

한·중 회사법상의 주식회사운영기구에 관한 비교법적 연구

정 용 상*

<목 차>

1. 머리말
2. 주식회사의 운영기구 개관
3. 주주총회
4. 이사·이사회·이사장
5. 감사(감사회)
6. 중국주식회사 운영기구의 활성화 방안

1. 머리말

1992년 8월 24일 우리나라가 중국과 정식으로 수교한 이후, 양국간의 교류는 실로 엄청난 발전을 가져왔다. 중국은 개혁·개방이후 괄목할 만한 고도의 경제성장을 지속하면서 세계경제의 큰 포션을 점하고 있다.¹⁾ 과거 사회주의계획경제체제에서 사회주의시장경제체제로의 전환

* 부산외국어대학교 법학부 교수

1) 2000년도 중국의 GDP는 1조 800억 달러(8%↑)이며, 교역량은 4,743억 달러(31.5%↑)이며, 241억달러의 흑자를 기록하였다. 외자유치는 407억달러, 외환

2 比較法學 (第 12 輯)

을 기점으로 하여 이에 부응하는 법체계의 정비도 아울러 진행되고 있다.

중국은 1993년에 헌법을 개정하여 사회주의시장경제체제로 전환됨에 따라, 사회주의시장경제법률체계를 시장주체법, 시장주체행위규제법, 시장관리규제법, 시장체계법, 시장거시조정법, 사회보장법의 6개분야로 구분하게 되는데, 공사법은 시장주체법으로 분류된다.

근자에 와서 중국은 우리의 상법영역에 해당하는 해상법, 공사법, 보험법 등을 공포하였다. 원래 중국은 민상2법통일론에 의해 상사계약에 관한 법, 해상법, 보험법, 공사법 등이 모두 민사특별법으로 분류된다.

1993년 이후 입법5개년계획에 의해 사회주의시장경제체제에 부합하는 법의 제정과정에서 1993년 12월 29일 ‘중화인민공화국공사법’(이하 ‘회사법’이라 약칭함)을 공포하였고, 1994년 7월 1일부터 시행되었다.²⁾ 이 법은 총 11장 230개 조문을 가진 중국현대기업제도의 획기적인 변화

보유고 1,656억달러, 외채 1,457억달러로서 매우 양호한 구조를 형성하고 있다. 2000년도의 한국과의 교역량은 345억달러(수출 112.9억달러, 수입 231억달러로 대한민국 무역적자 119억달러)로 37.8%의 성장을 가져왔으며, 한국의 대중국투자는 15,000건 102억달러에 달하고 있다. 한편 중국은 WTO에 가입하기 위해 30여개국과 양자협상을 1986년도부터 시작하여, 현재 농업·서비스분야를 제외한 전분야에 대한 협상이 완료되었으며, 현재 의정서 협상을 진행 중이다(한국과 중국은 중국의 WTO가입을 위한 양자협정을 가장 먼저 체결하였다). WTO가입을 위한 정책조정을 위해 중국은 3,462개 항목의 수입관세율을 개방 직후 47%에서 현재 15.3%로 인하하였고(전체품목의 49%), 1,000여건의 내부규정의 폐지와 140개 법률의 개정, 570여건의 법률을 폐지할 예정이다. 중국의 WTO가입으로 중국시장의 개방이 확대되고, 중국의 수요량이 증가함으로 인하여 한국기업은 크게 발전될 것이며, 한국기업에게는 오히려 찬스가 주어질 것이다(楊偉群, “중국경제현황 및 WTO가입문제” 국제거래법학회 제55회 학술발표회자료집(2001년 4월 27일, 대한상의클럽) 참조).

2) 중국회사법은 유한회사와 주식회사에 대한 기업형식과 운영에 대하여 규정하고 있으며, 우리나라의 합명회사와 합자회사에 관한 법률은 1997년과 1998년에 별도의 개별법 형식으로 제정되었다. 한편 회사법은 1999년 12월 25일에 개정되었는데, 그 개정내용은 극히 미미하므로 본 논문에서는 언급하지 않기로 한다(개정조항 : 제67조, 제229조).

의 산물이다. 즉 회사법은 대량생산과 시장경제의 수요를 충족하기 위하여 현대기업제도인 회사제도를 도입하기 위한 것이며 수많은 경제실체를 회사의 형식으로 정비하려는 데 그 생성원인이 있다 하겠다.

이 법은 유한회사 및 주식회사의 설립, 주식의 발행 및 양도, 회사재무·회계, 회사의 합병·분할 및 파산, 해산, 청산 등이 그 주요한 내용이다.

중국회사법(이하 '중회'라 약칭함) 제1조는 현대기업제도의 수요에 적용하고 회사의 조직과 행위를 규범화하며, 회사·주주·채권자의 합법적 권익을 보호하고 사회경제질서를 보호하며, 사회주의시장경제의 발전을 촉진하기 위하여 이 법을 제정한다고 명시하고 있다. 즉 이 법은 시장경제주체를 규범화 한 중요한 입법인데, 회사법의 제정목적은 중국 법제정에 있어서 그동안 미진했던 부분을 보완하고, 규범을 준수하지 않는 회사조직실체들에게 회사설립과 운영상 규범을 준수하도록 하고, 국유기업이 회사제도로 발전하도록 계도하며, 현대적 기업시스템의 정착을 위한 중요한 법적 근거가 되는데 있다. 회사법은 중국이 시장경제법질서와 현대적 기업제도를 건설하는데 있어서 이정표로서의 기능을 한다.

이처럼 중국회사법은 시장경제원리와 현대기업제도의 요구에 부응하면서, 국유기업의 회사제도로의 전환과 국제화·세계화에 따라 선진입법에서의 국제공통의 법개념을 수용함으로써 국제시장에서의 조화를 도모하고 있다.³⁾

중국회사법은 단행법 형태의 입법으로, 인적회사에 관한 규정은 없고, 주식회사의 설립허가주의를 취하며, 국유기업의 회사제도로의 전환, 국가의 간섭 과다, 유한회사가 주식회사로 조직변경하는 것만 인정하는 것, 수권자본제의 불인정 등 우리 회사법과는 상당한 차이가 있으나, 중국회사법이 선진입법례를 많이 참고로 하여 제정되었으므로 우리 회사

3) 王文杰, 最新中國公司法, 民理文化事業有限公司, 1994, 54-55頁

법과의 유사성도 상당부분 인정된다.

