

# 中國法上 少數株主權 保護에 관한 考察

姜明才\* · 金萬紅\*\*

## A Study on the Protection of Minority Shareholders in Chinese Law

Myeang-Jae Kang\* · Man-Hong Kim\*\*

### 論文摘要

本論文通過對中韓公司法中少數股東權保護的比較研究, 闡述了對少數股東權進行特別保護的重要意義 尤其指出了中國公司制度中少數股東提案權, 累積投票製, 股東代表訴訟, 社外董事 等制度中存在的問題并提出了改進意見.

關鍵詞: 少數股東權保護, 少數股東提案權, 累積投票製, 股東代表訴訟, 社外董事.

### I. 序

株式會社에서 株主는 會社의 構成員이자 會社의 所有者이기 때문에 會社에 대하여 利益配當請求權, 利子配當請求權, 殘餘財產分配請求權 등 自益權과 株主總會召集請求權, 株主提案權, 代表訴訟提起請求權 등 광범위한 共益權을 가지고 있다.

現代社會에서 株式이 광범위하게 分散되고 群小株主가 株主總會에서의 議決權行使를 게을리 함에 따라 支配要件이 緩和되고 單純多數의 株式을 保有한 株主의 會社支配가 가능하여졌으며, 所有와 經營의 分離 및 理事會의 權限強化로 전반 株主의 利益보다는 大株主나 理事個人의 利益을 優先하는 理事의 不當行爲도 발생하게 되었다. 또한 株主總會의 形骸化 現象으로 株主, 특히 少數株主<sup>1)</sup>가 會社에서 그의 株式數에 比例한 權利行使는 거의 기대할 수 없게 되었다. 株式會社制度의 기능은 社會의 遊休資本을 효과적으로 結集하여 巨大한 資本을 만들고 企業經營을 원활하게 하는 것이다. 만약 少數株主에 대한 保護가 미흡하여 그들의 權利가 부당하게 침해된다면 株式會社의 資本結集機能은 상실하게

\* 姜明才, 法學博士, 중국연변자치주법원 부장판사

\*\* 金萬紅, 法學博士, 중국대련해사대학법학원 부교수

1) 商法上の 少數株主는 單獨 또는 타인과 공동으로 일정한 株式數를 保有할 것을 요건으로 하여 1株를 가져도 權利를 行使할 수 있는 單獨株主와는 다른 概念이나, 本論文에서는 廣義의 의미로 單獨株主를 포함한 概念으로 한다. 다만 單獨株主와의 차이를 설명함에 있어서의 少數株主는 狹義의 少數株主, 즉 一定株式의 保有가 필요한 株主를 指稱하는 것으로 한다.

될 것이고, 이 또한 法의 公平과 正義의 理念에도 어긋나는 것이기 때문에 少數株主에 대한 특별한 保護가 요청되고 있다.

韓國의 경우 商法과 증권거래법에 少數株主權에 대하여 광범위하게 규정하고 있다. 즉 少數株主權利를 보호하는 제도로써 株主總會召集請求權(상법 제237조, 제366조), 違法行爲留止請求權(상법 제402조, 제524조), 株主代表訴訟(상법 제324조, 제403조, 제415조, 제524조), 會計帳簿閱覽請求權(상법 제466조), 檢査人選任請求權(상법 제467조), 解散判決請求權(상법 제520조), 理事·監事·清算人解任請求權(상법 제385조, 제415조), 利益供與返還請求權(상법 제467조), 株主提案權(상법 제363조), 累積投票請求權(상법 제382조)등을 들 수 있다. 그 외에도 社外理事制度, 外部監査制度, 株式買受請求權 등이 있다.

中國은 개혁 개방의 수요로 1993년 12월에 「公司法」<sup>2)</sup>이 제정되어 1994년 7월 1일부터 실시하게 되었다. 특히 中國에서의 株式會社는 경험이 부족한 원인으로 법적인 제도자체가 完備되지 않은 상태이다. 中國法上의 少數株主權利에 대한 규정은 會社法에서 몇 가지를 찾아볼 수 있지만 대부분은 證券去來法 및 國務院에서 반포한「株式發行과 去來管理暫行條例(股票發行與交易管理暫行條例)」, 中國證券監督管理委員會<sup>3)</sup> (이하 “證券監督委員會”라 함)에서 제정한「上場會社定款指針(上市公司章程指引, 이하 “定款指針”이라 함)」, 「上場會社株主總會規範意見(上市公司股東大會規範意見, 이하 “株主總會規範意見”이라 함)」, 「上場會社社外理事制度樹立에 관한 指導意見(關於上市公司建立獨立董事制度的指導意見, 이하 “社外理事指導意見”이라 함)」등을 규정들에서 찾아 볼 수 있다. 본 논문에서는 주로 中國法上의 少數株主權利에 관한 규정들을 살펴보면서 그 문제점들을 밝히고 개정방안을 모색하고자 한다.

## Ⅱ. 各種의 制度

### 1. 會社情報接近請求權

中國會社法은 會社情報接近權과 관련하여 會社法 제101조에 “株式會社는 會社의 定款, 株主名簿, 株主總會 議事錄과 財務會計報告書<sup>4)</sup>를 本店에 備置하여야 한다.”라고 하여

2) 中國은 會社法을 「公司法」이라고 하는데, 본 논문에서는 中國會社法이라고 하기로 한다. 中國은 民商統一主義를 취하여 별도의 商法典이 없으므로, 會社法은 韓國과 같이 商法典에 편입된 것이 아니라 별도로 立法되어 있고, 會社法 외에 「個人獨資企業法」, 「合伙企業法」, 「中外合資經營企業法」, 「中外合作經營企業法」, 「外資企業法」, 「公司登記管理條例」등 有數의 會社關聯法規가 있다.

3) 中國은 1992년 10월 國務院證券委員會와 中國證券監督管理委員會를 설립하여, 前者는 中央政府가 證券市場에 대한 거시적 管理를 하는 주무기관으로, 後者는 證券委員會 산하의 監督執行機構로 하였다. 1997년 11월, 證券管理體制에 대한 개혁을 단행하여 中央銀行인 中國人民銀行에서 監督管理하던 證券經營機構를 中國證券監督管理委員會에 移讓하였고, 1998년 4월 中央政府의 機構改革案에 따라 國務院證券委員會와 中國證券監督管理委員會를 合併하여 部に 해당하는 國務院 直屬機關인 中國證券監督管理委員會를 두고 있다.

4) 中國會社法에서 말하는 財務會計報告書란 다음과 같은 財務會計報告 및 附屬明細書를 포함한다. ① 資產負債表, ② 損益表, ③ 財務狀況變動表, ④ 財務狀況說明書, ⑤ 利潤分配表(中國會社法 제175조).

務諸表 등의 備置에 관한 규정을 두고 있고, 제110조에서는 “株主는 會社의 定款, 株主總會 議事錄과 財務會計報告書를 열람할 수 있다”라는 규정을 두고 있는데, 이 규정을 볼 때 株主의 會計帳簿閱覽請求權을 인정하고 있다고 할 수 있다.

그러나 상기 규정과 관련하여 문제되는 것은 첫째, 閱覽 謄寫請求權을 行使할 수 있는 株主의 權利가 單獨株主權인지 아니면 少數株主權인지를 명확히 하는 규정이 없다는 것이다. 中國會社法에서 株主總會의 召集請求權을 行使할 수 있는 持株要件을 發行株式總數의 10%이상으로 규정하면서 財務報告書의 閱覽請求權의 持株要件에 대하여는 규정을 두고 있지 않으므로 單獨株主權으로 해석해야 할 것이다.<sup>5)</sup> 둘째, 株主가 行使할 수 있는 請求權의 對象範圍가 확정적이지 않다는 것이다. 文言上的 규정으로 보면 會計報告書는 韓國의 財務諸表에 해당하는 것으로 理解할 수 있고, 그렇다면 그 財務諸表의 기초서류가 되는 會計의 帳簿와 書類, 즉 分介帳 元帳 傳票 領收證 契約書 納品書가 포함되지 않는다고 할 수 있다.<sup>6)</sup> 만약 會計帳簿를 포함하지 않는다고 하면 株主의 閱覽請求權의 대상이 너무 狹小하여 株主의 權利行使가 제한을 받을 우려가 있고, 만약 會計帳簿를 포함한다고 해석한다면 그 請求權의 行使者가 單獨株主도 포함될 것이다. 또한 行使要件에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 않기 때문에 濫用의 우려가 있다. 따라서 會社의 營業秘密이 漏泄되어 손해를 입을 가능성이 적은 일반적인 財務諸表에 대하여는 單獨株主權의 行使對象으로 하고, 會計帳簿와 서류에 대하여는 濫用으로 인한 피해가 클 수 있으므로 그것을 방지하기 위하여 일정비율의 持株要件을 규정함으로써 少數株主權으로 하는 것이 바람직하다. 셋째, 閱覽請求權의 行使方法과 拒否事由 및 不當拒否에 대한 벌칙 등에 관한 규정을 두고 있지 아니하여 實效성이 떨어진다는 것이다. 따라서 입법론적으로 이러한 점을 補充하여야 할 것이다.

