

중국과 한국의 주식회사 이사의 의무에 대한 비교연구

A study on the comparison of the director's duty between
China and Korea

육 평* · 송 석 언**
Lu, Ping · Song, Seok-Eon

목 차

- I. 서론
- II. 중국 신회사법상 주식회사 이사의 의무
- III. 한국 회사법상 주식회사 이사의 의무
- IV. 결론

국문초록

중국은 한국의 제1위의 무역 상대국·투자 대상국·관광국이 되었다. 특히 최근에는 한국과 중국 간에 FTA 체결을 논의하기에 이르렀다. 교역순위 1위라는 것이 중요한 의미가 아니라 이제는 교역량이 어느 정도로 까지 증대될 것인가가 관심의 초점이 될 것이다. 교역량의 증대는 상호 양국의 기업들이 현지에 진출하여 현지법인을 설립·운영할 필요성이 커짐에 따라 회사법 분야의 상호 인식의 필요성도 커지고 있다.

논문접수일 : 2011.06.26

심사완료일 : 2011.08.08

게재확정일 : 2011.08.09

* 제주대학교 법학 대학원 박사과정수료

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

중국 회사법은 1993년에 제정되어 1999년, 2004년, 2005년 세 차례에 걸쳐 개정을 한 바 있다. 2005년 중국 회사법의 개정은 기업에 관한 국제기준과 시장경제체제에 적합토록하기 위한 것이었다. 하지만 아직도 이사의 감독문제, 자기거래와 경업금지의 승인절차문제, 퇴임 후 이사의 비밀유지의무문제 등 다양한 문제가 존재하고 있다. 이에 비하여 한국은 1997년 외환위기 이후 기업경영의 건전성·투명성을 확보하기 위하여 회사법을 대폭적으로 개정한 후에도 1998년, 2001년, 2008년 그리고 2011년의 개정을 통하여 주식회사제도의 문제점을 지속적으로 시정하고 있다. 그리하여 본 연구는 2005년에 개정된 중국의 회사법과 한국의 현행 회사법의 주식회사의 이사의 의무에 관한 제도를 비교연구 하고자 한다.

주제어 : 중국 회사법, 한국 회사법, 충실의무, 주의의무

1. 서론

중국은 1978년 개혁·개방정책을 실시한 이래 꾸준한 경제성장을 이룩하였으며, 외국기업들의 대(對)중국 투자도 지속적으로 증가하고 있다. 한국 기업들도 1992년 한·중 수교 이래 중국에 대한 투자를 확대해 오고 있다. 이제 중국은 한국의 제1위의 무역 상대국·투자 대상국·관광국이 되었다. 특히 최근 한국과 중국 간 FTA 체결을 논의하고 있으며, 한국기업들이 중국 내에 투자하여 현지법인을 설립·운영하는 것과 관련하여 회사법 분야의 교류의 필요성 또한 대두되고 있다.

중국은 1993년 국유기업을 민영회사로 개혁·편입시키기 위하여 회사법을 제정하였다.¹⁾ 1993년 제정된 회사법은 1999년, 2004년, 그리고 2005년 세 차례에 걸쳐 개정을 한 바 있다. 앞선 두 차례 개정은 부분적인 것이었으나, 2005

1) 이정표, "최근 개정된 중국회사법의 검토", 「성균관법학」 제17권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2005. 446면.

년에는 무려 137개 조항을 개정함으로써 '신회사법'이라고 불릴 만큼 획기적이고 대폭적이었다.²⁾ 그 중 이사의 의무에 대한 개정의 특이점은 첫째, 처음으로 이사의 근면의무(주의의무)를 명문화하였다는 점, 둘째, 처음으로 회사기회의 유용에 대하여 제한한다는 점, 셋째, 원래 절대적인 의무로 설정되었던 겸업금지의무를 주주총회의 동의로써 제한적으로 허용한다는 점이다. 이러한 개정이 있었지만 아직도 미진한 부분이 많다는 비판이 있다. 즉 이사의 감독문제, 자기거래와 겸업금지의 승인절차문제, 퇴임 후 이사의 비밀유지의무문제 등에 대한 것이다.

이에 비하여 한국은 1997년 외환위기 이후 기업경영의 건전성·투명성을 확보하기 위하여 회사법을 대폭적으로 개정한 후에도 1998년, 2001년, 2008년 그리고 2011년의 개정을 통하여 주식회사제도의 문제점을 지속적으로 시정하고 있다. 그리하여 본 연구는 2005년에 개정된 중국의 회사법과 한국의 현행 회사법의 주식회사의 이사의 의무에 관한 제도를 비교연구하여 중국 회사법상 이에 관하여 아직 해결되지 않는 문제들을 보완하는데 입법론적인 시사점을 찾아내고자 한다.

II. 중국 신회사법상 주식회사 이사의 의무

1. 이사의 충실의무와 근면의무

구회사법은 이사의 충실의무만 규정하고 주의의무를 규정하지 않았다고 보았다.³⁾ 즉 구회사법 제59조에서는 “이사는 회사 정관을 준수하고 직무를 충실하게 이행하여야 한다”라고 규정한 것이다. 이것이 “이사의 충실의무”라는 직접적인 용어는 사용하지 않았지만 이사의 충실의무에 대한 법적 근거라는 것

2) 이형규, “중국의 개정회사법에 관한 고찰”, 『한양법학』 제19권 제3호, 한양법학회, 2008, 276면. 이하 2005년 수정된 회사법은 '신회사법'이라고 약칭한다. 이에 대응하여 1993년에 제정된 회사법은 '구회사법'이라고 약칭한다.

3) 양동석, 『중국회사법』, 진원사, 226면. 劉俊海, 『公司法學』, 北京大學出版社, 2008, 255면.

이다. 또한 구회사법이 제정되었던 당시 중국의 「민법통칙」(民法通則)에는 주의의무를 내용으로 하는 위임제도에 관한 규정이 없는 상태였기 때문에 이사의 주의의무를 논하는 것은 법리적으로 곤란한 환경이었다.⁴⁾ 그러므로 이사가 주의의무를 위반한 경우 그에 대한 책임을 추궁하기가 곤란하였다. 그러다가 2005년 개정 신회사법에 처음으로 이사의 근면의무(주의의무)⁵⁾를 명문화하였고(제148조), 또한 처음으로 충실의무라는 용어를 직접 사용하였다. 즉 “이사는 법률·행정법규 및 회사정관을 준수하여야 하며, 회사에 대한 충실의무와 근면의무를 진다”고 규정하고 있다. 이에 따라 이사의 충실의무와 근면의무는 동어반복인지 여부에 대하여 논란이 있다. 통설은 충실의무와 근면의무는 성질이 다르다고 하는데 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 충실의무는 회사가 이사에 대하여 가지는 신뢰를 기반으로 하는 이사 개인의 윤리적인 의무인 반면에 근면의무는 회사가 이사에게 요구하는 회사 경영과 회사관리면에서의 의무라고 한다.⁶⁾ 즉, 충실의무는 이사에게 이사라는 지위를 이용하여 자기의 이익을 도모해서는 아니 되며 회사와 이사간의 이익 충돌이 발생할 때 이사는 회사의 이익을 우선하여야 한다는 것이고, 근면의무는 이사의 직무와 관련하여 수임자로서 위임의 본래 취지에 따라 선량한 관리자의 주의로서 직무를 수행해야한다는 것이다.⁷⁾ 둘째, 충실의무는 이사가 자신의 지위를 이용하여 개인의 이익을 도모하는 것을 방지하는 것이므로 소극적인 부작위 의무인 반면에 근면의무는 이사가 회사의 일을 자기 자신의 일을 처리하는 것처럼 직무를 적극적으로 이행하라는 의무인 점에서 적극적인 작위의무이다.⁸⁾ 셋째, 근면의무위반의 경우에 경영판단의 법리에 의하여

- 4) 吳堯·向欣, “論公司對董事的賠償責任”, 「湖北社會科學」, 第11期, 湖北省社會科學聯合會·湖北省社會科學院, 2004, 66面.
- 5) 중국에서는 대부분 학자들이 근면의무는 주의의무로 이해하고 해석하였으나, 양자는 똑같은 의무가 아니라고 주장하는 학자도 있다. 본문에서는 근면의무를 주의의무로 이해하고 설명하기로 한다.
- 6) 崔燦, “公司董事忠實義務之概論”, 「重慶社科文匯」, 6月刊, 中共重慶市委黨校·重慶行政學院, 2009, 64面.
- 7) 陳飛, “論公司董事之忠實義務”, 「湖北經濟學院學報」, 第4卷 第5期, 湖北經濟學院, 2007, 63面 ; 李選民, “論公司董事的義務和責任”, 「南方經濟」, 第12期, 廣東經濟學會·中山大學(嶺南學院), 2003, 18面.