중국회사법은 기업제도의 필요성과 회사·주주·채권자의 합법적인 권익을 보호하기 위하여 독립조직의 원칙, 독립재산의 원칙, 유한책임의 원칙, 책임과 권리의 균형원칙, 회사법인의 원칙, 허가주의와 준칙주의 상호결합의 원칙, 회사명칭과 회사형식 상호일치의 원칙, 재투자제한의 원칙, 법에 의한 경영원칙, 회사의 합법적 권익에 대한 법률보호원칙, 회사근로자의 경영참가권행사의 원칙, 회사의 권한과 책임을 확실하게 실행하는 관리체제원칙⁴⁾ 등의 회사조직과 활동을 규율하는 원칙을 확립하고 있다.

본고에서는 우리와 교역량이 급증하고 있는 중국의 회사법 중에서 특히 주식회사의 운영기구(기관)에 대하여, 주주총회, 이사회, 대표이사, 감사제도 등의 순서로 양국제도의 비교·분석을 통하여 관련성을 검토하고, 상위한 부분에 대해서는 거래시에 그 대비책을 찾을 수 있는 법적 근거를 찾을 수 있도록 하는데 그 연구목적이 있다. 발전적으로는 이러한 연구의 토대하에 양국 주식회사의 지배구조에 관한 비교연구를 하는 응용적 비교법 연구를 위한 기초자료를 획득하고자 하는 것이다. 이에 대해서는 별도의 논문으로 다루고자 한다.

2. 주식회사의 운영기구 개관

1) 중국회사법상 주식회사의 기관구성

중국법상 주식회사의 운영기구는 股東大會(이하 우리나라의 대응기구로서 '주주총회'라 칭함), 董事會(董事長, 經理), 監事會를 두고 있다. 이들 기구간에는 권리와 책임이 분명하고 상호 견제한다. 주주총회는 회

4) 卞耀武. 劉鴻儒編, 中華人民共和國公司法實務全書, 經濟日報出版社, 1994, 11頁

사의 권력기구로서 회사의 중요한 의사결정을 한다. 董事會(이하 우리나라의 대응기구로서 '이사회'라 칭함)는 우리나라의 이사회와 같은 기구로서 董事(이하 우리나라의 대응개념으로 '이사'라 칭함)들로 구성되며, 회사의 업무집행과 경영의사결정기구로서 법의 규정과 주주총회의 수권에 따라 경영관리결정을 함과 아울러 회사경리 등을 임면하며, 董事長(이하 우리나라의 대응개념으로 '이사장'이라 칭함)은 우리나라의 대표이사와 유사한 기구로서 대외적으로 회사를 대표한다. 경리는 이사회에 의하여 선임되고 법이 정한 권한과 회사정관 및 이사회에 수권에 따라 회사의 경영관리업무를 담당한다. 監事會는 내부감독기관으로서 회사의 재무상태와 경영자들을 감독한다. 상호관계를 보면, 이사회는 주주총회에서 결의된 사항을 집행하고 주주총회의 감독을 받으며, 주주총회에 그 업무를 보고하지만, 경리는 이사회에서 결의된 사항을 집행하고 이사회에 감독을 받으며 이사회에 업무보고를 한다. 이와 같이 이사회는 주주총회에 대하여 책임을 지고, 경리는 이사회에 대하여 책임을 진다. 그러나 이사회에 대한 책임은 선임관계에 의한 책임이고, 경리의 이사회에 대한 책임은 고용관계에 의한 책임이므로, 그 책임의 성격이 같은 것은 아니다.

2) 한국회사법상 주식회사의 기관구성

우리법상 주식회사의 필요적 기관으로는, 주주총회, 이사회, 대표이사, 감사 또는 감사위원회가 있고, 임시기관으로서 검사인, 감사인 등이 있다. 즉 회사의 공동소유자인 주주로 구성되는 주주총회가 회사의 기본적인 사항에 관한 의사결정을 하고 이사 및 감사를 선임하며, 이사로 구성되는 이사회가 업무집행의 의사결정을 하고 대표이사를 선임하며, 대표이사는 회사의 업무를 집행하고 회사를 대표하고, 감사 또는 감사위원회는 이사의 직무집행을 감독한다. 그리고 주주도 독립한 기관은 아니지만 일정한 감독시정권을 행사한다. 1999년 개정상법은 정관의 규정

에 의하여 이사회 산하의 감사위원회가 감사를 갈음할 수 있도록 하고 있다.

3) 양국회사법상 주식회사기관구성의 특징

주식회사의 기관구성에 있어서의 특징은 기관이 분화되어 있다는 점과, 기관자격과 사원자격이 분리되어 있다는 점이다. 즉 의사결정기관으로서의 주주총회, 업무집행기관인 이사회(동사회), 대표이사(동사장, 경리), 감독기관인 감사(감사회)로 분화되어 있다. 이것은 비단 양국법에서만 나타나는 현상은 아니며, 근대국가에 있어서의 삼권분립의 정치사상의 영향을 받은 것으로 파악된다. 또한 주식회사에는 다수의 주주가 존재하므로 전주주가 직접 회사의 경영에 관여할 수는 없고, 또 현대의 기업경영은 복잡하므로 고도의 지식과 경험을 가지는 전문가에게 맡기는 것이 적당하므로, 주주가 직접 기관을 구성하는 것이 아니라 이사회와 대표이사(동사회와 동사장, 경리)에게 업무집행을 맡기고 있다. 이른바 기업의 소유와 경영의 분리현상(separation of control from ownership)이 나타나게 되고, 특히 대규모 공개회사에서는 소위 '지배없는 부의 소유와 소유없는 부의 지배(ownership of wealth without appreciable control and control of wealth without appreciable ownership)' 현상이 나타나게 된다.⁵⁾

