研究論文

현존액주의에 관하여

한양대학교 법과대학 교수 朴 宰 完

논문요약

이 글은 현존액주의를 중심으로 다수당사자 채권관계에 관련된 도산절차상의 각종 법리의 의의와 효과를 소개하는 글로서, 주로 회생절차와 보증채무관계를 예로 들어 설명한다.

이 글은 우선 현존액주의의 존재근거를 설명하기 위하여 다수당사자 채권관계에 적용되는 민법의 일반법리가 도산절차에서 수정되어야 할 필요성을 구체적인 예를 통하여 분석하였다. 다수당사자 채권관계에 적용되는 민법의 일반법리는 변제 등의 절대적 효과, 보증채무의 부종성, 보충성, 구상과 변제자대위 등으로 구성되어 있다. 주채무자와 보증인의 자력이 부족한 경우에는 보증채무의 부종성과 변제의 절대적 효과라는 원칙이 주채무자와 보증인으로부터 최대한 변제받고자 하는 채권자를 딜레마 상태에 빠지게 하고, 절차를 불가피하게 번잡하게 만들고 채권자 사이의 불공평을 발생시킨다. 채무자의 자력이 부족한 것을 기본적인 전제로 하는 도산절차에서는 위와 같은 문제점들을 바로잡을 필요성이 강하게 제기되고, 현존액주의는 이러한 필요성 때문에 존재한다.

다음으로 이 글은 현행 통합도산법상 현존액주의의 의의와 효과를 분석하였다. 현재 현존액주의의 적용범위에 관하여 논란이 되고 있는 부분은 보증채무자에 대하여 도산절차가 개시된 이후 주채무자가 변제한 경우이다. 이 경우는 채권이 절대적으로 소멸한 경우이므로 현존액주의가 적용되지 않는다는 유력한 견해가 있으나, 이 글은 이 경우에도 현존액주의가 적용된다는 통설과 판례의 입장을 지지한다.

현존액주의 적용으로 보증인의 장래구상권 행사는 제약을 받을 수밖에 없는바, 통합도산법은 채권자가 자신의 채권을 행사한 경우에는 보증인은 장래구상권으로 도산절차에 참가할 수 없다고 규정하고 있다. 종래 통설, 실무는 '참가할 수 없다'는 것을 '신고할 수 없다'는 것으로 해석하나, 이 글은 보증인의 절차보장 및 보증인이 담보를 확보한 경우의 적절한 업무처리를 위하여 이를 '의결권을 행사하거나 변제를 받을 수 없다'는 것으로 해석하여야 한다고 제안한다.

이 글은 마지막으로 현존액주의에 반하는 내용의 회생계획조항들을 소개하고 그 효력 유무를 검토한다. 최근 선고된 하급심판결은 보증인으로부터 대위변제 받은 금원은 주채무자로부터 회생계획에 의하여 지급받을 채권에 충당된다는 내용의 회생계획조항도 일단 인가결정이 확정된 이후에는 유효하다고 판시하였다. 그러나 위와 같은 조항은 권리변경의 대상이 될 수 없는 채권자의 보증인에 대한 권리를 권리변경의 대상으로 한 것으로서 인가결정이 확정되어도 그 효력이 발생한다고 보기 어렵다.

[주제어] 현존액주의, 다수당사자 채권관계, 구상권, 변제자대위, 주채무자, 보증채무, 연대채무, 보증인, 연대보증인, 정리계획, 회생계획, 변제충당
co-debtor relationship, reimbursement, subrogation, principal obligor, surety, joint and several obligation, reorganization plan, rehabilitation plan, appropriation of performance

* 논문접수 : 2008. 10. 5. * 심사개시 : 2008. 10. 7. * 게재확정 : 2008. 10. 31.

目 次

Ⅰ. 서 론

Ⅱ. 민법과 다수당사자 채권관계
1. 법리의 내용과 효과의 분석
2. 평 가

Ⅲ. 현존액주의의 의의와 효과
1. 입법례
2. 도산법의 규정
3. 현존액주의의 내용
4. 채권자와 보증인 등의 권리행사와 현존액주의

Ⅳ. 회생계획과 현존액주의
1. 회생계획이 보증인 등에게 미치는 영향
2. 회생계획에 의한 현존액주의의 잠탈

Ⅰ. 서 론

도산절차에서는 채무자의 모든 재산을 환가하여 모든 채권자에게

www.kci.go.kr

분배한다는 도산절차의 목적을 달성하기 위하여 일반적인 법리가 수정되는 경우가 있다. 다수당사자 채권관계는 도산절차에서 크게 변화되는바, 현존액주의는 이러한 변화의 바탕이 되는 원리라고 할 수 있다.

이 글은 현존액주의를 중심으로 다수당사자 채권관계에 관련된 도산절차상의 각종 법리의 의의와 효과를 다룬다. 민법상 다수당사자 채권관계는 동일한 급부에 관하여 채권자와 채무자가 각 수인인 경우를 모두 포함하여 일컫는 것이지만, 이 글에서 다수당사자 채권관계는 채무자가 수인인 경우, 그 중에서도 채무자가 공동하여 중첩적으로 채무를 부담하는 경우만을 의미하는 것으로 한다.[1)]

아래에서 먼저 다수당사자 채권관계에 적용되는 민법의 일반적인 법리를 구상권과 변제자대위권을 중심으로 살펴보고(Ⅱ), 다음으로 다수당사자 채권관계에 관한 도산법 규정들의 내용과 효과를, 현존액주의 및 채권자와 보증인 등의 권리행사를 중심으로 살펴본 다음(Ⅲ), 회생계획이 다수당사자 채권관계에 미치는 영향과 현존액주의에 배치되는 내용의 회생계획조항의 효력 등에 관하여 살펴본다. 주로 회생절차와 보증관계를 예로 들어서 설명한다.

Ⅱ. 민법과 다수당사자 채권관계

1. 법리의 내용과 효과의 분석

갑이 병의 보증하에 을에게 10억 원을 빌려주었다고 가정하고, 다수당사자 채권관계에 관한 민법의 일반법리의 내용을 살펴본다.

1) 伊藤眞, 破産法(第4補訂版), 有斐閣, 2006. 1, 202~203면

가. 주채무자와 보증인의 자력이 충분한 경우

갑은 을이나 병 어느 쪽으로부터도 변제받을 수 있다. 갑은 을, 병 중 일방을 상대로 전액을 변제받을 수 있고, 일부씩 나누어 변제받을 수도 있다. 다만, 갑이 병으로부터 먼저 변제받고자 하는 경우, 병은 최고검색의 항변권을 행사할 수 있다(보증채무의 보충성과 최고검색의 항변권).[2)]

갑이 채권을 전부 또는 일부 변제받는 경우 을로부터 변제받든 병으로부터 변제받든 변제된 부분에 관한 갑의 채권은 소멸한다(보증채무의 부종성과 변제의 절대적 효과).[3)]

병이 변제한 경우에는 병에게는 구상권이 발생함[4)]과 동시에 변제자대위의 효과로 갑의 채권이 병에게로 이전된다.[5)] 그러나 을이 변제한 경우는 구상이나 변제자대위의 문제는 발생하지 아니한다. 즉 보증인이 변제한 경우 채권자의 채권은 상대적으로 소멸하지만, 주채무자가 변제한 경우 채권자의 채권은 구상권이나 변제자대위의 문제가 발생할 여지가 없다는 점에서 절대적으로 소멸한다고 할 수 있다(채권의 상대적 소멸과 절대적 소멸).[6)]

주채무자와 보증인의 자력이 충분한 경우에는 통상 채권자는 주채무자를 상대로 전액을 변제받게 될 것이다. 다만 채권자는 그 편의에 따라 보증인으로부터 전부 또는 일부 먼저 변제받고자 하는 경우가 있을 수 있다. 보증인이 이에 응한다면 보증인은 다시 주채무자에게

2) 민법 제437조
3) 민법 제430조, 곽윤직, 채권총론(제6판), 박영사, 2004. 2, 192~193면
4) 민법 제441조
5) 민법 제482조
6) 김용덕, "회사정리절차와 다수당사자 채권관계", 서울대 석사학위논문, 서울대학교, 1989, 32~33면

www.kci.go.kr

구상권을 행사하여야 할 것인바, 이러한 절차의 번잡을 피하고자 하는 것이 최고검색의 항변권의 취지라고 할 수 있다.

나. 주채무자와 보증인의 자력이 모두 부족한 경우

주채무자와 보증인의 자력이 부족한 경우에는 보증채무의 부종성과 변제의 절대적 효과라는 원칙이 주채무자와 보증인으로부터 최대한 변제받고자 하는 채권자를 딜레마 상태에 빠지게 하고, 절차를 불가피하게 번잡하게 만든다. 또한 이 과정에서 구상과 변제자대위의 효과의 차이가 확연히 드러나게 된다.

(1) 주채무자, 보증인에게 다른 채권자가 없는 경우

위에서 든 예에서 을의 자력이 5억 원, 병의 자력이 5억 원이고, 을과 병에게 갑 이외의 다른 채권자는 없다고 가정한다.

결론적으로 갑은 을로부터 5억 원을, 병으로부터 5억 원을 회수하여 10억 원 전액을 회수할 수 있으나, 갑이 누구로부터 먼저 변제받는가에 따라 회수과정이 달라진다.

(가) 보증인으로부터 먼저 변제받는 경우

갑이 병으로부터 먼저 5억 원을 회수하는 경우에는, 그 이후의 절차는 변제의 절대적 효과 때문에 절차가 번잡해진다. 또한 변제자대위와 구상의 차이가 분명하게 드러나게 된다.

즉, 갑이 병으로부터 5억 원을 회수함으로 말미암아 갑의 채권은 10억 원에서 5억 원으로 감소한다. 대신 병에게 5억 원의 구상권이 발생한다. 또 구상권과는 별개로 변제자대위의 효과로서 갑의 채권 중 변제의 절대적 효과로 소멸한 5억 원의 채권은 병에게 법률상 당연히 이전된다.[7]

7) 곽윤직, 앞의 책, 258~259면

따라서 5억 원의 자력밖에 없는 을에 대하여 갑과 병이 각 5억 원씩의 채권을 가지게 된다. 갑과 병이 위 5억 원을 어떻게 분배받게 될 것인가는 병이 구상권을 행사하는지 변제자대위권을 행사하는지에 달려있다.

