

도산법연구

제9권 제3호

사단법인 도산법연구회

2019. 12.

목 차

〈논문〉

이정우 M&A에 의한 회생계획에 관한 법적 연구	1
오야마 사야(大山小夜) 동아시아에서 다중채무 대책의 전개 - 일본의 40년 간, 동아시아의 10년 간	55
김희동 법인회생 데이터입력 조사작업의 성과 및 분석결과	69
천사홍(陈夏红) 미국 헌법 “파산조항” 입헌고	101

〈실무노트〉

박민준 영국의 Gibbs 원칙에 관한 미연방파산법상 제15장 절차에서의 판단 {In re Agrokor d.d. (591 B.R. 163)}	173
이은재 BREXIT와 영국 국제도산	179
최복기 합자회사인 회생회사의 M&A	185
권민재 도산절차에서의 ADR 도입가능성에 대한 검토	191
오수근·진경선(陳景善) 중국 도산법 문답 (1) 중국 국가발전개혁위원회의 시장주체 퇴출제도 개혁방안	201

〈부록〉

사단법인 도산법연구회 정관	225
도산법연구 윤리규정	230
도산법연구 편집 및 심사규정	234
도산법연구 투고지침	244
연구발표회 목록	247

CONTENTS

〈Articles〉

A Study on the Reorganization Plan by M&A LEE, Jeong Woo	7
Over-indebtedness Measures in East Asia: 40 Years for Japan and 10 Years for Korea-Taiwan-Japan Relations OYAMA, Saya	55
Data Collection of Corporate Rehabilitation Proceedings and Analysis Results KIM, Hee Dong	69
A Study on the Incorporation of the “Bankruptcy Clause” into the US Constitution CHEN, Xiahong	101

〈Notes on Practice〉

A Decision on the Gibbs Rule of English Law in Chapter 15 Proceedings in the United States - In re Agrokor d.d., 591 B.R. 163 (Bankr. S.D.N.Y. 2018) PARK, Min Joon	173
Brexit and UK Cross-border Insolvency LEE, Eun Jai	179
The M&A Procedure of a Limited Partnership Company in the Rehabilitation Proceeding CHOI, Bok Gi	185
Review on the Possibility of Introducing ADR in Insolvency Proceedings KWON, Min Jae	191
Dialogues on Chinese Insolvency Law and Practice (1) - Reform Proposal on Market Exit Mechanism by the National Development and Reform Commission of China OH, Soo Geun · CHEN, Jingshan	201

〈Appendices〉

Articles of Incorporation of the Insolvency Law Institute of Korea	225
Ethical Code of the <i>Korean Journal of Insolvency Law</i>	230
Editing and Review Rules of the <i>Korean Journal of Insolvency Law</i>	234
Submission Guide for the <i>Korean Journal of Insolvency Law</i>	244
List of Papers Presented at Monthly Seminars	247

M&A에 의한 회생계획에 관한 법적 연구*

이정우**

I. 서 론

채무자는 사업의 계속에 현저한 지장을 초래하지 아니하고는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없을 때 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)에 따른 회생절차를 신청한다.¹⁾ 그리고 사업의 계속에 어려움을 겪는 회생기업이 회생절차에서 자금을 조달할 수 있는 현실적인 대안은 회사의 경영권이나 주요자산을 제3자에게 양도하는 M&A(Mergers & Acquisitions)이다.

M&A라 함은 어떤 기업의 지배권 획득을 목적으로 하는 일체의 거래활동을 말하고, 둘 이상의 기업이 하나의 인격체로 통합되는 합병(Mergers)과 인수자인 기업이 다른 기업의 자산, 영업 또는 주식을 인수하여 그에 대한 지배권을 취득하는 기업인수(Acquisitions)를 합친 것이다. 회생절차에 의한 M&A에서는 법률적 부담²⁾을 완화할 수 있고, 인수자가 취득세 등의 조세 부담을 경감할 수 있는 제3자 배정 신주 및 회사 채 인수 방식이 널리 이용되고 있다. 또한 회사 자체를 양수받기 어려운 회생기업에 대하여는 영업 일부 또는 전부를 해체 없이 그대로 이전받는 영업양도 방식도 활용되고 있다.

* 이 글은 필자의 “M&A에 의한 회생계획에 관한 법적 연구 - 인가요건 심사를 중심으로 -”, 한양대학교 일반대학원, 석사 논문(2019)을 기초로 재정리한 것임을 밝힙니다.

** 서울회생법원 판사

- 1) 회생절차 신청원인은 ① 사업의 계속에 현저한 지장을 초래하지 아니하고는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없는 경우 또는 ② 채무자에게 파산의 원인인 사실이 생길 염려가 있는 경우이다(채무자회생법 제34조 제1항).
- 2) 체육시설인 회원제골프장에 대한 회생절차상 M&A에서 제3자 배정 신주인수 방식에 의하면, 채무자가 여전히 체육시설업자이고 회원과의 약정에 관한 권리·의무의 귀속주체가 변경되지는 않으므로, 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」(이하 ‘체육시설법’이라 한다) 제27조 제1항이나 제2항의 권리·의무의 승계 조항의 적용을 피할 수 있다(대법원 2016. 5. 25. 자 2014마1427 결정).

회생절차에 의한 M&A는 회생절차 내에서 M&A를 성사시켜 회생계획에 의한 채무 조정 및 주주변동 등을 목적으로 한다. 따라서 M&A가 최종적으로 성공하기 위해서는 거래내용이 담긴 회생계획(변경회생계획³⁾ 포함)이 적절한 인가결정에 의해 유효해야 한다. 그래서 회생기업은 처음 M&A를 시도할 때부터 회생계획안을 관계인집회(이하에서는 회생계획안을 심리하는 집회를 ‘심리 집회’, 결의하기 위한 집회를 ‘결의 집회’라 한다)에서 결의할 때까지 M&A 절차 및 내용이 채무자회생법상의 인가요건(채무자회생법 제243조 및 제243조의2)을 갖추어야 함을 계속해서 주의해야 한다. 법원도 M&A를 허가하고 회생계획안을 검토함에 있어 인가요건의 구비여부를 계속 심사하여야 한다.

채무자회생법상의 인가요건은 회생계획안이 결의 집회에서 ① 가결요건을 갖춘 경우와 ② 부결된 경우에 예외적으로 인가할 수 있는 경우로 나눌 수 있다. 그리고 ① 가결에 의한 인가요건은 ㉠ 채무자회생법 제243조에 정한 적극적 인가요건과 ㉡ 채무자회생법 제243조의2에 정한 소극적 인가요건으로 다시 구분된다. 구체적으로 ㉠ 적극적 인가요건에는 회생절차 또는 회생계획의 법률 적합성, 공정·형평성, 수행가능성, 결의의 성실·공정성, 청산가치의 보장 등이 있다. ㉡ 소극적 인가요건에는 법원이 불인가결정을 할 수 있는 임의적 요건과 불인가결정을 하여야 하는 필요적 요건이 있다.

이 글에서는 위와 같은 회생절차에 의한 M&A와 회생계획 인가요건을 살펴보고, 인가요건 심사시 법적 검토사항을 고찰해보고자 한다.

II. 회생절차에 의한 M&A

1. 서설

일반적으로 M&A는 ① 공고를 통한 공개경쟁입찰방법, ② 제한적인 경쟁입찰방법, ③ 수의계약 중에서 해당기업에 적당한 것을 선택하여 진행하게 된다. 그러나 회생절차에서는 공정성을 극대화할 수 있는 공개경쟁입찰방법이 가장 우선적으로 고려된다.

3) 회생계획인가의 결정이 있은 후 부득이한 사유로 회생계획에 정한 사항을 변경할 필요가 생긴 때에는 회생절차가 종결되기 전에 한하여 회생계획을 변경할 수 있다(채무자회생법 제282조 제1항).

회생기업이 공개경쟁입찰방법을 거치지 아니한 채 제한적 경쟁입찰방법이나 수의계약에 의한 M&A를 바로 시도하려면 그 매각방식을 선택해야 하는 필요성과 그 매각방식에 의한 M&A 진행이 절차의 공정성을 해하지 않는 사실을 소명해야 한다(서울회생법원 실무준칙 제241호 회생절차에서의 M&A(이하 '실무준칙'이라 한다) 제3조⁴⁾). 나아가 회생절차에서의 M&A는 그 추진시기에 따라 ① 회생절차개시 전(신청 전 포함) M&A, ② 회생절차개시 후 회생계획 인가 전 M&A, ③ 회생계획 인가 후 M&A로 나눌 수 있다.

2. 회생절차상 M&A⁵⁾

가. 회생계획 인가 후 M&A

법원은 회생절차개시 결정을 하면서 특별한 사정⁶⁾이 없으면 기존 대표자를 관리인으로 선임하거나(채무자회생법 제74조 제2항) 관리인을 선임하지 않고 기존 대표자를 법률상관리인으로 본다(채무자회생법 제74조 제3, 4항).⁷⁾ 그래서 대부분의 회생절차에 의한 M&A는 기존 대표자 관리인이 스스로 회생계획을 작성하여 인가결정을 받고 이를 수행하다가 채무자의 영업활동 및 자산처분만으로는 회생계획을 제대로 수행할 수 없다고 판단될 때 또는 제3자 관리인이 선임되어 회생계획이 인가된 후 채무자의 영속적인 존속을 위해 실질적인 지배주주를 구해야 할 때에 시도 된다.⁸⁾

4) 서울회생법원, 서울회생법원 실무준칙, 사법발전재단, 2018. 4., 81~97쪽.

5) 이 부분은 주로 김정만, 회생절차상 M&A의 선택기준과 회생계획인가 전 M&A, 사법논집 제50집, 법원도서관, 2011., 79~96쪽 참고.

6) 특별한 사정이란 ① 채무자의 재정적 파탄의 원인이 개인인 채무자, 개인이 아닌 채무자의 이사, 채무자의 지배인이 행한 재산의 유용 또는 은닉이나 중대한 책임이 있는 부실경영에 기인하는 때, ② 채권자협의회의 요청이 있는 경우로서 상당한 이유가 있는 때, ③ 그 밖에 채무자의 회생에 필요한 때를 말한다(채무자회생법 제72조 제2항 각 호).

7) 이를 'DIP(Debtor In Position) 관리인 제도'라 한다.

8) 실무준칙 제5조 (관리인의 의무)

① 채무자의 관리인은 채무자가 독자적으로 사업을 계속하기 어려운 경우에는 지체 없이 M&A를 추진하여야 한다. 특히 제3자 관리인은 회생계획 인가 후 회생계획의 수행가능 여부가 명백하지 않은 경우에는 M&A를 적극적으로 추진하여야 한다.

회생계획 인가 후 M&A 절차는 아래 표와 같이 진행된다.⁹⁾

	절차	예상기간	비고
1	매각주간사 선정		<ul style="list-style-type: none"> ■ 공개경쟁입찰 또는 수의계약
2	매각주간사의 실사 및 매각 준비	2~5주	<ul style="list-style-type: none"> ■ 채무자의 자산 및 부채 실사 후 청산가치와 계속기업가치 산정 ■ 매각전략 수립
3	매각공고	2~6주	<ul style="list-style-type: none"> ■ 매각공고 후 간략한 회사소개서 배포 ■ 마케팅
4	인수의향서 제출		<ul style="list-style-type: none"> ■ 인수의향서 제출안내서 배포
5	예비실사	2~4주	<ul style="list-style-type: none"> ■ 예비실사를 위한 데이터룸 오픈 ■ 입찰안내서 및 양해각서안 배포 ■ 우선협상대상자 선정기준 작성
6	인수제안서 제출		<ul style="list-style-type: none"> ■ 입찰보증금 납입
7	우선협상대상자 선정	1~2주	
8	양해각서 체결		<ul style="list-style-type: none"> ■ 이행보증금 납입
9	정밀실사	2~4주	
10	인수대금조정	1~2주	<ul style="list-style-type: none"> ■ 양해각서에 인수대금조정의 요건과 기한 명시
11	인수계약 체결		<ul style="list-style-type: none"> ■ 양해각서에 인수계약 체결 기한 명시 ■ 계약금 납부
12	회생계획안 작성		
13	인수대금 예치		<ul style="list-style-type: none"> ■ 집회기일 약 3 영업일 전
14	관계인집회 개최		

1) 먼저 관리인은 M&A의 공정성을 확보하고 전문성을 보완하기 위해 관리인을 보좌하여 M&A 절차를 이끌어갈 매각주간사를 선정하게 된다.¹⁰⁾ 매각주간사는 회계법인, 투자은행, 기업구조조정 전문회사 또는 위 각 업체들의 컨소시엄 등이 선정된다. 선정된 매각주간사는 ① 매각대상 실사 및 가치평가, 주요 현안 분석을 통한 최적의 M&A 진행방안 마련, ② 매각전략 수립 및 투자자 유치(매각준비), ③ 입찰절차 등 M&A 절차 진행에 필요한 전반적인 자문 및 문서의 작성 등 업무지원, ④ 회생계획안 작성 및 채권자 동의를 위한 업무지원, ⑤ 거래를 종결하기 위하여 필요한 범위 내의 관리인 요청사항 수행 등의 업무를 수행한다.

9) 이 부분은 주로 박재완, 한국 도산기업의 M&A, 법학논총 제25집 제4호, 한양대학교, 2008. 참조.
 10) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(하)(4판), 박영사, 2014, 193쪽.

2) 매각준비가 완료되면, 관리인은 법원의 허가를 받아 매각공고를 하고, 본격적인 마케팅(Marketing) 절차에 들어가게 된다. 매각대상인 회생기업을 간략히 소개하는 회사소개서를 배포하면서 인수의향자를 물색하는 것이다.

특히 매각공고 전에 관리인이나 매각주간사가 섭외한 인수희망자가 있는 경우에는 일단 확보한 인수희망자와 잠정적으로 조건부인수계약을 체결해두고, 공개경쟁입찰로 더 나은 인수조건을 제시하는 자를 찾는 수의계약과 공개입찰계약을 융합한 매각방식을 이용할 수 있다(실무준칙 제34조). 이를 ‘스토킹 호스 매각(Stalking Horse Bidding)’ 방식이라 한다.

이에 의하는 경우, 관리인은 법원의 허가를 받아 미리 확보된 인수희망자와 사이에 공개경쟁방식을 거친 후 더 나은 조건의 인수자가 없는 경우에만 M&A를 계속 진행하기로 하는 해제조건부 예비매매계약을 체결한다(이때 매각금액의 5~10% 금액을 계약 이행보증금으로 수령한다). 이때 관리인은 공고 전 인수희망자(Stalking Horse)가 회생기업의 주주 등과 특수관계에 있고 회생절차개시의 원인에 중대한 책임이 있는지 여부를 미리 조사하여 보고하여야 한다(실무준칙 제34조 제3항). 법원은 관리인의 허가 신청이 있으면 관리위원회 및 채권자협의회의 의견을 들어 위와 같은 매각방식의 진행 여부를 허가하게 된다.

예비매매계약의 내용은 일반적인 인수 조건이나 방법을 정하는 외에 공개입찰을 통해 새로운 인수자와 인수계약을 체결하는 경우에는 인수계약을 해제하고 최종 인수대금에서 금융비용의 투입을 보상하기 위한 해약보상금(Break-up Fee)을 지급하는 내용을 추가하게 된다.¹¹⁾ 또한 공개입찰에서 기존의 조건부 인수계약보다 더 나은 내용의 인수제안서를 다시 제출할 수 있는 기회(입찰참여권) 또는 새로운 인수희망자의 인수내용과 동일하거나 더 나은 조건을 제시하여 자산 등을 인수할 수 있는 우선매수권을 부여할 수도 있다.¹²⁾

관리인은 새로운 인수자 선정절차에서 새로운 인수희망자가 없거나, 제시된 인수내

11) 매각 대상 목적물의 규모가 크지 않은 사건에서, 채무자의 영업이 정상적으로 이루어지지 않거나 회생절차를 한번 신청했다가 폐지결정 후 재신청한 사건, 수차례의 M&A 절차에서 유찰된 후 스토킹 호스 매각절차를 활용하는 경우로서 본 입찰시 입찰참가자가 거의 없다고 예상되는 경우에는 해약보상금을 정하지 않을 수 있다(이현오, 서울회생법원 주요 사례와 쟁점, 2018년 도산법연구회 세미나 자료집, 대법원 도산법분야연구회, 2018. 6., 12쪽).

12) 우선매수권 행사조항을 계약에 추가하는 경우, 우선매수권의 행사에 의해 권리를 잃게 되는 인수희망자에 대하여는 해약보상금과 동일한 수준의 보상금(Topping fee)을 지급하는 내용도 함께 추가하게 된다. 서울회생법원 2018회합10038 사건에서 조건부 인수계약 후 실시된 공개경쟁입찰에서 더 나은 조건의 인수희망자가 나왔으나 조건부인수계약자가 우선매수권을 행사하여 최종 인수자로 확정되었고, 최고가 입찰자에게는 보상금(Topping fee)이 지급되었다.

용이 예비매매계약의 인수조건에 미치지 못하거나 그것과 동등한 경우에는 법원의 허가를 얻어 공고 전 인수희망자를 최종 인수예정자로 확정한다.¹³⁾ 이때 공개입찰에 참여한 최고가매수인을 차순위 인수예정자로 선정하여 공고 전 인수희망자와의 최종 인수계약이 불발되는 경우를 대비할 수도 있다. 반면 관리인은 확정된 새로운 인수예정자와 사이에 인수계약을 체결하는 경우에 특별한 사정이 없는 한 예비매매계약의 인수내용에 미치지 못하는 계약내용을 정하여서는 아니 된다(실무준칙 제37조).

3) 인수의향자가 인수의향서(LOI, Letter of Intent)를 접수하면 회생기업에 대한 예비실사를 하게 된다. 인수의향자는 관리인에게 비밀유지확약서를 제출한 후 회생기업이 마련한 데이터 룸(Data room, 자료실)에서 재무나 영업에 관련된 자료 등을 토대로 예비실사를 한다. 인수의향자들은 예비실사 결과를 바탕으로 인수제안서를 접수하게 되고, 관리인, 감사, 매각주간사 등 3인 이상으로 구성된 인수제안서 평가위원들이 인수제안서를 심사한다. 관리인은 법원의 허가를 받아 선정기준상 가장 높은 점수를 받은 인수제안자를 우선협상대상자로 선정한다.

우선협상대상자가 선정되면, 관리인은 우선협상대상자와 협의한 후 법원의 허가를 받아 양해각서를 체결한다. 양해각서에는 인수대금 조정의 요건, 조정가능한 인수금액의 범위(통상 5% 내외), 조정절차·기간, 협의가 이루어지지 않을 경우의 처리방안 등을 구체적으로 정하게 된다.

양해각서가 체결되면, 우선협상대상자는 양해각서에 정해진 방법에 따라 회생기업에 대한 정밀실사를 하게 된다. 정밀실사는 2주 내지 1달의 기간 동안 관리인이나 매각주간사가 제시한 실사기준일 현재 자산·부채의 평가결과가 실사기준에 따라 적정하게 조사되었는지를 확인하는 절차이다. 정밀실사 결과 관리인 등이 제시한 자산·부채 평가에 이견이 있거나 실사기준일 이후 자산·부채가 변동된 사정이 발견되면, 우선협상대상자는 관리인에게 인수대금의 조정을 요구하게 된다. 인수대금의 조정은 법원의 허가를 받아야 하는데, 공개입찰공고에서부터 예비실사에 이르기까지 자산·부채 평가의 중대한 변경이 아닌 한 그 책임은 인수자의 부담으로 한다는 내용과 인수대금의 조정범위는 인수대금의 5% 범위 내에서만 가능하다는 내용이 계속 공지되고, 회생절차에 의한 M&A는 회생절차상 인정되는 채무 외의 부외부채나 우발채무의 발생가능성이 낮기 때문에 제한적으로 허가 된다.¹⁴⁾

13) 대전지방법원 2017회합5006 사건에서 관리인은 인수희망자와 조건부인수계약을 체결한 후 실시한 공개경쟁입찰에서 참가자가 없자 확정된 인수계약으로 전환하였다(조민혜, 대전지방법원 주요 사례와 쟁점 소개, 2018년 도산법연구회 세미나 자료집, 대법원 도산법분야연구회, 2018. 6., 50쪽).

14) 회생사건실무(하), 204쪽. 이병기, M&A계약의 주요 조항과 법적 쟁점Ⅱ : M&A계약에 있어서 가격

4) 관리인은 인수대금이 확정된 후 인수예정자로부터 인수대금의 약 10% 상당을 계약금으로 지급받고 인수계약을 체결한다. 입찰보증금이나 이행보증금이 납입된 경우에는 그 보증금을 위 계약금의 일부로 충당한다. 인수계약에는 인수대금의 구체적인 액수, 지급시기와 방법, 지급조건, 양도방법 등 협의된 M&A의 내용이 기재되고, M&A를 완성시키기 위한 후속조치(변경 회생계획안 작성 및 인가에 관한 절차, 인수기획단의 파견, 경영권 양도절차, 회생절차 종결절차 등)에 관한 내용도 포함된다.

인수계약이 체결되면, 관리인은 인수계약의 내용을 반영하여 변경 회생계획안을 작성하여야 한다. 만약 인수대금이 변제대상 채무액의 총 합계액을 초과하는 성공적인 M&A인 경우, 변경 회생계획안이 인가된 기존 회생계획안에 따른 채무를 모두 변제하는 것을 내용일 것이므로, 회생채권자·회생담보권자에게 불리한 영향을 미치지 아니하여 법원의 회생계획 변경인가결정만으로 그 효력이 인정될 수 있다. 하지만 그 경우에도 주주·지분권자의 채무자에 대한 권리가 침해받을 수는 때에는 변경 회생계획안에 대한 심리 및 결의 집회를 소집할 수밖에 없다(다만, 이 경우 채무자회생법 제282조 제2항 단서에 의해 회생계획의 변경으로 인하여 불리한 영향을 받지 아니하는 권리자인 회생채권자·회생담보권자는 변경절차에 참가시키지 아니할 수 있다).¹⁵⁾

인수대금이 회생채권·회생담보권을 모두 변제하기에 부족한 경우에는 변경 회생계획안이 그들에게 불리한 영향을 미칠 것임이 분명하므로, 변경 회생계획안에 대하여 최초로 회생계획안이 제출된 것과 마찬가지로 심리 및 결의 집회를 소집하여야 한다(채무자회생법 제282조 제2항 본문). 그리고 변경 회생계획안에 대한 심리 및 결의 집회가 소집되면, 인수자는 늦어도 집회기일의 3영업일 전까지 인수대금의 전액을 납부하여야 한다(실무준칙 제23조).

5) M&A에 의한 변경 회생계획안에 대한 심리 집회는 관리인이 M&A의 경과 및 이를 반영한 변경 회생계획안의 내용을 보고하고, 조사위원이 변경 회생계획안이 청산가치를 보장하고 있는지 여부와 수행가능성이 있는지 여부에 관한 조사결과를 보고하는 것으로 이뤄진다. 그 후 결의 집회는 처음 회생계획안이 제출된 경우와 마찬가지로 회생담보권자의 조에서는 3/4, 회생채권자의 조에서는 2/3, 주주·지분권자의 조에서는 1/2 이상에 해당하는 의결권을 가진 자의 동의가 필요하다(채무자회생법 제282조 제2항, 제237조). 다만 결의 집회에 출석하지 아니한 권리자 중 종전의 회생계획에 동의한

조정, BFL 68호, 서울대학교 금융법센터, 2014. 11., 51~52쪽.

15) 다만, 변경 회생계획안 검토 당시에도 회생기업의 부채가 자산을 초과하여 주주·지분권자의 의결권 및 잔여재산 분배청구권이 인정되지 않는 경우에는 심리 및 결의 집회를 소집할 필요가 없다고 보아야 한다.

자는 변경 회생계획안도 동의한 것으로 본다(채무자회생법 제282조 제4항).

변경 회생계획안이 집회에서 가결되면, 법원은 그 기일에서 인가 여부에 관한 이해 관계인의 의견을 조회한 후 인가 여부를 그 기일에 또는 즉시로 선고한 기일에 결정하여야 한다(채무자회생법 제282조, 제242조).

변경 회생계획은 인가의 결정이 있는 때부터 효력이 발생한다. 관리인은 인가 직후부터 변경 회생계획 수행을 위해 기존 주식의 감자, 인수자에 대한 유상증자 및 회사채 발행, 인수대금에 의한 회생채무 등의 변제, 회생담보권 등의 말소등기촉탁 등 후속절차를 진행해야 한다. 인가결정에 관하여 즉시항고가 제기되더라도 회생계획의 수행에 영향을 미치지 아니하므로, 관리인은 항고법원 또는 회생계속법원의 수행정지 가처분이 내려지지 않는 한 변경 회생계획의 내용대로 수행할 수 있다(채무자회생법 제247조 제3항).

인수자는 변경 회생계획이 인가되면 인수기획단을 파견하고 회생기업의 경영권을 확보하기 위하여 관리인을 포함한 임원진의 개편을 요구하는 것이 일반적이고, 법원도 이를 허용하고 있다. 그리고 위와 같은 후속조치가 마무리되면 신속하게 종결 결정을 하게 된다.

나. 회생절차개시 후 회생계획 인가 전 M&A

인가 전 M&A는 ① 채무자의 자산 및 기업가치에 대한 조사결과 청산가치가 계속기업가치를 상회하여 회생절차를 계속 진행함이 부적정한 경우, ② 계속기업가치가 청산가치보다 높더라도 운영자금 부족 등으로 인해 정상적인 기업활동을 위해서는 M&A가 반드시 필요하다고 인정되는 경우 등에 시도된다.

인가 전 M&A는 이해관계인에 대한 권리제한을 최소화하고 회생절차상 가결기한의 제한과 회생계획안 작성기한 등을 고려하여 신속히 진행해야 한다. 이를 위해 관리인은 법원의 허가를 받아 회생절차개시 전에 진행된 M&A가 있는 경우에는 기존 매각주간사를 입찰공고 없이 회생절차에서의 매각주간사로 선정할 수 있고, 절차의 공정성을 해하지 않는 경우에는 개시결정시 선임한 조사위원을 매각주간사로 선정할 수도 있다(실무준칙 제27조). 또한 조사위원의 조사결과 보고 후에 진행되는 M&A에서는 매각주간사가 별도로 자산·부채에 관한 실사를 하지 않고 조사위원의 조사결과를 원용할 수 있도록 하여 절차의 신속을 기하고 있다(실무준칙 제28조).

다. 회생절차개시 전 M&A

회생절차 개시되기 전(신청 전 포함)에 M&A를 추진된 경우 회생절차가 개시된 후에도 계속하여 진행하는 것이 효율적인 경우가 많다. 이때 법원은 관리인의 신청에 의해 개시 전 M&A가 공정하게 진행되었고, 제시된 인수내용이 적정하다고 보이는 경우 절차의 계속을 허가할 수 있고(이를 ‘개시 전 M&A의 승인’이라 한다), 그 심사를 위해 관리위원회 및 채권자협의회의 의견을 듣게 된다(실무준칙 제31조).

또한 개시 전 M&A에 기초한 사전회생계획안이 제출된 경우, 법원은 사전회생계획안의 적정성 및 수행가능성을 검증하기 위하여 조사위원을 선임하여 조사할 수 있다. 이때 채권자 등 이해관계인도 일정기한 내에 이의신청 등 의견제시를 할 수 있도록 하고 있다.¹⁶⁾ 이와 같은 방식의 조사와 의견청취는 사전회생계획안의 제출이 없더라도 개시 전 M&A의 승인 여부만을 판단하기 위해 필요한 경우에는 회생절차의 개시 전후를 불문하고 가능하다.

법원이 개시 전 M&A를 승인하는 경우 기존 M&A에 의한 실사결과를 그대로 활용할 수 있으므로 조사위원을 선임하지 않을 수 있다(실무준칙 제32조).¹⁷⁾ 나아가 개시 전 M&A가 승인된 경우 이후 회생절차는 채권조사확정과 개시 전 M&A에 기초한 회생계획안을 인가할 수 있는지 여부만이 문제되므로 다른 절차는 최대한 간이하게 진행된다.

반면, 관리인이 법원으로부터 개시 전 M&A의 승인허가를 얻지 못한 경우, 관리인은 이미 물색해 둔 인수희망자를 공고 전 인수희망자로 보아 스톡홀름 매각방식에 의한 M&A로 새로운 인수자 선정을 위한 절차를 진행할 수 있다(실무준칙 제33조). 법원이 절차의 공정성이나 인수내용의 적정성에 의문이 있어 개시 전 M&A의 승인을 하지 아니하였음을 고려하여 이를 보완하기 위한 공개경쟁입찰절차를 신속히 진행해보는 것이다. 관리인은 개시 전 인수희망자와 사이에 예비매매계약을 체결한 다음 공개경쟁입찰에서 더 나은 조건을 제시한 인수희망자가 없으면 위 예비매매계약을 본 계약으로 보고 M&A 절차를 진행하게 된다.

16) 최효중, 한국의 P-Plan 회생절차(골프장 사례를 중심으로), 제10회 동아시아 도산·재건협회 심포지엄 자료집, 동아시아 도산·재건협회, 2018. 10., 37쪽.

17) 조사위원의 선임은 시기의 제한이 없고 임의적인 것으로(채무자회생법 제87조 제1항) 불필요한 절차를 반복하거나 불필요한 비용을 투입할 가능성이 있는 경우에는 조사위원을 선임하지 않거나 선임하더라도 조사범위를 필요한 부분으로 제한하여 절차의 신속 및 비용의 최소화를 도모할 필요가 있다.

Ⅲ. M&A에 의한 회생계획의 인가요건

1. 서설

회생절차에서의 M&A가 성사되더라도, M&A의 내용이 반영된 회생계획이 유효하기 위해서는 결의 집회에서 가결요건을 넘는 다수의 동의를 얻어 가결되고, 회생계획에 대한 법원의 인가결정이 필요하다. 왜냐하면 회생계획이 인가되어야만 회생계획에 기재되지 아니한 권리자의 권리가 소멸되고, 권리자의 반대의사에도 불구하고 가결된 회생계획에 정한 내용대로 권리가 변경되기 때문이다.

법원은 회생채권자와 주주 등 다양한 이해관계를 조정하고 반대한 소수자를 보호해 줘야 하는 점들을 고려하여 회생계획안이 절차 및 내용 면에서 적법한지, 권리보호 순위 등이 공정·형평하고 수행가능한 것인지를 후견적 견지에서 재심사하게 된다.¹⁸⁾ 이러한 인가요건의 존재여부는 법원이 직권으로 조사하여야 하고 인가여부의 결정시를 판단기준으로 한다.¹⁹⁾

2. 가결에 의한 인가요건

회생계획안이 결의 집회에서 가결되면, 법원은 아래에서 보는 적극적 인가요건을 구비하고 있는 경우에 한하여 회생계획인가의 결정을 할 수 있고(채무자회생법 243조 제 1항), 소극적 인가요건에 해당하는 경우에는 회생계획불인가의 결정을 할 수 있거나 하여야 한다(채무자회생법 제243조의2).

회생계획의 인가요건을 규정하는 방식은 적극요건주의와 소극요건주의가 있다.²⁰⁾ 적극요건주의는 인가요건을 규정하는 것이고, 소극요건주의는 불인가요건을 규정하는 것을 말한다. 적극요건주의는 상대적으로 법원의 후견적 개입을 우선시하는 것이고, 소극요건주의는 절차 진행에 관하여 사적 자치의 원칙이나 당사자 의사의 존중을 우선 고려한 것으로 볼 수 있다.²¹⁾ 채무자회생법은 적극적 인가요건에 관하여는 적극요건주의를, 소극적 인가요건에 관하여는 소극요건주의를 각각 취하고 있다. 미국의 연방파산

18) 東京地裁會社更生実務研究会(이하 생략), 會社更生の実務(下), 社団法人 金融財政事情研究会, 2005, 305~306쪽.

19) 대법원 2018. 5. 18. 자 2016마5352 결정.

20) 전대규, 채무자회생법(제3판), 법문사, 2019. 1., 683쪽.

21) 園尾隆司·小林秀之, 条解 民事再生法(第3版), 弘文堂, 2013., 916쪽.

법(§ 1129), 일본의 회사갱생법(제199조 제2항), 중국 기업파산법(제86조)은 적극요건주의를 취하고 있다. 반면 일본의 민사재생법(제174조 제2항), 독일의 통합파산법(§ 250)은 소극요건주의를 취하고 있다.

가. 적극적 인가요건

1) 회생절차 또는 회생계획의 법률 적합성

‘회생절차가 법률의 규정에 적합할 것’이란 회생절차가 개시결정 이후 인가 여부를 결정할 때까지 채무자회생법 등이 정한 절차 및 준수기간 등을 위반하지 않았어야 한다는 것이다. 회생절차는 채권자나 주주 등 이해관계인의 권리에 중대한 영향을 미치고 심지어 권리 변경도 하므로, 채무자회생법이 정한 권리자들에 대한 절차참여권 또는 보호절차는 반드시 준수되어야 한다.

예를 들어 관리인은 회생계획안 제출기한, 가결기한을 준수하여야 하고, 법원이 행정청의 허가·인가·면허 그 밖의 처분에 관한 의견조회(채무자회생법 제226조 제2항)이나 노동조합 또는 근로자대표에 대한 의견조회(채무자회생법 제227조)를 누락하게 되면 회생절차가 법률의 규정에 적합하지 아니한 것이 된다.

한편 미국 연방파산법은 회생절차의 법률 적합성과 관련하여 회생계획 제출자 및 제출과정에 주목한다. 즉, 회생계획 제출자는 연방파산법의 모든 적용가능한 조항을 준수하여야 하고[§ 1129(a)(2)], 회생계획은 선의로(in good faith), 법이 금지하지 아니한 방법으로 제출되었어야 한다[§ 1129(a)(3)]. 또한 독일 통합파산법은 소수자 보호(Minderheitenschutz)를 위해서 파산정리계획으로 권리가 침해되는 채권자가 관계인 집회 전에 서면으로 이의를 신청하고 이를 소명한 경우에 법원이 인가를 거부할 수 있도록 하고 있다(§ 251).

‘회생계획이 법률의 규정에 적합할 것’이란, 법원에 제출되거나 심리·결의된 회생계획안의 내용이 채무자회생법은 물론 민법, 상법 등 관련 법률의 규정에 위배되지 않는 적법한 것이어야 한다는 것이다. 회생계획에는 ① 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자의 권리의 전부 또는 일부의 변경, ② 공익채권의 변제, ③ 채무의 변제자금의 조달방법, ④ 회생계획에서 예상된 액을 넘는 수익금의 용도, ⑤ 알고 있는 개시 후 기타 채권이 있는 때에는 그 내용에 관한 조항(이하 ‘필수적 기재사항’이라 한다)을 반드시 기재하여야 한다(채무자회생법 제193조 제1항). 이러한 필수적 기재사항을 회생계획안에 기재하지 아니하면 회생계획이 법률의 규정에 적합하지 아니하게 되는 것이다.

또한 회생절차개시 이후부터 그 회생절차가 종료될 때까지는 채무자는 회생절차(법원의 허가 또는 회생계획으로 해석할 수 있다)에 의하지 아니하고는 ① 자본 또는 출자액의 감소, ② 지분권자의 가입, 신주 또는 사채의 발행, ③ 자본 또는 출자액의 증가, ④ 주식의 포괄적 교환 또는 주식의 포괄적 이전, ⑤ 합병·분할·분할합병 또는 조직변경, ⑥ 해산 또는 회사의 계속, ⑦ 이익 또는 이자의 배당을 할 수 없다(채무자회생법 제55조 제1항). 따라서 위와 같은 회생절차에 의한 자본변동 등이 필요한 경우인 회생절차상 M&A를 반영한 회생계획은 반드시 위와 같은 사항을 기재하여야 한다.

미국 연방파산법도 회생계획의 법률 적합성과 관련하여 회생계획은 연방파산법의 모든 적용 가능한 조항을 준수하여야 하고[§ 1129(a)(1)], 회생계획에 의한 모든 재산권 이전은 비영리법인 또는 상업적 법인을 규율하는 다른 법률과 조화되어야 한다고 규정하고 있다[§ 1129(a)(16)].

2) 공정·형평성, 수행가능성

회생계획을 인가하려면, 회생계획이 공정하고 형평에 맞아야 한다(채무자회생법 제243조 제1항 제2호 전단). 여기서 말하는 ‘공정·형평’이란 일반적으로 채무자회생법 제217조 제1항이 정하는 권리의 순위를 고려하여 다른 종류의 권리자들 사이에는 회생계획의 조건에 공정하고 형평에 맞는 차등을 두어야 하는 것을 말한다. 이에 대하여 ‘법률규정’에는 공정하고 형평한 차등(채무자회생법 제217조)이나 평등의 원칙(채무자회생법 제218조)도 포함되므로, 이에 반하는 회생계획은 법률적합성 위반(채무자회생법 제243조 제1항 제1호)으로 인가할 수 없는 것이고, 여기서 말하는 공정·형평은 법의 일반원리에 반하면 안 된다는 취지로 해석해야 한다는 견해도 있다.²²⁾

공정·형평의 기준에 관하여는 일반적으로 ‘절대우선의 원칙’과 ‘상대우선의 원칙’을 들고 있다. 절대우선의 원칙은 선순위의 권리자가 완전하게 만족을 받지 못하는 한 후순위의 권리자에게 만족을 주는 것이 금지된다는 기준이다. 이와 달리 상대우선의 원칙은 선순위 권리자에게 주는 만족이 후순위 권리자에게 주는 만족보다 상대적으로 크면 공정·형평의 원칙이 지켜진 것이라는 기준이다. 이에 대하여 통설 및 판례는 채무자회생법상의 공정·형평의 개념에 관하여 상대우선의 원칙을 취하고 있다. 즉, 회생채권자의 권리를 감축하면서 주주의 권리를 감축하지 않는 것은 허용되지 아니한다. 다만 주식과 채권은 그 성질이 상이하여 단순히 회생채권의 감축 비율과 주식 수의 감소 비율만을 비교하여 일률적으로 우열을 판단할 수는 없다. 따라서 자본의 감소와 그 비율,

22) 오수근, 도산법의 이해, 이화여자대학교출판부, 2008., 226쪽.

신주발행에 의한 실질적인 지분의 저감 비율, 회생계획안 자체에서 장래 출자전환이나 인수·합병을 위한 신주발행을 예정하고 있는 경우에는 그 예상되는 지분 비율, 그에 따라 회생계획에 의하여 회생기업이 보유하게 될 순자산 중 기존주주의 지분에 따른 금액의 규모, 변제될 회생채권의 금액과 비율, 보증채권의 경우 주채무자가 그 전부 또는 일부를 변제하였거나 변제할 개연성이 있다면 그 규모 등을 두루 참작하여야 한다고 본다.²³⁾ 살피건대 절대우선의 원칙을 고수하는 경우 기업가치의 평가에 관하여 채권자와 주주 사이에 분쟁으로 인해 원활한 회생이 불가능할 수 있다. 또한 회생절차에서는 청산가치가 보장되는 한 다수의 이해관계인 사이에 합의된 배분원칙을 존중하는 것이 바람직하다.²⁴⁾ 나아가 절대우선의 원칙에 의하면 회생기업의 조기 회생신청을 더 어렵게 하고 회생채권자들도 절대우선의 원칙의 적용을 기대하고 무조건 부동의할 가능성을 배제할 수 없다.²⁵⁾ 결국 상대우선의 원칙에 의해 회생계획의 공정·형평 여부를 심사하는 것이 타당하다.

또한 회생계획은 채무자회생법 제218조 제1항이 정하는 바에 따라 같은 종류의 권리자들 사이에는 회생계획의 조건을 평등하게 정하여야 한다. 회생계획 조건의 ‘평등’은 형식적 의미의 평등이 아니라 공정·형평의 관념에 반하지 아니하는 실질적인 평등을 가리키는 것이다. 회생계획에서 모든 권리를 반드시 채무자회생법 제217조 제1항 제1호 내지 제5호가 규정하는 5종류의 권리로 나누어 각 종류의 권리를 획일적으로 평등하게 취급하여야만 하는 것은 아니다. 5종류의 권리 내부에서도 회생채권이나 회생담보권의 성질의 차이, 채무자의 회생을 포함한 회생계획의 수행가능성 등 제반 사정에 따른 합리적인 이유를 고려하여 이를 더 세분하여 차등을 두더라도 공정·형평의 관념에 반하지 아니하는 경우에는 합리적인 범위 내에서 차등을 둘 수 있다. 다만 같은 성질의 회생채권이나 회생담보권에 대하여 합리적인 이유 없이 권리에 대한 감면 비율이나 변제기를 달리하는 것과 같은 차별은 허용되지 아니한다.²⁶⁾

마지막으로 회생계획은 수행이 가능하여야 한다(채무자회생법 제243조 제1항 제2호 후단). 여기서 말하는 ‘수행가능성’이란 채무자가 회생계획에 정해진 채무변제계획을 모두 이행하고 다시 회생절차에 들어오지 않을 수 있는 건전한 재무 상태를 구비하게 될 가능성을 의미한다.²⁷⁾ 앞서 본 바와 같이 회생계획 인가결정이 확정되면 신고하지 아니한 권리는 실권되고 회생계획의 내용대로 권리변경의 효력이 인정된다. 그래서 회

23) 대법원 2004. 12. 10. 자 2002그121 결정.

24) 오수근, 앞의 책, 221쪽.

25) 윤남근, 회생계획안의 인가, 저스티스 131호, 한국법학원, 2012. 8., 42쪽.

26) 대법원 2018. 5. 18. 자 2016마5352 결정.

27) 대법원 2016. 5. 25. 자 2014마1427 결정.

회생계획이 인가 이후 계획대로 변제되지 아니하고 채무자가 정상기업으로 회귀할 수도 없다면 회생절차가 쓸모없게 되는 셈이 될 뿐만 아니라 더 나아가 채무자에 의해 악의적으로 이용될 여지까지 있다. 이 때문에 회생계획의 수행가능성 요건은 매우 중요하다. 미국 연방파산법도 회생계획 인가 후 채무자나 회생계획에 정한 승계인에 대하여 회생계획이 예정하지 아니한 청산이나 추가적인 재무구조조정이 일어날 가능성이 없어야 한다고 규정하고 있다[§ 1129(a)(11)].²⁸⁾

3) 결의의 성실·공정성

회생계획에 대한 결의는 성실하고 공정한 방법으로 하여야 한다(채무자회생법 제 243조 제1항 제3호). ‘불성실·불공정한 결의’란 회생계획안의 가부를 결정하기 위한 의결권 행사의 의사표시를 하는 과정에서 본인 이외의 제3자로부터 위법·부당한 영향이 작용하는 경우를 말한다.²⁹⁾ 이해관계인에 대한 협박이나 기망은 물론, 의결권 행사 혹은 그 위임의 대가로 특별한 이익이 공여된 경우도 결의의 성실·공정을 해하는 사유에 해당할 수 있다.³⁰⁾

결의의 방법과 관련하여 채무자회생법은 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자를 각각 다른 조로 분류하여야 하는 것만을 규정하고 있다(채무자회생법 제236조 제3항 단서). 그 외에는 법원이 권리의 성질과 이해관계를 고려하여 2개 이상의 권리자(우선권자와 일반권리자 사이) 조를 하나의 조로 분류하거나 하나의 조에 해당하는 자를 2개 이상의 조로 분류할 수 있다고 규정하여, 조의 통합과 세분에 관하여 법원의 재량을 인정하고 있다(채무자회생법 제236조 제3항 본문).

따라서 법원의 조 분류 결정에 재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 법원이 채무자회생법 제236조 제2항 각 호에 해당하는 동일한 종류의 권리자를 2개 이상의 조로 세분하지 않았다고 하여 이를 위법하다고 볼 수 없고, 결의가 공정하지 않게 이루어졌다고 보기 어렵다.³¹⁾

28) 중국 기업파산법은 강제승인의 요건으로 회생계획이 예정한 경영방안이 실행가능할 것을 요구하기도 한다[기업파산법 제87조. 胡利玲, 중국 회생 제도의 실천(중국 상장회사의 회생에 관한 고찰), 제10회 동아시아 도산·재건협회 심포지엄 자료집, 동아시아 도산·재건협회, 2018. 10., 241쪽 참조].

29) 대법원 2018. 1. 16. 자 2017마5212 결정.

30) 대법원 2005. 3. 10. 자 2002그32 결정.

31) 대법원 2018. 5. 18. 자 2016마5352 결정.

4) 청산가치의 보장

회생계획은 그 변제방법이 채무자의 사업을 청산할 때 각 채권자에게 변제하는 것보다 불리하지 아니하게 변제하는 내용이어야 한다(채무자회생법 제243조 제1항 제4호). 이를 ‘청산가치보장원칙’이라 한다. 이때의 청산가치는 해당 기업이 파산적 청산을 통하여 해체·소멸하는 경우에 기업을 구성하는 개별 재산을 분리하여 처분할 때를 가정한 처분금액을 의미한다.³²⁾

청산가치를 보장해야 하는 이유는, 회생계획에 의한 채무변제에 반대하는 채권자들의 권리도 인가결정에 의해 변경할 수 있으므로, 회생계획에 의한 채무감면·조정·변제 유예를 감수해야 하는 채권자들에 대하여 최소한 회생계획에 의하지 아니하고 즉시 파산적 청산을 통해 받을 수 있는 배분액보다는 더 많은 액수를 변제하는 것으로 정하여야 채권자들의 재산권을 본질적으로 침해하지 않기 때문이다. 청산가치보장원칙은 회생절차상 채권자들을 보호하기 위한 가장 최소한의 장치로서 특정 채권자에 대한 청산가치보장만이 아니라 전체 채권자들에 대하여 준수되어야 한다. 다만 채권자가 청산가치 이하로 변제받는 회생계획에 동의한 경우에는 청산가치보장원칙을 적용하지 않는다(채무자회생법 제243조 제1항 제4호 단서). 일본의 회사갱생절차에서도 청산가치보장원칙이 명시적인 인가요건으로 정하고 있지는 않지만 당연히 준수되어야 하는 것으로 해석되고, 청산가치 보장여부는 갱생담보권자가 별제권을 행사하여 채권의 만족을 얻을 수 있는 때와 비교하는 기준을 활용하여 판단한다.³³⁾

5) 합병에 대한 주주총회 승인

회생계획의 내용이 합병 또는 분할합병을 토대로 마련된 것인 때에는 당해 회생기업과의 합병대상인 다른 회사의 주주총회 또는 사원총회의 합병계약서 또는 분할합병계약서의 승인결의가 있어야 한다. 다만, 그 다른 회사가 주주총회 또는 사원총회의 승인결의를 요하지 아니하는 경우를 제외한다(채무자회생법 제243조 제1항 제5호). 회생절차상 M&A의 본계약 내용이 회생기업의 사업 전체 또는 일부를 인수자가 합병 또는 분할합병하는 것으로 정해진 때에는 상법에 의해 합병할 회사의 주주총회 또는 사원총회의 합병계약서 승인결의가 있어야 M&A 계약이 적법하고 유효한 것으로 법률상 인정될 수 있으므로(주식회사는 상법 제522조, 제530조의3, 유한회사는 상법 제598조, 제603조), 이러한 인가요건이 반드시 갖춰져야 한다.

32) 대법원 2007. 10. 11. 자 2007마919 결정.

33) 伊藤眞, 會社更生法(初版), 有斐閣, 2012, 631~632쪽.

이 요건과 관련하여 일본 회사개생법은 다른 회사와 함께 지분회사의 조직변경을 위한 합병, 회사분할, 주식의 교환·이전(아래 ‘사’항)을 하는 내용의 개생계획인 경우 인가여부 결정 당시 그 다른 회사가 해당행위를 할 수 있을 것을 인가요건으로 하고 있다(회사개생법 제199조 제2항 제5호).

한편 영업양도에 의한 M&A를 반영한 회생계획에 관하여도 양수회사가 주주총회 또는 사원총회의 특별결의를 얻어야 하는 경우가 있을 수 있다. 회생기업의 영업 전부 또는 일부의 양수가 인수자 측인 양수회사의 영업에 중대한 영향을 미치지 않는 경우에 그러하다(상법 제374조 제1항 제3호, 제576조 제1항). M&A에 의한 회생계획안은 인수자에 대하여 상법상 요구되는 주주총회 또는 사원총회의 승인이 반드시 갖추어져야 수행할 수 있게 된다. 따라서 이 부분에 관하여는 채무자회생법에 명시적인 규정은 없으나 앞서 본 합병에 대한 다른 회사의 승인결의 규정을 유추적용하여 영업양수에 대한 승인결의도 인가요건으로 함께 검토되어야 한다.

6) 행정청과의 중요부분 의견일치

회생계획에서 행정청의 허가·인가·면허 그 밖의 처분을 요하는 사항이 있다면 법원은 그 사항에 관하여 그 행정청의 의견을 들어야 한다(채무자회생법 제226조 제2항). 그리고 그 회생계획을 인가하려면 위 의견조회결과 회신된 행정청의 의견과 중요한 점에서 차이가 없어야 한다. 회생계획이 가결되어 인가되더라도 후속조치로서 행정청의 인·허가가 불가능하거나 거부되면 회생계획의 수행가능성에 문제가 발생할 수 있기 때문에 회생계획인가의 요건으로 규정한 것이다.³⁴⁾ 예를 들어 회생계획에 재단법인의 기본재산인 부동산을 매각하여 그 대금으로 채무를 변제하는 것으로 기재되어 있다면 재단법인의 기본재산 처분행위는 정관변경사항으로 정관변경은 주무관청의 허가를 요하는 것이므로(민법 제45조 제3항, 제42조 제2항), 주무관청에 대한 의견조회 및 중요부분의 의견일치가 필요하다.

또한 회생계획에 인가 이후 회원제 골프장을 대중제 골프장으로 전환하여 사업을 계속하는 것으로 정한 때에는 위 대중제 전환이 가능한지 여부에 관하여 감독관청인 광역시장·도지사에게 대한 의견조회 및 중요부분의 의견일치가 반드시 필요하다. 이와 관련하여 회원제 골프장의 대중제 전환에 필요한 시도지사의 승인은 재량에 속하는 것이지만 관할관청의 주류적 방침은 ‘입회보증금 전액 반환 또는 회생계획에 따른 권리변동(현금변제 및 출자전환 등) 완료 후 회생계획 인가결정의 확정(즉시항고 절차 종료)’

34) 대법원 2016. 5. 25. 자 2014마1427 결정.

이후에 대중제 전환 승인이 가능하다는 입장이다.³⁵⁾ 이와 같은 시도지사의 승인절차상 제한은 대부분의 회원제골프장 운영회사에 관한 회생절차에서 빈번한 회원권자들의 대중제 전환 불승인 요구 또는 행정소송 제기에 기인한 것으로 보인다. 그래서 회생계획안에 관한 심리 및 결의 집회를 부칠 무렵이나 관계인집회 당시에는 시도지사의 승인 여부를 확실하기 어려울 수 있다. 실제로 관계인집회 이후 인가결정이 있음에도 시도지사가 대중제 전환을 승인해주지 아니하여 사업계획변경승인신청 반려처분에 대한 취소소송(행정소송)을 거쳐 대중제 전환을 마친 사례³⁶⁾도 있다.

7) 주식의 포괄적 교환에 대한 주주총회 승인

회생계획이 주식의 포괄적 교환을 내용으로 하는 때(주로 회생기업이 완전자회사가 되게 된다)에도 당해 회생기업과의 주식 포괄적 교환대상인 다른 회사의 주주총회에서 주식의 포괄적 교환계약서에 관한 승인결의가 있어야 한다. 다만 그 다른 회사가 상법 제360조의9(간이주식교환) 및 제360조의10(소규모 주식교환)의 규정에 의하여 주식의 포괄적 교환을 하는 경우를 제외한다(채무자회생법 제243조 제1항 제7호). 이는 앞서 본 합병의 주주총회 승인과 같이 주식교환을 하고자 하는 회사는 주식교환계약서를 작성하여 주주총회의 승인을 얻어야 유효하므로(상법 제360조의3), 회생계획을 정상적으로 수행하기 위해서는 위와 같은 주식 포괄적 교환의 효력요건이 반드시 갖춰져야 하기 때문이다.

나. 소극적 인가요건

1) 소극적 인가요건의 도입

2015. 7. 1. 도입된 소극적 인가요건은 회생절차를 남용한 M&A에 의한 회생계획을 배제하기 위한 것이다. 구체적으로는 ① 회생절차개시의 원인과 그 원인에 책임있는 자와 인수자가 일정한 관계가 있을 것을 모두 충족할 때 인가를 하지 않을 수 있도록 하는 임의적 요건(채무자회생법 제243조의2 제1항)과 ② 인수자가 채무자에 대한

35) 최효종·김소연, 2010년대 골프장 회생절차에 대한 실증연구, 도산법연구회 발표자료집, 사단법인 도산법연구회, 2018. 8., 28~29쪽.

36) 수원지방법원 2014구합53347호 사건(수원지방법원 2012회합24 사건 관련). 이 사건에서 법원은 관할행정청인 경기도지사가 한 행정청의 의견조회 누락을 이유로 한 거부처분은 의견조회 누락만으로 회생법원의 인가결정이 위법하다고 볼 수 없고, 회생계획은 인가결정이 있을 때부터 효력이 생기게 되어 골프장 회원의 권리와 지위는 모두 소멸되었다고 보아야 하므로(회생계획의 수행정지 등의 처분을 받았다고 볼 증거도 없음), 채무자회생법 제246조의 취지에 반하는 거부처분은 재량권의 일탈·남용으로 위법하다고 판단하였다(확정).

재산범죄 또는 채무자회생법위반으로 인한 형사처벌 전력이 있으면 반드시 인가하지 않도록 하는 필요적 요건이 있다(채무자회생법 제243조의2 제2항).³⁷⁾

소극적 인가요건과 관련하여 미국 연방파산법은 명시적인 규정은 없지만 예정한 규정을 두고 있다. 즉, 회생절차와 회생계획에 의해 변제되거나 변제계획을 정하는 경우에는 회생계획 제출자, 채무자, 인수자의 변제나 변제예정이 법원으로부터 합리적이고 승인을 받았거나 받아야 한다[§ 1129(a)(4)]. 또한 회생계획 제출자는 회생계획에서 회생계획 인가 후에 채무자의 이사, 임원, 또는 의결권수탁자, 채무자와의 공동사업자, 또는 채무자의 승계인으로 제안된 개인의 신분과 관계를 공시하여야 하고, 해당 개인을 해당 직위에 임명하거나 연임하는 것이 채권자와 주주 그리고 공공의 이익에 부합하여야 한다[§ 1129(a)(5)(A)].

2) 임의적 요건

회생계획안이 ① 채무자의 영업, 사업, 중요한 재산의 전부나 일부의 양수, ② 채무자의 경영권을 인수할 목적으로 하는 주식 또는 출자지분의 양수, ③ 채무자의 주식의 포괄적 교환, 주식의 포괄적 이전, 합병 또는 분할합병(채무자회생법 제57조 각 호, 이하 ‘영업양수 등’이라 한다) 중 어느 하나에 해당하는 행위를 내용으로 하는 경우로서 아래의 요건을 모두 충족하는 경우에는 법원은 회생계획안을 관계인집회의 심리 또는 결의에 부치지 아니할 수 있고(임의적 배제결정), 회생계획불인가의 결정을 할 수 있다.

① ㉠ 회사인 채무자의 이사(상법 제401조의2 제1항에 따라 이사로 보는 자를 포함한다)나 해당 이사와 제101조 제1항에 따른 특수관계³⁸⁾에 있는 자, ㉡ 회사인 채무자

37) 2014. 7. 법제사법위원회 발의 의안원문(의안번호 11170).

38) 채무자회생법 시행령 제4조(특수관계인)

법 제101조 제1항, 법 제218조 제2항 각 호 및 법 제392조 제1항에서 “대통령령이 정하는 범위의 특수관계에 있는 자”라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 본인이 개인인 경우에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
 - 가. 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다. 이하 같다)
 - 나. 8촌 이내의 혈족이거나 4촌 이내의 인척
 - 다. 본인의 금전 그 밖의 재산에 의하여 생계를 유지하는 자이거나 본인과 생계를 함께 하는 자라. 본인이 단독으로 또는 그와 가목 내지 다목의 관계에 있는 자와 합하여 100분의 30이상을 출자하거나 임원의 임면 등의 방법으로 법인 그 밖의 단체의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 경우에는 당해 법인 그 밖의 단체와 그 임원
 - 마. 본인이 단독으로 또는 그와 가목 내지 라목의 관계에 있는 자와 합하여 100분의 30이상을 출자하거나 임원의 임면 등의 방법으로 법인 그 밖의 단체의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 경우에는 당해 법인 그 밖의 단체와 그 임원
2. 본인이 법인 그 밖의 단체인 경우에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
 - 가. 임원

의 감사, ㉔ 회사인 채무자의 지배인(이하 '이사 등'이라 한다) 중 어느 하나에 해당하는 자의 중대한 책임이 있는 행위로 인하여 회생절차개시의 원인이 발생하였다고 인정될 것

② 영업양수 등 중 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자가 ㉕ 이사 등의 자금제공, 담보제공이나 채무보증 등을 통하여 영업양수 등의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 데에 필요한 자금을 마련한 경우, ㉖ 현재 및 과거의 거래관계, 지분소유관계 및 자금제공관계 등을 고려할 때 이사 등에 해당하는 자와 채무자의 경영권 인수 등 사업 운영에 관하여 경제적 이해관계를 같이하는 것으로 인정되는 경우, ㉗ 이사 등에 해당하는 자와 배우자, 직계혈족 등 대통령령으로 정하는 특수관계³⁹⁾에 있는 경우에 해당할 것

따라서 영업양수 등의 행위가 임의적 요건에 해당하려면 이사 등의 중대한 책임 있는 행위로 인하여 재정적 파탄(개시원인)이 발생했어야 한다는 이사 등 측의 요건과 영업양수 등의 인수자가 이사 등의 자금조달 도움을 받거나 경제적 이해관계를 같이 하거나 특수관계자여야 한다는 인수자 측의 요건이 모두 충족되어야 한다.

나. 계열회사(「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법'이라 한다) 제2조 제3호에 따른 계열회사를 말한다) 및 그 임원

다. 단독으로 또는 제1호 각 목의 관계에 있는 자와 합하여 본인에게 100분의 30이상을 출자하거나 임원의 임면 등의 방법으로 본인의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 개인 및 그와 제1호 각 목의 관계에 있는 자와 법인 그 밖의 단체(계열회사를 제외한다. 이하 이 호에서 같다) 및 그 임원

라. 본인이 단독으로 또는 그와 가목 내지 다목의 관계에 있는 자와 합하여 100분의 30이상을 출자하거나 임원의 임면 등의 방법으로 단체의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 경우에는 당해 법인 그 밖의 단체 및 그 임원

39) 채무자회생법 시행령 제15조의2(회생계획안이 배제되거나 회생계획이 불인가되는 특수관계인의 범위) 법 제231조의2 제1항 제2호 다목, 같은 조 제2항 각 호 외의 부분 및 제243조의2 제2항에서 "대통령령으로 정하는 특수관계"란 각각 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 관계를 말한다.

1. 본인이 개인인 경우에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
 - 가. 배우자
 - 나. 본인 또는 배우자의 직계존비속
 - 다. 형제자매
 - 라. 본인의 금전, 그 밖의 재산에 의하여 생계를 유지하는 자이거나 본인과 생계를 함께 하는 자
2. 본인이 법인이나 그 밖의 단체인 경우에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
 - 가. 임원 및 그와 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 관계에 있는 자
 - 나. 계열회사(공정거래법 제2조 제3호에 따른 계열회사를 말한다) 및 그 임원
 - 다. 단독으로 또는 제1호 각 목의 관계에 있는 자와 합하여 본인에게 100분의 30 이상을 출자하거나 임원의 임면 등의 방법으로 본인의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 개인 및 그와 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 관계에 있는 자

3) 필요적 요건

회생계획안이 영업양수 등 중 어느 하나에 해당하는 행위를 내용으로 하는 경우로서 그 행위를 하려는 자 또는 그와 대통령령으로 정하는 특수관계⁴⁰⁾에 있는 자가 아래의 행위 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 법원은 회생계획안을 관계인집회의 심리 또는 결의에 부처서는 아니 되고(필요적 배제결정), 회생계획불인가의 결정을 하여야 한다.

① 채무자를 상대로 형법 제347조(사기)·제347조의2(컴퓨터등 사용사기)·제349조(부당이득)·제355조(횡령, 배임)·제356조(업무상의 횡령과 배임)·제357조(배임수증제)의 죄(형법 또는 다른 법률에 따라 가중 처벌되는 경우 및 미수범을 포함한다)를 범하여 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 집행이 면제된 날부터 10년이 지나지 아니한 경우

② 채무자를 상대로 위 1)의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 집행유예 또는 선고유예를 선고받고 그 유예기간 중에 있는 경우

③ 채무자회생법을 위반하여 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 집행이 면제된 날부터 5년이 지나지 아니한 경우,

④ 채무자회생법을 위반하여 금고 이상의 형의 집행유예 또는 선고유예를 선고받고 그 유예기간 중에 있는 경우

이와 같은 필요적 요건은 영업양수 등의 인수자 측을 조사 또는 심사하여 그 인수자 및 특수관계자에게 채무자에 대하여 가한 형사책임이 있거나 채무자회생법상의 처벌경력이 있으면 반드시 회생계획안을 배제결정하거나 불인가결정을 해야 한다는 것으로, 임의적 요건과 달리 채무자가 회생절차에 이르게 된 사정에 이사 등의 책임이 있었는지 여부를 묻지 않는다.

4) 소극적 인가요건 검토를 위한 개선노력

가) 인수자의 정보공개 의무

채무자회생법은 소극적 인가요건의 존부 확인을 위해 필요한 경우에는 이해관계인 등에게 정보의 제공 또는 자료의 제출을 명할 수 있도록 하고 있다(채무자회생법 제243조의2 제3항). 하지만 실무상 이러한 정보 제공이나 자료 제출은 법원 및 조사위원의 조사결과나 이해관계인의 이의제기를 통해서만 제한적으로 이뤄지고 있는 실정이다. 보다 실질적인 심사를 위해서는 관리자 또는 인수자에게 소극적 요건과 관련된 정보 및 자료를 공개하도록 의무조항을 두는 것이 바람직하다.

40) 각주 39)의 특수관계(채무자회생법 시행령 제15조의2)와 같다.

이와 관련하여 미국 연방파산법은 ① 회생계획 제출자가 회생계획에서 인가 후에 채무자의 이사, 임원, 또는 의결권수탁자, 채무자와의 공동사업자, 또는 채무자의 승계인으로 제안된 개인의 신분과 관계를 공개하여야 하고, ② 해당 개인을 해당 직위에 임명하거나 연임하는 것이 채권자와 주주 그리고 공공의 이익에 부합되어야 하며, ③ 회생계획 제출자는 구조조정 후 채무자에게 고용되거나 관계를 유지할 내부자의 신분과 보수의 성질을 공개하여야 한다고 함으로써 소극적 요건심사를 위한 정보 제공 또는 자료 제출을 인가요건으로 요구하고 있다[§ 1129(a)(5)].

나) 인가결정 확정 후 재심사를 위한 제도 마련

또한 인가결정 이후에 소극적 인가요건에 해당하는 사정이 밝혀진 경우, 인가결정에 의한 권리변경을 그대로 용인하는 것이 사회상규에 반할 정도에 이르는 정도라면 이를 해소할 수 있는 제도도 필요하다.⁴¹⁾ 만약 인가결정이 확정되었더라도 회생절차가 종료되기 전이면 인가결정에 대한 추완 즉시항고, 변경 회생계획 인가 등을 통해 해소할 여지가 있겠으나, 즉시항고가 허용되지 않거나 회생절차가 종료된 경우에는 이마저도 어렵다. 회생절차가 종결되었다도 M&A에 의한 회생계획이 소극적 요건에 해당하는 것으로 추후 밝혀진 경우에 대한 해결책이 필요하다.

입법적 해결책으로는 ① 파산이나 개인회생 절차의 면책취소(채무자회생법 제569조, 제626조), 미국 연방파산법의 인가결정의 취소(§ 1129⁴²⁾, 다만 채무자의 통상적인 영업 및 재무구조를 되돌릴 수 있는 경우여야 한다⁴³⁾와 같이 결정 후 일정한 기간 내에 인가결정의 취소를 구할 수 있는 인가결정 취소제도를 도입하는 것이다. 또한 ② 미국 연방파산법의 절차의 재개[§ 350(b)⁴⁴⁾, ‘Reopen’이라 한다]와 같이 이해관계인의 신청에 의해 제한된 범위⁴⁵⁾의 사건에 한하여 종결된 회생절차를 다시 재개하여 속행하는

41) 실제로 회생절차에 의한 M&A 이후 인수자 측이 부정한 목적이나 방법으로 회생기업을 인수한 다음 회생기업의 자산을 유출한다는 보도가 있고, 회생절차상 M&A 과정에서의 부정으로 수사를 받는 경우도 있다. 인수자가 형사재판에서 유죄 확정판결을 받은 경우에는 재심사 필요성이 크다.

42) 미국 연방파산법 제11장 § 1129 (Revocation of an order of confirmaton)
인가결정이 된 날로부터 180일 내에 이해관계가 있는 당사자의 신청이 있는 경우 법원은 통지 및 심리(notice and hearing) 후에 인가결정이 사기에 의해 이취된 때에는 해당 결정을 취소할 수 있습니다. 이러한 인가결정의 취소결정은 인가결정을 신뢰하여 선의로 권리를 획득하는 자를 보호하기 위해 필요한 조항을 포함해야 하고, 채무의 면책을 취소하여야 한다.

43) Jeffrey T. Ferriell, Edward J. Janger, Understanding Bankruptcy, LexisNexis(Third Edition), 2013., 801쪽.

44) 미국 연방파산법 제3장 § 350 (Closing and reopening cases)

(b) 사건은 자산을 관리하기 위한 경우, 채무자를 구제하기 위한 경우, 그 밖에 이유가 있는 때에 법원에 재기(Reopen)될 수 있다.

45) 미국도 절차의 확정과 법적안정을 위해 재개사유를 제한적으로 해석하여 재개결정에는 소극적인 것

회생절차 속행신청제도를 두는 것도 검토해보아야 한다.

3. 부결시 권리보호조항에 의한 인가요건

가. 권리보호조항에 의한 인가

권리보호조항에 의한 인가라 함은 회생계획안이 일부 의결권조에서 가결요건을 충족시키지 못하였다고 하더라도 법원이 부결된 의결권조 전부의 권리를 보호하는 조항을 정하고 회생계획을 강제로 인가하는 제도를 말한다(채무자회생법 제244조, 강제인가). 권리보호조항에 의한 인가는 일부 의결권조의 동의가 없음을 이유로 바로 회생절차를 폐지하는 것은 다른 의결권조나 종업원 및 사회경제의 이익을 심히 훼손할 수 있다고 판단되는 경우에 법원의 재량에 의해 인가결정을 할 수 있도록 한 것이다. 따라서 권리보호조항에 의한 인가결정을 할 것인지 여부는 원칙적으로 법원이 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자 등의 이해관계와 회생채무자의 유지·재건의 필요성 등을 종합하여 재량에 따라 판단할 사항이다.⁴⁶⁾ 나아가 재량의 범위를 일탈하지 않는 한 법원이 권리보호조항에 의한 인가를 하지 않았음을 이유로 항고할 수는 없다.⁴⁷⁾

나. 권리보호조항에 의한 인가요건

1) 일부 조의 부동의

권리보호조항에 의한 인가를 하려면, 적어도 2개 이상의 의결권조에 대하여 결의 집회를 진행하였고, 그 중 1개 이상의 의결권조에서 가결되어야 한다(채무자회생법 제244조 제1항 본문). 의결권조가 1개밖에 없었거나 모든 의결권조에서 부결되었다면 법원이 권리보호조항에 의한 인가를 할 수 없고, 회생절차를 폐지하여야 한다(채무자회생법 제286조 제2항 제2호).

으로 평가된다. 특히 ① 재개를 위한 자산의 관리란 종결시까지 누락되거나 은닉된 자산의 발견시 이를 청산가치에 반영하고 변제자원으로 활용하기 위한 것이고, ② 채무자를 구제하기 위한 경우란 조정대상 채권이 누락되어 회생계획에 의한 변제조건이 아닌 경우 등을 말하며, ③ 기타 사유에는 인가된 회생계획 수행과정에서 발생한 분쟁에 대하여 회생법원이 심리하는 것이 보다 적합한 경우[In re Atari, 2016 BL 125936(Bankr.S.D.N.Y. Apr. 20, 2016), <https://www.lexology.com/library 참조>], 절차관계인의 사기 등에 의해 절차가 진행 등의 경우를 말한다.

46) 대법원 2007. 10. 11. 자 2007마919 결정.

47) 대법원 2014. 3. 18. 자 2013마2488 결정.

2) 다른 인가요건의 충족

권리보호조항에 의한 인가는 회생계획안이 다른 인가요건을 모두 갖추고 있음을 전제로 일부 의결권자조에서의 가결요건 흠결을 보충하는 것이므로, 회생계획안은 앞서 본 적극적 및 소극적 인가요건을 모두 갖추고 있어야 한다. 특히 회생계획의 수행가능성 여부가 중요한데, 법원의 재량에 의해 권리보호조항을 정하므로 그에 따라 회생계획이 수행가능한지 여부가 미리 고려되어야 한다. 이 때문에 법원은 가결요건을 갖추지 못하여 결의 집회에서 회생계획안이 부결되면 그 직후 관리인, 최대 이해관계자(주로 부동의한 채권자), 조사위원 등으로부터 희망하거나 설정이 가능한 권리보호내용을 제출받아 그 수행가능성 및 청산가치보장 여부를 검토한 다음 인가결정시의 권리보호조항으로 정하기도 한다.

한편 구 회사정리법에서의 판례는 가결요건의 흠결이 아닌 인가요건의 흠결시에도 인가결정 전부를 파기하기보다 일부 채권자에 대한 부분만을 한정하여 파기해야 할 경우에는 권리보호조항에 의한 인가 규정을 유추적용하여 청산가치를 보장하는 권리보호조항을 두고 회생계획을 인가하는 것이 바람직하다고 판시한 바 있다.⁴⁸⁾ 이에 따르면 인가요건의 일부 흠결 시에도 권리보호조항에 의한 인가가 가능한 것으로 보인다.⁴⁹⁾

3) 권리보호조항의 설정

법원은 부결된 의결권조의 권리자 전원에 대하여 적용되는 권리보호조항을 정해주어야 한다. 권리보호조항은 부동의를 권리자에 대하여 청산가치를 보장함과 동시에 공정하고 형평에 맞는 것이어야 하는데, 채무자회생법 제244조 제1항 각 호에 예시적으로 규정되어 있다. 이러한 권리보호조항은 가결요건을 갖추지 못한 조의 권리자 전원에 대하여 정하는 것이어야 하고, 결의시에 부동의를 권리자에 대해서만 권리보호조항을 정하는 것은 허용되지 아니한다.⁵⁰⁾

다만 판례와 실무는 부결된 회생계획안 자체가 이미 부동의를 조의 권리자에게 청산가치 이상을 분배할 것을 규정하여 채무자회생법 제244조 제1항 각호의 요건을 충족하고 있다고 인정되는 경우에는, 법원이 부동의를 조의 권리자를 위하여 회생계획안의 조항을 그대로 권리보호조항으로 정하고 인가를 하는 것도 허용된다고 본다.⁵¹⁾

48) 대법원 2006. 5. 12. 자 2002그62 결정.

49) 임채홍·백창훈, 회사정리법(하)(제2판), 한국사법행정학회, 2002., 326쪽(결의가 불성실·불공정한 방법에 의해 이뤄진 경우를 상정한 경우이다).

50) 임채홍·백창훈, 앞의 책, 327쪽.

51) 대법원 2018. 5. 18. 자 2016마5352 결정 등. 일본의 회사갱생절차에서도 갱생계획안이 권리보호조항에서 보호할 이익과 동등하거나 그 이상을 보장하고 있으면 갱생계획안을 변경하지 아니한 채

채무자회생법은 권리보호조항에 의한 인가에 관하여 가결에 의한 인가요건이 모두 구비되면 권리보호조항의 설정만을 추가로 요구하고 있다. 그러나 미국 연방파산법은 가결에 의한 인가요건을 모두 충족하는 것 외에 공정·형평의 원칙 준수와 권리보호조항의 설정을 추가로 요구한다[§ 1129(b)(1)]. 중국 기업파산법도 가결에 의한 인가요건은 ‘파산법의 규정에 부합된다고 인정할 경우’라고만 규정하여 가결시에는 적법성 심사에 그치면서도, 부결시 강제승인을 위해서는 담보부채권과 우선권 있는 임금채권, 조세채권의 전액 변제조건 또는 당해 채권자의 동의를 요구하고, 청산가치보장원칙, 공평대우의 원칙,⁵²⁾ 경영방안의 실행가능성을 모두 준수할 것을 요구한다(기업파산법 제87조).⁵³⁾

다. 권리보호조항의 내용

법원이 채무자회생법 제244조 제1항 각 호에 의하여 권리보호조항을 정하는 경우에는 합리적인 절차와 방법에 따라 채무자의 기업가치를 평가한 자료를 토대로 하되, 부동익한 조의 권리자에게 그 권리가 본질적으로 침해되지 않고 피해를 최소화할 수 있도록 그 권리의 실질적 가치를 부여하여야 한다. 여기서 부동익한 조의 권리자에게 권리의 실질적 가치를 부여한다고 함은 부동익한 조의 권리자에게 최소한 회생채무자를 청산하였을 경우 분배받을 수 있는 가치 이상을 분배하여야 한다는 것을 의미한다. 이때의 청산가치는 해당 기업이 파산적 청산을 통하여 해체·소멸하는 경우에 기업을 구성하는 개별 재산을 분리하여 처분할 때를 가정한 처분금액을 말한다.⁵⁴⁾

1) 회생담보권자의 조 (채무자회생법 제244조 제1항 제1 내지 4호)

회생담보권자의 조에서 회생계획안이 부결된 후 정하는 권리보호조항은 다음과 같은 내용이어야 한다.

① 회생담보권자에 관하여 그 담보권의 목적인 재산을 그 권리가 존속되도록 하면서 신회사에 이전하거나 타인에게 양도하거나 채무자에게 유보하는 방법. 이 방법은 회생계획에서 회생담보권의 존속을 정함으로써 인가결정에 의해 채무자의 재산상에 있던 모든 담보권이 소멸되는 것에 대한 예외를 규정하는 것이다(채무자회생법 제251조 본문).⁵⁵⁾

인가결정을 할 수 있다고 한다(東京地裁會社更生實務研究會, 最新實務 會社更生, 社団法人 金融財政事情研究會, 2011, 271쪽).

52) 출자자 권의(주주 또는 지분권)에 대한 조정이 공평하고 공정하거나 그 조의 동익이 있을 것(4호)과 동일한 의결권조의 각 채권자는 공평한 대우를 받았고 법정 변제순서에 부합할 것(5호)을 요구한다.

53) 양효령, 중국의 신 기업파산법, 한국법제연구원, 2007. 참조.

54) 대법원 2007. 10. 11. 자 2007마919 결정, 대법원 2004. 12. 10. 자 2002그121 결정.

② 회생담보권자에 관하여 그 권리의 목적인 재산을 법원이 정하는 공정한 거래가격(담보권의 목적인 재산에 관하여는 그 권리로 인한 부담이 없는 것으로 평가한다) 이상의 가액으로 매각하고 그 매각대금에서 매각비용을 공제한 잔금으로 변제하거나 분배하거나 공탁하는 방법. 이 방법은 회생담보권을 사실상 파산절차의 별제권과 같이 취급하여 그 청산가치를 보장하는 방법으로 회생절차 내에서 개별적 청산 및 채권의 전속적인 만족을 허용하는 것이 된다. 다만 이 방법은 그 환가의 주체가 관리인이라 점에서 별제권 행사와는 구별된다.⁵⁶⁾

③ 법원이 정하는 그 권리의 공정한 거래가액을 권리자에게 지급하는 방법. 이 방법은 일단 ①의 방법으로 담보권을 존속되도록 하면서 추후에 담보권을 소멸하게 할 필요가 있는 경우 또는 담보목적물이 영업의 계속을 위해 반드시 필요한 것이거나 사실상 매각이 어려운 자산인 경우에 담보권자의 이익(청산가치 상당의 담보가액)을 최대한 보장하면서 채무자 회사의 영업 계속을 통한 회생계획의 수행을 도모할 수 있게 하기 위한 방법이다.

④ 그 밖에 제1호 내지 제3호의 방법에 준하여 공정하고 형평에 맞게 권리자를 보호하는 방법. 여기서 ‘공정·형평’이란 회생담보권자의 우선적 지위를 존중하여 파산절차의 별제권자에 준하는 만족을 주는 것을 가리킨다. 따라서 단순히 부결된 회생계획안의 내용을 회생담보권자에게 유리하게 수정하는 것으로는 부족하다.⁵⁷⁾

2) 회생채권자의 조 (채무자회생법 제244조 제1항 제2 내지 4호)

회생채권자의 조에서 회생계획안이 부결된 후 정하는 권리보호조항은 다음과 같은 내용이어야 한다.

① 회생채권자에 관하여 그 채권의 변제에 충당될 채무자의 재산을 법원이 정하는 공정한 거래가격(담보권의 목적인 재산에 관하여는 그 권리로 인한 부담이 없는 것으로 평가한다) 이상의 가액으로 매각하고 그 매각대금에서 매각비용을 공제한 잔금으로 변제하거나 분배하거나 공탁하는 방법.

② 법원이 정하는 그 권리의 공정한 거래가액을 권리자에게 지급하는 방법. 위 ①과 ②에 의해 회생채권자에게 분배해야할 채무자의 재산의 범위는 청산가치에 의하여 채

55) 담보권이 존속하는 경우 피담보채권의 범위와 변제조건은 채무자와 담보권자 사이의 담보권설정계약의 효력을 그대로 인정해야 한다(윤남근, 앞의 논문, 34~35쪽).

56) 회생사건실무(하), 80쪽.

57) 회생사건실무(하), 80쪽. 이 방법에 관한 일본 회생법예는 기한의 유예, 즉 갹생담보권의 변제기를 늦추고 그 대가로 지연이율 상당의 금원을 지급하거나, 담보목적물 기타 재산에 의한 대물변제를 정하는 것을 들고 있다(伊藤眞, 앞의 책, 641쪽).

무자의 재산을 평가한 후 그 총액을 각 조의 권리자(공익채권, 회생담보권, 회생채권)에게 그 우선순위에 따라 순차 배당하는 방법으로 부동익한 회생채권자의 조에게 분배할 재산의 가액 이상이던 된다.⁵⁸⁾ 이와 관련하여 미국 연방파산법은 어떠한 후순위 채권자나 권리자(주로 주주)라도 회생계획상 그 채권 또는 권리로 인해 어떠한 청구권도 수령하거나 보유하지 못하도록 하고 있다[§ 1129(b)(2)(B)(ii), 절대우선의 원칙].

③ 그 밖에 제1호 내지 제3호의 방법에 준하여 공정하고 형평에 맞게 권리자를 보호하는 방법.

3) 주주·지분권자의 조 (채무자회생법 제244조 제1항 제2 내지 4호)

주주·지분권자의 조에서 회생계획안이 부결된 후 정하는 권리보호조항은 다음과 같은 내용이어야 한다.

① 주주·지분권자에 관하여는 잔여재산의 분배에 충당될 채무자의 재산을 법원이 정하는 공정한 거래가격(담보권의 목적인 재산에 관하여는 그 권리로 인한 부담이 없는 것으로 평가한다) 이상의 가액으로 매각하고 그 매각대금에서 매각비용을 공제한 잔금으로 변제하거나 분배하거나 공탁하는 방법.

② 법원이 정하는 그 권리의 공정한 거래가액을 주주·지분권자에게 지급하는 방법.

③ 그 밖에 제1호 내지 제3호의 방법에 준하여 공정하고 형평에 맞게 주주·지분권자를 보호하는 방법.

4. 인가요건 흠결시의 처리

가. 회생계획안 배제결정 및 폐지결정

법원은 제출된 회생계획안에 관한 사전검토 또는 심리 집회 결과 회생계획안이 적극적 인가요건 중 ① 법률의 규정을 위반하는 경우, ② 공정하지 아니하거나 형평에 맞지 아니한 경우, ③ 수행이 불가능한 경우에 해당된다고 판단하는 경우 및 영업양도 등 M&A를 내용으로 한 회생계획안이 소극적 인가요건 중 임의적 요건에 해당하는 경우, 그 회생계획안에 관하여 심리 또는 결의 집회에 부치지 아니하는 배제결정을 할 수 있다(채무자회생법 제231조, 제231조의2 제1항). 또한 영업양도 등 M&A를 내용으로 한 회생계획안이 소극적 인가요건 중 필요적 요건에 해당하는 경우라면 회생계획안을 관계인집회의 심리 또는 결의에 부쳐서는 아니 된다(채무자회생법 제231조의2 제2항).

58) 회생사건실무(하), 82쪽.

나아가 법원이 위와 같이 배제결정을 하는 경우에는 그 회생계획안이 관계인집회의 심리 또는 결의에 부칠만한 것이 못되므로, 채무자회생법 제286조 제1항에 의해 인가 전 폐지결정을 하고 회생절차를 종료시킬 수 있다.

나. 회생계획 불인가결정

법원은 결의 집회에서 회생계획안을 가결한 때에는 이해관계인의 의견을 들은 후 관계인집회 기일 또는 즉시로 선고한 기일에 회생계획의 인가 여부를 결정하여야 한다(채무자회생법 제242조).⁵⁹⁾ 그런데 회생계획안이 가결되었더라도 회생계획안이 적극적인 인가요건을 갖추지 못하였다고 인정되거나 소극적 인가요건 중 필요적 요건에 해당하는 경우에는 가결된 회생계획을 인가하지 아니한다는 불인가결정을 할 수밖에 없다(채무자회생법 제243조 반대해석, 제243조의2 제2항). 또한 법원은 회생계획안이 가결되었더라도 회생계획안이 소극적 인가요건 중 임의적 요건에 해당하는 경우에는 회생계획 불인가결정을 할 수 있다(채무자회생법 243조의2 제1항).

회생계획 불인가결정은 그 자체로 회생절차의 종료원인이 되는 것으로 즉시항고의 대상이 된다(채무자회생법 제247조). 그리고 불인가결정이 확정되면 회생채권자표 또는 회생담보권자표의 기재는 확정판결과 동일한 효력이 있음과 동시에 강제집행의 집행권원이 된다(제248조, 제292조).

다. 재량에 의한 인가결정

법원은 회생계획의 인가 여부 결정에 이르기까지의 절차가 법률의 규정에 위반되는 경우에도 그 위반의 정도, 채무자의 현황 그 밖의 모든 사정을 고려하여 회생계획을 인가하지 아니하는 것이 부적당하다고 인정되는 때에는 회생계획인가의 결정을 할 수 있다(채무자회생법 제243조 제2항). 이러한 재량에 의한 인가결정은 적극적 인가요건 중 ‘회생절차가 법률의 규정에 적합할 것’이라는 요건을 충족하지 못한 경우에만 적용될 수 있다. 따라서 재량에 의한 인가결정은 다른 적극적 인가요건을 모두 갖추고 소극적 인가요건에도 해당하지 아니하는 경우에 한하여 회생절차상의 미흡 또는 흠결을 추후에 보완하기 위한 목적으로 행해져야 한다.

회생절차가 위법하더라도 재량에 의한 인가결정이 가능한 경우로는 ① 법원의 주요 결정(회생절차개시결정, 인가결정 등) 전에 채무자회생법이 요구하는 이해관계인에 대

59) 서면결의에 의한 때에는 회신기간 이후 가결 여부를 확인한 후 지체 없이 회생계획의 인가 여부를 결정하여야 한다(채무자회생법 제242조의2).

한 의견조회 또는 의견청취 절차를 과실로 누락한 때, ② 채무자회생법이 정한 제출기한을 과실로 초과하였으나 법원이 이를 용인하고 절차를 계속 진행하여 회생계획안의 가결까지 이뤄진 때 등 그 위법성이 이해관계인의 이익을 본질적으로 침해하지 아니하는 것으로 인정되는 정도여야 한다. 다시 말해 위반의 정도가 회생계획을 인가하지 아니하는 것이 부적당하다고 인정되는 수준이어야 한다(채무자회생법 제243조 제2항). 이와 달리 ① 결의 집회에서 회생채권자 등의 동의여부를 잘못 집계하여 가결요건을 충족하였다고 본 경우나 ② 추후 보완 신고된 회생채권 등을 조사하지 아니한 채 심리 및 결의 집회를 진행한 때 등 절차관계인의 기본적인 권리를 침해하는 정도라면 오히려 회생계획을 인가하는 것이 부적당하므로 재량에 의한 인가결정을 할 수 없다.

IV. M&A 회생계획의 인가요건 심사에 관한 법적 문제

1. 인가 전 M&A에 대한 완화된 심사 필요

가. 신속한 M&A 진행의 필요성

회생절차개시 전에 M&A 절차가 진행된 경우, 법원은 개시 전 M&A의 승인 여부를 신속하게 결정하여 진행할 필요가 있다. 인수희망자가 회생절차에서의 인수가능성에 관하여 확신을 갖지 못한 경우에는 인수의사를 철회할 가능성이 매우 크기 때문이다. 회사의 자산실사 등이 공신력 있는 기관에 의하여 이루어지고 그 실사결과가 합리성이 있는 경우라면 일응 절차의 투명성과 합리성은 구비된 것으로 보는 등 절차의 신속 진행을 추구하여야 한다.⁶⁰⁾

나아가 법원은 개시 전 M&A의 승인을 허가하지 아니하는 경우에도 인수희망자에게 조건부인수계약에 의한 M&A에 관하여 제대로 설명하고 일정한 정도의 우선권이 있음을 주지시킴과 동시에 조기에 공개매각 절차를 시행하여 절차의 신속성 및 공정성 확보를 적절히 조율하여야 한다.

또한 관리인이 개시 후 인가 전 M&A를 진행하는 경우, M&A의 지연으로 인해 기업가치를 계속 잃어갈 우려가 있으므로, M&A 절차의 적시 진행을 위해 관리인과 매각주간사는 물론 법원과 이해관계인도 감시하고 협조해주어야 할 필요가 있다. 특히 절

60) 황정수, 회생절차 M&A에 있어서의 실무상 쟁점, BFL 47호, 서울대학교 금융법센터, 2011., 28쪽 (다만 공정성은 주주와 채권자의 이해가 다르므로 조금 엄격히 보아야 한다고 주장한다).

차상 필요적으로 요구되지 아니하는 채권자협의회 등에 대한 의견조회나 회생계획에 반영됨으로써 갈음할 수 있는 상법상 요구되는 정관변경이나 주주총회 특별결의 등은 과감히 생략하고 이를 회생계획안에 대한 의견조회와 회생계획에 대한 동의여부로 대체하는 것도 고려하여야 한다.⁶¹⁾ 이와 함께 기존 매각주간사를 회생절차에서 승인하거나 조사위원도 1차적인 조사 이후부터는 매각주간 업무를 맡을 수 있게 하여 매각주간사 선정으로 인한 지연도 막을 필요가 있다.

나. 완화된 인가요건 심사의 필요성

회생절차 개시 전 M&A에 있어서는 신속한 M&A 진행을 도모하기 위하여, 적극적 및 소극적 인가요건의 심사를 보다 완화하여 진행할 필요가 있다.⁶²⁾ 이를 위해 법원이 개시 전 M&A의 승인허가하는 경우 ① 매각대금의 적정성, 즉 청산가치를 보장하고 현재의 시가로 평가할 수 있을 금액보다 현저히 염가에 매각하여 이해관계인을 해하지 않는지 여부와 ② 인수자 선택의 공정성 등 소극적 인가요건의 해당 여부만을 중점에 두고 평가해야 한다.