우리나라의 주식회사는 주주로 구성되는 주주총회, 주주총회에서 선임되는 이사로 구성되는 이사회, 이사회에서 선임되는 대표이사 등 3단

5) 특히 중국의 주식회사는 최저자본금이 한국과 비교할 수 없을 만큼 높다. 즉 국내자본기업으로서의 주식회사의 최저자본금은 인민폐 1,000만원(한화 약15억원)이며, 특히 외국인투자법인(외상투자기업)의 경우는 최저자본금이 인민폐 3,000만원(한화 약45억원)이다. 그러므로 이러한 주식회사의 대형화에 따라 이른바 경영자지배현상이 두드러질 것으로 예상된다. 사견으로는 이러한 경영자의 전횡과 독단을 예방하기 위한 차원에서 실질적 업무집행권을 동사장과 경리에게 이원화시킨 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

계의 피라밋형의 운영기구를 가지고 있다. 중국의 주식회사도 동사장과 경리가 업무집행권을 나누어가지는 것⁶⁾ 외에는 대체로 우리의 시스템과 유사하다. 단 감사의 회의체운영에서 종업원대표의 참여는 사회주의 계획경제체제하에서의 노동자의 신분의 특성을 감안한 것으로 보인다.

3. 주주총회

1) 주주총회의 의의 및 권한

중국법상 주주총회는 회사의 최고 의사결정기관으로서, 총주주로 구성(중회 제102조)되며 회사법에서 정한 권한에 따라서 회사운영의 중요사항을 결정한다.⁷⁾

주주총회는 회사의 경영방침 및 투자계획의 결정, 이사의 선임과 해임 및 보수에 관한 결정, 주주를 대표하는 감사의 선임과 해임 및 보수에 관한 결정, 이사회와 감사회 보고의 심의·비준, 회사의 연도재무에

6) 사견으로 동사장과 경리의 실질적 회사업무집행권의 분점현상은 계획경제체제하의 중국국영기업시스템에서의 소위 회사지배를 위한 이면적 이유 외에, 중국 국유기업을 민영화하는 과정에서 나타난 필연적 현상이 아닌가 생각한다. 즉 연혁적으로 볼 때, 국유자산수권경영방식에 따라 정부의 국유자산관리 부서가 국유기업의 현존자산에 대하여 평가·감정한 다음 기업에 수권증서를 발급하고, 기업(실제로는 동사장과 총경리)은 소유자 대리인의 신분으로 수권범위내의 국유재산에 대하여 전권을 행사할 수 있었다. 그러나 국유기업을 회사형태로 전환하면 수권경영방식은 주주총회가 동사회, 동사회가 동사들에 대한 감독을 정상적으로 할 수 없게 한다. 수권경영은 소유자와 경영자사이의 견제관계를 내부자(동사장, 총경리 등)가 자기에 대한 감독관계로 변하게 하였으며, 이는 소유자의 지배권을 약화시키고 '내부자지배'의 위험성을 초래하게 된다. 동사장과 총경리의 권한분배는 내부자지배의 강화현상에 대한 상호 견제를 위한 측면이 있다고 판단된다. 이러한 양자간의 이원적 회사경영권의 분점현상은 마치 이원집정부제의 정부형태를 연상케 한다.

7) 王保樹, 中國商事法, 人民法院出版社, 1996. 161頁.

산안과 결산안의 심의·비준, 회사의 이익배분안 또는 결손보전안의 심의·비준, 자본금의 증가 또는 감소의 결의, 회사채 발행에 관한 결의, 회사의 합병·분할·해산 및 청산 등의 사항에 관한 결의, 정관변경 등의 권한을 가진다(중회 제103조). 이 밖에도 회사의 경영관리에 관계되는 중요사항을 심의·의결하는 권한을 갖고 있으므로, 제103조는 예시 규정이라고 볼 수 있다.

우리 상법상의 주주총회는 상법 또는 정관에 정한 사항에 한하여 결의할 수 있다(한국 상법 제361조, 이하에서는 한국 상법에 대해서는 단순히 조문만 표기함)고 하여 주주총회의 권한을 제한하고 있다. 증권거래법(제191의 5), 회사정리법(제31조) 등 특별법에서도 주주총회 결의사항이 있다.

비교법적 분석을 해 볼 때, 중국의 주주총회가 법문상으로 만 볼 때 우리보다 그 권한이 더 강화된 것으로 판단된다. 그러나 우리 상법은 정관의 정함에 의해 주주총회의 결의사항을 확장할 수 있으며, 그러한 유보조항이 법정되어 있고,⁸⁾ 또한 통설은 상법에 유보조항이 없는 경우에도 주식회사의 본질 또는 강행법규에 위반되지 않는 한, 정관의 규정에 의해서 이사회에 결의사항으로 되어 있는 것을 주주총회의 결의사항으로 할 수 있다고 풀이하고 있음에 미루어 볼 때, 양국회사법상의 주주총회의 권한은 상당히 유사한 면이 많다고 본다.

2) 주주총회의 소집

중국법상 주주총회는 정기총회와 임시총회로 구분한다. 정기총회는 연 1회 소집되며, 임시총회는 이사의 수가 회사법에서 정한 수 또는 정관에서 정한 수의 2/3에 미달하는 경우, 발행주식총수의 1/10이상을 가

8) 예를 들면 대표이사의 선임(제389조 ①), 신주의 발행(제416조), 준비금의 자본전입(제461조 ①), 전환사채의 발행(제513조 ②), 신주인수권부사채의 발행(제516조의 2 ②) 등이다.

진 주주에 의한 청구가 있을 경우, 이사회가 필요하다고 인정할 경우, 감사회가 소집을 청구할 때에는 2개월 내에 소집하여야 한다(중회 제 104조). 주주총회는 이사회가 소집하고 이사장이 의장이 되며, 심의할 사항은 주주총회 개최 30일전에 주주에게 통지해야 한다(중회 제105조). 무기명주식을 발행했을 경우에는 회일 5일전부터 폐회시까지 주권을 회사에 공탁해야 한다(중회 제105조).

