

중국 주식회사 이사의 책임에 관한 연구

The study of the director's liability in China

육 평* · 송 석 언**

Lu, Ping · Song, Seok-Eon

목 차

- I. 서론
- II. 이사의 책임
- III. 이사의 책임 추궁
- IV. 이사의 책임제한
- V. 결론

국문초록

중국회사법은 이사의 책임을 회사에 대한 책임(제150조)과 제3자에 대한 책임(제153조)으로 나누어 규정하고 있다. 즉 이사가 법률·행정법규·회사정관을 위반하여 회사에 손해를 끼쳤을 경우에는 회사에 손해를 배상할 책임을 진다(제150조)하여 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 규정하고 있다. 또한 이사가 법률·행정법규·회사정관을 위반하여 주주에게 손해를 끼쳤을 경우에 당해 주주는 법원에 제소할 수 있다(제153조)고 하여 이사의 위반행위로 인하여 손해를 본 주주가 직접 손해배상청구소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 제150조의 경우에 회사가 이사에게 손해배상청구를 하지 않을 때에 대표소송을 통

논문접수일 : 2011.10.05

심사완료일 : 2011.10.26

게재확정일 : 2011.10.28

* 제주대학교 대학원 박사과정수료

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

한 이사의 책임추궁을 규정하고 있다(제152조). 중국회사법 제153조는 한국회사법 제401조와 비교해서 특이한 규정이라 할 수 있다. 한국회사법 제401조는 이사의 제삼자에 대한 책임으로서 제삼자의 범위를 회사채권자나 기타 이해관계인뿐만 아니라 주주나 주식인수인도 포함한다는 것이 통설적인 견해이다. 이에 중국회사법 제153조의 손해를 입은 주주의 범위를 한국회사법 제401조의 제삼자의 범위와 같이 해석하고 있다. 그래서 중국회사법 제153조를 이사의 제삼자에 대한 책임규정이라고 부르는 것이 일반적이다.

중국회사법상 이사의 책임을 제한하거나 완화하는 제도가 없기 때문에 이사의 경영활동을 위축시킬 수 있으며 유능한 인물을 이사로 영입하는 길마저 차단하는 역효과를 초래할 수 있다는 비난이 있다. 본 논문의 목적은 중국회사법상 이사의 책임에 관한 규정과 학설을 검토하고 이에 대한 입법론을 모색하는 데에 있다.

주제어 : 이사의 회사에 대한 책임, 이사의 제3자에 대한 책임, 대표소송, 이사의 책임의 제한, 이사의 책임의 완화

1. 서론

중국 신회사법¹⁾은 이사의 책임을 회사에 대한 책임(제150조)과 제3자에 대한 책임(제153조)으로 나누어 규정하고 있다. 즉 이사가 법률·행정법규·회사정관을 위반하여 회사에 손해를 끼쳤을 경우에는 회사에 손해를 배상할 책임을 진다(제150조)하여 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 규정하고 있다. 또한 이사가 법률·행정법규·회사정관을 위반하여 주주에게 손해를 끼쳤을 경우에 당해주주는 법원에 제소할 수 있다(제153조). 제150조의 경우에 회사가 이사에게 손해배상청구를 하지 않을 때에 대표소송을 통한 이사의 책임추

1) 2005년 개정회사법으로서 총 13장 219조로 구성되어 있다. 무려 137개 조항을 개정하였다. 중국법 역사에서 전례 없는 대폭적인 개정이어서 개정된 회사법을 “신회사법”이라고도 한다. 그래서 본 논문에서는 2005년 개정된 회사법을 ‘신회사법’, 개정전의 회사법을 ‘구회사법’이라고 표현하기로 한다.

공을 규정하고 있다(제152조). 이사의 책임을 추궁함에 있어서 중국 신회사법은 구회사법과 비교하여 주주에게 주주 자신을 위하여 이사에 대하여 직접 손해배상청구소송을 제기할 수 있도록 하였고(제153조), 또한 회사의 이익을 위하여 대표소송제도를 도입한 점(제152조)이 특색이다. 이러한 개정의 목적은 이사의 부당한 행위를 억제함으로써 회사의 건전한 발전과 주주 및 채권자의 이익을 효과적으로 보호하기 위한 것이다. 그러나 이사의 제3자에 대한 책임에 있어서 제3자의 범위에 많은 논란이 있으며²⁾, 대표소송제도도 아직까지는 논의되어야 할 것이 많다는 의견이 분분하고 있다.³⁾

오늘날 중국의 시장경제의 급속한 발전속도는 이사에게 고도의 전문성과 폭넓은 경험을 요구하고 있다. 그러나 신회사법에서는 이사의 책임제한·완화 제도가 없기 때문에 이사의 경영활동을 위축시킬 수 있으며 유능한 인물을 이사로 영입하는 길마저 차단하는 역효과를 초래할 수 있다는 비난이 있다.⁴⁾

따라서 본 논문은 중국의 주식회사의 이사의 책임을 둘러싼 법규와 학설을 검토하고, 최근에 거론되고 있는 이사의 책임완화제도를 검토하여 입법론적인 시사점을 찾아내고자 한다.

II. 이사의 책임

1. 이사의 회사에 대한 책임

- 2) 馮果·柴瑞娟, “論董事對公司債權人的責任”, 「國家檢察官學院學報」, 第15卷 第1期, 2007年, 115面; 姜惠琴, “董事對第三人責任”, 「法學雜誌」, 第6期, 北京市法學會, 2006, 119面; 徐娟, “論董事對第三人民事責任”, 「河南省政法管理干部學院學報」, 第5期, 2010年, 149面.
- 3) 劉凱湘, “股東代表訴訟的司法適用與立法完善——以《公司法》第152條的解釋為中心”, 「中國法學」, 第4期, 中國法學會, 2008年, 157-158面; 孟祥剛, “公司股東代表訴訟的審理”, 「法律適用」, (最高法院)國家法官學院, 第4期, 2007年, 19面; 賈清林, “股東代表訴訟制度的確立與困境——兼對新《公司法》第152條的解讀”, 北大法律信息网, <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp?Db=art&Gid=335579863>.
- 4) 任自力·曹文澤, “論公司董事責任的限制”, 「法學家」, 第5期, 中國人民大學, 2007年, 89-91面; 徐振增, “論公司董事賠償責任的限制與免除”, 「中外企業家」, 第10期, 中外企業家雜誌社, 2009, 114面.

1) 의의

중국 신회사법은 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 경우를 다음과 같이 정하고 있다. 즉, 이사가 직권을 이용하여 회사에 손해를 발생시킨 경우(제21조), 이사회 결의가 법률·행정법규 또는 회사정관·주주총회의 결의를 위반하여 회사에 심각한 손해를 끼쳤을 경우(제113조), 이사가 회사의 업무를 집행할 때 법률·행정법규·회사정관을 위반하여 회사에 손해를 끼쳤을 경우(신회사법 제150조)에 회사에 손해배상책임을 져야 한다고 규정하고 있다.

2) 법적 성질

이사가 회사에 손해배상책임을 지는 것은 위임계약의 불이행에 따른 책임이라고 보는 채무불이행설, 회사법에서 이사의 책임을 규정한 것은 이사라는 특수한 지위를 감안하여 채무불이행책임과는 다른 특수한 책임이라는 다원설이 대립하고 있다.⁵⁾ 채무불이행설은 이사는 회사와의 관계가 위임관계이므로 이사의 책임의 성질은 당연히 채무불이행책임이라고 한다.⁶⁾ 다수설인 다원설은 이사와 회사와의 관계는 위임관계이나, 이사의 불법행위로 인하여 회사에 손해를 입혔을 때 이사는 채무불이행책임을 지는 동시에 불법행위책임도 져야 하므로 이는 단일적 성질의 책임이 아니고 다원적인 책임이라는 것이다.⁷⁾

이사는 회사의 수입인으로서 근면의무(주의의무)를 부담하고 있으므로 이러한 의무를 위반할 때에는 위임계약의 법리를 적용하여 채무불이행의 책임을 지는 것이 일반적이다. 그러나 충실의무를 위반하여 회사에 손해를 끼칠 때, 예를 들면 이사가 회사의 자산을 점유하여 회사에 손해를 야기한 경우에

5) 謝朝斌, “論我國股份公司獨立董事義務與責任”, 「南京審計學院學報」第2卷 第1期, 南京審計學院, 2005, 4面. 劉定湘, “회사의 임원의 의무와 책임에 관한 연구--한중 회사법의 비교를 중심으로”, 고려대학교 박사논문, 2010, 192면.

