



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](#)

2012年 2月  
碩士學位論文

韓中日 株式會社 業務執行機關에  
관한 比較研究

朝鮮大學校大學院

法學科

金 林 虎

韓中日 株式會社 業務執行機關에  
관한 比較研究

A Comparative Study on Executive Organ of the Stock Corporation  
between Korea, China and Japan

2012年 2月 24日

朝鮮大學校大學院

法學科

金 林 虎

韓中日 株式會社 業務執行機關에  
관한 比較研究

指導教授 梁 東 錫

이 論文을 碩士學位 申請論文으로 提出함

2011年 10月

朝鮮大學校大學院

法學科

金 林 虎

# 金林虎의 碩士學位論文을 認准함

委員長：朝鮮大學校 教授 김 재 형 印

委 員：朝鮮大學校 教授 권 상 로 印

委 員：朝鮮大學校 教授 양 동 석 印

2011年 11月

朝鮮大學校大學院

# 【目 次】

ABSTRACT .....	iv
第1章 序 論	
第1節 研究의 目的 .....	1
第2節 研究의 範圍와 方法 .....	5
第2章 株式會社 業務執行機關 .....	7
第1節 業務執行機關의 意義 .....	7
第2節 各國의 株式會社 業務執行機關 .....	8
1. 英美法系 .....	9
2. 大陸法系 .....	11
第3節 各國의 株式會社 業務執行機關 比較 .....	21
1. 共同点 .....	21
2. 差異点 .....	22
第4節 各國의 理事會 變化의 特徵 .....	23
第3章 韓中日 株式會社 業務執行機關의 比較 .....	25
第1節 中國會社法上 株式會社 業務執行機關 .....	25
1. 董事會(理事會) .....	25
2. 董 事(理事) .....	28
3. 董事長(理事長) .....	35

4. 經 理(執行任員) .....	37
5. 董事會內 委員會(理事會內 委員會) .....	44
6. 獨立董事(社外理事) .....	45
7. 董事會 秘書(理事會 秘書) .....	53
<b>第2節 韓國商法上 株式會社 業務執行機關 .....</b>	<b>54</b>
1. 理事會 .....	54
2. 理 事 .....	57
3. 代表理事 .....	65
4. 執行任員 .....	67
5. 理事會內 委員會 .....	74
6. 社外理事 .....	76
<b>第3節 日本會社法上 株式會社 業務執行機關 .....</b>	<b>78</b>
1. 理事會 .....	78
2. 理 事 .....	82
3. 代表理事 .....	90
4. 執行役(執行任員) .....	92
5. 理事會內 委員會 .....	94
6. 社外理事 .....	98
<b>第4節 韓中日 比較 .....</b>	<b>100</b>
<b>第4章 株式會社 業務執行機關에 대한 責任追窮과 責任免除減免 .....</b>	<b>106</b>
<b>第1節 序 .....</b>	<b>106</b>
<b>第2節 責任追窮 .....</b>	<b>106</b>
1. 株主代表訴訟 .....	106
2. 違法行爲留止請求權 .....	120

第3節 責任免除と 減免 .....	124
1. 中國會社法相 規定 .....	124
2. 韓國商法上 規定 .....	124
3. 日本會社法上 規定 .....	127
第4節 比較 .....	129
第5章 結 論 .....	134
參考文獻 .....	137



# **ABSTRACT**

## **A Comparative Study on Executive Organ of the Stock Corporation between Korea, China and Japan**

By Jin, Lin Hu

Advisor: Prof. Yang, Dong-Suk, Ph.D.

Department of Law,

Graduate School of Chosun University

The Corporate Form in Korea, China and Japan was drafted at different times, and there are economical and cultural differences during the developing process, however, it takes an important role in each country's economical development and GDP. What's more, in order to enhance efficiency and transparency, three countries have been in an effort to improve corporation governance. The result is that three nations have much in common. This essay comparatively studies on the Executive Organ of the Stock Corporation between Korea, China and Japan.

Nowadays, a corporation is very important relatively in an enterprise structure. So is essential if the corporation exists normally or not. These corporations have been considered as the very ideal system of company because it can be institutionalized easily in capital accommodation and separated the ownership from the operation by allotting a portion of the work to each-shareholder and director.

Otherwise, In recent, China and Korea and Japan have an increasing interest in organization of North East Asia Association through the influence of NAFTA and EU. The history of exchange between three nations is longer than 2000 years, but could not organize any economic association still now. Nevertheless, economic relation and direct investment between three nations are increasing very rapidly. Thus, a comparison study on Executive Organ of the Stock Corporation between three nations importantly matters.

China is the nation that civil law and commercial law unite as one, having on independent code of mercantile law, So company law making up adopts a single form of the lawmaking. The promulgation and enforcement of the Chinese corporation law became accomplished by the necessity of economic reform in 1993, and China revised the law very broadly in 2005. But there are some realistic problems. With the several amendments of South Korean and Japanese corporation law, corporate governance made considerable progress.

In comparison with Korea and Japanese Law, Chinese law is insufficient in flexibility and diversity and has a lots of difference. For example, board of director and board in a corporation are composed of the representatives of shareholders and the representatives of employee. In future, 3 nation have an influence on each other and achieve a great result of exchange and investment.

In this study, the first chapter is introduction and the second is the inclusion of the executive organ of the stock corporation, the third is a comparative study on executive organ of the stock corporation, and the forth is about accountability and exemption, reduction of liability for executive organ of the stock corporation between Korea, China and Japan. Lastly, it is a brief summary of Executive Organ models and a hint to the developing direction of Executive Organ.

Besides, in recent years, Korea, China and Japan established only the bilateral investment treaties between each two countries. But there were no FTA between the three countries. the BIT would be a network enable to make a strong economic block in the North East Asia. I hope this study will be applied to establish a North East Asian Economic Block, as NAFTA.

# 第1章 序 論

## 第1節 研究의 目的

중국 회사의 발전과정을 살펴보면, 1978년 경제개혁초기에 중국 기업은 주로 두 가지 형태, 즉 전민소유제기업과 집단소유제기업 뿐이었다. 이후 1980년대 초부터 중국은 본격적으로 사회주의 계획적 상품경제체제를 실행하게 되면서 회사 발전의 기초를 마련하였다. 이러한 기초를 바탕으로 1992년에는 사회주의 시장경제체제를 확립하면서 중국에서는 회사의 형태가 다양해 졌고, 중국기업의 주요 형태로 발전하게 되었다.<sup>1)</sup>

현행 중국 회사법은 1993년 12월 29일에 제정·공포되고 1999년, 2004년, 2005년의 세 차례의 개정을 거쳐 2006년 1월 1일부터 시행된 것이다.<sup>2)</sup> 중국 회사법은 총 13장 219개 조문으로 규정되었고 현재까지 동법은 이미 10여 년간 시행되어 왔으며 그 과정에서 적지 않은 문제점이 제기 되었다. 이러한 문제점들은 주로 주식회사를 중심으로 많이 제기 되어 왔었는데 2005년에 개정된 현행 회사법의 개정 내용도 주로 주식회사에 집중 되어 있다. 중국에서의 주식회사제도는 1980년대부터 국유기업개혁의 일환으로서 시행되기 시작하였으며 1993년의 회사법제정에 의하여 통일된 법적 기반을 갖추게 되었다.<sup>3)</sup> 중국 회사법상 주식회사는 주주총회, 이사회, 감사회로 구성되었으며 주주총회는 회사의 최고의사결정 기관이고 이사회는 업무집행기관으로서 주주총회의 결의를 집행한다. 그리고 감사회는 이사회의 업무를 감사하며, 경리 및 이사회와 함께 회사의 경영관리층에 대하여 감사권을 행사한다. 여기에서 업무집행기관인 이사회는 다른

---

1) 崔竣璿·李鮮花, “中國 會社法上 株式會社의 支配構造에 관한 一考”, 「東北亞法研究」第2卷 第1號 (全北大學校 東北亞法研究所, 2008), 239 面.

2) 1999년의 개정은 회사법상 두 개 조문을 개정한 것인데, 첫번째로는 제67조에 국유독자회사에 감사회를 설치하는 내용을 추가한 것이고, 두번째로는 제229조에 제2항을 추가하여 하이테크업종의 주식회사가 증권시장에서 직접 자금조달을 하는 것을 지원한 것이다. 그리고 2004년의 개정은 액면가 이상으로 주식을 발행할 경우 반드시 국무원 증권관리부문의 비준을 받아야 한다는 규정을 삭제함으로써 행정허가법과 일치 되도록 하였다. 마지막으로 2005년의 개정은 주로 회사지배구조의 개선을 중요한 내용으로 삼은 것인데, 총 41개 조문을 신설하고 46개 조문을 삭제하였으며 137개 조문을 변경하였다.

3) 梁東錫, 「中國會社法」(진원사, 2007), 3面.

나라의 이사회에 비하여 비교적 독특한데, 즉 회사의 업무를 집행하는 기관으로 이사장과 경리를 두고 있다는 것이다. 그리고 상장회사에서는 이사회 구성원의 업무처리를 보좌하는 기관으로서 영미법상의 이사회 비서제도<sup>4)</sup>를 두고 있어 이사회 업무집행의 효율을 높여 주고 있다. 이외에도 이사회와 관련하여 사외이사와 이사회내 위원회 등 제도에 관하여 활발하게 논의를 하고 있는 실정이다.

한국도 중국과 마찬가지로 대륙법계에 속하지만 회사법은 1962년에 제정되어 경제의 발전과 더불어 일본 상법의 영향에서 이탈하여 영미법계 국가의 영향을 받기 시작하였으며 점차 한국적 특색이 있는 회사법제도가 형성되었다. 1962년 한국 상법상의 주식회사의 기관구성은 대륙법계의 3권 분립의 모델을 계수하고 감사제도를 채택하여, 회사의 권한분배에 대한 의사결정기관인 주주총회, 업무집행기관인 대표이사 및 이사회, 감사기관인 감사로 구분되었다. 1997년 외환위기 이후, 회사지배구조의 불합리한 구조가 외환위기를 초래하였다고 인식한 한국은 주식회사 경영의 투명성을 제고하기 위하여 회사지배구조를 더욱 개선하였는데, 미국 회사법상의 사외이사제도와 감사위원회제도를 도입한 것이 그것이다. 이는 한국경제를 회복하는데 비교적 큰 역할을 하였다.<sup>5)</sup>

한국은 1997년 말 IMF를 계기로 경제체제에 대응하고 기업의 구조조정 및 자금조달의 편의와 기업경영의 투명성을 보장하기 위하여 여러 차례 걸쳐 회사법을 개정하였다. 즉 1998년 12월에 한국은 IMF에 대응하기 위하여 상법중 회사편을 개정하였고, 이어 1999년 12월에는 자본시장의 국제화에 따라 주식회사의 지배구조를 세계적인 추세에 맞추고 회사의 설립·경영과 기술혁신 등의 활성화를 위하여 이사회내의 위원회제도, 감사위원회제도 및 주식매수선택권제도 등의 내용을 포함한 동법 동편을 개정하였다. 2000년도에 와서는 기업경영의 투명성을 제고하고 기업의 국제경쟁력을 강화시키며 또한 기업의 구조조정을 지원하기 위하여 2001년 7월에 동법 동편을 개정하였다. 특히 2011년 4월의 개정에서는 이사의 자기거래 승인대상의 확대, 이사의 책임경감, 이사회 결의의 확대, 집행임원제도의 도입, 상장회사의 감사위원회 설치 관련 등 상법중 회사편에 관한 중요한 부분이 전면적으로 개정되었다.

---

4) 이사회비서제도는 영미법에서 기원하였으며 영미회사법에서는 회사비서로 불리운다. 19세기 무렵에 영국의 판례에 의하여 만들어진 이사회비서제도는 초기에 그 지위와 권한이 많은 제한을 받아 회사의 기타 비서와 특별한 구별이 없었으나, 1971년 영국에서 다시 확인을 받음으로써 진정한 회사의 기관으로 발전하였다.

5)金香蘭, “中韓 株式會社의 支配構造에 관한 比較研究”, 高麗大學校 博士學位論文, 2009, 2-3面.

일본은 메이지유신 시대에 독일인에 의하여 상법의 초안이 마련되었기 때문에 대륙법의 전통을 유지하여 오다가, 제2차 세계대전 이후 맥아더 정부시기에 급속하게 미국적 요소가 유입되었다. 즉 미국의 영향을 받아 1950년에 수권주식제도와 이사회제도가 도입되었다. 이처럼 대륙법의 전통 위에 미국식 제도가 첨가되면서 현재의 회사법의 근간이 형성되었다. 이렇게 형성된 일본의 회사법 질서는 그 이후 큰 변화가 없었고 한국 상법과 거의 차이가 없었다. 그러다가 1990년대에 와서 일본 회사법은 근본적인 변화를 가져오는 개정이 차례로 이루어졌다.

즉 1993년 개정에서는 대표소송과 감사제도, 사채제도의 개혁이 중점적으로 이루어졌으며, 1994년 개정은 자기주식취득에 대한 규제를 완화하기 위한 것이었다. 그리고 1997년 개정은 이사 및 사용인에 대한 인센티브로서 스톡옵션제도가 도입되었으며, 1999년과 2000년에는 주로 기업의 구조조정과 관련된 제도가 도입되었다. 또한 일본 회사법은 기초에 대한 개정이 2000년에 세차례 있었다. 즉 6월 개정에서는 자기주식취득이 완전히 허용되는 근본적인 개정이 이루어졌고, 11월에는 주식양도제한회사에 있어서 수권주식에 관한 제한을 폐지하고 특히 종류주식에 관한 사항을 개정하였으며, 12월에는 감사의 임기를 4년으로 연장하고, 대회사에 있어서 사외감사의 자격요건을 엄격화하고 반수 이상을 요구하는 등 감사제도를 보다 강화하였다.

그리고 이사와 감사의 회사에 대한 책임의 경우, 일정한 요건 및 한도 내에서 그 책임을 인정하는 제도를 도입하였다. 이후 일본 회사법은 2002년부터 2004년까지 매년 부분적인 개정을 거치다가 드디어 2005년에 이른바 단일법인 「회사법」<sup>6)</sup>으로 제정되면서 완전히 탈바꿈 하게 되었다.<sup>7)</sup> 신회사법의 시행이후 주식회사의 업무집행기관에 관한 회사법의 규정은, 유한회사에 관한 규정이 주식회사에 편입된 것에 의해서 복잡하게 된 부분이 있으나 큰 변경은 없다.<sup>8)</sup> 즉 주식회사의 업무집행기관은 이사회이며,

---

6) 일본은 ‘회사법제의 현대화’라는 목적 하에 2004년 12월 「회사법제의 현대화에 관한 요강안」을 발표했다. 동 요강안은 「회사법」이라는 이름으로 제정되어 2006년 4월부터 시행되고 있다. 새로운 회사법은 주식회사와 유한회사와의 규제를 동일한 법전 안에 통합하여 규율하였고, 종래의 법규 하에서 형해화 되거나 또는 합리성을 상실한 법규들을 정리하였다. 회사법의 시행 이후에 설립되는 회사는 전부 “주식회사”라는 문자를 사용하게 된다. 또한 구 상법특례법과 유한회사법은 회사법에 흡수되어 폐지된다.(안성포, “일본 주식회사의 업무집행기관 - 일본 2006년 회사법상의 새로운 내용을 중심으로”, 「企業訴訟研究」2006 通卷 第5號(企業訴訟研究會, 2007), 137面.)

7) 김건식 外 6名, 「21세기 회사법 개정의 논리」(圖書出版 소화, 2007), 34-37面.

8) 안성포, 前掲論文, 138面.

이사회 의사결정을 집행하는 자로는 대표이사 또는 집행역이다.

앞에서 한중일 회사법의 발전과정에 대하여 살펴보았듯이 한 국가의 법률은 그 나라의 역사, 풍속, 관습, 정치 등의 영향을 많이 받으며 그 나라의 실정에 맞게 제정되어야 하고, 실시과정에서도 그 나라의 실정에 따라 나름대로의 해석이 필요하지만, 비슷한 법적 문제는 외국의 立法例와 법률해석에 관한 내용들을 자국의 실정에 맞게 수용할 수 있다. 그러므로 비교법적인 해석방법론을 활용하는 것은 비교적 완벽한 법률 제정에 있어서 중요한 의의가 있다고 본다. 따라서 중국 회사법에 존재하는 문제점을 찾고 보완이 필요한 내용에 대하여 검토하기 위해서는 비교법적인 방법을 사용할 필요가 있다.

세계 각국은 세계화의 물결 속에서 효율적인 협력과 경쟁관계를 모색하기 위하여 국가간 자유무역협정이나 지역연합을 가속화하고 있다. 그러나 중국을 비롯한 한국·일본은 가장 큰 가능성을 지니고 있음에도 불구하고 지역 블록화를 위한 대비를 못하고 있는 실정이다. 그럼에도 불구하고 한중일 동북아 3개국은 세계 경제에 있어서 중요한 역할을 담당하고 있으며, 3국간의 무역비중도 급속하게 증가하고 있을 뿐만 아니라 상호간에 자본과 기술의 의존도가 증대되고 있는 실정이다.

한중일 3국이 경제협력체를 형성 한다면 제일 먼저 진출하는 것이 회사일 것이다. 또한 세계 각국의 기업지배구조에서 주식회사가 차지하는 비중이 절대적이라는 것은 부인될 수 없는 사실이다. 따라서 주식회사의 건전한 운영은 국민경제와 한중일 3국의 경제협력관계를 형성함에 있어서 중요한 의미를 가지게 된다. 이러한 경제협력관계의 기초가 되는 주식회사는 영세한 자본을 흡수하여 대자본을 형성하는 것으로서 자본조달에 있어 아주 용이하게 제도화하고 있을 뿐만 아니라 소유와 경영을 분리할 수 있도록 함으로써 출자자인 주주는 투자를 전담하고 경영은 전문경영인에게 맡겨 경영을 전문화 할 수 있다는 특성에 의해 아주 이상적인 회사제도로 인정되어 왔다.

오늘날 세계 각국의 회사지배구조는 주주총회중심주의에서 이사회중심주의로 변화되고 있고 이사회가 회사경영에 있어 그 핵심적인 지위가 날로 뚜렷해 지고 있는 실정이다. 또한 이사회 책임 강화하는 동시에 업무집행기관의 효율적인 업무집행을 보장하기 위하여 업무집행기관의 책임을 면제하거나 또는 감면하는 것이 중요한 문제로 되고 있다. 세계 다수 국가들에서 이사회를 주식회사의 업무집행기관으로 하고 있는데 이는 이사회 기능과 지위가 그 만큼 중요하다는 것을 의미한다.

따라서 본 논문에서는 한중일 3국간 경제협력체를 결성하고자 할 때 초미의 관심사가 될 각국의 회사법을 대상으로 연구의 중심내용인 업무집행기관과 업무집행기관에 대한 책임추궁 및 책임면제와 책임감면을 함께 비교 연구함으로써 3국 법률에 대한 이해를 높이는 동시에 국제적으로 모범이 될 수 있는 업무집행기관의 모델을 모색함과 아울러 업무집행기관의 발전방향을 제시하고자 한다.

## 第2節 研究의 範圍 및 方法

회사의 업무집행기관의 업무집행에 관한 의사결정 및 임원의 직무집행을 감독할 권한을 갖는 이사 전원으로 구성되는 이사회가 어떻게 운영되고 기능하는가에 대한 실증적 연구가 필수적일 것이나 현실적인 제약에 따라 기존의 학문적 연구와 인접 학문의 성과물인 국내외 자료를 토대로 한 문헌연구방법으로 해석법학적, 비교법학적인 방법을 바탕으로 한중일 3국의 주식회사 업무집행기관에 대하여 비교연구 하려고 한다.

본 논문은 총 5장으로 구성된다. 제1장의 서론에서는 연구목적과 연구의 범위 및 방법에 대하여 서술하고 제2장에서는 회사법상 주식회사의 업무집행기관에 대하여 전반적으로 살펴보고자 제1절에서는 업무집행기관의 의의를 서술하고 제2절에서는 한중일을 포함한 세계 각국의 업무집행기관에 대하여 간단하게 서술하며 제3절에서는 각국의 업무집행기관의 비교에 대하여 서술하고 제4절에서는 각국의 이사회 변화의 특징에 대하여 서술하고자 한다.

제3장에서는 본 논문의 중심내용인 업무집행기관에 대하여 서술하는데 제1절에서는 중국 회사법상 주식회사의 업무집행기관에 대하여 서술하고 제2절에서는 한국 상법상 주식회사의 업무집행기관에 대하여 서술하며 제3절에서는 일본 회사법상 주식회사의 업무집행기관에 대하여 서술 하고 제4절에서는 한중일 회사법상 주식회사의 업무집행기관에 대한 비교를 서술하고자 한다

제4장에서는 제3장에서 서술한 업무집행기관을 바탕으로 업무집행기관에 대한 책임추궁 및 책임면제에 대하여 서술하는데 제1절에서는 서론으로서 제4장에서 쓰려는 내용에 관하여 간단히 서술하고 제2절에서는 한중일 3국의 책임추궁에 관하여 주주대표

소송과 위법행위청구권에 대하여 서술하며 제3절에서는 한중일 3국의 상이한 책임면제와 책임감면에 대하여 서술하고 제4절에서는 한중일 회사법상 주식회사의 업무집행기관의 책임추궁과 책임면제 및 책임감면에 대한 비교를 서술하고자 한다

끝으로 제5장에서는 앞에서 서술한 한중일 회사법상 주식회사의 업무집행기관에 대한 비교를 간단하게 서술하고 이를 바탕으로 국제적으로 모범적인 업무집행기관에 대하여 살펴봄과 동시에 업무집행기관의 발전방향을 제시하고자 한다.



## 第2章 株式會社 業務執行機關

### 第1節 業務執行機關의 意義

주식회사는 사단법인이므로 법인실재설에 의하면 회사 자체가 의사를 가지고 활동할 수 있는 의사능력과 행위능력을 가진다. 그러나 사단법인인 회사는 무형이고 추상적인 존재이므로 우리 자연인과 같이 발생하거나 행동할 수는 없는 것이다. 그러므로 의사능력이 있는 회사가 그 의사를 결정하고 외부에 대하여 행동하고 내부의 사무를 처리하기 위하여서는 일정한 기구가 필요하게 된다. 즉 회사조직에서 일정한 지위에 있는 자연인의 의사 또는 행위가 법률상 회사의 의사 또는 행위라고 인정할 필요가 있으며 이러한 지위에서 회사의 의사 및 행위를 하는 사람을 회사의 기관이라고 한다. 즉 회사의 기관은 우리 자연인에 있어서 손발같이 사단법인인 회사조직체의 일부분이며 추상적인 회사는 기관에 의하여 활동할 수 있게 되는 것이다. 회사의 기관은 다시 그 권한의 내용이 무엇인가에 따라 일반적으로 의사결정기관, 업무집행기관, 감사기관으로 구분된다.<sup>9)</sup>

현대 기업의 발전은 경영방법의 개선을 필요로 하며 이를 위하여 경영의 과학화를 가져왔다. 그 결과 이제는 기업경영에 무지하고 관심도 없는 투자자에게 회사지배를 통한 경영의 통지를 기대할 수 없게 되었다. 여기에서 생산과 관리 면에서 소수의 전문적 지식과 경험 있는 경영자 집단이 회사경영을 담당하고 대주주 이외의 일반주주는 회사경영에서 제외되지 않을 수 없게 된다. 이것이 주식회사의 특위의 하나인 기업의 소유와 경영의 분리인 것이다.<sup>10)</sup> 세계 다수 국가의 회사의 지배구조는 주주총회중심주의에서 이사회중심주의로 큰 변화를 가져왔다. 즉 의사결정 기관인 주주총회는 회사의 기본적 중요사항에 관하여서만 의사결정을 하고, 회사의 업무집행에 있어서의 세부적인 의사결정은 이사회 스스로가 하는 것이다.

세계 여러 나라의 회사법에서는 대부분 회사의 업무집행기관으로서 이사회를 두고 있으며, 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정을 위해 전원의 이사로 구성되는

9) 金仁梧, “株式會社의 業務執行機關”, 「社會科學研究」第17卷(全北大學校 社會科學研究所, 1980), 1面.

10) 具滋仙, “株式會社의 業務執行機關에 관한 研究”, 忠南大學校 碩士學位論文, 1984, 6面.

주식회사의 필요적 상설기관이다. 이사회제도는 업무집행기능과 감사기능을 기준으로 하여 영미법계의 一元制의 이사회, 대륙법계의 二元制의 이사회, 一元制의 이사회제도와 二元制의 이사회제도 중 선택을 인정하는 병립제도로 구분할 수 있다.

一元制제도는 단층제도라고도 하는데 이사회로 하여금 경영업무의 집행과 감독을 동시에 담당하게 하고 업무집행을 감독하는 별도의 기구는 두지 않는 제도로서 주로 영미에서 채택하고 있다. 二元制제도는 중층제도라고도 하는데 업무집행기능을 담당하는 기관과 이에 대한 감독기능을 담당하는 기관이 엄격하게 분리되는 것이며, 독일을 중심으로 중국과 일본에서도 채택되고 있다. 일반적으로 이사회와 감사회로 구성되고 이사회가 업무집행기능을 담당하고 감사회가 감독기능을 수행한다. 一元制와 二元制 중 선택적으로 할 수 있게 하는 병립제도는 각 회사가 그 국가 및 그 회사의 실정에 맞게 유기적으로 선택할 수 있게 하는 제도로서 한국, 프랑스, 유럽공동체에서 사용하고 있다.<sup>11)</sup>

오늘날 회사 지배구조는 주주총회중심주의에서 이사회중심주의로 변화 되었고 이사회가 회사경영에 있어 그 핵심적인 지위가 날로 뚜렷해 가고 있는 실정이다. 또한 이사회의 책임을 강화하는 것이 중요한 문제로 되고 있다. 이와 관련하여 선진국의 회사법에서는 사외이사제도, 이사회내 위원회제도 등 새로운 제도들이 나타나고 있다. 한국과 일본회사법에서는 이런 제도들을 일부 수용하였지만, 중국 회사법에서는 아직 이런 제도들에 대한 규정들이 구체적이지 못하다.

## 第2節 各國의 株式會社의 業務執行機關

산업회사가 활발해지고 경영규모가 확대됨에 따라 대자본을 다수인에게 조달하는 기업형태의 대표적인 것이 주식회사(Company Limited by shares, Joint-stock Company)이다.<sup>12)</sup> 오늘날 어느 나라의 법제에서나 주식회사에는 의사결정기관인 주주총회, 집행기관인 이사회, 감사기관인 감사 또는 감사회를 두고 있다.<sup>13)</sup> 그리고 이사

11) 崔善奎, “이사회 의 지배구조 개선에 관한 연구”, 崇實大學校 碩士學位論文, 2008, 18-20面.

12) 朴敬壽, “株式會社 業務執行機關에 관한 研究”, 檀國大學校 碩士學位論文, 1988, 13面.

회제도를 법률상 제도로 확립하고 이사의 지위를 강화하는 추세에 있다.<sup>14)</sup> 이러한 주식회사의 지배구조에 관한 문제는 주식회사법이 회사의 경영의 분리로 인하여 실질적인 회사소유자인 주주는 회사의 경영에 직접 참여하지 않고 주주는 업무집행기관에게 회사의 경영을 위임하고 있는 실정이다.<sup>15)</sup> 그리하여 주식회사의 업무집행기관을 어떻게 구성할 것인가는 회사의 투명적이고 효율적인 경영을 유지할 수 있는 기초가 될 것이고, 더욱이는 회사지배구조의 최종목적이라고 할 수 있는 주주의 최대 이익의 실현과도 직접적으로 관련되어 있다. 아래에는 주요각국의 주식회사의 업무집행기관을 영미법계와 대륙법계로 나누어서 비교법적으로 살펴보도록 하겠다.

## 1. 英美法系

### 가. 英國

영국에서는 주식회사의 업무집행기관은 이사회에 있고, 이사는 이사회 회의록을 통하여서만 그 권한을 행사할 수 있다. 이러한 이사회는 법률 또는 내부규칙에 의하여 주주총회의 권한으로 유보된 것 이외의 모든 권한을 갖는다.<sup>16)</sup> 또한 제3자에 대하여 회사를 대표하는 자도 제1차적으로 「이사회」이다. 따라서 회사의 대표권은 모든 이사에 대해 집단적으로(이사회) 부여되는 것이고, 개별적인 이어나 일부 이사에 대해 부여되는 것이 아니다. 그런데 위의 이사회는 일반이사와 상근이사로 구성되어 있는데, 상근이사는 회사의 일상의 업무를 처리한다. 또한 이러한 상근이사 위에 1인 또는 수인의 상근의 관리이사가 있는데, 이러한 관리이사는 정관의 규정으로 이사회에 의하여 이사 중에서 임명된다.<sup>17)</sup> 따라서 오늘날 영국에서 주식회사는 실제로 경영하는 자는 이사회가 아니라 관리이사이고, 이러한 관리이사는 실제로 회사의 최고기관 중의 하나가 되고 있다. 또한 이사회는 직접 업무집행을 하지 않고 임원(officer)에게 업무집행을 위임하

---

13) 이와 같이 세 기관으로 권한을 분배한 것은 이들 기관들이 서로 견제를 통하여 합리적이고 합법적이며 합목적적으로 회사를 운영하도록 하기 위한 것이다.

14) 韓基承, “理事會의 機能活性化 方案에 관한 研究”, 朝鮮大學校 博士學位論文, 2006, 6面.

15) 鄭燦亨, “株式會社의 支配構造와 權限의 分配”, 「商事判例研究」第16卷(韓國商事判例學會, 2004), 3面.

16) CA Sched I Table A, §80.

17) CA Sched I Table A, §84.

는데, 영국 회사법상 이러한 임원은 ‘이사·지배인 또는 총무’이다.<sup>18)</sup> 회사의 대표권은 예외적으로 정관에 의하여 개별 이사나<sup>19)</sup> 임원에게<sup>20)</sup> 위임될 수 있다.<sup>21)</sup>

## 나. 美 國

미국에서도 영국에서와 같이 주식회사의 업무집행권은 정관에 의하여 제한되는 경우를 제외하고는 전부 「이사회」에 있다.<sup>22)</sup> 이사회는 이사 전원으로 구성되고 회사의 업무집행에 관한 의사결정 및 임원<sup>23)</sup>의 직무집행을 감독하는 기구로서 정기 또는 임시로 열리는 이사회에 의하여 권한을 행사한다. 따라서 이사는 제정법상 특별히 다른 규정이 없으면 적법하게 소집되고 정족수가 충족된 이사회에서의 의결권행사를 통하여서만 회사경영에 관한 권한을 행사하는 것이다.<sup>24)</sup> 또한 회사의 대표권도 일반적으로 이사회에 있다. 이사회에 이러한 업무집행권 및 대표권은 영국과 같이 개개인의 이사에게 부여되는 것이 아니라, 전체로서의 이사에게 부여되어 있다. 그런데 미국의 주식회사에서 이사회는 회사의 주요업무와 일반정책만을 결정하고, 이의 집행 및 일상적 업무의 집행은 보통 이사회에 의하여 선임된 임원이 한다.<sup>25)</sup>

미국 이사회제도는 업무집행 기능과 감독기능을 통합하여 운영되고 있는데, 대규모 회사들은 사외이사가 이사회에 대다수를 점하고 있다. 이사회는 경영집행부를 감시하고 조언하는데 치중하는 한편 임원의 업무집행을 계속적으로 감독하면서 중요한 사항에 대해서는 직접 업무집행에 관한 의사를 결정한다. 미국에서의 이사회제도도 영국 Joint Stock Company의 발전에서 기원하였다. 그러나 오늘날과 같이 주식회사에서 이

18) CA 1985, §744 Z.

19) CA Sched I Table A, §102.

20) CA Sched I Table A, §81.

21) 鄭燦亨, 「商法講義(上)」(博英社, 2009), 750面.

22) R.M.B.C.A. §8. 01 ⑥.

23) 미국의 회사제도에서 임원이란 ① 회사의 최고집행임원(CEO), 최고운영임원(COO), 최고재무임원, 최고법무임원 및 최고회계임원, ② 이상에 포함되지 않은 이사회 의장, 사장, 회계임원, 총무담당임원 및 부사장, 부의장이고 주된 사업부분 또는 직무의 주담당이며, 또는 회사를 위한 방침결정의 직무수행자 및 기타 회사가 임원으로서 지정하는 개인이다. (梁東錫, “任員制度 導入에 따른 法的問題”, 「商事法研究」 제20권 제2호(韓國商事法學會, 2002), 109面.)

24) 林在淵, 「美國會社法」(博英社, 2004), 283面.

25) R.M.B.C.A. §8. 41.

사의 경영에 대한 배타적 권한이 확립된 것은 20세기초 미국 경제의 팽창과 대규모회사의 성장에서 비롯한 것이다. 미국에서는 1900년이후 회사 질서(Corporate Order)의 중요성이 증대하면서 경제생활에서 회사가 차지하는 영향력이 커졌는데, 특히 대규모회사가 더 큰 영향력을 발휘하였다. 따라서 회사의 지배권의 변화에 관심을 모으기 시작하였다. 즉 기업이 대규모화하면서 사회 전반에 분산되어 있는 유효자본을 흡수하고, 이에 따라 주식의 분산, 소유와 경영의 분리, 경영자 지배 등 일련의 현상이 나타나면서 경영에 대한 이사의 배타적 권한이 확립되면서 현대적인 이사회체도로 발전하여 왔다.<sup>26)</sup>

## 2. 大陸法系

### 가. 獨逸

독일 주식법상 주식회사는 주주총회, 이사회, 감사회로 구성되었으며 회사의 업무집행기관은 이사회이다. 이사회는 자기 책임 하에 회사의 업무를 집행하며 회사의 유일한 업무집행 및 대표기관이며, 누구의 지시도 받지 않는다. 이러한 업무집행권은 모든 이사에게 공동으로 귀속되므로, 모든 업무는 이사회의 다수결이 아니라 이사 전원의 승인을 받아야 한다. 그러나 정관 또는 이사회규칙에 의하여 이와 달리 규정할 수 있다. 따라서 대부분의 경우에는 정관 또는 이사회규칙에 의하여 일정한 다수결에 의하여 이사회는 업무에 관한 의사를 결정한다.<sup>27)</sup> 그러나 이사회의 업무집행에는 주주의 이익뿐만 아니라, 노동자 및 일반의 이익도 고려하여야 하는데, 이는 법률에 규정이 있고 또한 제한된 범위에서만 가능하다. 즉 정관 또는 감사회의 규정으로 일정한 종류의 업무는 감사회의 동의가 있는 경우에만 집행하도록 할 수 있다. 이러한 업무에서 감사회가 동의를 거절하면 이사회는 주주총회의 동의를 요구할 수 있다.<sup>28)</sup>

독일 주식법상 주식회사의 이사회는 재판상 또는 재판외의 모든 업무에 있어서 일상적이건 비일상적이건 불문하고 회사를 대표한다. 이사회가 수인의 이사로 구성되는 경

---

26) 韓基承, 前掲論文, 48面.

27) 鄭燦亨, 前掲書, 749面.

28) 鄭燦亨, 「EC 회사법」(博英社, 1992), 58面.

우에는 원칙적으로 전원이 공동으로만 회사를 대표할 수 있는데, 예외적으로 정관 또는 정관으로부터 수권 받은 감사회의 규정에 의하여 단독대표 또는 지배인과 공동대표에 대하여 규정할 수 있다. 이에 따라 독일에서는 수인의 이사가 있는 경우에 2인의 이사와 1인의 지배인이 공동으로하는 것이 일반적이고, 이 외에 이사회 의장이 있는 경우에는 그가 단독 대표하는 경우도 있다.<sup>29)</sup>

전통적으로 독일기업의 목적은 영국, 미국 주주 부의 극대화와는 달리 공동협력을 통한 전체적인 사회에 대한 이익실현을 그 목적으로 두고 있다. 따라서 일찍부터 종업원대표가 경영에 참여하는 공동의사결정체도가 정착되어 주요 의사결정에 주주뿐만 아니라 종업원의 권익을 반영하고 있다. 회사의 의사결정에 종업원대표가 참여하도록 한 것은 독일의 기업지배구조의 특징이라고 할 수 있는데, 이는 독일이 2차 세계대전의 패망을 경험으로 사회적 시장경제 이념에서 독일 특유의 기업지배구조와 사회문화적인 요인이 주로 작용을 하였다는 견해가 있다.<sup>30)</sup>

## 나. 法 國(프랑스)

프랑스에서의 전통적인 주식회사의 업무집행기관은 이사회인데, 이는 영국에서 온 것이다. 즉 이사회는 법령 또는 정관에 명시적으로 규정되어 있는 사항을 제외하고는 회사의 모든 업무를 집행한다(프랑스 회사법 제98조 제1항). 프랑스 회사법상 회사의 대표권은 대표이사에게 있고(동법 제113조 제1항), 전무를 둔 경우에는 전무도 제3자에 대하여 회사를 대표한다(동법 제115조, 제117조 제2항). 이러한 대표이사는 회사의 업무집행에 관하여는 법률 및 정관에 의하여 주주총회와 이사회에 부여된 업무를 제외한 회사의 업무를 집행한다(동법 제113조 제2항). 따라서 이사회와 대표이사간에 업무집행에 관한 권한의 한계를 정하는 것이 종종 문제가 된다. 즉 이사회는 대표이사의 능력과 인격에 따라서 그의 권한을 달리 정하는데, 종종 강력한 대표이사에게는 많은 권한을 부여하므로 이에 따라 그의 권한의 남용이 문제된다.<sup>31)</sup> 또한 회사에서 전무를 둔

29) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 749面.

30) 김태형·김희찬, “미국, 독일, 일본의 이사회 제도의 비교”, 「戰略經營研究」第3卷 第2號(韓國戰略經營學會, 2000), 11面.

31) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 749面.

경우에 전무도 대표이사과 함께 제3자에 대한 대표권이 인정되어 대표이사과 전무와의 직무 분담에 관한 혼동과 중복의 문제가 존재한다.<sup>32)</sup>

프랑스에서는 위와 같이 이사회와 대표이사간의 불분명한 권한분배가 비판되어 1996년에는 독일의 제도인 이사회와 감사회의 중층제도를 선택적으로 도입하게 되었다. 이러한 중층제도는 일층제도의 업무집행기구와 이층제도의 업무집행기구로 나누어 볼 수 있는데, 일층제도의 업무집행기구란 이사회가 회사를 관리하고(상사회사법 제89조 제1항) 이사회가 업무전반에 지휘통제하는 사장을 선임하고(동법 제110조 제1항, 제113조 제1항), 이사회는 사장을 보좌하는 집행임원을 선임할 수 있도록 하고 있다(동법 제115조). 이층제의 업무집행기구는 업무집행을 감사회가 계속적으로 감독하는 구조를 말한다(동법 제119조 제1항). 이러한 이사회를 구형이사회에<sup>33)</sup> 대비하여 신형이사회라고<sup>34)</sup> 한다. 따라서 신형이사회는 감사회에 유보된 업무를 제외되는 점, 또 그의 모든 업무집행은 감사회에 의하여 계속적으로 감사와 감독을 받아야 하는 점(프랑스 회사법 제119조 제3항, 제128조 제1항)등에서 전통적인 이사회와 권한보다 훨씬 축소되었다고 볼 수 있다. 신형이사회제도를 선택한 경우에도 대표이사제도는 존속하는데, 전통적인 이사회제도의 경우보다 훨씬 완화되었다. <sup>35)</sup>

---

32) 崔善奎, 前揭論文, 64面.

33) 1867년의 프랑스 구회사법은 주주총회에 참석하는 주주에게 최고권한(pouvoir supreme)을 부여하여, 회사의 관리와 회계감사를 담당하는 자는 주주총회에서 선임되거나 해임되었다. 다만 대규모 회사에서만 이사들이 회의체(conseil)를 형성하여 회의체에서 의장(president)을 선출하는 동시에 회사를 지휘하게 하기 위하여 회의체의 이사 1인을 대표이사(administrateur delegue)로, 이사 이외의 자를 전무(directeur general)로 선임하여 하였다. 그 후 회사감사 (surveillance des comptes)가 충분하게 이루어지지 않고 있는 점에 주목하여 감사(commissaires aux comptes) 조직의 미비점을 보완하는 입법이 있었다. 1940년 11월 16일 법은 이사회를 설치하여 회사를 관리하도록 하고, 회사지위는 사장(president-directeur general)에게 위임하였다. 그러나 이사회는 회사 관리를 담당하고, 사장은 지휘를 담당하지만, 어떠한 조문에도 관리와 지휘의 의의에 대하여 명확하게 규정을 하고 있지 않았다. 더욱이 비교적 규모가 큰 회사에서는 이사회와 구성원인 이사의 권한은 사실상 약하여 사장의 업무 집행에 대한 감독에 한정되고 있다. (韓基承, 前揭論文, 72-73面.)