우리법과 비교해 볼 때 중국법은 소수주주의 요건이 강화되어 있어 소수주주의 권리행사를 제한하는 점이 있다. 그리고 임시주주총회의 소집요건도 까다롭고 복잡하여 소수주주의 보호에 미흡한 편이다. 또한 주주총회의 개의정족수에 대한 규정도 정확하지 않다. 단지 주주총회 소집통지를 30일 전에 주주에게 한다든지, 무기명주식의 경우 회일 5일 전에 공탁토록 정한 것은 상대적으로 우리법의 규정과 비교해 볼 때 주주보호를 위한 배려가 돋보인다. 실무상으로 한달전에 주주총회의 의제와 그에 대한 구체적인 통지할 수 있는 정보가 준비될 수 있을지 하는 의문이 있다.

3) 주주총회의 결의

중국법상 주주의 의결권은 1주 1의결권의 원칙에 의하며, 무의결권주식, 자기주식, 상호보유주식 등은 의결권이 제한된다. 의결정족수는 보통결의는 출석주주의 의결권의 과반수 찬성을, 특별결의의 경우는 출석주주의 의결권의 2/3이상의 찬성에 의한다(중회 제106조). 의결권의 대리행사 및 의결권불통일행사도 가능하다(중회 제108조). 주주총회의 결의에 하자가 있을 경우에는 주주는 인민법원에 그 위법행위 또는 침해행위에 대한 유지청구소송을 제기할 수 있다(중회 제111조).

우리법과 비교해 볼 때, 중국회사법에서는 종류주주총회의 결의에 대한 규정이 없다는 점과 주주총회결의의 하자를 다투는 소송이 우리의 경우에 비해 매우 간단하다는 점, 그리고 결의요건이 훨씬 높다는 점

등을 들 수 있다. 사건으로는 의결정족수가 높은 것은 국유기업의 민영화에도 불구하고 정부지분이 상당히 높은 것과 관련이 있을 것으로 예상된다. 그리고 주주총회의 결의의 하자과 이사회 결의의 하자를 다루는 소에 관하여 동일하게 취급하고 있는 점 또한 특이하다.

우리법상 주주총회 보통결의는 출석주주의 의결권의 과반수와 발행주식총수의 1/4이상을 요구하며(제368조), 특별결의는 출석주주 의결권의 2/3이상의 수와 발행주식총수의 1/3이상의 찬성에 의하는데(제434조), 이러한 결의요건의 완화는 1995년 개정당시부터 문제가 있다는 지적이 많았다. 우리법의 결의요건을 강화할 필요성이 있다고 본다. 즉 오히려 중국법상의 결의요건이 더욱 현실적이고 합리적이라고 판단된다.

4. 이사·이사회·이사장

1) 이사의 지위와 책임

중국법상 이사는 이사회 구성원으로서 회사의 업무집행의 결정에 참여하고, 이사회를 통하여 이사장 등의 직무집행을 감독하는 권한을 가진다. 중국주식회사 이사의 소극적 자격요건으로는, ① 무능력자, ② 경제사범 또는 참정권이 박탈된 자로써 집행만료후 5년이 경과되지 않은 자, ③ 파산, 청산만료일로부터 3년을 경과하지 않은 회사의 이사, 경리, ④ 개인신용불량자, ⑤ 국가공무원 등은 이사가 될 수 없다(중회 제123, 57, 58조). 이사는 반드시 자연인이어야 함은 우리의 경우 확설의 대립이 있는 점과 차이가 있다. 사건으로는 이사는 자연인이어야 함이 이사회 운영 및 이사의 지위와 관련하여 합리적이라고 판단된다.

중국 주식회사의 이사는, ① 회사 정관을 준수하고 직무를 충실히 이행하여야 하며, 회사의 이익을 수호하고, 이사가 그의 지위와 직권을 이용하여 개인의 이익을 도모하는 것을 금하며(중회 제59조), ② 회사자금

을 유용하거나 타인에게 대여하는 것을 금하며, 회사자산으로 주주 및 기타 개인에게 담보제공행위도 금하고 있다(중회 제60조). ③ 경업피지 및 자기거래제한(중회 제61조), ④ 회사의 기밀유지의무(중회 제62조) 등을 가진다. ⑤ 이사는 이사회에서 행한 결의의 결과에 대하여 책임을 진다(중회 제118조). 이러한 규정상의 의무의 의미를 종합적으로 파악하면, 이사에게는 선관주의의무와 충실의무를 모두 부담하는 것으로 해석된다.

한편 비교법적으로 볼 때 우리나라회사법에서는 업무집행을 지시하는 등 실질적으로는 이사로서 기능하는 지배주주에 대하여 이사의 책임을 묻도록 하고 있다. 이는 기업경영의 투명성을 높이고 경영진의 책임을 강화하기 위하여 위와 같이 이사의 지위를 가지지 않으면서 실질적으로 이사의 기능을 영위하는 자들에게 이사와 똑 같이 무거운 책임을 지우고 있다(제401조의 2). 이 규정은 독일 주식법상의 영향력 행사자(주식법 제117조) 또는 영국회사법상의 背後理事(제741조 제2항)의 제도를 모범으로 하여 신설한 규정인데, 중국에서도 주식분산도의 후진성 등을 감안 할 때, 소유와 경영의 분리 및 회사운영의 민주화를 위하여 이러한 규정을 두어야 할 것으로 생각된다.

우리나라의 주식회사에서는 이사회와 경영의 투명화를 위해 사외이사제도를 두고 있는데, 이것은 중국법에서도 순수한 의미의 사외이사제도의 도입을 긍정적으로 검토해야 할 것으로 생각된다.

