

연구보고 98-9

主要國의 倒産法(V)

日本の 倒産法

1998. 12.

研究者：崔星根(首席研究員)

한국법제연구원

發刊辭

1997년말 外換危機로 규모의 대소를 불문한 다수 企業이 倒産狀態에 이르자 企業의 更生 또는 清算을 통한 企業退出制度에 큰 관심이 모아졌습니다. 그 결과 그간 낙후되어 있던 倒産法制度에 대한 改正의 필요성이 강도높게 제기되었고, 이러한 내부적인 필요성과 IMF·IBRD 등 외부로부터의 요구에 기인하여 1998년 2월 1차 倒産法改正에 이어 현재 후속적인 개정작업을 진행하고 있습니다.

이처럼 경제·사회구조 및 상황의 변화에 대응하기 위하여 도산법제도를 재검토하는 것은 비단 우리나라의 일은 아니고 世界的인 潮流라고 할 것입니다. 1978년에 미국 연방도산법이 새로이 제정된 것을 시발로 하여, 프랑스에서는 1984년·1985년에 기업도산절차와 1989년에 소비자도산절차에 관한 새로운 도산법이 각각 제·개정되었고, 1986년 영국의 도산법·1993년 오스트리아의 개정도산법 및 1994년 독일의 통합도산법이 각각 제정 또는 개정되는 등 주요선진국에서는 최근 20여년동안 순차적으로 倒産法制度의 근본적인 改革이 행하여져 왔습니다.

나아가 우리나라도 회원국으로 참가하고 있는 國際聯合國際商去來法委員會(UNCITRAL)는 1995년부터 특별작업반을 구성하여 국제도산에 관한 모델법의 작성을 목표로 검토작업을 진행하여 왔고, 1997년 5월에 개최된 동위원회 총회에서는 그 성과로 '國際倒産에 관한UNCITRAL모델法(案)'을 채택한 바 있습니다. 그리고 이 모델법은 1997년 12월 국제연합총회에서 정식으로 승인을 받았습니니다.

日本에서도 자국의 도산법제도가 작금의 경제·사회구조 및 상황에 합리적으로 기능하는 데는 한계가 있다는데 정부와 학계 및 실무계가 의견을 같이 하여, 현재 도산법제도에 대한 대대적인 개정작업을 준비하고 있습니다. 특히 일본의 도산법제도는 우리의 현행 도산법제도의 모델이 되었던 만큼 日本의 倒産法改正論議는 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것입니다.

이 보고서에서는 일본의 도산법제도를 개관함과 아울러 일본 고유의 도산절차인 會社整理節次와 特別清算節次를 분석하고, 최근 日本의 倒産法改正論議의 주요내용을 검토하였습니다. 이 보고서가 향후 倒産法制度에 관한 연구 및 倒産法改正作業에 유용한 立法研究資料로 활용되기를 기대하면서, 보고서의 집필에 수고한 연구자의 노고를 치하하는 바입니다.

1998년 12월

韓國法制研究院
院長 徐承完

目次

第1章 日本 倒産法制度의 概觀	9
I. 體系 및 沿革	9
1. 體系	9
2. 沿革	9
II. 最近 倒産事件의 動向	10
III. 日本 倒産法制度의 問題點	10
第2章 會社整理節次	13
I. 序說	13
II. 會社整理節次의 選擇의 指標	14
III. 會社整理節次의 主要內容	15
1. 概要	15
2. 會社整理節次開始의 申請과 保全處分	16
3. 會社整理節次의 開始	18
4. 和議節次, 破産節次 또는 會社更生節次로의 移行	21
5. 會社整理節次의 終結	21
IV. 日本商法의 會社整理節次 關聯條文	22
第3章 特別清算節次	27
I. 序說	27
1. 概要	27
2. 特別清算節次의 特徵	28
II. 特別清算節次의 選擇의 指標	29
III. 特別清算節次의 主要內容	31
1. 節次의 開始	31
2. 開始決定前의 節次	32

3. 特別清算節次の 開始	33
4. 開始決定後の 節次	35
5. 節次の 終了	38
IV. 日本商法の 特別清算節次 關聯條文	39
第4章 日本 再建型倒産節次の 比較	45
I. 目的 및 適用對象	45
II. 申請權者 및 開始要件	45
III. 管理人에 의한 管理	46
IV. 計劃案의 作成時期	47
V. 株主, 經營者 등의 權利變更의 有·無	47
VI. 擔保權의 取扱	48
VII. 多數決制度의 採擇與否	49
VIII. 再建의 方法	49
IX. 計劃案의 履行確保方案	50
X. 기타 사항 - 會社更生節次の 特徵	50
1. 更生計劃의 效力	50
2. 從業員의 處遇	51
3. 下請企業의 保護	51
4. 租稅債權의 取扱	51
第5章 日本의 最近 倒産法改正論議	53
I. 序說	53
1. 「倒産法制度에 관한 改正檢討事項」의 作成趣旨	53
2. 改正檢討事項의 作成經緯	53
3. 改正檢討事項의 對象 및 構成	54
II. 法人에 대한 倒産節次	54
1. 破産節次	55
2. 新再建型節次	63

Ⅲ. 個人에 대한 倒産節次	68
1. 個人債務者更生節次	68
2. 破産節次 및 免責節次	75
Ⅳ. 國際倒産	77
1. 國際倒産의 管轄	77
2. 倒産節次の 國際的 效力	78
3. 國際並行倒産	79
4. 外國人 또는 外國法人의 倒産節次上の 地位	80
Ⅴ. 倒産實體法	80
1. 法律行爲에 대한 倒産節次の 效力	80
2. 각종 債權의 優先順位	82
3. 否認權	85
4. 擔保權의 取扱	86

第1章 日本 倒産法制度의 概觀

I. 體系 및 沿革

1. 體系

일본의 도산법제도, 즉 법적으로 도산을 처리하는 절차는 破産, 和議, 會社更生, 會社整理 및 特別清算으로 구성되어 있다. 이 중 파산 및 특별청산은 채무자의 자산을 환가하여 채권자에게 평등하게 분배하는 것을 목적으로 하는 清算型 倒産節次이다. 이에 반하여 화의, 회사갱생 및 회사정리절차는 반드시 채무자 자산의 환가를 요하지 아니하고 채무자의 장래 수입 등을 변제자산으로 하여 채권자에게 채무를 계획적으로 변제하는 再建型 倒産節次이다. 또한 각 도산절차의 대상을 보면 파산 및 화의는 法人과 個人에 구분없이 적용되는 절차인데 대하여, 회사갱생, 회사정리 및 특별청산은 株式會社만을 대상으로 하는 절차이다.

일본의 도산법제도를 우리의 도산법제도와 비교해 보면, 우리의 破産法과 和議法 및 會社整理法은 日本의 破産法과 和議法 및 會社更生法을 별다른 여과없이 계수한 결과 그 내용이 거의 동일하다. 한편 재건형 도산절차의 하나인 일본 商法上의 會社整理制度和 청산형 도산절차의 하나인 상법상의 特別清算制度는 우리의 도산법제도에 없는 일본의 고유한 제도이다.

2. 沿革

일본의 도산법제도 중 破産法은 독일을, 和議法은 오스트리아법을 각각 모델로 하여 1922년에 제정된 것이고, 會社更生法은 1952년에 미국법의 영향을 받아 제정된 것이다.¹⁾ 또한 會社整理節次와 特別清算節次는 1938년 상법 회사편의 대개정시 주식회사만을 대상으로 하는 새로운 도산절차로서 商法 중에 규정된 것으로, 영국법의 영향을 받아 입법된 것이다. 이후 파산법은 1952년에 미국법의 영향을 받아 免責制度를 도입하는 등 부분적인 개정이 행하여졌고, 會社更生法은 1967년

1) 日本의 會社更生法은 자본주의의 고도화·기업의 거대화에 따라 기업을 재건하기 위하여는 보다 강력한 수단이 필요하다는 정책판단에 따라 美國法 특히 미국 聯邦倒産法 '제11장 企業構造再編'을 모델로 하여 제정된 것이다. 齊藤秀夫·麻上正信, 註解 破産法(改訂第2版), 青林書院, 1994, 6~11面 참조.

에 更生節次의 濫用防止, 中小企業의 債權保護 등을 목적으로 대개정이 행하여졌다. 그러나 화의절차, 회사정리절차 및 특별청산절차에 관하여는 특별한 개정이 이루어지지 아니한 채 오늘에 이르고 있다.

II. 最近 倒産事件의 動向²⁾

일본에서는 최근 이른바 버블경제의 붕괴후 계속되는 경기침체로 인하여 법적 도산절차의 이용건수가 대폭 증가하는 양상을 보이고 있다. 일본의 사법통계년보에 의하면, 1990년과 1996년에 접수된 倒産事件의 신고건수는 파산사건이 1만 2478건에서 6만291건으로, 특별청산사건이 58건에서 178건으로, 화의사건이 77건에서 244건으로, 회사정리사건이 16건에서 20건으로, 회사갱생사건이 9건에서 18건으로 각각 증가한 것으로 나타났다. 특히 파산사건은 1990년에 신고접수가 1만건대였던 것이 1991년에는 2만건대 그리고 1992년에는 4만건대로 되고, 1995년까지는 4만건대의 건수가 계속되다가 1996년에는 사상 처음으로 6만건대로 증가하였다. 더욱이 특기할 만한 사실은 그 중에서 대부분을 점하는 5만6494건이 個人의 自己破産事件이라는 점이다.

이와 같은 개인파산사건의 대량발생은 소비자신용시장의 급속한 확대에 따른 현상이라고 볼 수 있다. 1997년의 개인파산사건수는 전년도를 훨씬 상회하여 6만건을 초과하는 것으로 집계되고 있는데, 이러한 개인파산사건의 증가경향은 현재도 계속되고 있다. 또한 최근에는 도산사건의 양적 증가뿐만 아니라, 채권자가 다수이고 부채총액도 다액인 大規模企業의 倒産事件이나 도산한 내국채무자가 외국에 자산·부채를 가지고 있거나 도산한 외국채무자가 일본에 자산·부채를 가지고 있는 國際倒産事件 등 그 처리가 복잡하고 곤란한 문제를 지니고 있는 새로운 유형의 도산사건이 현저하게 증가하고 있는 것으로 나타나고 있다.

III. 日本 倒産法制度의 問題點

개인파산사건이 격증하고 있다거나 대규모도산사건 또는 국제도산사건의 증가추세가 두드러지고 있는 일본의 최근 도산사건의 양상은 破産法, 和議法 등이 제정된 1900년 초반 또는 중반에는 전혀 예상하지 못했던 상황이다. 실무를 보면, 현

2) 深山卓也, 「倒産法制に關する改正事項檢討」의 概要(1), NBL, No. 632, 1998. 1. 1, 44面.

행 개별도산법상의 절차만으로는 이들 새로운 유형의 도산사건을 처리하기에 불충분하여 많은 어려움에 봉착하고 있다. 이와 같은 상황에서 일본내에서는 도산법 제도를 근본적으로 재검토하여야 한다는 주장이 점점 더 강하게 제기되고 있다. 이하에서 특히 입법적 대책이 필요한 것으로 의견이 모아지고 있는 몇가지 문제점을 소개하면 다음과 같다.³⁾

첫째, 消費者倒産에 대한 法的 節次가 미비되어 있다. 최근 급증하고 있는 個人破産事件은 그 대부분이 채권자에게 분배할 자산이 없는 자연인이 免責을 받을 목적으로 신청하는 自己破産事件으로, 대개의 경우 파산관재인이 선임되지 아니하고 파산선고와 동시에 파산폐지(同時廢止)에 의하여 종결한다. 그러나 일본의 破産法은 주로 事業者의 破産을 예정하고 만들어진 법이므로 消費者의 倒産은 예외적인 것일 수밖에 없다. 따라서 破産節次와 免責節次가 별개로 진행되는 등 소비자도산에 대한 대책이 마련되어 있지 아니하여 실무상 문제가 발생하고 있다. 따라서 消費者倒産節次를 도입하는 등 개인파산절차를 대폭 정비하여야 한다는 의견이 제시되고 있다. 아울러 선진외국의 도산법제도에서 채용하고 있는 個人更生節次를 도입하여야 한다는 주장도 강하게 제기되고 있다.⁴⁾

둘째, 中小企業 등을 위한 更生節次의 정비가 필요하다. 일본의 현행법상 法人의 更生을 위한 도산절차로는 會社更生節次, 和議節次 및 會社整理節次가 있다. 이 중 會社更生節次는 규모가 큰 주식회사의 갱생을 예상한 절차이므로 주식회사 이외의 법인이 이용할 수 없고 중소규모의 주식회사로서는 그 절차가 복잡할 뿐만 아니라 비용부담도 상당하여 이용하기 어렵다. 또한 和議節次에 있어서는, 화의위원이 파산원인과 동일하여 신청시에 이미 갱생이 곤란하게 된 경우가 적지 아니하다는 점, 화의조건의 이행확보수단 마련이 용이하지 아니하여 그 이행율이 낮다는 점 등이 제도상의 문제점으로 지적되고 있다. 끝으로 會社整理節次에 있어서는, 상법상의 규정수가 적어 절차의 구조를 명확하게 이해하기 어렵다는 점, 다수결원리가 도입되어 있지 아니하여 소수채권자의 반대에 의해서도 절차의 진행이 곤란해질 수 있다는 점 등이 문제점으로 지적되고 있다. 따라서 和議法 등의 전면적인

3) 上掲論文, 44~45面.

4) 個人更生節次란 채무자의 장래 수입 등을 변제자산으로 계획적으로 채무를 변제하여 파산을 회피하도록 하고 채무자의 경제생활의 재건을 도모하는 도산절차를 말한다. 이에 관한 외국의 입법례로는 미국 연방도산법 제12장 및 제13장의 債務調整節次(debt adjustment cases)와 독일 1994년 도산법의 債務調整計劃(Schuldenbereinigungsplan, 제305조 내지 제308조) 등이 있다.

개정을 통하여 법인도산사건의 대부분을 점하고 있는 中小企業에 적합한 更生節次를 정비하여야 한다는 의견이 제시되고 있다.

셋째, 國際倒産事件에 대한 대책이 미흡하다. 최근 국제도산사건의 증가추세가 현저한데, 일본의 파산법(제3조)5)과 회사갱생법(제4조)에서는 일본 도산절차의 외국에서의 효력 및 외국 도산절차의 일본에서의 효력에 관하여 엄격한 屬地主義原則을 고수하고 있다. 이러한 속지주의원칙은 국제도산사건의 처리에 있어서 국제적인 협조를 방해하고 있을 뿐만 아니라 실무에 있어서도 그 타당성에 의문이 제기되고 있다. 따라서 이를 재검토하고 국제도산사건에 적절하게 대응할 수 있도록 규정을 보완하여야 한다는 주장이 제기되고 한다.

이상의 세가지 문제점은 전형적인 것에 해당하는 것이고, 그밖에도 大規模倒産事件에 대비한 特則이 없다는 점, 解釋과 運用이 일치하지 아니하여 충분히 기능을 발휘하지 못하고 있는 제도나 입법당시에는 물론 현재에도 전혀 이용되지 아니하는 제도도 있다는 점, 전후에 입법된 會社更生節次에만 존재하고 다른 도산절차에는 필요함에도 불구하고 없는 제도가 있다는 점, 하나의 도산절차에서 다른 도산절차로의 移行이 원활하게 진행되고 있지 아니하다는 점, 도산절차개시후의 雙務契約에 대한 취급이나 각종 債權의 優先順位 등에 관한 倒産實體法의 규정에 대하여도 재검토가 필요하다는 점 등이 각계의 분야에서 향후 입법적 보완이 필요한 문제점으로 지적되고 있다.

5) 日本 和議法 제11조에 의하여 和議節次에도 준용되고 있다.

第2章 會社整理節次

I. 序說

일본은 1938년 상법개정시 株式會社만을 적용대상으로 하는 會社整理節次와 特別清算節次를 새로이 채용하였다.⁶⁾ 이 중 회사정리절차는 그 당시 법체계가 대륙 법계에 속해 있는 일본으로서는 매우 이례적인 것이었는데, 도입에 관한 명확한 입법자료는 없고 일반적으로 英國 衡平法上의 管理制度에 착안하였던 것으로 이해되고 있다. 회사정리절차는 再建型倒産節次의 하나로서 재정적 파탄의 위기에 처한 株式會社에 대하여 법원의 원조·감독하에 채권자 및 채무자가 그 債權·債務關係를 整理하여 企業의 維持를 도모하는 제도이다.

회사가 재정적 파탄의 상태에 이르게 되면, 재판상 절차에 의하지 아니하고 채권자와 채무자가 임의로 협의하여 채권·채무관계를 처리하는 이른바 私的 整理가 적지 않게 행하여진다. 사적 정리에는 관계자를 구속하는 법적 효과가 부여되어 있지 아니하고 법률상의 규제나 공적 감독을 받지 아니하기 때문에 不公正行爲가 자행될 우려가 있다. 會社整理節次는 이러한 사적 정리를 공평하고 용이하게 수행할 수 있도록 하기 위하여, 법원의 원조·감독하에 일정한 강제적 효과를 부여하는 등 어느 정도의 법적 강제의 틀을 마련한 것이다. 다만, 회사정리절차에 있어서는 법원이 원조·감독을 한다고 하더라도 채권자나 채무자 등 利害關係人의 自治가 대폭적으로 유보되어 있다.

회사정리절차는 주식회사가 支給不能 또는 債務超過의 염려가 있거나 의문시되는 경우 그 整理再建을 목적으로 하여 법원의 감독하에 행하여지는 절차이다. 申請權者는 理事, 監事(자본금 1억엔을 초과하는 경우), 일정한 채권액 이상의 債權者 또는 일정한 비율 이상의 株主이다. 법원은 회사정리의 신청이 있으면 회사재산의 보전처분(상법 제386조제1항제1호 및 제2항) 및 회사업무 등의 검사명령(동조제1항제3호 및 제2항)을 발할 수 있고, 개시원인과 정리의 가망이 있다면 정리절차의 개시를 결정한다(제381조). 나아가 감독명령·관리명령(동조제1항제10호·제11호, 제397조 및 제398조) 등을 발하여 정리회사를 감독하고, 정리제

6) 회사정리절차와 특별청산절차는 集團的 債務處理의 제2기에 해당하는 도산절차이다. 제1기는 1922년에 제정된 파산법과 화의법에 의한 파산절차와 화의절차이고, 제3기는 1952년에 제정된 회사갱생법에 의한 회사갱생절차이다.

획안의 작성과 그 이행을 명하며(제386조제1항제4호), 그 종결시(제399조)까지 감독을 계속한다.

회사정리절차는 파산을 예방하여 회사의 재건을 꾀하는 제도이지만, 법원에 정리회사의 감독을 위한 권한이 부여되어 있는 반면 법률상으로 정리지획안의 내용이나 작성방법, 채권자 동의를 획득방법 등에 관하여는 거의 규정을 두고 있지 아니하고 利害關係人の 自治에 위임되어 있다. 즉, 회사정리절차에 있어서 整理計劃案은 회사갱생절차나 화의절차에서와 같이 다수결에 의하여 강제적으로 성립되는 것이 아니고, 이에 同意한 債權者에 대해서만 효과가 발생한다. 따라서 동의하지 아니한 채권자에 대하여는 강제력이 없기 때문에 實效性이 不足하다는 결함이 있다. 한편 이 점에 대하여는 사안에 따라 유연하게 대응하는 것이 기대될 수 있다고 평가되기도 한다. 整理計劃案은 理事, 管理人 또는 整理委員이 제출하고, 그 내용은 債務免除 또는 辨濟의 猶豫이다.

II. 會社整理節次的 選擇의 指標⁷⁾

會社更生節次는 擔保債權者에 대하여도 강력한 제한을 포함할 수 있어 기업의 재건에 가장 적합하다고 할 수 있지만, 經營者가 끝까지 經營權의 유지를 도모하고자 하는 경우에는 회사갱생절차가 선택될 수 없다. 경영자가 경영권을 계속 유지하고자 한다면 會社整理節次나 和議節次 중에서 하나를 선택하여야 하는데, 어느 경우건 債權者의 協力을 얻지 못한다면 절차를 진행할 수 없다. 즉, 채무감면 등의 희생을 감당하게 되는 채권자가 종전의 경영자에 의하여 경영이 계속되어도 좋다고 생각하는 경우가 아니고는 절차의 진행을 기대할 수 없다. 예를 들면, 재정적 파탄의 위기에 빠진 원인이 경영자의 실책에 의한 것이 아니어서 경영자가 채권자의 신용을 상실하지 아니한 경우, 특수한 업종의 회사 등에 있어서 경영자의 개인적 재능이나 노우하우가 없이는 사업이 지속될 수 없는 경우, 경영자가 재건을 위하여 다액의 개인자산을 제공하는 경우 등이 아니고는 거의 불가능할 것이다. 또한 會社更生節次는 본래 大規模會社를 염두에 두고 만들어진 제도로서 절차가 엄격·상세하고 관리인의 보수 등 절차비용도 상당히 소요되므로, 그 비용을 감당할 수 없는 중소규모의 회사에서는 회사갱생절차를 선택하기 힘들다.

7) 垣内正, “再建型倒産法制における會社整理の特徴”, 判例タイムズ No. 866, 1995. 3. 10, 371面.

다음으로 會社整理節次와 和議節次 중의 선택에 있어서는, 먼저 회사의 理事 中에 도산절차를 단행하는 것에 반대하는 자가 있는 경우에는, 이사 전원의 동의가 필요한 회의절차는 불가능하고 이사 1인도 신청할 수 있는 會社整理節次를 선택할 수밖에 없다. 한편 整理計劃案에 강경하게 반대하는 소수의 채권자가 있는 경우에는 총채권액의 4분의 3이상을 가진 채권자의 동의가 있으면 가능한 和議節次를 선택할 수밖에 없을 것이다. 또한 巨額의 擔保債權者의 협력을 얻는 것이 어려운 경우에는 담보권의 실행을 중지시킬 수 있는 會社整理節次의 방안이 바람직하며, 신청단계에서 再建計劃 또는 辨濟計劃을 확정할 수 경우에도 會社整理節次를 선택하는 하는 것이 바람직하다.

한편 현실적으로 회사정리절차를 선택하는가 회의절차를 선택하는가는 어느 쪽이 保全處分이 내려지기 쉬운가에 달려있다는 의견도 있다고 한다. 물론 조기에 보전처분을 하여 회사재산을 확보하는 것이 그 후의 회사재건의 관건이 될 수도 있지만, 다른 한편 보전처분을 파산회피의 목적으로 이용하여 시간을 벌어 그 사이에 재산을 은닉하는 것과 같은 濫用行爲도 존재할 수 있다는 점도 간과되어서는 아니될 것이다.

III. 會社整理節次의 主要內容⁸⁾

1. 概要

일본에서 회사정리사건은 재건형절차 중 그 접수건수는 적지만, 정리절차에 의하여 회사를 재건한 예가 적지 아니하다고 한다.

정리절차는 총채권자와의 和解的 節次에 의하여 채무를 처리하여 회사의 재건을 도모하는 제도이므로, 채권자수가 적고 채권자와의 개별적인 절충이 가능한 中小企業을 재건하고자 하는 경우에 적합한 절차이다. 제도적으로는 商法 및 非訟事件 節次法에서 정하는 약간의 규정에 의하여 운용되기 때문에, 회사갱생절차에 비하여 개별적으로 구체적인 경우에 따라 판단되는 것이 많다. 이러한 個別的 判斷은 절차를 간이·신속하게 행할 수 있도록 하고 당사자의 임의적 처리를 반영시켜 融通性을 提高시킨다는 이점이 있다. 그러나 회사정리절차는 債權確定節次가 없으므로

8) 村山浩也, “會社整理手續の一般的流れ”, 判例タイムズ, No. 866, 1995. 3. 10, 375~377면 참조.

로 총채권에서 차지하는 비중이 큰 채권을 가지는 채권자와 분쟁이 있다든가, 租稅債權이나 擔保權者에 대한 제약이 없으므로 다액의 조세채납이 있다든가 담보채권자의 협력을 얻을 수 없는 경우 등은 정리절차의 운용에 중대한 장애가 된다.

