



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

회생채권/파산채권과 공익채권/재단채권의 구별기준

- 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐
있는 경우를 중심으로 -

2019년 8월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

이 종 욱

희생채권/파산채권과 공익채권/재단채권의 구별기준

- 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐
있는 경우를 중심으로 -

지도교수 이 동 진

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2019년 5월

서울대학교 대학원
법학과 민법전공
이 종 욱

이종욱의 석사 학위논문을 인준함
2019년 8월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

채무자가 도산절차에 들어간 경우, 채무자에 대한 채권의 발생 원인이 도산절차개시 전후 어느 쪽에 귀속되는지에 따라 도산절차상 취급을 달리하는 것은 전 세계 도산법의 공통적인 특징이다. 일반적으로 도산절차개시 전에 발생한 채권은 도산채권으로서 도산절차상 제약을 받게 되고, 도산절차개시 후에 발생한 채권은 관리채권으로서 도산절차와 상관없이 변제받을 수 있어 실현할 수 있는 변제액에 큰 차이를 가져온다. 따라서 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우 그 채권을 분류하는 작업은 매우 중요한 의미를 가진다.

현재 우리나라의 통설과 판례는 일부구비설이다. 기본적으로 일부구비설에 따라 도산채권이 되는지 먼저 판단하고, 도산채권에 해당하지 않는 경우 관리채권의 요건을 충족한다면 관리채권이 된다는 입장이다. 도산절차개시 전에 채권의 내용이 구체적으로 확정되지 않았다 하더라도, 청구권의 주요한 발생원인이 도산절차개시 전에 갖추어져 있으면 도산채권이 되고, 그렇지 않은 경우는 관리채권이 될 수 있다는 것이다.

이는 우리나라의 도산 관련 법제가 2005. 3. 31. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제정 전부터 일본의 도산 관련 법제를 계수하면서 일본의 통설과 판례인 일부구비설을 수용한 결과로 보인다. 그러나 ‘청구권의 주요한 발생원인’이라는 용어는 추상적이고 모호해서 구체적이고 일관된 기준을 제시해주고 있는지에 관해서는 의문이 있다. 우리나라의 대법원 판례 중에서도 결론이 서로

모순되어 보이는 경우가 있다. 일본에서도 유사한 사안임에도 최고재판소 판례가 모순된 결론을 내는 경우가 있다며 일부구비설 내에서도 그 한계를 자인하는 견해가 있을 정도이다.

현재 일본의 통설을 비판하면서 등장한 일본의 공제설은 학설사적 검토를 바탕으로, 채무자의 도산 위험을 부담하여야 하는 채권은 도산채권, 그렇지 않은 채권은 관리채권이 된다는 취지로 주장한다. 동어반복에 불과하다는 비판이 가능하지만, 적어도 ‘청구권의 주요한 발생원인’이라는 추상적인 용어로는 일부구비설의 본질을 충분히 담아내지 못한다는 문제의식은 경청할 가치가 있다. 그러나 이 역시 구체적이고 일관된 기준을 제시하는 데에는 부족함이 있다.

한편 미국에서는 유구한 도산법의 역사 속에서 실질적인 이익형량을 통해 도산채권과 관리채권을 분류하려는 노력을 계속해왔다. 따라서 그 기준을 세우는 데 미국의 논의는 참고로 삼을 가치가 있다. 미국에서는 명시적으로 논의가 이원화된 것은 아니지만, 사실상 계약상 채권과 비계약상 채권을 나누어 본다. 계약상 채권은 채권자가 채무자의 도산 위험을 고려해 자발적으로 거래에 나선다는 점에서 비교적 쉽게 채권자의 의사를 기준으로 도산 위험의 부담 여부를 가릴 수 있다. 반면 비계약상 채권은 채권자가 비자발적으로 채권자가 되는 경우도 많다는 점에서 채권자의 의사만을 기준으로 도산 위험의 부담 여부를 쉽게 판별하기 어렵다. 따라서 이원화된 분류법은 타당성이 있다.

미국에서 계약상 채권의 경우 채권자의 반대급부 이행을 기준으로 하는 반대급부이행기준설이 통설·판례이다. 비계약상 채권

의 경우 연방순회항소법원의 판례는 최종적인 권리 발생을 요하는 권리발생시절, 채무자의 행위를 기준으로 하는 채무자행위시절, 채권자와 채무자의 관계 설정 시를 기준으로 하는 관계시절, 채권자가 채권의 발생 가능성을 숙고할 수 있었던 시점을 기준으로 하는 숙고가능시절로 나뉜다. 주류적인 판례는 관계시절을 따르고, 학설은 주로 채무자행위시절과 숙고가능시절로 양분된다.

계약상 채권의 경우 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 경우를 포함해 반대급부이행기준설을 그대로 수용할 수 있다고 생각된다. 채권자로서 가장 강력한 담보인 동시이행의 항변권을 포기하고 도산절차개시 전 채무자의 재산에 공여한 부분은 도산 위험을 부담하는 도산채권이 된다. 도산절차개시 후 채무자의 이행 선택으로 새로이 거래로 유인된 부분은 도산절차개시 후 모든 이해관계인에게 이익이 되기 때문에 관리채권이 된다. 도산절차를 효율적으로 운영하기 위해 도산절차개시 전의 채권은 매몰비용으로 도산절차개시 후와 단절시켜야 하지만, 도산절차개시 후의 채권은 완전 변제를 보장해주어야 채권자가 새로이 거래에 응할 것이기 때문이다.

비계약상 채권의 경우는 도산 위험을 부담하여야하는 지위를 쉽게 구별하기 어렵다. 결국 이는 정책적 결단의 문제인데, 우리나라의 채무자 회생 및 파산에 관한 법률이 명시적으로 비계약상 채권을 도산채권에서 배제하고 있는 경우가 아닌 이상 도산절차개시 전 채무자로 인한 부분은 도산채권, 도산절차개시 후 채무자로 인한 부분은 관리채권으로 보아야 한다. 미국의 경우 연방도산법상 채권의 개념을 달리 정의하고 있으므로 그 시점을 기준으로 하여야 하지만, 우리나라의 경우 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에서 채권의 개념을 달리 정의하고 있지 않으므로 시간 좌표에서 점

개념이 아닌 선 개념으로 파악하면 된다.

이러한 견지에서 관계시설을 따르는 미국의 주류적인 판례가 채권자가 채무자와 접촉(Contact), 노출(Exposure), 영향(Impact), 긴밀함(Privity) 등 관계를 설정했는지 여부를 기준으로 하는 것에 착안해 관계설을 제시한다. 물론 이 때 채권 발생의 근거가 되는 법령의 목적, 비용에 대응되는 이익의 향유 주체 등도 고려해야 할 것이다. 도산절차개시 전 발생한 채권은 단절시켜 채무자의 새 출발의 기회를 부여해야 하지만, 도산절차개시가 채무자의 불법행위, 부당이득을 완전히 허용한다는 뜻은 되지 않는다. 다소 의제적이나, 도산절차개시 후 관리인이 채권자와의 접촉 등을 방지하지 못해 새로이 채권자가 비자발적으로 채권을 가지게 된 부분은 관리채권으로 취급하여 이해관계인이 부담할 비용에 포함되도록 하여야 한다. 그럼으로써 도산절차가 효율적이고 공정하게 진행될 수 있다.

적법절차 보장의 문제는 장래 채권자의 이익을 대변하는 대표자를 파견하도록 하고, 그 재원을 일원화하여 사회 보험으로 관리하는 방안을 제안한다. 도산법과 공익적 성격을 가진 다른 법령이 충돌할 때에, 계약상 채권의 경우는 강행규정이 우선하도록 하면 되지만, 비계약상 채권의 경우는 기본적으로는 도산법의 이념이 우선하도록 하는 것이 타당하다고 생각된다.

주요어 : 도산채권, 회생채권, 파산채권, 개인회생채권, 관리채권, 공익채권, 재단채권, 회생재단채권, 일부구비설, 공제설, 반대급부이행기준설, 권리발생시설, 채무자행위시설, 관계시설, 속고가능시설, 관계설
학 번 : 2014-20827

목 차

| | |
|-------------------------|----|
| 제 1 장 서 론 | 1 |
| 제 2 장 우리나라의 논의 | 8 |
| 제 1 절 일반론 | 8 |
| 1. 일반적인 경우 | 8 |
| 2. 쌍방미이행 쌍무계약의 경우 | 9 |
| 제 2 절 구체적 사례 | 12 |
| 1. 서설 | 12 |
| 2. 계약상 채권의 사례 | 13 |
| 3. 비계약상 채권의 사례 | 34 |
| 제 3 절 검토 | 46 |
| 1. 사례 유형별 검토 | 46 |
| 2. 일반론 차원의 검토 | 56 |
| 제 3 장 일본의 논의 | 60 |
| 제 1 절 일본의 도산법 개관 | 60 |
| 제 2 절 일반론 | 64 |
| 1. 일반적인 경우 | 64 |
| 2. 쌍방미이행 쌍무계약의 경우 | 70 |
| 제 3 절 구체적 사례 | 73 |
| 1. 서설 | 73 |
| 2. 개별 사례 | 73 |
| 제 4 절 정리 및 시사점 | 88 |
| 1. 정리 | 88 |
| 2. 시사점 | 92 |

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 제 4 장 미국의 논의 | 94 |
| 제 1 절 미국의 도산법 개관 | 94 |
| 제 2 절 일반론 | 98 |
| 1. 판례 | 98 |
| 2. 학설 | 101 |
| 제 3 절 구체적 사례 | 105 |
| 1. 서설 | 105 |
| 2. 비계약상 채권의 사례 | 106 |
| 3. 계약상 채권의 사례 | 124 |
| 제 4 절 정리 및 시사점 | 136 |
| 1. 정리 | 136 |
| 2. 시사점 | 141 |
| | |
| 제 5 장 종합적 검토 | 143 |
| 제 1 절 새로운 기준의 모색 | 143 |
| 1. 서설 | 143 |
| 2. 논의의 축 | 144 |
| 3. 도산법이 다른 공익적 성격을 가진 법령과 충돌할 경우 .. | 148 |
| 4. 적법절차 보장의 문제 | 150 |
| 5. 구체적인 채권의 구별기준 설정 | 152 |
| 6. 적법절차 보장의 문제에 대한 대안 | 170 |
| 7. 소결 | 178 |
| 제 2 절 사례별 해결 | 179 |
| 1. 서설 | 179 |
| 2. 계약상 채권의 사례 | 179 |
| 3. 비계약상 채권의 사례 | 187 |

| | |
|----------------|-----|
| 제 6 장 결론 | 195 |
| 참고문헌 | 199 |
| Abstract | 208 |

약어표

| | |
|---------------------|--|
| 곽윤직, 민법주해 IX | 편집대표 곽윤직, 민법주해 IX, 1995 |
| 곽윤직, 민법주해 XVII | 편집대표 곽윤직, 민법주해 XVII, 2005 |
| 곽윤직, 민법주해 XVIII | 편집대표 곽윤직, 민법주해 XVIII, 2005 |
| 곽윤직, 채권각론 | 곽윤직, 채권각론 제6판, 2003 |
| 김용담, 주석민법 채권각칙(5) | 편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙(5) 제4판, 2016 |
| 김홍엽, 민사소송법 | 김홍엽, 민사소송법 제7판, 2018 |
| 송덕수, 민법총칙 | 송덕수, 민법총칙 제4판, 2018 |
| 송덕수, 신민법강의 | 송덕수, 신민법강의 제11판, 2018 |
| 노영보, 도산법 강의 | 노영보, 도산법 강의, 2018 |
| 민일영, 주석 민사소송법(III) | 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(III) 제8판, 2018 |
| 실무연구회, 개인파산·회생실무 | 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 개인파산·회생실무 제4판, 2014 |
| 실무연구회, 법인파산실무 | 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 법인파산실무 제4판, 2014 |
| 실무연구회, 회생사건실무(상) | 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상) 제4판, 2014 |
| 이시윤, 신민사소송법 | 이시윤, 신민사소송법 제11판, 2017 |
| 임채홍, 백창훈, 회사정리법(상) | 집필대표 임채홍, 백창훈, 회사정리법(상) 제2판, 2002 |
| 임채홍, 백창훈, 회사정리법(하) | 집필대표 임채홍, 백창훈, 회사정리법(하) 제2판, 2002 |
| 전대규, 채무자 회생법 | 전대규, 채무자 회생법 제2판, 2018 |
| 전병서, 도산법 | 전병서, 도산법 제3판, 2016 |
| 김성용, “2012년 도산법 판례” | 김성용, “2012년 도산법 중요 판례”, 인권과 정의 제432호, 2013 |
| 김성용, “2013년 도산법 판례” | 김성용, 2013년 도산법 중요 판례, 인권과 정의 제440호, 2014 |
| 김성용, “2014년 도산법 판례” | 김성용, “2014년 도산법 중요 판례”, |

| | |
|------------------------------------|---|
| 김성용, “2015년 도산법 판례” | 인권과 정의 제448호, 2015 김성용, “2015년 도산법 중요 판례”, 인권과 정의 제456호, 2016 |
| 김영주, “박사학위논문” | 김영주, “도산절차상 미이행 쌍무계약에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2013 |
| 김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율” | 김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율”, 민사법학 제70호, 2015 |
| 김희중, “대법원판례해설” | 김희중, “건축공사 도급계약의 수급인이 회생절차개시 전에 이미 건물을 완공하여 인도하는 등으로 도급계약에 관하여 이행을 완료하였는데, 수급인에 대한 회생절차개시 후에 완성된 목적물의 하자로 인한 손해가 현실적으로 발생한 경우, 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 회생채권에 해당하는지 여부 및 수급인이 위 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 확대손해가 발생한 경우, 도급인의 채무불이행으로 인한 손해배상청구권이 회생채권에 해당하는지 여부”, 대법원판례해설 제103호, 2015 |
| 김희중, “2014년 하반기 도산법 판례” | 김희중, “2014년 하반기 도산법 관련 대법원 판례 소개”, 도산법연구 제6권 제1호, 2015 |
| 김희중, “2015년 상반기 도산법 판례” | 김희중, “2015년 상반기 도산법 관련 대법원 판례 소개”, 도산법연구 제6권 제2호, 2015 |
| 박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향” | 박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향”, 파산법의 제문제(상), 1999 |
| 오민석, “건설회사의 회생절차” | 오민석, “건설회사의 회생절차에 관한 소고”, 도산관계소송, 2009 |
| 오수근, “도산절차에서 형성권의 취 | 오수근, “도산절차에서 형성권의 취 |

| | |
|-------------------------------------|---|
| 급” | 급”, 충남대학교 법학연구 제28권 제4호, 2017 |
| 임중헌, “석사학위논문” | 임중헌, “파산절차가 쌍방 미이행쌍무계약에 미치는 영향”, 석사학위논문, 고려대학교 법무대학원 신용거래법학과, 2001 |
| 임치용, “건설회사에 대하여 회생절차가 개시된 경우의 법률관계” | 임치용, “건설회사에 대하여 회생절차가 개시된 경우의 법률관계”, 사법제18호, 2011 |
| 임치용, “회사정리절차와 쌍무계약” | 임치용, “회사정리절차와 쌍무계약”, 사법논집 제36집, 2003 |
| 임혜진, “회생채권 신고를 기대할 수 없었던 채권의 보호” | 임혜진, “신고기간 내에 회생채권 신고를 기대할 수 없었던 채권의 보호”, 법과 정의 그리고 사람 : 2017 박병대 대법관 재임기념 문집, 2017 |
| 최승록, “파산채권과 재단채권” | 최승록, “파산채권과 재단채권”, 파산법의 제문제(상), 1999 |
| 최종길, “대법원판례해설” | 최종길, “가. 도급공사의 기성공사부분에 대한 대금청구 채권이 회사정리법상 공익채권에 해당하는 경우 나. 회사정리법 제145조에 규정된 ‘확정판결과 동일한 효력’의 의미 및 공익채권자가 자신의 채권을 정리채권으로 신고한 사정만으로 자신의 채권을 정리채권으로 취급하는 데 동의하였다거나 공익채권자의 지위를 포기한 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)”, 대법원판례해설 제52호, 2004 |
| 伊藤眞, 会社更生法 | 伊藤眞, 会社更生法, 2012 |
| 伊藤眞, 破産法・民事再生法 | 伊藤眞, 破産法・民事再生法 第3版, 2014 |
| 伊藤眞, 岡正品, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法 | 編集代表 伊藤眞, 岡正品, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法 第2版, 2014 |

- 今中利昭, 今泉純一, 中井康之, 実務倒産法講義
- 岡伸浩, 小畑英一, 島岡大雄, 進士肇, 三森仁, 破産管財人の債権調査・配当
- 加藤哲夫, 破産法
兼子一, 三ヶ月章, 竹下守夫, 霜島甲一, 前田庸, 田村諄之輔, 青山善充, 条解会社更生法 中
- 園尾隆司, 小林秀之, 条解民事再生法
- 宗田親彦, 破産法概説
- 宗田親彦, 破産法研究
- 竹下守夫, 大コンメンタール破産法
- 谷口安平, 倒産処理法
- 福岡真之介, アメリカ連邦倒産法概説
- 山本克己, 破産法・民事再生法概論
- 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール破産法
- 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール民事再生法
- 山本克己, 瀬戸英雄, 山本和彦, 新破産法の理論と実務
- 山本和彦, 中西正, 笠井正俊, 沖野眞巳, 水元宏典, 倒産法概説
- Westlaw Japan, Westlaw Japan新判例解説
- 菊池絵里, “訴訟費用請求権の更生債権
- 今中利昭, 今泉純一, 中井康之, 実務倒産法講義 第3版, 2009
編集代表 岡伸浩, 小畑英一, 島岡大雄, 進士肇, 三森仁, 破産管財人の債権調査・配当, 2017
- 加藤哲夫, 破産法 第6版, 2012
兼子一, 三ヶ月章, 竹下守夫, 霜島甲一, 前田庸, 田村諄之輔, 青山善充, 条解会社更生法 中, 1973
編集代表 園尾隆司, 小林秀之, 条解民事再生法 第3版, 2013
- 宗田親彦, 破産法概説 新訂第4版, 2008
- 宗田親彦, 破産法研究, 1995
編集代表 竹下守夫, 大コンメンタール破産法, 2007
- 谷口安平, 倒産処理法, 1976
福岡真之介, アメリカ連邦倒産法概説 第2版, 2017
- 編集代表 山本克己, 破産法・民事再生法概論, 2012
- 編集代表 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール破産法, 2014
編集代表 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール民事再生法, 2015
- 編集代表 山本克己, 瀬戸英雄, 山本和彦, 新破産法の理論と実務, 2008
- 山本和彦, 中西正, 笠井正俊, 沖野眞巳, 水元宏典, 倒産法概説 第2版補訂版, 2015
- Westlaw Japan, Westlaw Japan新判例解説 第1015号, 2013
- 菊池絵里, “更生債権に関する訴訟が更

該当性1”

菊池絵里, “訴訟費用請求権の更生債権
該当性2”

小林昭彦, “和議認可決定”

中島弘雅, “最高裁民訴事例研究三十九”

判例タイムズ, “和議認可決定”

宮川知法, “破産法五九条等の基本的理
解-全体的公平の考慮による覚え書き”

山本和彦, “将来の請求権”

Charles J. Tabb, *Law of
Bankruptcy*

Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason
Kilborn, Tomas Richter, Ignacio

生手続開始に係属し受継されることなく終
了した場合における当該訴訟費用請求権
の更生債権該当性”, 最高裁判所判例解
説民事編平成25年度, 2016

菊池絵里, “更生債権に関する訴訟が更
生手続開始に係属し受継されることなく終
了した場合における当該訴訟費用請求権
の更生債権該当性”, ジュリスト No.
1512, 2017

小林昭彦, “和議認可決定を受けた連帯
保証人の一人に対し他の連帯保証人が
和議開始決定後の弁済により取得した求
償権の行使の要件とその限度”, 判例タ
イムズ No. 913, 1996

中島弘雅, “最高裁民訴事例研究三十九”, 法学研究:法律・政治・社会 第87
巻 第6号, 2014

判例タイムズ, “和議認可決定を受けた連
帯保証人の一人に対し他の連帯保証人
が和議開始決定後の弁済により取得した
求償権の行使の要件とその限度”, 判例
タイムズ No. 874, 1995

宮川知法, “破産法五九条等の基本的理
解-全体的公平の考慮による覚え書き”,
法学雑誌 37巻 1号, 1990

山本和彦, “破産債権の概念について-
『将来の請求権』の再定義の試み”, 徳
田和幸先生古希祝賀論文集民事手続法
の現代的課題と理論的解明, 2017

Charles J. Tabb, *Law of
Bankruptcy* 4th Edition, West
Academic Publishing, 2016

Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason
Kilborn, Tomas Richter, Ignacio

| | |
|--|--|
| Tirado, <i>Ranking and Priority of Creditors</i> | Tirado, <i>Ranking and Priority of Creditors</i> , 2016 |
| Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?" | Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim? A Bankruptcy Code Riddle", <i>Tennessee Law Review</i> Vol. 62, 1995 |
| Laura B. Bartell, "Due Process" | Laura B. Bartell, "Due Process for the Unknown Future Claim in Bankruptcy - Is This Notice Really Necessary", <i>American Bankruptcy Law Journal</i> Vol. 78, 2004 |
| Laura B. Bartell, "Straddle Obligations" | Laura B. Bartell, "Straddle Obligations under Prepetition Contracts: Prepetition Claims, Postpetition Claims or Administrative Expenses", <i>Emory Bankruptcy Developments Journal</i> Vol. 25, 2008 |
| Ralph Brubaker, "Part I" | Ralph Brubaker, "Back to the Future Claim: Due Process in and Beyond the Mass Tort Reorganization (Part I)", <i>Bankruptcy Law Letter</i> Vol. 34, 2014 |
| Ralph Brubaker, "Part II" | Ralph Brubaker, "Back to the Future Claim: Due Process in and Beyond the Mass Tort Reorganization (Part II)", <i>Bankruptcy Law Letter</i> Vol. 35, 2015 |
| Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims" | Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims in Bankruptcy: Fairness, Bankruptcy Policy, Due Process, and the Lessons of the |

- Piper Reorganization", *American Bankruptcy Law Journal* Vol. 70, 1996
- Russel A. Eisenberg & Frances Gecker, "Due Process and Bankruptcy: A Contradiction in Terms?", *Bankruptcy Developments Journal* Vol. 10, 1993
- Kathryn R. Heidt, "Products Liability, Mass Torts and Environmental Obligations in Bankruptcy: Suggestions for Reform", *American Bankruptcy Institute Law Review* Vol. 3, 1995
- Daniel L. Keating, "Getting a Handle of Late-Manifesting Claims: A Comment", *Washington University Law Review* Vol. 72, 1994
- Robert M. Lawless, "Realigning the Theory and Practice of Notice In Bankruptcy Cases", *Wake Forest Law Review* Vol. 29, 1994
- Ralph R. Mabey & Jamie A. Gavrin, "Constitutional Limitations on the Discharge of Future Claims in Bankruptcy", *South Carolina Law Review* Vol. 44, 1993
- Ralph R. Mabey & Annette W. Jarvis, "In Re Frenville: A Critique by the National Bankruptcy Conference's Committee on Claims and Distributions", *The Business Lawyer* Vol. 42, 1986
- Michelle M. Morgan, "The Denial

| | |
|---|--|
| of Future Tort Claims" | of Future Tort Claims In re Piper Aircraft: Will the Court's Quick-Fix Solution Keep the Debtor Flying High or Bring It Crashing Down", <i>Loyola University Chicago Law Journal</i> Vol. 27, 1995 |
| John A.E. Pottow, "A New Approach to Executory Contracts" | John A.E. Pottow, "A New Approach to Executory Contracts", <i>Texas Law Review</i> Vol. 96, 2018 |
| Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville" | Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville: The Split among Courts Regarding Accrual of Claims in Bankruptcy", <i>Baylor Law Review</i> Vol. 68, 2016 |
| Alan N. Resnick, "Mass Tort Liability" | Alan N. Resnick, "Bankruptcy as a Vehicle for Resolving Enterprise-Threatening Mass Tort Liability", <i>University of Pennsylvania Law Review</i> Vol. 148, 2000 |
| Kevin J. Saville, "Discharging CERCLA Liability" | Kevin J. Saville, "Discharging CERCLA Liability in Bankruptcy: When Does a Claim Arise", <i>Minnesota Law Review</i> Vol. 76, 1991 |
| Robert J. Scott, "When a Claim Arises" | Robert J. Scott, "When a Claim Arises under the Bankruptcy Code", <i>Hofstra Law Review</i> Vol. 24, 1995 |
| Zev Shechtman, "A Fresher Start" | Zev Shechtman, "A Fresher Start For Debtors in Chapter 11 Reorganization Cases: Binding Future Claimants", <i>California Bankruptcy Journal</i> Vol. 31, 2011 |
| Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously" | Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously: Future Claims |

Alisha J. Turak, "Why Wright Was Wrong"

and Successor Liability in
Bankruptcy", *Case Western
Reserve Law Review* Vol. 49, 1999
Alisha J. Turak, "Why Wright Was
Wrong: How the Third Circuit
Misinterpreted the Bankruptcy
Code... Again", *Columbia Law
Review* Vol. 113, 2013

제 1 장 서 론

채무자가 도산절차에 들어간 경우, 채무자에 대한 채권이 도산절차개시 전에 발생한 것인지, 도산절차개시 후에 발생한 것인지에 따라 취급을 달리하는 것은 전 세계 도산법의 공통적인 특징이다. 일반적으로 전자는 일괄적으로 도산절차 내에서 일정한 제약 하에 처리되므로 ‘도산채권(Insolvency Claims)’이라는 용어로 묶을 수 있고, 후자는 도산재단의 관리를 위해 지출된 비용과 관련된 경우가 많으므로 ‘관리채권(Administration Claims)’이라는 용어로 묶을 수 있을 것이다. 관리채권은 도산절차 진행에 따른 제한 없이 수시로 변제된다.¹⁾ 이는 용어나 정의, 범위 등에 있어서는 약간의 차이를 보이지만 일본과 미국을 포함하여 영국, 프랑스, 독일, 네덜란드 등 대부분의 나라에서 본질적으로 같다.²⁾

우리나라에서는 회생절차의 회생채권, 개인회생절차의 개인회생채권, 파산절차의 파산채권이 도산채권에 해당하는데, 이들은 채무자에 대하여 도산절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제118조 제1호, 제423조, 제581조 제1항, 이하 ‘채무자 회생법’이라 하고, 제1장 및 제2장에서 채무자 회생법 조문을 인용할 때에는 법령명을 생략하고 조문만을 인용한다)으로서, 원칙적으로 도산절차상 제약을 받는다.

회생채권에 관하여는 회생계획에 규정한 바에 따르지 아니하고 임의로 변제하는 등 채권을 소멸하게 하는 행위는 허용되지 않는다(제131

1) 채권의 분류를 포함한 19개국 도산법의 비교법적 연구인, Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn, Tomas Richter, Ignacio Tirado, *Ranking and Priority of Creditors*, pp.vii- xiii도 도산절차상 채권을 이와 같이 구별하고 있다.

2) Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn, Tomas Richter, Ignacio Tirado, *Ranking and Priority of Creditors* 참조.

조). 회생채권에 기하여 곧바로 소를 제기할 수 없고, 회생절차개시 당시 계속 중인 회생채권에 관한 소송은 절차의 개시에 의하여 중단되며, 채권조사를 거친 후에 그 회생채권에 관하여 분쟁이 있으면 소송수계를 하여야 한다(제59조). 회생절차개시결정이 있으면 회생채권에 기하여 채무자의 재산에 대한 강제집행·가압류·가처분을 새로이 신청하는 것은 허용되지 않고, 또 이미 행해진 개별 집행절차는 중지된다(제58조 제1항 제2호, 제3항). 회생채권자가 회생절차에 참가하기 위해서는 회생채권을 신고하여야 한다. 회생채권자는 회생계획안의 결의절차에 참가하여 의결권을 행사할 수 있는데, 일반적으로 회생절차개시결정 당시의 채권액에 따른다(제133조). 따라서 회생절차에서 회생채권액의 확정도 선행되어야 한다. 회생계획이 인가되면 회생계획이나 법률의 규정에 의하여 인정되는 권리를 제외하고 채무자는 모든 회생채권에 대하여 그 책임을 면한다(제251조). 또한 회생채권자의 권리는 회생계획에 따라 변경된다(제253조).³⁾

개인회생채권에 관하여는 변제계획에 의하지 아니하고 변제하는 등 이를 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다(제582조). 개인회생절차개시결정이 있는 때에는 개인회생채권에 기한 강제집행·가압류·가처분 등이 중지 또는 금지된다(제600조 제1항). 변제계획인가결정이 있는 때에는 중지된 강제집행 등은 실효된다(제615조 제3항).⁴⁾ 채무자가 면책을 받으면 개인회생채권은 변제계획에 따라 변제한 것을 제외하고 그 책임이 면제된다(제625조 제2항).

파산채권은 파산절차에 의하여 파산재단으로부터 비례적 만족을 얻는 것 이외에 적극적으로 이를 행사할 수 없다(제424조). 파산채권에 기하여 소를 제기할 수 없고, 강제집행·가압류·가처분도 허용되지 않으며, 이미 개시된 강제집행·가압류·가처분은 실효된다(제348조 제1항). 파산채권자가 파산절차에 참가하기 위해서는 파산채권을 신고하여야 하며, 신고하지 않은 파산채권자는 파산절차에서 권리를 행사할 수 없고, 채권

3) 전대규, 채무자 회생법, 316-320, 371면.

4) 전대규, 채무자 회생법, 1112면.

자집회에서 의결권을 행사할 수 없으며, 배당을 받을 자격도 인정되지 않는다. 파산채권은 파산절차에서 채권액이 확정되어야 하며, 파산채권자는 이 확정채권액에 따라 의결권을 행사한다(제373조). 채무자가 면책되면 채무자는 파산채권에 대하여 책임을 면한다(제556조).⁵⁾

회생절차의 공익채권, 개인회생절차의 개인회생재단채권, 파산절차의 재단채권은 관리채권에 해당한다. 관리채권은 원칙적으로 도산절차를 수행하고 그 목적을 실현하기 위하여 도산채권자가 공동으로 부담해야하는 비용의 성질을 갖는 채무자에 대한 청구권이므로, 도산절차개시 후의 원인에 기하여 생긴 청구권이여야 한다. 다만, 예외적으로 도산절차개시 전의 원인에 기하여 생긴 청구권이라도 형평의 관념이나 사회 정책적 이유 등으로 관리채권으로 인정되는 것도 있다.⁶⁾

관리채권은 도산절차에 따르지 않고 수시로 변제할 수 있다(제180조 제1항, 제475조, 제583조 제2항). 관리채권은 도산채권 또는 회생담보권, 별제권에 우선하여 변제한다(제180조 제2항, 제476조, 제583조 제2항). 회생절차의 공익채권자는 언제든지 관리인에게 직접 청구할 수 있고, 소를 제기하고 강제집행·가압류·가처분을 할 수 있다. 다만 법원은 일정한 경우에 공익채권에 기한 강제집행이나 가압류의 중지나 취소를 명할 수 있을 뿐이다(제180조 제3항).⁷⁾ 개인회생절차의 개인회생재단채권자도 언제든지 소를 제기하고 강제집행을 할 수 있다.⁸⁾ 파산절차의 재단채권자도 언제든지 파산관재인에게 직접 청구할 수 있고, 소를 제기할 수도 있다. 다만 재단채권자 사이의 공평을 도모하고 파산절차를 원활히 진행시키기 위하여,⁹⁾ 재단채권에 기한 강제집행은 불허된다.¹⁰⁾

이처럼 채권의 분류에 따라 도산절차상 취급이 뚜렷이 달라지는데, 이는 우리나라를 포함하여 대부분의 입법례에서 같다. 이로써 채권자가 실질적으로 실현할 수 있는 채권액의 차이가 현격하게 벌어진다. 실제로

5) 전대규, 채무자 회생법, 802, 819면.

6) 전대규, 채무자 회생법, 342, 835, 1118-1119면.

7) 전대규, 채무자 회생법, 353-354면.

8) 전대규, 채무자 회생법, 1120면.

9) 전병서, 도산법, 230-231면.

10) 대법원 2007. 7. 12.자 2006마1277 결정

우리나라에서는 일반적으로 파산채권에 대한 배당률이 10~20%에도 못 미친다고 알려져 있고,¹¹⁾ 서울중앙지방법원의 2006. 7.경 개인회생사건의 경우 절반 이상의 채무자가 변제율 30% 미만의 변제계획을 인가받기도 하였다.¹²⁾ 서울중앙지방법원에서 2010. 3.경과 2012. 3.경에 개인회생절차 신청이 이루어져 당시 변제중이었던 각 200건과 2010년 상반기와 2012년 상반기에 면책 혹은 폐지 결정이 내려진 개인회생절차 사건 각 200건, 총합 800건을 분석한 논문에서는 평균 변제율이 2010년의 경우 47.8%, 2012년의 경우 53.5%로 나타나 다소 높은 수치를 보이기는 하였으나,¹³⁾ 여전히 도산채권은 전액을 변제받을 수 있는 관리채권에 비해서는 현저히 불리한 지위에 놓인다고 할 수 있다. 게다가 회생절차의 공익채권과 개인회생절차의 개인회생채권채권의 경우 강제집행도 가능하므로, 도산절차 내에서 제약을 받는 도산채권에 비해 더욱 더 유리한 위치를 선점할 수 있다.

따라서 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우, 도산절차에서 당해 채권을 어떻게 분류하여 취급할지는 중요한 문제이다. 담보채권의 경우에는 회생담보권, 별제권 등으로 분류되어 별도의 법리가 적용되므로 본고에서는 무담보채권에 한정하여 논의한다. 크게 계약상채권인 경우와 비계약상 채권인 경우로 나눌 수 있고, 계약상 채권은 상대방이 채권자인 편무계약이거나 쌍무계약에서 상대방의 이행이 완료된 경우(채무자의 이행이 완료된 경우에는 채권이 문제되지 않을 것이다)와 쌍방미이행 쌍무계약인 경우로 나눌 수 있다.

계약상 채권 중, 편무계약이거나 쌍무계약으로서 도산절차개시 전에 상대방의 이행이 완료된 경우에는 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정이 적용될 여지가 없다. 오로지 당해 채권의 발생원인이 도산절차개시 전의 원인에 의한 것인지, 도산절차개시 후의 원인에 의한 것인지에 따라 취

11) 전병서, **도산법**, 215면.

12) 김용철, “개인회생절차의 현황과 문제점”, **민사소송** 제11권 제1호, 2007, 403-404면.

13) 홍제환, “개인회생제도 활용의 현황과 과제”, **미래성장연구** 제1권 제1호, 2015, 74-75, 85-87면.

급이 달라질 것이다. 일반적으로 도산채권에 해당하는지, 혹은 회생절차 개시 후의 채무자의 업무 및 재산의 관리와 처분에 관한 비용청구권(제179조 제1항 제2호) 내지 채무자의 업무 및 재산에 관하여 관리인이 회생절차개시 후에 한 자금의 차입 그 밖의 행위로 인하여 생긴 청구권으로서(제179조 제1항 제5호) 공익채권(회생절차), 기타 채무자를 위하여 지출하여야 하는 부득이한 비용청구권(제583조 제6호)으로서 개인회생채단채권(개인회생절차), 파산채단에 관하여 파산관재인이 한 행위로 인하여 생긴 청구권(제473조 제4호)으로서 채단채권(파산절차)에 해당하는지가 문제될 것이다.

쌍방미이행 쌍무계약에 해당할 경우, 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 제규정이 적용된다. 관리인의 이행 선택 시 상대방의 청구권은 관리채권이 된다(제179조 제1항 제7호, 제473조 제7호). 반면 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제 혹은 해지한 경우 상대방이 갖는 손해배상청구권은 도산채권이 되고(제121조 제1항, 제337조 제1항), 채무자가 받은 반대급부가 현존하지 아니하는 때 상대방이 갖는 가액반환청구권은 관리채권이 된다(제121조 제2항, 제337조 제2항). 그리하여 이 경우 채권 분류는 단순히 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정을 적용하여 해결할 문제라고 볼 여지도 있다. 그러나 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 채권 역시 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있고, 채권의 구별기준과 관련하여 쌍방미이행 쌍무계약의 제규정을 특별규정으로 볼지, 쌍방미이행 쌍무계약을 적용할 때 상대방의 채권의 분리가능성을 인정할지 등, 본고에서 다루고자 하는 주제와 관련된 논점이 있으므로 그 한도에서 함께 논하도록 한다.

비계약상 채권의 경우, 도산절차개시 전의 원인에 의한 것이어서 도산채권에 해당하는지, 도산절차개시 후의 원인에 의한 것으로서, 채무자의 업무 및 재산에 관하여 관리인이 회생절차개시 후에 한 자금의 차입 그 밖의 행위로 인하여 생긴 청구권(제179조 제1항 제5호) 혹은 사무관리 또는 부당이득으로 인하여 회생절차개시 이후 채무자에 대하여 생긴 청구권(제179조 제1항 제6호)으로서 공익채권(회생절차), 기타 채무자를 위

하여 지출하여야 하는 부득이한 비용청구권(제583조 제6호)으로서 개인 회생재단채권(개인회생절차), 파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위로 인하여 생긴 청구권(제473조 제4호) 혹은 사무관리 또는 부당이득으로 인하여 파산선고 후 파산재단에 대하여 생긴 청구권(제473조 제5호)으로서 재단채권(파산절차)에 해당하는지가 문제된다.

우리나라에서는 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우 채권의 구별기준에 관하여 주로 도산채권의 성립요건과 관련하여 논의되고 있다. 즉, 어디까지를 도산채권이 요구하는 ‘도산절차개시 전의 원인’에 의한 채권이라고 볼 것인지의 문제로 환원하고, 도산채권 외에는 관리채권의 요건을 충족하면 관리채권이 된다는 취지이다. 특히, 이 논점에 관하여는 제133조 내지 제138조, 제425조 내지 제428조 등이 예정하고 있는 ‘장래의 청구권’이라는 개념의 외연이 어디까지를 포함하는지의 문제로 본다. 즉, 이미 발생한 청구권이 도산채권이 되는 점은 당연하고, 도산채권이 되는 ‘장래의 청구권’의 개념이 어느 지점에서 확정되는지가 기준이 된다.

통설과 판례는 청구권의 주요한 발생원인이 도산절차개시 전에 갖추어져 있으면 충분하다는 일부구비설을 취하고 있으나, ‘주요한 발생원인’이라는 불확정적인 용어를 사용함으로써 문제 해결에 도움이 되는 구체적이고 일관된 기준을 제시하고 있는지에 관하여는 의문의 여지가 있다. 채권 발생 사실을 알 수 없었던 채권자에 대한 적법절차 보장의 문제에 관하여는 입법론적 해결이 필요하다고 지적하면서도, 뚜렷한 대안을 제시하지는 않고 있다. 또한 쌍방미이행 쌍무계약이 문제되는 경우에는 일부구비설을 그대로 적용하지 않고 별도의 해석론을 전개하고 있어, 논점을 같이하는 문제들이 보편적인 하나의 논의로 모아지지 못하고 있는 실정이다.

우선 우리나라의 논의 및 관련사례를 정리하고, 제기될 수 있는 논점을 추출하고 논의의 현황을 점검한다. 그 뒤, 외국 중에서도 일본과 미국의 논의 및 관련사례를 총괄적으로 검토하여, 참고할 만한 부분을 가려 내고, 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우를 모두

아우를 수 있는 구체적이고 일관된 하나의 기준을 모색해보고자 한다. 일본은 우리가 도산법을 계수하고 관련 논의를 수용한 연원이라는 점에서 참고할 가치가 있다. 미국은 유구한 도산법의 역사 속에서 도산절차상 대규모 제조물책임, 환경정화책임 등이 문제된 사례가 존재하고, 이에 관한 구체적인 논의도 상당 부분 축적되었다는 점에서 더욱 참고할 가치가 있다. 아직 우리나라와 일본에서는 제조물책임, 환경정화책임 등이 도산절차에서 문제된 적이 없지만, 산업이 고도화되고 경제가 발전하는 한편, 안전과 환경에 대한 관심이 고조되는 추세에서 앞으로 언젠가지 사건화될 가능성이 있다. 본격적인 논의에 들어가기 전에는 각 나라의 도산법을 개관하고, 채권의 분류에 대해 살펴 논의의 기초로 삼도록 한다.

제 2 장 우리나라의 논의

제 1 절 일반론

1. 일반적인 경우

가. 학설 - 일부구비설(통설)

통설은 일부구비설이다. 도산채권이 되기 위해서는 도산절차개시 시점에 현실적으로 발생한 채권이어야 할 필요는 없고, 청구권의 ‘주요한 발생원인’이 도산절차개시 전에 갖추어져 있으면 충분하다는 견해이다. 이와 같은 채권인 한 확정기한 미도래의 채권, 장래의 정기예금채권, 불확정기한부채권, 조건부 채권, 장래의 구상권 등과 같은 장래의 청구권이라도 상관없다고 한다.¹⁴⁾

통설에 따르면 공해나 교통사고 등에 의한 피해자의 채무자에 대한 손해배상청구권은 그 ‘발생원인’이 도산절차개시 전에 있었다면 모두 도산채권이 된다. 그러나 이와 같은 청구권에 대하여는, 도산절차개시 당시에 그 손해액이 확정되어 산정할 수 있다면 다행이지만, 그렇지 않을 경우에는 그 액수를 산정하고 확정하는 것이 곤란할뿐더러, 피해자에게 이를 요구하는 것은 가혹한 일이 될 것이고, 후유증 등 손해를 어떻게 취급할 것인가 하는 어려운 문제들이 있다. 결국 이러한 문제는 피해자에 대한 충분한 보장이라는 관점에서 입법적 해결이 필요하다고 본다.¹⁵⁾ 다만 구체적인 방안은 제시되지 않고 있다.

14) 노영보, *도산법 강의*, 175-178면; 전대규, *채무자 회생법*, 283면; 전병서, *도산법*, 183면; 임채홍, 백창훈, *회사정리법(상)*, 504면(이연갑 집필부분); 실무연구회, *개인파산·회생실무*, 391-392면; 실무연구회, *법인파산실무*, 226면; 실무연구회, *회생사건실무(상)*, 391-392면; 최승록, “파산채권과 재단채권”, 284면 등.

15) 노영보, *도산법 강의*, 178면; 최승록, “파산채권과 재단채권”, 306-307면.

나. 판례

판례도 “파산선고 전의 원인으로 생긴 청구권’은 파산선고 당시 이미 청구권의 내용이 구체적으로 확정되거나 변제기가 도래하였을 것까지 요하는 것은 아니고, 적어도 청구권의 ‘주요한 발생원인’이 파산선고 전에 갖추어져 있으면 족한데, 청구권 발생에 대한 단순한 기대권에 불과하다면 파산채권에 해당하지 아니한다.’라거나,¹⁶⁾ ‘회생채권은 의사표시 등 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기해 생긴 재산상의 청구권을 말하는 것으로서, 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기한 것인 한 그 내용이 구체적으로 확정되지 아니하였거나 변제기가 회생절차개시 후에 도래하더라도 상관없고, 청구권의 주요한 발생원인이 회생절차개시 전에 갖추어져 있으면 족하다.’라며,¹⁷⁾ ‘회생채권에는 채무자 회생법 제138조 제1항이 규정하는 조건부채권도 포함되는데, 여기에서 조건부채권이라 함은 채권의 전부 또는 일부의 성립 또는 소멸이 장래의 불확정한 사실인 조건에 의존하는 채권을 말하고, 위 조건은 채권의 발생원인인 법률행위에 붙은 의사표시의 내용인 부관에 한정되지 아니한다.’라고 보아,¹⁸⁾ 마찬가지로 일부구비설의 입장이다.

2. 쌍방미이행 쌍무계약의 경우

가. 학설 - 형평설(통설)

쌍방미이행 쌍무계약에 관하여는 일부구비설에 따라 설명하지 않는 견해가 일반적이다. 일부구비설에 따른 결론이 형평에 반하므로 채무자 회생법에 별도의 규정을 두어 수정을 가하였다는 취지이다. 이러한 학설에 관하여는 특별히 붙여진 명칭이 없으나 주된 고려요소에 착안하여 ‘형평설’이라 명명할 수 있을 것이다.

통설인 형평설은 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약의 이행을 선택한 경

16) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결

17) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결

18) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다114851 판결

우 상대방이 갖는 청구권은 도산절차개시 전의 계약을 원인으로 하기 때문에 본래 도산채권이지만, 쌍방의 채무는 서로 동시이행의 항변권을 가지고 담보시하는 점을 고려하면, 상대방의 채무에 대하여는 완전이행을 강제하면서 상대방의 청구권에 대하여는 도산절차상 제약을 수인하게 하는 것은 형평에 반하므로 관리채권으로 격상된 것이라고 본다.¹⁹⁾

관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제 또는 해지한 경우 상대방이 갖는 손해배상청구권²⁰⁾은 도산절차개시 후에 생겼지만 예외적으로 도산채권이 된다고 본다.²¹⁾ 회생절차에 대해서는 개시 후 기타채권(제181조 제1항)²²⁾이 되어야 하나 회생채권으로 보는 것이라고 하고,²³⁾ 파산절차에 대해서는 상대방이 불공평해지지 않도록 후순위 파산채권(제446조 제1항 제2호)²⁴⁾에서 파산채권으로 격상하여 배려한 것이라고 한다.²⁵⁾

19) 노영보, **도산법 강의**, 217면; 실무연구회, **법인파산실무**, 162면; 실무연구회, **회생사건실무(상)**, 162면; 임채홍, 백창훈, **회사정리법(하)**, 87면(강선명 집필부분); 전병서, **도산법**, 123면; 김영주, “박사학위논문”, 94면; 박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향”, 448면; 임중현, “석사학위논문”, 10면; 최승록, “파산채권과 재단채권”, 339면.

20) 실질적으로 채무자의 귀책사유에 의한 이행불능으로 볼 수 있고, 이행이익이 손해배상에 포함된다고 보는 견해로, 임채홍, 백창훈, **회사정리법(상)**, 359면(임중현 집필부분) 참조; 일반적으로 계약이 해제된 경우 발생하는 손해배상청구권과 같다는 견해로, 실무연구회, **법인파산실무 제4판**, 2014, 161면 참조.

21) 노영보, **도산법 강의**, 178면; 전대규, **채무자 회생법**, 287-288면;

22) 회생절차개시 이후의 원인에 기하여 발생한 재산상의 청구권이나, 공익채권에 해당되지 않는다는 취지이다. 회생절차에 참여하지 못한다는 점에서 불리한 점도 있으나, 권리변경이나 면책의 대상이 되지 않는다는 점에서 유리한 점도 있다고 할 수 있다.

23) 노영보, **도산법 강의**, 218면 참조, 근거에 대해서는 별다른 언급이 없다.

24) 파산선고 후의 채무불이행으로 인한 손해배상액에 해당한다는 취지이다. 우선적 파산채권과 일반 파산채권의 후순위로 배당되므로 불리하다.

25) 실무연구회, **법인파산실무 제4판**, 2014, 161면; 전병서, **도산법**, 123면; 박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향”, 449면; 임중현, “석사학위논문”, 10면. 구 회사정리법에 관한 견해로는 공평을 고려해 후순위 정리채권을 정리채권으로 취급하는 것이라는 임채홍, 백창훈, **회사정리법(상)**, 511면(이연갑 집필부분) 참조.

채무자가 받은 반대급부가 현존하지 아니하는 때 상대방이 갖는 가액 반환청구권²⁶⁾은 본래 도산채권이나, 상대방이 자신의 원상회복의무는 전부 이행해야 하는 반면 채무자에 대한 원상회복청구권은 도산절차의 제약 하에서 행사해야만 한다고 하는 것은 불공평하므로, 공평의 원칙에 근거해 채무자가 부당이득을 취하는 것을 방지하고 상대방에게 완전한 원상회복을 보장해 주려는 취지에서 관리채권으로 격상된 것이라고 한다.²⁷⁾

나. 판례

판례도 ‘관리인이 이행을 선택한 경우 상대방이 가진 청구권을 공익채권으로 규정한 것은 관리인이 상대방의 이행을 청구하려고 하는 경우에는 채무자의 계약상 채무도 이를 이행하도록 함으로써 양 당사자 사이에 형평을 유지하도록 하자는 데 그 뜻이 있다.’라고 하여²⁸⁾ 형평설의 입장이라고 볼 수 있다. 따라서 ‘쌍방의 채무는 쌍무계약상 상호 대등한 대가 관계에 있는 채무를 의미하고, 계약상의 채무와 관련이 있다 하여도 막연한 협력의무에 불과한 것은 이에 해당하지 않는다.’라고 본다.²⁹⁾

쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정에 대하여, ‘관리인에게 쌍방미이행 쌍무계약을 해제하거나 상대방의 채무의 이행을 청구하는 선택권을 인정함으로써 도산재단의 이익을 지키고 동시에 관리인이 한 선택에 대응한 상대방을 보호하기 위한 취지’라거나,³⁰⁾ ‘관리인이 계약의 해제를 선택한

26) 채무자가 받은 급부목적물이 특정물로서 원물대로 존재한다면 상대방은 환취권을 행사하여 원물반환을 청구할 수 있으나, 급부목적물이 채무자에게 현존하지 않는다면 해제 당시 가액 상당액의 지급을 청구할 수 있다. 임채홍, 백창훈, 회사정리법(상), 359면(임종현 집필부분), 실무연구회, 법인파산실무 제4판, 2014, 161-162면, 전대규, 채무자 회생법, 158-159면 참조.

27) 노영보, 도산법 강의, 218면; 임채홍, 백창훈, 회사정리법(하), 95면(강선명 집필부분); 전병서, 도산법, 226면; 박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향”, 448-449면; 최승록, “파산채권과 재단채권”, 343면.

28) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다16305 판결

29) 대법원 1994. 1. 11. 선고 92다56865 판결

30) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001다24174, 24181 판결

경우 이에 따른 원상회복의무도 이행하도록 함으로써 양 당사자 사이의 형평을 유지하기 위한 취지'라고 하여,³¹⁾ 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제 또는 해지한 경우에도 형평설의 입장을 취하고 있다.

제 2 절 구체적 사례

1. 서설

이하에서는 구체적인 사례를 보기로 한다. 대법원 판례가 있어 관련된 논의가 활발히 이루어진 사례를 검토하되, 계약상 채권의 사례와 비계약상 채권의 사례로 나누어 검토한다. 현행 채무자 회생법에 따른 회생절차, 개인회생절차, 파산절차와 더불어 구 회사정리법상의 회사정리절차 등 모든 도산절차를 망라하여 다룬다. 다수의 당사자 간 다수의 소송물이 문제가 된 사건이라 하더라도, 본고의 논점과 관련된 부분에 한정하여 판례를 소개한다.

계약상 채권은 대차형 계약의 사례, 교환형 계약의 사례, 보증관계에 따른 구상권의 사례, 예약 완결권이 문제된 사례로 유형화하여 본다. 일반적으로 대차형 계약은 채권자의 해당 급부 선이행 후의 회수가 전제되어 있고, 교환형 계약은 각 당사자의 급부가 서로 대가적 성격을 갖는다는 점에서 구별된다. 보증관계는 보증인이 주채무자에 대하여 보증위탁계약을 이행한 후에, 주채무자가 채권자에 대하여 채무를 이행하지 않는 경우 또다시 보증인이 채권자에 대하여 보증채무를 이행하게 되고, 다시 주채무자에게 구상권을 행사하게 되어, 보증인의 이행이 여러 단계에 걸쳐 존재하는 것으로 볼 여지가 있다는 점에서 다르다. 예약 완결권은 민법상 분류에 따르면 형성권에 해당되므로 청구권의 경우와는 다르다는 점에서 일단 따로 볼 필요가 있다.

비계약상 채권은 그 발생의 근거가 되는 법령의 성격에 따라 유사한

31) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2015다6517, 6524, 6531 판결

성격의 채권이 한 데 묶이도록 분류한다. 법정채권관계 유형은 법률의 규정에 의하여 당사자들의 의사적 기초 없이, 당사자들의 행위 등을 요건으로 하여 성립한다는 점에서 함께 볼 수 있다. 행정처분이 전제된 유형은 공법관계에서 행정청의 처분이 필요하고, 일정한 규제목적 달성을 위한 것이며, 채권자가 국가라는 점에서 별도로 묶어서 볼 수 있다. 어느 유형에도 속하지 않는 유형은 기타 유형으로 분류하여, 근거가 되는 법령 등의 성격을 검토한다.

2. 계약상 채권의 사례

가. 대차형 계약의 사례³²⁾

1) 채권자의 채무자에 대한 골프클럽 회원권 입회금 중 극히 미미한 액수가 미납되어 있다가, 채무자에 대한 정리절차 개시 후 그 미납금이 납부된 경우, 채권자의 회원권에 기한 입회금반환채권의 법적 성질(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다16305 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

원고들은 모두 피고 주식회사 부영덕유산리조트(이하 ‘피고’라 한다)가 운영하는 골프장인 무주리조트 골프클럽(이하 ‘이 사건 클럽’이라 한다)의 정회원이었던 사람들이다. 이 사건 클럽 회칙 제12조는 “입회금은 회원자격 보증금으로 회사가 예치를 받아 입회부터 5년간 무이자로 거치하며, 퇴회, 제명, 사망(승계가 없는 경우), 법인 해산의 경우에는 원금만 반환한다.”라고 규정하고 있다.

원고들(회원권 양도인을 포함한다)은 모두 1997. 10. 2.경 전후로 회원보증금 중 124,999,000원을 피고에 납부하였고, 나머지 1,000원은 각 1998. 1. 8.경부터 2002. 8. 7.경 사이에 피고에 납부하였다. 원고들의 회원증은 각 1997. 11. 25.경부터 1998. 1. 20.경 사이에 발급되었다. 한편

32) 이들 사례는 전형적인 대차형 계약의 사례는 아니나, 입회보증금이 전부 선이행된 뒤, 회원계약이 해지되는 등의 경우 돌려받는 구조라는 점에서 대차형 계약에 속한다고 볼 수 있다.

피고는, 1998. 9. 10. 회사정리절차개시결정을 받았고, 이어 1999. 8. 12. 정리계획 인가결정을, 2002. 5. 31. 정리계획 변경계획 인가결정을 각 받았다.

원고들은 피고에 대하여 입회금 125,000,000원의 반환을 구하는 소를 제기하였다. 제1심은 원고들의 청구를 모두 인용하였다. 피고가 항소하자 원심은 피고의 항소를 일부 인용하여 제1심 판결의 일부를 취소하였다. 원고들은 입회금반환채권이 공익채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 원고들의 상고를 모두 기각하였다.

나) 대법원의 판단

‘쌍방미이행 쌍무계약의 경우에 관리인에게 계약의 이행 또는 해제에 관한 선택권을 부여한 구 회사정리법 제103조 제1항이 정한 쌍무계약이라 함은 쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서, 본래적으로 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것을 가리키고, 위 규정이 적용되려면 서로 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무의 전부 또는 일부가 이행되지 아니하여야 한다. 구 회사정리법 제208조 제7호가 같은 법 제103조 제1항에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 경우 상대방이 가진 청구권을 공익채권으로 규정한 것은 관리인이 상대방의 이행을 청구하려고 하는 경우에는 회사의 계약상 채무도 이를 이행하도록 함으로써 양 당사자 사이에 형평을 유지하도록 하자는 데 그 뜻이 있다.

피고가 입회 신청에 대한 심사절차 완료 후 입회를 승인하여 회원증을 발급하고 회원번호를 부여하는 사람이 이 사건 클럽의 회원이 된다 할 것이므로, 적어도 위와 같은 입회금 124,999,000원의 납부일 또는 원고들의 이 사건 클럽 회원권에 관하여 최초로 회원 명부에 회원 등재가 이루어지고 회원증이 발급된 일자 중 늦은 일자를 이 사건 클럽 회칙 제 12조에 따라 퇴회 및 입회금 반환의 기준이 되는 입회일로 보아야 할 것이고, 설령 입회일을 입회금 완납일로 보더라도, 피고가 대부분의 입회금이 일시불로 납부되고 1,000원이라는 극히 미미한 액수만 미납인 상태에서 회원증을 발급하고 회원번호까지 부여하였다면 회원권계약 당사자 쌍

방은 그 무렵 회원권의 권리 개시를 승인(인식)하였다고 보아야 할 것인데, 원고들의 이 사건 클럽 회원권에 관하여는 피고에 대한 정리절차개시 전에 당시 회원권자들 명의로 각 회원증이 발급되었으므로, 이 사건 클럽 회원권에 관한 각 회원권계약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당한다고 보기 어렵고, 결국 원고들의 이 사건 클럽 회원권에 기한 입회금반환채권은 피고에 대한 정리절차개시 전의 원인에 기한 것으로 모두 정리채권에 해당한다.’

2) 리조트 운영회사인 채무자에 대한 회원보증금 중 극히 미미한 액수가 미납되어 있다가, 그 미납 회원보증금이 채무자에 대한 정리절차 개시 후 납부된 경우, 채권자의 회원권에 기한 회원보증금반환채권의 법적 성질(대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다204140,204157 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

원고 주식회사 무주덕유산리조트(이하 ‘원고’라 한다)는 골프장, 콘도, 호텔, 스키장 등으로 구성된 덕유산리조트(이하 ‘무주리조트’라고 한다)를 운영하는 회사로서, 1998. 9. 10. 회사정리절차가 개시되었다. 원고의 모 회사였던 피고 주식회사 티씨앤코(이하 ‘피고’라 한다)는 원고에 대한 회사정리절차에서 1998. 10. 23. 135,828,295,992원을 정리채권으로 신고하였으나, 원고에 대한 무주리조트 회원권에 관하여는 신고를 하지 아니하였다.

이 사건 회원권의 각 회원보증금은 3,200,000원 내지 125,000,000원으로서 원고의 회사정리절차개시 전에 회원보증금 1,000원만 각 미납된 상태였는데, 피고는 원고의 회사정리절차개시 후인 2002. 9.경 원고에게 미납 회원보증금 1,000원을 각 지급하고 회원권 취득에 필요한 취득세 등을 납부하였고, 원고의 관리인은 위와 같은 회원보증금 1,000원을 미납한 회원권을 공익채권에 해당한다고 판단하고 변경정리계획이나 각종 안내문 등에 위 회원권을 공익채권으로 분류하였다.

정리법원은 2002. 10. 15. 원고에 대한 회사정리절차 종결결정을 하였

고, 피고는 2011. 4. 27.경부터 2011. 8. 12.경까지 원고에게 이 사건 회원권의 회원보증금 반환을 청구하였으나, 원고는 이 사건 회원권이 회사정리절차에서 신고되지 않았다는 이유로 그 반환을 거절하였다.

원고는 피고에 대하여 이 사건 회원권의 회원보증금 반환채권이 부존재함을 확인하는 청구를 하였고, 제1심은 원고의 청구를 기각하였다. 쌍방이 항소하자 원심은 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다. 피고는 이 사건 회원권 계약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하며, 이 사건 회원권의 회원보증금 반환채권이 공익채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같이 이 사건 회원권의 회원보증금 반환채권은 정리채권에 해당한다고 판단하였으나, 다른 논점인 면책 및 정리계획의 해석 등에 관한 법리 오해를 이유로 들어 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송하였다.

나) 대법원의 판단

‘쌍방미이행 쌍무계약의 경우에 관리인에게 계약의 이행 또는 해제에 관한 선택권을 부여한 구 회사정리법 제103조 제1항이 정한 쌍무계약이라 함은 쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서, 본래적으로 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 견련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것을 가리키고, 위 규정이 적용되려면 서로 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무의 전부 또는 일부가 이행되지 아니하여야 한다. 구 회사정리법 제208조 제7호가 같은 법 제103조 제1항에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 경우 상대방이 가진 청구권을 공익채권으로 규정한 것은 관리인이 상대방의 이행을 청구하려고 하는 경우에는 회사의 계약상 채무도 이를 이행하도록 함으로써 양 당사자 사이에 형평을 유지하도록 하자는 데 그 뜻이 있다.

이 사건 회원권에 관해 미납된 각 회원보증금 1,000원은 위 각 회원권의 회원보증금 3,200,000원 내지 125,000,000원의 극히 일부분으로서 상대방의 채무 이행을 담보하는 기능을 갖고 있다고 볼 수 없고, 회원보증금 1,000원 지급의무와 회원으로서 권리를 누리게 할 원고의 의무가 서로 대등한 대가관계에 있는 채무라고 보기도 어려우므로, 위 각 회원권에

관한 회원권계약이 구 회사정리법 제103조 제1항이 정한 쌍방미이행 쌍무계약에 해당한다고 보기 어렵다. 이 사건 회원권에 기한 회원보증금 반환청구권은 원고에 대한 정리절차개시 전의 원인에 기한 것으로서 정리채권에 해당할 뿐이다.’

다) 학설 - 정리채권설

이 사건에 대하여 한 문헌은 ‘관리인의 선택권을 둔 취지에 비추어 쌍방미이행 쌍무계약의 법리를 제한적으로 해석할 필요가 있다.’라고 하며, 기본적으로 판례를 지지하고 있다.³³⁾

다른 학설은 ‘관리인이 소액의 미납된 회원보증금을 지급받고자 장래에 회원보증금 전액을 정리절차에 의하지 아니하고 지급할 의무를 부담하는 선택을 한 경우, 이는 관리인으로서의 충실의무에 위반한 일종의 배임행위임이 명백하다. 그렇다면 보다 일반적으로, 이처럼 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 관리인의 이행 선택이 배임행위를 구성하는 경우에는, 상대방이 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었다면 그 선택의 효력을 사후적으로 부정할 수 있어야 할 것이다.’라고 하여 아예 관리인의 선택의 효력을 부정하는 방향으로 정리채권설을 따른다.³⁴⁾

나. 교환형 계약의 사례

1) 주된 급부가 문제된 사례

가) 도급인에 대하여 회사정리절차개시결정이 내려지고, 관리인이 계약의 이행을 선택한 경우, 개시결정 이전에 완성한 공사부분에 대한 수급인의 대금채권의 법적 성질(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다 65691 판결)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

주식회사 한성(이하 관리인을 통틀어 ‘피고’라 한다)은 임대아파트 등의 건축사업을 시행하여 오던 중 1997. 10. 22. 원고 제일정보건설 주식회사(이하 ‘원고’라 한다)와 사이에 위 사업 중 통신공사 부분을, 공사대

33) 김희중, “2014년 하반기 도산법 판례”, 101면.

34) 김성용, “2014년 도산법 판례”, 277면.

금 291,869,000원, 공사기간 1997. 10. 22.~1999. 2. 28.로 하고, 기성금을 매월 1회 지급하기로 하여 원고에게 지급하기로 하였다.

피고는 1998. 2. 10. 부도를 발생시켰는데, 원고는 그 때까지 대금 24,360,000원 상당의 공사를 시행한 상태였다. 결국 피고는 1998. 12. 16. 수원지방법원으로부터 회사정리절차개시결정을 받았다. 이후 피고는 원고에게 통신공사의 재개를 요청하고 1999. 3. 15. 원고와 사이에 위 도급계약의 공사기간을 2000. 2. 28.까지로 연장하는 내용의 변경계약을 체결하였으나, 2000. 4. 6. 위 임대아파트 건설사업을 더 이상 시행할 수 없게 되었다는 이유로 위 도급계약을 해지한다는 통지를 하였다.

