creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

중국 회사법상 출자하자의 규제에 대한 법적 고찰

2016年 04月

서울대학교 대학원

법학과 상법전공

박운봉

국 문 초 록

주주의 출자하자는 회사의 신용을 파괴할 뿐만 아니라 시장거래환경에 불리한 영향을 끼친다. 2013년 중국 <회사법>은 회사설립 시 주주가 실제 납입한 등록자본금을 등기하도록 하는 실제납입등기제도에서 향후 납입할 등록자본금만 등기하는 되는 약정납입등기제도로 변경 완화하였다. 이번 개정은 회사설립의 문턱을 낮추어 창업을 활성화하여 사회투자에 대한 활력을 불러일으키려는 중국 정부의 입장이 반영되었으나 주주의 출자하자로 인한 주주권의 제한과 출자하자의 구체적 형식과 부담할 책임에 대하여 언급하지 않았다. 최고인민법원은 <회사법을 적용하기 위한 약간문제의 규정(3)> (이하 약칭 <회사법해석>) 을 시행하여 주주의 출자하자의 책임과 주주권의 제한에 대하여 구체적으로 규정하였으나 아직도 검토할 부분이 있다고 본다.

본 논문은 중국법 상 주주의 출자하자의 개념, 분류, 구제적 형식을 소개하고 주주의 출자하자에 있어서 주요 쟁점인 주주의 민사적 책임과 주주권의 제한에 대하여 중점을 두고 논의를 전개한다.

첫째, 주주의 출자하자에 대한 민사적 책임에 있어서 우선 중국 회사법 상 일반론을 소개하고 주주가 회사에 대한 책임, 기타주주에 대한 책임, 회사채권자에 대한 책임을 나누어 구체적으로 검토하였다. 다음으로 중국 회사법 상 주주의 출자하자에 대한 민사적 책임 규정에 존재하는 문제들을 검토하고 입법제안을 제시하였다.

둘째, 출자하자 주주의 권리의 제한에 관하여 다룬다. 우선 주주권의 일반론에 대해 검토하여 주주권의 성질, 및 발생의 기초 등 중요한 문제에 대해 검토한다. 주주권에 대한 검토를 통하여 주주권과 주주자격의 관계를 자연스럽게 펼쳐가며 주주의 출자하자의 행위가 주주권에 주는 영향을 집중적으로 검토하였다. 마지막으로 중국 현행 회사법 상 규정을 소개하고 평가하였다.

핵심어: 주주의 출자의무, 출자하자의 주주의 민사책임, 주주권제한

학 번: 2013-23889

목차

제1장 서 론 - 1 -

제1절 연구의 배경과 연구의 목적 - 1 -

1. 연구의 배경 - 1 -

2. 연구의 목적 - 1 -

제2절 연구의 방법과 연구의 구성 - 2 -

1. 연구의 방법 - 2 -

2. 연구의 구성 - 2 -

제2장 주주의 출자의무와 출자하자 - 4 -

제1절 주주의 출자의무의 일반론 - 4 -

1. 출자의무의 정의 - 4 -

2. 주주의 출자의 성질 - 5 -

3. 출자의무의 내용 - 6 -

4. 출자의무의 이행원칙 - 7 -

5. 출자의무의 이행방식 - 8 -

제2절 주주의 출자하자의 일반론 - 9 -

1. 출자하자의 정의 - 9 -

2. 출자하자의 원인 - 10 -

3. 출자하자의 영향 - 11 -

제3절 주주의 출자하자의 구체적 유형 - 12 -

1. 출자의무의 불이행 - 13 -

2. 출자의무의 적합하지 않은 이행 - 15 -

3. 가장납입 - 17 -

4. 가장납입과 허위납입의 재검토 및 한국 회사법 상 가장납입과의 비교 - 17 -

제4절 중국 현행 회사법 상 출자하자에 관한 규정 - 24 -
1. 출자의무의 불이행과 출자의무의 적합하지 않은 이행 - 24 -
2. 가장납입 - 26 -
3. 가장납입에 관한 최고인민법원 판례 - 27 -
제3장 출자하자 주주의 권리제한 - 33 -
제1절 주주권의 일반론 - 33 -
1. 주주권의 정의 - 33 -
2. 주주권의 성질 - 34 -
3. 주주권의 발생의 기초 - 35 -
4. 주주권의 종류 - 38 -
제2절 주주의 출자하자 행위가 주주의 자격에 미치는 영향 - 39 -
1. 주주의 자격을 인정하는 원칙 - 39 -
2. 출자하자 주주의 주주자격 인증 - 40 -
3. 주주의 출자하자행위가 주주권에 미치는 영향 - 41 -
4. 출자하자의 주주의 주주권을 제한할 수 있는 이론적 근거 - 43 -
5. 구체적 유형의 주주권에 대한 제한 - 45 -
제3절 중국 현행 회사법상 출자하자 주주의 주주권 규제 - 49 -
1. 이익배당권과 신주인수권 - 49 -
2. 잔여재산분배청구권 - 52 -
3. 의결권 - 52 -
4. 회사 사무에 대해 알 권리 - 53 -
5. 주주자격제명제도 - 53 -
6. 현행 회사법상 주주권제한에 관한 규정에 대한 평가 - 54 -
제4절 출자하자의 주주의 주주권 제한의 방법 - 55 -

1. 법률 혹은 사법해석에 의한 주주권 제한 - 55 -
2. 정관에 의한 주주권 제한 - 56 -
3. 주주총회의 결의에 의한 제한 - 57 -
제4장 출자하자에 따른 주주의 책임 - 59 -
제1절 주주의 출자하자의 민사책임의 성질 - 59 -
1. 서론 - 59 -
2. 출자의무의 불이행 책임 - 60 -
3. 가장납입책임 - 60 -
제2절 책임을 추궁할 수 있는 이론적 근거 - 61 -
1. 자본충실의 원칙 - 61 -
2. 신의원칙 - 63 -
3. 회사 법인격원칙 - 64 -
제3절 출자하자의 민사책임의 주체 - 67 -
1. 출자하자의 민사책임의 의무주체 - 67 -
2. 출자하자의 민사책임의 청구권자 - 69 -
제4절 중국 현행 회사법상 주주의 출자하자의 민사책임에 관한 규제 - 70 -
1. 주주의 책임 - 71 -
2. 기타 관련 있는 주체의 민사책임 - 72 -
3. 중국 회사법상 출자하자의 민사책임제도에 관한 평가 - 73 -
제5절: 출자하자의 주주의 기타책임 - 74 -
1. 행정책임 - 74 -
2. 형사책임 - 74 -
제5장 결 론 - 76 -
참고문헌 - 77 -

Abstract ..... - 82 -

제1장 서 론

제1절 연구의 배경과 연구의 목적

1. 연구의 배경

2013년 중국 <회사법>은 회사설립 시 주주가 실제 납입한 등록자본금을 등기하도록 하는 실제납입제도에서 향후 납입할 등록자본금만 등기하는 되는 약정납입제도로 변경 완화하였다. 이번 개정은 회사설립의 문턱을 낮추어 창업을 활성화하여 사회투자에 대한 활력을 불러일으키려는 중국 정부의 입장이 반영되었다.

세계 여러 주요국가들에서 어떤 자본제도를 실시하든 주주의 출자하자 현상은 보편적으로 존재한다. 주주의 출자의무는 계약 혹은 회사 정관에 의하여 결정되었지만 법률의 규제를 받지 않는 것은 아니다.

중국 학자들은 주주의 출자하자 문제에 대하여 연구를 오래 해왔다. 중국 학자들은 보편적으로 주주의 출자하자는 회사자본의 세가지 원칙에 어긋난다는 관점을 보유하고 있으나 출자하자의 정의, 출자하자 주주의 주주권 인정여부, 출자하자 주주의 주주권의 제한, 출자하자 주주의 민사적 책임 등 구체적 문제에서 견해가 엇갈린다. 또한 중국은 국토가 넓고 지역마다 경제발전수준도 많이 차이나기 때문에 각 지역 법원의 구체적 심사기준도 다르다.

때문에 중국 회사법상 주주의 출자하자의 문제는 연구의 가치가 있다고 본다.

2. 연구의 목적

본 논문에서는 중국 주요학자들의 견해와 회사법상 주주의 출자하자에 대한

규정들을 상세하게 소개하고 상술한 출자하제에 관한 쟁점 중, 출자하자의 정의 및 분류, 출자하자의 주주의 주주권제한, 및 중국 회사법상 주주의 민사책임제도를 검토하여 중국 회사법상 출자하자 문제의 규정에 관하여 진일보 보완할 수 있는 개선방안을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 방법과 연구의 구성

1. 연구의 방법

본 논문은 문헌연구의 방법으로, 우선 중국 국내 문헌을 위주로 기타 한국문헌 및 영미문헌을 참고하여 주주의 출자하자의 일반론, 주주권제한, 주주의 민사적 책임 등 문제에 대하여 설명 검토하였다.

본 논문은 주로 <회사법해석>을 기반으로 중국 회사법상 주주의 출자하자 문제에 관한 구체적 규정들을 상세하게 설명 검토 하였고 최고인민법원의 최신 관점을 소개하였다.

2. 연구의 구성

본 논문은 총 5장으로 구성되어 있다.

제1장에 서론부분에서는 우선 연구의 배경 및 목적과 더불어 연구의 구성 및 범위를 간단히 서술한다.

제2장에서는 중국 회사법상 출자하자의 유형을 검토하기 위하여 우선 주주의 출자의무에 대해 검토하 출자의무의 정의, 성질, 내용, 이행원칙과 이행방식 등 기본적인 이론을 설명하고 “출자하자행위는 출자의무를 위반하는 모든 행위”에 중점을 두어 출자하자의 일반론을 소개하였고 주주의 출자의 구체적 유형에 대해 검토해보았다. 나중에 중국 현행 회사법의 규정을 소개하였다.

제3장에서는 출자하자 주주의 권리의 제한에 관하여 다룬다. 우선 주주권의 일반론에 대해 검토하여 주주권의 성질, 및 발생의 기초 등 중요한 문제에 대해 검토한다. 주주권에 대한 검토를 통하여 주주권과 자자자격의 관계를 자연스럽게 펼쳐가며 주주의 출자하자의 행위가 주주권에 주는 영향을 집중적으로 검토하였다. 마지막으로 중국 현행 회사법상 규정을 소개하고 평가하였다.

제4장에서는 출자하자 주주의 민사적 책임을 다룬다. 중점적으로 출자하자의 만사책임의 성질 책임을 추궁할 수 있는 이론적 근거를 검토하고 중국 현행 회사법상 민사책임제도를 소개하고 검토한다.

제5장에서는 중국 회사법상 출자하자에 관한 규제의 개선방향을 제시한다.

제2장 주주의 출자의무와 출자하자

제1절 주주의 출자의무의 일반론

1. 출자의무의 정의

주주의 출자는 주주가 법률 혹은 정관의 규정에 따라 회사와 계약을 체결하여 회사에 재산을 납부하고 회사의 주식과 주권을 취득하는 행위를 말한다.[1] 주주유한회사책임원칙에 따르면 회사 채권자의 담보가 될 수 있는 것은 회사의 재산뿐이다.[2] 주주의 출자는 회사의 재산형성의 중요한 근거이기에 주주의 출자는 회사, 기타 주주, 및 회사 채권자에 대하여 중요한 의미가 있다. 앞서 서술하듯이 주주유한책임원칙에 근거하면 주주의 출자로 형성되는 회사의 재산은 회사채권자에 대한 최소한 담보이고 거래의 위험부담은 개인투자자로부터 회사채권자에게 이전되었다.[3] 때문에 회사의 채권자는 회사와의 거래에서 회사의 자본금을 거래안전을 판단하는 중요한 의거로 생각한다. 때문에 주주의 출자는 회사가 성립과 존속에 대하여 결정적 작용을 할뿐만 아니라 거래의 안전도 보장하는 역할을 한다. 그러므로 주주가 충실히 출자의무를 이행하는 것은 주주의 가장 기본적인 의무이다.

---

[1] 赵旭东主编, 『公司法学』（第二版）, 高等教育出版社, 2006, 제216면

[2] 김건식, 『회사법』, 박영사, 2015, 제77면

[3] 赵旭东, “ 从资本信用到资产信用”, 「法学研究」第五期, 2003

2. 주주의 출자의 성질

주주의 출자의 성질을 검토하는 것은 주주가 출자의무 위반 시 어떤 법률적 책임을 부담하며 출자하자 주주의 민사책임제도를 분석하는데 도움이 될 것이다. 학자들의 관점을 분석하면 다음과 같이 종합할 수 있다.

(1) 계약설

계약설은 주주의 출자의무의 근거는 주주가 회사의 주식을 인수하려는 계약에 있다고 주장한다. 주주가 회사에 대하여 출자하려는 의사표시는 하나의 청약이며 회사가 주주의 인수를 동의하고 주식을 배분하는 것은 하나의 승낙으로 볼 수 있기 때문에 주주의 출자는 주주와 회사간의 계약이다. 주주의 출자의무는 계약에 의하여 형성된 의무로써 주주가 출자의무 불이행 시 채권이론을 참조하여 해결할 수 있다. 그러나 계약설은 채권상대성의 제한을 받아 다음과 같은 한계가 있다.

① 계약설은 주로 서로 이해관계를 갖는 쌍방 행위주체의 모순을 해결하지만 서로 이해관계를 갖지 않는 여러 행위주체의 모순을 해결할 수 없다. 주주의 출자하자의 경우 주주는 오직 회사에 대하여 채무불이행책임을 부담하고 기타 주주와 회사채권자에 다하여 어떤 책임을 부담하는지 해결할 수 없으므로 완전한 책임체계를 구출할 수 없다.[4]

② 계약설에 의하면 주주의 계약 상대방은 회사이다. 만약 주주의 출자가 회사의 성립과정에서 이루어 졌는데 회사성립이 무효가 되면 계약의 상대방을 확정하는데 어려운 면이 있다.

③계약의 상대성원칙에 의하면 주주가 출자의무 위반 시 오직 회사에 대하여 채무불이행의무를 부담한다. 계약상대방이 아닌 회사채권자의 이익은 제대로 보호받기 어렵다.

---

[4] 樊涛, “公司人格机理与公司救济制度之重构”, 「河北法学」第10期, 2008, 제127면

(2) 법정설

법정설은 주주의 출자의무는 하나의 법정의무로써 출자의무를 이행하는 것은 법률의 강행규정이라고 주장한다. 세계 각 주요국가들의 회사법규정을 분석하면 모두 주주는 회사정관에 의하여 인수한 회사주식에 대하여 출자의무를 부담한다고 규정했을 뿐만 아니라 엄격히 가장납입을 금지하고 있고 출자하자의 발기인 혹은 이사의 연대책임도 규정하고 있다. 그러나 법정설은 주주의 출자의 자유성과 적극성을 엄격히 제한하고 사법자치의 이념에도 부합되지 않는다.[5]

(3) 절충설

절충설은 계약설과 법정설을 절충하여 출자의무는 2가지 성질을 모두 갖추었다고 주장한다. 한 면으로 회사설립의 첫 단계로서 발기인은 정관을 작성하고 정관의 규정에 의하여 출자의무를 부담하기 때문에 계약적 성질이 있다. 다른 한 면으로 주주의 출자의무는 회사법에서 명확히 규정된 법정의무이다.[6] 또한 하나의 계약으로서의 정관은 장래주주들의 동의 여부에 관계없이 모두 구속한다는 점에서 하나의 상사자치법[7]으로 볼 수 있기 때문에 주주의 출자의무는 계약적 성질과 법률적 성질을 모두 갖추었다고 볼 수 있다.

3. 출자의무의 내용

(1) 인수담보의무

인수담보책임은 회사설립 시 발행은 주식으로서 아직 인수되지 아니한 주식이 있거나 주식인수의 청약이 취소 될 경우 발기인은 이를 공동으로 인수할 의무가 있다. 신주발행 시 아직 인수되지 아니한 주식이 있거나 주식인수의 청약이

---

[5] 樊涛, 전게논문, 제128면

[6] 刘冬龙, “浅谈股东出资瑕疵的法律责任”, 「金卡工程：经济与法」第12期, 2009, 제53면

[7] 김건식, 전게서, 제101면

취소 될 경우 이사는 이를 공동으로 인수할 의무가 있다.

(2) 납입담보의무

납입담보책임은 발기인이 주식을 인수하였지만 납입을 완료하지 아니한 경우 기타 발기인은 연대하여 납입할 의무가 있다.

(3) 보충납입의무

보충납입책임은 회사성립 후 현물출자의 실제가치가 정관에 규정된 납입금액에 비해 현저히 낮은 경우 주주는 부족한 차액에 대하여 보충납입 할 의무가 있고 발기인의 경우 기타 발기인은 부족한 차액에 대하여 보충납입 할 의무가 있다.

4. 출자의무의 이행원칙

부동한 자본금제도하에서 출자의무에 대한 법률의 규정은 서로 다르다. 법정자본제도는 자본충실의 원칙, 자본확정의 원칙, 자본불변의 원칙을 엄격히 준수하기 때문에 신주발행이 어렵고 분할납입을 허용하지 아니한다. 수권자본제도는 이와 반대로 분할납입도 가능하다.[8]

중국 현행 회사법 상 법정자본제도와 수권자본제도를 겸한 절충자본제도를 실시한다. 유한책임회사, 발기설립의 주식회사는 수권자본제도를 실시하고 모집설립의 주식회사는 여전히 엄격한 법정자본제도를 실시한다.

(1) 전액납부

전액납부는 발기인 혹은 주주가 인수한 주식의 대금을 전액 납부하여야 하는 것을 말한다.

(2) 즉시납부

모집설립의 회사일 경우 중국 회사법은 여전히 실제납입제도를 실시하고 있

[8] 宁晨新, “股权出资法律问题研究”, 中国政法大学博士学位论文, 2006, 제69면

기에 발기인은 인수한 주식의 대금을 일회완납 하여야 하고 분할납부를 허용한 일반회사인 경우에도 법률과 정관이 규정한 납부기한 내에 납부하여야 한다.

5. 출자의무의 이행방식

(1) 금전에 의한 납입

주금 납입은 원칙적으로 금전으로 하여야 하고 납입금보관은행에 납입하여야 하며 납입금보관은행은 납입금보관 증명을 발급해야 한다.[9]

중국 <회사법> 제28조는 주주는 즉시 인수한 주식의 대금을 은행의 전문통장에 납입하여야 한다고 규정하였고 제91조는 회사 성립 전에 주금을 인출하는 것을 엄격히 금지한다.

(2) 현물출자

현물출자의 목적물은 가치성과 이전가능성이 있는 재산이어야 한다. 현물출자는 반드시 검증기구의 가치평가절차를 거쳐야 하고 검증기구는 가치평가 증명을 발급해야 한다.

현물출자의 목적물의 소유권은 발기인 혹은 주주로부터 회사로 이전되어야 한고 물권변동의 원칙에 의해 등기절차가 요구되면 소유권이전등기를 거쳐야 하고 그러지 아니하면 목적물을 회사에 교부하여야 한다.

중국 현행 회사법 상 현물출자의 범위에 포괄적 입법형식을 취하고 있기 때문에 중국학자들의 통설은 현물출자의 목적물은 가치성과 이전가능성 외 유용성도 갖추어야 한다는 것이 통설이다. 현물출자의 목적물은 반드시 회사의 경영활동에 수요되는 건축물, 설비 혹은 기타 물건이어야 한다.[10]

---

[9] 김건식, 전게서, 제108~109면

[10] 石少侠, 『公司法』, 人民出版社, 1996, 제120면; 徐燕, 『公司法原理』, 法律出版社, 1997, 제327면

제2절 주주의 출자하자의 일반론

1. 출자하자의 정의

'출자하자' 라는 용어는 오랫동안 중국 이론과 실무에서 광범위하게 사용되었으나 중국 회사법과 사법해석은 출자하자에 대하여 명확한 정의를 한 것은 아니다. 중국 학자들도 출자하자의 정의에 관하여 여러 가지 논쟁이 많았다.

(1) 광의설

일부 학자들은 광의의 의미에서 "법률, 정관 및 출자협의상 주주의 출자규칙에 관하여 명확한 규정이 있는데 주주가 출자한 재산, 권리 및 기타 출자행위가 상술한 규칙에 위반되면 출자하자이다."[11] 라고 주장한다. 이런 관점들은 서술이 너무 간단하고 구체적 문제를 해결하는데 한계가 있다고 본다.

(2) 협의설

일부 학자들은 협의의 의미에서 주주의 출자하자는 목표물에 자연적 혹은 법률적 하자가 존재하는 것을 말한다. "자연적 하자란 목표물이 수량상 요구에 부합되지 않거나 질량상 법률 혹은 정관의 규정에 부합되지 않는 것을 말한다. 법률적 하자란 제3자가 목표물에 대하여 합법적 권리를 소유하고 있기 때문에 회사가 목표물을 합리적으로 사용할 수 없어 회사운영에 영향을 주는 것을 말한다. "[12] 고 주장한다. 이런 관점은 주주의 출자하자의 경우를 현물출자에만 국한하였기 때문에 범위가 너무 좁다. 또한 중국 회사법과 사법해석의 규정을 분석하면 주주는 금전으로 출자할 수 있을 뿐만 아니라 토지사용권, 지식재산권, 주식, 채권, 실물 등등 여러 가지 출자형식을 선택할 수 있다.