병이 변제자대위권을 행사한 경우라면, 일부 변제로 인한 변제자대위의 효과에 관한 민법 제483조 제1항[8]의 해석과 관련하여 판례는 채권자가 대위변제자에 우선한다는 입장을 취하고 있으므로,[9][10] 을의 5억 원은 갑의 5억 원의 변제에 우선적으로 충당될 것이다.

이와 달리, 병이 구상권을 행사한 경우라면 판례가 구상권의 행사에는 일부 변제에 관한 변제자대위의 법리가 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있으므로,[11][12] 을의 5억 원은 갑과 병에게 각 2.5억 원씩(5 x 5/(5 + 5)) 분배된다. 이후 갑은 병으로부터, 병이 을로부터 받은

8) "채권의 일부에 대하여 대위변제가 있는 때에는 대위자는 그 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 그 권리를 행사한다."

9) 대법원 1988. 9. 27. 선고 88다카1797 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다53929 판결 등

10) 학설의 경우도 판례와 같은 입장이 다수설이다. 학설에 관하여는 곽윤직, 민법 주해 채권(4), 박영사, 1997. 8, 211면 참조

11) 대법원 1995. 3. 3. 선고 94다33514 판결: 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우 대위자는 그 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 그 권리를 행사하고, 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하는 것이되, 이 경우에도 채권자는 일부 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가지는 것이라 하겠으나, 보증인이 변제 기타의 출재로 주채무를 소멸하게 하는 등의 사유로 주채무자에 대하여 가지게 되는 구상권은 변제자가 갖는 고유의 권리로서 대위의 객체가 된 권리와는 별개라 할 것이어서 당사자 사이에 다른 약정이 있다는 등의 특정한 사정이 없는 한 일부대위에 관한 위와 같은 법리가 보증인이 행사하는 구상권의 경우에 당연히 그대로 적용되는 것은 아니다.

12) 위 판결의 해설은 지원림·제철웅, 민법연습, 홍문사, 2006. 6, 441~446면 참조

www.kci.go.kr

2.5억 원을 다시 변제받게 될 것이다.

이상과 같이, 갑이 병으로부터 먼저 변제받고 난 다음 을로부터 변제받는 경우, 병이 구상권을 행사하게 되면 절차가 번잡해지는 문제점이 발생한다. 그러나 갑이 회수하는 총액은 변제로 인한 채권의 절대적 소멸에도 불구하고 아무런 영향을 받지 않는다.

(나) 주채무자로부터 먼저 변제받는 경우

갑이 을로부터 먼저 5억 원을 변제받는 경우, 구상이나 변제자대위의 문제는 발생하지 않고, 절차의 번잡도 없다. 이후 갑은 병으로부터 5억 원을 변제받는바, 을에게 아무런 자력이 없으므로, 병은 5억 원 상당의 손실을 부담하게 된다.

(2) 주채무자와 보증인에게 다른 채권자가 있는 경우

위의 예에서, 을과 병의 자력이 각 10억 원씩이고, 을에 대하여 갑 외에도 A가 10억 원의 채권을 가지고 있고, 병에 대하여도 갑 외에 B가 10억 원의 채권을 가지고 있다고 가정한다. 실제 이러한 경우가 더 일반적일 것이다.

이 경우 보증채무의 부종성과 변제의 절대적 효과라는 원칙이 실질적으로 채권자의 총 회수액을 감소시키는 결과를 초래하게 된다. 또한 병이 변제자대위권을 행사하지 않고 구상권을 행사하는 경우에는 절차가 번잡해지고, 갑의 회수액이 갑, 병과 B의 행동에 따라 변하게 된다.

(가) 주채무자의 자력과 보증인의 자력이 동시에 분배되는 경우

을의 자력과 병의 자력이 동시에 분배된다면, 을의 10억 원은 A와 갑에게 각 5억 원씩(10 × 10/(10 + 10)) 분배되고, 병의 10억 원은 갑과 B에게 각 5억 원씩(10 × 10/(10 + 10)) 분배된다. 결국 A는 5억 원, 갑은 10억 원(5억 + 5억), B는 5억 원을 변제받게 된다.

그러나 실제 이와 같이 을, 병의 자력이 동시에 분배되는 경우는 발생하기 어렵다. 아래에서 먼저 갑이 을로부터 변제받는 경우를 보고, 다음으로 갑이 병으로부터 변제받는 경우를 보기로 한다.

(나) 주채무자로부터 먼저 변제받는 경우

을의 자력 10억 원이 먼저 분배되는 경우, A와 갑에게 각 5억 원씩 분배되는 것은 위와 같다. 이로 인하여 갑의 채권은 10억 원에서 5억 원으로 감소한다. 다음으로 병의 10억 원은 갑에게 3.33억 원(10 × 5/(5 + 10)), B에게 6.67억 원(10 × 10/(5 + 10))이 분배된다. 결국 A는 5억 원, 갑은 8.33억 원(5 + 3.33), B는 6.67억 원을 변제받게 된다. 을과 병의 자력이 동시에 분배된 경우와 비교하여 갑의 회수액이 감소하고, B의 회수액은 증가하였다.

(다) 보증인으로부터 먼저 변제받는 경우

병의 자력 10억 원이 먼저 분배되는 경우 갑과 B에게 각 5억 원씩 분배되는 것은 위와 같다. 이로 인하여 갑의 채권은 10억 원에서 5억 원으로 감소한다. 또한 병은 5억 원의 구상권을 취득함과 아울러 갑의 채권 중 대위변제된 5억 원을 변제자대위의 효과로서 취득한다. B의 채권도 5억 원으로 감소된다.

이후의 효과는 우선 병의 태도에 따라 달라진다. 병이 구상권을 행사하는 경우와 변제자대위권을 행사하는 경우로 나누어 본다.

(A) 병이 구상권을 행사하는 경우

이후 을의 자력 10억 원이 분배될 때 병이 구상권을 행사하는 경우, 위 10억 원은 A에게 5억 원(10 × 10/(10 + 5 + 5)), 갑과 병은 각 2.5억 원씩(10 × 5/(10 + 5 + 5))을 분배받는다. 이로써 갑의 채권은 5

www.kci.go.kr

억 원에서 2.5억 원으로 감소한다.

이후 병이 을로부터 분배받은 2.5억 원은 다시 갑에게는 0.83억 원(2.5 × 2.5/(2.5 + 5))이, B에게는 1.67억 원(2.5 × 5/(2.5 + 5))이 분배된다.

결국 A는 5억 원, 갑은 8.33억 원(5 + 2.5 + 0.83), B는 6.67억 원(5 + 1.67)을 각 회수하게 되어 전체 회수액은 갑이 을로부터 먼저 변제받은 경우와 동일하나 병의 구상권의 행사로 말미암아 절차가 번잡하게 되었다. 순전히 형식적인 논리에서 병이 자신에게 가장 유리한[13] 구상권을 행사할 때 A, 갑, B에게 분배된 액수가, 채권자가 주채무자로부터 먼저 회수했을 때의 분배액과 동일하다는 점은 보증채무의 부종성과 변제의 절대적 효과가 가장 근본적인 문제의 출발점이라는 것을 시사한다고 생각된다.

다만, 이 경우 병이 을로부터 분배받은 2.5억 원에 갑이나 B가 상대방보다 먼저 전부명령을 받게 된다면 결과가 달라질 것이다.

(B) 병이 변제자대위권을 행사하는 경우

을의 자력 10억 원이 분배될 때 병이 구상권을 행사하지 아니하고 변제자대위권을 행사한다면, 을의 자력 10억 원은 A에게 5억 원, 갑에게 5억 원이 분배되게 된다. 결국 A는 5억 원, 갑은 10억 원(5 + 5), B는 5억 원을 분배받게 된다. 갑으로서는 이 결과가 최선으로 을과 병의 자력이 동시에 분배되는 경우와 같은 결과다.

그러나 B가 병의 구상권에 관하여 채권자대위권을 행사하거나, 전부명령을 받는 경우는 결과가 달라질 것이다.

13) 을의 재산이 분배되는 단계에서 그 이후를 고려하지 않고 그 단계만을 고려한다는 입장에 서서 보면, 병은 이 단계에서는 구상권을 행사하는 것이 변제자대위권을 행사하거나, 아니면 아무런 조치를 취하지 않는 것보다 유리하다.

(C) 병이 아무런 조치를 취하지 않는 경우

그러나 실제 병이 순전히 갑을 위하여 구상권도 아닌 변제자대위권을 행사하는 것은 기대하기 어려울 것이다. 따라서 을의 자력 10억 원이 분배될 때 병은 구상권을 행사하든지 아니면 아무런 조치를 취하지 않을 것인바, 아무런 조치를 취하지 않는 경우, 을의 자력 10억 원은 A에게 6.67억 원(10 × 10/(10 + 5)), 갑에게 3.33억 원(10 × 5/10 + 5))이 분배될 것이다. 결국 A가 6.67억 원, 갑이 8.33억(5 + 3.33), B가 5억 원을 회수하게 된다. 병이 구상권을 행사한 경우인 (A)와 비교하면 A와 B의 관계가 역전된 것을 알 수 있다. 따라서 현실적으로 병이 취할 가능성이 많은 구상권 행사와 무조치 중 병이 어느 쪽을 선택하느냐에 따라 A의 회수액과 B의 회수액의 상대적 관계가 변화된다.

갑이 자신에게 분배될 액수를 증가시키기 위하여 병의 구상권에 관하여 채권자대위권을 행사하거나 먼저 전부명령을 받으면 위 (B)와 같은 결과가 나올 것이다. 그러나 B가 병의 구상권에 관하여 채권자대위권을 행사하거나 먼저 전부명령을 받는 경우 다른 결과가 발생한다.