요컨대 법원의 감독하에 변제조건을 확실하게 이행할 것에 대한 기대가 채권자측에 강하고, 화의성립에 필요한 법정다수의 동의를 얻을 전망이 없는 경우 정리절차를 선택하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

2. 會社整理節次開始의 申請과 保全處分

정리절차의 개시는 利害關係人의 申請에 의한 경우와 監督官廳의 通告에 의하여 法院이 職權으로 개시되는 경우가 있으나, 동경지방법원에서는 1949년 이후로 감독관청의 통고에 의한 경우는 한건도 없다고 한다.

1) 申請權者

정리절차의 신청권자는 理事, 監事, 6월전부터 계속 발행주식총수의 100분의 3 이상의 주식을 가지는 株主 또는 자본의 10분의 1이상의 채권을 가지는 債權者이다(제381조제1항). 신청권자의 범위가 회사갱생절차나 화의절차와는 다르고, 회사 자신에게는 신청권이 없다.⁹⁾

2) 申請原因

개시원인은 회사가 支給不能 또는 債務超過에 있는 것이 명백하거나 그러한 염려 또는 의심이 있는 경우이다(제381조제1항).

3) 申請方式

신청은 口頭로도 할 수 있으나(비송사건절차법 제8조 및 민사소송법 제150조), 서면에 의하지 아니하면 심리를 적정·신속히 행하는 것이 곤란하므로 통상 소정의 사항(비송사건절차법 제9조)을 기재한 申請書를 제출한다. 신청인은 申請事由 즉, 개시원인이 되는 사실과 신청자가 債權者인 경우 債權의 存在에 관한 소명의 무가 있다(비송사건절차법 제135조의26).¹⁰⁾

9) 일본의 실무에서는 理事로부터의 신청이 대부분이라고 한다.

10) 이와 관련하여 株主에 관하여 별도의 규정은 없으나 株主인 資格을 소명하여야 할 것이다.

4) 管轄

정리사건은 本店所在地의 地方法院의 管轄이다(비송사건절차법 제135조의24).

5) 費用

정리절차의 비용은 豫納金으로 조달한다(비송사건절차법 제135조의27). 정리절차개시의 명령이 있는 때에는 비용은 會社의 負擔으로 한다(비송사건절차법 제135조의29). 예납금의 용도는 주로 監督員이나 檢査人의 선급비용이나 보수의 지급이다. 동경지방법재판소에서는 통상 보전처분을 발함과 동시에 감독원을 선임하고, 보전처분 기간중의 감독원의 보수는 예납금으로 지급한다고 한다.¹¹⁾

6) 申請에 대한 審理

法院은 신청인적격, 법원의 관할, 비용의 예납 등 形式的 要件 외에 開始原因, 會社의 業務 및 財産狀況, 整理展望 등을 신청인이나 그 대리인 또는 회사관계자에 대한 심문 및 소명자료 등에 의하여 심리한다. 보전처분을 받기 전에 행하는 신청인이나 대리인 또는 회사관계자 이외의 제3자에 대한 심문은 비밀엄수가 요구되므로 필요한 경우에 한하여 개별적으로 심리한다.

동경지방법원에서는 신청의 접수에 앞서 窓口相談을 행하고 있다고 한다. 그 주된 목적은 신청인이 적절한 도산절차를 신속히 선택하도록 하기 위함이다. 또한 이러한 청구상당은 법원의 입장에서라도 회사재산의 분산을 방지하고 어음의 부도처리를 피하도록 하며 신청대상회사의 혼란한 상황을 진정시키기 위한 보전처분의 가부를 적정·신속하게 판단하는데 도움이 된다고 한다.

7) 開始前의 保全處分

보전처분의 전형적인 내용은 舊債務의 辨濟禁止, 會社財産의 處分禁止, 債務負擔의 禁止 등을 내용으로 하는 회사의 업무 및 재산에 관한 보전처분(제386조제1항제1호)과 감독명령(제386조제1항제10호 및 제397조)이다.

11) 豫納金의 수준은 법원에 따라 최저금액이 500만엔 내지 600만엔이다. 한편 辯護士를 監督員으로 선임하는 경우, 회사의 업무 또는 재산상황의 조사를 위하여 公認會計士나 鑑定評價士를 위임하는 경우 등에는 비용이 대폭 늘어나는데, 최근의 대형사건에서는 2,000만엔을 예납한 사례도 있다고 한다.

통상 정리절차개시의 신청과 동시에 보전처분이 신청된다. 물론 직권으로 보전처분을 발할 수도 있으나 그러한 예는 극히 적다고 한다. 동경지방법원에서는 통상 정리절차개시의 신청을 접수한 날 또는 그 익일에 주된 채권자를 소집하여 신청의 내용을 설명하고 보전처분에 관한 의견을 청취한다. 이 경우 채권자의 심문에 있어서 특히 보전처분과 관련한 부정적인 자료가 나오지 아니하는 한 원칙적으로 즉일로 보전처분이 발해진다고 한다.

3. 會社整理節次의 開始

1) 開始決定

법원은 신청이 適法하고 再建의 展望이 있다고 판단되는 경우 정리절차의 개시를 명한다.

동경지방법원에서는 개시여부를 판단함에 있어 신청인에 대하여 整理計劃案의 골자와 이에 대한 각 債權者의 서면에 의한 同意를 법원에 제출하게 하고 있다. 개시결정에 필요한 동의의 비율은 원칙적으로 총채권액의 80%이상이고, 신청부터 개시결정까지는 통상 3월 정도의 기간이 소요된다고 한다.

會社에 한하여 개시결정에 대한 즉시항고를 할 수 있고(비송사건절차법 제135조의33제1항), 신청인에 한하여 신청의 각하에 대한 불복신청(보통항고)을 할 수 있다(비송사건절차법 제135조의33제2항).

2) 月間報告書의 제출

동경지방법원에서는 정리절차개시의 결정과 동시에 법원의 감독권(비송 제135조의25) 행사의 하나로 회사에 대하여 정리절차가 종결될 때까지 月間報告書를 제출할 것을 명하고 있다. 그 주된 기재내용은 월차손익, 영업상황, 자금유통, 인사·노무 기타 부속명세표(손익추이, 대차대조표, 경영분석표, 제조원가표 등) 등이다. 월간보고서를 제출케 하는 것은 정리절차가 회사나 채권자에 의한 자치의 여지가 많은 절차이기는 하지만, 적절한 수치관리는 회사경영의 기본의 하나일 뿐만 아니라 월간보고서를 작성·제출하게 하여 회사로 하여금 회사의 현상을 인식하게 하고 경영의 개선을 도모하기 위함이라 한다. 또한 정리절차에 있어서는 종전의 경영자에게 계속하여 회사의 운영을 맡기는 경우가 많으므로 개시후 시간이

경과함에 따라 채권자에 대한 책임감과 경영개선에의 긴장감이 희박해질 수 있기 때문에, 항시 회사의 현황을 파악하기 위하여 월간보고서의 제출을 요구하는 것은 정리회사를 감독하는 법원의 입장에서 볼 때 당연한 감독권의 행사라고 할 것이다.

3) 整理處分

정리절차개시의 결정과 동시에 또는 그 후에 행하여지는 법원의 처분으로서 競賣節次의 中止(제384조 및 비송사건절차법 제135조의37)와 제386조의 保全處分이 있다. 필요에 따라 각각의 정리처분을 발할 수 있으나, 개시전 보전처분의 경우가 대부분이고 개시후에 새로이 정리처분을 발하는 경우는 극히 드물다고 한다.

4) 整理의 方式

(1) 監督員方式

통상의 경우 법원은 종전의 이사 등에게 계속 회사를 경영하도록 함과 동시에 직권으로 監督命을 발하여(제386조제1항제10호 및 제397조), 監督員으로 하여금 법원이 지정한 일정한 행위에 관하여 회사를 감독하게 한다.

(2) 管理人方式

법원은 종전의 이사 등에게 계속 회사를 경영하게 하는 것이 적절하지 아니하다고 판단되는 경우에는 管理命을 발하여(제386조제1항제11호), 管理人을 선임하고(제398조제1항) 이사의 권한을 박탈하며 회사의 업무집행 및 재산의 관리·처분에 관한 권한을 관리인에게 전속시킨다.

(3) 整理委員方式

한편 법원은 整理委員을 선임하여 이사와 함께 정리계획안에 수립에 참여시킬 수 있다(제391조).

5) 整理計劃의 立案 및 履行

정리회사의 理事 또는 管理人은 법원의 감독하에 기업의 수익확보를 도모하고 정리계획의 입안을 염두에 두면서 회사의 경영에 참여하여야 한다. 정리절차에는 회사갱생절차에서와 같은 債權確定節次나 關係人集會가 없으므로, 이사 또는 관리

인은 개별적으로 채권을 조사하여 확정한다. 또한 이들에게는 정리계획안의 기초가 되는 會社財産의 評價가 요구된다.

(1) 立案命令

법원은 통상 정리절차개시의 결정과 동시에 整理計劃의 立案命令(제386조제1항제4호)을 발한다. 정리계획안의 제출기한은 통상 6개월로 되어 있다. 법원은 이유 있다고 인정하는 경우에는 신청에 의하여 제출기한의 연장을 허가할 수 있다. 전술한 바와 같이 정리절차개시전에 정리계획안의 골자를 채권자 등에게 제시하여 다수의 동의를 얻게 하고 있으므로, 회사갱생사건과는 달리 정리절차개시로부터 정리계획안의 제출시까지의 그다지 많은 시간을 요하지는 아니한다.

(2) 整理計劃

이사 또는 관리인은 회사가 현재 보유하고 있는 재산 및 수익의 실적을 파악하고 채권자 등 이해관계인의 의향을 감안하여 정리계획을 입안하는데, 그 기재사항은 회사갱생절차에 있어서의 갱생계획과 마찬가지로 채권자의 권리변경·공익채권의 변제·변제자금의 조달방법·예상초과수익금의 용도 등에 관한 것이다. 구체적으로는 채무변제기한의 유예·채무의 일부면제·회사 이외의 자에 의한 보증·담보제공 또는 채무인수·자본감소·합병·경영자의 교체 등이 정리계획에 포함된다. 債權者의 權利變更에 있어서는 통상 담보채권자, 일반적 선취특권자 등을 우선시킨다. 동경지방법원의 예를 보면, 株主의 權利를 변경시키는 예는 매우 드물다고 한다. 자본감소, 합병, 경영자의 교체 등에 관하여는 회사갱생절차와는 달리 상법에 규정된 理事會 및 株主總會의 결의를 거칠 것을 요한다. 또한 整理債權은 정리절차개시의 결정시를 기준으로 하거나 임의로 기준시를 설정할 수도 있지만, 통상 辨濟禁止의 保全處分이 발하여진 시점을 기준으로 한다.

(3) 履行命令

정리계획이 제출되면 법원은 그 내용을 심리하고 이행이 가능하다고 인정된다면 履行命令을 발한다. 정리계획은 이에 동의한 채권자만을 구속하고, 동의하지 아니한 채권자에게는 효력이 미치지 아니한다. 물론 이행명령이 발하여진 후에도 보전처분의 효력이 소멸하는 것은 아니므로 정리절차중에는 동의하지 아니한 채권자에게 변제할 필요는 없으나 정리절차의 종결후 즉시 변제의 이행에 직면하게 되므로, 현실적으로는 회사의 재건에 지장이 없을 정도의 채권자동의를 반드시 필요하

다고 할 것이다. 동경지방법원에서는 이행명령에 필요한 동의액의 비율을 원칙적으로 총채권액의 약 90%이상으로 보고 있다.

4. 和議節次, 破産節次 또는 會社更生節次로의 移行

1) 和議節次

법원은 정리절차개시후 정리의 전망이 없고 和議節次에 의하는 것이 상당하다고 판단되는 경우 또는 정리계획에 대한 일부채권자의 부동의로 화의절차에 의하는 것이 상당하다고 판단되는 경우에는 和議條件의 입안을 명할 수 있다. 이 경우 이사 등 전원의 연명에 의한 신청으로 법원의 인가를 얻어 화의법에 의한 화의절차가 개시된다(제401조제1항, 제2항 및 비송사건절차법 제135조의59). 그러나 동경지방법원의 예를 보면, 정리절차개시의 판단에 앞서 정리계획안의 골자를 작성하도록 하고 이에 대하여 채권액의 80%이상의 채권을 보유한 채권자의 동의서를 제출케 하고 있으므로 화의절차에 이행하는 경우는 거의 없다고 한다.

2) 破産節次

정리절차개시후 수익악화에 따른 정리계획의 이행불능 등 整理의 展望이 없는 때에는 법원은 직권으로 파산을 선고하여야 한다(제402조).

3) 會社更生節次

정리절차개시후라도 會社更生節次를 신청할 수 있다. 회사갱생절차의 개시가 결정되면 정리절차는 그 효력을 상실한다(회사갱생법 제67조제1항). 담보채권자나 주주의 협력을 얻기가 곤란한 경우에는 회사갱생절차로 이행하는 것이 적합한 경우도 있을 것이다.

5. 會社整理節次의 終結

정리가 종료되거나 정리의 필요가 없게 된 때에는 법원은 신청에 의하여 정리절차의 종결을 결정한다(제399조). 이러한 결정이 확정된 때에는 정리절차는 종결하고(비송사건절차법 제135조의56) 통상의 회사로 복귀한다. '整理의 終了'란 정리개시의 원인이었던 사실이 제거되고 정리계획이 완전하게 이행되거나 적어도 수

행되는 것이 확실하다고 인정되는 경우를 말한다. 그리고 '整理的 必要가 없게 된 때'란 회사의 실적이 호전되고 이러한 추세가 지속될 것으로 예측되며 정리절차에 의하지 아니하더라도 회사가 유지될 수 있는 경우, 거액채권자의 대폭적인 양보에 의하여 다른 채권자에 대한 변제가 가능하게 된 경우, 사적 정리에 의하는 것이 바람직하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 경우 등을 말한다. 동경지방법원에서 1970년부터 1994년까지 접수된 사건 중 정리절차개시후 종결되었던 사건의 종결 사유 및 종결까지의 기간을 보면, 개시후 파산절차로 이행한 사건의 건수는 10건, 회사갱생절차 및 화의절차에 이행한 사건은 0건, 다른 도산절차로 이행함이 없이 정리목적 달성을 종결한 사건은 55건이다. 이 중 정리목적 달성을 종결한 사건의 개시부터 종결까지의 기간을 보면 5년미만이 34(61.8%), 6년이상 10년미만이 17(30.9%), 7년이상 13년미만이 4건(7.3%)이고, 14년이상의 기간을 소요한 사건은 없었다고 한다.

IV. 日本商法の 會社整理節次 關聯條文

〈第2編 會社 第4章 株式會社〉

第7節 會社の 整理(제381조 내지 제403조)

제381조 (整理節次의 開始) ①회사의 현황, 기타의 사정에 의하여 지급불능 또는 채무초과의 염려가 있다고 인정되는 때에는, 법원은 이사·감사·6월전부터 발행주식 총수의 100분의 3이상을 보유하고 있는 주주 또는 자본의 10분의 1이상에 해당하는 채권을 보유하고 있는 채권자의 신청에 의하여 회사에 대하여 정리절차의 개시를 명할 수 있다. 회사에 지급불능 또는 채무초과가 의문시된다고 인정되는 때에도 같다.

②회사의 업무를 감독하는 관청은 회사에 전항에 제기한 사유가 있다고 인정되는 때에는 법원에 그 취지를 통고할 수 있다. 이 경우 법원은 직권으로 정리절차의 개시를 명할 수 있다.

제382조(整理節次開始의 登記) 정리절차개시의 명령이 있는 때에는 지체없이 회사의 본점 및 지점의 소재지의 등기소에 이를 등기하여야 한다.

제383조 (破産·和議·強制執行·保全處分 등의 中止·失效) ①정리절차개시의

신청 또는 통고가 있는 경우 필요하다고 인정되는 때에는 법원은 파산절차·화의절차 및 기업담보권의 실행절차의 중지를 명할 수 있다.

②정리절차개시의 명령이 있는 때에는 파산이나 화의의 신청 또는 회사재산에 대한 강제집행·가압류·가처분 또는 기업담보권을 실행할 수 없는 파산절차·화의절차 및 이미 행하여진 강제집행, 가압류, 가처분 및 기업담보권의 실행절차는 이를 중지한다.

③정리절차개시의 명령이 확정된 때에는 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 중지된 절차는 정리절차관계에 있어서 그 효력을 잃는다.

제384조 (競賣節次的 中止) 정리절차개시의 명령이 있는 경우 채권자 일반의 이익을 고려하여 경매신청인에게 부당한 손해를 입힐 염려가 있다고 인정되는 때에는, 법원은 상당한 기간을 정하여 담보권의 실행으로 행하는 경매절차의 중지를 명할 수 있다.

제385조 (時效的 停止) 정리절차개시의 명령이 있는 때에는 회사채권자의 채권에 관하여 정리절차개시 취소의 등기 또는 정리절차 종결의 등기일로부터 2월내에는 시효가 완성되지 아니한다.

제386조 (整理節次的 履行을 위하여 法院이 행하는 處分) ①정리절차개시의 명령이 있는 경우 필요하다고 인정되는 때에는 법원은 다음 각호의 1에서 정하는 처분을 행할 수 있다.

1. 회사업무의 제한 기타 회사재산의 보전처분
2. 주주의 명의개서 금지
3. 회사의 업무 및 재산에 대한 검사명령
4. 정리계획 또는 화의조건의 입안 및 이행의 명령
5. 이사 또는 감사의 해임
6. 발기인, 이사 또는 감사의 책임면제 금지
7. 발기인, 이사 또는 감사의 책임면제 취소. 다만, 정리절차개시일로부터 1년 전에 행하여진 면제에 관하여는 부정한 목적으로 행하여진 것에 한한다.
8. 발기인, 이사 또는 감사의 책임에 기초하는 손해배상청구권의 사정
9. 제8호의 손해배상청구권과 관련하여 발기인, 이사 또는 감사의 재산에 대하여 행하는 보전처분
10. 회사의 업무 및 재산에 관한 감독명령
11. 회사의 업무 및 재산에 관한 관리명령

②정리개시의 신청 또는 통고가 있는 때에는 법원은 그 개시전이라면 누구라도 제381조제1항에 제기한 자의 신청에 의하여 또는 직권으로 제1항제1호 내지 제3호, 제9호 또는 제10호의 처분을 행할 수 있다.

제387조 (法院의 處分에 관한 登記·登錄) ①제386조제1항제5호, 제10호 또는 제11호의 규정에서 정하는 처분이 있는 때에는 지체없이 회사의 본점 및 지점의 소재지의 등기소에 이를 등기하여야 한다. 제368조제1항제1호의 규정에서 정하는 업무제한의 처분이 있는 때에도 같다.

②제368조제1항제1호 또는 제9호의 규정에서 정하는 처분이 있는 때에는 당해 재산에 관하여 지체없이 이를 등기 또는 등록하여야 한다.

제388조 (檢査人의 職務) ①제386조제1항제3호(회사의 업무 및 재산에 대한 검사명령)의 규정에서 정하는 검사는 회사의 업무 및 재산상황 기타 회사의 정리에 필요한 사항에 관하여 법원이 선임하는 검사인이 이를 행한다.

②검사인은 회사의 업적이 불량하게 행하여진 사정 및 발기인, 이사 또는 감사에게 부정 또는 해태가 있었는가의 여부도 조사하여야 한다.

제389조 (檢査人의 報告事項) 검사인은 조사의 결과 특히 다음 각호의 1에서 정하는 사항을 법원에 보고하여야 한다.

1. 정리의 가능성 여부
2. 발기인, 이사 또는 감사에게 제192조제1항·제2항 및 제4항, 제192조의2, 제193조제1항(발기인의 손해배상책임), 제266조(이사의 회사에 대한 책임), 제277조(감사의 회사에 대한 책임), 제280조의13 또는 제280조의13의2의 규정에 의하여 책임을 부담하여야 할 사실이 있는가의 여부
3. 회사의 업무 및 재산에 대한 관리의 필요여부
4. 회사재산에 대한 보전처분의 필요여부
5. 회사의 손해배상청구권과 관련하여 발기인, 이사 또는 감사의 재산에 대한 보전처분의 필요여부

제390조 (檢査人의 權限) ①검사인은 발기인, 이사, 감사 및 지배인 기타의 사용인에게 회사의 업무 및 재산상황에 관한 보고를 요구하여 회사의 장부, 서류, 금전 기타의 물건을 검사할 수 있다.

②검사인은 이를 조사함에 있어 법원의 허가를 받아 집행관 또는 경찰관의 원조를 요구할 수 있다.

제391조 (整理委員) ①제386조제1항제4호(정리계획 또는 화의조건의 입안 및 이

행의 명령)의 규정에서 정하는 처분과 관련하여 필요하다고 인정되는 때에는 법원은 정리위원을 선임할 수 있다.

②제390조제1항(검사인의 조사권)의 규정은 정리위원에 이를 준용한다.

제392조 및 제393조 삭제

제394조 (損害賠償請求權의 査正에 관한 異議의 訴) ①제386조제1항제8호(발기인, 이사 또는 감사의 책임에 기초하는 손해배상청구권의 사정)의 규정에서 정하는 사정에 불복하는 자는 이를 고지받은 날로부터 1월내에 이의의 소를 제기할 수 있다.

②사정을 인가 또는 변경하는 판결은 강제집행에 관하여는 급부를 명하는 판결과 동일한 효력을 가진다.

③제88조(전속관할) 및 제105조제2항·제3항(변론의 개시·병합)의 규정은 제1항의 소에 이를 준용한다.

제395조 (査正의 效力) 제394조제1항의 규정에서 정하는 기간내에 소의 제기가 없는 때에는 사정은 급부를 명하는 확정판결과 동일한 효력을 가진다. 소가 각하된 때에도 같다.

제396조 (査正節次의 開始와 時效의 中斷) 사정의 신청은 시효의 중단에 관하여는 이를 재판상의 청구로 간주한다. 직권에 의한 사정절차의 개시도 같다.

제397조 (監督員에 의한 監督) ①제386조제1항제10호(회사의 업무 및 재산에 관한 감독명령)의 규정에서 정하는 감독은 법원이 선임한 감독원이 이를 행한다.

②이사가 법원이 지정한 행위를 하기 위하여는 감독원의 동의를 요한다.

③제390조제1항(검사인의 조사권)의 규정은 감독원에 이를 준용한다.

제398조 (管理人에 의한 管理) ①제386조제1항제11호(회사의 업무 및 재산에 관한 관리명령)의 규정에서 정하는 관리는 법원이 선임한 관리인이 이를 행한다.

②회사의 대표, 업무의 집행, 재산의 관리 및 처분에 관한 권한은 관리인에게 전속한다. 제247조(결의취소의 소), 제280조의15(신주발행무효의 소), 제380조(자본감소무효의 소), 제415조(합병무효의 소) 및 제428조(설립무효의 소)의 규정에 의한 이사의 권리도 같다.

③제390조(검사인의 권한)의 규정은 관리인에 이를 준용한다.

제399조 (整理節次終結의 決定) 정리가 완료되거나 필요없게 된 때에는 법원은 제381조제1항(이사·주주·채권자)에 제기하는 자, 검사인, 정리위원, 감독원 또는 관리인의 신청에 의하여 정리절차의 종결을 결정할 수 있다.

제400조 (整理節次의 終結·取消에 따른 登記·登錄) 제382조(정리개시의 등기) 및 제387조(처분의 등기·등록)의 규정은 정리절차종결의 결정 또는 정리절차개시의 명령을 취소하는 결정이 확정된 경우 이를 준용한다.

제401조 (和議節次의 開始) ①정리절차개시의 명령이 있는 경우 채권자일반의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 법원은 화의의 신청을 허가할 수 있다.

②법원이 제1항의 인가를 한 때에는 화의법에 따라 화의절차를 진행하여야 한다.

제402조 (破産節次의 開始) 정리절차개시의 명령이 있는 경우 정리의 가망이 없는 때에는 법원은 직권으로 파산법에 따라 파산을 선고하여야 한다.

제403조 (破産法規定의 準用) ①파산법 제104조(상계금지)의 규정은 정리절차의 경우 이를 준용한다.

②파산법 제163조 내지 제166조(파산관재인의 직무집행)의 규정은 검사인, 정리위원, 감독원 및 관리인에 이를 준용한다.

