지도의견」 제7조 제1항 제1단: 회사는 독립이사에게 이사 회결의사항에 대한 자료와 정보를 법정 시간 내통지하여야 한다. 그 자료와 정보가 불충분한 경우에는 보충을 요구할 수 있다. 2인 이상의 독립이사는 자료와 정보의 불충분을 이유로 이사회회의 연기 또는 해당 사항의 심의의 연기를 청구할 수 있다.

## 2. 차이점

### (1) 이사의 종류 및 회사와 이사의 관계

첫째, 이사의 종류에 있어서 한국회사법은 사내이사, 사외이사, 그 밖에 상무에 종사하지 아니하는 이사를 규정하고 있다.<sup>436)</sup> 이에 비하여 중국회사법은 사내이사, 독립이사, 종업원대표이사를 규정하고 있다. 둘째, 회사와 이사의 관계를 한국 회사법은 위임으로 규정하고 있다.<sup>437)</sup> 이에 비하여 중국은 회사법에서 회사와 이사의 관계에 관한 규정이 없어서 앞에서<sup>438)</sup> 본 바와 같이 이사와 회사와의 관계에 관하여 학설상 논쟁이 있지만 위임관계로 보는 것이 타당하다.

### (2) 이사의 선임

첫째, 양국 회사법은 이사회를 구성하는 이사의 수에서 서로 다르게 규정하고 있다. 한국의 경우 이사는 최소 3인 이상으로 하여 제한이 없다.<sup>439)</sup> 반면에 중국의 경우 이사의 인원수는 최소 5인 이상 최대 19인 이하이어야 한다.<sup>440)</sup> 둘째, 한국 회사법에서 사외이사 이외의 이사의 자격에 대하여는 특별한 제한을 두고 있지 않다. 따라서 주주가 아니어도 무방하다. 그리고 이사의 자격을 제한하는

435) 양국의 상장회사에 있어서는 사외이사(독립이사)의 후보추천절차가 있다. 한국은 상장회사의 경우 상법 제542조의8 제1항 단서에 의하여 사외이사 후보를 추천하기 위하여 상법 제393조의2의 위원회를 설치하여야 한다. 이 경우 사외이사후보추천위원회는 사외이사가 총 위원의 2분의1 이상이 되도록 구성하여야 한다. 상법 제542조의8 제1항 단서에서 규정하는 상장회사의 경우 주주총회에서 사외이사를 선임하고자 하는 때에는 사외이사후보추천위원회의 추천을 받은 자 중에서 선임하여야 한다. 이 경우 상장회사의 사외이사후보추천위원회가 사외이사 후보를 추천함에 있어서는 상법 제363조의2 제1항, 상법 제542조의5 제2항 또는 상법 제542조의8 제1항의 권리를 행사할 수 있는 요건을 갖춘 주주가 주주총회일의 6주전에 추천한 사외이사 후보를 포함시켜야 한다. 중국의 경우 「지도의견」 제4조 제3항 제2단에 의하여 독립이사는 추천기관의 추천에 의해 선임기관에서 선임된다. 독립이사를 추천할 수 있는 자는 이사회, 감사회, 회사의 발행주식총수 중 1/100이상을 보유하는 주주이다. 그리고 상장회사는 증권감독위원회에 독립이사후보의 자료를 제출하여야 하고 증권감독위원회는 15일 내에 독립이사의 자격과 독립성에 대하여 심사하여야 한다.

436) 한국 회사법 제317조 제2항 제8호.

437) 한국 회사법제382조 제2항.

438) 이는 앞에 제3장에서 설명하였다.

439) 한국 회사법제383조 제1항.

440) 중국 회사법 제109조.

것은 그 내용이 사회질서에 반하지 않는 한 유효하다.<sup>441)</sup> 이에 비하여 중국 회사법은 이사 자격에 대하여 소극적인 요건을 두고 있다.<sup>442)</sup> 셋째, 이사의 선임 기관에 있어서 한국 주식회사의 모든 이사는 주주총회에서 선임된다.<sup>443)</sup> 이사의 선임을 제3자나 기타 기관에 위임하거나, 이사의 선임에 주주총회의 결의 외에 제3자의 동의를 요하도록 하는 정관의 규정은 효력이 없다.<sup>444)</sup> 다만 회사 설립시에는 발기인이 선임하거나 창립총회에서 선임한다.<sup>445)</sup> 그러나 중국 주식회사에서는 사내이사, 독립이사는 주주총회에서 선임되지만 종업원이사는 종업원대표대회(또는 종업원대회)에서 선임된다.<sup>446)</sup> 넷째, 이사의 선임방법에 있어 한국 회사법상 원칙적으로 집중투표제를 허용하고 있으나 정관으로 집중투표제를 배제할 수 있다. 그리고 집중투표제에 관하여 자세한 규정을 두고 있다.<sup>447)</sup> 반면에 중국회사법은 이사를 선임할 때 정관으로써 집중투표제를 채택한 경우 이를 운용하도록

441) 이철송, 전계서, 627면.

442) 중국 회사법 제147조: 이사가 될 수 없는 자는 ① 행위능력이 없거나 제한을 받는 자, ② 횡령, 뇌물제공, 재산침해, 재산유용 또는 사회주의시장경제질서를 파괴한 행위 등으로 인하여 형사처벌을 받아 집행이 종료된 후 5년이 경과하지 아니한 자 또는 범죄로 인하여 참정권이 박탈되고 집행이 종료된 후 5년이 경과하지 아니한 자, ③ 회사의 파산에 책임이 있는 이사, 사장 또는 경리로서 파산에 따른 청산절차의 완료 일로부터 3년이 경과하지 않은 이사, 사장 또는 경리, ④ 위법행위로 인하여 영업허가가 취소된 회사의 법정대표자로서 그 취소된 날로부터 3년이 경과되지 않은 경우, ⑤ 기타 채무과다인 자로서 그 채무의 이행이 완료되지 아니한 자.

443) 한국 회사법 제382조 제1항: 이사는 주주총회에서 선임한다.

444) 정동윤, 「상법(上)」, 제4판, 법문사, 2009, 574면.

445) 한국 회사법 제296조 제1항, 제312조.

446) 중국 회사법 제109조에 의하면 종업원대표는 종업원대회 또는 기타 형식을 통하여 선임하도록 한다.

447) 한국 회사법이 규정하는 집중투표제의 요건은 다음과 같다. 첫째, 정관에서 집중투표제를 배제하는 규정을 두지 않아야 한다(한국 회사법 제382조의2 제1항). 둘째, 2인 이상의 이사를 선임하는 주주총회의 결의의 경우에 한하여 집중투표제를 채택할 수 있다(한국 회사법 제382조의2 제1항). 셋째, 집중투표제의 청구권자는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주이다(한국 회사법 제382조의2 제1항). 회사 설립시 발기인이나 주식인수인이 이사를 선임하는 경우는 본조의 적용이 없다. 사업연도 말 자산총액이 2조원 이상인 상장회사의 경우에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자가 집중투표를 청구할 수 있다(한국 회사법 제542조의7 제2항). 넷째, 집중투표제의 청구절차에 대하여 비상장회사의 경우는 집중투표의 청구는 주주총회일의 7일 전까지 서면 또는 전자문서로 이를 하여야 한다(한국 회사법 제382조의2 제2항). 7일 이내에 청구하거나 서면에 의하지 아니하고 청구한 때에는 회사는 이에 응할 의무가 없다. 상장회사의 경우 주주총회일 6주 전까지 서면 또는 전자문서로 회사에 청구하여야 한다(한국 회사법 제542조의7 제1항). 집중투표의 청구가 있는 경우에는 의장은 의결에 앞서 그러한 청구가 있다는 취지를 알려야 한다(한국 회사법 제382조의2 제5항). 회사가 이러한 공시를 하지 않으면 소집절차 또는 결의방법에 하자가 있는 것이므로 결의취소의 원인이 된다. 소수주주가 위와 같이 집중투표를 서면으로 청구하면 회사는 이러한 서면을 주주총회가 종결될 때까지 본점에 비치하고 주주로 하여금 영업시간 내에 열람할 수 있게 하여야 한다.(한국 회사법 제382조의2 제6항). 집중투표제의 방법으로 투표한 결과 투표의 최다수를 얻은 자부터 순차적으로 이사에 선임된다(한국 회사법 제382조의2 제4항).

하고 있으나, 집중투표제의 청구권자와 청구절차 등에 관하여는 구체적인 규정이 없다.

### (3) 이사의 종임

이사의 종임의 사유에 있어 한국 회사법은 소수주주의 소에 의한 해임청구를 인정하고 있다.<sup>448)</sup> 이에 반하여 중국회사법에서는 소수주주의 해임청구에 관한 규정이 없다.

### (4) 이사의 의무

첫째, 한국 회사법에서는 회사와 이사의 관계에 대하여는 위임에 관한 규정이 준용<sup>449)</sup> 되므로, 이사는 회사의 업무를 집행함에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 진다.<sup>450)</sup> 그리고 1998년 회사법은 이사의 책임강화를 통하여 건전한 기업운영을 촉진하고 기업 경영의 투명성을 제고한다는 목적에서 충실의무를 도입하였다. 반면에 중국 회사법은 먼저 이사의 충실의무를 명문화하고 후에 주의의무를 명문화하였다. 양국에서는 주의의무와 충실의무의 성질의 동질성 여부에 관하여 견해의 대립이 있는데,<sup>451)</sup> 중국에서는 이질설이 통설<sup>452)</sup>인 반면 한국에서는 동질

448) 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임이 부결된 때에는 발행주식총수의 100분의 3이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1월 내에 그 이사의 해임을 본점소재지의 지방법원에 청구할 수 있다(한국 회사법 제385조 제2항). 상장회사의 경우 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 10,000분의 50(자본금이 1,000억원 이상인 회사는 10,000분의 25)이상에 해당하는 주식을 보유한 자가 그 이사의 해임청구의 소를 제기할 수 있다(한국 회사법 제542조의6 제3항).

449) 한국 회사법제382조 제2항.

450) 한국 민법 제681조.

451) 한국의 경우 동질설에 의하면 충실의무는 주의의무와 동질적인 의미로 보거나 주의의무를 구체화한 표현에 불과하고, 회사이익에 반하는 이사의 행위를 금지하는 취지라면 주의의무와 충실의무의 법리로 동일한 결과를 도출할 수 있기 때문에 양자의 구별의 실익은 거의 없다고 한다(최기원, 전게서, 652면; 이철송, 전게서, 609면; 최준선, 「회사법」, 제5판, 삼영사, 2010, 455면; 정찬형, 전게서, 957면, 958면). 반면 이질설에 의하면 충실의무는 주의의무와는 연원을 달리하며 성격도 다른 의무라고 한다. 이질설에서는 충실의무와 주의의무는 그 위반 요건과 효과에서 차이가 있는 것으로 파악한다. 즉 이사의 주의의무는 이사의 직무집행에 있어서 기울여야 할 주의의 정도에 관한 것으로 직무를 집행하는 측면에서 요구되는 의무임에 반하여 충실의무는 개인 관계적 측면에서 요구되는 의무로 해석해야 한다고 한다(손진화, 「상법강의」, 제2판, 신조사, 2010, 447면; 정동윤, 전게서, 610면, 611면; 권재열, “회사법제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의—대법원 판례의 동향에 대한 검토를 중심으로”, 「상사판례연구」, 제22집, 제1권, 2009, 28면, 29

설이 다수설과 판례<sup>453)</sup>의 입장이다. 둘째, 한국 회사법은 이사의 이사회에 대한 보고의무를 규정하고, 감사에 대하여 소극적 보고의무<sup>454)</sup>뿐만 아니라 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때마다 수시로 보고하여야 한다는 소극적 보고의무<sup>455)</sup>도 규정하고 있다. 반면에 중국 회사법은 이사의 보고의무가 없다. 셋째, 한국에서 이사회 감시의무는 이사가 이사회를 통하여 대표이사를 포함하여 다른 이사의 직무의 집행을 감독하는 것을 말하는 것<sup>456)</sup>으로서 실정법상의 개념은 아니다.<sup>457)</sup> 그러나 학설<sup>458)</sup>과 판례<sup>459)</sup>는 회사법 제393조 제2항과 제

면).

452) 앞에 제3장에서 설명하였다.

453) 판례는 충실의무가 명문화되기 전에 이사의 책임을 묻는 사안에서 ‘고의 또는 중대한 과실로 인한 임무 해태행위라 함은 이사의 직무상 충실 및 선관주의의무 위반행위로서...’라는 판결에서 사용된 충실의무라는 용어는 단순히 이사의 선관주의의무를 부연설명하기 위해 사용한 것으로 판단되어 커다란 의미는 없는 것으로 보여 진다고 하여 충실의무는 단지 이사의 주의의무 안에 포함되는 것으로 풀이하고 있음을 알 수 있다(대법원 1985. 11. 12 선고, 84다카2490 판결). 1998년 개정 회사법 제382조의3에 충실의무를 명문화한 후에도 판례는 ‘이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로 그 의무를 충실히 한 때에야 이사로서의 임무를 다한 것으로 된다’, ‘임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고’라는 표현을 사용하여 역시 충실의무는 주의의무에 포함되는 것으로 보고 있다(대법원 2002. 6. 14, 2001다52407판결; 대법원 2006. 6. 16, 2005다31194 판결; 대법원 2007. 9. 21, 2005다34797 판결; 대법원 2008. 5. 9, 2006다8368 판결).

454) 한국 회사법 제412조 제2항에 의하면 감사는 언제든지 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구하거나 회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있다. 이는 감사의 보고요구에 의해서 이사는 보고의무를 진다는 의미에서 소극적 보고의무라 할 수 있다.

455) 한국 회사법 제412조의2에 의하면 이사는 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사에게 이를 보고할 의무를 진다. 이는 감사의 요구가 없더라도 스스로 적극적으로 보고하여야 한다는 것이기 때문에 적극적 보고의무라 할 수 있다. 감사에 대한 소극적 보고의무와 적극적 보고의무는 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 소극적 보고의무는 감사의 보고요구에 대한 반사적인 의무로서 감사가 감사의 실천수단으로서 행사하는 한, 그것이 자의적이거나 권리남용이 아닌 한 이사는 회사의 기밀에 속한다는 등의 이유로도 보고를 거부할 수 없다. 이러한 경우 보고요구를 받은 이사의 보고내용은 보고요구에 따른 것이며 요구가 있을 때마다 보고해야 한다. 적극적 보고의무는 감사에 의한 감사를 용이하게 하고 회사의 손해를 사전에 방지하기 위하여 1995년 개정상법에 도입된 것이다. 보고의 내용은 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실로서 그 사실을 발견한 때마다 수시로 보고해야 한다. 이 의무를 지는 이사는 대표이사뿐만 아니라 손해발생의 사실과 무관하더라도 그러한 사실을 발견한 이사 모두를 포함한다. 그러므로 보고하여야 할 사실을 알고 있는 이사가 감사에게 보고를 하지 않았다는 것을 알고 있는 이사도 보고의무를 진다. 자본금의 총액이 10억원 미만으로서 감사를 선임하지 않은 회사에서의 이사의 감사(감사위원회)에 대한 보고의무는 주주총회에 대하여 보고할 의무가 있다(한국 회사법 제409 제4항 및 6항). 이사가 이러한 보고의무를 위반하고 이로써 회사에 손해가 발생하면 이사는 회사에 대하여 법령위반으로 인한 손해배상책임을 지고(한국 회사법 제399조 제1항), 감사는 이를 감사보고서에 기재하여야 한다(한국 회사법 제447조의4 제2항 제10호).(최기원, 전게서, 675면).

456) 최준선, 전게서, 470면.

457) 이철송, 전게서, 709면.

458) 한국 회사법 제393조 제3항은 「이사는 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있다」라고 규정하는데 이사의 권한은 동시에 이사의 의무로 이해해야 하므로 이 규정 역시 이사의 감시의무의 근거규정으로 볼 수 있다(이철송, 전게서, 709면).

