

倒産節次の一元化에 관한 研究

1999. 12

研究者：崔星根(研究委員)
尹榮信(首席研究員)

한국법제연구원

目次

第1章 研究의 目的 및 範圍	5
第2章 倒産節次 一元化의 總論的 考察	9
1. 倒産節次 一元化의 意義	9
2. 倒産法의 目的과 倒産節次의 一元化	10
第3章 倒産節次 一元化의 各論的 考察	15
第1節 倒産節次 一元化의 主要爭點事項	15
1. 標準的 倒産節次	15
(1) 標準的 倒産節次로서의 破産節次	15
(2) 現行 破産節次의 問題點 및 改善方案	17
2. 節次開始의 原因과 申請權者의 範圍	19
3. 自動中止制度의 導入與否	21
4. 冷却期間制度의 導入與否	23
5. 倒産節次間의 移行의 時點 및 效果	24
6. 倒産事件의 終局의 解決	26
第2節 倒産節次 一元化와 관련한 몇가지 考慮事項	32
1. 和議節次의 存廢與否	32
(1) 和議節次의 位相	32
(2) 和議節次의 存置之 必要性	35
2. 中小企業 倒産節次의 必要性	37
3. 倒産法의 單一法化	39
第4章 消費者倒産節次	41
第1節 消費者倒産法의 立法方向	41
1. 現行法上 個人倒産處理의 限界	41
2. 個人倒産과 企業倒産의 別途規律의 必要性	42
(1) 個人倒産의 特性	42
(2) 個人(消費者)倒産法의 立法	42

3. 個人倒産法の 適用範圍	45
(1) 各國의 立法態度	46
(2) 消費者倒産節次로의 規定	47
4. 消費者倒産法の 別途規律의 方式	48
第2節 消費者倒産節次의 種類	49
1. 消費者의 債務調整型 節次의 必要性	49
2. 免責制度	51
(1) 免責制度의 類型	52
(2) 各國의 免責制度	53
(3) 바랍직한 免責制度의 摸索	57
3. 清算·免責型 節次와 債務調整型 節次의 關係	60
(1) 即時免責을 認定하는 경우	60
(2) 免責期間을 設定하는 경우	61
(3) 示唆點	62
第3節 消費者倒産節次의 內容	63
1. 共通問題	64
2. 清算·免責型 節次	65
3. 債務調整型 節次	67
第5章 要約 및 結論	73
1. 倒産節次 一元化의 意義	73
2. 倒産節次 一元化의 主要爭點事項	73
(1) 標準的 倒産節次	73
(2) 節次開始의 原因 및 申請權者의 範圍	74
(3) 自動中止制度의 導入與否	74
(4) 冷却期間制度의 導入與否	75
(5) 倒産節次間 移行의 時點 및 效果	75
(6) 倒産事件의 終局의 解決	76
3. 消費者倒産節次	76
(1) 消費者倒産節次의 別途規律의 必要性	76
(2) 消費者倒産節次의 種類	77
(3) 免責節次의 內容	77
4. 向後 倒産法 改革의 方向	78

第1章 研究의 目的 및 範圍

전통적인 경제학이론에 의하면 도산은 '자본주의의 자유경제체제하에서 비효율적인 기업을 도태시켜 적자생존을 가능케 함으로써 경제전반의 효율성을 제고시키는 현상'이라 하여, 시장경제에 의하여 계속기업으로서 부적합한 기업이 정리되는 경제현상의 하나로 보고 있다. 한편 법학이론에 의하면 도산은 그 범위가 대폭 축소되어 '법원의 관여를 구하여 해결을 도모하는 것이 허용되는 경우로서 지급불능, 지급정지, 채무초과 또는 회사가 사업의 계속에 현저한 지장을 초래함이 없이는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없거나 지급불능 또는 채무초과의 염려가 있는 경제적 파탄 내지는 중대한 경영위기의 상태'를 말한다.

도산의 위기에 처한 기업은 그 해결방안으로 사적 정리 아니면 법적 절차 즉, 도산절차 중 하나를 선택할 수 있다. 현행 도산절차에는 파산, 화의 및 정리절차가 있는데, 먼저 파산절차란 채무자가 경제적으로 파탄한 경우 총채권자에게 공평한 변제를 할 것을 목적으로 하여 채권자의 재산관계를 청산하는 재판상의 절차를 말한다. 다음으로 화의절차란 파산절차를 행하는 대신에 채무자가 채권자와 합의한 내용에 따라 채무를 변제하면서 사업의 계속을 도모하는 것을 목적으로 하는 제도이다. 끝으로 정리절차란 재정적 궁핍으로 경제적 파탄에 직면하였으나 갱생의 가치가 있는 주식회사에 대하여, 채권자·주주 기타의 이해관계인의 이해를 조정하고 사업의 재건을 도모하는 것을 목적으로 하는 제도이다.

사적 정리와 도산절차를 비교해 볼 때, 도산의 위기에 처한 기업이 합병·기업매수·영업양도·자산매각 등에 의한 시장적 해결이 불가능한 경우에는 그 퇴출을 사적 정리에 맡기기보다는 도산절차에 의하도록 유도하는 것이 바람직하다고 생각한다. 왜냐하면 사적 정리는 채무자가 중심이 되어 사태를 해결하는 임의적인 채무정리방법이라는 점에서 비용은 다소 적게 들 수 있으나, 채무자의 자력이 부족하고 채권자가 다수인 경우에는 도산절차와는 달리 채권자들에 대한 '공평한 변제'를 기대하기 어렵기 때문이다. 그러므로 시장적 해결이 가능하거나 채무자인 기업과 채권자 등 이해관계인 간에 채무정리에 관한 원만한 합의가 도출될 수 있는 예외적인 경우를 제외하고는, 도산기업의 처리는 포괄적인 강제집행방법 내지는 집단적 채권추심절차라고 할 수 있는 도산절차에 의하도록 하여야 할 것이다.

도산절차의 이용도를 높이려면 무엇보다도 그 접근이 용이하고 적은 비용으로 신속하게 절차가 진행되며 그 절차내에서 명확한 해결이 있어야 한다. 그러나 현행 도산법하에서는 도산의 위기에 처한 기업 또는 그러한 기업의 채권자가 도산절차를 이용하고자 하는 때에는, 대개의 경우 합리적인 판단을 위한 시간적 여유를 갖지 못한 채 파산·화의 또는 정리절차 중 하나를 선택하여야 한다. 그리고 어느 개별도산절차를 진행하다가 그 절차가 해당 기업에 부적절하다고 판단되더라도 다른 절차로 이행하는 것이 용이하지 아니하다. 또한 현행 도산법하에서는 절차의 종결을 제외한 신청의 취하·기각·개시결정의 취소·폐지·불인가 또는 인가결정의 취소 등 절차종료사유가 있는 경우에는, 후행절차로 인하여 중지되었던 선행절차가 속행되거나 파산원인인 사실이 있어 필요적 또는 재량적으로 파산선고가 내려지는 예외적인 경우를 제외하고는 도산절차의 틀로부터 벗어나게 된다. 이는 경우에 따라서는 사안의 적절한 해결에는 관심이 없고 오로지 경영권만을 유지하고자 하는 채무자나 도산절차를 채권추심을 위한 압박수단으로 이용하고자 하는 채권자가 의도한 상황일 수도 있는데, 어떠한 경우든 절차비용만 발생시키고 본래의 상태로 환원되거나 보다 악화된 상태로 방치되는 결과를 초래한다.

현행 도산절차가 안고 있는 문제는 절차에의 접근이 용이하지 아니하다는 점과 절차간의 이행이 원활하지 못하다는 점 그리고 도산절차를 이용한다고 하더라도 종국적인 해결이 보장되지 아니한다는 점으로 정리할 수 있다. 이러한 세 가지 문제점을 일거에 해결할 수 있는 방안의 하나로 도산절차를 일원적으로 운용하는 방안이 고려될 수 있다. 도산절차를 일원적으로 운용하면 채무자 또는 채권자는 도산의 위기상황을 극복하거나 채권의 만족을 위하여 당장에 최적의 방식을 선택하여야 하는 부담에서 벗어날 수 있고, 처음 선택한 절차가 부적절한 것으로 판명되는 경우에는 최소의 비용과 노력으로 다른 절차로 이행할 수 있으며, 일단 도산절차에 들어오면 종국적인 해결을 보장받을 수 있다.

도산절차의 일원화에 관한 우리의 논의현황을 보면, 그간에 노정되어온 도산절차의 복합적인 문제점들을 해결할 수 있는 방안으로 도산절차를 일원적으로 운용하는 방안이 간헐적으로 주장되어 오기는 하였지만 아직까지는 논의가 본격적으로 전개되지는 아니한 단계이다.¹⁾ 이 보고서에서는 試論적으로 도산절

1) 1998년 도산법 1차개정 및 1999년 도산법 2차개정은 도산절차의 신속·원활화 및 현행도산법의 운용상의 미비점 보완을 주된 입법취지로 하고 있다. 특히 2차개정에서는

차 일원화의 의의를 살펴봄과 아울러 그 주요쟁점사항으로서 표준적 도산절차·절차개시의 원인과 신청권자의 범위 수정·자동중지제도의 도입·냉각기간제도의 도입·도산절차간 이행의 원활화 및 도산절차의 종국적 해결방안을 검토하고, 도산절차의 일원화와 관련한 몇가지 고려사항으로서 회의절차의 존폐 여부·중소기업의 도산절차 및 도산법의 단일법화 문제를 고찰하며, 끝으로 소비자도산절차를 중심으로 개인도산절차의 개선방안을 검토한다. 이 보고서를 계기로 향후 우리나라에서 도산절차 일원화에 관한 논의가 보다 활발하게 전개되기를 기대한다.

1차개정에 더하여 각종 절차기간을 법정하여 단축함과 아울러 정리절차의 개시요건을 완화하는 한편, 절차간 이행의 원활화를 위하여 선행행위가 동일성을 유지한 채 폭 넓게 후행절차에 승계될 수 있도록 하고, 기업정리의 일회적 해결원칙을 확립하기 위하여 필요적 파산선고를 확대하였다. 이러한 일련의 개정작업도 넓게는 도산절차 일원화 논의의 일환으로 볼 수 있을 것이다.

第 2 章 倒産節次 一元化의 總論的 考察

1. 倒産節次 一元化의 意義

현행 법제도하에서 파산, 화의 및 정리절차는 각각 독립된 도산절차로서, 신청인이 어떠한 절차를 실행할 것인가를 선택하여 그 절차의 개시를 신청하도록 되어 있다. 즉, 현행 도산절차는 청산 또는 재건의 여부, 채무자의 특성, 재정의 파탄정도 기타 사업규모 등에 따라 처음부터 복수의 독립적인 절차를 이용하도록 하는 복수절차형이라고 할 수 있다.

이에 대하여 원칙적으로 도산절차를 일원화하여 절차를 진행하는 중에 당해 사안에 가장 적절한 처리방법을 결정하고 실행하도록 하는 단일절차형이 고려될 수 있다.²⁾ 단일절차형 즉, 도산절차를 일원화하는 기본취지는 전술한 바와 같이 도산절차에의 접근을 용이하게 하고, 일단 도산절차에 들어오는 경우 최적의 절차를 선택할 수 있도록 배려하며, 절차를 신속하게 진행함과 아울러 명확하게 종결시키기 위함이다. 입법례로는 프랑스와 독일의 도산법이 단일절차형의 대표적인 예라고 할 수 있다.

일원적 도산절차 즉, 단일절차형은 복수절차형과 비교하여 다음과 같은 장점이 있다.

- ① 단일절차형에서는 신청인이 신청시 복수의 도산절차 중 어떠한 절차를 선택할 것인가를 검토·결정할 필요가 없어 그 만큼 신청시기를 앞당길 수 있다.³⁾
- ② 신청인은 신청시에 어떠한 처리방법이 가능하고 적절한가를 판단하기 위한 자료나 정보를 충분히 확보하기 어려운데, 단일절차형에서는 신청시는 물론

2) 한편 일본에서는 입구는 하나로 하고 절차개시후 조기에 채권자집회를 개최하여 복수의 처리절차 중 가장 적합하다고 판단되는 절차를 선택하여 실시하도록 하는 입법론(입구 단일형)도 제기되고 있다. 福永有利, “倒産法一體化の是非と問題點”, *ジュリスト* No.1111 (1997.5.1), 29~30面.

3) 특히 화의절차를 의도하는 경우에는 현행법제도하에서는 신청시에 화의조건을 제시하여야 하지만, 단일절차형에서는 일단 도산절차를 신청하고 일정시점(파산선고)까지 변제의 방법, 담보의 조건 기타 채권자의 양보와 수용을 희망하는 사항을 담은 화의조건을 작성하여 화의절차를 신청하면 된다.

신청후에도 다소의 시간적 여유를 가지고 해당 개인 또는 법인의 구체적인 특성이나 상황에 맞는 처리방법을 선택하여 실행할 수 있다.

③단일절차형에서는 처음 제안된 처리방법이 기각되거나 가결·성립되지 아니한 경우 또는 일단 실시해 보았지만 그것이 적절하지 아니하다고 판단된 경우, 동일한 절차중에서 다른 처리방법으로 변경하는 등의 유연한 대응이 가능하다.

④단일절차형에서는 일단 도산절차에 들어오면 청산으로든 갱생으로든 사안이 명확하게 정리된다. 즉, 진행과정중에 절차간의 이행이 있을 수는 있지만 종국적으로 도산절차내에서 사안이 마무리된다.

2. 倒産法의 目的과 倒産節次의 一元化

도산절차의 일원화를 논의함에 있어 가장 먼저 고려하여야 할 사항은 일원화의 틀에 포섭하고자 하는 각각의 개별도산절차의 목적이 근본적으로 동일한가 하는 것이다. 파산·화의·정리절차 등 개별도산절차가 근본적으로 동일한 목적을 가진 것이라면 어떠한 절차를 통해서든 본래의 목적이 달성되면 소기의 성과를 거두는 것이므로, 절차의 이용이 용이하고 일단 절차가 개시되면 그 절차내에서 일회적인 해결이 보장되는 단일절차형이 바람직하다고 할 것이다. 그러나 파산절차와 갱생절차 그리고 갱생절차에 있어서 화의절차와 정리절차의 목적이 전혀 별개의 것이라면 절차를 일원적으로 운영하는 것이 오히려 비합리적일 수 있다. 왜냐하면 개별절차의 목적이 서로 다를 경우 당연히 그 제도의 취지나 중점을 두는 사항이 다를 것이므로 처음부터 각각의 목적에 적합한 내용과 방법을 담은 독립적인 절차로 진행하는 것이 절차를 신청하는 자 기타 이해관계인에게 예측가능성을 부여함은 물론 절차의 합리성을 기할 수 있을 것이기 때문이다.

일원적 도산절차를 채용하고 있는 외국의 입법례를 보면, 독일의 도산법(Insolvenzordnung vom 5. October 1994)은 도산절차의 목적에 관하여 “채무자의 재산을 환가하여 배당하거나 도산계획에서 특히 기업의 존속을 위하여 다른 정함은 두도록 함으로써 채권자에 대하여 공동의 만족을 부여할 것을 목적으로 한다. 성실하게 채무를 이행하는 채무자에 대하여는 잔여채무를

면제받을 기회를 부여한다.”라고 규정하고 있다(제1조). 그리고 독일의 도산법은 ‘채권자의 공동의 만족’이라고 하는 도산법의 목적을 달성하는 방법으로 채무자의 재산관계의 청산과 도산계획(Insolvenzplan)에 기초하는 도산기업의 재건이라고 하는 두가지 처리방법을 예정하고 있다. 이들 절차는 반드시 신청 단계에서 어느 것을 선택할 필요는 없고, 도산절차를 개시한 후 일정시점까지 도산관재인 또는 채무자가 도산계획을 제출할 수 있다(제218조). 제출된 도산계획은 조별 채권자의 가결과 도산법원의 인가에 의하여 성립한다(제222조). 또한 도산계획의 제출자는 일정한 요건하에 기제출된 도산계획을 변경할 수 있다(제240조).

프랑스의 도산법(LOI n. 85-98 relative aux redressment et à la liquidation judiciaire des entreprises)은 도산절차의 목적을 ‘기업의 보호, 영업활동과 고용관계의 유지 및 채무의 변제를 가능하게 하기 위한 것’이라고 규정하여(제1조제1항), 이념상으로 기업의 보호 및 영업활동과 고용관계의 유지를 채권자의 만족보다 우위에 놓고 있다. 그와 같은 관점에서 프랑스의 도산법은 관찰기간(procédure d’observation)을 두어, 우선 도산한 기업의 재건이 가능한가를 검토하고 재건의 가능성이 있다면 이를 시도하며, 재건이 무리하다고 판단되면 청산절차를 행하도록 하고 있다. 한편 현실에 있어서는 재건이 불가능하여 청산되는 사례가 압도적으로 다수를 점함에 따라 1994년 개정법은 재건불가능이 당초부터 명확한 때에는 관찰기간을 거치지 아니하고 바로 청산절차를 행할 수 있도록 하고, 또 재단부족으로 절차비용도 지급할 수 없는 경우에는 도산절차 그 자체를 개시하지 아니할 수 있도록 하였다. 그러나 이러한 개정에 있었다고 하더라도 프랑스의 도산법이 기업의 보호 및 영업활동과 고용관계의 유지라는 목적에 우선순위를 두고 도산절차를 일원적으로 운용한다는 것에는 변화가 없다.

이와 같이 독일의 도산법과 프랑스의 도산법은 그 목적으로 하는 바는 전혀 다르지만 양자 모두 단일 내지는 우선순위가 명확한 목적을 가지고 있는데 주목할 필요가 있다. 도산법의 목적이 단일하거나 우선순위가 명확하다면 도산절차를 일원적으로 운용하는 것이 바람직할 것이다.

문제는 우리의 현행 도산법에 통일적인 목적이 있는가, 또는 법개정에 있어서 통일적인 목적을 설정할 수 있는가 하는 것이다. 파산절차에 대해서는 채무자가 경제적으로 파탄한 경우에 총채권자에게 공평한 변제를 할 것을 목적으로

하여 채권자의 재산관계를 청산하는 절차라는데 이론의 여지가 없을 것이다. 다음으로 화의법에서는 동법이 파산절차를 행하는 대신에 채권자와 채무자가 합의한 내용에 의한 채무의 변제와 사업의 계속 즉, 채무자의 갱생을 도모하는 것을 목적으로 한다고 정하고 있다(화의법 제1조 참조). 끝으로 회사정리법은 동법이 재정적 궁핍으로 경제적 파탄에 직면하였으나 갱생의 가치가 있는 주식 회사에 대하여, 채권자·주주 기타의 이해관계인의 이해를 조정하고 그 사업의 재건을 도모하는 것을 목적으로 한다고 정하고 있다(회사정리법 제1조 참조). 이와 같이 개별도산절차법에서 목적규정을 두고 있기는 하지만 각각의 절차의 목적을 명확하게 밝히고 있다고 보기는 어렵고, 도산절차의 목적에 관한 법이론도 정립되어 있지 아니한 것이 실정이다.

도산절차는 개인 또는 기업의 경제적 파탄이라고 하는 비정상적인 경제현상을 치유 또는 정리하기 위한 법제도로서 일정한 방향성을 유지할 필요가 있고, 이를 위하여는 무엇보다도 도산절차의 목적이 정립되어야 한다. 도산절차의 목적의 정립과 관련해서는 먼저 갱생절차에 대한 입장정리가 선행되어야 할 것이라고 본다. 종래 갱생절차 특히 정리절차의 목적에 대하여는 '국민경제적 관점에서 기업의 유지·재건'이라는 공익목적이 지배적이었다. 회사정리법은 1998년 개정을 통하여 제1조 목적규정의 '갱생의 가망'을 '갱생의 가치'로 용어를 교체하고 개시결정의 주된 요건으로 '계속기업가치가 청산기업가치보다 클 것'을 추가하기는 하였지만(제38조제5호 참조), 공익목적이라고 하는 종래의 인식이 크게 바뀐 것 같지는 않다. 그러나 우리의 경제정책 및 경제법제도가 자유시장 경제를 근간으로 하고 있는 현실을 감안할 때, 기업관계에 대하여 더 이상 공익개념을 내세워 채권자의 추가적인 희생을 강요할 수는 없는 일이다. 기업의 규모나 업종의 특수성으로 인하여 당해 기업의 도산이 국민경제에 미치는 파급효과가 특히 커서 경제정책적 관점에서 기업의 유지·재건이 필요한 경우라면 특별법 등 별개의 차원에서 다루어야 할 문제이지, 통상의 도산절차에서 이에 대한 고려까지 포함시킨다면 도산절차 자체가 왜곡될 수 있다.

도산절차는 도산이라고 하는 경제현상을 치유 또는 정리하기 위한 법제도로서, 그 목적은 '공평성을 유지하면서 가능한 한 채권자의 최고의 만족을 추구하는 것'이어야 하고, 이를 실현하기 위하여 '포괄적 강제집행' 또는 '채권추심의 집단화'라고 하는 수단을 채용하고 있는 것이라고 보아야 할 것이다. 그리고 '채무자의 재산가치를 극대화'할 수 있는 방법으로 사안에 따라 파산이나 화

의(연성의 갱생절차) 또는 정리절차(경성의 갱생절차)를 선택할 수 있도록 하는 것이고,⁴⁾ 여기에 더하여 경제적·사회적 요청에 의하여 '채무자의 새로운 출발'이 고려될 수 있는 것이다. 도산절차의 목적을 이와 같이 정립한다면 절차를 일원화하는데 목적이 장애요인으로 작용하지는 아니할 것이라고 본다.

4) 오수근, "도산절차에 대한 개념적 이해", 商事法研究 제17권 제3호(1999), 31~32면 참조.

第 3 章 倒産節次 一元化의 各論的 考察

第 1 節 倒産節次 一元化의 主要爭點事項

이하에서는 현행 회의절차 및 정리절차를 일원적 도산절차중 이행가능한 선택지로 그대로 인정한다는 전제하에, 도산절차 일원화의 추진방안으로 표준적 도산절차·절차개시의 원인과 신청권자의 범위 수정·자동중지제도의 도입·냉각기간제도의 도입·도산절차간 이행의 원활화 및 도산절차의 종국적 해결방안을 검토한다.

1. 標準的 倒産節次

(1) 標準的 倒産節次로서의 破産節次

도산절차를 일원적으로 운용하려면 어떠한 절차를 그 기본이 되는 표준적 도산절차로 할 것인가를 정하여야 한다. 일원적 도산절차의 운용은 표준적인 도산절차에 무엇으로 하는가에 따라 두가지 유형으로 나눌 수 있다. 그 하나는 파산절차를 표준적 도산절차로 하여 일단 파산절차를 개시한 후 일정한 요건을 갖추어 갱생절차를 신청할 수 있도록 하는 방법이고, 다른 하나는 갱생절차를 표준적 도산절차로 하여 우선 모든 사건에 대하여 갱생절차를 개시하고 도중에 재건이 불가능하다고 판명된 것을 청산절차로 이행시키는 방안이다. 일원적인 도산절차를 채용하고 있는 나라 중 파산절차를 표준적 도산절차로 채용하고 있는 대표적인 예가 채권자의 최대만족을 기본이념으로 하는 독일의 경우이고,⁵⁾ 갱생절차를 표준적 도산절차로 채용하고 있는 대표적인 예는 기업의 유지를 통한 고용확보와 실업방지를 입법정책의 우위에 두고 있는 프랑스의 경우이다.⁶⁾

5) 독일은 1994년 종래의 파산절차와 회의절차를 보완하고 새로이 갱생절차(도산계획: Insolvenzplan)를 도입하면서 파산절차를 표준적 도산절차로 하여 도산절차를 일원적으로 운용하는 倒産法(Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994: InsO)을 제정한 바 있다. 최성근, 獨逸의 倒産法, 한국법제연구원 연구보고 98-1(1998.5).