개시 후 인가 전 M&A를 진행할 때에도 관리위원회 및 채권자협의회 의견의 들어 인가 전 M&A를 허가한 이상 인가요건을 보다 완화하여 심사할 필요가 있다. 특히 조사위원의 조사결과 청산가치가 계속기업가치보다 높은 것으로 인정되어 청산가치보다 높은 계속기업가치의 확보를 위하여 인가 전 M&A를 진행하는 경우에는 회생절차를 바로 폐지하거나 청산을 내용으로 한 회생계획안을 작성하지 아니하고 회사를 계속 존속시키는 것을 목적으로 하므로, 인가요건의 심사도 이러한 점을 고려하여야 한다. 또한 신속한 절차진행을 위해 공정성을 해하지 않는 범위에서는 조사위원의 매각주간사 역할 수행을 허용할 필요가 있고, 조사위원의 자산·부채에 관한 실사결과를 매각절차에서 그대로 원용할 수 있도록 허가할 필요가 있다(실무준칙 제27조, 제28조). 설령 일부 인가요건에 대한 심사가 미흡한 점이 있더라도 그에 관한 최종적인 승인가능 여부는 회생채권자·회생담보권자·주주의 의결권 행사를 통한 가결요건 충족여부로 보완되어야 한다.⁶³⁾

또한 이른바 ‘P-Plan’으로 불리는 사전회생계획안에 의한 M&A는 회생절차 개시 전

61) 김정만, 앞의 논문, 140~144쪽.

62) 김정만, 앞의 논문, 118~120쪽.

63) 이러한 점에서 개시 전 M&A에 의한 회생계획안이 부결될 경우, 권리보호조항을 둔 인가결정은 신중히 검토되어야 한다. 회생채권자 등의 부동의 의사는 회사의 존속이 아니라 청산을 원한다는 것을 의미할 수도 있기 때문이다.

까지 사전회생계획안과 채권자목록 및 다수 채권자의 동의서를 제출받은 상태에서 인가 전 M&A(신청 전 M&A 포함)를 신속하게 진행하는 것이므로, 법원은 주요 채권자가 아닌 소수자 보호의 관점에서 법률적합성, 공정·형평성, 청산가치의 보장 여부를 심사하면 된다. 다만 인수자가 사전회생계획안에 동의한 채권자들과 협의하는 과정에서 소극적 인가요건 중 임의적 요건에 해당하는 협의를 할 가능성이 높으므로, 위 임의적 요건의 심사를 위한 정보 및 자료의 제출요구는 필요하다.

마지막으로 ‘스토킹호스’ 매각 방식으로 불리는 조건부인수계약에 의한 M&A는 인수희망자를 확보한 상태에서 공개경쟁입찰에 의한 M&A를 진행하는 것이므로, 매각대금의 적정성 보다는 인수자 선택의 공정성 등 소극적 인가요건 검토에 집중해야 한다. 특히 인수희망자가 집합투자기구 등 여러 당사자로 되어 있거나 자금조달능력을 고려해볼 때 실질적인 인수자가 따로 존재하는 경우에는 인수자의 명이에 국한하여 심사할 것이 아니라 실질적인 투자자를 함께 조사하여 소극적 인가요건의 해당여부를 검토하여야 한다. 그렇지 않고 인수희망자에 대한 간이한 조사만으로 회생절차 내에서의 M&A를 곧바로 허용한다면 소극적 인가요건을 도입한 입법취지를 훼손할 염려가 있기 때문이다. 따라서 법원은 조건부인수계약에 의한 M&A를 진행할 때 관리인 및 조사위원으로 하여금 인수희망자에 대한 조사결과도 심리 집회에서 보고하도록 지도하여야 한다.

2. 회생계획안 수정시기의 개선필요성

가. 이해관계인에 대한 회생계획안 송달절차

법원은 M&A에 의한 회생계획안이 제출되고 이에 관하여 추가로 수정명령을 하지 아니하는 때에는 회생계획안에 관한 결의 집회를 소집하여야 한다(채무자회생법 제 232조 제1항).⁶⁴⁾ 이때 법원은 관리인, 채무자, 의결권을 행사할 수 있는 목록에 기재되거나 신고한 회생채권자·회생담보권·주주·지분권자, 회생을 위하여 채무를 부담하거나 담보를 제공하는 자에게는 미리 회생계획안의 사본 또는 그 요지를 송달하여야 한다(채무자회생법 제232조 제2항). 그리고 이러한 송달은 서류를 우편으로 발송하여 할 수 있고, 그 우편물이 보통 도달할 수 있는 때에 송달된 것으로 본다(채무자회생법 제 232조 제3, 4항, 제8조 제4항).

64) 실무상 절차의 신속 및 이해관계인들의 편의를 위해 회생계획안 심리를 위한 관계인집회와 결의를 위한 관계인집회를 병합하여 실시하고 있어 심리를 위한 관계인집회에서 논의 결과 회생계획안에 대한 수정명령이 필요할 여지가 있는 사건이라도 결의를 위한 관계인집회의 지정을 함께 하므로, 회생계획안의 요지를 송달하고 있다. 그리고 이러한 지정결정은 채권자들과의 이해조정, 동의서 징구 등의 시간을 고려하여 통상 약 2개월 후로 관계인집회 기일을 지정하고 있다.

나. 수정 회생계획안 송달의 문제점

관리인 등 회생계획안 제출자는 심리 집회의 기일 또는 채무자회생법 제240조에 의한 서면결의에 부치는 결정이 있는 날까지는 법원의 허가를 받아 회생계획안을 수정할 수 있다(채무자회생법 제228조). 또한 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자에게 불리한 영향을 주지 아니하는 때에 한하여 결의 집회에서 법원의 허가를 받아 회생계획안을 변경할 수 있다(채무자회생법 제234조).

관리인 등 회생계획안 제출자는 법원의 관계인집회 기일지정 이후부터 회생채권자·회생담보권자·조세채권자 등으로부터 동의를 받기 위해 이미 제출된 회생계획안의 내용을 두고 협상을 하게 된다. 그런데 회생계획안의 수정이 심리 집회까지 허용되다보니 채권자들과의 협의결과가 반영된 수정 회생계획안을 집회 1~2일 전이나 집회 당일 에 다시 제출하곤 한다. 이 경우 집회 기일을 연기하고 수정 회생계획안의 사본 또는 요지를 이해관계인에게 다시 송달할 수 있으면 문제가 없지만, 회생계획안의 가결은 결의 집회의 제1기일부터 최대 3월 이내와 회생절차개시일부터 최대 1년 6월 이내에 하여야 하고(채무자회생법 제239조), 결의 집회는 심리 집회에서 회생계획안 수정이 허가된 후 연이어 개최되므로, 불가피하게 이해관계인에 대한 회생계획안 송달을 할 수 없는 경우가 발생한다.

이때 회생계획안의 수정이 단순한 자구 수정 등 회생계획안의 주요사항에 관한 변경이라 볼 수 없을 정도로 경미한 것이거나 심리 집회 이후에도 가능한 회생채권자 등에게 불리한 영향을 주지 아니하는 사항이라면 위와 같은 불가피성에 비추어 이해관계인에 대한 회생계획안 송달절차의 누락이 위법하다고 볼 수는 없을 것이다. 그러나 회생계획안의 수정이 경미하지 않고 이해관계인에게 불리한 영향을 미치는 것이라면, 이해관계인에 대한 회생계획안 송달절차의 누락은 채무자회생법 제232조 제2항에 위반되어 위법하다. 이 경우 법원은 예정된 결의 집회의 개최를 연기한 후 회생채권자 등 이해관계인에게 그 수정안 사본 또는 요지를 송달하는 등으로 의결권을 행사하는 자에게 그 내용을 충분히 숙지하고 검토할 기회를 줌과 동시에 결의 집회에 출석하지 못한 회생채권자 등 이해관계인에게 결의의 기회를 보장해 주어야 한다.⁶⁵⁾

다. 재량에 의한 인가결정 가능여부

법원은 수정 회생계획안 송달절차의 흠결로 인해 회생계획을 인가할 수 없을 때 재량에 의한 인가결정을 검토하게 된다. 위와 같은 이해관계인에 대한 회생계획안 송달

65) 대법원 2016. 5. 25. 자 2014마1427 결정.

누락은 회생채권자들과의 이해조정 필요성 등 불가피한 측면이 있기 때문이다. 또한 결의에 참가하거나 회생계획안에 대한 동의를 위임한 이해관계인에 대하여는 심리 집회에서 회생계획안에 대한 의견청취 절차(채무자회생법 제225조)에 의해 절차참여권을 보장한 것으로 해석할 수 있다. 나아가 출석하지 아니한 이해관계인은 회생계획안을 부동의할 의사로 결의의 기회를 포기한 것으로 볼 수 있다. 따라서 법원은 회생기업이 개시결정 후 M&A 절차 등 어려운 난관을 거친 후 결의 집회에서 회생채권자 등의 동의를 얻어 회생계획안이 가결까지 된 점 등을 고려하여, 채무자회생법 제243조 제2항에 의해 절차상 위법이 있지만 법원이 회생계획을 인가하지 아니하는 것이 부적당하다고 인정되는 때에 해당하는 것으로 판단할 수 있다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

라. 수정 회생계획안 제출기한의 개선방안

수정 회생계획안 송달누락의 문제는 회생계획안의 수정이 너무 늦게까지 허용되고, 이를 인지한 금융기관 등 주요 회생채권자·회생담보권자들이 관계인집회 직전에서도 비로소 회생계획안 동의여부를 심사하여 의견을 표시하는 관행에 의해 발생하는 것으로 보인다.

이와 관련하여 미국 연방파산법은 이해관계인에 대한 회생계획안 송달은 법원에 의해 승인(Approval)된 공시보고서(Disclosure statement)와 회생계획안의 요지의 송달에 의한다.⁶⁸⁾ 이때 공시보고서는 법원이 통지와 청문(Notice and Hearing)을 거쳐 충분한 정보(Adequate information)을 담고 있다고 판단하는 경우에만 승인된다.⁶⁹⁾ 그리고 승인된 공시보고서가 회생채권자에게 송달된 후 그보다 불리한 내용의 수정 회생계획안이 제출되면, 공시보고서에 대한 승인절차(통지 후 심문, Notice and Hearing)를 처음부터 다시 거쳐야 하는 것으로 규정되어 있다.⁷⁰⁾⁷¹⁾ 일본도 재생계획안 또는 갱생계획안에 대한 수정이 가능한 시기를 재생계획안 또는 갱생계획안을 결의에 부치는 결정(부의결정)을 하기 전까지로 제한되어 있다(민사재생법 제167조 단서, 회사갱생법 제186조 단서).⁷²⁾ 이에 비하면 채무자회생법 제228조의 회생계획 수정가

66) 대법원 2016. 5. 25. 자 2014마1427 결정.

67) 이러한 취지를 반영하여 관계인집회에서 가결 이후 회생계획 인가에 대한 의견을 청취하는 때에 권리인, 관리위원회의 의견진술 또는 재판장 직권으로 수정 회생계획안의 송달절차를 제대로 실시하지 못한 사정을 밝히고 재량에 의한 인가결정을 하는 취지도 설명해주는 것이 바람직할 것으로 본다.

68) § 1125(b).

69) Jeffrey T. Ferrell·Edward J. Janger, 앞의 책, 761쪽.

70) Jeffrey T. Ferrell·Edward J. Janger, 앞의 책, 797쪽.

71) 이진웅, 회생절차에서의 관계인집회 운영에 관한 제문제, 저스티스 통권 제138호. 한국법학원, 2013. 10., 228쪽.

능 시기는 심리 집회 당일까지여서 너무 늦게까지 허용되는 것으로 보인다.

회생계획안 제출자는 채권자들의 동의를 받기 위해 지푸라기라도 잡는 심정으로 회생계획에 채권자들의 요구를 반영할 수밖에 없다. 하지만 충분한 검토 없이 갑작스럽게 반영된 회생계획 조항은 사실상 수행가능성이 없는 무리한 내용이기 마련이다. 따라서 무리한 회생계획의 인가로 인해 회생기업의 성공적인 회생을 저해하고 오히려 회생채권자들의 권리만 변경되는 불이익을 막기 위해서는 회생계획안의 수정기한을 심리 집회의 지정결정시까지 또는 관계인집회의 5영업일 전까지로 제한해야 된다. 이에 대하여는 심리 집회와 결의 집회를 병합하지 않거나 병합하더라도 심리 집회만 진행하고 결의 집회는 연기하는 방법으로 적법한 수정의 기회를 부여하자는 의견도 있다.⁷³⁾

3. 채권자 부동의시 실질적인 권리 보호

가. 권리보호조항에 의한 인가결정기준 마련의 필요성

결의 집회에서 회생계획안이 부결되면, 회생계획안 제출자 및 이에 동의한 의결권자들은 가급적 회생계획이 인가되기를 원하므로 법원이 채무자회생법 제244조에 의해 권리보호조항에 의한 인가결정을 해줄 것을 강력히 요구하게 된다. 반면에 회생계획안에 반대한 의결권자들은 자신들의 의사에 반하여 회생계획이 인가되지 않기를 바라면서 인가되면 법원이 채무자에게만 유리하게 부당한 결정을 한 것이라고 반발하곤 한다. 특히 이미 M&A에 따른 인수대금이 납부되어 인수자가 인가여부에 따라 큰 손해를 입을 수도 있는 사안에서는 위와 같은 요구와 반발이 더 거셀 수밖에 없다.

이러한 혼선과 불신을 막기 위해서는 세부적인 기준은 아니더라도 법원이 재량권을 행사하는 범위를 외부에서 파악할 수 있도록 권리보호조항에 의한 인가여부 결정기준을 공시하는 것이 필요하다고 본다. 그렇게 되면, ① 법원 스스로 판단할 때에 합리적인 기준과 척도로 작용하여 더 적절한 결론 도출이 가능하게 하고, ② 채권자 등 이해관계인들의 자율적 협의과정에서 행위규범으로 기능하게 할 수 있다. 또한 ③ 관리인 또는 이해관계인이 결의 집회 전 또는 법원의 인가결정 전에 권리보호조항의 내용 및 인가의 필요성 등에 관한 의견을 미리 준비하여 진술할 수 있게 되는 근거를 제공해줌으로써 법원의 인가결정을 더 자연스럽게 받아들일 수 있을 것으로 보인다.⁷⁴⁾

72) 수정 신청에 대하여 법원이 허가한 경우에는 그 수정내용이 갱생계획안의 일부가 된다(東京地裁會社更生實務研究會, 最新實務 會社更生, 249쪽).

73) 이진용, 앞의 논문, 229쪽.

74) 정문경, 강제인가 제도를 통해 본 법원의 역할과 재량, 도산법연구 제7권 제2호, 사단법인 도산법연구회, 2015, 40쪽.

특히 M&A에 의한 회생계획은 결의 집회에서 부결되면 채무자의 기업가치 산정 및 인수대금 규모의 적정성 여부에 대한 불확실성으로 인해 권리보호조항에 의한 인가를 신중히 검토하고 있다. 회생절차가 아닌 경매절차에 의한 환가 등을 선호한다는 부동산의 채권자들의 의사를 존중할 필요가 있기 때문이다.⁷⁵⁾ 그래서 위와 같은 결정기준이 마련되면 당해 절차는 물론 향후 채무자와 채권자들의 법원 외 구조조정 협의에서도 일응의 기준이 될 수 있을 것으로 본다.

나. 권리보호조항에 의한 인가결정기준의 구체적 내용

법원은 회생계획안의 수행가능성, 회생절차의 공익성, 부동산의 조의 현가변제율과 청산배당률의 차이, 동의율(전체 의결권 총액 대비 동의율, 전체 또는 부동산의 조의 채권자 수를 기준으로 한 동의율), 계속기업가치 대비 현금 현가액이 차지하는 비율, 부동산의 사유의 합리성, 채무자의 사업내용·고용상태·거래처의 태도, 공익채권의 해결 여부 등을 종합적으로 고려하여 권리보호조항에 의한 인가여부를 결정하고 있다.⁷⁶⁾

그러나 위와 같은 결정기준은 대부분 고도의 정성적 평가를 요하는 것이거나 대외적으로 공표되지 아니하여 그 결과를 쉽게 예측할 수 없는 문제가 있다. 따라서 법원은 위와 같은 판단기준을 사안별로 분류하고 표 형태로 세분화하여 각 판단기준 별로 배점을 부여한다던지 중요성의 관점에서 더 핵심적인 요소를 미리 공표해두는 것이 필요하다.⁷⁷⁾ 예를 들어 M&A에 의한 회생계획인 경우 ① M&A에 대한 다른 이해관계인의 동의율, ② 부동산의 조에서의 가결요건을 채우기 위해 필요한 동의율 및 해당 채권액의 전체 채권액 대비 비율, ③ M&A에 의한 변제수행 및 종결가능성, ④ 청산시 배당률 대비 M&A에 의한 현가변제율의 차이 등을 결정에 중요한 요소로 보는 것이라고 미리 배점기준을 마련하는 것이다.

다. 실질적인 권리보호조항의 설정 필요성

실무상 법원은 부결된 회생계획안 그대로를 권리보호조항으로 정하여 인가결정을 하고 있다.⁷⁸⁾ 회생계획의 내용 외에 따로 권리보호조항을 정한 인가결정이 더 예외적인 형태로 운용되는 것으로 보인다. 이는 부동산의 조의 권리자에 대한 보호는 청산가치 이상의 분배만 해주면 충분하고, 권리보호조항을 정하기 위하여 법원이 회생계획안을

75) 회생사건실무(하), 212~213쪽.

76) 정문경, 앞의 논문, 38쪽.

77) 법원이 활용 중인 양형기준이나 손해배상액 산정기준 등을 참조하면 될 것으로 본다.

78) 서울회생법원 2018. 10. 5. 2018회합100033 인가결정 외 다수.

반드시 변경하여야 하는 것은 아니라는 판례⁷⁹⁾의 영향에 기인한 것으로 볼 수 있다.⁸⁰⁾

그러나 위와 같은 실무례는 채무자회생법 제244조 제1항 본문에 반할 뿐 아니라 부동동의한 권리자의 의사를 전혀 반영할 수 없는 것이어서 재검토해 볼 필요가 있다.⁸¹⁾ 즉, 채무자회생법 제244조 제1항 본문은 결의 집회에서 회생계획안에 부동동의한 의결권 조가 있는 때에도 법원은 회생계획안을 변경하여 그 권리를 보호하는 조항을 정하고 인가결정을 하도록 하고 있다. 또한 회생계획안에 부동동의한 권리자의 의사는 어떠한 경우에도 회생계획안에 동의할 수 없다는 경우도 있지만 대부분 회생계획안에서 정한 권리의 보장내역보다 더 좋은 조건을 요구하면서 부동동의하는 경우이다. 따라서 불가피한 사정이 없다면 회생계획안의 내용 외에 별도의 권리보호조항을 정하여 인가결정을 하는 것이 타당하다고 본다.⁸²⁾

특히 M&A에 의한 회생계획안은 인수대금을 배분한 변제조건인 수행가능성이 거의 확보되어 있다고 볼 수 있고 채무자 회사의 경영권이 인수자에게 넘어간다는 전제에서 심리되고 결의한 것이다. 따라서 이러한 회생계획안은 예비자금의 추가 투입 또는 인수자의 향후 회사운영 과정에서의 추가적인 이익제공 등이 용이하고, 그것을 원해서 종전 회생계획안에 반대했을 수 있다(다른 인가요건은 모두 충족되는 것을 전제로 한다). 이 경우 서로 양보할 수 있는 선에서 권리보호조항을 추가하여 법원으로부터 인가결정을 받는 것이 서로에게 이익이 되는 길임이 명백하므로, 법원은 더 적극적으로 별도의 권리보호조항을 정하는 것을 검토해 보아야 한다.

이에 따라 별도의 권리보호조항을 정한다면 이는 채무자회생법 제244조 제1항 각호의 방법에 의하여야 할 것이다. 그런데 거의 모든 회생계획안에는 회생담보권의 존속, 담보목적물이나 채무자 재산의 처분에 의한 청산가치 금액 이상의 변제, 권리의 청

79) 이와 같은 판례의 태도에 대하여 권리보호조항이 청산가치 보장의 원칙에 위반하는 것이어서는 아니 된다는 지극히 당연한 이치만을 밝히고 있을 뿐, 이를 상회하는 잉여가치를 어떻게 배분하는 내용의 것이어야 하는가라는 문제에 관하여는 아무런 지침을 주고 있지 아니하다는 비판이 있다(김성용, 회생절차 관련 도산법 개정 동향 : 자동중지와 절대우선의 원칙에 관한 논의를 중심으로, 비교사법 16권 4호, 한국비교사법학회, 2009., 91쪽).

80) 대법원 2018. 5. 18. 자 2016마5352 결정 등(주문 : 회생채권자를 위하여 별지 회생계획 제2장, 제3장, 제5장 내지 제10장과 같은 내용의 권리보호조항을 정하고 별지 회생계획을 인가한다).

81) 권리보호조항에 의한 인가결정을 하는 경우에는 미국 연방파산법과 같이 절대우선의 원칙을 준수하는 정도의 회생계획이어야 한다는 견해도 있다(오수근, 청산가치보장의 원칙, 민사판례연구 29권, 박영사, 2007. 3, 440쪽. 최효종, 기업회생절차 실무의 현황과 개선방안(쌍용자동차 사례를 중심으로), 회생과 파산 1권., 사법발전재단, 2012. 2., 525쪽).

82) 공정한 거래가격에 관한 제2소수설의 입장도 이런 점에서 참조하여 고려되어야 한다(오수근, 앞의 논문, 437~438쪽).

산가치를 넘는 분할 변제의 내용이 포함되어 있으므로, 채무자회생법 제244조 제1항의 제1 내지 3호의 권리보호조항은 이미 반영되어 있는 것으로 볼 수 있다. 결국 별도의 권리보호조항을 정하는 것은 채무자회생법 제244조 제1항 제4호에 의해 위 제1 내지 3호에 준하여 공정하고 형평에 맞게 권리자를 보호하는 방법을 추가하는 것을 의미한다.

이와 관련하여 실무상 가능한 것으로 본 예는 ① 회생담보권에 관하여 회생계획에서 정한 년도별 변제기일을 지체하는 경우 관리인으로 하여금 그 변제기일 다음날부터 3개월 이내에 M&A 절차에 착수하도록 하는 것⁸³⁾, ② 관리인이 회생계획에 정한 변제기일까지 회생담보권을 변제하지 못한 경우 회생담보권자는 그 다음날부터 담보권 실행경매(또는 형식적 경매)를 신청할 수 있다고 하는 것⁸⁴⁾이 있다. 또한 일본 회사갱생 절차의 예는 ① 갱생담보권 기한의 유예, 즉 갱생담보권의 변제기를 늦추고 그 대가로 지연이율 상당의 금원을 지급하거나, ② 담보목적물 기타 재산에 의한 대물변제를 정하는 것⁸⁵⁾, ③ 회생채권에 관하여 분할변제의 기간을 단축하는 것⁸⁶⁾ 등이 있다.

라. 이해관계인의 의견진술기회 보장 및 조사위원의 조사 필요성

회생계획안이 결의 집회에서 부결되면 회생절차를 폐지할 수밖에 없기 때문에, 채무자 회사의 운명 및 M&A의 성공여부는 법원의 권리보호조항을 정한 인가결정에 달려 있다고 해도 과언이 아니다. 그 경우 법원이 이해관계인에게 의견진술기회를 보장하는 것은 절차의 주재자로서의 역할 뿐만 아니라 이해조정자로서의 역할도 충실하게 수행하는 방법이 될 수 있다. 나아가 앞서 본 바와 같이 별도의 권리보호조항을 정하는 것이 바람직하다고 볼 때, 법원이 임의로 정한 내용보다는 이해관계인이 사전 조율 또는 각자의 이해관계에 따라 제출한 내용이 보다 더 충실한 권리보호조항을 정하는데 도움이 될 수 있다.⁸⁷⁾

이해관계인의 의견진술기회 보장을 위해서는 법원이 결의 집회 당시 권리보호조항에 의한 인가여부를 검토할 예정이라는 고지를 하면서 이해관계인의 의견진술기회를 주겠다는 의사를 전달하거나, 별도로 면담기일을 지정하여 관리인, M&A 인수자, 부동의한 권리자의 대표 등을 순차로 또는 함께 만나 의견을 듣는 방법으로 시행할 수 있다.⁸⁸⁾

83) 수원지방법원 2017회합10034 사건.

84) 수원지방법원 2016회합10044 사건.

85) 伊藤眞, 會社更生法(初版), 641쪽.

86) 회생사건실무(하), 85쪽.

87) 정문경, 앞의 논문, 41쪽.

88) 이해관계인과 직접 면담이 어려운 경우에는 전화나 팩스 등에 의해 의견을 제출받기도 하고, 컨퍼런

또한, 법원은 스스로 정하거나 이해관계인이 제출한 권리보호조항의 내용에 관하여 조사위원으로 하여금 청산가치 보장여부 및 수행가능성 유무에 관하여 조사하도록 명하는 것이 필요하다. 보호대상 권리자조에 대한 충실한 권리보장 여부와는 차원을 달리하여 추가되거나 변경되는 권리보호조항의 내용도 수행가능성과 청산가치의 보장이 라는 인가요건을 갖추어야 하기 때문이다.

회생절차에서 조사위원은 최초 선임 당시 채무자 회사의 청산가치와 계속기업가치를 조사하여 회생절차의 계속 진행여부에 관한 의견을 보고하고(이를 '1차 조사'라 한다), 회생계획안이 제출되면 그 회생계획안이 수행가능한지와 각 권리자에 대한 청산가치를 보장하는지 여부를 조사하여 심리 집회에서 보고한다(이를 '2차 조사'라 한다). 그런데 권리보호조항에 의한 인가결정을 하는 경우에는 추가로 권리보호조항 자체 및 원래의 회생계획안과의 관계에서 수행가능성 및 청산가치의 보장원칙이 지켜지고 있는지를 추가로 조사하여야 한다는 것이다(이를 '3차 조사'라 할 수 있다). 법원은 이와 같은 조사위원의 3차 조사를 통해 인가결정에 관한 재량권 행사의 적정성을 담보할 수 있고, 인가된 회생계획을 성공적으로 수행할 수 있도록 도움을 줄 수 있을 것으로 기대된다.

4. 담보신탁의 신탁채권자에 대한 실질적 보호

가. 부동산담보신탁의 의의 및 성격

부동산담보신탁은 위탁자(또는 신탁자)가 금전채권을 담보하기 위하여 금전채권자(이하 '신탁채권자'라 한다)를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 이를 처분하여 위 채권의 변제 등에 충당하기로 하는 내용의 신탁을 말한다.⁸⁹⁾ 여기서 금융기관 등 신탁채권자가 대출 후 보유하게 되는 우선수익권은 신탁법에서 규정한 법률 용어는 아니나, 실무에서는 통상 담보신탁에서 우선수익자로 지정된 채권자가 채무자의 채무불이행 시에 신탁재산을 처분한 대금에서 자신의 채권을 위탁자인 채무자나 그 밖의 다른 채권자들에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 지칭한다.

이러한 우선수익권의 법적 성질에 관하여는 ① 담보신탁은 형식은 신탁이지만 그 실질은 담보이므로 담보물권의 법리가 함께 적용되며, 우선수익권을 변칙담보물권으로 이해하는 견해⁹⁰⁾와 ② 물권법정주의와의 관계에서 법률에 명문의 규정이 없는 이상 채

스 콜(Conference call)의 형태로 의견을 교환하기도 한다.

89) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다52589 판결 등.

90) 변칙담보물권으로 보는 견해는 담보신탁이 부동산 신탁업무의 절반에 가깝게 널리 이용되는 현실을

권자는 담보신탁을 통하여 담보권을 얻는 것이 아니라 신탁이라는 법적 형식을 통하여 도산 절연 및 담보적 기능이라는 경제적 효과를 달성하게 되는 것일 뿐이므로 그 우선 수익권은 우선 변제적 효과를 채권자에게 귀속시킬 수 있는 신탁계약상의 권리로 이해하는 견해 등이 대립되고 있다.⁹¹⁾ 판례는 일관되게 후자의 입장, 즉 신탁계약상의 권리에 해당한다는 입장을 취하고 있다.⁹²⁾

이러한 부동산담보신탁에 의해 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 수탁자가 신탁재산에 대한 관리·처분권을 갖게 된다.

나. 회생담보권 취급의 가능성

1) 문제의 소재

회생절차에서 부동산담보신탁의 신탁채권자(우선수익자)에 대한 취급은 주로 골프장 운영회사와 같이 대규모 부동산을 사업자산으로 하는 기업에 대하여 문제된다. 특히 M&A에 의한 회생계획을 작성함에 있어 담보신탁의 신탁채권자를 그 실질에 맞게 회생담보권자나 일반의 우선권 있는 회생채권자로 인정하여 변제조건을 정해야 하는지 문제된다. 권리의 실질에 맞지 않는 대우를 하면 회생계획이 공정·형평의 원칙에 위배되어 인가요건을 갖추지 못한 것으로 평가될 수 있기 때문이다.

2) 통설 및 판례의 입장

통설 및 판례는 앞서 본 바와 같이 신탁채권자의 우선수익권은 담보적 기능을 위한 신탁계약상의 권리에 불과하고, 신탁대상 자산은 위탁자인 채무자 소유의 재산이 아니라 수탁자 소유의 재산이므로, 신탁채권자는 채무자의 재산에 담보권을 가지는 자가 아니어서 채무자의 회생절차에서 회생담보권자가 될 수 없다고 본다.⁹³⁾ 또한 회생절차에서 신탁채권자의 권리가 실권되거나 변경되더라도 이로써 실권되거나 변경되는 권리는 신탁채권자가 위탁자(채무자)에 대하여 가지는 회생채권 또는 회생담보권에 한하고,

감안할 때 관습법에 의한 변칙담보물권, 즉 신탁의 형식을 빌린 담보제도로 보아야 하고, 담보신탁의 형식에 관한 사항은 신탁관계법이 적용되고 실질에 관한 사항은 민법이 적용된다고 본다(고일광, 부동산신탁에 관한 회생절차상 취급, 사법 9호, 사법연구지원재단, 2009., 85~86쪽).

91) 대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의체 판결의 대법관 권순일의 반대의견 참조.

92) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다59797 판결, 대법원 2016. 5. 25. 자 2014마1427 결정, 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결.

93) 강력한 도산격리기능을 발휘하는 신탁제도를 담보목적으로 이용함으로써 발생하는 신탁법상의 고유한 효과일 뿐이라고 보는 견해도 있다(고일광, 앞의 논문, 94쪽).

수탁자에 대하여 가지는 신탁부동산에 관한 우선수익권과 담보권 및 그 피담보채권은 채무자회생법 제250조 제2항 제2호의 '채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보'에 해당하여 영향이 없다고 본다.⁹⁴⁾ 즉 신탁채권자는 회생절차와 무관하게 신탁부동산에 관한 우선수익자로서의 권리(공매대금 분배 요구권)를 행사할 수 있다(위탁자의 회생절차에서 회생채권으로 신고하지 아니하였다고 하더라도 마찬가지이다).⁹⁵⁾

이 때문에 M&A에 의한 회생계획안에 관한 심리 및 결의 집회를 할 때, 회생계획 인가 후 신탁채권자에 대한 변제를 마치면 담보신탁에 관한 신탁채권자의 권리 일체가 소멸되고 신탁채권자가 신탁계약의 해지 및 소유권이전등기의 말소에 필요한 일체의 서류를 교부하는 것을 내용으로 한 '신탁수익권 포기동의서'를 회생계획안에 대한 동의서와 함께 받고 있다.

나아가 신탁채권자는 신탁대상 자산의 환가대금으로부터 우선 변제를 받는 것이지(신탁법 제48조) 채무자의 재산으로부터 다른 일반 채권자에 우선하여 변제를 받는다고 볼 수 없고, 채무자의 다른 채권자들은 신탁대상 자산의 환가대금으로부터 변제받을 수 없으므로, 신탁채권자를 일반의 우선권 있는 회생채권자로 볼 수도 없다.⁹⁶⁾

3) 비판론의 입장

위와 같은 통설 및 판례의 해석에 대하여, 담보신탁은 실질적으로 저당권 또는 양도 담보권과 유사하므로 채무자회생법 제141조 제1항을 유추적용하여 회생담보권으로 인정하는 것이 타당하다는 비판이 있다.⁹⁷⁾ 이러한 비판론은 다음과 같은 논거를 들고 있다. ① 담보신탁은 양도담보와 형식만 다를 뿐 권리이전형 담보제도라는 기능에서 공통되고, 유추를 인정하는 것이 회생제도의 목적에 부합한다. 즉, 채무자의 계속기업 가치가 청산가치보다 커서 회생절차가 계속 진행함이 채권자 일반의 이익에 부합함에도 불구하고 신탁채권자가 회생절차 밖에서 신탁부동산에 대한 권리를 행사하는 것은 회생기회를 박탈하는 것일 뿐만 아니라 신탁채권자에게도 유리한 경과를 가져오지 못한

94) 대법원 2017. 11. 23. 선고 2015다47327 판결(회생절차개시결정 이후 신탁계약이 해지되어 신탁자 명의로 소유권이전등기가 다시 회복되었더라도 마찬가지이므로, 담보권 소멸을 전제로 한 말소등기촉탁은 위법하다).

95) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다49484 판결.

96) 대법원 2016. 5. 25.자 2014마1427 결정, 부산고등법원(창원) 2016. 1. 15. 자 2015라91 결정(대법원 2016. 5. 31. 자 2016마167 재항고기각 결정으로 확정). 다만 신탁채권자를 일반의 우선권 있는 회생채권자로 대우하여 결의를 위한 관계인집회에서 의결권의 조를 달리 분류한 사건도 있기는 하다(제주지방법원 2013회합3 사건).

97) 윤진수, 담보신탁의 도산절연론 비판, 비교사법 제25권 2호, 한국비교사법학회, 2018. 5., 723~748쪽.

다. 또한 ② 담보신탁에 있어 신탁재산이 위탁자의 재산으로부터 분리되는 것은 피담보채무의 변제를 해제조건으로 한 것으로 잠정적인 것에 불과하고 위탁자도 신탁재산에 대해 여전히 이해관계를 가지므로 신탁재산이 일단 위탁자의 재산으로부터 분리되었다는 이유만으로 완전한 도산절연을 인정하는 것을 불합리하다. 나아가 ③ 도산법에서는 법적구성 내지 형식보다는 실질을 중시할 필요가 있다. 이는 판례가 동산의 소유권유보부 매매에서 매도인을 매수인에 대한 회생절차에서 회생담보권으로 취급하고,⁹⁸⁾ 양도담보권을 명문으로 회생담보권으로 취급하여 권리의 실질을 중시하는 것에서도 확인할 수 있다.

4) 회생담보권 취급의 필요성

실무상 압도적 다수의 회생사건에서 신탁채권자는 일반 회생채권자로 취급하여 회생계획에 반영하고 결의에 있어서도 회생채권자의 조로 분류하여 의결권을 부여하고 있다. 반면 위탁자인 채무자의 청산가치를 산정함에 있어서는 실질적으로 신탁재산을 위탁자가 관리하며 사용·수익하고 있고 신탁재산을 활용한 영업명목자는 위탁자임을 이유로 신탁재산을 일응 수탁자가 아닌 위탁자의 자산으로 취급하여 그 가액을 평가하고, 그 신탁재산을 활용한 현금흐름을 바탕으로 한 계속기업가치를 산정하고 있다.⁹⁹⁾ 담보신탁재산의 소유관계에 관한 평가가 사실상 모순되는 것이다.

최근 대법원은 담보신탁을 근거로 한 공매와 수익계약도 양도담보의 실행과 마찬가지로 체육시설법 제27조 제2항이 적용될 수 있다¹⁰⁰⁾고 판시하면서, ① 담보신탁의 기능 등에 비추어 그에 따른 공매 등은 저당권 등 담보권 실행을 위한 경매 절차 등과 구별하여 다루어야 할 만큼 실질적인 차이가 없고, ② 담보신탁과 양도담보는 채권담보 목적으로 설정되고 설정 당시 소유권이전등기가 이루어진다는 점에서 실질적으로 같으며, ③ 담보신탁을 근거로 한 공매 절차에서 도산격리 효과를 일부 제한하여 체육필수시설의 인수인에 대해 입회금반환채무를 포함한 권리·의무의 승계를 인정하는 것이 이익형량의 관점에서 타당하다고 판단하였다.¹⁰¹⁾ 이러한 흐름에 비추어 담보신탁의 도산절연에 대한 엄격한 적용은 재검토가 필요한 것으로 보인다.

98) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결.

99) 고일광, 앞의 논문, 96~107쪽.

100) 이에 대하여는, ① 신탁재산의 공매는 법률의 규정에 의한 권리변동이 아니고, 소유자인 수탁자의 의사에 의한 사인간의 계약에 따른 매각절차여서 체육시설법 제27조 제2항 제1 내지 3호의 경매 등과 동일시 할 수 없으므로 체육시설법 제2항 제4호의 적용대상이 아니라는 부정설이 있다[나청, 회원제 골프장 회생사건의 실무상 쟁점 정리, 도산실무의 주요 쟁점, 사법연수원 법관연수 자료집, 사법연수원, 2018. 11., 23~25쪽].

101) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결.

특히 비판론의 논거에서도 보듯이 담보신탁과 기능상, 형식상 큰 차이가 없는 양도 담보나 소유권유보부매매도 그 실질을 중시하여 회생담보권으로 취급하면서 유독 담보 신탁에 한하여만 도산격리의 효과를 강조하며 실질을 무시하는 것은 형평에 맞지 않는 대우라 생각된다. 그러므로 담보신탁의 신탁채권자도 특수한 회생채권자가 아닌 채무자의 실질적인 재산에 관한 담보권을 갖는 회생담보권자로 취급하여 대우하여야 한다고 본다.

나아가 담보신탁의 신탁채권자를 그 실질에 맞게 회생담보권자로 취급하게 되면 회생담보권을 얼마로 인정하여 변제조건을 정할 지가 문제될 수 있다. 이에 대하여는 회원권자 등 다른 회생채권자들과의 형평을 고려하여 회생담보권 인정액 및 변제조건을 정하는 방법으로 개선을 시도함이 상당하다. 채권조사절차에서 관리인이 감정평가한 신탁재산의 최소한의 금액만을 회생담보권으로 시인하고, 이의되는 나머지 신고액은 신탁채권자가 신청한 회생담보권 조사확정재판에서 정하는 것이다. 최종적인 회생담보권액은 공매절차에서의 우선수익권 행사시 예상수령금액, M&A에 의한 인수대금의 규모, 신탁채권자에게 배분가능한 액수 및 회생계획의 내용 등을 고려하여 산정함으로써 신탁채권자의 담보권인정액 및 의결권액을 실질에 맞게 제한¹⁰²⁾하는 것이다(담보권 인정액을 초과한 채권액은 일반 회생채권으로 취급하게 된다).

또한 일응 신탁채권자의 채권금액 전부를 회생담보권으로 인정했다고 하더라도 실질적으로 청산가치를 넘는 부분(단순 임야나 건물의 가치를 넘는 부분)에 대하여는 권리를 감축할 수 있는 변제조건을 정할 수 있도록 해야 된다. 이와 같이 신탁채권자의 회생담보권액을 제한함으로써 청산가치를 넘는 변제를 방지하고 현재의 실무와 같이 공매절차에서의 예상행사금액 수준을 보장함으로써 신탁채권자도 회생기업의 M&A에 의한 회생계획 인가에 적극 동참시키는 것이 타당하다.

이에 대하여는 앞서 본 대법원 판례에 의하여 신탁채권자가 골프장 부지를 체육시설로 전제하여 공매절차로 매각하면 회원권에 관한 권리의무 승계조건 때문에 그 가액이 현저히 낮아져 결국 공매절차의 진행이 사실상 불가능하게 되었고 회원권자들의 권리에 대한 보호필요성은 더 중요해졌으므로, 신탁채권자를 회생담보권으로 보호함은 부당하다는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 공매절차의 사실상 불능으로 인해 손해를 입는 것은 영업의 훼손 및 중단으로 인해 책임재산에 의한 채권회수 및 시설이용에 차질

102) 골프장 부지 담보신탁의 수탁자는 신탁재산을 공매나 수익계약을 통해 매각하더라도 회원권 승계의 무 때문에 신탁채권자가 원하는 가액으로는 매각을 성사시킬 수 없게 되고, 결국 골프장이 아닌 임야나 건물로 공매절차를 진행하게 되므로, 그 청산가치를 골프장으로서의 평가만큼 전부 보장해 줄 수는 없고 실질에 맞게 제한을 해야 한다.

을 빛는 회원권자 등 다른 채권자도 마찬가지이다. 따라서 신탁재산을 둘러싼 이해관계인 모두를 최대한 조화롭게 조정가능한 회생절차에 끌어들이고 그 권리의 실질에 맞게 공정하게 대우하는 것이 타당하다고 본다. 특히 신탁채권자를 회생담보권으로 분류한 후 신탁채권자만이 부동의하여 가결요건을 갖추지 못한 경우에는 회원권자 등 일반 회생채권자들의 중대한 이익을 위해 일정한 권리보호조항을 정한 강제인가를 함으로서 이해관계를 조정할 수 있는 길이 열릴 수도 있다.

5. 체육시설 회원권 채권자에 대한 보호범위 확대

가. 회원권 채권에 대한 조 분류

1) 우선권 인정여부

체육시설 회원권 채권자가 갖는 입회보증금 반환채권은 체육시설법 제27조에 의하여 회원권자의 권리가 양수인에게 승계됨을 전제로 인수가액을 산정해야 하는 등 실질적인 우선변제권이 있다는 이유로 '회생담보권'으로 취급하여야 한다는 주장이 있다.¹⁰³⁾ 그러나 이러한 해석은 회생담보권을 규정한 채무자회생법 제141조 제1항¹⁰⁴⁾의 문언에 반하고, 회원권자가 채무자의 재산에 대하여 법적인 우선변제권이 있다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 받아들일 수 없다.

나아가 체육시설법 제27조는 영업양도나 경매 등에 의한 체육시설 양도시 양수인의 권리의무 승계의무를 규정한 것으로 회원권자의 우선 변제회수권을 규정하지 않고 있고, 회원권자의 입회보증금 반환채권이 사실상 우선변제 받더라도 이는 법률적 효과라 할 수 없어 '일반의 우선권 있는 회생채권'이라 할 수도 없다.

이 때문에 거의 모든 회생사건에서 회원권 채권은 일반 회생채권으로 분류하고 취급된다. 다만, 회원권 채권에 관한 회생계획은 회원권 채권이 체육시설법 제27조에 의해 권리가 특별히 보호되는 것임을 고려하여 변제조건을 정하여야 한다. 회생계획의 내용이 합리적인 이유 없이 회원권의 특수성을 고려하지 않음으로써 체육시설법의 입법취지를 몰각시키는 사정이 있다면 특별한 사정이 없는 한 평등의 원칙에 위배된다고 볼

103) 박용석, 골프장의 회생절차에 있어서 회원의 권리에 관한 소고, 도산법연구회 발표문(미공간), 사단법인 도산법연구회, 2015. 12. 28., 16~17쪽.

104) 채무자회생법 제141조(회생담보권자의 권리)

① 회생채권이나 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자 외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권·질권·저당권·양도담보권·가등기담보권·「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권·전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 회생담보권으로 한다.

수 있다. 오히려 상거래채권 등 일반 회생채권보다는 더 우월한 조건의 변제조건을 정해야 할 합리적 이유가 있는 것이다.¹⁰⁵⁾ 이와 같은 합리적 이유가 인정되는 차등은 채무자회생법 제218조 제1항 제4호에 의해 차등을 두어도 형평을 해하지 아니하는 때에 해당하는 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁶⁾

2) 별도의 조 분류 여부

가) 회원권 채권이 일반 회생채권이더라도 상거래채권자와 구분하여 2개 이상의 조로 세분하여야 한다는 주장이 제기된다.

미국의 제11장 절차에서는 '상당히 유사한(substantially similar)' 권리나 지분만을 같은 조로 분류할 수 있다(§ 1122). 담보물이 다르면 담보권자 내에서도 조를 달리하여야 하고, 담보목적물이 같더라도 담보의 순위가 다르면 별개의 조로 분류하고 있다. 이렇게 세분화하여 조를 분류하되, 같은 조에 대하여는 반드시 동일한 대우를 하여야 하고, 변제의 내용이 다른 권리는 다른 조로 분류되어야 한다. 일본의 회사갱생절차에서는 권리의 종류(갱생담보권, 우선권 있는 갱생채권, 일반 갱생채권, 약정후순위 갱생채권, 우선주, 보통주¹⁰⁷⁾)에 따라 의결권 조를 분류하는 것이 원칙이다(회사갱생법 제196조 제1항).

그러므로 회원권 채권에 대하여 반드시 상거래채권자와 구분하여 의결권조로 분류하여야 하는지 여부에 관하여 보건대, 회원권 채권도 재산상의 청구권인 이상 일반 회생채권으로서 채육시설법 제27조의 규정에도 불구하고 회생절차 내에서는 권리변경의 대상이 될 수 있다. 나아가 현실적으로 회원권 채권을 별개의 의결권조로 분류하면 상거래채권과는 회생계획에서의 취급이 달라 각 조 모두의 가결요건을 충족하는 동의를 갖추기가 더 어려워지고, 회생계획의 가결여부가 어느 의결권조의 의사결정에 맡겨지는 문제가 있다. 이는 집단적 이해관계의 조정을 위해 가결요건이라는 다수결의 원칙을 관철하는 회생절차의 최대 장점을 퇴색시킬 수 있는 우려가 있는 것이다. 따라서 법원이 이러한 여러 사정을 고려하여 상거래채권과 회원권 채권을 동일한 의결권조로 분류하였다고 하더라도 재량범위의 일탈이라 보기는 어렵다.¹⁰⁸⁾

105) 대법원 2016. 5. 25. 자 2014마1427 결정. 이 사건의 인가된 회생계획도 일반 대여금 회생채권에 대하여는 원금 및 개시 전 이자의 6.81%만을 현금으로 변제하는 반면에 회원들의 권리에 관하여는 입회금 반환채권 원금 및 개시 전 이자의 17%를 현금으로 변제하는 것으로 회원들에 대한 회생채권을 더 우대하였다.

106) 東京地裁会社更生実務研究会, 会社更生の実務(上), 社団法人 金融財政事情研究会, 2005, 291~292쪽.

107) 会社更生法 第168条 第1項.

108) 대법원 2018. 5. 18. 자 2016마5352 결정, 대법원 2016. 5. 25. 자 2014마1427 결정.

나) 또한 체육시설업자가 여러 체육시설을 운영하는 경우에 골프장 회원권과 기타 회원권(콘도, 스키장 회원권 등)의 실질적 성격, 거래상 가치의 차이를 고려하여 다른 조로 분류하여야 하는지 문제된다. 그런데 골프장 회원권과 콘도 회원권, 그리고 스키장 회원권은 모두 일정한 금액의 입회보증금을 내고 회원의 혜택을 받으면서 각 시설을 이용하는 권리로서 이들의 실질적인 권리의 성격이 서로 다르다고 볼 수 없다. 한편 위 각 회원권의 거래시가가 다르다고 하더라도 회원권의 거래시가는 그 체육시설 운영자인 채무자에 대하여 직접 주장하거나 요구할 수 있는 권리 내용이 아니므로 이를 이유로 각 회원권마다 회생채권의 성질과 이해관계가 본질적으로 다르다고 할 수는 없다.¹⁰⁹⁾ 따라서 이들 회원권에 기한 입회보증금 반환채권자를 같은 의결권조로 분류하여 한 결의의 성실·공정성에 흠결은 없다고 보아야 한다.

다) 다만, 회원제 골프장에 대한 회생절차에서 골프장 회원들의 협조 또는 동의는 원활하고 성공적인 회생을 위해 최대한 존중되어야 할 요소이다. 또한 체육시설법 제27조의 규정취지를 감안하면 조 분류에 있어 회생채권으로 분류하여 권리변경의 대상으로 볼 수밖에 없더라도 결의 절차에서의 독립적인 의사표시의 가능성을 보장해 주어야 하는 명분은 충분하다고 본다. 더욱이 회원권 채권자들은 담보신탁 목적물에 관한 경매절차는 물론 공매절차에서도 회원권의 지위를 그대로 보유하는 반면, 권리가 변경·침해될 여지가 가장 큰 회생절차에서는 상대적으로 열후한 일반 회생채권자의 지위에 있다. 따라서 집단적 이해조정절차인 회생절차의 조화로운 운용을 위해서는 법원이 인정하는 일부 회생사건에 있어서는 법원의 재량으로 회원권자조를 별도의 의결권조로 분류하여 그 동의여부를 묻는 것이 바람직하다고 본다.¹¹⁰⁾

특히 이와 같이 별도의 조로 분류하여 의결하면, 회생계획안에 대한 회원권자 내부의 의사가 명확히 표시되어 설령 가결요건을 갖추지 못해 회생절차가 폐지되더라도 차회 절차에서 회원권자들의 의사를 다수의 이익이 되는 방향으로 조율할 수 있을 것이다. 그리고 권리보호조항을 두고 인가결정을 하더라도 소수의 의사를 반영한 내용을 추가함으로써 소수자를 제대로 보호할 수 있을 것으로 생각된다.

109) 서울고등법원 2018. 3. 8. 자 2017라20750 결정(대법원 2018. 7. 4. 자 재항고 기각결정으로 확정).

110) 나청, 회원제 골프장 회생사건의 실무상 쟁점에 관한 소고, 사법 36호, 사법발전재단, 2016. 6. 169쪽도 같은 취지.

나. 회원권 채권의 의결권 인정액

1) 회원권 시가의 인정여부

가) 체육시설 회원권은 별도의 거래소에서 빈번하게 거래될 만큼 환가성 및 재산적 가치가 높다. 또한 회원권은 입회계약에서 정해진 입회보증금의 액수에도 불구하고 거래시장에서 형성된 시가로 그 가치가 평가되곤 한다. 회생절차에서는 이와 같은 회원권의 시가를 회원권 채권에 관한 회생채권액 및 의결권액으로 인정할 수 있을지가 문제된다.

나) 그러나 골프장 회원권 등의 시가는 회원권을 모집한 체육시설업자와 별개로 판매자인 회원권 보유자와 구매자인 회원권 보유희망자 사이에서 정한 거래가격이다. 구매자는 운영회사와의 금전적 채권인 입회보증금 반환채권 외에 시설이용권 등의 가치까지 고려하여 위 입회보증금의 액수와 상관없이 거래시장에서 형성된 시가로 회원권을 구매하는 것이다. 따라서 입회보증금을 넘는 금액은 「상가건물 임대차보호법」 제10조의3에 정한 권리금과 유사한 성격으로 해석되고, 체육시설업자에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 시가 전액을 주장할 수 없는 것으로 보아야 한다.¹¹¹⁾ 따라서 회원권자가 회원권 거래시장에서의 시가를 회생채권으로 신고하더라도, 그 시가를 그대로 회생채권액으로 인정하거나 의결권액으로 인정할 수는 없다(회원권의 시가에는 시설이용권의 평가액 등이 포함되어 있다고 보는 것이라면 아래에서 논의하기로 한다).¹¹²⁾

나아가 시설이용권은 체육시설을 이용할 수 있는 채권적 청구권인 비금전채권으로 그 자체로 회생채권이고, 이러한 비금전채권은 회생채권의 금전화·현재화 원칙이 적용되지 아니하므로, 회생절차개시결정에 의해 금전채권으로 바로 변환되는 것이 아니다. 따라서 시설이용권은 그 변제 또는 처리방법을 회생계획에서 정하는 대로 변경될 뿐 채권액이 특정되지는 않으므로 시가 중 입회보증금을 제외한 나머지 부분을 그대로 회생채권액이라 할 수도 없다.¹¹³⁾

111) 수원지방법원 2016회합10003 사건(파인리조트 사례)의 일부 회원권자는 결의 집회에서 회원권의 매매, 증여, 유증시 시가인 거래가액을 기준으로 세금을 부과하는 것과 비교하여 형평에 맞지 않는다는 주장도 하였으나, 이는 실질과세의 원칙에 따른 것으로 회생절차에서의 권리인정 여부와 직접적인 상관관계가 있다고 보기 어렵다.

112) 위 파인리조트 사례에서 대부분의 회원권자가 매수가액 또는 시가를 회생채권으로 신고하였으나, 채권조사확정재판에서 입회보증금 부분만 인정되었고, 그에 따라 결의 집회가 진행되었다. 이후 회생채권자들이 조사확정재판에 대한 이의의 소를 제기하여 현재 다수의 사건이 계속 중이다(수원지방법원 2017가단13935 사건 외 다수).

113) 예를 들어 시설이용권은 현금변제 대상 입회금 반환채권액의 변제와 같음하여 소멸된다고 하거나, 회생채권의 분할 변제기간 동안 존속한 후 소멸된다고 하거나, 그대로 유지된다고 정할 수 있다.

2) 시설이용권에 대한 의결권 인정여부

가) 체육시설(골프장) 회원권은 비금전채권인 시설이용권과 금전채권인 입회보증금 반환채권이 합체된 권리이므로, ① 시설이용권에 관하여도 '회생절차가 개시된 때의 평가금액'을 기준으로 의결권을 따로 부여해야 하는지, 아니면 ② 체육시설 회원권의 핵심은 시설이용권이므로 의결권액은 입회계약에 의한 입회보증금 반환채권액이 아니라 시설이용권의 개시 당시 평가액으로 산정해야 하는지, ③ 양자를 합한 금액으로 산정해야 하는지 문제된다.

나) 먼저 시설이용권이 입회보증금 반환채권과 별개로 독립하여 존속하는 권리라면 회생채권의 조사절차에서 별도로 목록에 기재되거나 신고되어 시·부인되었어야 한다. 그러나 대부분의 체육시설 사건에서 회원권의 시설이용권만을 신고하거나 조사하지 않고 있다. 따라서 이미 회생계획이 인가되어 확정되었다면 회생계획에 회생채권인 시설이용권에 관한 내용을 정한 바가 없기 때문에 그 권리가 실권되는 것이고, 이에 관하여 의결권을 부여하지 않았다고 하더라도 위법하다고 볼 수 없다(채무자회생법 제251조).¹¹⁴⁾¹¹⁵⁾

다) 다음으로 회원권 채권자가 시설이용권에 해당하는 금액을 별개의 회생채권으로 신고한 경우¹¹⁶⁾나 시가 상당의 입회보증금 반환채권으로 신고하였더라도 시설이용권을 포함한 회원권 전체를 회생채권으로 신고한 것으로 선행하는 경우¹¹⁷⁾를 상정할 수 있다.

그런데 입회보증금 반환채권과 시설이용권은 동시에 양자를 행사할 수는 없고, 하나의 권리가 탈퇴를 전후하여 형태를 변경하여 나타나는 것에 불과하므로 시설이용권은

채무자회생법 제137조에 의한 평가금액 특정은 공평한 의결권 부여를 위한 산정방법일 뿐이다(서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상)(4판), 박영사, 2014, 485쪽, 493쪽, 전대규, 앞의 책, 439~440쪽).

114) 서울고등법원 2018. 3. 8. 자 2017라20750 결정(파인리조트 사례의 인가결정 즉시항고심)은 회생채권이 입회보증금반환채권으로만 평가된 것은 채권조사절차에서 관리인의 시·부인 등 채권조사결과를^a 반영한 것으로 이에 대한 불복은 채무자회생법에 정한 채권조사확정절차에 따라야 할 것이므로, 회생계획 인가결정에 대한 적법한 항고이유가 될 수 없다고 판단하였다.

115) 수원지방법원 2018. 10. 26. 선고 2017가합22905 판결도 같은 취지.

116) 대전지방법원 2016회확25 사건에서는 이미 시인된 입회금 반환채권액 외에 별도로 골프장 및 부대 시설 이용권을 회생채권으로 확정했다. 그러나 이 사건의 본 사건인 대전지방법원 2015회합5052 사건(카밀농산개발 사례)이 결의 집회 전에 인가 전 폐지 결정되어 위 이용권 상당액의 의결권 인정여부는 문제되지 아니하였다.

117) 대부분의 회원권자들은 회원권의 내용에 관하여 입회금 외에 시설이용권이 포함되어 있다고 법률적으로 명확히 구분할 수 없을 것으로 보이기 때문에 실질적으로 이와 같이 선행하여야 한다(會社更生の實務(上), 289쪽).

입회보증금 반환채권에 평가된 것으로 볼 수 있다.¹¹⁸⁾ 또한 체육시설업자와 회원 상호간의 입회계약시 의사 및 그에 따라 최초로 납입한 예탁금액 등을 고려할 때, 시설이용권은 그 자체로 독립하여 존속하는 것이 아니라 금전채권인 입회보증금 반환채권과 합체되거나 그에 부수되는 권리로 볼 여지도 있다. 나아가 다른 회생채권자들에 대하여는 개시 후 이자를 반환대상 채권액 및 의결권액으로 인정하는 아니하는 점과의 형평 등을 고려할 때 위 입회보증금 반환채권 외에 시설이용권에 대한 평가액까지 중복하여 의결권액으로 인정함은 부당할 수 있다. 따라서 법원이 위와 같은 사정을 고려하여 시설이용권에 대한 의결권을 인정하지 않은 결정 자체에 재량의 일탈이 있다고 보기 어렵다.¹¹⁹⁾

라) 그러나 체육시설 시설이용권의 가치는 입회계약 이후 일정한 시간이 지나면 권리금 성격이라는 시기에 반영될 수밖에 없는 가치이고, 회원권 채권자 및 그 승계인은 이러한 시설이용권의 가치에 주목하여 회원가입계약을 체결하거나 양수계약을 체결하는 것이 일반적이다. 그리고 회원권자는 만기 전에 입회금 반환을 청구할 수 없고 회원권자의 명시적인 탈회의사가 없으면 가입계약의 만기가 갱신되는 것이 일반적인 체육시설 입회계약의 약관이고 거래계의 현실이다.¹²⁰⁾ 또한 체육시설업자도 회원권이 시기에 의해 이전되고 있음을 명의개서절차를 통해 확인하면서 양수인에 대하여 시설이용권의 가치를 보장할 것을 약속하고 있다. 나아가 체육시설법 제27조를 통해 회원권을 특별히 보호하는 것은 체육시설 조성을 위해 대규모로 회원권을 모집하고 그 분양대금을 활용하여 시설을 건설한 이상 골프장 운영회사의 주주 또는 담보부 금전대여자와 유사하게 체육시설의 성립 또는 유지에 크게 기여한 회원권 채권자를 보호할 실익과 명분이 있기 때문이다.¹²¹⁾ 그런데 대부분의 체육시설 회생계획은 대중채 전환 등을 위해 회원권을 소멸시켜야 하므로 시설이용권을 입회보증금 변제대상액의 변제와 동시에

118) 会社更生の実務(上), 288~289쪽(일본에서는 이와 달리 시설이용권의 평가액을 입회보증금 반환채권과 별도로 고려하여 양자의 합산액을 의결권액으로 인정해야 한다는 民事再生 사건의 실무례가 있다고 한다).

119) 법원에 의한 의결권의 결정은 회생채권 등 내용의 실제적 확정과는 무관하고 의결권 행사액을 정하는 것에 불과하므로 이에 대한 불복신청은 인정되지 않는다. 그러나 결정에 오류가 있고 이로 인하여 가결되어야 할 가결되지 아니하여 회생절차가 폐지되거나, 가결되어서는 안 될 결의가 가결되어 회생계획이 인가된 경우에는, 회생채권자 등이 그 폐지결정 또는 인가결정에 대하여 즉시항고를 제기할 수 있다(전대규, 앞의 책, 440쪽). 인가결정에 대한 즉시항고 사유는 회생절차의 법률적합성 위반, 결의의 성실·공정한 방법 위반 등이 주장될 수 있다.

120) 염용표·조정익, 회원제골프장의 법적 제문제, 율촌판례연구, 박영사, 2017., 108쪽.

121) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결의 대법관 조재연의 보충의견에 의하면, 골프장의 물적 시설에는 회원들이 입회금으로 납부한 자금이 화체되어 있다고 볼 수 있다.

아무런 대가 없이 소멸되는 것으로 정하고 있다. 그 결과, 상가건물 임대차보호법이 임차인에게 권리금 회수기회를 보호하고 임대인에 의한 회수기회 침해시 손해배상의무를 부담하게 하는데 반해, 체육시설업자가 회생절차에 들어가면 권리금 유사 기대권을 갖는 회원권 채권자는 입회금 이외의 부분에 관하여 아무런 주장도 할 수 없게 되어 현저히 불이익한 지위에 놓이게 된다.

이러한 사정들을 고려하면, 시설이용권은 앞서 본 바와 같이 단순한 입회보증금 반환채권의 변형 또는 부수되는 권리에 불과한 것으로 보기 어려운 사정이 있다. 따라서 일정한 경우¹²²⁾에는 체육시설의 시설이용권에 관하여도 적극적으로 그 가액을 평가하여 의결권을 부여하는 쪽으로 실무 변화가 필요해 보인다.

나아가 체육시설의 시설이용권이 그 채권액 및 의결권을 인정하지 아니하면 사회상규에 반할 특별한 사정이 있는 경우, 예외적으로 금전화 및 현재화하여 입회보증금 외의 추가적인 회생채권으로 그 채권액 및 의결권을 인정해줄 필요가 있다.¹²³⁾ 만약 시설이용권이 비금전채권이기에 때문에 그 채권액을 인정하기 어렵다면 회원권 채권자의 회원권 채권신고에는 공평의 원칙에 따른 손실보상이나 손해배상 청구권도 포함되어 있는 것으로 선해하여 그 평가액을 금전채권으로 인정해주는 것을 검토해 보아야 한다. 그래야 회원권 채권을 실질적으로 보호하는 것이고, 다른 회생채권들에 비교할 때도 공정·형평에 부합될 것이라고 생각된다. 또한 이와 같이 해석해야 회원권 채권을 사실상 시설이용권까지 포함한 시가 상당액 정도로 평가하는 조세실무 및 회계실무와의 조화롭게 운용될 수 있다. 다만 이 부분에 관하여는 입법에 의한 해결이나, 회원권 채권의 성질 및 평가에 관한 채권조사확정의 실무례와 판례의 축척이 필요할 것으로 보인다.¹²⁴⁾

3) 회원권 채권의 채권액 및 의결권액 인정에 관한 새로운 대안

종래의 실무는 회원권 채권이 입회계약에서 정한 입회보증금 반환액만 인정되는 것으로 보고 그 액면액을 회생채권액으로 인정하여 의결권까지 부여하여 왔다. 그러나

122) 입회보증금액이 시가를 훨씬 넘는 경우에는 입회보증금액에 시설이용권의 가치가 반영되어 있다고 볼 수 있다. 그러나 반대의 경우에는 시설이용권에 관하여 별도로 의결권을 부여할 필요성이 높다.

123) 조민혜, 앞의 논문, 59쪽도 같은 취지. 이에 반대하는 견해로는 심현지, 2017년 서울고등법원 도산쟁점 주요 판결 및 결정 소개, 2018년 도산법분야연구회 세미나 자료집, 도산법분야연구회, 2018. 6., 180쪽 참조.

124) 파인리조트 사례의 회생계획(제3장 제6절 제3항)에도 회원권 채권 등 채권조사확정재판이 계속된 미확정 채권의 현실화 가능예상액을 회생계획에 정한 변제율만큼 채무자 회사에 유보시켜 놓고, 재판의 결과에 의해 미확정 회생채권이 현실화되면 당해 채권의 변제율만큼 지급하는 것으로 정해져 있다(변제재원 유보총액 14,137,111,843원).

만약 앞서 본 바와 같이 회원권 채권과 별도로 시설이용권(또는 보상·배상청구권)도 평가하여 보장해주어야 할 필요가 있는 경우에는 새로운 대안이 필요하다.

이러한 상황을 가정하여 보면, 회원권 채권의 회생채권액은 채무자회생법 제426조 제1항(비금전채권 등의 파산채권액), 제427조(조건부채권 등의 파산채권액) 및 제581조 제2항(준용조항)을 유추적용하여 현재화 및 금전화할 필요가 있다. 즉, 회생채권액은 개시결정 당시의 평가된 ① 입회보증금 반환채권의 현재가치와 ② 시설이용권의 현재가치의 합계액이라고 보는 것이다. 입회보증금 반환채권은 입회계약의 종료시에 발생하는 조건부 또는 기한부 채권이고, 시설이용권은 골프장 시설의 이용에 관한 권리인 비금전채권이므로 각각 채무자회생법 제138조와 제137조에 의해 개시결정시의 평가금액 합계액으로 회생채권액 또는 의결권액을 인정하는 것을 상정한 것이다.

이는 다음 두 가지의 경우로 나누어 설명할 수 있다. (i) 먼저 회원권의 시가가 입회보증금을 초과하는 경우¹²⁵⁾에는 ① 입회보증금의 현재가치를 이자가 따로 발생하지 않는 입회보증금 전액으로 보고, ② 시설이용권의 현재가치를 따로 평가¹²⁶⁾하여 합산한 금액이 회생채권액 및 의결권액이라 할 수 있다. (ii) 다음으로 회원권의 시가가 입회보증금 미만인 경우¹²⁷⁾에는 ① 입회보증금의 현재가치를 회수가가능성이라는 위험을 고려한 실질적인 환급가능액이라 보고, ② 시설이용권의 현재가치를 따로 평가하여 합산한 금액이 회생채권액이라 할 수 있다.

이와 같이 회원권 채권을 개시결정시의 현재가치액으로 평가하여 산정하면 회원권 채권의 시가와 입회보증금 사이의 격차를 최소화하고, 채무자 회사와 회원권 채권자 모두의 합리적인 의사결정을 방해하지 않을 수 있다. 다만 위 (ii)의 경우에는 시설이용권의 현재가치 평가의 어려움, 절차의 신속성 제고 등을 위해 입회보증금과 시가 사이

125) 회원권의 분양이 오래 전에 이루어진 회원제 골프장의 경우에는 분양 당시의 입회보증금에 이후 물가상승분이 반영되어 있지 아니하여 매우 소액이고, 이 때문에 시가와 격차가 상당한 경우가 많다(파인리조트 사례 등).

126) 시설이용권의 현재가치는 당해 시설이용권을 활용할 수 있는 기회를 평가한 수익가치로 봄이 상당하므로, 회원권의 시설이용권과 동일한 회원권자들의 평균 이용횟수 및 회원권의 존속기간 등을 고려한 금액에 현재가치 할인율을 적용하여 산정한 금액 등을 상정해볼 수 있다. 이와 관련하여 판례는 골프장 시설업자의 채무불이행과 상당인과관계가 있는 손해는 회원으로서의 지위를 부인당한 기간 동안 골프클럽의 회원들이 회원의 지위에서 골프장 시설을 이용한 평균 횟수, 회원의 지위에서 지불하는 골프장 시설에 대한 1회 이용료의 액수 및 비회원의 지위에서 지불하는 1회 이용료와 차액, 회원 모집 당시의 약관이나 회칙상 회원으로서 우선적인 이용이 보장되는 최대 횟수, 골프장 시설업자가 회원 지위를 부정한 전체 기간 등 모든 간접사실들을 합리적으로 평가하여 산정하여야 한다고 본다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다100750 판결).

127) 회원제 골프장의 신설 과정 또는 준공 직후에 재정적 어려움을 겪어 회생절차에 들어온 골프장의 경우에는 입회보증금 회수가가능성에 대한 우려가 있기 때문에 분양 당시의 입회보증금보다 낮은 시세로 거래되는 경우도 많다.

의 차이가 크지 않다면 입회보증금 전액을 회생채권으로 보고 절차를 간이하고 신속하게 진행하는 것도 가능하다고 본다.

물론 위와 같은 대안은 입회금 반환채권이 입회계약 종료시 전부 반환되어야 하는 확정채권인 점을 무시하는 측면이 있고, 다수의 회생사건에 해당하는 위 (ii)의 경우에 입회보증금액을 넘는 가치를 인정해줄 우려가 있다. 그래서 적어도 특별한 사정이 인정되는 위 (i)의 경우만이라도 시가에 훨씬 못 미치는 입회보증금 상당액으로만 회생절차에 참가하여야 하는 회원권 채권자를 보호하기 위해 시설이용권 부분을 별도로 평가하여 산정할 수 있음을 고려하기 위해 대안을 제시해 본 것이다.

V. 결론

회생기업이 회생절차에서 벗어나 정상 기업으로 돌아가기 위해서는 회생계획을 수행할 수 있는 자금을 확보하는 것이다. 그리고 영업 환경이 좋지 않은 회생기업이 자금을 조달할 수 있는 가장 현실적이고 확실한 방법은 M&A이다. 회생기업은 영업을 계속하거나 비영업용 자산을 매각하더라도 자력에 의한 회생이 불가능 또는 부적당하다고 판단되는 경우, 기업의 가치가 덜 손상되는 조기에 자금력 있는 외부 투자자 또는 경영진의 유치를 위한 M&A를 적극 검토하는 것이 바람직하다.

회생기업이 회생절차에서 M&A를 시도한다면 그 최종적인 목적은 M&A가 성사되어 그 계약내용이 반영된 회생계획안이 가결되고, 법원이 인가하여 회생계획대로 권리변경이 이뤄지는 것이다. 그래서 회생기업은 M&A 절차를 진행함에 있어 회생계획이 적법하게 인가될 수 있는 것인지를 끊임없이 검토하여야 하고, 인가요건과 관련된 법률적 문제를 해결해야 한다. 원래 M&A 절차에서는 인수계약 당사자 상호간의 주주총회 특별결의 등 집단적인 의사결정이 필요한 경우가 많고, 인수자금을 조달하는 것도 막대한 금융비용이 발생하므로, M&A 절차가 한참 진행되다가 번복되는 경우에는 회복하기 어려운 손해가 발생할 수 있기 때문이다.

나아가 법원은 M&A에 의한 회생계획의 구체적인 인가요건을 심사할 때 M&A의 시기별로 그 심사강도를 조절할 필요가 있다. 아무리 회생절차라 하더라도 회생의 신속함과 효율성만을 강조하여 이해관계인의 권리를 침해할 정도이거나 신의성실의 원칙에 반하는 M&A라고 평가될 정도라면 그러한 내용이 반영된 회생계획안을 인가하는 것은

위법하다. 그러나 위와 같은 정도에 이를 정도가 아니라면 회생절차의 취지나 목적 등을 고려하고 회생이 아니면 청산할 수밖에 없는 현실적인 사정도 함께 고려하여 M&A 절차를 신속하게 진행할 필요가 있다. 그리고 인가 전 M&A라면 신청 전 M&A 계약의 승인허가 등을 통해 당사자 사이의 의사를 최대한 존중하는 쪽으로 진행함이 타당하다.

또한 법원이 M&A에 의한 회생계획의 인가요건을 심사함에 있어 채무자회생법 제 243조의 적극적 인가요건과 같은 법 제243조의2의 소극적 인가요건은 각 요건별로 구분될 필요가 있다. 특히 회생절차의 남용을 막기 위해 도입된 소극적 인가요건은 당사자의 책임있는 사유 또는 형사처벌 전과가 있는 경우에 심사가 필요하다. 일반적으로 관리인이나 인수자가 스스로 소극적 인가요건의 심사 문제를 제기하여 소명하지는 않을 것이므로, 법원이나 조사위원이 직권으로 소극적 인가요건도 심사하겠다는 의지가 있어야 가능할 것이다. 아울러 법원이 채권자의 부동의로 인해 권리보호조항을 둔 인가결정을 하는 경우에는, 그 결정기준을 사전에 이해관계인과 공유하는 것이 바람직하고, 소수 채권자를 실질적으로 보호할 수 있도록 별도로 권리보호조항을 두어야 한다. 그래야 M&A 회생계획에 동의한 채권자뿐만 아니라 반대한 채권자도 회생기업의 운영권 양도에 수긍하고 M&A의 본래 목적인 회생기업의 계속적 운영을 제대로 도모할 수 있을 것이다.

마지막으로 담보신탁된 부동산을 소유한 회생기업이나 체육시설업자에 해당하는 회생기업이 M&A를 시도하는 경우에는, 담보신탁채권자나 체육시설 회원권채권자를 보호하는 데에 좀 더 세심한 배려를 할 필요가 있다고 본다. 담보신탁채권자나 회원권채권자는 그 특수한 지위로 인해 일반채권에 비해 우선적 지위가 있는 것으로 인식되고 있음에도 회생절차에 의한다는 명목으로 그 우월적 지위를 사실상 박탈당할 우려가 높기 때문이다. 회생절차에서의 M&A라 하더라도 다른 법률이 정한 우선적 지위 등을 존중하는 범위 내에서 채무조정 및 기업개선이 이뤄져야 형평과 공익에 부합하는 것이므로, 이들 채권에 대한 보호범위 확대에 관심을 갖고 노력해야 회생절차가 수긍하고 신뢰할만한 기업구조개선 방법으로 평가될 것이다.

참고문헌

1. 단행본

가. 국내 문헌

- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상)(4판), 박영사, 2014.
서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(하)(4판), 박영사, 2014.
서울회생법원, 서울회생법원 실무준칙, 사법발전재단, 2018. 4.
오수근, 도산법의 이해, 이화여자대학교출판부, 2008.
양효령, 중국의 신 기업파산법, 한국법제연구원, 2007.
임채홍·백창훈, 회사정리법(하)(제2판), 한국사법행정학회, 2002.
전대규, 채무자회생법(제3판), 법문사, 2019. 1.

나. 해외 문헌

- 東京地裁会社更生実務研究会, 会社更生の実務(上), 社団法人 金融財政事情研究会, 2005.
東京地裁会社更生実務研究会, 会社更生の実務(下), 社団法人 金融財政事情研究会, 2005.
東京地裁会社更生実務研究会, 最新実務 会社更生, 社団法人 金融財政事情研究会, 2011.
園尾隆司·小林秀之, 条解 民事再生法(第3版), 弘文堂, 2013.
伊藤眞, 會社更生法(初版), 有斐閣, 2012.
Jeffrey T. Ferrell·Edward J. Janger, Understanding Bankruptcy, LexisNexis(Third Edition), 2013.

2. 논문

- 고일광, 부동산신탁에 관한 회생절차상 취급, 사법 9호, 사법연구지원재단, 2009.
김성용, 회생절차 관련 도산법 개정 동향 : 자동중지와 절대우선의 원칙에 관한 논의를 중심으로, 비교사법 16권 4호, 한국비교사법학회, 2009.
김정만, 회생절차상 M&A의 선택기준과 회생계획인가 전 M&A, 사법논집 제50집, 법원도서관, 2011.

- 나청, 회원제 골프장 회생사건의 실무상 쟁점에 관한 소고, 사법 36호, 사법발전재단, 2012.
- 박재완, 한국 도산기업의 M&A, 법학논총 제25집 제4호, 한양대학교, 2008.
- 오수근, 청산가치보장의 원칙, 민사판례연구 29권, 박영사, 2007. 3.
- 염용표·조정익, 회원제골프장의 법적 제문제, 율촌판례연구, 박영사, 2017.
- 윤남근, 회생계획안의 인가, 저스티스 131호, 한국법학원, 2012. 8.
- 윤진수, 담보신탁의 도산절연론 비판, 비교사법 제25권 2호, 한국비교사법학회, 2018. 5.
- 이병기, M&A계약의 주요 조항과 법적 쟁점Ⅱ : M&A계약에 있어서 가격조정, BFL 68호, 서울대학교 금융법센터, 2014. 11.
- 이진웅, 회생절차에서의 관계인집회 운영에 관한 제문제, 저스티스 통권 제138호, 한국법학원, 2013. 10.
- 정문경, 강제인가 제도를 통해 본 법원의 역할과 재량, 도산법연구 제7권 제2호, 사단법인 도산법연구회, 2015.
- 최효종, 기업회생절차 실무의 현황과 개선방안(쌍용자동차 사례를 중심으로), 회생과 파산 1권, 사법발전재단, 2012. 2.
- 황정수, 회생절차 M&A에 있어서의 실무상 쟁점, BFL 47호, 서울대학교 금융법센터, 2011.

3. 자료집

- 나청, 회원제 골프장 회생사건의 실무상 쟁점 정리, 도산실무의 주요 쟁점, 법관연수 자료집, 사법연수원, 2018. 11.
- 박용석, 골프장의 회생절차에 있어서 회원의 권리에 관한 소고, 도산법연구회 발표회 자료집, 사단법인 도산법연구회, 2015. 12.
- 심현지, 2017년 서울고등법원 도산 쟁점 주요 판결 및 결정 소개, 2018년 도산법연구회 세미나 자료집, 대법원 도산법분야연구회, 2018. 6.
- 최효종·김소연, 2010년대 골프장 회생절차에 대한 실증연구, 도산법연구회 발표회 자료집, 사단법인 도산법연구회, 2018. 8.
- 최효종, 한국의 P-Plan 회생절차(골프장 사례를 중심으로), 제10회 동아시아 도산·재건협회 심포지엄 자료집, 동아시아 도산·재건협회, 2018. 10.
- 이현오, 서울회생법원 주요 사례와 쟁점, 2018년 도산법연구회 세미나 자료집, 대법원 도산법분야연구회, 2018. 6.

조민혜, 대전지방법원의 주요 사례와 쟁점, 2018년 도산법연구회 세미나 자료집, 대법원
도산법분야연구회, 2018. 6.

胡利玲, 중국 회생 제도의 실천(중국 상장회사의 회생에 관한 고찰), 제10회 동아시아 도
산·재건협회 심포지엄 자료집, 동아시아 도산·재건협회, 2018. 10.

동아시아에서 다중채무 대책의 전개

- 일본의 40년 간, 동아시아의 10년 간

오야마 사야(大山小夜)*

번역: 박영진**

2019년 11월 9일 일본 아키타(秋田)시에서 제10회 「동아시아 금융피해자 교류집회」가 있었다. 2010년 8월 28일 이화여자대학교 법학전문대학원에서 일본의 전국크레디트사라킨대책협의회와 한국소비자금융피해자협회가 “일본 고금리규제 및 금융피해자 구제운동의 발전과 현황”이라는 주제로 개최한 이래 “동아시아 금융피해자 교류집회”의 이름으로 정례화되어 매년 한국, 일본, 대만의 순서로 돌아가며 고금리금융, 빈곤, 복지 문제 등에 관하여 관련자들이 보고와 발표를 하고 있다. 이 집회의 기초 보고를 발표자의 허락을 얻어 게재한다. 시간적, 공간적으로 보다 큰 틀에서 소비자도산 문제를 바라보는 계기가 되었으면 하는 바램이다. [편집자]

1. 들어가기

「동아시아 금융피해자 교류집회」는 한국, 대만, 일본의 금융피해자가 한자리에 모이는 동아시아에서 유일한 집회입니다. 이 집회의 타이틀에 있는 ‘금융피해자’는 일본에서는 ‘다중채무자’, 한국에서는 ‘신용불량자’, 대만에서는 ‘카드 채무자’라고 하며 소비자 금융회사, 신용카드회사, 은행 등으로부터 많은 금액의 돈을 빌리고 갚기 곤란

* 긴조가쿠인대학(金城学院大学) 조교수. Email: saya@kinjo-u.ac.jp

이 보고는 2019년 11월 9일 일본 国際教養大学 Suda 홀에서 거행된 「제10회 동아시아 금융피해자 교류집회」의 기초 보고 원고(大山小夜(2019) “동아시아에서 다중채무대책의 전개 - 일본의 40년간, 동아시아의 10년간” 전국 크레사라·생활재건문제대책협의회 편집·발행 『제10회 동아시아 금융피해자교류집회 - 빈곤이 없는 사회를! 동아시아부터(第10回東アジア金融被害者交流集会～貧困のない社会を! 東アジアから)』 18~28면)에 약간의 가필을 한 것입니다.

이 연구는 JSPS Grants-in-Aid for Scientific Research의 지원을 받았습니다(Grant Number 18K02016).

** 번역가. 맺음말 말미의 무크(原)신사 부분은 편집자가 번역하였다.

한 사람들을 말합니다. 최근에는 여기에다 세금이나 사회보장료 등의 지불이 곤란한 사람도 포함시킵니다.

이 집회에서는 이렇게 과중 채무를 짊어진 사람을 ‘피해자’라고 합니다. 그 이유는 금융피해 문제가 빌린 자의 개인적인 문제에 그치지 않고 법률이나 제도나 규범도 관제되는 사회적 문제라는 것을 사회에 호소하기 위해서입니다.

이 집회는 올해 10년을 맞이했습니다. 또한 이 집회의 주최자인 크레사라 대협(=전국 크레사라·생활재건문제 대책협의회)은 1978년에 설립되어 작년에 만 40주년을 맞이했습니다[‘크레사라(クレサラ)’란 크레딧(クレジット)카드회사와 샐러리맨 금융(サラキン, サラリーマン金融, 회사원 등 개인 상대의 소액 고리대금업)에서 유래한 일본어로 신용 판매 회사와 소비자 금융의 총칭이다. 편집자 주]. 이 집회에서 조금 있으면 각국의 성과와 과제에 대해서 논의할 것입니다. 그래서 제가 들어가기 전에 일본의 40년간, 동아시아의 10년간의 활동을 되돌아보며, 제 생각입니다만, 다중채무 대책의 오늘날 과제와 가능성에 대해 말씀드리겠습니다. 자세한 것은 작년에 간행된 『크레사라 대협 40주년 기념지』에 기고했습니다¹⁾. 관심있는 분께서는 기념지를 봐 주시면 감사하겠습니다.

1970년대 중반 이후 일본은 저성장기였습니다. 그에 비해 한국이나 대만은 1980년대 이후 커다란 발전과 변화를 해왔습니다. 그것은 다른 아시아 국가들이나 아프리카 국가들도 마찬가지입니다. 이런 신흥국들의 상황은 ‘압축 근대’라든지 ‘립프로그 현상’(leap=뛰다, frog=개구리)이라고도 합니다. 이 보고는 이런 발전 상황이 다른 국가들이 한 자리에 모인 의의에 대해서도 확인해 볼 생각입니다.

2. 문제의 소재와 경위

국제교류부회(国際交流部会)의 발족

이 집회의 출발점은 2005년 1월, 크레사라 대협의 내부 조직으로 국제교류부회가 발족된 것이었습니다. 그 배경과 문제 관심의 소재에 대해서 부회 회장님이신 기무라

1) 크레사라 대협 40년사에 대해서는 오야마 사야(大山小夜, 2019) “크레사라대협과 다중채무 구제의 역사를 풀어내다 - 시대별 검증(クレサラ対協と多重債務救済の歴史を紐解く——時代別の検証)” 전국 크레사라·생활재건문제 대책협의회 편집·발행 『크레사라대협 40주년 기념지 - 상실이 계속되는 시대, 생활재건의 현주소(クレサラ対協40周年記念誌—失われ続ける時代、生活再建の今)』12~20면, 국제교류부회의 설립경과부터 현재까지의 활동에 대해서는 오야마 사야(大山小夜, 2019) “국제교류 14년간을 뒤돌아 본다(国際交流14年間を振り返る)” 앞의 책 180~183면 참조.

다츠야(木村達也) 변호사는 2011년에 국제교류부회의 홈페이지에서 이렇게 설명하고 있습니다. “오늘날 자본의 국제화 속에서 소비자 신용은 국경을 넘어 발전하고 그 피해도 국경을 넘어서 점점 확대되고 있습니다. 저희는 상호 국가의 피해 실정이나 대책에 대해서 정보를 교환하고 서로 연대 협력하여 이 문제를 해결해 나가는 것이 중요하다고 생각합니다.”²⁾ 소비자 신용이란 론이나 크레디트를 말하며 현대 소비자사회를 뒷받침하는 중요한 금융 기반입니다. 그러나 그것이 국경을 넘어 피해를 주고 있으므로 국제적으로 연대해서 이 일에 대처해 나아가야 한다는 것입니다.

‘국제 교류’라고 하면 식사회나 즐거운 대화를 상상할지도 모릅니다. 물론 그런 것들도 중요합니다. 그러나 국제교류부회는 친목보다 정보교환이나 연대 협력을 통한 ‘문제 해결’을 중요하게 생각합니다. 그 저변에는 소비자 신용의 국제화로 인해 “일본과 같은 경험을 다른 나라도 하고 있다”라는 ‘동지’로서의 의식이 있었습니다. 계기는 한국에서 건너온 어느 비디오테이프였습니다.

한국의 다중채무 문제

국제교류부회가 발족하기 2년 전인 2003년 가을에 한국 SBS 방송국의 “그것이 알고 싶다”라는 사회파 방송에서 ‘죽음보다 무서운 사채’라는 편이 방송되었습니다. 한국은 1997년에 심각한 외환 위기를 겪으면서 IMF(국제통화기금)의 관리 체제로 들어갔고 그때까지 돈을 빌릴 때의 금리는 최고 40%까지로 한다는 법률³⁾이 있었습니다. 그것이 IMF의 요청으로 철폐되었습니다. 크레디트카드의 거래 규제도 크게 완화되었습니다. 규제의 철폐나 완화는 돈을 빌려주는 측에서 보면 비즈니스 찬스를 의미합니다. 한편 빌리는 측에서는 빌리기는 쉽지만 그로 인해 파탄이 날 리스크가 높아집니다. 크레디트카드회사나 대금업자는 앞다퉈 거액을 사람들에게 빌려줬습니다. 빌린 사람을 구제하는 파산 등의 제도가 아직 불충분한 시절이었습니다. 대금업자의 폭행, 감금 등 비인간적인 추심이 만연하자 심각한 사회문제가 되었습니다. 다급해진 한국 정부는 2002년에 대금업자를 등록제로 정하고 대부금의 상한 금리를 66%로 했지만⁴⁾ 채무자의 고통스러운 상황은 계속됐습니다.

방송 취재에 협력한 크레사라 대협의 우쓰노미야 겐지(宇都宮健児) 변호사에게로 훗

2) 기무라 다츠야(木村達也), 2011년 7월 ‘회장 인사’ 국제교류부회 홈페이지(<http://cresala-international.net/>)

3) 구 이자제한법(1962년 제정)

4) 대금업법(2001년 성립, 2002년 시행). 대금업법의 상한금리는 단계적으로 인하여 2018년 1월부터 연리 24%임. 한편 개인 간 거래에 적용되는 이자제한법은 2007년에 재제정되어(=신 이자제한법), 상한금리가 2018년 2월부터는 대금업법과 같은 연리 24%이다. 현 문제인 정권은 임기 중에 20%로 내리겠다고 공약했다(집필 당시).

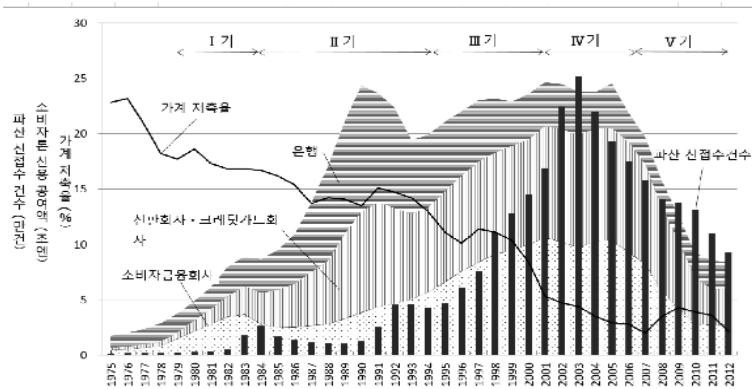
날 방송된 비디오 테이프가 전달됐습니다. 이것이 일본 각지에서 소개되었고 일본인들도 많은 충격을 받았습니다. 그 이유는 방송에서 일본의 대금업자가 한국에 잇달아 진출해서 연간 1,000억원(=약 100억엔)을 벌고 있다고 소개했기 때문입니다.

이 시기에 왜 일본의 대금업자는 한국으로 진출한 것일까요? 이유 중 하나는 한국이 금융 규제를 철폐, 완화했기 때문입니다. 그러나 이유는 그것뿐만이 아니라 일본의 대금업자를 둘러싼 상황과도 깊은 관계가 있었습니다. 그것을 설명하기 위해 여기에서 잠시 시곱바늘을 1950년대 중반까지 되돌려보겠습니다.

3. 종전 후 일본의 대금업자와 다중채무 문제

〈도표 1〉을 보시기 바랍니다.

〈도표 1〉 일본의 대주·차주·가계 저축률의 동향(1975년~2012년)



* 출처: 일본 **크레딧** 협회 편 「일본의 소비자 신용통계」, 최고재판소 편 「사법통계연보」 및 최고재판소 홈페이지 「사법 통계」, 내각부 「장기 경제 통계」 및 「국민 경제 계산(08SNA2011년 기준)」.