3항을 근거로 이사회 의 감독권을 이사의 감시의무를 포함하는 개념으로 이해하고 있다.<sup>460)</sup> 이에 비하여 중국은 감시의무에 관한 규정이나 학설이 없다. 넷째, 한국 회사법은 자기거래 제한의 인적범위에 대하여 이사의 배우자 등 친인척 및 계열사로 규정하고 있고, 자기거래의 유효요건은 이사의 3분의 2의 수로써 사전에 승인을 받아야 하며 거래의 내용과 절차의 공정성을 요건으로 하고 있다.<sup>461)</sup> 이에 비하여 중국의 경우 제한 받는 자의 범위는 이사만으로 한정하고 있으며 승인방식은 정관의 규정 또는 주주총회의 동의이며, 승인절차에 대하여 상세한 규정이 없다.<sup>462)</sup> 한국 회사법은 자기거래의무에 관하여 “자기 또는 제3자의 계산으로” 라고 규정하고 있으므로 누구의 이름으로 회사의 상대방이 되어 거래하였는가는 묻지 않는다. 그리고 한국의 통설<sup>463)</sup>과 판례<sup>464)</sup>는 거래의 범위에 있어 이사 또는 이와 위탁·대리·대표 등의 일정한 관계에 있는 제3자가 직접 회사의 상대방이 되는 경우(이른바 직접거래)뿐만 아니라, 회사의 거래로 인한 결과적인 이익이 이사 등에 귀속되는 경우(이른바 간접거래)도 자기거래에 포함된다고 한다. 이에 비교하여 중국 회사법은 자기거래금지의무 이외에 재무협조행위에 대하여 규정하고 있다.<sup>465)</sup> 재무협조행위는 “타인에게” “대여” 또는 “담보”를 제공하는 것이므로 제3자의 계산으로 하는 행위라고 볼 수 있다. 대여행위 또는 담보행위는 결과적으로 이익이 제3자에 귀속하므로 간접거래의 범위에 속한다고 볼 수

459) 대법원 2002. 5. 24. 2002다8131 판결; 2004. 26. 2002다29138 판결, 2004. 12. 10. 2002다60467·60474, 판결; 2007. 9. 20. 2007다25865 판결; 2007. 9. 21. 2005다34797 판결; 2007. 12. 13. 2007다60080 판결.

460) 이철송, 전게서, 709면.

461) 한국 회사법 제398조: 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회 의 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회 의 승인은 이사 3분의2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다. ① 이사 또는 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주. ② 제1호의 자의 배우자 및 직계·준비속. ③ 제1호의 자의 배우자의 직계·준비속. ④ 제1호부터 제3호까지의 자기 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사. ⑤ 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사.

462) 중국 회사법 제149조 제1단 제4항: 이사는 회사정관을 위반하거나 주주총회의 동의를 얻지 않은 경우에는 회사와 계약을 맺거나 거래를 할 수 없다.

463) 통설은 실질에 의하여 이사 등과 회사간의 이해충돌을 생기기 할 염려가 있는 모든 재산상의 법률행위가 자기거래행위에 해당한다(정찬형, 전게서, 968면).

464) 대법원 1974. 1.15 73다955 판결; 1974. 10. 31 73다954 판결.

465) 중국 회사법 제149조 제1단 제3항: 이사는 회사의 정관에 위반하여 주주총회 또는 이사회 의 동의를 거치지 않고 회사자금을 타인에게 대여해 주거나 또는 회사의 재산을 타인의 채무에 대한 담보로 제공할 수 없다.



있다. 따라서 한국 회사법에서 규정하고 있는 이사의 자기거래금지의무는 중국 회사법에서 규정하고 있는 이사의 자기거래금지의무<sup>466)</sup>와 재무협조의무를 포함한다고 볼 수 있다. 중국 회사법에서 재무협조의무를 자기거래행위와 별도로 규정 하는 이유는 대여행위에 대하여는 중국 법전통상 엄격하게 규제하여 왔기 때문이다.<sup>467)</sup> 다섯째, 한국 회사법은 경업금지의무의 내용은 경업금지와 겸직금지로 규정하고 있다.<sup>468)</sup> 이에 비하여 중국은 국가단독출자회사에서는 경업과 겸직금지의무를 규정하고 있지만,<sup>469)</sup> 일반 주식회사에서는 경업금지의무만 규정하고 있다. 그리고 승인기관은 한국은 이사회<sup>470)</sup>인 반면 중국은 주주총회<sup>471)</sup>이다. 여섯째, 한국 회사법은 회사기회의 유용금지의무를 별도로 규정하고 회사기회의 범위에 관하여 비교적 상세하게 규정하고 있다.<sup>472)</sup> 반면에 중국의 경우 회사기회의

466) 중국 회사법 제149조 제1단 제4항: 이사는 회사정관을 위반하거나 주주총회의 동의를 얻지 않은 경우에는 회사와 계약을 맺거나 거래를 할 수 없다.

467) 중국의 이사의 자기거래금지의무와 재무협조의무는 따로 규정하는 입법례는 영국과 유사하다. 영국 회사법 제197조(1)(CA 2006, s 197(1))에 의하면 회사가 이사 또는 그의 지주회사의 이사에게 대여하는 경우에는 회사의 승인을 요하며(requires approval resolution of members of any company for a loan to a director of the company or of its holding company), 또한 제3자에 대한 대여에 관하여 담보 또는 보증을 제공하는 경우 예도 회사의 승인을 요한다.(The same applies to guaranteeing or giving security in connection with a loan made by any other persons). (Mayson, Stephen, French, Derek & Ryan, 전게서, p492). 한국의 이러한 입법례는 미국과 유사하다. 미국에서 Marclano v. Nakash supreme court of Delaware, 1987, 535 A.2d 400 판례를 통하여 대여행위는 이사의 자기거래금지의무(self-dealing)로 이해한다고 볼 수 있다(Hamilton, Robert W. & Macey, Jonathan R, 「Cases and Materials on Corporations」, Thomson west, 2007, p756).

468) 경업금지의무는 이사는 이사회의 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속하는 거래를 하거나 (경업금지의무) 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다는 것이다(겸직금지의무)(한국 회사법 제397조).

469) 중국 회사법 제70조: 국가단독출자회사의 이사장, 부이사장, 이사, 고급관리자는 국유자산감독관리기구의 동의를 거치지 않고는 다른 유한책임회사, 주식유한회사 또는 기타 경제조직의 책임자를 겸임하지 못한다.

470) 한국 회사법 제383조 제4항.

471) 중국 회사법 제149조 제1단 제5항.

472) 이사는 회사의 영업과 재산을 관리하는 지위에 있으므로 일반적으로 회사의 이익을 가로챌 수 있는 기회를 많이 가지고 있다. 그래서 한국 회사법은 이전부터 제397조와 제398조를 두어 이사가 회사와 경업을 하거나 자기거래를 하는 바와 같이 회사와 이익충돌이 생기는 것을 방지해 왔다. 그러나 최근 경제가 발전함에 따라 회사의 규모가 커지고 영리회사가 확산되고 있어, 기존의 경업금지와 자기거래를 정면으로 위배하지 않고도 회사의 영업기회를 유용함으로써 회사가 취할 이익을 이사가 가로챌 수 있는 기회가 늘고 있다. 이에 2011년 개정법은 경업금지 및 자기거래에 해당하지 않는 제3 유형의 이익충돌로서 회사의 사업기회의 이용이라는 행위를 반규범적 행위로 신설하여 규율하기에 이르렀다(이철송, 전게서, 728면). 이사가 이사회의 승인 없이 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용할 수 없는 회사의 사업기회는 현재 또는 장래에 회사에 이익이 될 수 있는 사업기회(한국 회사법 제397의2 제1항 본문)로서 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회(한국 회사법 제397조의2 제1항 제1호) 또는 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회(한국 회사법 제397조의2 제1항 제2호)이어야 한다. 이사의 회사의 사업기회 유용금지의 대상은 이사이다(한국 회사법 제397조). 회사법 제397조의2 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 회사에 대하여 손해를 배상할 책

유용금지의무는 경업금지의무와 함께 동조문에서 규정하고 있고, 그 내용이 비교적 추상적이다.<sup>473)</sup> 일곱째, 한국 회사법은 이사는 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다고 이사의 비밀유지의무<sup>474)</sup>를 규정하고 있다. 반면에 중국 회사법은 비밀유지의무를 규정<sup>475)</sup>하고 있으나, 그에 관한 구체적인 규정을 두고 있지 않다. 여덟째, 개입권의 행사에 있어서 한국은 이사가 경업금지의무에 위반한 경우에만 인정하는 반면에<sup>476)</sup> 중국은 경업금지의무 위반의 경우뿐만 아니라, 기타 일반적인 충실의무를 위반한 경우에도 인정하고 있다.<sup>477)</sup>

#### (5) 이사의 책임

첫째, 한국법상 이사의 책임은 크게 “회사에 대한 책임”과 “제3자에 대한 책임”으로 나뉘고, 회사에 대한 책임은 다시 업무집행과 관련한 “손해배상책임”<sup>478)</sup>과 “자본충실의 책임”<sup>479)</sup>으로 분류된다. 이에 비하여 중국 회사법에서는 이사의

---

임이 있는데 이 때 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다(한국 회사법 제397조의2 제2항).

473) 중국 회사법 제149조 제1단 제5조: 이사는 주주총회의 승인을 얻지 않고 직무상의 편의를 이용하여 본인 또는 타인을 위하여 회사에 속하는 상업(영업)기회를 도모할 수 없으며, 회사와 동종영업을 자영하거나 타인의 계산으로 영업할 수 없다.

474) 한국 회사법 제382조의4.

475) 중국 회사법 제149조 제1단 제7항: 이사는 월권하여 자기 임의대로 회사의 비밀을 누설할 수 없다.

476) 한국 회사법 제397조 제2항: 회사는 이사회 결의로 그 이사의 거래가 자기의 계산으로 한 것인 때에는 이를 회사의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고, 제3자의 계산으로 한 것인 때에는 그 이사에 대하여 이로 인한 이득의 양도를 청구할 수 있다.

477) 중국 회사법 제149조 제2단: 이사가 제1단의 규정(충실의무)을 위반하여 취득한 이득은 회사에 귀속한다.

478) 한국 회사법 제399조.

479) 자본충실의 책임이란 이사가 신주발행의 경우에 회사설립의 경우의 발기인과 같은 자본충실의 책임을 지는 것을 말한다. 신주발행으로 인한 변경등기가 있는 후에 아직 인수하지 않은 주식이 있거나 주주인수의 청약이 취소된 때에는 이사가 이를 공동으로 인수한 것으로 보며(한국 회사법 제428조 제1항), 이렇게 인수가 의제된 주식에 대하여는 이사는 납입 책임을 부담한다(한국 회사법 제333조 제1항). 이러한 이사가 자본충실의 책임을 지는 경우가 발생하는 경우에는 동시에 이사에 대해 임무해태가 있다고 볼 수 있기 때문에, 그로 인하여 회사에게 손해가 발행한 때에는 이사는 회사에 대하여 자본충실의 책임을 부담하는 것과는 별도로 손해배상책임도 부담한다(한국 회사법 제428조 제2항). 또 이러한 책임은 변경등기에 의한 공시에 대한 신뢰를 보호하기 위하여 법정된 책임이므로, 이사회 결의에 참가하지 않은 이사회 참가하였으나 반대한 이사회도 이 책임을 면할 수 없다. 이사의 자본충실의 책임은 회사채권자에 대한 담보의 기능을 가지기 때문에 무과실책임이고 총주주의 동의에 의해서도 면제될 수 없다(정찬형, 전제서, 994면; 정동윤, 전제서, 623면).

회사에 대한 자본충실책임이 없다. 왜냐하면 중국 회사법은 신주발행의 권한은 이사회가 아닌 주주총회에 속하기 때문이다.<sup>480)</sup> 둘째, 이사의 제3자에 대한 책임에 있어서 제3자의 범위를 한국의 경우는 회사채권자나 기타 이해관계인뿐만 아니라 주주나 주식인수인도 포함한다는 견해가 통설<sup>481)</sup> 이지만 판례와 소수설은 주주가 입은 간접손해를 포함시킨다면 주주가 회사채권자에 우선하여 변제를 받는 결과가 되므로 제외시켜야 한다고 한다.<sup>482)</sup> 그리고 이러한 책임의 주관적인 요건으로서 악의 또는 중대한 과실을 요한다. 또한 이사의 임무해태행위가 이사회 결의에 의한 경우는 결의에 찬성한 이사도 연대책임을 지고,<sup>483)</sup> 그 결의에 참가한 이사로서 의사록에 이의를 제기한 기재가 없는 경우에는 그 결의에 찬성한 것으로 추정되어 연대책임을 부담한다.<sup>484)</sup> 그러나 중국의 경우 제3자의 범위는 회사법에서는 주주로 하고 있다. 그러나 사법해석은 회사의 해산과 청산 등에 관한 사안에서 채권자로 확대하였는데, 이 사법해석에 근거하여 이사의 제3자에 대한 책임에 있어서 제3자의 범위를 채권자 및 이해관계자를 포함한다고 볼 수 있다는 것이 다수설이다.<sup>485)</sup> 그리고 책임의 요건에 대하여 법률·행정법규·회사정관을 위반한 것만 규정하고, 주관적인 요건을 요구하고 있지 않다.<sup>486)</sup> 셋째, 이

480) 중국 회사법 제134조: 회사가 신주 발행시 주주총회는 다음 사항을 결의하여야 한다. (1) 신주의 종류 및 수. (2) 신주의 발행가격. (3) 신주발행의 시기. (4) 주주에게 발행할 신주의 종류 및 수.

481) 이철송, 전게서, 772면; 정찬형, 전게서, 995면.

482) 대법원 1993. 1. 26, 선고 91다36093 판결: 「...주식회사의 주주가 대표이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위로 직접 손해를 입은 경우에는 이사와 회사에 대하여 회사법제401조, 제389조 제3항 제210조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있으나, 대표이사가 회사 재산을 횡령하여 회사 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은, 간접적인 손해는 회사법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 위 법조항에 의한 손해배상을 청구할 수 없다고 봄이 상당하다.」.

483) 한국 회사법 제401조 제1항.

484) 한국 회사법 제401조 제2항, 제399조 제2항, 제3항.

485) 「최고인민법원의 중국회사법 적용에 관한 규정(2)」(最高人民法院關於适用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(二)): 제18조: 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주는 법정 기한 내에 청산을 하지 못함으로써 회사의 재산 가치의 하락, 회사 재산의 유실, 훼손, 멸실을 초래한 경우, 그 초래한 손해의 범위내에서 채권자에 대하여 손해배상책임을 진다. 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주는 임무해태로 인하여 회사의 중요한 재산, 장부, 자료의 멸실을 초래하여 청산을 하지 못하는 경우, 채권자에 대하여 회사의 채무에 대하여 연대책임을 진다. 회사의 실질적인 지배자의 행위로 인한 경우에도 동일한 책임이 있다. 제19조: 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주, 회사의 실질적 지배자는 회사가 해산한 후에 악의적으로 회사의 재산을 처분하여 채권자에게 손해를 입힌 경우, 또는 청산을 거치지 않고 허위의 청산보고로써 회사등기기관에 법인말소등기(法人注銷登記)를 한 경우에 채권자에 대하여 배상책임을 진다.

486) 중국 회사법 제150조: 이사가 회사의 업무를 집행할 때 법률·행정법규·회사정관을 위반하여 회사에 손

사의 책임 추궁의 방법에 있어서, 한국 회사법에서는 사전 예방적 방법인 이사의 위법행위유지청구권<sup>487)</sup>과 사후 추궁 방법인 대표소송제도가 있다.<sup>488)</sup> 유지청구는 감사나 소수주주가 회사를 위해서, 즉 회사의 대표기관적 직위에서 이사를 상대로 한다는 점에서 대표소송과 유사하지만, 대표소송은 이미 발생한 손해의 회복을 위한 사후적 구제수단인 데 반해, 유지청구는 손해의 사전적 예방수단이란 점에서 차이가 있다.<sup>489)</sup> 그러나 중국의 경우 대표소송제도를 규정<sup>490)</sup>하고 있으나 위법행위유지청구권자는 감사에게만 있다. 한국 회사법과 같이 소수주주의 유지청구권 규정은 없다.<sup>491)</sup> 넷째, 대표소송에 있어서 한국의 경우 제소권자에 대하여 상장법인의 경우에는 10,000분의 1이상의 요건에 해당하는 주식을 6개월간 계속 보유<sup>492)</sup>하여야 하지만 비상장법인의 경우는 보유기간에 관한 제한이 없다. 그리고 회사로 하여금 소송참가를 허용하고, 참가기회를 보장하기 위하여 소송고지제도<sup>493)</sup>를 두고 있으며, 담보제공의무를 원고주주에게 부담시키고, 소송비용 및 그 밖에 소송으로 인하여 지출한 비용에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 반면 중국의 경우 상장회사와 비상장회사의 구별 없이 180일 이상의 동일한 보유기간의 제한을 두고 있다.<sup>494)</sup> 그리고 관할법원, 비용부담에 관하여 명문의 규정을 두지 않고 있다. 다섯째, 한국 회사법에서는 이사의 책임에 대한 면제<sup>495)</sup>, 감경,<sup>496)</sup>

해를 끼쳤을 경우에 회사에 손해배상책임을 져야 한다.