---

[11] 蒋大兴, 『公式法展开与评判-方法 · 判例 · 制度』, 法律出版社, 2001, 137면

[12] 郑曙光, "股东违反出资义务违法形态与民事责任探究", 「法学」第6期, 2003, 제64면

광의설과 협의설의 단점을 제거하고 장점을 살려서 주주의 출자하자에 대하여 다음과 같이 정의한다.

주주의 출자하자는 주주가 회사 설립 시 혹은 회사 증자 시 주주의 출자행위가 법률 혹은 정관의 규정된 출자의무를 위반하여 회사, 기타주주 및 회사 채권자의 합법적 이익을 침해하는 모든 행위이다.

2. 출자하자의 원인

(1) 회사법의 실제납입제도의 폐지는 주주의 출자하자에 대하여 조건을 제공하였다. 출자의무에 관한 중국 회사법의 발전변화를 분석하면 회사의 최저 등록자본금액은 점차적으로 감소되면서 2013년 회사법개정 이후 완전히 폐지 되였다. 또한 출자의 방식도 일화완납을 시작으로 분할납입을 허용하다가 2013년 회사법개정 이후 완전히 폐지되었다. 제일 중요한 원인은 현행 회사법 규정하에 현물출자 시 목적물에 대한 가치평가 검증보고서류를 제출할 필요가 없기 때문에 주주의 출자하자행위에 편리한 조건을 제공하였다.

(2) 주주의 권리와 책임제도가 불균형하여 주주의 출자하자행위를 유발할 수 있다. 중국 2013년 회사법개정 이후 법률적 층면에서 많은 진보를 하였으나 출자의무 위반 시 주주가 부담해야 할 민사책임에 대하여 여전히 부족한 면이 많이 존재한다. 출자의무를 위반한 주주는 채무불이행책임과 보충납입책임만 부담하면 되고 주주권의 행사에 대하여 영향을 받지 않기 때문에 대량 주식을 보유한 출자하자의 주주는 출자의무를 충실히 이행한 소액주주보다 더 많은 권리를 행사한다. 이러한 불균형한 문제를 해결하기 위하여 최고인민법원은 <회사법해석3>을 출시하였다.

대표적인 신설 규정으로는 주주권에 제한에 대한 <회사법해석3> 제17조, 주주가 출자의무를 충실히 이행하지 아니한 경우 혹은 가장납입의 경우에는 회사는 정관 혹은 주주총회의 결의에 근거하여 주주의 이익배당청구권, 신주인수권, 잔여재산분배청구권에 대하여 합리적으로 제한할 수 있다고 규정하였다. 17조의 규

정은 회사법상 처음으로 정관 혹은 주주총회의 결의로 출자하자의 주주의 권리를 제한 할 수 있다고 명시하였다는 점에서 진보의미가 있으나 아직도 부족한 면이 존재한다.

제17조의 규정은 주주가 회사로부터 직접 경제적 이익을 받는 자익권, 즉 이익배당청구권, 신주인수권, 잔여재산분배청구권 등을 제한하였으나 주주의 회사의 중대한 사안을 결정하는 의결권에 대하여 제한하지 않았다. 이러한 법률적 결함으로 인해 출자하자 주주는 여전히 회사를 지배할 수 있으며 법률 규제를 기피할 수 있다. 다른 한가지 부족점은 주주의 권리제한에 관한 규정은 사법해석의 형식으로 존재하여 있기 때문에 회사법개정을 통하여 법률 규정으로 승격할 필요가 있다.[13]

3. 출자하자의 영향

(1) 회사에 대한 영향

① 설립중인 회사에 대하여 중국 회사법 상 모집설립의 주식회사 같은 일부 업종에서 여전히 엄격한 법정자본제도를 실행하고 있기 때문에 주주가 법률 및 정관의 규정에 의하여 출자의무를 이행하지 아니하면 회사의 성립이 무효가 될 수 있다.

② 회사의 존속단계에서 주주가 법률 및 정관의 규정에 의하여 출자의무를 이행하지 아니하면 회사의 자본을 침해하면 회사의 신용에 불리한 영향을 줄 뿐만 아니라 회사의 자금조달의 어려움을 조성하여 회사경영을 곤경에 빠지게 할 수 있으며 심지에 회사를 파산의 경지에 까지 이끌 수 있다.

(2) 기타 주주에 대한 영향

① 설립중인 회사의 경우 발기인의 출자하자로 인하여 회사성립이 무효가 되

[13] 王新, “股东瑕疵出资民事责任研究”, 烟台大学硕士学位论文, 2012, 제10면

면 기타 주주의 신뢰이익과 기대이익을 침해하고 기타 발기인은 연대책임을 부담한다.

② 회사의 존속단계에서 주주의 출자하자로 회사경영이 어려움을 겪게 되면 기타 주주의 이익배당에도 불리한 영향을 준다.

(3) 회사의 채권자에 대한 영향

① 주주유한책임원칙에 의하면 주주는 오직 출자한 금액을 한도로 회사경영활동에 참여하고 상업위험을 부담한다. 주주가 법률 및 정관의 규정한 출자의무를 위반하면 회사의 채무상환능력에 불리한 영향을 초래하고 회사의 채권자의 이익을 침해한다.

② 회사의 등록자본은 대외적 거래관계의 신용담보이다. 회사의 거래상대방은 정보수집능력의 한계로 인해 정확히 회사의 경영상황을 파악할 수 없기 때문에 회사의 등록자본은 거래상대방이 회사와 거래할 수 있을지 결정하게 하는 중요한 지표이다. 주주의 출자하자행위는 회사의 자본금을 엄중히 침해하는 행위임으로 거래상대방의 이익을 손해하고 나아가서 시장경제질서의 혼란을 초래한다.[14]

제3절 주주의 출자하자의 구체적 유형

부동한 판단표준에 따라 출자하자행위에 대해 다양한 시각에서 나눌 수 있다. 출자하자행위의 발생시기에 따라 회사 설립 시의 출자하자와 회사 성립 후의 출자하자행위의 위법 정도에 의해 일반적인 출자하자와 엄중한 출자하자로 나눌 수 있다.[15] 본문은 두 가지 판단표준에 의거하고 회사법의 출자하자에 관한 규정들

---

[14] 王新, 전계논문, 제11면

[15] 蒋大兴, 『公司法的展开与评判-方法・判例・制度』, 法律出版社, 2001, 제138면

을 결합하여 주주의 출자하자를 출자의무의 불이행, 출자의무의 적합하지 않은 이행, 가장납입 세가지로 분류한다.

1. 출자의무의 불이행

출자의무의 불이행은 주주가 회사법과 정관의 규정을 위반하여 출자의무를 완전히 이행하지 아니한 경우를 말한다. 출자의무를 위반한 주주의 주관적, 객관적 원인에 의하면 다음과 같이 세분할 수 있다.

(1) 주관적 불이행

주관적 불이행은 주주가 출자의무를 이행할 능력과 조건은 갖추었으나 출자의무의 이행을 명확히 거절하는 경우를 말한다.[16] 주관적 불이행은 회사 설립 시 발생할 수 있고 회사의 성립 후에도 발생할 수 있다. 예컨대 회사의 성립 시 발기인은 인수한 주식의 대금을 납부하는 것을 명확히 거절하는 경우, 혹은 현물출자한 주주가 회사에 재산을 교부하였으나 주주가 회사의 성립 후 소유권이전등기를 명확히 거부할 때 모두 출자의무의 주관적인 불이행인 경우가 될 수 있다.

(2) 객관적 불이행

객관적 불이행은 객관적 원인으로 주주의 출자의무의 이행이 불가능 해진 경우를 말한다. 예컨대 자연재해로 인해 납입할 목표물이 멸실 되거나 훼손되어 사실상 출자가 불가능 해진 경우거나 출자 예정되어 있던 특허권이 무효로 선고되는 경우를 예를 들 수 있다.

주관적 불이행이든 객관적 불이행이든 모두 출자의무를 위반하는 공동한 결과를 조성한다. 출자의무는 일종 엄격한 계약의무이기 때문에 객관적 불능의 경우에도 주주의 면책사유가 인정되지 아니한다.

(3) 허위납입

[16] 郑曙光, 전게논문, 제64면

허위납입의 정의 대해 중국 학자들은 주로 2가지 견해가 있다. 포괄적 의미에서 허위납입은 가장납입행위와 등록자본 허위신고행위를 포함하여 “허위납입은 주주가 납입절차를 이행하여 회사가 성립한 후 회사의 자금을 인출하거나, 납입금보관은행의 대출을 받아 납입하여 회사의 성립 후에 대출금을 반환하거나, 재산평가기구의 검증보고서를 위조하여 설립등기를 하는 등 경우를 말한다.”[17] 고 주장하지만 다수 학자들은 협의의 의미에서 “허위납입행위는 주주가 납입절차를 이행하지 않고 표면상 납입한 것처럼 일부러 꾸미는 사기행위를 말한다.”[18]고 주장한다.

허위납입과 주관적 출자의무의 불이행과의 차이점은 허위납입행위는 사기행위임으로 주주와 회사의 사적 이익을 침해할 뿐만 아니라 국가의 사회경제질서와 금융안전의 이익에 대한 침해이기에 허위납입의 행위자는 민사책임을 부담해야 할 뿐만 아니라 행정책임을 부담해야 하고 엄중한 경우에는 형사처벌도 받게 된다.

그러나 민사적 법률관계의 시각에서 본다면 허위납입은 본질적으로 출자의무를 이행하지 않은 것이고 출자의무에 대한 위반이다. 현행 회사법 상 허위납입의 민사책임에 관하여 출자의무를 이행하지 않은 경우의 규정을 준용한다. 최고인민법원의 관점은 허위납입은 주주가 실제로 납입하지 않고 형식상 납입한 것처럼 행동하는 것이고 본질적 특점은 주식을 취득한 대가가 없는 것이라고 주장한다.[19]

실무상 금전출자 시 은행의 납입금보관증명을 위조거나 은행과 공모하여 회

---

[17] 朱彩华, “试论虚假出资”, 「河北经贸大学学报」第3期, 1999

[18] 赵旭东, 『新公司法讲义』, 人民法院出版社, 2005, 제133면; 孙晓杰, 『公司法基本原理』, 中国检察院出版社, 2006, 제271면

[19] 最高人民法院民事审判第二庭, 『公司案件审判指导』, 法律出版社, 2014, 제207면

사의 설립등기를 하였지만 실제로 자금납입을 하지 아니한 경우, 현물출자 시 재산평가기구의 검증보고서를 위조하거나 재산평가기구와 공모하여 회사의 설립등기를 하였지만 실제로 목적물의 소유권이 이전되지 아니한 경우를 예를 들 수 있다.

2. 출자의무의 적합하지 않은 이행

출자의무의 적합하지 않은 이행은 주주가 출자의무를 이행하였지만 출자한 목적물이나 주주의 출자행위방식이 법률 혹은 정관의 규정에 부합되지 아니한 경우를 말한다.

(1) 목적물의 하자

목적물의 하자는 납입한 목적물의 객관원인에 의해 법률 및 정관의 규정에 부합되지 아니한 경우를 말한다.

① 질량의 하자

납입한 목적물의 품질에 하자가 있어 법률 혹은 정관의 규정에 부합되지 아니한 경우를 말한다

② 권리의 하자

납입한 목적물의 권리상 하자가 있는 경우를 말한다. 예컨대 소유권이 없거나 제3자의 물건으로 회사에 납입하여 회사가 목적물을 정상적으로 처분하고 사용하는데 영향을 주는 경우를 말한다.[20]

③ 합법성의 하자

납입한 목적물이 법률의 강행규정에 부합되지 않는 경우를 말한다. 예컨대

[20] 郑曙光, “股东违反出资义务违法形态与民事责任探究”, 「法学」第6期, 2003

신용, 노무 같은 것이다.[21]

(2) 행위방식의 하자

① 납입지연

납입지연은 주주가 법률 및 정관에 규정된 기한 내에 납입절차를 완전히 이행하지 않거나 일부 이행한 경우를 말한다. 2013년 개정 회사법이 실행되기 전 중국은 등록자본의 실제납입제도를 실시하였다. 1993년 회사법은 회사 설립 시 주주는 반드시 지체 없이 일회완납해야 한다고 규정하였다. 2005년 회사법은 일회완납제도를 보다 완화하여 최초 납입할 금액은 회사법 규정의 최저한도액을 미달하지 않게 납입하면 회사를 성립할 수 있도록 하고 나머지 부분은 일반 유한회사의 경우 2년 이내에, 투자회사인 경우에는 5년 이내에 납입할 수 있도록 출자의 분할납입을 허용하였다. 2013년 회사법은 일반회사에서 등록자본의 약정납입제도를 도입하고 실제납입제도를 폐지하였기에 2005년 회사법이 규정한 상술한 내용들을 삭제하였다.

2013년 회사법은 회사의 진입장벽을 낮추어 창업을 격려하고 경제를 활성화하기 이한 목적으로 출시된 것이므로 실무상 일반회사의 경우 주주의 출자지연은 크게 문제가 되지 않지만 모집설립의 경우에는 여전히 등록자본의 실제납입제도를 실시하기 때문에 문제가 될 수 있다.

② 납입부족

납입부족은 주주가 회사에 납입을 하였으나 목적물의 가치가 실제가치보다 현저한 차이가 있어 정관이 정한 금액에 비해 부족한 경우를 말한다.

③ 출자의무의 적합하지 않은 이행의 기타 유형

물권변동의 시각에서 본다면 부동산 출자 시 주주는 회사에 교부하였으나 소유권 변경등기를 하지 아니하거나 동산 출자 시 소유권 변경등기를 하였으나 회

[21] 蒋大兴, “出资瑕疵投资者的权利结构”, 吴永刚 재인용

사에 교부하지 않은 경우를 말한다. 상술한 두 가지 경우에 회사는 목적물을 처분하고 사용하는 불리한 영향이 있기에 출자행위에 하자가 있다.

3. 가장납입

가장납입은 주주가 회사에 재산을 납입한 후 비밀리에 회사의 재산을 인출하는 행위를 말한다. [22]자본의 충실원칙에 의하면 회사의 재산이 밖으로 유출되는 것을 제한하고 있다. 가장납입행위는 회사의 자본을 엄중히 침해하는 행위이므로 회사법에서 엄격히 금지되고 있다. 하지만 주주의 가장납입행위의 은폐성, 복잡성의 특점에 의해 중국 회사법 제35조의 단일한 규정으로 주주의 가장납입행위를 판단하고 규제하는데 어려움이 있어 주주의 책임을 추궁하는데 한계가 있다. 또한 실무상 중국 각 지방 법원이 가장납입행위를 인정하는 조건도 서로 다르기 때문에 가장납입행위에 대한 통일된 인정표준이 형성되지 않았다.[23]

출자하자의 구체적 유형에 대한 분류는 절대적인 것은 아니다. 현실상 주주의 출자하자행위는 계약의 의무를 위반할 수도 있고 다른 사람의 권리를 침해할 수도 있기에 계약위반성질과 불법행위의 성질을 모두 갖추고 있다. 그러므로 출자하자의 유형을 일정한 표준으로 분류하는 것은 각 구체적 유형마다 주주의 출자하자행위가 주주자격과 주주권에 어떤 영향을 주는지 연구하는데 도움이 된다.

4. 가장납입과 허위납입의 재검토 및 한국 회사법 상 가장납입과의 비교

주식인수인은 반드시 인수한 주식을 대금을 납입할 의무가 있다. 그러나 회사 실무에서 주금 납입의 외관은 갖추었지만 실제로 주금을 납입하지 아니한 경

---

[22] 회사법 제35조:"회사 성립 후 주주의 가장납입은 허용되지 아니한다."

[23] 最高人民法院民事审判第二庭, 전게서, 제160

우가 존재한다. 가장납입행위는 회사의 자본을 엄중히 침해하는 행위이고 회사의 자본충실원칙과 자본유지원칙에 반하는 행위이고 심지어 회사의 존속을 결정할 수 있다. 중국 학자들은 가장납입에 관하여 구체적 경우를 나누어 허위납입과 가장납입으로 구별하고 회사법 규정도 구체적으로 구별한다. 그러나 한국 학자들은 이런 구별없이 가장납입이라 통칭한다

.

(1) 중국 회사법상 허위출자와 가장납입

<회사법해석3>이 실시되기 전 중국 학자들은 허위납입과 가장납입에 관하여 통일된 의견이 형성되지 않았다.

① 허위납입

a. 관점1[24]

i. 회사법의 규정에 의해 충족한 자금을 납입한 후 회사 성립 후 자금을 인출하는 행위를 말한다. ii. 등록자본은 은행의 대출로부터 얻은 것이며 회사가 설립 후 회사의 등록자본으로 은행의 대출을 상환하는 행위를 말한다. iii. 회계사무소 등 법정 증명기관이 엄격한 심사절차를 거치지 아니하고 위조된 증명서류를 발급하는 행위를 말한다. iv. 위조된 증명서류로 회사등기를 하는 행위를 말한다. v. 회사 발기인, 주주가 회사법의 규정에 의하여 금전 및 실물의 소유권을 이전하지 아니한 행위를 말한다.

b. 관점2[25]

i. 회사의 설립등기 시, 발기인과 은행직원이 공모하여 위조된 자금납입 증명서류를 발급받는 행위를 말한다. ii. 증명기관과 공모하여 납입증명서류를 발급받는 행위를 말한다. 예컨대 중국기업과 한국기업이 공동으로 중외합자기업을

[24] 朱彩华, “试论虚假出资”, 「河北经贸大学学报」, 1999年第3期, 제68면

[25] 张彩娟, “ 对规范公司出资行为的思考”, 「黄石高等专科学校学报」, 2003, 제28~29면

설립하는 과정에서 저당권이 설립되어있는 공장으로 출자하는 경우, 증명기관은 상술한 사실을 안 경우에도 증명서류를 발급하는 것을 말한다. iii. 회사의 발기인이 재산증명을 위조하여 회사등록기관에 허위신고를 하는 행위를 말한다. iv. 회사장부를 위조하여 회사의 부채를 채권자의 투자로 위조하여 회사 채권자를 회사의 주주로 위조하는 행위를 말한다.

c. 관점3[26]

회사의 등록자본을 허위신고하는 방식은 다음과 같다.

i. 실제납입자금이 회사법 규정의 최저자본금제한에 이르지 못하였으나 인맥을 통하여 증명절차를 통과하여 회사설립을 하는 행위를 말한다. ii. 신고한 회사 등록자본금액이 실제납입금액을 초과하는 행위를 말한다. iii. 실물출자의 경우, 가치평가가 실제가치보다 높은 경우를 말한다. iv. 증명서류를 위조하여 회사등록자본 허위신고를 하는 경우를 말한다.

허위출자의 방식은 다음과 같다.

i. 동산으로 출자한 경우 회사에 교부하지 아니한 경우를 말한다. ii. 부동산으로 출자한 경우 회사에 소유권 이전등기를 하지 아니한 경우를 말한다. iii. 특허권으로 출자한 경우 특허권인의 동의가 없거나 특허권 이전등기를 하지 아니한 경우를 말한다. iv. 상표권으로 출자한 경우 성급 상표관리기관의 허락을 받지 아니하거나 상표권 이전등기를 하지 아니한 경우를 말한다. v. 토지사용권으로 출자한 경우 토지관리기간의 허락을 받지 아니하거나 토지사용권 변경등기를 하지 아니한 경우를 말한다.

d. 관점4[27]

허위출자의 본질적 특점은 회사의 주식을 취득하는 대가를 납입하지 아니한

---

[26] 谬永贵, “ 谈谈公司虚假和抽逃出资的表现形式”, 「工商行政管理」, 2001, 제39면

[27] 江苏省高级人民法院民二庭, “ 关于股东瑕疵出资及其民事责任的认定”, 「人民司法」, 2003年, 제43면

것이다.

i. 납입자금이 없거나 실제납입자금보다 높은 금액으로 은행으로부터 위조된 납입증명서류를 취득하여 회사등기를 하는 행위를 말한다. ii. 실물출자의 경우 위조된 가치평가기구의 증명서류로 회사등기를 하는 행위를 말한다. iii. 실물출자의 경우 회사에 소유권 이전등기를 하지 아니한 행위를 말한다. iv. 실물출자의 경우 실제가치가 회사의 정관에 규정된 가치보다 현저히 낮은 경우를 말한다. v. 회사등기의 증명절차를 위하여 차입한 금액으로 회사에 납입하여 회사설립 후 자금을 인출하는 행위를 말한다.

② 가장납입

a. 관점1[28]

i. 회사등록의 증명절차를 마친 후 자금을 인출하는 행위를 말한다. ii. 회사성립 후 근거없이 자금을 주주에게 회사의 자금 및 기타 재산을 이전하는 행위를 말한다. iii. 회사의 결손상태에서 재무제표를 위조하여 이익배당을 하는 행위를 말한다. iv. 회사가 자기주식을 취득하였지만 감자절차를 하지 아니한 경우를 말한다. v. 주주가 회사의 거래상대방을 이용하여 거래비용을 높여 간접적으로 회사재산을 취득하는 행위를 말한다.

b. 관점2[29]

i. 회사성립 후 직접적으로 회사의 계좌로부터 자금을 인출하는 행위를 말한다.ii. 주주 혹은 기타 회사의 명의로 회사로부터 자금을 차입하는 형식으로 자금을 인출하는 행위를 말한다. iii. 회사성립을 위하여 주주가 자금을 차입하여 자기명의로 납입한 후 회사성립 후 회사로부터 자금을 인출하여 차입금을 갚는 행위를 말한다. iv. 주주가 주식을 양도하는 겨우, 기존 주주는 주식의 대금을 받았으나 새 주주의 납입이 이루어 지지 않은 경우를 말한다.

