

파산 직전 우선변제 행위와 이사의 개인책임에 관한 연구

—— 중국 기업파산법을 중심으로 한 분석

A Study on Preferential Payment Actions Imminently before
Bankruptcy and Directors' Personal Liability
— An Analysis Centered on the Chinese Enterprise Bankruptcy Law

유광치(刘光智)(인하대학교 법학과 박사생)

LIU, GUANGZHI(Inha University, Department of Law)

목 차

I. 서 론

1. 연구의 배경과 목적
2. 연구의 범위와 방법
3. 논문의 구성

II. 우선변제 행위의 이론적 기초

1. 채권자 평등원칙의 규범적 함의
2. 우선변제 행위의 개념 요소와 유형
3. 파산 임계기의 법적 기능과 의의

III. 중국 파산법상 취소권 제도의 구조와 한계

1. 취소권의 법률 조문 분석과 규범 체계
2. 취소권의 구성 요건과 적용 범위
3. 정상적 상업활동 예외의 법적 해석과 논쟁
4. 현행 취소권 제도의 구조적 결함

IV. 파산 임계 상태에서 이사의 의무와 개인 책임

1. 재무 곤경 속 이사 의무의 전환과 확장
2. 이사 개인책임의 법적 근거와 구성 요건
3. 특수관계인 우선변제와 이사책임의 인정
4. 경영판단원칙의 적용 가능성과 한계

V. 비교법적 고찰: 독일·미국·대만의 규제 모델

1. 독일법의 단계적 취소구조와 이사 의무
2. 미국법의 객관적 취소제도와 채권자 이익론
3. 비교법적 시사점과 중국법에의 함의

VI. 현행 제도의 결함과 개선 방안

1. 규범 체계의 미비점 종합 평가
2. 취소권 제도의 해석과 적용에 관한 개선
3. 이사 개인책임 규범의 체계화 방안
4. 예방적 규제 메커니즘의 도입 검토

VII. 결 론

I. 서 론

1. 연구의 배경과 목적

기업 파산은 시장경제 운영에서 불가피한 법률현상이다. 기업이 채무초과 또는 심각한 유동성 위기에 빠졌을 때, 그 전체 재산은 법에 따라 파산재단을 구성하여 전체 채권자 사이에서 청구권 순위 및 비례 규칙에 따라 공평하게 배분되어야 한다.¹ 그러나 파산신청이 제기되기 전의 단계에서, 기업은 흔히 법률 감독이 상대적으로 취약한 공백 속에서 전체 채권자의 이익을 해치는 일련의 행위를

¹왕신신(王欣新): 《파산法》(제 4 판), 중국인민대학출판사 2019 년판, 2-5 면.

실시한다. 그중에서도 우선변제 행위가 가장 광범위하게 나타나며, 그 법적 논쟁 또한 가장 심각하다.²

중국은 2007 년 《기업파산법》을 정식으로 시행하면서 파산취소권 제도를 도입하였고, 2013 년 최고인민법원의 사법해석을 통해 그 적용 범위를 확장하였다. 그러나 법률 조문의 간명함과 사법 적용의 복잡성 사이에는 상당한 긴장이 존재한다. 파산신청 수리 전 6 개월의 소급기간이 충분히 합리적인지, 정상적 상업활동과 편파적 변제 사이의 구분 기준이 명확한지 등은 제도 실효성 검증의 핵심 논제이다. 특히 우선변제 행위의 이면에는 흔히 회사 이사의 의사결정이 관여한다는 점에서, 이사가 재무적 곤경 시점에 어떠한 특별 의무를 부담하는지, 그리고 우선변제 행위를 승인하거나 지시한 경우 어떠한 개인책임을 부담해야 하는지의 문제는 회사법과 파산법 양 영역을 가로지르는 복합적 논제로서 충분히 논구되지 않은 상태이다.³

본 연구의 목적은 우선변제 행위에 대한 이론적 기초를 명확히 하고, 중국 《기업파산법》상 취소권 제도의 규범 구조와 적용 실태를 체계적으로 분석하며, 나아가 우선변제 행위와 이사의 개인책임 간의 연결 메커니즘을 규명하는 데 있다. 이를 통해 현행 제도의 미비점을 비판적으로 검토하고, 비교법적 경험을 참조하여 구체적이고 실현 가능한 제도 개선 방안을 제시하고자 한다.

2. 연구의 범위와 방법

본고의 연구 범위는 시간적·내용적·비교법적 측면에서 다음과 같이 한정된다. 시간적 측면에서는 중국 《기업파산법》(2007 년 시행)과 2023 년 개정 《회사법》을 주요 분석 대상으로 하되, 관련 사법해석 및 최근 판례 동향을 포함하여 현행 규범

²Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (4th edn, Sweet & Maxwell 2011) p.464.

³심귀명(沈貴明): 《회사法》(제 3 판), 북경대학출판사 2022 년판, 378 면.

체계의 운영 실태를 종합적으로 검토한다. 내용적 측면에서는 우선변제 행위의 개념 정의와 법적 성질, 파산취소권의 구성 요건과 적용 범위, 파산 임계 상태에서 이사의 충실의무 및 근면의무의 내용과 개인책임의 인정 기준을 중점적으로 다룬다. 비교법적 측면에서는 독일 《지급불능절차법》(Insolvenzordnung)과 미국 《연방파산법》(Bankruptcy Code) 제 11 편, 그리고 대만 《파산법》을 주요 비교 대상으로 삼아, 각 법역의 규제 모델과 주요 논점을 검토한다.⁴

연구 방법으로는 문헌연구 방법, 비교법학적 방법, 규범 분석 방법, 사례 분석 방법을 종합적으로 활용한다. 이러한 다각적 연구방법론의 종합적 활용은 우선변제 행위와 이사책임이라는 복합적 법률 문제에 대한 입체적 이해를 가능하게 할 것이다.

3. 논문의 구성

본고의 구성은 다음과 같다. 제 2 장에서는 우선변제 행위의 이론적 기초를 정리한다. 채권자 평등원칙의 규범적 함의를 검토하고, 우선변제 행위의 개념 요소와 유형을 체계적으로 분석하며, 파산 임계기의 법적 기능과 의의를 고찰한다. 제 3 장에서는 중국 《기업파산법》상 취소권 제도의 구조와 한계를 심층 분석한다. 제 4 장에서는 파산 임계 상태에서 이사의 의무와 개인책임을 집중적으로 분석한다. 제 5 장에서는 비교법적 관점에서 독일·미국·대만의 관련 제도를 검토한다. 제 6 장에서는 앞선 분석을 토대로 현행 제도의 결함을 종합 평가하고 구체적인 개선 방안을 제시한다. 제 7 장에서는 본고의 연구 결과를 요약하고 향후 과제를 제시한다.

II. 우선변제 행위의 이론적 기초

1. 평등원칙의 규범적 함의

⁴대만 《파산法》(2009 년 개정).

채권자 평등원칙(*pari passu principle*)은 파산법의 가장 핵심적인 가치적 기반 중 하나이다. 그 기본 명제는, 동일 순위의 채권자는 채권 비율에 따라 평등하게 변제받아야 하며, 누구든 채무자와의 특수 관계를 이유로 다른 채권자가 인지하지 못한 상태에서 추가적인 변제 이익을 취득해서는 안 된다는 것이다.⁵ 이 원칙의 철학적 기초는 교정적 정의에 있다. 즉, 기업이 파산을 선고받는 순간, 전체 채권자의 채권 권리는 사실상 '공동 위기' 상태에 놓이며, 파산절차가 창설하는 집단적 프레임워크는 개별 채권자의 경쟁적 추심을 방지하여 '이해공동부담'의 규범적 목표를 실현하고자 한다.⁶

그러나 채권자 평등원칙은 절대적인 것이 아니다. 《기업파산법》 제 113 조는 파산청산의 법정 순위를 명확히 규정하고 있다. 즉, 담보채권, 파산비용, 공익채무, 근로자채권, 세금채권, 그리고 최후의 일반채권 순이다.⁷ 이러한 법정 순위의 존재는, 평등원칙이 서로 다른 채권 종류 사이에는 적용되지 않으며, 그 사정거리가 동일 순위의 채권자 간에만 미침을 의미한다. 나아가 평등원칙은 형식적 평등이 아닌 실질적 평등을 지향한다는 점에서, 담보권자의 우선변제권이나 법정 우선순위의 인정은 원칙에 대한 예외라기보다 원칙의 구체화로 이해되어야 할 것이다.

