

연구보고 98-3

主要國의 倒産法(Ⅱ)

# 美國의 倒産法

1998. 9.

研究者 : 尹榮信(先任研究員)

한국법제연구원



## 發 刊 辭

한정된 자원을 효율적으로 배분하기 위해서는 비효율적으로 경영된 기업이 퇴출되어야 합니다. 그러나 그 동안 우리나라는 경제의 고도성장 덕분에 경쟁력을 상실한 기업까지도 끌고 갈 여력이 있었고 따라서 기업의 도산은 우리에게 익숙한 제도가 아니었습니다. 우리나라에서도 도산관련법인 파산법, 화의법, 회사정리법이 1962년 제정되었지만, 이와 같이 도산이라는 사실자체가 드물다 보니까 도산관련법에 대한 연구의 필요성 자체가 크지 않았고 그 결과 도산법제의 발전이나 심층적인 연구가 이루어지지 않았습니다. 그러나 현재 우리나라는 그간 누적되어 온 기업의 모순이 외환부족이라는 사태를 맞아 일거에 현출되어 IMF의 구제금융을 받기까지 이르렀습니다. 경기침체가 장기화되는 가운데 기업의 규모를 불문하고 도산이 속출하게 되었습니다. 기업의 도산이 국민경제에 미치는 파급효과를 생각할 때, 기업의 퇴출을 규율하는 법제도에 대한 연구는 더 이상 미룰 수 없는 시급한 현안이 되었다고 해도 과언이 아닐 것입니다.

본연구원에서는 금년도 연구과제로 「企業倒産에 관한 法制度연구」를 진행하고 있습니다. 금년중에는 독일, 미국, 프랑스, 영국 및 일본 5개국의 도산법제에 관한 연구를 수행할 계획입니다. 이러한 연구작업 일환으로 이미 5월중에 「獨逸의 倒産法」이 출간되었고 그 두 번째로 「美國의 倒産法」이 나오게 되었습니다.

이 보고서에서는 미국의 방대한 연방도산법의 내용을 정리·분석하였습니다. 미국의 연방도산법상의 여러 가지 제도에 대하여 부분적으로 소개한 글들은 있었지만, 연방도산법 전반을 체계적으로 연구한 글은 없는 상황이므로, 이 연구보고서가 우리나라 도산관련법 개정작업에서 유용한 입법자료의 역할을 할 것으로 기대합니다. 끝으로 이 연구를 수행하는데 수고한 尹榮信 선임연구원의 노고를 치하함과 아울러 관계자 여러분께 감사드립니다.

1998년 9월

韓國法制研究院  
院長 徐承完



# 目 次

제1장 미국의 도산법 .....	9
I. 미국연방도산법의 발전 .....	9
1. 미국 연방도산법의 입법사 .....	9
2. 1898년 전의 연방도산법 .....	9
3. 1898년 연방도산법 및 Chandler Act에 의한 개정 .....	10
4. 1978년 연방개정도산법 .....	13
5. 1978년 이후의 개정 .....	15
II. 연방도산법 이외의 도산법제 - 주법에 의한 규율 .....	17
1. 주법상의 insolvency 처리절차 .....	17
2. 화의 및 변제유예 .....	18
3. 채권자를 위한 재산청산신탁 .....	20
III. 미국연방도산법의 구조 및 이용현황 .....	20
1. 미국연방도산법의 구조 .....	20
2. 청산절차와 갱생절차 .....	21
3. 이용현황 .....	22
IV. 미국연방도산법상의 기본개념 및 해석원칙 .....	24
1. 용 어 .....	24
2. 해석의 원칙 .....	25
V. 미국연방도산법절차의 관여자 .....	26
1. 도산법원 .....	26
2. 도산관재인 .....	26
3. 연방관리인 .....	28
4. 채무자 .....	29
5. 채권자와 채권자위원회 .....	32
6. 변호사와 기타 전문가 .....	33
제2장 도산절차의 개시 및 자동적 중지 .....	35
I. 도산절차의 개시 .....	35
1. 자발적 신청 .....	35
2. 비자발적 신청 .....	36
3. 도산절차의 개시와 채권자 .....	41

4. 도산사건의 기각 .....	42
II. 자동적 중지 .....	44
1. 자동적 중지의 특징 .....	44
2. 자동적 중지의 범위 .....	45
3. 자동적 중지의 효과 .....	49
4. 자동적 중지로부터의 구제와 적절한 보호 .....	50
<b>제3장 도산관재인</b> .....	<b>57</b>
I. 7장 절차 .....	57
1. 도산관재인의 선임 .....	57
2. 도산관재인의 직무 .....	58
II. 12장과 13장 절차 .....	58
1. 도산관재인의 선임 .....	58
2. 도산관재인의 직무 .....	59
III. 11장 절차 .....	59
1. 도산관재인의 선임 .....	59
2. 도산관재인의 직무 .....	60
3. 조사인의 선임 .....	60
4. 점유계속채무자의 역할 .....	60
<b>제4장 채 권</b> .....	<b>61</b>
I. 채권의 종류와 신고 .....	61
1. 채권(claim)의 의미 .....	61
2. 채권의 신고 .....	61
3. 채권의 인용 .....	62
4. 장래의 구상권자의 채권 .....	64
5. 우발채권 또는 금액미확정채권의 평가 .....	65
II. 담보채권 .....	65
1. 개 관 .....	65
2. 담보채권에 대한 취급 .....	65
III. 채권의 순위 .....	67
1. 일반우선채권 .....	68
2. 담보채권보다 선순위이거나 또는 우선채권에 우선하는 채권 .....	72
3. 후순위채권 .....	74

4. 7장 절차에서의 일반무담보채권에 대한 변제 .....	74
<b>제5장 도산재단</b> .....	77
<b>I. 재단의 구성</b> .....	77
1. 재단의 개념 .....	77
2. 재단재산의 범위 .....	77
3. 재단에의 재산의 인도 .....	80
4. 도산조항 .....	82
5. 재산의 재단제외 .....	83
6. 재단재산의 포기 .....	86
<b>II. 재단의 관리</b> .....	87
1. 서론 .....	87
2. 재단재산의 사용, 매각 또는 임대 .....	88
3. 채권자의 적절한 보호 .....	90
4. 절차개시 후의 신용제공 .....	91
<b>III. 미이행계약과 기간만료전의 임대차</b> .....	92
1. 서 .....	92
2. 이행의 선택 또는 해제의 효과 .....	94
3. 이행의 선택 또는 해제의 절차 .....	95
4. 이행의 선택 또는 양도의 요건 및 제한 .....	96
5. 특 칙 .....	98
<b>IV. 相計</b> .....	100
1. 서론 .....	100
2. 상계권 .....	100
3. 상계의 제한 .....	101
<b>V. 부인권</b> .....	103
1. 개 설 .....	103
2. 대항요건미구비의 권리의 부인 .....	104
3. 제정법상의 우선특권의 부인 .....	107
4. 편파행위의 부인 .....	109
5. 사기적 이전 .....	116
6. 절차개시신청 후의 이전의 부인 .....	119
7. 부인권의 행사 및 효과 .....	120

제6장 면책 .....	125
1. 면책제외 .....	125
2. 각 장의 면책 .....	127
3. 면책의 효과 .....	130
4. 채무재확인합의와 채무자에 의한 담보목적물의 반환청구권 .....	131
제7장 11장 절차 .....	133
I. 서론 .....	133
1. 갱생절차 .....	133
2. 11장 절차의 장단점 .....	134
II. 11장 절차의 개시 .....	135
1. 절차의 개시 .....	135
2. 채권자 및 권리자 .....	136
III. 계획안 .....	137
1. 계획안의 제출 .....	137
2. 계획안의 내용 .....	139
3. 11장 절차에서의 채권 .....	143
4. 계획안의 공시 .....	145
5. 계획안에 대한 결의 .....	146
IV. 계획안의 인가 .....	147
1. 인가의 요건 .....	148
2. 계획안의 강제인가 .....	150
3. 인가에 대한 이의 .....	153
4. 인가의 효과 .....	153
5. 계획안의 수정 .....	154
6. 계획의 수행 .....	154
V. 사전준비계획안 및 소기업의 특칙 .....	155
1. 사전준비계획안 .....	155
2. 소기업에 대한 특칙 .....	156
제8장 절차간의 이행 .....	157
1. 절차간 이행의 공통원칙 .....	157
2. 7장 절차의 이행 .....	157
3. 11장 절차의 이행 .....	158



## 제1장 미국의 도산법

### I. 미국연방도산법의 발전

#### 1. 미국 연방도산법의 입법사

연방도산법은 최초로 1800년에 입법되었다. 도산에 관한 법이 각주마다 다르다는 점은 주간통상(interstate commerce)에 장애요소가 되었기 때문에 의회가 도산을 규율하는 통일적인 법을 제정할 권한이 있다는 헌법조항에 근거하여 연방도산법을 제정하게 된 것이다. 그 후 1841년, 1867년, 1898년에도 연방도산법이 제정되었다. 그러나 1867년까지는 도산법은 경제위기에 대응하여 제정되었다가 그 위기상황이 종료하면 즉시 폐지된 임시적인 성격을 가지고 있을 뿐이었다. 항구적인 성격의 도산법은 1898년도에 이르러서야 제정되게 되었다. 1898년도의 도산법은 그 후 폐지 논쟁에도 불구하고 광범위한 개정을 거치면서 존속하다가, 1978년 연방개정도산법(Bankruptcy Reform Act of 1978)이 제정되어 구도산법을 대체하게 되었다. 1978년의 법은 연방도산법("Bankruptcy Code", 줄여서 "Code")이라고 통칭되고, 1898년법은 이와 구별하여 구연방도산법("Bankruptcy Act", 줄여서 "Act")이라고 통칭된다.<sup>1)</sup>

#### 2. 1898년 전의 연방도산법

1800년법은 최초의 연방도산법이었으나 1803년에 폐지되었다. 요즈음의 기준으로 보면 매우 원시적인 법이라고 할 수 있었다. 이것은 상인에게만 적용되는 것이었고, 채권자가 도산을 신청하는 비자발적 신청만이 인정되었다. 기본적으로 채권자를 구제하는 것이 목적이었고, 파산자의 면책은 채권자의 동의를 얻어서 제한된 범위 내에서만 인정되었다.

\* 미국연방도산법의 내용은 주로 Brian A. Blum의 *Bankruptcy and Debtor/Creditor*(Little, Brown and Company, 1993), Carl Felsenfeld의 *Bankruptcy*(Emanuel Law Outlines, Inc., 1996), Robert D. Albergotti, *Understanding Bankruptcy in the US*(Blackwell Publishers, 1992)를 참고했음을 밝혀둔다.

1) 미국 연방도산법의 역사에 대해서 좀 더 자세한 내용은 오수근, "회사정리법의 역사적 발전과정에 관한 소고", 「민사판례연구 XVI」(박영사, 1994); 林治龍, "미국 파산법의 개정역사 연구", 「法曹」499호(법조협회, 1998.4) 참조.

두 번째로 입법된 연방파산법은 1841년의 법이었다. 이 법은 처음으로 채무자의 자발적 신청에 의한 도산절차의 개시를 인정하였고, 상인뿐 아니라 비상인도 자발적 도산신청을 할 수 있도록 했다. 1800년법보다는 채무자보호를 강화하여 면책을 얻기 쉽게 하였고, 면책사유의 범위를 넓혔다. 결국 이 법은 채권자의 반발로 인해 18개월밖에 존속하지 못하였다.

1867년의 연방도산법은 남북전쟁에 따른 불황이 원인이 되어 제정되었다. 그 이전의 법과 유사하였으나, 자발적 신청을 할 수 있음과 상인이 아닌 자도 도산법에 따른 구제를 받을 수 있다는 점을 확실하게 하였다. 또한 처음으로 회사가 도산법의 규율대상이 되었다. 채무자가 쉽게 면책을 받을 수 있도록 하는 입법의 추세는 계속되었다. 이 법은 1878년에 폐지되었다.

### 3. 1898년 연방도산법 및 Chandler Act에 의한 개정

#### 1) 갱생절차의 도입

앞의 입법들은 단기간밖에 효력이 없었는데 반하여 1898년의 도산법은 1978년까지 효력을 가진 항구적인 법이었다는 점 및 최초로 현대의 도산법의 모습을 엿볼 수 있었다는 점에서 의미가 있다. 1898년 법은 상인, 비상인, 자연인, 법인을 불문하고 적용되었고, 모든 경우에 있어서 자발적 신청이 인정되었다. 또한 채무자에게 가장 우호적인 법으로서, 광범위한 면책을 인정하였다. 처음으로 도산심리인(referee in bankruptcy)<sup>2)</sup>에 의해 주재되는 도산법원이 설치되었고, 채권자가 선임하는 도산관재인제도를 두었다. 그러나 도산의 처리방법으로서 청산만이 인정되었다. 다만 연방도산법 외에 형평법상의 수탁관리인제도(Equity Receivership) 등에 의해,<sup>3)</sup> 파산자를 청산하는 것이 아니라 갱생시키는 방법이 모색되어 왔을

2) 1898년 연방도산법에 따라 도산사건을 담당하는 법원이 임명한다. 그 권한범위는 법관과 같지만, 법관의 재심리를 받는다. 1978년 개정법에 의해 폐지되었고, 현재는 도산법원판사(bankruptcy judge)가 그 직무를 담당하고 있다.

3) 형평법상의 수탁관리인제도는 연방도산법상의 채무자의 갱생절차의 원형이라고 할 수 있는데, 철도기업의 갱생을 위해 이용된 제도였다. 철도기업의 경우에는 자산이 광범위한 지역에 걸쳐 존재하는 등의 이유로 이를 해체하여 매각하는 것보다 계속기업으로서 보존하는 편이 가치가 더 컸다. 19세기에도 연방도산법이 제정되기는 하였으나 단기간 내에 폐지되었으므로 19세기 거의 내내 연방도산법이 없는 상태가 계속되었고, 따라서 이와 같은 철도기업의 도산을 처리할 수 있는 적절한 제도가 없었다. 이에 따라 생각해 낸 것이 바로 형평법상의 수탁관리인제도였다. 원래 수탁관리인은 계속중인 소송의 대상물의 현상을 보전하기 위하여 형평법원에 의해 선임되는 자로서, 양도저당실행절차 중의 목적물을 보전하고, 목적물로부터의 수익을 관리하기 위해 이용된 제도였다. 그러나 이와 같이 개별적으로 재산을 관리하는 제도를 철도기업의 경우에도 적용

뿐이다.

그러나 1929년 대공황의 여파로 파산자가 늘어나게 되고, 경제상황 때문에 어쩔수 없이 파산자로 전락하게 되는 자가 증가함에 따라 파산자에 대한 인식도 바뀌게 되었다. 이에 따라 파산자를 보호하기 위해 1933년에서 1937년까지 연방도산법상에 새로운 유형의 갱생절차가 매년 추가되고 수정되게 되었다. 화의절차를 개정한 제74조, 농업자의 갱생절차를 정한 제75조, 형평법상의 수탁관리인제도를 법제화하여 철도회사의 갱생에 대해 규정한 제77조, 이를 철도 이외의 회사의 갱생절차에도 확장한 제77B조가 그 주된 내용이다.

## 2) Chandler Act

이와 같은 개정을 집대성하여 1938년에 연방도산법이 대대적으로 개정되게 되었다. 1938년의 Chandler Act는 1898년 연방도산법의 거의 전부를 실질적으로 개정하였는데, 갱생절차는 VIII장의 철도갱생(Railroad Reorganization), X장의 회사갱생(Corporate Reorganization), XI장의 도산법상의 화의(Arrangement), XIII장의 부동산화의(Real Property Arrangements by Persons other than Corporation),<sup>4)</sup> XIII장의 임금생활자채무조정절차(Wage Earner's Plans)로<sup>5)</sup> 정리되었다.<sup>6)</sup>

### (1) X장 회사갱생절차

X장의 회사갱생절차는 현재 미국연방도산법 11장 절차보다 엄격하고 복잡한 절차였다. X장 절차는 사업회사만이 이용할 수 있는 절차로서, 채무초과 또는 지급불능의 경우에 신청할 수 있었다. 개시신청은 채무자가 자발적으로 할 수도 있고, 3인 이상의 채권자나 사채의 수탁회사가 일정한 요건을 입증하여 신청할 수도 있었다. 금액이 확정된 비우발채무액이 2만5천달러 이상인 경우에는 도산관재인 선임이 강제되어 채무자회사의 임원은 회사의 경영권 및 재산의 관리처분권을 박탈당하게 되었다. 회사의 채권표에 기재된 채권의 액이 30만달러를 초과하는 경우에는 갱생계획안에 대해 SEC(Securities and Exchange Committee)의 심사

---

하여, 수탁관리인이 재산전체를 관리하고 조업을 계속하면서 기업을 매각함으로써 철도기업 갱생의 효과를 거둔 것이다.

- 4) XIII장의 부동산화의는 담보부채무의 정리에 관한 절차인데, 1930년대 시카고에서 발생한 특수한 사태를 염두에 둔 제도이므로 많이 이용되지 않았다.
- 5) XIII장의 임금생활자채무조정은 엄격성과 형식성으로 인해 소기의 효과를 거두지 못하였다.
- 6) 구도산법에서는 각 장의 표시를 X, XI 등과 같이 로마자로 하였으나, 1978년 개정도산법에서는 11, 12와 같이 아라비아 숫자로 표시함으로써 구별할 수 있도록 하고 있다.

및 권고의견이 필요하였다.<sup>7)</sup>

계획안의 작성에서는 선순위의 채권자가 만족을 얻기 전에는 후순위의 권리자는 분배를 받지 못한다는 순위절대의 원칙(absolute priority rule)이 적용됨에 따라 주주의 권리가 소멸하는 경우가 많았다. 계획안이 인가되면 계획안에 반대한 채권자도 모두 구속받게 되고, 담보채권자도 마찬가지로 계획안에 구속되었다. 이처럼 X장 절차에서는 채무초과의 경우에 구주주의 권리를 소멸시키도록 함에 따라 舊社主는 채무자회사로부터 배제되게 되었다. 따라서 기존 경영자가 스스로 경영을 단념하는 경우를 제외하고는 대기업이라도 도산법상의 화의를 선택하였다고 한다. X장 절차는 대개 SEC가 대중투자자를 보호하기 위해 도산법상의 화의절차 중의 회사에 관해 회사갱생절차로 이행할 것을 신청함으로써 개시되었다. 또한 갱생계획안의 입안도 순위절대원칙에 따라 이루어져야 하는데, 이에는 각 권리자의 몫을 회사의 계속기업가치(going concern value)에 근거하여 평가하는 작업이 전제가 되어야 한다. 그러나 이러한 평가는 확실성이 높지 않기 때문에 많은 시간이 소요되고 분쟁발생의 여지가 크다는 점 등이 문제점으로 지적되었다.<sup>8)</sup> 이와 같은 구도산법상 X장의 회사갱생절차가 바로 일본의 회사정리법의 모체가 되었고, 우리나라 회사정리법도 이에 기해 제정되었다.

## (2) XI장의 도산법상 화의절차

이 절차는 보통법상의 화의(composition)를 제도화한 것으로서, 회사가 청산될 경우에 발생하는 손해를 회피하기 위한 제도였다. 보통법상의 화의에서는 화의에 동의한 당사자만이 구속되지만, 도산법상의 화의에서는 다수결로써 채권의 금액에 동의하지 않는 채권자도 구속할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 그러나 무담보채권자만을 구속할 수 있지, 담보채권자나 주주를 구속할 수는 없었다. 이 절차는 사업회사만이 이용할 수 있었고 채무자의 자발적 신청에 의해서만 개시될 수 있고, 비자발적 신청은 허용되지 않았다.<sup>9)</sup>

XI장 절차는 X장의 회사갱생절차보다는 덜 형식적이다. XI장에서는 도산관재인의 선임이나 SEC의 간섭에 관해 규정하고 있지 않았다. 따라서 채무자가 재산을 계속하여 점유할 수 있었고, 경우에 따라 수탁관리인(receiver)이 선임되었다. 이러한 이유로 채무자는 X장 절차보다 XI장 절차를 선호하였다. 법원은 X장 절차

7) Henn & Alexander, *Laws of Corporations* (3rd ed. 1983), p.1170.

8) 高木 新二郎, 「アメリカ聯邦倒産法」(商事法務研究會, 1996), 9~10면.

9) 입법의 당초에는 파산선고 후의 절차였으나(우리 파산법상의 강제화의를 생각하면 될 것이다.) 그 후 개정에 의해 아무때나 화의신청을 할 수 있게 되었다.

에 의한 구제가 더 적절하다고 판단하는 경우에는 XI장 절차개시신청을 기각할 수 있었다. 여기서 기각여부를 결정하는 기준은 회사의 규모가 아니라 당해절차를 이용해야 할 필요성에 의하였다. 연방도산법에서는 X장 절차는 구제의 필요성과 XI장 절차에 의한 구제가 부적절하다는 것을 입증하여야 개시될 수 있음을 명시하고 있었다.<sup>10)</sup>

#### 4. 1978년 연방개정도산법

시간이 지나감에 따라 1898년의 구도산법이 시대에 맞지 않는 부분이 많아지게 되어 1970년대에 연방도산법 개정을 위한 광범위한 연구가 행해지게 되었다. 그 결과 1978년 연방개정도산법이 제정되어 구법을 개정하였다. 여기서 그 동안 채무자에 대한 인식변화를 반영하여 더 이상 파산자(bankrupt)라든가 도산선고(adjudication)라는 용어 대신 채무자(debtor)와 구제명령(order for relief)이라는 용어가 사용되게 되었다. 그 주요한 내용은 다음과 같다.

① 갱생절차가 통합되었다. 구도산법상 사업의 갱생절차는 X장 회사갱생, XI장 도산법상의 화의, XII장 부동산화의로 나누어져 있어서, 채무자는 이들 절차중 선택할 수 있었고, 앞에서 얘기한 것처럼 도산법상의 화의를 선택하는 것이 보통이었다. 1978년법에서는 이들 세 절차와 VIII장의 철도갱생을 하나로 통합하여 11장의 갱생절차로 규정함으로써 선택의 여지를 두지 않는 대신, 갱생절차를 융통성 있게 규정하였다.

② 11장 갱생절차에서는 도산관재인을 두지 않고 채무자가 계속하여 권한을 가지는 것이 원칙이 되었다. 구도산법하에서는 일정규모 이상의 채무자의 경우에는 도산관재인을 선임하는 것이 강제되었으나, 1978년 법에서는 도산관재인을 두지 않는 것이 원칙이 된 것이다. 채무자에게 사기·부정직·무능·부주의 등의 사유가 있는 경우에만 이해관계인의 신청에 의해 도산관재인을 두는 것으로 하였고, 채무자는 권한을 상실하지 않았는바, 이를 점유계속채무자(debtor in possession)라고 하였다.

③ 순위절대의 원칙이 후퇴하였다. 구도산법하에서는 순위절대의 원칙에 따라 선순위인 채권자가 전액을 변제받지 못하면 주주의 권리는 소멸하였다. 따라서 100% 감자에 의해 기업의 소유자가 변경되는 것이 보통이었다. 그러나 1978년 법에서는 순위절대의 원칙은 계획안을 부결한 조가 있는 경우에도 그 반대를 누르

10) Henn & Alexander, *supra* note 7, p.1160. 참조.

고 계획안을 인가하는 경우, 즉 계획안의 강제적 인가(cram down)시에만 적용되는 것으로 하였다. 그러므로 계속기업의 가치에 의한 평가는 계획안의 강제적 인가의 경우에만 필요하므로, 복잡한 평가의 문제를 피하여 갱생절차를 진행시킬 여지가 있다는 점에서 그만큼 갱생절차의 이용이 쉬워졌다.

④ 도산법원의 권한이 일면 확대되고 일면 축소되었고, 연방관리인(United State Trustee)제도가 시험적으로 실시되었다. 1978년 법은 도산법원의 판사를 도산사건의 절차적 관리업무에서 해방시킴으로써 그 권한을 축소하였다. 구법하에서는 도산법원의 판사가 도산관재인을 선임하고 도산관재업무를 일상적으로 감독하는 등의 관리업무도 담당하면서, 도산절차상의 문제에 대해 다툼이 있는 경우에는 심리를 하여 판단하는 역할도 하였다. 그러나 자신이 선임하고 감독과정에서 많은 접촉을 하게 되는 도산관재인이 일방 당사자가 되는 쟁송절차에서 도산관재인이 심리를 하는 것은 불합리하다는 지적을 받게 되었다. 따라서 도산사건의 절차적 관리업무는 법무성의 직원인 연방관리인이라는 제도를 두어 그에 맡기는 방안을 채택하여 시험적으로 일부 관할에서만 실시하였다.

이와 같이 도산법원의 권한을 축소하는 반면에, 도산절차에 관련된 모든 쟁송은 도산법원의 소관사항으로 함으로써 권한을 확대하였다. 구도산법하에서는 도산법원의 판사는 연방지방법원의 판사보다 한단계 낮은 지위에 있는 것으로 되어 있었으므로 도산법원의 권한도 도산절차에 관한 사항(proceedings in bankruptcy)과 도산절차에서 발생하는 쟁송(controversies arising in proceedings in bankruptcy)으로 한정되어 있었다. 그런데 구체적인 쟁송에서 이것이 도산절차에서 발생하는 쟁송으로서 도산법원에서 판단할 수 있는 사항인가 아니면 연방지방법원이 심리하여야 할 것인가가 문제되는 경우가 많았다. 따라서 1978년법에서는 도산과 관련된 모든 쟁송을 도산법원의 관할로 함으로써 문제를 해결하려고 하였다.<sup>11)</sup>

⑤ 도산법원의 판사의 지위가 향상되었다. 구연방도산법하에서는 연방지방법원 판사의 보조자인 도산심리인(bankruptcy referee)이 도산절차의 처리를 담당하다가, 수차례 걸친 개정에 의해 그 권한이 확대되고 명칭도 도산법원판사(bankruptcy

11) 그러나 이와 같이 권한을 확대한 것은 후에 위헌논쟁을 불러 일으키게 되었다. 1978년 법에 따라 몇가지 예외를 제외하고는 도산법원판사는 도산법상의 절차에서 발생하거나 관련이 있는 모든 절차에서 중립적이고 항소를 제기할 수 있는 결정을 할 수 있는 권한이 부여되었다. 1982년 대법원은 헌법 3장(Article III)의 규정에 따라 설치되지 않은 법원에, 단지 도산절차와 관련이 되어 있다는 이유만으로 일반적 민사재판관할권을 인정하는 것은 위헌이라고 판시하였고, 이에 따라 연방도산법이 개정되기에 이르렀다.

judge)로 변경되었다. 미국에서는 연방지방법원의 판사는 헌법 제3장에 의해 종신의 지위를 보장받고 보수도 감액되지 않는다. 권한확대에 따라 실질적으로 도산사건의 1심을 담당하게 되는 도산법원의 판사에게도 이와 같은 지위를 인정할 것인가가 문제되었으나 연방항소법원에 의해 14년 임기로 임명되는 것으로 타협하였다.

⑥ 개인채무자의 새출발을 용이하게 하였다. 소비자도산사건이 증가함에 따라 개인채무자를 구제하기 위한 제도의 확충이 필요하게 되자 구연방도산법의 XIII장 임금생활자채무조정절차를 대신하여 13장의 정기수입있는 개인채무자의 채무조정절차를 신설하였다. 채무자격격을 임금생활자뿐 아니라 자영업자도 포함하여 안정적 수입이 있는 자연인으로 확대하고, 기타 갱생절차와는 다른 특칙을 인정하였다.

## 5. 1978년 이후의 개정

1978년의 연방도산법은 법원의 관할권에 관한 헌법상의 문제와 기타 흠결로 인해 몇차례의 수정을 거치게 되었다.

### 1) 1984년의 개정

1984년에는 도산에 관련한 모든 쟁송을 도산법원의 관할로 한 1978년법규정이 위헌이라는 대법원 판결에 따라, 이를 해결하기 위한 개정이 이루어졌다.<sup>12)</sup> 그 외 도산법원이 단체협약을 거부할 수 있는 권한을 행사해 오던 것을 개정하여, 채무자인 사용자가 피용자와 재협상을 할 수 있는 간이절차를 마련하였고, 곡물저장업자와 어류가공업자에 대해 규정하였다. 그 외 전체적으로 1978년법이 채무자의 이익에 치중했다는 비판을 받아들여 다시 채권자와 채무간의 이익균형을 잡기 위한 시도를 하였다.

### 2) 1986년의 개정

1986년에는 농업위기에 대처하기 위해 12장을 신설하여 규칙적 연수입이 있는

12) Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipeline Co.(458 U.S. 50, 102 S. Ct. 2858 (1982))사건에서 연방도산법상 도산법원 판사에게 부여된 권한은 違憲이라는 판결을 내렸다. 그 이유는 사건 및 쟁송(cases and controversies)은 소위 헌법 제3장의 법관 즉, 종신의 임기를 보장받고 보수가 감액되지 않는 보장을 받는 법관이 심리하여야 한다는 것이 헌법의 원칙인데, 도산법원의 법관은 임기가 14년으로서 헌법 제3장의 법관이 아니므로 이들에게 결정을 위임하는 것은 헌법에 위반한다는 것이었다. 의회는 연방도산법개정 및 연방법관직법(Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984(약칭하여 "BAFJA"라고 함))을 제정하여 이 문제를 해결하였다.

가족경영농업자(family farmers)의 채무조정절차를 도입하였고,<sup>13)</sup> 연방관리인제도의 전국적인 실시가 규정되었다.

### 3) 1990년 개정

1980년대에 많은 저축대부기관(savings and loans)이 도산하는 사태를 겪게 됨에 따라, 저축대부기관과 은행의 사기에 관련된 자가 도산법을 이용하여 얻을 수 있는 이익을 축소시키는 방향의 개정이 이루어졌다.

### 4) 1994년의 개정

1994년 연방개정도산법(Bankruptcy Reform Act of 1994)에 의해 1978년 도산법의 전부분에 걸쳐 개정이 이루어졌지만, 기본적인 골격에는 변화가 없다. 그 중 중요한 개정점은 ① 11장에서 소기업에만 적용되는 특칙을 규정함으로써, 소기업이 적은 비용으로 절차를 이용하고, 절차를 신속히 종결시킬 수 있도록 하였다.<sup>14)</sup> ② 제550조(c)항을 신설하여 Deprizio 판결<sup>15)</sup>을 파기함으로써, 도산법상의 부인권행사의 경우에 내부자가 아닌 移轉의 상대방의 반환의무를 면제해 주었으며 ③ 도산법원에서 배심재판을 할 수 있음을 명확히 하고<sup>16)</sup> ④ 석면으로 인해 현재 발생하였거나 또는 장래에 발생할 손해에 대해 배상책임을 지는 채무자의 갱생을 도모하기 위해, 특별기금을 설립하여 그 기금에 대해서만 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 갱생계획안과 기금 이외의 자에 대한 손해배상청구를 금지하는 유지명령등에 대한 규정을 신설하였다.<sup>17)</sup>

13) 가족경영농업자에 대한 12장은 원래 1993년까지 유효한 한시법으로 제정된 것이었으나 1998년 10월까지 효력이 연장되었다.

14) 자세한 것은 뒤의 7장 참조.

15) *Levit v. Ingersoll Rand Fin. Corp. (In re Deprizio)*, 874 F.2d 1186 (7th Cir. 1989). 판결의 내용은 제5장 IV.7.2)(3) 참조.

16) 연방헌법 제3장의 판사가 아닌 도산법원 판사가 배심재판을 주재할 수 있는가에 관해 판례가 나누어져 있었다. 1994년 개정법에서는 연방도산법 자체를 개정한 것은 아니지만, 司法에 관한 규정인 28 U.S.C. 제157조(e)항을 규정하여 입법적으로 해결하였다. 미국법령 28편 제157조(e)항에서는 '... 연방지방법원이 도산법원에 대하여 배심재판을 할 수 있음을 명령하고, 동시에 당사자 전원의 명시적인 동의가 있는 때에는 연방도산법원은 배심에 의한 심리를 행할 수 있다.'고 규정하고 있다.

17) 석면분말을 흡입하였기 때문에 에스베스토증에 걸렸다는 이유로 1980년대에 석면제조회사를 상대로 대량의 손해배상청구소송이 전미국에서 제기되었다. 가해자를 특정할 수 없기 때문에 십수개의 석면제조회사가 공동피고였다. 문제는 아직 증상이 나타나지 않은 잠재적 환자가 존재하기 때문에 향후 몇십년간 제소가 계속될 것이라는 점이었다. 그러자 석면제조회사중 Manville사가 11장절차의 개시를 신청하여 84년 12월에 계획안이 인가되었다. Manville사는 11장절차개시



## II. 연방도산법 이외의 도산법제 - 주법에 의한 규율

앞에서도 살펴본 바와 같이 의회가 연방도산법을 제정할 권한이 있었으나, 19세기의 대부분의 기간은 연방도산법이 존재하지 않았다. 따라서 채무자의 insolvency는 주법에 따라 처리되어 왔다.<sup>18)</sup> 주법상 insolvency를 처리하는 절차로 가장 대표적인 것은 화의(composition)와 변제유예(extension), 재산청산신탁(assignments for the benefit of creditors)제도이다.<sup>19)</sup> 이 중 화의와 변제유예는 채무자의 갹생을 도모하는 방안인데 반하여, 재산청산신탁은 청산을 위한 제도이다. 이하에서는 연방도산법 이외의 도산법제에 공통되는 원칙과 각 방법의 특성에 대해 살펴보겠다.

### 1. 주법상의 insolvency 처리절차

#### ① 집단적 절차

채권을 회수하는 절차는 기본적으로는 각각의 채권자가 개별적으로 권리를 행사하는 절차이다. 그러나 채무상태가 악화된 채무자는 동시에 수개의 채무를 불이행하는 것이 보통이므로 많은 채권자가 동시에 채권을 실현시키는 절차를 밟는 사태가 벌어질 것이다. 이러한 경우에는 채무자의 재산에 대해 채권자가 경쟁적으로

---

신청 당시 자산초과 상태였지만 손해배상책임을 감당할 수 없고 또 손해배상채권자간의 평등을 기하기 어렵기 때문에 이러한 신청을 하게 된 것이었다. 여기서는 아직 자각증상이 없기 때문에 원고가 될 수 없지만, 장래 청구를 할 수 있다고 생각되는 피해자도 채권자로서 취급되었다. 법원은 그러한 채권자들로 구성된 組를 대리하는 변호사를 선임하였다. 계획안의 내용은 석면피해의 손해배상을 위해 특별기금을 설립한다는 것이었다. 그 계획안의 인가결정과 동시에 법원은 석면피해자가 기금에 대해 청구하는 것 이외에는 권리행사를 하는 것을 금지하는 명령을 내렸다 [Kane v. Johns-Manville Corp. 68 B.R. 407, 843 F.2d 636 (2d. Cir. 1988)]. 1994년 개정법은 이것을 입법화하였다. 즉 계획안을 인가함과 동시에, 기금에 대해서만 지급청구를 할 수 있고, 채무자, 채무자의 승계인, 관련회사, 임원, 용자자 등 기금 이외의 자에 대한 권리행사를 금지하는 명령을 일정한 요건하에서 추진할 수 있도록 하였다(제524조(g)항과 (h)항).

18) 여기서 insolvency란 연방도산법에서 의미하는 것보다 넓은 의미이다. 연방도산법상은 insolvency를 대차대조표기준(balance sheet test)에 따라 판단하여 채무초과상태라는 취지로 정의하고 있다(제101조(32)호). insolvency를 판단하는 기준으로는 그 외에도 지급불능기준(equity test)도 많이 이용되는데, 그에 따르면 변제기가 도래한 채무를 변제할 수 없는 지급불능상태를 의미한다. 더 나아가서는 영업의 통상적인 결제방법에 의해서는 채무를 완제할 수 없는 채무상태를 가리키는 말로도 쓰인다. 주법상의 insolvency 처리절차라고 할 때에는 위의 개념을 모두 포괄하는 의미이다.

19) 이 외에도 앞의 각주 3)에서 언급한 형평법상의 수탁관리인제도를 들 수도 있을 것이다. 현재에도 아주 한정된 범위 내에서 형평법상의 수탁관리인제도가 이용될 수 있는 여지가 없는 것은 아니나, 실제적 중요성보다는 역사적 의미가 중요한 제도이므로 여기서는 자세히 설명하지 않았다.

강제집행을 하려고 할 것인데, 이를 집단적으로 처리하는 것이 공정과 효율의 측면에서 바람직하다. 연방도산법이 이와 같은 집단적 처리절차로서 가장 대표적인 것이지만, 위에서 언급한 주법상의 insolvency 처리절차도 채권자의 집단적인 처리를 용이하게 하는 제도들이다.

### ② 연방도산법절차와의 차이

그렇다면 주법상의 insolvency 처리절차와 연방도산법에 의한 절차의 차이는 무엇인가? 연방도산법에서는 도산관재인에게 도산재단을 관리할 특별한 권한을 부여하고 있고, 채권자보호, 채권자의 행위의 제한 및 채무의 면제와 같은 특별한 규정을 두고 있다. 반면에 주법상의 절차는 이와 같은 강제적인 성격은 가지고 있지 않다. 따라서 주법상의 절차가 덜 형식적이고, 간단하며, 채권자와 채무자의 보다 많은 협력을 필요로 한다. 그 외에도 채무자는 도산했다는 낙인이 찍히는 것을 피하기 위해, 또는 연방도산법상의 절차의 개시를 신청할 자격이 없기 때문에 주법상의 절차를 선택하기도 한다.

### ③ 자발적 절차

다음으로 위에서 언급한 주법상의 insolvency 처리절차는 채권자가 강제적으로 이러한 절차에 들어가도록 할 수 없고, 채무자의 자발적 의사에 기해 이용할 수 있는 제도이다. 이러한 주법상의 insolvency 처리절차는 司法상의 구제방법이 아니다. 주의 성문법령에서 달리 규정하고 있지 않은 이상, 채무자는 법원에 절차 진행을 허가해 줄 것을 청구할 수 없고, 법원은 그 이행을 감독하지 않는다.

## 2. 화의 및 변제유예

### 1) 의 의

화의란 채무의 일부를 변제하면 채무 전액이 완제된 것으로 하는 채무자와 2인 이상의 채권자 간의 계약이다.<sup>20)</sup> 변제유예도 채무자와 2인 이상의 채권자간의 계약이다. 주의하여야 할 점은 여기서 화의라고 하는 것은 우리나라의 화의법상의 화의와의 차이가 난다는 것이다. 우리나라의 화의법상의 화의는 법원이 개입하여 진행하는 절차로서 법원의 화의인가결정에 의해 이에 반대한 채권자까지도 구속된다. 그러나 미국에서 insolvency 처리절차로서의 화의나 변제유예는 법원의 개입 없이 당사자들의 합의에 의해 이루어지는 것으로서, 동의하지 않는 다른 채권자가

20) 약인(consideration)과 관련한 문제로 인하여 적어도 2인의 채권자와 계약이 이루어져야 하지만, 최소한도 몇 명 이상의 채권자가 동의하여야 한다는 것과 같은 요건은 없다.

지 채권자의 다수결로써 구속하는 효력은 없다. 동의하지 않는 채권자는 개별적으로 권리를 행사할 수 있다. 이와 같이 화의와 변제유예는 당사자들의 자치에 의해 이루어지는 것이라는 점에서 흔히 私的 更生作業(private workout 또는 workout)이라고 한다. 일부 주에서는 성문법령을 두어 규정하기도 하지만, 일반적으로는 계약법원칙에 따라 규율된다.

화의는 채권자가 채권액을 감액시켜주거나, 채권액을 감액시켜 주면서 채무자가 채권자에게 채권액의 일부는 현금으로 변제하고 나머지는 주식이나 사채권 기타 증권들을 혼합하여(package of securities) 지급하는 등의 방법으로 많이 이루어진다. 변제유예도 함께 이루어지는 경우가 많다.

## 2) 장단점

채무자가 연방도산법상의 절차보다 보통법상의 화의를 선택하는 이유는 첫째, 채무자가 연방도산법상의 절차에 들어간 것과 동일한 효과, 즉 채무의 상당부분이 면제되는 효과를 거두면서 도산을 하였다든 낙인이 찍히지 않을 수 있다는 것이다. 경우에 따라서는 화의의 경우에 면책의 범위가 더 넓다. 예를 들자면 화의에 의한 채무면제의 경우에는 채무자의 보증인도 면책되지만, 연방도산법에 의하면 그러하지 않다(연방도산법 제524조(e)항; 이하에서는 조문만을 인용하는 경우에는 연방도산법을 의미한다). 둘째, 연방도산법상의 7장에 따라 채무자가 면책된 경우에는 6년간 다시 7장 절차에 따라 면책을 받는 것이 금지되지만(제727조(a)항(8)호), 보통법상의 화의를 하게 되면 연방도산법상의 절차를 신청할 수 없는 것이 아니다. 따라서 보통법상의 화의를 시도하다가 실패하거나, 또는 합의가 이루어진 후 이를 강제하기 위해 연방도산법상의 절차를 신청하는 경우가 많다.

화의의 최대 약점은 동의하지 않는 채권자를 구속할 수 없는 자발적인 절차라는 점이다. 따라서 사적 갱생작업이 성공하기 위해서는 채무자가 갱생에 필요한 정도로 채무의 감액이나 변제유예를 확보하여야 한다. 즉 채권자의 동의를 필요한 만큼 얻어야 한다는 것이다. 충분한 동의를 얻지 못하면 동의를 하지 않은 채권자가 개별적으로 권리를 행사하여 채무자의 재산이 고갈되게 될 것이고, 따라서 채무자의 갱생이 성공할 수 없게 된다. 이러한 경우에는 오히려 사적 갱생작업에 동의한 채권자가 손해를 보게 된다.<sup>21)</sup>

21) 이 경우 '버티기(hold out)' 문제가 발생한다. 화의나 변제유예에 동의하지 않은 채권자는 채권 전액에 대해, 아무런 제한없이 강제집행 등의 방법을 통하여 권리를 실행할 수 있다. 그러므로 다른 채권자가 양보를 하여 기업이 회생되었으나 자신은 양보를 하지 않고 있는 경우라면 자신의 채권을 확실하게 변제받을 수 있게 된다. 따라서 모든 채권자들이 다른 채권자들은 양보를

### 3. 채권자를 위한 재산청산신탁

채권자를 위한 재산청산신탁은 채무자가 전재산을 양수인(assignee)에게 신탁적으로 양도하고 양수인이 재산을 청산하여 수익을 채권자에게 분배할 것을 위탁하는 제도이다. 양도의 목적은 채무자의 집행가능한 재산을 공정한 관리자(custodian)에게 이전하여 각 채권자가 이에 대해 집행할 수 없도록 하면서, 전체 채권자의 이익을 위해 재산을 청산하여 분배할 수 있도록 하기 위한 것이다. 각 채권자는 재산청산신탁에 참여할 것인가를 결정할 수 있다. 그러나 화의와는 달리 재산청산신탁은 계약의 성질을 가지고 있지 않다. 즉, 채권자와 계약을 체결하였기 때문에 가능한 것은 아니다. 채무자가 재산을 양도할 수 있는 권한은 소유권에서 나오는 것이다. 재산청산신탁은 보통법상의 제도이나 일부주에서는 성문화되기도 하였다.

재산청산신탁제도는 연방도산법 7장과 마찬가지로 청산을 목적으로 하지만, 연방도산법상 청산절차보다는 여러면에서 채권자와 채무자에 대한 보호가 미약한 제도이다.<sup>22)</sup> 그러나 일부주에서는 법원의 승인이나 감독이 전혀 필요 없고, 법원이 간여하는 경우에도 그 정도가 훨씬 덜하다는 등 연방도산법의 절차보다는 덜 형식적이라는 점에서 이용될 여지가 없는 것은 아니나, 현재에는 거의 이용되고 있지 않다.

## Ⅲ. 미국연방도산법의 구조 및 이용현황

### 1. 미국연방도산법의 구조

미국연방도산법은 미국법령의 11편 (Title 11 U.S.C.)으로서 8개의 장(chapter 1, 3, 5, 7, 9, 11, 12, 13)으로 구성되어 있다. 이 중 1, 3, 5장은 뒤에 규정된 5가지 종류의 절차에 공통적으로 적용되는 일반원칙을 규정하고 있고, 7, 9, 11, 12, 13장은 각 종류의 도산절차에 대해 규정하고 있다.

1장은 정의규정, 해석의 기본적 원칙, 각 장의 적용범위 및 도산절차의 적용을

---

하기를 바라면서 자신은 양보를 하지 않고 버티려고 한다는 것이다. 회사는 채권자가 화의 등에 동의하도록 하기 위해 유인을 제공하면서 거기에 덧붙여 동의하지 않는 채권자의 지위를 약화시켜서 동의할 수밖에 없도록 실질적으로 강제하는 경우가 있어서, 이와 관련하여 많은 논의가 이루어지고 있다.

22) 예를 들자면 양도되지 않은 재산에 대해 채권자가 권리를 행사하는 것을 자동적으로 중지시키지도 못하고, 잔존채무를 면책시키는 효과도 없으므로 채무자가 계속해서 개인적으로 책임을 져야 하고, 양수인이 도산관재인과 같은 광범위한 권한을 가지지도 못한다.

받을 수 있는 채무자의 자격에 대해 규정하고 있다. 3장은 대개 절차의 개시신청, 도산관재인 및 기타 전문가의 이용, 채권자집회 등 도산절차의 관리에 관한 사항에 대해 규정하고 있다. 5장에서는 채권자와 채권, 채무자의 의무와 권리, 도산재단에 대해 규정하고 있다.

7장은 채무자의 재산을 청산하여 채권자에게 분배하는 청산(liquidation)절차, 9장은 지방자치단체의 갱생절차, 11장은 일반적인 갱생절차, 12장은 가족경영농업자의 갱생절차, 13장은 정기적 연수입이 있는 개인의 갱생절차이다.

## 2. 청산절차와 갱생절차

### 1) 청산절차

7장의 청산절차는 가장 전통적인 절차로서, 우리나라의 파산에 비견될 수 있다. 7장의 목적은 채무자의 재산을 환가하여 채권자에게 분배하는 것이다. 즉, 채무자가 도산하면 도산관재인이 선임되어 재단제외재산 외의 모든 채무자의 재산을 인도받고 이를 환가하여, 재단에 대해 채권을 신고하여 채권이 인용된 채권자에게 배당한다. 채권자에 대한 배당은 법에서 규정한 우선순위에 따라 이루어진다. 7장의 채무자는 대개 채무초과인 것이 보통이므로 대부분의 채권자, 특히 순위가 낮은 채권자는 채권의 일부만을 배당받던가 또는 전혀 배당을 받지 못하는 경우가 많다. 채무자가 개인인 경우에는 변제되지 않은 채무의 잔액에 대해 면책되는 것이 보통이다.

### 2) 갱생절차

연방도산법 11장, 12장, 13장은 채무자의 갱생을 목적으로 하는 제도이다. 이들은 각각 나름의 특징을 가지고 있지만, 채무자의 재산을 청산하는 것이 아니라 채무자가 갱생계획에 따라 일정기간동안에 걸쳐 채권자에게 변제를 하겠다는 약속과 교환하여 채무자가 가지던 사건신청 전의 재단의 전부 또는 일부를 계속 유지할 기회를 부여하는 것이라는 점에서 7장 절차와 대비된다.

11장은 일반적인 갱생절차이다. 일정한 다수결에 의한 이해관계자의 동의와 법원의 인가를 받은 갱생계획에 따라 채권자를 만족시키고 채무자의 갱생을 도모하는 절차이다.

12장은 1980년대 초에 생산비용이 급격히 증가하고 농산물의 가격이 하락함에 따라 시작된 미국농부들의 재정적 어려움을 덜어주기 위해 1986년 도산법개정에

서 새로이 도입된 절차로서, 가족경영농업자(family farmer)의 갱생을 도모하는 절차이다. 가족경영농업자란 가족이 자연인으로서 또는 가족소유 회사의 형태로 농업을 경영하는 것이다(제101조(18)호 참조). 대부분의 가족경영농업자는 채무액수가 너무 커서 13장의 채무자가 될 자격을 갖지 못하여 13장 절차를 이용할 수 없었다. 또한, 11장은 이들에게는 불필요하게 복잡하고, 시간과 비용이 너무 많이 소요되며, 많은 경우 기대효과를 거두지 못한다는 문제점이 있었다. 이러한 난점을 해결하기 위해 12장을 신설하여, 도산에 직면한 가족경영농업자에게 채무를 재조정하고 토지를 계속 보유할 수 있는 기회를 제공하였다. 이 절차는 1998년까지만 한시적으로 존재하는 것이다.

13장은 정기적 수입이 있는 개인의 채무의 조정과 갱생에 관한 절차로서, 11장보다 단순한 절차를 마련함으로써 대부분의 소비자파산의 경우를 처리하기 위한 절차이다.

### 3) 각 유형의 절차의 선택

채무자는 위의 여러 유형의 도산절차중 특정한 하나의 절차의 적용을 강제받지는 않는다. 각 장의 절차개시를 신청할 자격을 가지는 경우에는 그 중 선택을 할 수 있다. 대부분의 경우 청산과 갱생중 어느 절차를 이용할 것인가의 선택을 하게 된다. 연방도산법은 갱생절차를 선호하여, 채무자가 청산보다는 갱생절차를 선택하도록 하는 유인을 제공하고 있다. 채무자가 갱생절차를 선택한 경우에도 여러 가지 갱생절차중 몇장의 절차를 선택할 것인가를 결정하여야 하는 경우도 있다.

### 3. 이용 현황<sup>23)</sup>

미국에서 연방도산법상의 도산신청율은 2차세계대전 이후 급격히 증가하였다. 1950년에는 도산신청건수가 18,500건이었는데, 1992년에는 971,517건으로 증가하였다. 1992년의 경우 개인채무자의 신청사건이 92퍼센트에 달하였으며, 각 장별 신청비율을 보면 7장이 70.2%, 11장이 2.3%, 12장이 0.2%, 13장이 27.3%였다.

미국에서는 1978년 연방개정도산법의 채택 이후 도산신청건수가 급격하게 증가하였다. 이에 따라 그 증가원인이 무엇인가를 밝히기 위한 연구가 수행되었다. 연구의 내용은 1978년의 개정으로 도산절차의 이용이 쉬워졌는데 과연 이것이 신청

23) 이 부분은 C. Hall Swaim, "United States Bankruptcy-Reorganization Laws", *Corporate Bankruptcy And Reorganization Procedure in OECD and Central and Eastern European Countries*(OECD, 1994), pp.72~74를 인용하였다.