34) 신회사법은 프랑스의 관행에 반할 염려가 있는 우려 때문에 자유롭게 선택할 수 있는 두 종류의 이사회를 마련하였고, 기존의 회사도 신형 이사회제도를 선택할 수 있도록 하였다(프랑스 회사법 제118조). 프랑스법이 갖는 본질적인 결함은 회사 경영을 개선하기 위하여 분리되어야 할 두 종류의 기관을 이사회라는 단일 기관으로 혼동하였던 것이다. 그런데 신형이사회에서는 경영책임을 부담하는 기업의 지위기관(organe de la direction de l'entreprise)인 신형이사회 (이는 독일의 Vorstand에 해당한다)와 주주를 대표하면서 주주들을 보호하기 위하여 회사의 지휘를 감독하는 임무를 부담하는 자본의 대표기관(organe representatif du capital)인 감사회라는 두 기관으로 분리하여 주식회사들은 둘 중 하나를 선택할 수 있도록 한 것이다.(韓基承, 上揭論文, 82面.)

이사회는 법에 의하여 가장 광범위한 권한(pouvoirs les plus etendus)을 부여받고 있지만, 실제로는 이사회 권한의 대부분은 회사의 지휘자인 사장과 부사장이 행사하는 고유권한에 흡수되어 있다. 결국 기존이사회의 권한은 “지휘의 최고 방침에 관한 자기 의견을 진술하는 동시에 회사 운영에 관한 다소 적극적 감시”를 행하는데 한정되고 있다. 그럼에도 불구하고 주주총회의 소집(프랑스 회사법 제158조 제1항)과 계산서류의 작성(동법 제340조), 주주총회에의 보고(동법 제 157조 제2항), 회사와 이사 또는 부사장과 거래의 인허(동법 제101조), 이사의 보궐선임(동법 제940조), 사장 또는 부사장의 선임과 해임(동법 제110조, 제115조), 조사위원회 구성원의 선임(동법 시행령 제90조 제2항), 출석수당 및 상여금의 배분(동법 시행령 제93-1항) 그밖에 본점의 이전(프랑스 회사법 제99조), 보증·어음보증 및 담보제공(동법 제98조 제4항) 등과 같은 이사회 고유권한이 존재한다.

신형이사회의 권한은 회사의 목적과 법률 즉 감사회와 주주총회에 의한 제한을 제외하고 광범위한 권한을 갖게 되고, 그 목적 범위를 일탈한 행위(depassement d'objet)에도 불구하고 제3자에 대한 책임을 부담하지 않는다(동법 제124조 제2항, 제98조 제2항). 그 권한은 주주총회소집권(동법 제158조), 증자를 할 때 금전출자에 대한 신주인수와 납입증서확인권(동법 제192조), 주주총회의 수권에 따른 증자 실시와 정관변경권(동법 제180조 제3항)등이 있다.<sup>36)</sup>

## 다. 中國

중국 회사법은 1993년에 제정되어 1999년과 2004년의 개정을 거쳐 현재 사용되고 있는 신회사법이 출현되었다. 중국의 주식회사제도는 1984년 무렵부터 출현하였는데, 그 이유는 경제개혁이 가속화되고 상품경제가 발전함에 따라 규모의 경제를 뒷받침할 수 있는 회사제도로써 나타난 필연적 현상이었다.<sup>37)</sup>

중국 현행 회사법상 주식회사의 업무집행기관은 이사회이다. 그러나 이사회는 회의체기관이므로 실제적인 업무를 집행하지 못한다. 그리하여 중국 회사법은 이사회의 이

---

35) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 750面.

36) 韓基承, 前掲論文, 84面.

37) 鄭容相, 「中國會社法論」(釜山外國語大學校 出版部, 2003), 64面.



사장(董事長)을 업무집행기관으로 하고 업무집행의 보좌기관으로써 이사와 구별되는 기관으로서 경리를 두고 있다(중국회사법, 제50조, 제114조, 이하 중국회사법을 “중회”라고 함).

중국의 이사회제도는 이사회자체를 회사의 업무집행기관으로 하고 있고 이사회 이사장과 이사회 하부기관인 경리를 회사의 구체적인 업무를 집행하도록 규정하고 있다는 점에서 기본적으로 미국의 이사회제도를 도입한 것으로 보이지만 회사법의 전체적인 내용을 살펴보면 회사의 집행기관은 영미법계와 대륙법계를 혼합하여 수용하였다는 것을 알 수 있으며, 사회주의 체제에 따른 규제성이 강한 것 또한 제외할 수 없다. 그리고 이사회와 경리의 업무를 감독하는 기관으로 감사회 또는 감사를 두고 있으며, 감사회나 감사는 주주대표 및 종업원대표로 구성된다. 이것은 사회주의 국가체제의 특징을 반영한 것으로 독일의 공동결정제도를 변용하여 수용한 것으로 보인다.<sup>38)</sup> 또한 업무집행기관인 이사회 이사장과 그 하부기관의 구체적 일상 업무를 담당하는 경리에 대하여 시대별로 입법의 차이가 있었다.

1988년의 「全民所有制工業企業法」 하에서 중국은 공장장(廠長)<sup>39)</sup> 책임제를 실시하였다. 그 내용을 구체적으로 보면 공장장(총경리)은 기업 경영관리의 중심지위에 있었다. 즉 공장장은 대외대표권, 대내최고결정권, 일상경영관리 활동의 집행권한을 갖고 있으며, 이는 공장장의 권한이 과도하게 팽창하는 부정적인 결과를 초래하게 되었다. 따라서 1993년 회사법은 공장장의 권한을 제한하기 위하여 주주총회, 이사회, 감사회, 이사장(董事長), 총경리(總經理)로 구성되는 회사지배구조를 형성함으로써 집행과 감독이 분리되게 하여 제도상에서 회사의 의사결정이 중대한 과실을 범하는 것을 모면하였을 뿐만 아니라 회사의 경영의 모험을 모면하게 되었다. 그러나 1993년 회사법에서는 이사장(董事長)을 회사의 유일한 법정대표자로 규정하고 있어 이사장의 권한이 문제로 되었다. 실제로 일부 이사장(董事長)은 심중하지 못하고 이사장(董事長)으로서의 역할을 제대로 수행하지 못하여 회사의 이익에 중대한 손실을 초래하기도 하였다. 따라서 공장장체제때의 일부 부작용은 해소되었지만 여전히 많은 문제가 발생하였다. 이사회 의사결정 수준을 제고하고 근본적으로 이사장의 독재현상을 해결하기 위하여 중국

38) 윤태호, “중국 회사법상 주식회사의 지배구조에 관한 연구”, 大邱CATHOLIC大學校 博士學位論文, 2010, 92面.

39) 공장장(廠長)은 현재 중국 회사법상 총경리(總經理)와 같은 地位에 있다.

2005년 신 회사법에서는 회사의 법정대표자에 대하여 또 한 차례의 개혁을 하였다. 즉 신 회사법은 1993년 구 회사법 제120조에서 규정하고 있는 “이사회는 수요에 따라 이사회 폐회기간동안에 이사장에게 이사회의 일부 권한을 수권할 수 있다.”를 삭제하는 동시에 구 회사법 제114조의 회사가 이사장에게 부여한 회사의 주식, 채권 등에 대한 서명권을 박탈함으로써 회사의 정확한 의사결정 수준을 제고 하였을 뿐만 아니라 이사장의 부담도 많이 줄어들었다. 또한 구 회사법은 이사장을 회사의 법정대표자로 규정하였는데 신 회사법은 이 규정을 따르지 않고 회사의 법정대표자를 회사의 정관에 따라 이사장, 집행이사, 또는 경리가 맡을수 있게 하였다. 즉 이사장은 회사의 유일한 법정대표자가 아니라는 것이다. 그러므로 회사의 주주들은 자신들의 요구에 부합되는 법정대표자를 선임할 수 있게 되었다. 따라서 이사장의 권한은 원래보다 축소되게 되었으며, 주주들의 이익은 더 한층 보장을 받게 되었다.<sup>40)</sup>

중국은 건국 이래 인민민주독재정치를 강조하여 근로자는 국가의 주인이라는 사회주의 우월성을 강조하였고 특별히 공유제를 중심으로 하는 경제구조에서 공유제기업의 본질상 자주적인 노동연합체를 강조해 왔다. 따라서 근로자의 권리보장 확대를 강조하는 종업원참여제도<sup>41)</sup>가 있게 되었다. 이는 중국 회사법상의 하나의 특징이라고 할 수 있겠다. 중국 회사법 제18조의 규정에 의하면 ‘회사는 헌법 및 관련법률 규정에 따라, 종업원 대표회의 또는 기타 형식을 통해 민주적 관리를 시행하여야 한다. 회사가 기업개조 및 경영상 중대한 사항을 연구·결정하거나 중요한 규정·제도를 제정하는 경우, 노조의 의견을 청취하고, 종업원대표회의 또는 기타 형식을 통해 종업원의 의견과 건의를 청취하여야 한다.’라고 규정하고 있다. 또한 회사법 제109조에서는 “이사회 구성

40) 劉俊海, 「公司法」(中國法制出版社, 2008), 130-133면.

41) 중국에서 회사의 종업원참여를 “企業民主管理”라고도 한다. 중화인민공화국 성립시 중국은 주로 일부 國營企業 또는 國有企業에서 종업원참여제도를 실시하였다. 특히, 1993년에 제정된 중국회사법은 법률상 현대 중국기업제도의 기본 틀을 명확히 함으로써 현대의 회사지배구조를 형성하였다. 이러한 회사지배구조의 확립은 企業民主管理制度 특히 종업원대표대의회의 성질과 권한의 형성에 큰 영향을 미쳤다. 그러나 2005년 신회사법에서는 종업원참여제도에 대하여 크게 개정하지 않았다. 다만 회사법 제18조에서 “회사가 구조개편 및 경영상 회사가 기업개조 및 경영상 중대한 사항을 연구·결정하거나 중요한 규정·제도를 제정하는 경우, 노조의 의견을 청취하고, 종업원대표회의 또는 기타 형식을 통해 종업원의 의견과 건의를 청취하여야 한다.”라는 문구를 신설 하였을 뿐이다. 이러한 규정은 非國有的 유한책임회사와 주식회사에서는 종업원이사의 설치를 회사의 자율에 맡긴 것과 다르없다. [謝增毅, “中國的職工參與制度: 沿革, 現狀與立法課題”, 「商法·經濟法的最新發展」(王保樹教授七秩華誕祝賀文集, 法律出版社, 2010), 196-203면.]

원 중 회사의 종업원 대표를 둘 수 있다. 이사회는 종업원 대표는 종업원 대표회의, 종업원회의 또는 기타 형식을 통해 회사 종업원에 의해 민주적으로 선출되어야 한다.”고 규정하여 종업원이 회사의 경영에 참여하도록 기회를 줌으로써 회사에서의 종업원의 지위를 확보하였다.

## 라. 韓 國

한국 상법상 주식회사의 업무집행기관은 원칙적으로 이사회와 대표이사라고 볼 수 있다. 그러나 2011년 개정상법에서는 집행임원제도를 도입하였는데, “회사는 집행임원을 둘 수 있다. 이 경우 집행임원을 둔 회사는 대표이사를 두지 못한다.”라고 규정하였다(한국상법 제408조의2 제1항, 이하 한국상법을 “한상”이라 함). 따라서 집행임원을 둔 회사의 대외대표권은 집행임원에게 있는 것이다. 집행임원제를 도입할 것인가는 회사의 자율에 의하기 때문에 집행임원제를 도입하지 않은 회사는 당연히 대표이사가 대외대표권을 갖는다. 이사회는 상법 및 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 규정되어 있는 사항을 제외하고는 회사의 업무집행에 관한 모든 사항에 대하여 의사결정을 할 권한이 있으며(한상 제393조 제1항), 또한 이사의 직무집행을 감독할 권한이 있다(한상 제393조 제2항). 대표이사는 대내적으로는 주주총회 및 이사회에서 결정한 사항에 관하여 업무를 집행할 권한이 있고, 대외적으로는 회사의 영업에 관한 재판상·재판외의 모든 행위에 대하여 회사를 대표할 권한이 있다(한상 제389조 제3항, 제209조 제1항). 집행임원을 둔 경우에도 집행임원은 대표이사와 마찬가지로 위의 권한을 가진다.

그러나 2009년 상법을 개정하면서 자본 총액이 10 억원 미만인 소규모 주식회사의 경우에는 1인 또는 2인의 이사만을 둘 수 있으므로(한상 제383조 제1항 단서), 이로 인하여 회사가 1인의 이사만을 둔 경우에는 그러한 주식회사의 업무집행기관이 이사회와 대표이사로 이원화되지 않고 예외적으로 일원화된다고(한상 제383조 제6항).

1999년 개정상법에 의하면 이사회 내에 각종 위원회를 설치할 수 있고 이러한 위원회로부터 위임받은 권한을 행사할 수 있으므로(한상 제393조의2) 이사회의 업무집행기능이 많이 활성화될 것으로 보인다.<sup>42)</sup>

또한 종래 이사회는 사내이사만으로 구성되어 형해화 되기 쉬었고 그 결과 회사의

42) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 747面.

경영은 지배주주의 독단에 의해 좌우되었다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 2000년 1월 개정 증권거래법에서는 유가증권상장규정에 규정했던 사외이사제도를 법에 명문화하여, 주권상장법인에 대해 사외이사의 선임을 의무화하고, 대형주권상장법인(자산 2조원 이상)에 대해서는 총 이사수의 2분의 1이상(최소 3개월 이상)을 사외이사로 선임할 것과 사외이사후보추천위원회와 감사위원회 설치를 의무화하였다. 2001년 1월 개정 증권거래법에서는 상장법인이 이사총수의 4분의 1이상을 사외이사로 선임할 것을 의무화하고 대규모 상장법인의 사외이사후보 추천위원회를 의무화하여 사외이사제도를 법제화하고 그 선임범위를 확대하였다. 2001년 3월 개정 증권거래법에서는 소수주주가 추천한 사외이사 후에 대한 사외이사후보추천위원회의 주주총회 추천을 의무화 하였다. 2003년 12월 개정 증권거래법에서는 자산규모 2조원 이상의 주권 및 코스닥 상장법인의 경우 사외이사 수를 이사 총수의 과반수로 선임하도록 하였다. 2009년 2월 “자본시장 및 금융투자업에 관한 법률”이 도입됨에 따라 과거 증권거래법에 규정되었던 사외이사의 정의와 자격요건 등 관련 규정이 2009년 1월 “상법”으로 이관되었다.<sup>43)</sup> 이렇게 상법이 사외이사제도를 도입하면서, 궁극적으로 이사회제도를 활성화하여 회사의 건전한 경영을 도모하고 주주와 채권자를 보호하고자 하는 것이 사외이사제도의 취지이다.

## 마. 日 本

일본 상법상 주식회사의 업무집행권은 개인적 신뢰를 기초로 주주에 의하여 선임된 3인 이상의 이사 전원으로 구성된 이사회에 있다(다만 위원회 등 설치회사는 제외함)(일본 상법 제260조 제1항 전단, 이하 일본 상법을 일상이라고 함). 이러한 이사회는 그의 결의에 의하여 업무집행에 관한 의사를 결정하고, 이를 집행하는 자는 대표이사<sup>44)</sup> 또는 이사회의 결의에 의하여 회사의 업무를 집행하는 이사로 지명된 이사(업무담당이사)이다(일상 제260조 제3항). 이사회는 이러한 대표이사 또는 업무집행이사의

43) 전규향, “사외이사제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 建國大學校 碩士學位論文, 2010, 9-10面.

44) 종래 日本기업의 경우에는 사장을 中心으로 하는 이른바 중역에 의한 회사의 일원적인 지배와 경영관리가 이루어지고 있었다. 즉 사장, 전무이사, 상무이사, 이사로 구성되는 경영조직은 수직적 위계질서를 기초로 하는 한편 이들 대부분은 기업내부의 종업원으로 구성되는 것을 特徵으로 하고 있었다. 그후 1950년의 상법개정시 미국의 이사회제도를 導入 하면서 대표이사라는 독자적인 制度를 창설한 것이다.

직무를 감독한다(일상 제260조 제1항 후단). 그런데 2002년에 개정된 상법특례법상 대규모 주식회사의 경우에는 미국형의 Corporate Governance제도의 선택을 가능하게 하여, 이제도를 선택하는 회사(위원회 등 설치회사)는 감사를 두지 않고 구성원의 과반수가 사외이사로 구성되는 지명위원회·감사위원회 및 보수위원회의 3개의 위원회를 두도록 하고, 업무집행은 이사회가 선임·해임하는 집행임원에 대폭 위임할 수 있도록 하였다. 또한 주식회사의 이사는 사외이사가 있는데, 이러한 사외이사는 이사의 책임에 비하여 많이 감경되어 있다(일상 제266조 제18항-제23항). 상법특례법상 대회사가 중요재산위원회를 설치하기 위하여는 반드시 사외이사를 선임하여야 한다(일본상법특례법 제1조의3 제1항 제2호).<sup>45)</sup>

일본에서는 1990년 이후 기업지배구조(corporate governance)<sup>46)</sup> 개혁에 대한 논의가 활발하게 전개됨에 따라 집행임원제도(executive officer)<sup>47)</sup>를 도입하는 기업이 증가하였고 1997년 6월 소니사가 집행임원제도를 처음으로 실시하였다. 일본 기업에서 집행임원제도를 도입하는 배경은 상법상의 감독과 집행의 미분리를 지적할 수 있다. 일본 기업지배구조의 개혁은 경영과 집행을 분리하는 집행임원제도의 도입에 그치지 않고, 사외이사를 이사회에 참여시키기도 하고, 이사의 지명 및 보상을 결정하는 지명위원회와 보상위원회를 독자적으로 운영하는 기업도 등장하였다.<sup>48)</sup>

일본에서 사외이사제도는 2001년 12월 상법개정에 있어서 처음으로 법률에 규정되었다. 사외이사는 정관이 규정하는 한도에서 책임을 인정하는 책임제한을 받을 수 있다(일본 2001년 상법 제266조 제19항). 특이한 것은 기업지배구조에 있어서의 사외이사의 역할이 명확하게 된 것보다도 책임제한의 대상으로서 논의되었다는 점이다.<sup>49)</sup> 2002년 상법개정에서는 사외이사가 각 위원회의 과반수를 차지하는 위원회설치회사제도를 도

---

45) 鄭燦亨, 前掲論文, 5面.

46) 일본과 중국에서는 기업통치란 표현을 사용하고 있으며, 한국에서는 기업지배구조란 용어를 사용하고 있음.

47) 일본에서는 집행역원(執行役員)이란 용어를 쓰는 있고, 한국에서는 집행임원이란 용어를 쓰고 있다. 또한 일본에서는 2005년 7월 신설 회사법에서 이사회를 취체역회(取締役會), 이사를 취체역(取締役), 대표이사를 대표취체역(代表取締役)이란 용어를 쓰고 있음.

48) 김환일, “일본 기업의 집행임원제도에 관한 연구”, 「企業法研究」第22卷 第1號(韓國企業法學會, 2008), 209-210面.

49) 森田章, “社外取締役か社外監査役かいずれがよいか”, 「社外監査役」, 同志社大學監査制度研究會と關西支部監査實務研究會との共同研究報告書, 2007, 40面

입하여 사외이사의 기업지배구조에 있어서 역할을 명확히 하였다. 이것에 의해 사외이사의 기업지배구조에 있어서의 위치도 부여되었다. 2005년 회사법은 사외이사에 대해 제2조 제15호에 있어서 “주식회사의 이사로서 당해 주식회사 또는 그 자회사의 업무집행이사(주식회사의 제363조 제1항 각호에 열거하는 및 당해 주식회사의 업무를 집행한 그 밖의 이사를 말함. 이하 동일.) 혹은 집행임원 또는 지배인 그 밖의 사용인이 아니고, 과거에 당해 주식회사 또는 그 자회사의 업무집행이사 혹은 집행임원 또는 지배인 그 밖의 사용인이 된적이 없는 자를 말한다.”고 규정하였다.<sup>50)</sup>

일본의 2001년 상법개정에서는 사외감사의 요건이 엄격화 되고 사외감사의 필요 인원수도 증가되었다. 회사법도 2001년 개정의 내용을 이어받고 있다. 회사법 제335조 제3항에서는 감사회설치회사에 있어서 사외감사는 과반수이상인 것이 요구된다. 또 2002년 개정에 의해 사외이사가 각 위원회의 과반수를 차지하는 위원회등설치회사제도가 도입되었다.<sup>51)</sup> 2002년 상법개정은 주식회사의 경영수단의 다양화 및 경영의 합리화를 도모할 목적으로 대회사 등 감사설치회사를 대신하여 위원회등설치회사를 선택할 수 있도록 하였다(구 상법특례법 제21조의 50). 그리하여 위원회등설치회사는 이사 3명 이상으로 구성하는 감사위원회, 지명위원회 및 보수위원회를 설치하고 각 위원회의 위원 과반수는 사외이사로 구성한다(구 상법특례법 제21조의 8). 2006년부터 시행된 회사법은 상법특례법상의 위원회등설치회사를 위원회설치회사로 명칭을 변경하였지만 그 기관구성에 있어 기본적 골격은 변경 없이 유지하고 있다.<sup>52)</sup>

---

50) 藤原俊男, “社外取締役・社外監査役の存在意義と役割”, 「民事法情報 第270号」, 民事法情報センター, 2009, 8面.

51) 이효경, “일본의 사외이사제도를 둘러싼 최근 동향과 과제”, 「財産法研究」 第27卷 第2號(韓國財産法學會, 2010), 387面.

52) 이효경, “일본의 감사제도에 대한 최근동향: 내부통제제도를 중심으로”, 「企業法研究」 第22卷 第1號(韓國企業法學會, 2008), 62面.

### 第3節 各國의 株式會社 業務執行機關의 比較

이상에서는 세계 각국의 회사법상 업무집행기관의 구성과 연혁에 관하여 대체로 개관 하였는바, 많은 나라들에 있어서 시장경제의 발전과 기업의 현대화에 의하여 기업 지배구조개선에 따른 많은 변화들이 일어나고 있음을 알 수 있다. 비록 각 국가들의 사회적·경제적 사정 및 다른 법제의 차이 때문에 그 구성·관행 등에는 차이가 생기기 마련이고 각 국가들은 자기 나라의 현재의 수요에 맞는 기업의 지배구조를 만들어 가겠지만, 결국에는 하나의 표준화된 국제화모델방향으로 발전해 나갈 것이라고 본다. 그리하여 현재의 상황에서 살펴보면 각국의 회사법상 업무집행기관은 공통점과 차이점이 갖고 있는데 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

#### 1. 共同点

각국은 이사회를 주식회사의 업무집행기관으로 하고 있다. 다만 한국은 주식회사의 업무집행기관을 이사회와 대표이사로 하고 있다. 그러나 2011년 개정 상법에서는 집행임원제도를 도입함으로써 집행임원을 설치하는 회사는 대표이사를 둘 수 없게 하였고 집행임원이 회사의 일상 업무를 처리하도록 하였다. 또한 이사회와 관련하여 각국은 업무집행의 효율을 제고하고 업무집행에 대한 감독을 철저하게 하기 위하여 이사회내 위원회, 사외이사 등 제도들에 대한 논의를 활발히 진행하고 있는 실정이다.

오늘날 각국의 이사회 제도는 그 기본개념과 권한 등 여러 면에서 유사한 점을 가지고 있다. 그 내용을 보면 다음과 같다.<sup>53)</sup>

첫째, 이사회는 전통적 법개념 즉 그 기본적인 법개념에 있어서는, 그것이 회사소유자 즉 주주에 의하여 선출되고 주주들을 위하여 그들의 이익을 보호할 목적으로 회사의 업무를 집행할 권한과 의무가 있다는 것이고, 이사회의 구성원은 그러한 의미에서 회사와 주주에 대하여 충실하게 회사의 직무를 수행할 의무와 책임을 진다는 것이다.

둘째, 이사회는 일반적으로 업무집행에 관한 정책결정과 업무집행의 감독이라는 두

53) 鄭熙喆, “理事會制度的 比較法的 考察”, 「서울대학교 法學」第20卷 第3號(서울대학교 法學研究所, 1980), 64面.

가지 권한 내지 기능을 한다는 것이다(독일, 일본, 중국 같이 감사회제도 등 二元制를 채용하고 있는 나라는 별문제로 하고). 이사회가 회사의 중요한 사항의 처리에 관하여 직접적으로 관여하는 정도는 나라에 따라 약간의 차이는 있으나, 그것은 이사회구조의 패턴이 다른 데 따른 것이다. 주식이 분산되고 경영에 무관심한 주주들이 많은 주요한 산업국가에 있어서는 이사회는 거의 회사업무에 직접 관여하는 일이 없다. 영국만은 예외적으로 이사회에 업무집행자가 많기 때문에 업무집행의 결정에 이사회가 직접 참여하는 일이 많다. 독일의 감사회가 간접적으로 회사의 업무에 참여하는 것은 이사제도와 감사회제도라는 二元制를 채용하고 있는데서 오는 특징이다.

## 2. 差異点

세계 각국의 회사법이 하나의 공동적인 표준모델로 발전해 간다 하더라도 그 나라의 현재의 사회·경제 및 다른 법제의 차이 때문에 각국의 회사지배구조는 물론, 업무집행기관에도 차이가 생기기 마련이다. 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 한국의 주식회사의 업무집행기관이 원칙적으로 ‘이사회’와 ‘대표이사’로 나뉘어 있는 점(2011년 개정상법상에서의 집행임원설치 회사의 경우는 다름)은 전통적인 프랑스의 업무집행기관과 유사하나, 독일, 일본, 중국, 영미의 나라들에서 주식회사의 업무집행기관을 이사회로 하는 것과는 다른 점이다.

둘째, 앞에서 이미 상술했었다 싶이 대륙법계와 영미법계의 이사회제도는 업무집행기능과 감독(감사)기능을 기준으로 영미법계의 一元制 이사회와 대륙법계의 二元制 이사회 및 一元制와 二元制의 이사회중 선택을 인정하는 병립제도로 구분할 수 있다. 영미제도에서는 이사회에 업무집행권이 있다고 하나 사실상 회사의 업무집행은 이사회에서 선임된 집행임원이 회사의 일상 업무를 처리하고 이사회는 이를 감독하는 것이다. 그러나 대륙법계의 二元制 이사회를 채택하고 있는 독일, 일본, 중국은 업무집행기관과 감독(감사)기관이 엄격하게 분리 되어 있다. 이에 비하여 한국은 종래에는 임원제도가 없어 이사회가 회사의 업무에 대하여 집행과 감독을 동시에 함으로써 이사회의 감독기능에 기대를 할 수 없게 되었다. 이를 해결하기 위하여 한국은 2011년 개정상법에서 집행임원제도를 도입하였는데 문제는 집행임원제도의 설치 여부를 회사의 자율에 맞기



고 있다는 것이다.

셋째, 정당정치가 궤도에 오른 나라에서는 정당입법을 하기 때문에, 이사회 기능 및 구성에 관하여 정당은 많은 영향력을 갖는다. 독일은 일찍부터 종업원대표가 회사의 의사결정에 참여하여 종업원의 권익을 반영하고 있다.<sup>54)</sup> 이는 독일의 기업지배구조의 특징이라고 할 수 있다. 중국에서도 근로자의 권리를 보장하기 위하여 종업원 참여제도를 두고 있으며, 이사회 구성원 중 회사의 종업원 대표를 둘 수 있도록 하였다(중회제118조). 중국과 독일의 종업원 참여제도는 주주 이익의 최대화에 방해될 수도 있겠지만 근로자의 권익을 보장할 수 있다는데 그 장점이 있다고 본다. 이에 관하여 영국의 산업민주화사상에 의한 노동자이사의 실현노력도 영국회사당의 의하여 추진되고 있다. 미국의 경우는 이러한 문제는 관심외로 되어 있다. 그러나 미국에서도 회사의 사회적 책임에 대한 요청이 강해짐에 따라 이사회에 구성에 변화가 생기고 있다. 즉 거대 회사에 있어서 이사회에 여성이나 흑인 또는 교수·저명인사 등을 지명하는 일이 많아지고 있는 것이 그것이다.<sup>55)</sup>

#### 第4節 各國의 理事會 變化의 特徵

각국의 주요 업무집행기관인 이사회는 각국의 기업지배구조의 변화에 따른 특징을 가지고 있다.

각국의 이사회 변화의 특징을 살펴보면 다음과 같다.<sup>56)</sup>

첫째, 이사회에 구성을 과반 수 이상의 사외이사로 구성한다는 것을 들 수 있다. 사외이사는 단순한 ‘社外者’의 의미가 아니라 대표이사로부터 독립적인 지위를 가지고 있

54) 독일 회사법상 종업원이 회사의 의사결정에 참여하게 된 것은 독일의 1976년의 공동결정법 SPD(독일회사민주당)와 CDU(독일기독교민주동맹)과의 합의로 이루어진 것이다.

55) 鄭熙喆, 前揭論文, 65面.

56) 金知煥, “株式會社支配構造의 改編方向”, 「商事法研究」第18卷 第2號(韓國商事法學會, 1999), 289面.

어 대표이사를 견제할 수 있는 사외이사를 의미하므로 사외이사의 개념보다는 그 기능에 중점을 두고 있다.

둘째, 대표이사로부터 독립한 사외이사를 선임하기 위하여 사외이사의 추천을 추천위원회에 위임한다는 것이다.

셋째, 종래 업무집행기능과 감독기능을 동시에 갖고 있었던 이사회 기능을 업무집행기능과 감독기능을 분리하고 감독기능을 이사회 하부기관인 감사위원회를 설치하여 맡김으로써 감사위원회는 감사에 관련한 업무만 전적으로 담당하고 있다. 이런 측면에서 영미의 일원제의 기관구조는 기능적인 측면에서 이원제에 가까워졌다고 할 수 있다.

넷째, 이사회 의장과 대표이사를 분리할 것을 주장하고 있다는 점이다. 한편 감사회를 취하고 있는 독일에서는 감사회에 감사의 기능외에도 어느 정도 경영에 참여할 수 있게 하는 방향으로 나아가고 있다.

## 第3章 韓中日 株式會社 業務執行機關 比較

### 第1節 中國會社法上 株式會社 業務執行機關

#### 1. 董事會(理事會)

##### 가. 董事會(理事會) 意義와 性質

중국회사법상 이사회는 경영의사결정기구인 동시에 업무집행기관으로서 주주총회에서 선임되는 이사로 구성되는 법정·상설기관으로 주주총회에 대하여 책임을 부담한다(중회 제47조, 제109조). 이사회는 설립당시부터 존재하는 기관이고, 그 회의가 개회·폐회·휴회 또는 그 구성원의 변동과 관계없이 지속적으로 존재하는 상설기관이다. 회사의 소유와 경영의 분리 원칙에 의하여 이사회에서 선임되는 경리와 함께 주주총회—이사회—경리 간의 기본관계가 형성되었고 회사의 지배구조가 어떻게 변화하든지 불문하고 삼자간의 관계는 항상 권력의 분배차이만 있을 뿐이다.<sup>57)</sup>

이사회가 어떠한 성질을 지닌 기관인가는 이사회와 다른 기관과의 차이점이며, 그 성질을 결정하는 요소는 주주총회와의 관계와 그의 특수직능에 있다. 이점에서 볼 때 이사회의 성질을 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째, 이사회는 회사의 업무집행기관이다. 이사회를 업무집행기관이라고 하는 것은 주주총회를 권력기관으로 보기 때문이다. 즉 주주총회는 회사의 중요한 문제를 결정하는 최고의사결정기관이며 이사회는 이러한 결정을 집행하는 업무집행기관이다. 둘째, 이사회는 경영의사결정기관이다. 비록 이사회는 업무집행기관이지만 주주총회의 결정을 직접 집행하는 것은 아니고 그 결책에 대하여 어떻게 집행할 것인가에 대한 결정을 내리고 이를 집행하는 회사의 경영의사결정기관인 것이다.<sup>58)</sup>

57) 曹巍, 「會社法人治理結構研究」(知識產權出版社, 2009), 102面.

58) 王保樹·崔勤之 「中國會社法原理」(社會科學文獻出版社, 2006), 104面.

## 나. 董事會(理事會) 構成

중국회사법상 이사회는 5인 이상 19인 이하의 이사로 구성된다. 이사회는 구성원 중에 종업원대표를 둘 수 있다. 종업원대표는 회사의 종업원대표회의, 종업원 회의 또는 기타 민주선거 방식으로 선임할 수 있다(중회 제109조). 한국, 일본과 달리 종업원대표를 이사회 구성원으로 한 것은 중국이 사회주의체제 하에서 ‘인민이 나라의 주인’이라는 의지를 표출하려는데 비추어 나라의 주인인 인민 즉 종업원의 지위를 인정하기 위한 규정이라고 볼 수 있다.

## 다. 董事會(理事會) 召集과 決議

이사장은 이사회 소집권자로서 연 2회 이사회를 소집 주재하여야 하고, 회의개최 10일 전까지 이사에게 통지해야 한다(중회 제111조). 이사장이 직무를 수행할 수 없거나 수행하지 않을 경우 그 직무를 부이사장이 수행한다. 부이사장이 이사장의 직무를 수행할 수 없거나 수행하지 않을 경우, 과반수의 이사가 공동으로 선임한 이사가 그 직무를 수행한다. 그리고 2005년 신회사법은 소수주주의 이익을 보호하기 위하여 “10분의 1 이상의 의결권을 보유한 주주, 3분의 1 이상의 이사 및 감사회는 자기 또는 회사의 이익을 위하여 이사회 임시회의의 소집을 청구할 수 있게 하였고 이사장은 반드시 제의 접수 후 10일 내에 이사회 회의를 소집·주재 하여야 한다.”(중회 제111조)고 규정하였다.

주식회사 이사회 결의는 과반수의 이사가 참석해야 하고 전체 이사 과반수로 1인1표제의 원칙으로 의결하여야 한다(중회 제112조). 1인 1표제 원칙으로 하는 이유는 소수주주와 종업원대표의 이익을 보호하기 위해서이다. 이사회 회의는 이사 본인 출석을 원칙으로 하고 부득이한 경우 본인이 출석할 수 없을 때 수권범위를 명기한 서면으로 기타 이사에게 출석을 위임할 수 있다(중회 제113조). 대리출석은 교통이나 통신이 불편한 시대에 적당하겠으나 현재 교통이 발달하고 통신수단이 발달한 현재의 상황에 비추어 볼 때 이사 본인의 의사를 중요시하는 이사회 본래 취지에 반하므로 이를 허용하는 것은 적절하지 않다고 본다.

## 라. 董事會(理事會)의 權限

중국 회사법에서는 이사회의 권한을 회사정관의 자율에 맞기고 있는데 이것은 세계 회사법의 전반적 동향인 이사회 중심주의에 초점을 맞춘 것으로 이사회의 권한을 한층 더 확보하였다. 이 규정은 회사가 자신의 구체적 상황에 의거하여 상황별로 권한을 확대하거나 축소하게 하여 회사의 경영효율을 향상시키는데 유리하다. 각국은 자국의 현실에 맞는 법을 지정하기 때문에 이사회에 대한 권한 역시 서로 상이하다. 중국은 이사회의 권한에 대하여 각 항에 명확하게 열거하는 방식을 채택하였고(중회 제109조, 제47조), 프랑스는 어떠한 상황에서도 이사회가 회사를 대표할 수 있도록 이사회의 권한을 광범위 하게 하였으며, 또 일부 다른 국가에서는 배타적 열거방식 혹은 이사회 권한을 명확하게 하지 않고 회사정관의 자율에 맞기게 하였다. 하지만 어떠한 방식을 채택하든 모두 이사회의 경영효율성을 제고하기 위한 노력이며 이러한 노력은 아래 세 가지로 종합할 수 있다. 첫째는 업무집행권으로 이사회는 주주총회의 결의를 책임지고 집행하고 회사 내부경영관리시스템을 구축하며 회사를 이끌고 관리한다. 둘째는 일상 경영결정권으로 이사회는 주주총회의 결정사항이 아닌 기타 중대 사항에 대하여 결정권을 가진다. 셋째는 회사를 대표하는 권한으로 이사회는 회사를 대표하여 기소 또는 응소 등 회사의 다양한 권리를 행사한다. 미국과 일본의 이사회는 감독기능을 겸하고 있어 수시로 이사의 업무에 대하여 감독한다. 이상으로부터 알 수 있듯이 각국은 이사회에 권한에 대하여 광범위하게 인정하고 있다.

중국은 이사회 권한에 대하여 신회사법 제47조와 제109조에서 열거식 방식으로 자세 히 규정하고 있다. 그 내용은 다음과 같다.

- a. 주주총회의를 소집하고 주주총회에 업무보고를 한다.
- b. 주주총회의 결의사항을 집행한다.
- c. 회사의 경영계획과 투자방안을 결정한다.
- d. 회사의 연도재무예산안과 결산안을 제정한다.
- e. 회사의 이익배당안과 결손보전안을 제정한다.
- f. 회사등록자본금의 증자 또는 감자방안을 제정한다.
- g. 회사의 합병과 분할, 해산 및 회사형태의 변경 방안을 작성한다.

- h. 회사의 내부관리기구의 설치에 관한 결정을 한다.
- i. 회사 경리의 선임·해임 및 그 보수에 관한 사항을 결정하고, 경리의 지명에 의하여 회사 부경리·재무책임자를 선임 또는 해임하며, 그 보수와 관련한 사항을 결정한다.
- j. 회사의 기본관리제도를 제정한다.
- k. 회사정관에 규정된 기타 직권을 수행한다.

중국 신회사법에서 규정하고 있는 이사회 권한을 간단히 정리하면, 주주총회의 결의에 관한 사항, 회사의 중대한 사항의 결정과 집행, 회사 내부관리 기구의 통치와 회사의 기본제도의 입안 및 인사권의 행사 등 4가지로 정리할 수 있다.<sup>59)</sup>

## 2. 董 事(理事)

### 가. 董 事(理事)의 意義

중국회사법상 이사는 이사회 구성원이며, 주식회사의 필요구성원이다. 주식회사의 이사회는 필요상설기관이며, 이사는 이사회 구성원으로써 이사회를 구성한다. 따라서 이사는 이사회 전제인 것이다. 비록 중국회사법에는 이사에 대하여 “필요설치”란 문구가 없지만, 이사는 주식회사의 필요상설기관인 이사회 구성원이므로 당연히 설치되어야 한다. 또한 회사는 설립등기시에 반드시 회사등기기관에 이사의 임직(任職)문건을 제출하여야 한다. 다시말해 주식회사를 설립하려면 반드시 이사회 구성원인 이사가 있어야 한다.

### 나. 董 事(理事)의 權 限

중국회사법상 이사는 주로 이사회에 출석하여 의결권, 보수청구권, 기명날인권, 회사를 대표하여 감사에 대해 제기하는 소송권 등 권한을 행사할 수 있다. 세계 각국의 입법을 살펴보면 이사의 권한에 대하여 단독적으로 명확히 규정하고 있는 국가는 매우

59) 李建偉, 「公司制度、公司治理与公司管理」(人民法院出版社, 2005), 156面.

적으며 사실상 이사와 이사회에 대한 권한에 대하여는 구분하기가 쉽지 않다. 중국회사법도 이사회에 대한 권한에 대해서만 규정하고 있을 뿐 이사의 권한에 대하여는 명확한 규정을 두고 있지 않다.<sup>60)</sup>

## 다. 董事(理事)의 資格

중국회사법 제6장 제147조에서는 다음 각 호의 1에 해당되는 경우 회사의 이사, 감사, 고위급관리자를 담당하지 못한다고 규정하였다. 그 내용은 아래와 같다.

- a. 민사행위능력이 없거나 또는 민사행위능력을 제한받는 자인 경우
- b. 탐오죄(貪污), 회피죄(賄賂), 재산침점죄(侵占財產), 재산류용죄(財產挪用) 또는 사회주의시장경제질서(社會主義市場經濟秩序)를 범하여 형사 처벌을 받고 집행기간 만료 후 5년이 경과되지 않았거나, 범죄로 정치권을 박탈당하고 그 집행기간 만료 후 5년이 경과되지 않은 경우
- c. 파산하여 청산된 회사, 기업의 이사 또는 공장장(廠長), 경리를 담당하였고 해당 회사, 기업의 파산에 대하여 개인적 책임이 있는 자로서 해당 회사, 기업의 파산으로 청산이 완료된 날로부터 3년이 경과되지 않은 경우
- d. 위법행위로 영업허가증이 취소되었거나 명령에 의해 폐쇄된 회사, 기업의 법정대표자를 담당하였고 그에 대한 개인적 책임이 있는 자로서 해당 회사, 기업영업허가증이 취소된 날로부터 3년이 경과되지 않은 경우
- e. 개인적으로 비교적 큰 금액의 채무가 있으며 상환기일이 만료되었음에도 환하지 않은 경우

회사가 전항의 규정을 어기고 이사, 감사를 선출, 임명하거나 고위급관리자를 초빙한 경우 해당 선거, 임명 또는 초빙은 무효로 된다.

이사, 감사, 고위급관리자의 재임 기간중 동조 제1항에 열거된 사항이 발생한 경우 회사는 그 직무를 해제하여야 한다.