會社의 情報接近權의 또 다른 제도로서는 檢査人選任請求權과 說明請求權을 들 수 있는데, 中國會社法은 檢査人選任請求權에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 會社의 業務執行에 관하여 不正行爲나 定款을 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 더 이상의 情報接近權을 행사할 수 없게 된다. 한편 株主의 說明請求權에 대한 상세한 규정은 두고 있지 않고 있지만 會社法 제111조에서 “....., 會社의 經營에 대하여 建議나 質問을 할 수 있다.”는 규정을 두고 있어 中國會社法上 說明請求權은 株主의 權利로 인정된다고 할 수 있다. 다만 說明請求權의 내용과 行使範圍, 請求權 위반의 效果 등에 대하여 구체적인 규정을 두고 있지 않기 때문에 實效성이 疑問이 된다.<sup>7)</sup>

5) 同旨：劉俊海，股份有限公司股東權的保護，法律出版社，1997，178面。臺灣會社法에서도 財務報告書 등의 閱覽을 請求할 수 있는 者에 대하여 持株要件을 규정하지 않지만 單獨株主權으로 하고 있고，株主는 그가 委任한 辯護士나 會計士를 통하여 閱覽을 할 수 있다(臺灣會社法 제229조)。

6) 臺灣會社法에서는 營業報告書，財務報告，利益配當方案과 缺損充當方案과 監査報告書를 株主總會 개최 20일전에 本店에 備置하도록 규정하고 있다(臺灣會社法 제228조，제229조)。臺灣은 2001년 11월 會社法 개정시 “資產負債表，損益表，株主權益變動表，現金流量表” 등을 財務報告로 개정하였다(柯芳枝，前揭 公司法論(下)，380面)。즉 臺灣의 財務報告에는 資產負債表，損益表，株主權益變動表，現金流量表 등이 포함된다。

7) 坵丹，“規範關聯交易，保護少數股東權益”，<http://court.shantou.cn/article/fwcc-001.htm>。

私見으로는 少數株主에게 충분한 情報接近權을 보장 하기 위해서는 中國會社法에서 檢査人選任請求權과 說明請求權에 대하여 입법론적으로 구체적인 規정을 들 필요가 있다고 생각한다. 說明請求權에 대한 세부적인 觀點은 앞에서 서술한 韓國法上의 立法論으로서 의 說明請求權의 내용을 참조하기 바란다.<sup>8)</sup>

## 2. 臨時株主總會召集請求權

中國會社法 제104조에 의하면 發行株式總數의 100분의 10이상을 所持한 株主의 請求가 있는 경우, 2개월 내에 臨時株主總會를 소집하도록 규정하고 있다. 1993년 12월에 제정되 어 1999년 12월 일부 改正을 거친 中國會社法은 지나치게 原則적인 規정들로 이루어져 있 기 때문에 學者들로부터 實效性이 떨어진다는 批判을 받아 왔다. 少數株主의 株主總會 召集請求權도 역시 이러한 批判을 免하기 어렵다.

韓國 및 기타 先進國 會社法의 株主總會召集請求權의 相關내용을 比較하여 볼 때, 다음 과 같은 점에서 補完할 必要가 있다고 생각된다.

첫째, 현재 10%로 규정하고 있는 少數株主의 持分比率을 下향 조정하여 少數株主의 株主總會召集請求權의 申請要件을 緩和할 必要가 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 先進國 中 이탈리아는 少數株主의 持分率을 20%로 규정하고 있고, 美國, 英國 등의 國家는 10%로 규정하고 있다. 이런 國家와 比較해서 中國會社法의 10%의 持分率 規定이 절대적으로 높 은 것이라고 할 수는 없으나, 中國의 實際상 國家株, 法人株가 대부분인 현실을 감안할 때, 낮은 持分率을 가진 零細한 少數株主를 두텁게 保護하기 위해서는 少數株主에 대한 持分比率을 下向 規定하여야 할 것이다. 그 持分率은 韓國, 日本, 臺灣의 경우에는 發行株式總數의 100분의 3으로 하고 있는데 이를 참고할 수 있을 것이다. 上場會社의 경우에는 少數株主의 持分率에 대한 規定을 더욱 낮게 規定하거나 아니면 持分率이 아닌 一定額面 株式價額을 기준으로 少數株主의 株主總會召集請求權을 인정하는 것도 고려할 수 있을 것이다.

둘째, 少數株主의 株主總會召集權에 대한 規定이 必要하다. 中國會社法에 의하면 少數 株主의 株主總會召集請求權을 인정하고 있으나, 理事會가 少數株主의 株主總會召集請求 權을 묵살할 경우의 救濟策에 相關 規定이 없다. 따라서 少數株主가 株主總會召集請求를 하였음에도 불구하고 理事會가 一定 期間內에 株主總會召集을 하지 아니할 경우에는 당 해 株主로 하여금 직접 株主總會를 소집할 수 있는 權限을 부여하거나 또는 法院의 허가 를 받아 株主總會를 소집할 수 있도록 하여야 할 것이다. 만약 그러하지 아니할 경우, 中 國會社法上의 少數株主의 株主總會召集請求權은 형식상의 權利에 불과하게 된다.

8) 同旨 : 劉俊海, “完善法律制度”, 證券時報, 2003年 3月 18日(<http://www.eestart.com.cn/zxzx/20030318/317988.html>), 2003-10-15).

또한 이렇게 소집되는 株主總會는 少數株主가 會社機關의 입장에서 소집하는 것이기 때문에 그 비용은 합리적인 限度內에서 會社의 부담으로 하여야 한다는 규정을 두어야 할 것이다.<sup>9)</sup>

셋째, 또한 少數株主의 株式保有期間에 대한 규정을 두는 것이 바람직하다. 少數株主의 株主總會召集請求權을 인정하는 制度의 취지는 앞서 살펴본 바와 같이 資本多數決에 의한 大株主 또는 경영진의 專橫을 牽制하자는 것이나, 반대로 零細한 株主가 株主總會召集請求權을 濫用함으로써 會社에 被害를 입히는 것도 방지하여야 할 것이다. 따라서 株主總會의 소집을 請求할 수 있는 株主의 持分比率에 있어서 一定要件을 具備하여야 할 뿐만 아니라, 臨時로 株式을 취득하여 株主總會召集請求權을 惡用하는 것을 防止하여야 한다. 日本商法 제237조의 1은 株式保有期限을 6개월로 하고 있고, 臺灣會社法 제173조는 株式保有期間을 1이상으로 규정하고 있는데 이를 참작하여 中國 實정에 적합한 株式保有期間을 규정하는 것이 타당하다고 본다. 零細株主들이 단기차익을 노려 株主變動이 상대적으로 활발한 점을 감안할 때, 6개월의 株式保有期間을 두는 것이 타당하다고 생각된다.

### 3. 株主提案權

1992년 中國 國家體制改革委員會에서 제정한 株式會社規範意見(股杉有限公司規範意見) 제43조에 株主提案權에 대한 규정을 두고 있는데, 동 규정에 의하면 株主總會에서는 株式의 5%이상을 대표하는 株主의 提案에 대하여 附議하도록 하고 있다. 그러나 1993년 會社法 제정시에는 株主提案權制度에 대하여 이에 會社法에 규정을 두지 않았다. 다만 中國 會社法 제110조에서 株主는 會社의 經營에 대하여 建議할 수 있다고 규정하고 있는데, 그 行使 요건과 절차에 대하여 아무런 규정도 없기 때문에 實效性은 물론, 株主提案權에 관한 규정으로 理解하기는 어렵다.

이러한 理由에서 中國證券監督委員會는 1997년 12월 16일과 2000년 5월 18일에 上場會社定款指針, 株主總會規範意見을 制定 公布하였는데, 여기서는 株主提案權에 대하여 보다 구체적인 규정을 두고 있다. 비록 同 定款指針이나 規範意見이 部令에 해당하는 規範으로서 會社法과 證券法의 下位法<sup>10)</sup>에 불과하기 때문에 法的 效力이 낮고, 上場會社의 株主總會에 대하여만 적용되는 등 부족한 점이 있으나 中國會社法上으로 아무런 규정이 없는 現時點에서는 그나마 그 役割을 期待해 볼 수 있다.

同 定款指針과 株主總會規範意見에 의하면 定期株主總會에서 單獨으로 또는 다른 株主와 共同으로 會社議決權 株式의 5%이상을 保有한 株主는 새로운 提案을 제출할 수 있고

9) 劉俊海, 前揭 股杉公司股東權的保護, 315面: 唐曉東, “論上市公司的關聯交易(下), 證券法律評論, 2001年 第1期 (<http://civilaw.com.cn/jinrong/papers/student/stu14.asp>), 2003-10-15.

10) 동 규정은 “上場會社의 행위를 規範하고 上場會社 株主總會가 法에 의해 職權을 行使하도록 하기 위하여 中國會社法과 證券法에 의해 本 株主總會規範意見을 制定한다.”라고 그 立法趣旨와 立法根據를 밝히고 있다(株主總會規範意見 제1조).