6) 프랑스는 1985년 '企業의司法的更生및清算에관한法律(LOI n. 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et a la liquidation judiciaires des entreprises)'를 제정하여 종래의 更生節次, 清算節次 및 訴求의 暫定的 停止를 先更生(redressement judiciaire) 後清算(liquidation judiciaire)의 일원적 도산절차

독일의 1994 도산법의 입법동기는 종래의 화의제도와 파산제도의 핵심적인 요소들을 한 데 모으고, 채무자와 채권자의 관계에 대하여 보다 다양한 가능성을 제공하는데 있었다. 독일의 도산법은 도산상태에 처한 채무자를 일단 도산절차에 들어가도록 하고, 기본적으로 표준적 도산절차인 파산절차가 진행되도록 하며, 일정한 요건을 충족하는 경우 도산계획(Insolvenzplan; 갱생절차) 또는 자기관리(Eigenverwaltung; 협의의 화의절차)가 파산절차에 갈음하도록 하고 있다. 그리고 독일의 도산법은 당사자간의 합의에 의하여 도산계획이나 자기관리가 선택되더라도 채무자가 더 이상 채권자를 완전히 만족시킬 수 있는 위치에 있지 아니한 경우에는 파산절차가 속행되도록 하여 채무자의 재산에 대한 적절한 처분이 보장되도록 고안되어 있다.

프랑스는 독일과 마찬가지로 도산절차를 일원적으로 운용하고 있다. 그러나 독일의 도산절차는 파산절차를 표준적 도산절차로 하여 일단 도산절차를 신청한 후 또는 도산절차의 신청과 동시에 일정한 요건을 갖추어 갱생절차를 신청하도록 하고 있는데 반하여, 프랑스의 도산절차는 갱생절차를 표준적 도산절차로 하여 우선 모든 사건에 대하여 갱생절차를 개시하고 도중에 재건이 불가능하다고 판명된 때에는 청산절차로 이행시키는 것을 원칙으로 하고 있다는 점에 차이가 있다. 프랑스가 이처럼 극단적인 갱생우선주의를 취하고 있는 것은 프랑스의 도산법이 기업의 유지를 통한 고용확보와 실업방지를 위하여 경제적 파탄에 빠진 기업을 가능한 한 갱생시키도록 한다는 정책에 기초하여 입법이 이루어진 결과이다.⁷⁾

도산기업의 처리는 다수관계자의 이해가 첨예하게 맞서는 사안이므로, 사적정리가 아닌 도산절차의 틀내에서 실효성과 형평성이 확보되는 가운데 도모되어야 한다. 도산절차 중 파산절차는 채무의 완제가 불가능한 경우 국가가 마련한 합법적인 방법으로 채무를 정리하여, 최소한의 사회·경제질서를 유지하면서 사태를 수습하는 가장 기본적인 도산기업의 퇴출방법이라고 할 수 있다. 그러므로 도산절차는 파산절차를 근간으로 하여 운용되어야 하며, 화의절차나 정리절차는 이를 보완 또는 대체하는 수단으로 활용되어야 한다. 따라서 도산절차

로 치환하였다. 최성근, 프랑스의 倒産法, 한국법제연구원 연구보고 98-1(1998.5).

7) EU 15개 회원국의 도산법제도를 비교하면, 기업도산문제를 市場經濟原理에 맡겨 해결하려는 입법례와 國家의 介入을 통하여 해결하려는 입법례로 대별할 수 있는데, 전자의 대표적인 예가 독일이고 후자의 대표적인 예가 프랑스이다. 山本和彦, “フランスの倒産節次”, 判例時報 第1441號(1993.2.21), 25面 이하.

를 일원화함에 있어서는 파산절차를 표준적 도산절차로 함이 타당하다고 본다.

(2) 現行 破産節次의 問題點 및 改善方案

도산절차를 일원화하면서 파산절차를 표준적 도산절차로 채용하려면, 파산절차 자체가 그 내용과 운용에 있어 합리성을 확보하여야 한다. 그러나 현행 파산절차의 경우 그러하지 못하다는 것이 일반적인 평가인 듯하다. 이는 제외국과 비교하여 상대적으로 파산절차의 활용빈도가 높지 아니한데서도 방증되고 있다. 이하에서는 파산절차를 표준적 도산절차로 하여 일원적인 도산절차를 운용하기 위하여는 파산절차의 합리성이 전제되어야 한다는 관점에서, 종래의 파산절차의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시한다.⁸⁾

1) 종래 파산절차의 문제점

① 절차의 장기화와 과도한 비용 등 비경제성

먼저 현행의 파산절차는 채권자의 입장에서 볼 때 절차의 장기화와 과도한 비용 등으로 인하여 비경제적이라는 문제점을 안고 있다. 채권자가 자신의 권리 실행을 위하여 여러 방법 중 어느 하나를 선택하는 기준은 어느 절차를 이용하는 경우 보다 신속하게 최대의 만족을 얻을 수 있는가 하는 것인데, 파산절차는 엄격한 법정절차에 의하여 진행되므로 그 종료시까지 상당한 시간과 비용이 소요된다는 결점이 있다.

② 채무자에 대한 부정적 영향

다음으로 채무자는 파산선고를 받을 경우 사회활동을 함에 있어 장애가 될 뿐만 아니라 공·사법상의 권리와 자격에도 여러 가지 제한을 받게 된다는 점이 문제된다. 특히 기업의 경우에는 청산절차라고 하는 파산절차의 특성상 모든 자산이 환가·배당되어 기업이 해체되는 결과가 초래된다.

③ 파산절차에 대한 일반인 및 법률전문가의 이해의 부족

끝으로 파산절차에 대한 일반인 및 법률전문가의 이해의 부족을 들 수 있다. 파산절차는 실체법과 절차법의 양자가 교차하고 형사법적 요소까지 포함되어 있으며, 규율대상이 도산현상이라는 특성상 상당히 기술적인 측면도 내포하고 있는 등 복잡한 법률구조를 취하고 있다. 이러한 파산절차의 복잡성은 도산사

8) 개인 및 중소기업에 대한 파산절차의 문제점 및 개선방안에 관하여는 후술한다.

건을 파산에 의하기보다는 일단 다른 절차에 의하거나 사적 정리절차에 의존하는 경향을 낳게 하고 있다.

2) 파산절차의 합리적인 운용을 위한 개선방안

① 절차의 간소화

도산절차를 일원화하는 것은 궁극적으로 절차를 간소화하기 위한 것인 만큼, 절차를 흐름에 맞추어 실체규정과 절차규정을 통합하고 개인·법인 및 상속재산 등에 관한 규정의 구분을 명확히 할 필요가 있다고 본다.

② 절차의 신속한 진행

조속한 환가와 회수는 채권자는 물론 파산재단에도 유리하다. 예를 들어 부동산 이외의 재산은 파산선고후 6개월 이내에, 부동산의 경우는 1년 이내의 환가 및 회수하는 것을 원칙으로 하고, 파산재단재산의 점유취득 기타 그 환가·회수를 위하여 소송 등의 절차를 요하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 1년 이내에 각각의 절차를 개시하도록 하는 등의 방안이 강구될 필요가 있다. 그리고 특별한 사정이 없는 한 파산선고후 1년이 경과하면 배당(중간배당 또는 최후배당)을 하도록 하며, 불가피한 사정이 있을 때에는 파산관재인이 법원에 서면으로 지연의 이유와 향후 처리방침을 설명하도록 하고 일정기간(예컨대 6개월)을 연장할 수 있도록 하는 방안이 바람직할 것이라고 본다.

③ 채권자의 관여도 제고

현행의 파산관재업무는 파산관재인과 법원간에 채권자가 사실상 배제된 채 행하여지고 있고 이로 인하여 파산절차를 기피하는 경향이 있었다. 파산절차의 적정한 진행(특히 배당)을 위하여는 채권자 및 이해관계자가 파산관재인의 직무집행 및 법원의 감독업무 등에 대한 감시·추급 또는 이의신청이 가능하도록 정보가 제공되어야 한다.

④ 실무처리기준의 확립

파산절차는 당사자의 책임하에 진행되는 일반 민사소송과는 달리 그 절차의 진행과정에서 법원이 담당하는 후견적 감독자로서의 역할이 중요하기 때문에 법원이 파산절차와 관련된 실무처리(예컨대 예납금의 기준, 파산관재인의 선정, 비전형담보 및 신종·특수계약에 대한 취급, 면책절차의 처리 등)의 기준을 확립하고 각종 서식을 정비하여 이해관계인에게 진행과정에 대한 예측가능성 및 이용의 편의성 제고하여야 할 것이다.

2. 節次開始의 原因과 申請權者의 範圍

도산절차를 일원적으로 운용하기 위하여는 처음 도산절차를 신청하는 단계에서 개시원인과 신청권자를 새로이 설정하여야 한다. 이는 일원적 도산절차에서 예정하고 있는 개별도산절차에 공통적으로 적용될 수 있는 개시원인과 신청권자를 포섭하는 것이어야 할 것이다. 먼저 개시원인은 현행 개별도산절차의 개시원인 중 늦는 쪽에 맞추는데는 문제가 있으므로 원칙적으로 이른 쪽으로 통일시켜야 할 것이다. 이는 일반적인 개시원인인 지급불능이나 채무초과가 발생하면서부터는 사안을 적절하게 처리하기에 늦는다는 주장으로부터는 긍정적인 평가를 받을 수 있을 것이다. 다음으로 신청권자에 대해서도 하나의 도산절차밖에 없다는 점을 감안하여 원칙적으로는 보다 넓게 신청권자의 자격을 인정하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

현행 개별도산절차 중 파산절차는 지급불능을 일반적인 개시원인으로 하고 법인에 대하여는 채무초과도 개시원인으로 하고 있다(파산법 제116조 및 제117조). 화의절차는 파산원인이 있거나 그러한 사실이 생길 염려가 있는 경우를 개시원인으로 하고 있다(화의법 제12조). 이에 대하여 정리절차는 '사업의 계속에 현저하게 지장을 초래하지 아니하고 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없는 때' 및 '회사에 파산원인인 사실이 발생할 염려가 있는 때'를 개시원인으로 하고 있다(회사정리법 제30조).

신청권자로는 우선 ① 채무자 내지 채무자에 준하는 자(법인의 이사, 청산인, 감사 등)에게 신청자격을 부여하고 있고, 화의절차에서는 채무자만으로 신청자격을 한정하고 있다(화의법 제12조). ② 화의절차 이외의 절차에 있어서는 채권자도 신청권자이지만, 정리절차에서는 채권자가 신청하는 경우에 있어서는 해당 주식회사의 자본의 10분의 1이상에 해당하는 채권자이어야 한다(회사정리법 제30조제2항). ③ 또한 정리절차에서는 발행주식총수의 10분의 1 이상을 보유한 주주에게도 신청권이 인정하고 있다(회사정리법 제30조제2항). ④ 한편 법인의 이어나 청산인에게 신청의무가 과해지고 있는 경우가 있다(민법 제79조 및 제93조제1항 등).

외국의 입법례를 보면, 독일의 도산법에서는 도산절차는 신청에 의해서만 개시되고 신청권자는 채권자와 채무자이다(제13조). 일반적인 개시원인은 채무

자가 기한이 도래하고 있는 지급의무를 이행할 수 없는 것(지급불능)이지만(제17조), 채무자가 개시신청을 하는 때에는 지급불능의 우려 즉, 채무자가 변제기에 지급의무를 이행할 수 없을 것으로 예상되는 경우도 절차개시의 원인이 된다(제18조). 프랑스의 도산법에서는 '처분가능한 자산으로 만기가 도래한 채무를 변제하지 못하는 상태(지급정지)'가 개시원인이고(제3조제1항), 채무자 또는 채권자의 신청에 의하는 외에 법원이 직권으로 또는 검사의 신청에 의해서도 절차를 개시할 수 있다(제3조제2항 및 제4조).

우리의 경우 현행 파산절차, 화의절차 및 정리절차를 그대로 일원적 도산절차중의 개별도산절차로 한다고 가정하면, 채무자, 채권자 또는 가중된 요건을 충족하는 주주를 도산절차의 신청권자로 하고, 지급불능, 채무초과(기업의 경우) 또는 지급불능이나 채무초과(기업의 경우)의 염려를 개시원인으로 하는 것이 바람직할 것이라고 본다(<도 1> 참조). 다만, 도산절차를 신청한 후에 갱생절차를 다시 신청하는 경우에는 현행 화의절차나 회사정리절차의 경우와 마찬가지로 신청권자가 보다 축소되어야 할 것이다(<도 1> 및 <도 2> 참조).

이에 대하여는 개시원인과 신청권자의 범위가 너무 넓다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 현행법하에서도 자기도산의 신청이 지체되고 있다는 점이 문제로 지적되고 있는데, 도산절차의 신청권자를 너무 좁히면 도산을 피할 도리가 없는 사태로 된 때에는 가능한 한 조기에 도산절차를 개시하여야 한다는 요청을 수용할 수 없을 것이다. 더욱이 일원적 도산절차에서는 통상 절차가 개시된 후에 청산형의 처리인가 재건형의 처리인가 또는 재건형이라고 하더라도 채무자가 주도하는 화의절차인가 아니면 법정관리인이 주도하는 정리절차인가가 결정되기 때문에, 어떻게 해서든지 경영권을 보전하려는 채무자에게 조기에 절차개시의 신청을 행할 것을 기대한다는 것은 종래부터도 그러했듯이 어려울 것이다.

한편 신청권자와 개시원인을 넓혀서 단지 1인의 소액채권자가 신청하는 경우라도 경제적 파탄의 염려가 조금이라도 있는 경우라도 도산절차를 개시할 수 있도록 한다면, 채무자의 사업이나 거래활동의 자유를 부당하게 제한하거나 도산절차에 의하는 것이 부적절함에도 불구하고 도산절차가 진행되어 기업이 퇴출되어버릴 염려가 있으므로 남신청을 방지할 수 있는 방안이 마련되어야 할 것이다. 또한 채권자가 파산 또는 갱생절차를 신청하겠다고 위협함으로써 채무자로부터 양보를 강요하는 것을 방지하기 위한 방안도 강구될 필요가 있다.⁹⁾

9) 이와 같은 사태가 발생할 위험이나 불안을 완화시키기 위하여 채무자 이외의 자가 신

3. 自動中止制度의 導入與否

도산절차를 일원적으로 운용하는 경우에는 그간에 제도의 남용을 우려하여 주저해왔던 자동중지제도(Automatic Stay)의 도입문제도 긍정적으로 검토될 수 있을 것이다.

자동중지란 도산절차 외에서 채권자가 도산절차의 신청 전에 가지고 있던 채권을 회수 또는 행사하는 것을 신청시부터 금지하는 것으로서, 미국 연방도산법상 채무자보호의 가장 기본적인 제도이다(제362조). 자동이라는 표현이 사용된 것은 도산절차의 신청을 하기만 하면 효력이 발생하고 별도로 보전처분 또는 강제집행 등의 중지의 신청이나 법원의 명령이 필요없다는 점 때문이다. 자동중지는 채권자가 마지막 순간에 몰려서 한꺼번에 채권을 행사하는 것을 중지시킴으로써, 도산절차의 두가지 목적 즉, 채권자에 대한 공평한 취급과 채무자의 새출발이라는 목적을 달성하고자 하는 제도이다. 이러한 자동중지는 모든 주체에 대하여 효력이 있고, 절차가 계속되는 동안 효력이 계속되며, 모든 종류의 도산절차에 적용된다. 자동중지는 광범위하게 채권자의 강제집행행위를 중지시키지만, 채권자의 행위 중 일정한 범주의 것은 중지되지 아니한다.¹⁰⁾

청하는 경우에 대하여는 채무자가 신청하는 경우와 개시원인을 달리하거나 신청권자의 범위를 제한하는 등의 방법을 정하고 있는 외국의 입법례가 있다. 먼저 독일 도산법에서는 지급불능을 일반적인 개시원인으로 하면서, 채무자가 신청하는 때에 한하여 지급불능의 염려도 개시원인으로 인정하고 있다(제17조 및 제18조). 다음으로 미국 연방도산법(Bankruptcy Reform Act of 1978)에 의하면 채무자는 제7장(파산절차: Liquidation), 제9장(지방자치단체의 갱생절차), 제11장(갱생절차: Reorganization), 제12장(가족경영농업자의 갱생절차) 및 제13장(정기적 연수입이 있는 개인의 갱생절차)의 절차를 신청할 수 있지만, 채권자는 제7장 또는 제11장의 절차만을 신청할 수 있다. 또한 채권자가 이들 절차를 신청하려면 무담보채권액이 1만달러 이상이어야 하고, 채권자의 수가 12인 미만인 경우에는 1인의 채권자도 가능하지만 12인 이상인 경우에는 3인 이상의 채권자가 공동으로 신청하여야 한다(제303조). 더욱이 미국의 연방도산법은 절차개시의 효과에 있어서 채무자 자신이 신청하는 때(자발적 신청: voluntary petition)에는 당연히 절차가 개시되지만, 채권자가 신청하는 때(비자발적 신청: involuntary petition)에는 우선적으로 채무자에게 항변의 기회를 부여한다(제301조 및 제303조), 윤영신, 美國의 倒産法, 한국법제연구원 연구보고 98-3(1998, 9).

10) 미국 연방도산법은 제362조(b)항에서 자동중지의 예외로서 ① 채무자에 대한 형사소송 또는 절차, ② 부양료·양육료 등의 청구소송, ③ 소급적으로 효력을 발생하는 우선적 권리, ④ 정부기관이 경찰 또는 규제기능을 수행하기 위하여 제기하는 소송 또는 절차, ⑤ ④에 의한 판결중 금전지급판결을 제외한 판결의 강제집행, ⑥ 내국세입청

또한 채권자 등 이해관계인은 상당한 사유가 있는 경우 자동중지로부터 구제를 받을 수 있다.¹¹⁾

종래 이러한 자동중지제도에 대해서는 사해행위 또는 편파행위에 대한 부인권행사와의 중복을 피할 수 있고, 어차피 보전처분이 내려질 것이라면 시간을 끌 이유가 없으며, 무엇보다도 절차의 신속성에 기여한다는 이유로 도입을 주장하는 견해가 있었다. 반면에 절차개시의 신청과 동시에 보전처분 및 자동중지의 효과가 자동적으로 발하여짐으로써 도산절차 자체가 일시적인 채무유예의 목적, 특히 부정수표단속법상의 처벌을 회피할 목적으로 남용될 가능성이 크다는 도입반대의 주장도 있었다.

파산절차를 표준적 도산절차로 하면서 도산절차를 일원적으로 운영하는 경우에는 절차에 일단 들어오면 신청의 취하가 제한되고 화의절차나 정리절차가 실패한 때에는 파산절차로 귀결되므로, 자동중지제도가 도입된다고 하더라도 일시적인 채무유예나 부정수표단속법상의 처벌을 회피할 목적으로 이를 남용하는 사례는 거의 없을 것이라 본다. 즉, 도산절차가 일원적으로 운영되는 체계에서는 자동중지제도가 역기능은 제거되고 순기능이 발휘될 수 있으므로 그 도입이 바람직하다고 생각한다.

다만, 담보권과 관련해서는 재건시킬 필요가 없거나 재건시키는 것이 불가능한 경우까지 그 실행을 중지시키는 것은 담보권자를 부당하게 해하는 것이 될 것이므로, 담보권자에게 이의 내지 항고권을 인정하거나 목적물이 시간의 경과에 좇아 감가하는 물건인 때에는 대담보 내지 추가담보의 청구권을 인정하거나 또는 가결·인가되지 아니한 경우에는 중지예 의하여 발생한 손해의 배상청구권을 재단채권 또는 공익채권으로 인정하는 등 담보권자를 보호할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다고 본다.¹²⁾

(Internal Revenue Service)의 조사·세무신고의 촉구·신고부족액 통지·납세 통지 등, ⑦ 비주거용부동산임대인의 점유회복을 위한 행위, ⑧ 유통증권의 지급제시 등 18가지를 열거하고 있다.

11) 자동중지로부터의 구제가 인정되는 경우란 ① 담보채권자에 대한 적절한 보호의 결여 등 상당한 사유가 있는 경우, ② 담보목적물의 담보채권액을 초과하는 잉여가치가 존재하지 아니하고 당해 재산이 갱생에 불필요한 경우 또는 ③ 도산사건이 채무자의 유일한 자산인 부동산(single asset real estate)에 관한 것인 경우를 말한다(미국 연방도산법 제362조(d)항). 이들 요건 중 하나에 해당하는 경우 법원은 자동중지의 종료, 취소, 수정 또는 조건의 부가를 명하여야 한다.

12) 福永有利, 앞의 각주 2)의 논문, 33面 참조.

4. 冷却期間制度의 導入與否

도산절차를 일원화하는 중요한 이유 중의 하나는 도산의 위기에 처한 기업 또는 그러한 기업의 채권자가 도산절차를 이용하고자 하는 경우, 합리적인 판단을 위한 시간적 여유를 가지면서 도산의 위기상황을 극복하거나 채권의 만족을 위한 최적의 방식을 선택하도록 배려하기 위함이다. 그러므로 도산절차를 일원화함에 있어서는 도산절차의 신청후 화의 또는 정리절차를 준비하기 위한 최소한의 시간적 여유를 보장할 필요가 있다. 특히 화의절차의 경우에는 신청시 변제의 방법, 담보의 조건 기타 채권자의 양보와 수용을 희망하는 사항을 담은 화의조건을 제시하여야 하므로 더욱 그러하다.

이와 유사한 외국의 입법례로는 프랑스 도산법의 '관찰절차(procédure d'observation)'를 들 수 있는데, 프랑스에서는 채무자 또는 채권자의 신청에 의하여 일단 표준적 도산절차인 갱생절차의 개시가 결정되면 당해 개시결정 이전에 발생한 모든 채권의 지급은 법률상 당연히 금지되고, 통상 6월의 관찰절차가 진행된다(제8조). 이는 기업의 갱생이 가능한가 그렇지 아니한가를 확정하는 절차단계인데, 이 기간동안 법원에 의하여 선임된 관리인은 회사의 재무상태와 고용현황 등을 평가하고 대차대조표와 사회대차대조표 및 기업의 계속 또는 양도를 내용으로 하는 갱생계획안을 작성한다(제8조제1항). 이 기간은 법원의 명령에 의하여 18월까지 연장될 수 있다(제8조제2항). 관찰기간의 종료전에 법원은 기업의 계속 또는 양도에 관한 갱생계획을 인가하거나 청산절차의 개시를 결정한다(제8조제3항).

프랑스의 관찰절차는 도산에 처한 기업에 대하여 가능한 한 갱생의 방법을 모색하다가 도저히 갱생이 불가능하다고 판단되는 경우 비로소 파산절차로 이행시키는 극단적 갱생주의에 터잡은 제도라고 할 수 있다. 이러한 관찰절차는 도산에 처한 기업의 영업활동과 고용관계를 다소 연장하는 효과는 있지만, 채권자 등 이해관계인의 불이익을 강요하게 되고 기업의 퇴출을 지연시켜 사회적 비용을 가중시킬 수 있다는 등의 단점이 있다.

우리의 경우는 일원적 도산절차중에 냉각기간 즉, 결정유보기간을 거치도록 하더라도 프랑스의 경우처럼 채권자 등 이해관계인의 불이익이나 기업의 퇴출 지연으로 인한 사회적 비용을 감수하면서 장기간을 할애할 필요는 없을 것이

다. 도산절차를 신청하면서 동시에 화의절차 또는 정리절차를 신청하는 경우에는 냉각기간을 활용할 여지가 없을 것이고, 도산절차의 신청후 갱생절차를 신청하고자 하는 경우에는 화의절차 또는 정리절차의 신청을 준비할 수 있는 기간, 예컨대 1월 또는 추가적인 1월 연장 정도의 최소한의 기간을 부여하는 정도로 족하다고 본다(〈도 1〉 참조). 다만, 냉각기간중이라고 하더라도 당해 기업이 파산으로 귀결될 것이 명백한 경우에는 법원이 직권으로 파산선고를 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

5. 倒産節次間의 移行의 時點 및 效果

도산절차를 일원적으로 운용하려면 서로 다른 목적을 가진 절차가 상호활용의 가능성을 지닌 채 일원적인 절차로 진행될 수 있도록 하여야 한다. 즉, 한편으로 청산을 예상하고 다른 한편으로는 기업의 갱생에도 적용될 수 있도록 규정을 조화시켜야 한다. 파산절차를 표준적 도산절차로 하는 일원적 도산절차를 상정한다면, 도산절차를 신청하는 경우 일단은 파산절차가 개시되도록 하고 절차가 진행되는 중에 갱생절차를 신청할 수 있도록 하여야 한다. 파산절차와 갱생절차를 일원적으로 운용함에 있어서 특히 문제되는 점은 어느 시점까지 절차간의 이행 즉, 파산절차로부터 갱생절차로의 이행을 허용할 것인가와 어느 범위까지 절차간 이행에 따른 효과를 승계시킬 것인가 하는 것이다.