원고는 피고에 대하여 위 도급계약에 따른 기성 공사대금 24,360,000원의 지급을 청구하였다. 제1심은 이 사건 소를 각하하였다. 원고가 항소하자 원심은 원고의 청구를 인용하였고, 피고는 기성 공사대금이 정리채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 피고의 상고를 기각하였다.

(2) 대법원의 판단

‘일반적으로 도급계약에 있어서 수급인이 완성하여야 하는 일은 불가분이므로 그 대금채권이 회사정리절차개시 전의 원인으로 발생한 것과 그러하지 아니한 것으로 분리될 수 없는 것이 원칙이고, 이 사건의 경우에도 공사대금의 지급방법에 관하여 매월 1회씩 그 기성고에 따라 지급하기로 한 것일 뿐이어서 중간공정마다 기성고를 확정하고 그에 대한 공사대금을 지급하기로 한 것과는 다를 뿐 아니라, 피고가 단순히 원고에 대하여 위 도급계약에 따른 채무이행의 청구를 한 것을 넘어서서 1999. 3. 15. 원고와 사이에 당초의 도급계약의 내용을 변경하기로 하는 새로운 계약을 체결하기까지 한 이상, 정리개시결정 이전에 완성된 공사 부분에 관한 대금채권이라는 이유로 이 부분이 공익채권이 아니라 정리채권에 불과한 것으로 취급될 수 없다.’

(3) 학설 및 판례해설

(가) 공익채권설

공익채권설은 ‘관리인이 계약 중 일부만의 이행을 선택하는 것은 허용

되지 아니하므로 관리인이 이행을 선택하였다는 것은 계약에 기한 모든 권리의무관계의 이행을 선택하였다는 것이므로 당해 도급계약에 기한 수급인의 보수청구권, 즉 장래의 공사대금뿐 아니라 기성고에 대한 보수청구권 전체가 공익채권이 된다고 보아야 한다. 실무상으로도 이를 공익채권으로 보지 않는다면 수급인의 비협조로 인하여 계약의 이행을 선택한 관리인의 의사는 실현되지 않을 것이다.’라며 판례를 지지한다.³⁵⁾ 판례해설의 입장이기도 하다.³⁶⁾

(나) 정리채권설

이에 대하여 정리채권설은 ‘공익채권설에 따르면 도급인에 대한 회사정리절차개시라는 사정에 의해 수급인의 공사대금채권이 전혀 달리 취급되는 결과가 되는데, 이는 공평하지 않다. 또한 현행 채무자 회생법의 경우, 제122조가 계속적 공급의무를 부담하는 쌍무계약의 상대방은 회생절차개시신청 전의 공급으로 발생한 회생채권을 변제하지 않는다는 이유로 회생절차개시신청 후 그 의무의 이행을 거부할 수 없다고 규정하고 있는데, 이와는 균형도 문제된다. 도급인에 대한 회사정리절차개시결정 이전에 수급인의 공사이행이 완료된 경우나, 아직 진행되고 있는 경우나 완성된 일은 결국 전체 채권자의 변제 재원이 되며, 영세한 하수급인들을 보호해야 할 필요가 있다는 점은 마찬가지이다. 그러므로 기발생 공사대금채권에 대한 가치평가가 가능한 이상 이는 정리채권으로 취급함이 타당하다.’³⁷⁾ 과거 서울중앙지방법원의 회사정리실무가 이와 같았고, 실제로 공익채권설에 따르면 자금운용에 지장을 초래할 수 있는 바, 이러한 경우 관리인이 수급인과 개별적으로 접촉하여 공사대금청구권의 감면 내지 유예에 관한 합의를 도출한 후 자금수지에 이를 반영한 회사정리계획안을 입안하는 경우도 있다.’³⁸⁾ 판례를 비판한다.

35) 서경환, “회사정리절차가 계약관계에 미치는 영향”, 재판자료집 제86집, 2000, 663-664면; 임치용, “건설회사에 대하여 회생절차가 개시된 경우의 법률관계”, 70면; 임치용, “회사정리절차와 쌍무계약”, 327면.

36) 최종길, “대법원판례해설”, 200-201면.

37) 김영주, “박사학위논문”, 234면.

38) 실무연구회, 회생사건실무(상), 467-477면.

나) 도급인의 관리인이 도급계약을 쌍방미이행 쌍무계약으로 해제한 경우 일의 완성된 부분에 대하여 수급인이 갖는 보수청구권의 법적 성질(대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

원고 주식회사 이우티이씨(이하 ‘원고’라 한다)는 2011. 9. 20. 경남기업 주식회사(이하 관리인을 통틀어 ‘피고’라 한다)와 사이에 한국주택공사가 발주한 경남 진주 혁신도시 개발사업 조성공사 용역에 관하여 계약금액 339,041,110원, 공사기간 2011. 9. 20.부터 2012. 12. 31.까지로 한 하도급계약을 체결하였다. 이후 변경계약 결과 2015. 3. 23. 계약금액을 355,448,000원, 공사기간을 2011. 9. 20.부터 2015. 5. 31.까지로 변경하기로 하는 내용의 하도급계약 정산(준공)합의서가 작성되었다.

이후 피고에 대하여 2015. 4. 7. 회생절차개시결정이 내려졌는데, 원고는 이 사건 공사를 10단계 중 5단계까지 이행하였고, 피고는 원고에게 기성부분에 대한 하도급대금 중 117,890,000원만을 지급한 상태였다. 피고는 2015. 6. 5. 원고에게 “이 사건 공사는 계약이행이 완료되어 쌍방미이행 쌍무계약에 해당되지 않는 것으로 판단되나, 원고가 이 사건 하도급계약을 쌍방미이행 쌍무계약으로 주장한다면 본 서면으로 이 사건 하도급계약을 해지 통보한다.”라는 내용증명을 보냈다.

원고는 피고에 대하여 이 사건 공사의 기성금채권 중 미납부분인 201,876,654원의 지급을 청구하였다. 제1심은 회생채권을 회생절차에 의하지 아니하고 행사하는 것은 부적법하다며 이 사건 소를 각하하였다. 원고가 항소했으나 원심은 항소를 기각하였다. 원고는 이 사건 하도급계약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하며, 피고의 해제권 행사로 인해 이 사건 공사의 기성금채권은 쌍방미이행 쌍무계약 해제 시의 가액상환채권의 성질을 띠게 되어 공익채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 원고의 상고를 기각하였다.

(2) 대법원의 판단

‘도급인이 파산선고를 받은 경우에는 민법 제674조 제1항에 의하여 수

급인 또는 파산관재인이 계약을 해제할 수 있고, 이 경우 수급인은 일의 완성된 부분에 대한 보수와 보수에 포함되지 아니한 비용에 대하여 파산재단의 배당에 가입할 수 있다. 위와 같은 도급계약의 해제는 해석상 장래에 향하여 도급의 효력을 소멸시키는 것을 의미하고 원상회복은 허용되지 아니하므로, 당사자 쌍방이 이행을 완료하지 아니한 쌍무계약의 해제 또는 이행에 관한 채무자 회생법 제337조가 적용될 여지가 없다. 한편 회생절차의 목적을 달성하기 위하여 절차개시 전부터 채무자의 법률관계를 합리적으로 조정·처리하여야 한다는 점에서는 파산절차와 공통되고, 미이행계약의 해제와 이행에 관한 규정인 채무자 회생법 제121조와 제337조의 규율 내용도 동일하므로, 파산절차에 관한 특칙인 민법 제674조 제1항은 공사도급계약의 도급인에 대하여 회생절차가 개시된 경우에도 유추적용할 수 있다.

도급인의 관리인이 도급계약을 미이행쌍무계약으로 해제한 경우 그때까지 일의 완성된 부분은 도급인에게 귀속되고, 수급인은 채무자 회생법 제121조 제2항에 따른 급부의 반환 또는 그 가액의 상환을 구할 수 없고 일의 완성된 부분에 대한 보수청구만 할 수 있다. 이때 수급인이 갖는 보수청구권은 특별한 사정이 없는 한 기성비율 등에 따른 도급계약상의 보수에 관한 것으로서 그 주요한 발생원인이 회생절차개시 전에 이미 갖추어져 있다고 봄이 타당하므로, 이는 채무자회생법 제118조 제1호의 회생채권에 해당한다.’

2) 하자보수가 문제된 사례 - 건축공사 도급계약의 수급인이 회생절차개시 전에 이미 이행을 완료하였는데, 수급인에 대한 회생절차개시 후에 완성된 목적물의 하자로 인한 손해가 현실적으로 발생한 경우, 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 법적 성질(대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

원고 현대건설 주식회사(이하 ‘원고’라 한다)와 피고 동아건설 주식회사(이하 ‘피고’라 한다)는 1997. 11. 7.과 1998. 11. 16. 2차례에 걸쳐, 피고

는 소외 대한주택보증 주식회사(변경 전 상호 대한주택사업공제조합, 이하 ‘대한주택보증’이라 한다)로부터 피고가 시공한 아파트에 관하여 각종 보증을 받기로 하고, 원고는 대한주택보증의 요구에 따라 대한주택보증이 피고에 대한 위 각 보증채무를 이행할 경우 발생하는 피고의 대한주택보증에 대한 구상채무를 연대보증하기로 하는 내용의 한도거래용 보증채무약정(이하 ‘이 사건 보증채무약정’이라 한다)을 체결하였다.

대한주택보증은 이 사건 보증채무약정에 따라 피고가 준공을 마친 각 아파트의 입주자대표회의에 하자보수보증서를 발급하였고(이하 “이 사건 하자보수보증서”라 한다), 하자가 발생한 아파트 입주자대표회의에 이 사건 하자보수보증서에 따른 하자보수보증금을 대위변제하여 왔는데, 피고가 2001. 5. 11. 서울지방법원으로부터 파산선고를 받은 이후 발생한 하자에 대하여도 하자보수보증금을 대위변제하였다. 원고는 이에 대해 2007. 11. 6.부터 현재까지 대한주택보증에 합계 3,814,797,116원을 대위변제하였다.

원고는 피고에 대하여 피고의 파산선고 이후 발생한 하자에 대한 하자보수보증금을 대한주택보증에 대위변제한 부분에 대한 구상금 3,814,797,116원의 지급을 청구하였다. 이는 입주자대표회의의 피고에 대한 원래의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 법적 성질이 어떠한지를 전제로 하는 문제이다. 제1심은 원고의 청구를 기각하였다. 원고가 항소하였으나 원심은 원고의 항소를 기각하였다. 원고는 원래의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 공익채권이나 개시 후 기타채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 원고의 상고를 기각하였다.

나) 대법원의 판단

‘건축공사의 도급계약에 있어서는 이미 그 공사가 완성되었다면 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 이제 더 이상 공사도급계약을 해제할 수는 없다고 할 것이고, 회생절차개시 전에 이미 건물을 완공하여 인도하는 등으로 건축공사 도급계약을 해제할 수 없게 되었다면 수급인은 회생절차개시 전에 도급계약에 관하여 그 이행을 완료한 것으로 보아야 하

는바, 이러한 경우 수급인에 대한 회생절차개시 후에 완성된 목적물의 하자로 인한 손해가 현실적으로 발생하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권의 주요한 발생원인은 회생절차개시 전에 갖추어져 있다고 봄이 타당하므로, 위와 같은 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 회생채권에 해당한다고 보아야 한다.’

다) 학설, 판례해설 및 하급심 판례

(1) 회생채권설

판례해설은 다음과 같이 설명하고, 일부 하급심 판례가 이를 지지한다. ‘회생절차개시 당시 하자가 현실적으로 발생하지 아니하였더라도, 수급인이 회생절차개시 전 체결된 도급계약에 따라 건축물을 완공 또는 인도하였다면, 건축물에 발생한 하자 역시 회생절차개시 전에 있었던 공사에 의한 것으로서 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 것이므로, 도급인의 하자보수청구권은 회생채권이다. 이는 불법행위가 회생절차개시 전에 있었던 이상 그 손해의 내용이 회생절차개시 후 구체적으로 확정되더라도 회생채권으로 보는 것과 마찬가지로의 논리이다.’³⁹⁾ 일부 학설은 도급인이 공사대금을 지급한 후 하자가 현실화된 경우라면 도급인의 하자보수청구권은 원칙적으로 회생채권이 된다고 보기도 한다.⁴⁰⁾

(2) 공익채권설

이에 대하여 하자가 현실화된 시점이 회생절차개시 이후라면 그때부터 하자보수청구권이 발생한다고 해석하는 일부 하급심 판례가 있다. 공익채권으로 취급하는 근거는 제179조 제1항 제2호 내지 제5호가 되며, 하자가 현실적으로 발생하지 않은 상태에서 도급인 등이 장래의 하자를 예상해 채권신고를 하는 것을 기대할 수 없음에도, 채권신고가 없었다는 이유로 손해배상청구권이 실권된다고 해석하는 것은 부당하다는 취지이다.⁴¹⁾

39) 김희중, “대법원판례해설”, 394면; 서울고등법원 2012. 12. 13. 선고 2012나 3786 판결(확정).

40) 오민석, “건설회사의 회생절차”, 87면 참조, 결론에 대한 별다른 논증은 보이지 않는다.

41) 서울고등법원 2013. 7. 26. 선고 2012나98838 판결(대법원 2015. 6. 24. 선고

일부 학설도 같은 입장을 취하면서 실무상 관리인은 하자가 발생할 것을 예상하여 장래의 하자보수청구권을 미리 채권자 목록에 기재하지 않고 있고, 도급인도 아직 현실화되지 않은 장래의 하자보수청구권을 회생채권으로 신고하지 않고 있으며, 현실적으로도 회생회사가 재건하기 위한 신용을 유지하기 위해 하자보수에 응하고 있는 점을 근거로 든다.⁴²⁾

(3) 개시 후 기타채권설

마지막으로 개시 후 기타채권설을 취하는 일부 하급심 판례가 있다. 이들은 대체로 다음과 같이 본다.

‘도급계약의 체결만으로 당연히 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 발생하는 것은 아니다. 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 하자의 발생 및 손해를 요건으로 하는 것이다. 이를 회생채권으로 본다면 도급인에게 이미 발생하지도 않았고 발생할 것인지 여부를 예측·평가할 수도 없는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 회생채권으로 신고할 의무를 부담하도록 하고, 신고하지 않을 경우 그 권리를 상실하게 되는 부당한 결과에 이르게 된다.

공익채권은 회생절차에 의하지 않고 수시로 변제받을 수 있고 회생채권과 회생담보권에 우선하여 변제받을 수 있다. 이와 같은 사정을 고려하면 공익채권에 해당한다고 볼 수도 없다.

따라서 회생절차개시 이후의 원인에 기하여 발생한 재산상의 청구권으로서 공익채권, 회생채권 또는 회생담보권이 아닌 청구권(개시 후 기타채권)에 해당한다.’⁴³⁾

3) 불완전이행에 의한 확대손해가 문제된 사례 - 수급인이 회생절차개시 전에 건물을 완공하였는데, 수급인에 대한 회생절차개시 후 수급인의 불완전이행으로 인하여 도급인의 신체 또는 재산에 확대손

2013다210824 판결로 일부 파기환송).

42) 임치용, “건설회사에 대하여 회생절차가 개시된 경우의 법률관계”, 76면.

43) 서울중앙지방법원 2014. 10. 2. 선고 2013가합553335 판결(회생채권설을 따른 서울고등법원 2016. 8. 25. 선고 2014나2039792 판결로 일부 변경)

해가 발생한 경우, 도급인의 손해배상청구권의 법적 성질(대법원 2015. 6. 24. 선고 2014다220484 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

피고 에스지신성건설 주식회사(변경 전 상호 주식회사 신성, 이하 '피고'라 한다)는 2001. 3. 5. 대한주택공사(원고 한국토지주택공사는 대한주택공사의 권리·의무를 승계, 이하 '원고'라 한다)와 이 사건 아파트 공사도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라 한다)을 체결하였고, 이후 이 사건 아파트의 건축공사를 마쳐 원고는 이 사건 아파트를 분양하였다.

이 사건 아파트에 부실시공 등으로 인한 하자가 발생함에 따라, 이 사건 아파트 입주자대표회의는 2009. 9. 10. 원고를 상대로 하자보수에 갈음하는 손해배상을 구하는 소(이하 '이 사건 선행소송'이라 한다)를 제기하였고, 항소심에서 법원이 화해권고결정을 하였는데 당사자들이 이의를 제기하지 아니하여 위 화해권고결정은 2011. 11. 29. 확정되었다.

원고는 2011. 11. 30. 위 화해권고결정에 따라 이 사건 아파트 입주자대표회의에 하자보수에 갈음하는 손해배상금 등을 지급하였고, 이 사건 선행소송에서 송달료·인지대, 변호사 비용 등을 지출하였으며, 2012. 3. 30. 소송비용액확정결정에 따라 이 사건 아파트 입주자대표회의에 소송비용을 지급하였다.

한편 피고는 2008. 12. 12. 회생절차개시결정을 받았고, 2009. 12. 22. 회생계획인가결정을 받았다. 원고는 피고에 대하여 이 사건 선행소송 소송비용 지출 등의 확대손해배상청구를 하였다. 제1심은 원고의 청구를 인용하였다. 피고가 항소하였으나 원심은 피고의 항소를 기각하였다. 피고가 위 확대손해배상청구권이 회생채권에 해당되어 면책의 대상이 되었다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 피고의 상고를 받아들여 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송하였다.

나) 대법원의 판단

'회생채권은 의사표시 등 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기해 생긴 재산상의 청구권을 말하는 것으로서, 채권 발생의 원인이

회생절차개시 전의 원인에 기한 것인 한 그 내용이 구체적으로 확정되지 아니하였거나 변제기가 회생절차개시 후에 도래하더라도 상관없고, 청구권의 주요한 발생원인이 회생절차개시 전에 갖추어져 있으면 족하다.

수급인에 대한 회생절차개시 후에 완성된 목적물의 하자로 인한 손해가 현실적으로 발생하였더라도, 위와 같은 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 회생채권에 해당한다. 나아가 위 하자담보책임을 넘어서 수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인의 신체 또는 재산에 확대손해가 발생하여 수급인이 도급인에게 그 손해를 배상할 의무가 있다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 도급인의 위와 같은 채무불이행으로 인한 손해배상청구권 역시 회생절차개시 전에 주요한 발생원인을 갖춘 것으로서 회생채권에 해당한다.’

다) 판례해설

이에 대한 판례해설은 ‘채무자에 대한 회생절차개시 전에 수급인인 채무자가 도급계약에 관하여 그 이행을 완료하였다면, 그 채무불이행의 원인 행위는 회생절차개시 전에 종료된 것이므로, 회생절차개시 후 손해의 내용이 구체적으로 확정되었다고 하더라도, 도급인의 불완전이행을 원인으로 한 확대손해배상청구권은 ‘회생절차개시 전의 원인으로 생긴 청구권’이 되어 회생채권으로 보아야 한다.’라고 판례를 설명한다.⁴⁴⁾

다. 보증관계에 따른 구상권의 사례

1) 연대보증계약이 체결되고, 회생절차개시 후 채무자의 연대보증인이 주채권자인 회생채권자에게 변제 등으로 연대보증채무를 이행함으로써 구상권을 취득한 경우, 연대보증계약 등에 근거한 구상권의 법적 성질(대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

원고 현대건설 주식회사(이하 ‘원고’라 한다)와 피고 동아건설 주식회사(이하 ‘피고’라 한다)는 1997. 11. 7.과 1998. 11. 16. 2차례에 걸쳐 소의 대한주택보증 주식회사(변경 전 상호 대한주택사업공제조합, 이하 ‘대한

44) 김희중, “대법원판례해설”, 401면.

주택보증'이라 한다)와 사이에 대한주택보증으로부터 피고가 시공한 아파트에 관하여 각종 보증을 받기로 하고, 원고는 대한주택보증의 요구에 따라 대한주택보증이 피고에 대한 위 각 보증채무를 이행할 경우 발생하는 피고의 대한주택보증에 대한 구상채무를 연대보증하기로 하는 내용의 한도거래용 보증채무약정(이하 '이 사건 보증채무약정'이라 한다)을 체결하였다.

대한주택보증은 이 사건 보증채무약정에 따라 피고가 준공을 마친 각 아파트의 입주자대표회의에 하자보수보증서를 발급하였고(이하 "이 사건 하자보수보증서"라 한다), 하자가 발생한 아파트 입주자대표회의에 이 사건 하자보수보증서에 따른 하자보수보증금을 대위변제하여 왔는데, 피고가 2001. 5. 11. 서울지방법원으로부터 파산선고를 받은 이후 발생한 하자에 대하여도 하자보수보증금을 대위변제하였다. 원고는 이에 대해 2007. 11. 6.부터 현재까지 대한주택보증에 합계 3,814,797,116원을 대위변제하였다.

원고는 피고에 대하여 피고의 파산선고 이후 발생한 하자에 대한 하자보수보증금을 대한주택보증에 대위변제한 부분에 대한 구상금 3,814,797,116원의 지급을 청구하였다. 제1심은 원고의 청구를 기각하였다. 원고가 항소하였으나 원심은 원고의 항소를 기각하였다. 원고는 위 구상금채권이 공익채권이나 개시 후 기타채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 원고의 상고를 기각하였다[나2)항과 같은 사건].

나) 대법원의 판단

'회생채권은 의사표시 등 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기해 생긴 재산상의 청구권을 말하는 것으로서, 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기한 것인 한 그 내용이 구체적으로 확정되지 아니하였거나 변제기가 회생절차개시 후에 도래하더라도 상관없고, 청구권의 주요한 발생원인이 회생절차개시 전에 갖추어져 있으면 족하다.

회생채권에는 채무자 회생법 제138조 제2항이 규정하는 장래의 청구권도 포함되는데, 채무자의 연대보증인이 회생절차개시 후에 주채권자인

회생채권자에게 변제 등으로 연대보증채무를 이행함으로써 구상권을 취득한 경우, 그 연대보증계약이 채무자에 대한 회생절차개시 전에 체결되었다면 구상권 발생의 주요한 원인인 연대보증관계는 회생절차개시 전에 갖추어져 있는 것이므로, 위와 같은 연대보증계약 등에 근거한 구상권은 장래의 청구권으로서 회생채권에 해당한다고 봄이 타당하다.’

2) 회생절차개시 전 보증시공위탁계약 체결 및 1차 보증보험계약이 체결되었고, 회생절차개시 이후 별개로 2차 보증보험계약이 체결되었는데, 보험자가 2차 보증보험계약에 따른 보험금을 지급함으로써 채무자에 대하여 갖는 구상금채권의 법적 성질(대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다207352 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

주식회사 서광건설산업(이하 ‘서광건설’이라 한다)은 2006. 1. 19. 조달청과 사이에, “고령-성주(1공구) 국도건설 공사를 도급받기로 하는 공사도급계약을 체결하였다. 건설공제조합은 서광건설과 이 사건 공사의 이행보증계약을 체결하였다. 서광건설은 2010. 8. 17. 이 사건 공사를 포기하였고, 이에 건설공제조합은 이행보증계약에 따라 발주처에 이행보증금을 지급하는 대신 다른 건설회사에 위탁하여 이 사건 공사에 관한 도급계약을 이행하는 것으로 결정하였다.

건설공제조합은 피고 풍림산업 주식회사(이하 ‘피고’라 한다)를 이 사건 공사의 시공위탁사로 선정하여, 2010. 12. 24. 피고와 사이에 이 사건 공사 중 잔여 토목공사에 관하여 계약금액 27,126,005,342원, 계약기간 2010. 12. 24.부터 2013. 1. 10.까지로 하는 보증시공위탁계약을 체결하고, 2011. 1. 13. 이 사건 공사 중 잔여 전기공사에 관하여 계약금액 597,746,662원, 계약기간 2011. 1. 13.부터 2013. 1. 10.까지로 하는 보증시공위탁계약(이하, 위 2건의 계약을 통틀어 ‘이 사건 각 보증시공위탁계약’이라 한다)을 체결하였다.

피고는 이 사건 각 보증시공위탁계약에서 정한 계약보증금 지급을 갈음하기 위하여 2010. 12. 24. 원고 서울보증보험 주식회사(이하 ‘원고’라

한다)와 사이에, 이 사건 공사 중 토목공사에 관하여 보험기간을 2010. 12. 24.부터 2013. 4. 10.까지로 하고, 보험가입금액을 5,425,201,068원으로 하는 보증보험계약을, 2011. 1. 13. 이 사건 공사 중 전기공사에 관하여 보험기간을 2011. 1. 13.부터 2013. 4. 10.까지로 하고, 보험가입금액을 119,549,332원으로 하는 보증보험계약(이하, 위 2건의 보증보험계약을 통틀어 '1차 보증보험계약'이라 한다)을 각 체결하였다.

2012. 5. 10. 피고에 대하여 회생절차가 개시되어 피고 대표이사가 관리인으로 선임되었다. 피고의 관리인은 회생절차개시에도 불구하고 이 사건 공사를 계속하며 이 사건 각 보증시공위탁계약에 따른 채무를 이행하기로 결정하였다. 피고의 관리인은 2012. 6. 29.경 건설공제조합과 사이에 이 사건 공사 중 토목공사에 관하여 계약금액을 27,917,600,000원으로, 계약기간을 2014. 12. 31.까지로 변경하고, 이 사건 공사 중 전기공사에 관하여 계약금액을 617,000,000원으로, 계약기간을 2014. 12. 31.까지로 변경하기로 약정하였다.

피고의 관리인은 2012. 7. 30. 회생법원의 허가를 받아 2012. 9. 13. 원고와 사이에 이 사건 공사 중 토목공사에 관하여는 보험기간을 2010. 12. 24.부터 2015. 3. 31.까지, 보험가입금액을 5,583,520,000원으로, 이 사건 공사 중 전기공사에 관하여는 보험기간을 2011. 1. 13.부터 2015. 3. 31.까지, 보험가입금액을 123,400,000원으로 변경하는 내용의 보증보험계약(이하, 위 2건의 변경계약을 통틀어 '2차 보증보험계약'이라고 한다)을 체결하였다. 이후 피고에 대하여 2012. 9. 25. 회생계획의 인가결정이 내려졌고, 2013. 4. 4. 피고에 대한 회생절차가 종결되었다.

피고는 2013. 11. 29. 발주처에 공사 포기 각서를 제출하였다. 이에 건설공제조합은 이 사건 각 보증시공위탁계약을 해지한 후, 2013. 12. 6. 원고에게 보험사고의 발생을 통지하며 보험금 지급을 청구하였다. 원고는 보상심사를 거쳐 2014. 1. 27. 건설공제조합에 보험금 5,706,920,000원을 지급하였다.

원고는 피고에 대하여 2차 보증보험계약에 따른 구상금 5,706,920,000원의 지급을 청구하였다. 제1심은 원고의 청구를 인용하였다. 피고가 항

소하자 원심은 피고의 항소를 기각하였다. 피고는 원고의 구상금 채권이 회생채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 피고의 상고를 기각하였다.

나) 대법원의 판단

‘① 이 사건 각 보증시공위탁계약의 이행이 완료되지 않은 상태에서 피고에 대한 회생절차가 개시되자, 피고의 관리인이 보증시공위탁계약의 이행을 선택하면서 회생법원으로부터 신규 계약보증서 발급에 관한 허가를 받아 2차 보증보험계약을 체결한 점, ② 2차 보증보험계약은 비록 피고에 대한 회생절차개시 전에 체결된 1차 보증보험계약을 기초로 체결되었지만, 보험기간과 보험가입금액, 보험료 등 보증보험계약의 주요 내용이 변경되었고, 이로 인하여 원·피고의 채무가 모두 가중된 점, ③ 보험사고가 당초 1차 보증보험계약에서 정한 보험기간 이후에 발생하였고, 원고가 2차 보증보험계약에서 정한 보험금을 지급한 점을 종합하여 보면, 원고의 구상금채권은 청구권의 주요한 발생원인이 회생절차개시 전에 갖추어졌다고 보기 어렵고, 관리인이 피고의 업무 및 재산에 관하여 회생절차개시 후에 한 행위로 인하여 생긴 청구권으로 채무자 회생법 제 179조 제1항 제5호의 공익채권에 해당한다.’

라. 예약 완결권이 문제된 사례

1) 회사정리절차개시 당시 상대방에게 주식매도청구권이 존재한 경우, 상대방의 주식매도청구권의 행사를 조건으로 한 주식인도청구권의 법적 성질(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

원고 엘라이드 도백 (홀딩스) 피엘씨(이하 ‘원고’라 한다)가 지분 전부를 소유하고 있는 J. Lyons, Inc.와 주식회사 진로(이하 관리인을 통틀어 ‘피고’라 한다)는 1999. 9. 17. 주류의 제조·유통 및 판매 등을 목적으로 하는 합작회사를 설립하기로 하면서 합작투자계약을 체결하였다(이하 ‘이 사건 합작투자계약’이라 한다). 이 사건 합작투자계약은 피고 또는 피고의 채권자들이 진로의 해산, 청산, 회사정리, 파산 또는 화의를 신청

하는 경우, J. Lyons, Inc.는 피고에 대하여 피고 소유의 합작투자회사 주식 전부를 J. Lyons, Inc. 또는 J. Lyons, Inc.가 지명하는 자에게 공정 시장가격으로 매각할 것을 요구할 권리가 있다고 규정하였다.

피고와 J. Lyons, Inc.는 1999. 12. 14. 이 사건 합작투자계약에 따라 진로발렌타인스 주식회사(이하 ‘진로발렌타인스’라 한다)를 설립하였고, 피고는 진로발렌타인스 주식(이하 ‘이 사건 주식’이라 한다)을 소유하게 되었다. 원고는 2002. 12. 23. J. Lyons, Inc.와 사이에 J. Lyons, Inc.로부터 J. Lyons, Inc.가 소유한 진로발렌타인스의 주식 전부를 양수받고, 이 사건 합작투자계약에 따른 당사자의 지위를 인수하기로 하는 계약을 체결하였으며, 피고는 같은 날 위 계약 체결에 동의하였다.

한편, 피고는 자산이 계속적으로 감소하고 부채는 계속적으로 증가하여 결국 피고의 채권자인 세나 인베스트먼트 (아일랜드) 리미티드가 2003. 4. 3. 피고에 대하여 회사정리절차개시신청을 하였고, 2003. 5. 14. 피고에 대한 회사정리절차개시결정이 내려지게 되었다. 원고는 정리채권 신고기한 내인 2003. 6. 28. 27,450,000,000원(= 액면가 10,000원 × 이 사건 주식 2,745,000주)의 매매대금채권을 주식매도청구권의 행사를 조건으로 하는 정지조건부 정리채권으로 신고하였다.

원고는 피고에 대하여 주식인도청구권이라는 조건부 정리채권이 있음을 확정한다는 취지의 소를 제기하였다. 제1심은 원고의 청구를 인용하였다. 피고가 항소하자 원심은 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다. 원고는 주식인도청구권이 원고의 주식매도청구권의 행사를 조건으로 하는 정리채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 원고의 상고를 기각하였다.

나) 대법원의 판단

‘구 회사정리법 제102조의 정리채권이라 함은 의사표시 등 채권 발생의 원인이 정리절차개시 전의 원인에 기해 생긴 재산상의 청구권을 말하는 것이므로, 원래 채권 발생의 원인이 정리절차개시 전의 원인에 기한 것인 한 그 내용이 구체적으로 확정되지 아니하였거나 변제기가 정리절차개시 후에 도래하더라도 정리채권으로 될 수 있지만, 채권의 발생원인

이 쌍방미이행의 쌍무계약에 해당하는 경우에는 구 회사정리법 제103조 및 제104조의 규정이 적용되어 관리인이 이행 또는 해제를 선택하기 전에는 관리인에게 그 이행을 청구할 수 없고 나아가 관리인이 이행을 선택하면 공익채권으로 취급되어 정리채권의 신고 대상이 아니며 반대로 관리인이 해제를 선택하면 채권 자체가 소멸되어 역시 정리채권의 신고 대상이 되지 못하고 단지 그 해제권 행사로 인한 손해배상청구권을 정리채권으로 신고할 수 있을 뿐이므로, 어느 경우에도 위 채권은 정리채권이 될 수 없다. 그리고 이와 같은 법리는 정리절차개시 당시에 매매계약을 체결할 권리가 존재하였고 정리절차가 개시된 이후에 비로소 상대방의 권리행사에 의하여 매매계약이 성립되거나 장차 매매계약이 성립될 수 있어 아직 쌍방의 채무가 이행되지 아니한 경우에도 유추적용된다고 보아야 할 것이다.’

다) 학설 - 정리채권설

이에 대하여 한 문헌은 ‘만일 쌍방미이행 쌍무계약의 특칙의 적용을 긍정한다면, 상대방은 채무자에 대한 도산절차개시 이전부터 예약완결권을 행사할 수 있음에도 불구하고 자신의 채권을 공익채권으로 취급받기 위해 예약완결권을 행사하지 않고 있다가 도산절차개시 이후에 행사하려고 할 수 있다. 이는 예약완결권을 갖는 상대방이 자신의 권리 내용을 임의로 결정하는 결과를 초래할 수 있어 부당하다.’라며 비판하였다.⁴⁵⁾

2) 임대주택법상 공공건설 임대주택을 임대한 채무자의 파산선고 뒤 임차인들이 임대주택의 매도를 청구한 경우 이에 기한 소유권이전등기청구권의 법적 성질(대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

평창토건 주식회사(이하 파산관재인인 피고를 통틀어 ‘피고’라 한다)는 피고보조참가인 주식회사 동일토건 외 4인의 조합(이하 ‘피고보조참가인’이라 한다)으로부터 토지구획정리사업구역 내에 속하는 이 사건 아파트

45) 김영주, “박사학위논문”, 68면.

대지를 양도받아 그 지상에 국민주택기금의 지원을 받아 827세대의 아파트를 건설하였다. 피고는 임대주택법이 정한 임대사업자로서 임대의무기간을 5년으로 정하여 이 사건 아파트를 임대 개시하였다. 이후 피고는 2006. 12. 26. 부도를 내고 2008. 4. 25. 파산선고를 받았으나 임차인들의 분양전환 요구에 응하지 아니하였고, 이에 이 사건 아파트 임차인대표회의가 2008. 7. 4. 울산 북구청장으로부터 직접 분양전환승인을 받아, 원고들을 포함한 이 사건 아파트 임차인들이 2009. 1. 30. 피고에 대하여 승인된 분양전환가격에 따라 해당 아파트를 매도할 것을 청구하였다.

원고들의 피고에 대하여 이 사건 아파트에 관한 소유권이전등기를 청구하였다. 제1심은 원고의 청구를 일부 인용하였다. 피고가 항소하자 원심은 제1심 판결을 일부 변경하였다. 이에 피고가 원고들이 이 사건 아파트에 관한 매도청구권을 행사함으로써 갖게 되는 소유권이전등기청구권은 파산채권에 해당하며, 이 사건 아파트 매매계약에는 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정이 적용되어 피고가 해제권을 행사할 수 있다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 피고의 상고를 기각하였다.

나) 대법원의 판단

‘채무자 회생법 제423조는 “채무자에 대하여 파산선고 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권은 파산채권으로 한다.”라고 규정하고 있다. 이 때 파산선고 전의 원인으로 생긴 청구권이라 함은 파산선고 당시 이미 청구권의 내용이 구체적으로 확정되거나 변제기가 도래하였을 것까지 요하는 것은 아니고, 적어도 청구권의 주요한 발생원인이 파산선고 전에 갖추어져 있으면 족하다고 할 것인데, 청구권 발생에 대한 단순한 기대권에 불과하다면 파산채권에 해당하지 아니한다.

원고들의 매도청구권 행사로 인하여 성립된 매매계약에 기한 해당 아파트 건물 등에 관한 소유권이전등기청구권 등은 평창토건에 대한 파산선고 전의 원인으로 생긴 것이 아님이 분명하고, 파산선고 당시에는 아직 이러한 매매계약이 성립조차 되지 아니하였으므로 ‘쌍방 모두 파산선고 당시 아직 이행을 완료하지 아니한 쌍무계약’에 해당할 것을 전제로 한 채무자 회생법 제335조 소정의 파산관재인에 의한 계약해제 선택권은 적용

될 여지가 없다.’

다) 학설

이에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다.

‘청구권 발생에 대한 단순한 기대권은 파산채권에 해당하지 아니한다는 판시는 구체적 사안의 해결에는 별다른 지침이 되지 못한다. 구 임대주택법은 채무자에 대한 파산선고 이전에 이미 공포되었다는 점에 비추어보면, 임차인들의 소유권이전등기청구권 등이 단순한 기대권에 불과하지는 않았다고 볼 여지도 충분할 것이다.

임차인들이 채무자의 부도를 사유로 파산선고 전에 매도청구권을 행사했다면 소유권이전등기청구권 등이 파산채권에 해당한다고 보아야 할 것인지도 의문이다. 결국 매매계약의 성립 시기가 도산절차개시 전인지 후인지를 불문하고 임차인의 소유권이전등기청구는 경제적 약자인 임대주택 임차인들을 두텁게 보호하고자 하는 취지의 구 임대주택법 제21조 제2항이 특칙이라는 점에서 임대사업자에 대한 도산절차개시에도 불구하고 인용되어야 한다고 보아야 할 것이다.’⁴⁶⁾ 즉, 파산채권으로 취급하더라도 청구를 인용해야 한다는 취지이다.

3. 비계약상 채권의 사례

가. 법정채권관계의 사례

1) 채무자에 대한 회생절차개시 전에 가집행선고부 판결에 따라 채무자에게 가지급금을 지급하였는데, 회생절차개시 이후에 가지급물반환신청이 제기된 경우 그 가지급물반환채권의 법적 성질(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다114851 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

피고 아현2구역주택재건축정비사업조합(이하 ‘피고’라 한다)은 풍림산업 주식회사(이하 풍림산업 주식회사의 관리인 원고와 통틀어 ‘원고’라 한다)의 청구를 일부 인용한 이 사건 가집행선고부 제1심판결에 따라

46) 김성용, “2012년 도산법 판례”, 240-241면.

2011. 6. 29. 및 2011. 7. 1. 원고에 가지급금 합계 5,265,277,506원을 지급하였다. 쌍방은 항소하였고, 이 사건 소송이 원심에 계속 중이던 2012. 5. 10. 원고에 대한 회생절차개시결정이 내려졌다.

피고는 위 개시결정 후인 2012. 6. 1. 1,527,541,252원의 원상회복청구권과 2011. 6. 29. 이후의 손해배상청구권(이하 ‘이 사건 가지급물반환채권’이라고 한다)이 있음을 이유로 그 반환을 구하는 취지의 이 사건 가지급물반환신청을 제기하였다. 원심은 피고의 항소를 일부 받아들이고, 피고의 신청을 일부 인용하였다. 원고는 이 사건 가지급물반환채권이 회생채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 원심판결 중 가지급물반환신청 부분을 파기하고, 이 부분 신청을 각하하였다.

나) 대법원의 판단

‘회생채권이라 함은 의사표시 등 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기해 생긴 재산상의 청구권을 말하는 것으로, 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기한 것인 한, 그 내용이 구체적으로 확정되지 아니하였거나 변제기가 회생절차개시 후에 도래하더라도 상관없다. 회생채권에는 채무자 회생법 제138조 제1항이 규정하는 조건부채권도 포함되는데, 여기에서 조건부채권이라 함은 채권의 전부 또는 일부의 성립 또는 소멸이 장래의 불확정한 사실인 조건에 의존하는 채권을 말하고, 위 조건은 채권의 발생원인인 법률행위에 붙은 의사표시의 내용인 부관에 한정되지 아니하므로, 가집행선고의 실효를 조건으로 하는 가지급물의 원상회복 및 손해배상청구권(민사소송법 제215조)은 그 채권 발생의 원인인 가지급물의 지급이 회생절차개시 전에 이루어진 것이라면 조건부채권으로서 회생채권에 해당한다. 따라서 이 사건 가지급물반환채권은 회생채권에 해당한다.’

2) 채무자의 공동불법행위가 있는 후 채무자에 대한 회생절차가 개시되었는데, 공동불법행위자 중 1인이 채무자에 대한 회생절차개시 후 변제 기타 출재로 공동 면책행위를 한 경우 채무자에 대한 구상금

청구권의 법적 성질(대법원 2016. 11. 25. 선고 2014다82439 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

수도권매립지관리공사(이하 '관리공사'라고 한다)가 발주한 안암도 유수지 조성공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)는 원고 주식회사 유신(이하 '원고'라 한다)이 설계용역, 피고 주식회사 도화엔지니어링(이하 '피고 도화'라 한다)이 감리용역을 맡고, 피고 주식회사 대제종합건설(이하 '피고 대제'라 한다)과 주식회사 삼능건설(이하 관리인을 통틀어 '피고 삼능건설'이라 한다)이 공동으로 시공을 맡아 2004. 8. 30. 완공되었다. 피고 삼능건설에 대하여는 2009. 5. 6. 회생절차가 개시되었고, 2009. 12. 2. 회생계획안이 인가되었다. 이 사건 공사에 하자(이하 '이 사건 하자'라 한다)가 2009. 9. 25. 발생하여 관리공사가 그 후 응급조치공사비와 정밀안전진단비용을 지출하였다.

관리공사는 2011년경 수급업체들인 원고, 피고 도화, 대제 및 삼능건설을 상대로 이 사건 하자로 인한 손해의 배상을 구하는 소송을 제기하였다. 그 소송의 항소심에서 원고와 피고들의 이 사건 하자 발생 관련 공동불법행위책임이 인정되자, 원고가 2013. 8. 20. 원고 소유 재산에 대한 강제집행을 막기 위하여 판결원리금 중 1,399,164,083원을 관리공사에 변제하였다. 이 사건 하자는 원고의 설계상 잘못, 피고 도화의 감리상 잘못과 피고 대제, 삼능건설의 시공 과정에서의 잘못이 경합하여 발생한 것이었다.

원고는 피고 삼능건설에 대하여 구상금 234,965,498원의 지급을 청구하였다. 제1심은 원고의 청구를 일부 인용하였다. 원고가 항소하였으나 원심은 원고의 청구를 기각하였다. 원고가 상고하였고, 피고 삼능건설은 상고하지 아니하였으나, 대법원은 다음과 같은 이유로 원고의 구상금채권이 회생채권에 해당할 사유가 있으므로, 이 사건 소의 적법 여부를 조사할 필요가 있다며, 직권으로 원심판결 중 피고 삼능건설에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송하였다.

나) 대법원의 판단

'회생채권은 의사표시 등 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인

에 기해 생긴 재산상의 청구권을 말하고, 채권의 내용이 구체적으로 확정되지 아니하였더라도 주요한 발생 원인이 회생절차개시 전에 갖추어져 있으면 그에 해당한다. 공동불법행위로 인한 손해배상책임은 불법행위가 있었던 때에 성립하므로 공동불법행위자 사이의 구상권도 특별한 사정이 없는 한 그 때에 주요한 발생원인이 갖추어진 것으로 볼 수 있다. 따라서 회생절차개시 당시까지는 아직 변제 기타 출재로 인한 공동 면책행위가 없었더라도 공동불법행위자 사이의 구상금채권은 회생채권에 해당한다.

이 사건 공사는 피고 삼능건설에 대한 회생절차개시 전에 완료되어 준공까지 마쳤고 그 후 5년 이상이 지나서야 잠복된 하자가 표면화되어 현실적 손해가 발생하고 원고가 그 배상채무를 이행함으로써 비로소 구상금채권을 취득하게 되었다. 그러나 채권 발생의 주요한 원인은 공사과정의 공동불법행위라고 할 것이므로, 원고의 출재에 의한 공동면책으로 구상금채권이 확정된 것은 피고 삼능건설에 대한 회생절차개시 이후이지만, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 주요한 발생원인은 회생절차개시 이전에 이미 갖추어져 있었다고 보아야 한다. 따라서 원고의 피고 삼능건설에 대한 위 구상금채권은 회생채권에 해당한다고 볼 사유가 있다.’

다) 판례해설

이에 대해서는 다음과 같은 판례해설이 있다.

‘부진정연대채무의 경우, 각각 전부의 이행을 하여야 하는 의무를 부담하는 여럿의 의무자가 부진정연대관계 자체나 그에 기한 구상관계를 예상하기 어려운 경우가 있을 수 있다는 점에서 채권자의 권리가 당사자의사에 기한 약정 등을 기초로 하여 그 주요한 발생원인이 형성된 사례와는 다소 차이가 있기는 하다. 그러나 다음의 점들을 고려하면 회생채권설이 타당하다.

여럿이 각각 전부의 이행을 하여야 하는 의무를 부담하는 의무자(이하 ‘전부의무자’라 한다) 중 전부 또는 일부의 자에 대하여 회생절차가 개시된 경우, 회생절차에서는 사전구상권을 인정하지 않는 민법상 원칙(민법 제442조)이 수정되어 전부의무자의 장래의 구상권 행사가 허용된다. 전부의무자는 현실적으로 변제 등을 하기 전이라도 주채권자가 채권

전액으로 회생절차에 참가하지 아니한 이상 장래의 구상권을 회생채권으로 행사할 수 있다(제126조 제3항). 이와 달리 주채권자가 회생절차에 참가하였는데 장래의 구상권을 가지는 자가 회생절차개시 후 채권자에 대한 변제 등으로 그 채권 전액이 소멸한 경우에 구상권자는 그 구상권의 범위 내에서 채권자가 가진 권리를 행사할 수 있다(제126조 제4항). 이처럼 장래의 구상권이 회생채권으로 취급되고, 장래의 구상권자가 일정한 경우에 대신 행사하는 주채권자의 채권도 회생채권에 해당하므로 회생채권설을 따르는 것이 위 조항들의 체계와 내용에 부합한다.

공동불법행위책임과 그 내부적 구상관계의 각 성립 및 근거, 발생의 개연성 등에 비추어 보면, 공동불법행위로 인한 채권자의 손해배상청구권뿐만 아니라 내부적 구상관계에 기한 구상권에 있어서도 공동불법행위 자체가 그 발생의 주요한 원인에 해당함을 부정하기는 어렵다.

이해관계인의 법률관계 조정을 통하여 채무자의 갹생을 도모하는 회생절차의 제도적 취지를 고려하면, 가능한 한 채권자의 권리는 회생절차로 편입되어 회생계획안에서 정한 바에 따라 만족을 얻는 것이 바람직하다.

회생절차개시 전에 있었던 공동불법행위와 관련하여 회생절차개시 후 성립한 구상금채권이 채무자 회생법에서 정한 공익채권과 개시 후 기타채권의 각 요건에 정확히 들어맞는다고 보기 어렵다. 공익채권설을 취한다면 채권자들 사이의 형평에 맞지 않고 남용의 우려가 있다. 개시 후 기타채권설을 취하면 회생절차에서 변제받을 수 없고, 회생절차에 참여한 경우보다 채권 만족의 가능성이나 정도가 낮을 수 있다는 점에서 그와 같이 취급되는 것은 채권자의 의사에도 반할 가능성이 있다.⁴⁷⁾

나. 행정처분 관련 사례

1) 채무자에 대한 회생절차개시 전에 부동산 명의신탁이 성립하였고, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 위반에 따른 과징금 부과 처분이 회생절차개시 후에 있는 경우 그 과징금 청구권의 법적 성질

47) 임혜진, “회생채권 신고를 기대할 수 없었던 채권의 보호”, 998-1000면.

(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013두5159 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

원고 인정건설 주식회사(이하, 인정건설 주식회사의 관리인과 그 소송수계인인 원고를 통틀어 ‘원고’라 한다)는 이 사건 토지를 매수한 다음 2002. 11. 30.부터 2006. 11. 16.까지 사이에 소외 2 외 12명에게 소유명의를 신탁하여 그들 명의로 각 소유권이전등기를 마쳤다(이하 ‘이 사건 토지 명의신탁’이라 한다).

원고는 2008. 8. 21. 서울중앙지방법원에 회생절차개시신청을 하여 2008. 9. 22. 회생절차개시결정을 받았고, 2009. 9. 4. 회생계획인가결정이 있었다.

피고 서울특별시 광진구청장(이하 ‘피고’라 한다)은 2011. 3. 7. 원고에 대하여 이 사건 토지 명의신탁과 관련하여 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제3조를 위반하였다는 이유로 과징금을 부과하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).

원고는 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 제1심은 원고의 청구를 인용하였다. 피고가 항소하였으나 원심은 피고의 항소를 기각하였다. 피고는 이 사건 처분에 따른 과징금청구권은 비면책채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 피고의 상고를 기각하였다.

나) 대법원의 판단

‘채무자 회생법 제251조 본문은 회생계획인가의 결정이 있는 때에는 회생계획이나 이 법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고는 채무자는 모든 회생채권과 회생담보권에 관하여 그 책임을 면한다고 규정하고 있다. 그런데 채무자 회생법 제140조 제1항, 제251조 단서는 회생절차개시 전의 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료의 청구권은 회생계획인가의 결정이 있더라도 면책되지 않는다고 규정하고 있는바, 이는 회생계획인가의 결정에 따른 회생채권 등의 면책에 대한 예외를 정한 것으로서 그에 해당하는 청구권은 한정적으로 열거된 것으로 보아야 하고, 위 규정에 열거되지 않은 과징금의 청구권은 회생계획인가의 결정이 있더라

도 면책되지 않는 청구권에 해당한다고 볼 수 없다.

채무자에 대한 회생절차개시 전에 과징금 부과 대상인 행정상의 의무반행위 자체가 성립하고 있으면, 그 부과처분이 회생절차개시 후에 있는 경우라도 그 과징금 청구권은 회생채권이 되고, 장차 부과처분에 의하여 구체적으로 정하여질 과징금 청구권이 회생채권으로 신고되지 아니한 채 회생계획인가결정이 된 경우에는 채무자 회생법 제251조 본문에 따라 그 과징금 청구권에 관하여 면책의 효력이 생겨 행정청이 더 이상 과징금 부과권을 행사할 수 없다. 따라서 그 과징금 청구권에 관하여 회생계획인가결정 후에 한 부과처분은 부과권이 소멸된 뒤에 한 부과처분이어서 위법하다.’

다) 학설

이에 대하여는 ‘입법론으로서는 제140조 제1항, 제566조 제2호, 제625조 제2항 제3호에 과징금 청구권이 추가되지 않을 할 합리적인 이유가 없다. 위법행위에 대한 금전적 제재라는 측면에서 과징금이 벌금, 과료 및 과태료와 성격을 달리하지 않기 때문이다. 동일한 내용을 규정하고 있던 구 회사정리법 제정 당시에는 과징금 제도가 도입되기 전이었기에 과징금 청구권이 포함될 수 없었으나, 채무자 회생법의 제정 시에도 과징금 청구권이 추가되지 못한 것은 이해하기 어렵다. 해석론으로서도 유추 혹은 확장해석이 불가능하지는 않다.’라는 비판이 있다. 그러나 이 견해도 회생채권이 된다는 판시 자체는 타당하다고 한다.⁴⁸⁾

2) 특정한 담합가담자의 회생절차개시 전후로 사업자들이 수회에 걸쳐 가격 결정 등에 관한 합의를 한 경우, 회생절차가 개시된 담합가담자가 회생절차개시 이전에 한 합의에 대한 과징금 청구권의 법적 성질(대법원 2018. 6. 12. 선고 2016두59102 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

원고 한솔페이퍼텍 주식회사, 아세아제지 주식회사, 경산제지 주식회사, 신대양제지 주식회사, 대양제지공업 주식회사, 동일제지 주식회사, 주

48) 김성용, “2013년 도산법 판례”, 259면.

식회사 월산, 주식회사 동원제지, 동일팩키지 주식회사, 주식회사 고려제지, 주식회사 대림제지, 주식회사 아진피엔피(이하 회사 명칭을 기재함에 있어 ‘주식회사’는 생략한다, 이하 ‘원고 등 12개사’라고 한다)는 골판지 원지를 제조·판매하는 사업을 영위하는 자이다. 한편, 광주지방법원은 원고에 대하여 2009. 7. 16. 회생절차개시결정을 한 뒤 2010. 7. 21. 회생계획인가결정을 하였다가 2011. 7. 20. 회생절차를 종결하였다.

원고 등 12개사는 2007. 5.경부터 2011. 7.경까지 총 6차례에 걸쳐 이면지·골심지 표준가격을 톤당 4만 원~9만 5천 원씩 인상하기로 합의하고, 이를 실행하였다. 또, 원고, 아세아제지, 아세아페이퍼텍, 신대양제지, 동일제지, 월산, 고려제지 등 7개사(이하 ‘원고 등 7개사’라고 한다)들은 2007. 4.경부터 2011. 7.경까지 총 9차례에 걸쳐 표면지 표준가격을 톤당 3만 원~8만 5천 원씩 인상하기로 합의하고, 이를 실행하였다.

피고는 2016. 4. 25. 원고 등 12개사가 이면지·골심지 표준가격을 합의하고, 원고 등 7개사가 표면지 표준가격을 합의한 행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 제1호에서 정하는 부당한 공동행위에 해당한다는 이유로 원고에 대하여 시정명령 및 과징금납부명령을 하였다.

원고는 위 시정명령 및 과징금납부명령의 취소를 구하였다. 원심은 원고의 청구를 인용하였다. 피고는 위 시정명령 및 과징금납부명령에 기한 과징금청구권이 회생채권에 해당하지 아니하고, 면책의 대상이 아니라는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 피고의 상고를 기각하였다.

나) 대법원의 판단

‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 제1호의 부당한 공동행위는 가격 결정 등에 대한 당사자들의 합의가 존재하기만 하면 성립한다. 나아가 다수 이해관계인의 법률관계를 조절하는 회생절차의 특성상 회생채권은 공익채권들과는 객관적이고 명확한 기준에 의하여 구분되어야 한다.

따라서 특정한 담합가담자의 회생절차개시 전후로 사업자들이 수회에

걸쳐 가격 결정 등에 관한 합의를 하였다면, 설령 회생절차가 개시된 사업자 외의 다른 담합가담자들에 대하여는 그 수회의 합의를 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 평가하는 데 아무런 지장이 없다고 하더라도, 회생절차가 개시된 그 담합가담자가 회생절차개시 이전에 한 합의에 대한 과징금 청구권은 회생채권이 된다고 봄이 타당하다.

또한 회생채권인 과징금 청구권을 회생채권으로 신고하지 아니한 채 회생계획인가결정이 된 경우에는, 채무자 회생법 제251조 본문에 따라 면책의 효력이 생겨, 피고는 더 이상 그에 대한 부과권을 행사할 수 없다. 따라서 피고가 회생계획인가결정 후에 그에 대하여 한 부과처분은 부과권이 소멸된 뒤에 한 것이어서 위법하다.’

3) 사업자들이 거래제한 합의를 하고 이에 가담한 특정 사업자가 거래제한 합의에 따라 개별 입찰에 관한 담합을 한 후에 그 사업자에 대하여 회생절차가 개시된 경우, 그 사업자가 회생절차개시 이전에 가담한 개별 입찰담합 부분에 대한 과징금 청구권의 법적 성질(대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두65688 판결)

가) 기초사실 및 소송의 경과

한국가스공사는 2011. 2.부터 2012. 8.까지 11개 공구의 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사에 관한 입찰공고를 하였다. 관리인인 원고가 소송을 제기한 삼환기업 주식회사(이하 구분하지 않고 모두 ‘원고’라 한다) 등 17개사는 2011. 3. 초순 위 11개 공구 중 ‘오성복합화력 가스공급시설 건설공사’를 제외한 10개 공구(이하 ‘2차 주배관 공사’라 한다)의 입찰에 관하여, 추첨을 통해 개별 입찰에서 낙찰을 받을 사업자를 정하고 투찰률은 80% 이상으로 하며 한 번 낙찰을 받은 경우에는 이후 발주되는 입찰에는 들러리로만 참여하기로 합의하였다(이하 ‘2차 공동행위’라 한다. 그 이전에 있었던 1차 주배관 공사에 대한 공동행위를 ‘1차 공동행위’라 한다).

원고 등 17개사는 2차 주배관 공사의 공구별 입찰이 공고될 때마다 2차 공동행위를 바탕으로 낙찰자와 투찰률을 사전에 정하고 낙찰자 외의

회사들이 들러리로 참여하기로 하는 개별합의를 한 후 미리 정한 투찰률로 입찰에 참여함으로써 합의를 실행하였다. 그런데 도중 2012. 7. 23. 원고에 대한 회생절차개시결정이 있었다.

피고는 원고에 대한 회생절차가 종결된 이후인 2015. 7. 20. 7억 4,400만 원의 과징금 납부명령을 하였다가, 2016. 5. 26. 위 과징금 납부명령 중 1차 공동행위와 관련된 과징금액 4억 6,700만 원 부분만을 직권으로 취소하였다(이하 ‘이 사건 과징금 납부명령’이라 한다).

원고는 이 사건 과징금 납부명령의 취소를 구하였다. 원심은 원고의 청구를 기각하였다. 원고는 이 사건 과징금 납부명령에 따른 과징금청구권이 회생채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 원고의 상고를 받아들여 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송하였다.

나) 대법원의 판단

‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 각호에서 정한 ‘부당한 공동행위’는 투찰가격 등에 관한 당사자들의 합의가 존재하기만 하면 성립한다. 따라서 사업자들이 거래제한 합의를 하고 이에 가담한 특정 사업자가 거래제한 합의에 따라 개별 입찰에 관한 담합을 한 후에 그 사업자에 대하여 회생절차가 개시되었다면, 그 사업자가 회생절차개시 이전에 가담한 개별 입찰담합 부분에 대한 과징금 청구권은 회생채권이 된다고 보아야 한다. 설령 회생절차가 개시된 이후에도 그 사업자 이외의 다른 사업자들이 여전히 개별 입찰에 관한 입찰담합을 계속하고 있었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

회생채권인 과징금 청구권을 회생채권으로 신고하지 않은 채 회생계획인가결정이 된 경우에는 채무자 회생법 제251조 본문에 따라 면책의 효력이 생겨 과징금 부과권자는 더 이상 과징금을 부과할 수 없다. 그러므로 과징금 부과권자가 회생계획인가결정 후에 그에 대하여 한 부과처분은 위법하다.’

다. 기타 사례 - 임대사업자인 채무자가 구 임대주택법령의 기준에 못 미치는 특별수선충당금을 적립해오다가 파산선고를 받은 뒤 파산재단의 환가방법으로 임대주택을 분양 전환한 경우, 입주자대표회의의 특별수선충당금 지급청구권의 법적 성질(대법원 2015. 6. 24. 선고 2014다29704 판결)

1) 기초사실 및 소송의 경과

구 임대주택법상의 임대사업자인 평창토건 주식회사(이하 ‘평창토건’이라 한다)는 2003. 5. 28. 이 사건 아파트의 사용검사를 받은 다음, 그 무렵부터 이 사건 아파트를 관리하였다. 평창토건은 2006. 1. 1.경부터 임대주택법에 의하여 매월 적립하여야 할 특별수선충당금을 적립하지 않은 채, 2008. 4. 25. 파산선고를 받아 피고가 파산관재인으로 선임되었다. 이후 피고는 이 사건 아파트의 임차인 등에게 파산재단의 환가방법으로 이 사건 아파트를 분양 전환하였는데, 원고는 2012. 7. 5. 피고로부터 이 사건 아파트의 관리권을 넘겨받으면서, 파산선고 전에 평창토건이 실제로 적립한 특별수선충당금인 346,535,381원만을 인계받고 구 임대주택법령에서 정한 기준에 따라 산정된 특별수선충당금 중 그 나머지 특별수선충당금을 인계받지 못하였다.

원고는 피고에 대하여 위 나머지 특별수선충당금의 지급을 청구하였다. 제1심은 원고의 청구를 일부 인용하였다. 피고가 항소하자 원심은 피고의 항소를 일부 받아들여 피고 패소 부분을 일부 취소하였다. 피고는 위 특별수선충당금 지급청구권이 회생채권에 해당한다는 이유로 상고하였다. 대법원은 다음과 같은 이유로 피고의 상고를 기각하였다.

2) 대법원의 판단

‘임대주택의 임대사업자인 평창토건의 파산관재인인 피고는 파산재단인 이 사건 아파트의 분양 전환 후 최초로 구성된 입주자대표회의인 원고에게 평창토건의 파산선고 전후로 특별수선충당금이 실제로 적립되었는지 여부와 상관없이 구 임대주택법령에서 정한 기준에 따라 산정된 특별수선충당금을 인계할 의무가 있고, 원고의 위와 같은 특별수선충당금 지급 청구권은 피고가 한 파산재단인 이 사건 아파트의 관리·환가에 관

한 업무의 수행으로 인하여 생긴 청구권으로서 재단채권에 해당한다.’

3) 학설 - 재단채권설

이에 대하여 재단채권설을 취한 판례를 지지하는 다음과 같은 학설이 있다.

‘채무자의 파산선고 후 분양전환이 이루어지고 입주자대표회의가 구성 되었으므로, 입주자대표회의의 특별수선충당금 지급 청구권은 파산선고 후에 발생한 것이다. 임대사업자인 채무자의 특별수선충당금 적립의무가 파산선고 전부터 있었다고 하더라도, 파산선고 전에 입주자대표회의가 구성조차 되지 않은 상태이고, 임대주택이 반드시 분양전환된다고 볼 수도 없으므로, 특별수선충당금 지급 청구권이 파산선고 전에 주요한 발생 원인을 갖추었다고 보기 어렵다.

구 임대주택법상 임대사업자가 특별수선충당금 적립의무 및 분양 전환 시 인계의무를 강제적으로 부담하듯이, 임대사업자의 파산관재인이 파산재단의 관리처분권에 기초하여 파산재단인 임대아파트의 관리 및 분양 전환(환가)을 하였다면, 위와 같은 특별수선충당금 인계의무는 파산관재인이 파산재단의 관리·환가에 관한 업무에 수반되어 법률상 부담하는 것이다.’⁴⁹⁾

‘임대사업자가 파산하지 아니하였더라도 그가 임대주택을 분양 전환, 즉 매각함으로써 발생하는 수익은 그 매각대금에서 관련 법령상 기준에 따라 산정된 특별수선충당금을 공제한 차액 상당이었을 것이다. 이 특별수선충당금 상당액은 본래 임대사업자에 대한 채권자들이 추급할 수 있는 범위 밖에 놓여 있었던 것인데, 이러한 사정이 임대사업자의 파산으로 인하여 변경됨으로써 그 채권자들에게 망외의 소득을 안겨줄 까닭이 없다.’라는 같은 취지의 견해도 있다.⁵⁰⁾

49) 김희중, “2015년 상반기 도산법 판례”, 28-29면.

50) 김성용, “2015년 도산법 판례”, 268면.

제 3 절 검토

1. 사례 유형별 검토

가. 계약상 채권의 사례

1) 대차형 계약의 사례

대차형 계약의 사례들은 사실관계가 매우 유사하다. 판례는 쌍방미이행 쌍무계약의 경우에 관리인에게 계약의 이행 또는 해제에 관한 선택권을 부여한 취지에 비추어, 서로 대등한 대가관계에 있는 계약상 채무의 전부 또는 일부가 이행되지 아니하여야 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정이 적용된다고 본다. 관리인의 이행 선택 시 형평을 고려하여 상대방의 청구권을 관리채권으로 격상시킨 것으로 보는 한 당연한 귀결이다. 오히려 상대방의 청구권을 관리채권으로 격상시키는 것이 형평에 반한다면 쌍방미이행 쌍무계약의 제규정을 적용할 수 없을 것이다.