건수 증가의 원인인가였다. 결론은 도산신청건수의 증가가 연방도산법의 개정으로 인한 것은 아니라는 것이었다. 개인과 사업의 채무와 도산신청률간에는 正의 상관관계가 있고, 수입과 신청률과는 否의 상관관계가 있다고 나타났다. 이러한 결론은 사업이건 사업이 아닌 경우를 불문하고 공통적으로 타당하였다. 이러한 통계에서 미루어 볼 때, 갱생에 중점을 두는 도산법이 반드시 도산제도의 남용을 가져온다고 하기는 힘들다고 볼 수 있다고 한다. 징벌적인 색채가 강하거나, 면책이 제한적으로 인정되는 도산법을 가진 국가에서는 갱생절차의 남용에 대한 우려가 크다. 그러나 사실상 총도산사건중 갱생절차를 신청할 수 있는 자격을 갖추고 있는 경우는 많지 않고, 또한 이 중에서도 실제로 갱생절차를 신청하고자 하는 경우도 많지 않다. 따라서 미국연방도산법의 11장과 같은 형태의 갱생절차는 전체도산법 체계에서 유용한 역할을 할 수 있다고 결론내릴 수 있을 것이라 한다. 또한 미국의 실무자들에 의하면 11장이 존재함으로 인해 법원 외에서의 사적인 갱생작업이 촉진되고, 사법부에 부담을 주지 않으면서 자유시장경제의 유지에 도움을 준다고 한다.

다음으로 11장 절차의 개시를 신청한 경우 성공률을 살펴보면, 사업자가 신청하여 개시된 11장 절차의 성공률은 10%에서 27%정도이다. 그러나 성공적인 갱생이 무엇인가를 정의하기가 쉽지 않으므로 갱생절차를 택한 사업자의 성공률을 정확히 산정하는 것에는 약간 문제가 있다. 1989년의 조사연구에 의하면 11장 사건 중 17%가 인가를 받았다. 이 중, 4분의 1은 청산계획이었고, 갱생이 일부는 계획된 방법으로 이루어지지 않았으므로, 조사연구자는 11장에 들어간 사업중 10~12% 정도가 실제로 갱생하였다고 추정하였다. 게다가 이후에 다시 사업이 어려워지는 시기가 오면 또 한번 11장 또는 7장의 절차를 밟거나 또는 사업을 매각해야 할 경우도 있으므로, 이와 같은 10%도 궁극적으로 성공하지 못하는 경우가 있다.<sup>24)</sup> 연구에 따르면 대규모기업은 소규모의 채무자보다 갱생이 성공할 확률이 높다고 한다. 대규모기업은 86%의 성공률을 보이는데 반하여, 소규모의 기업은 15%의 성공률을 보이고 있다. 소규모기업은 은행이 양도저당권을 실행할 수 없도록 하면서 영업 또는 영업용자산을 매각하기 위해 11장을 신청하는 경우가 많다고 한다.

24) 우리나라의 경우에는 평면적으로 비교할 수는 없을 것이지만, 1985년부터 1996.7.31까지 사이에 정리계획이 인가된 정리회사의 정리계획수행 성공률은 40%(32건중 13건)이었다(김형두, "최근 서울지방법원의 회사정리 및 화의사건 실무", 「인권과 정의」 제241호 (대한변호사협회, 1996.9), 67면). 그러나 이 비율은 최근 3년간은 25%로 감소하였다(구본천, 회사정리제도(법정관리)와 화의제도의 개선방안 (한국개발연구원 공청회자료, 1998.1.13), 2면).

## IV. 미국연방도산법상의 기본개념 및 해석원칙

### 1. 용어

미국연방도산법을 이해하기 위한 전제로서 기본적인 용어의 의미를 이해하여야 할 것이다. 미국연방도산법에서 사용되는 용어에 대해서는 제1장에서 정의하고 있고, 경우에 따라서는 정의규정이 없이 용어를 사용하고 있다. 이하에서는 기본적인 몇가지 용어에 대하여 살펴보기로 한다.

① “채무자(debtor)”는 미국연방도산법에 따라 절차가 개시된 자(person)<sup>25)</sup> 또는 지방자치단체를 의미한다(제101조(13)호).

② “채권(claim)”은 넓게 정의되어 있다. 채무자가 부담하는 경제적인 의무를 될 수 있는 대로 포괄적으로 도산절차에서 다루기 위해서이다. 채권이란 지급을 수령할 수 있는 권리로서, 판결이 있는지의 유무(reduced to judgment), 금액이 확정되어 있건(liquidated) 또는 불확정적이건(unliquidated), 확정된 것이건(fixed) 또는 우발적인 것이건(contingent), 변제기가 도래하였건(matured) 또는 변제기미도래이건(unmatured), 다툼이 있건(disputed) 또는 다툼이 없건(undisputed), 보통법상의 것이건(legal) 또는 형평법상의 것이건(equitable), 담보부이건(secured) 또는 무담보이건(unsecured) 불문한다(제101조(5)호).

③ 미국연방도산법에서는 채권이라는 용어와 함께 “권리(interest)”라는 용어를 병행해서 사용하는 경우가 많다(예를 들자면 제501조에서는 “채권 또는 권리의 신고”란 용어를 사용하고 있다). 그런데 권리는 연방도산법에서 정의하고 있지 않다. 권리는 채권을 의미하는 것은 아니지만 그 권리의 보유자가 채무자에 대해 주장하

25) 여기서 ‘者’란 개인, 조합(partnership) 또는 회사(corporation)를 포함하는 개념이다(제101조(41)호). ‘개인’은 특별히 정의를 내리고 있지 않으므로, 살아있는 자연인을 의미한다. ‘조합(partnership)’ 또한 정의하고 있지 않으므로 주법에 따라 결정되어야 한다. ‘회사’는 i) 개인 또는 조합이 가지지 않는 권한 및 기능을 가지는 私法人인 단체(association) ii) 출자된 자본만이 그 단체의 채무에 책임이 있고, 법에 의해 조직된 조합단체(partnership association) iii) 주식합작회사(joint-stock company) iv) 법인격 없는 사단 또는 단체 v) 사업신탁(business trust)을 의미하는 개념이다. 그러나 유한책임조합(limited partnership)은 연방도산법상의 회사에 속하지 않는다(제101조(9)호). 주식합작회사는 특정사업의 영위를 목적으로 하는 정관에 따른 다수인의 조합으로서, 지분의 양도성은 인정되지만, 법인격도 사원의 유한책임도 인정되지 않는다. 사업신탁은 수익자와 수탁자의 합의에 따라 설정되는 것으로서, 상세한 신탁증서가 발행되며, 수익자는 자금을 각출하고 이익배당을 받을 수익권을 취득하지만 그 책임은 출자액으로 한정되고, 수탁자가 경영지배의 권한을 가진다. 유한책임조합은 합자회사에 유사한 개념이지만 법인격이 없다[高木 新二郎, 앞의 각주8], 494면].



거나 지급을 받을 수 있는 지위를 의미하는 것으로 사용된다. 가장 대표적인 것이 회사에 대해 주주가 가지는 권리이다. 또는 무한책임조합원 또는 유한책임조합원이 조합에 대해 가지는 권리라든가, 개인사업자가 개인사업에 대해 가지는 권리 등이 여기에 포함된다.

④ “채권자(creditor)”는 채무자에 대하여 구제명령(order for relief)시<sup>26)</sup> 또는 그 이전에 발생한 채권을 가진 주체(entity),<sup>27)</sup> 미국연방도산법의 특정한 규정에 따라 재단에 대해 채권을 가지는 주체 및 부부공동부담채권(community claim)을 가지는 주체를 의미한다(제101조(10)호 참조).

⑤ “채무(debt)”란 채권에 대한 책임(liability)이다(제101조(12)호).

⑥ “채무초과(insolvent)”란 연방도산법상으로는 원칙적으로는 채무자의 부채가 자산을 초과하는 것을 말한다(제101조(32)호 참조). 소위 대차대조표기준에 따라 insolvency를 판단한 것인데, 이것이 채무자의 재무상황을 항상 정확하게 보여준다고 하기는 어렵다.<sup>28)</sup>

⑦ “이해관계인(party in interest)”도 자주 사용되는 용어이지만 연방도산법상 정의규정을 두고 있지는 않다. 채무자, 채권자, 도산관재인을 포함하는 개념이고, 경우에 따라서는 제3자도 포함된다.

## 2. 해석의 원칙

연방도산법을 보면 일정한 행위를 “통지와 심문절차를 거친 후(after notice and hearing)” 할 수 있다는 식으로 규정되어 있는 경우가 많다. 제101조(2)호에서는 “통지와 심문절차를 거친 후”를, 통지는 반드시 해야 하는 것이지만, 심문은 i) 이해관계인이 적시에 심문절차를 개시할 것을 청구하지 않는 경우, 또는 ii) 심문절차를 개시하기 위한 충분한 시간이나 필요가 없는 경우에는 법원의 허가에 따라, 심문절차를 경유하지 않고 행위할 수 있다는 취지를 규정하고 있다. 이와 같은 해석원칙에 따라 법문상 심문절차가 규정되어 있는 경우에도 심문절차를 경유

26) 뒤의 2장 I. 참조.

27) 여기서 “주체(entity)”는 者, 재단(estate), 신탁재산(trust), 정부기관(governmental unit) 연방관리인을 포함하는 개념이다(제101조(15)호). 이에 따르면 모든 종류의 법인이 포함된다.

28) 예를 들자면, 부채가 자산을 초과한다고 하더라도 채무자의 수익력이 우수하여 변제기에 채무를 상환하는데 문제가 없을 수도 있고, 채무초과의 상태는 아니지만 자산이 유동성이 없는 경우에는 채무상환이 어려운 경우도 있다. 따라서 연방도산법에서는 항상 대차대조표기준만을 고집하지는 않는다. 예를 들자면 제303조(h)항에서는 비자발적 신청의 요건을 판단할 때 지급불능 기준에 의하고 있다.

하지 않을 수 있는 여지가 있다. 도산절차의 신속한 진행을 위한 규정이다.

## V. 미국연방도산법절차의 관여자

### 1. 도산법원

도산관련문제에 대한 관할권에 대해서는 도산에 관한 규정인 미국법령 제11편에서 규율하고 있지 않고, 연방법원의 관할권에 관한 규정인 미국법령 제28편에서 규율하고 있다. 미국법상 도산법원은 애매한 지위를 가지고 있다. 도산법원은 독립적이고 자치적인 연방사법제도의 일환이 아니고 연방지방법원의 하나의 “部(unit)”이다. 도산법원이 도산사건에 대한 관할권을 가지는 것은 연방지방법원이 사건을 위탁(reference)하기 때문이고, 연방지방법원의 최종적인 통제권하에서 기능을 한다. 도산법원판사는 도산절차를 주재하고 결정을 내린다. 도산법원판사는 도산사건의 일상적인 관리에는 적극적으로 관여하지 않고, 채무자, 연방관리인, 선임된 도산관재인, 조사인, 채권자위원회에 일상적인 관리를 위임한다.

### 2. 도산관재인

#### 1) 개 설

채무자가 도산하는 경우에는, 채권자의 집단적인 이익을 대표하고, 도산재단을 관리하며, 채권자에 대한 배당을 실행하는 역할을 할 불편부당한 사람이 선임되어야 할 필요성이 있다. 이러한 역할을 하는 사람의 명칭은 과거로부터 여러 가지로 불려져 왔다. 수입인(commissioner), 양수인(assignee) 등으로 불리워지기도 하고 가장 최근에 이르러서는 도산관재인(trustee)이라는 명칭을 가지게 되었다. 도산관재인은 도산절차에서 아주 중심적인 인물로서, 도산재단을 대표하고 재단을 관리할 뿐 아니라 채무자의 업무를 조사하고, 도산재단의 권리를 실행하며, 도산재단의 이익과 관련된 소송을 수행할 광범위한 권한을 가지고 있다.

9장이나 11장을 제외하고는 모든 유형의 도산절차에서 도산관재인이 선임된다. 9장이나 11장 절차에서도 재단에 대한 공정한 관리가 필요한 경우에는 도산관재인이 선임되기도 하지만 11장의 갱생절차에서는 도산관재인을 선임하지 않는 것이 일반적이다. 대신 채무자가, 점유계속채무자로서 사업을 계속 운영한다. 이 경우 점유계속채무자가 사업을 수행할 수 있도록 하기 위해서 연방도산법에서는 점

유계속채무자는 보통 도산관재인이 가지는 권한을 가진다고 규정하고 있다(제 1107조(a)항). 따라서 법문상 도산관재인이란 용어는 다른 특별한 규정이 있지 않는 이상 11장 절차와 관련해서는 점유계속채무자로 대체하여 이해할 수 있다. 11장 절차에서는 도산관재인을 선임하는 대신 조사인을 선임하기도 한다(제1104조(c)항).<sup>29)</sup>

## 2) 자격과 선임

### (1) 선임

도산관재인은 채권자 또는 연방관리인이 선임한다. 7장 절차에서는 채권자가 도산관재인을 선임할 수 있다. 7장을 제외한 다른 장의 절차와, 7장 절차이지만 채권자가 선임권을 행사하지 않는 경우에는 연방관리인이 선임한다. 연방관리인은 도산관재인후보자명부(panel of trustees)를 작성하여야 하고, 그 명부로부터 도산관재인을 선임하여야 한다. 일정한 자격을 갖추고 있고 도산관재인명부에 기재될 것을 희망하는 개인이 도산관재인후보자가 된다.<sup>30)</sup>

### (2) 자격

연방도산법에서는 도산관재인의 자격에 대해서 구체적인 요건을 규정하고 있지 않다. 제321조에서는 단지 거주요건을 충족시키는 개인으로서 직무를 수행하기에 적합한 자 또는 정관상 도산관재인으로 활동할 수 있는 회사는 도산관재인이 될 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다. 도산관재인의 자격요건에 관해 구체적으로 규정하고 있는 것은 연방도산법이 아니라 미국법령 제28편이다. 미국법령 제28편 제 586조(d)항에서는 법무장관이 도산관재인후보자명부에 기재될 수 있는 자의 자격을 정하여야 한다고 규정하고 있다. 자격요건에는 정직성, 불편부당성, 전문적 능력(예를 들자면 법학전공자, 공인회계사), 일반적 능력과 경험의 요건이 포함된다. 이러한 자격요건은 연방관리인이 선임하는 도산관재인의 경우에만 적용되고, 채권자가 선임하는 도산관재인의 경우에는 연방도산법 제321조의 일반적인 요건만 갖추면 된다.

도산관재인은 선임을 위한 자격요건을 갖추는 외에, 연방도산법 제322조의 요건, 즉 연방관리인이 정하는 담보를 제공하여야 한다. 담보는 도산관재인이 성실

29) 이에 대해서는 뒤의 제3장 III. 3) 참조.

30) 7장, 12장, 13장 사건에서는 연방관리인이 도산관재인으로 재직할 권한이 있지만, 실무상 이러한 경우는 흔하지 않고 대부분의 경우 私인이 선임된다.

하게 의무를 이행할 것을 보장하기 위해 제공하는 것이다. 담보의 제공은 선임으로부터 5일 이내에 공식적으로 임무가 개시되기 전에 제공되어야 한다.

### 3) 보수

도산관재인은 그가 제공한 서비스의 성격, 소요된 시간, 그러한 서비스에 대한 시장요율 등에 근거하여 합리적인 보수를 받을 권리가 있다(제330조). 제326조는 재단이 배당하는 금액을 기준으로 하여 보수의 최대한도를 규정하고 있다. 도산관재인의 보수는 재단의 자금에서 우선적으로 지급되어야 하는 재단관리비용채권<sup>31)</sup>에 속한다.

## 3. 연방관리인

### 1) 의무와 기능

연방관리인제도는 도산법원의 판사가 도산절차의 행정적 관리를 하여야 하는 부담을 덜어주기 위해 도입된 제도로서, 1978년에 실험적으로 일부 지역에서 처음 도입되었고, 1986년 전국적으로 실시되었다. 이 제도는 도산법원판사의 부담을 덜어주기 위한 목적뿐 아니라, 특히 도산관재인의 선임과 관련한 일반인의 불신을 해소하여 도산절차에 대한 신뢰를 제고하기 위한 제도이다.

연방관리인은 법무부장관이 전국을 몇 개의 지역으로 나누어 각 지역마다 임명한다. 연방관리인의 권한과 의무는 미국법령 제28편 제581조 내지 제589a조에 규정되어 있는 외에 연방도산법의 여러 곳에 산재해 있다. 연방관리인은 도산관재인후보자명부를 작성하고, 도산관재인을 선임하며, 도산관재인의 직무를 감독하여 재단이 적절하고 정직하게 관리되도록 확보하여야 할 책임이 있다. 또한 11장, 12장, 13장 절차에서 계획의 수행의 감독, 채무자가 적절하게 수수료, 표(schedules), 보고서를 제출하도록 확보하는 것, 채무자의 남용과 기타 불법적인 행위의 감시, 도산절차에서 발생하는 범죄행위를 기소함에 있어서 연방검사(U.S. Attorney)를 돕는 것 등의 의무를 부담한다. 관재인은 또한 도산절차에서 발생하는 소송과 기타 절차에 참여할 권리가 연방도산법상의 여러 조문에 의해 부여되어 있다. 예를 들자면, 채무자를 조사하고(제343조) 사건의 기각을 권고하며(제707조), 면책에 이의를 제기할 수 있다(제727조(c)항).

31) 재단관리비용채권에 대해서는 뒤의 제4장 III.1. 참조.

## 2) 연방관리인과 도산법원의 관계

도산법원은 도산절차의 사법적 측면에서 관여하는데 반하여, 연방관리인은 절차의 행정적인 관리측면을 감독한다는 점이 가장 중요한 차이이다. 연방관리인은 도산법원의 직원이 아니고, 독립된 공무원이다. 연방관리인과 도산법원의 관계는 연방관리인제도를 두게 된 이유에서 가장 잘 나타난다. 구법에 의하면, 도산법원이 관재인을 선임하고, 채무자의 조사에 참여하며, 기타 절차의 진행을 감독하는 등 현재 연방관리인이 담당하는 기능까지도 수행하였다. 이러한 제도는 많은 비판을 받았다. 법원이 행정적인 관리기능까지 담당함으로써 사법적 기능이 침해되고, 도산법원이 판단하여야 할 소송에서 도산법원이 선임하고 감독하는 도산관재인이 일방당사자가 되는 것이 보통이었기 때문에 소송결과의 공정성에 대한 의심이 발생하였다. 이에 따라 관리와 감독기능을 연방관리인에게 맡기고, 도산법원의 역할은 절차의 사법적인 측면에만 한정시킨 것이다. 그럼으로써 관재인과 채무자의 행위에 대한 재판외의 감시가 이루어지도록 하였다.

## 4. 채무자

### 1) 채무자에 의한 도산절차의 개시신청

채무자는 미국연방도산법에 따라 도산절차가 개시된 자 또는 지방자치단체를 의미한다. 연방도산법에서는 먼저 도산법상의 구제를 받을 수 있는 채무자의 요건을 일반적으로 규정하고, 거기에 부가하여 각 장에서 당해장의 절차개시를 신청할 수 있는 채무자의 자격을 한정하고 있다.

#### (1) 일반적 자격요건

제109조(a)항은 도산법상의 구제를 받을 수 있는 일반적인 자격에 대해 규정하고 있다. 이에 따르면 미국에 거주하거나, 미국내에 주소 또는 영업소를 가지고 있거나, 미국내에 재산을 소유하는 자와 지방자치단체는 연방도산법상의 채무자가 될 수 있다. 채무자는 채무초과나 채권자의 압력 등과 같이 도산법상의 구제를 신청하는 사유를 증명할 필요가 없다.<sup>32)</sup>

미국 연방도산법상은 도산절차개시의 신청이 있으면 법원의 결정 없이도 자동적으로 채권자가 개별적으로 채권을 회수하는 것이 중지되므로, 이러한 이익을 노려

32) 채무자이외의 자가 도산절차개시를 신청하는 경우에는 사유를 입증해야 한다.

서 채무자가 절차개신신청을 연속적으로 하는 경우가 있을 수 있다. 제109조(g)항은 이와 같은 도산제도의 남용을 방지하기 위해 일정한 경우에는 채무자의 자격을 인정하지 않음으로써 도산절차를 이용할 수 없도록 한다. 즉, 개인 또는 가족 경영농업자가 ① 법원의 명령에 고의로 따르지 않거나 절차의 적정한 수행을 위해 법원에 출석할 것을 고의로 해태하였기 때문에 사건이 기각되었거나 ② 채권자가 자동적 중지로부터의 구제신청을 한 후 채무자의 자발적 기각신청에 따라 사건이 기각된 경우에는, 기각후 180일 동안은 도산법상의 채무자가 될 수 없다고 제한하고 있다.<sup>33)</sup>

(2) 각 장의 특수한 자격요건

① 7장은 가장 넓은 범위의 채무자가 이용할 수 있다. 철도, 보험회사, 은행 등의 일정 금융기관을 제외하고는 연방도산법상의 일반적인 채무자의 요건을 갖춘 자는 7장의 채무자가 될 수 있다. 철도는 11장에서 하나의 절을 두어 규율하고 있고, 다른 기관들은 개별법에 의해 규율된다(제109조(b)항).

② 9장은 지방자치단체에 한정된다(제109조(c)항).

③ 11장은 철도기업이 신청할 수 있다는 점과 주식중개인(stock broker)과 상품중개인(commodity broker)은 신청할 수 없다는 점만을 제외하고는 7장과 동일하다(제109조(d)항).

④ 12장은 규칙적인 연수입이 있는 가족경영농업자가 신청할 수 있다(제109조(f)항).

⑤ 13장은 비교적 소액의 재산을 가진 채무자를 위한 제도이다. 따라서 정기적 수입이 있는 개인으로서, 신청당시 확정무담보채무가 25만달러 미만이고, 확정담보채무가 75만달러 미만인 경우에만 신청할 수 있다.<sup>34)</sup> 제101조(30)호에 의하면 정기적 수입이 있는 개인이란 13장에서의 채무조정계획에 따라 지급을 할 수 있을 정도로 충분히 수입이 안정적이고 정기적인 자를 말한다. 13장 절차는 채무자

33) 그러나 이 조항은 사건이 위와 같은 사유로 기각된 후에는 채권자도 180일 동안 비자발적 신청을 할 수 없게 한다는 점에서 비판되고 있다. 규정의 형식을 '채무자가 다시 절차의 개시를 신청할 수 없다'가 아니라, 아예 도산법상 구제의 효력의 적용을 받을 수 있는 채무자의 범주에서 제외시켜 버렸기 때문이다. 이 규정이 채무자의 도산제도남용을 방지하기 위한 것이지, 채권자가 비자발적 신청에 의해 구제받는 것을 막기위한 것이 아니라는 점을 고려할 때 위와 같은 결과를 입법자가 의도하였다고 보기는 힘들 것이라고 한다.

34) 채무자와 그 배우자는 공동으로 13장 절차의 개시를 신청을 할 수 있지만, 그들 채무액의 합계가 개인에 대한 위의 제한 내이어야 한다. 13장의 요건을 충족시키지만, 주식중개인 또는 상품중개인인 자는 13장 절차의 개시를 신청할 수 없다.

가 신청하는 경우에만 개시되고, 채권자의 신청에 의해서는 개시될 수 없다.

## 2) 채무자의 역할

채무자가 각 장의 도산절차에서 하는 역할은 차이가 난다. 7장 절차에서는 도산관재인이 주도적인 역할을 하고, 채무자의 역할은 미미하다. 재단을 관리하고 청산하고 채권자에게 배당을 할 책임은 도산관재인에게 있다. 채무자는 주로 정보를 제공하고 관재인에게 협력하며 재산을 넘겨준다는 면에서 재단의 관리에 조력한다. 채무자는 성실히 행위하고 도산법의 정신을 남용하지 않아야 할 일반적 의무를 부담한다.

반면 갱생절차에서는 채무자가 조금 더 적극적인 역할을 한다. 그 중에서도 11장의 갱생절차에서 채무자의 역할이 가장 크다. 11장 절차에서는 도산관재인이 선임되지 않는 경우가 많으므로, 원칙적으로 채무자가 점유계속채무자로서 계속하여 재단을 관리하고, 사업을 운영하며, 갱생계획을 수행할 책임이 있다. 반면 13장 절차에서는 대부분의 11장 절차에서와는 달리 도산관재인이 재단을 관리하고 채권을 처리한다. 그렇다고 하여도 채무자가 완전히 수동적인 역할을 하는 것으로 그치지 않고, 도산관재인과 함께 계획안을 작성하고 수행하고, 채무자가 도산당시 사업을 하고 있었던 경우에는 그 채무자가 도산관재인의 감독하에 사업을 계속 운영한다. 12장 절차의 채무자의 역할은 11장 절차와 13장 절차의 중간 정도에 위치한다. 12장 절차에서도 점유계속채무자를 인정하여 농업경영을 채무자가 한다. 그러나 12장 절차에서도 도산관재인이 선임되고, 선임된 도산관재인이 채무자의 사업운영을 감독하고 갱생계획안의 작성과 계획의 수행의 과정에서 채무자와 협상하며 기타 13장 절차에서 도산관재인이 담당하는 기능을 상당부분 수행한다.

## 3) 채무자의 보호

채무자는 의무 외에 권리도 가진다. 채무자가 가지는 권리의 대부분은 연방도산법의 목적중 하나가 채무자에게 새출발할 기회를 부여해야 한다는 정책에서 유래하는 것이다. 예를 들자면 개인채무자의 경우 일정 재산은 재단에서 제외되고(exemption) 일정한 요건하에서 면책(discharge)된다. 그 외에도 비자발적 신청을 제한하고, 신청시로부터 채무자에 대한 모든 행위를 자동적으로 중지시키는 등 채무자를 보호하기 위한 규정을 두고 있다.

## 5. 채권자와 채권자위원회

### 1) 채권자

채권자는 권리의 내용이 틀린 다양한 부류의 주체로 구성된다. 채권은 그 발생 원인, 확정성, 순위가 서로 틀린 다양한 것일 수 있다. 약간의 예외적인 경우를 제외하고는 담보채권은 도산절차에서도 연방도산법 외의 법에서와 마찬가지로의 지위를 그대로 인정받아서 담보로부터 채권 전액을 변제받을 수 있다. 게다가 연방도산법상 무담보채권도 종류를 나누어 순위를 달리하여 일정한 범주의 무담보채권은 우선적으로 변제받을 수 있도록 하고 있다.

### 2) 채권자위원회

#### (1) 채권자위원회 구성의 필요성

기본적으로 채권자의 이익은 도산관재인에 의해 보호된다. 그런데 11장 절차에서는 도산관재인이 선임되지 않는 경우가 대부분이므로, 채권자를 보호하기 위한 다른 수단이 강구될 필요가 있다. 그 수단으로서 안출된 것이 바로 채권자위원회이다. 채권자위원회는 채무자를 감시하고, 채권자집단을 대표하여 채무자와 협상을 하는 등을 통하여 채권자의 이익을 보호한다. 또한 도산관재인이 존재하는 경우에도, 채권자위원회를 둘 필요성이 없는 것은 아니다. 왜냐하면 원칙적으로 채권자의 이익이 도산관재인에 의해 대표된다고는 하지만, 도산관재인은 전체로서의 채권자의 집단적 이익을 도모하여야 하는 존재이므로, 도산관재인이 대표하는 도산재단과 개개의 채권자 또는 일정한 채권자의 집단과는 이익이 상충하는 경우가 있고, 그에 따라 도산관재인과 특정한 채권자간에 소송이 제기되는 경우도 자주 있기 때문이다.

#### (2) 채권자위원회의 구성

채권자위원회는 7장 절차와 11장 절차 모두에서 구성될 수 있다. 7장 절차에서는 채권자들이 채권자위원회의 위원을 선임할 권한이 있다. 그러나 7장 절차에서 채권자위원회를 구성하는 경우는 거의 없다. 11장 절차에서는 점유계속채무자가 도산재단의 관리 및 기타 사업의 운영을 계속하는 것이 보통이므로, 채권자를 보호하기 위해 원칙적으로 채권자위원회가 강제된다. 다만 소기업사건에서는 이해관계인의 신청이 있고 상당한 사유가 있는 때에는 법원이 채권자위원회를 선임하지



않는다는 결정을 할 수 있다(제1102조(a)항(3)호).<sup>35)</sup>

### (3) 지분권자위원회

채무자는 개인뿐만 아니라 조합 기타 회사도 포함되므로, 채무자에 대해 이해관계를 가지는 자는 채권자로 한정되는 것이 아니라 주주 등의 지분권자도 채무자에 대해 이해관계를 가질 수 있다. 이러한 자를 연방도산법상으로는 지분증권소유자(equity security holder)라고 하는데, 도산절차에 있어서 이러한 지분증권소유자의 권리도 명백히 영향을 받게 된다. 채무자의 자산이 부채액수에 미치지 못하는 경우 청산을 하게 되면 지분증권소유자는 투자를 회수할 수 없다. 그러나 11장 절차에 들어가 갱생계획을 세워서 인가를 받으면 채무자에 대해 계속 지분권을 보유하게 될 가능성이 있다. 따라서 11장 절차에서는 연방관리인 또는 법원이 적절하다고 판단하는 경우에는 지분증권소유자의 권리를 보호하기 위해 이들을 대표하는 위원회가 구성되기도 한다.

## 6. 변호사와 기타 전문가

위에서 언급한 당사자들은 변호사가 대리하는 경우가 많다. 또한 그들은 다른 전문가(예를 들자면 회계사)의 조력을 필요로 한다. 이러한 전문가들은 대개 일반적인 법이나 기타 윤리장전의 적용을 받는 외에, 연방도산법에서 이들에 대해 일정한 제한을 가하는 경우도 있다. 예를 들자면 제330조에 따라 전문가는 보수를 받을 수 있고, 이 보수는 제329조에 따라 법원이 제한할 수 있다.

재단이 전문가의 조력을 필요로 하는 경우에는, 도산관재인은 다른 규정이 없는 이상 법원의 허가를 얻어 변호사, 회계사, 감정인, 경매인 또는 기타 전문가를 고용하여 조력을 받을 수 있다(제327조(a)항). 제공된 서비스에 대한 합리적인 보수는 법원이 승인을 하면 재단관리비용이 된다. 제327조, 제328조, 제329조, 제330조, 제503조는 재단이 이용하는 변호사와 기타 전문가의 선임과 보수에 대해 규정하고 있다. 도산관재인 자체가 회계사나 법률가인 경우에는, 제327조(d)항에 따라 법원은 그러한 관재인으로 하여금 전문가로서의 자격에서 재단을 위해 서비스를 제공하도록 할 수 있다. 전문가로서의 업무가 도산관재인의 보통의 역할을 초과하는 것이 명백한 경우에는 제328조(b)항에 따라 법원은 그에 대한 추가적인 보수지급을 할 수 있다.

35) 11장 절차에서의 채권자 위원회에 관해서는 뒤의 제7장 II.2. 참조.



## 제2장 도산절차의 개시 및 자동적 중지

### I. 도산절차의 개시

도산절차는 도산법원에 신청을 함으로써 개시된다. 신청은 채무자가 스스로 할 수도 있고, 채권자가 할 수도 있다. 전자를 자발적 신청(voluntary petition)이라고 하고, 후자를 비자발적 신청(involuntary petition)이라고 한다. 앞서도 본 것처럼 도산절차는 원래 채권자를 위한 구제절차였고, 채무자의 피난처가 아니었다. 자발적 신청은 1841년에서야 인정된 것이지만 오늘날에는 자발적 신청이 거의 대부분을 차지하고 있다.

우리나라의 경우에는 파산·화의·회사정리신청을 하는 것만으로 절차가 개시되는 것은 아니고 법원이 신청에 기해 파산선고 또는 개시결정을 함으로써 절차가 개시된다. 그러나 미국법에서는 자발적 신청의 경우에는 신청서를 제출함으로써 절차가 개시되고(commence), 그것이 곧 도산법상의 구제를 받을 수 있는 구제명령(order for relief)이 된다. 우리나라와 같이 개시여부에 대해 법원이 개입할 여지가 없고, 채무자의 신청만 있으면 당연히 도산된 것으로 취급되는 것이다. 반면 비자발적 신청의 경우에는 절차개시신청에 대하여 채무자가 다룰 기회를 부여한 후에 법원이 구제명령을 내릴 것인지를 판단한다. 따라서 미국 연방도산법상의 절차의 개시와 구제명령은 별개의 개념으로서, 도산절차는 신청에 의하여 일단 개시된다.

#### 1. 자발적 신청

7장, 11장, 12장, 13장 각장의 채무자자격이 있는 채무자는 당해 장의 절차의 개시신청을 할 수 있다(제301조). 신청은 신청서를 제출함으로써 한다. 채무자자격 외에는 절차개시의 요건에 대한 규정이 없다. 그러므로 신청시에 채무초과나 지급불능을 입증할 필요가 없다.

##### 1) 구제명령으로서의 자발적 신청

비자발적 신청절차에서는 통지와 심문절차를 거쳐서 법원이 도산법상의 구제를 허용할 것이라는 결정을 내리기 전까지는 채무자가 도산한 것은 아니다. 이러한

결정을 연방도산법에서는 구제명령이라고 한다. 그러나 자발적 신청절차에서는 공식적으로 구제명령을 내리지 않는다. 제301조에서는 절차의 개시는 자동적으로 곧 구제명령이 된다고 규정하고 있다. 즉, 신청자체로 구제명령이 되는 것이다. 연방도산법상의 여러 가지 효과는 신청일 즉, 절차가 개시되는 때로부터 발생하는 경우도 있고, 구제명령일에 발생하는 경우도 있다. 따라서 자발적 신청절차에서는 신청일과 구제명령의 일이 같으므로 별 문제가 없지만, 비자발적 신청절차에서는 양자를 구분하는 것이 중요하다. 예를 들자면, 제701조는 임시관재인을 구제명령 일 이후 즉시 임명하여야 한다고 규정하고 있다. 이것은 자발적 신청절차에서는 관재인이 신청 이후 즉시 임명되지만, 비자발적 신청사건에서는 신청 이후 심문절차를 거쳐 구제명령을 받은 다음에 임명된다는 것을 의미한다. 반대로 제362조에 의하면 자동적 중지는 신청시부터 효력이 있으므로, 자발적 신청절차에서건 비자발적 신청절차에서건 자동적 중지는 절차개시시부터 효력을 발생한다.

## 2) 부부공동사건

제302조에서 부부는 공동으로 절차개시를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 부부는 각각 별도의 재산을 가지고 있는바, 법원은 단일한 사건에서 이를 별개의 재단으로 관리할 수도 있고, 이를 병합할 수도 있다. 신청전에 자산이 대개 어떻게 사용되었는가에 따라 결정되는 경우가 많다. 자산이 배우자 쌍방의 채무를 변제하기 위해 이용되어 왔다면 병합될 가능성이 높다. 각 배우자가 자산을 별도로 이용하여 왔다면 각각의 재단을 구성하여 처리할 가능성이 높다.

## 2. 비자발적 신청

### 1) 서론

채권자는 일정한 요건을 갖추어 절차개시신청을 함으로써, 채무자를 청산절차 또는 갱생절차에 들어가도록 강제할 수 있다. 비자발적 신청은 다음과 같은 경우에 이루어진다. 첫째는 채권자들이 채무자의 정직성을 신뢰하지 못하는 경우이다. 채권자는 채무자가 재산을 은닉하거나, 부적절하게 양도 또는 소비함으로써 채권자에게 손해를 입히거나, 일부 채권자를 우대하는 것을 방지하기 위해 도산신청을 한다. 둘째, 채무자가 그 업무를 적절히 처리할 능력이 없다고 생각하는 경우이다. 채무자의 능력부족으로 인하여 채무자의 자산이 감소하게 되면 채권자가 손해를 입을 것이므로 이를 막기 위해 하는 것이다. 채권자의 비자발적 신청은 채무자에

게 매우 중대한 영향을 주므로, 자발적 신청절차의 경우와는 달리 채권자의 신청만으로 채무자가 도산한 것으로 인정되지는 않는다. 채무자는 채권자의 신청에 대해 다툼 기회가 부여되고, 법원이 구제명령을 내릴것인지에 대해 결정하여야 한다. 비자발적 신청은 모든 도산사건의 0.5%에도 미치지 못한다고 한다.<sup>36)</sup> 이 사실은 도산절차의 중점이 채권자의 구제수단에서부터 채무자의 구제 쪽으로 옮겨간 것을 여실히 보여주는 예라고 할 수 있을 것이다. 비자발적 신청에 대해서는 제303조에서 많은 제한을 함에 따라 비자발적 신청의 이용이 좁은 범위로 한정되었다.

## 2) 비자발적 신청이 허용되는 절차

① 비자발적 신청은 7장과 11장 절차에서만 할 수 있다(제303조(a)항). 7장과 11장 절차는 채권자 채무자 양자 모두가 개시신청을 할 수 있지만, 12장, 13장 절차는 자발적 신청만으로 개시될 수 있다. 13장은 주로 소비자도산에 관한 절차로서 채무자의 장래의 수입으로 변제를 해 나갈 것을 전제로 하는 절차이다. 이러한 절차에서 비자발적 신청이 허용되면 수정헌법 13조 위반의 노예제도로 해석될 소지가 있으므로 금지한 것이다.

② 모든 채무자에 대해 비자발적 신청이 가능한 것은 아니고, 농업자나 가족경영농업자, 비영리회사 또는 비상업회사를 제외한 자에 대해서만 비자발적 신청을 할 수 있다(제303조(a)항).

## 3) 비자발적 신청의 요건

비자발적 신청은 제303조(b)항의 요건을 갖춘 채권자만이 할 수 있다. 이와 같은 자격요건은 채권자가 비자발적 신청을 하겠다는 위협을 함으로써 채무자의 양보를 강요하는 것을 방지하기 위한 것이다.

### (1) 채권의 액

비자발적 신청은 채권자들의 확정되고, 선의에 의한 다툼이 없는(not the subject of *bona fide* dispute) 채권의 합계액이 채무자의 재산상의 우선특권으로 담보되고 있는 금액을 제하고 1만달러 이상인 경우에만 할 수 있다(제303(b)항(1)호). 즉, 신청인들이 확정되고 다툼이 없는 무담보채권을 1만달러 이상 가지고 있어야 한다는 것이다. 신청인들의 채권이 담보채권인 경우에는 담보의 가치가 채권액에

36) Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*(Emanuel Law Outlines, Inc., 1996), p.22.

미달하는 차액이 1만달러 이상이어야 한다.

## (2) 채권자의 수

비자발적 신청을 하는데 필요한 채권자의 수는 전체 채권자수에 따라 달라진다. 채권자의 수가 12인 이상인 경우에는 3인 이상의 채권자가 공동으로 신청할 것이 요건이다. 채권자의 수가 12인 미만인 경우에는 1인의 채권자도 신청할 수 있다. 여기서 전체 채권자수의 계산에는 모든 채권자가 다 포함되는 것은 아니다. 제 303조(b)항(2)호에 의하면, i) 채무자의 피용자 ii) 채무자의 내부자 iii) 부인의 대상이 되는 이전을 받은 수령자를 제외하여 계산한다. 또한 제303조(b)항(1)호에 따라 iv) 우발채권을 가진 채권자와 v) 선의에 의한 다툼이 있는 채권의 채권자도 제외된다. 대개 내부자, 피용자, 부인의 대상인 이전의 수령자는 채무자를 도산절차에 들어가지 않게 하는 편이 유리하므로 비자발적 신청을 하는데 동조하지 않을 것으로 본다. 그렇기 때문에 채권자수를 계산하는데 있어서 이들을 배제시킨 것이다.

신청은 처음부터 채권자수의 요건을 충족시키지 않고도 이루어질 수 있다. 자격을 갖춘 채권자는 신청이 기각되거나 구제명령이 내려지기 전까지 신청에 참여할 수 있다(제303조(c)항). 따라서 전체 채권자의 수가 12인 미만이라고 생각하여 1인의 채권자가 비자발적 신청을 하였는데 나중에 전체 채권자수가 12인 이상이라는 것이 나타난 경우에는 신청인은 추가로 신청할 채권자를 구할 수 있다.

비자발적 신청을 할 수 있는 채권자는 위에서 말한 대로, 확정되고 선의에 의한 다툼이 없는 채권을 가지고 있어야 한다. 여기에 대해 정의규정은 없지만, 우발채권(contingent claim)이란 절차개시신청시 확정되지 않은 채권을 말한다. 따라서 채무자에 대한 보증을 한 제3자 등은 주채무자의 채무를 대신 이행하기 전까지는 비자발적 신청을 할 수 있는 채권자자격이 없다.

## 4) 신청서제출시부터 구제명령까지의 절차

### (1) 신청서제출과 송달

신청서를 제출하면 법원서기는 소환장을 발부하고 소환장과 신청서를 채무자에게 송달한다.

### (2) 채무자의 답변

비자발적 신청에 대해 다룰 수 있는 자는 채무자 또는 채무자가 조합인 경우에

는 절차개시신청에 참여하지 않은 조합원이다(제303조(c)항). 비자발적 신청에 대해 다투는 채무자는 송달로부터 20일 이내에 답변서(answer)를 제출하여야 한다.

### (3) 구제명령

비자발적 신청에 대해 다툼이 없는 경우에는 법원은 제303조(h)항에 따라 구제명령을 내려야 한다. 다툼이 있는 경우에는 심문절차를 거쳐서 구제명령을 내릴 것인지를 결정하여야 한다.

### (4) 신청과 구제명령 사이의 임시적 보호장치

비자발적 신청의 신청서가 제출되고 구제명령 여부가 결정될 때까지는 일정 기간이 경과하여야 하므로 그 '사이'기간(gap period)동안 채권자와 채무자를 보호하기 위해서 일정한 규정을 두고 있다.

① 법원이 달리 명령하지 않는 이상, 사이기간 동안에 채권자의 신청이 없었던 경우와 마찬가지로 채무자는 사업을 계속 영위하고 재산을 사용, 취득, 처분할 수 있다(제303조(f)항). 이 기간동안 채무자와 거래를 하여 채권자 지위를 취득하게 된 자는 제502조(f)항에 따라 절차개시신청 전에 채권이 발생한 것으로 취급되고, 제507조(a)항(2)호에 따라 2순위의 우선채권자가 된다.<sup>37)</sup> 물론 도산법원은 채무자가 재산을 적절히 사용하지 못하여 채권자를 해하는 경우에는 채무자의 행위를 제한하는 명령을 내릴 수 있다.

② 채무자가 계속하여 사업을 영위하거나 재산을 점유하는 행위가 재산을 낭비하거나 재단에 손해가 된다고 믿는 이해관계인은 임시도산관재인(interim trustee)의 선임을 청구할 수 있다(제303조(g)항). 법원은 연방관리인으로 하여금 임시도산관재인을 선임하도록 할 수 있다. 그러나 채무자가 법원이 요구하는 담보를 제공하는 경우에는 이러한 임시도산관재인으로부터 재단의 관리권한을 회복할 수 있다(제303조(g)항).

이와 같은 임시도산관재인의 선임에 관한 일반규정 외에도 제1104조에 의해 11장 절차개시후 채무자가 업무처리에 중대한 하자가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 이해관계인이나 연방관리인의 신청에 따라 법원이 도산관재인의 선임을 명령하여야 하므로, 이에 따라 도산관재인이 선임될 수 있다.

③ 법원은 신청이 기각되는 경우에 채무자에게 발생할 비용이나 손해를 담보하기 위해 채권자에게 담보를 제공하도록 명령할 수 있다(제303조(e)항). 채무자는

37) 채권의 순위에 관해서는 뒤의 제4장 III.1. 참조.

담보제공의 필요성에 대하여 입증해야 한다.

### 5) 구제명령의 요건

비자발적 신청을 한 채권자가 구제명령을 받기 위해서는 다음을 입증해야 한다(제303조(h)항). i) 선의에 의한 다툼이 있는 채권의 경우를 제외하고, 변제기가 된 채무에 대해 “일반적으로 변제를 하지 않고(generally not paying)” 있을 것 또는 ii) 비자발적 신청전 120일 이내에 채무자의 실질적으로 모든 재산에 대해 관리인(custodian)이 선임된 경우이다. 1978년 이전에는 채무자가 “도산행위(acts of bankruptcy)”를 했음을 신청인이 입증하여야 했다. 도산행위에는 사기적 이전, 편파행위(fraudulent or preferential transfer), 채무자가 지급불능을 인정하는 것, 채권자를 위한 재산청산신탁<sup>38)</sup> 등이 포함되었다. 1978년 개정연방도산법에서는 제303조(h)항에서 위의 두가지 요건을 규정함으로써 이를 대체한 것이다.

#### (1) 변제기가 도래한 채권에 대한 일반적 비변제

변제기가 도래한 채권에 대해 일반적으로 변제가 되지 않는 경우에는 구제명령이 내려질 수 있다. 이는 insolvency중 지급불능기준에 의한 insolvency를 의미한다. 이와 같은 지급불능은 채무자의 재무상황의 어려움을 잘 나타내 주는 척도이고, 채무초과보다 채권자가 입증하기 쉽다. 어떠한 경우를 일반적 비변제라고 할 수 있을 것인가? 채무자가 변제를 하지 않았다는 것만을 입증하는 것으로는 부족하고, 법원은 채무불이행의 건수와 액수 양면에서의 비율을 중시하여 판단한다. 그러나 이 뿐 아니라 변제되지 않은 채권의 상대적 중요성, 채무불이행의 기간, 채무불이행의 증가 규모, 채무자의 무책임한 태도, 기타 채무자의 상태가 비자발적 신청을 정당화 할 수 있을 정도로 취약하다고 하는 것과 같은 요인도 고려한다. 채무자가 몇건의 대규모 채무를 이행하지 못한 경우에는 일반적인 비변제에 해당될 것이다.

변제 안된 채권에 대해 선의의 다툼이 없어야 한다는 것은, 채무자가 채무불이행하는 것이 적법한 사실상 또는 법률상 분쟁이 있다면, 그러한 채무는 채무자가 일반적으로 변제를 하지 않는가를 결정함에 있어서 산입하지 않는다는 것이다. 다툼이 있는 것에 대해 일응의 정당한 근거가 있어야 한다. 따라서 “선의”란 정직하지만 오도된 다툼까지 포함하는 넓은 개념이 아니다.

38) 앞의 제1장 II.3. 참조.



## (2) 신청전 120일 이내에 관리인의 선임

신청전 120일 이내에 채무자의 재산의 실질적 전부에 대해 관리인이 선임된 경우에는 구제명령을 내려야 한다. 관리인은 제101조(11)호에서 정의하고 있는데, ① 연방도산법 이외의 사건 또는 절차에서 선임된 재산에 대한 수탁관리인(receiver) 또는 수탁자(trustee) ② 채권자를 위한 재산청산신탁에서의 양수인(assignee) ③ 우선특권을 실행하기 위하여, 또는 채권자의 이익을 위하여 채무자의 재산을 포괄적으로 관리하기 위하여 법 또는 계약에 의해 선임되고 권한이 부여된 도산관재인, 수탁관리인, 대리인을 의미한다.

## 3. 도산절차의 개시와 채권자

### 1) 채권자에 대한 통지

채무자는 도산절차가 개시되면 법원, 연방관리인, 기타 이해관계인에게 정보가 제공될 수 있도록 하여야 한다. 앞에서 언급한 것처럼 도산절차개시신청시 여러 가지 표 등의 서류를 제출하여야 하는 것도 정보제공의 일환이다. 이 외에도 채무자는 채권자가 적절한 통지를 받을 수 있도록 하기 위해서 법원에 충분한 정보를 제공하여야 할 의무가 있다. 제342조에 따르면 채권자에게 구제명령에 대한 적절한 통지가 이루어져야 하는 바, 규칙 제2002조(f)항은 법원의 서기, 기타 법원이 지정하는 자는 채무자, 모든 채권자, 수탁회사에게 우편으로 구제명령을 통지하여야 한다고 규정하고 있다.

### 2) 채권자집회

구제명령 이후 상당한 기간 이내에 연방관리인은 제341조에 따라 채권자집회를 소집하여야 한다. 채권자집회는 7장이건, 11장, 12장, 13장이건 불문하고 모든 절차에서 소집된다. 규칙 제2003조는 구제명령일로부터 원칙적으로 20일에서 40일 이내에 채권자집회가 개최되도록 규정하고 있고(12장 절차에서는 20에서 35일 이내), 법원이 직권으로 다른 일시를 정할 수 있다. 법원 서기는 집회일의 최소한 20일 전에 채권자에게 통지가 도달하도록 하여야 한다.

채권자집회는 연방관리인이 주재하여야 한다(제341조). 도산법원판사는 참여하지 않고, 사실상 출석이 금지된다(제341조(c)항). 채권자집회의 주된 목적은 제343조에 따라 채권자, 연방관리인, 도산관재인이 채무자를 조사하는 것이다. 집회

에 출석하지 않거나 성실히 답변하지 않은 채무자는 채무자의 자발적 신청사건의 기각, 면책의 불허용, 또는 심지어는 위증이나 사기의 형사처벌 등의 불이익을 받는다.

## 4. 도산사건의 기각

### 1) 회피(abstention)

절차개시요건이나 구제명령의 요건이 구비되어 있는 경우라도 도산법원은 통지와 심문절차를 거쳐 사건을 기각하거나 절차를 정지(suspend)시킬 수 있다. 기각이나 정지는 i) 채권자와 채무자의 이익에 합치한다고 인정되는 경우(제305조(a)항(1)호)<sup>39)</sup> 또는 ii) 외국에서 도산사건이 계속중이고 제304조(c)항에 규정된 요소를 평가할 때 연방도산법상의 절차를 기각 또는 정지하는 것이 상당할 때(제305조(a)항(2)호)에 할 수 있다. 외국에서 도산사건을 수행하는 외국의 대표자도 기각 또는 정지를 신청할 수 있다(제305조(b)항). 이와 같은 회피는 대개 절차의 초기단계에서 이루어진다. 도산법원의 회피결정은 상소할 수 없다(제305조(c)항).

### 2) 기각(dismissal)

연방도산법의 각장에서는 법원이 사건을 기각할 수 있는 경우를 법정하고 있다(제707조, 제1112조, 제1208조, 제1307조). 7장 절차에서는 상당한 사유가 있는 경우에 법원은 통지와 심문절차를 거쳐서 사건을 기각할 수 있다(제707조(a)항). 연방도산법에서는 i) 채무자가 절차를 불합리하게 지연함으로써 채권자에게 손해가 되는 경우 ii) 미국법령 제28편 123장에서 규정하고 있는 비용이나 수수료를 납부하지 않은 경우 iii) 자발적 신청사건에서 채무자가 절차개시로부터 15일 이내 또는 법원이 인정한 추가기간 이내에 제521조(1)호에 따라 제출하도록 되어 있는 정보를 제출하지 않았고 연방관리인이 기각을 신청하는 경우의 세 가지를 상당한 사유의 예로서 규정하고 있다. 11장절차에서도 상당한 사유가 있는 경우(제1112조(b)항)에는 이해관계인이나 도산관재인의 신청에 따라, 또는 일정한 기간 이내에 제521조(1)호의 정보를 제출하지 않은 경우에는 연방관리인의 신청에 따라 법원은 사건을 기각하거나 7장절차로 이행시킬 수 있다(제1112조(e)항).<sup>40)</sup>

39) 입법당시의 설명에 의하면, 사건의 기각이나 정지가 채권자나 채무자의 이익에 합치한다고 인정되는 경우로는 법원 밖에서 화의가 이루어지고 있고 그러한 화의로 채권자의 권리가 부당하게 침해되지 않는에도 불구하고 극히 소수의 강경채권자가 비자발적 신청을 한 경우등을 들고 있다.