파산법학계에서는 채권자 평등원칙의 규범적 근거를 계약론적 관점과 공공정책적 관점으로 구분하여 설명하기도 한다. 계약론적 관점에서는 채권자들이 사전에 파산 시의 배분 규칙에 합의하였다고 간주함으로써 평등원칙의 정당성을 도출한다. 공공정책적 관점에서는 채권자 간의 경쟁적

⁵Vanessa Finch & David Milman, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles* (3rd edn, Cambridge University Press 2017) p.217.

⁶허덕봉(許德峰): 「파산法상의 채권자 평등원칙」, 《중국법학》 2011 년 제 4 호, 116-128 면.

⁷《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 113 조.

주심이 초래하는 사회적 비용을 방지하고, 기업 구조조정의 효율성을 제고하며, 채무자의 도덕적 해이를 억제하는 기능적 측면에서 평등원칙의 필요성을 주장한다.⁸

중국법의 맥락에서 채권자 평등원칙은 《기업파산法》 제 1 조의 입법 목적 조항에 '채권자 이익의 공평한 보호'라는 표현으로 명시되어 있으며, 이는 파산절차 전반에 걸친 해석 원리로 기능한다.⁹ 그러나 이 원칙이 구체적 규칙으로 전환되는 과정에서 발생하는 해석의 간극, 특히 파산 전 단계의 행위에 대한 규제 기준의 모호성은 제도적 완비를 요구하는 핵심 과제로 남아 있다.

2. 우선변제 행위의 개념 요소와 유형

비교법적 시각에서, 우선변제 행위(preferential payment)는 통상 다음의 핵심 요소를 포함한다. 첫째, 주체 요건으로서 채무자(또는 그 대리인)가 특정 변제행위를 실시했을 것. 둘째, 시간 요건으로서 해당 행위가 법정 소급기간 내에 발생했을 것. 셋째, 재무 상태 요건으로서 행위 실시 시 채무자가 이미 지급불능 또는 채무초과 상태에 있었을 것. 넷째, 결과 요건으로서 해당 행위가 특정 채권자로 하여금 다른 채권자에 비해 보다 유리한 지위를 획득하게 했을 것이다.¹⁰

주목할 것은, 중국 《기업파산법》 제 32 조가 채택한 '개별 변제'의 표현이 영미법의 '우선변제' 개념에 비해 구성 요건상 보다 간결하며, 주관적 의도나 불성실성을 명확히 요구하지 않는다는 점이다. 이러한 입법적 선택은 객관주의적 입장을 반영하는 것으로, 초기 영미법이 취한 주관주의적 노선과 구별된다.¹¹

⁸Ian F Fletcher, *The Law of Insolvency* (5th edn, Sweet & Maxwell 2017) pp.368-370.

⁹《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 1 조.

¹⁰David Milman, "Curbing the Phoenix Syndrome" (1997) 18 *The Company Lawyer* 224, 225.

¹¹원벽화(袁碧華): 「중국 파산취소권 제도의 이론적 기초와 제도 구축」, 《법률과학》 2015 년 제 3 호, 94-103 면.

객관주의적 접근은 채무자의 의도 입증의 어려움을 회피하고 규제의 실효성을 제고한다는 장점이 있으나, 정상적 상업거래까지 과도하게 규제할 위험을 내포한다.

우선변제 행위는 그 형태에 따라 다음과 같이 유형화할 수 있다. 첫째, 기한 전 변제(early payment)로서, 아직 이행기가 도래하지 않은 채무를 미리 변제하는 경우이다. 둘째, 기한 도래 채무에 대한 편파적 변제로서, 이미 변제기가 도래한 채무이더라도 변제 시기나 금액이 현저히 불균형한 경우를 포함한다. 셋째, 담보 제공 또는 담보 강화 행위로서, 기존 무담보 채권자에게 담보를 제공하거나 기존 담보의 범위를 확대함으로써 해당 채권자의 변제 지위를 인위적으로 상승시키는 행위이다. 넷째, 관련 당사자에 대한 우선변제로서, 채무자의 이사, 주주, 또는 그 특수관계인이 채권자인 경우에 이루어지는 편파적 변제를 의미한다.¹²

이러한 유형화는 각 행위 유형별로 규제의 강도와 입증 책임의 배분을 달리 설정해야 할 필요성을 시사한다. 특히 관련 당사자에 대한 우선변제는 내부자 거래의 위험이 크고 정보 비대칭성이 현저하므로, 보다 엄격한 규제와 입증 책임의 전환이 정당화될 수 있다.

3. 파산 임계기의 법적 기능과 의의

파산 임계기(hardening period / suspect period) 제도의 핵심 기능은, 파산신청 제기 전의 특정 기간 내에 채무자가 이미 파산에 임박한 상태에 있다고 추정함으로써, 취소권 행사를 위한 시간적 좌표를 제공하는 데 있다.¹³ 이 기간의 설정은 법적 안정성(legal certainty)과 채권자 보호라는 두 가지 상충되는 가치 사이의 절충을 반영한다. 임계기가 너무 짧으면 채무자의 도피적 행위를

¹²Charles J Tabb, The Law of Bankruptcy (3rd edn, Foundation Press 2014) pp.529-533.

¹³¹² Fletcher (n 7) p.371.

효과적으로 규제할 수 없고, 너무 길면 정상적 상업거래의 안정성을 훼손할 우려가 있다.

독일 《지급불능절차법》(InsO) 제 130 조는 지급불능 발생 후 3 개월 내 또는 신청일 전 3 개월 이내의 변제행위에 대해 파산관재인이 취소할 수 있다고 규정한다.¹⁴ 미국 《연방파산法》 제 547 조는 파산신청 전 90 일 이내(관련 당사자에 대해서는 1 년으로 연장)의 우선변제 행위를 수탁자가 취소할 수 있다고 규정한다.¹⁵ 이에 비해 중국 《기업파산법》 제 32 조가 규정하는 6 개월 기간은 국제 비교에서 중간 수준에 해당한다. 그러나 단순한 기간의 장단 비교를 넘어, 각 법역이 임계기와 결합하는 다른 구성 요건을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

파산 임계기의 법적 기능은 시간적 기준 설정에 그치지 않고, 채무자의 재무 상태에 관한 법적 추정의 기능도 수행한다. 즉, 임계기 내에 이루어진 특정 행위는 채무자가 이미 지급불능 상태에 있었던 것으로 추정함으로써, 관재인의 입증 부담을 경감시키는 효과를 가진다. 다만 중국법은 이러한 추정 규정을 명시적으로 두고 있지 않아, 관재인이 개별 사안에서 지급불능 상태를 독자적으로 입증해야 하는 부담을 안고 있다.¹⁶

또한 임계기의 기산점에 관한 해석도 중요한 실무적 의의를 갖는다. 중국 《기업파산법》 제 32 조는 기산점을 '파산신청 수리일'로 규정하고 있는바, 이는

¹⁴Insolvenzordnung (InsO), §130 (Germany). 정욱(鄭域): 「독일 파산취소제도 연구」, 《비교법연구》 2016 년 제 5 호, 130-148 면.