면책가능성이 존재하나, 충실의무위반의 경우에는 경영판단의 법리를 적용할 여지가 없게 된다는 점에서 양 의무는 다른 것이다.⁹⁾ 넷째, 충실의무는 회사에 대한 의무인데 반하여 근면의무는 회사의 주주와 채권자에 대한 의무이기도 하다는 점에 차이가 있다.¹⁰⁾

신회사법에서는 충실의무에 대해서는 구체적인 내용을 열거해 두고 있는 반면에 근면의무에 대해서는 개괄적으로만 규정하여 근면의무보다 충실의무를 더 강조하고 있다고 볼 수 있다. 그 이유는 첫째, 위에 본 바와 같이 충실의무는 이사의 지위를 이용한 자기이익추구는 결정적으로 회사에 불이익을 초래할 개연성이 크므로 회사이익에 심각한 영향을 미치며, 반면에 근면의무는 이사의 직무수행의 일환인 경영의 결과가 회사에 이익이 되는지 아닌지의 판단은 상당히 주관적이어서 근면의무위반을 판단함에 충실의무위반의 판단보다 어렵기 때문이기도 하다. 둘째, 충실의무는 소극적인 부작위 의무로서 고의로 위반하지 않으면 되지만 근면의무는 적극적인 작위의무로서 근면의무보다는 충실의무를 이행하는 것이 더 쉽기 때문이다. 셋째, 충실의무위반에 대한 책임의 성질은 무과실책임인 반면 근면의무위반에 대한 책임의 성질은 과실책임이다. 과실책임주의원칙에 대한 예외로서 충실의무위반이 무과실책임임을 강조할 필요성이 있고 책임추궁에 따르는 입증도 용이하기 때문이다.¹¹⁾

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

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

9) 이정표, 「중국회사법」, 박영사, 2008, 159면. 崔燦, 상계논문, 64面.

10) 이정표, 상계서, 158면. 崔燦, 상계논문, 64面.

11) 劉俊海, 전계서, 256~257面.

성질의 것이라고 봄이 타당하다.

2. 충실의무

충실의무의 핵심은 회사와 이사의 이익충돌이다.¹²⁾ 이사가 자기 자신의 이익이나 자신의 이익이 포함된 제3자의 이익이 회사의 이익과 충돌할 때 회사의 이익을 우선해야 한다는 의무이다.¹³⁾ 중국 신회사법은 회사의 이익을 극대화하도록 이사에게 충실의무를 부과하고 있다. 구체적으로 회사재산횡령과 점유금지의무, 재무협조금지의무, 자기거래금지의무, 경업금지의무, 회사기회유용금지의무, 비밀유지의무 등 기타의 충실의무에 대하여 규정하고 있다.¹⁴⁾

1) 회사재산횡령과 점유금지의무

회사재산횡령과 점유금지의무는 이사가 자신의 지위나 권한을 이용하여 회사의 재산을 침해하거나 점유하지 못한다는 것이다. 즉 이사는 이사의 권한을 이용하여 뇌물이나 기타 불법이익을 얻거나 회사재산을 침해하여서는 아니되며(신회사법 제148조 제2단), 회사자금의 횡령도 금지되고(신회사법 제149조 제1단 제1항), 자기명의 또는 타인명의로도 은행계좌를 개설하여 회사자금을 예금해서도 아니되며(신회사법 제149조 제1단 제2항), 타인과 회사의 거래에서 발생하는 수수료를 사취하는 것도 금지된다(신회사법 제149조 제1단 제6항). 이사는 이사로서의 직무수행에 대한 보상으로 보수와 수당 등을 회사로부터 지급받는 것이기 때문에 그 것 외에 별도로 이사 지위를 이용하여 사적인 이익을 취하는 것은 이사의 충실의무에 반하는 것이기 때문이다.¹⁵⁾

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

13) 이정표, 전계서, 158면.

14) 중국 신회사법에서 이사의 의무와 책임에 있어서 그 적용대상이 이사뿐만 아니라 감사 및 기타 고급관리자도 모두 포함된다. 여기는 이사에 대해서만 검토하기 때문에 그 의무와 책임의 주체는 이사에 한하여 설명하기로 한다.

신회사법 제148조, 제149조 제1단 제1호를 위반한 이사는 뇌물죄, 횡령죄(중국 형법 제272조)에, 제149조 제1단 제6항을 위반한 경우에는 중국의 부정경쟁방지법(反不正當競爭法) 제8조에 저촉될 수도 있다.¹⁶⁾

2) 재무협조금지의무

재무협조란 이사가 타인을 위하여 회사의 재산을 이용하는 행위를 말한다.¹⁷⁾ 신회사법에서는 재무협조행위의 유형을 두 가지로 보는데 회사자금의 대여와 회사자산의 담보제공이다. 즉 이사는 회사의 정관에 위반하여 주주총회 또는 이사회 의 동의를 거치지 않고 회사자금을 타인에게 대여해 주거나 또는 회사의 재산을 타인의 채무에 대한 담보로 제공할 수 없다고 규정하고 있다(신회사법 제149조 제3항). 이사의 재무협조행위는 회사의 부당행위로서 회사자산에 위협을 초래할 수 있으므로 방지할 필요가 있다.¹⁸⁾

여기서 “타인”의 범위와 관련하여, 당해 회사의 A 이사가 당해 회사의 B 이사를 위하여 재무협조행위를 할 수 있는지 의문이다. 신회사법 제116조에 의하면 회사는 직접적으로 또는 자회사를 통하여 이사에게 대여할 수 없다고 규정하고 있어 회사가 이사에게 대여하는 것은 금지된다고 볼 수 있는데 담보제공의 경우에는 어떻게 해석해야 할 것인지 문제이다. 재무협조행위제한의 취지가 회사부담방지에 있으므로 신회사법 제116조의 “대여”는 담보제공의 경우도 포함하는 것으로 해석해야 할 것이다. 한편 신회사법 제16조는 회사의 담보제공행위를 엄격하게 제한하고 있다. 즉, 회사가 다른 기업에 투자하거나 타인에게 담보를 제공하고자 하면 회사정관에 의하여 이사회 또는 주주총회

15) 양동석, 전계서, 227면.

16) 劉俊海, 전계서, 258~259면. 「反不正當競爭法」 제8조: 경영자가 상품을 판매하거나 구매하기 위하여 재물이나 기타 수단으로써 뇌물을 제공하여서는 아니된다. 거래 당사자가 이를 위반하는 경우에는 뇌물공여죄 및 뇌물수수죄의 처벌을 받는다. 그러나 예외적으로 경영자가 상품을 판매하거나 구매할 때 상대방 혹은 중개인에게 명시적으로 수수료를 줄 수 있도록 허용되는 경우에는 수수료의 내용을 양 당사자의 장부에 사실대로 기록하여야 한다.

17) 鄧峰, 전계서, 463면.

18) 劉俊海, 전계서, 257면.

의 결의에 따라야 하고, 회사정관에 투자액이나 담보액에 대하여 제한이 있는 경우에 그 제한액을 초과할 수 없으며, 회사가 회사의 주주나 실질적 지배자에게 담보를 제공하고자 하면 주주총회의 동의를 거쳐야 한다.

또한 중국에서는 금융회사외의 일반 회사는 금융업무를 하지 못한다.¹⁹⁾ 만일에 적법한 절차를 거친 재무협조행위로 타 회사에 자금을 대여한 것이 금융업무로 판단되는 경우에는 법규충돌이 발생할 수 있다. 적법한 재무협조행위가 회사에 이익이 되는 경우에는 회사로서도 바람직한 것이다. 그런데 「대여통칙」이 적용된다면 적법한 재무협조행위의 순기능을 살릴 수 없는 결과가 될 것이다. 관련법규간의 불협화음이라고 생각하며 입법론으로서 「대여통칙」의 해석을 제고하여야 할 것이다.

3) 자기거래금지의무

이사의 자기거래금지의무는 궁극적으로 이사 자신을 위하여 회사와 자신의 거래 또는 회사와 제3자의 거래를 우선하는 것을 금지하는 것이다. 이 의무는 이사와 회사와의 거래가 직접적이든 간접적이든 간에 당사자간에는 이해관계가 대립되므로 이사는 본인의 이익을 위하여 회사의 손실에 개의치 않는 불공정한 거래를 할 소지가 있기 때문에 자기거래를 제한하는 것이다.

신회사법 제149조 제1단 제4항은 “이사는 회사정관을 위반하거나 주주총회의 동의를 얻지 않은 경우에는 회사와 계약을 맺거나 거래를 할 수 없다”고 규정하고 있다. 이와 관련하여 자기거래의 인적 제한범위에 대하여 논란이 있다. 통설은 이사 자신뿐만 아니라 이사의 배우자, 자녀, 혹은 기타 이해관계자²⁰⁾ 등 제3자를 포함한다고 한다.²¹⁾ 그러나 소수설은 중국은 성문법국가로

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

20) 여기에서 이해관계자란 이사와 특별한 관계가 있는 자를 말한다. 특별한 관계란 회사의 지배주주, 실질지배자, 이사, 감사, 고급관리자와 그가 직접 또는 간접적으로 지배하는 기업간의 관계 및 회사의 이익이전을 초래할 가능성이 있는 기타의 관계를 말한다. 그러나 국

서 법문을 엄격하게 해석하여야 하므로 자기거래의 인적 제한범위는 당해 이사에 한정되어야 한다고 한다.²²⁾ 소수설의 견해는 자기거래의 탈법적인 행위를 방지할 수가 없다. 이사의 자기거래제한은 이사의 구체적인 충실의무이다. 충실의무의 핵심은 이사와 회사간에 이익이 충돌하는 경우에는 회사의 이익을 우선하도록 하는 의무이다. 그러므로 이사는 자기거래제한의무위반을 회피하기 위하여 이사의 타인을 내세워 외형적으로는 자기거래가 아닌 형식의 거래를 취할 수도 있다. 이는 실질적으로는 자기거래에 해당하는 것이므로 자기거래의 인적 제한범위를 통설과 같이 보는 것이 타당하다.