487) 위법행위유지청구권이란 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사(감사위원회를 두는 경우에는 감사위원회) 또는 소수주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다(한국 회사법 제402조).

488) 한국 회사법 제403조-제406조.

489) 이철송, 전게서, 783면.

490) 중국 회사법 제152조.

491) 원래 1993년 회사법상 이사회의 결의가 법률·행정법규 또는 정관에 위반하여 주주의 합법적인 권익을 침해한 경우 주주가 인민법원에 제소하여 이러한 위법행위와 침해행위를 정지(停止)시킬 청구권이 있다는 규정(1993년 회사법 제111조)이 있었다. 이는 한국 회사법상의 이사의 위법행위유지청구권과 유사하다고 본다. 그러나 중국 2005년 회사법은 이 규정을 삭제하였다. 그 이유는 앞에 제3장에서 설명하였다.

492) 한국 회사법 제542조의6 제6항.

493) 한국 회사법 제404조 제2항: 소를 제기한 주주는 소를 제기한 후 지체없이 회사에 대하여 그 소송의告知를 하여야 한다.

494) 중국 회사법 제152조.

495) 면제제도란 이사의 회사에 대한 손해배상책임은 총주주의 동의로 면제 할 수 있는 것을 말한다. (한국 회사법 제400조 제1항).

496) 한국 회사법 제400조 제2항: 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 이사가

해제<sup>497)</sup>제도가 있다. 반면에 중국 회사법에는 이사의 책임에 대한 면제, 감경, 및 해제제도가 없다.

#### (6) 이사의 보수

한국의 경우 이사의 보수는 정관 또는 주주총회가 결정한다.<sup>498)</sup> 반면에 중국의 경우 이사의 보수는 주주총회에서 결정하도록 되어 있다.<sup>499)</sup>

#### (7) 사외이사와 독립이사

첫째, 한국 회사법상의 사외이사란 회사의 상무에 종사하지 않는 이사를 말한다.<sup>500)</sup> 이에 비하여 중국의 독립이사란 사외이사로서 회사 또는 주요주주와 관계가 없는 자로서 독립적이고 객관적인 판단을 할 수 있는 이사를 말한다.<sup>501)</sup> 둘째, 사외이사의 원수에 있어 한국은 회사규모에 따라 그 비율이 다르다. 일반 상장회사의 경우 총수의 4분의 1이상, 대규모상장회사의 경우에 사외이사는 전체 이사의 과반수이어야 한다.<sup>502)</sup> 반면에 중국의 경우 모든 상장회사의 독립이사의 인원수는 3분의 1이상이어야 한다.<sup>503)</sup> 셋째, 한국 회사법상 사외이사의 자격에 대하여는 소극적 자격만 규정하고 있다.<sup>504)</sup> 이에 비하여 중국은 독립이사의 적극적 자격과 소극적 자격으로 나누어 규정하고 있다.<sup>505)</sup> 넷째, 한국의 사외이사는

---

그 행위를 한 날 이전 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함한다)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 다만, 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제397조 및 제398조에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

497) 해제제도란 정기주주총회에서 재무제표 등의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 이사의 부정행위를 제외하고 회사는 그 이사의 책임을 해제하는 것을 말한다(한국 회사법 제450조).

498) 한국 회사법 제388조.

499) 중국 회사법 제38조 제2항, 제100조: 주주총회는 다음과 같은 권한을 갖는다.···(2) 이사의 보수를 결정한다.···

500) 한국 회사법 제382조 제3항: 사외이사는 해당 회사의 상무에 종사하지 아니하는 이사로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 자를 말한다.

501) 「지도의견」 제1조 제1항.

502) 한국 회사법 제542조의8 제1항.

503) 「지도의견」 제1조 제3항.

504) 한국 회사법 제382조 제3항.

정보수집권뿐만 아니라 주주총회 의사록 기명날인권,<sup>506)</sup> 각종의 소에 대한 제기권<sup>507)</sup> 등이 있다. 반면에 중국의 독립이사는 정보수집권 이외에는 주로 의견발표 권한 등의 형식적 권한을 가질 뿐이다. 다섯째, 한국의 사외이사는 보통의 이사와 동일한 의무를 갖는 반면에 중국의 독립이사는 보통의 이사의 의무와 책임을 부담할 뿐만 아니라 특별한 의무<sup>508)</sup>를 부담한다. 여섯째, 한국은 대규모상장회사(자산총액이 2조원 이상인 회사)의 사외이사의 선임을 위하여는 사외이사 후보추천위원회를 설치하여야 한다.<sup>509)</sup> 반면 중국 상장회사의 경우 추천위원회는 독립이사 뿐만 아니라 일반이사나 경리를 추천하기 위한 것이고, 그의 설치 여부는 주주총회의 결의에 의한다.<sup>510)</sup>

### 3. 중국 회사법에 대한 시사점

#### (1) 집중투표제

집중투표제의 목적은 이사 전원이 대주주에 의해 독점적으로 선임되는 것을 견제하기 위한 것이다.<sup>511)</sup> 그러나 앞에 본 바와 같이 정관에 집중투표제배제규정이 없을 경우에 주주총회의 보통결의로 채택될 수 있도록 하고 있으나,<sup>512)</sup> 이는

505) 「지도의견」 제2조, 제3조.

506) 사외이사는 이사로서 주주총회 의사록 기명날인권이 있다(한국 회사법 제373조 제2항). 의사록에는 의사의 안건, 경과요령, 그 결과와 반대하는 자와 반대이유를 기재하고 출석한 이사 및 감사가 기명날인 또는 서명하게 되어 있으므로(한국 회사법 제391조의3 제2항) 사외이사가 이사회 결의 결과에 대하여 책임을 면하기 위하여는 반대의견을 표명하고 그에 서명날인하면 면책되는 것이다.

507) 한국 회사법 제328조, 제376조, 제380조.

508) 「지도의견」 제1조 제2항은 특별히 독립이사에게 소수주주의 이익을 보호할 의무와 겸직할 수 있는 독립이사의 회사를 5개 회사 이하로 하고 있다.

509) 한국 회사법 제393조의2, 제542조의8 제4항. 후보추천위원회가 사외이사 후보를 추천할 때, 주주가 상장회사의 주주제안절차(한국 회사법 제542조의6 제2항)에 의해 추천한 사외이사 후보가 있으면 이를 추천대상에 포함시켜야 한다(한국 회사법 제542조의8 제5항). 주주총회에서는 동 위원회의 추천을 받은 자 중에서 사외이사를 선임하여야 한다(한국 회사법 제542조의8 제5항).

510) 「지배구조준칙」 제52조: 상장회사의 이사회는 주주총회의 결의로 경영전략·회계·추천·보수·조사 등의 전문위원회를 설치할 수 있다. 동법 제55조에 의하면 추천위원회는 이사와 경리의 추천기준과 절차, 이사후보자와 경리후보자선발과 후보자에 대한 검증 등 권한을 갖는다.

511) 이철송, 전게서, 634면.

512) 중국 회사법 제106조 제1단.

오히려 대주주에게 선택권을 준 것이나 마찬가지로 이 경우에는 대주주의 의결권 중 일정 비율의 의결권을 제한할 필요가 있다. 그리고 소수주주(의결권 없는 주식을 제외한 100분의 3이상의 주식을 가진 주주)는 주주총회일의 10일전 까지 임시제안(臨時提案)으로 이사선임방식에 집중투표제의 채택을 청구한 경우 소수주주를 보호하기 위하여 제106조(주주총회의 보통결의)를 적용할 수 없다고 보아야 한다.

## (2) 이사의 의무

### 1) 감시의무

이사의 감시의무란 이사는 이사회를 통하여 대표이사를 포함하여 다른 이사의 직무의 집행을 감독하는 것을 말하는 것<sup>513)</sup>으로서 한국의 회사법상의 개념은 아니다.<sup>514)</sup> 하지만 학설과 판례는 회사법 제393조 제2항과 3항을 근거로 이사회 감독권을 이사의 감시의무를 포함하는 개념으로 이해하고 있다.<sup>515)</sup> 이사의 감시의무는 감시권을 전제로 하는 것이다. 이사의 감시권은 이사들 상호간에 서로의 위법·부당을 발견하여 감독·감사기관에 그 시정을 호소하는 수단이다. 그러므로 이사가 현재 어떤 지위의 이사인가에 따라서 감시권한을 행사할 수 있는 합리적인 범위가 문제될 수 있다. 대표이사과 업무담당이사는 비업무담당이사(이하 평이사로 칭함)의 감시의무와는 구별되어야 할 것이다. 평이사는 이사회에 참석하여 의결권을 행사할 뿐이고 일상적인 업무집행에서는 배제되기 때문에 업무담당 이사와 동등한 차원의 감시의무를 부과하는 것은 타당하지 못하기 때문이다.

평이사가 이사회에 부의된 사항에 대해 감시의무를 부담하는 것은 당연한데, 이사회에 부의되지 않은 회사의 업무 전반에 대해 일반적인 감시의무가 있는지에 대해서 평이사도 이사회 구성원이라는 점과, 이사의 주의의무를 근거로 인정하는 것이 통설과 판례의 입장이다.

---

513) 최준선, 전게서, 470면.

514) 이철송, 전게서, 601면.

515) 이철송, 전게서, 601면.

그렇다면 평이사의 감시활동의 정도를 어느 정도로 보아야 할 것인가가 문제이다. 즉 평이사는 대표이사나 업무담당이사의 직무위반행위를 알게 된 경우에만 이사회에 상정여부에 관계없이 회사의 손해를 방지하기 위한 적절한 행동을 하여야 한다는 견해(소극설), 아니면 그에 그치지 않고 적극적으로 회사의 업무집행의 상황을 정확히 파악하여 이사의 업무집행이 위법 또는 부당하게 이루어질 위험이 있는 경우에는 이를 시정할 조치를 취할 의무를 부담해야 한다고 한다(적극설). 이에 대해서 절충설은 평이사가 업무담당이사의 부정을 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 이를 방치한 때에는 감시의무를 위반한 것이라고 한다. 이는 판례의 입장이기도 하다.<sup>516)</sup> 대법원이 이사의 감시의무 위반 여부를 판단함에 있어 종래의 “의심할 만한 사유기준”에 의하여 선의·무과실인 경우와 고의·과실이 있는 경우로 나누어 고의·과실이 있으면 책임을 물었는데, 대우분식회계사건<sup>517)</sup>을 통해서 이사의 감사의무를 이사 개인의 주관적인 사유의 문제

516) 한국 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결: 「甲회사는 면사류의 수탁기공업을 하는 회사이다. 이 회사에는 4인의 상근의 업무담당이사와 E·F 등 수인의 평이사가 있었다. 상근이사들이 세무신고를 게을리하여 甲회사에 가액의 물품세 및 직물류세(당시의 稅目)가 추정과세되었다. 그래서 甲의 채권자 丙이 甲의 이사·감사 전원에 대해 법령위반·임무해태를 이유로 손해배상을 청구하였다. 판결내용은: 「주식회사의 업무집행을 담당하지 아니한 평이사는 이사회에의 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이긴 하나 평이사의 임무는 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않으며 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 수 있는 것이므로, 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있었음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치할 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 할 것이다.」; 동지: 한국 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다8131 판결; 한국 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467·60474 판결; 한국 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결; 한국 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다34797 판결; 한국 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결.

517) 한국 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결: 「대표이사는 회사의 영역에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로(회사법 제389조 제3항, 제209조 제1항) 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담함은 물론, 이사회에의 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있으므로, 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 악의 또는 중대한 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 제3자가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다.

위와 같은 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다를 수 있는바, 대우와 같이 고도로 분업화되고 전문화된 대규모의 회사에서 공동대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 시정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수 없고, 그러한 경우 무엇보다 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그 것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 이사회를 구성하는 개개의 이사들에게 주어진다. 점에 비추어 볼 때, 그러한 노력을 전혀 하지 아니하거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 이를 이용한 회사 운영의 감시·감독을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못한 경우라면, 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행을 구체적으로 알지 못하였다는 이유만으로 책임을 면할 수 없고, 위와 같은 지속적이거나 조직적인 감시 소홀의 결과로 발생한 다른 이사나 직원의 위법한 업무집행으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.」



로 판단하기보다는 회사의 내부 리스크관리체제 구축의무 및 그 기능의 확보라는 것으로 접근하였다고 한다.<sup>518)</sup> 이러한 판례의 변화는 회사의 규모와 업무의 성격에 따라 위법 또는 부당한 업무집행의 사전방지를 위한 구체적인 내부통제시스템의 설치를 위한 의무를 간접적으로 부과하고 있다고 생각한다. 이사가 감시의무를 다하지 못한 때에는 주의의무 및 충실의무를 위반하여 회사에 대하여 손해배상책임을 지고,<sup>519)</sup> 약의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 제3자에 대하여도 손해배상책임을 진다.<sup>520)</sup>

중국 회사법에도 이사의 감시의무를 규정하고 있지 않다. 그러나 전술한 한국에서도 이사의 감시의무를 실정법상의 의무가 아니지만 이사회에 효율적인 감시기능의 활성화를 위하여 학설과 판례에서 이사의 감시의무를 적극적으로 인정하고 있다. 그러므로 중국 회사법의 운용에 있어서도 이사의 감시의무를 적극적으로 인정하여야 한다고 본다.

## 2) 보고의무

한국 회사법상 이사의 보고의무는 이사회에 대한 보고의무<sup>521)</sup>와 감사 또는 감사위원회에 대한 보고의무<sup>522)</sup>의 두 가지가 있다.<sup>523)</sup> 이사의 이사회에 대한 보고의무는 이사회에 활성화를 위한 방안으로서 이사는 이사회에 3월에 1회 이상 업무의 진행상황을 보고하여야 한다. 보고의 내용은 자기의 모든 업무집행과정의 것이며, 보고방법도 제한이 없으므로 구두 또는 서면으로 보고할 수 있다. 다만 자본금 총액이 10억원 미만으로서 이사를 1명 또는 2명을 둔 소규모 주식회사<sup>524)</sup>는 이사회가 없으므로, 이러한 규정이 적용되지 않는다.<sup>525)</sup> 이사의 감사(감

518) 김태진, “이사의 감시의무에 대한 판례의 고찰”, 「상사법연구」 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010, 159면, 160면.

519) 한국 회사법 제399조.

520) 한국 회사법 제401조.

521) 한국 회사법 제393조 제4항.

522) 한국 회사법 제412조 2항, 제412조의2.

523) 손진화, 진게서, 445면.

524) 한국 회사법 제383조 제1항 단서.

525) 한국 회사법 제383조 제5항.