2) 이사회와 권한

중국법상 이사회는 주식회사의 업무집행과 경영의사결정기구로서 주주총회에서 선임되는 이사로 구성되는 법정·필요·상설기관이며 주주총회에 대하여 책임을 진다. 즉 대내적으로는 회사 재산관리와 경영을 맡고, 대외적으로는 회사를 대표(이사장)하며 이사회와 주주총회의 관계는 위임이다.⁹⁾

9) 卞耀武·李飛, 公司法的理論與實務, 中國商業出版社, 1994. 33頁

즉 이사회는 주주총회의 소집과 주주총회에 대한 업무보고, 주주총회 결의의 집행, 회사의 경영계획 및 투자안의 결정, 회사의 연도재무예산안과 결산안의 작성, 회사의 이익배분안과 결손보전안의 작성, 자본금의 증감 및 사채발행안의 작성, 회사의 분할·합병·해산안의 작성, 회사의 내부관리기구의 설치에 관한 결정, 회사의 기본관리제도의 제정, 경리의 임면, 경리의 제청에 의한 부경리 및 재무책임자의 임면 및 그 보수의 결정 등의 권한을 가진다(중회 제112조).

중국의 주식회사에서의 의사결정기관을 주주총회와 이사회로 이원화와 하고 있어 우리나라의 주식회사 의사결정매커니즘과 매우 유사하다.

한편 중국법상의 이사회에서는 채택하고 있지 않은 제도로서, 우리나라의 이사회에는 정관에 정한 바에 따라 이사회내에 위원회를 설치할 후 있도록 하고 있는 점과, 자본의 총액이 5억원 미만인 주식회사로서 이사가 1인 뿐인 경우에는 회의체로서의 이사회 구성이 불가능하므로 이에 대한 특칙을 두고 있다는 점이다. 회사의 지배구조개선을 위한 일환으로 이러한 입법을 하게 된 것인데, 중국에서도 우리의 입법을 참고로 해야 할 것으로 생각된다.

3) 이사의회의 구성

중국법상 이사회는 5인 이상 19인 이하의 이사로 구성된다. 그 임기는 정관으로 정하며 3년을 초과할 수 없고, 재임이 가능하다. 주주총회는 이사의 임기만료일전에 정당한 사유없이 이사를 해임하지 못한다(중회 제115조). 이사의 자격요건에 대해서 회사법(중회 제57, 58, 123조)에서 상세히 규정하고 있다. 이사는 회사와의 자기거래나 경업을 하지 못하며, 이사회 결의에 대하여 책임을 진다. 우리나라의 경우와 대동소이하다.

중국법상 이사회구성상의 문제는, 국유기업을 민영화하는 과정에서

정부지분에 의해 당간부 등이 소위 중국식 사외이사로 몰려와서 이사회를 구성함에 있어서 실권을 장악하여, 결국은 이사회를 형해화하는 점이다. 이는 결코 바람직한 회사민주주의의 방식이라 할 수 없다.

4) 이사회회의 소집과 결의

이사회는 연 2회이상 소집되어야 하고, 회의개최 10일전까지 이사에 게 통지해야 한다. 회의는 1/2이상이 출석해야 하며, 결의는 전체이사 과반수 찬성이 필요하다(중회 제117조). 이사회의 대리출석은 허용된다. 이사회 결의의 하자는 주주총회의 경우와 같이 유지청구소송을 제기할 수 있다.

우리법과 비교해 볼 때, 우리나라와는 달리 중국의 주식회사 이사회는 일정한 경우에 이사의 대리출석을 허용하고 있다. 그러나 이사회는 이사의 협의와 의견의 교환에 의하여 그 지식과 경험을 결집하여 일정한 결론을 얻기 위한 제도이므로, 이사는 스스로 회의에 출석하여 의결권을 행사하는 것이 타당하다. 따라서 우리나라에서는 의결권의 대리행사는 인정되지 아니하고,¹⁰⁾ 이것은 다른 이사를 대리인으로 하는 경우에도 동일하다. 뿐만 아니라 전화나 서면에 의한 의결권의 행사도 허용되지 아니하며, 공람·회람에 의한 결의방법도 인정되지 아니한다.¹¹⁾ 통신수단의 발달에 따라 이른바 화상회의 등이 가능하므로, 대리출석이나 대리의결권행사를 허용하는 것은 이사회의 제도적 취지에 반하므로 중국법상의 대리출석 허용규정은 문제가 있다고 생각된다.

5) 이사장

중국법상 이사회의 회사경영 및 업무집행기구로서의 역할은 이사회

10) 대판 1982. 7. 13, 80 다 2441

11) 미국에서는 서면결의의 유효성이 일반적으로 인정되고 있다(鄭東潤, 閉鎖會社の法理, 法文社, 1982. 126面)

의 권한을 이사가 공동으로 결의하는 형식을 제외하고는, 이를 구체적으로 행사하기 위하여, 이사회가 이사장 1명과 부이사장 1-2명을 선출할 수 있다. 이들은 이사회에서 전체이사의 과반수의 찬성으로 선출한다. 이사장은 회사의 법정대표로서 대외적으로 회사를 대표한다. 이사장은 주주총회와 이사회를 소집 및 주재하고, 이사회 결의의 실시상황 점검, 주식·회사채 서명권, 이사회 폐회기간 중의 일정한 범위내에서 이사회 권한을 행사할 수 있는 권한 등을 가지고 있다(중회 제120조).

우리상법은 이사장제도를 두지 않고, 대표이사가 대내적으로는 업무집행권을, 대외적으로는 회사대표권을 갖는 필요적 상설기관이다. 이사회와 대표이사의 상호관계에 관하여 통설은 주식회사의 업무집행기관에는 업무집행의 의사결정기관으로서의 이사회와 집행·대표기관으로서의 대표이사가 있고, 양자는 독립적 기관이며, 업무집행권은 양자에 분屬한다고 풀이한다(독립기관설). 이사회는 합의체이므로 그 성격상 업무집행 자체를 할 권한을 가진다고 보기 어렵고, 주주총회에서 직접 대표이사를 선임할 수도 있으며(제389조 제1항), 근대적 기업에 있어서 합리적 경영방법으로서 분업조직이 일반적인 점에 비추어 볼 때, 독립기관설이 타당하다고 본다.¹²⁾

그러나 중국법상으로는 이사장의 선임이 이사회에서 이루어지도록 한 점(부이사장 1-2명까지 이사회에서 선출) 및 실질적으로 이사장과 경리의 권한 배분상의 특성 등을 감안할 때 사건으로는 이사회와 이사장의 관계를 독립기관설에 의하기 보다는 파생기관설에 의하여 해석함이 타당할 것으로 본다.