대차형 계약의 구조상 채권자의 선이행이 전제되어 있기 때문에 애초에 통설과 판례가 예정하는 바와 같이 공평을 위한 수정이 가해지는 쌍방미이행 쌍무계약의 구조가 나오기 어렵고, 판례 사안들의 경우에도 이러한 점이 고려된 것으로 보인다. 이미 입회금 내지 회원보증금의 상당액이 지급된 마당에 입회금 내지 회원보증금의 전액을 반환청구할 수 있도록 하는 것은 형평에 맞지 않기 때문에 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정이 적용되지 않는다고 본다. 다만, 상대방의 반대급부와 격차가 클 경우 관리인의 배임행위로 인한 것으로서 그 선택의 효력을 사후적으로 부정할 수 있다는 취지의 견해⁵¹⁾도 존재한다.

판례 사안들은 모두 1,000원이라는 극히 미미한 액수가 미납된 상태였으므로 큰 문제가 되지 않으나, 가령 입회금 내지 회원보증금의 반액이 미지급 상태였다면 어떻게 볼 것인가에 대한 의문이 남는다. 대차형 계약에서도 반드시 도산절차개시 시점에 채권자의 반대급부가 모두 선이행된 경우만 존재하는 것은 아니다. 양자택일의 문제로 고착화하여 쌍방미

51) 김성용, “2014년 도산법 판례”, 277면.

이행 쌍무계약으로 볼 수 있으면 관리채권, 그렇게 볼 수 없다면 도산채권으로 취급하는 전제 하에서는 유연한 해결책을 내기 어렵다. 그리하여 관리인의 배임행위로 보자는 견해까지 주장되는 것이다. 좀 더 타당한 결론을 내기 위해 하나의 채권을 분리하여 그 성격에 맞게 취급할 수 있는 대안은 없는지 검토가 필요하다.

2) 교환형 계약의 사례

교환형 계약의 사례에서 판례는 기존 형평설의 입장을 그대로 반영하였는데, 기성고에 관한 상대방의 청구권마저 달리 취급하는 것이 과연 타당한지에 대하여는 재고의 여지가 있다. 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결은 형평설에 따라 관리인의 이행 선택 시 기성고에 대한 상대방의 청구권은 본래 도산채권이나 관리채권으로 격상된다고 보았고, 대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결은 관리인의 해제는 민법 제 674조 제1항에 의해 장래에 대하여만 효력이 생기므로, 기성고에 대한 상대방의 청구권은 일부구비설에 따라 도산채권이 된다고 보았다. 그러나 관리인의 이행 또는 해제 선택에 따라 운명이 달라지는 부분은 도산절차개시 이후의 이행 부분임에도, 기성고 부분에 관한 결론이 달라지는 것은 납득하기 어렵다.

더구나 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결은 ‘일반적으로 도급계약에 있어서 수급인이 완성하여야 하는 일은 불가분’이라는 점을 논거로 들고 있는데, 반드시 그렇다고 볼 수는 없다. 기성고에 관한 다른 판례는 ‘수급인이 공사를 완공하지 못한 채 공사도급계약이 해제되어 기성고에 따른 공사비를 정산하여야 할 경우, 기성 부분과 미시공 부분에 실제로 들어가거나 들어갈 공사비를 기초로 산출한 기성고 비율을 약정 공사비에 적용하여 그 공사비를 산정하여야 한다. 그 기성고 비율은 공사대금 지급의무가 발생한 시점, 즉 수급인이 공사를 중단할 당시를 기준으로 이미 완성된 부분에 들어간 공사비에다 미시공 부분을 완성하는데 들어갈 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 완성된 부분에 들어간 비용이 차지하는 비율을 산정하여 확정하여야 한다.’라며 수급인의 급부를

나눌 수 있다는 전제 하에 판시하고 있다.⁵²⁾ 일반적으로 도급 계약에서 수급인의 급부가 오히려 가분적인 경우가 더 많을 것이다. 투입 비용 등으로 그 비율을 산정하는 것이 불가능하지도 않다. 수급인의 채무 자체는 완성품을 인도하여야 하므로 불가분이라고 할 수도 있겠지만, 도산법상 논점에서 반드시 그와 같은 관점에 고착될 필요는 없다.

그런 점에서 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결에 관한 정리채권설이 도산절차개시 시점이라는 우연적 사정에 의해 수급인의 공사대금채권이 전혀 달리 취급되는 불공평한 결과를 피하기 위해서 수급인의 이행이 완료된 부분에 대해서는 도산채권의 지위를 인정해야한다고 보는 것⁵³⁾은 특기할 만하다. 대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결은 수급인의 급부를 가분적으로 보아, 결국 이미 이행한 부분은 동결시키고, 미이행 부분에 대하여는 관리인의 이행거절권을 인정한 셈인데, 도산절차개시 전후로 각 부분의 성격에 맞게 채권의 분리를 인정한 점에서 결론은 타당하다. 이들 논의는 굳이 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 채권에 관하여 형평설과 같은 별도의 이론구성을 할 필요 없이, 도산절차개시 전후로 채권의 분리를 인정하고, 다른 채권과 마찬가지로 각 부분의 성격에 맞게 채권을 분류하는 방향에 해결의 실마리가 있다는 점을 보여준다.

하자보수가 문제된 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결의 사례에서 판례는 이미 건물이 완공 및 인도되어 도급계약을 해제할 수 없다는 점에 주목해 하자보수청구권이 일부구비설에 따라 도산채권이 된다고 보았다. 이에 관해 회생채권설은 판례와 같이 보는 견해,⁵⁴⁾ 도급인이 이미 공사대금을 완제하였다면 도산채권이 된다고 보는 견해⁵⁵⁾가 있다. 그런데 판례 및 회생채권설은 왜 건물이 완공 및 인도되어 도급계약을 해제할 수 없다는 점이 논거가 되는지, 혹은 왜 도급인이 이미 공사대금

52) 대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다83890 판결 등

53) 김영주, “박사학위논문”, 234면.

54) 김희중, “대법원판례해설”, 394면; 서울고등법원 2012. 12. 13. 선고 2012나3786 판결(확정).

55) 오민석, “건설회사의 회생절차”, 87면.

을 완제하였다는 점이 논거가 되는지 별다른 논증을 하고 있지는 않다. 같은 판례는 “회생채권은 의사표시 등 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기해 생긴 재산상의 청구권을 말하는 것”이라고 판시하고 있는데, 계약상 채권의 경우에는 의사표시 등의 시점을 기준으로 하여야 한다는 취지이므로 이 판시와도 모순된다고 할 수 있다. 공익채권설은 사실적인 논거를 들고 있다. 채권자에게 적법절차를 보장해주기 위해서 라거나, 사실상 하자보수가 이루어지고 있다는 것이다.⁵⁶⁾ 개시 후 기타채권설 또한 적법절차를 염두에 두고, 다만 관리채권으로 볼 수 없으므로 개시 후 기타채권이 된다고 본다.⁵⁷⁾

불완전이행에 의한 확대손해가 문제된 대법원 2015. 6. 24. 선고 2014다220484 판결의 사례에서도 판례는 수급인의 이행이 완료되었다는 점에 주목하여 불완전이행을 원인으로 한 확대손해배상청구권도 도산채권이 된다고 보았다. 판례해설도 같은 취지이다.⁵⁸⁾ 그런데 판례는 이 사건에서도 “회생채권은 의사표시 등 채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기해 생긴 재산상의 청구권을 말하는 것”이라는 다소 모순되는 일반론을 제시하기도 하였다. 기본적으로 하자보수가 문제된 사례에서의 판례와 같은 입장이라고 할 수 있다.

이를 종합하면 일부구비설이 일관되고 구체적인 지침을 주지 못하고 있다고 보인다. ‘주요한’ 발생원인이 무엇인지가 지나치게 애매모호한 나머지 견해가 제각각으로 갈리고 있고, 회생채권설 내에서도 발생원인을 어디에서 찾을지, 그 이유는 무엇인지 구체적이고 일관된 설명이 이뤄지지 못하고 있다. 모순되는 판례가 존재하고,⁵⁹⁾ 같은 판례 내의 판시가 서로 상충하기에 이르렀다.⁶⁰⁾ 한편, 공익채권설 및 개시 후 기타채권설은

56) 임치용, “건설회사에 대하여 회생절차가 개시된 경우의 법률관계”, 76면; 서울고등법원 2013. 7. 26. 선고 2012나98838 판결(대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다210824 판결로 일부 파기환송).

57) 서울중앙지방법원 2014. 10. 2. 선고 2013가합553335 판결(회생채권설을 따른 서울고등법원 2016. 8. 25. 선고 2014나2039792 판결로 일부 변경)

58) 김희중, “대법원판례해설”, 401면.

59) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결과 대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결

적법절차 보장의 문제를 채권 분류의 기준으로까지 끌고 와서 설명하고 있는데, 이는 일반론 차원에서 입법적 해결이 필요하다고 보았던 견해⁶¹⁾와 충돌하는 면이 있어, 이를 어떻게 해결해야 하는지도 문제가 된다.

한편, 판례는 별도의 논증 없이 주된 급부의무가 문제된 경우나, 하자 보수 의무나 불완전이행에 의한 확대손해배상의무가 문제된 경우나 모두 같이 볼 수 있다는 전제에서 판시하였다. 과연 모두 같은 법리를 적용할 수 있는지도 쟁점이 된다.

3) 보증관계에 따른 구상권의 사례

엄밀히 말하면 보증인의 주채무자에 대한 구상권은 보증인과 주채무자 사이의 관계에서 발생하는 것이므로, 보증인과 채권자가 당사자가 되는 보증계약과는 관련이 없다. 보증위탁계약은, 보증인이 주채무자에 대하여 보증위탁계약을 이행하여 채권자와 보증계약을 체결하면, 주채무자가 채무를 이행하지 않는 경우 채권자에 대하여 보증채무를 이행한 뒤 주채무자에게 구상권을 행사하는 구조로 되어 있다. 역시 채권 분류 시 어느 시점을 기준으로 할지의 문제가 생긴다고 할 수 있다.

대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결은 별다른 논거 없이 도산절차개시 전 연대보증계약이 체결되었다는 이유로 일부구비설에 따른 주요한 발생원인이 도산절차개시 전에 갖추어져 있다고 보았다. 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다207352 판결은 보증보험계약의 사례인데, 보증보험은 형식적으로는 보험계약이지만 실질적으로는 보증의 성격을 가진다.⁶²⁾ 따라서 보증의 구조로 보면 피고가 주채무자, 원고가 보증인, 건설공제조합이 채권자가 되며, 피고가 원고와 보증위탁계약을 체결한 사례라고 볼 수 있다. 여기서 판례는 2차 보증보험계약, 즉 보증위탁계약이 도산절차개시 후에 체결되었고, 주요 내용이 바뀌었으며, 보험사고가 1차 보증보험계약에서 정한 기간 이후이면서 2차 보증보험계약에서 정한 기

60) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결, 대법원 2015. 6. 24. 선고 2014다220484 판결 등.

61) 노영보, *도산법 강의*, 178면; 최승록, “파산채권과 재단채권”, 306-307면.

62) 대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결

간 내에 발생하였다는 점을 논거로 제시하였다.

대체로 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결은 보증계약의 체결 시점, 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다207352 판결은 보증위탁계약의 체결 시점을 기준으로 본 것이다. 이는 모순이나, 어느 판례도 왜 서로 달리 보았는지에 대하여 구체적인 논증을 하지 않았다. 이는 일부구비설이 사안에 대하여 구체적이고 일관된 지침을 주지 못함을 방증하는 것이다. 주요한 발생원인은 보증위탁계약 체결, 보증계약 체결, 보증채무 이행 어느 쪽에도 포섭이 가능한 개념이다. 구체적이고 일관된 지침의 부재가 모순된 판례를 낳았다.

한편, 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다207352 판결은 만일 보험사고가 2차 보증보험계약 체결 후, 1차 보증보험계약에서 정했던 내용 범위 내에 발생하였다면 달리 볼 여지가 있다는 취지로 읽힌다. 기존의 계약을 체결하고 도산절차가 개시된 후 새로운 계약을 체결한 경우, 문제되는 급부가 기존의 계약에서 정하고 있었던 범위 내에 속하는지, 그 범위 밖에 속하는지에 따라 결론이 달라질 것인가에 대한 문제도 검토가 필요하다.

4) 예약 완결권이 문제된 사례

기본적으로 판례는 예약완결권은 도산절차의 영향을 받지 않는다는 전제 하에 있는 것으로 보인다. 예약완결권을 고스란히 행사한 결과 발생하는 채권의 성질에 집중해서 논하고 있다. 그런데 판시만 놓고 보면 두 판례는 모순된다. 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결은 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정이 유추적용된다고 보았고, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결은 쌍방미이행 쌍무계약의 제규정이 적용될 여지가 없다고 보고 일부구비설을 적용하여 해결하였다. 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결의 사례는 도산절차개시 당시에 이미 예약완결권이 존재하였으나, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결의 사례는 도산절차개시 당시에 아직 예약완결권이 존재하지 않았다는 점에서 형식적으로 구별되는 듯하나, 그러한 차이가 결정적이라고 볼 수는 없다.⁶³⁾

판례는 결과적으로 이에 따른 청구권이 관리채권이 된다는 취지로 판시해 같은 결론을 내었으나, 일반적인 경우에는 일부구비설을 적용하고, 쌍방미이행 쌍무계약의 경우에는 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정을 적용하여 해결하는 통설 및 판례의 태도에 따르면, 유사한 사안임에도 결론이 달라질 가능성이 있어 통일적인 해석을 요한다.

이에 대하여 학설은 채권자의 예약완결권 행사 시점에 따라 채권의 성질이 달라지는 것은 부당하다고 본다. 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결의 사례와 관련해서 예약완결권의 행사 결과 발생하는 채권에 대하여 도산절차상 제한을 가하는 것이 타당하다는 취지이다.⁶⁴⁾ 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결의 사례와 관련한 학설도 기본적으로 같은 취지이나, 구 임대주택법의 취지상 도산채권으로 보더라도 도산절차상 제약을 받지 않도록 해야 한다고 본다.⁶⁵⁾ 예약완결권과 같은 형성권에 대해서도 도산절차상 제한을 가할 수 있다면 보다 통일적이고 타당한 해결이 가능할 여지가 있다고 생각된다.

공익성을 떠는 다른 법령과 도산법이 충돌할 때, 이를 어떻게 해결할 것인가에 대한 검토도 필요한 것으로 보인다. 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결의 사례와 관련된 학설은 도산법보다 구 임대주택법이 우선한다는 취지인데, 도산법보다도 우선하여야 한다는 점에 대한 논거는 충분히 제시되지 못했다.

나. 비계약상 채권의 사례

1) 법정채권관계의 사례

대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다114851 판결의 사례의 가지급물반환채권 중 원상회복청구권은 공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 법정채무로, 성질상 부당이득반환청구권의 성질을 가진다.⁶⁶⁾ 유형론에 따르면 부

63) 김성용, “2012년 도산법 판례”, 240면.

64) 김영주, “박사학위논문”, 68면.

65) 김성용, “2012년 도산법 판례”, 240-241면.

66) 김홍엽, 민사소송법, 894면; 민일영, 주식 민사소송법(Ⅲ), 398면(김현석 집필 부분); 이시윤, 신민사소송법, 693면; 대법원 2005. 1. 14. 선고 2001다81320 판

당이득 중에서도 급부부당이득에 가깝다고 할 수 있다. 가지급물반환채권 중 손해배상청구권은 공평에 입각한 위험책임·무과실책임에 해당하는 불법행위책임에 근거한 것으로,⁶⁷⁾ 판례도 같은 취지에서 과실상계가 적용된다고 본다.⁶⁸⁾ 판례는 기본적으로 일부구비설에 따라 가지급물의 급부가 도산절차개시 전에 이루어졌다면, 부당이득반환청구권과 불법행위 손해배상청구권으로서의 가지급물반환채권은 가집행선고의 실효를 조건으로 하는 조건부 채권으로서 도산채권이 된다고 보았다. 그러나 가지급물반환채권의 법적 성격을 심도 있게 규명하거나 구체적인 논증을 하지는 않았다.

대법원 2016. 11. 25. 선고 2014다82439 판결의 사례는 공동불법행위자간 구상권이 문제된 사례이다. 이에 대해서는 우선 구상권의 법적 성격부터 규명될 필요가 있다. 원 손해배상청구권의 권리이전으로서의 특성을 갖는다는 견해,⁶⁹⁾ 다른 채무자는 법률상 원인 없이 자신의 채무 소멸이라는 부당이득을 얻은 것으로, 이러한 구상부당이득반환청구권에 관하여 민법 제741조와 민법 제425조는 범조경합관계에 있어 특별법인 민법 제425조가 우선 적용된다고 보는 견해,⁷⁰⁾ 다른 구상규정을 발견할 수 없을 때 사무관리 및 부당이득에 의한 반환청구가 배제될 이유는 없다고 보아 사무관리 및 부당이득의 법리가 적용될 가능성을 암시하는 견해⁷¹⁾ 등이 있는데, 권리이전으로서의 특성을 갖는다는 견해에 따르면 불법행위 손해배상청구권의 성질을, 사무관리 및 부당이득의 특성을 갖는다고

결.

67) 김홍엽, 민사소송법, 894면; 민일영, 주석 민사소송법(Ⅲ), 404면(김현석 집필 부분); 이시훈, 신민사소송법, 693-694면; 대법원 1979. 9. 11. 선고 79다1123 판결.

68) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84다카1695 판결, 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다23357 판결.

69) 서봉석, “구상권과 3자관계의 권리조정”, 민사법학 제42호, 2008, 478면.

70) 김서기, “부진정연대채무의 법률관계에 관한 소고”, 일감법학 제32호, 2015, 565-566면.

71) 김형석, “제3자의 변제·구상·부당이득”, 서울대학교 법학 제46권 제1호, 2005, 343면.

보면 비용상환청구권이나 구상부당이득반환청구권의 성질을 가진다고 할 수 있다.

판례는 구상권의 법적 성격의 규명 없이, 기본적으로 일부구비설에 따라 공동불법행위시를 기준으로 보았다. 그저 원래의 손해배상책임이 성립한 시점에 구상권의 주요한 발생원인도 갖추어져 있다고 본 것이다. 판례해설도 채무자 회생법 제126조의 규정, 가능한 도산채권의 범위를 넓게 보아 채무자의 회생을 도모하여야 한다는 점, 관리채권이나 개시 후 기타채권의 요건에 부합하지 않고 남용의 우려가 있으며, 당사자의 의사에도 부합하지 않을 수 있는 점 등에 더해 결국 공동불법행위가 주요한 발생원인에 해당하는 점을 근거로 든다.⁷²⁾ 그러나 구상권의 법적 성격이 어떠한지, 왜 공동불법행위가 주요한 발생원인에 해당하는지에 대한 구체적인 논증은 어디에서도 찾을 수 없다.

결국 법정채권관계의 사례에서도 일부구비설의 문제점이 드러난다. 일부구비설에 의해서는 구체적인 논증이 사실상 불가능하다. 그러다보니 문제되는 채권의 법적 성격에 대한 충분한 규명 없이 바로 결론으로 넘어간 측면도 있는 것으로 보인다. 불법행위는 위법한 채무자의 행위가 요건이 되고, 사무관리는 채권자의 준법률행위가 요건이 되고, 부당이득은 사건이 요건이 되나 결국 이 경우에도 채무자나 채권자의 행위가 그 사건을 구성하게 된다는 점에서, 법정채권관계의 유형은 결국 일정한 행위가 채권의 발생원인이 된다는 공통점이 있다. 이러한 점에 주목하여 구체적이고 일관된 기준을 모색할 필요성이 있다. 대법원 2016. 11. 25. 선고 2014다82439 판결은 일견 불법행위 손해배상청구권도 불법행위 성립 시 주요한 발생원인이 갖추어진다는 취지로 읽히나 논증이 없다. 불법행위가 회생절차개시 전에 있었던 이상 그 손해의 내용이 회생절차개시 후 구체적으로 확정되더라도 손해배상청구권은 회생채권이 된다는 판례해설도 구체적인 논거를 대고 있지는 않다.⁷³⁾

72) 임혜진, “회생채권 신고를 기대할 수 없었던 채권의 보호”, 998-1000면.

73) 김희중, “대법원판례해설”, 394면.

2) 행정처분 관련 사례

우선, 과징금 청구권에 대해서도 도산절차가 적용되는지 문제된다. 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013두5159 판결은 현행 채무자 회생법의 해석상으로는 한정적 열거가 되어 있는 제140조 제1항, 제566조 제2호, 제625조 제2항 제3호를 과징금 청구권을 포함하는 것으로 보기 어렵다는 취지이다. 학설은 입법 연혁을 거슬러 올라가며 이에 반대한다.⁷⁴⁾ 이 논점은 도산법과 다른 공익성을 갖고 있는 법령이 충돌할 때 무엇을 우선시할 것인가의 문제의 일종이라고 할 수도 있다.

판례는 모두 도산절차개시 전 과징금 부과 대상인 행정상의 의무위반 행위 자체가 성립하고 있으면 그 부과처분이 도산절차개시 후에 이루어졌다 해도, 과징금 청구권은 도산채권이 된다고 본다. 일부구비설을 전면에서 내세우지는 않았으나 그 기저의 논리는 같은 것으로 보인다. 그런데 일부구비설을 따른다면 의무위반행위를 어떻게 규정하고 어떤 범위로 한정할 것인지 문제는 여전히 남는다. 또 왜 그렇게 보아야하는지에 대한 논증도 필요하다. 판례는 이러한 부분에 대해서는 침묵하고 있다. 학설도 별다른 논거를 내세우지는 않고 있다.⁷⁵⁾ 도산법의 목적, 과징금의 근거가 된 법령의 목적 등을 종합적으로 고려해 기준을 세울 필요가 있다. 계속적 행위의 분리·절단 가능성을 검토하고, 객관적이고 획일적인 기준을 모색하여야 한다.

3) 기타 사례

임대사업자는 도산절차개시 전에도 지속적으로 특별수선충당금을 적립할 의무가 있었다. 견해에 따라서는 도산절차개시 전 적립의무가 있었던 부분에 관해서는 도산채권이 된다고 볼 여지도 있다. 그러나 판례 및 학설은 일관되게 임대주택의 관리·환가 업무 수행의 일환으로 특별수선충당금을 인계하는 것이고, 도산절차개시 전에 입주자대표회의가 구성조차 되지 않았으며, 임대주택이 반드시 분양전환된다는 보장도 없다는 이

74) 김성용, “2013년 도산법 판례”, 259면.

75) 김성용, “2013년 도산법 판례”, 259면.

유로 특별수선충당금 지급 청구권은 관리채권이 된다고 보았다.⁷⁶⁾ 결론은 타당해 보이나, 학설은 가정적인 논증으로 보인다. 일부 요건 구비 여부가 확실하지 않음에도 도산채권으로 분류되는 경우가 있다는 점에서 입주자 대표회의가 구성되지 않았고 분양전환 여부가 확실하지 않다는 점은 논거가 될 수 없다. 미구비 요건의 구비 여부가 불확실하다는 논증은 동어반복에 불과하다. 다른 채권자와의 관계를 고려하는 견해⁷⁷⁾를 참고하여 도산법적 관점에서 일관되게 설명할 수 있는 방법은 없는지 검토할 여지가 있다.

2. 일반론 차원의 검토

일반론 차원에서 일부구비설이 통설로서 주장되고 있으나, 일부구비설이 말하는 청구권의 주요한 발생원인이 무엇인지에 대해서는 구체적인 지침을 찾을 수 없었다. 판례도 일반론으로 일부구비설을 천명하면서도, 청구권의 주요한 발생원인이 무엇인지, 단순한 기대권에 불과한 경우와 다른 점이 무엇인지에 대해서는 명쾌한 기준을 제시하지 못했다. 일반적으로 기대권은 권리발생요건 중 일부분만 갖추고 있는 상태에서 법이 주고 있는 보호라고 보며, 조건부 권리나 기한부 권리가 그 예라고 하는데,⁷⁸⁾ 그렇다면 ‘단순한’이라는 수식어만으로 이를 도산채권에서 제외하는 것은 설명이 부족하다. 일부 학설도 같은 취지에서 구체적 사안의 해결에는 별다른 지침이 되지 못한다고 비판하였다.⁷⁹⁾

일부 판례는 ‘의사표시 등’이라는 표현을 쓰기도 하였으나,⁸⁰⁾ 왜 의사표시가 이루어진 시점이 기준이 되어야 하는지 논증하지 않았고, 정작 앞에서 보았듯 그 시점을 기준으로 채권을 구별하여 문제를 해결하지도

76) 김희중, “2015년 상반기 도산법 판례”, 28-29면.

77) 김성용, “2015년 도산법 판례”, 268면.

78) 송덕수, 민법총칙, 60면.

79) 김성용, “2012년 도산법 판례”, 240-241면.

80) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결, 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다210824 판결

않았다. 더구나 의사표시가 여러 단계에 걸쳐 있는 경우에는 어떠한 의사표시를 기준으로 할지도 문제되고, 실제로 판례는 모순된 판시를 하기까지 하였다.⁸¹⁾ 더구나 의사표시가 발생 요건이 되지 않는 대부분의 비계약상 채권은 적용조차 불가능한 기준이다.

“채권 발생의 원인이 회생절차개시 전의 원인에 기한 것인 한 그 내용이 구체적으로 확정되지 아니하였거나 변제기가 회생절차개시 후에 도래하더라도 상관없다.”라는 판시도 일부구비설을 따르는 이상 같은 말을 반복하는 것에 불과하다.

‘회생채권에는 조건부채권도 포함되는데, 이는 채권의 전부 또는 일부의 성립 또는 소멸이 장래의 불확정한 사실인 조건에 의존하는 채권을 말하고, 위 조건은 채권의 발생원인인 법률행위에 붙은 의사표시의 내용인 부관에 한정되지 않는다.’라는 판시도 마찬가지이다. 판례는 법률행위의 부관으로서 조건뿐만 아니라,⁸²⁾ 일반적으로 가장조건으로 분류되는 법정조건도⁸³⁾ 여기서의 조건부채권에 포함된다는 취지로 판시하고 있는데, 이 역시 결국엔 요건이 일부 구비되지 않아도 된다는 말 이상의 의미를 담고 있지 않다. 조건부채권이라면 모두 도산채권이 된다는 취지도 아니다. 그렇게 보는 것이 타당하다고 할 수도 없다. 결국 통설과 판례가 제시하는 일반론은 실제 사안에 적용하기 어려운 기준으로, 그 의미가 크지 않다고 볼 수 있다.

기본적으로 통설 및 판례는 계약상 채권과 비계약상 채권을 불문하고 일부구비설이라는 같은 원리로 설명하고 있다. 그럼에도 쌍방미이행 쌍무계약의 경우에는 일부구비설과 다른 관점에서 접근하여, 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정을 채권의 성질과 관련하여서는 특별 규정으로 이해했다. 그리하여 모든 경우에 적용되는 일관된 논의로 수렴하지 못하고 있는 실정이다. 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 채권도 계약상 채권임에도 별도로 논의하고 있는 것이다. 그러다보니 사례별로 부당한 결론을 내기

81) 보증위탁계약과 보증계약이 체결된 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결, 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다207352 판결

82) 송덕수, 민법총칙, 423면.

83) 송덕수, 민법총칙, 427-428면.

도 하였다.

쌍방미이행 쌍무계약이 문제되는 경우, 쌍방미이행 쌍무계약이 되는지 여부에 따라 상대방의 채권에 대한 취급이 급격하게 바뀌는 문제점이 있다. 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하면 관리인의 이행 선택 시 상대방의 청구권은 전체가 관리채권이 되나, 쌍방미이행 쌍무계약이 아니라고 보게 되면 상대방의 청구권은 전체가 도산채권에 머물게 된다. 대차형 계약의 사례, 법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결의 사례에서 보듯 구체적 타당성 있는 결론을 내지 못하기도 한다.

쌍방미이행 쌍무계약의 경우 하나의 채권을 분리하여 각 부분의 성격에 맞게 채권을 분류하는 대안을 검토할 필요가 있다. 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결에 관한 도산채권설의 논리와, 대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결의 결론을 발전시켜 쌍방미이행 쌍무계약을 포함해 그 법리를 보편화할 수 있는 가능성이 없는지도 검토할 여지가 있다. 또한, 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다207352 판결의 사례에서 보듯 기존 쌍방미이행 쌍무계약의 이행을 선택하고 새로운 계약을 다시 체결한 경우, 문제되는 채권에 대응하는 반대급부가 기존 계약의 영역에 속하는지에 따라 결론이 달라질지에 대해서도 살필 필요성이 있다.⁸⁴⁾

도산법과 공익성이 있는 다른 법령이 충돌할 때 이를 어떻게 해결할 것인가에 대한 논의도 충분히 이뤄지지 못했다. 일반론 차원에서는 이러한 논의가 존재하지 않았고, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결의 사례에 관한 학설, 행정처분 관련 사례의 논의에서 일부 문제의식이 제기되었으나 구체적인 논의가 이루어지지 못했다. 도산법의 원리에 따라 채권을 분류한 결과가 공익성이 있는 다른 법령의 목적과 배치될 수 있는데, 그럴 때 어떻게 충돌을 해결하여야 하는지도 본고의 주제와

84) 한편, 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제한 경우, 양 당사자 간 기이행 급부에 큰 차이가 존재한다면, 과연 가액반환청구권을 관리채권으로 취급하는 것이 형평에 맞는지도 재론의 여지가 있다. 애초에 관리인에게 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 해제권을 부여하는 것의 타당성도 문제가 된다. 그러나 이는 본고의 주제와 직접 관련되지는 않으므로 상세히 논하지 않고, 이후 필요한 범위 내에서 언급하는 정도로 그치도록 한다.

관련되므로 그 한도에서는 논의할 필요성이 있다. 결국 다른 법령의 입법목적은 채권의 구별기준에 어떻게, 얼마만큼 적용해야 할지의 문제라고 할 수 있다.

한편 채권신고기한 내에 채권액이 확정되지 않거나 채권 발생 여부가 불명확하여 채권자에게 채권신고를 기대하기 어려운 경우에 대해서는, 일반론 차원에서 주요한 발생원인이 도산절차개시 전에 있다면 도산채권으로 보되, 적법절차 보장의 문제는 입법적으로 해결하여야 할 문제라고 하는 견해가 제시되었으나, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결의 사례와 관련하여서는 적법절차 보장을 받지 못하는 채권에 대해서는 공익채권이나, 개시 후 기타채권으로 보아야 한다는 견해가 제시되기도 하였다. 도산절차에서 채권을 분류할 때 적법절차 보장을 어떻게 고려해야 할지에 대해서도 논의가 수렴하지 못하고 있다. 적법절차를 보장하기 위해 이를 채권 분류의 기준으로 고려할지, 아니면 채권 분류와는 무관하게 보고 별도로 입법적인 보호장치를 둘 것인지도 논할 필요가 있다.

제 3 장 일본의 논의

제 1 절 일본의 도산법 개관

일본에 통일된 하나의 도산법전은 존재하지 않고, 일반적으로 파산절차를 규율하는 파산법(破産法), 특별청산절차를 규율하는 회사법(会社法)의 관계 제 규정(일본 회사법 제510조 내지 제574조, 이하 이 장에서 모든 법률은 별도의 표시가 없으면 일본의 법률을 지칭한다), 재생절차를 규율하는 민사재생법(民事再生法), 갱생절차를 규율하는 회사갱생법(会社更生法) 등을 통틀어 도산법이라고 부른다.⁸⁵⁾ 우리나라의 도산 관련 법제가 2005. 3. 31. 채무자 회생법 제정 전부터 일본의 파산법과 회사갱생법 등 도산 관련 법제를 계수하여 영향을 받았기에⁸⁶⁾ 규정 체계가 흡사하다. 우리나라의 채무자 회생법에 대응하면, 파산절차와 특별청산절차는 파산절차, 재생절차와 갱생절차는 회생절차 및 개인회생절차와 유사하다고 할 수 있다.

일본에서 도산채권은 원칙적으로 채무자에 대한 도산절차개시 전의 원인에 의하여 생긴 재산상 청구권으로서, 파산절차의 파산채권(파산법 제2조 제5항), 재생절차의 재생채권(민사재생법 제122조 제1항), 갱생절차의 갱생채권(회사갱생법 제2조 제8항)이 이에 해당한다.

파산채권은 파산절차에 참가하여 파산배당에 따라 만족을 받고(파산법 제193조 제1항), 면책절차에 따라 면책의 대상이 된다(파산법 제253조 제1항). 원칙적으로 파산절차에 의하지 않고는 행사할 수 없다(파산법 제100조 제1항). 파산채권자가 파산배당을 받고 채권자집회 의결권을 행사하기 위해서는 파산채권의 존재 및 액수가 확정되어야 한다. 이를

85) 山本和彦, 中西正, 笠井正俊, 沖野眞巳, 水元宏典, 倒産法概説, 2頁.

86) 김영주, “부인권의 본질 및 행사에 관한 몇 가지 쟁점”, 경북대학교 법학논고 제57집, 2017, 89면.

위해서는 파산채권을 신고하고 조사하는 절차를 거쳐야 한다.⁸⁷⁾ 파산채권에 기한 강제집행이나 보전집행에 나아가는 것은 허용되지 않는다. 급부소송이나 적극적 확인소송도 부적법하여 각하된다. 보전처분을 신청하는 것도 마찬가지이다.⁸⁸⁾

재생채권은 재생절차에 참가하여(민사재생법 제86조 제1항), 재생계획에 의해 권리변경의 대상이 되고(민사재생법 제154조, 제155조, 제179조 등), 재생계획의 수행에 의하여 만족을 얻는다(민사재생법 제186조 제1항). 재생채권자가 재생절차상 의결권 등을 행사하고, 재생계획에 따라 변제를 받기 위해서는, 재생채권의 존재 및 내용을 확정하여야 한다. 이를 위한 절차가 채권신고, 조사 및 확정 절차이다.⁸⁹⁾ 재생채권에 기한 강제집행 등은 금지, 중지 및 실효된다(민사재생법 제38조 제1항, 제2항). 재생계획인가결정이 확정되면, 재생계획에서 정하거나 민사재생법의 규정에 따라 인정된 권리를 제외하고는, 모든 재생채권은 면책의 대상이 된다(민사재생법 제178조 제1항 본문).⁹⁰⁾

갱생채권은 갱생절차에 참가하여(회사갱생법 제135조 제1항), 갱생계획에 의해 권리변경의 대상이 되고(회사갱생법 제167조 제1항 제1호, 제168조 제1항, 제205조 제1항, 제2항 등), 갱생계획의 수행에 의하여 만족을 얻는다(회사갱생법 제209조 제1항). 갱생채권자가 갱생절차상 의결권 등을 행사하고, 갱생계획에 따라 변제를 받기 위해서는, 갱생채권의 존재 및 내용을 확정하여야 한다. 이를 위한 절차가 채권신고, 조사 및 확정 절차이다.⁹¹⁾ 갱생채권에 기한 강제집행 등은 금지, 중지 및 취소된다(회사갱생법 제50조 제1항, 제4항). 갱생계획인가결정이 내려지면, 갱생계획에서 정하거나 회사갱생법의 규정에 따라 인정된 권리를 제외하고는, 모든 갱생채권은 면책의 대상이 된다(회사갱생법 제204조 제1항).⁹²⁾

파산절차의 재단채권, 재생절차 및 갱생절차의 공익채권은 관리채권에

87) 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 597, 619-620頁.

88) 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 270頁.

89) 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 937, 1001-1002頁.

90) 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 846頁.

91) 伊藤眞, 会社更生法, 464, 609-611頁.

92) 伊藤眞, 会社更生法, 181頁.

해당한다. 관리채권은 도산절차의 수행에 수반하여 발생한 비용이나 부담에 관한 것으로서 도산채권자 공동의 부담으로 하여야 하는 것, 특별한 정책적 고려에 의해서 관리채권으로 한 것 두 종류가 있다.⁹³⁾ 관리채권은 도산절차에 의하지 않고 수시로 변제받을 수 있고(파산법 제2조 제7항, 민사재생법 제121조 제1항, 회사갱생법 제132조 제1항), 도산채권에 우선하여 배당받는다(파산법 제151조, 민사재생법 제121조 제2항, 회사갱생법 제132조 제2항). 관리채권에 기하여 급부소송을 제기하는 것도 가능하다.⁹⁴⁾ 단, 재단채권에 기한 강제집행은 금지되어 있다(파산법 제42조 제1항). 재생절차 및 갱생절차의 공익채권에 기한 강제집행 등은 금지되어 있지 않으나, 특정 재산에 대한 강제집행 등이 재생(갱생)에 현저히 지장을 줄 경우, 채무자가 달리 환가가 용이한 재산을 충분히 가지고 있다면, 재판소는 강제집행 또는 보전집행을 중지 또는 취소할 것을 명할 수 있다(민사재생법 제121조 제3항, 회사갱생법 제132조 제3항).⁹⁵⁾

우리나라의 도산법이 일본의 도산법을 계수하였기에, 구조가 거의 같음을 알 수 있다. 같은 맥락에서 일본에서도 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우 채권 분류의 기준이 매우 중요한 위치를 차지한다. 도산채권은 권리행사에 각종 제약을 받게 되지만, 관리채권은 비교적 자유롭게 행사할 수 있기 때문에 실질적으로 실현할 수 있는 채권액의 차이가 커진다.

문제되는 국면은 마찬가지로 계약상 채권인 경우와 비계약상 채권인 경우로 나눌 수 있고, 계약상 채권은 상대방이 채권자인 편무계약이거나 쌍무계약에서 상대방의 이행이 완료된 경우와 쌍방미이행 쌍무계약인 경우로 나눌 수 있다.

계약상 채권에 관하여, 상대방이 채권자인 편무계약이거나 도산절차개시 전에 쌍무계약에서 상대방의 이행이 완료된 경우에는 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정이 적용될 여지가 없다. 오로지 당해 채권의 발생원인이 도산절차개시 전의 원인에 의한 것인지, 도산절차개시 후의 원인에

93) 伊藤眞, 会社更生法, 233-235頁; 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 300, 859頁.

94) 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 313, 863-864頁.

95) 伊藤眞, 会社更生法, 247頁; 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 863-864.

의한 것인지에 따라 취급이 달라질 것이다. 일반적으로 도산채권에 해당하는지, 혹은 파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위에 의해서 발생한 청구권(파산법 제148조 제1항 제4호)으로서 재단채권(파산절차), 채무자 재산에 관하여 채무자 등이 재생절차개시 후에 한 자금의 차입 그 밖의 행위에 의해서 발생한 청구권(민사재생법 제199조 제5호)으로서 공익채권(재생절차), 채무자의 업무 또는 재산에 관하여 관재인 또는 채무자가 한 자금의 차입 그 밖의 행위에 의해서 발생한 청구권(회사更生법 제127조 제5호)으로서 공익채권(更生절차)에 해당하는지가 문제될 것이다.

쌍방미이행 쌍무계약에 해당할 경우, 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 제 규정이 적용된다. 관리인의 이행 선택 시 상대방의 청구권은 관리채권이 된다(파산법 제148조 제1항 제7호, 민사재생법 제49조 제4항, 회사更生법 제61조 제4항). 반면 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제 혹은 해지한 경우 상대방이 갖는 손해배상청구권은 도산채권이 되고(파산법 제54조 제1항, 민사재생법 제49조 제5항, 회사更生법 제61조 제5항), 채무자가 받은 반대급부가 현존하지 아니하는 때 상대방이 갖는 가액반환청구권은 관리채권이 된다(파산법 제54조 제2항 후단, 민사재생법 제49조 제5항, 회사更生법 제61조 제5항). 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 규율도 우리나라와 구조가 거의 같다.

비계약상 채권의 경우, 도산절차개시 전의 원인에 의한 것이어서 도산채권에 해당하는지, 파산재단에 관하여 파산관재인이 한 행위에 의해서 발생한 청구권(파산법 제148조 제1항 제4호) 혹은 사무관리 또는 부당이득에 의해서 파산절차개시 후에 파산재단에 대해서 발생한 청구권(파산법 제148조 제1항 제5호)으로서 재단채권(파산절차), 채무자 재산에 관하여 채무자 등이 재생절차개시 후에 한 자금의 차입 그 밖의 행위에 의해서 발생한 청구권(민사재생법 제199조 제5호) 혹은 사무관리 또는 부당이득에 의해서 재생절차개시 후에 채무자에 대하여 발생한 청구권(민사재생법 제199조 제6호)으로서 공익채권(재생절차), 채무자의 업무 또는 재산에 관하여 관재인 또는 채무자가 한 자금의 차입 그 밖의 행위에 의해서 발생한 청구권(회사更生법 제127조 제1호 제5호) 혹은 사무관리 또

는 부당이득에 의해서 갹생절차개시 후에 채무자에 대하여 발생한 청구권(회사갹생법 제127조 제1호 제6호)으로서 공익채권(갹생절차)에 해당 하는지가 문제된다.

일본에서도 이 논점에 관하여 주로 도산채권의 성립요건과 관련하여 논의되고 있다. 즉, 어디까지를 도산채권이 요구하는 ‘도산절차개시 전의 원인’에 의한 채권이라고 볼 것인지의 문제로 환원하고, 도산채권 외에는 관리채권 요건 충족 시 관리채권이 된다는 취지이다. 일본에서도 도산채권 개념의 외연을 확장할 때, 일반적으로 이미 발생한 청구권에 더해 장래의 청구권도 포함시킨다. 파산법 제103조, 민사재생법 제87조, 회사갹생법 제136조 등은 ‘장래의 청구권’ 개념을 전제하고 있다. 이미 발생한 채권이 도산채권이 됨은 당연하므로, 결국 도산채권이 되는 장래의 청구권의 기준점이 어떠한지가 문제된다.

우리나라와 같이 일본의 통설과 판례는 청구권의 주요한 발생원인이 도산절차개시 전에 갖추어져 있으면 충분하다는 일부구비설을 취하고 있고, 쌍방미이행 쌍무계약이 문제되는 경우에는 별도의 해석론이 있다. 우리나라가 일본의 도산법을 계수하며 관련된 논의도 함께 수용한 때문으로 보인다. 따라서 일본의 학설 성립 과정과 맥락을 봄으로써 우리 학설을 더 잘 이해할 수 있을 것으로 생각된다.

제 2 절 일반론

1. 일반적인 경우

가. 학설

1) 현재의 통설 - 일부구비설(一部具備說)

현재의 통설은 일부구비설이다. 도산채권의 발생원인의 전부가 도산절차개시결정 전에 구비되어 있을 필요는 없고, 주요한 발생원인이 구비되어 있으면 족하다고 본다. 당해 채권의 발생원인을 어디에서 찾아낼지,

혹은 주된 원인을 어떻게 해석할지가 문제된다는 점을 인정하는데, 구체적으로 이행기 미도래의 채권, 조건부 채권, 임차인의 보증금반환채권, 보증인의 구상권과 같은 장래의 청구권(법정 정지조건부 채권) 등은 채권의 발생원인이 도산절차개시 전에 있다면 도산채권이 된다고 한다. 계약상 채권은 계약의 성립시기가 기준이 되고, 불법행위에 기한 손해배상 청구권은 불법행위의 발생이 기준이 된다고 본다. 이에 반해, 유언자의 생존중의 유증에 따른 기대는, 단순 기대권 내지 사실상의 이익에 불과해 도산채권이 되지 않는다고 한다.

불법행위에 기한 손해가 현재화되지 않은 손해배상청구권자에게 도산채권의 신고를 기대할 수 있는지에 대한 문제도 인식하고 있다. 재생절차에는 자인의무 제도⁹⁶⁾가 있으나 손해가 현재화되어 있지 않은 상태에서 채무자에 대하여 자인할 것을 기대하기 어렵다는 점에서 운용에는 신중할 필요가 있다고 보고 있다. 도산절차개시 후 새로 발생한 손해(후유증 등)에 따른 손해에 대해서는 피해액에 전형적인 후유증의 손해액을 더해 해제조건부 채권과 같이 취급하는 것, 장래에 현재화될 손해배상청구권자를 위해 관리인이 신탁재산을 설정하는 방식이 제안되고 있다. 입법론적 해결이 바람직하다는 견해도 있다.⁹⁷⁾

96) 신고되지 않은 재생채권이라도, 채무자가 그 존재를 아는 경우에는 해당 재생채권을 자인하는 내용의 인부서를 기재하는 것을 의무로 부여하고(민사재생법 제101조 제3항), 조사나 확정 대상으로 하는 제도이다. 만일 채무자가 기재를 하지 아니한 경우 일종의 제재로서 해당 재생채권자가 실권하지 않고, 재생계획에서 정한 권리변경의 일반적 기준에 따라 해당 권리가 변경되고(민사재생법 제181조 제1항 제3호), 변제 등에 열후적 취급을 받는 것으로 하였다. 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 945頁 참조.

97) 伊藤眞, 会社更生法, 177-178頁; 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 261-262頁; 伊藤眞, 岡正晶, 田原陸夫, 林道晴, 松下淳一, 森宏司, 条解破産法, 34頁; 今中利昭, 今泉純一, 中井康之, 実務倒産法講義, 191, 648-649頁; 岡伸浩, 小畑英一, 島岡大雄, 進士肇, 三森仁, 破産管財人の債権調査・配当, 79-80頁(蓑毛良和 執筆部分); 加藤哲夫, 破産法, 145-146頁; 園尾隆司, 小林秀之, 条解民事再生法, 416-417頁(杉本和士 執筆部分); 宗田親彦, 破産法概説, 264-265頁; 竹下守夫, 大コンメンタール破産法, 20頁(小川秀樹 執筆部分); 谷口安平, 倒産処理法, 154頁; 山本克己,

2) 통설에 대한 비판론 - 공제설(控除說)

통설의 타당성을 논하기 위해서는 학설사적 검토가 필요하다. 특히 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우에 직결되는 개념은 전술한 ‘장래의 청구권’인데, 학설사적으로 주로 다투어져 온 부분도 바로 이 부분이기 때문에 더욱 참고할 가치가 있다고 할 수 있다.

도산채권 또는 장래의 청구권의 개념에 관해서 최초에는 전부구비설(全部具備說, 당시 齋藤常三郎은 전부완비설(全部完備說)이라 표현했다)이 주장됐다. 이에 따르면, 청구권의 발생원인이 모두 도산절차개시 전에 갖추어져, 청구권 자체 또한 도산절차개시 전에 성립하고 있을 것을 요한다. 일부 구비로 족하다는 취지가 법문상⁹⁸⁾ 명확하지 않고, 일부구비설은 도산절차개시 당시의 권리의무 관계를 명백하게 하고자 하는 도산절차 근본적 목적에 반하며, 도산절차개시 후 채무자의 행위로서 채권자에 대항할 수 없다는 원리에도 반한다는 문제의식에 기초했다. 정지조건부 채권을 정지조건부 성취에 따라 장래 권리를 취득하는 상대방의 이익인 기득권으로 이해하여, 정지조건부 채권은 도산절차개시 당시에 이미 기득권으로 성립하고 있으므로 도산채권이 된다고 한다. 장래의 청구권의 의미와 관련하여 법정 정지조건설을 채용한다.⁹⁹⁾ 즉, 도산채권이 되기 위해서는 이미 성립한 채권이거나, 법정 정지조건부 채권을 의미하는

破産法・民事再生法概論, 117頁(佐藤鉄男 執筆部分); 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール破産法, 17頁(山本克己 執筆部分); 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール民事再生法, 197頁(田頭章一 執筆部分); 山本克己, 瀬戸英雄, 山本和彦, 新破産法の理論と実務, 359-360頁(田邊誠 執筆部分); 山本和彦, 中西正, 笠井正俊, 沖野眞巳, 水元宏典, 倒産法概説, 2015, 56-57頁 등.

98) 현행법상으로도 조건부채권이 도산채권에 속함은 법문상 명확하나(파산법 제103조 제4항, 민사재생법 제87조 제1항 제3호 마(ホ)목, 회사更生법 제136조 제1항 제3호 등), 그 외의 채권의 경우에는 일부 구비로 족하다는 취지가 명확하지는 않다고 볼 여지가 있다.

99) 齋藤常三郎, “破産債権の意義を論ず”, 破産法及和議法研究(1), 1926, 79-155頁(山本和彦, “将来の請求権”, 734-736頁에서 재인용).

장래의 청구권이어야 한다는 뜻이다.

처음으로 전부구비설을 정면으로 반박하면서 등장한 井上直三郎의 일부구비설(井上直三郎은 당시 일부원인설(一部原因説)이라 명명했다)은 어느 요소가 ‘원인’이 되는지에 관해서, ‘청산적 구조에서 결제되어야 하는 청구권’인지 여부로 구별한다고 이해했다. 즉, 채무자의 재산에 대해 무시할 수 없는 이익을 보유하고, 장래에 채무자의 재산적 이익의 배분에 대한 기대를 갖고 있어, 필지적(必至的) 혹은 미필적으로 청구권의 발생이 이미 하나의 법률관계로서 현존할 것을 요한다는 것이다. 그는 이를 ‘부책요건(負責要件)’이라 하였다. 이 때, 부책요건의 성립과 청구권의 발생 사이에 시차가 발생하는 경우가 존재할 수 있다. 이처럼 부책요건(원인)은 발생하고 있으나, 청구권의 법률요건이 완성되지 못한 경우를 가리켜 ‘장래의 청구권’이라고 정의하여, 법정 정지조건설과는 견해를 달리했다. 일부구비설로부터는 자연스럽게 불완비요건설이 도출된다.¹⁰⁰⁾ 즉, 도산채권은 이미 성립한 채권이거나, 정지조건부 채권인 경우뿐만 아니라 이와 구별되는 ‘장래의 청구권’인 경우도 포함한다는 뜻이다.

이후 전부구비설은 도산절차개시 당시 채무자의 권리의무를 명백히 하고자 하는 목적이거나, 문언의 취지를 고려하면 전부구비설이 타당하며, 장래의 청구권은 도산절차개시 후 법정조건의 발생에 따라 행사하는 것이 가능한 청구권으로서, 일종의 정지조건부 채권을 말한다고 보는 견해로 충실히 계승되었고,¹⁰¹⁾ 일부구비설 또한 채권발생의 필요한 일체의 사실이 완비될 필요는 없고, 장래의 청구권은 도산절차개시 당시에 이미 주요한 발생원인이 존재하여 도산절차개시 후 나머지 요건이 갖춰지면 발생할 것으로 보이는 권리를 의미한다거나, 도산채권의 원인은 부책요건, 즉 청구권 발생의 기초적 법률관계를 구성하는 사실을 의미한다는 일부관계설(一部關係説) 혹은 부책요건설(負責要件説)이 정당하다는 견해로 충실히 계승되었다.¹⁰²⁾ 채권자가 도산절차개시 당시 채무자의 재산

100) 井上直三郎, “破産債権の要件に関する二三の問題”, 破産・訴訟の基本問題, 1971, 204-240頁(山本和彦, “将来の請求権”, 736-737頁에서 재인용).

101) 菊上維大, 破産法概要, 1952, 55-56頁(山本和彦, “将来の請求権”, 738頁에서 재인용).

을 일반 담보시킬 수 있는 상태라면 권리 자체가 발생하지 않아도 된다는 1990년대의 일부구비설에서도¹⁰²⁾ 그 흔적을 찾을 수 있다.

이러한 전부구비설과 일부구비설의 대립은, 도산절차개시 당시 법률관계를 명확하게 하여 도산절차의 안정성을 추구하려는 전부구비설의 문제의식과, 도산 위험을 부담하여야 하는 지위에 있는 채권을 도산채권으로 분류하여 같은 처지에 놓여 있는 채권자를 같게 취급하려는 일부구비설의 문제의식이 ‘장래의 청구권’의 개념과 관련하여 충돌하며 전개된 것이라고 할 수 있다.

그러나 그 이후의 학설은 도산채권의 요건에 관해 일부구비설이 통설이 되는 한편, 장래의 청구권에 관해서는 법정조건설에 따른 견해가 더해져 전개되었다. 왜 장래의 청구권을 법정조건으로써 설명하여야만 하는지, 다시 말해, 왜 불완비요건설을 배척하여야 하는지에 대한 문제의식은 희미해졌다. 齋藤설과 井上설을 합치면서, 齋藤와 井上 사이의 논쟁에 있었던 문제의식을 잃어버린 채, 현재의 통설이 형성된 것이다. 그러나 이러한 통설은 약정 또는 법정의 조건이 붙은 채권만이 도산채권이고, 도산절차개시 당시 채권이라고 할 수 없다면, 도산채권이 될 수 없다는 이해에 이를 여지가 있어, 일부구비설의 본질을 왜곡할 위험이 있다.

최근 이러한 견지에서 통설을 비판하는 山本の 견해가 등장하였는데, 결국 도산채권의 의의를 고찰할 때에는, 어떠한 채권이 도산채권으로서 도산절차에 참가할 권리를 인정받을 수 있는지의 관점이 중요하다고 본다. 기본적으로는 채무자가 경제적 위기 상태에 있을 때, 어떤 요건 하에서 채무자 재산으로부터 배당을 받고, 채무자의 신용 위험을 부담하여야 하는 지위가 인정되는지가, 발상의 기본이 된다는 것이다.

山本는 결론적으로 조건부 채권 이외에도 청구권의 법률요건의 일부가 구비되어 있지 않은 채권도 도산채권으로서 인정하여야 할 경우가 있으므로, 주요한 발생원인이 도산절차개시 전에 존재하고 있으나 그 발생원인의 일부가 존재하지 않는 채권 중 정지조건부 채권을 제외한 채권이

102) 小野大常, 新版破産法, 1952, 154頁; 小野大常, 中野貞一郎, 強制執行法・破産法講義, 1957, 204頁(각 山本和彦, “将来の請求權”, 738頁에서 재인용).

103) 宗田親彦, 破産法研究, 364頁.

장래의 청구권이 된다는 의미에서 자신의 학설을 공제설이라 명명하였다.¹⁰⁴⁾ 만일 통설과 같이 정지조건부 채권만이 ‘장래의 청구권’이 된다고 이해하면 최초 일부구비설이 제기한 문제의식을 상실할 위험이 있고, 실제로도 그러한 결과를 낳았으므로, ‘장래의 청구권’의 개념에 관해 공제설을 따라야 한다는 취지이다.

나. 판례

최고재판소는 이에 대해 정면으로 법리를 실시한 바는 없으나, ‘보증인의 변제가 파산절차개시 후에 있었다 해도, 보증계약이 주채무자의 파산절차개시 전에 체결되었다면, 당해 구상권의 발생의 기초가 되는 보증관계는 그 파산절차개시 전에 발생해 있는 것이므로, 당해 구상권은 파산절차개시 전의 원인에 의해서 발생한 재산상의 청구권에 해당한다.’라고 판시하거나(最高裁第二小法廷 2012. 5. 28. 平21 (受) 1567号 判決)¹⁰⁵⁾, ‘당해 청구권의 발생의 기초가 되는 사실관계는 그 갱생절차개시 전에 발생해 있다.’라고 판시하며 당해 청구권을 도산채권으로 보는 등(最高裁第二小法廷 2013. 11. 13. 平25 (許) 4号 決定) 일부구비설의 입장이라고 볼 수 있다.

도쿄고등재판소는 ‘당해 채권 자체가 갱생절차개시 시점에 이미 성립해 있을 필요는 없으나, 그 채권 발생의 기본이 되는 법률관계가 갱생절차개시 전에 발생해, 채권의 성립에 필요한 사실의 기본적 부분이 갱생절차개시 전에 구비되어 있을 필요는 있다고 해석된다.’라고 판시하여(東京高裁 2013. 5. 17. 平24 (行ケ) 15号 判決) 비교적 명시적으로 일부구비설을 취했다.

104) 山本和彦, “将来の請求権”, 738-743頁.

105) 일본 판례의 인용방식은 기본적으로 Westlaw Japan의 방식을 따르되, 날짜와 관련해 일본의 연호는 서기로 바꾸었다.

2. 쌍방미이행 쌍무계약의 경우

가. 학설

1) 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약의 이행을 선택한 경우 상대방의 청구권

쌍방미이행 쌍무계약에 대하여 관리인이 이행을 선택한 경우 상대방이 갖는 청구권은, 쌍무계약에 관해 쌍방 당사자의 채무가 대가관계에 있고, 서로 담보시하고 있음에도, 상대방의 채권은 도산절차개시 전의 원인으로 인한 것이라는 이유로 도산채권으로 취급하여 도산절차에 따른 제약을 받게 하고, 상대방의 채무는 완전히 이행되도록 하는 것은 불균형이 발생하므로, 도산절차의 신속한 진행을 위하는 한편, 상대방의 이익을 고려해 동시이행의 항변에 따른 공평의 견지에서 관리채권으로 격상시켰다고 보는 것이 통설이다.¹⁰⁶⁾

이에 대해 입법적으로 관리채권으로 격상시킨 것이 아니라, 상대방이 채무를 이행하여 채무자를 둘러싼 이해관계인 전체가 이익을 누렸으므로, 그 대가가 되는 상대방의 채무이행을 이해관계인 공동의 부담으로 하는 것이 당연하기에 본래적 관리채권이라는 유력설이 있다.¹⁰⁷⁾

2) 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제한 결과 상대방이 갖는 손해배상청구권

관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제한 결과 상대방에게 부여되는 손해배상청구권¹⁰⁸⁾은 해제의 의사표시가 도산절차개시 후에 있기 때문에

106) 加藤哲夫, 破産法, 240頁; 竹下守夫, 大コンメンタール破産法, 583頁(上原敏夫 執筆部分); 谷口安平, 倒産処理法, 174頁; 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール破産法, 326頁(名津井吉裕 執筆部分); 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール民事再生法, 118頁(高田裕成 執筆部分); 山本和彦, 中西正, 笠井正俊, 沖野眞巳, 水元宏典, 倒産法概説, 208-211頁.

107) 伊藤眞, 会社更生法, 273頁; 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 353, 873頁; 宗田親彦, 破産法概説, 168頁.

108) 이에 대해서는 최근에 실질적인 설명을 하려는 관심이 없었다고 한다. 中田裕康, “契約法から見た双方未履行双務契約- 損害賠償を伴う解除権”, 野村豊弘先生古稀記念論文集 民法の未来, 2014, 149頁 참조. 兼子一, 三ヶ月章, 竹下守夫, 霜

도산채권이 될 수 없으나, 관리인에게 해제권을 부여하는 한편 이에 대하여 상대방을 보호하려는 정책적 고려에서 도산채권으로 한 것이라고 본다. 특히, 파산절차에서는 열후적(劣後的) 파산채권(파산법 제99조 제2항)¹⁰⁹⁾이 되어야 하나 파산채권으로 격상된 것이라고 한다.¹¹⁰⁾

이에 대해 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제한 결과 상대방에게 부여되는 손해배상청구권은 도산절차개시 후 관리인의 해제권 행사에 따라 발생한 것으로 관리채권이 될 수 있지만 이를 관리채권으로 하게 되면 관리인에게 중대한 부담이 되어 특별히 해제권을 부여한 취지를 몰각하기 때문에 도산채권으로 특별히 정한 것이라고 보는 견해도 있다.¹¹¹⁾

3) 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제한 결과 상대방이 갖는 반대급부 가액반환청구권

관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제하였는데 상대방이 이행한 결과가 현존하지 아니하여 상대방이 갖는 반대급부 가액반환청구권¹¹²⁾은 채

島甲一, 前田庸, 田村諄之輔, 青山善充, 条解会社更生法 中, 325頁과 宮川知法, “破産法五九条等の基本的理解-全体的公平の考慮による覚え書き”, 67頁은 실질적으로 채무자에게 귀책 있는 사유로 인한 이행불능이나 채무불이행에 기초한 것이라고 본다.

109) 본래 파산절차개시 후 불이행에 따른 손해배상 또는 위약금의 청구권으로서 열후적 파산채권이 된다는 취지이다. 우리나라의 후순위 파산채권에 해당한다고 할 수 있다. 열후적 파산채권은 일반 파산채권에 대하여 배당이 이루어진 후에야 배당받을 수 있다(파산법 제99조 제1항). 사실상 파산배당에서 제외하는 결과가 된다. 채권자집회에서 의결권을 행사할 수도 없다(파산법 제142조 제1항).

110) 宗田親彦, 破産法研究, 366頁; 今中利昭, 今泉純一, 中井康之, 実務倒産法講義, 229頁; 加藤哲夫, 破産法, 241頁; 園尾隆司, 小林秀之, 条解民事再生法, 251頁(西澤宗英 執筆部分).

111) 伊藤眞, 会社更生法, 272-273頁; 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 352, 873頁; 伊藤眞, 岡正品, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法, 406頁; 竹下守夫, 大コメンタール破産法, 221頁(松下淳一 執筆部分).

112) 상대방이 이미 일부 급부한 경우, 채무자가 받은 반대급부가 도산재단 중에 현존하고 있는 경우 상대방은 환취권(取戻權)을 행사할 수 있고, 그 반대급부가 현존하지 않는 경우에는 그 가액의 상환을 청구할 수 있다. 해제의 경우 원상회복청구권을 도산절차에서도 보장하는 취지이다. 伊藤眞, 破産法・民事再

무자의 부당이득을 방지하고, 특별히 공평을 배려하여 상대방의 불이익을 최소화하기 위해 관리채권의 지위를 부여한 것이라는 점에 특별히 이설이 없다.¹¹³⁾

나. 판례

‘쌍방미이행 쌍무계약의 규정은 쌍무계약에 의한 쌍방의 채무가 법률상 또는 경제상 상호 관련성을 갖고 원칙적으로 서로 담보시키고 있는 것에 비추어, 쌍방미이행 쌍무계약의 당사자의 일방이 도산한 경우, 관리인에게 해제 또는 이행의 선택권을 부여함으로써 도산재단의 이익을 지키는 동시에, 관리인이 한 선택에 대응해 상대방을 보호하기 위한 취지의 쌍무계약에 관한 통칙’이라고 한 판례가 있다(最高裁第一小法廷 1987. 11. 26. 昭59 (オ) 521号 判決).

나아가, ‘도산절차개시 당시 쌍무계약의 당사자 쌍방에 미이행 채무가 존재하고 있다고 해도, 계약을 해제하면 상대방에게 현저하게 불공평한 상황이 생기게 되는 경우에는 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정에 의한 해제권을 행사할 수 없다.’라고 본 판례도 있다(最高裁第三小法廷 2000. 2. 29. 平8 (オ) 2224号 判決).

이러한 판시를 종합해 보면, 판례 역시 기본적으로 통설과 같이 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 채권에 대해서 도산절차를 적용할 때, 일반적인 경우와는 달리 공평의 견지에서 일정한 조정이 가해진다는 입장이라고 할 수 있다. 심지어 관리인의 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 해제권도 이러한 견지에서 제한될 수 있다고 보았다.

生法, 306頁, 山本和彦, 中西正, 笠井正俊, 沖野眞巳, 水元宏典, 倒産法概説, 207-208頁 참조.

113) 伊藤眞, 会社更生法, 272頁; 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 352, 873頁; 伊藤眞, 岡正晶, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法, 406頁; 今中利昭, 今泉純一, 中井康之, 実務倒産法講義, 229頁; 竹下守夫, 大コンメンタール破産法, 222頁(松下淳一 執筆部分). 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール破産法, 133頁(高田裕成 執筆部分); 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール民事再生法, 118頁(高田裕成 執筆部分).

제 3 절 구체적 사례

1. 서설

최고재판소 판례가 있어 비교적 관련 논의가 활발한 사례 위주로 검토하되, 명시적으로 일부구비설에 따른 법리를 실시해 의미가 있는 도쿄고등재판소 판례도 함께 소개한다. 다만, 직접적으로 본고의 주제와 관련되어 계약상 채권이 문제된 최고재판소 판례는 존재하지 않아, 비계약상 채권의 사례만을 소개한다. 구 화의법(和議法) 등 구 도산법제의 사례도 모두 포함한다. 판례를 소개할 때에는, 다수의 당사자 간 다수의 소송물이 문제가 된 사건이라 하더라도 본고의 논점과 관련된 부분에 한정한다.