중국 신회사법은 위와 같이 소극적인 방식으로 이사의 자격을 정하고 있다. 중국회사법에서 이사의 국적에 관해서는 원칙적으로 제한이 없으므로 국가단독출자회사(國有

---

60) 金香蘭, 前揭論文, 102 面.

獨資公司)<sup>61)</sup>를 제외하고는 외국인도 주식회사의 이사가 될 수 있다.<sup>62)</sup>

## 라. 董事(理事)의 選任과 終任

### (1) 董事(이사)의 선임

이사회는 통상 주주총회에서 선임하며, 법정상황에서는 종업원이 선거하여 선임하는 경우도 있다. 즉 이사회는 통상의 상황에서는 주주대표에 한정되지만 법정상황에서는 종업원 대표를 포함한다. ① 두개 이상의 국유기업 또는 두개 이상의 국유투자주체가 투자하여 설립한 유한책임회사의 이사회 구성원 중에는 회사의 종업원대표를 둘 수 있다. 종업원대표는 종업원대표대회, 종업원대회 또는 기타 형식으로 회사종업원들이 민주적으로 선거한다(중회 제45조 제2단). ② 국유독자회사 이사회 구성원 중에는 회사의 종업원대표가 있어야 하며, 이사회 구성원은 국유자산 감독관리기구가 파견한다. 이사회는 종업원대표는 회사 종업원 대표대회가 선거하여 선임한다(중회 제68조). ③ 주식회사 이사회는 구성원 중에는 종업원대표가 있을 수 있다. 이사회는 종업원대표는 회사의 종업원이 노동자대표대회, 노동자대회 기타 형식의 민주선거를 통하여 선임한다(중회 제109조 제2단).

그러나 한국과 일본에서 인정하고 있는 집중투표(누적투표)에 대해서 중국회사법 제106조에서는 회사 정관의 규정 또는 주주총회의 결의에 따라 누적투표제를 시행할 수 있다고 규정하고 있다(중회 제106조).

### (2) 董事(이사)의 종임

중국 주식회사의 이사는 퇴임으로 이사의 자격을 상실 한다. 이사가 퇴임하는 형식

---

61) 국가단독출자회사(國有獨資公司)는 국유독자회사라고도 하며, 국가가 단독으로 출자 하여국무원이나 지방인민정부가 이와 동급인 인민정부국유자산관리기관에 수권하여 출자자의 직무와 책임을 이행하도록 한 회사법상의 유한회사를 말한다(중회 제65조 제2단). 국유독자회사는 중국 회사법이 중국의 특수한 사정에 대비하여 중국국유기업제도개혁을 촉진하기 위해 전문적으로 창립한 일종의 특수한 회사형태이다.

62) 金香蘭, 前揭論文, 100面.



은 다음과 같다.

첫째, 임기만료 즉, 회사의 정관에서 이사의 임기를 정하고 있는 경우에 그 이사가 재선되지 않은 이상 그 이사는 퇴임한다.

둘째, 주주총회의 결의 즉, 주주총회는 이사를 해임할 권한이 있다(중회 제100조, 제38조). 이사의 해임에 관한 주주총회의 결의에 관하여 이의가 있는 이사는 이사의 해임에 관한 주주총회결의무효확인<sup>63)</sup>의 소를 제기 할 수 있다. 이때 이사가 승소하는 경우에는 이사는 그 직위를 회복하고, 패소할 경우에는 그 직위를 잃게 된다.

셋째, 이사의 사직 즉, 이사가 임기만료 전에 사직을 함으로써 이사회의 구성원 수가 법정인수에 미달할 경우 이사는 법률, 행정법규와 회사정관의 규정에 따라 직무를 계속 하여야 한다.

## 마. 董事(이사)의 수와 임기

중국 회사법상 이사의 임기는 회사정관으로 정하며 매 임기는 최장 3년을 초과하지 못한다. 이사의 임기가 만료된 후 적시에 새로운 이사를 선임하지 못하였거나 이사가 임기 내에 사직하여 이사의 구성원이 법정최저인수에 미달하게 된 경우 새로 선출되는 이사가 취임할 때까지 원래의 이사가 법률, 행정법규와 회사정관의 규정에 따라 계속 직무를 수행하여야 한다(중회 제46조). 중국회사법은 “유한책임회사에 이사회를 설치할 경우 3명 내지 13명의 이사를 두어야 하고(중회 제45조), 주식회사의 경우에는 5명 내지 19명의 이사를 두어야 한다(중회 제109조).”고 규정하고 있다. 다만 주주가 비교적 적고 규모가 작은 유한책임회사의 경우에는 이사회를 설치하지 않고 집행이사 1명을 둘 수 있다(중회 제51조).

## 바. 董事(理事)의 義務와 責任

### (1) 董事(이사)의 의무

중국회사법상 이사·감사·고급관리자<sup>63)</sup>는 법률·행정법규와 회사정관을 준수하여야

63) 중국회사법상 고급관리자란, 회사의 경리, 부경리, 재무책임자, 상장회사 이사회 비서 및 회사 정

하며 회사에 대하여 충실의무와 근면의무를 진다. 그리고 이사·감사·고급관리자는 그 직권을 이용하여 뇌물 또는 기타 불법소득을 수취하거나 회사의 재산을 횡령하여서는 아니 된다(중회 제148조). 이사의 충실의무 근면의무는 아래와 같다.

### 1) 충실의무

충실의무란 이사, 감사 및 고급관리자가 회사의 업무를 처리함에 있어서 회사의 이익을 극대화 하는 방향으로 하여야 할 주관적 의무와 함께 자기 자신의 이익이나 자신의 이익이 포함된 제3자의 이익이 회사의 이익과 충돌될 때 회사의 이익을 우선해야 할 객관적 의무를 말한다.

중국 회사법은 이사, 감사 및 고급관리자가 회사의 이익을 극대화 하도록 이들에게 충실의무를 부과하고 있고, 구체적으로 경업금지의무와 자기거래금지의무를 그 주요한 내용으로 하고 있다(중회 제148조 제2단, 제149조). 특히 회사의 이사와 고급관리자에게는 제149조<sup>64)</sup>에서 충실의무에 관한 특별한 규정을 두고 있다.<sup>65)</sup>

### 2) 근면의무

근면의무는 선관주의의무 또는 주의의무라고 통칭되는 것으로서, 충실의무가 회사의 기관담당자에게 그 직무에 필요한 소질과 품격에 관한 요구를 하는 것이라면, 선관주의의무는 이들이 회사를 경영함에 있어서 그 경영능력에 관한 높은 의무적 요구를 회사법에서 반영한 것이다.<sup>66)</sup>

---

관에서 규정한 기타 종업원이다(중회 제217조 제1단).

64) 中國 會社法 第149條: 이사 및 고급관리자는 아래 행위를 하여서는 아니 된다. ① 회사의 자금을 유용하는 행위, ② 회사의 자금으로 본인 또는 기타 개인의 명의의 구좌를 개설하여 예금하는 행위, ③ 회사정관의 규정을 어기고 주주회, 주주총회 또는 이사회에 동의 없이 회사의 자금을 타인에게 대출하거나 또는 회사의 재산을 타인에게 담보목적물로 제공하는 행위, ④ 회사정관의 규정을 어기면서 또는 주주회, 주주총회의 동의 없이 본 회사와 계약을 맺거나 거래는 진행하는 행위, ⑤ 주주회 또는 주주총회의 동의 없이 직무상 편의를 이용하여 자신 또는 타인을 위해 회사에 속하는 상업기회를 이용하고 재직중인 회사와 동종의 업무를 자신이 경영하거나 타인이 경영하도록 하는 행위, ⑥ 타인과 회사와의 거래에서 받은 수수료를 횡령하는 행위, ⑦ 자의로 회사비밀을 누설하는 행위, ⑧ 회사에 대한 충실의무를 위반하는 기타 행위. 이사, 고급관리자가 전항의 규정을 위반하여 취득한 수익은 회사의 소유로 하여야 한다.

65) 이정표, 「중국회사법」(博英社, 2008), 160面.

66) 이정표, 上揭書, 160面.

중국회사법은 근면의무에 관하여 집중적으로 규정하지 않았다. 회사법 제148조에 의하면 이사, 감사 및 고급관리자는 법률, 행정법규 및 회사정관을 준수하여야 하고 회사에 대하여 충실의무와 근면의무를 지며, 직권을 이용하여 뇌물 또는 기타 불법소득을 수취하거나 회사의 재산을 횡령하여서는 아니 된다고 규정하였다. 그밖에 회사법 제151조에서는 이사, 감사 및 고급관리자가 주주회 및 감사회에 대한 의무 즉, 주주회 또는 주주총회가 이사, 감사, 고급관리자가 회의에 참석할 것을 요청한 경우 이사, 감사, 고급관리자는 회의에 참석하여 주주의 질의에 응답하여야 한다. 그리고 이사, 감사, 고급관리자는 감사회 또는 감사회를 두지 않은 유한책임회사의 감사에게 관련 상황 및 자료를 사실대로 제공하여야 하며 감사회 또는 감사의 직권행사를 방해하여서는 아니 된다고 규정하였다.

## (2) 董事(이사)의 책임

### 1) 董事(이사)가 책임을 부담하는 원칙

중국회사법은 이사가 회사에 대한 책임에서 이사의 불법행위에 의하여 회사에 실제로 손해가 발생한 것을 요건으로 하고 있다. 즉 이사의 위법행위로 회사에 실제로 손해가 발생하지 않았다면 이사는 회사에 대하여 책임을 부담할 필요가 없는 것이다. 이에 대하여 일부 학자들은 이사가 회사에 대한 추정손해(推定損害)도 포함하여야 한다고 주장하고 있다. 즉 회사는 이사가 제3자로부터 뇌물을 받았다는 사실을 정확히 인지한 경우에는 회사가 장래에 실제로 손해가 발생할지 여부를 고려할 필요가 없이 회사의 이익이 이로 인하여 무조건 침해될 받는다는 것을 추정하여 이사에게 책임을 부담시켜야 한다는 것이다. 이러한 추정은 이사가 그 직위를 남용하여 장래에 회사의 이익에 손해가 발생하는 것을 미리 방지할 수 있는 장점이 있다.

### 2) 董事(이사)의 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임

#### ① 董事(이사)의 회사에 대한 책임

중국회사법상 이사의 책임은 주로 이사가 회사에 대한 책임에 집중되어 있으며, 회사에 대한 책임은 이사의 회사에 대한 충실의무와 근면의무의 위반으로 인하여 발생하는 책임을 중점적으로 다루고 있다. 중국회사법 제150조에서는 “이사·감사·고급관리

자가 회사직무를 수행하는 과정에 법률·행정법규 또는 회사정관을 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우에는 배상책임을 져야 한다.”고 규정 하고 있다. 또한 이사와 회사간에는 위임관계에 있으므로 이사의 불법행위로 인하여 회사에 손해가 발생하였을 경우에 민상법의 일반원칙이 적용되어 이사는 회사에 대한 위임계약의 불이행으로 인한 손해배상책임 또는 침권행위로 인한 손해배상책임을 진다. 그러나 이러한 이사의 회사에 대한 손해배상책임은 이사의 행위 당시에 고의 또는 중대한 과실이 있어야 한다. 이것은 이사의 행위가 선량한 관리자의 주의의무를 다하여도 실제 경영활동 중에서 이사의 일반과실은 면할 수 없기 때문이다.<sup>67)</sup>

## ② 董事(이사)의 제3자에 대한 책임

이사의 제3자에 대한 책임은 간접책임과 직접책임으로 나누어 볼 수 있다. 중국회사법 제150조 및 중국민법통칙의 관련 규정에 의하면 이사가 업무를 집행함에 있어서 제3자에게 손해를 가했을 경우 우선 회사가 제3자에 대하여 손해배상책임을 지며, 이로 인한 회사의 손실에 대하여서는 회사가 직접 이사에 대하여 손해배상을 청구하는 방식과 주주대표소송의 방식에 의하여 그 손해를 청구할 수 있다.<sup>68)</sup> 이사의 제3자에 대한 직접책임은 대륙법계의 많은 국가들에서 이미 규정하고 있다. 그러나 중국회사법에는 이사의 제3자에 대한 직접책임에 대하여 규정하고 있지 않다. 이는 입법의 불비로 중국 실정에 알맞은 대응책이 필요할 것으로 본다

## 사. 董事(理事)와 會社의 關係

중국 민법통칙에는 위임에 관한 규정을 두고 있지 않다. 비록 중국 회사법은 각국에서 규정하고 있는 위임에 관한 공동된 내용을 바탕으로 이사와 회사의 관계를 일종 위임관계라고 해석하고 있지만 민법상에는 규정을 두고 있지 않아 이사 등의 의무는 어떠한 성격의 의무인지 문제가 된다.<sup>69)</sup> 이는 입법상의 불비라고 본다. 따라서 중국도 민법통칙중에 위임에 관한 규정을 둘 필요가 있으며, 또한 회사법에도 이사와 회사의 관

67) 曹巍, 前掲書, 138面.

68) 曹巍, 上掲書, 138面.

69) 馬太广, 「董事責任制度研究」(法律出版社, 2009), 23面.

계를 위임관계라고 하는 명문규정을 둘 필요가 있다고 본다.

## 2. 董事長(理事長)

중국회사법상 이사장은 한국 상법과 일본 회사법상 대표이사에 해당하는 주식회사의 필요, 상설 기관이며 회사업무를 집행하고 회사를 대표하는 기관이다.

### 가. 董事長(理事長) 選任과 終任

중국회사법상 주식회사의 이사장과 부이사장은 이사회 전체 이사의 과반수로 선임(중회 제110조)되며 이사회 결의방식과 같은 방법으로 선임한다. 부이사장은 필요에 따라 둘 수 있는데 주로 이사장의 업무를 보좌한다. 이사장의 종임에 대해서는 회사법에 아직 명문의 규정을 두지 않고 있는데 이사장의 특수 직위로 의하여 해임상 문제도 없지 않아있다고 본다. 그러나 이사장도 이사회 구성원중 하나의 이사에 해당하기 때문에 이사의 종임사유가 이사장에게도 적용된다고 본다.<sup>70)</sup>

### 나. 董事長(理事長)의 法的地位<sup>71)</sup>

(1) 이사장은 중국회사법상 주식회사의 필요, 상설기관으로서 중요한 지위를 가지고 있다. 이사장은 이사회의 대표자일 뿐 회사의 대표자는 아니다. 이사장의 권한도 이사회의 소집권과 주재권 및 회사를 대표하여 명의상으로 대표권을 갖는다. 이는 단지 이사회 내부에서 기타의 이사와 같은 지위를 갖고 있기 때문이다.

(2) 이사장은 주식회사내의 주주총회 회의와 이사회 회의의 의장이다. 주주총회는 이사회가 소집하지만 이사장이 회의를 주재한다. 이사회는 이사장이 책임지고 소집, 주재한다. 이사장이 직무를 이행할 수 없거나 이행하지 않을 때 부이사장이 그 직무를 이

---

70) 王保樹·崔勤之, 前掲書, 181面.

71) 王保樹·崔勤之, 上掲書, 181面; 趙旭東, 「新公司法講義」(人民法院出版社, 2006), 389面.

행하며, 부이사장이 이행할 수 없거나 이행 하지 않을 때 과반수 이상의 이사가 공동으로 한명의 이사를 선임하여 그 직무를 수행하도록 한다.

(3) 중국 구 회사법(2005년 개정 이전 회사법)에서는 이사장이 회사의 법정대표자로 규정되었지만 2005년 회사법에서는 회사의 법정대표자를 원래의 이사장에서 집행이사 와 경리도 담당할 수 있도록 하였다(중회 제13조). 만약 회사 정관에서 이사장을 회사의 법정대표인으로 정하였을 경우 이사장은 법정대표인으로서의 직권을 수행하여야 한다.

#### 다. 董事長(理事長)의 權限

중국회사법의 규정에 따라 이사장은 아래와 같은 권한을 갖는다.

- a. 주주총회 회의를 소집하고 주재(主持)한다(중회 제102조).
- b. 이사회 회의를 소집하고 주재(主持)한다(중회 제110조 제2항).
- c. 이사회결의 실시상황(實施情況)을 검사(檢査)·독촉(督促)한다(중회 제110, 제2항).
- d. 임시이사회 소집을 제의 할 수 있다(중회 제111조 제2항).
- e. 이사회에서 부여한 기타 권한

만약 정관에서 이사장을 회사의 법정대표인으로 정하였을 경우 이사장은 위에 열거한 권한에만 귀속되는 것이 아니다. 이사장은 회사를 대표하여 회사영업에 수반되는 모든 업무를 처리할 권한과 소송에 참가 할 권한을 가진다. 만약 회사 정관에서 이사장의 권한을 제한하는 규정<sup>72)</sup>을 두었을 경우 이것으로 선의 제3자에 대항하지 못한다. 원칙상 이사장은 자기의 권한범위 내의 업무를 직접처리 하여야 한다. 이것은 이사장의 이사로서의 근면의무에 해당하는 것이라고 본다. 그러나 이사장은 타인에게 업무를 위임할 수는 있다.<sup>73)</sup>

---

72) 여기에서 이사장의 권한에 대한 제한은 회사의 정관의 규정에 의하여 주주총회 또는 이사회 의 결의로 할 수 있으며, 또한 정관에 이에 대한 규정이 없더라도 위의 결의에 의하여 이사장의 권한을 제한할 수 있다.[張舫, “法定代表人越權簽約對公司的拘束力”, 「商法·經濟法的最新發展」(王保樹教授七秩華誕祝賀文集, 法律出版社, 2010), 28面.]

73) 王保樹·崔勤之, 前掲書, 181面.

### 3. 經 理(執行任員)

#### 가. 經理(執行任員)의 意義 및 地位

중국회사법상 경리는 실무에서 총경리라고 불리며 주식회사의 일상의 경영관리를 담당하는 필요·상설기관으로 이사회에 의해 선임(중회 제114조)되는 전문경영인으로서 회사의 일상 업무집행에 관하여 큰 권한을 가지고 있다. 이는 한국 2011년 개정상법상 집행임원제도의 대표집행임원이나 일본의 대표집행임원과 비슷한 기관이다.

중국회사법상 가장 특색이 있는 분야중의 하나로 볼수 있는만큼 경리제도는 회사경영의 효율을 높이고 투명성을 강화하는데 큰 역할을 하고 있다. 이런 취지에서 중국에서도 총경리제도를 규정하고 있다. 주주총회, 이사회, 감사회와 달리 경리기관은 비회의체 기관이다. 이는 회의를 통하여 다수결로 결의를 형성하는 것이 아니며 총경리를 담당한 고급관리자의 최종의지를 기준으로 한다. 비록 회사는 부총경리도 설치하지만 이는 다만 총경리에 의해 지명(提名)되어 그의 업무를 보조해 줄 뿐이다.<sup>74)</sup>

대륙법계의 대부분 나라들은 민법전 또는 상법전에 경리 혹은 경리인의 개념에 대하여 규정하고 있다. 이탈리아 「민법전」 제2203조에서의 경리는 기업주의 위탁을 받고 상법상 기업을 경영하는 경영인이고, 일본 「민법전」에서의 경리는 고용계약을 통하여 특정상인에 종속하고 “상업사용인” 혹은 “지배인”으로 불리우며 기업내부에서는 기업주에게 복종하고 기업외부에서는 대리의 형식으로 업무를 처리하는 기업주의 고용인이다. 중국 대만지구의 「민법전」 제53조 제1항에서의 경리는 회사를 위하여 회사업무를 관리하고 서명권한을 부여받은 권리인(權利人)이다.

영미법계의 국가들에서는 경리에 대하여 성문법으로 명확히 규정하지 않고 경리 역시 수많은 고용인 중의 하나로 보고 있다. 그러나 사법판례가 예시하는 바와 같이 경리는 일반 회사의 고용인과 달리 특수한 권리를 향유하고 또한 특수한 의무를 지닌 독립성이 상당히 강한 임원이다.

이상에서 살펴본바와 같이 경리는 서로 다른 나라에서도 여러 가지 공동한 점들이 있다는 것을 알 수 있다. 첫째, 경리는 이사회에서 선임·해임되고 이사회의 일상업무의 관리와 생산경영을 협조하는 고용인이다. 둘째, 경리는 회사의 일반 고용인과 다르

74) 梁東錫, 前掲書, 422面.

게 고급관리자로서의 특수한 권리와 의무를 갖는다. 즉 경리는 이사회에 의하여 선임되고 법률, 회사정관 및 이사회 의 수권범위내에서 회사의 일상생산경영업무를 관리하는 고급관리자라고 규정할 수 있다.<sup>75)</sup>

## 나. 經理(執行任員)의 設置

회사의 경리는 회사의 이사, 감사와 달리 선거로 선출하는 것이 아니라 이사회 의 초빙으로 선임한다. 각국 회사법은 대부분 경리의 선임을 이사회 의 직권으로 규정하고 이사회 는 투표로 회사의 경리를 결정한다. 미국에서 어떤 회사는 이사회 하에 지명위원회 를 설치하고 경리 등 중요한 직무의 책임자를 물색하여 이사회 에 추천한다. 이사회 의 결정을 통과한 경리는 회사와 선임계약을 체결하는데 이로써 선임과정이 완성되고 회사의 경리로 취임한다.

경리는 이사회 에서 선임하기 때문에 회사법에서 일반적인 내용과 권한을 규정하지만 그 직무 부여는 이사회 에서 하는 것이기 때문에 이사회 는 그 권한에 대하여 확대하거나 축소할 수 있다. 그러므로 만약 경리가 위법경영 하거나 또는 그 능력, 업무집행이 회사를 관리하는데 미흡하여 적합하지 않다고 판단되면 법에 따라 이사회 회의 를 소집하고 그 경리의 해임을 결정할 수 있다.<sup>76)</sup>

## 다. 經理(執行任員)의 選任

### (1) 經理(집행임원)의 선임자격

경리의 선임 자격에 관하여 여러 나라의 규정은 상이하다. 법리상으로 볼 때 경리의 선임 자격을 다음과 열거 할 수 있다. 첫째, 경리는 완전민사행위능력(完全民事行爲能力)이 있어야 한다. 한정치산자나 금치산자는 경리의 업무를 완성할 수 없으므로 경리의 자격에서 당연히 제한된다. 둘째, 경리는 신용과 명성이 좋아야 한다. 이것을 범죄 경력이나 불량습성이 있으면 안된다는 것으로 풀이할 수 있다. 셋째, 일정한 관리지식

---

75) 曹巍, 前揭書, 146-147面.

76) 趙旭東, 前揭書, 400面.



과 경영능력을 구비하여야 한다. 경리는 법률지위상 회사의 일상 경영을 관리하는 총책임자로서 마땅히 이러한 능력은 구비하여야 한다. 실제 많은 회사는 경리의 관리능력과 경영능력에 대하여 아주 높은 요구를 하고 있다. 넷째, 법률이 규정하는 제한조건에 속하면 안 된다. 예를 들면 공무원, 감사 등이다.

중국회사법 제147조에서 경리의 선임자격에 대하여 명문규정을 하고 있다. 그 내용은 상술한 이사의 자격에 관한 규정과 같으므로 생략한다.

## (2) 經理(집행임원)의 선임절차

경리의 직위가 회사의 경영관리 사항과 밀접히 연결되어 있는 것을 고려하여 일반적으로 경리의 선임권한을 주주총회에 주지 않고 이사회에서 선임하도록 한다. 중국회사법도 예외가 아니다. 중국회사법 제114조에 의하면 주식회사의 경리는 이사회에서 선임되도록 규정하고 있다.

그러나 현행 중국회사법에서의 이사회는 경리의 선임에 대한 구체적인 규정을 두고 있지 않다. 회사법의 기본정신에서 볼 때 경리의 선임권한은 이사회에 있으므로 이사회에서 경리의 선임에 대한 구체적인 내용을 결정하여야 한다고 본다. 이사회는 경리를 선임함에 있어서 보통결의 방식 또는 특별결의방식을 취할 수 있다. 즉 보통결의는 전체 이사 과반수의 동의로 선임되는 것이고, 특별결의는 전체 이사의 3분의 2 이상의 동의로 선임할 수 있는 것이다. 그러나 이사회가 경리를 선임함에 있어서 중국회사법 제147조의 규정을 위반하여서는 아니 된다. 이사회에 대한 위의 고찰은 사실상 이사가 회사에 대한 충실의무와 근면의무의 이행의 체현이다.

이사회 결의에 의해 선임된 경리는 회사와 임용(聘任)계약을 체결하여 이사회의 고용인이 아닌 회사의 고용인으로 임용되며 따라서 경리의 임기도 이때부터 계산된다. 그러나 중국회사법에는 아직 경리의 임기에 대한 구체적인 규정이 없으므로 경리의 임기는 이사회가 구체적 상황에 근거하여 이를 결정한다. 경리의 연임에 대한 명문규정도 없으므로 이것도 역시 이사회의 결정에 따라야 할 것이다. 경리는 임의로 초빙할 수 없고 경리 또한 임의로 사직할 수 없다. 그렇지 않으면 이에 따르는 책임을 져야 할 것이다.

경리가 의무위반으로 중국회사법 제149조의 규정을 지키지 않았을 경우 또는 이사회

에 대하여 자신의 의무를 다하지 않았을 경우에 이사회는 회사의 이익보호를 이유로 경리를 해임시킬 수 있다. 그러나 이사회는 경리를 해임할 경우 반드시 법률, 정관의 규정 및 쌍방이 체결한 계약의 규정을 따라야 하며 실체상 정당한 이유를 필요로 할 뿐만 아니라 절차상에서도 정당하여야 한다. 그밖에 임용 계약시 규정한 해임사항이 나타났을 경우 경리는 사직할 수도 있다.<sup>77)</sup>

### (3) 經理(집행임원)의 권한

비교법적으로 볼 때 경리의 권한범위를 다음의 세가지 방식으로 구분할 수 있다. 첫째, 법정방식으로 경리의 권한범위를 법률로써 명확히 규정하는 것이다. 예로 독일,<sup>78)</sup> 일본,<sup>79)</sup> 한국, 이탈리아가 취한 방식이다. 둘째, 의정(義定)방식 또는 “정관방식”으로 경리의 권한범위는 회사의 정관과 계약으로 결정하는 것이다. 중국 대만지구<sup>80)</sup>가 전형적인 예이다. 셋째, 절충방식으로 경리의 권한범위는 법정(法定)과 의정(義定)의 방식을 통하여 확정 한다. 이는 법률규정의 내용도 포함되고 협상확정의 요소도 포함된다. 프랑스<sup>81)</sup>가 이에 해당하는 전형적인 예이다.

법정(法定)방식으로 경리의 권한을 규정하는 것은 이론상 모순이 존재한다. 경리는 이사회에 보조집행기관으로서 이사회와 위탁대리관계에 있으므로 경리의 권한은 마땅히 이사회에서 결정하여야 한다. 그러나 중국회사법은 이사회에 이러한 권한을 선명하게 탈취하였다. 이것은 경리의 지위가 명확하게 확정될 수 없는 주요 원인이라 할 수 있다. 현대 회사법의 지배구조는 “주주중심주의”에서 “이사회 중심주의”로 변천하고 있고 또한 이에 따른 이사회에 권한이 무한히 확장되는 것을 방지하지 않을 수 없다. 그

---

77) 曹巍, 上揭書, 162-163面.

78) 獨逸 商法典 第49條 第1項: 경리는 영업경영에서 발생하는 소송상 및 소송 이외의 모든 행위와 법률행위를 할 수 있다.

79) 日本 商法典 第38條: 경리인은 영업주를 대신하여 영업상, 재판상 및 재판 이외의 모든 행위를 할 권한이 있다.

80) 臺灣地區 會社法 第31條: 경리인의 권한은 회사의 정관상의 규정 외에 계약으로 규정한다.

81) 法國 商事會社法 第124條: 경리실은 어떠한 상황 하에서도 회사의 명의로 업무를 집행하는 가장 광범위한 권한을 가진다. 경리실은 회사의 목적범위 내에서 권리를 행사할 수 있다. 다만 法律이 明文으로 감사회와 주주총회에 부여한 권리 이외의 권리를 행사 할 수 있다. 동법 제117조: 이사회와 이사장은 총경리의 권한 범위와 기한을 협상하여 확정된 후 수여한다.

러나 경리의 권한을 법정화하는 것은 실제 경리를 회사의 업무집행기관으로 보고 이사회를 주주총회 하의 제2차 결정기관으로 보게 되므로 이는 회사자치의 일반 법리에 어긋나게 된다. 실제에 회사법이 경리의 권한을 직접 규정하여 경리의 권한이 과도하게 확장되는 국면을 초래하였다. 더욱이 중국 상장회사중에서 경리의 권한은 법률이 규정한 권한보다 훨씬 크다. 그러므로 경리의 권한을 법정화 하는 것은 마땅하지 않다.

중국의 2005년 신 회사법은 구 회사법에서 경리의 권한을 단순 열거하는 방식을 수정하였다. 그 내용을 살펴보면 아래와 같다.<sup>82)</sup>

중국회사법 제50조 및 제114조에서는 경리의 권한사항을 명문으로 규정하고 있다. 경리의 권한은 회사의 일상적인 경영관리 및 이사회 결의사항의 집행업무로 대별되는데 이것을 업무집행권, 회사내부규칙제정권, 인사 임명권, 기타 권한으로 세분화 할 수 있다. 그 내용은 아래와 같다.

- a. 회사의 생산경영관리업무를 주재하며 이사회 결의의 집행
- b. 회사의 연도경영계획과 투자 방안의 집행
- c. 회사내부 관리기구 설치방안을 작성
- d. 회사의 기본관리제도를 작성
- e. 회사의 구체적 규칙의 제정
- f. 회사의 부경리, 재무책임자를 선임 또는 해임할 것을 제출
- g. 이사회가 선임 또는 해임하여야 할 임원을 제외한 기타 책임관리임원을 선임 또는 해임
- h. 이사회가 부여한 기타 권한 등

그 밖에 경리는 이사회 회의에 참석할 권한이 있고, 상술한 법정규정을 떠나서 회사 정관으로 따로 규정할 수 있으며 권한의 범위의 확대나 축소는 회사의 정관에 맞기도록 하였다.

상술한 경리의 권한 가운데서 회사내부규칙의 제정권은 총경리의 가장 중요한 권한이라고 할 수 있다. 다른 나라의 경우 회사내부규칙의 제정권은 회사에서 직접 행사하도록 하고 있다. 그러므로 중국회사법상 경리의 권한범위는 다른 나라의 사장 또는 지배인의 권한보다 더 넓다.

---

82) 曹巍, 前掲書, 153-154面.

경리의 권한이 이사회의 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 개혁에 따라 총경리로 전환되면서 종래의 권한이 그대로 유지되었던 것도 그 이유 중의 하나이다.<sup>83)</sup>

중국회사법이 경리의 권한을 명문규정과 이사회의 경리에 대한 기타 권한의 수여로 실천중 주주가 회사정관을 이용하여 경리를 직권을 제한하는 것과 경리의 권한이 무한이 확장되는 것을 방지함에 있어서 중요한 의의가 있다고 본다.

#### (4) 經理(집행임원)의 권리와 의무

##### 1) 經理(집행임원)의 권리

경리의 권리는 주요하게 경리가 어떠한 민사권리를 향유하는가 하는 문제이다. 중국회사법의 구체적인 규정을 볼 때 아직 경리의 권리에 대한 법률적 규정은 없다. 그러므로 경리가 회사에서 어떠한 권리를 가지는가는 주요하게 경리와 회사간에 체결한 계약서에서 결정할 것이다.

경리의 권리 중 회사로부터 보수(薪酬)를 받을 권리가 가장 중요하다. 보수를 지급하는 형식은 이사가 보수를 받는 형식과 비슷하다. 주요하게 임금(薪水), 이익분배계획, 주식배당, 주식옵션을 포함한다. 중국회사법상 경리의 보수제도는 아직 부족점이 많으므로 앞으로 많은 개선이 필요하다.<sup>84)</sup>

##### 2) 經理(집행임원)의 의무

각국의 회사법상 경리의 의무에 대한 규정은 이사의 의무에 대한 규정과 그 기본이 같다. 중국 회사법상 경리의 의무도 이사에 대한 의무를 준용한다. 일반적으로 경리는 회사에 대하여 충실근면의무, 경업금지의무, 회사결의의 집행의무를 부담한다.

---

83) 이정표, 前揭書, 141面.

84) 曹巍, 前揭書, 166面.

## (5) 董事會(이사회), 董事長(이사장)과 總經理(집행임원)의 관계

회사법상 이사회와 총경리의 권한상 서로 중복되는 현상이 존재하므로 이사회(특히 이사장)와 총경리가 어떻게 이 권리를 각자 잘 행사하는가 하는 것은 중국 회사지배구조에서 큰 영향을 미치게 된다.

### 1) 董事會(이사회)와 總經理(집행임원)의 관계

이사회에서 총경리를 선임, 해임하고 총경리는 이사회에 책임진다. 이사의 권리는 의사결정권과 업무집행권으로 구분할 수 있는데 회사의 상설권력기관인 이사회는 의사결정권을 행사하고 회사의 업무집행기관인 총경리는 업무집행권을 행사한다.

이사회와 경리는 일종의 위임관계이며 총경리의 권한은 이사의 수권에 달려 있다고 본다. 그러나 중국회사법은 총경리의 권한을 법적으로 규정함으로써 위임계약관계에 있어야 할 이사회와 총경리의 관계가 모순이 발생하게 되었으며 이를 정확히 하기 위해서는 반드시 양자의 관계를 분명히 해야 한다. 즉 경리의 권한을 법적으로 규정하지 말고 그 권한을 이사회에 넘겨 양자의 권한 충돌을 미연에 방지해야 한다고 본다.<sup>85)</sup>

### 2) 總經理(집행임원)와 董事長(이사장)의 관계

회사의 이사회 구성원이 경리를 겸임하는 현상이 많이 나타나고 있다. 즉 이사장이 경리를 겸임하는 것이다. 중국회사법은 이사장이 경리를 겸임하는 것에 대한 규정을 두지 않고 있다. 다시 말해 이사장이 경리를 겸임할 수 있게 조건을 열어 놓았다는 것이다. 회사의 이사장은 외부의 비집행이사가 담당하여야 한다는 영국 런던증권거래소의 규정을 제외하고는 대부분 나라들이 중국의 경우와 비슷하다.

회사의 이사장이 경리 혹은 CEO를 겸임하는 현상이 시장경제국가에서 보편적으로 나타나고 있다. 이사장이 경리 혹은 CEO를 겸임하는 것은 회사의 자치정신에도 부합되고 또 결정과 집행의 효율성을 높이는데 유리하기 때문이다.

합법성과 타당성을 고려할 때 이사장이 총경리와 법정대표인을 겸임하는 것은 소규

---

85) 許麗華, “중국주식회사 지배구조에 관한 연구: 한국 주식회사 지배구조와 비교 고찰을 하면서”, 高麗大學校 碩士學位論文, 2008, 86面.

모기업에 적합한 것으로 규모가 상당히 큰 회사(특히 상장회사)같은 경우에는 이사장과 총경리를 상호분리 하는 원칙을 실시해야 한다고 본다. 즉 이사장은 법정대표인을 겸임할 수 있지만 총경리는 겸임하지 못하고 더욱이 총경리와 법정대표인을 동시에 겸임하면 아니 된다고 본다.<sup>86)</sup>

#### 4. 董事會(理事會)內 委員會制度

##### 가. 委員會制度의 內容

감사회제도의 감독 작용이 약화되고, 사외이사가 사실상 이사회의 하위기관으로 전락되는 것을 방지하기 위하여 이사회 전문위원회제도를 병행하여 사외이사가 이사·경리의 보수·해임·업무평가에 직접 관여할 수 있게 함으로써 그 기능을 충분히 발휘하도록 하는 것이 바람직하다. 즉 위원회제도는 사외이사제도의 실시효과와 직접적으로 관계되는 부분이라고 할 수 있다.

「상장회사 경영준칙」에서는 처음으로 위원회제도에 관하여 언급하였는데, 상장회사는 전략·회계감사·추천·보수와 심사 등의 위원회를 둘 수 있다. 전문위원회는 전부 이사로 구성되며 그 중 회계감사위원회, 추천위원회, 보수와 심사위원회에는 사외이사가 다수를 차지하고 소집인의 역할을 하여야 하며, 회계감사위원회에는 적어도 1명의 회계전문가를 두어야 한다고 규정하였다. 중국의 이사회내 위원회는 주주총회의 결의에 따라 설립되는데, 이는 미국·한국·일본의 이사회위원회가 이사회의 결정에 따라 설립되는 것과 다른 부분이다.

「상장회사 경영준칙」에서는 이사회내 위원회의 주요직책에 관하여 상세한 규정을 두었다. 전략위원회의 주요 직무는 회사의 장기발전전략과 중대한 투자결정에 대하여 연구하고 건의를 하는 것이다. 회계감사위원회의 주요 직무는 외부 회계감사기관의 초빙·변경을 제의하고 회사의 내부회계감사제도 및 그 실시상황을 감독하며, 내부회계감사를 연결하는 작용을 하고, 회사재무정보 및 그 공개를 심사하며 회사의 내부지배구조를 심사하는 것이다. 추천위원회의 주요직책은 이사, 경리의 선발기준과 절차에 대하여 건의를 하고, 적당한 이사회 경리후보를 물색하며 이사·경리후보를 심사하고 방

---

86) 劉俊海, 前揭書, 144面.

안을 연구하는 것이다. 보수와 심사위원회의 주요직책은 이사와 경리의 심사기준을 연구하고 심사를 진행하며 건의를 하며, 이사·고급관리자의 보수정책과 방안을 연구하는 것이다. 각 전문위원회는 중개기구를 초빙하여 의견을 제출할 수 있으며, 이에 관련된 비용은 회사에서 부담한다.

그러나 「상장회사 경영준칙」 제58조의 규정에 근거하면 “각 전문위원회는 이사회에 책임지며 각 전문위원회의 제안은 이사회에 제출하여 이사회가 심사·결정한다.”고 하였다. 즉 위원회의 주요한 기능은 자문과 건의라고 할 수 있다. 그러나 전문위원회가 자문의 역할만 하고 단독적으로 이사회에 권력을 행사하지 못한다면 위원회제도 자체의 기능을 제대로 발휘하기 어렵다. 왜냐하면 위원회의 주요기능은 일부 경우에 사외이사 또는 사외이사 과반수가 참석하여 일부 사항을 결정하고, 이로써 경영자에 대하여 제약과 감독을 하는 것이기 때문이다.<sup>87)</sup>

## 나. 委員會制度 現況

현재 각국의 이사회제도와 관련하여 이사회의 결정의 상이함에 따라 비위원회제도와 위원회제도 두가지 방식으로 운영되고 있다. 전통적인 관점에서 볼 때 규모가 아주 큰 회사만이 이사회내 위원회를 설치할 수 있다. 그러나 최근 10년간 이사회와 관련하여 이론연구와 실시에서 할 수 있듯이 이사회의 결정과 감독의 효율성을 보장하고, 이사회의 전문성을 제고 하기 위해서는 어떠한 임의 회사에서도 감사위원회(監事委員會), 보수위원회(薪酬委員會), 제명위원회(提名委員會)를 설치할 수 있다고 본다. 현재 거의 모든 유럽, 북미, 호주의 회사의 이사회는 감사위원회, 보수위원회를 설치하였고 동시에 제명위원회와 회사지배구조위원회도 부단히 증가하는 추세이다.<sup>88)</sup>

---

87) 崔竣瑤·李鮮花, 前揭論文, 268面.

88) 張顯球, 「理事會制度: 理論研究基于上場銀行的實證分析」(中國金融出版社, 2010), 13面.

## 5. 獨立董事(社外理事)制度

### 가. 獨立董事(社外理事)制度의 導入背景

#### (1) 이원적 회사지배구조 구축과 감사회의 “감독실패”

중국 상장회사는 독일과 일본의 이원적 지배구조(two-tier board system)를 모방하여 회사지배구조를 구축하였다. 즉 최고 권력기구인 주주총회 하에 업무집행기구인 이사회와 내부감독기구인 감사회가 동등하게 배치되며, 이사회가 주주이익을 대표하여 경영진을 감독하고 감사회가 주주와 근로자의 이익을 대표하여 이사회와 경영진을 감독하는 내부통제메커니즘을 형성하고 있다. 중국 금융당국이 이원적 지배구조를 선택한 이유는 감사회를 내부감독기구로 설치하여 국유기업개혁 중 발생해 왔던 ‘내부자통제문제’와 이로 인해 발생한 ‘국유자산유실’을 해소하기 위함이다. 그러나 기대와 달리 감사회는 중국 기업지배구조에서 그 기능과 역할이 가장 취약한 기구로 평가되어 왔다. 이런 문제에 직면하여 중국 금융당국은 사외이사제도를 도입하여 내부감독체계를 강화함으로써 대주주의 불법행위를 제한하고 중·소액주주의 권익을 보호하며 나아가 자본질서를 건전하게 개선하고자 하였다.<sup>89)</sup>

#### (2) 獨立董事(사외이사)제도의 발전

중국 상장회사에 사외이사제도를 정식으로 도입한 것은 중국증권감독관리위원회가 2001년 8월 「지도의견」에서 “중국 내 상장한 모든 회사는 2003년 6월 20일 이전까지 반드시 이사회 구성원의 3분의 1 이상의 사외이사를 선임해야하며, 그 중 최소 1명은 회계분야의 전문가이어야 한다.”고 규정한 것이 시점이였다.