** 파산 신청수 건수(막대그래프, 단위 : 건)는 법인·자연인의 합계. 소비자론 신용 공여액 (적재식 면그래프, 단위 : 조엔)은 추계치. I ~ V기는 전국 크레사라·생활재건문제 대책협의회의 홈페이지 의거함.

막대그래프(파산 건수)와 꺾은선 그래프(가계 저축률) 뒤에 지그재그로 산 형태를 한 면 그래프가 있습니다. 이것은 일본의 소비자론) 시장의 동향을 대주별로 표시한 것입

5) 소비자를 향한 무담보 무보증 대부. 소비자론의 대주는 크게 '소비자 금융회사' '신판회사·크레딧카드회사' '은행'의 3군데로 분류된다. 3군데의 상세 내용은 다음과 같다. '신판회사·크레딧카드회사': 신판회사, 유통계·은행계·기업계 크레딧 외. '은행등': 은행·신용금고, 신용조합, 노동금고, 농업협동조합, 생명보험회사·손해보험회사 등. '소비자 금융회사': 상기 '신판회사·크레딧카드회사' '은행

니다. 산은 아래로부터 순서대로 ‘소비자 금융회사’ ‘신용판매회사·크레디트카드회사’ ‘은행’입니다. 이 중에 아래 2개가 대금업자로 분류됩니다. 적재식이므로 예를 들면 1991년에 솟아오른 정점은 이 해에 “일본의 대금업자와 은행이 합쳐서 약 24조엔을 무담보 무보증으로 소비자에게 빌려줬다”고 읽을 수 있습니다. 여기에서는 통계상의 이유로 2012년까지를 취급하고 있습니다⁶⁾. 이 그래프를 보시면서 제 이야기를 잠시 더 들어주시기 바랍니다.

소비자 금융회사의 탄생과 대금업 규제법의 성립

1955년부터 1972년까지 일본은 실질적 경제성장률은 연평균 10%를 넘는 ‘고도 경제 성장기’였습니다. 그 당시에 은행이 주력한 것은 ‘기업 용자’였습니다. 소비자에게 돈을 빌려주는 ‘개인 용자’는 소액에다가 번거롭고 게다가 이익이 없다고 생각했었습니다. 그런데 경제성장 덕분에 국민의 가계 소비 지출은 1955년부터 10년 사이에 2배 이상이 되었고 사람들이 이전보다 훨씬 많은 돈을 쓰게 되었는데도 은행은 아직도 개인 용자 시장의 크기를 알아채지 못했습니다. 이런 틈새를 타고 1960년대에 탄생해 성장한 곳이 개인에게 무담보, 무보증으로 돈을 빌려주는 소비자 금융회사였습니다. 소비자 금융을 그 당시 샐러리맨 금융, 줄여서 ‘사라킨’이라고 했습니다. 고리다매로 거의 심사없이 신속하게 빌려주는 이 비즈니스는 대단히 많은 돈을 벌었고 신규 개업회사나 신용판매 회사 등의 참여가 이어졌습니다. 차주의 변제 능력은 거의 상관없이 돈을 빌려주는 것은 “차주에게서 강제적으로 회수 가능하다”는 냉철한 판단이 있었기 때문이었습니다. 이윽고 혹독한 추심이 횡행했고 궁지에 몰린 차주들이 자살을 하고 가족 동반 자살이 사회문제가 되었습니다. 이른바 ‘사라킨 지옥’입니다. 그 심각한 실태를 재 빠르게 알아채고 대금업자에게 법규제 운동을 시작한 것이 이 집회의 주최자인 크레사라 대협(당시의 전국 사라킨문제 대책협의회, 통칭 사라 대협)이었습니다. 크레사라 대협의 활동은 1983년에 대금업 규제법이 성립되어 열매를 맺었습니다.

<도표 1>의 위쪽을 보십시오. 제Ⅰ기, 제Ⅱ기...라고 전부 5개의 시대가 적혀 있습니다. 이것들은 크레사라 대협의 활동 연표⁷⁾에서 인용했습니다. 1983년에 대금업 규제법이 성립된 것은 제Ⅰ기 크레사라 대협의 최대 성과였습니다.

등’ 외의 대금업법 제2조 규정의 대금업자.

6) 일본 크레디트 협회 편 「일본의 소비자 신용 통계」는 일본에서 유일한 소비자 신용 통계로서 1978년에 창간하여 그 후 매년 조사해 그 결과를 2년 뒤에 공표해왔다. 아쉽게도 2014년판으로 폐간되어 도표 1이 취급한 것도 2012년까지가 됐다.

7) 「전국 크레사라·생활재건문제 대책협의회」의 주요 활동,(전국 크레사라·생활재건문제 대책협의회 홈페이지(http://www.cresara.net/con_02.htm))에서.

대금업계의 재편과 확대

대금업 규제법으로 인해 많은 중소 대금업자가 폐업했습니다. 그것 때문에 제Ⅱ기는 '대금업자 흑한 시대'라고 불렸습니다. 그런데 '흑한 시대'는 겨우 4년 만에 끝나게 됩니다. 소비자 금융회사 중 대기업들은 합리화를 통해 1987년에 경영이 호전되었기 때문입니다. 대금업자는 이후 대형 소비자 금융회사, 신탁회사, 크레디트카드회사를 중심으로 재편되었습니다.

그 사이에 은행들은 무엇을 했을까요. 일본은 1973년에 경험한 석유 위기를 계기로 저성장기로 들어섰습니다. 기업 용자가 늘지 않아 고민하던 은행은 이때서야 겨우 개인 용자의 가능성을 깨닫게 됩니다. 1978년은 크레사라 대협이 발족된 해입니다만, 우연히도 은행 업계는 이 해를 '개인 론 원년'이라고 불렸습니다. 제Ⅱ기는 대금업 규제법으로 타격을 받은 후에 부활하려고 하는 대금업자의 음지에서 은행이 소비자 금융론에 힘을 신기 시작한 시기이기도 했습니다.

그런데 이 제Ⅱ기의 중반인 1991년에 일본의 거품 경제가 붕괴됩니다. 은행은 소비자 금융론의 폭지를 단숨에 잠가버리고 소비자 금융론 시장의 최전선에서 일단 후퇴합니다. 그래서 소비자 금융론 시장은 소비자 금융회사, 신용판매 회사, 크레디트카드회사의 독무대가 되었습니다.

4. 일본 대금업자의 아시아 진출

포화상태의 국내 시장

이제 다시 2000년대 전후해서 일본의 대금업자가 한국에 가서 살길을 찾는 이야기로 되돌아오겠습니다.

〈도표 1〉을 다시 한 번 보시기 바랍니다. 일본 소비자 금융론 시장의 '산'이 지그재그하면서 25조엔 선을 넘지 못하는 것을 알 수 있습니다. 이것은 소비자 금융론 시장이 성숙기를 맞이해 포화 상태가 됐다는 것을 뜻합니다. 일본의 인구는 저출산으로 2004년을 정점으로 감소합니다. 그래서 일본의 소비자 금융론 시장이 축소될 거라는 것은 이미 예측되었었습니다. 대형 소비자 금융회사의 텔레비전 CM도 2000년경에는 이미 한계에 도달해 있었습니다.

한편 일본의 파산 건수(막대 그래프)는 소비자 금융론의 확대와 함께 늘어났고 2003년에 25만건으로 정점을 맞이합니다. 그렇지만 2000년 전후 시점에는 파산 건수가 더

욱 늘 것이라고 예측하고 있었습니다8). 유력한 신용평가회사는 장래 35만건 정도가 될 것이라고 내다봤습니다9).

게다가 2000년에 출자법이 개정되어서 초과 시에는 형사 처벌까지 받는 대부 금리의 상한이 연리 40.004%에서 29.2%로 인하되었습니다.

다시 말해 일본의 대금업자가 한국에 진출한 2000년 전후에 일본의 소비자 금융론 시장은 거의 포화상태인데다가 차주는 파산할 위험이 크고 2000년에 출자법 개정으로 이익도 나지 않는 그런 상황이었습니다. 이런 경영 환경에 처해 있던 일본, 특히 중소 대금업자는 규제가 느슨하고 파산 리스크도 낮은 한국으로 활로를 찾았던 것이었습니다. 한국에 진출한 일본의 대금업자는 일본에서 배양한 노하우와 풍부한 자금력으로 한국의 대금업자를 압도했습니다. 한국의 채무 피해는 그런 상황에서 일어난 것입니다. 그것을 알게 된 크레사라 대협은 “알게 된 이상 행동을 해야 한다”고 국제 교류부회를 결성한 것입니다.

대만의 다중채무 문제¹⁰⁾

한편 크레사라 대협은 대만에서도 채무 피해가 있다는 것을 알게 되었습니다. 그것은 2006년에 실무자 레벨이 대만과 교류를 하기 시작한 것이 계기였습니다.

대만은 1980년대에 정치·경제의 자유화를 계기로 은행이 과잉 신설되었고 또, 크레디트카드회사의 경쟁이 치열했습니다. 일본의 대금업자는 대만의 은행법으로는 대만에서 직접 사업을 할 수 없으므로 대만의 은행과 업무 체결을 하고 카드론 사업의 기술이나 노하우를 수출했습니다. 2007년에 저는 처음으로 대만을 방문했습니다. 체재하는 동안 겨우 며칠 사이에 저는 신문에 게재된 은행 카드론 광고를 몇 번이나 봤습니다. 열차 역사 안이나 대형 판매점에는 일본의 대금업자라고 착각할 만한 화려한 은행의 무인 계약기가 있었습니다. 일본의 대금업자는 간접적이지만 대만의 소비자 금융론 시장 형성에 대단히 커다란 영향을 미쳤다고 할 수 있습니다. 그런 와중에 채무로 고통받는 사람도 늘었습니다. 2006년에 대만정부가 공표한 다중채무자(크레디트카드나 현금카드가 3개월 이상 연체된 자)의 숫자는 노동 인구의 5%까지 올라갔습니다.

8) 실제로는 2004년 이후 파산 건수는 감소한다. 그 배경에는 2003년경부터 잇따른 최고재판소 판결로 인해 차주가 계약했을 때보다 낮은 이자로 법률(이자제한법)에 의해 채무를 감액하거나 경우에 따라서는 과불금을 대주로부터 되돌려받는 일이 쉬워졌기 때문이다. 주요 최고재판결은 금융청(2016) 「자료 15-4 대금업에 관한 주요 최고재판결」(「대금업 제도 등에 관한 간담회」 제15회 배포 자료) (https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kasikin/siryuu/20060407/04.pdf) 등을 참조.

9) 예를 들면 스탠더드&푸어스(2003) 「일본의 금융업계 2004」 동양경제신보사, 125-126면.

10) 자세한 것은 大山小夜(2007) 「아시아의 소비자 금융과 다중채무 문제—대만 중견 은행의 케이스 스터디」 크레사라 백서 편집 위원회 편집·발간 『2007크레사라 백서』, 209-220면.

금융 피해의 수출

일본 대금업자의 아시아 진출은 한국, 대만뿐만이 아닙니다. 거슬러 올라가면 1977년에 홍콩(일본 신용보증), 1983년에 싱가포르(오리코), 1989년에 대만(프로미스, 2005년 철회)등 NIEs(=신흥 공업 경제 지역) 각국이 주로 많았습니다. 더구나 일본의 소비자 금융론 시장이 성숙해진 1990년대 후반 이후에는 아시아 전역에 퍼졌습니다. 소비자 금융회사의 대기업인 아코무(アコム)는 1996년 태국에서 할부 판매 사업의 합작회사를 설립, 2006년에 베트남과 중국에 주재원 사무소를 개설, 2017년에 필리핀에서 무담보 론 사업의 합작 회사를 설립했습니다.

문제가 생겨서 일본 국내의 규제가 강해지고 그 규제에 따른 경비가 증가하는 것을 피해 해외로 기업이 진출하는 예는 업종을 가리지 않고 일반적일 수도 있습니다. 환경 규제가 느슨한 해외에 이전한 공장이 이전한 곳에서 또다시 환경 오염 등 공해를 일으키는 것을 ‘공해의 수출’이라고 합니다. 마찬가지로 ‘금융 피해의 수출’이 일어난 것을 저희들은 이웃인 한국과 대만에서 배울 수 있었습니다. 이 일이 이 집회의 계기가 되었습니다.

실무자 회의로부터 피해자 교류집회로

그런데 한국, 대만, 일본이 처음으로 한 자리에 모인 것은 2006년이었습니다. 연 1회 열리는 크레사라 대협회의 전국 집회 개최에 맞춰서 법률가가 실무자 회의를 열었습니다. 그리고 그 한 달 후에 일본은 1983년에 성립된 대금업 규제법이 차주 보호 관점에서 25년 만에 발본적으로 개정되었습니다(개정 대금업법). 실무자 회의는 개정 후의 정세를 응시하여 새로운 활동을 크레사라 대협측이 한국과 대만에게 할 것을 호소했습니다. 이 실무자 회의는 그 후 2009년까지 총 4번 열렸습니다.

2010년에 실무자 회의가 ‘금융피해자’에 의한 ‘교류집회’로 다시 태어났습니다. 이것이 이 집회, 즉 ‘동아시아 금융피해자 교류집회’입니다. 이 해에 대만에서는 린용쑹(林永頌) 변호사가 중심이 되어 피해자회(= ‘대만 카드채무 피해자 자구회(台灣卡債受害者自救會)’. 카은 카드라는 뜻임)가 설립되었습니다. 또한 한국에서도 김관기 변호사가 중심이 되어 피해자회(= ‘한국 금융피해자 협회’. 2003년 설립)가 활동을 본격적으로 하기 시작했습니다. 피해자회는 국회나 정부를 향해 다중채무 대책을 촉구하는 데 중요한 역할을 합니다. 피해 실태는 누구보다도 피해자 자신이 잘 알고 있으니까요. 그리고 피해자가 실제 체험을 스스로 말한다는 것은 많은 사람들의 심금을 울리고 문제 해결을 향해 사회의 기운을 높여주게 됩니다.

5. 각국의 성과와 과제

이 10년간 일본, 한국, 대만의 성과와 과제를 살펴보겠습니다.

일본의 성과와 과제

우선 일본입니다. 다시 한번 <도표 1>을 보시기 바랍니다. 현재 일본은 제V기에 있습니다. 2006년에 대금업자를 대폭 규제하는 개정 대금업법이 성립되고 나서 상황이 크게 바뀌었습니다. <도표 2>를 보십시오. 2007년에는 개정 대금업법이 부분적으로 시행되었고 2010년에는 완전 시행되었습니다. 2019년은 최신 데이터입니다.

<도표 2> 개정 대금업법 시행 후의 다중채무 채무관련 지표의 동향(2007년—2019년)*

	2007년 3월말	2010년 3월말	2019년 3월말	증감률 (07~19)
대주 등록 대금업자수(건)	11,832	4,057	1,716	-85.5%
대금업자 대출 잔액(조엔)	43.6	29.9	23.5**	-46.1%
소비자 금융형 무담보 대금업자 대출 잔액(조엔)	10.8	5.3	2.8**	-74.1%
차주 무담보 무보증 차입 잔액이 있는 자(만명)	1,136	1,449	1,052	-7.4%
대금업 이용자 1인당 잔액 금액(만엔)	106.6	67.1	53	-50.3%
5사 이상 무담보 무보증 차입 잔액이 있는 자(만명)	118	70	8.9	-92.5%
'다중채무'에 관한 소비생활상담건수(접수 연도, 건)	90,101	71,824	24,844	-72.4%
기타 다중채무가 원인으로 보이는 자살자수(역년, 명)	1,733	998	703	-59.4%
전체 자살자 중 차지하는 비율(역년)	5.4%	3.3%	3.4%	-37.0%
자연인의 자기 파산 사건(신 접수 건수, 역년, 건)	148,248	120,930	73,084	-50.7%
지하 금융(무등록·고금리)사범 검거 사건수(역년, 건)	447	307	130	-70.9%
지하 금융(관련 사범 포함) 피해액수(역년, 억엔)	303.8	115.1	35.9	-88.2%

* 출처: 금융청(Financial Service Agency) 「대금업 관련 자료」(2019년 8월 29일 공표), 일본 신용정보기공 「2018년도 통계 데이터」, 금융청 외 「다중채무자 대책을 둘러싼 현황 및 시책의 동향」(다중채무 문제 및 소비자 금융형 금융 등에 관한 간담회(제13회)) 배포 자료1(2019년 6월 17일)에 의거해 작성

** 2018년 3월 말 현재 데이터

〈도표 2〉로 알 수 있듯이 개정 대금업법 시행 후 대금업 이용자수는 1,000만명대를 유지하고 대금업자의 대출 잔액은 반감했습니다. 따라서 이용자 1명당 차입 잔액도 반감했습니다. 대금업자 5사 이상에서 차입하는 다중채무자는 대폭으로 줄었습니다. 출자법 상한을 넘겨 대출해 주는 지하금융 피해액도 대폭으로 줄었습니다. 채무 상담 창구가 전국 지자체에 설치되었고 각 지역의 피해자회를 방문하는 상담자수는 격감했습니다. 이런 극적인 변화를 가져온 개정 대금업법이 성립되기까지 1978년에 크레사라 대협이 발족된 이래 거의 30년이나 걸렸습니다.

현재 일본의 과제는 두 가지입니다. 첫째는 ‘포괄적인 금융 규제’입니다. 단적으로 말하면 개정 대금업법 규제의 대상 밖이었던 은행을 규제 대상으로 넣는다는 것입니다. 은행은 1991년 거품경제 붕괴 후 대금업자에게 용자를 해줌으로써 소비자 금융론 시장을 뒷받침해왔습니다. 그런데 현재는 표면으로 나와 15%에 육박하는 금리로 개인에게 빌려주고 그 보증과 채권관리는 대금업자에게 일임합니다. 국내 은행의 카드론 등 대부금 잔고는 오늘날 대금업자에게 빌리는 소비자 금융형 대부금 잔고를 넘어 5조 7000억엔¹¹⁾입니다. 개인의 자기 파산도 2015년에 6만건에서 바닥을 치고 상승으로 돌아서서 2018년에는 5년 만에 7만건을 넘었습니다.

과제 중 두 번째는 ‘생활재건’입니다. 〈도표 1〉에 가계 저축율(저축을 가처분 소득으로 나눈 것)을 꺾은선 그래프로 표시했습니다. 크레사라 대협이 발족된 1978년의 가계 저축율은 아직 20% 정도에 있었습니다. 그것이 개정 대금업법이 시행된 2007년에는 겨우 2%입니다. 개정 대금업법은 수입 범위 안에서 대부나 차입이 가능하도록 총량 규제와 금리 규제를 했습니다. 그러나 생활이 어려운 사람이 있는 한, 약한 입장을 파고드는 수탈적인 금융은 모습을 바꿔가며 계속 나타납니다. 현재 조금만 역경이 닥치면 바로 생활이 곤궁해지는 사람들이 종전 후 전례가 없을 정도로 많이 잠재해 있습니다.

한국의 성과와 과제

다중채무 대책은 파산 등의 ‘사법 제도의 충실함’과 건전한 거래를 이끌어내는 ‘소비자 금융론 시장으로 가는 법규제’, 이 두 개의 대들보가 불가결합니다. 이 중 한국과 대만의 경우 ‘사법 제도’에 한해서 보겠습니다. 사법 제도에서 특히 중요한 점은 변제능력이 없는 차주의 남은 채무 변제를 면제해 주는 ‘면책’이라는 절차입니다. 면책 절차를 함으로써 차주는 대주의 추심으로부터 해방되어 생활을 재건할 수 있기 때문입니다.

11) 2018년도 데이터. 금융청 외(2019) 『자료1 다중채무자 대책을 둘러싼 현상 및 시책의 동향』 『다중채무 문제 및 소비자형 금융 등에 관한 간담회(제13회)』(6월 17일 실시) 13면에서.

다음은 한국, 대만의 순서로 보겠습니다.

우선 한국입니다. <도표 3>을 보십시오. 한국은 1998년에 처음으로 면책 결정이 내려졌습니다만, 그 후에 여론 등의 비판을 받고 2007년에 심사가 엄격해져서 2012년에는 원칙으로 모든 신청에 대해 관재인을 붙여서 채무 상황을 세밀히 조사하는 ‘전건(全件) 관재주의’로 바뀌었습니다. 한편 한국은행에 의하면 금융기관 3사 이상으로부터 차입하는 다중채무자는 2018년 제3사반기 시점에 411만명(국민 약 12명 중 1명), 채무 총액은 493조원(약 49.3조엔)입니다. 한국은 법원에 파산이나 회생을 신청하는 ‘사법적 채무 정리’뿐만 아니라 법원 외의 민간 기관에서 차주의 연체 채무를 정리하는 ‘사적 채무 정리’ 제도가 여럿 있습니다. 이러한 제도들의 활용을 늘리면서 파산 제도를 확충할 것이 기대됩니다.

<도표 3> 한국의 개인 파산·개인 회생의 추이 (2008년—2018년 단위 : 건)

	개인파산	면책율	개인회생
2008년	118,643	93.9%	47,874
2009년	110,917	93.4%	54,605
2010년	84,725	89.9%	46,972
2011년	69,754	88.7%	65,171
2012년	61,546	88.7%	90,368
2013년	56,983	89.0%	105,885
2014년	55,467	88.3%	110,707
2015년	53,865	88.0%	100,096
2016년	50,288	88.2%	90,400
2017년	44,246	86.9%	81,592
2018년	43,397	87.7%	91,205

* 출처: 한국 대법원 홈페이지 「사법 통계」 데이터베이스로부터 작성. 개인파산, 개인회생은 신청수 건수. 면책률은 면책 허가 건수 ÷ 면책 신청 건수 로 산출

대만의 성과와 과제

다음은 대만입니다. 대만은 2007년에 파산과 개인회생 절차를 정한 법률(=소비자 금융채무청산조례)이 성립됩니다. 중심적 역할을 한 곳은 그 성립 3년 전인 2004년에 설립된 대만법률부조기금회(=일본의 법테라스에 해당)입니다. 대만의 법원은 한국보다

더 보수적이고 면책율은 5할 정도입니다. 2016년에 대만의 피해자회는 파산 등을 더욱더 활용할 것을 요구하며 타이페이 변호사회와 협력하여 소비자금융채무청산조례(消費者債務清理條例)의 수정안을 제출합니다. 피해자회는 법원 앞에서 기자회견을 하고 국회의원에게도 협력을 요구하여 2018년에 수정안이 가결되었습니다. 대만 정부는 2006년에 다중채무자 수를 52만명이라고 발표했으나 그 이후로는 발표하지 않았습니다. 하지만 그 수는 거의 80만명에서 100만명이라고 알려져 있습니다.

〈도표 4〉 대만의 개인파산·개인회생의 추이 (2008년—2018년 · 단위 : 건)

	개인파산	면책율	개인회생	채무협약
2008년	1,148	50.0%	15,530	17,525
2009년	1,364	15.7%	5,970	37,151
2010년	1,244	7.5%	2,472	18,220
2011년	554	8.1%	1,795	13,933
2012년	342	49.1%	2,094	14,282
2013년	442	54.2%	2,702	15,988
2014년	630	52.3%	2,957	12,955
2015년	931	55.2%	3,549	11,559
2016년	1,014	59.7%	3,822	13,407
2017년	1,108	56.9%	3,486	11,985
2018년	1,045	58.5%	3,548	11,006

* 출처: 대만 사법원 홈페이지 「소비자 채무 통계」 표1 및 표7로부터 작성. 개인파산, 개인회생은 신청 건수. 채무협약은 신청 인가 건수. 대만의 2008년 면책 신청 건수는 6건.

6. 맺음말

여기까지 일본, 한국, 대만의 성과와 과제를 보았습니다만, 일본이 한국이나 대만보다 앞서가고 있다고 보는 것은 일면적입니다. 일본은 1970년대 말부터 다중채무 문제에 착수해서 2006년의 개정 대금업법 성립 후에 빈곤이나 사회보장 등에도 눈을 돌리기 시작했습니다.

30년이란 세월에 걸쳐 착수해 온 일본에 비하면 한국과 대만은 일본을 포함한 외국 자금계 기업의 대규모 참여로 인해 소비자 금융론 시장이 급격히 확대되었습니다. 그

와 함께 ‘고용의 불안정화’ ‘중산계층의 축소’ ‘젊은이의 빈곤’ 등에 직면하여 다양한 원조 자원의 연대·통합을 필요로 하고 있습니다. 또한 한국과 대만에서는 파산 등의 사법 제도에 대한 이해의 벽이 아직 높습니다. 이와 같이 급격한 변화를 사람들의 의식이나 사회의 제도가 따라가지 못하는 상황에 대해 한국의 어느 사회학자는 「압축 근대」라고 표현했습니다.

그러나 급속한 변화를 강요당하는 상황은 신기술이나 지식을 생산한다고도 합니다. 일본에는 ‘화재터의 초인적인 힘’이라는 말이 있습니다만, 최근에는 ‘립프로그 현상’이라고 말하는 신흥국이 선진국을 단숨에 뛰어넘어 최첨단 수준에 도달하는 상황이 생기고 있습니다. 실제로 한국은 서울시가 2013년에 변호사회와 연계해서 상담센터를 설치하여 5년 사이에 29,000명의 상담에 응했고 4,658명이 총액 1조 567억원 (약 1,057억엔)되는 채무로부터 해방되었습니다. 대만은 법률부 기금회가 타이페이시와 협력하여 2018년에 채무상담 원스톱 서비스센터를 개설했습니다. 행정의 원스톱 서비스가 본격화된 것이 일본에서는 개정 대금업법 이후입니다. 일본이 약 30년에 걸쳐 걸어온 길을 한국과 대만은 겨우 10년 사이에 실현하고 있습니다. 그것은 대단히 경의를 표할 일이며 그 경험으로 일본은 많은 것을 배울 수 있으리라 생각합니다.

위에서 이 집회는 동아시아에서 유일한 집회라고 말씀드렸습니다. 피해자와 실무자가 연대, 협력하여 채무 문제에 착수하는 이 활동을 다른 아시아 국가들 또 세계로 퍼뜨릴 필요성이 증대하고 있습니다. 그 근처에 있는 것은 “알았다면 행동해야 한다”라는 “동지”로서의 의식입니다. 그것은 지금을 사는 우리들만의 것이 아니고, 옛 사람들로 부터 물려받아 인계할 것이기도 합니다. 그 일을 생각나게 하는 사건을 소개하면서 저의 보고를 마치고자 합니다.

지난 주 11월 1일 크레스라 대협은 사이타마(埼玉)현 치치부(秩父) 지방에 있는 무크(楢)신사에 모였습니다. 무크신사는 135년 전(1884년) 11월 1일 다액의 채무에 시달리던 3천여명의 농민이 모여 채무로부터의 해방을 정부에 요구하며 봉기한 장소입니다. 안타깝게도 11월 9일, 즉 오늘의 그날에 헌병 등으로부터의 공격을 받아 괴멸하였습니다. 그 후에 약 3천명이 유죄판결을 받고 12명이 사형되었습니다. 이 사건은 “치치부사건”이라고 불리는데 일본 근대사(1868~1945년)에서 최대의 농민봉기로 지금까지 전해지고 있습니다.

2006년 대금업법의 개정을 요구할 때 크레스라 대협은 이 무크신사에서 시작하여 국회까지 약 150km의 릴레이 마라톤¹²⁾을 4일간 했습니다. 그 2년 전인 2004년 치치

12) 이때는 국회에 제출할 청원서를 릴레이 바통처럼 만들어 처음 주자가 다음 주자에게 전달하는 방식으로 했다.

부사건 발생 120주년을 기념하여 치치부사건을 그린 영화 “민초의 난(草の乱)”¹³⁾이 공개되었습니다. 엑스트라로 출연한 무크신사가 소재한 요시다(吉田) 지구의 여러분들이 영화에서 사용된 농민의 의상을 보관하고 있었습니다. 2006년 크레사라 대협이 거행한 릴레이 마라톤은 요시다지구의 여러분들로부터 빌린 의상을 몸에 걸치고 했습니다. 그리고 지난 주 무크신사에 모였을 때에도 크레사라 대협은 그러한 의상을 다시 입고 무크신사에 참배했습니다. 참배 전 크레사라 대협은 집회를 했습니다. 집회를 마치자, 의상을 보관하는 「요시다에서 ‘민초의 난’을 보는 회」의 멤버인 이와타 메구미(岩田恵) 씨가 양손에 무엇인가를 가득 안고 찾아왔습니다. 양손에는 많은 검은 씨 즉, 무크신사의 부지(敷地)에서 자라고 있는 “무환자(無患子, Mukuroji, Soapberry)”라고 하는 나무의 열매 씨가 가득했습니다. 무환자 씨는 매우 딱딱해서 일본에서는 염주나 액막이에 사용됩니다. 이와타씨는 “이것들은 무크신사에서 자라고 있는 무환자라고 하는 나무의 씨입니다. 아까 주웠습니다. 이것들은 매우 딱딱해서 밟혀도 밟혀도 찌그러지지 않습니다. 여러분들은 밟혀도 밟혀도 찌그러지지 않고 노력해 주셨으면 합니다”라고 말하고 무환자의 씨를 한 사람 한 사람에게 주었습니다. 저도 받았습니다. 오늘, 한국과 대만의 여러분들 몫도 갖고 왔습니다. 이따가 드리겠습니다. 135년 전 농민의 생각도 이어 받아 오늘의 집회를 의미있는 것으로 만듭시다.

13) <https://www.amazon.co.jp/%E8%8D%89%E3%81%AE%E4%B9%B1-DVD-%E7%B7%92%E5%BD%A2%E7%9B%B4%E4%BA%BA/dp/B000VZTWT4>

법인회생 데이터입력 조사작업의 성과 및 분석결과

김희동*

I. 서론

회생기업의 데이터를 수집 및 분석하여 도산절차 정책수립의 기초자료로 삼을 필요성이 꾸준히 제기되어 왔다. 데이터를 관리하게 되면, 회생법원 입장에서는 회생절차 진행상 문제점이나 회생기업의 재무상태를 파악하여 문제점을 보완하거나 새로운 대책을 마련할 수 있고, 입법이나 행정 특히 금융당국이나 정책금융기관 등에서는 공개된 데이터를 분석하여 경제정책에 반영하거나 내부 의사결정을 하는데 참고할 수 있다.

그러나 2006년 채무자 회생 및 파산에 관한 법률이 시행된 이후 법인회생에 대한 이론과 실무 연구는 많이 이루어지고 있으나, 실증분석은 많지 않다.¹⁾ 그 이유는 무엇보다도 실증분석을 할 수 있는 데이터 자체에 접근하기가 어렵기 때문인 것으로 보인다.²⁾

이에 따라 2017. 3. 1. 개원한 우리나라 최초의 도산전문법원인 서울회생법원에서는 시범적으로 5개년간 법인회생 사건의 각종 데이터를 수집하고 분석하는 작업을 시행하였다. 이번 작업이 앞으로 전국의 회생기업 데이터를 체계적으로 관리하는 시스템을 구축하기 위한 기초자료로서 도움이 되기를 바란다.

* 서울회생법원 판사

- 1) 기존의 실증연구로는 ① 「오수근, “기업회생제도(2006-2012)에 관한 실증적 연구”, 상사법연구(34권 1호, 통권86호), 한국상사법학회(2015)」와 ② 「강창환, “채무자회생법에 따른 기업회생절차에 대한 실증연구-조사위원의 선별기능을 중심으로-”, 법조 제68권 제4호(통권 제736호)」가 있다. 전자는 2006년부터 2012년까지 서울중앙지방법원 파산부에 신청된 법인회생 사건을 조사대상으로 하고 있고, 후자는 2006년부터 2015년까지 전국에 접수된 외부회계감사 대상기업을 주된 조사대상으로 하고 있다.
- 2) 현재 법인회생 사건들은 채무자명, 재판부, 각종 결정일 등에 관한 데이터만 관리되고 있을 뿐이고, 회생기업의 현황, 재무상태나 회생계획안에 대한 데이터들은 따로 관리되고 있지 않다.

II. 법인회생 데이터입력 조사작업

1. 조사대상, 조사기간 및 조사방법

이번 조사는 전자기록 접수가 시작된 2014. 4. 28. 접수 서울중앙지방법원 2014회합102 사건부터 2019. 5. 8. 접수 서울회생법원 2019회합100097 사건까지 총 1,921건을 조사대상으로 하였다.

경과 과정을 보면, 2019년 5월부터 조사방법 및 조사항목에 대한 서울회생법원 내부 회의를 거친 후, 2019년 7월부터 2019년 9월까지 각종 데이터를 입력하는 작업을 하였다. 이후 데이터 입력 오류를 확인하고 수정하는 작업을 거친 후 데이터를 분석하는 작업을 실시하였다.

조사방법은 법인회생 담당 법관들이 직접 전자기록을 열람하여 각 사건마다 신청서, 심문조서, 조사위원의 조사보고서, 회생계획안, M&A 관련 서류 등을 확인하여 각종 데이터를 엑셀파일에 입력하는 방식으로 작업하였다.

2. 조사내용

먼저 기본적인 사건정보인 사건번호, 채무자명, 재판부, 주심을 확인하였다. 다음으로 사건 진행상 각종 일자인 접수일, 개시결정일, 개시기각결정일, 인가전폐지결정일, 인가결정일, 변경회생계획인가결정일, 인가후폐지결정일, 종결결정일을 확인하였다. 인가전폐지의 경우 그 사유를 조사폐지,³⁾ 배제폐지,⁴⁾ 부결폐지,⁵⁾ 기타폐지⁶⁾로 구분하여 파악하였다. 그리고 회생기업의 현황 및 재무정보인 상장여부, 업종,⁷⁾ 종사자수, 자산, 부채, 계속기업가치, 청산가치를 확인하였다. 마지막으로 회생계획상 내용인 회생담보권액수, 회생채권액수, 조세채권액수, 회생채권(대여금) 현금변제율, 회생채권(상거래) 현금변제율, M&A진행 여부, 인수대금, 지분보유조항 유무를 조사하였다.

3) 개시결정이 있는 후 조사위원의 조사결과 계속기업가치보다 청산가치가 높아서 회생절차가 폐지되는 경우

4) 회생계획안 배제결정을 하여 회생절차가 폐지되는 경우

5) 결의를 위한 관계인집회에서 회생계획안이 부결되어 폐지되는 경우

6) 조사폐지, 배제폐지, 부결폐지 이외의 경우(회생계획안 부제출 폐지 등)

7) 업종 분류는 한국표준산업분류표(10차)를 기준으로 하였다.

3. 분석방법

이와 같이 조사한 데이터를 이용하여 연도별과 업종별로 분석을 시도하였다. 조사 대상 사건 1,921건 중 개인 31건, 취하 392건, 개시기간 126건, 병합 1건을 제외한 1,370건을 분석 대상으로 한 것도 있고, 업종 분류시 일부 사건이 더 제외되어 1,227건을 분석 대상으로 한 것도 있다. 분석결과인 도표는 직관적으로 쉽게 파악할 수 있도록 세로막대형이나 꺾은선형 차트를 이용하여 제시하는 것을 원칙으로 하였다.

Ⅲ. 연도별 분석⁸⁾

1. 연도별 사건 현황 및 종국사유

가. 연도별 사건 현황

서울회생법원에 접수된 최근 6년간 접수건수는 아래 <표 1>과 같다.⁹⁾ 2014년부터 2016년까지 사건수가 증가하다가 2017년에 감소한 이후 2018년에 다시 증가하였다. 2019년은 2018년에 비하여 사건수가 다소 감소할 것으로 예상된다.¹⁰⁾

8) 연도별 사건수나 기간 등은 모두 '접수연도'를 기준으로 한다. 예를 들어, 2016년 인가후종결 사건수(132건)에는 2016년에 접수되어 2017년에 인가되고 2019년에 종결한 사건이 포함되어 있다.

9) 서울중앙지방법원의 2014년 이전 법인회생 접수건수는 2007년 29건, 2008년 111건, 2009년 192건, 2010년 150건, 2011년 191건, 2012년 268건, 2013년 296건으로(사법연감, 위 오수근 교수 논문에서 재인용), 지속적으로 증가되어 온 것을 확인할 수 있다.

10) 이와 관련하여, 수원지방법원의 법인회생 접수건수는 2014년 90건, 2015년 73건, 2016년 83건, 2017년 94건, 2018년 86건, 2019년(10월까지) 126건이다. 2015년부터 2017년까지 서서히 증가하다가 2018년에 감소하였고 2019년에 큰 폭으로 증가하고 있는 것을 볼 수 있다. 이것은 2019년 3월 수원고등법원이 개원하면서 종래 서울회생법원 관할이던 회생기업들 중 일부가 수원지방법원으로 관할이 이전되면서 나타난 결과이다.

〈표 1〉 서울회생법원 연도별 접수건수

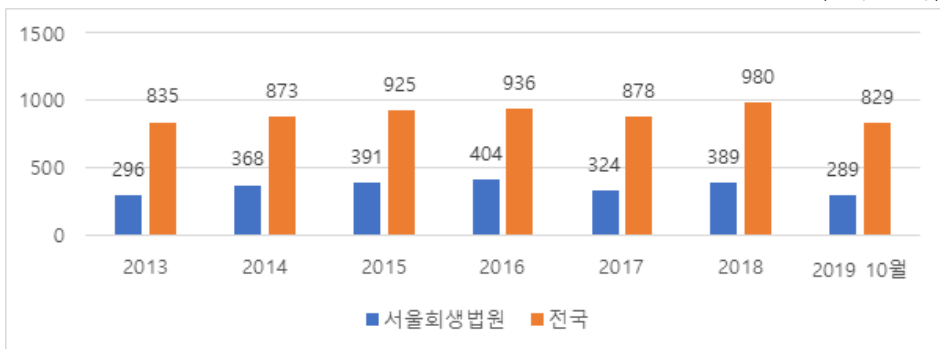
(단위 : 일수)

	회합	간회합	전체
2014년	366	0	366
2015년	315	76	391
2016년	268	136	404
2017년	214	110	324
2018년	255	134	389
2019년(9월까지)	181	80	261

다음으로, 전국 법원에 접수된 사건수와 서울회생법원에 접수된 사건수를 비교하면 아래 〈표 2〉와 같다. 서울회생법원은 전국 법인회생 사건의 35~43% 정도를 담당하고 있는 것을 알 수 있다. 통계청 자료¹¹⁾에 의하면 2018년 총 법인수는 816,370개이고, 그 중 서울 소재 법인수는 242,809개로, 전국 대비 서울 소재 법인 비율은 29.7%에 해당한다. 따라서 서울 소재 법인 비율보다 서울회생법원 접수 비율이 더 높은 것을 확인할 수 있다. 서울회생법원의 관할이 서울 소재 법인에만 한정되는 것이 아니라, 회생 기업의 주된 사무소 또는 영업소가 서울고등법원 관할에 소재하거나 법이 정한 대형 법인의 경우 서울회생법원에 회생신청을 할 수 있기 때문에 나타난 결과이다.¹²⁾

〈표 2〉 전국 법원과 서울회생법원 연도별 접수건수 비교

(단위 : 건수)



11) 국가통계포털(kosis.kr)의 '8.6.1 지역별 가동 법인수' 참조

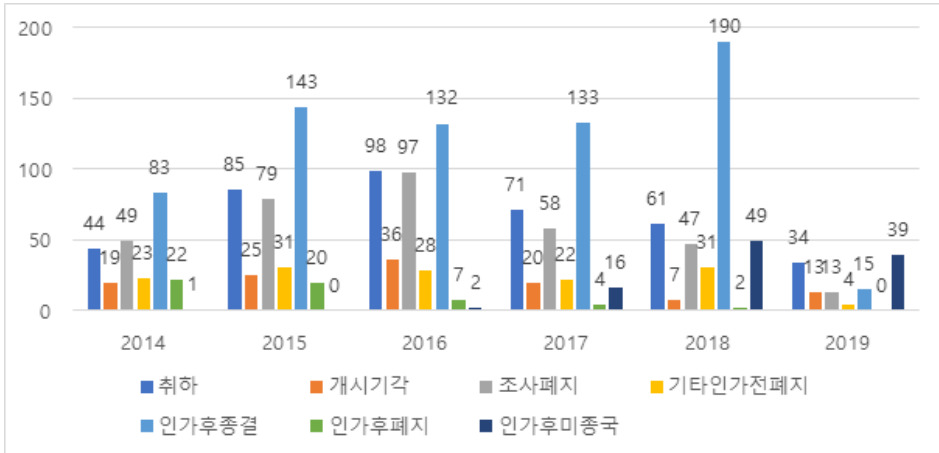
12) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제3조(재판관할) 참조

나. 연도별 종국사유

조사대상 전체사건의 최종 종국 사유는 아래 <표 3>과 같다. 2014년도는 2014년 5월부터 12월까지 접수분만 포함되어 있고, 2019년도는 1월부터 4월까지 접수분만 포함되어 있다(이하부터 이 글에서 2014년과 2019년은 모두 위 기간만 대상으로 한 것이다). 그리고 채무자가 개인인 사건, 각하된 사건은 제외하였다. 취하, 개시기각, 조사폐지가 2016년도에 가장 높았다가 이후 감소하고 있는 것을 볼 수 있고, 2018년도에 인가후종결된 사건이 상당히 늘어난 것이 눈에 띈다.

<표 3> (연도별) 종국사유별 사건수

(단위 : 건수)



2. 접수-개시기간 분석

개시결정이 있었던 사건들의 접수일부터 개시결정일까지 걸린 평균 일수의 변동추이는 아래 <표 4>와 같다. 2014년 평균 30일, 2015년 평균 20일이 걸렸고, 그 이후부터 계속하여 비슷한 수준을 유지하고 있다.

〈표 4〉 접수일부터 개시결정일까지 걸린 기간

(단위 : 일수)



3. 개시-인가기간 분석

개시결정일부터 인가결정일까지 걸린 평균 일수의 변동추이는 아래 〈표 5〉와 같다. 2014년부터 현재까지 지속적으로 감소하고 있는 추세이다.

〈표 5〉 개시결정일부터 인가결정일까지 걸린 기간

(단위 : 일수)



4. 인가-종결기간 분석

종결된 사건을 대상으로 인가부터 종결까지 걸린 평균 기간을 산출한 결과, 2014년 331일, 2015년 247일, 2016년 151일, 2017년 105일, 2018년 85일, 2019년 42일 이었다. 최근 연도일수록 기간이 짧게 나오는데, 이것은 최근에 접수된 사건일수록 종국이 되지 않은 사건이 다수 있기 때문에 이러한 결과가 나온 것이다. 따라서 위 수치만으로는 인가부터 종결까지 걸리는 기간이 늘어나고 있는지 줄어들고 있는지를 확인하기 어렵다.

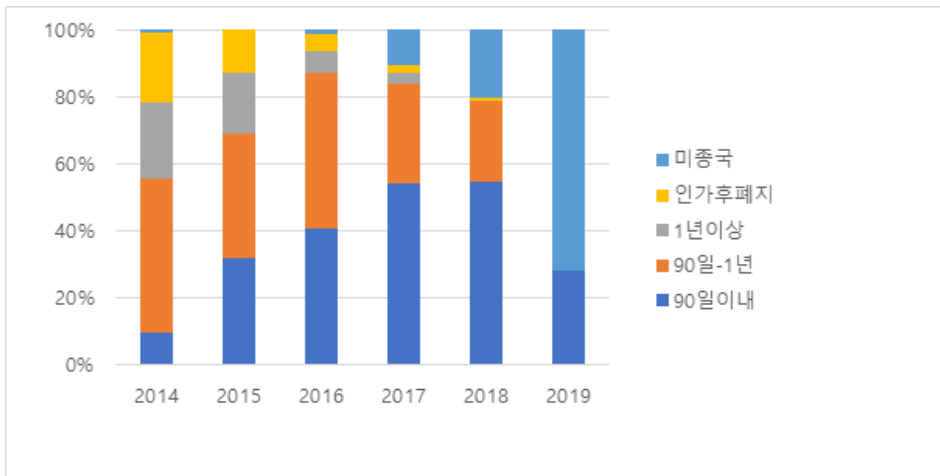
그래서 우선 종결된 사건들의 인가부터 종결까지 걸린 기간을 ① '90일 이내', ② '90일부터 1년 이내', ③ '1년 이상'으로 3단계로 나누었다. 그리고 위 종결된 사건들

에 ④ 인가후폐지된 사건, ⑤ 미종국 사건을 모두 포함한 전체 사건수 중 각 해당 비율을 구하였고, 그 결과는 아래 <표 6>과 같다.

90일 이내에 종결된 사건 비율이 2014년부터 2018년까지 급격히 증가해 오다가 2019년 1분기는 다소 감소하였다.¹³⁾ 1년 이내에 종결된 사건 비율은 2014년부터 2016년까지 지속적으로 증가하여 현재 비슷한 수준을 유지하고 있다.¹⁴⁾

<표 6> 인가결정일부터 종결결정일까지 걸린 기간별 비율

(단위 : %)



5. 인가전폐지 분석

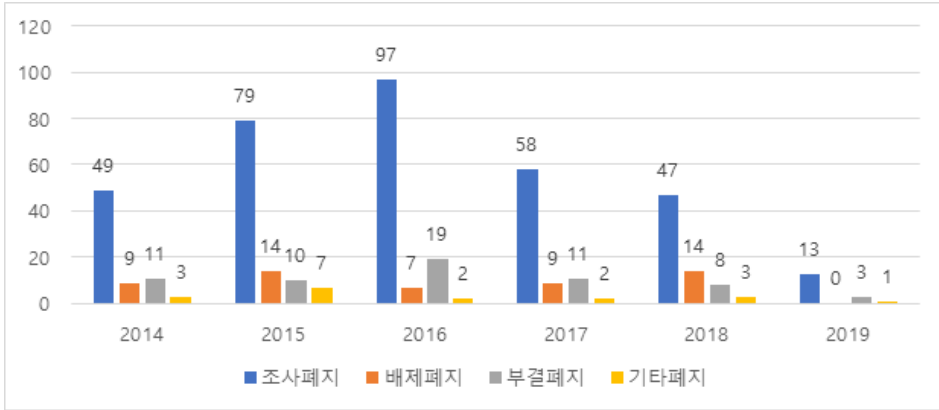
인가전폐지된 사건을 조사폐지, 배제폐지, 부결폐지, 기타폐지로 나누어 연도별로 사건수를 확인한 결과는 아래 <표 7>과 같다. 그리고 같은 자료를 사유별 비율로 확인해 보았는데, 아래 <표 8>에서 보는 바와 같이, 배제폐지가 2016년부터 2018년까지 증가한 것이 확인되기는 하나, 배제폐지나 부결폐지된 사건수가 적어서 큰 의미가 있다고 보기는 어려워 보인다.

13) 2019년 전체 접수 사건의 '90일 이내' 종결 비율은 더 증가할 수도 있다.

14) 2018년 접수 사건의 '1년 이내' 종결 사건수는 아직 미확정이다. 2016년보다 증가할 가능성도 상당히 있다.

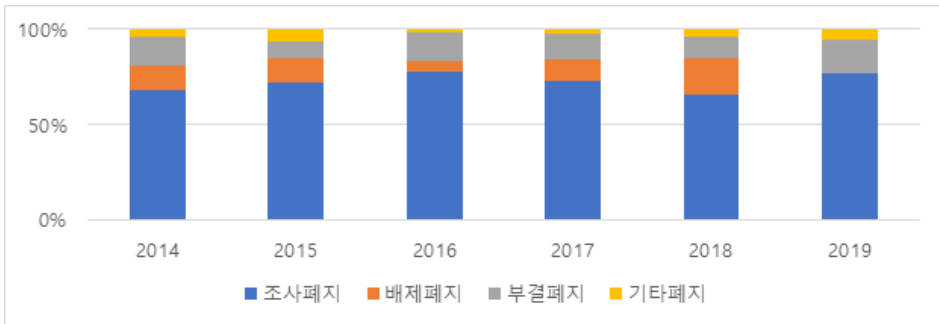
〈표 7〉 연도별 인가전폐지 사유별 사건수

(단위 : 건수)



〈표 8〉 인가전폐지 사유별 비율

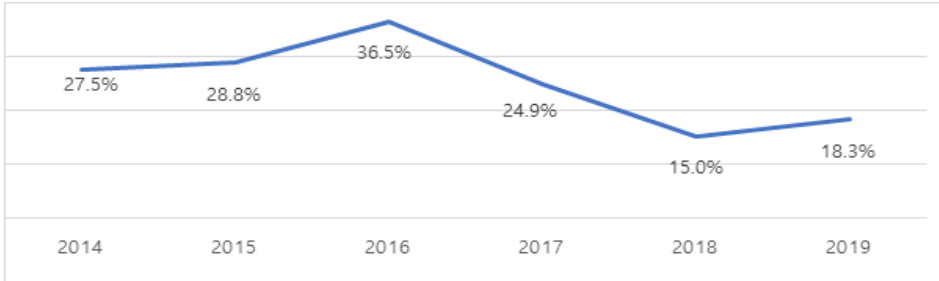
(단위 : %)



다음으로 개시된 사건 중 조사폐지되는 비율은 아래 〈표 9〉에서 보는 바와 같이, 2014년 27.5%, 2015년 28.8%, 2016년 36.5%, 2017년 24.9%, 2018년 15%, 2019년 18.3%이다. 2016년도에 조사폐지율이 상당히 증가하였다가 2017년부터 급격히 감소하고 있는 것이 눈에 띈다. 2018년부터 현재까지는 조사폐지율이 20% 이하로 유지되고 있다.

〈표 9〉 개시후 조사폐지 비율

(단위 : %)

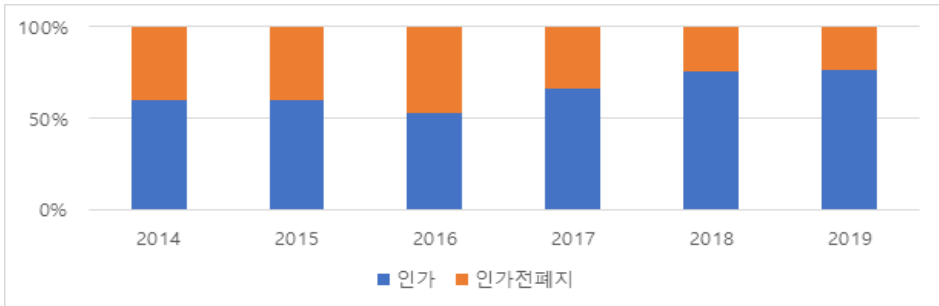


6. 인가 비율 분석

개시된 사건의 인가비율은 아래 〈표 10〉과 같다. 2014년 59.6%, 2015년 59.7%, 2016년 53%, 2017년 65.7%, 2018년 75.5%, 2019년 76%이다. 개시된 사건의 인가 가능성이 2016년 이후 지속적으로 크게 증가하고 있는 추세임이 확인된다.

〈표 10〉 인가 비율

(단위 : %)



7. 종사자수, 자산 및 부채 규모 분석

연도별로 회생기업 종사자수를 모두 합하여 본 결과는 아래 〈표 11〉과 같고, 연도별로 자산과 부채를 각각 모두 합하여 본 결과는 아래 〈표 12〉¹⁵⁾와 같다.¹⁶⁾ 종사자수,

15) 국가통계포털(kosis.kr)의 '영리법인기업체행정통계: 자산규모별 주요지표(2017)'에 의하면, 2017년 전체 기업체 666,095개의 자산 합계는 9,633조, 부채 합계는 6,785조이다. 조사대상인 5년간 회생기업 전체(취하, 개시기간 등 제외) 자산합계는 22조 1,213억 원으로, 전체 기업체 자산합계 9,633조의 0.23%에 해당한다.

16) 위 표에 나오는 수치는 개인, 취하, 각하, 개시기간된 사건은 제외하고 산정한 수치이다.

자산, 부채 모두 2016년에 증가하였다가 2017년에 감소하고 다시 2018년에 증가한 것을 알 수 있다. 특히 2016년에 수치가 높게 나온 것은 한진해운 주식회사, 에스티엑스조선해양 주식회사, 에스티엑스중공업 주식회사 등 규모가 상당히 큰 기업들이 2016년에 다수 회생을 신청하였기 때문이다.

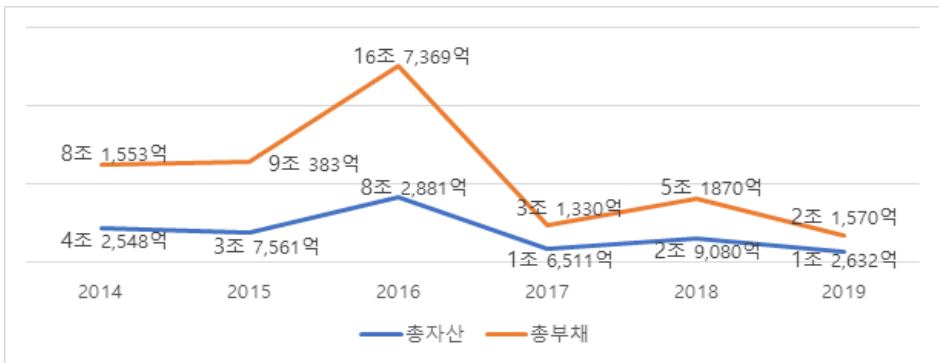
〈표 11〉 연도별 전체 사건 종사자수 합계

(단위 : 명)



〈표 12〉 연도별 전체 사건 자산 합계와 부채 합계

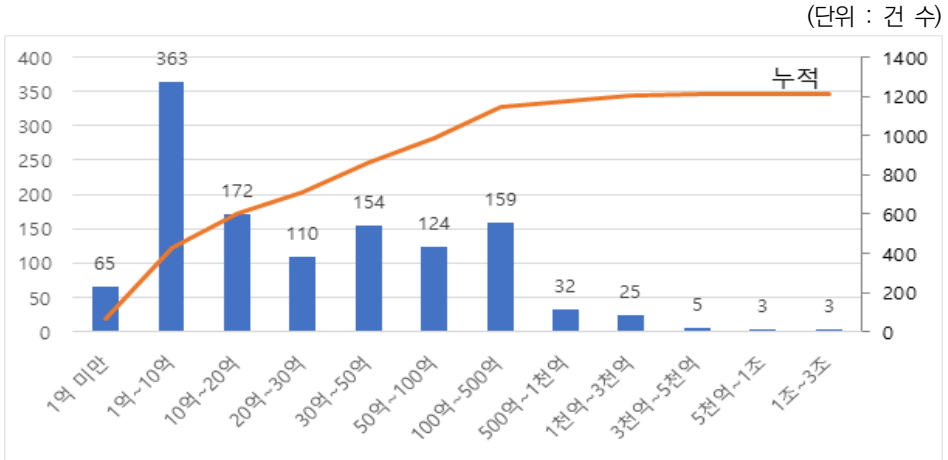
(단위 : 억 원)



다음으로 자산규모별로 사건수를 살펴본 결과는 아래 〈표 13〉과 같다. 누적비율로 보면, 자산 10억 원 미만인 회생기업은 전체의 35%, 자산 50억 원 미만인 회생기업은 전체의 71%, 자산 100억 원 미만인 회생기업은 전체의 81%, 자산 500억 원 미만인 회생기업은 전체의 94%였다. 그리고 자산 1,000억 원 이상¹⁷⁾인 회생기업은 전체의 3%로 매우 적었다.

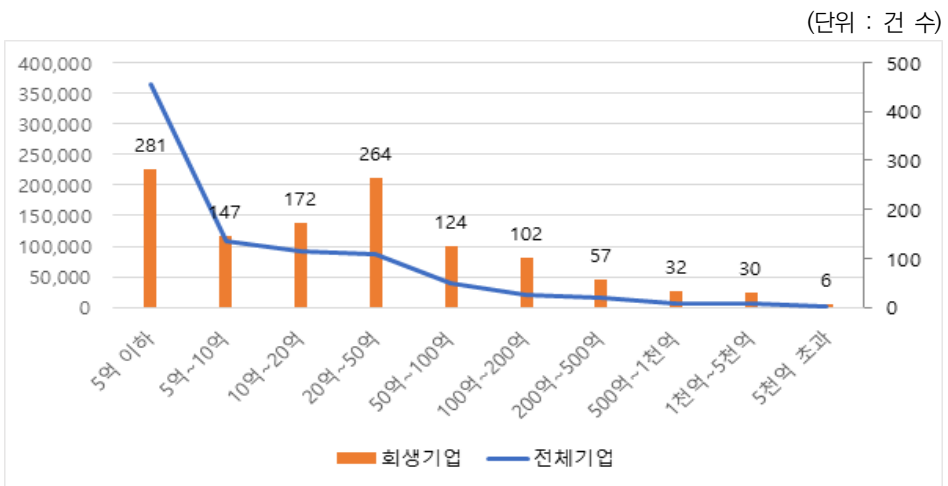
17) 참고로, 자산 총액 1,000억 원 이상인 상장회사는 상근감사 1인 이상을 두어야 한다(상법 제542조의10 제1항, 동 시행령 제36조). 자산총액 2조원 이상인 상장회사는 감사위원회를 두어야 하나, 회생절차가 개시된 경우에는 예외로 하고 있다(상법 제542조의11 제1항, 동 시행령 제37조 제1항).

〈표 13〉 자산규모별 사건수



아래 〈표 14〉는 자산규모별로 전체기업 분포와 회생기업 분포를 비교한 것이다. 전체기업의 자산규모는 ‘5억 이하’인 경우가 가장 많고 ‘5억~10억’, ‘10억~20억’, ‘20억~50억’ 구간으로 갈수록 사건수가 계속 줄어들는데 반하여, 회생기업은 ‘5억~10억’ 구간보다 ‘10억~20억’ 구간 사건수가 더 많고, ‘10억~20억’ 구간보다 ‘20억~50억’ 구간 사건수가 더 많았다. 즉, 자산 10억 원~100억 원 규모의 기업들이 회생절차를 많이 이용한다는 것을 알 수 있다.

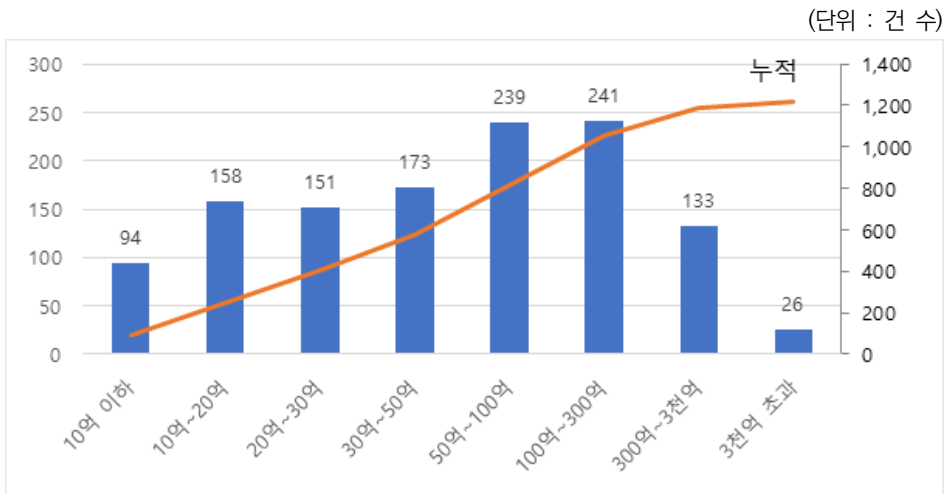
〈표 14〉 자산규모별 전체기업¹⁸⁾과 회생기업 사건수 비교



18) 국가통계포털(kosis.kr)의 ‘8.2.2 업태별·자산규모별 법인세 주요항목 신고 현황(2018)’ 참조.

아래 <표 15>는 부채규모별로 회생기업 사건수를 집계한 것이다. 신청 당시 회생채권 및 회생담보권의 총액이 50억 원 이하의 범위에서 대통령령이 정하는 금액(현재 30억 원) 이하인 채무를 부담하는 소액영업소득자는 간이회생절차를 이용할 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 부채규모별, 특히 부채 30억 원과 부채 50억 원을 기준으로 회생기업 비율을 확인하는 것은 간이회생절차를 이용할 수 있는 회생기업 비율을 파악하는 의미가 있다.²⁰⁾ 그 결과 '부채 30억 원 이하'인 회생기업이 전체의 33.17%²¹⁾이고, '부채 50억 원 이하'인 회생기업이 전체의 47.4%였다.

<표 15> 부채규모별 사건수



19) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제293조의2, 동 법 시행령 제15조의3 참조
 20) 간이회생절차 대상은 '부채'가 아니라 '회생채권 및 회생담보권 총액'을 기준으로 한다. 그러나 ① 대체로 위 두 액수의 차이가 크지 않고, ② 뒤에 살펴볼 업종별 분석결과에 의하면 건설업의 경우 부채에 비해 회생채권 및 회생담보권 총액이 2배 이상 커서 큰 차이를 보이나, 이것은 건설업에 미발생구상채권이 많이 존재하기 때문인데, 미발생구상채권은 현실화된 경우가 아니어서 간이회생절차 개시의 신청 당시에 채무자가 부담하고 있는 채무로 보기 어려워 기준 채권액에서 제외하므로[회생사건 실무(하) 315면 참조], '부채'를 기준으로 파악하는 것이 더 정확하다고 보았다.
 21) 연도별 전체 사건수 대비 간이회생 사건수 비율을 보면, 2016년 33.7%, 2017년 34%, 2018년 34.4%, 2019년 30.7%이다. 부채 30억 원 이하인 회생기업 비율과 간이회생 사건수 비율이 거의 같은 것을 알 수 있다.

IV. 업종별 분석

1. 업종분류 및 현황

업종은 한국산업표준분류표에 따라 분류하여 조사하였다. 조사 대상 사건 1,921건 중 개인 31건, 취하 392건, 개시기각 126건, 병합 1건을 제외한 1,370건의 업종별 사건수는 <표 16>과 같다.

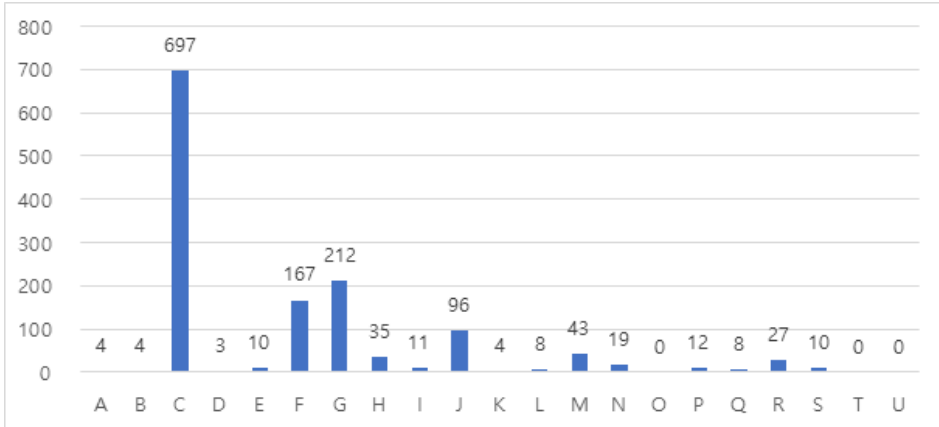
<표 16> 한국표준산업분류에 따른 업종별 사건수

(단위 : 건수)

기호	한국표준산업분류	건수
A	농업, 임업 및 어업(01~03)	4
B	광업(05~08)	4
C	제조업(10~34)	697
D	전기, 가스, 증기 및 공기 조절 공급업(35)	3
E	수도, 하수 및 폐기물 처리, 원료 재생업(36~39)	10
F	건설업(41~42)	167
G	도매 및 소매업(45~47)	212
H	운수 및 창고업(49~52)	35
I	숙박 및 음식점업(55~56)	11
J	정보통신업(58~63)	96
K	금융 및 보험업(64~66)	4
L	부동산업(68)	8
M	전문, 과학 및 기술 서비스업(70~73)	43
N	사업시설 관리, 사업 지원 및 임대 서비스업(74~76)	19
O	공공 행정, 국방 및 사회보장 행정(84)	0
P	교육 서비스업(85)	12
Q	보건업 및 사회복지 서비스업(86~87)	8
R	예술, 스포츠 및 여가관련 서비스업(90~91)	27
S	협회 및 단체, 수리 및 기타 개인 서비스업(94~96)	10
T	가구 내 고용활동 및 달리 분류되지 않은 자가 소비 생산활동(97~98)	0
U	국제 및 외국기관(99)	0
	합계	1,370

〈표 17〉 한국표준산업분류에 따른 업종별 사건수 비교²²⁾

(단위 : 건수)



그런데 위 〈표 17〉에서 보는 바와 같이 한국표준산업분류에 따르면 제조업인 회생 기업이 전체 사건의 절반 이상을 차지하고, 나머지 업종은 도소매업(업종코드 G), 건설업(업종코드 F), 정보통신업(업종코드 J) 정도를 제외하면 상당히 소수이기 때문에, 한국표준산업분류에 따라 업종을 구분하여 회생기업을 분석하는 것은 업종별로 분석하는 의미가 크지 않을 것으로 판단하였다.

그래서 사건수를 감안하여 제조업을 ‘식품제조’²³⁾, ‘의류제조’²⁴⁾, ‘전자전기제조’²⁵⁾, ‘기계제조’²⁶⁾, ‘비철금속제조’²⁷⁾, ‘기타제조’²⁸⁾로 6개 업종으로 구분하고, 나머지는 ‘건설업’²⁹⁾, ‘운수창고업’, ‘도소매업’³⁰⁾, ‘정보통신업’³¹⁾, ‘골프장업’만을 분석 대상 업

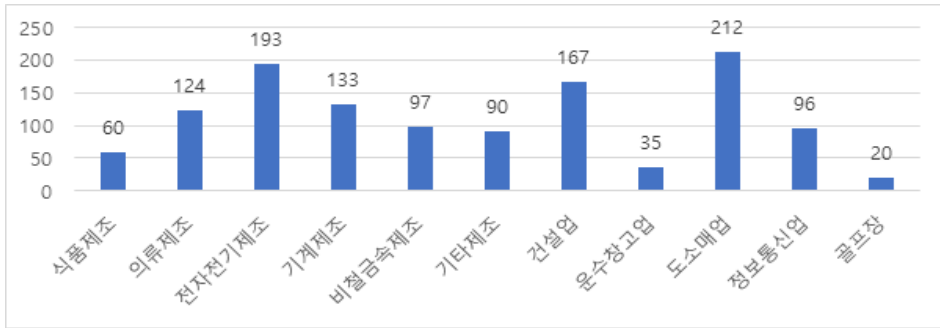
- 22) 국가통계포털(kosis.kr)의 ‘8.6.2 업태별 가동 법인수(2018)’에 의하면 총 816,370개 법인이 있고, 그 중 제조업은 171,100개(21%), 건설업은 107,018개(13.1%), 도소매업 193,097개(23.7%)이다. 위 〈표 17〉에 따른 업종별 접수비율은 제조업 50.9%, 건설업 12.2%, 도소매업 15.5%이므로, 제조업이 다른 업종에 비해 법인회생 절차를 훨씬 많이 이용하는 것을 알 수 있다.
- 23) 예) 육류 가공, 수산물 가공, 떡·과자·건강기능식품 등 제조. 한국표준산업분류는 업종을 대분류, 중분류, 소분류, 세분류, 세세분류로 분류하는데, 여기 기재한 업종별 예)는 실제 사건의 세세분류 업종명 중 많이 나타나는 것을 위주로 기재한 것이다.
- 24) 예) 직물 직조, 원단제조, 염색가공, 정장·셔츠·작업복·유아용의복 등 제조, 액세서리·가방·신발 제조
- 25) 예) 전자집적회로·반도체·인쇄회로기판·기타전자부품 제조, 컴퓨터·기타주변기기 제조, 통신·방송 장비·영상기기 제조, 의료기기 제조, 제어장비·발전기·배전반·전기자동제어반 제조, 조명·난방·전기기기 제조
- 26) 예) 내연기관·컨베이어장치·냉장장비·공기조화장치·액체여과기 등 제조, 반도체 제조용기계 등 제조, 주형·금형 제조, 자동차 부품 제조, 선박·기타 운송장비 제조
- 27) 예) 유리, 콘크리트, 강관 제조, 알루미늄 압연·압출, 구조용 금속판제품, 금속공작물, 금속 조립구조재, 도금·도장
- 28) 예) 목재·종이 제조, 인쇄, 화장품·기타화학제품 제조, 플라스틱 필름·시트·용기 등 제품 제조
- 29) 예) 아파트·상업용건물·도로·토목시설물 건설, 토공사업, 철골·철근콘크리트·조적 등 공사업, 배관·

종으로 선택하였다. 운수창고업과 골프장업은 사건수는 많지 않으나 자산과 부채 규모가 매우 크기 때문에 포함하였다. 이에 따른 업종별 분석 대상 사건수는 총 1,227건이다.

이하에서는 <표 18>과 같이 분류한 총 11개 업종 1,227개 사건으로 업종별 분석을 진행하기로 한다.

<표 18> 분석대상 업종별 사건수

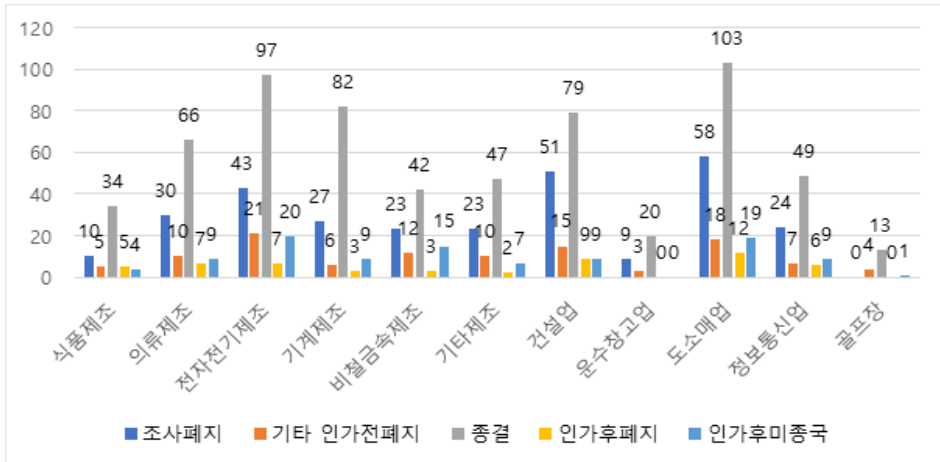
(단위 : 건수)



업종별로 개시된 사건의 중국사유별 사건수를 집계한 결과는 아래 <표 19>와 같다.

<표 19> (업종별) 중국사유별 사건수

(단위 : 건수)



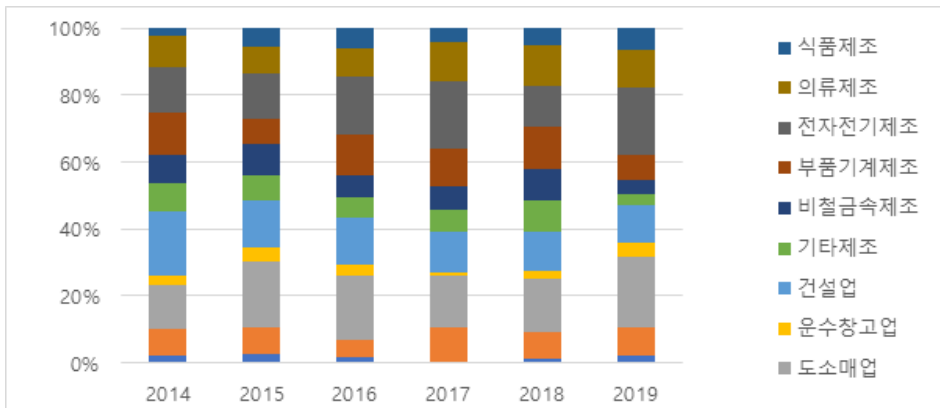
냉난방·건설설비 공사업, 일반전기·내부 통신배선 공사업 도배·실내장식·유리·창호 공사업
 30) 도매업 181건, 소매업 31건로 도매업 사건수가 소매업 보다 많다.
 31) 학습서적 출판, 게임·시스템·응용 소프트웨어 개발 및 공급업, 영화 제작·배급, 컴퓨터시스템 통합 자문 및 구축 서비스업

2. 업종별 증감 추이 분석

연도별로 접수수가 특히 증가하거나 감소하는 업종이 있는지 확인하기 위해 연도별로 그 비중의 변동 추이를 확인한 결과는 아래 <표 20>과 같다. 의류제조업은 2014년 15건, 2015년 20건, 2016년 20건, 2017년 24건, 2018년 34건, 2019년(4월까지) 11건으로 지속적으로 증가하는 추세이다.³²⁾ 운수창고업은 2015년 10건, 2016년 8건, 2017년 2건, 2018년 6건으로, 2015년과 2016년에 많이 접수되었다가 2017년에 감소하였고 2018년부터 다시 증가하고 있는 것을 확인할 수 있다. 그리고 2019년에 전자전기제조업과 도소매업이 증가하고 있는 것을 알 수 있다. 그러나 전체적으로 볼 때 업종에 따라 연도별로 아주 큰 차이는 보이지 않는다.

<표 20> 업종별 사건수 증감추이

(단위 : %)



3. 인가비율 및 인가전폐지 비율 분석

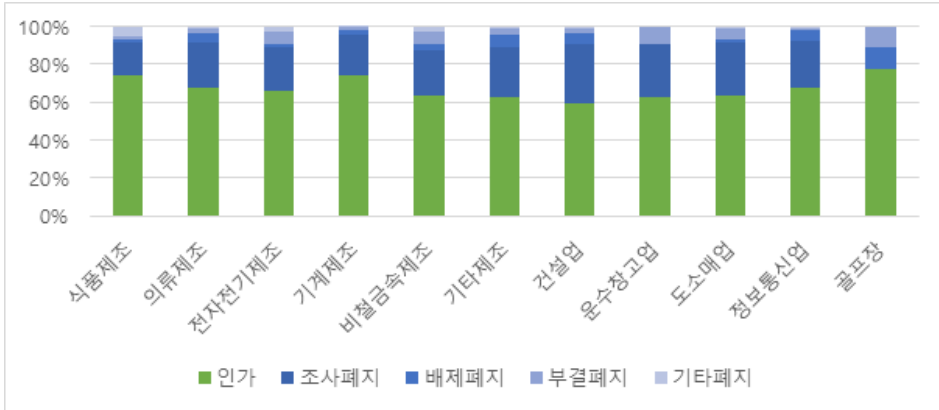
업종별로 인가비율을 확인해 본 결과,³³⁾ 아래 <표 21>에서 보는 바와 같이, 골프장업이 77.78%로 가장 높았고, 건설업이 59.5%로 가장 낮았다. 골프장업 다음으로는 식품제조업이 74.14%, 기계제조업이 74.02%로 높은 편이었다.

32) 의류 도소매업의 경우 2014년 6건, 2015년 2건, 2016년 9건, 2017년 3건, 2018년 4건, 2019년 2건으로 2016년에 특히 많았다가 그 뒤로는 비슷하다. 이러한 의류제조업과 의류 도소매업의 사건수 증감 추이를 보면, 2016년에 의류 도소매업이 큰 어려움을 겪고, 2018년부터 의류제조업도 그 영향을 받기 시작했다는 해석도 가능해 보인다.

33) 인가전 미종국된 사건은 제외하고 비율을 구하였다.

〈표 21〉 업종별 인가 비율과 인가전폐지 비율 비교

(단위 : %)



다음으로 개시된 사건 중 조사폐지되는 비율을 업종별로 구해본 결과 아래 〈표22〉와 같다. 가장 특이한 점은 골프장업의 경우 조사폐지된 경우가 없었다는 것이다. 골프장 사건 총 20건 중 청산가치가 계속기업가치를 초과하는 사건은 4건인데 모두 인가전 M&A를 거쳐 인가결정을 받았다. 그렇다고 골프장 사건이 모두 인가되는 것은 아니고 회생계획안 배제결정을 받아 폐지된 경우가 2건³⁴⁾, 회생계획안이 부결되어 폐지된 경우가 2건³⁵⁾ 있었다.³⁶⁾

골프장업을 제외한 나머지 업종의 개시후 조사폐지 비율을 살펴보면 업종별로 꽤 차이가 나타났다. 개시후 조사폐지 비율이 높은 업종은 건설업 30.54%, 도소매업 27.36%이었고, 낮은 업종은 식품제조업 16.67%, 기계제조업 20.3%이었다.

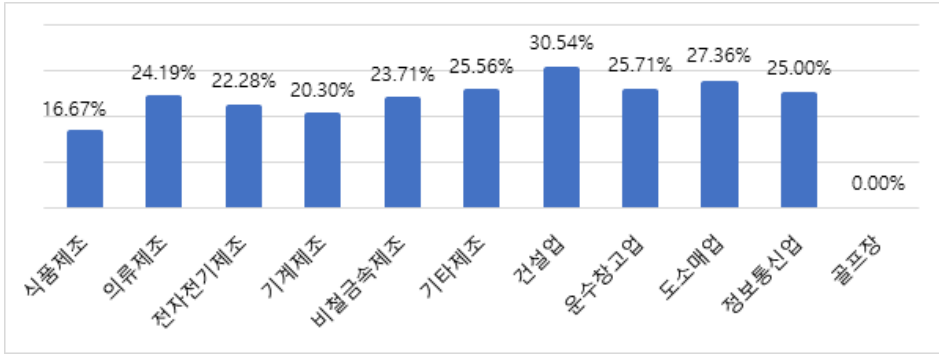
34) 엔씨씨, 선운

35) 신니개발, 제주칸트리구락부

36) 참고로 조사대상 골프장 전체 사건은 다음과 같다. 14회합117 천원종합개발(안성시, 마에스트로 CC), 14회합100057 오투리조트(구 태백관광개발공사)(태백시, 오투리조트CC), 14회합173 오션뷰(경북영덕, 오션뷰CC), 14회합100199 한일개발(강원횡성, 옥스필드CC), 15회합100067 호원(서귀포시, 더클래식CC), 15회합100099 동부월드(충북음성, 레인보우힐스CC), 15회합100119 삼대양레저(강원횡성, 청우CC→알프스대영CC), 15회합100120 엔씨씨(안산시, 아일랜드CC), 15회합34 씨제이파라다이스(경북칠곡, 세븐밸리CC), 15회합100296 케이알스포츠(구 꽃담레저)(경북군위, 세인트웨스턴CC→구니CC), 16회합100040 선운(포천시, 필로스CC), 16회합100060 광릉레저개발(남양주시, 광릉CC), 16회합100068 신니개발(충주시, 로얄포레CC), 16회합100283 경기관광개발(경기광주시, 블루버드CC→큐로CC), 17회합100091 및 19회합100058 제주칸트리구락부(제주시, 제주CC), 18회합100038 레이크힐스순천(순천시, 레이크힐스순천CC), 18회합100053 대지개발(경기양평, 양평TPC), 18회합100103 버드우드(천안시, 버드우드CC), 18회합100253 일송개발(레이크힐스용인CC, 레이크힐스안성GC), 19회합100073 동해디앤씨(충남태안, 태안비치CC)

〈표 22〉 업종별 개시된 사건의 조사폐지 비율

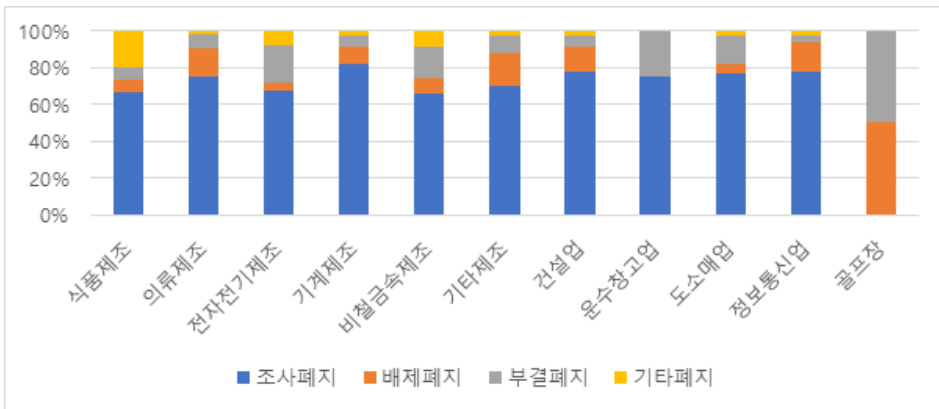
(단위 : %)



그리고 아래 〈표 23〉에서는 인가전폐지가 된 사건만을 대상으로 그 사유별로 비율을 살펴보았다. 앞서 본 바와 같이 골프장업은 조사폐지가 없이 배제폐지된 경우와 부결폐지된 경우가 각 50%였다. 그리고 운수창고업은 조사폐지와 부결폐지된 경우만 있고 배제폐지된 경우가 없었던 점이 특이하나, 사건수 자체가 적어서 그리 큰 의미는 없는 것으로 보인다. 배제폐지가 많은 업종은 의류제조업, 기타제조업, 정보통신업이었다.

〈표 23〉 업종별 인가전폐지 사건의 폐지사유별 비율

(단위 : %)



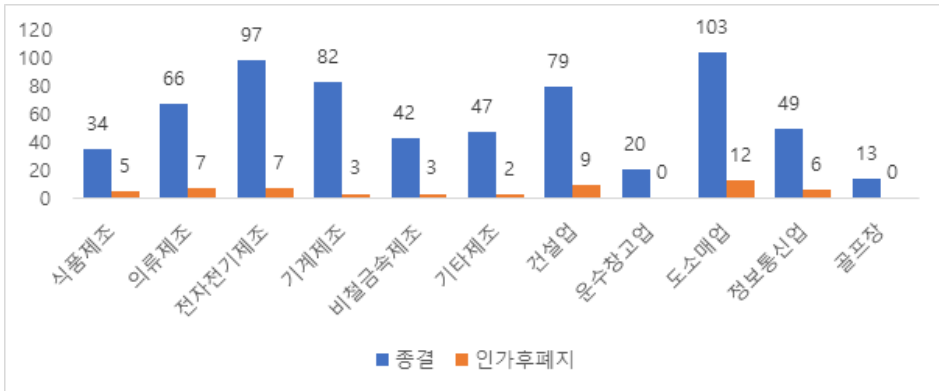
4. 인가후폐지 분석

업종별로 인가후폐지가 많이 되는 업종이 있는지를 확인하기 위하여 종결된 사건과 인가후폐지된 사건을 사건수(아래 〈표 24〉)와 비율(아래 〈표 25〉)로 비교해 보았다. 골

프장업과 운수창고업은 인가후폐지가 된 경우가 없었다. 그리고 인가후폐지 비율은 기계제조업이 3.5%, 기타제조업 4.1%로 낮은 편이었으며, 식품제조업이 12.8%로 가장 높았다.

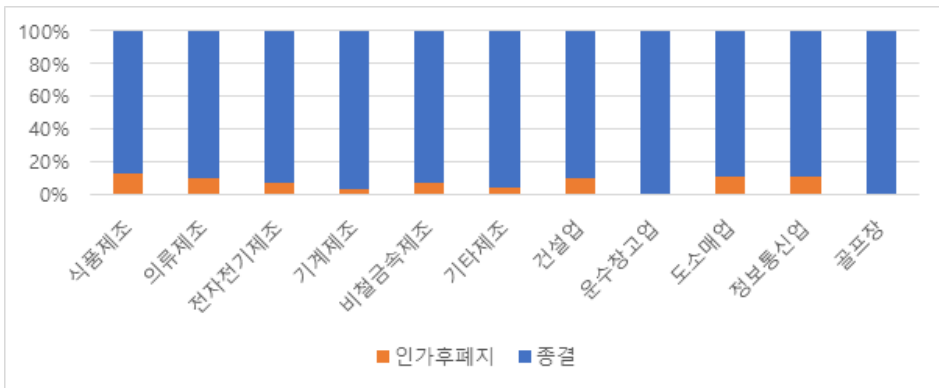
〈표 24〉 종결과 인가후폐지된 사건수 비교

(단위 : 건수)



〈표 25〉 업종별 종결과 인가후폐지 비율 비교

(단위 : %)



이와 관련하여, 조사폐지가 많이 된 업종의 경우에는 인가후폐지가 적게 되는 음의 상관관계가 있는지를 확인하기 위해, 아래 〈표 26〉에서는 개시된 사건 중 조사폐지되는 비율과 인가된 사건 중 인가후폐지되는 비율을 비교해 보았다.

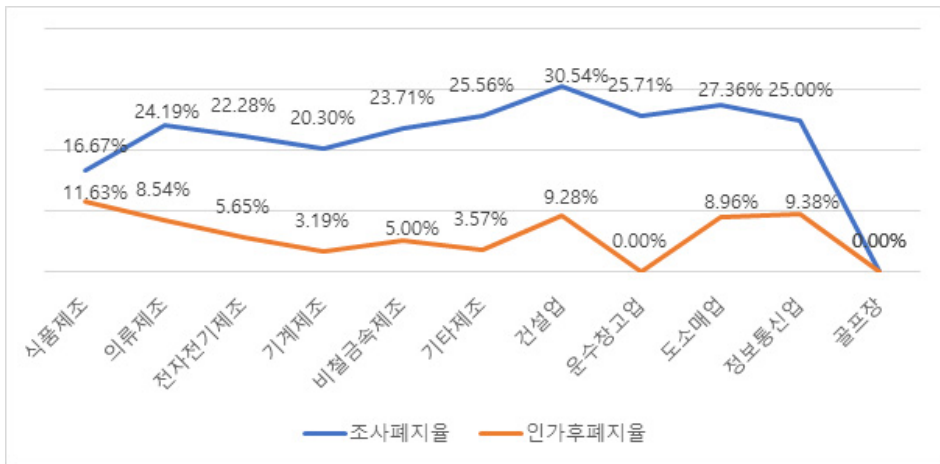
식품제조업의 경우 조사폐지 비율이 16.67%로 가장 낮는데 인가후폐지 비율은 11.63%로 가장 높아서 이러한 경향이 있었다. 그러나 건설업은 조사폐지 비율이

30.54%로 가장 높으면서 인가후폐지 비율도 9.28%로 높은 편이었고, 기계제조업은 조사폐지 비율이 20.3%로 낮은 편이면서 인가후폐지 비율도 3.19%로 낮았다. 즉, 조사폐지 비율과 인가후폐지 비율은 양의 상관관계를 보이기도 했다.

결국, 조사폐지 비율과 인가후폐지 비율 사이에 큰 상관관계를 확인하기는 어려웠다. 다만, 건설업의 경우 조사폐지도 많이 되고 인가후폐지도 많이 되어 회생절차 성공이 가장 어려운 업종이라는 것을 알 수 있다.

〈표 26〉 업종별 조사폐지 비율과 인가후폐지 비율 비교

(단위 : %)



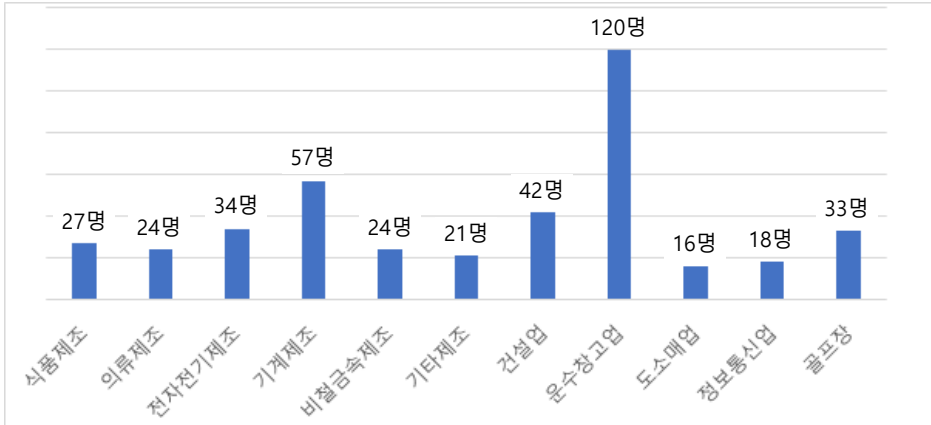
5. 종사자수, 자산 및 부채 규모 분석

업종별 평균 종사자수를 파악한 결과는 〈표 27〉과 같다. 운수창고업이 120명, 기계제조업이 57명, 건설업이 42명으로 높은 편이었다. 다만, 운수창고업의 경우 한진해운 주식회사 종사자수 2,525명이 반영된 결과로, 한진해운을 제외한 운수창고업의 평균 종사자수는 47명이다. 그리고 도소매업은 16명, 정보통신업은 18명으로 제조업에 비하여 평균 종사자수가 적은 업종이었다.³⁷⁾

37) 국가통계포털(kosis.kr)의 '전국사업체조사: 시도·산업·조직형태별 사업체수, 종사자수(2017)' 자료를 이용해 회사법인의 평균 종사자수를 구해보면, 전체 산업 17명, 제조업 25명, 건설업 18명, 운수창고업 25명, 도소매업 8명, 정보통신업 19명, 예술, 스포츠 및 여가관련 서비스업(골프장업 포함) 20명이다. 전체 평균 종사자수에 비해 회생기업 평균 종사자수가 더 많은 것을 볼 수 있다(정보통신업 제외).