¹⁵11 U.S.C. § 547(b)(4) (2018).

¹⁶장선빈(張善斌): 「파산절차에서 지급불능 인정의 거증책임」, 《중국법률평론》 2020 년 제 1 호, 89-97 면.

파산선고일이나 파산신청 제출일이 아닌 점에서 채무자의 신청 지연을 통한 취소권 회피를 방지하는 기능을 한다.¹⁷

III. 중국 파산법상 취소권 제도의 구조와 한계

1. 취소권의 법률 조문 분석과 규범 체계

《기업파산법》 제 32 조는 다음과 같이 규정한다. '인민법원이 파산신청을 수리하기 전 6 개월 이내에 채무자 재산에 관한 다음 각 행위에 대해 관재인은 인민법원에 취소를 청구할 수 있다. (1) 무상으로 재산을 이전하는 행위, (2) 현저히 불합리한 가격으로 거래하는 행위, (3) 담보 없는 채무에 재산 담보를 제공하는 행위, (4) 기한이 도래하지 않은 채무를 사전에 변제하는 행위, (5) 채권을 포기하는 행위.'¹⁸

제 32 조 제 1 항 제 4 호에 규정된 '기한 전 변제'는 본고에서 논의하는 우선변제 행위의 핵심 형태 중 하나이다. 그러나 이 조항이 기한 전 변제를 '기한이 도래하지 않은 채무'와 연결하고 있어, 이미 이행기가 도래한 채무에 대한 편파적 변제가 동일하게 규제되는지에 대해 법조문의 문언은 명확한 답변을 제시하지 못하고 있다.¹⁹

이에 대해 최고인민법원의 《기업파산法 적용에 관한 약간의 문제에 대한 규정(二)》 제 14 조는 취소권의 적용 범위에 관한 확장적 해석을 제시하였다. 즉, 파산신청 수리 전 6 개월 이내에 채무자가 이미 지급불능 상태에 있었음에도 특정 채권자에게 변제를 이행한 경우, 관재인은 기업파산법 제 32 조에 근거하여 취소를 청구할 수 있다고 명확히 밝혔다.²⁰ 이 사법해석은 기한 도래 채무에 대한

¹⁷왕건문(王建文): 「파산취소권 행사기간의 기산점」, 《법학평론》 2019 년 제 2 호, 112-119 면.

¹⁸《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 32 조.

¹⁹왕세호(汪世虎): 《기업파산法 해석론》, 법률출판사 2018 년판, 189-194 면.

²⁰최고인민법원: 《기업파산法 적용에 관한 약간의 문제에 대한 규정(二)》(2013 년) 제 14 조.

편파적 변제도 취소권의 대상이 될 수 있음을 확인함으로써 제 32 조의 적용 범위를 실질적으로 확장하였다.

취소권 제도의 규범 체계는 제 32 조 외에도 제 31 조(사해행위 취소), 제 33 조(무효 행위), 제 34 조(취소·무효의 효과) 등이 유기적으로 결합하여 구성된다. 제 31 조는 파산신청 수리 전 1 년 이내의 사해행위를 규율하는 반면, 제 32 조는 6 개월의 단기간을 규율함으로써, 행위의 성질에 따라 차별화된 소급기간을 설정하고 있다.²¹

2. 취소권의 구성 요건과 적용 범위

《기업파산法》 제 32 조 및 관련 사법해석을 종합하면, 우선변제 취소권의 구성 요건은 다음과 같이 귀납할 수 있다.

첫째, 시간 요건이다. 변제행위는 파산신청 수리 전 6 개월 이내에 발생해야 한다. 이 기간의 기산점은 파산선고일이 아닌 파산신청 수리일이며, 파산신청 제출일도 아니다.²² 이러한 입법적 선택은 중요한 실무적 의의를 갖는다. 만약 파산신청 제출일을 기산점으로 삼는다면, 채무자는 신청 지연을 통해 취소권의 적용 범위를 회피할 수 있을 것이기 때문이다.

둘째, 재무 상태 요건이다. 채무자는 변제행위 실시 시 이미 지급불능(insolvent) 상태에 있었어야 한다. 지급불능이란 《기업파산法》 제 2 조의 규정에 따라 '만기 채무를 변제할 수 없고, 자산이 전체 채무를 변제하기에 부족하거나 명확히 변제 능력이 결여된' 상태를 의미한다.²³

²¹왕신신(王欣新): 《파산관재인제도연구》, 법률출판사 2016 년판, 215-227 면.

²²왕건문(王建文): (n 16) 112-119 면.

²³《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 2 조.

거증책임의 배분에 있어서, 《기업파산法》은 지급불능의 추정을 채택하지 않고, 관재인으로 하여금 지급불능 상태의 존재에 관한 거증책임을 부담하게 하고 있다. 이는 실무상 상당한 거증 장애를 구성한다.²⁴ 특히 파산 직전의 재무 정보는 채무자 측이 장악하고 있는 경우가 많아, 관재인이 관련 증거를 취득하는 데 상당한 어려움이 따른다.

셋째, 행위 요건이다. 변제행위는 법조문에 열거된 유형에 속해야 하며, 무상 이전, 불합리한 가격 거래, 무담보 채무를 위한 담보 제공, 기한 전 변제, 채권 포기 등을 포함한다.²⁵

넷째, 손해 요건이다. 해당 변제행위는 전체 채권자의 공평한 변제 이익에 손해를 초래해야 한다. 이 요건은 법문에 명시되어 있지 않으나, 취소권 제도의 규범 목적에서 출발하여 체계적으로 해석되어야 한다.²⁶ 다만 손해 요건을 엄격히 요구할 경우 취소권의 실효성이 크게 훼손될 우려가 있어, 통상적으로는 변제행위 자체로 손해 발생이 추정되는 것으로 이해된다.

3. 정상적 상업활동 예외의 법적 해석과 논쟁

영미법상의 '통상적 영업 과정 항변'(ordinary course of business defense)과 유사하게, 중국 파산법의 실무와 학리에서도 정당한 상업활동에 대한 일정한 보호를 인정하고 있다. 문제는 이 예외가 《기업파산法》의 조문에 명문으로 규정된 방식으로 나타나지 않고, 사법해석과 개별 판결을 통해 점차 형성되어 왔다는 것이다.²⁷

²⁴장선빈(張善斌): (n 15) 89-97 면.

²⁵이영군(李永軍): 《파산법률제도연구》, 중국법제출판사 2000 년판, 143-157 면.

²⁶허덕봉(許德峰): 「파산취소소송의 제도 논리」, 《청화법학》 2017 년 제 4 호, 68-84 면.

²⁷진영종(陳榮宗): 《파산法》(수정판), 대만 삼민서국 2010 년판, 312 면.

비교법적 관점에서, 미국 《연방파산法》 제 547 조 (c)항은 취소권에 대한 몇 가지 명확한 항변 사유를 열거하고 있다. 그중 제(2)호의 '정상적 영업' 항변은, 피고가 관련 지급이 통상적 영업 과정에서 또는 보편적으로 수용되는 상관행에 따라 이루어졌음을 증명할 수 있다면 수탁자의 취소권이 행사될 수 없다고 규정한다.²⁸ 독일 《지급불능절차法》 제 142 조는 이른바 '현금 거래'(Bargeschäft) 예외를 규정하여, 즉시 결제되는 등가 교환은 취소 대상에서 제외된다.²⁹

중국 파산법학계에서는 유사한 명문 예외 규정을 도입해야 하는지에 대한 논쟁이 존재한다. 찬성론은 파산 임계기 내에 발생한 모든 변제를 일률적으로 취소 범위에 포함시키면 기업의 정상적 경영활동을 심각하게 저해하고, 은행 등 주요 채권자의 자금 지원도 기대하기 어렵게 될 것이라고 주장한다.³⁰ 반대론은 정상적 상업활동의 판단 기준 자체가 고도의 탄력성을 가지므로, 취소권 회피에 남용될 위험이 있다고 지적한다.³¹

이러한 논쟁을 종합하면, 정상적 상업활동 예외의 도입 여부보다는 그 구체적 기준과 적용 범위에 관한 보다 정교한 입법 설계가 필요함을 알 수 있다. 예를 들어, 일정 금액 이하의 소액 거래, 정기적·반복적 거래, 시장 통상 가격에 따른 거래 등에 대해 안전항(safe harbor)을 설정하는 방식이 고려될 수 있다.