사위원회)에 대한 보고의무는 소극적인 보고의무<sup>526)</sup>와 적극적인 보고의무<sup>527)</sup>로 나뉜다. 회사법 제412조 2항은 감사는 언제든지 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구하거나 회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있다. 감사의 보고요구에 의해서 이사는 보고의무를 진다는 의미에서 소극적 보고의무라 할 수 있다. 한편 회사법 제412조의2는 이사는 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사에게 이를 보고할 의무를 규정하고 있다. 이는 감사의 요구가 없더라도 스스로 적극적으로 보고하여야 한다는 것이다. 양자는 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 소극적 보고의무는 감사의 보고요구에 대한 반사적인 의무로서 감사가 감사의 실천수단으로서 행사하는 한, 그것이 자의적이거나 권리남용이 아닌 한 이사는 회사의 기밀에 속한다는 등의 이유로도 보고를 거부할 수 없다. 이러한 경우 보고요구를 받은 이사의 보고내용은 보고요구에 따른 것이며 요구가 있을 때마다 보고해야 한다. 적극적 보고의무는 감사에 의한 감사를 용이하게 하고 회사의 손해를 사전에 방지하기 위하여 도입된 것이다. 보고의 내용은 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실로서 그 사실을 발견한 때마다 수시로 보고해야 한다. 이 의무를 지는 이사는 대표이사뿐만 아니라 손해발생의 사실과 무관하더라도 그러한 사실을 발견한 이사 모두를 포함한다. 그러므로 보고하여야 할 사실을 알고 있는 이사가 감사에게 보고를 하지 않았다는 것을 알고 있는 이사도 보고의무를 진다.<sup>528)</sup> 자본금의 총액이 10억원 미만으로서 감사를 선임하지 않은 회사에서의 이사의 감사(감사위원회)에 대한 보고의무는 주주총회에 대하여 보고할 의무가 있다.<sup>529)</sup> 이사가 이러한 보고의무를 위반하고 이로써 회사에 손해가 발생하면 이사는 회사에 대하여 법령위반으로 인한 손해배상책임을 지고,<sup>530)</sup> 감사는 이를 감사보고서에 기재하여야 한다.<sup>531)</sup>

중국 회사법은 이사의 보고의무를 규정하고 있지 않다. 앞서 본 바와 같이 보고의무는 회사의 손해를 사전에 방지하기 위한 것으로서 매우 중요한 이사의 의

526) 한국 회사법 제412조 2항.

527) 한국 회사법 제412조의2.

528) 최기원, 전게서, 675면.

529) 한국 회사법 제409 제4항 및 6항.

530) 한국 회사법 제399조 제1항.

531) 회사법 제447조의4 제2항 10호.

무라고 할 것이다. 그러므로 중국 회사법에서도 한국 회사법상의 이사의 보고의 무와 같은 규정을 두어야 한다.

### 3) 자기거래금지의무

한국의 이사의 자기거래금지규정은 2011년에 개정하여 자기거래제한의 인적범위, 거래에 대한 승인절차, 거래내용에 대한 실질적 유효요건등을 과거보다 상세하게 하였다. 자기거래금지의무는 회사의 이익보호차원에서 엄격히 규율되고 있음은 앞서 본 바와 같다. 중국 회사법은 이사의 자기거래의 제한 대상을 이사로만 한정하여 자기거래로 인한 회사이익의 보호가 실효적인지 의문이다. 그러므로 실제적으로 이사의 자기거래를 제한하여 회사이익을 보호하기 위한 차원에서 자기거래제한의 인적범위를 한국의 회사법과 같이 확대할 필요가 있다. 자기거래에 대한 승인기관을 주주총회로 하는 것은 오늘날의 경제 환경에 맞지 않다. 오늘날의 경제는 신속성과 효율성에 경쟁력이 있는 것인데 주주총회의 의결을 승인이건으로 하는 것은 이에 적합하지 않으므로 이사회를 승인기관으로 함이 타당하다. 거래내용의 충분한 공시, 거래의 공정성 등도 자기거래의 유효요건으로 하여야 한다.

### 4) 경업금지의무와 회사기회유용금지의무

한국 회사법상 이사의 경업금지의무는 경업금지와 겸직금지를 의미한다. 그러나 중국 회사법은 경업금지만을 의미한다(국가단독출자회사는 예외). 이사의 경업금지의무의 취지는 이사가 그 지위를 이용하여 회사의 비용으로 얻어진 영업기회를 유용하는 것을 제한하고, 이사는 회사의 업무에 전념하도록 하기 위한 것이다. 전자는 경업금지를, 후자는 겸직금지를 해야 제도의 취지에 맞는 것이다. 그러므로 중국 회사법상의 이사의 경업금지의무의 내용을 경업금지와 겸직금지로 해석하여야 할 것이다. 또한 중국 회사법에서는 이사의 회사기회유용금지의무를 경업금지의무와 함께 동 조문에서 규정하고 있으나, 그 규정자체가 추상적이기 때문에 적용하기가 곤란하다. 따라서 중국 회사법은 한국 회사법처럼 회사기

회의 개념과 구체적인 내용을 규정하는 것이 바람직하다.

### 5) 비밀유지의무

한국 회사법 제382조의4는 이사는 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다고 이사의 비밀유지의무를 규정하고 있다. 이는 이사의 주의의무의 당연한 요청이기도 하지만 퇴임이사에게 법정 의무화한 것이 특별한 의의를 갖는다고 한다.<sup>532)</sup> 이사의 비밀유지의무는 비밀을 지킬 의무, 이사 자신의 이익을 위하여 이용하지 않을 의무, 타인에 의해서도 비밀공개를 방지할 의무를 포함한다. 그러므로 예컨대 주주총회에서 주주의 질문권에 대한 이사의 설명의무의 이행으로서 영업비밀을 공개하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다. 오늘날 기업의 영업비밀은 회사의 존망에 영향을 주고 있다. 따라서 기업의 영속을 위하여 퇴임 후의 이사에게도 비밀유지의무를 부과할 필요가 있는 것이다. 중국 회사법에도 재임 중의 이사뿐만 아니라 퇴임 후의 이사에게도 비밀유지의무를 규정하여야 한다.

### (3) 이사의 책임

첫째, 중국 회사법에서는 이사의 제3자에 대한 책임에 있어서 제3자의 범위를 주주로 한정된 것은 회사와 이해관계를 가지는 자를 보호하는데 미흡하다. 이와 관련된 세계적 입법의 추세는 채권자뿐만 아니라 널리 이해관계자도 포함하고 있다. 따라서 중국 회사법도 한국의 통설과 판례처럼 제3자의 범위를 채권자와 주주를 포함하는 것으로 입법하여야 할 것이다. 둘째, 이사의 위법행위로 인한 손해를 사전에 방지하는 것이 사후 추궁보다는 더 바람직 한 것이다. 그러므로 이사의 위법행위유지청구권자를 추가할 필요가 있으므로 한국법에서와 같이 소수주주를 청구권자로 추가 할 필요가 있다. 셋째, 대표소송의 제소권자인 소수주주의 요건을 중국 회사법은 회사의 규모를 고려하지 않고 일률적으로 100분의 1로 하고 있는데 한국에서와 같이 회사별 규모에 따라 정하는 것이 타당하다. 그리고

532) 이철송, 전게서, 715면.

한국 회사법처럼 관할법원을 명확히 규정할 필요가 있으며, 회사의 손실을 방지하기 위한 소수주주의 대표소송권행사가 활성화 될 수 있도록 비용부담에 대한 규정도 반드시 명문화 되어야 한다. 다섯째, 한국의 이사의 주의의무위반에 따른 책임추궁에 경영판단의 원칙을 적극적으로 적용하고자 하고 있다. 이는 급변하는 경제환경에 직면한 이사들의 경영판단에 대한 합리적인 책임추구를 하기 위한 것이다. 중국의 경제도 예측불가능 할 정도로 급변하고 있다. 따라서 이사의 근면의무위반에 책임추구에 경영판단의 원칙을 적극적으로 적용하여 이사의 책임을 합리적으로 추궁되어야 한다.

#### (4) 독립이사

중국의 독립이사는 정보수집권, 의견 발표권 같은 형식적 권한만 갖는다. 따라서 독립이사의 감독기능을 발휘하기가 어렵다. 이에 비하여 한국의 사외이사는 주주총회 의사록 기명날인권, 각종 소의 제기권 등 여러 가지 권한을 가짐으로써 사외이사의 감독기능을 효율적으로 확보할 수 있다고 본다. 따라서 중국의 독립이사의 감독기능을 강화하기 위하여 한국 회사법처럼 독립이사에게 더 많은 실질적인 권한을 부여할 필요가 있다고 본다.

### 제3절 이사회에 관한 비교

#### 1. 유사점

첫째, 양국의 회사법상 이사회는 업무집행에 관한 의사결정권을 갖는다.<sup>533)</sup> 둘

533) 한국 회사법 제393조 제1항: 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회의 의결로 한다.

중국 회사법 제47조, 제109조: 이사회의 권한은 아래와 같다: ① 주주총회의 소집, ② 주주총회결의사항의 집행, ③ 회사의 경영 및 투자계획안의 결정, ④ 회사의 연도예산안·결산안의 작성, ⑤ 이익배당안과 결손보전안(彌補虧損方案)의 작성, ⑥ 등록자본금의 증자 또는 감자에 관한 계획서의 작성 및 사채발행계획안의 작성, ⑦ 회사의 합병과 분할, 해산 및 회사의 조직변경계획안의 작성, ⑧ 회사 내부관리기구의 설치여부의 결정, ⑨ 이사장의 선임·해임권, 경리의 선임·해임권과 보수결정권, 경리의 추천에 의하여 부경

째, 이사회 결의에 있어서 이사 과반수의 출석과 출석이사의 과반수를 요건으로 하는 점에서 유사하다.<sup>534)</sup> 셋째, 양국의 회사법은 이사회 회의에 관하여 의사록을 작성하고 공시하여야 한다고 규정하고 있으며,<sup>535)</sup> 그 열람할 수 있는 자는 주주에 한한다는 점에서 유사점이 있다.<sup>536)</sup> 넷째, 이사회 운영의 효율성을 도모하기 위하여 이사회 내에 각종 위원회를 설치할 수 있도록 하고 있다.<sup>537)</sup> 그리고 위원회 설치 여부는 임의적 규정이며 정관자치 범위에 속한다는 점도 유사점이다.

## 2. 차이점

### (1) 이사회 소집

소집권자에 대하여 한국의 경우 이사회 소집은 원칙적으로 각 이사가 할 수 있지만, 이사회 결의로 소집할 이사를 정한 때에는 그 이사가 소집한다.<sup>538)</sup> 이때 소집권자로 지정되지 않은 다른 이사는 언제든지 소집권자인 이사에게 이사회 소집을 요구할 수 있는데, 소집권자인 이사가 정당한 이유 없이 이사회 소집을 거절하는 경우에는 다른 이사가 이사회를 소집할 수 있다.<sup>539)</sup> 반면에 중국의 경우 이사회 소집은 이사장의 고유 권한이며, 특별한 상황<sup>540)</sup>에서만 부이사장

---

리와 재무담당자의 선임·해임권과 보수결정, ⑩ 회사의 기본관리제도의 제정, ⑪ 정관으로 정한 권한.

534) 중국 회사법에서는 “출석이사의 과반수”라는 용어를 사용하지 않고 “전체이사”라는 용어를 사용한다. 위 제3장에서 살펴본바 여기의 전체이사는 출석한 이사의 전부라는 의미이다.

535) 한국 회사법 제391조의3 제1항, 제2항: 이사회 의사에 관하여 의사록을 작성하여야 한다. 의사록에는 의사의 안건, 경과요령, 그 결과, 반대하는 자와 그 반대이유를 기재하고, 출석한 이사 및 감사가 기명날인 또는 서명하여야 한다. 중국 회사법 제113조 제2단: 이사회는 의사결정에 관한 의사록을 작성하여야 하고, 회의에 출석한 이사들이 의사록에 서명하여야 한다.

536) 한국 회사법 제391조 제3항: 주주는 영업시간 내에는 이사회 의사록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. 중국 회사법 제98조: 주주가 회사정관, 주주명부, 사채부본(公司債券存根), 주주총회의사록, 이사회 의사록, 감사회의사록, 재무회계보고 등에 대하여 열람권이 있고 회사 경영에 대하여 의견 또는 이의를 제기할 수 있다.

537) 한국 회사법 제393의2 제1항: 이사회는 정관이 정한 바에 따라 위원회를 설치할 수 있다. 중국 「지배구조준칙」 제52조: 상장회사의 이사회는 주주총회의 결의로 경영·전략·회계·추천·보수·조사 등의 전문 위원회를 설치할 수 있다.

538) 한국 회사법 제390조 제1항

539) 한국 회사법 제390조 제2항

또는 과반수의 이사가 추천한 1인의 이사가 회의를 소집한다.

## (2) 이사회 의 권한

첫째, 한국 회사법은 법령 또는 정관으로 주주총회의 의결사항으로 정하지 않는 경우 회사의 업무집행에 관한 의사결정을 포괄적으로 이사회 의 권한사항으로 정하고 있다.<sup>541)</sup> 그리고 이사의 직무집행에 대한 감독권을 규정하고 있다.<sup>542)</sup> 이에 비하여 중국 회사법은 주주총회중심주의<sup>543)</sup>를 취하기 때문에 이사회는 법률 또는 정관으로 규정한 사항에 대해서만 의결권이 있다. 둘째, 한국의 회사법에서는 이사회와 감사의 이사의 업무집행에 대한 감독권을 명문화하고 있다.<sup>544)</sup> 반면에 중국의 경우 이사회 의 감독권에 관한 규정이 없다.

## (3) 이사회 의 결의

540) 이사장이 직무를 수행할 수 없거나 수행하지 않을 경우를 말한다.

541) 한국에서 주주총회 이외의 기관의 권한으로 규정하고 있는 사항을 정관에서 주주총회의 권한으로 규정할 수 있는가에 대하여 학설은 나뉘어 있다. 통설은 주주총회의 최고기관성 및 권한 분배의 자율성 등을 이유로 하여, 주식회사의 본질이나 강행법규에 위반되지 않는 한 상법상 규정된 이사회 등의 권한도 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 규정할 수 있는데, 다만 주주총회의 소집권한은 그 성질상 주주총회의 권한으로 할 수 없다고 한다(정찬형, 「상법강의(상), 제15판, 박영사, 823면). 그러나 소수설은 주식회사의 각 기관의 권한분배에 관한 규정은 강행규정이요, 또 통설에 의하면 상법이 주주총회의 권한으로 유보한 조항이 무의미해지며, 또한 이로 인하여 주주총회가 이사회 의 권한을 대폭 잠식하게 되어 주식회사의 소유와 분리를 기대하는 상법의 이념에 역행한다는 이유 등으로, 상법이 정관의 규정에 의하여 주주총회의 권한으로 할 수 있음을 명문으로 규정하지 않는 한 정관으로 이사회 등의 권한을 주주총회의 권한으로 할 수 없다고 한다(이철송, 전게서, 482면).

542) 한국 회사법 제393조 제2항: 이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다.

543) 회사 지배구조의 권력분배에 관한 입법은 주주총회중심주의와 이사회중심주의로 구분할 수 있다. 주주총회중심주의에 의하면 주주는 회사의 소유자이며 회사의 일체의 권한은 주주에게 귀속되어야 한다. 주주권은 회사의 권력분배의 기초이고 회사의 기관의 권한분배는 주주의 의지에 의하여 형성한다. 이 이론은 17세기에 형성되고 19세기에 선진국가가 보편적으로 사용하였다. 그러나 19세기말 20세기 초부터 주식의 분산과 주주의 증가로 주주 모두가 경영에 참가하는 것이 비효율적으로 되었다. 따라서 회사의 권한은 주주에게서 명의상 대표자인 이사로 이전되었다. 주주는 중대한 사항에 관한 의결권을 보유하고 이사는 일상적인 일에 대하여 처리하는 권한분배방식을 이사회중심주의라고 한다. (曾顏璋, 「董事會中心主義階段公司權力異化與對策的法學分析」, 「法學雜誌」第6期, 2009, 54면; 姜壽·李啓明, 「董事會中心主義下的創始人保護問題研究」, 「黑龍江省政法管理幹部學院學報」, 第11期, 黑龍江省政法管理幹部學院, 2010, 84면; 胡果威, 「美國公司法」, 法律出版社, 1999, 173면; 叶敏·周俊鵬, 「從股東會中心主義到董事會中心主義--現代公司法人治理結構的發展與變化」, 「商業經濟與管理」, 第1期, 浙江工商大學, 2008, 74면, 75면.