중국법상의 이사장은 결코 실권이 없는 명예직이 아닌, 회사의 운영에서 책임을 지는 주요한 지위로서, 법률상으로도 실제 책임을 부담하며 회사업무를 집행하는 경영자이다. 특히 회사의 수요에 따라 이사회 수권에 의하여 이사회 폐회기간 중에 이사회 부분적인 권한을

12) 鄭東潤, 會社法, 法文社, 2000. 382面

이사장이 행사할 수 있는 점이 특이하다(중회 제120조).

그러나 중국법에서는 다음에 언급될 경리제도가 있기 때문에 이사장의 권한에는 일정한 한계가 있다고 해석된다. 뿐만 아니라 이사회에서 선임한 부이사장과 경리간의 업무집행상의 교통정리는 실제에서 어떻게 이루어지는지 또한 궁금하다.

6) 사장(총경리)

중국법상 주식회사의 경리는 우리나라 주식회사의 조직구조상 사장으로 번역할 수 있겠는데, 경리는 주식회사의 일상의 경영관리에 대하여 전적으로 책임을 부담하는 필요상설의 기관으로, 이사회가 선임하며 경리는 이사회에 대하여 책임을 진다. 경리의 직무권한은 대단히 광범위하며(중회 제119조), 회사의 일상적인 경영관리활동을 한다. 또한 경리는 이사회에 구성원을 겸할 수 있으며, 경업피지의무와 자기거래의 제한을 받는다(중회 제61조).

7) 이사장과 사장(동사장과 총경리)

동사장과 총경리 중 누가 실질적인 사장인가? 이 문제는 중국내의 학자간에도 상당한 논의가 되고 있는 문제이기도 하다. 우리나라의 실제에 비추어 볼 때, 동사장은 우리나라 주식회사의 대표이사나 이사장(이사회 의장)으로 해석할 수 있고, 그 법률적 지위와 권한도 비슷하다. 총경리는 사장 또는 총지배인 정도로 보면 될 것이다. 우리 상법상 규정하고 있는 지배인에 대한 개념이 실제로 중국 회사법상 규정하고 있는 총경리와 유사한 면이 있음은 신기한 연구결과이다. 우리 회사법은 통상적으로 대표이사가 사장을 겸하는 일원적 시스템을 갖추고 있어서, 중국처럼 동사장과 총경리로 구분하는 이원적 시스템과는 다른 구조를 취하고 있다. 특히 한국에서 사장이란 법률적 개념이 아닌 경영조직적

개념이라 할 수 있다. 우리 회사법에서는 대표이사가 법정대표로 회사 대표권을 가지므로 대외적으로 회사에 대하여 최종적인 책임을 지며, 만약 대표이사와 사장이 상이할 경우에는 사장은 대내적으로 경영에 대한 책임을, 대표이사는 대외적인 법적 책임을 지게 된다고 이해하면 될 것이다. 후자의 예는 중국의 동사장과 총경리의 관계와 유사한 것으로 이해된다.

이사장의 선출은 회사의 定款(章程)에서 그 선출방법을 정하고 있으나, 전술한 바와 같이 주주총회에서 理事(董事)를 선출하고 그 중에서 이사장을 선출하기 때문에 결국 대주주(오너)에게 결정권이 있는 셈이다. 만약 최초 기업설립시에 이사와 이사장을 선임한다면, 발기인총회 겸 주주총회가 이를 결정하게 될 것이다.

결국 회사의 법정대표는 이사장이다. 주식회사·유한회사 공히 주주총회를 통해서 회사의 최고정책과 주요의결사항(결산심의, 배당, 동사선·해임, 정관개정, 합병정산 등)을 결정하도록 되어있다.

이사장과 총경리에 대한 법적 근거는 회사법, 중외합자경영기업법, 중외합작경영기업법, 외자기업법에 있다. 각 법마다 부분적으로는 동사장과 총경리에 대한 권한행사에 미세한 차이점도 있으나, 보편적인 시각에서 보면 이사장은 법정대표로서, 총경리는 일선경영책임자로서의 개념으로 이해할 수 있음은 명확하다. 특히 회사법에서는 총경리라는 명칭대신 경리 또는 부경리로 넓게 표현하고 있으나, 결국 현실적으로는 총경리나 부총경리를 뜻하고 있음이 확실하다.

이사장의 권한은 이사회를 소집·주재하며 회사의 법정대표라고 회사법에서 규정하고 있다. 이사장은 명실상부한 회사의 최고실력자라고 볼 수 있으나, 이사회 의결정족수문제 등으로 인해 잘못하면 허수아비에 불과한 이사장일 수도 있다. 또 이사장이 비상근일경우에도 총경리에게 실질적 권한을 모두 부여하는 수도 있다. 이에 비해 총경리는 회사의 경영을 총지휘하며, 인사·생산·판매·재무 등 제반경영에 대하여 회사의 정관이나 이사회가 정한 직권을 행사한다.¹³⁾

중국회사법상의 주식회사경영체계는 이처럼 독특한 면이 있는데, 이러한 체계를 굳이 중국의 국가통치구조에 비추어 본다면, 이사장은 국가주석, 총경리는 국무원총리 쪽으로 보면 될 것 같다. 즉 국가주석은 외교권 등이 주어지는 최고 통수권자로서, 총리는 행정수반으로서 국가경영을 일선에서 책임지는데, 그 모습이 중국 주식회사의 경영체계와 유사하다고 볼 수 있겠다.

비교법적으로 볼 때 우리나라의 대표이사는 중국의 이사장(동사장)과 사장(경리)의 지위를 함께 누린다고 볼 수 있다. 중국법상 이사, 이사회, 이사장, 사장의 체계는 마치 우리나라 정부투자기관관리기본법상의 그것과 유사하다(제11조).