자기거래를 승인방식은 두 가지가 있는데 정관의 허가 또는 주주총회의 동의이다. 이 승인방식은 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 정관에 자기거래를 포괄적으로 허용하는 것은 이사의 권한 남용을 초래할 수 있다. 즉 특히 이사가 지배주주인 경우에는 쉽게 정관에 자기거래를 포괄적으로 허용하는 규정을 할 수 있기 때문에 정관에 의한 자기거래 승인방식은 지배주주에 의한 회사의 도구화에 불과하게 되어 자기거래제한의 취지에 반하는 이사의 권한남용의 결과가 될 수 있다. 둘째, 주주총회의 승인방식은 주주총회의 소집에 복잡한 절차와 장시간이 소요되기 때문에 거래의 신속성이 요구되는 사안에는 적절치가 않다.²³⁾ 또한 자기거래를 승인하기 전에 거래의 내용에 대한 정보를 사전에 주주총회에 개시하여야 할 의무가 없기 때문에 주주총회는 객관적인 판단을 내릴 수 없고, 결국 자기거래의 투명성을 확보하지 못한다는 비판이 있다.²⁴⁾

4) 경업금지의무 및 회사기회 유용금지의무

이사는 주주총회의 승인을 얻지 않고 직무상의 편의를 이용하여 본인 또는

가가 지배주식을 보유하고 있는 기업 간에는 국가의 지배를 받고 있는 것만으로는 특별한 관계가 있다고는 보지 않는다(신회사법 제217조).

- 21) 車輝, 전게서, 202面. 李寧, “論對董事忠實義務法律的缺失及完善”, 『福建工程學院學報』, 第8卷第5期, 福建工程學院, 2010, 504面.
- 22) 胡曉靜, “論理事自我交易的法律規制”, 『當代法學』, 第6期, 吉林大學法學院, 2010, 65面.
- 23) 김종우, “중국주식회사 지배구조의 비교분석: 법적 규율을 중심으로”, 『江南大學校 論文集』, 제46집, 강남대학교, 2005, 26면.
- 24) 胡曉靜, 전게논문, 67面 참조.

타인을 위하여 회사에 속하는 상업(영업)기회를 도모할 수 없으며, 회사와 동종영업을 자영하거나 타인의 계산으로 영업할 수 없다(신회사법 제149조 제1 단 제5항). 또한 국가단독출자회사(國有獨資公司)의 이사장, 부이사장, 이사는 국유자산감독기관(國有資產監督管理機構)의 동의 없이 기타 유한회사나 주식회사 또는 기타 경제조직에서의 겸직을 금지하고 있다.(신회사법 제70조). 이 규정은 이사가 그 지위를 이용하여 회사의 영업기회를 유용하는 것과 이사에 의한 회사와의 불공정 경쟁영업에 따른 회사의 손실을 방지하고, 더 나아가 이사는 회사의 업무에 전념해야 된다는 당위성을 규범화한 것이다.

직무상의 편의를 이용하는 것이란 이사가 회사에서의 신분이나 지위를 이용하는 것 또는 회사의 자원을 이용하는 것을 말한다. 회사의 자원은 회사의 자산, 직원, 영업비밀, 영업상의 신용과 명예 등을 포함한다.²⁵⁾

경업행위와 계산주체에 대하여 명의설(名義說)과 이익귀속설(利益歸屬說)이 대립하고 있다. 명의설에 의하면 경업행위란 이사가 자신의 명의로 혹은 제3자의 대리인 또는 대표인의 명의로 회사와 경쟁하는 행위를 말하고, 이익귀속설에 의하면 경업행위란 누구의 명의로 하는 것을 묻지 않고 그 행위의 경제적 효과가 이사나 제3자에게 귀속하면 경업행위에 해당한다는 것을 말한다.²⁶⁾ 후자는 다수설이다.²⁷⁾

동종영업(同類的業務)은 재직중인 회사와 완전히 같은 영업뿐만 아니라 유사한 영업도 포함되는 것으로 해석하고 있다.²⁸⁾ 한편, 회사가 전혀 하지 않는 영업 또는 회사가 원래 했던 영업인데 지금은 하지 않는 영업은 설사 그 영업부류가 정관에서 정한 영업범위에 포함되더라도 제한되는 경업의 범위에 속하지 않다고 본다. 왜냐하면 이 경우는 회사와의 경쟁이 생길 수 없기 때문이다.²⁹⁾

신회사법은 이사의 겸직금지에는 국가단독출자회사의 이사에게만 규정하고 있다. 따라서 국가단독출자회사 이외의 이사에 대해서는 동종영업의 회사에의

25) 車傳波, “公司機會准則的司法裁判”, 『西北政法大學學報』, 第5期, 西北政法學院, 2010, 71面.

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

27) 李選民, 전계논문 17面; 劉洲, 상계논문, 80面; 崔燦, 전계논문, 64面.

28) 이정표, 전계서, 2008, 160면.

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

겸직을 금하는 규정을 하고 있지 않기 때문에 겸직할 수 있다고 해석할 수 있다.³⁰⁾ 그러나 겸직금지의무의 목적은 이사가 그 지위를 이용하여 자신의 개인적 이익을 추구함으로써 회사의 이익을 침해하는 것을 방지하는 것이다. 만일 동종영업의 다른 회사에 겸직을 허용하게 되면 경쟁관계에 있는 회사들로서는 이해관계가 상반되는 것이 일반적이므로 어느 한 쪽의 회사는 손실을 볼 수밖에 없는 구조가 될 것이다. 이는 결과적으로 회사간의 불공정거래의 원인이 될 수 있는 것이기도 하다. 그러므로 신회사법에서 일반회사의 이사의 겸직금지의무 규정이 없다고 하더라도 해석론으로서 이사의 겸직금지의무를 인정하여야 할 것이다.

회사기회유용금지의무란 이사가 그 지위를 이용하여 회사의 영업기회를 이용하는 것을 방지하는 데에 목적이 있다. 여기서 금지되는 회사기회유용이란 이사가 이사라는 지위를 이용하여 얻은 다음의 것을 말한다. 회사는 이러한 영업기회가 영업활동 또는 영업목적과 밀접한 관계가 있는 것으로서 이로부터 이익을 얻을 기대가능성이 있고 회사의 발전에 도움이 되는 영업상의 기회를 유용하는 것이다.³¹⁾

5) 비밀유지의무

이사는 월권하여 자기 임의대로 회사의 비밀을 누설할 수 없다고 규정하고 있다(신회사법 제149조 제1단 제7항). 회사의 비밀은 기업비밀 또는 영업비밀 (trade secret)로서 보통 회사가 적당한 수단으로 비밀보호조치를 가한 각종 기술비밀, 영업비밀, 관리비결, 재무비밀, 각종 재무문건, 결정 및 의향 등이다.³²⁾ 오늘날 기업의 경쟁력에서 기업비밀이 차지하는 비중은 상당하다. 이사는 회사의 경영자로서 항상 회사의 비밀에 접근할 수 있고 이사가 이를 임의적으로 누설하게 되면 회사에게 치명타가 될 수 있기 때문에 이사에겐 비밀유지의무를 부과하는 것이다. 여기서 문제는 규정상 퇴임이사에게는 이 의무

30) 이정표, 전제서, 2008, 161면.

31) 車傳波, 전제논문, 71面.

32) 양동석, 전제서, 229면.

를 부과하지 않고 있다고 볼 수 있다. 퇴임이사가 지득한 기업비밀을 유용하는 것을 방지해야만 이 회사기회유용금지의무제도의 취지가 달성될 수 있기 때문에 퇴임이사에게도 일정 기간동안 의무를 부과할 필요성이 있다. 입법의 불비라고 본다.³³⁾

6) 기타 충실의무

신회사법은 상술한 이사의 충실의무의 구체적 유형외에도 다음의 것을 충실의무의 유형으로서 설명하기도 한다.³⁴⁾ 예컨대 이사가 그의 직무를 이용하여 정당하지 않은 이익을 얻는 것을 방지하기 위하여 회사는 직접적 또는 간접적으로 자회사를 통하여 이사에게 대출을 제공하는 것을 금지하고(신회사법 제116조), 회사는 정기적으로 주주에게 이사, 감사, 고급관리자의 보수 상황을 공개하여야 한다는 규정(신회사법 제117조)을 들고 있다. 또한 상장회사의 이사는 이사회 결의사항과 관련하여 회사와 특별한 관계가 존재하는 경우에는 그 이사는 당해 결의에 대하여 의결권을 행사하지 못하고, 기타 이사를 대리하여 의결권도 행사하지 못한다는 규정(신회사법 제125조), 그리고 회사의 이사는 보유하고 있는 당해 회사의 주식과 그 변동사항을 회사에 신고하여야 하며, 임기 중 양도하는 주식은 보유한 주식의 25%를 초과할 수 없으며, 보유한 당해 회사의 주식은 회사 주권이 상장된 날로부터 1년 내에는 양도할 수 없고, 그 밖에 이사는 사직한 후 6개월 이내에는 보유한 당해 회사의 주식을 양도할 수 없으며, 정관으로 이사의 주식 양도를 제한할 수 있도록 할 수 있다고 한 규정(신회사법 제142조 제2단) 등을 들고 있다.

7) 위반효과

이상의 충실의무를 위반하면 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 경우 회사는 그 이사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있고(신회사법 제150조), 또한 회

33) 鄧峰, 전계서, 466面.

34) 劉俊海, 전계서, 260面; 鄧峰, 전계서, 466面.

사가 개입권을 행사할 수 있다(신회사법 제148조 제2단). 개입권은 신회사법이 회사에 부여하는 특별한 권한이고 그 성질은 형성권이다.³⁵⁾ 이사는 회사재산 횡령과 점유금지의무를 위반한 경우 회사가 이로 인해 손해를 본 재산에 대하여 반환청구권을 행사할 수 있다.³⁶⁾

3. 근면의무(주의의무)

이사의 근면의무는 2002년에 제정된 「상장회사 지배구조준칙」(上市公司治理準則)에 처음으로 규정되었으며³⁷⁾ 2006년 개정 「상장회사정관 가이드라인」(上市公司章程指引)에서도 규정하고 있다.³⁸⁾ 그러나 이들은 상장법인에게만 적용하는 것이어서 중국의 모든 회사에 이사의 근면의무를 적용하기 위하여 2005년의 신회사법에 도입하게 되었다.