2. 개별 사례

가. 법정채권관계의 사례

1) 파산재단에 속한 물건이 타인의 토지 위에 존재하여 발생하는 손해배상청구권의 법적 성질(最高裁第一小法廷 1968. 6. 13. 昭40(才) 1146号 判決)

가) 기초사실 및 소송의 경과

피고는 1947. 2. 20. 이 사건 토지를 D로부터 매수해 대금을 지급하고 바로 원고에게 증여하였고, 원고는 이 사건 토지에 관하여 1950. 3. 27. 소유권 이전등기를 마쳤다. 피고는 1957. 11. 12. 나고야지방재판소에서 파산절차개시결정을 받았고, 위 결정은 확정되었다.

원고는 피고가 이 사건 토지상에 이 사건 건물, 식물 기타 일체의 물건을 A2와 공동소유하고 있다며, 피고에 대하여 피고는 A2와 연대하여 1949. 10. 19.부터 이 사건 토지의 인도 시까지 월 4,156엔의 비율에 의한 임료 상당의 손해배상금을 지급하라는 소를 제기하였다. 제1심은 원고의 청구를 일부 인용하였다. 피고가 항소하자 원심은 피고의 항소를 일부 인용하여 원고 승소 부분을 일부 변경하였다. 피고가 상고하자 최고재판

소는 직권으로 다음과 같은 이유에서 원심판결을 파기하고 이에 관한 제 1심판결을 취소하고, 이 사건 소를 각하하였다.

나) 최고재판소의 판단

‘이 사건 금전지급청구의 적부를 검토하건대, 우선 1949. 10. 19.부터 피고에 대한 파산절차개시결정일인 1957. 11. 12.까지의 이 사건 토지의 불법점유에 의한 소유권 침해에 따른 손해배상청구권은 파산채권이므로, 파산절차에 의하지 않고 채권을 행사하는 것은 허용되지 아니하여, 이 사건 소 중 이 부분은 각하되어야 한다.

파산절차개시결정 이후인 1957. 11. 13. 이후의 이 사건 토지의 불법점유에 의한 소유권 침해에 따른 손해배상청구권은 재단채권에 해당한다. 파산절차개시결정 당시 채무자에 속한 일체의 재산은 파산절차개시로 인해 파산재단에 속하게 되고, 그 관리처분권은 파산관재인에 전속하므로, 이 사건 건물, 식물 기타 일체의 물건을 소유하고 점유함으로써 발생한 손해배상청구권은 파산관재인의 관리처분권에 의해서 한 행위를 원인으로 발생한 것이기 때문이다. 재단채권은 파산절차에 의하지 않고 청구하는 것이 가능하나, 파산관재인을 상대방으로 하여 소를 제기하여야 할 것인 바, 채무자를 상대로 제기한 이 사건 소송 중 이 부분은 부적법하여 각하되어야 한다.

따라서 피고에 대한 이 사건 소송은 모두 부적법하다.’

다) 학설

학설도 계속적 불법행위의 경우, 파산절차개시 전의 행위에 의한 손해배상청구권만이 파산채권이 되고, 파산절차개시 후 채무자의 행위에 의한 손해배상청구권은 채무자의 자유재산에서 충족하여야 한다고 본다. 파산재단 소속 재산에 의한 불법점유 등의 불법행위를 방치한 것이 파산관재인의 부작위에 의한 불법행위라고 볼 수 있는 경우에는 재단채권이 발생한다고 한다.¹¹⁴⁾

114) 伊藤眞, 岡正晶, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法, 35-36頁.

2) 화의인가결정을 받은 연대보증인 중 1인에 대하여 다른 연대보증인이 화의개시결정 후의 변제에 따라 취득한 구상권의 법적 성질 (最高裁第二小法廷 1995. 1. 20. 平3 (才) 491号 判決)

가) 기초사실 및 소송의 경과

D금고는 1979. 7. 20. 주식회사 E에 대하여 3,500만 엔을 대여하였다. 이에 대해 피고, F, G는 각 위 금전소비대차채무에 대하여 연대보증하였다. 피고에 대해서 고베지방법원소 아카시지부가 1985. 3. 6. 화의개시결정을 내리고, 1985. 6. 12. ① 화의인가결정이 확정된 날부터 6개월이 경과한 날을 기점으로, 이후 1년마다 총 15회에 걸쳐, 매년 화의채권에 대해 원본의 4% 상당액을 지급할 것, ② 채무자가 ①의 지급을 마친 경우, 채권자는 채무자에 대하여 그 남은 화의채권의 원본 및 이자, 지연손해금을 면제할 것을 내용으로 하는 화의조건으로 화의를 인가하는 취지의 결정을 확정했다.

G는 1981. 10. 31.부터 1988. 10. 20.까지 사이에 연대보증인으로서 합계 4,574,740엔을 D에게 변제하였다. F는 현재 무자력이고, G는 1989. 8. 13. 사망하여 원고들이 상속하였다.

원고들은 피고에 대하여 변제액 합계의 1/2에 상당하는 금원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하였다. 제1심은 원고들의 청구를 인용하였다. 피고가 항소하자 원심은 피고의 항소를 일부 인용하여 원고 승소부분을 일부 변경하였다. 피고는 D가 채권 전액을 변제받았는지 여부, 이로써 원고들에게 구상권이 발생하였는지 여부가 확정되지 않았다는 이유로 상고하였다. 최고재판소는 다음과 같은 이유로 피고의 상고를 받아들여 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고 사건을 오사카고등재판소로 환송하였다.

나) 최고재판소의 판단

‘연대보증인이 자기의 부담부분을 넘는 액수를 변제한 경우, 민법(民法) 제465조 제1항¹¹⁵⁾, 제442조¹¹⁶⁾에 의해 다른 연대보증인에 대하여 부

115) 제442조 내지 제444조의 규정은, 수인의 보증인이 있는 경우에, 그 중 1인의 보증인이 주채무가 불가분이거나 각 보증인이 전액을 변제하기로 특약한 사

담부분을 넘는 부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 것에 그치고, 변제한 전액에 관하여 부담부분의 비율에 따라 구상할 수 있는 것은 아니다.

회의개시결정 후에 변제한 것으로부터 회의채무자에 대하여 구상권을 갖게 되는 연대보증인은, 채권자가 채권 전부의 변제를 받는 경우에 한해, 그 변제에 따라 대위하여 취득한 채권자의 회의채권의 한도에서, 그 구상권을 행사할 수 있음에 그친다고 해석하여야 한다.

회의개시결정까지 G가 피고에 대하여 가지는 구상권, 회의개시결정 후에 G가 피고에 대하여 가지는 구상권, 회의개시결정 당시에 D가 피고에 대하여 가지는 회의채권의 각 내용 및 D가 채권 전액의 변제를 받았는지 여부를 확정하지 않으면 안 된다.’

다) 학설

이에 대하여 학설은 ‘연대보증인 중 1인이 회의개시결정을 받은 경우, 다른 연대보증인이 회의개시결정 전에 변제함에 따라 가지게 된 구상권은 회의채권이 됨이 명백하다. 회의개시결정 후의 변제에 의해 구상권을 행사할 때 원채권을 기준으로 제약을 하는 것은 제도상 내포되어 있는 부분이다. 이 사건에서 판례는 원채권과 구상권이 그 액수도, 성질도 다른 별개의 권리라는 것을 명확히 인식한 전제에서 판결하였다.’라고 보았다.¹¹⁷⁾

유로, 그 전액 또는 자신의 부담부분을 넘는 액수를 변제한 때에 준용한다.

116) 제1항: 연대채무자 중 1인이 변제 기타 자신의 재산으로 공동의 면책을 얻은 때에는, 그 연대채무자는 다른 연대채무자에 대하여 각자의 부담부분에 관하여 구상권을 가진다.

제2항: 전항의 규정에 따른 구상은, 변제 기타 면책이 있는 날 이후 법정이자 또는 피할 수 없었던 비용 기타 손해의 배상을 포함한다.

117) 小林昭彦, “和議認可決定”, 277頁; 判例タイムズ, “和議認可決定”, 133-134頁.

3) 보증인이 주채무자의 파산절차개시 전 위탁을 받지 않고 체결된 보증계약에 의해 파산절차개시 후에 변제를 한 경우 보증인이 취득하는 구상권의 법적 성질(最高裁第二小法廷 2012. 5. 28. 平21 (受) 1567号 判決)

가) 기초사실 및 소송의 경과

원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 5(이하 파산관재인을 포함해 ‘원고들’이라 한다)는 은행업을 영위하는 회사인 피고와 사이에 각 당좌계정거래계약(이하 ‘이 사건 당좌계정거래계약’이라 한다)을 체결하였다. 피고는 2006. 4. 28. 원고들로부터 위탁을 받지 않고, 원고들의 거래처인 G사와 사이에, 원고들이 같은 날부터 2007. 4. 27. 까지 사이의 각 G사에 대하여 부담하는 외상채무 및 어음채무에 대하여 한도액을 정해 각 보증하는 취지의 보증계약(이하 ‘이 사건 보증계약’이라 한다)을 체결하였다.

원고들은 모두 2006. 8. 31. 파산절차개시결정을 받았다. 피고는 2007. 3. 27. 및 28. 이 사건 보증계약에 따라 G사에 대하여 보증채무를 이행하였다. 원고들은 2007. 5. 9. 각 이 사건 당좌계좌거래계약이 정한 절차에 따라 이 사건 당좌계좌거래계약을 해약하였다. 피고는 위 보증채무를 이행하여 취득한 구상권과 이 사건 당좌계좌거래계약에 기한 원고들의 피고에 대한 채권을 대등액에서 상계하겠다는 의사표시를 하였다.

원고들은 피고에 대하여 이 사건 당좌계좌거래계약을 해약하여 취득한 채권의 지급을 청구하였다. 제1심은 원고들의 청구를 일부 인용하였다. 원고들이 항소하자 원심은 원고들의 항소를 기각하였다. 원고들은 피고의 상계가 불허되어야 한다며 상고하였다. 최고재판소는 원고들의 상고이유를 받아들여 원심판결 중 원고들의 패소 부분을 일부 파기하고 사건을 오사카고등재판소에 환송하였다. 이 과정에서 피고의 구상권의 법적 성질을 규명하였는데 다음과 같다.

나) 최고재판소의 판단

‘보증인은 변제한 경우 민법 규정에 따라 주채무자에 대하여 구상권을 취득하고, 이는 보증이 수탁보증인지 비수탁보증인지에 따라 다르지 않다. 보증인의 변제가 파산절차개시 후에 있었다 해도, 보증계약이 주채무

자의 파산절차개시 전에 체결되었다면, 당해 구상권의 발생의 기초가 되는 보증관계는 그 파산절차개시 전에 발생해 있는 것이므로, 당해 구상권은 파산절차개시 전의 원인에 의해서 발생한 재산상의 청구권에 해당한다. 비수탁보증인이 주채무자의 파산절차개시 전에 체결된 보증계약에 의하여 파산절차개시 후 변제한 경우, 보증인이 주채무자인 채무자에 대하여 취득한 구상권은, 파산채권이라고 해석함이 상당하다.

(보충의견) 결과적으로 계약체결에 따라 일정 정도 채무자에 대하여 여신을 부여하는 효과가 발생하므로, 사무관리의 관점에서 보충채무 변제시가 아니라, 보증계약 체결 시에 주채무자를 위하여 사무관리가 성립한다고 하지 않을 수 없다. 비수탁보증계약이 채무자의 영역 외에서 이뤄졌다 해도, 사후구상권은 수탁보증계약의 경우와 같은 구조로 발생하므로, 그 발생원인은 마찬가지로 보증계약이라고 할 수밖에 없고, 비수탁보증계약의 경우에 한해서 그 발생원인을 보증채무 변제라고 하는 것은 근거가 없다.’

다) 학설

(1) 파산채권설

(가) 통설을 따르는 견해

통설은 판례를 지지한다. ‘보증계약의 체결은 주요한 발생원인이다. 사후구상권은 최종적으로 변제에 의하여 취득되나, 보증계약에 따라 채무를 부담한 보증인은 그 이행의무가 있으므로, 주요한 발생원인은 보증계약의 체결이라고 해석하는 것이 가능하다. 이러한 해석은 발생원인이 존재하는 채권을 넓게 파산에 따른 청산의 대상으로 포함하고자 하는 일부 구비설의 취지·목적에 비추어 보아도 타당하다. 비수탁보증인의 사후구상권이 면책의 대상이 되지 않는다고 하는 것은 명백히 부당하다. 원채권이 구상권을 담보하기 위한 종된 권리라는 해석은 무리가 있다.’¹¹⁸⁾

(나) 공제설에 따른 견해

공제설은 통설을 비판하는 견지에서, 결론을 같이 하더라도 그 논거가

118) 永野庄彦, 伊藤隆裕, 細井直彰, “破産と相殺”, 判例タイムズ No. 1402, 2014, 35-36頁.

다르다고 주장한다. ‘보증계약이 체결되면, 보증인은 채권자의 청구에 응해 필연적으로 변제할 것이 요구돼, 사후구상권이 발생할 개연성이 높으므로, 보증계약 체결만으로도 보증인에게 파산배당을 받을 수 있는 지위(신용 위험 부담)를 인정하여야 한다. 따라서 구상권은 파산채권이 된다.’¹¹⁹⁾

(2) 비파산채권설

비파산채권설은 다음과 같이 판례를 비판한다.

‘비수탁보증인의 구상권은 사무관리의 비용상환청구권의 성질을 가진다는 것이 다수설이다. 이를 전제로 한다면, 구상권의 원인은 주채무자를 위한 사무관리라고 평가될 수 있는 행위 중에서 찾아야 할 것이다. 비수탁보증계약은 주채무자가 당사자로 되지 않는 계약이다. 통지로 충분한지는 별론으로 하더라도, 최소한 비수탁보증계약이 체결되었다는 점이 주채무자에게 통지조차 되지 않았음에도 주채무자에 대하여 주장할 수 있는 장래의 청구권을 취득했다고 보는 것은 인정하기 어렵다.

주채무자는 보증계약에 관여하지 않는다. 보증계약은 일반적으로 주채무자의 이익을 지키기 위해 체결되는 것이다. 이를 주채무자를 위한 사무관리라고 평가하기 위해서는 보증계약이 체결되지 않으면 주채무자에게 불이익이 발생하는 상황이 필요하다. 가령 보증계약이 체결되지 않으면 기한의 이익을 상실하는 경우가 있을 수 있다. 보증계약의 체결이 주채무자를 위한 사무관리라고 평가될 수 없는 경우, 구상권의 발생원인은 사무관리행위로서 대위변제라고 해석해야 할 것이다.

보증계약의 체결 자체가 사무관리로 평가될 수 없고, 비수탁보증인이 파산절차개시 후 보증채무를 이행하여 취득한 구상권은 파산절차개시 후의 원인이 있는 채권으로, 파산채권에 해당하지 않는다. 다만, 비수탁보증인을 제3자의 변제에 따른 대위에 비하여 불리하게 처우할 필요는 없으므로, 비수탁보증인이 채무자를 대신하여 변제한 이상, 비수탁보증인은 원채권을 파산절차에 따라 행사할 수 있다고 볼 것이다. 비수탁보증인의 구상권은 주채무자의 관여 없이 발생하는 권리인 이상, 그것이 원채권보

119) 山本和彦, “将来の請求權”, 744-745頁.

다 더 큰 효력을 갖는 것은 허용될 수 없으므로, 면책허가결정의 효력이 원채권에 미치는 경우, 비수탁보증인의 구상권은 파산채권 여부를 불문하고 그 제한을 받는다고 보아야 한다.¹²⁰⁾

4) 민사소송법(民事訴訟法) 제260조 제2항의 재판을 구하는 신청의 상대방이 파산절차개시결정을 받은 경우 그 신청에 따른 청구권의 법적 성질(最高裁第一小法廷 2013. 7. 18. 平23 (受) 1948号 判決)

가) 기초사실 및 소송의 경과

제1심은 2011. 3. 17. 원고의 청구를 전부인용하는 취지의 가집행선고부 판결을 내렸다. 이에 대해 피고는 항소를 제기하면서, 위 가집행선고에 의한 강제집행에 따른 손해를 받았으며, 이 사건 신청을 하였다. 원고는 2011. 6. 7. 파산절차개시결정을 받았다. 원심은 피고의 항소를 기각하면서, 이 사건 신청에 대하여는 판단하지 아니하였다. 피고가 상고하자 최고재판소는 이를 받아들여 원심판결을 일부 파기하고 사건을 도쿄고등재판소에 환송하면서, 이 사건 신청 중 이와 관련된 부분도 함께 환송하였다. 그 과정에서 다음과 같이 이 사건 신청에 따른 청구권의 법적 성질을 규명하였다.

나) 최고재판소의 판단

‘민사소송법 제260조 제2항¹²¹⁾의 재판을 구하는 신청의 상대방이 파산절차개시결정을 받은 경우, 그 신청에 따른 청구권은 채무자에 대한 파산절차개시 전의 원인에 의해 발생한 재산상의 청구권이므로, 재단채권

120) 栗田隆, “主債務者の破産と保証人の求償権”, 関西大学法学論集 第60卷 第3号, 2010, 61, 67-68, 70-71頁; 栗田隆, “1 無委託保証人が主債務者の破産手続開始後に弁済したことによる求償権の原因は保証契約にあるから破産債権にあたる 2 同求償権を自動債権とする相殺は破産法七二条一項一号の類推適用により制限される”, 私法判例リマックス 第47号, 2013, 135-137頁.

121) “본안판결을 변경하는 경우, 재판소는 피고의 신청에 따라, 그 판결에서 가집행 선고에 의해 피고가 급부한 것의 반환 및 가집행에 따라 또는 이를 면하기 위해 피고가 받은 손해의 배상을 원고에게 명하여야 한다.” 우리나라의 민사소송법 제215조와 구조가 같다.

에 해당하지 않는다. 따라서 위 신청에 따른 청구권은 파산채권이다.’

다) 학설 - 파산채권설

(1) 통설을 따르는 견해

통설은 다음과 같이 판례를 지지한다. ‘민사소송법 제260조 제2항에 따른 급부물의 반환의무는 강제집행에 따른 만족을 받은 법률상의 근거가 소멸한 것에 기초한다. 가집행 선고에 의해 강제집행을 당한 것에 따라 발생한(불법행위에 의한) 손해배상의무의 범위는 가집행과 상당인과 관계가 있는 전액에 미치고,¹²²⁾ 이는 무과실책임이다.¹²³⁾ 따라서 민사소송법 제260조 제2항 소정의 청구권은 채권자가 가집행 선고를 이용하여 강제집행을 한 것에 의해 발생한다고 해석되므로, 파산절차개시결정 전에 발생원인을 구비했다고 여겨진다. 민사소송법 제260조 제2항 소정의 청구권이 본안판결의 변경을 요건사실로 하는 조건부 청구권이라고 해도 파산채권이라고 보아야 한다. 다만, 파산채권으로 신고하지 않은 한 파산재단에 대하여 이를 행사하지 못하는 상황이 발생하는 것에 대해서는 의문이 남아, 검토가 필요하다.’¹²⁴⁾

(2) 공제설에 따른 견해

공제설은 통설과 다른 견지에서 파산채권설을 취한다. ‘가집행을 마친 당사자가 파산한 경우, 상대방은 장래 승소판결 취득 시 당해 파산절차에 참가할 수 있는 지위를 얻을 것이라고 기대할 것이다. 또한 승소판결을 취득하면 당연배당을 받을 수도 있다. 그러한 의미에서 파산채권으로 처우받을 수 있는 실질이 인정된다. 가집행에 따른 손해 등의 발생이 중요한 요건이라고 이해된다. 따라서 민사소송법 제260조 제2항 소정의 청구권이 본안판결의 변경 자체를 청구권 발생요건으로 한다는 견해에 따르더라도, 이는 파산채권이 된다.’¹²⁵⁾

122) 最高裁第三小法廷 1977. 3. 15. 昭51 (オ) 952号 判決

123) 大審院 1937. 2. 23. 昭11 (オ) 1843号 判決

124) 越山和広, “民事訴訟法260条2項の申立てに係る請求権の破産債権該当性と破産手続の開始を看過した続行命令の適法性”, 新・判例解説Watch Vol. 14, 2014, 138-139頁; 村田典子, “民集未登載最高裁民訴事例研究四一”, 法学研究 : 法律・政治・社会 第87卷 第12号, 2014, 136, 141頁.

125) 山本和彦, “将来の請求権”, 746頁.

나. 소송비용상환청구권의 사례 - 갱생채권에 관하여 소송이 갱생 절차개시 전에 계속되던 중 갱생절차개시 후 수계되지 않고 종료한 경우 당해 소송에 관한 소송비용상환청구권의 법적 성질(最高裁第二小法廷 2013. 11. 13. 平25 (許) 4号 決定)

1) 기초사실

원고는 2010. 8. 19. 삿포로지방법재판소에 피고에 대하여 본안소송을 제기하여, 계속적인 금전소비대차계약에 따라 발생한 과지급금과 이에 대한 완제일까지의 이자의 지급을 청구하였다. 피고는 본안소송 계속 중인 2010. 9. 28. 갱생절차개시 신청 또는 보전관리명령의 신청을 하였다. 도쿄지방법재판소는 같은 날 보전관리명령을 발령하고, 2010. 10. 31. 갱생절차개시결정을 하여, 본안소송의 소송절차는 위 보전관리명령에 의해 중단되었다.

원고는 본안소송의 청구 금원 중 갱생절차개시 후의 이자를 제외한 2,681,853엔을 갱생채권으로 신고하여, 위 갱생채권은 확정되었다. 그러나 본안소송비용상환청구권에 관하여는 갱생채권으로 신고하지 않았다.

도쿄지방법재판소는 2011. 10. 31. 피고에 대한 갱생계획 인가결정을 내렸고, 본안소송은 갱생채권의 확정 또는 위 인가결정에 따라 당연종료되었다.

원고는 2012. 3. 5. 삿포로지방법재판소에 소송비용의 부담을 명하는 결정을 신청하였다. 제1심은 원고의 신청을 인용하였다. 피고가 항고하자 원심은 제1심 결정을 취소하고 원고의 신청을 각하하였다. 원고는 본안 소송비용상환청구권이 갱생채권에 해당하지 않는다는 이유로 재항고하였다. 최고재판소는 다음과 같은 이유로 원고의 재항고를 기각하였다.

2) 최고재판소의 판단

‘소송당사자에게 발생한 소송비용에 관하여는 민사소송법에 규정되어 있는 요건 또는 절차에 따라 상대방 당사자에 대하여 청구권이 발생하는 이상, 그 구체적인 내용은 갱생절차개시 후에 당해소송이 완결되어 확정되었다 해도 갱생절차개시 전에 그 소송비용이 발생했다면, 당해 청구권

의 발생의 기초가 되는 사실관계는 그 갱생절차개시 전에 발생해 있었다고 할 수 있다. 갱생채권에 관한 소송이 갱생절차개시 전에 계속되던 중, 당해 소송이 수계되지 않고 종료한 경우, 당해 소송에 관한 소송비용상환청구권은 갱생채권에 해당한다고 해석함이 상당하다. 이 사건 소송비용상환청구권은 면책되었으므로, 이 사건 신청은 각하되어야 한다.’

3) 학설 - 갱생채권설

가) 통설을 따르는 견해

통설은 소송비용부담 재판 전에 소송비용상환청구권은 단지 기대이익에 불과하여 소송비용의 총액이나 부담자 등이 확정되어 있지 않으므로, 이는 갱생절차개시 전에 채권의 발생원인이 존재한다고 볼 수 없어, 갱생채권에 해당하지 않는다는 견해가 있을 수 있다고 하면서도,¹²⁶⁾ 결론적으로 다음과 같은 이유로 판례를 지지한다.

‘소송절차가 계속되어 있으면, 소송비용부담 재판 전에도, 소송비용상환청구권은 확실한 기초를 가지고 있는 기대권 또는 장래의 청구권으로서 발생원인이 이미 존재하고 있다. 갱생절차개시 전에 본안소송에 관한 소송비용이 현실적으로 발생하고 있으므로, 이는 갱생채권이다. 다만, 갱생관재인이 당해 갱생채권자를 상대방으로 하여 소송절차의 수계 신청을 하고, 갱생관재인과 당해 갱생채권자 사이에 당해 소송절차를 속행하여, 최종적으로 갱생관재인이 패소한 경우에는, 상대방인 갱생채권자의 당해 소송에 관한 비용의 상환청구권은 갱생관재인이 수계하기 전의 채무자가 당사자가 되어 한 부분을 포함해 모두 공익채권이 된다. 갱생관재인이 수계한 후의 소송비용에 관한 상환청구권은 당연히 공익채권이 되므로, 회사갱생법 제52조 제3항¹²⁷⁾은 채무자가 당사자가 되어 진행한 부분의 소송비용상환청구권까지 공익채권으로 한다는 점에 의의가 있다. 갱생관재인이 갱생채권 확정소송을 수행하면서 패소한 경우에도 소송비용상환청구권은 공익채권이 된다.

126) Westlaw Japan, Westlaw Japan新判例解説, 2頁; 菊池絵里, “訴訟費用請求權の更生債權該當性”, 454頁에서 각 정리한 것을 인용.

127) “전항(수계)의 경우에, 상대방의 채무자에 대한 소송비용상환청구권은 공익채권으로 한다.”

소송비용상환청구권은 소송비용부담 재판이 있을 때까지는 그 유무 또는 내용이 정해지지 않아, 이후 도산실무상 소송비용상환청구권의 도산절차 내 취급에 관해 금액 미확정 소송비용상환청구권에 관한 신고, 인부, 이의가 어떻게 이루어져야 할지, 소송비용상환청구권의 채권조사, 확정을 위해 어떻게 절차가 진행되어야 할지, 소송비용부담 재판과의 절차적 관계는 어떻게 되어야 할지, 갱생(재생)계획에서 어떻게 취급을 받아야 할지 등에 관한 문제가 발생할 수 있다.’¹²⁸⁾

나) 공제설에 따른 견해

공제설은 다음과 같이 통설과 다른 관점에서 접근한다. ‘채권자는 이미 당해 소송 중에 소송비용을 지출하고 있고, 상대방에 대하여 파산절차가 개시될 때 실제 출연행위를 이미 마친 이상, 승소한 경우에는 소송비용을 상환받을 권리가 있다. 비용상환청구권의 발생요건은 ① 당사자의 소송비용지출과 ② 소송비용을 상대방에 부담하도록 하는 재판의 확정인데, ①이 중요한 전제요건이 되므로, 그것이 구비되어 있다면 보호받을 가치가 있다고 해석된다. 그러한 의미에서, 설령 기대권이나 기대이익이라는 표현을 사용한다 해도, 그 실질에 비추어 보면 파산절차에서 배당을 받을 지위에 있다.’¹²⁹⁾

다. 행정처분 관련 사례 - 독점금지법 위반행위가 갱생절차개시 전에 이뤄지고, 과징금 납부명령은 갱생절차개시 후에 내려진 경우, 과징금 채권의 법적 성질(東京高裁 2013. 5. 17. 平24 (行ケ) 15号 判決)

1) 기초사실 및 소송의 경과

원고 오리엔탈 시라이시 주식회사(이하 ‘원고’라 한다)는 프리스트레스

128) Westlaw Japan, Westlaw Japan新判例解説, 2-3頁; 菊池絵里, “訴訟費用請求權の更生債權該当性1”, 453-454, 456頁; 菊池絵里, “訴訟費用請求權の更生債權該当性2”, 97-98頁; 中島弘雅, “最高裁判事事例研究三十九”, 63-65, 69頁; 判例タイムズ, “更生債權に関する訴訟が更生手続開始に係属し受継されることなく終了した場合における当該訴訟費用請求權の更生債權該当性”, 判例タイムズ No. 1404, 2014, 97頁; 129) 山本和彦, “将来の請求權”, 748頁.

트 콘크리트 공사(Prestressed Concrete 공사, 이하 'PC공사'라 한다)의 도급 등을 영위하는 주식회사이다. 피고 공정거래위원회(公正取引委員会, 이하 '피고'라 한다)는 2004. 10. 15. 일본국 및 지방공공단체가 PC공사를 발주하는 교량 신설 공사의 입찰참가업자가 공동하여 수주예정자를 결정하는 등 원고 외 22개사(이하 '23개사'라 한다)가 범한 3건의 사적 독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律, 이하 '독점금지법'이라 한다) 위반행위에 관하여, 각각 배제조치를 취할 것을 권고했다.

도쿄지방법판소는 2008. 12. 31. 원고에 대하여 갱생절차개시결정을 내리고, 갱생채권 등의 신고기한을 2009. 3. 31.까지로 정하였다. 피고는 2010. 9. 21. 23개사의 3건의 독점금지법 위반행위에 관하여, 각각 배제조치를 명하는 심판심결을 하고, 이 심결은 모두 2010. 10. 22. 확정되었다. 피고는 위 배제조치를 명하는 심결을 전제로, 2011. 6. 15. 원고의 갱생판재인에 대하여 독점금지법 제48조의2 제1항의 규정에 근거하여 합계 5억 3,730만 엔의 과징금납부명령을 내렸다. 도쿄지방법판소는 2011. 10. 24. 원고에 대한 갱생절차를 종결하는 취지의 결정을 내렸다. 피고는 2012. 9. 25. 합계 5억 3,730만 엔의 과징금(이하 '이 사건 과징금'이라 한다)납부를 명하는 심판심결을 내렸다.

원고는 피고에 대하여 위 심판심결의 취소를 청구하였고, 도쿄고등재판소는 원고의 청구를 기각하였다. 결론에 직접 관련되지는 않았지만, 이 과정에서 3)항과 같이 이 사건 과징금 청구권의 법적 성질 및 면책 여부를 판단하였다. 원고가 상고를 포기하여 이 사건 판결은 확정되었다.

2) 당사자의 주장

가) 원고의 주장 - 갱생채권설 및 면책설

원고는 다음과 같이 주장했다.

'위반행위가 피고 단계에서 확정된 시점은 내용이 현저히 불명확하다. 피고의 심판절차에 어느 정도 시간이 필요한지에 따른 우연적 요소에 의해 갱생채권인지 공익채권인지가 결정되는 것은 부당하다. 미확정 채권에 대해서도 신고를 인정하고 있으므로, 피고는 미확정 채권을 신고하면

된다.

피고가 갱생절차개시 전에 이미 객관적으로 존재하는 사실을 근거로 내부적 사정이나 재량에 따라 언제나 공익채권자로서 청구할 수 있다고 하면, 사업의 유지·갱생이라는 회사갱생절차의 목적을 달성할 수 없게 된다. 잠재적인 채무를 차단할 수 없어, 다른 갱생채권자 등 채무자의 이해관계인의 예측가능성과 법적 안정을 현저히 해한다.

순전히 같은 원인에 의한 피해자의 손해배상청구권이 갱생채권으로 취급되는 것에 상관없이 이 사건 과징금 청구권이 공익채권으로서 우선적 취급을 받는다고 하면, 채권자간 형평을 현저히 해하는 결과가 된다.

회사갱생법 제204조 제1항 각호는 엄격하고 강력한 실권효의 원칙에 대한 특별한 예외를 한정적으로 규정하고 있다. 갱생계획에 정하지 않은 갱생채권 등은 실권하도록 하는 것이 회사갱생법의 근본적인 원칙이므로, 독점금지법상 과징금 청구권에 대해 회사갱생법 제204조 제1항 각호를 유추적용하는 것은 허용될 수 없다.’

나) 피고의 주장 - 공익채권설 및 비면책설

피고는 다음과 같이 주장했다.

‘단지 독점금지법을 위반했다고 평가할 수 있는 행위가 객관적으로 존재했다는 이유만으로, 피고에 과징금 납부명령을 내릴 의무가 발생한다고 볼 수는 없다. 사건의 조사결과에 따라 피고에게 재량이 존재하므로, 위반행위에 관한 심판절차 중에 위반행위의 존재가 인정되지 않아 과징금 납부명령이 발령되지 않는 경우 등도 있다.

피고에 대하여 갱생절차에서 이 사건 과징금 청구권을 신고할 것을 기대하는 것은 미확정 채권의 신고가 허용된다고 해도, 불합리하고 비현실적이다. 피고가 위반행위의 존재를 전제로 독점금지법상의 과징금 청구권을 갱생채권으로 신고하는 것은 그 공정·중립성에 의문을 가져올 수 있다.

독점금지법상 과징금은 위반행위자가 위반행위에 의하여 경제적 이득을 보유하지 못하도록 함으로써, 위반행위를 억제하고 위반행위를 금지하는 규정의 실효성을 확보해, 경쟁질서를 유지하기 위한 행정상의 제재

로서의 성질을 갖고 있다. 벌금도 위반행위의 억지 기능을 갖고 있고, 위반행위자에 대한 제재로서의 성질을 갖고 있다는 점에서 공통된다. 독점금지법상 과징금 청구권에 대해 회사갱생법 제204조 제1항 각호의 규정을 유추적용해 비면책채권으로 보아야 한다.’

3) 도쿄고등재판소의 판단

‘당해 채권 자체가 갱생절차개시 시점에 이미 성립해 있을 필요는 없으나, 그 채권 발생의 기본이 되는 법률관계가 갱생절차개시 전에 발생해, 채권의 성립에 필요한 사실의 기본적 부분이 갱생절차개시 전에 구비되어 있을 필요는 있다고 해석된다.

피고가 주장하는 독점금지법상의 과징금납부명령 발령절차의 특수성, 피고가 일정한 절차단계를 거치기 전에 채권신고를 하는 것이 곤란하다는 점 등을 고려하더라도, 위반행위의 인정이 피고 단계에서 확정되어야 한다는 것은, 그 내용이 현저히 불명확해, 그 요건성취의 가부가 오로지 피고에게 맡겨지게 되어, 그 확정의 시점도 피고의 내부적 조사절차나 심판절차의 추이에 따라 반드시 예견가능성이 없는 채로 결정될 수 있게 되므로, 채무자를 둘러싼 권리관계, 이해관계의 조정에 있어 극히 중요한 갱생채권과 공익채권을 구별하는 기준으로 삼기에는 상당하지 않다.

독점금지법상의 과징금 청구권에 관해서 채권발생의 기본적 구성요건에 해당하는 사실은, 독점금지법 제7조의2 제1항 소정의 위반행위에 관련된 사실이라고 해석하는 것이, 명확하고 문리에 들어맞으므로, 상당하다. 독점금지법에 위반하는 행위가 갱생절차개시 전에 이뤄진 경우, 과징금 납부명령이 갱생절차개시 후에 내려졌다 해도, 갱생절차개시 전의 원인에 의한 청구권에 해당한다고 보아야 한다.

독점금지법상 과징금 청구권은 조세 등 청구권에 해당하는데, 조세 등 청구권과 벌금 등 청구권은, 전자는 자력집행이 인정되나 후자는 강제집행절차에 의하여야 한다는 점에서 크게 다르다. 아울러, 양 채권은 갱생절차와 강제적인 채권회수절차 사이의 조정 방법, 갱생계획이 정한 바에 따른 감면의 가부, 채권 만족의 관점에서 일반 갱생채권과의 우열, 갱생계획인가결정에 따른 면책의 유무와 같은 모든 지점에서 각각의 청구권

의 성질, 위치에 대응하여 전혀 다른 취급을 받고 있다.

독점금지법상 과징금은, 제재로서의 성질을 가지고 있다는 점, 위반행위를 억제하는 기능을 가지고 있다는 점에서는 벌금과 공통점이 있다. 그러나 독점금지법상 과징금 청구권에 대해 채권신고가 된 경우에는 우선적 갱생채권으로서 채권 만족의 관점에서 유리한 취급을 하면서, 채권 신고가 되지 않은 경우에는 명문의 규정도 없이 채권신고 유무에 불구하고 열후적 갱생채권으로 취급되는 벌금 등 청구권과 같이 면책의 예외규정을 유추적용하여 갱생계획인가결정에 따라 면책을 받지 않도록 하여야 한다고 보는 것은, 법해석의 한계를 넘어 법체계를 자의적으로 흔드는 것으로서, 인정할 수 없다. 이 사건 과징금 청구권은 면책되었다.’

제 4 절 정리 및 시사점

1. 정리

일본에서도 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐있는 경우를 일관할 수 있는 논의는 찾을 수 없었다. 일반론에 관한 학설은 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우를 통틀어 논하지 못했고, 판례도 마찬가지로였다. 같은 일부구비설을 따르면서도, 주로 판례가 있는 사례별로 각각 논의가 이뤄질 뿐, 거시적으로 일관된 논의로 정리되지 못하고 있다. 현재의 통설 및 판례인 일부구비설이 말하는 주요한 발생원인이 무엇인지 여전히 분명하지 못하기 때문으로 보인다.

통설을 지지하는 측에서도 주요한 발생원인이 무엇인지 일의적으로 명확하게 하는 것이 곤란하여 일부구비설 내에서도 전혀 다른 결론이 나오는 경우가 있다고 자인하고 있는 실정이다.¹³⁰⁾ 最高裁第二小法廷 2012.

130) 富上智子, “第三者の弁済による求償・代位と倒産手続”, 判例タイムズ No.1386, 2013, 50頁에서 앞서 소개한 最高裁第二小法廷 1995. 1. 20. 平3 (オ) 491号 判決과 最高裁第二小法廷 2012. 5. 28. 平21 (受) 1567号 判決을 예로 들고 있다.

5. 28. 平21 (受) 1567号 判決의 사례도 일부구비설 내에서 결론이 같았다. 일부구비설 내에서 같은 결론을 내더라도, 통설과 공제설은 그 설명 방식에서 차이를 보이기도 하였다.

유언자의 생존중의 유증에 따른 기대는, 단순 기대권 내지 사실상의 이익에 불과해 도산채권이 되지 않는다는 일부구비설의 일부 견해는 민법 제985조 제1항,¹³¹⁾ 제1022조¹³²⁾를 근거로 드는데,¹³³⁾ 단지 유언의 효력 발생의 불확실성이 크다는 이유라면, 다른 조건부 채권과의 구별기준은 무엇인지 밝힐 필요가 있으나 논증이 없다. 확실한 기초를 가지고 있는 기대권 또는 장래의 청구권으로서 발생원인이 이미 존재하고 있다면 도산채권이 된다는 일부 학설도,¹³⁴⁾ 도산채권이 되지 않는 단순 기대이익(기대권) 내지 사실상의 이익과의 보편적인 구별기준을 구체적으로 제시하지 않고 있어, 결국 실질적인 내용은 전혀 담지 못했다.

쌍방미이행 쌍무계약이 문제되는 경우에도 견해가 제각각으로 나뉘었다. 대부분의 학설과 판례는 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 채권에 대한 규정을 모두 특별한 규정으로 해석하여 일반적인 경우와 통일된 해석을 하지 못했다.¹³⁵⁾

이에 대해 통설을 비판하는 공제설의 문제의식은 경청할 만했다. 통설이 井上가 최초 일부구비설을 제창하며 제시한 불완비요건설의 문제의식을 계승하지 못한 채, 오히려 전부구비설이 함께 주장한 법정조건설을 받아들여 함께 주장하게 되면서 문제가 발생하게 되었다는 주장¹³⁶⁾은 설

131) “유언은 유언자의 사망 시부터 효력이 발생한다.” 우리나라 민법 제1073조 제1항에 대응되는 내용이다.

132) “유언자는 언제라도 유언의 방식에 따라 그 유언의 전부 또는 일부를 철회할 수 있다.” 우리나라 민법 제1108조 제1항에 대응되는 내용이다.

133) 宗田親彦, 破産法概説, 265頁.

134) Westlaw Japan, Westlaw Japan新判例解説, 2頁.

135) 우리나라와 마찬가지로 관리인에게 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 해제권을 부여하는 것의 타당성 등 문제가 제기될 수 있다. 일본에는 아예 명문의 규정에 반해 해제권 행사를 제한한 最高裁第三小法廷 2000. 2. 29. 平8 (オ) 2224号 判決의 사례까지 있다. 마찬가지로 본고의 주제와 직접 관련되는 한도에서 이후 간략히 논하도록 한다.

136) 山本和彦, “将来の請求權”, 738-743頁.

득력이 있다. 도산절차개시 전에 주요한 발생원인이 구비되어 있으면 족하다는 말은 지나치게 추상적이어서 구체적인 사건 해결에 지침을 주지 못한다. 물론 공제설이 주창하는 “도산 위험을 부담하여 도산절차 내에서 청산되어야 할 성질의 채권은 도산채권이 된다.”라는 말은 동어반복에 지나지 않는다는 비판이 가능하나, 적어도 청구권의 ‘주요한 발생원인’이라는 막연한 용어로 이를 대체하는 것은 부족하다는 문제의식은 타당하다고 여겨진다. 한편, 공제설은 기대권이나 기대이익이라는 표현을 사용한다 하더라도 도산채권이 될 수 있다고 보기도 하는데,¹³⁷⁾ 결국 통설이 제시하는 구별기준은 무의미하고, 다른 형량요소를 고려해야 함을 알 수 있다.

관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제한 경우에 관해서는 일반적인 경우와 통일된 해석을 제시하는 견해가 없었다. 단, 관리인의 쌍방미이행 쌍무계약 이행 선택 시 상대방의 청구권은 본래적 관리채권이 된다는 유력설¹³⁸⁾은 일반적인 경우와 통일된 해석을 추구하였다. 하지만 만일 일부구비설에 따라 계약의 성립을 기준으로 한다는 주장을 일관하면 이는 도산채권이 되는 바, 여기에도 모순이 발생한다. 적어도 도산절차개시 전후로 단일한 채권이 분리된다거나, 그 성질이 바뀐다는 논증이 추가적으로 필요하다.

이에 대해서는 법정채권관계의 사례에서 힌트를 얻을 수 있었다. 最高裁第一小法廷 1968. 6. 13. 昭40 (オ) 1146号 判決의 사례는 불법행위 손해배상청구권의 사례이고, 最高裁第二小法廷 1995. 1. 20. 平3 (オ) 491号 判決의 사례는 사무관리에 따른 구상권이 문제된 사례이다. 이들 사례에서 학설이나 판례 모두 도산절차개시 전후로 명확하게 채권을 분리하여 논의하고 있다. 불법행위의 경우, 도산절차개시 전 채무자의 불법행위와 관련된 부분은 도산채권, 도산절차개시 후 관리인의 불법행위와 관련된 부분은 관리채권이 된다. 最高裁第一小法廷 1968. 6. 13. 昭40 (オ) 1146

137) 山本和彦, “将来の請求権”, 748頁.

138) 伊藤眞, 会社更生法, 272-273頁; 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 352, 873頁; 伊藤眞, 岡正晶, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法, 406頁; 竹下守夫, 大コンメンタル破産法, 221頁(松下淳一 執筆部分).

号 判決의 사례와 관련해서는 다소 의제적이거나, 판례는 파산재단의 관리 처분권이 파산관재인에게 속한다는 점을 논거로 들었고, 이미 불법행위가 이루어지고 있을 때에는, 이를 방치한 것을 관리인의 부작위에 의한 불법행위로 볼 수 있다는 학설도 있었다.¹³⁹⁾ 사무관리의 경우, 도산절차 개시 전 채권자의 사무관리가 되는 준법률행위와 관련된 부분은 도산채권, 도산절차개시 후 채권자의 사무관리가 되는 준법률행위와 관련된 부분은 관리채권이 된다.¹⁴⁰⁾ 결국 일정한 행위를 기준으로 하는 불법행위와 사무관리는 채권발생의 근거가 되는 행위가 귀속되는 시점에 따라 채권을 분류할 수 있다는 것이다. 그런 점에서 最高裁第二小法廷 2013. 11. 13. 平25 (許) 4号 決定의 사례에서 회사갱생법 제52조 제3항은 채무자가 당사자가 되어 진행한 부분의 소송비용상환청구권까지 공익채권으로 한다는 점에 의의가 있다고 본 견해¹⁴¹⁾는 그대로 수용하기 어렵다.

한편, 東京高裁 2013. 5. 17. 平24 (行ケ) 15号 判決의 사례에서 우리나라와 같이 과징금 청구권이 비면책채권이 된다고 볼 수 있는지의 쟁점이 제기되었다. 도쿄고등재판소의 결론은 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013두5159 판결의 결론과 같았다. 다만 조세 등 청구권과 벌금 등 청구권의 성질, 지위 등을 비교하여 보다 세부적으로 논증을 실시하였다. 전반적으로 도산법과 다른 공익성을 띤 법령의 충돌 문제로는 보지 않았다.

일부구비설을 일관하면 채권이 구체적으로 발생하기 전에 채권 신고 기한이 경과하여, 채권 신고를 하지 못하는 등 적법절차 보장의 문제가 발생할 수 있다는 점에 대해서는 일반론 차원의 지적이 있었으나, 이에 대한 통합적인 해결책은 구체적으로 제시되지 못하였다. 最高裁第二小法廷 2013. 11. 13. 平25 (許) 4号 決定의 사례에서 갱생채권설 중 통설을 따르는 견해가 문제점을 제시하는 데 그쳤고, 東京高裁 2013. 5. 17. 平24 (行ケ) 15号 判決도 적법절차 보장에 대한 별다른 대안을 내놓지 못했

139) 伊藤眞, 岡正品, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法, 35-36頁.

140) 小林昭彦, “和議認可決定”, 277頁; 判例タイムズ, “和議認可決定”, 133-134頁은 그 전제로 도산절차개시 전후로 채권을 명백히 분리하였다.

141) 菊池絵里, “訴訟費用請求權の更生債權該当性1”, 456頁; 中島弘雅, “最高裁民訴事例研究三十九”, 65頁.

다.

2. 시사점

우리나라의 논의는 일본의 논의와 매우 닮아 있다. 일부구비설이 통설 및 판례인 점, 일부구비설이 말하는 청구권의 주요한 발생원인이 무엇인지에 대해 구체적인 지침을 찾을 수 없다는 점이 그렇다. 일부구비설이 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우를 모두 포괄하여 문제를 해결하지 못하고, 일관된 기준을 제시하지 못하고 있는 점도 같다. 쌍방미이행 쌍무계약에 의한 채권이 문제되는 경우 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정에 관하여 별도의 해석론을 전개하는 견해가 대부분인 점 등도 같다.

적법절차 보장에 대한 문제의식은 있었으나, 모든 경우에 적용되는 해결책은 제시하지 못하고 입법적으로 해결할 문제라고 보는 점, 판례도 이에 대해 대체로 침묵하고 있는 점, 적법절차 보장에 대한 뚜렷한 대책이 충분히 논의되어 있지 않은 점도 비슷하다.

이는 우리나라의 도산법이 일본의 도산법을 계수하고, 그 과정에서 학설 및 판례가 일본의 논의를 다소 무비판적으로 수용하였기 때문으로 보인다. 실제로 우리나라의 도산법 관련 문헌은 명시적으로 일본의 논의를 인용하는 경우가 많다. 그렇다면 일본의 논의는 우리나라의 논의의 미흡한 점을 비추는 거울로 삼되, 한편으로 일본의 논의에서 개선점을 찾을 수 있다면 비판적으로 수용하여야 할 것이다.

우리나라가 일본의 일부구비설을 받아들인 결과 생긴 문제에 대해서는 일본에서 최근 통설로서의 일부구비설을 학설사적으로 비판하며 등장한 공제설의 문제의식이 참고가 될 것으로 보인다. 기본적으로 도산절차개시 전 도산 위험을 진 부분은 도산채권으로, 도산절차개시 후 모든 이해관계인의 이익을 위한 부분은 관리채권으로 분류하여야 한다는 문제의식을 출발점으로 삼아야 한다. 그러나 공제설도 사례별로 구체적인 이익형량의 관점에서 일관된 기준을 제시하지는 못했다. 그 문제의식을 참고

하되, 구체적이고 일관된 기준은 다른 논의에서 찾아야 할 것으로 보인다.

쌍방미이행 쌍무계약에 대하여 관리인이 이행을 선택한 경우, 상대방의 청구권이 본래적 관리채권이라고 보는 유력설은 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 채권을 모두 아우르는 통일된 이론구성의 가능성을 보여준다. 다만, 채권의 분리가능성에 대하여는 별다른 언급이 없었다.

한편, 最高裁第一小法廷 1968. 6. 13. 昭40 (才) 1146号 判決 및 最高裁第二小法廷 1995. 1. 20. 平3 (才) 491号 判決의 법정채권관계 사례는 도산절차개시 전후로 채권을 분리할 수 있다는 가능성을 보여주었다. 제2장 제3절에서 하나의 채권을 분리하여 각 부분의 성격에 맞게 채권을 분류하는 대안의 필요성을 알 수 있었는데, 일본의 논의에서 그 실마리를 찾을 수 있을 것으로 보인다. 일본에서는 법정채권관계의 사례에 관하여만 판례가 존재하고 있었으나, 그 기저의 논리를 확장하여 모든 경우에 적용할 수 있을 것으로 생각된다.

東京高裁 2013. 5. 17. 平24 (行ケ) 15号 判決은 과징금 청구권이 비면책채권이 될 수 없는지에 대한 보다 세부적인 논증을 보여주었다. 과징금을 부과하는 근거가 되는 법령의 행정상 목적 등을 고려하여, 도산법과 어떻게 규범조화적인 해석을 할 수 있을지 검토할 때 참고가 될 것으로 보인다. 다만, 도산법이 다른 공익적 성격을 가진 법령과 충돌할 때에 대한 전반적인 논의는 아니었으므로, 그 점을 고려하여야 할 것이다.

제 4 장 미국의 논의

제 1 절 미국의 도산법 개관

미국의 도산절차는 미국 법전 제11편(Title 11 of the United States Code) 연방도산법(Bankruptcy Code)¹⁴²⁾에 의해 규율된다. 제1, 3, 5장은 모든 연방도산절차의 공통되는 사항을 규정한다. 제7장은 파산절차(Liquidation), 제9장은 지방자치단체의 재건절차(Adjustment of Debts of a Municipality), 제11장은 재건절차(Reorganization), 제12장은 농업종사자, 어업종사자의 회생절차(Adjustment of Debts of a Family Farmer or Fisherman With Regular Annual Income), 제13장은 개인회생절차(Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income)를 규율한다.¹⁴³⁾ 우리나라 채무자 회생법에 대응하면, 제7장이 파산절차, 제11장이 회생절차, 제13장이 개인회생절차이다.

미국 연방도산법은 채권의 분류 체계가 우리나라와 일본과는 다소 다르다. 기본적으로 연방도산법상 ‘채권(Claims)’의 정의에 부합하는지가 제1의 관문이다. 연방도산법상 채권이란 금전을 지급받을 권리로서, 판결 유무, 금전화 여부, 확정 여부, 조건부 여부, 기한의 도래 여부, 계쟁의 유무, 보통법상·형평법상 권리인지 여부, 담보부 여부 등을 불문한다(11 U. S. C. §101(5)(A), 이하 이 장에서 연방도산법은 조문으로만 인용한다).

오직 연방도산법상 채권만이 도산절차에서 변제받는다. 배당에 참가하기 위해서는 채권이 시인(Allowance)되어야 한다. 시인된 채권이란 적법

142) 일반적으로 연방파산법으로 번역하기도 하나, 파산과 회생을 포함하는 의미에서 연방도산법으로 번역하였다. 福岡真之介, アメリカ連邦倒産法概説에서도 이와 같이 번역하였다.

143) 福岡真之介, アメリカ連邦倒産法概説, 1-2頁.

하게 신고되어 실질적으로 유효한 채권을 의미한다(§§501, 502). 도산절차개시 당시의 채권액만이 시인된다(§502(b)). 제11장 재건절차에서는 시인된 채권을 보유한 채권자만이 재건계획에 대하여 의결권을 행사할 수 있다(§1126(a)). 일반적으로 도산절차개시 전에 발생한 연방도산법상 채권만이 면책된다. 이는 제7장 파산절차(§727(b))의 면책 및 제11장 재건절차(§1141(d)), 제12장 재건절차(§1228), 제13장 개인회생절차(§1328)의 인가된 재건(회생)계획에 따른 면책에 공통된다. 면책된 채권은 실현할 수 없다(§524(a)). 도산절차개시 당시 발생해 있는 채권에 대해 자동 중지(Automatic Stay)도 적용된다(§362(a)). 이를 종합하면, 도산절차개시 전 발생한 연방도산법상 무담보일반채권이 곧 도산채권에 해당한다고 할 수 있는데, 흔히 연방도산법상 채권이라 함은 도산절차개시 전 발생한 무담보일반채권을 의미하는 경우가 많다. 무담보일반채권은 우선채권(Priority Claims) 다음으로 변제받는다(§§507, 726(a)(1)).

§507(a)는 10종류의 우선채권을 규정하고 있다. 그 중 제2순위에 관리채권(Administrative Expenses, §503(b))이 위치한다. §503(b)는 9종류의 비용에 대한 채권을 관리채권으로 나열하고 있다. 이는 예시적 열거로 본다. §503(b)은 나열 전에 ‘포함하여(including)’라는 말을 쓰고 있기 때문이다.¹⁴⁴⁾ 관리채권이 되기 위해서는 재단의 관리와 유지에 실제로 발생하여 필요한(Actual and Necessary) 비용이어야 한다.¹⁴⁵⁾ 일반적으로, 도산절차개시 후 도산재단과의 거래(Postpetition Transaction with Estate)로 인해 발생한 비용에 관한 채권이 관리채권이 된다.¹⁴⁶⁾

관리채권자는 원칙적으로 연방도산법상 채권자의 정의에는 부합하지 않는다(§101(10)). 따라서 면책이나 자동중지의 대상이 되지 않는다. 관리채권에 대해서는 채권신고의 일반규정(§501)이 적용되지 않고, 독자적인 신고·인부절차가 규정되어 있다. 관리채권으로서 변제받기 위해서는 적시에 신고가 되어야 한다. 기한을 초과하여 신고가 된 경우 법원의 허가를 득해야 한다(§503(a)). 연방도산법은 관리채권의 신고절차에 관하여

144) Charles J. Tabb, *Law of Bankruptcy*, p.680.

145) Charles J. Tabb, *Law of Bankruptcy*, p.685.

146) Charles J. Tabb, *Law of Bankruptcy*, p.682.

더 이상의 규정을 두고 있지 않아, 신고의 방식·신고기간·법원의 허가 기준 등에 관해 도산법원의 판단에 일임하고 있다. 관리채권으로 시인되기 위해서는 통지 및 청문절차를 거쳐 도산법원의 시인을 받는 것이 필요하다(\$503(b)).¹⁴⁷⁾ 관리채권은 우선채권으로서 무담보일반채권보다 우선하여 변제받는다(\$507(a)(2)).

결국 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우 미국에서도 같은 문제가 발생한다.¹⁴⁸⁾ 연방도산법상 무담보일반채권은 도산채권에 해당한다고 할 수 있고, 이에 반해 도산절차상 제약을 받지 않는 관리채권이 존재한다. 미국에서도 마찬가지로 도산절차상 각종 제약을 받는 연방도산법상 무담보일반채권이 실질적으로 실현할 수 있는 채권액과, 관리채권이 실질적으로 실현할 수 있는 채권액은 현격한 차이가 날 수밖에 없다.

미국에서는 이와 관련된 논의가 주로 도산절차개시 당시 발생 여부가 불분명한 불법행위 손해배상청구권, 제조물책임에 의한 손해배상청구권, 환경법령상 채권 등 비계약상 채권에 관하여 이루어진다. 문제가 되는 채권을 ‘장래채권(Future Claims)’이라고 명명하여,¹⁴⁹⁾ 채권 발생 시점의

147) 福岡真之介, *アメリカ連邦倒産法概説*, 209, 212-213頁.

148) Charles J. Tabb도 “도산절차 신청 시에 채권의 발생요건이 모두 충족되지 않는 않았지만 일부는 충족된 경우 시점의 문제가 발생한다. 만일 기한 미도래 채권이나 미확정 채권과 같이, 미구비 요건이 도산절차개시 후 시간이 흐르면서 자연스럽게 충족되는 요건이라면 채권자는 분명 연방도산법상 채권을 가지고 있다고 할 수 있다. 채무자의 행위와 채권자의 채권 사이의 연결고리가 더욱 희석된 경우는 해결하기 어려운 문제가 된다. 불법행위와 환경법의 사례가 특히 까다롭다.”라는 취지로 서술하고 있다. Charles J. Tabb, *Law of Bankruptcy*, p.640.

149) Laura B. Bartell, "Due Process"; Ralph Brubaker, "Part I"; Ralph Brubaker, "Part II"; Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims"; Ralph R. Mabey & Jamie A. Gavrín, "Constitutional Limitations"; Michelle M. Morgan, "The Denial of Future Tort Claims"; Zev Shechtman, "A Fresher Start"; Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously" 등 참조. 우리나라나 일본의 ‘장래의 청구권’은 비계약상 채권과 계약상 채권을 모두 포함하는 개념이라는 점에서 서로 구별된다고 할 수 있다.

문제(Timing Problems)로 파악한다. 채권의 발생 시가 도산절차개시 전이면 무담보일반채권, 도산절차개시 후이면 관리채권이 된다는 취지이다.

미국에서는 채권 발생 시점의 문제에 관해 구체적인 이익형량의 관점에서 학설과 판례가 전개되고 있다. 우리나라와 일본이 다소 이론적인 논의에 머물렀던 것과는 대조적이다. 연방순회항소법원의 판례가 먼저 나오고, 이에 대한 평석으로 학설이 전개되고 있으므로 일반론 차원에서도 판례를 먼저 소개한다. 주된 흐름은 연방순회항소법원 판례 간 견해 대립과 이를 토대로 한 학설의 대립으로 정리할 수 있다. 물론, 비계약상 채권에 관하여도 이를 채권 발생 시점에 관한 문제로 환원하지 않고 다른 견해를 밝힌 학설이나 판례도 일부 존재한다.

계약상 채권이 문제되는 경우에는 *In re Castellino Villas, A. K. F. LLC* 사건¹⁵⁰⁾과 같이 채권 발생 시점의 문제로 본 판례도 드물게 있으나, 보통 채권 발생 시점의 문제와 별개로 보는 학설과 판례가 주류적으로 전개된다. 이들 견해 역시 구체적인 이익형량의 따른 논거를 들고 있다. 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우를 대표하는 논의는 채권 발생 시점의 문제로 보는 견해들의 대립이나, 학설 및 판례는 계약상 채권에 관하여서는, 특히 쌍방미이행 쌍무계약이 문제되는 경우 독자적인 법리를 보여주고 있다.

종합하자면, 미국의 논의는 크게 비계약상 채권에 대한 논의와 계약상 채권에 대한 논의로 이원화되어 있다고 평가할 수 있다. 서로의 논의가 절대적으로 서로를 배제하고 있지는 않고, 일부 겹치는 부분도 있으나, 큰 줄기를 파악하면 분명 비계약상 채권인 경우와 계약상 채권인 경우로 나누어 볼 수 있다.

150) 836 F.3d 1028 (9th Cir. 2016).

제 2 절 일반론

1. 판례

가. 비계약상 채권의 경우

1) 채권 발생 시점의 문제로 보는 견해

가) 권리발생시절(The State Law Accrual Test, The Right to Payment Test)

평시에 적용되는 주법(Nonbankruptcy State Law)에 따라 금전에 대한 청구권(Right to Payment)이 발생하는 시점을 기준으로 보아야 한다는 견해이다. 연방제3순회항소법원이 *Matter of M. Frenville Co., Inc.* 사건¹⁵¹⁾에서 최초로 제시하였으나, 별다른 논거를 들지는 않았다. 구상을 위한 절차를 진행할 수 있었던 시점을 지적한 점에 비추어 적법절차 보장을 고려한 것으로 보인다. 이후 *Jones v. Chemetron Corp.* 사건¹⁵²⁾에서 적법절차를 보장받지 못한 채권자는 면책의 대상에서 제외된다고 판시하여 적법절차 보장이 그 근거가 됨을 명확히 밝혔다.

나) 채무자행위시절(The Prepetition Conduct Test, The Underlying Acts Test)

채권의 개념을 가장 폭넓게 본다. 채무의 원인이 된다면 가리지 않고, 그 채무자의 행위(Conduct)가 있었던 시점을 기준으로 한다. 채권자에게 아직 손해가 발생하지 않았더라도, 채권자와 채무자 간 어떠한 접촉이 없었더라도 상관없다. 연방제4순회항소법원의 *Grady v. A. H. Robins Co., Inc.* 사건¹⁵³⁾이 시초가 되었다.¹⁵⁴⁾ 기본적으로 연방제4순회항소법원은 입법 의도를 들어 불법행위나 보증책임(Warranty)의 위반을 구성하

151) 744 F.2d 332 (3rd Cir. 1984).

152) 212 F.3d 199 (3rd Cir. 2000).

153) 839 F.2d 198 (4th Cir. 1988).

154) Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville", pp.736-738.

는 행위가 도산절차개시 전에 발생했다면 널리 도산채권이 된다고 판시하였다. 채권자들이 채권 추심에 경쟁적으로 뛰어들어 비효율을 야기하게 되는 이른바 집합행동(Collective Action)의 문제 방지를 근거로 든다.

다) 관계시설(The Prepetition Relationship Test, The Debtor-Creditor Relationship Test, The Conduct Plus Test, The Narrow Conduct Test, The Piper Test)

연방제2순회항소법원이 *In re Chateaugay Corp.* 사건¹⁵⁵⁾에서 명시적으로 그 기준 시에 대한 명명을 하지는 않았으나, 관계시설을 최초로 도입하였다고 평가받는다.¹⁵⁶⁾ 채무자행위시설에 대응하여 주장된 견해로, 채무자행위시설에 부가적인 요건을 더한다. 그 기준 시는 채무자의 행위의 존재에 더해 채권자와 채무자와의 관계가 설정된 시점이 되어야 한다는 것이다. 즉, 채권자가 채무자와 접촉(Contact), 노출(Exposure), 영향(Impact), 긴밀함(Privity)¹⁵⁷⁾ 등 관계를 가진 시점이 기준시가 된다. 채권의 발생 원인이 채무자의 재산 유지에 필요한지, 아니면 도산재단의 유지에 필요한지에 따라 채권의 발생 시점을 달리 보아야 하며, 지나치게 연방도산법상 채권의 범위가 넓어지면 도산절차 진행의 부담이 커지고, 적법절차의 문제도 발생하여 바람직하지 않기 때문이라는 취지이다. 연방제3순회항소법원도 *In re Grossman's Inc* 사건에서 결국 판례를 변경해 관계시설을 따랐다.¹⁵⁸⁾ 판시가 일부분 숙고가능시설과 겹치는 경우도 있으나 명시적으로 숙고가능시설을 취한 판례와는 분명히 구별된다.

라) 숙고가능시설(The Fair Contemplation Test)

연방제9순회항소법원이 환경법적 쟁점이 문제가 된 *In re Jensen* 사

155) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

156) Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville", p.745.

157) 비계약상 채권이 문제되는 맥락상, 영미법상 법적으로 구속력 있는 합의를 통해 상호간에 자발적인 관계를 만들어 낸 사람들 사이의 관계를 일컫는 Privity는 아닌 것으로 보인다.

158) 607 F.3d 114 (3rd Cir. 2010).

건¹⁵⁹⁾에서 개창한 견해이다. 관계시설에 더해 당해 채권에 관해 도산절차개시 전 속고가 가능했던 시점을 기준 시로 한다. 채권자가 채권의 존재를 알 수 없었음에도 채권을 면책의 대상으로 하는 것은 적법절차 원칙에 반한다는 취지이다.