6) 羅振華, “公司董事民事責任制度研究”, 「法學評論」第3期, 武漢大學, 1994, 31面.

7) 謝朝斌, 상계논문, 4面; 張美欣, “試論董事的義務及責任——董事的侵權(直接侵權)責任初探”, 「中央政法管理干部學院學報」第5期, 中央政法管理干部學院, 2000, 48面; 劉平華·劉開, “論公司執行董事的責任”, 「計劃與市場探索」第1-2期, 廣西宏觀經濟學會·廣西區計委經濟研究所, 2004, 86面.

이사는 위임계약을 위반하여 채무불이행책임을 지는 동시에 불법행위책임을 요건을 충족하여 불법행위책임을 져야 한다. 따라서 이러한 경우에는 이사의 채무불이행책임과 불법행위책임을 경합된다. 그러므로 다수설인 다원설이 타당하다고 본다.⁸⁾⁹⁾

3) 발생원인과 과실유무

이사의 회사에 대한 책임의 발생원인은 법률·행정법규·회사정관의 위반이다.¹⁰⁾여기의 이사의 책임이 과실책임인지 무과실책임인지에 대하여 신회사법에서는 아무런 규정이 없으며 견해가 매우 다양하다.

이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 것은 이사의 의무위반이 어떠한 종류의 의무에 대한 위반이든지 간에 (근면의무 또는 충실의무 불문) 이러한 책임은 과실책임이라는 설,¹¹⁾ 이사가 근면의무를 위반한 경우에는 과실책임이고, 충실의무를 위반한 경우에는 구체적 사안에 따라 무과실책임을 질 수도 있고 과실책임을 질 수도 있다는 설,¹²⁾ 이사의 회사에 대한 책임은 과실책임이 원칙이며 예외적으로 무과실책임이 인정될 수 있다는 설,¹³⁾ 이사의 회사

8) 樓曉·汪婷, “論董事責任中歸則原則的適用”, 『商場現代化』, 第1期, 中商科學技術信息研究所, 2007, 290面; 吳堯·向欣, “論公司對董事的賠償責任”, 『湖北社會科學』, 第11期, 湖北省社會科學聯合會·湖北省社會科學院, 2004, 66面; 謝朝斌, 상계논문, 4面.

9) 이사의 손해배상책임을 불법행위책임으로 판단한 예: 浙江省宁波市中級人民法院民事判決書 (2009)浙甬商終字第1212号: 「...심영인 씨(沈永仁)가 A회사(大紅鷹公司)의 이사 겸 고급관리자이다. 그는 재임 기간에 타인과 출자하여 B회사(永亿公司)를 설립하였다. 그는 B회사를 통하여 A회사와의 동종영업무를 하는 것은 ...이사의 충실의무를 위반한다고 판단하였다. A회사는 회사법 제149조에 따라 회사의 개입권을 행사할 수도 있고 제150조에 따라 심영인 씨에게 배상책임을 청구할 수 있기도 한다. ...A회사는 회사법 제150조에 따라 배상청구를 하므로 본원은 불법행위로 인한 분쟁 안전으로 심리할 것이다...」

10) 이사가 특별한 관계를 이용하는 것은 법률위반행위로 간주한다고 본다. 그 이유는 신회사법 제21조에서는 이사가 관련관계를 이용할 수 없다고 규정하고 있기 때문이다. (제21조: 회사의 지배주주, 실질적 지배자, 이사, 감사, 고급관리자 등이 특별한 관계를 이용하여 회사의 이익을 침해하여서는 아니 된다.)

11) 車輝, 『公司法理論與實務』, 中國政法大學校出版社, 2009, 207面. 梅慎實, “論董事的民事責任”, 『法律科學』, 第2期, 西北政法大學, 1996, 37-38面.

12) 謝朝斌, 상계논문, 4面.

13) 張繼恒·胡玲麗, “完善董事責任制度的几点思考”, 『南昌高專學報』, 第1期, 江西科技師範學院.

에 대한 책임의 성질이 손해발생의 원인에 따라 다르다는 설,¹⁴⁾ 이사의 회사에 대한 책임이 근면의무위반의 경우에는 과실책임이며 충실의무위반의 경우에는 무과실책임이라는 설¹⁵⁾ 등이 있다. 판례는 과실책임설을 취하고 있다.¹⁶⁾

과실책임주의는 근대사법의 기본원칙이므로 이에 대한 예외를 인정하기 위해서는 명문의 규정이 필요한 점, 법원의 법령해석이나 행정관청의 명령이 변경되어 과거의 해석에 따른 이사의 행위가 결과적으로 법령에 위반하게 된 경우에도 이사에게 책임을 지우는 것은 너무 가혹하다는 점, 이를 무과실책임으로 풀이하는 경우에는 유능한 경영인을 확보하기가 곤란하다는 점 등에 비추어 과실책임설이 타당하다. 다만 이사가 법령 또는 정관에 위반하였다는 것 자체가 과실의 존재를 추정시키는 것이므로 이사가 무과실의 입증책임을 진다고 본다.

4) 적용대상

회사에 대하여 손해배상책임지는 이사의 범위와 관련하여 신회사법에서는 규정하고 있지도 않고 또한 영미법상의 “사실상 이사와 그림자 이사”(facto and shadow directors)와 같은 개념도 없다.¹⁷⁾ 이사의 손해배상책임제도의 입

2008, 10面; 李選民, “論公司董事的義務和責任”, 「南方經濟」, 第12期, 廣東經濟學會·中山大學(嶺南學院), 2003, 19面.

14) 이 설에 의하면 첫째 이사가 월권행위를 하여 회사에 손해를 끼친 경우 과실이 있는 것으로 추정되고 무과실의 입증책임은 이사가 부담한다는 이른바 과실추정책임이며, 둘째 이사가 임무해태로 인하여 회사에 손해를 끼친 경우 과실책임이며, 셋째 이사가 경업금지의무 등의 충실의무를 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우 무과실책임이다. (胡甲慶, “公司董事民事責任及歸責原則研究”, 「云南學術探索」, 第2期, 云南省社會科學界聯合會, 1998, 59-60面. 劉定湘, “회사의 임원의 의무와 책임에 관한 연구--한중 회사법의 비교를 중심으로”, 고려대학교 박사논문, 2010, 194面.)

15) 劉定湘, 상계논문, 194-195面.

16) 北京市門頭溝區人民法院民事判決書(2009)門民初字第4号: 「...손실이 고급관리자의 고의 또는 과실에 의하지 않은 영업위험 또는 기타 외부적인 원인으로 된 것이면, 고급관리자가 근면의무를 위반한 것이라고 판단할 수 없다.」

17) “사실상 이사”란 선임되지 않는 이사 혹은 선임절차에 결함이 있는 이사가 있으나 사실상 이사의 권한을 행사하는 자를 가리킨다. “그림자 이사”란 이사가 아니지만 그는 회사 중의 지위를 이용하여 실제적으로 이사의 역할을 하는 자를 가리킨다. (鄭麗英, “董事賠償責任

법취지와 기능에 비추어 사실상 이사와 그림자 이사가 사실상 이사의 권한을 행사하는 자라면 손해배상책임을 진다고 해석하여야 할 것이다.