第3章 特別清算節次

I. 序說

1. 概要

특별청산절차는 1938년 상법개정에 의하여 會社整理節次와 함께 신설된 제도로, 구체적인 절차는 商法과 非訟事件節次法에 의하여 진행된다. 會社整理節次와 特別清算節次는 제도의 목적이 각각 재건과 청산으로 대조적이지만, 그 도입의 근본취지는 양자 공히 재무상태가 불량한 주식회사에 대하여 간편한 도산처리방법을 도입한다는 데 있다. 즉, 양제도를 도입한 근본취지는 당시의 상법규정과 도산·청산실무 간의 괴리를 시정함과 아울러, 절차가 복잡하고 많은 비용과 시간을 필요로 하는 회사갱생절차 및 파산절차의 제도적 결함을 완화 내지는 제거하고, 법원의 감독하에 利害關係人의 自治에 의하여 진행되는 간이·신속한 도산·청산절차를 마련한다는 것이었다.

特別清算節次는 주식회사가 합병 또는 파산 이외의 사유에 의하여 해산하고 해산후 청산의 수행에 현저한 지장을 초래할 사정이 있는 경우 또는 회사에 채무초과의 의심이 있는 경우, 법원의 명령에 의하여 개시되고 그 감독하에 채무의 변제가 이루어지는 특별한 청산절차이다(상법 제431조). 즉, 다음의 요건을 충족하는 경우 특별청산절차가 적용된다.

- (1) 주식회사인 경우
- (2) 합병 또는 파산 이외의 사유로 해산하고 현재 청산중인 경우
- (3) 회사정리절차, 회사갱생, 화의 등 다른 도산절차로 인하여 해산한 것이 아닌 경우
- (4) 청산의 수행에 현저한 지장을 초래하는 사정이 있거나 회사에 채무초과의 의심이 있는 경우

破産節次도 特別清算節次도 회사의 청산을 목적으로 법적 절차이지만, 파산절차는 지급불능 또는 채무초과를 그 원인으로 한다(파산법 제126조 및 127조). 이에 대하여 특별청산절차는 채무초과의 의심이 있다고 인정된 경우도 개시원인이 된다(제421조). 이는 파산신청전에 특별청산절차의 신청이 가능하다는 것을 의미한다.

이러한 점에서 특별청산절차는 파산선고를 받을 상태로 가는 것을 방지하기 위하여 개시되는 절차라고 할 수 있다. 또한 특별청산절차는 절차상으로는 법원의 감독하에 채권자보호를 도모하면서 절차를 이해관계인의 자치에 맡겨 진행하는 청산절차이므로 '通常的인 清算과 破産의 中間的 制度'이고, 내용적으로는 협정을 축으로 하는 청산절차라는 점에서 '清算을 內容으로 하는 強制和議'라고 할 수 있다.

특별청산절차의 핵심요소는 債權者集會와 協定の 두가지이다.

債權者集會는 이해관계인의 자치를 위하여 인정된 제도로서, 청산사무를 설명하기 위한 채권자집회와 협정안을 결의하기 위한 채권자집회가 있다. 協定은 특별청산절차의 진행방법으로서 청산중의 회사와 채권자 간의 채무처리방법에 관한 상호양보의 합의이다. 협정의 요건이나 내용에 관하여는 상법에 특별한 규정을 두지 아니하고 있다. 따라서 협정안은 청산인이 회사의 상황을 고려하여 작성하는데, 실무적으로는 채무의 일부면제나 채권포기를 내용과 한 것이 많고, 기한의 유예·분할지급·보증인의 설정·제삼자의 채무인수 또는 이들을 상호 조합한 것도 있다고 한다.

2. 特別清算節次の 特徴¹²⁾

1) 內容的 特徵

특별청산절차의 내용적 특징으로는 무엇보다도 協定을 들 수 있다. 협정은 화의의 경우 和議條件에 필적하는 것으로, 전술한 바와 같이 청산중의 회사와 채권자 간의 채무처리방법에 관한 상호양보의 합의를 말한다.

이러한 협정은 채권자집회의 多數決로 성립하고 반대하거나 협정에 참가하지 아니한 채권자도 구속함으로써 청산절차의 획일적·집단적 처리를 도모한다. 즉, 협정안이 가결되기 위하여는 출석한 의결권이 있는 채권자의 과반수와 의결권이 있는 총채권액의 4분의 3이상의 동의를 필요하다(제450조). 가결된 協定の 效力은 협정의 대상이 된 채권 뿐만 아니라 성질상 협정의 대상이 될 수 있는 모든 채권에 미친다(제450조제3항 및 파산법 제326조제1항). 따라서 결의에 반대한 채권자, 채권자집회에 참석하지 아니한 채권자 및 채권신고를 하지 아니한 채권자에게도 협정의 효력이 미친다.

12) 才口千晴, "特別清算節次の特徴", 判例タイムズ No. 866, 1995. 3. 10, 445~446面.

같은 청산절차라도 破産節次는 채무자의 재산의 범위내에서 청산함으로써 절차가 종료하지만, 特別清算節次에서는 채무초과의 경우 어떠한 방법으로든 자산과 부채를 완전히 해소하지 아니하면 절차가 종료하지 아니한다. 그러므로 清算人은 회사의 자산과 부채의 상황에 따라 먼저 채무변제 또는 개별적 화해의 방식으로 자산과 부채의 해소에 노력하고 최종적으로는 채권포기 또는 채무면제 등을 채권자에게 요구하게 되는데, 그 수행방법으로 다수결에 의한 결의를 통하여 채권자와 회사의 상호양보를 도출하는 協定이 이용된다.

이처럼 특별청산절차는 강제적 청산이 아니라 協定이라고 하는 당사자의 합의를 축으로 하여 절차를 진행한다는 점에 내용적 특징이 있다.

2) 節次的 特徵

특별청산절차는 법원의 감독하에 절차의 진행을 이해관계인의 자치에 위임한 간이·신속한 청산절차이다. 특별청산절차의 절차적 특징으로는 바로 이러한 法院의 監督, 利害關係人の 自治 및 簡易·迅速性의 3가지를 들 수 있다.

이중 법원의 감독은 '後見人的 關與'의 수준이고 監査委員의 선임도 임의적인 것으로, 파산절차와 같은 강력한 개입과는 본질적으로 다르다. 특별청산절차는 債權者集會를 통한 協定을 중심으로 절차가 진행되고, 협정은 多數決에 의하여 가결된다. 또한 특별청산절차는 파산절차와 같이 관재인의 선임에서 배당에 이르기까지의 엄격하고 복잡한 절차규정을 두고 있지 아니하기 때문에 다른 도산절차와 비교하여 간이·신속한 절차인 점은 명확하다.

한편 특별청산절차가 간이·신속한 청산절차라는 것은 이를 뒤집어 보면, 복잡·번잡한 청산은 처리하기 곤란한 절차라고도 이해할 수 있다. 특히 특별청산절차에는 債權確定節次나 否認權制度가 없기때문에, 이러한 제도를 필요로 하는 도산처리에는 절차적으로 적합하지 아니하다. 이러한 점도 소극적인 의미에서 특별청산절차의 절차적 특징이라고 할 수 있다.

II. 特別清算節次的 選擇의 指標¹³⁾

특별청산절차는 '利害關係人の 自治에 맡겨 진행하는 清算節次'라는 점에서 다음과 같은 사안에 적합하다.

13) 上揭論文, 446~447面.

(1) 早期・短期의 清算이 필요한 會社

특별청산절차는 평균적인 절차기간이 반년 내지 일년이므로 租稅問題 등으로 처리기간이 절박한 안전에 적합하다.

(2) 解散決議가 용이한 會社

특별청산절차는 주주 전원의 동의로 소집기간을 단축하고 즉시 주주총회를 개최할 수 있는 이른바 全員出席 株主總會에 의하여 해산의 특별결의가 행하여질 수 있는 회사에 적합하다.¹⁴⁾ 즉, 주주가 적은 閉鎖的 株式會社에 적합하다.

(3) 會社債權者의 數가 적은 會社

회사채권자의 수가 적고 채권자가 특별청산절차에 관하여 이해가 있는 경우에는 協定이 용이하게 성립될 수가 있다. 또한 이러한 경우라면 사안에 따라 협정에 의하지 아니하고 個別的 和解에 의하여 특별청산절차의 목적을 달성할 수도 있다. 그러나 특별청산절차는 채권자의 多數決에 의하여 처리되는 절차이므로 채권자의 수가 많은 경우라도 이용될 수 있다.

실무상으로는 母會社가 경영이 부진한 子會社를 정리하는 방법으로 특별청산절차가 이용되기도 한다. 이 경우 모회사는 자회사의 채권을 매입하고 자회사의 채권과 채무를 정리하여 회사채권자의 수를 줄임으로써 협정의 성립이 용이하도록 한다.

(4) 巨額債權者의 協力을 얻을 수 있는 會社

협정의 성립에는 총채권액의 4분의 3이상의 채권자의 동의가 필요하다(제450조). 그러므로 총채권액의 4분의 1이상의 채권자의 반대가 있으면 협정의 가결이 불가능하기 때문에 거액채권자의 협력은 절차의 수행에 필수불가결하다.

(5) 債權에 다툼이 없는 會社

특별청산절차에는 債權確定節次가 없다. 그러므로 특별청산절차는 채권자와 회사간에 채권·채무의 발생이나 금액 등에 관하여 다툼이 없거나 일시적으로 다툼이 있더라도 조기에 해결될 전망이 있는 경우에 그 이용이 적합하다.

14) 왜냐하면 통상의 경우라면 2주전에 解散決議의 通知를 발하여야 하는데, 이 경우 상당한 혼란을 초래하게 될 것이다.

(6) 會社財産이 確保되어 있는 會社

특별청산절차에 있어서는 主要財産이 어느 정도 확보되어 있어야만 절차를 순조롭게 진행시킬 수 있다. 즉, 특별청산절차에는 파산절차의 否認權과 같은 제도가 없기 때문에 회사재산이 도산의 전후에 흩어져 있는 경우에는 詐害行爲取消의 訴 등을 제기하여 이를 회복하는 수밖에 없는데, 이러한 노력과 시간의 소요되는 사안에는 특별청산절차의 이용이 부적합하다. 또한 이미 담보권의 실행 등의 절차가 행하여져 있거나 관재인 등에 의한 엄격한 책임추급이 필요한 사안에도 특별청산절차의 이용은 부적합하다.

Ⅲ. 特別清算節次の 主要內容¹⁵⁾

1. 節次の 開始

특별청산절차는 해산후 청산중인 주식회사에 대하여 청산의 수행에 현저한 지장을 초래할 사정이 있거나 채무초과의 의심이 있는 경우(제431조제1항) 법원의 결정·감독하에 행하여지는 특별한 청산절차이다.

1) 管轄法院

특별청산절차는 해당회사의 本店所在地를 관할구역으로 하는 地方法院이 관할한다(비송사건절차법 제136조 전단). 절차는 신청에 의하여 또는 직권으로 개시된다.¹⁶⁾

2) 申請權者

절차의 개시를 신청할 수 있는 자는 債權者, 清算人, 監事 및 株主이다(제431조제1항). 회사 자체에는 신청권이 없다. 채권자 및 주주는 보유하고 있는 채권액 또는 주식수에 상관없이 신청권을 가진다. 대표청산인 이외의 개개의 청산인에게도 신청권이 있지만, 대표권있는 청산인은 회사에 채무초과의 의심의 있는 때에는 특별청산절차를 신청하여야 한다(제431조제2항). 이 경우 청산인은 특별청산절차

15) 田中壯太, “特別清算手續の一般的流れ”, 判例タイムス, No. 866, 1995. 3. 10, 451~453面 참조.

16) 실무적으로 職權으로 특별청산절차가 개시되는 예는 극히 드물다고 한다, 上掲論文, 451面.

를 신청하면, 파산신청의무(제430조제1항·제124조제3항 및 민법 제81조제1항)를 면할 수 있는 것으로 해석되고 있다. 또한 감사의 경우에 있어서 자본금이 1억 엔이하의 주식회사의 감사에게는 신청권이 없다.¹⁷⁾

3) 職權에 의한 開始

법원은 청산회사를 감독하고(비송사건절차법 제136조의2 및 제135조의25) 청산인으로부터 필요한 서류를 제출받으며 회사의 재무상태를 알 수 있는 지위에 있기 때문에(제418조 및 제419조제2항), 特別清算節次의 開始事由가 있다고 인정되는 때에는 직권으로 절차의 개시를 명할 수 있다(제431조). 또한 監督官廳의 通告가 있는 경우에도 직권으로 절차의 개시를 명할 수 있다(제431조제3항 및 제381조제2항).

2. 開始決定前의 節次

위의 신청이 있더라도 법원은 그 신청의 적법성에 대하여 심리하여 부적법한 신청은 각하하고 적법한 신청에 대하여는 특별청산절차 개시사유의 존재여부·특별청산절차의 성공전망 등 실질적 사유에 관하여 심리하는 외에 개시결정에 준비에 필요한 처분을 한다.

1) 形式的 要件의 審理

법원은 먼저 신청방식, 인지의 채용, 신청자격, 관할, 대리권의 유무 등 申請의 適法性에 대하여 심사한다. 또한 신청인은 節次費用으로서 법원이 상당이라고 인정하는 금액을 豫納하여야 하는데, 예납하지 아니한 때에는 신청은 각하된다(비송사건절차법 제138조의15 및 제135조의27).

2) 審理의 方式

신청의 심리는 제출된 자료¹⁸⁾에 기초한 書面審理方式에 의하는데, 특별청산절차 개시의 사유 등 실질적 요건에 관하여는 청산인,¹⁹⁾ 신청대리인, 채권자 등에 대하

17) 監事등에 관한 商法特例法 제25조.

18) 과거 2 또는 3년간의 決算書類, 清算貸借對照表, 清算財産目錄 등이 부속서류로 제출된다.

19) 통상 經理擔當者 또는 재무제표의 작성을 담당한 稅務士를 동석하게 하는 경우가 많다.

여 심리가 행하여진다.

3) 다른 節次의 中止

특별청산절차의 신청 또는 감독관청으로부터의 통고가 있는 경우 법원은 필요하다고 인정되는 때에는 개시결정전이라도 破産節次, 和議節次 및 企業擔保權의 實行節次의 中止를 명할 수 있다(제433조 및 제383조제1항). 이러한 절차는 특별청산절차가 개시되면 중지 또는 실효되므로(제433조, 제383조제2항 및 제3항) 절차의 중복을 피하기 위한 것이다. 또한 여기에서 중지되는 파산절차 또는 화의절차란 破産宣告前 또는 和議開始決定前의 節次에 한정된다고 해석되고 있다. 특별청산절차의 신청후 개시결정전에 회사재산에 대한 강제집행 또는 가압류·가처분의 중지를 명할 수 있는지에 관하여는 전술한 파산절차 등과는 달리 관련규정이 없어 다툼이 있는데, 실무에서는 그 필요성에 대한 신중한 검토를 전제로 하여 후술하는 보전처분(제432조 및 제454조제1항제1호)의 하나의 유형으로 인정하는 積極說이 채용되고 있다. 담보권의 실행에 따른 경매절차의 중지에 관하여도 마찬가지이다.

4) 保全處分

會社의 危機狀況에 있어서는 특정채권자에 의한 일방적인 징수나 담보설정의 강요 또는 회사나 그 임원의 재산은닉 등 특별청산절차의 수행에 장애가 되는 상황이 발생하기 쉽다. 이와 같은 상황에 대처하기 위하여 특별청산절차의 신청 또는 통고후 법원은 개시결정전이라도 특별청산절차의 신청권자의 신청에 의하여 또는 직권으로 會社財産에 대한 保全處分(변제금지, 처분금지, 점유이전금지, 차입금지 등), 株主의 名義改書禁止의 保全處分 또는 會社任員(발기인, 이사, 감사 또는 청산인)의 財産에 대한 保全處分(가압류 등)을 할 수 있다(제432조 및 제454조제1항제1호·제2호·제6호). 파산절차와는 달리 否認權制度를 갖지 않는 특별청산절차에 있어서는 특히 회사재산을 보전하여야 할 필요성이 크다.

3. 特別清算節次의 開始

심리의 결과 특별청산절차의 신청에 대하여 形式的 要件 및 實質的 要件이 갖추어져 있다고 인정되는 때에는 특별청산절차개시의 결정이 발하여진다. 이러한 요

건을 결한 경우 신청이 각하되는데, 실무상으로는 사전에 취하를 권고하기 때문에 각하결정이 내려지는 경우는 거의 드물다고 한다. 특별청산절차의 개시가 결정되면 일정한 법적 효과가 발생한다.

1) 開始決定

개시결정에서는 주문에서 특별청산절차의 개시를 선언하는 외에 청산인에 대하여 청산사무·재산상태의 보고(제436조), 일정기간내의 채권자집회의 개최와 당해 기일 등의 신고(제443조 및 비송사건절차법 제138조의8제3항), 일정기간내의 협정안의 작성·제출 등을 명하는 것이 통례이다. 개시결정 또는 각하결정은 신청인 및 회사에 고지된다. 개시결정에 대하여는 會社에 한하여 즉시항고할 수 있다. 각하결정에 대하여는 申請人에 한하여 항고할 수 있다(비송사건절차법 제138조의5 및 제135조의33).

2) 開始決定의 效果

절차의 개시가 결정된 경우 회사는 통상의 청산상태로부터 특별청산상태로 이행한다. 절차개시의 결정 이후에는 자주적인 방법에 의한 청산은 허용되지 아니하고 法院의 전면적인 監督하에 엄격한 절차에 따라 청산이 진행된다.

清算人은 그대로 特別清算人이 되는데, 회사뿐만 아니라 주주 및 채권자에게 대하여도 공평하고 성실하게 청산사무를 처리할 의무를 부담한다(제434조).

절차개시의 결정으로 破産節次나 和議節次의 새로운 신청은 허용되지 아니하고, 진행중인 파산절차 또는 화의절차는 당연히 중지되며, 개시결정이 확정되는 때에는 이러한 절차는 효력을 상실한다(제433조, 제383조제2항 및 제3항). 強制執行, 假押留 및 假處分節次에 관하여도 마찬가지이다. 擔保債權者가 실체법상 가지고 있는 우선변제권은 특별청산절차개시의 결정에 의하여 방해를 받지 아니하므로 담보권의 실행으로서의 경매는 개시결정이 있더라도 영향을 받지 아니하는데, 법원은 債權者의 一般的 利益에 적합하고 경매신청인에게 부당한 손해를 끼칠 염려가 없다고 인정하는 때에는 상당한 기간을 정하여 경매절차의 중지를 명할 수 있다(제433조 및 제384조).

또한 相計權의 남용방지를 위하여 일정범위내에서의 상계가 금지되고(제456조 및 파산법 제104조), 회사에 대한 채권의 消滅時效는 정지한다(제433조 및 제385조).

4. 開始決定後의 節次

특별청산절차는 청산인의 일정의 행위에 대하여 監査委員의 同意 또는 債權者集會의 決意를 요하도록 한다. 또한 특별청산절차에 있어서는 절차 전반에 걸쳐 법원의 감독을 받으면서 辨濟財源를 확보하고, 회사의 負債總額을 확정하며, 채권자 집회에서 가결된 協定 등에 따라 변제를 완료함으로써 종료한다.

1) 特別清算節次의 執行機關 등

(1) 특별청산절차를 집행하는 자는 清算人이다. 특별청산인은 그 직무의 성질상 파산관재인에 가까운 성격을 가지므로, 통상적인 청산절차에 있어서의 청산인을 그대로 특별청산인으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 판단되는 중요한 사유가 있는 때에는 법원은 청산인을 해임하고 책임자를 새로이 선임할 수 있다(제435조).

(2) 債權者集會는 청산인의 소집에 의하여 개최되는데(제439조), 청산인으로부터 회사의 업무·재산상황, 청산의 실행방침 및 전망에 관한 보고를 받고(제443조) 청산인이 제출한 협정안에 대하여 의결하며(제450조) 기타 일정한 사항(제444조 및 제454조 등)에 대하여 결의한다.

(3) 監査委員은 특별청산절차에 있어서 필요적 기관이 아니지만, 채권자의 입장에서 청산인의 직무집행을 감독함과 아울러 지도·조언하기 위하여 채권자집회에 의하여 선임되고,²⁰⁾ 채권자집회를 대신하여 청산인의 회사재산의 처분 등 일정한 행위에 대하여 동의여부를 결정한다(제445조).

(4) 檢査人은 법원이 청산인의 보고만으로는 청산사무 및 재산상황을 충분히 파악할 수 없다고 판단하는 때 등 필요하다고 인정되는 경우 선임하는 임시기관이다. 이러한 검사인은 법원이 행하는 회사재산에 대한 보전처분, 이사 등에 대한 손해배상청구권의 사정, 이사 등의 재산에 대한 보전처분 등에 필요한 사항에 관하여 조사한다(제452조, 제453조 및 제454조).

(5) 法院은 일반적으로 특별청산절차를 감독하고, 필요하다고 인정되는 때에는 전술한 검사인의 보고에 근거하여 필요한 처분을 발하며(제454조), 청산인이 회

20) 監査委員의 임면에 관하여는 법원의 認可를 요한다(제444조제3항). 다만, 실무상으로 감사위원이 선임되는 예는 드물다고 한다.

사재산의 처분 등의 행위에 관하여 채권자집회를 소집할 여유가 없는 급박한 경우에는 그 결의에 대신하는 허가를 부여한다(제445조제2항).

2) 財産狀態의 調査·報告

清算人은 취임후 신속하게 주주총회의 승인을 얻어 법원에 회사의 財産目錄 및 貸借對照表를 제출하는(제419조) 외에, 특별청산절차개시의 결정후 회사의 업무 및 재산상황에 관한 조사서, 재산목록 및 대차대조표를 債權者集會에 제출하고 청산의 실행방침 및 전망에 관하여 의견을 진술하여야 한다(제443조). 이러한 채권자집회는 특별청산절차가 개시되어 최초로 열리는 채권자집회인데, 특별청산절차의 성부는 채권자의 증대한 관심사항이므로 가능한 한 조기에 개최되어야 한다.

3) 會社의 債務額의 確定

清算人은 취임일로부터 2월내에 적어도 3회의 公告를 행하고, 채권자에게 2월 이상의 기간을 정하여 그 기간내에 申告하지 아니하는 때에는 청산에서 제외된다는 사실을 부기하여 최고하여야 한다(제421조). 또한 회사가 알고 있는 채권자에게 대하여는 별도로 채권의 신청을 최고하여야 한다. 다만, 회사가 알고 있는 채권자는 채권의 신고가 없더라도 청산부터 제외시킬 수 없다(제422조).

채권의 신고가 행하여진 경우 清算人은 그 존재여부 및 금액을 조사한다. 청산인이 신고채권을 승인한 때에는 그 채권액을 전제로 하여 권리를 행사할 수 있다. 파산절차와는 달리 특별청산절차에는 채권조사·확정절차가 없으므로, 신고채권의 존부·금액에 관한 다툼이 임의적으로 해결될 수 없는 때에는 중국적으로 소송에 의하여 확정된다.

4) 辨濟財源의 確保

청산인은 회사의 현재의 업무를 종료시키고 채권을 추심하며(제430조제1항 및 제124조제1항) 기타 회사의 재산을 처분하는 등 清算에 필요한 一體의 行爲를 한다. 또한 필요에 따라 차입, 소의 제기, 화해·중재, 권리의 포기 등의 행위를 할 수도 있다. 이러한 행위중 상법 제445조(청산인의 행위의 제한)제1항의 행위에 관하여는 채권자집회의 결의 또는 이에 대신하는 법원의 허가나 감사위원의 동의를 얻어야 한다(제445조제1항 및 제2항).

채무의 변제는 채권자집회에서 가결되고 법원에 의하여 인가된 협정에 따르는 것이 원칙이다.²¹⁾ 그러나 청산인은 법원의 허가를 받아 少額債權, 擔保債權(파산절차에서의 별제권 등), 기타 변제에 의하여 다른 채권자를 해할 우려가 없는 채권(租稅債權, 清算費用에 관한 채권 등)에 관하여는 이를 변제할 수 있다(제438조 제2항 및 제423조제2항).

5) 協定에 의한 清算

특별청산절차는 청산절차의 하나의 형태이므로 회사재산의 범위내에서 채무를 변제하는 것만으로는 절차가 종료되지 아니하고, 자산과 부채 모두 0의 상태가 되어야 한다. 協定은 이러한 超過債務를 채권자집회의 결의에 따라 집단적·획일적으로 처리하는 방법이다.