2) 채권 발생 시점의 문제와 별개로 보는 견해

채권 발생 시점의 문제와 별개로 보는 판례는 제각기 결론이 달라 특별히 경향성을 찾을 수 없다.¹⁶⁰⁾ 다만, 불법행위가 문제된 *O'Loghlin v. County of Orange* 사건에서 판례는 도산절차개시 전 채무자의 불법행위로 인한 손해배상청구권은 무담보일반채권이 된다고 보면서, 도산절차개시 후 채무자의 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대하여는, 도산법이 보장하는 새 출발은 위법행위에 대한 면허를 주는 것을 의미하지 않는다며 면책 및 자동중지의 적용이 없다고 보았는데,¹⁶¹⁾ 그 논리는 참고할 가치가 있다고 생각된다.

나. 계약상 채권의 경우

In re Sunarhauserman, Inc. 사건¹⁶²⁾, *Matter of Handy Andy Home Improvement Centers, Inc.* 사건¹⁶³⁾ 등 상당수의 판례는 채권 발생 시점의 문제로 보지 않고, 도산절차개시 전 채권자가 이행한 반대급부에 대응하는 채권은 무담보일반채권, 도산절차개시 후 채권자가 이행한 반대급부에 대응하는 채권은 관리채권이 된다고 본다. 채무자가 현재 비용을 충당할 만큼 수익을 내는 한 도산절차개시 전 부분은 매몰비용으로 처리할 수 있도록 하는 것이 타당하기 때문에 도산절차개시 전 이행 부분은 무

159) 995 F.2d 925 (9th Cir. 1993).

160) 가령, 정화 대응 비용 채권과 관련하여, 구별기준에 대한 별다른 논증 없이 *Ohio v. Kovacs* 469 U.S. 274 (1985)는 도산채권으로서 면책의 대상이 된다고 보았고, *In re Wall Tube & Metal Products Co.* 831 F.2d 118 (6th Cir. 1987)는 관리채권이 된다고 보았다.

161) 229 F.3d 871 (9th Cir. 2000).

162) 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997).

163) 144 F.3d 1125 (7th Cir. 1998).

담보일반채권이 되고, 도산절차개시 후 채무자와의 거래로 새로이 유인된 부분은 도산재단에 이익이 되기 때문에 관리채권이 된다는 것이다.¹⁶⁴⁾

한편, 미국은 우리나라나 일본과 달리 관리인에게 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 해제권 대신 이행거절권을 부여하는데(§365(a)), 관리인이 이행을 거절한 경우 상대방이 갖는 청구권은 무담보일반채권이 된다고 규정되어 있다(§365(g)(1)). *In re Good Hope Chemical Corp.* 사건에서 판례는 이에 대해 본래 관리채권을 무담보일반채권으로 의제한 것으로 보았다.¹⁶⁵⁾

2. 학설

가. 비계약상 채권의 경우

1) 서설

판례와는 달리 채권 발생 시점의 문제로 보는 견해 중 권리발생시점 및 관계시점을 주장하는 학자는 없는 것으로 보인다. 관계시점이 타당하다고 주장하는 학자들도 결국은 숙고가능시점과 같은 의미의 관계시점이 타당하다는 취지이다. 채권 발생 시점의 문제로 보는 견해는 크게 입법 의도에 따라 채무자의 새 출발을 원활히 하도록 최대한 많은 채권을 도산절차에 포함시켜야 한다는 채무자행위시점과 적법절차 보장을 중시하는 숙고가능시점으로 나뉜다. 아예 적법절차 보장을 극단적으로 추구하여 채권 발생 시점과 무관하게 적법절차보장여부를 기준으로 보아야 한다는 학설도 존재한다.

164) 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997); 144 F.3d 1125 (7th Cir. 1998) 등.

165) 747 F.2d 806 (1st Cir. 1984).

2) 채권 발생 시점의 문제로 보는 견해

가) 채무자행위시설¹⁶⁶⁾

채무자행위시설은 다음과 같이 주장한다.

‘채무자행위시설은 의회가 모든 채권이 도산절차 내에서 처리되도록 하여 채무자에게 새 출발의 기회를 부여하기 위해 채권을 광범위하게 정의한 의도에 가장 부합한다. 채무자의 과거와 미래를 완전히 분리하여 과거의 불운한 실수로부터 채무자를 해방시켜준다. 그리고 채무자의 과거 행위로 인해 영향을 받은 모든 채권자를 동등하게 취급한다. 채무자의 행위를 기준으로 하므로 당사자 간 조작의 위험도 없다.’¹⁶⁷⁾

만일 장래 채권이라는 이유만으로 면책을 불허한다면 현재 채권자의 이익에도 반하고 결국에는 배당의 재원을 소모시켜 장래 채권자에게도 불이익이 돌아가게 된다. 재건(회생)절차의 경우 결국 파산으로 이어져 장래 채권자의 절차적 권리와 실제적 권리 모두를 파괴해 버리는 결과를 낳는다.’¹⁶⁸⁾

적법절차 보장 문제에 대하여는 대표자(Representative) 및 신탁(Trust)을 활용하자는 견해¹⁶⁹⁾, 기업승계인채무(Successor Liability)를

166) 결론적으로 이를 주장하는 학자는 Ralph Brubaker, Jeffrey Davis, Jamie A. Gavrin, Kathryn R. Heidt, Annette W. Jarvis, Daniel L. Keating, Robert M. Lawless, Ralph R. Mabey, Michelle M. Morgan, Alan N. Resnick, Frederick Tung, 등이다.

167) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", p.225; Ralph Brubaker, "Part I" p.2; Kathryn R. Heidt, "Suggestions for Reform", pp.126-127; Michelle M. Morgan, "The Denial of Future Tort Claims", p.49; Robert J. Scott, "When a Claim Arises", p.264; Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously", pp.468-469.

168) Ralph R. Mabey & Jamie A. Gavrin, "Constitutional Limitations", p.783.

169) Laura B. Bartell, "Due Process", pp.352-371; Ralph Brubaker, "Part I", pp.3-5; Russel A. Eisenberg & Frances Gecker, "Due Process", p.107; Kathryn R. Heidt, "Suggestions for Reform", pp.127-128, 143-144; Robert M. Lawless, "Realigning the Theory and Practice", pp.1252-1253; Ralph R. Mabey & Jamie A. Gavrin, "Constitutional Limitations", pp.775, 780-781, 784; Alan N. Resnick, "Mass Tort Liability", pp.2077-2082.

이용하자는 견해¹⁷⁰⁾, 기업승계인의 선택 하에 현존 채무자와 같은 배당률을 보장하자는 견해(Commensurate Discount Assumption)¹⁷¹⁾, 일종의 입법론으로 대표자 및 재건(회생)계획의 강제 인가 요건을 활용하자는 견해¹⁷²⁾, 보험을 활용하자는 견해¹⁷³⁾ 등이 제시되고 있다.

나) 속고가능시설¹⁷⁴⁾

속고가능시설은 다음과 같이 주장한다.

‘속고가능시설은 양극단적인 견해가 갖는 문제점을 피하여 채권자에 대한 적법절차 보장과 채무자의 새 출발 기회 부여 사이의 균형점을 찾아¹⁷⁵⁾ 이해관계의 충돌을 가장 조화롭게 해결할 수 있을 뿐만 아니라, 채권자와 채무자로 하여금 장래 채권에 관한 정보를 공개하고 조사하도록 할 유인을 부여하여 가능한 도산절차 내에서 장래 채권이 취급될 수 있도록 장려한다. 예견 가능한 장래 채권은 모두 면책의 대상이 되기 때문에, 재건(회생)채무자에 대한 도산절차개시 이후의 투자도 촉진하게 된다.¹⁷⁶⁾ 또한 같은 처지에 놓인 채권자를 동등하게 취급하여 채권자 평등에도 부합한다.¹⁷⁷⁾ 구체적 사정에 따라 도산법원이 유연하게 기준을 적용할 수 있다는 것도 장점이다.¹⁷⁸⁾

비용을 발생시키거나 소를 제기하는 등, 당사자가 통제할 수 있는 행위에 기준을 두지 않고, 대신 당사자가 예견이 가능한 객관적 사실에 기준을 두기 때문에 조작의 위험성도 없다.¹⁷⁹⁾ 도산절차 진행에 따른 통지

170) Michelle M. Morgan, "The Denial of Future Tort Claims", pp.51-54.

171) Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously", pp.459-464, 472-473, 478-479, 500-504.

172) Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims", pp.361-374.

173) Daniel L. Keating, "Late-Manifesting Claims", pp.1100-1102.

174) 결론적으로 이를 지지하는 학자는 Dale E. Azaria, Theresa J. Pulley Radwan, Kevin J. Saville, Alisha J. Turak 등이다.

175) Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville", pp.732-733.

176) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", pp.218, 222-223; Kevin J. Saville, "Discharging CERCLA", pp.360-361.

177) Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville", p.755.

178) Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville", pp.760-761.

등 적법절차도 보장할 수 있다. 신탁(Trust) 등의 활용이 없이도 속고가 능성이 없는 채권은 면책에서 제외되기 때문이다.¹⁸⁰⁾ 예견가능한 채권에 대해서만 면책을 누리게 하므로 채무자가 도산절차 신청을 남용할 우려도 없다.’¹⁸¹⁾

한편, 예견가능성이 없는 채권에 대해서는 면책의 효과가 미치지 않기 때문에 이로써 재건(회생)이 어렵게 된다는 비판이 있을 수 있으나, 이에 대해서는 장래 채권자들을 위하여 소송 후견인(Guardian Ad Litem) 등을 도산절차 내에 참여시키거나 장래 채권자들에 대한 배당 재원이 될 수 있는 신탁(Trust) 등을 활용하여 장래 채권자를 도산절차에 편입시키는 방법도 가능하다는 일부 견해도 있다.¹⁸²⁾

3) 채권 발생 시점의 문제와 별개로 보는 학설 - 적법절차보장여부설

적법절차보장여부설은 다음과 같이 주장한다.

‘채권의 정의 자체에 천착하기보다는, 채권의 정의가 어디까지를 포함하는지에 따라 적법절차 보장 여부의 문제가 생기는 것이므로, 역으로 적법절차의 보장을 받은 채권만이 연방도산법상 채권이 된다고 보면 된다. 장래 채권자를 위한 대표자가 선정되어 도산절차 내에서 장래 채권자의 이익이 공정하게 대표되었다면 그 장래 채권은 도산절차 내에 편입될 수 있고, 그러지 못하였다면 도산절차 내에 편입될 수 없다. 장래 채권자의 이익이 공정하게 대표되었음에도 이를 도산절차에 편입시켜 면책의 대상으로 할 수 없다면 채권자의 새 출발을 장려하고자 하는 도산절차의 목적도 좌절된다.’¹⁸³⁾

179) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", p.225.

180) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", p.227; Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville", pp.755, 757-758; Alisha J. Turak, "Why Wright Was Wrong", p.2213.

181) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", p.230.

182) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", pp.228-229.

183) Zev Shechtman, "A Fresher Start", pp.629-630.

나. 계약상 채권의 경우 - 반대급부이행기준설

계약상 채권에 한정하여 반대급부이행기준설은 다음과 같이 주장한다.

‘도산절차개시 전 계약이 체결되었어도 반대급부가 이행될 때 채권은 발생한다. 만일 반대급부가 도산절차개시 후 이행된다면, 이에 대응하는 채권도 관리채권이 된다. 반대급부의 이행이 도산재단에 도움이 되는지 여부는 채권 발생 시기와는 관련이 없다. 쌍방미이행 쌍무계약이 도산절차개시 후 이행거절된 경우 이에 따른 손해배상청구권은 도산절차개시 전 무담보일반채권으로 의제된다는 §502(g)(1)도 이를 뒷받침한다. 이러한 조문이 없다면 손해배상청구권은 이행거절시에 발생하는 관리채권이 될 우려가 있다. 상대방의 반대급부 이행이 필요 없는 채권은 채무자에게 약인(Consideration)이 제공되었을 때 발생한다.

도산재단으로부터 배당받는 도산채권자는 그 배당을 받기 위해 관리인에 의해 발생하는 비용을 부담하여야 한다. 도산절차개시 전 계약에 의한 것이지만 도산절차개시 후 반대급부를 이행한 상대방의 채권도 이 비용에 포함되어야 한다. 게다가, 도산절차개시 전 계약에 의한 것이지만 도산절차개시 후 채권을 갖는 채권자에게는 관리채권의 지위 외에 별다른 대안이 없다. 의회가 §503(b)를 입법하면서 ‘포함하여’라는 표현을 쓴 것은 제한적 해석을 피하기 위함이었다. 따라서 도산절차개시 후 반대급부를 이행한 부분에 대한 채권은 관리채권이 된다.’¹⁸⁴⁾

제 3 절 구체적 사례

1. 서설

우선 비계약상 채권의 사례와 계약상 채권의 사례로 구분한다. 미국의 경우에는 비계약상 채권의 경우에 대한 논의가 더 활발하게 이뤄지고 있기 때문이다. 비계약상 채권의 사례는 채권 발생 시점의 문제로 보는 판

184) Laura B. Bartell, "Straddle Obligations", pp.51-54, 61-64.

례와 그렇지 않은 판례로 나눈다. 계약상 채권의 사례는 제2장에서와 마찬가지로 대차형 계약의 사례, 교환형 계약의 사례로 나눈다. 판례는 교환형 계약의 사례에 관한 것이 훨씬 더 많이 존재하는데, 교환형 계약의 사례는 쌍방미이행 쌍무계약 해당 여부, 쌍방미이행 쌍무계약에 해당할 경우 이행 선택 여부 등에 따라 분류한다. 연방순회항소법원의 판례 위주로 소개한다. 다수의 당사자 간 다수의 소송물이 문제가 된 사건이라 하더라도, 본고의 논점과 관련된 부분에 한정하여 논한다.

2. 비계약상 채권의 사례

가. 채권 발생 시점의 문제로 보는 판례

1) 권리발생시절을 취한 판례

가) *Matter of M. Frenville Co., Inc.* 744 F.2d 332 (3rd Cir. 1984)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

Avellino & Bienes(이하 'A & B'라 한다)는 New York 시에 소재하고 있는 공인회계법인이다. 1977년부터 1979년 사이에 A & B는 M. Frenville Co., Inc.(이하 'Frenville'이라 한다)의 외부 회계감사 계약을 체결하였다. 이에 따라 A & B는 회계연도 1978년과 1979년의 재무제표를 작성해 주었다. 채권자들은 1981년 1월, New Jersey 연방도산법원에 Frenville의 주인(Principal)인 Rudolph Frenville, Sr.와 Rudolph Frenville, Jr.(이하 'Frenville 일가'라 한다)에 대해서 연방도산법 제7장에 따른 비자발적 파산 신청¹⁸⁵⁾을 하였다.

Chase Manhattan Bank, N.A., Fidelity Bank, Fidelity International Bank, Girard International Bank(이하 '은행들'이라 한다)는 1981. 11. 16. New York 주 대법원에 A & B에 대하여 A & B가 과실로 무모하게 Frenville의 재무제표를 허위로 작성하여 이 때문에 재무제표를 신뢰한 은행들에 500만 달러 이상의 손해를 가하였다며 소를 제기하였다.

A & B는 1983. 1. 10. A & B가 은행들로부터 소구당한 손해에 대한

185) 채무자가 아닌 채권자에 의한 파산 신청을 의미한다(\$303(b)).

구상(Indemnification or Contribution)을 청구하고자 Frenville 일가의 파산절차를 관장하고 있던 New Jersey 연방도산법원에 Frenville 일가를 제3자 피고(Third-Party Defendant)로 추가하는 신청을 하였다. New Jersey 연방도산법원 판사는 A & B의 신청이 자동중지에 의해 불허된다는 명령(Order)을 내렸다. 이에 대해 A & B가 항고하였다. New Jersey 연방지방법원은 항고를 기각하였다. A & B가 항고하자 연방제3순회항소법원은 다음과 같은 이유로 A & B의 항고를 인용하여 New Jersey 연방지방법원의 결정을 파기하고 사건을 New Jersey 연방도산법원에 환송하였다.

(2) 연방제3순회항소법원의 판단

‘자동 중지 조항(§362(a))을 입법한 의도는 분명하다. 채무자가 새 출발을 하기 위해서는 도산을 야기한 채권 실현의 압박으로부터 자유로워져야 한다. 그러나 자동 중지가 광범위하게 적용된다 하더라도, 모든 경우에 적용된다고 할 수는 없다. 도산절차개시 후의 채권은 자동 중지의 대상이 되지 않는다.

의회는 채권의 개념을 넓게 정의했지만, 우선 금전에 대한 청구권이 될 것을 요구한다. 처음부터 당사자들이 보증 계약을 체결한 경우에는 계약 체결 시에 구상에 대한 보증 채권이 존재한다고 할 수 있다. 하지만 별다른 계약이 없는 경우의 구상 관계는 결국 주법에 따라야 한다.

도산절차개시 전의 채무자의 행위 자체만으로는 자동 중지의 적용 대상이 되기에 충분하지 않다. New York 주법에 따르면 구상을 위한 제3자 제소(Third-Party Complaint)는 피고가 원고로부터 제소를 당하여 답변서를 제출한 이후에야 가능하다. 이 경우에도 A & B는 도산절차개시로부터 14개월여가 지난 1981. 11. 16. 은행들로부터 제소를 당하여 답변서를 제출한 이후에야 구상을 위한 절차를 진행할 수 있었다. A & B는 Frenville 일가가 허위 정보를 제공하였을 때에 구상권을 가지고 있지 않았다. 도산절차개시 후 14개월여가 지나 은행들의 제소가 있고 나서야 구상권이 발생하였다. 따라서 A & B의 소는 자동 중지의 대상이 되지 않는다.’

나) *Jones v. Chemetron Corp.* 212 F.3d 199 (3rd Cir. 2000)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

Chemetron Corporation(이하 'Chemetron'이라 한다)은 1965년경부터 Ohio 주에 있는 Cuyahoga Heights Harvard Avenue 소재 제조공장과 Newburgh Heights Bert Avenue에 있는 쓰레기 매립지를 운영해 왔다. Chemetron은 1965년부터 1972년 사이에 Harvard Avenue 공장에서 열화우라늄을 사용하는 제조 공정을 시행하였다. 이 제조 공정을 중단한 뒤에는 그 폐기물을 Bert Avenue의 쓰레기 매립지에 버렸다. 이 폐기물은 방사능에 오염된 상태였다.

1980년과 1988년 사이에, Chemetron은 Harvard Avenue와 Bert Avenue의 오염지에 대하여 핵 감독 위원회(이하 'NRC'라 한다)와 연방 및 Ohio 환경보호청의 관여 하에 주기적인 정화 작업에 참여했다. 1980년경 최초 발견 이후 오염물질의 존재와 이에 대한 정화 노력은 지역 사회에서 상당한 관심을 받았다. 이후 10년간 정화 노력은 계속되었으나 실질적인 성과는 없었다.

Chemetron은 1988. 2. 20. Pennsylvania 서부 연방도산법원에 제11장 재건절차를 신청하였다. Pennsylvania 서부 연방도산법원은 채권신고기한을 1988. 5. 31.로 하는 명령(Bar Date Order)을 발령하고, Chemetron으로 하여금 채권을 가지고 있다고 알려진 채권자에게는 모두 현실적인 통지를 하도록 하고, 모든 채권자에게는 New York Times와 Wall Street Journal의 전국판에 공고를 내도록 하였다. Chemetron은 명령에 따랐고, 이에 더해 자발적으로 재건절차 신청 시에 영업을 하고 있던 지역에 있는 다른 7개사의 신문에도 공고를 냈다. Pennsylvania 서부 연방도산법원은 1990. 7. 12. 재건계획을 인가하였다.

그러나 Phyllis Jaskey Jones 외 21명(이하 '채권자들'이라 한다)은 1991년경 다른 주민들이 Cleveland에서 Chemetron을 상대로 낸 연방 소송에 대한 기사를 읽고 나서야 오염지의 위험성에 대해 알 수 있었다고 주장했다. 채권자들은 1992. 3.경부터 Ohio 주 Cuyahoga 군(郡) 민사법

원에 Chemetron을 상대로 소를 제기하였다. 그 중 Ivan Schaffer가 있었는데, 1992. 8. 27.생이다.

위 소송의 당사자들은 위 소송을 일단 중지하는 데 합의하였다. 채권자들은 Pennsylvania 서부 연방도산법원에 채권의 추후보완신고를 하였다. Pennsylvania 서부 연방도산법원은 추후보완신고를 받아들이는 결정을 하였고, Chemetron은 항고하였다. Pennsylvania 서부 연방지방법원은 Chemetron의 항고를 받아들여 Pennsylvania 서부 연방도산법원의 결정을 파기하였다. 이에 대해 채권자들이 항고하자, 연방제3순회항소법원은 항고를 일부 인용하여 Pennsylvania 서부 연방지방법원 결정의 일부를 파기하고 Pennsylvania 서부 연방도산법원에 환송하였다. Pennsylvania 서부 연방도산법원은 파기환송심에서 채권자들의 채권이 면책되었다고 결정했다. 채권자들이 다시 항고했고, Pennsylvania 서부 연방지방법원은 채권자들의 항고를 기각했다. 채권자들은 다시 항고했고, 연방제3순회항소법원은 다음과 같은 이유로 항고를 일부 인용하여 Pennsylvania 서부 연방지방법원 결정 중 일부를 파기하고 사건을 Pennsylvania 서부 연방도산법원에 환송하였다.

(2) 연방제3순회항소법원의 판단

‘당원은 주법에 따라 소인(Cause of Action, 訴因)이 발생할 때 연방도산법상 채권도 발생한다고 판시하였고, 이는 여전히 당원의 견해이다. Ohio 주 대법원은 불법행위에 따른 손해의 발생이 지연될 경우, 소인은 손해가 발생하거나 불법행위의 피해자가 손해의 발생을 알았거나 알 수 있는 이유가 있을 경우 발생한다고 판시하였다. 그러므로 채권자들 중 Ivan Schaffer를 제외한 20명의 채권은 그들이 손해의 발생을 성실하게 조사하지 못했다는 점에서 면책되었다.

그러나 Ivan Schaffer는 Chemetron의 재건계획이 인가되고 2년여가 지나서야 태어났다. 장래 채권자가 도산절차에 대하여 충분한 통지를 받지 못할 경우, 적법절차의 원칙에 따라 그 채권을 면책의 대상으로 할 수 없다. 그러한 적법절차의 원칙은 장래 채권자를 대표하고 통지를 받을 수 있는 대표자를 임명함으로써 해결되기도 하지만, 이 사건에서는

Ivan Schaffer를 위하여 어떠한 장치도 마련되지 않았기에 근본적인 문제가 발생한다. Ivan Schaffer는 통지를 받지도 못했고 Chemetron의 재건절차에 참여하지도 못했다. 따라서 적법절차의 원칙에 따라 Ivan Schaffer의 채권은 면책되지 않는다.

Ivan Schaffer의 부모에 의해 Ivan Schaffer의 채권이 대표될 수도 있겠지만, 매년 그러한 의무를 강제하는 것은 막대하고 불합리한 부담을 도산법원에 지우게 된다. 따라서 도산절차에서 적절히 대표되지 못한, 미출생 자녀의 장래 채권은 재건계획 인가에 따라 면책되지 않는다.’

2) 채무자행위시절을 취한 판례 - *Grady v. A. H. Robins Co., Inc.* 839 F.2d 198 (4th Cir. 1988)

가) 기초사실 및 소송의 경과

A. H. Robins Co., Inc.(이하 'Robins'라 한다)는 1971년부터 1974년까지 자궁 내 피임장치인 Dalkon Shield의 제작 및 공급을 한 회사이다. Dalkon Shield는 안전성이 의심받게 되자 1974년 생산이 중단되었다. 결국 Dalkon Shield로 인하여 Robins는 대거 제소를 당하게 되었는데, 이로 인해 결국 Robins는 1985. 8. 21. Virginia 동부 연방지방법원¹⁸⁶⁾에 제 11장 재건절차를 신청하였다.

Rebecca Grady는 수년 전에 Dalkon Shield를 장착했지만 그 장치가 이내 빠져나온 것으로 여겼다. 그러던 중 Rebecca Grady는 1985. 8. 21. 복부 통증, 발열과 오한을 호소하며 Salinas Valley Memorial Hospital에 입원하였다. X-Ray와 초음파진단기는 Dalkon Shield의 존재를 밝혀냈다. 1985. 8. 28. Dalkon Shield를 제거하는 수술이 시행되었고, Rebecca Grady는 퇴원했다. 그러나 얼마 지나지 않아 Rebecca Grady는 같은 증세로 1985. 11. 14. 다시 입원하여 골반염을 진단받고 자궁을 적출하는 수술을 받았다.

186) 이 사건에서 Virginia 동부 연방지방법원은 관할을 Virginia 동부 연방도산법원에 이전(Reference)하지 않았기에, Virginia 동부 연방지방법원으로 통일하여 사용한다.

Rebecca Grady는 1985. 10. 15. California 북부 연방지방법원에 Robins를 상대로 민사소송을 제기하였고, 곧 사건은 Virginia 동부 연방지방법원에 이송되었다. Rebecca Grady는 Virginia 동부 연방지방법원에 손해배상청구권이 자동중지의 대상이 되지 않는다는 결정을 구하는 신청을 제기하였다. Virginia 동부 연방지방법원은 자동중지의 대상이 된다는 결정을 하였다. Rebecca Grady는 항고하였고, 연방제4순회항소법원은 다음과 같은 이유로 Rebecca Grady의 항고를 기각하였다.

나) 연방제4순회항소법원의 판단

‘입법 자료를 보면 의회는 채무자의 모든 법적 채무가 도산절차 내에서 처리되도록 의도하였다는 것을 알 수 있다. 연방도산법은 가능한 광범위하게 도산법원에서 구제가 이루어질 수 있도록 입법되었다. 또한 자동 중지는 도산법에 의해 제공된 근본적인 채무자 보호장치 중의 하나이다. 자동 중지가 없다면 모든 채권자들이 채권을 실현하고자 달려들어, 재건 대신 해체의 결과를 낳을 것이다.

불법행위나 보증책임(Warranty)의 위반을 구성하는 행위가 도산절차 개시 전에 발생했다면 널리 도산채권이 된다. ‘조건부(Contingent)’라는 사전적 의미를 보아도 그렇다. 장래 불법행위손해배상청구권과 같은 Rebecca Grady의 채권은 명백히 조건부이다. Dalkon Shield의 사용에 따른 상해의 발현이라는 장래의 불확실한 사실의 발생이 조건이 된다. §362(a)(1)의 자동 중지도 이러한 조건부 채권을 포함하려는 것이 분명한 의회의 의도이다. 만일 장래 불법행위 손해배상청구권이 도산절차내로 편입되는 채권이 아니라고 본다면, 오히려 제7장 파산절차에서는 불법행위의 피해자가 아무런 구제를 받지 못하는 결론이 생길 수도 있다.

Rebecca Grady의 손해배상청구권은 도산절차개시 전 Dalkon Shield가 장착되었을 때 연방도산법상 채권이 되었고, 자동 중지의 대상이 된다.’

3) 관계시설을 취한 판례

가) *In re Chateaugay Corp.* 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

LTV Corporation과 관련사(이하 'LTV'라 한다)는 철강, 우주항공, 에너지 산업을 경영하는 회사이다. LTV는 영업을 영위하다가 1986. 7. 16. 제11장 재건절차를 신청했다. 미국 환경보호청(Environmental Protection Agency, 이하 'EPA'라 한다)은 LTV가 14개 구역에서 종합 환경대응 보상 및 책임법(Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, 이하 'CERCLA'라 한다)상 잠재적 책임 당사자로 식별되었다며 3,200만 달러의 채권을 신고하였다.

미국과 New York 주는 CERCLA상 채권이 재건절차에서 면책 대상이 되지 않는다는 취지의 선언적 판결(Declaratory Judgments)¹⁸⁷⁾을 구하였다. New York 남부 연방지방법원은 이를 일부 인용하였다. 쌍방이 항소하였고, 연방제2순회항소법원은 다음과 같은 이유로 항소를 모두 기각하였다.

(2) 연방제2순회항소법원의 판단

'EPA가 연방도산법상 채권을 가지고 있지 않는다고 하여 환경 정화의 목적이 달성되는 것은 아니다. CERCLA상의 대응 비용채권이 도산절차 내로 편입되지 않으면 오히려 재건의 가능성을 해치고 제7장 파산절차로 이끌어, 결국 채무자의 자산으로부터 비례적 배당도 이뤄지지 못하게 될 것이다. 연방도산법의 채권 개념을 좁게 해석한다고 해서 의회가 CERCLA를 입법하면서 의도했던 목적을 달성할 수 있는 것은 아니다.

의회는 채권의 정의가 넓은 범위를 포함하도록 의도했다. 그러나 불법 행위자로부터 어떠한 접촉도 하지 않은 자가 도산채권을 가지게 된다는 것은 불합리하다. 계약상 채권의 관점에서는, 연방도산법상 채권이 기한 미도래 혹은 조건부 채권을 포함한다는 것은, 당사자 간 관계가 창설될 때 당사자간 실제로 숙고하였거나 숙고하였을 것으로 여겨지는 미래의

187) 법원이 당사자들의 권리, 의무, 책임 등을 선언하는 것을 말한다(28 U. S. C. § 2201).

사건의 발생에 따라 현실화되는 채권을 포함한다는 뜻이다. 하지만 불법 행위 채권이나 기타 법정채권에서 ‘기한 도래’와 ‘조건 달성’은 결이 다르다.

환경 감독 당국은 피감 기업과 피감 기업의 도산절차개시 전 행위에 기초하여 종국적으로 현실화되는 채권의 조건 달성 여부에 대하여 충분한 숙고를 할 수 있는 관계가 있다. EPA가 아직 LTV에 청구할 환경정화 비용의 정확한 규모 및 오염된 지역의 위치를 모두 아는 것은 아니다. 그러나 이에 대응되는 비용을 모두 연방도산법의 채권의 정의 밖에 있다고 하는 대신 ‘조건부’ 채권이라고 하는 것이 규제적 관점에서 타당하다. 단순히 채무자가 공장을 짓는 것과 같은 도산절차개시 전에 한 행위에 기인한 대응 비용이라기보다, 도산절차개시 전 배출된 오염물질 혹은 배출 위험이 있는 오염물질에 대응하는 비용에 한정해야 할 것이다.

법원은 채권의 정의를 해석할 때 의회의 입법목적을 고려해야 할 것이나, 의회가 상정하지도 않은 도산법상의 목적을 극대화하기 위해 법을 다시 쓰는 특권을 누려서는 안 될 것이다. 단지 금전에 대한 청구권을 대신하는 채무를 부과하는 명령(Injunction)은 면책의 대상이 된다. 그러므로 EPA가 LTV에 지금 당장 오염을 유발하고 있지는 않은 폐기물을 제거할 것을 명한다면, 그리고 EPA가 그러한 폐기물을 제거하고 그 비용을 LTV에 청구할 수 있다면, 그러한 명령(Order)은 연방도산법상 채권이 된다. 반면, 그 명령이 LTV가 현재 오염을 유발하고 있는 것을 종료하거나 완화하도록 한다면, 그러한 명령은 연방도산법상 채권에 포함되지 않는다. 연방대법원의 *Ohio v. Kovacs* 사건¹⁸⁸⁾은 오직 Kovacs로부터 금전의 지급만을 구하였기에 사실관계가 다르다.

현재 진행 중인 오염물질을 제거하기 위한 비용은 도산재단을 유지하는 데 필요하다. EPA는 도산재단 관리 중, 유해물질이 배출되어 계속되는 오염을 방지하기 위해 행동하고 있는 것이다. 따라서 도산절차개시 후 환경오염 방지에 대응되는 비용에 관한 상환채권은 관리채권의 지위를 갖는다.’

188) 469 U.S. 274 (1985).

나) *Epstein v. Official Committee of Unsecured Creditors, of the Estate of Piper Aircraft Corp.* 58 F.3d 1573 (11th Cir. 1995)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

Piper Aircraft Corporation(이하 'Piper'라 한다)은 1991. 7. 1. Florida 남부 연방도산법원에 제11장 재건절차를 신청하였다. Piper와 Pilatus Aircraft Limited(이하 'Pilatus'라 한다)는 1993. 4. 8. 의향서(Letter of Intent)를 작성하여 Pilatus가 Piper의 자산을 인수하되, Piper가 장래 제조물 책임에 따른 손해배상청구권을 변제하기 위한 몫을 따로 떼어 두고 장래 채권자(the Future Claimants)의 이익을 대표하기 위한 법적 대표자를 임명하도록 하였다. Florida 남부 연방도산법원은 장래 채권자 조가 다음과 같은 채권자를 포함하도록 장래 채권자를 정의하였다.

‘지(知)/부지(不知), 출생/미출생을 불문하고, Piper의 제11장 재건계획의 인가일 이후에 발생한 사건의 일부 또는 전부에 기초한 인적 피해, 물적 피해, 사망, 손해배상, 구상에 관한 채권(재건계획 인가일 이전에 Piper에 의해 제조·판매·설계·유통·지원된 비행기나 그 부품으로부터 혹은 이와 관련되어 발생하는 Piper 또는 그 기업승계인에 대한, 제조물 책임법에 기초한 채권을 포함한다)을 재건계획의 인가일 이후에 행사하는 모든 인격체(Persons)’

Florida 남부 연방도산법원은 1993. 5. 19. David G. Epstein(이하 'Epstein'이라 한다)을 장래 채권자의 대표로 임명하였다. Epstein은 1993. 7. 12. Florida 남부 연방도산법원에 장래 채권자를 대표해 약 \$100,000,000의 채권을 신고하였다. 일반채권자위원회, 이후 Piper는 장래 채권자는 연방도산법상 채권을 갖지 않는다면 이의를 제기하였다. Florida 남부 연방도산법원은 장래 채권자들은 유효한 채권을 갖지 않는다고 결정하였다. Epstein이 항고하였고, Florida 남부 연방지방법원은 항고를 기각하였다. 이에 Epstein이 항고하자 연방제11순회항소법원은 다음과 같은 이유로 항고를 기각하였다.

(2) 연방제11순회항소법원의 판단

‘입법 자료를 보면 의회가 채무자의 모든 법적 채무가 도산절차 내에서 모두 처리되도록 의도하였다는 것을 알 수 있다. 연방도산법은 가능한 광범위하게 도산법원에서 구제가 이루어질 수 있도록 입법되었다. 연방제3순회항소법원의 권리발생시설은 채권의 개념을 너무 좁게 해석하여 받아들일 수 없다.

채무자행위시설의 적용은 모든 사람들이 현재 Piper가 보유하고 있는 항공기에 장래 노출될 가능성이 있기 때문에 모든 사람들을 장래 채권자로 만드는 난점이 있다. 채무자행위시설을 적용한 판례를 보더라도, 일정한 관계가 전제된 경우가 많다(*Grady v. A. H. Robins Co., Inc.* 839 F.2d 198 (4th Cir. 1988) 등 참조). 연방도산법의 입법 취지와 일치되는 해석을 하려면, 재건계획 인가 전에 채무자의 제조물과 접촉이 있었던 채권자까지 잠재적인 피해자로 한정하여 연방도산법상 채권자로 인정하여야 한다.

그리하여 당원은 ‘Piper Test’라 명명한 기준을 정립하고자 한다. ① 재건계획 인가 전에 채권자와 채무자의 제조물간의 접촉(Contact), 노출(Exposure), 영향(Impact), 긴밀함(Privity) 등 관계를 창설하는 사건이 발생하고, ② 그 채무는 결함이 있거나 위험성이 있는 제조물을 설계하고, 제작하고, 판매하는 채무자의 도산절차개시 전 행위와 관련이 있어야 한다.

이 사건에서 광범위하게 정의된 장래 채권자가 Piper와의 사이에서 재건계획 인가 전 식별 가능한 특정한 결함이 있는 제조물과 접촉하였다고 볼 수 없다. 장래 채권자들이 Piper가 도산절차개시 전 결함이 있다고 주장되는 항공기의 설계, 제조, 판매, 유통을 한 것에 기인한 연방도산법상 채권을 보유하고 있다고 할 수 없다.’

다) *In re Grossman's Inc.* 607 F.3d 114 (3rd Cir. 2010)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

Mary Van Brunt는 1977년경 집을 리모델링하면서 New York 주 북부에 소재하고 있는 주택 개조 및 목재 용품 소매상인 Grossman's Inc.

(이하 그 기업승계인인 JELD-WEN, Inc. 및 그 계열사를 포함하여 'Grossman's'라 한다)로부터 석면을 함유하고 있다고 주장되는 제품을 구입하였다. Grossman's는 1997. 4.경 Delaware 연방도산법원에 제11장 재건절차를 신청하였다.

Grossman's는 채권신고기한을 알리는 공고를 냈다. 공고에는 Grossman's가 석면에 관한 장래 채무를 부담할 수 있다는 취지가 적혀 있지 않았다. Mary Van Brunt는 석면 노출로 인한 어떠한 증상도 겪고 있지 않았기 때문에 채권신고를 하지 않았다. Mary Van Brunt는 2006년이 되어서야 석면 노출로 인한 폐암의 일종인 중피종의 증상을 겪기 시작했고, 2007. 3.경 중피종 진단을 받았다. 결국 Mary Van Brunt가 2008년경 사망하자 그의 남편인 Gordon Van Brunt가 상속재단의 대표자(Representative of Estate)가 되었다.

Grossman's는 Delaware 연방도산법원에 Mary Van Brunt와 Gordon Van Brunt를 피고로 제11장 재건절차를 재개하여 석면과 관련된 제조물 책임 손해배상청구권이 면책되어 실현될 수 없음을 구하는 이의 절차(Adversary Proceeding)를 신청하였다. Delaware 연방도산법원은 신청을 기각하였다. Grossman's가 항고하자 Delaware 연방지방법원은 제품보증책임 위반에 관하여만 항고를 인용하여 파기하였다. 이에 Grossman's가 항고하자 연방제3순회항소법원은 다음과 같은 이유로 Delaware 연방지방법원의 판결을 파기하고 사건을 Delaware 연방지방법원에 환송하였다.

(2) 제3순회항소법원의 판단

‘그동안 다른 연방순회항소법원은 당원의 *Matter of M. Frenville Co., Inc.* 사건¹⁸⁹⁾의 견해를 따르지 않았다. 연방도산법은 채권을 광범위하게 정의하고 있기 때문이었다. 상원과 하원의 보고서도 채권을 가능한 넓은 개념으로 정의하여 도산법원에서 가능한 광범위하게 구제가 이뤄질 수 있도록 하였다고 서술하고 있다. 당원은 금전에 대한 청구권이라는 문언에 천착하여 채권의 개념을 너무나 좁게 해석하였다. ‘조건부’, ‘기한 미도래’, ‘미

189) 744 F.2d 332 (3rd Cir. 1984).

확정'이라는 등의 수식어를 간과했다. 당원의 권리발생시설에 대한 비판은 타당하므로 이를 수용하고 권리발생시설을 폐기한다.

면책의 범위를 최대화하여 채무자에게 새 출발의 기회를 주는 것은 의회의 입법 의도에 부합한다. 반면, 지나치게 광범위한 면책을 인정하게 되면, 불법행위 손해배상청구권자 등 장래 채권자는 아직 손해가 발생되지 않은 시점에서 채권 신고를 할 유인이 없다는 점에서 지나치게 불리한 처우를 받게 된다. 게다가 손해의 발생을 알지 못해 채권 신고를 하지 못한 장래 채권자에 대해서는 통지가 의미가 없으므로 적법절차 보장의 문제도 생긴다.

Epstein v. Official Committee of Unsecured Creditors, of the Estate of Piper Aircraft Corp. 사건¹⁹⁰⁾에서 채택한 관계시설도 채권의 개념을 축소한다는 점에서 비판받는다. 그러나 기준시의 명칭 여하에 불구하고, 손해가 이후에 발생하였더라도 채권 발생의 원인이 되는 제품에 대한 노출이 도산절차개시 전에 있었다면 연방도산법상 채권으로 보는 점에는 견해의 일치가 있는 것으로 보인다.

어떠한 기준시를 택하더라도 적법절차 보장의 문제는 피해갈 수 없다. 부적절한 통지는 면책의 효과를 배제한다. 의회는 §524(g)¹⁹¹⁾를 입법함으로써 손해가 도산절차개시 당시에는 발생되지 않은 장래 채권을 면책하는 데에서 발생하는 적법절차의 문제를 고려하였다. 그러나 이 사건에서 §524(g)의 적법절차 안전장치는 큰 의미가 없다. Grossman's의 재건계획이 집중 명령이나 신탁을 활용하지 않았기 때문이다. 그러므로 Ms. Van Brunt의 채권의 면책이 적법절차의 원칙에 부합하는지는 채권신고기한의 통지와 관련된 사실관계를 보아야 판단할 수 있다. 이는 당원에서 판단하기에 충분히 증거가 제출되지 않았으므로 Delaware 연방지방법원의 결정을 파기하고, 이를 다시 심리하게 하기 위해 Delaware 연방지방법원에 환송한다.'

190) 58 F.3d 1573 (11th Cir. 1995).

191) 의회는 §524(g)를 신설하여 석면과 관련된 채권자들에 대하여 적법절차를 보장하기 위해 집중 명령(Channeling Injunction)이나 신탁을 활용할 수 있도록 하였다.

라) *Wright v. Corning* 679 F.3d 101 (3rd Cir. 2012)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

Patricia Wright는 1998년 말과 1999년 초 사이에 수리업자를 고용하였는데, 그 업자는 Owens Corning Sales LLC(이하 'Corning'이라 한다)가 제조한 지붕널을 설치하였다. Kevin West는 2005년경 수리업자를 고용하였는데, 마찬가지로 그 업자는 Corning이 제작한 지붕널을 설치하였다. Patricia Wright와 Kevin West(이하 '원고들'이라 한다)는 2009년경 지붕이 새는 것을 발견하고, 지붕널에 금이 갔기 때문이라고 결론 내렸다. 원고들은 각각 제품보증책임을 요구하였다.

한편, Corning은 2000. 10.경 Delaware 연방도산법원에 이미 제11장 재건절차를 신청하였다. Delaware 연방도산법원은 2001. 11.경 채권신고기한을 2002. 4. 15.로 정하였고, Corning으로 하여금 The New York Times, The Wall Street Journal, USA Today에 두 번씩 공고를 하게 하였다. Delaware 연방도산법원은 2006. 6.경 Corning이 대부분의 알 수 없는 채권자에게 포괄적인 통지를 하는 것을 승인하였다. 그 통지는 The New York Times, The Wall Street Journal, USA Today에 공고되었다. 재건계획은 2006. 9. 26. 인가되었다.

원고들은 2009. 11. 24. Pennsylvania 서부 연방지방법원에 비슷한 처지의 피해자들을 대표하여 Corning을 피고로 추정적 집단소송(Putative Class Action)¹⁹²⁾을 제기하였다. 이에 대해 Corning은 원고들 및 피해자들의 채권은 면책되었다는 사실심리생략판결(Summary Judgment)¹⁹³⁾을 신청하였다. Pennsylvania 서부 연방지방법원은 Corning의 신청을 받아들여 원고들 및 피해자들의 채권은 면책되었다는 사실심리생략판결을 내렸다. 원고들이 항소하자 연방제3순회항소법원은 다음과 같은 이유로 항

192) 식별되지 않은 채권자도 포함하는 집단소송이다. 연방법원에 대해서는 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 'FRCP'라 한다) §23이 규율하고 있다.

193) 사실인정이 문제되지 않을 경우 법리 적용만을 다투어 신속하게 판결을 내리는 경우를 말한다. 연방법원에 대해서는 FRCP §56이 규율하고 있다.

소를 일부 인용하여 Pennsylvania 서부 연방지방법원 판결 중 일부를 파기하고 사건을 Pennsylvania 서부 연방지방법원에 환송하였다.

(2) 연방제3순회항소법원의 판단

‘도산절차개시 전 채무자의 행위로부터 기인한 모든 채권을 도산절차 내에서 처리하여 채무자에게 새 출발의 기회를 주어야 한다는 도산법의 목적과 그 행위로 인해 손해를 입었으나 도산절차개시 시점에서는 잠재적인 손해에 대해 알지 못하는 개인의 권리 보장은 서로 충돌한다. 당원은 *Matter of M. Frenville Co., Inc.* 사건¹⁹⁴⁾의 견해를 이미 변경한 바 있다. 이는 연방도산법이 채권의 개념을 넓게 정의한 점을 반영한다. 채권자는 채무자의 제조물이나 행위에 노출됨으로써 그 때에는 손해의 발생이 분명하지 않더라도 장래에 채권을 가질 수 있다는 점을 인식하여야 연방도산법상 채권을 가지게 된다.

Patricia Wright는 Corning의 제품에 도산절차개시 전에 노출되었으므로 연방도산법상 채권자가 된다. 반면 Kevin West는 재건절차개시 후 재건계획 인가 전 Corning의 제품을 구입하였다. 그런데 채무자에게 새 출발의 기회를 주기 위해 채권의 개념을 넓게 정의한 입법 의도에 비추어 보면 면책의 기준시를 재건절차개시 시가 아니라 재건계획 인가 시로 하는 것이 타당하다. §1141(d)(1)(A)를 보더라도 재건계획 인가 전 발생한 채무를 면책한다고 되어 있다.¹⁹⁵⁾

장래 채권자의 채권을 면책의 대상으로 하는 것은 적법절차의 문제를 불러 온다. 채무자의 통지는 알 수 없는 채권자에 대한 것으로서는 충분했지만, 원고들의 경우는 일반적인 경우와 다르다. 당원이 *In re Grossman's Inc.* 사건¹⁹⁶⁾에서 *Matter of M. Frenville Co., Inc.* 사건의 견해를 변경하고 나서야 원고들은 원고들이 재건계획 인가 전에 채권을 가지고 있음을 알게 되었다. 그러나 그 시점은 이미 재건계획이 인가되어

194) 744 F.2d 332 (3rd Cir. 1984).

195) 미국에서는 재건절차의 경우 면책의 기준시가 재건절차개시 시점인지 재건계획 인가 시점인지 견해의 대립이 있으나 본고의 주제와는 무관하므로 별도의 논의는 생략한다.

196) 607 F.3d 114 (3rd Cir. 2010)

재건절차가 한참 진행된 후이다. *In re Grossman's Inc.* 사건의 소급 적용으로 인해 연방도산법상 채권을 갖게 되었으나, 당시 채권을 가지고 있다고 생각하지 않는 사람들에게 통지가 되었다고 해서 당해 채권이 면책의 대상이 된다고 할 수는 없다.

따라서 원고들의 채권은 연방도산법상 채권이 되나, 면책의 대상은 되지 않는다. *Matter of M. Frenville Co., Inc.* 사건의 그림자는 얼어질 것이나, 그 속도는 우리가 바라는 정도보다 느릴 것이다.’

4) 속고가능시설을 취한 판례 - *In re Jensen* 995 F.2d 925 (9th Cir. 1993)

가) 기초사실 및 소송의 경과

Robert Burns Jensen과 Rosemary Tooker Jensen(이하 ‘Jensen 일가’라 한다)은 1983. 5.경 Jensen Lumber Co.(이하 ‘JLC’라 한다)의 지분을 나누어 갖고 목재 사업을 경영하였다. JLC는 1983. 12. 2. 제11장 재건절차를 신청하였다.

California 지방 수질관리 위원회(California Regional Water Quality Control Board, 이하 ‘CWB’라 한다)는 1984. 1. 25.경 폐쇄된 JLC의 사업 부지를 점검하고 큰 브리즈 블록 탱크를 발견하였다. 그 탱크에는 목재 방부제 5,000 갤런이 들어 있었다. CWB는 1984. 2. 2.자 문서로 Robert Burns Jensen에게 목재 방부제가 누출될 경우 South Fork Trinity River에 있는 물고기가 폐사할 수 있고 강 하류 수자원을 사용하는 사람들의 건강에 영향을 미칠 수 있다는 우려를 표시하였다. 조사관은 즉각적인 조치를 요구하며 방부제를 사용할 수 있는 다른 제재소를 찾아보거나 적당한 오염 정화 회사를 찾아보라고 조언하였다.

Jensen 일가는 1984. 2. 13. 제7장 파산절차를 신청하였다. JLC는 1984. 3. 20. 제11장 재건절차에서 제7장 파산절차로 이행하였다.

CWB는 1984. 3. 23. California 보건부(California Department of Health Services, 이하 ‘CDHS’라 한다)에 방부제 제거 협조를 요청하였고, CDHS 오염 제거 전문 요원은 1984. 5. 18. 방부제 탱크의 제거를 감

독하였다. CDHS는 1987. 3. 30. Robert Burns Jensen에게 유해 오염 제거에 대한 책임 당사자라는 취지로 통지하였고, 이후 Rosemary Tooker Jensen도 잠재적 책임 당사자로 지정되었다. Jensen 일가에게 오염 정화 작업을 기대할 수 없게 되자, CDHS는 독자적으로 90만 달러를 사용하여 오염 정화 작업을 수행하고, Jensen 일가에게 JLC의 사업을 수행하였다는 이유로 10%의 비용상환책임을 물었다.

Jensen 일가는 California 동부 연방도산법원에 파산절차를 재개하고 위 비용상환청구권이 면책되었음을 확인하는 사실심리생략판결(Summary Judgment)을 신청하였다. 이에 CDHS는 위 비용상환청구권이 면책되지 않았음을 확인하는 사실심리생략판결을 신청하였다. California 동부 연방도산법원은 Jensen 일가의 신청을 기각하고 CDHS의 신청을 인용하였다. Jensen 일가가 항소하자 연방제9순회도산항소재판부(United States Bankruptcy Appellate Panel of the Ninth Circuit)¹⁹⁷⁾는 California 동부 연방도산법원의 판결을 파기하였다. CDHS가 항소하자 연방제9순회항소법원은 다음과 같은 이유로 항소를 기각하였다.

나) 연방제9순회항소법원의 판단

‘환경법은 환경 오염을 정화하고 오염을 장려하고 대한 책임이 있는 당사자에 비용을 부과함으로써 공공 보건과 환경을 보호하고자 한다. 연방도산법은 가능한 많은 채무를 면책시켜 채무자의 새 출발을 장려하고자 한다. 이는 우열의 문제가 아니라 상호작용의 문제이다.

주법에 따라 권리가 실제로 발생해야 연방도산법상 채권이 발생한다고 보는 것은 연방도산법상 채권의 개념이 넓게 정의되었다는 점을 무시하게 된다. 그러나 입법 자료를 보면 의회가 채권자가 채권의 존재를 알지 못하였거나 알 수도 없었음에도 채권을 면책의 대상으로 하려는 의도였다고 볼 수 있는 부분은 없다. 단지 오염 물질이 도산절차개시 전에 배출되었다고 하여 CERCLA상의 채권이 면책된다는 것은 CERCLA의

197) 일부 연방순회항소법원은 도산항소재판부(Bankruptcy Appellate Panel)를 두어 일반적으로 연방지방법원이 관할하는 연방도산법원에 대한 항소심을 관할한다(28 U. S. C. §158(b)).

입법목적에 반한다. 광범위한 관계시설은 결국 채무자행위시설의 성격을 띠어 채무자행위시설의 단점을 그대로 갖게 된다. 관계시설은 당사자가 숙고할 수 없었던 비용까지도 도산절차 내에 편입시킨다.

그러므로 숙고가능시설이 타당하다. 채무자가 알고 있는 위험한 물질의 배출에 관하여 구속을 받을 때, 또 CERCLA 채권자가 오염 문제를 조사하는 실험을 하였을 때 CERCLA 채권은 발생한다. 이 경우 CWB의 조사관이 1984. 1. 25. 폐쇄된 제재소를 방문하여 방부제 탱크를 발견하였고, 그 무렵 그 부지에 있던 환경 오염의 위험도 알게 되었다. 따라서 California는 Jensen 일가가 1984. 2. 13. 파산절차를 신청하기 이전에 환경 오염 정화 비용에 대한 상환채권이 발생함을 충분히 알 수 있었다. CDHS의 채권은 면책되었다.’

나. 채권 발생 시점의 문제와 별개로 보는 판례 - *O'Loghlin v. County of Orange* 229 F.3d 871 (9th Cir. 2000)

1) 기초사실 및 소송의 경과

Carole O'Loghlin(이하 'O'Loghlin'이라 한다)은 1989. 11. 초순경부터 Orange 군(郡)에 고용되어 정신건강 응급 시설인 Evaluation Treatment Service(이하 'ETS'라 한다)에서 등록된 간호사로서 일하였다. O'Loghlin은 1992. 4.경 폭력적인 환자에 의해 오른팔 상해를 당하였다. 1993년경에 또 다른 폭력적인 환자에 의해 같은 팔 부위에 상해를 당하였다. O'Loghlin은 각 상해를 당할 때마다 수술을 거쳐야만 했고, 결국 신경 손상으로 거의 팔을 사용할 수 없게 되었다.

O'Loghlin의 주치의는 1994. 6.경 O'Loghlin에게 ETS에서 일하지 않는다는 조건을 붙여 업무로 복귀시켰다. 그러나 관리자는 그 조건을 무시하거나 수정하라고 지시하였다. Orange 군이 고용한 간호사가 다음 날 O'Loghlin을 만나 그 조건을 수정하였다. 관리자는 그러자 O'Loghlin이 ETS의 업무로 복귀할 것을 요구하였다. O'Loghlin은 업무로 복귀하지 않고 쫓 병가를 냈다.

Orange 군은 1996. 2.경 O'Loghlin에게 Orange 군이 고용한 의사인

Dr. Loretta Lee(이하 'Dr. Lee'라 한다)에게 진찰을 받도록 했다. Dr. Lee는 O'Loghlin이 ETS로 복귀하지 않을 것을 권고했다. 그러자 Orange 군은 O'Loghlin이 폭력적인 환자로부터는 떨어져 있어도 된다는 조건으로 ETS의 원래 업무로 복귀하는 것을 제안했다. O'Loghlin은 다시 업무에 복귀하지 않았다.

Orange 군은 1996. 10.경 다시 Dr. Lee와의 진찰을 잡아주었다. Dr. Lee는 Orange 군이 O'Loghlin을 경호할 팀을 구성하지 않는 한 O'Loghlin을 업무로 복귀시키지 않도록 권고했다. Orange 군은 다시 어떠한 조치 없이 O'Loghlin이 ETS로 복귀할 것을 지시했다. O'Loghlin은 또 다시 업무에 복귀하지 않았다.

Orange 군은 1994. 12. 6. 제9장 재건절차를 신청하였다. Orange 군의 재건계획은 1996. 6.경 인가되어 재건계획 인가 전 채무를 면책시켰다.

O'Loghlin은 California 중앙 연방지방법원에 Orange 군을 피고로 하여 장애인법(Americans with Disabilities Act, 이하 'ADA'라 한다) 위반으로 인한 손해배상을 청구하였다. California 중앙 연방지방법원은 위 채권이 면책되었다는 이유로 O'Loghlin의 청구를 기각했다. O'Loghlin은 항소하였고, 연방제9순회항소법원은 다음과 같은 이유로 O'Loghlin의 항소를 일부 인용하여 California 중앙 연방지방법원의 판결 중 일부를 파기하고 이를 California 중앙 연방지방법원에 환송하였다.

2) 연방제9순회항소법원의 판단

'연방도산법이 채권을 가능한 광범위하게 정의한 것은 채무자의 모든 법적 의무가, 그것이 아직 발현되기 전이거나 조건부라 하더라도 도산절차 내에서 처리되도록 의도한 결과이다. 도산절차의 면책을 목적으로 하여서는, 채권은 원고가 최초로 소를 제기할 수 있게 된 시점이 아닌 채권을 발생시키는 사건이 발생한 시점에 발생한다.

동종의 불법행위가 계속된다 하더라도, 도산절차개시 후에도 불법행위가 있었다면 이는 면책의 대상이 되지 않는다. 그렇게 보지 않으면, Orange 군은 도산절차개시 전 ADA 위반으로 인해 오히려 이득을 보게 된다. Orange 군이 면책 기준시 이전에 ADA를 위반하지 않았다면 분명

면책 기준시 이후 ADA를 위반한 부분에 대해 그대로 책임을 져야 한다. 그럼에도 면책 기준시 이전에 ADA를 위반했다는 이유로 모두 면책의 대상이 된다고 보면, O'Loghlin에게 이중으로 불이익을 가하는 결과가 된다. 연방도산법은 이를 허용하지 않는다. 단지 면책 대상 채무자의 새 출발을 제공하려는 것이 목적일 뿐이다. 면책 이후의 위법한 행위를 대상으로 하는 소송은 연방도산법의 문언에도 반하지 않고 그 정신을 훼손하지도 않는다. 새 출발은 계속 법을 위반할 수 있는 면허를 주는 것을 의미하지 않는다.

O'Loghlin은 면책기준시 이후의 ADA 위반으로 인한 유효한 채권을 가지고 있다. O'Loghlin은 면책이 있었다는 이유만으로 면책 기준시 이후에도 불리하게 대우받아서 안 된다. O'Loghlin은 Orange 군의 면책 기준시 이후의 ADA 위반에 대한 채권에 관한 절차를 계속할 수 있다.'

3. 계약상 채권의 사례

가. 대차형 계약의 사례 - *In re TreeSource Industries, Inc.* 363 F.3d 994 (9th Cir. 2004)

1) 기초사실 및 소송의 경과

K-4 Inc.(이하 'K-4'라 한다)는 1987. 9.경 Midway Engineered Wood Products, Inc.(이하 'Midway'라 한다)에 비거주용 토지(이하 '이 사건 부지'라 한다)를 임대하였다. Midway는 유지보수 및 원상회복의무를 부담하되, 이 사건 부지에 새로운 건물을 건축할 수 있었다(이하 '이 사건 계약'이라 한다). Midway는 1997년경부터 이 사건 부지에 건물을 건축하기 시작하였다. 그러던 중 Midway는 1998년경 이 사건 부지 상의 공장을 폐쇄하고 거의 통행하지 않았다.

TreeSource Industries, Inc.(이하 'TreeSource'라 한다) 및 Midway를 포함한 자회사 25개사는 1999. 9. 27. Washington 서부 연방도산법원에 제11장 재건절차를 신청하였다. Midway는 2001. 9.경 이 사건 부지 상의 건물을 제거하였으나 콘크리트 슬래브는 제거하지 않았고, 이 사건 부지를 원상회복하지 않았다. Midway는 2001. 10. 19. Washington 서부 연

방도산법원의 명령에 따라 이 사건 계약을 이행거절하였다.

K-4는 Washington 서부 연방도산법원에 Midway가 콘크리트 슬래브를 제거하지 않는 등 이 사건 부지를 원상회복할 의무를 불이행한 점에 대해 \$155,814.65를 관리채권으로 신고하였다. Washington 서부 연방도산법원은 신고를 부인하였다. K-4는 항고하였고, Washington 서부 연방지방법원은 K-4의 항고를 기각하였다. K-4가 항고하자, 연방제9순회항소법원은 다음과 같은 이유로 K-4의 항고를 기각하였다.

2) 연방제9순회항소법원의 판단

‘이 사건 계약에 따르면 원상회복의무는 이 사건 계약의 파기나 만료시에 발생한다. 이 사건 계약의 파기나 만료는 Midway가 이 사건 계약을 이행거절할 때 발생하였다. 따라서 Midway의 채무 및 K-4의 채권은 도산절차개시 후, 이행거절 전에 발생하지 않았다. 그러므로 Midway가 원상회복의무를 불이행한 데에 따른 손해배상청구권은 이행거절에 따라 관리채권이 아닌, 도산절차개시 전 무담보일반채권으로 취급된다 (§365(g)(1)¹⁹⁸). 원상회복의무는 세금납부의무나 차임지급채무와 같이, 시간의 흐름에 따라 누적되는 성격의 것이 아니다.’

나. 교환형 계약의 사례

1) 쌍방미이행 쌍무계약이 아닌 사례 - *In re Chateaugay Corp.*
10 F.3d 944 (2nd Cir. 1993)

가) 기초사실 및 소송의 경과

Frito-Lay, Inc., FL Holding, Inc., Ainwick Corporation(이하 ‘Frito-Lay 등’이라 한다)는 LTV와 1980년대 초반에 유행했던 절세 거래의 일종인 피난항(Safe-Harbor) 계약을 맺었다. Frito Lay 등은 LTV로부터 감가상각이 가능한 수천만 달러의 재산을 명목상으로만 매수하고 동시에 LTV에 재임대하여 임대료로 매매 대금을 공제하는 계약을 체결했다. 단, 절세 효과를 누리지 못하는 결과가 생길 경우를 대비해 LTV

198) 도산절차개시 후 쌍방미이행 쌍무계약을 이행거절한 경우 이는 도산절차개시 전 채무불이행을 구성한다는 취지의 규정이다.

는 계약상 구상을 보증하였다. 그리하여 Frito-Lay 등은 최초로 LTV에
절세에 대한 실질적인 대가를 지불했다(이하 ‘이 사건 피난항 계약’이라
한다). 이 부분만이 이 사건 피난항 계약의 실질적인 부분이다. 이러한
방법으로 Frito-Lay 등은 LTV가 적자 상태라서 활용할 수 없는 감세
효과를 구입한 셈이다.

도산절차개시 후, 기존 경영자 관리인(Debtor-In-Possession)이 된
LTV는 이 사건 피난항 계약에 제공된 자산을 회수(Retire)하였다. 관련
세법에 따르면, 그러한 회수는 도산재단의 세금 부담을 감소시키는 반면,
Frito-Lay 등에는 세금 부담을 가중시킨다.

Frito-Lay 등은 New York 남부 연방도산법원에 위 구상채권 및 불
법행위 손해배상청구권 또는 준계약(Quasi-Contract)에 따른 채권을 신
고하였다. New York 남부 연방도산법원은 위 구상채권의 액수를 정하
고, 법리상 불법행위 손해배상청구권 또는 준계약에 따른 채권이 성립하
지 않는다는 취지의 명령(Order)을 내렸다. 쌍방이 항고하였으나 New
York 남부 연방지방법원은 항고를 모두 기각하였다. Frito-Lay 등이 항
고하였으나 연방제2순회항소법원은 다음과 같은 이유로 Frito-Lay 등의
항고를 기각하였다.

나) 연방제2순회항소법원의 판단

‘Frito-Lay 등은 도산절차개시 후 채무자를 위하여 어떠한 행위도 하
지 않았다. 이 사건 피난항 계약은 도산절차개시 전에 체결되었고, 도산
절차개시 후 Frito-Lay 등은 채무자에게 어떠한 이익도 제공하지 않았
다.

특정한 법률관계를 규율하는 계약이 있는 경우에는 준계약의 적용이
배제되고, 원고가 계약의 이행을 구하는 경우에 불법행위 손해배상청구
권은 배제된다. Frito-Lay 등은 이 사건 피난항 계약의 목적이 된 자산
이 사기로(Fraudulently) 회수되었는지 충분히 증명하지 못했다. 따라서
Frito-Lay 등의 세금 부담 가중에 따른 구상채권은 도산절차에 편입되는
채권이다.’