상당한 사유로서는 재단이 계속하여 손실을 입거나 감소하여 합리적인 갱생가능성을 인정할 수 없는 때등 11가지를 예시하고 있다(제1112조(b)항)<sup>40)</sup>.

다음으로 도산법원은 절차개시신청이 악의(in bad faith)로 이루어졌다고 판단하면 이를 기각할 수 있다. 법원은 채무가 주로 소비자채무인 개인소비가 7장 절차의 개시신청을 한 데 대하여, 채무자에게 구제를 부여하는 것이 7장의 규정을 실질적으로 남용하는 것이라고 판단하는 경우에는 직권 또는 연방관리인의 신청에 따라 이를 기각할 수 있다(제707조(b)항). 제707조(b)항의 절차의 실질적 남용을 이유로 한 기각은 1984년 개정으로 입법된 것이다. 이는 7장을 재정적 어려움에서 빠져나오는 손쉬운 수단으로 이용하고자 하는 채무자에 의해 신청된 소비자도산사건의 증가를 억제하기 위해 규정된 것이다. 그러나 이 조항은 일반적으로 적용되는 것이 아니라 소비자채무자에게만 적용되는 것이고, 채무자에게 구제를 부여하는 것이 남용이 아니라는 추정규정을 두고 있으며, 이해관계인은 신청할 수 없고 직권 또는 연방관리인의 신청에 의하여야 한다는 점에서 적용범위가 한정된다. 11장에는 위와 같은 명문의 규정이 없지만, 도산법원은 절차개시신청이 선의로 이루어져야 한다는 요건이 묵시적으로 규정되어 있다고 보고 있다. 특히, 자동적 중지의 이익을 누리기 위해 절차개시신청 직전에 재산을 채무자에게로 양도한 경우, 자금의 재조달, 매각 또는 기타 수단을 통한 갱생목적 없이 단지 담보권실행을 중지시키는 것이 신청의 유일한 목적인 때 등에는 11장 절차개시신청이 선의가 아니라는 이유로 기각될 가능성이 높다.

### 3) 신청인의 취하에 의한 기각

12장과 13장의 채무자가 신청한 절차에서, 그 절차가 7장이나 11장에서 이행된 것이 아닌 경우에는 신청인인 채무자가 신청을 취하하면 법원은 절차를 기각하여야 한다(제1208조(b)항, 제1307조(b)항). 법원의 재량은 인정되지 않고, 채무자는 개시된 절차를 종결시킬 절대적인 권리를 가진다. 다만 취하에 의하여 당연히 절차가 종결되는 것은 아니고, 법원의 기각결정이 있어야 종결된다. 7장과 11장 절차의 채무자가 신청을 취하하는 경우에는 채무자의 의사에 따라 당연히 종결되는 것은 아니고, 통지와 심문절차를 거쳐서 법원이 결정한다. 이 경우에는 위의 기각의 요건을 갖춘 경우에만 기각결정을 할 수 있다.

40) 신청의 기각에 대해서는 뒤의 제8장 참조.

41) 뒤의 각주, 117). 참조.

## Ⅱ. 자동적 중지

### 1. 자동적 중지의 특징

자동적 중지(automatic stay)는 도산절차 외에서 채권자가 도산절차개시신청 전에 가지고 있던 채권을 회수 또는 행사하는 것을 금지하는 것으로서, 도산법상 채무자보호의 가장 기본적인 제도이다. 자동적 중지는 본질적으로는 절차가 개시 되면 법에 의하여 효력을 발생하게 되는 유지명령이다. 자동이라는 표현이 사용된 것은 절차개시신청을 하기만 하면 효력이 발생하고, 별도로 유지명령의 신청이나, 법원의 명령이 필요없다는 점 때문이다. 자동적 중지는 채권자가 마지막 순간에 한꺼번에 달려들어 채권을 행사하는 것을 중지시킴으로써 도산절차의 두가지 목적, 즉, 채무자의 새출발과 채권자의 동등한 취급이라는 목적을 달성하고자 하는 제도이다.

자동적 중지의 기본적 특징은 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

① 절차개시신청시부터 효력이 있다. 자발적 신청과 비자발적 신청 양자 모두의 경우에 신청시부터 효력이 있으므로, 비자발적 신청의 경우에는 중지가 구제명령보다 선행한다.

② 모든 주체에게 효력이 있다.

③ 절차가 계속되는 동안 효력이 있다.

④ 모든 종류의 도산절차에 적용된다. 그러나 자동적 중지의 효과는 구제절차의 종류에 따라 달라진다. 예를 들어 7장의 청산은 재단의 신속한 청산이 목적이므로 중지는 재단의 재산이 회수되고 환가되어 분배되는 비교적 단기간 동안 재산의 보전과 채무자 보호를 목적으로 한다. 반면에 11장의 경우에는 계획이 실패하면 중지로 인해 권리의 강제집행이 지연된 것은 채권자에게 회복할 수 없는 손해를 줄 수 있다.

⑤ 자동적 중지는 채권자가 절차개시신청의 통지를 받았는가에 따라 효력발생여부가 결정되는 것이 아니고, 채권자의 지·부지를 불문하고 신청시부터 관계자에게 효력이 있다.

⑥ 자동적 중지는 도산법원에서의 절차에 따라 행위하는 것을 금지하는 것은 아니므로 채권자나 기타 이해관계인은 도산법원에서는 절차를 진행시킬 수 있다.

⑦ 자동적 중지는 채권의 유효성이나 채권의 처분 등을 결정하는 중국적인 효력이 있는 것은 아니다. 단지 도산절차 외에서의 행위를 중지시키는 효력을 가질 뿐이다.

⑧ 자동적 중지는 원래 광범위하게 채권자의 강제집행행위를 중지시키지만, 채권자의 행위중 일정한 범주의 것은 중지되지 않는다. 이러한 예외 범위에 속하는 행위를 금하는 것이 재단의 이익에 합치하는 경우에는 제105조에 따라 법원은 유지명령을 내릴 수 있다.

## 2. 자동적 중지의 범위

### 1) 중지되는 행위

제362조(a)항은 절차개시신청서가 제출된 경우에 중지되어야 하는 8가지 유형의 행위를 규정하고 있고, 제362조(b)항은 중지되지 않는 행위를 열거하고 있다. 절차개시신청서부터 자동적으로 중지되는 행위는 다음과 같다.

#### ① 소송, 절차의 중지(제362조(a)항(1)호)

도산절차개시신청 전에 채무자에 대해 할 수 있었던 소송등 절차의 개시 또는 계속 또는 도산절차개시신청 전에 발생한 채권을 회수하기 위한 소송이나 절차의 개시 또는 계속은 자동적 중지에 의해 금지된다. 중지되는 절차에는 모든 사법상, 행정상의 절차가 포함된다. 채무자에 대한 행위의 중지는 신청전에 발생한 채권에 대해서만 적용된다. 신청서가 제출된 후에는 채무자의 새출발이 시작된다. 신청 후 채무자가 거래를 함으로써 발생한 채권은 재단에 대한 채권이 아니고 채무자가 개인적으로 책임을 져야하는 채권이다. 따라서 그러한 채권은 도산법 외의 일반적인 채권회수방법에 따라 채무자에 대하여 행사될 수 있다.

#### ② 판결의 강제집행의 중지(제362조(a)항(2)호)

절차개시신청 전에 이미 판결을 취득한 경우에도, 채무자나 재단의 재산에 대하여 이를 강제집행하는 것은 중지된다.<sup>42)</sup>

#### ③ 재단의 재산을 점유 또는 지배하기 위한 행위(제362조(a)항(3)호)

도산절차가 개시되면 도산재단이 창설된다. 재단의 재산은 매우 광범위하게 구성되는 것으로서, 신청 당시 “채무자의 모든 보통법상 또는 형평법상 권리(legal or equitable interest of the debtor)”가 재단의 재산이 된다. 이와 같은 재단의 재산을 점유하기 위한 행위, 재단의 재산을 지배하기 위한 행위는 중지된다. 예를 들자면, 차임을 연체한 임차인에 대해 임대인이 퇴거명장을 발급받은 후 채무자인 임차인이 도산을 신청한 경우에, 임대인은 퇴거명장에 의해 임차인을 퇴거시킬 수 없다. 주법상으로는 채무자인 임차인이 당해 임차부동산을 점유할 보통법상의 권

42) 재단의 재산에 대해서는 뒤의 제5장 I. 참조.

리를 상실하였지만 형평법상의 권리를 가지고 있고, 이는 재단의 재산을 구성한다. 재단의 재산에 대한 임대인의 행위가 중지되므로 임차인을 퇴거시킬 수 없는 것이다.

④ '재단의 재산'에 대해 우선특권을 설정(creat)하거나, 제3자에 대한 우선특권의 대항요건을 구비(perfect) 또는 실행(enforce)하는 행위(제362조(a)항(4)호)

예를 들자면 절차개시신청 당시 무담보채권을 가지고 있던 채권자가 자신의 채권을 담보하기 위해 재단재산상에 저당권을 설정하는 행위는 중지된다. 또한 이미 채무자의 재산을 점유하고 경매를 하려고 하던 채권자도 절차개시신청이 있게 되면 경매를 실행할 수 없다. 채권자가 재산을 점유하고 있더라도 채무자는 그 재산에 대해 형평법상의 권리를 가지므로 그 재산은 재단의 재산이 되고, 따라서 이러한 재단재산에 대한 채권자의 행위는 중지되기 때문이다.

⑤ '채무자의 재산'에 영향을 미치는 우선특권 설정 등의 중지(제362조(a)항(5)호)

절차개시신청 전에 발생한 채권을 담보하기 위하여 '채무자의 재산'에 우선특권을 설정하거나, 우선특권의 제3자에 대한 대항요건을 구비하거나 우선특권을 실행하는 행위는 중지된다. 이 규정은 재단재산과 구별되는 채무자의 재산을 절차개시신청 전의 채권자의 채권으로부터 보호하기 위한 것이다. 재단재산과 채무자의 재산은 구별된다. 절차개시신청이 있게 되면 도산재단이 창설되지만, 신청 이후 채무자가 취득하는 수익이나 재산, 재단에서 제외되는 재산 및 도산관재인이 재단재산이 아닌 것으로 포기하는 재산은 도산재단에 속하지 않고 채무자의 개별 재산이 되어 채무자의 새출발의 기초가 된다. 제362조(a)항(5)호는 신청서 제출 전의 채권자가 채무자의 새출발을 위한 재산에 대하여 우선특권을 설정하거나 실행하거나, 우선특권의 제3자에 대한 대항요건을 구비하는 것을 금지하는 것이다. 그러나 신청서 제출 후의 채권은 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 할 완전한 권리를 가진다.

⑥ 채무자에 대한 채권회수행위의 중지(제362조(a)항(6)호)

절차개시 전에 발생한 채권을 추심, 사정, 회수하기 위한 행위는 중지된다. 여기에는 채권추심을 위해 채무자와 접촉하는 것 등이 모두 포함된다. 예를 들자면, 등록금을 완불하지 않은 채 대학을 졸업한 학생이 도산절차개시신청을 한 후 대학에 성적증명서의 발급을 요청하자, 대학이 등록금을 낼 때까지 증명서 발급을 거부한 경우에, 이와 같은 거부하는 채권을 추심하기 위한 행위이므로 자동적 중지를 위반하는 것이라고 판시한 사건도 있다.<sup>43)</sup>

43) *In re Heath*, 3 B.R. 351 (Bkrtcy.N.D.Ill. 1980).

⑦ 채권을 상계하는 행위의 중지(제362조(a)항(7)호)

채권자가 가지는 채권으로 절차개시 전에 채무자에 대하여 부담한 채무를 상계하는 행위도 중지된다.

⑧ 조세법원에서의 절차의 중지(제362조(a)항(8)호)

채무자에 관하여 연방조세법원의 절차를 개시하거나 계속하는 행위는 중지된다.

2) 중지되지 않는 행위

제362조(b)항에서는 자동적 중지의 예외로서, 18가지를 열거하고 있다. 이 중 중요한 것은 다음과 같다.

① 채무자에 대한 형사소송이나 절차는 중지되지 않는다(제362조(b)항(1)호).

② 부양료, 양육료 등의 청구소송(제362조(b)항(2)호)

i) 부친을 확인하는 소송 및 절차, 부양, 양육, 부조료의 결정 또는 변경 소송 및 절차 ii) 재단재산이 아닌 재산으로부터 부양, 양육, 부조료를 추심하는 소송 및 절차는 중지되지 않는다. 이러한 채무는 면책도 인정되지 않으므로, 도산절차가 종결된 후에도 추심할 수 있다.

③ 소급적으로 효력을 발생하는 우선특권(제362조(b)항(3)호)

원칙적으로 앞에서 설명한 제362조(a)항(4)호에 따라 제3자에 대하여 우선특권의 대항요건을 구비하는 행위는 중지되지만, 제546조(b)항에 따라 대항요건의 구비가 효력을 인정받는 경우, 또는 제547조(e)항(2)호(A)목에서 정한 기간내에 대항요건을 구비하는 경우에는 예외로 그러한 대항요건구비행위가 중지되지 않는다. 제546조(b)항은 재산상의 권리의 제3자에 대한 대항요건을 구비하기 전에 또는 대항요건의 유지·계속 전에 그 권리를 취득한 자에 대해서도 소급해서 대항요건을 구비, 유지, 계속할 수 있도록 하는 일반법이 있으면 그 법에 따른 효과가 인정된다는 것이다. 제546조(b)항은 자동적 중지로 인하여 채권자가 자신의 권리에 대해 대항요건을 구비할 수 없게 되었으나, 주법상으로는 계속 대항요건을 구비할 자격이 인정되는 경우 채권자를 구제하기 위한 규정이다. 제정법상의 우선특권(statutory liens)과 조세채권의 경우에 이러한 예외가 자주 인정된다. 예를 들어, 郡이 채무자의 조세미납으로 채무자의 재산에 대하여 절차개시 전에 발생한 권리를 가지고 있었지만, 절차개시 당시에 제3자에 대한 대항요건이 구비되어 있지 않은 경우, 그 권리에 대한 대항요건구비가 주법상 유예된 기간 내에 이루어지기만 하면, 郡이 절차개시 후에 대항요건을 구비하였다고 하더라도 그것이 자동적 중지를 위반한 것은 아니라는 것이다. 제547조(e)항(2)호(A)목은 양도인과의

#### 48. 제2장 도산절차의 개시 및 자동적 중지

양수인간의 이전행위의 효력발생시기는 이전시로부터 10일 이내에 대항요건이 구비된 경우에 한하여 이전시로 한다고 규정하고 있다. 건축공사에 관한 우선특권(mechanic's lien)과 물건을 채무자에게 인도한 후 10일 이내에 매매대금우선특권의 대항요건을 구비한 경우 등이 여기에 해당되어 자동적 중지의 예외가 된다.

④ 정부기관이 경찰 또는 규제기능을 수행하기 위해 제기하는 소송 또는 절차(제362조(b)항(4)호)

이 예외는 위와 같은 절차가 공공의 보건과 안전을 보호하는데 관련된 범위 내의 것인 때에만 중지되지 않는 것으로 좁게 해석해야 한다. 일부 법원은 추가 형사상의 벌금을 추심하기 위해 채무자의 재산을 매각하는 것은 여기에 포함되지 않는다고 판시하였다.

⑤ 정부기관이 경찰 또는 규제기능을 집행하기 위해 취득한 판결중 금전지급판결을 제외한 판결의 강제집행(제362조(b)항(5)호)

⑥ 국세청이 조세채무를 확정하기 위해 감사하는 것, 세부족액을 통지하는 것, 세무신고할 것을 촉구하는 것, 납세통지를 발하는 것(제362조(b)항(9)호)

⑦ 비주거용부동산임대인의 행위(제362항(b)항(10)호)

비주거용 부동산의 임대인이 절차개시전 또는 계속중 임대차기간이 만료된 경우, 그 부동산에 대한 점유를 회복하기 위해 하는 행위는 중지되지 않는다.

⑧ 유통증권의 제시 등(제362조(b)항(11)호)

유통증권의 소지인이 증권을 제시, 거절증서를 작성하고 통지하는 행위는 중지되지 않는다. 이러한 행위는 약속어음이나 수표소지인의 구제받을 수 있는 권리를 보전하기 위해 필요하기 때문이다.

### 3) 자동적 중지의 존속기간

자동적 중지는 절차개시신청일로부터 효력이 발생한다. 효력을 발생시키기 위해서는 채권자에게 통지를 해야한다는 등의 요건은 존재하지 않는다. 자동적 중지의 효력이 미치는 범위는 재단재산에 대한 행위가 중지되는 경우와(예를 들자면 제362조(a)항(3)호와 (4)호), 재단재산 이외의 재산에 대한 행위가 중지되는 경우로(제362조(a)항(5)호) 나눌 수 있다.

#### (1) 재단재산에 대한 행위의 자동적 중지

제362조(c)항(1)호는 재단재산에 대한 행위의 중지는 재산이 더 이상 재단재산이 아니게 될 때까지 효력이 있다고 규정하고 있다. 재단재산에서 해체되는 경우



는 여러 가지가 있을 수 있다. 예를 들면, 도산관재인이 청산절차 중에서 재산을 매각한 경우, 도산관재인이 재산을 포기한 경우, 특정재산이 재단에서 제외되는 경우에는 더 이상 자동적 중지의 효력이 미치지 않는다. 그러나 제362조(c)항(1)호에 따라 자동적 중지의 효력이 종결되는 경우에도, 자동적 중지에도 관한 다른 조문의 대상이 되는 경우에는 그 조문에 따라 그 재산에 대한 행위는 중지되게 된다. 예를 들자면 특정한 재산이 재단제외재산으로 분류되어 채무자에게 귀속된 경우에는, 재단재산에 대한 행위의 자동적 중지의 적용을 받지 않지만, 채무자와 채무자의 재산에 대해 절차개시 전에 발생한 채권의 행사를 중지하는 조문에 따라 그러한 행위는 중지된다.

## (2) 재단재산 이외에 대한 행위의 자동적 중지

재단재산에 대한 자동적 중지 외의 자동적 중지는 절차가 종결되거나, 기각 또는 면책의 허부의 결정이 내려지기 전까지는 효력이 있다. 채무자가 면책되면 채권자는 제524조(a)항(2)호에 의하여 채권회수가 영원히 금지되므로, 채권자에게는 자동적 중지가 종료하였다고 해도 이익이 되지 않는다. 그러나 사건의 기각으로 인해 자동적 중지가 종료되었다면, 채권자는 도산법 외에서 채권을 추심하는 행위를 할 수 있다. 이와 유사하게 채무가 면책에서 제외되거나 채무자의 면책신청이 기각된 경우에는 면책되지 않은 채무의 이행을 강제하는 강제집행이 가능하다.

## 3. 자동적 중지의 효과

### 1) 효력

#### (1) 제소기한에 대한 효력

자동적 중지는 소송이나 기타 절차를 중지시키기 때문에 도산법 외에서 제소기한(statutes of limitation)을 정하고 있는 경우 그 제소기한을 준수할 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 도산절차가 제대로 진행되어서 채권이 도산절차 내에서 변제되고 면책이 이루어지면 제소기한의 도과는 문제가 되지 않는다. 그러나 도산절차가 기각된 경우, 자동적 중지가 해제(lifted)된 경우, 채무의 면책이 허가되지 않은 경우에는 채권자가 도산절차 외에서 강제집행절차를 진행시킬 수 있는 권리가 부활하게 되는데, 이 때 이미 제소기한을 도과한 경우에는 문제가 있다. 이러한 경우를 위하여 제108조(c)항은 자동적 중지로 인해 제소기한이 도과하였더라도 채권자가 소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 요컨대, 채권에 제소기한의 제

한이 있는 경우에 그 기간이 절차개시신청 당시 만료하지 않았다면, 도산법 이외에서 정하여진 기간의 만료일과 자동적 중지의 종료의 통지로부터 30일중 나중에 도래하는 시기까지는 그 기간이 종료하지 않는 것으로 한다.

## (2) 제3자에 대한 효력

제362조는 일반적으로 공동채무자(co-debtors)나 채무자의 보증인에게 적용되지 않는다고 해석되어 왔으므로 공동채무자나 보증인에 대해서는 소송 등의 절차를 진행시킬 수 있다. 자동적 중지조항에 의한 보호는 채무자의 자회사의 재산에 대해서까지 미치지 않는다고 한다. 그러나 도산법원은 유지명령을 내릴 수는 있다.

## 2) 자동적 중지의 위반

제362조(h)항은 자동적 중지의 고의적 위반으로 손해를 입은 개인은 각종 비용, 변호사 비용을 포함한 실손해에 대한 배상과 경우에 따라 징벌적 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 법문상으로는 개인채무자에 한정하여 구제가 부여되는 것으로 규정되어 있으나, 이와 같은 제한에는 논리적인 이유가 없다. 따라서 법원은 이러한 규정을 무시하고 회사와 같이 자연인이 아닌 자에게도 배상을 인정하는 경우가 많다. 법원은 또한 민사상 법정모욕명령(civil contempt orders)을 내릴 권한이 있다고 하였다. 자동적 중지를 위반한 행위가 무효인가 아니면 취소할 수 있는 것인가에 대해서는 법원의 견해가 나뉘고 있다.

## 4. 자동적 중지로부터의 구제와 적절한 보호

### 1) 자동적 중지로부터의 구제

제362조(d)항에서는 채권자 등의 이해관계인이 일정한 경우 자동적 중지로부터 구제를 받도록 규정하고 있다. 즉 통지와 심문절차를 거친 후, 법원은 일정 경우 이해관계인의 신청에 따라 자동적 중지를 종료(terminate), 취소(annul), 수정(modify)하거나 조건을 부가(condition)할 수 있다. 그 경우는 ① 재산에 대하여 이해관계를 가지고 있는 자의 권리에 대해 제361조상의 적절한 보호(adequate protection)가 결여된 경우 등 상당한 사유가 있는 경우(for cause) 또는 ② i) 담보물에 담보채권액을 초과하는 잉여가치(equity)가 없고 ii) 그 재산이 채무자의 효과적인 갹생에 필요한 것이 아닌 경우 또는 ③ 채무자의 유일한 자산인 부동산(single asset real estate)에 대한 담보채권의 경우 i) 채무자가 인가될 가능성

이 높은 갱생계획을 제안하였거나 ii) 채무자가 법에서 정하고 있는 액수 이상의 채권자에 대한 지급을 시작하지 못하였을 것이다.

자동적 중지의 종료로 신청인은 중지되었던 행위를 할 수 있다. 그러나 자동적 중지의 종료는 종료결정시로부터만 효력을 발생하는 것으로서, 구체명령 전에 자동적 중지를 위반한 행위를 유효하게 하지는 못한다. 자동적 중지의 취소는 중지의 효과를 소급적으로 소멸시키는 것이다. 따라서 취소명령 전의 위반행위도 유효하게 된다. 이는 상당히 예외적인 상황에서만 내려진다(예를 들자면 채무자가 제도를 남용하였고, 자동적 중지로부터의 구체명령의 신청인의 위반행위가 선의였으며, 고의적 부당행위(wilful misconduct)가 아니었던 경우에만). 자동적 중지의 수정은 신청인이 일정행위를 하는 것은 허용하지만 신청인이 권리 전부를 실현하는 절차를 진행시키는 것은 허용할 수 없는 경우에 내려진다. 예를 들자면, 법원은 신청인이 소송을 제기하여 판결을 받을 수 있도록 하지만, 판결을 집행하는 절차를 계속할 수는 없도록 자동적 중지의 내용을 변경할 수 있다. 자동적 중지 조건이 부가되면, 채무자 또는 도산관재인으로 하여금 일정한 조건을 성취할 것을 전제로 중지의 효력이 인정된다. 예를 들자면, 채권자의 재산상 권리상태가 악화된다는 이유로 자동적 중지로부터의 구체명령이 신청된 경우에, 도산관재인이 권리의 악화를 방지하는 절차를 취하거나 이에 대해 보상을 할 것을 조건으로 자동적 중지가 계속 효력을 가지도록 할 수 있다.

## 2) 자동적 중지로부터의 구제의 사유

(1) 적절한 보호의 결여등 상당한 사유가 있는 경우(제362조(d)항(1)호)

### ① 상당한 사유

상당한 사유가 있는가의 여부는 법원의 재량으로 사안에 따라 판단되어야 할 문제이다. 연방도산법은 상당한 사유의 대표적인 예로서 제361조에서 규정하고 있는 적절한 보호가 결여된 경우를 들고 있지만, 그것으로 한정되는 것은 아니다. 예를 들자면 채무자가 제도를 남용하는 행위를 한다든가, 갱생계획을 수행하지 않는다든가, 도산법원이 아니라 다른 법원에서 사건을 결정하는 것이 더 효율적이거나 공평한 경우 등에는 상당한 사유가 있다고 볼 수 있을 것이다.

### ② 적절한 보호

#### i) 적절한 보호의 개념

적절한 보호란 간단하게 설명하자면, 담보물을 채무자가 점유하고 있는 동안 채권자가 담보물에 대해 가지는 권리가 감소되지 않도록 하기 위해 일정한 형태의

이익을 제공하는 것을 말한다. 도산절차개시의 신청이 있으면 채권자의 행위는 자동적으로 중지된다. 만약 자동적 중지의 규정이 없다면 담보채권자는 채무자의 채무불이행 즉시 재산에 대한 담보권실행절차를 밟아 그 수익으로 채권의 변제에 충당할 수 있지만, 자동적 중지로 인하여 이것이 허용되지 않는다. 그런데 자동적 중지로 인하여 채권자가 권리를 행사하지 못하는 사이에 담보물의 가치가 감소할 수 있다. 가장 대표적으로 감가상각 등이 그 예라고 할 수 있을 것이다. 적절한 보호는 바로 이와 같이 담보채권자가 자동적 중지로 인하여 부담하는 위험을 전보해 주는 제도이다. 담보채권자에게 현금의 지급, 현금의 延拂支給, 또는 추가 또는 대체담보의 제공 및 기타 방법으로(제361조) 손해를 전보하는 경우에는 자동적 중지의 효력을 계속 인정하고, 이러한 적절한 보호가 이루어지지 못하는 경우에는 자동적 중지로부터 구제명령을 내림으로써 담보채권자가 담보실행절차를 밟을 수 있도록 하여 담보채권자와 채무자의 이익을 조정한다.

적절한 보호는 청산절차나 갱생절차를 불문하고 필요하지만, 11장, 12장, 13장의 갱생절차에서 특히 중요한 문제이다. 갱생절차에서는 채권이 변제될 때까지 대개 채무자 또는 재단에서 재산을 점유하고 사용하고 또한 변제계획도 몇차례에 걸쳐 연기될 수 있으므로, 담보채권자가 가치하락의 실질적 위험에 훨씬 많이 노출되기 때문이다.

#### ii) 적절한 보호의 적용범위

앞에서는 적절한 보호를 자동적 중지의 경우 담보물의 가치가 하락함으로써 담보채권자가 손해를 입는 것을 구제하는 제도로서 설명하였다. 그러나 원래 적절한 보호는 이 경우만을 위한 것은 아니고, 좀 더 널리 '재산'상에 권리를 가지는 주체의 권리가 감소되지 않도록 보호하기 위한 제도이다. 적절한 보호는 재단이나 채무자의 '재산'에 대해 권리를 가지는 자를 위한 제도이므로, 무담보채권자는 이용할 수 없다. 따라서 제362조(b)항(1)호에 의한 구제는 담보채권자, 채무자에게 재산을 임대한 임대인, 채무자의 재산의 공동소유자, 기타 유효한 재산상의 권리를 가지고 있는 주체에게만 한정된다. 그와 같은 유효한 재산상의 권리의 존부는 도산법 외의 법에 따라 결정된다. 또한 자동적 중지의 경우뿐만 아니라 채무자가 제363조에 따라 담보물을 사용, 매각, 임대함으로써 또는 제364조(d)항(1)호(B)목에 따라 기존의 담보채권자를 위한 담보물상에 기존담보채권자의 우선특권보다 선순위의 우선특권이 설정됨으로써, 기존의 담보권자의 권리가 침해되는 경우에도 적용된다.

#### iii) 적절한 보호 존부의 판정

담보채권자는 담보물에 대해 현재 권리를 가지고 있지만, 자동적 중지로 인하여

지금 당장 권리를 실행할 수 없고 기다려야만 한다. 따라서 과연 담보물의 가치가 하락한 것에 대한 보상을 받는 것에 더하여 권리실행이 지체되는 것에 대한 보상도 받을 수 있을 것인가가 문제된다. 대개 금전에 대해서는 시간상의 이익을 인정하여 이자가 발생하지만, 미국대법원은 제361조의 적절한 보호에는 금전의 시간적 가치의 보호까지 포함되는 것은 아니라고 판시하였다.<sup>44)</sup> 따라서 재산의 가치감소만을 기준으로 보상을 결정한다.

또한 담보물의 가치가 채권액을 초과하는 경우에는 대개 적절한 보호가 존재한다고 할 수 있을 것이다. 그렇지만 이러한 때에도 경우에 따라서는 적절한 보호가 이루어지지 못하였다고 판단하여 자동적 중지로부터 구제를 인정해야 할 수도 있다. 예를 들자면, 담보물의 가치가 채권액의 2배이지만, 채무자가 담보물을 남용하거나 불필요한 위험에 노출시킨다는 등의 독립적인 구제사유가 있으면 자동적 중지의 효과가 부정되어야 한다.

#### iv) 적절한 보호의 실패

일응 적절한 보호는 현재가치와 장래의 예상가치에 대한 평가에 기하여 결정되므로, 그러한 평가가 틀린 것으로 나타나서 결과적으로 권리가 적절히 보호되지 못한 경우가 발생할 수 있다. 제507조(b)항은 이러한 경우 담보채권자를 구제하기 위한 규정이다. 도산관재인이 채권자에게 적절한 보호를 제공하였으나 그 보호가 부적절하게 된 경우에는 그 부족분에 대한 채권은 절차비용채권보다도 우선하는 선순위우선채권(superpriority)이 된다(제507조(a)항).<sup>45)</sup>

### (2) 담보채권액을 초과하는 잉여가치의 결여 및 당해 재산의 갱생에서의 불필요

담보물상 담보채권액을 초과하는 잉여가치가 없고, 그 재산이 채무자의 효율적 갱생에 필요하지 않은 경우에는 자동적 중지로부터 구제를 받을 수 있다(제362조(d)항(2)).

#### ① 담보채권액 초과잉여가치

담보채권액을 초과하는 잉여가치란 그 재산에 대한 모든 부담(encumbrances)을 충족시키고 남는 가치이다. 이러한 잉여가치가 있는 경우에는 무담보채권자의 이익을 위하여 담보물을 매각하여 환가할 수 있다. 따라서 어떠한 재산상 그 재산으로 담보되는 채권액을 초과하는 잉여가치가 있으면, 담보권자 외의 일반채권자들에게도 그 재산의 향배가 영향을 미친다. 따라서 그 재산에 대한 절차 등이 자

44) United States v. Timbers of Inwood Forest, Ltd, 484 U.S. 365 (1988).

45) 뒤의 제4장 III.1. 참조.

동적 중지의 대상이 되도록 할 필요가 있다. 반대로 담보채권액 초과액의 잉여가치가 없으면, 그 재산에 대해 담보권자들이 절차를 진행한다고 하더라도 문제가 될 여지가 크지 않다. 따라서 자동적 중지로부터의 구제를 인정하여 절차가 진행될 수 있는 여지를 인정한 것이다.

## ② 당해재산의 필요성

담보채권액을 초과하는 잉여가치가 없는 경우에, 자동적 중지가 해제되기 위해서는 재산이 채무자의 효율적 갱생에 필요하지 않다는 점을 입증해야 한다. 7장 절차에서는 갱생이 전혀 고려되지 않으므로, 이 요건이 당연히 충족될 수 있다. 11장 절차에서는 대개 채무자가 사업을 계속하면서 갱생계획을 세우고 수행해 나가는바, 그 재산이 채무자의 영업의 불가결한 요소인 경우에 자동적 중지를 해제하여 채무자가 그 재산을 이용할 수 없게 하는 것은 회사의 갱생가능성을 박탈하는 것과 같다. 따라서 이러한 때에는 자동적 중지가 해제될 수 없도록 할 필요가 있다. 가장 대표적인 갱생절차인 11장의 경우를 보면, 채무자가 단지 그 재산이 갱생에서 이용될 것이라는 점을 입증하는 것으로는 부족하고, '효율적 갱생'에 필요하다는 것을 입증해야 한다. 또한 이것만으로는 부족하고, 갱생계획안이 상당한 기간 이내에 인가될 수 있다는 점도 입증하여야 한다.

### (3) 채무자의 유일한 자산인 부동산(single asset real estate)에 관한 사건(제362조(d)항(3)호)

이는 1994년 개정에 따라 자동적 중지로부터 구제의 사유로 추가된 것이다. '채무자의 유일한 자산인 부동산'이란 채무자의 유일한 재산이 하나의 부동산 또는 주택단지(4가구 미만의 주택단지를 제외, 제101조(51B)항)이고, 그 부동산 또는 주택단지가 채무자의 수입의 실질적으로 전부를 발생시키며, 채무자가 그 재산을 운영하는 것 외에는 다른 사업이 없으며, 채무자가 4백만달러 이하의 담보채무를 부담한 경우를 의미한다. 이러한 경우에는 채무자는 담보권실행절차를 막거나 지연시키위해 도산절차개시 신청을 하고, 채무자에 대한 채권의 거의 대부분을 차지하는 담보채권자의 반대에도 불구하고 계획안이 강제적으로 인가되도록<sup>46)</sup> 하려는 경우가 많다. 연방도산법에서는 구제명령일로부터 90일 이내에, i) 채무자가 11장 절차의 개시를 신청하여 인가받을 합리적인 가능성이 있는 계획안을 제출하지 못하였거나 또는 ii) 채무자가 부동산에 대한 채권자의 재산권의 가액에 대한 공정한 시장요율에 따른 이자액 이상의 지급을 시작하지 못한 경우에는 채권자의 신청에

46) 이에 대해서는 뒤의 제7장 IV.2. 참조.

의해 자동적 중지로부터의 구제를 명령할 수 있도록 하였다.

### 3) 입증책임

일반적으로 신청을 하는 경우에는 신청하는 측에서 입증책임을 진다. 그러나 자동적 중지로부터의 구제신청의 경우에는 이와 달리, 신청인은 담보목적물상에 담보채권액을 초과하는 잉여가치가 없다는 것만을 입증하면 되고, 그 외의 모든 점에 대해서는 반대당사자가 입증하여야 한다. 그 이유는 자동적 중지는 채무자나 도산관재인이 입증할 필요가 없이 자동적으로 효력을 발생하는 것이므로 일반적인 사건에서보다 채무자가 유리한 위치에 있다고 할 수 있고, 따라서 자동적 중지의 해제를 청구하는 사건에서는 채무자나 도산관재인이 자동적 중지를 정당화시킬 수 있는 사유를 입증하는 것이 타당하기 때문이다.

### 4) 자동적 중지로부터의 구제의 절차

#### (1) 통지, 심문

제362조(d)항에서는 이해관계인의 신청에 따라, 통지와 심문절차를 거친 후 법원이 자동적 중지로부터의 구제를 결정할 수 있도록 하고 있다. 그러나 일정한 경우는 통지와 심문절차를 거치지 않고 일방적 구제(ex-parte relief)를 하는 것이 가능하다. 즉, 제362조(f)에 따라 당사자 또는 재산에 대하여 회복할 수 없는 손해를 방지하기 위하여 필요한 경우에는 통지를 하지 않고도 자동적 중지로부터의 구제결정을 내릴 수 있다. 이러한 일방적 구제는 손해가 통지와 심문절차 전에 발생하게 될 경우에만 인정된다. 자동적 중지로부터의 구제를 받은 당사자는 도산관재인이나 점유계속채무자에게 즉시 구두의 통지를 하고 구제를 인용하는 결정의 사본을 우송 또는 교부하여야 한다. 채무자 또는 타방당사자는 2일의 통지기간 또는 법원이 이를 단축하는 경우에는 법원이 정한 기간 내에 법원에 출두하여 자동적 중지의 효력의 회복을 신청할 수 있다. 법원은 이 신청에 대해 신속히 심문하여 결정하여야 한다.

#### (2) 30일 원칙

제362조(e)항에 의하면, 자동적 중지로부터의 구제를 신청한 날로부터 30일 이내에 법원이 예비적 또는 종국적 심문절차를 열지 않는 경우에는, 자동적 중지로부터의 구제를 신청한 당사자에 대해서는 자동적 중지가 위의 30일 기간 이후에는 효력을 상실한다.





## 제3장 도산관재인

### I. 7장 절차

7장 절차에서는 일정한 채권자들이 채권자집회에서 도산관재인을 선임할 수 있다. 채권자들이 선임권을 행사하지 않는 경우에는 연방관리인이 선임한다. 이러한 도산관재인의 가장 중요한 직무는 재단을 청산하여 분배하는 것이다.

#### 1. 도산관재인의 선임

##### ① 임시도산관재인(interim trustee)

도산관재인은 원칙적으로 채권자집회에서 선임되어 직무를 개시하므로 그 이전에 재단을 관리할 자가 필요하다. 따라서 제701조는 연방관리인이 임시도산관재인을 임명할 수 있도록 하였다. 채무자가 신청하는 자발적 신청사건에서는 절차개시신청이 제출된 후 즉시 임시도산관재인이 선임되고, 일정 조건을 갖춘 채권자가 도산을 신청하는 비자발적 신청사건에서는 법원이 구제명령을 내린 후에 선임된다. 비자발적 신청사건에서는 법원의 구제명령이 내려지기 전까지는 채무자가 사업을 계속 운영하고 재산을 점유한다. 따라서 이 기간 중에도 재단의 재산을 보호할 필요가 있는 경우에는 채권자의 신청으로 법원은 임시도산관재인을 선임할 수 있다(제303조(g)항). 임시도산관재인은 도산관재인이 선임되기 전까지 도산관재인의 모든 권한을 행사할 수 있다. 채권자집회에서 채권자들이 도산관재인의 선임권을 행사하지 않으면, 임시도산관재인이 도산관재인이 된다.

##### ② 도산관재인(permanent trustee)

일정요건을 갖춘 채권자는 절차개시신청후 최초의 채권자집회에서 도산관재인을 선임할 수 있다. 연방관리인은 구제명령 후 원칙적으로 20일 이상 40일 이내에 제1회 채권자집회를 소집하여야 한다(제341조(a)항, 규칙 제2003조(a)항). 이러한 채권자 집회에서 i) 일반의 채권자에 대해 실질적으로 상충하는 이익을 가지지 않으며 ii) 내부자가 아닌 채권자로서, 그러한 채권자가 가지는 인용되고, 다툼이 없고, 확정된 무담보채권 총액의 20% 이상을 가진 자가 도산관재인의 선임을 요청할 수 있다(제702조). 7장 절차의 경우에는 채권자들이 도산관재인을 선임하는 경우는 많지 않고, 대개는 연방관리인이 도산관재인을 임명한다. 여하간 위의 자격요건을 갖춘 채권자가 선임을 요청한 경우에 실제로 자격요건을 갖춘 채권의

20% 이상을 가진 채권자가 결의에 참여하고, 결의에 참여한 채권총액의 과반수를 득표한 자가 도산관재인으로 선임된다(제702조(c)항).

## 2. 도산관재인의 직무

7장 절차에서 도산관재인의 직무는 제704조에 규정되어 있다. 기본적으로 도산관재인의 임무는 도산재단을 청산하여 이를 분배하는 것이다. 7장 절차의 목적은 가능한 신속하게 재단을 청산하는 것이기 때문에 도산관재인이 재산의 가치를 보존하기 위하여 임시적으로 재산을 관리하는 행위를 하는 경우는 있지만,<sup>47)</sup> 장기적으로 재산을 관리하거나 사업을 운영하는 일은 거의 없다.

재단의 청산이라는 목적을 달성하기 위해 도산관재인은 몇가지 특별한 직무를 수행한다. 예를 들자면 채무자의 업무를 조사하고, 전문가를 고용하여, 무효화 시킬수 있는 재산의 처분행위를 찾아내고, 채권을 조사하고 이의를 제기하며, 재단의 권리에 대해 쟁송을 하며, 채무자의 면책에 대해 이의를 제기하는 등이다. 법원에서 달리 결정하지 않는 이상, 이해관계인이 청구하는 정보를 제공하여야 하며, 법원과 연방관리인에게 계산(accounts)과 보고(reports)를 제출하여야 한다.

## II. 12장과 13장 절차

12장과 13장의 채무조정절차(debt adjustment cases)에서도 도산관재인이 선임되지만, 선임방법이나 역할은 7장 절차와 차이가 난다.

### 1. 도산관재인의 선임

7장 절차에서와는 달리 12장과 13장 절차에서는 연방관리인이 즉시 도산관재인을 임명하도록 하고 있다. 임시도산관재인제도는 없고 채권자가 도산관재인을 선임하는 제도도 없다. 일부 지역에서는 도산관재인이 각 사건별로 지명되지만, 다른 지역에서는 사건의 양이 허용하는 한에 있어서는 연방관리인은 미국법령 제28편 제586조(b)항에 따라 그 지역의 모든 12장과 13장 사건을 관장하는 1인 이상의 상설도산관재인(standing trustee)을 임명할 수 있다. 도산관재인후보자명부에 등재되는 사람의 경우와 마찬가지로 상설도산관재인도 법무부장관이 규정하는

47) 법원은 도산관재인이 사업을 계속 운영하는 것이 재단의 최선의 이익을 위한 것이고, 재단의 순조로운 청산과 배치되지 않는 경우에는 일정한 기간동안 도산관재인이 사업을 계속 운영하도록 허가할 수 있다(제721조).

자격을 갖추어야 한다.

## 2. 도산관재인의 직무

12장과 13장절차의 목적은 채무자의 재단을 청산하는 것이 아니고, 지급계획안의 인가를 받아 채무를 조정하는 것이다. 따라서 도산관재인의 중심적인 역할은 재단 재산의 환가가 아니라, 채무자의 업무를 조사하고, 채권을 조사하고 이의를 제기하며, 부인권을 행사하고, 채무자의 계획에 대해 권고하고 이의 실행을 확보하는 것이다.

11장절차에서 원칙적으로 채무자가 점유계속채무자로서 영업을 계속하며 다른 장 절차에서의 도산관재인의 역할을 모두 하고 있는데 반하여, 12장과 13장절차에서는 채무자가 영업을 계속하는 경우에도 11장절차와는 달리 도산관재인의 감독을 받는다. 즉, 13장의 채무자가 도산당시 영업을 하고 있었다면, 채무자는 도산관재인의 감독하에서 계속적으로 경영을 한다. 12장에서는 점유계속채무자개념이 인정되지만, 이 역시 도산관재인의 감독하에 농업경영을 계속한다.

## Ⅲ. 11장 절차

11장의 갱생절차에서는 도산관재인을 선임하지 않는 것이 일반적인 관행이다. 대신 채무자가, 점유계속채무자로서 법원과 채권자위원회의 감독하에서 도산관재인의 역할을 한다. 연방도산법에서 “도산관재인”이라는 용어를 쓸 때, 11장 절차에서는 다른 사정이 있지 않는 이상은, 점유계속채무자를 의미하는 것으로 이해하여야 한다.

### 1. 도산관재인의 선임

11장 절차에서는 대개 도산관재인을 선임하지 않지만, 법원은 점유계속채무자의 사기, 부정직 또는 부적임 등의 상당한 사유가 있는 경우 또는 채권자나 다른 이해관계인의 권리를 보호하기 위해 필요한 때에는, 이해관계인이나 연방관리인의 신청과 이에 따른 통지와 심문절차를 거쳐 도산관재인의 선임을 명령할 수 있다(제1104조(a)항). 법원의 도산관재인선임명령으로부터 30일 이내에 이해관계인은 도산관재인의 선임을 신청할 수 있고, 신청이 있으면 연방관리인이 채권자집회를 소집하여 여기서 도산관재인을 선임한다(제1104조(b)항). 도산관재인이 선임되면 점유계속채무자는 더 이상 재단의 관리자지위를 가지지 못한다.

## 2. 도산관재인의 직무

11장은 12장, 13장 절차와 마찬가지로 갱생을 위한 제도이므로 점유계속채무자의 의무는 재단의 사업을 운영하고 11장 계획안을 수립하여 완수하는 것이 주된 내용이다. 이에 더하여 점유계속채무자는 7장 절차에서의 도산관재인의 역할중, 재단을 청산하는 것을 제외한 역할을 한다(제1106조).

## 3. 조사인의 선임

도산관재인 선임명령의 신청이 있는 경우에, 법원은 도산관재인의 선임 대신 조사인(examiner)의 선임을 명령할 수 있다(제1104조(c)항). 이해관계인이나 연방관리인이 조사인의 선임을 신청하면, 통지와 심문절차를 거쳐 법원은 조사인의 선임이 채권자, 지분증권소유자 기타 이해관계인의 최선의 이익이 되거나, 또는 채무자의 상품, 용역, 조세 또는 내부자에 대한 채무를 제외한 무담보채무가 500만 달러를 초과하는 경우에는 조사인을 선임할 수 있다. 원래 조사인은 점유계속채무자를 대치하는 것이 아니라 점유계속채무자의 행위와 업무를 조사하기 위해 선임되지만, 법원은 그 역할을 확대하여 도산관재인을 선임하는 것이 과도한 경우에는 조사인을 선임하도록 하고 그에게 도산관재인의 역할의 일부를 맡길 수도 있다.

## 4. 점유계속채무자의 역할

11장 절차에서 점유계속채무자는 보수청구권과 그 외 일부의 권한을 제외하고는 도산관재인의 모든 권리와 권한을 가진다(제1107조(a)항). 도산관재인의 직무중 채무자의 업무를 조사하고 채무자의 활동을 감독하는 것 등은 점유계속채무자가 할 수 없다. 11장 절차에서 그러한 기능은 채권자위원회가 담당한다.

## 제4장 채 권

### I. 채권의 종류와 신고

#### 1. 채권(claim)의 의의

##### 1) 채권의 정의

앞에서도 언급한 것처럼 연방도산법상 채권이란 판결의 유무(reduced to judgment), 금액이 확정되었는가(liquidated, unliquidated), 확정·우발(fixed, contingent), 기한의 도래·미도래, 다툼의 유무, 보통법상의 것인가 또는 형평법상의 것인가, 담보가 있는가 또는 무담보인가를 불문하고 지급을 받을 수 있는 권리 또는 채무불이행으로 인해 지급을 구하는 권리가 발생하는 경우에 채무불이행에 대해 형평법상의 구제를 구할 수 있는 권리를 말하는 것으로 광범위하게 정의되어 있다(제101조(5)항). 이에 의하면 금전적 성격을 가지지 않은 것은 채권이 되지 못한다. 따라서 예를 들자면 채무자의 일정한 행위를 명령 또는 금지하는 유지명령이 금전적 구제방법을 대안으로 수반하지 않는 경우에는 채권이 되지 못한다.

##### 2) 재단에 대한 채권

채권자는 채무자에 대하여 구제명령 이전에 발생한 채권을 가지는 주체를 의미한다(제101조(10)호(A)목). 원칙적으로 구제명령 이전에 발생한 채권만이 재단에 대한 채권이 되고, 구제명령 후에 발생한 채권은 재단과는 관계없이 채무자의 새출발의 근거가 되는 채무자의 재산에 대한 채권이 된다. 그러나 예외적으로 구제명령 후에 발생한 채권도 연방도산법규정에 따라 재단에 대한 채권이 되는 경우가 있다. 가장 대표적으로 재단관리비용채권 또는 영업의 과정에서 발생하는 채권 등이다. 그 이외에 미이행계약의 거절로 인한 채권이나 부인권의 행사로 인해 발생한 채권 등도 구제명령 후에 발생한 채권이지만 재단에 대한 채권이 된다.

### 2. 채권의 신고

#### ① 무담보채권자의 채권의 신고

채권의 신고, 직역하자면 채권에 대한 증거제출(proof of claims)은 채권자가

도산절차에 참가하여 배당을 받기 위해 재단에 대해 채권의 존재를 정식으로 주장하는 것이다. 제501조에서는 채권자는 채권의 신고를 할 수 있다고 규정하고 있다. 연방도산법에서는 “증거”의 제출이라는 용어를 사용하고 있지만, 그 의미는 입증을 한다는 것이 아니라 채권자가 채권이 있다는 것을 진술하는 것, 즉 신고를 뜻한다. 9장과 11장에서 규정하고 있는 예외를 제외하고는 원칙적으로 무담보채권자는 일정기간 이내에 채권을 신고하여야 도산절차에서 배당을 받을 수 있다. 담보채권자는 특정 재산상에 권리를 가지는 것이므로 우선특권을 보호하기 위해 신고를 할 필요가 없다. 그러나 법문이 신고를 할 수 있다는 식으로 규정하고 있으므로, 담보채권자도 채권신고를 하는 것이 금지되지는 않는다.

### ② 채무자에 의한 채권신고

채권자가 채권의 신고를 하지 않는 경우라도, 채권자를 도산절차에 참여시키는 것이 필요한 경우도 있다. 따라서 연방도산법에서는 채권자가 채권의 신고를 하지 않는 경우에는 도산관재인, 채무자, 채무자와 공동으로 책임을 지는 주체 또는 채권자에게 담보를 제공한 주체가 대신 채권의 신고를 할 수 있도록 하고 있다(제 501조(b)항과 (c)항).

### ③ 채권신고를 하지 않은 경우

7장, 12장, 13장 절차에서 배당을 받고자 하는 무담보채권자는 원칙적으로 채권자집회일로부터 90일 이내에 채권을 신고하여야 한다. 90일의 기간 내에 채권자나 또는 채권자를 대신하여 채권의 신고를 할 수 있는 자가 신고하지 않은 경우에는, 채권자는 재단으로부터 배당을 받지 못한다. 또한 당해 채권이 자산과 부채표에 기재되었던 것이고, 채무의 면책적격이 있는 채무인 경우에는, 당해채권에 대한 채무가 면책된다.

## 3. 채권의 인용

### 1) 개 관

채권이나 권리를 적법하게 신고한 경우에는 이해관계인이 이의를 하지 않는 이상 채권은 인용된 것으로 간주된다(제502조(a)항). 이의가 제기된 경우에는 심문 절차를 거쳐 법원이 채권의 유효성과 금액에 대해 결정한다. 우발채권이거나 절차개시신청당시 변제기가 도래하지 않은 채권도 채권전액이 인용될 수 있다.

### 2) 절차개시신청후 발생한 채권의 인용

연방도산법에서는 절차개시후 발생한 채권이라도, 일정한 경우에는 절차개시 전

에 발생한 채권으로 취급하여 인용할 수 있도록 하고 있다.

① 비자발적 신청사건에서 절차개시신청과, 구제명령 또는 도산관재인 선임까지의 사이기간에 채무자의 영업 또는 재무(financial affairs)의 통상적인 과정에서 부담하는 채무(제502(f)).

② 제365조 또는 갱생계획에 따른 미이행계약의 해제로 인해 상대방당사자가 가지는 채권(제502조(g)항).