544) 한국 회사법 제393조 제2항: 이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다. 그리고 한국의 다수설에 의하면 이사회 의 (대표)이사에 대한 이러한 감독권은 상하관계에서 행사되는 것이고 또 타당성(합목적성) 감사에도 미치는 점에서 감사(감사) 또는 감사위원회의 감시권이나 업무집행권이 없는 이사가 업무집행권이 있는 이사에 대하여 하는 감시권과 구별된다(정찬형, 전게서, 912면).

첫째, 의결권의 대리행사에 대하여 한국의 통설<sup>545)</sup>과 판례<sup>546)</sup>는 이사가 직접 의결권을 행사하여야 하고 그 대리행사는 허용되지 않는다고 본다. 반면에 중국의 경우 이사가 이사회에 출석이 불가능한 때에는 다른 이사에게 서면으로 위임의 범위를 정하여 위임할 수 있다.<sup>547)</sup> 둘째, 한국 회사법은 이사회의 결의와 특별이해관계가 있는 이사의 의결권을 제한하고 있으며,<sup>548)</sup>이 제한은 상장·비상장 회사 임을 불문한다. 반면에 중국의 경우 이사의 의결권제한제도는 상장회사에만 한정하고, 이사가 ‘결의사항에 관련된 기업과 관련관계가 있는 경우’에만 의결권이 제한된다.<sup>549)</sup> 셋째, 한국 회사법은 화상회의에 관한 규정이 있다.<sup>550)</sup> 반면 중국 회사법은 이러한 규정이 없다. 넷째, 이사회결의의 하자에 대하여는 한국 회사법에서는 아무런 규정이 없고 판례에 의하면 이 경우 민법의 일반원칙에 따라 해결한다.<sup>551)</sup> 반면 중국 회사법은 하자 있는 이사회결의에 대하여 무효의 소와 취소의 소를 규정하고 있다.<sup>552)</sup>

545) 이사회는 회사가 기대하는 이사 개개인의 능력과 고도의 신뢰관계에 기초해서 구체적인 입무집행의 결정을 하는 기관이므로 이사는 직접 의결권을 행사해야 하고 그 대리행사는 허용되지 않는다. (이철송, 전계서. 669면).

546) 대법원 1982. 7. 13, 선고 80다2441 판결: 「... 이사회는 주주총회의 경우와는 달리 원칙적으로 소집권 있는 이사가 다른 이사 전원에 대하여 이사회의 소집통지를 하여야 하고, 이사 자신이 이사회에 출석하여 결의에 참가하여야 하며, 대리인에 의한 출석은 인정되지 않고, 따라서 이사개인이 타인에게 출석과 의결권을 위임할 수도 없는 것이니 이에 위배된 이사회의 결의는 무효이다...」.

547) 중국 회사법 제113조: 이사회회의는 이사 본인이 출석하여야 하며, 회의에 출석이 불가능한 때에는 다른 이사에게 서면으로 위임의 범위를 정하여 위임할 수 있다.

548) 한국 회사법 제391조 제3항: 제368조제4항 및 제371조 제2항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다. 제368조 제4항: 주주총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다. 대표적인 예는 이사와 회사간의 거래에서 당해 이사이다(대법원 1992. 4. 14 선고 90다카 22689 판결). 이러한 특별이해관계인인 이사도 이사회의 소집통지를 받고 이사회에 출석하여 의결을 진술할 수 있으므로, 이사회의 출석정족수에는 산입되나, 의결정족수에는 산입되지 아니한다(한국 회사법 제391조 제3항, 제371조 제2항, 대법원 1991. 5. 28 선고 90다20084판결).

549) 중국 회사법 제125조: 상장회사 경우 이사는 이사회회의에서 결의한 사항에 관련된 기업과 관련관계가 있는 경우 그 이사는 그 결의에 대하여 의결권을 행사할 수 없으며, 다른 이사가 그를 대리하여 의결권을 행사할 수도 없다. 이 경우 이사회 회의는 관련관계가 없는 과반수의 이사 출석으로 진행되고, 관련관계가 없는 이사의 과반수로 의결한다. 이사회에 출석한 관련관계가 없는 이사가 3인에 미달한 경우, 이사회는 의결할 사항을 주주총회에 제출하고 주주총회는 그 사항을 심의하여야 한다.

550) 한국 회사법 제391조 제2항: 정관에서 달리 정하는 경우를 제외하고 이사회는 이사의 전부 또는 일부가 직접 회의에 출석하지 않고 모든 이사가 동영상 및 음성을 동시에 송·수신하는 통신수단에 의하여 회의에 참가하는 것을 허용할 수 있고, 이 경우 당해 이사는 이사회에 직접 출석한 것으로 본다.

551) 대법원 1988. 4. 25, 선고 87누399 판결: 「...이사회결의에 하자가 있는 경우에는 이해관계인은 언제든지 어떤 방법에 의하든지 그 무효를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 이와 같은 무효주장의 방법으로 무효확인 소송이 제기되어 승소확정판결을 받은 경우 그 판결의 효력에는 상법 제190조가 준용될 근거가 없으므로 대세적효력은 없다. ...」



#### (4) 이사회 내의 위원회

첫째, 위원회의 권한에 관하여 한국 주식회사의 위원회는 이사회로부터 위임받은 업무에 대하여 이를 결의할 권한을 갖고 있으나,<sup>553)</sup> 중국의 이사회내의 위원회의 주요 기능은 연구·자문·제안이고 독립적인 결정권이 없다. 둘째, 한국의 주식회사는 이사회 내에 감사위원회를 둘 수 있다.<sup>554)</sup> 이에 비하여 중국회사법은 감사회를 이사회내의 기구가 아닌 따로 설치하도록 하고 있다.<sup>555)</sup>

#### (5) 상장회사의 이사회 비서

중국회사법에는 상장회사의 효율적인 업무집행을 보조하기 위하여 이사회의 비서를 필수기관으로 하고 일반회사의 경우에는 임의기관으로 하고 있다.<sup>556)</sup> 반면에 한국의 상장회사에서는 이러한 제도가 없다.

### 3. 중국 회사법에 대한 시사점

첫째, 중국의 회사법은 아직 이사회의 감독권을 명문화하지 않고 있다. 그리고

552) 중국 회사법 제22조에 의하면 이사회결의의 내용이 법률 또는 행정법규에 위반한 때에는 무효의 소를 제기할 수 있고, 이사회의 소집절차와 결의방법이 법률 또는 행정법규에 위반하거나, 결의의 내용이 회사 정관에 위반한 때에는 주주는 취소의 소를 제기할 수 있다.

553) 한국 회사법 제392조의2 제2항: 이사회는 다음 각호의 사항을 제외하고는 그 권한을 위원회에 위임할 수 있다. ① 주주총회의 승인을 요하는 사항의 제안. ② 대표이사의 선임 및 해임. ③ 위원회의 설치와 그 위원의 선임 및 해임. ④ 정관에서 정하는 사항.

554) 한국 회사법이 감사위원회를 도입한 것은 IMF 경제위기하에서 한국에 외화를 원조해 주던 국제금융기구의 권고에 의한 것인데, 국제금융기구가 감사위원회의 도입을 권고한 이유는 종래의 감사제도가 법에서 기대하는 기능을 하지 못한 데 기인한다고 한다.(이철송, 전게서, 831면). 감사위원회의 중립성과 객관성을 확보하기 위하여 감사위원회는 3명 이상의 이사로 구성된다. 그리고 사외이사가 위원의 3분의 2 이상이어야 한다(한국 회사법 제415조의2 제2항). 또한 감사위원의 선임과 해임은 대규모상장회사와 비상장회사 또는 일반상장회사에서 방법을 달리한다. 비상장회사와 일반상장회사의 경우에는 이사회가 선임하고 해임한다(한국 회사법 제415조의2 제3항). 반면에 대규모상장회사의 감사위원회의 경우에는 주주총회가 선임하고 해임한다(한국 회사법 제542조의12 제1항). 감사위원을 해임하는 결의는 이사 총수의 3분의2 이상의 결의로 하여야 한다(한국 회사법 제415조의2 제3항). 감사위원회를 두는 경우 감사는 둘 수 없게 하였다(한국 회사법 제415조의2 제1항). 자산총액이 2조원 이상인 상장회사의 경우에는 감사에 갈음하여 감사위원회를 의무적으로 두어야 한다(한국 회사법 제542조의11 제1항, 상령 제16조 제1항).

555) 중국 회사법 제118조: 주식회사는 감사회를 설치하여야 한다.

556) 중국 회사법 제124조: 상장회사가 이사회비서를 설치하여야 한다. 이사회 비서는 주주총회와 이사회회의의 준비, 서류보관, 주주에 관한 자료의 관리, 정보제공 등에 대하여 책임진다.

감사회의 감사권한은 이사의 행위의 적법성 감독에만 한정하고 있다.<sup>557)</sup> 이에 반하여 한국에서는 이사회에 감독권을 이사의 행위의 적법성뿐만 아니라 타당성에 대한 감사도 포함하는 것이 다수설이다. 이사회에 감독권을 부여하는 목적은 이사의 위법행위를 예방하고, 효과적인 의사결정을 도모하는 것에 있다. 그러므로 중국 회사법도 한국 회사법처럼 이사회에 이사의 업무집행과정의 적법성과 타당성을 감독할 수 있는 권한을 부여하는 것이 바람직하다. 둘째, 중국 회사법은 이사가 직무를 수행할 수 없거나 수행하지 않을 경우 부이사장이 회의를 소집·주재하며, 부이사장이 직무를 수행할 수 없거나 수행하지 않을 경우 과반수의 이사가 추천한 1인의 이사가 회의를 소집·주재한다.<sup>558)</sup> 따라서 과반수의 이사가 추천하지 않는 경우에는 이사회 소집이 불가능하게 된다. 그러므로 이러한 경우에는 각 이사가 회의를 소집할 수 있도록 해야 한다고 본다. 셋째, 이해관계를 가진 이사의 의결권은 제한되어야 타당하다. 그러나 중국 회사법은 이해관계를 가진 이사의 의결권을 제한하는 규정을 상장회사에만 적용하도록 하고 비상장회사에는 적용을 하지 않고 있다. 그리고 의결권이 제한되는 이사란 이사회결의사항이 이사가 직접 또는 간접적으로 지배하는 기업과 관계되거나 또는 이사와 특별한 관계에 있는 자(예컨대 이사의 친족 등)에게 회사의 이익을 이전하는 경우에 해당하는 이사로서, 이를 관련관계 이사라 한다. 이사의 의결권제한의 취지는 회사의 이익을 보호하고 이사 자신의 지위를 이용하여 자신의 이익을 추구하는 것을 방지하는 데에 있다. 그러므로 이사의 의결권 제한의 적용범위도 결의사항에 관련된 기업과 관련관계가 있는 경우로만 한정할 것이 아니라 이사가 특별히 이해관계를 가지는 모든 사안으로 하여야 한다고 본다. 또한 상장회사뿐만 아니라 비상장회사에도 적용하도록 해야 할 것이다. 넷째, 중국에서는 이사회내 전문위원회가 이사회에 효율적인 운영에 상당한 기여를 하고 있다는 평가에 따라,<sup>559)</sup>

557) 李建偉, “論我國上市公司監事會制度的完善--兼及獨立董事與監事會的關係”, 「法學」第2期, 華東政法大學, 2004, 80面. 중국 회사법 제54조, 제119조의 의하면 감사(회)의 고유권한, 회사법 제54조, 제119조: ① 재무 감사 ② 이사·고급관리자의 업무집행에 대한 감독과 해임건의 ③ 이사·고급관리자에 대한 유지청구권 ④ 임시주주총회소집청구권 ⑤ 주주총회에의 제안권 ⑥ 회사소송제기권 ⑦ 정관에 따른 기타 권한.

558) 중국 회사법 제110조 제2단.

559) 2008년 4월 10일까지 중국 상장회사 중 이사회에 대하여 제일 좋은 평가를 받은 세 개의 회사, 즉 신아달시스템공학주식회사(信雅達系統工程股份有限公司), 만과기업주식회사(萬科企業股份有限公司), 금발과학기술주식회사(金發科技股份有限公司), 그들은 모두 이사회에 전문위원회를 설치하고 있다. 반면에 평가가 좋지 않은 세 개의 회사, 즉 랴오닝화금통달학공업주식회사(遼寧華錦通達化工股份有限公司), 신발실업주식회

상장회사는 전문위원회를 설치할 수 있도록 하고 있다. 그리고 실무적으로 많은 상장회사가 이사회내의 전문위원회를 두고 있다.<sup>560)</sup> 그러나 위에 본 바와 같이 전문위원회의 주요 기능은 이사회에 전문분야에 대한 자문 또는 제안으로 한정된다. 전문위원회의 제안에 대하여 이사회가 심의의결하게 되는데 이는 신속한 이사회결의를 요하는 사안인 경우에는 비효율적인 절차일 수가 있다. 그러므로 한국 회사법처럼 전문위원회에 의결권을 주고 이사회에 부결권의 행사를 해제조건으로 하는 것도 생각해 볼 필요가 있다.

#### 제4절 회사의 대표기관

##### 1. 유사점

회사의 대표기관인 한국의 대표이사 또는 집행임원 중국의 법정대표자는 회사를 대표하여 업무를 집행하고, 대표기관의 행위는 회사의 행위가 된다는 점은 공통된다.

##### 2. 차이점

한국 회사법은 회사의 대표기관을 대표이사 또는 집행임원 중 하나를 선택하여 둘을 둘 수 없도록 하고 있다. 그리하여 대표권과 업무집행권을 대표기관에 통합시키고 있다.<sup>561)</sup> 반면에 중국의 경우는 회사 대표기관으로서 법정대표자를 두고 업무집행권자를 경리로 하여 상설기관으로 하고 있다.<sup>562)</sup> 즉 대표권과 업무

---

사(神馬實業股份有限公司), 산시행화촌편주주식회사(山西杏花村汾酒廠股份有限公司), 그들은 모두 이사회 전문위원회를 설치하지 않고 있다(南開大學公司治理中心公司治理評價課題組, 「中國上市公司治理評價報告」, 商務印書館, 2011, 107면).

560) 2008년 4월 10일까지 1127개 상장회사 중 1075개 상장회사가 회계위원회를 설치하고 있으며(95.39%), 1050개 상장회사가 보수 및 평가 위원회를 설치하고 있으며(93.17%), 719개 상장회사는 추천위원회를 설치하고 있으며, 54개 상장회사는 기타의 위원회를 설치하고 있다고 한다. (「中國上市公司治理評價報告」, 전개서, 83면).

561) 한국 회사법 제408조의2 제1항.

집행권을 분리하고 있는 것이다. 법정대표자는 이사장 또는 경리 중에서 정관으로 정하도록 하고 있다. 경리가 법정대표자인 경우에는 한국의 대표기관과 같이 대표권과 업무집행권이 통합된 구조가 된다. 그러나 이사장이 법정대표자인 경우에는 대표권과 업무집행권이 분리된 구조가 된다.

### 3. 중국 회사법에 대한 시사점

회사의 대표기관을 중국 회사법은 법정대표자로 하고 있으며 법정대표자는 이사장 또는 경리 중에서 정관으로 정하도록 하고 있음은 기술한 바와 같다. 그런데 법정대표자를 이사회 의장인 이사장으로 하는 경우에는 대표권과 업무집행권의 분리로 인하여 많은 문제가 발생한다. 즉 경리의 회사의 업무가 대내적 업무와 대외적 업무로 명확히 구분될 수 없는 것일 뿐만 아니라 현실적으로 경리의 대외적인 업무집행, 예컨대 대외적 계약체결은 회사의 명의로 하게 되는데 그와 같은 대외적 행위와 회사와의 관계를 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 이러한 문제는 앞서 본바와 같이 업무집행권자와 대표권자를 분리하는 제도에 있다고 본다. 한국은 회사의 대표기관을 집행임원으로 하는 경우에는 이사회는 업무집행과 경영의 의사결정을 대폭적으로 집행임원에게 위임함으로써 신속하고 기동적인 경영이 이루어지도록 하고, 스스로는 집행임원의 감독기관으로 특화하여 이사회 감독의 실효성을 모색하고자 한다. 그리하여 이사회 회의의 주관하기 위하여 이사회 의장을 두어 이사회 의장은 이사회 운영에 전념하도록 하고 있다. 이러한 지배구조는 회사의 업무집행을 감독하는 이사회가 동시에 업무집행을 결정한다는 자가당착적 문제점이 해소되고, 의사결정의 형식에 제한받지 않는 집행임원에 의해 기동적인 경영의사결정이 이루어지며, 이사회 감독이 효율을 발휘할 것이라는 기대에서 선택한 지배구조이다. 1993년 중국 회사법은 법정대표자를 이사회 의장인 이사장을 당연직으로 하고 있었다. 이에 대한 폐해를 두고 많은 비판이 있었음은 주지의 사실이다. 그리하여 2005년 개정 회사법에서는 이사장과 경리 중에서 회사가 선택하도록 하였다. 따라서 중국에서도 이사회 의장인 이사장은 이사회 운영에 전념토록 하여 이사회 감독기능을 실효적이고 활성화될

562) 회사법 제13조, 제114조.