5. 감사(감사회)

1) 감사회의 구성

중국회사법은 주식회사에 감사회를 두어 이를 필요·상설기구화하고 있으며, 반드시 일정비율의 종업원대표를 참가시키는 감독기구로서의 지위를 가지고 있다. 종업원대표의 구체적 비율은 회사의 정관에서 정한다. 국가공무원, 이사, 경리 및 재무책임자는 감사를 겸하지 못한다(중회 제58조, 제124조). 감사회는 3인 이상의 감사로 구성되는 회의체

13) 최근까지도 중국법상의 기관구조에 관한 이해의 부족으로 중국의 합자, 합작 형태의 외상투자기업들은 동사장 또는 동사회의 구성원 문제로 엄청난 분쟁에 휘말린 예가 허다하였다. 즉 투자초창기 때 동사장, 부동사장, 총경리, 부경리 등에 대한 개념이 희박했던 일부외상투자자는 임원선정과정에서 간과했던 문제로 인해(예 허수아비 동사장으로 선임되었으나 거의 전권을 부동사장 또는 총경리에게 빼앗겨 실질적 오너이면서 경영권을 빼앗기고 마는 경우) 엄청난 손실을 입고, 결국은 투입한 돈과 설비를 모두 포기한 채 몸만 빠져나간 슬픈 예기들이 심심찮게 들리고 있다. 한국의 중국투자자들은 중국 회사법상의 기관구조에 대한 확실한 이해가 절실히 요망된다고 하겠다.

이다. 감사의 자격은 이사, 경리의 자격과 마찬가지로 많은 제한을 가지고 있다.

감사기관의 회의체로의 운영은 우리의 경우와 전혀 다르다.

2) 감사의 임면과 감사회의 소집

감사의 임기는 3년이며 재임이 가능하다(중회 제125조). 감사는 주주총회에서 선임한다. 감사회는 그 구성원 중에서 1인의 소집인을 선임해야 하며, 회의기간은 구체적으로 명시하지 않고 있다.

3) 감사회의 권한

감사회는 회사재무에 대한 검사, 이사와 경리의 회사업무집행에 있어서 법률, 행정, 법규 또는 회사정관의 위반행위 등에 대한 감독, 이사와 경리의 행위가 회사의 이익에 손해를 끼친 경우의 시정요구, 임시주주총회의 소집제안 등의 권한과 정관에 정한 기타의 권한을 가진다(중회 제126조)고 규정하고 있어 상당한 권한의 강화를 엿볼 수 있다.

4) 감사회의 의무와 책임

감사는 회사 정관을 준수하고 직무를 충실히 수행하며, 회사의 이익을 보호하여야 하고 회사에 있어서의 지위와 직권을 이용하여 사리를 도모할 수 없으며, 회사 및 주주에게 손해를 끼쳤을 경우에는 손해배상 책임을 부담하며(중회 제63, 128조), 감사는 적법절차에 의해야 한다.¹⁴⁾

5) 감사제도에 대한 비교법적 검토

중국의 감사회제도는 우선 종업원대표를 포함한 회의체로 운영되는

14) 徐杰. 徐攬松, 中國公司法與公司實務, 中國致公出版社, 1994. 198頁

점에 그 특색이 있다. 이것은 마치 독일의 공동결정제도를 도입한 듯한 느낌을 받게 된다. 우리나라의 감사는 회의체가 아니며 종업원대표의 참여도 법으로 보장하고 있지는 않다. 감사회는 주식회사의 필요·상설 감사기관으로써 업무감사 및 회계감사를 할 수 있다는 점에서 우리의 감사의 권한과 유사하다. 그리고 이사나 경리가 회사의 이익을 해칠 경우 감사회는 회사를 대표하여 이사와 경리에게 시정을 요구할 수 있다.¹⁵⁾ 감사의 임기, 선임방법, 권한, 책임 등은 우리나라의 감사와 대동소이하다. 그러나 이사나 경리의 회사이익을 침해하는 행위에 대한 시정요구가 관철되지 않을 경우에는, 감사회가 회사를 대표하여 소송을 제기할 수 있어야 할 것이며, 감사의 조사권 또한 명확하게 입법화되어야 할 것으로 본다.

현행 중국회사법상의 감사회가 전문화되어 있지 못하고, 직무의 충실성을 기하지 못하고 있다는 자체 비판이 많은데, 감사기구자체의 형태에 대한 연구가 필요하지 않을까 생각된다. 우리나라 주식회사의 경우 정관의 정함에 따라 독립된 감사에 갈음하여 이사회 산하의 감사기구로서 감사위원회를 설치할 수 있다. 감사위원회는 1999년 개정상법에서 영미법상의 제도를 도입한 것인데, 감사위원회는 3인 이상의 이사로 구성되고, 그 중에서 2/3는 사외이사로 구성토록 하고 있다. 감사위원회제도는 전술한 사외이사제도의 도입과 함께 회사의 지배구조의 개편차원에서 도입한 새로운 제도로서 그 제도의 실익에 대한 논의가 있으나 일단 긍정적으로 받아들여지고 있다. 회사경영에 있어서 실질적 견제와 균형을 이루고, 기업경영의 투명성을 확보하며 지배주주의 전횡을 막기 위한 제도적 장치로서 그 필요성이 제기되었던 바 이를 입법화 한 것으로서, 이러한 제도가 중국 주식회사가 국유기업의 민영화를 위한 선봉으로서 실질적으로 기능화하기 위해서는 우리나라의 회사입법상 개혁적 제도의 도입선행을 적극 참고할 필요성이 있을 것으로 생각된다.

15) 王保樹, 前掲書, 173頁

6. 중국주식회사 운영기구의 활성화 방안 -결론에 갈음하여-

국유기업의 민영화를 담보할 수 있는 주식회사제도가 그 기능을 다하기 위해서는 중국의 WTO가입을 추진함과 아울러 세계시장에서의 중국 주식회사의 공동보조가 필요하다는 전제하에, 중국 주식회사의 활성화를 위한 방안으로, 소위 하드웨어적인 제도개선에 관하여 언급하고자 한다.