외국의 입법례를 보면, 독일의 도산법은 채무자 또는 도산관재인이 도산절차의 신청과 동시에 또는 신청후 최종 채권자집회의 기일전까지 도산계획(Insolvenzplan)¹³⁾을 제출할 수 있도록 하고 있다(제218조). 또한 도산법원은 도산절차의 개시를 결정함에 있어 채무자의 신청이 있고 이에 대한 채권자의 동의가 있는 경우, 채무자가 자신의 재산을 계속적으로 관리·처분할 수 있는 권

13) 독일의 1994년 도산법은 종래의 강제화회의와 임의화회의의 상당부분을 수용하면서 '계획'이라고 하는 포괄적인 형식으로 채무자와 채권자 간에 합의에 의하여 권리의무관계를 융통성있게 결정할 수 있도록 하는 '도산계획(Insolvenzplan)'제도를 도입하였다. 이러한 계획은 기업을 정상화시켜서 그 수익으로 채권자를 만족시키는 것을 그 목적으로 하는 갱생계획일 수도 있고, 기업을 제3자에게 이전하여 그 제3자가 기업의 수익으로 채권자를 만족시키는 것을 목적으로 하는 인수계획일 수도 있고, 파산재단의 청산 및 채권자에 대한 배당에 관한 합의에 한정하는 청산계획일 수도 있고 또 그밖에 경영 혁신이라든가 기업내부의 인사조치 또는 부서조정 등 일부 경영에 관한 계획일 수도 있다.

한을 유지하는 자기관리(Eigenverwaltung)¹⁴⁾를 명할 수 있다(제270조 참조). 도산계획이 인가되면 도산절차는 종결되고 인가되지 아니하면 도산절차는 속행된다(제258조 및 제259조 참조). 또한 자기관리가 결정되면 도산절차는 중지되고, 자기관리가 기각되거나 그 결정이 취소되면 도산절차는 속행된다(제271조 및 제272조 참조).

프랑스의 도산법은 전술한 바와 같이 우선 모든 도산사건에 대하여 갱생절차를 개시하고 도중에 갱생불능으로 판명된 것을 청산절차로 이행시키는 것을 원칙으로 하고 있다. 또한 프랑스는 이러한 극단적인 갱생우선주의와 같은 맥락에서 도산을 사전에 예방하는 것이 도산의 처리 못지 않게 중요하다는 인식에 기초하여, 갱생절차 또는 청산절차의 전단계에서 당사법원장의 주도하에 도산에 이를 우려가 있는 기업에 대하여 그 재무상태를 개선시키거나 재건안을 작성토록 하게 함으로써 도산의 방지를 도모할 것을 목적으로 하는 도산방지절차를 두고 있다.¹⁵⁾

우리의 경우 일원적 도산절차를 채용한다면 절차간 이행과 관련하여, 먼저 어느 시점까지 절차간 이행을 허용할 것인가를 검토할 필요가 있다. 파산절차를 표준적 도산절차로 하는 일원적 도산절차를 전제로 할 때, 정리절차는 도산절차의 개시신청시부터 최종 채권자집회의 기일전까지 신청을 허용하는 것이 타당하다고 본다(〈도1 참조〉). 왜냐하면 최후배당과 추가배당에 의해서도 환가되지 아니하는 재산이 남을 수 있고 그것이 재건의 기초가 되는 재원으로 활용될 수도 있기 때문이다. 또한 후순위절차의 개시신청 또는 개시결정이 있더라도 선순위절차의 개시신청이 있을 때에는 선순위절차의 개시신청이 우선적으로 심리되는 것이 원칙이므로, 정리절차는 파산선고 또는 화의개시결정의 전후를 묻지 않고 절차의 개시를 신청할 수 있음은 물론이다. 그리고 화의절차는 파산예방을 위한 절차이므로 파산선고전까지만 신청이 가능하도록 하여야 할 것이다(〈도1 참조〉). 한편 도산절차를 일원적으로 운용함에 있어서는 화의 또는 정

14) 독일의 1994년 도산법은 '자기관리(Eigenverwaltung)'라는 명칭으로 채무자가 계속적으로 재산의 관리·처분권한을 유지하는 축소된 의미의 화의개념을 유지하고 있다.

15) 프랑스의 도산방지절차는 프랑스 특유의 제도로서, 1984년의 법률(企業의倒産防止 및 和解에의한整理節次에관한法律 : LOI n. 84-148 à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises)에 의하여 도입된 '화해에 의한 정리절차(règlement amiable)'와 '경고절차(procédure d'alerte)' 그리고 1994년에 추가된 '특별관리인(mandataire ad hoc)에 의한 정리절차'의 3가지 절차가 있다.

리절차가 실패하는 때에는 바로 도산절차가 속행되는데, 파산선고전인 경우에는 정리절차를 진행하다가 실패하더라도 화의의 가망이 있다고 인정되는 때에는 화의를 한번 더 시도할 수 있는 여지를 인정하여야 할 것이다(〈도1 참조〉). 그 방법으로는 현행 회사정리법의 해당규정과 마찬가지로 파산선고전의 회사에 대하여 정리절차의 개시신청기각·개시결정취소·정리절차폐지·정리계획불인가 또는 인가취소의 결정을 한 경우, 상당하다고 인정하는 때에는 법원이 그 결정의 확정전이라도 화의의 신청을 인가할 수 있도록 하면 될 것이다(회사정리법 제27조 및 제23조 참조).

다음으로 어느 범위까지 절차간 이행에 따른 효과를 승계시킬 것인가가 문제된다. 도산절차를 일원화함에 있어서는 파산절차를 진행함에 있어서도 정리절차나 화의절차로의 이행가능성을 고려하여야 할 것이며, 정리절차나 화의절차가 갱생의 가망이 없어 파산절차를 속행하는 경우에는 특히 채권자의 법적 지위가 훼손되지 아니하도록 하여야 할 것이다. 이를 위하여는 다른 절차로 이행한 경우 선행절차에서 행하여졌던 행위(채권의 신고·일부배당·공익채권을 발생시키는 행위 등)의 효력이 원칙적으로 후행절차에 그대로 승계되도록 하여야 할 것이다. 다만, 이 경우에는 각각의 절차의 성질상 승계가 타당하지 아니한 경우도 있을 수 있는데, 그 승계여부에 대한 판단은 법원의 재량에 맡기는 것이 바람직할 것이다.¹⁶⁾

6. 倒産事件의 終局的 解決

현행도산법에서는 정리절차의 경우에만 신청취하를 제한하고 있고(회사정리법 제39조의2), 파산절차나 화의절차의 경우에는 이를 제한하고 있지 아니하다.

16) 1999년 도산법 2차개정에서는 절차이행의 효과와 관련하여, 먼저 회사정리법의 경우 정리계획 인가후에 폐지되는 경우에는 채권의 변동이 발생하므로 새로이 채권신고 등을 하여야 하지만, 정리계획 인가전에 파산선고를 하는 경우에는 추가신고의 가능성은 열여 두면서 원칙적으로 정리채권의 신고·조사·이의·확정을 파산채권의 신고·조사·이의·확정으로 간주하도록 하고, 법원이 정리절차에서 행하여진 처분·행위 등을 파산절차에서도 유효한 것으로 인정할 수 있도록 하였다(회사정리법 제24조 참조). 다음으로 화의법의 경우에도 화의인가전에 파산선고를 하는 경우에는 화의채권의 신고를 파산채권의 신고로 간주하고, 법원이 정리절차에서 행하여진 처분·행위 등을 파산절차에서도 유효한 것으로 인정할 수 있도록 하였다(화의법 제10조 참조).

또한 신청을 기각하거나 개시결정을 취소하는 경우의 효과에 대해서도 파산절차나 화의절차에 있어서는 별도의 정함이 없고, 정리절차에 있어서는 기각의 경우 파산선고 전이라면 파산의 원인이 있는 때에는 필요적으로 파산선고를 하여야 하고 파산선고 후라면 파산절차가 속행된다고 정하고 있을 뿐(회사정리법 제23조) 개시결정취소에 대해서는 별도의 정함이 없다.

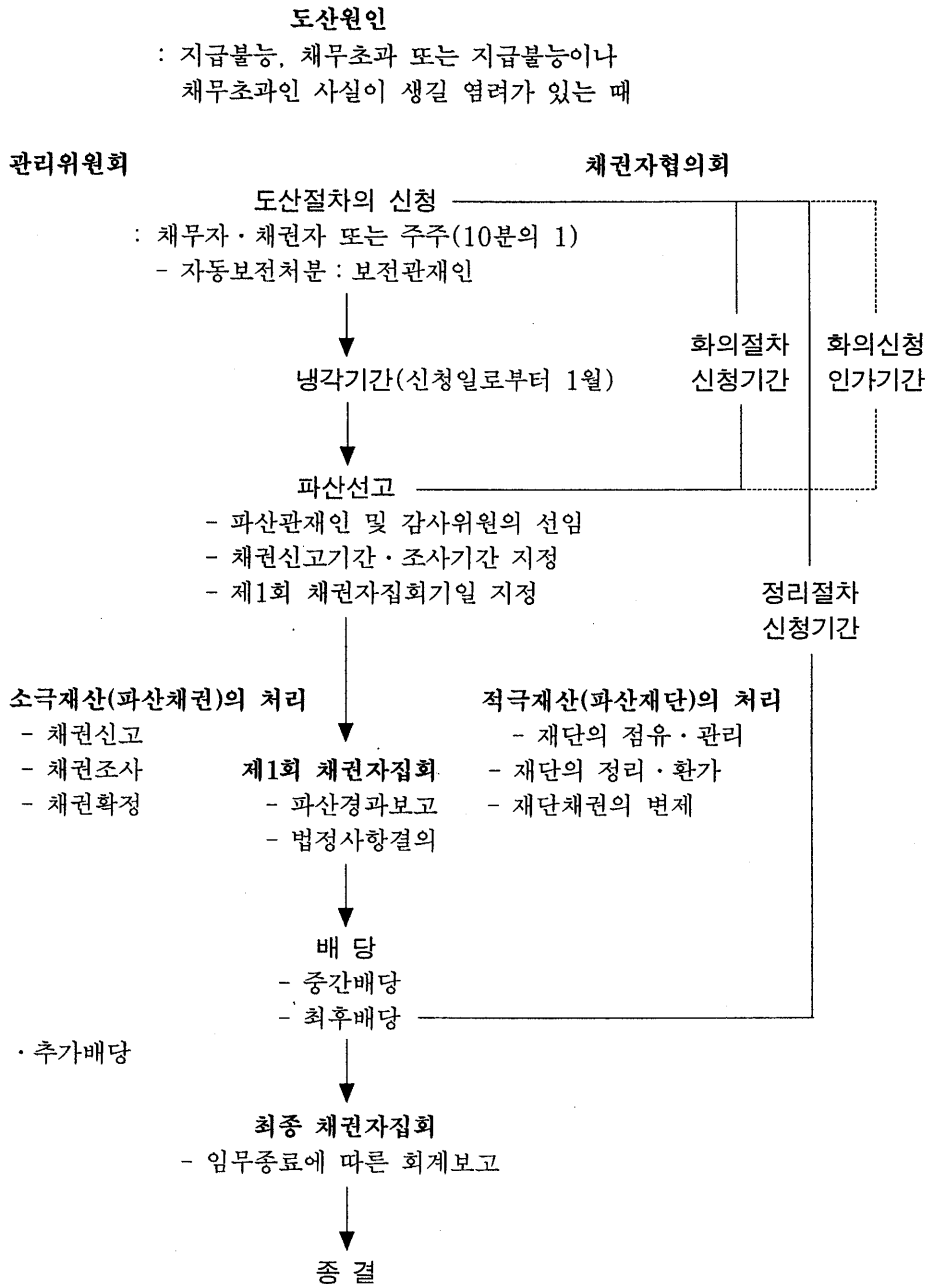
한편 절차의 폐지·불인가 또는 인가취소의 경우를 보면, 화의절차에 있어서는 폐지·불인가 또는 인가취소의 경우 파산원인이 있는 때에는 필요적 파산선고를 하여야 하는데 대하여(화의법 제9조), 정리절차에 있어서는 폐지와 불인가의 경우 파산선고 전이라면 파산의 원인이 있는 때에는 필요적으로 파산선고를 하여야 하고 파산선고 후라면 정리계획의 인가 전인 때에는 파산절차가 속행하고 인가 후인 때에는 필요적으로 파산선고를 하여야 하지만(회사정리법 제23조 내지 제26조), 인가취소에 대하여는 파산등기의 회복 이외에 별도의 정함이 없다(회사정리법 제20조제4항).

도산절차를 일원화하는 경우에는 자동중지제도의 남용방지를 위하여 도산절차의 신청취하는 제한되어야 할 것이다. 그리고 일단 도산절차가 개시된 경우라면 최소한 파산원인인 사실이 발생할 염려가 있는 경우이고, 도산절차의 개시후 화의절차 또는 정리절차가 기각·개시결정취소·폐지·불인가 또는 인가취소된 때에는 화의절차 또는 정리절차의 시도가 무산된 경우이므로, 도산절차를 속행하거나 필요적으로 파산선고를 하도록 하여 가급적이면 도산절차내에서 종국적으로 도산사건을 해결하는 것이 바람직할 것이라고 본다(〈도 2〉 및 〈도 3〉 참조).

〈표〉 현행 도산법상의 절차종료사유

개별도산절	종료사유
파산절차	<ul style="list-style-type: none"> ○ 파산취소(제146조 참조) : 제한적 소급효 ○ 파산절차의 폐지(동시폐지·이시폐지) ○ 종결
화의절차	<ul style="list-style-type: none"> ○ 개시결정의 취소(제29조) : 제한적 소급효 ○ 화의절차의 폐지 → 필요적 파산선고(제9조) ○ 불인가 → 필요적 파산선고(제9조) ○ 인가취소 → 필요적 파산선고(제9조) ○ 종결
정리절차	<ul style="list-style-type: none"> ○ 기각 <ul style="list-style-type: none"> · 파산선고전 → 재량적 파산선고(제23조) 또는 화의신청 인가(제27조) · 파산선고후 → 파산절차 수행(제25조) ○ 개시결정의 취소(제51조) : 제한적 소급효 <ul style="list-style-type: none"> · 화의절차 회복(제20조제3항) ○ 정리절차의 폐지 <ul style="list-style-type: none"> · 파산선고전 → 필요적 파산선고(제23조) 또는 화의신청 인가(제27조) · 파산선고후 <ul style="list-style-type: none"> - 인가전 → 파산절차 수행(제25조) - 인가후(파산절차 실효) → 필요적 파산선고(제26조) ○ 불인가 <ul style="list-style-type: none"> · 파산선고전 → 필요적 파산선고(제23조) 또는 화의신청 인가(제27조) · 파산선고후 → 파산절차 수행(제25조) ○ 인가취소 → 파산등기의 회복(제20조제4항) ○ 종결

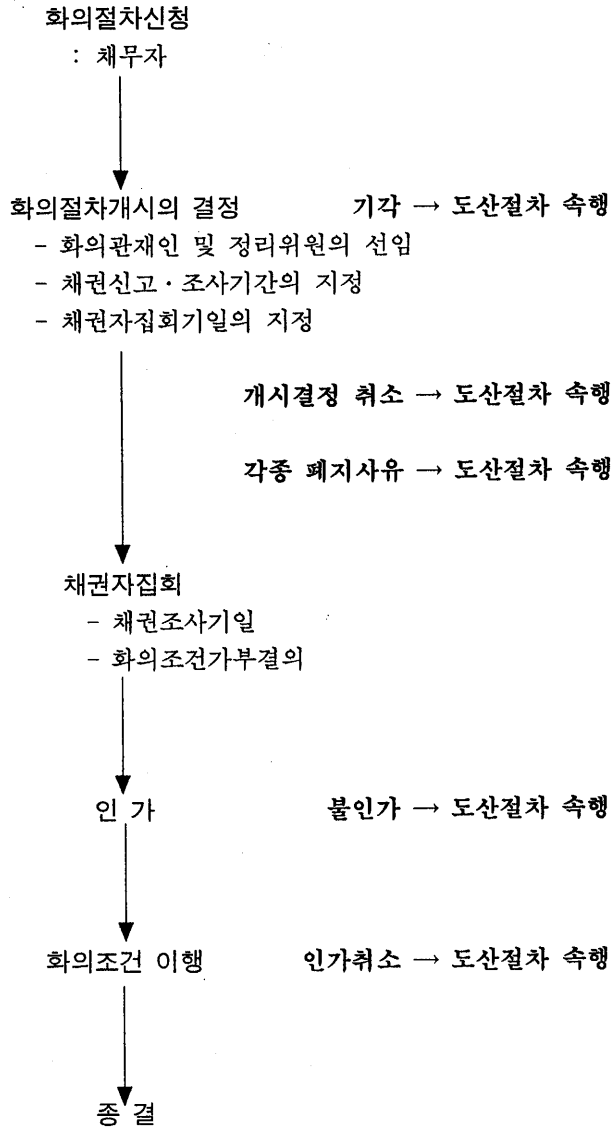
〈도 1〉 일원적 도산절차의 진행도



〈도 2〉 일원적 도산절차 중 화의절차의 진행도

관리위원회

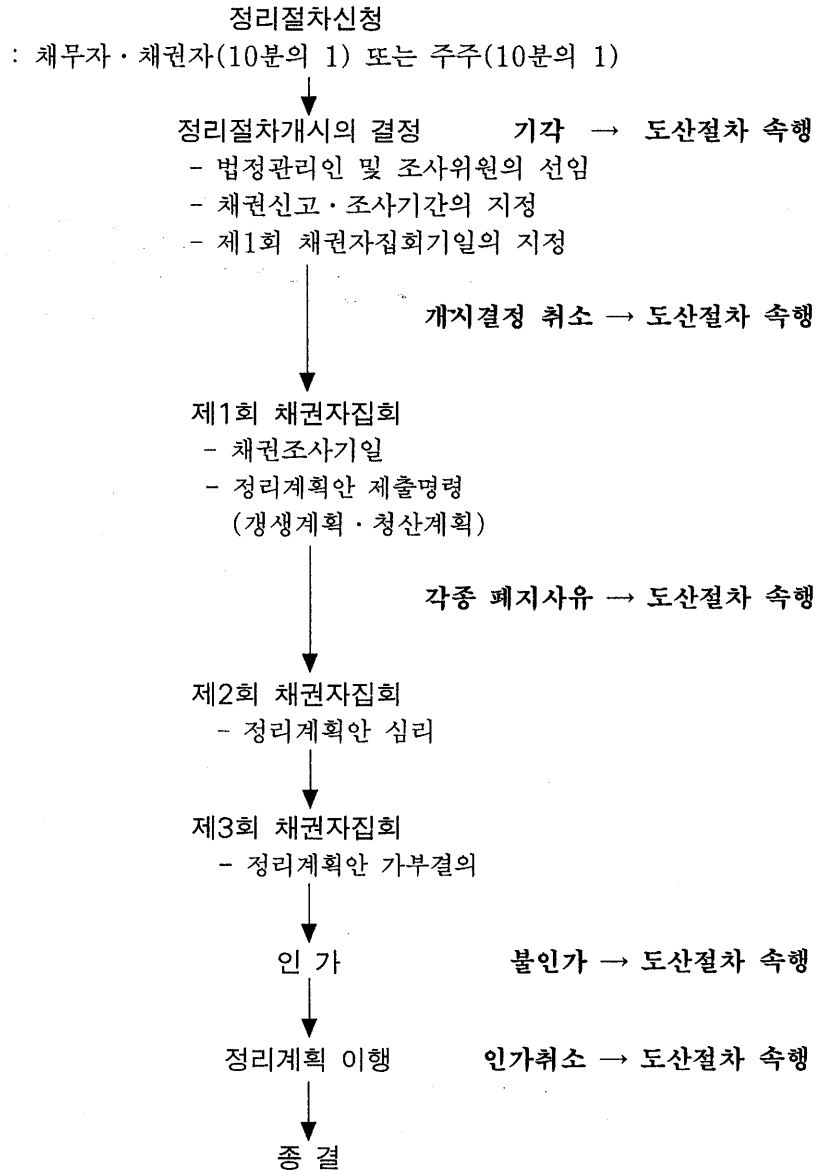
채권자협의회



〈도 3〉 일원적 도산절차 중 정리절차의 진행도

관리위원회

채권자협의회



第2節 倒産節次 一元化와 관련한 몇가지 考慮事項

1. 和議節次的 存廢與否

(1) 和議節次的 位相

파산은 경합하는 총채무자에게 공평한 만족을 주는 장점이 있지만, 일단 파산선고에 의하여 사업을 잃은 파산자는 다시 세간의 신용을 회복하여 경제적으로 재기한다는 것이 사실상 어려울 뿐만 아니라 그 사업재산도 이미 환가처분되었기 때문에 기업으로서의 가치는 소멸되고 종업원도 실직의 위치에 놓이게 된다.

화의란 채권자와 채무자간의 상호양보에 의하여 이와 같은 결과를 초래하는 파산을 예방하기 위한 절차이다. 이러한 화의절차에 대해서는, 경제적으로 파탄상태에 있는 채무자가 기업의 상황이나 채무의 내용 등을 고려하지 아니하고 경영권 유지만을 목적으로 무조건 화의를 신청하려는 경향이 있다는 점, 다수의 경우 채권자의 동의를 얻기 위하여 이행가능성이 희박한 무리한 화의조건을 수립한다는 점, 화의조건에 대한 이행확보수단이 없어 갱생확률의 저조하다는 점 등을 이유로 종래부터 화의제도의 폐지에 대한 주장이 제기되어 왔다.

외국의 입법례를 보면, 미국의 연방도산법은 1978년 개정을 통하여 화의절차를 폐지하면서 갱생절차와 통합하였다. 우리의 회사정리절차의 모델이기도 했던 구도산법(1898년 도산법) X장 회사갱생절차는 엄격하고 복잡하며, 17) 계획안의 작성에 있어 선순위 권리자가 만족을 얻기 전에는 후순위의 권리자는 분배를 받지 못한다는 순위절대의 원칙(absolute priority rule)을 고수하여

17) 미국의 1898년 도산법 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 도산관재인의 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 및 권고의견이 필요하였다. Henn & Alexander, Laws of Corporations 3rd ed.(1983), p.1170.

갱생계획안의 입안에 있어서 각 권리자의 몫을 회사의 계속기업가치(going concern value)에 근거하여 평가하는 작업에 많은 시간이 소요되고 분쟁발생의 여지가 많았다.¹⁸⁾ 더욱이 순위절대의 원칙이 적용됨에 따라 주주의 권리가 소멸하는 경우가 많았기 때문에 SEC가 대증투자자 보호를 위하여 화의절차 중의 회사를 회사갱생절차로 이행할 것을 신청하는 경우 외에는 대기업이라도 도산법 XI장 화의절차를 선택하였다고 한다. 시간이 지나감에 따라 개정의 필요성을 절감하게 되어 1970년대에 연방도산법 개정을 위한 광범위한 연구가 행해지게 되었으며 그 결과 1978년 연방개정도산법이 제정되어 구법을 개정하였다. 1978년 개정법에서는 구도산법 X장 갱생절차와 XI장 화의절차가 11장 갱생절차로 통합하면서¹⁹⁾ 절차의 이용을 용이하게 하는 방향으로 많은 변화가 있었는데, 갱생절차에서는 도산관재인을 두지 않고 채무자가 계속하여 권한을 가지는 것을 원칙으로 하였고,²⁰⁾ 순위절대의 원칙이 후퇴하여 계획안을 부결한 조가 있는 경우 그 반대를 누르고 계획안을 인가하는 때 즉, 강제인가(cram down)시에만 적용되는 것으로 하였다.