5) 배상책임의 범위

신회사법에서는 이사의 배상범위에 대하여 규정하지 않고 있으나, 판례를 보면 배상의 범위는 이사의 불법 행위로 인하여 발생시킨 실질적인 손해이며, 또 그 손해배상액은 입증할 수 있는 손실액으로 제한한다.¹⁸⁾

이사는 회사의 수입인으로써 회사의 재산을 관리하므로 회사의 재산을 증가시켜야 할 뿐만 아니라 회사의 재산이 부당하게 감소되는 것도 방지해야 할 의무가 있다고 본다. 따라서 이사의 위법행위로 인한 회사의 직·간접적인 손실을 배상하여야 한다.

2. 이사의 제3자에 대한 책임

1) 의의

이사의 제3자에 대한 책임이란 이사가 법률·행정법규 혹은 회사정관을 위반하여 회사의 주주 또는 채권자에게 손해를 끼친 경우 당해 이사는 제3자에 대하여 손해배상책임을 지는 경우를 말한다.¹⁹⁾

研究”, 吉林大學博士學位論文, 2009, 6面.)

- 18) 北京市第一中級人民法院 (2009) 一中民終字第16916号民事判決書. 「이사는...충실의무와 주의의무를 지며 이를 위반하여 회사에 손해를 입힌 경우 배상책임을 져야 한다. A 회사가 이사인 피고를 상대로 충실의무 위반 소송을 제기하고 207만 위안과 이자 손실에 대한 배상청구를 하기 위해서는 그 207만 위안의 손실을 입증할 수 있는 증거를 제시하여야 한다. 현재까지 제시한 증거는 원고가 이사의 의무를 부분적으로 위반한 사실만을 입증할 수 있을 뿐, 207만 위안의 손실에 대한 입증이 부족하다. 피고가 A 회사에서 담당한 업무, 주주로서 부담하는 투자위험 및 회사이익에 손해를 입힌 행위의 주관적 증거자료에 비추어 20만 위안의 배상책임을 지도록 한 제1삼 판결은 적절하다.」
- 19) 張曉東, “公司董事對第三人的民事責任淺析”, 「特區實踐與理論」, 第6期, 中共深圳市委党校、深圳行政學院、深圳經濟管理學院、深圳社會主義學院, 2009, 44面. 佟柔, 「中國民法學-民法總則」, 中國人民公安大學出版社, 1990, 162面.

이사는 제3자와 직접 법률관계를 가지는 것도 아닌데 이사의 의무위반행위로 제삼자에게 책임을 진다는 것은 논리적으로 타당하다고 할 수 없다. 그러나 현실적으로 주식회사는 영업활동에서 다수인과 이해관계를 맺는 중요한 위치에 있고 주식회사의 활동은 이사의 직무수행에 의존하고 있다. 그러므로 이사의 직무수행이 제3자에게까지 영향을 미치는 경우가 많음을 고려하여 제3자를 보호하는 한편, 이사가 직무수행을 함에 있어서 신중을 기하게 하는 의미에서 이사의 제3자에 대한 책임을 인정하는 것이다.²⁰⁾²¹⁾ 이러한 의미에서 이사가 주주에게 손해배상책임을 부담한다는 것은 이사의 제3자에 대한 책임이라고 부를 수 있는 것이다. 문제는 신회사법 제153조의 해석에 있어서 제삼자의 범위를 주주로 한정할 것인가 주주 외의 회사채권자 또는 이해관계인을 포함할 것인가에 대하여 견해가 대립되고 있다.

2) 제3자의 범위

신회사법상 이사의 제3자에 대한 책임규정이라 할 수 있는 제153조는 이사는 법률·행정법규 혹은 회사정관을 위반하여 주주에게 손해를 입힌 경우에는 당해주주는 손해배상청구소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 법문상

20) 이철승, 회사법강의, 630면, 2010, 박영사.

21) 중국에서 이사의 제3자에 대한 손해배상책임제도를 도입한 최초의 법은 증권법(證券法, 1998년)이다. 그러나 이 규정은 증권거래에만 한정하여 적용되는 것이었다. 구증권법 제63조: 발행인·대리인인(承銷的)증권회사는 공개매수설명서(招股說明書), 채권 모집 방법(公司債券募集辦法), 재무회계보고서(財務會計報告), 상장보고서(上市報告文件), 연도보고서(年度報告), 중기보고서(中期報告), 임시보고서(臨時報告) 등에서 허위 기재, 오도한 진술, 증대한 누락 등으로 인하여 증권투자자에게 중 손해를 입힌 경우에는 그 투자자에 대하여 발행인·대리인인 증권회사는 배상책임을 지고, 발행인·대리인인 증권회사에서의 당해 이사·감사·기타 고급관리자 및 기타 직접적인 책임자는 연대책임을 지야 한다.

신증권법 제69조: 발행인·상장회사의 이사·감사·고급관리자 및 기타 직접적인 책임을 지는 자와 추천·단보인(保薦人)·대리인인(承銷的)증권회사는 공개매수설명서(招股說明書), 채권 모집 방법(公司債券募集辦法), 재무회계보고서(財務會計報告), 상장보고서(上市報告文件), 연도보고서(年度報告), 중기보고서(中期報告), 임시보고서(臨時報告) 등에서 허위 기재, 오도한 진술, 증대한 누락 등으로 인하여 증권투자자에게 손해를 입힌 경우에는 그 투자자에 대하여 발행인·상장회사의 이사·감사·고급관리자 및 기타 직접적인 책임을 지는 자와 추천·단보인(保薦人)·대리인인(承銷的)증권회사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 단 무과실의 경우에는 예외로 한다.

손해를 입은 주주만이 손해를 야기한 이사에게 손해배상청구를 할 수 있도록 하여 주주의 자에게는 제153조를 인용할 수 없는 듯하다.²²⁾이 때문에 신회사법 제153조가 이사의 제삼자에 대한 책임규정인지 여부와 제3자의 범위에 대한 학설이 대립하고 있다. 제153조를 이사의 제3자에 대한 책임에 관한 규정이라고 주장하는 다수설²³⁾은 제삼자의 범위를 주주, 채권자 및 이해관계인을 포함한다는 것이다.²⁴⁾ 반면에 소수설은 신회사법 제153조는 이사의 제3자에 대한 책임과 관련된 규정이지만 제3자의 범위를 손해를 입은 주주로 한정된다고 해석한다.²⁵⁾

생각건대 이사는 직접적으로 주주와 법률관계에 있지 않기 때문에 주주가 이사에게 직접 손해배상을 청구할 수 없는 것이 논리적이다. 이러한 손해발생의 경우에 손해를 입은 주주는 회사의 행위로 인하여 입은 손해임을 입증할 수 있는 한에 한하여 회사에 손해배상을 청구할 수 있다라고 함이 논리적일 수 있다. 그러나 회사에만 손해배상을 청구할 수 있도록 한다면 회사의 재산을 감소시키는 동시에 결국은 주주의 돈으로 주주의 손해를 보상하는 셈이 된다. 한편 이사의 제3자에 대한 책임제도는 이사의 위법행위를 효과적으로 견제하기위한 취지의 제도로서 법인격부인의 대체적 기능을 할 수 있다는 것이 강조되고 있다. 즉 이사의 개인재산에 까지 책임재산을 확대하는 효과를 가져오게 되어 이사의 직무수행에 신중을 기하게 하는 효과도 기대할 수 있게 될 것이다. 그러므로 다수설의 해석이 타당하다고 본다.

사법실무에서는 제삼자의 범위에 채권자를 포함하고 있다. 2008년 5월 19일 시행된 「최고인민법원의 중국회사법 적용에 관한 규정(2)」(最高人民法院關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(二))에 의하면 이사는 회사의 해산과 청산에 있어서 회사채권자에 대하여 책임을 진다고 해석하였다.²⁶⁾ 그

22) 한국회사법 제401조“...제삼자에 대하여 ...손해를 배상할 책임이 있다”라는 규정의 법문과 상이한 형식이다.