수 있도록 해야 된다. 그러기 위해서는 중국 회사법상 대표권과 업무집행권을 통합시켜야 한다. 따라서 경리를 법정대표자로 하든지 또는 경리를 필수적 상설기관으로 하는 규정을 삭제하여야 한다.

## 제5장 결 론

중국과 한국의 회사법상 주식회사의 이사회를 중심으로 살펴 본 바 한국은 경제환경의 변화에 따라 1962년 회사법 시행 이래 2011년까지 9차례에 걸친 개정으로 회사지배구조를 이사회중심으로 하고 있다고 볼 수 있다. 중국은 1993년 회사법을 제정한 이래 2005년까지 4차례의 개정을 거쳐 회사지배구조를 주주총회 중심으로 하고 있다고 볼 수 있다. 양국의 회사법이 회사지배구조의 축을 달리하는 하는 까닭에 이사회제도의 내용은 서로 다를 수밖에 없다고 본다. 이사회중심인 한국 회사법상의 이사회 규정은 중국 회사법상의 이사회 규정보다 내용면에서 훨씬 치밀하고 법조문 수도 훨씬 많다. 이사회중심과 주주총회중심 중 어느 것이 더 바람직한 제도인지는 단정할 수는 없지만 오늘날의 급변하는 경제환경의 속성을 본다면 이사회중심의 회사지배구조가 적합하다고 본다. 이런 점에서 중국 회사법상 주주총회중심의 회사지배구조가 타당한지 검토되어야 한다. 본 논문의 결론은 이러한 중국 회사법이 회사지배구조를 이사회중심으로 개정되기를 기대하며, 양국의 주식회사 이사회제도의 유사한 점과 차이점을 정리하여 한국의 회사법상 이사회제도에서 시사하는 바를 정리하고자 한다.

양국의 주식회사의 이사, 이사회 및 대표제도는 기본적으로 차이가 있을 수 밖에 없는데도 한편 유사한 제도도 많다. 이하에서 그 유사점과 차이점을 정리하면 다음과 같다.

유사점으로는 첫째, 이사에 있어서 양국 회사법에서는 이사의 기관성에 대하여는 다수설이 부정설이라는 점, 이사의 충실의무와 주의의무(근면의무)를 규정하고 있으며, 구체적으로 이사에게 경업금지의무, 자기거래금지의무, 비밀유지의무, 회사기회 유용금지의무 등을 부과하고 있다는 점, 이사의 선임기관, 임기, 중임, 집중투표제, 보수결정에 있어서 유사점을 갖는다는 점, 법령 또는 회사정관 위반을 이사의 회사에 대한 책임의 원인으로 한다는 점, 대표소송제도가 있다는 점, 회사법에서 경영판단원칙을 규정하고 있지 않고 도입에 대하여 긍정적인 입장이라는 점, 회사의 지배구조의 개선과 내부감독기능을 강화함으로써 지배주주의 독단 문제를 해결하기 위하여 사외이사 또는 독립이사제도를 도입한 점에서 유사

하다.

둘째, 이사회에 있어서 이사회는 업무집행에 관한 의사결정권을 갖는다는 점, 이사 과반수의 출석과 출석이사의 과반수를 이사회 결의 요건으로 한다는 점, 의사록을 작성하고 공시하여야 하고 그 열람할 수 있는 자는 주주에 한한다는 점, 이사회 내에 각종 위원회를 설치할 수 있다는 점은 유사점이다.

셋째, 회사의 대표기관인 한국의 대표이사 또는 집행임원 중국의 법정대표자는 회사를 대표하여 업무를 집행하고, 대표기관의 행위는 회사의 행위가 된다는 점은 공통된다.

차이점으로는 첫째, 이사에 있어서 ① 이사의 종류에 있어서 한국 회사법은 사내이사, 사외이사, 그 밖에 상무에 종사하지 아니하는 이사를 규정하고 있으나, 중국회사법은 사내이사, 독립이사, 종업원대표이사를 규정하고 있다. ② 한국의 경우 이사와 회사의 관계는 위임이므로, 민법의 위임에 관한 규정이 준용되는 반면에 중국은 이에 관하여 명문규정이 없고 학설상 논쟁이 있다. ③ 이사회를 구성하는 이사의 수에서 한국 회사법은 3인 이상으로 하고 있는 반면에 중국 회사법은 최소 5인 이상 최대 19인 이하이어야 한다. ④ 한국 회사법에서 사외이사 이외의 이사의 자격에 대하여는 특별한 제한을 두고 있지 않는 반면에 중국회사법은 이사 자격에 대하여 소극적인 요건을 두고 있다. ⑤ 한국 회사법상 모든 이사는 주주총회에서 선임되지만 중국 회사법은 사내이사, 독립이사는 주주총회에서 선임되지만 종업원이사는 종업원대표대회(또는 종업원대회)에서 선임한다. ⑥ 한국 회사법상 원칙적으로 집중투표제를 허용하고 정관으로 집중투표제를 배제할 수 있다. 그리고 집중투표제에 관하여 자세한 규정을 두고 있다. 반면에 중국 회사법은 이사를 선임할 때 정관으로써 집중투표제를 채택한 경우 이를 운용하도록 하고 있으나, 집중투표제의 청구자, 청구절차 등에 관하여는 구체적인 규정이 없다. ⑦ 한국 회사법은 소수주주의 소에 의한 이사의 해임청구를 인정하고 있는 반면에 중국회사법에서는 이에 관한 규정이 없다. ⑧ 한국 회사법은 먼저 이사의 주의의무를 규정한 후에 충실의무를 규정하는 반면에 중국 회사법은 먼저 이사의 충실의무를 명문화하고 후에 근면의무(주의의무)를 규정하고 있다. ⑨ 한국 회사법은 이사의 이사회에 대한 보고의무가 있고, 감사에 대하여 소극적 보고의무와 적극적 보고의무도 있는 반면에 중국 회사법은 이사의 보고의무가 없

다. ⑩ 한국의 학설과 판례는 이사회 감독권을 이사의 감시의무를 포함하는 개념으로 이해하고 있는 반면에 중국은 감시의무에 관한 규정이나 학설이 없다. ⑪ 한국 회사법은 자기거래 제한의 인적범위를 이사의 배우자 등 친인척 및 계열사로, 자기거래의 유효요건은 공정성을 요건으로 규정하는 반면에 중국의 경우 제한 받는 자의 범위는 이사만으로 한정하고 있으며 승인절차에 대하여 상세한 규정이 없다. ⑫ 한국 회사법은 경업금지의무의 내용은 경업금지와 겸직금지로 규정하고 승인기관은 이사회이다. 반면에 중국은 일반 주식회사에서는 경업금지의무만 규정하고 있고 승인기관은 주주총회이다. 한국은 이사가 경업금지의무에 위반한 경우에만 개입권이 있는 반면에 중국은 경업금지의무 위반의 경우뿐만 아니라, 기타 일반적인 충실의무를 위반한 경우에도 개입권을 인정하고 있다. ⑬ 한국 회사법은 회사기회의 범위에 관하여 비교적 상세하게 규정하고 있는 반면에 중국의 경우 회사기회의 내용이 추상적이다. ⑭ 한국 회사법은 이사는 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 비밀유지의무를 지켜야 하는 반면에 중국 회사법은 비밀유지의무를 규정 하고 있으나, 그에 관한 구체적인 규정을 두고 있지 않다. ⑮ 한국 회사법상 이사의 회사에 대한 자본충실책임을 법정하고 있지만 중국 회사법에서는 이사의 회사에 대한 자본충실책임을 없다. ⑯ 이사의 제3자에 대한 책임에서 제3자의 범위를 한국의 통설과 판례는 채권자와 주주를 포함하고 있는데 중국의 회사법은 주주로 하지만 사법해석은 채권자로 확대하였다. 그러나 그 적용범위는 회사의 해산과 청산 등에 관한 사항으로 한정하고 있다. ⑰ 한국 회사법에서는 소수주주의 이사의 위법행위유지청구권제도가 있는 반면에 중국 회사법에는 그러한 규정이 없다. ⑱ 한국의 경우 대표소송에 있어서 제소권자의 주식의 보유기간을 상장회사와 비상장회사를 구별하여 다르게 정하고, 회사로 하여금 소송참가를 허용하고, 소송고지제도, 담보제공제도, 소송비용 및 기타 지출한 비용에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 반면 중국의 경우 상장회사와 비상장회사의 구별 없이 동일한 보유기간의 제한을 두고 있고 관할법원, 담보제공제도, 비용부담에 관한 명문의 규정이 없다. ⑲ 한국 회사법에서는 이사의 책임에 대한 면제, 감경, 해제제도가 있는 반면에 중국 회사법에는 이러한 제도가 없다. ⑳ 한국의 경우 이사의 보수는 주주총회 또는 정관에 의하여 정할 수 있는 반면에 중국의 경우 이사의 보수를 반드시 주주총회에서 결정하도록 되어 있다. ㉑ 한국의



사외이사와 중국의 독립이사에 대한 정의, 자격, 선임, 권한, 의무 등에 차이가 있다.

둘째, 이사회에 있어서 ① 소집권자는 한국의 경우 원칙적으로 각 이사가 할 수 있지만, 이사회 결의로 소집할 이사를 정한 때에는 그 이사가 소집하는 반면에 중국의 경우 이사회의 소집은 이사장의 고유 권한이며, 특별한 상황에서만 부이사장 또는 과반수의 이사가 추천한 1인의 이사가 회의를 소집한다. ② 한국 회사법은 법령 또는 정관으로 주주총회의 의결사항으로 정하지 않는 경우 회사의 업무집행에 관한 의사결정을 포괄적으로 이사회의 권한사항으로 정하는 반면 중국 회사법은 이사회는 법률 또는 정관으로 정한 사항에 대해서만 의결권이 있다. ③ 이사회의 감독권에 대하여 한국의 회사법에서는 감사의 감독 외에 이사회의 감독권을 명문화하고 있는 반면에 중국의 경우 이사회의 감독권에 관한 규정이 없다. ④ 한국의 통설과 판례는 이사의 의결권 대리행사는 허용되지 않는다고 보는 반면에 중국의 경우 이사의 의결권 대리행사를 명문화하고 있다. ⑤ 한국 회사법은 이사회의 결의와 특별이해관계가 있는 이사의 의결권을 제한하는데, 상장회사 또는 비상장회사를 구별하지 않고 적용한다. 반면에 중국 회사법은 이사회 결의사항에 관련된 기업과 관련관계가 있는 이사의 의결권을 제한하는데, 상장회사에만 적용한다. ⑥ 한국 회사법은 화상회의에 관하여 규정하고 있는 반면 중국 회사법은 이러한 규정이 없다. ⑦ 한국 회사법은 이사회의 하자에 대한 소에 관하여 아무런 규정이 없는 반면에 중국 회사법은 이에 관하여 무효의 소와 취소의 소를 규정하고 있다. ⑧ 한국 회사법상 이사회내 위원회는 이사회로부터 위임받은 업무에 대하여 이를 결의할 권한을 갖고 있는 반면에 중국의 이사회내 전문위원회의 주요 기능은 연구·자문·제안이고 의결권이 없다. ⑨ 한국의 주식회사는 이사회 내에 감사위원회를 둘 수 있는 반면에 중국 회사법은 이사회 내에 감사회위원회에 관한 규정이 없고, 독립기관인 감사회를 설치하도록 규정하고 있다. ⑩ 중국 회사법에는 상장회사의 이사회의 비서를 필수기관으로 하고 일반회사의 경우에는 임의기관으로 하고 있다. 반면에 한국의 상장회사에서는 이러한 제도가 없다.

셋째, 한국 회사법은 회사의 대표기관을 대표이사 또는 집행임원 중 하나를 선택하도록 하고 있다. 반면에 중국의 경우 회사의 대표기관을 법정대표자로 하고

있지만 업무집행권자인 경리를 반드시 두어야 한다.

이상과 같이 한국 회사법과 중국 회사법상 이사, 이사회 및 대표기관에 대하여 유사점과 차이점을 볼 수 있었다. 이하에서는 향 후 중국 회사법이 회사지배구조를 이사회중심으로 개편하기 위하여 현재의 중국 회사법을 어떻게 개정되어야 하는가를 한국의 회사법상 이사, 이사회 및 대표제도를 검토한 결과를 토대로 하여 제시하고자 한다.

첫째, 이사에 있어서 ① 중국 회사법은 한국 회사법처럼 집중투표제에 관하여 적용요건을 상세하게 규정하는 것이 바람직하다. 그리고 집중투표제배제규정이 없을 경우에 보통결의로 채택할 수 있도록 한 것은 오히려 대주주에게 선택권을 준 것이나 마찬가지로 일 것이므로 이 경우에는 대주주의 의결권 중 일정 비율의 의결권을 제한할 필요가 있다. 또한 소수주주의 집중투표제제안을 주주총회에서 보통결의로 집중투표제의 채택여부를 결정하도록 하는 것은 소수주주를 보호하기 위한 제도로서의 집중투표제가 다수결에 의하여 거절되는 결과가 될 수도 있다. 따라서 이 경우에는 주주총회의 결의를 거치지 않고 집중투표제를 채택하여야 한다. ② 이사회에 감독기능의 활성화를 위하여 이사의 이사회에 대한 보고의무를 규정할 필요가 있고, 감사회의 실효성을 확보하고 회사의 손해를 가급적 미연에 방지하기 위하여 이사에게 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에 이를 즉시 감사회의 보고하여야 하는 보고의무를 부과하는 것이 바람직하다. ③ 중국 회사법은 근면의무를 규정하고 있으므로 근면의무의 내용으로 이사에게 감시의무를 부과하는 것이 타당하며, 업무담당이사의 감시의무와 비업무담당이사의 감시의무를 구별하고, 비업무담당이사의 감시의무의 정도에 대하여 중국의 기업문화에 적합하도록 감시의무 위반 여부를 판단하는 기준을 정하는 것이 바람직하다. ④ 한국 회사법상의 자기거래의 인적 제한범위와 승인시기, 승인절차, 공정성에 관한 규정등도 중국의 회사법에 반영되어야 할 중요한 내용이라고 본다. 또한 이사의 경업금지 의무는 경업뿐만 아니라 겸직금지 의무를 포함하는 것으로 입법 내지는 사법해석이 있어야 한다. ⑤ 기업의 영업비밀은 회사의 존망에 영향을 주기 때문에 중국 회사법도 한국 회사법처럼 퇴임 후의 이사의 비밀유지 의무를 법정하여야 할 것이다. ⑥ 중국 회사법의 이사의 회사기회 유용금지 의무는 추상적이기 때문에 실효성이 없다. 한국 회사법처럼 회사기회의

개념과 구체적인 내용을 규정하는 것이 바람직하다. ⑦ 중국 회사법에서는 이사의 제3자에 대한 책임에 있어서 제3자의 범위를 주주로 한정하는 것은 회사와 이해관계를 가지는 자를 보호하는데 미흡하다. 따라서 중국 회사법도 한국의 통설과 판례처럼 제3자의 범위를 채권자와 기타의 이해관계인을 포함하는 것으로 입법하여야 할 것이다. ⑧ 이사의 위법행위로 인한 손해를 사전에 방지하는 것이 사후 추궁보다는 더 바람직한 것이다. 그러므로 이사의 위법행위유지청구권자를 추가할 필요가 있으므로 한국법에서와 같이 소수주주를 청구권자로 추가할 필요가 있다. ⑨ 중국 회사법의 대표소송의 제소요건을 회사규모의 실정에 맞게 상장회사와 비상장회사를 구별하여 규정하는 것이 바람직하다. 그리고 관할법원을 명확히 규정할 필요가 있으며, 비용부담에 관하여 명문의 규정을 둘 필요가 있다. ⑩ 중국의 경제도 예측불가능할 정도로 급변하고 있다. 따라서 이사의 근면의무위반에 대한 책임추궁에 경영판단의 원칙을 적극적으로 적용하여 이사의 책임을 합리적으로 추궁되어야 한다. ⑪ 독립이사의 독립성을 확보하기 위하여 한국 회사법처럼 독립이사에게 더 많은 실질적 권한을 부여할 필요가 있다고 본다.