---

[28] 赵旭东, 《公司法学》（第二版）, 高等教育出版社, 2006, 제240면

[29] 张彩娟, 전게논문, 제28~29면

c. 관점3[30]

i. 회사의 설립등기를 마친 후 회사의 자금을 회사의 경영용도로 사용하지 아니하거나 정당한 이유 없이 회사로부터 자금을 인출하는 행위를 말한다. ii. 회사의 설립등기를 마친 후 회사의 자금을 주주의 개인채무를 상환하는데 사용되는 경우를 말한다. iii. 회사의 설립등기를 마친 후 납입해야 할 실물을 타인에게 양도하거나 차입한 실물로 출자하여 회사성립 후 되돌려주는 행위를 말 한다. iv. 회사성립 후 소유권 이전등기를 마친 납입물을 타인에게 이전하는 행위를 말한다.

d. 관점4[31]

회사 회계인원은 일반적으로 3가지 방법으로 주주의 가장납입행위를 감춘다.

i. 회사의 재무제표에 차입상대방은 "은행저금"으로 기록하고 대출상대방은 "미수금"으로 기록하여 회사의 자금인출을 기록한다. ii. 회사의 재무제표에 차입상대방은 "은행저금"으로 기록하고, 대출상대방은 "장기투자"로 기록하여 회사의 자금인출을 기록한다. iii. 회사의 재무제표에 기록하지 아니하여 회사의 재무제표를 유명무실하게 한다.

③ 가장납입의효력

허위출자와 가장납입은 모두 출자하자의 경우에 속하기 때문에 허위출자와 가장납입의 주주는 반드시 회사법 상 채무불이행책임과 불법행위책임을 부담해야 할 뿐만 아니라 그 경우가 엄중할 시 행정책임 및 형사책임이 부과된다. 허위출자와 가장납입의 효력에 관하여 회사법 상 명확한 조문은 없으나 중국국가공상행정관리총국이 2002년7월25일 반포한 <주주 차입금은 가장납입행위에 해당하는지에 관한 회답>(<关于股东借款是否属于抽逃出资行为问题的答复>)에 의하면 "회사가 주주에게 대출하는 것은 회사가 법률에 의하여 재산소유권을 향유하는 것을 체현하며 주주와 회사사이의 관계는 대차관계이며 합법적인 대차관계는 법률적

[30] 缪永贵, 전게논문, 제39면

[31] 宋良刚, " 股东抽逃出资的法律责任与救济", 「法律适用」第2期, 2003年, 제54~55면

보호를 받고 회사는 합법적인 차입금에 대하여 채권을 가진다.” 고 규정하였다. 이는 한국 학계의 관점으로 본다면 이는 한국 상법의 견금, 즉 견금의 효력에 관한 유효설과 한국 대법원이 주장하는 관점과 일치하다.

(2) 한국 회사법 상 가장납입

① 예합

예합은 통모가장납입이라고 불리기도 한다. 예합은 발기인이 납입금 보관은행으로부터 대출을 받아 주금을 납입하되 회사성립 후에도 대출금을 반환하기에는 납입 된 예금을 인출하지 않기로 금융기관과 약정하는 경우를 말한다. [32]한국 상법 제318조는 금융기관이 납입금보관증명을 발급하여 증명한 보관금액에 대하여는 납입의 부실이나 그 금액의 반환에 관하여 제한이 있더라도 그것을 이유로 하여 회사에 대항하지 못한다고 규정되어있다.

② 견금

견금은 위장가장납입이라고 불리기도 한다. 견금은 발기인이 납입금보관은행이 아닌 제3자로부터 자금을 차입하여 주금을 납입하고 회사가 성립한 후 바로 은행으로부터 출금하여 채권자에게 변제하는 경우를 가리킨다.[33]

예합과 견금은 납입절차상 모두 납입절차를 이행하였고 발기인은 모두 자기의 자금으로 납입하지 않았기에 회사의 자본의 증가가 없기에 자본충실원칙을 위반하였기에 동일한 특점이 있다. 하지만 예합과 견금은 다음과 같은 차이가 있다.

i. 예합의 경우 납입금은 납입금 보관은행으로부터 대출을 받은 것이기에 오직 실제자금이동은 존재하지 않지만 견금의 경우 납입금은 제3자로부터 대출을 받아 납입금 보관은행에 납입한 행위가 존재함으로 실제자금이동이 존재한다.

---

[32] 긴건식, 전게서, 제113면.

[33] 긴건식, 전게서, 제113면.

ii. 예합의 경우 발기인과 납입금 보관은행 사이 통모가 존재하지만 견금의 경우 그러지 아니하다.

iii. 예합의 경우 발기인과 납입금 보관은행 사이 대출금을 반환하기 전에 납입된 예금을 인출하지 않기로 금융기관과의 약정이 존재하지만 견금의 경우 화사성립 후 납입금 인출에 관한 약정이 존재하지 않는다.

한국 상법 318조의 규정은 사실상 예합의 여지를 봉쇄하였기에 한국 상법상 가장납입은 주로 견금의 의미로 사용된다.

③ 가장납입의 효력

가장납입의 효력에 관하여 학설의 대립이 존재한다. '유효설'은 가장납입의 경우 실제납입한 주금은 존재하지 않지만 현실적인 납입절차를 이행하였고 가장납입행위는 발기인의 주관적 의도에 불과함으로 납입이 유효하다고 본다.[34] '무효설'은 가장납입은 비록 주금납입의 형식은 갖추었지만 실질적으로는 납입이 없는 것과 마찬가지이므로 자본충실원칙에 반하여 무효라고 한다. 또한 애초에 납입의사가 없다는 점도 근고로 든다.[35]

대법원은 일관되게 유효설을 취하고 있다.[36] 납입금보관은행 이외의 제3자로부터 차입한 금전으로 주금납입을 하였다 하더라도 일응 금원의 이동에 따른 현실의 불입이 있는 것이고, 설령 그것이 실제로는 납입의 가장수단으로 이용된 것이라 하더라도 이는 당해 납입을 하는 발기인 또는 이사들의 주관적인 의도의 문제에 불과하며 회사가 관여할 바 아니므로 이러한 발기인 또는 이사들의 내심적 사정에 의하여 회사의 설립이나 증자 같은 집단적 절차의 일환을 이루는 주금납입의 효력을 좌우함은 타당하지 않는다는 확고한 입장을 취하고 있다.[37]

---

[34] 정찬형, 『상법강의』(상)(제19판), 박영사, 2016, 제578면

[35] 김건식, 전게서, 제113면

[36] 대법원 1966.10.21 선고 66다1482 판결, 대법원 1983.5.24 선고 82누522판결, 대법원 1997.5.23 선고 95다9750 판결, 대법원 2004.6.17 선고 2003도7645 판결 참조.

[37] 대법원 2004.6.17 선고 2003도7645 판결

④ 소결

중국 회사법상 허위납입은 주주가 실제로 납입하지 않고 형식상 납입한 것처럼 행동하는 것이고 본질적 특점은 주식을 취득한 대가가 없는 것이고 가장납입은 회사에 주금을 납입한 후 인출하는 행위를 말한다. 한국 회사법 상 가장납입의 유형에 대한 검토를 통하여 중국 회사법 상 허위납입은 실제 납입이 없기 때문에 예합의 경우와 비슷하다. 그러나 한국 회사법 제318조의 규정에 의하면 예합의 경우가 봉쇄되었기에 한국 회사설립 과정에서 허위납입행위가 이루어질 가능성은 거의 발생하지 않지만 중국 2013년 회사법은 회사설립 과정의 감정절차규정을 삭제하였기에 허위납입행위가 발생할 수 있다. 가장납입의 경우 한중 양국간의 법율 규정은 비슷하다. 모두 발기인의 보충납입책임 및 연대책임이 규정되어 있지만 회사성립을 위하여 강제집행할 수 있는지 여부에 관하여 중국 회사법 상 법률규정이 존재하지 않고 최고인민법원도 명확한 관점이 없기에 검토할 여지가 있다.

제4절 중국 현행 회사법 상 출자하자에 관한 규정

중국 현행 회사법의 규정을 살펴보면 주주의 출자하자행위에 대해 출자의무의 불이행, 출자의무의 적합하지 않은 이행, 가장납입 등 세가지 유형으로 각각 규정되어 있다.

1. 출자의무의 불이행과 출자의무의 적합하지 않은 이행

<회사법> 제28조는 “주주는 응당 인수한 주식에 대해 전액 납부해야 한다고 규정하였다. 금전출자인 경우 회사가 납입은행에 개설한 납입금보관통장에 입금시켜야 하고 현물출자인 경우 법률의 규정하에 재산권의 이전절차를 거쳐야 한다.”고 규정하였고 현물출자의 목적물의 범위에 대해 <회사법> 제27조는 “주주

는 금전 외 실물, 지식재산권, 토지사용권 등 금전으로 환산 가능하고 이전가능성이 있는 재산으로 출자할 수 있다. 다만 법률, 행정법규에서 금지되는 재산은 그러지 아니하다”고 규정하였다. 통설은 성명, 신용, 노무는 현물출자의 목적물이 될 수 없다고 주장한다. 또한 <회사법해석3>의 제11조에서 현물출자의 경우 주주가 출자의무를 충분히 이행하였는지 여부를 판단하는 네가지 표준을 열거하였다.[38]

구체적인 경우를 살펴보면 <회사법> 제7조 제1항은 “처분권이 없는 재산으로 출자인 경우 당사자 사이 출자행위의 효력에 의해 법원에 소를 제기하면 물권법이 규정한 선의취득제도가 적용된다.[39]

목적물이 장물일 경우 “횡령, 뇌물수수, 불법점유 등 위법소득으로 출자한 경우 불법소득에 의한 주식을 경매해야 한다고 규정하였다. 과거 실무상 주주의 불법행위 혹은 범죄행위의 적발 시 경찰기관 혹은 검찰기관은 법원의 판결에 근거하여 직접 회사의 자본금납입은행에서 주식에 해당하는 금액을 몰수하는 방식을 취하였다. 그러나 최고인민법원의 관점은 불법소득으로 납입한 경우 납입행위는 유효한 것이며 이러한 방법은 타당하지 못하다는 관점이다. 그러나 <회사법해석3> 수정과정에서 불법소득의 납입행위의 효력에 관하여 분쟁이 심하였기 때문에 그 효력에 관하여 규정하지 않았고 처리방법만을 규정하였다.[40]

---

[38] i. 목적물은 출자인이 합법적으로 소유하고 이전가능한 물건이다;ii. 목적물에 권리의 하자거나 권리의 부담이 없어야 한다; iii. 목적물이 이전 될 수 있는 법정수속을 거쳤다; iv. 목적물이 합법적으로 가치평가가 되였다.

[39] 물권법 106조: 처분권이 없는 자가 부동산 혹은 동산을 양수인에게 양도한 경우, 소유권자는 반환을 청구할 수 있다. 그러나 양수인이 다음과 같은 조건을 만족할 시 그러지 아니하다. i. 양수인이 부동산 혹은 동산을 양수할 때 선의여야 한다; ii. 합리한 각격으로 양수 받았다; iii. 양수된 부동산 혹은 동산이 법률의 규정에 의해 등기절차가 요구되면 이전등기를 마쳤어야 하고 등기절차가 요구되지 않으면 양수인에게 교부해야 한다.

[40] 最高人民法院民事审判第二庭, 전게서, 제141면.

목적물이 토지사용권에 대하여 <회사법해석3> 제8조의 규정에 의하면 계획분배로 인해 받은 토지사용권[41] 혹은 권리부담[42]이 설치되어 있는 토지사용권에 대해 반드시 합리한 기한 내에 토지변경수속이 완료되거나 혹은 권리부담을 해제해야 한다고 규정하였고 주주가 상술한 절차를 거치지 아니하면 법원은 출자인이 출자의무를 위반한 것으로 판단한다.

현물출자의 목적물이 검증절차를 거치지 아니한 경우, <회사법해석3> 제9조의 규정에 의하면 법원은 응당 합법적 자격이 있는 검증기관에 위탁하여 목적물에 대해 가치평가를 진행하여야 한다. 목적물의 실제가치가 정관에서 정한 가치보다 현저히 낮을 경우에는 출자인이 출자의무를 위반한 것으로 판단한다.

출자의무를 이행하였는지 여부를 판단하는 형식적 요건에 관하여 <회사법해석3> 제10조의 규정에 의하면 부동산, 토지사용권, 지식재산권 등 등기를 요건으로 하는 재산으로 출자한 경우 회사에 교부하였지만 소유권변경등기를 하지 아니하면 법원은 합리한 기간 내에 주주에게 등기절차를 하라고 명할 수 있으며 등기절차가 합리한 기간 내에 완료되지 않으면 주주가 출자의무를 위반한 것으로 인정된다.

2. 가장납입

<회사법해석3> 제12조는 처음으로 가장납입의 행위방식에 대해 열거하였다, <회사법해석3> 제정 시 최고인민법원은 가장납입사건에 대한 조사, 분석결과 현

---

[41] 현단계 중국의 토지제도는 사회주의공유제이다. 토지의 소유권자는 국가와 농촌집단경제조직이고 개인은 토지사용권만 갖고 있다. 토지사용권의 유통방식에 따라 계획분배에 의한 토지사용권과 양도에 의한 토지사용권이다. 계획분배에 의한 토지사용권은 직접 유통될 수 없으며 반드시 토지양도절차를 거쳐야만 양도에 의한 토지 사용권으로 전환되어 시장에 유통될 수 있다.

[42] 담보가 설정되어 있는 재산으로 납입할 수 있을 지에 관하여 최고인민법원의 관점은 주주가 담보인의 동의를 얻으면 당연히 납입이 가능하고 담보인의 동의가 없으면 주주는 재산의 담보를 해제할 수 있으면 당연히 납입이 가능하다

재 실무상 보편적으로 존재하는 가장납입행위는 회사자금을 직접 인출, 거래계약서를 위조, 자기거래 등 행위이다. 회사자본의 유지를 보장하기 위하여 <회사법해석3> 제12조는 실무에서 가장 보편적으로 존재하는 i. 회사자금통장에 납입하고 보관증명을 받은 후 회사자금을 인출하는 행위, ii. 채권채무관계를 위조하여 회사자금을 인출하는 행위, iii. 재무제표를 위조하여 이익을 배당 받는 행위, iv. 자기거래를 통하여 회사자금을 인출하는 행위, v. 기타 법정 절차를 거치지 않고 회사자금을 인출하는 행위를 규정하였다.

<회사법해석3>의 제정과정 중 일부 학자들은 포괄적으로 자기거래를 금지하는 것은 타당하지 못하다는 의견도 나왔으나 최고인민법원은 현재 회사법 상 자기거래에 대한 규정이 완벽하지 않고 자기기래의 형식으로 회사로부터 자금을 인출하는 현상이 보편적으로 존재하기 때문에 <회사법해석3> 제12조의 형식으로 전형적인 가장납입행위를 규정하였다.[43] 또한 최고인민법원은 실제로 가장납입행위를 인정할 시 회사의 자본에 대한 침해의 요건을 핵심으로 주주의 주관적 목적, 과실여부, 회사에 대한 영향 등 요건을 충분히 고려한 후 가장납입행위를 인정해야 한다고 주장한다.[44] 다음 소개 될 2개의 판례로 최고인민법원이 실제로 주주의 가장납입행위를 구체적으로 어떻게 판단하는지 살펴보자.

3. 가장납입에 관한 최고인민법원 판례

판례1: 最高人民法院 (2009) 民二终字第55号 (가장납입행위를 인정하지 않은 판례)

사실관계:

상고인 (원심 원고인) : A

[43] 最高人民法院民事审判第二庭, 전게서, 제160

[44] 最高人民法院民事审判第二庭, 전게서, 제161

피상고인(원심 제2~12피고인): C^2, B^1~B^{11}

원심 제1피고인: C

① 2003년 7월 15일, C회사는 자회사인 지분 20%를 소유하고 있는 자회사 C^1의 경영규모의 확대를 위하여 A은행으로부터 2억 위안의 대출을 받았고 자회사인 C^2가 담보를 제공하였다. 2004년 2월 10일, C회사는 자회사인 C^1의 경영규모의 확대를 위하여 A은행으로부터 1억 위안의 대출을 받았다. 2004년 7월 26일 C회사는 자회사인 C^3의 경영규모의 확대를 위하여 A은행으로부터 1억 위안의 대출을 받았고 C^2가 담보를 제공하였다.

② 2001년 8월 25일, C^1회사는 주주총회에서 B^1~B^{11} 소유하고 있는 주식을 C회사에 양도하는 것을 동의하였고 C회사는 주식인수 대금을 지불하였다.

1심판결:

C회사는 B^1~B^{11}회사 사의 <주식양도계약>을 체결하였고 C회사는 주식인수금액을 지불하였다. 그러나 C^1회사는 공상기관에 변경등기를 하지 않았다. 원고는 B^1~B^{11}회사의 행위는 회사로부터 자금을 인출하는 행위임으로 가장납입의 범위 내에서 C회사의 채무에 대하여 연대책임을 주장하였다.

① 회사 주주의 변경은 회사법에 의하여 반드시 공상기관에 변경등기를 거쳐야만 공시의 효과가 있다. 그러나 공상등기는 주주의 자격을 인정하는 유일한 표준은 아니다. 회사내부의 결의 및 주주 사이의 약정은 주주가 실제로 주주의 권리를 향유하고 의무를 부담하는 의거이다. 본 사안에서 B^1~B^{11}회사는 C^1회사의 주식을 C회사에 양도한 후 공상기관에 변경등기를 하지 않았지만 C회사는 실제로 주식인수금을 지불하였고 C^1회사의 이익배당과 의사결정에 참여 하였기에 C회사의 주주의 자격은 인정된다.

② B^1~B^{11}회사는 가장납입의 목적으로 C회사와 <주식양도계약>을 체결하였다는 증거가 없다. 1999년 회사법 제34조는 “주주는 회사등기 후 회사자금을 인출하는 것을 금지한다.”고 규정하였다. 그러나 법률 및 행정법규는 관련회사 사이

의 거래를 금지하지 않는다. C회사는 자신과 관련회사의 발전의 수요로 B^1~B^{11}회사로부터 C^1회사의 주식을 인수한 것은 C회사의 경영행위이다. 또한 양도된 주식은 C^1회사의 주주총회의 결의를 거쳤고 전문적인 주식가치 평가기구의 가치평가 절차도 거쳤다. 그러므로 B^1~B^{11}회사는 C^1회사에 대한 투자를 철회하는 목적으로 <주식양도계약>을 체결한 것으로 볼 수 없다. 또한 A은행은 C회사의 대출신청을 심사할 당시 이런 상황을 이미 알고 있으므로 C^1회사의 주주변경이 변경등기를 하지 않은 이유로 주식양도의 합법성과 진실성을 부정할 수 없다. 그러므로 A은행이 주장하는 B^1~B^{11}회사는 가장납입의 목적으로 <주식양도계약>을 위조하였다는 주장은 사실적 의거가 결핍하다.

최고인민법원은 상고인의 상고를 기각하고 원심을 유지하였다.

본 사안의 쟁점은 C회사의 주주인 B^1~B^{11}회사가 가장납입행위의 인정여부이다.

C^1회사는 기업구조재편성의 목적으로 C^1회사의 주주와 직원이 공동으로 C회사를 설립하였다. C회사는 교환주식의 방식으로 C^1회사의 주주가 되였다. C^1회사의 주주는 교환주식의 방식으로 별도의 출자를 할 필요는 없으나 C회사의 주식을 인수할 시 필요한 자금을 선불해야 하고 기업구조재편성 이후 주주에게 자금을 되돌려준다. 본 사안에서 B^1~B^{11}회사등 C^1회사의 주주는 금전출자의 방식으로 C회사에 대한 출자의무를 이행하였다. C회사 성립 후 B^1~B^{11}회사와 <주식양도계약>을 체결하여 계약에 의해 C회사는 B^1~B^{11}회사의 지분을 인수하였고 주식매입금을 지불하였다. 이상의 사실들이 보여주듯이 본 사안에서의 주식양도는 실질상 C^1회사의 주주가 소유한 주식을 대가로 C회사에 대한 출자이다. 그러므로 B^1~B^{11}는 가장납입의 목적으로 주식을 양도한 것은 아니고 또한 저가로 C회사의 주식을 교환한 것도 아니다. A은행은 대출심사 시 이상의 상황을 이미 파악하였다는 사실이 증명되었고 또한 가치평가기구에서 제출한 조사보고서에서 C회사가 소유한 C^1회사의 20%주식은 유통가능성이 높고 수익률도 높은 주식이다. 또한 C회사는 상장준비 중이고 신용담보능력이 높기에 대출을 회수하는 안전성이 보장된다. 상술한 검토를 통하여 주주인 B^1~B^{11}회사는 가장납입의 주관적 목적이 없고 또한 A은행과 C회사 사이 대출계약을 체결 시 양도된 주식의 가치가 떨어지지 않은 사실에 근

거하여 <주권양도계약>은 당사자의 진실한 의사결정이고 계약의 내용의 법률의 강행규정을 위반하지 않았기에 합법적이다.