23) 姜惠琴, 상계논문, 119面.

24) 姜惠琴, “董事對第三人責任”, 전계논문, 2006, 118面.

25) 車輝, 전계서 208面.

26) 제18조: 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주는 법정 기한 내에 청산을 하지 못함으로써 회사의 재산 가치의 하락, 회사 재산의 유실, 훼손, 멸실을 초래한 경우, 그

러나 이 사법해석의 적용범위는 청산과 해산에 관한 사항에만 적용하기 때문에 그 외의 경우에 까지 적용될 수 있는지는 불투명하다.

3) 책임의 성질

이사의 제3자에 대한 책임의 성질은 회사법에서 정한 책임이라는 법정책임설²⁷⁾, 이사가 법률·행정법규 혹은 회사정관을 위반하는 행위는 대부분 고의·과실에 기인하기 때문에 불법행위책임이라는 설²⁸⁾이 있다.

이사가 법률·행정법규·회사정관을 위반하여 제3자인 주주에게 손해를 입힌 경우에 그 주주에게 당해 이사가 손해를 배상하는 책임은 제153조에 의한 법정책임이라 할 것이지만 고의 또는 과실에 의한 위반행위를 책임요건이라 할 것이다.

4) 책임의 형태

이사의 제3자에 대한 책임은 회사와의 연대책임인가에 대하여 무책임설과 연대책임설이 대립하고 있다.

무책임설이란 이사는 법인인 회사의 기관으로서의 이사의 업무수행이 합법, 위법을 불문하고 법인의 행위로 간주되어 그 효과가 회사에 귀속되고, 이사의 불법행위책임은 회사가 부담하며 이사가 직접적으로 회사외의 제3자에게 책

초래한 손해의 범위내에서 채권자에 대하여 손해배상책임을 진다. 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주는 임무해태로 인하여 회사의 중요한 재산, 장부, 자료의 멸실을 초래하여 청산을 하지 못하는 경우, 채권자에 대하여 회사의 채무에 대하여 연대책임을 진다. 회사의 실질적인 지배자의 행위로 인한 경우에도 동일한 책임이 있다.

제19조: 유한책임회사의 주주, 주식회사의 이사 및 지배주주, 회사의 실질적 지배자는 회사가 해산한 후에 악의적으로 회사의 재산을 처분하여 채권자에게 손해를 입힌 경우, 또는 청산을 거치지 않고 허위의 청산보고로써 회사등기기관에 법인종결등기(法人注銷登記)를 한 경우에 채권자에 대하여 배상책임을 진다.

27) 藍華生, “試論我國董事責任制度的完善”, 「福建廣播電視大學學報」, 第1期, 福建廣播電視大學, 2005, 8면. 孫建江·陳永旭 “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」, 第16卷 第3期, 寧波大學, 2003, 11面.

28) 馮果·柴瑞娟, “論董事對公司債權人的責任”, 「國家檢察官學院學報」, 第15卷 第1期, 2007, 116면.

임을 부담하지는 않는다는 것이다.²⁹⁾ 따라서 손해를 입은 주주(원고)가 손해를 야기한 이사를 상대로 한 손해배상청구소송에서 피고는 당해이사가 될 수 없고 회사가 피고적격을 갖게 된다는 것이다. 학설의 근거는 「민법통칙」(民法通則) 제43조이다.³⁰⁾

연대책임설에 의하면 법인기관의 행위는 법인행위인 동시에 행위자인 이사의 행위이기도 하다. 이사의 행위는 회사의 기관행위로서 회사가 책임을 짐과 동시에 이사는 그의 자신의 행위로 인하여 책임을 진다. 이는 공동불법행위자라고 볼 수 있으므로 회사와 행위자가 동시에 손해를 입은 제3자에게 연대책임을 져야 한다.³¹⁾ 또한 법인이 책임능력이 있다하더라도 법인의 행위자인 이사가 업무를 수행함에 있어 그 특수한 지위 때문에 특별한 주의를 기울여야 할 필요가 있다. 그러기 위해서는 설사 회사가 제3자에게 책임을 진다고 하더라도 이사에게도 책임을 지도록 할 필요가 있는 것이다.³²⁾

오늘날 주식회사의 지배구조가 이사회중심주의로 변하고 있음에 따라 회사의 운영에 관한 권한을 이사 및 이사회에 집중시키고 있다. 이에 반하여 주주총회의 형해화, 감시기능의 저하로 인하여 이사 및 이사회 경영독주가 심화되는 경향을 보이고 있다. 그러므로 오늘날의 주식회사의 지배구조에서는 이사의 책임이 그 어느 때보다 강조되어야 하고, 이사를 견제하고 추궁하기 위한 제도적 장치가 절실히 필요한 때이다. 그러므로 이사의 책임을 연대책임설에서 주장하는 논지와 같이 파악하여야 한다고 본다.

5) 책임의 요건

제153조에서는 위법행위, 손해사실, 인과관계 등을 요구한다. 이사의 행위가

29) 馬俊駒, 「法人制度通論」, 武漢大學出版社, 1988, 154面. 전인용 孫建江·陳永旭, “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」, 第16卷 第3期, 寧波大學, 2003, 11面.

30) 「민법통칙」(民法通則) 제43조: 기업법인은 그의 법정 대표인 및 기타 직원의 경영활동에 대하여 책임을 진다.

31) 史尚寬, 「民法總論」, 台灣正大印書館, 1981, 143面. 전인용 孫建江·陳永旭, “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」, 第16卷 第3期, 寧波大學, 2003, 11面.

32) 劉桂清, “股東對董事之直接訴訟”, 「法學評論」, 第3期, 武漢大學, 2006, 第71面. 孫建江·陳永旭, “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」, 第16卷 第3期, 寧波大學, 2003, 11面.

법률·행정법규 또는 회사정관을 위반하는 것으로서 그 행위가 작위이던 부작위이던 불문한다. 이사의 위법행위와 발생한 손해사이에는 직·간접적으로 인과관계가 있어야 한다.³³⁾

Ⅲ. 이사의 책임 추궁

이사에게 책임을 추궁하기 위해서는 제150조에 따라 회사가 직접 당해 이사에게 손해배상을 청구할 수 있으며 회사가 이를 행하지 아니하는 경우에는 동법 제152조의 대표소송을 통하여 추궁할 수 있다. 또한 동법 제153조는 이사의 위법행위로 인하여 손해를 입은 주주는 당해 이사를 상대로 손해배상청구소송을 제기할 수 있다. 전자를 대표소송이라 하고 후자를 직접소송이라 한다.

대표소송과 직접소송은 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 첫째, 소제기권의 근거가 다르다. 직접소송은 주주의 자익권의 행사로서 주주는 자기 자신의 명의로 소를 제기하는 것이며, 대표소송제기권은 주주의 공익권의 행사로서 주주는 원고로서 소를 제기하는 것이다. 둘째, 소송의 목적이 다르다. 직접소송은 주주 자신의 이익을 위한 것인 반면 대표소송은 회사의 이익을 위한 것이다. 셋째, 직접소송의 원고는 형식적인 소권과 실질적인 소권을 향유하는 반면, 대표소송의 원고는 형식적인 소권만 향유하고 실질적인 소권은 회사가 향유한다. 넷째, 판결의 효력은 직접소송에서는 원고인 주주에게, 대표소송에서는 회사에 미친다³⁴⁾

1. 직접소송 - 주주의 이사에 대한 직접소송 -

주주의 이사에 대한 직접소송은 이사의 법률·행정법규 또는 회사정관위반행위로 인하여 손해를 입은 주주가 자기의 명의로 당해 이사를 상대로 하여 소

33) 孫建江·陳永旭, 전계논문, 2003, 11面.

