

개혁·개방 이후 중국 상법(총론, 회사법)의 변화*

이 홍 욱

대구가톨릭대학교 법학과 교수

< 목 차 >

- | | |
|-----------------|----------------|
| I. 서론 | IV. 회사법 부문 |
| II. 중국 상법의 발전과정 | V. 중국 회사법의 현대화 |
| III. 상법 총론 부분 | VI. 결론 |

I 서론

중국은 1978년 이래 해방사상, 개혁·개방, 중국특색의 사회주의 건설의 30여년을 지나 왔으며 특히 개혁·개방이후 괄목할 만한 경제 성장을 이룩하였다 또한 이 기간동안 경제건설과 함께 “경제발전은 곧 법제경제”라 할 정도로 법제건설도 동시에 이루어 졌다. 그 중에서도 상사업법이 현저하게 발전하여 상법체계가 큰 진보를 이룩하게 되었다.

그러나 1978년 이전 상황을 보면 중국 상사업이 많은 우여곡절을 겪어 왔다는 것을 알 수 있다. 전통적인 ‘重農抑商’정책은 淸 말에 이르러 수정을 강요받으면서 상공업 진흥을 위하여 상사업법을 제정하게 되면서 먼저 대륙법계의 상사업에 접근하게 되었다. 그러나 독일의 민상분리주의 입법체제와 달리 민상합일주의를 채택하게 되었다. 또한 중국이 개혁·개방 이전에는 사회주의 기본 개조 후 계획경제를 추진하였으므로 상법의 관념 또는 상법의 규범은 거론되지

* 심사위원 : 정봉진, 심재한, 이상욱

투고일자 : 2010. 8. 9 심사일자 : 2010. 8. 21 게재확정일자 : 2010. 9. 13

않았다.

그러나도 실질적 의미의 상법은 개혁·개방 이후 계속적으로 추진되고 있다고 할 수 있다. 먼저 기업조직관계를 규율하기 위한 법률이 개혁·개방 시기에 제정·공포되기 시작하였다. 중의합작경영기업법(1979), 경제합동법(1981), 외자기업법(1986), 중의합작경영기업법(1988) 등이 계속 나왔다. 그러나 상당한 기간동안 이론계는 여전히 상법개념을 중시하지 않았고 상사입법의 탐색도 명확한 방향을 찾지 못하고 있었다. 1980년대 후기에 이르기 까지 학술계는 여전히 상법과 상법을 사회주의와 자본주의 입법 분야로 간주하였던 것 이었다¹⁾

이러는 동안 중국은 1986년에 民法通則을 제정하였으나 이 법의 한계성으로 인하여 다음과 같은 일련의 상사단행법을 제정하게 되었다.

1992년 사회주의 시장경제의 실행을 확정하면서 중국의 경제체제는 신속히 진행되었고 상사 입법도 새로운 단계로 진입하게 되었다. 이 단계에서 입법기관은 회사법(1993), 상업은행법(1995), 어음수표법(1995), 보험법(1995), 증권법(1998), 계약법(合同法1999), 신탁법(2001) 등 일련의 중요한 상사 법률을 공포하게 되었다.

그러면서도 입법기관은 상사입법을 채택하는데 대한 명확한 표명은 없었으며 대부분의 상사 단행법은 경제입법으로 취급 되었다. 따라서 20세기 중국의 민상합일 추세는 비교적 명확했으며 상법의 독립성 문제는 언급하지 않았던 것이다²⁾ 이렇듯 계획경제하에서 상법은 독립적인 지위를 상실하게 되었으나 그 후 경제발전의 영향으로 상법에 관한 관심이 고조되기 시작 하였다. 많은 학자들이 상법의 독립성을 주장하고 있으며 현재 제정중인 민법전도 완전한 의미의 민법전을 추구하고 있다. 그 후 상사 법률이 시행됨에 따라 개정도 잇따르게 되었다. 그 중 상업은행법(2003), 회사법과 증권법(2005), 어음수표법(2004), 파산법(2006) 등이 진일보 개정 되었다. 그 외에도 기금법, 선물법(期貨法)도 제정을 서두르고 있다. 이들 단행 상사 법률은 상대적으로 완비된 중국 상법 체계를 구성하고 있다.

1979년 이래 상법의 개혁과 발전은 두 차례의 사상적 해방을 가져왔다. 제1차는 1993년 회사법의 공포로 과거 소유제에 따라 다르게 진행된 입법적 전통을 타파한 것과, 제2차로 2005년 회사법의 전면 개정으로 상법은 국유기업 개

1) 徐學鹿, 改革開放中的商法理論與實踐, 中國法制出版社, 1991, p. 33

2) 徐學鹿, 上揭書, p. 16

혁의 주요 역할에서 모든 상사 활동 참가자에게로 전환·확대 되었다. 또한 1979년 이래 중국 상법학의 발전은 두 차례의 변화를 겪어 왔다. 제1차 변화는 외국 상법 이론의 소개 및 연구로 중국의 상법이론을 탐색하게 되었다는 것과 두 번째 변화는 개별제도 연구에서 이론의 정리까지 상법의 이론체계를 탐색·조화 할 수 있었다는 것이다. 이러한 전환의 초보 성과로 일련의 상법총론연구에 관한 저술이 출간되었다. 다만 이 변화는 아직 완성된 것은 아니며 계속 되어질 것이 요구 된다³⁾

이 논문은 중국 상법이 개혁·개방 이후 30여년에 걸친 변화에 관하여 고찰함에 있어서 중국 상법 전 분야 중 상법 총론과 회사법의 주요 부분에 관한 이론과 실제의 변화를 살펴본 후 중국 회사법의 현대화에 관한 언급으로 마무리하고자 한다.

II. 중국 상법의 발전 과정

개혁·개방 30여년, 중국 경제체제 전환의 30여년, 인치에서 법치로의 30여년과 아울러 중국 상사부문법도 30여년간 신속하게 발전 되어 왔다. 이를 시대별로 구분하면 다음과 같이 분류할 수 있다⁴⁾.

1. 탐색 단계(1978-1992)

1978년부터 1992년 사회주의시장경제체제의 확립시기까지 중국 상법은 험난한 탐색 단계를 지나왔다. 이 시기에는 분산적이지만 상사주체법으로 중외합자경영기업법(1979), 외자기업법(1986), 중외합작경영기업법(1988)(이상 섭외주체입법 3건)과, 상사거래행위법으로는 경제합동법(1981), 섭외합동법(1985), 기술합동법(1987)이 있다. 이상의 입법은 분산되어 있고 체계성도 결핍되었다. 이 시기의 입법은 정부주도의 응급성 입법이었기에 방향이 불명확하고 예측성

3) 沈軍芳 等, 改革開放三十年來中國商法理論綜述, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, pp. 36-37

4) 顧功耘, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, pp. 1-3,

이 결핍 되었다고 할 수 있다. 실질적으로 이 시기에는 시장 발전정도가 낮고 중국 경제체제 개혁의 불명확성이 입법에 반영되었기 때문이다.

2. 상사 부문법의 신속한 발전 단계(1992-1999)

1992년 사회주의시장경제체제의 확립으로 중국 상사부문법의 신속한 발전이 촉진되었다. 회사법, 증권법, 어음수표법, 보험법, 해상법 등 일련의 중요한 상사단행법이 통과되었다. 이 단계의 특징은 모든 시장운행제도들이 법률규범범위 내로 들어옴으로서 시장운행을 조정하는 법 즉 상법을 형성하게 되었다. 이 단계의 상사입법은 정부주도로 시작되어 시장을 향한 방향으로 발전하게 되었다.

3. 상사부문법의 개정과 완성 단계(1999-2008)

1999년은 상법 발전에 영향을 준 3대 사건이 발생한 해이다. 심천경제특구상사조례의 통과로 상법이 교육부가 지정한 고등학교 법학전공 14개 핵심과정중의 하나로 되었고, 상법연구가 정규화·규모화 되었으며, 대량의 상법인재가 배양되고 전국인민대표대회에서 저명한 상법학자의 강의를 듣는 등 입법기관이 점차 상법에 관심을 가지게 되었다. 상법에 대한 이러한 변화로 2005년 회사법과 증권법의 전면 개정, 2006년 조합(合伙)기업법의 개정, 기업파산법의 공포 등이 줄을 이었다. 이 시기 최대의 특징은 상법이론의 연구와 실천이 실현되었으며 응급성 입법에서 신중한 입법을 하게 되었다는 것이다.