2) 쌍방미이행 쌍무계약의 사례

가) 계약을 이행한 사례 - *In re Sunarhauserman, Inc.* 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

Hauserman, Inc.(이하 'Hauserman'이라 한다)는 1958년경 근로자 퇴직소득 보장법(Employee Retirement Income Security Act, 이하 'ERISA'라 한다)에 따라 세금 우대 혜택이 있는 확정 급여형 퇴직 연금 제도로서 Hauserman 근로자 퇴직연금 신탁(이하 '퇴직연금'이라 한다)을 만들었다. 연금 기여자로서 Hauserman은 1989. 10. 15. 분기별 기여금을 지급하지 못하게 되기 전까지는 쭉 기여금을 납부하였다. 그 뒤 Hauserman과 Sunarhauserman, Inc.(이하 'Sunarhauserman'이라 한다)는 퇴직연금에 1989. 12. 14. \$26,233을 납부한 외에는 기여금 납부를 중단하였다. 퇴직연금의 회계연도는 7. 1.부터 6. 30.까지 이다. 퇴직연금은 1989. 7. 1. 기준으로 약 689명의 근로자에게 퇴직급여를 제공했다.

1989. 10. 5. Hauserman과 Sunarhauserman(이하 '채무자들'이라 한다)은 Ohio 북부 연방도산법원에 제11장 재건절차를 신청하였다. 재건절차 신청 직후, 채무자들은 Ohio 북부 연방도산법원에 퇴직연금 종료에 대한 허가를 신청하였다.¹⁹⁹⁾ 도산절차 도중 채무자들은 1990. 2. 13.자로 퇴직 연금을 수정하여 이후의 모든 급여를 동결하였다. 채무자들과 연금지급 보증공사는 1990. 4. 1.자로 합의를 하여 퇴직연금을 1990. 4. 30.자로 종료시키고 연금지급보증공사를 퇴직연금의 관리인으로 지정하기로 했다.

채무자들은 도산절차 도중에도 직원을 고용하여 사업을 계속했으나, 인원 감축이 계속되어 퇴직연금의 적용을 받는 근로자는 1989. 10. 5. 260명에서 1990. 2. 17. 33명으로 줄었다. 퇴직연금은 1990. 4. 30. 공식적으로 종료되었다.

연금지급보증공사는 1990. 7. 16. Ohio 북부 연방도산법원에 도산절차

199) 퇴직급여가 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 것이기는 하나, 채무자인 사용자는 일방적으로 이행거절을 할 수 없고, 도산법원의 허가를 받아 수정을 할 수 있을 뿐이다(\$1114(e)). 이른바 사실상 우선채권(De Facto Priorities)이 인정되는 경우이다. Charles J. Tabb, *Law of Bankruptcy*, p.675 참조.

개시 시점인 1989. 10. 5.부터 퇴직연금의 종료 시점인 1990. 4. 30.까지 대응되는 도산절차개시 후 미지급된 최소 기여금 \$338,143에 대하여 관리채권으로 신고하였다. Ohio 북부 연방도산법원은 일부는 관리채권으로 시인하고, 일부는 무담보일반채권으로 시인하였다. 연금지급보증공사는 항고하였다. Ohio 북부 연방지방법원은 항고를 기각하였다. 연금지급보증공사가 다시 항고하자 연방제6순회항소법원은 다음과 같은 이유로 연금지급보증공사의 항고를 기각하였다.

(2) 연방제6순회항소법원의 판단

‘도산재단귀속이익설(Benefit to the Estate Test)은 널리 수용되고 있는데, 관리채권은 오로지 도산재단과의 도산절차개시 후 거래에 의하여 직접적으로 도산재단에 이익이 귀속되었을 때에만 인정된다는 것이다. 채권에 대한 약인(Consideration)이 도산절차개시 후에 지급되었을 때에만 관리채권이 된다.

채권이 근거하고 있는 실체법 여하에 불구하고, 관리채권을 구별하는 적절한 기준은, 권리가 언제 발생했는지가 아니라, 그에 대한 채무를 야기하는 행위(Acts)가 언제 발생했는지에 따라야 한다. §503²⁰⁰⁾의 목적은 도산절차개시 후 채무자와의 거래로 유인된(Induced) 채권자의 채권에만 우선순위를 부여하고자 함이다. 그러한 거래가 기존 채권자의 이익을 위해 도산재단이 유지될 수 있도록 기여하기 때문에 관리채권의 지위를 부여받는 것이다.

채무자가 아닌 관리인의 행위가 채권자에 대한 채무를 발생시킬 때 그 채권은 관리채권의 우선순위를 부여받는다. 단지 채권이 관리인이 행위를 취한 후에 발생했다고 관리채권의 우선순위를 부여받는 것은 아니다.

연금지급보증공사의 비정규 비용(Non-normal Cost) 채권은 도산절차개시 전 채무자의 행위와 관련되기 때문에 도산절차개시 전 발생한 것으로 보아야 하고, 따라서 관리채권이 되지 못한다.

반면 정규 비용(Normal Cost) 채권은 도산절차개시 후 발생한 이익과

200) 관리채권의 시인에 관한 규정

관련된다. 단지 채무자가 선택한 보험계리법(Actuarial Method)에 따라 결론이 달라지는 기준을 제시해서는 안 될 것이다. 정규 비용 채권 중 채무자가 도산절차에 들어간 이후 발생한 이익으로 구성되는 부분은 도산절차개시 후에 발생한다.

채무자의 도산절차개시 후 기여금 채무가 근로자의 실제 도산절차개시 후 근로 제공과 관련될 때에 한정하여 실제로 필요한 비용이 된다고 보는 것이 타당하다. ERISA는 현 고용상황 변동이 다음 예상치에 반영된다고 규정하고 있지만, 이 경우 해고와 급여 동결은 다음 회계연도의 기여금을 감소시킬 것이다. 하지만 이 사건과 같이 이미 퇴직연금이 종료된 경우 현 상황이 반영될 다음해가 없기 때문에 부당한 면이 있다.

현 재무 규정에 따른 퇴직연금 기여금은 도산절차개시 후 실제로 일한 시간, 심지어 실제로 발생한 이익과도 무관한 것으로 보이기 때문에, 도산절차개시 후 규정에 따른 액수가 전부 관리채권의 지위를 갖는다고 보는 것은 부당하다. 관리채권의 지위는 연금지급보증공사의 채권 중 해고와 급여 동결을 반영한 도산절차개시 후 정규 비용 부분에 한정되어야 한다.’

나) 계약을 이행거절한 사례

(1) *Matter of Whitcomb & Keller Mortg. Co., Inc.* 715 F.2d 375 (7th Cir. 1983)

(가) 기초사실 및 소송의 경과

Whitcomb & Keller Mortgage Co., Inc.(이하 'Whitcomb & Keller'라 한다)는 담보대출업을 하는 은행인데, 투자자들에게 담보대출계좌를 제공하기도 하였다. Whitcomb & Keller는 Data-Link Systems, Inc.(이하 'Data-Link'라 한다)와 쌍방미이행 쌍무계약을 체결하고 있었는데, Whitcomb & Keller는 사용료를 지불하고, Data-Link는 고객 계좌를 최신화하고 유지하는 컴퓨터 서비스를 제공하는 계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)이었다.

Whitcomb & Keller는 1980. 10. 27. Indiana 북부 연방도산법원에 제

11장 재건절차를 신청하였다. Indiana 북부 연방도산법원은 Whitcomb & Keller를 기존 경영자 관리인으로 하였다. 도산절차개시 시점에, Whitcomb & Keller는 이미 제공받은 서비스에 대하여 Data-Link에 \$12,954.63을 미지급한 상태였다. Data-Link는 계속 컴퓨터 서비스를 제공하였고, Whitcomb & Keller도 도산재단을 관리하는 동안 제공받은 서비스에 대한 사용료를 모두 지급하였다.

Whitcomb & Keller는 1981. 4. 8. 이 사건 계약의 이행거절을 선택할 권한을 요청하였다. Data-Link는 이의하였고, 결국 재판까지 가게 되었다. Indiana 북부 연방도산법원은 1982. 4. 15. Whitcomb & Keller가 이 사건 계약의 이행거절을 할 수 있고, Data-Link의 도산절차개시 전 \$12,954.63의 채권은 무담보채권이 된다고 결정하였다. Data-Link는 항고하였으나 Indiana 북부 연방지방법원은 Data-Link의 항고를 기각하였다. Data-Link는 다시 항고하였으나 연방제7순회항소법원은 다음과 같은 이유로 Data-Link의 항고를 기각하였다.

(나) 연방제7순회항소법원의 판단

‘Data-Link가 도산절차개시 후 제공한 서비스는 Whitcomb & Keller의 도산재단의 관리비용이 되었고, 전부 지불되었다. 그러나 단지 계속 서비스를 제공했다고 해서 Data-Link의 도산절차개시 전 채권이 무담보 일반채권에서 관리채권으로 격상되는 것은 아니다. Data-Link는 계속 컴퓨터 서비스를 제공하면서 어떠한 손해나 악영향을 받지 않았다. 오히려 계속된 서비스 제공으로 이익을 창출했다.’

(2) *In re Good Hope Chemical Corp.* 747 F.2d 806 (1st Cir. 1984)

(가) 기초사실 및 소송의 경과

Good Hope Chemical Corporation(이하 ‘Good Hope’라 한다)은 1974년경 서독의 특수 주문 장비 제작사인 Koerver & Lersch(이하 ‘K & L’이라 한다)에 열 교환기 2대의 제작을 도급 주었다. Good Hope가 Texas 주 Ingleside에 지으려 했던 암모니아 공장에 사용하기 위함이었

다. 대금 지급은 독일 마르크화로 하되, Good Hope는 계약 체결 90일 후 30%, 180일 후 30%, 선측 인도 조건으로 독일이나 네덜란드 항구에서 Good Hope에 인도되었을 때 나머지 40%를 지급하기로 하였다(이하 '이 사건 계약'이라 한다).

그러나 Good Hope는 대금을 전혀 지급하지 않았고, K & L이 사실상 열교환기의 제작을 완료하고 배송하기 전인 1975. 10. 31. Massachusetts 연방도산법원에 제11장 재건절차를 신청하였다. Good Hope는 1980. 5. 9. 이 사건 계약의 이행을 거절하였다. 한편, K & L은 이 사건 계약 열교환기를 대폭 할인한 가격에 Petroleos Mexicanos에 매도하였고, Massachusetts 연방도산법원은 1980. 6. 12. 이 사건 계약의 대금에서 K & L이 Petroleos Mexicanos로부터 실현한 매매 대금을 제한 DM 11,055,121을 이행거절에 따른 손해배상청구권으로 시인하였다.

이 때 Massachusetts 연방도산법원은 환율의 기준일을 채권의 시인일인 1980. 6. 12.²⁰¹⁾로 하였다. Good Hope Chemical Corporation Creditors' Committee(이하 'Creditors' Committee'라 한다)는 기준일이 도산절차개시일인 1975. 10. 31.²⁰²⁾이 되어야 한다는 이유로 항고하였다. Massachusetts 연방지방법원은 Creditors' Committee의 항고를 기각하였다. Creditors' Committee가 항고하자 연방제1순회항소법원은 다음과 같은 이유로 Massachusetts 연방지방법원의 판결을 취소하고 사건을 환송하였다.

(나) 연방제1순회항소법원의 판단

'채권자의 계약에 대한 기대, 즉 손해는 채무불이행시에 발생하고, 채권자의 손해배상청구권은 채무불이행시의 시가 상당이기 때문에, 그 액수를 확정하는 것은 중요하다. 이 사건 계약에서 손해는 계약이 이행거절된 1980. 5. 9. 발생하였다. 손해액의 산정 시는 1980. 5. 9.이다.

연방도산법이 이행거절에 의한 손해에 대해 도산절차개시 전에 발생한 것으로 의제하는 것은 그래서 필요하다. 그렇지 않으면 채무자는 도

201) 환율: 0.5679

202) 환율: 0.3913

산절차개시 즉시 쌍방미이행 쌍무계약의 이행을 거절해야만 하기 때문이다. 쌍방미이행 쌍무계약을 즉시 이행거절하지 않으면 이행거절에 따른 손해배상청구권은 관리채권이 되어버릴 수 있다.’

(3) *Matter of Handy Andy Home Improvement Centers, Inc.*
144 F.3d 1125 (7th Cir. 1998)

(가) 기초사실 및 소송의 경과

Handy Andy Home Improvement Centers, Inc.(이하 'Handy Andy'라 한다)는 National Terminals Corporation(이하 'National'이라 한다)의 전신으로부터 Illinois 주 Cook 군(郡)에 있는 상업 부지를 임차하였다. 임대차 개시일은 1986. 10. 1.자로, 임차기간은 10년으로 체결되었다. 부동산 제세와 관련해서는 임차인이 임차기간 동안 세금을 부담하기로 하였고, 과세연도 도중에 임대차가 종료할 경우 일할(日割)로 각 당사자에게 세금 부담을 귀속시키기로 하였다(이하 '이 사건 임대차 계약'이라 한다).

Cook 군은 과세연도 이후에 세금을 부과한다. 그리하여 임대차 대상이 된 부지의 1994년도 2기분 과세처분은 다음해 9월이 되어서야 National에 도달하였다. Handy Andy의 채권자들은 다음달 Illinois 북부 연방도산법원에 Handy Andy에 대하여 제11장 재건절차를 신청하였다. National은 2주 후 Cook 군에서 부과한 세금을 납부하였다. 직후 1995. 11. 1. 도산절차개시결정이 내려졌다. National은 1996. 2. Handy Andy의 도산절차가 개시되는 중에 1995년도 1기분 과세처분을 받아 이를 납부하였다. Handy Andy는 1995. 4.경 임대차의 이행을 거절하였다.

National은 Illinois 북부 연방도산법원에 Handy Andy로 하여금 National에 1994년도 2기분 과세처분과 1995년도 1기분 과세처분에 대한 구상금을 지급하도록 하는 신청을 했다. Illinois 북부 연방도산법원은 신청을 기각했다. National이 항고하자 Illinois 북부 연방지방법원은 National의 항고를 기각하였다. 이에 National이 항고하자 연방제7순회항소법원은 다음과 같은 이유로 National의 항고를 기각하였다.

(나) 연방제7순회항소법원의 판단

‘Handy Andy의 이 사건 임대차 계약에 따른 세금 납부 의무는 분명하고, 임대차 계약이 계속 유효한 한, 1994년 중 일할로 매일 발생하며, 당해 과세연도의 마지막 날이 지날 때 확정된다. 만일 이 사건 임대차 계약이 1995. 1. 1. 종료했다면, Handy Andy는 1994년도 분 부동산 제세를 National에 대해 상환할 의무를 진다. 따라서 상환의무는 도산절차개시 전 발생하였다. 마찬가지로 1995년도 1기분 과세처분 부분 상환의무도 도산절차개시 전 발생하였다.’

이는 도산절차개시 후 채권자에게 도산재단의 배당 시 우선순위를 부여하는 목적을 보더라도 타당하다. 그 목적은 채무자가 현재 비용을 충당할 만큼 수익을 발생시키는 한 기업을 계속하도록 하여 현존하는 채무로 인해 조기에 폐업하지 않도록 하는 것이다. 경제학의 용어로 말하자면, 매몰 비용을 무시하도록 하여 현재 순수익을 내는 채무자가 기업을 계속할 수 있게 해 준다.

Handy Andy의 1994년도 분 세금 상환의무와 1995년도 1기분 세금 상환의무는 전적으로 도산절차개시 전에 귀속되는 것이고, 이는 마치 채무자가 1994년에 구입한 공급물에 대한 채무와 같다. 채권자는 채무자의 도산절차개시 후 제품이나 용역을 계속 공급했다고 해서 도산절차개시 전 부분에 대해서까지 우선순위를 얻지는 못한다.

National은 실제로 Handy Andy에 대해 세금 상환을 청구한 시점을 기준으로 하여야 한다고 주장하나, 이는 채권자의 권리를 단지 세금 청구서를 도달시킨 우연적인 시점에 따르도록 하는 것으로, 임대인과 임차인의 전략적 행동에 따라 결론이 달라지게 된다. 그러한 행위를 장려할 필요는 없다.’

다) 채권자가 독자적으로 반대급부를 이행한 사례 - *Matter of Jartran, Inc.* 732 F.2d 584 (7th Cir. 1984)

(1) 기초사실 및 소송의 경과

Jartran, Inc.'s(이하 'Jartran'이라 한다)는 전국에서 트럭의 리스 사업

을 영위하고 있었다. Jartran은 1979. 9. 11. 광고 대행사 Sandra C. Tinsley, Inc.(이하 'Tinsley'라 한다)와 광고 계약을 체결하여 Ruben H. Donnelley Corporation(이하 'Donnelley'라 한다)에 Yellow Pages라는 전화번호부에 안내 광고를 실어달라고 주문하였다. Donnelley는 차례로 Yellow Pages의 발행사와 함께, Jartran의 광고가 전국에서 이뤄지도록 하였다. 계약에 따르면, Tinsley와 Jartran은 Donnelley에 광고비 채무를 부담했다. Donnelley는 전화번호부의 발행사들에 대해 광고비 채무를 부담했다. 광고가 나가기 몇 개월 전부터 각 당사자는 취소할 수 없는 광고비 채무를 부담하고 있었지만, Tinsley와 Jartran은 광고가 나간 뒤에야 광고비를 지급하도록 되어 있었다(이하 '이 사건 계약'이라 한다). Jartran은 1981. 12. 31. Illinois 동부 연방도산법원에 제11장 재건절차를 신청하였다. 이후 아직 발간되지 않은 전화번호부에 관한 채권신고기한이 도과하였다.

Tinsley와 Donnelley는 Illinois 동부 연방도산법원에 위 광고비 채권에 관리채권에 해당한다며 신고하였다. Illinois 동부 연방도산법원은 이를 부인하였다. Tinsley와 Donnelley는 항고하였으나 Illinois 북부 연방지방법원은 Tinsley와 Donnelley의 항고를 기각했다. 이에 Tinsley와 Donnelley가 항고하였으나 연방제7순회항소법원은 다음과 같은 이유로 Tinsley와 Donnelley의 항고를 기각하였다.

(2) 연방제7순회항소법원의 판단

‘재건이 성공하려면 도산절차개시 후 여신을 제공해주는 채권자들에게는 우선순위가 주어져 도산채무자가 채기하는 데 필요한 여신을 제공하도록 하여야 한다. 그러지 않으면 재건에 대한 노력이 수포로 돌아간다. 즉, 재건절차가 진행 중인 채무자에 대하여 어떠한 채권자도 우선순위를 부여받지 못하는 지위를 수용하려 하지 않을 것이기 때문에, 도산재단에서 대가를 선지불해야만 제품과 용역을 제공받을 수 있게 될 것이다.

이를 반드시 도산절차개시 전 채권자를 부당하게 차별하는 것이라고 할 수는 없다. 도산절차개시 전 채권자를 위해서도 재건이 이루어지는 것이기 때문이다. 재건절차가 채무자를 성공적으로 회생시키면 도산절차

개시 전 채권자도 청산가치보다 더 많은 몫을 배당받을 수 있다.

이 사건 계약은 도산절차개시 전 취소의 가능성 없이 종국적으로 체결되었다. Tinsley와 Donnelley는 도산절차개시 후 채권 신고기한이 지난 뒤 Jartran에게 가치 있는 용역을 제공해주었지만, Jartran이 채권 신고 기한이 지난 뒤에도 계속 이행을 하여 줄 것을 요구하였다는 점에 대해서는 주장이 없다. Jartran이 도산절차개시 후 이행을 적극적으로 방지해야만 하는 의무가 있다는 점에 대해서도 주장이 없다. 따라서 광고 용역을 제공해달라고 요구한 주체는 기존 경영자 관리인으로서의 Jartran이 아니라 도산절차개시 전 채무자로서의 Jartran이다. 제품과 용역의 공급 차원에서 관리채권의 지위를 부여받기 위해서는 기존 경영자 관리인이 채권자에 대해 이행을 청구하는 것이 필수적이다.

Tinsley와 Donnelley는 Jartran이 광고 제공을 받아들이고 그 효용을 누렸다고 주장하나, Jartran이 이를 받아들이거나 요구하였다는 정황은 보이지 않는다. Jartran은 도산절차개시 후 광고가 나가는 것을 승인하는 것으로 해석될 수 있는 행위를 하지 않았다. Jartran이 광고의 효용을 누리기는 하였으나, 이러한 효용이 발생한 거래는 도산절차개시 전에 완료되었고, 도산절차개시 후 이 사건 계약에 관하여 더 할 수 있는 것은 없었다. 따라서 §503²⁰³⁾이 적용될 여지는 없다.

더구나 기존 경영자 관리인으로서의 Jartran이 이 사건 계약에 관하여 무언가 더 조치를 취할 수 있었다는 점에 대해서는 지적되지 않았다. 모든 채권자는 일정 부분 도산의 위험을 안고 있다. Tinsley와 Donnelley는 Jartran과 이 사건 계약을 체결함으로써 너무 긴 기간 동안 그 위험을 진 것이다. 재건절차개시 직후 Tinsley와 Donnelley의 이행에 따른 이익을 Jartran이 누렸음에도 우선순위를 부여받지 못하는 것은 불공평해 보일 수 있다. 그러나 Tinsley와 Donnelley의 우선 순위를 인정하는 것은 다른 도산절차개시 전 채권자의 이익을 희생하는 것이고, 비슷한 상황에 놓인 채권자들이 같은 몫을 배당받아야 한다는 도산법의 기본 원리를 훼손하는 것이 된다.’

203) 관리채권에 관한 규정

제 4 절 정리 및 시사점

1. 정리

채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우 채권의 구별 기준에 관한 미국의 논의는 주로 비계약상 채권에 관하여 채권 발생 시점의 문제로 보는 학설 및 판례가 주류적인 견해이다. 그러나 계약상 채권, 그 중에서도 쌍방미이행 쌍무계약의 사례를 중심으로는 채권 발생의 시점의 문제와는 별개로 보는 학설 및 판례가 전개되고 있다. 비계약상 채권에 관하여든 계약상 채권에 관하여든, 실질적인 이익형량의 관점에서 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 모든 채권에 대하여 구체적이고 일관된 기준을 제시하려는 노력이 계속 있어왔다고 생각된다.

Matter of M. Frenville Co., Inc. 사건은 계약관계에 기한 구상권과 계약관계와 무관한 구상권에는 다른 원리가 적용된다는 취지로,²⁰⁴⁾ *In re Chateaugay Corp.* 사건은 계약상 채권과 불법행위 등 법정채권관계에 기한 비계약상 채권을 달리 보아야 한다는 취지로 판시하고 있는데,²⁰⁵⁾ 계약상 채권은 채권자가 채무자의 도산 위험을 미리 고려할 수 있는 경우가 많은 반면, 비계약상 채권은 채권자가 비자발적으로 채권자가 되는 경우가 많다는 점에서 설득력이 있다. 실제로 미국의 학설 및 판례의 전개를 보아도 계약상 채권과 비계약상 채권에 다른 원리를 적용하는 양상을 알 수 있다.

비계약상 채권의 경우에 관한 견해의 대립은 주로 채권 발생 시점의 문제로 보아, 크게 가능한 많은 채권을 도산절차 내로 편입시키려 한 입법 의도에 충실해야한다는 한 축과, 채권자에게 적법절차를 보장해야 한다는 한 축의 대립으로 이루어지고 있다.

학설은 가능한 많은 채권을 도산절차 내로 편입시켜 채무자의 새 출

204) 744 F.2d 332 (3rd Cir. 1984).

205) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

발을 돕되, 적법절차 보장의 문제는 대표자와 신탁을 활용하거나, 면책의 예외를 인정하고 시장에서 거래가 일어나도록 하는 등 별도의 장치로 해결하자는 채무자행위시설과, 절충적인 관점에서 두 축을 규범조화적으로 해석하는 숙고가능시설의 두 다수설로 수렴하고 있다.

학설과 마찬가지로 판례도 채무자의 원활한 새 출발과 채권자에 대한 적법절차 보장이라는 두 축 사이에서 견해를 제시하였다. 권리발생시설을 따른 판례는 적법절차 보장을 중시하였다. 채무자행위시설을 취한 판례는 입법 의도를 고려하고, 채권자들의 집합행위의 문제를 해결하기 위해서 도산채권의 범위를 넓게 볼 필요가 있다고 본다. 관계시설을 따른 판례는 채무자행위시설에 따른 경우 잠재적인 채권자의 범위가 지나치게 넓어지기 때문에 채무자와 채권자간 관계가 설정되어야 한다고 설시한다. 오히려 *Grady v. A. H. Robins Co., Inc.* 사건²⁰⁶⁾도 결국 장치의 장착시를 기준으로 하여 일정한 관계를 전제했다고 본다. 다만 당해 도산채권이 도산절차개시의 적절한 통지 혹은 신탁 등을 통해 적법절차를 보장받지 못했다면 면책의 대상이 되지 않는다고 본다. 바꾸어 말하면, 도산채권으로 분류되었고, 적법절차만 보장되면 면책의 대상으로 하는 데 지장이 없다는 논리이다. 오히려 판례 중에는 관계시설이 주류를 점하고 있다. 숙고가능시설은 적법절차 보장의 문제를 더욱 전면에 내세워 채권자가 숙고할 수 있었던 범위 내로 도산채권을 한정하려 한다.

대체적으로 비계약상 채권의 사례에서 채권 발생 시점의 문제로 본 판례는 단일한 채권을 도산채권 혹은 관리채권 중 양자택일하여 분류하였다. 다만, *In re Chateaugay Corp.* 사건²⁰⁷⁾에서 판례는 단일한 채권을 분리하여 각각 성격에 맞게 분류하는 가능성을 보여주었다. 도산절차개시 전 배출된 오염물질 혹은 배출 위험이 있는 오염물질에 대응하는 비용은 도산채권에 해당하고, 도산절차개시 후 현재 진행 중인 오염물질을 제거하기 위한 비용은 관리채권에 해당한다는 취지이다. 명시적으로 채권 발생 시점의 문제로 보아 관계시설을 취한 판례가 아닌 때문으로 보인다. 더

206) 839 F.2d 198 (4th Cir. 1988).

207) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

육 탄력적으로 구체적 타당성 있는 해결을 하였다고 평가할 수 있다.

비계약상 채권의 사례 중, 채권 발생 시점의 문제와 무관하게 본 판례도 존재한다. *O'Loughlin v. County of Orange* 사건²⁰⁸⁾은 그 채권 발생의 근거가 된 법령 등의 목적·본질에 집중하여 판단한 것으로 보인다. 채무자의 새 출발을 위해 도산절차개시 전의 채권은 면책을 인정하더라도, 그 목표가 채무자의 장래 위법행위에 대한 면허가 될 수 없다며 도산절차개시 전후로 일련의 불법행위에 따른 손해배상청구권의 분리를 인정하였다. 분질이 가능한 사건이기 때문으로 보인다.

계약상 채권, 그 중에서도 주로 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 채권에 관한 판례는 채권 발생의 기준 시와 무관하게 판단했다. 계약상 채권의 경우, 주류적인 학설과 판례는 반대급부가 도산절차개시 전 채무자에게 이익을 공여하였다면 도산채권, 반대급부가 도산재단에 이익을 공여하였다면 관리채권이 된다고 보았다. 필요하다면 단일한 채권의 분리도 인정하였다. 채권자가 이미 도산절차개시 전에 반대급부를 모두 이행하였다면 도산절차개시 후 채권자가 도산재단에 이익을 공여한 바가 없어, 채권자의 채권은 도산채권이 된다고 본다. *In re Chateaugay Corp.* 사건²⁰⁹⁾에서 사기 등 불법행위가 별도로 성립하지 않는다는 점을 분명히 전제한 것도 같은 맥락이다. 비계약상 채권이라면 달리 볼 수 있다는 의미로 읽을 수 있다.

교환형 계약은 쌍방미이행 쌍무계약의 특징이 잘 드러나는 유형이다. 판례는 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약의 이행을 선택한 경우에는, 채권자가 도산재단과의 거래로 도산절차개시 후 새로이 유인된(Induced) 것이므로, 우선순위를 부여받게 된다고 본다. 재건을 통한 기존 채권자 모두의 이익을 위한 것이기 때문이기도 하다. 다만, 채권자의 반대급부 이행은 관리인의 선택에 의한 것이어야 한다고 본다. 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 계속 이행하는 것이 도산재단에 도움이 되는지 숙고하고 선택할 기회를 주기 위함이다.

208) 229 F.3d 871 (9th Cir. 2000).

209) 10 F.3d 944 (2nd Cir. 1993).

판례는 또한 도산절차개시 후 채권자가 반대급부를 이행한 부분이 있어도, 채권자가 도산절차개시 전 이미 이행한 반대급부에 대응하는 채권의 성격마저 바뀌는 것은 아니라고 본다. 도산절차개시 전 이행 부분에 대응하는 채권은 도산채권이 된다. 이를 매물비용으로 처리하여 현재와 단절시키고, 현재 순이익을 내는 채무자를 재건하기 위함이다.

한편 학설 및 판례는 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약의 이행을 거절함으로써 발생하는 손해배상청구권은 도산절차개시 후에 발생한 것이나, §365(g)(1)에 의해 도산채권으로 의제되는 것이라고 보았다. 이 부분은 일관된 설명이 부재했다.

도산법 외의 공익성을 가진 법령과 도산법이 충돌할 때 이를 어떻게 해결한 것인가에 대해서는 *In re Chateaugay Corp.* 사건²¹⁰⁾에서 실마리를 제시하였다. 다른 법령을 우선시한다 해도 어차피 채무자가 청산하게 되면 그 법령의 입법 목적도 달성되기 어려우므로, 도산법이 일견 우선한다는 취지이다. *In re Sunarhauserman, Inc.* 사건²¹¹⁾도 도산법과 ERISA의 계산 방법이 충돌할 때에는 도산법의 원리를 우선하였다. ERISA가 실제로 도산재단에 귀속된 이익을 정확히 반영하지 못하기 때문이라고 한다. 반면 *In re Jensen* 사건²¹²⁾은 다른 법령의 입법 목적을 중시하는 차원에서 논지를 전개하였다. 면책의 범위를 너무 넓히면 공익성을 가진 다른 법령의 입법 목적이 모두 몰각된다는 것이다.

문제된 국면을 기준으로 사례를 나누어 볼 수도 있다. *Matter of M. Frenville Co., Inc.* 사건,²¹³⁾ *Grady v. A. H. Robins Co., Inc.* 사건²¹⁴⁾은 자동중지가 문제된 국면에 관한 사례였다. *Jones v. Chemetron Corp.* 사건,²¹⁵⁾ *In re Grossman's Inc.* 사건,²¹⁶⁾ *Wright v. Corning* 사건,²¹⁷⁾

210) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

211) 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997).

212) 995 F.2d 925 (9th Cir. 1993).

213) 744 F.2d 332 (3rd Cir. 1984).

214) 839 F.2d 198 (4th Cir. 1988).

215) 212 F.3d 199 (3rd Cir. 2000).

216) 607 F.3d 114 (3rd Cir. 2010).

217) 679 F.3d 101 (3rd Cir. 2012).

In re Jensen 사건,²¹⁸⁾ *O'Loghlin v. County of Orange* 사건²¹⁹⁾은 면책이 문제된 국면에 관한 사례였다. *In re Chateaugay Corp.* 사건,²²⁰⁾ *In re TreeSource Industries, Inc.* 사건,²²¹⁾ *In re Chateaugay Corp.* 사건,²²²⁾ *In re Sunarhauserman, Inc.* 사건,²²³⁾ *Matter of Whitcomb & Keller Mortg. Co., Inc.* 사건,²²⁴⁾ *In re Good Hope Chemical Corp.* 사건,²²⁵⁾ *Matter of Handy Andy Home Improvement Centers, Inc.* 사건,²²⁶⁾ *Matter of Jartran, Inc.* 사건²²⁷⁾은 관리채권 여부가 문제된 국면에 관한 사례였다.

Matter of M. Frenville Co., Inc. 사건,²²⁸⁾ *Jones v. Chemetron Corp.* 사건,²²⁹⁾ *In re Grossman's Inc.* 사건,²³⁰⁾ *Wright v. Corning* 사건,²³¹⁾ *In re Jensen* 사건²³²⁾ 등 적법절차 보장이 문제된 사건은 모두 자동중지 아니면 면책이 쟁점으로 떠올랐을 뿐, 관리채권 여부가 다뤄지지 않는 않았다. 특히, 앞서 관계시설을 취한 판례에 관하여 살펴보았듯, *In re Grossman's Inc.* 사건,²³³⁾ *Wright v. Corning* 사건²³⁴⁾은 도산채권이 라 하더라도 자동중지나 면책이 적용되지 않을 수 있다는 취지로 임할 여지가 있다. 이에 반해 *Grady v. A. H. Robins Co., Inc.* 사건²³⁵⁾은 적

218) 995 F.2d 925 (9th Cir. 1993).

219) 229 F.3d 871 (9th Cir. 2000).

220) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

221) 363 F.3d 994 (9th Cir. 2004).

222) 10 F.3d 944 (2nd Cir. 1993).

223) 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997).

224) 715 F.2d 375 (7th Cir. 1983).

225) 747 F.2d 806 (1st Cir. 1984).

226) 144 F.3d 1125 (7th Cir. 1998).

227) 732 F.2d 584 (7th Cir. 1984).

228) 744 F.2d 332 (3rd Cir. 1984).

229) 212 F.3d 199 (3rd Cir. 2000).

230) 607 F.3d 114 (3rd Cir. 2010).

231) 679 F.3d 101 (3rd Cir. 2012).

232) 995 F.2d 925 (9th Cir. 1993).

233) 607 F.3d 114 (3rd Cir. 2010).

234) 679 F.3d 101 (3rd Cir. 2012).

235) 839 F.2d 198 (4th Cir. 1988).

법절차 보장이 문제된다 해도 도산채권 여부와 자동중지 적용 여부가 유리될 수 없다는 취지로 읽힐 수 있다. 관리채권 여부가 문제된 국면에 관한 사례는 거의 적법절차 보장이 문제되지 않았고, 계약상 채권에 관한 사례였다.

2. 시사점

미국에서는 우리나라나 일본의 논의에 비해서는 보다 실질적인 기준 제시가 있어왔다. 따라서 채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우 채권의 구별 기준에 대한 실마리를 충분히 제공해 줄 수 있다고 생각된다. 제5장에서 우리나라와 일본의 일부구비설을 극복하는 시작점으로 삼는 데 큰 부족함이 없다.

계약상 채권과 비계약상 채권에 대해서 달리 접근하는 미국의 방법론은 분명 타당성이 있다. 자발적으로 채권자가 되는 계약상 채권과 비자발적으로 채권자가 되는 경우가 많은 비계약상 채권을 같은 원리에 기초해 분류할 수는 없다. 미국의 논의를 수용할 때에는 이원화된 논의를 채권에 성격에 맞게 수용할 필요가 있다. 단일한 채권을 분리하여 각 부분에 성격에 맞도록 채권을 분류하는 법리도 참고할 만하다.

계약상 채권에 관하여는 반대급부이행기준설이 비교적 확고한 통설 및 판례의 위치를 점하고 있어 추가적인 논란이 없는 것으로 보인다. 이를 우리나라에 그대로 수용할 수 있을지 검토할 필요가 있다.

비계약상 채권에 대하여는 채권 발생 시점의 문제로 보는 견해 대립이 활발하게 전개되고 있다. 이는 미국의 연방도산법이 연방도산법상 채권의 개념을 별도로 정의하고 있고, 도산절차개시 당시 채권인지 여부에 따라 시인, 자동중지, 면책 및 관리채권 인정 여부 등 처우가 달라지기 때문으로 보인다. 그러나 우리나라는 특별히 채무자 회생법상 채권의 개념을 달리 정의하지 않고 있어, 채권 발생의 시점에 따라 도산법상 처우가 달라진다고 보기는, 채권 분류에 따라 도산법상 처우가 달라진다고 보기는, 채권 분류에 따라 도산법상 처우가 달라진다고 보기는, 미국의 논의를 수용할 때에는 채권 발생 시점에 천착할 필요가 없다고 생각

된다. 대신 각 견해의 기저에 놓인 문제의식을 풍부히 검토하면 충분하다.

도산법과 다른 공익적 법령이 충돌할 때에는 어떻게 하여야 할 것인지에 대해서도, 도산법이 우선해야한다는 판례와 다른 법령이 우선하여야 한다는 판례가 모두 존재한다. 각각의 논거를 검토하면서 문제 해결의 실마리를 얻을 수 있으리라 생각된다.

문제된 국면을 기준으로 사례를 나누어 보면, 적법절차 보장이 문제되는 경우에 도산채권에 대한 자동중지나 면책의 예외를 인정할 수 있는지가 쟁점으로 떠올랐다. 적법절차 보장이 문제된다고 해서 관리채권으로 격상시킬지 여부가 논의된 사례는 거의 없었다. 미국의 판례를 보면, 적법절차 보장의 문제는 관리채권으로 격상시켜 해결할 것이 아니라는 점을 알 수 있다. 대신에 자동중지나 면책의 예외를 인정하는 방향으로 해결할 수 있는지는, 우리나라에 적용한다면 도산채권에 대하여 도산절차 외에서 면책의 효력을 받지 않게 하고 변제받을 수 있게 할 여지가 있는지의 문제가 된다. 미국의 판례는 상반된 입장이 모두 존재한다. 일고(一考)의 가치는 있다고 생각된다.

제 5 장 종합적 검토

제 1 절 새로운 기준의 모색

1. 서설

학설사적으로 보았을 때 일본의 일부구비설은 원래의 문제의식을 잃어버리고 그 본질이 실질적인 내용이 없는 ‘청구권의 주요한 발생원인’이라는 용어로 대체되어버렸고, 우리나라가 이를 다소 무비판적으로 수용하여 같은 문제를 낳았음은 전술한 바와 같다. 그렇다면 기저의 문제의식은 일부구비설의 본질에서 다시 찾아야 할 것이다. 일부구비설은 도산위험을 부담하여야 하는 지위에 있는 채권을, 아직 완전히 발생하지 않았더라도 이미 발생한 채권과 함께 도산채권으로 분류하여 같은 처지에 놓여 있는 채권자를 함께 취급하려는 문제의식에서 시작되었다.²³⁶⁾

그러나 이를 지적한 일본의 공제설도 구체적인 이익형량의 관점에서 기준을 제시하지 못하고 동어반복에 머문 측면이 있다. 반면, 미국에서는 계약상 채권과 비계약상 채권 모두에 대하여 실질적인 이익형량의 관점에서 논의가 풍부하게 이루어져 왔다. 문제의식은 일본의 공제설에서 찾되, 구체적인 기준 설정을 위해서는 미국의 논의를 참고할 필요가 있다고 생각된다.

미국에서 명시적으로 계약상 채권과 비계약상 채권에 대하여 다른 원리를 적용하여 채권을 분류하여야 한다고 논하고 있지는 않으나, 실질적인 논의는 주로 비계약상 채권이 해당되는 ‘장래 채권’에 대한 논의와, 계약상 채권에 대한 논의로 이원화되어 있다. *Matter of M. Frenville Co., Inc.* 사건²³⁷⁾과 *In re Chateaugay Corp.* 사건²³⁸⁾에서 판례는 계약상

236) 山本和彦, “将来の請求権”, 738-743頁.

237) 744 F.2d 332 (3rd Cir. 1984).

238) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

채권과 비계약상 채권은 다른 원리가 적용되어야 한다는 취지로 실시하기도 했다. 계약상 채권과 비계약상 채권에 대하여 각각 다르게 접근하는 미국의 방법론은 타당하다. 계약상 채권은 기본적으로 사적 자치에 의하여 채권자의 자유의사에 따라 발생하나, 비계약상 채권은 채권자가 비자발적으로 채권을 갖게 되는 경우도 많다는 점에서 다르다. 도산 위험을 부담하여야 하는 지위에 관해서도 다른 관점에서 접근하여야 할 것이다.

제2장에서 제기한 도산법과 다른 법령과의 충돌 문제, 적법절차 보장의 문제도 함께 논하여야 한다. 이를 채권의 구별기준에 참작할 것인지, 채권의 구별기준에는 참작하지 않을 것인지, 구별기준에 참작하지 않을 경우 발생하는 문제점에 대한 대안은 무엇인지 등을 살펴본다. 이들 논점에 대한 답을 내린 뒤 계약상 채권 및 비계약상 채권 각각의 채권 구별기준을 어떻게 설정할지 결론을 낼 수 있을 것이다.

2. 논의의 축

가. 계약상 채권의 경우

미국에서는 반대급부이행기준설이 통설 및 판례이고,²³⁹⁾ 우리나라에도 그대로 적용할 수 있다고 생각된다. 계약상 채권은 기본적으로 채권자가 자유의사에 기해, 채무자의 도산 위험을 부담하고 계약 체결 및 이행에 나선 것이므로, 채권자가 도산절차개시 전 이미 채무자의 도산 위험을 부담한 부분은 도산채권으로 처리하는 것이 타당하다. 채권자는 반대급부를 채무자에게 이행하지 않고 시장에서 다른 방법으로 가치를 실현할 수도 있었으나, 일단 채무자에게 이행함으로써 채무자의 도산위험을 인수한 셈이다. 또한 민법 제536조에 따른 동시이행의 항변권은 채권자가 가질 수 있는 가장 강력하고 좋은 담보인데, 이를 스스로 포기하고 먼저 이행에 나섰다는 것은 채무자의 도산위험을 부담했다는 뜻이 된다. 도산

239) Laura B. Bartell, "Straddle Obligations", pp.51-54, 61-64; *In re Sunarhauserman, Inc.* 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997); *Matter of Handy Andy Home Improvement Centers, Inc.* 144 F.3d 1125 (7th Cir. 1998) 등.

절차개시 전의 채무는 매몰 비용으로서 도산절차개시를 기점으로 절연시켜야 채무자가 새로이 수익을 창출해 낼 수 있는 기회를 얻을 수 있다. 이미 과도한 채무를 부담하고 있는 채무자와 새로이 거래에 나설 채권자는 없을 것이다. 반면, 도산절차개시 후 새로이 수익 창출을 위해 관리인에 의해 거래로 유인된 부분은 모든 이해관계인에게 이익이 되므로 관리채권의 지위를 인정해야 한다.

채무자의 새 출발을 원활히 하고자 하는 것이 도산법의 목적이므로 계약상 채권의 경우에도 도산채권의 범주를 넓혀야 한다는 의견도 있을 수 있다. 그러나 단지 채무자의 새 출발을 위해 가능한 많은 채권을 도산채권으로 분류해야 한다는 논리로 무분별하게 도산채권의 범주를 넓히다 보면, 도산절차상 제약을 받으면서까지 새로이 계약을 체결할 채권자를 찾을 수 없을 것이기 때문에, 수익을 낼 수 있는 거래를 성사시킬 기회를 놓치게 되고, 결과적으로는 채무자를 포함한 모든 이해관계인에게 불리한 결과가 된다는 점에서 받아들일 수 없다.

나. 비계약상 채권의 경우

비계약상 채권의 경우 미국의 견해 대립은 주로 가능한 광범위한 채권을 도산절차에서 종국적으로 처리하여 채무자의 새 출발을 보장하려는 한 축과, 아직 구체적인 채권 발생의 가능성을 알지 못하는 개개 채권자에 대한 적법절차 보장이라는 한 축의 긴장관계에서 이루어졌음은 전술한 바와 같다.²⁴⁰⁾ 그러나 채권 분류의 구조가 다른 우리나라에서는 단순히 도산채권의 개념을 넓게 정의하여야 한다는 명제는 명백한 참이 아니다. 기본적으로 도산절차는 다수 채권자 사이에 공평한 채권추심을 도모하는 집단적 채권추심절차이다.²⁴¹⁾ 도산법의 기능이 확대되었다 해도, 이해관계의 공평한 조정은 여전히 중요한 도산법의 이념이다.²⁴²⁾ 공평을 해치면서 도산채권의 범위를 무한정 확대하는 것은 용인될 수 없다. 어디까지나 기저의 문제의식은 어떤 요건 하에 채권자가 채무자의 도산 위

240) Laura B. Bartell, "Straddle Obligations", p.45.

241) 오수근, 도산법의 이해, 2008, 82면.

242) 전대규, 채무자 회생법, 15-17면.

험을 부담하여야 하는지에 맞추어져야 한다.

비계약상 채권은 계약상 채권과 같이 일률적인 기준으로 접근하기 어렵다. 자발적으로 사무관리에 나선 경우와 같이, 채권자가 채무자의 도산 위험을 충분히 인식하였다면 계약상 채권의 경우와 같이 불 여지가 있다. 그러나 불의의 사고를 당한 불법행위의 피해자와 같은 채권자는 채무자의 도산 위험을 고려하여 채무자의 채권자가 된 사람이 아니다. 이와 같이 비자발적인 경우가 오히려 비계약상 채권의 대다수를 차지할 것이다. 이러한 경우에는 계약상 채권과 같은 논리를 적용할 수 없다.

비자발적으로 채권자가 된 비계약상 채권의 경우에는 결국 정책적 관점의 선택 문제이다. 이러한 채권자는 채무자의 도산 위험을 인식하고 이에 대한 대비를 할 수 있는 기회를 부여받지 못하였으므로, 이들 채권에 대해서는 도산절차 내에서 변용을 겪게 하지 않도록 하자는 주장도 가능하고, 실제로 이러한 취지의 주장을 하는 학자도 있다.²⁴³⁾ 그러나 적어도 현행법상으로는 비자발적 채권자의 비계약상 채권에 대해 우대할 근거가 없다. 가령 불법행위 손해배상청구권자는 평시에도 우선순위를 부여받지 못하며, 계약상 채권자와 같은 지위에 있다. 그렇다면 도산절차에서도 불법행위 피해자는 일반 채권자의 지위를 부여받을 뿐이다.²⁴⁴⁾ 물론 채무자 희생법은 고의로 가한 불법행위로 인한 손해배상청구권(채무자 희생법 제566조 제3호) 및 중대한 과실로 타인의 생명 또는 신체를 침해한 불법행위로 인하여 발생한 손해배상청구권(채무자 희생법 제566조 제4호)을 파산절차상 비면책채권으로 규정하고 있지만, 이는 채권 분류의 문제라기보다는 파산채권으로 보되 정책적 이유에서 단지 면책의 효과가 미치지 않도록 한 것이다.²⁴⁵⁾

비자발적 채권자의 비계약상 채권에 대해서는 도산법상의 정책적 고

243) 가령, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", *The Yale Law Journal* Vol. 100, 1991, pp.1879-1934는 아예 불법행위에 대해서는 주주의 무한책임을 인정해야 한다고 주장한다.

244) Douglas G. Baird, *The Elements of Bankruptcy* 5th Edition, 2010, p.81.

245) 전병서, *도산법*, 412면.

려가 우선한다고 보는 수밖에 없다고 생각된다. 현 채무자 회생법의 해석상으로 이러한 채권을 도산절차에서 배제할 근거가 없고, 현실적으로 도산절차개시 전의 채무로부터 채무자를 해방시켜 채무자의 회생을 도모하고 새로이 수익을 창출할 수 있는 기회를 주어 전체 채권자에 대한 배당을 극대화할 필요성도 있다. 그렇다면 도산절차개시 전 채무자와 관련되어 발생하는 비자발적 비계약상 채권은 채무자의 도산 위험을 부담하여야 한다는 결론에 이른다.

그러나 이러한 고려가 도산절차개시 후 채무자와 관련되어 발생하는 비자발적 비계약상 채권에까지 미칠 필요는 없다. 도산절차개시 전의 막대한 채무로부터 채무자가 면책을 누리 경제적 새 출발을 할 수 있게 해주어야 한다는 명제는, 도산절차개시 후에도 채무자가 마음대로 부당이득을 누리거나 불법행위를 해도 좋다는 의미를 내포하지 않는다.²⁴⁶⁾ 채무자는 도산절차개시 후에도 실정법을 준수하며 활동을 하여야 하고, 따라서 도산절차개시 후 채무자와 관련되어 발생한 비자발적 비계약상 채권에 대해서는 도산절차 진행 과정에서 발생한 것이기 때문에 관리채권의 지위를 인정해 주어야 한다.

우리나라의 대법원은 관리인이 회사 사업의 경영과 재산의 관리 및 처분을 함에 있어서 그 업무집행과 관련하여 고의·과실로 인하여 타인에게 손해를 입힌 경우에 그 타인이 가지는 불법행위에 기한 손해배상청구권도 공익채권에 해당한다고 판시하였다.²⁴⁷⁾ 미국 연방대법원도 *Reading Co. v. Brown* 사건에서 도산절차개시 후 불법행위 손해배상채무는 사업을 영위하는 데 일반적으로 내포된 비용이기 때문에 도산절차를 진행하는 데 실제로 필요한 비용에 해당하고, 따라서 불법행위 손해배상채권을 관리채권으로 보는 것이 더 형평에 부합한다고 판시하였다.²⁴⁸⁾

도산채권자는 도산절차개시 후에는 채무자의 잔여지분권자(Residual Owners)와 같이 볼 수 있다. 그렇다면 형평(Fairness)의 관점에서 도산채권자는 도산절차 진행 중 발생하는 이익을 누리는 만큼, 발생 가능한

246) *O'Loughlin v. County of Orange* 229 F.3d 871 (9th Cir. 2000).

247) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2003다66066 판결

248) 391 U.S. 471 (1968).

위험도 모두 부담하는 것이 옳다. 만일 도산채권자들이 불법행위 손해배상청구권 등의 비용을 모두 부담하지 않는다면, 왜곡된 유인이 나타나 도산절차가 비효율적이고 불공평하게 진행될 수 있다.²⁴⁹⁾ 기존의 도산채권자들 입장에서는, 불법행위 손해배상청구권이 발생하지 않도록 주의를 기울이는 비용을 전액 부담하지 않게 되므로, 모든 이해관계인의 후생의 관점에서 비효율적이고 불공평하게 행동할 유인이 생기는 것이다.

이에 대해 자발적 비계약상 채권은 계약상 채권과 같은 원리를 적용해야 한다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 자발적 비계약상 채권은 채권의 액수 등이 당사자 의사의 합치에 따라 결정되지 않는다. 오로지 당사자의 의사만 해석하면 되는 계약상 채권과 동일한 기준을 적용하기는 곤란하다. 따라서 비자발적 비계약상 채권과 같은 기준을 적용할 수밖에 없고 오히려 이 경우 더 다양한 요소를 고려하게 되므로, 크게 어긋나는 결론이 도출되지는 않을 것이다.

결국 비계약상 채권은 모두 도산절차개시 전의 채무자와 관련되어 발생한 부분은 도산채권, 도산절차개시 후의 채무자와 관련되어 발생한 부분은 관리채권이 된다고 보는 것이 타당하다. 그리고 이렇게 채권을 분류할 때, 도산절차개시 전후 일련의 발생요건이 관계되었다고 해도 하나의 채권을 분리하여 볼 필요성이 있다면, 논리를 일관하여 도산절차개시 결정 시점을 기준으로 나누어 각각의 성질에 알맞게 취급하도록 하는 것이 옳다. 이는 일본²⁵⁰⁾과 미국²⁵¹⁾의 관련 사례에서 살펴본 바와 같다.

3. 도산법이 다른 공익적 성격을 가진 법령과 충돌할 경우

가. 계약상 채권의 경우

계약상 채권의 경우 도산법과 충돌할 수 있는 다른 공익적 성격을 가진 법령은 결국 이를 위반할 경우 계약이 무효가 되는 강행규정²⁵²⁾을 의

249) Charles J. Tabb, *Law of Bankruptcy*, pp.690-691.

250) 最高裁第一小法廷 1968. 6. 13. 昭40 (オ) 1146号 判決; 最高裁第二小法廷 1995. 1. 20. 平3 (オ) 491号 判決.

251) *In re Chateaugay Corp.* 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991); *O'Loughlin v. County of Orange* 229 F.3d 871 (9th Cir. 2000).

미한다. 계약상 채권에 관해 당사자의 의사해석의 결과가 다른 강행규정과 충돌할 경우, 다른 강행규정이 우선한다는 방향으로 해결하는 것이 타당하다. 계약상 채권에 관해서 도산법은 당사자의 의사를 충실히 반영하는 방향으로 문제를 해결하는데, 그 당사자의 의사보다 다른 강행규정이 우선하기 때문이다.²⁵³⁾ 실제로 도산법과 다른 공익적 성격을 가진 법령의 충돌이 문제된 사례는 우리나라,²⁵⁴⁾ 일본,²⁵⁵⁾ 미국²⁵⁶⁾ 모두 비계약상 채권의 사례였다. 계약상 채권은 애초에 당해 계약이 강행규정 위반으로 무효가 되면 문제될 소지 자체가 없기 때문으로 보인다.

나. 비계약상 채권의 경우

도산법은 경제적 파탄상태에 이른 채무자의 경제적 새 출발을 용이하게 하고, 채권자 사이의 공평을 확보함으로써 나아가 경제사회의 손실을 방지하기 위한 공익적인 성격이 강하다.²⁵⁷⁾ 도산법이 다른 공익적 성격을 가진 법령과 충돌하는 경우 반드시 어느 하나를 우선하는 방향으로 해결하기 어려운 이유이다.

채무자가 도산 상황에 놓인 이상 도산법의 원리가 우선하도록 하는 것이 타당하다고 생각된다. 다른 법령을 우선시하여 도산채권이 되어야 할 채권을 관리채권으로 취급하는 것은 채무자의 원활한 회생을 방해한다. 만일 채무자의 계속기업가치가 양의 값을 갖는다면, 다른 공익성이 있는 법령에 기반을 둔 채권이더라도 도산절차개시 전에 채무자와 관련

252) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2006다18174 판결 등

253) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다40738 판결 등

254) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결(제2절에서 후술하듯, 임차인들의 매도청구권은 비계약상 권리이다. 매도청구권을 행사한 결과 성립한 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권이 계약상 채권인지는 별개의 문제이다.); 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013두5159 판결 등.

255) 東京高裁 2013. 5. 17. 平24 (行ケ) 15号 判決 등.

256) *In re Chateaugay Corp.* 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991); *In re Jensen* 995 F.2d 925 (9th Cir. 1993); *In re Sunarhauserman, Inc.* 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997) 등.

257) 전병서, **도산법**, 4-5면; 정리채권과 공익채권의 구별에 관한 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다3512,3529 판결 등 참조.

되어 발생한 이상 도산채권이 되도록 해 채무자가 회생의 기회를 얻어 채권자들에게 더 많은 몫을 배당할 수 있도록 하여야 한다. 당해 채권을 단순히 관리채권으로 격상시킨다고 해도 채무자가 파산에 이르게 되면 그 법령의 입법 목적을 크게 달성하기도 어려울 것이다. 사회 전체 후생의 관점에서, 전체 채권자에게 돌아갈 몫을 극대화하기 위해서라도 도산법의 원리에 따라 엄격하게 채권을 분류하여야 한다. *In re Chateaugay Corp.* 사건²⁵⁸⁾과 *In re Sunarhauserman, Inc.* 사건²⁵⁹⁾의 판례도 같은 취지이다. *In re Jensen* 사건²⁶⁰⁾의 판례는 반대 입장에 있으나, 막연하게 다른 강행규정의 입법 목적이 형해화될 수 있다는 논리에 그치고, 전체 채권자의 몫이 줄어든다는 점에 대한 반박을 하지 못했다.

물론 채권을 분류할 때 문제되는 다른 공익적 성격이 강한 법령의 입법 목적, 취지 등을 참작할 수는 있을 것이다. 이는 유형별로 검토할 문제이다. 그러나 기본적으로는 도산 위험을 부담할 지위에 있는 채권은 도산채권, 도산절차개시 후 도산재단의 관리와 관련하여 발생한 채권은 관리채권으로 보아야 한다는 원리가 우선해야 한다.

4. 적법절차 보장의 문제

기본적으로 비자발적으로 채권자가 되는 경우가 많은 비계약상 채권의 사례에서 주로 적법절차 보장이 문제가 될 것이다. 그렇기에 미국에서도 일반적으로 비계약상 채권을 전제하는 장래 채권에 관한 견해 대립에서 적법절차 보장이 언급되고 있다. 그러나 계약상 채권의 경우에도 적법절차 보장의 문제가 생길 수는 있다. 가령 매매계약에서 매매 목적물을 인도받고 매매대금도 모두 지급하였는데, 상당한 시일이 지나고 나서야 하자가 발견되는 경우가 있을 수 있다. 반대급부이행만을 기준으로 하면, 하자가 발견되기 이전에 채무자에 대하여 도산절차가 개시되고 채권신고기간이 도과하는 경우에 채권자는 채권 발생의 가능성조차 제대로 알지 못하고 하자보수청구권 등을 실권할 위험이 있다.

258) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

259) 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997).

260) 995 F.2d 925 (9th Cir. 1993).

적법절차 보장의 문제는 도산채권의 채권신고 및 면책 내지 권리변경 등과 관련하여 중요한 문제이다. 그러나 도산절차 내에서 권리의 변용을 겪는 도산채권에 대해서는 적법절차가 보장되어야 한다는 명제는 참이지만, 적법절차가 보장되어야만 도산채권이라고 할 수 있다는 명제는 거짓이다. 적법절차 보장 여부는 도산채권과 관리채권의 분류 기준이라기보다는 분류의 결과이다. 만일 도산채권이 적법절차 보장을 받지 못했다는 이유로 관리채권이 된다면 오히려 그 지위가 합리적 이유 없이 격상되는 문제가 생긴다. 채권자가 도산 위험을 부담했음에도 도산 위험에서 벗어나게 하는 것은 동일한 처지에 놓인 채권자를 차별 취급하는 결과를 낳는다. 일단 채권의 분류가 끝난 뒤 도산채권에 대해서는 적법절차를 보장해 주되, 일반적인 방법으로는 적법절차가 충분히 보장되지 못하는 도산채권에 대해서는 별도의 해결책을 강구하는 것이 타당하다.²⁶¹⁾ 제4장 제4절에서 전술하였듯 미국에서 관리채권 여부가 문제된 국면에 관한 사례²⁶²⁾는 거의 적법절차 보장이 문제로 떠오르지 않은 경우라는 점도 이를 뒷받침한다.

이에 대해서 관리채권으로 분류하는 것과 권리의 변경 혹은 면책, 도산절차 내 채권 행사 외의 제한 등을 분리해서 볼 여지가 있다는 반론이 있을 수 있다. 즉, 적법절차를 보장받지 못한 채권에 대해서, 별도로 입법론적인 해결을 꾀할 것이 아니라, 관리채권이 아닌 도산채권으로 보아 도산절차상 제약을 받도록 하되, 권리의 변경 혹은 면책의 예외로 삼아 이후에도 채권을 실현할 가능성을 인정하자는 것이다. 실제로 미국에서

261) 윤덕주, “절차보장이 이루어지지 않은 회생채권의 면책 여부 및 법적 지위”, 서울지방변호사회 판례연구 제31집 제2권, 2017, 331면도 절차보장과 권리확정의 문제는 동일한 차원에서 논의할 수 없다고 하여 같은 취지이다.

262) *In re Chateaugay Corp.* 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991); *In re TreeSource Industries, Inc.* 363 F.3d 994 (9th Cir. 2004); *In re Chateaugay Corp.* 10 F.3d 944 (2nd Cir. 1993); *In re Sunarhauserman, Inc.* 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997); *Matter of Whitcomb & Keller Mortg. Co., Inc.* 715 F.2d 375 (7th Cir. 1983); *In re Good Hope Chemical Corp.* 747 F.2d 806 (1st Cir. 1984); *Matter of Handy Andy Home Improvement Centers, Inc.* 144 F.3d 1125 (7th Cir. 1998); *Matter of Jartran, Inc.* 732 F.2d 584 (7th Cir. 1984).

In re Grossman's Inc. 사건,²⁶³⁾ *Wright v. Corning* 사건²⁶⁴⁾ 등 판례가 그러한 취지로 판시하기도 하였다.

그러나 권리의 변경 혹은 면책, 도산절차 내 채권 행사 외의 제한이 함께 적용되어야만 도산절차 내에서 모든 채권이 효율적으로 분배받을 수 있게 된다.²⁶⁵⁾ 권리의 변경 혹은 면책의 예외를 두면, 도산절차는 늘 우발적인 도산채권의 존재를 염두에 둔 채 진행될 수밖에 없다. 이는 절차 안정성을 해하고 도산절차가 무한정 길어지게 만들어 도산절차 관리 비용을 증가시킨다. 재정적 위기에 빠진 채무자는 마치 녹고 있는 얼음(Melting Ice Cube)과 같아서, 시간이 경과할수록 보유하고 있는 재산이 산일되고 사업이 축소·해체되어 채무자의 회생의 기반이나 채권자의 권리 만족의 기초가 훼손·소실될 수 있다.²⁶⁶⁾ 도산절차는 신속한 진행이 필수적이므로, 도산채권을 일률적으로 도산절차 내로 편입시키되, 적법절차를 보장받지 못한 도산채권에 대해서는 별도로 입법적 해결을 도모하는 것이 타당하다.

5. 구체적인 채권의 구별기준 설정

가. 계약상 채권의 경우

1) 쌍방미이행 쌍무계약이 아닌 경우

쌍방미이행 쌍무계약이 아니면서 채권자의 채권이 문제되는 경우는 상대방이 채권자인 편무계약이거나, 쌍무계약에서 상대방의 이행이 완료된 경우뿐이다. 편무계약의 경우에는 채권자가 당장 이행을 받지 않은 이상, 계약을 체결한 순간 이후 채무자의 도산 등으로 편무계약에 따른 채권을 실현하지 못할 것을 예상하고 감수한 것이라고 볼 수 있다. 의사

263) 607 F.3d 114 (3rd Cir. 2010).

264) 679 F.3d 101 (3rd Cir. 2012).

265) Charles J. Tabb, *Law of Bankruptcy*, p.636에서는 자동 중지 에 대해서 이와 같이 서술하고 있다. *Grady v. A. H. Robins Co., Inc.* 839 F.2d 198 (4th Cir. 1988)의 판례도 도산채권 여부와 자동중지 적용 여부가 유리될 수 없다는 취지이다.

266) 사법연수원, *도산처리법*, 2015, 7면.

표시를 채권 발생의 원인으로 지적한 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다 109388 판결의 법리는 이 경우 유효하다. 쌍무계약에서 채권자가 도산절차개시 전에 이미 반대급부를 모두 이행한 경우, 채권자가 도산 위험을 스스로 부담하고 도산절차개시 전 채무자의 재산 형성에 기여한 것이 된다. 따라서 이 경우에 채권자의 채권은 모두 도산채권이 된다.

2) 쌍방미이행 쌍무계약인 경우

가) 쌍방미이행 쌍무계약의 개념

계약자유 원칙은 계약체결 여부, 계약 상대방의 선택, 계약내용의 결정, 계약방식의 결정에 있어서 계약 당사자가 자유를 가진다는 원칙이다.²⁶⁷⁾ 쌍무계약이란 계약의 각 당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하는 계약이고, 그 채무의 내용인 급부가 객관적·경제적으로 꼭 같은 가치를 가져야 하는 것은 아니며, 채무의 부담이 서로 의존적이고 교환적 원인관계에 있으면 족하다.²⁶⁸⁾ 도산절차라고 해서 법원이 사후적인 관점에서 당사자 간의 합의 내용을 뒤집고 쌍방미이행 쌍무계약의 개념을 달리 파악할 근거가 없다.