③ 절차개시 전의 이전행위가 부인되어 양수인이 이전받은 재산을 재단에 반환하여야 함으로써 가지게 되는 채권(제502조(h)항).

### 3) 채권신고에 대한 이의

앞에서 언급한것처럼 채권이나 권리의 신고에 대해서는 이의를 제기할 수 있다. 제558조에 따라 절차개시 전에 채무자가 가지는 항변권은 재단도 행사할 수 있다. 채무자와 재단은 서로 독립한 법적 주체이기 때문에 제558조는 매우 중요한 의미를 갖는다. 도산절차개시 이후 채무자가 항변권을 포기하여도 이는 효력이 없다.

### 4) 채권의 불인용사유

다음 경우에는 채권이 인용될 수 없다.

① 약정이나 법률규정에 따라 채무자에 대해 강제집행할 수 없는(unenforceable) 채권(제502조(b)항(1)호).

② 절차개시신청후 발생한 이자(unmatured interest)채권(제502조(b)항(2)호). 원본은 변제기가 도래하지 않더라도 인용될 수 있지만, 이자채권은 절차개시 전에 발생한 부분만이 인용될 수 있다. 다만 7장 절차에서 재단이 충분한 경우에는 절차개시신청후 발생한 이자도 지급받을 수 있다.

③ 재단의 재산에 대한 조세채권액이 재단이 당해재산에 대해 가지는 권리의 가액을 초과하는 경우(제502조(b)항(3)호).

④ 내부자나 변호사의 서비스제공에 대한 보수채권으로서, 채권액이 서비스의 합리적인 대가를 초과하는 경우(제502조(b)항(4)호).

⑤ 절차개시신청당시 기한이 도래하지 않은 부양료, 양육료 등 채권으로서 제523조(a)항(5)호에 의해 그 채무가 면책될 수 없는 것(제502조(b)항(5)호). 이러한 종류의 채권은 장래에 계속적으로 존속하여 총액을 평가하기가 어렵고 또한 거액인 경우가 많다. 따라서 이러한 채권이 인용되면 재단이 고갈될 우려가 있기

때문에 인용하지 않고, 채무자가 개인적으로 책임지도록 한 것이다.

⑥ 기한미도래의 차임채권도 일정한 액수를 초과하는 경우에는 인용될 수 없다(제502조(b)항(6)호). 채무자가 부동산임대차계약을 해지함으로써 발생하는 손해배상채권이 i) (α) 1년분의 차임 또는 (β) 절차개시신청일과, 임대인이 임대차 물건의 점유를 회복하거나 임차인이 이를 인도한 일중 먼저 도래하는 날로부터 기산하여 산출한 임대차잔존기간의 차임총액의 15%에 해당되는 액으로서 3년분의 차임액을 초과하지 않는 액중 많은 것에, ii) 위의 양일중 먼저 도래하는 날 현재의 미지급차임을 더한 액수를 초과하는 때에는 인용될 수 없다(제502조(b)항(6)호).

⑦ 고용계약의 위반으로 발생한 채권은, 절차개시신청일과 고용계약이 종료한 날중 먼저 도래하는 날로부터 1년간의 임금에 위의 양일중 먼저 도래하는 날 현재 미지급임금의 액을 더한 액수를 초과하는 경우 인용될 수 없다(제502조(b)항(7)호).

⑧ 채무자가 지급하는 임금, 급여, 보수에 관한 고용세에 관해, 적시에 지급하였다면 환급받을 수 있었을 것인데, 납부지연에 의해 환급받지 못함으로써 발생한 채권은 인용될 수 없다(제502조(b)항(8)호).

⑨ 적시에 신고되지 않은 채권은 원칙적으로 인용될 수 없다(제502조(b)항(9)호). 다만, 7장에서는 기간도과후이지만, 유예기간내에 신고된 채권과, 구체명령일로부터 180일 이내에 신고된 정부기관의 채권은 예외로 하고 있다.

#### 4. 장래의 구상권자의 채권

채무자에게 보증인이 있는 경우에는 채권자가 보증인으로부터 변제를 받을 수 있으므로, 도산절차에서 채권신고를 할 유인이 부족하다. 따라서 연방도산법에서는 채무자에 대하여 구상권을 가지는 자도 채권신고를 할 수 있도록 하고 있다. 공동불법행위자, 보증인, 담보제공자 등이 여기에 해당될 수 있다. 이들은 제502조에 따라 자신의 고유한 권리로서 채권신고를 할 수도 있고, 제509조에 따라 채권자를 대위하여 할 수도 있다. 자신의 고유한 권리로서 하건 또는 대위한 경우이건, i) 원래의 채권이 인용되지 않은 때에는 구상권자의 채권도 인용될 수 없다(제502조(e)(1)) ii) 보증인 등이 권리를 주장할 수 있기 위해서는 실제로 채권자에게 변제를 했어야 한다.

절차개시신청후 보증채무가 이행되거나 담보제공자가 담보물을 인도한 경우, 이



러한 때에는 채권이 인용될 수 있도록 하기 위해 구상채권을 절차개시신청 전에 발생한 것으로 간주한다(제502조(e)항(2)호). 대위의 경우에는 원래채권자의 채권발생일이 기준이 되므로, 위와 같은 간주규정이 필요없다.

## 5. 우발채권(contingent) 또는 금액미확정채권(unliquidated claim)의 평가

우발채권이나 금액미확정채권은 시간이 경과하여야 금액이 확정되거나 발생여부가 확정되게 된다. 그러나 이러한 채권이 확정되기를 기다리게 되면 절차가 지연된다. 예를 들자면 복잡한 문제가 있는 독점금지법이나 증권거래법 위반에 대한 손해배상청구권이라든가, 주법원에서 재판이 오래 걸리는 불법행위에 의한 손해배상청구권 등의 경우가 대표적인 예이다. 따라서 제502조(c)항에서는 채권액의 확정을 기다림으로써 사건이 부당하게 지연되는 경우에 이들 채권을 평가하여 처리하여야 한다고 규정하고 있다.

## II. 담보채권

### 1. 개 관

연방도산법상 담보채권으로는 우선특권(lien)과, 채권자가 상계를 할 수 있는 채권이 있다(제506조(a)항). 우선특권보유자의 담보권실행은 자동적 중지에 의해 중지되지만, 우선특권보유자는 '적절한 보호'를 받고, 담보의 가치를 한도로 하여 채권 전액을 변제받을 권리가 있다. 채권자가 채무자에게 채무를 부담하는 경우에는 제553조에 따라 상계를 할 수 있는 경우가 있다. 상계된 범위 내에서는 채권자는 자신의 채권을 변제받는 것과 동일한 효과를 얻을 수 있으므로, 상계가능액을 한도로 하여 담보채권을 가진다.

### 2. 담보채권에 대한 취급

#### 1) 담보부족채권(undersecured claims)

제506조(a)항은 담보목적물의 가치가 채권액보다 부족한 경우와, 그렇지 아닌 경우를 구분하여 규율하고 있다. 담보목적물의 가치가 채권액보다 부족한 경우에는 채권액 전액이 담보채권이 되는 것이 아니고, 담보의 가치까지만이 담보채권이 된다. 담보목적물의 가치가 부족한 부분은 무담보채권으로서 처리된다.48)

## 2) 담보초과채권(oversecured claims)

담보목적물의 가치가 채권액을 초과하는 경우에는, 채권자는 채권전액을 변제받을 수 있다. 이 경우에는 채권에 대한 변제가 완료될 때까지의 이자와, 당해 채권을 발생시킨 합의에 규정된 합리적인 수수료, 비용 기타 부담금을 지급받을 수 있다(제506조(b)항).<sup>49)</sup> 다만 이는 담보목적물의 가치가 채권액을 초과하는 초과분의 범위 내에서만 인정된다. 이러한 이자 및 비용을 공제하고도 초과분이 있는 경우에는 그 초과분은 당해 재산상에 후순위의 권리가 있는 경우에는 그 자에게, 그렇지 아니한 경우에는 재단에 귀속하게 된다.

## 4) 담보채권의 신고

담보채권자도 채권신고를 하는 것이 보통이지만, 채권신고를 하지 않는 경우에도 담보권을 상실하는 것은 아니다(제506조(d)항(2)호). 다만 담보부족분에 대한 채권에 기해 배당을 받을 수 없게 될 뿐이다. 채권신고에 의해서는 담보부족액까지도 포함하여 채권전액이 확정된 것일 뿐이고, 실제로 담보목적물의 가치로 담보된 '담보'채권액이 확정된 것은 아니다.

## 5) 담보목적물 가치의 평가

담보목적물의 가치를 한도로 하여 그 한도까지만을 담보채권으로 보므로, 담보목적물의 가치가 얼마로 평가되는가는 중요한 문제이다. 담보목적물의 평가는 여러 경우에 이루어지게 된다. 담보채권자가 자동적 중지로부터의 구제를 구하는 경우에 당해재산에 담보채권액을 초과하는 잉여가치가 있는가를 결정할 때(제362조(d)항(2)호(A)목), 채무자가 제공하여야 하는 적절한 보호의 액의 판단(제361조), 점유계속채무자가 새로이 용자를 받기 위해 기존의 담보권과 동순위 또는 우선순위의 담보권을 설정하는 것이 상당한가를 결정하는 경우(제364조(d)항), 11

48) 11장 절차에서는 여기에 대해 예외가 인정된다.

49) 이 경우 이자율에 대해서는 연방도산법에서 규정하고 있지 않다. 대부분의 판례에서는 당사자의 약정이율을 인정해 주고 있다. *In re Hamilton Associates, Inc.*, 66 B.R.674 (Bkrcty.D. Nev. 1986) 반대로 법원에서 당사자의 약정을 무시하고 "합리적인 이자율"을 정하는 경우도 있다. *In re Laya*, 69 B.R. 669 (Bkrcty.E.D.N.Y. 1987) 또한 일부 법원에서는 계약상의 우선특권에 대해서만 이자를 인정해 주고, 사법절차상의 우선특권과 같이 합의에 의하지 아니하는 우선특권에 대해서는 이자를 인정하지 않았다. 그러나 대법원은 모든 담보초과채권에 대해 이자를 인정하는 것으로 해석하였다. *United States v. Ron Pair Enterprises, Inc.*, 489 U.S. 235 (1989).

장 절차의 계획안 인가요건중 채권자에게 지급되어야 할 액의 결정(제1129조(a)항(7)호), 담보초과채권이므로 이자까지도 지급받을 수 있는지 여부의 결정 등등에서 담보목적물의 가치평가가 필요하다.

그런데 연방도산법에서는 담보의 가치, 더 정확하게 말하자면 재단이 담보목적물에 대해 가지는 권리의 가치평가는 평가의 목적에 따라 달리 할 수 있다고 규정하고 있다(제506조(a)항). 11장 절차에서 계획안에 부동의하는 조가 있는 경우에 계획안의 강제적 인가를 할 수 있는가를 결정하는데 있어서는 청산가치(liquidation value)가 아니라 수익환원법에 의해 산출한 계속기업가치(going concern value)에 의하여야 하지만, 그 이외의 경우에는 각각의 사건에서 평가의 목적과 제반상황을 고려하여 합리적인 방법에 의한다. 최고이용가격(best use value), 재조달가격(replacement value), 공정한 시장가격(fair market value), 경매가격(forced sale) 등 여러 가지일 수 있다.

또한 어떠한 담보채권자가 가지는 담보채권의 액이 절차개시시부터 종결시까지 일정액으로 확정되어 있는 것도 아니다. 인용채권액(담보부족액도 포함하여 피담보채권전부의 액)은 확정되지만, 담보채권액은 변화하는 것이다. 따라서 일정한 시점에서 평가가 이루어져야 할 것인데, 그 평가시점도 평가의 목적에 따라 달라질 수 있다. 계획안에 관련한 평가의 시점은 계획안의 발효일을 기준으로 하고, 적절한 보호의 유무의 판단은 그 보호를 구하는 시점이 평가의 시점이 되고, 사건의 계속중에 담보목적물을 매각하는 때에는 그 매각시가 평가시점으로 될 수 있다.

#### 6) 담보목적물로부터 담보목적물의 관리·환가비용의 상환 (제506조(c)항)

도산관재인이 담보목적물을 처분하거나 관리하는데 비용을 부담하는 경우에는, 비용부담이 채권자의 이익이 되는 범위 내에서 담보목적물의 가치에서 이를 회수할 수 있다. 비용부담의 주된 목적이 담보채권자의 이익을 위한 것이 아닌 경우에는 법원은 도산관재인이 위의 비용을 상환받을 수 없다고 하는 경우가 많다.<sup>50)</sup>

### III. 채권의 순위

도산의 경우에는 대부분 채무초과인 경우가 많으므로, 채권을 전부를 변제할 수 없는 경우가 대부분이다. 따라서 채무자의 재산을 채권자간에 어떻게 분배할 것인가가 문제된다. 연방도산법은 담보채권과 무담보채권을 구분하여 담보채권을 우선

50) *In re Cascade Hydraulics and Utility Serv. Inc.*, 815 F.2d 546 (9th Cir. 1987).

시키고, 무담보채권은 그 내용에 따라 순위를 정하여 배당을 받도록 하였다. 따라서 7장 절차에서는 재단의 청산으로 환가된 자금을 채권의 순위에 따라 배당한다. 순위가 높은 채권에 대해 먼저 배당이 되고 남는 것이 있는 경우 다음 순위의 채권에 대해 배당이 된다. 대부분의 도산재단은 채무초과이므로 순위가 높은 채권자만이 배당을 받고 순위가 낮은 채권자는 지급을 받지 못하는 경우가 많다.

11장 12장 13장 절차에서는 당장 채무자의 재산을 배당하는 것은 아니지만, 채권의 순위는 역시 중요한 의미를 가진다. 일반무담보채권은 만약 7장에 따라 청산을 한다면 일반무담보채권자가 수령할 금액을 기준으로 하여, 갱생계획안에서 적어도 그 금액 이상의 변제가 제안되어야 계획안이 인가될 수 있기 때문이다(제 1129조(a)항). 따라서 이하에서는 채권자 간의 이해조정에서 기초가 되는, 7장 절차에서의 채권의 순위에 대해 간단히 살펴본다.

## 1. 일반우선채권

제507조(a)항은 일정한 범주의 채권을 “우선채권(priority claims)”으로 규정하고, 다른 일반의 무담보채권보다 먼저 만족을 얻을 수 있도록 하고 있다. 우선채권으로는 다음 9가지가 규정되어 있는데, 그 규정순서에 따라 먼저 변제를 받을 수 있다.

### 1) 1순위: 절차비용채권(제507조(a)항(1)호)

제503조(b)항에서 규정하고 있는 재단관리비용(administrative expenses)과 미국법 28편의 제123장에 따라 재단에 대해 부과되는 수수료와 요금채권이 절차비용채권이다.

#### (1) 재단관리비용

재단관리비용이란 제503조(b)항에서 규정하고 있는 다음과 같은 비용을 말한다.

- ① (A) 예를 들자면 피용자가 절차개시후 제공한 서비스에 대한 급료, 절차개시 후의 차임 등과 같이 재단을 보존하기 위해 필요한 실제비용(actual and necessary costs of preserving the estate)(제503조(b)항(1)호(A)목)
- (B) i) 제507(a)(8)에 정한 조세를 제외하고 재단이 부담해야할 조세 또는 ii) 그 대상인 과세연도의 종기가 절차개시의 전인가 또는 후인가를 불문하고, 재단이 수령한 假還給調整(tentative carryback adjustment)이 과다하였기 때문에 부과된 조세(제503조(b)항(1)호(B)목)

- (C) 위의 ②의 조세와 관련한 벌금, 과료 및 貸邊의 감액(reduction in credit)(제503조(b)항(1)호(C)항)
- ② 제330조(a)항에 따라 지급하여야 할 보수와 실제비용(제503조(b)항(2)호)
- ③ 다음의 자가 부담한 실제로 소요된 비용으로서, 위의 ④에 규정된 자가 부담한 것을 제외한 것(제503조(b)항(3)호).
  - (A) 제303조에 의해 절차개시를 신청한 채권자
  - (B) 재단을 위해 채무자가 이전 또는 은닉한 재산을 법원의 허가를 얻어 환수한 채권자
  - (C) 채무자에 대한 연방도산법상의 절차, 또는 채무자의 영업 또는 재산과 관련한 범죄의 소추를 한 채권자
  - (D) 9장 또는 11장 절차에서 실질적으로 기여한 채권자, 사채의 수탁회사, 지분증권소유자, 또는 채권자나 지분증권소유자를 대표하는 위원회. 다만 제1102조에 따라 선임된 위원회는 제외한다.
  - (E) 제543조에 의해 도산관재인을 대신하는 관리인. 그 관리인에 대한 보수를 포함한다.
  - (F) 제1102조에 따라 선임된 위원회의 위원으로서, 그 위원회의 의무를 이행하기 위해 비용을 부담한 자.
- ④ 위의 ③에 해당되는 자가 부담한 비용이 인용된 경우, 그 자를 위한 변호사, 회계사가 제공한 전문적 서비스에 대한 합리적인 보수 및 그 변호사, 회계사가 지출한 비용(제503조(b)항(4)호)
- ⑤ 9장, 11장 절차에 실질적으로 기여한 사채의 수탁회사의 서비스에 대한 합리적 보수(제503조(b)(5))
- ⑥ 미국법령 28편 제119장에 따라 지급되어야 할 요금, 운임(제503조(b)항(6)호)

(2) 재단관리비용과 관련된 몇가지 문제점

재단관리비용은 일반적으로 절차개시 이후에 발생한 것으로 한정되므로, 재단관리비용채권이 언제 발생할 것인가의 판단이 문제될 수 있다. 예를 들자면, 도산한 회사의 고문이 도산 전후의 1년간에 걸쳐서 서비스를 제공한 경우 등에 있어서 그의 보수채권이 재단관리비용채권으로서 우선적으로 만족을 얻을 수 있을 것인가? 법원은 절차개시 이후에 제공된 서비스에 대한 보수만을 재단관리비용으로 인정하였다.<sup>51)</sup> 그러나 경우에 따라서는 절차개시전에 제공된 서비스가 재단에 이익이 되

는 경우도 있는바, 이러한 경우에는 예외적으로 재단관리비용으로 인정하기도 한다.<sup>52)</sup> 또한 재단관리비용으로 인정받기 위해서는 비용의 지출이 재단에 이익이 되었음이 입증되어야 한다. 앞에서 언급한 임금이라든가, 차임과 같은 것은 일반적으로 이러한 요건을 충족시킬 수 있다.

## 2) 2순위: 비자발적 신청사건에서 '사이' 기간에 발생한 무담보채권(제507조(a)항(2)호)

2순위의 우선채권은 비자발적 신청일과, 도산관재인이 선임이나 구제명령(order for relief)일중 먼저 도래하는 날 사이에 채무자의 영업과 채무의 통상적인 과정에서 발생하는 채권이다(제502조(f)항). 이와 같은 사이기간에, 비자발적 신청이 있는 것을 모르고 거래한 채권자 뿐만 아니라 이를 알면서 채무자와 계속 거래한 채권자도 보호된다.

## 3) 3순위: 임금채권 등(제507조(a)항(3)호)

(A) 휴가급여, 퇴직금, 병가기간중의 급여를 포함하여 인용된 개인의 임금, 급여, 수수료채권은 우선권이 있다. 다만, 절차개시신청일 또는 채무자의 영업정지일중 먼저 도래한 날 이전의 90일 이내의 것으로 한정되고, 4,000달러를 한도로 하여 우선권이 인정된다. 이는 임금채권자를 보호하기 위한 것이고, 따라서 임금채권이 양도된 경우에도 우선순위가 계속 인정된다.<sup>53)</sup>

(B) 개인이나, 종업원이 1인인 회사가 채무자의 영업의 통상적인 과정에서 상품이나 용역을 판매하는 계약을 체결하여 취득한 판매수수료채권도 우선순위가 인정된다. 임금채권과 마찬가지로 기간과 액수의 제한을 받는 외에, 위의 90일 기간 직전의 12개월간 그 개인 또는 회사가 독립적 계약자로서 물건과 용역을 판매함으로써 취득한 액수의 75% 이상이 채무자와의 거래에서 발생한 경우로 한정된다.

## 4) 4순위: 종업원을 위한 사회보험의 보험료채권(제507조(a)항(4)호)

종업원을 위한 사회보험의 무담보의 보험료채권으로서, 절차개시신청일과 채무

51) *In re Amarex*, 853 F.2d 1526(10th Cir., 1988).

52) 절차개시신청 전에 변호사의 조언을 받은 경우에 법원은 이를 재단관리비용으로 인정하였다. *In re Russell-Taylor, Inc.*, 59 B.R. 871 (Bkrcty. W.D. Va. 1986). 그러나 서비스의 제공이 전체적으로 또는 부분적으로나 절차개시신청 후에 이루어졌을 것을 요구하는 경우가 훨씬 많다. *In re Consolidated Oil & Gas, Inc.*, 110 B.R. 535 (Bkrcty. D. Colo. 1990).

53) Carl Felsenfeld, *supra* note 32, p.83.

자의 영업정지일중 먼저 도래하는 일 직전 180일 이내에 제공된 노무에 대해 발생한 것에는 우선순위가 인정된다. 우선순위가 인정되는 채권액은, 각 사회보험의 피보험자인 종업원의 수에 4,000달러를 곱한 금액에서, 채무자가 제507조(a)항(3)호에 따라 종업원에게 우선적으로 지급한 임금채권액의 총액과 채무자가 당해 종업원을 위하여 다른 사회보험에 납입한 금액을 공제한 액으로 한정된다.

5) 5순위: 곡물생산자와 어부의 채권(제507조(a)항(5)호)

곡물저장시설을 소유 또는 운영하는 채무자와 거래한 곡물생산·재배업자와, 어류의 저장 또는 가공시설을 소유 또는 운영하는 채무자와 거래한 미국 어부의 인용된 무담보채권은 각 개인당 4,000달러를 한도로 하여 우선권이 인정된다. 이는 부패하는 물건의 혼장에서 발생하는 문제를 해결하기 위한 것이다.

6) 6순위: 소비자의 예탁금채권(제507조(a)항(6)호)

도산절차개시 전에 개인이나 가족 또는 가계용으로 재산은 매수, 임차 하는 것 또는 서비스를 제공받는 것과 관련하여 채무자에게 금전을 예탁하였지만, 그 물건 또는 서비스를 제공받지 못함으로 인해서 가지게 되는 채권으로서, 1,800달러를 한도로 한다.

7) 7순위: 배우자나 자녀의 이혼부양료, 양육료채권  
(제507조(a)항(7)호)

별거합의, 이혼결정 기타 법원의 명령, 재산분여계약에 따른, 채무자의 배우자, 전배우자, 자녀의 이혼부양료, 양육료 채권. 이 채권은 타인에게 양도된 경우에는 우선권이 인정되지 않는다.

8) 8순위: 일정한 조세채권(제507조(a)항(8)호)

소득이나 총수입에 따라 부과되는 조세, 재산세, 어떤 자격인가를 불문하고 채무자가 원천징수하여야 하고 지급책임을 지는 조세, 고용세(employment tax), 일정한 물품세(excise tax), 관세로서 일정한 기간 내의 것과, 앞에서 언급한 조세채무를 불이행한 데 대해 부과되는 벌금.

9) 9순위: 연방예금규제기관의 채권(제507조(a)항(9)호)

채무자가 연방예금규제기관(federal depository institutions regulatory agency)

에 보험가입된 은행이나 저축대부기관(Savings and Loans Association)의 자본을 유지하기 위해 일정한 약정을 한 경우, 연방규제기관이 그 약정에 기해 가지는 채권.

## 2. 담보채권보다 선순위이거나 또는 우선채권에 우선하는 채권

### 1) 先順位 우선채권(super priority claim)(제507조(b)항)

담보채권자는 자동적 중지로 말미암아 즉시 담보실행절차를 밟을 수 없다. 이와 같이 담보실행절차가 연기되는 동안 담보의 가치가 하락하는 등 여러 가지 사유로 채권자가 손해를 입을 수 있다. 따라서 연방도산법은 이러한 위험을 채권자에게 부담시키지 않게 하기 위해 “적절한 보호”를 제공할 것을 요구하고 있다(제361조). 적절한 보호가 제공되는 경우에만 담보채권자의 담보물에 대한 권리가 중지되거나 변경될 수 있다. 그런데 적절한 보호가 제공되었다는 전제하에서 담보채권자의 담보목적물에 대한 권리를 중지하거나 변경하였는데, 법원의 판단이 틀려서 담보채권자가 적절히 보호되지 못하고 경제적 이익이 감소하는 경우가 발생할 수 있다. 제507조(b)항은 적절한 보호의 실패로 인하여 담보채권자가 채권을 가지는 경우에는, 그 채권을 일반우선채권보다 먼저 변제받을 수 있도록 하였다.

### 2) 채무자에 대한 신용공여

채무자의 사업을 운영하기 위해서 도산관재인이 새로이 신용을 얻어야 하는 경우가 있다. 그런데 도산한 채무자에게 신용을 공여하는 경우에는 그 회수가 불확실한 것이 거의 대부분이므로, 연방도산법에서는 이러한 채권이 우선적으로 변제될 수 있도록 함으로써 절차개시신청 이후에도 신용을 얻는 등 기타 채무부담이 가능하도록 배려하고 있다.

#### (1) 재단관리비용채권과 같은 순위를 가지는 신용공여(제364조(a)항과 (b)항)

##### ① 영업의 통상적인 과정에서의 대출 등의 신용공여

제364조(a)항에 따라, 도산관재인은 영업의 통상적인 과정에서 대출을 받거나 기타 신용을 제공받음으로써 무담보채무를 부담할 수 있다. 이는 재단관리비용(제503조(b)항(1)호)으로서 인정된다. 이 범주에 속하는 채권의 전형은 물품공급자가 가지는 채권이다. 물품공급업자에 대한 채무는 영업의 통상적인 과정에서 부담한 것이라는 점에 의문이 없기 때문이다.



## ② 영업의 통상적인 과정 외에서의 대출 등의 신용공여

제364조(b)항에 따라 도산관재인은 통지와 심문절차를 거친 후 법원의 허가를 얻어, 영업의 통상적인 과정 외에서 채무를 부담할 있는데, 이것도 또한 재단관리 비용으로서의 순위를 인정받는다.

(2) 超先順位 우선채권(super-super priority, ultra priority)  
(제364조(c)항(1)호)

도산관재인이 신용을 얻으려고 할 때, 재단관리비용으로서의 순위만을 인정해주는 것으로서는 신용을 제공받을 수 없는 경우가 많다. 따라서 이러한 경우에는 신용을 공여한 채권자에게 좀 더 유리한 지위를 인정해 줄 필요가 있다. 따라서 제364조(c)항(1)호에서는, 통지와 심문절차를 거치고 법원의 허가를 얻어, 도산관재인이 제503조(b)항 또는 제507조(b)항의 우선채권보다 먼저 변제되어야 하는 채무를 부담할 수 있도록 하였다.

초선순위 우선채권은 단순히 재단관리비용보다 선순위가 인정될 뿐만 아니라, 제507조(b)항에 따라 우선특권으로 담보된 채권자에 대해 적절한 보호가 이루어지지 못한 경우에 인정되는 선순위우선채권보다도 먼저 변제받을 수 있다.

(3) 우선특권으로 담보되는 신용공여  
(제364조(c)항(2)호, (c)항(3)호 및 (d)항)

앞의 두가지 우선순위가 인정되어도 신용을 얻는 것이 어려운 경우에는, 통지와 심문절차를 거치고, 법원의 허가를 얻어 그러한 채권에 대해 우선특권을 인정받을 수 있다. 제364조(c)항(2)호에서는 다른 우선특권에 대해 담보물로 제공되어 있지 않은 재산상에 우선특권을 인정할 수 있다고 규정하고 있다. 그조차 여의치 않은 경우에는 다른 우선특권에 대해 담보물로 제공되어 있는 재산에 대해서도, 그 우선특권보다 후순위(제364조(c)항(3)호) 또는 경우에 따라서는 동순위 또는 선순위의 우선특권을 인정할 수도 있다(제364조(d)항(1)호). 다만 제364조(d)항의 동순위 또는 선순위의 우선특권은 i) 도산관재인이 이 방법 외에는 신용을 얻을 수 없을 것(제364조(d)항(1)호(A)목) ii) 기존의 우선특권자에 대한 적절한 보호가 제공되는 경우에만 인정될 수 있다(제364조(d)항(1)호(B)목). 적절한 보호가 제공되었는가는 도산관재인이 입증하여야 한다(제364조(d)항(2)호).

### 3. 후순위채권(Subordination of Claims)

후순위채권은 다른 채권자가 먼저 변제를 받기 전에는 변제받을 수 없는 채권이다. 후순위채권은 당사자간의 합의로 발생할 수도 있고, 도산법원이 형평법상의 후순위(equitable subordination)의 원칙에 따라 특정채권을 다른 채권에 후순위로 할 수도 있다. 당사자가 합의로 특정채권을 후순위로 하는 이유는 후순위채권의 이자율이 높기 때문이다. 제510조(a)항은 당사자간에 체결된 후순위의 합의를 인정하고 있다. 따라서 도산법 이외의 법에서 당사자간의 후순위의 합의에 인정되는 효력을 도산절차에서도 강제할 수 있다.

또한 제510조(c)항(1)호는 도산법원이 특정한 담보 또는 무담보채권을 형평의 원칙에 기하여 다른 채권보다 후순위로 할 수 있다고 하고,<sup>54)</sup> 이와 같이 후순위로 된 채권이 우선특권으로 담보되어 있는 경우에는 모순이 발생하므로 제501조(c)항(2)호는 후순위채권을 담보하는 우선특권을 재단에 양도할 것을 명령할 일반적인 권한을 가지고 있다고 규정함으로써 우선특권의 효력을 소멸시킨다. 이와 같은 형평법상의 후순위는 대개 i) 채권자가 형평에 어긋나는 행동을 하였을 것 ii) 그러한 행동으로 채권자가 손해를 입었거나, 또는 형평에 어긋나는 행위를 한 자가 불공정한 이익을 얻었을 것 iii) 도산법 규정을 위반하는 것이 아닐 것이라는 요건을 충족하는 경우 적용된다.<sup>55)</sup>

또한 제510조(b)항은 채무자 또는 채무자의 관련자의 증권의 매매의 취소 또는 그 증권의 매매로 인해 발생한 손해배상청구권, 그러한 채권으로 인해 인용된 상환청구권, 출자청구권을, 그 증권으로 표창되는 채권이나 권리와 동순위 또는 우선순위를 가지는 모든 채권에 후순위로 한다. 이 조항은 주주가 증권법상의 소송을 제기함으로써 쉽게 채권자의 지위를 가지는 것을 방지하기 위한 것이다.

### 4. 7장 절차에서의 일반무담보채권에 대한 변제

모든 우선권 있는 채권이 변제된 후에 남은 재산은 7장 절차에서는 제726조에

54) 예를 들자면, A가 100만달러를 투자하여 사업을 시작하는 경우, 10달러 만을 자본으로 출자하고 나머지 9만9천9백9십달러는 회사에 대출한 것으로 한 경우를 상정해 보자. 이 회사에 B가 100만달러를 대여하여 주었는데, 회사가 도산하여 7장 절차에 들어가게 되었다. 회사의 자산이 150만달러밖에 없는 경우에는 도산법의 일반적인 원칙에 따르면 A와 B가 채권액에 따라 함께 배당을 받게 된다. 그러나 형평의 원칙상 법원은 A를 주주로 취급하여 A의 채권을 B의 채권보다 후순위로 할 수 있다.

55) *In re Mobile Steel Co.*, 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977).

따라 배당되고, 11장과 13장 절차에서는 갱생계획에 따라 처리된다. 일반무담보 채권은 다음 순위에 따라 배당을 받게 된다.

① 채권신고기간 내에 신고한 채권

7장 절차에서는 제726조(a)항(2)호에 의하여, 우선권 있는 채권에 대한 변제가 이루어지고 난 후에 남은 재산은 소정의 기간 내에 채권신고를 한 일반무담보채권의 변제에 사용된다. 소정의 기간 후에 채권의 신고를 하였으나, i) 채권자가 소정의 기간내에 채권신고를 할 수 있는 시기에 통지를 받지 못했고 도산사건의 계속을 알지 못하였으며 ii) 배당은 가능하도록 한 기간 내에(즉 모든 배당이 완료되기 전에) 채권의 신고가 이루어진 경우에는 채권신고기간 내에 신고한 채권과 마찬가지로 취급된다.

② 채권신고기간을 도과하여 신고한 채권

채권자가 채권신고기간에 대한 통지를 받았거나 알고 있으면서, 소정의 기간내에 채권을 신고하지 않은 경우(제726조(a)항(3)호). 그러나 채권이 인용될 수 있는 기간 내에 신고되었을 것이 요구된다.

③ 벌금, 과료, 몰수 등

구제명령일 또는 도산관재인 선임일중 먼저 도래한 날 전에 발생한 벌금, 과료, 몰수(forfeiture), 배액배상(multiple damages), 징벌적 손해배상채권(제726조(4)호). 위의 채권이 그러한 채권소지인의 실제의 금전적 손해액에 대한 배상채권인 경우에는 소정 기간 내에 신고된 채권으로 취급된다.

④ 절차개시후 발생한 이자

절차개시일로부터 배당일까지의 제726조(a)항(1)호, (2)호, (3)호, (4)호에 규정된 채권(즉, 일반무담보채권)에 대한 법정이율에 의한 이자채권(제726조(a)항(5)호)이다. 담보채권에 대한 이자는 앞에서 설명한 것처럼 제506조(b)항에 따라 담보의 초과분이 있는 범위 내에서는 먼저 변제된다.

⑤ 예외

이와 같은 순위의 적용에는 약간의 예외가 있다. i) 원래 동일순위에 속하는 채권 간에는 채권액에 따라 안분비례에 의해 배당되어야 하지만, 11장 12장 13장 절차에서 7장 절차로 이행한 경우에는 7장 절차와 관련하여 부담한 재단관리비용채권이 다른 장의 절차와 관련하여 부담한 재단관리비용채권에 우선한다(제726조(b)항). ii) 제510조에 의하면 도산법 이외의 법령에 의하여 채권을 후순위로 하는 특약(subordination)이 유효하여 강제할 수 있는 경우 또는 법에 의해 채권이 후순위로 되는 경우에는 위의 배당순서에 예외가 된다.



## 제5장 도산재단

### I. 재단의 구성

#### 1. 재단의 개념

자발적 신청사건 또는 비자발적 신청사건을 불문하고 도산법상의 절차가 개시되면 재단(estate)이 창설된다(제541조(a)항). 재단은 채무자와는 별도의 법적 존재로서, 채무자의 재산은 재단에게로 인도되어, 청산사건에서는 채무자에게 분배되고 갱생사건에서는 갱생의 기초가 된다. 재단이 창설되면 채무자는 그 이전에 가지고 있던 재산상의 모든 권리를 도산절차개시시로부터 박탈당하게 된다. 7장의 도산절차가 개시되어 재단이 창설되면 채무자는 양도할 수 있는 권리 및 기타 재산을 모두 도산관재인에게 인도하여야 한다. 11장 절차에서는 채무자가 점유계속 채무자로서 점유를 계속하는 경우가 대부분이지만, 통상의 영업과정에서만 재산을 양도할 수 있다. 뿐만아니라 채무자와 거래하는 자는 채무자가 재산에 대한 권리를 상실하였다는 것을 통지받을 권리가 있다.

재단이 창설됨과 동시에 7장의 채무자는 새로이 수익을 얻거나 기타 재산을 취득할 수 있다. 이와 같이 취득한 재산과 재단에서 제외된 재산 및 도산관재인이 포기한 재산은 채무자의 "새출발"의 기초가 된다.

#### 2. 재단재산의 범위

##### 1) 재단재산

어떠한 재산이 재단재산이 되는가에 대해서는 제541조에서 규정하고 있다. 연방 도산법 제541조에서는 재단에 포함되어야 할 재산에 대해 규정을 하고 있지만, 실질적으로 재단에 포함되는 재산인가 여부의 결정은 주법 등 도산법 이외의 법이 적용되어 이루어지는 경우가 많다. 예를 들어 신탁의제(constructive trust)된 재산은 재단재산으로 포함되는데, 어떠한 것이 신탁의제인가는 주법에 따라 결정되게 된다. 따라서 어떠한 권리가 재단재산이 되는가가 각 주법에 따라 달라질 수도 있다.

① 보통법 및 형평법상의 권리(legal and equitable interest)(제541조(a)항

## (1)호)

제541조(a)항(1)호은 절차개시 당시 채무자가 재산에 대하여 가지는 모든 보통법상 또는 형평법상의 권리가 재단재산이 된다고 규정하고 있다. 이러한 권리의 예로서는, 가족의 차에 대한 소유권, 기계나 장비와 같은 유체물에 대한 권리, 계약이나 영화각본과 같은 무체물에 대한 권리, 타인에게 임대한 재산에 대한 권리, 임차인으로서의 권리, 소송에서의 권리, 담보권자로부터 담보물을 환수(redeem)할 수 있는 형평법상의 권리 또는 신탁수익을 수령할 수 있는 권리, 채무자가 양도할 수 있는가를 불문하고 미확정의 이자와 장래의 이자에 대한 권리 등을 들 수 있다.<sup>56)</sup>

## ② 부부공유재산(community property)(제541조(a)항(2)호)

i) 채무자가 부부공유재산을 단독, 동등하게 또는 공동으로 관리하고 지배하는 경우나 ii) 부부공유재산이 채무자 또는 채무자와 그의 배우자에 대한 채권에 책임이 있는 경우에는 그 책임의 범위 내에서, 일방배우자에 의한 절차개시신청으로 부부공유재산에 대한 권리 전부가 그 일방배우자의 도산재단에 포함되게 된다.

## ③ 재단이 반환받은 재산(제541조(a)항(3)호)

연방도산법에서는 채무자가 절차개시신청 전에 재산을 양도하였을 때 이를 반환받을 수(recover) 있는 경우를 여러 가지 규정하고 있다. 이와 같이 도산법의 정신에 위배되는 양도가 부인되는 경우에는, 재산의 반환이 절차개시 후에 이루어져어도 당해 재산이 재단재산이 된다. 제541(a)항(3)호에서는 재단이 반환받는 재산으로 i) 채무자가 변호사에게 과도하게 지급한 것(제329조(h)항) ii) 경매참가자들간의 합의로 가격을 담합하여 매각된 재단재산(제363조(n)항) iii) 재산을 양도받은 관리인이 재단에 인도하는 재산(제543조(b)항) iv) 도산판재인이 부인권행사로 회수한 재산(제550조) v) 채권자가 부적절하게 상계한 것(제553조) vi) 조합의 도산의 경우 재단으로 모든 인용채권을 변제할 수 없는 경우에 각 무한책임조합원이 부족분을 책임지기 위해 인도하는 재산(제723조)을 규정하고 있다.

④ 재단의 이익을 위해 보전되거나 또는 재단에게로의 이전이 명령된 재산상의 권리(제541조(a)항(4)호)

56) 형평법상의 권리를 다룬 판례로는, *In re Dias*, 37 B.R. 584(Bankr. D. Idaho 1984)을 들 수 있다. 이 사건에서 채무자는 신탁의 수익자였는데, 신탁원본은 도산절차개시후 약 1년 후인 채무자가 25세가 되는 해에 채무자에게 귀속되도록 되어 있었다. 법원은 채무자가 25세가 되었을 때 받게 되는 신탁원본에 대한 권리를 재단재산이 되어야 하는 형평법상의 권리로 보았다. 다만, 그 권리의 가치는 도산절차개시시의 가치이지 채무자가 25세가 될 때 실제 가지는 권리의 가치는 아니라고 하였다.

제541조(a)항(4)호는 제510조나 제551조에 따라 재단의 이익을 위해 보전되거나 또는 재단에게로의 이전이 명령된 재산도 재단에 포함된다고 규정하고 있다. 제510조(c)항에 의하면 법원이 일정한 채권을 다른 채권보다 후순위로 할 수 있고, 법원은 후순위로 된 채권을 담보하는 우선특권을 재단에게로 이전할 것을 명령할 수 있다. 이러한 권리의 이전은 절차개시신청 후에 이루어진 것이지만 재단 재산이 된다. 또한 편파행위 또는 사기적 이전의 부인의 법리에 의해 도산관재인은 일정한 재산상의 권리나 우선특권을 부인할 수 있는데, 도산관재인이 부인권을 행사한 경우에는 제551조에 따라 재산상의 권리나 우선특권은 재단의 이익을 위해 보전되므로, 재단의 재산이 된다.<sup>57)</sup>

#### ⑤ 절차개시 후에 채무자가 취득한 권리(제541조(a)항(5)호)

제541조(a)항(5)호는 절차개시일로부터 180일 이내에 동산유증, 부동산유증, 상속, 채무자와 채무자의 배우자간의 재산분여계약, 이혼의 중간적 또는 종국적 재판에 의하여, 또는 생명보험계약 또는 사인급부(death benefit plan)의 수익자로서 채무자가 취득하거나 또는 취득할 권리를 가지는 재산도 재단에 포함된다고 규정하고 있다. 위와 같은 재산을 절차개시 전에 취득한 경우에는 당연히 제541조(a)항(1)호에 따라 재단재산이 된다.

#### ⑥ 재단재산의 果實(제541조(a)항(6)호)

절차개시신청 후에도 채무자는 재산을 취득하는 경우가 있다. 이러한 재산중 어떠한 것이 재단의 재산이 되고, 어떠한 것이 채무자의 재산이 되어 채무자의 새출발의 기초가 될 것인가 결정되어야 하는데, 제541조(a)항(6)호는 재단재산으로부터 나오는 과실은 절차개시후에 취득하게 되는 것도 재단재산이 된다고 규정하고, 거기에는 재단재산의 대금, 산물, 과실, 임료, 이익을 포함시키고 있다. 다만, 절차개시후 개인채무자의 노무제공으로 취득하는 수익은 재단재산이 되지 않는다.

#### ⑦ 절차개시 후 재단이 취득하는 권리(제541조(a)항(7)호)

57) 채무자의 재산상에 취소할 수 있는 1순위 우선특권이 있고, 취소할 수 없는 2순위 우선특권이 있다고 가정하자. 제551조가 없다면 도산관재인이 1순위 우선특권을 부인하였을 때 결과는, 채권자의 일반적인 이익의 증가가 아니라 다만 2순위 우선특권보유자의 이익이 될 것이다. 제551조를 규정함으로써 도산관재인이 1순위 우선특권보유자의 지위를 대신하게 함으로써, 제541조(a)항(4)호에 따라 1순위 우선특권의 지위가 도산재단에 포함되게 된다. 예를 들자면 *In re Brown*, 33 B.R. 219 (Bankr. W.D. Ohio 1983)에서는, 재산이 절차개시전에 양도되었는데, 사기적 이전법리에 의해 이를 부인하였다. 채무자는, 부인의 결과 재산이 채무자에게 귀속되고 채무자는 면책되었으므로 그 재산에는 채권자의 권리가 미치지 않는다고 주장하였다. 법원은 이를 기각하고 그 재산은 제551조에 의하여 재단의 이익을 위해 보전되었고 따라서 제541조(a)항(4)호에 따라 재단에 포함되게 되었다고 판시하였다.

## 2) 재단재산이 되지 않는 예외(제541조(b)항)

제541조(a)항에서 규정하고 있는 재단재산의 범주에 속하는 재산 중에서도 몇 가지 재산은 재단재산이 되지 않는다는 예외가 규정되어 있다. 제541조(b)항은 이러한 재산으로 5가지를 규정하고 있다. 가장 대표적인 것으로는 채무자가 전적으로 채무자 이외의 주체의 이익을 위해 행사하는 권리이다(제541조(b)항(1)호). 예를 들자면 채무자가 신탁의 수탁자인 경우 채무자가 수탁자로서 소지 또는 점유하는 물건은 명의여부를 불문하고 재단재산이 되지 않는다. 다음으로는 절차개시 전 존속기간의 만료로 종료하였거나, 사건계속 중에 소정기간의 만료로 종료한 비주거용건물의 임대차계약상의 임차인으로서의 권리는 재단재산에 포함되지 않는다.(제541조(b)항(2)호).<sup>58)</sup>

## 3) 채무자가 보통법상의 권원(legal title)만 가지고 있는 재산 (제541조(d)항)

제541조(d)항은 절차개시 당시 채무자가 재산에 대하여 보통법상의 권원만을 가지고 있을 뿐이고, 형평법상의 권리 또는 실질적 권리(beneficial interest)를 가지고 있지 않은 경우에도 그 재산이 재단재산이 되지만, 채무자가 가지지 않는 형평법상의 권리는 제외하고 보통법상의 권리 범위 내에서만 재단재산이 된다고 규정하고 있다.

# 3. 재단에의 재산의 인도

## 1) 총론

채무자는 제521조(4)항에 따라 절차가 개시되면 도산관재인에게 모든 재산을 인도(turnover)하여야 한다. 채무자 이외의 주체도 채무자의 재산을 점유하는 경우에는 이를 인도하여야 한다. 즉, 제542조는 관리인 이외의 주체가 점유하는 채무자의 재산을 도산관재인에게 인도하여야 함을 규정하고 있다. 인도되어야 할 재산은 도산관재인이 사용, 매각 또는 임대할 수 있는 모든 재산이고, 채무자가 재단에서 제외할 수 있는 재산도 모두 인도되어야 한다. 이와 같은 인도요건은 자동적 중지와 연결되어서, 재산상에 권리를 가지고 있는 채권자도 도산관재인에게 재

58) 앞에서도 언급한 것처럼 제362조(b)항(10)호는 종료된 임대차계약의 임대인이 임대부동산의 점유의 회복을 구하는 소송은 자동적으로 중지되지 않는다는 예외를 규정하고 있다.



산의 점유를 이전해야 하고, 채권자가 그 재산을 회복하여 이익을 실현시키기 위해서는 자동적 중지로부터의 구제를 신청하여야 한다.<sup>59)</sup> 제542조(a)항에서는 재산의 가치나 재단에 대한 이익이 미미한 경우에는 인도를 하지 않아도 되는 예외를 인정하고 있다.

## 2) 제3채무자의 채무이행

제542조(b)항은 제542조(c)항과 (d)항의 경우를 제외하고는 재단에 귀속하는 채권에 대한 제3채무자는 채권의 변제기가 도래하거나, 채권이 일람출급(payable on demand) 또는 지시식인(payable on order) 경우에는, 도산관재인에게 또는 도산관재인의 지시에 따라 채무를 이행하여야 한다고 하면서, 다만 상계에 관한 제553조에 의하여 이러한 제3채무자에 대한 채권과 그 제3채무자가 채무자에게 가지는 채권을 상계할 수 있다고 규정하고 있다.

## 3) 선의의 제3채무자의 보호

재단에 귀속하여야 할 재산의 소지인 또는 채무자에 대하여 채무를 부담하는 제3채무자가, 도산절차개시에 관하여 통지를 받지 못하였고, 이를 알지 못하고 선의로 재산 등을 채무자 등에게 인도하거나 기타 채무를 이행한 경우 그러한 선의자는 보호된다(제542조(c)항). 전형적인 예는 은행이 도산절차개시를 알지 못하고 수표를 지급한 경우이다. 도산절차개시신청 이후에는 은행은 채무자의 예금을 도산관재인에게 인도하여야 한다. 그런데 채무자가 특정 채권자에게 변제를 하기 위해서 수표를 발행하였고, 은행이 선의로 수표금을 지급한 경우에는 지급이 유효하여 은행은 책임을 지지 않는다.<sup>60)</sup>

## 4) 장부와 기록의 인도

제542조(e)항은 통지와 심문절차를 거쳐서 법원이 채무자의 재산이나 재무상황에 관한 장부 등을 가지고 있는 자에게 그 장부 등을 도산관재인에게 인도하거나 내용을 개시할 것을 규정하고 있다.

59) United States v. Whiting Pools, Inc., 462 U.S. 198 (1983)에서 법원은 절차개시 전에 채권자가 재산을 압류한 경우에도 그 재산을 도산관재인에게 인도하여야 한다고 규정하고 있다. 더 나아가 채권자가 담보채권자이건 무담보채권자이건 불문하고 채권자가 점유하는 채무자의 재산을 인도하여야 한다고 판시하였다. 그러나 담보채권자는 재산이 인도되기 전에 그 재산에 대한 권리의 적절한 보호를 받을 자격이 있다.

60) 다만 절차개시 후의 거래를 일정한 조건하에서 부인할 수 있으므로(제549조(a)항(2)호(A)목), 도산관재인이 위의 거래를 부인하여 양수인으로부터 회복할 수 있다.

### 5) 관리인에 의한 인도

채권자가 채권을 회수하는 절차, 채무자의 재산의 관리는 많은 경우 수탁관리인(receiver), 청산인(liquidator) 기타 채권자의 대표자에게 맡겨져 있는 경우가 많다. 연방도산법에서는 제101조(11)항에서 이러한 자들을 관리인(custodian)이라고 정의하고 있다. 관리인에 의한 채무자의 재산의 인도는 제543조에서 규율하고 있다. 채무자에 관하여 도산절차가 개시된 것을 아는 관리인은 그의 점유관리하에 있는 채무자의 재산, 그러한 재산의 대금 등 또는 재단의 재산으로부터 지출을 하는 등 관리상의 어떠한 행위도 하지 못하고, 다만 그러한 재산을 보전하기 위해 필요한 행위만을 할 수 있다(제543조(a)항). 관리인은 도산절차개시를 알았을 때 그의 점유관리하에 있는 채무자의 재산, 그 대금 등을 도산관재인에게 인도하여야 하고, 재단재산이 되는 재산에 관하여 회계보고를 제출하여야 한다고 규정하고 있다(제543조(b)항).

## 4. 도산조항

### 1) 도산조항의 효력(제541조(c)항(1)호)

도산조항(*ipso facto clause*)이란 계약이나 법상 채무자에 대해 도산절차가 개시되거나 기타 채무상태의 변화가 있는 경우에는 채무불이행이 발생한 것으로 본다는 조항을 의미한다. 이에 따라 채무자의 권리가 상실·변경·종료되게 되므로 이를 권리상실조항(*forfeiture clause*)이라고 하기도 한다.

제541조(c)항(1)호에서는 도산조항은 효력이 없다고 규정하고 있다. 즉, 계약, 이전증서(*transfer instrument*), 또는 도산법 이외의 법에서 도산시에 채무자의 재산의 이전을 제한하거나 조건을 붙이는 조항을 두고 있거나, 또는 채무자의 채무초과, 일정한 채무상태, 채무자에 대한 연방도산법상의 절차의 개시 등을 조건으로 채무자의 권리를 상실·변경·종료시킬 수 있다는 조항을 두고 있는 경우에, 그러한 조항은 효력이 없다. 예를 들자면, 자동차의 할부매매계약에서 매수인이 도산한 경우에는 매도인이 자동차를 환취한다는 약정이 있는 경우, 매수인이 도산하였으나 할부매매대금의 채무는 계속 이행하였는데도 불구하고 매도인이 위의 약정에 따라 자동차의 환취권을 행사하려고 한 사건에서 법원은 위의 약정은 효력이 없다고 판시하였다.<sup>61)</sup>

61) *In re Le Brock*, 23 B.R. 998 (Bkrctcy, DDD. 1982).