4. 현행 취소권 제도의 구조적 결함

²⁸11 U.S.C. § 547(c)(2) (2018).

²⁹InsO § 142 (Germany). Reinhard Bork, Introduction to German Insolvency Law (Mohr Siebeck 2012) p.88.

³⁰유우상(劉宇翔): 「기업파산취소권의 적용범위」, 《법학》 2018 년 제 9 호, 156-166 면.

³¹양정정(梁晶晶): 「통상적 영업활동 면제조항의 법률분석」, 《정치와 법률》 2021 년 제 6 호, 78-88 면.

전술한 분석을 종합하면, 현행 취소권 제도는 다음과 같은 구조적 결함을 가지고 있다.

첫째, 구성 요건의 해석상 모호성이다. 《기업파산法》 제 32 조의 '개별 변제'에 대한 열거는 기한 미도래 채무의 기한 전 변제를 중심으로 하고 있어, 이미 이행기가 도래한 채무에 대한 편파적 변제의 규제 근거가 불명확하다. 사법해석이 일정한 보완을 하였으나, 보완 조항 자체에도 적용 한계가 불명확한 문제가 있다.³²

둘째, 거증책임 배분의 불합리성이다. 현행 제도에서 관재인은 지급불능 상태의 존재에 관한 거증책임을 부담하나, 파산 직전의 재무 정보는 채무자 측이 장악하고 있는 경우가 많아 관재인이 관련 증거를 취득하는 데 상당한 어려움이 따른다.

셋째, 관련 당사자에 대한 특별 규제의 결여이다. 중국법은 관련 당사자(insider)에 대한 우선변제에 관해 독일법 및 미국법에서와 같은 소급기간 연장에 관한 특별 규정을 두고 있지 않다. 이는 관련 당사자가 광범위하게 존재하고 내부 이익이전 문제가 두드러진 중국 상업 관행에서 제도상의 중대한 허점을 구성한다.³³

넷째, 정상적 상업활동 예외의 불명확성이다. 법문에 명시적 근거가 없음에도 실무에서 일정한 예외가 인정되고 있으나, 그 적용 기준이 불명확하여 법적 불확실성과 재판의 비일관성을 초래할 수 있다.

IV. 파산 임계 상태에서 이사의 의무와 개인책임

³²왕세호(汪世虎): (n 18) 189-194 면.

³³허덕봉(許德峰): (n 5) 116-128 면.

1. 재무 곤경 속 이사 의무의 전환과 확장

기업의 정상 경영 상태에서 이사는 《중화인민공화국 회사法》 제 147 조에 따라 회사에 대한 충실의무(duty of loyalty)와 근면의무(duty of care)를 부담한다.³⁴ 충실의무는 이사가 회사의 이익을 최우선으로 하고, 자신 또는 제 3 자의 이익을 위해 회사의 기회나 재산을 유용하지 않을 의무를 의미하며, 근면의무는 이사가 합리적으로 기대되는 주의와 능력을 다하여 직무를 수행할 의무를 의미한다.

그러나 회사가 재무 곤경에 빠져 파산에 임박하는 임계 상태에 이를 때, 이사 의무의 지향이 변화하는지의 문제는 근년에 비교회사法 연구의 핵심 논제 중 하나가 되어 있다.³⁵ 이러한 의무 전환의 필요성은 파산 임계 상태에서 회사의 이해관계 구조가 근본적으로 변화한다는 점에 기인한다. 정상 상태에서는 주주가 잔여 청구권자로서 회사의 위험을 부담하나, 지급불능 상태에서는 채권자가 사실상 위험을 부담하게 되어 주주와 채권자의 이해가 상충하게 된다.

영국法상 저명한 West Mercia Safetywear Ltd v Dodd [1988] 사건은 '채권자 이익론'을 확립하였다. 이 판결은 회사가 채무초과 상태에 있거나 이에 임박한 때에는 이사의 수탁의무가 채권자에 대해서도 확장되기 시작하며, 이사는 채권자 전체의 이익을 희생시키면서 주주 이익을 추구해서는 안 된다고 판시하였다.³⁶ 미국 델라웨어주 법원도 Credit Lyonnais 사건에서 유사한 입장을 취하며, '파산의 그림자 하에서' 이사는 주주의 단순한 이익보다 회사의 전체 이익을 우선해야 하며 채권자에 대해 일정한 의무를 부담한다고 판시하였다.³⁷

³⁴《중화인민공화국 회사法》(2023 년 개정) 제 180 조.

³⁵Andrew Keay, "Directors' Duties to Creditors: Contractarian Concerns Relating to Efficiency and the Avoidance of Conflicts" (2003) 66 Modern Law Review 665.

³⁶West Mercia Safetywear Ltd v Dodd [1988] BCLC 250 (CA).

³⁷Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Pathe Communications Corp (Del Ch, Dec 30, 1991).

중국법의 틀에서, 현행 《회사法》은 재무 곤경 상태에서 이사 의무의 특별한 내용에 관한 전문 규정을 두고 있지 않다. 2023 년 개정된 《회사法》 제 180 조 내지 제 182 조는 충실의무와 근면의무의 구체적 요건을 보다 명확히 하였으나, 파산 임계 단계의 특별 의무체계에 대해서는 여전히 명문 규정이 없다.³⁸ 이러한 입법의 공백은 우선변제 사안에서 이사의 개인책임 인정에 직접적인 규범적 근거가 결여됨을 의미한다.

2. 이사 개인책임의 법적 근거와 구성 요건

전문 규정의 부재에도 불구하고, 현행 법률 체계 내에서 체계적 해석을 통해 우선변제 사안에서 이사 개인책임의 구성 요건을 귀납할 수 있다. 《회사法》 제 190 조, 《기업파산法》 제 129 조, 《민법전》 불법행위책임편의 관련 규정을 종합하면, 이사가 개인 손해배상책임을 부담하기 위해서는 다음 요건이 충족되어야 한다.³⁹

첫째, 위법 또는 부당행위의 존재이다. 이사의 행위가 법률 규정을 위반하거나 그 직책 의무에 대한 배반을 구성해야 한다. 우선변제의 경우, 이사가 회사가 이미 지급불능 상태에 있음을 알면서도 편파적 변제를 결정하였다면 충실의무 위반을 구성할 수 있다.⁴⁰

둘째, 주관적 과실 요건이다. 《기업파산法》 제 129 조에 따르면, 이사가 파산에 대해 과실이 있는 경우 법에 따라 민사책임을 부담해야 한다. 소위 '과실'은 통상 고의(intentional wrongdoing)와 중대한 과실(gross negligence) 두 가지 형태를 포함하며, 일반 과실이 책임 근거로 충분한지에 대해서는 사법 실무에서 여전히

³⁸《중화인민공화국 회사法》(2023 년 개정) 제 180 조 내지 제 182 조. 조욱동(趙旭東): 《회사法》(제 5 판), 고등교육출판사 2023 년판, 389-410 면.

³⁹《중화인민공화국 민법전》(2021 년).

⁴⁰풍과(馮果): 《회사法》, 무한대학출판사 2021 년판, 321 면.