(定款指針 제57조, 同 規範意見 제12조 제1항), 제출할 議案은 다음과 같은 요건에 부합되어야 한다. 즉 ① 내용이 法律이나 定款의 규정에 抵觸되지 아니하며 會社의 經營範圍와 株主總會의 職務範圍에 속하여야 하며, ② 명확한 議題와 구체적인 議決事項이 있어야 하고, ③ 書面形式으로 제출하거나 理事會에 送達하여야 한다(定款指針 제58조). 그 臨時提案이 理事會의 通知에 포함되지 아니한 새로운 提案이며 또한 株主總會規範意見 제6조에서 규정한 事項<sup>11)</sup> 일 경우, 提案者는 株主總會 會議日의 10日 전에 理事會에 제출하고, 理事會에서 同 提案을 審議한 후 公告한다(同 規範意見 제12조 제2항). 그 외의 提案은 提案者가 事전에 理事會에 제출하여 理事會에서 公告하거나 아니면 株主總會에서 직접 제출할 수 있다(同 規範意見 제12조 제3항).

定期總會의 臨時提案에 대하여 理事會는 株主의 提案 事項이 會社와 직접적인 關聯이 있고 法律이나 定款에서 定한 株主總會의 職務範圍를 초과하지 아니한 경우에는 株主總會에 附議하여야 한다. 위의 요건에 부합되지 아니한 경우에는 株主總會에 上정하지 아니할 수 있다. 그러나 이러한 경우에는 株主總會에서 그 理由를 說明하여야 한다(同 規範意見 제13조 제1호, 定款指針 제60조). 그리고 理事會에서는 株主의 提案과 관련된 절차문제에 대하여 審議해야 하는데, 만약 당해 提案에 대하여 分割이나 또는 併合하여 표결할 때에는 原 提案者의 동의를 거쳐야 한다. 原 提案者가 동의하지 아니할 경우, 株主總會의 社會자는 절차문제를 株主總會에 上정하여 그 절차에 따라 議決한다(同 規範意見 제13조 제2호).<sup>12)</sup> 理事會가 提案을 株主總會에 上정하지 아니한것에 대하여 異議가 있는 株主는 定款指針 제54조의 규정에 의하여 臨時株主總會의 소집을 請求할 수 있다(定款指針 제61조).

株主總會規範意見에서는 株主가 제출하는 議題에 대하여 모두 議案을 添附하여야 하는가에 대하여는 明文의 규정이 없고, 다만 株主提案이 投資, 財産의 처분과 買受·合併 등의 문제와 관련될 경우에는 반드시 그 議題에 대하여 상세한 說明을 添附하여야 한다고 규정하고 있다.

上場會社 定款指針과 株主總會規範意見의 制定으로 上場會社의 發行株式總數의 5% 이상을 保有한 株主는 株主提案權을 行使할 수 있게 되어 있지만, 理事가 不當하게 提案을 拒否한 경우에 아무런 制裁措置도 규정하고 있지 않은 것과 提案株主의 提案에 대하여 說明의 기회를 부여하지 아니한 것 등은 모두 提案權의 實效性을 절감시킬 것으로 보인다. 따라서 株主提案權에 관한 外國의 立法例를 참조하고, 또한 상기 定款指針과 株主總會規範意見이 실행되는 가운데서 問題點 등을 補完하여 會社法에 同 制度를 導入하는 것이 바람직하다.<sup>13)</sup>

11) 株主總會規範意見 제6조의 事項이란 ① 會社資本의 增加나 減少, ② 社債의 發行, ③ 會社의 分割, 合併, 解散과 清算, ④ 定款의 修正, ⑤ 利益配當과 缺損處理方案, ⑥ 理事會와 監事會 構成員의 任命과 罷免, ⑦ 募集資本 投資方案의 變更, ⑧ 株主總會에서 議決 할 內部者去來, ⑨ 株主總會에서 議決할 資産의 買收와 賣却, ⑩ 公認會計士事務所의 變更, ⑪ 定款에서 定한 書面으로 投票할 수 없는 기타 事項 등을 말한다.

12) 中國 上場會社의 定款指針에서는 “理事會에서는 會社와 株主의 최대이익을 확보하는 原則과 定款指針 제58조의 규정에 의해 株主總會의 提案에 대하여 審査하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

13) 唐曉東, 前揭 “論上市公司的關聯交易(下), 證券法律評論, 2001年제1기.

#### 4. 累積投票制度

中國會社法은 理事의 選任에 있어서 累積投票制에 대한 규정은 없고 다만 株主總會에서 選任한다는 규정을 두고 있다(中國會社法 제103조). 그러나 上場會社 理事의 選任에 있어서는 累積投票制의 적용이 적극적으로 권장되고 있다. 中國의 「上場會社業務守則(上市公司治理準則)」 제31조에서는 “理事의 選任에 있어서 少數株主의 의견이 충분히 반영되어야 한다. 株主總會는 理事選任에 있어서 累積投票制를 적극적으로 추진하여야 하고, 大株主의 持分比率이 30% 이상인 上場會社는 累積投票制를 採用해야 한다”라고 규정하고 있다. 이 규정으로부터 현재 中國의 上場會社에 있어서 大株主의 持分比率이 30%에 미달할 경우에는 累積投票制는 勸告事項이고, 大株主의 持分比率이 30% 이상일 경우에는 강제적으로 累積投票制를 導入하도록 하고 있다.<sup>14)</sup>

앞서 설명한 바와 같이 현재 各國 會社法上 累積投票制度는 強制主義로부터 許可主義로, 그 작용도 점차 弱화되고 있는 추세이다. 예컨대, 美國의 경우 일부 州에서 累積投票制度를 없애고 있고, 累積投票制가 理事會內部的 相互信任關係와 合作분위기를 파괴하며 경험 있는 經營管理層의 지속과 온정에 불리하다는 理由로 累積投票制를 반대하는 主張도 대두되고 있다. 실제로 美國會社法上 累積投票制度가 弱화되고 있는 주요원인은 치열한 자본유치 경쟁으로 各州에서 經營者에 유리한 정책을 규정하여 투자를 유치하고 있고, 또 美國會社法上 少數株主에 대한 保護策이 매우 충분하기 때문이다.<sup>15)</sup> 그러나 中國은 美國의 경우와는 달리 少數株主保護制度가 미비하고, 株式會社, 특히 大規模上場會社에 있어서 國家株나 法人株를 保有한 大株主가 절대적인 優位를 점하고 있고, 少數株主의 結集力이 약하며, 유효한 法的 救濟手段을 活用하지 못하고 있는 실정을 감안한다면 累積投票制의 도입으로 생길 긍정적인 효과가 클 것으로 생각된다. 따라서 맹목적으로 累積投票制度의 도입을 반대할 것이 아니라, 累積投票制로 인한 부정적인 면을 最小化시키는 전제하에서 장래를 대비하여 制度의 도입을 적극적으로 추진하는 것이 바람직하다고 생각한다. 비록 累積投票制度의 局限性으로 인하여 少數株主가 지지하는 者가 理事로 반드시 選任된다고는 할 수 없지만, 理事의 數가 많을수록 選任될 可能性이 크기 때문에 選任될 理事의 數를 配定하는데 인위적인 조작을 방어할 수 있다면 少數株主의 保護에는 큰 의미가 있는 것으로 그 도입이 생각한다.

그리고 中國의 필요하다고 株式會社制度의 歷史가 짧고 少數株主利益保護에 대한 규정이 미비한 상황을 감안하여 累積投票制에 대하여 外國에서와 같이 許可主義를 취한다면 절대적 優位에 있는 多數派株主들에 의해 定款으로 그 적용을 排除할 가능성이 있으므로 強制主義 규정을 택한 上場會社業務指針의 태도가 바람직하다고 본다.

14) 場會社中 大株主의 持分比率이 50%를 초과하는 會社가 전체 上場會社의 79.2%인 점을 감안하면 上場會社中 대부분 的 會社에서 累積投票制를 실시한다고 보아야 할 것이다.

15) 宋紅松, “少數股權權利的法律保護”, 「煙臺大學學報(社會科學版)」, 2000年 10月, 第13卷 第4期, 404面 參照.

또한 中國에서는 株主總會에서 理事와 監事를 동시에 選出할 수 있는지 아니면 두 번에 나누어 選出하는지에 대하여 명확한 규정을 두지 않고 있다. 따라서 中國에서도 臺灣에서 한때 施行한 바와 같이 株主總會에서 累積投票制度를 採用하여 理事와 監事를 동시에 選出하는 방법을 취하지는 견해도 있다.<sup>16)</sup>

생각건대, 監事와 理事는 그 성질을 달리할 뿐만 아니라 監事의 選任에 있어서도 中國에서는 특이한 규정을 두고 있기 때문에 다른 나라의 會社法과 다른 측면으로 분석하여야 한다. 中國會社法 제124조에서는 “監事會의<sup>17)</sup> 構成員은 3人 이상이어야 하고 株主代表와 일정한 비율의 종업원대표로<sup>18)</sup> 구성하는데, 그 구체적인 比率는 定款에서 정한다.”<sup>19)</sup> 監事會 構成員中 종업원대표는 會社의 從業員總會에서 民主選舉한다”고 규정하고 있다. 이 규정으로 보면 株式會社의 監事會 構成員中 종업원대표가 반드시 있어야 하는 强制性的인 의미를 나타내고 있으며, 종업원대표의 選出은 全體職員의 民主選舉로 하기에 會社職員代表와 利益이 일치 한다면 누구든지 監事會成員으로 選出될 수 있기 때문에 監事選任에 있어서의 累積投票制의 도입은 현재로는 의미가 없다고 할 것이다.