## 2) 채무자의 신탁상의 수익권의 이전에 대한 제한 (제541조(c)항(2)호)

채무자의 권리이전 또는 상실 등에 관한 조항이 효력이 없다는 제541조(c)항(1)호에 대한 예외로서, 채무자가 가지는 신탁상의 수익권의 이전을 제한하는 조항은 효력이 인정된다. 그러므로 이러한 신탁상의 수익권은 재단재산이 되지 않는다. 제541조(c)항(2)호는 전통적으로는 낭비자신탁(spendthrift trust)<sup>62)</sup>의 경우를 상정한 것이었다. 즉, 미성년자, 배우자 또는 기타의 수익자를 위해 신탁을 설정하는 경우, 이들에 대해 특별히 재정적 보호를 할 필요가 있다면 신탁상의 수익권의 양도를 금지하는 제한을 부가할 수 있다. 이러한 낭비자신탁에서는 수익자가 도산하더라도 수익권은 재단의 재산이 되지 않는다. 이와 관련하여서는 종업원 퇴직소득보장법(Employee Retirement Income Security Act: ERISA라고 약함)상에 신탁의 수익권의 이전을 금지하는 조항이 규정되어 있는데, 이 조항도 제541조(c)항(2)호에서 규정하고 있는 예외에 해당되는가가 문제되었다. 대부분의 법원은 ERISA에 따른 신탁은 낭비자신탁에 상응하는 경우에만 재단에서 제외된다고 판시하였고, 대법원도 이러한 입장을 확인하였다.<sup>63)</sup>

## 5. 재산의 재단제외(exemptions)

### 1) 재단제외의 개념 및 규제

개인채무자는 절차개시신청시 일정한 종류와 한도의 재산을 지정하여 도산재단에서 제외되도록 할 수 있고(제522조(b)항), 제외된 재산은 절차개시 이전에 발생하였거나 또는 그렇게 간주되는 채권에 대해서 책임을 지지 않는다(제522조(c)항). 이는 개인채무자만이 이용할 수 있는 제도로서, 재단에 귀속되지 않은 재단 제외재산으로서 채무자에게 교부된 것이 채무자의 새출발의 근거가 된다.

1978년 연방도산법 개정시에는 개인채무자가 어느 주의 주적을 갖고 있는가와 상관없이 모든 개인채무자에게 적용되는 재단제외제도를 연방도산법에 두어야 할 것인가가 문제되었다. 이 문제에 대해 의견이 일치하지 않자 타협책으로서 연방도산법은 제522조(d)항에서 재단에서 제외될 수 있는 재산을 열거하고, 제522조

62) 수익자의 생활보호를 위하여, 의사능력의 유무를 불문하고 수익자 자신에 의한 수익권의 처분을 금지하는 일방, 동인의 채권자에 의한 수익권에 대한 강제집행을 금지 또는 제한하는 신탁이다.

63) Patterson v. Shumate, 112 S.Ct. 2242 (1992).

(b)항(1)호에서는 연방도산법의 규정을 적용하지 않고 주법에서 별도의 규정을 두어 이를 적용할 수 있다고 함으로써 선택의 여지를 인정하였다. 대부분의 주에서는 도산법 제522조(d)항의 적용을 배제하고 주법에서 별도의 규정을 두고 있다.

## 2) 재단제외재산의 범위

재산의 재단제외는 채권자의 희생으로 이루어지므로 채무자를 곤궁에서 벗어나게 한다는 목표를 달성하기 위한 최소한도의 범위 내에서 인정되어야만 한다. 따라서 재단제외재산에 관한 규정은 대개 재단에서 제외되는 재산의 종류를 규정하고, 제외되는 가액의 한도를 규정하는 형식을 가지고 있다. 36개의 주가 재단제외 재산의 범위에 대해 연방도산법의 적용을 배제하고 있으므로 연방도산법상의 재단제외재산의 범위에 관한 규정은 한정적으로 적용되고 있다. 연방도산법에서는 재단제외재산으로서 11가지를 규정하고 있다(제522조(d)항). 대표적인 것으로는 15,000달러 미만의 주거용의 부동산, 2,400달러 미만의 한 대의 자동차, 한품목당 400달러 미만이고, 총가액이 8,000달러 미만의 가사용품, 감정적 가치를 가진 물건, 채무자의 업무를 위한 도구나 장애연금 양로연금 등 채무자의 생계수단이 되는 재산 등이다. 연방도산법상의 재단제외재산의 범위에 관한 규정의 적용을 배제하지 않은 주에서도, 채무자가 당해 주법과 기타 도산법 이외의 법에 따라 인정되는 재단제외를 선택할 수 있다.

## 3) 재산의 재단제외의 절차

재단제외는 자동적으로 효력이 발생하는 것은 아니고, 채무자는 522(1)에 따라 재단제외재산의 명단을 제출하여야 한다. 채무자가 명단을 제출하지 않는 경우에는 채무자의 피부양자가 제출할 수 있다. 도산관재인이나 채권자는 채무자의 재단제외의 신청에 이의를 제기할 수 있다. 이의를 제기하지 않으면 채무자가 신청한 대로 재산이 재단에서 제외되게 된다. 대법원은 채권자 또는 도산관재인이 기간 내에 이의를 제기하지 않는 경우에는 채무자의 재단제외신청이 근거가 없는 경우에도 당해 재산이 재단에서 제외된다고 판시하고 있다.<sup>64)</sup> 법원이 이의기간 만료 전에 직권으로 재산의 재단제외신청을 기각할 수 있는지 여부는 확정되지 않았다.<sup>65)</sup>

64) Taylor v. Freeland & Kronz, 112 S. Ct. 1644 (1992).

65) In re Coones, 954 F. 2d 596 (10th Cir. 1992).

#### 4) 재단제외재산에 대한 책임추궁

이와 같이 재단에서 제외된 재산은 절차개시 이전에 발생하였거나 또는 그렇게 간주되는 채무에 대해서 책임을 지지 않는 것이 원칙이지만, 예외적으로 특정한 채무에 대해서는 재산이 채무자에게 반환된 이후에도 책임을 진다(제522조(c)항(1)항~(4)항). 재단제외재산으로도 책임을 져야하는 채무는 일정한 조세채무, 이혼부양료, 양육료 채무, 재단제외재산상에 설정된 우선특권으로 담보된 채무, 예금기관사기와 관련된 개인의 채무이다.

#### 5) 부인권의 행사와 재단제외재산

도산관재인은 일정한 조건하에서 채무자의 이전행위를 부인할 수 있다. 이와 같이 부인권의 행사에 따라 도산관재인이 반환받은 재산도 일정한 경우에는 채무자가 재단제외재산으로 신청할 수 있다(제522조(g)항). 즉, 채무자가 자발적으로 양도하였거나 은닉한 재산은 재단에서 제외시킬 수 없지만, 채무자가 비자발적으로 이전한 경우, 예를 들자면 채무자가 사기를 당하여 이전한 경우라든가, 판결을 이행하지 못함으로써 발생하게 된 사법상의 우선특권에 기하여 이전된 경우 등은 이를 부인하여 반환받은 재산을 재단에서 제외시킬 수 있다.

이와 같이 부인권을 행사하였으나 재산이 재단에서 제외됨으로써 채무자만을 이롭게하는 결과가 되는 경우에는 도산관재인이 구태여 부인권을 행사하지 않을 것이다. 따라서 제522조(h)항과 (i)항에서는 채무자가 도산관재인이 가지는 부인권이나 상계를 취소할 권한을 행사할 수 있도록 하였다.

#### 6) 재단제외재산상의 우선특권의 부인

일반적으로 채무자가 재산을 재단에서 제외시켜도, 당해 재산상에 계약상의 우선특권을 가지고 있는 자에게는 대항할 수 없다. 이러한 담보권은 수정헌법 제5조에서 보호하고 있는 재산권으로 취급되기 때문에, 정당한 보상없이 이를 침해하는 것은 허용될 수 없다. 제정법상의 우선특권도 재산을 재단에서 제외함으로써 침해할 수 없는 것이 일반적이다. 제정법상의 우선특권은 재산의 가치를 보존 또는 증가시킨 자를 보호하기 위해 법에서 부여한 것이므로, 이것을 배제할 수 있다고 한다면 제정법으로 우선특권을 인정한 취지가 몰각되기 때문이다. 그러나, 연방도산법에서는 이러한 우선특권을 제외한 재단제외재산상의 일정한 우선특권은 채무자가 부인할 수 있다고 규정하고 있다(제522조(f)항).

연방도산법에 따르면 채무자가 부인할 수 있는 우선특권은 사법상의 우선특권(제 522조(f)항(1)호(A)목)과 비점유(nonpossessory)·비구매대금우선특권(non-purchase money liens)<sup>66)</sup>(제522조(f)항(1)호(B)목)으로서, 이러한 우선특권이 채무자의 재단제외권을 침해하는 범위내에서는 이를 부인할 수 있다. 사법상의 우선특권의 경우, 대법원은 사법상의 우선특권이 발생하기 전에 채무자가 이미 재단제외재산을 소유하고 있던 경우에만 부인할 수 있다고 해석하고 있다.<sup>67)</sup> 다만 부양료와 양육료채권을 담보하는 우선특권은 사법상의 우선특권이라도 채무자가 부인할 수 없고, 재단제외재산으로 책임을 져야 한다. 다음으로 i) 가구, 가정용품, 의복 등과 같은 가족, 가계 또는 개인용의 물건과 ii) 전문가의 처방을 받은 건강보조품 및 iii) 채무자 등의 사업상의 도구, 전문서적 등상의 우선특권으로서, 그 물건을 점유하지 못함으로써 담보권의 대항요건을 구비하지 못하였고, 그 우선특권이 그 물건의 구매대금을 담보하기 위한 것이 아닌 경우(비점유, 비구매대금우선특권)에는, 그 물건이 재단에서 제외된 채무자는 우선특권을 부인할 수 있다. 이러한 우선특권은 많은 경우 진정한 담보의 목적이 아니라 채무자를 압박하기 위한 수단으로 이용되기 때문이다.

### 7) 재단제외의 포기의 제한

무담보채권자의 이익을 위해 채무자가 가지는 재단제외의 권리를 포기하는 약정은 효력이 없다(제522조(e)항). 연방도산법에서는 무담보채권자를 위한 재단제외권의 포기만을 금지하고 있으므로, 부동산에 대한 양도저당권설정시 재단제외권 포기약정을 하는 것과 같이 담보거래에서 포기약정을 한 경우는 효력이 있다.

## 6. 재단재산의 포기

채무자의 재산중 재단재산이 될 수 있는 것은 모두 재단재산으로 편입시키는 것이 원칙이지만, 경우에 따라서는 일정 재산을 재단재산에 편입시키는 것이 이익이 되지 않거나, 오히려 손해가 되는 경우도 있다. 이러한 경우에는 당해 재산을 재단재산에 편입시키지 않을 수 있는 방법을 열어주는 것이 바람직하다. 따라서 제 554조는 도산관재인은 재단에 부담을 주거나 또는 재단에 대해 가치나 이익이 경

66) 비점유우선특권은 채권자가 담보물의 점유를 취득하지 못하였기 때문에 대항요건을 구비하지 못한 우선특권이다. 비구매대금우선특권은 물건의 구입이라는 특정한 목적을 위한 대여금채권을 담보하는 것이 아닌 우선특권을 말한다.

67) Farrey v. Sanderfoot, 111 S. Ct. 1825 (1991).

미(inconsequential)한 때에는 재단재산을 포기할(abandon) 수 있고, 또는 이해관계인의 신청에 따라 법원이 관재인에게 당해 재산의 포기를 명령할 수 있다고 규정하고 있다. 양 경우 모두 통지와 심문절차를 거쳐야 한다(제554조(a)항과 (b)항).

재단재산의 포기는 여러 가지 경우에서 이루어질 수 있다. 청산절차의 비용이 수익보다 큰 경우가 그 예이다. 재단재산의 포기는 당해자산의 가치가 경미한 경우에만 한정되는 것은 아니다. 당해자산의 유지나 보유가 재단에 크게 부담되는 경우에도 재단재산을 포기하여야 할 것이다. 예를 들어 공해제거가 필요한 재산의 경우, 그 비용이 재산의 가치를 초과하는 경우 등에 있어서는 재단재산을 포기할 수 있다. 담보권의 대상인 자산의 가치가 담보채권자의 채권액보다 적다고 판단되는 경우에도 재단재산의 포기가 하나의 대안이 될 수 있다. 포기여부를 결정할 것인가에 있어서는 자산의 가치평가가 핵심적인 문제이다. 연방도산법은 도산관재인이 자산의 가치를 평가하는 방법에 대하여 규정하고 있지 않으므로 도산관재인은 이 문제에 있어서 광범위한 재량을 가지고 있다. 재산상 우선특권이 있는 경우에는, 대개 우선특권보유자에게 재단재산을 포기하게 된다. 재산상 우선특권이 존재하지 않고, 환경보호의무를 부담하는 재산인 경우에는 관계규제기관이나 채무자에게 포기한다.

경우에 따라서는 재단재산의 포기가 도산법 이외의 법의 위반이 되는 경우도 있으므로, 재단재산의 포기권은 절대적인 것은 아니고 제한될 수 있는 것이다. 예를 들어 *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection* 판결<sup>68)</sup>에서는 오염된 재산을 포기함으로써 이의 처리를 공공의 부담으로 돌리는 것은 허용될 수 없다고 판시하였다.

## II. 재단의 관리

### 1. 서론

도산재단의 재산은 제362조에 따른 자동적 중지<sup>68)</sup>에 의해 채권자의 채권행사로부터 자유로운 상태에서 도산관재인 또는 채무자가 점유하게 된다. 이러한 도산재단을 도산절차가 진행되는 동안 관리하기 위해서는 단순한 점유 외에도 추가적으로 이를 관리할 수 있는 권한이 필요하다. 따라서 연방도산법 제363조와 제364조에

68) 474 U.S. 494 (1986).

서는 도산관재인 또는 채무자가 가지는 재단의 관리권한에 대해 규정하고 있다. 이는 재단의 재산을 거래할 수 있는 권한과 새로이 여신을 받을 수 있는 권한이다. 제363조과 제364조는 7장, 9장, 11장 12장, 13장 절차에 공통적으로 적용되는 것이지만, 각 절차에서 동일한 정도의 중요성을 가지고 이용되는 것은 아니다. 일반적으로 7장 절차에서는 재단재산을 매각할 권한이 중요한 의미를 가지는 데 반하여, 갹생절차에서는 재산의 사용과 임대, 차입을 하는 권한이 중요하다. 또한 이러한 권한은 소비자도산의 경우보다는 기업도산사건에서 많이 행사된다. 제363조와 제364조는 모두 채무자 또는 도산관재인의 영업의 통상적인 과정(ordinary course of business)에서의 행위와 그렇지 아니한 행위를 구별하여 규율한다.

## 2. 재단재산의 사용, 매각 또는 임대

### 1) 원칙

제363조에서는 채무자의 영업의 통상적인 과정에서 발생하는 거래와 그렇지 아니한 거래를 구별하여, 일반적으로 영업의 통상적인 과정에서의 행위는 도산관재인이 법원의 허가를 얻지 않고도 단독으로 할 수 있도록 하고, 영업의 비통상적인 과정에서의 행위는 통지와 심문절차를 거친 후 법원의 허가를 얻어서야 할 수 있도록 하고 있다.

도산관재인이 통지와 심문절차를 거치지 않고 영업의 통상적인 과정에서의 거래를 할 수 있는 경우는 ① 절차개시신청 당시 채무자가 영업을 하고 있었으며(engaged in business) ② 신청된 각 절차하에서 영업행위가 일반적으로 허용된 경우이다. 갹생절차에서는 채무자가 절차개시신청 당시 영업을 하고 있었다면, 영업을 계속된다는 것이 원칙이다. 따라서 갹생절차에서는 도산관재인은 통상적인 영업활동은 통지나 법원의 허가 없이도 할 수 있다(예외는 현금담보의 경우로서 뒤에서 설명한다). 청산절차에서는 오히려 반대이다. 7장 절차는 재단의 신속한 청산을 목적으로 하므로 채무자가 영업을 계속하는 것은 대개 고려되지 않는다. 제721조에 의하면 도산관재인이 영업활동을 하기 위해서는 법원의 허가가 필요하다. 그러한 허가는 영업을 계속하는 것이 재단의 최선의 이익을 위한 것이고 순조로운 청산에 배치되지 않는 것임이 입증된 경우에, 영업을 할 수 있는 기간을 한정하여 부여된다. 따라서 7장 절차에서는 제721조에 따라 영업의 영위가 먼저 법원에 의해 허가되지 않는 이상은, 제363조(c)항(1)호에 따라 통지와 심문절차 없이 할 수 있는 영업의 통상적인 과정에서의 행위는 존재할 수 없다. 요컨대, 채무자가 절차개



시신청당시 영업을 하고 있었고, 영업을 계속하는 것이 각 절차에 따라 허용되어 있지 않으면, 재단재산을 사용, 매각, 또는 임대하는 것이 영업의 통상적인 과정에서의 행위인가 여부와 상관없이 통지와 심문절차를 거쳐야 한다.

영업의 통상적인 과정 외에서의 거래는 법원의 허가를 얻어야 할 수 있다. 허가는 거래가 재단의 최선의 이익을 위한 것이고 도산법의 목적을 촉진시키는 경우에만 부여될 수 있다. 여기에 해당되는가의 판단은 사실판단의 문제인데, 다음과 같은 기준에 의거하여 판단될 것이다. ① 거래로 재단이 이익을 얻는가 ② 거래가 갱생계획의 구도에 적합한 것인가 ③ 제363조에 따라 거래를 허가하는 것이 적절한가 아니면 거래를 연기하여 계획안에서 처리되도록 하는 것이 적절한가? ④ 당해거래가 제363조(b)항에서 규정하고 있는 “사용, 매각 또는 임대”에 해당되는 것인가.

이와 같은 도산관재인인 재단재산거래권한은 제362조의 자동적 중지로부터의 구제규정의 적용을 받는다(제364조(d)항). 따라서 법원이 자동적 중지로부터의 구제를 허용하여 특정한 재산을 우선특권보유자에게 인도하도록 한 경우에는, 도산관재인인은 당해 재산을 사용, 매각 또는 임대할 수 없다.

## 2) 현금담보물의 거래에 대한 제한

현금담보물(cash collateral)이란 재단 이외의 자가 권리를 가지는 현금 또는 현금의 등가물(cash equivalents)이다(제363조(a)항). 여기서 권리중 가장 전형적인 것은 담보권이다. 본래 현금 또는 그 등가물에 대해 담보권을 가지고 있었던 경우뿐 아니라, 담보물이었던 재산에 대한 대가인 현금 또는 현금의 등가물에 대해 담보권을 가지게 된 경우도 포함된다. 현금의 등가물은 넓게 인정되는데, 제363조(a)항에서는 유통증권(negotiable instrument), 권원증권(documents of title), 증권(securities), 예금(deposit accounts) 등을 예시하고 있다.

제363조에서는 현금담보물을 다른 재산과 달리 취급하고 있다. 현금담보물은 권리자가 동의하거나 통지와 심문절차를 거쳐 법원의 허가를 얻지 않는 이상 영업의 통상적인 과정에서도 도산관재인이 거래할 수 없다. 현금담보물을 이와 같이 달리 취급하는 것은 현금담보물은 유동성이 크기 때문이다. 채무자의 사업을 운영하기 위해서는 현금이 필요하므로, 재단이 현금담보물을 소비하고자 하는 유혹이 크다. 따라서 이러한 재산상 권리를 가지고 있는 채권자는 자신의 담보물이 일상적인 영업상의 비용을 지급하기 위해 낭비될 위험에 다른 담보채권자에 비하여 더 많이 노출되어 있다. 따라서 제363조(c)항(1)호은 현금담보물의 사용을 영업의

통상적인 과정에서도 제한하고 있다. 제363조(c)항(4)호는 도산관재인에게 현금 담보물을 별도로 보관하고 계산보고할 의무를 부과하고, 다만 채권자 또는 법원이 이 의무를 면제할 수 있다고 규정한다. 제363조(d)항 및 (e)항은 현금담보물의 거래에 대한 허가는 자동적 중지로부터의 구제명령에 따르고, 권리의 적절한 보호가 있어야지만 부여될 수 있음을 명시하고 있다.

### 3) 도산조항의 효력

계약이나 도산법 이외의 법에서 채무초과나 도산 등의 경우에는 채무자의 재산상의 권리가 박탈, 변경된다 등의 조항이 있는 경우에도 이는 제541조(c)항에 따라 효력이 없다는 것은 이미 설명하였다. 제363조(1)항에서도 도산조항이 효력이 없다는 것을 다시한번 규정하여, 도산관재인이 그러한 제한에 상관없이 도산재단의 재산을 사용, 매각, 임대할 수 있다는 것을 밝히고 있다. 私人이 도산관재인에 의한 재산의 거래를 막는 것을 방지하기 위한 것이다.

## 3. 채권자의 적절한 보호

### 1) 원칙

도산관재인 또는 채무자는 법원의 허가를 얻거나 또는 단독으로 재단재산을 사용, 매각 또는 임대할 수 있다. 그런데 이 경우 재단의 관리행위가 적절히 이루어지지 못하면, 담보권과 같이 재단재산상 권리를 가지는 자가 손해를 보게 되므로, 제363조에서는 재단재산의 사용, 매각 또는 임대에서 이들 권리자에 대한 적절한 보호를 규정하고 있다. 적절한 보호의 개념에 대해서는 이미 앞의 자동적 중지로부터의 구제에서 설명하였다. 재산의 사용이나 매각, 임대 등의 처분이 이해관계인의 재산에 대한 권리를 침해할 우려가 있는 경우에는 적절한 보호를 구할 수 있고, 법원은 이들의 신청에 따라 이들 권리자에 대한 적절한 보호가 제공되는데 필요한 한에서 담보물의 사용, 매각 또는 임대를 전면적으로 금지하던지 또는 조건을 붙여 허용할 수 있다(제363조(e)항). 이러한 보호는 동산의 기간만료 전의 임대차의 임대인에게까지도 적용된다. 재산상 권리의 존재에 대한 입증책임은 이를 주장하는 당사자에게 있지만, 그 권리가 적절히 보호되고 있다는 것은 도산관재인이 입증하여야 한다(제363조(o)항). 앞서서도 언급한 것처럼, 제363조(e)항에 따라 적절한 보호가 제공되었으나, 후에 이것이 부적절한 것으로 판정된 경우에 그 보호가 부족한 부분에 대해서는 제507조(b)항에 따라 재단관리비용채권보다 선순

위의 채권이 인정된다.

## 2) 예 외

재단재산상의 권리를 가지는 자가 적절히 보호되지 않는 경우에는 재산의 사용이나 매각, 임대가 행해질 수 없다는 것이 원칙이지만, 제363조(f)항에서는 다섯 가지 경우를 규정하여, 이 때에는 재단재산상의 권리에도 불구하고 도산관재인이 매각을 할 수 있는 예외를 인정하고 있다. 즉, i) 도산법 이외의 법에 따라 당해 재산상 권리에도 불구하고 매각할 수 있는 경우 ii) 채권자가 동의하는 경우 iii) 매각대가가 당해 재산상의 모든 권리의 가액을 초과하는 경우 iv) 제3자가 당해 재산상 권리를 가지고 있는가에 대해 선의의 다툼이 있는 경우 v) 재산상 권리를 가지는 자가 그러한 권리 대신 현금으로 변제를 받는 것을 승낙하여야 할 경우에는 그러하다. 또한 망부의 재산상에 妻의 권리(dower) 또는 망처의 재산상에 夫의 권리(curtesy)가 있는 경우(제363조(j)항) 및 재단이 법에서 규정하는 공동소유를 하는 재산의 경우(제363조(h)항)에도 도산관재인은 권리의 제한을 받지 않고 재산을 매각할 수 있다.

## 4. 절차개시 후의 신용제공

제364조는 절차개시후 재단에게 제공된 신용에 대해 규정하고 있다. 이러한 거래에서는 재단이 채무자가 된다. 7장 절차에서는 재단이 신용을 제공받을 필요가 거의 없지만, 갱생절차에서는 신용을 제공받을 필요가 자주 발생한다. 경우에 따라서는 자금조달이 채무자의 갱생에 핵심적인 요소일 수 있다. 재단재산의 사용, 매각, 임대와 마찬가지로 절차개시신청후 통상적인 무담보채무의 부담은 도산관재인의 재량에 맡겨져 있다. 그러나 담보채무의 부담과 영업의 통상적인 과정 외에서의 무담보채무 부담은 통지와 심문절차를 거쳐 법원의 허가를 얻어야 한다.<sup>69)</sup> 그런데 신용을 제공받기 위해서는 신용제공자에게 갱생의 전망을 확신시켜야 하

69) 채무자가 절차개시후 새로이 신용을 획득하면 갱생의 가능성이 높아지고, 그 결과 절차개시 전의 무담보채권자가 청산에서 받을 수 있는 것보다 많이 지급받을 가능성이 커진다. 그러나 새로이 신용을 획득하였는데도 갱생이 실패하면 절차개시 전의 무담보채권자를 위한 책임재산이 감소하게 된다. 갱생계획이 실패한 경우의 위험을 가장 많이 부담하는 것은 바로 절차개시 전의 무담보채권자이므로 법원은 신용을 얻는 행위를 허가할 것인가의 여부를 결정할 때 이들의 이익을 고려하여야 한다. 절차개시 전의 담보채권자는 무담보채권자와 같이 위험을 많이 부담하는 것은 아니지만 법원은 이들을 위한 담보물도 담보권자에 대한 적절한 보호가 부여된다는 조건하에 절차개시 후의 여신에 대한 담보로 제공될 수 있도록 하므로 전혀 영향을 받지 않는다고는 할 수 없다.

고, 이에 더하여 채무자가 갹생을 하지 못할 경우를 대비하여 절차개시 신청후 신용을 제공한 자의 채권을 담보채권으로 하거나 또는 우선채권으로 해 줄 필요가 있다. 제364조는 이를 가능하게 해 주는 조항이다. 도산관재인이 어떠한 순서로 신용을 제공받을 수 있는지, 또한 이러한 채권의 순위가 어떻게 되는지에 대해서는 이미 채권의 순위 부분에서 설명하였으므로 생략한다.

### Ⅲ. 미이행계약과 기간만료전의 임대차

#### 1. 서

도산관재인은 법원의 허가를 얻어 미이행계약(executory contracts)과 기간만료전의 임대차계약(unexpired leases)의 이행의 선택(assume), 양도(assign), 또는 해제(reject)를 할 수 있다. 연방도산법에서는 미이행계약의 경우 도산관재인이 계약의 이행을 선택할 것인지 또는 계약을 해제할 것인지를 결정할 수 있도록 함으로써, 재단의 권리와 재산을 가장 효율적으로 사용할 수 있도록 하였다. 그러나 여기서는 상대방 당사자의 이익도 고려되어야 할 것이다.

#### 1) 미이행계약과 기간만료전의 임대차의 의의

미이행계약과 기간만료전의 임대차계약에 대해서는 도산법에 정의규정이 없다. 미이행계약의 정의에 대해서는 여러 가지 견해가 존재하지만, Countryman교수가 1973년 논문에서 발표한 것이 일반적으로 통용되고 있다. 그에 따르면 미이행계약은 계약의 양당사자의 채무가 이행되지 않았고, 일방당사자의 채무불이행이 중대한 위반(material breach)으로서 타방당사자의 채무이행을 면제시키는 계약을 의미한다.<sup>70)</sup> 기간만료전의 임대차계약은 개념상으로는 미이행계약에 포함되는 것이지만, 별도로 규정하고 있다. 대다수의 법원은 이와 같은 Countryman교수의 정의에 기해 판단하고 있지만, 일부법원은 미이행계약을 이와 달리 취급하기도 한다. 대법원에서는 양당사자가 이행의무를 부담하는 경우에는 아무리 이행의무가

70) Countryman, "Executory Contracts in Bankruptcy", 57 *Minn. L. Rev.* 439, 460 (1973). 예를 들자면 갑이 을을 위해 건축을 하는 계약을 체결하였다. 을은 대금을 4회로 분할하여 지급하기로 하였다. 3회차까지 대금을 지급하고 을이 도산을 신청하였다. 갑의 건축을 완료할 채무와 을의 최종회차의 대금을 지급할 의무의 존재로 인해 이 계약은 미이행계약이 된다. 같은 사건에서 을이 도산신청을 하였을 당시 갑이 건축을 실질적으로 완성하고 단지 집의 문패를 다는 일만이 미이행된 경우에 있어서는 당해계약을 미이행계약으로 볼 수 없다. 왜냐하면 대부분의 주법에 따르면 갑이 의무를 완전히 이행하지 못하였지만, 을이 이를 이유로 자신의 대금 지급채무이행을 거절할 수 없기 때문이다.

사소한 것일지라도 미이행계약이 된다고 실시한 경우도 있고,<sup>71)</sup> 채무자에게 실질적으로 부담을 주는 계약은 미이행계약으로서 채무자가 거절할 수 있다는 기능적 접근을 하는 입장도 있다.<sup>72)</sup>

도산절차개시신청 전에 해제 또는 해지된 계약은 미이행계약이 아니다. 또한 계약의 일방당사자는 이행을 하였고, 타당당사자만이 이행을 하지 않은 경우에도 미이행계약이 아니다. 즉 채무자가 그의 계약상의 채무를 이행하였는데 상대방은 도산절차개시신청시까지 아직 이행하지 않은 경우에는 채무자의 이행청구권은 채단의 재산이 된다. 반대로 채무자의 상대방당사자는 이행을 하였으나 채무자는 아직 이행을 하지 않은 경우에는 상대방당사자의 채무자에 대한 이행청구권은 절차개시 전에 발생한 채권으로서 인용될 수 있고, 따라서 채단재산으로부터 지급을 받을 수 있다.

## 2) 이행의 선택 또는 해제 권한

도산관재인은 제765조, 제766조 및 제365조(b)항, (c)항 및 (d)항의 경우를 제외하고는, 법원의 허가를 얻어 채무자의 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약의 이행을 선택하거나 해제할 수 있다(제365조(a)항). 미이행계약이나 기간만료전의 임대차계약의 이행을 선택할 것인가, 해제할 것인가는 도산관재인 또는 점유계속채무자의 경영판단사항이다. 계약이 채단의 입장에서 부담스럽거나 비용이 많이 소요되거나 불필요한 경우에는 당사자에 대한 통지와 법원의 허가를 얻어 해제할 수 있다. 결국 제365조(a)항은 도덕적으로 계약을 지키지 않는 것이 바람직한 것인가의 여부와는 상관없이 채단의 이익을 위하여 계약을 지키지 않을 자유를 인정해 주고 있는 것이다.

## 3) 도산조항

지금까지 여러곳에서 도산조항에 대하여 언급하였는데, 이 외에도 제365조(e)항에서는 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약상 또는 기타 법상 채무초과, 채무자의 재무상황, 채무자에 대한 연방도산법상의 절차의 개시, 연방도산법상의 도산관재인 또는 절차개시 전의 관리인이 선임되거나 점유를 개시하는 등의 사유가 발생하면 당해계약은 종료, 변경시킬 수 있다는 조항이 있는 경우에도, 도산절차가 개시된 후에는 당해계약이 종료 또는 변경될 수 없다고 규정하고 있다.

71) NLRB v. Bildisco, 465 U.S. 513 (1984).

72) *In re Arrow, Inc.*, 60 B.R. 117 (Bkrtcy. S. D. Fla.).

## 2. 이행의 선택 또는 해제의 효과

### 1) 해제의 효과

도산관재인이 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약을 해제하면, 제365조(g)항에 따라 채무자가 계약을 위반한 것으로 취급되어 타방당사자는 손해배상청구권을 가진다. 해제가 절차가 개시된 후에 이루어졌어도 타방당사자가 가지는 손해배상청구권은 제502조(g)항에 따라 절차개시 전에 발생한 일반무담보채권으로 취급된다. 일정한 미이행계약과 기간만료전의 임대차계약을 해제한 경우의 배상액은 제502조(b)항(6)호 및 (7)호에 따라 제한된다. 예를 들어 부동산임대계약과 고용계약에서 잔존기간에 대한 손해배상청구권을 제한함으로써 장기계약의 해제가 재단에 너무 과도한 손해배상책임을 발생시키지 않도록 배려하는 것이다.

### 2) 이행의 선택후의 해제

재단이 처음에는 계약의 이행을 선택하였다가 후에 이를 해제하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에 해제는 재단의 채무불이행으로서(제365조(g)항(2)호), 타방당사자의 손해배상청구권은 재단관리비용채권으로서의 우선적 지위가 인정된다. 손해배상액은 해제시, 또는 이행의 선택과 해제 사이의 기간에 갱생절차가 7장 절차로 이행한 경우에는 이행시를 기준으로 한다.

### 3) 이행의 선택 또는 해제 전의 관계

확정적으로 이행의 선택 또는 해제를 하기 전에는 양방당사자가 채무이행을 정지하는 경우가 대부분이다. 그러나 재단이 그 기간 동안 임차한 부동산을 점유하는 경우와 같이 이행의 선택이나 해제 여부가 확정되기 전에도 타방당사자가 계속적으로 채무를 이행하는 경우도 있다. 계약의 이행을 선택한 후에는 약정한 차임을 재단관리비용채무의 이행으로서 지급해야 하지만, 이행의 선택 전에는 약정한 차임을 지급할 의무는 없다는 것이 판례이다. 그러나 합리적인 대가를 지급해야 하고, 그 후에 계약의 이행을 선택한 때에는 약정임료와의 차액을 지급하여야 한다. 제365조(d)항(3)호에서는 비거주용부동산의 임대차에 관해서는 위와 같은 일반원칙에 대한 예외를 인정하고 있다. 비거주용부동산의 임대차계약의 이행의 선택 또는 해제 전에도 도산관재인은 임대차계약상의 의무를 이행하여야 하므로, 결국 약정차임을 지급해야 한다.

### 3. 이행의 선택 또는 해제의 절차

제365조(g)항에서는 도산관재인이 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약의 이행의 선택 또는 해제를 하여야 하는 기간에 대해 규정하고 있다. 법원은 상당한 사유가 있는 경우 이 기간을 연장할 수 있다.

#### 1) 7장 절차

7장 절차에서는 도산관재인이 구제명령일로부터 60일 이내에 이행의 선택 또는 해제를 하여야 한다. 상당한 사유가 있는 경우에는 위의 60일 기간 내에 제출된 도산관재인의 신청에 따라 그 기간을 연장할 수 있다. 기한 내에 이행의 선택이 없으면 자동적으로 해제한 것으로 간주된다(제365조(d)항(1)호).

#### 2) 9, 11, 12, 13장의 절차

7장을 제외한 다른 장의 절차에서는 거주용부동산(residential real property)과 人的財産(personal property)에 대한 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약의 경우와, 비거주용부동산에 대한 기간만료전의 임대차계약의 경우를 나누어 규율하고 있다.

##### (1) 거주용부동산과 인적재산

도산관재인은 갱생계획안의 인가 전까지는 언제든지 거주용부동산과 인적재산에 대한 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약의 이행을 선택하거나 해제할 수 있다. 법원은 채무자가 아닌 계약의 타방당사자의 신청에 의해 일정 기간 내에 이행의 선택 또는 해제 여부를 결정할 것을 명령할 수 있다(제365조(d)항(2)호).

##### (2) 비거주용부동산

비거주용부동산에 대한 기간만료전의 임대차는 7장에서와 마찬가지로 구제명령일로부터 60일 이내 또는 법원이 기간을 연장한 경우에는 그 기간내에 이행을 선택하거나 또는 해제하여야 하고, 그 기간내에 이행을 선택하지 않은 이상은 해제한 것으로 간주된다(제365조(d)항(4)호). 이와 같이 재산의 종류에 따라 달리 취급하는 것은 비거주용부동산에 대한 계약은 규모와 금액이 큰 경우가 많으므로 임대인이 신속하게 법률관계를 확정지을 수 있도록 하기 위한 것이다.

## 4. 이행의 선택 또는 양도의 요건 및 제한

### 1) 채무불이행의 경우에 있어서 이행의 선택의 요건

#### (1) 요건

미이행계약 또는 기간만료전의 임대차의 이행을 선택하려면 제365조(b)항(1)호의 요건을 충족시켜야 한다. 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차에 채무불이행(default) 있는 경우에는 도산관재인은 ① 신속하게(promptly) 채무불이행을 치유하거나, 채무불이행이 신속하게 치유될 수 있다는 적절한 보장(adequate assurance)이 있고 ② 그로 인해 발생한 모든 손해를 배상하며, ③ 계약의 장래의 이행을 적절히 보장하여야 계약의 이행을 선택할 수 있다. 다만, 쇼핑센터 부지의 임대와 관련하여 제365조(b)항(3)호에서 몇가지 특칙을 규정하고 있다.

#### (2) 도산조항에 기인한 채무불이행

계약에 당사자의 도산 또는 재무상황이 심각하게 악화되는 경우 등 일정한 사항이 발생하면 채무불이행이 발생하는 것으로 봄으로써 당사자의 권리가 상실·변경된다는 도산조항이 규정되어 있는 경우, 도산조항에 따라 채무불이행이 발생한 것으로 된 경우에는 위의 제365조(b)항(1)호의 요건을 갖추지 않아도 계약의 이행을 선택할 수 있다(제365조(b)항(2)호).

#### (3) 신속한 치유 및 적절한 보장

위에서 언급한 이행의 선택의 요건중 ①의 '신속한 치유', '적절한 보장'은 연방도산법에서 정의하고 있지 않다. 판례에 의하면 신속한 치유와 적절한 보장은 현금이나 또는 투기적이지 않고, 명확하고, 충분히 실질적인 담보로서 채권자에게 채무불이행액을 보상할 수 있는 것이어야 한다.<sup>73)</sup> 적절한 보장은 자동적 중지와 관련하여 언급한 '적절한 보호'와 혼동하여서는 안된다. 적절한 보장이란 불이행된 채무가 이행될 수 있으리라는 점에 대해 신뢰할 수 있는 경우를 가리킨다.<sup>74)</sup> 신

73) *In re Bronx-Westchester Mack Corp.*, 4 B.R. 730,733 (Bankr. S.D.N.Y. 1980);  
*In re Truffles of Sarasota Inc.*, 30 B.R. 666 (Bankr. M.D. Fla. 1983).

74) 예를 들자면 점포의 임차인인 채무자가 도산 전에 차임을 지급하지 못한 경우, 연체된 차임을 지급하고 매출액이 장래의 차임의 이행을 적절히 보장할 수 있을 정도라는 것을 법원에 입증하면 임대차계약의 이행을 선택할 수 있다. *In re R.H.Neil, Inc.*, 58 B.R. 969 (Bkrctcy. S.D.N.Y. 1986).



속한 치유는 반드시 즉시 지급을 하여야 하는 것을 의미하지는 않고 수주일이 걸리는 것은 허용되지만 수개월이 지연되는 것은 해당되지 않는다고 해석된다.

## 2) 이행의 선택 및 계약상 지위의 양도의 제한

다음과 같은 경우에는 미이행계약이나 기간만료전의 임대차계약에서 계약상의 지위의 양도를 금지하고 있는가 여부에 상관없이 도산관재인은 당해계약의 이행을 선택하거나 계약상의 지위를 양도할 수 없다.

### (1) 개인적노무제공계약

미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약상 채무자의 상대방당사자가 도산법 이외의 법에 따라 채무자나 점유계속채무자 이외의 자에 대하여 이행을 하지 않을 수 있거나 또는 채무자나 점유계속채무자 이외의 자가 이행하는 것을 수령하지 않아도 되는 경우가 있다. 이러한 때에는 상대방 당사자가 동의하지 않는 이상은 도산관재인은 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약의 이행을 선택하거나 그 계약상지위를 양도할 수 없다(제365조(c)항(1)호). 예를 들자면, 채무자가 개인적 노무를 제공하기로 한 계약을 체결한 경우에는 상대방이 동의하지 않는 이상 도산관재인이 그 미이행계약의 이행을 선택할 수 없다.

### (2) 증권의 인수와 대부계약

도산관재인은 채무자에게 대부(loan), 기타 금융을 제공하거나 금융을 위한 편의를 제공하거나, 채무자의 증권을 인수하는 계약을 체결하거나 계약상 지위를 양도할 수 없다(제365조(c)항(2)호).

### (3) 비거주용부동산의 임대차

구제명령 전에 도산법 이외의 법에 따라 종료된 비거주용 부동산의 임대차계약은 그 이행을 선택하거나 계약상의 지위를 양도할 수 없다(제365조(c)항(3)호). 이러한 계약은 미이행계약이 아니므로 이행을 선택하거나 양도할 수 없는 것은 당연하다. 따라서 제365조(c)항(3)호는 불필요한 규정으로서 오히려 혼란을 초래할 여지가 있다. 이 조항에서 비거주용부동산에 대해 규정하고 있으므로 다른 계약은 절차개시 전에 유효하게 종료되었다고 하더라도 인수할 수 있다는 오해를 가질 수 있기 때문이다.

### 3) 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약상 지위의 제3자에 대한 양도

지금까지는 논의가 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약의 이행을 선택하면 재단이 의무를 이행할 것이라는 것을 전제로 하여 이루어졌다. 제365조(f)항(1)호는 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차상, 또는 도산법 이외의 법상 이들 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약상의 지위의 양도를 제한하는 조항이 있는 경우라도, 도산관재인은 이를 무시하고 위의 계약상 지위를 제3자에게 이전할 수 있다고 규정하고 있다. 예를 들자면 11장 절차에서 채무자가 차입이 저렴하던 시절에 임대차계약을 체결하여 임차인이 되었는데 현재 채무자의 갱생에서 그 부동산이 불필요한 경우, 임대차계약상의 지위의 양도를 인정함으로써 채무자는 대가를 취득하여 계약의 이익을 누릴 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다. 다만 이행의 선택이 제한되는 미이행계약이나 기간만료전의 임대차계약상의 지위는 양도할 수 없다.

미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약상의 지위를 제3자에게 양도하기 위해서는 ① 도산관재인은 먼저 당해 계약의 이행을 선택하여야 하고(제365조(f)항(2)호(A)목) ② 당해 계약 또는 임대차에 대해 채무불이행이 발생하였는가의 여부에 상관없이 계약상의 지위의 양수인이 장래의 이행에 대해 적절한 보장을 하여야 한다(제365조(f)항(2)호(B)목). 왜냐하면 미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약상의 지위가 양도되면 도산관재인과 재단은 그 이후 계약이 위반된다고 하더라도 책임을 지지 않으므로(제365조(k)항), 당해계약에서 채무자의 상대방당사자의 이익을 보호할 필요가 있기 때문이다.

미이행계약 또는 기간만료전의 임대차계약상 또는 기타 법에서 채무자 이외의 당사자가 당해계약상의 지위를 양도하였다는 것을 이유로 당해계약을 종료 또는 변경시킬 수 있다는 도산조항을 두고 있는 경우에도 그 조항은 효력이 없고, 따라서 도산관재인이 당해계약상의 지위를 양도하더라도 당해계약은 종료 또는 변경되지 않는다(제365조(f)항(3)항).

## 5. 특 칙

### 1) 부분적인 미이행계약

계약이 완전히 미이행된 경우에 도산관재인이 당해계약을 해제하면 양당사자의

계약상의 권리의무는 모두 소멸하게 되고, 다만 채무자의 상대방 당사자의 손해배상청구권만이 문제되어 절차개시 전에 발생한 무담보채권으로 취급되게 된다. 그러나 절차개시 전에 상대방 당사자가 계약을 일부이행한 후 도산관재인이 해제를 하면 어떻게 될 것인가?

연방도산법에서는 몇가지 경우를 특정하여 해제의 효과가 장래의 이행에 대해서만 미치도록 하였다. 우선 채무자가 임대인인 경우, 도산관재인이 임대차계약기간이 개시된 부동산의 임대차계약을 해제한 때에는, 임차인은 잔존임대차기간이 만료할때까지 계속 임대차계약에 기한 권리를 가질수 있다(제365조(h)항). 임차인이 임대차계약에 대해 계속점유하는 것을 선택한 경우에는, 재단은 유지보수의무와 같은 장래에 대한 의무를 면한다. 임차인은 차임을 지급하여야 하지만, 해제로 인해 손해를 입은 경우에는 상계할 수 있다. 이와 같이 상계는 할 수 있지만, 별도로 손해배상을 청구할 수는 없다. 또한 채무자로부터 할부로 부동산을 매수한 매수인이 부동산을 점유하고 있는 경우에도 이와 마찬가지로 매수인이 보호된다(제365조(i)항). 채무자가 지적재산권실시의 허락자(licensor)인 경우 실시권자(licensee)도 계약의 종료 또는 일정한 제한하에서 계약기간동안 권리를 계속해서 보유하는 것중 선택할 수 있다(제365조(n)항).

## 2) 11장절차에서의 단체협약의 해제

단체협약도 미이행계약이므로 도산관재인이 해제할 수 있다. 그러나 단체협약은 정책적인 이유에서 일반적인 미이행계약과 달리 11장에서 특칙을 두어 규율하고 있다. 1984년 대법원은 N.R.L.B. v. Bildisco, 465 U.S. 513에서 단체협약을 도산관재인이 해제한 사건에 대해 판결하였다. 대법원은 도산관재인이 단체협약을 해제한 것을 허가하였으나, 일반적인 미이행계약 해제의 허가기준에 따라 판결하지 않고, 대법원은 단체협약이 재단에 부담을 주는 것이고, 모든 상황을 고려할 때 해제를 허가하는 것이 형평에 맞는 경우에만 허가할 수 있다라는 기준을 제시하였다. 1984년 연방도산법의 개정에서는 이러한 대법원판결의 영향을 받아 제 1113조를 규정하였다. 제1113조에 의하면 단체협약을 해제할 수 있지만, 우선 도산관재인이 노동조합에 대하여 제1113조(b)항(1)호의 요건을 충족하는 제안을 하여, 합의로 해결을 할 수 있도록 노동조합과 성실히 협상하고, 노동조합이 정당한 이유없이 이를 거절한 경우에도 형평의 관점에서 비교형량하여 단체협약을 해제하는 것이 상당하다고 판단되는 경우에만 해제를 허가할 수 있다.

## IV. 相 計

### 1. 서 론

양당사자가 상호간에 동종의 채권채무를 부담하고 있는 경우에는 보통법이나 기타 각종 법령에 따라 이를 상계(set off)할 수 있다. 도산절차가 개시되어도 이러한 상계권을 상실하는 것은 아니지만, 상계가 허용되면 그만큼 특정채권자가 우선하는 결과가 되므로 연방도산법에서는 일정한 제한을 가하고 있다.<sup>75)</sup>

### 2. 상계권

#### 1) 상호성(mutuality)

채권자와 채무자가 상대방에 대하여 가지는 채권이 동종 동질의 것이어야 한다. 도산법은 절차개시신청 전과 후의 채무자를 서로 다른 주체로 보고 있다. 따라서 은행은 절차개시신청 후에 점유계속채무자가 개설한 예금계좌상의 예금반환채권과 은행이 채무자에 대해 가지는 절차개시신청 전의 채권을 상계할 수 없다.

#### 2) 만기(maturity)

법에 의하면 상호간의 채권은 변제기가 되고 액수가 확정되어야지만(liquidated) 상계할 수 있다. 도산으로 인하여 채무자의 모든 채무는 변제기가 도래한 것으로 취급된다. 따라서 채무자에 대한 채권의 기한이 도래하지 않았고, 다른 조건의 성취여부에 채권의 존부가 달려 있는 경우에도, 채권자가 채무자에 대해 상호성을 가지는 채무를 부담하고 있는 경우에는 상계를 할 수 있다. 그러나 반대로 채권자가 채무자에 대해 기한이 도래한 채권을 가지고 있고, 채무자는 채권자에 대해 기

75) 예를 들자면, 채무자 A가 도산하기 4개월 전에 B에게 1,000달러의 채무를 부담하게 되었고, 2개월 후 채무자 A가 위의 거래와 관계없이 B에게 일정한 서비스를 제공하여 1,000달러의 채권을 가지게 되었다. B가 상계권을 행사하면 상호간의 채권채무가 모두 소멸하게 된다. B가 상계권을 행사할 당시 A가 채무초과상태였다면 상계권의 행사는 제547조(b)항의 편파행위를 이유로하는 부인권을 행사할 수 있는 요건을 모두 충족시킨다. 상계를 하지 않는 경우에는 B는 재단에게 1,000달러의 채무를 이행하여야 하고, 자신의 A에 대한 채권을 신고하여 채권이 인 용이 되면 일반무담보채권자에 대한 변제비율에 따라 변제를 받게 된다. 상계를 하게 되면 채권자가 자신의 채권을 완전히 회수할 수 있으므로 결과적으로 B가 다른 채권자보다 우선하여 변제를 받게 된다. 이와 같이 일부채권자를 우선시킨다는 문제점에도 불구하고, 도산법은 원칙적으로 상계권의 행사를 인정하고 다만, 제553조의 일정 요건에 해당되는 경우에는 상계권을 행사할 수 없도록 제한하고 있다.

한이 도래하지 않은 채권을 가지고 있는 경우에는 상계가 허용되지 않는다.<sup>76)</sup>

### 3) 자동적 중지와 상계

제553조(a)항은 절차개시 전에 발생한 상호간의 채권에 대해서만 상계할 수 있음을 밝히고 있다. 자동적 중지는 상계의 경우에도 적용되므로(제362조(a)항(7)호) 절차개시 후에는 상계를 할 수 없다. 상계권을 가진 채권자가 상계권을 행사하기 위해서는 도산법원에 자동적 중지로부터의 구제명령을 신청하여야 한다. 이와 관련하여, 채무자에 대해 대출을 하고 있는 은행이 채무자에 대한 도산절차가 개시되면 채무자의 예금을 동결시키는 관행이 문제되었다(이를 관리동결(administrative freeze)라고 한다). 예금을 동결함으로써 마치 상계권을 행사하는 것과 동일한 효과를 거둘 수 있으므로, 이것이 자동적 중지의 위반인가가 문제되었다. 이에 대해 판례는 엇갈린 태도를 보이다가, 1995년 10월 연방대법원은 은행이 영구적으로 대출채권액만큼 예금잔액을 감소시킬 의도가 아니라면 자동적 중지의 위반이 아니라고 판시함으로써<sup>77)</sup> 결론을 내렸다.

### 4) 상계에 의한 담보권

채권자는 상계할 수 있는 금액의 범위에서 담보권을 가진다(제506조(a)항). 상계의 대상이 되는 반대채권의 전형적인 예는 채무자가 은행에 대해 가지는 예금채권이라고 할 수 있다. 은행은 예금에 관하여 은행우선택권(banker's lien)과 유치권(possessory lien)을 가지고 있다고 흔히 이야기 되지만, 이는 은행이 상계권을 가지는 범위내에서의 담보권을 의미하는 것이지, 그 외의 어떠한 담보적 권리가 인정되는 것은 아니다.