독일의 경우에는 1994년 도산법에서 파산법과 화의법을 통합하고 도산계획을 도입하면서, 파산절차나 갱생절차(도산계획) 이외에 특별한 도산처리의 가능성을 열어두기 위하여 종래의 화의절차를 축소한 것으로 채무자가 계속적으로 재산의 관리·처분권한을 유지하는 자기관리제도(Eigenverwaltung)를 도입하였다. 독일의 자기관리제도의 두드러진 특징은 채권자의 권한을 대폭 강화하고,²¹⁾ 절차수행의 투명성 유지 및 갱생계획의 이행가능성 제고를 위하여 감독

18) 高木新二郎, アメリカ聯邦倒産法, 商事法務研究會(1996), 9~10面.

19) 구도산법 갱생절차로는 VIII장의 철도갱생과 X장 회사갱생·XI장 화의·XIII장 부동산화제가 있었는데, 1978년법에서는 이들 네가지 절차를 하나로 11장 갱생절차로 통합하여 선택의 여지를 두지 않는 대신 갱생절차를 융통성 있게 규정하였다.

20) 구도산법하에서는 일정규모 이상의 채무자의 경우에는 도산관재인을 선임하는 것이 강제되었으나, 1978년 개정법에서는 도산관재인을 두지 않고 채무자가 권한을 상실하지 아니하고 점유계속채무자(debtor in possession: DIP)로 남는 것을 원칙으로 하였다. 즉, 채무자에게 사기·부정직·무능·부주의 등의 사유가 있는 경우에만 이해관계인의 신청에 의하여 도산관재인을 두는 것으로 하였다.

21) 자기관리에 대한 채권자의 주요 권한을 보면, 도산법원이 채무자의 자기관리신청을 기각한 경우라도 최초의 채권자집회가 자기관리를 제안한 때에는 도산관재인을 감독인으로 하여 자기관리를 명하여야 한다(제271조). 또한 채권자집회는 감독인 또는 채무자에 대하여 선택적으로 도산계획의 작성을 위임할 수 있고(제284조), 채권자집회가 신청한 경우 또는 자기관리명령이 도산절차를 지연시키거나 채권자를 불리하게 할 우려가 있고 별제권자나 도산채권자가 신청한 경우 도산법원을 자기관리명령을 종결하여야

인의 역할에 큰 비중을 두고 있다는 점이다.²²⁾

프랑스에서는 전통적으로 채권자와 채무자 간의 채무의 감액과 지급의 유예에 의한 합의라고 하는 비사법적인 절차(les procédés non juridictionnels)에 의하여 도산기업문제를 해결하여는데 대하여 불신감을 가지고 있었고, 이러한 연유로 최근까지 청산예방을 목적으로 하는 화의제도에 대하여 사적 계약의 지위만을 부여하고 있었다.²³⁾ 이러한 프랑스의 전통적인 입장은 최근들어 후퇴하였는데, 도산방지절차의 필요성이 강조되고 1984년에 이르러 '기업의도산방지 및 화해에 의한 정리절차에 관한 법률(LOI n. 84-148 à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises)'이 제정되면서 화의제도(화해에 의한 정리절차; règlement amiable)가 도산법제도에 법적 절차로 편입되었다. 즉, 프랑스의 화의절차는 도산절차에 선행하는 도산방지절차의 일환으로 인정되고 있을 뿐이다. 이러한 화의절차는 상사법원장에 의하여 선임된 조정인(conciliateur)이 상사법원장의 감독하에 재무상태가 악화된 채무자와 주요한 채권자간의 채무관계를 조정하고 갹생을 목표로 하는 '화해에 의한 정리계약'을 체결시키는 것을 그 목적으로 한다. 화해에 의한 정리절차는 채무자만이 상사법원에 신청할 수 있다. 그러나 상사법원장은 채무자에 대하여 화의절차의 신청을 권고할 수 있는 것으로 해석되고 있고, 실제로 그와 같은 실무가 행하여지고 있다고 한다. 더욱이 화해에 의한 정리계약의 성립까지의 과정에서 조정인을 중심으로 하여 채권자·채무자간에 채무관계의 조정이 이루어지는데, 이 과정에서 상사법원장은 빈번하게 조정인의 보고를 받으며 때때로 직접 채권자·채무자간의 교섭에 개입하는 등 그 역할이 매우 크다고 한다.²⁴⁾

한다(제272조). 아울러 채무자가 도산절차에 있어서 특히 중요한 법적 행위를 함에 있어서는 채권자위원회의 동의를 있어야 한다(제276조).

22) 자기관리제도에 있어서의 감독인의 역할을 보면, 자기관리의 감독인은 채무자의 재정상태를 조사하고 영업 및 생계지출을 감독하고, 자기관리의 속행이 채권자에게 해가 된다고 예상되는 경우 이를 지체없이 도산법원 및 채권자위원회 또는 도산채권자·별채권자에게 보고하여야 한다(제274조). 통상의 업무수행에 속하지 아니하는 채무자의 채무부담은 감독인의 동의가 있어야만 가능하고, 통상의 업무수행에 해당하는 채무부담도 감독인이 반대하는 경우에는 이를 할 수 없다(제275조). 도산재단에 속하는 재산의 감소로 인한 도산채권자의 손해에 대한 책임은 감독인만이 이를 주장할 수 있고(제92조 및 제93조 참조), 감독인은 도산관재인에 관한 규정에 의하여 법적 행위를 취소할 수 있다(제129조 내지 제147조 참조).

23) Michel Jeantin, Droit commercial, Dalloz(1990), p.241 et suiv..

24) 小杉丈夫, "フランスにおける倒産豫防手續の實務", 國際商事法務 Vol. 26 No.3(1998.3), 256面.

(2) 和議節次の 存置의 必要性

1) 화의절차의 순기능

파산은 사업재산을 처분하여서 만들어진 환가된 금전을 각 채권자에게 배당하므로 사업체는 해체되고 사용자와 근로자는 실직하게 되는 등 사회·경제적으로 불이익을 초래할 수 있다. 또한 이와 같은 파산의 숙명적 결함 때문에 이른바 사적 정리가 파산의 방지를 위한 수단으로 활용되기도 하는데 전술한 바와 같이 채무가 다액이고 채권자의 수가 많은 경우에는 대부분의 경우 좋은 결과를 얻을 수는 없다는 단점이 있다.

이에 대하여 화의는 채무자측의 화의조건 제시와 화의신청에 의하여 채무의 정리를 법원의 관여하에 집단적 화해에 의하여 해결을 하고자 하는 절차로서, 기업이 해체되지 아니하고 채무자가 종전대로 사업을 그대로 경영하면서 기업을 갱생시킬 수 있을 뿐만 아니라 채권자와 채무자가 법원의 관여없이 사적으로 행하는 화해인 사적 정리의 약점을 보완하는 장점이 있다. 그러므로 전술한 바와 같은 문제점이 표출되고 있다고 하여 현실적인 필요를 충족시키고 있고 다양한 순기능을 가지고 있는 화의절차 자체를 폐지한다는 것은 바람직하지 아니하다고 생각한다.

문제는 앞서 지적한 현행 화의절차의 문제점을 보완하는 것인데, 먼저 경영권 유지를 위한 채무자의 무조건적인 신청과 채권자의 동의를 위하여 무리한 화의조건을 수립하는 문제는 도산절차의 일원적 운용으로 상당부분 해결될 수 있다고 본다. 왜냐하면 화의의 실패는 곧 도산절차의 속행으로 이어지기 때문에 정리절차로 가야 할 사안에 대하여 화의절차를 고집하거나 이행가능성이 희박한 화의조건을 수립하는 행태는 위축될 수밖에 없기 때문이다. 다음으로 화의조건의 이행확보수단이 불충분하다는 점에 대하여는, 인가후에도 법원에 의한 감독을 계속하여 화의조건이 이행되거나 이행되는 것이 확실하다고 인정되는 때에 절차를 종결시키는 방안을 검토해 볼 수 있을 것이다. 현행 화의법은 채무자가 정당한 사유없이 화의조건의 이행을 해태하고 있고 장래에도 화의조건을 이행할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우 법원은 채권자의 신청이나 직권으로 화의취소를 결정할 수 있지만(화의법 제68조), 실제적으로는 도산절차에 있어서 채권자의 역할이 제대로 발휘되지 못하는 만큼 인가후에도 감독을 계속하는 방안이 실효적일 것이라고 본다.

2) 갱생절차(정리절차)의 주체문제

갱생절차의 성과와 관련하여 특히 중요한 요인 중의 하나는 갱생절차를 이끄는 주체를 누구로 할 것인가 이다. 갱생절차는 주체를 기준으로 2가지 유형으로 분류할 수 있는데, 그 하나는 법원 또는 채권자가 강력한 권한을 가지고 기업의 갱생절차를 진행하거나 기업을 매각하는 유럽식이고 다른 하나는 채무자 즉, 채무자인 기업의 경영자가 정리계획을 작성하고 실질적으로 갱생절차를 진행하는 미국식이다. 프랑스가 법원이 갱생절차를 주도하는 대표적인 예이고, 독일이나 영국은 채권자가 갱생절차를 주도하는 경우이다. 반면에 미국은 채무자(debtor in possession : DIP)가 경영권을 유지한 채로 갱생절차를 진행한다. 한편 우리나라나 일본은 양자가 혼용되고 있다고 할 수 있다.

먼저 유럽식의 경우는 도산상태를 야기한 채무자를 절차진행의 의사결정에서 배제시키는 방식으로 경영의 투명성이 약한 기업환경에 적합하다. 반면에 미국식은 채권자의 권리를 제약하기는 하지만 회사의 사정을 가장 잘 파악하고 있는 기존의 경영자가 갱생절차를 주도하므로 기업갱생의 가능성이 상대적으로 높다는 장점이 있다.

우리의 경우는 아직까지 기업경영의 투명성이 확보되어 있지 못하고 지배구조도 왜곡되어 있는 만큼 일부 예외적인 경우를 제외하고는 유럽식이 적합하다고 본다. 향후 기업의 경영투명성이 확보되고 지배구조가 정립되는 시점에서라야 기존 경영자가 갱생계획을 작성토록 하고 갱생절차를 주도하는 미국식을 고려해 볼 수 있을 것이다.²⁵⁾

요컨대 현재의 기업환경하에서 정리절차는 채무자가 아닌 법원이 주도하는 경성의 갱생절차로 운용할 수밖에 없다.²⁶⁾ 그러므로 채무자가 절차를 주도하는 연성의 도산절차가 필요한데, 여기에 채무자가 채권자와의 신뢰관계에 기초하여 집단적 화해를 도출해 내고 자신이 직접 재건을 주도하는 화의절차를 존치시킬 필요성이 있는 것이다.

25) 구본천, "기업퇴출의 경제분석과 개선방안", KDI 정책포럼 제144호(1999.2), 5~6면.

26) 법원이 갱생절차를 주도하더라도 채권자의 역할에 대한 재고가 필요하다. 파산절차의 경우에는 채권의 순위와 금액에 따른 강제적인 환가·배당이 주된 내용이므로, 갱생절차에 있어서는 갱생의 효율성을 확보하고 이해관계자의 형평성을 유지하기 위하여 채권자에게 보다 폭넓은 권한을 부여하여야 할 것이다.

2. 中小企業 倒産節次의 必要性

소비자채무자와 기타 채무자의 도산처리절차를 별도로 규정할 경우에, 기타 채무자의 도산처리절차의 적용대상은 거대한 대기업에서부터 소규모의 기업이나 개인사업자까지 다양한 실체를 가지게된다. 이와 같이 스펙트럼상에서 다양한 위치를 차지하고 있는 채무자를 하나의 똑같은 절차에 의해 규율하는 경우에는 비용 및 절차의 신속성 측면에서 부적절한 절차를 이용할 수밖에 없는 문제가 따르기 마련이다. 현행 도산관련법에서는 이러한 문제점을 인식하여 약간의 배려를 하고 있지만, 만족할 만한 수준은 되고 있지 못하다.

현행법상 갱생형절차로는 화의법 및 회사정리법이 제시되어 있다. 법제정시의 구상은 회사정리법은 대기업을 대상으로 하고 화의법은 주로 중소기업이나 개인사업자를 대상으로 하는 것이었다. 그러나 화의절차는 기본적으로 채무자와 채권자의 화해에 기초한 제도이므로 담보권자가 화해에 부동의하여 별채권을 행사하는 등의 사유가 있으면 성공하기 힘들다는 한계를 가진다. 따라서 중소기업이나 개인의 경우에도 모든 이해관계자를 절차 내로 끌어들여 구속을 받게 하는 절차를 이용할 필요가 있을 때도 있다. 이러한 절차로는 회사정리절차가 예비되어 있지만, 이는 주식회사가 아니면 이용할 수 없고 주식회사라도 소규모인 경우에는 절차가 복잡하고 비용이 많이 들기 때문에 이용에 현실적으로 많은 어려움이 있다. 그렇다면 소비자채무자의 이외의 채무자중 규모가 작은 자에 대해서는 현행법과는 다른 특별한 배려가 필요할 것이다.

이러한 자에 대하여 도산절차에서 별도로 규율할 필요가 있다는 것을 전제로 할 때, 뒤에서 언급할 것처럼 소비자채무자의 도산절차와 마찬가지로 분리하여 규율할 것인가 또는 기존 절차에서 특칙을 두어 규율할 것인가가 문제된다. 소비자채무자의 경우에는 해체·청산이 불가능하다는 점에서 기업과 성질상 차이가 있으므로 별도의 분리된 법을 두는 것이 바람직할 것으로 보이나, 중소기업의 경우에는 성질상의 차이는 존재하지 않으므로 통합하여 규율하면서 특칙을 두어도 무방할 것이다. 이 편이 입법기술상으로도 용이하리라 판단된다.

중소기업에 대한 특칙을 인정하는 경우에는 그 적용대상을 어떻게 결정할 것인가가 문제된다. 현행 화의법 및 회사정리법에서 중소기업에 대해 몇가지 특칙을 규정하고 있는데, 이 경우 중소기업은 중소기업기본법 및 시행령에 따라 업종과 상시근로자수를 기준으로 정하고 있다. 그러나 중소기업기본법과 도산

관련법은 목적이 근본적으로 차이나므로 도산관련법의 목적에 적당한 기준에 따라 결정하여야 할 것이다. 부채의 액수라든가 채권자수, 자산액, 경우에 따라서는 종업원의 수 등을 기준으로 삼을 수 있을 것이다.²⁷⁾

다음으로 특칙의 내용을 어떻게 구성할 것인가에 대한 검토가 필요하다. 이는 기업의 도산절차의 내용을 어떻게 구성할 것인가에 따라 구체적 내용이 결정될 수 있는 문제이므로 일률적으로 얘기할 수는 없지만, 궁극적으로는 절차기관의 간소화와 각종 기간단축 및 절차의 일부 생략이라는 형태를 가지게 될 것이다.²⁸⁾

27) 미국 연방도산법은 11장절차에서 小企業(small business)에 대한 특칙을 규정하고 있는데, 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)자로 정의하고 있고, 채무총액을 500만달러로 인상하자는 안도 주장되고 있다(The National Bankruptcy Review Commission이 1997년 10월 20일에 제출한 보고서인 Bankruptcy : The Next Twenty Years에서 주장된 내용이다. 자세한 내용에 관해서는 高木新二郎, "美國聯邦倒産法改正勸告(NRBC)の概要(上)・(下)", NBL No.638(1998.4.1)・No.639(1998.4.15); 松下淳一, "「全國破産法調査委員會報告書」の概要と「議會への 권고」の全譯(上)・(下)", ジュリスト No.1137(1998.7.1)・No.1138(1998.7.15) 참조). 프랑스에서는 소기업을 위한 절차로서 간이갱생절차(redressement judiciaire)를 규정하고 있다. 종업원이 50인 이하이거나 종업원의 세후급여가 2,000만프랑 이하인 회사에 적용되는 갱생절차이다(제137조).

28) 참고로 외국의 입법례를 보면 미국 연방도산법에서는 소기업의 경우에는 11장절차에서 채권자위원회를 구성하지 않을 수 있고(제1102조(a)(3)) 11장절차에서 계획안의 제출기간을 단축함으로써 신속한 절차진행이 가능하도록 하고 있다(제1121조(e)). 프랑스에서는 통상적인 갱생절차를 간소화한 간이갱생절차를 정하고 있다. 통상절차이든 간이절차든 모든 절차는 기업의 갱생가능성여부를 확정하는 단계인 관찰기간(periode d'observation)으로부터 시작하는데, 통상의 절차에서는 수명법관(juge-commissaire)과 2인의 도산절차관재인(mandataire de justice)을 선임하는데 반하여(도산절차관재인 중 1인은 관리인이고 1인은 채권자대표이다) 간이절차에서는 원칙적으로 관리인을 두지 아니한다. 법원은 갱생절차개시 결정에서 수명법관과 채권자대표를 선임한다(제139조). 일반절차에서는 관리인이 기업의 재무상태 및 노동관계에 관한 조사서를 작성하고, 이 조사서에 기초하여 갱생계획안(plan de redressement) 또는 청산절차의 개시를 제안하는데, 간이갱생절차에서는 원칙적으로 관리인이 선임되지 않으므로 통상 수명법관이 기업의 재무상태 및 노동관계에 관한 조사서를 작성하고, 갱생계획안은 채무자 자신이 작성한다. 관찰기간중의 영업활동도 법원이 필요하다고 판단하여 예외적으로 관리인을 선임하지 않는 이상 채무자가 행한다(제141조). 다만 법원은 표준적인 절차가 기업의 갱생에 보다 효율적일 것이라고 판단하는 경우에는 소규모기업에 대하여도 표준적인 절차를 적용할 수 있다. 즉, 법원은 갱생계획의 인가의 결정시까지 직권으로 또는 채무자 또는 감사의 신청에 의하여 제1편에서 정하는 절차가 기업의 갱생에 실질적으로 도움을 준다고 판단하는 경우 당해 절차의 전부를 적용할 것을 결정할 수 있다.

3. 倒産法의 單一法化

이하에서는 도산절차를 일원적 절차로 할 것인가의 문제와는 별개로 입법형식의 문제로서 도산법의 단일법화에 관하여 고찰한다.

외국의 입법례를 보면, 미국·프랑스·영국·이탈리아·독일 등의 새로운 도산법은 모두 통합법이라고 하는 형식으로 입법되어 있는데, 이것이 세계적인 경향이라고 할 수 있다. 미국은 1978년에 종전의 구파산법(Bankruptcy Act)을 대체하는 연방파산법(Bankruptcy Code)을 제정하여 기업갱생절차를 통합하면서 단일법을 유지하고 있고, 독일은 1978년에 도산법전문가위원회를 설치한 이래 약 16년에 걸쳐 도산법개정작업을 추진한 결과 1994년에 통합도산법(Insolvenzordnung vom 5. October 1994)을 제정하여 1999년부터 시행하고 있다. 영국도 1986년에 각각의 개별법으로 존재하던 도산관련법률을 하나로 통합하였으며(Insolvency Act 1986), 프랑스도 1985년에 일원적인 도산절차를 채용한 '기업의사법적갱생및청산에관한법률(LOI n. 85-98 du 25 janvier 1985 relative aux redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises)'을 제정한 바 있다.

도산절차를 일원화하는 경우에는 그 입법형식도 자연스럽게 단일법으로 될 것이다.²⁹⁾ 문제는 도산법을 단일법화하더라도 특수한 경우에 대한 특별한 처리규정까지 그 법률에서 취급할 것인가 하는 것이다. 프랑스법에서는 소비자파산에 관하여는 기업도산에 관한 법률과는 별개의 법률에서 다루고 있고, 호주에서는 개인의 도산과 회사의 도산이 별개의 법률에 의하여 규정되고 있으며, 일본에서도 금융기관에 관하여는 특별법이 제정되어 있고 보험회사에 관하여는 보험업법 중에 행정적인 처리방법이 규정되어 있다. 또한 병원, 학교, 종교법인, 농업자 등 특별한 배려를 요하는 사업주체의 도산에 관하여도 특별법의 필요성이 주장될 수 있다. 더욱이 국제도산에 관한 규정을 국내도산에 관한 규정

29) 도산절차를 복수로 하는 경우에는 이들 절차를 하나의 법률에 모아야 할 필요성은 없다. 그러나 절차상호간의 이행을 인정하거나 다른 절차에 관한 규정의 일부의 이용을 인정하거나 또는 복수의 절차의 어느 것에도 타당한 공통규정 내지 총칙규정을 다수 준비하는 때에는 단일법에서 각 절차 상호의 관계를 명확하게 하면서 공통의 사항에 관하여는 모아서 규정하는 것이 합리적일 것이다. 미국, 영국, 이탈리아 등에서 복수절차형을 취하면서 단일법화가 실현되어 있는 것을 그 예로 들 수 있다.

第3章 倒産節次 一元化의 各論的 考察

과 함께 동일한 법률에 답을 것인가의 문제도 있다. 이러한 문제는 동시에 '도산법'이란 무엇인가 라는 문제와도 관련이 있는데, 도산법이라고 하는 개념을 넓게 잡는 한 도산에 관한 단일법을 만든다고 하더라도 특수한 경우에 대한 특별법의 존재를 부정하기는 어려울 것이다.

第 4 章 消費者倒産節次

第 1 節 消費者倒産法の 立法方向

1. 現行法上 個人倒産處理의 限界

최근의 경제적 위기로 기업뿐 아니라 개인들도 경제적 파탄을 맞게되는 경우가 증가하였다. 특히 이러한 추세는 소비자신용의 급격한 발전에 따라 개인이 신용을 얻는 것이 용이해 짐에 따라 가속되었다. 기존에는 개인이 지급불능상태에 빠지면 채권자들이 개별적으로 권리를 행사하거나 경우에 따라서는 債權者團을 구성하여 단체행동을 하는 등 私的 整理가 이루어졌을 뿐 도산법상의 절차가 많이 이용되지는 않았다. 물론 채무자의 경제적 파탄의 전부를 도산법상의 절차에서 처리하는 것은 불가능하고 또한 적절하지도 않을 것이다. 이러한 경우 중 일부는 비교적 비용이 적게 들고 융통성이 있는 사적 정리에 맡겨서 해결하는 것이 더 효율적일 것이다. 그러나 사적 정리의 경우에는 합의에 도달하지 못하고, 그 과정에서 채무자에 대한 과도한 압박 등으로 채무자가 다시는 사회의 일원으로서 새출발을 할 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 도산법상의 절차는 이러한 경우에 의미가 있다.

현행법하에서 개인이 도산한 경우 이용할 수 있는 법적 절차로는 파산절차와 화의절차가 존재하지만, 양자는 개인의 도산을 저렴하고 신속하게 처리하기에는 부적합하다는데 문제가 있다. 현행 파산법상의 파산절차에서는 파산관재인을 선임하여 청산절차를 진행시켜 나감을 기본으로 하고 있다. 이는 파산자가 상당한 재산을 갖고 있는 상태를 상정한 것이고, 파산법이 개인과 기업 모두에 적용되는 일반적인 성격을 가진 법이라는 점에서 기인한 것이다.³⁰⁾ 개인파산 사건에서는 위와 같은 절차비용이 부담스러운 것이 사실이다.

현행 화의법상의 화의절차도 자연인이 신청을 할 수 있기는 하지만, 기본적으로는 개인사업자를 포함하여 주식회사가 아닌 법인의 이용을 전제로 한 제도

30) 대부분의 개인파산의 경우가 현행 파산법하에서는 동시폐지로 절차가 종료할 것이지만, 파산관재인을 선임하여야 할 경우에는 막대한 비용이 소요되게 되어 개인의 파산처리절차로는 부적합한 측면이 있다.

로서 화의신청시에 고액의 절차비용을 예납하여야 하고, 화의신청시 변제계획을 제출할 필요가 있는 등 개인이 이용하기에는 비용과 시간이 많이 소요되는 절차이다.