4. 상법체계 초보 건립 단계(2008-2020)

현재 중국 상법이 당면한 최대의 문제는 상사부문법의 충돌과 협조 문제이다. 신속히 商事通則을 제정하고 동시에 시장에서 출현하는 새로운 문제에 주의를 기울여야 한다. 또한 시급히 제정할 것으로 선물법, 금융파생상품거래법, 투자기금법, 금융지주회사법 등을 들 수 있다. 중국은 2020년에 중국 국정에 부응하는 독립적인 상법체계를 건립할 것이다.

Ⅲ. 상법 총론 부분

1. 상법의 기본원칙

상법의 기본원칙은 상법이론과 실제상 공통으로 가지는 중요한 가치이다. 그러나 중국학계의 상법 기본원칙에 대한 견해는 비교적 큰 차이가 보인다. 이른바 2 원칙설, 4 원칙설, 5 원칙설, 6 원칙설 등이 그것이다. 여기서는 이 학설들의 대강을 살펴보는 것으로 중국 상법의 기본원칙을 파악하고자 한다.

1) 2 원칙설:

거래의 신속 보장 원칙과 거래 안전 원칙의 체현

2) 3 원칙설:

시장정상유행 원칙의 보호, 상사거래 효율 원칙의 제고, 상사거래안전 원칙의 보장⁵⁾

3) 4 원칙설:

상사조직강화 원칙, 거래안전보호 원칙, 거래신속촉진 원칙, 거래공평 보호 원칙⁶⁾

4) 5 원칙설:

상사주체의 엄격법정의 체현원칙, 거래공평 보호 원칙, 거래 신속 원칙의 보장, 거래 확정성 보장 원칙, 거래 안전 원칙⁷⁾

5) 6 원칙설:

5) 顧功耘, 商法教程, 上海人民出版社 北京大學出版社, 2006, pp. 20-24

6) 顧功耘, 上揭書, p.8-14

7) 董安生, 中國商法總論, 吉林人民出版社, 1994, p. 53

효율체현원칙, 거래공평보호 원칙, 상사조직강화 원칙, 거래 안전 보호 원칙, 거래 성실 신용원칙, 거래습관과 거래규칙의 충분 존중원칙⁸⁾

근래에는 商事通則의 제정이 거론됨에 따라 상사기본원칙을 상사통칙에 구체적으로 규정하자는 견해도 있다⁹⁾. 우리 상법은 기업의 유지강화와 거래의 안전·신속화를 그 이념으로 하고 있다¹⁰⁾.

2. 상법의 지위

중국 법률체계 중에 상법의 지위에 관하여 줄곧 격렬한 논쟁이 존재하고 있다. 이른바 “商經合一論”, “民商合一論”, “民商分立論”이 그것이다. 개혁·개방 이후 20세기 말까지는 “상경일체”가 주류를 점하였다. 이는 상법과 경제법이 공히 기업을 대상으로 하므로 양자는 응당 합일 또는 총화로 파악하여야 한다는 것이다¹¹⁾ 시장경제의 발전으로 상경분리가 학자들의 지지를 많이 받으면서 상법은 사법이고 경제법은 공법이며 양자는 상호 대체 불가능한 것이라 하였다.

상법의 독립성에 관하여 “민상합일” 또는 “민상분립”으로 많은 논쟁을 거듭해 왔는데 문제는 실질적으로 상법이 민법의 특별법인가 아닌가에 있다고 할 수 있다¹²⁾ 민상합일을 주장하는 대다수는 상법은 민법의 특별법으로 볼 수 있으며 결코 부문법상 독립성을 가진다고 볼 수 없다고 한다¹³⁾ 현행 民法通則은 민상합일 입법이다. 경제합동법, 섭외경제합동법, 기술합동법은 상사합동법의 성질을 가지나 여전히 民法通則의 특별법이다. 해상법, 회사법, 어우수표법, 보험법은 모두 민사특별법에 속한다고한다¹⁴⁾ 다만 민법과 상법간의 융합이 밀접하지 않다면 상법은 여전히 상대적으로 독립한 법역의 중요한 지위를 점하는 것을 부인할 수 없다. 상법은 상대적으로 민법과는 독립한 하나의 부문법이다. 상법은 자기 것을 가지고 있으며 민법의 가치, 조정대상, 주체범위, 성질, 특징과

8) 趙萬一, 商法基本原則研究, 法律出版社, 2002, pp. 64-82

9) 顧功耘, 前揭書, p. 40

10) 이철송, 상법총칙·상행위, 박영사, 2008, pp. 16-19

11) 王保樹 中國商事法 人民法院出版社 2002 p. 17

12) 徐學鹿 論我國商法的現代化 山東法學 1999 第2期, 顧功耘, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.38에서 재인용

13) 史尚寬 民法總論 中國政法大學出版社 2000 p/ 63

14) 梁慧星 民法總論 法律出版社 1996 p. 2

는 다르다. 따라서 상법과 민법은 동일한 私法 영역에 속하지만 각자는 각자의 독립성을 가지며 특히 입법에는 독립된 법률체계를 가져야 한다. 그 중에는 상법의 독립적 규칙체계, 독립적 적용범위, 독립적 책임체계 및 독립적 이론체계가 포함되어야 한다¹⁵⁾는 것이다.

3. 상사입법 방식

청말, 民國 초기 전후로 大清商律草案, 商人通例가 제정되었지만 실시가 되지 않았다. 국민당 정부는 최종적으로 “民商合一”의 입법양식을 채택 하였다. 중화인민공화국 성립(1949)후 장기간 계획경제체제를 실시하였기 때문에 자연히 상법의 존재가 가능하지 않았다. 개혁 개방 후 종횡 이원 경제관계 구조 하에서는 상법은 경제법에 흡수되었다. 시장경제체제가 점차 수립되어 가면서 회사법, 보험법, 어음수표법, 상업은행법, 증권법, 신탁법 등 중요한 상사단행법이 공포됨으로서 중국 상사제도 건설에 신 기원을 열게 되었다. 그러나 다만 이러한 상사입법은 상법이론 연구가 매우 부족한 정황 하에서 제정된 것이므로 입법에서 많은 부족함이 존재한다는 사실을 부인할 수 없을 것이다. 따라서 학계에서 상법 입법방식에 대한 토론을 시작하였으며 특히 민법전이 기초되면서 학자나 전문가들이 상사입법 방식에 몰입하게 되었다.

종합적으로 보면 중국 이론계는 3종의 상사입법방식을 제시하였다. 그 하나는 상법전을 제정하여 모든 상사관계를 조정하자는 견해¹⁶⁾, 둘째로는 민법전의 제정과 상사관계 법률규범을 별도로 단행 상사 법률로 편찬 하자는 것¹⁷⁾, 그리고 세 번째로 민법전의 제정과 상사관계 법률규범을 단행상사법률로 편찬·조정하고 동시에 “商事通則”을 제정하자는 견해(절충주의)이다¹⁸⁾.

상법 총칙에 관하여두가지 방식이 있는데 하나는 민법전에 규정하여 완전히 민상합일로 하는 방식과 민법전 외에 商事通則을 두어 당초 民法通則의 방식과 같이 商事通則의 내용을 추가하는 방식이다. 이 후자의 방식이 보다 간편하

15) 苗延波 論商法的獨立性 河南省政法管理干部學院學報 2008 第1期, 顧功耘, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.38에서 재인용

16) 徐學鹿 論“進一步完善民商法律 法制與社會發展 1995 第2期

17) 王利明 中國民法典的體系 現代法學 2001 第4期

18) 范健 商事法律報告 中信出版社 2004 pp. 32-33

며 만약 이들을 민법전에 포함시킨다면 번거러워 상법의 특징을 나타낼 수 없을 것이다¹⁹⁾

혹자는 중국은 商法通則으로 실질적으로 상법주의를 통솔하는 민상분립을 실행해야 한다고 주장한다²⁰⁾ 상법학연구 하얼빈연회 및 광주연회는 商事通則에 대하여 1) 商事通則은 상법 중 일반법적 의의의 단행상사법률이며, 2) 商事通則은 민상분립도 민상합일도 아니며, 상법전의 형식을 채택하지 않는다. 3) 商事通則은 상법의 일부분이고 민법의 특별법이며 4) 商事通則은 외국에서의 상법전 총칙이 아니며 民法通則 방식을 채택하는 것도 아니다²¹⁾라고 자리매김을 하였다.

IV. 회사법 부분

1. 회사법의 제정과 개정

중국의 회사에 관한 역사는 양무운동(洋務運動)시기에 시작하여 근 100년의 시간이 흘렀다. 그러나 각종의 정치투쟁으로 지속적인 회사법의 전통을 형성하지 못하였다. 신 중국 성립(1949) 후에는 계획경제의 실시로 전통적인 회사법은 더더욱 자취를 감추었다. 20세기 최후의 30년 동안 중국은 개혁개방으로 시장경제체제를 확립함에 따라 원래의 국영기업조직이 점차 생산 공장에서 법인으로, 회사는 주요 형식의 현대기업제도가 되었다. 이로서 중국은 또 한번의 새로운 회사 열기가 형성되었다.