총론적 문제로서, 국유기업의 회사화(유한회사 또는 주식회사)에 동반하여 국유재산관리체제를 개선하고, 소유구조를 다원화할 필요성이 제기된다. 본고에서는 주식회사의 운영기구적 측면에서 국한하여 활성화 방안을 입법적 측면에서 제기하고자 한다.

첫째, 주주총회의 활성화가 이루어져야 한다. 이를 위해서는 소유자의 회사에 대한 통제 및 감독기능이 강화되어야 한다. 즉 주식회사의 사원은 유한책임을 부담하므로, 그들이 회사를 통제·감독할 수 있는 방법은 주주총회에서 이·감사를 선임하여 이사회와 감사회를 구성함으로써 가능한 것이다. 주주총회와 이사회는 위임관계로서 전자는 후자를 감독하고, 또 후자는 이사장과 경리에 대한 감독을 통하여 경영의 공정성이 보장되는 것이다. 또한 감사회도 회사의 회계감사와, 理事 및 經理의 업무활동에 대한 업무감사를 통하여 경영의 공정성을 확보할 수 있다. 그러므로 이러한 성과를 도출하기 위해서는 반드시 주주총회의 활성화가 전제되어야 한다. 이를 위한 작업으로 소수주주의 보호방책과 주주총회의 개의정족수 등에 대한 개혁적 입법작업이 요망된다.

둘째, 이사회의 활성화가 요망된다. 이사회는 회사의 경영의사결정기관이자 업무집행기관의 지위를 차지하고 있으므로 그 기능의 강화는 회사운영의 민주화·활성화를 위해서 필연적이다. ① 과거 국유기업경영자를 임명하는 구습에서 탈피하여, 민영화된 주식회사답게 회사법규정의 정신에 따라 이사의 자격인정과 이사의 선임이 주주총회에서 이루어

져야 할 것이다.

② 회사법에서는 이사의 정원(5-19명) 만 정해 놓고, 그 구성원칙에 대한 언급이 없다. 실제에서 합리적 이사회구성은 이사회역할에 절대적 영향을 미친다. 그러므로 이에 대한 명문의 구성원칙이 필요하다. 현재 국가지분이 많은 회사의 경우 사외이사의 수가 압도적으로 많은데, 이것은 우리나라나 선진제국에서의 사외이사의 개념과는 전혀 다르다. 중국의 현실에서 전문가가 아닌 공산당위원회 서기나 간부가 사외이사로 참여한다는 것은 이사회활성화에 역행한다. 서방국가에서 이해되는 순수경영전문가로서 객관적·중립적 사외이사의 필요성은 이사회활성화를 위해 점증되나, 단지 정부지분이 많다고 정부관리가 사외이사로 파견되는 형편이라면, 오히려 사내이사중심의 이사회운영이 바람직할 것이다. 하지만 발전적 측면에서는 순수한 의미에서의 사외이사제도의 도입을 입법적으로 검토해야 할 것이다. ③ 회사법에 의하면, 경리는 이사회에 의하여 선임되고 이사회에 대해 책임을 지므로 이사회 의 감독을 받는다. 한편 이사장 외의 이사는 단독적인 권한이 주어진 것이 아니고 이사회에 의해 직무를 수행하므로 이사회도 이사회 의 감독을 받아야 한다. 이사회가 이사의 직무수행에 대한 감독권을 가짐을 입법으로 명확히 할 필요가 있다. 그리고 이사장이 경리를 겸하는 예가 허다한데, 이것은 회사법의 이념에 반할 뿐만 아니라 경리에 대한 이사회 의 감독이 이루어지기 어려운 문제가 있으므로, 이 또한 명문으로 겸직금지조항을 두어야 할 것이다. ④ 또한 전술한 바 있지만 중국의 주식회사는 그 규모가 기본적으로 큰데도 불구하고, 단독이사장제를 고집할 필요는 없을 것 같다. 대형회사의 경우 공동이사장제도를 인정하면 경영의 효율성을 제고하고 거래의 활성화에도 기여할 수 있을 것이다. ⑤ 이사가 업무집행자로서 직권을 남용하여 회사의 이익을 침해하는 것을 방지하고, 또한 제3자의 이익을 침해했을 경우 그 손해를 구제하기 위해 회사법상 이사의 제3자에 대한 책임규정을 명문화해야

한다.

셋째, 경리에 대한 보상과 감독을 강화하여 '내부자지배'의 危害를 제거하고 경영의 효율성을 기해야 한다. 경리는 회사의 고급경영관리인으로 구체적 업무집행책임을 진다. 경리가 주인의식을 가지고 자발적으로 열심히 일할 수 있는 동기를 부여하고, 이를 통하여 기업의 경영혁신을 유도하고, 대외경쟁력을 높이는 등의 의욕을 고취시키기 위한 차원에서, 연봉제 및 경영성과에 따른 보상을 받을 수 있도록 주식매수선택권을 부여하는 등, 경리의 적극성을 자극하여 경영의 효율성을 높이고 부정 한 방법으로 사리사욕을 추구하지 않도록 하는 제도적 동기부여가 필요 하다고 본다.¹⁶⁾ 또한 경리에 대한 이러한 보상제도와 함께 그에 대한 감독을 강화해야 한다. 경리는 통상 이사회의 수권에 의해 일상의 경영 활동에 대하여 광범한 자주권을 가지므로 이사회의 철저한 감독이 필요 하다.

넷째, 감사회의 감독기능을 강화해야 한다. 현재 중국법상의 감사회가 전혀 전문적·내실적운영이 이루어지지 않고 있음을 두고 볼 때, 이를 개선하기 위해서는 우리나라의 감사위원회제도에 대한 검토가 필요하 다고 본다.

16) 한국의 상법, 증권거래법, 벤처기업육성에 관한 특별조치법 등에서 주식매수 선택권제도를 도입하였다.