(라) 도표화

주채무자와 보증인 모두 자력이 부족하고, 각 다른 채권자가 있는 경우에 관한 이상의 논의를 도표화하면 아래 표와 같다.

www.kci.go.kr

	A	갑	B	절차번잡
동시분배	5	10	5	없음
을 자력 먼저 분배	5	8.33	6.67	없음
병 자력 먼저 분배				
1. 구상권행사	5	8.33	6.67	발생
2. 변제자대위	5	10	5	중간
3. 무조치	6.67	8.33	5	없음

2. 평 가

위에서 다수당사자 채권관계에 관한 민법의 일반법리가 구체적으로 어떤 결과를 가져오는 것인지를 분석하여 보았다. 지나치게 단순화된 예이고, 보증채무의 경우만을 고찰한 것이나, 위와 같은 분석을 통하여 다음과 같은 몇 가지 시사점을 얻을 수 있다.

첫째, 주채무자와 보증인의 자력이 부족한 경우, 보증채무의 부종성, 변제의 절대적 효과로 인하여 채권자의 회수액은 주채무자와 보증인의 자력이 동시에 분배될 경우와 비교하여 줄어들 개연성이 높다. 앞서 본 채권자의 채권액 감소, 절차의 번잡의 근본적 원인은 보증채무의 부종성, 변제의 절대적 효과다. 따라서 이러한 문제점의 해결을 시도한다면 당연히 보증채무의 부종성과 변제의 절대적 효과에 대한 변경에서 출발하여야 할 것이다.

둘째, 보증인이 대위변제한 이후에 취하는 태도에 의하여 채권자의 회수액이 영향을 받게 된다. 즉, 보증인이 구상권을 행사하는지, 변제자대위권을 행사하는지 아니면 아무런 조치를 취하지 않는지 여하에 따라서 주채무자로부터 채권자가 분배받을 액수가 변하게 된다. 보증인의 태도에 의하여 주채무자의 다른 채권자와 보증인의 다른 채권자들의 회수액의 상대적 우열도 영향을 받게 된다.

그러나 보증인의 입장에서 볼 때, 주채무자의 자력이 채권자의 채권을 모두 만족시킬 수 있고, 나아가 자신에 대한 모든 채권 등을 고려하였을 때 구상권의 행사가 실익이 있는 경우를 제외하고는 채권자를 위하여 행동할 별다른 유인이 없다.

셋째, 특히 구상권의 행사에 의하여 절차의 번잡과 채권자 상호간의 회수액의 변동이 심해진다. 구상권을 둘러싸고 채권자 상호간에 경쟁이 발생할 수도 있다. 이는 변제자대위와는 달리 구상권 행사에는 채권자 우선의 원칙이 적용되지 않기 때문이다. 따라서 구상권의 행사를 인정하지 않고 변제자대위권만 인정하거나, 구상권의 행사에도 채권자가 우선하도록 하면 문제점들이 일부 해결될 수 있다.

Ⅲ. 현존액주의의 의의와 효과

1. 입법례

도산절차는 채무자의 자력이 부족한 것을 기본적인 전제로 하고 있다. 따라서 도산절차에서는 다수당사자 채권관계에 민법의 일반법리가 적용될 때 드러나는 문제점들을 바로잡을 필요성이 강하게 제기된다. 차이는 있지만 어느 나라건 도산절차에 관한 법률에는 다수당사자 채권관계에 관한 민법의 일반법리를 수정하는 조항들이 규정되어 있는 것은 이 때문이다.

파산절차에 관한 입법례를 보면,[14] 첫째, 스위스 파산법에 의하면

14) 이하의 입법례의 소개는 김용덕, 앞의 논문, 12~15면에서 발췌하여 인용. 또한 杉本和士, “破産における「現存額主義」と一部弁濟處遇の關係に

www.kci.go.kr

공동채무자의 일인 또는 수인이 파산선고를 받기 이전에 채권자가 다른 채무자의 파산절차에서 일부 배당을 받았는지 혹은 임의로 변제를 받았는지 여부를 불문하고 채권자는 성립당시의 채권액 전액으로써 각 파산절차에 참가할 수 있도록 되어 있다. 둘째, 프랑스 상법에 있어서는 파산절차에 의한 배당과 임의변제를 구별하여 파산선고 이전에 다른 채무자에 대한 파산절차에서 배당을 받은 경우에는 이를 공제하지 아니하고 성립당시의 채권액 전액으로써 파산절차에 참가할 수 있으나 다른 채무자로부터 임의변제를 받은 경우에는 그 변제액을 공제한 나머지 액에 한하여서만 배당절차에 가입할 수 있다. 셋째, 독일 파산법 제68조에 의하면 동일한 급부에 관하여 전부의 의무를 부담하는 수인 또는 그 중 일인의 재산에 대하여 파산절차가 개시된 때에는 채권자는 채권전액의 변제를 받을 때까지 절차개시 당시에 청구할 수 있는 채권액으로써 각각의 파산절차에 가입할 수 있으므로, 결국 채권자는 파산선고 이전에 다른 채무자에 대한 배당절차에서 배당받았는가 혹은 임의변제를 받았는가를 불문하고 그 배당액과 변제액을 모두 공제한 나머지 채권액으로써 파산절차에 가입할 수 있고 이를 통상 현존액주의 또는 현재액주의라고 한다.

위 입법례 중 스위스와 독일의 입법례만을 비교하여 보면, 두 입법례의 차이점은 보증채무의 부종성이나 변제의 절대적 효과를 어느 시점을 기준으로 부정할 것인가에 있다. 스위스의 경우는 채권성립시가 기준이 되고, 독일의 경우는 파산선고시(도산절차개시시)가 기준이 된다.

2. 도산법의 규정

關する覺書(1)", 法研論集(제112号), 早稻田大學大學院 法學研究科, 2004, 186면 이하, 183~182면 참조

가. 통합도산법

회생절차에 관하여 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 통합도산법이라고 한다) 제126조 제1항은 "여럿이 각각 전부의 이행을 하여야 하는 의무를 지는 경우 그 전원 또는 일부에 관하여 회생절차가 개시된 때에는 채권자는 회생절차개시 당시 가진 채권의 전액에 관하여 각 회생절차에서 회생채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다"고 규정하고, 제2항은 "제1항의 경우에 다른 전부의 이행을 할 의무를 지는 자가 회생절차 개시후에 채권자에 대하여 변제 그 밖에 채무를 소멸시키는 행위를 한 때라도 그 채권의 전액이 소멸한 경우를 제외하고는 그 채권자는 회생절차의 개시시에 가지는 채권의 전액에 관하여 그 권리를 행사할 수 있다"고 규정함으로서 독일과 같은 현존액주의를 규정하고 있다.

파산절차의 경우 제428조가, 개인회생절차의 경우 제581조[15]가 각 절차에 현존액주의가 적용됨을 규정하고 있다. 파산절차에 관한 제428조는 회생절차에 관한 제126조 제1항과 같은 내용이고, 제126조 제2항과 같은 내용은 포함하고 있지 않다. 제126조 제2항은 장래구상권자와 채권자의 관계에 관한 대법원 판례를 명문화한 것으로 파산절차에 관하여도 같은 법리가 적용되어야 할 것이다.[16]

나. 회사정리법, 파산법, 화의법

통합도산법이 제정됨으로써 폐지된 도산 3법에도 현존액주의에 관한 규정들이 있었는바, 회사정리법 제108조, 파산법 제21조, 화의법

15) 파산절차에 관한 제428조를 준용한다.
16) 전병서, "파산선고시 현존액주의와 물상보증인의 일부 변제의 취급", 저스티스 (통권 제95호), 한국법학원, 2006. 12, 108면 이하, 121면

www.kci.go.kr

제49조[17]가 그러한 규정들이다.

3. 현존액주의의 내용

가. 전체적인 구조

회생절차에 관한 통합도산법 제126조 제1항과 제2항에 따르면, 현존액주의는 ① 여럿이 각각 전부의 이행을 하여야 하는 의무를 지는 경우, ② 그 전원 또는 일부에 관하여 회생절차가 개시된 때, ③ 다른 전부의 이행을 할 의무를 지는 자가 회생절차 개시후에 채권자에 대하여 변제 그 밖에 채무를 소멸시키는 행위를 한 때라도 그 채권의 전액이 소멸한 경우를 제외하고는, ④ 채권자는 회생절차개시 당시 가진 채권의 전액에 관하여 각 회생절차에서 회생채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다는 것을 의미한다.

아래에서 위 개념요소를 위 ①, ②, ③의 순서로 살펴보고, ④에 관하여는 항을 바꾸어 보증인 등의 권리행사와 함께 살펴본다.

나. 전부의 이행을 하여야 하는 의무를 지는 경우

(1) 일반론

수인이 전부의 이행을 하여야 하는 의무를 지는 경우라 함은 채권자가 수인인가 여부를 묻지 아니하고 수인이 각각 동일한 급부에 대하여 이행할 의무를 부담하는 경우를 말하고 수인 간에 내부관계가 있는가를 묻지 아니하는바, 불가분채무, 연대채무, 연대보증채무, 보증채무, 어음·수표상의 합동채무, 중첩적 채무인수 등이 이에 해당된다.[18]

17) 파산법 제21조를 준용한다.
18) 김용덕, 앞의 논문, 4~5면

(2) 보증채무의 경우

(가) 일부보증 및 분별의 이익

보증채무관계에 있어서는 항상 복수의 채무자가 각자 전부의무를 부담하는 관계가 존재하게 된다. 즉, 분별의 이익을 가지지 아니하는 복수의 보증인이 주채무의 일부에 관하여 보증한 경우에 보증인이 보증한 부분에 관하여 보면 주채무자 및 각 보증인은 각자 전부의무를 부담하는 관계가 되고, 또한 분별의 이익을 가지는 복수의 보증인이 있는 경우 및 일인의 보증인이 주채무의 일부에 관하여만 보증한 경우에도 보증인이 보증을 한 범위에 관하여서만 보면 주채무자와 보증인이 각각 전부의무를 부담하는 관계가 되므로, 그 한도에서 도산절차상 특별한 취급을 받는다.[19] 이러한 법리와 관련하여 통합도산법은 제130조[20]를 두고 있다.

(나) 보증인에 대하여 도산절차가 개시된 후 주채무자가 변제한 경우

주채무자에 대하여 도산절차가 개시된 후 보증인이 변제한 경우에 관하여 현존액주의가 적용된다는 점에 대하여는 아무런 이견이 없다.