〈표 27〉 업종별 평균 종사자수

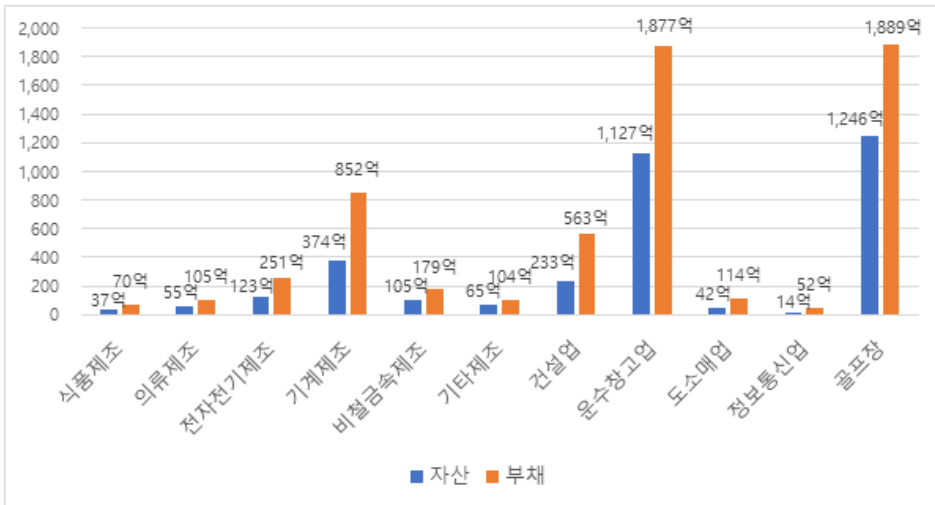
(단위 : 명)



다음으로 업종별로 평균적인 자산과 부채를 확인하였다. 아래 〈표 28〉에서 보는 바와 같이, 운수창고업은 자산 1,127억 원, 부채 1,877억 원, 골프장업은 자산 1,246억 원, 부채 1,889억 원으로, 운수창고업과 골프장업을 운영하는 개별 회생기업의 규모가 압도적으로 컸다. 그에 비하면 정보통신업은 자산 14억 원, 부채 52억 원, 식품제조업은 자산 37억 원, 부채 70억 원으로 매우 작은 규모였다. 업종별 자산과 부채 규모 차이는 업종별 평균 종사자수의 차이보다 훨씬 큰 차이를 보였다.

〈표 28〉 업종별 평균 자산 및 부채

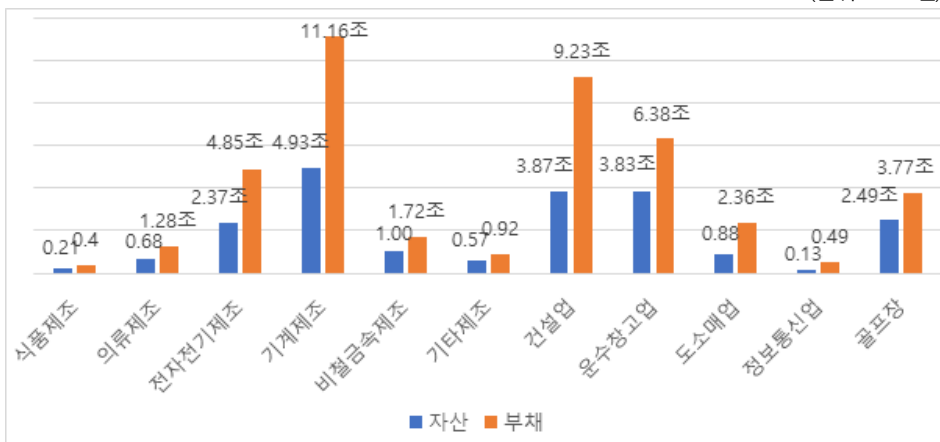
(단위 : 억 원)



업종별로 전체 자산과 부채 규모를 확인해 본 결과는 <표 29>와 같다. 기계제조업이 자산 4조 9,387억 원, 부채 11조 1,640억 원으로 자산과 부채 규모 모두 가장 높았고, 그 다음으로 건설업이 자산 3조 8,752억 원, 부채 9조 2,325억 원, 운수창고업이 자산 3조 8,313억 원, 부채 6조 3,824억 원으로 규모가 컸으며, 골프장업도 자산 2조 4,925억 원, 부채 3조 7,771억 원으로 규모가 컸다.

<표 29> 업종별 전체 자산 및 부채

(단위 : 조 원)

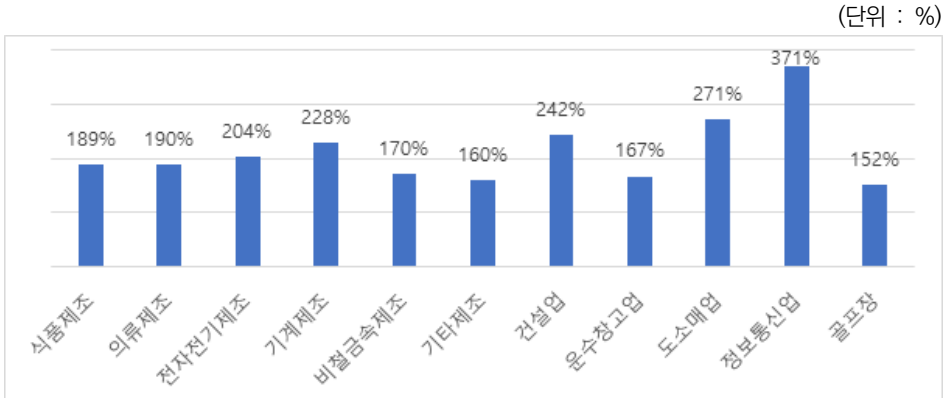


6. 자산과 부채 비율 분석

업종별로 부채 합계 액수를 자산 합계 액수로 나눈 자산 대비 부채 비율을 구하여 보았다.³⁸⁾ 자산에 비해 부채 규모가 어느 정도 되는지를 파악하기 위한 것이다. 그 결과 아래 <표 30>에서 보는 바와 같이, 정보통신업이 371%로 가장 높았고, 다음은 도소매업 271%, 건설업 242%였고, 가장 낮은 업종은 골프장업으로 152%였다.

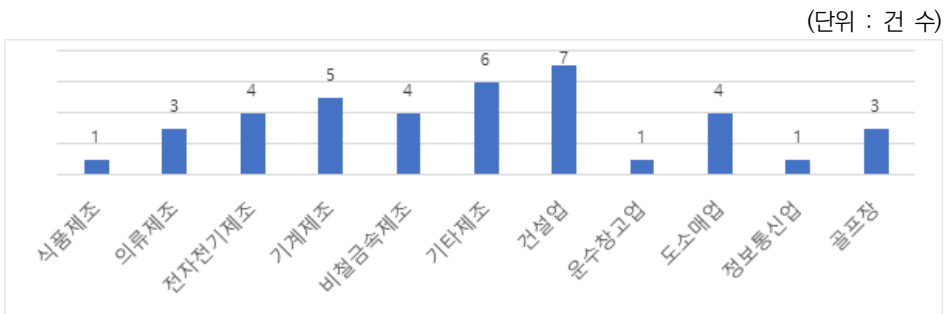
38) 국가통계포털(kosis.kr)의 '영리법인기업체행정통계:산업별(10차) 총사자수, 주요지표(2017)'에 의하면, 2017년 전체 기업체(666,095개)의 자산 합계는 9,633조 원, 부채 합계는 6,785조 원이므로, 우리나라 전체 법인의 총자산 대비 총부채 비율은 70.43%이다(금융업을 제외한 자산합계는 4,831조 원, 부채합계는 2,578조 원으로, 자산 대비 부채 비율은 53.37%이다). 그리고 우리나라 전체 업종별 자산 대비 부채 비율을 보면, 제조업은 43%(자산 2,040조 원, 부채 885조 원), 건설업은 58%(자산 437조 원, 부채 254조 원), 도소매업은 54%(자산 548조 원, 부채 297조 원), 운수창고업은 61%(자산 305조 원, 부채 187조 원), 정보통신업은 43%(자산 246조 원, 부채 107조 원), 예술, 스포츠 및 여가관련 서비스업(골프장업 포함)은 64%(자산 56조 원, 부채 36조 원)이다. 위 자료와 <표 30> 결과를 비교해 보면, 자산 대비 부채 비율이 우리나라 전체기업에서는 제조업, 정보통신업이 낮고 운수창고업, 골프장업이 높은 편이나, 회생기업에서는 그 반대로 운수창고업과 골프장업이 낮고, 제조업과 정보통신업이 높게 나타났다.

〈표 30〉 업종별 “부채/자산” 비율



다음으로 자산이 부채를 초과하는 사건수를 확인해 보았다. 자산이 부채를 초과하는 경우는 총 1,227건 중 39건으로 3.18%에 불과하여, 회생기업 대부분이 자본잠식 상태임을 알 수 있다. 업종별로 자산이 부채를 초과하는 사건수는 아래 〈표 31〉과 같다. 건설업의 자산 초과 사건수가 7건으로 가장 많았다. 자산 초과 사건수 비율은 기타제조업이 6.67%로 가장 높고, 다음은 비철금속업이 4.12%로 높은 편이었다.

〈표 31〉 업종별 자산 초과 사건수



7. “청산가치/자산” 비율 분석

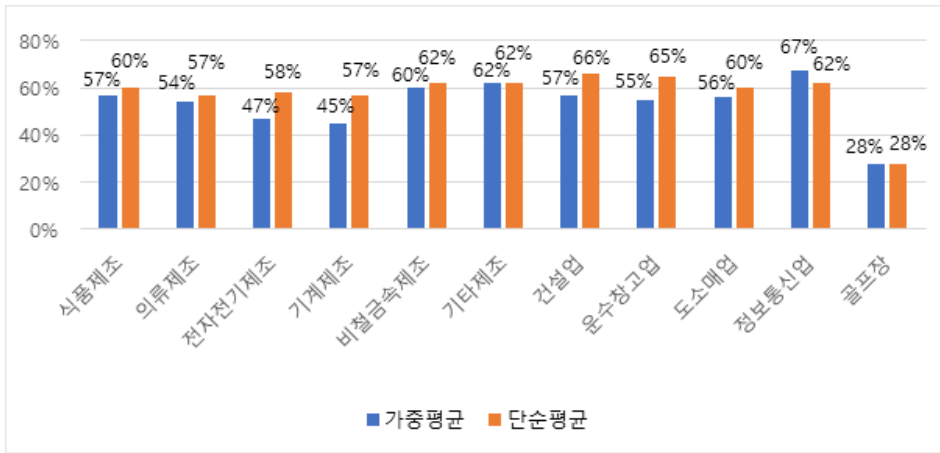
업종별로 청산율(= 청산가치/자산)을 확인하여 본 결과 아래 〈표 32〉와 같다. 업종별로 “청산가치 합계액 / 자산 합계액” 비율(이하 ‘가중평균 청산율’이라 한다)을 구하고, 개별기업 “청산가치/자산” 비율을 업종별로 단순 평균한 값(이하 ‘단순평균 청산율’이라 한다)도 구하였다.

먼저 골프장업의 경우 청산율이 28%로 매우 낮은 것이 눈에 띈다. 골프장 부지의 청산가치를 어떻게 산정하여야 하는지에 대해 소위 ‘임야가액설’³⁹⁾과 ‘골프장가액설’⁴⁰⁾ 등의 견해가 있으나, 실무상 대부분 임야가액설에 따라 산정한다. 그 결과 자산 평가는 골프장 부지의 시가(감정평가액)에 따르나, 청산가치는 임야 등 개별 토지로 산정하므로, 자산 평가에 비해 청산가치가 상당히 낮게 산정된 것이다.

그리고 기계제조업의 가중평균 청산율이 45%이고, 전자전기제조업의 가중평균 청산율도 47%로 낮은 편인데, 이것은 자산규모가 상당히 큰 기업들인 기계제조업 중 에스티엑스조선해양 주식회사(48%), 에스티엑스중공업 주식회사(40%), 대한조선 주식회사(35%), 전자전기제조업 중 주식회사 벡솔론(37%), 주식회사 팬택(36%) 등의 청산율이 낮아서 나타난 현상이다.

〈표 32〉 업종별 “청산가치/자산” 비율

(단위 : %)



8. “계속기업가치/자산” 비율 분석⁴¹⁾

업종별로 “계속기업가치/자산” 비율을 확인하여 본 결과 아래 〈표 33〉과 같다. 업종

39) 회원제 골프장의 경우 다액의 입회금반환채무에 대한 승계 문제로 인해 사실상 경매로 자산의 매각이 불가능하므로, 골프장을 그 용도가 아닌 임야 등 개별 토지로 분리되어 매각되는 것을 전제로 청산가치를 산정하여야 한다는 견해

40) 골프장으로 그대로 이용됨을 전제로 청산가치를 산정하여야 한다는 견해

41) 주의할 것은 여기서 계속기업가치보다 청산가치가 높은 경우는 제외하고 산정하였다는 점이다. 청산가치 초과인 경우 계속기업가치를 산정할 수 없어서 0원이라고 하거나, 상당히 큰 마이너스 값으로 구한 경우들이 꽤 있어서 왜곡이 심하게 나타나서 이를 제외하였다.

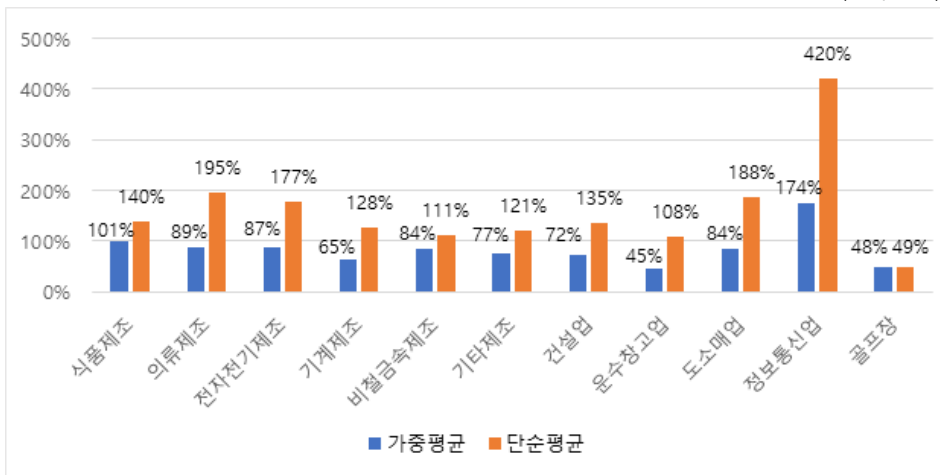
별로 “계속기업가치 합계액/자산 합계액” 비율(이하 ‘가중평균 계속기업가치율’이라 한다)을 구하고, 개별기업 “계속기업가치/자산” 비율을 업종별로 평균⁴²⁾한 값(이하 ‘단순평균 계속기업가치율’이라 한다)도 구하였다. 모든 업종에서 단순평균 계속기업가치율이 가중평균 계속기업가치율 보다 크게 나왔다. 이것은 상대적으로 자산규모가 작을수록 계속기업가치율이 크고, 자산규모가 클수록 계속기업가치율이 작았다는 것을 의미한다.

운수창고업의 경우 합계 계속기업가치율이 45%로 같은 업종의 합계 청산율인 55%보다 낮은데, 이것은 계속기업가치율을 구할 때 청산가치가 계속기업가치를 초과하는 것으로 조사된 주식회사 한진해운(청산율 66%)을 제외하고 산정하여 나타난 현상이다.⁴³⁾

정보통신업의 경우 “계속기업가치/자산” 비율이 높게 나오는데, 이것은 조사위원들이 정보통신업의 향후 업황을 긍정적으로 예상했기 때문이라기 보다는 자산 자체가 워낙 적어서⁴⁴⁾ 상대적으로 계속기업가치가 높게 나온 것으로 보인다.

〈표 33〉 업종별 “계속기업가치/자산” 비율

(단위 : %)



42) 골프장업을 제외한 나머지 업종들은 통계의 왜곡을 방지하기 위하여, 개별기업 “계속기업가치/자산” 비율 중 가장 높은 값만 제외하고 구하였다.

43) 운수창고업에서 주식회사 한진해운을 제외하고 합계 청산율을 구하면 27%이다. 따라서 한진해운을 제외하면 운수창고업에서도 합계 계속기업가치율(45%)이 합계 청산율(27%)을 넘는다.

44) 〈표 28〉, 〈표 29〉 참조

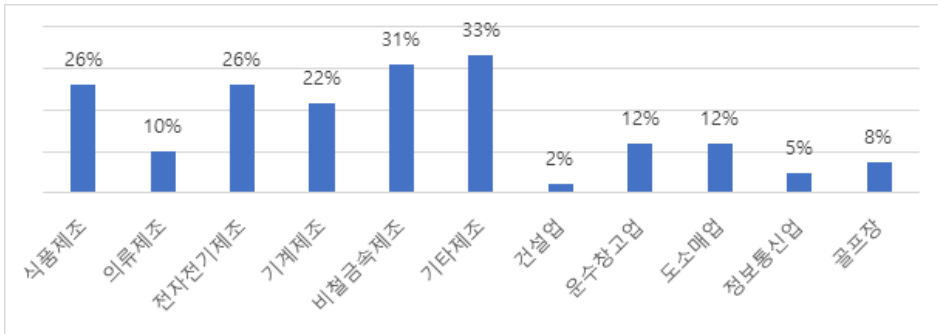
9. 회생담보권 비율, 조세채권 비율 분석⁴⁵⁾

회생계획안이 작성된 사건의 경우 회생담보권 및 회생채권액 합계(이하 '총채권액'이라 한다) 중 회생담보권액이 차지하는 비율이 업종별로 어떠한지를 확인해 보았다. 회생담보권액수가 많다는 것은 회생기업에 담보로 제공할 수 있는 토지, 건물, 기계장치 등이 많이 존재한다는 것을 의미한다.

아래 <표 34>에서 보는 바와 같이 기타제조업이 33%, 비철금속제조업이 31%로 높았고, 반면 건설업은 2%, 정보통신업은 5%로 낮았다. 회생담보권 비율은 업종에 따라 차이가 크게 나타나는 것을 확인할 수 있는데, 의류제조업을 제외한 제조업이 높은 편이고 다른 업종들은 낮은 편이다. 골프장업의 경우 담보신탁을 설정한 경우 담보신탁 채권자의 채권이 대부분 회생채권으로 분류되기 때문에⁴⁶⁾ 회생담보권 비율이 적게 나온 것이다.

<표 34> 업종별 회생담보권 비율

(단위 : %)



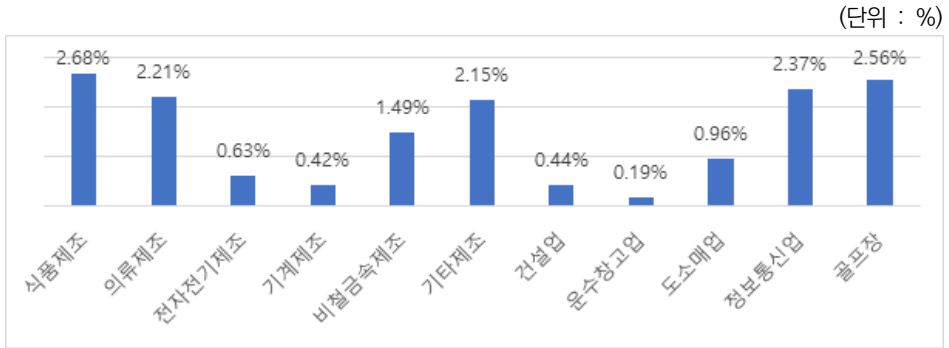
다음으로 업종별로 전체 총채권액 중 조세채권액이 차지하는 비율을 확인해 보았다. 아래 <표 35>에서 보는 바와 같이, 운수창고업이 0.19%로 가장 낮았고, 식품제조업이

45) 업종별로 가중평균 방식인 “회생담보권합계액/(회생담보권합계액+회생채권합계액+조세채권합계액)”, “조세채권합계액/(회생담보권합계액+회생채권합계액+조세채권합계액)”으로 계산하였다. 그리고 여기서 회생담보권액, 회생채권액, 조세채권액은 회생계획상 시인된 금액을 기준으로 조사한 것이고, 회생계획안이 인가된 경우와 부결폐지된 경우만 조사한 것이다.

46) 위탁자의 채권자를 회생담보권자로 인정할 수 있는지 문제되나, 신탁부동산은 수탁자의 소유이므로 이에 근저당권을 설정받은 자가 회생담보권자가 될 수는 없고, 우선수익권의 경우도 채권자가 우선수익권을 부여받았다는 점만으로는 그 우선수익권이 위탁자의 재산이라고 볼 수 없어 회생담보권자가 될 수 없으므로, 결국 이 경우 위탁자의 채권자는 회생채권자로 취급된다(회생사건실무(상), 제5판, 467면 참조).

2.68%로 가장 높았다. 회생기업들의 전체 채무 중 조세채무가 차지하는 비중이 그렇게 크지는 않은 것을 알 수 있다.

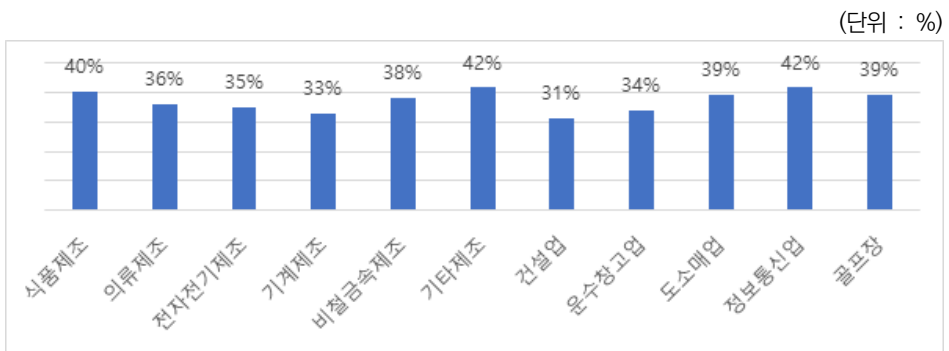
〈표 35〉 업종별 조세채권 비율



10. 회생채권(대여금) 현금변제율 분석

회생계획상 회생채권(대여금)의 현금변제율의 업종별 평균을 구해 보았다. 아래 〈표 36〉에서 보는 바와 같이, 건설업이 31%로 가장 낮았고, 기타제조업, 정보통신업이 각각 42%로 가장 높았다.

〈표 36〉 업종별 회생계획상 회생채권(대여금) 평균 현금변제율

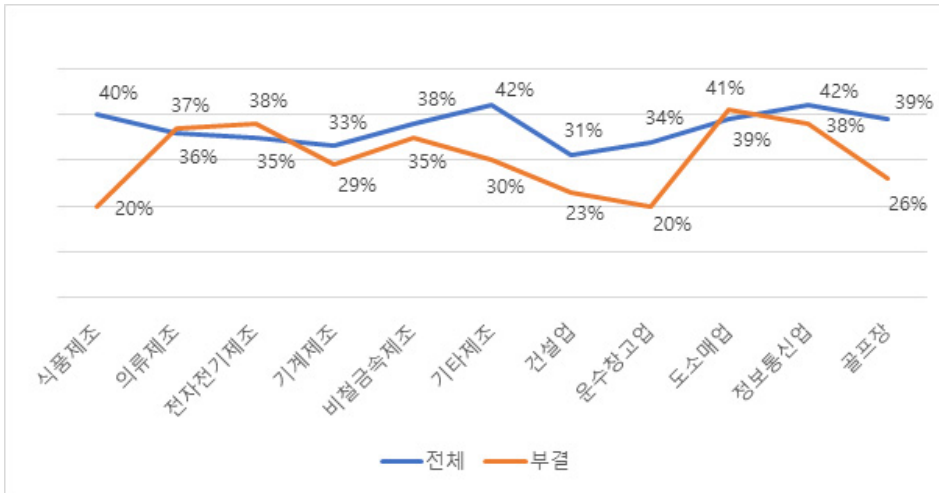


다음으로 회생계획상 대여금 회생채권의 현금변제율이 낮을수록 부결되는 경우가 많을 것이라는 예상이 가능하여, 전체 회생사건의 회생채권(대여금) 현금변제율과 부결폐지된 사건의 회생채권(대여금) 현금변제율을 비교해 보았다. 아래 〈표 37〉에서 보는 바와 같이, 일부 부결폐지된 사건의 현금변제율이 더 높은 경우도 있었으나, 대체적으로

는 부결폐지된 사건의 현금변제율이 낮은 경향을 보였다.

〈표 37〉 전체 사건과 부결폐지된 사건의 회생채권(대여금) 평균 현금변제율 비교

(단위 : %)



11. “회생담보권 및 회생채권 / 부채” 비율 분석

조사위원의 조사보고서상 부채 총계와 회생계획상의 총채권액을 비교해 본 결과는 아래 〈표 38〉과 같다.⁴⁷⁾

건설업의 경우 회생계획상 부채 대비 총채권액 비율이 451%로 매우 높게 나왔다. 그 이유는 건설업의 경우 각 공사현장에서 서울보증보험이나 전문건설공제조합 등과 보증계약(이행보증, 하자보증 등)을 많이 체결하기 때문에 우발부채⁴⁸⁾에 해당하는 미발생구상채권이 상당히 많이 존재하기 때문이다.

다음으로 운수창고업의 경우 회생계획상 부채 대비 총채권액 비율이 65%로 총채권액이 부채에 비해 상당히 적게 나온 것이 특이했다. 그 이유를 확인해 보니, 회생계획상 시인된 금액을 기준으로 총채권액을 구하였는데, 운수창고업의 경우 총채권액에서 제외된 미확정채권액이 상당히 큰 경우가 있어서 이와 같은 결과가 발생한 것이었다.⁴⁹⁾

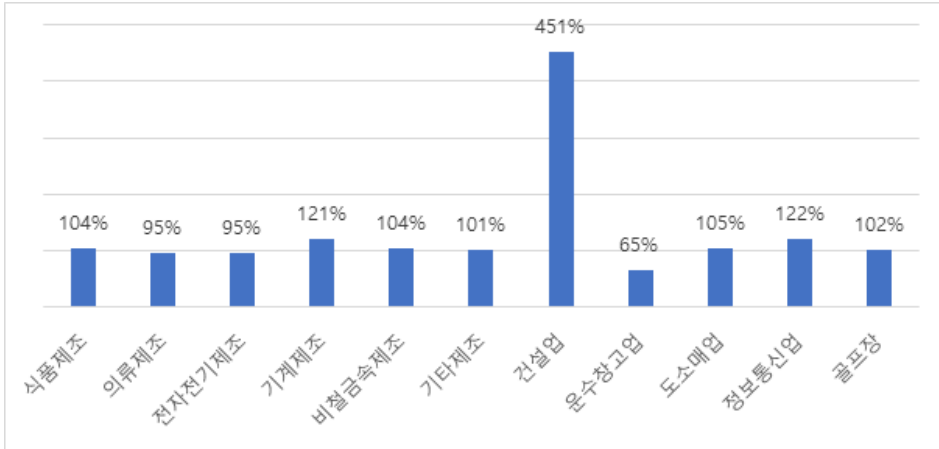
47) 업종별로 가중평균 방식인 “(회생담보권합계액+회생채권합계액+조세채권합계액)/부채”로 계산하였다.

48) 우발부채는 ① 잠재적 의무 또는 ② 현재의무이나 i) 미래 경제적 효익의 유출 가능성이 높지 않거나 ii) 금액을 신뢰성 있게 측정할 수 없는 것으로, 재무상태표상 부채로 계상되지 않고 주식으로만 기재된다. 반면에 회생계획에서 미발생구상채권은 회생담보권이나 회생채권으로 인정되고, 다만 추후 확정되어야 변제된다.

49) 예를 들어, 창명해운 주식회사의 조사확정재판 중인 미확정채권액은 6,969억 원이었다.

〈표 38〉 업종별 회생계획상 “회생담보권 및 회생채권/부채” 비율

(단위 : %)



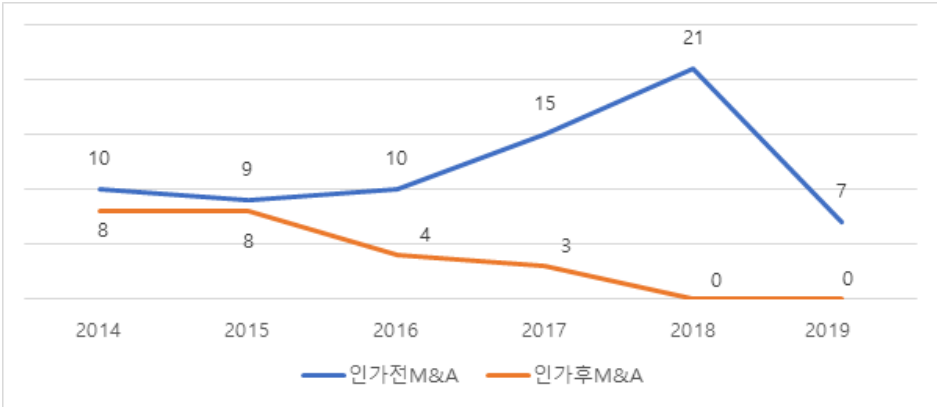
V. M&A 현황

1. 연도별 M&A 현황

연도별로 M&A를 진행하여 회생계획이 인가된 사건수를 확인해 보았다. 아래 〈표 39〉를 보면, 인가전 M&A가 2016년 10건에서 2017년 15건, 2018년 21건, 2019년(4월까지) 7건으로 크게 증가하고 있는 것을 확인할 수 있다. 서울회생법원에서 M&A 절차에서 스토킹호스 매각절차(Stalking horse bidding)를 도입한 이후 인가전 M&A가 많이 활성화되고 있는 것이다. 그리고 이렇게 2017년부터 인가전 M&A가 늘어나고 있는 것이 2017년 이후 조사폐지되는 사건이 줄어든 이유 중의 하나인 것으로 보인다.

〈표 39〉 연도별 M&A 현황

(단위: 건수)

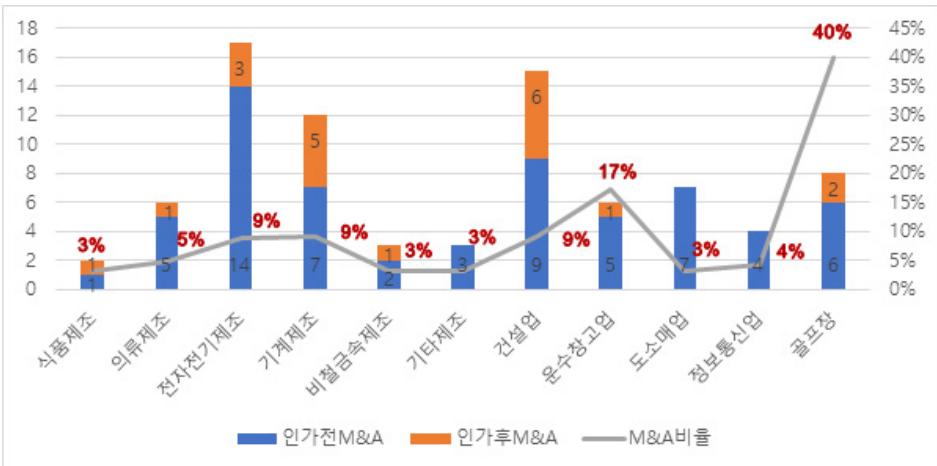


2. 업종별 M&A 현황

업종별로 M&A를 진행하여 회생계획이 인가된 사건수를 확인해 보고, 전체사건수 대비 비율을 구해 보았다. 아래 〈표 40〉에서 보는 바와 같이, 골프장업의 M&A 성공비율이 40%로 매우 높았고, 다음으로 운수창고업이 17%, 전자전기제조업, 기계제조업, 건설업이 각 9%로 높은 편이었다.

〈표 40〉 업종별 M&A 현황

(단위: 건수, %)



VI. 결론

1. 분석결과 종합

가. 연도별 분석결과

- ① 개시부터 인가까지 기간이 지속적으로 감소하고 있다.
- ② 조기종결이 지속적으로 증가하고 있다.
- ③ 2017년 이후 조사폐지 비율이 급격히 감소하였다.
- ④ 2017년부터 인가 비율이 증가하고 있다.
- ⑤ 스톡홀름 도입한 2017년부터 인가전 M&A가 증가하고 있다.

나. 업종별 분석결과

- ① ‘의류제조업’이 지속적으로 증가하고 있다.
- ② ‘골프장업’은 조사폐지되거나 인가후폐지되는 경우가 없고, M&A가 많이 된다.
- ③ ‘운수창고업’과 ‘골프장업’을 운영하는 개별 회생기업의 규모가 다른 업종에 비해 매우 크다.
- ④ ‘건설업’은 조사폐지율이 가장 높고, 인가율이 가장 낮고, 인가후폐지율도 높은 편으로, 회생에 성공하기가 가장 어려운 업종이다. 또한 회생채권(대여금) 현금변제율이 가장 낮고, 미발생구상채권이 많이 존재하는 특징이 있다.
- ⑤ ‘정보통신업’은 부채에 비해 자산이 매우 적다. 이에 따라 자산 대비 계속기업가치는 높다.

2. 향후 대책

조사인력과 기간의 제한으로 사건마다 한정된 데이터를 수집할 수밖에 없었다. 앞으로 전문적인 기관에서 상시적으로 데이터를 수집하고 관리하는 체계를 구축하는 것이 필요해 보인다.

그리고 이번 작업을 통해 얻은 데이터를 분석하는 것만으로도 앞서 살펴본 바와 같이 회생기업과 회생절차 진행에 관한 여러 가지 새로운 정보를 얻을 수 있었다. 만약 회생기업의 재무정보 중 유동자산과 비유동자산, 유동부채와 비유동부채의 구분된 정

보, 기존 매출액 및 추정 매출액 등의 데이터가 수집되었다면 훨씬 더 많은 분석을 할 수 있었을 것으로 생각된다. 앞으로 회생기업의 어떠한 데이터를 수집할 것인지에 대한 논의와 연구가 필요하다.

또한 이번 조사는 서울회생법원에 한정된 것이었으나, 전국 법원에서 회생기업의 데이터를 수집한다면 그 분석의 정확도와 신뢰도가 더욱 향상될 것이고, 지역별로도 어떠한 특징이 있는지 파악할 수 있을 것이다. 따라서 데이터 수집 및 관리체계는 전국적으로 이루어져야할 것이다.

이번 조사작업 분석결과에서도 알 수 있듯이, 앞으로 체계적인 데이터 관리가 이루어지게 된다면, 정기적으로 데이터를 분석하여 법인회생 제도의 문제점을 파악하거나 새로운 제도 도입을 검토하는 기초자료로 매우 유용하게 사용할 수 있을 것이다.

미국 헌법 “파산조항” 입헌고

천샤홍(陈夏红)*

中國政法大學에서 파산법과 법제사를 강의하는 천샤홍 교수의 미국 헌법 파산조항에 대한 논문을 번역 소개합니다. 이 논문은 中國政法大學學報 2019년 제5기(2019. 7) 116-139면(美国宪法“破产条款”入宪考)에 수록되었습니다. 도산법 문헌에서 자주 등장하는 미국 헌법의 파산조항 자체에 대한 연구 성과도 흥미롭고, 이 논문을 통해 중국 도산법 연구의 한 면과 외국 문헌이 중국어로 번역되는 현황을 볼 수 있다는 점에서 인상적입니다. 위 논문집에 수록된 중국어본은 원래의 원고를 축약한 것인데 축약되지 않은 원문을 받아 번역을 의뢰했습니다. 최성애 법학석사(현대캐피탈 북경사무소 근무)가 초역을 했고 이하영 변호사가 초역본을 검토하였습니다. 논문의 소개와 한국어 번역과정을 이끌어 주신 이화여대 오수근 교수님께 감사의 마음을 전합니다. [편집자]

(요약)

미국 연방헌법에서 “파산조항”의 입헌은 파산법 역사상 흔치 않은 이정표이다. 그러나 오랫동안 학계에서는 미국 헌법 “파산조항”의 경위에 대해 묻는 사람이 적었고, 가끔 언급하더라도 상상의 소지가 없지 않았다. 이 글은 관련 사료를 모아 연방제가 “파산조항”의 입헌을 이끈 충분한 이유는 아니며, “파산조항”의 입헌은 초기 북미 식민지의 파산법 입법과 실무를 위한 필요이고 미국 건국 초기 채권자 계층의 경제이익에 대한 요구를 보장하기 위한 것이라는 점을 제시한다. 미국 헌법의 “파산조항” 형성에는 영국 파산법의 연원, 북미 초기 식민지 파산입법과 실무 등이 큰 영향을 미친다. 그러나 “파산조항”이 연방제헌회의에서 입헌된 자체에는 어느 정도 우연성이 있다. 각 주의 헌법 비준 과정에서 연방당원들과 반연방당원들은 “파산조항”에 대해 많이 매달리지 않았다. “파산조항”이 입헌된 뒤 10년 가까이 지나서야 연방 의회에서 이를 활성화하였고 “파산조항”에 대한 해석은 미

* 중국정법대학 부교수, 간쑤(甘肅) 출신, 법학박사, 『중국정법대학학보』 부편집인

국사법기관의 중요한 임무로 되었다. 이로부터 알 수 있는 바 미국 헌법에 “파산 조항”이 입헌된 것에는 필연성도 있고 우연성도 있다.

키워드: 미국, 제헌회의, 파산법, 파산조항

1. 서론

미국 헌법 제1조 제8항은 연방 의회가 보유한 입법권을 자세히 나열하였는데 그 중 하나가 파산법이다. 즉 “의회는. . . 합중국 전국의 통일된 국적 조례와 통일된 파산 분야의 법률을 제정할 수 있다.”¹⁾ 이 조항은 미국 헌법의 “파산조항(bankruptcy clause)”으로도 불린다. 이 조항은 미국 파산법 역사에 지대한 영향을 미치며 2세기 이상 미국 파산법의 초석으로 여겨지고 있다.²⁾

중국의 개혁·개방 이후 법 재건 과정에서 관련 학자들은 이미 미국 헌법의 “파산조항”을 주목하였다.³⁾ 리슈광 교수를 비롯한 많은 파산법 학자들 역시 도산법의 중요성을 잘 인식하고 있는 모델로 보았다.⁴⁾ 그러나 우리나라 학계의 “파산조항”에 대한 파악과 이해는 이 수준에 머물러 있는 것으로 보이며, 오랫동안 학계는 “파산조항”에 대해 묻는 사람이 적었다.⁵⁾ 이는 현재까지 미국 학계의 “파산조항”에 대한 지속적인 관심과는 확연한 대조를 이룬다.⁶⁾

“파산조항”의 입헌 자체는 파산법학자들을 흥분케 하였을 뿐만 아니라 우리들이 해결해야 할 많은 미스터리가 남았다. 이러한 신비는 헌법학 및 파산법학의 관점에서 모두 해결할 가치가 있다. 왜 미국 제헌 선현(constitutional fathers)들은 연방 의회의 입법권에서 연방 차원에서 통일된 국가 파산법의 중요성을 강조했는가? “파산조항”의 입헌과 북미 식민지의 파산 입법과 실무는 어떤 관계가 있는가? 초기 영국 파산법은

- 1) 원문은 아래와 같다. “. . . to establish an uniform rule of naturalization, and uniform Laws on the subject of bankruptcies throughout the United States.” Article 1, Section 8, Clause 4, USA Constitution.
- 2) Judith S. Koffler, “The Bankruptcy Clause and Exemption Laws: A Re-examination of the Doctrine of Geographic Uniformity”, *New York University Law Review*, Vol. 58, 1983, p.23.
- 3) 江平 편저, 『西方国家民法概要』, 法律出版社 1984年版, 326면; 潘华仿, “美国的破产法”, 《政法论坛》1986年 第6期, 52면.
- 4) 李曙光/贺丹, “破产法立法若干重大问题的国际比较”, 「政法论坛」2004年 第5期, 59-60면; 高丝敏, “美国破产法二百年之流变: 立法、司法和学术”, 「清华法律评论」2014年 第2期, 24면.
- 5) 현재 문헌으로부터 볼 때, 파산법 학자들이 미국헌법의 “파산조항”을 논하는 전문 논문은 거의 없다. 헌법학계의 미국헌법 관련 논저에서도 “파산조항”을 평론한 문헌은 찾아보기 힘들다. 예를 들면 张千帆교수의 「서방헌정체계(西方宪政体系)」미국부분에서 “파산조항”을 언급하지 않았고, 이 책의 마지막 부록의 1787년 헌법 중요 조문 중 저자는 “파산조항”이 중요하지 않다고 판단하였는지 생략하였다. 张千帆, 「西方宪政体系·上册·美国宪法」, 第二版, 中国政法大学出版社 2004年版, 724면.
- 6) 2014년부터 최근 3년까지 이 주제와 관련된 저작은 적어도 아래와 것이 있다. Charles J. Tabb, “The Bankruptcy Clause, the Fifth Amendment, and the Limited Rights of Secured Creditors in Bankruptcy”, 2015 *U. Ill. L. Rev.* 765; Stephen J. Lubben, “Puerto Rico and the Bankruptcy Clause”. 88 *Am. Banker. L. J.* 553-578(2014)

미국 헌법의 “파산조항”에 영향이 있는가? 미국 제헌 당시 사회는 파산에 대해 어떠한 인식을 갖고 있었는가? “파산조항”은 정말 제헌 선현들의 경제적 이익을 반영하는 것인가? 왜 “파산조항”이 상업관리조항 바로 뒤에 있는가? “파산조항”은 왜 이민 귀화 조항과 함께 있는가? 헌법 비준과정에서 연방당원과 비연방당원은 “파산조항”과 관련하여 어떠한 논쟁이 있었는가? . . . 이러한 질문에 대한 정확한 대답은 미국 헌법의 “파산조항”을 이해하는 데 확실히 유용하며, 또는 헌법 차원에서 파산법의 중요성을 이해하는 데 지식 자원을 제공할 수도 있다.

이 글에서는 위의 초보적 연구를 바탕으로 미국 파산법의 입헌 배경, 이유 및 역사적 영향을 검토하고자 한다. 이 논문은 다음과 같은 내용으로 전개한다. ‘2’에서는 영국 초기 파산법이 미국 식민지 파산입법 및 실무에 대한 영향이 명백하므로 필자는 영국 초기 파산법의 변화를 간략히 기술하고 이 기회를 빌려 북미식민지 파산입법과 실무를 논평하기 위한 시공간적 배경을 설명하고자 한다. 필자는 북미 각 식민지 개척으로부터 1787년 제헌회의 전에 파산입법과 실무를 자세히 정리 검토한다. ‘3’에서 필자는 사회문제로서의 채무문제를 중점적으로 분석하고, 연방 내 채무, 연방 간 채무 및 국제채무 세 가지 측면에서 채무문제의 중요성을 각각 논술하고 이 심각한 문제에 대한 다른 종류의 채권자와 채무자의 반응을 논술한다. ‘4’에서 필자는 제헌회의 기록과 함께 “파산조항”의 입헌 과정을 상세히 밝히고, 헌법 선현들의 “파산조항”에 관한 논의와 사고를 탐구한다. ‘5’에서는 헌법 비준과정 중 연방당원과 반연방당원의 “파산조항”을 둘러싼 논쟁을 중심으로 미국입법기관에서 “파산조항”을 활성화한 것을 간략히 언급한다. 필자는 상기 논쟁을 토대로 미국 “파산조항” 입헌의 제반 과정에 대해 총체적으로 평가할 것이다.

2. 북미 식민지의 제헌회의 전 파산입법과 실무

(1) 북미 식민지 파산법의 영국법 연원

콜럼버스(Christopher Columbus)가 신대륙을 발견한 후, 미국 대륙에 대한 유럽의 관심은 커졌다. 16세기 이후 유럽 국가들, 특히 스페인, 영국, 프랑스, 네덜란드 등은 미대륙에 지속적으로 식민지를 개척하였다. 그 과정에서 국가들은 서로 경쟁했을 뿐만 아니라, 강대국과 아메리카 원주민, 특히 인디언 부족들과 다양한 형태로 경쟁했다. 1606년 버지니아(Virginia)령 개발특허장으로부터 1732년 조지아(Georgia) 식민지 건설에 이르기까지, 영국은 점차 북미에서 식민지 개척을 장악하여 결국 13개의 식

민지를 형성했다.⁷⁾ 영국의 북아메리카 내 식민지는 그 시기가 다르다. 가장 이른 버지니아는 1606년에 설립되었고 제일 늦은 조지아는 1732년에 설립되었다. 초기 북미 식민지 사이는 거의 공산주의 국가에서 서로 돕는 수준이었다. 이런 상황에서 부채 청산에 관한 법이 살아남을 토양은 없었다. 식민지가 발전하고 상업이익이 식민지의 가장 주목하는 이익으로 되면서 식민지의 주민들 사이에서 또는 다른 식민지의 주민들 사이에서 또는 북미 식민지 상인과 영국의 현지 금융기관 사이에서 부채 문제는 그림자와 같이 나타나고 이에 따라 부채청산법의 메커니즘이 필요하게 되었다.⁸⁾ 이 상황에서 영국 파산법은 자연스럽게 식민지의 파산법제를 확립하는 모델이 되었다.

그렇다면 영국 파산법이 식민지에 도대체 어떤 영향을 주었는가? 또 식민지의 개발 과정에서 영국 파산법은 어느 정도 발전하였는가? 18세기 전 영국의 파산법은 그 역사가 길다. 영국 파산법은 개인 파산 및 기업 파산을 처리하는 투 트랙 시스템을 채택했으며, 개인 파산법의 역사는 더 길며 로마법으로 거슬러 올라갈 수도 있다.⁹⁾ 노엘(F. Regis Noel)은 박사학위 논문에서 영국 파산제도 탄생 전 고대 로마와 고대 그리스를 포함한 유럽 대륙 파산법의 기원을 자세히 고찰했다.¹⁰⁾

영국의 첫 파산법은 튜더(Tudor) 왕조(1485-1603) 시기에 나타났다. 1542년 당시 왕이었던 헨리 8세(Henry VIII)는 『1542년 파산법(An Act Against such Persons as Do Make Bankrupts)』을 제정하여 채권자들이 사기 혐의가 있는 채무자에 대한 파산 절차를 개시할 수 있도록 했다.¹¹⁾ 이 법은 일반파산주의를 분명히 채택하여 채무자 재산을 매각하여 채권자 간의 비율에 따라 분배하는 것을 허용했다. 이 법은 채무자를 “범죄자(offenders)”로 지칭하며 파산 자체를 준형사 범죄로 간주하고, 범죄를 처벌하기 위하여 채권자에게 별도의 구제조치를 제공했다.¹²⁾ 이에 앞서 채권자들은 자력구제 방식으로 채권을 실현하였다. 채무자의 재산을 빼앗거나 채무자를 체포한 후 감옥에 가두어 채무자가 채무를 청산해야만 자유를 주었다. 바로 이 때문에 채무자는 영국을 탈출하거나 보통법(common law)이 영장집행을 위해 주거에 침입하는 것을 금지하는

7) 니르·솔兹兹伯里, “欧洲人和非洲人到来之前至美国内战时期美洲土著人的概况”, 见斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 编, 『剑桥美国经济史 卷1 권 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译, 中国人民大学出版社 2008年版, 9-43면.

8) F. Regis Noel, *A History of the Bankruptcy Clause of the Constitution of the United States of America*, PhD thesis of Catholic University of America, 1918, pp.33-36.

9) [英] 费奥娜·托米, 『英国公司和个人破产法』, 汤维建 / 刘静 译, 北京大学出版社 2010年版, 7-8면.

10) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 14-23면.

11) Thomas E. Plank, “The Constitutional Limits of Bankruptcy”, *Tennessee Law Review*, Vol. 63 (1995-1996), pp.499-500.

12) Charles J. Tabb, “The History of the Bankruptcy Laws in the United States”, *ABI Law Review*, Vol.3, No.5, (1995), p.7.

금령을 이용하여 두문불출하는 등 더 많은 방법을 생각해 내 채무를 기피하고자 했다.¹³⁾ 당시 채권자들은 이러한 상황에 대해 불평했고, 『1542년 파산법』 서문에도 이 법의 입법 목적을 다음과 같이 기술했다. “형형색색의 자들이 교활하게 타인의 대량 자산을 점유한 후 갑자기 사라지거나 또는 은거하여 채권자에게 채무를 상환하거나 의무를 이행할 계획이 없이 자신의 향락과 우월한 생활을 위하여 이성, 공평과 양심을 포기하고 신용으로 타인으로부터 취득한 물질재부를 마음껏 누리는 점을 고려한다.”¹⁴⁾ 이 법의 공포를 신호로 하여 영국 파산법은 점차 현대화의 길로 들어섰다.¹⁵⁾

1570년 엘리자베스 1세(Elizabeth I) 여왕이 『1570년 파산법(The Statue of 13 Elizabeth)』을 공포했다. 이 법은 상인파산주의의 입장을 취하여 상인의 파산(bankruptcy)과 비상인의 채무변제불능(insolvency)을 명확하게 구분하였다.

1) 상인 파산

영국의 『1570년 파산법』은 사기성 양도를 취소하고 파산법을 개인사업자에게만 적용하도록 제한하였는데 250년간 시행되었다. 이 법은 영국 파산법의 기본틀을 형성했고 현대 파산청산 제도의 기본틀을 마련했다.¹⁶⁾

그러나 영국 파산법은 여기서 그치지 않았다. 1604년, 1623년, 1705년, 1706년, 1759년 영국 파산법은 수차례 개정을 거쳐 파산위원회 구성원들의 소환 신청을 점차 허용하고, 심지어 파산한 채무자들을 조사, 구금할 수 있게 했다. 특히 『1705년 파산법(An Act to Prevent Frauds Frequently Committed by Bankrupts)』으로 채무면제 제도가 앤(Anne) 여왕(1665-1714) 치하에서 탄생되었고 자발적 파산이 일반 평민에게도 가능하게 됐다.¹⁷⁾ 이 법에 따라 파산절차에서 채무자가 충분히 협조하여 채권자에 대한 청산률을 가능한 한 높게 올리면 잔여 채무를 합법적으로 면제받을 수 있고, 심지어 파산재산에서 어느 정도의 금전 수당을 받을 수 있었다. 물론 이 파산법은 채무자에 대한 처벌강도도 높였는데 사기 혐의가 있는 파산채무자는 최고로 사형에 달하는 형사처벌을 받을 수도 있다.¹⁸⁾ 이것은 말하자면, 채무자의 협력적 태도가 최종

13) [英] 费奥娜 / 托米, 앞의 책(각주 9), 8면.

14) [英] 费奥娜 / 托米, 앞의 책(각주 9), 8면.

15) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 23-32면.

16) Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 8-9면.

17) [英] 费奥娜 / 托米, 앞의 책(각주 9), 8면.

18) 물론 우리는 파산 범죄 사형화 현상에 대해 너무 놀랄 필요가 없다. 한편으로는 파산자가 사형에 처하는 경우는 극히 드문 경우이며 115년 사이에 겨우 5건에 달하는 파산채무자에 대해 사형을 집행했고, 다른 한편으로는 그때 당시 재산과 관련된 범죄에 사형을 적용하는 경우와 다를 바가 없다. 다음을 참조. Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 10-11면.

운명을 결정할 수 있고 태도가 모든 것을 결정할 수 있다는 것인데 이 점은 후대의 여러 국가의 파산법에도 계승된다.¹⁹⁾

그러나 주목해야 할 점은 조기의 채무면제는 일반화되지는 않았다는 것이다. 한편으로는 이러한 조치는 채무자에 대한 장려조치로 간주되었으며 채무자의 성실한 재산공개를 유도하여 채권자가 가능한 한 더 높은 비율의 상환을 받도록 하는 것이 그 목적이었다²⁰⁾ 다른 한편으로 『1705년 파산법』은 채무면제는 반드시 채권자 수 및 채권총액의 80% 이상을 점하는 채권자 동의를 받아야 된다고 규정하여서 사실상 이 제도는 실무에서 실행하기 어려울 뿐만 아니라 속좁은 채권자가 쉽게 채무면제방안을 부정할 수 있도록 하였다.²¹⁾ 이 상황은 18세기 내내 지속되었다. 탭(Charles J. Tabb) 교수는 오늘날 우리로서는 파산법이 상인들에게만 적용되는 것을 이해하는 것은 이해하기 힘들 수도 있지만, 그때 당시 실제 상황은 그러하였다고 지적한다. 당시 파산법은 상업에서 돌발적인 상황을 다루는 데 필요한 동반자로 간주되었고 거기에 머물렀다. 대부분 대중들에게 채무는 도덕문제 또는 사기였고 상업사회에서만 채무는 꼭 필요한 한가지 악이고 채무라는 도구를 일단 사용하면 위약은 피하기 어렵다고 여겨졌다. 그러나 대규모 위약에서 파산과 같은 집단절차는 필수라고 할 만큼 일반 대중보다 상인이 위약과 채권자 기만을 위한 특수도구를 가지고 있다는 사회적 통념도 있었다.²²⁾ 보통법 자체에서 채권자에게 제공되는 구제 조치는 극히 제한적이다.²³⁾ 이러한 점을 감안하여, 영국의 초기 파산법은 항상 채권자에게 구제조치를 제공하는데 주력하였고 본질적으로 친채권자 파산법이다.²⁴⁾

1732년 영국은 파산법을 추가로 개정하였는데 『1732년 파산법(1732 Statute of George II)』이 그것이다. 이 법은 협력하는 채무자에게는 채무를 면제하고 심지어는 수당을 지급하며 사기를 친 채무자에게는 사형을 적용하는 등 영국 파산법의 많은 기본 제도를 계승하였다.²⁵⁾ 이 법이 바로 미국이 1787년 제헌 시 영국에서 시행 중인 파

19) Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 10-11면.

20) Samuel Williston, “The Effect of a National Bankruptcy Law upon State Laws”, *Harvard Law Review*, Vol. 22, No. 8 (Jun, 1909), p. 556.

21) [英] 费奥娜 / 托米, 앞의 책(각주 9), 500면.

22) Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 9면.

23) 보통법에서 사법기관이 채무자 동산을 점유 및 매각하는 령(*fieri facias*), 채무자의 물품과 동산을 평가하는 령(*elegit*), 사법기관이 채무자 토지 위 산출물을 점유 및 매각하는 령(*levari favius*) 등은 개별적 채권자의 권리를 보호하기 위한 도구이며 여러 채권자 간에는 적용되지 않는다. 채권자는 채무자와 대항하여야 하며 동시에 다른 채권자와 대항하여야 한다. 참조 Charles J. Tabb 앞의 논문(각주 12), 7면.

24) Samuel Williston, 앞의 논문(각주20), 557면.

25) Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 12면.

산법이다.

다시 말하면 18세기 이전의 영국 파산법은 상인에게만 적용되고 채권자의 이익만 보호하며 비자발적 파산에 관한 조문만 있을 뿐이고 파산을 준형사상 범죄로 간주한다.²⁶⁾ 상인의 비자발적 파산만을 허용한다는 점은 초기 영국 파산법과 현대 파산법의 가장 큰 차이점으로 꼽혔고, 현대 파산법은 이런 상인의 비자발적 파산을 허용하는 체계에서 이해가 얇고 안목이 짧은 점을 극복하며 발전해 왔다.²⁷⁾ 물론 초기 영국 파산법의 상인에 대한 편애는 당시 상인에 대한 견해와 관련이 있다. 영국법 대가인 블랙스톤(Sir William Blackstone)은 상인들이 자신의 잘못이 없는 상황에서 우발적인 피해를 보기 쉽고 빚을 갚지 못하는 유일한 사람이며 “법률은 상인 외 다른 사람이 거액의 빚을 지는 행위를 용서할 수 없는 것으로 간주한다.”고 지적한 바 있다.²⁸⁾ 바로 이러한 인식에 기초해 농민과 건설업자를 포함한 비즈니스맨들은 파산법의 적용에서 제외되었다.²⁹⁾

2) 채무상환불능

영국은 비(非)상인의 파산에 대해서는 『1570년 파산법』을 시작으로 1838년까지 구금으로 모든 것을 해결하였다. 영국 보통법의 전통에 따르면 만기가 도래한 채무를 상환할 수 없을 때 채권자는 두 가지 선택이 있다. 하나는 채권자가 법원 개정 시기에 소송을 제기하여 법원에 채무자의 강제 상환을 요구할 수 있다. 만약 법원이 채무자 재산을 매각하고 채권자에게 배분할 것을 결정한 후 여전히 전액 채무를 상환하지 못할 경우, 법원은 *capias ad satisfaciendum*이라는 집행영장을 갖고 채무자를 감옥에 구금할 수 있다. 다른 하나는 채권자가 법원 개정 시기를 기다릴 필요 없이 직접 법원에 가서 법원 관리 앞에서 채무 만기가 도래하였거나 또는 채무자가 재산을 은닉하거나 도주하거나 재산을 숨기는 경향을 있음을 선서하면 법원은 *capias ad respondendum*이라는 영장을 갖고 지방 보안관(*sheriff of the county*)에게 채무자를 체포할 것을 요구하고 추후의 심사과정에서 동 채무가 확인되었고 채무자가 상환할 수 없을 경우 채무자는 무기한으로 감옥에 구금된다.³⁰⁾ 일부 학자들은 “비상인 파산에 관한 법률 역

26) Samuel Williston, 앞의 논문(각주 20), 551:556면.

27) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주11), 499-500면.

28) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book II of the Rights of Things, Oxford University Press, 2016, Vol.2, pp.318-329. 중국어 번역본은 다음에서 인용 [英] 费奥娜·托米, 『英国公司和个人破产法』, 汤维建 / 刘静译, 北京大学出版社 2010年版, 9면

29) [英] 费奥娜·托米, 앞의 책(각주 9 역, 9면.

30) Peter J. Coleman, *Debtors and Creditors in America: Insolvency, Imprisonment for*

사는 대부분 채무자를 감금한 역사”라며 파산선고 전이나 파산선고 후 채권자들은 채무자의 잠적을 막거나 채무자에게 채무의 상환을 강제하기 위해 채무자를 구금할 수 있었다고 한탄하였다.³¹⁾

과연 이런 구금으로 모든 것을 해결하는 방법이 추심의 수단이 될 수 있을까? 이런 방법은 가끔 채무추심이나 채무자에게 은닉재산을 내놓으라고 강요할 때 그 위압력이 있는 것은 분명하지만 그 한계가 있다. 어떤 채무자는 감옥에 있는 한 채권자가 얻는 것이 없다고 여겨 구금 자체를 지연전략으로 이용해 오히려 채권자들이 다른 수단을 강구하여 채권을 확보하게 하였다.³²⁾

위의 내용을 종합하면, 영국 파산법은 세 단계로 나뉜다. 1570년 이전에 영국 파산법은 일반파산주의를 채택하고 파산법이 상인과 비상인에게 동시에 적용되었고 1570년에서 1860년 사이에 파산법은 특수파산주의를 채택하여 채권자가 채무자 재산을 균등 분배하는 파산법(bankruptcy)과 구금된 채무자를 구하는 채무상환불능법(insolvency)을 조화롭게 병행하였고[并行不悖], 1860년 이후에는 파산법과 채무상환불능법은 다시 병합되어 지금까지 지속되었다.³³⁾

(2) 북미의 식민지별 제헌회의 전의 파산입법 및 실무

1) 영국 모델에서 식민지 모델로의 변혁

1787년 5월 미국 헌법 제정시 영국의 파산법은 상인 파산과 비상인의 채무상환불능 메커니즘이 병행되던 시기이다.

「연합규약(Articles of Confederation and Perpetual Union, 邦联条例)」의 제도 틀에 따라 연합규약은 식민지 시기의 방식을 답습하여 파산 사무를 연방 각 주의 주권 범위 내의 사항으로 간주하였다.³⁴⁾ 각 식민지 간의 상거래에 따라 각 식민지 내부, 각 식민지 간, 각 식민지와 영국 간의 채권채무 분쟁도 찾아지면서 이러한 필요는 식민지의 파산 입법과 실무의 탄생을 촉진했다. 북미 식민지의 초기 채무청산 법체계에 대한 수요를 감안할 때 영국 파산법은 채무 분야 각 영역이 받아들일 수 있는 최대 공약수였다.³⁵⁾ 그래서 영국 파산법은 각 식민지의 초기 파산 입법 및 실무에 중요한 참조가 되

Debt, and Bankruptcy, 1607-1900, The State Historical Society of Wisconsin, 1974, pp.4-5.

31) [英] 费奥娜·托米, 앞의 책(각주 9), 9면.

32) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 9면.

33) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 499-517면.

34) [美] 斯托里, 『美国宪法评注』, 毛国权 译, 上海三联出版社, 2006年版, 329면.

35) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 33-36면.

었다. 북미 식민지 초기의 파산법은 대부분 영국 파산법을 그대로 이식한 것이었다.³⁶⁾ 그러나 영국이 상인 파산, 비상인 구금을 엄격하게 구분하고 있는 데 비해 북미 식민지 초기의 파산실무는 두 제도 모두의 혼용으로 가득 차 있으며 심지어 채무자 구금에 대한 남용이 나타나고 있다.³⁷⁾ 이러한 체계는 북미의 각 식민지의 파산법 입법과 실무에 영향을 미친다.

이러한 메커니즘 하에서, 상인에게 적용되는 파산법은, 상대적으로 채무자의 경영실패에 비교적 관대하고, 법률 메커니즘의 중심은 채무자의 재산을 채권자들 사이에 어떻게 등비례적으로 같은 비율로 분배하고, 동시에 잔여 채무를 탕감해 줌으로써 채무자들이 재기의 기회를 가질 수 있는지에 있다. 그러나 비상인들은 채무가 자산총액을 초과하면 구금될 운명에 처할 수밖에 없다.

채무자 구금은 북미 식민지 초기 파산법의 공통된 특징 중 하나이다. 펜실베이니아를 포함한 많은 식민지들은 파산에 대한 일반법이 있었다.³⁸⁾ 채무자 구금 또한 북미의 여러 식민지에 범람한 채무 청산 메커니즘으로 되었고 전쟁 포로와 만기 채무를 상환할 수 없는 채무자는 감옥에 갈 수밖에 없었다. 식민지들은 통일된 파산법이 없었는데도 채무자들을 대하는 방식에서는 그 모국인 영국과 다를 바 없었다.³⁹⁾ 채무자를 구금하는 긍정적인 효과는 채무자가 적극적으로 빚을 갚을 수 있도록 하는 것이고, 구금 자체만으로도 채무자가 도망갈 염려가 없도록 할 수 있지만, 채무자를 구금하는 것은 실무적인 문제가 많았다. 채무자의 곤경을 가중시켜 채권자에게 더 이상 상환하지 못하게 하는 것이 가장 직관적인 문제이다. 이런 방법은 채무자가 자산이 부채보다 적은 것(대차대조표검사법)인지, 만기 채무를 상환할 수 없는 것(현금흐름검사법)인지를 구분하지 않아 만기 채무를 상환할 수 없으나 자산이 부채보다 훨씬 많은 채무자들로 하여금 구금되는 것을 기꺼이 받아들여 청산하지 않고 향후 재생을 위해 숨 돌릴 기회를 갖도록 하였다.⁴⁰⁾ 더 나아가, 채무자들의 대량 구금은 분명히 공공 재정 지출을 증가시켰으며, 정부는 감옥의 채무자를 먹여 살려야 할 뿐만 아니라, 더욱 궁핍해진 채무자의 가족을 부양해야 한다.⁴¹⁾ 영국에서 승계한 이 제도는 학자들로부터 ‘큰 전염병(大瘟疫)’이라는 비난을 받을 정도였다.⁴²⁾

36) Kurt H. Nadelmann, "On the Origin of the Bankruptcy Clause", *The American Journal of Legal History*, Vol. 1, No. 3 (Jul., 1957), pp. 227

37) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 11-12면.

38) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 223면.

39) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 223-224면.

40) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 518면.

41) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 518면.

42) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 223-224면.

이러한 상황에서 채권자가 채무자의 미래 수익을 독점하는 것을 허용하고 심지어 만기 채무를 상환할 수 없는 채무자를 구금하는 것을 허용하는 것은 가장 흔히 볼 수 있는 민사권리 구제방식이기도 하고 파산법 제도의 기본 메커니즘이기도 했다. 위에서 서술한 방법은 당시 사회의 보편적인 상태임에도 불구하고 유식한 사람들은 이미 그 “병적”인 부분을 발견했다. 스토리(Joseph Story)는 채권자가 채무자의 미래의 모든 수익을 영구히 절대적으로 독점하도록 내버려 두면 채권자가 채무자의 거의 모든 수입을 가져가게 되는데 단지 개인의 관대함에 기초하여 채무자의 미미한 지출을 유지하도록 하는 것은 명백히 불행한 채무자가 근면과 노력으로 현재 상황을 개선할 적극성을 제한하게 될 것이라고 주장한다.⁴³⁾ 스토리는 더 나아가 채무자에 대한 무기한 구금을 비난했다. 스토리는 채권자가 채무자를 구금하는 것이 흔한 민사사건 구제방식이라고 하더라도 채권자에게 채무자를 무기한 구금하도록 내버려 두는 것은 각박하고 가혹하다며 사기 성향의 채무자에게 빚을 갚도록 강요할 때나 약간의 예외가 있을 뿐 “이를 위해 어떤 변호도 할 이유가 없으며”, “채무자가 어떠한 재산도 없거나 그의 모든 재산을 채권자에게 줬을 경우 채권자가 마음대로 채무자를 구금하는 것은 극히 잔혹한 것이고 사육을 방임하는 것이며 계몽전제주의 국가에서도 이렇게 할 핑계를 찾을 수 없으며 자유정부의 모든 권리 및 의무와 철저히 충돌한다.”고 지적했다. 또 이렇게 하는 것은 기독교의 기본 계율에 부합하지 않으며, “기독교 세계 국가들에 대한 무참한 질책이며 이교로 데려가는 시대”가 될 것이며 이런 점에서 입법기관의 급선무는 성실하지만 불행한 채무자를 정신적 물질적 노역에서 동등하게 해제하는 것이고 “이런 입법권을 가지지 않은 정부는 인민의 행복을 보호하고 그들의 권리를 지지할 고귀한 직능을 가질 가치가 없다.”고 지적했다.⁴⁴⁾ 미국 헌법의 초안 작성 과정에서 골자는 영국 법이었고, 파산법에 대해서는 제헌회의 참석자들이 영국 18세기 영국 파산법의 틀에 맞춰 파산조항을 구상했다는 주장이 제기됐다.⁴⁵⁾

개괄적으로 보면, 각 식민지는 파산법의 가치에 대한 인식이 대체로 일치하는데 주로 다음과 같은 두 가지 임무를 완수하기 위해서이다. 첫 번째는 채무자가 만기채무를 상환할 수 없는 경우, 채권자가 채무자의 잔여재산에서 적절한 분배를 받을 수 있도록 하여 해당 채무를 부분적으로 상환하게 한다. 두 번째는 성실하지만 불행한 채무자들은 채권자의 무기한 감금이나 그들의 미래 수익을 절대적으로 점유하는 것에서 해방되어 새로운 삶을 재건할 수 있는 기회를 얻게 된다.⁴⁶⁾ 콜만(Peter J. Coleman)의 견해

43) [美] 스토리, 앞의 책(각주 34), 330면.

44) [美] 스토리, 앞의 책(각주 34), 330면.

45) Samuel Williston, 앞의 논문(각주 20), 551면.

는 이와 유사하다. 콜만의 요약에 따르면, 북미 식민지 입법자들은 파산 문제에 대해 항상 네 가지 목표를 갖고 있다. 첫째 개별 채권자에 의한 채무자에 대한 소송의 제기를 방지하고, 둘째 사기가 발생할 확률을 줄이며, 셋째 채무자의 재산을 공평하게 나누고, 넷째 실제로 인도적인 차원에서 채무자에게 다시 시작할 기회를 주어 향후 그의 재산이 과거 채무를 상환하지 않도록 하는 것이다.⁴⁷⁾

2) “변화무쌍(变动不居)” : 북미의 식민지별 파산입법과 실무

물론 북미의 각 식민지는 파산법의 구축에서도 후발우위를 충분히 발휘했다. 북미 식민지 시대의 사회에서 상인 계급층은 영국의 동업자보다 더 중요한 영향을 발휘했다. 이는 결국 파산법의 상인 계층에 대한 태도에도 영향을 미친다. 더욱이 북미의 여러 식민지에서 이러한 후발우위는 파산법이 초기 영국 파산법의 발전된 성과를 흡수하고, 그 정수를 취하고, 찌꺼기를 버릴 수 있게 하였다. 오랜 기간의 실무에서는 서로 다른 식민지 간에 채무자에 대한 법적 메커니즘이 천차만별이었고, 동일 식민지나 그 지방 내부에서도 17, 18세기 내내 채무청산 메커니즘이 현저하게 변화했다.⁴⁸⁾

예를 들어 만기 도래 채무를 상환할 수 없는 채무자를 구금하는 방법은 그 실제 효과는 제한적이거나 심지어 남용되기 때문에, 일부 식민지에서는 다음과 같은 각종 개정이 나타난다. 첫째, 채무총량이 특정 금액 이하일 경우 일부 식민지에서는 채무자에게 계약노역을 제공하는 것을 허용한다, 둘째, 소액채무에 대해서는 채무자가 재산이 전혀 없다는 것을 선서하면 석방하고 재체포를 금지한다. 셋째, 옷, 이불 등 생활필수품에 특별보호를 제공해 채권자의 빚 독촉으로 인해 재산이 전혀 없게 된 상황에 빠지는 것을 방지한다. 넷째, 채무자가 자신의 모든 재산으로도 채무를 전액 상환할 수 없을 때에는 채무자 신청에 의해 석방하고 잔여 채무를 면제하고 동일 채무로 재체포하는 것을 금한다. 다섯째, 절반 이상의 채권자가 채무자와 상환에 대해 합의하면 일부 식민지에서는 기타 채권자도 반드시 동 협의를 수락하여야 하고 일부 식민지에서는 다른 채권자들은 그 구속을 받지 않는다. 여섯째, 극소수의 식민지에서는 일반 채무자에도 파산절차를 적용한다.⁴⁹⁾

그럼에도 불구하고 북미 식민지가 채무자의 천국이라고 간단히 말할 수는 없다. 콜만의 통계에 따르면, 미국에서 1776년에 독립할 당시 13개 식민지 중 로드아일랜드와

46) [美] 斯托里, 앞의 책(각주 34), 329-330면.

47) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 12-13면.

48) Thomas E. Plank 앞의 논문(각주 11), 518-519면.

49) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 9-11면.

노스캐롤라이나, 사우스캐롤라이나만이 채무면제 메커니즘을 수립하였고 그 운영 시스템은 완전히 달랐다. 기타 10개 식민지 중 4개 식민지는 채무상환불능법이 공포되지 않았거나 공포되었으나 시행된 적이 없었고 나머지 6개 식민지는 채무상환불능자에 대한 면제는 개별 사건별로 처리하였다.⁵⁰⁾ 이러한 점을 감안할 때 식민지 초기 파산법과 채무상환불능법의 입법과 실무를 한 단어로 표현한다면 그것은 ‘변화무쌍’이 아닐 수 없다.⁵¹⁾

필자는 이하에서 식민지별로 그 파산법과 채무상환불능법이 1787년 미국 제헌회의 이전까지 어떻게 ‘변화무쌍’ 인가를 검토한다.⁵²⁾

① 버지니아(Colony and Dominion of Virginia)

일찍이 1607년에 버지니아회사는 영국 여왕으로부터 특허장을 받아 제임스타운(Jamestown)에 식민거점을 만들었고, 그로 인해 북미대륙에서 영국의 첫 번째 식민지가 되었다.

버지니아회사는 주식 합자(equity joint venture), 고용 계약화(labor contractualization), 인두 분배(head allocation), 개인 장원 등의 방법을 창안하여 식민지 발전을 위해 필수적인 자본과 노동력을 조달했지만, 극도로 높은 사망률, 신선한 음식과 식용수 부족 및 광범위한 전염병으로 인해 노동력의 부족과 생산성의 저하가 초래되었다. 상업적 담배 재배사업의 대규모 전개에 따른 인건비의 대폭적인 증가에 더하여 전염병의 만연, 인디언 원주민과의 싸움 등은 버지니아의 식민지 개척사업의 신속한 발전을 제약하였다. 버지니아 회사는 식민지에 대한 통제를 강화하지 못하였을 뿐만 아니라 1624년 특허권이 실효되어 버지니아는 영국 역사상의 첫 번째 왕실식민지(royal colony)가 되었다. 버지니아 회사의 식민지 개척은 실패하였으나 버지니아 식민지의 경험은 영국이 북미 후속 식민지 개척사업에서 적극적인 영향을 발휘하였다.⁵³⁾

초기의 버지니아 식민지 통치에서 총독과 그의 13인 위원회는 식민지 사무를 총괄

50) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 14면.

51) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 15면.

52) 필자는 여기서 미국 독립전쟁을 기준으로 별도로 독립전쟁 전과 독립전쟁 후의 파산법과 채무상환불능법의 입법과 실무를 나누어 연구하지 않는다. 근본적인 이유는 독립전쟁이 파산법과 채무상환불능법에 미치는 영향은 미미하고 북미 13개 식민지별 파산법과 채무상환불능법은 미국 독립 후 각 지방 내에서 특별히 중대한 변화가 없었기 때문이다. 콜만의 관점이 필자의 판단을 강화하였다. Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 16면 참조.

53) 戴维·W·格兰森, “北美殖民地的建立与发展: 人口、劳动力和经济发展”, 见斯坦利·L·恩格尔曼 / 罗伯特·E·高尔曼 编, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译, 中国人民大学出版社 2008年版, 108-112면.

하였으며, 당연히 채무 문제에 관한 사건을 심리하기도 했다. 채무불이행에 대한 징벌은 준군사적이었는데 채무자는 자유 박탈 및 가혹한 형벌에 어쩔수 없이 채무를 상환하였고 버지니아의 초기 법은 채무자에 대한 동정이 부족하며, 모든 것은 비즈니스를 발전시키는 것을 중심으로 하였다.⁵⁴⁾ 장원 경제가 발전하면서 장원주들이 버지니아 정치의 주도적 힘이 되어가고, 십여 년의 박빙의 끝에 영국은 버지니아 대회(Virginia Congress)의 권위를 인정했고, 그후 왕실식민지에서 통용하는 입법 모델이 되었다.⁵⁵⁾

버지니아 초기 파산법을 다룬 문헌은 많지 않다. 1676년 4-10월 버지니아에서 베이컨(Nathaniel Bacon)이 이끄는 반란이 일어났다. 이 반란 과정에서 버지니아 식민지 의회는 1676년 6월 제임스타운에서 집회를 열었고 민중의 이익을 대변하는 농장주 그룹은 회의에서 선거권 제한을 취소할 것과 채무자들의 처지를 완화해 줄 것을 제안했다.⁵⁶⁾ 그러나 버지니아 채무자들의 곤경은 오랫동안 알려지지 않았으며, 1680년대 영국의 『항해조례(The Navigation Act)』 시행으로 버지니아의 담배 수출이 크게 제한되면서 현재의 장원 경제는 극심한 영향을 받아 영국 상인들이 체사피크 지역(Chesapeake Bay)의 새 시장을 개척하면서 버지니아의 심각한 경제상황과 진정한 빈곤, 채무 및 재난 등 상황이 외부에 알려졌다.⁵⁷⁾

이런 정세는 18세기 중엽에는 더욱 심각했다. 부유한 장원주들은 토지 투기, 고리대금업에 열중했고 지방 관료 체계를 점유하고 노예들을 임대하고 도매나 소매 거래에 종사하였는데 그로 인해 상인집단과 장원주집단이 점점 혼동되었다.⁵⁸⁾ 1760년 이후 5, 6년에 걸친 상업불황의 여파로 체사피크 지역의 식민지들은 담뱃값 하락, 환율 상승 및 채권자의 부채 상환 요구 상황에 직면했고 1765년 4월 버지니아의 환율은 역사상 최고점에 도달했고 여신과 상업도 그 타격으로 부진했다.⁵⁹⁾ 그러나 이 상황에서 장원주 내 증전자들은 여전히 그 우세를 살려 정부회(Council)와 하원(House of commons)을 계속 장악하고 있었으며 늘어나는 부채와 내부 스캔들에 흔들리지 않았고 영국과의 관계도 현저히 악화되지 않았다.⁶⁰⁾

1772년 6월 영국 본토에서 발생한 세기의 금융 위기는 영국 본토에서 파산의 흐름을 촉발시켰을 뿐만 아니라, 결국 체사피크 지역에도 파급되었다. 체사피크 지역의 담

54) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 36-38면.

55) 戴维·W. 格兰森, 앞의 책(각주 53), 112면.

56) [英] R.C. 西蒙斯: 《美国早期史: 从殖民地建立到独立》, 朱绛 / 常绍民 등 역, 商务印书馆1994年版, 106면.

57) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 102-103면.

58) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 254면.

59) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 380면.

60) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 427면.

배 무역과 영국 본토의 금융기구는 연계가 많아 금융위기로 은행들이 피해를 보면 버지니아까지 금융위기가 파급될 수밖에 없다. 시몬스(R. C. Simmons)는 “지난 2년 동안 영국산을 대대적으로 수입할 때의 여신대출이 줄어들었다. 채권자는 돈을 갚으라고 요구했고, 무역이 부진했으며, 채무사건도 급증했으며, 이어 상당한 재정난이 발생했다. . . . 버지니아는 사실상 1760년대로부터 시작된 위기에서 회복하지 못했고 많은 장원주들은 파산위기에 빠졌고 잉글랜드와 스코틀랜드 상인들을 심각하게 적대시하게 되었다.”고 전한다.⁶¹⁾

전체적으로 다른 식민지에 비해 버지니아의 법은 영국법과 보조를 같이 했고 파산법도 영국법을 뒤따랐다. 이것은 파산법의 발전이 고도의 영국화라는 특징을 나타내, 미국의 연방화에 대한 기여가 매우 적었다.⁶²⁾

② 매사추세츠(Province of Massachusetts Bay)

1620년 9월, 종교적 박해로부터 탈출하기 위해 네덜란드에 거주한 한 무리의 청교도들이 “메이플라워호(The Mayflower)”를 타고 플리머스 만(Plymouth Bay)에 도착해 식민지 개척을 시작했다.⁶³⁾ 1628년 다른 청교도 무리도 지금의 매사추세츠와 뉴햄프셔(New Hampshire)를 포함한 광대한 토지의 특허권을 획득하고, 다음 해에 주식제도를 채택한 매사추세츠만 회사(Massachusetts Bay Company)를 설립하였다. 영국 내에서 청교도 탄압이 심해져 1643년까지 많은 청교도들이 계속하여 매사추세츠에 도달했다. 대규모 농업생산의 자연적 우세로 인해 매사추세츠의 식민지 개척은 영국 본토의 독립된 대규모 영지나 농장의 모델을 채택하지 않고 거주 공동체에 집중했는데 이로 인해 새로운 타운이 점차 건립되었고 매사추세츠만 회사는 상업기구로부터 점차 공공관리기구로 변화 발전하였다. 1961년 초기의 식민지 개척자들은 매사추세츠 식민지 관할에 정식 편입되었다.⁶⁴⁾ 청교도들의 잉글랜드에 대한 극심한 반감을 감안할 때, 매사추세츠 식민지의 법은 기본적으로 스스로 만든 것이었고, 농후한 종교법 색채로 가득 차 있었으며, 영국법의 영향을 아주 한정적으로 받았다.⁶⁵⁾ 이 점은 파산법의 초기 실무와 입법에서도 나타난다.

브래드포드(William Bradford)의 「플리머스 식민사(Of Plymouth Plantation)」에

61) [英] R.C. 西蒙斯著, 앞의 책(각주 56), 433-434면.

62) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 38면.

63) 상세 내용은 [美] 威廉·布拉福德 著: 「普利茅斯殖民史」, 吴丹青译, 江西人民出版社 2010年版, 77-302면 참조.

64) 戴维·W. 格兰森, 앞의 책(각주 53), 118-119면.

65) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 38-40면.

서 “파산”을 여러번 언급하였으나 채무문제에 관한 기술도 적지 않다.⁶⁶⁾ 이것은 채무 청산 문제는 플리머스 식민지 개척 초기에 이미 존재하였고 파산 관념도 17세기 초 플리머스 식민지개척 중에 깊게 뿌리를 내렸음을 충분히 설명한다.

플리머스에서 근거가 남아 있는 대규모 채무불이행은 철광 발굴 중 투기행위에서 발생했다. 불행한 투기자는 추방당하고 그들의 재산과 대리인들은 구금되었고 지방 사법 기관들은 이에 대해 도울 방법이 없었다. 당시 플리머스에서는 재부의 많고 적음이 채무 청산과 채무자의 자유 회복에 실질적인 영향을 미쳤다.⁶⁷⁾ 플리머스에서 채무청산법은 인자한 특징을 띠는 데다 매사추세츠의 파산법이 뒤늦게 등장했지만 빚 문제를 둘러싼 사회 각계각층의 논란은 일찍 불거졌다.

콜만(Peter J. Coleman)의 연구에 따르면, 1640년 매사추세츠 식민지의 경제 위기가 그들의 파산법을 발전시키는 계기가 되었다. 1641년 매사추세츠는 만기 도래 채무를 상환할 수 없는 채무자들에게 구금 조치를 취하였고 7년 후 그 조치는 재산을 은닉한 것으로 의심되는 채무자들에게만 적용되었다. 채권자들은 1672년부터 그들의 채무자 구금에 대한 비용을 지불해야 했고, 그렇지 않으면 채무자들은 자신이 5파운드의 가치가 없다고 맹세한 후에 석방되었는데 이로부터 재산이 전혀 없는 채무자들에 대한 면제가 시작됐고, 그 후 얼마되지 않아 채무 노예들이 매사추세츠에 생겼다.⁶⁸⁾ 1698년 매사추세츠 식민지의 채무법을 대폭 개정하면서 매월 말에 구금된 채무자는 모두 재산이 전혀 없다는 맹세를 하고 석방을 요구할 수 있으며, 이것은 정식 절차로 발전하였다. 만약 채권자가 채무자의 재산이 전혀 없다고 믿는다면 채무자는 바로 석방될 수 있으며, 채권자가 채무자가 재산을 은닉하는 것을 확신한다면 구금비용을 지불하고 최소 3개월을 구금할 수 있다. 만약 3개월 후 채무자 명의의 기타 재산을 발견하지 못할 경우 채무자는 자유를 얻는다. 이 법은 채권자에게 500파운드 이상 연체한 채무자를 그 적용범위에서 제외하여, 채무자는 계속 구금되며 스스로 비용을 부담해야 한다. 이 법은 1725년에 폐지되었고, 2년 후의 임시조치가 있었으나, 1733년 이후 1698년 채무법이 다시 공포되어 만장일치로 1787년까지 시행되었다. 이 과정에서 1737년과 1787년 두 번의 작은 개정이 있었는데 첫번째는 비자발적 채무노역을 폐기하였고 두번째는 채권자가 비용을 지불하고 채무자를 구금하는 특권을 폐기하여 채무자의 석방 여부를 결정할 때 법원이 더 적극적인 역할을 했다.⁶⁹⁾

66) 상세한 내용은 다음을 참조. [美] 威廉·布拉福德, 앞의 책(각주 63), 51, 99, 111, 124면.

67) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 40면.

68) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 40면.

69) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 40-41면.

1739년 매사추세츠는 3년의 정치위기를 겪게 되었다. 많은 작은 마을의 대표들이 하원을 장악하고, 토지은행에 저당잡힌 토지증권을 상환할 지폐 발행을 허용하려는 시도가 있었다. 이 재의는 인플레이션과 평가절하를 두려워하는 보수 상인들의 반대에 부딪혔는데, 1740년 토지은행을 지지했던 사람들이 선거에서 승리해 이 계획을 추진하려 했으나 영국이 거부했다.⁷⁰⁾ 보수파들은 시골 마을 대중들을 다음과 같이 규탄하였다. “시골마을 채무자 일부(인원수가 제일 많음)는 . . . (거액이지만 보장이 없는 지폐를 발행하는 것을 통해) 화폐 액면가치를 아주 적거나 가치가 없게 만들도록 시도해 채권자를 좌절하게 한다. . . . 이런 사람들은 게으르고 제멋대로다.” 농장주들은 화폐의 부족과 부자의 끝없는 욕심이 농장주들로 하여금 황야를 정복하게 하였으나, 돌아온 것은 파산밖에 없다고 반격했다. “선생님, 우리의 선배들은 이 황야와 야만적인 주민을 정복하고자 . . . 심혈을 기울이고 재물을 들였다. 이처럼 추운 기후에서 개간한 토지는 그렇게 좋을 수가 없었다. 사람들이 질서를 지키고 도덕과 근면을 논했다. 그러나 돈이 없어 계획했던 삶을 살 수가 없다. . . . 사실은 수입을 과도하게 장려하거나 수출을 무시하거나 장려하지 않아 대부분 사람들이 파산하는 중에서 소수가 부유하게 되었다.”⁷¹⁾

상업의 발전과 함께 매사추세츠 식민지 입법 기구는 경제 정책을 개선했다. 채무청산 분야에서 식민지 입법기관들은 지역경제발전에서 신용의 역할이 점점 더 중요해질 것이라는 것을 깨달았고 가계 재산을 몰수하거나 썩기 쉬운 물건을 채무로 저당 잡는 것을 금지하는 한편 채무자를 취조해 구금하는 것도 비교적 일찍 금지했다.⁷²⁾

매사추세츠는 1757년에 이르러서야 첫번째 파산법을 통과시켰다. 해마다 계속되는 전쟁으로 매사추세츠 상인들은 생계를 유지할 수 없었고 카리브해 무역을 하는 상인들은 더 큰 손해를 보았다.⁷³⁾ 채권자든 채무자든 상인에 대해 파산신청을 할 수 있고, 파산 절차가 끝난 뒤 채권액의 절대다수(absolute majority)를 차지하는 절대다수 채권자가 동의하면 채무자는 곧바로 잔여채무를 탕감받아 감옥에서 풀려날 수 있다고 규정하였다.⁷⁴⁾ 콜만의 요약에 따르면 이 법의 중요한 구조는 아래와 같다. 첫째 상인에게만 적용하되 상인 스스로 파산 절차를 제기하도록 허용하고, 둘째 이 법은 채무자가 그 재

70) [英]R. C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 340면.

71) [英]R. C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 340면.

72) 丹尼尔·维克斯, “北美北部殖民地的经济与社会(1600-1775)”, 见斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 编, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译, 中国人民大学出版社 2008年版, 184면.

73) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주30), 46면.

74) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 520-522면.