이견이 있다.⁴¹ 학설상으로는 파산 임계 상태에서의 이사의 결정에 대해 일반 과실까지 책임을 묻는 것은 경영판단원칙의 취지에 반할 우려가 있으므로, 중대한 과실 이상을 요구하는 것이 타당하다는 견해가 유력하다.

셋째, 손해 결과 및 인과관계이다. 실제 손해가 발생해야 하고, 그 손해와 이사의 위법행위 사이에 상당인과관계(adequate causation)가 존재해야 한다. 우선변제의 경우 주장 가능한 손해는 통상 사전 변제로 인한 파산재단의 감소와 그로 인한 전체 채권자의 변제비율 저하이다.⁴² 그러나 개별 채권자가 아닌 전체 채권자에 대한 손해의 개념과 그 산정 방식에 관해서는 아직 확립된 이론이나 실무 기준이 부재하다.

3. 특수관계인 우선변제와 이사책임의 인정

특수관계인(related party)에 대한 우선변제는 일반 채권자에 대한 우선변제와 비교하여 이사책임 인정의 측면에서 몇 가지 특수한 고려사항이 존재한다.

첫째, 특수관계인에 대한 우선변제는 충실의무 위반의 추정이 강화된다. 이사가 자신, 직계 친족이 지배하는 기업, 또는 기타 중대한 이해관계가 있는 채권자에게 우선변제하기로 결정한 경우, 해당 행위는 동시에 충실의무 위반을 구성하여 이사 개인책임 성립의 가능성이 상당히 높다.⁴³

둘째, 거증책임의 전환 문제이다. 특수관계인 거래의 경우 정보 비대칭성이 현저하고 내부 통제가 사실상 작동하기 어려우므로, 입법 정책적으로 거증책임을 전환하여 이사 스스로 행위의 공정성과 필요성을 증명하게 하는 것이 타당하다.⁴⁴

⁴¹《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 129 조. 왕세호(汪世虎): (n 18) 472 면.

⁴²엽림(葉林): 《회사法》, 중국인민대학출판사 2022 년판, 268-270 면.

⁴³Andrew Keay, The Duty to Promote the Success of the Company: Under the Companies Act 2006 (Bloomsbury Professional 2014) p.281.

⁴⁴왕이명(王利明): 《민法》(제 8 판), 중국인민대학출판사 2020 년판, 불법행위책임편 부분.

셋째, 관련 당사자에 대한 소급기간의 연장 문제이다. 중국法은 현재 관련 당사자 우선변제에 대해 별도의 소급기간을 규정하지 않고 있어, 일반 채권자와 동일한 6개월의 소급기간이 적용된다. 그러나 특수관계인의 내부적 지위와 정보 접근성을 고려할 때, 이들은 일반 채권자보다 더 이른 시점에 채무자의 재무 위기를 인지할 수 있으므로, 보다 장기의 소급기간을 적용하는 것이 합리적이다.⁴⁵

넷째, 이사의 개인적 이익과 회사 이익의 충돌 문제이다. 특수관계인에 대한 우선변제는 이사가 개인적 이익을 위해 회사의 의사결정 권한을 남용한 경우가 많으므로, 충실의무 위반의 정도가 중하다고 평가된다.

4. 경영판단원칙의 적용 가능성과 한계

이사책임을 논의할 때 경영판단원칙(business judgment rule)의 적용은 불가피하게 검토되어야 한다. 이 원칙에 따르면, 정상적인 경영 조건 하에서 법원은 이사의 상업적 결정에 대한 사법 심사를 절제해야 하며, 이사가 충분한 정보를 바탕으로 선의로써 회사의 최대 이익에 부합한다고 믿고 결정을 내렸다면, 설령 그 결정이 부정적 결과를 초래하더라도 가볍게 책임을 인정해서는 안 된다.⁴⁶

그러나 경영판단원칙은 파산 임계 상태에서의 적용 공간이 제한되어야 한다. 첫째, 회사가 이미 지급불능 상태에 있을 때 '회사 최대 이익'의 인정은 전체 채권자의 이익을 아울러야 하므로, 주주 이익만을 중심으로 한 판단 기준은 더 이상 적용될 수 없다. 둘째, 이사의 결정이 자신 또는 관련 당사자의 이익을 도모하기 위한 것이라면, 경영판단원칙이 전제하는 '선의와 무사심'의 기초가 이미 존재하지 않으므로, 해당 원칙은 당연히 적용 근거를 상실한다.⁴⁷ 셋째, 파산 임계

⁴⁵정옥(鄭彧): (n 13) 130-148 면.

⁴⁶Smith v Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del 1985). 이건위(李建偉): 「경영판단원칙의 도입과 적용」, 《중국법률평론》 2016 년 제 3 호, 55-68 면.

⁴⁷Keay (n 34) 665-690.

유광치- 파산 직전 우선변제 행위와 이사의 개인책임에 관한 연구

상태에서의 이사 결정은 그 특성상 정상 경영 상태의 결정보다 더 높은 수준의 주의와 정보 수집을 요구하므로, 경영판단원칙의 보호 범위가 축소되어야 한다.

중국法の 맥락에서 경영판단원칙은 아직 명문의 법규정으로 도입되지 않았으나, 학계의 논의와 일부 판례에서 그 개념이 원용되고 있다.⁴⁸ 그러나 파산 임계 상태에서의 적용에 관해서는 더욱 신중한 접근이 필요하다.

V. 비교법적 고찰: 독일·미국·대만의 규제 모델

1. 독일법의 단계적 취소구조와 이사 의무

독일 《지급불능절차법》(Insolvenzordnung, InsO)의 우선변제 및 이사책임 규제는 가장 완비된 입법 규범 사례 중 하나로 평가받는다. 취소권 측면에서, InsO 제 130 조 내지 제 133 조는 서로 다른 시간적 범위와 주관적 요건을 포괄하는 취소제도의 단계적 구조를 구축하고 있다. 제 130 조는 지급불능 상태 발생 후 3 개월 이내의 담보 또는 변제행위를 규율하고(객관적 요건만으로 취소 가능), 제 131 조는 지급불능 전 비관련 당사자에게 이루어진 편파적 담보 또는 변제행위(3 개월 이내)를 규율하며, 제 132 조는 지급불능 발생 후 3 개월을 초과한 행위에 대해 주관적 요건을 추가로 요구하고, 제 133 조는 채권자 손해를 의도한 행위(10 년 이내)를 규율한다.⁴⁹

이러한 단계적 구조는 행위의 시간적 거리와 주관적 악의의 정도에 따라 차등화된 규제를 가능하게 하여, 규제의 정밀성과 비례성을 동시에 확보하고 있다. 특히 제 130 조의 객관적 요건만으로 취소가 가능한 규정은 거증 부담을 획기적으로 경감시켜 취소권의 실효성을 제고하는 효과를 가진다.

⁴⁸이건위(李建偉): (n 44) 55-68 면.

⁴⁹InsO §§ 130-133. Bork (n 28) pp.75-89.

이사책임 측면에서, 독일 《주식회사法》(AktG) 제 93 조 제 2 항은 이사의 손해배상책임을 확립하고 있으며, 특히 제 3 항은 특정 행위 유형에 대해 책임 추정(거증책임 전환)을 규정하고 있다.⁵⁰ 파산의 경우, 《지급불능절차法》 제 15a 조는 이사의 적시 파산신청 의무(Insolvenzantragspflicht)를 규정하고 있어, 이 의무를 위반한 이사는 신청 지연으로 인한 채권자 손해에 대해 배상책임을 부담해야 한다. 이 규정은 상당한 예방 효과를 갖는다.⁵¹

독일法の 특징은 취소제도와 이사책임 제도가 유기적으로 결합되어, 파산 전 단계에서의 부당행위에 대해 사후적 취소(재산 환수)와 개인적 제재(손해배상)의 이중적 규제 메커니즘을 제공한다는 점이다. 이는 중국法이 취소권 제도에 상대적으로 치중하고 이사책임 측면에서 규제가 미약한 것과 대비된다.