계약상 채권의 내용은 당사자가 정하기 나름이므로, 도산절차 내에서도 당사자의 의사를 최대한 존중하는 것이 타당하다. 상호 급부 간 객관적으로 경제적 가치의 격차가 존재하고, 그 계약의 모습이 전형계약의 일반적인 모습과 다르다고 해서, 당사자의 의사를 거슬러 쌍방미이행 쌍무계약이 아니라고 볼 수는 없다. 아무리 사소해 보이는 부분이더라도, 당사자 간 합의한 계약의 내용에 따라 미이행된 부분이 존재한다면, 쌍방미이행 쌍무계약에 해당된다. 따라서 그 대가관계를 파악할 때에도, 기본적으로 당사자의 의사가 최우선적인 기준이 되어야 할 것이다. 일본의 일부 견해도 쌍무계약상 대가관계에 있는지는 당사자 의사해석의 문제라고 보고 있다.²⁶⁹⁾ 이에 따르면 합리적 이유 없이 쌍방미이행 쌍무계약

267) 박윤직, 채권각론, 10면; 송덕수, 신민법강의, 1015면; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다69654 판결;

268) 박윤직, 채권각론, 27면; 송덕수, 신민법강의, 1032-1033면.

269) 今中利昭, 今泉純一, 中井康之, 実務倒産法講義, 227, 685頁. 우리나라, 일본,

해당 여부에 따라 당사자 간의 지위가 급격히 뒤바뀌는 문제도 해결할 수 있다.

나) 쌍방미이행 쌍무계약에 기한 채권의 처리

(1) 이행을 선택한 경우

상대방이 이미 이행한 반대급부에 대응하는 부분은 도산절차개시 전 도산 위험을 부담하고 도산절차개시 전 채무자의 재산 형성에 기여한 부분이므로 본래적 도산채권이 되고(채무자 회생법 제118조 제1호, 제423조), 상대방이 아직 이행하지 않아 도산절차개시 후 이행한 반대급부에 대응하는 부분은 도산절차개시 후 관리인의 이행 선택으로 인해 이행하도록 유인되어 모든 이해관계인에게 이익이 되었으므로, 본래적 관리채권이 된다(채무자 회생법 제179조 제1항 제7호, 제473조 제7호). 이러한 관점에서는, 쌍방미이행 쌍무계약에서 관리인이 채무의 이행을 하는 때에 상대방이 갖는 청구권이 관리채권으로 격상된 것이라고 볼 필요가 없다. 이와 같은 해석이 쌍방미이행 쌍무계약 제 규정의 정합적인 해석이다.

쌍방미이행 쌍무계약의 이행 선택 시 상대방의 청구권의 법적 성격에 관한 일본의 유력설²⁷⁰⁾과 미국의 통설 및 판례²⁷¹⁾의 견해도 같다. 특히, 미국의 통설 및 판례는 단일한 채권의 분리를 인정하는데, 구체적 타당성 있는 결론을 낼 수 있다는 점에서 수용할 필요성이 있다. 관리인이 이행을 선택한 쌍방미이행 쌍무계약은 실질이 도산절차개시 후 새로이 체결된 계약과 같다는 미국의 견해²⁷²⁾도 같은 취지라고 할 수 있다. 일

미국 등지에서 쌍방미이행 쌍무계약의 개념에 관한 구체적인 논의가 있어 왔으나, 본고에서는 주제와 관련된 범위 내에서만 간략히 서술한다. 결론적으로는 쌍방미이행 쌍무계약이 되기 위한 요건을 별도로 요구할 필요가 없다고 생각한다.

270) 伊藤眞, 会社更生法, 273頁; 伊藤眞, 破産法・民事再生法, 353, 873頁; 宗田親彦, 破産法概説, 168頁.

271) Laura B. Bartell, "Straddle Obligations", pp.51-54, 61-64; *In re Sunarhauserman, Inc.* 126 F.3d 811 (6th Cir. 1997); *Matter of Handy Andy Home Improvement Centers, Inc.* 144 F.3d 1125 (7th Cir. 1998) 등.

본에서도 비계약상 채권에 관한 사례에서 단일한 채권의 분리 가능성에 대한 단서를 얻을 수 있었고,²⁷³⁾ 우리나라의 일부 학설도 이를 지지한다.²⁷⁴⁾ 이와 같이 보면 계약의 이행 선택이 관리인의 배임행위가 될 수도 있다는 무리한 논리까지 퍼지 않아도 된다. 이미 이행을 선택한 이상 반대급부의 이행을 기준으로 하면 되므로 의사표시의 시점²⁷⁵⁾은 고려할 필요가 없다.

이 때 상대방의 반대급부에 대응하는 채권 부분은 결국 의사해석의 문제이다. 가령 시가 1만 원의 물건 A와 시가 2만 원의 물건 B가 있다고 했을 때, A에 대해서는 대금 1만 원을 지불하고, B에 대해서는 대금 2만 원을 지불하는 것이 일반적이지만, 당사자 간 A에 대해서 2만 원을 지불하고, B에 대해서 1만원을 지불하되, 매수인이 먼저 2만 원을 중도금으로 지불하고, 잔금 1만원을 지불하면서 동시이행으로 A와 B를 인도받기로 하였다고 가정한다. 매수인이 2만 원의 중도금을 지불하고 얼마 지나지 않아 매도인에 대하여 도산절차가 개시되었다. 매도인의 관리인이 이행을 선택했다고 했을 때, 매수인의 A에 대한 인도청구권은 도산채권이 되지만, B에 대한 인도청구권은 관리채권이 된다. 즉 당사자 간 대응하는 급부의 파악은 기본적으로 의사 해석의 문제가 되어야 한다. 계약상 채권의 사례에서는, 목적물의 가치 평가도 결국에는 당사자의 의사에 따른 것이고, 도산 위험의 부담도 당사자의 의사에 기초한 것이기 때문이다.²⁷⁶⁾

272) John A.E. Pottow, "A New Approach to Executory Contracts", p.1453.

273) 伊藤眞, 岡正晶, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法, 35-36頁; 小林昭彦, "和議認可決定", 277頁; 判例タイムズ, "和議認可決定", 133-134頁; 最高裁第一小法廷 1968. 6. 13. 昭40 (オ) 1146号 判決; 最高裁第二小法廷 1995. 1. 20. 平3 (オ) 491号 判決.

274) 김영주, "박사학위논문", 234면.

275) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결 등

276) 이에 대하여 결국 A에 관한 계약과 B에 관한 계약은 독립된 계약이고, A에 관한 계약은 쌍방미이행 쌍무계약이 아니라고 볼 여지도 있다. 그러나 B에 관한 급부와 결부되어 있는 이상 완전히 독립된 2개의 계약으로 보기는 어렵다. 궁극적으로는 계약의 개수는 중요하지 않다. 애초에 계약상 채권에 대해서는 가

그러나 대부분의 경우 명백하게 도산절차개시 전후로 반대급부에 대응하는 채권 부분을 나누는 것이 쉽지는 않을 것이다. 당사자들이 도산 상태를 고려하여 미리 이러한 부분에 대하여 합의를 하는 것도 상정하기 어렵다. 당사자의 의사가 분명히 드러나지 않는다면, 기본적으로는 이행분에 대한 투입비용, 이행분의 시가 등에 따라 가액을 안분하는 것이 당사자의 의사에 가장 부합하는 해석이라고 생각된다. 그리고 이행이 되었다고 보기 위해서는, 이행부분이 채무자 외 제3자에게는 큰 의미가 없어 시장에서 활용가능성이 없거나, 이미 채무자의 지배영역에 넘어갔다는 등의 사정이 있어야 한다. 만일 채권자가 자유로이 활용할 수 있는 부분이라면 평시와 달리 도산절차의 제약을 받도록 할 필요가 없다. 또한, 기 이행 부분과 미이행 부분이 혼재되어 구분이 어렵다면, 기본적으로 의심스러울 때에는 도산채권으로 보되, 별도의 요건을 요구하는 관리채권이 되는 부분은 상대방이 이를 적극적으로 주장·증명하도록 하는 것이 타당하다. 미국의 판례도 *In re Bethlehem Steel Corp.* 사건에서 관리채권의 지위를 주장하는 자에게 증명책임이 있다고 본다.²⁷⁷⁾

(2) 해제를 선택한 경우

우선 쌍방미이행 쌍무계약을 관리인이 해제 또는 해지한 경우에 채무자가 받은 반대급부가 채무자의 재산 중에 현존하지 아니하는 경우 상대방이 가지는 가액반환청구권이 관리채권이 됨은 조문상 명백하다(채무자 회생법 제121조 제2항, 제337조 제2항). 쌍방미이행 쌍무계약의 해제 또는 해지로 인한 손해배상청구권(채무자 회생법 제121조 제1항, 제337조 제1항)은 예외적으로 도산채권이 된다. 순수한 해석론으로는 이에 대해 더 이상 논의할 부분이 없을지도 모른다. 그러나 현행 채무자 회생법에 따르더라도 쌍방미이행 쌍무계약의 해제 또는 해지로 인한 손해배상청구권을 본래적 도산채권으로 볼 여지는 없는지 살필 필요가 있다.²⁷⁸⁾ 반대

능한 도산절차개시 전후로 나누어 보아야 한다는 뜻이다. 계약이 하나라고 하더라도 도산절차개시 전후로는 최대한 나누어 취급하여야 한다는 것이 쌍방미이행 쌍무계약 제 규정의 취지이다.

277) 479 F.3d 167 (2nd Cir. 2007).

278) 반대급부이행기준설의 관점에서, 관리인의 해제권 선택에 따른 것이기는

급부이행기준설로 일관적인 설명이 가능하다면 더욱 우수한 견해라는 근거가 된다.

관리인이 해제권을 행사하는 것은 쌍방미이행 쌍무계약의 이행을 거절한 것에 비할 수 있다. 이에 대해서는 이행불능으로 보는 것이 우리나라²⁷⁹⁾와 일본²⁸⁰⁾의 전통적인 견해이나, 이행거절에 더 가깝다고 생각된다. 관리인은 이행 자체가 불가능하기 때문에 해제를 하는 것이 아니고, 이행 자체는 가능하나 도산재단에 이익이 되지 않는다고 판단하여 해제를 선택하는 것이다. 이는 오히려 임의적으로 이행을 거절하는 것에 가깝다. 일본의 일부 견해도 도산절차상 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 규정이 특별한 권능이 아닌 이행거절로서 상대방의 손해배상청구권을 도산채권으로 취급하는 취지로 입법되어도 부당하지 않다고 보아, 결을 같이 하고 있다.²⁸¹⁾ 구미국가들의 경우 대체로 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 관리인의 이행거절권만을 인정하고, 이에 따른 상대방의 채권을 우선권 없는 일반채권으로 취급하고 있는 것²⁸²⁾을 고려하여도 그렇다.

이행거절은 채무불이행의 한 유형이 되고,²⁸³⁾ 이에 따라 상대방은 이

하나, 이미 상대방이 도산 위험을 부담하고 이행한 부분에 대해 원상회복을 청구할 수 있도록 하고, 반대급부가 현존하지 않는 경우 관리채권으로서 가액반환 청구까지 할 수 있도록 하는 것은 정당화하기 어렵다. 상대방이 이미 이행한 반대급부 부분은 도산절차개시와 동시에 동결시키고, 이에 대응하는 채권을 도산채권으로 취급하여야 한다. 김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율”, 514면이 지적하듯, 근본적으로 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자 회생법의 이원적 규율 체계를 정비하여 일원화할 필요가 있음은 물론이다. 본고에서는 일단 현행 채무자 회생법을 기준으로 논한다.

279) 실무연구회, **법인파산실무** 제4판, 2014, 161면; 임채홍, 백창훈, **회사정리법(상)**, 359면(임종헌 집필부분).

280) 兼子一, 三ヶ月章, 竹下守夫, 霜島甲一, 前田庸, 田村諄之輔, 青山善充, **条解会社更生法 中**, 325頁; 宮川知法, “破産法五九条等の基本的理解-全体的公平の考慮による覚え書き”, 67頁.

281) 水元宏典, “魅力ある倒産手続に向けた立法のあり方”, **法律時報** 89卷 13号, 2017, 33頁.

282) 김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율”, 509-510면

283) 곽윤직, **민법주해 IX**, 311-342면(양창수 집필부분); 대법원 2005. 8. 19. 선

행거절에 따른 손해배상으로서 이행이익의 배상을 구할 수 있으며,²⁸⁴⁾ 그에 갈음하여 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있으나 이 경우에도 이행이익의 범위를 초과할 수는 없다.²⁸⁵⁾ 이 때 이행이익 또는 신뢰이익은 모두 채무자와 계약을 체결함으로써 상대방이 정당하게 기대하게 된 부분이다. 그러므로 관리인의 해제권 행사에 따른 이행이익 또는 신뢰이익의 배상을 구할 때, 그 가액은 관리인의 해제권 행사시를 기준으로 하여야 하겠지만,²⁸⁶⁾ 계약 체결 시에 이미 도산 위험을 부담한 부분이라고 보아야 한다. 계약관계가 성립하면, 채권자는 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 할 것을 기대하고 그에 따른 이익을 가지게 된다.²⁸⁷⁾ 일반적으로 상대방은 계약을 체결함으로써 곧바로 채무자에게 이행할 반대급부를 시장에서 활용할 기회를 상실하게 되고, 이후 채무자의 도산에 따라 계약의 본지대로 이행하지 못하여 이에 대한 반대급부 이행이익을 누리지 못할 위험을 부담하게 되는데, 이는 도산절차개시 전에 발생한 일이다. 판례도 의사표시 등이 도산절차개시 전에 있었다면 당해 채권은 도산채권이 된다고 보고 있다.²⁸⁸⁾

이 때 손해배상청구권이, 회생절차의 경우 회생절차개시 이후의 원인에 기하여 발생한 재산상의 청구권이지만 공익채권에 해당되지 않는 개시 후 기타채권(채무자 회생법 제181조 제1항), 파산절차의 경우 파산선고 후의 불이행으로 인한 손해배상액 및 위약금으로서 후순위 파산채권(채무자 회생법 제446조 제1항 제2호)에 각 해당한다고 볼 여지가 있으나, 이들은 재산상의 청구권에 관하여 도산절차개시 전에 이미 불이행이 있어 지연손해금 또는 약정에 따라 정기적으로 지급하여야 할 위약금이 도산절차개시 후에도 계속 발생하고 있는 경우에 관하여 이자와 같은 취지로 규정하고 있는 것이라고 해석하여야 한다.²⁸⁹⁾ 판례도 구 회사정리

고 2004다53173 판결.

284) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결

285) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다235766 판결

286) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결

287) 김준호, 민법강의 제24판, 2018, 536면.

288) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결

289) 노영보, 도산법 강의, 183면; 전대규, 채무자 회생법, 809면; 전병서, 도산

법상의 후순위채권에 관한 것이기는 하나, 여기서 규정한 손해배상금과 위약금은 정리절차개시 전부터 회사에 재산상의 청구권의 불이행이 있기 때문에 상대방에 대하여 손해배상을 지급하거나 또는 위약금을 정기적으로 지급하여야 할 관계에 있을 때 그 계속으로 정리절차개시 후에 발생하고 있는 손해배상 및 위약금 청구권을 의미한다고 보았다.²⁹⁰⁾

따라서 우리나라²⁹¹⁾나 일본²⁹²⁾에서 쌍방미이행 쌍무계약의 해제 또는 해지로 인한 손해배상청구권을 예외적인 도산채권으로 보거나, 미국에서 미국 연방도산법 §365(g)(1)을 관리인이 이행을 거절한 경우 상대방이 갖는 청구권을 도산절차개시 전 무담보일반채권으로 의제하는 규정이라고 보는 것²⁹³⁾은 불필요하다고 할 수 있다. 관리인의 해제로 인해 상대방이 갖는 손해배상청구권은 도산절차개시 전의 원인으로 생긴 청구권으로서 본래 도산채권이라고 보는 우리나라의 일부 견해도 같은 취지이다.²⁹⁴⁾ 미국에도 쌍방미이행 쌍무계약의 이행을 즉시 거절한 경우, 해당 계약이 도산재단에 이익을 주었다거나, 도산재단의 관리에 관해 실제로 필요한 비용이 발생하였다고 볼 수 없으므로 당연히 도산채권이 된다는 일부 견해가 있다.²⁹⁵⁾

법, 193면.

290) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결

291) 노영보, *도산법 강의*, 178, 218면; 실무연구회, *법인파산실무*, 161면; 전대규, *채무자 회생법*, 287-288면; 전병서, *도산법*, 123면; 박병대, “파산절차가 계약 관계에 미치는 영향”, 449면; 임종헌, “석사학위논문”, 10면. 구 회사정리법에 관한 견해로는 공평을 고려해 후순위 정리채권을 정리채권으로 취급하는 것이라는 임채홍, 백창훈, *회사정리법(상)*, 511면(이연갑 집필부분) 참조.

292) 伊藤眞, *会社更生法*, 272-273頁; 伊藤眞, *破産法・民事再生法*, 352, 873頁; 伊藤眞, 岡正晶, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, *条解破産法*, 406頁; 今中利昭, 今泉純一, 中井康之, *実務倒産法講義*, 229頁; 加藤哲夫, *破産法*, 241頁; 園尾隆司, 小林秀之, *条解民事再生法*, 251頁(西澤宗英 執筆部分); 宗田親彦, *破産法研究*, 366頁; 竹下守夫, *大コンメンタル破産法*, 221頁(松下淳一 執筆部分).

293) Laura B. Bartell, “Straddle Obligations”, p.52; *In re Good Hope Chemical Corp.* 747 F.2d 806 (1st Cir. 1984).

294) 김영주, “박사학위논문”, 97면.

295) John A.E. Pottow, “A New Approach to Executory Contracts”,

나. 비계약상 채권의 경우

1) 서설

계약상 채권의 경우 반대급부이행을 기준으로 도산 위험을 부담한 부분을 일률적으로 구분할 수 있으나, 비계약상 채권은 단일한 기준으로 채권을 분류하기 어려운 측면이 있다. 비계약상 채권에 대해서는 미국의 견해 대립을 면밀히 검토하여, 도산 위험의 부담이라는 기준점을 어디에 두는 것이 옳을지 살필 필요가 있다.

2) 미국의 논의 검토

가) 권리발생시절에 대한 검토

권리발생시절은 우리나라에서는 사실상 전부구비설과 마찬가지로 결론이 된다. 채권의 발생원인이 되는 요건사실이 전부 갖추어지지 않았다 하더라도, 도산 위험을 부담하는 것이 타당한 부분은 도산채권으로 보아야 한다는 점에서 권리발생시절을 취하기는 어렵다.

미국에서도 권리발생시절은 1978년 의회가 연방도산법을 개정하면서 채권의 정의 중 증명가능성(Provability)의 개념을 삭제하고 채권의 정의를 광범위하게 규정하여 채무자의 새 출발(Fresh Start)을 장려하고 도산절차 내에서 가능한 모든 법률관계를 정리하고자 했던 명시적 의도에 반하며, 조건부 혹은 미확정 채권을 추산할 수 있는 조항 등을 마련해 둔 것 과도(미국 연방도산법 §§101(e), 362(a), 502(c)(1)) 상처된다는 비판을 받는다. 권리발생시절은 재건(회생)을 통한 계속기업가치 극대화 대신 개개 재산의 분할 매각에 의한 청산을 야기할 뿐이라는 것이다.²⁹⁶⁾

pp.1458-1460.

296) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", pp.222-223; Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims", p.336; Ralph R. Mabey & Annette W. Jarvis, "In Re Frenville: A Critique", pp.705-708; Alan N. Resnick, "Mass Tort Liability", p.2073; Kevin J. Saville, "Discharging CERCLA Liability", pp.345-348; Robert J. Scott, "When a Claim Arises", pp.262-263; Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously", p.457; Alisha J. Turak, "Why

이를 우리나라에 그대로 적용하기는 어렵지만, 채무자 회생법도 제133조 내지 제138조, 제425조 내지 제428조 등에서 ‘장래의 청구권’이라는 개념을 예정하고 있고, 전부구비설에 따르면 도산 위험을 부담하여야 하는 채권마저도 모두 관리채권으로 분류하게 될 위험이 있다는 점에서, 같은 논리로 받아들일 수 없다고 할 수 있다.

또한, 권리발생시설은 단지 우연적인 사정에 의해 비슷한 상황에 놓인 채권자를 불합리하게 차별 취급하는 결과를 낳아, 채권자 등 이해관계인이 도산절차 전후로 채권 발생 시기를 조작하도록 하는 유인을 발생시킬 수 있다.²⁹⁷⁾ 전술하였듯, 결국 권리발생시설을 취했던 연방제3순회항소법원도 판례를 변경하였다.²⁹⁸⁾

나) 채무자행위시설에 대한 검토

채무자행위시설은 너무 광범위한 정의를 따르기 때문에 실무상 채권자 범위 확정의 문제, 형평과 적법절차 보장의 문제가 발생한다. 채무자행위시설은 도산절차개시 당시 알 수 없을 뿐만 아니라 예견가능성조차 없는 장래 채권까지 도산절차에 편입시킨다. 채권자가 채무자 혹은 채무자의 제조물 등과 어떠한 접촉이 없었어도 도산절차에 편입되는데, 채권의 발생 자체는 예견가능하다 하더라도 장래 채권자가 누가 될 것인지 알기 어려운 경우도 있다. 그리하여 결국 일부 채권자에게는 도산절차에 관한 통지조차 하지 못하는 결과를 낳기도 한다. 심지어 채권자가 통지를 받았다 하더라도 장래 채권 발생에 대한 가능성을 인지하지 못할 경우도 있다. 결국 채권자의 도산절차 참가 기회를 박탈한다. 미국에서도 의회가 채권자가 채권의 존재를 알았거나 알 수 있었던 경우가 아님에도 이를 면책의 대상으로 하려는 의도는 아니었다고 본다. 장래 채권의 규

Wright Was Wrong”, p.2206.

297) Dale E. Azaria, “When a Claim is a Claim?”, pp.224-225; Ralph R. Mabey & Annette W. Jarvis, “In Re Frenville: A Critique”, pp.710-714; Alan N. Resnick, “Mass Tort Liability”, p.2074; Frederick Tung, “Taking Future Claims Seriously”, p.458.

298) *In re Grossman's Inc.* 607 F.3d 114 (3rd Cir. 2010)

모를 정확하게 추산하여 현존 채권자와 장래 채권자 사이에 동등한 대우를 하는 것도 어렵다.²⁹⁹⁾

도산절차개시 당시 예견가능성이 없는 채권까지 실권하도록 하여 채무자가 부당하게 도산절차를 신청할 유인을 제공한다. 장래의 재난에 대한 보험으로 도산 제도를 남용하게 될 수 있다. 단지 채무자의 행위가 있었다는 이유만으로 이에 관한 모든 채권의 발생가능성을 조사하도록 하는 것도 채권자에게 과도한 부담이 된다.³⁰⁰⁾

채무자의 행위가 바로 채권자가 도산 위험을 부담하는 근거가 될 수는 없다는 점도 고려하여야 한다. 가령 채무자가 하자 내지 결함이 있는 제품을 생산한 후 바로 도산절차를 거치면 이후에 판매하는 제품에 기한 제조물책임을 모두 면할 수 있다는 결론이 되는데 이는 매우 부당하다. 정직하나 불운한 채무자의 경제적 새 출발을 보장한다는 것이, 도산채권의 범위를 지나치게 확장한다는 것과 같은 말은 아니다.

채무자행위시절은 대표자나 신탁을 활용하는 등의 방법으로 적법절차 보장의 문제는 해결할 수 있다고 반박한다. 그러나 채무자행위시절이 부당한 이유는 단지 적법절차가 보장되지 못하기 때문만은 아니다. 도산채권이 적법절차 보장을 받는다고 해서 그 불리한 취급이 크게 바뀌는 것은 아니다. 채무자행위시절을 따르면 도산채권의 범주가 지나치게 넓어져, 채무자는 부당하게 도산절차개시 후에도 채무자가 방지해야할 위험에 관련된 비용을 채권자에게 전가하며 영업을 영위할 수 있게 된다. 가령, 이미 결함이 있는 제조물이 유통된 이후에 도산절차가 개시되면, 이

299) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", pp.225-227; Ralph Brubaker, "Part I", pp.2-3, 5; Ralph Brubaker, "Part II", pp.2, 9-10; Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville", pp.754-757; Alan N. Resnick, "Mass Tort Liability", pp.2071, 2078-2081; Kevin J. Saville, "Discharging CERCLA Liability", pp.349-350; Zev Shechtman, "A Fresher Start", pp.621-622; Alisha J. Turak, "Why Wright Was Wrong", pp.2207-2208, 2212-2213.

300) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", p.229; Kevin J. Saville, "Discharging CERCLA Liability", pp.351-352.

를 회수하는 등으로 추가적인 피해를 막을 유인이 사라진다.

마지막으로, 자발적으로 채권자가 되는 비계약상 채권은 채무자의 행위를 구성요건으로 하지 않는 경우가 많다. 가령 채권자의 사무관리에 의한 비용상환청구권은 채무자의 행위를 필요로 하지 않는다. 채권자의 비용 지출로 인한 비용부당이득반환청구권도 마찬가지이다. 이들 채권에 대해서는 채무자행위시설이 적용조차 될 수 없으므로, 모든 비계약상 채권을 아우르지 못한다는 점에서도 채무자행위시설은 채택하기 어렵다.

다) 속고가능시설에 대한 검토

속고가능시설을 지지하는 학자는 속고가능시설이 채무자의 새 출발 기회의 보장과 적법절차 보장 사이에서 규범조화적으로 균형점을 찾은 견해이기에 가장 우수하다고 주장한다. 그러나 적법절차 보장 여부가 채권 분류의 주된 기준이 될 수는 없다. 가령, 도산절차개시 전 채무자가 환경 오염을 일으켜 과징금 부과처분의 대상이 된 경우, 환경 당국이 이에 대해 속고할 수 없었다는 이유만으로 과징금 청구권에 대해 관리채권의 지위를 인정한다면, 환경 당국은 부당하게 격상된 지위를 누리게 되고, 채무자는 도산절차개시 전의 채무와 절연되지 못한 채 새 출발을 할 수 없게 되며, 결국 환경법령의 입법 의도도 달성되지 못하게 된다. 환경 오염 발생은 채무자의 도산절차개시 전 기업 활동과 관련된 것이기 때문에 환경 당국의 속고가능성을 불문하고 이에 대한 과징금 청구권을 도산채권으로 보는 것이 타당하다.

채권자와 채무자가 자발적으로 장래 발생할 가능성이 있는 채권에 관한 정보를 개시할 유인을 제공한다는 점에서 장점이 있다는 주장도 있으나, 문제가 되는 채권은 대체로 채권자가 가까운 시일 내에 속고하기 어려운 채권에 해당할 것이고, 그렇다면 채무자로서는 굳이 탄로 날 위험을 감수하면서 정보를 제공할 유인이 없다. 20세기의 석면으로 인한 제조물책임 손해배상청구권과 같이 당대 과학 수준으로는 채권자와 채무자 모두 발생을 예측하기 어려운 채권도 적지 않다. 설령 그러한 장점이 발휘되는 경우가 있다고 해도, 채권의 구별기준에 관한 도산법의 원리를

수정할 정도는 아니라고 생각된다.

적법절차 보장을 위한 별도 장치를 둘 필요가 없으므로 비용을 절감할 수 있다고도 주장하나, 면책의 범위가 줄어들어 채무자의 회생이 어려워진다는 비판에 대해서 다시 대표자나 신탁 등의 장치를 활용하면 된다고 반박하여 같은 숙고가능시설 내에서도 견해가 갈린다. 대표자나 신탁을 활용하는 등의 방법으로 비용이 발생한다 하더라도 이는 별도로 비용의 절감을 도모해야할 문제이지, 채권 분류의 기준을 바꿀 정도의 본질적인 문제는 아니다.

당사자의 내심의 영역인 숙고가능성이라는 개념은 채권자와 채무자에게 막대한 불확실성을 안겨준다. 이는 과도한 제소, 예측불가능성, 막대한 비용과 절차지연으로 이어진다. 이해관계가 없는 제3자의 증언은 거의 기대하기 어렵다. 숙고가능성이라는 개념은 법관에게 지나친 재량을 부여해 정책적인 판단이 영향을 미치도록 한다.³⁰¹⁾

이에 대해 숙고가능시설은 불확실성에 대한 문제는 어떤 학설을 택하더라도 있을 수밖에 없는 문제이며, 예견가능성이 있었는지에 대한 소송이 권리가 완전히 발생했는지를 가리는 소송보다 더 부담이 된다고 볼 수도 없다고 반박한다. 양 당사자가 도산절차개시 당시 예견할 수 있었던 채권만을 도산절차 내로 편입시켜 숙고가능시설은 오히려 불확실성을 줄인다고 한다.³⁰²⁾

하지만 숙고가능성이라는 개념은 결국 간접사실을 토대로 판단할 수밖에 없어 불확실성이 더욱 크다고 할 수 있다. 당사자가 예견이 가능한 객관적 사실에 기준을 두기 때문에 조작의 위험성이 없다는 반박은, 숙고가능성을 오로지 객관적 사실에만 근거하여 판단할 수는 없다는 점에서 설득력이 떨어진다. 더구나 집단적 채권추심절차로서 신속하고 일률적인 처리가 생명인 도산절차에서 지나치게 절차 진행이 지연될 우려가 있다.

301) Frank R. Kennedy & Gerald K. Smith, "Postconfirmation Issues: The Effects of Confirmation and Postconfirmation Proceedings", *South Carolina Law Review* Vol. 44, 1993, p.675.

302) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", p.231.

라) 적법절차보장여부설에 대한 검토

적법절차보장여부설은 채권 분류의 결과를 채권 분류의 기준으로 혼동하였다는 점에서 채택하기 어렵다.

마) 관계시설의 검토

미국에는 관계시설에 대해 다음과 같은 비판이 있다.

‘관계시설은 구상 관계가 문제되는 경우에는 유용할 수 있으나, 다른 쟁점이 문제되는 경우에는 타당하지 않다. 가령 채권자가 채무자와 관계를 가지고 있고, 일정 장래 채권에 대해서는 그 발생 가능성을 예상할 수 있었더라도, 다른 장래 채권에 대해서는 알기 어려운 경우가 있다. 채권자가 채무자에 대한 모든 장래 채권을 조사하도록 요구하는 것은 사실상 채무자행위시설과 같은 결론을 낳는다. 게다가 채권자가 항상 채무자의 도산절차 신청을 감시하도록 하는 것도 자원의 효율적인 배분에 반한다.’³⁰³⁾

여전히 도산절차개시 시점에 장래 채권자의 확정이 어렵기 때문에 알 수 없는 채권자에 대한 통지 등 적법절차의 문제도 발생한다. 심지어 통지를 받고 나서도 장래 채권의 발생 가능성을 인지하지 못하는 경우도 발생할 수 있다. 적법절차는 채권자가 도산절차의 진행 자체만을 알게 하는 것으로는 부족하고, 채권 신고의 필요성을 알리기 위한 통지의 필요성이 합리적으로 계산될(Reasonably Calculated) 것을 요구한다.³⁰⁴⁾

채권의 발생 원인은 같음에도 일부 장래 채권자는 도산절차 내로 편입시켜 면책되도록 하고, 다른 일부 장래 채권자는 도산절차에서 제외시

303) Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim?", pp.218-219; Kevin J. Saville, "Discharging CERCLA Liability", p.353; Zev Shechtman, "A Fresher Start", pp.621-622; Alisha J. Turak, "Why Wright Was Wrong", p.2209.

304) Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville", pp.759-760; Ronald R. Sussman, "Third Circuit Expands Test for Determining When a Claim Arises under the Bankruptcy Code", *The Banking Law Journal* Vol. 130, 2013, p.646.

김으로써 비슷한 처지에 있는 장래 채권자를 차별 취급하는 문제도 있다.³⁰⁵⁾ 채권의 성격보다는 채권의 발생 시점에 주목하여 해석이 불명확해지고 법원의 자의적인 판단을 낳을 우려도 있다.³⁰⁶⁾

관계시설은 오직 도산절차 당시 식별 가능한 채권만이 도산절차 내에 편입되는 채권이 된다는 잘못된 전제 위에 있다. 그리하여 도산법원이 장래 채권을 모두 도산절차 내에 편입시키지 못하도록 한다.³⁰⁷⁾ 가능한 채권의 개념을 넓게 정의했던 의회의 입법의도와도 배치된다. 그리하여 채권자의 새 출발을 장려하려는 목적도 좌절된다. 기업승계인채무의 문제가 남아 채무자의 자산을 매각하는 데 걸림돌이 될 수도 있다. 결국 계속기업가치를 손상시켜 재건(회생)절차가 실패하고 파산절차로 이행하는 결과를 낳을 가능성도 있다. 장래 채권이 현실화된 시점에서는 오히려 도산절차에서 배제된 장래 채권을 변제하는 데 필요한 재원이 고갈될 수도 있다. 장래 채권자가 더 불리해지는 것이다.³⁰⁸⁾

구상 관계가 문제되는 경우처럼 채무자와 채권자의 관계가 예견가능성으로 직결되는 경우에는 관계시설이 타당하지만, 다른 쟁점이 문제되는 경우에는 관계와 예견가능성이 동치가 아니므로 부당하다는 취지의 비판은 적법절차 보장을 염두에 둔 비판이다. 적법절차 보장의 문제가 발생한다는 명시적인 비판이 이어진다. 그러나 적법절차 보장의 문제는 전술하였듯 채권의 구별기준으로 포섭하여 해결할 문제가 아니라, 별도의 장치로 해결해야 할 문제이다.

비슷한 처지에 놓인 채권자를 같게 처우하여야한다는 비판도, 도산 위험을 부담할 지위에 있는지를 기저의 문제의식으로 삼아 ‘관계’를 해석해 나가면 해결할 수 있는 문제이다. 전술하였듯, 오히려 다른 견해에 따르면 더욱 도산 위험을 부담할 지위에 있는지를 기준으로 설정하기 어렵다. 단순히 도산채권의 범주를 넓히는 것이 우리 입법자의 의도가 아님

305) Alan N. Resnick, "Mass Tort Liability", p.2074.

306) Robert J. Scott, "When a Claim Arises", p.266.

307) Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims", pp.356-359.

308) Daniel L. Keating, "Late-Manifesting Claims", pp.1097, 1099; Michelle M. Morgan, "The Denial of Future Tort Claims", pp.33-37.

도 마찬가지로이다.

도산 위험을 인수할 지위에 있는지 여부를 채권 구별기준에서 가장 적합하게 구현할 수 있는 견해는 관계시설이라고 생각된다. 도산법적 관점에서 채권자가 채무자와 접촉(Contact), 노출(Exposure), 영향(Impact), 긴밀함(Privity) 등 관계를 가진 부분을 도산절차개시 전후로 나누어 분류하는 것이 타당하다. 도산절차개시 전 채무자의 기업 활동으로 인한 관계인지 아니면 도산절차개시 후 관리인의 도산절차 진행으로 인한 관계인지 여부를 기준으로 삼으면 된다. 적법절차 보장의 문제는 채무자행위시설이 제시한 대안을 활용하여 해결하면 된다.

3) 대안의 제시 - 관계설

미국에서는 연방도산법의 문언상 채권의 구별기준을 기본적으로 채권 발생 시점의 문제로 보므로, 미국의 학설 명칭을 번역할 때에도 용어에 ‘시(時)’를 추가하여 번역하였다.³⁰⁹⁾ 그러나 우리나라에서는 특정 시점에 천착할 필요가 없다. 따라서 시간 좌표에서 점 개념으로 시점을 특정하여 도산채권인지 관리채권인지 여부를 이분법적으로 결정할 필요 없이, 선 개념으로 관계가 있는 부분을 구분하고, 필요하다면 채권의 분리도 인정하여 도산절차개시 전과 관계된 부분은 도산채권의 지위를, 도산절차개시 후와 관계된 부분은 관리채권의 지위를 인정하면 된다. 따라서 미국의 관계시설을 수용하되, 그 명칭을 ‘관계설’이라고 바꾸는 것이 보다 적확하다고 생각한다. *In re Chateaugay Corp.* 사건³¹⁰⁾에서 판례가 설시한 법리와의 상통한다.

비계약상 채권에 관하여, 도산법적 관점에서 채권자가 채무자와 접촉(Contact), 노출(Exposure), 영향(Impact), 긴밀함(Privity) 등 관계를 설정하였는지 여부는, 채권이 도산절차개시 전의 활동에서 유래했는지, 도산절차개시 후의 활동에서 유래했는지에 따라 도산채권자 등 이해관계인이 공동으로 부담해야할 비용인지 여부로 환원할 수 있다. 채권의 근거

309) 김희중, “대법원판례해설”, 397-398면에서도 이와 같이 번역하고 있다.

310) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

가 되는, 채무자 혹은 도산재단이 부담하여야 할 비용이 그에 대한 이익에 대응되어야 한다는 점에서 이익 귀속 주체도 함께 고려하여야 한다. 여기에 채권 발생의 근거가 되는 법령의 취지도 고려하지 않을 수 없다.

채무자 입장에서 채권자가 비자발적으로 채권자가 되도록 하는 것은, 채권자와 관계를 맺지 않고는 불가능하다. 잠재적으로 채권을 발생시킬 수 있는 요소가 이미 채무자의 행위로 만들어졌다 해도, 이후 채무자가 이를 채권자의 신체 및 재산 등과 접촉하지 않도록 하면 채권은 발생하지 않는다. 도산절차개시 후에도 관리인이 위험을 부당하게 채권자에게 전가하지 않도록 할 필요성이 있다. 그렇다면 도산절차개시 후 채권을 발생시킬 수 있는 요소를 채권자와 접촉하게 하여 비자발적인 채권자가 되도록 하는 것은 관리인의 도산절차 진행 중의 관계라고 할 수 있다. 이는 모든 경우에 있어 일관된 기준이 될 수 있다. 다소 의제적이기는 하나, 도산절차개시 후 채권자가 채권을 발생하는 요소와 새로이 접촉하여 비자발적으로 채권자가 되도록 하는 것은 모두 도산재단의 관리처분권을 가지고 있는 관리인이 이를 차단하지 못한 결과이고, 관리인이 주의를 덜 기울임으로써 도산재단 전체에 이익에 된 부분에 관하여 채권이 발생한 것이므로, 이는 전체 채권자가 부담해야할 몫이 된다. 불법행위를 방치한 것이 파산관재인인의 부작위에 의한 불법행위라고 볼 수 있는 경우에는 재단채권이 발생한다고 본 일본의 일부 학설도 같은 취지이다.³¹¹⁾

채권자가 자발적으로 채권자가 되는 비계약상 채권은, 애초에 채권자의 일정한 행위를 필요로 하는 경우가 많다. 사무관리 비용상환청구권은 채권자의 사무관리를 발생요건으로 하고, 비용부당이득반환청구권은 채권자의 비용 지출이라는 사건을 발생요건으로 한다. 이러한 채권은 채무자의 행위를 구성요건으로 하지 않으므로, 더욱이 채권자가 채무자와 관계를 형성하는 시점을 기준으로 할 수밖에 없다.

이를 종합하면, 결국 ‘관계’는 채권 발생과 관련된 활동 및 이에 따른 채무자의 이익이 도산절차개시 전후로 어느 쪽에 귀속되었는지를 채권 발생 근거 법령의 취지를 고려하여 파악하는 개념이 된다. 적어도 주요

311) 伊藤眞, 岡正晶, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法, 36頁.

한 발생원인이라는 개념보다는 더 구체적이고 일관된 지침을 줄 수 있는 기준이다. 또한, 일부구비설에 따르면 도산절차개시 전후로 채권의 분리를 인정하기 어려우나, 관계설에 따르면 도산절차개시 전후로 채권의 분리를 인정할 여지가 넓어진다.

제조물 책임법을 예로 들면, 제조업자는 결함이 있는 제조물이 유통되지 않도록 할 책임이 있고, 당연히 이에 수반되는 비용은 제조자가 부담하여야 한다. 일단, 도산절차개시 전 결함이 있는 제조물의 유통으로 인한 비용은 매몰비용으로 처리할 수 있도록 하여 채무자의 새 출발을 용이하게 해 줄 필요가 있다. 그러나 도산절차개시 전 제조물이 유통되었으나 사고가 나지 않았다고 해서, 도산절차개시 후 제조물이 유통되는 것을 그대로 용인해도 된다는 결론이 얻어지지 않는다. 제조업자는 도산절차가 개시되더라도 결함이 있는 제조물이 유통되지 않도록 할 책임이 있고, 이에 수반되는 비용은 당연히 전액 도산재단이 부담하도록 하여야 한다. 즉, 도산절차개시 후 제조물책임 관련 비용은 계속기업가치에 반영되도록 하여야 한다. 한편, 제조물 책임법은 제조물의 결함으로 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임을 규정한 법이므로(제조물 책임법 제1조), 기본적으로 손해 발생과 밀접한 관련이 있는 요건사실을 기준으로 하여야 할 것이다. 따라서 도산절차개시 후 결함이 있는 제조물이 유통되는 것을 묵인하여 결과적으로 이로 인해 손해를 입은 채권자가 발생했다면, 이 부분은 관리채권이 된다. 반면, 도산절차개시 전 결함이 있는 제조물의 유통으로 인해 발생한 손해에 관한 채권은 계속기업가치를 평가할 때 매몰비용으로 처리될 수 있도록 하여야 하므로, 도산채권이 된다.

구체적인 예로, 석면과 같이 계속적으로 채권자에게 손해를 누적시키는 사례와, 안전성이 결여된 헬기처럼 한 번의 사고로 채권자에게 일시에 손해를 가하는 사례를 들 수 있다. 손해 발생에 관하여 보면, 전자는 접촉 시부터 관계가 지속된다고 할 수 있지만, 후자는 단순 탑승 등 접촉만으로 관계가 있다고 보기는 어렵다. 단순 탑승만으로 관계가 형성되었다고 보면, 우연하게 사고 전에도 당해 헬기에 탑승한 적이 있는 사람

은 도산채권자가 되고, 사고 시에 처음으로 당해 헬기에 탑승한 사람은 관리채권자가 되는데, 이와 같이 둘을 차별할 합리적 근거가 없다.

전자와 같이 채권의 발생 원인이 되는 관계가 계속적으로 형성되어 도산절차 개시 전후에 걸쳐있는 경우, 기본적으로 최초 관계 형성 시를 기준으로 하되, 채권자가 도산절차개시 후의 부분을 분리해서 주장·증명한다면 그 부분은 도산절차개시 후의 관계에 의한 것이므로 관리채권의 지위를 인정해줄 수 있다고 생각된다. 가령 근로자가 도산절차개시 전 석면에 노출되어 왔다가, 도산절차개시 후에도 석면에 노출되어 결국 폐암이 발생한 경우, 폐암 발생 등 근로자의 손해 중에서 도산절차개시 후의 노출에 의한 부분이 별도로 주장·증명된다면 그 부분만큼은 관리채권의 지위를 인정할 수 있다는 것이다.

물론 다소 추상적인 분류 기준이라는 비판을 여전히 피할 수는 없다. 그러나 불법행위 손해배상청구권, 사무관리 비용상환청구권, 부당이득반환청구권, 행정처분에 따른 과징금 청구권 등 유형별로 근거 법령의 취지를 살피고 구체적인 해결 사례를 차후 축적해 나간다면, 적어도 지금의 일부구비설보다는 진일보한 관계라는 기준을 토대로 예측가능성을 확보해 나갈 수 있을 것이다.

6. 적법절차 보장의 문제에 대한 대안

가. 서설

계약상 채권에 대하여 반대급부이행기준설, 비계약상 채권에 대하여 관계설을 따르면, 이제 적법절차 보장의 문제가 남는다. 미국에서는 적법절차 보장의 문제가 가장 현저히 드러나는 채무자행위시설을 따르는 학자들이 적법절차 보장의 문제에 대한 대안을 풍부하게 제시하고 있다. 우선 미국에서 제시된 기존의 대안을 검토하고 우리나라의 상황에 알맞은 대안을 새로이 제시하고자 한다.

나. 채무자 행위시절이 제시한 대안

1) 대표자 및 신탁을 활용하자는 견해

대표자 및 신탁을 활용하자는 견해는 다음과 같이 주장한다.

‘장래 채권자의 이익을 공정하게 대표하게 하여(Fair Representation), 장래 채권자가 도산절차에 참여해 도산재단에서 응분의 몫을 배당받아갈 수 있는 장치를 마련한다면 적법절차의 문제를 피할 수 있다. 오히려 재건(회생)절차의 경우 계속기업가치를 극대화하여 그러한 장래 채권자에게 가능한 많은 배당을 하고자 하는 합리적인 목적에 부합할 수도 있다. 다만 대표자는 장래 채권자의 이해관계와 충돌하는 사람이어서는 안 된다.

도산절차개시 당시에 식별될 수 없는 채권자에 대하여 반드시 현실적인 통지를 하여야만 적법절차가 보장되었다고 할 수는 없다. 일일이 통지하는 것은 막대한 비용이 소요되고, 가능하지도 않기 때문이다. 대표자가 장래 채권자 전체의 이익을 대표하도록 하면 개인에 대하여 통지를 하지 못한다는 적법절차의 문제를 일부 해결할 수 있다. 아직 채권 발생 여부를 알기 어려운 장래 채권자는 그만큼 희석된 이해관계를 가지고 있다고도 볼 수 있다. 채무자가 대략적인 채권자의 범주에 대해 알 수 있는 경우에는 공고(Publication Notice)만으로는 부족하나 장래 채권자의 대표자를 임명하여 대표자에게 통지하여 도산절차 참여 기회를 보장하는 것으로 족하다. 대표자의 임명과 공고를 적절히 혼합하는 것이 가장 실용적이고 합리적이며 합헌적인 방법이다. 대표자는 소송 후견인(Guardian Ad Litem)의 형식을 띠 수 있다.³¹²⁾

연방도산법이 이를 입법화하지는 않았으나, 이미 도산법원은 대표자를 임명해 온 경험이 있다. 이해상반관계를 피하기 위해서 대표자는 채무자나 기타 이해관계인이 아닌 도산법원에 의해 선정되도록 해야 한다. 도

312) Laura B. Bartell, "Due Process", pp.352-371; Ralph Brubaker, "Part I", pp.3-5; Russel A. Eisenberg & Frances Gecker, "Due Process", p.107; Kathryn R. Heidt, "Suggestions for Reform", pp.127-128, 143-144; Robert M. Lawless, "When a Claim Arises", pp.1252-1253; Ralph R. Mabey & Annette W. Jarvis, "In Re Frenville: A Critique", pp.775, 780-781, 784.

산절차개시 후 임명된 독립적으로 활동하는 대표자는 장래 채권의 규모에 대해 면밀히 조사하고 장래 채권자를 대표해 재건(회생)계획에 대한 의결권을 행사할 수 있다. 도산법원은 이미 *Grady v. A. H. Robins* 사건³¹³⁾ 이후 장래 채권의 규모를 예측해 온 경험이 충분히 쌓였다.’³¹⁴⁾

이때 모든 장래 채권을 도산절차로 편입시키는 것은 실현가능성이 없으므로 장래 채권이 지나치게 추측에만 의존해 합리적인 근거가 없다면 배제하는 방향으로 가는 것이 타당하다는 견해도 있다.³¹⁵⁾

2) 기업승계인채무를 이용하자는 견해

기업승계인채무를 이용하자는 견해는 재건(회생)절차에서 기업승계가 일어나는 경우에 한정된 견해이다. 다음과 같이 주장한다.

‘채무자의 일정 재산을 신탁 등에 별도로 배분하는 경우 채무자의 재건(회생)에 쓰일 수 있는 재원이 줄어든다는 단점이 있다. 이러한 자산을 활용하지 않고 그대로 두는 것은 모든 이해관계자의 이익에 반하고, 재건(회생)절차가 파산절차로 이행하게 되는 결과를 낳을 뿐이다. 만일 채무자가 재건절차에 들어가는 경우, 일단 장래 채권은 비면책대상으로 하여, 기업 전체가 양도되는 경우에는 매각 대금에 반영되도록 하고, 채무자가 파산하는 경우에는 어쩔 수 없이 장래 채권에 배당하지 않도록 하는 것이 타당하다. 장래 채권을 면책 대상에서 제외함으로써 채무자가 모든 자산을 재건(회생)에 활용할 수 있도록 하면서도 장래 채권자의 이익을 보호할 수 있다. 이로써 시장에서 장래 채권의 위험성이 가격에 반영되도록 하여 불확실성에 대비하게 할 수 있다. 기업 양수가 없는 파산의 경우에는 어차피 장래 채권자가 보호받기 어렵기 때문에 장래 채권자에게 돌아가는 몫이 없는 것은 어쩔 수 없다.’³¹⁶⁾

313) 839 F.2d 198 (4th Cir. 1988).

314) Alan N. Resnick, "Mass Tort Liability", pp.2078-2082.

315) Alan N. Resnick, "Mass Tort Liability", p.2077.

316) Michelle M. Morgan, "The Denial of Future Tort Claims", pp.51-54. 이는 결국 채무자행위시설에서 유리되는 것으로 보이나, Michelle M. Morgan은 채무자행위시설이 따라야 한다는 전제 하에 수정을 가하여 독자적인 견해를 개진하고 있다.

3) 기업승계인의 선택 하에 현존 채무자와 같은 배당률을 보장하자는 견해

기업승계인의 선택 하에 현존 채무자와 같은 배당률을 보장하자는 견해는 재건(회생)절차에서 기업 승계가 일어나는 경우에 한정된 견해이다. 다음과 같이 주장한다.

‘무조건적으로 장래 채권을 도산절차에 편입시키는 것은 과도한 거래 비용을 발생시킨다. 통지와 적법절차의 문제를 해결하기 위해 장래 채권자를 위한 대표자를 선임하는 것도 과도한 비용을 초래한다.’³¹⁷⁾

기업승계인 등 외부의 제3자가 참여하지 않는 재건(회생)의 경우에는 현존 채권자 및 채무자에게 장래 채권자를 위할 유인이 없으므로 유연한 접근이 어렵지만, 기업승계인 등 외부의 제3자가 참여하는 경우에는 유연한 접근이 가능하다.

기업승계인이 현존 채권자와 채무자와 기업 양수 거래에 관한 협상을 할 때, 현존 채권에 대한 배당률과 같은 배당을 할 수 있는 몫을 분리해 남겨둔다. 가령, 도산재단의 가치가 1,000만 달러이고, 현존 채권의 총액이 7,000만 달러이고, 이에 대한 배당률이 10%라면, 700만 달러가 일단 현존 채권에 대한 배당에 쓰일 것이고, 나머지 300만 달러는 장래 채권에 대한 배당에 쓰이게 될 것이다. 이 때 장래 채권은 마찬가지로 액면의 10%만 배당받을 수 있다. 이 경우 현존 채권자는 가능한 계속기업가치를 높게 평가하고, 장래 채권의 비중을 낮게 잡아 배당률을 높이고자 할 것이다. 기업승계를 하고자 하는 자는 가능한 계속기업가치를 낮게 평가하고 장래 채권의 비중을 높게 잡아 배당률을 낮추고자 할 것이다. 이 과정에서 자연스럽게 현존 채권자는 장래 채권자의 이익을 대변하게 된다.

그 결과 거래 비용을 절감하고, 따로 장래 채권에 대한 배당을 위한 장치를 마련할 필요가 없다. 현존 채권자에 의해 장래 채권자의 이익이 충분히 대변되어 가능한 높은 배당률을 보장받은 이상 적법절차의 문제도 제기될 수 없다. 적법절차원칙이 오히려 장래 채권자의 이익을 해하

317) Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously", pp.459-464.

는 방향으로 해석되어서는 안 될 것이다.’³¹⁸⁾

4) 대표자 및 재건(회생)계획의 강제 인가 요건을 활용하자는 견해

대표자 및 재건(회생)계획의 강제 인가 요건을 활용하자는 견해는 미국에서도 일종의 입법론으로, 재건(회생)절차에 한정된 견해이다. 그 주장은 다음과 같다.

‘장래 채권의 대표자를 임명하고 헌법에 합치되게 충분한 통지를 하여, 법원의 승인 하에 장래 채권 조를 구속할 수 있는 의결권을 행사하도록 한다. 만일 대표자가 반대한다면 재건(회생)계획이 절대 우선의 원칙을 만족시키고, ① 현존 채권과 같은 비율로 변제할 수 있도록 합리적으로 추산한 자금으로부터 장래 채권이 배타적으로 배당받게 하거나, ② 기업승계인(Successor)이 현존 채권과 같은 비율로 변제할 수 있도록 합리적으로 추산된 만큼 채무의 인수를 하도록 하거나, ③ ①과 ②를 적절하게 혼합하여 현존 채권과 같은 비율로 변제받을 수 있도록 하거나, ④ 장래 채권자에게는 어떠한 배당도 하지 않되 주법상의 권리를 그대로 두는 경우에만 강제 인가가 허용된다.

현재의 이해관계자는 장래 채권자의 이익을 보호할 유인이 없다. 현존 채권자는 장래 채권을 도산절차에 편입시키는 것이 현존 채권자에 대한 배당을 늘릴 때에만 찬성할 것이다. 따라서 대표자가 장래 채권자의 이익을 대변하도록 하여야 한다. 이로써 적법절차의 문제도 해결된다.

한편 기업매수후보자는 장래 채권에 대한 채무를 인수하면서 낮은 가격에 기업을 매수할 수도 있고, 장래 채권에 대한 채무 인수의 부담을 지지 않으면서 높은 가격에 기업을 매수할 수도 있다. 결국에 현존 채권자에 대한 배당액이 수렴하는 지점이 생긴다. 결국 현존 채권자와 기업매수후보자가 스스로의 이익을 추구하면서 자연스럽게 장래 채권자의 이익을 위해 가격 협상을 하다가 거래가 성사되는 지점과의 교점이 가격이 된다. 현존 채권과 장래 채권을 동등하게 취급하여야 한다는 부담에서 벗어나 시장이 장래 채권을 도산절차 내로 편입시킬지 정하도록 하는 것

318) Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously", pp.472-473, 478-479, 500-504.

이 효율적이다. 이는 기업가치를 최대화할 수 있는 재건(회생)계획에 필요불가결한 유연성을 보장한다는 점에서 실용적인 가치가 크다. 장래 채권의 가치를 계산할 필요성도 없다.

보통은 채권의 발생 사실을 먼저 인지한 채권자가 평시에 더 많은 변제를 받을 수 있다는 점을 고려하면 장래 채권자를 도산절차에서 불합리하게 더 우대하는 것이 오히려 부당하다. 현존 채권자와 장래 채권자를 동등하게 대우하는 것은 실무적으로 많은 문제점을 낳는다. 따로 상당한 규모의 별도 자금을 조성해 놓지 않으면, 관리 비용으로 원분을 잠식할 위험이 있다. 그러한 자금을 마련하기조차 어려운 소규모의 기업도 있을 수 있다. 대표자를 임명하여 장래 채권을 조사하고 그 가치를 계산하고, 조성된 자금을 감시하게 하는 것도 비용이 든다. 이러한 문제를 피하기 위해 상당한 규모의 장래 채권이 존재하고 상당한 규모의 자금이 마련될 수 있는 사건에서만 대표자를 임명하고 따로 자금을 조성하도록 할 수도 있지만, 이 역시 상당한 정도가 어느 정도인지 선을 그어야 하는 문제가 있다.’³¹⁹⁾

5) 보험을 활용하자는 견해

보험을 활용하자는 견해는 다음과 같이 본다.

‘채무자행위시절을 택할 경우 통지의 문제, 이익 대표의 문제, 채권자 식별의 문제, 채권액 추산의 문제가 발생한다. 이 때 도산법원이 장래 채권자를 위한 대표자를 임명하여 보험을 들도록 하면, 자연스럽게 보험시장에서 장래 채권의 가치를 알 수 있다. 이는 신탁을 활용하는 것보다 두 가지 면에서 장점이 있는데, 보험 시장에서의 거래를 통해 도산법원이 장래 채권의 추산액에 관한 유용한 정보를 얻을 수 있다는 점, 신탁의 관리 비용을 절감할 수 있다는 점이다.’³²⁰⁾

다. 채무자행위시절이 제시한 대안의 검토 및 새로운 대안의 제시
우리나라에서 일차적으로는 회생절차의 경우 추후보완신고를 활용하

319) Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims", pp.361-374.

320) Daniel L. Keating, "Late-Manifesting Claims", pp.1100-1102.

는 방식으로 운용할 수 있다. 회생채권자가 회생법원이 정한 신고기간 내에 회생채권을 신고하는 등으로 회생절차에 참가할 것을 기대할 수 없는 사유가 있는 경우 회생계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에도 회생절차에 관하여 알게 된 날로부터 1개월 이내에 회생채권의 신고를 보완할 수 있는 바,³²¹⁾ 이와 같이 실무상 회생채권자의 채권신고를 기대하기 어렵다면 회생계획인가 후 추후보완신고(채무자 회생법 제152조 제1항)를 허용하는 등 탄력적인 절차 진행을 고려할 수 있다. 관리인이 법원의 관여 아래 공정하고 적절한 회생계획을 수립하면서 채무자의 회생에 필요한 한도에서 이해관계인의 이해 조정의 방법으로 회생계획안에 미신고 권리의 효력을 존속하는 조항을 두는 것도 가능하다.³²²⁾ 그러나 회생절차의 종결 등으로 추후보완신고가 불가능한 경우가 있고, 단지 관리인의 재량에 기대 모든 회생사건마다 미신고 권리의 효력을 존속하는 조항을 둘 것을 기대하는 것도 불가능하다.

보다 근본적인 해결을 위해서는 미국의 채무자행위시설이 적법절차 문제에 대해 제시한 대안을 참고할 필요가 있다. 채권 신고를 기대할 수 없는 도산채권자에 대해서는 다른 이해관계인과 상관없이 도산채권자의 이익을 위해서만 활동하는³²³⁾ 대표자를 활용하여 대표자에 대하여 통지를 하고 도산절차 참여 기회를 보장하는 방안이 모든 경우에 적용가능하고 실현가능성이 높다고 생각된다. 현행 채무자 회생법상 근거는 없으나, 미국의 경우도 미국 연방도산법에 입법된 바 없이 판례에 의해 활발하게 활용되어 왔다. 필요하다면 입법을 통해 해결할 수도 있다. 기업승계인채무 등을 활용하는 견해는 우리나라에서는 영업양도나 합병 등에 따른 연대채무 부담을 활용하는 견해로 계수될 수 있는데, 이러한 형태로 기업

321) 대법원 2012. 2. 13.자 2011그256 결정, 대법원 2018. 7. 24. 선고 2015다56789 판결

322) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다204140 판결

323) Laura B. Bartell, "Due Process", pp.357-371; Ralph Brubaker, "Part I", pp.3-4; Russel A. Eisenberg & Frances Gecker, "Due Process", p.107; Kathryn R. Heidt, "Suggestions for Reform", pp.127-128, 143-144; Robert M. Lawless, "Realigning the Theory and Practice of Notice", pp.1252-1253.

구조조정이 이루어지는 경우에만 활용할 수 있다는 점에서 범용성이 떨어진다.

다만, 이미 도산을 맞은 채무자는 배당의 재원이 부족할 것이고, 적법절차를 보장받지 못한 도산채권의 규모를 정확히 추산하기도 어렵다. 대부분의 경우에는 그 비중이 크지 않아, 모든 도산절차마다 따로 대표자를 임명하고 신탁을 만드는 것은 오히려 비용이 더 많이 소요되어 배당 재원을 잠식하기만 하는 주객전도의 결과를 낳을 수도 있다.³²⁴⁾

이에 대해서는 입법론으로 연대의 관점에서 회생법원이 주체가 되어 도산절차에서 적법절차를 보장받지 못하는 모든 도산채권자를 위한 사회보험을 만들고, 재원을 일원화하여 관리하되, 도산 사건마다 대표자를 파견하여 배당 재원 중 일부를 사회 보험료의 형식으로 받아갈 수 있도록 역할을 부여하는 것을 제안한다. 이로써 규모의 경제를 추구할 수 있다. 대표자 선임에 따른 비용을 절감할 수 있으므로 모든 사건에 대해 규모와 상관없이 일률적으로 적용이 가능하다. 사적 보험을 활용하자는 견해가 주장하듯, 도산법원이 장래 채권의 규모에 대한 정보를 얻을 수 있다는 장점³²⁵⁾도 대부분 그대로 누릴 수 있다. 도산법원은 대표자가 제시하는 보험료를 통해 장래 채권에 관한 정보를 얻을 수 있기 때문이다. 규모의 경제를 통해 더욱 큰 비용 절감 효과를 얻고, 공공성도 추구할 수 있다. 실질적으로 적법절차를 보장받지 못하는 도산채권자를 위한 보험 시장이, 사적 보험이 활용될 만큼 수익성이 있다고 보기 어렵다는 점에서 사회 보험을 활용하는 방안이 더 낫다고 생각된다.

대표자의 역할은 적법절차를 보장받지 못한 도산채권의 존재 가능성 등을 가능한 주장·증명하여 최대한의 몫을 보험료로 가져가는 것이 될 것이다. 이 과정에서 다른 채권자 등 이해관계인과의 조율을 통해 적법절차를 보장받지 못한 도산채권자의 이익이 대변될 수 있다. 당장 도산절차에 참여하여 배당을 받지 못했더라도, 이후 다른 채권자에 대한 배당률에 준해 사회 보험을 통해 배당을 받아가도록 하면 된다. 현존 채권

324) Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims", p.366; Daniel L. Keating, "Late-Manifesting Claims", pp.1100-1101.

325) Daniel L. Keating, "Late-Manifesting Claims", pp.1101-1102.

자와 같은 배당률을 보장하자는 일부 견해의 논리³²⁶⁾를 따르되, 범용성을 높이기 위해 대표자가 배당률을 협상하는 주체가 되도록 하자는 것이다. 설령 당해 사건에서 보험료가 부족했다 하더라도 사회 보험의 재원을 통해 권리를 보장받을 수 있다. 부족한 재원은 도산절차를 이용할 가능성이 상존하는 일정 규모 이상의 사업장 등에서 의무적으로 보험료를 징수하는 방안 등을 검토할 수 있다. 장래 채권의 발생 가능성과 이에 따른 보험료 산정 등은 차후 논의 과정에서 구체화해 나가야 할 것이다.

이로써 적법절차를 보장받지 못한 도산채권자의 이익이 충분히 반영되지 못한다 하더라도, 평시의 경우 역시 크게 다를 것이 없을 것이라는 점에서, 일부 미진한 부분은 도산절차에 직접 참여하지 못한 채권자들이 감수할 수밖에 없다고 생각한다. 기업승계인채무를 이용하자는 견해도 어차피 장래 채권자는 평시에도 보호받기 어렵다는 점을 지적하고 있고,³²⁷⁾ 보통은 채권의 발생 사실을 먼저 인지한 채권자가 평시에도 더 많은 액수를 변제받을 수 있다는 점을 고려하면 장래 채권자를 도산절차에서 불합리하게 더 우대하는 것이 오히려 부당하다.³²⁸⁾

7. 소결

계약상 채권에 대하여는 반대급부이행기준설, 비계약상 채권에 대하여는 관계설이 타당하다. 도산법과 다른 공익적 법령이 충돌할 경우, 계약상 채권은 강행규정이 우선한다고 해석하면 문제될 여지가 없다. 비계약상 채권의 경우에는 도산법의 원리를 우선시하여 채무자의 원활한 회생을 도모하는 것이 타당하다. 적법절차 보장의 문제는 대표자와 사회 보험을 활용함으로써 해결할 수 있다고 생각된다. 부족한 점은 차후 활용 과정에서 보완해 나갈 수 있을 것이다.

326) Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously", pp.500-504; Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims", pp.361-364.

327) Michelle M. Morgan, "The Denial of Future Tort Claims", p.53.

328) Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims", pp.365-366.

제 2 절 사례별 해결

1. 서설

제1절에서 새로이 정립한 채권의 구별기준을 실제 대법원 판례가 있었던 사례의 해결에 접목시켜봄으로써 그 타당성을 보이고자 한다. 제2장 제2절에서 나누어 본 체계와 같은 순서로 본다.