2. 個人倒産과 企業倒産의 別途規律의 必要性

(1) 個人倒産의 特性

위에서 언급한 것처럼 현행 도산관련법으로 개인의 도산을 규율함에는 한계가 있으므로 이 문제를 해결하기 위한 도산관련법의 구조재편이 필요하다. 도산관련법의 구조를 고안함에 있어서는 우선 개인에 대한 절차를 별도로 독립시켜 규율할 필요가 있겠는가부터 고찰하여야 한다. 결론적으로 개인의 도산과 기업의 도산은 성질상 차이가 있으므로 별도의 규율이 필요하다고 생각한다. 기업도산의 경우에는 청산을 하여 기업을 소멸시키는 것이 가능하지만, 개인의 경우에는 해체·소멸이 불가능하다. 개인은 다시 사회의 한 구성분자로서 생활할 수 있어야 하며, 가정을 가지고 있는 생활주체로서 가정의 보호가 고려되어야 한다. 또한 개인은 도산 당시에는 재산이 없어서 근소한 액의 배당도 할 수 없는 것이 통상인 반면, 건강과 직업을 유지하는 한 장래의 수입을 상당히 확실하게 예정할 수 있다. 기업의 경우에는 도산시 재산에 의한 배당이 가능하여도 장래의 수입을 예정하는 것이 반드시 용이하지 않다. 따라서 개인도산의 경우에는 장래의 수입으로 변제를 하는 절차가 적합한 경우가 많고, 이 경우 변제계획의 이행 및 채무자의 생활재건은 채무자 자신의 갱생의욕 즉, 근로의욕 및 생활습관개선 의욕이라는 정신적 측면에 의해 많이 좌우된다.³¹⁾ 따라서 개인에 대해서는 도산절차에서 특별한 배려가 필요하다.

(2) 個人(消費者)倒産法の 立法

이러한 점을 고려하여 영미나 유럽대륙의 각국에서도 도산법 개정의 과정에서 개인 내지는 소비자도산법에 대한 관심을 가지고 새롭게 규율을 시작하였다.

31) 宮川知法, "消費者倒産法制の創設", *ジュリスト* No.1111(1997.5.1-15), 49~50面.

1) 프랑스

프랑스에서는 과거에는 소비자도산에 관하여 별도로 규율하고 있지 않다가 1989년 '個人 및 家計의 過多債務에 관한 困難의 豫防 및 解決에 관한 1989년 12월 31일법'(Loi n89-1010)을 제정하였다(이하 1989년법이라고 약함).³²⁾ 1989년법에서는 소비자채무자의 도산처리에 대하여 행정위원회에 의한 조정절차와 법원에 의한 재판절차 두가지를 규정하였다. 양절차 사이에 법규정상의 서열은 없지만, 실제로는 대부분의 사건에서 조정이 신청되고 조정이 실패하는 경우에 재판절차가 개시되는 이단계의 구조를 가지고 있다. 파산면책제도에 대하여는 법개정시 도입논의가 있었으나 결국 채택되지는 않았다.

2) 독일

독일에서도 1994년 10월에 제정되어 1999년 1월부터 시행되는 도산법(Insolvenzordnung)(이하 新倒産法이라고 약함) 제304조 이하에서 소비자도산에 관한 특칙을 두었다. 즉, 계획에 따라 변제를 함으로써 채무를 조정하는 債務調整計劃節次(Schuldenbereinigungsplan)를 신설하고 제311조 이하에서 파산절차를 간이·신속하게 정비한 簡易倒産節次(Vereinfachtes Insolvenzverfahren)를 규정하면서, 소비자채무자에게만 적용되는 것은 아니고 일반적으로 자연인인 채무자에게 적용되는 殘餘債務免責制度를 도입하였다. 신도산법하에서는 채무자 또는 채권자에 의하여 도산이 신청되면, 일단 채무자는 채무조정계획절차를 거칠 것을 선택할 수 있다. 채무자가 채무조정계획절차 개시신청을 하면 도산절차는 정지된다. 다만 채무조정계획절차 개시신청 전에 裁判外의 和解노력이 前置되어야 한다. 채무자가 채무조정계획을 작성하여 채권자의 동의를 얻으면 채무조정이 이루어져서 이 계획에 따라 변제가 이루어지게 된다. 채무조정계획이 채권자의 동의를 얻지 못하게 되어 실패하면 정지되었던 도산절차가 속행되는데 이 경우에 소비자채무자는 간이도산절차에 따라 청산을 하게 된다. 청산이 종료한 후에도 즉시 면책을 받을 수는 없고, 7년간 채무의

32) 이 법은 1990년 3월부터 시행되었다. 프랑스의 1989년법에 대한 설명은 山本和彦, "フランスにおける消費者倒産の處理と豫防", 法學(東北大學法學會) 第57卷 6號(1994)에 의하였다. 이 논문에서는 1993년 7월까지의 법규정 및 판례·학설의 동향에 관하여 소개하고 있다.

변제를 위한 성실한 노력을 하는 등의 요건을 충족시킨 경우에만 면책을 받을 수 있다.³³⁾

3) 오스트리아

오스트리아에서도 1993년에 파산법의 제3부로서 '自然人에 관한 特則'이라는 제목하에 자연인의 파산에 관한 특별규정을 두는 법개정을 단행하여 1995년 1월 1일부터 시행하였다. 오스트리아 파산법에서는 다양한 절차를 규정하여 이를 단계적으로 이용할 수 있도록 하다가 최후의 수단으로서 새로이 도입된 잔여채무면책제도를 적용하는 점이 특징이다. 우선 소비자채무자는 裁判外 和議를 위한 노력을 하여야 한다. 재판외 화의가 실패한 경우에는 債務調整節次(Schuldenregulierungsverfahren)의 신청이 가능하다. 이 절차는 파산절차의 일종이지만 재산의 관리처분권이 채무자에게 유보되어 있다. 채무조정절차에서는 우선 強制和議(Zwangsausgleich)가 행해지는 것이 원칙이다. 강제화의의는 5년간 적어도 30% 이상의 변제율을 제시하는 화의안에 대해 채권자의 동의를 얻음으로써 채무를 조정하는 절차이다. 이 절차는 통상적인 강제화의의와 유사하지만 변제율의 요건이 완화되어 있다는 점이 특징이다. 강제화의의절차가 실패한 경우에는 채무자는 法院에 의한 辨濟計劃節次(Gerichtlicher Zahlungsplan)로 이행시킬 수 있다. 이 절차에서는 우선 채무자의 재산이 있으면 換價를 하여야 하고, 그 후에도 5년이상(최대 7년) 수입의 일부로 채무를 변제하는 계획을 세워서 채권자의 동의를 얻어야 한다. 변제액은 그 기간 동안 수입상황을 고려하여 자유롭게 정할 수 있다. 채무자가 제안하는 변제계획에 기하여 채무의 처리를 도모한다는 점은 강제화의의와 유사하지만 최저변제율에 대한 제한이 없다. 청산을 하여야 하는 절차이면서도 청산 이후 변제를 법에서 정하여진 조건이 아니라 채무자와 채권자간의 합의에 의하여 이행하는 절차를 하나 더 규정하고 있는 것이라 할 수 있다. 채권자가 동의를 하지 않아서 절차가 실패하는 경우에는 免責節次(Abschöpfungsverfahren)에 의하여 도산이 처리되게된다. 이 절차에서는 채권자의 동의는 필요하지 않고 채무자는

33) 독일의 신도산법에 대해서는 木川裕一郎, "ドイツにおける消費者倒産制度の改革", 東海法學 第15號, 東海大學法學部(1996); Reiner Kemper(澤田克己 譯), "ドイツにおける新消費者破産制度の成立—殘債務の免責を中心として", JURIST No.1106(1997.2.15), 85面; 김경욱, "독일의 소비자파산과 잔여채무면책에 관한 연구", 법조 통권 505호(1998.10); 최성근, 獨逸의 倒産法, 한국법제연구원 연구보고 98-1(1998) 참조.

일정기간 동안 자신의 수입 중 법에서 정하여진 부분을 수탁자에게 양도하여 채무변제에 이용되도록 하여야 한다.³⁴⁾

4) 영국

영국에서도 기업에 대한 절차와 별도로 개인에 대해서 任意的 個人債務調整 節次(individual voluntary arrangements)와 個人破産節次(Individual Bankruptcy)를 병존적으로 규정하고 있다. 임의적 개인채무조정절차는 개인이 파산절차에 들어가는 대신 채무조정계획을 작성하여 채권자의 동의를 얻음으로써 채무를 조정하는 절차이고, 개인파산절차는 채무자의 재산을 환가·배당하는 절차이다.³⁵⁾

5) 미국

미국 연방도산법에서는 개인과 법인을 불문하고 모두 이용할 수 있는 청산절차로서 7장절차를 규정하고, 이와 별도로 정기적수입이 있는 개인의 경우에는 재산의 환가·배당을 거치지 않고 변제계획에 따른 채무조정을 할 수 있는 13장절차를 규정하고 있다.

3. 個人倒産法の適用範圍

개인도산을 기업도산과 별도로 규율함에 있어서는 우선 개인도산법의 적용범위를 어떻게 정할 것인가를 검토하여야 한다. 소위 개인이 소비생활의 과정에서 경제적 파탄에 빠진 경우로 한정하여 규율대상으로 삼을 것인가³⁶⁾ 아니면 더 넓게 소비생활과의 관련성을 불문하고 자연인의 경제적 파탄에 포괄적으로

34) 山本和彦, “オ-ストリアの消費者倒産法”, 現代金融取引法の諸相(米田實先生古稀記念), 民事法研究會(1996)

35) 영국법에 대해서는 Roger Gregory, Bankruptcy of Individuals 2d ed.(1992); 윤영신, 英國의 倒産法, 한국법제연구원 연구보고 98-6(1998) 참조.

36) 흔히 소비자파산은 법에 엄밀하게 정의되어 있는 개념이 아니고 실무 및 일반사회에서 관용적으로 쓰여지고 있는 용어이다. 그 뜻은 대강 경제활동에서 소비자의 입장에서서는 봉급생활자, 주부, 학생 등의 비사업자가 소비활동의 일환으로 자신의 변제능력을 초과하여 과도하게 상품을 구입하거나 금전을 차용한 결과 자신의 모든 재산을 충당하여도 발생한 채무를 변제할 수 없는 지급불능상태에 빠져 그 정리를 위하여 스스로 밟는 파산절차를 의미한다(소비자파산실무, 법원행정처, 1면).

적용되는 절차로 구성할 것인가의 문제이다.

(1) 各國의 立法態度

양쪽 기준은 각각 나름대로 타당성을 가지고 있으므로 이 점에 대한 각국의 입법태도도 차이가 있다. 미국 연방도산법 13장절차는 “定期的 收入이 있는 個人”으로서 무담보채권액이 2만5천달러 미만이고 확정된 담보채권이 7만5천달러 미만인 경우에 이용할 수 있다. 정기적 수입이 있는 개인에 대해서는 미국 연방도산법 제101조(27)호에서 정의를 하고 있는바, “수입이 충분히 안정적이고 정기적이어서 본법 13장에 의한 계획에 따라 지급을 할 수 있는 자”이다. 미국의 13장절차는 정기적 수입이 있는 개인에 해당되는 경우에는 사업자이더라도 절차의 적용대상이 된다. 반면 소비생활로 인한 채무라고 하더라도 채무액수가 일정 규모 이상이면 적용대상에서 배제된다. 주의할 점은 미국 연방도산법의 청산형절차에서는 개인에 대한 특칙이 없다는 점이다. 따라서 7장절차는 위와 같은 자격제한 없이 개인이 모두가 적용대상일뿐 아니라 법인 등의 기업도 적용대상이 된다.

영국의 도산법(Insolvency Act 1986)은 회사(company)에 관한 절차와 개인(individual)에 관한 절차를 나누어 규율하고 있다. 채무자가 사업활동을 하는가 여부와 관계없이 개인인 경우에는 임의적개인채무조정 및 개인파산절차의 적용대상이 된다.³⁷⁾

독일은 소비자도산절차를 이용할 수 있는 채무자의 자격을 “獨立한 經濟活動을 영위하지 아니하거나 小規模로 영위하는 自然人”으로 한정하고, 독립적인 경제활동은 상인적 방법으로 영업행위를 하는 것을 의미한다는 규정을 두고 있다(제304조). 독립한 경제활동을 영위하지 않는 자연인의 경우에는 대개 소비목적 이외로 채무를 부담하는 것을 생각하기 어려우므로 이 문언은 소비자를 염두에 둔 것이라고 할 수 있다. 그리고 이에 덧붙여 독립적인 경제활동을 하는 경우에도 소규모로 영위하는 개인사업자의 경우에는 일반 소비자와 마찬가지로 간이한 절차에 의하여 처리할 수 있도록 하고 있다. 독립한 경제활동을 어느 정도 규모 이상으로 행하는 개인사업자는 채무의 액수가 크고 다양한 종류의 채권자가 존재하는 경우가 드물지 않기 때문에 좀 더 채권자의 감독이 강

37) 조합(partnership)의 도산은 Insolvent Partnership Order 1994에 따라 규율된다.

화된 일반적 도산계획절차(Insolvenzplan)의 적용을 받도록 하기 위한 규정이다.

오스트리아에서는 독일과 같은 제한을 두지 않고 일반적으로 자연인을 적용 대상으로 하고 있다(제181조)³⁸⁾

프랑스에서는 소비자도산절차를 우선 자연인만이 신청할 수 있고, 채무자가 지급기한이 도래한 채무 및 도래할 채무 중 非職業的인 債務 전체에 대처하는 것이 명백히 곤란한 경우에 절차가 개시되는 것으로 하고 있다. 직업적 채무란 '채무자의 직업활동의 필요 또는 그 활동에 따라 발생한 채무'라고 정의되어 있다.³⁹⁾ 다만 이러한 경우에도 다른 기존의 도산절차의 대상이 되는 자에게는 적용을 배제한다(제17조). 84년 3월 1일법의 대상인 일정의 회계요건을 갖춘 기업, 85년 1월 25일법의 대상인 상인·자영업자 등, 88년 12월 30일법의 대상인 농업자는 비직업적 성질을 가지는 채무일지라도 소비자도산신청을 할 수 없다. 반면 이러한 예외에 속하지 않는 자는 직업활동을 하고 있어도 소비자도산법의 적용대상이 된다(예를 들면 의사나 변호사 등의 전문직).⁴⁰⁾ 비직업적 채무의 지급불능이라는 제한을 함으로써 소비자로서의 채무자를 대상으로 하는 절차로 구성하고 있다.

(2) 消費者倒産節次로의 規定

각국의 입법태도를 살펴보면 크게 크게 ① 자연인 일반에 적용되는 절차로 구성하는 경우(영국, 오스트리아)와 ② 자연인중 일부에게 적용되는 절차로 구성하는 경우로 나눌 수 있다. 그리고 후자의 경우는 다시 절차적용의 기준을 i) 채무자가 사업활동을 하지 않을 것을 원칙으로 하는 것과 같이 채무자의 속성에 착안하는 방안과(독일) ii) 채무자의 속성과 상관없이 수입이나, 채무액수와 같은 일정 기준을 세워서 범위를 확정하는 방식(미국) iii) 비직업적 채무가 과잉인 것을 요건으로 하는 것과 같이 채무 자체의 속성도 감안하는 경우(프랑스)의 세가지로 나누어 볼 수 있다.

38) 山本和彦, “消費者倒産立法の論点(上)”, 判例タイムズ No.929(1997.4.1), 43面.

39) Civ. Ire 16 déc. 1992, D. 1993 I. R. 26 (山本和彦, 앞의 각주 32)의 논문, 836面에서 재인용). 그러나 비직업적 채무를 변제할 수 없을 것이라는 요건은 소비자도산절차개시여부를 결정하는 경우에만 문제가 되는 것이다. 이 요건을 충족하여 절차가 개시된 경우에는 직업적 채무도 변제계획의 대상이 된다.

40) 山本和彦, 앞의 각주 32)의 논문, 831~832面.

①과 ②의 선택에 있어서는 개인에 관한 도산절차의 중점을 어디에 둘 것인가를 고려하여야 할 것이다. 개인도산절차의 중점은 소비자도산사건에 대한 간이·신속한 절차의 마련에 둘 수도 있고, 이와는 달리 개인에게는 면책이 필요하지만 법인은 그러하지 아니하다는 성질차이를 중시하여 양자를 달리 규율하는데 중점을 둘 수도 있다. 생각전대 개인의 경우에도 소비자로서의 개인과 사업자로서의 개인은 채무의 액수라든가 채권의 종류 등에 비추어 동일한 절차에서 규율하는 것이 부적절한 경우가 많다. 대규모의 사업자인 개인은 면책이 필요하다는 점을 제외하고는 법인의 도산절차를 이용하는 것이 오히려 적합할 것이다. 따라서 개인도산절차의 적용범위를 한정하여 소비자도산 중심의 간이·신속한 절차로 구성하는 것이 나올 것으로 판단된다.

그렇다면 ②의 방식을 택할 때 구체적으로 적용범위를 정하는 기준을 어떻게 설정할 것인가가 결정되어야 한다. 우선 iii)의 방식은 절차의 적용여부를 판단할 때 채무가 직업적인 것인지 비직업적인 것인지를 판단하기가 쉽지 않을 것이라는 단점이 있다. i)의 방법은 채무자의 실체를 파악하여 절차의 적용대상을 가장 소비자채무자로 순화할 수 있는 기준이지만, 기준이 추상적이어서 적용여부가 애매한 경우가 발생할 것이다. 구체적인 기준에 따라 구분하는 것이 다툼의 소지를 줄일 수 있다는 점에서 ii)의 방식이 바람직하리라고 생각된다.⁴¹⁾

4. 消費者倒産法の 別途規律의 方式

소비자도산을 별도로 규율할 필요가 있다는 점을 인정한다고 해도 입법형식을 어떻게 할 것인지의 문제가 남는다. 개인도산법과 기업도산법을 분리한 독립의 법률로 할 것인지 양자를 단일한 법률에서 구분하여 규정할 것인지의 문제이다. 분리형과 통합형 어떠한 형태로 개인의 도산처리절차를 규정할 것인가는 결국 입법기술적 측면에서 결정하여야 할 정책적 사항이다. 대부분의 국가에서는 단일한 법안에서 별도의 장으로 규정하고 있다(오스트리아, 독일, 미국, 영국). 반면 프랑스에서는 소비자도산에만 적용되는 독립한 법을 두고 있다.

41) 이와 같이 개인도산절차의 적용범위를 한정하게 되면, 대규모로 사업을 하는 개인과 같이 절차의 적용을 받을 수 없는 개인이 존재한다. 이들은 일반적인 도산절차의 적용을 받게된다. 이처럼 일반적인 도산절차는 주로 법인을 염두에 둔 절차이지만 개인에게도 적용될 수 있고, 따라서 면책에 대한 규정을 둘 필요가 있다.

개인의 청산형절차는 면책제도를 통하여 궁극적으로 갱생을 도모한다는 점에서 기업의 청산형절차와는 차이가 있고 오히려 갱생형절차와 목적을 같이 한다고 볼 수 있다.⁴²⁾ 이러한 의미에서는 소비자도산절차를 일체화하여 단일한 법률로서 분리하여 규율하는 것도 의미가 있을 것이다. 이와 같이 소비자의 도산과 기업의 도산에 대하여 별도의 법을 두는 경우에는 소비자도산에 관한 독자적인 규율을 하기가 쉬울 것이다.

그러나 한편 개인과 기업의 청산절차는 재산의 청산절차라고 하는 공통점을 가지고 있고, 도산실체법(부인권 등), 보전처분·절차개시의 효과 등의 규정은 通則으로서 규정할 수도 있다. 이러한 관점에서는 기업도산법과 소비자도산법을 일체로 규정하는 것도 생각할 수 있고, 이 편이 입법화작업이 더 쉬울 것이다. 각국의 추세가 단일법의 제정으로 나타나고 있는 것도 이러한 이유 때문이다. 단일법의 경우는 물론, 소비자의 도산처리절차와 기업의 도산처리절차를 통합하여 규정하는 경우에도 각각의 고유의 문제에 관해서는 독립적인 장을 둬으로써 서로 다른 이념을 명확히 하여야 할 것이다.⁴³⁾

第 2 節 消費者倒産節次の 種類

1. 消費者의 債務調整型 節次の 必要性

소비자도산절차를 분리하여 입법하든 또는 기업 및 소비자에 관한 도산법을 통합하여 규정하면서 별도의 장으로 규율을 하든, 소비자채무자가 이용할 수 있는 절차의 종류에 대하여 검토하여야 한다. 현행법상으로 소비자채무자는 파산절차와 화의절차를 이용할 수 있다. 소비자채무자가 하는 파산신청의 궁극적 목적은 면책절차에 따른 면책을 얻고자 하는 것이므로 면책불허가 사유가 없는 이상 소비자채무자의 파산은 청산·면책형절차라고 할 수 있을 것이다. 반면 화의절차는 청산을 하지 않고 변제계획을 세워서 채무를 조정하고 조정된 채무

42) 이러한 의미에서는 소비자도산절차를 청산형, 갱생형으로 나누는 것은 적절한 분류방식이 아닌 것으로 보인다. 개인의 파산의 경우에는 궁극적으로 면책이 인정됨으로써 새 출발을 도모할 수 있는 현실에 있어서는 청산형절차에서도 갱생이 이루어진다고 할 수 있기 때문이다.

43) 田頭章一, “個人破産・免責手續”, *ジュリスト* No.1134(1998.6.1), 27面.

를 장래의 수입으로 변제하는 절차이므로, 절차의 성격을 채무조정형절차라고 할 수 있다. 그러나 현재 소비자채무자에 의한 화의절차 이용은 전무한 실정이다. 이는 소비자채무자에게 채무조정형절차의 필요성이 없기 때문이 아니라, 화의절차라는 채무조정형절차가 소비자채무자에게 적합하지 않기 때문이라고 할 수 있다. 채무조정형절차가 필요하다는 점은 최근 우리나라에서 一部免責決定이 등장하였다는 사실에 의해⁴⁴⁾ 간접적으로 뒷받침된다고 생각한다.

우리나라에서 내려진 일부면책결정은 면책불허가사유가 있지만, 위법성의 정도가 현저하지 않으므로 면책을 전부 불허하는 것은 가혹하다는 이유로 채무의 일부분에 대해서는 면책을 허가하고, 나머지에 대해서는 면책을 불허한 것이다. 일본에서는 이와 같은 變形決定이 상당히 활발히 이루어지고 있다. 우리나라 법원에서는 아직까지는 파산채권의 일정부분에 대해서는 면책을 허가하고 잔부에 대하여는 면책을 불허하는 '比率的 一部免責'만을 인정하고 있다. 그러나 일본에서는 그 외에도 일부채권자의 채권에 대해서는 면책을 인정하지만 다른 채권자의 채권에 대해서는 면책을 불허하는 '個別的 一部免責', 파산절차 외에서 파산채권자에 대하여 일정한 변제를 행하도록 권고하고, 이 권고대로 변제가 행하여진 경우 비로소 면책결정을 내리는 '一部辨濟의 勸告方式'도 이용되고 있다.⁴⁵⁾

이러한 변형면책결정은 완전하게 면책을 인정하지 않기 때문에 채무의 일부에 대해서는 장래의 수입으로 계속 변제를 하여야 한다. 이러한 측면에서는 채무조정형 절차와 유사하다. 그렇다면 변형면책결정이 이루어진 경우의 상당부분은 소비자를 위한 채무조정형절차가 있다면 그에 의하여 처리되는 것이 적합한 사안이라고 할 수 있을 것이다.

파산에 따른 청산종료시 즉시면책을 인정하는 미국의 제도나 즉시면책을 인정하지 아니하고 일정기간의 경과를 요하는 독일의 경우나 모두 일단은 청산을 전제로 한다는 점에서는 공통적이다. 그러나 청산을 하게되면 채무자의 갱생이 그만큼 어려워질 가능성이 있다.⁴⁶⁾ 그렇기 때문에 각국에서는 소비자채무자가 청산을 하지 않고 변제계획을 세워 장래의 수입으로 채무의 변제를 함으로써

44) 서울지방법원 1998.12.8 98파 6079(98하35) 결정; 서울지방법원 1998.12.8 98파 6710(98하6) 결정.

45) 전병서, "파산자의 면책에 대한 고찰", 법조 통권 496호(1998.1).

46) 물론 동시폐지를 결정하는 경우에는 청산여부가 갱생의 여부에 영향을 미치지 않을 것이다.