사외이사제도의 시행은 주로 「지도의견」과 2002년 증권감독위원회가 반포한 「上市公司治理準則」 및 회사법 제123조에 근거한다. 그러나 회사법의 경우 사외이사 선임을 제도화했을 뿐 구체적인 방법은 국무원의 규정에 따른다. 특히 증권감독위원회의

---

89) 최은영, “중국 상장회사 사외이사제도 운영 현황과 문제에 관한 연구”, 「企業法學會」第24卷 第2號 (韓國企業法學會, 2010), 231面.



「지도의견」은 사외이사제도의 기본이 된다. 심천의 증권정보유한회사의 통계에 따르면, 2004년 6월말 기준으로 전체 1,386개의 상장회사 중 1,382개의 회사가 이미 사외이사를 선임하였고, 사외이사의 총수는 4,559명으로, 한 회사에 평균 3명 이상의 사외이사를 선임하였다.<sup>90)</sup>

요컨대 중국 상장회사의 사외이사제도는 「지도의견」과 「지배규범」의 규정을 근간으로 시행되고 있으며, 2005년 회사법을 통해 법률에서 규정하고 있다. 그러나 회사법에서 사외이사제도를 법률차원에서 인정하고 있으나, 사외이사나 전문위원회에 관한 구체적인 규정이 없어 실용성이 떨어져 사외이사제도의 활성화를 위한 제도적 보완이 필요하다.<sup>91)</sup>

## 나. 獨立董事(社外理事)制度的 概念 및 特徵

사외이사란 미국의 “outside director”를 번역한 것으로서 사내이사 “inside director”와 대칭되는 개념이다. 중국은 사외이사 개념 대신 “독립이사”(獨立董事)개념을 사용한다(이하 개념의 통일을 위하여 “독립이사” 대신 “사외이사”를 사용하겠다). 중국증권감독위원회가 2001년 8월 16일에 발표한 「關於在上市公司建立獨立董事制度的指導意見」에 의하면, “상장회사의 사외이사란 상장회사에서 이사회외의 기타 업무를 담당하지 않으며 당해 회사 및 대주주의 독립적이고 객관적인 판단을 방해하는 이해관계가 없는 이사”를 의미한다. 즉 사외이사의 독립성을 강조하기 위하여 채택한 개념이다.<sup>92)</sup>

중국 상장회사의 사외이사는 다음과 같은 특징이 있다.

(1) 사외이사는 독립성이 있다. 독립성은 사외이사의 가장 중요한 특징이다. 일반적으로 사외이사의 독립성은 크게 세 가지의 특징으로 나타난다. 첫째, 사외이사의 재산은 사외이사가 당시 재직하고 있는 회사의 재산과 독립되어야 한다. 둘째, 사외이사는 회사의 주주, 이사회 및 회사 관리층과 독립되어야 한다. 셋째, 사외이사는 회사의 이사와 경리층에 관계없이 운영되어야 한다.

90) 최은영, 上揭論文, 232面. 許麗華, 前揭論文, 115面.

91) 최은영, 前揭論文, 5面.

92) 허성화, “중국의 사외이사제도”, 「中國法研究」第5卷(韓中法學會, 2005), 245面; 曹巍, 前揭書, 166面.

(2) 사외이사는 전문성이 있다. 전문성은 보통 사외이사가 경제, 법률, 금융, 인사관리 등 방면의 전문적 인재이거나 또는 정부 또는 민간에서 일정한 영향력을 미칠 수 있는 것을 의미한다. 이와 같은 조건을 만족시키는 사외이사이어야만 독립적 판단과 회사결정에 참여할 수 있다고 본다.

(3) 사외이사는 겸직할 수 있다. 사외이사는 일반적으로 회사 외에 따로 자신의 사무가 있으며 회사내부에서 근무하지 않는다. 실제 대부분의 사외이사는 여러 회사에서 사외이사직을 담임하고 있다. 결과 사외이사가 여러 회사에서 겸직을 함으로 인하여 사외이사 자신의 직책을 충분히 완성하지 못할 가능성이 많아 사외이사의 책임성 보완이 절실히 필요한 실정이라고 본다.<sup>93)</sup>

## 다. 獨立董事(社外理事)의 選任

### (1) 獨立董事(사외이사)의 자격

사외이사도 회사의 이사만큼 이사의 선임 자격에 부합되어야 하며 또 사외이사 신분의 특수성으로 인하여 이사의 선임 자격 외에 특수한 자격이 필요하다. 각 국의 입법은 다소 상이하지만 일반적으로 적극적 자격과 소극적 자격으로 나누어 규정하고 있다.

「지도의견」도 사외이사의 적극적 자격과 소극적 자격을 나누어 규정하였으며 주요한 내용은 사외이사가 구비하여야 할 능력에 관한 문제들이다. 사외이사는 회사운영과정에 있어서 아주 중요한 작용을 발휘하기 때문에 반드시 고도의 회사경영능력이 필요하다. 그 구체적 내용은 아래와 같다.

- a. 법률, 행정법규 및 기타 관련 규정에 따라 사외이사의 자격을 구비하여야 한다.
- b. 당해 「지도의견」이 요구하는 독립성을 구비하여야 한다.
- c. 상장회사의 경영에 필요한 기본지식을 갖추어야 하며 관련법률, 행정법규, 규칙에 익숙하여야 한다.
- d. 중국“上市公司獨立董事”指導意見“의 의하면 사외이사는 5년 이상의 법률, 경제 또

---

93) 曹巍, 上揭書, 212面.

는 기타 사외이사 직책에 필요한 경험을 갖추어야 한다고 규정하였다.

- e. 회사정관이 규정한 기타 조건 및 중국 증권감독회와 청화대학이 공동으로 조직하는 ‘사외이사 학습반’에 참가하여야 한다.

사외이사의 소극적 내용 즉 아래와 같은 사람은 사외이사를 담당할 수 없다.<sup>94)</sup>

- a. 상장회사 또는 소속회사의 임직원 및 임직원의 직계친척,<sup>95)</sup> 주요 사회관계인<sup>96)</sup>
- b. 상장회사의 주식 1%를 직접 또는 간접으로 보유하고 있거나 상장회사의 10 대주주인 경우 및 직계친척
- c. 상장회사의 주식 5%를 직접 또는 간접으로 보유하고 있는 회사의 임직원 및 그 직계친척과 상장회사의 5대 주주인 회사의 임직원 및 그 직계친척
- d. 최근 1년간 위에서 열거한 상황과 같은 경우에 처했던 자
- e. 상장회사 또는 소속기업을 위하여 재무, 법률, 자문 등 서비스를 제공하는 자
- f. 회사정관이 규정한 인원과 중국 증권감독회가 인정한 기타 인원

## (2) 獨立董事(사외이사) 선임절차

사외이사는 직무의 특수성으로 인하여 진정한 의미에서의 사외이사를 선임하려면 반드시 일반이사와는 다른 선임절차를 거쳐야 한다.

중국 「上市公司獨立董事」指導意見」의 규정에 의하면 사외이사는 상장회사의 이사회, 감사회, 단독 혹은 공동으로 이미 발행한 상장회사 주식의 1% 이상을 소유한 주주가 추천하여 주주총회의 결의를 통하여 선임된다. 여기서 사외이사를 추천하는 주주의 범위 역시 비교적 넓다. 중국 회사법 제106조의 규정의 의하면 주주총회에서 이사, 감사를 선임할 때 회사정관의 규정 혹은 주주총회의 결의에 따라서 집중투표제를 실시할 수 있다. 이 규정은 당연히 사외이사의 선임에도 사용할 수 있다. 또 「關與加強社會公眾股東合法權益保護的若干規定征求意见稿」는 사외이사선임시 집중투표제를 채택하여야 한다고 규정하였다. 그러나 대주주의 의결권을 제한하지 않는 한 큰 실익은 없다

94) 曹巍, 上揭書, 223面; 허성화, 前揭論文, 251面.

95) 직계친척이란 배우자, 부모, 자녀 등을 가리킨다.

96) 주요 사회관계인이란 형제자매, 장인, 장모, 며느리, 사위, 형제자매의 배우자, 배우자의 형제자매 등을 가리킨다.

고 본다.<sup>97)</sup>

### (3) 獨立董事(사외이사)의 구체적 비례

중국 「上市公司獨立董事指導意見」은 2002년 6월 30일 전에 이사회 구성원중 적어도 2명의 사외이사를 선임할 것을 요구 하였고, 2003년 6월 30일까지는 이사회 구성원중 적어서 3분의 1의 사외이사를 선임할 것을 요구하였다. 그 외에 본 의견은 상장회사 이사회 아래에 보수위원회, 감사위원회, 지명위원회를 설치할 경우에 사외이사는 위원회 구성원의 2분의 1 이상을 차지하여야 한다고 규정하였다.

### (4) 獨立董事(사외이사)의 임기

사외이사와 비독립이사의 접촉시간이 너무 길면 양자간에 사적인 감정이 쌓일 수 있고, 때로는 이사회 구성원간의 이익공동체가 사외이사의 독립성에 영향을 미칠수 있다. 그러므로 사외이사의 임기에 대하여 반드시 엄격하게 제한하여야 한다. 중국 「上市公司獨立董事指導意見」의 규정에 의하면 사외이사의 매기 임기는 상장회사의 기타 이사의 임기와 같으며, 임기가 만료 되었을 경우 연임할 수 있다. 단 연임기간은 최고 6년을 초과하지 못한다.<sup>98)</sup>

## 라. 獨立董事(社外理事)의 權限, 義務 및 責任

### (1) 獨立董事(사외이사)의 권한과 특수 권한

사외이사도 이사회의 구성원이므로 일반이사와 같은 권리를 가진다. 그 외에 사외이사는 직무의 특수성으로 인하여 출석권, 표결권, 지정권, 독립의견발표권, 특별권한을 가진다.<sup>99)</sup> 중국 「上市公司獨立董事指導意見」에 의하면 사외이사의 특별권한은 다음과

---

97) 曹巍, 前掲書, 223面; 허성화, 前掲論文, 251面.

98) 曹巍, 上掲書, 227面.

99) 曹巍, 上掲書, 230面

같다.

- a. 중대한 내부거래는 사외이사의 승인이 있어야 한다.
- b. 회계사무소의 선임 및 해임을 이사회에 제의할 수 있다.
- c. 임시주주총회소집을 이사회에 제의할 수 있다.
- d. 이사회 소집을 제의할 수 있다.
- e. 독자적으로 외부회계감사기관과 자문기관을 초빙할 수 있다.
- f. 주주총회소집 전 위임장권유를 할 수 있다.

위의 특별권한을 행사하기 위해서는 2분의 1 이상의 사외이사의 동의가 있어야 한다. 사외이사의 특별권한을 강화하기 위하여 중국증권감독회는 「關與加強社會公眾股東合法權益保護的若干規定征求意见稿」에서 회계사사무소의 선임·해임시 2분의 1 이상의 사외이사의 동의가 있어야만 이사회에 제출하여 결의할 수 있다고 규정하였다.

## (2) 獨立董事(사외이사)의 의무

중국회사법상 이사는 반드시 법률, 행정법규 및 정관을 준수하여야 하며, 회사에 대하여 충실의무와 근면의무를 진다(중회 제148조) 중국 「上市公司獨立董事指導意見」에 따르면 사외이사는 상장회사와 상장회사의 전체 주주에게 성신의무(誠信義務)와 근면의무(勤勉義務)를 진다. 여기에서 성신의무는 일반이사가 부담하는 충실의무와 같은 의미이다.

## (3) 獨立董事(사외이사)의 책임

중국의 현행 법률규정으로 볼 때 사외이사의 책임형식은 행정책임과 형사책임에 이어 이사 개인의 민사책임까지 확대 되었다. 사외이사가 자신의 직무를 이행하지 않거나 부당하게 이행하여 회사, 주주, 투자자 및 제3자에게 손해를 가했을 경우 그에 대응되는 법적 책임을 부담하여야 한다. 사외이사의 책임은 구체적으로 다음과 같다.<sup>100)</sup>

---

100) 張忠野, 「公司治理的法理學研究」(北京大學出版社, 2006), 156面.

### 1) 결정책임

사외이사가 직무를 다하지 않거나, 잘못된 결정을 하거나, 잘못된 결정에 참여하여 회사에 손해가 발생하였을 경우 그에 대응되는 배상책임을 진다. 만약 이사회 결의가 법률규정을 위반하여 회사와 투자자에게 중대한 손해가 발생하였을 경우 본 회의에 참석한 사외이사는 회사와 투자자에게 연대하여 배상책임을 진다(중회 제113조 제2단).

### 2) 위법위규책임

이사가 직무를 수행하는 과정에서 법률, 행정법규, 회사정관 규정을 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우에는 배상책임을 져야한다(중회 제150조).

### 3) 회사재산안전유지의무위반책임

이 규정은 회사의 재산의 안전을 보호하기 위한 규정이며 중국회사법 제149조에서 명문으로 규정하였다.

### 4) 내부거래책임

사외이사가 회사내부의 비밀을 유출시 증권법에서 규정한 법률책임을 져야한다.

### 5) 경업금지책임

이사는 경업금지의무를 위반하여 자신 또는 타인을 위하여 재직 중인 회사와 동종의 업무를 자신이 경영하거나 타인이 경영하도록 하여 회사에 손해가 발생하였을 경우에 회사에 손해배상책임을 져야 한다.

### 6) 뇌물수수책임

사외이사가 직권을 이용하여 뇌물을 수수하거나 기타 불법수단으로 회사의 재산을 침범하였을 경우 그 재산을 몰수하고 범죄에 해당되면 사법기관이 처리한다.

### 7) 거짓정보공지책임

사외이사가 공지한 법률문건에 거짓기재를 하였거나 오도(誤導)할 만한 진술 또는 중대한 정보를 누락하여 회사의 투자자가 증권거래시 손해를 입었을 경우 사외이사는

상장회사와 함께 연대하여 손해배상 책임을 진다.

## 7. 董事會(理事會) 秘書制度

### 가. 秘書制度의 意義

이미 중국은 2005년 회사법 출현 전부터 상장회사에서는 이사회 비서제도를 실시하여 왔으며 회사법의 규정은 비서제도를 명문화 하였을 뿐이다. 1996년 8월 9일, 상해증권거래소에서 발표한 「上市公司董事會秘書管理方法」에서는 상장회사로 선정된 모든 회사는 이사회 비서를 선임하여야 한다고 명확히 규정하였다. 이 규정으로 중국내 모든 상장회사에서 이사회 비서를 설치하는 것이 보편화 되었다. 1997년 12월 16일 중국증권감독회에서 발표한 「上市公司章程指引」에서는 이사회 비서제도를 독립된 한 개의 장으로 규정함으로써 이사회 비서제도의 중요성을 한층 더 강조하였다. 중국회사법 제 124조의 규정에 의하면 상장회사에서는 이사회비서를 설치하여야 하고 이사회 비서는 이사회에 협조하여 일상 업무를 관리한다. 이 조항의 규정은 사실상 상장회사 이사회 비서를 필요상설기관으로 인정한 것이다.<sup>101)</sup>

이사회 비서는 이사회 의 서류를 관리하고 이사회 의 구성원과 협조하여 일상사무를 처리하는 고급관리자이다. 영미 회사법상 이사회 비서는 ‘회사비서’로 불리운다. 이사회 비서는 회사법규, 정관과 정보방출규칙(信息披露規則), 재무 및 행정관리방면 지식 등 전문지식을 구비하여야 한다. 중국회사법 제124조에 의하면 상장회사는 이사회 비서를 설치하여야 하며 비서는 회사 주주총회와 이사회 회의를 준비, 서류보관 및 주권관리, 정보방출(信息披露) 등 사무를 책임진다.<sup>102)</sup>

### 나. 秘書의 法的地位

중국 상장회사 이사회 비서는 회사의 필요기관이며 그 법적지위는 회사의 경리, 부경리, 재무책임인(財務負責人)과 같이 회사의 고급관리자이다. 중국 회사법상 이사회

101) 王保樹·崔勤之, 前掲書, 197面.

102) 曹巍, 前掲書, 250面.

비서제도는 외국에서 직접 도입하였기 때문에 이사회 비서는 처음부터 회사의 고급관리자의 지위에 놓여 있었다. 다만 그에 대한 법적지위는 2005년 개정 회사법 수정시부터 인정 받았다. 고급관리자로서의 이사회 비서에게도 회사법 제6장에서 규정하는 고급관리자에게 관한 자격과 의무가 동시에 적용된다. 이사회 비서의 책임문제에 대하여서는 2008년에 수정한 「上海證券交易所股票規則」과 「深川證券交易所股票規則」에서 이사회 비서는 회사와 이사회에 대하여 책임을 진다고 명확히 규정하였다. 「上海證券交易所股票規則」과 「深川證券交易所股票規則」에서 상장회사의 이사회 비서에 대하여 비교적 전면적인 규정을 한 것은 이사회 비서에게 중요한 책임을 부여하였기 때문이다. 즉 이사회 비서는 상장회사와 증권거래소를 직접적 응대하는 중요한 작용을 한다.<sup>103)</sup>

비록 개정 회사법은 이사회 비서제도에 대하여 보다 많은 규정을 둬으로써 이사회 비서의 법적지위를 한층 더 명확히 하였지만 현재까지는 이사회 비서에 대한 의무, 권한, 책임, 법적지위 등에서 미흡한 점들이 많다. 앞에서 서술한 「上海證券交易所股票規則」, 「深川證券交易所股票規則」, 「上市公司章程指引」, 「上市公司董事會秘書管理方法」 등 이사회 비서에 대한 규정들이 앞으로 더 세밀한 점검을 거쳐 다양하게 입법화 되어야 할 필요성이 크다고 본다.

## 第2節 韓國商法上 株式會社の 業務執行機關

### 1. 理事會

#### 가. 理事會의 意義와 法的性質

이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정 및 이사의 직무집행을 감독할 권한을 갖는 이사 전원으로 구성된 주식회사의 필요상설기관이다. 이사회는 회의체기관이므로

---

103) 曹巍, 上揭書, 256面.



업무집행에 관한 의사결정에 그치고 구체적인 실천은 대표이사가 행하며, 업무집행의 적정을 기하기 위하여 대표이사 및 모든 이사의 업무집행을 감독한다(한상 제393조 제2항).

그러므로 상법은 의사결정기관과 감독기관을 주주총회와 감사와 더불어 二元化 하고 있다. 이사회에 대해서도 상법은 이사회라고 부르고 있다. 그러나 자본금이 10억원 미만인 소규모 주식회사로서 이사가 1인인 경우에는 이사회가 성립할 수 없으므로 그 이사가 단독으로 업무집행에 관한 의사결정을 하게 되며(한상 제383조 제6항), 상법상의 중요한 이사회 결의사항은 모두 주주총회의 결의에 의하도록 하고 있다(한상 제383조 제4항).

## 나. 理事會의 構成

이사는 이사회 의 구성원으로써 이사회에 출석하여 결의를 할 의무가 있다. 이사는 별도의 절차 없이 당연히 이사회 의 구성원이 되며, 또 이사회 는 이사가 아닌 자로 구성할 수 없다. 이사는 3명 이상 이어야 하고, 자본금 10억원 미만인 회사는 1명 또는 2명으로 할 수 있다(한상 제383조).

## 다. 理事會의 召集과 決議

이사회 는 각 이사가 소집하지만, 이사회 의 결의로 소집권자를 따로 정해 놓을 수도 있다(한상 제390조 제1항). 소집권자를 따로 정해놓은 경우, 소집권자로 지정되지 않은 다른 이사는 소집권자인 이사에게 이사회 소집을 요구할 수 있다. 소집권자인 이사가 정당한 이유 없이 이사회 소집을 거절하는 경우에는 다른 이사가 이사회 를 소집할 수 있다(한상 제390조 제2항). 이사가 1인인 소규모 주식회사의 경우에는 이러한 규정이 적용되지 않는다(한상 제383조 제5항). 이사는 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회 에 보고하여야 하므로(한상 제393조 제4항), 이사회 는 적어도 3월에 1회 이상은 개최 되어야 한다. 이사회 소집통지는 회일의 1주 전에 각 이사 및 감사에게 발송하여야 한다(한상 제390조 제3항 본문). 이사회 는 긴급을 요하는 경우가 아닌 한 소집절차에 따라 가급적 많은 이사가 참석할 수 있는 시기에 개최되어야 한다. 이사회 소집 장소에

관해서는 주주총회와 달리 상법에서 규정을 두고 있지 않기 때문에, 회사내외를 불문한다고 보지만 일부이사의 참석이 불가능한 장소 등을 택하여 이사회를 개최하는 것도 무효라고 본다.

이사회 결의는 이사 과반수의 출석과 출석이사의 과반수로 하되, 정관으로 그 비율을 높게 정할 수 있다(한상 제391조 제1항). 예컨대 이사 전원의 과반수로 하거나 또는 3분의 2 이상의 다수로 하도록 하는 등 정관으로 그 요건을 가중할 수는 있으나, 완화할 수는 없다.<sup>104)</sup> 결의요건을 강화함에 있어서 일상적인 업무집행의 결정은 회사의 교착상태를 면하기 위하여 과반수 의사로 결정해야 할 것이고, 특히 중요한 의안에 대해서는 요건을 강화할 수 있다고 보지만 일부이사에게 거부권을 주는 것과 같은 정도로 강화할 수는 없다고 본다. 결의요건 중 이사회 성립요건(과반수 이사의 출석)은 개회시 뿐만 아니라 토의·결의의 전 과정에서 유지되어야 한다.<sup>105)</sup> 여기서 이사란 재임이사를 말하고, 재임이사의 수가 법률 또는 정관에서 정한 이사의 수에 미달하는 때에는 법률 또는 정관에서 정한 수가 정족수가 된다. 이사회 결의는 1인 1의결권에 의한 다수결로 한다. 재임이사의 산정에 있어서 이사선임결의의 취소·무효확인 또는 이사해임의 소가 제기되어 직무집행이 정지된 이사(한상 제407조)는 재임이사에서 제외되지만, 이사의 직무대행자(한상 제408조)는 그 권한범위 내에서 재임이사에 산입되며, 이사의 종임으로 결원이 생긴 경우에 후임자가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있는 자(한상 제386조 제1항)와 이러한 경우에 선임된 임시이사(한상 제386조 제2항)도 재임이사에 산입된다. 따라서 이사 전원이 임기가 만료되었더라도 후임자가 선임되기 전에 이사의 과반수의 출석과 출석이사의 과반수의 찬성으로 한 결의는 유효하다.<sup>106)</sup> 의사정족수(출석정족수)가 부족한 경우 이사회가 성립되지 않으므로 그 회합에서 이루어진 결의는 무효이다.<sup>107)</sup> 이사회 결의에 필요한 정족수는 개회시 뿐만 아니라 토의·결의의 전 과정에 걸쳐 유지되어야 한다. 이사회 의장은 정관 또는 이사회

---

104) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 840面.

105) 李哲松, 「會社法講義」(博英社, 2009), 562面.

106) 韓國 大法院 1963.4.18. 宣告, 63다15 判決.

107) 韓國 大法院 1995.4.11. 宣告 94다33903 判決: 재적 6명의 이사 중 3인이 참석하여 참석이 사전 원의 찬성으로 연대보증을 의결하였다면, 위 이사회 결의는 과반수에 미달하는 이사가 출석하여 상법 제391조 제1항 본문 소정의 의사정족수가 충족되지 아니한 이사회에서 이루어진 것으로 무효라고 할 것이다.

회의규칙에 의하나, 대체로 회장 또는 대표이사·사장이 의장이 된다.

## 라. 理事會의 權限

이사회는 법령 또는 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 되어 있는 사항을 제외하고는 회사의 모든 업무집행에 관하여 의사결정을 할 권한(한상 제393조 제1항)과 이사의 직무집행을 감독할 권한(동조 제2항)을 갖는다.

## 2. 理事

### 가. 理事의 意義

이사(director; Vorstandsmitglieder; directeur)는 원칙적으로 기관이 아니라 기관인 이사회 구성원에 불과하다. 따라서 이사를 ‘이사의 구성원으로서 이사의 회사의 업무집행에 관한 의사결정과 이사의 업무집행을 감독하는데 참여할 권한을 갖는 자’라고 볼 수 있다. 그러나 이사가 1인인 소규모 주식회사의 경우에는 예외적으로 ‘업무집행기관 및 대표기관’으로서의 지위를 갖는다(한상 제383조 제6항).<sup>108)</sup>

### 나. 理事의 法的地位와 權限

이사는 회사의 수임인으로서 이사의 구성원이므로 회사의 업무집행에 관한 의사결정에 참여할 권한이 있음은 물론 주주총회에 출석할 수 있고, 총회의 의사록에 기명날인 또는 서명을 하여야 하며(한상 제373조 제2항), 총회결의취소의 소(한상 제376조) 등 각종의 소(한상 제328조, 제429조, 제445조, 제529조)를 제기할 수 있는 권한이 부여되는 주식회사의 필요적 상설기관이다. 이사와 회사의 관계는 위임관계이므로, 민법의 위임에 관한 규정(한국 민법 제680조 이하)이 준용된다(한상 제382조 제2항).

이사는 회사의 업무집행에 관한 의사결정과 다른 이사의 직무집행을 감독할 권한 및

---

108) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 819面.

이사회는 구성원으로서 상법상 여러 가지의 권한을 가진다. 대표이사가 아닌 이사는 원칙적으로 회사의 업무집행권 및 대표권이 없으나, 오늘날 한국의 회사는 정관 또는 내부규칙에 의하여 이사에게 내부적으로 일정한 업무집행권한을 부여하고 있는 것이 대부분이다(업무담당이사). 예외적으로 자본금(발행주식의 액면총액)이 10억원 미만인 소규모주식회사로서 이사가 1인인 경우에는 그 이사는 회사의 업무집행권과 대외적으로 회사를 대표할 권한을 갖는다(한상 제383조 제1항, 동조 제6항).

한편 이사는 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있으며(한상 제393조 제3항), 이사는 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하여야 한다(한상 제393조 제4항). 이는 이사회를 활성화하기 위하여 회사의 업무에 대한 이사의 정보접근권을 강화한 것으로서 2001년 개정상법에 의하여 도입된 규정이다.

#### 다. 理事의 資格

이사의 자격에는 제한이 없으며, 이사는 주주가 아니어도 된다. 자격제한이라고 할 수는 없지만, 상법은 감사의 중립성을 보장하기 위하여 이사를 겸임하지 못하도록 하고 있다(한상 제411조). 그러나 정관으로 이사의 자격을 제한하는 것은 사회질서에 반하지 않는 한 유효하다(예컨대 주주·한국인·국내거주자 또는 일정한 경력자 등).<sup>109)</sup> 상법에서는 사외이사의 소극적 결격사유를 상세하게 정하고 있다(한상 제382조 제3항). 그러나 정관으로 이사가 가질 주식의 수를 정한 경우에는(자격주), 다른 규정이 없는 한 이사는 그 수의 주권을 감사 또는 감사위원회(대표위원)에게 공탁하여야 한다(한상 제387조, 제415의2 제6항). 이는 이사의 자격요건을 유지시키고, 내부자거래를 차단하기 위한 방안이다.

#### 라. 理事의 選任

이사의 선임은 주주총회의 보통결의로 할 수 있고(한상 제382조 제1항), 2인 이상의 이사를 선임하는 경우에 한하여 집중투표제<sup>110)</sup>를 채택할 수 있으며(한상 제382조 제1

---

109) 李哲松, 前掲書, 525面.

항), 제3자나 다른 기관에 그 선임을 위임할 수 없다. 다만 회사의 설립 시에는 발기설립의 경우 발기인들이 선임하고(한상 제296 제1항), 모집설립의 경우에는 창립총회에서 선임한다(한상 제312조). 대규모 상장법인(자산총액 2조원 이상)이 사외이사를 선임할 때에는 이사회 내의 사외이사후보추천위원회의 추천을 받은 자 중에서 선임한다(한상 제542의8 제4항). 이는 이사선임의 투명성을 제고하기 위하여 후보의 추천절차를 정한 것이다.

## 마. 理事의 數와 任期

이사는 원칙적으로 3인 이상이어야 한다(한상 제383 제1항). 상장회사의 경우 사외이사의 수에 대하여는 최저수의 제한이 따로 있다(한상 제542조 제2항). 다만 자본금이 10억원 미만인 소규모 주식회사의 경우에는 예외적으로 이사를 1인 또는 2인 둘 수 있도록 하고 이사의 최대 수에 관한 규정은 없다.

이사의 임기는 3년을 초과할 수 없으나(한상 제383 제2항), 정관으로 그 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결 시까지 연장할 수 있다(한상 제383조 제3항). 임기의 기산점은 선임결의시가 아니라 실제로 이사에 취임한 때라고 보아야 한다. 주주총회에서 선임되었지만 아직 본인이 승낙하지도 않은 상태에서 임기가 개시되는 것은 불합리하기 때문에 취임 시부터 개시한다고 보아야 할 것이다.<sup>110)</sup> 주주총회에서 이사를 선임할 때 이보다 단기의 임기를 정할 수 있으며, 이사별로 임기를 달리 정할 수도 있다고 본다.

## 바. 理事의 終任과 解任

이사는 일반적인 중임사유, 총회의 해임결의, 소수주주의 소에 의한 해임청구에 의하

---

110) 집중투표제란 이사선임에 있어 1주마다 선임할 이사의 수와 동수의 의결권을 부여하고 각주주가 그 의결권을 이사후보자 1인에게 집중적으로 행사하거나 분산하여 행사할 수 있도록 하는 제도이다. 예컨대 3인의 이사를 선임한다면 1주당 3개의 의결권을 부여하고 주주로 하여금 자기의 의결권을 특정후보자에게 집중적으로 행사하거나 후보에게 분산하여 행사할 수 있게 하는 제도로서, 종래에는 누적투표제라고 하였다.

111) 李哲松, 前掲書, 534面.

여 종임 한다. 일반적인 종임사유에는 위임의 종료사유와 기타사유로 나눌 수 있는데 전자는 이사의 위임은 일반적 법정종료사유 즉, 이사의 사망·파산·금치산선고에 의하여 종임되는 것을 말하고, 후자는 이사의 임기 만료, 정관소정의 자격상실, 회사의 해산, 총회의 해임결의, 소수주주의 청구에 의한 법원의 해임판결 등에 의하여 종임 한다. 총회의 해임결의는 주주총회의 권한으로서 주주총회는 언제든지 중대한 사유가 없는 경우에도 특별결의로써 이사를 해임할 수 있다(한상 제385조 제1항). 그러나 해임결의가 위법한 경우 이를 권리의 남용으로 볼 수 있다. 또한 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 사유 없이 임기만료 전에 이사를 해임한 경우 그 이사는 회사에 대하여 손해배상청구를 할 수 있다.<sup>112)</sup> 소수주주의 소에 의한 해임청구는 소수주주의 공익권으로써, 발행주식의 100분의 3을 가진 소수주주는 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있는데도 주주총회에서 그 해임이 부결된 경우에 이에 한하여 총회의 결의가 있는 날부터 1월 내에 법원에 청구할 수 있다(한상 제385조 제3항).

## 사. 理事의 義務와 責任

### (1) 이사의 의무

이사와 회사간의 관계는 위임관계이므로(한상 제 382조 2항), 이사는 일반적으로 회사에 대하여 선량한 관리자의 선관의무와 함께 1998년에 이사의 책임을 강화하기 위하여 도입한 충실의무를 진다. 그 밖에 한국 상법은 이사의 의무를 구체적으로 경업금지 의무, 자기거래 금지의무, 기업비밀준수의무, 보고의무, 감시의무, 이사회출석의무 등 구체적으로 규정하고 있다.

#### 1) 선관의무와 충실의무

이사와 회사간의 관계는 위임관계이므로, 이사의 일반적인 의무로서 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무(선관의무)를 부담한다(한국 민법 제681조). 나아가 이사와 회사 간에는 고도의 신뢰관계가 존재하므로 이사는 법령을 준수하고 회사의 최선의 이

112) 崔基元, 「商法學新論(上)」(博英社, 2009), 868面.

익을 위하여 사무를 집행해야 하며, 그 지위를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 회사의 이익을 해쳐서는 안 된다.

한국 상법은 이미 이사에게 회사의 수임인으로서 선량한 관리자의 주의의무를 인정하고 있으나, 1998년 개정상법은 “이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다”(한상 제382조의3)는 충실의무규정을 신설하였다. 이는 영미법상의 신인의무를 모범으로 한 것이다.

## 2) 경업금지의무

이사는 회사의 구성원으로서 회사의 일상 업무에 대하여 잘 알고 있다. 특히 소규모 주식회사의 경우에는 더욱 그러하다. 그러므로 이사는 이사회 승인이 없이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다(한상 제397 제1항). 이것은 회사의 영업에 정통한 이사가 영업상의 지식과 기밀을 이용하여 회사의 이익을 희생시키면서 자기 또는 제3자의 이익을 추구하는 것을 방지하기 위한 것으로서 전술한 이사의 선관의무와 충실의무를 구체화한 것이다.

## 3) 자기거래금지의무

한국 상법은 회사의 이익을 보호하기 위하여 이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래하는 경우에 이를 금지하고 있다. 이러한 자기거래는 회사의 이익을 희생시킬 우려가 있으므로 그 이사가 대표이사이든 아니든 사전에 개별적으로 이사회 또는 이사가 1인인 회사는 주주총회의 승인이 없으면 거래할 수 없다(한상 제398조). 이것은 전술한 이사의 선관의무와 충실의무를 구체화한 것이다.

이사가 1인 주주인 경우에는 이사 개인의 이익과 회사의 이익이 일치하며 양자 사이에 이해상반의 관계가 없으므로 1인 주주인 이사와 회사 간의 거래는 본조의 거래에 포함되지 않는다고 본다.<sup>113)</sup>

## 4) 기업비밀준수의무

기업비밀(trade secret)이란 기업조직 또는 사업에 관한 공지되지 아니한 정보로서

---

113) 崔基元, 上揭書, 946面; 韓國 大法院 1992.9.14. 宣告 92도1564 判決. 反對: 李哲松, 前揭書, 652面.

당해 기업이 배타적으로 관리할 수 있고, 그 기업 또는 제3자가 경제적 가치를 가지고 이용할 수 있는 것이라고 정의할 수 있다. 오늘날과 같은 정보화시대의 기업비밀은 기업의 경쟁력을 구성하는 가장 중요한 경제적 자원이라고 할 수 있다.<sup>114)</sup> 그러므로 이사는 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 되는 의무를 부담한다(한상 제382조 제4항).

#### 5) 보고의무

한국 상법은 회사의 손해를 사전에 방지하기 위하여 이사로 하여금 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사 또는 감사위원회에게 이를 보고하여야 한다고 규정하였다(한상 제412의2, 제415의2 제6항). 또 이사는 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있고(한상 제393 제3항), 이사는 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하여야 한다(한상 제393조 제4항). 보고방법에는 제한이 없으므로 구두 또는 서면으로 하면 족하다. 이사가 보고의무에 위반하고 이로써 회사의 손해가 발생한 때에는 이사는 회사에 대하여 법령위반으로 인한 손해배상책임을 진다(한상 제399조 제1항). 감사 또는 감사위원회는 보고의무 위반사실을 감사보고서에 기재하여야 한다(한상 제447조의4 제2항 제10호).

#### 6) 감시의무

이사는 이사회를 통하여 대표이사 및 다른 이사의 직무의 집행을 감독한다(한상 제393조 제2항). 대표이사가 다른 이사의 직무집행을 감시할 의무가 있는 것은 당연하며,<sup>115)</sup> 공동대표이사, 업무담당이사는 서로 감시할 의무를 부담한다.<sup>116)</sup>

그러나 평이사(사외이사 또는 비상근이사)의 경우도 이사회를 통하지 않고 개별적으로 회사의 업무전반에 관하여 다른 이사에 대하여 감시의무를 부담한다고 본다. 이에 대하여 이사의 직무집행에 대한 감독 및 이사의 의무위반에 대한 책임에 관한 상법의 규정을 엄격하게 해석하여 평이사에게 그러한 감시의무가 없다는 견해도 있으나(일본

---

114) 李哲松, 前掲書, 606面.

115) 韓國 大法院 2008. 9. 11. 宣告 2006다68636 判決.

116) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 886面.



의 소수설), 이사는 회사에 대하여 개인적으로 선관의무를 지며, 이사 개인에게 감시의무를 부과하면 이사회의 감독기능의 효율성을 높일 수 있을 것이므로 이를 인정하는 것이 타당하다.<sup>117)</sup> 판례도 같은 취지이다.<sup>118)</sup>

#### 7) 이사회출석의무

이사의 이사회에서의 의결권행사는 이사의 가장 중요한 직무이므로, 이사는 정당한 사유를 제외하고는 이사회에 출석하여 의결권을 행사할 의무를 진다고 보아야 할 것이다. 그러나 임무해태로 출석하지 아니하여 이사회의 성립을 어렵게 함으로써 중요한 의사결정의 때를 놓치게 하거나, 위법·부당한 결의를 저지하지 못한 경우에는 임무해태로 손해배상책임을 져야 한다. 그러므로 이사들이 이사회의 구성원으로서 충실히 기능을 해야만 건전한 집단적 의사형성을 통해 정상적인 업무집행을 할 수 있고, 이사들 상호간에 감시와 견제가 가능해질 것이기 때문이다.<sup>119)</sup>

### (2) 이사의 책임

이사의 책임은 발기인의 책임과 같이 크게 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 분류된다. 회사에 대한 책임은 다시 손해배상책임(한상 제399조)과 자본충실책임(한상 제428조)으로 분류되며, 제3자에 대한 책임은 언제나 업무집행과 관련한 손해배상책임이다. 이사는 그 외에도 벌칙의 제재를 받는다.

#### 1) 회사에 대한 책임

##### ① 손해배상책임

이사는 회사에 대하여 수임인으로서 선량한 관리자의 주의의무(한상 제382조 제2항)와 충실의무(한상 제382조의 제3항)를 부담하게 되고, 그 위반에 대해서는 채무불이행으로 인한 손해배상 책임(한국 민법 제390조)을 지며 불법행위의 요건을 갖춘 때에는

117) 李哲松, 前掲書, 601面.

118) 韓國 大法院 1985. 6. 25. 宣告 84다카1954 判決; 同 2002. 5. 24. 宣告 2002다8131 判決; 同 2004. 12. 10. 宣告 2002다60467 判決.

119) 李哲松, 前掲書, 601面.

이로 인한 손해배상책임(한국 민법 제750조)을 지게 된다. 그러나 광범위한 권한을 갖고 있는 이사의 지위에서 상법은 이사에게 이러한 민법상의 일반책임에 대한 특칙으로 이사의 책임을 규정하고 있다. 즉 “이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는, 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다.”(한상 제399조 제 1항)고 규정하였다.

## ② 자본충실책임

신주발행의 경우 이사는 회사설립시의 발기인과 같이 자본충실의 책임을 진다. 즉 신주발행으로 인한 변경등기가 있는 후에 아직 인수하지 아니한 주식이 있거나 주식인수의 청약이 취소된 때에는 이사가 이를 공동으로 인수한 것으로 본다(한상 제428조 제1항). 이것은 회사의 자본충실을 기하기 위해서 법정된 이사의 인수담보책임으로서 그 성질은 무과실책임이며, 인수가 의제된 주식에 대하여 이사 전원이 공동인수인으로서 연대하여 납입할 책임을 진다(한상 제333조 제1항).

이 책임은 이사의 임무해태가 있었다고 볼 수 있기 때문에 지게 되는 것으로서 인수담보책임을 이행한 후에도 회사에 손해가 있으면 이사는 연대하여 손해배상책임을 진다(한상 제428조 제2항). 이사의 자본충실책임은 회사 채권자에 대한 담보기능을 가지기 때문에 무과실책임이며, 총주주의 동의에 의해서도 면제할 수 없다.<sup>120)</sup>

## 2) 제3자에 대한 책임

이사와 회사간의 관계는 위임관계이므로 이사는 회사에 대하여 수임인으로서 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 수행할 의무를 부담한다(한국 민법 제681조). 따라서 이사가 그 임무를 해태하여 회사에 손해를 입혔을 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다(한상 제399조 제1항). 그러나 이사가 그 임무를 해태하여 제3자에게 손해를 입혔을 경우에는 이사가 개인적으로 직접 제3자에게 책임을 지는 경우는 없다. 이 경우에는 회사가 제3자에게 책임을 지게 될 것이다. 이러한 이사의 제3자에 대한 책임을 규정한 한국 상법 제401조는 주주가 동시에 이사를 겸하고 지배주주의 개인 사업처럼 운영되는 소규모 주식회사에서는 회사재산의 부족으로 채권자가 채권회수를 못할 때 제401조의 적용에 의하여 법인격 부인론을 대체

120) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 899面.