그러나 보증인에 대하여 도산절차가 개시된 이후 주채무자가 변제한 경우에 관하여는 현존액주의가 적용된다는 것이 통설[21]과 판례[22]

19) 김용덕, 앞의 논문, 5면
20) "제126조 및 제127조의 규정은 여럿의 보증인이 각각 채무의 일부를 부담하는 경우 그 부담부분에 관하여 준용한다."
21) 임치용, "정리회사와 보증인의 법률관계", 파산법연구, 박영사, 2004. 9, 335면 이하, 339면; 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상), 박영사, 2006. 5, (이하 회생사건실무(상)이라고 한다), 344면
22) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004다27143 판결: 정리절차개시 후에 정리채권자가 다른 채무자로부터 일부 변제를 받거나 다른 채무자에 대한 회사정리절차 내지 파산절차에 참가하여 변제 또는 배당을 받았다 하더라도 그

www.kci.go.kr

의 입장이나, 현존액주의가 적용되지 않는다는 견해도 있다.

현존액주의 적용을 부정하는 견해는 현존액주의에 관한 규정들이 실체법에 의하여 채무자에 대하여 채무소멸의 효력이 인정되는 경우에는 당연히 정리절차에서도 이를 반영하여 채권자의 채권액의 감액을 인정하여야 하고 이렇게 해석하지 않으면 실체법상 이미 소멸된 채권을 존재하는 것으로 인정하여 그에 관한 권리행사를 인정하는 결과가 되어 다른 일반채권자들에 피해를 주게 된다고 하면서, 보증채무자가 변제하는 경우와 같이 구상과 변제자대위의 문제가 남는 경우는 채권이 채권자로부터 대위변제자에게 이전한 것에 불과하므로 - 채권이 상대적으로 소멸한 것이므로 - 이 경우에는 현존액주의가 적용되나, 주채무자가 변제하는 경우에는 구상이나 변제자대위의 문제가 발생하지 않기 때문에 채권은 절대적으로 소멸하는바 이 경우는 현존액주의의 적용이 없는 것으로 해석하여야 한다고 한다.[23]

이 견해는 보증채무관계가 아닌 연대채무관계 등에도 구상권이 발생하는 범위 내에서만 현존액주의의 적용을 인정한다.[24][25] 또한 아래에서 보는 바와 같이 주채무자에 대하여 도산절차가 개시된 이후에 면제 등 다른 채무자에 대한 채권소멸사유가 발생하고 그 사유가 절대적 효력을 가지는 경우에는 현존액주의가 적용되지 않는다는 견해가 통설인바, 위 견해는 이러한 경우 구상권이 발생하지 않아 채권이 절대적으로 소멸하였으므로 현존액주의가 적용되지 않는다고 설명할 수 있으므로, 위 경우에 채권액이 감소하는 근거를 명확하게 밝힐 수 있다고 한다.[26]

도산절차에 의하여 실체법의 원리가 수정된다고 하여도 그것은 최소한도에 그쳐야 할 것인바, 위 견해는 이러한 요구에 부응한다고 할 것이다. 그러나 다음과 같은 몇 가지 점을 고려할 때 통설의 입장이 타당하다고 생각한다.

첫째, 우선 위 견해가 현존액주의에 관한 통합도산법 조항의 명문에 반하는 것이 아닌가 하는 점이다. 통합도산법 제126조 제1항, 제2항의 규정은 채권의 상대적 소멸과 절대적 소멸의 구분을 염두에 두고 있는 것으로 보이지 아니한다. 즉, 위 규정들은 주채무자가 변제한 경우와 보증채무자가 변제한 경우를 구별하지 않고, 또한 변제액이 구상권액과 일치하는 보증인이 변제한 경우와 구상권액이 변제액에 미달하는 연대채무자가 변제한 경우를 구별하고 있지 않다.

둘째, 스위스의 입법례와 독일의 입법례도 보증채무의 부종성이나 변제 등의 절대적 효력이 부정되는 기준시점만 차이가 날뿐이다. 스

에 의하여 채권자가 채권 전액에 대하여 만족을 얻은 것이 아닌 한 정리채권액에 감소를 가져오는 것은 아니므로, 채권자는 여전히 정리절차개시 당시의 채권 전액으로써 계속하여 정리절차에 참가할 수 있다고 할 것인바(대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다67482 판결 참조), 이 사건에 있어서는 피고에 대한 회사정리절차가 개시된 이후 주채무자인 세계물산이 위 개시 후 이자액을 변제하였던 것이어서 원고는 여전히 피고에 대한 정리절차 개시 당시의 정리채권액 전액으로써 계속하여 정리절차에 참가할 수 있다고 할 것이고, 따라서 원심이 위 개시 후 이자 상당액을 공제하지 아니한 조치는 결과적으로 옳으며, 거기에 판단유탈로 인하여 판결의 결론에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.(밑줄은 필자가 추가)
파산에 관한 것으로는 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다64035 판결이 있다.
그 외 보증인에 대하여 도산절차가 개시된 이후 주채무가 소멸된 경우에 관한 판례의 소개는 박상구, "보증·물상보증과 도산법상의 현존액주의", 상사판례연구, 2007. 5, 448면 이하, 461~468면 참조

23) 김용덕, 앞의 논문, 31~34면

24) 김용덕, 앞의 논문, 33~34면

25) 다만, 변제자대위로 인하여 원래의 채권 자체가 구상권의 범위가 한정되는 것이 아니라, 원래의 채권은 그 담보권과 함께 전액 대위변제자에게 이전하지만 그 행사의 범위가 구상권의 범위로 한정된다고 보는 것이 일반적이다(곽윤직, 앞의 책, 201면).

26) 김용덕, 앞의 논문, 34면

www.kci.go.kr

위스의 입법례의 경우 채권 성립시가 기준이 되므로 구상권 발생 여부에 따라서 도산절차에 참가할 수 있는 채권액이 달라질 여지가 없을 것이다. 한편, 독일 구파산법 제68조는 "동일한 급부에 있어서 서로 전부의 이행을 하여야 할 의무를 부담하는 수인 또는 그 가운데 1인의 재산에 대하여 파산절차가 개시된 때에는 채권자는 채권액의 전액을 변제받을 때까지 절차개시시에 청구할 수 있는 채권액을 가지고 각 절차마다 그 주장을 할 수 있다"고 규정하고 있다.[27]

셋째, 위 견해에 따르는 경우 현존액주의가 적용되는 경우를 가리기 위해서는 채무자들 사이의 내부관계를 따져보아야 할 것인바, 이는 때에 따라서는 상당히 어려운 작업이 될 수 있고, 그 과정에서 오류가 발생할 가능성도 있다.

넷째, 공평성과 절차의 효율성 면에서 본다. 위 견해에 따라 현존액주의의 적용범위를 정하면, 채권자는 자신의 이익을 극대화하기 위하여 주채무자로부터 변제를 받을 수 있는 경우에도 보증인을 상대로 먼저 채권을 회수하고자 할 것이다. 보증인을 상대로 채권을 행사하는 경우에는 향후 보증인의 구상권 행사 등으로 절차가 번잡해질 가능성이 발생한다. 또한 주채무자를 상대로 먼저 채권을 회수한 경우에 비하여 보증채무자의 다른 채권자들에게 불리한 결과가 된다. 공평성은 채권자와 주채무자의 다른 채권자들 사이에서만 문제되는 것이 아니라 이들과 보증채무자의 다른 채권자들 사이에서도 문제된다.[28]

27) 전병서, 앞의 논문, 111면

28) 연대채무의 경우를 분석하여 본다. 갑에 대하여 을과 병이 10억 원의 연대채무를 부담하고, 을과 병의 자력이 각 8억 원씩이고, 을에게 갑 외에도 A가 10억 원의 채권을 가지고 있고, 병에게도 갑 외에 B가 10억 원의 채권을 가지고 있으며 을, 병에게 각 도산절차가 개시되었다고 가정한다. 을의 도산절차에서 먼저 배당이 실시되는 경우 A와 갑이 각 4억 원씩 분배받는다. 위 견해에 따르면(그리고 부담액 이상을 변제한 경우에만 연대채무자에게 구상권이 발생한다는 입장을 취하면) 이후 병의 도산절차에서 배당이 실시되는 경우 갑은 3억 원(8 x 6/(6 +10)), B는 5억 원(8 x 10/(6 + 10))을 분배받게 된다. 즉 A는 4억 원, 갑은 7억 원, B는 5억 원을 분배받는다. 반대로 병의 도산절차에서 먼저 배당이 실시되고, 이후 을의 도산절차에서 배당이 실시되는 경우, 위 견해에 따르면 A는 5억 원, 갑은 7억 원, B는 4억 원을 분배받게 된다. 즉 갑이 누구로부터 먼저 배당을 받느냐에 따라 A와 B의 입장이 달라진다. 이에 반하여, 통설의 입장에 따르게 되면 어느 도산절차에서 배당이 먼저 실시되든 언제나 A는 4억 원, 갑은 8억 원, B는 4억 원을 받게 된다.

다섯째, 위 견해가 중시하는 채권의 절대적 소멸과 상대적 소멸의 차이가 절대적 효과가 있는 면제에 관하여 현존액주의가 적용되지 않는 이유를 설명하는 근거가 될 수 있다. 하지만, 절대적 효과가 있는 면제에 관하여 현존액주의가 적용되지 않는 이유는 다른 방법으로도 설명될 수 있다. 즉, 현존액주의는 수인의 전부의무자를 확보한 채권자가 채권의 회수액을 극대화할 수 있는 이익을 보호하기 위한 원칙이므로, 채권자가 다른 채무자에게 절대적 효과가 있는 면제를 한 것은 스스로 현존액주의에 의한 이익을 포기한 것으로 볼 수 있다. 즉, 다른 채무자로부터 변제를 받는 것은 수인의 전부의무자를 확보한 이익을 그대로 유지하겠다는 의사가 채권자에게 있다고 볼 수 있는 반면, 다른 채무자에게 절대적 효과가 있는 면제를 한 것은 이와 달리 채권자가 이러한 이익을 스스로 포기한 것으로 볼 수 있으므로, 위 두 경우의 각 채권 소멸행위에 대한 채권자의 의사에는 질적인 차이가 있고, 이러한 차이가 현존액주의의 적용 여부에도 영향을 미친다고 볼 수 있다.