평석:

주의해야 할 것은 가장납입행위의 인정여부에 관하여 모든 주주의 회사로부터 자금인출 행위는 가장납입행위로 인정되는 것은 아니다. 주주의 자금인출 행위의 목적, 또는 회사의 자본에 대한 실질적인 침해등 요소를 모두 고려해야 한다. 본 판례는 주주와 회사사이 내부거래형식으로 자금을 인출하는 것이고 회사자본을 침해하려는 주관적 의도가 존재하지 않고 실질적으로 회사의 자본을 침해하지 않았다. 그러나 중국 회사법상 내부거래에 관한 규정이 완벽하지 않기 때문에 최고인민법원은 실제로 가장납입행위를 인정할 시 회사의 자본에 대한 침해의 요건을 핵심으로 주주의 주관적 목적, 과실여부, 회사에 대한 영향 등 요건을 충분히 고려한 후 가장납입행위를 인정해야 한다고 주장한다.

판례2: 最高人民法院 (2011) 民提字第89号 (가장납입행위를 인정한 판례)

사실관계:

재심청구인(1심피고인, 2심상고인): A

피청구인(1심원고, 2심피상고인): B

1심피고:C^1~C^4, D(D는 C^1~C^3회사의 법정대표인이다.)

① 2008년 5월 26일, C^1회사는 자금조달을 위하여 B은행과 <자금조달계약>을 체결하였고 최고 자금조달액수는 2000만 위안으로 약정하고 자금조달기간은 2007년 11월 27일부터 2008년 11월 26일까지 하였다. 또한 C^1회사와 B은행은 <은행환어음계약>을 체결하여 B은행은 C^1회사에 5000만 위안의 은행보증환어음을 작성하였다. B은행은 C^2회사, C^3회사, D와 각각 <담보계약1> 체결하여 C^1회사의 2000만 위안의 은행환어음에 대하여 연대보증책임을 규정하였다. 동시에 B은행은 C^4회사와 <담보계약2>를 체결하여 C^1회사의 5000만 위안의 은행환어음에 대하여 C^4회사가 소유한 토지를 담보로 1억 위안의 근저당권을 설정하였고 토지관리기관에서

저당권 등기를 마쳤다.

② 2000년 4월 18일, C^3회사는 주주총회의 결의에 의하여 A회사를 주주로 납입하고 A회사는 5000만 위안의 자금을 투입하여 C^3회사의 등록자본을 1억 위안으로 증가하였고 A회사는 C^3회사의 51%의 지분을 소유하였다. 2000년 4월 13일 A회사는 C^3회사의 은행계좌에 5000만 위안을 전액 입금하였고 회계사무소의 검증절차를 마쳤다. 2000년 4월 14일 C^3회사는 2200만 위안을 각각 제3자인 E, C^1회사, D의 은행계좌에 입금하였고 같은 날 2200만 위안을 C^2회사의 은행계좌에 입금하였고 최종적으로 4월 17일 A회사의 은행계좌에 입금되었다. 같은 날 C^3회사는 2800만 위안의 금액을 직접적으로 A회사의 은행계좌에 입금하였다.

③ 2004년 5월 12일, A회사는 소유하고 있는 C^3회사의 51%의 주식을 세 차례의 양도를 거쳐 최종적으로 2009년에 D에게 양도되었다. 상술한 세 차례 주식양도는 모두 공상변경등기를 마쳤다.

1심판결:

A회사의 가장납입행위의 인정여부와 그 책임에 관하여 1심법원은 A회사는 C^3회사에 5000만 위안의 자금을 납입한 후 검증절차와 공상변경등기를 거쳤다. 그 뒤로 2200만 위안의 자금을 여러 차례의 송금의 형식으로 C^3회사의 자금을 인출하였고 2800만 위안의 자금은 직접적으로 인출하였다. 이상의 자금유동에 대해 A회사와 C^3회사는 모두 정상적인 기업거래에 기초한 것임을 입증할 수 없고 합리적인 해석도 할 수 없다. 그러므로 B은행이 주장하는 A회사의 자금인출행위는 가장납입행위로 인정된다. A회사의 가장납입행위는 은행에서 대출을 받기 전에 발생하였지만 공상등기의 공시성은 C^3회사의 1억 위안의 등록자본의 공신력을 결정하였기에 시간과 양도차수는 A회사의 면책사유가 되지 않는다. 그러므로 A회사의 가장납입행위는 채권자인 B은행의 이익을 침해한 것임으로 5000만 위안의 가장납입의 범위에서 C^3회사의 채무에 대하여 보충책임이 있다.

2심판결:

C^3회사는 여러 차례의 송금의 형식으로 2200만 위안을 A회사의 은행계좌에

입금하였고 2800만 위안을 직접적으로 A회사의 은행계좌에 입금하여 A회사는 5000만 위안의 투자를 모두 회수하였다. 이상의 행위에 대해 A회사와 C^3회사는 모두 합리적인 입증을 하지 못하였기에 1심법원의 A회사의 가장납입행위를 인정하는 것은 타당하다고 본다. A회사의 가장납입행위는 C^3회사의 책임담보능력을 낮추었고 법정자본제도에 반하는 행위이고 거래상대방의 이익을 침해하고 거래의 안전을 위협한다. A회사의 가장납입행위는 B은행 대출 전에 발생하였지만 가장납입한 금액을 보충 납입하지 아니하면 채권자의 이익에 대한 침해는 지속적인 것이다. 그러므로 시간여부와 주식양도여부와 상관없이 A회사는 가장납입한 5000만 위안의 범위내에서 C^3회사의 채무에 대하여 보충배상책임을 부담한다.

최고인민법원:

최고인민법원은 재심과정에서 1심판결과 2심판결을 유지하였다.

확인된 사실에 근거하여 A회사는 5000만 위안의 자금을 C^3회사의 계좌에 입금한 후 회계사무소의 검증절차를 마친 후 3일 뒤에 직접적 또는 간접적인 방법으로 투자한 자금을 모두 회수하였다. 자금을 회사계좌에 입금하고 검증절차를 마친 후 인출하는 행위는 회사와 채권자의 이익을 침해하는 가장납입행위로서 책임을 져야 한다. A회사가 직접적 또는 간접적인 방법으로 C^3회사의 자금을 인출하는 행위가 C^3회사의 채권자가 합리적인 의심을 이르키면 A회사는 출자의무의 이행여부에 관하여 입증책임이 있다. 1심과 2심과정에서 A회사는 모두 자금인출행위에 대해 합리적인 입증을 하지 못하였기에 A회사의 가장납입행위가 인정된다.

평석:

주주의 가장납입행위는 회사의 자본을 감소하고 회사의 이익과 채권자의 이익을 침해하는 행위임으로 가장납입의 범위내에서 회사가 상환할 수 없는 채무에 대해 보충배상책임을 부담한다. 2014년 <회사법해석3> 제12조 제1항은 회사계좌에 입금하고 검증절차를 마친 뒤 자금을 인출하는 행위를 전형적인 가장납입행위로 인정하고 있다. 또한 가장납입의 주주는 시간 및 주식양도 등 이유로 그 책임은 면제되지 않는다.

제3장 출자하자 주주의 권리제한

제1절 주주권의 일반론

1. 주주권의 정의

출자자로서 주주는 회사에 대하여 다양한 권리를 갖고 이러한 권리를 주주권이라고도 한다.[45] 주주권의 정의에 "주주권은 주주의 지위에 기한 권리이다"[46]는 견해와 "주주권은 주주의 출자로 인해 취득한 법률과 정관의 규칙에 의하여 회사 사무에 참여하고 회사의 경영활동으로부터 경제적 이익을 받는 권리이다"[47]는 견해가 있다. 상술한 견해는 부당한 시각에서 주주권에 대한 정의이고 또한 주주권의 성질에 대한 이해이다.

사견으로는 주주권은 주주의 자격에 의한 회사에 대한 다양한 권리의 총합이다.

(1) 주주권의 유일한 권리주체는 주주이고 주주자격은 주주권의 전제조건이다. 주주는 출자계약과 정관에 의하여 회사에 출자하여 주주의 자격을 취득하고 주주권을 얻는다. 주주권의 성질은 회사 재산권의 성질을 결정하고[48] 주주권은

---

[45] 김건식, 전게서, 제244면

[46] 江平, 『新编公司法教程』, 法律出版社2003, 제204면; 김건식, 전게서, 제244면

[47] 赵旭东, 『公司法学』, 高等教育出版社, 2006, 제301면

[48] 회사는 자금을 받아들여 경영하고 경영의 결과는 주주가 부담한다. 회사의 재산은 주주의 출자로 인해 형성되는 측면에서 보면 주주권의 성질은 회사재산권의 성질을 결정한다.

주주와 회사의 권리의무관계를 체현하였다. 그러므로 주주권은 주주의 시각으로는 회사에 대한 권리이고 회사의 시각으로는 회사가 주주에 이행해야 할 의무이다.[49]

(2) 주주권은 다양한 내용이 포함된다. 회사법 제4조는 주주는 자산소득을 얻고 의사결정에 참여하고 관리인을 선택할 권리가 있다고 포괄적으로 규정하고 있고 구체적인 권리는 회사법 각 조문에 분포되어 있다.

(3) 주주권의 의무주체는 회사이다.

2. 주주권의 성질

주식회사에 대한 인식의 시대적 변천에 따라 주주권의 성질을 파악하는 학설의 태도에도 변화가 있었다. 특히 회사의 소유와 경영의 분리에 따른 주식회사의 경제적 실태의 변천은 주주의 회사에 대한 지위, 즉 주주권의 성질에 대한 논의에 상당한 영향을 미쳤다. 당초에는 주식회사의 본질을 구성원의 단순한 집합체인 조합으로 보고 주주권은 주주의 회사재산에 대한 공유지분으로 보는 물권’이 있었으나, 주식회사의 법인성을 인식한 이후에는 회사재산의 소유자는 회사 자체이고 주주가 아니라는 점에 착안하여 주주권을 회사에 대한 채권으로 보는 채권설이 등장하였다. 하지만 오늘날에는 주주권은 물권이나 채권 가운데 어느 것도 아니고, 주주가 사원의 지위에서 회사에 대하여 가지는 권리를 의미하는 사원권설이 통설적인 지위를 차지하고 있다[50]

사원권설은 주주가 사원의 지위에서 회사에 대하여 가지는 개개의 권리들을

---

[49] 吴永刚, 『瑕疵出资股东的权利限制研究』, 中国政法大学学位论文, 2011, 제2면

[50] 河本一郎, 『现代会社法』, 商事法务, 2004, 제39~40면, 김홍기, “주주권의 제한과 그 한계에 관한 연구-금산법상의 강제적 자본감소제도를 중심으로”, 법조 제55권 3호, 2006, 제118면, 재인용

불가분적으로 파악하여 일체적, 단일적인 '주주권'의 개념을 인정한다. 하지만 일체적. 단일적인 주주권 발생의 기초적 관계를 설명하는 것에 대해서는 사원권설 내부에서도 그 견해가 후술하는 출자설과 지위설로 나뉘고있다. 주의할 점은 이러한 견해의 대립은 주주권 발생의 기초에 대한 해석상 차이일 뿐이며, 주주가 회사에 대하여 가지는 모든 권리를 불가분적으로 파악하여 일체적, 단일적인 주주권의 개념을 인정하는 점에서는 사원권설 사이에 차이는 없다는 점이다.

3. 주주권의 발생의 기초

주주권의 발생의 기초에 대해 출자설과 지위설의 부동한 견해가 존재한다. 출자설은 주주권은 주주의 출자에 기한 것임을 강조하고 지위설은 주주권은 주주의 자격에 기한 것임을 강조한다.

(1) 출자설

출자설은 주주권과 주주자격은 모두 주주의 회사에 대한 출자행위로 인해 형성된 동일한 결과로 보고 있다.

① 회사자본의 시각에서 본다면, 회사 재산은 주주의 출자행위로 인해 형성되며 회사의 경영활동은 주주의 출자를 기본적인 물질적 조건으로 하고 있기 때문에 주주의 출자행위가 존재하지 아니하면 이익배당청구권 등 권리가 존재할 수 없다. 그러므로 주주의 출자는 주주의 기본적인 의무이고 주주가 권리를 얻을 수 있는 기초이다.[51]

② 권리의무의 일치의 시각에서 본다면, 주주가 회사에 대한 출자의무는 가장 기본적인 의무이다. 주주가 출자의무를 이행하지 아니하고 완전한 주주의 권리를 행사하면 권리와 의무의 평형을 잃게 되여 기타 주주의 합법적 권리를 보장하는데 불리한 영향을 끼친다.

③ 현행 회사법의 시각에서 본다면 현행 회사법 제28조는 주주가 이익배당권,

[51] 丁巧仁, 『公司案件判解研究』, 人民出版社, 2003, 제14면

신주인수권 등 권리를 행사 시 모두 주주의 실제납입비율에 근거하여야 한다고 규정하였다.

(2) 지위설

지위설은 주주권의 전제는 주주의 법정지위이며[52] 주주의 출자행위와 주주권의 형성은 필연적 관계가 없다고 주장하고 중국 학자의 통설이다.[53]

① 주주의 권리와 의무의 관계의 시각에서 본다면, 출자행위로 인해 주주와 회사는 권리의무관계가 형성된다. 주주의 출자로 인해 주주의 재산은 회사의 재산으로 이전되고 출자행위의 대가는 주주의 권리이다. 주주의 권리는 회사의 사원신분에 의해 존재하는 것이고 주주의 자격을 취득하는 전제조건은 아니다.[54]

② 주주의 출자하자의 책임의 시각에서 본다면 주주는 회사 내부에서 회사에 대하여 자본충실의 책임을 부담하고 기타 주주에 대하여 계약위반책임과 손해배상책임을 부담하고 회사 외부에서 출자범위 내에서 회사 채권자에 대하여 회사의 채무이행책임을 부담한다. 출자하자 주주의 일정한 주주권을 인정하지 아니하면 주주가 대외적으로 책임을 부담하지만 대내적으로 아무런 권리를 누리지 못하여 권리와 의무의 평형을 잃게 된다.

③ 현행 회사법의 시각으로 본다면 현행 회사법 제32조는 회사는 주주명부를 작성하여야 하고 주주명부에 기재 된 주주는 주주명부에 의하여 주주의 권리를 행사할 수 있다고 규정하였다.

출자설은 엄격한 법정자본제하에 나타난 것이다. 법정자본제도는 회사 설립 시 주주는 반드시 발행주식을 전부 인수하고 그 대금을 일회완납하여야 하며 분할납입은 허용되지 아니한다. 그러나 세계 각국 회사법을 살펴보면 법정자본제도

---

[52] 이철송, 『회사법강의』제22판, 박영사, 제301면

[53] 江平, 전게서, 제204면; 刘俊海, 《现代公司法》, 法律出版社, 2008, 제170면

[54] 郑彧, 『论股东的权利』, 顾功耘, 『公司法律评论』, 上海人民出版社, 2002, 제84면 재인용

를 실시하든 수권자본제도를 실시하든 모두 일정한 정도내의 분할납입을 허용하고 다만 최저 자본금제도를 실시하여 최초 납입할 자본에 대하여 강제적인 규정을 두고 있다. 중국 회사법의 발전역사를 돌이켜보면 엄격한 법정자본제도를 폐지하고 점차적으로 최저 자본금제도와 일회완납제도를 폐지하고 주주의 분할납입을 허용하고 있다. 이러한 배경하에 여전히 출자설을 고집하면 주주와 회사의 혼란스러운 권리의무관계를 형성하고 주주의 합법적 권익의 보호에 불리하다.

사견으로는 주주권은 주주의 자격취득을 기초로 해야 하지만 주주의 출자는 주주권에 대하여 아무런 관계가 없는 것은 아니며 여전히 주주의 권리에 대해 중요한 영향을 끼친다. 그 이유는 다음과 같다.

① 앞서 주주의 권리의 성질에 관한 검토를 통하여 주주의 권리는 단순한 재산권이 아니라 사원권이다. 사원권은 당연히 사원신분의 취득을 기초로 하여야 한다.

② 주주의 출자의무 시각에서 본다면, 주주의 실제납입은 주주가 회사에 대하여 이행해야 할 의무이지 주주의 자격을 취득하는 전제조건은 아니다. 그렇지 않다면 무엇때문에 출자의무를 이행하지 아니한 주주가 대내적으로 납입의무를 부담하고 대외적으로 회사의 채권자에 대하여 책임을 부담하는지 해석할 수 없다. 그러므로 주주의 권리와 주주의 출자는 필연적인 인과관계가 존재하지 아니한다.

③ 그렇다고 하여 주주의 출자행위의 중요한 영향을 홀시하는 것은 아니다. 현행 회사법에 의하면 주주의 출자하자의 경우 주주의 자격을 인정하는 전제하에 출자하자의 주주에 대하여 보충납입책임, 계약위반책임 등을 추궁할 수 있다. 주주의 자격은 본질 상 주주의 권리능력문제를 해결한 것이고 민법상 민사주체의 민사권리능력과 민사권리의 구별과 비슷하다. 그러므로 주주의 자격은 주주가 권리를 해사하고 의무를 부담하는 기초이다. 현실상 주주가 완전한 주주권을 행사할 수 있을지 여부에 관하여 여러 가지 요소의 제약을 받고 출자의무는 각 제한요소 중에서 가장 중요한 요소이다.

4. 주주권의 종류

주주권은 일반적으로 권리행사의 목적에 따라 자익권과 공익권으로, 주주총회의 결의에 따른 발탁가능성 여부에 따라 고유권과 비고유권으로, 권리행사의 행사 일정한 주식의 소유를 요구하는 지에 따라 비율주주권과 비비율주주권으로 나뉜다.

(1) 자익권과 공익권

주주의 권리행사의 목적에 따라 자익권과 공익권으로 나뉜다. 자익권은 주주가 회사로부터 직접 경제적 이익을 받을 권리로서 이익배당청구권을 중심으로 잔여재산분배청구권, 신주인수권 등 권리가 포함된다.[55] 공익권은 주주가 회사경영에 참여하고 감독하는 권리로서 의결권을 중심으로 주주총회소집권, 주주제안권 등 권리가 포함된다. [56]

(2) 고유권과 비고유권

주주총회의 결의에 따른 발탁가능성 여부에 따라 고유권과 비고유권으로 나뉜다. 고유권은 회사법이 부여한 주주의 법정권리로서 정관 혹은 주주총회의 결의에 의해 발탁될 수 없는 권리를 말하고 비고유권은 정관 혹은 주주총회의 결의에 의해 발탁될 수 있는 권리를 말한다.[57] 공익권은 일반적으로 고유권이고 자익권은 일반적으로 비고유권이다.

(3) 비율주주권과 비비율주주권

이는 권리의 행사에 주식총수의 일정비율이 요구 되는지에 따른 분류이기 때문에 중국학자들은 비율주’과 비비율주권이라고도 표현한다. 비율주주권은 주주권의 행사가 반드시 일정한 주식의 소유를 요구하는 권리이고 이익배당청구권,

---

[55] 김건식, 전게서, 제244면

[56] 김건식, 전게서, 제244면

[57] 김홍기, 전계논문, 제128면

신주인수권, 의결권 등 내용이 포함되고 비비율주주권은 주주권의 행사가 일정한 주식의 소유를 요구하지 않는 권리이고 회사의 경영사무에 대해 알 권리가 포함된다.

제2절 주주의 출자하자 행위가 주주의 자격에 미치는 영향

1. 주주의 자격을 인정하는 원칙

주주의 자격은 주주가 권리를 행사하고 의무를 부담하는 기초이다. 앞서 검토하듯이 주주의 자격이 존재하지 아니하면 주주가 회사에 대하여 주주권을 행사할 수 없기에 출자하자의 주주의 주주권을 검토하기전에 주주의 자격을 인정하는 원칙, 즉 주주의 자격을 취득하는 표준과 의거를 검토해야 한다.[58]

실질적인 관점에서 본다면, 투자자자는 주주로 되기 위한 의사표시가 있어야 하고 출자행위가 존재해야 한다. 이런 의사표시는 발기인의 출자계약의 형식으로 표현되고 혹은 회사의 정관이 미래의 주주를 구속하는 점에서 표현된다. 투자자의 주주로 되기 위한 의사표시와 회사가 투자자의 가입을 허락하는 의사표시가 일치해야만 주주가 주주의 자격을 취득하는 실질적인 의거가 된다.