근면의무(주의의무)에 대하여 신회사법 제148조 제1단에서는 “이사, 감사, 고급관리자는 법률·행정법규·회사정관을 준수하여야 하고 회사에 대하여

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

36) 車輝, 전게서, 208面.

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

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

충실의무와 근면의무를 준수해야 한다.”라고 총괄적으로 규정하고 있으며 제 113조에서 구체적인 내용을 정하고 있다.³⁹⁾ 즉 이사는 이사회회의에 출석하여야 하며 출석이 불가능한 때에는 다른 이사에게 서면으로 위임의 범위를 정하여 위임할 수 있다. 이사는 이사회회의의 결의에 대하여 책임을 져야 한다. 이사회회의의 결의가 법률·행정법규 또는 회사정관·주주총회결의를 위반하여 회사에 손해를 입혔을 경우 결의에 참여한 이사는 회사에 배상책임을 져야 한다. 단 이사회회의의 결의에 대하여 이의를 제기하고 그 이의가 회의록에 기재되면 그 이사는 책임이 면제될 수 있다.

중국에서 근면의무(주의의무)의 근면(주의)의 정도를 어떻게 볼 것인가에 대하여 주관설과 객관설이 있다. 주관설은 근면(주의)은 개인의 능력이 다르기 때문에 구체적으로 개별 능력을 기준으로 판단하여야 한다는 설이다. 객관설은 표준인 또는 이성인을 기준으로 하여 모든 이사에게 통일적으로 적용하는 것이다.⁴⁰⁾ 객관설이 통설이며 회사의 업종·규모 등 제반 여건에 따라 그 정도를 달리 이해해야 한다고 한다.⁴¹⁾ 객관설에서의 이성인 표준인으로 한다는 의미는 이사에 요구되는 근면 내지 주의는 경영관리자로서 갖추어야 할 정도이므로 일반인(통상인)보다는 그 정도가 높은 것으로 봐야 할 것이다.

III. 한국 회사법상 주식회사 이사의 의무

1. 이사의 주의의무와 충실의무

종래 한국의 상법에서는 회사와 이사의 관계에 대하여는 위임에 관한 규정이 준용되므로 (상법 제382조 제2항), 이사는 회사의 업무를 집행함에 있어서

39) 鄧峰, 전계서, 500면.

40) 양동석, 전계서, 229~230면.

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

선량한 관리자의 주의의무를 진다(민법 제681조).⁴²⁾ 그리고 1998년 개정상법은 이사의 책임강화를 통하여 건전한 기업운동을 촉진하고 기업 경영의 투명성을 제고한다는 목적에서 충실의무를 도입하였다. 즉 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다(상법 제382조의3).

이사의 주의의무는 고도의 인적 신뢰를 기초로 하는 매우 높은 주의의무로서, 이사는 사용인과 달리 회사경영의 주체라는 지위에 있기 때문에 요구되는 것이다.⁴³⁾ 이사의 충실의무는 이사가 그 직무를 수행함에 있어서 회사와 주주에게 최대의 이익이 되도록 성실하고 공정하게 처리하여야 하고, 그 지위를 개인적 이익을 위하여나 다른 제3자의 이익을 얻기 위하여 이용해서는 안 된다는 것이다⁴⁴⁾.

충실의무의 적용에 관하여 주의의무의 해석의 일부로서 해석하거나(동질설), 그와는 달리 주의의무와는 별개의 의무를 이사에게 부담시킨 것이라는 견해대립(이질설)이 있다. 동질설에 의하면 충실의무는 주의의무와 동질적인 의미로 보거나 주의의무를 구체화한 표현에 불과하다고 한다. 즉 상법 제382조의3의 충실의무는 상법상 주의의무 이외에 특별히 가증된 의무를 규정한 것이 아니라 주의의무를 구체적·주의적으로 규정한 것이고, 양자는 표현상 차이가 있을 뿐 내용상 차이는 없다고 한다. 또한 회사이익에 반하는 이사의 행위를 금지하는 취지라면 주의의무와 충실의무의 법리로 동일한 결과를 도출할 수 있기 때문에 양자의 구별의 실익은 거의 없다고 한다. 더구나 충실의무를 미국법상의 신인의무(Fiduciary Duty)와 같은 의무로 해석하는 것은 주의의무의 범위를 벗어나는 것으로서 성문법체계하에서는 명문의 성문규정이 없이는 인정할 수 없다고 한다. 이질설에서 주장하는 충실의무의 구체적 유형인 이사의 경업금지의무나 자기거래제한의무 등은 이사의 회사에 대한 주의의무를 구체화한 것이라고 한다.⁴⁵⁾

42) 최기원, 「신회사법론」 제13대정판, 박영사, 2009, 648면.

43) 이철송, 「회사법강의」 제18판, 박영사, 2010, 600면.

44) 홍복기, 「회사법강의」 제2판, 법문사, 2010, 370면.

45) 최기원, 상계서, 652면. 이철송, 상계서, 609면. 최준선, 「회사법」 제5판, 삼영사, 2010, 455면.

이질설에 의하면 충실의무는 주의의무와는 연원을 달리하며 성격도 다른 의무라고 한다. 이질설에서는 충실의무와 주의의무는 그 위반 요건과 효과에서 차이가 있는 것으로 파악 한다. 즉 이사의 주의의무는 이사의 직무집행에 있어서 기울여야 할 주의의 정도에 관한 것으로 직무를 집행하는 측면에서 요구되는 의무임에 반하여 충실의무는 개인 관계적 측면에서 요구되는 의무로 해석해야 한다고 한다. 왜냐하면 민법상 수임인은 원칙적으로 무보수인데(한국 민법 제686조) 수임인인 이사가 위임과 관계없는 개인적 사항에 관하여 위임인인 회사의 이익을 우선시키고 자기의 이익을 무시해야 할 의무를 부담한다고 보는 것은 어렵기 때문이다. 또한 충실의무의 위반에는 고의·과실이 요구되지 않고 무과실책임이 인정되며, 그를 위반할 때 책임의 범위도 회사가 입은 손해의 배상에 그치지 않고 이사가 얻은 모든 이득의 반환에까지 미치게 된다. 반면에 주의의무는 이사에게 보통 요구되는 주의와 역할을 다할 것을 요하는 것으로, 고의·과실로 이를 위반하였을 때에만 이사가 책임을 지고, 그 책임의 범위는 회사가 입은 손해에 그치게 된다. 충실의무가 별도로 규정된 이유는 한국 상법은 영미법상 이사회제도를 도입하여 이사회에 권한을 확대 하였으므로 이에 맞추어 이사의 의무와 책임도 강화해야 할 필요가 있고, 또한 상법이 기업경영의 투명성을 제고하고 기업지배구조의 선진화를 꾀하기 위하여 이사의 책임을 강화 할 필요가 있기 때문이다. 그러므로 장기적으로 보았을 때에 충실의무는 이사와 회사간의 이익충돌을 방지하기 위한 일반조항으로 운용되어야 할 뿐만 아니라 이사의 주의의무와 다른 별도의 의무로 인식되어야 한다고 한다. 이에 따라 경업금지이무, 자기거래의 제한, 내부자거래의 제한 외에도 회사의 기회의 유용 등 영미법에서 인정되는 충실의무를 인정하여야 한다고 한다.⁴⁶⁾ 판례도 충실의무가 명문화되기 전에 이사의 책임을

정찬형, 「상업강의(상)」, 제13판, 박영사, 882면.

- 46) 손진화, 「상법강의」, 제2판, 신조사, 2010, 447면. 정동윤, 「상법(上)」, 제4판, 법문사, 2009, 610~611면. 이홍욱, “판례를 통해 본 이사의 충실의무”, 「비교사법」, 제12권 제4호, 한국비교사법학회, 비교사법, 2005, 432면. 맹수석, “주식회사 이사의 일반적 주의의무와 자기거래 규제”, 「고시계」, 제50권 제10호, 고시계사, 2005, 32면. 유명일, “이사의 충실의무(상법 제382조의 3)의 재검토—2009년 신탁법 개정안과 관련하여”, 「상사판해연구」, 제23집 제1권, 한국상사판해학회, 2010, 520면. 홍복기, 전계서, 2010, 370면. 권재열, “상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의—대법원 판례의 동향에 대한 검토를 중심으로”, 「상사판해연구」

묻는 사안에서 '고의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위라 함은 이사의 직무상 충실 및 선관주의의무 위반행위로서...'⁴⁷⁾라는 판결에서 사용된 충실의무라는 용어는 단순히 이사의 선관주의의무를 부연설명하기 위해 사용한 것으로 판단되어 커다란 의미는 없는 것으로 보여 진다고 하여 충실의무는 단지 이사의 주의의무 안에 포함되는 것으로 풀이하고 있음을 알 수 있다.⁴⁸⁾ 1998년 개정 상법 제 382조의3에 충실의무를 명문화한 후에도 판례는 '이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로 그 의무를 충실히 한 때에야 이사로서의 임무를 다한 것으로 된다'⁴⁹⁾, '임원의 판단이 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고'⁵⁰⁾라는 표현을 사용하여 역시 충실의무는 주의의무에 포함되는 것으로 보고 있다.⁵¹⁾ 이를 보면 대법원은 이사의 주의의무는 충실의무를 포섭하는 광의의 개념으로 보고 있다고 판단되며 통설 또한 같은 견해이다.