한편, "보증인인 채무자에 관하여 회생절차가 개시된 때에는 채권자는 회생절차개시 당시 가진 채권의 전액에 관하여 회생채권자로서 권리를 행사할 수 있다"고 규정한 통합도산법 제127조를 근거로 보증

www.kci.go.kr

인에 대하여 도산절차가 개시된 이후 주채무자가 변제한 경우에 현존액주의가 적용된다고 주장할 여지도 있으나,[29] 위 조문은 보증인의 최고검색의 항변권 배제에 관한 조문일 뿐이라고 봄이 상당하다.

(3) 물상보증의 경우

물상보증인에 관하여도 현존액주의의 적용이 있다. 원래 회사정리법이나 파산법에는 이 점이 조문상 명확하지 아니하여[30] 견해가 대립되어 있었다.[31] 판례로는 서울남부지방법원 2005. 1. 14. 선고 2004가합9603 판결이 있는바, 위 판결은 물상보증인에 관하여 현존액주의가 적용된다고 판시하였다.[32]

그러나 통합도산법은 회생절차의 경우 물상보증인에도 현존액주의가 적용됨을 명확히 하였다. 즉, 통합도산법 제126조 제5항은 현존액주의의 근거 조문인 제126조 제1항과 제2항 중 제2항을 물상보증인의 경우에도 준용한다고 규정하였다. 한편, 통합도산법은 파산절차에 관하여는 파산법과 마찬가지로 규정하고 있는바, 이는 착오에 의한 입법상의 불비에 불과하므로, 파산절차에서도 현존액주의가 물상보증인에 관하여 적용된다고 보아야 할 것이다.[33][34]

29) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004다27143 판결도 통합도산법 제127조를 그 판시의 근거로 제시하고 있다.
30) 예컨대, 회사정리법 제110조 제3항은 물상보증인에 대하여 다수당사자 채권관계에 있어서 장래구상권의 행사에 관한 제110조 제1항과 제2항을 준용하면서도 현존액주의의 근거 규정인 제108조를 준용하지 않았다. 파산법도 마찬가지였다.
31) 견해의 대립 및 일본의 학설, 판례에 관하여는 박상구, 앞의 논문, 469~473면
32) 위 판결의 내용은 전병서, 앞의 논문, 118~121면 참조
33) 전병서, 앞의 논문, 121면
34) 일본도 입법적으로 이 문제를 해결하였다(신 파산법 제104조 제5항, 신 회사갱생법 제135조 제2항).

(4) 제3자의 변제

제3자가 변제한 경우에 관하여는 현존액주의가 적용되지 않는다는 견해가 통설이나,[35] 현존액주의가 적용된다는 견해도 있다.[36] 통설은 조문에 충실한 견해이고, 소수설은 채권의 절대적 소멸과 상대적 소멸의 구별론에 입각하여 제3자가 변제한 경우도 채권이 상대적으로 소멸한 경우에 해당하므로 이 경우에도 현존액주의가 적용된다는 입장이다. 제3자가 변제한 부분에 관하여 현존액주의의 적용을 배제하여 채권자의 채권액을 감소시켜도, 제3자가 변제한 부분은 회수율이 100%가 되는 셈이므로, 궁극적으로 채권자는 제3자로부터 변제받지 않은 경우에 비하여 회수율이 높아진다. 일응 통설의 입장을 지지한다.

(5) 당해 채무자의 변제

도산절차개시 이후 관리인 등이 법원의 허가를 받아서 변제한 경우에는 현존액주의가 적용되지 않고 채권액이 감소한다고 보는 것이 통설,[37] 판례[38]의 입장이다. 위와 같이 해석을 하지 않으면 도산절차가 개시된 후 다수당사자 채권관계에 있는 채권자가 다른 채권자들에 비하여 우대받는 결과가 된다는 것이 통설, 판례의 근거다.

예를 들어 다수당사자 채권관계에 있는 채권자 갑과 일반채권자 을이 각각 1,000,000원의 채권을 가지고 있는데 후에 법원의 허가를 받아 관리인이 갑, 을에 대하여 각각 200,000원을 변제하였는바, 다수당사자 채권관계에 있는 채권자라 하여 갑의 채권액에 변동이 없다고

35) 三ヶ月章, 條解會社更生法(中), 弘文堂, 1999(이하 조해(중)이라고 한다), 354면
36) 김용덕, 앞의 논문, 28~30면
37) 김용덕, 앞의 논문, 26~27면, 조해(중), 354면; 임치용, 앞의 논문, 340면, 회생사건실무(상), 343면 등
38) 대법원 1997. 4. 8. 선고 96다6943 판결

www.kci.go.kr

한다면 갑은 후에 1,000,000원의 채권액에 대한 80%인 800,000원을 변제받게 되어 결과적으로는 1,000,000원의 채권액 전액을 변제받게 되나, 을은 800,000원의 채권액에 대한 80%인 640,000원을 변제받게 되어 결과적으로 840,000원밖에 변제받지 못하게 되므로 일반정리채권자에게 불리한 결과가 된다.[39]

확실히 통설, 판례의 입장은 조문 내용에 부합한다고 할 것이고, 실무도 같은 입장으로 파악된다. 다만, 위의 예에서 선변제를 받지 않은 다른 채권자 병이 역시 1,000,000원의 채권을 갖고 있다고 가정하면, 갑, 을은 병보다 우대받는 결과가 된다. 왜냐하면 선변제를 받은 부분은 변제율이 100%가 되어 결론적으로 전체적인 변제율을 산정하면 갑, 을의 그것이 병의 그것보다 높게 되기 때문이다. 기술적으로는 회생계획을 작성할 때, 갑, 을에 대하여 선변제액을 공제하지 않은 금액에 병과 같은 변제율을 곱하여 변제액을 정한 다음, 여기에서 갑, 을의 선변제액을 공제하고 변제하도록 하는 것이 병과 같은 입장에 있는 채권자도 고려한 전체적인 형평성을 달성하는 방안이 될 수 있지 않을까 생각한다.[40]

다. 그 전원 또는 일부에 관하여 회생절차가 개시된 때

통합도산법 제126조 제1항은 다수당사자 채권관계에 있는 채무자 전부 또는 일부에 관하여 회생절차가 개시된 경우에 적용되는 조문이나, 당해 채무자에 대하여 회생절차가 개시되고, 다른 채무자에 대하여 파산절차나 개인회생절차 등 다른 도산절차가 개시된 경우에도 유추적용된다.[41]

39) 김용덕, 앞의 논문, 27면
40) 오히려 이 방식이 법이 예정하고 있는 방식일 수도 있다.
41) 임치용, 앞의 논문, 341~42면

회사정리법 제108조는 "그 전원 또는 수인"이라고 규정하고 있어서 조문상으로는 다수당사자 채권관계에 있는 채무자의 전원이나 적어도 2인 이상에 대하여 회생절차가 개시되어야 하는 것처럼 오해될 여지도 있었으나 통합도산법은 "수인"을 "일부"라고 고쳐 1인에 대하여만 회생절차가 개시된 경우에도 현존액주의가 적용됨을 명백히 하였다.

라. 도산절차개시 이후의 일부 채무소멸행위

(1) 도산절차개시 이후의 일부 채무소멸

현존액주의는 도산절차개시 이후에 적용되고, 채권자의 채권이 전액 소멸되지 않은 경우에만 적용된다.

(2) 채무소멸행위

변제는 현존액주의가 예정하고 있는 가장 전형적인 채무소멸행위라고 할 수 있다. 변제 외에 대물변제, 상계, 담보권의 실행, 도산절차에서의 배당 등이 여기에 해당하나, 상계의 경우 소급효가 있으므로 상계적상이 도산절차개시 이전인지, 이후인지에 따라서 현존액주의 적용 여부가 결정된다.[42]

면제에 관하여는 일반 민사법의 원칙에 따라 그 효력이 당해 도산절차의 채무자에게 미치는 경우에는 현존액주의가 배제된다고 보는 것이 우리나라의 통설이다.[43] 일본의 경우도 현존액주의의 적용을 부정하는 것이 통설적 견해이나,[44] 반대 견해도 있다.[45]

다른 채무자에 대하여도 도산절차가 개시되면 그 도산절차에서 채무소멸행위가 이루어진다. 다른 채무자에 대한 도산절차에서 현금변

42) 회생사건실무(상), 343면 각주 22,
43) 회생사건실무(상), 343면; 김용덕, 앞의 논문, 27~28면
44) 조해(중), 354~355면
45) 조해(중), 354~355면; 竹下守夫, 大コメンタル 破産法, 青林書院, 2007. 11, 442면

www.kci.go.kr

제가 이루어지면 이에 관하여는 현존액주의가 적용된다. 그러나 회생절차에서의 회생계획에 따른 권리변경, 파산절차에서 면책 등에 관하여는 특칙이 있는바, 이에 관하여는 후술한다.

4. 채권자와 보증인 등의 권리행사와 현존액주의

가. 서 론

(1) 조문과 전체적인 틀

앞에서는 채권자의 채권액소멸과 관련하여서만 현존액주의를 고찰하였으나, 현존액주의의 실질적 의의는 현존액주의가 적용되는 도산절차에서 채권자가 어떤 권리를 행사할 수 있는지, 그리고 도산절차가 개시된 채무자와 다수당사자 채권관계에 있는 다른 채무자가(이하 보증인 등이라고 한다. 다만, 보증인에 대하여 도산절차가 개시된 경우의 주채무자가 여기에 포함될 수 있다) 어떤 권리를 행사할 수 있는지를 고찰할 때 더욱 구체적으로 느낄 수 있다.

채권자가 어떤 권리를 행사할 수 있는가에 관하여는 통합도산법 제126조 제2항[46]이 규정하고 있다. 즉, 보증인 등이 도산절차개시 이후 채무소멸행위를 하는 경우에도 채권 전액이 소멸한 경우를 제외하고는 채권자는 도산절차개시시에 가지는 채권 전액에 관하여 그 권리를 행사할 수 있다.