형식적으로 본다면, 현행 회사법 제 32조의 규정에 의하면 회사는 주주명부를 작성하여야 하고 주주의 성명과 주소, 주주의 출자액, 출자증명서의 번호 등 내용을 기재해야 한다. 회사는 주주의 성명과 주소, 주주의 출자액 등 사항을 회사등기관에서 등기하여야 하고 등기사항 변경 시 변경등기를 하여야 한다. 등기를 하지 않거나 변경등기를 하지 아니하면 선의의 제3자에 대항할 수 없다. 회사법의 조문을 분석하면 내부적으로 본다면 주주명부는 주주의 자격을 인정하는 의

[58] 周友苏, “试析股东资格认定中的若干法律问题”, 「法学」第12期, 2006；赵旭东, 『新公司法讲义』, 人民出版社, 2005, 제145면

거이고 외부적으로 본다면 등기기관의 등기는 주주의 자격을 인정하는 의거이다.

주주의 자격을 인정하는 표준은 실무상 논쟁이 아주 크다. 최고인민법원의 관점은 주주의 자격의 인정에 대해 주주와 회사의 분쟁에 관하여 주주명부를 표준으로 하고, 주주 사이의 분쟁에 관하여 실제 출자사실을 표준으로 하며 제3자의 주주의 자격 인정에 관하여 등록기관의 등기를 표준으로 한다.[59]

2. 출자하자 주주의 주주자격 인증

중국 현행 회사법은 일회완납제도를 폐지하고 분할납입을 허용하고 있다. 회사법은 주주가 일정한 기한 내에 납입을 하지 않는 것을 허용하고 있다. 그러므로 주주의 실제납입을 주주의 자격을 취득하는 조건으로 한다면 주주와 회사의 관계가 혼란의 경지에 빠지게 된다.

사견으로는 실제납입은 주주의 자격을 취득하는 필요한 조건은 아니며 출자하자의 사유로 주주의 자격을 부정할 수 없다. 그 이유로는

(1) 주주의 실제납입과 주주의 자격은 필연적인 대응관계가 존재하지 아니한다. 우선 실제납입 사실이 있다고 하여 주주의 자격을 취득하는 것은 아니다. 예를 들면, 실제출자자와 명의상 주주가 서로 다를 수 있다. [60]

(2) 출자하자의 주주의 주주자격을 인정하는 것은 주주의 출자하자 책임을 추궁하는 전제이다. 현행 회사법의 규정에 의하면 출자하자 주주가 회사에 대한 자본충실책임, 회사 채권자에 대한 보충배상책임 등 규정은 모두 출자하자 주주의 주주자격을 인정하는 것을 전제조건으로 하고 있다. 출자하자 주주의 주주자격을 인정하지 아니하면 주주와 회사, 회사 채권자 사이의 관계를 부정하는 것이기 때문에 출자하자의 책임도 추궁할 수 없다.

---

[59] 最高人民法院民事审判第二庭, 제257면

[60] 李建伟, 《公司法学》, 人民大学出版社, 2008, 제284면

(3) 중국 현행 회사법의 규정을 보면 회사법 제 32조는 주주의 자격을 취득하는 형식적인 요건을 규정하고 있다. 즉 주주와 회사의 관계에서 주주명부를 주주의 자격을 판단하는 표준으로 한다. 그러므로 실제납입과 주주자격을 취득하는 것은 필연적인 인과관계가 존재하지 아니한다.

(4) 출자하자의 주주의 주주자격을 인정하는 것은 회사법의 가치에 부합된다. 회사법은 거래법과 조직법의 성질이 있기에 포함되는 법률관계가 다양하고 사회질서에 중요한 영향을 미치기에 거래의 안전을 보장하는 것은 회사법의 기본가치이다. 출자하자 주주의 주주자격을 부정하면 원래 확정되었던 법률관계가 변동하여 거래의 안전과 사회의 온정에 불리한 영향을 끼치고 회사법의 실천을 곤경에 빠지게 한다. 예를 들면, 출자하자 주주의 주주자격을 부정하면 주주권은 존재의 기초가 소멸되여 회사로부터 배정받은 이익은 부당이익에 속하여 회사에 반환하여야 하고 주주총회의 결의도 출자하자 주주의 주주자격의 부정으로 인해 무효가 될 수 있다.[61]

그러나 출자하자의 정도가 엄중하여 회사의 설립이 무효가 되였을 경우에는 회사가 존재하지 않기에 당연히 주주자격이 인정되지 아니한다.

3. 주주의 출자하자행위가 주주권에 미치는 영향

(1) 주주자격과 주주권의 관계

① 주주자격은 주주의 지위의 상징이고 주주가 권리를 행사하고 의무를 부담하는 기초이다. 주주권은 주주자격에 기한 회사에 대한 권리의 집합이다. 주주자격과 주주권 사이 관계를 파악하려면 주주권의 본질로부터 착수해야 한다. 주주권의 성질에 대한 검토를 통하여 주주권은 사원권의 일종이고 주주권과 주주자격

[61] 刘蕴, 《有限责任公司股东资格取得制度研究》, 载赵万一, 卢代富, 《公司法：国际经验与理论架构》, 法律出版社, 제197~198면

의 관계를 연구하는데 사원권과 사원자격의 일반이론을 적용할 수 있다.[62] 사원자격과 사원권의 법률관계에서 보면 사원자격은 사원권리를 행사하고 사원의무를 이행하는 자격이고 사원권은 사원자격을 기초로 한다.

② 주주자격은 주주가 주주권을 행사하는 기초이다. 민법상 민사주체의 자격 또는 지위는 본질상 권리능력을 말하기에 민사주체가 권리를 행사하고 의무를 이행하는 자격이고 민사권리는 민사주체가 법률 혹은 계약에 의하여 보호되는 이익이다. 그러므로 민사권리로서의 주주권은 주주자격을 기초로 하는 것은 주주권과 주주자격의 관계를 이해하는 논리적 출발점이다.

③ 권리와 의무는 일치하기에 주주자격을 취득하였다고 하여 주주는 완전한 주주의 권리를 행사하는 것은 아니다. 주주자격은 주주가 권리를 행사하고 의무를 부담하는 능력을 증명할 뿐 주주권의 행사는 법률과 계약의 규제를 받는다.[63] 중국 회사법의 규정에 의하면 주주권의 취득은 주주의 출자행위를 필요한 조건으로 하지 않지만 주주의 충분한 출자행위는 완전한 주주권을 행사하는 필요한 조건이다. 이런 의미에서 보면 주주권은 일종 조건있는 권리이다.

(2) 출자하자의 주주의 주주권 제한

출자하자의 주주의 주주권에 대한 제한 여부에 관하여 부정설이 존재하지만 긍정설이 통설이다.[64]

사견으로는, 주주자격과 주주권을 구별하는 것을 기초하여 출자하자의 주주의 주주자격은 인정되지만 완전한 주주권은 행사할 수 없고 의무 위반정도에 상당한 제한을 받아야 한다.

① 출자의무는 주주가 회사에 대한 가장 기본적인 의무이며 회사의 경영활동

---

[62] 江平, 孔祥俊, 《论股权》, 「中国法学」, 第1期, 1994

[63] 刘俊海, 《股份有限公司股东权的保护》, 法律出版社, 2004, 제49면

[64] 赵旭东, 『公司法学』, 高等教育出版社, 2006 ; 奚晓明, 金剑锋, 『公司诉讼的理论与实务问题研究』, 人民法院出版社, 2008, 제223면

은 주주의 출자로 형성된 회사 재산을 물질적인 조건과 경영수단으로 한다. 출자하자의 주주의 주주권을 제한하지 아니하면 회사, 기타 주주, 회사 채권자의 이익을 침해할 수 있다.

② 입법층면에서 보면, 현행 회사법은 주주의 이익배당청구권, 잔여재산분배청구권, 신주인수권 등 자익권은 주주의 실제납입자금의 비율에 의해 실시한다고 명확히 규정하였다.

4. 출자하자의 주주의 주주권을 제한할 수 있는 이론적 근거

(1) 회사계약이론

회사계약이론[65]에 의하면 주주권은 주주자격의 취득을 기초로 하지만 주주권을 실제로 행사할 수 있는 것은 주주 사이의 의사자치에 의한 계약에 의한 것이고 주주권은 주주가 자기 재산권리를 처분하는 것이다.

주주권 행사에 관한 주주 사이의 사전계약의 규정은 주주가 각자의 출자의무를 충분히 이행하는 것을 전제로 하고 있기에 계약의 목적으로 본다면 일반적으로 주주가 출자의무를 이행할 것을 약속하였지만 구체적으로 이행하지 아니한 자의 주주권을 인정하지 아니한다. 그러므로 주주권을 행사할 수 있을지 여부에 관하여 판단하는 관건적인 요소는 출자의무를 이행하였지 여부이다.

주주의 실제납입에 하자가 있지만 여전히 인수한 주식비례에 주주권을 충분히 행사할 수 있다면 주주 사이의 사전에 제정된 이익분배가 평형을 잃게 된다. 그러므로 주주의 출자의무와 주주권 사이에는 일종의 계약상 등가관계가 존재한다.

(2) 주주평등원칙

---

[65] Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Harvard University Press, 1991, 제1면

주주평등원칙은 주주가 소유한 주식수에 의하여 평등대우를 받는 것을 말한다. 주주평등의원칙의 형식상 평등은 주주는 주식소유비율에 의해 평등하게 주주권을 행사하고 회사가 발행하는 매개 주식이 대표하는 권리와 의무는 동일한 것을 말하고 실질상 평등은 주주는 주주의 자격에 의해 평등하게 주주의 권리를 행사하며 의무를 이행하고 평등대우를 받는 것을 말한다.[66]

주주평등원칙의 내용으로부터 보면 주주평등의 평가기준은 자본을 기초로 한다. 주주평등원칙은 회사의 구체적 운영과정에서 자본평등의 원칙으로 체현된다. 만약 출자하자의 주주가 출자의무를 충실히 이행한 주주와 동일한 권리를 행사하게 되면 주주평등원칙에 대한 명백한 위반이다.

출자하자의 주주는 인수한 주식수에 의해 주주권을 행사하게 되면 주주평등원칙의 형식상 평등에 부합되지만 실질상 평등의 요구에는 부합되지 않는다. 예컨대 인수한 주식의 출자의무를 이행하지 아니한 경우를 말한다.

(3) 공정성원칙

주주자격의 검토를 통하여 주주자격의 취득은 실질적 요건과 형식적 요건을 모두 만족시켜야 한다. 실질적인 요건은 주주와 회사 사이의 출자계약에 의해 출자의무를 충분히 이행하여야 한다. 주주의 출자하자행위는 계약에 대한 출자의무에 대한 위반이고 출자의무를 제대로 이행하지 않은 주주가 완전한 주주의 권리를 행사한다는 것은 사회의 공정성 이념에도 부합되지 아니한다.

(4) 신의성실의원칙

출자하자의 주주는 주주자격은 있지만 법률, 정관 및 출자계약에 의하여 출자의무를 충분히 이행하지 아니하였기에 계약위반행위이다. 출자하자행위는 계약의 신의성실원칙에 대한 엄중한 위반이다. 신의성실원칙은 주주권의 유무를 확정하는 의거는 아니지만 사회의 이념상 거래활동에서 신의성실원칙을 준수해야 한다.

---

[66] 朱慈蕴, “资本多数决原则与控制股东诚信义务”, 「法学研究」第四期, 2004

(5) 이익균형의 수요

출자하자행위는 회사재산권에 대한 침범이고 출자하자의 주주가 회사의 경영권을 장악하게 되면 회사, 기타 주주 및 회사 채권자에 대한 더욱 엄중한 침해이다. 출자하자일 경우 회사, 기타 주주 및 회사 채권자의 이익은 필연적으로 손해보기 때문에 일정한 일치성을 갖고 있다.[67] 이익균형의 수요로부터 출발하여 회사, 기타주주 및 회사 채권자에게 지신의 합법적 권익을 지킬 수 있는 권리를 부여하여야 하고 출자하자의 주주의 주주쥔을 일정하게 제한해야 한다.

다른 시각에서 본다면 출자하자의 주주의 주주권을 제한하는 것은 주주의 투자목적이 실현될 수 없게 되어 객관적으로 출자하자의 주주가 될수록 빠른 시일내에 출자의무를 이행하도록 촉구하는 역할을 할 수 있다.

5. 구체적 유형의 주주권에 대한 제한

(1) 이익배당청구권

이익배당청구권은 주주가 회사의 이익배당에 대한 권리로서 주주권의 핵심을 이룬다. 주주의 출자의 목적은 이익을 얻기 위한 것이고 이익을 얻을 수 있는 방식은 주로 이익배당의 형식으로 체현된다.

회사의 자본은 회사가 경제활동에 참여할 수 있는 물질기초이며 경영수단이다. 회사 성립 후 회사는 각종 자금조달방식으로 회사의 자본을 확대할 수 있지만 만약 주주의 실제납입이 없으면 회사의 자금조달의 기회는 크게 줄어들 것이다. 이런 의미에서 주주의 출자의무를 이행하는 것은 회사의 운영에 중대한 작용을 한다. 회사는 영리를 공동목적으로 하는 투자자의 합의에 의해 설립된 것이고 회사의 수익은 실질상 주주의 출자의 결과이기에 최종적으로 당연히 주주에게 배당해야 한다.

---

[67] 李晓霖, “论股权出资瑕疵队股权行使的影响, 「吉林省经济管理干部学院学报」第五期, 2008

출자하자의 경우 주주의 이익배당청구권을 제한하지 아니하면 주주의 출자의 위험부담과 투자수익이 평형을 잃게 되어 공정성과 평등성에 어긋나는 것이다. 그러므로 출자하자의 주주의 이익배당청구권은 반드시 실제납입의 비율에 의해 제한해야 한다.

(2) 잔여재산분배청구권

잔여재산분배청구권은 주주가 회사청산 시 회사의 잔여재산에 대해 분배 받을 것을 요구하는 권리를 말한다. 잔여재산분배청구권은 주주가 회사에 대한 최후의 권리이고 회사재산은 회사 채권자에 대한 담보이다. 회사 청산 시 회사 채권자 의 채무를 우선적으로 변제하지 아니하면 회사 채권자의 이익을 침해하고 거래안전을 위협한다. 그러므로 잔여재산에 대한 분배는 반드시 회사 채무를 변제한 후에만 할 수 있다.[68]

회사자본은 주주가 회사에 대한 영구적인 투자이며 주주의 출자로 형성된다. 주주는 소유한 주식수에 의해 수익을 얻을 뿐 회사의 재산을 직접 인출하는 것은 엄격히 금지된다. 출자하자의 경우 주주가 완전한 잔여재산분배청구권을 제한하지 아니하면 권리와 의무 사이 관계가 평형을 잃게 되고 기타 주주에 대해 불공정한 것이다. 그러므로 잔여재산분배청구권은 반드시 주주의 실제출자의 범위 내에서 행사할 수 있도록 해야 한다.

(3) 신주인수권

신주인수권은 주주가 회사가 발항하는 신주를 우선적으로 배정받을 수 있는 권리를 말한다. 신주의 발행은 기존 주주의 이익에 영향을 주기 때문에 주주가 소유한 주식수에 비례하여 발행하는 것이 원칙이다. 출자하자의 경우, 주주의 신주인수권을 제한하지 아니하면 기타 주주의 이익에 실질적인 영향을 주기 때문에 출자하자의 주주의 신주인수권을 제한할 필요성이 있다.

(4) 의결권

---

[68] 施天涛, 『公司法轮』, 法律出版社, 2006, 제244면

의결권은 주주가 주주총회의 결의에 참여할 수 있는 권리를 의결권이라고 한다. 의결권은 회사의 중대한 사항을 결정하고 회사의 업무집행기관을 선출하기 때문에 주주가 회사경영에 참여할 수 있는 가장 핵심적인 권리이다. 의결권은 공익권으로서 권리행사의 효과가 다른 주주에게도 미치기 때문에 의결권을 남용을 방지할 필요가 있다.

중국 현행법상 주주의 의결권은 주주의 출자비율에 의해 행사한다고 규정되어있다.[69] '출자비율'의 서술에 대해 중국 학계에서는 부동한 견해가 있다. '납입설'은 주주가 실제납입한 비율에 의해 의결권을 행사하고 그 이유로는 의결권은 주주총회출석권, 제안권, 각종 소권 등 불가분성의 권리와 달라 분할할 수 있는 권리이기 때문에 실제납입한 비율에 의해 행사할 수 있다고 주장한다.[70] '인수설'은 주주가 인수한 주식의 비율에 의해 의결권을 행사하고 그 이유로는 주주권은 주주자격의 취득을 기초로 하고 실제납입을 기초로 하지 않기 때문에 주주자격을 취득하면 의결권을 행사한다고 주장한다. 또한 현행 회사법 규정을 살펴보면 주주권 행사 시 실제납입비율에 의하면 조문에서 명확히 '실제납입비율'로 규정되어 있기 때문에 의결권 규정의 '출자비율'은 인수한 주식의 비율로 해석해야 한다고 주장한다.[71] '절충설'은 '출자비율'은 절대적으로 해석하는 것은 타당하지 않으므로 부동한 경우에 따라 부동하게 해석해야 한다고 주장한다. 즉 전체 주주가 모두 실제납입을 하지 않은 경우에는 인수한 주식의 비율에 의해 의결권을 행사하고 대다수 주주가 실제납입한 경우에는 실제납입한 비율에 의해 의결권을 행사하며 출자하자의 주주는 의결권을 행사하지 못한다.[72]

주주가 의결권을 행사하여 이사의 선임 등 회사의 중대한 사항을 결정하는

---

[69] 회사법 제42조: 주주총회는 주주의 출자비율에 의해 의결권을 행사한다. 다만 정관이 다른 규정이 있을 시 그러지 아나한다.

[70] 雷兴虎, 『公司法新纶』, 中国法制出版社, 2001, 제130면

[71] 刘俊海, 『新公司法的制度创新：立法争点与解释难点』, 法律出版社, 2006, 제71면

[72] 刘俊海, 『新公司法的制度创新：立法争点与解释难点』, 法律出版社, 2006, 제71면

것은 회사의 운영에 실질적인 영향을 미친다. 출자하자의 주주가 아무런 제한없이 의결권을 행사할 수 있다면 회사 의사결정의 위험을 회피할 수 있고 심지어 주주총회를 통하여 회사의 경영권을 장악할 수 있기에 주주평등원칙에 어긋나는 것이다. 그러므로 회사의 이익과 기타 주주의 이익을 보호하기 위하여 출자하자의 주주의 의결권을 제한할 필요가 있다.

사견으로는, 출자하자의 주주의 의결권을 실제납입한 범위 내에서 제한해야 한다. 그러나 의결권을 실제납입한 범위 내에서 제한하는 것은 오직 출자하자의 경우에만 적용된다. 주주의 출자하자와 분할납입은 본질적으로 차이가 있다. 주주의 출자하자는 법률 혹은 정관에서 규정된 출자의무를 위반한 행위이고 분할납입은 법률이 허용한 합법적인 행위이다. 또한 출자하자행위는 주주의 객관원인에 의해 있을 수 있으나 대다수 경우에는 주주의 주관원인에 의한 것이지만 주주의 분할납입행위는 주관적 악의가 없다. 그러므로 일반적인 경우에는 의결권의 행사는 인수한 주식의 비율로 해야 하고 출자하자 인 경우에만 실제납입의 비율로 해야 하는 것이 타당하다고 본다.

(5) 회사 사무에 대해 알 권리

회사 사무에 대해 알 권리는 주로 회사의 경영관리상황, 재무상황 등 회사의 중대한 사항에 대해 알 권리를 말하는데 주로 회계방주열람권, 질의권 등 구체적 권리가 포함된다. 회사 사무에 대해 알 권리는 주주가 다양한 주주권을 정확히 행사할 수 있는 전제이다. 주주가 회사의 상황에 대해 알아야만 주주권을 효율적으로 행사하여 자신의 이익을 보호할 수 있으므로 회사법은 주주가 회사 사무에 대한 권리를 법적으로 보장한다.[73]

주주의 회사 사무에 대해 알 권리는 회사, 기타 주주 및 회사 채권자의 이익을 침해하지 않고 회사의 경영관리에 유리하다. 출자하자의 주주도 회사의 사무에 대해 알 권리를 제한할 필요성이 없다.

---

[73] 王晓晔, 『德国民法通论』, 法律出版社, 2003, 제289면, 吴国刚, 재인용

(6) 기타 주주권

출자하자일 경우 상술한 중요한 주주권 이외의 권리에 대해 제한할 지 여부에 관하여 기본적으로 주주권의 비율주권과 비비율주권의 획분으로 해결할 수 있다. 즉 비율주권은 출자하자의 주주의 실제납입상황에 제한할 필요가 있고 기타 비비율주권은 원칙상 제한되지 않는다. 그러므로 자산수익과 관련되는 권리는 제한되고 회사경영에 참여하는 권리, 즉 주주총회출석권, 주주제안권, 각종 소권 등 권리는 제한되지 아니한다.

제3절 중국 현행 회사법상 출자하자 주주의 주주권 규제

중국 회사법 제4조는 "주주는 법률의 규정에 의하여 자산수익, 중대한 결의에 참여하고 관리인을 선임할 권리를 가진다."고 규정하였다. 현행 법의 내용으로부터 보면 주주권을 주로 경제수익에 관한 권리와 회사경영에 관한 권리로 나뉜다. 회사법해석 제17조는 "주주가 출자의무를 이행하지 아니한 경우, 출자의무를 전면적으로 이행하지 않은 경우, 가장납입의 경우 회사가 정관 혹은 주주총회의 결의로 이익배당청구권, 신주인수권, 잔여재산분배청구권 등 주주권리에 대하여 합리한 제한을 할 수 있고 주주가 제한의 무효를 청구하면 법원은 이를 지지하지 아니한다."고 규정하였다. 회사법해석 제 17조는 회사가 정관 혹은 주주총회의 결의을 통해 주주권을 제한할 수 있는 법적근거를 제공하였다.