## 5. 株主의 議決權代理行使

### 1) 委任狀勸誘

中國會社法 제108조에서는 “株主는 代理人을 委任하여 株主總會에 참석할 수 있는데, 代理人은 會社에 授權委任狀을 제출하여야 하여 그 授權範圍內에서 議決權을 行使할 수 있다”고 규정하여 議決權의 代理行使를 인정하고 있다. 그러나 그 외에 다른 규정은 없기 때문에 代理人 行使의 절차상 혼란을 빚고 있다. 다행히 定款指針 제48조 제3항에서는 특별규정으로 “....., 代理人은 반드시 株主로 할 필요는 없다”고 규정하여 解釋上으로는 行爲能力이 있는 모든 自然人은 株主의 代理人으로 될 수 있다고 할 것이다. 그리고 會社는 자기의 株式에 議決權이 없으므로 會社自身은 代理人이 될 수 없는 것이다. 定款으로 株主만이 代理人이 된다고 하는 경우, 위에서 설명한 制限의 有效說에 따라 그 효력을 판단하는 것이 합리적이라고 생각한다.<sup>20)</sup>

委任狀의 공개적인 買受에 관하여 中國의 會社法이나 證券法에서 명확하게 규정을 하

16) 王繼軍, “股份有限公司累積投票制度研究”, 「中國法學」, 1985年 第5期, 87面.

17) 中國會社法에서 監事會는 株主總會, 理事會와 같이 監事로 구성된 會議體이다. 그 직권으로 보면 韓國의 監事와 같은 것으로 이해할 수 있고 會議體인 성격으로 보면 監査委員會와 유사하다고 할 수 있으나 그 構成員은 理事가 아니라서 점이 다르다.

18) 여기서의 종업원은 中國에서 「職工」이라고 부르는데, 會社의 株主가 아니고 經營人員도 아닌 일반 會社員을 말한다. 그리고 中國에서의 株式會社 특히는 上場會社의 경우 株式의 지주비율을 보면 國家株가 절대적인 우세를 차지하고 있고 대부분 종업원이 國有企業의 職員이기 때문에 民主主義 차원에서 會社經營의 監督에 職員代表가 참여하게 하는 것이다.

19) “일정한 比率”과 “會社定款”에서 定한다는 규정은 任意性적인 규정이기 때문에 법적으로 “종업원대표 監事의 數는 監事會의 1/3보다 적어서는 아니 된다.”는 強行規定을 두는 것이 바람직하다는 주장이 있다(顧功耘, “全面修訂公司法의 若干建議”, 「法學」, 2000年 第4期, 48面). 上場會社定款指針 제129조에서는 “會社 종업원대표인 監事는 전체 監事人員의 1/3보다 적어서는 아니 된다.”는 규정을 두고 있다.

20) 徐學鹿, 商法研究(第4集), 人民法院出版社, 2001년, 238面 參照.



지 않고 있다. 1993년 國務院에서 발표한 「株式發行 및 去來管理暫行條例(股票發行與交易管理暫行條例)」에서는 “株主는 代理人에게 委任하여 議決權을 行使할 수 있는데, 어떤 株主가 25인 이상의 投票權을 모집한 경우에는 證券監督委員會에 그 情報을 보고해야 한다”라고 규정하고 있는데, 이는 大株主들의 支配權을 제한하고 大량적인 委任狀募集을 방지하자는 것이다.<sup>21)</sup> 그러나 규정이 너무 단조롭기 때문에 엄격히 규제하지 않을 경우 有償募集現象을 초래할 수 있을 것이다. 中國臺灣의 경험으로 볼 때 처음에는 이에 대한 규제가 없었기 때문에 委任狀買受現象이 범람하였었는데, 현재는 「株式上場會社株主總會 委任狀使用規則(公開發行公司出席股東會使用委託書規則)」 제6조와 제10조에 명확한 규정을 두어 金錢과 기타의 利益을 조건으로 하는 委任狀勸誘를 엄격히 제한하고 있다.

생각건대, 中國에서도 委任狀의 公開買受를 放任한다면 委任狀이 높은 가격으로 流通되고 不正한 目的으로 株主總會에 참가하려는 일부 株主들의 私慾을 채워줄 수 있기 때문에 委任狀모집의 登記 및 公示制度를 엄격히 해야 하고, 필요한 경우에는 刑事責任도 追窮할 수 있는 규정을 두어야 할 것이다.<sup>22)</sup> 더 나아가서는 會社法에 명확한 禁止 규정을 두는 것이 바람직하다.

그리고 數人の 代理人이 株主總會에서 교란을 피우는 것을 방지하기 위하여 여러 나라의 會社法에서는 그 人數를 제한하고 있다. 예컨대, 日本商法 제293조 제5항과 臺灣會社法 제177조 제3항에서는 株主가 委任할 수 있는 代理人數를 1인으로 제한하고 있다. 中國會社法에서는 이에 명확한 규정이 없으나 通常의 경우 代理人數를 1인으로 한다고 해석함이 타당할 것이다.

1人的 代理人이 數人の 株主를 대리하여 議決權의 行使할 수도 있겠지만, 個別株主나 제3자인 代理人이 總會의 決議를 惡用할 念慮가 있기 때문에 代理人이 行使할 수 있는 議決權數를 發行株式總數의 일정한 비율로 제한하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>23)</sup>

## 2) 書面投票制

中國會社法에서는 株主總會決議의 書面投票方式에 대해서는 규정을 하고 있지 않다. 그러나 2000년 中國證券監督委員會에서 반포한 株主總會規範意見 제6조에서는 定期株主總會와 株主 또는 監事會의 請求에 의한 株主總會는 通信手段의<sup>24)</sup> 議決方式을 취할 수 없고, 臨時株主總會에서는 아래에 列擧한 事項을 審議할 경우에는 通信手段의 議決方式을

21) 英美國家에서는 議決權代理委任狀은 契約槩論을 기초로 한다는 理由로 원칙적으로 허가하지만 中國이나 臺灣의 경우는 委任狀募集이 株主總會에 惡用될 수 있다는 理由로 이를 原則적으로 禁止하고 있다.

22) 姜戰軍, “股份有限公司股東大會制度研究”, 「民商法論叢」(第13卷), 法律出版社, 2000, 723面 參照.

23) 劉俊海, “論股東的表決權”, 「法律科學」, 1995年 第6期(總第68期), 66面. 이에 대하여 반대하는 견해도 있다. 株式이 비교적 집중된 中國의 현 실정으로 보아 상황에서 議決權代理數까지도 제한한다면 總會에 대한 株主들의 관심이 떨어지고 委任狀勸誘制度가 有名無實하게 되기 때문에 특별히 제한할 필요가 없다고 하는 견해도 있다(徐學鹿, 前揭書, 242面 參照).

24) 韓國에서는 理事會의 決議方法에서 書面投票制는 인정되지 않으나 動影像이나 音聲을 동시에 受信하는 通信手段에 의한 決議는 허용하고 있다(商法 제391조 제2항). 여기서의 通信手段은 書面投票制와는 의미가 완전히 다른 것이나 中國의 경우에 通信手段은 電子通信手段의 제한으로 韓國에서 말하는 通信手段과는 그 의미가 다른 것이다.

취하지 못한다고 규정하고 있다. ① 會社資本의 增加와 減少, ② 會社社債의 발행, ③ 會社의 合併과 分立 및 解散과 清算, ④ 會社定款의 修正, ⑤ 會社利潤分配方案과 缺損補償方案, ⑥ 理事 및 監事의 任免, ⑦ 募集株式資金投資方向(募股資金投向)變更, ⑧ 株主總會에서 審議할 內部者去來, ⑨ 公認會計士事務所의 變更, ⑩ 株主總會에서 審議할 資産의 收購 또는 處分, ⑪ 기타의 定款으로 제한하는 기타사항 등이 있다.

이 규정에서 알 수 있듯이, 中國에서도 臨時株主總會에서 상기에서 列舉한 事項과 定款에서 排除하는 경우 외에는 書面投票를 허용하고 있다고 해석할 수 있다. 여기서 말하는 通信手段은 실질적으로는 書信投票나 電子投票를 의미하기 때문이다. 생각건대, 株主總會에서 株主의 意思를 보다 정확히 반영 하기 위하여 中國에서도 書面投票制度가 필요한 것인바, 일정한 總會事項이나 資産規模로 제한하는 것도 좋겠지만, 實效性を 고려하여 強制的인 방안을 모색하는 동시에 書面投票의 效力을 정확히 인정할 수 있는 細部條項들을 명확히 규정하는 것이 좋을 것이라 생각한다.