둘째, 이사회에 있어서 ① 중국 회사법은 이사회의 감독권을 명문화하지 않고 있고, 감사회의 감사권한은 이사의 행위의 적법성 감독에만 제한되고 있다. 따라서 이사의 업무집행과정의 적법성과 타당성을 위하여 이사회에 감독권을 부여하는 것이 바람직하다. ② 이사회 소집권자를 유연하게 할 필요가 있다. 급변하는 경제환경은 신속한 이사회 결의를 요하는 경우가 빈번해짐에 따라 신속한 이사회 소집이 가능하도록 원칙적으로 각 이사가 회의를 소집할 수 있도록 규정하는 것이 바람직하다. ③ 이해관계를 가진 이사의 의결권은 제한되어야 타당하다. 중국 회사법도 이사의 의결권 제한의 적용범위도 ‘결의사항에 관련된 기업과 관련관계가 있는 경우’로만 한정할 것이 아니라 이사가 특별이해관계를 가지는 모든 사안으로 하여야 한다고 본다. 또한 상장회사뿐만 아니라 비상장회사에도 적용하도록 해야 할 것이다. ④ 이사회내의 전문위원회는 독립적인 결정권이 없기 때문에 그 순기능을 발휘하기가 어렵다. 따라서 이사회위원회에 일정한 독립적 결정권을 부여하는 것이 바람직하다.

셋째, 회사의 대표제도에 있어서 ① 회사 대표권자인 법정대표자를 이사장 또는 경리 중에서 회사가 선택하도록 하는 것은 문제가 되지 않지만, 대표권자의

업무집행권과 경리의 업무집행권의 혼동은 회사 대표행위와 관련하여 많은 문제가 발생할 수 있다. 그러므로 경리의 업무집행권의 성격과 범위를 명확히 하는 입법, 예컨대 상사대리인 혹은 상업사용인제도의 도입 또는 업무집행권자와 회사대표권자의 분리를 통합해야 한다고 생각한다. ② 중국 회사법은 공동법정대표자제도를 명시적으로 채택하고 있지 않고 있다. 이사장은 1인으로 하고 있기 때문에 이사장을 법정대표자로 하는 경우에는 단독법정대표자가 될 것이다. 물론 경리의 인원수를 제한하지 않고 있으므로 2인 이상의 경리를 법정대표자로 할 경우에는 공동법정대표자가 될 수 있다. 공동대표란 2인 이상이 공동으로써만 회사를 대표할 수 있는 제도를 말한다. 회사의 규모가 커지면 거래활동을 확대할 목적에서 여러 명의 회사 대표자를 둘 필요가 있다. 또한 의사결정을 보다 신중하게 하고 대표자의 위법 또는 부적정한 대표행위를 사전에 예방하고 사후에도 시정할 수 있는 장점이 있다. 회사의 대표가 회사의 이름으로 행한 행위에 관하여서는 회사가 모두 책임을 져야 하므로 주주의 입장에서 회사의 대표자란 위험부담이 큰 제도이다. 회사 대표자의 전횡을 방지하기 위하여 내부적으로 권한을 제한할 수 있지만, 선의의 제3자에게 대항할 수 없으므로 회사 대표자 스스로 제한을 준수하지 않는 한 실효성이 없다. 그러므로 공동대표제도는 회사의 이익을 보호하는데에 단독대표제도보다 이점이 많다. 회사의 규모와 영업활동의 분야가 확대될수록 공동대표제도는 더욱 필요한 대표제도라 볼 수 있다. 따라서 중국의 경제발전과 회사규모의 확대는 중국 회사법상 공동법정대표자제도를 법정할 필요가 있다. ③ 중국 회사법에는 표현대표행위에 대한 규정이 없고, 다만 계약법 제49조에서 표현대리를 규정하고 있다. 이 규정을 표현법정대표행위에 유추 적용할 수 있다고 본다. 그러나 이 제도는 상대방을 보호하는 데 여러 가지 미흡한 점이 있으므로 한국 회사법상의 표현대표제도를 도입하는 것이 바람직하다.

## 참고문헌

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

- 김효신, 「주식회사 지배구조의 법리」, 경북대학교출판부, 2009.
- 김영선, 「이사의 책임보험연구」, 삼지원, 1996.
- 강위두, 「회사법」 제3전정판, 영설출판사, 2002.
- 서돈각·정완용, 「상법강의(상)」, 제4판, 1999.
- 손진화, 「상법강의」 제2판, 신조사, 2010.
- 손주찬·정동윤, 「주석상법(IV)」, 한국사법행정학회, 1999.
- 이정표, 「중국회사법」 박영사, 2008.
- 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 제20판, 2012.
- 이수기·최병규·조지현, 「회사법」 제8판, 박영사, 2009.
- 양동석, 「중국회사법」, 진원사, 2007.
- 양승규·박길준, 「상법요론」, 제3판, 삼영사, 1993.
- 윤동은, 「주식회사의 이사회와 경영감독」, 한국학술정보 출판사, 2005.
- 정동윤, 「상법(상)」, 제5판, 법문사, 2010.
- 정찬형, 「상법강의(상)」, 제15판, 박영사, 2012.
- 채이식, 「상법 강의」(상), 박영사, 1996.
- 최기원, 「회사법론」 제13대정판, 박영사, 2009.
- \_\_\_\_\_, 「상법학신문」 제19판, 박영사, 2011.
- 최준선, 「회사법」 제5판, 삼영사, 2010.
- 홍복기, 「회사법강의」 제2판, 법문사, 2010.

#### 2. 논문

- 고재중, “회사경영상 책임과 이사의 구제제도에 관한 고찰”, 「기업법연구」 제14집, 한국기업법학회, 2003.
- 김돈순, “理事의 責任構造의 改善方案” 단국대학교 박사논문, 2008.
- 김병연, “한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁”, 「상사법연구」 제28권 제1호, 한국상사법학회, 2009.
- 김상규, “사외이사의 법적 지위에 따른 경영책임의 한계와 주주의 소송”, 「법학논총」 제16집, 한양대학교 법학연구소, 1999.
- 김상규, “사외이사의 선·해임에 관한 소고”, 「법학논총」, 한양대학교 법학연구소, 2006.

- 김정우, “중국주식회사 지배구조의 법적 규율”, 「강남대학교논문집」, 제46집, 2005.
- 김재범, “이사 자기거래와 회시기회유용의 제한-2008년 상법개정안 검토-”, 「법학논고」 제29집, 경북대학교 법학연구소, 2008.
- 권재열, “經營判斷의 原則의 導入에 관련된 問題點”, 「연세법학연구」, 연세법학회, 제3권, 1995.
- “경영판단의 원칙”, 「비교사법」 제6권 제1호, 한국비교사법학회, 1999.
- 김태진, “이사의 감시의무에 대한 판례의 고찰”, 「상사법연구」 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010.
- 강희갑, “주요국가의 회사지배구조론과 일본의 주식회사의 경영감독구조에 대한 개선논의”, 「상사법연구」 제18권 제3호, 한국상사법학회, 2000.
- \_\_\_\_\_, “한국 주식회사법상 지배구조의 문제점과 개선방향”, 「비교사법」 제6권 제2호, 한국비교사법학회, 1999.
- 김영근, “사외이사의 책임면제·완화론에 대한 비판적 검토”, 「기업법연구」 제21권 제2호, 韓國企業法學會, 2007.
- 김영호, “집행임원제도 - 법리 구성 및 입법적 검토를 중심으로 -”, 「기업법연구」 제21권 제4호, 한국기업법학회, 2007.
- 김원기, “기업경영의 투명성보장과 公示 : OECD원칙의 「공식과 투명성」 을 중심으로”, 「기업법연구」 제4권, 한국기업법학회, 1999.
- 김원기·박성진, “주식회사 모델에 기초한 공기업 지배구조의 개선 방향”, 「법학논총」 제28집 제2호, 전남대학교 법률행정연구소, 2008.
- 김재범, “회사규모와 지배구조의 개편-2009년 개정상법을 중심으로-”, 「기업법연구」 제24권 제3호, 한국기업법학회, 2010.
- 김하록, “경제체제의 개혁과 중국기업의 지배구조”, 「한양법학」 제21집, 한양법학회, 2007.
- 김학원, “주식회사 감사제도의 효율성 제고를 위한 개천방안연구”, 건국대학교 박사논문, 2010.
- 김종우, “중국주식회사 지배구조의 비교분석: 법적 규율을 중심으로”, 「강남대학교 논문집」 제46집, 강남대학교, 2005.
- 金香蘭, “중한 주식회사의 지배구조에 관한 비교연구”, 고려대학교 박사논문, 2009.
- \_\_\_\_\_, “중국 상장회사 사외이사제도에 관한 연구”, 「법학논총」 제27집 제2호, 2007.
- 권재열, “상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의—대법원 판례의 동향에 대한 검토를 중심으로”, 「상사판례연구」 제22집 제1권, 한국상사판례학회, 2009.
- 권혁재, “중국회사법상 종업원 경영참가제도 연구”, 「국제지역연구」 제9권 제2호, 한국외국어대학교 외국학종합연구소, 2005.
- 나승성, “주식회사지배구조론에 관한 서론적 고찰”, 「고시계」, 제45권 제4호, 고시계사, 2000.
- 림종열, “사외이사제도에 관한 고찰”, 「사회과학연구」 제22권 제1호, 조선대학교 사회과학연구소, 2001.
- 염미경, “회사법 개정을 중심으로 살펴본 한국 회사법의 발전과정과 과제”, 「민족문화논총」 제36집, 영남대학교 민족문화연구소, 2007.
- 맹수석, “주식회사 이사의 일반적 주의의무와 자기거래규제”, 「고시계」, 제50권 제10호, 고시계사, 2005.

- 박강익·박수영, “사외이사의 현황과 문제점에 관한 연구”, 「기업법연구」, 제21권 제1호, 韓國企業法學會, 2007.
- 박수영, “이사배상책임보험의 면책사유”, 「기업법연구」 제5집, 한국기업법학회, 2000.
- \_\_\_\_\_, “이사배상책임보험의 기본구조”, 「법률행정연구」, 우석대학교, 법률행정연구소, 2000.
- 박은경, “사외이사제도와 감사위원회제도의 운영현황에 기초한 법적 문제점 연구”, 「경성법학」, 경성대학교 법학연구소, 2002.
- 서규석, “이사책임보험--보험상품개발 및 그 구성을 위한 시도”, 「법학연구」, 제13집, 전북대학교 법학연구소 1986.
- 신동령, “기업지배구조 관련 제도와 그 변화에 관한 고찰-한국과 일본의 비교를 중심으로-”, 「재무관리논총」, 제9권 제1호, 한국재무관리학회, 2003.
- 심재환, “상법개정안에서의 회사회배구조와 집행임원제도”, 「한림법학」, 제19권, 2008.
- 송석언·김여선, “중국 국유기업에 대한 국경간 M&A 방안”, 「법과정책」 제5호, 제주대학교 법과정책연구소, 1998.
- 손창일, “미국법상 경영판단의 원칙에 관한 비판적 소고”, 「상사판례연구」 제22권 제4호, 한국상사판례학회, 2009.
- 송인방, “경영판단원칙의 도입가능성에 관한 검토”, 「법학연구」 제14권, 충남대학교 법학연구소, 2003.
- 손영화, “미국법사의 경영판단원칙과 그 도입 문제에 관한 일고찰”, 「상사법연구」 제18권 제2호, 한국상사법학회, 1999.
- 양동석, “회사의 지배구조개선과 경영감독기관”, 「상사법연구」 제18권 제3호, 한국상사법학회, 2000.
- \_\_\_\_\_, “집행임원의 역학과 법적 지위”, 「상장협」, 제48호, 한국상장회사협의회, 2003.
- 이기수, “주식회사의 지배구조에 관한 비교법적·입법론적 고찰”, 「사회과학연구」 제7권, 창원대학교 사회과학연구소, 2000.
- 이범찬, “기업의 기관조정과 주식회사기관의 개편방향”, 「인천법학논총」 제1권, 인천대학교 법과대학, 1998.
- 이범찬·염정의, 「현대주식회사의 기관구조」, 삼지원, 1998.
- 이영중, “한국 주식회사의 이사와 집행임원의 의무에 관한 고찰-조직구조와 의무의 관련성을 중심으로 한 몇 가지 문제제기-”, 「미국헌법연구」, 미국헌법학회, 2010.
- 이형규, “중국의 개정회사법에 관한 고찰”, 「한양법학」 제24권, 한양법학회, 2008.
- \_\_\_\_\_, “상법 중 회사편(일반)에 대한 개정의견”, 「상법개정연구보고서」, 한국상사법학회, 2005.
- 이홍욱, “관례를 통해 본 이사의 충실의무”, 「비교사법」 제12권 제4호, 한국비교사법학회, 비교사법, 2005.
- 오일환, “중국 국유기업 회사화에 관한 연구”, 「중국법연구」 제2권, 1999.
- \_\_\_\_\_, “중국에 있어서의 회사법의 최근 개정”, 「법학연구」 제22집 제2권, 2006.
- 오성근, “경영판단원칙의 적용기준의 범리에 관한 검토”, 「企業法研究」 제20권 제1호, 한국기업법학회, 2006.
- 유영일, “이사의 충실의무(상법 제382조의 3)의 재검토—2009년 신탁법 개정안과 관련하여”, 「상사판례연구」 제23집 제1권, 한국상사판례학회, 2010.
- 유정상, “회사의 임원의 의무와 책임에 관한 연구—한중 회사법의 비교를 중심으로”, 고려대학교 박사논문,

2010.

- 윤태호, “중국 회사법상 주식회사의 지배구조에 관한 연구”, 대구가톨릭대학교 박사논문, 2010.
- 정립·윤진기·이정표, “중국 회사법 소고”, 「경남법학」, 제11권, 경남법학연구소, 1995.
- 정무관·이인서·이동섭·남창수·박경미, “이사회 속성과 기업성과에 관한 연구: 이사회 역할에 대한 재고찰”, 「인사·조직연구」 제17권 2호, 한국인사·조직학회, 2009.
- 정병석, “우리나라 기업지배구조의 개선방향-OECD의 기업지배구조원칙 초안과 관련하여-”, 「민사법연구」 제7집, 대한민사법학회, 1999.
- 정용상, “주식회사지배구조에 관한 개정회사법의 검토”, 「재산법연구」 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000.
- \_\_\_\_\_, “한·중 회사법상의 주식회사운영기구에 관한 비교법적 연구”, 「비교법학」 제12권, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2001.
- \_\_\_\_\_, “중국회사법상 회사의 기관구조”, 「기업법연구」 제12권, 한국기업법학회, 2003.
- \_\_\_\_\_, “개정중국회사법상의 감사제도-중국법상 회사지배구조개선과 관련하여-”, 「재산법연구」 제24권 제3호, 한국재산법학회, 2008.
- 정쾌영, “사외이사제도의 문제점과 그 개선방안에 관한 고찰”, 「인적자원관리연구」 제2호, 한국인적자원관리학회, 2001.
- \_\_\_\_\_, “집행임원제도에 관한 상법 개정안의 문제점 검토”, 「기업법연구」, 제12권 제4호, 한국기업법학회, 2007.
- 조성중, 윤영수, “이사의 회사에 대한 손해배상책임과 경영판단원칙”, 「법학연구」 제23집, 한국법학회, 2006.
- 최병규, “경영판단원칙과 그의 수용 방안”, 「기업법연구」 제19권 제2호, 한국기업법학회, 2005.
- 최은영, “중국 상장회사 사외이사제도 운영 현황과 문제에 관한 연구”, 「기업법연구」 제24권 제2호, 2010.
- 최윤범, “경영판단의 원칙”, 「비교법학」 제2권, 전주대학교 비교법학연구소, 2002.
- 송호신, “집행임원제도 입법안에 대한 재검토”, 「법과 정책연구」 제8집 제1호, 한국법정책학회, 2008.
- 허성화, “중국의 사외이사제도”, 「중국법연구」, 제5집, 2005.
- 홍복기, “주식회사에 있어서 집행임원제도의 도입과 그 과제”, 「상사판례연구」, 제19권 제4호, 한국상사판례학회, 2006.