먼저 법률 영역에서 국가가 경제체제 개혁으로 기업입법을 하기 시작하여 “회사”(公司)라는 명칭을 쓰기 시작했다. 이어 중외합자경영기업법, 외자기업법, 중외합작경영기업법, 사영기업잠행조례, 고분유한공사규범의견, 유한책임공사규범의견을 공포함으로써 회사에 대한 법적 기초를 마련하였다. 최종적으로

19) 江平, 關於制定民法典的幾點意見, 法律科學, 1998, 第3期, 顧功耘, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, 에서 재인용

20) 石少俠, 我國應實行實質商法主義的民商分立 - 兼論我國的商事立法模式, 法制與社會發展, 2003 第5期

21) 王保樹, 朱慈蘊, 尋伐商法學發展的足跡 - 關於2007年商法學研究的研究, 中國法學第2期 2008

1993년 회사법을 공포하여²²⁾ 중국 회사법 체계의 초보를 이룩하였다.

중국은 회사법 연구를 시작되면서 1983년 학술계는 주식제를 주장하였다. 이로서 회사법의 이론연구가 중국 상법이론 연구 중 제일 중요하게 되었으며 또한 최고로 활발하게 되었다. 드디어 2005년 중국은 1993년 회사법을 전면 개정하기에 이른다.

1) 제 1 차 개정(1999년)

제1차 개정은 국유독자회사 감사회의 설치(제67조) 및 하이테크 산업의 발전을 촉진하기 위한 개정(제229조 제3항)이었다.

2) 2차 개정(2004년)

액면가를 초과한 주권 발행 가액의 경우 국무원 증권관리부문의 비준 규정을 삭제(제131조 제2항)하는데 그쳤다. 2004년 초 국무원 법제사무실은 정식으로 회사법 개정사업을 시작하였으며 그 배경은 다음과 같다.

(1) 중국의 WTO 가입으로 인한 글로벌 경쟁은 중국 회사법의 경쟁력 제고를 요구하고 있었다.

(2) 외국의 회사법 개혁이 중국 회사법 개혁에 경험을 제공하였다.

(3) 회사법 제정이후 10여년이 경과함에 따라 큰 변화에 적응하기 위하여 성급한 개정이 필요하였다.

그동안 경제체제 개혁의 끊임없는 심화와 사회주의 시장경제의 수립 및 점차적인 개선은 회사법의 개정을 가속화 하게 되었다.²³⁾

3) 1993년 회사법의 주요 문제

1993년 중국 회사법은 총 11장 230개조로 구성되며, 그 내용은 총칙, 유한회사의 설립 및 조직 기구, 주식회사의 설립 및 조직 기구, 주식회사의 주식의 발

22) 이 법의 공포는 중국기업입법사상 중요 사건이라고 표현할 정도였다.(徐杰, 徐曉松, 中國公司法與公司實務, 中國致公出版社, 1994, p.35)

23) 자세한 것은 曹康泰, 新公司法修訂研究報告(上冊), 中國法制出版社, 2005 참조

행 및 양도, 회사채권, 회사 재무와 회계, 회사 합병과 분립, 회사 파산, 해산과 청산, 외국 회사의 분지 기구, 회사 책임 및 부칙 등이다. 이 회사법의 공포는 중국 상사법의 중대사건이라 할 수 있다. 그러나 중국 회사법은 계획 경제가 막 폐기되고 시장경제가 시작하는 시기에 제정되었기 때문에 허다한 규정에 계획경제시대의 흔적이 남아 있었다.

주요한 것으로, 첫째, 지도 사상에 존재하는 문제로서 회사법이 투자자의 투자 적극성을 자극하기보다 전통적 국유기업을 개조하기 위한 것이었으며, 둘째는 1993년 회사법은 구체적 내용 조정의 문제 즉 유한회사와 주식회사의 지배 구조상의 구분이 불명확하여 혼동이 발생하였다. 그 중요 원인은 그 시기에는 유한회사건 주식회사건 불문하고 기본적으로 모두 국유기업의 전환에 있었기 때문이다. 셋째는 회사법의 행정적 색채가 강하다는 것으로 행정기관이 회사의 생사존망의 중대 권리를 향유하고 주식회사 설립에 공무원이 권한을 수여한 부문에 비준을 받게 한다든지 행정기관이 회사의 해산 및 청산에 관여 하는 등이 그 예에 해당할 것이다. 마지막으로 1993년 회사법의 기본 지도 원칙은 회사 설립 억제 태도를 취하고 있었다. 이로서 이 회사법은 세계 최고의 최저 자본과 최고 엄격한 설립 절차, 최고의 위법 제재 및 대 다수인들로 하여금 회사 설립의 자격과 경제능력을 없게 만든 것이었다.²⁴⁾

4) 제 3 차 개정 (2005년 회사법)

2005년 회사법(2005년 10월27일 통과, 2006년 1월 1일 시행)은 총 13장, 219개조로 그 내용은 총칙, 유한책임회사의 설립 및 조직기구, 유한책임회사의 사원권 양도, 주식회사의 설립 및 조직기구, 주식회사의 주식발행 및 양도, 회사 이사, 감사, 고급관리인원의 자격 및 의무, 회사채권, 회사재무, 회계, 회사합병, 분립, 증자, 감자, 회사해산 및 청산, 외국회사의 분지기구, 법률책임 및 부칙이다. 2005년 회사법은 1993년 회사법을 전면 개정을 하였다. 그 주요한 내용은 회사최저자본의 인하, 분기납부 자본제도 도입, 상장회사 지배구조 개선, 감사회의 지위 강화, 이사회 의 직권 강화, 이사장 직권 약화 등에 이어 1인 회사제도 인정, 독립이사제도 도입, 법인격 부인제도 등을 새로 추가 하였다. 2005년 회사법은 일면 현대 회사제도의 요구를 반영함과 아울러 중국 시장 경

24) 張民安, 公司法的現代化, 中山大學出版社, 2006, pp. I - II

제체제의 요구를 반영 하였다 그러나 이번 개정은 중국 회사법 현대화의 종결 이라기보다 이제 현대화의 시작이라 할 수 있다 25)

2. 회사 형식

중국은 1993년 회사법이 나오기 전부터 중국 회사 형식에 대하여 학계의 토론이 있었다.

1) 회사의 종류

학자에 따라 중국 회사법의 조정범위는 유한회사의 종류로 국한해야 한다는 것 즉 주식회사와 유한회사로 조정되어야 한다는 것과 .26) 세계 각 국의 회사법 입법례와 중국의 국정을 결합하여 중국의 회사법은 유한회사와 주식회사를 주로 하되 또한 중국 경제의 다원화로 인하여 서로 다른 경제발전에 적응하기 위하여 다원화된 회사 책임 형식이 요구된다는 의견이 있었다27) 예컨대 兩合公司(합자회사)나 有限合伙(합자조합)를 추가하는 방법이다28)

2) 1인 회사

1993년 회사법이 나온 후 1인 회사가 회사법 연구에 쟁점이 되었다. 사단성을 근거로 1인 회사를 부인하는 전통이론에 대하여 회사의 본질은 그 사단성에 있는 것이 아니고 회사는 출자자와는 독립된 법인이며 1인 회사 자체와 출자자는 서로 독립되어 있으며 투자 자유정신을 체현하기 위해서도 중국 회사법은 이를 승인해야 한다는 것이다. 다만 회사법이 1인회사의 합법적 지위를 확립함과 아울러 1인 회사의 운영기구의 평형적 지배를 강화해야 한다29)는 것이었다.