청산인은 개시결정이 있는 경우 지정된 기간내에 협정안을 입안하고 이를 채권자집회에 제출한다(제447조). 통상적으로 이 시점까지 회사의 자산은 모두 처분되고 채권자에 대한 변제율이 확정된다. 協定은 채무의 일정비율에 대한 지급방법 및 잔여채무에 대한 면제를 정함을 기본적 내용으로 한다. 일반채권은 원칙적으로 전부 협정의 대상이 된다. 별제권자의 채권은 원칙적으로 협정의 대상이 되지 아니하는데, 청산인은 협정의 작성에 필요하다고 인정되는 때에는 별제권자에 대하여 協定에의 참가를 요구할 수 있고, 별제권자가 이에 응하는 때에는 별제권자의 채권도 협정의 대상으로 할 수 있다(제449조).

협정은 원칙적으로 대상이 되는 채권 전부에 대하여 平等한 條件이어야 하지만 형평을 해하지 아니하는 경우에는 차등을 둘 수 있고, 一般的 優先權은 협정의 조건을 정함에 있어 참작되어야 한다(제448조). 別除權者가 협정에 포함되어 있는 경우에도 마찬가지이다. 협정은 債權者集會에서 가결되어야 한다. 협정의 가결에는 의결권을 행사할 수 있는 출석채권자의 과반수이고 의결권을 행사할 수 있는 총채권자의 4분의 3이상의 채권을 가진 채권자의 동의를 필요하다(제450조제1항).²²⁾

21) 청산인은 채권신고기간의 경과후인 경우에는 협정의 가결·인가전이라도 債權額의 比率에 따라 자유롭게 변제할 수 있지만, 실무상으로는 거의 그와 같이 행하여지고 있지 아니하다(제438조제2항).

22) 채권자집회에서의 의결권의 유무 및 그 금액은 채권액에 따라 清算人이 이를 결정하고, 이의가 있는 때에는 법원이 결정한다(제441조).

채권자집회에서 가결된 협정은 法院의 認可에 의하여 효력이 발생한다(제450조 제2항). 법원은 협정의 절차 또는 내용에 하자가 있는 경우 등 특히 협정을 불인가할 만한 사유가 있다고 인정되지 아니하는 때에는 이를 인가한다. 협정의 성립에 의하여 대상이 된 채권자 전원에 대하여 그 내용대로 권리변경 등 실체법상의 효력이 발생한다(제450조제3항 및 파산법 제326조제1항). 또한 협정의 이행이 예상과 달리 곤란하거나 불가능하게 된 때에는 본래의 협정절차에 따라 協定條件을 변경할 수 있다(제451조).

6) 協定 이외의 방법에 의한 清算

청산인은 일부 또는 전부의 채권자와 개별적으로 교섭하여 債務免除를 내용으로 하는 和解를 성립시켜 채무를 소멸하게 할 수 있다. 이 경우 화해의 내용은 채권자간에 반드시 평등하지 아니하여도 상관없다. 또한 채무초과를 해소하면 족하기 때문에, 일부 채권자와의 화해에 의하여 목적을 달성할 수 있다면 나머지 채권자들에 대하여 권리변경을 요구할 필요가 없고 채무 전부를 변제할 수 있다. 이러한 방법에 의하는 때에는 개별적으로 和解契約書를 작성하여 법원에 제출한다.

5. 節次의 終了

특별청산절차는 특별청산이 종료되는 때 또는 특별청산이 필요없게 된 때에 特別清算節次 終結決定에 의하여 종료한다. 특별청산절차의 목적을 달성할 수 없는 경우 등의 사유에 의하여 다른 절차로 移行된 때에도 종료한다. 또한 특별청산절차 개시결정이 上級審에서 取消된 때에는 특별청산절차개시의 효과는 소급적으로 소멸한다.

1) 節次終結決定

특별청산절차는 協定の 이행이 완료된 때 또는 個別和解의 방식에 의하여 모든 채무를 변제한 때에 종료한다. 또한 특별청산절차의 開始事由가 없는 것으로 판명된 때 및 특별청산절차의 개시사유가 후발적으로 소멸한 때에는 특별청산절차의 필요가 없어진다. 이들 경우에 있어서는 청산인 등 관계자의 신청에 의하여 특별청산절차의 종결결정이 발하여진다(제455조 및 제399조). 법원은 직권으로 특별청산절차의 종결결정을 발할 수 없다.

2) 다른 節次로의 移行

청산인이 작성한 협정에 대하여 채권자집회에서 법정다수의 동의 또는 법원의 인가를 받을 수 없고 달리 협정을 작성할 여지도 없는 경우 또는 인가받은 협정을 이행할 수 없게 되고 이를 대신할 협정의 작성도 불가능한 경우에는 특별청산절차의 개시를 결정한 법원은 직권으로 破産을 선고한다(제455조 및 비송사건절차법 제138조의15·제135조의60). 이 경우 이해관계인에게는 파산의 신청권이 없고 법원의 직권에 의한 발동을 촉구하는데 그친다. 파산선고에 의하여 특별청산절차는 당연히 종료한다.

특별청산절차가 진행중인 회사에 대하여는 會社更生節次開始의 申請이 허용된다. 갱생절차개시의 신청이 있는 때에는 개시결정전이라도 임시처분으로 특별청산절차의 중지를 명할 수 있고(회사갱생법 제37조제1항), 갱생절차가 개시되면 특별청산절차는 효력을 상실하고(회사갱생법 제67조제1항) 갱생절차로 이행한다.

IV. 日本商法の 特別清算節次 關聯條文

〈第2編 會社 第4章 株式會社 第9節 清算〉

第2款 特別清算(제431조 내지 제456조)

제431조 (特別清算의 開始) ①법원은 청산의 수행에 현저한 지장을 초래할 사정이 있다고 인정하는 때에는 채권자, 청산인, 감사 또는 주주의 신청에 의하여 또는 직권으로 회사에 대하여 특별청산의 개시를 명할 수 있다. 회사에 채무초과가 의문시되는 때에도 같다.

②회사에 채무초과가 의문시되는 때에는 청산인은 제1항의 신청을 하여야 한다.

③제381조(정리개시의 명령)제2항의 규정은 제1항에 준용한다.

제432조 (特別清算開始前의 處分) 특별청산개시의 신청 또는 통고가 있는 때에는 법원은 그 개시전에 제431조제1항의 규정에서 정하는 자의 신청에 의하여 또는 직권으로 제454조(법원의 처분)제1항제1호, 제2호 또는 제6호의 규정에서 정하는 처분을 할 수 있다.

제433조 (特別清算開始의 登記와 效力) 제382조 내지 제385조(정리개시의 등기, 다른 절차의 중지 등)의 규정은 특별청산의 경우에 이를 준용한다.

제434조 (清算人의 義務) 특별청산의 경우 청산인은 회사, 주주 및 채권자에 대하여 공평하고 성실하게 청산사무를 처리할 의무를 부담한다.

제435조 (清算人의 解任·選任) ①중요한 사유가 있는 때에는 법원은 청산인을 해임할 수 있다.

②청산인이 결원되거나 그 증원이 필요한 때에는 법원은 이를 선임한다.

제436조 (法院의 監督을 위한 調査) 법원은 언제라도 청산사무 및 재산의 상황에 관한 보고를 명하거나 기타 청산의 감독상 필요한 조사를 할 수 있다.

제437조 (監督上 必要한 處分) 법원은 청산의 감독상 필요하다고 인정하는 때에는 제454조(법원의 처분)제1항제1호, 제2호 또는 제6호의 처분을 할 수 있다.

제438조 (債務의 辨濟) ①회사의 채무는 그 채권액의 비율에 따라 변제하여야 한다.

②제423조(채권신청기간내의 변제의 제한)제2항의 규정은 제1항에 준용한다.

제439조 (債權者集會의 召集) ①청산인은 청산의 실무상 필요하다고 인정하는 때에는 채권자집회를 소집할 수 있다.

②특별청산을 신청한 채권자 기타 회사가 알고 있는 채권자의 총채권의 10분의 1이상의 채권을 가진 자는 회의의 목적사항 및 소집이유를 기재한 서면을 청산인에게 제출하여 채권자집회의 소집을 청구할 수 있다.

③제237조(소수주주에 의한 소집의 청구)제2항의 규정은 제2항에 준용한다.

④파산의 경우 별제권을 행사할 수 있는 채권자가 그 행사에 의하여 변제를 받을 수 있는 채권액은 제2항의 채권액에 산입되지 아니한다.

제440조 (破産의 경우 別除權者에 대한 特例) ①제439조제4항의 채권자는 별제권의 행사에 의하여 변제를 받을 수 있는 채권액에 대하여는 채권자집회에서 의결권을 행사할 수 없다.

②채권자집회의 소집은 제1항의 채권자에게 이를 통지하여야 한다.

③채권자집회 또는 그 소집자는 제1항의 채권자의 출석을 요구하여 그 의견을 청취할 수 있다.

제441조 (債權者集會에서의 議決權) ①채권자집회에서 의결권을 행사하게 할 것인가의 여부 및 어떠한 금액에 대하여 이를 행사하게 할 것인가는 각 채권에 대하여 청산인이 이를 정한다.

②제1항의 정함에 대하여 이의가 있는 때에는 법원이 이를 정한다.

제442조 (準用規定) ①제232조(소집의 통지)제1항·제2항, 제239조(총회의 결의방법)제2항·제3항, 제243조(총회의 연기 또는 속행), 제244조(의사록)제1항·제2항, 제321조(의결권의 수)제2항 및 파산법 제179조(의결성립의 요건)의 규정은 채권자집회에 준용한다.

②제232조제1항 및 제2항의 규정은 제440조(파산의 경우의 별채권자의 특례)제2항의 통지에 준용한다.

제443조 (債權者集會에 관한 清算人の 義務) 청산인은 회사의 업무 및 재산의 상황에 관한 조사서, 재산목록 및 대차대조표를 채권자집회에 제출하고 청산의 실행방침 및 전망에 관하여 의견을 진술하여야 한다.

제444조 (監査委員) ①채권자집회는 감사위원을 선임할 수 있다.

②감사위원은 언제든지 채권자집회의 의결로 해임할 수 있다.

③제1항 및 제2항의 의결은 법원의 인가를 받아야 한다.

④제255조(이사의 원수), 제390조(검사인의 권한)제1항 및 제403조(파산법규정의 준용)제2항의 규정은 감사위원에 준용한다.

제445조 (清算人の 行爲의 制限) ①청산인이 다음 각호의 1에서 정하는 행위를 함에 있어서는 감사위원의 동의 또는 감사위원이 없는 때에는 채권자집회의 결의가 있어야 한다. 단, 그 가액이 100만엔미만인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 회사재산의 처분
2. 금전의 차용
3. 소의 제기
4. 화해 및 중재계약
5. 권리의 포기

②채권자집회의 결의를 요하는 경우 급박한 사정이 있는 때에는 청산인은 법원의 허가를 받아 제1항에서 정하는 행위를 할 수 있다.

③청산인이 제1항 또는 제2항의 규정을 위반한 때에는 선의의 제3자에 대하여 그 책임을 부담한다.

제446조 (競賣에 의한 財産의 換價) 청산인은 경매에 의하여 재산을 환가할 수 있다. 이 경우 제445조제1항의 규정은 적용하지 아니한다.

제447조 (協定の 申請) 청산인은 감사위원의 의견을 청취하여 채권자집회에 대하여 협정을 신청할 수 있다.

제448조 (協定の 條件) ①협정의 조건은 각 채권자간에 평등하여야 한다. 단, 소

액의 채권에 대하여 별단의 정함을 두거나 기타 채권자 간에 차등을 두더라도 형평을 해하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②일반적 선취특권 기타 일반적 우선권은 제1항의 조건을 정함에 있어 이를 참작하여야 한다.

제449조 (別除權者의 參加) 청산인은 협정안의 작성에 필요하다고 인정하는 때에는 제439조(채권자집회의 소집)제4항의 채권자의 참가를 요구할 수 있다.

제450조 (協定の 可決) ①협정을 가결함에 있어서는 의결권을 행사할 수 있는 출석채권자의 과반수와 의결권을 행사할 수 있는 채권자의 총채권의 4분의 3이상인 채권을 가진 자의 동의가 있어야 한다.

②제1항의 결의는 법원의 인가를 받아야 한다.

③파산법 제321조(화회의 효력발생시기) 및 제326조(화회의 효력범위)의 규정은 협정에 준용한다.

제451조 (協定條件의 變更) 협정의 이행상 필요한 때에는 협정의 조건을 변경할 수 있다. 이 경우 제447조 내지 제450조의 규정을 준용한다.

제452조 (會社의 業務 및 財産에 관한 檢査命令) ①법원은 회사재산의 상황에 의하여 필요하다고 인정하는 때에는 청산인, 감사, 감사위원, 6월전부터 계속 발행주식총수의 100분의 3이상의 주식을 보유하고 있는 주주 또는 신청한 채권자 기타 회사가 알고 있는 채권자의 총채권의 10분의 1이상인 채권을 가진 자의 신청에 의하여 또는 직권으로 회사의 업무 및 재산의 검사를 명할 수 있다.

②제388조(회사의 업무 및 재산에 관한 검사명령), 제390조(검사인의 권한) 및 제439조(채권자 집회의 소집)제4항의 규정은 제1항의 경우에 준용한다.

제453조 (檢査人의 報告事項) 검사인은 조사의 결과 특히 다음 각호의 1에서 정하는 사항을 법원에 보고하여야 한다.

1. 발기인, 이사, 감사 또는 청산인에게 제192조(발기인 및 이사의 담보책임) 제1항·제2항·제4항, 제192조의2(현물출자 등에 관한 발기인 및 이사의 부족액전보책임), 제193조(발기인의 손해배상책임)제1항, 제266조(이사의 회사에 대한 변제 또는 손해배상책임), 제277조(감사의 손해배상책임), 제280조의13(이사의 신주인수담보책임), 제280조의13의2(현물출자에 관한 이사의 부족액전보책임) 또는 제430조(청산에 관한 준용규정)제2항의 규정에 의하여 책임을 부담하여야 할 사실이 있는가의 여부
2. 회사재산에 대하여 보전처분이 필요한가의 여부

3. 회사의 손해배상청구권과 관련하여 발기인, 이사, 감사 또는 청산인의 재산에 대하여 보전처분이 필요한가의 여부

제454조 (法院의 處分) ①법원은 제453조의 보고를 받은 경우 필요하다고 인정하는 때에는 다음 각호의 1에서 정하는 처분을 할 수 있다.

1. 회사재산의 보전처분
2. 주주의 명의개서의 금지
3. 발기인, 이사, 감사 또는 청산인의 책임면제의 금지
4. 발기인, 이사, 감사 또는 청산인의 책임면제의 취소. 단, 특별청산의 개시일로부터 1년전에 행한 면제에 대하여는 부정한 목적인 것에 한한다.
5. 발기인, 이사, 감사 또는 청산인의 책임에 기초하는 손해배상청구권의 사정
6. 제5호의 손해배상청구권과 관련하여 발기인, 이사, 감사 또는 청산인의 재산에 대하여 행하는 보전처분

②제387조(처분의 등기 또는 등록)제2항의 규정은 제1항제1호 또는 제6호의 처분이 있는 경우에 준용한다.

③제394조 내지 제396조(사정에 대한 이의의 소 및 사정의 효력)의 규정은 제1항제5호의 사정이 있는 경우에 준용한다.

제455조 (破産節次の 開始) 특별청산개시의 명령이 있는 경우 협정의 전망이 없는 때에는 법원은 직권으로 파산법에 따라 파산을 선고하여야 한다. 협정의 이행의 전망이 없는 때에도 같다.

제456조 (準用規定) ①제399조(정리종결의 결정)와 제400조(등기 또는 등록) 및 파산법 제104조(상계금지), 제203조(별제권의 목적의 환가) 및 제204조(별제권자의 목적물의 처분기간의 지정)의 규정은 특별청산의 경우에 준용한다.

②파산법 제165조(대리인의 선임) 및 제166조(파산관재인 비용의 선급 및 보수)의 규정은 청산인에 준용한다.

第4章 日本 再建型倒産節次の 比較²³⁾

I. 目的 및 適用對象

1. 會社更生節次の 주된 목적은 '會社'의 재건이 아닌 '企業'의 재건이다. 회사는 법률적으로는 그 자체가 법적 주체이고, 주주에 의하여 소유되며, 주주가 선임하는 경영자에 의하여 운영된다. 한편 기업은 인적·물적 시설에 기초하는 유기적인 조직체이고, 법적 주체로서의 회사나 주주와는 독립된 사회적·경제적 존재이다. 회사가 법인격으로서의 동일성을 잃어버리거나 주주가 교체되더라도 기업은 그 동일성을 잃지 아니한다. 회사갱생절차에서는 주주나 경영자가 전부 교체되거나 대상회사가 다른 회사에 흡수합병되어 법인격이 소멸하기도 한다. 이러한 특징은 和議節次는 물론 會社整理節次에서도 찾아보기 어렵다.
2. 회사갱생절차와 회사정리절차는 株式會社에 관하여만 적용되고, 화의절차는 個人 및 모든 法人에 적용된다. 한편 회사갱생절차는 大規模 주식회사의 재건을 도모하도록 고안된 제도라는 점에서 中小規模의 주식회사를 그 대상으로 하는 회사정리절차와 구별된다.

II. 申請權者 및 開始要件

1. 會社更生節次の 개시는 회사, 일정한 채권액 이상의 채권자, 일정한 비율 이상의 주주가 이를 신청할 수 있다(회사갱생법 제30조제2항). 會社整理節次에서는 이사, 감사, 일정수의 주식을 보유하는 주주 및 일정액의 채권자에게 신청권이 부여되어 있다(상법 제381조). 和議節次の 개시는 채무자만이 신청할 수 있고, 채무자가 법인의 경우는 이사 전원의 일치를 요한다(화의법 제12조제1항).
2. 會社更生節次는 궁박한 상태에는 있지만 재건의 전망이 있는 주식회사에 대하여 '사업의 계속에 현저한 지장을 초래하지 아니하고는 변제기에 있는 채무를 변제하는 것이 가능하지 아니한' 단계에서 개시할 수 있다(회사갱생법 제30조

23) 谷口安平, "再建手續としての會社更生の特徴", 判例タイムズ No. 866, 1995. 3. 10, 12~14面; 垣内正, "再建型倒産法制における會社整理の特徴", 判例タイムズ No. 866, 1995. 3. 10, 369~371面 등 참조.

제1항). 이에 대하여 같은 재건형도산절차라도 和議節次는 이미 파산 원인이 있는 경우에만 적용되기 때문에 재건의 시기상 늦은 감이 있고(화의법 제12조), 會社整理節次는 파산원인이 발생할 염려가 있는 단계에서 개시할 수 있지만(상법 제381조) 회사갱생보다 진행된 단계를 예정하고 있다.

Ⅲ. 管理人에 의한 管理

會社更生節次에 있어서는 갱생절차개시전의 보전처분단계에서 保全管理人이 선임되는 예가 많고, 갱생절차개시후에는 管財人이 선임된다(회사갱생법 제46조). 결국 보전처분에서부터 갱생절차의 종결시까지 보전관리인 또는 관재인에게 회사의 경영과 재산의 관리·처분이 전속되고 회사의 이사는 그 권한을 상실한다(회사갱생법 제40조 및 제53조). 이에 대하여 會社整理節次에서는 理事 및 代表理事가 정리절차중에도 권한을 상실하지 아니한다. 다만, 법원이 管理人을 선임한 때에는 관리인에게 회사의 업무집행과 재산의 관리·처분이 전속되고(상법 제386조제1항 제11호 및 제396조), 監督員을 선임한 때에는 이사는 지정사항을 행함에 있어 감독원의 동의를 얻어야 한다(상법 제386조제1항 제10호 및 제397조). 한편 和議節次에서도 원칙적으로 債務者가 종전대로 재산의 관리·처분권을 가진다(화의법 제32조).

도산절차중 회사의 업무집행 및 재산의 관리·처분을 종래의 이사가 행하는가의 여부에 있어서는, 회사갱생절차는 파산절차와 같고 회사정리절차 및 화의절차와 다르다. 회사갱생절차에 있어서는 관재인이 법원의 감독을 받는 것은 물론이지만, 청산이라는 소극적인 업무를 수행하는 파산절차에 있어서의 관재인과는 달리, 영업의 계속과 갱생계획의 실현이라고 하는 이종의 업무를 수행한다. 즉, 갱생절차에 있어서 재건의 성공과 실패는 관재인의 능력에 의하여 크게 좌우된다. 일본의 경우를 보면, 대규모 갱생사건의 경우 전문경영인으로 事業管財人을, 변호사로 法律管財人을 선임하여 2인의 共同管財人體制로 운영하는 경우도 다수 있다. 또한 갱생절차개시 이전이라도 보전처분단계에서 보전관리인이 선임되어 전권을 장악하고 갱생절차의 개시시까지 현상유지와 갱생준비를 도모하는 경우가 대부분이라고 한다.

한편 재건을 실현하기 위하여는 그 기초가 되는 회사재산의 충실이 요구됨과 아울러 채권자에 대한 공평한 변제의 기초가 확보되어야 한다. 이러한 이유에서 회사갱생절차에서는 파산절차에서와 마찬가지로 否認權이나 雙務契約의 處理 등에

관한 규정을 두고 있고, 이는 관재인에 의하여 행사 또는 수행된다. 그러나 회사 정리절차 또는 화의절차에서는 이와 같은 규정이 존재하지 아니한다.

IV. 計劃案의 作成時期

會社更生節次에서는 개시결정과 동시에 管財人이 선임되는데, 이 경우 관재인은 회사의 사업의 계속을 내용으로 하는 更生計劃案을 작성하여야 한다(회사갱생법 제189조제1항).

會社整理節次에서는 통상 정리절차개시후 구채권의 행사를 일시적으로 보류할 수 있다. 이 기간동안 회사재건의 방침과 채무의 변제방법을 정한 整理計劃案을 작성하여 전체권자의 동의를 개별적으로 얻어야 한다(상법 제386조제1항제4호 참조).

和議節次의 경우에는 화의개시신청과 동시에 채무의 감면이나 유예 등을 내용으로 하는 和議條件을 법원에 제출하여야 하고(화의법 제13조), 신청으로부터 채권자집회까지의 기간이 비교적 짧으며(화의법 제27조 참조),²⁴⁾ 그 때까지 가결에 필요한 채권자의 동의를 얻지 못하면 화의는 폐지된다.

V. 株主, 經營者 등의 權利變更의 有·無

會社更生節次에서는 감자와 신주발행에 관한 권한을 주주총회 및 이사회로부터 박탈하고(회사갱생법 제52조제1항), 更生計劃에서 감자와 신주발행을 정할 수 있으며(제211조 및 제222조), 파산원인이 있는 회사의 주주는 갱생계획안에 대하여 의결권이 없다(제129조제3항). 그러므로 통상의 갱생계획에 있어서 갱생채권자의 권리를 감축하는 경우에는 원칙적으로 주주의 권리를 잔존시키지 않고 100%의 감자와 신주발행이 행하여진다. 즉, 회사갱생절차는 기업을 계속하면서 수익 등에서 변제자금을 확보하고 이를 갱생담보권자, 갱생채권자 및 주주에게 우선순위에 따라 분배하는 절차이므로, 갱생담보권자나 갱생채권자의 채권을 감축시키면서 그보다도 하위인 주주의 권리를 남겨둘 수는 없다. 이에 따라 주주의 구성은 완전히 변경되고, 종전의 경영자가 회사경영에 복귀할 수는 없다. 요컨대 회사갱생절차는 株主와 經營者의 權利를 剝奪하는 절차이다.

24) 법원은 화의절차개시의 결정과 동시에 관재인을 선임하고 債權申告期間과 債權者集會의 期日을 정하여야 하는데, 채권신고기간은 결정일로부터 2주이상 2월이하하여야 하고 채권자집회의 기일과 채권신고기간의 말일 간에는 1주이상 1월이하의 기간이 존재하여야 한다(화의법 제27조).

이에 대하여 會社整理節次는 채권자의 권리는 변경되지만, 주주의 권리를 변경하거나 주주의 구성을 변경하여 경영자를 경질하는 것을 예정하고 있지 아니다. 물론 정리회사에 있어서도 갑자기 신주발행 등으로 주주의 권리를 변경하는 경우가 있지만, 이는 정리절차와 병행하여 商法상의 節次를 행한 것이고 주주 등이 반대하는 경우에는 그러한 권리변경은 행하여질 수 없다. 이와 같이 주주와 경영자의 권리가 유지되는가의 여부가 회사갱생절차와 회사정리절차의 가장 큰 차이점이라고 할 수 있다.