## II. 중국문헌

### 1. 단행본

- 范健·王建文, 「公司法」, 法律出版社, 2011.
- 陳自強, 「代理權與經理權之間--民商合一與民商分立」, 北京大學出版社, 2008.
- 蔡元慶, 董事的經營責任研究, 法律出版社, 2006.
- 車輝, 「公司法理論與實務」, 中國政法大學校出版社, 2009.
- 范健·蔣大興, 「公司法論(上)」, 南京大學出版社, 1997.



- 胡果威, 「美國公司法」, 法律出版社, 1999.
- 江平·賴源河主編 「兩岸公司法研討」, 中國政法大學出版社, 2003.
- 雷興虎主編, 「公司法學」, 北京大學出版社, 2007.
- 劉俊海, 「公司法學」, 北京大學出版社, 2008.
- , 「股份有限公司股東權的保護」, 法律出版社, 1997.
- 劉殿葵, 「公司經理人法律問題研究——對懈怠與濫權規制的法律本土化分析」, 法律出版社, 2008.
- 梅慎實, 「現代公司機關權力構造論」, 中國政法大學出版社, 2000.
- 馬俊駒, 「法人制度通論」, 武漢大學出版社, 1988.
- 施天濤, 「公司法論」第二版, 法律出版社, 2006.
- 史尚寬, 「民法總論」, 台灣正大印書館, 1981.
- 佟柔, 「中國民法學-民法總則」, 中國人民公安大學出版社, 1990.
- 陽幼炯, 「近代中國立法史」, 北京商務印書館, 1936.
- 叶林, 「中國公司法」, 中國審計出版社, 1997.
- 張忠民, 「艱難的變遷: 近代中國公司制度研究」, 上海社會科學院出版社, 2002.
- 張漢捷, 「香港公司法原理與實務」, 科學普及出版社, 1994.
- 趙旭東, 「公司法學」, 高等教育出版社, 2003.
- 周友蘇, 「新公司法論」, 法律出版社, 2006.

## 2. 논문

- 蔡元慶, 「股東代表訴訟中公司的訴訟參加問題研究」, 「華東政法學院學報」第2期, 華東政法大學, 2007年
- 蔡元慶, 「經營判斷原則在日本的實踐及對我國的啓示」, 「現代法學」第28卷第3期, 西南政法大學, 2006.
- 曹順明·高華, 「公司機會准則研究」, 「政法論壇」第22卷第2期, 中國政法大學, 2004.
- 常琦, 「美國公司法'商業判斷規則'對我國公司立法的啓示」, 「中國發展觀察」第5期, 國務院發展研究中心, 2007.
- 車傳波, 「公司機會准則的司法裁判」, 「西北政法大學學報」第5期, 西北政法學院, 2010.
- 李寧, 「論對董事忠實義務法律的缺失及完善」, 「福建工程學院學報」第8卷第5期, 福建工程學院, 2010.
- 陳飛, 「論公司董事之忠實義務」, 「湖北經濟學院學報」第4卷第5期, 湖北經濟學院, 2007.
- 陳歷幸, 「論我國公司秘書制度的建构」, 「法學」, 第4期, 華東政法大學, 2001.
- 陳昆玉·陳昆琮, 「利益相關者公司治理模式評介」, 「北京郵電大學學報(社會科學版)」, 第4卷第2期, 北京郵電大學, 2002.
- 崔燦, 「公司董事忠實義務之概論」, 「重慶社科文匯」, 6月刊, 中共重慶市委黨校·重慶行政學院, 2009.
- 鄧可祝, 「董事的勤勉義務研究」, 「黑龍江省政法管理幹部學院學報」第5期, 黑龍江省政法管理幹部學院, 2010.
- 段從清, 「公司董事法律責任的免責機制問題研究」, 「經濟管理」第22期, 中國社會科學院工業經濟研究所, 2005年.
- 方昀·熊賢忠, 「公司治理中注意義務之判斷標準探析」, 「江西社會科學」第5期, 江西省社會科學院, 2010.
- 馮果·柴瑞娟, 「論董事對公司債權人的責任」, 「國家檢察官學院學報」第15卷第1期, 國家檢察官學院, 2007.

- 付琛瑜,“股東直接訴訟制度芻議”,「河南財政稅務高等專科學校學報」第18卷第5期,河南財政稅務高等專科學校,2004.
- 甘培忠,“論股東代表訴訟在中國的有效適用”,「北京大學學報」第9期,北京大學,2002.
- 高大慧,“論《公司法》對職工參與公司治理制度的法律規定”,「北京市工會幹部學院學報」,第21卷,第1期,北京市工會幹部學院,2006.
- 高俊學·劉偉光,“論我國公司法上的董事勤勉義務”,「中外企業家」,第2期,哈爾濱工業大學,2010年.
- 高旭軍,“股東代表訴訟的應用探究——論《公司法》第150條和第152條”,「東方法學」第6期,上海市法學會,2008.
- 韓長印·吳澤勇,“公司業務執行權之主體歸屬”,「法學研究」第4期,中國社會科學院法學研究所,1999.
- 何曉行,“公司經理法律制度研究”,「天府新論」第3期,四川省社會科學界聯合會,2009.
- 胡甲慶,“公司董事民事責任及歸責原則研究”,「雲南學術探索」第2期,雲南省社會科學界聯合會,1998.
- 胡曉靜,“論理事自我交易的法律規制”,「當代法學」第6期,吉林大學法學院,2010.
- 紀誠,“最高人民法院司法解釋研究——對最高人民法院司法解釋合理性反思”,中國政法大學2006年博士論文.
- 姜濤·李啓明,“董事會中心主義下的創始人保護問題研究”,「黑龍江省政法管理幹部學院學報」第11期,黑龍江省政法管理幹部學院,2010.
- 蔣燕玲·郭文靜,“我國董事忠實義務制度完善芻議”,「湘潭師範學院學報,湖南科技大學」,第31卷第2期,2009.
- 藍華生,“試論我國董事責任制度的完善”,「福建廣播電視大學學報」第1期,福建廣播電視大學,2005.
- 呂紅兵·李辰,“累積投票制若干法律問題之探討”,「第三屆中國律師論壇論文集(實務卷)」,中華全國律師協出版社,2003.
- 劉桂清,“股東對董事之直接訴訟”,「法學評論」第3期,武漢大學,2006.
- 劉敬偉,“董事勤勉義務判斷標準比較研究”,「當代法學」,吉林大學,2007.
- 劉迎霜,“股東對董事訴訟中的商業判斷規則”,「法學」第5期,華東政法大學,2009.
- 劉洲,“論公司治理視野中的競業限制”,「學術界」第9期,安徽省社會科學界聯合會,2010.
- 劉惠明,“公司違法時董事對公司的賠償責任探析”,「河海大學學報(哲學社會科學版)」,第12卷第4期,河海大學,2010.
- 劉平華·劉開,“論公司執行董事的責任”,「計劃與市場探索」第1-2期,廣西宏觀經濟學會·廣西區計委經濟研究所,2004.
- 劉俊海,“論股東的代表訴訟提起權”,「商事法論集」第1輯,法律出版社,1997.
- 李建偉,“論我國上市公司監事會制度的完善——兼及獨立董事與監事會的關係”,「法學」第2期,華東政法大學,2004.
- 李紅琨,“我國上市公司獨立董事制度研究”,西南財經大學博士論文,2006.
- 李開甫,“論股東權益的訴訟保護機制”,「江漢論壇」,第3期,湖北省社會科學院,2005.
- 李建華·許中緣,“表見代表及其適用——兼評〈合同法〉第50條”,「法律科學」,第6期,2000.
- 李選民,“論公司董事的義務和責任”,「南方經濟」第12期,廣東經濟學會·中山大學(嶺南學院),2003.
- 李燕,“美國公司法上的商業判斷規則和董事義務剖析”,「法學」第5期,華東政法大學,2006.

- 李中立, “董事違反注意義務之責任追窮”, 「河北大學學報」, 河北大學, 2010.
- 柳經緯, “論法定代表人”, 「貴州大學學報」第20卷第2期, 貴州大學學報, 2002.
- 樓曉·汪婷, “論董事責任中歸則原則的適用”, 「商場現代化」第1期, 中商科學技術信息研究所, 2007.
- 陸萍, “董事與公司關係探微”, 「政治與法律」第6期, 上海社會科學院法學研究所, 2001.
- 駱東平, “股東直接訴訟程序制度研究”, 「特區經濟」, 深圳市社會科學院, 2006.
- 孟寧, “論完善我國公司法中的董事注意義務制度”, 「知識經濟」, 第15期, 重慶市科學技術協會, 2010.
- 孟祥剛, “公司股東代表訴訟的審理”, 「法律適用」, (最高法院)國家法官學院, 第4期, 2007.
- 任自力, “公司董事的勤勉義務標準研究”, 「中國法學」第6期, 中國法學會, 2008.
- 榮國權·劉博, “銀行股東大會選任董事長法律效力淺析”, 「特區經濟」, 深圳市社會科學院, 2011.
- 容纓, “美國商業判斷規則對我國公司法的啓示: ——以經濟分析為重點”, 「政法學刊」第24卷第2期, 廣東警官學院, 廣東省公安司法管理幹部學院, 2006.
- 容纓, “論美國公司法上的商業判斷規則”, 「比較法研究」第2期, 中國政法大學, 2008.
- 孫建江·陳永旭, “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」第16卷第3期, 寧波大學, 2003.
- 桑士俊·賀琛, “關於我國累積投票制的反思——基於××公司董事選舉決議無效的案例分析”, 「財經理論與實踐」第31卷第167期, 湖南大學, 2010.
- 沈貴明, “論公司法對董事會決議表決的規範——我國《公司法》第112條規定的失誤與修正”, 「法學」第6期, 華東政法大學, 2011.
- 王保樹, “公司組織機構的法的實態考察與立法課題”, 「法學研究」第2期, 中國社會科學院法學研究所, 1998.
- , “股份有限公司經營層的職能結構——兼論公司經營層職能的分化趨勢”, 「法學研究」第5期, 中國社會科學院法學研究所, 1999.
- , “股份有限公司機關構造中的董事和董事會”, 梁慧星 主編, 「民商法論叢(第1卷)」, 法律出版社, 1994.
- 王保樹·錢玉林, “經理法律地位之比較研究”, 「法學評論(雙月刊)」, 武漢大學, 第2期, 2002.
- 王建敏·袁錦, “公司歸入權問題研究”, 「山東社會科學」第12期, 山東省社會科學界聯合會, 2010.
- 魏淑君, “公司法在中國的百年歷程”, 「華東政法大學學報」第2期, 華東政法大學, 2005.
- , “近代中國關與‘公司法移植與本土化問題’第一次真正意義上的思考”, 「中國的前沿文化復興與秩序重構——上海市社會科學界第四屆學術年會青年文集」, 2006.
- , “歷史的智識: 中國百年公司法史的解讀與啓迪”, 「山東師範大學學報」第53卷第3期, 山東師範大學, 2008.
- 危兆賓, “論公司表決權例外排除制度的制度功能與具體運行”, 「時代法學」, 第7卷第1期, 湖南師範大學, 2009.
- 吳堯·向欣, “論公司對董事的賠償責任”, 「湖北社會科學」第11期, 湖北省社會科學聯合會·湖北省社會科學院, 2004.
- 夏利民, “董事謹慎職責與經營判斷規則之關係芻議——以美國法為視角”, 「比較法研究」, 中國政法大學比較法研究所, 2010.
- 謝朝斌, “論我國股份公司獨立董事義務與責任”, 「南京審計學院學報」第2卷第1期, 南京審計學院, 2005.
- , “試論股份公司董事會專業委員會及其獨立性規制”, 「甘肅政法學院學報」第3期, 甘肅政法學院, 2004.
- 耀振華, “公司董事民事責任制度研究”, 「法學評論」第3期, 武漢大學, 1994.
- 叶敏·周俊鵬, “從股東會中心主義到董事會中心主義——現代公司法人治理結構的發展與變化”, 「商業經濟與管理」,

- 浙江工商大學, 第1期, 2008.
- 殷道飛, “公司董事勤勉義務研究”, 「法制與社會」 第1期, 雲南省法學會, 2009.
- 曾顏璋, “董事會中心主義階段公司權力異化與對策的法學分析”, 「法學雜誌」 第6期, 2009.
- 張繼恒·胡玲麗, “完善董事責任制度的幾點思考”, 「南昌高專學報」 第1期, 江西科技師範學院, 2008.
- 張美欣, “試論董事的義務及責任——董事的侵權(直接侵權)責任初探”, 「中央政法管理幹部學院學報」 第5期, 中央政法管理幹部學院, 2000.
- 張民安, “董事對公司債權人承擔的侵權責任”, 「民商法學(人大報刊復印資料)」 第11期, 中國人民大學, 2000.
- 張素珍, “中國上市公司領導結構問題探討”, 「經濟師」 第1期, 山西省社會科學院, 1999.
- 張曉飛, “論股份公司經理的法律地位”, 「西安建築科技大學學報(社會科學版)」 第25卷 第1期, 西安建築科技大學, 2006.
- 鄭建華, “論中國股份有限公司董事會與經理的分离”, 「今日科苑」 第4期, 中國老科學技術工作者協會, 2009.
- 宗延軍·李頌臣, “董事會秘書制度移植效用不佳成因之探討”, 「理論觀察」 第2期, 理論觀察雜誌社, 2008.
- 朱曉娟, “股份有限公司董事‘惡’之法律抑制”, 「政法論壇」(中國政法大學學報) 第22卷 第5期, 中國政法大學, 2004.
- 公司法的新修訂及其影響, <http://wenku.baidu.com/view/63606719227916888486d7bc.html>, 마지막 방문시간: 2012. 7. 12.
- “社會轉型與公司法改革”, <http://wenku.baidu.com/view/e9b2a0878762caaed33d439.html>, 마지막 방문시간: 2012. 7. 14.
- 朱孝清“司法解釋的效力範圍”, 「檢察日報」, 2010.9.27.  
[http://newspaper.jcrb.com/html/2010-09/27/content\\_54522.htm](http://newspaper.jcrb.com/html/2010-09/27/content_54522.htm), 마지막 방문시간 2012. 7. 14.
- 孫光焰“也論公司、股東與董事之法律關係”,  
[http://www.chinalawedu.com/news/21604/21630/21652/2005/2/ma5871494934152500250274\\_159062.htm](http://www.chinalawedu.com/news/21604/21630/21652/2005/2/ma5871494934152500250274_159062.htm),  
마지막 방문시간 2012. 7.14.
- 李有根·趙西萍·李懷祖, “公司的董事會構成與經理控制機制研究”, <http://www.chamc.com.cn/gvhr/bshgzz/bshlt/64976.shtml>, 마지막 방문시간: 2012. 7. 14).
- 宋云峰, “淺析股東代表訴訟的訴訟原則和賠償範圍”,  
<http://wenku.baidu.com/view/874d20a10029bd64783e2ca7.html>,  
마지막 방문시간: 2011. 7. 15.

### III. 영문문헌

- Mayson. stephen, French. Derek & Ryan. Christopher , 「Company law」, Oxford University Press, 2008.
- Hamilton. Robert W. & Macey. Jonathan R. , 「Cases and Materials on Corporations」, Thomson west, 2007.

The American Law Institute 「Principles of corporate governance: analysis and recommendations」 Propose  
Final Draft.March 31. 1992. §5.05.(a),(1)(2),(3)  
Gower. L. C. B , 「Principles of Modern Company Law(5th)」 , Sweet & Maxwell, 1992.