25) 張民安, 上揭書, pp. III-IV

26) 李誠 公司立法需要解決六個問題 中國法學 1991 第4期, 顧功耘, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.44에서 재인용

27) 雷興虎, 論我國公司的立法模式 中南政法學院學報 1991 第1期

28) 周友蘇, 中國公司法修改研究報告, 轉型中的公司法的現代化, 社會科學文獻出版社, 2006, p. 399

29) 朱慈蘊 一人公司對傳統公司法的沖擊 中國法學 2002 第1期, 顧功耘, 改革開放三十年與

또 다른 견해는 현실 법률제도에서 지적하였는바 중국 1993년 회사법에 국유독자회사와 외상독자기업 형식을 1인 회사로 인정하면서 대량의 중소기업과 자연인을 배제하였다. 이것은 법률상 공평과 정의원칙에 위배되며 중국의 중소기업의 발전을 저해하는 것이라 하여 1인 회사의 주체를 확대할 것을 요구하였던 것이다.³⁰⁾ 그런데 신 회사법은 국유독자회사를 그대로 존치시키고 있다. 이는 이번 회사법 개정 과정 중 이를 삭제하자는 의견도 있었으나 국유독자회사의 문제는 경제 체제 개혁의 관계에서 하나의 중요한 점이라는 다수의 견해로 존치되었다.³¹⁾

2005년 신 회사법은 1인 유한회사란 1인의 자연인과 하나의 법인의 유한회사라고 정의하고 있다(제58조 2관). 이는 중국 경제발전과 기업개혁의 심화 및 사회주의 시장경제 법률체계에 적응하려는 것이다³²⁾ 그러나 신 회사법은 1인 주식회사의 설립을 금지하고 있다³³⁾ 다만 주식회사가 주식양도 등의 원인으로 형성된 1인 회사의 존속문제는 규정이 없기 때문에 사법해석상 많은 혼란이 예상되므로 조속히 입법으로 보충하여야 한다³⁴⁾

3. 회사의 설립

1980년대 학계에서는 회사설립과 회사성립의 양자문제에 있어서 두 가지 다른 관점이 존재하였다. 하나는 양자는 완전히 다른 단계라는 것과 또 하나는 회사의 설립은 회사의 성립을 포함하는 것이라는 입장이다.³⁵⁾ 회사 설립행위는 그 복잡성으로 회사 설립의 성질에 관하여 의견의 일치를 보이지 않는다. 주요 학설로서 조합계약설, 단독행위설, 공동행위설의 3종이 있다. 그 중 공동행위설이 다수설이다³⁶⁾

中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.45에서 재인용

30) 韓明志 淺析一人公司 河北法學 2004 第2期

31) 王保樹 崔勤之, 中國公司法原理, 社會科學文獻出版社, 2006, p.389

32) 張穹 外 新公司法制度設計 法律出版社 2006 p. 56

33) 1인 주식회사도 인정해야한다는 견해가 있으며 대만 회사법은 1인 주식회사의 주주를 정부 및 법인주주로 한정하고 있다(周友蘇, 前揭書, p. 399)

34) 栗明輝 新公司法對一人公司的規制與立法態度探析 現代財經 2007 第4期

35) 顧功耘 公司法 北京大學出版社 1999 p. 48

36) 顧功耘 上揭書 p. 54, 우리나라의 경우도 공동행위설이 다수설이다.

회사의 설립원칙은 자유설립주의, 특허주의, 면허주의, 준칙주의로 변천되어 왔으며 중국이 계획경제에서 시장경제로 전환하면서 회사 설립 원칙도 변화의 과정을 밟고 있다. 1993년으로부터 실시된 면허주의와 엄격준칙주의가 결합된 원칙에서 변화되어 2005년 신 회사법에서는 엄격준칙주의가 주를 이루고 면허제는 보충적인 입법 양식이 되었다. 이것은 실천을 통하여 경제 발전에 합리적인 양식임이 증명된 것이다.

발기인의 지위에 관하여 설립 중 기관설 등³⁷⁾ 다양하나 근래에 와서 설립중의 회사는 설립중의 사단에 속하며 사단의 설립과정 중에 출현한 일종의 과도성의 사회존재이면서 일정한 권리능력과 행위능력을 가지고 일정한 책임을 부담하나 독립적으로 책임을 부담하지는 않는다는 견해³⁸⁾와 설립중의 회사는 설립단계의 유일 주체로 보아야 하며 설립중의 회사는 완전한 책임능력과 함께 자기 재산으로 독립적으로 설립책임을 부담한다는 견해³⁹⁾가 있다.

회사의 설립 하자에 대하여 3가지 견해가 있다. 첫째, 회사 설립 후와 사회적 공공이익과는 매우 큰 관계가 있으므로 사회 공공 이익을 보호하기 위하여 회사 설립 하자에는 완전히 유효한 법률효력을 부여 하여야 한다는 견해⁴⁰⁾와 둘째, “원칙 유지, 보완, 예외적 부인”의 입법원칙을 지키는 즉 설립 하자의 경우 원칙상 그 법인격을 유지하고 하자의 정도에 따라 보완을 하는 것으로 실제 보완한 것을 부인 할 수 없다⁴¹⁾. 셋째, 중국은 현재 법률의 현대화 및 자유화의 정도가 비교적 낮은 수준이므로 마땅히 설립무효제도를 확립해야 한다⁴²⁾는 것이다.

37) 대만 학자의 견해로 無因管理說, 제3자계약설, 설립중 기관설, 당연계승설, 조합설, 대리설 등이 있다.(鄭立波, 公司法, 臺灣三民書局, 1980, p. 86-87; 鄭曙光, 公司法若干問題研究, 吉林人民出版社, 2002, p. 51)

38) 曹順明明 設立中公司法律問題研究, 政法論壇, 2001, 第5期: 우리나라는 ‘권리능력 없는 사단설’이 통설 판례의 입장이다(최기원, 상법학신론(상) 박영사, 2009, p. 560.

39) 茅院生, 論設立中公司的獨立性, 中國法學, 2006, 第3期

40) 張民安, 公司設立制度研究, 吉林大學社會科學學報, 2003, 第1期

41) 房紹坤, 王洪平, 公司瑕疵設立的法人格規制, 中國法學, 2005 第2期, 顧功耘, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.44에서 재인용

42) 施天壽, 公司法論, 法律出版社, 2006, p. 94: 우리나라의 경우 주식회사의 설립의 무효를 확일적으로 확정함과 동시에 법률상으로는 무효이지만 사실상의 회사가 존재하는 사실을 존중하여 무효의 효과를 소급시키지 않는 설립무효의 소에 관하여 규정하고 있다(최기원, 전게서, p. 618.

4. 회사 인격 제도

회사 법인인격의 독립과 유한회사 책임원칙은 회사 법인제도의 두 가지 축이다. 또한 회사법인격 부인제도는 주주와 채권자의 이익을 보호하는 기능을 가지는데 반복된 여러 논쟁을 거쳐 2005년 회사법에 이를 규정하게 되었다. 그동안 중국 회사법 학자들이 이 한 문제를 놓고 장시간 토론과 연구를 해온 바 있다. 회사 법인격 부인제도의 필요성에 대하여 학계는 두 가지의 선명한 대립이 있었다. 첫째로 전통이론에 의하여 회사의 독립인격은 회사존재의 기초이므로 이를 부인하는 것은 불가하다고 한다. 여기에 대하여 회사법은 공평·정의 가치 실현을 목표로 하여야 하며 중국의 회사 법인제도는 실무상 계약과 법적 의무의 도피 및 불법 이익 수단으로 이용되기 때문에 법인격 부인제도의 도입은 십분 필요한 것이라 한다. 이 제도의 적용 요건에 대하여는 그 원칙적 내용은 거론할 수 있으나 이를 완전한 성문법의 형식으로 고정한다는 것은 불필요할 뿐 아니라 또한 불가능하기도 하다⁴³⁾는 것이다. 어떤 학자는 법인격부인제도를 성문법의 형식으로 원칙성적인 규정을 두자는 의견을 건의하였고⁴⁴⁾ 이 건의는 2005년 회사법 개정 시 부분적으로 이루어 졌다. 그러나 신 회사법은 회사 인격 및 유한책임 남용에 대한 구체적인 표준은 규정하지 않고 그 실천은 사법 기관에 맡기자는 것으로 하고 또한 각국의 법인격부인제도의 구체적 운용의 일반적인 예를 따르는 것으로 하고 있다. . 향후 이론과 실체가 진일보 하면 이 제도를 규정화 할 수 있을 것이다⁴⁵⁾

중국은 1993년 회사법 시행 이래 유한책임을 악용하여 채무를 면탈하고 채권자를 해하는 일이 많았으나 입법배경의 한계로 직접적인 규정을 두지 않아 문제 해결을 기대할 수 없었으나, 2005년 회사법에서 법인격부인제도를 제20조와 제64조에 규정함으로써 공식적인 근거를 마련하였다. 회사법 제20조에서 “주식 회사의 주주가 독립된 법인격 또는 주주 유한책임을 남용하여 회사채무의 변제를 회피하는 경우 이로 인해 회사채권자의 이익을 중대하게 침해한 경우 회사의 채무에 관하여 연대책임을 부담 한다”고 규정하고, 또한 제64조에서는 “1인

43) 朱慈蘊 論公司法人格否認法理的適用要件 中國法學 1998 第5期

44) 朱慈蘊 我國公司法應確立揭開公司面紗規則 法律適用 2005 第3期, 顧功耘,, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.46에서 재인용

45) 趙旭東 新公司法講義 人民法院出版社 2005 p. 105

유한회사의 사원은 회사의 재산이 사원 개인의 재산과 별개임을 증명하지 못하면 회사 채무에 대하여 연대책임을 부담해야 한다는 1인 유한회사의 법인격부인에 관하여 규정하고 있다. 이것은 성문법 중 가장 명확한 법인격부인에 관한 입법례에 속할 것이다⁴⁶⁾ 물론 이 규정을 두기 전에도 이에 관한 판결이 나오긴 하였으나⁴⁷⁾ 중국에서 판례가 선례로서 가치를 가지지 않는다는 점과, 일관되게 중국 전체에 통하는 통일된 원칙이 없었다는 점 등으로 법인격부인이론을 명확하게 정립하는데 실패하였던 것이다.