VI. 擔保權의 取扱

도산기업의 재산에는 이미 채권자를 위하여 擔保權이 설정되고 있는 경우가 대부분이다. 담보권제도는 바로 채무자의 도산에 대비하기 위한 것이므로, 도산법제도는 전통적으로 담보채권자를 최대한 보호하는데 중점을 두어 왔다. 그러한 취지에서 破産節次의 경우 담보채권자는 파산절차에 따르지 않고 권리를 행사할 수 있도록 되어 있다(別除權). 즉, 담보채권자는 각각 자유롭게 담보권을 실행하여 채권의 만족을 얻을 수 있다. 和議節次에 있어서도 마찬가지이다. 그러나 담보채권자에 대한 별채권의 인정은 再建型倒産節次에 있어서는 치명적인 것이다. 왜냐하면 담보권의 행사는 거의 모든 도산사건에 있어서 재건을 위하여 필요한 생산설비 등을 분산시키기 때문이다. 화의절차의 성공율이 낮은 중요한 원인의 하나가 여기에 있다고 볼 수 있다. 그러므로 會社整理節次에서는 법원이 일시적으로 담보권 실행의 청지를 명할 수 있도록 하고 있다. 이는 전통적인 도산법제의 관점에서는 획기적인 것이지만, 일시적인 유보이므로 재건을 위한 강력한 지원이 되지는 못한다.

한편 會社更生節次는 여기에서 진일보하여 담보채권자도 갱생절차에 전적으로 구속되도록 하여 담보권의 실행 자체를 금지하고 있다. 물론 담보채권자는 피담보채권액에 관하여 갱생담보권자가 되고 무담보채권자인 갱생채권자보다는 유리하게 취급되지만, 갱생채권자와 같이 갱생계획에 구속되고 장래 변제를 받는다는 점에는 차이가 없다. 이처럼 갱생절차는 담보제도를 왜곡하면서까지 재건을 실현하고자 하는 제도이므로 적용대상은 그만한 가치가 있는 기업이어야 한다. 이러한 담보권의 제한은 회사갱생법의 적용을 도산으로 인한 사회적·경제적 영향이 큰 대규모 기업으로 한정하는 하나의 이유이기도 하다. 회사갱생절차에서는 절차의 진행중 담보권의 행사를 금지함과 동시에(회사갱생법 제67조제1항), 갱생담보권의

인정범위를 영업활동의 계속을 전제로 하여 평가한 담보목적의 가액으로 한정하고(회사갱생법 제124조), 다수결에 의하여 갱생계획중 갱생담보권을 변경하는 것도 가능하도록 하고 있다(회사갱생법 제205조). 요컨대 회사갱생절차는 기업의 재건이라는 목적을 실현하기 위하여 담보권에 대하여 강력한 제한을 가하고 있다.

VII. 多數決制度의 採擇與否

會社更生節次에 있어서 갱생계획은 각 조별 채권자의 법정다수의 찬성으로 가결되고, 법원에 의하여 인가되면 관재인이 이를 수행하게 된다(회사갱생법 제205조).

會社整理節次에서는 채무의 감면이나 유예 등을 내용으로 하는 정리계획안을 작성하여도 이에 동의하지 아니하는 채권자에 대하여는 다수결에 의한 효력이 미치지 아니한다. 정리회사는 정리계획안을 작성하여 전채권자의 동의를 개별적으로 얻어야 하고, 1인이라도 반대하는 채권자가 있다면 그러한 채권자에 대하여는 정리계획안의 효력은 미치지 아니하고 채무의 감면이나 유예 등 당해 채권자의 권리를 변경할 수 없다. 그렇다고 1인이라도 정리계획안에 반대하는 채권자가 있는 경우 절차가 진행되지 아니한다는 의미는 아니고, 법원은 정리에 지장이 없을 정도의 채권자의 동의가 있다면 소수의 채권자가 동의하지 않더라도 실행을 명할 수 있다. 이 경우 정리절차는 동의하지 아니한 채권자의 권리를 그대로 둔 채 진행하게 된다. 즉, 정리절차의 진행중에는 채권자의 개별적 권리행사는 정지되고(상법 제383조), 정리절차의 신청시에 변제금지의 보전처분이 내려지는 경우에는 이를 취소하지 아니하는 한 그 효력이 지속된다.

한편 和議節次에 있어서는 화의조건이 채권자집회에서 출석채권자의 과반수와 총채권액의 4분의 3이상인 채권자의 동의를 얻으면 가결되어(화의법 제49조제1항 및 파산법 제306조) 법원에 의하여 인가된다(화의법 제50조). 화의조건이 확정되면, 이에 반대한 자에 대해서도 그 권리를 변경하는 효력을 가진다(화의법 제54조).

VIII. 再建의 方法

기업을 재건하려면 한편으로는 채무를 줄이고 다른 한편으로는 새로운 자금을 조달하여야 한다.

會社更生節次에서는 화의절차에서와 같이 채권자의 다수결로 권리를 변경하여 채무를 감면 또는 유예한다. 이러한 권리변경의 내용은 갱생계획에 기재되고 관재인

에 의하여 이행된다. 한편 새로운 자금의 조달은 실무상 가장 중요하고 어려운 문제로 이를 해결하는 것이 관재인의 최대의 과제인데, 다수의 경우 그 전제로서 종전의 주주와 경영자의 일소가 필요하다. 회사갱생절차는 통상 파산원인이 발생한 상태로 개시된다. 채무초과상태에서의 주식의 가치는 0이므로, 대부분의 경우 100% 자본을 감소하여 전주식을 소각하고 신주를 발행하여 자금을 조달하거나 채권자에게 채무의 이행에 갈음하여 이를 교부한다. 경우에 따라서는 회사의 합병이나 영업양도에 의하여 자금을 조달하기도 한다. 일본에서는 이처럼 주주와 경영자를 교체하는 관행이 정착된 결과, 경영권을 빼앗기지 않으려는 경영자가 가능한 한 회사갱생절차를 피하고 회사정리절차나 화의절차로 도피하려는 경향이 강하다고 한다.

會社整理節次에서는 채권자의 권리변경이 채권자와 회사간의 개별적인 합의에 의해서만 가능하고, 정리계획에 동의하지 아니하는 소수자는 이에 구속되지 아니한다. 그러므로 회사정리절차는 채권자가 소수이고 채무자가 채권자부터 신뢰를 완전하게 잃어버리지 아니한 경우에만 가능하다고 할 것이다.

IX. 計劃案의 履行確保方案

會社更生節次에서는 갱생계획안이 인가되면 관재인은 광범위한 권한을 가지고更生計劃을 수행한다(회사갱생법 제247조제1항).

會社整理節次에서는 이행명령이 있을 후 整理計劃의 이행이 전부 또는 대부분 완료된 시점에서 종결이 결정되므로(상법 제399조), 정리계획에 의한 채무의 변제가 거의 끝날 때까지 계속적으로 법원의 감독을 받게 된다.

和議節次の 경우에는 화의인가의 결정에 의하여 그 목적이 달성되고 당연히 종료한다. 따라서 그 후의 和議條件의 이행에 관하여는 법원이 전혀 관여하지 아니한다. 그러므로 화의조건대로 채무의 변제 등이 행해지지 아니하는 경우가 있을 수 있고, 실제적으로는 화의조건이 완전하게 이행되는 예는 드물다고 한다.

X. 기타 사항 - 會社更生節次の 特徵

1. 更生計劃의 效力

更生管財人の 가장 중요한 직무는 실효성 있는 更生計劃을 수립하고 이를 이행하는 것이다. 갱생계획에는 모든 이해관계인의 권리가 어떻게 변경된다는 내용이

상세하게 기재되고, 여기에 기재되지 않는 권리는 소멸한다. 기재되는 권리는 갱생절차의 개시시점에서 제출된 권리에 한정되므로, 제출을 게을리 한다면 갱생계획에 기재되지 아니하는 결과 영구적으로 권리를 상실하게 된다. 담보권자에 관하여도 마찬가지이며, 다른 도산절차에는 없는 갱생절차의 특징이다. 갱생계획이 관재인의 책임에 의하여 이행되는 것은 역시 회사갱생절차의 고유한 특징이다.

2. 從業員의 處遇

도산절차에 있어서 종업원이 어떠한 처우를 받게 되는가는 사회정책적으로 매우 중요한 의미를 갖는다. 회사갱생절차는 도산절차 중 유일하게 종업원의 처우에 대하여 배려하고 있다(회사갱생법 제29조의2).

3. 下請企業의 保護

회사갱생절차가 개시되면 일체의 채무변제가 금지되고 갱생계획에 의한 변제시까지 기다려야 하지만, 하청받은 중소기업이 연쇄적으로 도산하는 사태를 막기 위하여 하청기업에 대하여는 특별한 취급이 인정된다(회사갱생법 제112조의2 참조).

4. 租稅債權의 取扱

도산기업은 조세를 체납하고 있는 경우가 많은데, 법률상 우선권을 부여받고 있는 조세채권은 담보권과 병행하여 재건의 장애가 된다. 회사갱생절차는 도산절차 중 유일하게 조세채권에 대해서도 유예조치를 두고 있다(회사갱생법 제122조).

第5章 日本の最近 倒産法改正論議

I. 序說

1. 「倒産法制度에 관한 改正檢討事項」의 作成趣旨

일본 법무성 법제심의회 도산법부회는 1996년 10월부터 도산법제도에 관한 재검토작업을 진행해오면서, 1997년 12월 5일 제4차회의에서 그간에 논의된 개정의견을 기초로 「倒産法制度에 관한 改正檢討事項」(이하 '개정검토사항'이라 한다)을 작성·공표하여 각계로부터 의견을 조회하기로 결의하였다. 이에 법무성은 1997년 12월 19일 법원·변호사회·대학·경제단체·노동단체·소비자단체 등 관계각계에 대하여 개정검토사항에 대한 의견을 묻기 위하여 보충설명과 함께 이를 공표한 것이다.²⁵⁾

이번 倒産法制度에 관한 再檢討作業은 그간의 다양한 사회적·경제적 변화를 반영하여 도산법제도 전체의 시각에서 각 도산절차를 다시금 검토할 필요성이 있고, 도산법제도를 사회·경제구조에 상응하게 함으로써 현대경제사회에서 합리적으로 기능하도록 하며, 무엇보다도 공평하고 신속한 도산절차를 실현하는 것이 당연하고 있는 중요하고 시급한 과제라는 인식하에서 행하여졌다.

2. 改正檢討事項의 作成經緯

일본 법무성 법제심의회 도산법부회는 1996년 10월 24일 제1차회의를 개최하여 향후 심의의 진행방향에 대하여 논의하였다. 제1차회의에서 결정된 주된 내용은 지금까지의 민사기본법의 예에 따라 심의의 제1단계로서 개정검토사항을 작성·공표하여 각계의 의견을 조회하도록 한다는 것과 다양한 개정검토사항을 효율적으로 심의하기 위하여 연구회를 발족시켜 약 1년 정도 이 연구회에서 도산법제도에 대한 문제점을 조사·정리하도록 한다는 것이다.

이에 따라 1996년 11월에 교수, 판사, 검사, 변호사 및 법무성의 직원으로 구성된 倒産法研究會가 조직되었다. 도산법연구회는 대략 1월에 2회의 빈도로 1997년 10월까지 18회의 실무회의를 개최하여 도산법제도의 각분야에 대한 문제점을

25) 日本 法務省 民事局參事官室, 「倒産法制度に關する改正檢討事項」, 1997.12.19 참조.

검토함과 아울러 각계(구체적으로는 일본변호사회, 전국은행협회, 신용산업협회, 일본무역회, 전국중소기업단체중앙회, 일본노동조합총연합회 등)에서 추천자를 받아 도산법제도의 재검토에 대한 각계의 입장을 피력하도록 하고 이들의 의견을 수렴하였다. 그리고 동년 10월에 동연구회에서 검토 및 의견수렴의 결과를 토대로 개정검토사항안이 채택되었고, 이것이 도산법부회에 제출되어 심의를 거쳐 이번에 공포하기에 이른 것이다.

3. 改正檢討事項의 對象 및 構成

개정검토사항에서는 破産法, 和議法, 會社更生法, 商法 제2편 제4장(주식회사) 제7절(會社整理節次) 및 제9절 제2관(特別清算節次)을 비롯하여 도산절차에 관한 非訟事件節次法, 民事執行法, 民事調整法, 民法 등의 규정을 검토의 대상으로 하였다.

개정검토사항에서는 재검토하여야 할 구체적인 항목수가 2백여개에 달하므로 각 항목을 그 내용에 따라 분류·정리하는 형태로 구성하였다. 그 전체구성은 도산절차를 「法人에 대한 倒産節次」(제1부)와 「個人에 대한 倒産節次」(제2부) 및 법인 및 개인의 도산절차에 공통적으로 관련되는 「國際倒産」(제3부)·「倒産實體法」(제4부)·「기타」(제5부)로 분류하였다. 그리고 제1부의 「법인에 대한 도산절차」는 크게 「清算型倒産節次」(제1장)와 「再建型倒産節次」(제2장)로 나누고, 다시 그 세목으로 제1장은 「破産節次」(I)와 「特別清算節次」(II), 제2장은 주로 중소기업이나 주식회사가 아닌 법인의 재건을 도모하기 위한 「新再建型節次」(I)와 「會社更生節次」(II)로 나누었다. 또한 제2부의 「개인에 대한 도산절차」는 「個人을 對象으로 하는 새로운 倒産節次」(제1장)과 「破産節次 및 免責節次」(제2장)로 나누었다.

전술한 바와 같이 개정검토사항은 도산법제도 전반을 대상으로 하고 있고 구체적인 방안이 제시되고 있는 것만도 2백여개에 달한다. 이하에서는 개정검토사항중 향후 우리의 도산법개정에 특히 참고가 될만한 사항만을 발췌하여 소개한다.

II. 法人에 대한 倒産節次

개정검토사항의 「제1부 법인에 대한 도산절차」는 전술한 바와 같이 「파산절차」와 「특별청산절차」를 포함한 「제1장 청산형도산절차」 및 「신재건형절차」와 「회사갱생절차」를 포함한 「제2장 재건형도산절차」로 나누어진다. 이러한 도산절차 중

特別清算節次에 관하여는 해당되는 개정검토사항이 적는데, 제도 전체에 관련되는 사항으로는 주식회사 이외의 법인도 특별청산절차를 이용하도록 하는 방안이 제시되고 있다.

會社更生節次의 경우도 회사갱생법이 도산절차를 규율하는 각 법률 중 유일하게 전후에 제정되었고 1967년에 대폭 개정된 바가 있으므로, 개정검토사항에서는 제도의 구조를 개정하는 방안은 제시되지 아니하고 단지 실무상의 문제점을 중심으로 절차의 정비를 도모한다는 관점에서 채권자신청의 용이화, 보전관리기간중의 절차, 대규모사건에 있어 관계인집회의 합리화 등 개별제도에 관한 사항만을 다루고 있다. 이하에서는 특별청산절차와 회사갱생절차는 제외하고 파산절차와 신재건형절차에 관한 개정검토사항만을 설명한다.

1. 破産節次

파산절차는 도산절차 중 이용빈도가 가장 높은 것으로 도산사건의 대부분을 파산사건이 점하고 있다. 개정검토사항에서도 파산절차에 관하여는 각 도산절차 중에서 가장 많은 항목이 열거되어 있고, 그 내용도 절차 전체의 구조와 관련하여 새로운 제도의 도입을 제시하고 있는 항목에서부터 절차의 세목에 대하여 개선책을 제시하고 있는 항목에 이르기까지 매우 다양하다.

1) 破産申請權者

현행 파산법은 파산신청권자를 채권자, 채무자 등에 한하고 있지만(파산법 제132조제1항·제133조), 金融機關의 破産節次에 있어서는 監督官廳에 신청권이 인정되고 있고(금융기관의갱생절차의특례에관한법률 제178조), 파산과 같은 청산형 도산절차인 特別清算節次에서는 채무자인 주식회사의 監督官廳의 통고에 의하여 법원이 직권으로 절차를 개시할 수 있다는 취지의 규정(상법 제431조제3항 및 제381조제2항)이 있다.

개정검토사항에서는 이들 규정과 마찬가지로 법인 일반에 대하여도 그 사업에 대한 감독권한을 가지는 監督官廳의 申請 또는 通告와 같은 감독권한의 발동에 의하여 파산절차를 개시할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다. 다만, 법령에 의한 감독관청의 감독권한은 그 내용에 따라 매우 다양하므로 이와 같은 신청권 등이 인정되는 감독관청의 범위를 제한할 필요가 있는가가 검토되어야 할 것이다.

2) 債權者의 個別的 權利行使의 禁止

현행 파산법 제16조는 채권자간의 공평을 도모하기 위하여 파산선고후에는 파산채권자의 개별적인 권리행사를 인정하지 아니하고 하고 있다. 현실적으로 파산신청에 의하여 채무자의 재정적 파탄상태가 대외적으로 밝혀지게 되면 채권자 중에는 파산선고전에 채권을 회수하기 위한 강력한 조치를 취하거나 강제집행신청을 하는 자가 적지 않다. 현행법에서도 선고전의 보전처분제도가 인정되고 있지만(파산법 제155조), 개정검토사항에서는 이와 같은 사태에 대처하기 위한 새로운 제도를 입법화한다는 관점에서 다음과 같은 두가지의 방안을 제시하고 있다.

제1의 방안은 강제집행을 정지 또는 금지하는 보전처분의 가부에 관하여 학설 및 판례상 논쟁이 있는 것을 감안하여, 강제집행을 포함한 파산채권자의 個別的 權利行使를 一般的으로 禁止하는 취지의 보전처분을 새롭게 인정하는 방안이다. 이 방안에 의하면 당해 보전처분이 파산선고에 의한 개별적 권리행사의 금지와 동일한 효력을 파산선고전에 갖게 된다.

제2의 방안은 미국 연방도산법에서 채용하고 있는 이른바 '自動停止制度(Automatic Stay)'²⁶⁾를 도입하자는 것이다. 이 방법을 취하는 경우에는 파산법원의 판단을 거치지 아니하고 신청만으로 채권자의 권리를 일방적으로 제한하게 되므로 濫用防止를 위한 대책도 병행하여 도입되어야 할 것이다.²⁷⁾

3) 破産宣告前의 保全處分

선고전의 보전처분을 인정하고 있는 현행 파산법은 제155조제1항에서 법원이 이해관계인의 신청에 의하여 또한 직권으로 파산재단에 관한 가압류, 가처분 기타 필요한 보전처분을 명할 수 있다는 취지를 규정하고 있다. 그러나 채무자 이외의 제3자를 명의인으로 하는 보전처분²⁸⁾이나 회사갱생절차에서는 명문으로 허용되고 있는 보전관리인에 의한 관리 또는 감독원에 의한 감독을 명하는 처분(회사갱생법 제39조제1항 후단)이 파산절차에서도 허용되는가의 여부 및 선고전 보전처분의

26) 自動停止制度란 채무자의 파산신청에 의하여 당연히 채권자의 개별적 권리행사를 금지하는 효력이 발생하도록 하는 제도이다.

27) 自動停止制度의 濫用防止對策으로는 신청의 취하를 法院의 許可에 關連시키는 방안이라든가 자동정지의 解除의 申請制度 등을 들 수 있다.

28) 채무자가 제3자에 대하여 가지는 반환청구권을 보전하기 위한 보전처분 및 부인권의 보전을 위한 보전처분을 말한다.

전형적인 예인 辨濟禁止의 保全處分을 위반한 경우의 변제의 효력에 관하여는 해석상 의론이 있다.

개정검토사항에서는 법원이 채무자 이외의 제3자를 명의인으로 하는 보전처분 및 보전관리인에 의한 관리를 명할 수 있도록 하는 방안과 변제금지의 보전처분에 반하여 행하여진 변제는 채권자가 당해 보전처분의 존재를 알게 된 경우에는 파산채권자에 대항할 수 없도록 하는 방안을 제시하고 있다.

4) 監査委員

현행 파산법은 제170조에서 파산채권자가 파산관재인인 직무집행을 감독하는 수단으로 監査委員制度를 두고 있고, 그 설치의 유무를 제1회 채권자집회의 필요적 결의사항으로 하고 있다. 그러나 실무상으로는 ① 3인이상의 감사위원의 선임(파산법 제171조제1항) 및 그 보수(파산법 제175조 및 제166조)의 지급이 파산재단의 부담으로 된다는 점, ② 파산법원의 감독권의 행사(파산법 제161조)로 관재업무의 적정을 유지하기에 충분하다는 점, ③ 감사위원 내부에서의 의사의 불일치로 인하여 시간이 지연되어 파산절차의 신속한 처리가 저해될 염려가 있다는 점 등을 이유로 감사위원제도가 거의 이용되지 아니하고 있다.

개정검토사항에서는 감사위원제도를 개선한다는 관점에서 ① 현행 감사위원제도는 유지하지만 제1회 채권자집회에서 감사위원의 설치여부를 결의할 필요는 없고 감사위원이 없는 때에는 현행법상 감사위원의 동의를 법원의 허가로 갈음할 수 있도록 하는 방안과 ② 감사위원제도를 폐지하고 현행법상 감사위원의 동의사항을 법원의 허가사항으로 전환시키는 방안²⁹⁾을 제시하고 있다.

5) 債權者集會

파산절차는 파산재단을 구성하는 재산을 환가하여 이를 파산채권자에게 공평하게 배당하는 것을 목적으로 하는 절차이므로, 현행 파산법은 절차에 가장 큰 이해관계를 가지는 파산채권자가 절차의 진행에 관여하도록 하기 위한 제도로써 債權者集會를 두고 있다. 그러나 실무상으로는 파산법상 그 개최가 필수적인 채권자집회 중 파산선고와 인접한 시기에 개최되는 제1회 채권자집회의 경우조차 파산채권

29) 이 방안을 취하는 경우에는 채권자를 대표하여 그 의견을 절차에 반영시키기 위한 任意的인 諮問機關을 새롭게 두자는 견해도 있다.

자의 출석율이 높지 않고 파산채권자가 1인도 출석하지 아니하는 집회도 상당수 있으며 계산보고집회(파산법 제168조제1항)나 재단부족에 의한 파산폐지의 경우에 개최되는 채권자집회(파산법 제353조제1항 후단)에서는 파산채권자가 출석하는 예가 매우 드물다. 더욱이 파산법에서 법원의 허가 등으로 채권자집회의 결의를 대신할 수 있도록 하고 있는 사항(파산법 제198조제2항등)에 관하여는 예외없이 당해 사항에 대한 결의를 위한 채권자집회가 개최되지 아니하고 있는 실정이다. 즉, 현행 채권자집회제도는 이미 파산사건의 처리실태에 부합하지 아니한 것으로 지적되고 있다.

개정검토사항에서는 현행법상 그 개최가 필수적인 경우를 포함하여 채권자집회의 개최를 任意的으로 하는 방안 및 채권자의 절차참가방법으로 집회라고 하는 회의형식을 취하지 아니하고 書面에 의한 의견청취 또는 결의에 의할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

6) 破産債權의 申告·調査 및 確定

(1) 현행 파산법에서는 파산선고와 함께 법원이 채권신고기간을 정하도록 되어 있는데(파산법 제142조제1항제1호), 기간경과후에도 債權申告가 가능하고 그 신고된 채권에 대하여도 채권조사가 행해진다는 점에 있어서는 신고기간내에 신고된 채권과 동일하다(파산법 제234조). 그러나 일반조사기일에 조사할 수 없는 채권에 대하여는 다시 특별조사기일을 정하여야 하므로, 절차가 지연될 뿐만 아니라 채권신고기간을 준수한 파산채권자가 부당한 불이익을 받게 된다는 지적이 있다.

개정검토사항에서는 회사갱생법 제127조와 마찬가지로 채권신고기간내에 신고되지 아니한 파산채권은 원칙적으로 실권하지만, 그 책임으로 귀속되지 아니하는 사유에 의하여 신고기간내에 채권을 신고할 수 없었던 경우에는 그러한 사유의 종료후 1월에 한하여 신고할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

(2) 債權調査는 신고가 행해진 파산채권의 금액, 원인, 우선·열후의 순위 등을 파산채권자 상호간에서 확정되는 절차이고, 현행 파산법에서는 파산법원의 정하는 기일에 파산관재인, 파산자 및 파산채권자가 모여 각각의 의견을 진술하는 형태로 실시되고 있다(파산법 제231조에서 제233조까지). 그러나 현실적으로는 파산채권자는 단지 자기의 채권에 대하여 파산관재인이 이의를 제기하는지의 여부에만 관심이 있고 다른 파산채권자의 신고채권에 대하여 이의를 진술되는 경우는 극히 드물며 채권조사기일에 파산채권자가 출두하지 아니하는 예도 많으므로, 債權調査期

日制度가 본래의 기능을 발휘하지 못하고 있다는 지적이 있다.