1. 이익배당권과 신주인수권

회사법 제34조는 "주주는 실제납한 출자비율에 의해 이익을 배당 받고, 회사 증자 시 주주는 실제납입한 출자비율에 의해 신주를 우선적으로 인수할 권리가 있다. 다만 주주 전체가 다른 약정이 있는 경우에는 그러지 아니하다"고 규정하였다. 조문상 분석하면 이익배당청구권과 신주인수권은 주주의 실제납입한

출자의 비율에 의한 것이므로 일반적으로 출자하자의 주주의 이익배당청구권과 신주인수권은 제한 받는다. 그러나 주주 전체의 합의로 출자하자의 주주에게 충분한 이익배당청구권과 신주인수권을 행사하도록 할 수 있다. 다음 판례는 최고인민법원이 최초로 출자하자주주의 주주권을 제한할 수 있다고 판시하였다.

판례: 最高人民法院 (2007) 民二终字第93号 (주주권 제한을 인정한 사례)

사실관계:

상고인(1심 피고): E회사

피상고인(1심 원고): B회사

제3인: A회사

① A회사는 B회사, C회사, D회사가 공동으로 출자하여 설립 된 유한책임회사이고 등록자본은 3억 위안이다. 출자계약에 의하면 B회사는 1억3000만 위안, C회사는 1억3000만 위안, D회사는 4000만 위안을 출자하기로 약정하였다. B회사는 1억3000만 위안을 충분히 납입하여 출자의무를 이행하였다. C회사는 검증절차를 위하여 1억3000만 위안을 임시계좌에 납입하였지만 며칠 뒤 금액을 인출하였다. D회사도 검증절차를 위하여 4000만 위안을 임시계좌에 납입하였지만 며칠 뒤 3000만 위안을 인출하였다.

② A회사의 주주와 주식 소유구조가 여러 차례의 변동은 있었으나 신주는 발행되지 않았다. E회사는 주식인수를 통하여 A회사의 주식 55%를 소유한 지배주주가 되였고 공상기관에 변경등기를 하였고 A회사에 이사장을 위임하여 실제로 A회사를 지배하였다. 그러나 E회사는 주식인수 시 C회사와 D회사가 출자의무를 이행하지 않은 것을 알고 있었고 E회사 역시 출자의무를 이행하지 않았다.

③ 2006년 5월 16일, E회사와 F회사의 채무분쟁소송 중 두 회사는 E회사가 소유하고 있는 A회사의 주식을 3500만 위안의 가격으로 채무를 상환하는 합의를 달성하였다. 소송 심사 법원은 B회사에게 주식우선인수권을 이행할지에 관한 통

지를 통지를 하였다.

2006년 6월 B회사는 흑룡강성 고급인민법원에 E회사를 상대로 제소하여 다음과 같은 청구를 하였다

① E회사는 A회사의 주식에 대하여 주주권이 없는 것을 확인한다.

② E회사는 즉시 A회사에 대해 출자의무를 의행한다.

③ E회사는 B회사에 대해 위약금 3000만 위안을 배상한다.

1심:

E회사는 A회사에 대해 출자의무를 이행하지 않은 상황에서 E회사의 소유한 주식으로 F회사의 채무를 상환하게 되면 A회사는 F회사에 대해 출자의무를 이행을 요구할 수 없을 뿐만 아니라 F회사는 헐값인 3500만 위안으로 A회사의 지배주주가 되기 때문에 이는 A회사와 B회사의 이익을 엄중히 손해한다. 그러므로 E회사는 즉시 A회사에 대해 출자의무를 이행해야 하고, 그러지 아니하면 A회사에 대한 의결권, 이익배당권, 신주인수권등 권리가 인정되지 아니한다.

최고인민법원:

회사법 규정에 의하면 주주가 출자의무를 충실히 이행하지 아니한 것은 주주자격의 취득에 영향주는 것은 아니지만 주주권을 향유하려면 반드시 주주의 의무를 부담해야 한다. 출자의무와 대응되는 주주권은 반드시 출자비율에 의해 행사한다. 이는 민법 상 권리와 의무의 통일이고 이익과 위험의 통일의 원칙의 표현이다. E회사는 출자의무를 이행하지 않았기에 주주의 권리도 반드시 일정한 제한을 받아야 한다. 이런 제한은 주주권의 구체적 성질에 의해 결정된 것이고 출자의무에 대응되는 주주권은 반드시 출자비율에 의해 행사해야 한다. 최고인민법원은 1심판결을 유지하였다.

평석:

최고인민법원의 판결은 회사법의 규정과 민법의 기본원칙을 의거로 하여 출

자하자의 주주의 주주권은 반드시 제한해야 한다는 규칙을 명확히 하였다. 또한 출자하자는 주주자격의 취득과 실질적으로 연관이 없다는 관점도 제기하였다. 최고인민법원의 권위성에 의해 하급 법원들은 유사한 사안에서 최고인민법원의 관점을 지침으로 하였다. 그러나 중국은 실체법적 국가이기에 최고인민법원의 판례는 강제성이 없기 때문에 2014년 <회사법해석3>을 제정하여 출자하자 주주의 주주권을 제한할 수 있는 법적근거를 제공하였다.

2. 잔여재산분배청구권

회사법 제186조 제2항은 "청산비용, 직원의 보수, 사회보험비용, 법정보상금, 세금, 채무의 순서로 가각 청산한 후의 회사의 잔여재산에 대해 유한회사는 주주의 출자비율에 의해 분배하고, 주식회사는 주주가 소유한 주식수의 비율에 의해 분배한다."고 규정하였으며 제3항은 " 회사재산이 이상의 순서에 의해 상환하지 아니하면 주주에게 분배할 수 없다."고 규정하였다. 조문상 분석하면 출자하자의 주주의 잔여재산분배청구권에 대한 제한여부에 관하여 명확한 규정이 없다.

3. 의결권

회사법 제42조는 "주주총회는 주주의 출자비율에 의해 의결권을 행사한다. 다만 정권이 다른 규정이 있는 경우에는 그러지 아니한다."고 규정하였다. 현행 중국 회사법 상 주주의 의결권제한제도가 규정되어 있지 않기에 실무상 많은 불편함을 조성하였다.

의결권제한제도는 결의사항과 주주 사이 특별이익관계가 존재하면 주주는 결의에 참여할 수 없는 제도를 말하는데 '특별이익관계' 판단하는 것이 관건이 주장한다. '특별이익관계'에 대해 최고인민법원은 '개인법설'의 관점을 취하고 있다. '개인법'은 주주가 일정한 행위로 인해 얻은 이익과 불이익은 주주자

격과 필연적 관계가 있는, 예를 들어 이익배당안, 자본증감안, 정관수정안 등 경우에 단체법행위로서 주주의 의결권을 배제할 수 없다. 주주의 행위로 얻는 이익 혹은 불이익이 주주자격과 필연적 관계가 없는, 예를 들어 자기거래에 대한 승인 혹은 주주의 책임을 면제하는 등 경우에 관하여 의결권을 배제해야 한다.[74]

4. 회사 사무에 대해 알 권리

중국 회사법 제33조는 "주주는 정관, 주주총회의 결의, 이사회의 결의, 감시회의 결의와 재무제표를 열람할 권리가 있다. 주주가 회계장부의 열람을 청구할 서면적 형식으로 회사에 대해 청구해야 하고 목적을 명시해야 한다. 회사가 합리한 이유로 주주가 불정당한 목적으로 판단될 시 회계장부의 열람을 거절할 수 있으며 15일 내 그 이유를 설명해야 한다. 회사가 회계장부의 열람을 거절할 시 주주는 법원에 청구할 수 있다." 고 규정하였다.

최고인민법원은 주주가 회사의 사무에 대해 알 권리는 주주자격을 전제로 하는데 일부 주주자격이 소멸된 특수한 경우에는 예외적으로 주주의 회사의 사무에 대해 알 권리를 인정한다. [75]

5. 주주자격제명제도

중국 <회사해석3> 제18조는 유한책임회사의 주주가 출자의무를 이행하지 아니 하거나 가장납입의 경우 회사는 주주에게 재산의 납입 혹은 반환의 최고를 할 수 있고 주주가 합리한 기한 내에 납입하거나 반환하지 아니하면 주주는 주주총회의 결의에 의해 주주의 자격을 해제할 수 있다고 규정하였다.

---

[74] 最高人民法院民事审判第二庭, 제266면

[75] 예컨대 주주총회의 결의에 의해 제명된 것이 기타 주주의 악의로 인한 것이면 주주는 주주총회의결의를 열람할 수 있다.

그러나 제18조의 일반적인 규정 외 주주제명제도가 적용하는 범위, 적용절차 및 구제방식에 관한 규정은 아직 제정되지 않았고 최고인민법원의 관점도 찾아볼 수가 없다.

중국 학계에서는 주주제명제도의 정의에 대해 아직 통일된 인식이 이루어 지지 않았다. 주주제명제도의 정의에 대해 "주주제명제도는 회사의 존속을 보장하고 기타 주주들이 계속 회사를 경영하기 위하여 개별 주주를 주주총회의 결의의 형식으로 회사로부터 축출시켜는 것이기 때문에 주주제명제도는 가장 효율적인 주주집단방어 수단이다."[76], "주주제명권은 법률이 회사에 부여한 일방적인 주식인수계약의 해제권이다."[77], "법율이 규정한 상황에서 회사가 강제적으로 주주의 주주자격을 정지하는 제도"[78], "기타 주주 전체가 주주를 제명하기 위한 강제성결의"[79] 등 견해가 존재한다.

각 학설마다 주주제명제도에 대한 정의는 서로 다르지만 공통점을 찾을 수 있다. 주주제명은 주주의 의지와 상관없이 진행되며 주주제명의 결의는 일반적으 제명 될 주주의 의견을 고려하지 않고 결의가 형성되면 즉시 효력이 발생한다. 주주제명제도는 강제성의 성격을 갖추었기 때문에 적용되는 조건을 반드시 엄격하게 해야 한다.

6. 현행 회사법상 주주권제한에 관한 규정에 대한 평가

현행 <회사법>의 출자하자의 주주의 주주권제한에 관한 규정은 총체적으로 조문의 개수가 너무 적고 내용이 너무 개괄적이기 때문에 법원이 법률을 적용하는데 어려움이 있다. 중국 각 지역마다 경제발전수준의 차이가 심하고 또한 법원

---

[76] 杨君仁, 『有限公司股东退股与除名』, 神州图书出版有限公司, 2000, 제117면

[77] 冯果, 『论公司股东与发起人的出资责任』, 「法学评论」第5期, 1999, 제44면

[78] 刘炳灿, "论有限责任公司股东除名", 「厦门大学法律评论」第八辑, 厦门大学出版社, 2004, 제426면

[79] 吴德成, "有限责任公司股东的除名", 「西南民族大学学报」第九期, 2006, 제102면

의 업무소질도 차이가 있기 때문에 주주권을 제한하는 회사법 규정들을 구체적으로 적용하는데 통일된 표준이 형성되지 않았다. 이러한 현상은 법률의 공정성, 평등성, 통일성의 요구에 어긋나는 것이다. 최고인민법원은 이러한 문제를 <회사법해석3> 제17조를 제정하여 주주가 출자의무를 이행하지 아니하거나 가장납입의 경우 정관 혹은 주주총회의 결의에 의해 주주권에 대하여 합리적으로 제한할 수 있다고 규정하였다. 제17조의 규정은 전에 실시했던 <회사법> 조문에 비해 내용이 비교적 구체적이고 상세하여 실무에서 적용하기 더욱 적합하지만 여전히 부족한 면이 있다.

예컨대 출자하자의 주주의 의결권에 대한 제한여부에 관하여 명확한 규정이 없다. 최고인민법원은 '기인법설'에 기초하여 주주의 자격에 의해 얻은 이익 혹은 불이익, 즉 '특별이해관계'를 판단해야 하지만 현실상 주식소유구조는 아주 복잡하고 거래형식도 다양하여 주주의 출자하자의 행위가 '특별이해관계'에 판단하는데 어려운 면이 있다. 민법상 권리와 위무는 통일성을 이루어야 하기 때문에 사견으로는 출자하자주주의 의결권을 출자하자의 범위내에서 제한해야 한다고 본다. 그로나 실제로 어떻게 판단되고 적용될지에 관하여 구체적인 법규정이 제정될 필요성이 있다.

제4절 출자하자의 주주의 주주권 제한의 방법

1. 법률 혹은 사법해석에 의한 주주권 제한

출자하자의 주주의 주주권 제한에 관하여 우선 법률 혹은 사법해석으로 제한해야 한다. <회사법> 제 34조는 주주는 실제납입의 비율에 의하여 이익배당권과 신주인수권을 행사할 수 있다고 규정하였다. 또한 <회사법해석3> 17조의 규정에 의하면 회사는 정관, 혹은 주주총회의 결의에 의하여 출자하자의 주주의 이익배당권, 신주인수권, 잔여재산분배청구권 등 주주권에 대하여 제한할 수 있다고 규

정하였다. <회사법해석3> 은 출주하자의 주주의 주주권을 제한하는 구체적 방식을 제정하지 않았고 회사법의 자치정신에 의해 그 권리를 회사의 정관과 주주총회에 부여하였다. 그러나 상술한 권리는 모두 자익권에 속하는 권리이고 비율주주권에 속하는 것이다. 그러므도 법률과 사법해석은 출자하자의 주주의 비율주주권을 제한하는 권리를 회사의 정관 혹은 주주총회에 부여한 것이고 출자하자의 주주의 비비율주주권을 회사의 정관 혹은 주주총회의 결의에 의해 제한할 수 있는지 의문이다.

사견으로는 법률 혹은 사법해석으로 출자하자의 주주의 이익배당청구권, 신주인수권, 잔여재산분배청구권 등 비율주주권을 제한하는 것은 마땅하다고 생각한다. 회사설립의 목적은 영리를 위한 것임이고 상술한 비율주주권은 주주의 경제적 이익과 밀접한 관계가 있는 권리임으로 법률은 응당 특별히 보호해야 한다. 또한 회사정관은 모든 주주의 이익을 대표하는 것은 아닐 수도 있고 지배주주의 권리남용의 경우도 있을 수 있기 때문에 정관이 출자비율에 의해 권리를 행사할 수 없게 되면 소액주주의 이익은 반드시 손해볼 것이다. 이런 시각에서 보면 법률이 출자하자의 주주의 주주권을 출자비율에 의해 제한하는 것은 출자의무를 의행한 주주의 주주권을 행사할 수 있는 최후의 보장이다.

2. 정관에 의한 주주권 제한

정관의 작성은 회사법의 강행규정에 부합되어야 할 뿐만 아니라 주주가 명시적 혹은 묵시적인으로 정관을 동의하여야 한다. <회사법해석>17조의 규정에 의하면 출자하자의 주주의 이익배당청구권, 신주인수권, 잔여재산부배권 등 주주권은 회사의 정관에 의하여 제한할 수 있다. 회사법 이론에 의하면 주주권은 고유권과 비고유권으로 나뉘고 고유권은 정관에 의해 발탁될 수 없는 주주의 권리이다.

중국 회사법의 강행규정 및 회사법의 기본원칙에 의하면 주주가 회사에 대해 알 권리, 주주가 회사에 대해 건의 및 질의의 권리, 주주총회의 소집권, 제안권

및 소수주주의 주식매수청구권, 회사에 대한 제소권 등 권리는 회사법의 강행규정에 속함으로 회사의 정관으로 제한할 수 없는 것이다. [80] 주주는 회사의 경영활동에 참여하는 과정에서 모두 자신의 이익최적화의 시각에서 의사결정을 한다. 회사법은 지배주주가 자신의 지배적지위를 이용하여 기타 주주의 합법적 이익을 침해하는 것을 엄격히 금지한다. 주주의 고유권과 회사법의 강행규정이 보장하는 주주의 기본권리는 주주가 회사의 경영활동에 참여할 수 있는 기본적 권리이다. 법률이 상술한 주주의 기본권리를 보장하는 것은 주주의 이익과 회사의 이익의 최적화요구에 부합되는 것이다. 사견으로는 주주의 출자하자로 인해 주주자격은 박탈되는 것은 아니기에 상술한 주주의 기본권리는 출자하자의 주주도 향유하는 것이다. 그러므로 회사는 정관으로 출자하자의 주주의 상술한 기본권리에 대해 제한 할 수 없다.

3. 주주총회의 결의에 의한 제한

주주총회는 회사의 최고권력기관이다. 주주총회의 결의에 의하여 회사의 정관을 수정할 수 있고, 이사와 감사를 선임, 파면할 수 있고 회사의 경영활동을 결정할 수 있을 뿐만 아니라 이사회와 감사회는 모두 주주총회에 대해 책임진다.[81] <회사법해석> 제17조는 주주총회의 결의에 의해 출자하자의 주주의 주주권을 제한할 수 있다고 규정하였다. 출자하자의 주주의 주주권에 대해 정관이 규정이 없으면 주주총회의 결의에 의해 제한해야 한다. 출자하자의 주주가 자신의 주주권에 대해 의결권을 행사할 수 있을지 여부에 관하여 <회사법> 제42조는 "주주총회는 주주의 출자비율에 의해 의결권을 행사한다. 다만 정권이 다른 규정이 있는 경우에는 그러지 아니한다."고 규정하였다. 회사법은 '출자비율'에 관해 명확히 실제납입비율인지 규정하지 않았다.

---

[80] 顾东伟, "限制股东权利章程条款效力之分析", 「黑龙江省政法管理干部学院学报」第四期, 2008, 제87면

[81] 吴永刚, 전계논문, 제33면

사견으로는 <회사법> 42조의 ‘출자비율’은 실제납입비율로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 만일 출자하자의 주주가 대량의 주식을 인수하여 지배주주 일 경우 주주총회에서 자시의 권리를 제한하는 결의는 마땅히 통과될 수 없을 것이다. 그러므로 <회사법>의 규정은 유명무실하게 되고 실제로 기타 주주의 합법적 권리도 보장할 수 없다.

출자하자의 주주의 주주권을 제한하는 방식에 대한 검토를 통하여 우선 정관에 출자하자의 주주의 주주권 제한에 관한 규정이 있는 경우 회사 정관에 의해 주주권을 제한해야 하고 정관에 상응한 규정이 없을 경우 주주총회의 결의에 의해 출자하자의 주주의 주주권을 제한해야 한다. 마지막으로 회사의 정관 혹은 주주총회의 결의가 없는 경우에는 회사법 혹은 회사법해석의 규정으로 출자하자의 주주의 주주권을 제한해야 한다.

제4장 출자하자에 따른 주주의 책임

제1절 주주의 출자하자의 민사책임의 성질

1. 서론

주주의 출자의무의 근거는 주주가 회사의 주식을 인수하려는 계약에 있다. 주주는 반드시 계약의 규정에 의하여 주식을 인수하여야 할 뿐만 아니라 인수한 주식의 대금을 납입하여야 한다. 그러지 아니한 경우 주주는 출자의무를 위반하였기에 출자하자의 책임을 부담한다.

회사법은 출자하자의 책임에 관하여 부정적 평가를 하고 있지만 학계에서는 출자하자의 책임의 법적 성질에 대하여 공동된 인식이 형성되지 않았다.[82]자오쉬둥(赵旭东)교수는 "출자의무의 위반행위가 발생하는 시점을 근거로 회사설립 시의 출자하자 행위는 계약법 상 계약위반행위이고 출자의무를 충실히 이행한 주주는 출자의무를 위반한 주주에게 손해배상청구권이 있고, 회사 존속 시 출자하자 행위는 회사법 상 계약위반행위일 뿐만 아니라 회사이익을 침해하는 불법행위이므로 회사는 출자하자 주주 혹은 기타 발기인에게 보충납입청구와 손해배상청구를 할 수 있다."고 주장하고 [83] 장따싱(蒋大兴)교수는 출자의무의 책임대상을 근거로 주주는 "회사의 기타 주주에 대한 책임은 계약위반책임이고 회사에 대한 책임은 계약위반책임과 불법행위책임의 경합이다."고 주장하고[84] 줘촨웨이(左传卫)교수는 출자의무의 성격에 근거하여 "주주의 출자의무는 계약상 의무이고 타인의 합법적 권익을 침해하는 불법행위의 부작위의무와 달라 일종의 작위의무이

---

[82] 陈珍珍, "股东瑕疵出资的民事责任基本问题研究", 华东政法大学硕士学位论文, 2013, 제7면

[83] 赵旭东, "公司法实物系列之五：违反出资义务的法律后果", 「人民法院报」第五版, 2002

[84] 蒋大兴, 『公司法的展开与评判』, 法律出版社, 2001, 제139~145면

다. 그러므로 주주가 부담하는 출자하자의 책임은 성격상 계약위반책임이다.”[85] 주주의 출자하자의 구체적유형과 출자하자행위의 발생의 시점을 결합하여 검토하기로 한다.