중국에서 법인격부인제도의 도입은 시장경제체제 도입에 따른 변화로부터 기인한다고 볼 수 있으며 당시 이 제도의 도입에 대한 각계의 반응을 종합하면 회사법에 이 제도를 명확히 규정해야 하나 유한책임은 회사제도의 기초이므로 적용상 특별히 신중해야 한다는 것이었다.⁴⁸⁾ 중국에서의 이 법인격부인제도는 개괄적 규정이므로⁴⁹⁾ 그동안 판례의 집적이 이루어진 각국의 경험을 참고로 판결하는 것이 바람직하다. 또한 최고인민법원이나 전국인민대표대회 상무위원회에서 하급법원으로 하여금 참고할 수 있는 적용기준을 명확하게 마련할 필요성이 있다고 생각된다.⁵⁰⁾

5. 회사자본제도

시장경제로의 진입·발전은 필연적으로 자본제도의 변혁을 가져오게 되었다. 회사자본제도의 연구는 점차 회사 자본의 실질적인 곳으로 접근하게 되었다. 회사 자본제도는 회사주주의 투자를 편리하게 하면서 채권자의 이익을 보호하는 두 가지 임무를 가지며 효율과 안전이라는 서로 다른 가치의 선택으로 존재한다,

회사법 제정 시 혼란을 다스리고 폐단을 방지하기 위하여 1993년 회사법은 엄격법정자본제를 확립한 후 학계는 이 제도에 대하여 격렬한 토론을 전개하였

46) 王保樹 崔勤之, 前揭書 p. 48

47) Zhang Xianchu, Piercing the company veil and regulation of co,panies in Chinam, REGAL DEVELOPMENTS IN CHINA: MARKET ECONOMY AND LAW 129(Wang Guiguo & Wei Zhenying eds., 1996

48) 曹康泰, 前揭書 p. 176

49) 孫溪, 2008年中國公司法理論研究綜述, 公司法律評論, 上海人民出版社 2010, p. 303

50) 顧功耘, 公司法律評論, 上海人民出版社, 2007, p. 55

고 갈수록 학자들의 질의와 비판을 받았다. 특히 중국법학회 상법학연구회 제3기 년회는 법정자본제는 그 결함으로 수권자본제에 패하며 절충자본제가 한층 쉽게 회사법의 전환의 국가적 공감을 이끌어 내었다고 한다.. 이리하여 중국 회사자본제도의 개혁의 기본 사고와 방향은 자본신용에서 자산신용으로, 법정자본제에서 수권 또는 절충자본제로 전환되었다. 시장경제의 시간적 요구와 이론의 축적으로 최종적으로 2005년 회사법에서 자본 제도를 완화하여 비록 미완성 개혁이지만 분기 납입제로 되었다⁵¹⁾

6. 회사 지배구조

회사지배구조는 회사법의 핵심부분이다. 중국은 회사 지배구조의 중요성을 인식하고 과거 단순히 정부의 관리감독으로서 회사 관리층을 통제하는 것으로 부족하므로 양호한 회사지배가 더욱 필요하다는 것을 인식하게 되었다.

1) 주주 권익 보장

신 회사법은 주주에게 광범한 권리를 부여 하였다 주주의 알 권리(知情權) 강화(제34조, 98조)주주총회 소집권과 주재권(41, 102조), 집중투표제 실시(106조), 이사의 표결권 제한(125조), 주식매수청구권(75, 143조), 주주대표소송(152조), 유지청구권(183조) 등의 규정이 그것이다.

2) 이사 감사·고급관리인의 회사에 대한 의무와 책임 확립

이사 감사 고급관리인의 충실의무 및 주의(勤勉)의무를 도입하고 회사 업무 집행 시 이 의무를 위반하여 회사에 손해를 준 경우 배상책임을 져야 하며(제 21조⁵²⁾, 제113조, 제150조) 또한 주주대표소송 등을 제기 할 수 있다.

51) 彭冰 未完成的改革 - 以股東分期交付出資制度為例 華東政法大學學報 2006 第1期, 顧功耘,, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.47에서 재인용

52) 지배주주, 실제 통제자, 이사, 감사, 고급관리인은 그 관련관계를 이용하여 회사 이익에 손해를 주어서는 인되며 이를 위반하여 손해를 끼쳤을 때 배상책임을 져야 한다(관련거래제도 도입)

3) 감사회의 역할 강화

1993년 회사법의 감사회 규정은 직권범위가 너무 좁고 원칙적 규정들이었다, 신 회사법은 감사회의 감독직권을 강화하였다. 즉 이사 고급관리인에 대한 파면 제의권, 특정한 사항 하에서 주주총회에 대한 소집권과 주재권, 이사회 결의사항에 대한 질의 또는 건의권, 이사 고급관리에 대한 소송권 등이 있다

4) 독립이사제도의 도입

중국에 독립이사(獨立董事)제도의 도입에 관한 의견은 매우 분분하였다⁵³⁾. 독립이사제도는 영미국가에서 기원(一院制)하며 감사회가 없는 경우 일정 범위에서 감사회의 기능을 발휘하는 역할을 하고 있는 실정이라 하겠다. 그런데 중국은 이미 대륙법계의 회사 구조 체계(이사회와 감사회로 구성되는 兩院制)를 확립한데다 새로이 독립이사제도를 도입하게 되었다는 사실이다. 따라서 독립이사의 지위와 적용 범위의 확정이 필요하다. 중국이 감사회와 독립이사의 양 제도를 동일 회사에 병존시키는 것은 중국의 구체적인 國情 때문이라 한다⁵⁴⁾. 신 회사법은 제123조에 “상장회사는 독립이사를 둘 수 있다. 구체적인 방법은 국무원의 규정에 의한다.”라고 규정하여 우선 법적 측면에서 이 제도의 법적 지위를 확립하였을 뿐 아니라 중국의 독립이사제도의 완성을 위한 새로운 요구의 분출이라 할 수 있다.⁵⁵⁾ 그러나 문제점도 없지 않다. 일반적으로 중국의 독립이사는 약한 독립성, 불충분한 정보, 낮은 열정, 그리고 능력의 부족 등이 실제 중국에서 보이는 문제점들이다.⁵⁶⁾ 일반적으로 독립이사제도는 시장경제, 건전한 법제도, 공정한 사법부 및 건전한 기업문화 등과 어울려야 그 힘을 발휘할 수 있다. 중국의 근본적인 문제는 정치 경제 법률 환경 분야 등에 깊이 뿌리 내려져 있다. 현재 중국 회사 지배구조의 주요한 문제 중의 하나는 지배주주의 회사 지배 문제이다⁵⁷⁾.

53) 자세한 것은 成濤 徐意恒 張葉平, 關於獨立董事的比較研究, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2007, p. 141

54) 成濤 徐意恒 張葉平, 上揭書, p.142

55) 成濤 徐意恒 張葉平, 上揭書, p. 130

56) Yurong Dhen & Weixing Wahg, Study on Independent Director System in Corporate Governance, Asian Social science, 2009, 卍. 65

7. 회사의 사회적 책임

회사가 사회 경제 생활 중에 점차 중요한 모습으로 등장함에 따라 회사의 사회적 책임 문제도 돌출하여 마침내 신 회사법에 규정되게 되었다. 회사의 사회적 책임은 우선 일종의 법률책임이라는 것과 이 법률책임은 회사의 사회적 책임이 최저기준으로 설정되어야 함과 동시에 회사의 사회적 책임의 의의는 또한 도덕적 준칙이며 이 준칙은 회사의 사회적 책임의 가치추구이기도 하다⁵⁸⁾. 회사의 사회적 책임의 운용은 법률책임과 도덕준칙 간에 그 기본 연결점은 회사 관리층에 있다. 관리층은 법률규정이나 상업이론으로 결정을 해야 하며 회사의 지배층이 적극적으로 회사의 사회적 책임을 실시하도록 해야 한다⁵⁹⁾.