청산을 피할 수 있도록 하는 절차를 두고 있다. 소비자도산절차의 이념을 채무자의 새출발로 삼는다면 이와 같은 절차의 필요성을 인정할 수 있을 것이다. 경제적 파탄에 직면한 소비자채무자 중 정기적 수입이 있고 변제의 의욕도 있는 자에 관하여는 변제계획에 기하여 채무를 분할변제함으로써 갱생할 수 있는 길을 열어준다면 채무자는 변제를 위하여 퇴직을 강요당하지 않고, 경우에 따라서는 저당권이 설정된 거주용부동산을 보존할 수도 있을 것이고, 그 결과 파산절차에서 청산을 하고 면책허가를 받는 경우보다 용이하게 생활을 재건할 수 있을 것이기 때문이다.⁴⁷⁾ 특히 우리나라 현행법상 파산자에 대하여 파산법에서는 제재를 가하지 않고 있지만, 다른 법률에서 제재를 함으로써 실제적으로는 파산제도가 징계주의적인 측면을 가지고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 징계주의적 입법 태도하에서는 특히 채무조정형절차를 인정할 필요가 있을 것이다. 그렇다면 소비자도산절차는 소비자의 필요에 맞춘 청산·면책형절차와 채무조정형절차 두 가지를 상정하는 것이 타당하다.

2. 免責制度

소비자채무자의 청산·면책형절차와 채무조정형절차를 별도로 규정하는 경우에는 양자의 관계를 어떻게 설정할 것인가가 문제된다. 청산·면책형 절차에서는 청산이 이루어지는데, 채무조정형절차에서는 이를 생략할 수 있다는 점만으로는 설명이 충분하지 않다. 예를 들자면 파산절차에서 동시파산폐지의 결정이 있는 경우에는 실제로 양 절차의 경계가 모호해진다. 또한 청산·면책형절차가 청산종료후 즉시면책을 인정하지 아니하고 일정한 기간의 경과 후 면책을 인정하는 유형인 경우에는 양 절차 모두 장래의 수입에 의한 변제를 전제로 한다는 점에서 양자를 차별화가 할 수 있는 요소가 무엇인가에 대한 의문도 있다. 양 절차의 관계를 규정하기 위해서는 우선 각 절차의 내용결정이 선행되어

47) 長谷部由起子, “個人債務者更生手續”, *ジュリスト* No.1134(1998.6.1), 18面. 채무자의 새출발을 용이하게 한다는 목적은 파산재단으로부터 제외되는 재산의 범위를 현행법보다(파산법 제6조제3항) 확장함으로써 어느 정도는 달성할 수 있을 것이지만 여기에는 한계가 있을 수밖에 없으므로 소비자를 위한 채무조정형절차가 의의를 가지리라고 생각된다.

48) 의사, 간호사, 약사는 파산선고로 인하여 면허취소사유가 된다(의료법 제52조제1항, 약사법 제71조제1항). 교사, 공무원은 파산선고로 인하여 당연퇴직사유가 된다(국가공무원법 제69조, 사립학교법 제52조)

야 하는데, 그 중에서 면책제도가 어떠한 내용을 가질 것인가가 양자의 관계설정
정에 영향을 미친다. 그러므로 이하에서는 우선 면책제도에 대하여 고찰을 한
다.

(1) 免責制度의 類型

소비자도산절차를 모색함에 있어서는 근본적으로는 면책을 인정할 것인가의
문제부터 검토하여야 하지만, 우리나라는 파산법의 제정시부터, 면책을 인정하
고 있던 당시의 일본법을 받아들여 면책을 규정하고 있었으므로 이는 일단 전
제로 하고 논의를 전개시켜 나가도 무방할 것이다.⁴⁹⁾ 현재 주요국의 도산법제
에서는 프랑스를 제외하고는⁵⁰⁾ 면책을 인정하고 있다. 전통적으로 비면책주의
를 채택하고 있던 독일에서도 1994년 신도산법을 제정하면서 면책제도를 도입
하였고, 오스트리아의 경우에도 도산법 개정시 이를 도입하였다.

현 단계에서 문제는 면책제도를 인정할 것인가 보다는 과연 어떠한 모습의
면책제도를 인정하여야 할 것인가라고 할 수 있다. 면책제도의 형태는 파산절
차에서 청산이 종료하면(또는 청산할 재산이 없다는 것이 확인되면) 즉시 면책
을 인정하는 형태와(우리나라, 일본, 미국), 청산이 종료한 후 즉시 면책을 인
정하지 않고 일정기간 변제의 노력을 할 것을 요구하고 그 기간이 종료하면 면
책을 인정하는 형태(독일, 오스트리아, 영국) 두가지로 나눌 수 있다. 현재 우
리나라 파산법에서는 파산절차와 면책절차를 별도의 절차로서 규정하고 있으
므로 면책을 받기 위해서는 별도의 면책신청이 필요하고, 면책기간을 설정하지
않고 청산종료시 즉시면책을 인정하고 있다. 과연 이러한 면책제도가 소비자도
산절차에서 타당한 것인가에 대하여 각국의 입법례를 참고로 하여 검토한다.

49) 면책제도의 이론적 근거 및 합헌성에 대해서는 전병서, 파산법(1999), 338면 이하
참조.

50) 프랑스에서는 면책제도가 존재하지 않으므로 채무자가 영구적으로 채무에 구속을 받
게 된다. 채무자가 채무의 부담에서 헤어날 수 있는 방법은 소비자도산절차에 따라 변
제계획을 세워서 이행하는 것밖에는 없다. 그런데 실행가능한 변제계획의 작성이 곤란
할 정도로 파탄을 한 채권자에 대하여 절차개시를 인정할 것인가에 대하여 판례가 대립
되고 있다. 적어도 일부 판례에서는 이러한 경우 신청을 불수리하여 청구를 기각하고
있다. 이러한 관행은 가장 구제를 필요로 하는 자에게 구제가 거절되는 결과가 된다.
이 점이 프랑스의 소비자도산절차에 대한 주요한 비난점의 하나이고, 파산면책제도를
도입하자는 주장도 제기되고 있다.(山本和彦, 앞의 각주 32)의 논문, 833面).

(2) 各國의 免責制度

1) 미·국

미국 연방도산법 7장의 청산절차에서는 청산절차와 면책절차를 하나의 단일한 절차로서 규정하고 있다. 따라서 별도의 면책허가신청이 없어도 7장절차에서 배당이 종결되면 즉시 면책이 가능하다. 면책결정에 있어서는 채무자의 장래의 수입으로 잔존채무의 변제를 약속하는 것과 같은 조건은 요구되지 않는다. 면책불허가사유가 없는 이상 법원은 면책을 허가하여야 하는데(제727조(a)항), 실제 운용에 있어서는 관재인, 채권자 또는 연방관리인(U.S. Trustee)이 이러한 불허가사유를 이유로 면책을 허가하지 말 것을 주장하면 법원이 이에 대하여 심문절차를 거쳐서 결정을 한다(도산규칙 제4004조). 이와 같은 면책불허가사유의 존재의 입증책임은 이를 주장하는 측에 지우고 있다(도산규칙 제4005조). 이와 같이 미국 연방도산법상의 면책제도는 채무자에게 가장 관대한 내용을 가지고 있다.

2) 독 일

독일의 신도산법에서는 도산절차와 면책절차가 별개의 절차로 규정되어 있다. 채무자는 면책을 받기 위해서는 도산신청과는 별도로 면책절차 개시신청을 하여야 한다(제287조1항). 채무자의 면책절차 개시신청에 대하여 기각사유가 없으면 면책을 예고하고(제291조), 그 다음 7년간의 면책기간을 설정하여 그 동안 채무자가 성실히 변제를 하기 위한 노력을 하는 등의 요건을 충족시키면 면책을 결정하는 구조를 가지고 있다.

우선 잔여채무의 면책을 받기 위해서는 채무자는 도산신청과 함께 또는 늦어도 보고기일까지는 면책신청을 하여야 하고(제287조1항), 이 면책신청에서는 도산절차 종결 후 7년간의 수입 중 강제집행이 가능한 부분을 법원이 정한 수탁자에게 양도한다는 의사표시를 하여야 한다(제287조2항).⁵¹⁾ 면책절차 개시에 대하여 채권자를 심문한 후 법원은 절차개시를 결정한다(제289조). 우리나라 현행법상 면책불허가사유와 유사한 기각사유(제290조)에 기하여⁵²⁾ 채권자

51) 채무자가 이미 자신의 소득을 양도하였거나 압류된 경우에는 그 사실이 의사표시에 언급되어야 한다(제286조2항 후단).

가 면책의 거절을 요구한 경우에는 면책절차가 실시될 수 없다.⁵³⁾ 이러한 사유가 없는 경우에는 법원은 7년의 기간동안의 의무의 준수를 조건으로 면책을 예고한다(제291조1항). 이러한 결정에서 7년의 기간동안 채무자를 감독하기 위하여 법원은 受託者(Treuhänder)를 임명한다(제291조2항).

7년의 기간 동안 채무자는 강제집행이 가능한 소득을 수탁자에게 양도하여야 하고, 수탁자는 이를 채권자에게 배당한다(제292조). 이 기간 중 채무자는 적절한 직업을 가지고 근로를 하여야 하고, 실업을 한 경우에도 적절한 직업을 가지도록 노력하여야 하며 합리적인 근로를 거부하지 않을 의무가 있다(제295조1항1호). 또한 7년의 기간 내에 상속 또는 장래의 상속권에 의해 취득하는 재산의 2분의 1을 수탁자에게 인도하여야 한다(제295조1항2호).⁵⁴⁾ 이러한 의무의 준수 여부의 관리를 용이하게 하기 위하여 채무자는 수탁자 및 파산법원에 거소 또는 고용의 변동을 통지하고 양도의사표시에 포함되어 있지 아니한 소득 또는 재산을 은닉하지 않아야 하고, 법원 또는 수탁자의 명령에 따라 자신의 소득 재산 및 고용에 관한 정보를 제공하여야 할 의무가 있다(제295조1항3호). 또한 채무자는 채권자간의 평등을 기하기 위하여 도산채권자에 대한 모든 지급을 수탁자를 통하여만 이행하여야 한다(제295조1항4호).

채무자가 이 기간 중 의무를 위반하고 이로 인하여 도산채권자의 만족을 해한 경우에는 도산채권자의 신청에 따라 법원은 면책을 기각한다(제296조1항).

52) 이러한 기각사유는 채무자가 채권자의 희생으로 부당한 경제적 이익을 취하려는 경우로서 다음과 같다. ① 채무자가 파산범죄의 유죄판결을 받은 경우(1호) ② 채무자가 도산절차 개시의 신청 전 3년 간 및 신청 후에 여신 또는 국가급부를 얻거나 공공기금의 지급을 회피하기 위하여 고의 또는 중과실로 자신의 재무상황에 관하여 부적절하거나 불충분하게 신고한 경우(2호) ③ 도산절차개시신청 전 10년 내에 또는 신청 후에 잔여 채무에 대한 면책을 받았거나 면책이 기각된 경우(3호) ④ 채무자가 도산절차개시 신청 직전 해에 또는 신청 후에 공익 또는 중대한 과실로 부당하게 채무를 부담하거나 재산을 낭비하거나 재무상태 개선의 전망이 없음에도 불구하고 신청을 지체함으로써 도산채권자의 만족을 해한 경우(4호) ⑤ 채무자가 도산절차가 진행되는 동안 통지의무 또는 협력의무를 고의 또는 중대한 과실로 이행하지 아니한 경우(5호) ⑥ 채무자의 재산 및 수입에 관한 표, 채권자표 및 채권표에 고의 또는 중대한 과실로 허위 또는 불충분한 기재를 한 경우(6호)이다.

53) 채권자는 잔여채무면책기각사유에 대해 일응의 증거를 제출하여야 한다(제290조2항). 면책절차가 개시될 수 없는 사유로는 독일 신도산법 제290조의 사유뿐 아니라 제289조3항에 따라 재단부족으로 도산절차가 폐지되는 경우에도 절차개시신청을 기각하여야 한다.

54) 전액을 인도하지 않도록 한 것은 채무자가 상속권을 포기할 가능성이 있기 때문이라고 한다(Reiner Kemper, 앞의 각주 33)의 논문, 85面).

기각결정 전에 법원은 수탁자, 채무자 및 신청채권자를 심문하여야 하는데, 채무자가 출석하지 않거나 채무의 변제에 관한 정보의 제공을 하지 않거나 선서에 대신하는 확약으로 정보의 정확을 선언하는 것을 거부하는 경우에도 면책을 기각한다(제296조2항). 채무자가 이 기간 내에 파산범죄에 관하여 유죄판결을 받은 경우에도 마찬가지이다(제296조3항). 또한 채무자가 전년도에 지급한 금액이 수탁자의 최저보수지급에 부족하고 수탁자가 채무자에게 서면으로 부족액을 2주 이상의 기간 내에 지급할 것을 최고하면서 면책의 상실을 경고하였음에도 불구하고 채무자가 부족액을 지급하지 아니한 경우에도 면책이 거절된다(제298조1항).

이러한 의무불이행 없이 7년의 기간이 경과하면 면책이 확정된다. 면책이 확정된 후라도 7년의 성실행동기간 중 의무위반을 발견한 때에는 1년 이내에는 면책결정이 철회될 수 있다(제303조)

3) 오스트리아

오스트리아에서도 93년 도산법 개정시 면책제도의 인정이 가장 큰 논점 중의 하나였다. 오스트리아의 도산법 개정은 독일의 영향을 받아 이루어졌으므로 면책제도의 내용도 거의 유사하다. 다만 오스트리아 면책제도의 특징은 면책기간을 설정하고 있을뿐아니라 거기에 부과하여 일정 비율 이상의 변제가 이루어져야만 면책을 허용하는 엄격한 태도를 보이고 있다는 점이다.⁵⁵⁾

오스트리아법에 의하면 채무자는 임금 등의 소득 중 강제집행이 가능한 부분을 수탁자에게 양도하여야 하고, 수탁자는 수령한 임금 등을 채권자에게 배당하여야 하는데, 이를 ① 3년 이상 계속하고 50% 이상의 변제율을 달성한 경우 또는 ② 7년이 경과하고 10% 이상의 변제율을 달성한 경우에는 원칙적으로 잔여채무에 대해 면책이 허용된다(제213조1항). 다만 이러한 조건을 달성하지 못한 경우에도 면책이 완전히 불가능한 것은 아니고 법원의 재량에 따라 면책을 받을 수 있는 여지가 있다. ① 10%의 변제율에 약간 못미친 경우 및 변제율의 미달이 과도한 절차비용에 기인한 경우 등에서 채무자의 신청에 따라 법원이 재량으로 면책을 부여할 수 있다⁵⁶⁾(동조2항) ② 면책의 재판을 중지하

55) 오스트리아의 면책제도에 관해서는 山本和彦, 앞의 각주 34)의 논문에 의거하였음을 밝힌다.

56) 예를 들면 채무자에게 책임이 없는 사유로 판재인이 선임된 경우가 이에 해당한다.

고 10%의 잔액을 채무자가 변제하는 때에는 새로이 면책의 결정을 할 수 있다(동조3항). 이 재판을 함에 있어서는 채무자·보증인에 의한 절차개시 전의 변제액, 원본과 변제액과의 비율(고액의 이자에 변제가 충당되었는가 등), 파산채권이 채무자의 이익에 공헌한 정도(무관계한 보증인에 의한 채무인가 등), 신용제공의 경우 채권자의 과실(충분한 신용조사의 해태와 변제능력을 과도하게 초과한 대부인가 등)의 요소가 고려된다. 면책을 중지하는 재판에서는 반드시 기간을 설정하여야 하는데, 이 기간은 3년을 초과할 수 없다. ③ 면책의 거부가 특히 공평에 반한다고 인정되는 경우에는 최대 3년간 면책절차를 연장할 수 있다(동조4항). 연장된 기간 내에 10%의 변제율이 달성되면 그 시점에서 절차를 종결하고 면책을 부여한다.

4) 영국

영국은 면책의 결정에서 법원이 넓은 재량권을 가지고 있다. 1914년 파산법(Bankruptcy Act 1914)하에서는 면책은 전적으로 법원의 재량에 달려 있었다. 법원은 면책의 인정여부에 대하여 재량권을 가지고 있었을 뿐 아니라 면책을 유예하거나 조건부로 허가할 수 있었다(1914년 파산법 제26조). 1976년법에서는 자동적 면책의 개념이 도입되었으나, 재량에 의한 면책도 여전히 인정되었다. 1985년 도산법(Insolvency Act 1985)에서는 형사파산명령을 원인으로 파산선고를 받았거나,⁵⁷⁾ 파산절차개시 이전 15년 이내에 파산을 한 경우에는 법원이 재량으로 면책을 부여할 수 있도록 하고, 그 이외의 경우에는 파산선고로부터 3년이 경과하면 자동적으로 면책되도록 하고 있다(제279조1항 및 2항). 더 나아가 재단의 약식관리증서(certificate for the summary administration of the bankrupt's estate)가 발급되어⁵⁸⁾ 유효한 경우에는 기간을 단축하여 파산절차 개시시로부터 2년이 경과하면 자동적으로 면책되도록 하고 있다(제279조2항). 법원은 파산관재인에의 신청에 따라 파산자의

57) 1937년 형사법원권한법(Powers of Criminal Courts Act 1937) 제39조에 따라 형사법원(Crown Court)은 유죄판결을 받은 자의 범죄행위로 인하여 타인이 15,000 파운드를 초과하는 손해를 입은 경우에는 유죄판결을 받은 자에게 형사파산명령을 내릴 수 있다.

58) 재단의 약식관리증서는 무담보파산채권의 총액이 20,000파운드 미만이고, 신청전 5년 이내에 채무자가 파산선고를 받았거나 채권자와 화의 기타 업무의 조정을 한 적이 없을 경우에 발급되고, 이 경우에는 일반적인 파산과는 달리 간략한 절차가 인정된다

수입이 파산자와 그의 가족의 합리적 가정생활의 필요를 충족시키는 액수를 초과하는 범위내에서 일정기간동안 수익을 지급할 것을 명령할 수 있다(제310조 1항 및 2항). 이러한 수익지급명령은 원칙적으로는 면책시까지만 효력을 가지지만, 수익지급명령에서 정한 경우에는 면책 이후에도 효력을 가질 수 있다. 그러나 이 경우 수익지급명령기간은 3년을 초과할 수 없다(제310조6항). 자동적 면책이 인정되지 아니하는 전자의 경우에는 5년이 경과하여야 면책허가 신청을 할 수 있고 이 기간은 단축할 수 없다. 법원은 면책에 대하여 재량권을 가지는바, 전면적으로 면책을 허용하거나, 면책 후에 취득할 재산에 대하여 일정한 규정을 하는 것을 조건으로 면책을 허용할 수 있다(제280조1항). 면책허가결정이 즉시 효력이 발생하도록 하거나 또는 일정 기간 동안 또는 조건이 성취될 때까지 효력이 발생하지 않을 수 있도록 하는 것도 법원의 재량이다(제280조3항)

(3) 바람직한 免責制度의 摸索

1) 고정주의와 팽창주의

면책제도에 대한 각국의 입법례는 결국 채권자에 대한 변제의 재원을 현존자산으로 한정하는 입장(고정주의)과 장래의 수입도 변제의 재원으로 삼는 입장(팽창주의) 중 어느 것을 택하는가에 따라 달라진 것이라고 할 수 있다. 즉, 채무자가 기존의 재산을 환가한 대금을 채권자에게 배당하고 잔존채무에 대해서는 면책을 인정할 것인가와 즉시 면책을 인정하지 않고 채무자가 장래 노동의 결과로서 취득하는 수입의 일부로 채권자에게 변제를 하도록 할 것인가 중의 선택의 문제이다. 이는 기본적으로 도산절차를 채권자의 공평한 만족을 위한 절차로 볼 것인지 아니면 채무자의 새로운 출발을 위한 절차로 볼 것인지의 기본적인 태도와 관련이 있다.

즉시 면책을 인정하는 미국의 7장절차나 우리나라, 일본의 경우에는 채무자의 갱생도모라는 목표에 충실한 제도이다. 면책기간을 설정하는 경우에는 이에 대한 감독이 필요하고 따라서 절차비용이 소요되는데 반하여 이러한 구도하에서는 절차가 간명하게 끝나기 때문에 비용을 절감할 수 있다. 반면 특히 면책 이후 채무자에게 수입이 있는 경우에는 채권자의 불만이 제기될 수 있다. 또한

채무조정형절차와 이러한 면책제도를 가진 청산형절차를 채무자가 선택할 수 있도록 하는 경우에는, 현재 청산을 할 재산은 없지만 장래의 수입으로 변제를 할 수 있는 채무자가 청산·면책형 절차를 선택한다는 역선택의 문제가 발생할 수 있다.

면책기간을 설정하여 그 기간동안의 수입을 변제의 재원으로 삼는 독일과 같은 경우에는 채무자가 제약을 받는 기간을 보장하여 채권자의 불만을 완화할 수 있다는 점에서 우리나라 국민의 법감정에 맞는 면이 있는 것으로 보인다. 또한 면책기간 동안 성실한 행동을 요구함으로써 갱생교육기간이 확보된다는 점에서도 장점이 있다. 엄격한 요건하에서 면책을 인정함으로써 채무자로 하여금 파산을 회피하기 위한 노력을 더 기울이도록 하는 예방적 효과도 있을 것이다. 또한 즉시면책을 받기 위하여 채무조정형절차가 타당한 경우에도 청산형절차를 선택하는 역선택의 문제도 해결할 수 있다. 그러나 이와 같은 경우에는 면책기간동안의 감독이 불가피하기 때문에 절차비용이 증가하게 된다. 특히 소비자파산사건의 대부분은 동시파산폐지로 종결되게 되는바, 면책기간을 인정하여 그 동안의 수입으로 채권자에게 공평하게 변제를 하기 위해서는 채권자확정이 필요한데 동시파산폐지를 하게 되면 채권자가 확정되지 아니한다는 문제점이 있다. 오랜 기간 동안 면책여부가 불안정한 상태에 놓이게 된다는 문제점도 지적할 수 있고, 채무자의 재기가 더욱 어려워지는 측면이 있다.

2) 채무조정형절차와의 관계하에서의 면책제도

처음 일본에서 면책제도가 등장하게 된 배경은 미군정하에서 미국도산법이 접목되었기 때문이다. 그러나 파산법의 기본적인 태도는 非免責主義를 택하고 있던 독일법의 기초를 그대로 유지하면서 면책제도만이 채택된 관계로 일관성이 결여된 감이 있다. 이 점은 일본법을 계수한 우리나라에서도 마찬가지이다. 고정주의를 택하고 있는 우리나라에서도 일부면책과 같은 변형결정이 등장하였고, 소비자파산사건이 많은 일본에서는 더욱이 빈번하게 면책에 관한 규정을 일탈하여 면책이 이루어지고 있음은 이와 같은 일관성 결여에 일부 원인이 있고, 현재와 같은 시스템에 문제가 있다는 반증이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 면책제도에 대하여 근본적인 검토를 할 필요가 있다. 위와 같은 변형결정은 개인에게 적합한 채무조정형절차가 없기 때문에 불가피하게 등장하게 된 측면

이 크다. 화의제도가 개인채무조정절차로서 거의 기능을 하고 있지 못한 상황에서는 파산절차가 유일한 법적 개인도산 처리절차이다. 파산절차에서 예정하고 있는 면책은 허가·불허가 일도양단적인 것이다보니 실제적으로 불공평한 결과가 발생하게 되고 이에 따라 채무조정형절차와 유사한 결과를 거둘 수 있도록 면책제도를 변형시킨 것이라고 할 수 있다. 따라서 면책제도의 구상은 개인에게 적합한 채무조정형절차와의 관계하에서 결정되어야 한다. 이러한 절차를 정면으로 인정하는 것을 전제로 하고, 이 경우에 청산·면책형 절차에서 즉시면책을 인정하여야 할 것인가 아니면 면책기간을 둘 것인가를 판단하여야 할 것이다.