2. 한국 상법상 이사의 구체적인 의무

1) 감시의무

감시의무란 이사는 이사회를 통하여 대표이사를 포함하여 다른 이사의 직무를 집행을 감독하는 것을 말하는 것⁵²⁾으로서 실정법상의 개념은 아니다.⁵³⁾ 하지만 학설과 판례는 상법 제393조 제2항과 3항을 근거로 이사회에 감독권을 이사의 감시의무를 포함하는 개념으로 이해하고 있다.⁵⁴⁾ 이사의 감시의무는 감

제22집 제1권, 한국상사판례학회, 2009, 28~29면.

47) 한국 대법원 1985. 11. 12. 선고 84다카2490 판결.

48) 유영일, 전개논문, 521면.

49) 한국 대법원 2002.1.4. 선고 2000다9086 판결.

50) 한국 대법원 2002.6.14. 선고 2001다52407 판결.

51) 권재열, 상계논문, 26면.

52) 최준선, 전개서, 470면.

53) 이철송, 전개서, 601면

54) 이철송, 전개서, 601면

시권을 전제로 하는 것이다. 이사의 감시권은 이사들 상호간에 서로의 위법·부당을 발견하여 감독·감사기관에 그 시정을 호소하는 수단이다. 그러므로 이사가 현재 어떤 지위의 이사인가에 따라서 감시권한을 행사할 수 있는 합리적인 범위가 문제될 수 있다. 대표이사와 업무담당이사는 비업무담당이사(이하 평이사로 칭함)의 감시의무와는 구별되어야 할 것이다. 평이사는 이사회에 참석하여 의결권을 행사할 뿐이고 일상적인 업무집행에서는 배제되기 때문에 업무담당이사와 동등한 차원의 감시의무를 부과하는 것은 타당하지 못하기 때문이다.

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

그렇다면 평이사의 감시활동의 정도를 어느 정도로 보아야 할 것인가가 문제이다. 즉 평이사는 대표이사나 업무담당이사의 직무위반행위를 알게 된 경우에 한해 이사회에 상정여부에 관계없이 회사의 손해를 방지하기 위한 적절한 행동을 하여야 한다는 견해(소극설), 아니면 그에 그치지 않고 적극적으로 회사의 업무집행의 상황을 정확히 파악하여 이사의 업무집행이 위법 또는 부당하게 이루어질 위험이 있는 경우에는 이를 시정할 조치를 취할 의무를 부담해야 한다고 한다(적극설). 이에 대해서 절충설은 평이사가 업무담당이사의 부정을 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 이를 방치한 때에는 감시의무를 위반한 것이라고 한다. 이는 판례의 입장이기도 하다.⁵⁵⁾ 대법원이 이사의 감시의무 위반 여부를 판단함에 있어 종래의 “의심할 만한 사유기준”에 의하여 선의·무과실인 경우와 고의·과실이 있는 경우로 나누어 고의·과실이 있으면 책임을 물었는데, 대우분식회계사건⁵⁶⁾을 통해서 이사의 감사의무를 이사 개인의 주관적인 사유의 문제로 판단하기 보다는 회사의 내부 리스크관리체

55) 한국 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결; 한국 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다8131 판결; 한국 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467·60474 판결; 한국 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결; 한국 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다34797 판결; 한국 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결.

56) 한국 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결.

제 구축의무 및 그 기능의 확보라는 것으로 접근하였다고 한다.⁵⁷⁾ 이러한 판례의 변화는 회사의 규모와 업무의 성격에 따라 위법 또는 부당한 업무집행의 사전방지를 위한 구체적인 내부통제시스템의 설치를 위한 의무를 간접적으로 부과하고 있다고 생각한다.

이사가 감시의무를 다하지 못한 때에는 주의의무 및 충실의무를 위반하여 회사에 대하여 손해배상책임을 지고(상법 제399조), 악의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 제3자에 대하여도 손해배상책임을 진다(상법 제401조).

2) 보고의무

이사의 보고의무는 이사회에 대한 보고의무(상법 제393조 제4항)와 감사 또는 감사위원회에 대한 보고의무(상법 제412조 2항, 제412조의2)의 두 가지가 있다.⁵⁸⁾

이사의 이사회에 대한 보고의무는 이사회 활성화를 위한 방안으로서 2001년 개정상법에 신설된 제도로서 이사는 이사회에 3월에 1회 이상 업무의 진행 상황을 보고하여야 한다. 보고의 내용은 자기의 모든 업무집행과정의 것이며, 보고방법도 제한이 없으므로 구두 또는 서면으로 보고할 수 있다. 다만 자본금 총액이 10억원 미만으로서 이사를 1명 또는 2명을 둔 소규모 주식회사(상법 제383조 제1항 단서)는 이사회가 없으므로, 이러한 규정이 적용되지 않는다(상법 제383조 제5항).⁵⁹⁾

이사의 감사(감사위원회)에 대한 보고의무는 소극적인 보고의무(상법 제412조 2항)와 적극적인 보고의무(상법 제412조의2)로 나뉜다. 상법 제412조 2항은 감사는 언제든지 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구하거나 회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있다. 감사의 보고요구에 의해서 이사는 보고의무를 진다는 의미에서 소극적 보고의무라 할 수 있다. 한편 상법 제412조의2

57) 김태진, "이사의 감시의무에 대한 판례의 고찰", 「상사법연구」 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010, 159~160면.

58) 손진화, 전계서, 445면.

59) 정찬형, 전계서, 895면.

는 이사는 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사에게 이를 보고할 의무를 규정하고 있다. 이는 감사의 요구가 없더라도 스스로 적극적으로 보고하여야 한다는 것이다. 양자는 다음과 같은 점에서 차이가 있다.

소극적 보고의무는 감사의 보고요구에 대한 반사적인 의무로서 감사가 감사의 실천수단으로서 행사하는 한, 그것이 자의적이거나 권리남용이 아닌 한 이사는 회사의 기밀에 속한다는 등의 이유로도 보고를 거부할 수 없다.⁶⁰⁾ 이러한 경우 보고요구를 받은 이사의 보고내용은 보고요구에 따른 것이며 요구가 있을 때마다 보고해야 한다.

적극적 보고의무는 감사에 의한 감사를 용이하게 하고 회사의 손해를 사전에 방지하기 위하여 1995년 개정상법에 도입된 것이다. 보고의 내용은 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실로서 그 사실을 발견한 때마다 수시로 보고해야 한다. 이 의무를 지는 이사는 대표이사뿐만 아니라 손해발생의 사실과 무관하더라도 그러한 사실을 발견한 이사 모두를 포함한다. 그러므로 보고하여야 할 사실을 알고 있는 이사가 감사에게 보고를 하지 않았다는 것을 알고 있는 이사도 보고의무를 진다.⁶¹⁾

자본금의 총액이 10억원 미만으로서 감사를 선임하지 않은 회사에서의 이사의 감사(감사위원회)에 대한 보고의무는 주주총회에 대하여 보고할 의무가 있다(상법 제409 제4항 및 6항). 이사가 이러한 보고의무를 위반하고 이로써 회사에 손해가 발생하면 이사는 회사에 대하여 법령위반으로 인한 손해배상 책임을 지고(상법 제399조 제1항), 감사는 이를 감사보고서에 기재하여야 한다(상법 제447조의4 제2항 10호).

3) 경업금지의무

경업금지의무는 이사는 이사회 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속하는 거래를 하거나 (경업금지의무) 동종영업을 목

60) 이철송, 전제서, 685면.

61) 최기원, 전제서, 675면

적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다는 것이다(겸직금지 의무)(상법 제397조). 이의 목적은 이사가 자기의 지위를 이용하여 회사의 영업부류에 속하는 거래를 하거나 경업관계에 있는 회사에 참여함으로써 자기 또는 제3자의 이익을 추구하고 회사의 이익이 침해되는 것을 방지하기 위한 것이다.

회사의 영업부류에 속하는 거래란 회사의 영업과 경쟁하고 회사와의 사이에 이익충돌을 가져올 가능성이 있는 거래를 뜻한다. 그러므로 정관상의 사업 목적에 국한하지 않고 사실상 회사의 영리활동의 대상이 되어 있는 것은 모두 포함되는 것으로 볼 것이다. 회사의 영업에 대체재 내지 시장분할의 효과를 가져와 회사의 이익실현을 방해하는 경업거래의 범위로 해석하여야 한다.⁶²⁾ 자기 또는 제3자의 계산으로 한다는 것은 거래당사자가 누구인가를 불문하고 그 행위의 경제적 효과가 자기 또는 제3자에게 귀속하는 것을 말한다. 그리고 비영업거래라고 하더라도 회사의 영업기회를 유용함으로써 손실을 주는 경우에 경업에 해당한다고 한다.⁶³⁾

동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 범위는 반드시 실제 영업을 수행하는 회사이어야 하는 것은 아니며, 아직 영업 준비 단계 중의 회사라도 이에 해당한다고 한다.⁶⁴⁾

경업금지 의무는 임기중에 있는 이사와 후임이사의 취임시까지 이사의 권리·의무가 있는 퇴임이사를 포함한다.⁶⁵⁾

이사회 승인이 있으면 경업·겸직이 가능하다. 자본의 총액이 10억원 미만의 회사로서 이사가 1인만 있는 경우는 주주총회의 결의로 승인한다(상법 제383조 제4항). 그리고 이사가 2인인 경우 승인을 얻고자 하는 이사를 제외한 1인의 이사가 승인하면 된다.