2. 미국법의 객관적 취소제도와 채권자 이익론

미국 《연방파산法》 제 11 편 제 547 조에 의해 확립된 우선변제 취소제도는 실무상 비교적 풍부한 사법 발전을 거쳐 왔다. 이 제도의 핵심 특징은 구성 요건이 비교적 객관화되어 채무자의 주관적 의도 증명이 불필요하다는 점이며, 동시에 몇 가지 명확한 항변 사유를 열거함으로써 정당한 상업활동에 대해 비교적 충분한 보호를 제공한다는 점이다.⁵²

제 547 조(b)항은 우선변제 취소의 요건으로 (i) 채권자에 대한 변제 또는 담보 제공 행위, (ii) 채무자의 지급불능 상태(파산신청 시점에 추정됨), (iii) 파산신청 전 90 일 이내(관련 당사자의 경우 1 년 이내)에 이루어진 행위, (iv) 해당 행위가

⁵⁰Aktiengesetz (AktG), § 93(2) (Germany).

⁵¹InsO § 15a. 정욱(鄭域): 「독일 이사의 파산신청의무」, 《비교법연구》 2018 년 제 1 호, 155-170 면.

⁵²Tabb (n 11) pp.521-560.

없었다면 파산절차에서 채권자가 수령하였을 금액보다 많은 금액을 수령하게 한 행위, (v) 기존 채무에 대한 변제일 것 등을 규정한다.⁵³

특히 (iv)의 '더 많은 금액'(more than) 요건은, 우선변제가 실제로 채권자의 변제 지위를 상승시켰는지를 객관적 기준으로 판단하게 함으로써, 주관적 요건의 입증 문제를 회피하고 있다. 또한 제 547 조(c)항은 (1) 동시 교환, (2) 정상적 영업 과정, (3) 담보권의 설정 또는 완성 등 여러 항변 사유를 명시적으로 규정하고 있어, 취소권의 적용 범위를 합리적으로 한정하고 있다.⁵⁴

이사책임 영역에서 미국법은 주법 주도의 규범 경로를 취하고 있다. 델라웨어주는 일련의 판례를 통해 재무 곤경 상태에서 이사 의무의 '채권자 이익론'을 점진적으로 확립하였다. Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Pathe Communications Corp 사건(1991)에서 델라웨어주 법원은 '파산의 그림자 하에서' 이사가 주주에 대한 의무와 채권자에 대한 의무 사이에서 균형을 잡아야 한다고 판시하였다.⁵⁵ 그러나 2006 년의 Trenwick America Litigation Trust v Ernst & Young 사건은 이 이론을 수정하여, 오직 회사가 실질적으로 지급불능(actually insolvent) 상태에 있을 때에 한하여 채권자가 이사에 대한 직접청구권을 취득한다고 강조하였다.⁵⁶

3. 비교법적 시사점과 중국法에의 함의

이상의 비교법적 고찰을 통해 중국法에 대해 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있다.

⁵³11 U.S.C. § 547(b) (2018).

⁵⁴11 U.S.C. § 547(c) (2018).

⁵⁵Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Pathe Communications Corp (Del Ch, Dec 30, 1991).

⁵⁶Trenwick America Litigation Trust v Ernst & Young LLP, 906 A.2d 168 (Del Ch 2006).

첫째, 취소권 제도의 단계적 구성에 관한 시사점이다. 독일 InsO 의 단계적 취소구조는 행위의 시간적 거리와 주관적 악의 정도에 따라 차별화된 규제를 가능하게 한다. 중국法도 현행의 단일적 6 개월 기간을 넘어, 행위 유형과 관련 당사자 여부에 따라 차별화된 소급기간과 구성 요건을 설정하는 방안을 고려할 수 있다.

둘째, 정상적 상업활동 예외의 명문화에 관한 시사점이다. 미국法の 통상적 영업 과정 항변과 독일法の 현금 거래 예외는 모두 정상적 상업거래를 취소권의 적용 범위에서 합리적으로 배제함으로써, 거래 안전성과 기업의 계속적 경영활동을 보호하고 있다. 중국法도 이러한 예외 규정을 명문화하여 법적 불확실성을 해소할 필요가 있다.⁵⁷

셋째, 이사책임 규범의 체계화에 관한 시사점이다. 독일 AktG 제 93 조의 이사책임 추정 규정과 InsO 제 15a 조의 파산신청 의무 규정, 그리고 미국 델라웨어주 판례법의 '채권자 이익론'은 모두 파산 임계 상태에서 이사의 행위 기준을 구체화하고 그 책임을 명확히 하는 기능을 한다.

넷째, 예방적 규제 메커니즘의 도입에 관한 시사점이다. 영국法の 불당계속경영(wrongful trading) 제도와 독일法の 파산신청 의무 규정은 모두 사후적 취소와 배상만으로는 부족한 파산 전 단계의 규제 공백을 메우는 기능을 한다. 중국法도 이러한 예방적 메커니즘의 도입을 적극 검토할 필요가 있다.⁵⁸

VI. 현행 제도의 결함과 개선 방안

1. 규범 체계의 미비점 종합 평가

⁵⁷Tabb (n 11) pp.535-540.

⁵⁸Finch & Milman (n 4) pp.235-260.

전술한 논의를 종합하면, 중국의 현행 우선변제 규제 체계는 다음과 같은 종합적 미비점을 가지고 있는 것으로 평가된다.

첫째, 취소권 제도의 규범적 정밀성 부족이다. 《기업파산法》 제 32 조의 구성 요건이 지나치게 간략하여, 특히 '기한 전 변제'에 초점을 맞추므로써 기한 도래 채무에 대한 편파적 변제의 규제 근거가 불명확하다.⁵⁹

둘째, 이사책임 규범의 체계적 부재이다. 파산 임계 상태에서 이사의 의무와 책임에 관한 전문 규정이 전무하여, 이사의 행위 기준이 불명확하고 책임 추궁의 법적 근거가 취약하다.

셋째, 규제 메커니즘의 단일성이다. 현행 제도는 사후적 취소와 배상에 전적으로 의존하고 있어, 파산 임계 상태에서의 부당행위를 예방적으로 억제하는 장치가 결여되어 있다.

넷째, 거증책임 배분의 불합리성이다. 관재인(또는 채권자)이 지급불능 상태와 인과관계 등을 입증해야 하는 현행 체계는, 정보 접근성에서 우위에 있는 채무자 측에 사실상 유리하게 작용한다.⁶⁰

다섯째, 관련 당사자 규제의 미비이다. 특수관계인에 대한 우선변제에 관해 별도의 규정이 없어, 내부자 거래의 위험이 큰 이 영역에서 규제의 공백이 발생하고 있다.

2. 취소권 제도의 해석과 적용에 관한 개선

첫째, 취소권 구성 요건의 명확화가 필요하다. 입법상 《기업파산法》 제 32 조가 규제하는 '개별 변제'는 기한 미도래 채무의 기한 전 변제에 한정되지 않고, 이미 이행기가 도래한 채무이더라도 금액이나 시기가 현저히 균형을 잃은 변제행위도

⁵⁹왕세호(汪世虎): (n 18) 189-194 면.

⁶⁰장선빈(張善斌): (n 15) 89-97 면.

포괄함을 명확히 할 것을 건의한다. 이는 사법해석 제 14 조의 내용을 입법적으로 승인함으로써 법적 근거를 강화하는 방안이다.