채무조정형절차를 정면으로 인정하면서 면책기간을 설정하는 경우에 가장 큰 문제점은 감독의 비용이라고 할 수 있을 것이다. 감독의 비용은 감독의 정도에 따라 달라지게 된다. 그런데 이러한 청산·면책형 절차하에서는 채무자는 대개 채무조정형절차를 선호하고, 청산·면책형절차는 청산을 할 자산도 없고 장래에 변제의 전망도 많지 않은 때에 이용되게 될 것이다. 이 경우에는 장래수입을 변제의 재원으로 삼는다고 하여도 채권자만족이라는 목적을 충족시키기는 어렵다. 채권자의 공평한 만족이라는 목적은 예외적으로 상속과 같은 예기치 않은 재산의 취득이 있는 경우 등으로 한정되는 것이 보통이다. 그렇다면 면책기간에서의 감독을 소극적 감독으로 한정한다고 하여도 큰 무리는 없을 것이다. 이해관계를 가지고 있는 채권자가 면책기간중 채무자의 의무불이행 여부를 자발적으로 감독하여 의무불이행이 발생하면 법원에 감독을 촉구하는 형식을 가진다면 직접적인 절차비용은 감당할 수 없을 정도로 증가하지는 않을 것이다. 그러나 물론 이는 법원에서의 절차비용의 측면만을 고려한 것이고, 채권자들이 감독에 들이게 되는 비용을 무시할 수는 없다. 그러나 이러한 비용은 면책기간을 인정하는 경우 얻을 수 있는 이익에 의하여 상쇄되는 측면이 있다. 채권자의 만족, 면책기간은 기본적으로 갱생교육 기간의 성격을 가짐에 따라 채무자의 궁극적 갱생을 도모할 수 있다는 점, 또한 채무자가 사전에 파산을 회피하기 위한 노력을 기울일 것이라는 예방적 측면을 고려한다면 면책을 받기 위해서는 일정 기간 성실한 노력을 기울일 것을 요구하는 것이 의미가 있으리라고 생각된다.

3. 清算・免責型 節次와 債務調整型 節次的 關係

(1) 即時免責을 認定하는 경우

청산종료후 일정한 요건을 충족하면 즉시면책을 부여하는 절차와 채무조정형 절차는 각각의 특징이 비교적 뚜렷하여 양절차의 공존을 인정하는 것에 문제는 없을 것이다. 이 때 ① 양절차를 병렬적으로 인정하여 선택할 수 있도록 하는 방안도 가능하고, 아니면 ② 채무조정형절차를 前置시키고 이것이 실패할 경우 청산절차에 따른 면책을 인정하는 방법을 상정할 수 있을 것이다.

청산종료후 즉시면책면책제도는 기본적으로 현존자산을 변제의 재원으로 삼는 입장이다. 이러한 구도하에서 채무조정형절차를 인정한다는 것은 현존자산을 청산하여 변제하는 것에 대신하여 장래의 수입을 변제재원으로 끌어들이는 것으로 이해할 수 있다. 그렇다면 양절차는 ①과 같이 서로 병렬적으로 선택할 수 있는 제도로 구성되는 것이 논리적일 것이다.⁵⁹⁾

그러나 ①의 형태를 취하고 있는 미국에서는 현재는 재산이 없지만 장래의 수입이 있어 13장절차에 의한다면 채권자를 어느 정도 만족시킬 수 있는 채무자가 7장절차를 선택하여 면책을 받는다는 절차남용이 문제된다. 미국에서는 이러한 역선택을 방지하기 위하여 채무를 변제할 자력이 있는 채무자에게는 13장절차를 선택하도록 유인하는 장치를 두 가지 마련하고 있다. 첫째, 13장절차에 보다 많은 이점을 부여하고 있다. 13장절차하에서는 담보권이 설정된 주택을 보유할 수 있고 면책의 범위가 더 넓게 인정된다. 둘째, 변제능력이 있는 채무자에게는 7장절차의 이용을 인정하지 않는다는 것이다. 즉, 1984년 개정에서 추가된 제707조(b)항에 의하면 채무자가 13장절차에서 상당한 변제를 할 수 있는데도 불구하고 7장절차를 신청한 때에는 법원은 당해 신청이 7장절차의 '實質的 濫用'(substantial abuse)에 해당된다는 이유로 절차를 기각할 수 있다. 13장절차는 채무자의 신청만으로 개시되기 때문에 기각후 자동적으로 13장절차로 이행하는 것은 아니지만, 채무자는 사실상 13장절차의 이용을 강제당하는 결과가 된다. 이러한 유인책을 규정하는 경우에는 청산·면책형을 선행시키는 ②의 경우와 실질에 있어서는 접근하게 된다.

59) 이 경우에는 누구에게 절차의 선택권을 줄 것인가와 어떠한 기준에 따라 선택을 할 것인가가 문제된다.

(2) 免責期間을 設定하는 경우

청산종료후 일정한 면책기간 동안 성실히 변제노력을 할 것을 조건으로 면책을 허용하는 청산·면책형절차와 채무조정형절차의 관계는 앞의 경우보다 차별화가 더 어렵다. 양 절차는 모두 장래의 수입도 변제의 재원으로 삼는 것은 동일한데 한 절차에서는 청산을 하고 다른 절차에서는 청산을 하지 않는 차이점을 인정하는 근거가 문제되기 때문이다. 그 근거는 채무자의 경제적 파탄에 대한 법적 처리에서 법에 의하여 정하여진 조건에 따른 확일적 처리가 아니라 채무자의 구체적 상황을 고려한 처리방법을 이용할 수 있도록 선택지를 제공하는 것에서 구할 수 있을 것이다. 즉 청산·면책형절차는 채무자의 갹생을 더욱 용이하게 하기 위하여 청산을 회피하고 변제계획을 세워 채무를 조정할 수 있는 선택지를 하나 제공하여 둔 것으로 볼 수 있다.⁶⁰⁾ 그리고 채무자의 구체적 상황을 고려한 선택지가 성공할 수 없는 경우에 이용할 수 있는 절차로서 변제계획이 아니라 법의 규정에 따라 일률적으로 장래수입으로부터의 변제를 하는 절차를 인정한 것으로 이해할 수 있다.⁶¹⁾

이러한 유형의 청산·면책형절차와 채무조정형절차를 별도의 절차로서 규정하여야 할 필요가 있다는 점을 인정한다면, ① 양자를 선택적으로 신청할 수 있는 병립적 절차로 규정할 것인가 아니면 ② 채무조정형절차를 청산·면책형절차에 선행시키는 단계적 절차로 규정할 것인가의 문제가 있다.

영국은 ①과 같이 병립적 절차로 규정하고 있는데 반하여, 독일은 ②와 같이 단계적 절차로 규정하고 있다. 영국에서는 임의적 개인채무조정절차와 개인파산절차를 두면서, 임의적 개인채무조정절차는 채무자만이 신청할 수 있도록 하고 있다. 파산절차에서 면책을 받지 못한 채무자도 잔여채무에 대하여 임의적 개인채무조정절차를 신청할 수 있다. 임의적 개인채무조정을 제안하고자 하는

60) 이 경우 채무자의 구체적 상황을 고려한 변제계획은 다양한 유형으로 확정될 수 있다. 채무자가 변제계획을 작성하여 채권자의 동의를 얻거나(독일), 아니면 채무자가 작성하지만 채권자의 동의 없이 법원에서 채택여부를 결정하거나(미국 13장절차), 관재인과 같은 제3자가 계획을 세우고 법원의 인가를 요하는 것과 같이(프랑스) 다양한 형태가 있을 수 있다. (山本和彦, 앞의 각주 38), 45面 참조).

61) 영국의 개인파산법에서는 일정한 경우를 제외하고는 파산절차개시일(파산선고일)로부터 3년이 경과하면 자동적으로 면책된다. 이 경우 당연히 이 기간동안의 수입을 배당하여야 하는 것은 아니지만, 파산관재인 신청에 따라 수익지급명령을 내릴 수 있고, 이러한 한도 내에서는 장래수입도 변제의 재원이 된다.

채무자는 법원에 임시명령(interim order)을 신청한다(제253조1항). 임시명령이 내려지면 채무자에 대하여 파산신청을 하거나 파산절차를 진행시킬 수 없다. 소규모의 개인도산사건이고(무담보파산채권 총액이 20,000파운드 미만이고 파산선고가 내려지게 된다고 가정하였을 때 파산재단의 가액이 2,000파운드 이하), 파산신청 전 5년 이내에 채무자가 파산선고를 받았거나 채권자와 화해 기타 업무의 조정을 한 적이 없는 경우에는 법원은 파산을 선고하지 않고 도산실무가(insolvency practitioner)를 선임하여 임의적 개인채무조정절차를 권고할 것인지에 대하여 조사하여 보고하도록 할 수 있고(제273조), 도산실무가의 조사결과 채무자가 임의적 개인채무조정안을 제출할 의향이 있고 조정안에 대하여 심의하기 위하여 채권자집회를 소집할 필요성이 인정된다면 임의적 개인채무조정절차를 진행시킬 수 있다(제274조 참조). 이와 같이 법원의 재량권행사에 의하여 일정한 경우에는 임의적 개인채무조정절차를 선행시키는 효과를 거두고 있다.

독일에서는 소비자도산사건에서 채무자와 채권자간에 재판외 합의가 불성립하면 채무자나(제305조1항) 채권자가(제306조3항) 간이도산개시신청을 할 수 있는데(제311조), 신청과 동시에 또는 신청후 지체없이 변제계획을 제출한다(제305조1항). 변제계획이 제출되면 도산절차는 정지되고, 변제계획이 성립하지 못한 경우에는 중단되었던 간이도산절차가 속행하여 이에 따라 청산이 이루어지게 된다.

면책기간을 인정하는 구도하에서는 대개 채무조정형절차에 의하여 사건이 처리되는 것이 채무자에게 바람직하므로 사건의 대부분, 특히 실행가능한 변제계획을 세울 수 있는 경우에는 거의 채무조정형절차에 의해 도산이 처리될 것이다. 그렇다면 양절차를 병렬적으로 규정하는 ①의 유형에서도 실질적 운용은 ②와 유사하게 될 것이다.

(3) 示唆点

일원화된 단계적 절차의 장점은 위에서 언급한 것처럼 ① 재정적 파탄에 빠져 경황이 없는 채무자가 어떠한 절차를 선택할 것인가를 검토·결정할 필요가 없으므로 조기에 신청이 가능하고, 따라서 갱생가망성을 증대시킬 수 있으며 신청 이후 다소의 시간적 여유를 가지고 구체적 특성에 맞는 처리방법을 선택할 수 있다는 점 ② 처음 제안된 처리방법이 타당하지 아니한 경우에는 다른

처리방법으로의 변경이 유연하게 이루어질 수 있고 ③ 일단 도산절차에 들어오게 되면 채무조정이든 청산이든 명확하게 정리가 된다는 점을 들 수 있다.

①은 소비자채무자의 경우에는 그 실익이 현저하다고는 판단되지 않는다. 소비자채무자의 경우에는 실행가능한 변제계획을 세울 수 있는가의 여부가 비교적 쉽게 판단될 수 있을 것이기 때문이다. 장래의 정기적 수입이 있는 경우가 바로 여기에 해당될 것이다. 다만 시간적 여유를 가지고 계획을 세울 수 있다는 점은 의미가 있을 것이다.⁶²⁾ ②는 소비자채무자의 경우에도 충분한 의의가 있을 것이다. ③과 관련하여 병렬형 절차에서는 변제계획이 성립하지 못한 경우에 반드시 청산절차를 이용하여야 하는 것이 아니고 채무자의 선택에 달린 문제이지만, 단계적 절차에서는 채무자의 결정권을 제한하여 소비자도산을 법적 절차에 의하여 처리할 것을 강제하는 측면이 있다. 이는 채무자의 절차선택권을 얼마나 인정할 것인가에 대한 정책적 판단에 달린 문제이다.

양절차를 병렬적으로 인정할 것인가 또는 일원화된 절차로 인정할 것인가는 어느 한 쪽이 절대적 우위를 가지는 문제는 아니다. 각 절차의 내용을 어떻게 구성하는가 및 절차간 이행 및 그 효과를 어떻게 규정할 것인가에 따라 실질적으로 수렴하는 측면도 있다. 그러나 위의 점을 고려한다면, 일원화된 절차로 구성하는 것이 보다 나을 것이라 생각된다.

第3節 消費者倒産節次の内容

제1절 및 제2절에서는 소비자도산절차의 전체적인 구조를 어떠한 방식으로 설정하는 것이 바람직할 것인가에 대하여 고찰하였다. 그 다음 단계로서 구체적으로 절차의 내용을 어떻게 구성할 것인가를 생각해 보아야 한다. 여기서는 면책기간을 두고 있는 청산·면책형절차와 채무조정형절차를 일원화된 단계적 절차로 구성하는 것을 전제로, 그 구체적 내용 결정에서 어떠한 점에 대하여 검토가 필요한지를 살펴봄으로써 논의의 단초를 제공하고자 한다.⁶³⁾

62) 이는 양절차를 병렬적으로 규정하면서 채무조정형절차에서 절차 신청 후 일정 기간을 두어 계획을 제출할 수 있도록 하면 동일한 효과를 거둘 수 있을 것이다.

63) 이 부분에 대해서는 山本和彦, 消費者倒産立法の論点(上)·(下), 判例タイムズ No.929 (1997.4.1)·No.930(1997.4.15) 및 法務省民事局參事官室編, 倒産法制に關する改正檢討課題, 別冊NBL no.46(1997)에서 많은 시사점을 얻었다. 자세한 내용은 윤영신, 소비자도산법 입법시의 검토과제, 한국법제연구원 현안분석 99-04(1999) 참조.

1. 共通問題

① 부부공동절차

우리 현행 파산법에서는 부부공동파산제도는 존재하지 않는다. 부부쌍방에게 파산원인이 있는 경우에는 각각 파산신청을 하여 쌍방의 절차를 병합한다면 어느 정도 채권자에 의한 권리행사의 중지 및 면책절차의 효과를 부부에게 동시에 미치도록 하는 것이 가능할 것이지만 한계가 있다. 그러므로 미국의 연방도산법에서처럼 부부가 공동으로 하나의 절차를 신청할 수 있도록 할 것인가에 대한 검토가 필요하다.

② 담보권의 행사

현행 파산법 및 화의법에서는 절차개시의 효과로서 절차에 의하지 아니하고는 채무자가 임의로 변제를 할 수 없도록 하고 채권자도 권리를 행사할 수 없도록 하고 있다. 이는 보전처분이 내려진 경우에도 마찬가지이다. 이와 같은 제한에도 불구하고 담보권은 별제권으로서 언제든지 행사할 수 있다. 그러나 한편으로 담보권의 실행을 자유로이 인정하게 되면 채무자의 경제생활의 재건이 곤란해지는 측면이 있다. 따라서 소비자채무자를 위한 절차에서도 별제권을 인정할 것인가 또는 채무자와 담보권자간의 협상의 기회를 부여하기 위하여 상당기간을 정하여 담보권의 실행을 중지시킬 것인가의 문제에 대해서 검토가 필요하다.

③ 자동중지

또한 우리나라에서는 절차의 신청시부터 개시결정까지 사이에 채무자의 재산을 보전하기 위하여는 보전처분을 신청하여야 하는데, 미국에서는 채무자에 의한 절차 신청 자체에 채권자의 권리행사 중지의 효력을 인정하는 자동중지제도 (automatic stay)를 두고 있다. 이와 같은 미국 연방도산법의 태도를 고려해 볼 때 별도의 보전처분이 있어야 권리행사의 중지를 인정할 것인가에 대해서도 검토가 필요하다.

④ 채권자의 권리행사 중지의 범위

또한 보전처분과 절차개시의 효과 양자 모두에 있어서 채권자의 강제집행행위와 같은 법적 절차는 당연히 중지되지만, 이를 넘어서서 채무변제를 강요하는 사실상의 권리행사까지도 중지시킬 것인가도 고려해야 한다.

2. 清算·免責型 節次

① 적용대상

소비자채무자의 청산·면책형절차를 구성함에 있어서는 우선 적용대상을 정하여야 한다. 채무조정형절차는 주로 정기적 수입이 있는 소비자채무자가 이용하게 될 것이지만, 청산·면책형절차는 채무조정형절차를 이용할 수 없는 소비자채무자를 포괄하여 규율할 수 있어야 하므로 널리 소비자채무자전체를 대상으로 하여야 한다.

② 파산재단의 관리 및 환가

파산절차에서 절차비용의 상당부분은 파산관재인이 보수이므로 절차비용의 절감을 위하여 이를 생략하는 것이 바람직한가에 대해 검토할 필요가 있다. 이는 특히 환가가 용이한 재산의 경우에(예를 들자면 재산이 금전채권만인 경우) 고려할 수 있는 방법이지만, 청산업무는 환가·배당뿐 아니라 적극재산 및 소극재산의 조사·확정활동을 포함하므로 전혀 관재인을 두지 않는 것은 무리라는 비판도 가능하다.

③ 자유재산의 확장

현행 파산법은 압류할 수 없는 재산은 파산재단에 속하지 않는다고 규정하고 있는데(제6조3항). 이는 파산절차가 포괄적 집행이라는 생각에 터잡은 것이라고 할 수 있다. 파산절차가 채무자의 구제수단의 성격을 가진다는 점을 고려한다면 청산·면책형절차 독자의 자유재산의 개념을 설정하는 것이 바람직할 것이다. 특히 청산·면책형절차에서 면책기간을 설정하는 경우에는 장기간에 걸쳐 채무자의 생활이 제약을 받게되므로 자유재산의 범위를 확장할 필요가 있을 것이다. 이 경우 자유재산의 범위를 정하는 기준은 강제집행법상의 압류금지의 근거와는 달리 채무자의 갱생에 필요한가라는 점에 있어야 할 것이다.

④ 파산절차와 면책절차의 일체화

현행 파산법은 파산절차와 면책절차를 별개의 절차로 하고 있기 때문에 동시 파산폐지에 의하여 파산절차가 종료한 후 아직 면책결정을 받기 전에 파산자에 대한 강제집행이 가능한가가 문제된다.⁶⁴⁾ 그러나 이를 허용하게 되면 파산자

64) 일본 최고재판소는 파산절차가 종료한 후에는 파산채권의 행사를 제한하는 규정이 없고 또 면책결정의 효과가 소급한다는 규정도 없다는 형식적 근거로서 강제집행의 가능성을 인정하였다. 최판 (三小) 平成二·三·二〇 (民集四四卷二號四一六頁). 이 판결에

의 새출발이 방해될 우려가 있고 채권자간 평등을 기하지 못한다는 문제점이 있기 때문에 미국이나 영국에서처럼 양절차의 일체화가 바람직하다는 입법의견이 등장하고 있다. 개인의 청산면책절차의 종국적 목적은 면책을 얻어 새출발을 하는 것이므로 면책제도 자체를 부정하는 입장이 아니라면 면책절차와 파산절차를 일체화하든가, 또는 별도의 신청이 필요하다고 하는 경우에는 파산절차가 종결되기 전에 면책을 원하는 자의 신청이 이루어질 수 있도록 하기 위한 배려가 필요하다.

다음으로 파산절차와 면책절차를 별개의 절차로 규정하는 경우에는 문제가 없지만, 하나의 절차로 일체화 하는 경우에는 재단부족으로 인한 同時 또는 異時的 破産廢止制度에 대한 개정이 불가피하다. 파산절차와 면책절차를 일체화 하게 되면 면책을 위한 절차가 계속되어야 할 필요가 있으므로 파산폐지제도를 두어서는 안 될 것이다.

그 외에도 현행 파산법상으로는 동시파산폐지제도에 의하여 파산관재인 선임을 생략하고 면책절차에 들어갈 수가 있지만, 파산절차와 면책절차를 일체화 하고 파산폐지제도를 두지 않게 되는 경우에는 파산선고시 반드시 관재인을 선임하여야 한다는 규정이 문제가 될 여지가 있으므로 이에 대해서도 검토가 필요하다.

⑤ 면책제도의 내용

잔여채무의 면책을 받기 위해서는 일정한 기간이 경과하여야 한다는 입법을 하는 경우에는 그 기간에 대해 검토하여야 한다. 각국의 입법례에서는 3년 내지 7년의 기간을 설정하고 있는 것이 참고가 될 수 있을 것이다.

면책을 인정하기 위해서는 일정한 요건을 규정할 필요가 있는바, 면책기간동안 채무자에게 어떠한 의무를 부담시킬 것인가 및 법정외 변제율 이상의 변제를 한 경우에만 면책을 인정하도록 할 것인가에 대한 검토도 필요하다.

면책기간 동안 채무자 스스로 변제 등과 같은 면책기간 중의 의무를 이행하도록 할 것인가 또는 절차를 관리할 별도의 기관을 둘 것인가와, 그러한 기관을 두는 경우에는 어떠한 역할을 담당시킬 것인가에 대하여도 규정하여야 한다.

또한 면책의 결정에 있어서도 모든 채권자가 이의를 하지 않을 때에는 면책요건의 심사 없이 법원이 면책을 허가할 수 있도록 하는 것과 같은 간이면책을

관한 논의의 상세는 遠藤功, “破産解止後免責手續中の個別執行による不當利得の成否”, 判例タイムズ 830號(1994), 356면 이하 참조.

인정할 것인지에 대해서도 검토할 필요가 있다.

마지막으로 현행 파산법상 면책의 효과는 별제권이나 재단채권에는 미치지 않지만 파산채권에 대하여는 그 전부에 미치는 것이 원칙이고, 예외적으로 면책이 되지 않는 비면책채권이 규정되어 있다. 현재 가장 논란이 많은 것은 조세채권인데, 이에 대해서도 각국의 입법태도는 차이가 있다. 정책적 판단이 필요한 부분이다.

⑥ 파산자에 대한 제재

미국연방도산법은 면책제도의 효과를 거두기 위해 면책채무자를 차별하는 행위를 금지하는 규정을 두고 있다(제525조). 이는 채무자를 보는 시각의 변화를 반영한 것이다. 우리나라에서는 파산법 자체에서는 불이익을 규정하고 있지는 않으나, 개별법에서 불이익을 규정하고 있는 경우가 많다. 채무자의 진정한 새출발을 돕기 위해서 가장 필요한 조치 중의 하나는 직업을 보장할 수 있도록 하는 것이라고 할 수 있다. 이에 비추어 이와 같은 불이익 규정들을 삭제할 것인가에 대하여 검토해야 한다.⁶⁵⁾

⑨ 파산자에 대한 감수제도의 폐지

파산자의 감수 및 파산선고 전의 구인 또는 감수제도는 운용방식에 따라 인권침해의 소지가 있으므로 폐지할 것인가의 검토가 필요하다. 그러나 한편으로는 현재 우리나라 민사소송법 개정안에서 감치를 명하는 경우를 오히려 늘리고 있음도 고려하여야 할 것이다.⁶⁶⁾

3. 債務調整型 節次

① 적용대상

청산·면책형절차와 별도의 채무조정형절차를 두는 경우에는 이 절차의 적용 대상에 대하여 검토가 필요한데, 이를 미국 연방도산법 13장절차에서와 같이 일정한 기준을 두어(예를 들자면 정기적·안정적 수입의 존재) 제한할 것인가에 대해 고려할 필요가 있다.

65) 즉시면책이 아니라 면책기간을 설정하는 경우에는 최종적으로 면책을 받기 위해서는 면책기간중의 성실행동이 간접적으로 강제되므로 파산의 불이익을 삭제하는 방향으로 나아가는 것이 더욱 용이할 것이다.

66) 민사소송법개정안에 의하면 '변제명령위반'의 경우와 '재산명시절차 중 일정한 경우'에 감치할 수 있다는 규정을 신설하고 있다.

② 신청권자

다음으로 채무조정형절차의 신청권자의 문제에 있어서는, 변제계획을 이행하겠다는 채무자의 의사가 중요하므로 신청권자를 채무자로 한정하는 것이 바람직하다. 또한 처음부터 채무자가 채무조정형절차를 자발적으로 신청하는 경우 뿐 아니라 채권자가 다른 절차를 신청한 경우에도 채무자가 채무조정형절차를 신청할 수 있도록 하여야 할 것이다.

③ 절차개시요건

현행파산법상 절차개시요건은 지급불능이지만 채무조정형절차에서는 신청시기를 앞당길 수 있어야 할 것이므로 이에 대한 배려가 필요하다.