2. 출자의무의 불이행 책임

출자의무의 불이행 책임은 주주가 주금을 납입하지 아니하거나 납입 부족한 경우에 발생한다. 앞서 분석한 결과 출자의무는 계약의무와 법정의무의 두 가지 속성을 모두 갖추었다. 한 면으로 발기인은 발기인계약에 의하여 출자의무를 이행하고 주주는 정관에 의거하여 출자의무를 이행한다. 주주의 출자증명은 주주의 자격을 취득하는 중요한 요소이고 주주가 이익배당에 참여할 수 있는 중요한 기초이다. 또한 대륙법계와 영미법계는 모두 주식인수인의 법적지위를 회사의 계약상대방으로 보고 있기 때문에 주주의 출자의무의 불이행 책임은 계약위반책임의 성격을 갖추었다. 다른 한 면으로 주주의 출자의무는 반드시 회사법과 정관의 규제를 받고 있기에 법정의무의 성격이 있다. 그러나 회사법은 계약상대방의 사법자치를 존중하고 정관은 당사자들 사이 합의로 이루어 졌기 때문에 출자의무의 불이행 책임의 계약위반책임의 본질적 성격에 영향주지 않는다.[86]

3. 가장납입책임

주주의 가장납입행위는 주주가 회사에 대한 납입 후 회사법 및 정관의 규정을 위반하여 회사로부터 주금을 인출하는 행위이다. 주주의 가장납입책임의 성격에 관하여 경합설과 불법행위책임설이 존재한다.[87]

---

[85] 左传卫, 『股东出资法律问题研究』, 中国法制出版社, 2004, 제266~제268면

[86] 陈珍珍, 전계논문, 제9면

[87] 경합설은 출자의무는 출자계약과 정관에 의하여 발생하고 회사가 성립되면 주주의 재산은 회

가장납입책임에 대하여 통설은 불법행위책임설이다. 이유는 법률이 회사에 법인격을 부여하는 기본적인 의거는 회사의 재산이고, 회사가 가장납입행위를 할 수 있는 전제조건은 회사에 진실한 재산이 존재해야 한다. 회사의 법인격 독립자격은 회사 성립시기부터 해산시기까지 시종 일관적으로 존재한다. 회사의 재산권을 침범하는 가장납입행위는 회사의 독립적인 법인격에 영향 줄 수 없으며 심지어 회사의 재산을 모두 인출하였다고 해도 회사의 법인격 자격은 여전히 존재한다. 그러므로 회사는 자신의 재산권이 침해 받은 사실을 이유로 가장납입주주에게 불법행위 책임을 청구할 수 있다.[88]

제2절 책임을 추궁할 수 있는 이론적 근거

1. 자본충실의 원칙

자본충실의 원칙은 회사의 항상 자본금에 상응하는 재산을 현실적으로 보유할 것을 요구하는 원칙을 말한다.[89] 자본충실의 원칙은 회사의 설립 시와 증자 시에는 자본금에 상당하는 재산이 회사로 이전될 것을 요구하고 회사의 운영 시에는 자본금에 상당하는 재산이 회사 밖으로 유출되는 것을 제한하고 있다. 회사의 법인격의 독립성을 확보하고 회사 채권자의 합법적 권익을 보장하기 위하여 세계주요국가의 화사법은 자본의 충실책임을 발기인 주주의 기본적인 무과실책임

사의 재산으로 전환된다. 때문에 주주의 가장납입행위는 회사의 재산권을 침해할 뿐만 아니라 계약상 출자의무에 대한 위반행위임으로 가장납입책임은 계약위반책임과 불법행위책임의 경합이다고 주중한다. 불법행위책임설은 가장납입행위는 회사의 독립적인 재산권을 침해하는 불법행이임으로 가장납입책임은 불법행위책임이다고 주장한다.

[88] 左传卫, 전게서, 제266면

[89] 김건식, 전게서, 제79면

으로 규정하고 있다.[90] 자본충실의 원칙은 주로 주주의 인수, 납입담보책임, 보충납입책임 등 내용이 포함되는데 중국 회사법은 주로 유한책임회사의 발기인의 보충납입책임, 주식회사 발기인의 보충납입책임, 기타 발기인의 인수, 납입담보책임을 규정하였다.

자본충실원칙은 발기인의 책임의 법적 성격을 강조하고 출자하자 시 발기인의 계약불이행책임을 추궁하는 기초상 기타 발기인의 연대책임을 강조하여 회사의 신용을 보장한다.

① 자본의 충실책임은 법정 책임이다

자본의 충실책임은 회사법 상 법정 책임으로서 회사 설립 시 발기인의 부담하는 자본의 충실책임은 정관의 약정을 필요조건으로 하지 아니한다. 정관에 발기인의 충실책임에 관한 규정이 없다 하더라도 발기인은 이러한 이유로 책임을 회피하는 항변사유로 사용할 수 없고 발기인의 자본충실 책임은 정관이나 주주총회의 결의에 의하여 면제될 수 없다.[91]

② 자본의 충실책임은 연대책임이다

회사법은 자본의 충실책임을 연대책임으로 규정하는 것은 발기인이 회사 설립 시 출자하자의 행위로 인해 조성된 회사자본의 부족한 부분에 대해 연대하여 보충납입 할 책임이 잇는 것을 말한다. 복수의 발기인의 경우 발기인 1인이 회사자본의 모든 부족한 부분에 대하여 보충납입 할 책임이 있고 연대책임을 이행한 발기인은 기타 주주에게 책임비율에 다라 책임을 물을 수 있다. 연대책임은 자본의 충실책임제도를 실시하는데 유리하고 발기인이 서로 책임을 양보하는 것을 방지한다.

③ 자본의 충실책임은 무과실책임이다.

---

[90] 赵旭东, 『公司法学』, 제207면

[91] 赵旭东, 『新公司法制度设计』, 法律出版社, 2006, 제47면

이는 회사 설립 시 주관적 객관적 이유를 불문하고 주주의 출자하자행위가 존재한다면 출자의무를 위반한 발기인은 반드시 기타 발기인, 혹은 회사에게 자본충실의 책임을 부담해야 한다. 민사책임은 일반적으로 과실책임을 원칙으로 한다. 그러나 회사법 상 발기인의 책임을 무과실책임으로 규정하는 것은 발기인의 책임을 가중하는 것이다. 그 이유는 발기인은 회사 설립단계에서 특수한 지위에 있기 때문에 발기인의 출자의무의 이행은 회사의 성립에 중대한 영향을 미친다.

2. 신의원칙

주주의 출자하자행위는 전통적인 민법이론의 신의원칙을 위반하였고 회사의 자본을 침해하여 기타 주주의 기대이익과 회사 채권자의 신뢰이익을 침해하였다. 때문에 상거래의 질서를 보장하기 위하여 주주의 출자하자행위의 챔임을 추궁할 필요성이 있다.

(1) 신의성실의 원칙

신의성실의 원칙은 민사주체가 민사활동 시 신의성실에 따라야 하며 선의의 방식으로 의무를 이행하고 권리를 남용하여 법률과 계약의 의무를 회피하는 것을 금지한다.[92]신의성실의 원칙의 요구에 의하면 의무주체는 신의성실의 태도로 권리인의 요구에 따라 적합한 방식으로 법정의무 혹은 약정의무를 이행하여야 하고 소극적 의무를 준수하여 상대방을 침해하는 행위를 금지해야 한다. 권리주체는 법률 및 계약 범위 내에서 적합하게 권리를 행사하여야 하고 권리를 남용하여 타인과 공공이익을 침해하는 것을 금지한다.

신의성실의 원칙은 민사활동에서 행위인이 준수해야 할 행위준칙임으로 주주는 회사 설립, 증자 시 반드시 지켜야 한다. 주주의 출자행위는 회사의 자본충실 여부에 결정적인 영향을 주기에 위무주체로서의 출자 시 주주는 반드시 전액압부, 즉시납부해야 하고 특히 현물출자시 검증기구의 가치평가절차를 진행하여야 하며

[92] 王利明, 『民法总则研究』, 中国人民大学出版社, 2003, 제122면

소유이전절차를 거쳐야 한다. 권리주체로서의 주주는 소유하고 있는 주권에 의해 자익권과 공익권을 행사한다.

회사법상 신의성실원칙은 주주의 합법적 권리를 보장할 뿐만 아니라 회사, 기타 주주, 및 회사 채권자의 합법적 권리를 보장한다. 반대로 주주의 출자행위가 신의성실원칙을 위반하여 하자가 존재하면 반드시 책임을 부담해야 한다.

(2) 신뢰보호의 원칙

신뢰보호의 원칙은 신의성실의 원칙의 구체적 표현임으로 모든 민사활동에서 적용되고 있다. 민사활동 중 당사자는 사회일반관념과 권리외관의 영향을 받아 형성하는 신뢰 심리상태를 합리적은 신뢰라 한다. 당사자가 합리적인 신뢰의 동기부여하에 일정한 행위를 하거나 아니한 경우에는 법적 보호를 받는 신뢰이익을 형성한다.[93]

회사의 자본은 주주의 출자를 기초로 하고 있다. 제3자는 주주의 출자의 진실된 외관과 회사자본의 충족한 외관에 의하여 신뢰이익을 형성하고 회사와 거래활동을 진행하고 법률적관계를 형성한다. 다시 말하면 제3자는 회사의 등록자본을 회사의 채무상환능력의 중요한 지표로 판단하여 회사와 계약을 체결하여 경제적 이익을 얻는다. 주주의 출자하자행위는 회사의 등록자본을 유명무실하게 하여 회사의 경영활동에 부정적 영향을 조성하기 때문에 주주는 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다. 동시 출자하자행위는 기타 주주의 합리적인 기대, 즉 공동으로 출자하고 공동으로 수익하는 것을 침해하기 때문에 기타주주는 출자하자의 주주에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

3. 회사 법인격원칙

회사법 상 주주는 출자의무를 위반하면 그에 상당한 법률적책임을 부담한다.

[93] 王利明, 전게서, 2003, 제123면

그러므로 우선 주주의 출자의무의 이행상대방인 회사의 본질에 대하여 검토할 필요가 있다. 회사의 인격에 관하여 법인의제설, 법인부인설, 법인실재설[94]등 학설이 존재한다. 회사법 이론의 진보와 객관적 사회발전현실에 기초하여 현대 회사법은 회사인격독립원칙과 회사법인격부인원칙을 회사제도설계의 기반으로 하고 있다.

(1) 법인격독립원칙

현대 회사법은 회사를 법인으로 규정하고 있다. 회사의 법인격의 효과는 두 가지로 나눌 수 있다. ① 회사는 구성원인 사원과는 별개의 독립적인 권리의무의 주체로서 자기명의로 재산을 보유하거나 채무를 부담할 뿐 아니라 소송에서 당사자가 될 수 있다. 따라서 회사의 대외적 활동에서 발생하는 권리와 의무는 모두 회사에 귀속되고 사원은 회사에 대해서 권리, 의무를 가질 뿐이다. ② 회사의 권리, 의무를 발생시키는 행위를 할 권한은 사원이 아니라 회사의 기관이 갖는다.[95]

회사의 법인격독립원칙의 구체적 표현은 ① 주주의 출자로 형성된 회사의 재산은 독립적이다. ②회사는 독립적인 내부조직기관을 형성하였다. 주주총회는 회사의 독립적인 권력기관이고 이사회는 회사의 집행기관이며 감사회 회사의 감독기관이다. ③ 회사는 독립적인 권리능력과 행위능력을 갖추며 회사의 재산으로 대외적 활동에서 민사적책임을 부담한다. ④ 주주는 출자한도 내에서 회사의 채권자에 대하여 유한책임을 부담한다.[96]

---

[94] 법인의제설은" 자연인인 개인만이 본래의 법적 주체이며, 법인은 법률이 자연인에 의제한 것에 지나지 않는다." 고 주장. 법인부인설은 "법인은 독자적인 사회적 실체를 갖지 않으며 그 본체는 법인을 구성하는 개인 또는 재산이다" 고 주장. 법인실재설은 "법인은 법률에 의해 의제된 것이 아니라 실질적으로 가지는 사회적 실체이고 실재적인 것이기에 권리, 의무를 이행할 수 있다." 고 주장. 蔡立东, 『公司自治论』, 北京大学出版社, 2006, 제178면

[95] 긴건식 56

[96] 최련화, "중국 회사법상 법인격부인론", 고려대학교 석사학위논문, 2013, 제5면

법인격독립원칙에 의하면 주주의 주주의무의 상대방은 회사이고 주주와 기타 주주, 주주와 회사 채권자 사이에 직접적인 관계가 형성되지 않고 주주가 출자의무를 위반 시 직접 회사에 대해 법률책임을 부담한다. 다른 한 면으로 회사의 행위는 독립적인 의사결정기관의 결정에 의하여 형성된 것이므로 회사는 대외적 활동에서 발생하는 책임은 회사가 독립적으로 부담한다.

(2) 법인격부인원칙

법인격부인원칙은 영국 최고 법원이 19세기 후반의 살로몬 사건[97]에서 판시한 회사의 독립성 원칙의 확립으로 시작하였지만 미국의 판례에서 본격적으로 발전되어 학설과 그 적용범위도 더욱 다양하고 풍부하여 졌다. 1905년 미국의 United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co. [98]사건에서 Sanborn판사가 판시한 "법인격이 공익의 편익을 침해하거나 위법행위를 정당화하거나 사기를 비호하거나 범죄를 옹호하기 위하여 이용되었을 때에는 부인되어야 한다"는 정의가 최초로 법입격부인원칙을 확립하였다.[99]

법인격부인원칙의 출현은 법인격독립원칙과 주주유한책임원칙을 전면적으로 소멸하기 위한 것이 아니라 법인격독립원칙과 주주유한책임원칙의 한계와 폐단을 개선하기 위하여 법인이 구체적인 사안에서 주주와 회사 채권자의 이익충돌에 관해 형평에 맞는 해결을 위하여 법인격을 제한적으로 부정하는 것이다.[100] 중국 학자 주츠윈(朱慈蘊)교수의 "법인격부인은 회사가 법인격을 남용하는 것을 방지하고 채권자이익과 사회공공이익을 보호하기 위하여 구체적 법률관계의 특정사실에 대하여 회사의 법인격과 주주유한책임을 부인하여 주주가 회사 채권자와 사회공공이익에 직접적으로 책임을 부담하도록 하여 공정목표를 실현하는 법률조치이

---

[97] Salomon v. Salomon & Co. Ltd., (1897) A. C. 22, 김정호, 『회사법』 제2판, 법문사, 2012, 제15면 재인용

[98] United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co., 142 F.247 (C. C. E. D. Wis.1905).

[99] 남장우, "회사법인격무시의 법리", 고려대 박사학위논문, 1996, 제7면

[100] 김건식, 전게서, 제63면

다.”[101]는 관점은 현재 중국 학계의 통설이며 현행 회사법의 관점이다.

현행 중국 회사법상 법인격부인원칙에 관한 규정은 회사법 제20조 제3항 “주주가 회사의 독립지위와 주주유한책임을 남용하여 채무를 회피하거나 회사 채권자의 이익을 엄중히 침해할 시 회사의 채무에 대해 연대책임을 부담한다”는 규정이며 회사의 법인격과 주주유한책임을 남용하는 구체적 형식을 규정하고 있지 않고 있기 때문에 법원은 구체적 사안에 따라 판단해야 한다. 최고인민법원은 회사의 주주의 출자의무 불이행 및 가장납입으로 인해 회사자본이 등록자본에 비하여 현저히 낮거나 실제 주입자본이 회사의 경영규모와 경영성질에 비해 현저히 부족할 때 법원격부인원칙을 적용할 수 있다고 주장한다.[102]

제3절 출자하자의 민사책임의 주체

1. 출자하자의 민사책임의 의무주체

(1) 출자의무를 위반한 자

출자하자의 민사책임을 추궁할 수 있는 법리에 대한 검토를 통하여 주주가 회사법 및 정관의 규정를 위반하여 출자의무를 이행하지 아니한 경우 당연히 상응한 법적책임을 부담한다. 주주가 출자하자의 주식을 양도한 경우 주주의 출자하자의 민사책임을 추궁할 수 있을지 여부에 관하여 부동한 견해가 존재하지만 사견은 출자하자의 주식을 양도한 경우에도 출자하자의 주주의 민사책임은 면제되지 않는다.

① 민법상 자기책임원칙에 의하면 행위자는 자신의 행위 및 그 결과에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 출자의무를 위반한 행위자는 자신의 출자하자행위와 손해결과에 대한 법적책임은 면제될 수 없다.

---

[101] 朱慈蕴, 『公司法人格否认法理研究』, 法律出版社, 1998, 제75면

[102] 最高人民法院民事审判第二庭, 전게서, 제46면.

② 출자의무는 법정성의 성격을 갖고 있기에 회사법은 정관이나 주주총회의 결의를 통하여 주주의 출자의무를 면제할 수 없다. 출자하자의 주식을 양도한 경우에도 출자하자의 주주의 민사책임에 대하여 실질적으로 면제할 수 없다.

③ 출자하자의 주주가 민사책임을 추궁할 수 있어야만 법률의 공정성원칙에 부합되고 주주의 출자하자 행위를 경고할 수 있으며 회사와 회사 채권자의 합법적 이익을 충분히 보호할 수 있다.

(2) 연대책임자

① 발기인

자본의 충실원칙에 의하면 주주의 출자행위에 대하여 발기인은 담보책임을 부담하며 연대책임의 법정 성격에 때문에 발기인계약과 정관으로 책임을 배제할 수 없다. 주주의 출자하자행위는 회사의 경영활동에 부정적인 영향을 끼치고 심지어 회사설립이 무효가 되거나 파산되는 등 결과를 초래하기에 발기인의 연대책임을 강조하는 것은 주주, 회사 및 회사 채권자 이익에 부합된다. 또한 발기인은 정관을 작성하고 제정 된 정관은 실질적으로 회사의 조직과 운영에 관한 근본규범이다. 정관은 동의의 여부와 관계없이 주주를 구속하기에 발기인은 당연히 주주의 출자행위에 대하여 이행감독 할 책임을 부담한다. 주주의 출자의무 위반 시 발기인은 회사에 대하여 연대책임을 부담해야 한다.

② 주식양수인

주식양수인의 민사책임을 추궁할 수 있을지 여부에 관하여 판단 시 주식양수인의 주관적 심리상태를 결합하여야 한다. 주식을 취득할 시 양수인이 주주의 출자하자행위에 대하여 알았거나 알아야 할 경우 주식양수인은 주주의 출자하자행위에 대하여 연대책임을 부담한다. 반대로 주식양수인이 주주의 출자하자행위를 모르고 또 몰랐다는 것에 대하여 과실이 없는 경우 선의취득이 인정되어 책임을 부담하지 않는다.

③ 이사 및 기타

이사는 회사의 업무집행을 위한 의사결정기관인 이사회의 구성원이며, 회사 경영에 있어서 중요한 역할을 하므로 그 지위에 합당한 의무와 책임을 지게 된다.

이사의 책임은 이사의 의무와 매우 밀접한 관련이 있는데, 이는 이사의 의무의 범위를 확정함으로써 이사에 대한 책임추궁의 근거가 되기 때문이다.[103]

이사의 의무는 이사가 회사의 업무를 처리함에 있어 선량한 관리자의 주의로서 위임사무를 처리할 선관주의의의무[104]와 함께 자기 자신의 이익이나 자신의 이익이 포함된 제3자의 이익이 회사의 이익과 충돌될 때 회사의 이익을 우선하여야 할 충실의무를 말한다. 이사의 충실의무에 의하면 이사는 자기 이익을 위해 회사와 자신의 거래나 회사와 제3자의 거래를 통하여 회사의 재산을 직접적으로 또는 간접적으로 인출하는 것을 금지한다.

또한 선관주의의무의 규정에 의하면 이사는 회사경영을 책임지는 자로서 탁월한 경영능력을 요구한다. 회사 이익의 극대화를 위하여 이사는 반드시 경영판단에 필요한 정보를 수집하고 검토해야 하고 경영판단의 내용은 회사의 최대 이익에 부합되어야 한다. 이사가 선량한 관리자로서의 선관주의의무를 이행하지 아니하고 회사의 손실에 대하여 경영판돈원칙의 보호를 받게 되지 못하면 이사는 상응한 책임을 부담하여야 한다.

2. 출자하자의 민사책임의 청구권자

(1) 회사

회사의 법인격독립원칙에 의하면 회사법은 회사에 독립적인 법인격을 부여하고 회사는 독립적으로 민사활동의 권리주체가 될 수 있다. 출자의무의 계약성에 의하면 주주는 법률과 정관이 규정 된 출자의무를 이행하여야 하고 그 이행 상대방은 회사이다. 주주의 출자하자행위는 출자의무에 대한 위반임으로 회사는 주주를 상대하여 계약위반책임을 청구할 수 있다.

번인격독립원칙의 다른 한가지 중요한 기능은 회사의 재산과 주주의 재산을

---

[103] 吴上遥, ”중국 회사법상 이사의 책임제한에 관한 연구”, 고려대학교 학위논문, 2013, 제1면

[104] 김건식,전게서, 제384면

분리하는 것이다. 회사는 주주의 출자로 인해 회사의 재산에 대하여 독립적인 소유권을 갖고 있다. 주주의 가장납입행위는 회사의 재산권에 대한 침해임으로 회사는 주주를 상대하여 불법행위책임을 청구할 수 있다.