하는 기능을 하고 있다.<sup>121)</sup>

## 아. 理事와 會社間의 關係

이사와 회사간의 관계는 위임관계이므로 민법상 위임에 관한 규정이 적용된다(한상 제382조 제2항). 그러나 민법상의 위임계약이 원칙적으로 무상인 점과는 달리 회사는 이사에게 보수를 주는 것이 보통이다. 따라서 상법은 이사의 보수의 액을 정관에서 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정하여야 하는 것으로 규정하고 있다(한상 제388조).

## 3. 代表理事

### 가. 代表理事의 意義

대표이사는 회사를 대표하고 회사의 업무를 집행하는 회사의 필요적 상설기관이다. 원래 회사의 업무집행결정권은 이사회가 가지나 이는 회의체기관이라서 현실적인 집행을 담당하기에는 부적합하므로, 실제 권리를 취득하고 의무를 부담하기 위해서는 자연인인 누군가가 실제 행위를 하고, 이를 회사의 행위로 의제할 필요가 있다. 그래서 상법은 이사 중에서 대표이사를 선정한다.<sup>122)</sup> 이사회에 대한 대표이사의 지위에 관하여 과생기관설(소수설)과 독립기관설(다수설)로 나누어진다. 어느 설에 의하더라도 대표이사는 주주총회와 이사회에서 결의한 사항을 집행할 권한이 있고, 법률이나 정관에서 이사회의 결정사항으로 유보하지 않은 일상적인 업무집행을 결정할 권한을 갖기 때문에 실제적인 차이가 없다.<sup>123)</sup> 2011년 한국 개정상법은 집행임원 제도를 도입하였는데 집행임원을 둔 회사는 대표이사를 두지 못하는 대신, 대표집행임원을 두게 된다고 규정하였다(한상 제408조 2 제1항 2문). 대표집행임원 역시 이사회의 구정원이 아니라는 점만 빼고는 종전의 주식회사의 대표이사와 거의 동일하다. 이에 관하여서는 집행임원

---

121) 鄭燦亨, 上揭 商法講義, 900面; 李哲松, 前揭書, 635面.

122) 李哲松, 前揭書, 572面.

123) 李哲松, 前揭書, 575面.

제도를 서술할 때 다시 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

## 나. 選任과 終任

한국 상법상 주식회사의 대표이사는 원칙적으로 이사회에서 선임하지만(한상 제389조 제1항 본문), 정관의 규정에 의하여 주주총회에서 선임할 수도 있다(동항 단서). 이때 이사인 후보자는 특별이해관계인(한상 제368조 제4항)이 되지 않으므로 자신의 의결권을 행사할 수 있다. 대표이사의 수에 관하여는 아무런 제한이 없으므로 1인 또는 수인을 대표이사로 선임할 수 있다. 이사회 또는 주주총회는 보통 이사 중의 1인 또는 수인을 대표이사로 선임하는데, 전 이사를 대표이사로 선임할 수도 있다.<sup>124)</sup> 대표이사의 자격에 관하여는 제한이 없으므로 이사이면 누구나 대표이사가 될 수 있다.<sup>125)</sup> 그러나 내국인으로 한정하는 경우와 같이 정관으로 그 자격을 제한할 수 있다고 본다.<sup>126)</sup> 대표이사의 지위는 이사회 또는 주주총회의 결의에 의한다. 대표이사를 선임하면 등기를 하여야 하며(한상 제31조 제2항 제9호), 등기를 하지 않을 경우에 사실상 대표이사의 직무를 수행한다고 하더라도 대표이사가 되지 못한다.<sup>127)</sup> 그러나 자본금 총액이 10 억원 미만으로서 이사가 1인 또는 2인인 소규모 주식회사의 경우에는 그 이사가 업무집행에 관하여 의사결정 및 집행을 하고 대외적으로 회사를 대표하는 대표이사가 되므로 업무집행 및 대표기관이 일원화 되어 있다(한상 제383조 제6항).

한국 상법상 주식회사의 대표이사는 그 전제자격인 이사의 자격을 상실하면 종임이 되지만, 반대로 대표이사의 자격을 잃더라도 이사의 자격을 상실하는 것은 아니다. 대표이사가 종임한 때에는 회사는 이를 등기하여야 한다(한상 제317조 제2항 제9호, 제183조). 법률 또는 정관에 정한 대표이사의 수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 대표이사는 새로 선임된 대표이사가 취임할 때까지 대표이사의 권리의무가 있다(한상 제389조 제3항, 제386조 제1항). 대표이사는 언제든지 그 직을 사임할 수 있다. 다만 회사에 불리한 시기에 사임하여 회사에 손해가 발생한 때에는

---

124) 鄭燦亨, 前揭書, 848 面.

125) 대표이사는 회사의 주주인지 여부에 관계가 없으므로 그 소유주식을 전부 매도하였다고 하더라도 회사를 대표할 권한을 상실하지 않는다(韓國 大法院 1963.8.31. 宣告, 63다254 判決).

126) 鄭燦亨, 上揭書, 848 面.

127) 韓國 大法院 1994.12.2. 宣告 94다7591 判決; 同 1989.10.24 宣告 89다카14714 判決.

이를 배상하여야 한다(한상 제382조 제2항, 한국 민법 제689조 제2항). 필요에 따라 이사·감사 기타 이해관계인이 법원에 임시대표이사(대표이사의 직무를 행할 자)의 선임을 청구할 수 있다(한상 제389조 제3항, 제386조). 선임된 임시대표이사도 대표이사와의 동일한 권리의무를 갖게 된다.

## 다. 代表理事의 權限

대표이사는 대내적으로는 회사의 업무집행권을 갖고, 대외적으로는 회사의 대표권을 갖는다. 그리고 일정한 경우에는 업무집행행위에 관한 의사결정권도 갖는다. 대표이사가 갖는 업무집행권, 대표권의 근거와 업무집행에 관한 의사결정권의 범위에 관하여는 전술한 파생기관설과 독립기관설의 입장에 차이가 있다.

파생기관설에 의하면, 이사회를 업무집행에 관한 의사결정은 물론 그 집행에 관하여 전 권한을 갖는 유일한 업무집행기관으로 보고 이러한 권한을 이사회의 파생기관인 대표이사에게 위임하는 것이라고 본다. 이에 대하여 독립기관설에 의하면 이사회와 대표이사는 대등한 독립기관이며, 이사회는 업무집행에 관한 의사를 결정하고 대표이사는 그 결정에 따라 업무를 집행하며 대외적으로 회사를 대표한다고 본다.<sup>128)</sup>

## 4. 執行任員

### 가. 執行任員制度

#### (1) 집행임원제도의 도입배경 및 의의

한국 상법은 대규모주식회사에 대하여 이사회의 사외이사를 3인 이상으로 하고 이사총수의 과반수가 되도록 하여(한상 제542조 8 제1항) 이사회를 사외이사 중심으로 구성하고 있는데, 이 경우 이사회는 업무집행기관을 별도로 두는 것을 전제로 하여 업무집행기관에 대한 감독기능을 충실하게 수행할 수 있도록 하고 있다. 그런데 한국 상법은 사외이사에 관한 위와 같은 입법취지를 하면서도 이사회와는 별도의 집행임원에 대

128) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 850面; 崔基元, 前掲書, 906面 등 多數說.

한 입법을 하지 않고, 이사회로 하여금 업무집행기관에 대한 업무감독기능과 동시에 업무집행 및 의사결정기능을 부여함으로써 많은 부작용과 문제점이 발생하였다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 집행기능과 감독기능을 분리하여 이사회는 중요한 전략적 의사결정과 경영감독기능만을 담당하고, 집행임원은 업무집행을 위주로 하는 집행임원제도를 도입하게 되었다.<sup>129)</sup>

2011년 한국 개정상법은 집행임원의 개념에 대해서는 전혀 정의를 하지 않고 있다. 다만 “회사는 집행임원을 둘 수 있다. 이 경우 집행임원을 둔 회사는 대표이사를 두지 못한다”고만 규정하였다(한상 제408조의2 제1항). 그러나 2012년 부터 실시될 집행임원의 도입 취지와 목적에 의하여 다음과 같이 집행임원의 정의를 내릴 수 있다고 본다.

집행임원제도란 지금 이사회가 맡고 있는 집행기능과 감독기능을 분리하여, 집행기능은 집행임원에게 맡기고 이사회는 집행임원의 선임과 감독기능을 맡도록 하자는 것이다. 그러면 집행기관의 집행기능이 효율화되고, 이사회는 감독기능이 충실하여질 것으로 기대된다. 기업지배구조의 개선을 위한 제도로써 미국, 일본 등에서 일찍부터 이 제도가 시행되었다. 이는 사외이사제도, 감사위원회제도와 상호 보완관계에 있는 제도이다. 한국 상법에 아무런 규정이 없는 상황 아래 이미 많은 회사들이 정관에 의하여 이 제도를 도입하였다(상장회사 표준정관 제342조 2). 그런데 법제화 되지 아니한 탓으로 적지 않게 논쟁의 대상이 되어 왔었으나, 이번 상법의 개정으로 이 제도가 법제화된 것이다. 개정상법은 집행임원제도의 설치를 회사의 자율에 맡기고 있다. 이에 정관에 규정을 두어 설치할 수도 있고, 주주총회의 결의 또는 이사회 결의로도 설치할 수 있다. 입법정책으로는 전적으로 회사의 자율에 맞기보다 일정규모 이상의 회사는 필수적으로 설치하도록 하고, 그 이하의 회사는 임의적으로 설치하도록 하였으면 더 타당할 것이다.<sup>130)</sup>

---

129) 최완진, “집행임원제도에 관한 재조명: 2008년 상법개정안을 중심으로”, 「商事法研究」第29卷 第3號(韓國商事法學會, 2010), 282面.

130) 김교창, “2011년 개정상법상의 집행임원제도”, 「上場」第436號(韓國上場學會協議會, 2011), 4面.

## (2) 집행임원의 법적지위와 권한

한국 2011년 개정상법은 회사와 집행임원의 관계를 현행 상법에서 이미 규정하고 있는 회사와 이사와의 관계와 같이 민법중 위임에 관한 규정을 준용 하고 있다(한상 제408조의2 제2항). 집행임원은 회사의 이사와 같이 임원으로써 그 지위가 위와 같이 법제화되면서 집행임원의 권한, 의무, 책임 등도 이사와 거의 같게 되었다(한상 제408조의8, 동9).

집행임원의 권한에 대하여서도 개정상법은 명문으로 이를 규정하고 있다. 즉 집행임원은 집행임원 설치회사의 업무를 집행하고, 정관이나 이사회 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사결정을 할 수 있다(한상 제408조 4 제1항, 동조2항). 또한 집행임원은 필요하면 회의의 목적사항과 소집이유를 적은 서면을 이사에게 제출하여 이사회 소집을 청구할 수 있다(한상 제408조의7 제1항). 청구를 한 후 이사가 지체 없이 이사회 소집의 절차를 밟지 아니하면 소집을 청구한 집행임원은 법원의 허가를 받아 이사회를 소집할 수 있다. 이 경우 이사회 의장은 법원이 이해관계자의 청구에 의하여 또는 직권으로 선임할 수 있다(한상 제408조의7 제2항).

## (3) 집행임원의 자격

집행임원이 될 수 있는 자는 자연인에 한한다. 법인이 집행임원이 될 수 있는가에 대해서는 집행임원은 실제 업무를 집행하는 기관이므로 법인은 집행임원이 될 수 없다고 본다. 또한 주식회사의 업무를 집행하기 위하여, 행위무능력자의 경우에도 집행임원이 될 수 없다고 해석된다. 그 밖에 상법에서 정하고 있는 제한사유는 없지만, 집행임원이 될 수 있는 자의 자격은 이사가 될 수 없는 결격 사유에 준하여 생각해 보면 된다.

한편 일본회사법 제402조 제4항에서는 이사의 결격사유를 집행임원에 준용하면서 회사법 관련 법규를 위반한 형 집행을 종료하거나 집행을 받지 않게 된 날로부터 2년을 경과하지 않은 자, 기타 그 밖의 법률의 규정에 위반하여 금고 이상의 형을 선고받아 그 집행을 종료하거나 그 집행을 받지 않게 된 자 역시 결격사유로 보고 있다.

개정상법상 이러한 규정은 없지만, 기업 윤리에 비추어 보더라도 이러한 위법행위를

자주 하는 집행임원은 자격이 없다고 본다. 법률의 규정은 없지만 이와 같은 내용을 회사의 사규 등으로 정해 두는 것이 바람직하다.<sup>131)</sup>

#### (4) 집행임원의 선임과 종임

이사회는 집행임원과 대표집행임원의 선임, 해임권한이 있다(한상 제408조의2 제3항 제1호). 결의방법은 정관에서 달리 가중하지 않는 한 과반수 출석 과반수 찬성 요건만 갖추면 된다고 본다(한상 제391조). 일단 선임 되면 등기 여부와 상관없이 집행임원이 된다.

집행임원의 지위는 임기의 만료로 종임된다. 집행임원과 회사는 위임관계에 있기 때문에 민법상 약정 또는 법정 위임 종료 사유에 의하여 임기가 종임 되며 정관에서 집행임원의 자격을 미리 정해둔 경우에도 그러한 자격을 상실하게 되면 집행임원의 임기는 종임된다. 그리고 집행임원의 사망 또는 파산으로 인하여 위임관계는 당연 종료하므로 집행임원의 지위도 따라서 상실된다.

#### (5) 집행임원의 임기

집행임원의 임기는 정관에 다른 규정이 없으면 2년을 초과하지 못한다(한상 제408조의3 제1항). 이는 이사의 임기가 3년을 초과하지 못하므로 이사회가 그가 선임한 집행임원에 대하여 책임을 물을 수 있도록 하기 위하여 그보다 짧게 2년으로 정한 것이다.<sup>132)</sup>

일본에서는 집행역의 임기를 1년으로 정하였는데, 이것은 집행역이 이사회의 감독을 받기 때문에 1년마다 재선임의 기회를 부여하기 위한 것으로 설명되고 있다. 또 ‘위원회 설치회사’는 이익배당까지도 이사회에서 결정하게 되므로 이사회가 막강한 권한을 가지게 되므로, 임기를 1년으로 정하여 매년 주주총회로부터 신임을 받을 필요가 있다는 점도 1년으로 정한 배경이다.<sup>133)</sup>

131) 김태진, “개정 상법하의 집행임원제 운용을 위한 법적 검토”, 「商事法研究」第30卷 第2號(韓國商社法學會, 2011), 338面.

132) 김태진, 上揭論文, 359面.

133) 김태진, 上揭論文, 358面.



## (6) 집행임원의 의무와 책임

### 1) 집행임원의 의무

집행임원 설치회사와 집행임원의 관계는 민법 중 위임에 관한 규정을 준용(한상 제 408조의2 제2항)한다. 집행임원은 이사와 같이 회사에 대하여 위임관계에 있으므로 이사와 마찬가지로 주의의무와 충실의무를 지며, 따라서 비밀유지의무, 경업금지의무, 감시의무, 보고의무, 회사기회 유용금지의무, 회사와의 거래금지의무 등을 진다. 이러한 의무는 이사에 대한 의무와 비슷하므로 생략하기로 한다. 집행임원이 이와 같은 의무를 진다고 하여 이사들의 의무가 면제되는 것이 아니라 이사들 역시 회사에 대하여 중첩적으로 이상의 의무를 지는 것으로 해석된다.<sup>134)</sup>

### 2) 집행임원의 책임

집행임원의 책임은 크게 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 나뉘고, 그 내용은 이사의 책임에 대한 것과 동일하다. 그 내용을 살펴보면 아래와 같다.

#### ① 집행임원의 회사에 대한 책임

집행임원이 고의 또는 과실로 법령이나 정관을 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 집행임원은 집행임원 설치회사에 손해를 배상할 책임을 진다(한상 제408조의8 제1항).

#### ② 집행임원의 제3자에 대한 책임

집행임원이 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 경우에는 그 집행임원은 제3자에게 손해배상책임이 있다(동조 제2항).

또한 집행임원이 집행임원 설치회사 또는 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 다른 집행임원·이사 또는 감사도 그 책임이 있다면 다른 집행임원·이사 또는 감사와 연대하여 배상할 책임을 진다(동조 제3항). 그런데 집행임원은 이사와 달리 회의체 기관이 아니고, 이사회 결의와 같은 절차가 없으므로 특별한 사유가 없는 한 연대책임을 인정하지 말아야 한다는 지적도 있다.<sup>135)</sup>

134) 김태진, 上揭論文, 338面.

135) 鄭燦亨, “한국 주식회사에서의 집행임원에 대한 연구”, 「高麗法學」 第43卷(高麗大學校 法學研究所, 2004), 63面.

## (5) 집행임원과 회사와의 관계

한국 2011년 개정상법은 회사와 집행임원의 관계를 「민법」 중 위임에 관한 규정을 준용 하고 있다(한상 제408조의2 제2항). 다만 각 회사에서의 집행임원제도의 설치여부는 회사의 자율에 맞기고 있다. 집행임원제도를 설치하는 회사는 대표집행임원이 회사를 대표하고 집행기관의 수장으로서 집행업무를 총괄한다. 개정상법에서는 집행임원제도를 설치하는 회사는 대표이사를 둘 수 없다고 명문으로 규정하였다(한상 제408조의2 제1항).

## (6) 집행임원과 이사의 구별

이사는 주주총회에서 선임되고, 회사와 위임관계에 있다. 그리고 이사는 이사회의 구성원으로써 이사회 회의에 참석하여 업무집행에 관한 결의를 하고, 대표이사를 감독한다. 이에 비하여 집행임원도 회사와 위임관계에 있지만 집행임원의 선임·해임은 이사회에서 결정한다. 집행임원은 집행임원 설치회사의 업무를 집행하고, 정관이나 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사사결정을 할 수 있다(한상 제408조 4 제1항, 동조2항). 그러나 그 직무에 있어서 이사와 집행임원은 명확하게 구분되어 있지 않고 실제로 이사가 집행임원을 겸임하는 경우도 적지 않으므로, 일반적으로 회사법 가운데서 사용되는 집행임원에는 이사도 포함한다.<sup>136)</sup>

# 나. 代表執行任員

## (1) 대표집행임원의 선임

2명 이상의 집행임원이 선임된 경우에는 이사회 결의로 집행임원 설치회사를 대표할 대표집행임원을 선임하여야 한다. 다만 집행임원이 1명인 경우에는 그 집행임원이 대표집행임원이 된다. 대표집행임원에 관하여는 상법에 다른 규정이 없으면 주식회사의 대표이사에 관한 규정을 준용한다(한상 제408조 제1항, 제2항). 따라서 집행임원을 둔

---

136) 崔善奎, 前掲論文, 33面.

회사에서는 대표이사를 둘 수 없다.

### (2) 대표집행임원의 권한, 의무, 책임

한국 개정상법은 집행임원을 둔 회사는 대표이사를 둘 수 없게 하였다. 집행임원을 둔 회사는 집행임원 중에서 대표집행임원을 선임하게 될 것이고 대표집행임원은 대표이사과 같은 지위에 있으므로 이를 동시에 둘 필요가 없기 때문이다. 따라서 대표집행임원은 기존의 대표이사의 회사대표권, 업무집행권 등을 가지게 된다. 또한 대표집행임원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한을 가지며, 그 권한에 대한 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(한상 제408조의5 제2항, 제389조 제3항, 제209조). 대표집행임원의 의무와 책임에 대하여서는 대표집행임원도 회사의 집행임원이므로 집행임원의 의무와 책임이 그대로 적용된다. 이에 관하여서는 생략하기로 한다.

### (3) 대표집행임원의 이사회 의장 겸직 허용 여부

대표집행임원의 경우 이사회 의장과 의 겸직여부가 문제가 된다. 비록 집행임원에 대한 감독기능 약화 때문에 허용 여부를 놓고 대립되는 입장들이 있고, 집행과 분리라는 원래의 취지상 이사회 의장과 대표집행임원은 상호 겸직을 금지해야 하나, 한국 개정상법상 금지하는 규정이 없기 때문에 일응 이사회 의장직과의 겸직은 허용된다고 해석할 수 밖에 없지만, 이는 기업지배구조개선의 취지에 어긋나고 이론상 맞지 않다고 본다. 대외적으로 회사를 대표하여 업무를 집행하는 자가 다시 감독기관의 의장이되는 것은 상법 개정전의 형태와 다름이 없고 그 감독기관으로서의 실효성 자체가 없을 수 있기 때문이다.<sup>137)</sup>

---

137) 김태진, 前揭論文, 367 面.

## 5. 理事會內 委員會制度

### 가. 委員會制度의 意義

1999년 개정상법은 이사회는 정관이 정한 바에 따라 이사회내에 위원회를 설치할 수 있도록 하고 있는데, 이러한 위원회는 이사회로부터 위임받은 업무에 대하여 이사회에 권한을 행사하는 이사회에 하부조직이다. 이러한 이사회 위원회제도는 이사회 운영의 효율성을 높이고 의사결정의 전문성·객관성을 확보하고자 1999년 개정상법에서 미국의 제도를 본받아 도입한 제도이다.

회사가 어떤 위원회를 설치할 것인가 하는 문제는 강제적인 것이 아니고 회사의 자율에 맡겨져 있으므로 각 회사의 정관에 정하는 바에 의한다. 이러한 각종의 위원회는 2인 이상의 이사로 구성되므로(한상 제393조의2 제3항), 이사가 1인 또는 2인인 자본총액이 10억원 미만인 주식회사에서는 위원회를 설치할 수 없다.<sup>138)</sup>

### 나. 構成

#### (1) 위원의 수

이사회 내의 위원회는 2인 이상의 이사로 구성되며(한상 제393조의2 제3항), 감사위원회는 3인 이상의 이사로 구성된다(한상 제415조의2 제2항). 위원회의 위원의 선임과 해임은 이사회가 결정하며, 이사의 자격을 상실하면 당연히 위원의 자격도 상실한다.

위원회의 위원의 수가 법률 또는 정관에 정한 인원수를 결한 경우 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 위원은 새로 선임한 위원이 취임할 때까지 위원의 권리의무가 있다(한상 제393조의2 제5항, 한상 제386조 제1항).

#### (2) 위원의 자격·선임·중임

이사회내 위원회의 위원은 이사의 자격이 있어야 함은 상법상 명백한데(한상 제393

---

138) 崔基元, 前掲書, 897面; 鄭燦亨, 前掲書, 844面.

조의2 제3항), 어느 이사를 어느 위원회에 배정할 것인가 등에 관한 위원의 선임·해임기관은 상법상 문명의 규정이 없으나 이사회라고 보아야 할 것이다.<sup>139)</sup>

### (3) 위원의 임기

이사회내 위원회의 위원의 임기에 대하여는 상법상 규정이 없다. 따라서 이러한 위원의 임기는 정관에 규정이 있으면 그에 의하고, 정관에 규정이 없으면 이사회가 이를 정할 수 있다고 보는데, 이사회도 이를 정하지 아니하면 이사의 지위의 종료와 함께 위원의 임기도 종료된다고 본다.<sup>140)</sup>

### (4) 위원회의 종류

이사회내 위원회의 설치하는 회사의 자율에 맡기고 있으며, 어떠한 위원회를 설립할 것인가는 회사의 정관에 의한다. 다만 이사 총수의 과반수이며 3인 이상의 사외이사를 두어야 하는 최근 사업연도말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 상장법인은 이사회내 위원회에 반드시 사외이사후보를 추천하기 위한 사회이사후보추천위원회를 두어야 하고(한상 제542조의8 제4항), 또한 감사위원회를 설치하여야 한다(한상 제542조의11 제1항, 제415조의2 제2항).

### (5) 위원회의 소집과 결의

위원회의 소집과 결의방법은 원칙적으로 이사회내의 운영방법과 같다. 따라서 위원회에는 이사회내의 소집, 이사회내의 결의방법, 이사회내의 의사록, 이사회내의 연기·속행에 관한 규정이 준용된다(한상 제393조의2 제5항).

이사회가 위임한 사항에 관한 위원회의 결의는 이사회내의 결의와 같은 효력이 있다. 따라서 이사회가 위원회의 결의를 변경하는 결의를 하지 않는 한 위원회의 결의는 이사회내의 결의로서 효력을 발생한다.

---

139) 鄭燦亨, 上揭書, 845面.

140) 鄭燦亨, 上揭書, 845面.

## (6) 위원회의 권한

위원회는 이사회로부터 위임받은 사항에 대하여 결정권한을 가진다. 그러나 중요한 이사회에 권한은 위원회에 위임할 수 없다(한상 제393조의2 제2항). 즉 이사회는 주주총회의 승인을 요하는 사항의 제안(정관변경, 재무제표의 승인, 합병 등), 대표이사의 선임 및 해임, 위원회의 설치와 그 위원의 선임 및 해임, 정관에서 정하는 사항을 제외한 이사회에 권한을 위원회에 위임할 수 있다(한상 제393조의2 제2항).

## 6. 社外理事制度

### 가. 社外理事制度의 立法趣旨 및 意義

종래 이사회는 사내이사만으로 구성되어 형해화 되기 쉬었고 그 결과 회사의 경영은 지배주주의 독단에 의해 좌우되었다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 경영감시장치로서 사외이사제도를 도입하였는데, 궁극적으로 이사회제도를 활성화하여 회사의 건전한 경영을 도모하고 주주와 채권자를 보호하고자 하는 것이 사외이사제도의 취지이다.

사외이사란 전문적인 지식과 능력을 갖추고 경영실무를 담당하지 않으면서 업무집행기관으로부터 독립적인 지위에서 이사회에 구성원으로서 활동하는 이사로서, 업무집행에는 직접 참여하지 않고 비상근으로서 이사회에 출석하여 회사의 경영에 대한 의사결정에 참가하는 이사라고 할 수 있다.<sup>141)</sup>

### 나. 社外理事의 數와 資格

사외이사의 설치에 대하여 비상장회사의 경우에는 회사의 자율에 맡기나, 정관으로 감사위원회를 설치하는 경우에는 그 위원의 3분의 2 이상은 반드시 사외이사이어야 한다(한상 제415조 2 제2항).

한국 상법에서는 사외이사의 자격에 대하여 사외이사가 될 수 없는 자를 규정하고 있다(한상 제382조 제3항). 그 내용은 아래와 같다.

---

141) 崔基元, 前掲書, 856面.

- a. 회사의 업무를 담당하는 집행임원·이사 및 피용자 또는 선임된 날부터 2년 이내에 업무를 담당한 집행임원·이사 및 피용자이었던 자
- b. 최대주주가 자연인인 경우 본인·배우자 및 직계족·비속
- c. 최대주주가 법인인 경우 그 법인의 집행임원·이사·감사 및 피용자.
- d. 집행임원·이사·감사 및 피용자
- e. 회사의 모회사 또는 자회사의 집행임원·이사·감사 및 피용자
- f. 회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 집행인원·이사·감사 및 피용자
- g. 회사의 집행임원·이사 및 피용자가 집행임원·이사로 있는 다른 회사의 집행인원·이사·감사 및 피용자 등이 이에 해당 한다

#### 다. 社外理事의 權限

사외이사는 이사회 의 구성원으로서 ① 이사회소집권 및 참가권(한상 제390조), ② 각종의 소에 대한 제기권(한상 제328조, 제376조, 제429조, 제529조), ③ 검사인 선임청구권(한상 제298조 제4항), ④ 주주총회 의사록 기명날인권(한상 제373조 제2항), ⑤ 대표이사에 대한 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관한 보고요구권(한상 제393조 제3항) 등을 갖는다.

#### 라. 社外理事의 義務와 責任

사외이사는 상법상 이사이므로 일반적 의무로서 선관주의의무와 충실의무를 부담하며, 개별적 의무로서 경업피지의무, 자기거래금지의무, 손해위험보고의무 등을 부담한다. 또한 사외이사는 회사에 대한 책임, 제3자에 대한 책임, 대표소송 등에 관한 규정의 적용을 받는다.<sup>142)</sup>

---

142) 崔基元, 上揭書, 858 面.

## 第3節 日本會社法上 株式會社 業務執行機關

### 1. 理事會

#### 가. 理事會 構成

이사회는 이사 전원으로 구성되는데 그 구성원인 이사는 업무집행에 관한 의사결정 기관으로서의 성격을 지닌 이사회의 구성원으로서의 자격과 동시에 집행과 대표기관인 대표이사로서의 지위의 전제가 된다.

#### 나. 理事會 召集과 決議

##### (1) 이사회 소집

이사회 소집권은 각 이사에게 있으며(일본회사법 제366조 제1항, 이하 일본회사법을 “일회”라고 함), 주주에게 소집권이 있는 경우도 있다(일회 제367조). 이사회를 소집하는 자는 이사회일의 1주간 전까지 각 이사(감사역 설치회사의 경우에는 각 감사)에게 통지하여야 하며(일회 제368조 제1항), 이들의 동의가 있는 경우에는 통지를 생략할 수 있다(동조 제2항).

##### (2) 이사회 결의

###### 1) 결의요건

이사회 결의는 결의에 참가할 수 있는 이사의 과반수가 출석하고 그 과반수로써 행한다(정관으로 요건가중 가능함, 일회 제369조). 주주총회의 결의와 달리 결의에 대하여 특별이해관계를 갖는 이사는 이사회의 결의에 참가할 수 없다(동조 제2항).

###### 2) 서면결의

이사회설치회사는 정관의 정함에 따라 이사가 이사회 결의의 목적사항을 제안한 경



우 이사전원이 서면 또는 전자적 기록으로 동의의 의사를 표현한 때는 가결의 결의가 있는 것으로 간주한다. 그러나 감사역설치회사의 경우 감사가 당해 제안에 대하여 이의를 제기한 때는 서면결의를 할 수 없다(일회 제370조).

### 3) 결의의 하자

이사회 결의 내용이나 절차상의 하자에 대하여 주주총회의 경우와 같은 제도상의 규정은 없다. 그러나 하자의 성질과 관련없이 당연히 무효라고 해석된다.<sup>143)</sup> 따라서 이 무효는 누구든지 언제든지 어떤 방법으로든지 주장할 수 있고 무효확인 소도 제기할 수 있다. 무효인 결의에 의한 회사의 행위의 효력에 대해서는 명문규정이 없으며, 한국의 경우와 같다.

### 4) 특별이사회

위원회설치회사를 제외한 이사회설치회사에 있어서 이사의 수가 6인 이상이고 이사 중 1인 이상이 사외이사인 회사에서는 미리 선정한 3인 이상의 특별이사의 결의로써 중요재산의 처분·양수(일회 제362조 제4항 제1호) 및 다액의 차재(동항 제2호)에 관하여 결의할 수 있다(일회 제373조 제1항, 제2항). 이 결의의 내용은 특별이사 이외의 다른 이사에게 보고하여야 한다(동조 제3항).

## 다. 理事會의 職務權限

### (1) 업무집행의 결정

이사회가 결정하는 회사의 업무집행은 회사의 업무에 관한 대내적, 대외적인 제반 사무를 처리하는 것을 의미하지만 법령이나 정관에 의하여 주주총회의 결정권한으로 되어 있는 사항에는 미치지 않는다. 반면에 법률상 이사회의 결정사항으로 되어 있는 사항에 대해서는 반드시 이사회 자신이 결정해야 하고 정관으로도 하부의 기관에 결정을 위임할 수 없다.

---

143) 酒卷俊雄·尾崎安央, 「新會事法」(靑林書院, 2006) 175面; 江頭憲治郎, 「株式會社·有限會社法」(有斐閣, 2000), 359面.

일반적 전속사항으로서 중요재산의 처분과 양수, 다액의 차제, 지배인 기타 중요한 사용인의 선임과 해임, 지점 기타의 중요한 조직의 설치와 변경 및 폐지, 모집사채의 총액 및 이에 관하여 법무성령이 정하는 사항, 이사의 직무집행이 법령과 정관에 적합하게 하고 적정을 확보하기 위하여 법무성령이 정한 체제의 정비이다(일회 제362조 제4항 제1호-제7호).

회사법이 중요한 사항에 관하여 이사회에 개별적 전속사항으로 규정한 것도 있다. 양도제한주식의 양도나 취득의 승인 등(일회 제139조 제1항, 제140조 제5항), 자회사로부터 자기주식의 취득(일회 제163조), 취득조항부주식의 취득일 및 취득사유(일회 제168조 제1항, 제169조 제2항), 자기주식의 소각(일회 제178조 제2항), 주식의 무상배당(일회 제186조 제3항), 소재불명 주주의 주식매수(일회 제197조 제4항), 공개회사의 모집주식발행(일회 제201조 제1항), 취득조항부신주예약권(일회 제273조 제1항, 제274조 제2항), 주주총회 소집결정(일회 제298조 제4항), 이사회 소집권자의 지정(동 제366조 제1항), 대표이사의 성정과 해직(일회 제362조 제2항·제3호), 이사의 경업거래, 이익상반행위의 승인(일회 제365조 제1항), 계산서류의 승인(일회 제436조 제3항), 자기주식의 유상취득, 준비금 감소, 잉여금 처분, 잉여금 배당 등(일회 제459조 제1항, 제454조 제5항), 정관상의 중간배당(일회 제454조 제5항), 이사와 회사 간의 소송에서 회사를 대표할 자의 결정(일회 제364조) 등이다.

## (2) 업무감사

이사회에는 이사의 직무집행을 감독할 권한이 있다(일회 제362조 제2항 제2호). 즉 이사회는 대표이사 기타의 업무집행이사 및 각 이사가 법령과 정관을 준수하고(적법성감사) 타당하게(타당성감사) 직무를 집행하고 있는가를 감사할 권한이 있고 이것은 동시에 의무이다. 그 실효성을 확보하기 위하여 대표이사 및 업무집행이사에게는 3개월에 1회 이상 자기직무의 집행사항을 이사회에 보고해야할 의무를 부과하고 있다(일회 제363조 제2항).

### (3) 내부통제 시스템 구축

회사법은 이사회설치회사에 있어서 이사회 결의사항으로서 이사의 직무집행이 법령 및 정관에 적합할 것을 확보하기 위한 체제 기타 주식회사업무의 적정을 확보하기 위하여 필요한 것으로서 법무성령으로 정하는 체제의 정비를 규정하고 있다(일회 제348조 제3항 제4호, 제362조 제4항 제6호).

이 체제는 일반적으로 내부통제시스템이라고 하지만, 이사회설치회사의 경우 법무성령은 이 체제에 관하여 a. 이사의 직무집행에 관한 정보의 보존, 관리에 관한 체제, b. 손실위험의 관리에 관한 규정 기타 체제, c. 이사의 직무집행이 효율적으로 행해지는 것을 확보하기 위한 체제, d. 사용인의 직무집행이 법령과 정관에 적합한 것을 확보하기 위한 체제, e. 당해 주식회사 및 모회사, 자회사 등 기업집단에 있어서 업무의 적정을 확보하기 위한 체제를 정하고 있다(일본 회사법부칙 제100조 제1항 제1호-제5호).

감사를 설치하는 회사도 이사회를 설치하는 경우에는 위의 다섯가지 체제 외에도, f. 감사를 보조할 사용인에 관한 사항 g. 그 사용인의 이사로부터의 독립성에 관한 사항 h. 이사회나 사용인이 감사에게 보고하기 위한 체제 기타 감사의 보고에 관한 체제 i. 기타감사의 감사가 실효적으로 행해지는 것을 확보하기 위한 체제 등이 있다.

이사회 비설치회사에서 이사가 2인 이상 있는 회사의 경우에는 ①-⑤의 체제에 더하여 업무의 결정이 적정하게 행해질 것을 확보하기 위한 체제가 포함 된다(일회 제98조 제2항).

## 라. 理事會 會議錄

이사회 의사에 대해서는 의사록을 작성해야 하며, 서면으로 작성하는 경우에는 출석한 이사와 감사가 서명 또는 기명날인해야 하고(일회 제369조 제3항), 전자적 기록인 경우에는 법무성령이 정하는 조치를 취해야 한다(동조 제4항). 결의에 참가한 이사로서 의사록에 이의를 기재하지 않은 이사는 결의에 찬성한 것으로 간주한다(동조 제5항).

이사회 설치회사는 이사회 회일부터 10년간 의사록이나 전자적 기록, 이사회 결의의 생략이 인정된 경우의 자료 등을 본점에 비치하여야 한다(일회 제371조 제1항). 주주는 권리행사를 위하여 필요한 경우 영업시간 내에는 언제든지 이들의 열람 또는 등사를

청구할 수 있다(동조 제2항). 다만 감사역설치회사 또는 위원회설치회사의 경우에는 영업시간 내에는 언제 든지가 아니고 법원의 허가를 얻어서 열람 또는 등사를 청구할 수 있다(동조 제3항).

이사회설치회사의 채권자는 임원이나 집행임원의 책임추궁을 위하여 필요한 경우에, 모회사사원은 그의 권리행사를 위하여 필요한 경우에 법원의 허가를 얻어 의사록 등의 열람이나 등사를 청구할 수 있다(동조 제4항, 제5항). 법원은 당해 열람 또는 등사로 인하여 회사 또는 모회사, 자회사에 현저한 손해가 인정되는 경우에는 허가를 해서는 안된다(동조 제6항).

## 2. 理 事

### 가. 理事의 法的地位와 權限

기업의 지배구조에 있어서 기관설계는 다양한 형태가 있을 수 있으나 그동안 삼권 분립에 대응하여 주주총회, 이사회, 감사(회)의 형태가 취해져 왔다. 그러나 일본 신회사법은 기관설계를 유연하게 하기 위하여 주주총회는 필요기관으로 하고, 다른 기관은 비교적 자유롭게 하여 공개·비공개 회사,<sup>144)</sup> 대회사·중소규모 회사<sup>145)</sup>에 따라 규제를 달리한다. 따라서 일본의 주식회사는 회사법상 이사회설치회사, 감사회설치회사, 감사설치회사, 회계감사인설치회사, 회계참여설치회사로 구별된다.

회사법상 요구되는 주식회사의 가장 기본적인 형태는 주주총회와 이사(1명)이고, 비공개회사는 종래의 유한회사의 경우와 같이 다양한 형태(이사만 있는 경우, 회계감사를 두는 경우 등)를 설계를 할 수 있다.

#### (1) 이사회설치회사

이사회설치회사는 3인 이상의 이사를 두어야 하며(일회 제331조 제4항), 이사회에서

---

144) 공개회사란 전제주식양도제한회사 이외의 회사(일회 제2조 제5호).

145) 대회사란 최종사업연도의 대차대조표에 계상된 자본금이 5억엔 이상 또는 부채합계가 200억엔 이상의 주식회사(일회 제2조 제6호).

선임하는 대표이사 또는 대표집행역이 업무를 집행하고 회사를 대표한다(일회 제362조 제2항, 제363조, 제347조 제4항, 제420조). 이사회 설치회사에는 전통적인 형태로서 감사, 감사회설치회사 또는 위원회설치회사가 있다(일회 제327조 제2항, 제3항).

#### 1)위원회설치회사

위원회설치회사는 공개회사이든 비공개회사이든 이사회, 지명위원회, 보수위원회, 감사위원회, 회계감사인을 제도화하는 회사이다. 위원회설치회사에서는 이사가 법령에 별도의 정함이 있는 경우를 제외하고 업무집행을 담당하지 않으며, 이사회에서 선임하는 집행역 또는 대표집행역이 업무를 집행한다(일회 제402조 제2항, 제420조 제1항). 이사는 이사회의 구성원으로서 기본적인 회사업무집행의 결정(일회 제416조 제1항 제1호), 집행역 등의 업무집행의 감독(동항 제2호), 집행역의 선임·해임(일회 제402조 제2항, 제403조), 대표이사의 선임·해임(일회 제420조 제1항, 동조 제2항)을 한다. 이사회는 업무집행의 결정과 감독을 하는 기관이며, 업무집행의 결정도 이사회의 결의에 의하여 집행역에게 위임할 수 있다(일회 제416조 제3항). 위원회 위원의 과반수는 사외이사이어야 하며(일회 제400조 제3항) 이사의 임기는 1년이다(일회 제332조 제3항).

#### 2) 감사, 감사회 설치회사

감사, 감사회설치회사는 전통적인 회사형태로서, 이사회가 업무집행을 결정하고 대표이사가 업무를 집행하며 회사를 대표한다. 업무집행의 감독은 이사회나 감사, 감사역회에 의하여 행해진다. 이사의 임기는 2년이지만 단축할 수 있다(일회 제332조 제1항).

#### (2) 이사회설치회사 이외의 회사 (유한회사형 회사)

이사회를 설치하지 않는 회사에서는 원칙적으로 각 이사가 업무를 집행하고 회사를 대표하며(일회 제348조 제1항, 제349조 제1항) 정관으로 다른 정함을 둘 수 있다(일회 제348조 제1항, 동조 제2항). 복수의 이사가 있는 경우에는 업무집행의 결정은 과반수 찬성에 의한다(동조 제2항). 대표이사 기타 회사를 대표할 자를 정할 수 있으며, 정관의 정함에 따라 이사의 호선이나 주주총회의 결의에 의하여 대표이사를 정한다(일회 제349조 제3항).