경업금지 의무를 위반한 행위 자체는 유효하지만 회사에 손해가 발생한 경

62) 이철송, 전계서, 644면.

63) 이철송, 전계서, 643~644면, 정동윤, 전계서, 612면, 손진화, 2010, 449~450면, 한국 대법원 1990. 11. 2. 선고 90마745 판결; 한국 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다53583 판결.

64) 한국 대법원 1990. 11. 2. 선고 90마745 판결.

65) 최기원, 전계서, 659면.

우에 회사는 그 이사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있고(상법 제399조), 또 그 이사를 해임할 수도 있다(상법 제385조).⁶⁶⁾ 또 회사는 이사회 결의로 그 이사의 거래가 자기의 계산으로 한 것인 때에는 이를 회사의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고, 제3자의 계산으로 한 것인 때에는 그 이사에 대하여 이로 인한 이득의 양도를 청구할 수 있다(상법 제397조 제2항). 이를 개입권이라고 한다. 개입권의 성질은 형성권이다. 그러나 이사의 계산으로 한 경우, 회사의 계산으로 한 것으로 볼 수 있다라는 개입권의 효과에 대하여 물권적 귀속설과 채권적 귀속설이 있다. 물권적 귀속설은 회사가 거래의 상대방에 대하여 직접 계약의 당사자로 된다고 보는 견해이고, 채권적 귀속설은 회사가 이사에 대하여 거래의 경제적 효과를 회사에 귀속시키도록 청구할 채권을 발생시키는 데 그치고, 회사가 거래의 상대방에 대하여 직접 계약당사자가 되는 것은 아니라고 보는 견해다. 물권적 귀속설은 제3자의 의사를 무시하고 회사가 일방적으로 법률관계를 변경하는 것이므로 채권적 귀속설이 타당하며 통설이기도 하다.⁶⁷⁾ 제3자의 계산으로 한 경우, 이사가 양도할 이득이란 이사가 계산의 주체인 제3자로부터 받은 보수만을 뜻하고 거래 자체로부터 발생한 이득을 뜻하는 것은 아니라고 한다. 거래 자체로 인한 이득을 청구할 수 있다고 한다면 제3자의 권리에 영향을 미치게 되기 때문이다.⁶⁸⁾ 개입권은 이사회(1인 이사인 경우 주주총회)의 결의(상법 제383조 제4항)의 결의에 의하여 대표이사가 행사한다. 개입권은 거래가 있는 날로부터 1년을 경과하면 소멸한다(상법 제397조 3항). 경업금지위반은 경우에 따라 상법상의 특별배임죄를 구성할 수도 있다(상법 제622조 제1항).⁶⁹⁾

4) 자기거래금지의무

상법 제398조는 이사는 이사회의 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로

66) 한국 대법원 1990. 11. 2. 선고 90마745 판결.

67) 정동윤, 전계서, 614면. 손진화, 전계서, 450면. 최기원, 전계서, 664면. 최준선, 전계서, 460면.

68) 이철송, 전계서, 647면.

69) 정동윤, 전계서, 614면. 손진화, 전계서, 450면. 최기원, 전계서, 664면. 최준선, 전계서, 460면.

로 회사와의 거래를 할 수 없도록 하고 있다. 이사가 회사를 상대방으로 하여 자기 또는 제3자의 계산으로 하는 거래를 이사의 자기거래라 한다. 이사의 자기거래를 제한하는 취지는 자기거래가 불공정하게 이루어질 우려가 크므로 일단 이사회에 승인을 받게 함으로써 자기거래임을 공개하고, 이에 대해 이사회에 사전적 감시 및 사후의 책임추궁을 용이하게 하기 위함이다.⁷⁰⁾

자기거래의 제한을 받는 이사의 범위는 업무담당·비업무담당이사 모든 이사이다. 그리고 퇴임이사(상법 제386조1항), 일시이사(상법 제386조2항), 직무대행자(상법 제407조1항), 그리고 청산인(상법 제542조2항)도 상법 제398조의 이사에 해당한다.⁷¹⁾

제한을 받는 거래의 범위는 자기거래제한의 취지에 입각하여 해석하여야 한다. 그러므로 회사에 불이익을 끼칠 염려가 있는 모든 재산상의 법률행위는 이사회에 승인을 받아야 한다. 반면에 이사와 회사간에 이해충돌의 염려가 없는 행위는 상법 제398조의 적용대상이 아니다.⁷²⁾ 1인회사의 1인주주가 이사인 경우의 거래는 회사와 이해상반의 관계가 없으므로 본조의 적용대상이 아니라는 견해⁷³⁾가 있으나 회사재산은 회사채권자의 책임재산이므로 본조의 적용대상이라는 견해⁷⁴⁾가 있는데, 후설이 타당하다고 생각한다. 어음행위는 원인관계와는 다른 새로운 채무를 발생시키므로 회사와 이사에게 이해충돌을 일으키는 행위로서 본조의 적용대상이라는 것이 통설·판례이다.

자기거래 승인기관에 대하여 견해가 나뉜다. 즉 승인기관은 이사회에 한하고 정관의 규정에 의해서도 주주총회의 결의사항으로 할 수 없다는 견해가

70) 이철송, 전계서, 648면. 김재범, “이사 자기거래와 회사기회유용의 제한-2008년 상법개정안 검토-”, 「법학논고」 제29집, 경북대학교 법학연구소, 2008, 85면.

71) 2011년 개정상법은 자기거래의 제한을 받는 자의 범위를 ① 이사 또는 제542조의8제2항 제6호에 따른 주요주주, ② ①의 자의 배우자 및 직계존비속, ③ ①의 자의 배우자의 직계존비속, ④ ①부터 ③까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사, ⑤ ①부터 ③까지의 자가 제④의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사로 규정하고 있다.

72) 예컨대 회사에 대한 부담없는 증여, 상계, 채무의 이행, 약관에 의한 정형거래, 회사에 대한 무이자·무담보의 자금대여, 회사채무의 보증, 회사명의로 해 두었던 명의신탁의 해지 등과 같은 객관적으로 회사에 불이익이 없는 거래(이철송, 전계서, 651면).

73) 정동윤, 전계서, 616면.

74) 이철송, 전계서, 652면.

있고⁷⁵⁾ 자기거래에 대한 승인은 이사회만이 이를 할 수 있고 주주총회는 이를 할 수 없으나 주주전원의 동의가 있는 경우나 정관에서 주주총회의 권한 사항으로 정한 경우에는 주주총회에서 이를 할 수 있다는 견해도 있다.⁷⁶⁾ 판례의 입장은 자기거래 승인기관에 대하여 정관의 규정에 의해 주주총회의 결의사항으로 할 수 있고 이사회 승인이 없더라도 1인 주주나 총주주의 동意的인 자기거래는 유효하다고 한다.⁷⁷⁾ 법문의 규정 형식으로 보면... 정관에서 정한바가 없다면 이사회에서 한다...라는 형식이 일반적인데 본조는 그러한 형식을 취하지 않고 있어 승인기관을 이사회로 한정하는 것으로 보인다. 설사 그렇지 않다하여 승인기관을 주주총회로 할 수 있다하더라도 그로 인한 현실적인 비효율성과 주주총회의 승인건에 대하여는 책임추궁이 불가능하다는 점에서 승인기관을 이사회로 한정한다고 볼 것이다.⁷⁸⁾

이사회 승인은 사전승인이어야 한다는 견해⁷⁹⁾와 추인을 인정하는 견해⁸⁰⁾가 있다. 판례는 이사회 승인을 얻은 자기거래에는 민법 제124조의 적용이 배제되도록 규정된 상법 제398조 후문의 반대해석상 이사회 승인이 없는 자기거래는 일종의 무권대리로 볼 수 있어 추인이 가능하므로 이사의 자기거래에 대한 이사회 추인도 가능하다고 한다.⁸¹⁾ ⁸²⁾

이사회 승인방법에 대하여 통설은 상법 제398조는 1회적인 거래를 예상한

75) 정찬형, 전계서, 890면. 이철송, 전계서, 652면.

76) 최준선, 전계서, 466면. 정동윤, 전계서, 617면. 최기원, 전계서, 667면.

77) 한국 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다16310 판결; 한국 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결.

78) 상법개정안(2011)에 의하여 부당한 자기거래를 원천적으로 봉쇄하기 위하여 승인요건은 이사의 3분의 2 동의를 필요하도록 하였다.

79) 최기원, 전계서, 2009, 669면. 정찬형, 전계서, 2010, 890면. 정동윤, 전계서, 2009, 617면. 손진화, 전계서, 452면.

80) 최준선, 전계서, 2010, 466면.

81) 한국 대법원 1984. 12. 11. 선고 84다카1591 판결; 한국 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결.

82) 그러나 2011년 개정상법은 자기거래에 대한 사전승인을 규정하여 승인시기에 대한 현행법의 불명확성을 시정하고 있다. 현행법상의 불명확성이 추인이 가능한 것으로 해석한 법원의 판단을 개정상법은 부정하는 것이다. 더 나아가 거래의 사전승인에 추가하여 거래의 공정성까지 유효요건으로 하여 사전승인만으로는 자기거래가 효력을 가질 수 없게 되었다.