중국 회사법에 회사의 사회적 책임에 관하여 명확한 규정(제5조)을 두었으나 이는 선언적 의의를 표명한 것이므로 그 실행에 관하여는 시행세칙을 제정하여야 한다⁶⁰⁾ 이론상 회사의 사회적 책임의 실현을 도덕책임의 실현 제도(軟約束)와 법률책임의 실현제도(硬約束)로 구분하는가 하면⁶¹⁾ 기업의 사회적 책임 문제는 실제상 하나의 전체 사회문제로 보아 여기에는 기업, 정부 및 사회 상호간의 공동 노력을 필요로 한다는 견해와⁶²⁾, 또 어떤 학자는 회사의 사회적 책임은 실제 성과에 따라 책임을 져야 하며 정도가 큰 경우에는 사법구제의 유효성에 달려 있다고 한다⁶³⁾

대다수 학자들은 사회적 책임을 확대할 시 회사의 사회적 책임은 결코 회사의 기본성질을 변경할 수 없음을 강조한다. 또한 회사는 주주의 이익 보호, 이해관계자의 이익과 사회공공이익을 훼손하지 않도록 해야 한다. 현재의 회사법

57) Donald C. Clarke, The Independent Director In Chinese Corporate Governance. 31 Del. J. Corp., 125 q69(2006)

58) 좋은 기업의 사회적 책임은 경제책임, 법률책임, 윤리도덕 책임과 자선책임의 4가지 방면의 책임을 포함해야 한다.(자세한 것은 Carroll Archie B. ,Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definition Construct, Business and Society, 1999 참조)

59) 朱慈蘊 公司的社會責任-游走于法律責任與道德準則之間 中外法學 2008 第1期

60) 孫溪, 2008年中國公司法理論研究綜述, 公司法律評論, 上海人民出版社 2010, p. 301

61) 張雅光 企業社會責任踐行機制之探究 - 謙論司法介入的合理性 當代法學 3008 第4期, 顧功耘,, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.48 에서 재인용

62) 樓建波, 甘培忠, 企業社會責任專論, 北京大學出版社, 2009, pp 343-347.

63) 羅培新 我國公司社會責任的司法裁判困境及若干解決思路 法學 2007 第12期

의 범위에서는 회사의 제1책임은 주주의 이익, 둘째 책임은 채권자, 직원, 고객 및 기타 방면의 책임일 것이다.⁶⁴⁾

8. 국유기업과 회사제도

국유기업개혁은 줄곧 중국경제의 중심이었다. 개혁·개방 이래 중국의 법학 관계자들은 끊임없이 국유기업 개혁의 연구를 해 왔다. 경제개혁이 심화되어 감에 따라 1993년 회사법의 공포는 시장경제체제하의 현대 기업법률규범의 출현을 의미하며, 또한 중국 기업제도의 법률규범이 전면소유제공업기업법에서 점차 과도기적으로 회사법으로 왔다는 것을 의미 한다⁶⁵⁾ 1993년 회사법의 공포로 중국의 국유기업 개혁제도가 법적 기초를 다졌으며 국유기업개혁이 주식회사, 유한회사, 국유독자회사의 방향으로 발전할 수 있었다. 국유기업의 회사화 과정 중 필히 법인소유권관념, 주주권관념을 수립해야 했으며 이러한 관념들은 이론계의 반복된 탐색과 논증을 거쳐야 했다. 점차적으로 법인재산권이 법인소유권이라는 공동 인식이 따랐다. 회사제 기업에 대하여 국가는 주주에게 주주권리를 행사하게 하였다. 주주권은 사원권 등 기타 민사권리와 다른 일종의 민사권리이며 이는 소유권과 채권으로 분류할 수 없는 일종의 회사법상의 권리이고 소유권은 靜態 占有에서 動態 利用으로 변화하고 있다 이러한 연구를 통하여 주주권과 회사소유권이 분화되고 주주인격과 회사인격의 분리 및 회사지위의 이중성을 고찰할 수 있으며 중국기업의 재산권제도의 기본 사고를 새롭게 할 수 있다⁶⁶⁾

9. 근로자의 권리 보장의 확대

중국 회사법은 근로자(職工)의 이익 보호에 관하여 매우 중시하고 있다. 왜냐하면 전통적인 의식 형태의 영향 하에서 근로자는 기업의 주인으로 인식되어 왔기 때문이다⁶⁷⁾. 그러나 회사제도를 핵심으로 하는 현대적 기업 관리법 체계

64) 王保樹 競爭與發展: 公司法改革面臨的主題 現代法學 2003 第3期

65) 江平 現代企業的核心是資本企業 中國法學 1997 第6期

66) 于瑩 改革開放30年中國商法學研究回顧 當代法學 2009 第1期, 顧功耘, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010, p.49에서 재인용

에서는 근로자 대표대회의 기능은 주주총회와 감사회에서 대신하게 되었다. 이러한 변화를 법률상 원 제도의 정신과 현대 회사제도와와의 조화를 통하여 근로자의 권익을 보장 할 수 있는 규정을 회사법에 두고 있다. 즉 회사법 제18조에 회사는 헌법과 관련 법률에 따라 근로자대표대회 또는 기타 형식을 통하여 민주관리를 실행해야 한다는 규정을 두고 있으며, 근로자가 회사 경영 관리에 참여하는 제도를 두고 있다(제45조, 제109조).

또한 근로자의 노동조합에 관한 권리를 규정하고 있으며(제18조), 근로자에 대한 기업의 부담의무(제17조)를 두고 있다.

10. 회사 내의 중국공산당의 조직 활동

중국 회사법 제19조는 “회사 내에 중국공산당의 당규에 근거하여 중국공산당 조직을 설립하고 당의 활동을 전개한다. 회사는 당 조직의 활동을 위하여 필요한 조건을 제공하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이것은 당 조직이 기업 안에서 정치지도권을 가지는 중국 현대기업 제도의 특징이라 할 수 있다. 이 규정의 입법 배경은 중국공산당은 중국의 집권당이며 사회주의시장경제의 영도적 지위를 줄곧 강조해 왔다. 그런데 회사는 특별히 비공유제 조직으로서 경제발전은 신속하나 중앙당의 역할은 약화되는 현상이 나타났다. 따라서 당은 개체사영기업을 포함한 비공기업에 대한 당의 역할을 강조하기 위하여 제19조의 개정 의견을 제출하였던 것이다⁶⁸⁾. 그러나 중국 회사제도의 구조는 주주총회, 이사회 및 經理 등인데 이것들과 기업의 당 조직 체계 간에 문제가 발생할 수 있을 것이다.⁶⁹⁾

V. 중국 회사법의 현대화

중국 회사법은 1993년 제정 이래 몇 차례 개정을 거쳐 2005년 신 회사법으로 존재하고 있다. 당초 회사법이 국유기업의 개조를 염두에 둔 것이어서 그 내

67) 施天濤, 前揭書 p. 56

68) 倪受彬, 公司治理與中國共產黨政治參與, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2007, p. 21

69) 倪受彬, 上揭書, pp 18-23

용이 일반적인 회사법의 보편적 내용을 많이 결하고 있었으며 신 회사법도 많은 문제점을 내포하고 있다. 시장경제의 급속한 발전으로 중국 회사법도 더 이상 중국 특색의 사회주의 시장경제만을 부르짖을 수는 없게 되었으며 중국학자들의 회사법의 현대화 요구도 활발해 지고 있다. 이러한 현대화의 요구를 다음의 몇 가지로 나누어 살펴보고자 한다.

1. 회사법의 지도사상의 현대화

1) 중국 회사법의 제정이 국유기업의 개조에 있는 것이 아닌 이상 전통적 의미의 국유기업을 보호하는데 초점을 두어서는 아니 되고 국유회사에 특권을 주어서도 아니 되며 웅당 회사 주주의 이익을 보호해야 한다.

2) 회사법의 진일보한 입법관념의 변화

회사법의 진화를 위하여 정책중심에서 수요 중심형 으로의 전환, 관리 면에서 약속형 법에서 촉진 및 발전형 법으로의 전환, 관리감독 시에는 동시에 회사 자치 및 경영공간을 확장하여야 한다. 70)

3) '남설 방지'에서 '설립의 편의'로의 전환

소수의 위법자의 설립을 금지하는 것이 오히려 대다수 투자자의 설립의 불편을 초래하였다. 그렇다고 설립 편의로의 전환이 곧 설립의 방종을 의미하는 것이 아니다. 중국은 2005년 회사법에 이러한 방향으로 설립 정책을 전환하고 있다(제78조).