34) 宋云峰, “淺析股東代表訴訟的訴訟原則和賠償範圍”, 第1面.
<http://wenku.baidu.com/view/874d20a10029bd64783e2ca7.html>.

송을 제기하는 것을 말한다.³⁵⁾

중국의 학자들은 원래 1993년 회사법상 이사회 결의가 법률·행정법규 또는 정관에 위반하여 주주의 합법적인 권익을 침해한 경우 주주가 인민법원에 제소하여 이러한 불법행위와 침해행위를 정지(停止)시킬 청구권이 있다는 규정(1993년 회사법 제111조)을 주주의 직접소송제도라고 이해해 왔다.³⁶⁾ 즉 이사회결의로 손해를 입은 주주가 그 손해를 야기하는 행위에 대하여 중지할 것을 청구할 수 있는 것뿐으로서 직접 손해에 대하여 배상청구할 수 있는 것은 아니다. 이는 손해를 입은 주주에게 손해배상청구권을 인정하는 것이 아니라 장차 손해의 발생을 야기하는 행위를 정지할 것을 청구할 수 있다는 것이다. 그리하여 손해를 본 주주의 보호와 이사회 및 이사의 위법행위에 대한 효율적인 견제를 위해서는 신회사법 제153조와 같은 입법이 필요하다는 요구되었다.³⁷⁾ 이러한 요구에 2005년 개정회사법은 주주의 직접소송제도를 1993년의 회사법보다 확대하였다. 즉 주주총회·이사회결의의 무효·취소의 소(제22조 제2단)³⁸⁾, 둘째 주주의 정보접근권에 대한 소,³⁹⁾ 셋째 주주의 이사·고급관리자에 대한 소(제153조), 넷째 회사에 대한 해산의 소(제183조)⁴⁰⁾ 등을 규정하였다.

35) 양동석, 전제서, 231면.

36) 駱東平, “股東直接訴訟程序制度研究”, 特區經濟, 深圳市社會科學院, 2006. 8. 315面; 付琛瑜, “股東直接訴訟制度芻議”, 「河南財政稅務高等專科學校學報」第18卷 第5期, 河南財政稅務高等專科學校, 2004. 41面; 李開甫, 論股東權益的訴訟保護機制, 江漢論壇, 第3期, 湖北省社會科學院, 2005. 129面. 한국회사법 제402조의 유지청구권과 유사한 것이다.

37) 付琛瑜, 상계논문, 41面. 주주의 직접소송은 2002년 최고인민법원의 「증권시장 증 허가진술로 인한 민사 불법행위 안전의 관한 문제의 통지」(關於受理證券市場因虛假陳述引起的民事侵權糾紛案件有關問題的通知)에서 처음으로 채택되었다.

38) 회사법 제22조 제2단에 의하여 주주총회·이사회 결의의 소집절차·의결방법은 법률·행정법규·회사정관을 위반하거나, 결의 내용은 회사정관을 위반하는 경우, 주주는 결의결의일로부터 60일 내에 인민법원에 취소 청구의 소를 제기하여야 한다.

39) 회사법 제34조에 의하여 주주는 회사정관·주주총회의 회의록·이사회 결의·감사회의 결의·재무회계보고의 열람·복사권리 있으며 주주는 회계장부를 열람할 수 있다. 주주는 회사의 회계장부를 열람하고자 하면 회사에 서면으로 그의 열람목적을 설명하여야 한다. 회사는 합리적인 근거가 없을 경우 이를 거절할 수 있고, 주주는 이 경우 소를 제기할 수 있다.

40) 회사법 제183조에 의하여 회사의 경영과정에서 심각하게 곤란한 사유가 발생하여, 계속해서 존속할 경우 주주(사원)의 이익에 중대한 손실을 미치게 하는 상황에서 다른 방법으로는 해결이 불가능한 경우, 회사의 전체주주 의결권의 10% 이상을 보유한 주주는 인민법원에 회사의 해산을 청구하는 소를 제기할 수 있다.

주주의 이사에 대한 직접소송은 이사의 위법행위로 손해를 입은 주주가 손해배상청구의 소를 제기할 권리가 있는 것이다.⁴¹⁾ 여기의 주주는 원칙적으로 주식을 보유하는 주주이나, 주식을 양도하기 전에 이사의 위법행위로 인하여 손해를 입었는데 소송을 제기할 때 주식을 양도한 경우에 원고의 자격이 있는지가 문제이다. 이 경우에 원고의 자격을 완전히 부인하면 불공정한 결과를 초래할 수 있으므로 일정한 기간 내에 피해 주주의 원고자격을 부여하는 것이 타당할 것이다.⁴²⁾

소송의 관할법원에 대하여 회사법에서 규정하지 않으므로 「민사소송법」 제 29조에 의하여 불법행위지 또는 피고주소지의 인민법원의 관할에 속한다.

2. 대표소송

1) 의의와 성질

대표소송이란 이사의 위법행위로 회사가 손해를 입었을 때 회사가 그 이사에 대하여 손해배상청구를 하지 아니하는 경우에 주주가 회사의 이익을 보호하기 위하여 제기하는 소송이다.⁴³⁾ 신회사법 제152조는 대표소송제도를 규정하고 있다.

대표소송제도는 회사의 이사에 대한 권리행사가 소홀한 경우에 주주의 대표소송을 통하여 이사, 감사, 기타 고급관리자의 책임추궁의 실효성을 확보하는 것이다.⁴⁴⁾

2) 소의 당사자

41) 이정표, 전게서, 162면.

42) 駱東平, 전게논문, 316면.

43) 양동석, 전게서, 232면.

44) 高旭軍, “股東代表訴訟의應用探究——論《公司法》第150條和第152條”, 「東方法學」, 第6期, 上海市法學會, 2008, 21面.

(1) 제소권자

제소권자는 발행주식총수의 100분의 1이상을 계속하여 180일 이상을 단독으로 또는 합계하여 보유하고 있는 주주이다(제152조 제1단).

「최고인민법원의 중국회사법 적용에 대한 규정(1)」(最高人民法院關於適用《中華人民共和國公司法》若干問題的規定(一)) 제4조에 의하면 회사법 제152조에 규정한 180일이란 소를 제기할 때까지 계속하여 주식을 보유하는 기간이라고 한다. 여기서 이사의 위법행위가 주주가 주식을 보유하는 180일이라는 기간내에서 발생하여야 하는 것인가에 대하여는 의문이다. 위법행위의 발생시점을 파악한다는 것이 그리 쉬운 것도 아니므로⁴⁵⁾ 위법행위의 발생 시간과는 관계없고 주주가 기소할 때 주주가 계속하여 단독으로 또는 합계하여 180일 이상 회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상을 보유하면 족하다고 해석하여야 할 것이다. 회사 성립 후 6개월 미만인 경우에 어떻게 되느냐에 대하여 통설은 주주가 회사 성립 이후 계속하여 주식을 보유하면 소를 제기할 수 있고 180일이라는 기한의 제한을 받지 않는다.

(2) 피고

대표소송의 피고가 될 수 있는 자는 이사를 비롯하여 고급관리자, 감사 등 뿐만 아니라 그 외에 회사의 합법적인 권익을 침해하여 회사에 손실을 야기한 “타인”도 포함된다(신회사법 제152조 제3단). 여기서 타인이라는 것은 지배주주, 실질적 지배자, 기타 주주를 포함하여 이들의 위법행위로 회사에 손해를 입힌 자는 피고가 될 수 있다.

(3) 회사의 소송상의 지위

신회사법은 주주의 대표소송에 회사가 소송에 참가할 수 있는지에 대하여 규정하고 있지 않다. 학계에서는 회사의 이 소송의 지위에 관하여 공동원고설(共同原告說), 명의피고설(名義被告說), 보조참가인설(無獨立請求權的第三人說), 혼합설(混合說) 등이 대립하고 있다.