개정검토사항에서는 현행 채권조사기일제도를 폐치하고, 기일에 의하지 아니하는 채권조사방법으로 파산관재인이 각 신고채권 및 이에 대한 인부를 기재한 '認否書(가칭)'을 작성하여 법원에 제출하도록 하며, 법원은 이를 이해관계인이 열람할 수 있도록 일정기간 비치하고 이 기간내에 파산채권자로부터 이의가 없는 채권은 확정하는 방안을 제시하고 있다.

(3) 현행 파산법에서는 채권조사에서 異議가 제기된 無名義債權을 확정시키기 위하여는 이의있는 채권을 신고한 파산채권자가 이의자를 피고로 파산채권확정소송을 제기할 수 있다(파산법 제244조제1항). 이 경우 파산절차와는 별개의 소송절차에 의하여 채권을 확정하여야 하므로 파산채권의 확정에 시간을 요하고, 이의가 있는 파산채권의 금액이 큰 경우에는 당해 소송에 관한 결론이 내려지기 전까지는 사실상 배당절차를 중지할 수밖에 없기 때문에 불합리하다는 지적이 있다.

개정검토사항에서는 이의가 제기된 무명의채권의 확정방법으로 파산법원에 의한 決定節次를 도입하고, 당해 결정에 불복이 있는 자는 일정기간(예컨대 2주간)내에 이의의 소를 제기할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

7) 破産財團의 換價

파산절차를 신속하게 진행하기 위하여는 파산재단 특히 재산적 가치가 큰 부동산을 적정·신속하게 환가하는 것이 중요하다. 따라서 개정검토사항에서는 破産管財人의 不動産換價權限을 強化한다라는 관점에서 다음과 같은 3가지 방안을 제시하고 있다.

(1) 任意賣却에 의한 換價

실무상으로는 別除權의 대상인 목적물의 환가방법으로, 별채권자가 권리를 행사하지 아니하는 경우 파산관재인이 별채권의 목적물을 任意賣却(파산법 제197조제1호)하는 경우가 종종 있다. 이러한 임의매각은 민사집행법상의 담보권 실행절차에 비하여 조기에 환가할 수 있다는 이점이 있는 외에, 예컨대 매각대금이 상대적으로 적더라도 당해 재산의 처분에 수반하는 조세·공과 또는 관리비용의 부담을 면하게 되어 파산재단으로서도 유리하다. 그러나 이와 같이 임의매각을 한 경우에는 결과적으로 당해 재산은 파산재단에 속한 재산(파산법 제92조)이 아니므로 별채권자는 이후 그 채권의 전액에 대하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있다는

견해가 있다. 이 견해에 대하여는 파산관재인이 임의매각을 행하였다는 이유만으로 별제권자의 권리내용이 변경되어 종전보다도 유리하게 취급받는 것을 인정하는 것은 다른 파산채권자와의 실질적 평등을 해하게 된다는 지적이 있다.

개정검토사항에서는 파산관재인이 별제권자의 동의가 없는 경우에도 담보권이 있는 채로 별제권의 목적인 재산을 任意賣却할 수 있다는 취지를 법문상 명확하게 규정하고, 관재인이 별제권의 목적물을 임의매각한 경우에는 당해 담보채권자는 매각전과 마찬가지로 별제권자로서 그 파산채권을 행사하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

(2) 破産管財人에 의한 任意賣却과 擔保權의 消滅

실무에서는 별제권자의 동의를 얻어 파산관재인·별제권자 및 매수희망자의 3자간의 협의에 의하여 별제권의 목적물에 대한 담보권의 소멸과 매수희망자에 대한 임의매각을 일괄적으로 행하고 그 매각대금의 일정비율에 상당하는 금액을 파산재단에 전입하는 처리를 하는 예가 많다고 한다. 이 방법은 목적물을 유리하게 매각할 수 있다는 점에서 별제권자는 물론 다른 채권자에게도 합리적인 방법이기도 하지만, 매각대금의 일부를 파산재단에 전입되는 것에 대한 법적 근거가 존재하지 아니하고 전입금액이 파산관재인과 별제권자간의 교섭에 의하여 정하여진다.

이러한 실무상의 합리적인 운용을 제도로서 도입하기 위하여, 개정검토사항에서는 파산관재인이 별제권자에게 법률로 정한 일정기간내에 별제권의 목적인 재산에 대하여 경매를 신청하도록 최고하였음에도 불구하고 별제권자가 당해 기간내에 이를 행하지 아니하는 때에는, 파산관재인은 담보권을 소멸시키고 그 재산을 매각할 수 있으며 그 매각대금 중의 일부를 별제권자에 우선하여 파산재단에 귀속시키도록 하는 방안을 제시하고 있다.

(3) 民事執行節次에 의한 換價

현행 파산법은 파산관재인이 민사집행법 기타 강제집행절차에 관한 법령의 규정에 의하여 당해 재산을 환가하도록 규정하고 있다(파산법 제203조). 그러나 민사집행절차에 의하면 압류채권자의 채권에 우선하는 채권을 변제하고 잉여를 발생시킬 가능성이 없는 때에는 당해 압류채권자의 신청에 의한 집행절차는 원칙적으로 취소된다(민사집행법 제63조). 이러한 無剩餘執行禁止의 原則은 파산관재인이 파산법 제203조의 규정에 의하여 민사집행법 등의 규정에 따라 별제권의 목적물을 환가한 경우에도 적용된다고 해석되고 있다. 그 결과 무잉여인 경우 파산관재인이

별제권의 목적물을 환가할 수 없으므로 파산절차를 신속하게 처리할 수 없다는 지적도 있다.

이와 같은 불합리를 해소하기 위하여, 개정검토사항에서는 파산관재인이 민사집행법 기타 강제집행절차에 관한 법령의 규정에 의하여 별제권의 목적인 재산의 환가를 행한 때에는, 공익비용 및 별제권자의 피담보채권을 변제하고 잉여를 발생시킬 가능성이 없는 경우에도 그 절차를 취소(민사집행법 제63조등 참조)함이 없이 속행시키는 방안을 제시하고 있다.

8) 別除權者의 配當參加의 方法

현행 파산법에 의하면 별제권자가 가진 파산채권은 최후배당의 제척기간내에 권리포기의 의사표시를 하든가 별제권의 행사에 의하여 변제를 받을 수 없는 부족액을 증명하지 아니하는 한 배당에서 제척된다(파산법 제277조). 그러나 별제권자가 담보권을 실행하고 변제를 받기 위하여는 통상적으로 일정기간을 요하는데, 그 결과 별제권의 행사에 의하여 변제를 받을 수 없는 부족액이 확정되지 아니한 사이에 최후배당의 제척기간이 경과해버리는 사태가 자주 발생하고 있다. 이에 관하여는 담보권의 실행과 최후배당과의 시간적 선후관계에 의하여 별제권자의 부족액에 대한 배당여부가 정하여진다는 것은 타당하지 아니하다는 지적이 있다.

개정검토사항에서는 담보권의 실행절차가 종료하지 않고 동시에 권리포기의 의사표시도 행하지 아니한 경우에도 별제권자의 배당참가를 인정하기 위하여 다음과 같은 3가지 방안을 제시하고 있다.

첫번째 방안은 별제권자의 신청에 의하여 별제권의 목적물을 평가하는 '評價人制度'를 도입하고, 법원이 평가인의 평가액을 참고하여 별제권자가 채권에 대하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있는 금액을 결정으로 정하며, 그 금액으로 배당에 참가할 수 있도록 하는 것이다. 이 방안을 취할 경우 평가인으로는 민사집행절차의 평가인이 되는 자를 활용하면 된다.

두번째 방안은 별제권자가 가지는 채권 중 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있는 금액에 관하여 별제권자와 파산관재인 간의 합의가 성립하고 이를 법원이 인가한 경우 당해 合意金額으로 배당에 참가할 수 있도록 하는 것이다. 이 방안은 파산관재인과의 합의 및 파산법원의 인가에 의하여 적정한 권리행사금액을 확정하고자 하는 것이다.

세번째 방안은 전술한 두가지 방안에 의하여 금액이 정하여지지 아니하는 경우

별채권자가 가진 파산채권의 금액이 根抵當權의 最高額을 상회하는 때에는 파산채권 중 그 최고액을 초과하는 금액으로 배당에 참가할 수 있도록 하는 것이다. 파산채권의 금액이 근저당권의 최고액을 상회하는 경우 그 부족액을 증명하여야 하는가에 관하여는 해석이 나누어지고 있는데, 이 방안은 부족액의 구체적인 금액의 증명유무에 관계없이 비록 근저당권이 실행되었다고 최고액을 상회하는 금액의 변제를 받은 것이 아니므로 적어도 최고액을 초과하는 금액은 이를 부족액으로 보아 최고액을 초과하는 금액만큼 배당참가를 인정하는 것이다.

9) 大規模破産事件

채권자가 현저하게 다수인 대규모파산사건은 통상적으로 파산재단의 규모가 크고 부채총액도 다액이며 절차적으로 시간과 노력을 요하는 사례가 많다. 그러므로 개정검토사항에서는 대규모파산사건의 적정·신속한 처리를 위하여 몇가지 특칙을 두는 방안을 제시하고 있다.

(1) 현행 파산법에 의하면 대규모파산사건도 통상의 관할법원(파산법 제105조·제107조)에 신청하도록 되어 있는데, 이러한 종류의 사건은 사회적·경제적 활동의 중심지인 비교적 규모가 큰 도시에서 처리하는 것이 사안에 적합한 파산관재인 선임 기타 법원의 사무처리와 이해관계인의 절차참가에 편의를 준다는 지적이 있다.

개정검토사항에서는 통상의 관할법원에 더하여 통상의 관할법원의 소재지를 관할하는 고등법원의 소재지를 관할하는 지방법원에도 파산신청을 할 수 있도록 하는 방안과 東京地方法院 또는 오사카地方法院에도 파산신청을 할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

(2) 공통의 이해관계를 가진 다수의 파산채권자가 존재하는 대규모파산사건의 경우에는 이들 파산채권자를 대표하는 자를 선임한다면 절차를 보다 신속·원활하게 진행할 수 있을 것이다.

개정검토사항에서는 회사갱생법 제160조와 동일한 代表委員制度를 파산절차에도 도입함과 아울러, 신고채권자 중 동일한 사실상·법률상의 원인에 기초하는 채권 또는 사실상·법률상 동종의 원인에 기초하는 동종의 채권이 현저하게 다수인 경우 법원이 필요하다고 인정하는 때에는 당해 파산채권자들에게 代理委員의 선임을 명할 수 있도록 하는 방안과 여기에 더하여 법원도 당해 파산채권자들을 위하여 직권으로 대리위원을 선임할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

(3) 대규모파산사건에 있어서는 의결권을 가지는 채권자의 수가 현저하게 다수

이므로 채권자집회를 개최하는 것 자체가 사실상 곤란한 경우가 있고 설사 채권자 집회를 개최하는 것이 가능하다고 하더라도 다액의 비용과 노력과 시간을 요한다. 개정검토사항에서는 통상의 파산사건에 있어서는 書面決議制度를 도입하지 아니하더라도 대규모파산사건에 있어서는 채권자집회의 결의가 필요한 경우 서면에 의하여 결의할 수 있도록 하는 방안과 다수의 채권자에 대하여 개별적으로 통지를 하려면 많은 시간과 노력이 필요하고 다액의 비용이 소요되므로 公告의 方法을 충실하게 하여 이에 갈음할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

2. 新再建型節次

일본의 현행 도산법제도에서 再建型倒産節次로는 화의절차, 회사정리절차 및 회사갱생절차가 있다. 이 중 회사정리절차와 회사갱생절차는 주식회사를 대상으로 하고 특히 회사갱생절차는 주식회사 중에서도 비교적 대규모인 기업을 그 대상으로 예정하고 있다. 그러므로 중소기업의 주식회사가 재건형도산절차를 이용하고자 하는 경우에는 화의절차 또는 회사정리절차에 의하여야 하고 주식회사 이외의 법인이 재건형도산절차를 이용하는 경우에는 원칙적으로 화의절차에 의할 수밖에 없다. 그러나 和議節次에서는 ① 개시원인이 파산원인과 동일하여 절차를 이용할 수 있는 시기가 지체되고, ② 신고와 동시에 화의조건을 제시하는 것이 용이하지 아니하며, ③ 화의조건의 이행확보를 위한 유효한 수단이 존재하지 아니한다는 등의 문제점이 지적되고 있다. 또한 會社整理節次에 대하여도 ① 규정이 상법과 비송사건절차법으로 나누어져 있고 동시에 조문수도 적으므로 절차가 불명확하고, ② 채권자의 다수결원칙이 채용되고 있지 않아 소수의 채권자가 정리안에 반대하는 경우 재건이 곤란하게 된다는 등 문제점이 지적되고 있다.

개정검토사항에서는 화의절차와 회사정리절차의 규정에 관하여 개정의 요부 및 방향을 제시함과 동시에, 中小企業 또는 株式會社 이외의 法人의 재건을 도모하기 위한 도산절차를 정비한다는 관점에서 새로운 재건형절차 즉, 新再建型節次를 도입하는 방안을 제시하고 있다.

1) 節次의 開始 등

개정검토사항에서는 신재건형절차의 신청권자를 債務者 또는 債權者로 하는 방안을 제시하고 있는데, 이에 더하여 파산절차에 있어서와 마찬가지로 監督官廳에

신청권을 인정하거나 감독관청의 통고에 의하여 법원이 직권으로 절차를 개시하는 방안도 제시하고 있다.

신재건형절차의 대상으로 되는 채권자의 범위에 관하여는, 이 절차가 주로 중소기업 또는 주식회사 이외의 법인을 대상으로 예정하고 있고 개인에 대한 재건형절차로는 후술하는 個人債務者更生節次(가칭)의 도입을 검토하고 있으므로 절차의 대상을 법인으로 한정하는 방안과 개인사업자에 대해서도 신재건형절차의 이용을 인정하여야 할 사례가 있을 수 있으므로 이 절차의 대상을 법인에 한정하지 아니하고 개인도 포함시키는 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

신재건형절차의 개시원인은 파산원인 발생전의 절차개시를 인정한다는 관점에서 회사갱생절차나 회사정리절차와 마찬가지로 ① 채무자가 사업의 계속에 현저한 지장을 초래함이 없이 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없는 때 또는 ② 채무자에게 파산원인인 사실이 발생할 염려가 있는 때에도 절차개시를 신청할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

신재건형절차의 개시가 결정된 경우 擔保債權의 취급에 관하여는, 담보채권을 회사갱생절차의 갱생담보권과 동일하게 본다면 절차가 엄격하고 복잡해질 수밖에 없으므로, 파산절차의 별제권과 마찬가지로 절차외에서 담보권을 실행할 수 있고 담보권의 실행에 의하여 변제를 받을 수 없는 채권액은 절차내에서 변제를 받을 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다. 한편 채무자의 사업의 계속에 필요한 재산에 설정된 담보권의 실행을 완전히 자유롭게 허용함으로써 사업의 재건이 곤란하게 되는 경우가 발생할 수 있으므로, 담보채권자와 채무자간에 재건계획 등에 관하여 협의할 기회를 부여한다는 관점에서 법원이 이해관계인의 신청 또는 직권으로 상당한 기간을 정하여 담보권의 실행을 위한 경매의 중지를 명할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

2) 機 關

신재건형절차는 현재의 화의절차나 회사정리절차와 마찬가지로 절차개시후 債務者의 종래 代表者가 業務執行權限 및 財産의 管理·處分權限을 가지는 것을 원칙으로 한다. 그러나 채무자의 종래 대표자에게 업무집행 및 재산의 관리·처분을 전면적으로 위임하는 것이 경우에 따라서는 사업의 재건을 도모하는데 적절하지 아니할 수도 있으므로, 개정검토사항에서는 감독기관으로서 監督委員(가칭)³⁰⁾ 또는 債權者委員會(가칭)³¹⁾를 둘 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다. 나아가 채

무자의 종래 대표자의 업무집행 또는 재산의 관리·처분이 부당하고 감독기관에 의한 감독만으로 사업의 재건을 도모하기에 불충분한 경우에는, 예외적으로 법원이 채권자 등의 신청에 의하여 또는 직권으로 管理人(가칭)을 선임하여 채무자의 업무집행 및 재산의 관리·처분을 행할 수 있도록 하는 방안도 제시하고 있다.

또한 이 절차에서는 법원이 채무자의 업무 및 재산의 상황, 채무자가 재정적 파탄에 이르게 된 사정 등을 정확하게 파악할 필요가 있는 경우에 대비하여, 법원으로 하여금 調査委員(가칭)을 선임하여 채무자의 업무 및 재산의 상황에 대하여 검사·보고하도록 할 수 있는 방안도 제시하고 있다.

3) 債權의 申告·調査 및 確定

개정검토사항에서는 신재건형절차에서의 채권의 신고, 조사 및 확정 절차는 파산절차와 동일하게 하는 방안을 제시하고 있다. 다만, 이 절차에서는 원칙적으로 債務者가 債權의 認否를 행하게 되므로 이 점은 파산절차와 다르다.

4) 債務者의 財産의 管理

이 절차에서 채무자 또는 管理人(가칭)은 사업의 재건을 도모하기 위하여 법원의 감독을 받으면서 그 재량하에 업무집행 및 재산의 관리·처분을 행한다. 그러나 채무자의 재산의 처분과 같이 채무자의 재산상태에 중대한 영향을 미칠 가능성이 있는 행위에 대하여는 公正性 確保를 위하여 법원에 의한 감독을 보다 확실하게 할 필요가 있다. 개정검토사항에서는 회사갱생절차(회사갱생법 제54조)와 마찬가지로 법원이 정하는 일정한 행위에 대하여는 許可를 요하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

5) 債權者의 意見의 調査 등

파산절차, 화의절차 및 회사갱생절차에서는 채권자집회 또는 관계인집회를 개최하여 채권자 등 이해관계인의 의사를 절차에 반영시키기 위하여, 법정사항을 결의

30) 監督委員(가칭)이란 채무자가 일정한 행위를 행함에 있어 同意權을 가지고 再建計劃의 立案 및 履行을 보조하는 기관이다.

31) 債權者委員會(가칭)란 법원 또는 채무자에게 업무집행 또는 재산의 관리·처분 등에 관한 의견을 진술하고, 채무자의 업무나 재산의 상황 등에 관하여 조사하며, 필요에 따라 管理人(가칭) 또는 監督委員(가칭)의 선임을 신청할 수 있는 권한을 가지는 기관을 말한다.

하거나 관재인 또는 채무자 등이 채권자 등 이해관계인에게 절차의 상황 등을 보고하거나 설명한다. 개정검토사항에서는 신재건형절차에서도 債權者集會를 필요적으로 개최하도록 하는 방안과 채권자집회의 개최는 임의적인 것으로 하면서 이를 개최하지 아니하는 경우에는 필요에 따라 書面에 의한 意見聽取 또는 決議를 행할 수 있도록 하는 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

6) 再建計劃의 作成 및 成立

신재건형절차에서는 債務者의 종래 代表者가 업무집행권한 및 재산의 관리·처분권한을 가지는 것을 원칙으로 하고 사안에 따라 관리기관인 管理人(가칭) 또는 감독기관인 監査委員(가칭)을 선임할 것을 예정하고 있다. 개정검토사항에서는 再建計劃은 원칙적으로 채무자가 작성하지만 管理人(가칭)이 선임되고 있는 경우에는 관리인이, 監査委員(가칭)이 선임되어 있는 경우에는 감사위원의 보조를 받아 채무자가 각각 작성하도록 하는 방안을 제시하고 있다. 또한 재건계획의 내용은 채권자 간의 실질적 형평을 요함과 동시에 채무의 변제기간을 유예하는 때에는 그 기간을 일정범위(예컨대 10년)내로 제한하는 방안을 제시하고 있다.

再建計劃은 채권자집회에서의 결의 또는 서면에 의한 결의로 가결되고 법원이 이를 인가하여야 성립한다. 개정검토사항에서는 이 중 결의의 可決要件으로 채권자의 과반수이고 채권자집회에 출석하거나 서면에 의하여 재건계획안에 대한 찬부를 표명한 채권자의 의결권의 3분의 2이상을 가지는 자의 동의를 요하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

개정검토사항에서는 再建計劃의 認可의 效力에 관하여, 신고된 채권에 대하여는 재건계획에서 정하는 바에 따라서만 변제를 받을 수 있고 신고되지 아니한 채권에 대하여는 재건계획의 기간내에는 변제 기타 이를 소멸시키는 행위를 할 수 없도록 하는 방안을 제시하고 있다.

7) 再建計劃의 履行擔保

현행의 和議節次에서는 履行確保手段이 불충분하다는 점이 문제점으로 지적되고 있는데, 재건형도산절차에서도 재건계획의 이행을 어떻게 절차적으로 확보할 것인가가 중요한 문제이다.

개정검토사항에서는 신재건형절차에 있어서의 재건계획의 이행확보방법에 관하여 다음과 같은 세가지 방안을 제시하고자 한다.

첫번째 방안은 현재의 회사정리절차(상법 제399조)나 회사갱생절차(회사갱생법 제272조)와 마찬가지로 재건계획의 인가후에도 법원에 의한 감독을 계속하여 재건계획이 이행되거나 이행되는 것이 확실하다고 인정되는 때에 절차를 종결시키는 방안이다. 이 방안에 대하여는 신재건형절차의 감독은 경영판단을 요하는 경우가 많고 절차의 이용건수가 현재의 회사갱생절차 또는 회사정리절차를 대폭 상회할 것이 예상되므로 법원에 의한 감독에는 한계가 있다거나, 법원이 감독을 계속한다면 법원에 대한 보고의무 등 채무자의 절차적인 부담이 커지는데 과연 중소기업 등을 대상으로 하는 재건형절차에 타당한가라는 의문이 제기될 수 있다.

두번째 방안은 재건계획의 이행확보가 무엇보다도 이행과 관련하여 이해관계자가 가장 큰 채권자에 의하여 행하여져야 할 것이라는 관점에서, 현재의 화의절차와 마찬가지로 재건계획의 인가에 의하여 절차가 종료되고 법원에 의한 특별한 이행 감독 등은 없지만 채무자가 재건계획에 따른 이행을 하지 아니하는 경우에는 채권자 등 이해관계인의 신고에 의하여 재건계획을 취소할 수 있도록 함으로써 간접적으로 이행확보를 도모하도록 하는 방안이다. 이 방안은 현행 화의절차의 경우 화의취소(화의법 제64조 및 파산법 제322조)의 요건이 엄격하지 아니하여 실효성을 결하고 있다는 지적이 있으므로 그 요건을 완화하는 것을 전제로 하고 있다.

세번째 방안은 두번째 방안을 원칙으로 하면서 ① 管理人(가칭)이 선임된 경우에는 재건계획의 인가후에도 재건계획이 이행되거나 이행되는 것이 확실하다고 인정될 때까지 절차를 종료하지 아니하고 管理人(가칭)이 계속 관리하도록 하고, ② 監督委員(가칭)이 선임된 경우에는 재건계획의 인가후 일정기간(예컨대 3년간) 동안 절차를 종료하지 아니하고 그 기간동안 監督委員(가칭)이 계속 감독하도록 하는 방안이다.

8) 新再建型節次와 和議節次 및 會社整理節次의 關係

신재건형절차와 화의절차 및 회사정리절차의 관계에 있어서, 개정검토사항에서는 신재건형절차를 새로이 도입하는 경우 현행 재건형도산절차인 화의절차와 회사정리절차를 존속시킬 필요는 없다고 보아 이들 절차를 폐지하는 방안과 신재건형절차를 도입하더라도 회사정리절차는 전채권자의 개별적 동의를 기초로 하는 절차라는 점에서 존재의의가 있다고 보아 화의절차만을 폐지하는 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

Ⅲ. 個人에 대한 倒産節次

1. 個人債務者更生節次

현행의 도산법제도에서 경제적 파탄에 직면한 個人債務者가 이용할 수 있는 도산절차로는 파산절차와 화의절차가 있다. 그러나 和議節次에 있어서는 ① 개시원인이 파산원인과 동일하여 절차를 이용할 수 있는 시기가 지체되고, ② 신청과 동시에 화의조건을 제시하는 것이 용이하지 아니하며, ③ 정리위원 및 관재인의 보수에 대한 부담이 적지 아니하다. 이러한 이유들로 인하여 화의절차는 개인채무자의 도산사건에 적합하지 아니하다는 지적이 있고, 실무상으로도 개인채무자에 의하여는 거의 이용되지 아니하고 있다. 따라서 현행 도산법제도하에서 경제적 파탄에 직면한 개인채무자가 현실적으로 이용할 수 있는 도산절차는 파산절차뿐이고 최근 그 신청건수가 현저하게 증가하고 있는 실정이다.