것이므로 개개의 거래에 대하여 하여야 하고 포괄적인 승인은 허용되지 않으나 다만 반복하여 이루어지는 동종·동형의 거래의 경우는 기간·한도 등을 합리적인 범위로 정하여 포괄적으로 승인하는 것도 가능하다고 한다.⁸³⁾

이사회 승인은 이사의 자기거래의 유효요건에 불과하여 자기거래를 한 이사의 책임이 없어지는 것은 아니다. 따라서 이사회 승인을 얻어 거래한 이사는 자기거래로 인하여 회사에 손해가 발생하였다면 당사자인 이사는 손해배상책임을 지며, 이사회에서 승인결의에 찬성한 이사회도 연대하여 책임을 진다(상법 제399조 제1항, 제2항).⁸⁴⁾ 판례는 이 경우에는 당사자인 이사는 불법행위로 인한 손해배상책임도 진다고 한다.⁸⁵⁾

이사회 승인이 행해진 자기거래의 효과에 대하여 유효설,⁸⁶⁾ 무효설,⁸⁷⁾ 상대적 무효설⁸⁸⁾ 이 있다. 유효설은 거래의 안전에, 무효설은 회사이익의 보호에 초점을 둔 학설로서 한 쪽에 치우친 반면에 상대적 무효설은 거래의 안전과 회사이익보호라는 취지를 감안한 학설로서 합리적인 견해로서, 타당하다. 통설과 판례는 상대적 무효설을 취하고 있다. 즉 이 경우에 제3자가 악의(이사회 승인이 없다는 것을 안 것)라는 사실을 자기거래의 무효를 주장하는 회사가 증명하여야 하며⁸⁹⁾ 제3자가 선의이긴 하나 이사회 결의가 필요한

83) 이철송, 전계서, 652면, 정찬형, 전계서, 891면, 최기원, 전계서, 669면, 최준선, 전계서, 466면, 정동윤, 전계서, 617면, 손진화, 2010, 452면.

84) 이철송, 전계서, 654면, 최준선, 전계서, 467면, 정찬형, 전계서, 891면, 정동윤, 전계서, 617면.

85) 한국 대법원 1989. 1. 31. 선고 87누 760 판결.

86) 유효설은 자기거래제한에 관한 규정은 이사의 의무를 정한 명령규정에 불과하고, 이사회 승인이요건은 하나의 업무집행의 결정방법을 정한 것일 뿐이기 때문에 거래안전의 보호를 위하여 이에 위반하는 행위를 유효로 보고, 회사의 이익은 이사의 손해배상책임과 악의의 항변의 원용에 의하여 보호된다고 한다(양승규·박길준, 「상법요론」, 제3판, 삼영사, 1993, 383면).

87) 무효설은 상법에서 자기거래를 제한하는 입법취지가 회사의 이익보호를 위하여 승인 없는 자기거래는 회사의 이익을 희생시켜 가면서 이사회나 그를 이용한 제3자를 보호할 필요가 없으므로 이 경우에는 이사와 회사간에 있어서는 물론이고 제3자에 대한 관계에 있어서는 무효라고 하고 거래의 안전은 민법의 선의취득규정에 의해서 보호할 수 있다고 한다(최기원, 전계서, 670면).

88) 상대적 무효설은 승인이 없는 자기거래는 회사와 이사회간에서는 무효이나, 대외적으로는 상대방인 제3자의 악의를 회사가 입증하지 못하는 한 유효라고 한다. 이는 거래의 안전과 회사의 이익보호라는 두 요건을 함께 만족시킨다고 한다(이철송, 전계서, 655~656면, 정찬형, 전계서, 892면, 최준선, 전계서, 468면, 정동윤, 전계서, 618면).

89) 한국 대법원 1973. 10. 31. 선고 73다954 판결.

사실과 이사회 결의가 있었다는 사실을 알지 못한 데에 중대한 과실이 있으면 악의와 마찬가지로 보호받지 못한다.⁹⁰⁾

5) 회사기회 및 자산의 유용금지의무

2011년 개정 상법 제397조의2에 신설된 이사의 의무로서 미국의 사업기회이론(corporate opportunities doctrine)을 받아들인 것이다. 즉 이사는 ① 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회 ② 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회로서, 장래 또는 현재에 회사의 이익이 될 수 있는 것을 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 되며, 이 경우에는 이사회 승인을 받아야 한다.

6) 비밀유지의무

상법 제382조의4는 이사는 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다고 이사의 비밀유지의무를 규정하고 있다. 이는 이사의 주의의무의 당연한 요청이기도 하지만 퇴임이사에게 법정 의무화한 것이 특별한 의의를 갖는다고 한다.⁹¹⁾

영업상의 비밀이란 부정경쟁방지법에서의 영업비밀의 개념과 거의 동일한 것으로서, “공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 기술”을 의미한다.⁹²⁾ 이미 공개된 것은 영업비밀이 될 수 없으나 공시해야 하는 정보라도 법상 공시의무를 이행하여야 하는 시점까지는 영업비밀로서 취급된다.⁹³⁾

90) 한국 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003다64688 판결.

91) 이철송, 전계서, 607면.

92) 한국 대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다6223 판결. 영업비밀이란 기업조직 또는 사업에 관한 공지되지 아니한 정보로서 당해 기업이 배타적으로 관리할 수 있고, 그 기업 또는 제3자가 경제적 가치를 가지고 이용할 수 있는 것이라고 정의할 수 있다.

93) 이철송, 전계서, 606~608면, 최준선, 전계서, 467~458면.

이사의 비밀유지의무는 비밀을 지킬 의무, 이사 자신의 이익을 위하여 이용하지 않을 의무, 타인에 의해서도 비밀공개를 방지할 의무를 포함한다. 그러므로 예컨대 주주총회에서 주주의 질문권에 대한 이사의 설명의무의 이행으로서 영업비밀을 공개하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

IV. 결론

한국과 중국의 회사법상 주식회사 이사의 의무를 중심으로 살펴본 바 양국의 공통점과 차이점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 한국과 마찬가지로 중국도 충실의무와 주의의무(근면의무)를 규정하고 있으며, 구체적으로 이사에게 경업금지의무, 자기거래금지의무, 비밀유지의무, 회사기회 유용금지의무 등을 부과하고 있는 것이 공통점이다.

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

셋째, 제한되는 자기거래도 적법 절차를 거친 경우에는 유효하게 된다는 것이 공통점이다.

차이점은 첫째, 중국의 회사법은 먼저 이사의 충실의무를 명문화하고 후에 주의의무를, 반면에 한국의 회사법은 먼저 이사의 주의의무를 규정한 후에 충실의무를 명문화하였다. 양국에서 주의의무와 충실의무의 성질이 동질적인 것인지 이질적인 것인지에 대하여 견해의 대립이 있다. 중국에서는 이질설이 통설인 반면 한국에서는 동질설이 통설과 판례의 입장이다.

둘째, 이사의 보고의무의 대상은 한국은 이사회와 감사(감사위원회)로 하고 있는데 중국은 주주총회로 하고 있다(신회사법 제47조 제1항, 제109조 제4단).⁹⁴⁾ 보고의 내용은 한국의 경우 이사가 자기의 모든 업무집행과정에서 하는 것이

고(이사회에 대한 보고의무), 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실이다(감사 또는 감사위원회에 대한 보고의무). 반면에 중국은 보고내용을 업무집행상황만으로 한정하고 있다.

셋째, 한국에서 규정하고 있는 이사의 감시의무를 중국은 규정하고 있지 않다. 반면에 중국에서 규정하고 있는 이사의 재무협조의무를 한국은 규정하고 있지 않다.

넷째, 경업금지의무의 내용을 한국은 경업금지와 겸직금지로 하고 있는데 중국은 국가단독출자회사에서는 경업과 겸직금지로 하고 있지만 일반 주식회사에서는 경업금지의무만으로 하고 있다. 또한 승인기관은 한국은 이사회인 반면 중국은 주주총회이다.

다섯째, 자기거래제한의 인적범위에 대하여 이사 본인으로만 하던 것을 2011년 개정상법은 이사의 배우자 등 친인척 및 계열사로 확대하였다. 자기거래의 유효요건은 이사의 3분의 2의 수로써 사전에 승인을 받아야 하며 거래의 내용과 절차의 공정성을 요건으로 하고 있다. 이에 비하여 중국은 제한 받는자의 범위는 이사만으로 한정하고 있으며 승인방식은 정관의 허가 또는 주주총회의 동의 이 두 가지며, 승인절차에 대하여 상세한 규정이 없다.

여섯째, 회사기회의 유용금지의무의 “회사기회”에 대하여 한국은 2011년 개정상법에 비교적 상세하게 규정하고 있으나, 중국의 규정은 그렇지 못한 편이다.

일곱째, 비밀유지의무를 한국은 퇴임이사에게도 부과하는 반면에 중국의 경우 이런 규정이 없다.

여덟째, 개입권의 행사는 한국은 이사가 경업을 한 경우에만 인정되는 반면에 중국은 경업뿐만 아니라, 기타 충실의무를 위반한 경우에도 인정되고 있다.

양국간에 이러한 차이는 시장경제제도의 발전단계를 반영하는 회사법의 진화과정의 차이라고 볼 수 있겠다. 양국의 회사법에서 특이하게 차이를 보이는 것은 한국은 이사회중심주의를, 중국은 주주총회중심주의를 취하고 있다고 볼 수 있다.⁹⁴⁾

94) 제47조: 이사회는 사원총회에 대하여 책임을 지며 다음의 권한(職權)을 행사한다: (1) 사원총회를 소집하고, 사원총회에 대하여 보고를 하여야 한다.(2).... 제109조 제4단: 본법의 47조에서의 유한책임회사의 이사회 권한에 대한 규정은 주식회사 이사회에 적용한다.

끝으로 중국의 회사법에 반영되어야 할 입법론은 다음과 같다.