보증인 등이 도산절차에서 어떤 권리를 행사할 수 있는가에 관한 도산법 조문으로는 현존액주의에 관한 통합도산법 제126조 제1항, 제2항, 보증인 등의 장래구상권에 관한 통합도산법 제126조 제3항[47]과 제4항[48]이 있다. 현존액주의는 도산절차개시 이후의 사유에만 적용되므로 보증인 등은 혹은 민법의 일반법리에 따라, 혹은 위 통합도산법 조문에 따라 그 권리를 행사하게 될 것이다. 결국, 채권자와 보증인 등이 도산절차에서 어떤 권리를 행사할 수 있는가에 관하여는 다수당사자 채권관계에 관한 민법의 규정과 도산법의 현존액주의 및 장래구상권에 관한 규정이 적용된다고 할 수 있다.

통합도산법의 조문과 민법의 일반법리를 종합하면 어떤 채무자에 대하여 개시된 도산절차에서 채권자와 보증인 등의 권리행사는, 보증인 등이 변제한 시점이 도산절차개시 이전인지 이후인지 여부, 보증인 등에게 구상권이 발생하는지 여부, 채권자의 채권이 전부 소멸되었는지 여부, 채권자가 채권 전액으로 절차에 참가하였는지 여부 등에 따라서 달라진다. 아래에서 보증관계 및 회생절차를 전제로 위 각 기준에 입각하여 채권자와 보증인 등의 권리를 살펴보기로 하되, 그 전에 구상, 변제자대위, 현존액주의의 효과의 기본적 차이를 확인하기로 한다.

(2) 구상, 변제자대위, 현존액주의의 차이

갑이 병의 연대보증하에 을에게 10억 원을 대여하였고, 을의 자력이 6억 원이고, 병이 5억 원을 변제하였다고 가정한다.

민법의 일반법리에 따르고 병이 구상권을 행사하는 경우, 갑의 채

46) 회생절차에 관한 것이다. 비록 규정 형식은 다르지만 파산절차에도 마찬가지의 법리가 적용된다.

47) "제1항의 경우에 채무자에 대하여 장래에 행사할 가능성이 있는 구상권을 가진 자는 그 전액에 관하여 회생절차에 참가할 수 있다. 다만, 채권자가 회생절차개시시에 가지는 채권 전액에 관하여 회생절차에 참가한 때에는 그러하지 아니하다.". 파산절차에 관한 통합도산법 제430조 제1항도 같은 내용이다.

48) "제1항의 규정에 의하여 채권자가 회생절차에 참가한 경우 채무자에 대하여 장래에 행사할 가능성이 있는 구상권을 가지는 자가 회생절차 개시 후에 채권자에 대한 변제 등으로 그 채권의 전액이 소멸한 경우에는 그 구상권의 범위 안에서 채권자가 가진 권리를 행사할 수 있다."
파산절차에 관한 통합도산법 제430조 제2항도 거의 같은 취지이다.

www.kci.go.kr

권은 5억 원이 되고, 병의 구상권은 5억 원이 된다. 을의 자력 6억 원은 갑과 병에게 각 3억 원씩 갑과 병의 채권액의 비율에 따라 변제된다. 갑은 병에게 분배된 3억 원 중 2억 원을 다시 회수하여야 할 것이다.

민법의 일반법리에 따르고 병이 변제자대위권을 행사하는 경우, 갑의 채권은 5억 원이 되고, 병의 변제자대위로 취득한 채권은 5억 원이 된다. 을의 자력 6억 원은 채권의 비율대로가 아니라 갑의 채권 5억 원에 먼저 충당이 되고 남은 1억 원은 병에게 분배된다. 병이 구상권을 행사한 경우에 비하여 절차의 번잡이 없다.

병이 5억 원을 을에 대한 도산절차개시 이후에 변제하여 도산절차의 현존액주의가 적용되는 경우, 갑의 채권은 을의 대위변제에도 불구하고 10억 원으로 남게 된다. 따라서 을의 자력 6억 원은 일단 전액이 갑의 채권에 분배되어야 한다. 이것이 통합도산법 제126조 제2항의 효과이다. 병의 5억 원의 구상권은 분명히 성립하여 있기는 하지만, 갑의 채권에 대하여 열후화되어 갑이 10억 원의 채권 전액을 행사한 이상 병은 절차에 참가할 수 없다. 이것이 통합도산법 제126조 제3항의 효과이다. 다만, 실제 분배가 이루어지는 단계에서 갑의 채권이 전액 소멸하면 즉 을의 자력 5억 원을 실제 분배받아 갑이 10억 원 전액을 회수한 순간 갑의 권리는 소멸하고 원래 갑이 분배받기로 하였던 6억 원 중 남은 1억 원에 관한 권리는 병에게로 이전된다. 이것이 통합도산법 제126조 제4항의 효과이다.

현존액주의와 변제자대위의 차이점은 보증인 등의 변제액만큼 채권자의 채권이 소멸하는지 여부이다. 위 사안에서 채권자와 보증인 등의 회수액만을 보면 현존액주의와 변제자대위의 효과는 구분되지 않는다. 그러나 채무자에게 채권자 외에 다른 채권자가 있는 경우에는 현존액주의가 채권자의 회수액을 증대시키는 효과를 가져오고, 반사적으로 보증인 등도 이익을 보게 되는 경우도 있다.[49]

나. 주채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우

(1) 보증인이 회생절차개시 이전에 변제한 경우

(가) 전부 변제한 경우

민법의 일반법리에 따라 채권자의 채권은 당연히 전부 소멸하고, 보증인에게 구상권과 변제자대위권이 발생한다. 구상권과 변제자대위권은 모두 회생채권이 되므로, 회생절차에 참가하여야 한다. 보증인이 회생채권신고를 하지 않으면 실권된다.

일반적으로 구상권을 행사하게 될 것이나, 채권자의 채권에 담보권이 설정되어 있으면 변제자대위권을 행사하는 것이 유리하다.

(나) 일부 변제한 경우

49) 갑에 대하여 을, 병, 정이 9억 원의 연대채무를 부담하고, 을에 대하여 무가 별도로 9억 원의 채권을 가지고 있고, 자력 9억 원의 을에 대하여 도산절차가 개시된 이후에 병이 6억 원을 갑에 변제하였다고 가정한다. 병이 을과 정에 대하여 각 1.5억 원의 구상권을 가지고 있으므로, 채권의 절대적 소멸과 상대적 소멸을 구분하여 후자의 경우에만 현존액주의의 적용을 인정하는 견해에 의하면, 갑의 을에 대한 도산절차에서의 채권은 4.5억 원만 남게 된다(부담액을 넘은 부분에만 구상권이 발생한다는 입장을 취하고, 병의 대위변제액 6억 원 중 병 자신의 부담부분 3억 원과 병이 정에 대하여 구상권을 행사하는 1.5억 원은 을에 대한 관계에서는 소멸한다고 보았다). 을의 자력 9억 원은 갑에게 3억 원, 무에게 6억 원씩 분배된다. 갑이 합계 9억 원을 변제받아 채권이 전액 소멸해도, 을의 자력이 없으므로 병은 을의 자력으로부터 전혀 회수할 수 없게 된다. 이와 달리 통설에 입각하면, 갑의 채권은 여전히 9억 원이므로 을의 자력 9억 원은 일단 갑에게 4.5억 원, 무에게 4.5억 원씩 분배된다. 갑이 을의 도산절차에서 현실적으로 3억 원을 분배받아 합계 9억 원을 모두 회수하면, 이후 남은 1.5억 원은 병이 분배받는다. 통설의 입장이 장래구상권자의 권리를 더 보호하는 결과를 가져온다.

www.kci.go.kr

(A) 일부 변제한 부분

일부 변제한 부분에 관하여는 현존액주의가 적용되지 않고 민법의 일반법리가 적용된다. 따라서 채권자의 채권은 대위변제액만큼 감소된다. 채권자는 잔존채권액만으로 도산절차에 참가할 수 있다.

보증인에게는 구상권과 아울러 변제자대위권(이전된 채권자의 채권)이 발생한다. 일반적으로는 구상권이 유리하므로 구상권만 행사하게 될 것이다. 그러나 구상권이 무담보이고, 채권자의 채권에 담보권이 설정되어 있는 경우에는 변제자대위권을 행사하는 것이 유리할 수도 있다. 보증인의 구상권액은 대위변제액을 원금으로 하여 다시 약정에 따른 지연손해금이 가산되는 등으로 채권자의 원래의 채권액보다 많은 경우가 있는바, 보증인은 그 금액으로 도산절차에 참가할 수 있다.

채권자가 자신의 잔존채권을 행사하고, 보증인도 변제자대위권을 행사한 경우에는 채권자의 채권에 우선적 지위가 부여된다. 채권자의 채권에 담보권이 설정된 경우 채권자와 보증인이 모두 회생담보권 신고를 하였으나, 담보물의 가액이 채권자의 잔존채권액에 미달되면 채권자의 잔존채권 중 담보물 가액 상당만 회생담보권으로 인정된다.[50]

채권자가 자신의 잔존채권액을 행사하지 않는 경우에도 보증인이 변제자대위권을 행사할 수 있는지 여부가 문제되는바, 도산절차에서는 보증인이 변제자대위권을 독자적으로 행사할 수 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다.[51] 채권자의 채권에 담보가 설정되어 있는 경우에 일부 변제한 보증인은 담보권도 독자적으로 행사할 수 있다고 본다.[52] 회생절차에서 보증인이 변제자대위권을 독자적으로 행사할 수

50) 김용덕, 앞의 논문, 48~50면
51) 임치용, 앞의 논문, 349면; 김용덕, 앞의 논문, 42~44면
52) 임치용, 앞의 논문, 349면; 김용덕, 앞의 논문, 47~48면

있는 근거로는 회생절차는 현실적 집행행위와 달리 관념적 청산에 불과하다는 점이 제시된다.[53]

보증인이 변제자대위권을 신고하는 단계에서는 보증인에게 독자성을 인정하여도 별다른 문제가 없다고 생각된다. 문제는 보증인이 도산절차에서 채권자의 참가가 없는 상태에서 실제로 배당을 받을 수 있는가 하는 점일 것인바, 채무자의 모든 재산이 분배되는 도산절차의 특성상 앞으로 분배될 재산도 없는 상황에서 채권자가 참가하지 않는다는 이유만으로 보증인에게 배당을 못한다고 보기는 어려울 것이다.