## 6. 外部監査制度

中國會社法에는 外部監査制度에 관한 明文의 규정은 없다. 다만 會社法 제175조에 “會社는 每 會計年度가 종료한 때에 財務會計報告를 작성하고 法에 의하여 監査(審査驗證)를 받아야 한다.”라는 규정만을 두고 있어 會計帳簿에 대한 外部監査人의 監査를 받아야 하는가가 分明하지 않다. 그러나 2000년 7월 1일부터 施行된 會計法과 1997년 12월 16일 中國證券監督委員會에서 제정한 定款指針 및 「外國證市上場會社定款必須條項(到境外上市公司章程必備條款)」에서 國內 上場會社와 國外證市上場會社의 경우, 독립된 公認會計士事務所(注册會計師事務所)의 監査를 받도록 규정하고 있다.<sup>25)</sup>

동 定款指針 제8장 “財務會計制度 利潤配分과 監査(審計)”의 제3절에 “會計士事務所의 選任(聘任)”에 제154조 내지 제160조의 7개 條文을 두고 있다. 會社는 證券關聯業務를 취급할 資格을 얻은 會計士事務所中에서 會計報告監査(審計)와 純資産監査 및 기타 關聯諮問業務 등을 위하여 監査를 담당할 會計事務所와 契約을 체결하는데(제154조) 그 選任과 報酬는 株主總會에서 결정하고(제155조, 제158조), 會計士事務所를 解任하거나 契約을 延長할 것도 株主總會에서 결정하며 관련 新聞에 開示하고 필요할 경우에는 그 理由를 설명하며 證券監督委員會와 公認會計士協會에 登錄(備案)한다(제159조). 會社가 會計士事務所와 契約을 解止할 경우 事前에 通告하여야 하고, 會計士事務所는 株主總會에서 의견을 陳述할 權限이 있다. 會計士事務所가 그 解任理由가 不當하다고 인정될 경우에는 證監會나 會計士

25) 中國에서 會社들의 虛偽財務報告의 深刻성은 보편적 현상이었고 不實한 財務報告로 인한 被害事件도 여러 건 발생하였다. 그중 대표적인 것은 1996년 발생한 海南民源現代農業發展股份有限公司의 “珠民源事件”이다. 1996년 同 會社의 財務報告에는 5.71억원(RMB)의 利潤을 얻었다고 年度報告書를 제출하여 10여만 명이 대거 당해 會社의 株式를 買入하였으나 얼마 지나지 않아 당해 會社實績이 거의 전부가 거짓임이 밝혀짐에 따라 株價가 暴落하고 一般投資者들이 큰 손해를 보는 사건이 발생하였다(毛亞敏, 公司法比較研究, 中國法制出版社, 2001年, 311面).

協會에 申訴할 수 있고, 會計士事務所가 辭任할 경우에는 株主總會에 會社의 不當한 상황을 陳述하여야 한다(제160조). 契約期間은 1년이며 期間은 延長할 수 있다(제154조).

會計士事務所는 會計監査를 함에 있어서 다음과 같은 權限을 가진다. ① 會社의 財務報告 紀錄과 자료를 閱覽할 수 있으며 會社의 理事, 支配人 기타 高級經營者에게 관련서류의 제출과 설명을 요구할 수 있다. ② 會計士事務所의 직무의 履行에 필요한 子會社의 서류제공과 설명의 제공을 會社에 요구할 수 있다. ③ 株主總會에 참석하여 株主總會와 관련된 情報을 知得하며 會社가 選任한 會計士事務所와 관련된 內容에 대하여 陳述할 수 있다(제156조).

定款必須條項 제16장에서 8개 條文으로 外國證市 上場會社의 會計士事務所의 委任에 대한 규정을 두고 있다.

中國의 外部監査制度의 未備點은 첫째, 外部監査는 會社의 財務會計報告書의 필수적 事項인가에 대하여 明文의 規定이 없다.<sup>26)</sup> 만약 필수적 事項이라면 外部監査人을 選任하여 監査를 받지 않은 會社에 대한 制裁措置가 필요할 것이고, 그러하지 아닐 경우에는 實用性이 문제될 것이다. 둘째, 外部監査人의 監査를 받을 對象會社에 대한 規定이 애매하다 하는 것이다. 會社法 제175조에서는 有限會社와 株式會社를 구분하지 아니하고 “法에 의하여 監査를 받아야 한다”라고 규정하고 있는데, 外部監査人의 監査對象인 會社는 일정규모의 上場會社로 限定하는 것이 타당하다고 본다. 셋째, 不實한 監査를 진행한 外部監査人의 책임에 대하여 明文의 規定이 없다는 것이다. 外部監査人制度를 도입하더라도 不實監査에 대한 책임을 묻지 아니한다면 外部監査人이 會社經營者과 共謀하여 不實監査를 할 蓋然性이 높고 그렇다면 制度의 본래 취지가 無意味하게 될 것이기 때문이다.

## 7. 社外理事制度

中國의 上場會社는 그 발전과정에서 많은 問題點을 안고 있는데, 그 중 중요한 문제는 1) 大株主의 절대적인 影響力이 절대적으로 큰 것과 이와 관련하여 理事會構成에서 다음과 같은 問題點을 안고 있다. 첫째, 대부분의 理事會는 株主인 理事로 구성되어 株主自身만 의 利益을 생각하고 會社 전체의 利益은 도외시 하는 경향이 있으며, 둘째, 會社의 株式이고 도로 집중된 상태에서 大株主와 少數株主間에 구조적이고 보편적인 利害衝突이 존재하며, 셋째, 理事가 會社의 社長, 支配人 등 실질적인 經營者 役割을 兼하므로 理事會의 經營者에 대한 監視機能을 期待할 수 없다.<sup>27)</sup>

그리하여 上場會社定款指針 제112조에서 선택적 事項으로 上場會社는 社外理事를 둘 수 있다고 규정하였고, 社外理事指導意見을 발표하여 上場會社는 本 指導意見의 요구에 따라 會社定款을 修正하고 적당한 人員을 社外理事로 選任하도록 하였다. 社外理事에는

26) 定款必須條項 제141조에서는 外國證市 上場會社의 경우에는 國家의 관련규정에 따라 독립된 會計士事務所나 審計事務所를 委任하여 會社의 財務에 대한 監査를 하여야 한다는 규정을 두고 있다.

27) 顧功耘 羅培新, “論我國建立獨立董事制度的幾個法律問題”, 「中國法學」, 2001年 第6期.

최소한 1인의 會計專門人員를 포함하여야 하며 2002년 6월 30일까지 理事會 構成員中 최소한 2인의 社外理事를 두어야 하고, 2003년 6월 30일까지는 최소한 3분의 1이상의 社外理事를 두어야 한다고 규정하였다(社外理事指導意見 제1조 제3호).<sup>28)</sup>

## 1) 資格要件

同 社外理事指導意見에서 규정하고 있는 社外理事가 될 수 있는 者의 積極적인 요건으로는 法律에서 定한 上場會社 理事의 資格이 있는 者여야 하며, 獨立性 專門經營知識과 會社定款에서 定한 기타의 요건을 充足하여야 한다(社外理事指導意見 제2조).

소극적인 要件으로는 ① 上場會社 또는 附屬企業의 任職員이나 또는 直系親族과 親姻戚, ② 直間接적으로 上場會社 發行株式의 1%이상의 株式을 保有하거나 또는 上場會社 10大 株主中の 自然人 株主나 또는 그 直系親屬, ③ 直間接적으로 上場會社 發行株式의 5%이상의 株式을 保有한 法人이나 또는 上場會社 5大 法人株主의 任職員 및 그 直系親屬, ④ 最近 1년 내에 전3항의 事由가 있었던 者, ⑤ 上場會社나 그 附屬企業에 財務, 法律, 諮問 등 서비스를 제공하는 者, ⑥ 會社定款에서 규정한 기타 人員, ⑦ 中國 證監會에서 인정하는 기타 人員 등은 上場會社의 社外理事로 될 수 없다(社外理事指導意見 제3조).<sup>29)</sup>

## 2) 任命과 解任節次

### (1) 推薦

社外理事의 推薦은 上場會社의 理事會, 監事會 및 發行株式總數의 1%이상을 保有한 株主가 하고(제4조 제1항), 推薦者는 社外理事 候補의 職業, 職務, 學力, 經力, 兼職狀況 등에 대하여 충분한 설명이 있어야 할 뿐만 아니라 社外理事의 資格과 獨立性에 대하여 의견을 피력하여야 한다(제4조 제2항 前文).

### (2) 會社情報公示

社外理事 候補는 本人과 上場會社와의 獨立性에 관한 공개성명을 발표하고 會社는 社外理事를 選舉하는 株主總會 전에 社外理事와 관련된 事項을 公고하여야 한다(제4조 제2항 後文). 또한 株主總會 개최 전에 社外理事의 人的事項을 中國證券監督委員會, 會社所在地에 駐在한 證券監督委員會의 派出機構 및 上場한 證券去來所에 報告하여야 한다. 理事會가 候補者에 대하여 異議가 있을 경우 理事會의 書面意見을 함께 報告하여야 한다(제

28) 理事會內에 報酬, 監査(審計), 推薦 등 委員會를 둘 경우, 社外理事가 1/2 이상을 占하여야 한다(社外理事指導意見 제5조 제4항).

29) 홍콩의 證券上場規則 제5장에서는 社外理事의 獨立性을 판단함에 있어서 다음의 事項을 참조한다. 發行株式總數의 1%를 초과하지 아니하며 또한 贈與를 통해 취득한 것이 아님 것 : 過去 또는 現在에 會社나 附屬會社의 業務中에 어떠한 財産 또는 기타 利益이 없을 것(그러나 1% 미만의 株式과 理事나 專門諮問委員으로서 얻은 受益은 제외 함) : 過去 또는 現在에 會社의 關聯者와 어떠한 連繫도 없을 것(그러나 專門諮問委員을 兼한 경우는 제외 함) : 그룹會社에서 어떠한 管理職도 맡지 않고 있을 것 등이다.