첫째, 오늘날의 경제를 주도하는 주체는 다름아닌 주식회사라 해도 과언이 아니다. 그러므로 경제의 세계개방적 추세에 맞추어 나가기 위해서도 중국의 주식회사 관련법규도 그에 맞추어져야 한다. 시장경제가 발전된 국가의 주식회사의 경영은 소유와 경영의 분리라는 시스템에 따라 이사회중심주의로 운영되고 있다. 중국도 이사회중심주의로 나아가야 할 것이다. 이사회중심주의로 나아가기 위해서는 이사회 기능의 활성화를 위한 제도적 정비가 필요하다. 그것들이 이사의 감시의무, 이사의 이사회출석의무, 보고의무 등을 규정하고 있는 한국의 회사법을 참조하여 중국의 기업문화에 적합하도록 정비할 필요가 있다.

둘째, 중국 신회사법상 자기거래나 경업금지의 승인기관이 불합리적이고 승인절차가 없는 실정이다. 승인기관을 주주총회로 하는 것은 오늘날의 경제환경에 맞지 않다. 오늘날의 경제는 신속성과 효율성에 경쟁력이 있는 것인데 주주총회는 이에 적합하지가 않다. 또한 자기거래의 인적 제한범위와 승인시기, 거래의 공정성과 절차의 적법성도 중국의 회사법에 반영되어야 할 중요한 분야이다. 이사와 회사와의 이해충돌은 회사에 손해의 염려가 될 가능성이 농후하기 때문에 특별히 신경써야 할 분야이기 때문이다. 그리고 경업금지의 내용에 대하여 일반회사도 겸직금지의무를 추가하는 것이 바람직하다.

셋째, 오늘날 기업의 영업비밀은 회사의 존망에 영향을 주고 있다. 기업의 영속을 위하여 퇴임 후의 이사에게도 비밀유지의무를 부과해야 한다. 중국 회사법도 한국 상법처럼 퇴임 후의 이사의 비밀유지의무를 법정화하여야 할 것이다.

넷째, 중국 신회사법에서는 회사기회 유용금지의무가 아주 추상적이기 때문에 한국 2011년 개정상법에 규정한 회사기회의 개념을 참조하여 구체적으로 규정하는 것이 바람직하다.

95) 劉定湘, “회사의 임원의 의무와 책임에 관한 연구--한중 회사법의 비교를 중심으로”, 고려대학교박사논문, 2010, 151面.

참고문헌

[국내문헌]

- 서돈각·정완용, 「상법강의(상)」 제4판, 법문사, 1999.
- 손진화, 「상법강의」 제2판, 신조사, 2010.
- 이철송, 「회사법강의」 제18판, 박영사, 2010.
- 양승규·박길준, 「상법요론」 제3판, 삼영사, 1993.
- 이정표, 「중국회사법」, 박영사, 2008.
- 양동석, 「중국회사법」, 진원사, 2007.
- 정동윤, 「상법(上)」 제4판, 법문사, 2009.
- 정찬형, 「상법강의(상)」 제13판, 박영사, 2010.
- 최준선, 「회사법」 제5판, 삼영사, 2010.
- 최기원, 「신회사법론」 제13대정판, 박영사, 2009.
- 홍복기, 「회사법강의」 제2판, 법문사, 2010.
- 이형규, “중국의 개정회사법에 관한 고찰”, 「한양법학」 제19권 제3호, 한양법학회, 2008.
- 김태진, “이사의 감시의무에 대한 판례의 고찰”, 「상사법연구」 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010.
- 유영일, “이사의 충실의무(상법 제382조의 3)의 재검토—2009년 신탁법 개정안과 관련하여”, 「상사판례연구」 제23집 제1권, 한국상사판례학회, 2010.
- 권재열, “상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의—대법원 판례의 동향에 대한 검토를 중심으로”, 「상사판례연구」 제22집 제1권, 한국상사판례학회, 2009.
- 吳日煥, “中國에 있어서의 會社法の 最近 改正”, 「法學研究」第22輯 第2卷, 원광대학교 법학연구소, 2006.
- 이정표, “최근 개정된 중국회사법의 검토”, 「성균관법학」 제17권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2005.

- 맹수석, “株式會社 理事의 一般의 注意義務와 自己去來規制”, 「고시계」 제50권 제10호, 고시계사, 2005.
- 이홍욱, “판례를 통해 본 이사의 충실의무”, 「비교사법」 제12권 제4호, 한국비교사법학회, 2005.
- 이창현, “이사회 또는 주주총회결의 없는 대표행위의 효력, 평이사의 감시의무”, 「고시연구」 제33권 제12호, 고시연구사(연구), 2006.
- 최준선, “주식회사 이사의 경업금지의무”, 「성균관법학」 제7권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 1996.
- 오대석·최준선, “이사의 자기거래금지의무”, 「고시연구」 제33권 제9호, 고시연구사(연구), 2006.
- 이형규, “상법 중 회사편(일반)에 대한 개정의견”, 「상법개정연구보고서」, 한국상사법학회, 2005.
- 최준선·李鮮花, “중국 회사법상 주식회사의 지배구조에 관한 일고”, 「동북아법연구」 제2권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2008.
- 김재범, “이사 자기거래와 회사기회유용의 제한-2008년 상법개정안 검토-”, 「법학논고」 제29집, 경북대학교 법학연구소, 2008.
- 김종우, “중국주식회사 지배구조의 비교분석: 법적 규율을 중심으로”, 「江南大學校 論文集」 제46집, 강남대학교, 2005.
- 劉定湘, “회사의 임원의 의무와 책임에 관한 연구--한중 회사법의 비교를 중심으로”, 고려대학교 박사논문, 2010.

[외국문헌]

- 劉俊海, 「公司法學」, 北京大學出版社, 2008.
- 車輝, 「公司法理論與實務」, 中國政法大學校出版社, 2009.
- 鄧峰, 「普通公司法」, 中國人民出版社, 2009.
- 劉洲, “論公司治理視野中的競業限制”, 「學術界」 第9期, 安徽省社會科學界聯合會, 2010.
- 吳堯·向欣, “論公司對董事的賠償責任”, 「湖北社會科學」 第11期, 湖北省社會科

- 學聯合會·湖北省社會科學院, 2004.
- 馬韶華, “論我國股份有限公司董事的忠實義務”, 「阜陽師範學院學報」第5期, 阜陽師範學院, 2003.
- 陳飛, “論公司董事之忠實義務”, 「湖北經濟學院學報」第4卷 第5期, 湖北經濟學院, 2007.
- 李選民, “論公司董事的義務和責任”, 「南方經濟」第12期, 廣東經濟學會·中山大學(嶺南學院), 2003.
- 崔燦, “公司董事忠實義務之概論”, 「重慶社科文匯」6月刊, 中共重慶市委黨校·重慶行政學院, 2009.
- 李寧, “論對董事忠實義務法律的缺失及完善”, 「福建工程學院學報」第8卷 第5期, 福建工程學院, 2010.
- 胡曉靜, “論理事自我交易的法律規制”, 「當代法學」第6期, 吉林大學法學院, 2010.
- 方昀, 熊賢忠, “公司治理中注意義務之判斷標準探析”, 「江西社會科學」第5期, 江西省社會科學院, 2010.
- 邢寶東, “公司董事抵觸利益交易的法律規制”, 「法制與社會」12月(下), 雲南省法學會, 2008.
- 任自力, “公司董事的勤勉義務標準研究”, 「中國法學」第6期, 中國法學雜誌社, 2008.
- 劉敬偉, “董事勤勉義務判斷標準比較研究”, 「當代法學」第21卷 第5期, 吉林大學法學院, 2007.
- 李中立, “董事違反注意義務之責任追窮”, 「河北大學學報」第2期, 河北大學, 2010.
- 夏利民, “董事謹慎職責與經營判斷規則之關係芻議——以美國法為視角”, 「比較法研究」第6期, 中國政法大學, 2010.
- 鄧可祝, “董事的勤勉義務研究”, 「黑龍江省政法管理幹部學院學報」第5期, 黑龍江省政法管理幹部學院, 2010.
- 殷道飛, “公司董事勤勉義務研究”, 「法制與社會」1月(上), 雲南省法學會, 2009.
- 王建敏·袁錦, “公司歸入權問題研究”, 「山東社會科學」第12期, 山東省社會科學界聯合會, 2010.
- 車傳波, “公司機會准則的司法裁判”, 「西北政法大學學報」第5期, 西北政法學院, 2010.

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

[Abstract]

A study on the comparison of the director's duty between China and Korea

Song, Seok-Eon

Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.

Lu, Ping

Ph.D. course, Dept of Law, Jeju National Univ.

In 2005, China amended Company Law 1993 which takes effect from 1 January 2006. The newly revised Company Law brings many changes to the previous Company Law and is aimed to adapted the international standardize and to meet the needs of the socialist market economy. Especially several changes in the area of director's duty are quite significant. For example the director's Duty of Care is be formulated in the first time, and the director's Duty of Loyalty is been formulated in detail in order to balance the self-discipline and duty of directors.

But there are still many problems related to the director's duty in Company Law 2006 which are not have been solved. And because of these it may reduce the speed of the improvement of the company and affect the efficiency of the company's operations. So it is necessary to analyze the effective mechanism of director's duty.

Compared with the relevant provision in China Company law, Korea Code of Mercantile Law provides much more perfect system which strengthen the

director's duty effectively. And it will contribute to promote company's smooth operation effectively.

In addition with the expansion the cooperative between China and Korea it is help to seek the solutions to solve the disputes concerning to director's duty by comparison.

So this paper is aimed to bring up some suggestions and advices for legislation improvement to the China's newly revised Company Law by comparing and analyzing the legal regulation on the director's duty between Korea and China.

Key Words : China's newly revised Company Law. Korea Code of Mercantile Law, Duty of Loyalty, Duty of Care.