(B) 변제되지 않은 부분

이 부분에 관하여는 아래에서 보는 "보증인이 회생절차개시 이후에 변제하는 경우"와 마찬가지로 현존액주의와 장래구상권의 법리가 적용된다. 이와 같이 도산절차개시 이전과 이후를 다르게 취급하는 것이 독일의 입법례가 스위스의 입법례와 차이를 보이는 대목이다.

(2) 보증인이 회생절차개시 이후에 변제한 경우

(가) 채권자의 권리행사

이 경우 현존액주의가 적용되어 회생절차개시 이후에 보증인이 일부 변제를 하더라도 채권자는 회생절차개시 당시의 채권 전액으로 계속하여 참가할 수 있다. 그러나 보증인이 전부 변제하거나, 보증인의 변제와 회생절차에서의 변제로 회생절차개시 당시의 채권 전액이 소멸한 경우에는 그러하지 아니하다(통합도산법 제126조 제1항, 제2항).

(나) 보증인의 권리행사

53) 임치용, 앞의 논문, 349면; 김용덕, 앞의 논문, 48면

www.kci.go.kr

(A) 일반론

보증인은 도산절차개시 이후에 대위변제함으로서 발생할 구상권 전액에 관하여 장래구상권자로서 회생절차에 참가할 수 있다(통합도산법 제126조 제3항 본문). 다만, 채권자가 회생절차개시 당시에 가지는 채권 전액으로 참가한 때에는, 보증인은 장래구상권자로서 참가할 수 없다(통합도산법 제126조 제3항 단서). 이후 채권자의 채권이 전액 소멸한 경우 채권자의 회생절차상 권리를 대위하여 행사할 수 있다(통합도산법 제126조 제4항). 채권자가 일부 또는 전부 자기 채권을 행사하지 아니하면, 그 부분에 한하여 보증인은 장래구상권자로서 회생절차에 참가할 수 있다.

이와 같이 통합도산법은 채권자가 자기의 채권으로 참가하지 않는 경우에 보증인은 독자적으로 장래구상권자로서 회생절차에 참가할 수 있도록 하고 있다.[54] 이는 보증인이 현실로 변제 등의 출연행위를 함으로써 구상권을 취득한 시점에서는 이미 회생절차가 종결되거나, 회생계획의 인가에 의한 면책의 효과가 생겨 회생절차상 구상권을 행사할 수 없게 되는 위험을 피하기 위하여 사전구상에 관한 민법의 원칙(민법 제441조 제1항, 제442조)을 수정한 것이다.[55]

그러나 채권자가 자신의 채권으로 참가한 경우, 그 부분에 관하여는 보증인은 장래구상권자로서 참가할 수 없고, 채권자의 채권이 전액 소멸된 경우에 채권자의 회생절차상의 권리를 대위행사할 수 있을 뿐이다. 이는 보증인이 실제 일부 대위변제를 한 경우도 마찬가지이다. 즉, 보증인의 장래구상권은 채권자의 채권에 열후화된다.

장래구상권의 경우도 회생절차개시 이전에 대위변제된 경우와 마찬가지로 구상권액이 대위변제된 채권자의 채권액을 초과할 가능성이 실체법상으로는 있으나, 회생절차에서 장래구상권액은 채권자의 원래 채권액으로 제한된다.[56]

(B) 절차에 참가할 수 없다는 것의 의미

통합도산법 제126조 제3항 단서의 채권자가 자신의 채권으로 참가한 경우 보증인이 장래구상권자로서 "절차에 참가할 수 없다"는 의미는 다음과 같이 설명하는 것이 일반적이다.

즉, 채권자가 자신의 채권을 신고한 경우에는 보증인은 장래구상권을 신고할 수 없고, 신고하여도 관리인의 이의 대상이 된다. 당연히 관계인집회에서 의결권도 부여되지 아니한다. 이는 채권자의 권리행사와 보증인의 권리행사를 모두 인정하는 경우에는 이중의 권리행사가 인정되기 때문이라고 한다.[57][58] 다만, 보증인은 장래구상권에 관하여 예비적 신고를 할 수 있다. 즉, 채권자가 채권을 행사하지 않을 것을 조건으로 하거나, 채권자가 신고를 취하할 것을 조건으로 예비적 신고를 할 수 있다.[59][60] 그러나 실무상 장래구상권에 대한 예비적

54) 파산절차의 경우도 마찬가지이다(통합도산법 제430조 제1항).
55) 임치용, 앞의 논문, 350면
56) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다11659 판결; 회생사건실무(상), 435면 참조
57) 임치용, 앞의 논문, 350면; 김용덕, 앞의 논문, 57~58면; 조해(중), 361면
58) 실무상 채권자가 자기의 채권을 신고할 것이 예상되는 경우도 보증인의 장래구상권 신고는 일응 부인한다. 즉, 실무상 신고의 추완 사유를 넓게 해석하고 있는 이상 보증인의 장래구상권을 시인하고 난 다음 채권자가 신고한 경우 이를 시인하여야 할 것인데, 이 때 이미 시인된 장래구상권을 다시 부인할 수는 없기 때문에 의결권의 이중부여 및 채권의 이중 변제 등의 문제가 생길 여지가 있어서, 장래구상권의 신고는 일응 부인하고 이후 채권자가의 신고가 없을 것이 명백하게 된 때에 이의를 철회하는 것이 실무의 현황이다(회생사건실무(상), 433면).
59) 조해(중), 361면; 임치용, 앞의 논문, 351면
60) 예비적 신고에 관한 일반적인 설명은 다음과 같다. 예비적 신고는 회생채권이 아닌 신고 자체에 조건이 붙은 경우로서, 그 조건은 - 장래구상권의 경우 채권자가 자신의 권리를 행사하지 아니할 것이라는 점은 - 조사대상이 아니고, 예비적으로 신고된 회생채권이 시인되었다고 하더라

www.kci.go.kr

신고가 이루어지는 예는 별로 없으며, 드물게 예비적 신고가 있는 경우 이론상 장래구상권을 시인할 여지가 있음에도 불구하고 통상 관리인이 부인하고 있는 것으로 파악된다.

위와 같은 일반적인 견해 및 그에 입각한 실무의 처리방식을 취할 때 발생하는 어려운 문제는, 채권자의 채권에는 담보가 설정되어 있지 않은데, 보증인의 구상권에는 담보가 설정되어 있는 경우의 처리이다. 즉, 채권자가 자신의 채권을 신고하지 않는 경우 보증인은 장래구상권을 회생담보권으로 신고할 수 있다. 이에 따라 보증인은 회생담보권자로서 회생채권보다 우월한 취급을 받게 된다. 그러나 채권자가 자신의 채권을 신고하는 경우에는 보증인은 장래구상권을 신고할 수 없게 되고, 나아가 채권자의 권리를 대위할 수 있으나, 채권자의 권리는 회생채권에 불과하기 때문에 자신이 장래구상권을 신고할 수 있는 경우와 비교할 때 불리하게 된다.

이 점에 관하여 채권자의 권리행사와 보증인의 장래구상권 행사와의 관계는 채권신고의 전후나 담보권의 설정 유무에 의하여 좌우되지 아니하므로 위와 같은 경우 보증인은 채권자가 채권을 신고한 이상 장래구상권을 회생담보권으로 신고할 수 없고, 이로 인한 불이익을 회피하기 위해서는 보증인은 채권신고기간까지 미리 채권자에게 전액 변제를 하고 그 구상권을 회생담보권으로 신고하든가 아니면 미리 채권자와 협의하여 채권자는 신고하지 아니하고 보증인이 회생담보권 신고하도록 하여야 할 것이라는 견해가 있고,[61] 회사정리법하의 우리

도 이후 조건이 성취되지 않은 경우에는 법원은 직권으로 또는 이해관계인의 의결권에 관한 이의에 기하여 의결권을 부여하지 않을 수 있으며, 권리변경은 다툼이 있는 권리에 준하여 취급할 것이다(조해(하), 36면; 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(하), 박영사, 2006. 5(이하 회생사건실무(하)라고 한다), 22면).

61) 김용덕, 앞의 논문, 59~60면; 조해(중), 340~341면; 山內八郎, 會社更生計劃の諸問題, 一粒社, 1979. 11, 282~283면

나라 법원의 실무도 위와 같은 견해에 입각하여 협의가 이루어지지 않는 경우 보증인의 정리담보권으로서의 장래구상권 신고를 전부 부인하고, 다만, 정리계획에서 채권자와 보증인의 이해관계를 조정하는 방식을 취하여 왔었다.[62]

그런데, 통합도산법 제정 이후 법원의 실무는 입장을 바꾸어 위와 같은 경우에는 보증인의 장래구상권 행사를 인정하고 있다. 이러한 입장의 변화는 무담보의 회생채권자의 권리와 담보권을 갖고 있는 회생담보권자의 권리는 결코 동일한 권리라고 볼 수 없기 때문에 중복권리행사의 문제는 처음부터 발생될 수 없으므로 무담보의 채권자와 담보를 갖는 구상권자는 회생계획에 대하여 전혀 다른 이해관계를 갖기 때문에 이에 대하여 각자 자신이 속한 회생채권자조와 회생담보권자조에 대한 권리의 변경에 대하여 찬반 여부를 결정할 권리를 부여하는 것이 합리적이라는 것을 근거로 한 것이다. 따라서 위와 같은 경우 채권자의 회생채권과 보증인의 회생담보권(장래구상권)을 모두 시인하고 각각 의결권행사를 인정하고, 다만 회생계획상 변제방법을 정함에 있어서 채권자와 보증인의 이해관계를 조절하게 된다. 예컨대, 채권자의 회생채권이 1억 원으로 시인되고, 보증인의 회생담보권이 8천만 원으로 시인된 사안에서, 일반 회생채권자조의 변제율이 30%이고, 회생담보권조의 변제율이 100%인 경우 채권자에게 3천만 원을, 보증인에게 7천만 원을 변제하는 것으로 회생계획안을 작성하게 된다.[63] 보증인의 장래구상권 중 회생담보권 8천만 원을 초과하는 부분은 부인한다는 취지일 것이다.