산을 완전히 밝힐 수 있도록 장려하며, 채권액의 대부분을 차지하고 대부분의 채권자가 동의하면 채무자는 최고로 300파운드의 개인재산을 보유할 수 있다.⁷⁵⁾ 비록 이 법은 영국법의 틀을 기본적으로 복제하였고 1758년 영국 당국의 승인을 받았으나, 영국 상인의 반대로 국왕이 비준을 거부한 명령이 보스턴에 도착했을 때는 이미 45명의 상인이 채무면제를 받았고 40년 동안 매사추세츠는 파산법 공포를 다시 시도하지 않았다.⁷⁶⁾

1765년 매사추세츠는 뉴욕 채무법의 힌트 아래 세번째 채무법을 제정했다. 그 법의 적용 범위는 축소되었는데, 그 법은 도피와 은닉의 채무자에게만 적용되었고, 그들이 되돌아와서 모든 재산을 분배한 후에야 채무 면제를 받을 수 있다. 통계에 따르면 1765년 3월부터 1768년 3월까지 3년간 총 136명의 채무자에 대한 파산신청이 제기되었고 이 중 48명은 상인, 45명은 제빵사 등 수공업자, 43명은 농민 또는 기타 근로자였다. 이들 채무자 중 5명은 보스턴에 거주하고 있다. 인지세법안 위기 기간 동안 법원이 장시간 동안 폐쇄하고 같은 법이 폐기되었다가 재생했다는 점을 감안한다면 이 수치는 결코 작지 않다.⁷⁷⁾

1775년을 전후해서, 채무 문제는 다시 매사추세츠 식민지 정치 생활에서 존재감을 얻었다. 식민지 의회의 원내 대표수에 대한 불만으로 식민지 의회는 1775년, 1776년 순차적으로 인구가 많은 도시의 대표 인원을 증가하는 결정을 하였다. 그러나 이것은 세금을 내는 도시와 마을, 동부 도시의 상인에게 빚을 지고 있는 소규모 농촌 농민들의 불만을 야기했다. 그들은 세금을 많이 낸다는 이유로 인구를 기준으로 하지 말고 마을을 기준으로 도시 대표 인원을 확정할 것을 요구하였다. 그들은 입법기관에 진입할 기회를 찾아 최종적으로 법원집행령으로 지령하는 세무 또는 채무징수인의 압력을 감소시키고자 하였다.⁷⁸⁾ 매사추세츠 채권자와 채무자 사이의 이러한 긴장 관계는 당시의 많은 탄원서와 항의서에 잘 나타나 있다.⁷⁹⁾

미국 독립 이후 매사추세츠 채권자와 채무자 간 긴장관계는 풀리지 않고 오히려 더 커졌다. 버어드(Charles A. Beard)의 설명에 따르면, 1786년 매사추세츠 주의 웨이즈 반란(Shays' Rebellion)은 바로 채무자 계층이 자신의 상황을 바꾸고자 하는 무력 투쟁이다.⁸⁰⁾ 웨이즈 반란의 큰 배경은 1784년부터 영국 금융기관들이 미국 상인들에게 용자를 제공하지 않았고, 미국 북부 여러 주의 상인들은 영국 채권자들에게 밀린 빚을

75) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 46면.

76) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 46, 48면.

77) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 47-48면.

78) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 467-468면.

79) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 468면.

80) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 『美国宪法的经济观』, 何希奇 译, 商务印书馆 2010年版, 33면.

값을 충분한 통화가 없었다. 매사추세츠에서 이 상황이 더욱 엄중했는데 주 내에는 15만 파운드의 통화만이 유통되었다고 하며 “지불하지 못한 채무의 연결고리는 이미 시골까지 연장되었는데” 이런 상황은 웨이즈 반란 이후까지 지속되었다.⁸¹⁾ 미국 독립전쟁 기간 동안, 매사추세츠는 대량의 군사력, 재력을 제공하였으며 750만 달러의 주 채무와 같은 액수의 연방 채무를 졌다. 이런 공채는 결국 38만에 불과한 주민들에게 전가되었다. 이로 인해 전쟁 후 수년간 매사추세츠 주민의 세무 부담을 극도로 심했다. 1785년 농업이 대풍을 거두었음에도 불구하고 해외시장의 부족으로 썩고 버려졌고 더욱이 대륙권과 구화폐가 폐기되자 서민이 먹고 살 수 없게 되어, 많은 주민이 빚을 내거나 1/3보다 낮은 가치로 토지를 팔거나, 만기가 된 부채를 청산하지 못해 구금되었다. 1784년부터 5만명이 되지 않은 우스터(Worcester)에서 2,000건에 달하는 채무 소송이 발생했고 법원은 절반도 처리하지 못했다. 악덕 변호사들이 오히려 대대적으로(채무자 계층을) 착취하여 채무자 계층은 설상가상이었다. 1785년 우스터현 현법원의 채무 관련 소송 사건수는 1,700건에 달하였다.⁸²⁾ 이러한 상황에서 대략 1782년부터 매사추세츠 주의 사람들은 변제 기한을 연장하고 세금을 인하하고 새 화폐를 발행할 것을 요구하였다. 1786년에는 공개 청원으로 인해 당국은 파산 흐름의 만연을 막는 효과적인 조치를 강구해야 했다. 그해 여름에 열린 주 의회는 민중의 호소에 제대로 응하지 않았고, 8월에는 1,500여명의 봉기자들이 무기를 들고 노스햄프턴(Northampton)으로 와서 지방 법원에 채무와 관련된 재판을 중단하라고 요구했고, 다른 지방들에서도 그 뒤를 따랐다. 9월 말에 봉기자들은 매사추세츠 최고법원이 다음 선거 전 개정하여 채무사건을 심리하는 것을 저지하기로 결정했다. 당국자들이 온갖 수단을 동원해 이를 진압한 결과 9월 26일 다니엘 웨이즈(Daniel Shays)가 민중을 이끌고 본격적인 무장봉기를 일으키게 되었다. 봉기자들이 “모든 채무를 소멸시킬 때가 왔다.”고 외쳐 다른 주의 고달픈 채무자들도 고무됐다. 이번 해 12월말이 되자, 웨이즈와 그의 지지자들은 우스터 법원뿐만 아니라 현지 감옥으로 돌진해 빚 때문에 감금당한 가난한 사람들을 대량 석방하기도 했다. 당국 및 이익집단의 연합 진압으로 웨이즈 반란은 1787년 2월 26일 공식적으로 종식되었다.⁸³⁾

채무자의 상황을 개선하는 데 웨이즈 반란이 한몫 했다고 봐야 한다. 콜만의 관점에 따르면 웨이즈 반란은 당국이 임시 채무 유예 조치를 취하도록 촉진하였다. 채무 상황

81) 카시 / 마特森, “美国独立战争、宪法与新国家的形成”, 斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 편, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 역, 中国人民大学出版社 2008年版, 288면.

82) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 194-195면.

83) 셰이스 반란 상세 과정은 程华, “谢司起义”, 『世界历史』 1984年 第3期, 80-83면 참조.

불능에 빠지지지는 않았지만 단지 이행기에 도달한 채무를 변제할 수 없게 된 농부들은 임시 집행 정지 명령으로부터 이득을 보고, 좀 더 완화된 법은 그들이 동전 대신 지폐로 돈을 갚을 수 있도록 허용하고, 다른 법들은 그들의 상황을 조금 늦추어주었다.⁸⁴⁾

③ 뉴햄프셔(Province of New Hampshire)

뉴햄프셔는 1679년에 영국 왕실 식민지가 되었다. 뉴햄프셔의 초기 파산실무는 매사추세츠의 경우와 유사하다.⁸⁵⁾ 18세기 초기 이전에는 뉴햄프셔의 채무 청산 절차는 간단하고 직접적이었다. 채권자가 채무자에게 사기 의도가 있다고 판단하면 채무 만기 후에 채권자는 상환의 소를 제기할 수 있고, 다음 개정(開廷)까지 채무자 재산을 유치할 수 있다. 만약 채무자가 종국적으로 판결을 집행할 수 없거나 채무를 갚기 위한 재산이 부족할 경우 채무자는 감옥에 수감되며 관련 비용을 본인이 부담하게 된다. 채무자는 이 판결을 전액 이행한 뒤에야 자유로워진다.⁸⁶⁾ 다시 말해, 구금된 채무자는 모든 채권자에게 그 재산을 분배한 후 감옥으로부터 자유를 얻을 수 있다.⁸⁷⁾

오랫동안 뉴햄프셔의 일원제 사법기구는 채권자와 채무자가 사법절차를 통해 빚을 청산하려는 적극적 시도를 심각하게 제한해 왔다. 뉴햄프셔는 한 세기 남짓한 동안 포츠머스에만 법원을 두었는데 당시의 교통 조건에 얽매여 채무자들이 많은 시간과 거액의 여비를 들여 법정에 나가 채권자와 다룰 수 없었고, 수단을 가리지 않는 냉혹한 채권자의 피해자가 되어 버렸다. 이런 현상은 채권자의 적극성에도 영향을 끼쳤고 일부 채권자들은 사적으로 화해하는 경향이 더 강했다.⁸⁸⁾

1714년 5월, 뉴햄프셔는 새로운 법을 통해 채권자의 권리를 제한하였다. 예를 들면 채무판결을 이행한다고 해서 토지와 건물의 소유권을 7년 이내에 이전하면 안 되며 채권자가 채무자의 토지와 건물을 임의로 점유하여서는 안 된다. 채무자는 채무를 상환한 후 소유권을 재취득하거나 채무자는 채권자에게 임차료를 지불하고 7년내 계속하여 관련 재산을 점유할 수 있다. 이 법은 1842년까지 시행되다가 폐지되었다.⁸⁹⁾ 뉴햄프셔는 1715년 12월 파산법을 공포하고 매사추세츠 모델을 참조해 채권자의 권리 보호를 증대시켰으나, 안타깝게도 법 시행 시기가 길지 않아 1718년 5월 폐지되었다.⁹⁰⁾

84) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 44면.

85) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 42-43면.

86) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 53면.

87) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 522면.

88) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 54면.

89) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 54면.

90) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 54-55면.

그 후, 뉴햄프셔는 개별적인 사안별로 가난한 채무자들에게 더 많은 제도 선택의 기회를 제공하였다. 예를 들면 5실링의 1주일치 비용으로 감옥에 머물 수 있고, 왕실에 노역을 제공함으로써 자유를 얻을 수 있다. 후자의 경우 채무자는 급여의 절반으로 채무를 상환하고 나머지 절반을 자기가 사용했다.⁹¹⁾

1767년, 존 Wentworth 경(Sir John Wentworth)은 그의 삼촌이 총독을 맡은 후 가난한 사람들과 이민자들로부터 지방 통치 개선에 대한 조언을 열린 마음으로 들었고, 특히 새로운 마을을 설치함으로써 계약을 더욱 신속하고 편리하게 이행할 수 있도록 개선하였고, 현지 상인들이 내륙의 빈곤한 가정으로부터 채무를 회수하는 능력도 개선하였다. 이러한 조치들은 현지의 영국 반대 여론을 줄이는데 어느 정도 작용했다.⁹²⁾ 이 개혁 덕분에 1769년 후 뉴햄프셔의 채무자가 포츠머스 에 가는 여비를 아낄 수 있었으며 채무자가 감옥에 잡혀 집에서 멀리 떨어져 있는 외로움을 더 이상 감수할 필요가 없으며 채권자들 또한 현지에서 직접적이고 효율적이며 값싼 채무 청산 절차에서 이득을 볼 수 있었다.⁹³⁾

뉴햄프셔에서는 1774년 이후 채권자와 채무자의 갈등이 당시 사회의 주요 갈등 중 하나가 됐다. 이것은 영국 본토의 1770년대 경제 위기 때문이기도 하고, 독립혁명으로 인한 상업 파괴와 국내 문제가 불거졌기 때문이다. 1774년 첫 개최부터 1783년 영국과 미국이 체결한 파리조약(Treaty of Paris)에 이르기까지 뉴햄프셔 채권자들과 채무자들의 싸움에서 두 가지 큰 문제가 나타났다. 첫번째 문제는 채무회수 및 청산 방식과 관련된 것인데 주로 화폐와 주화 문제다. 두번째는 영국 채권자 및 친영파 채권자의 채무상태 문제인데 특히 친영파 재산 몰수정책 출범 이후 관련 채무의 상태이다.⁹⁴⁾

미국 독립 이후 뉴햄프셔 채권자들과 채무자들의 갈등은 풀리지 않았다. 뉴햄프셔는 1784년 채무자의 재산에 대한 공개 경매를 금지해야만 했고 동시에 소액 채무의 상환을 가속화 시켰다. 1785년에 법을 통해 10파운드 이하의 채무자들은 치안 법원(Magistrate Court) 앞에서 채무를 인정하면 채권자와 채무자는 재판받든지 집행중지 협의를 하든지 하도록 하여 채무 회수 원가를 대폭 낮췄다.⁹⁵⁾ 1787년 헌법이 발효된 후, 다른 주들과 마찬가지로 뉴햄프셔 주의 채무청산법[債務清收法]이 장족의 진전을 이루었다. 이것은 뒤에서 다루므로 이야기는 잠시 접어둔다.

91) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 55-56면.

92) [英]R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 428면.

93) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 57면.

94) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 57-58면.

95) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 59-60면.

④ 메릴랜드(Province of Maryland)

1632년 볼티모어 남작(Baron of Baltimore)이 “예외적인” 국왕의 특허장을 획득했기 때문에, 그는 체사피크만(Chesapeake Bay) 북부에서 독자적인 1,000만 에이커의 땅에 절대적인 권위를 갖게 되었다. 세인트 매리시(St. Mary's City)가 점차 모양을 갖추면서 메릴랜드 식민지는 점진적으로 발전하기 시작하였고 영국의 장원제도도 완전히 이식되었고 담배도 가장 경제적 가치가 있는 농작물로 되었다. 그러나 노동력이 극도로 부족하여 메릴랜드는 “총독-장원주-입차인”이라는 등급사회가 나타나지 않았고 영국에서 온 많은 가난한 이민자들이 장원주로부터 독립된 농장을 만들어 자기를 위해 일하면서 많은 땅을 축적하였는데 그후 토지가격 상승으로 그들은 현지 사회의 중요한 역할을 하게 되었다. 치열한 정치투쟁으로 1691년 메릴랜드는 왕실식민지로 되었다.⁹⁶⁾

1637년 1월 25일 제1차 식민지 의회가 정식으로 열렸고 3월 13일 채무청산 메커니즘에 관한 법안이 의원들의 안건으로 상정됐고 16일 이 법안은 정식 통과됐다. 이 법에 따르면 채권자는 채무자를 기소할 권리가 있고, 채무자가 나중에 빚을 갚을 능력이 없으면 채권자에게 재산을 분배하고 채무 노예가 될 수밖에 없다.⁹⁷⁾ 그러나 1638년 3월 메릴랜드 식민지 의회는 당시의 영국 파산법을 참조하여 종합적인 하나의 파산법을 통과했는데 이것이 북미 대륙 최초의 성문화된 파산법이기도 하다.⁹⁸⁾ 이 법안에 따르면 채권자는 회계장부를 증빙으로 하여 채무자 및 관련 채무불이행(債務违约) 문제를 지방법원 또는 그보다 한 단계 높은 지방법원에 소를 제기할 수 있으며, 법원 서기관은 채무자에게 명령을 내려 그 기간 내에 답변하고 동시에 관련 증거를 제출하도록 요구할 수 있다. 이 기간 동안, 법원의 개정 또는 채권자에게 상환하기 전, 채무자는 상환, 매각, 할인, 석방 또는 기타 수단으로 담배, 하인, 채무, 물품 또는 동산을 처분하여서는 안된다. 만약 채무자의 재산이 채권자에게 전액 상환할 수 없을 경우 채권자의 수와 액수에 따라 그 재산을 평균 분배하도록 명령한다. 담배와 옥수수 등 당시 채무를 갚는 법정통화로 여겨졌다.⁹⁹⁾ 1647, 1662, 1667, 1669년에 메릴랜드 식민지 의회는 그의 채무청산 메커니즘에 관한 입법을 조금씩 고쳐 나갔다.¹⁰⁰⁾

18세기에 메릴랜드의 채무청산법은 장족의 발전을 이루었다. 통계에 따르면 메릴랜드는 1715~1774년동안 1,060건의 채무유예[紓解] 신청 중 843건이 승인되었고 대부분 1760년대 이후 나타났는데, 이는 그때 당시 상업난을 겪고 있었음을 보여준다.¹⁰¹⁾

96) 戴维·W. 格兰森, 앞의 책(각주 53), 113-114면.

97) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 162-163면.

98) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 43면.

99) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 43-45면. ; Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 163면.

100) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 45면.

1760년 이후 수년에 걸친 대공황 동안 메릴랜드에 사는 베네딕트 칼버트(Benedict Calvert)라는 부르는 사람은 영국인들에게 식민지의 빈곤을 보여주기 위해 식민지 무역에 관하여 이렇게 적었다. “. . . 망했다. 우리가 빚을 많이 졌으니 도저히 갚을 수 없을 것이다. 우리 감옥은 채무자의 절반도 담지 못할 것이고 당신이 말을 타고 지나가는 모든 길에서 본 식민지의 여러 곳에서 빚을 회피하기 위해 밖으로 도망가는 사람을 만날 것이다.”¹⁰²⁾ 메릴랜드 목사의 아들이자 유명한 채무자인 새뮤얼 체이스(Samuel Chase)는 결국 1770년 이후 메릴랜드가 영국의 톰슨세법 폭동(Thomson tax riot)에 맞서 싸운 급진파 지도자 중 한 명이 되었고, 그는 영국에 급진적으로 항거한 기득권자가 되었다.¹⁰³⁾ 1770년대 메릴랜드의 장원 주인들은 하루하루가 고달팠다. 담배 값은 계속 떨어지는데 생산원가는 조금씩 올랐고 영국 런던과 브리스톨 채권자들의 압력으로 메릴랜드의 장원 주인들을 더욱 숨막히게 했다. 그들은 영국 채권자들이 압박을 적당히 줄여 줄 것을 기대했다.¹⁰⁴⁾ 1776년 11월 메릴랜드 제헌 과정에서 “당분간 채무자의 부담을 줄이자.”는 대표 건의가 있었다.¹⁰⁵⁾

채무청산법의 경우, 1774년 3월 『상환불능 채무자 석방법(An Act for the Relief of Insolvent Debtors)』을 시작으로 메릴랜드는 채무총액이 200파운드 이하인 채무자가 잔여재산을 분배한 후 감옥에서 석방되는 것을 허용하였다. 1787년 5월 25일 메릴랜드주 입법부는 『상환불능채무자법(An Act Respecting Insolvency Debtors)』을 제정했는데 이 법에는 수탁자의 임명, 청산, 채권자에 대한 채무자 재산의 비례적 배분, 채무액이 10파운드를 초과하지 않을 경우와 상속재산에 대한 면책 및 그리고 모든 채무의 과감한 면책에 관한 법적 기반을 마련하였다. 나아가 이 법은 채권자에게 채무총액이 300파운드보다 많은 채무자의 파산을 선고할 권리를 부여하였고, 채권자가 주 주석에게 채무자의 채무를 확인해 줄 것을 신청할 수 있도록 허용했다. 구금중인 채무자도 파산신청을 할 수 있게 하고, 주 주석이 수탁자에게 채무자의 모든 재산을 접수하여 관리할 수 있도록 허용해야 한다는 것을 분명히 했다.¹⁰⁶⁾ 이 법도 오래 실행하지 못했는데 1788년 5월 통과된 지 1년 만에 폐지되었고, 메릴랜드 파산법은 대략 1774년 수준으로 되돌아 갔다.¹⁰⁷⁾ 종합적으로 보자면, 메릴랜드 식민지 초기의 채무청산법은

101) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 167-168면.

102) [英] R.C. 西蒙斯著, 앞의 책(각주 56), 380면.

103) [英] R.C. 西蒙斯著, 앞의 책(각주 56), 412-413면.

104) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 168면.

105) [英] R.C. 西蒙斯著, 앞의 책(각주 56), 470면.

106) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 523-524면.

107) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 523-524면.

채무를 상환할 수 없는 채무자에 대해 좋은 사람을 억울하게 하지도 않고 나쁜 사람을 내버려두지도 않아(不枉不纵) 상대적으로 관대하고 인자해 보였다.¹⁰⁸⁾

⑤ 노스캐롤라이나(Province of North Carolina)

캐롤라이나 식민지의 탄생은 바베이도스(Barbados)에서 영국의 식민지 개척과 큰 관련이 있다. 바베이도스의 개척으로 이 식민지는 과잉되고 땅을 갈망하는 노동력이 많이 발생했고, 존 콜레튼 경(Sir Colleton)은 성공적인 장원주로서 그 노동력을 버지니아 남부로 옮겨가서 식민지를 개척하면 놀라운 이익을 낼 것이라는 것을 깨달았다. 이리하여 콜레튼에게 많은 자본과 지지자들이 모였고 1663년 왕실은 버지니아와 플로리다 사이에서 식민지를 개척하는 특허권을 부여하였다. 그러나 자연환경 및 일부 사람들은 이미 토지가 있는 현실에 얽매어 캐롤라이나 정착지는 1669년에 거의 소멸되었다. 식민자들을 더 많이 끌어들이기 위해, 앤서니 쿠퍼(Anthony Ashley-Cooper)는 캐롤라이나 식민지 개척 사업을 인수하고 비서이자 후에 유명한 정치학자가 된 존 로크(John Lock)의 도움을 받아 식민지 정착 방안을 설계하고 헌법을 통해 토지소유제를 핵심으로 하는 법적 틀을 만들어 토지소유자가 식민지 개척을 주도하도록 보장하였다. 그들은 정치적 지위가 있을 뿐만 아니라 자신들의 대표를 선거하여 의회에 진입하도록 하였다. 이러한 구조는 캐롤라이나 식민지의 발전을 촉진시켰다.¹⁰⁹⁾

캐롤라이나의 경제적 중심은 쌀과 수지 제품 재배였다. 장기간의 경제 발전 과정에서, 장원주들이 이민을 때 가지고 들어온 많은 자금 외에도, 영국의 투자자 및 현지 여신 시장은 장원주들이 자금을 조달하는 주요 원천이 되었고, 신용 산업은 이미 상당한 규모를 갖추었다. “장원주들은 차입을 통해 농업발전에 필요한 각종 비용을 지급하였고 특히 차입하여 아프리카 노예를 구매하였다. 현지 자본시장에서 찰스턴의 상인들은 무역에서 번 자금을 대출하였고 대출은 토지 특히 노예로 저당을 잡았다. 현지 모기지 시장은 캐롤라이나의 경제 발전에 중요한 역할을 했다.”¹¹⁰⁾

노스캐롤라이나는 초기에는 파산법으로 유명하지 않았다. 그러나 1768년에서 1771년까지 활약한 “레규레이터(Regulator, 사우스캐롤라이나에서 일어난 개척지 정착민과 식민지 행정기관 간의 충돌) 무장단체는 갖은 방법을 동원하여 “가난하고 근면한 농장주”를 대변하며 가난한 사람들이 부담한 세금과 통화세 및 약탈적 법률서비스 비용

108) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 43면.

109) 戴维·W. 格兰森, 앞의 책(각주 53), 114-116면.

110) 拉塞尔·R. 梅纳德, “北美殖民地南方地区的经济与社会发展”, 见斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 著, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译, 中国人民大学出版社 2008年版, 213면.

을 질타했고 연이어 무장폭동을 발동했다. 노스캐롤라이나의 가난한 사람들과 채무자들은 “레규레이터”에 대해 아낌없는 지지를 보냈다는 점에서 특히 사우스캐롤라이나와는 판이하다.¹¹¹⁾

처음에 노스캐롤라이나 의회는 “레규레이터”의 불평을 무시했다. 오렌지(Orange) 등지의 폭동이 연속 일어나서야 의회는 법령을 통해 아래와 같은 몇 가지 문제를 해결하기 위하여 노력했다. 첫째 현지 상인들이 낮은 비용으로 부채를 회수할 수 있도록 하고, 둘째 변호사 비용기준을 제한하고, 셋째 현지인의 세금에 대한 불평을 해결하고, 넷째 압수된 채무자 재산의 이익을 보호한다.¹¹²⁾ 시몬스의 말을 빌리면 노스캐롤라이나의 “레규레이터” 운동은 “빛 많은 가난한 농장주 사회 사조의 반영이다”.¹¹³⁾ 물론 노스캐롤라이나 의회는 이 같은 양보를 토대로 “레규레이터” 운동가들을 억압하기 위한 극히 가혹한 법을 통과시켰고, 이 운동은 당국의 무력진압으로 1771년 5월 중지되었다.

“레규레이터” 운동이 궁극적으로는 종식되었음에도 불구하고, 노스캐롤라이나 식민지 민의기구와 영국 본토의 관계도 1770년대에 서서히 틀어졌다. 무역위원회는 노스캐롤라이나 법원이 채무 문제로 외국 교민(영국 상인)의 재산을 압류하는 것을 금지함으로써 식민지 의회가 고등법원에게 경비를 제공하는 것을 거부하도록 하여 노스캐롤라이나 의회가 1773-1776년에 사실상 마비되도록 하였다.¹¹⁴⁾

비교적 독보적인 것은 노스캐롤라이나가 1776년 12월 18일 통과시킨 헌법에 파산을 규정함으로써 역내 파산법이 헌법적 색채를 띠게 되었다는 점이다. 노스캐롤라이나 헌법은 “사기 고의가 입증되지 않으면 채무자는 구금되지 않으며, 그 모든 재산은 채권자에게 교부되어야 하며, 이 모든 것은 법률로 정해져야 한다”고 규정하고 있다.¹¹⁵⁾ 아마 노스캐롤라이나의 이런 시도는, 미국의 제헌 선현들에게 헌법 조문에 “파산조항”을 기재하는 데 모종의 영감을 제공했는지 모른다.

⑥ 사우스캐롤라이나(Province of South Carolina)

전술한 앤서니 쿠퍼가 캐롤라이나의 식민지개척 사업을 인수한 뒤 찰스턴(Charlestown) 일대에 식민지개척의 강도를 높였다. 서인도군도에서 끝이 보이지 않을 정도로 밀려오는 이민자들로 인해 찰스턴은 서인도제도 경제와 더욱 긴밀하게 연계되어 로크가 설계한 정치적 틀에서 점차 벗어나게 되었고 벼농사와 수출은 현지 실정

111) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 423면.

112) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 420면.

113) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 424면.

114) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 434면.

115) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 69면.

에 맞는 경제적 뒷받침이 되었다. 영국 식민자들이 말라리아 공포로 인해 퇴각하자 아프리카에서 온 노예들이 벼밭에서 농작하는 주력이 되었다. 이러한 배경하에서 찰스톤의 발전은 로크가 설계한 틀에서 빠르게 벗어나 장원주들이 토지 소유자들의 권위에 여러 차례 도전하고 심지어 부정한 끝에 1720년에 영국 왕실 식민지가 되었고, 1729년에 토지 소유자들은 영국으로부터 보상을 받은 후 토지 소유권 및 이익을 완전히 포기하였고 장원주들은 사우스캐롤라이나의 가장 주요한 정치적 역량이 되었다.¹¹⁶⁾

시몬스의 연구에 따르면, 심지어 1715~1727년 발생한 야마시 전쟁(Yamasee War)도 채무문제로부터 시작하였으며 인디언을 가혹하게 대하던 캐롤라이나 상인들이 인디언 부녀자들을 납치해서 빚을 갚게 하면서 전쟁이 발발했다.¹¹⁷⁾

일찍이 1721년에, 사우스캐롤라이나는 영구적이고 완전한 파산법을 통과시켰다. 채무자구제법(債務人紓解法)과 관하여 1691~1732년 사우스캐롤라이나는 영국의 1732년 파산법을 참고하여 법률을 제정했다.¹¹⁸⁾ 특히 특색 있는 것으로, 1721년의 파산법에 따르면 사우스캐롤라이나는 채권자와 채무자 사이의 긴장관계를 개선하기 위해 대출자가 신용이 좋은 채무자를 골라 대출할 것을 권장하였다. 예를 들면 이 법은 채무자에게 완전한 면제를 부여하는 대신 채무액이 2파운드를 초과하는 채무자가 대출을 받을 때 그 소득이 5파운드보다 낮아서는 안된다고 요구한다.¹¹⁹⁾

심각한 채무문제에 얽매어 사우스캐롤라이나 입법기구는 1759년에 다시 파산법을 통과시켰다. 이 법에 따르면 채권자가 채무자의 재산을 일정 비율로 분배하는 데 동의한 후 구금된 채무자의 채무면제 신청을 허용할 수 있다.¹²⁰⁾ 그러나 채권자 집단의 강제로 사우스 캐롤라이나의 채무자들은 여전히 어려움을 겪고 있었다. 1767년 이후 바람이 불었던 “레규레이터” 운동의 창시자들은 채무 서류를 제외한 지역 공문서와 소환장 송달을 금지함으로써 채권자와 채무자 사이의 갈등을 어느 정도 강화시켰으며, 가난한 사람과 채무자들은 노스캐롤라이나처럼 일반적으로 지지하지는 않았다.¹²¹⁾

⑦ 뉴욕(Province of New York)

뉴욕의 원래 이름은 뉴네덜란드(New Netherland)인데 1613년경부터 네덜란드인에 의해 식민지가 개척되기 시작해 1623년 공식적으로는 네덜란드 서인도회사의 북미

116) 戴维·W. 格兰森, 앞의 책(각주 53), 114-116면.

117) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 349면.

118) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 179-181면.

119) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 181면.

120) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 525면.

121) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 423면.

내 모피 무역기지가 되었고 농업은 별로 발달하지 않았다. 1650년대에 시작된 수십 년 동안의 영국-네델란드 전쟁에서, 1664년 영국이 뉴암스테르담을 점령하였고 영국 국왕은 동생들에게 식민개척사업을 할 수 있도록 권한을 주었고, 이로써 뉴욕은 식민사상 최초로 처음부터 왕실 소유 식민지가 되었다. 요크 공작은 식민지 입법과 사법사무의 최고책임자가 되었고 여러 차례의 싸움 끝에 1689년 뉴욕 식민지대표대회(New York Colony Congress)를 소집하면서 보통의 발전이 시작됐다.¹²²⁾

뉴욕의 채권자, 채무자 관계법의 진화에 관하여 콜만은 정치적 기회주의에 따른 일종의 인간적 배려와 실용주의의 결합으로 보았다.¹²³⁾ 뉴욕 식민지 초기의 채권 채무 관계는 주로 1665-1675년의 『요크 공작법(Duke of York's Laws)』에 의해 규율되고, 영국 모델을 참조하여 채무자에 대한 구금, 잠적가능성이 있는 자에 대한 구치, 채권자가 가난한 채무자를 노역할 수 있는 것을 포함할 뿐만 아니라 잠적한 채무노예 및 그 친척이 대한 엄격한 처벌도 포함된다.¹²⁴⁾

하지만 시간이 흐르면서 뉴욕의 감옥은 사람들로 붐볐다. 시청 감옥에서는 형사 범죄자와 채무자를 구분할 수 없었고, 남성과 여성도 혼합하여 구금할 수밖에 없으며, 심지어는 중병 내지는 죽어가는 채무자도 다른 수감자와 격리할 수 없었다. 1730년경 뉴욕 당국은 감옥에 사람들이 넘쳐나는 상황을 완화하기 위해 임시 채무청산법을 실시했다. 만약 대중의 동정을 토대로 채무자가 재산을 채권자들에게 합리적으로 분배할 수 있으면 채무자가 조기 석방될 수 있었다.¹²⁵⁾ 또한, 이 법은 이미 확정 판결을 받은 채무자와 아직 판결을 받지 않은 채무자를 구분하여 구속하고, 채무액이 2파운드 미만인 채무자는 판결 확정 후 직접 석방할 수 있게 했다. 독신 채무자는 20실링을 초과하지 않는 개인물품을 보유할 수 있고 결혼한 채무자는 50실링을 초과하지 않는 개인물품을 보유할 수 있다. 채무액이 100파운드가 넘는 채무자는 채권자와 구금문제를 흥정할 수 있으며, 물론 채권자가 매주 구류비용을 지급하고자 한다면, 거액의 채무자가 권리를 행사하는 것을 제한할 수 있었다.¹²⁶⁾ 그러나 이 법이 채권자와 채무자의 불확실성을 높였기 때문에 2년 뒤 소액 채무자에 대한 법률로 대체되어 채무총액이 2파운드 이하인 채무자는 채권자에게 매년 5~7개월 동안 노무를 제공할 수 있고, 채권자는 이를 거부하고 주 4실링을 지급하면 채무자를 무기한으로 구속할 수 있었다.¹²⁷⁾ 1734년부터

122) 戴维·W. 格兰森, 앞의 책(각주 53), 116면.

123) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 105면.

124) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 106면.

125) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 106-107면.

126) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 107면.

127) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 107면.

수년 동안, 현지 채권자와 채무자는 채무해결에 관하여 입법기관에 부단히 압력을 가하고, 앞서 말한 각 법률은 때로는 폐지되었다가 때로는 다시 공포되었고, 뉴욕은 시종 일관하게 채무자 구금을 채권자를 보호하고 채무자를 처벌하는 데 필요한 조치로 간주하였다.¹²⁸⁾

1760년대의 대공황은 뉴욕 주변의 상업을 오랜 침체에 빠뜨렸다.¹²⁹⁾ 이러한 상황은 뉴욕 채무해결법(債務紓解法)의 진화를 촉진했다. 모두 1784년 통과된 두 법률에 따르면 채무자의 재산은 채권자 사이에 적절하게 분배된 후 구금된 채무자는 자유를 얻고 나머지 채무는 면제된다.¹³⁰⁾ 또 1786년에 이르러서는, 뉴욕은 채무자면책법을 통과해 파산 재산의 수집, 관리, 청산, 파산 채권의 증명, 균등배분 등 통상적인 옵션을 제외하고, 채권자의 75% 이상의 동의를 전제로 채무곤경에 빠진 모든 채무자를 면책하여 이 법의 적용범위를 구금된 채무자라는 소수집단을 벗어나게 하였다. 그외 이 법은 만기되지 않은 채권이 사전에 할인되어 파산절차에 참여할 수 있도록 허용하였다.¹³¹⁾

그리고 1787년에 뉴욕은 다시는 채무를 면제받지 않는다는 전제 하에 채무 총액이 15파운드를 넘지 않는 채무자들을 모두 감옥에서 석방하였다.¹³²⁾ 그러나 이 법은 오래 실시하지 못하고 파산을 남용하는 행위가 유행되어, 입법자가 무고한 자와 불행한 자만을 보호할 것이라는 예상을 훨씬 벗어나, 1788년에 그 법은 폐지되었고 새로운 법으로 대체되었다. 새 법은 채무자가 면책되려면 75% 이상의 채권자 동의를 필요할 뿐만 아니라 구금된 채무자가 신청을 하여야 한다고 요구했다.¹³³⁾ 같은 시간에 뉴욕은 심지어 1776년 이전에 형성된 역사적 부채 중 1777년부터 1787년까지 거의 10년 동안의 이자를 탕감해 주고, “곤란 채무자 해결협회(Society for the Relief of Distressed Debtors)”도 나타나 수백 명의 감옥에 있는 채무자에게 옷과 음식과 제공했다.¹³⁴⁾

⑧ 펜실베이니아(Province of Pennsylvania)

펜실베이니아가 단독으로 식민지가 된 역사는 1681년으로 거슬러 올라간다. 그 해에 영국왕 찰스 2세(King Charles II)는 뉴욕에서 메릴랜드에 이르는 북미 연안의 할당되지 않은 좁고 긴 지대에서 윌리엄 펜(William Penn)의 식민지 개척을 허락하였다.

128) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 108-109면.

129) [英]R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 380면.

130) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 524면.

131) Charles Warren, *Bankruptcy in United States History*, Harvard College, 1935, reprinted by Beardbooks in 1999, pp.6-7.

132) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 525면.

133) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 524면.

134) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 116-117면.

이로써 펜은 개인 명의로 이 지역의 토지를 얻었고 정부를 구성하여 관리를 임명할 수 있는 권한과 법률을 제정하여 식민지대표대회와 국왕의 승인을 받을 수 있는 권한을 갖게 된다. 1682년 반포한 헌법적 성격의 『정부구성규정(Frame of Government of Pennsylvania, 政府组成章程)』을 공포하고 식민지 정부를 구성하고 종교의 자유라는 이념을 표방하는 한편 대규모 홍보를 통해 영국, 네덜란드, 독일로부터 많은 부자들을 끌어들이며 펜실베이니아 땅을 사들이게 하는데 성공함으로써 펜실베이니아를 모든 사람이 아는 식민지 스타로 만들었고 필라델피아(Philadelphia)도 짧은 시간내 북미의 중요한 상업 중심으로 우뚝 섰다.¹³⁵⁾

법적인 측면에서 말하자면, 펜실베이니아 역사 자체는 유구하고 채무청산법도 장족의 발전을 이루었으며, 북미의 다른 식민지들에 비해 관련 문헌이 가장 포괄적이고 상세하다.¹³⁶⁾ 펜실베이니아는 1682년까지 뉴욕, 뉴저지, 델라웨어 등과 마찬가지로 『요크 공작법(The Duke of York's Book of Laws: 1676-1682)』을 적용했다. 이 법에 따르면 채무 만기 전에 채무자가 잠적하거나 채권자를 속이려는 고의가 있는 경우가 아니면 그 누구도 채무자를 채무를 이유로 체포해서는 안 되며, 채무자가 채무를 변제하거나 보증을 제공한 후에는 채무자는 강제 구류될 수 없다. 5파운드 이하의 채무는 반드시 강제적으로 법원 소송이 아닌 중재를 받아야 한다.¹³⁷⁾ 전반적으로 펜실베이니아의 채무청산법은 보수적인 편이었고, 다른 식민지들과 비교했을 때 창의적인 제도가 많지 않으며 뉴욕, 뉴저지 등지보다 인간적이거나 자유로운 편은 아니다.¹³⁸⁾ 1682년 이후 영국 식민지가 된 펜실베이니아에서는 영국법이 원칙적으로 그대로 적용됐다. 윌리엄 펜이 기안한 “펜실베이니아 헌법의 기본 헌법”로 부르는 정부구성규정 초안이 1682년 공식 확정 전 17차례나 수정됐으며, 이 중 8번째 초안에서 펜은 “채무로 인해 체포되고 투옥하는 것을 금지하여야 한다.”는 원칙을 다시 강조했다.¹³⁹⁾ 초기의 채무청산법 구축에서, 펜실베이니아는 채무자 감옥의 개선을 더욱 강조하여 채무자에 대한 처벌 기능을 경시하였으며, 구금된 채무자도 구금기간 동안 어떠한 비용도 지불하지 않아도 된다. 그러나 좋은 상황은 오래 가지 않았다. 1683년, 1684년, 1693년, 1700년, 1706년 관련 법은 수정되면서 채무자는 한편으로 구치비용을 부담하여야 할 뿐만 아니라 채무노역제도가 펜실베이니아에 뿌리를 내렸다. 다른 한편으로 기혼 채무자는 5년, 미혼 채무자는 7년의 노역을 하면 자유를 얻도록 규정했다.¹⁴⁰⁾ 1683년 펜실베이니아는 최초

135) 戴维·W. 格兰森, 앞의 책(각주 53), 116-117면.

136) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 48-66면.

137) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 48-49면.

138) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 141면.

139) [英] R.C. 西蒙斯 저, 앞의 책(각주 56), 95-96면.

의 채무청산 법안을 통과시켰으며, 5파운드 이하의 빚은 지방법원이 관할할 수 있다.¹⁴¹⁾ 1730년에 펜실베니아 채무청산법에 또 중대한 변화가 생겼다. 채무자는 채무 총액이 100파운드를 넘지 않는 한 5파운드 미만의 생활용품을 남겨둔 후 그의 모든 소유 재산과 자유를 교환할 수 있으며, 채권자는 주 3실링의 비용을 지불하면 채무자가 자유를 얻는 것을 거부할 수 있다.¹⁴²⁾ 그러나 1년도 안 되어 관련 법률에 또 다시 중대한 변화가 발생했다. 이러한 변화무쌍한 상태에서, 한 세기에 가까운 기간 동안 펜실베니아는 채무청산법을 수없이 개정하였고 또한 채무청산법을 영국법의 틀 안에서 보다 상세하고 정밀하게 하였다.¹⁴³⁾

1760년대의 대불황은 펜실베니아의 비즈니스를 순식간에 집어삼켰다. 1760년 초만 해도 펜실베니아는 활기찬 모습이었는데 어떤 상인은 아래와 같이 득의양양하며 기술했다. “전쟁으로 인해 이 식민지와 인근 식민지의 현금 유통이 풍부해졌으며 유럽 화물에 대한 주민들의 수요는 현지 상황을 충분히 숙지하지 못한 사람들이 상상할 수 없을 정도였다”. 그러나 1760년말 펜실베니아 물가는 폭락하였고 이런 상업쇠퇴는 1765년까지 지속되었다.¹⁴⁴⁾

1785년 9월, 펜실베니아는 『파산규제법(Act for the Regulation of Bankruptcy)』을 통과시켰다. 이 법은 영국 파산법에 대한 “편람”으로 간주되었다.¹⁴⁵⁾ 이 파산법은 전적으로 영국 파산법을 모델로 하여 만들어졌으며 채권자가 상인을 상대로 파산신청을 할 수 있도록 하였다.¹⁴⁶⁾ 북미 초기 식민지들 중에서 오직 펜실베니아의 파산법만이 영국 파산법의 틀을 온전히 이식했다고 한다.¹⁴⁷⁾ 이 파산법 외에 펜실베니아에는 다른 파산법률이 채무 변제 메커니즘을 통해 구금된 채무자들을 석방한 경우가 있었다.¹⁴⁸⁾

⑨ 코네티컷(Connecticut Colony)

식민지 시대에 영국 추밀원(Privy Council)은 식민지별로 특별한 파산법은 허용하지 않고 기본적인 파산법을 제공할 것을 요구했다. 코네티컷은 그동안 예외적으로 추밀원에 관련 파산법 승인을 요청하지 않아 입법 절차가 미뤄졌다.¹⁴⁹⁾

140) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 141-142면.

141) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 49면.

142) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 143면.

143) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 50-66면.

144) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 380면.

145) 각주 44; Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 218-219면.

146) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 520면.

147) Charles Warren, 앞의 논문(각주 131), 7면.

148) Charles Warren, 앞의 논문(각주 131), 6면; Judith S. Koffler, 앞의 논문(각주 2), 35면.

코네티컷은 처음부터 왕실식민지로서 영국 무역부의 규제를 받았기 때문에, 코네티컷과 로드아일랜드(Rhode Island) 모두 더 독립적인 상태에 있었고, 채무 해법에서도 더 독립적이었다.¹⁵⁰⁾ 코네티컷의 파산입법과 실무는 1650년대로 거슬러 올라간다. 초기 채무해결에서 코네티컷의 입법은 상대적으로 가혹했으며, 많은 사례에서 아버지 세대의 자산으로는 자손의 빚을 갚을 수 없었고, 채무자들도 친척, 친구와 가까운 감옥에 수감되지 못했으며, 심지어는 6파운드의 소송비용을 지불할 수 없는 채무자가 4년에 7 회나 구치된 적이 있다.¹⁵¹⁾

채무자 감옥을 폐지하려는 코네티컷 채무자의 노력은 두 세대 가까이 지속되어 독립 혁명 이후에야 진전되었지만, 완전한 폐지라는 목표와는 아직 거리가 있었다.¹⁵²⁾ 남아 있는 증거로 뒷받침되는 코네티컷 파산법의 역사는 1763년에야 시작되었다. 그해 코네티컷 식민지 의회(Connecticut Colonial Assembly)는 『변제불능채무자구제법(Act for the Relief of Insolvent Debtors)』을 통과시켰다. 이 법의 목적은 아래와 같다. 채무자의 재산 낭비를 막고 채권자의 채권을 보호한다. 구금된 채무자는 상급법원에 채무해결을 신청할 수 있고 수탁자에게 재산을 위탁하여 채권자들에게 배분한 후 자유를 취득할 수 있다. 물론 이 법에는 몇몇 특이한 규정도 있었다. 예를 들면 채무를 면제하는 동시에 신체를 풀어주는데 만약 채무자가 3/4이상의 채무를 상환할 수 없을 경우 7년 동안 채무노역을 하여야 한다.¹⁵³⁾ 그러나 이 법은 통과된 지 오래되지 않아 같은 해에 폐지되었다. 1765년 5월 코네티컷 식민지 의회에서 통과한 『채무사기방지법(Debt Fraud Prevention Act)』도 실시된 지 오래지 않은 2년 뒤에 폐지되었다.¹⁵⁴⁾ 이것은 또한 코네티컷에서 채무자가 채무면제를 받으려는 것은 지극히 어렵다는 것을 의미한다. 1783년부터 1787년까지, 코네티컷 전체에서 단지 10명의 채무자를 채무면제를 받았고 50명의 채무자가 감옥으로부터 자유를 얻었다는 통계가 있다.¹⁵⁵⁾

그 후에, 채무 탕감이나 구금을 면하려고 시도했던 채무자들은 코네티컷 식민지 의회에 그에 상응하는 파산법을 제정할 것을 호소할 수밖에 없었지만, 안타깝게도 코네티컷 식민지 의회는 1787년 5월에 시작된 회기에서야 파산법 입법사항을 토론헬기 시작하였고 지나긴 토론기간은 2년 가까이 지속되어 1787년 미국헌법이 통과되었을 때

149) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 223-224면.

150) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 74면.

151) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 75-76면.

152) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 77면.

153) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 78-79면.

154) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 221-222면.

155) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 81면.

도 코네티컷은 신 파산법을 통과하지 못했다.¹⁵⁶⁾

⑩ 뉴저지(Province of New Jersey)

뉴저지는 초기에 이스트저지와 웨스트저지로 나뉘었다. 그중에서도 이스트저지는 상업적으로 뉴욕에 크게 의존하고 있고, 웨스트저지는 펜실베이니아에 더 가까웠다. 이 때문에 채무정산 문제에 대해서도 뉴저지의 법률체계는 통일되지 않았는데 뉴욕 또는 펜실베이니아와의 거리에 따라 결정되었다.¹⁵⁷⁾

1677년 영국은 『아메리카의 웨스트 뉴저지 식민지 소유주, 부동산 소유자, 그리고 주민들의 특허와 합의(Concession and Agreements of the Proprietors, Freeholders, and Inhabitants of the Province of West Nwe Jersey in America)』라는 령을 반포하였다. “어느 누구도 빚으로 투옥되어서는 안 되며, 그 사업으로 가능한 한 빚을 갚으면 석방시켜 일을 시켜야 한다.”고 명백히 규정하였다. 이 특허장은 위 약속을 포함해 많은 것을 약속해 퀘이커 교인들을 뉴저지 식민지 개척사업으로 끌어들이었다.¹⁵⁸⁾ 이 약속은 퀘이커 지도자 중 한 명인 윌리엄 펜이 주창한 것이다. 그가 “어느 누구도 빚으로 투옥되어서는 안 된다.”는 점을 지지하는 이유에는 그 자신의 경력과 큰 관련이 있다.¹⁵⁹⁾ 이 합의에 따라, 웨스트저지는 펜실베이니아와 마찬가지로 채권자 자신은 채무자를 체포할 권한이 없으며, 채무자가 법원의 판결을 집행할 능력이 없거나 출정을 거부할 경우에만 체포될 수 있으며, 만약 체포 후 모든 재산을 채권자에게 주고 동시에 채무자가 재산을 은닉한 사실이 없음을 증명한다면 채무자는 자유를 얻을 수 있다. 이스트저지의 상황도 이와 유사하나 채권자가 채무자 체포에서 더 큰 주도권을 가진다.¹⁶⁰⁾

하지만 뉴저지에선 채무자 구금해제를 요구하는 목소리가 높았다. 1762년부터 1775년까지 13년간 뉴저지에서 빚을 갚지 못한 채무자 739명이 감옥에서 석방해 달라고 요청했고 연간 50명이 석방된 것으로 집계됐다.¹⁶¹⁾ 이러한 상황에서 뉴저지는 1771년 뉴욕의 채무 탕감 메커니즘을 참조하여 파산법을 공포하였다. 채무자는 채권 총액의 3분의 2 이상을 차지하는 채권자의 동의를 얻으면 10파운드 미만의 생활용품을 보유할 수 있으며 채무자는 면책될 수 있다고 규정했다. 이 메커니즘은 채권자와 채

156) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 221-222면.

157) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 43면; Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 130면.

158) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 87-88면.

159) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 88면.

160) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 131면.

161) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 133-134면.

무자가 합작을 원하는 상황에서는 운영이 잘 되나 소액 채권자가 참가하는 것을 거부하면 채무해결방안은 실적이 없이 종료된다.¹⁶²⁾ 뉴저지는 1775년 1월 1일에야 채무자의 잔여채무를 탕감하는 데 동의한 채권자가 3분의 2 이하인 경우에도 채무자는 면책된다고 하여 이 문제를 완전히 해결하였다.¹⁶³⁾

미국이 독립한 뒤 뉴저지 주 역시 지폐 사용과 채무 보전에 어려움을 겪었다. 1782년 6월 채권자들은 지폐 받기를 거부했고, 대출자들은 법원에 대량의 채무소송을 제기해야만 해서 감옥은 금세 북새통을 이뤘다.¹⁶⁴⁾ 1783년까지 뉴저지는 신 파산법을 통해 1771년의 방식으로 돌아가 채권자의 과반수 동의를 전제로 채무자의 잔여채무를 탕감해 주면서 채무자 구금 방식과 작별을 고했다. 그러나 1787년 가을 이 법안은 또 폐지되었다.¹⁶⁵⁾

⑪ 델라웨어(Delaware Colony)

델라웨어 식민지는 초기 펜실베이니아의 일부였기 때문에, 그 법체계는 1703년 자치 이전에는 펜실베이니아 법체계와 거의 일치했고, 자치 후에도 오랫동안 펜실베이니아 전통이 오랜 영향력을 행사했다.¹⁶⁶⁾

프랭크(Thomas E. Plank)가 보기에 델라웨어의 채무청산법은 비교적 “복잡했다”. 델라웨어 입법기관은 채무자를 구금하는 것을 좋아하지 않기 때문에, 해당 법률은 채무자가 40세 이상이며 아이를 부양하거나 2파운드 이하 빚이 있는 경우 6개월 동안의 노무를 제공할 수 있으며, 채권자가 구금 비용을 지불하는 경우를 제외하고 구금한 채무자를 석방한다. 채무자가 40세 미만이고 아이를 부양하거나 또는 채무액이 2파운드 이하 빚이 있는 경우, 만약 7년의 노무를 제공하면 똑같이 자유를 얻을 수 있다. 그러나 채권자가 이런 노무를 거절할 경우 채무를 바로 면제했다.¹⁶⁷⁾

⑫ 조지아(Province of Georgia)

조지아 식민지 채무청산법은 북미의 초기 식민지 가운데 채무자에게 가장 비우호적인 파산법 체계로 채무자의 채무 면제도, 구금 중인 채무자의 감옥 석방도 허용되지 않았다는 견해가 있다.¹⁶⁸⁾ 분명히 이러한 견해는 사실과 크게 다르다.

162) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 134면.

163) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 134면.

164) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 135면.

165) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 522면; Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 135면.

166) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 45-46면.

167) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 522-523면.

조지아 식민지는 1733년 2월 설립 초기부터 남달랐다. 이 식민지 총독 제임스 오글소프(James E. Oglethorpe)는 영국의 전직 장교이자 자선가로 1722년 영국 의회에 입성했다. 식민지에 대한 그의 기대는 복음을 전파하는 방침에 부합하면서도 대영제국의 영토에 대한 3대 목표와 일치하여 현지 토착민을 정복하고 통제하며 프랑스, 스페인과 경쟁하여 가난 없는 새로운 세계를 건설하는 것이었다. 조지 1세가 등극하고 영국에서 남해거품(South Sea Bubble)이 터지면서 매년 최소 4천여 명의 투기 상인들이 구금되었다. 1730년 오글소프가 의회의 채무자 감옥 조사를 추진한 결과 신세계만이 채무자들에게 새출발(fresh start) 기회를 줄 수 있다는 조사 결과가 나왔다. 오글소프는 그 가난한 채무자 죄수들을 아메리카에 보내 안치할 것을 제안하면서 “그들과 그 가족들은 빠르게 성장해 프랑스인과 인디언들을 상대할 수 있는 우리 영토의 안전 방위력이 되고, 아마와 대마를 심고, 실을 자아 잉글랜드와 아일랜드에 되팔아 우리 산업을 크게 진전시키게 된다.”고 예상했다.¹⁶⁹⁾ 오글소프의 계획은 기독교도 토마스 브레이(Thomas Bray)의 자선단체인 “브레이 박사 협회(Associates of Dr. Bray)”의 후원을 받았고, 단 2~3년만에 여론의 힘을 입어 1732년 6월 국왕의 조지아 특허장 승인으로 이어졌다. 이 특허장에서는 20명의 수탁인을 위탁했는데 그들 대부분은 오글소프 채무자감독조사위원회 구성원이었다. 특허장은 이러한 수탁인에게 21년의 통제권을 부여하였고 기간 만료 후 조지아 식민지 관리권한은 국왕에게 반환하게 된다.¹⁷⁰⁾ 이러한 이유로 오글소프는 아래와 같은 사회실험을 개시하였다. 오글소프는 조지아 피난소의 개척자로 감옥으로부터 최초의 114명의 채무자를 선택하였다. 이 피난소에서 채무자 등 사회 밑바닥 계층 사람들을 모아 산업사회를 재조직해 이들이 이전에 살았지만 실패한 세계 밖에서 새 생명을 얻도록 하겠다는 것이다.¹⁷¹⁾

그 다음 10년간 계속해서 2,500명의 정착자들이 조지아에 왔다. 그러나 오글소프의 생각이 너무 전위적이고 베이컨 같은 선각들이 범죄자들로 식민지를 건설하는 것에 반대했기 때문에 오글소프의 생각은 자연스럽게 이루어지지 않았다. 과거의 채무자들은 채무를 피해 도망가거나 스페인의 침략이 두려워 뿔뿔이 도망가 조지아 식민지를 건설하는 중요한 임무는 복음을 전파하려고 하는 청교도들에게 떨어졌다.¹⁷²⁾ 조지아의 관리권이 왕에게 반환된 후, 조지아는 밀수를 통해 1,000명의 노예를 들여왔고, 후에 노예금지

168) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 522면.

169) [英]R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 250면.

170) [英]R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 250면.

171) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 46-47면. 다음도 보시오 [英]R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 250-251면.

172) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 47면.

법령의 폐지를 추진하여 채무자가 아닌 노예가 조지아 노동력의 주요 원천이 되었다.¹⁷³⁾

이로부터 조지아 식민지 초기 채무 청산법의 단초를 엿볼 수 있다. “범죄”를 일으킨 채무자들을 동원하여 식민지 신세계를 건설하는 과정에서 채무자들에게 매우 관대하고 온화한 입장을 취했던 조지아는 영국 전통의 영향으로 이 정책을 조정하면서 점차 영국 파산법의 경로를 따라 상대적으로 방임적이나 더 공평한 채무법을 설계하였다.¹⁷⁴⁾

⑬ 로드아일랜드(Colony of Rhode Island)

로드아일랜드가 초기 파산입법과 실무에서 채무자들에게 우호적이었던 것은 분명하다. 이미 1718년 식민지 법규에는 파산처리절차가 있었는데 채권자들은 감옥에 있는 채무자들에게 하루 6펜스의 비용을 지불하거나 충분한 일자리를 제공해야 했고, 10여 년 뒤 이 법이 없어져 채권자들의 부담이 줄었다.¹⁷⁵⁾

1747년 식민지 의회는 채무자 감옥의 열악한 상황에 충격을 받아 감옥 시스템을 개선하기로 결정했고, 채무자는 감옥 안에서 감방을 벗어나 아파트에 살 뿐 아니라 그 정원을 향유하게 되었다. 이는 개혁의 첫 걸음일 뿐이고, 로드아일랜드의 채무자들은 점점 자유로워졌고 감옥의 경계가 점점 넓어졌고 채무자의 활동범위도 이 때문에 넓어져 여행, 직장 등 어떤 제한을 받지 않는데 다만 저녁에는 감옥에 돌아가 숙박해야 했다. 이처럼 느슨한 여건은 채무자의 처우를 크게 개선하면서도 남용 가능성을 높여 아예 도망간 채무자까지 있었다. 1755년 식민지 의회는 채무자가 도망가는 것을 막기 위해 채권자에게 채무 총액에 30%의 추가 권리를 주었지만 이는 도움이 되지 않는 듯했다. 식민지 의회는 채무자의 채무자 감옥 남용을 근절하기 위해 별도의 방법을 강구해야만 했지만, 1798년 새로운 법이 통과되기 전까지는 이 상황이 근본적으로 개선되지 않았다.¹⁷⁶⁾

실사 로드아일랜드 채무자들의 감옥이 험령하고 편안할지라도, 이 채무자들이 빚의 멍에에서 벗어나는 것은 그렇게 쉽지 않다. 18세기 중후반, 각양각색의 보고서가 식민지 의회에 들어왔는데 채무자가 4년 동안 3차례 구금된 경우, 채무자가 11년 이상 수감된 경우, 고작 48센트의 빚 때문에 감옥에 간 경우, 심지어 소송비용이 원래 채무액보다 훨씬 많은 경우가 있었다. 그러나 관련 법은 1843년에 이르러서야 수정되었다.¹⁷⁷⁾

173) [英]R. C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 251면.

174) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 47면.

175) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 86-87면.

176) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 87-88면.

177) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 88-89면.

파산법에 대해서 말한다면 로드아일랜드는 1756년부터 파산법을 발전시켰다. 이 법은 채무자가 구금, 은닉 또는 잡적을 불문하고 채무자의 잔여 채무를 탕감해 주고 그 미래의 어떤 소득도 이전 채무와 무관하다고 선언했다. 로드아일랜드는 영국법이 상인들에게만 면제를 허용한데 비해 만기가 돌아오는 빚을 갚지 못하는 거의 모든 채무를 탕감해 주고, 식민지법은 모국법과 일치하여야 한다는 금령을 분명하고 크게 어겼음에도 영국이 로드아일랜드 파산법을 부정하지 않도록 교묘하게 피했다. 이 체계는 1828년까지 운영되다가 새로운 입법으로 대체되었다.¹⁷⁸⁾ 로드아일랜드 사법기관에는 1756년부터 1828년까지 총 2,400건의 파산신청이 접수됐고, 이 중 1788년까지 166건의 신청이 접수되었는데 3분의 1가량 기각된 것으로 집계됐다.¹⁷⁹⁾

이처럼 북미 초기 식민지들의 파산법은 외관은 비슷하나 그 정신은 다르다고 할 수 있으며 시기와 장소에 따라 다르다. 또, 북미 식민지의 초기 각각의 경제, 지리, 기후, 물산, 노동력 등 서로 다른 요인에 의해, 식민지간 파산법이나 채무상환법 발전은 병행하면서 서로 모순되지 않았으나 시기가 달랐다. 그러나 파산이나 채무자해법과 관련된 구체적인 규정은 그 차이가 더 컸고 동일 식민지 내에서도 다른 시기의 관련 법률은 변화무쌍한 상태에 처했다. 이런 요소에서 비롯 영국 파산법의 유전자가 북미 초기 식민지의 파산입법과 실무에 영향을 미친다고 해도 식민지별 발전은 각자의 실정에 따라 좌우되는 경우가 많다. 이런 상황은 결국 북미 초기식민지 간 파산법에 큰 차이를 초래했고, 이런 분리 분할된 국면은 채무자들의 채무상환 회피를 위한 충분한 제도적 공간을 만들었다. 이에 대해서는 다음에서 자세히 살펴본다.

3. 사회문제로서 채무문제와 그 해결 방안

상기 북미의 식민지간 파산법의 거대한 차이 때문에 연방 차원의 파산법을 만들어야 한다는 결론으로 자연스럽게 이끌 수는 없다. 파산법이 다양하다는 점은 오히려 해당 파산법이 더 주의 현실에 부합한다는 것을 입증하는 논거가 될 수 있다. 이런 상황에서 파산법의 연방화는 어떤 강력하고도 끊임없는 동력에서 나올 수밖에 없다. 또는 파산법의 연방화는 분명 더 강력하고 충분한 이유가 있으며, 분명 보다 근본적인 이익에서 생기는 동력을 가지고 있을 것이다. 이 절에서는 미국 연방 차원에서 파산법을 제정할 가능성이 있는 잠재적인 이유를 발견하고 요약하고자 한다.

178) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 91-92면.

179) Peter J. Coleman, 앞의 책(각주 30), 95-96면.

북미 13개 식민지의 독립 전쟁(American Revolutionary War)은 1775년에 시작되었다. 1776년 7월 4일 대륙회의(Second Continental Congress)에서 토머스 제퍼슨(Thomas Jefferson)이 집필한 『독립선언서(Declaration of Independence)』가, 1781년 3월 1일 『연합규약(Articles of Confederation and Perpetual Union)』이 발효되면서 연방체제를 기반으로 한 미국이 탄생했다. 파산법의 경우, <연합규약> 하에서는 파산사무의 입법권을 중앙에서 규율하는 어떠한 규정도 없기 때문에, 이론적으로는 각각의 주에서 파산사무에 관한 입법권을 유지하였다. 사정이 이렇다 보니 식민지들의 파산입법과 사법은 따로 놓고 있는 현상이 여전했다.¹⁸⁰⁾

(1) 주내채무¹⁸¹⁾

앞서 서술한 바와 같이, 식민지 내부의 채무 문제는 일찍이 북미 식민지 개척과 함께 그림자처럼 따라다녔다.¹⁸²⁾ 다니엘 비커스(Daniel Vickers)의 연구에 따르면, 북쪽 식민지들의 농업 경제 형태에서 채권채무 문제는 이미 매우 흔했다. “농민들이 다른 사람들과 쌓아놓은 대량의 채권채무 관계를 현금으로 지불하거나 상계하는 방식으로 해결하는 경우는 매우 드물며 그들은 1:1로 직접적으로 상환할 수밖에 없었는데 가끔은 노동으로 상환하고 더 많게는 설비 또는 상품으로 상환하였다.”¹⁸³⁾

비어드(Charles Beard)는 매디슨(James Madison)의 <페더럴리스트(Federalist, 联邦党人文集)> 제10편에서 계몽경제적 이익이 헌법에 대한 사람들의 다른 태도를 결정한다고 보았다. 비어드의 관점에서 상인, 대금업자, 자본가 등이 헌법을 옹호하는 반면 노예가 없는 농민과 채무자가 헌법을 반대한다는 점에서 헌법이 “이득을 얻으려고 하는 하나의 경제적 이익집단의 산물에 불과하다.” 비어드는 이러한 헌법 시행에 따른 일반적인 개선에 따라 농민과 채무자도 사실상 이익을 보았다고 강조했다.¹⁸⁴⁾ 이러한 견해는 미국 제헌회의의 “파산조항” 입헌을 보다 설득력 있게 분석하는 도구일지도 모

180) Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 12-13면.

181) 미국 독립 후 각 주는 채무문제에 부딪히게 되었다. 공채도 있고 사채도 있었는데, 공채에는 연방 공채도 있었고 각 주의 공채도 있었다. 그러나 “파산조항” 입헌 차원에서는 공채와 이 조항 입헌 간 직접적인 관련이 있음을 증명하기에 충분한 근거가 없다. 공채문제로부터 공채 채권자가 전국 통일 파산법을 통과하여 권익을 보호하고자 시도하려는 의도도 추리하기 어렵다. 설령 그렇다고 하더라도 공채문제와 “파산조항” 입헌간 인과관계가 존재하는지 여부는 별도의 전문 논문에서 논증하고 토론하여야 한다. 이러한 이유에서 이 논문에서는 사채문제가 “파산조항” 입헌에 끼칠 수 있는 영향만을 토론하고자 한다.

182) 상세내용은 [美] 威廉·布拉福德, 앞의 책(각주 63), 51, 99, 111, 124면 참조.

183) 丹尼尔·维克斯, 앞의 책(각주 72), 169면.

184) [美]查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 23-25면.

른다.

비어드가 보기에 미국 제헌기의 남부 대농업가와 소농은 일치한 이익이 없다. 서부 지역에서 대량의 토지는 결국 투기꾼에게 넘어가고, 소농은 토지점유 문제로 부채에 빠질 수밖에 없고, 도시자본가들이 제공하는 자본에 의존해 자원을 개발해야만 했고, 이로 인해 상황이 처참한 도시주민과 나란히 미국 제헌 전후 채무자계급으로 되었다. 그 수가 매우 많은 채무자계급은 나아가 폭동 등 여러 가지 방법으로 주의회에서 채무자 구제 방안의 통과를 추진하였다. 예를 들어 채무자 구금 폐지, 채무상환 유예 법률 제정, 채무자가 중재위원회에서 평가한 가격에 따라 토지를 수령하는 것을 요구한다. 이런 방안은 채무자가 자신의 비참한 지위를 인지하고 동시에 법적 보장을 추구한다는 것을 설명한다.¹⁸⁵⁾

그러나 문제는 제헌회의(Constitutional Convention) 대표 중 채무자 계층의 대변인은 지극히 제한되어 있었다. 비어드의 통계에 따르면 오직 다음과 같은 제헌회의 대표만이 채무자의 이익을 대변했다. 조지아에서 온 아브라함 볼드윈(Abraham Baldwin)은 “1787년 그의 아버지가 사망했을 때, 그는 빚을 갚을 수 있었고 ‘위대한 계획’에 따라 자신의 재력으로 6명의 이복 동생들을 교육할 수 있었다.”¹⁸⁶⁾ 사우스캐롤라이나가 아닌 조지아 출신의 윌리엄 퓨(William Few)는 아버지의 빚에 쫓돌리는 상황이 낫설지 않았는데 “아버지가 여전히 재기할 수 없었고 부채가 가득했기에 푸는 그의 사업을 승계하였다.”¹⁸⁷⁾ 메릴랜드에서 온 루터 마틴(Luther Martin)은 채무자에게 강한 동정심을 가지고 있었고 “그는 항상 가난한 채무자에 동정을 표하며 절대적으로 지폐 발행을 금지하거나 제한적으로 계약을 바꾸는 것을 원치 않았다. 그는 메릴랜드 주의 헌법 비준을 반대하는 가장 유력한 인물이었다.”¹⁸⁸⁾ 에드먼드 랜돌프(Edmund Randolph)는 채무자로 보기는 어렵다. 그는 숙부로부터 적지 않은 재산을 승계하였으나 그 재산 자체에도 부채가 있었다. 더 심각한 것은 그가 미국제헌회의 후 해밀턴(Alexander Hamilton)에게 거금을 상환하지 못하고 창피를 무릅쓰고 1703년 4월 3일 해밀턴에게 서한을 보내 기한 연장을 요청한 점이다.¹⁸⁹⁾

이런 형세는 당연히 채무자 계층의 이익이 제헌회의에서 제대로 전달되지 않게 하였다. 비어드는 미국 재정제도의 설계자인 알렉산더 해밀턴에 대해 다음과 같이 언급했다. “수천만의 소농, 채무자, 노동자가 그의 정책에 반대했는데도 그들은 조직도 없고

185) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 33면.

186) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 64면

187) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 73면.

188) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 98-99면.

189) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 106면.

일관된 이해 의식도 없어 새 정부의 의회에서 힘이 없었다. 그들 중 일부는 현존하는 법에 의해 시민권을 박탈당했고 동시에 그들은 언급할만한 지도자도 없었다. 그들의 이익을 위해 분투하는 것은 그때 당시로서는 아직 권력과 영광을 얻는 길이 아니었다. 제퍼슨 같은 민첩하고 유연한 리더쉽과 그의 지도 하에 연합 기구를 만들어야만, 이러한 복잡한 작은 이익 집단들을 단결해 연방파에 대항할 수 있다.”¹⁹⁰⁾ 비어드는 “하지만 해밀턴이 재직하는 동안 이러한 작은 이익집단의 대표들은 그의 정책을 공격하기 시작했다. 그 공격 중에 해밀턴의 일반 공채 채권자와 금융인에게 혜택을 주는 각종 조치는 그의 개인재산을 증식하기 위한 것이라는 비난이 나왔다.”고 썼다.¹⁹¹⁾

이러한 상황에서 슈에즈 반란 및 다른 지방의 유사한 움직임이 미국 여야에 초래한 영향을 고려할 때 제헌회의 대표들이 채무자 계층의 목소리에 귀를 막았다고 하는 것은 이치에 맞지 않고, 파산 문제는 사회문제로서 제헌회의 대표들의 눈에 띄지 않기 어려웠다.

(2) 주간 채무

미국 독립 초기에 각 주 간의 무역이 점점 빈번해졌다. 주 간 무역이 활발해지면서 각 주의 파산법 부재는 상업 발전의 발전을 제약하는 고질이 되었다. 브래들리 한센(Bradley Hansen)이 요약한 18세기 각 주의 파산법 혼란 상태는 미국 독립 초기의 각 주의 무역에도 적용되었다. 첫째, 주별 파산법은 각기 장단점이 있고 각양각색이어서 주마다 달랐다. 둘째, 많은 주의 파산법은 다른 주 채권자에 대한 차별을 나타낸다. 셋째, 많은 주의 파산법은 같은 계층의 채권자간 균등상황이 아닌 재산분배에서 선착순 원칙을 따랐다.¹⁹²⁾ 각 주의 파산법은 천차만별이었는데 채무면제, 균등분배 등 현대 파산법 제도가 없을 뿐만 아니라 채권자간의 악성 경쟁을 좌시하고 주 외 채권자의 이익에 큰 손상을 입혀도 무관심하여 주 간 무역의 예견성을 떨어뜨렸다.¹⁹³⁾

주 경계를 넘어 파산하는 것은 결코 허황된 일이 아니다. 각 주 파산법이 모습은 비슷하나 실질이 다른 점은 북미 식민지 간의 경계를 넘나드는 파산 문제를 직접적으로 야기한다. 만약 채무자가 다른 식민지에서도 투자하고 있다면, 해당 사법 절차가 채무자들을 구급의 고통으로부터 보호할 것인가?

190) [美]查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 82면.

191) [美]查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 82면.

192) Bradley Hansen, “Commercial Associations and the Creation of a National Economy: the Demand for Federal Bankruptcy Law”, *Business History Review*, Vol.72, Spring 1998, p. 93.

193) Bradley Hansen, 앞의 논문(각주 192), 88면.

다른 식민지에서 온 채무자가 코네티컷의 경계에 들어간 후 구금되지 않도록 코네티컷의 보호를 구하려고 했다고 코네티컷의 기록이 증명한다.¹⁹⁴⁾ 스토리는 주별 파산법의 다양화는 “지방 제도에는 수많은 종류와 목적의 차이가 있을 수 있으며 공공연한 불공평과 불평등을 초래하고 인근 주에서 불화와 불만이 발생할 수 있다”고 주장했다.¹⁹⁵⁾

뉴욕에서도 비슷한 상황이 있다. 한 유명한 사례에서는 채무자가 자신의 동산, 부동산을 저당한 후 재무적 어려움에 처했을 때, 아예 ‘뉴아마스테어(New Armastra)’ 식민지로 이주하여 채권자를 따돌려 결국 채권자는 밀천까지 다 날리게 되었다. 이 사안에서 뉴욕 식민지 총독은 경고문을 발부하여 채권자의 인지 및 동의가 없는 상기 매각행위는 무효라고 선포하였다. 잠재적인 양수인도 정식 통지를 받기 전 전부 지급하지 않도록 경고받았으며 그렇지 않을 경우 추가로 채권자에게 지급할 가능성도 있다고 했다.¹⁹⁶⁾

그러나 1786년 9월 펜실베이니아에서 있었던 *James v. Allen* 사건은 북미 식민지 간의 경계를 넘나드는 파산 문제를 사법 기구의 전면에 드러냈다. 이 사건에서 뉴저지 법원은 채무자 구금 명령을 발부했지만 필라델피아 항소법원(Common Pleas Court of Philadelphia County)은 해당 명령이 필라델피아를 포함한 뉴저지 밖에서 모두 무효라고 결정하며 해당 명령의 승인을 거부하였다. 1788년 1월 결정된 *Millar v. Hall* 사건에서도 펜실베이니아 최고법원(Supreme Court of Pennsylvania)은 메릴랜드 법원에서 결정한 채무면제령을 대면하게 되었다.¹⁹⁷⁾ 펜실베이니아에서 파견한 제헌회의 대표 인겔손(Jared Ingersoll)이 바로 이 두 사건의 대리인이다.¹⁹⁸⁾ 그는 뉴저지 채무자 석방방법에 따라 구속된 채무자를 석방하는 명령이 유효한지 확인하도록 펜실베이니아 법정에 요청했고, 메릴랜드 법에 따른 채무면제 명령이 유효한지 확인하도록 펜실베이니아 법정에 요청하였다.¹⁹⁹⁾

연방체제 하에서 각 주의 파산법 체계는 대체로 초기 북미의 여러 식민지의 것들을 유지했는데, 영국 파산법에서 비롯된 것도 있었고, 주마다 자기 사정에 따라 형형색색의 조정도 했다. 이런 이유로 스토리는 다음과 같이 지적한다.

194) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 224면.

195) [美] 스토리著, 앞의 책(각주 34), 331면.

196) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 41-42면.

197) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 224-225면.

198) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 225면.

199) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 529면.

이 권력이 배타적으로 각 주에게 주어진다면, 각각의 주들은 자기 주의 이익 추구에 가장 적합한 파산과 부채상환불능에 관한 법과 제도를 마음대로 만들 것 분명하다. 이런 상황에서 제도적 또는 운영적 통일성을 기대할 수는 없다. 한 주는 전면적인 채무 면제 제도를 제정할 수 있고, 다른 주는 제한적이거나 임시적인 제도를 만들 수 있으며, 한 주는 계약 의무를 면제할 수 있으며, 다른 주는 단지 감금을 면제할 수 있고, 다른 주는 더 제한적인 임시 구제를 채택할 수 있다. 다른 주는 구제와 관련하여 어떠한 조치도 채택하지 않을 수 있다. 어떤 주 법률은 보증이나 판결을 받은 채권자 등 특정 채권자에게 부당한 혜택을 부여할 수 있고 다른 주에서는 채무를 평등하게 취급하고 차별 없이 모든 채권자 사이에 비례적으로 분배할 수 있다. 어떤 주는 자기 주 밖에 거주하는 모든 채권자와 상대적으로 비교하여 자기 주에 거주하는 채권자를 우대하여 자기 주의 채권자가 채무자의 재산으로부터 완전히 우선적인 상황을 확보할 수도 있다. 또 다른 주는 더 관대한 정의로 주 내외의 모든 채권자들에게 혜택이나 우열 없이 평등하게 상환할 수도 있다.²⁰⁰⁾

이런 주 간 파산법의 경쟁은 적나라한 불공평과 불평등을 초래했고, 각 주 사이에 공공연하게 불평등을 만들었으며, 심지어 “범위를 확대하여 멀리 있는 채권자가 채무자 재산에 대한 공평배분보다는 협소한 혜택제도가 그들의 잠정적인 이익과 평판을 더 안전하게 고려한다고 여기는 많은 정치인들을 주마다 볼 수 있었다.” 스토리는 주마다 주내 파산법이 제정되도록 방지하면 주별 파산법이 주 주민에게만 구속력이 있으며, 그 주 밖에 거주하는 채권자들과 그 주 밖에서 맺은 채권채무관계는 주별 파산법의 보호를 받지 않는다고 지적했다. 스토리는 이것은 다른 주 채권자의 이익만 크게 훼손하는 것이 아니라 자기 주의 채무자가 다른 주에서 끝없는 채무불이행 소송으로 귀찮게 될 것이라며 “이런 상황 자체가 큰 재앙”이라고 생각했다. 이는 분명 미합중국이 주 간 무역을 장려하는 건국정신과 배치되며 “경영에 활발하게 참여하는 사람들은 합중국의 여러 주에 채무자 또는 채권자가 없는 경우는 드물다. 각 주는 이런 재난을 구제할 수 없다. 이것은 합중국의 권력만이 충분히 교정할 있다.”²⁰¹⁾ 이러한 이유로 스토리는 연방 차원에서 전국적으로 통일된 파산법을 제정하는 것이 “조화를 유지하고 정의를 촉진하며 모든 주의 공민들 사이의 권리와 구제의 평등을 확보하는 데 도움이 될 수 있다.”고 생각했다. “합중국 정부에 권한을 부여하고 통일된 제도를 도입하여 이를 영구화하는 것 외에 다른 적절한 보완책이 없다.”²⁰²⁾

재계는 각 주의 파산법에서 흔히 볼 수 있는 주 외 채권자들의 이익에 대한 차별을 없애고 상업 실패를 최소화하면서 여신 융자의 원가를 가능한 한 낮출 수 있는 더 높은

200) [美] 스토리, 앞의 책(각주 34), 331면.

201) [美] 스토리, 앞의 책(각주 34), 331-332면.

202) [美] 스토리, 앞의 책(각주 34), 331면.

등급의 파산법이 절실히 필요했다.²⁰³⁾ 이러한 실무의 수요를 감안하여, 주 간 무역의 기초는 채무청산 원가를 대폭 절감하기 위하여 연방차원의 통일된 파산법을 필요로 했다.

(3) 국제채무

북미 식민지 초기의 채무청산법을 논하자면 우선 북미 식민지와 영국의 법률 관계에 대해 어느 정도 파악해야 한다. 우리는 북미의 식민지들이 기본적으로 국왕의 특허장 방식으로 세워지고, 특허장의 라이선스나 규정이 각 식민지와 영국 본토의 관계를 확정하는 기본규약이 되었다는 것을 알고 있다. 18세기 초기에 식민지에 대한 영국의 관심은 그리 크지 않았다. “식민지가 재무부의 부담이 되지 않는 한 . . . 대신들이 식민지의 내부 구조에 관여하는 일이 적었던 것은 사실이다.” 1729년이 지나서야, 영국 의회는 비교적 자주적으로 식민지를 위한 입법을 공포하였다. “의회는 관심이 특허장 또는 식민지의 정치적 지위, 헌법적 지위가 아닌 식민지의 상업이었다.”²⁰⁴⁾ 관례에 따라 식민지 시대 영국 추밀원에서는 각 식민지의 일반적인 사항에 대한 입법만 가능할 뿐 특별법은 허용되지 않으며, 각 식민지의 입법은 반드시 사전에 추밀원의 승인을 받아야만 효력이 발생한다.²⁰⁵⁾

그럼에도 불구하고 영국의 보통법은 여전히 미국 초기 경제사의 중요한 구성 부분이 되고 있고, 영국식 거래 규칙, 시장 관리 방식, 취업 정책 그리고 심지어 가격 규제와 같은 법들은 식민지 개척자들에 의해 북미 식민지에 이식되었는데 “그들은 자연스럽게 자신들이 익숙한 시스템을 재건하기를 원하였다.”²⁰⁶⁾ 이러한 법적 틀은 결국 식민지가 국제 시장(특히 영국 시장)의 필요에 따라 전문화된 생산 모델을 점진적으로 발전시킬 수 있게 했다. 이 같은 생산 모델은 식민지 산출물을 점차 정형화되게 할 뿐만 아니라 식민지와 영국 본토와의 채권 채무 관계를 복잡하게 만들었다. “초기의 버지니아 사람들은 몇몇 경로를 통해 런던의 회사에 채무를 상환해야 했다. 플리머스 식민지들은 회사를 내부적으로 재편해서 모피와 다른 식민지 제품들은 영국으로 보내 상환을 충당할 수 있었다.”²⁰⁷⁾

203) Bradley Hansen, 앞의 논문(각주 192), 86-87면.

204) [英] R. C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 314면.

205) 사실상, 이런 상황은 아래와 같은 새로운 현상을 초래하였다. 식민지가 의회에서 부여한 경제특권을 취득하기 위하여 또는 위협이 되는 무역입법을 막기 위하여 대변인을 고용하여 배후에서 의회를 움직이거나 필요할 때 의원에게 뇌물을 쥐 매수하였다. “이런 대변인 또는 대표는 수도에 거주하면서 장기적으로 이 지역에 의해 고용되거나 그곳에서 정부와 의회 위원회를 향해 쟁론, 청원하거나 또는 증거를 제공하였다.” [英] R. C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 315면.

206) [美] 乔纳森·休斯 / 路易斯·凯恩, 『美国经济史』, 杨宇光 / 吴元中 등 역, 第8版, 格致出版社, 上海人民出版社 2013年版, 44-48면.

1650년대 후반부터 영국과 프랑스 사이에서는 장기간의 전쟁이 발발했는데, 연이은 전쟁은 극심한 국제 채무 문제를 초래했다. 당시 영국은 본토 밖에 있는 어떤 식민지에도 주화를 주는 것에 동의하지 않았고, 모든 북미 식민지와 영국 본토 간의 상업 무역을 반드시 현금을 사용하여 지불해야 했다. 이런 상황에서 서인도군도와 남유럽과 교역이 있는 일부 식민지는 일정량의 화폐를 취득하여 런던과의 채무를 청산할 수 있었고, 체사피크 지역처럼 통화원(source of currency)이 없는 식민지는 영국 상인들의 채무자로 남아 현금이 점차 줄어드는 것을 보고만 있을 수밖에 없었다. 이런 상황에서 식민지 내부에서는 실물이 화폐 이외의 일반 등가물이 되어가고, 심지어 사설은행이 1681년에 은행권을 발행하고, 현실적 필요에 어쩔 수 없이 매사추세츠는 1691년에 지폐를 발행해야만 했다. 이런 방식이 급속히 식민지들 사이에서 퍼졌고 신용어음[取款凭单, bill of credit] 등 어음도 점차 보편적인 무역매개물로 되었다. 그러나 영국 상인들로 대표되는 역외채권자들은 어음이나 지폐에 관심이 없었고, 1720년대에 디폴트 문제가 빈발하면서 지폐문제는 북미 식민지 전체의 가장 큰 골칫거리 중 하나가 됐다. “경제지위가 낮은 소농장주들은 채무자로서 화폐가격 절하로 불리한 영향을 받지 않았으므로 지폐발행을 찬성했고 다른 쪽에서는 큰 상인들이 보통 채권자인데, 그들은 사람들이 그들에게 진 빚을 지폐로 지급하는 것을 원치 않았다.” 이런 상황에서 지폐 문제를 쟁점으로 한 채권 채무 문제는 당시 북미 식민지와 영국 본토간 분쟁의 초점이 되었다.²⁰⁸⁾

이 문제는 18세기 내내 북미 식민지와 영국 본토 상업계에서 논란이 됐던 문제였다. 식민지의 발달로 영국 본토는 식민지 지폐 발행에 대해 일반적으로 제한은 하되 금지하지 않는 정책으로 영국 본토 상인들의 이익을 보호하고 영국 본토의 반대자들을 달랬다. 1764년에 이르러서야 영국 의회가 행동을 취했다.²⁰⁹⁾ 1764년 9월부터 영국은 식민지가 발행한 지폐를 사채나 공채 상환의 매개체로 사용하는 것을 금지했다. 이 정책이 공포된 후 북미 식민지는 1760년 이후 장시간 지속된 불황에 빠졌고 주화가 극히 부족했고 경기가 부진했다. 영국의 강경한 정책은 미주의 통화와 화폐 공급문제에 도움주지 못할 뿐만 아니라 영국은 식민지에 대해 극히 잔혹하다는 인상을 주고 식민지들의 미움을 샀다.²¹⁰⁾

18세기 중엽에 이르러 식민지의 대규모 개발이 계속되면서 북미 식민지들은 영국

207) [美] 乔纳森·休斯 / 路易斯·凯恩, 앞의 책(각주 206), 36면.

208) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 223-224면.

209) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 264-265면.

210) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 386-387면.

본토와 상업적으로 점점 더 긴밀해졌다. 통계에 따르면 1768-1772년 사이에 식민지와 영국 본토 및 기타 국제시장과의 연계는 아래와 같은 추세였다. 수출에서 북미 식민지의 56%가 영국 본토로, 44%가 서인도 군도와 남유럽에 수출되었다. 수입에서는 북미 식민지 수입무역 중 80%를 영국 본토가 점하고 서인도군도와 남유럽이 겨우 20%를 점한다.²¹¹⁾ 이 수치들은 북미 식민지가 영국 본토와 상업 무역에 있어 극도로 긴밀한 관계를 맺고 있다는 것을 보여주기에 충분하다.

이런 구도에서 북미 식민지는 국제무역에서 완전히 적자를 기록했고, 수지 차익을 고려하면 북미 식민지의 연간 순부채가 40,000파운드가 되고, 영국의 상업 신용대출이 점차 북미로 옮겨가는 전체 수지에서는 식민지는 영국 본토와의 상업무역관계에서 혜택을 톡톡히 받았다.²¹²⁾ 이에 남쪽 식민지의 상인이나 브로커들이 대출에 의거하지 않거나 또는 영국 본토 금융기관 대리인이 아닌 경우는 극히 드물다. 이들 대리인은 본토에서 자금을 조달하는 한편 식민지 현지에서 원료를 사들여 완제품을 만들어 팔았다. 이 경우 경제 상승기는 몰라도 역주행 주기에서는 북미 식민지의 큰 부담이 된다. 이로 인해 1750년대 “남부의 장원주들은 이미 빚더미에 올라 앉았다.”²¹³⁾

심각한 부채는 북미 식민지의 독립을 자극하는 중요한 요소가 되었다. 1776년 당시 영국 상인들은 북미 식민지가 연체한 빚이 250만 파운드에 달해 북미 식민지가 1인당 1파운드씩 빚진 것과 맞먹는다고 당시 구매력으로는 턱없이 높은 부채비율이다.²¹⁴⁾ 이 수치는 과장된 것일지 몰라도 당시 북미 식민지가 짊어진 무거운 국제 채무를 보여준다. 다음과 같은 논평까지 나왔다.

영국 상인에게 거액의 빚을 진 남부인들은 독립이 채무 회피의 절호의 기회임을 깨달았다. 이러한 추리는 식민지의 번영이 거짓이라는 것을 의미하며 미래를 담보로 하는 것을 통해 이루어졌음을 설명한다. 영국의 대출이 그들로 하여금 공업 제품과 노예를 구매할 수 있게 하였고 일부 농장주들이 과도한 확장으로 장기 부채를 지고 있지만 남측을 전체로 보면 외채 규모가 지나치게 크지는 않았다. 남쪽 지역에서 수출의 연평균 가치가 채무보다 많았다. 많은 장원주들은 큰 위험을 부담하지 않았고 그들이 부담한 부채는 소득과 비길 때 적당하다고 할 수 있다. 남부인들은 영국이 투입한 자본에 과도하게 의존하지 않았다. 1770년대 내부 채무(남부인들 사이의 대출)로 인해 외채는 극히 적었다. 이것은 남부인들이 자신들의 자원으로 그들의 지속적인 경제성장을 위한 용자를 받을 수 있다는 것을 의미한다. 남부 지역의 번영은 미래를 저당잡히고 소득이 지출을 감당하지 못하는 장원

211) [美] 乔纳森·休斯 / 路易斯·凯恩, 앞의 책(각주 206), 41면.

212) [美] 乔纳森·休斯 / 路易斯·凯恩, 앞의 책(각주 206), 43-44면.

213) [英] R.C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 263면.

214) [美] 乔纳森·休斯 / 路易斯·凯恩, 앞의 책(각주 206), 63면.

주들에 의해 얻어지는 것이 아니라, 그 지역의 농장과 장원의 산출, 특히 대서양 건너 세계 각지의 대량 수요가 있는 농작물 생산 능력에 의존한다.²¹⁵⁾

〈알비언의 씨앗: 미국의 네 가지 영국 풍습(*Albion's Seeds: Four British Folkways in America*)〉의 한 논설에서도, 피셔(David H. Fischer)는 국제 채무가 아메리카 대륙 사회에 주는 엄청난 압박을 다음과 같이 썼다.

“... 버지니아의 대가족 다수가 빚더미에 빠졌다. 심지어 가장 부유한 장원주도 영원한 채무자이다. 노미니 장원의 로버트 카터는 영국 채권자에게 큰 빚을 졌다. 1758년에 그는 “나의 땅과 노예의 산출은 그들 자신을 유지하는 데 드는 비용을 다 지불하지 못한다.”라고 썼다. 그는 종종 사업을 유지하기 위해 약간의 자원을 매각해야만 했다. 버지니아 사채의 규모는 영국령 북미의 다른 곳보다 크다. 독립전쟁 이후 공식 데이터에 따르면 미국인들이 영국 채권자들에게 진 빚은 3백만 파운드에 이른다. 이 중 절반(약 140만 명)은 버지니아의 장원주에서 왔고 나머지 절반도 인근 메릴랜드 지역에서 왔다. 1776년 적어도 열 명의 버지니아 귀족들이 영국 채권자에게 진 빚이 5천 파운드에 달했고 이 빚은 큰 액수였다. 그리고 많은 사람들이 부채도 1,000파운드를 초과했는데 이 중에는 조지 워싱턴과 토마스 제퍼슨이 있었다.”²¹⁶⁾

1760년대 북미 식민지를 휩쓸었던 대공황은 영국의 국가 지출을 직접적으로 대폭 증가시켰고, 1762년 말 영국 국채는 1억 4천만 파운드에 달했는데 1750년대의 거의 두 배에 달했다. 재정 지출도 1757년의 1,600만 파운드에서 1762년의 2,400만 파운드로 올랐으며, 영국의 정치가들도 그 당시에 영국을 파산시키거나 북미 식민지로부터 새로운 세금을 징수하여 재원을 넓히는 수밖에 없다는 것을 잘 알고 있었다. “전쟁기간 동안 영국은 식민지에서 상당한 돈을 썼기 때문에 식민지로부터 새로운 세금을 징수하는 것은 합리적이며 사람들이 바라던 것이다.”²¹⁷⁾ 그러나 과세를 시작하면서 식민지에서 고조되고 있는 자립의식과 정면 충돌하게 된다. 게다가 1770년대 이후 소농장주, 부유한 상인과 장원주들은 현금과 여신의 부족에 대해 극도로 불평했고 정치적으로 날이 갈수록 강경해지고 급진적으로 되어 북미대륙에서 영국식민을 대항하는 주요 세력으로 되었다. 시몬스가 밝힌 것처럼 “피해가 가장 크고 반항이 가장 큰 사람들 중 땅이 없고, 재산이 없는 사람들보다 지위가 상승 중인 장인, 변호사, 상인, 장원주들이 점점 더 많아졌다. 미주 경제가 여전히 영국 경제와 밀접하게 연결되어 있기 때문에, 모국의

215) 拉塞尔·R. 梅纳德, 앞의 책(각주 110), 224면.