## 4조 제3항 前文).

## (3) 審査

證券監督委員會는 15일 내에 候補에 대한 審査를 完了하는데, 候補者에 대하여 異議를 제기할 경우, 당해 人員은 社外理事 候補는 될 수 없지만 理事의 候補로는 될 수 있다(제4조 제3항).

## (4) 選舉

社外理事는 株主總會에서 選出된다(제4조 제1항). 理事會는 社外理事 候補의 證券監督委員會에서의 審査結果를 株主總會에 報告하여야 한다.

## (5) 解任

社外理事의 任期는 理事의 任期와 같고 連任할 수 있으나 最長 6년을 초과할 수 없고(제4조 제4항), 連續하여 3차례 理事會에 出석하지 아니할 경우, 理事會는 株主總會에 해당 社外理事의 罷免을 請求할 수 있고, 會社法이 定한 事由가 있는 경우를 제외하고 社外理事를 任意로 解任할 수 없다. 任期滿了前에 解任할 경우, 이는 特別會社情報公示事項으로서 會社는 이를 公告하여야 하고, 解任된 社外理事는 會社의 解任理由가 不當하다고 생각될 경우에는 이에 대한 공개성명을 발표할 수 있다(제4조 제5항). 社外理事는 任期前에 書面으로 된 辭職書를 제출할 수 있는데, 辭職書에는 辭職 또는 株主와 債權者의 注意를 환기시킬 만한 事項에 대하여 그 理由를 설명하여야 한다. 社外理事의 辭職으로 社外理事의 比率이 社外理事指導意見에서 요구하는 最低定員에 未達할 경우, 辭職書는 다른 社外理事가 選出된 후 效力이 발생한다(제4조 제6항).

## 3) 權限

社外理事의 機能을 충분히 발휘하기 위해 社外理事는 理事의 權限을 行使할 수 있는 외에 다음과 같은 特別權限을 부여하였다(제5조 제1항).

## (1) 承認權(認可權)

重大한 內部去來(關聯交易)에 대한 事前承認權을 가진다. 즉 上場會社가 內部者(關聯人)와 300만원을 초과하거나 또는 上場會社 純資産의 5%이상을 초과하는 금액의 內部去來를 할 경우, 社外理事의 승인을 받은 후 理事會에서 議決한다. 社外理事는 判斷을 내리기 전에 독립된 會計事務所(仲介機構)를 選任하여 財務報告書를 작성하게 하여 判斷의 근거로 할 수 있다(제5조 제1항 1호).

## (2) 提案權

提案權에는 公認會計事務所의 選任과 解任(제5조 제1항 2호), 理事會에 대하여 臨時株主總會 召集의 提案(제5조 제1항 3호)과 理事會開催 提案(제5조 제1항 4호)을 할 수 있다.

(3) 獨立決定權

外部의 監査機構(審計機構)의 諮問機構의 選任을 독립적으로 결정할 수 있다(제5조 제1항 5호).

(4) 委任狀의 勸誘

株主總會 개최 전에 株主를 상대로 委任狀勸誘(投票權徵集)를 할 수 있다(제5조 제1항 6호).

(5) 意見開進權

社外理事는 株主總會나 理事會에서 重要な 事項에 대하여 독립적인 의견을 開進할 權利를 가진다. 重要な 事項이란 ① 理事의 推薦, 選任과 解任, ② 高級經營者의 選任과 解任, ③ 理事와 高級經營者의 報酬, ④ 上場會社의 株主나 실제 支配者 또는 內部者去來中 去來規模가 300만원을 초과하거나 또는 純資産規模의 5%이상의 貸出金이나 기타 資金去來 및 會社가 적절한 조치를 취하여 債務回收을 시도하였는지 與否, ⑤ 少數株主의 利益에 해가 된다고 인정될 경우와 ⑥ 會社定款에서 규정한 其他事項 등을 말한다(제6조 제1항).

독립적인 意見發表는 同意, 留保意見 및 그 理由, 反對 및 그 理由, 意見을 開進할 수 없는 경우에는 그 障礙를 表明하는 방식으로 할 수 있다(제6조 제2항). 만약 關聯事項이 會社情報公示의 事項일 경우, 會社는 社外理事의 意見을 公告하여야 하고, 社外理事間에 意見이 다른 경우, 그 意見을 각기 公開하여야 한다(제6조 제3항).

社外理事가 (1), (2), (3)과 (4)의 권한을 行使할 경우에는 全體社外理事의 過半數의 同意가 있어야 하고, 만약 이러한 권한을 정상적으로 行使할 수 없거나 또는 關聯提案이 채택되지 아닐 경우, 會社는 그러한 상황을 公示하여야 한다(제5조 제2항, 제3항).

#### 4) 報酬와 會社의 協助事項

社外理事는 會社로부터 適정한 報酬을 받는데, 그 기준은 理事會에서 制定하여 株主總會의 議決을 거쳐야 하며 會社의 年度報告書를 통해 公示하여야 한다.<sup>30)</sup> 社外理事는 상기 報酬外에 會社나 株主 또는 利害關係人으로부터 다른 利益이나 公시하지 아니한 利益을

30) 中國 社外理事의 報酬支給은 통상적으로 매년 고정적인 社外理事 費用을 支給하는 형식을 취하는데, 년 평균 수당은 3만원(RMB)이라고 한다. 제일 적은 경우는「馬鋼股份」,「太太藥業」등 0.5만원(RMB)을 지급하는 上場會社이고, 최고는「海南航空」과 같은 연 5만원(RMB)을 지급하는 上場會社가 있다. 수당지급의 지역특징은 南部와 東部地域의 上場會社가 높고, 시간적으로는 후에 설립한 會社일수록 수당이 높으며, 資本構成에서 있어서는 外資의 比率이 높은 會社일수록 社外理事의 수당이 높은 특징을 나타내고 있다(<http://www.hrclub.com.cn/data/html/2003-7-25>). 美國 社外理事의 報酬는 통상 年費와 회의참가수당 두 부분으로 구성되는데, 年費는 통상적으로 2-4만달러고, 理事會나 專門委員회의 참가수당은 1000-5000달러이다. 社外理事의 평균 연 수입은 33000달러라고 한다(林凌 常城,「獨立董事制度研究」,「證券市場導報」,2000年9月號,21面).

언어는 아니 된다<sup>31)</sup>(제7조 제5항).

社外理事는 理事와 同等한 情報接近權을 가지며, 社外理事에 제공한 情報가 不充分할 경우, 그 資料의 보충을 要求하거나 또는 理事會會議의 延期를 요청할 수 있고(제7조 제1항), 會社의 關聯者는 社外理事의 職務遂行에 필요한 協助를 하여야 하며(제7조 제2항), 社外理事의 業務執行으로 발생한 費用은 會社의 부담으로 하고(제7조 제3항) 社外理事의 業務執行中에 생길 수 있는 危險<sup>32)</sup>을 減少하기 위해 社外理事責任保險에 가입할 수 있다(제7조 제6항).

앞서 언급한 바와 같이 中國의 會社構造를 보면 大株主가 절대적인 優位를 점하고, 會社의 理事가 大株主의 영향을 받기 때문에 會社의 경영진이 會社 전반이나 또는 全體株主의 利益을 대표하거나 도모하기 보다는 大株主 利益 지상주의를 취할 가능성이 크기 때문에 中國에서의 社外理事制度는 그 의미가 크다고 하겠다.<sup>33)</sup> 이러한 의미에서 社外理事指導意見은 시기적절하며 타당성이 있다고 하겠다. 그러나 다음과 같은 점에서는 일정한 補充이 필요하다고 생각된다.

첫째, 理事會나 監事會 또는 發行株式總數의 1%이상을 保有한 株主가 社外理事 推薦權을 가지지만, 진정 獨立性を 확보한 社外理事를 選任하기 위해서는 社外理事로 구성되거나 또는 過半數 이상의 社外理事로 구성된 專門委員會에서 社外理事를 推薦하게 하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 大株主의 影響力하에 있는 理事會나 또는 監事會에서 推薦한 候補는 獨立성이 문제될 여지가 많고, 1%이상의 株式을 保有한 株主가 推薦한 候補라하더라도 株主總會에서 選任될 때 역시 大株主의 영향을 받아 選任되지 못할 우려가 있다. 따라서 제1차의 社外理事를 選任할 경우에는 현행 규정에 따르더라도 그 후의 社外理事 選任에 있어서는 專門的인 推薦委員會에서 推薦한 候補中에서 社外理事를 選任하도록 하고 독립성의 資格要件을 엄격히 하는 것이 그 獨立性を 확보하는데 有益할 것이다. 그리고 社外理事 選任에 있어서 大株主의 議決權을 제한하는 것도 필요하다고 생각된다.

둘째, 社外理事의 機能을 발휘하기 위해 社外理事指導意見에서 社外理事에게 광범위한 特別權限을 賦與한 것으로 보이지만, 대부분은 勸告的 事項이고 決定權을 行使할 수 있는 事項은 限定的이다. 따라서 社外理事制度의 취지를 살리기 위하여서는 經營者의 經營實績에 대하여 평가할 수 있는 權限과 財務報告書, 利潤配分方案 등에 대한 審査權 및 엄중한 內部者去來나 重大投資에 대한 否決權을 부여하는 것이 바람직하다. 또한 社外理事의

31) 社外理事의 獨立性を 확보하기 위하여 會社나 株主로부터 公示되지 아니한 수입을 얻어서는 아니 되지만, 한편으로는 社外理事의 經營參與와 監督權 행사의 적극성을 유도하기 위해 物質的인 報酬과 精神的인 激勵(名譽의 提高 등)도 필요하다고 하겠다.