4) 사전 규제에서 사후 규제로의 전환

중국 회사법은 비교적 사전 규제를 강조하고 있다. 그러나 시장경제의 조건하에서는 위험은 피할 수 없는 것이다. 따라서 정부의 관리가 필요한 경우를 제외

70) 郭富青, 各國公司法現代化改革: 競爭 趨同與融合, 公司法律評論, 上海人民出版社, 2009, p. 57

하고는 정부가 “보호”나 “경찰”일 필요는 없다. 충분한 사법 구제 장치를 제공하여 손해를 입은 경우 충분한 구제를 받도록 하자는 것이다⁷¹⁾.

2. 회사법 성질의 현대화

중국 회사법의 성질에 관하여 私法性을 강조하면서도 종종 회사법의 공법성을 더 강조하는 경향이 있다. 또한 회사법의 강제성 규정과 금지성 규정의 준수를 강조하면서 그 위반 시 책임을 강조하고 있다. 그러나 회사법의 기본 성질은 사법성이지 공법성은 아니다.

3. 회사 지배구조의 현대화

1) 2005년 회사법은 여전히 전통 기업법의 연속이며 1993년 회사법의 조직 기구를 가지고 있다. 예컨대 1993년 회사법은 이사장이 회사의 법정대표자가 되며, 2005년 회사법은 회사의 법정대표는 정관 규정에 의하여 이사장(董事長), 집행이사 또는 경리가 맡는다(제13조)라고 규정하고 있다. 그러나 1993년 회사법이나 2005년 회사법이나 본질에 있어서는 다르지 않으며⁷²⁾ 여전히 법정 유일제를 채택하고 있다. 회사의 법정 대표자는 1인에 한정되며 정관에 다른 규정을 둘 수 없다.⁷³⁾ 회사의 이사장의 법적 지위의 강화는 실제상 중국의 전통적인 국유기업의 공장장(廠長) 책임제 또는 經理책임제의 반영이라 할 수 있다. 따라서 이사장이 회사의 법정 대표자로 하는 것은 폐지되어야 한다

또한 2005년 회사법은 여전히 주주총회(股東會)를 최고로 여기며 이사회를 주주총회의 소극적 집행기관으로 생각하고 있다. 그러나 이사회는 응당 회사의 핵심기구로 회사 사무의 일반 관리권과 회사 업무의 집행권을 가져야 한다⁷⁴⁾

71) 王保樹, 立法政策與中國大陸公司法的現代化, 轉型中的公司法的現代化, 2006, 社會科學文獻出版社2006. p. 601

72) 회사 대표자는 공동제와 단일제를 두고 있는데 공동대표제는 이사 공동으로 회사를 대표하며, 단일제는 이사 개개인이 회사를 대표하는 제도인데 비하여 중국은 법정 유일제를 채택하고 있다.

73) 王林清, 顧東偉, 新公司法實施以來熱點問題適用研究, 人民法院出版社, 2009, p. 72

74) 張民安, 前揭書, p.VI

2) 회사 권력의 합리적인 배치

중국 회사의 절대 다수를 차지하는 것은 주권(股權)집중형이기 때문에 회사 지배 구조 중 권력의 합리적이고도 유효한 배치는 회사법의 핵심이라 할 수 있다. 우선 대주주의 월권행위를 여하히 제약하는가가 중요하다.

4. 회사 법률제도의 현대화

1) 1993년 회사법은 국가행정기관이 강제로 회사를 해산시킬 수 있는 권한을 부여 하였는바 이는 계획경제시대에 기업의 부속적 지위와 행정권력 지상주의의 반영이라 볼 수 있다. 그런데 2005년 회사법에도 여전히 이러한 제도가 규정되어 있다. 예컨대 회사법 제181조는 국가행정기관은 회사 영업 허가서가 말소되거나 폐업 또는 허가취소를 명령 받은 경우 해산 할 수 있다고 한 규정 등이다.⁷⁵⁾

2) 시대에 부응한 회사법의 입법 필요

사회 경제 발전적 수요에서 볼 때 회사법의 일부 규정은 비교적 조잡하고 실용성이 약하며 어떤 것은 아예 공백 지대로 남아 있다. 이러한 것들은 향후 세분화 할 필요성과 아울러 새로운 법규정도 추가하여야 한다.

현대 회사는 단일의 회사에서 회사 집단으로 변화하고 있으므로 단일 회사를 규제 대상으로 하는 회사법은 회사 집단의 요구에 적응하기 힘들다고 할 수 있다.. 이 문제에 관하여는 2005년 회사법 개정 시에 관련기업과 기업집단에 관한 규정을 추가할 것을 건의한 반면 다른 의견은 중국 기업집단이 발전한 시간이 길지 않아 아직 경험을 누적해야 하므로 현행 지배주주와 회사의 관계로 처리하고 성문화 하는 것은 보류하여야 한다는 것이었다.⁷⁶⁾

3) 전자화에 상응한 법규정 필요

회사 운영의 효율화를 위한 정보의 시의성 확보를 위한 회사법규정의 정비가

75) 張民安, 前掲書, p. VII

76) 王保樹, 中國公司法修改草案建議稿, 社會科學文獻出版社, 2004, p. 2, 50

필요하다.⁷⁷⁾

4) 일원적 회사 법률제도로의 전환 (회사법과 외상투자기업법의 병합)

2005년 회사법 제 218조는 “외상이 투자한 유한회사와 주식회사는 본법을 적용하고 외상투자법률에 따로 규정된 경우는 그 규정을 적용 한다”고 하여 1993년 회사법 제18조의 규정과 동일한 규정을 두고 있다. 그런데 이 두 법은 병합하여 하나의 회사법으로 하여야 한다. 왜냐하면 외상투자기업법의 대상은 대부분 유한회사 형식이며, 두 법을 분리하는 것은 WTO의 국민대우원칙과 일치하지 않는다는 것, 그리고 법인형식을 취하지 않는 외상투자기업에 대하여는 合伙(조합)企業法, 개인독자기업법 등에 포함시켜 조절할 수 있다는 것이다⁷⁸⁾.

VI. 결 론

중국을 지난 30여 년간 법 관념이 계속 변화 되어 왔다. 개혁·개방 후 시장경제체제 도입(1992) 이전까지는 경제 발전을 가속화하기 위한 법의 긴급한 필요성이 강조 되었다. 이 시기에는 외국법의 경험의 중요성을 인식하면서도 외국 경험은 중국 특색의 사회주의 법제 건설에 단지 참고로 이용해야 한다는 것이었다. 이 시기에는 “하나의 여건이 성숙하면 하나의 법률을 제정 한다”(一个成熟一个制定)는 입법 원칙을 가지고 있었다. 1993년 중국 회사법을 보면 보편적인 회사법이라기보다 국유기업의 전환을 위한 내용이 주류를 이루고 있다는 데서도 이 회사법 내용을 짐작할 수 있을 것이다. 그러나 1992년 시장경제를 채택하고부터 합리적인 법의 필요성을 강조하게 되고 이후 중국의 입법기관이 공식적으로 외국법의 대담한 수용과 직접적인 도입을 천명하고 나서면서부터 중국법의 세계화 과정이 진행되었다⁷⁹⁾.