이사회설치회사와 다른 점은 감사가 임의기관이고 주주총회의 의사결정사항이 많으며, 주주에 의한 감사가 행하여진다는 것이다. 소규모 회사의 경우 감사의 권한을 임의로 회계감사에 한정할 수 있으며, 감사의 권한이나 감독·시정권은 주주에게 있도록 할 수 있다(일회 제357조 제1항, 제360조 제1항, 동조 제2항, 제367조).

## 나. 理事의 資格

이사의 결격사유가 규정되어 있고(일회 제331조), 이에 해당하는 자는 이사가 될 수 없다. 정관으로 자격을 제한할 수 있지만 공개회사에서는 주주를 이사로 선임할 수는 있으나 주주만을 이사로 하는 뜻을 정관으로 정하는 것은 불가능하다. 제3자 기관으로서 이사에게는 경영수완이 필요하지만, 비공개 소규모회사에서는 소유와 경영이 분리되지 않으므로 이사를 주주로 한정하는 것이 가능하다(동조 제2항). 위원회설치회사의 이사는 당해 회사의 지배인 기타 사용인을 겸할 수 없다(동조 제3항).

## 다. 理事의 選任

일본에서도 이사는 주주총회의 결의에 의하여 선임되며(일회 제329조), 의결권 있는 주주의 의결권의 과반수를 갖는 주주가 출석하고, 출석한 주주의 의결권의 과반수로써 선임한다. 정족수 완화의 한도는 3분의 1까지로 한다(일회 제341조). 정관으로 누적투표를 배제하지 않는 경우에는 주주는 총회의 5일 전까지 회사에 대하여 서면으로 누적투표방법에 의할 것을 청구할 수 있다(일회 제342조).

## 라. 理事의 數

일본 회사법은 회사에 1인 또는 2인 이상의 이사를 두도록 하지만(일회 제326조), 이사회설치회사에서는 3인 이상의 이사를 두도록(일회 제331조 제4항)한다.

## 마. 理事의 任期

이사의 임기는 2년이지만, 정관 또는 주주총회의 결의에 의하여 그 임기를 단축할 수 있다(일회 제332조 제1항). 그러나 위원회설치회사의 경우에는 이사의 임기가 1년이고(동조 제3항, 제4항), 잉여금 배당 등을 이사회가 결정할 뜻을 정관으로 정한 회계감사인 설치회사의 이사의 임기도 1년이다(일회 제459조 제1항). 위원회설치회사를 제외한 비공개회사의 이사의 임기는 선임 후 10년 이내에 종료할 사업년도 내에 최종의 것에 관한 정기주주총회의 종결 시까지 연장할 것을 정관으로 정할 수 있다(일회 제332조 제2항).

## 바. 理事의 終任과 解任

일본 회사법상으로도 이사의 종임사유는 임기만료, 해임, 자격상실, 회사의 해산(일회 제330조, 제331조) 등이 있으며, 이사와 회사의 관계는 위임이므로 이사는 언제든지 사임할 수 있다(일본 민법 제651조).

임원은 언제든지 주주총회의 결의에 의하여 해임할 수 있지만(일회 제339조 제1항), 해임된 자는 그 해임에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 발생한 손해배상을 청구할 수 있다(동조 제2항). 주주총회의 해임결의는 보통결의에 의하며, 정관으로 결의요건을 가중할 수 있다(일회 제341조). 그러나 매수방어방법으로써 정관으로 특별결의를 요하는 회사도 나타나고 있다. 이사 기타 임원의 해임의 소도 소수주주권으로서 인정된다(일회 제854조).

## 사. 理事 및 執行役의 義務

일본회사법상 이사·집행역은 충실의무와 선관의무를 지고, 충실의무와 선관의무가 다른 별개의 의무라고 보지 않는 것이 판례와 통설의 입장이다. 그러나 이어나 집행역이 회사와 이익 상반 관계에 서는 경우에 회사의 이익침해를 예방하는 규제로서 특히 규정하고 있는 것이 경업금지, 자기거래금지, 보수규제(진술하였음) 등이 있다.

### (1) 경업금지의무

이사 및 집행역은 자기 또는 제3자를 위하여 회사의 사업부류에 속한 거래를 할 경우, 이사회 설치회사에서는 이사회에서 중요사실을 개시하고 그 승인을 받아야 한다(일회 제356조 제1항 제1호, 제365조, 제419조 제2항). 이사회에 보고의무를 이행하지 않을 경우 과태료의 제재가 있으며(일회 제976조 제23호), 승인을 받지 않은 거래에 대해서도 보고의무가 있다.

이사나 집행역이 승인을 받지 않고 경업거래를 한 경우 거래는 유효한 것으로 해석한다. 그러나 회사에 손해가 발생한 경우에는 이들은 의무위반으로서 회사에 대하여 손해배상책임을 진다(일회 제423조). 경업거래에 의하여 이사, 집행역, 제3자가 얻은 이익은 회사에 발생한 손해액이라고 추정한다(동조 제2항). 그리고 해임 청구될 수도 있다(일회 제339조, 제403조, 제854조 제1항).

이사의 승인결의에는 면책적 효과는 없으므로 승인을 얻은 경업거래에 선관주의의 무위반 내지 충실의무위반이 있으면 이사회는 의무위반의 책임을 면제할 수 없고, 이사는 경업거래로 인하여 회사에 발생한 손해를 배상하여야 한다(일회 제423조 제1항, 제424조). 뿐만 아니라 이사의 승인결의에 찬성한 이사회도 임무해태로 추정되어 경업거래를 한 이사와 연대하여 배상책임을 진다(일회 제423조 제3항, 제430조). 다른 이사회들도 감시의무위반이 되어 회사에 대한 책임이 문제될 수 있다.

### (2) 자기거래금지의무

이사나 집행역이 자기 또는 제3자를 위하여 회사와 직접거래 또는 간접거래를 하는 경우, 이사·집행역은 이사회설치회사에서는 이사회(이사회 비설치 회사에서는 주주총회)에서 당해거래에 관한 중요사실을 개시하고 그 승인을 받아야 한다(일회 제356조 제1항 제2호·제3호, 제365조, 제419조 제2항). 본조의 취지 및 직접거래, 간접거래는 한국의 경우와 같은 취지이다. 일본의 학설과 판례는 그 성질상 회사를 해할 염려가 없는 거래 즉, 보통거래약관에 의한 운송계약, 창고임치계약, 예금계약 등이나 채무의 단순한 이행, 상계, 회사에 이익만을 부여하는 무상증여 등, 채무의 조건을 회사에 유리하게 변경하는 경우, 이사의 회사에 대한 무이자·무담보의 대부 등에는 이사의 승



인을 요하지 않는 것으로 본다.

이사회설치회사에서는 거래를 한 이사, 집행역은 지체 없이 당해 거래에 관하여 중요한 사실을 이사회에 보고하여야 한다(일회 제365조 제2항, 제419조 제2항). 당해 이사, 집행역이 스스로 거래를 한 경우뿐만 아니라 회사의 대표자로서 하는 경우도 같다. 보고의무위반에 대해서는 과태료의 제재가 있으며(일회 제976조 제23호), 승인을 얻지 않고 한 거래에 대해서도 보고의무가 있다. 개시규제에 대해서도 경업거래와 같다.

이사 및 집행역이 이사회(주주총회)의 승인 없이 한 거래의 효력에 대해서는 명문의 규정이 없으나, 상대적 무효라고 해석된다. 즉, 회사가 무효를 주장하기 위해서는 상대방인 제3자의 악의를 주장, 입증할 것이 요구된다는 것이 판례와 다수설이다.<sup>146)</sup> 회사에 손해가 발생한 경우에는 이사 및 집행역은 회사에 대하여 임무해태로 인해 발생한 손해를 배상할 책임을 진다(일회 제423조).

거래로 인하여 회사에 손해가 생긴 때는 회사와 거래를 한 이사·집행역, 이익상반 거래에서 회사와 이익이 상반한 이사·집행역, 회사가 당해 거래를 할 것을 결정한 이사·집행역, 당해 거래에 관하여 이사회 승인거래에 찬성한 이사는 임무를 해태한 것으로 추정한다(일회 제423조 제3항). 이사회 승인이 있어도 회사에 손해가 생긴 경우에는 경업거래의 경우와 같다.

## 아. 任員 等의 責任

### (1) 회사에 대한 책임

#### 1) 일반적 책임

임원인 이사, 회계참여, 감사역, 집행역, 회계감사인(이하 “임원”이라 함)은 회사에 대하여 고의·과실로 임무를 해태한 때는 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다(일회 제423조 제1항). 복수의 임원이 책임을 지는 경우에는 연대책임을 진다(일회 제430조).

회사와 임원의 관계는 한국과 같이 위임관계(일회 제330조)이므로 선관주의 의무가 있으며, 충실의무도 별도로 규정하고 있다(일회 제355조, 제419조 제2항). 두 의무의 관

---

146) 酒卷俊雄·尾崎安央, 前掲書, 188面.

계에 대해서 통설과 판례는 충실의무는 선관주의의무를 구체적이고 명확하게 하는 것이라고 본다. 그리고 일본회사법 제423조 1항이 규정하는 임무해태책임은 임원 등의 고의·과실을 발생요건으로 하는 임무해태에 의하여 회사에 손해를 끼친 모든 경우에 발생하는 매우 넓은 범위의 과실책임이다.

## 2) 개별적 책임

a. 잉여금배당에 관한 책임(분배가능이익을 초과하여 한 분배에 대한 손해배상책임(일회 제462조), b. 매수청구에 응하여 주식을 취득한 경우에 있어서의 책임(일회 제464조), c. 결손이 발생한 경우의 책임(일회 제465조), d. 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 책임(일회 제120조 4항), e. 이사, 집행역의 경업금지의무, 이익상반거래(일회 제356조, 제419조 2항-준용규정), f. 부족액전보책임(일회 제52조, 제103조, 213조)등이 있다.

## (2) 임원 등의 제3자에 대한 책임

임원 등의 회사에 대한 관계에서는 전술한 바와 같이 수임자의 지위에 서고, 그 임무를 해태하면 회사에 대하여 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지는 것은 당연하지만, 제3자와는 직접관계가 없으므로 불법행위책임 이외에는 아무런 책임을 지지 않는 것이 원칙이다. 그러나 회사법은 제3자의 보호입장에서 일정한 요건아래 임원 등이 제3자에 대하여 직접 손해배상책임을 진다는 뜻을 정하고 있다(일회 제429조). 또한 복수의 자가 책임을 질 때는 이들은 연대하여 책임을 진다(일회 제430조).

## 1) 임무해태책임

임원 등이 그 직무를 행함에 있어 악의 또는 중대한 과실이 있는 때는 당해임원 등은 이에 의하여 제3자에게 발생한 손해를 배상할 책임을 진다(일회 제429조 제1항). 종래 이 규정이 추상적이고 명확하지 않았으므로 이 책임에 대하여 한국과 같이 불법행위특칙설, 특수불법행위설, 특별법정책임설 등이 대립하였다. 통설과 판례는 특별법정책임설도 이에 의하면 일반적으로 경영의 중심에서 있는 이사의 개인책임을 인정하여 제3자를 보호하기 위한 취지였다. 일반불법행위책임과의 경합도 인정되고, 일반불법행

위책임의 성립요건인 제3자에 대한 가해에 관하여 고의나 과실이 없는 경우에도 회사에 대한 임무해태에 악의 또는 중과실이 있으면 이사의 손해배상책임을 인정한다.

이사의 책임범위가 직접손해에 한정 되는가 간접손해에 한정 되는가 논의가 있으나 판례는 양 손해의 포함설을 취한다. 그러나 판례는 이사의 회사에 대한 임무해태와 제3자에게 발생한 손해 사이에 상당인과관계가 필요하다는 입장이다.<sup>147)</sup> 아직 판례에 의하여 해결되지 않은 문제로서 제3자는 주주를 포함하는가의 문제가 있다. 학설은 직접손해는 주주를 포함하지만, 간접손해에 대해서는 주주를 포함하지 않는다고 해석하는 것이 일반적이다.

## 2) 부실정보기재 기록 개시책임

이사 및 집행역은 a. 주식, 신주예약권, 사채, 신주예약권부사채의 인수자를 모집할 때 통지할 중요사항에 대하여 허위의 통지 또는 당해모집을 위한 회사의 사업 기타 사항에 관한 설명에 사용한 자료에 대하여 허위의 기재·기록 b. 계산서류, 사업보고, 이들의 부속명세서, 임시 계산서류에 기재·기록할 중요사항에 대하여 허위의 기재·기록 c. 허위의 등기 d. 허위의 공고에 대하여 책임을 진다(일회 제429조 제2항).

회계참여, 감사역·감사위원, 회계감사인도 업무와 관련된 서류, 보고서 등에 있어서 허위의 기재·기록에 대하여 책임을 진다. 다만 이들은 당해행위를 함에 있어서 주의를 태만히 하지 않았다는 증명을 한 때는 책임을 지지 않는다(과실책임).

## 자. 會社와 理事와의 關係

회사와 이사와의 관계는 위임에 관한 규정에 따르므로(일회 제330조), 이사는 선관주의의무를 진다(일본 민법 제644조). 이사는 법령 및 정관과 주주총회결의를 준수하고 회사를 위하여 충실하게 직무를 수행하여야 한다(일회 제355조).

---

147) 酒卷俊雄·尾崎安央, 上掲書, 230面.

### 3. 代表理事

#### 가. 代表理事 意義

이사는 주식회사를 대표하며(일회 제349조 제1항), 이사가 2인 이상 있는 경우에는 각자가 회사를 대표한다(동조 제2항). 그러므로 이사들의 각자대표, 각자집행이라는 원칙이 인정되지만 이것은 종래 일본상법의 입장으로 회귀하는 것이다. 다만 대표이사나 기타 주식회사를 대표할 자를 정하는 경우에는 이에 한정되지 않는다(동조 제1항 단서). 이사회 설치회사를 제외한 주식회사에 있어서는 정관의 정함, 정관의 정함에 따른 이사의 호선, 주주총회의 결의 등에 의하여 이사 중에서 대표이사를 정할 수 있다(동조 제3항).

대표이사는 주식회사의 업무에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한을 갖고(동조 제4호), 이 권한에 가한 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(동조 제5항). 일본의 회사법은 공동대표이사제도를 폐지하였다.

#### 나. 代表理事의 專斷的 行爲 및 權限濫用行爲

회사는 대표이사 기타 회사를 대표하는 자가 직무와 관련하여 제3자에게 손해를 가한 경우 손해배상책임을 진다(일회 제350조).

대표이사가 주주총회나 이사회에 법정전속결의사항에 관하여 당해결의에 위반하거나 그 결의를 거치지 않고 독단으로 집행행위를 하는 것이다. 이 행위의 효력에 관하여 일본 판례는 심리유보설의 입장에 서고, 일본 민법 제93조 단서를 유추 적용하여 원칙적으로 유효라고 하지만, 결의가 없었음을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효라고 해석한다.<sup>148)</sup> 그러나 학설은 일반적인 악의의 항변설이 유력하다. 대표이사는 대표권한의 범위 내에서는 유효하게 회사를 대표하여 행위를 할 수 있고, 내부적 의사 결정과정에 지나지 않는 이사회 결의의 흠결이 있어도 그 효력에는 영향이 없으나, 악의의 상대방에 대해서는 회사는 신의칙 또는 권리남용의 법리에 의하여 일반악의의 항

148) 石山卓磨, 「現代會社法剛毅(第2版)」(成文堂, 2009), 213面; 日最判 昭和 60. 9. 22. 民集 19卷 6号, 1656面.

변으로써 당해행위의 무효를 주장할 수 있다고 보는 유력한 견해가 있다.<sup>149)</sup>

권한남용행위는 객관적으로는 대표이사의 권한 내의 행위이지만 주관적으로는 회사 이외의 자기 또는 제3자의 이익을 도모하려는 배신적 의도로 하는 행위이다. 법원은 이 행위의 효력에 대해서도 심리유보설의 입장을 취하고 있다. 통설은 일반약의 항변설이다.

## 다. 會社와 理事 사이의 訴訟

회사가 이사에 대하여 또는 이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에는 주주총회는 당해 소송에서 회사를 대표할 자를 정할 수 있다(일회 제353조). 경우에는 감사역이 회사를 대표한다(일회 제386조 제1항).

## 라. 表見代表理事

회사는 대표이사 이외의 이사에게 사장, 부사장 기타 회사를 대표할 권한을 갖는 것으로 인정되는 명칭을 부여한 경우, 당해이사가 한 행위에 대하여 회사는 선의의 제3자에게 책임을 진다(일회 제354조). 회사는 제3자가 선의인 한, 과실이 있는 경우에도 책임을 면하지 못하지만, 대표권 흠결을 알지 못한 것에 관하여 제3자에게 중대한 과실이 있는 때에는 악의의 경우와 동일시하여 회사는 그 책임을 면한다.<sup>150)</sup> 종래의 개정전 상법에서는 전무이사, 상무이사가 포함되어 있었으나 현행 회사법에서는 삭제되었다.

적용범위, 상업등기의 일반적 효력과의 관계, 적용요건 등은 한국과 같다. 다만 표현 대표이사는 당해 회사의 이사에게 적용되는 것이 예정된 것이지만, 일본의 판례는 회사의 사용인에 관해서도 유추적용하고 있다. 그리고 회사가 제3자에게 회사를 대표할 권한을 갖는 것으로 인정되는 명칭을 부여한 경우 본조를 유추적용 할 수는 없으나 명판대여책임을 인정하였다.<sup>151)</sup>

---

149) 鈴木竹雄·竹内昭夫, 「會社法(第3版)」(有斐閣, 1994), 288面; 石山卓磨, 214面.

150) 일본 최판 소52.10.14 민집 31권6호 825面.

151) 石山卓磨, 218面; 浦和地裁 坪城 11. 8. 16. 判決.

## 4. 執行役(執行任員)

### 가. 執行役의 選任과 解任

위원회설치회사는 1인 또는 2인 이상의 집행역을 두어야 하며(일회 제402조 제1항), 집행역은 이사회가 결의로써 선임한다(동조 제2항). 회사와의 관계는 위임에 관한 규정이 준용되고(동조 제3항), 이사의 결격사유는 집행역에게도 준용된다(동조 제4항). 회사는 집행역이 주주여야 한다는 뜻을 정관으로 정할 수 없으며(동조 제5항), 다만 이사를 겸할 수 있다(동조 제6항).

임기는 선임 후 1년 이내에 종료하는 사업연도 중 최종의 것에 관한 정기총회의 종결 후 최초로 소집되는 이사회가 종결 시까지이지만, 정관으로 그 임기를 단축할 수 있다(동조 제7항). 회사가 위원회 설치를 폐지하는 정관변경을 하게 되면 집행역의 임기는 이 변경의 효력이 발생한 때에 만료한다(동조 제8항).

집행역은 언제든지 이사회가 결의로써 해임할 수 있다(일회 제403조 제1항). 해임된 이사는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고 회사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으며(동조 제2항), 가위원회에 관한 회사법규정은 집행역에게 준용된다.

### 나. 執行役의 權限과 義務

#### (1) 집행역의 권한

집행역은 이사회가 결의로써 위임된(일회 제416조) 회사의 업무집행을 결정하고, 이를 집행한다(일회 제418조 제1호, 제2호).

#### (2) 집행역의 의무

집행역은 회사에 현저한 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때는 지체 없이 당해사실을 감사위원회에 보고하여야 한다(일회 제419조 제1항). 위원회설치회사의 경우에는 이사가 주주 또는 감사에게 보고해야 할 의무를 정하는 회사법 제357조는 적용되

지 않는다(일회 제419조 제3항). 집행역은 회사에 대하여 충실의무를 지며(일회 제419조 제2항, 제355조), 아래의 경우에는 이사회에 중요사실을 개시 하고 승인을 받아야 한다(일회 제419조 제2항, 제356조 제1항). 즉 a. 집행역이 자기 또는 제3자를 위하여 회사의 사업부류에 속하는 거래를 하려고 하는 때, b. 집행역이 자기 또는 제3자를 위하여 회사와 거래를 하려고 하는 때, c. 회사가 집행역의 채무를 보증하거나 기타 집행역 이외의 자와 사이에 회사와 당해 집행역과 이해가 상반하는 거래를 하려고 하는 때이다. 이러한 거래가 있는 후에는 지체 없이 당해 거래에 대하여 중요한 사실을 이사회에 보고하여야 한다(일회 제419조 제2항, 제365조 제1항).

위원회설치회사의 경우 이사회가 지정하는 집행역은 계산서류·연결계산서류를 작성하고 이사회에 승인을 받기 전에 감사위원회 및 회계감사인의 감사를 받아야 한다(일회 제436조 제2항 제2호). 양자로부터 적법의견이 있는 때에는 이사회에 승인결의와 주주총회에 보고하게 된다. 위법한 잉여금 배당에 관하여 집행역이 의안을 작성하고 이사회를 통하여 실시되는 경우에는 당해 행위에 관하여 직무를 행한 이사와 집행역은 회사에 대하여 연대하여 교부한 금액 등의 장부가격상당액의 지급의무를 진다(일회 제462조 제1항). 이것은 과실책임이다(동조 제2항).

### (3) 대표집행역 · 표현집행역

이사회는 집행역 가운데서 대표집행역을 선정하여야 하며 언제든지 해직할 수도 있다(일회 제420조 제1항, 제2항). 대표집행역은 회사의 업무에 관하여 재판상·재판외의 모든 행위를 할 권한을 가지며 이에 대한 제한은 선의의 제3자에 대하여 대항할 수 없다(일회 제420조 제3항, 제352조 제2항). 회사는 대표집행역 이외의 집행역에게 사장·부사장 기타 회사를 대표할 권한을 갖는 것으로 인정되는 명칭을 부여한 경우에는, 당해집행역이 행한 행위에 대하여 선의의 제3자에 대하여 책임을 진다(일회 제421조).

### (4) 집행역대행자 · 가집행역

가처분명령에 의하여 선임된 집행역대행자는 가처분명령에 별도의 정함이 있는 경우

를 제외하고 회사의 상무에 속하지 않는 행위를 하기 위하여 법원의 허가를 얻어야 한다(일회 제420조 제3항, 제352조 제1항). 이에 위반하여 한 행위는 무효이지만 회사는 이로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(일회 제420조 제3항, 제352조 제2항).

## 5. 理事會內 委員會

### 가. 制度導入의 趣旨

위원회 등 설치회사는 회사의 업무집행과 감독을 별개의 기관에 분장시켜 경영의 효율성과 건진성을 높이고자 하였다. 즉 업무집행기관은 대표집행역 및 집행역이고, 감독기관은 이사회이며 종래의 감사는 존재하지 않는다. 회사법은 회사의 규모에 관계없이 모든 주식회사가 선택할 수 있도록 하였다(일회 제326조).

### 나. 委員의 選定과 解職

위원회설치회사란 지명위원회, 감사위원회, 보수위원회를 설치하는 회사이다(일회 제2조 제12호). 각 위원회는 위원 3인 이상으로 조직하며(일회 제400조 제1항), 각 위원은 이사 중에서 이사회 결의로써 선정한다(동조 제3항). 감사위원은 회사 또는 그 자회사의 집행역, 업무집행이사 또는 자회사의 회계참여, 지배인 기타의 사용인을 겸할 수 없다(동조 제4항).

각 위원은 언제든지 이사회 결의로써 해직할 수 있다(일회 제401조 제1항). 각 위원회의 위원 수가 부족한 경우 임기만료 또는 사임으로 퇴임한 위원은 새로 선정된 위원이 취임할 때까지 위원으로서의 권리의무를 갖는다(동조 제2항). 이 경우 법원은 이해관계인의 신청에 의하여 필요한 경우 일시위원(가위원)을 선임할 수 있으며(동조 제3항), 그자의 보수액을 정할 수 있다(동조 제4항).



## 다. 各種委員會

### (1) 지명위원회

지명위원회는 주주총회에 제출할 이사(회계참여설치회사의 경우에는 이사, 회계참여)의 선임, 해임에 관한 의안의 내용을 결정한다(일회 제404조 제1항).

### (2) 감사위원회

#### 1) 직 무

감사위원회는 a. 집행역, 이사의 직무집행을 감사하고 감사보고서를 작성하며, b. 주주총회에 제출할 회계감사인의 선임·해임 및 재임하지 않은 것에 관한 의안의 결정을 한다(동조 제2항).

감사역에 의한 감사는 직접 회사의 업무·재산을 조사하지만, 감사위원회는 이사회가 정하는 내부감사나 통제부문을 통하여 감사한다. 따라서 상근감사역의 설치(일회 제390조 제3항)는 의무적인 것이 아니다. 또한 감사역은 독립제 기관이지만(일회 제381조), 감사위원회의 경우에는 결의에 따라 선임된 위원이 조사권한을 가지며 결의에 따라 보고징수 및 조사를 한다(동조 제4항). 조사의 범위에 관해서도 감사역의 경우는 업무집행의 적법성에 한정된다고 보는 것이 통설의 입장이지만, 감사위원회의 경우는 적법성뿐만 아니라 타당성까지 미친다고 보는 것이 통설이다.<sup>152)</sup> 감사위원은 이사로서 이사회에 출석할 수 있기 때문이다.

#### 2) 보고징수 및 조사권한

감사위원은 언제든지 집행역, 지배인 기타 사용인에 대하여 직무집행에 관한 사항의 보고를 요구하거나 회사의 업무 및 재산상황을 조사할 수 있다(일회 제405조 제1항). 그리고 필요한 경우에는 자회사에 대하여 사업의 보고를 요구하거나 필요한 경우에는 자회사의 업무 및 재산상황을 조사할 수 있다(동조 제2항). 자회사는 정당한 이유가 있

---

152) 江頭憲治郎, 前掲書, 514面; 前田庸, 「會社法入門(第11版)」(有斐閣, 2006), 539面; 石山卓磨, 前掲書, 268面.

는 경우에는 이 보고, 조사를 거절할 수 있다(동조 제3항). 감사위원은 위의 조사와 보고에 관하여 감사위원회의 결의가 있는 경우에는 이에 따른다(동조 제4항).

### 3) 이사회에 보고의무

감사위원은 집행역 또는 이사가 부정행위를 하거나 부정행위를 할 염려가 있다고 인정하는 때 또는 법령과 정관에 위반한 사실 또는 현저하게 부당한 사실이 있다고 인정하는 때에는 지체 없이 그 뜻을 이사회에 보고하여야 한다(일회 제406조).

### 4) 유지청구권

감사위원은 집행역 또는 이사가 회사의 목적범위 외의 행위 기타 법령·정관에 위반하는 행위를 하거나 이러한 행위를 할 염려가 있는 경우에, 당해행위로 인하여 회사에 현저한 손해가 발생할 염려가 있는 때에는 당해 집행역 또는 이사에 대하여 그 행위를 중지할 것을 청구할 수 있다(일회 제407조 제1항).

### 5) 회사와 이사·집행역과의 소송

회사가 집행역 또는 이사에 대하여, 집행역 또는 이사가 회사에 대하여 소송을 제기하는 경우에는 감사위원이 소송관련자인 경우에는 이사회가 정한 자가, 기타의 경우에는 감사위원회가 선정하는 감사위원이 회사를 대표할 수 있다(일회 제408조 제1항 제1호, 제2호).

집행역 또는 이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에는 감사위원에 대하여 한 소장의 송달은 당해 회사에 대하여 효력이 있다(동조 제2항). 그 외의 경우에는 감사위원이 회사를 대표한다(동조 제3항 제1호, 제2호).

## (3) 보수위원회

보수위원회는 집행역 등의 개인별 보수 등의 내용을 결정한다. 집행역이 회사의 지배인 기타의 사용인을 겸하고 있는 때는 당해 지배인 기타 사용인의 보수 등의 내용에 대하여도 결정한다(일회 제404조 제3항). 보수위원회는 집행역 등의 개인별 보수내용에 관한 방침을 결정하며(일회 제409조 제1항), 그 내용에 따라 보수 등의 내용을 결정한

다(동조 제2항). 보수위원회가 보수내용을 정하는 방법은 법정되어 있다(동조 제3항 제1호-제3호).

## 라. 委員會의 運營

### (1) 위원회 소집

위원회는 당해 위원회의 각 위원이 소집한다(일회 제410조). 위원은 회의일 1주간 전 까지 각 위원에 대하여 소집통지를 발송해야 하며(일회 제411조 제1항), 다만 전 위원의 동의가 있는 경우에 소집절차를 거치지 않고 개최할 수 있다(동조 제2항). 집행역은 위원회의 요구가 있는 경우에는 당해 위원회에 출석하여 위원회가 요구한 사항에 관하여 설명하여야 한다(동조 제3항).

### (2) 위원회 결의

위원회의 결의는 의결에 참가할 수 있는 과반수가 출석하고 그 과반수로써 한다(일회 제412조 제1항). 이 결의에 특별이해관계를 갖는 위원은 의결에 참가할 수 없다(동조 제2항). 위원회의 결의는 의사록을 작성하여야 하며(동조 제3항, 제4항), 의사록에 이의의 기재, 의사록의 작성·비치, 열람·등사 등에 관해서도 이사회와 같다(일회 제413조 제1항-제5항).

### (3) 보고의 생략

집행역·이사·회계참여 또는 회계감사인이 위원 전원에 대하여 위원회에 보고할 사항을 통지한 때는 당해사항을 위원회에 보고할 것이 요구되지 않는다(일회 제414조).

## 6. 社外理事

### 가. 社外理事의 導入

1970년대 이후 사외이사는 구미에서 기업통치의 중요한 역할을 담당하고 있었다. 그러나 일본은 상법에서 사외이사 설치가 의무화되어 있지 않은 이상 이를 다급히 도입할 필요가 없다고 생각하여 바로 도입하지는 않았다. 일본에서의 사외이사제도의 논의는 1993년에 버블붕괴를 전후하여 기업불상사가 연달아 발생하면서 미일구조협약에서 미국이 사외이사제도의 도입을 일본에게 요구하면서부터 시작되었다. 그러나 사외이사제도는 이사 간에 불필요한 대립의 형성 등 반대의견이 강해서 그 도입이 보류되었다.

그러던 중 2002년 상법이 개정되면서 선택적인 위원회설치회사제도가 새롭게 도입되고, 그 중 3개의 위원회의 경우에는 사외이사가 과반수를 차지하여야 한다고 규정하였다. 개정상법이 실시된 2003년 부터는 종래의 감사역제도를 폐지하고 위원회등설치회사제도를 채택하면서 사외이사제도가 시행되었다. 2005년의 일본 신회사법 제2조 제15호에서 사외이사에 대해 명문 규정을 함으로써 사외이사의 지위를 한층 더 높였다.<sup>153)</sup>

### 나. 2005年 日本會社法上の 社外理事

2005년 회사법은 사외이사에 대해 제2조 제15호에 “주식회사의 이사로서 당해 주식회사 또는 그 자회사의 업무집행이사 혹은 집행임원 또는 지배인 그 밖의 사용인이 아니고, 과거에 당해 주식회사 또는 그 자회사의 업무집행이사 혹은 집행임원 또는 지배인 그 밖의 사용인이 된 적이 없는 자를 말한다.”고 규정하였다. 회사법에서는 이사회설치회사에 있어서 중요한 재산의 처분 등에 대해 세 명 이상의 특별이사에 의한 결의가 가능하게 되는 요건으로서 이사 중 한 명 이상이 사외이사일 것이 필요하고(일회 제373조 제1항 제2호), 위원회설치회사에서는 각 위원회의 과반수는 사외이사여야 하며(일회 제400조 제3항), 사외이사의 책임한정계약<sup>154)</sup>에 대해서도 규정하고 있다.<sup>155)</sup>

153) 전규향, 前掲論文, 31-32面.

154) 책임한정계약이라 함은 주식회사의 사외이사, 회계, 사외감사, 회계감사인의 책임을 한정 하는

## 다. 社外理事의 現況

일본의 경우에는 기업지배구조가 이사회와 감사회로 구성되는 이원적 구조를 채택하고 있다. 종래 일본은 회사의 경영진에 대한 감독은 감사가 해왔다. 또 많은 상장회사가 감사회설치회사이기 때문에 반수이상의 사외감사로 되어 있지만 감사는 이사회에서 투표권한도 없고 이사의 선·해임권도 없었기 때문에 사외이사의 감독기능을 대체할 수 없었다. 현재 일본에서는 기업들의 위원회설치회사로의 이행 속도가 느려진 현실<sup>156)</sup> 때문에 감사회설치회사에 사외이사를 강제하는 등 사외이사의 역할에 대한 논의가 진행되고 있다. 하지만 사외이사를 많이 등용하고 있는 미국의 대형금융기관에서도 경영진의 폭주를 막을 수 없었던 것을 이유로 일본에서는 아직까지 사외이사를 도입할지의 여부를 각각 회사의 판단에 맡기고 있다.<sup>157)</sup>

---

계약을 말한다. 정관의 정함에 의해 이들이 선의로 중대한 과실이 없을 경우의 책임을 미리 정한 액수의 범위내로 할 수 있다(일회 제427조 제1항). 다만 최저책임한도액(보수 등의 2년분을 밑도는 액을 정하고 있어서 최저책임한도액이 우선되기 때문에 실질적으로 대부분의 경우는 최저책임한도액에 한도책임을 설정한다고 하는 계약이 된다.

155) 이효경, “일본 기업지배구조에 있어서 사외이사와 사외감사”, 「韓國財産法學會 學術大會資料集」(韓國財産法學會, 2010), 70-71面.

156) 도쿄증권거래소의 상장기업중 위원회설치회사는 약 2.3%밖에 되지 않고, 나머지 90%이상은 감사회설치회사이다.

157) 이효경, 前掲論文, 79面.

## 第4節 韓中日 比較

앞에서 한 중 일 3국 회사법상 주식회사의 업무집행기관에 대하여 구체적으로 살펴본 바 3국은 그 입법의 취지와 내용면에서 공통점과 차이점이 가지고 있었으며 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

### 1. 共同点

한 중 일 3국 회사법상 이사회에 대한 기본이념과 이사회 구성·임기, 이사회 권한 등에 관하여 그 내용이 유사하다. 그리고 이사의 선임에 있어서 모두 집중투표제를 허용하고 있으며 이사회 소집 및 결의방식, 이사회 회의록, 이사의 의무와 책임 등의 규정은 기본적인 내용 뿐만 아니라 성격상 거의 비슷하다. 또한 이사회와 관련하여 사외이사과 이사회내 위원회 등 제도에 대한 입법취지나 그 기능이 유사하다. 구체적인 내용은 상술하였다.

### 2. 差異点

#### 가. 業務執行機關

한 중 일 3국의 회사법상 주식회사의 업무집행기관은 서로 다르다. 중국과 일본(다만 위원회 설치회사는 제외함)은 주식회사의 업무집행기관을 이사회로 하고 있지만 한국(2011년 개정상법상 집행임원 설치회사는 제외함)은 이사회와 대표이사로 하고 있다. 결국 중국과 일본은 집행기능과 감독기능을 분리하는 二元制 이사회제도를 사용하고 있고 한국에서는 一元제도 二元제도 아닌 병립제도를 사용하고 있다.

#### 나. 理事會의 構成

한 중 일 3국은 이사의 원수에 대하여 규정이 다르다. 한국 상법상 이사는 3인 이상이어야 하지만 최대 수에 대해서는 제한이 없다. 다만 자본의 총액이 10억원 미만인

소규모 주식회사의 경우에는 1인 또는 2인으로 할 수 있다(한상 제383조 제1항). 일본 회사법은 회사에 1인 또는 2인 이상의 이사를 두어야 하지만(일회 제326조), 이사회설치회사에서는 3인 이상의 이사를 두도록(일회 제331조 제4항)한다. 이에 비하여 중국 회사법은 유한책임회사에 이사회를 설치할 경우 3명 내지 13명의 이사를 두어야 하고(중회 제45조), 주식회사의 경우에는 5명 내지 19명의 이사를 두어야 한다(중회 제109조)고 규정한다.

#### 다. 理事의 理事會 出席

이사는 직접 이사회에 출석하여야 이사의 회사에 대한 책임감을 강화할 수 있고 이사의 충실의무에 부합되는 것이다. 그리하여 한국과 일본은 이사의 대리출석을 허용하고 있지 않다. 이에 비하여 중국은 이사의 이사회의 대리출석을 허용하고 있다. 이는 회사법 제정당시 중국의 넓은 지역적 격차와 교통 및 통신수단이 발달하지 못한 이유를 고려한 것이겠지만, 과학이 고도로 발달한 현재의 상황에는 여러 가지 수단<sup>158)</sup>을 이용할 수 있어 한국과 일본 같이 대리출석을 허용하지 않는 것이 타당하다고 본다.

#### 라. 理事의 資格

중국과 일본의 회사법에서는 이사의 자격에 대하여 여러 가지 결격사유들을 규정하고 있고, 이에 해당하는 자는 이사가 될 수 없다. 그러나 한국 상법에서는 중국과 일본 처럼 이사에 대한 결격사유를 규정하고 있지 않고 이사에 대하여 특별한 규정을 두고 있지 않다. 한국 상법의 입법취지를 보면 이사는 자연인에 한한 것으로 볼 수 있다. 이사가 자연인이어야 하는 것은 이사회 운영 및 이사의 지위와 관련하여 합리적이라 할 것이다.

---

158) 여기에서 여러 가지 수단은 화상회의, 비행기, 철도 등을 예를 들 수 있다.

## 마. 理事의 義務

중국회사법은 이사에 대하여 선관의무와 충실의무를 부담할 것을 요구하고 있지만 한국과 일본 같이 보고의무와 감시의무에 대하여서는 규정하고 있지 않다. 그리고 한국과 일본회사법상에서는 이사의 경업금지, 이사와 회사간의 거래에서 승인권한이 있는 기관은 이사회이나, 중국회사법에서는 주주총회이다. 주주총회를 소집하려면 절차가 복잡하고 비교적 긴 시일이 소요되므로 회사의 경영효율성에 문제가 될 수 있으며 회사는 좋은 거래기회를 놓칠 수도 있다. 이에 승인권한은 한국과 일본처럼 이사회에서 행사하는 것이 주주총회에서 행사하는 것보다 더 합리적이라고 본다.

## 바. 理事의 會社에 대한 責任

중국의 회사법은 이사, 감사, 고급관리자가 회사의 직무를 집행할 때 법률, 행정법규 또는 회사정관의 규정을 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우에는 배상책임을 진다고 규정한다(중회 제150조). 당연히 상술한 충실의무와 선관의무 및 이를 구체화 한 각종의 의무를 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우에는 이사에게 배상책임을 지도록 명문으로 인정한 것이다.

그러나 한국과 일본의 경우 신주발행 시에 이사가 부담하는 자본충실책임에 대하여 중국의 회사법에는 명문규정이 없다. 중국회사법도 회사설립 시에는 자본충실을 위하여 주식대금이 완납된 후 법에 의하여 설립된 검증기구의 검증을 받도록 하고, 회사설립 후 발기인이 회사정관의 규정에 따른 출자금을 완납하지 않았을 경우 보충 납입하여야 하며, 다른 발기인은 이에 대하여 연대책임을 지도록 한다(중회 제90조, 제94조). 신주발행의 경우 이사의 자본충실책임은 회사 설립의 경우의 발기인의 자본충실책임에 관한 제94조의 유추적용이 가능할 것이라고 생각되지만, 입법의 불비라고 생각된다.

## 사. 理事의 第3者에 대한 責任

한국과 일본은 이사의 제3자에 대한 책임에 대하여 엄격하게 규정하고 있다. 한국은 이사의 제3자에 대한 책임을 상법 제401조에서 규정하고 있고, 일본은 상법 제266조에



서 규정하고 있다. 그러나 중국회사법에는 한국과 일본처럼 이사의 제3자에 대한 책임 규정이 없다. 그러므로 중국에서도 이사가 제3자에 대한 책임에 대하여 이사의 행위가 회사의 정관, 주주총회, 이사회결의를 위반하거나 이사가 직권을 남용하여 제3자에게 손해를 입혔을 경우에 그 이사는 회사와 함께 제3자에 대하여 연대하여 손해배상책임을 져야 한다. 이에 관하여 중국 회사법은 입법론으로 제3자를 보호하기 위하여 이사 또는 경리가 고의 또는 중대 과실로 인하여 제3자에게 손해를 입혔을 경우에 제3자에 대한 책임에 관하여 논의를 할 필요가 있다.

### 아. 代表理事와 理事長

한국과 일본의 주식회사의 대표이사와 중국의 주식회사의 이사장(이사장을 법정대표자로 정한 경우)은 모두 회사를 대표하고 회사의 업무를 집행하는 회사의 필요적 상설 기관이다. 그러나 한국과 일본의 주식회사에서는 이사 중 1인 또는 수인의 대표이사를 선임하여 각자 회사를 대표할 수 있게 하였지만 중국의 경우에는 이사장<sup>159)</sup>

1인만을 회사의 대표자로 선임할 수 있게 하였다. 다만 그 이사장이 직무를 수행할 수 없는 경우에는 부이사장이 그 직무를 수행하게 된다. 따라서 중국은 표현대표의 문제가 발생할 수 없다. 그러나 한국과 일본은 수인의 대표이사를 허용하고 있으므로 표현대표이사에 관한 규정을 두고 있다.