216) [美] 大卫 / 哈克特 / 费舍尔, 『阿尔比恩的种子: 美国文化的源与流』, 王剑鹰 译, 广西师范大学出版社2018年版, 495-496면.

217) [英] R. C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 380-381면.

여신 위기는 식민지 동전의 급속한 고갈, 무역 침체, 수요 위축, 나아가 무역과 일자리의 감소로 이어졌다. 식민지 후기의 이런 뻘한 구도는 상인들에게 파산과 불황을 초래했고, 장원주 특히 남쪽의 경우 그 기간 동안 노예 수입에 많이 투자한 사람들과 농장주들에게 점점 더 많은 빚을 안겨주었다.”²¹⁸⁾

북부 식민지에서도 이런 상황은 잘 풀리지 않았고 북미 식민지의 경제는 영국 본토의 금융기관과 긴밀하게 연결돼 있었다. 북부의 식민지 상인들은 대부분 독립하여 영국 본토 회사의 대리인 노릇을 하지 않았지만, 북미 식민지와 영국 간 무역 적자의 확대에 의해 대량의 염가 상품이 끝없이 쏟아져 들어오고, 새로 쏟아져 나오는 작은 경쟁자들은 판촉을 위해 가격인하, 경매, 심지어 소매상에게 직접 매각하는 등 갖은 방법을 사용했다. 이러한 무질서한 경쟁은 대상인들의 상황을 점점 힘들게 했고 재원이 계속해 빠져나가게 했다. “수입상들은 많은 대출을 받을 수 있지만 가격이 폭락할 때 채권자는 채무자에게 상환을 독촉하게 되어 파산과 재산압류라는 결과를 초래했다.”²¹⁹⁾

1784년 이후, 영국 금융기관들은 미국 상인들을 위한 대출을 대폭 줄였고, 미국 본토의 상인들은 채권자들의 만기채무를 지불할 충분한 현금이 점점 부족해졌다. 이런 상황은 1785년 이후 채무 위기가 점점 심각하게 만들었고 “토지사용 및 개선과 관련된 채무는 도처에서 증가하고 있었고, . . . 제당 및 캔디 생산, 설탕압축, 종이제조, 담배제조, 도자기제조 등 대규모 생산업체에서는 대량의 자본지출이 필요했고 1785년 심각한 타격을 입어 파산하게 되었는데 대다수 모피 및 목재 수출상인도 피하지 못했다.”²²⁰⁾

이런 상황을 감안할 때 미국은 파산법 제정을 위한 권력을 중앙으로 돌릴 필요가 있었다. 스토리는 각 주가 주내 파산법을 제정하도록 내버려두면 연방 차원의 적절한 조치 이전에는 미국의 상업 신용을 해치는 것은 물론 미국 채권자에 대한 외국의 보복을 초래할 수 있다고 지적했다. 스토리는 “연방 정부가 적절한 법을 정하도록 권한을 부여받아 파산사건에서 호혜와 평등을 주지 않는 한 주 입법이 부당한 내적 혜택과 편파를 통해 외국에게 보복을 강요하고, 외국은 합중국 내 채권자들이 파산사건에 평등하게 참여하는 것을 허용하지 않고 밀어내 버리는 위험이 발생한다. 따라서 이러한 권력의 존재는 첫째 주의 부당한 입법에 대한 제어이고, 둘째 외국인이 상거래에서 당한 모든 억울함을 치유하는 수단으로써 매우 유용하다.”²²¹⁾

막대한 양의 주 내 채무, 주 간 채무와 국제 채무를 직면한 식민지 시기, 나아가 「연

218) [英] R. C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 417면.

219) [英] R. C. 西蒙斯, 앞의 책(각주 56), 263면.

220) 卡西·马特森, 앞의 책(각주 81), 288면.

221) [美] 斯托里 저, 앞의 책(각주 34), 332면.

합규약」 아래에서 각지의 파산 입법과 사법 경험은 채권자와 채무자에게 고통을 주었을 뿐만 아니라 제헌 선현들을 두려움에 떨게 하였다.²²²⁾ 연방체제 하에서 주가 강하고 중앙이 약해 이로 인해 미국 정치체제는 불안정했다. 「연합규약」에 따르면, 각 주간에 느슨한 연계만 있고 중앙정부는 하나의 일원제 입법기관만 있을 뿐 집행기관도 없고, 사법기관도 없으며 중앙 정부는 상업을 통제할 권리도 없고 과세할 권리도 없다. 주의 입법기구는 “사실상 어떠한 제한도 받지 않으며 사법의 통제도 받지 않는다. 사유 재산 권리는 여러 법률과 채무자 편의를 돕는 여러가지 장치로 타격을 받는다.”²²³⁾ 이때부터 각 주의 실업계는 연방 권력을 강화할 것을 호소했고 회의를 소집해 근본적인 문제를 해결할 것을 호소했다. 의회 입법과 각 주 승인이라는 일반적인 방식으로 구제를 받지 못하자 각 주의 지도자들은 다른 길을 찾기 시작했는데 각주 대표를 초청해 아나폴리스 회의(Annapolis Conference)에 참석해 전국의 무역과 상업제도를 토론할 것을 요구했다. 이 회의는 참석자 수가 적어 어떤 결의를 이루지 못했지만 미국 정치개혁에 또 다른 가능성을 열어줬다.²²⁴⁾ 1787년 미국 각주 대표들이 『연합규약』 개정을 명분으로 필라델피아에 모인 뒤, 암암리에[瞒天过海] 『연합규약』을 뒤로 짓히고 제헌의 길로 나섰다. 이것이 미국 헌법이 제정된 배경이자 미국 헌법의 “파산조항” 입헌의 직접적인 배경이다.

4. 제헌회의와 ‘파산조항’의 입헌

제헌회의록의 부재로 산발적인 사료를 통해 미국 제헌 선현들의 “파산조항”에 대한 변론과 사고를 살펴볼 수밖에 없다.²²⁵⁾

222) Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 776면.

223) [美] 查尔斯·A. 比尔德 저, 앞의 책(각주 80), 49면.

224) [美] 查尔斯·A. 比尔德 저, 앞의 책(각주 80), 51-56면.

225) 일부 제헌회의의 대표들은 재헌회의의 기록 자체는 구속력이 없으며 대표들은 시기에 맞게 관점을 바꿀 수밖에 없기 때문에 대외적으로 제헌회의의 기록을 공포하는 것은 서로 모순된다고 생각했다. 심지어 어떤 대표들은 회의기록이 대외적으로 공포되면 반대파에게 제헌회의를 공격할 빌미를 제공하게 된다고 걱정했다. 따라서 1787년 5월 28일과 29일 제헌회의는 규칙을 토론했을 때 “허가를 받지 않고 회의에서 한 어떠한 발언도 복제, 발표, 전파하여서는 안 된다.”는 규칙을 정했다. 9월 17일 제헌회의가 끝날 때 제헌회의의 기록은 주석인 워싱턴이 보관하기로 결정했다. 1796년 워싱턴이 대통령 임기 종료 전 회의기록을 국무원에 인도하여 보관하였다. 1818년 미국 상원과 하원에서는 제헌회의의 기록을 대외적으로 공포할 것을 공동으로 결정지어 1819년 존 애덤스(John Adams)가 *Journal, Acts and Proceedings of the Convention*이라는 제목으로 편집해 정식 출판하였다. 그 이후 매디슨을 포함한 10명의 제헌회의의 대표들이 개인적으로 기록한 제헌회의의 기록이 전해 내려왔다. 이러한 기록의 토대에서 화란트(Max Farrand)가 연구해 1911년에 3권의 *The Records of the*

미국 역사학자 찰스 비어드의 경제적 이익 결정론은 우리가 다음과 같은 관념을 형성하는데 도움될 수도 있다. 채권자들에 의해 주도되는 제헌회의이기에 파산을 포함한 관련 제도의 설계는 채권자의 집단적 이익 차원에서 이뤄질 수밖에 없었다.

비어드는 해밀턴(Alexander Hamilton)이 당시 미국 사회의 세 거대한 이익집단을 의식했다고 지적했다. 그 중 첫 번째는 채권자, 금융가, 은행가, 그리고 대금업자 집단 이었고, 두 번째는 상인과 제조업 집단, 세 번째는 토지 투기자와 개간자 집단으로 이 3대 이익집단은 미국 사회의 중추로서 “이런 미주 사회의 유력한 자들의 적극적인 지지와 협력이 없었다면 새 정부는 수립될 수 없었거나 유지해 나갈수 없었을 것이다.” 심지어 해밀턴의 상대도 “튼튼한 토대에서 새로운 국가제도를 수립하려면 반드시 금융 이익집단의 지지를 취득하여야 한다.”고 인정했다.²²⁶⁾ 비어드가 보기에 동산이익집단의 대부분은 대부업자이다. 당시에는 대량의 통화자본을 대출했어야 했지만 서부 투자가 안전하지 못했고, 외국이 미국을 노리고 있어 통화자본은 새로운 출구를 찾아야 했다. 지폐 발행, 채무연기 등 정책의 도입은 대출자 수중의 통화자본의 가치를 떨어뜨리고 계약을 위반하는 등 위협을 받게 하여 그들은 주 정부를 반대하는 데 앞장섰다. “그들은 지방의회에서 실패하자 계약 파괴를 저지하고 지폐발행과 기타 채무자에게 유리한 입법을 허용할 수 있도록 중앙정부를 설립하려는 의도로 바뀌었다.” 비어드는 “이러한 심각한 갈등이 채권자의 탐욕 때문인지, 채무자의 비열함 때문인지 따져볼 필요가 없다. 우리는 이런 사실의 존재 및 헌법에 반영된 것만 알면 된다. 채권자의 이익은 통화증식, 저당재산 관리의 용이성, 의무에 충실하지 않은 채무자를 법에 따라 엄격히 규율하는 것이다. 채권자가 채무자의 침해 때문인지 아니면 자신의 기지로 계급의식을 얻었는지 여부는 과학적 연구와 무관하다고 볼 수 있다.”고 지적하였다.²²⁷⁾ 비어드의 연구에 따르면 당시 각 주의 의원 자격에 대한 제한으로부터 판단하건대, 각 주를 대표하여 필라델피아 제헌회의에 참석할 수 있는 대표자는 기본적으로 유산자 계층에 속하거나 채권자 계층에 속했다. 예를 들면 사우스캐롤라이나 주 의회에서 선출한 제헌회의 대표는 이 지역 상원 의원과 하원 의원을 겸해야 하며 일정 금액의 부동산을 보유하고 있으며 부채가 없어야 한다고 명백히 요구하였다.²²⁸⁾

*Federal Convention of 1787*을 출판했는데 이에는 매디슨 개인이 기록한 <Debats: Record of the American Constitutional Convention>이 부록으로 수록돼 있다. 매디슨 개인기록은 尹宣선생 님에 의해 번역됐는데 <번문: 미국제헌회의기록> 증문번역본이다. 尹宣, 『联邦制宪会议记录的解密和成书』 참조, [美] 麦迪逊, 『辩论: 美国制宪会议记录』 尹宣 译, 辽宁教育出版社, 2003年版, 上册, 1-22면.

226) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 80-82면.

227) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 35-36면.

228) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 60-61면.

따라서, 제헌회의의 대표는 대량 공채 보유자라는 특징이 있고, 더 많은 제헌회의의 대표는 그 자신이 채권자이거나 채권자와 관계가 밀접하였다. 금융계에서 온 대표들은 말할 것도 없고 채권자라는 이름으로 비어드의 주의를 끈 제헌회의의 대표들이 적지 않았다. 예를 들면 금융에서 신중하기로 소문난 델라웨어 출신의 존 디킨슨(John Dickinson)은 그의 동생에게 채무자가 필연적으로 하락할 증권으로 채무를 상환하겠다는 것을 받아들이지 말도록 권고했을 뿐만 아니라, 본인은 7천 달러에 연루되어 곤경에 처하기도 했다.²²⁹⁾ 코네티컷에서 온 올리버 엘스워스(Oliver Ellsworth)는 자본가이자 투기꾼으로서 “부동산 매입과 대출”에 몰입했는데 하드포드(Hardford) 은행의 주주 중 한 사람이다.²³⁰⁾ 그리고 뉴저지에서 온 리빙스톤(Livingstone)은 전해들은 바에 따르면 그는 상당한 재산을 모았는데 “1773년에 그의 채무자들의 실패로 인해 그의 재산의 일부를 잃게 되었다.”고 한다.²³¹⁾ 버지니아를 대표하여 제헌회의에 참석했던 조지 메이슨(George Mason)은 1792년 사망 당시 최소 3만 달러의 채권이 있는 것으로 알려졌으며, 그 자신은 빚이 전혀 없었다.²³²⁾ 비록 로버트 모리스(Robert Morris)가 말년에 한때 부채로 감옥에 갇힌 적이 있었지만 빈곤과 빚에 시달리는 와중에 죽었을지라도, 제헌회의에 참석했을 때는 북미 은행의 설립자로 상업, 공업, 토지, 금융 등의 분야에 모두 투자했었다.²³³⁾ 찰스 핑크니(Charles Pinckney)는 전국적인 상업제도가 상인, 사업가, 심지어 범정에 나올 기회가 있는 사람들에게 얼마나 중요한지를 잘 알고 있으며, 그는 그로 인해 현지 채권자들과 채무자들의 분쟁에서 공적, 사적 채무를 삭감하는 것을 반대하였다. 그는 채권자의 편에 더 많이 서 있었고 보수적이며 채무자에 대립했다.²³⁴⁾ 훗날 대통령으로 취임한 워싱턴(George Washington)도 의심할 여지없이 상당한 액수의 돈을 가진 대부업자로서 버지니아 의회 지폐 제도의 피해를 입고 의회가 그에게 준 증권을 20대 1의 비율로 팔아 빚을 청산해야만 했다.²³⁵⁾

위와 같은 분석은 미국 제헌회의의 대표 가운데 채권자가 많다는 점을 분명히 보여준다. 다음으로 “파산조항”이 과연 제헌 선현의 시야에 어떻게 한 걸음씩 들어가 헌법 조문이 됐는가를 탐색한다.

매디슨(James Madison)의 「1787년 미국 제헌회의의 토론 기록(Notes of Debates

229) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 72면.

230) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 73면.

231) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 96면.

232) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 99면.

233) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 98-103면.

234) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 105-106면.

235) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 110-101면.

in the Federal Convention of 1787)에 따르면 이 역사적인 프로세스는 4단계로 나누어졌다. 5월 25일부터 6월 19일까지가 1단계로 회의 논의의 중심은 버지니아 방안을 토론하는 데 있었고, 6월 20일부터 7월 26일까지 2단계가 전체 위원회 보고서를 검토하였고, 8월 6일부터 9월 10일까지가 3단계로 세부위원회(Committee of Detail) 보고서를 둘러싼 헌법 초안을 논의하였고, 9월 11일부터 9월 17일까지가 4단계로 헌법조문을 중점적으로 토론한다. 이 절에서는 이 틀을 바탕으로 미국 제헌회의 선현들이 “파산조항”으로 가는 길을 살펴볼 것이다.

(1) 제1단계

연방 제헌회의의 1단계 토론은 버지니아안(Virginia Plan)에서 입법기구의 설치, 의원의 선거, 행정관의 선거 및 권한, 사법기구의 설치 등 거시적인 문제에 초점을 두고 파산과 같은 미시적인 문제는 다루지 않았다.

그러나 1단계의 모든 논의에서, 연방 제헌회의는 채권 채무에 대해 두 군데에서 언급했다. 첫 번째는 6월 6일, 매디슨이 정부의 성격을 논의할 때 정부가 민주적인 방식을 채택하면 번거로움과 불편이 함께 올 것이라고 주장하면서 그것은 문명사회에서 대출자와 차입자 사이의 충돌을 포함해 항상 이익 충돌이 있기 때문이며 그리스, 로마도 예외가 아니었다고 한 것이다.²³⁶⁾ 두 번째는 6월 19일, 매디슨이 패터슨(William Paterson) 안을 평하면서 결합 중 하나로 각 주의 상호 권익 침해를 막을 수 없다고 언급했는데 그 중에는 지폐 발행이 포함된다. “각 주 간 경제거래의 복잡성으로 서로 채무자와 채권자가 되었다. 채무자인 주에서 지폐를 발행하면 채권자인 주에서는 불공정한 손실을 입게 된다.”²³⁷⁾ 분명한 것은 최소한 매디슨의 시야에서 채권 채무 문제는 인류 문명의 상시적 상황 중 하나이며, 채권자와 채무자 간의 관계를 어떻게 잘 다룰 것인가는 『연합규약』을 수정하고 『연방헌법』을 제정할 때 반드시 직면해야 할 문제였다.

5월 29일, 찰스 핑크니(Charles Pinckney)가 제헌회의에서 제안한 “버지니아안”이 제헌회의 토론의 기초가 되었다. 이 안 제6조는 연방의회의 권한인데 전국 통상권을 관리하고 통일된 귀화 규칙을 제정하는 등의 권한은 언급됐지만 파산입법권은 언급하지 않았다.²³⁸⁾ 이 안은 의견 차이가 커서 7월 24일까지 논의되었다. 해밀턴이 6월 18일 제안한 방안에서는 의회입법권이 제7조 제1항에 개괄적으로 존재하나 파산과 관련된 내용이 없었다.²³⁹⁾

236) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 75면.

237) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 155면.

238) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 19-20면, 810면.

(2) 제2단계

연방제헌회의의 2단계 토론의 초점은 연방 의회의 의석을 각 주에 배분하는 것인데, 이 토론은 회의 참석자들의 여러 날을 소모시켰다. 이 외 행정장관의 임기와 보수, 사법기구의 설치 등에 대해 논했다. 이처럼 큰 문제 앞에서 파산법 문제는 여전히 논의의 주제가 되지 못했다. 그러나 다음과 같은 몇 가지 측면의 논의는 이미 이 주제를 장래의 토론에서 전개하기 위해 일정한 복선을 남겼다.

첫째, 매디슨은 6월 26일 발언에서 문명국가에서 사람들은 항상 다른 계급으로 나뉘고 다른 계급 간에는 실제의 또는 가상의 이익이 존재하며 그 중에서 대부자와 차입자 간의 이익충돌은 문명사회의 상시적 상황 중 하나가 될 것이라는 관점을 되풀이했다.²⁴⁰⁾

둘째, 6월 27일 연방 제헌회의에서, 루터 마틴(Luther Martin)은 3시간 동안의 발언에서 각 주가 연방의회에 입법을 따르지 않은 이유를 설명하면서 과중한 민간 사채와 전쟁으로 인한 땅의 황폐화로 능력이 미치지 못한 것이 주요 원인이라고 언급했다.²⁴¹⁾

셋째, 7월 26일 회의 토론에서 참석자들은 의원 자격 문제를 거론했다. 그 토론은 맨 먼저 메이슨(George Mason)이 제안했다. 그는 의원들의 자격을 설정해야 하는데, 적어도 고정자산과 연방시민의 신분을 가지고 있어야 되며 “장부가 명확하지 않은 자” 또는 “연방채무자”는 연방 의회 의원으로 선출될 수 없다고 제안했다. 메이슨은 연방채무불이행자들이 과거에 여러 가지 방법으로 의회에 진출하여 자신들의 과실을 없애는 입법을 추진했는데 이 문제는 연방의회에서도 나타났다고 지적하였다. 메이슨의 제안에 찬성도 있었고 반대도 있었다. 매디슨은 공적 채무를 연체한 사람들이 악한 목적을 가지고 광적으로 의회에 들어오는 것을 목격했다고 하면서 메이슨 대령의 조언을 고려해 이들이 의회에 밀려드는 것을 막기 위한 조심스러운 조치를 마련할 수 있다고 찬성에 나섰다. 모리스(Morris) 의원은 반대입장을 취했는데 연방 채무를 연체하는 사람이 훨씬 적기 때문에 의원에 대한 자격 제한을 두기보다 투표권자에 대한 자격 제한을 두어야 한다고 주장했다. 같은 반대 입장인 게리(Elbridge Gerry)는 공적 채무를 연체하든지 회계처리가 분명하지 않든지 공공이익을 해쳤다는 큰 죄명을 씌우면 안 된다고 주장했다. 이 표결에서 메이슨은 의원들의 재산과 시민권 자격을 설정해 달라는 제의는 참가 주들의 8 대 3의 지지를 받았다.²⁴²⁾

239) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 148-150면, 824면.

240) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 211면.

241) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 222면.

242) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 427-432면.

또 매디슨은 토지 소유 여부는 재부(財富) 소유 여부와 다르며 사람들이 대량의 토지를 소유하고 있다고 하더라도 그 부채가 토지가격을 훨씬 초과할 수도 있기 때문에 토지 소유 여부도 의원 자격으로 나열하여서는 안된다고 제안했다. 매디슨은 “각 주 법률의 불공정한 조문은 대부분 다른 계층보다 이 계층의 사람들이 요구한 결과이다. 신용 대출을 받아 땅을 얻으면 주의회에 가서 불공평한 보호를 얻어 채권자들을 상대하는 경우가 종종 있다.”고 지적했다.²⁴³⁾ 매디슨의 이 제의는 참가 주들로부터 10:1의 지지를 받았다.

그렇다면 채무자나 회계처리가 명확하지 않은 사람의 의원 당선을 제한할 것인가? 전체 토론에서 대다수 참석자들은 회계사에게 너무 큰 권한을 주지 않도록 ‘회계처리가 명확하지 않은 자’에 대한 제한을 조문에서 삭제하고, 한편 토지를 소유한 사람들이 최대한 채무를 청산하도록 채무자에 대한 제한을 유지할 것을 제안했다. 공적채무 불이행을 의원 당선불가 요건에 포함시켜야 할지를 논의할 때 이 조건은 수입상인을 모두 제외하게 된다는 우려가 제기되기도 했다. 이 제한을 아예 없애고 이 사항의 결정권을 연방의회 또는 시민에게 주어야 한다고 제안하기도 했다. “부채가 가장 적은 사람은 부채가 가장 많은 사람과 같이 모두 배제되어야 하는가? 그러면 세금을 체납한 사람은 누구나 포함될 것이다. 게다가 국민들은 그들이 선택한 사람들이 공채를 진 것이 아닌지 어떻게 알 수 있는가?” 최종 표결은 제한회의에 참여한 11개 주 중 노스캐롤라이나와 사우스캐롤라이나만 지지하고 나머지 9개 주는 반대해 공적채무 불이행자의 당선불가는 무산됐다.²⁴⁴⁾

공적 채무 연체 채무자의 의원 선출을 제한할 것인지에 대한 논의에서 훗날 연방헌법의 “파산조항”을 직접 추리하기는 어렵지만 이런 논의는 연방헌법이 공포되기 전 미국 정치 엘리트의 파산관을 이해하는 데 큰 도움이 된다.²⁴⁵⁾ 적어도 이러한 논의는 각 주의 정치 실무에서 채무자들이 이미 정치적인 역량이 되어 여러 수단을 통해 의회에 진출할 수 있고, 나아가 채무자에게 유리한 법률을 제정할 수 있다고 판단할 수 있다. 이는 또 제한에 참여하는 정치 엘리트들이 극도로 싫어하는 원인이기도 한데 채무연체자 특히 공적 채무를 연체한 의원 후보자를 정치적 또는 도덕적 하자가 있는 사람으로 여겨 그들이 의회에 입성하는 것을 제한한다. 이 제안은 이 단계에서 널리 받아들여지지 않았지만 미래에 대한 공감대를 형성하는 데 일종의 포석이 되었다.

243) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 430면.

244) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 432-434면.

245) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 126-127면.

(3) 제3단계

1787년 7월 26일 연방제헌회의는 5인으로 구성된 ‘세부위원회’를 임명하여 전문적으로 기존의 논의를 정리하여 미국 헌법 논의의 초고를 만들고 다음 날부터는 연방제헌회의도 휴회기에 들어갔다. 8월 6일 연방제헌회의가 재개될 때 ‘세부위원회 보고서(헌법 초고)’가 참석자들 앞에 놓여 있었다.

특히 유념해야 할 것은 이 보고서가 연방의회의 미국 헌법 초고의 23개 조문을 제시하고 있는 점이다. 여기에는 연방의회 입법권에 관한 제7조 제1항에서 연방의회는 조세세칙, 무역관리, 화폐주조, 외화관리 등을 제정할 수 있다고 규정했고, 제16조에서는 “각 주에서는 다른 주의 의회 입법, 법원, 지방장관의 기록과 사법공문서를 충분히 신뢰하여야 한다.”고 규정하였으나²⁴⁶⁾ 파산 관련된 내용은 없었다.²⁴⁷⁾

그렇다면 연방제헌회의에 참석한 선현들은 어떻게 연방헌법상의 “파산조항” 확정이 라는 정석에 한 걸음 한 걸음 다다랐을까? 각 방면의 자료에 근거하여 우리는 다음과 같은 사실을 확인할 수 있다.

① 1787년 8월 29일

1787년 8월 29일 사우스캐롤라이나 출신 찰스 핑커니(Pinkney)가 제헌회의에서 “파산조항” 문제를 처음 언급했다.

이날 제헌회의는 개막하자마자 위 “세부위원회 보고서(헌법 초고)” 제16조를 논의했다. 먼저 노스캐롤라이나에서 온 윌리엄슨(Hugh Williamson)이 이 조항의 정확한 의미를 판단할 수 없기 때문에, 그는 「연합규약」에 있는 해당 조항을 직접 복제할 것을 제안하였고, 그 다음 펜실베이니아에서 온 제임스 윌슨(James Wilson)과 코네티컷에서 온 존슨(William Samuel Johnson) 박사는 윌리엄슨에게 해석하듯이²⁴⁸⁾ 이 말의 뜻은 “하나의 주 정부에서 내린 주 의회의 입법(예를 들면 파산법 등)을 포함한 판단은 다른 주 정부에서 판단하는 기초가 되어야 한다.”고 지적하였다.²⁴⁹⁾ 코네티컷에서 온

246) 이 조항은 “신뢰 조항”이라고 부른다. 『연합규약』에서 유래하는데 약간의 의미 차이가 있다. 상세한 내용은 다음을 참조. Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 218-219면.

247) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 447-454면.

248) 윌리엄슨은 철두철미한 “문외한”이었다. 관련 평가는 Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 220면. 참고.

249) 매디슨이 기록한 친필원고에 따르면 최초 버전의 “예를 들면 파산법 등” 전에 “as they sometimes serve the like purpose as act”라는 문구가 있었고 친필 원고 중 “as act”는 매디슨이 특별히 강조한 흔적이 있었다. 그러나 매디슨이 훗날 제헌회의기록을 편집할 때 이 문구를 삭제하였다. 그 원인은 밝혀지지 않았으나 우리가 “파산조항”의 경과를 쫓아가는데 일종의 장애를 조성하였다. Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 220면.

대표가 파산법을 언급한 것은, 전문에서 이미 서술한 코네티컷이 식민지 시대의 파산 입법과 사법적 경험을 감안할 때, 이 대답에 중요한 참고가 되었다.²⁵⁰⁾

어쩌면 윌슨과 존슨이 파산법을 언급한 것이 핑커니를 일깨워 준 것일 수도 있다. 이어진 발언에서 핑커니는 다음과 같이 제안했다.²⁵¹⁾ “파산 문제, 그리고 외화 환전 리스크에 대해 통일적인 입법을 제정해야 한다.” 동시에 위원회를 설치해 이 문제를 처리해야 한다고 제안했다.²⁵²⁾

핑커니가 왜 갑자기 이런 제안을 했는지에 대해서는 아직 확실한 답이 없다.²⁵³⁾ 핑커니는 파산법 전문가가 아니며 사우스캐롤라이나는 파산과 특별한 관련이 없으며 핑커니는 초기의 “핑커니 프로젝트” 및 기타 제안서에서도 파산에 대해 언급하지 않았다.²⁵⁴⁾ 핑커니의 제안에서 파산 내용이 외화환전과 밀접하게 연계되어 있다는 점을 감안할 때, 미국 제헌 선현의 관념에서 파산문제가 국제무역, 신용 등의 문제와 밀접한 관련이 있음을 시사하는 동시에, 제헌 선현들이 전 미국에서 파산문제를 평등하게 취급하고자 시도했다는 점을 시사한다는 관점도 있다.²⁵⁵⁾

앞에서 이미 사우스캐롤라이나의 파산입법과 실무를 약술한 바와 같이, 채권자의 동의하에 같은 비율로 채무자의 재산을 청산한 후 채무자의 신청을 통해 채무자의 잔여 채무를 면제할 수 있다.²⁵⁶⁾ 이에 비해 펜실베이니아에서 파견된 제헌회의 대표인 잉거솔(Jared Ingersoll)은 펜실베이니아에서 제헌회의 전후에 결정난 두 개의 주 경계를 넘어선 파산 사건인 James v. Allen 및 Millar v. Hall 사건의 대리인이었고 그의 동료인 제임스 윌슨(James Wilson)은 펜실베이니아 변호사협회 회원이었고 이 두 사건이 생소하지 않았다.²⁵⁷⁾ 이를 제외하고 펜실베이니아의 파산법은 보다 영국적이어서²⁵⁸⁾ 채무자의 신청에 따라 채무자를 석방하고 채무를 면제할 수 있다.²⁵⁹⁾ 그러나 이해하기 어려운 것은 펜실베이니아의 대표들이 파산조항의 제시 내지 논의에서 뚜렷한 역할을 하지 못한 점이다.

미국 헌법의 초안 작성은 영국법의 영향으로 이뤄졌고 의회가 권한을 파산입법 분야

250) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 221-225면.

251) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 225면.

252) 뉴햄프셔와 매사추세츠는 반대했다. [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 634-635면 참조.

253) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 527면.

254) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 217-218면.

255) Judith S. Koffler, 앞의 논문(각주 2), 36면.

256) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 528면.

257) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 225면.

258) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 528-529면.

259) Thomas E. Plank, 앞의 논문(각주 11), 529면.

로 한정된 것은 18세기 말 영국 파산법과 유사한 취지라는 설이 있다.²⁶⁰⁾ 그러나 이러한 표현은 나델만(Kurt H. Nadelmann)이 보기에는 사실과 부합되지 않는다. 나델만은 핑커니가 통일 파산법 제정을 제안한 것은 여기에서 조금 갑작스러운 것이고, 관련 기록도 완전하지 않으며, 회의 참석자들이 각 주의 파산 분야에서 천차만별의 입법으로 어려움을 겪은 고통스러운 경험이 핑커니로 하여금 파산입법을 연방 측면에서 통일시켜야 될 필요성을 인지하게²⁶¹⁾ 한 것이라고 주장한다. 또는 핑커니 등이 당시 가장 관심이 있었던 부분은 주 간 문제를 해결하는 현실적인 문제였지 교조적인 다툼이 아니었기 때문에 영국 파산법의 이 조항에 대한 영향력은 배제할 수 있었다.²⁶²⁾

어쨌든 핑커니의 제안은 고햄(Nathaniel Gorham)과 매디슨의 지지를 받았고, 최종 투표 표결에서는 9표의 찬성과 2표의 반대를 얻었다.²⁶³⁾ 이것이 바로 “파산조항”의 최초 버전이다.²⁶⁴⁾

② 1787년 9월 1일

1787년 9월 1일 사우스캐롤라이나에서 온 존 러트리지(John Rutledge) 대표가 8월 29일 임명한 5인 위원회는 “제16조 내에 연방의회에 ‘통일된 파산법을 제정’할 권리를 추가한다.”고 보고했다.²⁶⁵⁾ 화란트(Max Farrand)가 편집한 1787년 제헌회의 기록(*The Records of the Federal Convention of 1787*)에 따르면 러트리지는 이 보고서에서 입법권과 관련된 조항 중 “합중국 국경 내에서 통일된 국적 조례를 제정할 권리가 있다.” 다음에 “통일된 파산 분야의 법률을 제정할 권리가 있다.”를 추가할 것을

260) Samuel Williston, 앞의 논문(각주 20), 551면.

261) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 225면.

262) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 227면.

263) 뉴햄프셔와 매사추세츠는 반대했다. [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 634-635면 참조.

264) 대응하는 원문은 다음과 같다. “to establish uniform laws upon the subject of bankruptcies, and respecting the damages arising on the protest of foreign bills of exchange.” Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 215, 216면에서 재인용.

Kurt H. Nadelmann에 따르면 이 문장은 다음에서 인용했다고 한다. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* 1105(1833). 실제로 필자가 미국 헌법학회(Constitution Society) 사이트에서 제공한 스토리 책의 무삭제 전자판을 확인한 바에 따르면 이 문장은 원작 제1100절에서 인용되었다. 이 책의 중문번역판을 포함한 삭제본에는 제1100절, 1105절, 1107절, 1108절이 삭제됨. [美] 斯托里, 앞의 책(각주 34), 328-334면 참조. Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston: Hilliard, Gray and Company & Cambridge: Brown, Shattuck, and Co., 1833, full text in digital version is available at: <http://constitution.org/js/>, last visited: 27 April 2017 참조. 그러나 Kurt H. Nadelmann의 처음 주석에서 문장 인용 출처를 Charles Warren, *Bankruptcy in United State History*, Harvard University Press, 1935, p.4 et seq로 표기하였다.

265) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 662면.

건의했다.²⁶⁶⁾

당시 보고서 영인본에 의하면, 실제로는 상세위원회 보고서 3페이지의 관련 조항은 “미합중국이 정한 규율에 의거하여 . . . 군사 . . . 조직하기 위하여 . . . 법을 제정한 다.”(“to make laws for organizing . . . the militia . . . according to the discipline prescribed by the United States”)인데 러트리지가 미합중국(States)에 뒤에 “통일된 파산법”이라는 문구를 추가했다.²⁶⁷⁾

귀화조례를 “파산조항”과 같은 조문에 두게 된 것은 연방제헌회의의 스타일위원회(Committee on Style)의 공헌이다. 심지어는 합중국 내에서(throughout the United States)라는 한정어구도 스타일위원회에 의해 국적조례 뒤에서 “파산조항” 뒤로 옮겨졌다.²⁶⁸⁾ 그러나 “파산조항”과 이민귀화 조항을 함께 적고 “통일”이 둘 사이에 분명하고 유일한 연결고리가 되었다. 학자들이 보기에 이렇게 바뀐 이유는 뚜렷하지 않은 것 같았다.²⁶⁹⁾ 그러나 이날 보고를 받은 참석자들은 표결 없이 휴회를 선언했다.²⁷⁰⁾

③ 1787년 9월 3일

1787년 9월 3일, 제헌회의는 휴회 하루 후에 재개되어 전술 5인 위원회 보고서를 계속 논의하였다. 매디슨의 기록에 따르면, 제헌회의는 먼저 연방의회가 “통일된 파산법을 제정할” 권한이 있는지에 대해 논의했고, 그 중 코네티컷 출신인 로저 셔먼(Roger Sherman)은 “영국 파산법률에 따르면 어떤 파산사건에는 사형이 있다. 나는 미국에서 그런 권리를 주고 싶지 않다.”고 말했다.²⁷¹⁾ 펜실베니아에서 온 구버너 모리스(Gouverneur Morris)는 “이것은 범위가 넓고 민감한 문제다. 나는 이렇게 하는데 동의하는데, 왜냐하면, 나는 연방의회가 권리를 남용하지 않을 것이라고 짐작하기 때문이다.”라고 표현했다. 셔먼이 “파산조항”을 반대하는 근거자료가 있는 유일한 제헌자인 것은 자명하다.²⁷²⁾ 셔먼의 태도는 결국 투표 결과에도 반영되었다. 이어진 표결에서 코네티컷을 제외한 뉴햄프셔, 매사추세츠, 뉴저지, 펜실베니아, 버지니아, 노스캐롤라이나, 사우스캐롤라이나, 조지아 등 9개 주의 대표들은 찬성표를 던져 최종 투표결과는

266) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 216면.

267) 다음을 보시오. Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 216면 각주 8.

268) 다음을 보시오. Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 217면 각주 10.

269) Judith S. Koffler, 앞의 논문(각주 2), 36면.

270) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 662면.

271) 영국에서 파산자에 대한 사형처벌 법률은 1820년에 이르러서야 1 Geo.4 c.c.115(1820)에 의해 폐지되었다. 따라서 1789년 미국제헌 당시 셔먼의 걱정은 일리가 있다. 다음을 보시오 Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 217면, 각주 9.

272) Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 775면.

9대 1로 “파산조항”이 순조롭게 통과되었다.²⁷³⁾ 이 상황에 대해 미국 헌법학자 크로스키(W. W. Crosskey)는 “남부의 강력한 반대가 연방제헌회의에서 예고되지 않았다는 것은 믿기 어렵다. 그리고 ‘파산조항’의 한정어구인 ‘합중국 내에서’가 어느 정도 남부가 반대한 결과일 수도 있다.” “더 놀랍지 않은 것은 각 주의 ‘파산법’이 연방에서 영원히 불가능하게 하기 위해 연방정부는 이민귀화권을 꼭 잡았듯이 파산입법권을 기획하고 열거하였다.”²⁷⁴⁾

④ 1787년 9월 10일

1787년 9월 10일, 제헌토론이 끝난 뒤 『제3토의 요약(PROCEEDINGS OF CONVENTION REFEREED TO THE COMMITTEE OF STYLE AND ARRANGEMENT)』이 만들어졌고 제헌회의 최종 헌법 초안이 되었다.

이 초안 제7조 제1항은 연방의회의 23가지 전속적 권력을 나열하였다. 이 중 제2목은 “외국과의 무역, 각 주 간의 무역, 인디언 부족과의 무역 관리”이고, 제3목은 “통일된 연방 귀화 규칙 제정”, 제4목이 “화폐 주조”, 제19목이 “통일된 연방 파산법 제정”이다.²⁷⁵⁾ 이로부터 제3단계가 끝날 무렵 제헌회의는 이미 “파산조항”을 초고 제16조의 신뢰조항으로부터 분리시켜 제7조 제1항의 연방의회 권력에 편입하였다는 것을 볼 수 있다. 그러나 여기서 “파산조항”은 전체 23가지 전속적 권력 중 마지막에서 5번째에 위치해 있어 제3목의 연방 입적규칙과 거리가 상당히 멀다. 그 중요성이 입증된다면, “파산조항”의 위상은 더 올라갈 여지가 있었다.

(4) 제4단계

“파산조항”인 원헌법 초안 제16조가 결국 헌법 최종본 제1조 제8항 제4목이 된 것은 스타일위원회 보고에 기인한다.²⁷⁶⁾

1787년 9월 12일, 제헌회의는 「스타일 및 배치 위원회(Committee of Style and Arrangement) 보고서」를 완성하였으며, 이 버전에서는 미국 연방헌법이 거의 최종본에 근접했으며 제1조 제8항 제(d)에서 연방의회는 “연방 내 통일된 귀화법과 통일된 파산법을 수립할 권리가 있다.”고 규정했다.²⁷⁷⁾

273) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 663-664면.

274) Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States* 492(1953), Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 217면 각주 10에서 재인용.

275) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 716-717면.

276) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 217면.

277) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 731면.

9월 14일의 토론에서는 제헌회의 대표들은 각 주의 의회가 시행하지 못하도록 규정 한 연방헌법 초안 제1조 제10항을 토론하면서, 각 주의 “계약 책임을 파기하는 입법”을 금지하는 문제를 논의했다.²⁷⁸⁾ 이에 대해 매사추세츠의 고렘(Nathaniel Gorham)은, 공신(公信)의 중요성을 재차 강조하면서 동시에, 각 주 의회의 계약책임 폐지를 금지하는 것은 매우 적절하다고 하면서, 그와 함께 “연방의 계약의무 폐지도 금지하여야 한다.”고 제안했다. 고렘의 이 발의에 대해 어떤 대표도 찬성하지 않았고 흐지부지해졌다.²⁷⁹⁾ 찰스 워렌(Charles Warren) 교수의 말에 따르면 이 발의가 최종 채택되면 파산법이 종전 채무를 면제하는 것은 불가능하다.²⁸⁰⁾ 스타일위원회가 최종 버전에서 “대외무역, 주 간 무역 및 인디언과의 무역에 대한 규칙을 제정한다.”는 문구 뒤에 “파산조항”을 삽입하여 이 조항을 위반할 가능성이 없도록 하였다고 주장하는 학자가 있다.²⁸¹⁾

여기서 더 지적해야 할 것은, 미국 연방헌법 최종본에는 “파산”이든 “법”(Uniform Laws on the subject of Bankruptcies)이든 사용된 것은 모두 복수 형태이다. 이것은 또한 우리가 이 조항을 이해하는데 어떤 상상의 공간을 제공하였다. 나달만은 복수의 “법”은 각 주의 파산법이 영국법을 복제하듯 이식한 것이 비밀비재함을 나타내고, 복수의 “파산”은 제헌자들이 의회가 필요한 경우 다양한 유형의 채무자들을 위해 분류하여 입법할 수 있음을 보여준다고 주장한다.²⁸²⁾

미국 파산법 역사에서 “파산조항”의 입헌은 물론 기념비적인 사건이다. 최소한 중국에서 이 사건은 파산법학자들에 의해 파산법의 중요성을 강조하는 중요한 논거로 자주 사용된다. 그러나 미국 입법과 사법기관에서 “파산조항” 입헌 후 직면하게 될 더 중요한 문제는 바로 헌법적 차원에서 파산법이 무엇인지를 확인하는 일이다.²⁸³⁾

5. 헌법 비준 중 “파산조항”의 토론

각 주 대표들이 미국 헌법 문안에 서명한 후 미국 제헌회의는 1787년 헌법 문안에 생명을 부여했다. 그러나 이 텍스트가 법적 의미의 생명을 얻으려면, 그 동의 요구에

278) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 758면.

279) [美] 麦迪逊, 앞의 책(각주 225), 758-759면.

280) Charles Warren, 앞의 논문(각주 131), 5-6면.

281) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 227면.

282) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 227면.

283) [美] 斯托里, 앞의 책(각주 34), 332면.

따라 각 주별로 별도로 구성된 대표자 회의에서 비준하여야 하며, 9개 주가 새 헌법을 승인한 후에야 헌법이 정식 비준된 각 주에서 발효된다. 이 과정에서 연방당원들과 반연방당원들은 치열한 논쟁을 벌였고, 양측 모두 각 주의 헌법 비준 여부를 놓고 총력전을 벌였다. 이 때문에 제헌회의가 끝난 뒤 “파산조항”을 비롯해 헌법문안에 대한 논란이 주 차원으로 이어졌다.

(1) 연방당원과 반연방당원의 논전

헌법 비준을 둘러싼 연방당원(Federalist)들과 반연방당원(Anti-Federalist)의 대논전에서는 헌법 문안이 불러일으킨 다른 화제에 비해 논전 쌍방이 “파산조항”에 많이 얽매이지 않았음에도 불구하고, 이 조항은 직접적으로 또는 간접적으로 논란거리의 하나였다.²⁸⁴⁾

연방당원들은 당연히 연방헌법의 통과를 전적으로 지지했다. “푸블리우스[(Publius). 해밀턴, 제이, 매디슨이 연방헌법의 비준을 지지하면서 쓴 글들의 필명. 로마 황제 Publius Aelius Traianus Hadrianus에서 유래함]” 매디슨은 1787년 11월 23일 뉴욕 주 사람들에게 보낸 편지에서 논쟁의 근원을 논할 때, 재산 분배의 차이와 불평등으로 귀결하면서 “유산자와 무산자는 사회적으로 항상 다른 이익집단을 형성한다. 채권자와 채무자도 마찬가지다. . . . 각양각색 서로 용납하지 않는 이익집단을 관리하는 것은 현대 입법의 주요 임무이며 당파정신과 당쟁을 정부의 일상 활동 중에 영입할 필요가 있다.”고 지적했다.²⁸⁵⁾ 매디슨은 더 나아가, 이익은 어떤 판단도 빗나가게 하고, 인간의 단체는 판사인 동시에 당사자도 될 수는 없으며, 서로 다른 입법자는 사실상 그들이 결정하는 법안의 변호인이자 당사자이며 “과거 개인채무에 관한 법률을 누군가 제안한 적 있는가? 채권자와 채무자가 각각 한 측이 되는 문제.²⁸⁶⁾”라고 썼다. 매디슨은 바로 이러한 이익집단들이 존재하여 입법사무가 사적 이익으로 가득 차게 되었으며, 채권자와 채무자들은 헌법의 지지와 반대 속에 당연히 각각의 작은 주판을 가지고 있다고 믿었다.²⁸⁷⁾ 비어드는 해밀턴, 매디슨 그리고 제이와 같은 연방당원들이 미국의

284) “연방당원”과 “반연방당원”은 실제로 정당을 나타내는 것이 아니고 일반적 명칭이다. 또 연방당원과 반연방당원 간의 논란을 이야기할 때 관련 개념의 함정을 조심하여야 한다. 사실상 “반연방당원”은 주의 권리를 옹호하고, 각 주의 평등을 장려하는 동시에 정치권력을 주에 두는 것을 주장하기 때문에 “연방당원”이라는 문자의 뜻에 더 부합된다. [美] 赫伯特·J.斯托林, 『反联邦党人赞成什么：宪法反对者的政治思想』, 汪庆华 译, 北京大学出版社 2006年版, 13-16면.

285) [美] 汉密尔顿 / 杰伊 / 麦迪逊, 『联邦党人文集』, 程逢如 / 在汉 / 舒逊 译, 商务印书馆 2004年版, 47면.

286) [美] 汉密尔顿 / 杰伊 / 麦迪逊, 앞의 책(각주 285), 47면.

287) 바로 이 관점이 비어드로 하여금 그의 유명한 저서 『미국헌법의 경제관』을 저술하게 했다. 비어드

헌법 비준 과정에서 “지폐와 일반 농민의 손실을 피하기 위한 구제책을 소망하고 있다고 채권자들에게 호소했다.”고 지적하기도 했다.²⁸⁸⁾

매디슨은 1788년 1월 22일에 뉴욕 주 사람들에게 보낸 편지에서 “파산조항”을 명확히 언급했다. 이 것은 「페데럴리스트」에서 “파산조항”을 정면으로 언급한 유일한 예이다. 매디슨은 “통일된 파산법을 제정하는 권력은 무역의 규제와 워낙 긴밀하게 연결되어 있고 소송 당사자나 그들의 재산이 어디에 있는지를 속이지 못하게 하거나 다른 주로 이전되는 것을 막기 때문에 그 편익에 대해서는 더 이상 의문을 갖지 않아도 될 것 같다.”고 썼다.²⁸⁹⁾ 매디슨의 이 발언은 연방당원들과 반연방당원들 사이에 “파산조항”에 관한 논란을 중단시키려는 의도로 보인다.²⁹⁰⁾

이처럼 중요한 “파산조항”에 대해 『페데럴리스트』에서 간단히 언급만 한 것은 의아한 일이고, 스토리의 『미국 헌법 평주(Commentaries on the Constitution of the United States)』에서도 이 논평의 짧고 날렵함에 놀라움을 표시했다.²⁹¹⁾

그러나 바로 이 아주 간단한 몇 글자가 우리들에게 제헌선현들의 “파산조항”에 대한 사고의 실마리를 제공한다. 찰스 워렌(Charles Warren)은 이 기술에 근거하여 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다고 주장했다. 즉 파산에 처한 농부에 대한 제헌자들의 관심은 파산제도와 상업의 관계에만 집중될 가능성이 높고, 파산 입법권의 행사 자체는 영국과 유사하게 고려되고 채권자와 사업가 계층의 이익만을 위해 행사할 것이다.²⁹²⁾

매디슨의 문건을 묶어 볼 때, 나달만은 매디슨의 “파산조항”에 대한 관심이 파산 채무자의 구제에 관심이 있다기 보다는 사기 방지에 더 관심이 있고, 특히 앞에서 언급한 제헌회의 5개월 전 필라델피아의 사건은 제헌회의 참가자들에게 여전히 두려움으로 남아 있다고 보았다.²⁹³⁾ 코플러(Judith S. Koffler)교수는 이 서술이 적어도 세 가지 의미를 포함한다고 지적했다. 첫째, 이 서술은 파산법은 본질상 사회정의의법이나 인도주의의 법이 아닌 상업규제법이라는 점을 강조했다는데 이것은 연방당원들이 상업 관리 권한에 관한 모든 주장이 “파산조항”과 직접 연결될 수 있음을 의미한다. 둘째, 매디슨은 이익

의 관점에서는 상인, 대출인, 자본가 등은 헌법을 지지하고, 열심히 일하지 않은 농민과 채무자는 반대편에 있는데 헌법은 “그로부터 경제이익을 취득하려는 집단의 산물”이라는 점을 충분히 설명한다. 비어드는 헌법 시행 후 이루어진 일반적인 개선에서 농민과 채무자가 사실상 이익을 얻었다고 강조한다. [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 23-25면.

288) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 117면.

289) [美] 汉密尔顿 / 杰伊 / 麦迪逊, 앞의 책(각주 285), 219면.

290) F. Regis Noel, 앞의 책(각주 8), 5면.

291) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 215면.

292) Charles Warren, 앞의 논문(각주 131), 7면.

293) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 226면.

을 위해 호소하였는데 채권자 계층은 권력을 취득할 수 있는 가장 유력한 계층이다. 셋째, 이 논의는 각 주의 파산법은 주 외로 도망간 채무자에게 적용될 수 없고 연방파산법의 효력은 모든 주에 미칠 수 있다는 점을 보여주기도 한다.²⁹⁴⁾ 이로부터 코플러는 매디슨의 언급대로 “파산조항”은 부채의 영역에서 주 별 간섭을 피하고 통일된 시장의 권력을 수립하고 유지함으로써 국가이익을 보호할 수 있다고 지적했다.²⁹⁵⁾

여하튼 비어드는 연방당원의 핵심 관념을 크게 두 가지로 나누는데, 그 중 큰 부분은 “자본을 파괴해 온 각 주 의회의 권력을 제한하는 것”이다.²⁹⁶⁾ “파산조항”이 명백히 연방 의회의 입법권한에 편입되었기 때문에 연방당원들이 주 의회 권력을 제한하기 위한 노력의 하나로 볼 수도 있을 것이다.

반연방당원들의 “파산조항” 관련 문헌, 특히 중국어 문헌은 비교적 드물다.²⁹⁷⁾ 제헌 회의에 참석한 루서 마틴(Luther Martin)은 주 권한의 확고한 지지자였는데 마틴은 계약 의무에 대한 금지에 대해 토의할 때 다음과 같이 말한 적이 있다.

이런 때가 종종 있다. . . . 정부는 자신에게 가장 유용한 백성을 보호하기 위하여 간섭하는 수단을 채택하거나, 법률을 통과시키거나, 법원 판결의 전부 또는 일부를 중지시키거나, 채무자가 분할상환하도록 허용하거나, 합리적이고 공정한 가격으로 채권자에게 재산을 양도하도록 해야 한다. 이런 때에 많은 주, 나아가 모든 주들은 부유한 채권자들과 부유한 사람들이 빈민들 심지어는 근면한 채무자들을 전부 파멸시키는 것을 막기 위해 이러한 입법을 해야 한다. 이러한 상황은 다시 찾아온다. . . . 일반 사람들의 주된 고통은 그들을 짓누르는 공적 그리고 사적 채무라는 점을 나는 알고 있다. 지금처럼 현금이 부족한 상황에서 이런 채무는 그들로 하여금 파산의 위협을 느끼게 한다. 채무유예를 받아야 그들은 근면절약을 통해 자신을 구제할 수 있다.²⁹⁸⁾

마틴은 “정부가 재산권의 권리와 의무에 간섭하여 채권자를 보호해야 한다는 급진적인 생각을 갖고 있는 사람은 필라델피아에서 기안한 헌법을 당연히 받아들이지 않을 것”이라고 잘라 말했다.²⁹⁹⁾ 이 때문에 마틴은 헌법에 서명하지도 않았고, 또한 이 주의 헌법 기준을 극력 반대했다.

294) Judith S. Koffler, 앞의 논문(각주 2), 41면.

295) Judith S. Koffler, 앞의 논문(각주 2), 41면.

296) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 118면.

297) 필자는 최소한 姜峰 / 毕竞悦가 편집번역한 『联邦党人与反联邦党人：在宪法批准中的辩论(1787-1788)』에서는 편집번역자 자신의 성향 때문인지 반연방당원의 “파산조항”에 관한 내용을 찾지 못했다. 姜峰 / 毕竞悦 편역, 『联邦党人与反联邦党人：在宪法批准中的辩论(1787-1788)』, 中国政法大学出版社, 2012年版.

298) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 153면.

299) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 153면.

마틴의 관점은 기본적으로 채무자 계층의 기본 입장을 말한다. 비어드가 보기에 당시 미국 사회의 채무자 대부분은 헌법이 비준되면 자신들의 빚을 갚을 수밖에 없다는 것을 사실상 잘 알고 있었고, 그래서 채무자들은 도처에서 헌법에 반대하는 투쟁을 벌였지만, 재력의 한계에 구속되어 얽매어 그런 투쟁들은 예상했던 성과를 취득하지 못했다. 그들의 투표 수는 헌법 비준을 거의 막았음에도 불구하고 결국 헌법은 강력한 채권자 계층의 힘으로 밀어붙여 통과되었다.³⁰⁰⁾

(2) 주별 헌법 비준에서 “파산조항”에 관한 논쟁

미국 헌법이 제정되는 동안 사회 각계각층은 하던 일을 멈추고 결과를 지켜보고 있었는데 채권자 계층도 마찬가지였다. 1787년 8월 29일 헌법 서명 전날 필라델피아의 한 신문은 “합법적인 고리대금업은 문을 닫거나 자금을 묻어두고 새 정부가 그들을 지폐 및 임시방편의 입법에서 지켜줄 지를 지켜보았다.”고 보도했다.³⁰¹⁾ 모든 미국 제헌회의 참여자들이 헌법에 동의하거나 지지하지 않은 것은 명백하다. 일부 제헌회의 대표들이 헌법에 서명하지 않았고 일부 제헌회의 대표들이 뒤이은 각 주 헌법 비준 과정에서 헌법에 반대하는 주력이 된 것을 볼 수 있다.

전반적으로 각 주의 헌법 비준 과정에서 “파산조항”은 각 주의 입법 기구가 헌법을 비준하거나 거부하는 데 장애가 되지 않았다.

뉴욕은 헌법을 비준하는 과정에서 “파산조항”에 대한 약간의 개정을 통해 뉴욕의 비상인 파산법을 존속시키려고 했다.³⁰²⁾ 찰스 워런에 따르면 뉴욕주는 1788년 주 헌법 제정 과정에서 “의회가 통일파산법에 관한 입법권을 행사할 때 사업가와 기타 무역업자에게만 적용해야 하며, 주에서는 입법을 통해 빚을 갚을 능력이 없는 다른 채무자들에게 자유를 주는 입법을 할 수 있다.”고 하여 연방헌법을 수정하려고 시도했다.³⁰³⁾

뉴저지 주의 헌법 비준 과정은 매우 신속했다. 이 같은 현상에 대해 비어드는 헌법 지지자들이 농민파가 그들의 힘을 조직할 시간을 주지 않았기 때문이라며 “채무자와 지폐파가 별다른 반대를 하지 않는 것 같다.”고³⁰⁴⁾ 생각했다. 이전에 비어드는 비준 시간에 따라 각 주를 분류했는데, 코네티컷, 뉴저지, 조지아 그리고 델라웨어는 각 주의 회가 행동을 취하기 전 4, 5주에 불과하고, 선거회의 대표 선포부터 대표 선거까지 4,

300) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 185면.

301) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 50면.

302) Kurt H. Nadelmann, 앞의 논문(각주 36), 228면.

303) Charles Warren, 앞의 논문(각주 131), 7-8면.

304) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 202면.

5주에 불과하며, 선거 실행부터 회의 소집까지 4, 5주에 불과했다. “일반적인 민의가 헌법을 수호했기 때문이라고 할 수도 있고 행동이 신속해 반대파가 손을 쓸 시간이 없었다고 할 수도 있다.”³⁰⁵⁾

코네티컷 주에서 제헌회의에 참여한 엘스워스는 헌법의 충실한 지지자로 그는 헌법 변호를 위한 일련의 글을 신문에 냈으며, 필요할 때는 비판의 화살을 채무자 계층에 겨누었다. 그 중 한 기사에서 엘스워스는 “우리가 언급해야 할 다음 대상은 신의를 무시하고 근면함을 모르는 무뢰한 채무자이다. 그들은 채권자의 구제와 사회적 연민의 구원을 오랫동안 받으면서 동시에 매일 수천 명의 충실한 사람들을 파멸시킨다. 그들은 단지 지폐와 지급수단에 의해서만 생존할 수 있다. 누구든지 이 방법을 찬성하면 빚 갚을 방도가 없는 사람이라고 선언하는 것과 다름이 없다는 것을 우리는 알고 있다.”고 썼다.³⁰⁶⁾

펜실베이니아의 헌법 비준 과정에서 『독립선언』 서명과 함께 헌법 제정에 참여하여 서명한 제임스 윌슨(James Wilson)은 노력을 아끼지 않고 공헌을 했으며 1787년 11월 21일부터 12월 14일까지 수 차례에 걸쳐 펜실베이니아의 연방헌법 비준 회의에 참여하고 수차례의 강연에서 연방헌법의 함의와 장점을 극력 논증했다. 윌슨의 이런 강연에서 그는 “파산조항”을 직접 거론하지 않았고, 헌법 반대론자들이 의회의 권력이 너무 크다고 비난할 때에도 “파산조항”을 언급하지 않았다.³⁰⁷⁾ 그러나 사법기관 관련 문제를 논술할 때 윌슨은 연방헌법 제3조 사법권의 우월성을 논증하면서 파산상황을 예로 들었다.

... 우리가 공적 신용이나 사적 신용을 회복하려면 우리 자신이나 외국인에게 도움을 청할 수 있는 공평하고 공정한 법원이 있다는 것은 매우 필요한 일이 아닙니까? 한 상인의 재산이 로드아일랜드 법에 의해 좌지우지된다면 그는 어떻게 생각하겠습니까? 더 나아가, 만약 한 채권자가 그 빚이 다른 주의 통화법(currency laws)에 의해 좌지우지된다면 그는 어떻게 생각하겠습니까? 이 헌법 하에서는 특별히 불공정한 행위들은 미래에는 통제될 수 있겠지만, 여러분, 채무 상황을 회피할 다른 방법이 있습니다. 이제 분할상환과 효과가 유사한 다른 상환방식이 있습니다. 여러분, 이런 것들은 신용의 원천을 파괴할 것입니다. ³⁰⁸⁾

윌슨은 나아가 외국인에게 연방법원에서 공정한 대우를 받을 수 있는 충분한 기회를 주는 것은 미국과 외국의 신용 관계를 회복하고 미국과 외국의 평화 관계를 유지하는

305) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 174면.

306) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 231면.

307) [美]詹姆斯·威尔逊, 『美国宪法释论』, 李洪雷 译, 法律出版社, 2014年版, 35-36면, 49면, 55-56면.

308) [美]詹姆斯·威尔逊, 앞의 책(각주 307), 82면.

데 매우 중요하다고 지적했다. 윌슨은 극단적인 예를 들었다.

어떤 주에 아래와 같은 사건이 있다고 가정하자. 채무자가 채권자의 실제 가치의 4분의 1, 5분의 1 혹은 6분의 1만을 변제할 수 있도록 하는 형편없는 법률을 제정했다. 이 채권자는 외국인이며 그는 국왕 또는 군주에게 불공정한 대우를 호소했다. 국왕 또는 군주는 어떻게 해야 하는가? 백성들이 당한 신의를 저버리는 행위에 대해 그는 정의를 지킬 의지와 의무가 있으나 그는 신의를 저버린 그 주에게 무엇을 요구할 수 없다. 왜냐하면 그는 『연합규약』의 규정에 따르면 각 주는 조약을 체결할 수 없다는 것을 알기 때문이다. 따라서 그는 어쩔 수 없이 합중국에 “내 백성이 공공연히 침해를 당했으니 나에게 정의를 보여주시오, 그렇지 않으면 내가 스스로 정의를 받아내어 이루겠다.”고 요청해야만 한다. 합중국은 반드시 이것에 대한 책임을 져야 한다. 합중국이 이 침해 행위에 책임을 져야 한다면 합중국은 잘못된 주를 고치도록 강제할 수단을 가져야 하지 않겠는가? 합중국은 그런 수단을 가져야 하고 이 조항의 이 부분은 그러한 수단에 관한 규정이다. 이제 연방 의회는 다음과 같이 답할 수 있다. “당신의 백성은 왜 연방법원에 제소하지 않느냐? 연방법원에서 각 주가 제정한 불평등하고 불공정한 법은 효력이 없다.”³⁰⁹⁾

매사추세츠 주의 헌법 비준 과정은 계층별 분리를 뚜렷이 보여준다. 비어드는 리비(Libby)의 연구 성과인 『헌법 투표의 지리적 분포(Geographical Distribution of Constitution Voting)』를 인용해 동부 연안 지역 개인 재산가 집단이 헌법에 대한 지지율 73%를 기록한 반면 중부 농촌 지역으로 1788년에는 대부분 웨이즈 당원이 나타났던 지역의 헌법 지지율은 14%에 불과하다고 지적했다. 이는 헌법에 대한 동일 주 내 농업지역과 상업지역의 다른 태도를 분명히 나타낸다. 반면, 매사추세츠주 대표회의의 헌법 반대자 중 한 명인 우스터(Worcester) 지방의 존 테일러(John Taylor)는 1787년 매사추세츠 주 의회 다수파의 하나로 채무법 확대에 매우 적극적이었다.³¹⁰⁾ 전체 헌법 비준 과정에서 매사추세츠 주의 개인 재산가 집단과 소농 및 채무자 집단에 참여한 충돌이 일어났으며, 웨이즈파 반란자들은 전체 주민구의 7분의 2에 육박했으며, 그들은 헌법을 반대한다는 입장에서 서서 공채와 사채를 취소할 것을 주장했다.³¹¹⁾ 매사추세츠 주의 헌법 지지자는 1787년 10월 26일 『매사추세츠 뉴스』에 헌법의 혜택을 선전하기 위한 기사를 게재하여 헌법 반대자들을 비판하면서 헌법은 “모든 신사와 부자들에게 유리하다. 왜냐하면 그들은 사람 마음의 미혹하는 많은 저급한 정객들이 하인들을 줄이는 것을 볼 수 있기 때문이고, 이런 정객들이 뜻을 이루면 그들의 마음이 아프게 된다. 이런 정객들은 사람들의 인기를 얻는 데 열중하고, 소수의 채권자를 파괴하고 다수 채무자를 기분 좋게 하는 많은 법률을 제정하도록 하였다.”³¹²⁾

309) [美]詹姆斯·威尔逊, 앞의 책(각주 307), 83-84면.

310) [美]查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 189-191면.

311) [美]查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 226-227면.

312) [美]查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 227-228면.

메릴랜드 주의 상황은 비슷하다. 도시 상업 이익집단은 모두 헌법을 지지하고, 지폐 파와 채무법의 지지자들은 반연방파의 입장에서 헌법의 비준에 반대하였다.³¹³⁾ 비어드는 심지어 메릴랜드 주에서 “모든 논쟁은 채무자와 채권자 사이의 싸움이며, 부유층과 농민 사이의 투쟁이라는 것이 인식된다.”고 주장했다.³¹⁴⁾ 심지어 헌법의 반대자조차도 투표자들에게 주 대표 회의에 채무자를 선출하지 말도록 호소했다.

빚진 사람을 뽑지 마라, 왜냐하면 부채는 자신의 일을 처리할 지식이 부족하다는 것을 증명한다. . . . 채무자는 충실하기 힘들다. . . . 지폐를 찬성하는 인물을 뽑지 마라. 왜냐하면 충실한 사람은 이런 수단을 인정하지 않는다. 채무자와 무뢰한 외에는 아무도 이런 악마 같은 계획을 인정하지 않을 것이다. . . . 이런 인물을 뽑지 마라. 그들은 파산한 채무자들이 영원한 감금을 면하기 위해 전 재산을 채권자에게 바쳐 채권자들이 이용할 수 있게 하는 법을 옹호했다. 의회는 사적인 계약에 간섭할 권리가 없다. 채무자는 그들이 신뢰하는 채권자들의 관대함을 보장 받아야 하며 채권자들은 채무자들이 마땅히 그해야 하는 것이 아니면 종신감금형을 받게 하지 않을 것이다.³¹⁵⁾

노스캐롤라이나 주에서는 한때 헌법 지지자들이 불안할 정도로 지폐파와 채무자파가 활발하게 활동했다.³¹⁶⁾ 헌법을 지지하는 데이비드(David)는 노스캐롤라이나 헌법비준 회의에서 “이것은 농업과 상업의 이익집단의 생사와 관련되며, 각 주는 지폐 제조를 중단해야 하며, 분할상환법과 무익한 법안의 제정을 중단해야 한다. 이러한 부정한 법들은 상인과 농민들의 정당한 권리를 크게 손상시켰다.”고 헌법을 지지할 것을 호소했다.³¹⁷⁾ 그 주의 매클레인(McLean)은 1788년 1월 15일자 편지에서 뉴하노버(New Hanover) 지방 사람들은 개혁에 찬성하지만, “지방법원의 판사를 제외한 일부 기만적인 정객, 소수의 부채가 있는 인물, 그리고 모든 관리들은 모두 어떤 개혁도 반대하거나 최소한 이 목적을 달성할 수 있는 개혁에 반대한다.”고 썼다.³¹⁸⁾

사우스캐롤라이나에서 헌법 지지자인 데이비드 램지(David Ramsey)는 헌법을 변호하기 위한 소책자에서 다시 한번 비판의 화살을 채무자에게 겨누었다. 램지는 “부채가 있는 사람을 잘못 선출하지 않도록 주의해야 한다. 그들은 헌법이 부결되기를 바란다. 왜냐하면 헌법이 ‘각 주는 채권을 발행할 수 없으며 금화와 은화 외에 다른 것을

313) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 212면

314) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 237면.

315) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 238면.

316) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 239면.

317) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 239면.

318) [美] 查尔斯·A. 比尔德, 앞의 책(각주 80), 239-240면.

법정통화로서 채무를 상환하는 데 쓸 수 없고, 과거의 법이나 계약의무를 변경하는 법으로 되돌아 갈 수 없다.’고 헌법이 규정했기 때문이다. 이것은 채권자를 속이려 하는 채무자들에게는 정말 괴롭지만, 그것은 사회적으로 성실한 사람들에게는 확실한 서비스이다. 새로운 헌법에 반대하는 인물들의 인품과 상황을 신중하게 따져보면 비록 그들이 이러한 이유를 감추려고 각 주의 이익과 사람들의 자유와 같은 듣기 좋은 핑계를 대지만 위 각 조목들이 일부 사람이 헌법을 반대하는 진정한 이유라는 것을 발견할 수 있을 것이다.”라고 썼다³¹⁹⁾

헌법 지지자와 반대론자들은 자신들의 이익을 결합해 헌법의 비준 여부를 놓고 치열하게 논쟁했는데, 심지어 유산자와 무산자의 대치로 볼 수 있을 정도였다. 토론에서 채무자 계층은 헌법 지지자들에게 심한 비방과 비판을 받았다.³²⁰⁾ 마샬(Marshall)은 헌법의 반대자들이 “극단적인 측은함을 갖고 채무자들을 보고 그들을 구제하기 위해 부단히 노력한다. 그들의 의견에 따르면 계약을 엄격히 이행하는 것은 사람들에게 감당할 수 없는 질곡이다. 그들은 항상 사법적 관리를 완화하고, 채무상환을 용이하게 하거나, 기한을 연장하고, 조세를 인하하는 것에 찬성해 왔다. 같은 의견에서 자기들이 가진 권력을 연방 의회로 넘기려는 모든 시도에 반대한다.”고 말했다.³²¹⁾

그러나 논쟁은 논쟁일 뿐이다. 각 주에서 헌법을 비준하는 과정은 서로 다르지만, 자발적이든 수동적이든 빠르게는 1787년 12월 6일 델라웨어 주에서 헌법이 비준되었고, 늦게는 1790년 5월 29일까지는 로드아일랜드에서 헌법이 비준됐으며 북미 13개 주에서 모두 미국 1787년 헌법을 통과했다.³²²⁾ 이로부터 “파산조항”은 자연스럽게 법적 생명을 얻게 됐다.

종합해 보면, 헌법을 지지하는 사람들은 주로 각 주의 개인 재산가, 공채 보유자와 같은 상공업 계층의 대표들이며, 그들은 새 헌법과 새 정부가 그들의 이익을 보호할 것으로 보는 반면 헌법에 반대하는 사람들은 주로 농업 지역, 그중에서도 채무자가 많은 지역에 온 사람들인데 그들은 새 헌법 하에 그들의 이익은 의심의 여지가 없이 침해된다고 생각했다.³²³⁾ 이익결정론은 1787년 헌법의 운명을 결정지었고 헌법에 있는 “파산조항”의 운명도 자연스럽게 부수적으로 결정했다.

(3) “파산조항”의 활성화

319) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 242면.

320) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 221면.

321) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 224면.

322) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 161-175면.

323) [美] 찰스·A. 비尔德, 앞의 책(각주 80), 219면.

미국 헌법이 공포된 이후 의회는 “파산조항”을 단기간 내 활성화하여 전국적인 통일 파산법을 제정하지 않았다.³²⁴⁾ 찰스 워렌의 연구에 따르면, 제1대 의회 제1차 회의는 일부 중요한 입법만을 고려하였으나, 파산법이 그 중 하나였다. 일찍이 1789년 6월 1일, 미국 하원에서는 파산법 입법 전문위원회를 임명했고, 1790년 2월 제1대 의회 제2차 회의부터는 파산법 의제가 의원들 앞에 놓여 있었다.³²⁵⁾ 그러나 그 후 얼마 지나지 않아 대규모 투기로 인한 1792년 대공황이 미국을 강타하였고, 이러한 분위기로 인해 연속 몇 대의 의회로 이어진 7~8년 동안 여러번 파산법 초안을 심의했으나 아무 결실이 없었다. 결국 연방의회는 초기 파산입법에서 아무 성과가 없었다.³²⁶⁾

스토리는 “현재 상업, 제조업, 농업의 이해관계자들이 겪고 있는 가장 시급한 고통 중 하나는 기본적인 파산제도가 전혀 없다는 점이다.”고 지적했다. 모두가 아는데로 헌법이 비준된 후 짧은 기간 외에는 이 권력은 행사되지 않았고, 당시 실시된 제도는 어떤 공정한 실험이 있기도 전에 폐지되었다.³²⁷⁾ 스토리에 의하여 축약본에서는 삭제된 다른 단락에서 스토리는 이 같은 유익한 조문이 결국에는 휴지조각[紙上空文]이 되었다고 지적하면서 특히 전 세계에 걸쳐 사업을 확장하고 국내무역에 변화를 가져오려고 시도하는 사업 국가로서는 심히 유감이 아닐 수 없다고 했다. 채권자가 사기당하지 않도록 최대한 보장하고 구금제도로부터 채무자의 능력을 최대한 보장할 수 있는 사람에게서는 자발적으로 머리를 숙여야 한다는 것이다.³²⁸⁾

1797년의 경제위기로 미국 연방 파산법 입법이 다시 궤도에 올랐다.³²⁹⁾ 1800년 미국 제6대 의회가 개막한 후 1800년 4월 4일에야 영국 『1732년 파산법(1732 Statute of 5 George II)』에 따라 미국역사상 첫 파산법인 『1800년 파산법(Act of Apr. 4, 1800, ch.19)』을 공포하였다.³³⁰⁾ 이로써 미국 헌법의 “파산조항”은 1800년에야 활성화되었다. 그러나 이 파산법은 실행한지 얼마 지나지 않은 2년 만에 폐지됐다.

그 다음 거의 한 세기 동안, 미국 입법 기관들은 노력하여 1841년, 1867년에 파산법을 내놓았지만, 이 두 파산법의 지속 기간은 3년, 11년에 불과했다. 그 이전 한 세기 동안은 연방 파산법의 결여로 각 주의 기존 파산법 또는 보통법 규칙이 채무청산과 파산 사무에서 중요한 역할을 했으며, 실제로는 여전히 파산 입법 분야에서 각자의 방식

324) Judith S. Koffler, 앞의 논문(각주 2), 41-47면.

325) Charles Warren, 앞의 논문(각주 131), 10면.

326) Charles Warren, 앞의 논문(각주 131), 10-12면.

327) [美] 스토리著, 앞의 책(각주 34), 332면.

328) Joseph Story, 앞의 논문(각주 264), 1105면.

329) Charles Warren, 앞의 논문(각주 131), 12-19면.

330) Samuel Williston, 앞의 논문(각주 20), 547면.

으로 처리했다.³³¹⁾ 각 주는 채무청산 영역에서 채무면제 및 채권자 간 채무자 재산의 평균분배에는 소극적이지만 선착순 원칙[先來先得]에는 적극적이어서 채권자 간의 악성 경쟁과 주의 채권자의 이익을 무시했다.³³²⁾

19세기의 100년 동안 미국은 비록 1800, 1841, 1867년에 차례로 파산법을 통과시켰지만, 세 편의 법은 모두 단명했고, 비싼 관리비용과 여행비용은 당사자들로 하여금 낙담케 했다. 미국은 한 세기 중 16년 동안만 파산법이 있었고, 이 중 처음 반세기는 6년 동안만 있었다. 『1898년 파산법(the 1898 Bankruptcy Act)』이 통과되어서야 미국 파산법의 발전은 온전한 궤도에 올랐다.³³³⁾ 이것은 제헌 선현들을 크게 놀래킬 만한 사실일 수 있다. 『1898년 파산법』이 통과된 후, 미국 파산법의 발전은 마침내 안정기에 접어들었고, 다음 한 세기 동안 미국 파산법은 입법기관의 노력과 사법기관의 해석하에 흥망성쇠를 번갈아 겪으며 시대조류와 보폭을 맞추면서 세계 파산법의 선두주자가 되었는데 이것들은 다 뒷이야기이고 여기서는 기술하지 않는다.

6. 결어

당시 미국을 제약했던 여러 가지 문제를 1787년 미국의 제헌이 해결했는데 “파산조항”은 그 하이라이트 중 하나라고 할 수 있다. 파산법의 관점에서 볼 때, 미국 헌법의 “파산조항” 입헌은 인류 파산법 역사상 하나의 이정표라고 할 수 있다. 이 논문은 1787년 제헌 이전 북미 여러 주의 파산 입법과 실무를 고찰하고, 제헌회의에서 제헌에 참여했던 선현들이 어떻게 “파산조항” 초안을 점차 제시했는지, 그리고 이 초안이 어떻게 점차 수정되어 최종안이 형성됐는지를 자세하게 고찰했다. 이런 연구들을 통해 미국 헌법의 “파산조항”의 경과를 똑똑히 볼 수 있게 됨으로써 파산법을 헌법적 측면에서 더 잘 이해하는 데 도움이 될 것이라 믿어 의심치 않는다.

지금으로서는 미국의 1787년 헌법에서 “파산조항”이 그 하이라이트 중 하나라고 말할 수 있다. 미국 헌법의 “파산조항”은 이미 미국 경제를 도약시키는 이기(利器)로 작용하고 있다.³³⁴⁾ 심지어 미국 헌법의 “파산조항”은 상업조항, 계약조항 등 헌법의 다른 조항과 함께 미국 연방화를 구성하는 다섯 가지 기둥 중 하나라고 주장하는 학자도 있다.³³⁵⁾ 미국의 1787년 헌법 “파산조항”의 설계는 세계적으로도 광범위한 영향을 미치

331) Charles J. Tabb, 앞의 논문(각주 12), 13-14면.

332) Bradley Hansen, 앞의 논문(각주 192), 88면

333) Bradley Hansen, 앞의 논문(각주 192), 90면.

334) Robert Higgs, 앞의 논문(각주 334), 88면.

고 있는데, 예를 들어 호주 헌법은 미국의 “파산조항”을 본뜬 것이다.

돌이켜보면 미국 연방제가 “파산조항”의 입헌에 제도적 계기를 제공했지만 “파산조항”이 반드시 입헌해야 하는 이유를 설명하기에는 역부족이었다. 적어도 이것이 절대적으로 충분한 이유는 아니며, 이러한 관점은 많은 문헌이 이를 뒷받침하지도 못했다. 우리는 문헌에서 제헌회의 대표들은 대부분 금융업계와 실업계에서 온 대표들이며 이는 그들로 하여금 파산문제를 구상하거나 고려할 때 자기도 모르게 채권자 입장에서 문제를 사고하도록 하였을 것이라는 사실을 확인할 수 있다.

역사적 사실 자체로 보면 “파산조항”의 입헌은 필연적인 요소도 있지만 우연적인 요소도 있다. 초기 북미의 식민지별 파산 입법과 실무도 “파산조항”의 입헌에 대한 기본적인 공감대를 형성하였고 이것이 바로 헌법 텍스트 자체의 논의 과정에서 “파산조항”이 다른 조문처럼 대표자들 간의 격렬한 논쟁을 불러일으키지 않고 “파산조항”이 의외로 양측의 공감대가 된 이유이기도 하다. 또한 “파산조항” 자체는 1787년 헌법 자체에 큰 영향이 없으며 여러가지 문제 중 작은 문제일 뿐이었다.

물론 미국 헌법의 “파산조항”이 입헌되는 과정을 비교적 분명하게 아는 것은 본문의 첫머리에 제기된 많은 의혹을 해소하는 동시에, 또 다른 한편으로 더 많은 미해결 문제를 낳는다. 예를 들어 “파산조항”에서 ‘통일’은 어느 정도로 해석해야 하는지? 또 “파산사무”라는 키워드에 어떤 의미와 외연이 있는지? 1787년 헌법이 통과된 이후 미국의 파산법 입법사는 과연 “파산조항”을 어떻게 해석하는지? 미국 최고법원은 “파산조항”을 어떻게 해석하는지? 등등 물론 이런 질문에 대한 논증과 대답은 반드시 또 다른 한편 또는 여러 논문의 과제가 될 것이니 뜻이 있는 동업자들이 힘을 모아야 할 것이다.

〈 참고문헌 〉

- [美] 查尔斯·A. 比尔德, 『美国宪法的经济观』, 何希奇 译, 商务印书馆 2010年版
程华, “谢司起义”, 『世界历史』 1984年 第3期
- [美] 大卫·哈克特·费舍尔, 『阿尔比恩的种子: 美国文化的源与流』, 王剑鹰 译, 广西师范大学出版社 2018年版
- 戴维·W. 格兰森, “北美殖民地的建立与发展: 人口、劳动力和经济发展”, 见斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 编, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译, 中国人民大学出版社 2008年版
- 丹尼尔·维克斯, “北美北部殖民地的经济与社会(1600-1775)”, 见斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 编, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译, 中国人民大学出版社 2008年版
- [英] 费奥娜·托米, 『英国公司和个人破产法』, 汤维建 / 刘静 译, 北京大学出版社 2010年版
高丝敏, “美国破产法二百年的流变: 立法、司法和学术”, 『清华法律评论』 2014年 第2期
- [美] 汉密尔顿 / 杰伊 / 麦迪逊, 『联邦党人文集』, 程逢如 / 在汉 / 舒逊 译, 商务印书馆 2004年版
- [美] 赫伯特·J. 斯托林, 『反联邦党人赞成什么: 宪法反对者的政治思想』, 汪庆华 译, 北京大学出版社 2006年版
- 江平编, 『西方国家商法概要』, 法律出版社1984年版, 326면
- 姜峰 / 毕竟悦 编 译, 『联邦党人与反联邦党人: 在宪法批准中的辩论(1787-1788)』, 中国政法大学出版社 2012年版
- 卡西·马特森, “美国独立战争、宪法与新国家的形成”, 见斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 编, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译, 中国人民大学出版社 2008年版
- 拉塞尔·R. 梅纳德, “北美殖民地南方地区的经济与社会发展”, 见斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 编, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译, 中国人民大学出版社 2008年版
- 李曙光 / 贺丹, “破产法立法若干重大问题的国际比较”『政法论坛』 2004年 第5期, 59-60면
- 尼尔·索尔兹伯里, “欧洲人和非洲人到来之前至美国内战时期美洲土著人的概况”, 见斯坦利·L. 恩格尔曼 / 罗伯特·E. 高尔曼 编, 『剑桥美国经济史(第一卷): 殖民地时期』, 巫云仙 / 邱竞 译 译, 中国人民大学出版社 2008年版
- 潘华仿, “美国的破产法”, 『政法论坛』 1986年 第6期

- [美] 乔纳森·休斯 / 路易斯·凯恩, 『美国经济史』, 杨宇光 / 吴元中 등 역, 第8版, 格致出版社, 上海人民出版社 2013年版
- [美] 斯托里, 『美国宪法评注』, 毛国权 역, 上海三联出版社 2006年版
- [美] 威廉·布拉福德, 『普利茅斯殖民史』, 吴丹青 역, 江西人民出版社 2010年版
- [英] R.C. 西蒙斯, 『美国早期史：从殖民地建立到独立』, 朱绎 / 常绍民 등 역, 商务印书馆 1994年版
- [美] 詹姆斯·威尔逊, 『美国宪法释论』, 李洪雷 역, 法律出版社 2014年版
- 张千帆, 『西方宪政体系·上册·美国宪法』(第二版), 中国政法大学出版社 2004年版

- William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book II of the Rights of Things, Oxford University Press, 2016, Vol.2
- Peter J. Coleman, *Debtors and Creditors in America: Insolvency, Imprisonment for Debt, and Bankruptcy, 1607-1900*, The State Historical Society of Wisconsin, 1974
- Bradley Hansen, “Commercial Associations and the Creation of a National Economy: the Demand for Federal Bankruptcy Law”, *Business History Review*, Vol.72, Spring 1998
- Robert Higgs, *The Transformation of the American Economy:1865-1914*, New York 1971
- Judith S. Koffler, “The Bankruptcy Clause and Exemption Laws: A Re-examination of the Doctrine of Geographic Uniformity”, *New York University Law Review*, Vol.58, 1983
- Stephen J. Lubben, “Puerto Rico and the Bankruptcy Clause” 88(4) *Am. Banker. L. J.* 553-578 (October 25, 2014)
- Stephen J. Lubben, “A New Understanding the Bankruptcy Clause”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 64, Issue 2, 2013
- F. Regis Noel, *A History of the Bankruptcy Clause of the Constitution of the United States of America*, PhD thesis of Catholic University of America, 1918
- Thomas E. Plank, “The Constitutional Limits of Bankruptcy”, *Tennessee Law Review*, Vol. 63 (1995-1996)
- Charles J. Tabb, “The Bankruptcy Clause, the Fifth Amendment, and the

Limited Rights of Secured Creditors in Bankruptcy”, 2015 *U. Ill. L. Rev.*

Charles J. Tabb, “The History of the Bankruptcy Laws in the United States”, *ABI Law Review*, Vol.3, No.5 (1995)

Charles Warren, *Bankruptcy in United States History*, Harvard College, 1935, reprinted by Beardbooks in 1999

Samuel Williston, “The Effect of a National Bankruptcy Law upon State Laws”, *Harvard Law Review*, Vol. 22, No. 8 (June, 1909)

영국의 Gibbs 원칙에 관한 미연방파산법상 제15장 절차에서의 판단 {In re Agrokor d.d. (591 B.R. 163)}

박민준*

1. 영국에서 Gibbs 원칙의 형성 및 전개

- 영국의 Gibbs 원칙("Gibbs Rule" 또는 "Gibbs Principle")은 1890년에 Antony Gibbs & Sons v. La Société Industrielle et Commerciale des Métaux 사건¹⁾에서 내려진 영국 법원의 판단에 기초한 원칙인바, 그 기본적인 취지는 영국법이 적용되는 채무는 영국이 아닌 다른 나라의 도산절차에서 면책될 수 없다는 것이다.²⁾
- 위와 같은 Gibbs 사건에서는, 프랑스에 소재한 피고 회사가 영국의 구리 판매업자인 원고로부터 구리를 매수하기로 하는 계약을 체결하였는데, 위 계약의 준거법은 영국법으로 하기로 하였고, 계약에 따른 구리의 인도도 영국 내에서 이루어질 것을 예정하고 있었다.

그 후 피고 회사는 재정적인 어려움을 겪게 되었고, 결국 피고 회사에 대하여 프랑스에서 파산(liquidation) 절차가 진행되게 되었다. 원고는 위와 같은 파산절차에서 계약과 관련된 손해배상청구권을 신고하였는데, 다만 이러한 채권신고는

* 서울회생법원 판사

1) 25 Q.B.D. 399 Court of Appeal.

2) Ian G. Williams, Adrian J. Walters, "Modified Universalism in Our Time?: A Look at Two Recent Cases in the U.S. and U.K.", Am. Bankr. Inst. J. 24 (July 2018). 참고로 Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws (Sweet & Maxwell, 15th Ed, 2012)에서는 Gibbs 원칙에 대하여 "a discharge of any debt or liability under the bankruptcy law of a foreign jurisdiction is a discharge therefrom in England if, and only if, it is a discharge under the law applicable to the contract"라고 설명하고 있다(Kannan Ramesh, "The Gibbs Principle: A Tether on the Feet of Good Forum Shopping", 29 Sing. Acad. L.J. 42, 44 (2017)에서 재인용).

원고가 피고 회사를 상대로 하여 영국 법원에 계속 중이던 소송과 관련된 권리를 유보하는 조건으로 이루어진 것이었다.

위와 같은 프랑스에서의 도산 절차에서 면책된 피고 회사의 채무와 관련하여, 영국의 법원(Queen's Bench Division of High Court(현재의 Court of Appeal))은 원고가 그와 같은 면책결정에 구속되지 아니하고 영국의 법원에 위 계약과 관련된 소송을 제기하여 손해배상을 받을 수 있다고 판단하였다.

- 이러한 Gibbs 원칙은 영국이 2006년에 국제도산에 관한 모델법(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)을 받아들여 국제도산규칙(Cross-Border Insolvency Regulations, CBIR)을 제정한 이후에도 현재까지 여전히 유지되고 있는 상황인바, 일례로 2018년에도 영국의 High Court는 Bakhshiyeva v. Sberbank of Russia 사건³⁾에서 Gibbs 원칙에 따라 판단을 한 바 있다.

위 Bakhshiyeva 사건에서는 아제르바이잔 은행에 관하여 아제르바이잔에서 도산절차가 진행되었고, 위 도산절차는 영국에서 국제도산규칙(CBIR)에 따라 승인되었는데, 위 도산절차에서 회생계획이 인가되었음에도 불구하고 위 은행에 대해 영국법이 준거법인 채권을 가진 채권자들이 당초 계약상의 권리에 기초하여 집행을 하고자 하였다. 이에 위 은행의 국제도산관리인은 영국의 법원(High Court)에 위와 같은 집행을 영구적으로(즉, 위 도산절차가 종료된 이후에도) 중지하여 줄 것을 구하게 되었다. 이 사건에서 위 법원은 위 은행의 신청을 받아들이지 아니하였는데, 그 이유로는 Gibbs 원칙이 여전히 적용되고 있는 점, 비록 국제도산규칙(CBIR)이 제정되기는 하였으나 이러한 국제도산규칙이 영국의 법원에 영국법상의 실제적인 권리를 변경하거나 면책시킬 수 있는 권한을 부여하는 것이 아니고, 법원으로서의 직접적인 위임이 없는 이상 다른 나라의 법을 적용할 수는 없다는 점 등을 설시하였다(위 법원은 이와 같이 국제도산규칙이 실제적인 권리를 변경시킬 수 없다는 것에 관하여 같은 취지인 Rubin v. Eurofinance SA 사건⁴⁾의 판단 및 Fibria Celulose S/A v. Pan Ocean Co. Ltd. 사건⁵⁾의 판단에 근거를 두었다).