개정검토사항에서는 개인채무자로 하여금 파산절차에 의하지 아니하고 경제생활을 도모할 수 있도록 하는 절차를 창설한다는 관점에서, 절차개시후 일정기간내의 채무자의 수입을 변제자산으로 하여 채무의 일부를 변제하고 잔여채무를 면제하는 절차(個人債務者更生節次(가칭))의 도입방안을 제시하고 있다.

1) 管轄法院

개정검토사항에서는 개인채무자갱생절차의 사물관할에 관하여, 현행법상 파산절차 및 화의절차의 관할법원인 地方法院의 관할로 하는 방안과 현행법상 개인채무자갱생절차와 동일한 기능을 가진 대금업관계 등의 조정절차의 관할법원인 簡易法院의 관할로 하는 방안³²⁾을 선택적으로 제시하고 있다.

2) 節次의 開始

개정검토사항에서는 개인채무자갱생절차의 신청권에 관하여, 이 절차가 절차개시후의 수입 등을 변제자산으로 하는 것이고 채무자의 자발적인 노력이 중요한 요

32) 후자의 방안에 있어서는 사건의 복잡성 등으로 인하여 간이법원의 관할로 하는 것이 적합하지 아니하다고 판단되는 때에는, 당해 간이법원이 그 소재지를 관할하는 지방법원으로 사건을 이송할 수 있도록 하는 방안을 추가적으로 제시하고 있다.

소로 작용하므로 債務者만을 이를 신청할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다. 또한 이 절차의 신청원인을 파산원인인 '支給不能'으로 하는 것은 적절한 시기를 놓치게 될 가능성이 있으므로, 상법 제381조제1항 및 회사更生법 제30조제1항 후단의 경우처럼 '지급불능의 우려가 있을 것'을 신청원인으로 하는 방안과 동향 전단의 경우처럼 '개인의 생활에 현저히 지장을 초래함이 없이는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없을 것'을 신청원인으로 하는 방안을 제시하고 있다.

3) 節次의 利用者

개정검토사항에서는 개인채무자更生절차의 이용자에 관하여 다음과 같은 세가지 방안을 제시하고 있다.

첫번째 방안은 절차개시후의 수입 등을 변제자산으로 하여 일정한 변제를 행할 것을 요하므로 이용자를 장래 定期的 收入을 발생시킬 가능성이 있는 개인으로 하는 방안이다.

두번째 방안은 첫번째 방안에 해당되더라도 개인인 사업자가 재건을 도모하고자 하는 경우에는 신재건형절차에 의하는 것이 상당하다는 관점에서, 개인채무자 중 사업자인 개인을 제외하고 消費者만이 이 절차를 이용할 수 있도록 하는 방안이다.

셋번째 방안은 첫번째 방안 또는 두번째 방안을 취하면서 채무자의 債務總額上 限을 정함으로써 이용자를 제한하는 방안이다.

4) 節次의 效力

개정검토사항에서는 채권자의 강제집행 등 個別的 權利行使에 대한 개인채무자更生절차의 효력에 관하여 ① 파산절차와 동일하게 강제집행 및 보전처분을 금지하는 효력이 발생하도록 하는 방안, ② 채무자의 경제생활의 재건을 도모하기 위하여는 담보권의 실행에 대하여도 일정한 제약을 가할 필요가 있다는 관점에서 ①의 효력에 더하여 담보권의 실행을 금지하는 효력도 발생하도록 하는 방안 및 ③ 채권자의 사실상 징수행위도 제한한다는 관점에서 ①의 효력에 더하여 정당한 이유 없이 채무의 이행을 청구하는 행위도 금지하는 방안을 제시하고 있다.

또한 위와 같은 채권자의 개별적 권리행사의 금지의 효력은 파산절차의 경우 파산선고에 의하여 발생하는 것이고, 이를 개인채무자更生절차(가칭)에 동일하게 적용한다면 절차개시의 결정에 의하여 개별적 권리행사의 금지의 효력이 발생할 것

이다. 그러므로 개정검토사항에서는 채권자의 개별적 권리행사를 일반적으로 금지하는 포괄적인 보전처분을 인정하는 방안과 신청에 의하여 당연히 개별적 권리행사의 금지의 효력이 발생하는 이른바 自動停止制度를 도입하는 방안도 제시하고 있다.

5) 債務者의 財産에 대한 管理 및 處分의 權限

개인채무자갱생절차는 개인의 경제생활의 간이·신속한 재건을 목적으로 하는 절차에 소요되는 비용을 줄임과 동시에 채무자 자신이 의욕을 가지고 채무의 일부를 변제한 이상 경제생활의 재건을 도모한다는데 그 취지가 있다.

개정검토사항에서는 이 절차가 개시되더라도 채무자의 재산의 관리 및 처분권한에 영향을 미칠 수 없도록 하는 방안을 제시함과 동시에 이 방안을 전제로 하면서도 調整委員(가칭)이 선임된 경우에는 일정한 사항에 대하여 조정위원의 동의를 요하도록 하는 방안과 채권자의 이해에 관계되는 중요한 행위에 대하여는 법원의 감독을 받도록 한다는 취지에서 일정한 사항에 대하여는 법원의 허가를 요하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

6) 債權의 調査

개인채무자갱생절차에서는 채권의 조사도 간편한 방법으로 하도록 함으로써 이에 소요되는 비용이 절감되도록 하여야 할 것이다. 개정검토사항에서는 다음과 같은 간편한 절차에 의하여 채권을 조사하는 방안을 제시하고 있다.

우선 채무자는 이 절차의 신고기간내에 債權者名簿(채권자, 채권액 및 채권의 발생원인을 기재한 것)를 제출하여야 하고, 법원은 채권자명부에 기재된 채권자에게 절차를 개시한 취지 및 채권자명부의 내용을 통지한다. 그리고 절차개시의 공고후 일정기간을 債權申告期間 및 異議申請期間으로 두어, 채권자명부에 기재되어 있지 아니한 채권자는 이 기간내에 채권을 신고하고 채권자명부에 기재되어 있는 채권자는 채권자명부의 기재와 다른 내용을 주장하는 경우에만 채권을 신고하게 한다. 이와 같은 절차를 거쳐 다른 채권자 또는 채무자의 이의가 없는 채권은 채권자명부의 기재 또는 채권의 신고로 확정하고 이의가 있는 채권은 심사 등 적절한 조치를 취하여 법원이 결정으로 이를 확정하도록 한다.

7) 調整委員(가칭)

개인채무자갱생절차는 전술한 바와 같이 채무자가 재산의 관리 및 처분권한을 잃지 아니할 것을 예정하고 있다. 그러나 채무자의 일정행위에 대한 감독 또는 채무자의 재산에 대한 조사 등이 필요한 경우, 채무자만으로는 변제계획안을 작성하는 것이 곤란하다고 판단되는 경우 기타 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 제3자적인 입장에 있는 기관을 선임할 필요가 있다. 개정검토사항에서는 이와 같은 기관으로서 調整委員(가칭)을 선임할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다. 이 방안을 채용하는 경우에는 조정위원회 대한 보수 등 비용의 지급방법(예컨대 신청인에게 예납시키고 장래의 수입 중에서 우선적인 회수하도록 하는 방법 등) 및 적절한 자를 조정위원으로 선임할 수 있도록 하는 방법도 검토되어야 할 것이다.

8) 辨濟計劃案의 作成 및 成立

개정검토사항에서는 개인채무자갱생절차의 辨濟計劃案은 신고후 일정기간내에 작성하면 족하고, 그 작성자는 채무자로 하면서 조사위원이 선임되어 있는 경우에는 그 보조를 받도록 하는 방안을 제시하고 있다.

또한 개정검토사항에서는 辨濟計劃의 成立要件과 관련하여, 이 절차의 성격을 감안하여 보다 간이·신속하게 성립을 도모할 필요가 있는 한편 채권자의 이익을 확보할 필요도 있다는 관점에서 다음 세가지의 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

첫번째 방안은 法院의 認可만으로 변제계획이 성립하도록 하는 방안이다. 이 방안을 채용하는 경우에는 채권자의 일반적 이익을 충분히 확보하기 위하여 변제계획안의 인가요건을 가능한 한 구체적이고 명확하게 규정할 필요가 있다. 두번째 방안은 변제계획의 성립에 채권자의 의향을 반영시키기 위하여 債權者의 法定多數의 同意를 얻은 변제계획안을 법원이 인가한 때에 변제계획이 성립하도록 하는 방안이다. 이 방안을 채용하는 경우 채권자의 동의를 얻는 전형적인 방법으로는 債權者集會에 의하는 방법을 들 수 있는데, 절차를 간이·신속하게 진행하기 위하여는 書面에 의한 決議 등으로 이에 갈음할 수 있도록 하는 방법도 고려되어야 할 것이다. 세번째 방안은 채권자의 법정다수의 동의를 요하지는 않지만 법원이 인가 여부를 결정하기에 앞서 債權者로부터 변제계획안에 대한 意見을 聽取하도록 하는 방안이다.

나아가 법원이 변제계획안을 인가하기 위한 요건과 관련하여, 이 절차의 취지에 비추어 일정기간(計劃期間) 繼續적으로 辨濟를 행할 것 및 채권자 간에 實質의인 平等이 유지될 것이 요구되는 것은 당연하다고 할 것이다. 이에 더하여 개정검토 사항에서는 변제계획에 기초한 변제총액의 정도 즉, 계획기간내에 구체적으로 어느 정도의 금액의 지급이 필요한가에 대하여 다음과 같은 세가지 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

첫번째 방안은 변제계획에 기초한 辨濟總額이 '파산절차에서 채무자의 총자산을 환가한 경우의 豫想配當總額'을 하회하지 아니하도록 하는 방안이다. 이 방안은 파산재단의 범위를 파산선고시 채무자에게 속하는 재산으로 한정하는 방법(固定主義)을 취하고 있는 현행 파산절차에 있어서 청산을 행한 경우와 동일한 변제액을 최저보장액으로 한다.

두번째 방안은 변제계획에 기초한 변제총액이 '파산절차에서 채무자의 총자산을 환가한 경우의 豫상배당총액'과 '一定金額(예컨대 법률에서 정하는 일정기간내에 예상되는 정기적 수입 중 집행가능한 부분에 상당하는 금액)' 중 많은 금액을 하회하지 아니하도록 하는 방안이다. 이러한 일정금액은 예시한 바와 같이 집행가능한 부분에 상당하는 금액으로 하지 아니하고 일정기간내에 예상되는 정기적 수입에서 일상생활에 소요되는 비용을 차감한 금액(假處分所得)으로 할 수도 있다. 또한 여기에서 말하는 一定期間은 계획기간과 일치하는 것이 아니고 계획기간보다도 짧은 기간으로 하여야 하는데, 2년분의 가치분소득에 상당하는 금액을 3년간에 걸쳐 변제하는 경우 등이 그 예이다.

세번째 방안은 변제계획에 기초한 변제총액을 '파산절차에서 채무자의 총자산을 환가한 경우의 豫상배당총액'에 '一定金額(예컨대 법률에서 정하는 일정한 기간내에 예상되는 정기적 수입 중 집행가능한 부분에 상당하는 금액)'을 가산한 금액으로 하는 방안이다. 이 방안은 파산선고후에 채무자에게 속하게 된 재산을 파산재단의 범위에 포함시키는 방법(膨脹主義)을 취한 경우와 동일한 변제액을 보장하도록 한 것이다.

9) 認可된 辨濟計劃의 效力

개정검토사항에서는 인가된 변제계획이 이 절차의 대상으로 된 채권에 대하여 가지는 효력과 관련하여, 채무자가 제출한 채권자명부에 기재되거나 신고된 채권

(計劃債權)과 채무자가 제출한 채권자명부에 기재되지 아니하고 동시에 신고되지 아니한 채권(計劃外債權)으로 나누어 방안을 제시하고 있다.

우선 計劃債權에 관하여는 변제계획의 인가가 확정된 시점에 면제의 효력이 발생하도록 하는 방안³³⁾과 변제계획의 이행을 촉구하기 위하여 변제계획의 이행을 종료하면서 면제의 효력이 발생하도록 하는 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

다음으로 計劃外債權에 관하여는 ① 계획외채권을 가지는 채권자도 공고에 의하여 절차참가의 기회가 부여된다는 것을 이유로 그 전액에 대하여 면제의 효력이 발생하도록 하는 방안, ② 공고에 의하여 절차참가의 기회를 부여하면서, 절차에 참가하지 아니한 채권자는 계획에 참가한 채권자와 동일하게 불이익을 받을 수밖에 없다는 이유로 계획채권과 동일한 권리변경의 효력이 발생하도록 하는 방안 및 ③ 계획외채권에는 원칙적으로 변제계획의 효력이 미치지 아니하지만 채권자가 절차의 개시를 알았거나 중대한 과실에 의하여 알지 못한 경우에는 채권자에게 권리행사의 의사가 있는 것으로 인정되지 아니한다는 이유로 당해 채권의 전액에 대하여 면제의 효과가 발생하도록 하는 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

10) 辨濟計劃의 履行確保

개정검토사항에서는 성립한 변제계획의 이행확보방법에 관하여, 임의적으로 선임하는 감독기관을 두어 이행확보를 도모하는 방안과 특별한 감독기관을 두지 아니하고 이행을 태만히 한 경우에 과해지는 법적 효과(예컨대 변제계획에 따라 이행을 완료하지 아니하는 경우 면제의 효력이 발생하지 아니하도록 하는 것 등)에 의하여 채무자의 자발적인 의사에 기초한 변제가 행하여지도록 하는 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

11) 擔保權附債權의 取扱

개정검토사항에서는 개인채무자갱생절차에서 擔保債權을 어떻게 취급할 것인가에 관하여, 파산절차에서 별제권을 행사할 수 있는 채권자는 파산절차에서와 동일하게 이 절차에 의하지 아니하고 그 담보권을 행사할 수 있도록 하는 방안과 그와 같은 방안을 원칙으로 하면서 담보권의 실행을 자유롭게 인정함으로써 인하여 채무자의 경제생활의 재건이 곤란하게 된 경우 채무자가 담보채권자와 협의할 수 있는

33) 이 방안을 취하는 경우에는 변제계획의 인가후 계획의 불이행이 있는 경우에 免除의 效力이 없어지는가 그렇지 아니한가에 따라 다시 두가지 방안으로 나누어진다.

여지를 부여하기 위하여 법원이 채무자의 신청에 의하여 상당한 기간을 정하여 담보권의 실행의 중지 또는 정지를 명할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

담보채권 중에서도 이른바 住宅擔保債權의 경우에는 담보권이 실행된다면 채무자는 생활의 기반인 주택을 명도할 수밖에 없다. 그러므로 개정검토사항에서는 채무자로 하여금 주택을 유지하도록 한다는 사회정책적 견지에서 예외적인 취급을 인정하여, 주택담보채권에 대하여 '약정한 분할지급을 계속함과 동시에 과거의 불이행분을 계획기간내에 지급할 것'을 내용으로 하는 변제계획이 성립한 때에는 채무자는 당해 채권에 대하여 기한의 이익을 상실하지 아니하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

12) 個人債務者更生節次와 清算型節次와의 關係

개인채무자갱생절차를 도입하는 경우에는 이 절차와 個人을 대상으로 하는 清算型節次(현행의 破産·免責節次)와의 관계가 문제된다. 개정검토사항에서는 양절차를 병존시키는 것으로 하는 방안과 양절차를 일원적으로 운용하는 방안으로 나누어서 각각에 대하여 두가지의 방안(합계 4가지 방안)을 선택적으로 제시하고 있다.

첫번째 방안은 양절차를 병존시키면서 채무자에게 양절차 중 어느 것을 신청하도록 선택권을 부여하는 방안이다. 이 방안은 도산절차의 선택에 관하여 특별한 제한을 두지 아니하는 현행법제도와 동일한 입장이다.

두번째 방안은 양절차를 병존시키면서 장래의 정기적 수입의 전망이 있는 자는 개인채무자갱생절차만을 이용하게 하고 장래의 정기적 수입의 전망이 없는 자는 청산형절차만을 이용하도록 함으로써 채무자의 장래의 정기적 수입의 유무에 의하여 양절차의 이용자를 분리시키는 방안이다.

세번째 방안은 양절차를 연속적인 절차로 운용하여 우선 개인채무자갱생절차를 진행하게 하고 이 절차에서 채무를 면제받지 못한 채무자(이 절차를 이용할 수 없는 채무자를 포함한다)에 대하여는 청산형절차에 의하여 면책을 받도록 하는 방안이다. 이 방안은 채무자의 자발적인 노력을 요하는 개인채무자갱생절차에 의하여 경제생활의 재건을 도모할 수 있는 자는 우선 이 절차의 이용을 시도하게 하려는 발상에 기초한 것이다.

네번째 방안은 양절차를 연속적인 절차로 운용하여 우선 청산형절차를 진행하게 하고 채무자의 자산의 환가 및 배당을 행한 후(환가하여야 할 자산이 없는 채무자

에 대하여는 그 점을 확인한 후), 원칙적으로 면책을 부여하지만 예컨대 법률에서 정하는 일정금액이상의 정기적 수입의 전망이 있는 경우 등에는 예외적으로 개인 채무자갱생절차를 거쳐 채무의 일부를 변제한 후에 잔여채무를 면제받도록 하는 방안이다. 이 방안은 경제적인 파탄에 직면한 채무자는 원칙적으로 청산형절차에 의하여 면책을 받아 경제생활의 재건을 도모하여야 하지만, 일정금액이상의 정기적 수입의 전망이 있는 채무자 등에 대하여는 사회통념상 청산형절차에 의하여 바로 면책을 부여하는 것이 타당하지 아니하다는 관점에서 개인채무자갱생절차를 거치지 아니하고는 채무의 면제를 받을 수 없도록 한다는 발상에 기초한 것이다.

2. 破産節次 및 免責節次

법인의 파산절차에 관한 개정검토사항에 관하여는 앞서 설명하였는데, 그러한 사항들은 그 성질상 적용의 여지가 없는 것을 제외하고는 개인의 파산절차 및 면책절차에 대하여도 동일하게 적용할 수 있다. 그러므로 이하에서는 개인의 파산절차 및 면책절차에 관한 고유한 개정검토사항에 대해서만 설명한다.

1) 破産者 自身에 의한 清算

파산재단에 속한 재산이 金錢債權만 있는 경우에는 그 환가가 용이할 것이므로 파산관재인을 선임하지 아니하고 파산자 자신이 청산을 할 수 있도록 하더라도 그러한 청산이 일반적으로 채권자의 이익을 해하는 것은 아니며 절차비용을 절감시키는 효과를 달성할 수 있을 것이다. 개정검토사항에서는 파산재단에 속한 재산이 금전채권만 있는 경우에는 법원이 파산관재인을 선임하지 아니하고 파산자 자신이 파산재단에 속하는 재산을 환가하여 청산할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

2) 破産財團

파산절차는 포괄집행절차로서의 성격을 가지므로 파산법에서는 강제집행에서 압류할 수 없는 재산을 自由財産으로 하고 있다(동법 제6조제3항). 그러나 이에 대하여는 채무자의 경제생활의 재건을 용이하게 한다는 관점에서 사안에 따라 자유재산의 범위를 유연하게 정하거나 파산법에서 독자적으로 자유재산의 범위를 정하여야 한다는 견해가 있다. 개정검토사항에서는 자유재산의 범위에 관하여 ① 파산

법에서의 자유재산의 범위를 民事執行節次에서의 押留禁止財産의 범위와 일치시키는 것을 전제로 하여 사안에 따라 보다 유연하게 자유재산의 범위를 변경할 수 있도록 民事집행절차에서의 압류금지재산의 범위의 변경(民事집행법 제132조 및 제153조 참조)과 동일한 절차를 도입하는 방안과 ② 통상의 民事집행절차에서의 압류금지재산의 개념과는 별도로 파산절차 독자의 관점에서 자유재산의 범위를 정하는 방안을 제시하고 있다. ②의 방안을 취하는 경우에는 자유재산의 범위를 구체적으로 어떻게 정할 것인가를 다시 검토하여야 할 것이다.

3) 免責

(1) 破産節次와 免責節次의 一體化

파산법에서는 파산절차와 면책절차는 별개의 절차로 하고 있다. 이에 대하여는 개인의 파산신청의 대부분은 면책을 최종적인 목적으로 하고 있는 실정이므로 면책을 받기 위하여 별개의 신청을 하도록 하는 것은 불필요한 절차라는 지적이 있다. 더욱이 同時廢止決定이 확정되면서부터 免責決定이 확정되기까지의 기간중에 채권자가 파산자에 재산에 대하여 강제집행을 할 수 있다는 점이 채무자의 새로운 출발을 방해하고 있다는 지적도 있다. 개정검토사항에서는 채무자가 면책을 희망하지 아니한다는 취지의 의사표시를 하지 않는 한 파산의 신청은 당연히 면책의 신청을 포함하는 것으로 보아 破産節次와 免責節次를 일체의 절차로 하는 방안을 제시하고 있다.

(2) 條件附免責

실무상으로 법원은 免責不許可事由가 존재한다는 사실을 알게 된 때에는 채무자에 대하여 일정기간내에 파산채권의 일부를 임의로 변제하도록 지시하고 이것이 이행된 경우에는 裁量免責을 부여하고 있다. 개정검토사항에서는 이와 같은 운용을 법제도에 도입시킨다는 관점에서, 법원은 면책을 허가하는 경우에 일정한 조건(예컨대 일정기간내에 일정금액을 변제하는 등)을 부가할 수 있고 그 조건이 충족된 때에는 면책의 효력이 발생하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

(3) 一部免責

실무상으로 법원은 면책절차를 사안에 따라 탄력적으로 취급할 필요가 있다는 관점에서 채무의 일부(예컨대 일정비율)에 대해서만 면책을 허가하는 경우가 있

다. 이와 같은 운용에 대하여는 법령상 근거가 명확하지 아니하다는 비판과 함께 면책불허가사유가 있는 경우에도 면책을 전부 불허하지 아니하고 일부면책을 인정하는 것이 채무자에게 이익이 되므로 법률로 명문화하여 일부면책을 인정하여야 한다는 견해도 있다. 개정검토사항에서는 법원이 면책을 허가하는 경우 一定比率에 대해서만 免責을 許可할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

(4) 簡易免責節次

파산법에 의하면 법원은 파산자에 대한 심의 등을 행하고 면책불허가사유의 존부 등 免責要件을 審査한 다음 면책의 허부를 결정하여야 한다(파산법 제366조의4, 제366조의5 및 제366조의9). 그러나 모든 채권자가 채무자의 면책에 이의가 없는 경우에도 이와 같은 엄격한 절차를 거치는 것은 절차를 필요이상으로 복잡하게 하여 채무자가 신속하게 면책받는 것을 방해한다는 지적이 있다. 개정검토사항에서는 채권자가 채무자의 면책에 이의가 없는 경우에는 법원에 의한 요건심사를 행하지 아니하고 간이·신속하게 채무자의 면책을 허가할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

IV. 國際倒産

최근 경제활동의 국제화의 진전으로 국제적 요소를 내포하고 있는 도산사건이 큰 폭으로 증가하고 있다. 개정검토사항에서는 국제도산사건에 적절하게 대응할 수 있도록 도산법제도를 정비하여야 한다는 취지에서 다음과 같은 방안을 제시하고 있다.

1. 國際倒産의 管轄

국제적인 도산사건이 일본의 법원에 신청된 경우 그 법원이 도산사건을 심리하기 위하여는 일본의 법원이 그 사건에 대하여 國際倒産管轄權을 가져야 한다. 그러나 현행 도산법제도에서는 국제도산의 관할에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 아니하다.