구체적으로, 제 32 조를 다음과 같이 개정하는 방안을 고려할 수 있다. '인민법원이 파산신청을 수리하기 전 6 개월 이내에 채무자가 이미 지급불능 상태에 있었음에도 불구하고 특정 채권자에게 변제를 이행하거나 담보를 제공하여 해당 채권자가 다른 채권자에 비해 유리한 변제 지위를 획득하게 한 경우, 관재인은 인민법원에 취소를 청구할 수 있다. 다만, 해당 변제가 정상적 상업활동의 범위 내에 속하고 채무자의 계속적 경영에 필요 불가결한 경우에는 그러하지 아니하다.'

둘째, 거증책임 배분의 최적화이다. 임계기 내에 관련 당사자 또는 대규모 채권자에 대해 이루어진 변제행위에 대해서는 반증 가능한 지급불능 추정을 확립하고, 거증책임을 상대방에게 전환하여 그가 해당 변제가 정상적 상업활동에 해당함을 증명하게 해야 한다.⁶¹

구체적으로, 《기업파산法》에 다음과 같은 추정 조항을 신설할 수 있다. '파산신청 수리 전 6 개월 이내에 이루어진 변제 또는 담보 제공 행위에 대해서는, 채무자가 해당 행위 시 지급불능 상태에 있었던 것으로 추정한다. 다만, 상대방이 그 반증을 제기할 수 있다. 관련 당사자에 대한 변제 또는 담보 제공 행위에 대해서는 그 소급기간을 1 년으로 한다.'

셋째, 관련 당사자 규제에 관한 특별 규정의 도입이다. 주요 법역의 성숙한 경험을 참조하여, 관련 당사자 우선변제에 대해 1 년을 기준으로 한 연장된 소급기간을 설정하고, 거증책임 전환 및 독립적 거래 조건(*arm's length terms*) 심사 요건을 보조 장치로 두어, 내부 이익이전에 특화된 규제 메커니즘을 형성할 것을 건의한다.

⁶¹Bork (n 28) pp.75-89.

3. 이사 개인책임 규범의 체계화 방안

첫째, 이사의 재무 곤경 의무에 관한 전문 규범의 구축이다. 《회사法》 또는 《기업파산法》에 명확한 조항을 추가하여, 회사가 채무초과 상태에 있거나 채무초과에 임박한 때에는 이사가 단순히 주주만이 아닌 전체 채권자에 대한 수탁의무를 부담함을 규정하고, 이 경우 경영판단원칙의 보호 범위를 상응하여 축소하며, 관련 당사자 우선변제에 대해 거증책임 전환을 적용할 것을 건의한다.⁶²

구체적으로, 《회사法》에 다음과 같은 조항을 신설하는 방안을 고려할 수 있다. '회사가 지급불능 또는 채무초과 상태에 이르렀을 때에는 이사는 전체 채권자의 이익을 고려하여 직무를 수행하여야 하며, 주주 또는 자신의 이익을 위해 채권자의 집단적 이익을 해치는 행위를 하여서는 아니 된다. 이사가 이에 위반하여 채권자에게 손해를 발생하게 한 경우, 채권자는 이사에 대해 손해배상을 청구할 수 있다.'

둘째, 이사책임의 구체적 구성 요건과 손해 배상 범위에 관한 기준 마련이다. 이사의 개인책임이 인정되기 위해서는 (i) 회사의 지급불능 상태, (ii) 이사의 위법 또는 의무 위반 행위, (iii) 채권자에게 발생한 손해, (iv) 위반 행위와 손해 사이의 인과관계가 입증되어야 함을 명시하고, 특히 관련 당사자 거래의 경우 이사가 행위의 공정성을 입증할 책임을 부담하도록 하는 규정을 도입할 필요가 있다.

셋째, 이사책임의 소멸시효에 관한 특칙 마련이다. 일반 민사책임의 소멸시효(3년)와 달리, 파산절차의 특수성을 고려하여 파산관재인이 이사책임을 추궁할 수 있는 기간에 관한 특칙을 마련할 필요가 있다.

4. 예방적 규제 메커니즘의 도입 검토

⁶²임인광(林仁光): 「회사 파산 직전 이사책임 연구」, 《대만대학 법학논총》 2014년 제 43권 제 1호, 1-58면.

첫째, 불당계속경영(wrongful trading) 제도의 도입 검토이다. 영국 《1986 년 파산法》 제 214 조 및 독일 《지급불능절차法》 제 15a 조의 입법 경험을 참조하여, 중국法에 유사한 불당계속경영 제도의 도입을 연구하고, 이사로 하여금 회사가 불가피한 파산 상태에 빠졌을 때 적시에 파산신청을 할 의무를 부담하게 하되, 이 의무를 위반한 자는 관련 채권자의 손실액에 대해 배상책임을 지도록 할 것을 건의한다.⁶³

구체적으로, 《기업파산法》에 다음과 같은 조항을 신설하는 방안을 고려할 수 있다. '이사는 회사가 지급불능 또는 채무초과 상태에 있음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 지체 없이 파산신청을 제기하거나 회생절차 개시를 청구하여야 한다. 이사가 정당한 사유 없이 이 의무를 위반하여 채권자에게 손해를 발생하게 한 경우, 채권자는 이사에 대해 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 이사는 자신이 회사의 계속적 경영이 채권자에게 이익이 된다고 합리적으로 믿었음을 증명하는 경우에 한하여 책임이 면제될 수 있다.'

둘째, 파산 임계 상태에서의 이사 보고 의무 도입이다. 이사가 회사의 재무 상태가 악화됨을 인지한 때에는 이사회 또는 감사에게 보고하고, 필요한 경우 전문가의 조언을 구할 의무를 규정하는 방안을 고려할 수 있다.

셋째, 임시관재인 제도의 활용 확대이다. 파산신청이 제기되었으나 아직 수리 여부가 결정되지 않은 기간 동안, 법원이 필요하다고 인정하는 경우 임시관재인을 선임하여 채무자의 재산을 보전하고 부당행위를 방지하도록 하는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다.⁶⁴

VII. 결 론

⁶³Insolvency Act 1986, s 214 (UK). Finch & Milman (n 4) pp.245-260.

⁶⁴왕신신(王欣新): (n 20) 230-240 면.

우선변제 행위는 파산法과 회사法の 교차점에 위치하는 중요한 논제로서, 중국 시장경제가 심화 발전하고 파산 실무가 날로 활발해지는 배경 하에서, 이론적 연구와 실무적 지도 모두에 있어 중요한 가치를 지닌다. 본고는 우선변제 행위의 이론적 기초, 《기업파산法》의 취소권제도, 이사의 개인책임 메커니즘, 그리고 해외 비교법 제도에 대한 체계적 정리를 통해 다음과 같은 주요 결론을 도출한다.

첫째, 중국 《기업파산法》은 우선변제 행위에 대한 기본적인 취소권 규제 체계를 확립하였으며, 채권자 평등원칙이 입법 차원에서 원칙적으로 확인되어 있다. 그러나 구성 요건의 명확성, 거증책임의 합리적 배분, 관련 당사자 규제 등의 측면에서는 여전히 추가적인 완비가 필요하다. 특히 관련 당사자에 대한 우선변제는 내부자 거래의 위험이 크고 정보 비대칭성이 현저하므로, 일반 채권자에 대한 우선변제와 차별화된 규제 체계의 구축이 시급하다.

둘째, 이사의 개인책임 측면에서, 중국法은 파산 임계 상태에 특화된 이사 의무 규범을 결여하고 있다. 현행 법률의 체계 통합 경로는 실행 가능성이 있으나, 그 명확성과 예측 가능한 실행 가능성은 이상적이지 못하여 행위 지도와 억지 기능을 효과적으로 발휘하기 어렵다. 이사가 재무 곤경 상태에서 부담하여야 할 특별 의무(채권자에 대한 수탁의무, 적시 파산신청 의무, 재산 보존 의무 등)를 명시적으로 규정하는 입법적 조치가 필요하다.