공동원고설에 의하면 회사는 그 소송의 고지를 받은 후 일정한 기한에 소송

45) 孟祥剛, 전계논문, 22面.

참가 여부에 대하여 결정을 할 수 있다. 회사가 소송참가를 결정한 경우 회사는 소송에서 공동원고이며, 소송참가를 거절한 경우 회사는 이 소송의 당사자가 아니라고 한다.⁴⁶⁾

명의피고설에 의하면 소수주주가 대표소송을 제기하는 것은 회사가 회사의 명의로 소송을 제기하는 것을 거절한다는 뜻으로 이해하여야 하고, 이는 회사가 피고인 이사의 책임추궁을 포기한다는 뜻이다. 그러므로 회사는 이 소송의 원고의 자격을 가질 수 없다고 한다.⁴⁷⁾ 회사는 이런 소송 중에 실질적인 피고와 구별하기 위하여 명의상의 피고로 간주하여야 한다고 한다.⁴⁸⁾

보조참가인설에 의하면 회사가 소의 제기를 해태하여 주주가 제소한 대표소송과 동일하게 제소할 수 없다. 그러나 판결의 효력은 회사에 미치기 때문에 회사는 보조참가인의 신분으로 소송을 참가할 수 있다고 한다.

혼합설에 의하면 회사가 소송에 참가하는 경우에는 회사는 공동원고로서의 지위를 갖지만, 회사의 입장이 주주의 대표소송에 반대하는 경우⁴⁹⁾에는 회사는 제3자의 지위로 보아야 한다는 것이다.⁵⁰⁾

사법실무에서는 대표소송에서 회사를 제3자의 지위로 취급한 경우가 대부분이다⁵¹⁾.

대표소송을 제기한 주주는 회사의 대표기관으로서 회사의 권리를 주장하는 것이다. 그러므로 회사를 피고로 보는 명의피고설은 타당하지 않다. 또한 판결의 효력이 회사에 귀속하므로 보조참가인설도 타당하지 않다.⁵²⁾ 따라서 회사가 대표소송에 참가하는 경우에 그 지위는 공동원고라고 해야 할 것이다.

46) 劉凱湘, 전계논문, 160面.

47) 劉俊海, “論股東的代表訴訟提起權”, 『商事法論集』 第1輯, 法律出版社, 1997, 96面.

48) 甘培忠, “論股東代表訴訟在中國的有效適用”, 『北京大學學報』 第9期, 北京大學, 2002, 21面.

49) 예를 들면 주주의 대표소송의 목적이 회사를 위한 것이 아니라 단순히 주주 자신의 이익을 위해서 하는 경우, 이사의 행위가 회사에 손해를 끼칠 수 있지만 그 행위가 합리적인 경영 행위인 경우에 회사가 이사의 책임을 추궁하고 싶지 않는 경우 등이 있다.

50) 蔡元慶, “股東代表訴訟中公司的訴訟參加問題研究”, 『華東政法學院學報』 第2期, 華東政法大學, 2007年, 39-41面.

51) 北京市西城區人民法院民事裁定書(2008)西民初字第13694号:

52) 중국 「민사소송법」 제56조 제2단: 제3자는 당사자 쌍방의 소송물에 대하여 독립적인 청구권이 없으나, 안전 처리의 결과가 제3자와 법률상의 이해관계가 있는 경우 제3자가 소송참가를 신청할 수 있고, 혹은 인민법원의 동의를 얻고 소송에 참가한다.

(4) 기타 주주의 소송상의 지위

기타 주주가 주주의 대표소송에 참가하는 경우에는 공동원고로 간주한다.⁵³⁾ 그러나 제1회 심리 이후 법원은 기타 주주가 소송을 참가하는 것을 허락하지 못하도록 하여야 할 것이다. 왜냐하면 주주는 실질적인 원고가 아니므로 그의 참가 여부가 안건의 심리에 대하여 큰 영향이 없기 때문이다.

3) 절차

소수주주는 대표소송을 제기하기 전에 이유를 기재한 서면으로 감사회, 이사회, 또는 집행이사에게 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 것을 청구하여야 한다(제152조 제1단). 감사회가 본 소송의 피고로 되는 경우에는 이사회에 청구하여야 하고, 이사가 본 소송의 피고로 되는 경우에는 감사회에 청구하여야 한다. 이러한 절차에 의한 서면청구를 받고도 제소하지 않거나, 그 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소송을 제기하지 않을 경우, 또는 상황이 급박하여 즉시 소송을 제기하지 않으면 회사의 이익이 회복될 수 없는 경우에는 소수주주는 회사의 이익을 위하여 자기의 명의로 인민법원에 이 소송을 제기할 수 있다(제152조 제2단).

대표소송의 관할법원에 대하여 신회사법에서는 규정하고 있지 않다. 따라서 「민사소송법」 제29조에 의하면 불법행위지 또는 피고주소지의 인민법원의 관할에 속한다. 사법실무에서 대표소송의 관할은 불법행위지의 법원으로 하고 있다.⁵⁴⁾

IV. 이사의 책임제한

1. 의의

53) 劉凱湘, 전계논문, 160面; 孟祥剛, 전계논문, 22面.

54) 威海市中級人民法院 (2007) 威民二外初字第27号民事判決: 「... 회사의 고금관리자의 불법행위를 원인으로하는 책임을 추궁하는 대표소송으로서 불법행위지의 법률을 적용하여야 한다.」

신회사법에서는 이사의 책임제한제도를 충분히 고려하지 않고 있다. 이유는 중국이 회사제도를 실행한지 얼마 되지 않고(18년) 입법의 초점은 이사의 책임추궁이며, 이사의 책임제한제도의 역할과 기능에 대하여 인식이 부족하기 때문이라고 한다.⁵⁵⁾ 이사의 책임이 제한되는 경우는 이사회 결의가 법률·행정법규 또는 정관이나 주주총회의 결의에 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우에 결의에 이의를 제기한 기재가 의사록에 있는 자는 책임을 면제할 수 있다(제113조 제3단)는 규정뿐이다.

이사의 책임이 엄격하게 되면 이사의 경영활동은 위축되게 된다. 이는 회사로서도 바람직하지 않다. 오늘날의 경영환경은 예측가능한 것보다는 예측이 불가능한 분야가 더 많은 실정이다. 과실책임을 원칙으로 하는 법질서를 전제로 이사의 책임추궁제도가 적극적으로 모색되어야 한다.

책임제한의 방식은 주로 세 가지로 생각해 볼 수 있다. 법률, 회사정관, 회사기관결의에 의한 제한이다. 법률에 의한 제한은 주의의무의 유형화가 매우 힘든 것이지만 예컨대 경영판단의 원칙과 같은 판례법의 원칙을 이사의 책임추궁에 접목시키는 입법이 있어야 한다. 회사정관에 이사의 책임을 제한하는 규정을 두어 이사의 적극적인 경영활동을 유도할 필요가 있다. 주주총회의 결의로 이사의 책임을 제한하는 것도 가능할 것이다.⁵⁶⁾

이사의 책임을 제한하는 제도의 입법취지는 이사의 경영능력을 최대한 발휘하여 회사의 이익을 최대로 추구하는 것이다. 주주는 회사의 투자자로서 회사의 경영성과에 가장 관심이 많다. 그러므로 이사의 책임을 제한할 것인가를 결정할 주체는 당사자인 주주라고 할 것이다. 그러나 오늘날의 주주총회의 형해화는 그 취지를 달성할 수가 없다. 회사정관에 의한 제한도 바람직하지만 경영자지배에 의한 정관의 지배라는 것도 배제할 수 없으므로 결국은 이사의 책임제한제도를 입법으로 해야한다고 본다.

2. 경영판단원칙

55) 任自力·曹文澤. 전계논문. 89面.