(2) 기타주주

회사 성립 시 발기인은 발기인 계약을 체결하고 출자에 관한 사항을 규정한다. 발기인은 발기인 계약에 규정된 출자의무를 충실히 이행하여야 한다. 발기인이 출자의무를 위반하여 회사 성립이 무효가 될 경우 기타 발기인은 발기인 계약에 의하여 출자의무를 위반한 발기인의 계약위반책임을 청구할 수 있다.

회사가 성립된 후 변경된 정관은 주주와 회사 사이의 계약이고 주주와 기타 주주 사이에는 계약관계가 존재하지 않는다. 또한 회사가 성립된 후 독립적인 권리능력을 갖추었기에 주주의 출자하자 시 계약위반책임에 대한 적격한 청구권자는 회사이고 기타 주주는 주주의 계약위반책임을 청구할 수 없다.

(3) 회사 채권자

원칙적으로 주주는 회사의 채무에 대하여 원칙적으로 책임을 지지 아니한다. 법인격독립원칙에 의하면 회사채권자와의 거래상대방은 회사이고 회사 채권자는 회사에 대하여 채무불이행책임을 청구할 수 있을 뿐 회사와 주주 사이 직접적인 관계가 존재하지 아니하고 주주유한책임원칙에 의하면 주주는 출자한도 내에서 회사의 채무에 대하여 유한책임을 부담한다.

그러나 주주의 출자하자의 경우에는 예외적으로 법인격부인원칙이 적용되여 회사 채권자가 주주의 출자하자책임을 청구 할 수 있다.

제4절 중국 현행 회사법상 주주의 출자하자의 민사책임에 관한 규제

1. 주주의 책임

현행 중국 회사법상 주주의 출자하자의 민사책임체계를 분석하면 주주의 책임에 관하여 회사 성립시기를 기준으로 하여 크게 회사 설립 단계의 발기인의 책임과 회사 존속 단계의 주주의 책임으로 나누어 규정하고 있다. 회사 설립 시 주주 사이 효력을 발생하는 것은 발기인계약이다.

(1) <회사법> 제94조 제3항은 "주식회사의 발기인은 회사 설립 시 자신의 과실로 인해 회사 이익이 손해 보게 되면 발기인은 회사에 손해배상책임을 부담한다." 고 규정하였고 <회사법해석3> 제4조 "회사의 성립이 무효가 될 경우 채권자는 발기인 전체 혹은 일부에 대하여 회사 설립과정에서 형성된 비용과 채무에 대해 연대책임을 청구할 수 있다. 발기인이 채권자의 청구에 의해 채무를 변제한 후 기타 주주에 대해 책임을 부담할 것을 청구할 수 있다. 연대책임의 부담은 약정이 없는 경우에는 약정한 출자비율에 의해 정하고 약정한 출자비율이 없으면 평균부담 한다. 회사의 설립의 무효사유는 발기인의 과실로 인한 것일 경우 기타 발기인이 과실책임을 주장하면 법원은 발기인의 과실의 상황에 근거하여 책임을 부담하는 범위를 정한다."고 규정하였다. 위에서 서술하듯이 회사의 설립단계에 있어서 발기인 계약은 발기인 사이의 권리와 의무관계를 규정하는 근본규범이다. 발기인의 계약의 의무를 위반하면 계약위반책임을 부담하여 손해배상책임을 진다. 회사 설립단계의 귀책원칙은 발기인은 외부 채권자에 대해서 무과실책임원칙을 준용 지고 발기인 내부에서는 과실책임원칙을 준용한다. 주식회사일 경우, 회사 성립 후 발기인은 인수한 주식에 의해 납입행위를 하지 아니하면 기타 발기인은 보충납입의 연대책임을 진다.[105] 인수, 납입담보책임은 주식회사에만 규정되었지만 유한회사에서도 적용할 수 있다는 것이 통설이다.[106]

(2) 회사 존속단계에서 출자하자의 주주는 회사법과 정관의 규정에 의해 출

---

[105] 회사법 제93조: 주식회사 성립 후 발기인은 화사의 정관의 규정에 의해 충분히 납입하지 아니하면 부충납입해야 하고 기타 발기인은 연대책임을 진다.

[106] 朱慈蕴, "股东违反出资义务像是承担违约责任", 「北方法学」第8卷 第43期, 2014。제 34면

자하자책임을 부담하는데 주로 주주가 기타 주주에 대한 책임, 주주가 회사에 대한 책임, 주주가 회사 채권자에 대한 책임으로 나뉠 수 있다.

① <회사법> 제28조는 "주주는 응당 인수한 주식에 대하여 전액 납부하고 납입 기한 내에 즉시납부 해야 한다. 주주가 규정된 납입을 하지 아니한 경우에는 회사에 대해 보충납입 해야 하고 기타 출자의무를 완전히 이행한 주주에 대해 계약위반책임을 진다." 고 규정하였다.

② <회사법해석3> 제13조는 "i. 주주가 출자의무를 이행하지 아니한 경우에는 회사, 기타 주주 및 회사채권자는 출자의무를 부담하는 주주에게 출자의무를 이행할 것을 청구할 수 있다.ii. 회사 채권자의 채권이 충분히 변제 받지 못한 경우 출자의무를 이행하지 아니한 범위 내에서 주주에게 연대배상책임을 청구할 수 있다. iii. 회사 설립 시 주주가 출자의무를 이행하지 아니한 경우 발기인의 연대책임을 청구할 수 있다.

2. 기타 관련 있는 주체의 민사책임

(1) 이사 및 고급관리인원

① <회사법> 제13조 제4항은 "신주 발행 시 주주의 출자의무를 이행하지 아니한 것은, <회사법> 제148조[107]가 규정된 이사 및 고급관리인원의 행위로 인한 것이면 주주와 이사 및 고급관리인원은 연대책임을 진다." 고 규정하였다. 주주의 출자하자의 행위는 이사의 충실의무의 위반으로 인한 것이면 주주와 이사는

[107] 회사법 제148조: 이사, 감사, 고급관리인원은 다음과 같은 행위를 하여서는 아니 된다: ① 회사의 자금을 돌려쓰는 행위; ② 회사의 자금을 개인명의통장으로 저축하는 행위; ③ 정관의 규정을 위반하고 주주총회의 동의가 없이 회사자금을 대출하거나 회사의 재산으로 담보를 제공하는 행위; ④ 경관의 규정과 주주총회의 동의가 없이 자기거래를 하는 행위; ⑤ 개인목적으로 정관의 규정을 위반하고 직무상의 편리를 이용하여 회사의 상업기회를 탈취하거나 동종업종을 경영하거나 타인과 회사 사이의 거래의 보수를 탈취하는 행위; ⑥ 타인과 회사의 거래의 보수를 받는 행위; ⑦ 회사비밀을 누설하는 행위; ⑧ 기타 회사에 대한 충실의무를 위반하는 행위. 이사, 고급관리인원이 상술한 규정을 위반하여 취득한 소득은 회사에 반환해야 한다.

연대책임을 져야 한다.

② <회사법> 제14조의 제1항은 “주주의 가장납입의 경우 회사 및 기타 주주는 주주의 가장납입행위를 협조한 주주, 이사, 고급관리인원 또는 지배주주에게 연대책임을 청구할 수 있다.

③ <회사법> 제14조의 제2항은 “주주의 가장납입의 경우 회사 채권자는 회사채무가 변제 받지 못한 부분에 관하여 가장납입을 협조한 기타 주주, 이사, 고급관리인원 또는 지배주주에게 연대책임을 청구할 수 있다.

(2) 주식양수인

<회사법> 제19조는 유한회사의 출자의무를 이행하지 아니한 주주가 주식을 양도한 경우 양수인은 이 사실에 대해 알았거나 알고 있어야 할 경우 출자의무를 위반한 주주와 주식양수인은 연대책임을 부담한다.

3. 중국 회사법상 출자하자의 민사책임제도에 관한 평가

<회사법해석3> 출시된 후에 중국 회사법상 출자하자의 민사책임제도는 비교적 내용이 풍부하고 비교적 구체적이다. <회사법해석3>은 출자하자의 구체적 유형별 주주 및 기타 관련인의 민사책임을 규정하였고 청구권 주체도 구체적으로 규정하였다. 그러나 일부 민사책임에 규정은 권리와 의무가 균형을 이루지 못하고 있다.

예컨대 이사의 연대책임의 합리성에 대해 검토할 여지가 있다고 생각한다. 중국 회사법 이사의 책임에 대해 아주 엄격하게 규정되어 있기에 경영판단원칙 등 이사의 책임을 제한하는 규정이 없다. 이사의 충실의무와 선관주의의무에 의하면 이사는 회사의 업무를 처리함에 있어서 회사의 이익을 극대화 하여야 하며 회사의 이익에 손해 주지 말아야 한다. 그러나 전문적인 경영능력을 갖춘 이사의 결정으로 인해 회사에 손해가 발생하였더라도 그 결정이 합리적 절차를 거쳤고 내용이 터무니 없는 것이 아니라면 이사에게 법적 책임을 지워서는 아니 된다.[108]

[108] 김건식, 전게서, 제391면

회사의 경영활동은 정상적인 상업위험이 따르기 때문에 이사가 과중한 책임을 부담하게 되면 회사 경영활동에 대해 과감한 결정을 할 수 없고 이사가 과감한 결정을 할 수 없으면 상업시기를 놓쳐 회사의 이익에 손해주는 것이다. 사견으로는 이사의 결정이 주주의 출자하자의 행위와 연관된다고 하더라도 이사의 결정이 합리적인 절차를 거쳤다면 경영판단의 원칙에 의해 책임을 물을 순 없다고 생각한다.

제5절: 출자하자의 주주의 기타책임

1. 행정책임

<회사법> 제201조와 국무원이 제정한 <회사등기관리조례>제66조는 "회사의 발기인, 주주는 회사성립 후 가장납입 할 경우 회사등기기관은 개정할 것을 명령할 수 있으며 가장납입한 금액의 5%이상 15%이하의 벌금을 처한다."고 규정하였다.

또한 <회사등기관리조례> 제 65조는 "회사의 발기인, 주주가 허위납입, 또는 출자한 금전 또는 실물을 교부하지 아니하거나 합리한 기한내에 교부하지 않으면 회사등기기관은 개정할 것을 명령할 수 있으며 허위납입한 금액의 5%이상, 15%이하의 벌금을 처한다."고 규정하였다.

2. 형사책임

형법 제158조는 등록자본 허위신고죄를 규정하였다. "회사설립등기를 신청할 시 위조된 증명서류 또는 기타 사기수단으로 등록자본을 허위신고하고 회사등기기관을 기만하여 회사등기를 하는 경우 허위신고 된 등록자본의 액수가 거대하거나 그 후과가 엄중하고 또는 기타 엄중한 경위가 있을 시 3년 이하의 유기징역 또는 단기징역을 처하고 동시에 혼은 단독으로 허위신고 된 등록자본의 1%이상 5%

이하의 벌금을 처한다. 회사가 전항의 범죄를 범하면 회사에 벌금을 처하고 동시에 직접적인 책임있는 주관인원과 기타 인원에 대해 3년 이하의 유기징역 또는 단기징역을 처한다.” 고 규정하였다.

형법 제159조는 허위납입죄, 가장납입죄를 규정하였다. “회사의 발기인 혹은 주주가 회사법의 규정을 위반하여 화폐, 실물을 교부하지 아니하거나 소유권 이전등기를 하지 않은 경우, 허위납입 또는 회사성립 후 자금을 인출하는 경우, 그 액수가 거대하거나 그 후과가 엄중하고 또는 기타 엄중한 경위가 있을 시 5년 이하의 유기징역 또는 단기징역을 처하고 동시에 허위납입 또는 가장납입한 금액의 2%이상 10%이하의 벌금을 처한다. 회사가 전항의 범죄를 범하면 회사에 벌금을 처하고 동시에 직접적인 책임있는 주관인원과 가타 인원에 대해 5년이하의 유기징역 또는 단기징역을 처한다.

2014년 <회사법해석3>이 출시된 후 <중국인민대표대회상무위원회가 형법 제158, 제159조에 대한 해석>에서 형법 제158조, 제159조의 해석은 등록자본 실제납입제도를 실시하는 회사에만 적용한다고 해석하였다. 즉 모집설립의 회사 및 앞서 열거한 27개의 특수업종의 회사에만 적용하는 것이다.

제5장 결　론

본문은 2014년 <회사법해석3>을 배경으로, 주주의 출자하자의 행위로부터 착수하여 주주의 출자의무와 출자하자행위에 대해 비교적 구제적으로 검토하였다.

회사의 권리의무관계에서 일방적으로 주주권의 실현과 보호를 강조하는 것은 회사의 발전에 부정적인 것이고 궁극적으로 사회의 경제발전을 억제할 수 있다. 중국의 법률 실무자들도 이런 문제를 인식하고 주요하게 주주권의 제한과 출자하자주주의 민사책임을 규정하는 <회사법해석3>을 제정하였다.

주주권제한 쟁점에 관하여 주주권, 출자행위, 주주자격은 서로 다른 개념이고 혼돈해서는 아니 된다. 주주의 출자행위는 주주권을 취득하는 실질적인 요소이고 주주자격은 주주권을 취득하는 형식적인 요소이다. 주주의 출자행위가 있다고 하여 필연적으로 주주권을 취득하는 것은 아니고 주주권의 취득은 주주자격의 취득을 시발점으로 한다. 그러므로 출자하자의 주주는 주주권을 행사하지만 주주권의 실질적인 요건이 충족하지 않기에 완전한 주주권을 이행할 수 없다.

출자하자행위는 계약상 출자의무를 위반하는 행위이기 때문에 출자하자의 민사책임에 대응하는 의무는 본질적으로 회사의 정관에 의해 주식을 인수하고 회사에 재산을 납입하는 의무를 말한다. 그러므로 출자하자행위 민사책임은 본질상 자본충실의 원칙에 의한 자본충실의 책임이며 회사의 재산의 독립성을 보호하는 시각에서 엄격하다. 그러나 회사법의 발전에 의해 자본충실의 원칙은 점점 몰락되고 있다. 회사의 발전은 회사의 자본을 물질기초로 하고 있지만 회사의 업무를 결정하는 전문적인 경영인, 이사가 없이는 지속적으로 발전할 수 없으며 경제적 이익을 창출할 수 없다. 그러므로 주주의 출자 하자행위가 이사의 결정과 연관이 있다고 하더라도 이사의 결의가 합리한 절차를 거쳤으면 경영판단원칙에 의해 책임을 면제하게 해야 한다.

참고문헌

[한국문헌]

단행본

김건식, 『회사법』, 박영사, 2015

이철송, 『회사법강의』제22판, 박영사, 2014

김정호, 『회사법』 제2판, 법문사, 2012

정찬형, 『상법강의』(상) 제19판, 박영사, 2016

연구논문

김홍기, “주주권의 제한과 그 한계에 관한 연구-금산법상의 강제적 자본감소제도를 중심으로”, 법조 제55권 3호, 2006

학위논문

최련화, “중국 회사법상 법인격부인론”, 고려대학교 석사학위논문, 2013

남장우, “회사법인격무시의 법리”, 고려대 박사학위논문, 1996

吴上遥, ”중국 회사법상 이사의 책임제한에 관한 연구”, 고려대학교 학위논문, 2013

[중국문헌]

단행본

赵旭东主编, 『公司法学』（第二版）, 高等教育出版社, 2006

赵旭东, 『新公司法讲义』, 人民法院出版社,2006

赵旭东, 『新公司法制度设计』, 法律出版社, 2006

石少侠, 『公司法』, 人民出版社, 1996

徐燕, 『公司法原理』, 法律出版社, 1997

蒋大兴, 『公式法展开与评判-方法・判例・制度』, 法律出版社, 2001

孙晓杰, 『公司法基本原理』, 中国检察院出版社, 2006

最高人民法院民事审判第二庭, 『公司案件审判指导』, 法律出版社, 2014

江平, 『新编公司法教程』, 法律出版社, 2003

丁巧仁, 『公司案件判解研究』, 人民出版社, 2003

刘俊海, 『现代公司法』, 法律出版社, 2008

刘俊海, 『股份有限公司股东权的保护』, 法律出版社, 2004

刘俊海, 『新公司法的制度创新：立法争点与解释难点』, 法律出版社, 2006

顾功耘, 『公司法律评论』, 上海人民出版社, 2002

李建伟, 『公司法学』, 人民大学出版社, 2008

赵万一, 卢代富, 『公司法：国际经验与理论架构』, 法律出版社, 2005

奚晓明, 金剑锋, 『公司诉讼的理论与实务问题研究』, 人民法院出版社, 2008

施天涛, 『公司法论』, 法律出版社, 2006

雷兴虎, 『公司法新纶』, 中国法制出版社, 2001

王晓晔, 『德国民法通论』, 法律出版社, 2003

杨君仁, 『有限公司股东退股与除名』, 神州图书出版有限公司, 2000

左传卫, 『股东出资法律问题研究』, 中国法制出版社, 2004

王利明, 『民法总则研究』, 中国人民大学出版社, 2003

朱慈蕴, 『公司法人格否认法理研究』, 法律出版社, 1998

연구논문

赵旭东, “从资本信用到资产信用”, 法学研究「第五期」, 2003

赵旭东, “公司法实物系列之五：违反出资义务的法律后果”, 「人民法院报」第五版, 2002

樊涛, “公司人格机理与公司救济制度之重构”, 「河北法学」第10期, 2008

刘冬龙, “浅谈股东出资瑕疵的法律责任”, 「金卡工程：经济与法」第12期, 2009

朱彩华, “试论虚假出资”, 「河北经贸大学学报」第3期, 1999

郑曙光, “股东违反出资义务违法形态与民事责任探究”, 「法学」第6期, 2003

周友苏, “试析股东资格认定中的若干法律问题”, 「法学」第12期, 2006

江平, 孔祥俊, “论股权”, 「中国法学」, 第1期, 1994

朱慈蕴, “资本多数决原则与控制股东诚信义务”, 「法学研究」第四期, 2004

朱慈蕴, “股东违反出资义务像是承担违约责任”, 「北方法学」第8卷 第43期, 2014

李晓霖, “论股权出资瑕疵队股权行使的影响, 「吉林省经济管理干部学院学报」第五期, 2008

冯果’“论公司股东与发起人的出资责任”, 「法学评论」第5期, 1999

吴德成, “有限责任公司股东的除名”, 「西南民族大学学报」第九期, 2006

朱彩华, “试论虚假出资”, 「河北经贸大学学报」, 第3期, 1999

张彩娟, “ 对规范公司出资行为的思考”, 「黄石高等专科学校学报」, 2003

谬永贵, “谈谈公司虚假和抽逃出资的表现形式”, 「工商行政管理」, 2001

江苏省高级人民法院民二庭, “ 关于股东瑕疵出资及其民事责任的认定”, 「人民司法」, 2003年

宋良刚, “ 股东抽逃出资的法律责任与救济”, 「法律适用」第2期, 2003年

顾东伟, “限制股东权利章程条款效力之分析”, 「黑龙江省政法管理干部学院学报」第四期, 2008

학위논문

宁晨新, “股权出资法律问题研究”, 中国政法大学博士学位论文, 2006

王新, “股东瑕疵出资民事责任研究”, 烟台大学硕士学位论文, 2012

吴永刚, “疵出资股东的权利限制研究”, 中国政法大学硕士学位论文, 2011

陈珍珍, “股东瑕疵出资的民事责任基本问题研究”, 华东政法大学硕士学位论文, 2013

[외국문헌]

Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Harvard University Press, 1991

Abstract

A legal study on the Shareholders with Defective Capital Contribution in Chinese Corporation Law

Piao Yunfeng

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Shareholder with defective capital contribution behavior not only destroy company credit, but also will cause adverse effect on the market trading environment. Corporation Law amended in 2013, new corporation law of China modified the "statutory capital system" with a new system combining the "subscription capital system" and "statutory capital system". This adjustment reflects the government to reduce the company set up barriers and promote social investment purposes，but not involved for the restrictions on the right and liability of shareholders with defective capital contribution. Most of the articles in The Third Explanation on Company Law have regulated for the funding problems, however, it is too general that the part in which limit the right of defective capital contributors.

This paper will introduce the general theory of the defective funds. It started from the knowledge of four basic concepts: shareholders, capital, qualifications of shareholders and right of shareholders, typed the connotation and extension of defective capital contribution and divided defective capital contribution into non-compliance and not proper compliance.

First of all, this paper will introduce the general theory of the liability of the shareholder with defective capital contribution in Chinese corporation law, by dividing the liability to the company, the liability to the other shareholders, the liability to the creditors. This paper also

reviewed the problems that exist in the Chinese corporation law, and proposed legislative proposal.

Secondly, this paper will discuss the restriction on the right of shareholders with defective capital contribution. It start from the general theory of the shareholder right, and analyzed properties of rights, sours of the shareholders rights. Through the discussion of the right of shareholders, this paper will analyzed the connection between the shareholders rights and shareholders qualification.

Key words: Contribution obligations of shareholders, liability of the shareholder with defective capital contribution, restriction on the right of shareholders with defective capital contribution

Student number: 2013-23889