④ 절차개시의 효과

채무조정형절차가 개시되면 채권자간의 평등을 확보하기 위하여 채무자가 절차에 의하지 아니하고는 변제를 할 수 없고, 채무자에 대한 개별적인 권리행사가 중지되어야 한다. 이 경우 권리행사 제한의 범위라든가 시기의 문제(자동중지의 문제)에 대한 검토 외에도⁶⁷⁾ 채권자의 연대채무자나 보증인에 대한 권리행사도 중지시킬 것인가가 문제된다.

⑤ 채무자의 재산에 대한 관리처분권 및 감독

파산절차에서는 파산재단의 관리 및 처분권한은 법원이 선임한 파산관재인에게 귀속하지만, 화의절차에서는 채무자의 재산은 원칙적으로 채무자의 자기관리하에 놓이게 된다. 다만 화의관재인을 선임하여 채무자의 재산상 행위에 대한 감독 및 채무자의 재산에 대한 조사 등을 하고 있다. 소비자의 채무조정형절차에서는 과연 관재인을 선임하여야 할 것인가, 그 권한범위를 어떻게 하여야 할 것인가가 결정되어야 한다.

일단 관재인을 선임한다고 하는 경우에는 누구를 관재인으로 할 것인가가 문제된다. 채무조정형절차에서 관재인은 업무의 많은 부분이 변제계획에 따른 지급을 채권자에게 하도록 하는 사무적인 것이고, 조사나 감독권한은 소극적인 성격을 가진다고 할 수 있다. 그렇다면 비용의 저렴화 측면에서 여러 사건을 동시에 관장하는 상설의 관재인직을 두는 방안을 고려해볼만한다.

⑥ 채권의 신고·조사·확정

변제계획을 작성하기 위한 전제로서 채권자 및 채권액을 확정할 필요가 있다. 문제는 채권의 조사·확정을 엄격하게 하는 경우에는 소비자도산의 경우에

67) 앞의 제4장 제3절 1.의 ②, ③ 및 ④ 참조.

특히 중요한 절차의 간이·신속화가 저해된다는 점이다. 소비자채무자의 채무조정형절차에서도 채권확정절차를 두고 이에 대하여 채무명의로서의 효력을 인정할 것인가에 대한 검토가 필요하다. 채권의 조사·확정절차를 두는 경우에는 특히 절차의 간이·신속화 및 저렴화가 필요하다는 점을 고려하여 독일과 같이 서면에 의한 절차를 인정하는 등의 배려가 필요할 것이다.

⑦ 변제계획 제출시기

현행 화의법에서는 신청시 화의조건을 신고하도록 되어 있다(화의법 제13조). 이 점이 화의의 신청을 어렵게 하는 요인이라고 비판되어 왔다. 소비자의 채무조정형절차에서도 계획의 제출시기를 신청시로 할 것인가 아니면 절차 중에 작성·제출을 할 수 있도록 할 것인가에 대해 검토가 필요하다.

⑧ 변제계획의 작성 및 승인의 주체

소비자채무자의 채무조정형절차를 신설하는 경우에는 기본적으로 누가 변제계획을 제시할 것인가 및 계획의 승인의 주체를 누구로 할 것인가가 결정되어야 한다. 각국의 입법을 계획의 제안자와 승인권자의 기준에 따라 유형화하면

① 채무자제안, 채권자동의 (일본의 화의절차, 독일과 오스트리아의 변제계획절차, 영국 임의적 개인채무조정절차), ② 제3자기관의 제안·채권자동의 - 관재인 또는 조정위원이 1차적으로 변제계획을 작성하고 채택여부는 채권자의 동의를 얻도록 하는 형(일본의 회사갱생절차와 동일한 유형), ③ 채무자제안·채권자동의불요 - 갱생계획은 채무자가 제안하지만 채택 여부는 채권자의 동의를 필요로 하지 않고 법원의 결정 등에 의하는 형(미국의 13장 절차), ④ 제3자기관의 제안·채권자동의불요 - 법원이나 관재인 등이 1차적으로 변제계획 작성하고 법원의 결정 등으로 채택여부를 결정하는 형(프랑스의 민사재판갱생절차 등)으로 나눌 수 있다.

채무조정형절차의 성공여부는 채무자의 자발성에 달려 있다는 점을 감안한다면 계획의 작성은 채무자가 하도록 하는 것이 바람직하고, 채권자의 이익에 관련된 사항은 채권자 스스로 결정하도록 하는 것이 가장 타당하다고 판단되므로 계획의 승인에는 채권자의 동의를 얻도록 하는 편이 나을 것이다.

⑨ 계획의 대상인 채권

현행 화의법에서는 담보채권자는 별채권자이므로 동의를 없으면 화의에 의해 권리를 변경할 수 없는바, 이것이 화의성립에 장애가 되고 있다. 소비자의 채무조정형절차에서 변제계획으로써 담보채권자의 권리도 변경시킬 수 있도록 할 것인가가 문제된다.

⑩ 계획의 인가

계획안의 채택여부를 법원이 결정하는 경우에는 물론 인가의 기준이 필요하다. 그렇지 않고 채권자의 동의를 요하는 경우에도 반대하는 채권자의 보호차원에서 계획이 효력을 발생하기 위한 일정한 요건을 규정할 것인가도 문제된다. 각국의 입법례를 분석하여 보면 채권자간의 평등이 침해되거나 채권자들의 동의과정에 하자가 있는 경우는 대개 공통적으로 불인가의 요건으로 하든 또는 이의를 제출할 수 있도록 하든 계획의 효력발생을 금지하는 장치를 두고 있다. 그러나 그 외에도 다른 요건을 규정할 것인가에 대해서는 입장의 차이를 보이고 있다. 채무자의 성실성을 요건으로 할 것인가, 청산가치보장, 계획의 실행 가능성 여부, 변제율 내지는 채무자의 재산 및 수입 중 변제되어야 할 부분에 대한 제한을 할 것인가 등에 대하여 검토가 필요하다.

⑪ 계획기간

다음으로 변제계획 기간의 결정이 이루어져야 한다. 미국 13장절차에서 변제계획기간은 원칙적으로 3년을 초과할 수 없고, 법원의 승인이 있으면 이를 연장할 수 있지만 이 경우에도 5년이 한도이다. 영국에서는 임의적 채무조정에 대하여 법에서 기간을 정하고 있지는 않다. 오스트리아법은 변제율을 기초로 하여 원칙적으로 5년의 기간을 요하지만 최대 7년까지 가능하다. 프랑스법은 5년을 원칙으로 한다.

⑫ 변제계획의 효력

변제계획이 확정되면 변제계획에 따라 채권자의 권리가 변경되게 되는데 그 효력발생시기를 언제로 볼 것인가에 대한 검토가 필요하다. 변제계획이 확정될 때 계획에 포함되지 않은 잔여채무에 대한 면책이 이루어진다고 볼 것인지, 아니면 변제계획의 이행완료시점에 면책의 효과가 발생한다고 볼 것인가의 문제이다.

이와 아울러 변제계획이 완료되지 못하면 전혀 면책을 받지 못하도록 할 것인지 아니면 미국의 채무자의 곤경(hardship)에 따른 면책제도처럼 계획의 불이행에도 불구하고 일정한 요건하에서 면책을 인정할 것인가 여부도 고려하여야 한다.

또한 소비자 채무자의 채무조정형절차에서의 변제계획도 마찬가지로 채권자의 권리변경의 효력을 가지게 될 것인바, 이러한 효력이 미치는 채권자의 범위가 문제된다. 즉 채무자가 제출한 명부에 기재가 없고, 채권의 신고도 되지 않은 채권도 계획의 효력대상인가의 문제이다.

⑬ 계획의 이행감독

현행 화의법하에서는 화의인가결정으로 화의절차는 종료되므로 화의관재인의 직무권한도 소멸한다. 다만 이행확보방법으로서 채무자에게 보고의무를 부과하고 있다. 소비자채무자의 채무조정절차에서도 감독기관을 두지 않을 것인지에 대하여 검토가 필요하고, 감독기관을 두는 경우에는 감독의 정도 및 비용의 부담에 대해 고찰이 필요하다.

⑭ 변제계획의 변경

변제계획이 동의 또는 인가로 효력을 발생한 후에도 사정이 변경되어 당해 계획에 따른 변제를 계속할 수 없는 상황이 발생할 수 있다. 이 경우 변제계획의 변경을 인정할 것인가에 대한 검토가 필요하다.

第5章 要約 및 結論

1. 倒産節次 一元化의 意義

현행 도산절차가 안고 있는 문제는 절차에의 접근이 용이하지 아니하다는 점과 절차간의 이행이 원활하지 못하다는 점 그리고 도산절차를 이용한다고 하더라도 종국적인 해결이 보장되지 아니한다는 점으로 정리할 수 있다. 이러한 세가지 문제점을 일거에 해결할 수 있는 방안의 하나로 도산절차를 일원적으로 운용하는 방안이 고려될 수 있다.

도산절차를 일원적으로 운용하면 채무자 또는 채권자는 도산의 위기상황을 극복하거나 채권의 만족을 위하여 당장에 최적의 방식을 선택하여야 하는 부담에서 벗어날 수 있고, 처음 선택한 절차가 부적절한 것으로 판명되는 경우에는 최소의 비용으로 다른 절차로 이행할 수 있으며, 일단 도산절차에 들어오면 종국적인 해결을 보장받을 수 있다.

2. 倒産節次 一元化의 主要爭點事項

도산절차 일원화의 추진함에 있어서는 표준적 도산절차, 절차개시의 원인 및 신청권자의 범위, 자동중지제도의 도입여부, 냉각기간제도의 도입여부, 도산절차간 이행의 허용시기와 효과 및 도산사건의 종국적 해결 등이 주요 쟁점사항이 될 것이다.

(1) 標準的 倒産節次

도산기업의 처리는 다수관계자의 이해가 첨예하게 맞서는 사안이므로, 사적정리가 아닌 도산절차의 틀내에서 실효성과 형평성이 확보되는 가운데 도모되어야 한다. 도산절차 중 파산절차는 채무의 완제가 불가능한 경우 국가가 마련한 합법적인 방법으로 채무를 정리하여, 최소한의 사회·경제질서를 유지하면서 사태를 수습하는 가장 기본적인 도산기업의 퇴출방법이라고 할 수 있다. 그러므로 도산절차는 파산절차를 근간으로 하여 운용되어야 하며, 화의절차나 회사정리절차는 이를 보완 또는 대체하는 수단으로 활용되어야 한다. 따라서 도

산절차를 일원화함에 있어서는 파산절차를 표준적 도산절차로 함이 타당하다고 본다.

(2) 節次開始의 原因 및 申請權者의 範圍

도산절차를 일원적으로 운용하기 위하여는 처음 도산절차를 신청하는 단계에서의 개시원인과 신청권자를 설정하여야 한다. 이는 일원적 도산절차에서 예정하고 있는 개별도산절차에 공통적으로 적용될 수 있는 개시원인과 신청권자이어야 할 것이다. 먼저 개시원인을 보면, 일원적 도산절차의 진행중에 예정하고 있는 개별 도산절차의 개시원인 중 늦는 쪽에 맞추는데는 문제가 있으므로 원칙적으로 이른 쪽으로 통일시켜야 할 것이다. 또한 신청권자에 대해서도 하나의 절차밖에 없다는 의미에서 원칙적으로는 보다 넓게 신청을 인정하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

다만, 신청권자와 개시원인을 넓혀서 단지 1인의 소액채권자가 신청하는 경우라든가 경제적 파탄의 염려가 조금이라도 있는 경우라도 도산절차를 개시할 수 있도록 한다면 채무자의 사업이나 거래활동의 자유를 부당하게 제한하거나 도산절차에 의하는 것이 부적절함에도 불구하고 기업이 퇴출되어버릴 염려가 있으므로 남신청을 방지할 수 있는 방안이 마련되어야 할 것이다. 또한 채권자가 파산 또는 갱생절차를 신청하겠다고 위협함으로써 채무자로부터 양보를 강요하는 것을 방지하기 위한 방안도 강구될 필요가 있다.

(3) 自動中止制度의 導入與否

종래 자동중지제도에 대해서는 절차개시의 신청과 동시에 보전처분 및 자동중지의 효과가 자동적으로 발하여짐으로써 도산절차 자체가 일시적인 채무유예의 목적 특히 부정수표단속법상의 처벌을 회피할 목적으로 남용될 가능성이 크다는 이유로 그 순기능에도 불구하고 도입에 회의적인 입장이 지배적이었다. 도산절차를 일원적으로 운용하는 경우에는 절차에 일단 들어오면 신청의 취하가 제한되고 화의절차나 정리절차가 실패한 때에는 파산절차로 귀결되므로, 자동중지제도가 도입된다고 하더라도 이를 남용하는 사례는 거의 없을 것이다.

다만, 담보권과 관련해서는 재건시킬 필요가 없거나 재건시키는 것이 불가능한 경우까지 그 실행을 중지시키는 것은 담보권자를 부당하게 해하는 것이 될

것이므로, 담보권자에게 이의 내지 항고권을 인정하거나 목적물이 시간의 경과에 좇아 감가하는 물건인 때에는 대담보 내지 추가담보의 청구권을 인정하거나 또는 가결·인가되지 아니한 경우 중지에 의하여 발생한 손해의 배상청구권을 재단채권 또는 공익채권으로 인정하는 등 담보권자를 보호할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있을 것이다.

(4) 冷却期間制度의 導入與否

도산절차를 일원화하는 중요한 이유 중의 하나는 도산의 위기에 처한 기업 또는 그러한 기업의 채권자가 도산절차를 이용하고자 하는 경우, 합리적인 판단을 위한 시간적 여유를 가지면서 도산의 위기상황을 극복하거나 채권의 만족을 위한 최적의 방식을 선택하도록 배려하기 위함이다. 그러므로 도산절차를 일원화함에 있어서는 도산절차의 신청후 화의 또는 정리절차를 준비하기 위한 최소한의 시간적 여유를 보장할 필요가 있다. 특히 화의절차의 경우에는 신청시 변제의 방법, 담보의 조건 기타 채권자의 양보와 수용을 희망하는 사항을 담은 화의조건을 제시하여야 하므로 더욱 그러하다.

도산절차를 신청하면서 동시에 화의절차 또는 정리절차를 신청하는 경우에는 냉각기간 즉, 결정유보기간을 활용할 여지가 없을 것이고, 도산절차의 신청후 갱생절차를 신청하고자 하는 경우 화의절차 또는 정리절차의 신청을 준비할 수 있는 최소한의 기간 예컨대, 1월 또는 추가적인 1월 연장 정도를 부여하는 정도로 족하다고 본다. 다만, 냉각기간중이라고 하더라도 당해 기업이 파산으로 귀결될 것이 명백한 경우에는 법원이 직권으로 파산선고를 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

(5) 倒産節次間 移行의 時點 및 效果

파산절차와 갱생절차를 일원적으로 운용함에 있어서 특히 문제되는 점은 어느 시점까지 절차간의 이행을 허용할 것인가와 어느 범위까지 절차간 이행에 따른 효과를 승계시킬 것인가 하는 것이다. 먼저 어느 시점까지 절차간 이행을 허용할 것인가를 보면, 정리절차는 도산절차의 개시신청시부터 최종 채권자집회의 기일전까지 신청을 허용하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 최후배당과 추가배당에 의해서도 환가되지 아니하는 재산이 남을 수 있고 그것이 갱생의

기초가 되는 재원으로 활용될 수도 있기 때문이다. 화의절차는 파산예방을 위한 절차이므로 파산선고전까지만 신청이 가능하도록 하여야 할 것이다. 한편 도산절차를 일원적으로 운용함에 있어서는 화의 또는 정리절차가 실패하는 때에는 바로 도산절차가 속행되므로, 파산선고전인 경우에는 정리절차를 진행하다가 실패하더라도 화의의 가망이 있다고 인정되는 때에는 화의를 한번 더 시도할 수 있는 여지를 인정하여야 할 것이다.

다음으로 어느 범위까지 절차간 이행에 따른 효과를 승계시킬 것인가가 문제된다. 도산절차를 일원화함에 있어서는 파산절차를 진행함에 있어서도 정리절차나 화의절차로의 이행가능성을 고려하여야 할 것이며, 특히 정리절차나 화의절차가 갱생의 가망이 없어 파산절차를 속행하는 경우에는 채권자의 법적 지위가 훼손되지 아니하도록 하여야 할 것이다. 이를 위하여는 다른 절차로 이행한 경우 선행절차에서 행하여졌던 행위(채권의 신고·일부배당·공익채권을 발생시키는 행위 등)의 효력이 원칙적으로 후행절차에 그대로 승계되도록 하여야 할 것이다. 다만, 이 경우에는 각각의 절차의 성질상 승계가 타당하지 아니한 경우도 있을 수 있는데, 그 승계여부에 대한 판단은 법원의 재량에 맡기는 것이 바람직할 것이라고 생각한다.

(6) 倒産事件의 終局的 解決

도산절차를 일원화하는 경우에는 자동중지제도의 남용방지를 위하여 도산절차의 신청취하는 제한되어야 할 것이다. 그리고 일단 도산절차가 개시된 경우라면 최소한 파산원인인 사실이 발생할 염려가 있는 경우이고, 도산절차의 개시후 화의 또는 정리절차가 기각, 개시결정취소, 각종의 폐지, 불인가 또는 인가취소된 때에는 정리절차 또는 화의와 화의에 이은 정리절차의 시도가 무산된 경우이므로, 도산절차를 속행하거나 필요적으로 파산을 선고하여 도산절차내에서 종국적으로 사안을 해결하는 것을 원칙으로 하여야 할 것이다.

3. 消費者倒産節次

(1) 消費者倒産節次의 別途規律의 必要性

현행법상으로는 개인의 도산에 관한 특별한 고려가 없이 대규모의 기업이나

소비자를 동일한 도산절차에서 규율하고 있다. 그러나 기업은 청산·해체가 가능하지만 개인은 이것이 불가능하다는 근본적인 차이가 있으므로, 개인채무자 갱생의 기반이 되는 직업의 보장 및 가정생활의 안정을 중시하고 적절한 갱생 교육을 통한 재파탄예방이라는 이념을 반영한 별도의 도산처리절차를 두는 것이 바람직하다. 이러한 절차는 개인이라면 사업을 하는지 여부 및 채권·채무의 액수와 종류를 불문하고 모두에게 적용되는 절차로 구성함으로써, 도산절차를 법인에 대한 절차와 개인에 대한 절차로 구분하는 방안도 충분히 타당성을 가진다. 그러나 개인이라고 하여도 대규모의 개인사업자의 지급불능의 경우와 붕괴생활자, 주부, 학생 등의 비사업자가 소비활동으로 인하여 지급불능에 빠지게 된 경우는 이해관계의 복잡성의 차원이 틀리다. 그렇다면 개인에 대한 도산절차의 중심을 소비자채무자가 간이·신속하게 이용할 수 있는 절차의 마련에 두는 것이 보다 효율적이라고 생각된다.

(2) 消費者倒産節次의 種類

이러한 소비자도산절차는 크게 청산·면책형과 채무조정형절차로 나누어 규율함이 타당할 것이다. 현행법상으로는 소비자채무자가 채무조정형절차인 화의 절차를 이용하는 것이 실제적으로 어렵기 때문에 청산·면책형절차인 파산절차만을 이용하고 있다. 소비자채무자가 파산신청을 하는 주된 이유는 면책을 얻고자 하는 것이다. 그런데 현행 파산법상으로는 면책의 여부를 허가·불허가 일도양단적으로 판단하는 것이 전제가 되고 있지만, 실제로는 일부면책과 같은 변형결정이 이루어지고 있다. 이는 소비자채무자가 이용할 수 있는 채무조정형절차가 없기 때문에 발생하는 비효율적이고 불공정한 결과를 시정하기 위하여 절차를 편법적으로 운용한 결과의 측면이 있으므로 정면으로 소비자를 위한 채무조정형절차를 인정할 필요가 있다.

(3) 免責節次의 內容

채무조정형절차와 청산·면책형절차 양자를 인정하는 경우에는 이 두 절차의 관계를 어떻게 설정할 것인가가 문제된다. 이 문제는 우선 면책절차를 어떻게 구성할 것인가에 대한 검토를 필요로 한다. 현행 파산법에서는 청산종료후 즉시 면책을 인정하고 있지만, 독일의 신도산법이나 오스트리아, 영국과 같은 경

우에는 즉시 면책을 인정하지 아니하고 일정한 면책기간을 설정하여 그 기간 중에 취득한 재산도 도산재단에 편입되어 채권자의 만족에 이용되도록 하고 있다. 이처럼 면책기간을 설정한다면 그 기간중 감독의 비용이 가장 걸림돌이 될 것이다. 그러나 이러한 제도를 통하여 얻을 수 있는 채권자의 만족, 갱생교육 기간 확보, 파산회피의 예방적 효과라는 이익을 고려한다면 면책기간을 설정하는 것이 의미가 있을 것이다. 이와 같은 경우 채무조정형절차와 청산·면책형 절차를 복수의 절차로서 병렬적으로 규정할 것인가 아니면 일원화된 단계적 절차로 구성할 것인가가 문제된다. 이는 정책적 결단의 대상인바, 병렬적 절차에서도 실제 운용은 일원화된 절차와같이 이루어질 것이라는 점을 고려한다면 일원화된 절차로 규정하는 것을 고려해봄직하다.

4. 向後 倒産法 改革의 方向

경제법제도가 만들어지는 일련의 과정을 보면, 일단 문제가 되는 경제상황이 나타나고 이어서 사회구성원들이 이러한 상황을 해결할 필요성을 인식하게 되며 그 해결방안으로서 규율 또는 조장에 관한 사회적 합의가 이루어져 경제법제도가 만들어진다. 그러나 우리의 도산법제도는 연혁적으로 볼 때 '상황'이나 '필요성'에 기초하여 도입되었다기보다는, 전체 법체계의 구색을 맞추는 차원에서 우리의 기업환경이나 국민의 법감정에 대한 별다른 고려없이 외국법제도를 계수하여 제정된 것이다. 그러므로 정작 '상황'이 전개되고 '필요성'이 절실했을 때에는 제대로 기능하지 못하였고, 특히 1997년말 외환위기를 겪으면서 기업의 도산이 다양한 형태로 속출하는 때에는 그 수요를 적절하게 충족시킬 수 없었다. 이에 1998년과 1999년에 자의반 타의반으로 도산절차의 신속성·효율성 제고에 주안점을 두어 도산법을 개정하였지만, 아직도 미진한 부분이 많이 남아 있다는 지적이 일반적이고 보다 근본적인 발상의 전환이 있어야 한다는 주장이 각계에서 제기되고 있다. 지금까지 현행 도산법제도 개선의 대안으로 의견이 모아지고 있는 것이 바로 도산절차를 일원화하는 방안이다.

현재 외환위기로 인한 경기침체가 최저점을 지나 회복기에 들어선 것으로 보고 있고 기업갱생의 수단으로 화의나 정리절차보다는 워크아웃의 이용이 증가하는 추세인 만큼, 도산절차의 역할 제고 및 도산법제도의 정비에 관한 논의가 다소 주춤거리고 있는 것이 사실이다. 세계 각국의 예를 보면, 미국·독일·영

국·프랑스·일본 등 선진국들이 경제공황이나 경기침체 또는 EU의 결성이나 WTO의 출범 등에 즈음하여, 경제의 위기를 극복하거나 재도약의 새로운 전기를 마련하기 위한 방안의 하나로 도산법제도의 대폭적인 정비을 추진하였음에 주목할 필요가 있다. 우리의 경우도 경제위기상황이 다소 해소되었다는데 만족하고 주저앉지 말고, 이번 기회에 그간의 운용경험과 노정된 도산법제도의 문제점을 바탕으로 작금의 경제·사회구조에 합리적으로 기능할 수 있는 도산법제도 확립의 전기를 마련하여야 할 것이다.

연구보고 99-08

倒産節次의 一元化에 관한 研究

1999년 12월 24일 印刷

1999년 12월 31일 發行

發行人 徐承完

發行處 한국법제연구원

서울특별시 서초구 양재동 90-4

전화 : (579)0090, 0308

등록번호 : 1981.8.11. 제1-a0190호

값 5,500 원

- 本院의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
- ISBN 89-8323-110-6 93360