77) 郭富青, 前掲書,, pp. 57 - 58

78) 周友蘇, 前掲書, p. 400-401

79) Jian Fu Chen, Market economy and internationalization of civil and commercial law in P.R.C., Law, Capitalism and Power in Asia, Routledge, 1999 참조

중국의 민·상사법, 특히 1993년 회사법은 시장경제체제의 도입과 함께 국유기업을 회사체도로 전환시키는 것에 초점을 두었기 때문에 회사법 본연의 보편성에 문제가 있었다. 주요한 것으로, 첫째, 지도 사상에 존재하는 문제로서 회사법이 투자자의 투자 적극성을 자극하기보다 전통적 국유기업을 개조하기 위한 것이었으며, 둘째는 1993년 회사법은 구체적 내용 조정의 문제 즉 유한회사와 주식회사의 지배구조상의 구분이 불명확하여 혼동이 발생하였다. 그 중요 원인은 그 시기에는 유한회사건 주식회사건 불문하고 기본적으로 모두 국유기업의 전환에 있었기 때문이다. 셋째는 회사법의 행정적 색채가 강하다는 것으로 행정기관이 회사의 생사존망의 중대 권리를 향유하고 주식회사 설립에 국무원이 권한을 수여한 부문에 비준을 받게 한다든지 행정기관이 회사의 해산 및 청산에 관여 하는 등이 그 예에 해당할 것이다. 마지막으로 1993년 회사법의 기본 지도 원칙은 회사 설립 억제 태도를 취하고 있었다. 이로서 이 회사법은 세계 최고의 최저 자본과 최고 엄격한 설립 절차, 최고의 위법 제재 및 대 다수인들로 하여금 회사 설립의 자격과 경제능력을 없게 만든 것이었다.⁸⁰⁾

신 중국 회사입법은 비교적 늦게 시작했으나 중국이 가진 조건과 선진 국가의 회사법제의 경험을 흡수하여 선진 회사법 제도를 법제화 할 수 있었으며 이러한 것들이 2005년 회사법 개정에 반영되었다. 이 개정에는 감독·관리의 완화, 투자 촉진, 회사 지배 구조의 개선, 회사 경영의 민활성 및 경쟁 실력을 증강할 목적으로 일련의 입법계획을 진행하였다. 그 주요 내용으로는 회사 설립의 완화, 회사 법정 자본제도의 완화, 주주의 출자 방식의 다양화, 회사 지배구조 내부의 감독 강화, 이사장 권력의 약화, 이사 감사 경리 및 고급관리인원의 의무 강화 및 확대, 감사회 권한의 확대, 및 그 감독의 유효성 제고, 주주권리 확대, 중소 주주 이익보호제도 체계 수립, 그리고 일련의 계획경제의 색채와 낡고 불필요하게 회사의 활동을 제한하는 규정을 폐기하는 것 등이다. 2005년 회사법 개혁으로 회사의 실력을 증강하고 회사의 발전을 촉진시키며 신세기 전 지구상의 경제 일체화를 부단히 추구하며 시장 경쟁력을 가열 시키는 도전이 될 것이라는 점에서 큰 의의를 가진다.⁸¹⁾

80) 張民安, 前掲書, pp. I - II

81) 郭富青, 前掲書 p. 57

중국 회사법 30여년의 흔적을 살펴보면서 상법 개념조차 불명확한 시기로부터, 계획경제에서 시장경제로의 전환을 겪으면서 중국 특색의 사회주의 시장경제로 향한 긴 여정은 중국이 처한 여건을 감안한다면 비교적 단기간에 지구상에서 어느 나라도 경험하지 못한 엄청난 변화를 추진하여 왔다고 해도 과언이 아닐 것이라 생각된다.

1993년 회사법 제정 이래 나뉘대로 몇 차례 개정을 거치면서 가능한 한 빨리 중국 회사법의 현대화를 추진하려는 노력이 학계 및 실무계에서 활발히 진행되고 있음을 알 수 있다. 확실한 것은 이제 중국은 더 이상 ‘중국 특색’의 회사법을 고집하지 않는다는 것이다. 따라서 중국 회사법의 현대화는 회사법의 지도사상과 지배구조 및 법률제도 등에서 다양하게 시도될 것이다.

중국 상법 30여년의 경험에서 볼 때 중국은 사회주의 시장경제체제 가운데 시장 지향과 정부의 추진노력이 서로 통일을 이루면서 진행될 것이다. 또한 ‘商事通則’의 제정으로 기존의 상사부문법과의 조화가 예상된다.⁸²⁾

주제어 : 개혁·개방, 중국 상법, 중국 상법총론, 1993년 중국회사법, 2005년 중국 회사법, 중국회사법의 현대화

82) 顧功耘, 前掲書, p.3

참 고 문 헌

- 顧功耘 公司法 北京大學出版社 1999
- 徐學鹿, 改革開放中的商法理論與實踐, 中國法制出版社, 1991
- 沈軍芳 等, 改革開放三十年來中國商法理論綜述, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010,
- 顧功耘,, 改革開放三十年與中國商法的發展, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2010
- 顧功耘, 商法教程, 上海人民出版社 北京大學出版社, 2006
- 董安生, 中國商法總論, 吉林人民出版社,1994,
- 趙万一, 商法基本原則研究, 法律出版社, 2002,
- 王保樹 中國商事法 人民法院出版社 2002
- 史尚寬 民法總論 中國政法大學出版社 2000
- 梁慧星 民法總論 法律出版社 1996
- 徐學鹿 論“進一步完善民商法律 法制與社會發展 1995 第2期
- 王利明 中國民法典的體系 現代法學 2001 第4期
- 範健 商事法律報告 中信出版社 2004
- 石少俠, 我國應實行實質商法主義的民商分立 - 兼論我國的商事立法模式, 法制與社會發展, 2003
- 王保樹, 朱慈蘊, 尋伐商法學發展的足跡 - 關於2007年商法學研究的研究, 中國法學第2期 2008
- 曹康泰, 新公司法修訂研究報告(上冊),中國法制出版社, 2005
- 張民安, 公司法的現代化, 中山大學出版社, 2006,
- 周友蘇, 中國公司法修改研究報告, 轉型中的公司法的現代化, 社會科學文獻出版社, 2006
- 王保樹 崔勤之, 中國公司法原理, 社會科學文獻出版社, 2006,
- 顧功耘 公司法 北京大學出版社 1999
- 張穹 外 新公司法制度設計 法律出版社 2006
- 施天濤, 公司法論, 法律出版社, 2006,
- 趙旭東 新公司法講義 人民法院出版社 2005,
- 孫溪, 2008年中國公司法理論研究綜述, 公司法律評論, 上海人民出版社 2010,
- 顧功耘, 公司法律評論, 上海人民出版社, 2007,

- 成濤 徐意恒 張葉平, 關於獨立董事的比較研究, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2007,
- 朱慈蘊 公司的社會責任—游走于法律責任與道德準則之間 中外法學 2008
- 羅培新 我國公司社會責任的司法裁判困境及若干解決思路 法學 2007 第12期
- 王保樹 競爭與發展: 公司法改革面臨的主題 現代法學 2003 第3期
- 倪受彬, 公司治理與中國共產黨政治參與, 中國商法評論, 北京大學出版社, 2007,
- 王林清, 顧東偉, 新公司法實施以來熱點問題適用研究, 人民法院出版社, 2009,
- 郭富青, 各國公司法現代化改革: 競爭 趨同與融合, 公司法律評論, 上海人民出版社, 2009,
- 王保樹, 中國公司法修改草案建議稿, 社會科學文獻出版社, 2004,
- 王保樹, 立法政策與中國大陸公司法的現代化, 轉型中的公司法的現代化, 2006, 社會科學文獻出版社 2006.
- 樓建波, 甘培忠, 企業社會責任專論, 北京大學出版社, 2009,
- Zhang Xianchu, Piercing the company veil and regulation of companies in Chinam, REGAL DEVELOPMENTS IN CHINA: MARKET ECONOMY AND LAW 129(Wang Gui Guo & Wei Zhen Ying eds., 1996
- Yurong Dhen & Weixing Wahg, Study on Independent Director System in Corporate Governance, Asian Social science, 2009,
- Donald C. Clarke, The Independent Director In Chinese Corporate Governance. 31 Del. J. Corp., 125 q69(2006)
- Jian Fu Chen, Market economy and internationalization of civil and commercial law in P.R.C., Law ,Capitalism and Power in Asia, ,Routledge, 1999
- Carroll Archie B. ,Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definition Construct, Business and Society, 1999

[Abstract]

A Study on the Changes of Commercial Law('General Provisions and Company Law') since Reformation and Opening of China

Lee, Hong-Wook

Professor, Catholic University of Daegu

From the beginning of 20 centuries to nowadays, China has maintained principle of the combination of Civil and Commercial Laws

The importance of commercial law has gradually accepted and the independence of commercial law is necessary to control social market system in China.

Although many commercial laws have been enacted and are simple and convenient, they are not systematized and harmonized with each other.

Therefore, it's necessary to enact 'the General Rule of Commercial Law' newly

The Company Law enacted in 1993 and revised in 1999, 2004 and 2005 respectively has firmly geared toward China's market economy system.

The Company Law 1993 was enacted mainly for transfer from state-owned enterprises to modern company systems and don't have universal contents of general company Law. the revised Company Law 2005 was designed to protect the lawful rights and interests of shareholders and creditors, and promote the development of socialist ,arket economy.

But the Law 2005 has also many problems in its idea, corporate governance and legal systems etc.

Many Chinese scholars demand China's company law to facilitate the

creation and operation of modern company systems.

Modernization of Chinese Company Law will be realized through harmonization between experience from the advanced countries and China's situation.

Key words : Reformation and Opening of China, Commercial Law of China, General Rule of Commercial Law, Company Law 1993, Company Law 2005