## 3. 상계의 제한

도산관재인은 다음 제한에 위반하여 이루어진 상계를 부인할 수 있다.

### 1) 불인용된 채권을 자동채권으로 하는 상계

채권이 불인용되는 경우에는 채권자가 상계를 할 수 없다(제553조(a)항(1)호). 제502조(b)항에서는 채무자가 채권의 불인용을 청구할 수 있는 사유를 9가지 규

76) *In re Axvig*, 68 B.R. 910 (Bankr. D.N.D. 1987).

77) *Citizens Bank of Maryland v. Strumpf*, No. 94-1340, 1995 U.S. LEXIS 7408 (1995).

정하고 있다.<sup>78)</sup> 채무자는 채권자의 상계권행사를 피하기 위한 방편으로 채권을 불인용할 것을 청구할 수 있다.

## 2) 양수한 채권을 자동채권으로 하는 상계

채무자에 대해 채무를 부담하고 있는 자가 절차개시 후에 채무자에 대한 채권을 양수한 경우에는 상계를 할 수 없다(제553조(a)항(2)호(A)목). 또는 채무자에 대한 채권을 절차개시신청일전 90일 내에 양수하였고, 양수 당시에 채무자가 채무초과였던 경우에도 상계권을 행사할 수 없다(제553조(a)항(2)호(B)목). 편파행위에 기한 부인권의 경우에서와 마찬가지로 채무자는 절차개시신청전일전 90일 내에는 채무초과상태에 있는 것으로 추정된다(제553조(c)항). 이와 같은 제한은 채무자에게 채무를 부담하고 있는 제3자가 채무자에 대한 채권을 양수함으로써 상계를 하는 것을 막기 위한 것이다. 이것이 허용되면 채권자는 재단에 대해 채무를 부담하고 있는 자에게 자신의 채권을 양도함으로써 채권을 전액 변제받는 효과를 누릴 수 있고, 재단은 제3자에 대한 채권을 상실하게 되어 손해를 보기 때문이다.

## 3) 상계권을 발생시키기 위한 채무의 부담

채권자가 상계권을 발생시키기 위해 채무자에 대해 채무를 부담하는 경우에는 상계권을 행사할 수 없다(제553조(a)항(3)호). i) 절차개시신청일전 90일 내에 채권자가 채무자에 대해 새로이 또는 추가로 채무를 부담할 것 ii) 채권자가 채무자에 대해 채무를 부담할 당시에 채무자가 채무초과였을 것 iii) 채무자에 대해 상계권을 취득할 것을 목적으로 채무를 부담하였을 것이라는 요건을 채무자가 입증하여야 한다. 채무자의 채무초과가 추정되는 것은 위와 마찬가지이다.

## 4) 지위를 향상시키는 절차개시신청전의 상계에 대한 제한

연방도산법에서는 절차개시신청일전 90일 이내에 채권자가 상계를 한 경우에, 그 기간 중에 상계대상이 된 반대채권이 증가한 결과 채권자가 보다 많은 액수를 회수할 수 있게 된 때에는 채권자가 이익을 얻은 부분을 반환하여야 하는 것으로 하고 있다. 이를 지위향상기준(improvement-in-position test)이라고 한다(제553조(b)항(1)호). 즉, 도산관재인이나 점유계속채무자는 채권자가 절차개시신청전 90일 이내에 상계를 한 경우, 상계일의 부족액이 신청서 제출의 90일 전의 날 또는 신청서 제출 직전 90일의 기간 중에서 부족액이 발생한 최초의 날중 나중에

78) 앞의 제4장 I.3.4) 참조.

도래한 날의 부족액보다 적은 경우에는 그 차액의 반환을 청구할 수 있다. 부족액(insufficiency)이란 채무자에 대한 채권액이 그 채권자가 채무자에 대해 부담하는 채무의 액수를 초과하는 액수를 말한다(제553조(b)항(2)호). 즉 절차개시신청일전 90일 당시의 부족액을 계산하여 보고, 만약 부족액이 없는 경우에는 90일 기간 내에 부족액이 최초로 발생한 날의 부족액을 계산한 다음, 이것을 절차개시신청일전에 상계를 한 날의 부족액과 비교하여 보아 전자가 후자보다 많은 경우에는 채권자의 지위가 향상된 것이므로 도산관재인이 차액의 반환을 청구할 수 있다는 것이다. 지위 향상의 기준은 상계를 하는 채권자의 주관적 의도와 관계없이 적용된다. 이 기준은 도산절차개시 신청서가 제출된 후에는 적용되지 않는다.

## V. 부인권

### 1. 개 설

#### 1) 의 의

연방도산법은 도산관재인 또는 점유계속채무자에게 채무자가 절차개시신청 전의 일정한 기간 이내에 행한 특정한 이전행위(transfer) 또는 채무의 부담행위를 부인할 수 있는 권한을 인정하고 있다. 이러한 권한을 통칭하여 “부인권(avoidance powers)”이라고 하고, 연방도산법 제544조, 제545조, 제546조, 제547조, 제548조, 제549조, 제550조에서 각각 그 내용에 대해 규정하고 있다. 가장 많이 이용되는 것은 다른 채권자의 희생으로 특정 채권자만을 우선시키는 행위의 부인에 관한 제547조(편파행위 preferential transfers)와 충분한 대가를 받지 않고 재산을 양도하는 행위의 부인에 관한 제548조(사기적 이전 fraudulent conveyance)이다.

#### 2) 점유계속채무자나 다른 당사자에 의한 부인권의 행사

부인권은 도산관재인이 행사할 수 있다. 11장 절차에서는 점유계속채무자가 도산관재인의 모든 권한을 행사하므로 점유계속채무자가 부인소송에서 재단을 대표하게 되는 경우가 많다. 이는 이전행위나 채무부담행위를 한 당사자가 바로 부인권을 행사하는 채무자라는 점에서 역설적이라고 할 수 있다. 이러한 점 때문에 법원이 때때로 점유계속채무자가 부인권을 행사하는 것을 금지하기도 하였지만, 점유계속채무자는 전혀 새로운 자격에서 행위하는 것이므로 문제가 없다는 태도가

일반적이다.

부인권은 보통은 도산관재인이나 점유계속채무자가 아니면 행사할 수 없다. 그러나 여기에는 약간의 예외가 있다. 예를 들어 11장 절차에서 점유계속채무자가 부당하게 부인권을 행사 하지 않는 경우에는, 채권자위원회가 부인권을 행사할 수 있다. 또한 제522조(h)항에서는 도산관재인이 재단제외재산의 이전을 부인하지 않는 경우에, 개인채무자는 이전이 비자발적인 것이었고 채무자가 그 재산을 은닉한 것이 아니라면 부인권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>79)</sup>

## 2. 대항요건미구비의 권리의 부인

제544조에서는 도산관재인에게 채권자가 도산법 이외의 법에 따라 가지는 부인권을 행사할 수 있는 자격을 부여하고 있다.

### 1) “strong arm” 조항

#### (1) 서

제544조(a)항은 도산관재인에게 매우 강력한 권한을 부여하는 것으로서, 이러한 의미에서 일명 strong arm조항이라고 한다. 그 대강의 내용은 일정한 사법상의 우선특권보유자(judicial lien holder), 집행에서 만족을 얻지 못한 채권자(unsatisfied execution creditor), 선의의 부동산 매수인(bona fide purchaser of real property)이 절차개시 전의 이전행위 또는 채무부담행위를 부인할 수 있는 경우에는 도산관재인도 그들과 마찬가지로 부인권을 가진다는 것이다.

#### (2) 가상적 주체의 범위

##### ① 가상적 사법상의 우선특권보유자(제544조(a)항(1)호)

절차개시 당시 단순계약(simple contract)<sup>80)</sup>에 기하여 채무자에게 신용을 제공하고, 동시에 그 시점에서 사법절차를 밟는다고 가정할 때 그 여신채권과 관련하여 채무자의 전재산상에 사법상의 우선특권을 취득하는 채권자가 가지는 부인권을 도산관재인도 가진다. 원래 사법상의 우선특권은 먼저 승소판결을 받고, 채무자가 판결을 이행하지 않는 경우 발생하게 되므로 신용을 제공하는 날에 사법상의 우선특권을 취득할 수는 없다. 그러나 이 조항에서는 이 모든 것이 동시에 이루어진 것으로 의제를 하고, 그러한 조건하에서 사법상의 우선특권을 취득한 채권자가 만약

79) 앞의 제5장 I.5.5) 참조.

80) 날인(seal)되지 않고, 또 등록사무소 등에 기록(record)되지 않는 계약.



있다고 가상한다면 그러한 자가 가지는 부인권과 동일한 부인권을 도산관재인도 가진다는 것이다. 이러한 점에서 바로 '가상적'이라는 설명이 나오고 있는 것이다.

연방도산법은 도산관재인이나 채권자가 이전행위나 채무부담행위를 알고 있었는가 여부를 불문하고 도산관재인에게 가상적 사법상의 우선특권보유자로서의 부인권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 실제로 채권자가 존재하는 경우에는 知·不知에 따라 영향을 받는 것이 형평의 관념상 타당하겠지만, 이 경우는 가상적인 지위를 상정한 것이기 때문에 知·不知 여부에 영향을 받지 않는 것이다.

### ② 가상적 강제집행우선특권보유자(제544조(a)항(2)호)

가상적 사법상의 우선특권보유자의 경우와 동일하게, 신용을 제공하여 동시에 그 시점에서 사법절차를 밟는다고 가정할 때 강제집행영장(execution)을 취득하지만 채권이 만족되지 못한 채권자가 가지는 부인권을 도산관재인도 가진다. 이 유형의 가상적 채권자의 경우도 채권자의 지·부지를 불문하고 도산관재인이 부인권을 행사할 수 있음은 위의 ②의 경우와 마찬가지로이다.

일부 주에서는 강제집행이 만족을 얻지 못하는 경우에는 채권자에게 주법상 부인권을 인정하여 주고 있지 않기 때문에 제544조(a)항(2)호가 의미가 없는 경우도 있다. 제544조(a)항(2)호는 자주 이용되는 조문은 아닌 것으로 보인다.

### ③ 부동산의 가상적 선의의 매수인(제5449조(a)항(3)호)

부동산의 이전과 관련하여서는 도산관재인은 앞의 두가지의 우선특권보유자로서의 지위에 더하여, 부동산의 가상적 선의의 매수인의 부인권도 가진다. 즉, 부동산 정착물(fixture)을 제외한 부동산을 채무자로부터 선의로 매수하였고, 채무자에 대해 이전의 대항요건을 구비한 자의 권한을 가지는 것이다. 앞의 두 경우와 마찬가지로 가상적 부동산의 선의의 매수인의 경우도 실제로 이전행위나 채무부담행위의 존재를 알고 있었는가를 불문하고 부인권을 행사할 수 있다.

### (3) 대항요건미구비의 담보권과 strong arm조항의 적용

제544조(a)항의 strong arm 조항은 대항요건이 구비되지 않은 이전행위나 채무부담행위를 부인하는 경우에 가장 많이 이용된다. 가장 대표적인 경우가 도산절차개시 전에 채무자에게 자금을 대여한 채권자가 채무자의 재산을 담보로 하였으나 대항요건을 구비하지 못한 경우이다. 이러한 경우에는 그 후에 우선특권보유자가 생기게 되면 그에게 대항할 수 없으므로 담보권을 상실하게 된다. 이와 같이 대항요건을 구비하지 못한 담보권을 비밀우선특권(secret liens)이라고 한다. 대항요건을 구비하기 위한 법적 절차를 따르지 않음으로 인하여 장래의 채권자에게

알려지지 않는다는 의미에서 이러한 용어를 사용하는 것이다.

담보권의 대항요건을 구비하는 방법은 다음과 같다. 담보권의 설정도 일정한 절차를 밟아야 하는데, 예를 들자면 통일상법전 제9-203조에서는 담보권설정계약은 서면으로 하고 채무자가 서명하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 더하여 담보권 설정 이후에 발생한 우선특권보유자 등 다른 권리자에게 대항하기 위해서도 일정한 요건을 갖추어야 한다. 대항요건의 구비는 대개 담보권의 존재를 알리는 행위를 하는 것이다. 구체적인 방법은 각 거래를 규율하는 법에 따라 달라지는데, 예를 들자면 통일상법전에 따르면 채고자산에 대한 담보권은 일정 장소에 특정서류를 제출하는 것이다. 경우에 따라서는 담보목적물의 점유를 담보권자에게 이전하는 것이 요건일 수도 있는 등 다양한 방법이 존재한다.

## 2) 무담보채권자의 부인권의 승계

### (1) 의 의

무담보채권자는 일정한 경우 채무자의 행위를 부인할 수 있다. 도산관재인은 이와 같은 무담보채권자의 부인권을 행사할 수 있다. 즉, 도산관재인은 제502조에 따라 인용될 수 있는 무담보채권(또는 구상채권 또는 분담채권이므로 제502조(e)항에 따라 인용될 수 없는 채권)을 가지는 채권자가 채무자의 재산상의 권리의 이전 또는 채무부담을 법령에 따라 취소할 수 있는 경우, 그러한 이전 또는 채무부담을 부인할 수 있다(제544조(b)항).

제544조(a)항과 달리 이 규정은 가상적 지위를 창설하는 것이 아니고, 실재하는 무담보채권자가 행사할 수 있는 부인권을 도산관재인으로 하여금 행사할 수 있도록 해주는 것이다. 이 규정은 '무담보'채권의 경우로 한정되어 적용된다. 도산관재인은 채권자가 실재하는 경우에만 부인할 수 있지만, 채권자가 채권을 신고했어야 할 필요는 없고, 채권이 신고 되면 인용될 수 있다는 것으로 충분하다. 도산관재인이 부인권을 절차개시시에 승계하지만, 이전의 상대방에 대한 권리의 유효성은 실제 채권자가 권리를 행사할 수 있는 날을 기준으로 정해진다.

### (2) 효 용

채무자가 재산을 사기적으로 이전하지 않는 이상, 무담보채권자가 부인권을 갖는 경우는 매우 한정되어 있다. 실제로 제544조(b)항이 적용되는 전형적인 사건은 대부분 주법상의 사기적 이전과 대량매매(bulk sales)<sup>81)</sup>의 경우이다. 그러나

81) 대량매매는 상인이 영업의 통상적인 과정에서가 아니면서 채고(inventory)의 주요부분을 매

사기적 이전의 경우에는 제544조(b)항이 규정되어 있지 않더라도 제548조에 따라 부인권을 행사할 수 있으므로 그 효용이 크지 않다. 다만, 주의 사기적 이전에 관한 법에서 연방도산법 제548조에 의해 인정되는 것보다 넓게 부인권을 인정하고 있거나, 주법에서 연방도산법 제548조에서 규정하고 있는 시점에서보다 더 먼저 발생한 행위도 부인할 수 있다고 하고 있는 경우에는 효용이 있다.

### 3. 제정법상의 우선특권의 부인

#### 1) 의 의

도산관재인은 일정한 제정법상의 우선특권(statutory liens)을 부인할 수 있다. 부인될 수 있는 제정법상의 우선특권은 ① 채무자에 대한 도산절차가 개시되거나 이에 비견될만한 사건이 발생함으로써 제정법상의 우선특권이 발생한 경우 ② 재산의 선의의 매수인이 있다는 가정하에서 선의의 매수인에 대한 관계에서 제정법상의 우선특권의 대항요건을 구비하지 못했거나 강제집행을 실행할 수 없는 경우 ③ 차임을 위한 것인 경우 ④ 차임청구를 위한 자구적 동산압류에<sup>82)</sup> 기한 우선특권인 경우이다.

#### 2) 제정법상의 우선특권의 범위

제정법상의 우선특권은 제101조(53)호에서 정의되어 있다. 특정 상황이나 조건 하에서 제정법만에 의해 발생하는 우선특권, 또는 제정법상의 것인가 또는 보통법상의 것인가를 불문하고 자구적 동산압류에 의한 우선특권(lien of distress for rent)으로서, 담보권(security interest) 또는 사법상의 우선특권(judicial liens)은 제정법에 규정이 되었거나, 제정법에 의존하거나 제정법에 의하여 완전하게 유효하게 되었는가를 불문하고 포함되지 않는다. 이 정의에 따르면 제정법상 규정되어 있는 모든 우선특권이 연방도산법에서의 제정법상의 우선특권이 되는 것은 아니고, 제정법상 규정되지 않은 경우에도 이 범주에 포함되게 된다. 통일상법전 제9편에서 규정되어 있기는 하지만, 인적재산(personal property)에 대한 담보권과 부동산에 관한 양도저당(mortgage)은 합의와 계약에 따라 발생하는 것이므로 제정법상의 우선특권에는 포함되지 않는다. 보통법상의 우선특권인 임료청구를 위

각하는 것을 말한다.

82) "distress"는 "distrain" 즉 동산을 압류(seizure or detention)하는 것을 의미하는 말에서 유래한 것이다.

한 자구적 동산압류에 기한 우선특권은 제정법상의 우선특권에 포함된다.<sup>83)</sup>

### 3) 제정법상의 우선특권부인의 요건

앞에서도 간단히 언급한 것처럼 제정법상의 우선특권은 다음 네가지 경우에 부인될 수 있다.

① 도산이 예기되는 경우(제545조(1)호)

도산판재인은 제정법상의 우선특권이 다음 사건의 발생으로 효력이 발생하게 된 때에는 제정법상의 우선특권을 부인할 수 있다.

- i) 채무자에 관하여 연방도산법상의 절차가 개시된 때
- ii) 채무자에 대하여 연방도산법상의 절차 외에 채무정리절차(insolvency proceeding)가 개시된 때
- iii) 관리인이 선임되거나 점유할 권한을 취득한 때
- iv) 채무자가 채무초과가 된 때
- v) 채무자의 재무상황이 일정 기준을 충족시키지 못하는 때
- vi) 당해 제정법상의 우선특권보유자 이외의 자에 의하여 채무자의 재산에 대해 강제집행이 행해진 때

② 가상적 선의의 매수인에 대해 대항할 수 없거나 강제집행을 실행할 수 없는 우선특권(제545조(2)호)

절차개시당시에 선의의 매수인이 있다고 가정하였을 때, 그러한 가상적 선의의 매수인에 대한 관계에서 제정법상의 우선특권의 대항요건이 구비되지 않았거나 강제집행을 실행할 수 없는 경우에는 제정법상의 우선특권을 부인할 수 있다. 이 조항은 선의의 매수인을 가정한다는 점에서는 제544조(a)항(3)호와 유사하지만, 부동산에만 한정되는 것이 아니라는 점에서 차이가 있다.

③ 차임을 위한 우선특권(제545조(3)호)과 차임청구를 위한 자구적 동산압류에 기한 우선특권(제545조(4)호)

미지급된 차임이나 차임청구를 위한 자구적 동산압류를 위한 우선특권은 부인할 수 있다. 결국 부인에 의해 위의 우선특권은 무담보채권으로 취급되는 결과가 된다. 이는 정책적으로 부동산임대인을 일반 무담보채권자와 동일하게 취급하기 위해 규정된 것이다. 다만 차임청구권을 담보하기 위해 계약에 의해 담보권을 설정

83) 제101조(53)호에 해당되는 제정법상의 우선특권은 i) 직공의 우선특권(artisan liens) ii) 수리자의 우선특권(repairman liens) iii) 보관자의 우선특권(storageman liens) iv) 변호사의 우선특권 v) 미지급조세우선특권(liens imposed for unpaid taxes) 등이다.

하는 경우가 있는데, 이러한 담보권은 이 조항에 의해 부인되는 대상은 아니다.

#### 4. 편파행위(preferences)의 부인

##### 1) 개 관

부인권중 가장 많이 이용되는 것이 편파행위를 이유로 하는 제547조의 부인권이다. 도산절차가 개시되기 직전에 일부 채권자에게 변제를 하게 되면 그와 유사한 채권을 가진 채권자보다 우선적으로 변제를 받는 결과가 된다. 도산법은 이와 같은 불공평을 시정하기 위해 도산절차개시신청 전의 일정 기간 내에 채무자가 채권자에게 재산을 이전하거나 담보권을 설정하여 준 경우 등에 있어 이를 부인할 수 있는 권한을 도산관재인에게 부여하였다.

편파행위를 이유로 하는 부인권은 두가지 목적을 가지고 있다. 첫째, 이와 같은 부인권을 인정함으로써 채권자가 채무상의 어려움을 겪고 있는 채무자에게 자신에 대한 채무를 변제하도록 강제하여 채무자의 어려움을 가중시키거나 도산절차로 진입하도록 하는 것을 방지할 수 있다는 것이다. 둘째, 실질적 관점에서 더 중요한 것은 도산법의 가장 중요한 목적의 하나인 동일한 지위에 있는 채권자간의 평등을 유지할 수 있다는 것이다.

##### 2) 편파행위를 이유로하는 부인권의 행사요건

도산재인이 편파행위를 부인하기 위해서는 다음 요건을 입증하여야 한다(제547조(b)항). ① 이전행위의 존재 ② 채무자의 재산 또는 채무자의 재산상 권리'의 이전행위 ③ 채권자에게 또는 채권자의 이익을 위한 이전 ④ 이전행위의 전에 채무자가 부담한 채무를 원인으로 이전행위가 이루어졌을 것 ⑤ 채무자가 채무초과 상태에서 이전행위가 이루어졌을 것 ⑥ 이전행위가 절차개시신청전 90일 이내에 또는 채권자가 내부자인 경우에는 1년 이내에 이루어졌을 것 ⑦ 이전행위로 인해 채권자가 i) 7장의 청산절차에서 ii) 그러한 지급이 없었더라면 iii) 그 채권자가 도산법의 규정에 따라 그 채무의 변제로서 수령할 수 있었을 배당액 이상을 수령하게 되었을 것. 이러한 요건의 입증책임은 도산관재인에게 있다(제547조(g)항) 다만 제547조의 적용을 위한 범위 내에서는 절차개시전 90일 이내의 기간 동안에는 채무자가 채무초과상태에 있다고 추정된다. 제547조(f)항).

개정전 연방도산법은 편파적 이전의 상대방이 채무자가 채무초과라고 믿을 합리적 이유가 있는 경우에만 부인권을 행사할 수 있다고 규정하고 있었으나, 개정법

에서는 이와 같은 주관적 인식에 대한 요건을 삭제하였다.

(1) 이전행위

① 의 의

이전행위는 제101조(54)호에서 정의되어 있다. 재산 또는 재산상의 권리를 처분 또는 양도하는 것으로서, 직접적인가 간접적인가, 임의적인가 강제적인가를 묻지 않고, 담보권의 설정과 같이 채무자가 권원을 보류하는 것과 채무자의 반환권상실(foreclosure of the debtor's equity of redemption)절차에 의한 양도 등도 포함된다.

② 이전행위의 일자

이전의 일자는 부인권의 행사에서 매우 중요한 요소이다. 예를 들자면 부인권행사의 대상이 되는 일정한 기간내의 이전인가를 판단하기 위해서는 이전의 일자를 알아야 한다. 특히 대항요건을 구비하여야 하는 담보권의 경우 언제 이전이 있는 것으로 판단할 것인가가 문제된다. 제547조(e)항에서는 편파행위부인의 목적상언제를 이전일자로 볼 것인가에 관해 규율하고 있다. 이에 따르면 i) 실제 이전일로부터 10일 이내(구매대금의 담보권의 경우에는 20일 이내)에 대항요건이 구비된 경우에는 실제이전일(제547조(e)항(2)호(A)목) ii) 실제 이전일로부터 10일 후(구매대금의 담보권의 경우에는 20일 이내)이지만, 절차개시 전에 대항요건이 구비된 경우에는 대항요건을 구비한 날(제547조(e)항(2)호(B)목) iii) 절차개시 후 대항요건을 구비한 경우에는 절차개시 직전일. 다만 절차개시 후 대항요건이 구비되었지만 실제 이전일로부터 10일(구매대금의 담보권의 경우에는 20일)내에 이루어진 경우에는 실제 이전일 (제547조(e)항(C)목) iv) 대항요건이 구비되지 않은 경우에는 절차개시일에 이전행위가 있는 것으로 취급된다. iv)의 경우에는 비밀의 담보권으로서(secret security interest) 제544조(a)항의 strong arm 조항에 따라 부인될 수도 있다.

(2) 채무자의 재산상의 권리

재산상의 권리의 이전이 있는가는 채무자의 재단이 감소하는가에 따라 결정한다. 채무자가 아닌 제3자가 채권자에게 이전 또는 지급을 하는 것은, 재단이 희석되지 않고 재단이나 채무자가 제3자의 재산에 대해 권리를 가지지 않는 경우에는 대개 편파적인 것이라고 해석되지 않는다.<sup>84)</sup> 음자자가 채무자에 대하여 특정의 채

84) Brown v. First Nat'l Bank, 748 F.2d490 (8th Cir.1984).

권자에 대해 변제할 것을 지시하면서 용자를 하여준 경우에는, 실질적으로 채무자의 재산상의 권리의 이전이 없다는 이유로 편파행위가 되지 않는다고 한다. *In re Fagger* 사건에서<sup>85)</sup> 채무자는 그가 지분을 소유하고 있는 제3자인 사업체로 하여금 그가 발행한 약속어음의 어음금액을 지급하도록 하였다. 법원은 채무자가 개인 채무를 변제한 자금의 사용에 대해 배타적인 지배를 하므로 그 자금은 재단의 재산이라고 판시하였다. *In re Moskowitz*<sup>86)</sup>에서는 채무자와의 의료보험계약에 따라 의료보험의 보험자가 병원에 직접 보험금을 지급하였는바, 그러한 지급이 무담보채권자가 권리를 가질 수 있는 재단의 재산을 감소시켰으므로 보험금은 재단의 재산이 된다고 판시하였다.

(3) 채권자에게 또는 채권자의 이익을 위한 이전(제547조(b)항(1)호)

이전의 결과 그 이전의 직접의 상대방 이외의 다른 채권자에게 이익을 주는 경우가 있다. 그 경우에는 이전행위는 수익자에 대한 관계에서도 편파행위로서 부인될 수 있고, 따라서 수익자에 대하여 그 얻은 이익을 반환할 것을 청구할 수 있다. 예를 들자면 채무자를 위하여 보증을 하거나 담보를 제공한 자는, 보증채무를 이행하여 구상채권을 가지기 전에도 우발채권을 가진 자로서 채권자로 취급된다. 채무자가 이와 같이 인적 보증이 있는 채무의 채권자에게 변제를 하면 보증인은 자신의 채무를 면하게 되는 이익을 받는다. 따라서 이러한 경우 변제행위는 다른 요건이 충족되는 한, 직접 변제를 받는 채권자에 대해서뿐만 아니라 보증인에 대해서도 편파행위로서 부인될 수 있다.<sup>87)</sup> *Carroll v. Mansell* 사건은<sup>88)</sup> 채무초과의 채무자가 재산을 그의 처에게 이전하고, 그 처가 남편의 채권자에게 저당권을 설정하여 준 것이었다. 법원재산을 배우자에게 이전한 행위는 간접적으로 채권자에게 이익을 준 행위였으므로 편파행위에 해당된다고 판시하였다.

(4) 이전행위 전에 채무자가 부담한 채무를 원인으로 하는 이전  
(제547조(b)항(2)호)

제547조(b)항(2)호는 이전행위 전에 채무자가 부담한 채무를 원인으로 이전이 이루어진 경우에만 편파행위가 존재한다고 규정하고 있다. *In re Mobley* 사건에

85) 48 B.R. 33 (Bankr.W.D. Tex. 1985).

86) 13 B.R. 357 (Bankr. S.D.N.Y. 1981), *appeal denied*, 14 B.R. 307 (S.D.N.Y. 1981).

87) *In re Auto Train Corp.*, 55 B.R. 69 (Bankr. D. Colo. 1985); *In re Mercon Indus., Inc.*, 37 B.R. 549 (Bankr. E.D. Pa. 1984).

88) 251 F. Supp. 992 (W.D. Okla. 1966), *aff'd*, 379 F.2d 682 (10th Cir. 1967).

서 채무자는 병원에 일정액을 지급하였는데, 이것은 치료를 받기 전에 이루어진 것이었다. 이로부터 약 1개월 후에 치료를 받게 됨에 따라 앞서 지급한 금액을 치료비채무의 변제에 충당하였다. 그로부터 90일 이내에 채무자에 대한 도산절차가 개시되게 되었다. 법원은 치료를 받기 전에 병원에 대하여 한 지급은 이전행위 전의 채무에 기한 이전이 아니라고 판시함으로써 부인할 수 없다는 결론을 내렸다.

일반적으로 대출의 할부상환은 이전행위 전에 부담한 채무를 원인으로 하는 이전이라고 본다. 전체 채무를 대출일에 부담한 것으로 보므로, 정기적인 분할상환으로서 절차개시 전 90일 이내의 편파행위부인대상기간 중에 이루어진 것은 부인될 수 있다.

(5) 채무자의 채무초과상태에서의 이전(제547조(b)항(3)호)

이전행위 당시 채무자가 채무초과상태가 아니었다면 다른 요건이 모두 충족되었다고 하더라도 부인권을 행사할 수 없다. 제547조(f)항에 의하면 채무자는 절차개시 전 90일 이내에는 채무초과상태에 있다고 추정된다.

(6) 절차개시전 90일 또는 1년 이내의 이전(제547조(b)항(4)호)

절차개시신청일전 90일 이내, 또는 내부자에 대한 이전의 경우에는 1년 이내에 이전이 이루어졌을 경우에만 부인할 수 있다. 내부자는 제101조(31)호에서 정의하고 있는데, 채무자가 개인인 경우에는 채무자의 친척, 채무자가 무한책임사원인 조합이나 채무자의 무한책임사원, 채무자가 이사, 임원 또는 지배자인 회사 기타 관계인, 채무자가 회사인 경우에는 임원, 이사, 채무자를 지배하는 자 등이다.

(7) 이전행위로 채권자가 청산절차에서라면 수령할 배당액을 초과하여 수령하였을 것(제547조(b)항(5)호)

이는 소위 '지위의 개선기준'이라고 불리우는데, 제547조(b)항의 가장 중심적인 요건이다. 이전행위로 인해 채권자가 자신의 권리 이상으로 지급을 받았는가의 문제로서, 바로 이러한 점 때문에 이전행위가 부인될 수 있는 것이다. 이전행위의 상대방이 만약 7장 절차에서 수령할 수 있을 금액이상으로 수령한 것이 아니라면, 다른 채권자에게 손해가 되지 않기 때문이다.

3) 편파행위를 이유로 하는 부인권 행사에 대한 항변(제547조(c)항)

제547조(c)항에서는 제547조(b)항의 요건을 충족시키는 경우에도 부인권을 행사할 수 없는 예외를 규정하고 있다. ① 신가치(new value)와 실질적으로 동시



에 교환하여 이전이 이루어진 경우(제547조(c)항(1)호) ② 영업의 통상적인 과정에서의 이전(제547조(c)항(2)호) ③ 구매대금의 담보권을 당해 구매재산에 설정하는 경우(제547조(c)항(4)호) ⑤ 재고자산(inventory)과 수취계정(receivables)에 대한 流動的 優先特權(floating liens)<sup>89)</sup>(제547조(c)항(5)호) ⑥ 제정법상의 우선특권(statutory liens)(제547조(c)항(6)호) ⑦ 부양료 및 양육료 지급(제547조(c)항(7)호) ⑧ 소비자채무와 관련한 소액의 이전의 경우(제547조(c)항(8)호)가 바로 그 예외이다. 도산관재인이 제547조(b)항의 요건에 해당되어 부인권을 행사할 수 있음을 입증하면, 이전행위의 상대방이 제547조(c)항의 예외에 해당됨을 입증하여야 부인권 행사를 저지할 수 있다.

#### (1) 신가치와의 교환

채무자가 신가치를 수령하는 것과 동시에 이전행위를 하는 것을 의도하였고, 신가치와 실질적으로 동시에 교환하여 이전행위가 이루어진 경우에는 부인권을 행사할 수 없다. 요컨대, 이전행위와 동시에 양수인이 경제적 가치가 있는 새로운 무언가를 채무자에게 교부하는 경우에는 제547조(b)항에 해당되는 경우에도 부인권을 행사할 수 없는 예외를 인정한다는 것이다. 신가치는 제547조(a)항(2)호에서 정의하고 있는데, 금전, 금전적 가치가 있는 물품, 서비스, 새로운 여신, 채무자로부터 재산을 양도받았는데 그 거래의 효력이 부인되지 않는 경우에 있어서 당해재산의 반환 등을 의미한다.

이 조항은 본래는 수표를 이용하는 거래를 염두에 두고 만들어진 것이다. 채무자가 물품이나 노무제공에 대한 대가로 수표를 발행하는 경우에는 당사자들은 현금거래와 동일하게 결제가 완결되었다고 생각하지만, 수표의 발행인은 수표금액을 지급하기 전까지 잠시동안은 채무를 부담한다. 따라서 수표금액의 지급은 기존 채무를 원인으로 하는 이전이 되므로 부인권행사의 대상이 될 수 있다. 따라서 제547조(c)항(1)호를 규정함으로써 당사자가 동시에 교환하는 거래를 의도하였고, 자금의 이전이 일상적인 것인 한에 있어서는 부인권을 행사할 수 없는 예외를 인정해 준 것이다. 제547조(c)항(1)호가 적용되는 가장 전형적인 거래가 수표거래이지만, 제547조(c)항(1)호가 수표거래에 한정하여 적용되는 것은 아니다. 예를 들자면 채무자가 채권자와의 화해에 기하여 지급을 한 경우에는, 채무가 이전행위

89) 유동적 우선특권은 피담보채권이나 담보물, 또는 양자의 구체적 내용이 담보권설정계약 당시 정하여진 범위 내에서 변동하는 담보권이다. 계속하는 거래관계에서 당사자간의 장래 발생할 채권까지 담보할 수 있고, 채무자가 장래 취득할 재산(after acquired property) 또는 매출채권, 변동하는 재고자산 등을 담보목적물로 할 수 있다.

전에 발생한 채무를 원인으로한 이전이지만 화해라는 신가치가 교부된 것으로 보아 부인할 수 없는 예외로 인정하였다.<sup>90)</sup>

(2) 영업 또는 재무거래의 통상적인 과정에서의 이전

이전이 다음에 해당되는 경우에는 부인권행사의 대상이 되지 않는다. i) 채무자와 이전의 상대방 간의 영업 또는 재무거래(financial affairs)의<sup>91)</sup> 통상적인 과정에서 부담한 채무의 이행일 것 ii) 지급이 채무자와 이전의 상대방간의 영업 또는 재무거래의 통상적인 과정에서 이루어졌을 것 iii) 지급이 통상의 거래조건에 따라 이루어졌을 것. 이러한 예외규정을 둔 취지는 채무자의 일상적인 거래관계를 방해하지 않기 위해서이다.

(3) 구매대금의 담보권

자금을 대여하여 채무자가 특정 재산을 취득할 수 있도록 한 경우에는(enabling loan) 구매된 재산상에 그 채권을 담보하기 위한 담보권을 설정하는데, 이러한 담보권설정행위가 부인되지 않도록 할 필요에서 이를 예외로 하였다. 부인할 수 없는 구매대금의 담보권은 제547조(c)항(A)목에 따르면 i) 특정재산을 담보물로 하는 계약이 체결됨과 동시에 또는 그 이후에 신가치(예를 들자면 대여금)를 교부하였으며 ii) 그러한 담보계약에 기해 담보채권자 또는 담보채권자를 대신하는 자가 신가치를 교부하였으며 iii) 채무자가 담보물인 재산을 취득하도록 하기 위해 신가치를 교부하였고 실제로 그 재산을 취득하기 위해 사용된 경우이다. 다만 주의할 것은 채무자가 재산을 점유한 날로부터 20일 이내에 담보권의 대항요건을 구비한 경우에만 한정적으로 부인할 수 없도록 한다(제547조(c)항(3)호(B)목).

(4) 이전행위 이후 채권자가 채무자에게 또는 채무자의 이익을 위하여 신가치를 교부한 경우

90일(또는 1년)의 편파행위부인대상기간 중에 채무자가 이전행위를 하고, 후에 채권자가 신가치를 교부하는 경우가 있다. 예를 들자면 채무자가 대여금을 반환하였기 때문에 채권자가 새로이 자금을 대여한 경우에, 채무자의 처음의 변제행위를 부인할 수 있다면 채권자의 신뢰에 반하는 결과가 될 수 있다. 이러한 결과가 인정된다면 채권자에게 불공평할 뿐 아니라, 재무상황이 악화된 채무자와 거래하는 것을 피하게 만드는 부작용이 발생할 것이다. 채권자가 교부한 신가치는 그가 수

90) Lewis v. Deithorn, 893 F.2d 648 (3rd Cir. 1980).

91) 재무거래의 통상적인 과정이란 용어는 비사업자의 경우도 규율하기 위한 것이다.

령한 편파적 지급을 반환하는 것이라고도 생각할 수 있으므로, 그 범위내에서는 원래 편파적이었던 이전행위가 편파성을 잃게 된다고 할 수 있을 것이다. 따라서 이와 같은 경우를 부인권 행사의 예외로 규정한 것이다. 즉, 채권자에 대하여 또는 그 이익을 위하여 이전이 이루어진 후에, 채권자가 채무자에게 또는 채무자의 이익을 위하여 신가치를 교부한 경우로서, i) 이전행위가 부인할 수 없는 다른 담보권에 의해 담보되지 않았을 것 ii) 후의 신가치를 위하여 채무자가 다른 부인할 수 없는 이전을 하지 않은 경우에는 채무자의 이전행위를 부인할 수 없다.

#### (5) 재고자산과 매출채권에 대한 유동적 우선특권

유동적 우선특권이 설정되어 있는 경우에는 재고자산이나 매출채권이 발생하면 자금을 제공하고 담보권을 취득하고, 재고자산이 매각되거나 매출채권이 회수되면 그 대가로 담보채권자의 채권액이 감소되며, 다시 재고자산이나 매출채권이 생기면 다시 그 새로운 담보물의 가액에 비례하여 자금을 제공하는 것과 같은 계속적인 관계가 발생한다. 그런데 이러한 경우 채무자가 도산하게 되면, 도산 전 90일(또는 1년) 이내에 담보채권자에게 행하여진 위와 같은 거래가 편파적 이전에 해당될 가능성이 있다. 이와 같이 유동적 우선특권과 관련하여 위의 기간 내에 이루어진 수많은 거래를 각각 부인권행사의 대상이 되는 거래인가를 판단하는 것은 시간과 비용이 너무 많이 소모되고, 이와 같은 거래를 부인하는 것은 담보채권자가 채무자와의 계속적인 거래에 대해 가지는 신뢰를 해치는 결과가 된다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 제547조(c)항(5)호에서는 90일(또는 1년)의 부인대상기간 내의 이전을 총합하여 전체를 편파행위로서 부인할 수 있도록 할 것인가를 결정하는 단순한 기준을 규정하고 있다.

90일(또는 1년)의 편파행위부인대상기간 내에 담보채권자에게 이루어진 이전을 총합적으로 고려하여 볼 때 i) 그 이전으로 인해서 절차개시신청일의 90일 전의 담보부족액보다 사건신청일의 담보부족액이 감소하지 않았고 ii) 일반무담보채권자에게 손해가 없는 경우에는 부인권을 행사할 수 없다. 절차개시신청일의 90일 전의 날에는 담보권설정계약에 따라 아직 신가치가 부여되지 않은 경우에는 신가치가 부여된 날을 기준으로 계산한다.

#### (6) 제정법상의 우선특권

제545조에 의해 부인될 수 없는 제정법상의 우선특권은 제547조(b)에 해당되는 경우에도 그 예외로서 부인할 수 없도록 하였다(제547조(c)항(6)호). 제545조상의 제정법상의 우선특권은 대개 제547조(b)항에서 인정하고 있는 편파적 이

전을 부인하기 위한 요건중 하나인 이전행위 전에 채무자가 부담하는 채무를 원인으로 하는 이전에 해당된다. 따라서 제547조(b)항에 따라 부인될 가능성이 있다. 그러므로 이와 같은 예외를 규정함으로써 제545에 따라 부인할 수 없는 제정법상의 우선특권은 제547조(b)에 의해서도 부인할 수 없도록 한 것이다.

(7) 별거수당, 부양료, 양육료 채무의 변제

채무자의 배우자, 전배우자, 자녀에게 별거수당, 부양료, 양육료등 채무의 변제로서 이루어진 이전은 선의인 한에서는 부인권의 대상에서 제외한다.

(8) 소비차채무에 관한 소액의 이전

채무의 대부분이 소비자채무인 개인채무자가 신청한 사건에서 이전행위의 액수가 600달러 미만인 경우에는 부인권의 대상이 되지 않는다.

### 5. 사기적 이전(Fraudulent Transfers, Fraudulent Conveyances)

#### 1) 서

사기적 이전이란 개략적으로 정의하자면, 채무자가 자산에 대한 권리를 채권자에게 부여하지 않을 목적으로 또는 그러한 효과를 거두면서 자산을 제3자에게로 이전하는 것을 말한다. 도산과 관련하여 옛날부터 문제가 되어 오던 것은 채무자가 재산을 은닉하는 행위였고, 그 방법으로는 제3자에게 재산을 이전하는 형식이 이용되어 왔다. 사기적 이전의 법리는 이러한 이전행위를 부인함으로써 자산을 전체채권자의 이익을 위하여 재단에 반환시키기는 것이다. 연방도산법은 제548조에서 이와 같은 사기적 이전의 부인에 대해 규율하고 있다. 연방도산법 외에도 주법에 따라 사기적 이전을 부인 할 수도 있다.<sup>92)</sup> 연방도산법 제548조의 사기적 이전에 대한 규제와 주법상의 사기적 이전에 대한 규제는 몇가지 면에서 차이가 있는데, 가장 결정적인 차이는 부인의 대상기간이다. 연방도산법 제548조에 의하면 도산절차개시신청전 1년 이내에 발생한 이전만을 부인할 수 있는데 반하여, 統一詐欺的 移轉法(Uniform Fraudulent Transfer Act; 이하 UFTA라고 약함)에 의하

92) 연방도산법상의 사기적 이전에 관한 규정은 Uniform Fraudulent Conveyance Act를 모범으로 하여 제정된 것이므로 많은 부분에서 주법상의 사기적 이전에 관한 법리와 유사점을 가지고 있다. Uniform Fraudulent Conveyance Act는 Uniform Fraudulent Transfer Act로 변경되었다.

면 일반적으로 4년 이내에 발생한 이전을 부인할 수 있다. 연방도산법 제544조(b)항은 이와 같은 주법상의 사기적 이전의 부인법리를 적용하여 연방도산절차에서 이전행위를 부인할 수 있도록 하였다.<sup>93)</sup> 그러므로 도산관재인은 연방도산법에 따라 사기적 이전을 부인할 수 있는 범위와 주법에 의해 부인할 수 있는 범위의 차이를 고려하여 제548조와 제544조(b)항의 적용을 선택할 수 있을 것이다.

## 2) 요건

연방도산법상 부인할 수 있는 사기적 이전행위는 크게 i) 채권자를 기망할 현실적 의도(actual intent)를 가지고 행한 이전 또는 ii) 이전의 대가가 합리적으로 동등한 가치보다 적어 사기가 의제(constructive fraud)되는 두 경우로 나눌 수 있다. 도산절차개시신청전 1년 이내에 채무자가 위의 i) ii)에 해당되는 이전행위를 한 경우에는 도산관재인이 이를 부인할 수 있다.

### (1) 채권자를 기망할 현실의 의도를 가지고 행한 이전(제548조(a)항(1)호)

채무자의 이전 또는 채무부담행위가 그 이전행위 혹은 부담행위를 할 당시 또는 그 이후의 채권자의 권리행사를 방해, 지연 또는 채권자를 기망할 현실의 의도를 가지고 행해진 때에는 부인권을 행사할 수 있다. 제548조(a)항(1)호에 따라 부인권을 행사하기 위해서는 도산관재인은 채무자가 채권자의 권리행사를 방해, 지연 또는 채권자를 기망할 현실적 의도를 가지고 있었음을 입증해야 한다. 이전행위 당시의 채권자뿐만 아니라 과거 또는 미래의 채권자를 방해 지연 또는 기망할 현실적 의도를 가지고 있는 경우도 포함된다. 사기의 현실적 의도가 입증된 경우에는 이전의 대가가 적절한 것인가, 채무자가 채무초과상태인가 아닌가는 관계가 없다. 실제로 사기의 현실적 의도를 직접적으로 입증하는 것은 쉽지 않으므로, 법원은 사기의 현실적 의도를 추론할 수 있는 사실관계, 예를 들자면 내부자나 관계인(affiliate)에 대한 이전, 이전했다고 주장하는 재산에 대해 채무자가 실질적으로 권리를 보류하고 있는 경우 등이 있는 경우에는 사기의 현실적 의도가 있다고 인정한다.

### (2) 사기의 의제(제548조(a)항(2)호)

채무자의 현실적 기망의도를 입증하는 것은 쉽지 않으므로, 연방도산법은 일정한 기준을 충족시키는 경우에는 사기를 의제함으로써 부인의 길을 열어주고 있다. 그 요건은 다음과 같다.

93) 앞의 제5장 V.2.2) 참조.

① 이전이나 채무부담에 대한 대가가 합리적으로 동등한 가치보다 적을 것

② 다음중 하나에 해당되는 경우

i) 이전이나 채무부담 당시 채무자가 채무초과였거나 또는 이전이나 채무부담의 결과 채무초과가 된 경우<sup>94)</sup>

ii) 이전이나 채무부담의 결과 채무자에게 잔존하는 재산이, 그러한 행위 당시에 채무자가 경영하던 사업 또는 거래, 또는 채무자가 경영하려고 하던 사업 또는 거래에 비추어 볼 때 불합리하게 과소자본인 경우

iii) 채무자가 변제기에 도달하였을 때에 자신의 지급능력을 초과함을 알고서 채무를 부담하거나 또는 지급능력을 초과한다고 믿고서 채무를 부담한 경우

합리적으로 동등한 가치는 제3자의 이익이나 손실과는 상관없이 채무자가 교부한 것과 수령한 것을 비교하여 가치를 평가한다. 또한 채무자에 대해 직접적인 이익뿐만 아니라 간접적인 이익도 포함하여 평가한다.

### (3) 부인대상기간

절차개시신청일전 1년 이내에 발생한 이전만이 부인될 수 있다. 사기적 이전의 부인의 목적상 이전의 시기판정은, 대항요건이 구비된 때에 또는 절차개시신청일 전까지 대항요건이 구비되지 않은 경우에는 절차개시신청일 직전에 이전된 것으로 본다(제548조(d)항). 따라서 절차개시신청일전 1년보다 더 전에 실제 이전행위가 있었어도 1년의 부인대상기간 내에 대항요건이 구비된 경우에는 도산판재인은 이를 부인할 수 있다.

### 3) 선의의 이전상대방의 보호

제548조에 의해 부인될 수 있는 이전이지만, 채무부담의 상대방 또는 채권자가 유상(for value)이고 성실하게(in good faith) 이전을 받거나 채권을 취득한 경우에는, i) 이전 또는 채무부담과 교환하여 교부한 가치의 범위 내에서 우선특권을 취득하거나 ii) 이전받은 권리를 보유하거나 또는 취득한 채권을 행사할 수 있다(제548조(c)항). 다만 그 행위가 제544조, 제545조, 또는 제547조에 의해서도 부인될 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

‘성실하게(in good faith)’에 대해서는 일반적으로 인정되는 정의가 존재하지 않는다. 이전의 상대방이 기망의 의도를 알고 있었던 경우는 성실하게에 해당되지

94) 편파행위의 경우에는 채무초과를 추정하는 규정이 있으나, 사기적 이전의 경우에는 그러한 규정이 없다.

않음이 명백하다. 이전의 상대방이 이전행위를 하는 자의 채무초과를 알고 있었던 경우에는 다른 사정을 함께 고려할 때 성실하지 아니하다고 판될 수도 있다. 오래된 판례 중에는 이전의 상대방이 이전행위를 한 자의 재무상황을 확인해보아야 할 의무가 있고, 이러한 의무를 불이행한 경우에는 성실하였다는 항변을 할 수 없다고 판시한 경우도 있다. 대등당사자간의 협상을 통한 거래(arm's length bargain)가 아닌 경우에는 성실하지 않은 것이라고 판단된 경우가 자주 있다.

## 6. 절차개시신청 후의 이전의 부인

도산절차가 개시된 후에도 11장, 12장, 13장의 점유계속채무자는 연방도산법의 정함에 따라 재단재산을 처분할 수 있다. 도산관재인은 이러한 처분에 의한 권리 이전 등을 부인할 수는 없지만, 그 이외의 경우에는 채무자가 도산절차개시 후에 행한 이전을 부인할 수 있다. 도산관재인은 i) 연방도산법 제303조(f)항 또는 제542조(c)항에 따라 절차개시 후에 이전이 이루어진 경우와(제549조(a)항(1)호와 (2)항(A)호) ii) 연방도산법 또는 법원에 의한 수권 없이 절차개시 후의 이전이 이루어진 경우에는(제549조(a)항(1)호와 (2)호(B)목) 재단재산의 이전을 부인할 수 있다고 규정하고 있다. 이 때에는 이전이 편파행위(제547조)임을 입증할 필요도 없이 부인할 수 있다.

i)의 첫 번째 경우는 비자발적 신청사건에서 채무자는 제303조(f)항에 따라 구제명령이 있을 때까지 영업의 운영을 계속하고 재단재산을 사용·처분할 수 있지만, 일단 구제명령이 내려지면 도산관재인은 비자발적 신청시부터 구제명령시까지의 사이기간(gap period) 동안 행해진 채무자의 이전행위를 부인할 수 있다는 것이다. 다만 제549조(b)항에서는 여기에 예외를 인정함으로써, 이 사이기간동안 이루어진 이전을 일정한 조건하에서 보호하고 있다. 즉, 이전의 상대방이 이전과 교환하여 경제적 가치가 있는 신가치를 교부한 범위 내에서는 제549조(a)항에도 불구하고 부인할 수 없다. 이는 이전의 상대방이 도산을 알고 있었는가를 불문한다.

i)의 두 번째 경우는 채무자의 재산을 소지하고 있는 자가 절차가 개시되었다는 통지를 받지 못하였고 실제로 알지 못하면서 선의로 도산관재인 이외의 자에게 재산을 인도하거나 채무를 변제한 경우로서, 제542조(c)항에 따라 책임을 지지는 않지만, 그로부터 재산을 인도받거나 지급을 받은 자에게는 이와 같은 규정이 적용되지 않고 이전이 부인될 수 있다. 예를 들자면 절차개시신청의 후이고 도산관재인이 재단에 대한 관리를 시작하기 전에 채무자가 채권자를 위하여 수표를 발행

해 준 경우를 가정해 보자. 수표를 제시하자 은행이 선의이고, 절차개시신청을 통지받지도 못하고 실제로 알지 못한 채로 수표금을 지급하였다. 은행은 재단의 재산이 된 자금으로 부적절하게 지급을 하였지만 제542조(c)항에 따라 책임을 면한다. 그러나 수표의 수취인에 대한 관계에서는 절차개시후 수권없이 이전을 한 것이므로 도산관재인이 이를 부인할 수 있다.