또한 한국과 일본의 대표이사는 그 권한이 비교적 광범위 하며 중국의 이사장과 경리의 지위를 함께 누린다고 볼 수 있다. 이에 비하여 중국의 이사장의 권한은 비교적 축소 되어 있다. 이는 경리가 회사의 일상 업무를 담당하는 것과 관련이 있겠지만 중국 회사법은 이사장의 권한남용을 해결하기 위하여 이사장의 권한을 개정하여 법정화한 데 있다고 할 것이다.

### 자. 社外理事와 理事會內 委員會制度

사외이사제도와 이사회내 위원회제도는 원래 영미법에서 채용한 제도이지만 근래에

---

159) 회사의 정관에 따라 집행이사, 경리가 법정대표로 되는 경우에는 집행이사, 경리가 회사의 법정 대표자로 된다(中國 會社法 第13條).

대륙법계의 국가들에서도 이 제도를 도입하고 있다. 한국과 일본에서는 이미 사외이사 제도와 이사회내 위원회제도를 도입하였다. 사외이사제도와 이사회내 위원회제도를 도입하는 것은 이사회내 독립성을 확보하고 효과적인 회사지배구조를 건립하는 입법과제를 해결하는 좋은 방법이라고 생각한다. 중국의 경우 사외이사제도와 이사회내 위원회 제도는 일부 상장회사에서만 이용 될 뿐이다. 따라서 중국 회사법에서도 사외이사제도와 이사회내 위원회제도에 관한 구체적인 규정들을 하여야 한다고 본다.

### 차. 執行任員制度

집행임원제도에 관하여 2005년에 개정된 중국회사법은 주식회사에서는 집행임원(經理)을 의무적으로 두도록 하고 있고(중회 제114조 제1문), 일본의 2005년 신회사법에서도 사외이사를 과반수로 한 위원회를 설치하는 위원회설치회사에서는 집행임원(執行役)을 의무적으로 두도록 하고 있다(일회 제402조 제1항). 그러나 한국의 2011년 개정 상법에서는 집행임원의 설치에 관하여 회사의 자율에 맡기었다. 따라서 한국 상법은 이미 대회사의 이사회에는 의무적으로 사외이사를 과반수 두도록 하여 이사회가 사외이사 중심으로 되어 업무집행기관에 대한 감독권을 충실히 행사하도록 하였고 또한 이러한 이사회내 위원회의 하나로서 감사위원회를 의무적으로 두도록 하여 업무집행에 대한 감사업무를 하도록 하였다면, 그에 상응하여 업무감독기관과는 별도의 업무집행 기관인 집행임원을 의무적으로 두도록 하여야 한다고 본다. 이 경우 대회사의 지배구조는 집행임원(업무집행기관)-사외이사 중심의 이사회(감독기관)-이사회내 위원회의 하나인 감사위원회(감사기관)가 되어, 실효성이 있고 국제기준에도 맞는 지배구조가 될 것이다.<sup>160)</sup>

### 카. 理事會 秘書制度

중국은 2005년 회사법 출현 전부터 상장회사에서 이사회 비서제도를 실시하여 왔으며 회사법에서도 명문으로 규정하고 있다. 그러나 한국과 일본의 회사법에는 이사회 비서에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이사회 비서제도는 주로 영미법계에서 많이 활용

160) 鄭燦亨, “주식회사법 개정제안”, 「先進商事法律研究」通卷 第49號(法務部 商事法務課, 2010), 14-15面.

하고 있는 제도로서 한국과 일본에서도 이사회的高效적인 업무의 처리를 위하여 이 제도를 도입할 필요가 있다고 본다. 비록 중국에서 이사회 비서제도를 도입하였지만 영미법계 국가처럼 필수적이거나 중요하지는 않다. 지금의 회사관리차원에서 검토하여 본다면 이사회 비서제도는 다음과 같은 몇 가지 문제점을 진일보 명확히 하여야 한다. 첫째, 이사회 비서와 주주총회, 비서와 이사회사이의 위임과 수임의 관계 및 그 관계에 대한 감사관계이고 둘째, 비서와 사외이사, 비서와 감사위원회간의 감사관계이고 셋째, 비서와 이사회간의 소속관계 및 상대적인 독립관계이고, 넷째, 비서와 증권감독관 리위원회 및 언론매체간의 관리이다.<sup>161)</sup>

---

161) 蒲俊丞, “董事會秘書法律地位比較分析”, 「安徽廣播電視大學學報」(安徽廣播電視大學, 2007), 22面.

## 第4章 株式會社 業務執行機關 대한 責任追窮과 責任免除・減免

### 第1節 序

현대의 세계 각국의 기업지배구조는 주주총회중심주의에서 이사회중심주의로 변화하고 있는 실정이다. 따라서 이사회역의 역할과 작용이 그만큼 중요하며, 그에 따른 업무집행기관의 책임도 형식적인 규정만으로는 부족하고, 책임을 추궁할 수 있는 방법들을 구체적으로 규정할 필요가 있다고 본다. 각국의 회사법은 업무집행기관의 책임 추궁방법으로 주로 주주의 대표소송과 위법행위유지청구를 규정하고 있다. 그러나 업무집행기관에 대한 책임을 지나치게 엄격하게 하면 업무집행기관의 경영활동을 위축시키는 결과를 초래할 가능성이 있을 뿐만 아니라, 유능한 경영진의 확보에도 적지 않은 어려움을 안겨줄 것이다. 따라서 정당한 사유가 있는 경우에는 업무집행자의 책임을 면제 또는 경감하여야 한다고 본다. 그리하여 각국은 업무집행기관의 책임 면제 또는 경감을 위하여 주주총회의 특별결의에 의한 면제, 정기주주총회에서 재무제표 등의 승인경과, 이의이사의 책임면제, 정관규정에 근거한 이사회결의에 의한 면제, 사외이사의 책임한정계약 등을 규정하고 있다.

이하에서는 한중일 3국의 회사법상 주식회사의 업무집행기관에 대한 책임추궁과 책임면제에 대하여 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

### 第2節 責任追窮

#### 1. 株主代表訴訟

주주대표소송은 민사소송중의 특수한 소송제도이며, 이는 회사의 소수주주 이익을

보호하기 위하여 만들어진 제도로서, 영국에서 기원하여 미국에서 발전되었다.

중국은 2005년 신회사법 제정을 기준으로, 신회사법이 제정되기 전에는 주주대표소송에 관한 성문법규정이 없어 주주대표소송이 거의 이용되지 못하였다. 다만 일부 공개한 판례에 의하면 주주대표소송은 일부 유한책임회사의 주주에 의한 회사의 이익 침해를 방지하기 위하여 사용될 뿐 이었다. 2005년 신 회법에서는 주주대표소송을 명문으로 규정함으로써 주주권의 보호문제가 크게 개선되었다. 그러나 주주대표소송에 대한 중요한 문제들을 구체적으로 규정하지 않아, 그 운영에서 많은 문제점들을 일으키고 있다. 또한 실제 대표소송에 있어서 주식회사의 지배주주가 그 권한을 남용하여 회사와 소수주주의 이익을 침해하는 현상이 보편적으로 나타나고 있다.<sup>162)</sup>

한국은 1962년 상법 제정 시부터 주주대표소송을 도입하였다. 처음에는 대표소송의 당사자요건을 “발행주식 총수의 100분의 5”로 정함으로써 대표소송이 제대로 이용되지 못하였다. 1998년에 와서 한국 상법은 본래의 “발행주식 총수의 100분의 5”를 “발행주식 총수의 100분의 1”로 완화함으로써 대표소송이 전보다 활발하게 이용되고 있는 실정이다.

일본의 주주대표소송은 1950년의 상법개정에서 도입하였다. 이는 이사회 권한을 확대하고 주주총회의 권한을 축소하는 등의 회사의 기관권한의 재분배와 함께 주주의 지위를 강화하기 위한 수단으로서 연합국사령부의 지도아래에서 신설되었다.<sup>163)</sup> 그러나 버블 붕괴까지 거의 제기되지 않았고 버블 붕괴 후 기업의 불상사가 계속 표면화 되었으므로, 이사의 경영책임추궁을 위하여 종종 사용 되었다. 특히 1993년에 대표소송의 비용을 크게 낮춘 이후 대표소송의 건수가 폭증하였는데, 주목할 것은 대표소송이 늘면서 대부분의 기업에서는 각종의 결정사안에 관해 기록을 강화하고 법률고문의 활용도를 높이고 경영판단이 신중해졌다는 분석이 있다.<sup>164)</sup>

---

162) 李小寧, 「公司法視角下的股東代表訴訟」(法律出版社, 2009, 247面).

163) 양지수, “株主의 代表訴訟에 관한 研究”, 延世大學校 碩士學位論文, 2000, 32面.

164) 李哲松, 前掲書, 665面.

## 가. 中國會社法上 代表訴訟

### (1) 주주대표소송의 의의

중국 회사법상 주주대표소송은 과생소송이라고도 하는데 주주는 회사의 이익을 위하여 회사가 소송을 태만히 하는 경우에 주주가 직접 법원에 제기하는 소송을 말한다. 중국 구회사법에는 주주대표소송에 관한 규정이 없었으며, 2005년 신회사법에서 새롭게 이 제도를 규정하였다(중회 제152조). 회사의 · 경영중에서 이사 · 감사 · 고급관리자가 근면의무와 충실의무를 위반하여 회사에 손해가 발생하였을 경우에 본래는 회사를 대표하는 자가 소송을 제기해야 할 것이나, 실제에 있어서는 그들의 내부관계상 이를 기대하기가 어렵다. 특히 대주주가 회사를 지배하는 경우에는 이사 · 감사 · 고급관리자는 모두 대주주의 지배하에 있으므로 이사 · 감사 · 고급관리자에게 회사의 효율적인 감독을 기대하는 것은 거의 불가능한 일이다. 그러므로 중국에서의 주주대표소송의 실익은 아주 크다.

### (2) 당사자

#### 1) 원 고

중국 회사법상 주주대표소송의 원고는 유한책임회사 또는 주식회사의 주주로서 연속 180일 이상 단독 또는 합계하여 회사의 100분의 1 이상의 주식을 보유한 주주이다(중회 제152조 제1항). 일본은 대표소송의 제소권자를 단독주주로 하지만 중국과 한국의 경우에는 소수주주로 제한하였다. 그러나 상장회사의 경우와 같이 자본의 규모가 크고 주주가 분산되어 있는 경우에는 발행주식 총수의 100분의 1 이상을 보유하기는 실제로 불가능하기 때문에 중국의 대규모 상장회사의 경우에 대표소송이 제 기능을 다하는 것을 기대할 수 없게 될 것이다.

#### 2) 피 고

중국에서 대표소송의 피고가 될 수 있는 자는 이사 및 고급관리자를 전제로 하고 있으며(중회 제152조), 감사도 피고가 될 수 있다고 본다(중회 제150조). 그리고 중국 회

사법 제152조는 타인이 회사의 합법적인 권익을 침해하여 회사에 손실을 야기한 경우에도 대표소송을 제기할 수 있도록 규정하였다. 따라서 대표소송이 이사, 감사, 고급관리자 외에도 적용되지만 타인이 누구를 의미하는지 그 범위가 명확하지 않다.

### (3) 제소 요건

회사의 이사, 감사, 고급관리자가 법률·행정법규 또는 회사정관을 위반하여 회사에 손해를 끼치면 유한책임회사의 주주, 주식회사의 주주로서 연속 180일 이상 단독 또는 합계하여 회사의 1% 이상의 주식을 보유한 주주는 서면으로 감사회(감사회를 두지 않는 유한책임회사의 경우는 감사)에게 인민법원에 소송을 제기하도록 청구할 수 있다. 감사에게 제150조 규정에 해당하는 상황이 발생한 경우에는 상기 주주는 서면으로 이사회(이사회를 두지 않는 유한책임회사의 경우에는 이사)에게 인민법원에 소송을 제기하도록 청구할 수 있다(중회 제152조 제1단).

감사 또는 감사회, 이사 또는 이사회가 주주의 서면청구를 접수한 후 소송을 거절하거나 청구를 접수한 날로부터 30일 내에 소송을 제기하지 않거나 또는 긴급한 상황이 발생하여 즉시 소송을 제기하지 않으면 회사의 이익에 돌이킬 수 없는 손실을 발생하게 되는 경우 전술한 주주는 회사의 이익을 위하여 자신의 명의로 직접 인민법원에 소송을 제기할 권한을 갖는다(동조 제2단).

타인이 회사의 합법적 권익을 침해하여 회사에 손실을 발생한 경우 전술한 주주는 인민법원에 소송을 제기할 수 있다(동조 제3단).

### (4) 소의 절차<sup>165)</sup>

#### 1) 전속관할

중국 회사법에는 주주대표소송의 전속관할에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 중국법의 실무에서는 법원의 사법의견을 따르고 있다. 즉 중국 상해시 고급법원의 사법의견<sup>166)</sup>은 “주주대표소송은 피고의 주소지 또는 회사 소재지의 법원의 관할에 속한

165) 조칭, “중국 회사법상의 대표소송제도의 개선방안에 관한 연구”, 仁荷大學校 碩士學位論文, 2010, 54-94면.

166) 「上海市高級人民法院關於審理股東代表訴訟糾紛案件的若干意見」(2007. 9.), 第1條.

다.”고 규정하고 있는 반면에, 산둥성 고급법원의 사법의견<sup>167)</sup>을 의하면 “주주대표소송은 회사조재지의 법원의 관할에 전속한다.”고 규정되어 있다. 또한 중국 학계에서도 한국, 일본과 같이 회사 소재지 법원의 전속관할을 주장하는 사람이 많다.<sup>168)</sup>

## 2) 담보제공

현행 중국회사법에서는 담보제도를 규정되어 있지 않은 상태이다. 회사법이 현행처럼 개정되기 전에 반포된 “회사분쟁 사건을 심리함에 있어서 약간 문제에 관한 규정”<sup>169)</sup>(의견을 청취하기 위한초고)은 그 제47조에서 “피고는 주주가 대표소송을 제기한 후 답변기간 내에 증거를 제출하여 원고의 악의를 증명하여 법원에 원고의 소송비용에 대한 담보제공 명령을 신청할 수 있고, 이 경우 법원은 이를 허가하여야 하며, 담보의 금액은 피고가 소송에 참가함으로써 발생할 수 있는 합리적인 비용에 상응하여야 한다.”고 규정하였다.

현재 上海市 고급법원의 사법의견<sup>170)</sup> 제4조는 “주주가 회사의이사, 감사 또는 고급관리자를 피고로 대표소송을 제기한 경우, 피고는 답변기한 내에 원고가 악의로 소송을 제기하였을 가능성이 있다는 것에 관하여 증거를 제출하여 법원에 원고에게 소송비용 담보를 명할 것을 신청할 수 있고, 법원은 허가하여야 하며 담보비용은 피고가 소송 참가함에 있어서 발생 가능한 합리적인 비용에 상응하여야 한다.”고 규정하고 있다.

중국 학계나 사법실무에서도 소송담보제도에 대하여 의견이 나뉘어 대립하고 있다. 즉 담보제도에 대하여 담보를 요구함으로써 남소를 방지할 수 있다고 주장하는 긍정설과 담보를 요구하면 소수주주의 소권이 억제될 것이라고 주장하는 부정설이 대립하고 있다.

## 3) 소송참가와 소송고지

중국 회사법에는 주주대표소송에 대한 소송참가와 소송고지에 관한 규정이 없다. 다만 중국에서 “회사분쟁 사건을 심리함에 있어서의 약간 문제에 관한 규정(초고)”<sup>171)</sup>과

167) 「山東省高級人民法院關於審理公司糾紛案件若干問題的意見」(試行)(魯高法發2007)3号, 第74條.

168) 趙繼明·吳高臣, 「中國律師辦案全程實錄-股東代表訴訟」(法律出版社, 2007), 30面.

169) 關於審理公司糾紛案件若干問題的規定(一)(徵求意見稿)第47條.

170) 「上海市高級人民法院關於審理股東代表訴訟糾紛案件的若干意見」(2007. 9.)

171) 關於審理公司糾紛案件若干問題的規定(一)(徵求意見稿), 第46條.



山東省과 上海市의 사법의견<sup>172)</sup>은 모두 예외 없이 대표소송이 제기된 경우에는 회사를 “제3자”로 보고 법원의 통지에 의하여 소송에 참가할 수 있도록 규정하였다.

#### 4) 재심의 소

중국 회사법에는 재심의 소에 관한 규정이 없다. 그러나 중국 민사소송법에서는 재심의 소에 관한 규정을 두고 있다. 즉 당사자가 재심의 소를 제기할 경우에는 판결을 한 법원의 상급법원에 신청하여야 한다(중국 민사소송법 제178조). 당사자의 재심은 확정판결 후 2년 내에 제기되어야 한다. 확정판결 후 2년이 지난 후에도 원판결의 근거가 된 법률문서가 취소되거나 변경된 경우 및 판사가 해당 사건을 심리하던 중 뇌물을 수수한 경우에는 그 사정을 안 날로부터 3월 내에 제기하여야 한다(중국 민사소송법 제184조).

그러나 일반적으로 민사소송법상의 재심의 제기요건을 보면 당사자가 아닌 회사 또는 주주는 재심을 제기하지 못하게 된다. 민사소송법상의 재심의 제기권자는 판결을 한 법원과 그의 상급법원 및 소송의 당사자(중국 민사소송법제177, 제178조)이기 때문이다. 그러나 다른 소송과 달리 주주대표소송의 판결의 효력은 회사와 전체 주주에게 미치기 때문에 판결의 효력을 받는 당사자로서의 주주에게 재심의 청구권을 부여하여야 한다.

#### 5) 판결의 효과

##### ① 판결의 효력

중국 회사법상 판결의 효력에 관한 규정이 없지만 上海市 고급법원의 사법의견 제7조와 山東省 고급법원의 사법의견 제78조는 모두 원고가 승소한 경우의 판결효과에 대하여 규정하고 있다. 즉 한국법의 규정과 같이 원고가 승소하면 소송결과는 회사에 귀속하고 원고는 소송으로 인하여 지출한 합리적인 비용을 회사에게 청구할 수 있다.

##### ② 소송비용부담

중국법상 대표소송의 소송비용에 관하여 특별한 규정이 없다. 사법실무에서는 보통

---

172) 「山東省高級人民法院關於審理公司糾紛案件若干問題的意見」(試行),魯高法發(2007)3号,第76條;「上海市高級人民法院關於審理股東代表訴訟糾紛案件的若干意見」(2007. 9.),第2條.

다른 재산상의 청구와 마찬가지로 소송청구금액(소송물 가액)을 기준으로 일정한 비율에 따라 소송비용을 수납한다. 따라서 경제력이 부족한 소수주주로서는 이렇게 막대한 소송비용을 감당할 수 없어 이사의 책임에 대하여 침묵할 가능성이 높다. 그러므로 한국과 일본의 입법경험을 거울삼아 소송비용을 적절히 감액해야 한다고 본다.

중국 학설을 보면 대표소송에 대하여 청구금액과 상관없이 법이 규정한 고정된 소송비용만을 지불하여야 한다는 견해가 통설이다.<sup>173)</sup>

## 나. 韓國商法上 代表訴訟

### (1) 주주대표소송의 의의

한국 상법상 주주의 대표소송이란 소수주주가 회사를 위하여 이사 등의 책임을 추궁하기 위하여 제기하는 소송을 말한다. 이사의 회사에 대한 책임의 추궁은 본래 감사나 감사위원회 등 회사를 대표하는 자가 수행해야 할 것이나, 실제에 있어서는 감사나 감사위원회와 이사 간의 내부관계상 이를 기대하기가 어렵다. 이사에 대한 책임추궁을 게을리 하면, 시효완성, 고의적 무자력화 등으로 인하여 회사와 주주의 이익을 보호할 수 없게 되므로, 회사를 대표하는 자가 이사에 대한 책임추궁을 게을리 할 경우 소수주주가 회사를 위하여 소를 제기할 수 있도록 한 것이다(한상 제403조). 중국의 경우는 한국과 마찬가지로 제소권자를 소수주주로 하였지만 일본은 단독주주로도 대표소송을 제기할 수 있도록 하였다. 한국과 중국은 주주들이 이를 남용하는 경우가 많으므로 이 제도를 도입하면서 제소권자를 소수주주로 제한하였다. 주주의 대표소송은 사후조치인 점에서, 사전조치인 유지청구권과 구별된다. 유지청구권에 대하여서는 다음절에서 설명하도록 하겠다.

### (2) 성 질

대표소송은 소수주주가 회사의 이익을 위하여 회사의 대표기관적 자격에서 소송을 수행하는 것이므로 「제3자의 소송담당」에 해당한다. 따라서 판결의 효력은 당연히 직

---

173) 趙繼明·吳高臣, 前掲書, 32面.

접 회사에 미치며(한국 민사소송법 제204조), 그 반사적 효과로서 다른 주주들도 대표 소송을 제기한 것과 같은 효력이 미친다. 소수주주의 이 권리는 공익권의 일종이다.<sup>174)</sup>

### (3) 당사자

#### 1) 원 고

소제거시에 비상장회사의 경우에 원고인 주주는 발행주식총수의 100분의 1 이상의 주식을 보유하여야 하고(한상 제403조 제1항), 상장회사의 경우에는 발행주식총수의 10,000분의 1 이상을 보유하여야 한다.(한상 제542조의6 제6항). 대표소송은 의결권의 유무에 상관없이 의결권 없는 주식을 보유한 주주라도 대표소송을 제기할 수 있다. 원고인 소수주주가 보유하여야 할 주식의 비율은 소의 제기 시에 구비하여야 하고, 제소 후 보유비율이 발행주식 총수의 100분의 1 미만으로 감소하더라도 제소의 효력에는 영향이 없다(한상 제403조 제5항).<sup>175)</sup> 이는 대표소송의 제기를 쉽게 하여 소수주주권을 강화함으로써 주주들의 효율적인 경영감시를 통하여 기업경영의 투명성을 보장하기 위하여 1998년 개정상법이 신설한 것이다.<sup>176)</sup>

#### 2) 피 고

대표소송의 피고는 이사 또는 이사이었던 자이며, 사외이사 및 실질상의 이사(한상 제401조의2)를 포함한다. 또한 이사가 아닌 업무집행지시자 등도 상법 제403조의

---

174) 鄭燦亨, 前掲書, 910面.

175) 鄭燦亨, 上掲書 912面(脚註1 參照) : 1998년 개정 전 상법상으로는 명문상 규정되어 있지는 않지만 대표소송의 원고는 소 제기 시부터 변론 종결 시까지 계속하여 주식을 소유하고 있어야 하는 것이 원칙이라고 해석되었다. 따라서 소송계속 중 원고인 주주가 주식의 일부 또는 전부를 양도한 경우에는 당사자적격이 없어서 소는 각하된다. 그런데 지분보유요건을 강요할 경우, 소송의 진행 중에 주식을 보유하고 있는 회사가 감자하는 경우에는 문제가 있다. 회사가 감자를 하는 경우, 주주가 반드시 주식을 처분하여야만 손해를 면할 수 있는 때가 있다. 그러나 주식을 처분하면 당사자적격을 갖추지 못하게 되어 소가 각하되므로, 제소한 주주는 진퇴양난에 빠지게 된다. 이에 1998년 개정상법은 제403조에 제5항을 신설하여, “소를 제기한 주주의 보류주식이 제소 후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우(발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제소의 효력에는 영향이 없다.”고 규정하였다. 따라서 1998년 개정법 아래서는 주식을 전혀 보유하지 아니 하는 경우에는 당사자적격이 없어서 소가 각하되겠지만, 1 주라도 보유하고 있으면 비록 100분의 1 미만이라도 상관없이 당사자적격을 유지한다.

176) 鄭燦亨, 上掲書, 912面.

적용에 있어서 이사로 보이게 되고 또한 이사와 연대하여 그 책임을 지므로 피고가 될 수 있다고 본다.<sup>177)</sup>

#### (4) 제소요건

대표소송은 소수주주가 직접 소를 제기하기전에 회사에 대하여 서면으로 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 회사에 대하여 청구하여야 한다(한상 제403조 제1항, 제2항). 주주가 소를 제기하였음에도 불구하고 회사가 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 않는 때에 비로소 주주가 회사를 위하여 직접 소를 제기할 수 있다(한상 제403조 제3항). 이사에 대한 책임추궁은 원래 회사의 권리이므로 회사가 그 행사를 게을리 할 경우에 한하여 대표소송이 인정되어야 할 것이기 때문이다.

그러나 회사가 소송에 참가한 때에는 예외이다. 30일이 경과하기 전이라도 기간이 경과함으로써 이사가 재산을 은닉하거나, 무자력하게 된다면, 회사의 채권이 시효에 걸린다면, 이사의 책임이 면제되어 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 때에는 예외적으로 주주는 즉시 소를 제기할 수 있다(한상 제403조 제5항).<sup>178)</sup>

#### (5) 소의 절차

##### 1) 전속관할

이사책임을 추궁하는 소는 본점소재지의 지방법원의 전속관할이다(한상 제 403조 제 7항, 제186조).

##### 2) 담보제공

소수주주가 악의로 대표소송을 제기하는 경우, 법원은 피고의 청구에 의하여 원고에게 상당한 담보를 제공하도록 명할 수 있다. 그러나 피고인 이사는 원고인 주주의 악의를 소명하여야 한다(한상 제403조 제7항, 제176조 제3항, 제4항). 이것은 대표소송의 남용을 방지하기 위함이다.

---

177) 鄭燦亨, 上揭書, 912面.

178) 崔基元, 前揭書, 990面.

### 3) 소송참가와 소송고지

소수주주가 대표소송을 제기한 경우에는 소송참가의 기회를 주기 위하여 지체 없이 회사에 대하여 소송고지를 하여야 한다((한상 제404조 제2항)). 따라서 주주가 이 소송고지를 하지 아니한 때에는 회사에 대하여 손해배상의 책임을 면하지 못한다.<sup>179)</sup> 회사는 판결이 확정되면 기관력이 생겨 그 이사의 회사에 대한 책임을 다시 추궁할 수 없게 되므로 소송참가를 할 수 있다(한상 제404조 제1항). 한국 상법이 회사만을 소송참가자로 한 것은 많은 주주의 소송참가는 부당하게 소송을 지연시키거나 법원의 부담을 무겁게 할 수 있기 때문이다. 회사의 주주대표소송의 참가의 법적 성격은 공동소송참가이다.<sup>180)</sup>

### 4) 재심의 소

소수주주가 대표소송을 제기한 경우에 원고와 피고가 공모하여 소송의 목적인 회사의 권리를 사해할 목적으로 판결을 하게 한 때에는 회사(소수주주가 원고인 경우) 또는 주주(회사가 원고인 경우이며, 여기에서의 주주는 소수주주에 한정되지 않음)는 확정된 중국판결(청구의 포기, 화해 포함)에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다(한상 제406조 제1항). 재심의 소는 회사의 이익이 원고와 피고의 공모로 인하여 발생하는 침해를 방지하기 위하여 둔 제도이다.

## (6) 판결의 효과

### 1) 판결의 효력

대표소송은 소주주주가 자신의 이름으로 회사를 위하여 하는 소송이므로 판결의 결과 승소이든, 패소이든 주주가 받는 판결의 효력은 당연히 회사에 미치게 된다(한국 민사소송법 제218조 제3항).

### 2) 소송비용부담

원고인 소수주주가 승소하면 소송비용은 패소한 이사가 부담하게 되지만(한국 민사

---

179) 李哲松, 前掲書, 668面;

180) 韓國 大法院 2002.3.15. 宣告 2000다9086 判決.

소송법 제98조), 패소한 이사가 이를 부담할 수 없는 경우 또는 원고가 변호사에게 지급할 보수와 같이 소송비용에 포함되지 않는 비용은 원고가 부담할 것이 아니라 재판에 의해 이익을 얻는 회사가 부담하는 것이 타당하다. 따라서 상법은 원고가 회사에 대하여 소송비용 및 그 밖에 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있고, 이 경우 소송비용을 지급한 회사는 이사 또는 감사에 대하여 구상권을 행사할 수 있도록 하였다(한상 제405조 제1항).

원고가 패소한 경우에는 악의가 없는 한 과실이 있다 하더라도 회사에 대하여 손해배상책임을 지지 아니한다(한상 제405조 제2항). 여기서 악의란 회사를 해할 것을 알고 부적당한 소송을 수행한 경우를 말한다. 주주가 패소를 두려워하여 대표소송을 제기할 사유가 있음에도 불구하고 이를 기피하는 것을 막기 위한 것이다.

## 다. 日本會社法上 代表訴訟

### (1) 의 의

2005년 일본 신회사법은 새롭게 규정한 내용을 제외하고, 기존 상법전에 규정하였던 주주대표소송에 관한 사항들을 그대로 유지하였다. 그러나 본래의 주주대표소송이란 이름은 그대로 사용하지 않고, 주주회사에서 책임을 추궁하는 등 소송(일회 제847-853조)중에 규정하였다. 또한 목적이 부당한 경우의 소 제기와 회사가 소 제기를 거절할 경우 서면으로 이를 통지하여야 한다는 규정을 새롭게 추가하였다.

일본 회사법상 주주의 대표소송은 개개의 주주가 스스로 회사를 위하여 발기인, 설립시 이사, 설립시 감사역, 임원, 청산인의 회사에 대한 책임을 추궁하는 소송이다. 그리고 주주의 권리행사에 관하여 위법한 이익공여를 받은 자의 회사에 대한 이익의 반환의무의 추궁(일회 제120조 제3항), 주식발행 시 이사와 통모하여 불공정한 가격으로 주식을 인수한 자에 대한 공정한 가액 또는 공정한 가액과의 차액을 회사에 지불할 의무를 추궁(일회 제212조 제1항), 불공정한 납입금액으로 신주예약권을 인수한 자에 대한 공정한 가액 또는 공정한 가액과의 차액을 회사에 지불할 의무를 추궁(일회 제285조 제1항)할 경우에도 제기할 수 있다.

## (2) 당사자

### 1) 원 고

제소권을 갖는 원고 주주는 공개회사의 경우는 주주명부상 6월(정관으로 단축가능) 전부터 계속하여 1주 이상 (단원주 도입회사는 정관으로 정하는 1단월 이상)의 주식을 갖는 주주이다(일회 제847조 1항). 비공개회사의 경우에는 1주 이상의 주식을 갖는 주주이면 제소권을 갖는다(동조 2항).

### 2) 피 고

일본 회사법에서 규정하고 있는 주주대표소송의 피고는 발기인, 설립시 이사, 설립시 감사, 회사의 책임자<sup>181)</sup>, 청산인, 주주권을 행사함으로써 회사가 제공하는 재산상의 이익을 받은 주주, 불공정한 가격으로 주식을 인수한 자거나 신주예약권자이다(일회 제847조 제1항).

## (3) 제소 요건

주주대표소송은 주주가 제소권자에 대하여 소의 제기를 서면 기타 법무성령으로 정한 방법으로 청구하여야 한다. 그럼에도 불구하고 제소권자가 60일이 경과하도록 제소하지 않은 경우, 제소권자가 제소하지 않는다는 뜻을 통지해온 경우, 제소를 기다리면 회복할 수 없는 손해가 생길 경우 등에 제기할 수 있다(일회 제847조 3항-5항). 주주 또는 회사는 공동소송인으로서 또는 당사자 일방을 보조하기 위하여 소송에 참가할 수 있으나, 부당하게 소송절차를 지연시키거나 법원에 과도한 사무부담을 미칠 경우에는 인정되지 않는다(일회 제849조).

또 일본 회사법은 원고 주주의 주관요구에 대한 규정에서 주주가 대표소송을 제기한 목적이 그 주주 혹은 제3자의 부당한 이익을 위하여 제기되거나, 또는 회사에 손해를 끼칠 것을 목적으로 하는 주주대표소송은 제기 할 수 없다고 규정하고 있다.(일회 제847조 제1항).

---

181) 일본 회사법상 회사의 책임자는 이사, 회계참여, 감사, 집행임원, 회계감사인을 의미한다.

#### (4) 소의 절차

##### 1) 전속관할

이사책임 등을 추궁하는 소는 주식회사의 본점소재의 지방법원의 전속관할이다(일회 제848조).

##### 2) 담보제공

일본 회사법은 대표소송의 남용을 방지하기 위하여 법원은 피고의 신청에 의하여 소를 제기한 주주 혹은 설립시 주주에게 담보를 제공할 것을 명령할 수 있다(일회 제836조 제1항). 그러나 주주의 신분이면서 동시에 이사, 감사, 집행관, 청산인일 경우, 또는 설립시 주주이면서 동시에 설립시 이사 혹은 설립시 감사일 경우에는 대표소송을 남용할 가능성이 희박하기 때문에 담보제공자에서 제외 된다(일회 제836조 제1항 단서). 또한 피고는 원고 주주에게 소정의 담보를 제공할 것을 요구하는 경우에 반드시 원고의 소송이 악의임을 증명하여야 한다(일회 제836조 제13항). 원고 주주가 악의 또는 중대한 과실로 패소할 경우, 원고 주주는 설립시 회사에 대하여 손해배상책임을 진다(일회 제846조).

##### 3) 소송참가와 소송고지

일본 회사법은 회사의 권리를 사해할 목적으로 원과와 피고가 공모하여 소송을 제기하는 경우에 주주가 패소하더라도 그 효력은 회사에 미치므로, 기타 주주는 소의 기판력에 의하여 다시 소송을 제기할 수 없게 되는 경우를 고려하여 소송참가제도와 소송고지제도를 규정하였다. 즉, 주주가 대표소송을 제기한 경우에 지체 없이 회사에 대하여 소송고지를 하여야 한다. 이때 소송고지를 받은 회사는 주주의 소송참가의 기회를 보장하기 위하여 지체없이 그 결정을 공고 하거나 주주에게 통지하여야 한다(일회 제849조 제3항, 제4항). 일본 회사법상 소송참가는 한국, 중국과 다르게 회사와 주주(원고 주주가 아닌 기타 주주)가 원고인 주주와 함께 공동으로 소송참가를 할 수 있게 하였다. 즉 주주 또는 회사는 공동소송인으로서 또는 당사자 일방을 보조하기 위하여 소송에 참가할 수 있으나, 부당하게 소송절차를 지연시키거나 법원에 과대한 사무부담을 미칠 경우에는 인정되지 않는다(일회 제849조). 이는 재판의 신속성과 경제적인 소송을



위하여 제정된 규정이라 할 수 있겠다.

#### 4) 재심의 소

일본 회사법에서도 주주가 대표소송을 제기할 경우에 원고와 피고가 공모하여 회사의 이익을 손해할 목적으로 판결을 하게 한 때에는 회사 또는 주주가 확정된 중국판결에 대하여 불복하는 경우에 재심의 소를 제기할 수 있다(일회 제853조). 재심의 소를 통하여 주주와 회사는 직접 소송에 참가하지 않더라도 회사의 이익을 사해하는 판결을 수정할 수 있는 기회를 가지게 된다.

### (5) 판결의 효과

#### 1) 판결의 효력

주주대표소송중의 제소 주주는 회사를 위하여 소를 제기하며, 소송에 참가하는 것도 역시 회사의 이익을 위한 것이다. 그러므로 원고가 승소하여 회사에 이익이 발생할 때에는 회사는 주주가 소 제기, 소송참가, 소송을 위하여 지불한 기타 비용 등은 적당한 범위내에서 원고 주주에게 보상하여야 한다. 따라서 일본 회사법상 주주대표소송의 판결의 결과 승소이든, 패소이든 주주가 받는 판결의 효력은 당연히 회사에 미친다(일회 제852조).

#### 2) 소송비용부담

소송비용부담에 대하여 일본 회사법은 원고가 승소하는 경우와 패소하는 경우를 나누어서 규정하였다. 즉, 주주가 승소하는 경우(일부 승소를 포함)에 소 제기로 인하여 지출한 비용(소송비용제외)<sup>182)</sup>에 대하여 주주는 소송비용범위내에서 회사에 대하여 청구할 수 있다. 주주가 패소하는 경우에 악의를 제외하고, 주주는 패소로 인하여 발생한 회사의 손해에 대하여 배상할 책임을 부담하지 않는다(일회 제852조).

---

182) 여기에서 소송비용을 제외 한다는 것은 원고 주주가 승소한 경우에 패소한 피고가 소송 비용을 부담하기 때문이다. 따라서 승소한 주주가 회사에 대하여 청구하는 비용은 소송비용 이외의 비용이다.

## 2. 違法行爲留止請求權

### 가. 中國會社法上 관련 規定

중국 신회사법에서는 위법행위 청구권에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 2005년 회사법 개정전, 구회사법 제111조의 규정에 의하면 주주총회, 이사회 결의가 법률이나 행정법규를 위반하거나 주주의 이익을 침해하는 경우에 주주는 법원에 대하여 그 위법행위에 대한 정지의 소를 제기할 수 있었다. 그러나 2005년 신회사법에서는 이 조문을 삭제하고 대신 주주에게 하자가 있는 주주총회와 이사회 결의에 대하여 무효확인과 취소를 청구할 수 있는 권한을 부여하였다(중회 제22조). 하지만 신회사법에서 신설한 무효확인과 취소의 청구는 사후조치로써 구회사법에서 규정하고 있는 사전 조치로서 주주의 위법행위 정지청구권과는 달리 이사가 악의로 주주총회의 정상적 개최를 방해하는 경우와 같은 때에는 주주는 증거의 불존재로 구제를 얻지 못한다. 그러므로 한국과 일본에서 규정하고 있는 위법행위유지청구권을 중국 실정에 맞게 다시 도입할 필요가 있다고 본다.

### 나. 韓國商法上 規定

#### (1) 의 의

주주의 위법행위유지청구권이란 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 때에는 회사에 대하여 손해배상책임을 부담하지만, 이러한 사후적인 조치를 기다리지 않고 위반행위의 발생을 미리 방지하기 위한 조치를 말한다(한상 제402조). 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사(감사위원회를 두는 경우에는 감사위원회) 또는 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다(한상 제402조). 이는 소수주주의 이익을 보호하기 위한 제도이기도 하다. 한국 2011년 개정상법에서는 이러한 이사의 위법행위에 대한 유지청구권은 집행임원의 경우에도 준용된다고 하였다(한상 제408조9, 제402조).

## (2) 유지청구권자

한국 상법에 의하면 감사(감사위원회) 또는 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이사·집행임원의 위반행위에 대하여 유지청구를 할 수 있다. 상장법인의 경우에는 6개월 이상 계속하여 발행주식의 10만분의 50을 보유한 자가 유지청구를 할 수 있다. 다만 자본금이 1000억원 이상인 경우에는 6개월 이상 계속하여 발행주식의 10만분의 25를 보유한 자가 유지청구를 할 수 있다(한상 제542조6 제5항).

## (3) 유지청구절차

이사·집행임원에 대한 유지청구는 이사·집행임원이 위반행위를 하기 전에 행사하여야 하고, 그 행사는 소로서도 할 수 있고, 이사·집행임원에 대한 의사표시로서도 할 수 있다. 소에 의하여 하는 경우에는 이 소를 본안으로 하여 가처분으로 이사·집행임원의 행위를 중지시킬 수 있다(한국 민사집행법 제300조 제2항). 의사표시에 의하여 하는 경우에 이사·집행임원은 그 의사표시를 자신의 판단에 의하여 거절할 수도 있다. 다만 이사·집행임원은 그 의사표시의 제기로 인하여 그 행위에 대한 주의의무를 진다고 보아야 할 것이다.

## (4) 유지청구의 효과

감사(감사위원회) 또는 소수주주가 이사·집행임원에 대하여 유지청구를 하면 그 이사·집행임원은 그 행위를 중지하여야 한다. 그러나 이사·집행임원은 자신의 판단에 의하여 그 유지청구를 거절할 수도 있다. 다만 이사·집행임원의 의사표시에 대한 거절행위에도 불구하고 이사·집행임원의 행위가 법령 또는 정관에 위반한 경우에는 이사·집행임원은 그 행위로 인해 회사에 발생한 손해에 대하여 상법 제399조에 의하여 책임을 져야 한다.

## 다. 日本會社法上 規定

### (1) 의의

일본은 1950년대에 상법개정시 이사회 의 권리를 억제하기 위하여 미국의 금지령(Injunction)을 모방하여 주주의 위법행위 유지청구제도를 신설하였다. 일본 회사법상 위법행위청구권이란 이사, 집행역이 목적범위 외의 행위나 법령·정관위반행위를 하려고 하는데, 본래 유지청구권을 갖는 회사자신이 유지를 해태하는 경우, 계속하여 6개월 이상 주식을 소유한 주주 또는 감사나 감사위원회는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 정지하도록 청구하는 권리이다(일회 제422조).