32) 社外理事도 理事와 마찬가지로 忠實義務와 善管義務를 부담한다. 社外理事의 責任與否는 經營判斷基準(business judgement rule)에 의하여, 즉 理事가 經營權을 행사함에 있어서 善良한 管理者의 注意義務를 履行하였다면 理事는 免責된다는 것이다(張開平, 英美公司董事法律制度研究, 法律出版社, 1998, 190面).

33) 이러한 현실을 감안하여 社外理事指導意見 제1조에서도 社外理事는 “會社 전반의 利益을 守護하여야 하며 특히는 中小株主의 적법한 權益이 침해를 받지 않도록 주의를 기하여야 한다. 社外理事는 독립적으로 그 직무를 수행하며 上場會社의 주요 株主나 실제 支配株主 및 上場會社와 利害關係가 있는 기타 法人(單位)나 個人的 영향을 받지 않아야 한다”고 하여 社外理事制度의 導入趣旨을 명확히 하고 있다.

權利濫用을 방지하기 위한 제도적 장치로 否決된 議案에 대하여는 再次 議決할 수 있도록 하고 再議決에 있어서 理事會 出席理事의 2/3이상의 同意를 要하도록 규정하는 것이 타당하다고 본다.<sup>34)</sup>

셋째, 社外理事와 監事會의 財務監督에 있어서 衝突할 우려가 있다. 社外理事는 會社의 經營參與와 業務 및 財務에 대한 監督權을 가지고, 監事會는 경영진의 業務와 會社의 財務狀況에 대한 監督權을 가진다. 통상적으로 社外理事의 監督權은 事前監督과 議事形成過程中的 監督으로 監事會의 事後的인 監督과 衝突할 여지가 적을 것이나, 財務監督에 있어서는 社外理事나 監事會가 모두 事後的인 監督을 함으로써 衝突의 여지가 있다. 따라서 私見으로는 財務監督에 대하여 社外理事와 監事會의 監督權과 그에 따르는 責任을 명확히 하는 것이 效率的이며 또한 責任의 소재도 分明히 할 수 있다고 본다.

## 8. 株式買受請求權

中國會社法이나 證券去來法 등에서는 株式買受請求權制度에 대하여 아무런 규정도 두고 있지 아니하다. 다만 中國證券監督委員會에서 제정한 定款指針 제173조에서 “會社의 合併과 分割시 理事會는 필요한 조치를 취하여 會社의 合併이나 分割에 反對하는 株主의 適法한 權利를 保護하여야 한다”고 규정하고 있고, “國外證市上場會社定款必須條項”(到境外上市公司章程必備條款, “定款必須條項”이라 함)제149조 1항에서는 “會社의 合併, 分割決議에 反對하는 株主는 會社에 대하여 또는 合併, 分割에 同意하는 株主에 대하여 公正한 가격으로 자기의 株式을 買受할 것을 請求할 수 있다”는 규정을 두고 있다.

그러나 中國의 株式買受請求權制度는 다음과 같은 問題點을 안고 있다.

첫째, 法的 拘束力이 낮다는 것이다. 株式買受請求權은 多數株主의 횡포로부터 少數株主를 효과적으로 保護할 수 있는 制度라는 점에서 會社의 基本的인 構造變更이나 經營變化에 반대하는 少數株主를 확실하게 保護하기 위하여 강한 法的 拘束力을 갖는 會社法에 규정을 두는 것이 바람직하나, 현재는 國務院(中央政府)산하의 證券과 先物에 관한 主務機關인 中國證券監督委員會에서 제정한 行政性規範(行政性規章)에 불과한 下位法에 규정을 두어 法的 效力이 낮다.<sup>35)</sup>

둘째, 規정이 지나치게 원칙적이어서 實效性을 기대할 수 없다. 定款指針에서는 會社의 分割, 合併에 반대하는 株主의 적법한 利益을 保護하여야 한다고 하고 있는데, 구경 理事會는 어떠한 수단과 방법을 통해 反對株主의 적법한 利益을 保護할 것인가에 대하여 명확한 規정을 두고 있지 않아 여기에 株式買受請求權의 行使를 통한 反對株主의 利益保護가 가능한 것인지, 또한 理事會가 타당한 조치를 취하지 않을 경우에 어떠한 責任을 져야 하

34) 周友蘇, 公司法通論, 四川人民出版社, 2002年, 563面.

35) 이는 中國會社法에서 “大株主中心主義”를 취하고 있는 것과 無關하지 않다고 한다(蔣大興, 公司法的展開與評論, 法律出版社, 2002年, 797面).



는가에 대한 규정이 없다. 定款必須條項에서는 비록 反對株主의 株式買受請求權을 인정하고는 있으나, 上場會社에만 적용된다는 한계가 있다. 그리고 “公正한 價格”에 대한 基準과 算定方法에 대한 규정을 두고 있지 아니하여 역시 立法論적으로 補完할 事項이다.

셋째, 규정내용의 妥當性이 문제된다. 현재의 定款指針이나 定款必須條項의 反對株主 救濟에 관한 극히 原則的인 규정을 두고 있으나, 그마저도 妥當性이 疑問이 된다. 예컨대, 定款指針 제173조에서 “理事會는 필요한 조치를 취하여 會社의 合併이나 分割에 반대하는 株主의 合法的 權利를 保護하여야 한다”라고 규정하여 反對株主의 利益保護를 理事會에 조치에 依하도록 하고 있는데, 大株主의 支配하에 있는 理事會가 과연 효과적인 조치를 취하여 反對株主의 利益을 保護할 수 있을지 疑問시되고, 현실적으로 大株主의 利益과 충돌이 발생한 反對株主에 대한 保護를 理事會의 조치에 依하게 한다는 것은 거의 불가능하다고 보여 진다. 그럼에도 불구하고 理事會에서 필요한 조치를 취하여 反對株主의 利益을 保護하지 못할 경우의 救濟策에 대한 규정을 두고 있지 않기 때문에, 이 條文은 전혀 實效性이 없는 것이라고 생각된다.

넷째, 適用範圍가 制限되었다. 定款指針이나 定款必須條項의 규정은 모두 上場會社에 대하여만 準用되는 규정으로서, 非上場株式會社나 有限會社의 反對株主에게는 적용되 않는다. 또한 위의 규정은 上場會社의 合併이나 分割을 반대하는 株主에게만 인정되고, 기타 會社의 定款變更이나 營業讓渡 등에 있어서는 적용할 수 없다는 문제가 있다.

上場會社의 分割이나 合併에 반대하는 株主에 대하여 保護가 필요할 뿐만 아니라, 一般株式會社나 有限會社의 反對株主에 대하여도 그들의 合法的 權利는 救濟되어야 할 것이다. 따라서 中國도 行政規範인 定款指針이나 定款必須條項에 株式買受請求權制度를 규정할 것이 아니라, 會社法에 이 制度를 도입할 필요가 있다. 그리고 株式買受의 결정을 美國이나 獨逸, 프랑스, 스위스, 韓國 등 나라들에서는 理事會에서 결정하고 있지만, 中國에서는 會社資本의 減資決議나 會社合併의 決議 및 剩餘財產分配의 決議 등은 모두 株主總會에서 하는데 비추어(中國會社法 제103조 제7항, 제8항, 제10항), 株主總會에서 결정하게 하는 것이 바람직하다.<sup>36)</sup>

中國會社法에 株式買受請求權을 규정함에 있어서는 請求事由를 合併이나 分割에 限定할 것이 아니라, 定款의 중대한 變更, 資產이나 營業의 전부 또는 중요부분의 讓渡, 會社에 중대한 영향을 미치는 營業이나 資產의 讓渡 등의 경우에도 株式買受請求權을 인정하여야 할 것이며, 議決權 株式이나 無議決株式을 가진 株主 모두가 同 請求權을 가진다고 규정하는 것이 바람직하다. 株式買受請求權을 行使하는 절차에 대하여는 會社의 通知義務, 株主의 書面反對와 書面に 의한 株式買受請求, 價格協商과 法院에 대한 價格決定要請, 公正한 가격의 판단기준, 株式을 買受하는 會社의 代金支給期間, 株式買受請求權의

36) 馬俊駒 林曉鍊, “我國股份 回購的現實意義與立法完善”, 中國商法學精萃, (王保樹 石少俠等, 法苑精萃編輯委員會), 機械出版社, 2001, 246面,

制限과 失效에 대하여 明確한 規定을 두는 것이 바람직하다고 본다.