3) [2018] EWHC 59 (Ch).

4) [2013] AC 236.

5) [2014] EWHC 2124.

2. Agrokor 사건의 배경

- Agrokor 그룹은 슈퍼마켓 체인 영업, 생수 제조업 등을 영위하는 크로아티아의 대규모 기업집단이었다. 특히 Agrokor 그룹의 연수입은 크로아티아 국내총생산의 약 15%를 차지할 정도였다. 한편, Agrokor 그룹을 구성하는 회사들 중 77개의 회사는 크로아티아에 소재하고 있었으나, 80여개의 회사는 크로아티아 외에 소재하고 있었다.

그런데, Agrokor 그룹에 위기가 도래하게 되었고, 크로아티아에서는 그 무렵 특정한 회사가 개별적으로 또는 그 자회사 등과 합하여 크로아티아의 경제와 사회 전체의 안정에 영향을 미치는 경우에 있어 그러한 회사 등을 보호하기 위한 목적으로 “특별관리절차”(Extraordinary Administration Proceedings)에 관한 법을 제정하게 되었는데, 위 법의 제정에는 위와 같은 Agrokor 그룹의 위기도 영향을 주었다고 한다.

결국 위 법이 제정된 후 얼마 지나지 아니하여 2017년에 Agrokor 그룹을 구성하는 회사들 중 크로아티아에 소재하는 회사들에 대하여 위 법에 따른 특별관리절차가 개시되기에 이르렀다.

- 이러한 Agrokor 그룹에 관한 특별관리절차에서는 채권자들과의 협상을 거친 후 “합의약정”(Settlement Agreement)이 작성되었고, 이에 대하여 의결정족수에 상응하는 채권자들의 동의를 얻고 크로아티아 법원의 인가를 받게 되었다.

이와 같은 합의약정에 따라 Agrokor 측의 채무가 상당 부분 면책되거나 그 내용에 변경이 이루어지게 되었는데, 그러한 Agrokor 측의 채무 중 과반수는 영국 법의 적용을 받는 채무인 상황이었다.

- 그 후 Agrokor 그룹의 국제적인 성격 탓에 위 특별관리절차에 대한 승인을 구하는 신청이 여러 나라에 이루어지게 되었다. 특히 인접한 국가인 슬로베니아, 세르비아, 보스니아-헤르체고비나 및 몬테네그로 등에 승인 신청이 이루어졌는데, 위 인접 국가들의 법원에서는 이러한 승인 신청이 받아들여지지 아니하였다. 위와 같이 승인 신청을 받아들이지 아니한 이유로는 위 특별관리절차가 채권자들을 공평하게 취급하는 일반적인 도산 절차가 아니라 크로아티아가 자국에 중요한 회사들을 보호하기 위한 절차라는 점 등이 제시되었다.
- 그러나 영국의 법원(High Court of England and Wales)에서는 위 특별관리절차를 외국주절차로 승인하는 결정을 하였다(한편, 당시 위 법원에 위 합의약정의 승인 및 집행을 허가하여 달라는 신청이 이루어지지 않는 아니하였었고, 이에 따라

Gibbs 원칙은 크게 문제되지 아니하였던 것으로 보인다). 특히 위와 같은 승인에 반대하던 Agrokor 그룹의 채권자(Sberbank) 측에서는 영국의 국제도산규칙상으로 외국도산절차로 승인되기 위해서는 그러한 절차가 단일한 채무자 회사에 대한 것이어야 하고, 여러 회사를 합하여 진행되는 절차는 외국도산절차로 승인될 수 없다는 주장을 하였으나, 위 영국 법원은 영국의 국제도산규칙상 외국의 도산 절차가 다수의 회사로 이루어진 그룹에 대한 절차라고 하여 이를 승인하여서는 안 된다는 근거가 없다는 점 등을 근거로 이러한 주장을 받아들이지 아니하였다(아래와 같이 미국 법원에서 위 합의약정의 승인 및 집행을 허가한 후, Agrokor 그룹 측에서는 Gibbs 원칙과 관련된 문제를 피하기 위하여 영국 법원에 별도로 Scheme of Arrangement를 신청하였다).

- 또한, 미국의 뉴욕남부연방파산법원에도 위 특별관리절차의 승인을 구하는 신청이 이루어졌는데, 위 법원도 위 특별관리절차를 승인하였다. 한편, 위 합의약정의 승인 및 집행을 허가할 것을 구한 것과 관련하여서는 아래와 같이 별도의 판단⁶⁾이 이루어졌다.

3. Gibbs 원칙에 관한 미국 뉴욕남부연방파산법원의 판단

- Agrokor 그룹에 관한 위 합의약정의 승인 및 집행을 허가할 것인지 여부와 관련하여 미국 뉴욕남부연방파산법원은 우선, 외국도산절차를 승인한 후에 추가적인 지원 여부를 결정함에 있어서는 예양(comity)과 협력의 원칙에 입각하여야 하는데, 이 사건의 경우에는 이러한 예양과 관련한 어려움이 있다는 점을 실시하였다. 즉, 채무 중 다액이 영국법의 적용을 받는 상황이기 때문에, 크로아티아에 예양을 제공하여 영국법의 적용을 받는 채무를 면책시키는 등의 내용을 담고 있는 위 합의약정을 승인 및 집행하는 것이 Gibbs 원칙을 유지하고 있는 영국에 대한 예양 제공을 거절하는 것처럼 보일 수 있는 점도 이 사건에 관한 판단을 함에 있어 고려되어야 한다고 보았다. 이와 같은 예양과 관련된 문제 때문에 결국 위 법원으로서 영국의 Gibbs 원칙에 대하여 판단을 하게 되었다.
- 결론적으로, 위 법원은 영국에서 Gibbs 원칙이 적용되고 있다는 점이 미국 내에서 위 합의약정에 대한 승인 및 집행을 거절할 근거가 될 수는 없다고 보았다. 우선 위 법원은, Gibbs 원칙이 적용되는 국가의 법을 준거법으로 하여 계약상의 관계를 맺고 있는 당사자들이라고 하더라도, 사업의 소재지이거나 사업과 관계

6) In re Agrokor d.d., 591 B.R. 163 (Bankr. S.D.N.Y. 2018).

되어 있는 곳으로서 채무자와 관련성을 가지는 있는 국가의 절차에서 채권이 면책될 수 있다는 점을 예상할 수 있다고 보아야 한다는 견해⁷⁾에 동의하였다.

또한, 위 법원은 Gibbs 원칙이 도산절차와의 관계에 있어서도 계약법적인 분석을 더 우선하고 있는 점⁸⁾과 관련하여, 이는 도산절차에서의 면책이 그 본질상 채무자가 도산절차를 신청하기 전에 체결한 거의 모든 계약의 조항으로부터 벗어남을 내포하는 것과는 부합하지 아니한다는 견해⁹⁾에도 동의하였다. 특히 위 법원은, 미국을 비롯하여 현대적인 도산법제를 가지고 있는 대부분의 국가에서 같은 조에 속한 채권자들에게는 평등하게 변제가 이루어진다는 것이 근본적인 원리인데, Gibbs 원칙에 따라서 궁극적으로 영국법의 적용을 받는 채권을 가진 채권자들이 영국이 아닌 다른 나라의 법의 적용을 받는 채권을 가진 채권자들보다 더 많은 변제를 받게 되면 이는 위와 같은 근본적인 원리를 위반하게 된다는 점도 지적하였다.

나아가 위 법원은, Gibbs 원칙을 국제도산 사건에서 적용하는 경우의 중요한 문제는 채무의 면책을 도산법적인 문제가 아니라 계약법적인 문제로 잘못 묘사하게 되는 점이라는 견해¹⁰⁾에도 동의하였다.

- 이에 따라 위 법원은 위 합의약정의 승인 및 집행을 허가하였다. 한편, 위 법원은 이와 같은 결정이 위 합의약정이 다른 나라(특히 영국)에서 승인 및 집행될 것을 의미하지는 않는다는 점도 지적하면서, 이 사건의 채무자들로서는 영국에 위 합의약정의 승인 및 집행을 신청하거나 도산절차 또는 Scheme of Arrangement를 신청할 수 있을 것이라는 점도 언급하였다.

4. 마치며

- 이 사건은 실무상으로도 병행도산절차를 조장하는 등의 이유로 많은 비판을 받아 왔던 영국의 Gibbs 원칙에 관하여 미국 연방파산법상 제15장 절차에서 상세한

7) 이는 싱가포르의 Pacific Andes Resources Development Ltd, [2016] SGHC 210 사건에서 Kannan Ramesh 판사의 견해이다.

8) 특히 위 법원은 Rubin v. Eurofinance SA, [2012] UKSC 46 사건을 통하여 인정되는 Gibbs 원칙에 대한 예외(채권자가 외국의 도산절차에서 채권을 신고하거나 그 외의 방법으로 그러한 외국의 도산절차에 구속될 것에 동의하는 등으로 외국 법원의 재판관할권에 따르기로 한 경우에는 Gibbs 원칙이 적용되지 아니한다는 취지)가 이러한 점을 더욱 잘 나타내고 있다고 보았다.

9) Cross-Border Insolvency: Principles and Practice (Sweet & Maxwell 2016)에서의 Look Chan Ho의 견해이다.

10) "The Gibbs Principle: A Tether on the Feet of Good Forum Shopping", 29 Sing. Acad. L.J. 42에서의 Kannan Ramesh 판사의 견해이다.

판단을 내리게 된 사안으로서 의미가 있다고 할 수 있다.

한편, 이 사건과 관련하여 한 국가에서 다른 나라의 도산절차를 존중하는 결정을 하더라도, 보편주의라는 원칙의 달성은 또 다른 제3의 국가에서 그 도산절차를 그와 같이 존중할 것인지 여부에 달려 있을 수 있다는 어려움을 보여준 사건이라는 분석도 나오고 있다.¹¹⁾

- 일단 영국에서 Gibbs 원칙이 계속 유지되고 있는 상황에서 그 해결방안으로, 채무자로서는 미리 채무와 관련된 계약에 지급불능이 된 당사자가 자신의 소재지를 관할하는 법원 또는 주된 이익의 중심지(COMI)의 법원에서 도산절차를 진행할 수 있다는 점을 명시할 수 있을 것이라는 견해가 있다.¹²⁾

나아가 영국의 실무가들 입장에서도 Gibbs 원칙이 사람들로 하여금 영국법을 적용받는 것을 피하는 유인이 될 수 있어 부정적인 영향을 받을 수 있기 때문에 그들로 하여금 최근 성안된 도산 관련 재판의 승인 및 집행에 관한 모델법(Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-related Judgements)이 영국에서 채택될 수 있도록 노력할 것을 촉구하는 목소리도 있다.¹³⁾

11) George W. Shuster, Jr., Benjamin W. Loveland, "At the Edge of the Universe: Are Chapter 15's Principles of 'Universalism' Too Parochial for the Realities of Today's Global Economy?", Am. Bankr. Inst. J. 20 (Aug. 2019).

12) Varoon Sachdev, "Choice of Law in Insolvency Proceedings: How English Courts' Continued Reliance on the Gibbs Principle Threatens Universalism", Am. Bankr. L.J. Vol. 93 Issue 2, 343, 373 (2019)

13) Id. 373-74.

BREXIT와 영국 국제도산

이은재*

1. 서언

Brexit는 영국이 EU에서 탈퇴하는 것이다. EU는 영국 등 회원국의 주요 법률 제도를 조화롭게 운영하고자 여러 방안을 강구하여 왔으나, Brexit로 인하여 영국의 법률 분야가 EU로부터 분리되어 운영되게 된다. 도산 분야도 예외는 아니다. 영국과 EU는 이러한 탈퇴를 유연하게 하기 위한 협의를 계속하여 왔으나, 원만한 타결이 어렵고 “hard Brexit”라고 불리는 조정 없는 탈퇴가 진행될 가능성도 상당한 것으로 보인다. 특히 영국은 도산 분야에서 EU 내에서 선도적인 지위를 누리고 있어 가급적 현재와 같은 제도를 유지하고자 하는 것으로 보인다. 이하의 논의는 Brexit와 관련하여 영국 국제도산에 대한 주요 논점들을 전반적으로 소개하는데 목적이 있고 상세한 법리적 논의는 다른 기회로 미루고자 한다.

2. 영국 국제도산체제

우선 현재 국제도산과 관련된 영국의 주요 제도를 살펴보기로 한다.

2.1. EU도산규칙

EU도산규칙(Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast))은 EU 국가들 사이에서 적용되며 관할 배분, 적용 법률, 외국 도산절차의 승인과 집행 등 도산절차에 관련된 포괄적인 규정을 포함하고 있다. EU도산규칙은 강력한 제도로서 다른 영국의 국제도산 제도는 그 실효성이 이에 미치지 못한다고 평가된다.

* 법무법인(유) 광장 변호사

그런데 Brexit로 인하여 EU도산규칙이 영국과 다른 EU 국가 사이에서 적용되지 아니하게 된다. 예를 들면, EU도산규칙이 없으면, 적용 법률에 있어서는 영국과 EU각국이 자신의 국제사법을 적용하여 적용 법률을 정하게 되고 결국 일관성이 상실될 것으로 보인다. 영국은 국제도산 분야에서의 우위를 유지하기 위하여 EU 도산규칙이 없어도 다른 EU국가를 종전처럼 대우할 의사가 있으나 EU국가의 반응이 의문이다.

2.2. Cross-Border Insolvency Regulations 2006

영국 의회의 위임을 받아 2006년 내각에서 UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency를 영국에 적용하는 규칙을 채택하였다. 이를 Cross-Border Insolvency Regulations 2006("CBIR")이라 한다. CBIR은 UNCITRAL Model Law와 거의 같은 내용으로서 외국 도산절차의 승인과 지원에 대한 절차적 규정이 대부분이고 소수의 EU국가들만이 UNCITRAL Model Law를 채택한 것을 고려하면 영국 국제도산에서의 의의는 크지 않을 것으로 보인다.

2.3. Section 426, Insolvency Act 1986

영국 Insolvency Act of 1986의 이 조항은 특정한 외국의 법원 요청이 있는 경우 영국 법원이 그 외국의 도산절차에 협조할 수 있다고 규정하고 있다. 이 조항의 대상이 되는 국가는 common law 국가이고 그 명단은 아래와 같다: Anguilla, Australia, Bahamas, Bermuda, Botswana, British Virgin Islands, Brunei, Canada, Cayman Islands, Channel Islands, Falkland Islands, Gibraltar, Hong Kong, Ireland, Isle of Man, Malaysia, Montserrat, New Zealand, South Africa, St Helena, Turks and Caicos Islands, and Tuvalu(*Howard P. Morris, Gabriel Moss, Federico M. Mucciarelli and Christoph G. Paulus*, p. 3). 그러나 이 조항은 EU 국가들과는 관련이 많지 않아 보인다.

2.4. Common Law

영국 법원은 국제예양(comity)에 근거하여 법원의 재량 범위에서 외국 도산절차를 지원하는 것으로 보이고 modified universalism의 원칙에 따른다는 선언적 언급도 한바 있으나 현실적으로 많이 도움이 되지 않는 것으로 보인다. 예를 들면 도산절차에 적용될 준거법 선택 규정에 대하여 영국 법원은 명시적인 제시를 한 적이 없다고 한다(*Look Chan Ho*, p. 264).

3. Scheme of Arrangement

영국 도산절차와 관련하여 영국 회사법에 근거한 특이한 제도로서 Scheme of Arrangement(“합의개편계획” 또는 “정리계획”이라고 번역할 수 있고 이하에서는 “Scheme”이라 한다)가 있다. Scheme의 기능은 여러 가지이지만 도산절차와 관련하여서는 법원 감독 하에서 이루어지는 채무자 회사와 채권자들과의 채무조정이라고 할 수 있다(첨부 설명 참조). 주목할 것은, 실질적으로 도산절차이면서 EU도산규칙에서 Scheme은 도산절차가 아닌 것으로 취급된다는 점이다. 이러한 측면에서 Scheme은 EU도산규칙에 구속 받지 않고 운영될 수 있다. 실무적으로 Scheme은 EU에서 선호되는 국제도산 절차가 되었고(*Horst Eidenmueller*, pp. 7-11) 이러한 지위의 획득에는 영국 법원의 유연한 법리 적용과 영국의 유능한 도산 실무자가 기여하였다고 보인다.

도산절차가 아니므로 Scheme의 EU에서의 효력은 EU도산규칙이 아니라 Scheme을 판결로 보아 민사 및 상사사건의 재판관할과 승인과 집행에 관한 EU규칙(Brussels I Regulation: Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast))을 적용하여 인정받을 수 있다. 그러나 Brexit로서 Brussels I Regulation의 적용은 가능하지 않게 된다.

그런데 Scheme을 계약이라고 보고 국제적 효력을 인정받는 방안도 가능할 수 있다. 계약적 채무의 준거법에 관한 EU규칙(Rome I Regulation: Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations(Rome I))에 따라 Scheme을 계약으로 간주하여 그 효력을 인정받는 것이다. Rome I Regulation은 Brexit이후에도 적용될 수 있다. 그 밖에 Scheme의 국제적 집행에 중재판정의 집행에 대한 1958 New York Convention을 이용할 수 있다는 접근방법도 모색된다(*Howard P. Morris, Gabriel Moss, Federico M. Mucciarelli and Christoph G. Paulus*, p. 20).

그러나 Scheme의 국제적 집행에 대하여는 EU국가들의 반감을 고려하여야 한다는 측면이 있다. Brexit를 계기로 종전과 달리 Scheme이 도산절차로 취급되어야 한다는 주장이 제기되고 있다.

4. 향후 진행 방향

Brexit로서 영국은 유럽 국제도산의 중심지로서의 지위를 상실할 우려가 있고 영국의 도산실무자들로서는 이를 피하기 위하여 여러 노력을 할 것이 예상된다. 영국은 상당히 발달된 국제도산 실무체제를 운영하여 왔는데, 이러한 상황에서 영국이 Brexit에 어떻게 대처하는가를 살펴보면 그 제도를 더 잘 이해하고 우리의 국제도산 실무에도 도움이 될 것으로 예상된다.

첨부: Scheme of Arrangement에 대한 간략한 설명

(참조: 김진우, *Geoff O’Dea, Julian Long and Alexandra Smyth*)

Scheme은 영국 회사법(Companies Act 2006) 상의 제도로서 “회사와 회사 채권자(또는 특정 종류(class) 채권자 그룹) 사이 또는 회사와 회사 구성원(또는 특정 종류(class) 구성원 그룹) 사이의 절충안이나 합의안(a compromise or arrangement between a company and its creditors, or any class of them, or its members, or any class of them)”이라고 정의된다. Scheme은 법률에 의해 일정한 절차와 의결요건만 규율되어 있을 뿐 내용적으로 다룰 수 있는 범위의 제한이 없어 채무조정만이 아니라 기업인수, 분할 등 다양한 회사 조직재편 수단으로 활용가능성이 열려 있다. Scheme의 개략적인 절차는 아래와 같다.

- 가) Scheme의 한쪽 당사자는 회사이어야 하고, 다른 한쪽 당사자는 구성원(member) 또는 채권자(creditor)이어야 한다.
- 나) Scheme 의결을 위한 구성원 내지 채권자에 대한(종류별) 총회(meeting) 소집은 법원에 의해 이루어져야 한다. 이 총회 소집의 신청/ 결정 단계에서 법원의 1차 심리가 있게 된다.
- 다) 총회 소집 대상인 구성원 또는 채권자에게 계획설명서 (explanatory statement)를 통지하여야 하고 이에는 Scheme의 효과 그리고 특히 이사의 이해관계 및 Scheme이 그에 어떤 효과를 주는지가 포함되어야 한다.

- 라) Scheme은 그 내용에 따라 모든 또는 일부 구성원 또는 채권자에게 영향을 주는 내용으로 작성될 수 있다. Scheme으로부터 영향을 받지 않는 구성원이나 채권자들은 Scheme에서 배제된다.
- 마) Scheme은 구성원 또는 채권자에 대한 총회에서, 종류별 총회가 소집된 경우에는 각 종류별 총회 모두에서 가결되어야 한다. 각 총회에 참석하여 투표한 (1) 의결권자 과반수의 창성 및 (2) 의결권 금액(지분금액/채권금액) 75% 이상의 찬성이 가결요건이다.
- 바) 가결된 Scheme은 법원에 의해 승인(sanction)되어야 한다. 법원에 의해 승인된 Scheme은 최종적으로 상업등기소(Registrar of Companies)에 교부된 때 효력이 발생된다.

참고문헌

- Look Chan Ho, *Cross-Border Insolvency: Principles and Practice* (Sweet & Maxwell, 2016)
- Geoff O'Dea, Julian Long and Alexandra Smyth, *Scheme of Arrangement - Law and Practice* (Oxford University Press, 2012)
- Howard P. Morris, Gabriel Moss, Federico M. Mucciarelli and Christoph G. Paulus, *Cross-border Insolvencies after Brexit: Views from the United Kingdom and Continental Europe* (British Institute of International and Comparative Law - Brexit: The International Legal Implications | Paper No. 17 — March 2018)
- Horst Eidenmueller, *The Rise and Fall of Regulatory Competition in Corporate Insolvency Law in the European Union* (ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 456/2019, June 2019)
- 김진우, 영국의 합의개편계획(Schemes of Arrangement)에 관한 연구 (석사논문 서울대학교 대학원 법학과 상법전공, 2018년 2월)

합자회사인 회생회사의 M&A

최복기*

1. 합자회사 일반론

가. 인적회사

합자회사는 무한책임사원과 유한책임사원 각각 1인 이상으로 조직된 회사이다(상법 제268조). 합자회사의 법률관계는 합명회사의 법률관계에 유한책임사원제도가 추가된 데 따른 변경·수정이 있을 뿐으로서, 물적회사의 성질을 일부 가지기는 하지만 합명회사와 더불어 '인적회사'로 분류된다. 합자회사 형태의 회사를 실무상 많이 접하기는 어려우나, 여객운송 업체 중 합자회사 형태가 상당수 존재하는 것으로 보인다.¹⁾

나. 합자회사의 무한책임사원

- (1) 합자회사의 성립 후에 입사, 즉 사원자격의 원시적 취득을 하기 위하여는 총 사원의 동의를 얻은 정관변경을 요하고(상법 제269조, 제179조 제3호), 회사성립 후에 가입한 사원은 그 가입 전에 생긴 회사채무에 대하여 다른 사원과 동일한 책임을 진다(상법 제269조, 제212조, 제213조). 합자회사의 무한책임사원의 책임은 합명회사 사원의 책임과 동일한바, 위 책임은 회사채권자에 대한 직접·연대·무한책임이고, 회사의 채무에 대하여 부종성(종속성)을 갖는다.
- (2) 상법상 회사는 합자회사의 무한책임사원이 될 수 없고(상법 제173조), 이러한 금지의 취지를 독자적 목적을 가지는 하나의 회사가 전재산으로서 다른 회사의 채무에 대하여 책임을 지는 것을 막기 위한 것이라고 본다면 상법상 회사 이외의 법인도 무한책임사원이 될 수 없다.²⁾ 즉, 무한책임사원은 자연인만 될 수 있는 것으로 해석된다.

* 법무법인(유) 세종 변호사

1) 경남여객, 신동아교통, 명진여객, 신일여객, 영주여객 등

2) 한국사법행정학회, 주석 상법 (회사I) (제5판) 제397면

- (3) 정관에 다른 정함이 없는 때에는 무한책임사원이 각자 회사의 업무를 집행할 권리의무를 가지고 유한책임사원은 업무집행을 하지 못한다(상법 제273조, 제278조). 따라서 합자회사의 유한책임사원은 회사를 대표할 수 없고, 무한책임사원만이 회사를 대표할 수 있다.

다. 합자회사 조직변경의 한계

상법상 조직변경은 인적회사 상호간, 물적회사 상호간에만 가능하다. 따라서 인적회사인 합자회사는 합병회사로의 조직변경은 가능하지만,³⁾ 주식회사, 유한회사 등 물적회사로의 조직변경은 할 수 없다(상법 제242조, 제286조, 제604조, 제607조). 또한, 상법상 분할제도는 주식회사에만 인정되는 것으로 해석되므로, 합자회사는 상법상 분할제도를 이용할 수 없다. 다만, 합자회사가 소멸하고 주식회사, 유한회사 또는 유한책임회사를 존속회사 또는 신설회사로 하는 합병은 가능하다고 해석된다(상법 제174조 제2항).

2. 합자회사인 회생회사 M&A의 특수성

가. 회생계획에 따른 채무감면 이후 선임된 무한책임사원의 책임

회생절차를 진행중인 합자회사의 주채무가 회생계획에 의하여 감면되더라도 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 “채무자회생법”) 제250조 제2항의 보증인 등에 해당하는 무한책임사원의 채무에는 영향이 없다. 한편, 위에서 본 바와 같이 합자회사의 경우 회사성립 후에 가입한 무한책임사원이라 하더라도 신입사원은 그 가입 전에 생긴 회사채무에 대하여 다른 무한책임사원과 동일한 책임을 진다. 따라서 회생계획에 따른 채무감면 이후 합자회사의 잔존 사원들의 전원의 동의⁴⁾를 거쳐 새로 무한책임사원이 선임될 경우에 기존 무한책임사원과 동일한 채무(권리감면되기 이전 회생채무)를 부담하는 것으로 해석될 가능성이 있다.

3) 상법 제286조 1항 : 합자회사는 사원전원의 동의로 그 조직을 합병회사로 변경하여 계속할 수 있다.

4) 합자회사의 경우 그 실질이 조합인 인적회사의 특성상 새로운 사원의 출자는 회사와의 입사계약 및 다른 사원들 전원의 동의를 얻어 정관을 변경하는 새로운 사원의 입사절차에 의하여서만 가능하다(상법 제204조, 제270조)

나. 회생회사 M&A에서 주로 이용되는 제3자 배정 유상증자 방식 이용 곤란

합자회사의 경우 회사가 존속하는 이상 무한책임사원이 계속 있어야 하며, 무한책임사원만이 회사를 대표하고 업무집행권을 가진다. 따라서 회생절차를 진행중인 합자회사를 인수하기를 원하는 인수인은 합자회사의 무한책임사원이 되어야 한다. 그런데 위와 같이 회생계획 인가 후 새로이 무한책임사원으로 참여하더라도 회생계획에 따른 권리감면 이전의 기존 채무 전부에 대하여 무한책임을 부담하는 것으로 해석될 가능성이 있다는 점에서, 일반적인 회생회사 M&A에서 이용되는 제3자 배정 유상증자 방식과 유사하게 합자회사에 새로운 출자를 하여 무한책임사원이 되는 방식으로 합자회사의 경영권을 인수하는 것을 상정하기는 어렵다.⁵⁾

다. 합자회사인 회생회사에 가능한 M&A 방식(영업양도 후 청산)

결국 합자회사인 회생회사 M&A에서 이용 가능한 M&A 방식으로는 ① 영업양도를 한 후 합자회사를 청산하는 방식(이하 ‘영업양도방식’)⁶⁾ 내지 ② 합자회사를 제3자(주식회사 내지 유한회사)와 합병하는 방식(이하 ‘합병방식’) 등을 생각해 볼 수 있다.

그런데 합병방식의 경우 합자회사를 소멸회사로, 인수인을 존속회사로 하는 형태가 되어야 할 것인데, 이 경우 소멸법인인 합자회사의 기존 사원들의 지분은 모두 무상으로 소각하고 존속법인이 합병을 원인으로 한 신주발행이나 증자를 하지 않는 것으로 하더라도, 존속법인이 직접 소멸법인인 합자회사의 채권자들에게 인수대금 상당을 합병교부금 등의 명목으로 지급할 방법이 없기 때문에 결국 회생계획에 따라 권리변경된 회생채권을 포함한 소멸법인의 모든 채무를 존속법인이 포괄적으로 승계하여 변제하는 방식을 취할 수밖에 없으므로 인수인이 예상치 못한 우발채무를 부담할 위험이 있고, 인수인측에서는 주주총회 특별결의, 채권자보호절차 등 상법상 절차를 모두 거쳐야 한다는 점에서 쉽게 이용하기 어려운 방식으로 판단된다. 따라서 현실적으로 합자회사인 회생회사에게 가능한 M&A 방식은 합자회사의 현재 영업 전부를 제3자에게 양도한 후 합자회사는 영업양도대금으로 회생계획에 따른 권리변경 후의 회생채무를 변제한 후 청산하는 방식일 것이다.

5) 무한책임사원은 자연인이어야 한다는 점도 거래의 인수대금을 필요로 하는 회생회사에 대한 M&A에서 큰 제약으로 작용할 수 있다.

6) 다만, 영업양도방식의 경우 양도대상 자산 및 부채를 양수인에게 개별적으로 이전하는 특정승계절차를 취하게 되므로 복잡한 양도절차가 수반되고, 양도세, 취득세 등 세금 발생 문제가 있으며, 사업을 위한 인허가가 승계되는지 여부에 대한 문제 등이 복잡하게 얽혀 있다는 점에서 유상증자 방식에 비하여 난이도가 상당히 높은 M&A 방식이다. 주식회사의 경우라면 이러한 문제를 해결하기 위해 회사분할방식을 이용할 수 있으나, 앞에서 본 바와 같이 합자회사의 경우에는 회사분할 방식은 인정되지 않는다.

3. 건창여객 합자회사의 사례⁷⁾

가. 건창여객 합자회사의 회생절차 및 M&A 경과

건창여객 합자회사(이하 “건창여객”)는 2017. 2. 8. 대전지방법원(이하 “회생법원”)에 회생절차 개시신청(대전지방법원 2017회합5005호)을 하였고, 2017. 3. 7. 회생법원으로부터 회생절차개시 결정을 받았다. 이후 건창여객은 회생법원의 허가에 따라 영업양수도 방식에 의한 M&A를 추진하여 2017. 9. 12. 유한회사 새천안교통과 M&A를 위한 영업양수도계약을 체결한 후 이를 기초로 한 회생계획안을 작성, 제출하여 2017. 10. 27. 회생계획 인가결정이 내려졌다. 이후 회생계획에 따라 영업양도대금으로 회생계획에 따라 권리변경 된 회생담보권 및 회생채권을 변제한 후 2017. 12. 27. 회생절차 종결결정을 받았고, 이후 파산신청을 하여 2018. 2. 22. 파산선고 및 동시폐지결정이 내려졌다.

- 2017. 2. 8. 회생절차 개시신청 (관할법원: 대전지방법원)
- 2017. 2. 14. 보전처분결정, 포괄적 금지명령
- 2017. 3. 7. 회생절차개시 결정
- 2017. 6. 22. 운영비 차입 허가
- 2017. 9. 12. M&A를 위한 영업양수도계약 체결
- 2017. 9. 22. 회생계획안 제출
- 2017. 10. 27. 제2, 3회 관계인집회, 회생계획 인가결정
- 2017. 10.~12. 영업양수도 실행, 회생채권 변제
- 2017. 12. 28. 회생절차 종결
- 2018. 2. 12. 파산신청
- 2018. 2. 22. 파산선고 및 폐지결정(동시폐지)

7) 과거 조선무약 합자회사의 경우, 2009년 회생절차 개시 이후 영업양도를 내용으로 하는 M&A를 진행 하였으나, 실패하여 회생절차가 폐지되었고, 이후 2010년 11월경 수원지방법원에 회생신청을 하였으나, 최대 채권자 등이 완강히 반대하고 개시가 되더라도 권리보호조항을 정하고 회생계획안을 강제로 인가할 가능성도 없다는 등의 이유로 회생신청 기각결정을 받은 바 있다. 조선무약(합자)는 2014년과 2015년 다시 서울중앙지방법원에 회생신청을 하였으나 모두 기각되었고, 2016. 4. 25. 파산선고를 받아, 현재 파산절차 진행 중이다.

나. 건창여객 합자회사의 M&A 과정에서 문제된 몇 가지 사항

(1) 회생절차 종결 후 청산 방식과 관련한 논의

건창여객은 영업양도대금으로 회생채권 등의 일부를 변제하고 나머지는 면제하는 내용의 회생계획을 수행한 후,⁸⁾ 건창여객의 최종 정리를 위해 회생절차 종결 후 청산절차를 개시하더라도, 채무면제익에 따른 법인세 부과로 인하여 결국 파산신청을 하여야 할 상황이었고, 나아가 채무면제익에 따른 법인세 부과 문제로 인하여 영업양도대금에 대한 과세관청의 체납처분 등을 통해 회생채권 등 변제에 차질이 발생할 수도 있는 상황이었다. 따라서 영업양도 대금으로 회생채권 등 일부를 변제한 후 남은 잔여 금액을 면제하지 않고 미변제로 남겨둔 상태로 회생절차를 종결한 후 이러한 잔여 채권은 파산절차에서 처리되도록 하는 방안이 고려되었다. 그러나 회생법원에서 M&A를 전제로 한 경우에 회생채권 미변제 상태로 회생절차 종결결정을 할 수 없다는 견해를 견지하여 결국 잔여 회생채권은 모두 면제하는 것으로 회생계획이 작성되었다.

한편, 건창여객의 회생계획에서는 회생담보권 및 회생채권의 변제가 완료된 후 관리인이 빠른 시일 내에 회생법원에 회생절차의 종결 및 파산을 신청하는 것으로 규정하였으나, 실제로는 관리인은 회생절차 종결신청만을 먼저하여 회생절차가 종결된 후 건창여객의 대표사원이 별도의 파산신청을 하여 파산선고 및 동시폐지결정을 받는 방식으로 진행되었다.

(2) 회생계획안의 법적 성격에 대한 논의

채무자회생법은 “법원은 채무자의 사업을 청산할 때의 가치가 채무자의 사업을 계속할 때의 가치보다 크다고 인정하는 때에는 청산(영업의 전부 또는 일부의 양도, 물적 분할을 포함한다)을 내용으로 하는 회생계획안의 작성을 허가할 수 있다”고 규정하고 있고(채무자회생법 제222조 제1항), 위 규정은 “회생절차개시 후 채무자의 존속, 합병, 분할, 분할합병, 신회사의 설립 등에 의한 사업의 계속을 내용으로 하는 회생계획안의 작성이 곤란함이 명백하게 된 경우”에 준용된다(채무자회생법 제222조 제2항). 건창여객이 영업전부를 양도하고 영업양도 대금으로 회생채권을 변제한 후 청산하는 내용의

8) 참고로 회생계획에 따른 회생채권의 출자전환은 주식회사와 유한회사의 경우에만 인정되므로(채무자회생법 제206조 제1항), 합자회사의 경우 회생채권에 대한 권리변경의 방법으로 출자전환 방식을 사용할 수는 없다. 이에 따라 이월결손금이 많지 않은 회생회사의 회생계획 수립시 채무면제시에 발생하는 채무면제익이 법인세 과세소득을 구성하여 법인세를 추가로 부담할 수 있는 문제를 회피하기 위하여 출자전환 후 자본감소 방식이 이용되고 있으나, 합자회사인 회생회사의 경우에는 이러한 출자전환 후 자본감소 방식을 이용할 수 없다는 불리함이 있다.

회생계획안이 채무자회생법 제222조 제1항 내지 제2항의 청산형 회생계획안에 해당하
는지 여부가 문제되었다.⁹⁾

그러나 건장여객의 경우 계속기업가치가 청산가치보다 큰 경우이기 때문에 채무자회
생법 제222조 제1항의 적용을 받는 경우가 아니었고, 영업양도를 통한 매각대금을 채
권자에게 분배하는 방식의 회생계획안은 계속기업가치를 그대로 존속시키되 이를 현재
시점에서 한번에 분배하는 것을 내용으로 하는 사업의 계속을 내용으로 하는 회생계획
안에 해당하므로 채무자회생법 제222조 제2항에 따라 존속형 회생계획안의 작성이 곤
란함이 명백하여 예외적으로 청산형 회생계획안의 작성을 허가할 수 있는 경우에 해당
하지도 않는 것으로 해석되었다.

결론적으로 회생계획안이 존속형인지 또는 청산형인지 여부는 기업을 실질적으로 해
체하는 것을 내용으로 하는가에 따라 판단할 수 있으며, 이러한 기준에 따르면 영업양
도에 따른 매각대금으로 채권자에게 변제하는 것을 내용으로 하는 회생계획안은 기업
의 계속기업가치를 그대로 존속시키면서 이를 채권자들에게 분배하는 한 형태라는 점
에서 존속형 회생계획안에 해당한다고 판단하고 관계인집회를 진행하였다.

9) 채무자회생법 제237조 제3호에서는 관계인집회에서의 회생계획안 가결요건과 관련하여 채무자회생법 제222조의 청산형 회생계획안에 관하여는 “의결권을 행사할 수 있는 회생담보권자의 의결권의 총액의 5분의 4이상에 해당하는 의결권을 가진 자의 동의를 있을 것”을 요구하고 있는바, 만약 청산형 회생계획안으로 분류될 경우에는 회생담보권자조에서의 가결이 어려운 상황이었다.

도산절차에서의 ADR 도입가능성에 대한 검토*

권민재**

1. 서론

현대사회에 들어서면서 사회가 복잡다단해지고, 사법적 분쟁의 형태도 전문화되고, 복잡다양해짐에 따라 분쟁의 해결방법도 기존의 일도양단식 판결이나 결정에 의해서만 해결하는 것은 한계에 다다른 것으로 보인다. 그러한 이유로 당사자의 절차만족도가 높고 분쟁의 재발방지 등의 장점이 있는 조정, 화해 등 대체적 분쟁해결제도(이하 'ADR'이라 한다)에 의한 분쟁해결방법이 최근 그 대안으로 급부상하고 있다. 민사사건의 경우 과거부터 ADR이 널리 활용되어 왔고, 최근에는 형사사건에서도 치료사법과 형사조정이라는 형태로 일정 부분 ADR과 유사한 제도가 활용되고 있다. 그러나 유독 법원에서 진행되는 도산절차에서는 그 활용도가 미미한 것이 현실이다. 그 이유는 여러 가지가 있겠지만 기본적으로 다른 절차와 달리 법인회생 절차에서는 회생담보권자의 3/4 이상, 회생채권자의 2/3 이상의 동의를 가결요건으로 하고 있어 당사자들 사이의 이해관계 조정에 있어 당사자들의 의사를 중요시하는 ADR적 요소가 이미 가미되어 있는 것도 한 원인으로 보인다. 그러나, 가결요건으로서의 동의는 관리인 등이 제출한 회생계획안에 대해 단순히 찬반여부만 묻는 것으로 다양한 방식으로 채무재조정을 하여 채무자의 실질적 재기지원을 하기에는 많은 어려움이 있다.

서울회생법원도 출범 3년째를 맞아 정형식 법원장이 취임하면서 임기 중 역점을 두고 추진할 사업의 하나로 도산절차에서의 ADR 도입을 천명하였고, 여러 가지 방안을 검토해 보았으나 법률의 제정이나 개정이 필요한 부분이 많아 진척이 없는 상황이다. 필자의 짧은 생각들이 단초가 되어 도산실무가들이 우리나라에서의 ADR 도입가능성에 대하여 심도 깊은 연구를 하는 계기가 되기를 바란다.

* 이 글은 필자가 2019. 12. 5. 개최된 한국법학원 학술연구부 포럼에서 정우영 한국법학원 연구위원의 발표문인 '도산절차에서의 대체적 분쟁해결제도(ADR) 도입가능성'에 대한 지정토론문으로 작성한 것으로 발표문을 전제로 서술한 부분이 다소 있음을 미리 밝힙니다.

** 서울회생법원 판사

2. 도산절차에서의 ADR 도입의 필요성

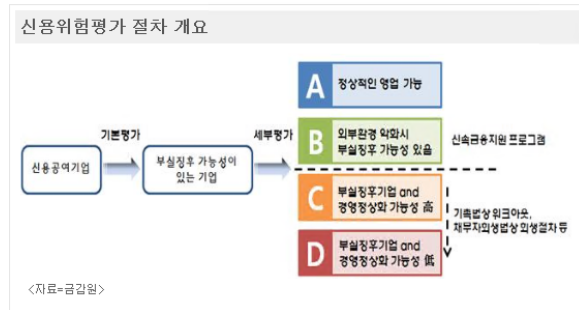
가. 회생절차 신청으로 인한 도산 낙인효과 방지와 기업의 정상화 가능성 제고

1) 국내에서 회생절차를 신청하는 기업의 현황

국내에서는 기업이 회생절차를 신청하는 순간 금융기관들은 해당 기업에 대한 채권을 부실채권으로 취급하고, 이로 인한 낙인효과로 기업의 신용은 더욱 하락하는 문제가 있다. 이와 동시에 주요 임직원의 사직, 거래처의 공급중단 등으로 인하여 회생기업은 회생절차의 진행에 큰 어려움을 겪게 된다.

사회에서도 기축법상 워크아웃은 신규자금 지원이 원활하다는 장점을 가지고 있는 반면, 회생절차는 DIP financing이 저조하여 신규자금 조달에 단점을 가지고 있다고 하는 인식이 일반적인 것으로 보이고, 이와 같은 인식으로 인해 신용위험평가상 C등급인 회사는 워크아웃을, D등급인 회사는 회생절차를 관행적으로 선택해왔다.

이와 같은 문제로 경영정상화 가능성이 낮은 기업들이 회생절차를 신청함으로써 법원을 통하여 채무재조정을 받더라도 정상적인 기업으로 지속가능성에 문제가 생기는 경우가 많다.



2) 회생절차 신청으로 인한 낙인효과 방지 기능과 신용위험평가 B등급 기업의 ADR 이용 가능성

도산절차에서 ADR이 도입되면 워크아웃과 회생절차의 장점을 포섭하여 회생절차 신청으로 인한 도산 낙인효과를 방지하고, 워크아웃의 장점인 DIP financing도 이용할 수 있어 일시적으로 유동성 위기를 겪고 있는 신용위험평가 B등급인 기업도 도산절차의 ADR을 이용할 수 있을 것으로 보인다.

나. 다양한 방식의 창의적인 기업 회생방안 마련 가능

법원에 의해서 진행되는 법인회생 절차 안에서는 기업의 채무재조정 방법을 제외하고는 기업의 회생방안을 마련하는 것이 어려워 기업의 실질적 재기지원에 도움이 되지 않는다는 비판이 있었고, 이로 인해 한 번 법인회생 절차를 진행한 기업이 다시 신청하는 비율도 적지 않다.

도산절차에서 ADR이 도입될 경우에는 ① 채권자의 신규자금 지원 + 채무재조정, ② 채권자의 채무자에 대한 투자 및 경영 참여 + 채무재조정, ③ 채무재조정 없이 채권자의 신규자금 지원 + 채권자의 투자 및 경영참여 등 다양하고 창의적인 기업회생 방안을 마련할 수 있을 것으로 기대된다.

다. 최근 조기 회생절차(Pre-Insolvency Reorganization Procedures)의 중요성 부각

EU 집행위원회는 2014. 3. 12.자 권고 및 2016. 11. 22.자 '예방적 구조조정제도, 재기 및 구조조정·도산·면책절차의 효율성 제고 수단'에 관한 지침안¹⁾을 발표하는 등 재무적인 어려움에 처한 회사들이 악화되는 영업상황을 발견하고 조기에 구조조정을 신청할 수는 있는 조기기업구조조정절차를 마련할 것을 유럽 각국에 주문하고 있다¹⁾. 우리나라도 국제적인 추세에 발맞추어 회생절차 이외에 조기기업구조조정절차로서 도산절차에서의 ADR 도입에 관해서 진지하게 검토할 필요성이 커지고 있다.

3. 도산절차에서의 ADR 도입에 대한 예상반론

도산절차에서 ADR 도입에 대해 반대하는 예상반론에 대해서도 검토를 해 보고자 한다. 우리나라에서는 아직 도산절차에서의 ADR 도입에 대한 논의가 본격화되지 않아 명시적으로 도입에 대해 반대를 하는 견해는 보이지 않는다. 다만 도입을 검토하면서 도입에 반대하는 측에서 주장할 수 있는 부분에 대하여 간략히 검토해 보고자 한다.

가. 우리나라의 도산법 체제와 부합되지 않는 측면

도산절차에서 ADR적 요소가 도입된 나라는 일본, 프랑스, 영국 등이 소수의 나라에 불과한 것으로 보인다. 특히 영국, 프랑스 등은 법원의 도산절차 자체가 미국과 달리

1) 위 지침은 2019. 6. 26. EU 관보에 게재됨으로써 최종 입법절차가 마무리되었다.

채권자 주도로 진행되고, 법원의 개입은 최소화되어 있다는 점에서 법원이 광범위하게 개입하고 있는 우리나라 도산절차와는 맞지 않는 점이 있다.

나. ADR의 속성에 맞지 않음

ADR은 당사자 간의 합의를 통한 분쟁해결절차로 재판에 소요되는 시간 및 비용을 줄이고, 당사자의 자율성을 전제로 한다는 점에서 그 제도적 우수성이 있다. 이러한 ADR은 그 속성상 분쟁의 당사자들이 소수일 때 또는 재판에 소요되는 시간과 비용이 많이 발생할 것으로 예상되는 사건에 적합하다. 도산절차는 채무자, 채권자, 주주 등 이해관계인들이 많고, 그들 사이의 이해관계도 모두 달라 자율적인 조정이 쉽지 않으며, 법원에 의하여 진행되는 도산절차에 소요되는 비용과 시간도 그리 많거나 길지 않다. ADR의 속성에 맞지 않는 도산절차에서 ADR을 도입할 경우 채무자가 일시적인 채무독촉을 피하기 위해 악용하거나 도리어 이해관계 조율로 시간을 낭비하여 회생의 골든타임을 놓치는 문제가 발생할 수 있다.

4. 외국 제도들의 장단점 분석

가. 일본의 사업재생 ADR

1) 장점

사업재생 ADR은 법정 자격을 갖춘 독립된 사업재생실무가가 절차를 주도하여 자율성·중립성·공정성·투명성이 뛰어나고, 상거래채권자를 채무조정 대상에서 제외하고 사업을 계속하면서 금융채권자 등과 사이에 채무관계의 조정을 비공개절차로 진행하기 때문에 사업가치의 훼손을 방지할 수 있으며, 신규자금에 대해 우대조치를 하는 특례를 두어 자금 조달이 원활하고, 채권자의 채권포기 금액에 대해 손금산입이 가능한 세제상 혜택, 상장회사의 경우 상장유지의 가능성이 높아지는 등의 장점이 있다.

2) 단점

사업재생 ADR은 강제적인 채권행사유예조치가 없고, 법원 도산절차와의 연계가 활성화되지 못하고 있으며(일부 사건의 경우 간이재생절차와의 연계가 이루어지고 있다), 채권자 전원의 동의가 있어야 한다는 단점이 있다. 그 밖에 사적 구조조정절차의 활성화로 인해 법적 구조조정절차는 이용률이 극히 경미해지는 등 그 동안의 어렵게 구축

한 법적 구조조정절차의 노하우가 사라질 위기에 처해 있다.

나. 프랑스의 Conciliation

1) 장점

Conciliation은 신규 자금 채권에 대하여 향후 도산절차 또는 청산절차가 진행되더라도 우선권이 인정되어 도산위기에 처한 채무자에게 가장 시급한 신규자금 지원이 원활하게 이루어질 수 있다는 점, 설령 조정이 불성립으로 종국되더라도 신속금융회생절차(Accelerated Financial Safeguard)나 신속회생절차(Accelerated Safeguard)와 연계가 가능한 장점이 있다.

2) 단점

Conciliation은 채권자들의 절차참여가 강제되지 않고, 참여 채권자들의 전원 동의가 있어야 하며, 합의된 조정약정을 채무자가 이행하지 아니할 때 강력한 제재가 부과된다는 단점이 있다.

다. 영국의 Scheme Of Arrangement²⁾

1) 장점

Scheme Of Arrangement(이하 'SOA'라고 한다)는 법률에 의해 일정한 절차와 의결요건만 규정되어 있을 뿐 내용의 제한이 없어 기업인수, 분할 등 다양한 회사의 조직재편 수단으로써의 활용가능성이 높고(유연성³⁾), 상대적으로 다른 제도에 비하여 상대적으로 가결요건이 완화되어 있으며, 법원의 승인결정(sanction)이 있으면(종국성⁴⁾) 반대한 채권자 및 주주에 대해서도 구속력이 있다(소수자 구속력)는 장점이 있다.

2) 이 부분은 주로 “김진우, 석사논문, 서울대학교 대학원 법학과 상법전공, ‘영국의 합의개편계획에 관한 연구’, 2018년 2월”을 참고하였다.

3) 점점 복잡해지는 회사법적 문제를 법령에서 모두 세부적인 부분까지 규율하기 어려운데 그 중 회사와 이해관계인들 사이의 다수결에 의하여 정할 수 있는 문제에 대하여 회사 및 이해관계자들에게 충분한 자율성을 부여할 수 있어 유연성이 있다.

4) 법원의 승인결정이 있으면 사후에 절차·내용상 문제가 발견되더라도 기존 승인결정이 번복되지 않는 한 효력을 유지하고, 이를 번복하기 위해서는 중대하고 명확한 사유가 필요하여 종국성이 있다.

2) 단점

SOA는 법원의 2회에 걸친 심리에 따른 복잡하고 신속하지 못한 절차, 법원의 승인이 이루어지지 않으면 법률상 아무런 효력이 없어 불승인에 따른 기회비용 또는 위험 부담이 발생할 수 있고, 반대하는 소수자의 권리에 대한 침해가능성이 있다는 단점이 있다. 또한 SOA는 회사법에 규정되어 있어⁵⁾ 도산법에 규정된 Company Voluntary Arrangement(이하 'CVA'라 한다) 절차와 달리 도산절차가 아니라는 비판도 있다.

5. 현행법 하에서 도산절차에서의 ADR 유사제도의 운영상 한계

가. 개괄

현행법 하에서 도산절차에서의 ADR 유사제도로는 사적 절차로서 ① 자율협약, ② 기업구조조정 촉진법의 워크아웃이 있고, 법원에서 진행되는 ③ 자율구조조정지원 프로그램(이하 'ARS 프로그램'이라 한다)이 있다. 그러나 위 세 절차 모두 일정한 한계가 있다. 필자는 법원에서 시행하고 있는 ARS프로그램의 운영상 한계에 대해서만 검토하기로 한다.

나. ARS 프로그램의 운영상 한계

ARS 프로그램은 도산절차에서 ADR이 법제화 되지 않은 현재 도산실무에서 당사자 사이의 자율성을 보장하는 가장 좋은 방법이고, 현재 성공사례가 나오고 있는 상황이다. 다만, 도산절차에서 ADR이 법제화될 필요성을 강조하기 위해 ARS 프로그램의 운영상 한계에 대하여 몇 가지 지적하기로 한다.

현행 ARS 프로그램에서의 법원의 역할은 자율구조조정지원 기간 동안 ① 회생절차 개시결정 보류, ② '회생절차협의회' 운영 등으로 자율구조조정 협의 상황 확인에 그치고 있고, 법원으로서도 보전처분, 포괄적 금지명령의 발령 등 채무자에 대한 일부 지원이 외에 달리 관여할 방법이 없다. 특히 초기에 ARS 프로그램을 희망한 기업들은 ARS 프로그램의 특성상 채무자와 채권자가 적극적이고 자율적으로 여러 가지 기업의 채무 재조정이나 회생방안에 관해 협의를 진행하여야 함에도 막연히 법원에서 모책을 제시해 주기를 기대하며 시간만 보내는 경우도 있었다. 이는 현행 ARS 프로그램 하에서 법원의 역할이 제한적일 수 밖에 없는 구조적인 한계가 있어 발생하는 문제로 도산절차

5) 위와 같은 이유로 EU 도산지침의 적용대상에서 제외된다.

에서 ADR이 도입되고 법원의 역할이 확대된다면 법원이 가진 노하우를 활용하여 채무자와 채권자 사이의 교섭에 대하여 좀 더 적극적인 역할을 할 수 있을 것으로 기대된다.

또한 현행 ARS 프로그램에서 당사자들이 합의에 성공하여 회생절차 신청을 취하하더라도 채무자가 합의된 내용대로 이행을 하지 않으면 채권자들이 취할 수 있는 아무런 법적조치가 없는 문제도 있다. 도산절차에서 ADR이 도입되면 채무자의 조정사항 불이행시 제제나 채권자의 강제집행도 가능할 것으로 보인다.

6. 채무자회생법 등의 개정을 통한 한국형 도산절차에서의 ADR의 도입방안

가. 개괄

채무자회생법 이외의 별도의 법률의 제정 또는 채무자회생법의 개정을 통하여 한국형 도산절차에서 ADR을 도입할 경우 어떠한 형태로 규율할 지가 문제된다. 별도의 법률의 제정에 의해 민간단체 주도의 민간형 ADR을 도입할지 법원 주도의 법원형 ADR을 도입하는 것이 우리나라의 현실에 맞는지에 대해 검토가 선행되어야 할 것으로 보인다. 그 밖에 신청자격, 채무조정 대상채권 등에 대해서도 향후 진지한 검토가 필요한 것으로 보인다.

나. ADR의 운영 주체에 대한 검토

1) 법원형 ADR의 장단점

도산절차에서의 ADR을 채무자회생법에 편입하여 법원형 ADR로 운영하는 경우에는 조정절차와 회생절차의 유기적인 연계가 가능하고, 채무재조정 방안 등에 전문성이 있는 회생법원의 노하우를 그대로 살릴 수 있으며, 당사자 사이에 성립된 조정조항에 대하여 법원이 확인 또는 승인할 경우 법적구속력(법원 조정이 성립하면 조정조서를 작성하고 조정조서는 재판상 화해와 같은 효력을 가짐)을 가질 수 있는 장점이 있는 반면, 법원의 조정절차의 경우 민간 주도의 조정절차보다 시간이 오래 걸리고, 많은 비용이 발생할 수 있는 단점이 있다.

2) 민간형 ADR의 장단점

도산절차에서의 ADR을 채무자회생법과 별도로 법제화하고 법원의 관여를 제한하는 민간형 ADR로 운영하는 경우에는 채무자회생법에 편입하여 운영할 경우 발생할 수 있

는 도산낙인 효과의 부담을 지울 수 있고, 채무자와 채권자 주도의 자율적이고 유연한 내용의 조정조항을 작성할 수 있다는 장점이 있는 반면, 민간 주도로 이루어진 조정조항의 불이행시 이를 강제할 수 있는 수단이 결여되어 있는 점(민간단체에 의해 이루어진 조정의 효력에 대해 재판상 화해의 효력을 부여하는 것으로 입법이 되는 경우 헌법 제27조 제1항에 따라 보장되는 당사자의 재판청구권을 침해하게 될 우려가 있다), 조정성립에 법적구속력이 없는 경우 일방 당사자의 변심에 의해 조정절차가 무용하게 되어 비용과 시간만 낭비하게 될 수 있는 점, 법률전문가인 법원의 관여 없이 작성된 조정조항의 불명확성 등으로 인해 또 다른 분쟁이 야기될 수 있는 점 등의 단점이 있다.

3) 검토

민간형 ADR을 운영하기 위해서는 독립적이고 공정한 민간단체를 설치해야 하는데, 도산실무가 제도 등이 없는 우리나라의 현 상황에서 위와 같은 기구를 설치하고 운영하는데 상당한 어려움이 예상되고, 집단적 절차인 도산절차의 특성상 원활한 조정절차가 진행되기 위해서는 일정기간 채권자들의 채권행사를 유예할 필요성이 있는데 민간형 ADR로 운영할 경우에는 법원의 결정에 의한 채권자들의 채권행사유예가 불가능하며, 민간형 ADR로 운영할 경우 채권자 전원의 만장일치가 이루어지지 않으면 조정불성립으로 처리할 수 밖에 없는 반면 법원형 ADR의 경우 법원의 일정한 심사를 거친다는 전제하에 소수의 반대하는 이해관계인들에 대하여도 구속력을 인정하는 방향으로 제도설계가 가능할 여지가 있어 법원형 ADR을 도입하는 것이 타당하다고 생각한다. 설령 민간형 ADR로 입법이 되더라도 합의된 조항에 대하여 법원의 승인 또는 인가를 받는 절차가 반드시 포함되어야 조정조항에 법적구속력이나 실효성을 확보할 수 있다고 생각한다⁶⁾.

다. 신청자격의 제한 여부에 대한 검토

채무자의 신청자격은 입법자의 입법결단의 문제이다. EU 지침처럼 ‘도산의 우려’(likelihood of insolvency)가 있는 경우로 제한하는 방안이 있을 수 있고, 영국의 SOA처럼 제한을 두지 않는 것을 고려할 수 있다. 필자의 사견으로는 채무자회생법 제 34조 제1항에 회생절차의 개시원인으로 ① 사업의 계속에 현저한 지장을 초래하지 아니하고는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없는 경우 또는 ② 채무자에게 파산의 원인

6) 이는 그 동안 여러 논문에서 검토된 법원 인가형 다수결에 의한 워크아웃제도의 내용과 동일하다. 필자가 생각하기에는 법원 인가형 다수결에 의한 워크아웃제도 논의에서 좀 더 개선된 방향으로 도산절차에서의 ADR의 도입이 검토되었으면 한다.

인 사실이 생길 염려가 있는 경우 두 가지를 규정하고 있는데 실무상 채무자 신청사건의 경우 위와 같은 개시원인이 흠결되었다고 본 사례는 극히 드물고, 회생절차보다 신청자격을 완화하는 것이 도산절차에서의 ADR 도입 취지에 부합한다는 측면에서 신청자격에 제한을 두지 않는 것이 타당해 보인다. 또한 채무재조정을 희망하는 기업 또는 다양한 방법으로 기업의 일시적인 경영위기를 극복하기를 희망하는 모든 기업들이 도산절차에서의 ADR을 이용할 수 있도록 하는 것이 제도의 성공적인 정착에 기여할 수 있다고 생각된다. 더 나아가 채무자뿐만 아니라 일정한 자격요건을 가진 채권자 또는 주주에게도 신청자격을 부여하는 것이 타당하다고 생각한다.

라. 채무조정 대상채권의 제한 여부에 대한 검토

도산절차에서 ADR을 도입할 경우 채무조정 대상채권을 제한할지 여부에 대하여도 검토가 필요하다. 워크아웃과 같이 금융채권자만 포함할 것인지 회생절차와 같이 상거래채권자 등 모든 채권자를 포함할 것인지 여부이다. 많은 나라에서는 금융채권자의 채권만 조정대상에 포함시키고 상거래채권자에 대해서는 채무조정을 하지 않는 것으로 보인다. 필자 개인적인 견해로는 금융채권 규모 못지 않게 상거래 채권의 규모도 상당한 우리나라의 특성상 도산절차에서 ADR을 법제화하면서 대상채권을 금융채권자 등으로 제한하는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다. 다만, ADR 절차 내에서 상거래채권의 조기 변제를 허용한다면 변제율을 다른 채권자들보다 다소 상향하여 변제하는 우대책을 마련할 필요성은 있다고 생각한다.

6. 맺음

필자가 법인회생 사건을 수년간 처리하면서 가장 안타깝게 생각하는 것은 기업들이 신청의 적기를 놓치고, 회사의 주요 자산 뿐만 아니라 대표이사 본인 또는 대표이사 가족의 재산을 모두 담보로 제공한 후 더 이상 운전자금을 조달할 방법이 없는 상태에서 법원의 문을 두드리는 경우가 많다는 것이다. 이는 그 동안 회생절차로 인한 도산 낙인 효과에 대한 두려움과 회생절차를 이용할 경우 기업의 경영권을 상실할지 모른다는 두려움이 크게 작용한 것으로 보인다. 도산절차에서의 ADR 도입 등에 대한 사회적 합의가 무르익어 입법화된다면 일시적으로 유동성 위기를 겪고 있는 많은 기업들이 부담 없이 도산절차에서의 ADR을 통하여 새 출발을 할 수 있는 좋은 계기가 될 것으로 보인다.

중국 도산법 문답 (1)

중국 국가발전개혁위원회의 시장주체 퇴출제도 개혁방안(2019. 6. 22)

오수근* · 진경선(陳景善)**

중국의 경제발전과 함께 중국 도산법과 도산실무의 변화가 가속화되고 있다. 중국 도산법의 변화는 동아시아도산재건협회의 연례 심포지엄을 통해 국내에 소개되어 왔는데 최근의 변화를 좀더 구체적으로 알아보기 위해 이화여자대학교 오수근 교수와 중국정법대학 진경선(陳景善) 교수의 대담 형식으로 중국 도산법 문답 시리즈를 연재한다. [편집자]

[문] 중국 도산법과 실무의 발전이 눈부십니다. 2019년 6월 22일 중국 국무원(國務院) 산하의 국가발전개혁위원회에서 “시장주체의 퇴출제도 개혁방안의 보완 가속화”라는 문건을 발표했는데 이 문건이 향후 중국 도산법의 입법과 운영 방향을 설정했다고 합니다. 우선 이 문건을 발표한 국무원 산하의 국가발전개혁위원회라는 기관에 대해 설명해 주십시오.

[답] 중화인민공화국 국가발전개혁위원회(National Development and Reform Commission, <http://www.ndrc.gov.cn/>)는 1952년도에 설치된 국무원의 직무수행기관입니다. 국가계획위원회와 국가발전계획위원회를 통합한 기관으로서 국가의 경제와 사회발전정책을 연구하고 수립하며 경제발전에서 총량평형(總量平衡)¹⁾을 분석하고 국가의 총체적인 경제체제개혁²⁾과 거시조정을 하는 기관입니다.

* 이화여자대학교 교수

** 中國政法大學 교수

1) 사회 전체의 공급과 수요를 조정한다는 의미이다.

2) Reform of the Economic System, 생산관계와 생산력 발전의 객관적인 요구에 부합되지 않는 국민 경제 관리제도와 관리방식을 개혁한다는 의미이다.

[문] 이번 사안처럼 국무원 산하의 국가발전개혁위원회에서 전체적인 입법 방향을 제시하는 것이 입법과정에서 보통 볼 수 있는 일입니까?

[답] 국무원 산하의 국가발전개혁위원회는 경제발전상황에 따라 입법제안을 합니다. 시장주체에 관계되는 입법이나 법 개정과정에서 반드시 입법 방향을 제시해야 됩니다.

[문] 각국의 도산법 입법과정을 보면 입법방향을 제시하는 문건을 볼 수 있습니다. 1978년 미국 도산법 전면개정의 바탕이 된 Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of the United States(1973년)나 일본의 1999-2005년 도산법 개정의 바탕이 된 『도산법제에 대한 개정 검토사항』 (1997년)이라는 제목의 법무부 문건이 그 예인데요, 중국의 경우는 제목에서 “도산제도”라는 표현 대신 “시장주체의 퇴출제도”라는 표현을 사용하고 있습니다. 특별한 이유가 있습니까?

[답] 이 개혁안을 반포한 목적은 “공급측 구조조정 개혁을 중심으로 자원의 최적화 배치와 자원사용의 효율을 목표로 시장화 및 법치화의 원칙에 따라서 시장주체의 퇴출제도를 수립하고 건전을 도모하는 것이고 시장에서의 구조조정 정리³⁾의 질과 효율을 높이고 우승열패(優勝劣敗)를 촉진하고 경제의 질적 발전과 현대화적인 경제체제를 건립하려는 데 그 목적이 있다고” 규정하고 있습니다. 그 중에서 현재 중국의 관심은 도산제도뿐만 아니라 부실기업을 정리하고 좀비기업을 청산하고 회사의 해산 및 청산제도도 정비하려는 데 있습니다. 퇴출이라는 용어가 이와 같은 내용을 다 포함하는 개념입니다.

[문] 개혁안의 서문에 보면 “퇴출원가”라든가 “우승열패의 시장메커니즘”이라는 표현이 보입니다. 이들은 전통적인 경쟁시장 체제에서 사용하는 개념인데 중국의 사회주의 시장경제체제에서도 개혁안의 전면에 나올 정도로 일반적으로 수용되고 있습니까?

[답] 그렇습니다. 원가, 수익, 우승열패와 같은 개념은 사회주의 특색의 중국 시장경제체제의 중심개념입니다. 경쟁력이 없으면 시장에서 나가야 한다는 것을 분명히 한 원칙으로 생각합니다. 전에는 국가의 경제정책으로 많은 기업을 유지해 왔지만, 이와 같은 개념을 사용함으로써 완전히 시장화하고 정부의 지원없이 기

3) 원문에는 出清이라고 표현되어 있는데 도산법의 법률용어는 아니다. 문자적 의미는 “완전히 청산한다”는 뜻이다.

업경영을 해야 한다는 뜻을 의미합니다.

[문] 규제와 동기부여를 병행하는 것도 흥미롭습니다.

[답] 스스로 퇴출하는 방식과 정부가 퇴출시키는 것을 병행한다는 것이지요. 중요한 것은 어떤 경우도 법 규정에 따라 진행한다는 것을 강조한 점입니다.

[문] 퇴출방식에서 "청산조(팀)를 구성해 퇴출하게 한다"는 말이 있는데 어떤 의미인가요?

[답] 청산조는 회사법 제183조에 규정되어 있습니다. "회사가 해산할 경우, 회사에 해산 사유가 나타난 날부터 15일 내에 청산조를 설립하고 청산을 시작한다. 유한회사의 청산조는 주주로 구성되고, 주식회사의 청산조는 이사 혹은 주주총회에서 확정된 인원으로 구성된다. 기일이 지나서 청산조를 설립하지 않고 청산한 경우, 채권자는 인민법원에 인원을 지정해서 청산조를 구성하도록 신청을 할 수 있다. 인민법원은 응당 그 신청을 접수하고 바로 청산조를 조직해서 청산하도록 한다."

회사법 제184조에 청산조의 권한에 대한 규정을 두고 있습니다. "청산조는 청산기간에 다음의 권한을 행사한다.

1. 회사재산을 정리하고 자산부채표와 재산목록을 작성한다.
2. 채권자에게 통지하고 공고한다.
3. 회사에서 끝내지 못한 업무를 처리하고 청산한다.
4. 체납한 세금을 납부하고 청산과정에서 발생된 세금을 납부한다.
5. 채권과 채무를 정리한다.
6. 채무를 정리하고 남은 재산을 처리한다.
7. 회사를 대표해서 민사소송에 참여한다."

[문] 중국 회사 실무에서 등기말소가 문제되는 것은 어떤 이유인가요?

[답] 중국에서 공상행정관리국이 등기기관으로서 회사등기, 회사등기 사항에 관한 변경, 그리고 회사 등기말소 업무를 처리합니다. 등기말소 시 채권자에게 통지하는 기간에 관한 규정에 따라서 말소등록절차를 밟으면 반년 정도의 시간이 소요됩니다. 회사가 등기 말소절차를 잘 밟지 않는 주요한 원인은 첫째 시간이 걸리고, 둘째 채무자 회사의 경영자가 채무를 갚지 않은 상태에서 행방불명이 되는 경우가 많고, 셋째 회사등기 말소 등록절차 중에 주소를 기입해야 되는데 청산

하거나 도산하는 회사는 재력부족으로 청산절차를 밟을 때는 회사 사무실이 없는 상태가 많아서 절차가 제대로 진행되지 않는 문제가 발생합니다.

[문] 파산절차 개시가 잘 안 된 이유가 무엇인가요?

[답] 그 이유는 여러가지가 있습니다. 2007년에 중국 기업도산법의 실시로 도산사건이 증가될 것으로 예측되었는데 오히려 감소된 상태가 나타났고, 최근에는 경제가 침체되고 좀비회사의 정리 등으로 인해서 도산회사의 수가 증가되었습니다. 파산절차의 개시가 잘 안 된 첫째 이유는 법원에서 도산사건을 잘 접수하지 않은 것입니다. 법원의 관점에서 보면 도산사건은 심리에 시간이 걸려서 법관의 업적에 영향을 주고 법원 앞에서 노동자들이 데모를 할 가능성이 많고 채권자회의에서 채권자들의 소란이 생길 우려가 많았다고 합니다.

이러한 문제를 해결하기 위해서 현재 전문적인 도산법정을 설치하는 것으로 대처하고 있습니다. 심천, 북경, 상해, 천진 등 지역에 도산법정을 두고 있습니다. 도산전문법원의 설치도 검토 중에 있습니다.

둘째는 다른 나라의 원인과 똑같이 파산절차의 개시를 신청할 채무자와 채권자가 적극적이지 않다는 점입니다. 그래서 부실기업이 정리되지 않는 상황이 발생해서 파산사건의 신속 개시를 강조한 것입니다.

[문] 법정 외 재건(워크아웃) 절차가 도산제도 전반의 개선방향에서 공식적으로 언급되고 있습니다. 전체 파산절차에서 법정외 절차는 어떤 의미를 갖습니까?

[답] 워크아웃은 프리패키지 제도 및 법정회생제도와 함께 기업 재건 시스템의 한 축으로 인식하고 있습니다. 금융기관채권자위원회는 워크아웃을 위해 준비한 제도입니다. 금융기관채권자위원회는 채무자회사의 3대 은행채권자가 발기해서 설립하고 자율적으로 협상을 통해서 채권협의를 하는 임시기관입니다. 이 금융기관채권자위원회는 2016년 중국은행감독관리위원회에서 반포된 “은행업금융채권자위원회의 업무수행에 관한 통지(《中国银监会办公厅关于做好银行业金融机构债权人委员会有关工作的通知》银监办便函[2016]1196号)”에 근거하는데 이번 개혁안은 워크아웃의 시행을 위해 금융채권자위원회를 보완하고, 금융채권자위원회제도와 법정절차 채권자위원회제도의 절차간 전환과 결의효력에 대한 인정제도를 명확히 규정하도록 요청하고 있습니다.

[문] 도산절차에서 금융기관채권자들은 다른 채권자에 비해서 더 우대받나요, 아니면 그 반대인가요?

[답] 금융기관은 대부분이 공적 은행이라 우대를 받지 못합니다. 금융기관의 양보로 출자전환방식으로 협상이 마무리되는 경우가 많습니다. 도산절차 특히 회생절차에서 금융기관과 협상하기가 제일 힘듭니다.

[문] 중국이 자연인 도산에 대한 법률을 갖고 있지 않는데 이번 개혁안에 자연인 도산에 관한 언급이 있는 것이 눈에 띕니다. 그런데 일반적인 자연인 도산에 대한 규정을 두는 것이 아니고 연대보증채무에 한정된다는 것이 특색이라고 생각됩니다.

[답] 자연인 도산제도가 없지만, 자연인 도산에 관한 연구는 그치지 않았습니다. 특히 중소기업에서 경영자 보증이나 자연인 보증으로 인한 연대책임으로 자연인의 채무부담이 컸습니다. 지금 문제가 되는 것은 기업의 채무를 연대보증한 자연인의 보증채무입니다. 그래서 이번에 경영자의 연대보증채무 조정을 언급하게 되었습니다. 채권자가 법원에 집행신청을 하면 재산이 없어서 집행이 안 되는 사건이 대량으로 존재하여 2018년에 최고인민법원 주오 시양(周强, Zhou Qiang) 원장이 제13차 전국인민대표대회 상무위원회에서 집행이 안 되어 종결되지 않은 사건을 해결하기 위해 자연인 도산에 관한 입법을 할 것을 제안하고 입법 전에 법원의 “회의 기요(会议纪要)” 등 방식으로 해결할 수 있도록 수권해 줄 것을 요청했습니다. 이에 근거하여 최초로 회의 기요의 방식으로 중소기업주의 담보현상이 많은 윈저우(温州)시 중급법원이 개인도산 사건을 최초로 수리했습니다. 그 법적 근거는 2019년 9월11일에 윈저우(温州)시 정부와 중급법원이 법원의 기요에서 반포한 “개인채무정리에 관한 실시의견[关于个人债务集中清理实施意见]”입니다.

[문] “출자액을 초과한 채무의 청산 책임을 정부에 요구할 수 없다.”고 하는데 국유 기업에서 주주인 정부에 대해 출자금 이상의 출연을 요구하는 사례가 많았습니까?

[답] 노동자, 채권자가 데모하고 정부에 가서 항의하면 사회안정을 위해서 정부가 출자금 이상으로 부담하는 경우도 있었습니다.

[문] 개혁안에 주주와 무담보채권자가 공적자금보다 먼저 손실부담한다는 내용이 있는데 중국에서는 주주가 거의 무담보채권 수준으로 보호되고 있습니까?

[답] 주주는 무담보채권자보다 후순위입니다. 다만 상장회사일 경우 상장자격을 따기 힘들기 때문에 상장자격으로 인해서 주주의 권리가 특별히 보호를 받고 있습니다. 중국 도산법에서는 채무초과인 경우도 주주가 의결권을 갖기 때문에 희생절차에서도 주주의 발언권이 있습니다.

[문] 중국에서도 금융기관 파산이 문제되는 것 같습니다. 한국은 은행, 보험회사, 증권회사 등 여러 유형의 금융기관들이 도산한 예가 있는데 중국의 상황은 어떻습니까?

[답] 중국에서 금융기관에는 은행(상업은행, 신용협작사 등도 포함), 보험, 증권, 신탁회사 등이 있습니다. 금융기관이 대부분 국유이고 때문에 금융기관이 도산하면 국가경제시스템이 흔들린다는 우려가 있습니다. 국유배경이 없는 금융기관(주로 지방은행)은 도산을 검토합니다. 2019년 5월에 은행감독관리위원회에서 지방은행인 뽈우상(包商)은행을 접수 관리했습니다.

[문] 금융기관 퇴출과 관련된 법규에는 어떤 것이 있습니까?

[답] 중국 기업도산법 제135조에 규정에 의하면, 금융기관의 퇴출은 해당 금융감독기관의 허가를 받아야 한다고 규정하고 관련 법규를 감독기관이 제정한다고 합니다. 현재 은행은 “예금보험조례”에 따르고 보험회사는 “보험회사 리스크 정리 조례”, 증권회사는 “증권회사 리스크정리 조례”, 신탁회사는 “신탁회사 리스크 처리 조례” 등과 도산법의 규정에 따라서 정리하고 있습니다. 왕웨이귀(王衛國) 교수님의 말씀에 따르면 은보감회(銀保監會, 종래 개별적인 감독기구가 합해져서 은행, 보험, 신탁회사를 감독한다.)에서 금융회사(은행을 중심으로 보험과 신탁회사를 포함한다.)의 도산에 관한 조례를 제정한 지 오래되는데 아직 반포하지 않았다고 합니다. 반포하면 조례의 조건에 부합되는 금융기관의 도산이 많이 나타날 것으로 예상된다고 합니다.

[문] 특수한 유형의 공기업이란 어떤 것입니까?

[답] 전민소유제국영기업과 집체소유제공장을 가리켜서 특수한 유형의 공기업이라고 합니다. 전민소유제국영기업은 100% 국가소유의 기업을 가리키고, 집체소유제 공장은 지방자치단체의 집단소유를 가리킵니다. 계획경제의 산물로서 지금은 조금만 남아 있는 상태이고 이러한 기업들은 경영상황이 거의 안 좋은 상태입니다.

[문] 五 (四)에서 "经营者准入条件"이란 무엇인가요?

[답] 회사설립조건을 의미합니다. 시장 주체가 시장에 들어가는 것을 准入, 시장에서 나오는 것을 退出이라고 이해하면 되겠습니다.

[문] 재무관리능력 교육에 대한 언급이 있는데 중국 소비자 파산에서 재무관리능력이 부족해서 파산에 이른 사례가 많다고 본 것인가요?

[답] 금융상품을 구매하는 금융소비자들이 금융상품의 리스크를 분석하고 투자하도록 교육하는 것입니다. 예를 들면 环球财富유한회사에서 금융상품을 투자자들에게 판매했는데 금융상품의 이율이 24%라 은행보다 많이 높기 때문에 일반투자자들이 특히 가정주부, 할아버지, 할머니들이 많이 구매를 했습니다. 이 회사의 도산으로 투자자들은 원금과 이자를 받지 못하게 되었습니다. 심지어 회사경영자가 사기죄를 범한 예도 발생하여 형사사건을 먼저 다루어야 할지 아니면 형사사건과 도산사건을 분리해야 될지가 요즘 이슈로 되고 있습니다.

[문] 다원화된 자산유동 플랫폼이란 어떤 것인가요?

[답] 중국은 부실채권 거래가 국가의 4대자산관리회사(信达资产管理公司、长城资产管理公司、华融资产管理公司、东方资产管理公司)에 집중되고 시장화되지 않았습니다. 그래서 다원화된 플랫폼을 만들어서 부실채권이 유통되고 자산의 환가가 잘 진행되도록 하여 채무자회사의 회생을 도모하고자 하는 것입니다.

[문] 답변 감사합니다. 그러면 진교수님이 번역하신 개혁안의 번역문을 보도록 하겠습니까.

반포기관	국가발전개혁위원회, 최고인민법원, 공업정보화부, 민정부, 사법부, 재정부, 인력자원사회보장부, 중국인민은행, 국무원국유자산감독관리위원회, 국가세무총국, 국가시장감독관리총국 ⁴⁾ , 중국은행보험감독관리위원회, 중국증권감독관리위원회
발표일자	2019. 06. 22.
발효일자	2019. 06. 22.
시효성	현행 유효 ⁵⁾
문서번호	발개재금(发改财金)[2019]1104호

* 번역: 진경선(陳景善, 중국정법대 교수)

** 각주는 독자의 이해를 돕기 위해 역자가 추가한 것이다.

4) 회사 설립, 변경, 말소 등록을 하고, 시장질서를 감독하는 기관이다.

5) 발효일자를 기재했지만, 행정법규는 현실의 문제점에 대해서 반포되었기 때문에 수시로 폐지할 가능성이 있어서 별도로 유효성을 표기하고 하고 있다.

〈시장주체 퇴출제도의 보완을 가속화하기 위한 개혁방안〉의 반포에 관한 통지

발개재금[2019]1104호

시진핑 새 시대의 중국 특색 사회주의 사상을 깊이 배우고, 당의 제19차 전국대표대회와 제19차 제2기 및 제3기 전체 중앙위원회회의의 방침을 전면적으로 관철하며, 시장주체의 퇴출을 원활히 하고, 시장주체의 퇴출 코스트를 낮추며, 시장경쟁의 활성화와 우승열패의 시장 구조를 보완하며 경제 발전을 추진하기 위하여, 국무원의 동의를 거쳐, 〈시장주체 퇴출제도의 보완을 가속화하기 위한 개혁방안〉을 반포한다.

국가발전개혁위원회

최고인민법원

공업정보화부

민정부

사법부

재정부

인력자원사회보장부

중국인민은행

국무원국유자산감독관리위원회

국가세무총국

국가시장감독관리총국

중국은행보험감독관리위원회

중국증권감독관리위원회

2019년 6월 22일

시장주체 퇴출제도의 보완을 가속화하기 위한 개혁방안

시장주체의 퇴출제도는 현대화 경제 체제에서 중요한 구성 부분이다. 시장주체의 퇴출을 더욱 원활히 하고, 시장주체의 퇴출 코스트를 낮추며, 시장주체의 경쟁을 활성화하고, 우승열패의 시장 구조를 보완하며 경제발전을 추진하기 위하여, 국무원의 동의를 거쳐, 시장주체 퇴출제도의 보완을 가속화하기 위해 아래와 같은 개혁방안을 제시한다.

1. 총체적 요구

(1) 지도 사상

시진핑 새 시대의 중국 특색 사회주의 사상을 지도 사상으로 하고, 당의 제19차 전국인민대표대회와 제19차 제2기 및 제3기 전체 중앙위원회회의의 방침을 전면적으로 관철하며, “5위 일체”⁶⁾ 총체적 체계를 전면 추진하고, “4개 전면”⁷⁾ 전략적 체계를 조화롭게 추진하며, 안정적인 발전을 추구하는 것을 기본으로 견지하고, 새로운 발전이념을 견지하며, 질적 경제발전을 추진하고, 공급측면 구조개혁안을 견지하는 것을 핵심으로, 자원의 최적화 배치와 자원 사용효율의 제고를 목표로 하며, 시장화, 법치화 원칙에 따라 시장주체의 퇴출제도를 구축하고 정비하도록 한다.

(2) 기본 원칙

- 시장화 개혁을 견지한다. 시장에 배치된 자원의 결정적 작용을 충분히 발휘하여, 시장 경쟁질서를 규범화하고, 시장의 왜곡을 줄이고, 우승열패의 시장 시스템을 보완하며, 생산요소와 자원이 능률이 없거나 낮은 시장주체로부터 능률이 높은 시장주체로 움직이는 것을 촉진하고, 각종 요소와 자원의 잠재력을 최대치로 발휘한다. 정부의 작용을 더욱 발휘하여, 조정 및 제어, 감독 관리, 서비스 방식을 새롭게 제정한다, 시장주체가 법의 의해 퇴출하도록 더욱 좋은 시스템을 조성해 주도록 한다.

6) 경제건설, 정치건설, 문화건설, 사회건설, 생태문명건설을 동시에 전면적으로 추진한다는 뜻이다.

7) 전면적인 샤오강(小康, 중산층이란 뜻)사회 건설, 전면적인 개혁심화, 전면적인 법치국가, 전면적인 당풍 쇄신(공산당 내부에서 사상과 규율에서부터 부패에 이르기까지 전면적으로 바로 잡겠다는 의미).

- 법치화 방향을 견지한다. 시장주체의 퇴출에 대한 법률 범규의 보안을 가속화하며, 시장주체의 자주 경영 권리를 보장한다. 법률 범규와 정책을 결부해서 시장주체의 퇴출 코스트를 낮추도록 한다. 시장 시스템에서 작용을 제대로 발휘하지 못하는 영역은 공공정책의 합리적인 운용을 통하여, 능률이 없거나 낮은 시장주체를 인도 혹은 강제적으로 법에 따라 순차적으로 퇴출시켜야 하고, 동시에 퇴출당한 시장주체의 권리를 보장해야 한다.
- 규제와 격려의 병행을 견지한다. 시장 규율을 강화하고, 시장주체의 신중한 경영을 촉진하고, 맹목적이고 급진적인 경영과 과도한 부채를 방지해야 한다. 경영에 실패했지만 성실한 시장주체에 대해서는 완화된 정책을 실시하고, 시장에서 퇴출당한 주체로 하여금 합리적이고 유한한 책임을 지도록 하며, 재창업 기회를 남겨 창업의 적극성을 보호한다.
- 당사자들의 합리적 권익 보호를 견지한다. 기업의 임직원, 여러 가지 형태의 채권자, 주주와 기타 이해관계에 있는 자 사이의 권리와 의무 관계를 제대로 처리하고, 악의적인 채무 회피 등 도덕적 위험이 일어나지 않도록 주의하며, 각 당사자가 법에 따라 공평하고 합리적으로 퇴출 코스트를 분담할 수 있도록 보장하고, 시장주체의 퇴출이 안정적이고 질서 있으며 리스크를 제어할 수 있도록 보장해야 한다. 이와 동시에 전체 국면과 장기적인 이익의 각도에서, 퇴출 효율을 높이고, 이익 갈등이 오랫동안 해결되지 않아 모두가 피해를 보는 상황이 발생하는 것을 피해야 한다.

(3) 총체적 목표

현대화 경제체계에 맞으며, 기업 등 영리법인, 비영리법인, 비법인 조직, 농민전업합작사⁸⁾, 자영업자, 자연인 등 여러 시장 주체에게 편리하고 능률이 높고 질서 있는 퇴출제도를 한 걸음 한 걸음 만들어 나아가야 한다. 시장주체의 퇴출 경로를 더욱 활성화하고, 시장주체의 퇴출에서 리스크를 확실히 낮추도록 하며, 능률이 없거나 낮은 시장주체를 보다 빠르게 퇴출시키는 동시에, 시장 구조가 효율적이고, 미시적으로는 시장 주체가 활발히 활동할 수 있고, 거시적으로는 제어가 가능한 경제 체제를 제공하기 위해 노력해야 한다.

8) 중국은 토지를 나라에서 소유하고 이를 개인이 경영하는 형태를 취하는데, 그 중 농촌의 토지를 사용하는 제도의 하나로 농촌가정도급경영(农村家庭承包经营)제도가 있다. 농민전업합작사는 이 농촌가정도급경영을 기초로, 농산품의 판매, 가공, 운수, 저장과 농업생산경영에 관련된 생산기술, 정보 등 서비스를 제공하며 합작사의 성원들이 서로 돕도록 하는 것을 목적으로 하는 조직이다.

2. 시장주체의 퇴출 방식 규범화

시장화 법치화의 원칙에 따라 시장주체의 퇴출 방식을 진일보 명확히 하고 퇴출 조건 및 기준과 구체적 절차를 보완하여 여러 유형의 시장주체가 적절한 퇴출 방식과 경로를 갖도록 한다.

(1) 자진 해산에 의한 퇴출의 규범화

기업 등 영리법인, 비영리법인과 비법인조직은 설립 정관에 의사자치 원칙과 법에 따라 해산 사유에 대해 약정을 하고 해산 사유가 나타날 때 법에 별도 규정되어 있는 경우를 제외하고 절차에 따라 해산을 결의하여 자발적으로 시장에서 퇴출한다.

(2) 건전한 도산 퇴출 제도의 구축

기업도산제도를 한층 더 보완하는 기초하에 비영리법인, 비법인조직, 자영업자, 자연인 등 시장주체의 도산제도 구축을 연구하고 도산제도의 영향이 미치는 범위를 넓히고 채권 채무 관계가 존재하는 시장주체의 퇴출을 원활하게 한다.

(3) 강제해산퇴출을 적절히 실시해야 한다.

시장주체가 정부 공공정책 규정에 의해 강제해산퇴출되는 조건을 엄격히 제한하고 퇴출 이후 관련 업무를 적절히 처리하여 시장주체의 재산권을 법에 따라 보호한다. 시장주체의 강제해산퇴출의 표준과 절차를 통일한다. 강제해산퇴출에 대하여 보호 절차를 설정해야 하고 퇴출하는 시장주체와 이해관계자의 합법적 권익을 법에 따라 보장한다.

(4) 특정영역의 퇴출 규칙을 명확히 해야 한다.

공공안전, 산업조정, 지역발전, 기술표준, 환경보호 등 공공이익의 필요에 따라 관계 기관은 시장주체를 특정 생산분야나 업무분야에서의 퇴출을 법에 따라 강제하거나 유도할 수 있다. 관련 법규와 정책에서 특정분야 퇴출의 촉발조건과 보상체제를 한층 더 명확히 한다.

3. 청산말소제도의 완비

시장주체는 해산 사유가 발생하면 법정절차에 따라 청산팀을 조직해 청산을 진행해야 한다. 시장주체가 자율 청산에 합의를 이루지 못하거나 관련 책임주체가 청산 의무 이행에 태만할 경우 기업 등 시장주체의 주주 또는 채권자가 법에 따라 법원으로부터 청산팀을 지정받아 강제청산을 신청할 수 있다. 청산이 끝나면 청산팀은 법에 따라 즉시 말소등기신청을 해야 한다. 청산과정에서 파산조건에 해당하는 경우 법에 따라 즉시 파산절차에 들어가야 한다.

(1) 시장주체 청산체제의 보완

시장주체의 청산 의무 이행에 대한 책임을 강화하고 시장주체의 형태에 따라 청산절차의 개시조건과 청산기간, 청산의무자의 권리의무 등을 명확히 한다. 청산의무자가 청산의무 이행에 태만할 경우의 법적 책임추궁체제를 수립한다. 회사 해산청산과 파산청산 절차를 결부하는 체제를 보완한다(최고인민법원, 국가발전개혁위원회, 사법부, 국가시장감독관리총국 등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

(2) 말소등기제도의 보완

말소등기제도의 편의 정도를 높이고 기술플랫폼 투자를 늘려 현대정보기술을 활용해 현장 행정절차를 축소하거나 없애 시장주체 퇴출의 거래 비용을 대폭 인하한다. 한층 더 간소화된 일반말소 절차를 모색하고 청산공고 발표 경로의 개혁, 공고 대기시간 감소, 조건에 부합하는 시장주체에 대한 청산보고서 제출면제 등 방식을 통하여 한층 더 일반말소제도의 보완을 연구한다. 법률, 법규에 기업 간이말소등기 절차 등 관련 규정의 추가에 대한 필요성과 타당성을 연구 모색한다. 시장주체 강제퇴출제도를 구축하고 관련 법률 법규를 보완하고 위법경영, 신용불량 등 원인으로 인한 사업자등록 취소, 폐쇄명령을 받은 기업과 자영업자 등 시장주체에 대해서는 법정절차에 따라 강제퇴출을 실시한다(국가시장감독관리총국이 앞장서 책임을 진다).