56) 任自力·曹文澤. 전계논문. 85-87面.

경영판단원칙(Business Judgment Rule)이란 이사의 경영에 대한 판단이 결과적으로 회사에 손해를 끼쳤으나, 이사가 이러한 판단을 내렸을 때 충분히 정보를 파악하고, 회사의 최대한 이익을 위한 선의의 결정이었다면, 법원은 이사가 주의의무를 위반하지 않았다고 판단을 내려, 사후에 회사경영에 개입하여 이사의 책임을 추궁하지 아니한다⁵⁷⁾는 것이다. 경영판단원칙의 핵심은 이사의 경영행위에 대하여 판단하는 것이다.⁵⁸⁾ 이는 회사소송에서 이사가 주주에 대항하는 소송법상의 항변권이라 할 수 있다.⁵⁹⁾ 이를 소송법적으로 해석해 본다면 “이사가 경영에 관해 내린 의사결정은 사익을 위한 것이 아니고, 사안에 관해 숙지한 상태에서 그러한 행위가 회사에 최선의 이익을 가져온다는 정직한 믿음에 기해 성의로 이뤄졌다고 하는 추정”을 뜻한다. 그리하여 대표소송에서 주주가 이사의 책임을 묻고자 할 때에는 원고가 이러한 추정을 깨는 사실을 주장·입증하여야 하고, 이러한 주장·입증이 성공하면 이사측이 문제된 거래에 대하여 책임을 져야 한다는 것이다.

경영판단원칙이 도입되면 이사의 적극적인 경영활동에 도움이 될 것이라 가정은 이 원칙을 도입한 국가에서 실증적으로 보여주고 있다. 중국도 선진화된 회사제도의 틀을 위하여 이 원칙을 도입할 필요가 있다. 이 원칙과 관련하여 도입의 가능성을 엿보이게 하는 판례가 있다.⁶⁰⁾

3. 이사의 책임보험제도

이사의 책임보험의 개념은 협의와 광의로 나눈다.⁶¹⁾ 협의의 이사의 책임보

57) 蔡元慶, “經營判斷原則在日本的實踐及對我國的啓示”, 『現代法學』, 第28卷 第3期, 西南政法大學, 2006, 182면.

58) 容繼, “論美國公司法上的商業判斷規則”, 『比較法研究』, 第2期, 中國政法大學, 2008年, 47면.

59) 容繼, “美國商業判斷規則對我國公司法的啓示: ——以經濟分析爲重點”, 『政法學刊』, 第24卷, 第2期, 廣東警官學院, 廣東省公安司法管理干部學院, 2006, 31면.

60) 北京市門頭溝區人民法院民事判決書(2009)門民初字第4號. “손실이... 단순히 영업위험 또는 기타 외래 원인으로 초래한 경우라면 이사가 근면의무를 위반한 것이라고 판단할 수 없다”라는 판결문을 보면 중국은 경영판단경영원칙을 도입할 경향이 있는 것으로 보인다.

61) 周海博·劉鈞諭, “中國公司董事責任保險若干法律問題探析”, 『法治與社會』, 第5期(下) 云南

협이란 회사와 이사가 공동출자하여 가입한 보험으로서, 이사가 책임을 추궁 당할 때 보험자가 이사를 대신하여 손해배상책임을 지고 그리고 그에 관한 비용도 지불하는 제도이다. 광의로는 보험자가 협의한 보험 내용 외에 회사는 이사에 대한 비용보상 규정에 따라 이사에게 보상비용까지 지불하여야 하는 것이다.⁶²⁾ 이는 성질상 특수한 직업보험이라고 한다.⁶³⁾

이사의 책임보험제도는 이사가 적극적인 경영활동을 발휘하는 데 큰 도움이 된다. 오늘날 이사의 경영활동에 예측치 못할 위험이 전보다 많아짐에 따라 책임부담 위험도 높아지게 되었다. 결국 이사의 경영활동에 영향을 미치게 된다. 이사의 책임보험은 이사의 배상책임액을 부분적으로 지불함으로써 이사의 부담을 크게 감소시켜 이사의 경영활동에 호기능으로 작용할 것으로 본다.

V. 결론

중국회사법의 이사에 대한 책임제도에 대한 입법론은 다음과 같다.

첫째, 이사의 책임의 발생원인을 법령·행정법규 및 회사정관의 위반으로 한정할 것이 아니라 이사의 수임인으로서의 임무해태로 인한 손해에 대하여도 책임을 지도록 명문화화 할 필요가 있다.

둘째, 이사의 제3자에 대한 책임에 있어서 제3자의 범위를 주주로 한정하는 것은 회사와 이해관계를 가지는 자를 보호하는데 미흡하다. 특히 회사채권자 보호가 중요하고 이와 관련된 입법의 추세는 채권자뿐만 아니라 널리 이해관

省法學會, 2008年, 145面.

62) 王立東, “論董事責任保險制度在中國的法律困境及其解決”, 吉林大學博士學位論文, 2010, 32面.

63) 肖娟娟, “董事責任保險制度的法律基礎研究”, 「重慶科技學院學報」, 第5期, 重慶科技學院, 2008, 51面. 실무에서 이사책임보험의 범위는 세 가지 부분이 구성된다. 첫째, 회사의 이사가 주주의 그에 대한 소송을 인해 초래된 위험을 면하기 위하여 이사 개인에게만 제공하는 보험이다. 이는 A형 보험이라고 하기도 한다. 둘째, 회사가 이사에 대신 책임을 진 경우에 회사를 대상을 한 보험이다. 이는 B형 보험이라고 하기도 한다. 셋째, 회사 자신이 주주가 제기된 소송의 당사자인 경우 회사의 불이익을 면하기 위하여 제공하는 보험이다. 이는 C형 보험이라고 하기도 한다. 일반적으로 이상의 보험유형을 혼합하여 사용하는 경우가 많다.(馬寧, “董事責任保險與公司治理”, 「廣西政法管理幹部學院學報」, 第23卷 第1期, 中共廣西區委政法委主管、廣西政法管理幹部學院, 2008, 92-93面).

계자도 포함하고 있으므로 이를 참조하여 입법하여야 할 것이다.

셋째, 회사의 손해나 주주의 손해를 방지하기 위해선 사후적으로 책임을 추궁하는 것보다 사전예방조치가 실제 손해를 방지하는 데에 더 효과적이므로 사전예방제도를 마련하여야 한다. 그러므로 중국 신회사법은 한국 상법의 유지청구권 같은 제도를 도입할 필요가 있다.

넷째, 대표소송의 제소요건인 발행주식 총수의 100분의 1은 대규모 상장회사에서는 그 제소요건을 갖추기가 쉽지 않다. 그러므로 상장회사와 비상장회사를 구별하여 규정하는 것이 바람직하다. 그리고 관할법원을 명확할 필요가 있으며, 비용부담에 관하여 명문의 규정을 둘 필요가 있다.

다섯째, 이사의 의무와 책임을 강화하는 동시에 이사의 적극적인 경영활동을 조성하기 위하여 이사의 책임제한제도를 명문으로 확장할 필요가 있다.

참고문헌

- 이철송, 「회사법강의」 제18판, 박영사, 2010.
- 이정표, 「중국회사법」, 박영사, 2008.
- 양동석, 「중국회사법」, 진원사, 2007.
- 양동석·박승남, “韓·中 會社法上 理事의 責任과 代表訴訟에 관한 比較研究”, 「법학논집」 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원.
- 佟柔, 「中國民法學-民法總則」, 中國人民公安大學出版社, 1990.
- 馬俊駒, 「法人制度通論」, 武漢大學出版社, 1988.
- 史尙寬, 「民法總論」, 台灣正大印書館, 1981.
- 劉俊海, 「公司法學」, 北京大學出版社, 2008.
- 車輝, 「公司法理論與實務」, 中國政法大學校出版社, 2009.
- 鄧峰, 「普通公司法」, 中國人民出版社, 2009.
- 謝朝斌, “論我國股份公司獨立董事義務與責任”, 「南京審計學院學報」第2卷 第1期, 南京審計學院, 2005.