### 9. 株主總會決議瑕疵에 대한 救濟

中國會社法 제111조는 “株主總會, 理事會의 決議가 法律이나 行政法規에 違反하여 株主의 合法的 權利를 침해한 경우, 株主는 法院에 그 違法行爲나 侵害行爲의 停止를 請求하는 訴訟을 제기할 수 있다.”는 規定을 두고 있다. 물론 同條項의 規定을 株主總會 決議瑕疵의 救濟에 관한 내용으로 理解할 수도 있겠지만, 訴訟의 主體를 株主로만 限定하고 또한 株主의 權利가 침해를 입은 경우에만 訴訟을 제기할 수 있다고 하고 있기 때문에 엄격한 의미에서 株主의 權利가 침해를 받았을 경우의 救濟에 관한 規定으로 해석함이 더 타당할 것이다. 종합적으로 檢討하여 보면 中國會社法 제111조의 規定은 다음과 같은 問題點을 안고 있다.

첫째, 訴訟의 主體를 權利가 침해를 받은 株主로 경우로 限定하고 있는데, 그렇다면 株



는가에 대한 규정이 없다. 定款必須條項에서는 비록 反對株主의 株式買受請求權을 인정하고는 있으나, 上場會社에만 적용된다는 한계가 있다. 그리고 “公正한 價格”에 대한 基準과 算定方法에 대한 규정을 두고 있지 아니하여 역시 立法論的으로 補完할 事項이다.

셋째, 규정내용의 妥當性이 문제된다. 현재의 定款指針이나 定款必須條項의 反對株主 救濟에 관한 극히 原則的인 규정을 두고 있으나, 그마저도 妥當性이 疑問이 된다. 예컨대, 定款指針 제173조에서 “理事會는 필요한 조치를 취하여 會社의 合併이나 分割에 반대하는 株主의 合法的 權利를 保護하여야 한다”라고 규정하여 反對株主의 利益保護를 理事會에 조치에 依하도록 하고 있는데, 大株主의 支配하에 있는 理事會가 과연 효과적인 조치를 취하여 反對株主의 利益을 保護할 수 있을지 疑問시되고, 현실적으로 大株主의 利益과 충돌이 발생한 反對株主에 대한 保護를 理事會의 조치에 依하게 한다는 것은 거의 불가능하다고 보여 진다. 그럼에도 불구하고 理事會에서 필요한 조치를 취하여 反對株主의 利益을 保護하지 못할 경우의 救濟策에 대한 규정을 두고 있지 않기 때문에, 이 條文은 전혀 實效性이 없는 것이라고 생각된다.

넷째, 適用範圍가 制限되었다. 定款指針이나 定款必須條項의 규정은 모두 上場會社에 대하여만 準用되는 규정으로서, 非上場株式會社나 有限會社의 反對株主에게는 적용되지 않는다. 또한 위의 규정은 上場會社의 合併이나 分割을 반대하는 株主에게만 인정되고, 기타 會社의 定款變更이나 營業讓渡 등에 있어서는 적용할 수 없다는 문제가 있다.

上場會社의 分割이나 合併에 반대하는 株主에 대하여 保護가 필요할 뿐만 아니라, 一般株式會社나 有限會社의 反對株主에 대하여도 그들의 合法的 權利는 救濟되어야 할 것이다. 따라서 中國도 行政規範인 定款指針이나 定款必須條項에 株式買受請求權制度를 규정할 것이 아니라, 會社法에 이 制度를 도입할 필요가 있다. 그리고 株式買受의 결정을 美國이나 獨逸, 프랑스, 스위스, 韓國 등 나라들에서는 理事會에서 결정하고 있지만, 中國에서는 會社資本의 減資決議나 會社合併의 決議 및 剩餘財産分配의 決議 등은 모두 株主總會에서 하는데 비추어(中國會社法 제103조 제7항, 제8항, 제10항), 株主總會에서 결정하게 하는 것이 바람직하다.<sup>36)</sup>

中國會社法에 株式買受請求權을 규정함에 있어서는 請求事由를 合併이나 分割에 限定할 것이 아니라, 定款의 重大한 變更, 資産이나 營業의 전부 또는 重要부분의 讓渡, 會社에 重大한 影響을 미치는 營業이나 資産의 讓渡 등의 경우에도 株式買受請求權을 인정하여야 할 것이며, 議決權 株式이나 無議決株式을 가진 株主 모두가 同 請求權을 가진다고 규정하는 것이 바람직하다. 株式買受請求權을 行使하는 절차에 대하여는 會社의 通知義務, 株主의 書面反對와 書面에 의한 株式買受請求, 價格協商과 法院에 대한 價格決定要請, 公正한 가격의 판단기준, 株式을 買受하는 會社의 代金支給期間, 株式買受請求權의

36) 馬俊駒 林曉銀, “我國股份 回購的 現實意義與立法完善”, 中國商法學精萃, (王保樹 石少俠等, 法苑精萃編輯委員會), 機械出版社, 2001, 246面.

制限과 失效에 대하여 명확한 규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

## 9. 株主總會決議瑕疵에 대한 救濟

中國會社法 제111조는 “株主總會, 理事會의 決議가 法律이나 行政法規에 違反하여 株主의 合法的 權利를 침해한 경우, 株主는 法院에 그 違法行爲나 侵害行爲의 정지를 請求하는 訴訟을 제기할 수 있다.”는 규정을 두고 있다. 물론 同 條項의 규정을 株主總會 決議瑕疵의 救濟에 관한 내용으로 理解할 수도 있겠지만, 訴訟의 主體를 株主로만 限定하고 또한 株主의 權利가 침해를 입은 경우에만 訴訟을 제기할 수 있다고 하고 있기 때문에 엄격한 의미에서 株主의 權利가 침해를 받았을 경우의 救濟에 관한 규정으로 해석함이 더 타당할 것이다. 종합적으로 檢討하여 보면 中國會社法 제111조의 규정은 다음과 같은 問題點을 안고 있다.

첫째, 訴訟의 主體를 權利가 침해를 받은 株主로 경우로 限定하고 있는데, 그렇다면 株主總會 決議의 瑕疵에 대한 訴訟이 아니라 株主의 權利침해에 대한 救濟라고 보아야 할 것이고, 株主의 權利가 不法行爲(侵權行爲)에 기하여 손해를 보았다면 그러한 不法行爲의 留止를 請求할 수 있을 뿐만 아니라, 損害賠償訴訟도 請求할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그러나 文言上의 의미로는 損害賠償은 請求할 수 없고, 다만 不法行爲의 留止(停止)만을 請求할 수 있다.<sup>37)</sup>

둘째, 訴訟事由는 法律이나 行政法規를 위반한 경우로 限定하고 있다. 證券證券監督委員會의 規範이나 또는 會社의 定款에 위반되는 행위는 訴訟의 事由로 될 수 없다는 것으로 解釋되고 있고, 또 不法行爲의 留止를 求하는 訴인지 아니면 株主總會의 決議의 無效나 取消을 求하는 訴인가에 대하여 명확한 규정이 없다. 또한 除斥期間에 대한 규정도 없어 會社의 社團性과 多數人의 관계가 장기간 不安定한 상태에 처할 수 있는 부작용이 있고, 同 制度의 實效性을 반감시키고 있다.<sup>38)</sup>

따라서 立法論的으로는 中國會社法에서도 株主總會의 瑕疵에 대한 救濟方法에 관한 明文의 규정을 두는 것이 바람직하다. 즉 株主總會의 瑕疵에 대하여 訴를 제기할 수 있는 者, 訴訟의 對象, 無效 또는 取消의 效果, 訴의 時效 등 制度를 도입하여 이에 대하여 구체적 인 규정을 두는 것이 多數決의 濫用으로부터 少數株主의 利益을 효과적으로 保護할 수 있는 제도적 장치가 될 것이다.

37) 株主總會規範意見 제38조 제2항에서는 會社法 제111조와는 다른 “....., 株主는 法院에 民事訴訟을 提起할 수 있다”고 규정하여 會社法의 규정보다는 進一步하였다. 즉 동 규정으로 上場會社의 株主는 會社法 제111조의 事由가 있을 경우에는 損害賠償 등의 民事訴訟도 提起할 수 있게 되었다.

38) 周友蘇, 前揭書, 336面.

### Ⅲ. 結語

중국은 1949년 건국 이래 사회주의 계획경제체제를 시행하여 오다가 1992년 중국공산당 제14기 대표대회에서 사회주의 계획경제체제로부터 시장경제체제로의 전환을 선언한 후 중국의 경제제도도 획기적인 개혁이 이루어졌고 1994년 회사법이 실시되면서 회사제도에 대한 연구도 활발해지기 시작하였다. 그러나 그 시간이 짧은 원인으로 회사법 자체에 많은 부족점을 안고 있다. 앞서서도 살펴보았듯이 中國會社法中 少數株主에 대한 保護制度로는 株主總會召集請求權(中國會社法 제104조), 議決權의 代理行使(中國會社法 제108조), 定款 株主總會 議事錄 財務會計報告의 閱覽請求權 建議權 質問權(中國會社法 제110조), 株主總會 理事會決議 違法時의 留止請求權(中國會社法 제111조) 등의 條文만을 두고 있으나, 이 條文 自體도 많은 問題點을 안고 있다. 이러한 문제점들을 해결하기 위하여 여러 가지 「規定」과 「意見」의 형식으로 株主提案權, 累積投票制, 委任狀勸誘制度, 書面投票制度, 社外理事制度, 外部監査制度, 株式買受請求權 등 관련규정들을 두고 있으나, 한국상법의 규정과 비교하여 보면 아직 완비되지 않은 상태이므로 많은 부분이 보충되어야 할 것이다.