4. 도산법률제도의 보완

시장주체가 법정 도산 조건에 부합되면, 법적 도산절차에 의해 청산하거나 혹은 이해관계가 있는 자들로 하여금 워크 아웃 절차를 통한 구조조정을 추진해, 되도록 빨리

확보된 자산을 보호해야 한다. 재정적인 곤란에 빠져있지만 여전히 경영가치와 회생가능성이 있는 기업에 대하여 채권자, 채무자와 이해관계가 있는 자들로 하여금 회생이나 워크아웃 절차를 통해 구조조정하는 방법을 선택하여 기업의 채무, 주주의 권리와 업무의 구조조정을 추진하고 생산과 경영이 회복되는 것을 지지한다.

(1) 기업 도산 제도의 보완

기업 도산절차의 개시와 심리 절차를 보완해야 한다. 도산절차의 개시제도를 보완하여 정부, 법원, 채무자, 채권자와 관재인의 도산절차 중 권리와 의무를 규명해야 한다. 기업이 도산 조건에 부합될 경우, 법에 따라 즉시 도산절차를 개시해야 하고, 법률 규정을 벗어나는 조건이나 절차를 설정할 수 없다. 기업과 기업의 임원 등의 책임 주체가 기업이 재무적 곤경에 빠졌을 때, 즉시 파산청산이나 회생을 신청할 의무를 부여할 데 관한 필요성과 실행 가능성을 연구하고 해당 내용에 관해 규정해야 한다. 강제집행에서 파산절차로 이행한 사건⁹⁾들의 실전 경험을 총괄하여, 집행에서 파산으로 이행하는 법적제도를 명확히 해야 한다. 파산절차 중, 채권 청산의 순위 규정을 보완해야 한다. 파산간이심리절차를 수립하고, 파산사건을 복잡한 사건과 간단한 사건으로 나누는 것을 실시해야 한다. 국제도산규칙을 보완하고, 국제도산과 기업집단 파산에서의 난제를 해결할 수 있도록 해야 한다. 파산기업에 관련된 관계인의 법적책임제도를 정비하고, 악의적으로 채무를 회피하는 위법행위를 엄격히 처리해야 한다(최고인민법원, 국가발전개혁위원회, 사법부, 중국은행보험감독관리위원회에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

회생계획안 사전제출제도와 법정 외 구조조정 제도를 구축해야 한다. 금융기관의 채권자위원회 제도를 보완하고, 금융기관 채권자위원회 제도와 법정 내 채권자위원회 제도의 절차 이전과 결의 효력 인가 메커니즘을 명확히 한다. 회생계획안 사전제출제도의 수립에 대해 연구하고, 법정 외 구조조정 제도, 회생계획안 사전제출제도(프리패키지)와 회생제도의 이행을 실현하고, 법정 외 구조조정의 공신력과 구속력을 강화하며, 회생계획안 사전제출제도의 법률적 지위와 내용을 명확히 한다(최고인민법원, 국가발

9) 원문은 执行转破产制度로, 2015년 2월, 최고인민법원에서 발표한 “〈중화인민공화국 민사소송법〉의 해석 적용에 관하여” 에서 규정되었다. 강제집행 중, 피집행인인 법인이 기업이 기업파산법 제2조 제1항 규정(법인이 기한이 만료된 채무를 청산하지 못하며 자산이 채무 전부를 청산하기에 부족하거나 채무 상환 능력이 명백히 부족할 때)에 부합될 때, 집행 법원은 집행 신청인 중 한 명 혹은 피집행인의 동의를 거쳐, 해당 사건에 집행 중지를 명하고, 집행 사건에 관련된 자료를 피집행인의 주소지에 있는 인민법원에 이송하여, 해당 법원에서 파산절차로 이행하기에 충분한가를 심사하도록 하는 것을 의미한다.

전개혁위원회, 사법부, 중국인민은행, 중국은행보험감독관리위원회, 중국증권감독관리위원회에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

기업회생제도를 보완한다. 적극적인 구조조정을 통한 회생을 이념으로 하며, 기업이 도산으로 인해 오명을 쓰는 문제를 확실히 해결하고, 회생제도를 충분히 이용해 기업의 구조조정을 통한 재생을 촉진한다. 회생절차의 실행 규칙을 세분화하고 보완하며, 회생계획 강제인가에 대한 심사 기준과 법적 근거를 명확히 하고, 법원의 회생계획에 대한 강제인가권을 규범화한다. 회생절차에서 조를 나눠서 의결하는 구조를 보완한다. 관재인제도와 관리 형식을 최적화하고, 관재인과 채무자, 채권자 사이의 권리 분계선을 확실히 하며, 채무자가 회생절차에서 합당한 범위 안에서 영향을 미칠 수 있도록 한다. 전문적인 자질이 있는 사람이 회생기업의 경영관리에 참여할 수 있는 구조를 만들고, 회생기업이 경영적 가치를 보전할 수 있도록 지원해야 한다(최고인민법원, 국가발전개혁위원회, 사법부, 중국인민은행, 중국은행보험감독관리위원회, 중국증권감독관리위원회에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

(2) 자연인 도산제도의 수립을 추진한다.

개인도산제도의 수립을 연구하고, 기업파산에서 파생되는 자연인 연대 책임 담보채권 문제를 중점적으로 해결해야 한다. 자연인이 담보 등을 원인으로 부담하게 된 채무나, 생산 경영활동과 연관된 채무는 법에 따라 합리적인 면책이 가능하다는 것을 명확히 한다. 앞으로 일정 조건에 부합되는 자연인의 소비에 따른 채무도 법에 따라 합리적인 면책이 가능하도록 추진하고, 최종적으로 전면적인 개인도산제도를 수립하도록 한다(국가발전개혁위원회, 사법부, 중국인민은행, 중국은행보험감독관리위원회에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

(3) 사법기관과 정부의 협력을 강화한다.

사법기관과 정부의 협력구조를 보완한다. 지방 각급 인민 정부는 재정적으로 곤란에 처하고 파산조건에 부합되는 기업이 회생 혹은 파산청산을 진행하는 것을 응당 적극적으로 지지해야 한다. 지방 각급 인민정부가 사법기관과 정부의 협력 구조를 상설화하는 것, 법에 따라 정부가 기업의 파산절차에 영향을 미치는 것, 도산절차 중 사회적 안정, 경비 보장, 신용 회복, 기업의 말소 등 문제를 조화롭게 해결하는 것 등을 격려하지만 도산사건에 관한 사법기관의 사무에 간섭 혹은 관여하는 것은 피해야 한다(각 지방

인민 정부가 책임진다).

정부 부문의 도산행정 관리기능을 명확히 해야 한다. 사법과 행정의 협력구조를 보완하여 실천 경험을 총괄하는 것을 기초로, 정부 부문이 파산관재인 감독관리, 정부 각 연관 부문과의 협력, 채권자의 이익 보호, 특수 파산사건의 청산과 악의적 채무 피의 방지 등 도산행정 관리기능이 있음을 명확히 해야 한다(각 지방 인민 정부가 책임진다).

(4) 사법적 능력과 중개기구의 건설을 강화한다.

도산 심판능력을 강화한다. 도산 심판 구조개혁을 심화하고, 각 지역의 실제 수요에 따라 조건이 충족된 중급 인민 법원에서 적극적으로 도산사건 전문심판법정을 설치하고, 도산사건 심판법정의 직책과 내부 관리체제를 최적화한다. 도산심판 전문가의 양성과 전문법정의 건설을 강화하고, 도산심판 법관의 심사체제도 보완한다(각 성급 인민 정부, 최고인민법원 등에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

파산관재인을 육성해야 한다. 관재인의 직책을 더욱 세분화하여 보완하고, 관재인이 직무를 이행하는 도중 악의적인 채무회피 등 위법행위를 발견했을 때, 법에 따라 법원에 조사 요청할 수 있는 직책이 있음을 명확히 하고, 파산관재인명부 제도, 관재인 선임 시스템과 관재인 보수제도를 최적화하며, 관재인의 직무이행능력 육성 프로그램을 적극적으로 실시하고, 관재인의 업무가 자율적으로 조직되고 건설되는 것을 추진하고 지지하며, 관재인의 직무이행에 대해 심사와 감독 관리를 강화하고, 관재인이 책임의식과 직무이행능력을 제고하도록 독촉해야 한다(국가발전개혁위원회, 최고인민법원 등에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

5. 특수유형 시장주체 퇴출과 특정분야 퇴출제도의 보완

(1) 건전한 시장지향적 금융기관 퇴출체제의 수립

시장 지향적 금융기관 퇴출절차를 보완해야 한다. 관련 법률 법규를 보완하고 문제가 되는 금융기관 퇴출과정 중 인수, 재편, 허가 취소, 도산처리 절차와 체제를 명확히 하고 금융기관 주체를 위한 법에 따른 자발적 퇴출체제와 여러 단계의 퇴출 경로를 탐색한다. 예금보험제도와 관련 산업보증기금이 적시에 효율적으로 역할하도록 한다(재정부, 중국인민은행, 중국은행보험감독관리위원회, 중국증권감독관리위원회등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

금융기관의 자산, 부채, 업무의 포괄적 이전제도를 보완한다. 예금보험제도와 보험보 증기금, 증권투자자보증기금, 신탁업보증기금 등 관련 업종 보증기금에 기반하여 금융 기관이 강제퇴출시 저축예금계약, 보험계약, 증권업무계약, 자산관리업무계약, 신탁재 산과 신탁업무 등 각종 계약과 업무의 이전관리를 한층 더 보완해야 한다(중국인민은 행, 중국은행보험감독관리위원회, 중국증권감독관리위원회등 직책에 따라 분담하고 책 임을 진다).

금융기관의 리스크 조기경보 및 조치체제를 건립하다. 리스크 처리의 촉발조건을 명 확히 하고, 리스크 처리계획안을 작성하며 리스크 처리기구가 충실하고 건전한 정보를 공유하는 체제를 건립하도록 한다. 시장 지향적 금융기관 퇴출 손실분담체제를 보완하 고 주주와 무담보채권자가 공적자금보다 먼저 손실을 감수해야 한다는 점을 명확히 한 다(재정부, 중국인민은행, 중국은행보험감독관리위원회, 중국증권감독관리위원회등 직 책에 따라 분담하고 책임을 진다).

(2) 국유기업 퇴출체제의 보완

국유 “좀비기업”의 파산퇴출을 추진하다. 파산 등 퇴출 조건에 부합하는 국유기업에 대하여 각 관련자는 어떤 방식으로든 퇴출을 막아서는 안 되고 “좀비기업” 형성을 방지 해야 한다. 불법적인 정부보조금이나 대출 등 방식을 통하여 “좀비기업”의 생존을 유지 해서는 안 되고 국유 “좀비기업”을 퇴출시키지 않으려는 문제를 효과적으로 해결해야 한다. 국유기업 퇴출시 금융기관 등 채권자는 출자액을 초과한 채무의 변제책임을 정 부에 요구할 수 없다(각 지방 인민정부, 최고인민법원, 국가발전개혁위원회, 재정부, 중 국인민은행, 국무원국유자산감독관리위원회, 중국은행보험감독관리위원회등 직책에 따 라 분담하고 책임을 진다).

특수유형 국유기업의 퇴출제도를 보완하다. 전민소유제기업 및 집체기업의 출자자 말소, 사업자등록에 출자자와 실제 지배인의 불일치, 장부 자료의 심각한 누락 등 문제 에 대하여 시장 퇴출관련 규정을 명확히 하고 조건에 부합하는 기업의 시장퇴출을 가 속화하고 필요시 강제청산 등 방식을 통하여 강제퇴출을 실행한다(국무원국유자산감독 관리위원회, 국가발전개혁위원회가 앞장서고, 관련 부서에서 직책에 따라 분담하고 책 임을 진다).

(3) 비영리법인과 비법인조직 등 퇴출체제의 정비

비영리법인, 비법인조직 해산 청산제도를 더욱 더 세분화하고 비영리법인, 비법인조직의 적시 말소를 추진한다. 기업법인 도산제도를 참고하여 비영리법인, 농촌전문합작사, 합작기업 등 비법인조직의 도산제도를 추진한다(최고인민법원, 국가시장감독관리총국, 민정부등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

(4) 특정분야 퇴출체제의 보완

특정 분야의 퇴출절차를 규범화 해야 한다. 정책의 원가 효익과 원가 유효성 분석제도를 수립하고 공공이익을 위하여 경영자의 특정 생산 혹은 업무 분야에서의 퇴출을 요구할 필요성을 신중히 평가하며 비례원칙에 따라 원가를 최소화하는 방식으로 정책 목표를 달성하고 시장주체의 정상적 생산 경영활동에 영향을 주지 않도록 해야 한다(국가발전개혁위원회, 공업정보화부, 중국인민은행, 중국은행보험감독관리위원회등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

특정 분야의 법에 의한 퇴출체제를 보완해야 한다. 경쟁이 있는 분야에서는 강제퇴출방식을 신중히 사용하고 주로 인센티브 조치를 통해 특정 분야의 퇴출을 유도한다. 공공이익을 위하여 강제퇴출이 필요한 경우에는 법에 따라 보상체제를 수립하고 퇴출한 시장주체와 그 이해관계자의 합법적 권익을 보장해야 한다. 독점적 업종 및 기타 인허가 관리를 시행하는 업종에서는 업종 감사규칙에 경영자 퇴출 기준을 명확히 하고 정기적으로 심사를 해야 하며 경영자가 퇴출 기준에 도달한 경우에는 법에 따라 특정 생산 또는 업무 분야에서 퇴출시켜야 하며, 업종 감독규칙에는 공공이익에 의해 퇴출당하여야 하는 사유, 절차와 보상기준을 동시에 명확히 해야 하며, 경영자 적격조건으로 해당 사유가 발생할 경우에는 법정절차에 따라 퇴출하고 기준에 따라 보상해야 한다(국가발전개혁위원회, 공업정보화부, 중국인민은행, 중국은행보험감독관리위원회등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

6. 시장주체 퇴출 선별과 조기경보체제의 정비

(1) 시장주체 우열 선별체제의 보완

사회 신용체계의 건설을 강화해야 한다. 신용을 지키는 문화를 적극 선양하고 시장주체들이 준법 성실경영 이념을 수립하고 상업 도덕을 의식적으로 준수하게 하며 신용

을 지키는 것에 대해서는 연합하여 유인책을 주고 신용불량에 대해서는 연합하여 징계하는 등의 체제 구축을 강화하여 신용자는 탄탄대로를 걷고 불량자는 한 발짝도 나아가지 힘들게 해야 한다(국가발전개혁위원회, 중국인민은행이 앞장서 책임을 진다).

경쟁정책을 보완해야 한다. 독점하고 부정경쟁 행위를 전개하는 행위에 대한 감독을 강화하고 각종 독점행위와 행정권 남용으로 경쟁을 배제하거나 제한하는 행위를 엄격히 법에 따라 단속하고 시장경쟁의 충분성과 공정성을 제고해야 한다(국가시장감독관리총국이 앞장서 책임을 진다).

산업정책을 규범화한다. 시장이 효과적으로 기능을 발휘하지 못하는 분야에 대하여 관련 정책 규정을 제정하고 기능성과 예측성을 높이고 시장의 왜곡을 초래할 수 있는 정책 도구를 신중하게 사용하며 시장주체의 경제활동에 관한 정책 조치의 시행에 대해서는 공정경쟁 심사를 엄격히 실시하여 시장경쟁환경과 경영환경을 보완하고 정부의 지위를 넘어서거나 과도한 관여로 인한 역선택을 방지해야 한다(국가발전개혁위원회, 공업정보화부, 국가시장감독관리총국등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

(2) 시장주체 퇴출의 조기경보체제 수립

기업정보의 공시 의무를 강화한다. 기업재무와 경영정보의 투명성을 높이고 정보공시 의무주체의 정보공시 진실성, 정확성, 완전성에 대한 책임요구를 강화한다. 공개회사는 법에 따라 대중에게 재무와 경영정보를 공시해야 한다. 비공개회사는 적시에 주주와 채권자에게 재무와 경영정보를 공시해야 한다. 비공개회사 중 특히 대형기업집단, 국유기업 등을 독려하여 공개회사를 본받아 해당 정보를 공시하도록 한다. 기업이 재무적 어려움에 빠졌을 때 적시에 주주, 채권자 등 이해관계자에 대한 정보공시 의무를 강화해야 한다(각 지방 인민정부, 국가발전개혁위원회, 중국인민은행, 국가시장감독관리총국, 국무원국유자산감독관리위원회, 중국은행보험감독관리위원회, 중국증권감독관리위원회등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

기업신용 종합평가체제를 수립해야 한다. 신용평가산업의 표준화되고 건전한 발전을 촉진하고 신용평가기관이 종합적인 기업신용평가를 수행하도록 지원한다. 관련업계 주무부처, 업계협회, 상공회의소, 대학, 과학연구기관 및 정보중개기관이 시장주체의 재무 상태와 경영효율을 반영하는 평가지표를 연구하고 구축하는 일을 격려한다(국가발전개혁위원회, 중국인민은행이 앞장서 책임을 진다).

기업의 채무 리스크 감시 조기경보체제를 건립하다. 전국 신용정보 공유플랫폼, 국

가기업 신용정보 공시시스템과 금융 신용정보 기초데이터베이스, 신용불량자 및 피집행인 데이터베이스 등 신용정보 플랫폼에 따라 관련 데이터 정보를 통합하고 일정 채무 규모 이상 기업의 채무 리스크 감시를 강화하고 일정 채무 규모 이상 기업의 부채, 담보, 소송 등 정보를 일정 범위 내에서 공시하는 일과 부처 간 공유를 촉진하여 기업이 채무 리스크 판단에 유리한 정보를 자율적으로 외부에 공시하도록 격려한다(국가발전개혁위원회가 앞장서고, 최고인민법원, 중국인민은행, 국가시장감독관리총국, 중국은행보험감독관리위원회 등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

자연인 채무 리스크 감시 조기경보체제를 건립해야 한다. 주민 부문의 채무 수준과 채무구조에 대한 분석 모니터링을 강화하고 자연인 채무 리스크 평가요소와 조기경보체제를 보완하고 사회공공 재무리스크 관리 및 역량 교육 훈련체제를 구축하여 자연인의 과도한 부채 위험에 대비하고 채권자 권익 보호와 채무자 생존권 보호 사이의 관계를 잘 처리해야 한다(국가발전개혁위원회, 중국인민은행, 중국은행보험감독관리위원회 등 직책에 따라 분담하고 책임을 진다).

7. 시장주체의 퇴출에 관련된 권익 보장 시스템의 보완

(1) 사회안전망을 구축하고 완전하게 한다.

퇴출기업으로 하여금 노동관계 처리를 잘 하도록 지도하고 사회보험 관계의 타당한 이전과 연속 및 근로자임금 체납을 적극적으로 해결하고 퇴출기업 근로자의 합법적 권익을 확실하게 보장하여야 한다(각 지방 인민 정부, 인력자원사회보장부 등은 직책에 따라 분담하여 책임진다).

(2) 금융채권자의 이익을 합법적으로 보호한다.

금융채권자위원회의 법률적 지위를 명확히 하여야 한다. 은행, 증권, 보험, 신탁 등 영역의 금융채권자는 상대적으로 통일된 금융채권자위원회를 편성하여야 한다. 금융채권자위원회의 법률 지위, 의사 규칙과 절차를 명확히 하고 통일된 금융채권자위원회를 통하여 채무자의 교류 협상을 강화하고 금융채무의 과도한 축적을 회피하고 악의적 채무회피를 방지하고 채무리스크를 유용하게 감독하고 금융채권자의 합법적 권익을 수호하여야 한다(중국은행보험감독관리위원회에서 선두로 하고 중국인민은행, 국가발전개혁위원회, 중국증권감독관리위원회 등은 직책에 따라 분담하여 책임진다).

금융채권자가 적극적으로 시장주체 퇴출 추진을 촉진하도록 해야 한다. 은행, 증권, 보험, 신탁 등 영역의 금융채권자는 적극적으로 도산절차에 참여하고 금융채권자가 기업 등 시장주체에 대한 채무 리스크 감독을 강화하는 것을 지지하고 금융채권자가 적극적으로 시장주체의 채무 리스크 해결을 추진하여 시장주체의 즉각적인 청산을 촉진한다(중국은행보험감독관리위원회에서 선두로 하고 중국인민은행, 국가발전개혁위원회, 중국증권감독관리위원회 등은 직책에 따라 분담하여 책임진다).

(3) 국유자산의 유실을 방지해야 한다.

시장화 법치화 원칙에 따라 국유자산의 가치발견과 감독체계를 보완한다. 국유자산의 유실 책임인정 및 추궁제도를 더욱 완벽하게 하고 국유자산의 등기, 이전, 청산, 퇴출 등 절차와 거래행위를 규범화하고 전문적인 중개기구의 역할을 발휘하게 하고 자산 평가와 관련된 것은 마땅히 법적인 자산평가 절차를 밟아야 한다. 시장주체의 퇴출 과정에서 국유자산의 시장화 평가 원칙을 견지하고 재산권, 주권, 증권시장의 발전을 격려하고 합리적으로 자산가격을 확정하여 국유자산의 가치보증 및 증가를 촉진한다. 국유자산의 퇴출 심사 비준체계와 절차를 최적화하고 심사 비준 효율을 제고하며 정보공개를 강화하고 사회감독을 강화하여 내부인의 통제 및 이익유출 등으로 인한 국유자산 유실을 방지하여야 한다(각 지방인민정부, 재정부, 국무원국유자산감독관리위원회 등에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

8. 시장주체 퇴출정책의 보완

(1) 신용기록 및 신용회복제도를 보완한다.

회생 기업의 신용회복체계를 보완하여야 한다. 관련 제도를 더욱 건전하게 하고 보완하여 회생에 성공한 기업이 다시 금융, 세무, 시장감독관리, 사법 등 시스템의 블랙리스트에 오르는 것을 방지하고 기업 신용의 재건을 실현하여야 한다(국가발전개혁위원회, 중국인민은행에서 선두로 책임지고 최고인민법원, 시장감독관리총국, 세무총국 등에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

시장주체 퇴출 책임자 신용기록체계를 보완한다. 시장주체 퇴출 과정에서 악의적 채무회피 특히 근로자에 대한 채무불이행, 과실로 인한 국유자산 유실, 규정에 따른 즉시 청산 의무 불이행 등 위법행위 책임자에 대하여서는 신용기록을 작성하여야 하고 전국

신용정보공유플랫폼, 국가기업 신용정보 공시시스템 및 금융신용정보 기초데이터베이스에 포함해야 한다. 직접적으로 책임자의 신용을 상실하게 하는 행위에 관하여 연합징계체계를 구축한다. 자연인 도산제도의 구축과 결합하여 자연인 도산신용기록 및 신용회복제도를 구축하고 신용을 핵심으로 하는 자연인 시장행위가 긍정적으로 격려하는 단속체계를 형성한다(국가발전개혁위원회, 중국인민은행에서 선두로 책임지고 최고인민법원, 시장감독관리총국, 세무총국, 중국은행보험감독위원회 등에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

(2) 시장주체 퇴출에 관련된 재정 조세 정책을 보완한다.

기업도산 회생, 조세 정책환경을 업그레이드해야 된다. 기업도산 회생의 조세를 지지하는 정책을 정리하고 정책의 선전 해석을 잘해야 하고 결손 보전과 특수세무 처리 등 조세정책을 차질없이 추진하여 기업도산 회생을 위하여 양호한 환경을 만들어 준다(재정부에서 선두로 책임지고 세무총국에서 직책에 따라 분담하여 책임진다).

도산경비 조달 매커니즘을 연구한다. 도산조건에 부합되는 지역에서 도산경비 조달 매커니즘을 모색하여 구축하는 것을 격려하고 도산재산이 도산 비용보다 적은 경우의 시장주체에 대하여서는 경비를 조달하여 관련 비용을 지급하는 것을 도와준다(각 지방인민 정부에서 선두로 책임진다).

(3) 시장주체 퇴출 자산 자원최적화 이용 제도를 보완한다.

다원화 자산 유통 플랫폼을 구축한다. 다양한 종류의 자산이 재산권거래시장에서 거래하도록 인도하고 재산권거래시장의 시장발견, 가치실현의 기능을 충분히 발휘하고 시장주체의 퇴출 과정 중 자금 유통과 현금화에 효과적인 시장기초를 창조한다(각 지방인민 정부, 국가발전개혁위원회, 국무원국유자산감독관리위원회, 중국증권감독관리위원회 등은 직책에 따라 분담하여 책임진다).

시장주체의 퇴출과 관련된 시장거래제도를 보완한다. 상장회사가 인수합병 방식으로 퇴출하는 것을 지지한다. 회생상장회사가 중요한 자산거래, 주식발행 등 방식으로 자금 조달하는 것을 지지하고 상장회사 주주의 지분감소 행위를 규범화한다. 상장회사의 시장 퇴출 감독 관리제도를 보완하고 시장주체의 상장과 퇴출이 지장받지 않도록 해야 한다(중국증권감독관리위원회, 최고인민법원에서 선두로 책임진다).

(4) 사회공시와 감독 제도를 정비해야 한다.

사회적 공시를 정비해야 한다. 전국신용정보공유플랫폼, 국가기업 신용정보 공시시스템을 이용하여 시장주체가 주도적으로 말소하는 것과 강제 퇴출에 관한 공고, 이의 등 제도를 구축하고 정비하도록 한다. 정부 행정부문 간에 시장주체가 퇴출한 관련 정보를 공유하게 하고 시장주체 퇴출공시제도와 퇴출 후 관련된 책임자의 신용불량 징계 기록 공시제도를 보완한다(국가발전개혁위원회, 시장감독관리총국에서 선두로 책임진다).

사회감독을 추진한다. 합법적으로 말소등기를 하지 않는 시장주체와 말소당한 시장주체 및 합법적으로 청산하지 않은 시장주체에 대하여서는 즉시 사회에 공시하고 사회의 감독을 받도록 한다(국가발전개혁위원회, 민정부, 시장감독관리총국 등 직책에 따라 분담하여 책임진다).

9. 조직 및 실시

- (1) 당의 지도력을 강화한다. 각 지역, 각 행정부문은 시장주체 퇴출 제도의 중요한 의의를 충분히 인식하여야 하고 “4개 의식”¹⁰⁾을 강화하고, “4개 자신”¹¹⁾을 확고히 하고, “2개 수호”¹²⁾를 잘하고, 당중앙, 국무원의 관련 결정 조치를 성실히 수행하고 시장주체의 퇴출제도를 보완하고 시장주체의 우승열패와 자원 최적화 조치를 촉진한다.
- (2) 법률체계를 보완한다. 시장주체 퇴출제도 체계는 여러 영역의 법률 법규에 관련되어 있어 즉시 각 관련 영역의 법률 법규의 입법 개정 절차를 시작하여야 하고 서로 협동하고 뒷받침하는 법률체계를 형성하여야 하고 시장주체가 합법적으로 퇴출하는데 충분한 법률 보장을 제공하여야 한다.

10) 정치의식, 대국면 의식, 핵심의식, 당과 일치하게 행동하는 의식(四个意识：政治意识、大局意识、核心意识、看齐意识)

11) 의식형태 자주, 이론 자주, 제도 자주, 문화 자주(道路自主、理论自主、制度自主、文化自主)

12) 시진핑총서기의 당중앙 핵심 및 당 전체의 핵심지위를 수호하고, 시진핑동지를 핵심으로 한 당중앙의 권위와 집중적인 통일영도를 수호해야 한다(是指坚决维护习近平总书记党中央的核心、全党的核心地位，坚决维护以习近平同志为核心的党中央权威和集中统一领导)。

- (3) 업무 책임을 실행하여야 한다. 국가발전개혁위원회에서는 총괄적인 업무 조절을 잘 해야 하며 각 지역, 각 부문에서는 직책에 따라 분류하여 개혁방안을 서둘러 실천하고 업무계획을 제정하여 관련 개혁 사항을 제시기간에 완성하도록 확보하여야 한다.

사단법인 도산법연구회 정관

제 1 장 총 칙

제 1 조 (명 칭) 본회는 사단법인 도산법연구회(이하 “본회”라 한다)라 칭한다.

제 2 조 (소재지) 본회의 주된 사무소는 서울특별시에 둔다.

제 2 장 목적 및 사업

제 3 조 (목 적)

본회는 도산법을 연구함으로써 우리나라의 도산법의 이론과 실무의 발전에 이바지할 것을 목적으로 한다.

제 4 조 (사 업)

본회는 제3조의 목적을 달성하기 위하여 다음 사업을 행한다.

1. 연구발표회 및 학술대회의 개최
2. 학회지 기타 도서의 간행
3. 기타 총회 또는 이사회에서 필요하다고 인정하는 사업

제 3 장 회 원

제 5 조 (구분 및 자격)

- ① 본회의 회원은 일반회원, 특별회원 및 법인회원으로 구분한다.
- ② 일반회원은 도산법의 연구와 실무에 종사하는 자로서 이사회가 정한 자격을 갖추어야 한다.
- ③ 특별회원은 도산법의 연구에 관심을 가지고 본회의 목적에 찬동하는 자로서 이사회 승인을 얻어야 한다.
- ④ 법인회원은 본회의 목적에 찬동하는 법인으로서 이사회 승인을 얻어야 한다.

제 6 조 (권리·의무 등)

- ① 회원은 본회의 운영에 관한 권리를 가진다.
- ② 회원은 연구발표회 및 학술대회에의 참석, 회비납입 기타 본회의 운영에 협력할 의무를 진다.
- ③ 회원이 회원으로서의 의무를 현저하게 이행하지 아니한 때에는 이사회에 결의에 의하여 제명할 수 있다.

제 4 장 기 관

제 7 조 (임원의 종류)

- ① 본회의 운영을 위하여 다음 임원을 둔다.
 - 1. 회장 1명
 - 2. 제1부회장 1명
 - 3. 제2부회장 1명
 - 4. 이사 3명 이상 10명 이내
 - 5. 감사 2명
- ② 회장은 이사 중에서 연구, 편집, 국제, 재무, 총무, 기타의 업무를 담당할 이사를 위촉할 수 있다.

제 8 조 (임원의 선임)

- ① 회장, 제1부회장, 제2부회장, 이사 및 감사는 총회에서 선출한다.
- ② 회장, 제1부회장 및 제2부회장은 이사 중에서 선임하며, 총회에서 달리 정하지 않는 한 제1부회장은 차년도 회장이 되고, 제2부회장은 제1부회장이 된다.
- ③ 이사의 선출은 총회의 결의에 의하여 회장에게 위임할 수 있다.

제 9 조 (임원의 임기)

- ① 회장, 제1부회장 및 제2부회장의 임기는 1년으로 하고 연임할 수 없다.
- ② 이사 및 감사의 임기는 2년으로 하고 연임할 수 있다.

제10조 (회 장)

- ① 회장은 본회를 대표하며 이사장으로서 이사회를 소집하며 이사회의 의장이 된다.
- ② 회장의 유고시에는 제1부회장이 그 직무를 대행한다.

제11조 (이사회)

- ① 이사회는 회장, 부회장 및 이사로 구성하며, 다음 사항을 심의 결정한다.
 1. 업무집행에 관한 사항
 2. 사업계획 운영에 관한 사항
 3. 예산 및 결산에 관한 사항
 4. 총회에서 위임받은 사항
 5. 기타 중요한 사항
- ② 회장, 부회장 및 이사는 이사회에서 의결권을 갖는다.
- ③ 이사회의 결의는 출석한 회장, 부회장, 이사의 과반수로써 한다.

제12조 (편집위원회)

- ① 본회 학회지에 게재할 논문의 편집 및 심사를 위하여 편집위원회를 둔다.
- ② 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항은 이사회 규칙으로 정한다.

제13조 (감 사)

- ① 감사는 본회의 업무와 회계를 감사하며, 그 결과를 총회에 보고한다.
- ② 감사의 감사는 업무감사와 회계감사를 포함한다.

제14조 (총 회)

- ① 총회는 모든 회원으로 구성한다.
- ② 회장은 매년 1회 정기총회를 소집하여 회무에 관한 보고를 하여야 한다.
- ③ 회장은 필요하다고 인정될 때에는 언제든지 임시총회를 소집할 수 있다.
- ④ 모든 회원은 총회에서 1 의결권을 갖는다. 의결권의 행사는 대리할 수 있다.
- ⑤ 총회의 결의는 출석회원의 과반수로써 한다.

제 5 장 재 정**제15조 (회 계)**

- ① 본회의 회계는 목적사업회계와 수익사업회계로 구분한다.
- ② 본회의 회계는 일반적으로 공정 타당한 회계원칙에 따라야 한다.
- ③ 본회의 회계연도는 매년 1월 1일부터 12월 31일까지로 한다(2011.11.28. 개정).

- ④ 연간 입회금, 회비, 찬조금, 기타의 수입의 내역 및 활용실적은 본회 홈페이지를 통해 공개한다(2015.4.27. 신설).

제16조 (재 산)

- ① 본회의 재산은 기본재산과 보통재산으로 구분한다.
- ② 본회의 설립 당시의 기본재산은 <별지목록 1>과 같다.
- ③ 기본재산 외의 재산은 보통재산으로 한다.
- ④ 기본재산을 매도, 증여, 임대, 교환하거나, 담보에 제공하거나 의무부담 또는 권리의 포기를 하고자 할 때에는 이사회의 의결과 총회의 승인을 거쳐 감독청의 허가를 받아야 한다.
- ⑤ 기본재산 및 보통재산의 유지, 보존 및 기타 관리에 관하여는 이사회가 정하는 바에 의한다.
- ⑥ 본회의 모든 재산의 평가는 취득당시의 시가에 의한다.

제17조 (수 입)

- ① 본회의 운영을 위한 재원은 회원의 입회금, 회비, 찬조금, 기타의 수입으로 한다.
- ② 입회비 및 회비는 이사회에서 정한다.

제 6 장 보 칙

제18조 (정관의 변경)

이 법인의 정관을 변경하고자 할 때에는 총회에서 출석회원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결하며 법무부장관의 허가를 받아야 한다.

제19조 (공고)

이 법인의 공고는 전자매체를 이용한 방법을 포함하여 이사회가 정한 방법에 의한다.

제20조 (이사회 규칙)

이사회는 이 회칙의 규정에 반하지 아니하는 범위 내에서 본회의 운영에 관하여 필요한 규칙을 정할 수 있다.

제21조 (잔여재산)

해산시 잔여재산은 국가, 지방자치단체 또는 유사한 목적을 가진 다른 비영리법인에 귀속되도록 한다.

부 칙

제1조 이 정관은 법무부장관의 설립인가를 받은 날로부터 시행한다.

제2조 최초로 선임된 이사의 임기는 2010년 11월 24일까지로 한다.

부 칙 (2017년 3월 27일)

제1조(회장 등의 임기)

정관 개정 후 처음 선임되는 회장, 제1부회장 및 제2부회장의 임기는 2017년 12월 31일까지로 한다.

도산법연구 윤리규정

제 1 장 총 칙

제 1 조 [목적]

본 규정은 사단법인 도산법연구회가 발행하는 도산법연구에 수록되는 저작물의 투고 및 심사윤리 등에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제 2 조 [용어의 정의] 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구내용 및 결과 등을 정당한 승인 또는 인용없이 도용하는 행위를 말한다.
2. “위조”라 함은 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어내는 행위를 말한다.
3. “변조”라 함은 연구재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다.

제 2 장 저자의 윤리기준

제 3 조 [표절]

표절한 내용이 있는 저작물을 실는 것은 허용되지 않으며, 다음 각 호의 행위는 표절로 간주한다.

1. 자신이 수행하지 아니한 연구 또는 주장의 일부분을 자신의 연구결과 또는 주장인 것처럼 논문에 포함시키는 행위
2. 자기 자신이 쓴 글의 일부나 전부에 대해서 출처를 밝히지 않고 자신의 논문에 포함시키는 행위
3. 타인의 연구결과 또는 그 일부분을 자신의 연구결과 또는 주장인 것처럼 제시하는 행위

제 4 조 [인용 및 재인용]

- ① 저자가 타인의 연구결과를 인용 또는 참조할 경우에는 주석을 통해 인용 또는 참조 여부를 정확히 밝혀야 한다.

- ② 타인의 저작물의 일부를 재인용하는 경우 반드시 재인용한다는 사실을 제1항과 같은 방식으로 밝혀야 한다.

제 5 조 [중복게재]

- ① 논문의 저자는 국내외를 불문하고 종전에 발간된 자신의 논문(게재 예정 또는 심사 중인 논문 포함)을 새로운 논문인 것처럼 투고하여서는 아니된다. 다만, 자신이 이미 발표한 저작물을 부분적으로 활용하며 새로운 학술적 논점을 추가시켜 분석한 저작물은 도산법연구에 수록될 수 있으나 그러한 작성경과를 적시하여야 한다.
- ② 단행본이나 정기학술지에 출간되지 않은 자신의 석·박사 학위논문의 일부를 활용하여 작성된 저작물에 대하여도 제1항과 같은 기준이 적용된다.
- ③ 투고자가 투고논문을 다른 학술지에 투고하는 경우에는 즉시 이를 편집위원회에 알려야 하며, 이를 게을리한 경우 그로 인한 모든 불이익은 투고자가 감수하여야 한다.

제 6 조 [위조 및 변조]

연구자료나 연구결과를 위조 또는 변조한 저작물을 기고하여서는 아니된다.

제 7 조 [번역 투고시 원저자의 서면동의]

타인의 외국어 간행물의 번역을 투고하는 경우 저작권자의 동의를 받아야 한다.

제 8 조 [논문수정]

논문의 저자는 논문의 심사과정에서 제시된 심사의견을 가능한 한 수용하여 논문에 반영하도록 노력하여야 한다. 다만, 심사의견에 동의하지 않을 경우에는 그 근거 및 이유를 편집위원회에 제시하여야 한다.

제 3 장 편집위원의 윤리기준

제 9 조 [편집위원의 기본적인 책임과 의무]

편집위원은 투고된 논문의 게재여부를 결정하는 모든 책임을 지며, 투고자의 인격과 학자로서의 독립성을 존중해야 한다.

제10조 [편집위원의 공평취급 의무]

편집위원은 학술지 게재를 위해 투고된 논문을 투고자의 성별, 나이, 소속 기관은 물론이고 어떤 선입견이나 사적인 친분과도 무관하게 오로지 논문의 질적 수준과 편집 및 심사규정 및 투고지침에 근거하여 공평하게 취급하여야 한다.

제11조 [편집위원의 심사의뢰시 의무]

- ① 편집위원은 투고된 논문의 평가를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단 능력을 지닌 심사자에게 의뢰해야 한다.
- ② 편집위원은 심사의뢰시 투고자와 개인적인 친분이 있거나 지나치게 적대적인 심사자를 피함으로써 가능한 한 객관적인 평가가 이루어질 수 있도록 노력한다.
- ③ 편집위원은 같은 논문에 대한 평가가 심사자간에 현저하게 차이가 날 경우 해당 분야 제3의 전문가에게 자문을 받을 수 있다.

제12조 [편집위원의 비공개 의무]

편집위원은 투고된 논문의 게재여부가 결정될 때까지는 심사자 이외의 사람에게 투고자에 대한 정보나 논문의 내용을 공개하면 안 된다.

제 4 장 심사자의 윤리기준

제13조 [심사자의 기본적 의무]

- ① 심사자는 편집위원회가 의뢰하는 논문을 편집위원회가 정한 기간 내에 성실하게 평가하고 평가결과를 편집위원회에 통보하여야 한다.
- ② 심사자 자신이 논문의 내용을 평가하기에 책임자가 아니라고 판단될 경우에는 편집위원회에 지체없이 그 사실을 통보하여야 한다.

제14조 [심사자의 공정평가의무]

- ① 심사 대상 논문을 제대로 읽지 않은 채 평가해서는 안 된다.
- ② 심사자는 논문을 개인적인 견해를 떠나 객관적 기준에 의해 공정하게 평가하여야 한다.
- ③ 심사자는 충분한 근거를 명시하지 않은 채 논문을 평가하거나, 심사자 본인의 관점이나 해석과 상충된다는 이유로 논문을 평가해서는 안 된다.

제15조 [심사자의 심사의견서 작성의무]

- ① 심사자는 투고자의 인격과 독립성을 존중하여야 한다.
- ② 심사자는 심사의견서에 논문에 대한 자신의 판단을 밝히되, 보완이 필요하다고 생각되는 부분에 대해서는 그 이유를 상세하게 설명해야 한다.
- ③ 심사자는 가급적 정중하고 부드러운 표현을 사용하고, 투고자를 비하하거나 모욕적인 표현을 삼가야 한다.

제16조 [심사자의 비밀준수의무]

- ① 심사자는 심사 대상 논문에 대한 비밀을 지켜야 한다.
- ② 논문 평가를 위해 특별히 조언을 구하는 경우가 아니라면 논문을 다른 사람에게 보여주거나 논문 내용을 놓고 다른 사람과 논의하여서는 아니된다.
- ③ 논문이 게재된 학술지가 출판되기 전에 투고자의 동의 없이 논문의 내용을 인용해서는 아니된다.

부 칙 (2009. 12. 1. 제정)

제1조 이 규정은 2009년 12월 1일부터 시행한다.

도산법연구 편집 및 심사규정

제 1 장 총 칙

제 1 조 [목적]

이 규정은 사단법인 도산법연구회에서 간행하는 도산법연구(Korean Journal of Insolvency Law)의 학문적 수준을 제고하고, 우수한 전문 논문집으로 유지·발전 시키기 위하여 도산법연구의 편집과 논문 심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제 2 조 [발행일 및 투고일]

- ① 도산법연구는 특집호를 포함하여 연 2회 이상 발행함을 원칙으로 한다.
- ② 발행일은 매년 1월과 7월의 말일로 한다.
- ③ 편집위원회의 결정에 의하여 도산법연구의 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제 2 장 편집위원회

제 3 조 [편집위원회의 구성]

- ① 편집위원회는 편집위원장과 편집위원으로 구성한다.
- ② 편집위원장은 관련분야에서 10년 이상의 경력을 갖춘 자 중 이사회 의의견을 들어 회장이 임명한다.
- ③ 편집위원은 위원장을 포함하여 9인 이내로 구성한다.
- ④ 편집위원이 될 수 있는 자는 다음의 자격을 갖춘 자로 한다.
 1. 국내외의 공인된 대학의 법학전임교수로서 도산법분야의 연구 성과가 탁월한 자
 2. 변호사 자격을 가지고 도산법 분야에 5년 이상 종사한 자
- ⑤ 편집위원은 이사회 의결에 따라 편집위원장이 위촉한다.
- ⑥ 편집위원장은 편집위원 중 1인을 간사로 임명할 수 있다.

제 4 조 [편집위원회의 업무 및 운영]

- ① 편집위원회는 다음과 같은 업무를 수행한다.
 1. 도산법연구 원고 접수

2. 투고원고에 대한 심사위원 선정 및 논문심사의뢰
 3. 투고원고의 게재여부 결정
 4. 도산법연구의 편집 및 간행에 관한 사항 심의
 5. 기타 간행물의 편집 및 간행
- ② 편집위원회는 위원장이 소집한다. 단, 위원장은 편집위원에게 편집위원회의 소집을 위임할 수 있다.
- ③ 편집위원회의 의결은 과반수의 찬성에 의한다. 가부동수인 경우에는 위원장이 결정한다.
- ④ 편집위원회에서 의결권 행사는 서면으로 할 수 있다. 이 경우 의안에 대한 찬성 또는 반대의 의사가 서면에 명시적으로 표시되어야 한다.

제 5 조 [편집위원의 임기]

편집위원의 임기는 2년으로 한다.

제 3 장 투고 논문 등의 작성원칙

제 6 조 [원고의 내용]

- ① 도산법연구에 투고할 수 있는 글(이하 논문 등으로 줄임)은 다음과 같다.
1. 논문
 2. 실무노트
 3. 자료(강연, 논단, 연구활동 및 학술정보 등)
 4. 서평
 5. 번역
 6. 박사학위논문 초록
 7. 특별기고
- ② 논문은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것으로 한다.
1. 도산법연구회의 학술행사에서 발표된 논문 기타 도산법연구회에서 투고를 청탁한 논문
 2. 도산법연구회의 연구위원인 교수가 연구책임자인 단독 또는 공동연구논문
 3. 도산법연구회의 연구위원이었던 퇴임교수의 단독 또는 공동연구논문
 4. 공인된 국내외 대학교의 전임교수의 단독 또는 공동연구논문
 5. 박사학위 소지자가 연구책임자인 단독 또는 공동연구논문
 6. 공인된 법률관련기관 종사자가 연구책임자인 단독 또는 공동연구논문

③ 원고의 성격에 따라 별도의 형식으로 구분할 수 있다.

제 7 조 [투고 자격]

① 논문 등을 투고할 수 있는 자격은 다음과 같다.

1. 대학교 전임강사 이상의 교원
2. 변호사 자격 소지자 (판사, 검사 포함)
3. 법학석사학위 이상 소지자
4. 기타 편집위원회가 해당 분야의 전문가라고 인정한 자

② 편집위원회는 특수한 연구과제를 지정하여 전 항의 자격과 상관없이 논문 등을 청탁할 수 있다.

제 8 조 [윤리적 투고에 대한 준수사항]

① 투고자는 도산법연구 윤리규정을 준수하여야 한다.

② 연구윤리와 관련한 준수사항에는 다음과 같은 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 형법 제33장(명예에 관한 죄) 등 형사법적 제재를 받을 수 있는 표현을 사용하는 행위

제 9 조 [논문 등의 신규성]

도산법연구에 투고하는 논문 등은 다른 학술지나 저서 등에 게재되었거나 게재하기로 예정되지 않은 新稿로서, 독창적인 내용을 포함하여야 한다. 단, 기존의 논문을 확대발전시킨 경우에는 그 사실을 명기하여야 한다.

제10조 [논문 등의 형식성]

① 논문 등은 학술적 저술로서의 형식적 요건을 갖추어야 한다.

② 논문 등은 투고지침(이하 투고지침)에서 정하는 바에 따라 작성되어 제출되어야 한다.

제11조 [인용방법]

① 논문과 저서 등을 인용할 때에는 투고지침에 따라 정확하게 인용하여야 한다.

② 전자자료는 학술적인 권위가 인정된 공공기관에서 제공하는 것만을 이용하는 것을 원칙으로 한다.

제12조 [표 및 그림의 표시]

표와 그림은 <표 1>, <그림 1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 명시하여야 한다.

제13조 [신규성 등 위반에 대한 제재]

- ① 투고된 원고가 전 5조를 위반한 경우에 편집위원회에서는 개별적인 심사 없이 게재를 거절할 수 있다.
- ② 전항의 경우 편집위원회는 서면으로 투고자에게 그 사실과 이유 등을 7일 이내에 통고하여야 한다.
- ③ 투고자는 통지를 받은 후 15일 내에 서면으로 편집위원회에 이의를 제기할 수 있다. 단, 이의가 없으면 편집위원회의 결정에 승복한 것으로 본다.
- ④ 이의제기가 있으면 편집위원회는 15일 이내에 처리결과를 서면으로 투고자에게 통지하여야 한다.

제14조 [단독 및 공동투고자]

- ① 투고자의 성명은 소속과 함께 표기한다.
- ② 투고자가 복수인 경우 글에 대한 기여도가 동등한 공동투고자의 성명은 “/” 을 써서 병기하고(예: 김갑돌/김갑순), 기여도가 상이하어 제1투고자와 제2투고자 등을 구분할 필요가 있을 때에는 “/”를 써서 병기하고 이름 뒤에 [제1투고자]와 [제2투고자]를 표기한다(예: 김갑돌[제1투고자]/김갑순[제2투고자]).

제15조 [초록 및 검색어]

- ① 논문 등에는 200자 원고지 5매 내외의 국문 및 외국어 초록을 붙여야 한다.
- ② 초록에는 연구의 주제, 방법 및 주요 내용이 포함되어야 한다.
- ③ 논문 등에는 5개 내외의 국문 및 외국어 검색어(Key Word)를 표기한다.
- ④ 편집위원회는 외국인 투고자의 초록 및 검색어를 국문으로 번역하여 게재 한다.

제 4 장 게재논문의 심사

제16조 [예비심사절차]

- ① 원고접수가 마감되면 편집위원장은 투고된 원고가 심사에 적합한지의 여부를 판단한다. 원고작성 요령에 맞지 않거나 국·영문초록, 참고문헌 등 중요한 부분이 빠져 완성된 논문으로 보기 어려운 경우, 또는 도산법연구의 성격에 비추어 부적절한 내용을 다루는 경우에는 심사를 보류할 수 있다.
- ② 접수된 원고는 제목을 수합하여 익명으로 편집위원회에 심사위원 선정을 회부한다.

제17조 [투고원고의 심사]

- ① 도산법연구에 게재되는 모든 논문은 편집위원회에서 위촉한 3인으로 구성된 심사위원의 심사를 거친 후 편집위원회에서 게재여부가 결정된다.
- ② 논문 이외의 글에 대해서는 편집위원회의 결정에 따라 심사 절차의 일부를 생략할 수 있다.

제18조 [심사위원의 자격] 심사위원의 자격은 다음과 같다.

1. 대학교 전임강사 이상의 교원
2. 변호사 자격 소지자(판사, 검사 포함)
3. 박사학위 소지자
4. 기타 편집위원회가 해당 분야의 전문가라고 인정한 자

제19조 [심사위원의 선정]

- ① 편집위원장은 해당 전공 편집위원의 의견을 들어 논문 별 심사위원후보의 명단을 편집위원회에 제출하여야 한다.
- ② 편집위원회는 다음과 같은 점들을 고려하여 심사위원을 결정하여야 한다.
 1. 해당 논문에서 다루는 주제와의 관련도
 2. 해당 분야에서의 연구실적
 3. 학계 또는 실무계에서의 인지도
 4. 공정한 심사를 수행하기 어려운 사정이 있는지 여부
- ③ 편집위원이 논문 등을 투고한 경우, 해당 편집위원은 해당 논문 등의 심사위원 선정 및 최종심사결과 결정에 참여할 수 없다.

제20조 [심사위원의 위촉]

- ① 편집위원회는 선정된 심사위원에게 논문의 심사를 위촉한다.
- ② 편집위원회는 심사위원에게 소정의 심사비를 지급할 수 있다.

제21조 [심사기준] 논문 심사위원은 다음의 기준을 참작하여 심사보고서를 작성·제출하여야 한다.

1. 주제 설정의 창의성과 적절성
2. 연구관점의 참신성
3. 연구방법의 적절성
4. 연구결과의 학술적 완성도
5. 학계에의 기여도

제22조 [심사판정과 통보]

- ① 심사위원들은 정해진 기간 내에 원고에 대한 심사결과를 “게재”, “수정 후 게

재”, “수정 후 재심사”, “계재 불가”로 판정하여 편집위원회에 통보하며, 심사 보고서에 수정 제의사항 및 계재 불가의 이유를 서면으로 작성하여 편집위원장에게 제출한다.

- ② 위 각 판정의 의미는 다음과 같으며, 편집위원장은 각 판정의 의미에 대해 각 심사위원에게 심사를 위촉 시 설명하여야 한다.
 1. “계재”는 논문 등의 내용이 별도의 수정을 거치지 않고도 도산법연구에 계재될 수 있다는 의미이다. 각 심사위원은 해당 판정을 내린 논문에 대하여도 심사의견을 제시할 수 있으나 이는 투고자를 구속하지는 않는다.
 2. “수정 후 계재”는 심사위원의 지적사항에 따라 투고자가 원고를 수정한 후 별도의 심사를 거치지 않고 편집위원회의 확인을 거쳐 계재될 수 있다는 의미이다. 투고자는 심사위원들의 심사의견 중 타당하다고 생각되는 부분을 반영하여 수정하여야 하며, 편집위원장은 심사의견을 반영하지 않은 부분에 대해서는 서면으로 소명을 요구할 수 있다.
 3. “수정 후 재심사”는 논문 등이 심사위원들이 지적한 내용의 수정을 거친 후 재심을 거쳐야 계재될 수 있다는 의미이다.
 4. “계재 불가”는 논문 등의 내용이 본 규정 제23조의 각 호의 어느 하나에 해당된다고 인정된다는 의미이다.
- ③ 편집위원회는 심사위원 3인 중 2인의 의견에 따라 최종심사결과를 결정한다. 3인의 심사의견이 모두 다른 경우에는 편집위원회가 심의하여 결정한다.
- ④ 최종심사결과에 따른 논문 등의 계재는 다음과 같이 한다.
 1. “계재”로 판정된 논문은 수정 없이 계재한다.
 2. “수정 후 계재”로 판정된 논문은 심사위원의 지적사항에 따라 투고자가 원고를 수정한 후 편집위원회의 확인을 거쳐 계재한다.
 3. “수정 후 재심사”로 판정된 논문은 심사위원의 지적사항에 따라 투고자가 원고를 수정한 후 해당 심사위원에 의하여 재심을 받는다.
 4. “계재 불가”로 판정된 논문은 특별한 사유가 없는 한, 동일한 내용으로는 재심사 및 계재 절차를 진행할 수 없음을 원칙으로 한다.
- ⑤ 계재순서 및 편집에 관한 기타 사항은 편집위원회가 결정한다.
- ⑥ 편집위원장은 모든 투고자에게 각 심사위원이 작성한 심사의견서를 익명으로 처리하여, 편집위원회의 최종 심사결과와 함께 통보한다.

제23조 [계재 불가] 논문의 내용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당된다고 심사위원이 인정할 경우에는 “계재 불가”로 판정하고 그 이유를 구체적으로 심사보고서에 지적하여야 한다.

1. 독창성이 뚜렷하지 아니할 경우
2. 투고자가 연구한 결과와 타인이 이미 연구한 결과 사이에 뚜렷한 차이가 없는 경우
3. 기타 도산법연구에 게재하기에 부적당하다고 인정될 경우

제24조 [심사기간]

- ① 심사위원은 심사 위촉 후 15일 이내에 위촉받은 논문을 심사한 후, 판정 결과와 심사평을 원고와 함께 도산법연구회에 반송하여야 한다.
- ② 심사위원이 심사 위촉 후 30일 이내에 심사의견을 제출하지 아니할 경우에는 편집위원회는 심사의뢰를 취소하고 다른 심사위원으로 대체할 수 있다. 이 경우 원고는 즉시 도산법연구회로 반송하여야 한다.

제25조 [심사 후 원고의 수정]

- ① 투고자는 심사위원의 지적 또는 수정요청사항에 대해 편집위원회가 정한 기간 내에 답변 및 수정내용을 편집위원회에 제출하여야 한다.
- ② 편집위원회는 작성 언어의 어법에 맞지 않는 문장의 수정을 요청할 수 있고 투고자는 합리적인 이유가 없는 경우 어법에 맞게 수정하여 제출하여야 한다.

제26조 [게재여부의 결정]

- ① 편집위원회는 심사결과와 제22조에 따른 원고의 수정내용을 고려하여 게재 여부를 결정하여야 한다.
- ② 심사결과에서 “수정 후 재심사” 또는 “게재 불가” 판정이 2개 이상 있는 경우에는 재심사없이 게재를 결정할 수 없다.

제27조 [익명성 보호]

- ① 결정된 심사위원의 명단은 발표하지 않는다.
- ② 원고 심사는 익명 심사를 원칙으로 한다.

제28조 [비밀유지의무]

논문 등의 심사에 관여하는 자 또는 관여하였던 자는 논문 등의 제출자 및 심사위원의 인적사항 및 심사결과 등에 관하여 비밀을 유지하여야 한다.

제 5 장 게재논문의 사후심사

제29조 [사후심사] 도산법연구에 게재된 논문 등에 대하여 사후심사를 할 수 있다.

제30조 [사후심사의 요건] 편집위원회의 자체 판단 또는 접수된 사후심사요청서에 대한 검토의 결과 다음 각 호에 해당한다고 판단되는 경우에는 사후심사를 하여야 한다.

1. 대상 논문 등이 그 논문 등이 수록된 도산법연구 발행일자 이전의 다른 간행물에 게재된 경우
2. 타인의 저작권에 귀속시킬 만한 연구 내용을 현저한 정도로 표절 또는 중복 게재한 것으로 의심되는 경우

제31조 [사후심사요청서]

- ① 누구든지 도산법연구 게재 논문 등의 표절 또는 중복게재와 관련하여 사후심사를 요청하는 사후심사요청서를 편집위원장 또는 편집위원회에 접수할 수 있다.
- ② 이 경우 사후심사요청서는 밀봉하고 결봉에 사후심사요청임을 명기하되, 발신자의 신원을 결봉에 노출시키지 않음을 원칙으로 한다.
- ③ 사후심사요청서에는 표절 또는 중복게재로 의심되는 내용을 구체적으로 밝혀야 한다.

제32조 [사후심사를 위한 편집위원회 소집] 게재 논문 등의 표절 또는 중복게재에 관한 사실 여부를 심의하고 사후심사자의 선정을 비롯한 제반 사항을 의결하기 위해 편집위원장은 편집위원회를 소집할 수 있다.

제33조 [질의서의 우송] 편집위원회의 심의 결과 표절이나 중복게재의 개연성이 있다고 판단되는 경우에는 그 진위 여부에 대해 편집위원장 명의로 해당 필자에게 질의서를 우송한다.

제34조 [답변서의 제출] 전조의 질의서에 대해 해당 필자는 질의서 수령 후 30일 이내에 편집위원장 또는 편집위원회에 답변서를 제출하여야 한다. 이 기한 내에 답변서가 도착하지 않을 경우에는 표절 또는 중복게재의 사실을 인정한 것으로 본다.

제35조 [사후심사 확정을 위한 편집위원회 소집] 편집위원장은 답변서를 접수한 날로부터 15일 이내에 사후심사 결과를 확정하기 위한 편집위원회를 소집한다.

제36조 [사후심사 결과의 통보] 편집위원장은 편집위원회에서 확정된 사후심사 결과를 7일 이내에 사후심사를 요청한 자 및 관련 당사자에게 통보하여야 한다.

제37조 [제재 조치] 편집위원회의 심의 결과 표절이나 중복게재로 확정된 경우에는 다음 각 호와 같은 제재 조치를 행한다.

1. 차호 도산법연구에 그 사실 관계 및 조치사항들을 공시한다.
2. 도산법연구 전자출판본에서 해당 논문을 삭제한다.
3. 향후 5년간 도산법연구 투고를 금지한다.
4. 해당 필자의 징계를 소속 대학 또는 기관의 장에게 건의한다.

제38조 [제보자의 보호] 표절 또는 중복게재에 관한 이의 또는 논의를 제기하거나 사후 심사를 요청한 사람의 신원에 관해서는 철저히 익명성을 보장한다.

제39조 [이의의 제기]

- ① 투고자, 게재자 또는 신청자는 표절 또는 중복게재 등에 관한 편집위원회의 결정에 대해 편집위원장 또는 편집위원에게 이의를 제기할 수 있다.
- ② 이 경우 이의제기자는 그 사유를 명확하게 제시하고 소명자료를 제출하여야 한다.

제40조 [이의절차]

- ① 편집위원장은 전 조의 이의제기를 심의하기 위한 위원을 위촉하여야 한다. 단 이전의 결정에 참여한 편집위원은 이의절차의 위원으로 위촉될 수 없고, 편집위원장도 이의절차의 결정에 참여할 수 없다.
- ② 편집위원장은 판정과 관련된 일체의 자료를 이의절차 위원들에게 제출하여야 한다.
- ③ 이의신청에 대한 결정에 대해서는 다시 이의를 제기할 수 없다.

제 6 장 기타 사항

제41조 [게재료]

- ① 법학논집에 게재된 원고에 대해서는 게재료를 징수할 수 있다.
- ② 게재료는 편당 20만원으로 한다. 단, 다음 각 호의 경우 면제가 가능하다.
 - 1. 특별기고
 - 2. 박사학위초록
 - 3. 서평
- ③ 투고 원고의 심사료는 편당 1만원으로 한다.

제42조 [교정] 편집과정에서의 교정은 편집위원회가 수행하고, 최종적인 교정은 필자가 담당한다.

제43조 [별쇄본] 채택된 투고자에게는 당해 원고가 게재된 도산법연구 2부와 별쇄본 10부를 무상으로 제공한다. 다만 투고자의 요청이 있으면 투고자의 비용부담 하에 추가 제공할 수 있다.

제44조 [전자출판]

- ① 출판은 인쇄본과 전자출판을 병행한다.
- ② 투고자는 심사 완료된 원고에 대하여 수정이 완료된 최종 원고와 함께 그 원고의 문서화일을 전자우편 또는 CD의 형태로 도산법연구회로 제출하여야 한다.
- ③ 편집위원회는 투고자가 제출한 파일을 전자출판에 적합한 형태로 가공하여 희망자에게 제공한다.

제45조 [개정] 이 규정은 도산법연구회의 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제46조 [시행] 이 규정은 도산법연구회 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.

부 칙

제1조 이 규정은 2009년 12월 1일부터 시행한다.

도산법연구 투고지침

제정 2009년 12월 1일

1. 논문 체제의 구성

- 1) 표지: 논문제목(영문제목 병기), 필자의 인적사항(성명, 영문 성명, 소속, 직책) 및 연락처를 기재한다. 이 때 소속 및 직책은 현직만을 기재하되 학위는 원칙적으로 박사 학위논문 초록에만 기재할 수 있다.
- 2) 논문초록(국문 및 외국어) 및 검색어(국문 및 외국어): 논문에는 200자 원고지 5매 내외의 국문 및 외국어 초록을 붙여야 한다. 단 번역문에는 국문 및 외국어 초록 대신 역자해제를 붙여야 하고 박사학위논문 초록에는 별도의 초록을 붙이지 않는다. 검색어는 5개 내외로 한다.
- 3) 본문: 장, 절의 표시는 I, 1, 1), (1), 가, 가), (가)의 순서로 표기한다.
- 4) 각주: 이하의 세부 작성요령 참조
- 5) 참고문헌: 이하의 세부 작성요령 참조. 참고문헌의 표기 순서는 국내문헌, 외국문헌 순으로 하고 각 문헌마다 저서, 논문 순으로 나누어 표기하되 국문은 숫자 가나다순으로 하고 외국문헌은 한자문화권은 발음의 가나다순, 비한자문화권은 알파벳순으로 한다.

2. 세부 작성요령

- 1) 본문의 표기는 한글을 원칙으로 하며, 필요한 경우 한자 또는 외국어로 표기한다.
 - ① 서적은 『 』, 논문 및 문장인용은 “ ”, 법령은 「 」, 용어 및 강조는 ‘ ’로 표기한다.
 - ② 영문표기는 아래의 예시에 따른다.
 - 최초의 경우 : 한스 켈젠(Hans Kelsen), 법철학(Rechtsphilosophie), 개념(concept)
 - 두번째 이후 : 한스 켈젠, 법철학, 개념
- 2) 영문성명의 표기는 저자가 사용하는 영문성명을 원칙으로 하되, ‘성, 이름’ 순으로 표

기하며 성은 다음의 예시에 따라 수정하여 표기한다. 이는 외국 성명의 경우에도 같다.

HONG, Kil Dong

BAIK, Robin J.

3) 각주 및 참고문헌의 표기는 아래의 예시에 따른다.

[국내문헌]

① 저서 : 오수근, 『도산법의 이해』 (이화여자대학교출판부, 2008), 289-295면 참조.
오수근, 위의 책(주 29), 186면.

오수근·김성용, “도산법의 법경제학”, 『법경제학: 이론과 응용』

(2011), 597-601면 참조.

서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 『법인파산실무』 제3판(개정
증보) (박영사, 2011), 59면 참조.

② 논문 : 김연미, “미국파산법 제510조 b항에 따른 권리의 순위”, 『도산법연구』제
3권 제1호 (사단법인 도산법연구회, 2012), 39-60면.

김연미, 위의 글(주 43), 51면.

강선명, “미국 파산절차 실무”, 『법조』 통권 572호 (법조협회, 2004),
214-294면.

③ 자료집 : 유해용, “기존 경영자 관리인 제도의 명암”, 『workshop 자료집』 (서울
중앙지방법원 파산부, 2010)

서승조, “회생절차와 패스트트랙 - 성과와 과제”, 『서울중앙지방법원
파산부 패스트트랙 회생절차 간담회 발표자료』 (2011. 11. 28, 미공간).

④ 일간지 : 『동아일보』, 2012년 10월 18일자

[외국문헌]

① 서적 : 伊藤眞/岡正晶/田原睦夫/林道晴/松下淳一/森宏司, 条解 破産法 (弘文堂,
2010).

Thomas Lee Hazen, *The Law of Securities Regulation* (Thomson
West, 2005), p. 289.

Thomas Lee Hazen, 위의 책(주 17), p. 289.

② 논문 : John M. Wunderlich, “Bankruptcy’s Protection for Non-Debtors
from Securities Fraud Litigation”, *Fordham Journal of Corporate
and Financial Law* 375 (2011), pp. 382-390.

Michael W. McConnell & Randal C. Picker, *When Cities Go
Back: a Conceptual Introduction to Municipal Bankruptcy*, 60 *U.*

Chi. L. Rev. 425, 456 (Spring, 1993).

Michael W. McConnell & Randal C. Picker, 위의 글(주 17), p.456.

Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Insolvenz“, *Abschlussbericht: Probleme der praktischen Anwendungen und Schwachstellen des Regelinsolvenzverfahrens* (2002).

大島眞一, “中小規模庁における破産事件の処理方策”, 『判例タイムズ』 1050号 (判例タイムズ社, 2001), 23-34면 등 참조.

[판례]

- ① 한국 대법원 1977.5.24, 77도629 헌재 2003.11.27, 2002헌바102
- ② 미국 Jackson v. Metropolitan Co., 348 F. Supp. 954(3rd Cir. 1973)
- ③ 독일 BGHSt 36, 27f.
- ④ 프랑스 Civ., 18 nov. 1895, D., 1896.1.16.
- ⑤ 일본 最高裁平成13年4月20日判決

[전자자료]

http://www.usdoj.gov/ust/eo/rules_regulations/admin_decisions/index.htm

(최종검색일 2012. 9. 15.) 참조.

- 4) 표와 그림은 <표 1>, <그림 1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 명시하여야 한다.

3. 제출방법 및 원고분량

- 1) 원고는 아래아 한글 또는 MS워드로 작성하여 전자메일로 제출한다.
- 2) 원고 분량은 A4용지를 기준으로 원칙적으로 다음과 같이 한다(휴면명조체 11포인트, 줄간격 160%). ① 논문 : 25~50매 ② 판례평석 : 15~25매 ③ 자료(강연, 논단, 연구 활동 및 학술정보 등) : 5~30매 ④ 번역 : 30~50매 ⑤ 서평 : 3~5매 ⑥ 박사학위논문 초록 : 10~12매 ⑦ 특별기고 : 25~40매

연구발표회 목록

회차	일시	발표자	주제
1	1998년 6월 8일	남일총	부실기업정리제도의 경제적 분석
2	1998년 7월 13일	최성근	독일의 파산법
3	1998년 9월 14일	박용석	부실기업과 M&A
4	1998년 10월 12일	윤영신	미국의 파산법
5	1998년 11월 10일	김성용	Automatic Stay - 자동중지명령
6	1998년 12월 14일	김성용	부인권
7	1999년 1월 11일	오수근	회의법을 어떻게 볼 것인가
8	1999년 2월 8일	임채용	외국도산절차가 국내에 미치는 영향에 관한 연구
9	1999년 3월 8일	임치용	도산법제에 있어서의 파산절차의 특색
10	1999년 4월 12일	최성근	프랑스의 도산법
11	1999년 5월 10일	윤영신	영국의 도산법
12	1999년 6월 7일	김정만	회의법상 보전처분
13	1999년 7월 5일	임치용	한국의 회사정리, 일본의 회의, 미국의 회사재건제도의 현황
14	1999년 9월 6일	오수근	회사정리계획안의 변제계획에 관한 연구
15	1999년 10월 11일	오수근	회사정리계획 인가 요건 중 평등·공정·형평의 개념
16	1999년 11월 8일	전병서	파산에 있어서 일부면책
17	1999년 12월 6일	윤영신/최성근	도산절차의 일원화
18	2000년 1월 10일	토론	Orderly & Effective Insolvency Procedures
19	2000년 2월 7일	임치용	정리채권의 확정절차와 그 불복방법
20	2000년 3월 6일	배현태	회사정리절차에 있어서 리스채권의 취급
21	2000년 4월 3일	오수근	사전조정제도(Prepackaged Plan)
22	2000년 5월 9일	석광현	파생금융상품에 있어서의 일괄청산과 도산법의 개정
23	2000년 6월 12일	박용석	TAL 프로젝트 주요 쟁점 (1)
24	2000년 7월 3일	김형두	일본의 도산 사건 처리 실무
25	2000년 7월 19일	임치용	정리계획안의 공정·형평, 수행가능성에 관한 연구
26	2000년 9월 4일	박용석	TAL 프로젝트 주요 쟁점 (2)
27	2000년 10월 16일	이형하	서울지방법원 회의 및 파산 실무
28	2000년 11월 13일	박승두	미이행쌍무계약
29	2000년 12월 4일	이진만	독일의 도산제도-소비자 도산절차와 면책제도를 중심으로
30	2001년 1월 8일	배현태	회사정리계획안 실무 (1)
31	2001년 2월 5일	배현태	회사정리계획안 실무 (2)
32	2001년 3월 13일	김형두	미국의 파산 실무 - 파산법원의 역할에 관하여 (1)
33	2001년 4월 16일	김형두	미국의 파산 실무 - 파산법원의 역할에 관하여 (2)

회차	일시	발표자	주제
34	2001년 5월 9일	김재훈	기업퇴출관련 노동문제 및 해결방안의 모색
35	2001년 7월 9일	박용석	부인권 개선방안
36	2001년 10월 25일	Manfred Balz Gordon Johnson	미국 파산법 Workshop
40	2002년 1월 18일	임치용	도산절차에 있어서 어음채권자의 지위
41	2002년 3월 4일	오수근	통합도산법 요강안
42	2002년 4월 2일	서경환	통합도산법 중 개인갱생부분 개정시안
43	2002년 5월 9일	Charles Booth	담보물의 평가
		Arnold Quittner	국제도산(UNCITRAL Model Law를 중심으로)
44	2002년 6월 4일	윤종구	기업가치평가 및 그 배분방법에 대한 소고 (1)
45	2002년 7월 9일	윤종구	기업가치평가 및 그 배분방법에 관한 소고 (2)
46	2002년 9월 11일	임치용	국제파산절차에 있어서 사법공조
47	2002년 10월 8일	김성용	회사정리법상 강제인가 제도
48	2002년 12월 30일	임치용	채무자회생 및 파산에 관한 법률안
49	2003년 3월 18일	이진만	채무자회생법안 중 논의사항
50	2003년 4월 22일	정순섭	장외파생상품거래의 중도 종료와 도산절차상 효력
51	2003년 5월 20일	권광중	파산법과 파산실무
52	2003년 6월 10일	Arnold Quittner	미국 도산법에서 채권의 후순위화
53	2003년 8월 19일	임치용	회사정리절차와 쌍무계약
54	2004년 4월 20일	임치용	대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다64359 판결
		김형두	인천지법 2003. 7. 24. 선고 2003가합1768 판결
55	2004년 5월 10일	최성근	대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다64359 판결
		오영준	대법원 2003.1.10 선고 2002다36235 판결
56	2004년 6월 14일	박용석	회사정리절차에 있어서 주채무의 출자전환과 보증인의 책임범위
57	2004년 7월 13일	전성인	대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다17070
		김성용	대법원 2003. 5. 16. 선고 2000다54659 판결
58	2004년 10월 12일	임치용	개인회생제도
59	2004년 11월 2일	임채용	대법원 2003. 2. 28. 선고 2000다50275 판결
60	2005년 1월 24일	홍성준	2004년 개인도산 현황
61	2005년 2월 28일	류근관	법경제학 측면에서 바라본 바람직한 도산법 개정
62	2005년 4월 25일	배현태	회사정리절차에 있어서 리스채권
63	2005년 8월 31일	박형준	도산절차와 민사집행절차
64	2005년 9월 26일	서경환	향고심에서 본 도산절차
65	2005년 10월 21일	이제정	회사정리절차에서의 M&A
66	2005년 11월 29일	김화진	기업진단의 지배구조
67	2005년 12월 14일	김진석	채권조사확정제도
68	2006년 1월 31일	박창균	개인파산 및 개인회생 제도의 기능에 대한 경제적 분석
69	2006년 2월 23일	오수근	Workout 연구
70	2006년 3월 29일	오민석	채무자 회생 및 파산에 관한 몇가지 논의 -민사집행절차-

회차	일시	발표자	주제
71	2006년 4월 24일	임치용	대법원 2005. 11. 25. 선고 2004다6085 판결
72	2006년 9월 25일	김성용	도산절차에 있어서 쌍무계약
73	2006년 10월 30일	강정완	증권회사의 파산
74	2006년 12월 24일	이미현	자산유동화
75	2007년 5월 8일	오영준	집합채권 양도담보와 도산절차
76	2007년 9월 7일	이혜리	자동정지에 관한 연구
77	2007년 11월 8일	김성은	파생상품거래와 파산
78	2007년 12월 8일	주진암	회생절차에서 조세채권의 취급
79	2008년 1월 30일	이상용	재도의 파산신청
80	2008년 2월 20일	한민	국제금융과 파산
81	2008년 4월 23일	남성민	UNCITRAL 국제도산공조
82	2008년 5월 14일	김성용	도산해지조항
83	2008년 11월 24일	임치용	DIP financing
84	2008년 12월 22일	김용하	캐나다 파산법 개관
85	2009년 1월 16일	오수근/정문경	도산절차에서의 우선권
86	2009년 4월 6일	高木 新二郎	History and Development of Japanese Reorganization Laws and Its Practice
87	2009년 4월 27일	손원일	권리보호조항에서의 담보권의 가치
88	2009년 5월 25일	오민석	개인회생절차에서 주택담보채권 특례의 도입
89	2009년 6월 29일	김용호	covered bond의 도산법적 이해
90	2009년 8월 21일	이청룡	회생계획안 작성실무
91	2009년 9월 28일	이성용	국제도산절차에서 이중절차의 위험성 통제
92	2009년 10월 26일	박현옥	보증채무와 현존액주의
93	2009년 11월 23일	최두호	파산절차 실무노트
94	2010년 1월 25일	오수근	도산절차 참여자의 역할 재분배
95	2010년 2월 22일	정준영	개인회생제도의 몇 가지 논점에 대한 비교법적 검토
96	2010년 3월 29일	김정만	서울중앙지방법원 개정 M&A 준칙해설- 인가 전 M&A를 중심으로
97	2010년 4월 26일	임치용	Lehman Brothers 파산 후 Structured Finance에서의 Flip-In 조항의 효력에 관한 영국과 미국의 판례 분석 및 한국법상 시사점
98	2010년 5월 31일	김주학	회생기업의 가치평가
99	2010년 6월 28일	박용석	회생절차에서 담보권 취급의 문제점 및 개선사항
100	2010년 8월 30일	오영준	외국도산절차에서 이루어진 외국법원의 면책재판 등의 승인
101	2010년 9월 27일	김철만	한국회생절차의 외국에서의 승인 - 삼선로직스 사건을 중심으로
102	2010년 10월 25일	임치용	공익채권을 제3자가 변제한 경우 회생절차에서 제3자의 지위 - 대법원 2009. 2. 26. 선고 2005다32418 판결에 대한 평석

회차	일시	발표자	주제
103	2010년 11월 29일	정석종	선박금융에 대한 도산법상의 취급 - BBCHP를 중심으로
104	2011년 1월 24일	김성용	회생절차에서의 기업가치평가
105	2011년 2월 28일	권성수	회생절차가 민사소송절차에 미치는 영향
106	2011년 3월 28일	정문경	부인권 행사에 관한 실무상 몇 가지 쟁점
107	2011년 4월 25일	이지은	미국 파산법상 363조 매각에 관련한 검토 - GM과 Chrysler사례를 중심으로
108	2011년 5월 30일	박용석	지방자치단체의 모라토리움 선언과 도산절차
109	2011년 6월 27일	임치용	채권양도 및 상계의 준거법 - 외국파산절차의 국내적 효력과 관련하여 (대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다28782 판결)
110	2011년 7월 25일	Shinjiro Takagi	Recent Developments of Expedited Restructuring Schemes and Practices in Various Countries
111	2011년 9월 26일	김성용	신탁행위의 부인
112	2011년 10월 30일	백재형	Lehman Brothers 파산 절차에서 제기된 substantive consolidation
113	2011년 11월 28일	임치용	건설회사에 대하여 회생절차가 개시된 경우의 법률관계
114	2012년 1월 30일	장원규	도산절차에서 유동집합채권양도담보의 법적 처리
115	2012년 2월 27일	김연미	미국파산법 510조 b항에 따른 권리의 순위 - 순위 결정에 있어서 당사자들의 합의, 파산법원, 학계와 입법부의 역할 -
116	2012년 3월 26일	박정호	새로운 개인파산절차 운용실무
117	2012년 4월 30일	심활섭	집행행위의 부인
118	2012년 5월 21일	정문경	법인회생절차에서의 채권자 참여
119	2012년 6월 25일	임치용	미국파산법상 연방관리관의 역할
120	2012년 8월 27일	오수근	물상보증인의 변제와 보증채무의 확정 - 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다82103 판결을 중심으로 -
121	2012년 9월 24일	이희준	파산관재인 후보자명부에 관한 연구
122	2012년 10월 29일	민정석	회생채권의 존재를 다투는 이를 회생채권자목록에 기재할 의관리인이 무가 있는지 여부 및 관리인이 이러한 의무를 해태한 경우 회생채권자 목록에 누락된 회생채권의 운명 - 대법원 2012. 2. 13. 선고 2011그256 결정을 중심으로 -
		오병희	추완신고에 따른 후속절차에 관한 검토 - 대법원 2012. 2. 13. 선고 2011그256 결정을 중심으로 -
123	2012년 11월 26일	박사랑	CRO제도의 현황과 과제
124	2013년 1월 28일	김원기	회생기업채권 정리 절차
125	2013년 2월 25일	김성용	2012년 도산법 중요 판례
126	2013년 3월 27일	오수근	회생절차에 대한 실증연구(2006-2012)
127	2013년 4월 29일	김경민	사채관리업무와 도산절차
		이진용	사채관리회사제도와 회생절차

회차	일시	발표자	주제
128	2013년 5월 27일	이백수	파산재단의 세무처리에 관한 실무
129	2013년 6월 24일	심영진	영국(잉글랜드, 웨일즈)의 도산제도 개관
130	2013년 8월 26일	임치용	기축법에 의한 워크아웃과 회생절차의 비교
131	2013년 9월 30일	한지영	독일에서 저작권 라이선스 계약에서 라이선시의 법적 보호 - 우리나라와의 비교법적 고찰-
132	2013년 10월 28일	오세용	중국의 기업회생제도 개관
133	2013년 11월 26일	정성구/윤상우	채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제120조에 관한 실무상 문제점
134	2014년 2월 24일	조규홍	회생절차에서의 담보평가 실무사례에 관한 연구
135	2014년 3월 31일	조웅	도산전자소송의 이해
136	2014년 4월 28일	오수근	회사회생절차(2006-2012) 실증연구II
137	2014년 5월 26일	김지평/박혜진	회생계획 인가 후 출자전환과 관련된 실무적 쟁점
138	2014년 6월 30일	최효종	기업구조조정절차에서의 경영권과 지배구조 -최근의 실무를 바탕으로-
139	2014년 8월 25일	김관기	(실무노트) 개인회생 스케치
140	2014년 9월 29일	김희중	2014년 상반기 도산법 관련 대법원 판례 소개
141	2014년 10월 27일	김성용	기업구조조정 촉진법상의 채권매수청구권
142	2014년 11월 24일	임치용	영국 축구클럽의 도산
143	2015년 1월 26일	정문경	한국 도산법 발전에 있어서 미국 로스쿨 교육과 법원 실무가 주는 몇 가지 시사점
144	2015년 2월 24일	김희중	2014년 하반기 도산법 관련 대법원 판례 소개
145	2015년 3월 30일	김선경	실무에서 만나는 도산법의 어려움
146	2015년 4월 27일	김성용	도산능력 - 신탁재산의 경우를 중심으로
147	2015년 5월 26일	박정호	개인 채무자에 대한 미국 연방파산법 11장 절차의 시사점
148	2015년 6월 29일	이수열	개정 채무자회생법 연구
149	2015년 8월 24일	김효선	도산실효조항의 효력 -효력인정 기준을 중심으로-
150	2015년 9월 30일	김희중	2015년 상반기 도산법 관련 대법원 판례 소개
151	2015년 10월 26일	차승환	추심채권자에 대한 회생절차에서의 취급
152	2015년 11월 30일	윤준석	가액배상을 구하는 사해행위취소소송과 파산절차 사례보고 - "2위의 승리"와 그 대책-
153	2015년 12월 28일	박용석	골프장의 회생절차에 있어서 회원의 권리에 관한 소고
154	2016년 1월 25일	김장훈	사채권자집회를 통한 기업 채무조정에 관한 소고
155	2016년 2월 23일	김희중	2015년 하반기 도산법 관련 대법원 판례 소개
156	2016년 3월 28일	이은재	회생회사의 지배구조
157	2016년 4월 25일	이수연, 송호성	회생회사 M&A에서의 공정형평의 원칙
158	2016년 5월 30일	임장호	채권자의 회생절차 참여 확대 방안
159	2016년 6월 27일	오수근	개인회생절차신청자의 빚금폐턴과 관련 법적 문제
160	2016년 8월 29일	김희중	2016년 상반기 도산법 관련 대법원 판례 소개
161	2016년 9월 26일	장철용	미국 도산법상의 실제적 병합에 관한 연구

회차	일시	발표자	주제
162	2016년 10월 31일	박용석	산업구조조정의 비효율성과 개선방안
163	2016년 11월 28일	최원영	채권양도담보와 법인회생절차상 제문제
164	2016년 12월 26일	진평(金鵬)	중국 상장법인 회생계획안에 관한 실증연구
165	2017년 1월 23일	차승환	회생절차개시전의 공익채권 : 회생개시신청 전 20일내 물건대금청구권 등 논의
166	2017년 2월 27일	정문경	강제인가 제도를 통해 본 법원의 역할
167	2017년 3월 27일	김선경	실무노트 - 우리나라 해운회사의 회생절차에 대한 외국법원의 승인
168	2017년 4월 24일	이정현	한진해운 미국 Stay Order 관련 채권자들로부터 제기된 쟁점에 대한 고찰
169	2017년 5월 29일	양민호	2016년 하반기 도산법 관련 대법원 판례 소개
170	2017년 6월 26일	백중현, 이상재	P-PLAN 회생절차의 실무상 쟁점
171	2017년 8월 28일	홍연경	회생절차에서 조세채권의 취급 - 가산금과 가산세를 중심으로
172	2017년 9월 25일	심영진	2017년 상반기 도산법 관련 대법원 판례 소개
173	2017년 10월 30일	박용석	효율성 강화를 위한 도산절차의 일원화
174	2017년 11월 27일	문병순	도산신청 지연방지와 영국의 부당거래 책임
175	2017년 12월 18일	전별	금융차입과 사기죄 성립 여부에 관한 고찰
		김관기	[논문명석] 기업인과 중소기업회생절차 Serial Entrepreneurs and Small Business Bankruptcies
176	2018년 1월 29일	김영주	독일의 부인권과 채권자취소권을 통해 본 우리 법제도의 개선방향
177	2018년 2월 26일	김장훈, 홍정호	한진해운 사건을 통해서 본 견련파산 실무상 쟁점
178	2018년 3월 26일	김익현, 황인용	가상화폐 거래소 도산 관련 법률 문제 - 일본 마운트곡스사의 파산 사건을 중심으로
179	2018년 4월 30일	최준규	다수당사자 사이에서의 부인권 행사
180	2018년 5월 28일	허승진	완성품 생산업체의 회생 신청시 부품 공급업체의 대응 방안
181	2018년 6월 25일	이주현	국제도산에서 공서양속의 의미
182	2018년 8월 27일	최효종, 김소연	골프장 회생절차(2012~2018)에 대한 실증연구
		나청	회원제 골프장 회생사건의 실무상 쟁점
183	2018년 9월 17일	김영근, 김주현	추완신고된 회생채권 조사 절차 관련 쟁점
184	2018년 10월 29일	한상구	물상보증인이 설정한 저당권에 기해 부동산경매절차가 개시되고 매각대금이 완납된 후 물상보증인에 대해 회생절차가 개시된 경우의 효력
185	2018년 11월 26일	홍석표	도산 상황에서 발생하는 노동 관련 제문제
186	2018년 12월 17일	김태훈	현행 채무자회생법상 조사위원 제도의 개선 과제
187	2019년 1월 28일	박민준	미 연방파산법 제11장 절차에서의 구조조정지원약정에 대한 심사 및 그 시사점

회차	일시	발표자	주제
188	2019년 2월 25일	임치용	발표문-한진해운 회생절차의 외국에서의 승인 문제 실무노트-일본 최고재판소 평성 25년 11월 21일 판결
189	2019년 3월 25일	황인용&정준호 김시내	건설 도산 관련 실무상 몇 가지 쟁점 실무노트-미연방파산법 15장 절차와 제3자 면제를 내용으로 하는 외국 회생계획의 승인(대상판결 : In re: Avanti Communications Group (586 B.R. 603))
190	2019년 4월 29일	이은재 홍석표	브렉시트와 영국 국제도산 개인도산 채무자와 주택담보대출의 문제점
191	2019년 6월 24일	백종현 이상재&최우구	특허권자의 회생절차와 통상실시권자의 지위 실무노트-필리핀 회생절차의 국제도산 승인 사례
192	2019년 8월 26일	백숙중 박민준	2017년 하반기 및 2018년 상반기 도산법 관련 대법원 판결 소개 실무노트-영국의 Gibbs 원칙에 관한 미연방파산법상 제15장 절차에서의 판단 (In re Agrokor d.d. (591 B.R. 163))
193	2019년 9월 30일	김영근 최복기	일본의 사적 구조조정 절차 실무노트-합자회사인 회생회사의 M&A
194	2019년 11월 25일	조준오 김상만	별제권 행사의 제약 요인에 관한 소고 조선업 구조조정에서 선수금환급보증(RG)채권의 매매 관련 건조 중인 선박의 청산가치 산정 및 배분 방법

『도산법연구』 제9권 3호

Korean Journal of Insolvency Law, Vol. 9, No. 3

국제표준연속간행물번호 : ISSN 2093-1492

발행처 : 사단법인 도산법연구회 (Insolvency Law Institute of Korea)

발행일 : 2019년 12월 30일

인쇄처 : 경성문화사(전화 02-786-2999)

게재된 논문의 저작권은 필자에게 있으며 (사)도산법연구회는 편집저작권과 게재된 논문을 CD-ROM TITLE이나 광디스크 등 여러 가지 방법으로 복제하여 보관하거나 판매할 권리와 전송할 권리를 무상으로 갖습니다.

『도산법연구』에 게재된 논문은 편집위원회가 집필을 의뢰한 논문이거나 편집위원회의 심사를 거친 논문입니다. 게재된 논문은 다음의 방식으로 인용하여 주십시오.

- 〈국문〉 필자명, “논문명”, 도산법연구 제4권 제1호(도산법연구회, 2013), ○○면.
- 〈영문〉 필자명, “Title”, *Korean Journal of Insolvency Law*, Vol. 4, No. 1 (Insolvency Law Institute of Korea, 2013), p. ○○.

편집위원회

- 위원장 : 김관기(김박법률사무소 변호사)
- 위 원 : 김성용(성균관대학교 교수), 박재완(한양대학교 교수), 정영진(인하대학교 교수)
- 간 사 : 조수현

도산법연구회 가입 및 학회지 구독 안내

- 도산법연구회에 가입을 원하시는 분은 성명(국문, 영문), 직장, 직책, 이메일, 주소, 전화번호를 기재하여 dosanbub@gmail.com로 신청하시기 바랍니다.
- 회비 일반회원(1) 연 50,000원, 일반회원(2) 연 100,000원, 평생회원 500,000원, 법인/도서관회원 연 1,000,000원(연구회 주관 행사 참가비 면제)
- 회비 납부계좌 신한은행 140-008-725846 사단법인 도산법연구회
- 학회지(도산법연구)를 발간할 때마다 일반회원(1)에게 1부, 일반회원(2)과 법인/도서관 회원에게 2부, 평생회원에게 평생 1부를 우송해드립니다.