### (2) 종 류

일본 회사법상 이사, 집행역에 대한 위법행위 유지청구권은 주주에 의한 위법행위 유지청구권과(일회 제360조, 제442조) 감사역·감사위원회에 의한 위법행위 유지청구권으로 나누어 볼수 있는데 한국과 그 요건을 다르게 규정하였다. 즉 감사역 또는 감사위원회의 경우는 주주에 의한 경우와 달리 남용의 우려가 적으므로, 유지청구의 요건으로서 회복할 수 없는 손해보다 완화하여 현저한 손해로 규정하고 있다.

#### 1) 주주의 위법행위 유지청구권

이사, 집행역이 목적범위 외의 행위나 법령·정관위반행위를 하려고 하는데, 본래 유지청구권을 갖는 회사자신이 유지를 해태하는 경우, 개개의 주주가 스스로 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 정지하도록 청구하는 권리이다. 주주의 위법행위유지청구권의 제소권을 갖는 주주는, 공개회사의 경우는 주주명부상으로 제소의 6월 전부터 계속하여 1주 이상의 주식을 가지고 있는 주주이고, 공개회사가 아닌 회사에서는 단순히 1주 이상을 갖는 주주이다(일회 제360조 제1항, 제422조).

유지청구의 대상이 되는 행위는, 회사의 목적범위 내에 있지 않은 행위, 기타 완전히 법령 또는 정관에 위반한 이사·집행역의 행위가 대상이 되지만, 이와 같은 행위가 있으면 항상 유지가 가능한 것이 아니고, 그 행위의 결과 현저한 손해를 초래하는 경

우에 한정된다(일회 제360조 3항). 감사역 설치회사, 위원회설치회사에 있어서는 감사역 등의 위법행위유지청구권이 있기 때문에 회사에 회복할 수 없는 손해를 초래할 염려가 있는 경우에 한정된다. 또한 유지라는 것은 위법행위가 행해지지 않는 경우에 되어야 하는 것이다. 그 행위는 반드시 소에 의할 필요는 없고 주주가 위법행위를 하려고 하는 이사나 집행역에 대하여 그 행위를 정지할 것을 재판 외에서 청구할 수 있다. 재판에 의할 때는 주주는 그 이사, 집행역을 피고로 하여 회사를 위하여 유지의 소를 제기하고 그 소에 의거하는 가처분으로써 그 행위를 유지시킬 수 있다. 그 판결의 효력은 당연히 회사에 미친다.

## 2) 감사역·감사위원의 유지청구권

이사나 집행역이 목적범위 외의 행위나, 법령·정관위반행위를 하거나 그에 의하여 감사역 설치회사에 현저한 손해가 발생할 염려가 있는 경우에는 감사역은 이사에 대하여 그 행위를 중지할 것을 청구할 수 있다(일회 제385조 제1항). 주주의 유지청구권은 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있는 경우이나 감사역의 경우에는 현저한 손해가 발생할 염려가 있는 경우로서 문언상 그 대상이 확대되고 있다. 그리고 주주의 유지청구권의 가처분의 때에는 보증을 세울 것인가 법원이 판단하지만 감사의 경우에는 보증을 요구하지 않는다(동조 제2항). 또한 공개회사가 아닌 주식회사의 경우 정관으로 그 직무를 회계감사에 한정시키고 있는 감사역은 그 권한을 갖지 않는다(일회 제389조 제1항).

위원회 설치회사의 경우에는 감사위원이 집행역 또는 이사가 위의 감사의 경우와 같이 유지청구권을 행사할 수 있다(일회 제407조 제1항). 가처분 청구의 경우에도 감사의 경우와 같이 담보를 요구하지 않는다(동조 제2항).

## 第3節 責任免除와 減免

### 1. 中國會社法上 規定

중국 회사법의 규정에 의하면 이사는 이사회결의에 대하여 책임을 진다. 즉, 이사회결의가 법률, 행정법규 또는 회사정관, 주주총회결의를 위반하여 회사에 대하여 중대한 손실을 발생하였을 경우에 결의에 참여한 이사는 회사에 대하여 손해배상책임을 진다. 그러나 의결시에 주주총회결의에 대하여 이의를 제기하였고 회의록에 그 사실이 기재되어 있다는 것이 증명될 경우에 해당 이사는 그 책임이 면제 될 수 있다(중회 제113조 제3항). 이 규정외에는 한국과 일본과 같이 총주주의 동의로서의 면제는 규정되어 있지 않고 있다.

중국도 최근에 와서 회사의 내부권력이 고도로 집중되고 책임불분하는 현상이 많이 나타나고 있다. 학계에서도 회사 지배구조개선에 관하여 회사의 경영자의 책임을 진일보 강화하여야 한다는 주장들이 늘어나고 있는 실정이다. 그러나 이처럼 이사의 책임을 강화하고 이에 따른 책임추궁방법도 모색하여야 하겠지만 동시에 이사의 책임에 대하여서도 적당한 보호조치를 마련하여 이사의 책임을 감면하는 방법도 같이 연구하여야 할 것이다. 중국 2005년 신회사법에서 이에 관한 내용들을 규정 하지 않았지만 한국과 일본의 성숙된 경험을 거울로 삼아, 중국 실정에 알맞은 제도를 도입하여야 할 것이다.

### 2. 韓國商法上 規定

#### 가. 總株主의 同意

한국 상법 제400조의 규정에 의하면 이사의 회사에 대한 손해배상책임은 총주주의 동의로 면제할 수 있다. 즉, 이사의 회사에 대한 손해배상책임은 무의결권주주를 포함한 총주주의 명시적, 적극적 동의로 면제할 수 있다.<sup>183)</sup> 여기서 총주주의 동의는 개별적, 묵시적 의사표시로 할 수도 있으며, 실질적으로 전부의 주식이 주주 1인에게 귀속

183) 韓國 大法院 2002.6.14. 宣告 2002다11441 判決.

된 경우라도 사실상 1인 주주가 한 동의도 총주주의 동의로 볼 수 있다.<sup>184)</sup> 따라서 이사의 이러한 책임면제는 1주의 주주라도 반대하면 불가능하므로 소규모 가족회사를 제외하고 주주의 수가 많은 대규모 회사의 경우에는 실질적으로 면제를 인정하지 않는 것과 다름이 없다.<sup>185)</sup>

그러나 총주주의 동의로 면제되는 이사의 손해배상책임은 상법 제399의 책임에 국한되는 것이지만 불법행위로 인한 책임까지 면제되는 것은 아니다. 따라서 상법 제399조에 의거한 소의 제기는 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효 중단의 효력이 없다.<sup>186)</sup> 그러므로 사실상의 1인 주주의 회사에 대한 불법행위책임은 상법 제399조에서 제외되는 것이다.<sup>187)</sup> 한편 이사의 자본충실책임은 회사채권자의 보호를 위해 총주주의 동의가 있어도 면제할 수 없다고 본다.

한국 2011년 개정상법은 회사의 책임감면에 관한 규정은 집행임원에게도 준용하도록 규정하고 있다(한상 제408조의9). 그러므로 이사회에 의해 선임되는 집행임원도 이사와 마찬가지로 회사에 대한 손해배상책임을 총주주의 동의로써 면제 할 수 있다. 하지만 집행임원의 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 경업금지의무를 위반한 경우, 자기거래에 해당하는 경우에는 책임감면이 적용되지 않는다는 점을 감안한다면, 집행임원에 대한 책임감면의 결정은 이사의 경우보다는 완화하는 방안을 논의할 필요가 있는 것으로 보여 진다.<sup>188)</sup>

## 나. 定期株主總會에서 財務諸表 등의 承認 經過

정기주주총회에서 재무제표 등의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 이사의 부정행위를 제외하고 회사는 그 이사의 책임을 해제한 것으로 본다(한상 제450조). 여기서 '2년 내에 다른 결의'란 반드시 주주총회만이 아니라 이사회결의나 회사의 제소행위 등을 의미하고, '부정행위'란 반드시 악의의 가해행위뿐만 아니라 불법행위 이외에 이사의 권한 내의 행위라 할지라도 당해 사정하에서 이를 행함이 정당시될 수 없는 모

184) 韓國 大法院 2002.6.14. 宣告 2002다11441 判決.

185) 鄭燦亨, 前掲 商法講義, 897面.

186) 韓國 大法院 2002. 6. 14. 宣告 2002다11441 判決.

187) 韓國 大法院 1996 4. 9. 宣告 95 다 56316 判決.

188) 金秉紀, "執行任員의 責任과 制限에 관한 研究", 「企業法研究」第23卷 第1號(韓國企業法學會, 2009), 203面

든 경우를 의미한다.<sup>189)</sup> 이 제도는 이사와 감사의 책임이 총주주의 동의로만 면제될 수 있도록 규정하고 제400조와 제415조에 대한 중대한 예외이다. 한국 상법이 이사와 감사에게 이렇게 중대한 예외를 둔 것은 이사와 감사의 책임의 존부에 관한 불안정한 상태를 신속히 종결지어 줌으로써 이사가 회사경영에 전념할 수 있도록 하기 위한 규정이라 볼 수 있다.<sup>190)</sup> 이 규정은 동시에 개정상법상의 집행임원에게도 적용된다(한상 제408조의9).

### 다. 異議理事의 責任免除

이사는 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 이사의 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사회 회사와 함께 연대하여 손해배상 책임을 진다. 그러나 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 있는 자는 손해배상 책임을 면제할 수 있다(한상 제399조 제1항·제2항·3항).

### 라. 2011년 韓國 改正商法上의 理事의 責任減免

이사의 회사에 대한 책임의 면제는 위에서 설명한 내용을 제외하고는 책임감면 규정이 상법에는 없었다. 그러나 2011년 한국 개정상법에서는 세계 각국의 회사 지배구조 개선의 근대화 발전에 맞추어 또 하나의 중대한 내용을 개정하였다. 즉, 「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 제397조의2 및 제398조에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다」고 규정하였다.(한상 제400조 제2항).

개정상법상 집행임원의 회사에 대한 책임도 위 규정을 준용 한다(한상 제408조의8 제1항).

---

189) 鄭燦亨, 前掲 商法講義 898面.

190) 李哲松, 前掲書, 779面.



### 3. 日本會社法上 規定

#### 가. 株主總會의 特別決議에 의한 免除

임원의 임무해태책임은 광범위한 책임임에도 불구하고, 총주주의 동의가 없으면 면제할 수 없다(일회 제424조). 그래서 회사법은 별도의 일부면제에 관한 규정을 두고 있다. 즉, 당해 임원이 선의이고 중대한 과실이 없는 때는, 배상책임을 질 총액에서 후술하는 최저책임한도액을 공제한 액을 한도로 하여, 주주총회결의로써 면제할 수 있다(일회 제425조 제1항). 면제를 결의하는 주주총회에서 이사는 ① 책임원인 사실 및 배상책임액, ② 면제 가능한 액의 한도 및 산정근거, ③ 면제이유 및 면제 액을 제시하여야 한다(동조 제2항). 그리고 감사설치회사, 위원회설치회사의 경우에는 책임면제의안을 주주총회에 제출할 때는 각 감사 및 각 감사위원의 동의를 얻어야 한다(동조 제3항).

최저책임한도액은 당해임원이 재직 중에 회사로부터 직무집행의 대가로서 받은 또는 받을 재산상의 이익 1년간의 액에 상당하는 액으로서 법무성령으로 정하는 액에 임원에 따라 정해진 액에 다음 수를 곱한 금액이다. 즉, 대표이사나 대표집행역은 6을, 대표권 없는 사내이사나 집행역은 4를, 사외이사, 회계참여, 감사, 회계감사인인 경우는 2를 곱하여 얻은 금액이다(일회 제425조 제1항 제1호). 이것에다 당해임원이 신주예약권을 금전납입을 요하지 않고 특별히 유리한 가격으로 인수한 경우 법무성이 정하는 방법으로 그 이익에 상당하는 액을 더한 액으로 한다(동항 제2호).

그리고 회사가 당해결의 후에 일부면제를 받은 임원 등에게 퇴직위로금 기타 법무성령이 정하는 재산상의 이익을 부여한 때는 주주총회의 승인을 받아야 한다. 면제결의 후에 당해임원이 신주예약권을 행사하거나 양도하는 경우에도 같다(동조 제4항). 따라서 이 결의가 있으면, 당해임원이 신주예약권증서를 소지하는 경우 지체 없이 회사에 예탁하여야 한다. 주주총회의 양도승인 후에만 예탁한 증서의 반환을 요구할 수 있다(동조 제5항).

## 나. 定款規正에 根據한 理事會決議에 의한 免除

이사가 2인 이상인 감사설치회사 또는 이사회설치회사는 임무해태책임에 대하여 당해임원 등이 선의이고 중대한 과실이 없는 경우에 책임의 원인이 된 사실내용, 당해임원 등이 직무의 집행상황 기타의 사정을 감안하여 특히 필요하다고 인정하는 때는 회사법 제425조 1항의 규정에 의한 최저책임 한도액을 한도로 하여 이사(책임이사 제외)의 과반수 동의, 이사회설치회사의 경우는 이사회 결의로써 면제할 수 있다는 뜻을 정관에 정할 수 있다(일회 제426조 제1항).

감사위원이 아닌 이사 및 집행역의 책임을 면제하는 정관변경을 할 경우, 의안을 감사설치회사의 경우에는 각 감사에게, 위원회설치회사의 경우에는 각 감사위원의 동의를 받아야 한다(동조 제2항). 실제로 정관규정에 의하여 임원의 책임을 면제할 경우에는, 이사회비설치회사의 경우에는 이사의 과반수 동의, 이사회설치회사는 이사회결의가 행하여진 때, 이사는 지체 없이 그 내용과 이의가 있는 경우 이의를 제출할 것을 공고 또는 주주에게 통지하여야 한다(동조 제6항). 총주주의 의결권의 100분의 3 이상의 주주가 기간 내에 이의를 제출한 경우에는 면제할 수 없다(동조 제5항).

## 다. 社外理事의 責任限定契約

회사는 이상의 사외이사 등의 임무해태에 의한 손해배상책임에 대하여, 이들이 직무를 행함에 있어 선의이고 중과실이 없는 때는(입증책임은 사외이사 등이 부담함), 정관에서 정한 액의 범위 내에서 미리 회사가 정한 액과 최저책임한도액과의 높은 금액을 한도로 한다는 뜻의 계약(책임한정계약)을 사외이사 등과 체결할 수 있다는 규정을 정관에 둘 수 있다(일회 제427조 제1항). 이 내용의 정관변경을 할 경우에는 감사설치회사는 각 감사, 위원회설치회사는 각 감사위원의 동의를 얻어야 한다(동조 제3항).

회사가 실제로 당해계약의 상대방인 사외이사 등의 임무해태에 의하여 손해를 받은 것을 안 때는, 그 후 최초로 소집되는 주주총회에서 ① 동법 제425조 소정의 최저책임 한도액, ② 책임한정계약의 내용 및 체결이유, ③ 면제되는 액 등을 제시하여야 한다(동조 제4항)

## 第4節 比較

상술한 바에 의하면 중국은 한국과 일본에 비하여 업무집행기관에 대한 책임추궁과 책임면제 및 책임경감에 대한 관련 제도면이라든가 규정면에서 많이 부족하고 뒤떨어져 있으며 일본은 한국에 비하여 그 종류와 내용면에서 더 구체적이고 세부적이라는 것을 알 수 있다. 따라서 중국은 한국과 일본에 비하여 제도와 내용면에서 차이가 많다. 하지만 중국도 기업의 지배구조개선을 통하여 주주대표소송제도를 입법화 하였고 업무집행기관에 대한 책임면제와 경감에 대한 약간의 규정을 두고 있어 한국과 일본의 법제도와 다소 비슷한 점도 있다. 따라서 그 내용의 공통점과 차이점은 다음과 같이 정리할 수 있다.

### 1. 共同点

한중일 3국은 모두 업무집행기관에 대하여 충실의무와 선관의무 등을 규정하는 동시에 이들의 업무에 대한 경각심을 높이기 위해 소수주주가 제기 할 수 있는 주주대표소송제도를 도입하였다. 하지만 업무집행기관에 대한 강력한 책임추궁은 업무집행기관이 업무집행을 함에 있어서 과도한 경각심을 초래하게 하여 결국에는 업무의 효율성이 떨어지게 된다. 회사의 업무를 처리함에 있어서 때로는 이사회의 동의가 없는 과감한 자기의사결정도 필요하기 때문이다. 그리하여 한중일 3국은 업무집행기관에 대한 일정한 책임면제제도를 두고 있으며 그 입법취지는 비슷하다. 상세한 내용은 상술하였다.

### 2. 差異点

#### 가. 責任追窮

##### (1) 주주대표소송

##### 1) 원고

한국 상법상 주주대표소송의 제소권자는 발행주식 총수의 100분의 1이상에 해당하는

주식을 가진 주주이다. 그리고 상장법인의 경우에는 6월 전부터 계속하여 발행주식 총수의 1만분의 1 이상을 가진 주주는 대표소송을 제기할 수 있도록 하였다(한상 제542조의6 제6항). 즉 한국 상법은 대표소송의 제소권자를 소수주주권으로 하고 있다. 일본에서는 제소권을 갖는 원고 주주는 공개회사의 경우는 주주명부상 6월(정관으로 단축 가능) 전부터 계속하여 1주 이상 (단원주 도입회사는 정관으로 정하는 1단원 이상)의 주식을 갖는 주주이다(일회 제847조 제1항). 비공개회사의 경우에는 1주 이상의 주식을 갖는 주주이면 제소권을 갖는다(동조 2항). 즉 일본 상법은 한국과 달리 대표소송의 제소권자를 단독주주권으로 하고 있다.

이에 비하여 중국 회사법상 대표소송의 제소권자는 유한책임회사의 주주 또는 연속 180일 이상 단독 또는 합계하여 주식회사의 주식을 100분의 1 이상 보유한 주주로 하였다. 그러나 주식회사의 경우 제소권자를 단독주주권으로 하는 일본과 한국의 경우를 비교하면 상장법인과 비상장 법인의 구별이 없이 180일 이상의 동일한 보유기간의 제한을 두고 있고, 단독 또는 합계하여 100분의 1 이상의 주식을 보유할 것을 요건으로 하고 있어 사실상 상장회사의 경우와 같이 자본의 규모가 크고 주주가 분산되어 있는 경우에는 위 요건을 충족하기가 불가능하기 때문에 중국의 대규모 상장회사의 경우에 대표소송이 제 기능을 다하는 것을 기대할 수 없게 될 것이다. 따라서 중국도 일본처럼 단독주주권으로 하든지 아니면 한국의 상장회사에서와 같이 별도의 규정을 두는 것이 바람직 하다고 본다.

이와 같이 한국과 중국에서는 대표소송의 남용폐단을 방지하기 위하여 소수주주권으로 하고 있으나, 기업경영의 투명성, 책임성 확보를 위한 지배구조개선을 위해서는 대표소송의 활성화에 거는 기대가 크기 때문에 제소요건을 미국이나 일본과 같이 단독주주권으로 할 필요가 있다. 다만 대표소송이 남용되는 것은 예방되어야 하며, 장래 소송을 제기하기 위하여 주식을 취득하는 등의 사례가 예상되므로 한국의 비상장회사의 경우에는 중국이나 미국, 일본 등의 경우와 같이 행위 시 소유원칙을 인정할 필요가 있을 것이다.<sup>191)</sup>

---

191) 梁東錫, “韓·中 會社法上 理事의 責任과 代表訴訟에 관한 比較研究”, 「法學論叢」 第17輯 第3號 (朝鮮大學校 法學研究院, 2010), 67面.

## 2) 피 고

한국 대표소송은 이사 외에도 발기인·감사·청산인(한상 제324조, 제415조, 제415조의2 제6항, 제542조 제2항)의 책임을 추궁하기 위하여 제기할 수 있고, 불공정한 가격으로 신주를 인수한 자(한상 제424조의2), 주주권의 행사와 관련하여 이익공여를 받은 자(한상 제467조의2)에게 회사의 권리를 실현하거나, 내부자거래로 인한 이득을 추궁하기 위해서(한국 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제172조 제2항)도 제기할 수 있다. 그리고 일본 회사법상에서 규정하고 있는 주주대표소송의 피고는 발기인, 설립시 이사, 설립시 감사, 회사의 책임자 등, 청산인, 주주권을 행사함으로써 회사가 제공하는 재산상의 이익을 받은 주주, 불공정한 가격으로 주식을 인수한 자거나 신주예약권자이다(일회 제847조 제1항). 중국 회사법상 대표소송은 이사, 고급관리자에게 제150조의 규정에 해당하는 사유가 발생하면 손해배상을 청구하기 위하여 주주가 제기한다. 한국과 일본의 경우와 비교하면 피고가 될 수 있는 자의 범위가 이사와 고급관리자로 한정되어 있다. 다만, 타인이 회사의 합법적 권익을 침해하여 회사에 손실을 초래한 경우 이소송을 제기할 수 있다(중회 제150)고 규정함으로써 피고의 범위가 확대되는 것 같지만 타인이 누구인가에 대하여 명백하지 않고 그 범위가 애매하다.

## 3) 제소요건

주주대표소송의 제소요건에 관하여 한국과 중국은 주주가 제소권자에 대하여 소의 제기를 하였음에도 불구하고 제소권자가 30일이 경과하도록 제소하지 않은 경우에 한하여 주주가 직접 소송을 제기할 수 있다. 그러나 일본 회사법에서는 제소권자가 제소시간을 60일로 하여 중국과 한국보다 30일이 더 많은 셈이다. 이것은 일본회사법이 회사에게 소송제기 여부의 결정에 관하여 더 충분한 고려시간을 주기 위한 것이라고 볼 수 있겠다.

## 4) 주주대표소송에 관한 기타 제도

한국과 일본 회사법은 주주대표소송에 관련하여 소송참가, 소송고지<sup>192)</sup>, 담보제공,

---

192) 소송고지와 관련하여 한국에서는 주주의 소송참가는 소송을 지연시키거나 법원의 부담을 무겁게 한다는 이유로 회사만을 소송참가지로 하고 있다. 이와 반면에 일본에서는 회사와 주주가 원고 주주와 함께 공동으로 소송참가를 할 수 있게 하였다. 그리고 주주 또는 회사는 공동 소송인으로서 또는 당사자 일방을 보조하기 위하여 소송에 참가할 수 있으나, 부당하게 소송 절

재심의 소, 소송비용부담 등을 규정하고 있지만 중국 회사법에는 이러한 규정이 없다. 다만 일부 고급법원의 사법의견과 회사의 사건 분쟁 문제에 관한 규정에서만 규정하고 있을 뿐이다. 중국 회사법도 제소권자의 대표소송의 남용을 방지하기 위하여 부당한 대표소송을 방지하는 소송참가제도, 참가기회를 보장하는 소송고지제도, 남소를 예방하기 위한 담보제공, 확정된 중국판결에 이의가 있을 경우 재소할 수 있는 재심의 소, 원고와 피고의 소송비용 귀속을 명확히 하는 소송비용부담 등을 구체적으로 규정하는 것이 바람직 할 것이며 이는 입법의 불비라고 본다.

## (2) 위법행위 유지청구권

한국과 일본은 이사와 집행임원의 위법행위에 대하여 모두 유지청구를 할 수 있다. 다만 한국에서는 위법행위 유지청구권자를 주주대표소송의 경우와 같이 소수주주권으로 하고 일본에서는 단독주주권으로 하고 있다. 그리고 일본은 한국과 다르게 감사역 또는 감사위원회의 경우는 주주에 의한 경우와 달리 남용의 우려가 적으므로, 유지청구의 요건으로서 회복할 수 없는 손해보다 완하하여 현저한 손해를 규정하고 있다. 이에 비하여 중국회사법에는 위법행위 유지청구권에 관한 규정이 없다. 다만 사후조치로서 이사회 결의에 대한 무효확인 소가 있을 뿐이다. 그러므로 중국도 다급히 이에 대한 보완작업을 하여야 한다고 본다.

## 나. 責任免除와 減免

한국 상법 개정안은 일본 회사법에 비하면, 대표이사, 이사, 사외이사 등으로 상세하게 분류하지 않고, 그 책임액도 사외이사의 경우는 1년의 보수액의 3배, 이사의 경우는 6배로 하여 일본보다 과중하게 인정하고 있다. 일반적으로 회사의 손해에 대하여 이사 등에게 배상책임을 묻는 사건에서는 그 청구금액이 고액이고, 아직 경영판단의 원칙이 완전 도입된 것도 아니므로 이사의 책임을 확실하게 감면하는 것이 타당하다고 본다. 이에 비하여 중국의 회사법에서는 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 면제하는 방법

---

차를 지연시키거나 법원에 과대한 사무부담을 미칠 경우에는 인정되지 않는다(일회 제849조). 이는 재판의 신속성과 경제적인 소송을 위하여 제정된 규정이라 할 수 있겠다.

이나 감면하는 방법에 관한 명문규정이 없다. 이사의 책임을 강화하여 지배구조개선에 부응하려는 취지도 있겠지만, 입법의 불비라고 생각한다. 따라서 이어나 고급관리자가 회사나 주주의 책임면제 및 일부 감면에 관한 실효성 있는 명문의 규정을 두는 것이 타당하다고 본다.<sup>193)</sup>

---

193) 梁東錫, 前掲 韓·中 會社法上 理事의 責任과 代表訴訟에 관한 比較研究, 60-61面.

## 第5章 結 論

한 중일을 포함한 세계 주요국의 회사법개정에 대하여 이제까지와는 달리 비상한 관심을 기울이고 있는 원인으로서는 무엇보다 회사법이 각국의 경제발전에 큰 영향을 준다는 믿음이 힘을 얻고 있다는 점을 들 수 있다. 특히 주식회사가 각국의 경제발전에서 일으키는 역할은 세인이 공인하는 것이며 세계 強國으로 불리우는 중국이 하루 빨리 아세아의 주요국인 한국, 일본과 함께 공동협력체를 형성하려면 각국의 법제를 비교 검토하여 중국 실정에 맞는 비교적 완벽한 주식회사제도를 정립하여 나가야 할 것이다. 따라서 중국은 자국 시장경제 발전을 위함과 동시에 세계무대중심을 아시아로 옮겨오기 위해서는 이에 관한 제도에 대한 끊임없는 연구와 개혁이 필요할 것이다. 본 논문에서는 한중일 회사법상 주식회사의 업무집행기관에 대하여 비교를 시도하였으며 이를 통하여 국제적으로 모범적인 업무집행기관의 모델을 모색함과 동시에 업무집행기관의 발전방향을 제시하고자 하였다.

앞에서 살펴본 바와 같이 한중일 3국은 주식회사의 업무집행기관에 대하여 각국의 입법의 취지와 내용면에서 공통점과 차이점을 갖고 있다. 3국은 이사회에 대한 기본이념과 이사의 구성·임기·권한 등에 관하여 그 내용이 유사하며, 이사의 선임·권리·의무에 대하여서도 기본적인 내용뿐만 아니라 성격상 거의 비슷하다. 그리고 이사회와 관련하여 사외이사과 이사회내 위원회 등 제도에 대한 입법취지와 기능도 유사하다. 그러나 주식회사의 업무집행기관과 집행임원, 이사의 최대 수, 자격, 의무, 책임, 대리출석 등에 대한 세부적인 면에서 그 규정을 달리 하고 있다. 그리고 사외이사과 이사회내 위원회제도에 대하여서는 중국은 한국과 일본에 비하여 그 규정 면에서 적극적인 보완이 필요하다고 생각한다.

한편 주식회사의 업무집행기관에 대한 책임추궁과 책임면제 및 감면에 대하여 한중일 3국의 법제는 관련 제도 면에서 그 입법의 취지는 유사하나 일본은 한국과 중국에 비하여 그 내용과 유형 등 면에서 더 다양하고 구체적이다. 비록 중국도 한국과 일본과 같이 기업지배구조개선을 통하여 주주대표소송제도를 도입하였지만 제도의 틀만 갖추었을 뿐 내용면에서는 구체적이지 못하다. 따라서 중국은 일본과 한국의 관련 제도를 바탕으로 업무집행기관에 대한 책임추구에 관한 규정을 더 具體化하고 多樣化하는



동시에 업무집행기관에 대한 책임면제와 감면에 관한 규정도 자국의 실정에 맞게 입법화 할 필요가 있다고 본다.

세계 各國의 회사법은 시장경제의 발전과 기업의 현대화에 의하여 기업지배구조개선 에 따른 많은 변화들이 일어나고 있다. 비록 各國은 자국의 실정에 맞는 기업지배구조 를 構思해 가겠지만 세계화의 물결 속에서 효율적인 협력과 경쟁관계를 모색하기 위하여 국가간 자유무역협정이나 지역연합을 가속화하고 있는 이상 결국 各國의 기업지배 구조는 하나의 표준화된 국제화모델방향으로 발전해 나갈 것이라고 본다. 본 논문에서 는 주식회사의 업무집행기관에 관하여서만 비교연구를 시도하였는바 그에 대응하는 표 준적인 국제화모델은 다음과 같다.

첫째, 주식회사의 지배구조는 업무집행기관인 집행임원, 감독기관인 사외이사중심의 이사회, 감사기관인 이사회내 위원회의 하나인 감사위원회로 구성되어야 한다. 이러한 지배구조는 그 실효성이 있고 국제기준에도 알맞다.

둘째, 이사회중의 사외이사 수를 보장하여야 하며 사외이사의 자격에 대하여 엄격하 게 규정하여야 한다. 즉 회사의 고용인, 회사와 거래관계가 있는 거래상 또는 고객 등 회사와 련관이 있는 모든 사람은 사외이사로 선임되어서는 아니 된다. 회사에 대한 감 독기능을 엄격하게 하는 것이 사외이사의 주요 역할이자 임무이기 때문이다.

셋째, 대표집행임원이 동시에 이사회 의장을 겸직하여서는 아니 된다. 대표집행임원 이 동시에 이사회 의장을 겸직한다는 것은 기업지배구조개선의 취지에 어긋나고 이론 상 맞지도 않는다. 대외적으로 회사를 대표하여 업무를 집행하는 자가 다시 감독기관 의 의장이 되는 것은 그 감독기관으로서의 실효성 자체가 없을 수 있기 때문이다.

넷째, 주식회사는 반드시 3개의 전문 위원회, 즉 감사위원회(監事委員會), 보수위원회 (報酬委員會), 지명위원회(提名委員會)를 설치하여야 하며, 이 3개 위원회의 의장은 반 드시 사외이사가 담당 하여야 한다. 다시 말해서 회사의 임원에 대한 감독, 임원의 보 수 및 이사회에 대한 감독은 회사로부터 독립되어 있는 자가 그 직무를 담당하여야 한 다는 것이다. 미국의 증권거래소의 이에 대한 관련 규정은 더 엄격하다. 즉 이사회내의 감사위원회의 구성원은 전부 사외이사로 구성되어야 한다는 것이다.

다섯째, 사외이사가 회사의 중요 업무의 감독 사항에 대하여 활발한 의견을 교류 할 수 있기 위해서는 타 업무집행기관으로부터 구속을 받지 않고 독립적인 의사결정을 할 수 있어야 한다. 이를 위해서는 회사의 대표집행임원과 내부이사(집행이사)를 포함하지

않는 사외이사만으로 구성된 회의를 정기적으로 개최하는 것이 필요하다고 본다.

여섯째, 이사회내의 위원회가 업무를 적절하게 수행할 수 있도록 적절한 이사회내의 규모가 필요하다. 이는 방대한 이사회가 가지고 있는 업무집행의 지연성을 보완할 수 있고 또한 적절한 규모의 이사회는 이사회내에 있는 각종 위원회의 업무집행 결정에 대하여 신속하고 효율적인 업무결정을 할 수 있기 때문이다. 따라서 이사회내의 구성은 현재의 방대한 구성보다는 적절한 규모를 유지하여 구성하는 것이 타당하다고 본다.

현재의 이사회제도는 이사회내의 구성, 이사의 선임절차, 이사회내의 업무집행방식 및 이사회와 임원의 관계 등 면에서 많은 부족한 점을 안고 있다. 이러한 이사회제도는 앞으로의 발전과정에서 아래의 두 가지 내용이 필연적으로 나타날 것이다. 첫째, 미래의 이사회는 진정한 多元化能力의 有機的 組合을 실현할 것이고, 이사의 역할은 더욱 專門化와 差別化 될 것이며, 이사 사이에는 信任을 기초로 하는 한 가지 평등한 合作關係가 형성 될 것이다. 둘째, 미래의 상당히 긴 기간내에 주식회사는 의연히 경제발전의 주요 推動力과 현대 경제중 제일 핵심적인 조직형태가 될 것이며, 이사회는 주식회사의 정상적인 운영에 있어서 결정적인 작용을 하는 요인이 될 것이다. 비록 현재의 이사회제도가 완벽한 제도에 이르기까지에는 일정한 거리가 있지만, 자유시장경제의 발전과정에서 이사회제도는 항상 중요한 역할을 하였을 뿐만 아니라 앞으로도 그 역할을 계속해서 향상해 나갈 것이다.

한중일 회사법은 출발시기가 다르고, 발전과정에서 경제적·문화적 차이가 있는 것은 사실이지만 각국의 경제성장과 국민경제의 중심역할을 담당해 온 것은 공통된 것이라고 할 수 있다. 그리고 효율성과 투명성을 강조하여 경쟁력을 높이기 위한 지배구조를 이루려고 노력하는 점에 있어서 한중일 3국은 공통점을 가지고 있다. 그 결과 3국의 회사법에는 유사한 부분이 매우 많다. 향후 한중일 3국은 더욱 활발한 교류와 상호 연구를 증진하여 동북아 경제공동체의 초석을 마련해 나갈 수 있기를 기대한다.

## ▣ 參考文獻 ▣

### 【국내 문헌】

- 김건식 外 6名, 「21세기 회사법 개정의 논리」, 圖書出版 소화, 2007.
- 梁東錫, 「中國會社法」, 진원사, 2007.
- 李哲松, 「會社法講義」, 博英社, 2009.
- 林在淵, 「美國會社法」, 博英社, 2004.
- 鄭容相, 「中國會社法論」, 釜山外國語大學校 出版部, 2003.
- 鄭燦亨, 「EC 회사법」, 博英社, 1992.
- \_\_\_\_\_, 「商法講義(上)」, 博英社, 2009.
- 崔基元, 「商法學新論(上)」, 博英社, 2009.
- 
- 具滋仙, “株式會社의 業務執行機關에 관한 研究”, 忠南大學校 碩士學位論文, 1984.
- 金秉紀, “執行任員의 責任과 制限에 관한 研究”, 「企業法研究」第23卷 第1號, 韓國企業法學會, 2009.
- 金仁梧, “株式會社의 業務執行機關”, 「社會科學研究」第17卷, 全北大學校 社會科學研究所, 1980.
- 金知煥, “株式會社支配構造의 改編方向”, 「商事法研究」第18卷 第2號, 韓國商事法學會, 1999.
- 金香蘭, “中韓 株式會社의 支配構造에 관한 比較研究”, 高麗大學校 博士學位論文, 2009.
- 김교창, “2011년 개정상법상의 집행임원제도”, 「上場」第436號, 韓國上場學會協議會, 2011.
- 김태진, “개정 상법하의 집행임원제 운용을 위한 법적 검토”, 「商事法研究」第30卷

- 第2號, 韓國商社法學會, 2011.
- 김태형·김희천, “미국, 독일, 일본의 이사회 제도의 비교”, 「戰略經營研究」第3卷 第2號, 韓國戰略經營學會, 2000.
- 김환일, “일본 기업의 집행임원제도에 관한 연구”, 「企業法研究」, 第22卷 第1號, 韓國企業法學會, 2008.
- 朴敬壽, “株式會社 業務執行機關에 관한 研究”, 檀國大學校 碩士學位論文, 1988.
- 안성포, “일본 주식회사의 업무집행기관 - 일본 2006년 회사법상의 새로운 내용을 중심으로”, 「企業訴訟研究」2006 通卷 第5號, 企業訴訟研究會, 2007.
- 梁東錫, “韓·中 會社法上 理事의 責任과 代表訴訟에 관한 比較研究”, 「法學論叢」第17輯 第3號, 朝鮮大學校 法學研究院, 2010.
- \_\_\_\_\_, “任員制度 導入에 따른 法的問題”, 「商事法研究」제20권 제2호, 韓國商事法學會, 2002.
- 양지수, “株主의 代表訴訟에 관한 研究”, 延世大學校 碩士學位論文, 2000.
- 윤태호, “중국 회사법상 주식회사의 지배구조에 관한 연구”, 大邱CATHOLIC大學校 博士學位論文, 2010.
- 이효경, “일본의 감사제도에 대한 최근동향: 내부통제제도를 중심으로”, 「企業法研究」第22卷 第1號, 韓國企業法學會, 2008.
- \_\_\_\_\_, “일본의 사외이사제도를 둘러싼 최근 동향과 과제”, 「財産法研究」第27卷 第2號, 韓國財産法學會, 2010.
- \_\_\_\_\_, “일본 기업지배구조에 있어서 사외이사와 사외감사”, 「韓國財産法學會學術大會資料集」, 韓國財産法學會, 2010.
- 전규향, “사외이사제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 建國大學校 碩士學位論文, 2010.
- 鄭燦亨, “株式會社의 支配構造와 權限의 分配”, 「商事判例研究」第16卷, 韓國商事判例學會, 2004.
- \_\_\_\_\_, “한국 주식회사에서의 집행임원에 대한 연구”, 「高麗法學」第43卷, 高麗大學

- 校 法學研究所, 2004.
- \_\_\_\_\_, “주식회사법 개정제안”, 「先進商事法律研究」通卷 第49號, 法務部 商事法務課, 2010.
- 鄭熙喆, “理事會制度的 比較法的 考察”, 「首爾大學校 法學」第20卷 第3號. 서울大學校法學研究所, 1980.
- 조 청, “중국 회사법상의 대표소송제도의 개선방안에 관한 연구”, 仁荷大學校碩士學位論文, 2010.
- 崔善奎, “이사회의 지배구조 개선에 관한 연구”, 崇實大學校 碩士學位論文, 2008.
- 최완진, “집행임원제도에 관한 재조명: 2008년 상법개정안을 중심으로”, 「商事法研究」第29卷 第3號, 韓國商事法學會, 2010.
- 최은영, “중국 상장회사 사외이사제도 운영 현황과 문제에 관한 연구”, 「企業法學會」第24卷 第2號, 韓國企業法學會, 2010.
- 崔竣瑤·李鮮花, “中國 會社法上 株式會社의 支配構造에 관한 一考”, 「東北亞法研究」第2卷 第1號, 全北大學校 東北亞法研究所, 2008.
- 韓基承, “理事會의 機能活性化 方案에 관한 研究”, 朝鮮大學校 博士學位論文, 2006.
- 許麗華, “중국주식회사 지배구조에 관한 연구: 한국 주식회사 지배구조와 비교 고찰을 하면서”, 高麗大學校 碩士學位論文, 2008.
- 허성화, “중국의 사외이사제도”, 「中國法研究」第5卷, 韓中法學會, 2005.

## 【국외문헌】

- 江頭憲治郎, 「株式會社·有限會社法」, 有斐閣, 2000.
- 馬太广, 「董事責任制度研究」, 法律出版社, 2009.
- 石山卓磨, 「現代會社法剛毅(第2版)」, 成文堂, 2009.
- 鈴木竹雄·竹內昭夫, 「會社法(第3版)」, 有斐閣, 1994.

- 王保樹·崔勤之,「中國會社法原理」,社會科學文獻出版社,2006.
- \_\_\_\_\_,「最新日本公司法」,法律出版社,2006.
- 劉俊海,「公司法」,中國法制出版社,2008.
- 李建偉,「公司制度、公司治理與公司管理」,人民法院出版社,2005.
- 李小寧,「公司法視角下的股東代表訴訟」,法律出版社,2009.
- 張忠野,「公司治理的法理學研究」,北京大學出版社,2006.
- 張顯球,「理事會制度:理論研究基于上場銀行的實證分析」,中國金融出版社,2010.
- 前田庸,「會社法入門(第11版)」,有斐閣,2006.
- 趙繼明·吳高臣,「中國律師辦案全程實錄-股東代表訴訟」,法律出版社,2007.
- 曹 巍,「會社法人治理結構研究」,知識產權出版社,2009.
- 趙旭東,「新公司法講義」,人民法院出版社,2006.
- 酒卷俊雄·尾崎安央,「新會事法」,青林書院,2006.
- 
- 藤原俊男,“社外取締役・社外監査役の存在意義と役割”,「民事法情報 第270号」,民事法情報センター,2009.
- 謝增毅,“中國的職工參與制度:沿革,現狀與立法課題”,「商法・經濟法的最新發展」(王保樹教授七秩華誕祝賀文集),法律出版社,2010.
- 森田章,“社外取締役か社外監査役かいずれがよいか”,「社外監査役」,同志社大學監査制度研究會と關西支部監査實務研究會との共同研究報告書,2007.
- 張 舫,“法定代表人越權簽約對公司的拘束力”,「商法・經濟法的最新發展」(王保樹教授七秩華誕祝賀文集),法律出版社,2010.
- 蒲俊丞,“董事會秘書法律地位比較分析”,「安徽廣播電視大學學報」,安徽廣播電視大學,2007.