제549조(c)항은 절차개시후 부동산에 대한 권리를 이전한 경우에서의 부인권 행사를 제한하고 있다. 절차의 개시를 모르는 선의의 매수인이 당해 부동산에 대해 현재의 정당한 대가를 지급하고 부동산을 취득한 경우에는 도산관재인은 이를 부인할 수 없다. 다만 그 부동산의 소재지의 등록사무소에 절차개시신청서의 사본이 제출된 경우에는 그러하지 아니하다.

제549조(d)항은 제소기한에 대한 규정인데, 도산관재인은 i) 당해 이전 후 2년 또는 ii) 절차가 종결·기각된 날 중 먼저 도래하는 날 전에 제549조의 부인권 행사를 위한 소송 또는 절차를 개시하여야 한다.

## 7. 부인권의 행사 및 효과

### 1) 부인권 행사의 제한

#### (1) 제소기한과 “추탈(reach-back)기간”

부인권의 행사와 관련하여서는 두가지 측면에서 기간에 대한 제한을 하고 있다. 첫 번째는 절차개시신청일 전의 일정기간내에 이루어진 이전행위 등만을 부인할 수 있도록 제한하는 추탈기간규정이요(“reach-back” provision), 두 번째는 절차개시후 부인의 소를 제기할 수 있는 기간을 제한하는 제소기한이다.

추탈기간에 대해서는 각 종류의 부인에 대한 설명에서 언급하였으므로 생략한다. 제소기한은 부인 자체를 위한 절차와 부인의 결과로서 이전된 재산의 반환을 강제하는 절차의 2단계로 나누어 규정되어 있다. 부인의 소나 절차(proceeding)는 i) 구제명령일로부터 2년후 또는 앞의 기간 이내에 도산관재인이 선임된 때에는 그 선임으로부터 1년 후 중 나중에 도래하는 날과 ii) 절차가 종결되거나 기각된 날 중 먼저 도래하는 날 이후에는 개시될 수 없다(제546조(a)항). 다음으로 부인판결을 강제하기 위해 이전의 상대방으로부터 재산 등을 반환받기 위해 제기하는 소나 절차는 이전이 부인된 때로부터 1년 또는 절차가 종결되거나 기각된 때 중 먼저 도래하는 날 후에는 개시될 수 없다(제550조(f)항).



## (2) 대항요건구비에 의한 소급적 효력발생과 부인권의 제한

도산관재인이 제544조, 제545조, 제549조에 따라 가지는 부인권은 모두 도산절차가 개시된 때에 발생한다. 그런데 이전행위 당시 대항요건을 구비하지 않았지만, 후에 대항요건을 구비하면 대항요건 구비시보다 선행하는 날로 소급하여 대항요건구비의 효력을 인정하는(relation back) 일반적으로 적용되는 법(generally applicable law)이 있는 경우가 있다. 이러한 때에는 도산절차개시 전에 대항요건이 구비된 것과 같은 효력이 인정되므로, 도산관재인의 부인권이 제한된다(제546조(b)항).

가장 대표적인 예는 U.C.C. 제9-301조(2)항에서 규정하고 있는 구매대금의 담보권으로서, 채무자가 상품을 구입한 후 20일 이내에 대항요건을 구비한 경우에는 20일의 기간 내에 권리를 취득한 다른 채권자에 대해 대항할 수 있게 된다. 부인가능한 편파행위가 존재하는가를 판단함에 있어서는 앞에서 언급한 것처럼 일반적으로 10일간의 기간이 허용되어 그 기간 내에 이전행위에 대한 대항요건이 구비되면 대항요건구비의 효력발생을 실제 이전이 있는 날로 소급시키고 있다(제547조(e)항(2)호).

## (3) 매도인의 환취권(reclamation right)

원래 상품의 매도인은 상품에 대한 권원이 넘어가고 난 이후에는 상품에 대해 특별한 권리를 가지지 못한다. 매수인이 대금을 지급하지 않으면 일반무담보채권자가 된다. 이에 대해 U.C.C. 제2-702조에서는 한정적 예외를 규정하고 있다. 여기서는 매수인이 insolvency 상태에서 신용으로 상품을 구매하였고 매도인은 insolvency에 대해 모르고 있었던 경우에는, 매도인은 매수인이 상품을 수령한 날로부터 10일 이내에 그 상품의 반환을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 매수인이 지급가능성에 대하여 서면의 부실표시를 인도일로부터 3개월 이내에 한 경우에는 10일의 기간제한이 적용되지 않는다. 매도인의 환취권은 매수인으로부터 다시 매수를 한 선의의 제3매수인의 권리에 우선하지 못한다.

개정전 연방도산법하에서는 매도인의 환취권이 도산절차에서도 유효한가, 즉 도산관재인이 제544조의 strong arm 조항, 제547조의 편파행위의 부인 등에 따라 매도인의 환취권의 효력을 부인할 수 있는가에 대해 판결이 엇갈리고 있었다. 제546조(c)항은 이를 해결하기 위해 규정된 것으로서, 일정한 요건하에서 제정법 또는 보통법상의 매도인의 환취권을 도산관재인의 부인권보다 우선시켰다. 제546조(c)항에 의하면, i) 매매가 매도인의 통상적인 영업의 과정에서 이루어졌어야

하고, ii) 채무자가 채무초과상태에서 상품을 수령하였으며 iii) 채무자가 상품을 수령한 날로부터 10일 이내에 또는 10일의 기간이 절차개시 후 만료하는 경우에는 20일 이내에 서면으로 환취권을 행사한 경우에는 매도인의 환취권을 우선시키고 있다.<sup>95)</sup> 이와 같은 요건이 충족된 경우에도 법원은 환취권행사를 인용하지 않고 대신 매도인에게 제503조(b)항의 재단관리비용채권으로서의 우선권 또는 우선특권을 인정할 수 있다(제546조(c)항(2)호). 예를 들자면 인도된 상품이 채무자의 갱생에 필수적인 경우에는 환취권행사를 인정하지 않고 대신 매도인에게 우선채권자 또는 우선특권보유자의 지위를 인정해 줄 재량이 있다.

## 2) 부인의 상대방의 보호

### (1) 서

연방도산법에서 달리 정하고 있지 않은 경우에는, 이전행위가 제544조, 제545조, 제547조, 제548조, 제549조, 제553조(b)항 또는 제724조(a)항에 따라 부인되면, 도산관재인은 재단의 이익을 위하여 ① 이전행위의 최초의 직접적인 상대방이나 이전의 수익자 또는 ② 이전행위의 최초의 상대방으로부터 직접 또는 간접적으로 이전을 받은 후속의 상대방에게 이전된 재산 또는 법원의 명령이 있는 경우에는 그 재산의 가치를 반환받을 수 있다(제550조(a)항). 다만 부인권에 관한 각 조항에서 이전의 최초의 상대방을 보호하는 규정을 두고 있는 경우가 있다. 제548조의 사기적 이전에서 선의의 매수인에 대한 보호규정 등에 의하면 상대방은 재산을 반환하여야 하지만, 대신 그 재산상 우선특권을 보유할 수 있다.<sup>96)</sup> 도산관재인은 이전의 상대방이 채무자에게 지급한 가액과 그 재산을 제3자에게 매각함으로써 받은 가액의 차액도 또한 반환받을 수 있다.<sup>97)</sup>

95) 이는 U.C.C.상 인정되는 매도인의 환취권과는 요건이 차이난다. 연방도산법의 환취권이 좀 더 엄격한 요건하에서 인정되고 있다. 예를 들자면 U.C.C.에서는 insolvency에 대해 서면의 부실표시가 있는 경우에는 10일의 환취권행사기간에 대한 제한을 적용하지 않는데 반하여 연방도산법에서는 예외를 인정하지 않았다. U.C.C.에서는 환취권의 행사를 서면으로 할 것을 요구하고 있지 않다. 또한 insolvency도 연방도산법에서는 대차대조표기준에 따라 채무초과를 의미하는 것인데 반하여, U.C.C.에서는 대차대조표기준과 지급불능기준 양자를 모두 인정하고 있다.

96) 이전의 상대방이 선의, 유상으로 이전을 받았어도 이전행위가 부인되는 경우가 많다. 예를 들자면 현금이 부족한 지급불능의 채무자가 현금을 조달하기 위하여 1,900달러의 가치를 가진 재산을 크게 할인하여 1,000달러를 받고 매각한 경우를 상정해 보자. 연방도산법과 주의 사기적 이전법상 이와 같은 거래는 매수인이 선의이고 1,000달러를 지급한 유상의 거래지만 부인할 수 있다. 이 경우 매수인은 제548조(c)항에 따라 1,000달러의 한도 내에서 당해재산에 대한 담보권을 가짐으로써 보호된다.

97) *In re Nance*, 26 B.R. 105 (Bankr. S.D. Ohio 1982).

많은 경우, 이전행위의 최초의 상대방은 채권의 변제로서 재산을 취득한 채권자이다. 부인권이 행사되면 변제되지 못한 전의 채권은 다시 지급받지 못한 채권이 된다. 그러나 이러한 채권은, 제502조(d)항에 따라 재산이 반환되기 전까지는 인용될 수 없다. 이전이 부인된 후 상대방이 재산을 재단에 반환하는 것을 촉진하기 위한 규정이다.

### (2) 후속의 상대방으로부터의 반환의 제한

이전의 최초의 상대방으로부터는 제한 없이 재산을 반환받을 수 있지만, 이전의 후속의 상대방으로부터의 반환은 제한된다. ① 이전의 후속의 상대방이 성실하게, 부인권행사의 대상임을 알지 못하고 유상으로 이전을 받은 경우에는 부인권을 행사할 수 없다. 이러한 상대방을 일반적으로 선의의 매수인이라고 한다. 또한 ② 위와 같은 선의의 매수인으로부터 직접 또는 간접적으로 성실하게 이전을 받은 그 후속의 상대방에 대해서는 유상인가의 여부를 불문하고 반환을 청구할 수 없다(제550조(b)항). 성실에 대한 정의규정은 없지만, 일반적으로 이전의 상대방이 거래가 정상적이지 않다는 것을 알거나 알 수 있었는가를 기준으로 한다.<sup>98)</sup>

### (3) 내부자가 아닌 상대방으로부터의 반환의 제한

회사의 채무에 대해 대표이사 등의 내부자가 보증을 서는 경우가 많다. 이 경우에는 내부자가 장차 지게 될 보증채무를 면하기 위하여 금융기관에 대한 채무를 절차개시신청전 90일에서 1년 사이에 변제하는 경우가 많다. 편파행위의 상대방인 은행은 내부자가 아니므로, 부인권의 대상이 되는 이전은 절차개시신청전 90일 이내에 이루어진 것으로 한정되고, 따라서 이러한 거래를 부인할 수 없게 되는 결과가 된다. 그러나 제7항소법원에서 부인을 할 수 있는 기간내에 이루어진 거래가 아니더라도, 외부자가 내부자의 이익을 위하여 변제를 수령한 경우에는 부인의 대상이 될 수 있다는 판결을 내림으로써, 은행이 취득한 재산을 반환하여야 하게 되었다. 이 판결에 대해서 금융기관이 현실을 무시한 판결이라는 비판을 하였음에도 불구하고 다른 판결이 이를 따르자, 1994년 제550조(c)항을 신설하여 위와 같은 경우에 은행이 반환을 하지 않을 수 있도록 하였다. 신청서 제출전 90일에서 1년 이내에 행해진 이전이 ① 제547조(b)항에 따라 편파행위로서 부인되고 ② 이전당시에 내부자였던 채권자의 이익을 위해 이루어진 경우에, 도산관재인이 내부자가 아닌 상대방에게는 반환을 청구할 수 없다고 규정함으로써 (제550조(c)항) 제550조(a)항의 예외를 인정하였다.

98) *In re Coleman*, 21 B.R. 832 (Bkrtcy. S. D. Texas 1982).

(4) 이전의 상대방의 유익비청구권을 담보하는 우선특권

이전의 최초의 또는 후속의 상대방이 이전받은 재산의 가치를 증대시킨 경우에는, 그 비용과 개량으로 인한 가치증가분중 적은 액수에 대해 우선특권을 가진다(제550조(e)항).

3) 부인의 이익의 재단에의 귀속

연방도산법 제522조, 제544조, 제545조, 제547조, 제548조, 제549조, 또는 제724조(a)항에 따라 부인된 이전 또는 제506조(d)항에 따라 무효가 된 우선특권은 재단재산으로 한정된 범위 내에서 재단의 이익을 위하여 보존된다(제551조). 예를 들면, 재단재산에 주법상으로 유효한 1순위와 2순위의 담보권이 존재하는데, 선순위 담보권이 도산절차에서 부인되고 후순위 담보권은 그렇지 아니한 경우가 있을 수 있다. 이 때 제551조가 규정되어 있지 않다면 선순위의 권리가 부인되면 후순위의 담보권의 순위가 올라가서 부인의 이익이 재단에 귀속될 수 없게 된다. 따라서 제551조를 규정함으로써 마치 재단이 부인된 권리를 승계하는 것처럼 함으로써, 그 이익이 재단에 귀속될 수 있도록 하였다.

## 제6장 면책

면책(discharge)은 도산절차에서 완전히 변제되지 못한 채무에 대한 책임을 면제해 주어 채무자를 해방시키는 법원의 명령이다. 채무자는 면책에 의해 더 이상 인적 책임을 지지 않고(제524조(a)항(1)호), 면책된 채무를 회수하기 위한 행위는 법적 절차인가 아니면 사실상의 행위인가를 불문하고 금지된다(제524조(a)항(2)호와 (3)호). 채무자가 새출발을 하기 위해서는 기존 채무의 면책이 핵심적인바, 소비자는 면책을 받기 위해 7장절차를 신청하는 경우가 많다. 연방도산법상 각장의 도산절차마다 면책의 요건과 범위가 차이므로, 각 장에 따라 나누어 살펴볼 필요가 있다. 또한 각 장에 따라 면책을 받은 경우에도 면책에서 제외되는 경우를 열거하고 있다(제523조(a)항).

### 1. 면책제외(Nonischargeability)

#### 1) 개설

제523조(a)항에서는 채무자가 각 장의 절차에서 면책을 받더라도 이의 적용을 받지 않고 존속하는 채무를 규정하고 있다. 채무의 종류, 채무를 부담한 방법, 또는 그 채무가 의미하는 사회적 책임 등의 정책적 고려에 기하여 면책의 예외를 인정한 것이다. 제523조에서는 면책제외는 개인채무자에게만 인정된다고 규정하고 있다. 7장절차에서는 채무자가 청산을 하여야 하므로, 회사나 조합 등의 경우에는 면책 자체가 의미가 없고 따라서 면책제외도 적용될 수 없다. 그러나 11장절차에서는 채무자가 존속하므로, 제1141조(d)항(2)호의 규정을 두어 회사나 조합 등도 면책제외의 적용을 받도록 하고 있다.

#### 2) 면책제외채무

면책제외채무로 제523조(a)에서는 16가지를 열거하고 있는데, 대표적인 것은 다음과 같다.

- ① 일정한 조세 및 관세납부채무(제523조(a)항(1)호).
- ② 사기 등에 의해 금전, 재산, 노무, 또는 신용을 획득, 연장, 갱신한 결과 부담한 채무(제523조(a)항(2)호).

③ 채권자명부 및 채권표에 기재되지 아니한 채무(제523조(a)항(3)호).

채무자가 채권의 존재를 알면서 채권자를 기재하지 않고 법원에 채권자명부와 채권표를 제출하였기 때문에 채권자가 적시에 채권신고를 할 수 없었고 면책제외의 신청이 필요한 경우에 그 신청도 하지 못한 경우, 채권자가 절차개시의 통지를 받았거나 실제로 알고 있었던 경우에는 그러하지 않다.

④ 수탁자로서의 지위에 있는 동안 행한 사기, 위탁금유용의 결과 부담한 채무 및 횡령, 절도로 부담한 채무(제523조(a)항(4)호).

⑤ 별거합의, 이혼결정이나 기타 법원의 명령 등으로 인해 부담하는 부양료, 양육료, 부조료 등의 채무(제523조(a)항(5)호).

⑥ 다른 주체 또는 다른 주체의 재산에 대한 채무자의 고의 또는 악의의 가해에 의해 부담한 채무(제523조(a)항(6)호).

⑦ 벌금, 과료, 몰수 등으로 인한 정부에 대한 채무로서, 실제손해를 배상하는 것이 아닌 것(제523조(a)항(7)호).

⑧ 학자금의 용자 또는 급부의 경우 그 반환채무(제523조(a)항(8)호).

다만 신청서 제출의 7년 이전에 변제기가 도래한 것과, 채무자와 부양가족에게 부담한 곤경을 발생시키는 것은 예외로서 면책될 수 있다.

⑨ 약물복용운전, 음주운전 등으로 인하여 발생한 상해나 사망에 대한 손해배상 채무(제523(a)(9))

⑩ 당해절차의 전에 계속된 7장 절차에서 채권자명부와 채권표에 기재될 수 있었던 채무로서, 면책을 포기하였거나 면책이 부정된 채무(제523조(a)항(10)호).

⑪ 제523조(a)항(5)호의 면책제외채무가 아닌 경우에도, 다음에 해당되는 것(제523조(a)항(15)호)

채무자가 자신과 부양가족의 생계유지를 위해 합리적으로 필요로하는 것(영업을 운영하는 채무자의 경우에는 영업을 유지하기 위해 필요한 비용)을 공제한 수입이나 재산으로 지급할 수 없거나, 면책을 인정하는 경우의 채무자의 이익이 배우자, 전배우자 또는 자녀가 입은 불리한 결과를 넘는 경우에는 면책되고, 그러하지 아니한 것은 면책제외가 된다.

### 3) 면책제외결정

일반적으로 채권자의 행위나 기타 절차가 필요없이 제523조(a)항에 규정되어 있기만 하면 면책제외가 자동적으로 인정된다. 그러나 제523조(a)항(2)호, (4)

호, (6)호와 (15)호 경우에는 채권자의 신청에 따라 법원이 면책제외를 결정하여야 한다. 이러한 채무에 대해 채권자의 신청이 없으면 채무자가 면책된다.

## 2. 각 장의 면책

### 1) 7장의 면책

#### (1) 채무자의 면책받을 권리

제727조에서는 7장 절차에서의 면책에 대해 규정하고 있다. 7장 절차에서는 개인채무자(조합이나 회사가 아닌 자연인)만이 면책될 수 있다(제727조(a)항(1)호). 회사나 조합은 7장절차에서는 해산되므로 면책을 통해 새출발을 도모한다는 개념자체가 불필요하기 때문이다. 그러나 9장, 11장, 12장의 갱생절차에서는 회사나 조합도 면책을 받을 수 있다. 갱생절차에서는 채무자의 존속이 예정되어 있으므로, 면책을 통하여 채무의 부담을 감소시키는 것이 필요하기 때문이다. 면책이 허가되지 않은 경우에는 채권자가 재단으로부터 배당받은 것을 제외한 나머지 채무에 대해서 계속해서 채무자가 책임을 진다.

7장 절차에서는 절차개시전 또는 비자발적 신청절차에서는 구제명령의 날 이전에 발생한 채무만이 면책될 수 있다(제727조(b)항). 우선특권은 도산절차에서 면책될 수 없다. 담보채권자는 면책 후에도 우선특권의 담보목적물을 점유할 권리가 있다. 그러나 면책된 담보채권에 대해 채무자에게 소를 제기할 수는 없다. 따라서 면책된 담보채권은 대개 “지급청구할 수 없는 채권(non-recourse claim)”이 된다.

#### (2) 면책불허가사유

도산관재인이나 채권자가 채무자의 비행(misconduct)을 입증하면 면책될 수 없다. 즉 채무자가 제727조(a)항(2)호부터 (10)호에 규정된 행위를 하면 면책을 허가할 수 없다.<sup>99)</sup>

##### ① 채무자의 사기적 이전(제727조(a)항(2)호)

채무자가 채권자 또는 재단의 담당자를 방해, 지체, 기망할 의도로, 신청서 제출 전 1년 이내의 기간 중에 채무자의 재산을, 또는 신청서제출 후에 재단재산을 양도, 제거, 파괴, 훼손 또는 은닉한 경우.

99) 이러한 면책불허가사유는 각 장마다 약간씩 차이가 난다. 채무자의 악의의 행위에 대한 제재로서는 면책을 불허가하는 방법도 있지만, 근본적으로 도산절차를 기각하는 것도 가능하다. 도산절차를 기각하면 면책을 포함하여 도산법상의 모든 구제를 받을 수 없으므로, 면책을 남용하는 것을 방지할 수 있다.

② 부적절한 기록(제727조(a)항(3)호)

채무자가, 장부, 문서, 기록, 서면 등, 채무자의 재무내용 또는 영업거래를 확인할 수 있는 기록된 정보를 은닉, 파괴, 훼손, 변조하고, 이들 행위가 정당화 될 수 없을 때

③ 도산범죄(제727조(a)항(4)호)

채무자가 고의(knowingly) 또는 사기적(fraudulent)으로, 도산절차와 관련하여 i) 허위의 선서 또는 설명을 하거나 ii) 허위의 채권을 신고 또는 이용하거나 iii) 일정한 행위를 하거나 또는 하지 않도록 하기 위해 금전, 재산 또는 이익을 수수하거나, 또는 금전, 재산, 이익지급을 약속하고 또는 iv) 연방도산법에 따라 점유를 할 권한이 인정되는 재단의 담당자에 대해 채무자의 재산 및 재무상황에 관련한 장부, 문서, 기록, 서류 등의 기록된 정보를 인도하지 않는 경우

④ 손실에 대한 불충분한 설명(제727조(a)항(5)호)

채무자가 자산의 상실 이나 부족에 대해 만족할만한 설명을 하지 못한 경우

⑤ 협조거부(제727조(a)항(6)호)

i) 중요한 질문에 답하여야 하거나 증언하여야 한다는 명령을 제외한 다른 적법한 도산법원의 결정에 복종하지 않거나, ii) 自己負罪拒否特權(privilege against self-incrimination)<sup>100</sup>이 문제가 된 사안에 관하여 채무자가 면책이 된 후에도, 자기부죄거부특권을 내세우며 법원이 인정한 중요한 질문에 답하지 않거나, iii) 자기부죄거부특권의 행사 이외의 사유로 법원이 인정한 중요한 질문에 답하거나 증언하는 것을 거부하는 경우

⑥ 채무자가 제727조(a)항의 (2)호, (3)호, (4)호, (5)호 또는 (6)호에 해당되는 행위를, 신청서 제출전 1년 이내의 기간 중 또는 도산절차 중에, 내부자에 관한 다른 도산절차와 관련하여 행한 경우

⑦ 당해절차 이전의 7장 또는 11장 절차에서의 면책(제727조(a)항(8)호)

신청서 제출일 전 6년 이내 개시된 절차에서 7장이나 11장의 면책의 허가를 받은 적이 있는 경우

⑧ 당해절차 이전의 12장 또는 13장 절차에서의 면책(제727조(a)항(9)호)

신청서 제출일전 6년 이내에 개시된 절차에서 12장 이나 13장의 면책의 허가를 받은 경우. 다만 그러한 절차에서 변제계획에 따라 무담보채권 전액이 변제되었거나, 또는 그러한 채권액의 70퍼센트가 변제되고 채무자가 성실하게 계획안을 제안

100) 형사사건에서 또는 의회의 국정조사권 행사시에 증인으로서 출두한 때 등에 있어서, 자기에 게 형사책임을 부담시키는 진술을 강요당하지 않을 권리를 말한다.



하였으며 그 계획안이 채무자의 최선이었던 경우는 제외된다.

⑨ 연방도산법상의 구제명령 이후에 채무자가 서면으로 면책포기(waiver of discharge)를 하고 법원이 이를 허가한 때(제722호(a)항(10)호)

### (3) 면책허가결정

채무자가 위에 기재한 행위를 한 경우에는, 채권자 또는 도산관재인, 연방관리인은 채무자의 면책허가에 관해 이의를 제기할 수 있다(제727조(c)항). 이의는 채권자집회의 초일로부터 60일 이내에 제출되어야 한다. 법원은 이 기간을 연장할 수 있다.(규칙 제4004조(a)항) 이의는 서면으로 제출하여야 하고 위의 기간 이내에 도달하여야 한다. 면책을 불허하는 결정이 내려지면, 채무자는 남아있는 채무에 대해 책임을 져야 한다. 이의가 제출되지 않은 경우에는 법원은 채무자의 면책을 허가할 수 있다.

채무자의 면책허가는 일정 조건하에서 취소될 수 있다(제727조(d)항). 면책허가후 1년 이내에는, 면책허가가 사기에 의해 취득되었으며, 취소신청을 한 이해관계인이 면책허가 당시에 사기의 존재를 몰랐다면 면책허가를 취소할 수 있다. 면책허가후 1년과 절차종결시중 나중에 도래하는 시기까지는 i) 채무자가 재단의 재산인 재산을 취득하였으나, 고의이고 사기적으로 이를 보고하지 않거나 도산관재인에게 인도하지 않은 경우 ii) 채무자가 제727조(a)항(6)호의 법원의 명령을 따르지 아니한 경우에 면책허가를 취소할 수 있다.

## 2) 11장의 면책

### (1) 정리계획안인가에 따른 면책

제1141조(d)항에 따르면 정리계획안의 인가는 채무자를 면책시키는 효과를 가지고 있다. 정리계획안의 인가에 따라 면책되는 채무는 인가 전에 발생한 채무와 제502조(g)항, (h)항, (i)항의 채무이다(제1141조(d)항(1)호). 7장에서는 신청전 또는 구제명령 전에 발생한 채무만이 면책되는 것과는 차이가 있다. 따라서 절차개시 후 발생한 재단관리비용채무도 11장절차에서는 면책될 수도 있다. 7장에서와는 달리 회사나 조합도 면책을 받을 수 있다. 또한 13장에서는 개인채무자의 채무는 계획에서 정한 지급이 완료되지 않으면 면책될 수 없는 것이 보통이지만, 11장에서는 이보다 훨씬 앞선 날짜인 계획안의 인가일에 면책되는 것으로 하고 있다. 이는 계획안이 채권자의 동의가 없거나 계획안의 강제인가의 방법에 의하지 않으면 인가될 수 없으므로 타당한 접근방법이다. 면책은 채권에 대한 신고와 인용 여

부를 불문하고 적용되는데(제1141조(d)항(1)호), 다른 장에서도 마찬가지이다.

### (2) 면책불허가(제1141조(d)항(3)호)

11장에서의 면책의 불허가사유는 7장의 경우와 약간의 차이가 있다. 11장에서의 면책불허가사유는 i) 계획안에서 재단의 재산의 전부 또는 실질적 전부를 청산할 것을 정하였고 ii) 계획 완수(consummation of plan) 후에 채무자가 영업을 하지 않고 iii) 당해사건이 만약 7장사건이었다면 제727조(a)항에 따라 면책이 불허가되었을 경우의 세가지를 충족시키는 것이다.

## 3. 면책의 효과

### 1) 인적책임의 면제

면책은 채무자의 인적책임을 면제시킨다. 즉, 무담보채무에 대한 책임은 면제시키지만, 부동산과 인적재산상의 담보책임은 영향을 받지 않는다. 면책된 채무에 관한 판결도 면책 전에 내려진 것인가를 불문하고 무효가 된다(제524조(a)항). 또한 장래를 향하여 면책된 인적책임을 추궁하기 위한 소송, 기타 절차, 또는 추심을 위한 행위, 상계하는 행위 등을 하는 것은 금지된다(제524조(a)항(2)호). 채권자가 제524조의 적용을 받기 위해서는 면책에 대해 통지를 받았을 것이 전제가 된다. 따라서 규칙 제4004조(g)항은 법원서기가 면책결정을 모든 채권자에게 통지하여야 한다고 규정하고 있다. 면책된 채무를 채무자가 자발적으로 변제하는 것은 무방하다(제524조(f)항).

### 2) 면책채무자의 보호

연방도산법은 면책제도의 효과를 거두기 위해 면책채무자를 차별하는 행위를 금지하는 규정을 두고 있다(제525조). 이는 채무자를 보는 시각변화를 반영한 것이다. 법원은 제525조에서 열거하고 있는 경우뿐만 아니라, 채무자의 새출발을 부당하게 방해하는 행위는 금지하는 것으로 넓게 해석하고 있다.

#### (1) 정부기관에 대한 금지

정부기관은 연방도산법상의 채무자라는 것 또는 채무자였던 것, 도산절차개시전 또는 면책허부의 전에 지급불능상태에 있었던 것, 또는 면책대상채무를 변제하지 않았다는 것만을 이유로, 면허, 허가, 인가, 특허 기타 유사한 수권을 취소, 정지 또는 갱신의 거절을 할 수 없다(제525조(a)항).

## (2) 私人인 고용자에 대한 금지

사인에 대해서도 차별금지를 규정하고 있지만, 정부기관에 대한 것보다는 범위가 좁아서 고용의 경우에만 차별이 금지된다(제525조(b)항).

#### 4. 채무재확인합의와 채무자에 의한 담보목적물의 반환청구권

##### 1) 채무재확인합의

## (1) 서

채무재확인합의(reaffirmation agreement)는 채권자가 면책대상인 채무에 대해 면책을 받을 수 있는 권리를 포기하고 채무부담을 재확인하는 채무자와 채권자간의 합의이다. 입법자의 원래 의도는 채무재확인합의를 금지하는 것이었다. 채무재확인합의는 채권자의 압력에 의해서만이 이루어진다는 것이 그 이유였다. 그러나 채무재확인합의에 의해 담보목적물을 채무자가 계속 보유하는 것이 가능한 경우와 같이 채무재확인합의가 채무자에게 유리한 경우도 있다. 그 외에도 채권자와의 관계악화를 방지하기 위해, 장래에 신용을 제공해 줄 것의 기대, 가족적 의무감 등 다양한 이유에서 채무재확인합의를 하려고 할 수 있다. 따라서 연방도산법에서는 채무재확인합의를 금지하지는 않았지만, 채권자의 남용을 방지하기 위해 일정한 제한을 가하고 있다.

## (2) 채무재확인합의의 요건(제524조(c)항)

채무재확인합의가 유효하기 위해서는 다음 요건을 충족시켜야 한다.

- ① 면책결정(11장절차에서는 계획안인가결정) 전에 체결된 합의일것
- ② 다음사항이 합의에 명확하고 눈에 띄게 표시될 것
  - i) 채무자가 면책결정 또는 법원에 합의를 제출한 날로부터 60일중 나중에 도래하는 날까지는 채권자에게 통지함으로써 합의를 취소할 수 있다는 것
  - ii) 연방도산법이나 다른 법, 또는 계약에서 이와 같은 합의를 강제하는 규정을 두고 있지 않다는 점
- ③ 합의가 법원에 제출되고, 채무재확인합의의 협상과정에서 채무자를 대리한 변호사가 있는 경우에는 다음 사항을 확인하는 변호사의 선서진술서가 제출될 것
  - i) 채무자가 충분한 정보에 기하여 자발적으로 합의한 것임
  - ii) 합의가 채무자나 그 부양가족에 불공정한 곤경을 발생시키지 않는 것임

iii) 변호사가 합의의 법적 효과 및 위반의 효과에 대해 충분히 고지하였음

## 2) 채무자에 의한 담보목적물의 반환청구권

담보목적물의 반환청구권(redemption)이란 개인채무자가 주로 채무자와 가족의 생계를 위해 개인적 용도로 사용하는 유체인적재산(tangible personal property) 상에 면책대상이 되는 소비자채무를 담보하는 우선특권이 존재하는 경우, 이를 우선특권의 부담에서부터 해방하여 반환을 청구할 수 있는 권리이다(제722조). 이 경우, 재산은 재단제외재산(제522조)이거나, 도산관재인이 포기(제554조)한 것이어야 하고, 우선특권보유자에게 우선특권으로 담보된 인용채권액을 지급함으로써 반환받을 수 있다.

이러한 재산은 채권자가 경매를 통해 실현할 수 있는 가치보다 채무자에 대한 가치가 더 큰 것이 보통이다. 따라서 피담보채무를 변제하고 당해재산을 반환받을 수 있도록 하는 것이 합리적이다. 위에서 설명한 채무재확인합의도 채무자가 청산되어야 할 재산을 계속 보유하기 위해 이용될 수 있다. 담보목적물의 반환청구권은 그러한 범위 내에서는 채무재확인합의와 동일한 목적을 달성할 수 있다.

## 제7장 11장 절차

### I. 서론

#### 1. 갱생절차

11장은 대표적인 갱생절차의 하나로서, 채무자가 회사인 경우에 특히 중요한 의미를 가지는 절차이다. 개인은 청산절차를 거친 후 새출발을 하는 것이 가능하지만, 회사는 청산절차를 거치면 소멸하게 되기 때문이다. 11장 절차가 개시되면 특별한 이유가 없는한 채무자가 점유계속채무자로서 계속적으로 재산을 점유하고 영업을 운영한다. 이러한 과정에서 채무자 또는 다른 이해관계인은 채권자와의 협상을 통하여 절차개시신청 전에 발생한 채무에 대해 조정을 거쳐 계획안을 작성한다. 계획안은 공시가 되어야 하고, 채권자와 관리자를 조별로 구분하여 각조의 승인동의를 얻어야 한다. 채권자와 관리자의 동의를 얻은 계획안은 일정한 요건을 갖추어야 법원의 인가를 받을 수 있다. 경우에 따라서는 채권자와 관리자의 반대에도 불구하고, 법원이 계획안의 강제인가 방식에 의해 인가할 수도 있다. 인가된 계획이 성공적으로 완수되면 사건이 종결된다.

계획의 성공적인 완수여부는 계획의 작성시의 경제적 판단의 정확성, 채무자의 경영능력, 경제여건의 삼박자가 맞아야 한다. 다행히 이러한 요건이 맞아 떨어지면 계획이 완수되고 11장 절차가 종결된다. 채무자는 절차개시 전의 채무에서 해방이 되고 채무상태가 개선되어 갱생을 할 수 있게 된다. 이와 같이 11장 절차가 성공적으로 종결되면 채권자는 청산을 한 경우보다 채권의 만족을 얻는 액수가 증가하고, 주주 등과 같이 채무자를 소유하는 주체는 청산을 하였다면 전혀 회수하지 못하였을 투자를 회수할 수 있고, 사회전체적으로는 일자리와 기업을 유지시킨다는 이익이 있다.

물론 모든 11장 절차에서 계획이 성공적으로 완수되는 것은 아니다. 많은 경우 11장 절차가 7장 절차로 이행하던가 또는 계획을 수정하여 청산을 내용으로 하는 계획을 세움으로써 결국 청산으로 종결 되는 경우가 많다. 확실한 것은 아니지만 11장 절차중 대략 70~95%가 청산으로 귀결된다고 하는 추산도 있다.<sup>101)</sup> 이에 따라 11장을 느린 7장 절차라고 하는 등, 11장에 대한 많은 비판이 이루어지고

101) Carl Felsenfeld, *supra* note 36, p.166.

있다. 이러한 비판에 대한 고찰은 다음 기회로 미루고, 여기서는 일단 현행 연방도산법상의 11장 절차에 대해 간단히 보기로 한다.

## 2. 11장 절차의 장단점

### 1) 11장의 이점

11장 절차에서는 채무자는 채권자와 광범위한 협상을 통하여 채권자의 양보를 얻어내거나 변제기한을 연장시키고, 경우에 따라서는 양보하지 않는 채권자가 있는 경우에도 계획안을 강제적으로 인가 받음으로써 갱생을 도모할 수 있는 기회를 가질 수 있다. 게다가 11장 절차에서는 도산관재인이 자동적으로 선임되는 것이 아니고, 채무자가 자동적 중지의 보호를 누리면서 소위 "점유계속채무자"로서 영업을 계속해서 관장한다. 심지어 채무자는 연방도산법 5장상의 도산관재인의 부인권을 행사하여 자신이 스스로 했던 이전행위까지도 부인할 수 있다. 반면에 11장 절차는 시간과 비용이 많이 소요된다는 문제가 있다.

### 2) 7장에 대한 이점

11장은 원래 갱생을 목적으로 하는 절차이지만, 애초부터 청산계획을 세우거나 (제1123조(b)항(4)호), 갱생계획이 실질적으로 완수되지 못하는 경우에는 청산계획으로 변경하는 것이 가능하다. 11장에 의한 청산에서는 채무자가 절차를 통제할 수 있는 여지가 크고, 계획안을 수립하여 채권자의 동의를 얻고 법원의 인가를 얻는 등의 절차를 거쳐야 하므로 청산에 좀 더 많은 시간이 허용되어 최종적인 청산가액을 증가시킬 수 있다는 점 등이 7장과 비교하여 유리한 점이라고 할 수 있다.

### 3) 13장에 대한 이점

11장과 13장은 유사한 면을 많이 가지고 있으나, 대상이 다르다는 점에서 각각의 이점을 가지고 있다. 13장은 소액의 채무를 부담하고 있는 개인, 특히 소비자를 대상으로 하는 것임에 반해, 11장은 이 요건에 해당되지 않는 자도 신청을 할 수 있다. 13장의 채무의 한도를 초과하여 채무를 지고 있는 개인채권자나, 다수의 채권자, 종업원, 주주를 가진 대규모 회사 등도 11장절차의 개시를 신청할 수 있다. 채무액이 일정한 액수를 넘지 않거나, 채무자가 복잡한 사업을 하지 않는 이상은 일반적으로 13장이 개인에게 더 적합하다. 또한 13장은 장래의 수입중 일정

부분을 채무변제에 충당한다는 약속을 할 것이 계획안의 인가요건인데 반하여(제 1325조(b)항(1)호), 11장에서는 이러한 제한이 없다. 또한 13장에서보다 면책을 빨리 받을 수 있다.

## II. 11장 절차의 개시

### 1. 절차의 개시

#### 1) 11장 절차의 채무자

7장의 채무자자격이 있는 자는, 상품중개인이나 주식중개인을 제외하고는 11장의 채무자가 될 수 있다(제109조(d)항). 7장의 채무자자격이 인정되지 않는 철도도 11장의 채무자자격이 있지만, 이에 대해서는 별도의 절을 두어 규율하고 있다. 1991년까지는 사업을 하지 않는 개인도 채무자자격이 있는가가 불분명하였지만,<sup>102)</sup> 연방대법원의 판결로 개인도 11장채무자의 자격이 있음이 명확해졌다.<sup>103)</sup> 그러나 11장은 회사나 기타 조합이나 사단과 같이 생산활동과 관련된 주체를 주된 대상으로 한다.

#### 2) 절차개시의 신청

11장절차는 자발적 신청에 의해서뿐만 아니라 비자발적 신청에 의해서도 개시될 수 있다. 규칙 제1007조에 따라 채무자는 자산과 부채의 표(schedule), 재무상황설명서, 미이행계약의 설명서 등 각종 서류를 제출해야 한다. 또한 회사인 채무자는 지분증권소유자명단을 제출해야 하고, 11장 채무자는 20대의 무담보채권자의 명단을 제출하여 연방관리인이 채권자위원회를 구성할 수 있도록 해야 한다. 절차가 개시되면 자동적 중지가 효력을 발생하고, 절차개시 신청 전의 재산은 7장에서와 같이 재단재산이 된다. 12장이나 13장과 달리 절차개시신청 후의 재산은 자동적으로 재단재산이 되는 것은 아니다.

102) 채무자가 부동산개발사업과 같은 하나의 대규모 자산만을 가지고 있고, 주요한 채권자도 1인인 경우에 있어서, 일부 법원은 채무자의 11장 절차의 적격을 부인하였다(*In re Little Creek Development Co.*, 779 F.2d 1068 (5th, Cir. 1986) [C. Hall Swaim, *supra* note 23, p.64.]). 또는 개인채무자는 13장을 이용할 수 없음을 입증해야 11장 절차개시를 신청할 수 있다고 한 경우도 있다.

103) *Toibb v. Radloof*, 501 U.S. 157 (1991).

## 2. 채권자 및 권리자

### 1) 채권자위원회(creditor committee)

11장 절차에서는 채권자를 비롯한 권리자가 절차 진행에 적극적으로 참여하게 된다. 이러한 채권자나 권리자가 다수인 경우가 대부분이므로 이들을 대표하기 위해 채권자위원회 등이 구성된다.

#### (1) 구성

제1102조에 따라 연방관리인은 채권자위원회를 구성하여야 한다. 무담보채권자로 구성된 채권자위원회를 하나 구성하는 외에도, 추가적으로 다른 채권자위원회나 지분증권소유자위원회 등을 구성할 수도 있다(제1102조(a)항(1)호). 법원은 채권자나 지분증권소유자를 적절히 대표하기 위해 필요한 경우에는 이해관계인의 신청에 따라 추가적으로 위원회를 구성할 것을 명령할 수 있고, 법원의 명령에 따라 연방관리인이 위원회를 구성한다(제1102조(a)항(2)호).

위원회를 구성하는 방법을 연방도산법에서 강제하고 있지는 않지만, 다음과 같은 방법으로 구성할 것을 제안하고 있다. 당해위원회에서 대표하는 채권자들 중에서, 7대 채권자로서 위원회에 참여하고자 하는 자로 구성하고(제1102조(b)항(1)호), 지분증권소유자의 경우도 동일한 방법을 규정하고 있다(제1102조(b)항(2)호). 대규모의 11장 절차에서는 하나의 채권자가 둘이상의 위원회에 동시에 참여하는 경우도 있다.

#### (2) 소기업의 특칙

채무자가 소기업(small business)인 경우에는 채권자위원회를 구성하지 않을 수 있다. 이해관계인의 신청이 있고 상당한 사유가 있는 경우에는 법원은 채권자위원회를 구성하지 않을 것을 명령할 수 있다(제1102조(a)항(3)호). 소기업은 담보채무 또는 무담보채무를 불문하고, 무조건의, 확정된 채무의 총액이 200만 달러 이하로서, 상업 기타 영업활동을 하는(주된 활동이 부동산을 소유하거나 운영하고 이에 부수하는 업무를 하는 것인 경우는 포함하지 않는다)자이다(제101조(51)항 C)목).

#### (3) 권한과 의무

채권자위원회의 목적은 채권자의 이익을 대표하고 채무자의 재단사무집행을 감



독하는 것이다. 제1103조에서는 채권자위원회의 권한에 대해 규정하고 있는데, 재단의 관리에 대해 점유계속채무자 또는 도산관재인과 협의하며, 영업의 과정이나 채무자의 재무상황 등을 조사하고, 갱생계획안의 작성에 참여하며, 도산관재인이나 조사인의 선임을 신청하고, 작성된 계획안에 대한 위원회의 결정을 알리고 계획안에 대한 동의여부를 수집하여 법원에 제출하며, 기타 위원회에서 대표하는 구성원의 이익을 보호하기 위한 행위 등을 할 수 있다. 또한 변호사, 회계사를 고용할 수 있는 권한도 특별히 명시되어 있다.

## 2) 권리자

11장 절차에서 채무자는 회사인 경우가 많다. 주주는 청산의 경우에는 가장 최후로 배당을 받게 되지만, 11장 절차에서는 채무자가 갱생되면 투자의 전부 또는 일부를 회수할 수 있다. 주주는 제101조(16)항과 (17)항의 지분증권소유자의 정의범위내에 포함되므로, 11장 절차에서의 이해관계인이 된다. 11장은 채권이라고만 규정하지 않고 채권과 권리(claims and interests)라고 규정하는 경우가 많은데, 주주도 절차에 참여할 수 있다는 것을 의미한다. 주주는 지분증권소유자위원회에 의해 대표될 수 있다. 채권자와 지분증권소유자는 서로 다른 組(class)로 구분된다.

11장 절차에서 채권자는 채권자명부에서 누락되거나 또는 우발채권이거나 금액 미확정으로 기재되지 않은 이상 자신의 채권을 신고할 필요가 없다(제1111조(a)항, 규칙 제3003조) 제1111조(a)항은 또한 권리의 신고에 대해서도 규정하고 있는데, 규칙 제3003조에 따르면 지분증권소유자는 권리를 신고할 필요가 없고 채무자의 공식적인 명부에 기초하여 절차에 참여하고 결의할 자격이 인정된다.

# III. 계획안

## 1. 계획안의 제출

제1121조(a)항은 채무자가 절차개시신청과 동시에 또는 그 이후에 법원에 갱생 계획안(plan)을 제출할 수 있다고 규정하고 있다. 채무자가 절차개시전에 이미 계획안을 작성하여 둔 경우도 있지만(이 경우를 사전준비계획안(packaged plan)이라고 한다), 계획안 작성은 많은 협상을 거쳐야 하는 것이 보통이므로 절차개시 이후에 계획안 작성작업이 시작되는 경우가 많다. 사실상 채무자는 계획안이 작성되는 동안 채권을 회수하는 행위로부터 보호받기 위해 도산절차개시를 신청하는

경우가 많다.

### 1) 계획안의 제출과 기한

13장 절차에서는 채무자만이 계획안을 작성하여 제출할 수 있고, 일정한 기간 내에 제출되어야 한다. 그러나 11장에서는 채무자뿐 아니라 이해관계인도 계획안을 제출할 수 있고, 계획안제출에 관한 절대적인 기한도 없다. 다만 일단은 채무자만이 계획안을 제출할 수 있도록 하고, 그 이후에 다른 이해관계인도 계획안을 제출할 수 있도록 하고 있다. 즉, 연방도산법상 다른 정함이 없는 이상 구제명령일로부터 120일 동안은 채무자만이 계획안을 제출할 수 있다(제1121조(b)항). i) 도산관재인이 선임되었거나 ii) 채무자가 구제명령일로부터 120일 이내에 계획안을 제출하지 않았거나 iii) 채무자가 120일 내에 계획안을 제출하였으나, 그 계획안에 대해 구제명령일로부터 180일 이내에 권리가 감소된 모든 조(impaired class)가 동의하지 않는 경우에는 이해관계인도 계획안을 제출할 수 있다(제1121조(c)항). 이러한 120일과 180일 기간은 각각의 기간 내에 이해관계인의 신청이 있고, 상당한 사유가 있는 경우에는 법원이 통지와 심문절차를 거쳐 연장 또는 단축할 수 있다(제1121조(d)항).

### 2) 소기업의 특칙

채무자가 소기업인 경우에는 계획안의 제출기간을 일반적인 경우보다 단기로 하는 특칙을 줌으로써 신속한 절차진행이 가능하도록 하였다. 구제명령일로부터 100일 이내에는 소기업인 채무자만이 계획안을 제출할 수 있고(제1121조(e)항(1)호), 모든 계획안은 구제명령일로부터 160일 이내에 제출되어야 한다(제1121조(e)항(2)호). 위의 기간은 단축될 수 있다. 각각의 기간 내에 이해관계인의 신청이 있고, 상당한 사유가 있으면 법원은 통지와 심문절차를 거쳐 i) 위의 100일과 160일의 기간을 단축할 수 있고 ii) 채무자가 기간의 연장이 자신의 과실이 아님을 입증하는 경우에는, 채무자만이 계획안을 제출할 수 있는 100일의 기간을 연장할 수 있다(제1121조(e)항(3)호). 그러나 160일의 기간은 연장할 수 없다.

### 3) 경합하는 계획안의 효과

위에서 살펴본 것과 같이, 하나의 11장 절차에 채무자가 제출한 계획안뿐 아니라 다른 이해관계인이 제출한 계획안도 병존할 가능성이 있다. 채무자가 채권자의 동의를 얻을 수 있는 계획안을 제출하지 못하면 채무자에게 불리한 다른 계획안이

제출될 가능성이 있으므로, 채무자는 될 수 있는 대로 빨리 가결될 가망성이 있는 계획안을 제출하도록 압력을 받게 된다. 경합하는 계획안이 제출된 경우에는, 각 계획안은 공시요건과 인가요건을 갖추어야 한다. 중국적으로 이러한 요건을 갖춘 계획안이 두 개 이상 존재하게 되면, 제1129조(c)항은 법원이 계획안을 인가할 때 채권자와 지분증권소유자의 선호를 고려해야 한다고 한다. 최종적으로는 하나의 계획안만이 인가될 수 있다.

## 2. 계획안의 내용

도산법에서는 계획안에 반드시 포함되어야 하는 내용(제1123조(a)항)과, 포함될 수 있는 내용(제1123조(b)항)에 대해 규정하고 있다.

### 1) 계획안의 절대적 기재사항

#### (1) 채권과 권리의 조의 기재(제1123조(a)항(1)호)

##### ① 조구분의 목적

11장 절차에서 채권과 권리는 조로 구분한다. 이와 같이 조를 구분하는 목적은 크게 두가지이다. 첫째, 계획안에 대한 결의는 각조별로 이루어지고, 각조의 동의가 계획안 인가의 전제가 된다. 둘째, 각조의 구분에 의해 재단에서 채권자 또는 권리자에게로 분배가 결정된다. 예를 들자면 어떠한 조에게 원래 권리의 15%를 인정하여 주는 계획이 인가된 경우에는, 그 조의 모든 구성원은 채권 또는 권리의 15%만을 받을 수 있다.

##### ② 조구분의 중요성

계획안은 각조별로 동의를 얻어야 하므로, 조구분을 어떻게 하느냐에 따라 계획안이 가결 될 수 있는가의 여부가 달라질 수 있다. 예를 들자면 400만달러의 채권을 가진 무담보채권자와, 수백달러에서 수천달러의 채권을 가진 소액채권자가 있는데, 계획안이 대채권자에게는 불리하고 소액채권자를 우대하는 내용인 경우를 가정해보자. 이 경우 모든 채권자가 하나의 조로 구분되었다면, 이 계획안은 동의를 얻지 못할 것이다. 그러나 대채권자와 소액채권자를 각각의 조로 구분하는 경우에는 소액채권자의 조의 동의를 얻을 수 있을 것이다. 권리가 감손당한 조중 적어도 하나의 조의 동의를 얻는 것이 계획안인가의 요건이므로, 조구분을 어떻게 하는가에 따라 계획안의 인가여부가 좌우될 수 있다. 법원은 이러한 경우 채권자를 두 개의 조로 구분하는 것은 허용될 수 없다고 판시하였다.<sup>104)</sup>

## ③ 조구분의 방법

i) 제1122조(a)항에 의하면, 채권이나 권리가 실질적으로 동일한 경우에만 하나의 조로 구성할 수 있다고 하고 있다. 실질적으로 동일하다는 것이 무엇을 의미하는지 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 채권의 순위와 성질이 동일하여야 한다는 의미로 이해되고 있다. 법원은 적어도 담보채권과 무담보채권은 별도의 조로 구성하여야 하는 것으로 해석하고 있다. 대개 동일한 순위의 무담보채권은 동일한 조로 구분하는 것이 보통이지만, 담보채권은 각각이 하나의 조를 이루는 것이 보통이다. 왜냐하면 담보채권은 담보물이 틀리든지 또는 동일한 담보목적물에 대해서도 담보의 순위가 차이나므로 실질적으로 동일하다고 볼 수 없기 때문이다.

ii) 제1122조(a)항에서는 동일하지 않은 채권을 하나의 조로 편성하는 것을 금지하지만, 실질적으로 동일한 채권이라도 이를 합리적 근거에 따라 수개의 조로 구분하는 것은 금지하지 않는다.<sup>105)</sup> 합리적인 근거를 요구하는 이유는 계획안에 동의하지 않는 채권자의 의결권을 희석시키거나 동의하는 채권자를 우대하는 수단으로 조구분을 이용하는 것을 막기 위해서이다.

iii) 소액채권의 경우는 별도의 조로 구분될 수 있다. 무담보채권으로서, 법원이 절차관리의 편의를 위해 합리적이고 필요하다고 인정하는 일정금액 미만의 채권 또는 그 금액 미만으로 감액된 채권들은 별도의 조로 구분할 수 있다(제1122조(b)항). 이것은 동일한 조의 채권은 동일하여야 한다는 원칙의 예외로서, 서로 다른 성질을 가지고 있더라도 절차관리의 목적상 하나의 조로 구분하는 것이 바람직한 액수라는 점만이 공통점이라고 할 수 있을 것이다.

iv) 세가지 종류의 우선채권은 조구분에서 제외된다(제1123조(a)항(1)호). 제507조(a)항(1)호의 절차비용채권과 제507조(a)항(2)호의 비자발적 신청절차의 경우 신청일과 구제명령일 사이에 영업의 통상적인 과정에서 발생한 채권이 여기에 해당된다. 이는 제1129조(a)항(9)호(A)목에서 계획의 효력발생일에 전액 지

104) *In re Pine Lake Village Apartment Co.*, 19 B.R. 819 (Bkrtcy. S.D.N.Y. 1982). 그러나 *In re Northeast Dairy Co-op Federation, Inc.*, 73 B.R. 239 (Bkrtcy. N.D.N.Y. 1987)의 기준에 따르면 위의 사건에서 채권자를 2개의 조로 구분하는 것이 가능할 것이라고 한다. 이와 같이 채권자의 조구분은 중요하면서도 명확한 기준을 세우기 어려운 분야이다.