2. 계약상 채권의 사례

가. 대차형 계약의 사례

대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다16305 판결 및 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다204140,204157 판결의 각 사례는 회원계약 해지권, 입회보증금 반환청구권이 포괄적으로 회원권과 분리될 수 없는 관계에 있음을 고려할 필요가 있다. 회원계약을 해지하여 보증금을 반환청구할 권리, 회원으로서 시설을 이용할 권리 등 회원권을 통틀어 파악해야 한다.

회원권 중 일부라도 도산채권의 지위를 갖게 된다면 금전화하여 가액으로 평가하는 수밖에 없다. 애초에 쌍방미이행 쌍무계약으로서 관리인이 이행을 선택해 도산절차에서도 활용할 수 있는 계약이 아닌 것이다. 회원으로서의 지위는 입회보증금 전액과 결부되어 있는데, 그 중 일부가 도산절차상 제약을 받게 되는 이상 당해 회원계약은 도산절차에서 온전하게 유지될 수 없다. 그러므로 회원권의 가액 중 1,000원을 공제한 부분의 가액을 평가하여 도산채권으로 행사하도록 하는 것이 타당하다. 만일 관리인과 상대방이 회원계약을 계속 유지하고 싶다면, 당사자 간의 합의로 새로이 그러한 계약을 체결하면 된다. 따라서 두 사례 모두 관리인이 선택권을 행사할 수 없는 경우였고, 상대방이 1,000원을 더 납부하도록 하여서도 안 되었다.

나. 교환형 계약의 사례

1) 주된 급부가 문제된 사례

대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결의 사례는 관리인이 쌍방미 이행 쌍무계약의 이행을 선택한 경우이고, 대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결의 사례는 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제한 경우이다.

대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결의 사례를 보면 원고가 시공한 통신공사 부분은 전적으로 피고에게만 의미가 있는 부분이고, 원고가 피고 이외의 자에게 활용할 수 있는 부분이 아니다. 그렇다면 기성고는 이미 피고에게 종국적으로 이행되었다고 볼 수 있고, 원고가 이미 도산 위험을 부담한 부분이 된다. 이에 대응하는 원고의 채권은 도산채권이 된다고 봄이 타당하다.³²⁹⁾ 판례는 이러한 점을 간과했다.

대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결의 사례도 마찬가지로 원고가 시공한 경남 진주 혁신도시 개발사업 조성공사는 전적으로 피고에게만 의미가 있는 부분이고, 원고가 달리 활용할 방도가 없어 보인다. 그렇다면 이 부분 기성고도 이미 피고에게 이행되었다고 볼 수 있고, 원고가 이미 도산 위험을 부담한 부분이 된다. 이에 대응하는 원고의 채권이 도산채권이 됨은 같다. 이 때 판례는 민법 제674조 제1항을 근거로 해제의 소급효를 제한하였는데, 그 논거는 별론으로 하더라도, 결론상 타당하다. 채권자가 이미 이행하여 도산 위험을 부담한 부분을 비록 관리인의 선택에 따른 것이라 해도 원상회복시킬 합리적 근거가 없다.³³⁰⁾

2) 하자보수가 문제된 사례

대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결의 사례는 사실관계가 명확히 드러나지 않으나 피고가 준공을 마치고 입주자들이 입주한 것에 비

329) 실무연구회, 회생사건실무(상), 467-477면; 김영주, “박사학위논문”, 234면 참조. 이러한 경우 수급인의 유치권이나 상계권 행사 가부는 별도의 차원으로 논의하면 될 것이다.

330) 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약을 해제할 수 있도록 하는 것이 부당하다는 점에 대해서는 자세히 논하지 않는다.

추어 도산절차개시 당시 대금도 모두 지급된 것으로 보인다. 그렇다면 이미 도급인이 대금을 모두 지급한 이상 도급인은 목적물을 인도받는 것을 포함하여 목적물의 하자에 대하여도 도산 위험을 인수하였다고 볼 수 있고, 이에 대응하는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권도 도산채권이 된다. 계약상 채권인 이상 하자보수청구권이라고 하여 특별히 다른 원리가 적용될 이유는 없다.

판례 및 학설은 이에 대한 깊은 분석을 하지 못한 것으로 보인다. 도급인이 공사대금을 지급한 후 하자가 현실화된 경우라면 도급인의 하자보수청구권은 원칙적으로 회생채권이 된다는 일부 학설도 타당한 결론을 내리기는 하였으나 구체적인 논증을 하지 못했다.³³¹⁾ 일부구비설이 최초의 문제의식을 잃어버린 결과라 할 수 있는데, 그 문제의식을 되짚어감으로써 쉽게 결론을 내릴 수 있음을 알 수 있다.

3) 불완전이행에 의한 확대손해가 문제된 사례

대법원 2015. 6. 24. 선고 2014다220484 판결에서 판례는 불완전이행에 의한 확대손해배상청구권의 성격에 대한 규명 및 특별한 논증 없이 일반적인 계약상 채권의 경우와 같게 보았다. 기본적으로 계약 체결 및 이행에 의해 도산 위험을 인식하고 부담한 부분이라면 계약상 채권의 원리를 따르고, 계약 체결 및 이행과 무관하게 발생한 부분이라면 비계약상 채권의 원리를 따라야 할 것이다.

법정보호관계를 부정하고, 단순히 이행과정에서 채권자의 다른 법익에 손해를 가한 경우는 불법행위법에 의하여 처리하고, 부적절한 급부로 인한 확대손해의 경우는 불완전이행의 문제로 다루어 채무불이행으로 다루는 견해,³³²⁾ 급부와 관련이 없는 일반적 보호의무는 계약상의 의무로 분류될 수 없고, 계약관계는 계약당사자간의 급부 관련적 관계여야 한다는 견해³³³⁾가 참고가 될 것으로 보인다.³³⁴⁾ 급부와 관련된 확대손해는 채권

331) 오민석, “건설회사의 회생절차”, 87면

332) 곽윤직, 민법주해 IX, 219-221면(양창수 집필부분).

333) 편집대표 박준서, 주석민법 채권총칙(1) 제3판, 2000, 501-506면(최홍섭 집필부분).

자가 계약 체결 및 이행으로 도산 위험을 부담한 부분이므로 일반 계약상 채권의 원리에 따라 마찬가지로 해결하면 된다. 그러나 급부와 무관한 손해는 채권자가 계약 체결 및 이행으로 도산 위험을 부담한 부분이라고 할 수 없고, 오히려 불법행위법 등의 적용을 받는 것이 옳다.

이 사건 아파트의 건축공사를 마쳐 원고가 이 사건 아파트를 분양했다는 점을 미루어 볼 때, 도산절차개시 시점에 이미 원고가 대금을 모두 지불한 것으로 보인다. 그렇다면 이에 대응하는 계약의 본지에 따른 이행에 관한 채권 및 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 모두 도산채권이 된다. 한편, 불완전이행으로 인해 채권자가 제3자에 대하여 소송을 제기하거나 제3자로부터 소송을 제기당해 소송비용을 지출한 경우 상당인과관계가 있는 부분은 확대손해로서 손해배상을 청구할 수 있다.³³⁵⁾ 기본적으로 이는 하자 있는 급부와 관련되어 발생한 확대손해이므로 계약상 채권의 원리에 따라, 도산절차개시 전 도산 위험을 인수한 부분이라고 보는 것이 타당하다. 따라서 도산채권이 된다. 판례는 건축공사가 완성되었다는 점에 초점을 맞춘 것으로 보이나, 원고가 대금을 모두 지불했다는 점이 더 중요하다고 할 것이다.

다. 보증관계에 따른 구상권의 사례

대법원 2015. 4. 23. 선고 2011다109388 판결의 사례를 보면, 원고가 피고를 주채무자로 하여 연대보증계약을 체결하였는데, 원고와 피고 간의 관계가 뚜렷이 드러나지는 않으나, 피고도 필요에 의해서 원고에게 보증을 위탁한 것으로 보인다. 보증위탁계약에 따라 피고가 보증료를 지급하고, 원고가 대한주택보증과 연대보증계약을 체결하였다면, 도산절차개시 시점을 기준으로 이미 쌍방의 채무는 이행이 된 것이다. 보증위탁계약에 따른 구상금 채권에 대해서도 결국 원고가 보증위탁계약의 본지

334) 본고에서 불완전이행에 의한 확대손해배상청구권의 성격에 대해 민법학의 일반론 차원에서 자세하게 규명하는 것은 불가능하므로, 도산법적 쟁점이 문제되는 한도에서 간략히 논한다.

335) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다81315 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다202383 판결

에 좇아 대한주택보증과 연대보증계약을 체결한 시점에 도산 위험을 인수하였다고 볼 수 있으므로, 구상금 채권은 보증채무 이행 시기에 불구하고 도산채권으로 보는 것이 타당하다. 판례는 이러한 점에 대해 살피지 않고, 막연하게 도산절차개시 전에 공사가 완성되었다거나 연대보증계약이 체결되었다는 이유로 도산채권이라고 판시하고 있는데, 미흡한 점이 있다.

대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다207352 판결의 사례는 도산절차개시 전 원고가 피고와 체결한 1차 보증보험계약에 따라 건설공제조합과 1차 보증계약을 체결하였고, 도산절차개시 후 재차 원고가 피고와 체결한 2차 보증보험계약에 따라 건설공제조합과 2차 보증계약을 체결한 사례로 보인다. 보험사고는 1차 보험계약에서 정한 시기 이후, 2차 보증계약에서 정한 시기 이내에 발생하였다. 그렇다면 원고는 우선 피고의 도산절차개시 전 1차 보증보험계약의 본지에 따라 건설공제조합과 1차 보증계약을 체결하였으므로, 이에 대해서는 피고의 도산 위험을 인수하였다고 볼 수 있고, 1차 보증계약에 따른 구상금 채권은 도산채권이 된다. 하지만 피고의 도산절차개시 후 원고가 2차 보증보험계약의 본지에 따라 건설공제조합과 2차 보증계약을 체결한 것은, 도산 위험을 인수하였다기보다는 전체 채권자의 이익을 위해 새로운 거래에 유인된 부분이다. 그렇다면 2차 보증계약에 따른 구상금 채권은 관리채권이 된다. 판례는 명시적으로 이러한 분석을 하지는 않았으나, 같은 맥락에서 전후 사정을 고려한 것으로 보인다.

한편, 1차 보증계약에서 정한 내용 범위 밖에서 보험사고가 발생했다는 점도 중요하다고 생각된다. 만일 1차 보증계약에서 이미 정한 보험 범위 내에서 보험사고가 발생했다면, 그 부분은 이미 원고가 도산 위험을 부담한 부분이므로, 이에 대응하는 구상금 채권도 도산채권이 된다. 이는 2차 보증보험계약 및 2차 보증계약의 체결 여부와 무관하다. 도산절차가 개시되고 새로이 계약을 체결함으로써 원고가 이미 인수한 도산 위험에서 벗어난다고 해석할 수는 없기 때문이다.

라. 예약 완결권이 문제된 사례

예약 완결권은 형성권의 일종이다. 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결의 사례는 주식매도청구권이라는 형성권, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결의 사례는 임대주택매도청구권이라는 형성권이 문제된 사례이다. 엄밀히 말하면 이는 계약 유형에 따른 분류라기보다는, 행사하는 권리의 성격에 따른 분류이다. 그러나 형성권이 문제된 사안을 묶어서 분석하는 것도 의미가 있으므로 함께 본다.

형성권의 도산절차상 취급에 대해서는 그간 논의가 활발하지 않았으나, 결론적으로 형성권도 도산절차 내에서 제약의 가능성을 피할 수는 없다고 생각된다. 어떤 채권이 도산절차에 구속되지 않고 자유롭게 행사되기 위해서는 법률의 명시적인 규정에 의해 도산절차에서 배제되든지 아니면 도산절차에서 권리를 조정하는 것이 적당하지 않다고 해석되어야 한다. 도산절차에서 재산상 청구권을 적용대상으로 삼은 것(채무자 회생법 제118조 제1호, 제423조, 제581조 제1항)은 재산상 청구권이 법률관계의 조정에 어울리며 채권자간 평등원칙과 공정형평원칙의 적용을 받아야 하기 때문이다. 그렇다면 도산절차에서 조정대상이 되는 ‘재산상 청구권’은 전체 채권자를 위한 채무자의 재산으로부터 만족을 얻는 권리로 이해해야 한다. 어떤 권리가 도산재단에서 만족을 얻으면서도 재산상 청구권이 아니라는 이유로 도산절차에서 배제되면 다른 채권자와의 평등이나 공정·형평이 깨지게 된다. 문언해석상 형성권이 ‘재산상 청구권’이 아니기에 도산채권이 될 수 없다고 보는 것은 부당하다. 청구권과 형성권을 구분하여 파악하는 것은 민법의 해석에 유용하나, 채무자 회생법의 해석에 그대로 차용하는 것은 문제가 있다.³³⁶⁾

형성권인 예약완결권을 회생절차에서는 조건부채권으로 취급하되 회생절차개시 시점의 평가액을 기준으로 같은 채권자 조에 속한 다른 회생채권에 대하여 적용되는 변제율과 같은 변제율을 적용하여 권리변경을 하도록 하고, 파산절차에서는 ‘예약 당시에 이미 성립하였으나 예약완결권의 의사표시를 정지조건으로 하여 효력이 발생하는 조건부채권’으로서

336) 오수근, “도산절차에서 형성권의 취급”, 245, 250면.

파산채권으로 파악하는 견해도,³³⁷⁾ 형성권이 도산절차개시 전 채무자와의 관계로 발생한 경우에는 도산채권과 같이 취급해야한다고 본다는 점에서 결은 다르나 같은 맥락이라고 할 수 있다.

구체적인 처리 방안에 대해서는 크게 ① 도산절차개시 후에도 형성권 행사가 가능하나, 형성권자가 도산절차에 참가하지 않으면 그 권리를 상실하고, 도산절차에 참가한 형성권은 비금전 도산채권으로 평가하여 도산채권에 준해서 처리하는 방법, ② 도산절차가 개시되면 법원의 허가 없이는 형성권을 행사할 수 없고, 도산채권으로 신고하지 않으면 실권되도록 하여 도산채권으로 처리하는 방법이 제시된다.³³⁸⁾

민법학에서는 권리의 힘을 기준으로 하여 형성권, 청구권 등을 구분하나 도산법학에서는 채권자간의 평등과 도산절차의 효율적 운영이라는 관점에서 도산채권과 관리채권을 구분하는 점, 형성권은 1903년에 처음 등장한 개념이나 도산법은 1903년 이전에도 형성되어 있었던 점, 형성권에 포함되는 개별 권리의 내용이 다양한 점, 채무자 회생법의 해석은 그 입법 목적에 따라야 하는 점 등에 비추어 모든 형성권을 일괄적으로 도산절차에서 동일하게 처리할 수는 없다.³³⁹⁾ 당해 형성권의 성질에 따라 파악하되, 기본적으로는 도산절차개시 당시 가액을 평가하여 도산채권으로 되는 부분과 관리채권으로 되는 부분의 비율에 따라 금전화하여 행사하도록 하는 것이 가장 무난한 처리라고 생각된다. 형성권 전부가 관리채권이 된다면 그대로 행사할 수 있도록 하면 될 것이다.

대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결의 사례를 보면, 이미 이 사건 합작투자계약에 따라 진로발렌타인스 설립은 끝났고, 주식매도청구권도 종국적으로 부여되었다. 이로써 계약의 이행이 모두 완료되었다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 주식매도청구권의 행사 여부는 이 사건 합작투자계약의 이행 완료 후의 사정이다. 결국 교환형 계약에 해당하는 사안이다. 그렇다면 J. Lyons, Inc.의 지위를 양수한 원고는 이미

337) 한민, “전환사채·신주인수권부 사채 및 교환사채 채권자의 도산절차에서의 지위”, 민사판례연구 제28집, 2006, 1028-1032면.

338) 오수근, “도산절차에서 형성권의 취급”, 248-249면.

339) 오수근, “도산절차에서 형성권의 취급”, 250-251면.

도산절차개시 시점에 모든 반대급부를 이행한 셈이 되고, 주식매도청구권은 도산채권에 해당한다. 오로지 상대방의 주식매도청구권 행사 시기에 따라 채권의 법적 성질이 달라진다는 것은 부당하다. 결국 주식매도청구권의 가액을 평가하여 도산절차 내 제약을 수인하도록 하는 것이 타당하다.

만일 주식매도청구권이 이미 행사된 상태에서 도산절차가 개시되었다면, 주식매매계약이 성립한 상태로 도산절차를 맞는 것이고, 쌍방미이행 쌍무계약의 원리에 따르면 된다. 그러나 주식매도청구권을 행사하지 않은 상태에서는, 그 주식매도청구권을 도산절차상 어떻게 취급할 것인지 평가할 필요가 있고, 이 경우에 결국 해당 주식매도청구권은 도산절차상 제약을 받아 본연의 형태대로 행사되지 못하고, 가액을 평가하여 도산채권으로 취급할 수밖에 없다는 뜻이다.

대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다84335 판결의 사례는 법정의 형성권이므로 실질은 비계약상 권리로 파악해야 한다. 그런데 임대주택 매도청구권은, 저소득층 주거안정을 위한 정부의 각종 지원책과 경기 부양을 위한 규제완화에 힘입어 민간 건설업체가 국민주택기금을 지원받아 건설한 임대주택이 늘어났으나, IMF 구제금융사태를 기점으로 부도 건수가 급증하여, 정부가 가급적 당해 임대주택에 거주하는 임차인에게 우선 분양전환하도록 유도하는 과정에서 도입된 형성권이다.³⁴⁰⁾ 그렇다면 관련 임대주택법령³⁴¹⁾의 취지를 고려할 때, 임대주택 매도청구권은 임대사업

340) 손홍수, “임대주택법에 기한 임차인의 우선매수청구에 관한 실무상의 제문제”, 민사집행법연구 제3권, 2007, 154-157면.

341) 구 임대주택법(법률 제13328호, 2015. 5. 18., 일부개정)

제21조

② 제1항에도 불구하고 임대사업자의 부도등, 파산, (중략) 경우에는 분양전환당시에 해당 임대주택에 거주하는 임차인에게 우선 분양전환할 수 있다.

⑤ 임대사업자가 (중략) 부도등, 파산, (중략) 경우가 발생한 후 각각 6개월 이상 제3항에 따른 분양전환승인을 신청하지 아니하는 경우에는 임차인은 임차인총수의 3분의 2 이상의 동의를 받아 직접 분양전환승인을 신청할 수 있다.

⑧ 임차인이 제4항에 따른 분양전환승인을 받은 이후에도 임대사업자가 4개월 이상 분양전환에 응하지 아니하는 경우에는 임차인은 승인을 받은 분양전환가

자의 부도등, 파산으로 인해 발생하는 형성권이다. 임대사업자의 도산절차개시 전에 관계가 형성된 권리라고 볼 여지가 전혀 없으므로, 임대주택 매도청구권은 관리채권으로 취급하여야 하고, 따라서 임대주택 매도청구권은 본연의 형태대로 온전히 행사될 수 있다.

이를 행사하여 체결된 계약에 따른 소유권이전등기청구권은 도산절차개시 후의 체결된 계약에 의한 계약상 채권이므로, 마찬가지로 관리채권이 된다. 임차인이 도산절차개시 후 임대주택을 매수하고 그 대금을 지급함으로써 전체 채권자의 이익에 기여한다는 점에서도 그렇다.

3. 비계약상 채권의 사례

가. 법정채권관계의 사례

사무관리는 타인의 생활영역에 대한 원칙적인 개입금지를 사회공동생활의 상부상조 및 연대의 원리에 의하여 사회적으로 타당한 선에서 균형 있게 보완하려는 제도이다. 본인의 이익과 관리자의 이익간에 합리적인 균형을 유지할 주된 과제로 한다. 그래서 우리 민법은 사무관리자에게 비용상환(민법 제739조) 및 손해의 보상(민법 제740조)을 청구할 수 있는 권리를 부여했다.³⁴²⁾

관계설의 입장에서 보면, 실질적으로 채권자가 비용을 들이거나 손해를 입음으로써 이익을 공여한 관계가 채무자의 도산절차개시 전후 중 어디에 속하는지를 기준으로 하면 될 것이다. 사무관리라는 준법률행위 그 자체로 바로 채권이 성립한다는 점에서 채권자의 행위를 기준으로 하여도 무방할 것으로 보인다. 最高裁第二小法廷 1995. 1. 20. 平3 (才) 491号 判決도 마찬가지로 보았다.

부당이득에 관해서는, 다양한 부당이득 형태를 통일하여 설명하려고 하면 추상적으로 흐를 수밖에 없게 되어 아무런 도움이 못되는 경우가

격에 따라 매도할 것을 청구할 수 있다.

342) 광윤직, 민법주해 XVII, 1, 4면(최병조 집필부분); 김용담, 주석민법 채권각칙(5), 321면(최수정 집필부분).

있으므로, 부당이득의 유형을 나누어 보는 작업이 필요하다. 급부부당이득은 급부가 그 급부를 내용으로 하는 채권이 없는 한 반환되어야 한다는 원리에 공한다. 침해부당이득은 과거에 일어난 배타적 이익 지배의 교란에 대하여 그 교란이 일어나지 않은 것과 같은 경제적 상태를 달성하고자 한다. 비용부당이득은 비용지출자가 사무관리의 요건을 충족하지 못하는 경우 그로 인하여 그 타인이 얻은 이득의 반환을 규율한다.³⁴³⁾

관계설의 입장에서는 급부부당이득은 채권자가 급부를 하여 이익을 공여한 관계가 채무자의 도산절차개시 전후 어디에 속하는지, 침해부당이득은 채권자가 배타적 이익의 침해를 당하여 결국 이로 인해 이익을 공여한 관계가 채무자의 도산절차개시 전후 어디에 속하는지, 비용부당이득은 채권자가 비용을 지출하여 이익을 공여한 관계가 채무자의 도산절차개시 전후 어디에 속하는지가 문제된다고 할 수 있다. 역시 채무자나 채권자의 행위가 부당이득의 요건인 사건을 이루게 되고, 그 자체로 바로 채권이 성립한다는 점에서 채무자나 채권자의 행위를 기준으로 하여도 무방할 것으로 보인다.

불법행위법의 기능으로는 피해자에 대한 보상 기능, 법익침해행위의 억지 또는 예방 기능이 열거된다. 지배적 견해에 따르면, 발생한 손해를 가해행위 이전의 상태로 회복 내지 전보하는 역할이 불법행위법의 1차적 기능이다.³⁴⁴⁾ 최근에는 손해배상제도는 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하면서 그 구체적인 실현방법으로 실손해의 전보적 기능을 이용한다는 견해도 제시된다.³⁴⁵⁾ 판례도 손해배상 제도의 목적은 피해자에게 생긴 실질적인 손해의 공평한 분담을 하게 하는 것이라고 본다.³⁴⁶⁾ 어떤 견해에 의하더라도 손해 전보가 불법행위법에서 중요한 위치를 차지하고 있다는 점은 부인할 수 없다.

343) 박윤직, 민법주해 XVII, 175, 245, 371면(양창수 집필부분); 김용담, 주석민법 채권각칙(5), 382면(김문석 집필부분).

344) 박윤직, 민법주해 XVIII, 30-31면(김성태 집필부분).

345) 편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙(6) 제4판, 2016, 68-69면(박동진 집필부분).

346) 대법원 1969. 2. 4. 선고 68다2178 전원합의체 판결

관계설의 입장에서는 채무자가 주의의무를 게을리하여 비용을 절감하는 등 이익을 얻고 채권자에게 손해를 가한 관계가 도산절차개시 전후 어디에 속하는지가 쟁점이 된다고 할 수 있다. 最高裁第一小法廷 1968. 6. 13. 昭40 (オ) 1146号 判決도 같은 취지로 판시하였다. 단, 전적으로 채무자의 행위를 기준으로 하기엔 곤란하다. 불법행위는 채권자의 신체나 재산 등에 대한 접촉 등으로 손해를 가하는 관계를 전제로 하기 때문이다. 일단 채무자의 행위로 손해를 가한 이상, 이에 따른 손해가 구체적인 결과로 발현된 시점은 중요하지 않다.

대법원 2014. 5. 16. 선고 2012다114851 판결의 사례는 급부부당이득반환청구권³⁴⁷⁾ 및 손해배상청구권이 문제된 사례이다. 급부부당이득반환청구권은 급부를 반환하려는 원리에 공하는 채권이다. 그렇다면 채권자와 채무자간 실질적인 관계는 급부가 이뤄진 때 설정되었다고 볼 수 있다. 이는 가지급금 지급 시이다. 불법행위 손해배상청구권은 손해의 전보를 목적으로 하는 채권이다. 한편 손해는 가지급금의 지급시에 발생한다. 채권자와 채무자의 관계는 그 때 형성되었다고 할 수 있다. 결국 도산절차개시 전에 가지급금을 지급받은 이상, 각 관계는 그 때 형성되었다고 보아야 하고, 이들 채권은 도산채권이 된다. 판례는 이러한 분석을 하지 못했다.

대법원 2016. 11. 25. 선고 2014다82439 판결의 사례는 부진정 연대채무자 중 1인이 공동 면책행위를 한 경우 다른 1인에 대하여 구상금을 청구하는 사례이다. 만일 구상금 채권이 권리이전으로서의 특성을 갖는다고 보면, 원래의 손해배상청구권의 성질을 따르면 될 것이다. 도산절차개시 전 공동불법행위가 있었고, 이에 따라 바로 채권자에게 손해를 가하였으므로 손해배상청구권은 도산절차개시 전 관계에 따른 것이 된다. 이에 기한 구상금청구권도 도산채권이 된다.

만일 사무관리나 부당이득의 특성을 갖는다고 보면, 도산절차개시 후에 새로이 공동 면책행위를 하여 비용을 지출함으로써 채무자에 대하여

347) 적어도 도산법적 관점에서는 급부부당이득반환청구권에 가깝다고 볼 수 있다.

비용상환청구권 또는 구상부당이득반환청구권을 갖게 된 것이므로, 이는 도산절차개시 후의 관계에 의한 것이다. 그런데 사무관리의 비용상환청구권은 현존이익의 한도에서 인정되고(민법 제739조 제3항), 부당이득반환청구권도 선의의 수익자에 대하여는 현존이익의 한도에서 인정되는바(민법 제748조 제1항), 그 현존이익은 도산절차에 따라 변용을 겪은 손해배상채무를 면한 것에 그친다. 그렇다면 구상금채권을 관리채권으로 취급하되, 그 액수는 원래의 손해배상청구권의 배당률에 따라야 할 것이다. 실제로 일본에서도 비수탁보증인의 구상권이 문제된 最高裁第二小法廷 2012. 5. 28. 平21 (受) 1567号 判決의 사건에서, 사무관리의 비용상환청구권의 법리를 적용하여, 도산채권인 원채권의 배당률에 따라 관리채권의 가액을 인정하면 된다는 의견서가 제출되기도 하였다.³⁴⁸⁾

나. 행정처분 관련 사례

과징금이란 행정법규의 위반이나 행정법상의 의무 위반으로 경제상의 이익을 얻게 되는 경우에 당해 위반으로 인한 경제적 이익을 박탈하기 위하여 그 이익액에 따라 행정기관이 과하는 행정상 제재금을 의미한다.³⁴⁹⁾ 기본적으로 이익이 발생하는 부분에 대하여 부과된다고 할 수 있다. 관계설의 관점에서는, 채무자의 행정법규 등 위반으로 인한 이익이 채무자의 도산절차개시 전후 어디에 귀속되는지에 따라 채권을 분류하면 된다. 채무자의 행위만을 기준으로 하기보다는, 행위에 따른 이익 향유를 기준으로 하여야 한다. 도산절차개시 후 새로이 관리인이 이익을 얻은 부분은 채권자(국가)와 새로이 관계가 형성된 부분이라고 할 수 있다.³⁵⁰⁾

348) 柴田義明, “1保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権の破産債権該当性 2保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権を自動債権とする相殺の可否”, 最高裁判所判例解説民事編平成24年度(下), 2015, 608頁.

349) 박근성, 행정법강의 제15판, 2018, 409면.

350) 현실적으로 이를 분리하여 평가하는 것은 어려울 수 있다. 경제학적 기법 등을 동원하여 근사치를 찾되, 기본적으로 채권자가 관리채권에 해당하는 부분을 적극적으로 주장·증명하도록 하여야 할 것이다.

In re Chateaugay Corp. 사건³⁵¹⁾에서 판례의 입장도 같다.

일반적으로 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료의 청구권은 권리변경이나 면책의 대상에서 제외된다(채무자 회생법 제140조 제1항, 제566조 제2호, 제625조 제2항 제3호). 이에 대해서는 일반적으로 채무자에게 직접 그 고통을 주는 것을 목적으로 하는 인격적 책임의 측면을 중시한 것이라고 한다.³⁵²⁾ 일본에서도 비슷한 규정이 존재하고(일본 파산법 제97조 제6호, 일본 민사재생법 제155조 제4항, 일본 회사갱생법 제142조 제2항), 이에 대한 해석론도 채무자에게 직접 고통을 주기 위한 정책적 이유로 비면책채권으로 한 것이라고거나, 은사(恩赦)가 아닌 사법상의 도산절차를 통해 권리를 변경하도록 하는 것은 상당하지 않기 때문이라고 보아 같은 취지이다.³⁵³⁾

결국 어떠한 채권이 비면책채권에 해당하는지는 입법 정책의 문제라고 할 수 있다. 기본적으로 도산법의 원리와 다른 공익적 법령의 원리가 충돌할 때, 비계약상 채권의 경우에는 도산법의 원리가 우선함이 타당하다는 점은 전술하였다. 그렇다면 과징금 청구권이라고 해도 별도의 명문 규정이 없는 이상 비면책채권에 해당한다고 볼 수는 없다고 생각된다. 과징금 청구권이 채무자에게 직접 고통을 주기 위한 정책적 이유로 비면책채권이 되려면 별도의 입법이 선행되어야 한다. 우리와 도산법 조문 체계가 비슷한 일본의 도쿄고등재판소 판례도 같은 취지이다.³⁵⁴⁾

대법원 2013. 6. 27. 선고 2013두5159 판결의 사례는 명의신탁에 부과하는 과징금 청구권에 관한 사례이다. 판례는 명의신탁에 부과하는 과징금은 행정청이 명의신탁행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나 실명등기 의무의 이행을 강제하기 위하여 의무자에게 부과하는 것이라고 본

351) 944 F.2d 997 (2nd Cir. 1991).

352) 노영보, *도산법 강의*, 474면; 전병서, *도산법*, 413면.

353) 伊藤眞, 岡正晶, 田原陸夫, 林道晴, 松下淳一, *条解破産法*, 1685頁; 今中利昭, 今泉純一, 中井康之, *実務倒産法講義*, 960頁; 竹下守夫, *大コンメンタル破産法*, 406頁(堂蘭幹一郎 執筆部分); 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, *新基本法コンメンタル民事再生法*, 233頁(佐々木清一 執筆部分); 山本克己, 瀬戸英雄, 山本和彦, *新破産法の理論と実務*, 359-360頁(野村剛司 執筆部分).

354) 東京高裁 2013. 5. 17. 平24 (行ケ) 15号 判決

다.³⁵⁵⁾ 명의신탁에 부과하는 과징금은 의무위반행위에 대한 행정 제재이자 이행 확보 수단으로서의 성격을 주로 갖되, 탈법으로 인한 경제적 이익을 취하지 못하도록 하는 부당이득 환수의 성격도 아울러 갖고 있다고 볼 수 있다.³⁵⁶⁾

실제로 명의신탁에 따른 탈세 이익 등이 존재하고, 명의신탁에 부과하는 과징금에 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적이 존재하는 이상, 도산절차개시 후로도 명의신탁 상태가 계속되어 채무자가 이익을 누렸다면, 그 부분은 도산절차개시 후 채권자인 국가(정부당국)와 관계가 형성된 부분이므로 이에 대한 과징금 청구권은 관리채권이 된다고 봄이 타당하다. 즉 도산절차개시 전 명의신탁으로 인해 채무자가 이익을 누린 부분에 대한 과징금 청구권은 도산채권이 되나, 도산절차개시 후 명의신탁으로 인해 관리인이 이익을 누린 부분에 대한 과징금 청구권은 관리채권이 된다. 판례는 별다른 논증 없이 일괄적으로 도산채권으로 보았는데, 이는 부당하다.

대법원 2018. 6. 12. 선고 2016두59102 판결 및 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두65688 판결의 사례는 부당공동행위에 대한 과징금 청구권이 문제된 사례이다. 대체로 부당공동행위에 대한 과징금은 부당이득 환수적 성격과 행정제재적 성격을 함께 갖는다고 보는 것이 다수설이다.³⁵⁷⁾ 판례 또한 부당한 공동행위의 억제라는 행정목적 달성을 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재적 성격에 부당이득 환수적 성격이 결유되어 있다고 보고 있다.³⁵⁸⁾

대법원 2018. 6. 12. 선고 2016두59102 판결의 사례는 도산절차개시 전 후로 담합행위에 대한 합의 및 실행이 계속되었고, 이에 따른 초과이익도 계속 발생한 것으로 보인다. 초과이익을 누린 주체가 도산절차개시

355) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006두4554 판결

356) 이윤정, “부동산실명법상 과징금에 관한 판례 분석”, **강원법학** 제46권, 2015, 121-122면.

357) 이인권, “카르텔 과징금 제도에 관한 연구 - 판례 분석 및 실무 개선방안을 중심으로 -”, **응용경제** 제12권 제2호, 2010, 55-58면.

358) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두12631 판결

후 채무자라면 그 부분은 전체 채권자의 이익에 공여하였다고 볼 수 있으므로 관리채권이 된다. 그렇다면 도산절차개시 후 계속된 담합행위 부분은 도산절차개시 후 새로이 채권자인 국가(정부당국)와 관계가 형성된 부분이므로 이에 대한 과징금 청구권은 관리채권이 된다고 봄이 타당하다. 판례는 그 점에서 결론이 잘못되었다. 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016두65688 판결의 사례는 사실관계가 뚜렷하지 않으나 원고가 도산절차개시 이후에도 입찰담합에 일부 참여한 것으로 보인다. 그렇다면 역시 도산절차개시 후 초과이익이 발생한 부분은 도산절차개시 후 국가(정부당국)와 관계가 설정되었다고 볼 것이므로 이에 대한 과징금 청구권은 관리채권이 된다고 보아야 한다.

다. 기타 사례

대법원 2015. 6. 24. 선고 2014다29704 판결의 사례는 특별수선충당금 지급청구권에 관한 사례이다. 임대주택법상 특별수선충당금은 주요시설을 교체·보수하는 데 필요한 보수비용을 연도별로 분산·적립하는 금액을 말하는데, 이는 장기수선계획에 근거한 대규모의 수선에 소요되는 비용을 미리 적립하여 입주민의 막대한 부담을 사전에 분산·대비하는 취지이다. 그리하여 특별수선충당금의 적립 및 사용에 대해서는 엄격한 통제가 이루어지고 있으며, 최초로 구성되는 입주자대표회의에 인계할 의무도 규정하고 있다.³⁵⁹⁾

그렇다면 이는 단지 막대한 장기수선의 부담을 분산하고 대비하기 위함이지, 입주자대표회의와의 관계에서 시간에 따라 적립을 하는 취지는 아니다. 오히려 충실히 적립을 해 두었다가 최초 구성되는 입주자대표회의에 임대주택법령 소정의 액수를 고스란히 인도하는 것을 목적으로 하고 있다. 따라서 특별수선충당금 지급청구권에 관하여 입주자대표회의와의 관계는 임대주택 분양전환 시에 형성된다고 보아야 하고, 도산절차개시 후 임대주택 분양전환이 있는 이상, 이는 관리채권이 된다. 도산절차

359) 이헌석, “장기수선충당금의 문제점과 개선방향”, 토지공법연구 제60집, 2013, 148-153면.

개시 후 실제로 매매가 이루어질 때 매매대금이 지급되어 그 때 전체 채권자를 위하여 이익이 생긴다는 점을 고려하면 더욱 그렇다. 그렇다면 다른 채권자와의 관계에서도 형평에 반하지 않는다. 이 사건의 관례도 전반적으로 같은 취지로 보인다.

제 6 장 결 론

채권발생의 원인이 도산절차개시 전후에 걸쳐 있는 경우, 도산채권과 관리채권의 구별기준에 대하여 살펴보았다. 채권 분류 결과에 따라 당해 채권의 지위가 급격하게 차이난다는 점에서 이는 매우 중요한 문제이다. 우리나라의 통설·판례인 일부구비설은 일본의 통설·판례인 일부구비설을 다소 무비판적으로 수용하여 최초 일부구비설이 가졌던 문제의식을 잃어버린 측면이 있다. ‘청구권의 주요한 발생원인’이라는 추상적인 용어로 그 문제의식을 대체해 사례별로 각각 결론을 낸 나머지 구체적이고 일관된 기준을 제시하지 못하고, 구체적 타당성 있는 결론도 내리지 못하였다. 쌍방미이행 쌍무계약이 문제되는 경우에도 우리나라의 통설·판례는 일본의 통설·판례와 같이 별도로 형평설을 취하여 쟁점을 공유하는 문제들을 하나의 논의로 모으지 못한 측면이 있었다.

일본의 통설·판례인 일부구비설을 그대로 받아들여 생긴 문제였기에 그 해결의 실마리도 통설을 비판하며 등장한 일본의 공제설에서 찾을 수 있었다. 공제설은 도산 위험을 부담하여야 하는 지위에 있는 채권은, 요건이 전부 구비되지 않았더라도 도산채권으로 분류하여야 한다는 문제의식에서 일부구비설이 출발했다는 점을 지적했다. 그러나 공제설도 다소 동어반복에 그치고, 구체적인 이익 형량의 관점에서 실질적인 구별 기준을 제시하지는 못하였다.

일본의 공제설에서 얻은 문제의식을 바탕으로, 그 실질적인 기준은 미국의 논의를 참고할 수 있었다. 미국에서는 계약상 채권과 비계약상 채권을 명시적으로 나누지는 않더라도, 사실상 이원화하여 논하고 있었다. 계약상 채권은 사적 자치의 원칙에 따라 당사자 간의 자유 의사에 기해 발생한다는 점에서 채권자의 도산 위험 인수 의사를 비교적 용이하게 파악할 수 있지만, 비계약상 채권은 채권자가 비자발적으로 채권을 가지는 경우도 많다는 점에서 도산 위험을 부담하여야 하는 지위를 쉽게 파악하

기 어렵다. 그런 점에서 계약상 채권과 비계약상 채권을 나누어 보는 접근법은 설득력이 있다.

도산법이 다른 공익적 성격을 가진 법령과 충돌하는 경우, 계약상 채권에 대해서는 도산법이 당사자의 의사를 가장 중시하므로, 그 당사자의 의사에 우선하는 강행규정이 우선한다고 보면 된다. 비계약상 채권의 경우에는, 결국 채무자의 회생을 도모하여 전체 채권자에게 돌아갈 몫을 극대화한다는 측면에서 도산법의 원리를 우선하여야 한다.

적법절차 보장의 문제를 채권의 구별기준에 끌어들여올 수 있는지도 논점이 된다. 그러나 적법절차 보장은 채권 분류의 결과이지 채권 분류의 기준이 아니다. 도산 위험을 부담하여야할 지위에 있는 채권은 적법절차를 보장받아야 하지만, 역으로 부득이하게 적법절차를 보장받지 못한다 하더라도 도산채권이 된다는 점에는 변함이 없다. 일반적인 방법으로는 적법절차를 보장받지 못하는 도산채권자를 위해서는 별도의 입법적 해결을 도모하면 된다.

미국에서 계약상 채권에 대해서는 반대급부이행기준설이 통설·판례의 위치를 점하고 있다. 결국 채권자가 채무자의 도산 위험을 인수하고 반대급부를 선이행한 이상, 이에 대응하는 채권은 도산채권이 되어야 한다는 점에서 타당하다. 반대급부이행기준설로써 쌍방미이행 쌍무계약의 제 규정도 일관되게 해석할 수 있음을 보았다.

미국에서 비계약상 채권에 대해서는 가능한 많은 채권을 도산절차로 편입시켜 채무자의 새 출발을 보장하려는 채무자행위시설과, 채권의 발생 내지 그 가능성을 알지 못하는 채권자에 대한 적법절차 보장을 중시하는 숙고가능시설, 그리고 관계시설, 권리발생시설 등이 주장되고 있다. 연방순회항소법원의 주류적 판례는 관계시설을 취하였고, 학설 중에서는 채무자행위시설과 숙고가능시설이 다수설이다.

도산 위험을 부담하여야하는 지위 여부에 따라 채권을 분류하기에는 관계시설을 차용하는 것이 가장 알맞다고 생각된다. 도산법적 관점에서 채권자가 채무자와 접촉(Contact), 노출(Exposure), 영향(Impact), 긴밀함(Privity) 등 관계를 가진 부분을 도산절차개시 전후로 나누어, 도산절차

개시 전 채무자의 기업 활동으로 인한 관계인지 아니면 관리인의 도산절차 진행으로 인한 관계인지 여부를 기준으로 삼아야 한다. 특히 채권자가 비자발적으로 채권자가 되는 경우는, 채무자와 채권자 사이에 일정한 접촉 등이 없이는 채권이 발생하기 어렵기 때문이다. 채무자행위시설은 지나치게 도산채권자의 범위를 넓히는 등의 문제점이 있고, 숙고가능시설은 적법절차 보장을 채권의 분류 기준으로 무리하게 끌고 들어오는 등의 잘못이 있다.

미국에서는 연방도산법의 문언상 채권의 구별기준을 채권 발생 시점의 문제로 보았으나, 우리나라에서는 그럴 필요가 없다. 시간 좌표에서 점 개념 대신 선 개념으로 관계가 있는 부분을 구분하고, 필요하다면 채권의 분리도 인정하여 도산절차개시 전과 관계된 부분은 도산채권의 지위를, 도산절차개시 후와 관계된 부분은 관리채권의 지위를 인정하면 된다. 그리하여 대안으로서 관계설을 제시했다. 여기서 ‘관계’는 채권 발생과 관련된 활동 및 이에 따른 채무자의 이익이 도산절차개시 전후로 어느 시점에 귀속되었는지를 채권 발생 근거 법령의 취지를 고려하여 파악하는 개념이 된다.

계약상 채권에 대해서 반대급부이행기준설, 비계약상 채권에 대해서 관계설을 따르면, 적법절차 보장의 문제가 생길 수 있다. 이에 대해서는 미국의 채무자행위시설이 기존에 논의했던 대안을 참고할 만했다. 기존의 대안을 바탕으로 입법론으로서 대표자와 사회 보험을 활용하는 방안을 제안했다.

마지막으로 기존 대법원 판례가 존재하는 사례를 다시 해결해봄으로써 기존의 일부구비설보다는 진일보한 구별기준을 마련하였음을 보였다. 여전히 사례별로 논의를 축적해 나감으로써 발전시킬 부분이 있지만, 적어도 단일한 채권의 분리를 인정하고, ‘청구권의 주요한 발생원인’이라는 추상적인 말로 대체할 수 없는 도산채권과 관리채권의 구별기준의 본질을 더 잘 구현해냈다는 점에서 의의가 있다. 계약상 채권에 대해서 반대급부이행기준설, 비계약상 채권에 대해서 관계설을 시작점으로 더욱 정당한 논의를 이어간다면 도산채권과 관리채권을 구별하는 보다 일관되고

구체적인 기준을 정립해나갈 수 있을 것으로 기대한다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

가. 단행본

- 곽윤직, 채권각론 제6판, 2003.
- 편집대표 곽윤직, 민법주해 IX, 1995.
- 편집대표 곽윤직, 민법주해 XVII, 2005.
- 편집대표 곽윤직, 민법주해 XVIII, 2005.
- 편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙(5) 제4판, 2016.
- 편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙(6) 제4판, 2016.
- 김준호, 민법강의 제24판, 2018.
- 김홍엽, 민사소송법 제7판, 2018.
- 노영보, 도산법 강의, 2018.
- 편집대표 민일영, 주석 민사소송법(III) 제8판, 2018.
- 박균성, 행정법강의 제15판, 2018.
- 사법연수원, 도산처리법, 2015.
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 개인파산·회생실무 제4판, 2014.
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 법인파산실무 제4판, 2014.
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상) 제4판, 2014.
- 송덕수, 민법총칙 제4판, 2018.
- 송덕수, 신민법강의 제11판, 2018.
- 편집대표 박준서, 주석민법 채권총칙(1) 제3판, 2000.
- 오수근, 도산법의 이해, 2008.
- 이시윤, 신민사소송법 제11판, 2017.
- 집필대표 임채홍, 백창훈, 회사정리법(상) 제2판, 2002.
- 집필대표 임채홍, 백창훈, 회사정리법(하) 제2판, 2002.
- 전대규, 채무자 회생법 제2판, 2018.
- 전병서, 도산법 제3판, 2016.

나. 논문

- 김서기, “부진정연대채무의 법률관계에 관한 소고”, *일감법학* 제32호, 2015.
- 김성용, “2012년 도산법 중요 판례”, *인권과 정의* 제432호, 2013.
- 김성용, “2013년 도산법 중요 판례”, *인권과 정의* 제440호, 2014.
- 김성용, “2014년 도산법 중요 판례”, *인권과 정의* 제448호, 2015.
- 김성용, “2015년 도산법 중요 판례”, *인권과 정의* 제456호, 2016.
- 김영주, “도산절차상 미이행 쌍무계약에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2013.
- 김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율”, *민사법학* 제70호, 2015.
- 김영주, “부인권의 본질 및 행사에 관한 몇 가지 쟁점”, *경북대학교 법학논고* 제57집, 2017.
- 김용철, “개인회생절차의 현황과 문제점”, *민사소송* 제11권 제1호, 2007.
- 김형석, “제3자의 변제·구상·부당이득”, *서울대학교 법학* 제46권 제1호, 2005.
- 김희중, “건축공사 도급계약의 수급인이 회생절차개시 전에 이미 건물을 완공하여 인도하는 등으로 도급계약에 관하여 이행을 완료하였는데, 수급인에 대한 회생절차개시 후에 완성된 목적물의 하자로 인한 손해가 현실적으로 발생한 경우, 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 회생채권에 해당하는지 여부 및 수급인이 위 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 확대손해가 발생한 경우, 도급인의 채무불이행으로 인한 손해배상청구권이 회생채권에 해당하는지 여부”, *대법원판례해설* 제103호, 2015.
- 김희중, “2014년 하반기 도산법 관련 대법원 판례 소개”, *도산법연구* 제6권 제1호, 2015.
- 김희중, “2015년 상반기 도산법 관련 대법원 판례 소개”, *도산법연구* 제6권 제2호, 2015.
- 박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향”, *파산법의 제문제(상)*,

- 1999.
- 서경환, “회사정리절차가 계약관계에 미치는 영향”, 재판자료집 제86집, 2000.
- 서봉석, “구상권과 3자관계의 권리조정”, 민사법학 제42호, 2008.
- 손홍수, “임대주택법에 기한 임차인의 우선매수청구에 관한 실무상의 제문제”, 민사집행법연구 제3권, 2007.
- 오민석, “건설회사의 회생절차에 관한 소고”, 도산관계소송, 2009.
- 오수근, “도산절차에서 형성권의 취급”, 충남대학교 법학연구 제28권 제4호, 2017.
- 윤덕주, “절차보장이 이루어지지 않은 회생채권의 면책 여부 및 법적 지위”, 서울지방변호사회 판례연구 제31집 제2권, 2017.
- 이윤정, “부동산실명법상 과징금에 관한 판례 분석”, 강원법학 제46권, 2015.
- 이인권, “카르텔 과징금 제도에 관한 연구 - 판례 분석 및 실무 개선방안을 중심으로 -”, 응용경제 제12권 제2호, 2010.
- 이현석, “장기수선충당금의 문제점과 개선방향”, 토지공법연구 제60집, 2013.
- 임중헌, “파산절차가 쌍방 미이행쌍무계약에 미치는 영향”, 석사학위논문, 고려대학교 법무대학원 신용거래법학과, 2001.
- 임치용, “건설회사에 대하여 회생절차가 개시된 경우의 법률관계”, 사법 제18호, 2011.
- 임치용, “회사정리절차와 쌍무계약”, 사법논집 제36집, 2003.
- 임혜진, “신고기간 내에 회생채권 신고를 기대할 수 없었던 채권의 보호”, 법과 정의 그리고 사람 : 2017 박병대 대법관 재임기념 문집, 2017.
- 최승록, “파산채권과 재단채권”, 파산법의 제문제(상), 1999.
- 최종길, “가. 도급공사의 기성공사부분에 대한 대금청구 채권이 회사정리법상 공익채권에 해당하는 경우 나. 회사정리법 제145조에 규정된 ‘확정판결과 동일한 효력’의 의미 및 공익채권자가 자신의 채권을

정리채권으로 신고한 사정만으로 자신의 채권을 정리채권으로 취급하는 데 동의하였다거나 공익채권자의 지위를 포기한 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)”, 대법원판례해설 제52호, 2004.

한민, “전환사채·신주인수권부 사채 및 교환사채 채권자의 도산절차에 서의 지위”, 민사판례연구 제28집, 2006.

홍제환, “개인회생제도 활용의 현황과 과제”, 미래성장연구 제1권 제1호, 2015.

2. 일본 문헌

가. 단행본

伊藤眞, 会社更生法, 2012.

伊藤眞, 破産法・民事再生法 第3版, 2014.

編集代表 伊藤眞, 岡正晶, 田原睦夫, 林道晴, 松下淳一, 条解破産法 第2版, 2014.

今中利昭, 今泉純一, 中井康之, 実務倒産法講義 第3版, 2009.

編集代表 岡伸浩, 小畑英一, 島岡大雄, 進士肇, 三森仁, 破産管財人の債権調査・配当, 2017.

加藤哲夫, 破産法 第6版, 2012.

兼子一, 三ヶ月章, 竹下守夫, 霜島甲一, 前田庸, 田村諄之輔, 青山善充, 条解会社更生法 中, 1973.

編集代表 園尾隆司, 小林秀之, 条解民事再生法 第3版, 2013.

宗田親彦, 破産法概説 新訂第4版, 2008.

宗田親彦, 破産法研究, 1995.

編集代表 竹下守夫, 大コンメンタール破産法, 2007.

谷口安平, 倒産処理法, 1976.

福岡真之介, アメリカ連邦倒産法概説 第2版, 2017.

編集代表 山本克己, 破産法・民事再生法概論, 2012.

編集代表 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール破産法, 2014.

編集代表 山本克己, 小久保孝雄, 中井康之, 新基本法コンメンタール民事再生法, 2015.

編集代表 山本克己, 瀬戸英雄, 山本和彦, 新破産法の理論と実務, 2008.

山本和彦, 中西正, 笠井正俊, 沖野眞巳, 水元宏典, 倒産法概説 第2版補訂版, 2015.

Westlaw Japan, Westlaw Japan新判例解説 第1015号, 2013.

나. 논문

菊池絵里, “更生債権に関する訴訟が更生手続開始に係属し受継されることなく終了した場合における当該訴訟費用請求権の更生債権該当性”, 最高裁判所判例解説民事編平成25年度, 2016.

菊池絵里, “更生債権に関する訴訟が更生手続開始に係属し受継されることなく終了した場合における当該訴訟費用請求権の更生債権該当性”, ジュリスト No. 1512, 2017.

栗田隆, “主債務者の破産と保証人の求償権”, 関西大学法学論集 第60巻 第3号, 2010.

栗田隆, “1 無委託保証人が主債務者の破産手続開始後に弁済したことによる求償権の原因は保証契約にあるから破産債権にあたる 2 同求償権を自動債権とする相殺は破産法七二条一項一号の類推適用により制限される”, 私法判例リマックス 第47号, 2013.

越山和広, “民事訴訟法260条2項の申立てに係る請求権の破産債権該当性と破産手続の開始を看過した続行命令の適法性”, 新・判例解説Watch Vol. 14, 2014.

小林昭彦, “和議認可決定を受けた連帯保証人の一人に対し他の連帯保証人が和議開始決定後の弁済により取得した求償権の行使の要件とその限度”, 判例タイムズ No. 913, 1996.

柴田義明, “1保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合に保証人が取得する求償権の破産債権該当性 2保証人が主たる債務者の破産手続開始前にその委託を受けないで締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁

- 済をした場合に保証人が取得する求償権を自動債権とする相殺の可否”，最高裁判所判例解説民事編平成24年度(下)，2015.
- 富上智子，“第三者の弁済による求償・代位と倒産手続”，判例タイムズ No.1386, 2013.
- 中島弘雅，“最高裁民訴事例研究三十九”，法学研究:法律・政治・社会 第87卷 第6号, 2014.
- 中田裕康，“契約法から見た双方未履行双務契約- 損害賠償を伴う解除権”，野村豊弘先生古稀記念論文集 民法の未来, 2014.
- 永野庄彦，伊藤隆裕，細井直彰，“破産と相殺”，判例タイムズ No. 1402, 2014.
- 判例タイムズ，“更生債権に関する訴訟が更生手続開始に係属し受継されることなく終了した場合における当該訴訟費用請求権の更生債権該当性”，判例タイムズ No. 1404, 2014.
- 判例タイムズ，“和議認可決定を受けた連帯保証人の一人に対し他の連帯保証人が和議開始決定後の弁済により取得した求償権の行使の要件とその限度”，判例タイムズ No. 874, 1995.
- 水元宏典，“魅力ある倒産手続に向けた立法のあり方”，法律時報 89巻 13号, 2017.
- 宮川知法，“破産法五九条等の基本的理解-全体的公平の考慮による覚え書き”，法学雑誌 37巻 1号, 1990.
- 村田典子，“民集未登載最高裁民訴事例研究四一”，法学研究:法律・政治・社会 第87巻 第12号, 2014.
- 山本和彦，“破産債権の概念について-『将来の請求権』の再定義の試み”，徳田和幸先生古希祝賀論文集 民事手続法の現代的課題と理論的解明, 2017.

3. 영미 문헌

가. 단행본

Douglas G. Baird, *The Elements of Bankruptcy* 5th Edition, 2010.

Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn, Tomas Richter, Ignacio Tirado, *Ranking and Priority of Creditors*, 2016.
Charles J. Tabb, *Law of Bankruptcy* 4th Edition, 2016.

나. 논문

- Dale E. Azaria, "When a Claim is a Claim? A Bankruptcy Code Riddle", *Tennessee Law Review* Vol. 62, 1995.
- Laura B. Bartell, "Due Process for the Unknown Future Claim in Bankruptcy - Is This Notice Really Necessary", *American Bankruptcy Law Journal* Vol. 78, 2004.
- Laura B. Bartell, "Straddle Obligations under Prepetition Contracts: Prepetition Claims, Postpetition Claims or Administrative Expenses", *Emory Bankruptcy Developments Journal* Vol. 25, 2008.
- Ralph Brubaker, "Back to the Future Claim: Due Process in and Beyond the Mass Tort Reorganization (Part I)", *Bankruptcy Law Letter* Vol. 34, 2014.
- Ralph Brubaker, "Back to the Future Claim: Due Process in and Beyond the Mass Tort Reorganization (Part II)", *Bankruptcy Law Letter* Vol. 35, 2015.
- Jeffrey Davis, "Cramming Down Future Claims in Bankruptcy: Fairness, Bankruptcy Policy, Due Process, and the Lessons of the Piper Reorganization", *American Bankruptcy Law Journal* Vol. 70, 1996.
- Russel A. Eisenberg & Frances Gecker, "Due Process and Bankruptcy: A Contradiction in Terms?", *Bankruptcy Developments Journal* Vol. 10, 1993.
- Henry Hansmann & Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", *The Yale Law*

- Journal* Vol. 100, 1991.
- Kathryn R. Heidt, "Products Liability, Mass Torts and Environmental Obligations in Bankruptcy: Suggestions for Reform", *American Bankruptcy Institute Law Review* Vol. 3, 1995.
- Daniel L. Keating, "Getting a Handle of Late-Manifesting Claims: A Comment", *Washington University Law Review* Vol. 72, 1994.
- Frank R. Kennedy & Gerald K. Smith, "Postconfirmation Issues: The Effects of Confirmation and Postconfirmation Proceedings", *South Carolina Law Review* Vol. 44, 1993.
- Robert M. Lawless, "Realigning the Theory and Practice of Notice In Bankruptcy Cases", *Wake Forest Law Review* Vol. 29, 1994.
- Ralph R. Mabey & Jamie A. Gavrin, "Constitutional Limitations on the Discharge of Future Claims in Bankruptcy", *South Carolina Law Review* Vol. 44, 1993.
- Ralph R. Mabey & Annette W. Jarvis, "In Re Frenville: A Critique by the National Bankruptcy Conference's Committee on Claims and Distributions", *The Business Lawyer* Vol. 42, 1986.
- Michelle M. Morgan, "The Denial of Future Tort Claims In re Piper Aircraft: Will the Court's Quick-Fix Solution Keep the Debtor Flying High or Bring It Crashing Down", *Loyola University Chicago Law Journal* Vol. 27, 1995.
- John A.E. Pottow, "A New Approach to Executory Contracts", *Texas Law Review* Vol. 96, 2018.
- Theresa J. Pulley Radwan, "Not So Friendly to Frenville: The Split among Courts Regarding Accrual of Claims in Bankruptcy", *Baylor Law Review* Vol. 68, 2016.
- Alan N. Resnick, "Bankruptcy as a Vehicle for Resolving Enterprise-Threatening Mass Tort Liability", *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 148, 2000.

- Kevin J. Saville, "Discharging CERCLA Liability in Bankruptcy: When Does a Claim Arise", *Minnesota Law Review* Vol. 76, 1991.
- Robert J. Scott, "When a Claim Arises under the Bankruptcy Code", *Hofstra Law Review* Vol. 24, 1995.
- Zev Shechtman, "A Fresher Start For Debtors in Chapter 11 Reorganization Cases: Binding Future Claimants", *California Bankruptcy Journal* Vol. 31, 2011.
- Ronald R. Sussman, "Third Circuit Expands Test for Determining When a Claim Arises under the Bankruptcy Code", *The Banking Law Journal* Vol. 130, 2013.
- Frederick Tung, "Taking Future Claims Seriously: Future Claims and Successor Liability in Bankruptcy", *Case Western Reserve Law Review* Vol. 49, 1999.
- Alisha J. Turak, "Why Wright Was Wrong: How the Third Circuit Misinterpreted the Bankruptcy Code... Again", *Columbia Law Review* Vol. 113, 2013.

Abstract

Classifying Insolvency Claims and Administration Claims

**- Focusing on Straddle Claims before and
after the Order for Relief -**

Lee Jongwook

Graduate School of Law

Seoul National University

Throughout all the world, insolvency, at its essence, is about the treatment and disposition of prepetition claims and postpetition claims. Bearing in mind the distinctive features of prepetition claims and postpetition claims where the former are generally classified as insolvency claims subject to restrictions as per insolvency procedures while the latter as administration claims granted the rights to be paid irrespective of insolvency procedures, one may well assert that the actual amount of realized payment will consequently be different by a significant margin. Thus, it does matter to classify straddle claims before and after the order for relief.

In South Korea, the part-fulfillment test(일부구비설) is widely accepted as a common view. In pursuant to the part-fulfillment test,

once a particular debt in question is affirmatively established as insolvency claims, other claims that do not fall into the category of insolvency claims but nevertheless fulfill the requirement of administration claims are deemed administration claims. Even if the claims are unliquidated, contingent, unmaturing, disputed, they can be classified as insolvency claims when the significant part of the claims are fulfilled prepetition.

It seemingly is due to the reception of the Japanese insolvency acts which has eventually resulted in South Korean insolvency frameworks adopting the relevant Japanese legal theories and precedents that developed on the basis of the part-fulfillment test. But the word 'the significant part of the claims' is too vague to establish a clear and consistent criterion. Among the cases of the Supreme Court of South Korea, some cases contradict each other. In Japan, a scholar following the part-fulfillment test even admits that the test has its defects as some cases of the Supreme Court of Japan are inconsistent.

The 'theory of deduction(控除説)' in Japan, based on the study of history of theories about classifying claims, criticizes the present common view in Japan, the part-fulfillment test, and suggests that the claims subject to insolvency risks be insolvency claims and the claims free from insolvency risks be administration claims. It may sound like a tautology, but it pinpoints that the present part-fulfillment test is far from realizing the essence of treatment and disposition of claims, using the word 'the significant part of the claims'. However, the theory of deduction also leaves much to be desired to set a clear and consistent criterion.

In the United States, timing problems of claims in insolvency have been an important research theme, making use of a substantial balancing test. Thus, the arguments in the United States serve as a good reference. The theories of the United States do not apparently dichotomize, but virtually distinguish contractual claims from non-contractual claims. When it comes to contractual claims, the claimants voluntarily enter the contracts considering insolvency risks, so it is easy to determine whether the claimants bear the insolvency risks in accordance with their intention. In contrast, as of non-contractual claims, the claimants often get the claims involuntarily. It is hard to determine, based only on the claimants' intention, whether they should be burdened with insolvency risks. Therefore, dichotomy is desirable.

In case of contractual claims, almost all federal courts of appeals and scholars adopt the performance test in the United States. As of non-contractual claims, there are the accrued state law test, the conduct test, the relationship test, and the fair contemplation test in the United States. Most of federal courts of appeals follow the relationship test, while most of scholars support either the conduct test or the fair contemplation test.

For contractual claims, including the ones based on executory contracts, we can accept the performance test as it is. The part contributed to a debtor prepetition by a claimant abandoning exceptio non adimpleti contractus is subject to the insolvency risks and should be treated as insolvency claims. The part induced to do business with a debtor postpetition is beneficial for the estate and thus should

be treated as administration claims. For efficiency, prepetition claims should be cut off from post-insolvency as sunk costs, while postpetition claims should receive priority to induce entities to enter new business with a debtor so as to foster reorganization.

In case of non-contractual claims, it is hard to tell whether the claims are supposed to bear insolvency risks or not. It is a matter of policy. Unless it is the case where Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act in South Korea excludes explicitly the non-contractual claims from insolvency claims, prepetition claims should be classified as insolvency claims and postpetition claims administration claims. While the meaning of 'claims' for insolvency is defined in a unique sense under the United States Bankruptcy Code so as to put a great weight on that specific point of time, Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act in South Korea yet omits to define the meaning of 'claims' for insolvency, making it unnecessary to be obsessed with as to when a claim arises.

For insolvency in South Korea, I hereby propose the relationship test that does not stick to the point when a claim arises. Rather, I suggest a more flexible solution that allows bifurcation of claims. If the part of the claim occurring before the order for relief creates a relationship, such as contact, exposure, impact, or privity, between the claimant and the debtor, then the part of the claim is insolvency claim. At the same time, the purposes of the acts on which the claim is based, the entity benefitted by the expense, and so forth, should be considered. Prepetition claims should be cut off to encourage a fresh start of the debtor, but that does not mean that the debtor is free to commit torts or gain unjust enrichments. Though it is quite

theoretical, postpetition claims that the claimant gains involuntarily because the debtor fails to block a relationship between them should be treated as administration claims so that the estate shoulders the expense. As a result, insolvency can proceed with efficiency and equity.

The representatives and the social insurance programs for future claimants can satisfy due process concerns. If there is a conflict between insolvency and other public interest policy, mandatory provisions override in case of contractual claims while insolvency takes priority in case of non-contractual claims.

keywords : insolvency claims, administration claims, accrued state law test, conduct test, relationship test, fair contemplation test

Student Number : 2014-20827