- 耀振華, “公司董事民事責任制度研究”, 「法學評論」第3期, 武漢大學, 1994.
- 張美欣, “試論董事的義務及責任——董事的侵權(直接侵權)責任初探”, 「中央政法管理干部學院學報」第5期, 中央政法管理干部學院, 2000.
- 劉平華·劉開, “論公司執行董事的責任”, 「計劃與市場探索」第1-2期, 廣西宏觀經濟學會·廣西區計委經濟研究所, 2004.
- 樓曉·汪婷, “論董事責任中歸則原則的適用”, 「商場現代化」第1期, 中商科學技術信息研究所, 2007.
- 吳莞·向欣, “論公司對董事的賠償責任”, 「湖北社會科學」第11期, 湖北省社會科學聯合會·湖北省社會科學院, 2004.
- 梅慎實, “論董事的民事責任”, 「法律科學」第2期, 西北政法大學, 1996.
- 張繼恒·胡玲麗, “完善董事責任制度的幾點思考”, 「南昌高專學報」第1期, 江西科技師範學院, 2008.
- 李選民, “論公司董事的義務和責任”, 「南方經濟」第12期, 廣東經濟學會·中山大學(嶺南學院), 2003.
- 胡甲慶, “公司董事民事責任及歸責原則研究”, 「雲南學術探索」第2期, 雲南省社會科學界聯合會, 1998.
- 張曉東, “公司董事對第三人的民事責任淺析”, 「特區實踐與理論」第6期, 中共深圳市委黨校、深圳行政學院、深圳經濟管理學院、深圳社會主義學院, 2009.
- 孫建江·陳永旭, “公司侵權行為中董事對第三人的責任”, 「寧波大學學報」第16卷第3期, 寧波大學, 2003.
- 劉桂清, “股東對董事之直接訴訟”, 「法學評論」第3期, 武漢大學, 2006.
- 姜惠琴, “董事對第三人責任”, 「法學雜誌」第6期, 北京市法學會, 2006.
- 任自力·曹文澤, “論公司董事責任的限制”, 「法學家」第5期, 中國人民大學, 2007年.
- 蔡元慶, “股東代表訴訟中公司的訴訟參加問題研究”, 「華東政法學院學報」第2期, 華東政法大學, 2007年.
- 周海博·劉錚論, “中國公司董事責任保險若干法律問題探析”, 「法治與社會」, 第5期(下) 雲南省法學會, 2008年.
- 高旭軍, “股東代表訴訟的應用探究——論《公司法》第150條和第152條”, 「東方法學」第6期, 上海市法學會, 2008.

- 孟祥剛, “公司股東代表訴訟的審理”, 「法律适用」, (最高法院)國家法官學院, 第4期, 2007年.
- 劉凱湘, “股東代表訴訟的司法适用与立法完善——以《公司法》第152條的解釋為中心”, 「中國法學」第4期, 中國法學會, 2008年.
- 劉俊海, “論股東的代表訴訟提起權”, 「商事法論集」第1輯, 法律出版社, 1997.
- 甘培忠, “論股東代表訴訟在中國的有效适用”, 「北京大學學報」第9期, 北京大學, 2002.
- 胡濱·曹順明, “股東代表訴訟的合理性基础和制度設計”, 「法學研究」, 第4期, 2004.
- 蔡元慶, “股東代表訴訟中公司的訴訟參加問題研究”, 「華東政法學院學報」第2期, 華東政法大學, 2007年.
- 蔡元慶, “經營判斷原則在日本的實踐及對我國的啓示”, 「現代法學」第28卷 第3期, 西南政法大學, 2006.
- 容纓, “論美國公司法上的商業判斷規則”, 「比較法研究」第2期, 中國政法大學, 2008年.
- 容纓, “美國商業判斷規則對我國公司法的啓示: ——以經濟分析為重点”, 「政法學刊」第24卷 第2期, 廣東警官學院, 廣東省公安司法管理干部學院, 2006.
- 劉迎霜, “股東對董事訴訟中的商業判斷規則”, 「法學」第5期, 華東政法大學, 2009.
- 陶一鳴, “商業判斷規則的多維分析”, 「政法論壇」第27卷 第5期, 中國政法大學, 2009.
- 鄭麗英, “董事賠償責任研究”, 吉林大學博士學位論文, 2009.
- 王立東, “論董事責任保險制度在中國的法律困境及其解決”, 吉林大學博士學位論文, 2010.
- 馬宁, “董事責任保險与公司治理”, 「广西政法管理干部學院學報」, 第23卷 第1期, 中共广西區委政法委主管、广西政法管理干部學院, 2008.
- 林玲, “適時推出董事責任保險的必要性和可能性”, 「經濟論壇」第8期, 河北省社會科學院, 2003.
- 施建祥, “對發展我國董事責任保險的現實思考”, 「商業經濟与管理」第10期, 2003.
- 孫宏濤, “我國董事責任保險市場發展的若干思考”, 「海南金融」第6期 海南省金融學會, 2010.
- 孫宏濤, “我國董事責任保險市場發展緩慢的原因及其解決路徑”, 「保險職業學院學報」, 第24卷 第3期, 保險職業學院, 2010.
- 徐進, “我國董事責任保險的現狀分析”, 「广西經濟管理干部學報」第4期, 广西經

濟管理干部學院，2004.

宋云峰, “淺析股東代表訴訟的訴訟原則和賠償範圍”, 第 1面

<http://wenku.baidu.com/view/874d20a10029bd64783e2ca7.html>, 마지막 방문시간: 2011. 9. 25.

馮果·柴瑞娟, “論董事對公司債權人的責任”, 「國家檢察官學院學報」第15卷 第1期, 2007年.

徐娟, “論董事對第三人民事責任”, 「河南省政法管理干部學院學報」第5期, 2010年.

賈清林, “股東代表訴訟制度的确立与困境——兼對新《公司法》第152條的解讀”, 北大法律信息网, 마지막 방문시각: 2011.11.11 <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp?Db=art&Gid=335579863>.

耀振華, “公司董事民事責任制度研究”, 「法學評論」第3期, 武漢大學, 1994.

徐振增, “論公司董事賠償責任的限制与免除”, 「中外企業家」第10期, 中外企業家雜誌社, 2009.

[Abstract]

A study of the director's liability in China

Song, Seok-Eon

Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.

Lu Ping

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

In Chinese Company law the director owes the duties of loyalty and care(diligence) to the company. In the discharge of his duties a director must, of course, act honestly and in good faith, and also exercise some degree of skill and prudence and diligence. In other words, directors are liable for

negligence in the performance of their duties.

As far as the Chinese Company law is concerned, it is the first time to regulate that the director should be blamed for his action which damages the shareholders' interests by violating any law, administrative regulation, or the bylaw. And in order to protect the corporation's interest further it is also the first time to introduce the shareholders' derivative suit. These Change are thought to be quite significant. But on the one hand because the system of the director's liability to the third person and the shareholders' derivative suit are not perfect in Chinese Company law, it is thought that there are some parts which are need to improve related to them. On the other hand, in present the director is required to manage the corporation passively to persue the maximized interest of corporation, but the heavy burden of director's liability may make the corporation be hard to find out a capable and proper candidate to be a director, and also make the director behavior positively. In Chinese Company law these measures are inadequate and so the measures which let director relief from the liabilities is needed.

This paper is aimed to bring up some suggestions and advices for legislation improvement to the Chinese Company law on the director's liability in China.

Key Words : the director's liability to the corporation, the director's liability to the third person, shareholders' derivative suit, measures to reduce the director's obligation