105) 예를 들자면 같은 무담보채권자라도 노동조합의 조합원인 채권자와 거래로 인한 채권자를 별도의 조로 구분할 수 있다. 이와 같은 구분의 합리적 근거는 노동조합의 조합원인 채권자는 단체협약이 가든가 고용관계에 따라 특별한 고려가 필요하다는 점이라고 할 수 있을 것이다. 불법행위채권자도 별도의 조로 구분할 수 있을 것이고, 보증이 있는 채권과 보증이 없는 채권도 별개의 조로 구분할 수 있을 것이다.

급되어야 한다고 규정하고 있기 때문이다. 제507조(a)항(8)호의 조세채권도 부과 일로부터 6년 이내에 전액 지급되어야 하므로(제1129조(a)항(9)호(C)목) 마찬가지로 지이다. 즉 이러한 채권은 채권자의 동의가 없으면 감손할 수 없으므로 조구분의 필요가 없다.

v) 채권과 마찬가지로 권리도 조로 구분된다. 예를 들자면 우선주와 보통주의 조로 구분하여야 하는 경우가 있을 수 있다.

### (2) 감손되지 않는 채권 또는 권리의 조의 명시(제1123조(a)항(2)호)

감손(impairment)은 11장 절차에서 핵심적인 개념이다. 감손의 개념에 대해서는 제1124조에서 규정하고 있는데, 채권이나 권리의 조는 다음 경우에는 감손된 것으로 보지 않는다. 첫째, 채권이나 권리자의 권리가 변경되지 않은 경우이다. 채권자나 권리자가 원래 가지고 있었던 권리가 계획에서도 그대로 인정되는 경우를 말한다(제1124조(1)호).<sup>106)</sup> 둘째, 일정한 경우는 채권이나 권리가 변경되었어도 감손된 것으로 보지 않는다. 채무불이행이 발생한 경우에는 채권자나 권리자가 기한이익을 상실시켜 지급을 구하거나 수령할 수 있다는 법이나 계약규정에도 불구하고, i) 계획안에서 채무불이행을 치유하는 것을 정하는 것 ii) 채권이나 권리의 원래의 변제기로 다시 복구시키는 것 iii) 그러한 법이나 계약을 합리적으로 신뢰한 결과로서 입은 손해를 보상하는 것의 세가지를 제외하고는 채권이나 권리를 변경시키지 않는 경우이다(제1124조(2)호). 즉 i), ii), iii)의 경우에는 채권이나 권리가 감손되지 않았다고 본다.

### (3) 감손된 채권 또는 권리의 조의 명시 및 처리(제1123조(a)항(3)호)

감손된 채권 또는 권리의 조가 있는 경우에는 그 채권자 또는 권리자가 어떠한 가치를 수령하게 될 것인가를 명시하여야 한다. 감손된 채권이나 권리는 다양한 방식으로 처리 될 수 있다. 물론 계획안의 인가를 받기 위해서는 감손된 조의 채권자나 권리자와 처리 내용에 대해 협의를 하여야 한다. 처리는 예를 들자면, 일정 기간에 걸쳐 또는 일시불로 채권 전액 또는 일부의 변제를 정하는 경우도 있고, 특정 자금 또는 특정 재산의 대가를 가지고 특정 조의 채권자의 채권액에 따라 안분비례하여 지급하는 경우, 채권에 대한 변제로서 채권자에게 주식을 발행하거나 재산을 양도하는 경우도 있을 수 있다. 감손된 조에 대한 처리는 제1129조에서 최소한도의 기준을 정하고 있으므로 이에 따라야 한다.

106) 계획안에서 채권의 액수를 감액한다던가, 변제기를 연장하는 경우는 채권이 감손된 것이다.

(4) 동일한 조의 채권 또는 권리의 평등한 취급(제1123조(a)항(4)호)

채권자나 권리자가 불평등취급에 동의하지 않는 이상은 동일한 조의 채권 또는 권리는 동등하게 취급되어야 한다.

(5) 계획안의 수행을 위한 적절한 수단(제1123조(a)항(5)호)

계획은 수행되지 않으면 아무런 의미도 없으므로, 이를 수행할 방법을 제시하여야 한다. 제1123조(a)항(5)호는 몇가지를 규정하고 있으나 이는 단지 예시에 불과하고 채무자가 구체적인 상황에 맞추어 적절한 방법을 택하여야 할 것이다. 예를 들자면 갱생계획 수행을 위한 자금조달계획에서부터 자산의 처분이나 주식의 발행, 신규의 자금차입 또는 투자, 또는 다른 회사와의 합병 등 다양한 방법이 가능하다. 이와 관련하여 갱생의 목적과 배치되는 주법은 효력이 없다. 예를 들자면 주법상 주주의 신주인수권이 규정되어 있다고 하더라도, 채권자에게 주식을 발행하여 주는 갱생계획안을 불가능하게 하는 것은 효력이 없다.

(6) 채무자가 회사인 경우 의결권(제1123조(a)항(6)호)

채무자가 회사인 경우에, 갱생계획안에서 주식을 발행할 것이 정해진 경우에는 당해 회사 또는 당해회사의 도산재단의 전부 또는 일부를 양수받거나 당해회사와 합병하는 회사의 기본정관을 개정하여 이러한 주식의 의결권에 대해 규정하여야 한다. 즉 갱생된 회사의 기본정관에 의결권 없는 증권의 발행을 금지하는 조항을 규정하여야 하고, 의결권 있는 주식이 수종이 있는 경우에는 의결권의 배분에 관해 적절히 정하여야 한다.

(7) 임원의 선임 (제1123조(a)항(7)호)

임원, 이사, 도산관재인의 선임에 관한 계획안의 정함은 공서양속과 채권자와 권리자의 이익에 합치하여야 한다.

2) 계획안의 임의적 기재사항(제1123조(b)항)

연방도산법에 위배되지 않는 이상 어떠한 내용이든 계획안에 기재할 수 있다. i) 어떠한 조의 채권자나 권리자의 권리를 감소시킬 것이고, 어떠한 조의 권리를 감소시키지 않고 그대로 인정할 것인가에서부터, ii) 미이행계약의 이행의 선택이나 해제 또는 제3자에게의 양도, iii) 채권이나 권리에 대한 화해 또는 조정, iv) 재단재산을 매각하여 매각대금을 채권자나 권리자에게 배당하는 것, v) 채무자의 재

산의 전부 또는 실질적 전부를 매각하여 채권자와 권리자에게 배당하는 청산계획, vi) 개인채무자의 주된 주거로 담보되는 채권을 제외한 담보채권이나 무담보채권의 변경이나 존속, vii) 기타 적절한 사항을 규정할 수 있다.

### 3. 11장 절차에서의 채권

#### 1) 채권의 신고(제1111조(a)항)

7장 절차에서는 채권자가 배당에 참가하기 위해서 채권을 신고하여야 하지만, 11장 절차에서는 채권이나 권리의 신고가 없어도 신고된 경우와 마찬가지로 취급되어 계획안의 작성 등에서 고려될 수 있다. 즉, 채무자가 제출한 채권자명부 또는 지분권자명부에 기재되어 있는 경우에는, 채권이나 권리에 대해 다툼이 있거나 우발채권이거나 미확정인 경우를 제외하고는 신고된 것으로 본다.

#### 2) 담보부족채권자에 대한 특별취급(제1111(b))

##### (1) 지급청구할 수 있는 채권으로의 취급

원래 담보채권에서 담보물의 가액이 채권액에 미달하게 되면 도산법상 담보물의 가액까지는 담보채권으로, 부족분에 대해서는 일반무담보채권을 가지는 것으로 취급된다. 그런데 특약 또는 법에 따라 담보물로써만 채권의 만족을 얻을 수 있고, 채무자에게 인적 책임을 추궁할 수 없는 경우도 있는데 이를 지급청구할 수 없는 채권(non-recourse claim)이라고 한다. 즉, 담보권실행에 의해 회수할 수 없는 부족이 발생하여도 그 잔액에 대해 지급청구를 할 수 없는 채권이다. 지급청구할 수 없는 채권의 경우에는 도산절차에서 담보부족분이 무담보채권이 되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 11장 절차에서는 담보부족채권자를 보호하기 위해 지급청구할 수 없는 채권도 지급청구할 수 있는 채권으로 취급하여 11장 절차에서 담보부족분에 대해 무담보채권을 가지는 것으로 하는 특칙을 두었다(제1111(b)항).<sup>107)</sup>

107) 지급청구할 수 없는 채권으로 하는 특약을 체결하거나 법규정을 두고 있는 것은 담보채권자가 대개 담보권실행경매에서 담보물을 매입한 후 재매각하여 차액을 취득함으로써 담보부족분을 보충할 수 있는 가능성이 있다는 점을 염두에 두고 있기 때문이다. 그러나 11장 절차에서는 담보물을 매각하지 않고 채무자가 유보할 수 있으므로 불합리한 결과가 발생할 여지가 있다. 지급청구할 수 없는 채권의 경우에는 담보부동산의 시가가 일시적으로 하락하였을 때 11장 절차의 개시를 신청하여 담보채권액을 낮은 시가상당액으로 확정시키고, 계획안에서는 낮은 시가상당액의 담보채권잔액을 현금으로 변제하도록 함으로써 담보권을 소멸시키고, 후에 담보물의 시가가 상승하는 경우 이를 매각하여 차액을 취득하는 것 등이 가능하다. 따라서 11장 절차에서는 지급청구할 수 없는 채권의 경우 특칙을 규정하고 있는 것이다.

(2) 예 외

11장 절차에서는 지급청구할 수 없는 채권도 담보부족분에 대해 무담보채권취급을 한다는 것에 대해서는 두가지 예외가 규정되어 있다.

① 담보목적물이 연방도산법 제363조에 따라 매각되거나, 갱생계획에 따라 매각될 경우에는 지급청구할 수 있는 채권으로 취급될 수 없다(제1111조(b)항(1)호(ii)항).<sup>108)</sup>

② 전액담보채권취급(제1111조(b)(2))의 선택

i) 전액담보채권 취급

채권자는 담보부족분을 포함한 채권액 전액을 담보채권으로 취급하는 것을 선택할 수 있다. 이러한 선택은 당해 조의 인용된 채권총액의 3분의 2 이상과 인용채권의 수의 2분의 1을 초과하는 법정다수의 결의에 따라 이루어진다(제1111조(b)항(1)호(A)목(i)). 원래 담보채권에서 담보의 액이 채권액에 미달하게 되면, 도산법상 담보의 가액까지는 담보채권으로, 부족부분은 일반무담보채권으로 취급된다. 그러나 담보부족채권의 조가 제1111(b)(2)의 적용을 받을 것을 선택하면 담보부족분에 대한 무담보채권은 소멸하고 담보된 분과 담보부족분 전액이 담보채권으로 인정된다.

ii) 전액담보채권취급의 선택이유

제1111조(b)항(2)호의 적용을 선택하는 것이 항상 담보부족채권자에게 유리한 것만은 아니지만, 채무자가 담보목적물을 계속해서 보유하고 담보목적물의 가치가 상승할 것이 예측되는 경우에는 제1111조(b)항(2)호를 선택하는 것이 유리할 것이다. 또한 계획안상 무담보채권자가 지급받을 수 있는 것이 거의 없는 경우에도 이를 선택하는 것이 적절할 것이다.

iii) 전액담보채권취급의 예외

다음 두가지에 해당되는 경우에는 제1111조(b)항(2)호의 전액담보채권취급을 선택할 수 없다. 첫째, 채권자가 채권을 담보하는 목적물에 대해 가지는 권리가 경미한 가치밖에 없는 경우와, 둘째, 당해 조의 구성원이 채무자에 대해 지급을 청구할 수 있는 권리가 있고, 당해재산이 제363조에 따라 매각되거나 또는 갱생계획에 따라 매각될 경우이다(제1111조(b)항(1)호(B)목).

108) 지급청구할 수 있는 채권으로 취급하는 것은 당해 재산을 담보권실행으로 양수할 수 없는 것에 대한 보상이므로, 담보부족분에 대해 채무자에게 지급청구를 할 수 없는 담보채권을 가진 채권자도 제363조에 따라 경매에 참여할 수 있는 경우에는 지급청구할 수 있는 채권으로 취급할 수 없다는 예외를 규정한 것이다.



#### 4. 계획안의 공시

##### ① 법원의 승인을 얻은 공시설명서의 배포

11장 절차에서는 채권자와 지분증권소유자는 갱생계획안에의 동의 여부를 결의하여야 한다. 결의는 계획안과 채무자의 상태에 대한 충분한 정보가 공시되어야만이 적절하게 이루어질 수 있을 것이다. 따라서 제1125조에서는 갱생계획안의 제안자에게 '적절한 정보를 기재한 공시설명서를 작성하여 통지와 심문절차를 거치고 법원의 승인을 얻어, 갱생계획안의 사본이나 그 요약문과 함께 채권자나 권리자에게 배포할 것을 요구하고 있다. 법원은 공시설명서에 대해 이해관계인이 논급할 수 있는 기간을 25일간 부여한 후 적절한 정보가 기재되었는가를 판단하여 공시설명서를 승인한다. 다른 조에게는 서로 다른 내용이 공시설명서를 배포할 수 있지만, 동일한 조의 구성원에게는 동일한 공시설명서가 배포되어야 한다(제1125조(c)항).

##### ② 적절한 정보

공시설명서에 기재되어야 하는 적절한 정보에 대해서는 도산법에서 추상적인 기준만을 두고 있다. 채무자의 업무와 상황의 복잡성을 고려하여 법원에 광범위한 재량을 인정한 것이다. 제1125조(a)항에 의하면 적절한 정보는 관련있는 組를 구성하는 채권자나 권리자의 전형인 합리적인 투자자가 계획안에 대해 정보에 기반한 판단을 하는데 필요한 정보로서, 채무자의 역사와 성질과 채무자의 장부와 기록의 상태에 비추어 합리적으로 실제적인 정도의 것이고, 충분히 상세한 것이어야 한다.

##### ③ 감손당하지 않는 조에 대한 공시설명서의 배포

감손당하지 않는 조는 결의를 할 필요가 없다. 그런데 이들에게도 공시설명서를 배포하여야 할 것인가에 대해서는 법원의 판결이 통일되어 있지 않다.

##### ④ 소기업의 특칙(제1124조(f)항)

채무자가 소기업이고, 소기업으로서 취급될 것을 선택한 경우에는 법원은 통지와 심문절차 없이 조건부로 공시설명서를 승인할 수 있다. 권유를 받는 자에게 적절한 정보가 실제로 제공되었다면 계획안에 대한 동의 또는 부동의의 권유는 조건부로 승인을 받은 공시설명서로 할 수 있다. 조건부로 승인을 받은 공시설명서는 심문절차에서 최종승인을 받아야 하고, 공시설명서 승인을 위한 심문절차는 계획안의 인가를 위한 심문절차와 병합할 수 있다. 조건부로 승인을 받은 공시설명서는 계획안인가를 위한 심문기일의 10일 전까지 배포되어야 한다.

## ⑤ 공시설명서의 배포와 계획안에 대한 동의 또는 부동의 권유

절차가 개시된후 갱생계획안과 법원의 승인을 얻은 공시설명서를 배포하기 전에는 계획안에 대한 동의 또는 부동의 권유하지 못한다(제1125조(b)항). 실제로 계획안작성에 이르기까지의 과정을 보면, 계획안의 원안과 설명자료를 대체권자와 채권자위원회에 배포하고 이들과의 개별적 절충을 통하여 계획안이 작성되게 된다. 권유를 넓게 해석하면 이러한 절충교섭행위도 권유에 해당되어 제1125조(b)항에 의해 금지되어야 한다는 결론이 된다. 그러나 권유를 공식적으로 계획안에 대한 투표할 것을 요구하는 행위로 좁게 해석하고 있으므로, 위와 같은 행위는 금지되는 범위에 해당되지 않는다고 본다. 여기서 한가지 더 문제가 되는 것은 계획안에 반대하는 자가 대체계획안을 내고 여기에 대해 결의까지 권유한 것은 아니지만 이를 검토할 것을 요구하는 것인데, 이것은 권유에 해당되지 않는다고 해석하고 있다.

## ⑥ 다른 법과의 관계에서의 문제

## i) 증권법과 SEC의 역할

공시설명서는 증권의 공모와 관련하여 작성되는 사업설명서(prospectus)와 유사하다. 공시 등에 관해 정하고 있는 도산법 이외의 법률, 규칙을 집행할 권한이 있는 SEC와 같은 규제기관이 적절한 정보가 공시되었는가에 대해 법원에 의견을 표명할 수 있지만, 적절한 정보가 공시되었는가의 결정에는 도산법의 원칙이 적용됨이 명시되어 있다(제1125조(d)항).

## ii) 선의자의 보호

계획안에서 채무자 또는 채무자의 관련회사 또는 채무자의 승계인의 증권을 발행할 것을 정한 경우에, 그 증권의 매수를 권유하는 등의 행위를 한 자는 증권법 위반 등을 이유로 책임을 질 가능성이 있다. 제1125조(e)항은 이러한 경우에 대한 안전항 조항(safe harbor provision)으로서, 계획안에 대한 동의 또는 부동의 권유하거나 갱생계획에 따라 증권을 발행하면서 연방도산법 이외의 법을 위반한 자는, 선의로 연방도산법에 따라 행위한 이상은 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다.

## 5. 계획안에 대한 결의

법원은 계획안에 대한 공시설명서를 승인하면서 계획안에 대해 결의를 하여야 하는 기간을 정한다. 계획안에 대한 결의는 채권자와 권리자 전체의 다수결로 이루어지는 것은 아니고, 채권과 권리를 각 조로 나누어 각 조별로 동의를 얻어야 한다.

## 1) 결의요건

### ① 채권자의 조

채권자의 조에서는 실제로 투표를 한 당해 조의 인용채권총액의 3분의 2이상과, 인용된 채권의 과반수를 초과하는 다수의 동의로써 가결된다(제1126조(c)항).

### ② 권리자의 조

권리자의 조에서는 실제로 투표를 한 당해 조의 권리자가 가지는 인용권리 총수의 3분의 2이상의 동의로써 가결된다.(제1126조(d)항)

### ③ 결의요건계산에서의 예외

이해관계인의 신청에 의해, 통지와 심문절차를 거쳐, 법원은 계획안의 동의나 부동동의가 선의로 행해지지 않았거나, 동의나 부동동의에 대한 권유나 취득이 선의로 행해지지 않았거나 연방도산법의 규정에 따라 이루어진 것이 아닌 경우에는 그 자의 의결을 계산에서 제외할 수 있다(제1126조(e)항).

## 2) 결의의 간주

다음 두가지 경우에는 실제로 결의가 없어도 법상 당해조의 결의가 있는 것으로 취급된다.

① 계획안상 감손을 당하지 않는 조는 계획안에 동의한 것으로 간주된다(제1126조(f)항)

② 계획안상 재산을 전혀 수령 또는 보유하지 못하게 된 조는 계획안에 부동동의한 것으로 간주된다(제1126조(g)항). 여기서 특히 지분권을 수령한 것이 재산을 전혀 수령하지 못한 것에 해당되는가가 문제된다. 채무초과인 농장에 대한 지분권을 수령한 경우, 연방대법원은 지분권은 장래의 이익과 기업가치의 증가에 참여할 기회가 있으므로 가치가 있는 것이라고 판시하였고,<sup>109)</sup> 다른 하급법원도 동일한 태도를 보이고 있다.

## IV. 계획안의 인가

계획안은 법원의 인가를 받아야 당사자를 구속할 수 있다. 갱생계획안에 대한 결의기간이 종료하고 통지를 한후 법원은 계획안의 인가에 대한 심문절차를 열어야 한다. 계획안은 다음 두가지 경우에 인가될 수 있다. 첫째, 계획안이 제1129

109) Northwest Bank Worthington v. Ahler, 485 U.S. 197 (1988).

조(a)항(1)호에서 (13)의 인가요건을 충족시키는 경우에는 인가결정을 내려야 한다. 이는 권리가 감소되는 조가 없거나, 또는 권리가 감소된 조 모두가 계획안에 동의를 한 경우를 상정한 것이다. 둘째로 권리가 감소되는 조가 있고 그 조가 계획안에 동의하지 않는 경우에도, 반대를 무시하고 계획안의 강제인가를(cram down) 받을 수 있다(제1129조(b)항).

### 1. 인가의 요건(제1129조(a)항)

제1129조(a)항은 인가의 요건 13가지를 규정하고 있다. 계획안이 이러한 요건을 갖추지 못하면 인가결정을 내릴 수 없다. 다만 앞서서도 언급한 것처럼 계획안의 강제인가의 요건(제1129조(b)항)을 갖추는 경우에는 제1129조(a)항(8)호의 요건을 갖출 필요가 없다.

- ① 계획안이 연방도산법의 규정을 준수한 것일 것(제1129조(a)항(1)호).
- ② 계획안의 제안자가 연방도산법의 규정을 준수하였을 것(제1129조(a)항(2)호).
- ③ 선의의 제안(제1129조(a)항(3)호)

계획안이 선의로 제안되었고, 법이 금지하는 방법으로 제안된 것이 아닐 것. 법원은 여기서의 선의는 다른 경우와는 의미가 다르게 사용되고 있는 것으로 해석하고 있다. 선의란 계획안이 연방도산법의 목적에 합치하는 결과를 달성할 수 있으리라는 합리적인 가능성이 존재하는 것을 의미한다. 절차개시 전의 채무자의 행동과 도산에 이르게 된 이유, 절차개시신청을 한 동기 등은 선의를 판단하는 것과 일반적으로 관계가 없다고 본다.<sup>110)</sup>

- ④ 보수의 합리성(제1129조(a)항(4)호)

도산절차 또는 계획안과 관련하여 계획안의 제안자, 채무자, 계획안에 따라 증권을 발행하거나 재산을 취득하는 자가 지급하였거나 지급할 것을 약속한 비용이나 보수에 대해 그 액수가 합리적이라는 법원의 승인을 받거나, 받을 것이어야 한다.

- ⑤ 이사, 임원이 될 자 등의 공시(제1129조(a)항(5)호)

이사, 임원, 계획에 참여하는 관계인, 계획안에 따른 승계인 등이 될 자에 대한 공사가 이루어져야 하고, 이러한 자의 선임이 채권자, 권리자의 이익과 공서양속에 합치하여야 한다. 내부자가 고용될 경우에는 신원과 보수가 공시되어야 한다.

- ⑥ 정부에 의해 규제되는 요금의 변경에 대한 승인(제1129조(a)항(6)호)

110) Matter of Madison Hotel Associates, 749 F.2d 410 (7th Cir. 1984).

정부의 규제위원회의 소관사항인 요금을 변경하는 것을 계획안의 내용으로 하는 경우에는 요금변경에 대하여 규제위원회의 승인을 얻었거나, 승인을 조건으로 하여야 한다.

⑦ 감손된 채권과 권리에 대한 보호(제1129조(a)항(7)호)

채권이나 권리가 감손된 조는 계획안에 대해 결의를 하는데, 당해 조에서 계획안이 가결된 경우에도 구성원이 만장일치로 동의하지 않는 이상은 계획안에 반대한 구성원이 있기 마련이다. 제1129조(a)항(7)호은 이와 같이 동의를 하지 않은 구성원을 보호하기 위한 규정이다. 계획안이 인가될 수 있기 위해서는, 채권이나 권리의 감손이 있는 조의 구성원으로서 계획안에 대해 반대결의를 한 자가 계획안의 효력발생 당시에 채무자가 7장에 따라 청산된다면 받게 될 것의 가치 이상을 계획안에 따라 받을 수 있어야 한다. 그렇지 않은 경우에는 계획안은 당해 조의 동의를 있다고 하더라도 인가받을 수 없다. 즉 채권이나 권리가 감손된 자가 청산 가치보다도 더 적은 것을 받게 될 계획안에 구속되는 것을 방지함으로써 보호하는 것이다. 이를 清算價值保障(best interests of creditors)기준이라고 한다.

⑧ 채권자나 권리자의 조의 동의(제1129조(a)항(8)호)

계획안은 각 조의 동의를 얻거나, 계획안에서 각 조가 감손되지 않아야 한다. 감손되지 않은 조는 계획안에 대해 동의한 것으로 간주되므로 결의할 필요가 없고, 감손당한 조가 있는 경우에는 그 동의를 받아야 인가될 수 있다. 이 요건에 따르면 채권자나 권리자의 조가 100% 동의하는 경우에만, 계획안이 인가될 수 있는 것으로 보이지만, 이 요건을 충족시키지 못한 경우에도, 제1129조(b)항에 규정된 계획안의 강제인가요건을 별도로 충족시키면 인가가 가능하다.

⑨ 우선채권에 대한 취급(제1129조(a)항(9)호)

채권자가 달리 합의하지 않는 이상, 우선채권은 제1129조(a)항(9)호에 따라 취급되어야 한다. i) 제507조(a)항(1)호 절차비용채권과, 제507조(a)항(2)호의 비자발적 신청사건에서 신청일과 구제명령일 사이의 기간에 영업의 통상적인 과정에서 발생한 채권에 대해서는 계획의 효력발생일에, 인용된 채권액을 현금으로 지급하여야 한다. ii) 제507조(a)항(8)호의 조세채권은 과세사정일로부터 6년 이내의 기간에 걸쳐 現金延拂(deferred cash payments)을 하여야 하는데, 계획의 효력발생일 당시 현금연불의 현가가 인용채권액과 동등하여야 한다. iii) 제507조(a)항(3)호 내지 (7)호의 채권은 a) 당해 조가 계획안에 동의한 경우에는 계획의 효력발생일 당시의 현가가 인용채권액과 동등한 현금연불을 받고 b) 당해 조가 계획안을 거절한 경우에는 계획의 효력발생일에, 인용된 채권을 현금으로 지급하여야

한다.

앞에서도 언급한 것처럼, i)과 ii)의 채권은 계획안에서 처리되기는 하지만 제 1123조(a)항(1)호에 따라 조구분을 하지 않는다. 현금으로 지급받거나 일정기간 이내에 지급받으므로 감손을 당하지 않는 것이고 따라 조별결의라든가 조의 구성원으로서 지급을 받는 것이 필요없기 때문이다.<sup>111)</sup>

⑩ 감손당한 조중 적어도 하나 이상의 조에 의한 동의(제1129조(a)항(10)호)

감손당한 조가 있는 경우에는, 그 중 적어도 하나의 조가 동의를 하여야 한다. 감손당하지 않은 조이므로 동의가 간주된 경우는 해당되지 않는다. 대부분의 경우에는 제1129조(a)항(8)호의 요건을 충족시키면 (10)호 요건도 자동적으로 충족될 것이나 반드시 그러하지는 않다. (10)호의 결의에서는 내부자의 동의표결은 산입하지 않으므로, 당해조의 동의 결의가 내부자의 찬성투표만으로 얻어진 것이라면 (10)호의 요건을 충족시킬 수 없다. 이 요건은 계획안의 제안자가 조구분을 자의적으로 함으로써 동의를 얻고자 하는 것을 방지하기 위한 것이다.

⑪ 계획안성공의 합리적 전망(제1129조(a)항(11)호)

계획안이 실패하여 청산이 이루어지거나 재차의 갱생이 되어야 할 가능성이 없어야 한다. 이를 수행가능성기준(feasibility test)라고 하는데, 자본구성이 상당할 것, 수익력이 있을 것, 경제사정, 경영진의 능력, 동일한 경영진이 계속 경영을 하는가 등이 수행가능성을 판단하는데 고려된다. 이 기준은 계획안의 작성자에게 법원을 설득시켜야 할 책임을 지우고, 법원이 비현실적이거나 지나치게 낙관적인 계획을 불인가할 수 있도록 한다.

⑫ 수수료 지급(제1129조(a)항(12)호)

모든 수수료가 지급되었거나, 계획안의 효력발생일에 지급될 것임이 계획안에 기재될 것.

⑬ 퇴직급여(제1129조(a)항(13)호)

퇴직급여가 계속적으로 지급될 것.

## 2. 계획안의 강제인가

제1129조(b)항은 감손당한 채권자나 권리자의 조중 일부가 계획안에 동의하지 않는 경우에 강제적으로 인가를 받을 수 있도록 하는 규정이다. 계획안의 강제인가를 할 수 있기 위해서는 제1129조(a)항의 인가요건을 충족시키는 외에(제1129

111) 앞의 제7장 III. 2. 1) (1) ③ 참조.

조(a)항(8)호는 제외) 다음 두가지 기준을 충족시켜야 한다. 첫째는 불공정한 차별(unfairly discriminate)의 부존재 기준이고, 둘째는 공정과 형평(fair and equitable)기준이다. 이러한 기준이 충족되면 법원은 계획의 제안자의 신청에 따라 인가를 할 수 있다.

### 1) 불공정한 차별(제1129조(b)항(1)호)

계획안에 동의하지 않은 감손당한 조에 대해 계획안에서 유사한 순위의 조에 대한 취급과 비교하여 보아 차별적인 취급을 하지 않아야 한다. 다만, 차별이 합리적인 근거를 가지고 있는 경우에는 허용된다. 대체권자를 단지 대체권자라는 이유만으로 하나의 조로 구분하는 것은 불공정한 차별에 해당된다.

### 2) 공정과 형평(제1129조(b)항(1)호 및 (2)호)

도산법에서는 계획안이 공정하고 형평한 것이라고 인정할 수 있는 최저요건을 규정하고 있다. 이는 최저요건으로서, 이 요건이 충족된 경우에도 계획안이 불공정 또는 불형평한 것이라고 인정될 수도 있다.

#### (1) 담보채권의 조

다음 요건중 하나가 충족되는 경우에는 감손된 담보채권의 조에 대해 계획안이 공정·형평한 것이라고 인정될 수 있다.

##### ① 우선특권의 계속적 보유와 현금연불(제1129조(b)항(2)호(A)목(i)관)

채무자가 담보목적물을 계속 보유하건 다른 주체에게 양도되었건 불문하고 담보채권자가 우선특권을 계속하여 보유하고, 계획안의 효력발생일 당시의 현가가 당해재산에 대한 담보채권자의 권리의 가치 이상인 현금연불을 수령하는 것. 이와 같이 담보채권자가 수령하는 가치를 상향 조정한 것은 지급이 지연되는 것에 대해 보상한다는 의미이다.

##### ② 담보목적물의 매각과 매각대가에 대한 우선특권(제1129조(b)항(2)호(A)목(ii)관)

채무자가 담보목적물을 우선특권의 부담 없이 매각하고자 하는 경우에는 우선특권이 유지되어야 한다는 요건을 충족시킬 수 없다. 이러한 경우에는 채무자가 재산을 채권자도 경매에 참여할 수 있도록 하는 제363조(k)항에 따라 매각하고, 우선특권을 매각의 대가에 설정하는 것.

##### ③ 의심의 여지 없는 등가물(indubitable equivalent)의 수령(제1129조(b)항

## (2)호(A)목(iii)관)

담보채권자가 그의 채권에 대신하여 의심의 여지 없는 등가물을 수령하는 것. 의심의 여지없는 등가물의 대표적인 예는 담보목적물을 포기하여 담보채권자에게 인도하는 것이다. 동일한 시가를 가진 물건을 인도하기로 하는 것은 원래의 재산과 새로운 재산으로부터의 현금의 흐름이 차이나므로, 의심의 여지 없는 등가물이 아니라고 한다.<sup>112)</sup>

## (2) 무담보채권의 조

다음 요건중 하나가 충족되면 감소된 무담보채권의 조에 대해 계획안이 공정·형평한 것이라고 인정될 수 있다.

## ① 인용된 채권액의 지급(제1129조(b)항(2)호(B)목(i)관)

계획안에서 당해 조의 각 채권자가 수령하게 될 재산의 계획의 발효일 당시 현가가 인용된 채권액과 동등할 것. 지급이 연기되어 후에 지급되는 경우에는 채권의 액면가에 이자를 합산한 금액이어야 한다. 무담보채권자가 현금을 즉시 또는 연불로 지급받는 경우만을 의미하는 것은 아니고, 법원이 재산의 현가가 인용채권액과 동등하다고 인정하는 한에 있어서는 재산을 수령하는 경우에도 계획안이 공정·형평한 것이라고 할 수 있다. 재산이란 용어는 여기서 아주 넓은 의미로 쓰이고 있는데, 증권의 발행도 포함하는 개념이다.

## ② 순위절대의 원칙(absolute priority rule)

계획안에서 선순위의 조가 채권이나 권리의 전액에 대해 지급받기 전에는 후순위의 조가 지급을 받지 않도록 한 경우(제1129조(b)항(2)호(B)목(ii)관). 이 규정에 따라 계획안을 거절하는 조가 채권 전액을 지급받지 못한 경우에도, 후순위의 조에게 아무것도 지급하지 않는 계획안을 수립한 경우에는 계획안의 강제인가의 방법을 통하여 인가받을 수 있다. 다만, 이와 같은 순위 절대의 원칙에 기한 계획안의 강제인가는 제1129조(a)항(7)호의 '청산가치보장원칙'에 의해 제한된다. 즉, 제1129조(a)항(7)호의 요건은 계획안의 강제인가의 경우에도 적용되는 조문이다. 따라서 순위절대의 원칙에 따라 계획안을 거절하는 조의 채권자보다 후순위의 조의 채권자에게 아무것도 지급하지 않는다고 하더라도, 제1129조(a)항(7)호에 따라 청산가치 이상의 가치를 수령하지 못하는 경우에는 계획안의 강제인가를 할 수 없다.

112) *In re B. W. Alpha, Inc.*, 89 B.R. 592 (Bkrtcy. N.D. Tex.), *aff'd*, 100 B.R. 831 (N.D. Tex. 1988).



### (3) 권리의 조

계획안에서 당해 권리자의 조(주로 주주나 조합원의 지분권을 의미한다)의 구성원이, i) 잔여재산분배청구에서 확정의 우선권이 인정되는 권리자인 경우에는 그 권리의 가액중 최고액과 동등한 현가를 가지는 재산을 수령하는 것으로 되어 있는 경우 또는 ii) 무담보채권자의 조의 경우와 마찬가지로 순위절대원칙에 따라 선순위의 권리자조가 완전히 지급을 받기 전에는 후순위의 권리자조에 대해 지급이 되지 않을 것으로 되어 있는 경우에는 인가를 받을 수 있다.

### (4) 신가치예외(new value exception)의 원칙

지분권자보다 선순위의 권리자의 조가 계획안을 거절하고 권리 전액에 대한 지급을 받지 못하는 경우에도 지분권자가 새로이 자본을 출연하는 대신에 지분권을 계속하여 보유할 수 있는가가 문제되었다. 개정연방도산법이 적용되기 이전에 대법원에서는 순위절대의 원칙의 예외로서 '신가치 예외(new value exception)'를 인정하였다.<sup>113)</sup> 그러나 개정연방도산법하에서도 이 원칙이 계속 유효한지는 분명하지 않다. 여하간 대법원에서는 새로운 가치는 금전 또는 금전의 가치를 가지고 있는 것이어야 하지, 경영상의 노무제공의 약속, 기타 무형의 이익은 출연할 수 없다고 판시하면서, 신가치예외원칙이 개정연방도산법하에서도 계속 효력을 가지는지 불분명하다는 문제점만을 지적하였다.<sup>114)</sup>

## 3. 인가에 대한 이익

이해관계인은 계획안의 인가에 이익을 제기할 수 있다. 인가에 대한 이익은 계획안에의 부동의와는 구별되어야 한다. 부동의를 채권자나 권리자의 개인적 선호와 자신의 최선의 이익에 대한 생각에 기초하여 행해지는 것이지만, 인가에 대한 이익은 계획안이 제1129조에 규정된 인가요건을 충족시키지 못하였다는 법적인 이유에 기해 행해지는 것이다.

## 4. 인가의 효과

### ① 인가의 구속력

계획안은 인가되면 제1141조(d)항(2)호와 (3)호의 경우를 제외하고는 모든 이

113) Case v. Los Angeles Lumber Co., 308 U.S. 106 (1939).

114) Northwest Bank Worthington v. Ahlers, 485 U.S. 197 (1988).

해관계인에게 효력을 미친다. 각 이해관계인들의 권리가 침해되었는가, 또는 계획안에 동의하였는가와 상관없이 효력이 있다(제1141조(a)항).

② 채무자의 재산보유

계획에서 달리 정하고 있지 않은 이상, 계획안이 인가되면 재단에 남아 있는 모든 재산은 채무자가 보유하게 된다. 점유계속채무차라는 개념은 없어지게 되고, 도산관재인의 의무도 종료한다.

③ 우선특권에 대한 효력

계획에서 처리를 정한 재산은 계획안에서 달리 정하고 있지 않은 이상 우선특권을 포함하여 모든 청구로부터 자유롭게 된다.

④ 면책

계획안이 인가되면 채무자는 인가 전의 모든 채무에 대해 면책된다(제1141조(d)항). 면책에 대해서는 이미 설명하였으므로 생략한다.

## 5. 계획안의 수정

계획안의 제안자는 인가의 전후에 계획안을 수정할 수 있다. 계획안의 인가 전에는 언제든지 계획안을 수정할 수 있다.(제1127조(a)항) 인가 후에도 계획의 "실질적완수(substantial consummation)" 전에는 수정을 할 수 있지만, 주변사정이 계획의 수정을 정당화 하고 법원이 통지와 심문절차를 거쳐 수정을 승인하는 경우에만 효력이 있다(제1127조(b)항). 수정된 계획안도 원래의 계획안과 마찬가지로 제1122조와 제1123조의 요건을 충족시켜야 하고(제1127조(a)항과 (b)항), 수정된 계획안에 관한 공시설명서를 작성하여 배포하여야 한다(제1127조(c)항). 원래의 계획안에 동의하거나 부동의한 채권자나 권리자는 법원이 정한 기간 내에 전에 한 동의나 부동의를 변경하는 의사표시를 하지 않으면 원래대로 의결한 것으로 간주된다(제1127조(d)항).

## 6. 계획의 수행

채무자와 계획의 수행을 위해 조직되었거나 조직될 주체는 계획을 수행하여야 한다(제1142조(a)항). 제350조에서는 재단이 완전하게 관리되고 법원이 도산관재인을 면책시킨 때에는 법원이 절차종결결정을 하여야 한다고 규정하고 있다. 11장 절차에서 계획이 완수되는 것은 재단이 완전하게 관리된 것에 해당되므로, 계획이 성공적으로 완수되면 절차가 종결된다. 그 반대의 경우는 기각 또는 7장으로

이행하는 사유가 된다.

13장에서와는 달리 11장에서는 계획을 완수하여야 하는 기한에 대해 제한이 없다. 지급의 기간과 일정은 계획에서 정해지는데, 이는 인가 전의 협상에서 채무자의 상황을 고려하여 정해지게 된다. 미국에서도 변제기간이 5년 내지 10년에 미치는 예가 드문 것은 아니지만, 이와 같이 장기간에 걸쳐 갹생절차가 종결되지 않도록 하면 자금조달과 사업의 수행에 지장이 있고, 계획이 변경될 가능성이 남는다는 문제가 있었다. 따라서 계획에서 장기의 연불변제를 정한 경우에 변제가 완전히 이루어지기 전이라도 절차를 종결시킬 수 있는 여지를 인정하였다. 즉, i) 계획에 의해 이전할 것으로 정해진 재산의 전부 또는 실질적으로 전부가 이전되고, ii) 계획에 기해 채무자 또는 채무자의 승계인이 그 사업경영과 재산관리를 인수하고 iii) 계획에 의한 배당지급이 개시되면 계획이 실질적으로 완수된 것으로 보고(제1101조(2)항) 절차를 종결시킬 수 있도록 하였다.<sup>115)</sup>

## V. 사전준비계획안 및 소기업의 특칙

### 1. 사전준비계획안

지금까지는 절차개시가 신청된 이후에 채권자, 권리자와의 협상을 거쳐 계획안을 작성하여 동의를 받고 인가를 받는 것을 상정하고 절차의 진행에 대해 살펴보았다. 이것이 전통적인 접근방법이다. 그러나 1990년대에 이르러서는 채무자가 절차개시를 신청하기 전에 채권자와 협의를 하여 미리 계획안을 작성하여 여기에 대해 동의여부를 물어 둔 후에 11장절차개시를 신청하는 경우가 많이 발생하게 되었다. 이를 사전준비계획안이라고 하는데, 절차개시후 협상을 할 필요가 없고 계획안에 대한 결의를 할 필요가 없으므로 신속하게 계획안의 인가를 받을 수 있다는 장점이 있으므로 많이 이용되게 되었다. 11장절차에서 인가를 받기까지 수년이 소요되는 것이 보통인데 사전준비계획안의 경우는 2개월이 되기도 전에 인가를 받는 경우까지도 있다.

연방도산법에서는 제1121조(a)항에서 절차개시의 신청과 동시에 계획안을 제출할 수 있다고 하고, 제1126조(b)항에서 절차개시신청 전에 계획안에 대해 동의

115) 미국에서는 계획이 수행에 들어가고 난 후 절차가 종결된 회사 중, 약 3분의 1은 그 후 소멸하고, 남은 3분의 2중 연불변제의 이행을 완료한 것은 2분의 1도 되지 않는다고 추정되고 있다. 불이행시에는 채권자는 강제집행 혹은 파산신청까지도 할 수 있지만, 책임재산의 부족으로 실효를 거두지 못하여 사실상 단념하고, 차라리 거래를 계속하는 것에 의한 이익을 선택하는 것이 실상이라고 한다[高木 新二郎, 「米國倒産法概説」, (商事法務研究會, 1984)].

또는 부동의한 경우, 그러한 결정을 권유함에 있어서 권유와 관련한 공시를 규율하는 법령 등에 합치하는 공시가 이루어졌거나, 그러한 법령이 없으면 제1125조 (a)항에서 정의하고 하고 있는 "적절한 정보"가 공시된 후 권유가 이루어졌다면 사전에 한 동의나 부동의도 효력을 가진다고 규정함으로써, 사전준비계획안을 인정하고 있다.

사전준비계획안은 연방도산법 외에서 사적갱생작업(private workout)과 11장을 결합시킨 것이라고 할 수 있을 것이다. 사적갱생작업은 당사자들간의 임의적인 채무조정방법이므로 부동하는 채권자를 구속할 수 없다. 반면 11장은 시간이 많이 걸린다는 단점이 있다. 따라서 사적갱생작업을 하여 시간을 절약하고 11장 절차의 개시를 신청함으로써 그 결과를 모든 이해관계인에게 강요할 수 있도록 한 것이다.

## 2. 소기업에 대한 특칙

소기업을 위한 특칙은 10장을 신설하여 규정할 것인가가 검토되었으나, 11장의 일부규정이 소기업에 적용되지 않는다는 특칙을 규정함으로써 해결하였다. 그 내용은 이미 언급하였으므로 생략한다.

## 제8장 절차간의 이행

채무자나 이해관계인은 일정한 제한하에서 법원에 하나의 장에서 다른 장 절차로의 이행을 신청할 수 있다. 제706조, 제1112조, 제1208조, 제1307조에서 절차의 이행에 관해 규정하고 있다.

### 1. 절차간 이행의 공동원칙

① 채무자가 이행하려고 하는 장의 적용을 받을 자격을 갖추지 못한 경우에는 이행을 허용되지 않는다(제1112조(f)항).

② 자발적 신청절차와 비자발적 신청절차 모두에서 이행을 가능하다. 채무자만이 이행을 신청할 수 있는 것은 아니고, 채권자, 도산관재인 또는 다른 이해관계인이 이행신청을 할 수도 있다. 채무자가 신청하는 경우에는 이행을 좀 더 넓게 인정된다.

③ 절차개시신청일과 구제명령일의 구분이 중요한 경우가 있다. 절차가 이행된 경우에 이행된 날짜를 절차개시신청일로 취급하는 경우도 있지만, 그러하지 아니할 때도 있다.

④ 이행은 절차의 초기단계에서만 허용되는 것은 아니고, 일정한 제한 하에서 언제라도 허용될 수 있다.

### 2. 7장 절차의 이행

#### (1) 채무자에 의한 이행

채무자는 언제나 7장 절차를 다른 장의 절차로 이행시킬 수 있다. 다만 현재의 7장 절차가 이행을 신청하는 다른 장의 절차로부터 이행된 것인 경우에는 그러하지 않다(제706조(a)항).

#### (2) 이해관계인의 신청에 의한 이행

채무자 이외의 이해관계인도 절차의 이행을 신청할 수 있다. 그러나 채무자의 경우와는 달리 11장 절차로의 이행만을 신청할 수 있고, 12장 또는 13장 절차로의 이행신청은 허용되지 않는다(제706조(b)항 및 (c)항). 12장과 13장 절차는

채권자에 의한 비자발적 신청으로는 개시될 수 없기 때문이다. 또한 통지와 심문 절차를 거쳐 법원의 허가를 받아야 한다(제706조(b)항).

### 3. 11장 절차의 이행

#### 1) 11장 절차에서 7장 절차로의 이행

7장 절차에서 11장 절차로의 이행이 반대의 경우보다 넓게 인정되고 있는바, 이는 청산보다 갱생을 선호하는 태도가 반영된 것이라고 한다.

##### (1) 채무자에 의한 이행

##### ① 11장 절차의 7장 절차로의 이행

채무자는 다음 세 경우를 제외하고는 11장 절차를 7장 절차로 이행시킬 수 있다(제1112조(a)항). 채무자는 절차의 이행을 위해서 특정한 사유나 조건을 입증해야 할 필요가 없다. 이행이 허용되지 않는 경우는 다음과 같다. i) 도산관재인이 선임된 후(이 때에는 채무자가 아니라 도산관재인이 이행의 권한이 있다) ii) 11장 절차가 비자발적 신청에 의해 개시된 경우 iii) 현재의 11장 절차가 채무자 이외의 자의 신청에 의해 이행된 것인 때.

##### ② 11장 절차의 12장 또는 13장 절차로의 이행

11장 절차에서 12장 또는 13장 절차로의 이행은 다음 경우에만 허용된다. i) 채무자가 이행을 신청하였고 ii) 채무자가 11장 절차에서 계획안의 인가에 따라 면책되지 않았으며 iii) 12장의 절차로의 이행을 신청한 경우에, 그 이행이 형평에 반하지 않는 것일 것.

##### (2) 채무자 이외의 자에 의한 절차의 이행

채무자 이외의 자도 11장 절차를 7장 절차로 이행할 것을 신청할 수 있으나, 상당한 사유가 있는 경우로 한정된다. 즉, 이해관계인 또는 연방관리인 또는 도산관리자(bankruptcy administrator)<sup>116)</sup>의 이행신청에 대해, 법원은 통지와 심문절차를 거쳐 상당한 사유가 있는 때에는<sup>117)</sup> 7장절차로의 이행을 허가하거나 절

116) 도산관리자는 연방관리인이 없는 일부 지역에서 이용할 수 있는 제도이다.

117) 연방도산법에서는 다음을 상당한 사유로서 예시하고 있다(제1112조 (b)항). ① 재단이 계속하여 손실을 입거나 감소하여 합리적인 갱생가능성을 인정할 수 없는 경우 ② 갱생계획안을 입안할 수 없는 때 ③ 채무자가 절차를 불합리하게 지연시키고, 그로 인해 채권자가 손해를 입는 경우 ④ 법원이 정한 기한까지 갱생계획안이 제출되지 않은 경우 ⑤ 제안된 갱생계획안이 모두 인가를 받지 못하고, 이를 대체하거나 수정하는 계획안을 제출할 수 있는 추가기간의 신청이

차를 기각할 수 있다(제1112조(b)항).

다만, 채무자가 농업자인 경우와 비영리·비사업회사인 경우에는 채무자 이외의 자가 7장 절차로의 이행을 신청할 수 없다(제1112조(c)항). 이 경우에도 채무자는 이행을 신청할 수 있다. 채무자 이외의 자는 7장에서와 마찬가지로의 이유로 12장이나 13장 절차로의 이행을 신청할 수는 없다. 채무자가 농업자이거나 비영리·비사업회사인 경우와 채무자가 이행 후의 절차의 채무자자격을 갖추지 못한 경우를 제외하고는, 채무자가 절차개시신청서제출일후 15일 이내, 또는 법원이 정한 추가의 기간내에, 20대 무담보채권자(무담보채권자의 수가 20인 이하인 경우에는 그 전원)의 주소, 성명과 그 대강의 채권액을 기재한 표를 포함한 정보를 제출하지 않은 때에는, 법원은 연방관리인의 신청에 의해, 11장 절차를 7장 절차로 이행하거나, 또는 11장 절차를 기각하는중, 채권자와 재단의 최선의 이익에 적합한 것을 행할 수 있다(제1112조(e)항).

---

기각된 경우 ⑥ 인가결정이 취소되고, 대체계획안 또는 수정계획안의 인가도 부정된 때 ⑦ 인가된 계획을 실질적으로 수행할 수 없을 때 ⑧ 인가된 계획에 관하여, 채무자의 중대한 불이행이 있는 때 ⑨ 계획에서 정하여진 조건의 발생에 의해 계획이 종료 된 때 ⑩ 법령 28편 제123장에 의해 지급되어야 하는 비용 등이 지급되지 않은 때.





연구보고 98-3

美國의 倒産法

1998년 9월 5일 印刷

1998년 9월 10일 發行

發行人 徐 承 完

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 東 亞 商 社

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전 화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-a0190호

값 7,500 원

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-076-2 93360