개정검토사항에서는 채무자의 경제적 파탄상태를 법적으로 처리하는 도산사건의 본질에 관련하여, 채무자가 가지는 자산 및 부채와 가장 밀접한 관계가 있는 장소에서 도산사건을 처리하는 것이 채무자 기타 이해관계인의 공평 및 절차의 적정·

신속에 이바지한다는 취지에서, '債務者의 주된 經濟的 利害關係의 中心地'가 일본에 있는 경우에는 일본의 법원이 국제도산의 관할권을 갖도록 하는 방안을 제시하고 있다. 또한 이에 더하여 개정검토사항에서는 '채무자의 주된 경제적 이해관계의 중심지'가 일본내에 존재하지 아니하는 경우라도 채무자가 일본내에 재산을 가지고 있는 때에는 당해 재산으로부터의 채권의 회수를 기대하고 있는 채권자의 이익을 확보하기 위하여 일본의 법원에 국제도산의 관할권을 인정하는 방안도 제시하고 있다.

2. 倒産節次의 國際的 效力

1) 日本倒産節次의 對外的 效力

파산법은 제3조에서 파산선고의 효력은 채무자의 외국에 있는 재산에는 미치지 아니하고 외국에서의 파산선고의 효력은 채무자의 일본에 있는 재산에 미치지 않는 취지를 정하고 있으며, 회사개생법도 제4조에서 동일한 취지를 규정을 두고 있다.

이와 같이 일본의 도산법제도는 도산절차의 국제적 효력에 관하여 엄격한 屬地主義를 채용하고 있다. 그러나 이와 같은 엄격한 속지주의하에서는 예컨대 채무자의 국외재산을 어떤 방법으로 관재인 등의 관리하에 둘 수 있는가가 명확하지 아니할 뿐만 아니라 채무자가 해외에 재산을 은닉할 가능성이 있는 등 불합리한 경우가 발생한다. 국제적 거래가 활발하게 행해지고 있는 오늘날에 있어서는 국제도산에 적절하게 대응하기 위하여 입법화를 시도하고 있는 나라도 있고 국가간의 조약을 체결하는 예도 적지 아니하다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 일본의 倒産節次의 效力 및 管財人 등의 權限이 채무자의 일본외에 있는 재산에도 미치도록 하는 방안을 제시하고 있다.

한편 일본도산절차의 대외적 효력을 인정하는 경우에는 그 효력이 미치는 재산으로부터 일부의 채권자가 따로이 변제 등을 받은 경우의 취급이 문제이다. 개정검토사항에서는 다른 채권자와의 평등을 도모한다는 취지에서, 도산절차개시후에 국외재산으로부터 변제를 받은 채권자와의 관계에 있어서는, 당해 변제가 행하여 졌다는 가정하에 일본의 도산절차에서 배당받을 금액의 한도내에서 배당을 받은 것으로 보아 일본도산절차에서의 배당액으로부터 이를 공제하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

2) 外國倒産節次の 日本에서의 效力

외국도산절차의 일본에서의 효력에 관하여는 외국도산절차가 일정한 요건을 충족하고 있는 경우 자동적으로 일본에서도 그 효력이 발생하도록 하는 방안(이른바 自動承認)과 법원의 裁判에 의하여 그 효력이 발생하도록 하는 방안을 상정해 볼 수 있다. 개정검토사항에서는 외국도산절차의 효력의 유무를 보다 명확하게 한다는 관점에서 후자의 접근방법을 채용하고, 외국도산절차에서의 관재인 등이 법원에 대하여 외국도산절차의 승인을 신청할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

또한 개정검토사항에서는 외국도산절차의 승인에 관한 사건의 管轄法院에 관하여 ① 채무자의 보통재판적의 소재지(이에 해당하지 아니하는 경우에는 압류할 수 있는 재산의 소재지)를 관할하는 지방법원의 전속관할로 하는 방안(민사집행법 제 24조제1항 참조)과 ② 외국도산절차의 승인에 관한 재판을 함에 있어서는 당해 외국도산법제도의 내용에 관한 조사 등 전문성이 요구되므로 동경지방법원 또는 오사카지방법원의 전속관할로 하는 방안을 제시하고 있다.

나아가 개정검토사항에서는 외국도산절차의 승인의 실제적 요건으로 외국도산절차가 개시된 나라에 '債務者の 주된 經濟的 利害關係의 中心地'가 있어야 한다는 점과 당해 절차를 승인함에 있어서는 公共秩序에 반하지 아니하여야 한다는 점을 제시하고 있다.

3. 國際並行倒産

동일한 채무자에 대하여 복수의 국가에 국제도산관할이 인정된 경우에는 당해 채무자에 대한 도산절차가 일본과 외국에서 병행적으로 행하여질 수 있다. 그러나 현행 도산법제도는 엄격한 屬地主義를 채용하고 있고 이와 같은 경우에 대비한 相互節次調整에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않다. 개정검토사항에서는 국제병행도산에 적절하게 대응할 수 있도록 도산법제도를 정비하기 위하여 ① '채무자의 주된 경제적 이해관계의 중심지'가 있는 외국의 도산절차가 승인된 경우에는 당해 외국에서 일원적으로 도산절차가 행해지는 것이 상당하다는 관점에서 일본에서 별도의 도산절차를 진행할 수 없도록 하는 방안과 ② ①의 방안을 취한다면 일본 내의 채권자 등에 대하여 외국도산절차에 참가할 것 강요하는 결과가 되므로 이를 완화하고 국내의 채권자 등의 이익을 도모하기 위하여 일본에서도 병행적으로 도

산절차를 진행할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다. ②의 방안을 채용하여 국제병행도산을 인정하는 경우에는 외국도산절차의 효력과 일본도산절차의 효력이 상호 저촉되므로 이의 조정에 관한 구체적인 기준이 마련되어야 할 것이다.

또한 개정검토사항에서는 국제병행도산이 발생한 경우의 配當의 調整에 관하여는, 전술한 방안을 채용하여 채권자가 외국의 도산절차에서 배당을 받은 경우에는 일본의 도산절차에서 배당받을 수 있는 금액을 한도로 하여 이미 배당을 받은 것으로 보는 방안을 제시하고 있다.

4. 外國人 또는 外國法人의 倒産節次上的의 地位

파산법은 제2조에서 외국인 또는 외국법인의 본국법이 일본인 또는 일본법인에게 동일한 지위를 부여하고 경우에는 당해 외국인 또는 외국법인은 파산에 관하여 일본인 또는 일본법인과 동일한 지위를 가진다고 하는 이른바 相互主義를 채용하고 있다. 그러나 파산법보다 후에 제정된 회사갱생법에서는 상호주의를 채용하고 있지 아니하고, 상호주의가 破産能力에도 적용된다고 보는 경우에는 일본의 채권자에게 오히려 불이익한 결과가 초래될 수도 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 파산법 제2조의 단서를 삭제하여 외국인 또는 외국법인은 파산절차에 관하여 일본인 또는 일본법인과 동일한 지위를 갖도록 하는 방안을 제시하고 있다.

V. 倒産實體法

1. 法律行爲에 대한 倒産節次의 效力

1) 未履行雙務契約

(1) 賃貸借契約

민법은 제621조에서 임차인이 파산한 때에는 임대차기간의 정함이 있는 경우라도 임대인 또는 파산관재인이 해약을 신청할 수 있다고 규정하고 있는데, 이에 대하여는 ① 특히 不動産賃貸借의 경우 임대인에 의한 무조건적 해약의 신청을 인정한다면 파산자의 거주기반이 박탈되고 생활의 기초가 위협을 받게 된다는 점, ② 임대인이 계속적으로 借賃을 수령해온 경우라면 임차인의 파산만을 원인으로 하여 해약의 신청을 인정할 필요가 없다는 점 등을 이유로 임차인의 파산을 원인

으로 하여 임대인이 해약을 신청하는 경우에는 정당한 사유가 존재하여야 한다는 지적이 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 借地借家法이 적용되는 부동산임대차계약에 대하여는 민법 제621조의 규정에서 정하는 임대인에 의한 해약신청을 재검토할 것을 제안하고 있다.

또한 위의 경우와는 반대로 임대인에 대하여 파산선고 또는 회사갱생절차개시의 결정이 있는 경우에는 파산법 제59조 또는 회사갱생법 제103조의 규정에 의하면 도산한 임대인의 관재인이 임차인에 대하여 차임미납 등의 귀책사유가 없음에도 불구하고 임대차계약을 해제할 수 있는데, 이에 대하여는 임차인의 보호를 결하고 있을 뿐만 아니라 임차인의 재산권인 임차권이 박탈된다는 이유로 관재인에 의한 임대차계약의 해지를 제한하여야 한다는 지적이 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 對抗要件을 구비한 不動産賃借權에 대하여는 파산법 제59조 및 회사갱생법 제103조의 규정에서 정하는 관재인의 해제권을 재검토할 것을 제안하고 있다.

(2) 請負契約

민법은 제642조에서 주문자가 파산한 경우 청구인 또는 파산관재인은 계약을 해제할 수 있고, 계약이 해제된 때에는 각 당사자는 상대방에 대하여 해제에 의하여 발생한 손해배상을 청구할 수 없다고 정하고 있다. 그러나 청구인이 스스로 계약을 해제하는 경우는 별개로 하더라도 파산관재인이 계약을 해제하는 경우에는, 청구인으로서 자기에게 귀책사유가 없음에도 불구하고 청구계약이 해제되어 이미 행한 일에 대한 보수 및 이에 포함되지 아니하는 비용을 파산채권으로 행사할 수 있을 뿐이고 일을 완성시킨 경우에 받게 될 이익 등의 손해에 대하여 배상을 청구할 수 없으므로 부당하다는 지적이 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 주문자가 파산한 경우 파산관재인이 청구계약을 해제한 때에는 청구인은 損害賠償請求權을 破産債權으로서 행사할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

또한 청구인파산의 경우 청구계약에 파산법 제59조의 규정이 적용되는가에 관하여는 학설상 견해가 나누어지는데, 判例에 의하면 '당해 청구계약의 목적인 일이 그 성질상 파산자 이외의 자는 이를 완성할 수 없기 때문에 파산관재인이 파산자의 채무의 이행을 선택할 여지가 없는 경우가 아닌 한' 동조가 적용된다고 한다.³⁴⁾ 이와 관련하여 개정검토사항에서는 해석의 대립을 입법적으로 해결한다는 취지에서 위의 판례의 입장을 법문상 명시하는 방안을 제시하고 있다.

34) 最判 1987. 11. 26 民集 41卷 8號 158面.

(3) 新種契約

민법 등에서 규정하고 있는 전형계약 이외에 거래사회의 필요로 인하여 리스契約·라이센스契約 등 다양한 신종계약이 생겨나고 있고, 최근에는 금융거래분야에서 派生金融商品·劣後貸出 등에 관한 신종계약이 생겨나고 있다. 이와 같은 신종계약에 관하여는 당사자의 일방이 도산한 경우 당해 계약의 취급에 대하여 여러 해석론이 주장되고 있어 立法的 補完이 필요하다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 신종계약의 도산법상의 취급에 대한 입법적 보완을 제안하고 있다. 다만 이러한 신종계약에 대한 규정을 두는 경우에는 계약에 대한 概念定義가 가장 큰 문제로 대두될 것이라는 점을 유의하여야 할 것이다.

2) 倒産解除特約의 效力

대부분의 割賦販賣契約, 리스契約 등에는 계약의 일방당사자에게 도산절차의 원인이 발생하는 경우를 계약해제의 사유로 하는 이른바 倒産解除特約이 부가되어 있다. 이러한 도산해제특약의 도산절차에서의 유효성에 관하여는 회사갱생절차에서 ① 이러한 특약의 효력을 인정한다면 사업의 재건이 곤란하게 된다는 점 등을 이유로 특약의 효력을 부정하는 견해와 ② 이러한 특약의 효력을 인정하는 것이 부적합한 경우에는 중지명령 등으로 이를 대신하도록 하면 족하고 특약의 효력까지 부정할 필요는 없다는 견해가 대립하고 있다. 判例는 所有權留保特約附賣買契約에 도산해제특약이 부가된 사안에 대하여 회사갱생절차의 취지 내지는 목적에 비추어 그 효력을 부정한 바 있다.³⁵⁾ 이와 관련하여 개정검토사항에서는 再建型倒産節次에 있어서 도산해제특약이 사업의 계속을 위하여 불가결한 자산을 목적으로 하는 매매계약 등에 부가되어 있는 경우에는 사업의 재건을 곤란하게 하는 사태의 발생을 방지하기 위하여 특약의 효력을 부정하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

2. 각종 債權의 優先順位

1) 租稅債權

파산법은 제47조제2호 본문에서 租稅債權의 실체법상 優先性(국세징수법 제8

35) 最判 1982. 3. 30 民集 36卷 3號 484面.

조, 지방세법 제14조)을 반영하여 파산선고전의 원인에 의하여 발생하는 조세채권을 財團債權으로 규정하고 있다. 이에 대하여는 실무상으로 파산재단의 대부분이 조세채권의 만족에 충당되어 일반 파산채권에 대한 배당이 거의 행하여지지 아니하는 사례가 적지 아니하다는 점, 조세채권을 현행법규정 정도로까지 우선 시킬 합리적인 근거는 없다는 점 등을 이유로 파산선고전의 원인에 의한 조세채권을 일률적으로 재단채권으로 하는 것은 바뀌어야 한다는 지적이 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 재단채권으로 인정되는 조세채권의 범위를 제한한다는 방안³⁶⁾을 제시하고 있다.

파산선고전의 원인에 의하여 발생하는 조세채권에 대하여 파산선고후에 발생한 加算稅 등의 附加稅는 파산선고후의 파산채권의 이자 또는 채무불이행에 의한 손해배상과 실질적으로 동일한 성격을 가지므로, 개정검토사항에서는 이들 채권도 파산선고후의 파산채권의 이자 또는 채무불이행에 의한 손해배상과 동일하게 後順位 破産債權으로 하는 방안을 제시되고 있다.³⁷⁾

파산법은 제47조제2호 단서에서 파산선고후의 원인에 의하여 발생하는 조세채권 중 재단채권으로 되는 것은 '파산재단에 관하여 발생한 것에 한한다'라고 규정하고 있다. 判例는 이 규정에 대하여 '동호 단서는 파산재단을 관리함에 있어 당연한 지출을 요하는 경비에 속하고 공익적인 지출로서 파산채권자가 공동부담하는 것이 상당한 것인 한 이를 재단채권으로 본다는 취지이고, 파산재단에 관하여 발생한 청구권이란 파산재단을 구성하는 재산의 소유·환가의 사실에 기초하여 부과되거나 그 재산으로부터 발생하는 수익 자체에 대하여 부과되는 조세 기타 파산재단의 관리상 당연히 그 경비로 인정되는 공과금을 말한다'라고 해석하고 있다.³⁸⁾ 이와 관련하여 개정검토사항에서는 위 판례의 견해 즉, '破産財團에 관하여 발생한 請求權'의 의미를 법률에 명시함과 동시에 재단채권으로 하지 아니하는 부분은 이를 後順位 破産債權으로 하는 방안을 제시하고 있다.

파산선고후 재단채권으로 되는 조세채권에 기초하여 새로이 滯納處分을 할 수 있는가에 관하여는 적극설과 소극설이 대립하고 있는데, 判例는 이에 대하여 파산법 제71조제1항의 반대해석, 달리 체납처분을 인정할 명문의 규정이 없다는 점

36) 이러한 방안으로는 구체적으로 예금적 성격을 가지는 租稅債權에 한하여 財團債權으로 하는 방안과 일정시기 이후에 納付期限이 도래하는 것에 한정하여 재단채권으로 하는 방안 등이 있다.

37) 日本 破産法 제46조제1호 및 제2호 참조.

38) 最判 1987. 4. 21 民集 41卷 3號 329面.

등을 이유로 하여 파산선고후 새로이 채납처분으로 할 수 없다고 해석하고 있다.³⁹⁾ 이와 관련하여 개정검토사항에서는 재단채권인 조세채권에 기초하여 파산선고후 새로이 채납처분을 개시할 수 없다는 판례의 견해를 법률에 명시하는 방안을 제시하고 있다.

2) 勞動債權

파산절차에 있어서는 '일반의 선취특권 기타 일반의 우선권이 있는 파산채권'은 優先的 破産債權으로 취급된다(파산법 제39조). 한편 민법은 제308조에서 고용인의 급료의 선취특권의 범위를 최후 6월간의 급료로 하고 있는데 대하여, 상법은 제295조에서 주식회사와 그 사용인간의 고용관계에 기초하여 발생한 채권에 대하여 선취특권이 인정되는 범위를 한정하고 있지 아니하다. 이에 대하여는 勞動債權의 보호라는 관점에서 본다면 사용자가 주식회사인 경우와 그외의 경우에 있어서 선취특권이 발생하는 범위를 구별할 합리적 이유는 없다는 지적이 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 ① 고용인의 급료의 선취특권의 대상이 되는 범위에 기간의 제한을 두지 아니하는 방안, ② ①의 방안을 취하면서 회사갱생법 제119조 및 제119조의2와 동일하게 일정기간의 미지급급료채권 및 퇴직수당에 대한 청구권 중 일정기간의 급료상당액 또는 일정비율의 금액은 재단채권으로 하고 그밖의 노동채권은 우선적 파산채권으로 하는 방안, ③ 노동채권의 보호를 강조하는 관점에서 전액을 재단채권으로 하는 방안을 선택적으로 제시하고 있다.

또한 통상적으로 임금은 사용인의 유일한 수입원이므로 도산절차가 개시된 경우에 있어서도 그 이전에 발생한 임금은 가능한 한 조기에 지급되어야 하지만, 현행 파산절차에 의할 경우 우선적 파산채권인 노동채권의 지급을 받으려면 中間配當이라는 절차를 거쳐야 한다. 그러나 이 방법은 절차적으로 번잡할 뿐만 아니라 사용인에 대하여 적시에 지급이 행하여질 수 없다는 문제가 있다. 아울러 회사갱생절차의 경우 공익채권이 아닌 未支給賃金債權은 원칙적으로 갱생계획에 의하여 변제되므로 조기의 지급은 더욱 어렵다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 일반의 선취특권인 노동채권에 대하여는 상당한 금액의 범위내에서 법원의 허가를 얻어 수시로 변제할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

39) 最判 1970. 7. 16 民集 24卷 7號 879面.

3) 租稅債權 및 勞動債權 이외의 倒産節次에 있어 각종 債權

파산법상 무이자확정기한부채권의 파산선고시부터 기한까지의 중간이자액에 상당하는 부분은 후순위 파산채권이고(동법 제46조제5호), 채권자는 파산채권을 신고함에 있어 후순위 파산채권으로 되는 부분은 이를 따로 구분하여 신고하도록 하고 있다(동법 제228조제1항). 실무상으로 無利子確定期限附債權의 전형적인 예는 만기가 파산선고후에 도래하는 어음債權인데, 파산선고시부터 만기까지의 中間利子에 상당하는 금액을 일수로 계산하는 것이 번잡할 뿐만 아니라 신고채권자 및 신고채권에 대하여 이의를 제기하여야 하는 파산관재인 입장에서는 이러한 계산이 적지 않은 부담으로 작용한다는 지적이 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 ① 무이자확정기한부채권의 파산선고시부터 기한까지의 중간이자액에 상당하는 부분을 후순위 파산채권으로 취급하지 아니하는 방안과 ② 파산채권으로의 취급을 유지하면서 계산방법을 간이화하는 방안을 제시하고 있다.

또한 파산절차 및 회사갱생절차에서 채권자가 파산자 또는 갱생회사의 모회사 또는 內部者⁴⁰⁾인 경우에는 형식적으로 채권액 정도의 권리행사를 인정하는 것이 다른 채권자와의 관계에서 공평하다는 지적이 있다. 外國의 立法例를 보면 이들의 채권을 본래의 순위보다 劣後的으로 取扱하는 예도 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 파산절차 및 회사갱생절차에 있어서 母會社 또는 內部者의 債權을 後順位 破産債權 또는 後順位 更生債權으로 하는 방안을 제시하고 있다. 이 방안을 취하는 경우에는 ① 열후적 취급을 인정하는 채권자의 범위를 모회사로 한정하는 것이 타당한가, ② 內部者를 법문상 어떻게 정의할 수 있는가, ③ 어떤 종류의 채권을 열후적으로 취급할 것인가 등에 대한 검토가 있어야 할 것이다.

3. 否認權

현행의 파산절차 및 회사갱생절차에서는 지급정지 또는 도산절차개시의 신청이 있는 후 및 그 전의 일정기간내에 행하여진 행위를 부인의 대상으로 하고 있다(危機否認, 파산법 제72조제2호 내지 제4호 및 회사갱생법 제78조제1항제2호·제3호). 그러나 실제적으로는 현행법에서 부인을 인정하고 있는 시기보다도 조기에 도산자가 실질적인 위기상태에 있는 경우가 많다는 지적이 있다. 이와 관련하여

40) 內部者란 채무자의 理事 기타 채무자와 밀접한 관계에 있는 자를 말한다.

개정검토사항에서는 위기부인의 대상이 되는 행위의 범위를 도산절차개시의 신청 전의 일정기간내에 행하여진 행위로 확장할 것을 제안하면서, 그 구체적인 방안으로 60일내로 하는 방안, 90일내(상법 제311조의2 참조)로 하는 방안 및 6개월내(파산법 제72조제5호 참조)로 하는 방안의 3가지를 제시하고 있다.

또한 위기부인의 대상에 관하여 현행법에서는 파산자가 행한 행위(파산법 제72조제2호 내지 제4호 참조) 또는 회사가 행한 행위(회사개생법 제78조제1항제2호·제3호 참조)로 정하고 있는데, 위기부인의 대상이 되는 행위가 채무자의 행위로 한정되어야 하는가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 해석상의 의견대립을 입법적으로 해결한다는 관점에서 위기부인의 대상을 채무자의 행위로 한정하지 아니하는 방안을 제시하고 있다.

4. 擔保權의 取扱

1) 動産賣買先取特權

동산매매계약의 매도인은 동산의 대가 및 이자에 대하여 당해 동산에 선취특권을 가진다(민법 제322조). 그러나 동산의 매도인이 도산한 경우 당해 동산의 매도인이 동산매매의 선취특권을 행사하여 담보권실행의 방법으로 경매를 개시함에 있어서는 그 동산을 제출하거나 그 동산의 점유자의 압류승락을 입증하는 문서를 제출하여야 하는데(민사집행법 제190조), 채무자가 그 동산을 점유하고 있는 경우에는 현행법상 이와 같은 요건을 구비하기 위한 실효적인 방법이 존재하지 아니한다는 지적이 있다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 채무자가 점유하는 동산에 대한 動産賣買의 先取特權에 관하여 그 행사방법에 관한 규정을 정비할 것을 제안하고 있다.

2) 非典型擔保

파산법 제88조 및 회사개생법 제63조에서는 양도담보권자가 도산한 경우 양도담보설정자는 목적물의 양도가 담보목적이라는 이유로 목적물의 반환을 청구할 수 없다는 취지를 정하고 있다. 이러한 규정에 대하여는 양도담보권설정자가 관재인에게 피담보채권을 변제하지 아니하는 한 목적물의 반환을 청구할 수 없는 것은 당연하다는 견해가 유력하다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 양도담보권자가

도산한 경우 피담보채권이 변제 등에 의하여 소멸한 때에는 양도담보권설정자는 목적물의 반환을 청구할 수 있음을 명확하게 하기 위하여 파산법 제88조 및 회사갱생법 제63조를 삭제하는 방안을 제시하고 있다.

또한 파산절차 및 회사갱생절차에 있어서 讓渡擔保權 및 所有權留保特約附賣買契約상의 賣渡人の 權利를 반환청구권으로서 볼 것인가 아니면 별제권 또는 갱생담보권으로서 볼 것인가에 관하여 견해의 대립이 있는데, 일반적으로 이러한 권리의 실질은 담보권이므로 別除權 또는 更生擔保權으로 취급하는 것이 타당할 것이다. 이와 관련하여 개정검토사항에서는 이들 권리를 별제권 또는 갱생담보권으로 법률에 명시하는 방안을 제시하고 있다.

연구보고 98-9 日本의 倒産法

1998년 12월 26일 印刷

1998년 12월 31일 發行

發行人 徐 承 完

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 東 亞 商 社

서울특별시 서초구 양재동 90-4

전화: (02)579-0090, FAX(02)579-2381

등록번호 : 1981.8.11. 제1-a0190호

값 5,500 원

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-092-4 93360