셋째, 비교법적 시각의 도입은 중국 제도와 국제 주류 규칙 간의 몇 가지 현저한 격차를 드러냈으며, 그중 관련 당사자 규제의 미비와 예방적 메커니즘의 결여가 가장 두드러진다. 독일法の 단계적 취소구조와 파산신청 의무 규정, 미국法の 객관적 취소제도와 정상적 영업 항변은 모두 중국法の 개선에 중요한 시사점을 제공한다.

넷째, 본고가 제시한 제도 개선 제안은 규칙 경계의 명확화, 거증책임 배분의 최적화, 관련 당사자 규제 강화, 전문 의무 규범 구축, 예방 메커니즘 탐색을

주축으로 하여, 중국 상업 실무의 현실적 필요에 입각하고 해외 성숙한 경험을 참조함으로써 제도 개선의 실행 가능성과 타겟성의 통일을 도모하고자 하였다.

법률 제도의 완비는 점진적인 시스템 공정으로 하루아침에 이루어질 수 없다. 기업의 정상적인 경영 공간을 보장하는 것과 전체 채권자의 집단적 이익을 보호하는 것 사이에서 최적 균형을 어떻게 찾아낼 것인가는 항상 입법과 사법이 직면하는 핵심 과제이다. 본고의 논의가 이 과제에 대한 학계의 심화된 논의와 실무의 개선 방안 모색에 기여할 수 있기를 기대한다.

참 고 문 헌

외국어 문헌

[중국어]

<저서>

왕신신(王欣新), 《파산법》(제 4 판), 중국인민대학출판사 2019 년판.

왕신신(王欣新), 《파산관재인제도연구》, 법률출판사 2016 년판.

이수광(李曙光), 《기업파산법: 제도설계와 법률해석》, 법률출판사 2014 년판.

왕세호(汪世虎), 《기업파산법 해석론》, 법률출판사 2018 년판.

이영군(李永軍), 《파산법률제도연구》, 중국법제출판사 2000 년판.

심귀명(沈貴明), 《회사法》(제 3 판), 북경대학출판사 2022 년판.

조옥동(趙旭東), 《회사法》(제 5 판), 고등교육출판사 2023 년판.

풍과(馮果), 《회사法》, 무한대학출판사 2021 년판.

엽림(葉林), 《회사法》, 중국인민대학출판사 2022 년판.

왕이명(王利明), 《민法》(제 8 판), 중국인민대학출판사 2020 년판.

나배신(羅培新), 《회사法의 계약해석》, 북경대학출판사 2004 년판.

진영종(陳榮宗), 《파산法》(수정판), 대만 삼민서국 2010 년판.

<논문>

허덕봉(許德峰), 「파산法상의 채권자 평등원칙」, 《중국법학》 2011 년 제 4 호.

허덕봉(許德峰), 「파산취소소송의 제도 논리」, 《청화법학》 2017 년 제 4 호.

원벽화(袁碧華), 「중국 파산취소권 제도의 이론적 기초와 제도 구축」,
《법률과학》 2015 년 제 3 호.

정욱(鄭彧), 「독일 파산취소제도 연구」, 《비교법연구》 2016 년 제 5 호.

정욱(鄭戔), 「독일 이사의 파산신청의무」, 《비교법연구》 2018 년 제 1 호.

왕건문(王建文), 「파산취소권 행사기간의 기산점」, 《법학평론》 2019 년 제 2 호.

장선빈(張善斌), 「파산절차에서 지급불능 인정의 거증책임」, 《중국법률평론》
2020 년 제 1 호.

유우상(劉宇翔), 「기업파산취소권의 적용범위」, 《법학》 2018 년 제 9 호.

양정정(梁晶晶), 「통상적 영업활동 면제조항의 법률분석」, 《정치와 법률》
2021 년 제 6 호.

이건위(李建偉), 「경영판단원칙의 도입과 적용」, 《중국법률평론》 2016 년
제 3 호.

임인광(林仁光), 「회사 파산 직전 이사책임 연구」, 《대만대학 법학논총》
2014 년 제 43 권 제 1 호.

[영문]

<저서>

Bork R, Introduction to German Insolvency Law (Mohr Siebeck 2012).

Finch V and Milman D, Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles (3rd edn, Cambridge University Press 2017).

Fletcher IF, The Law of Insolvency (5th edn, Sweet & Maxwell 2017).

Goode R, Principles of Corporate Insolvency Law (4th edn, Sweet & Maxwell 2011).

Keay A, The Duty to Promote the Success of the Company: Under the Companies Act 2006 (Bloomsbury Professional 2014).

Tabb CJ, The Law of Bankruptcy (3rd edn, Foundation Press 2014).

<논문>

Keay A, "Directors' Duties to Creditors: Contractarian Concerns Relating to Efficiency and the Avoidance of Conflicts" (2003) 66 Modern Law Review 665.

Milman D, "Curbing the Phoenix Syndrome" (1997) 18 The Company Lawyer 224.

초 록

기업이 파산에 임박하는 임계 단계에서는 특정 채권자에게 우선적으로 변제하는 행위가 빈번히 발생한다. 이러한 행위는 표면상 합법적인 채무이행의 외관을 갖추고 있으나, 파산법의 시각에서는 채권자 평등원칙에 대한 중대한 침해를 구성할 수 있다. 본고는 중국 《기업파산법》을 주된 분석 틀로 삼아, 비교법학·회사법·민사책임이론 등의 연구방법론을 종합적으로 활용하여, 우선변제 행위의 개념 정의·법적 성질·규범적 기초를 체계적으로 검토하고, 중국법상 취소권제도를 심층 분석하며, 나아가 우선변제 행위와 이사의 개인책임 간의 연결 메커니즘을 규명하고자 한다. 연구 결과, 중국법은 취소권제도 측면에서 비교적 완결된 규범체계를 구축하고 있으나, 이사책임 인정 기준, 거증책임 배분, 특수관계인 거래 규제 등의 측면에서는 여전히 상당한 미비점이 존재하는 것으로 나타났다. 본고는 현행 제도에 대한 비판적 분석을 토대로, 독일·미국·대만 지역의 비교법적 경험을 참조하여, 정상적 기업활동 보장과 채권자 집단이익 보호 사이의 최적 균형을 모색하는 구체적인 제도 개선 방안을 제시한다.

<주제어> 우선변제; 파산취소권; 채권자 평등; 이사의 충실의무; 파산법

A b s t r a c t

In the critical stage when a company is on the verge of bankruptcy, actions of making preferential payments to specific creditors occur frequently. Although such actions bear the outward appearance of lawful debt performance, from the perspective of bankruptcy law they may constitute a serious infringement of the principle of creditor equality. Taking the Chinese Enterprise Bankruptcy Law as the primary analytical framework, and comprehensively employing research methodologies from comparative law, company law, and civil liability theory, this paper systematically examines the conceptual definition, legal nature, and normative foundations of preferential payment actions, undertakes an in-depth analysis of the avoidance regime under Chinese law, and further seeks to clarify the connection mechanism between preferential payment actions and directors' personal liability. The findings reveal that while Chinese law has established a relatively complete normative system with respect to the avoidance regime, considerable deficiencies remain in areas such as the criteria for establishing directors' liability, the allocation of the burden of proof, and the regulation of related-party transactions. On the basis of a critical analysis of the current system, and with reference to comparative law experiences from Germany, the United States, and the Taiwan region, this paper proposes specific institutional improvement measures aimed at achieving an optimal balance between safeguarding normal business activities and protecting the collective interests of creditors.

Keywords: Preferential payment; Right of avoidance in bankruptcy; Creditor equality; Directors' fiduciary duty; Bankruptcy law