위와 같은 새로운 실무의 입장은 일정한 경우 채권자가 자신의 채

62) 서울지방법원, (개정판) 회사정리실무, 2001. 12, 230~231면
63) 회생절차실무(상), 434~435면

www.kci.go.kr

권을 신고한 경우에도 보증인이 장래구상권을 신고할 수 있다고 보는 점에서 진일보한 것이나, 몇 가지 의문점도 있다. 첫째, 담보권이 설정된 경우 장래구상권이 독자적으로 행사될 수 있다는 결론은 현존액주의에 위반되는 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 현존액주의가 담보권설정 여부에 따라 달리 적용될 법령상의 근거가 있다고 보기는 어렵다. 둘째, 위에서 든 예에서 채권자에게 3천만 원을, 보증인에게 7천만 원을 변제하는 계획을 작성한다는 부분은 전체적으로 볼 때 과도하게 배당이 실시된 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 즉, 위에서 든 예에서 만약 담보권을 설정받은 것이 채권자이고, 채권자가 회생담보권을 신고하였다면, 채권자에게 회생담보권 8천만 원 전액과 회생채권 2천만 원 중 30%인 600만 원을 변제하는 계획이 작성되고, 보증인은 채권자의 채권이 전액 소멸된 경우 채권자의 위 계획상의 권리를 대위행사하게 될 것이다. 또 담보권을 설정받은 것이 보증인이고, 보증인만이 장래구상권을 회생담보권으로 신고한 경우도 회생계획상 변제액은 위와 같을 것이다. 이와 달리 위와 같이 합계 1억 원을 지급하는 합리적 근거가 있는지는 의문이다.

채권자의 채권이 무담보이고, 보증인의 구상권이 담보부인 경우 발생하는 위와 같은 문제점을 합리적으로 해결하기 위해서는 "참가할 수 없다"는 의미에 관한 발상의 전환이 필요하다고 생각된다. 결론부터 말하면 "참가할 수 없다"는 것을 신고도 할 수 없다는 취지가 아니라 "의결권을 행사하거나 변제를 받을 수 없다"는 의미로 축소하여 해석하는 것이 위 문제점을 해결할 수 있는 적절한 방법이 되고, 보증인에게 적절한 절차참여의 기회를 보장해 줄 수 있으며, 이러한 해석이 통합도산법의 규정에 반하는 것은 아니라고 생각된다.

우선, 보증인의 장래구상권의 성격에 관하여 본다. 보증인의 장래구상권은 그 자체로 완전한 회생채권이다. 다만 보증인의 장래구상권은

현존액주의에 의하여 채권자의 권리와 중첩적이고 열후적인 관계에 있을 뿐이다. 즉, 보증인의 장래구상권은 향후 실제 대위변제를 할 때 구상권이 현실적으로 발생하고,[64] 또 그 구상권의 행사는 채권자가 채권 전액으로 참가하였을 때에는 채권자의 채권이 전액 소멸할 때 채권자가 회생계획에서 행사할 수 있는 권리를 대위하여 행사하는 방식만 인정된다는 제약이 따를 뿐인 것으로 볼 수 있다. 따라서 보증인의 장래구상권에 관하여는 권리변경이 가능하다. 보증인의 장래구상권에 대한 권리변경은 두 가지 측면에서 행해질 수 있다. 첫째는 채권자의 채권에 대한 권리변경을 통한 권리변경인바, 채권자의 채권에 대한 권리변경은 명시적으로 장래구상권에 관한 것이라고 표시되지 않았을 뿐[65] 분명히 채권자의 채권과 중첩적인 관계에 있는 장래구상권에 관한 권리변경이다. 이는 보증인이 전액을 변제한 경우를 생각해보면 알 수 있다. 두 번째로는 채권자의 채권의 권리변경과 무관한 장래구상권만에 대한 권리변경이다. 실무상 채무자와 일정한 관계에 있는 보증인의 장래구상권에 관하여 권리변경을 하는 경우가 있는바, 이러한 권리변경이 가능한 것인지에 관하여 의문을 표시하는 견해도 있으나,[66][67] 보증인의 장래구상권이 회생채권인 이상 장래구

64) 따라서 조건부채권이다.

65) 열후적인 관계에 있기 때문일 것이다.

66) 海保寬, 保證人の求償權, 裁判實務大系 3 會社訴訟・會社更生法, 青林書院, 450면 이하, 453면: 보증인이 정리회사의 구경영자이거나 친회사이거나 정리회사와 깊은 관계가 있는 경우에는 정리계획에 있어서 채권자에 대하여는 다른 채권자의 권리와 평등하게 취급하지 아니하면 아니 된다 할지라도 보증인의 구상권에 관하여는 다른 채권자의 권리보다 불이익하게 권리변경을 하는 편이 옳은 때가 있고 이러한 경우에는 정리계획에 있어서 보증인이 채권자에게 변제하고 대위에 의하여 채권자의 원채권을 취득하면 다시 권리변경을 한다는 취지의 조항을 두는 방법이 고려되는데, 이러한 조항을 정리계획에 두는 것은 보증인이 정리절차에 참가하지 아니하는 것과 관련하여 볼 때에는 문제가 있다고 하면서 관리

www.kci.go.kr

상권만에 대한 별도의 권리변경은 가능하다.

다음으로 채권자가 자신의 채권을 신고한 경우에 보증인은 장래구상권을 신고할 수 없고, 신고하여도 이를 관리인이 반드시 부인하여야만 하고, 예비적 신고만 할 수 있다는 일반적 견해가 과연 타당한 것인가에 관하여 살펴본다.

일반적인 견해가 채권자가 자신의 채권을 신고한 경우 보증인의 장래구상권을 신고하여도 관리인이 장래구상권 신고를 부인하여야 한다는 것은, 실질적으로 장래구상권이 부존재한다는 의미가 아니라 신고가 부적법, 무효라는 것이다. 장래구상권의 신고가 부적법, 무효라면 보증인은 회생계획상의 변제를 받을 권한이나, 의결권은 물론 신고한 채권자가 행사할 수 있는 다른 절차적인 권한, 즉 채권조사기일에 이의를 제기할 권한, 심리집회에 의견을 진술할 권한, 계획인부결정과 절차폐지결정에 즉시항고할 권한 등도 행사할 수 없다는 결론에 이르게 된다.[68]

인은 보증인으로부터 별도로 그와 같은 취급을 받아도 좋다는 동의서라도 받아야 할 것이지만, 보증인이 구상권 외에 다른 정리채권을 가지고 있고 이에 관하여 정리절차에 참가하고 있는 때에는 그와 같은 조항을 정리계획에서 정하여도 유효하다고 볼 여지가 있다고 한다.

67) 채무자와 보증인의 관계에 근거한 불리한 권리변경이 가능한 것인지, 가능하다면 어떤 요건 하에서 어느 정도 권리변경을 할 수 있을 것인지 여부도 문제되나, 위에서 지적되고 있는 점은 보증인이 절차에 참가하지 못한다는 규정과 관련한 것이다. 채무자와 보증인의 관계에 근거한 불리한 권리변경에 관하여는 회생사건실무(상), 536면 참조

68) 절차의 참가와 신고와의 관계에 관하여 보면, 회생절차에 참가한다는 것은 회생계획에서 정한 권리를 누릴 수 있다는 것과 회생계획안에 의결권을 행사할 수 있다는 두 가지 주요 권한 및 이에 부수하여 채권조사기일에 이의를 제기할 권한, 계획안의 심리를 위한 집회에서 의견을 진술할 권한, 계획안의 결의를 위한 집회에서 타인의 의결권, 조분류에 이의를 진술할 권한, 계획인부결정에 즉시항고를 제기할 권한, 회생절차폐지결정에 즉시항고를 제기할 권한 등을 가진다는 것을 의미한다(조해(중), 399~400면).

그러나 보증인의 장래구상권이 앞서 본 바와 같이 그 자체로 완전히 회생채권의 요건을 충족하는 것으로서, 권리변경의 대상이 되는 점을 고려하면 그에 상응하는 적절한 절차적 권리를 보장할 필요가 있다고 할 것인바,[69] 현존액주의와 보증인의 장래구상권에 관한 규정의 목적을 달성하기 위해서는 채권자의 채권이 전액 소멸되기 이전에는 채권자만이 회생계획상 변제를 받을 권리를 가지게 하고, 의결권을 행사하도록 하는 것으로 족하므로, "절차에 참가할 수 없다"는 부분을 "신고를 하지 못한다"고까지 해석할 필요는 없고, 회생계획상 변제를 받을 권리와 의결권이 제약된다는 것을 의미하는 것으로 보면 될 것이다. 이 경우, 채권자의 채권의 행사에도 불구하고 보증인의 장

한편, 회생절차에 참가하기 위해서는 신고가 필요한바, 위와 같은 권능을 행사하기 위해서는 신고가 신고 당시 유효하여야 할 뿐만 아니라, 위 각 권능을 행사할 때까지 유효하게 존속하고 있어야 한다. 회생채권에 대하여 이의를 진술한 채권자가 자신의 채권신고를 철회한 경우에는 회생채권이 확정된다(회생사건실무(상), 450면).

또한 회생채권신고가 부인되는 것만으로는 회생절차에 참가할 권한을 상실하는 것은 아니지만, 회생채권이 부존재하는 것으로 확정되는 경우에는 회생절차에 참가할 권한을 상실한다. 즉, 회생채권에 대하여 이의진술한 채권자가 자신의 채권이 부인 당하였는데 확정재판을 제기하지 않거나, 확정재판에서 패소가 확정된 경우 등에는 그가 이의한 회생채권은 확정된다(박홍우, "정리채권 등의 신고·조사·확정에 있어서의 문제점", 재판자료(제86집), 회사정리법·화의법상의 제문제, 법원도서관, 197면 이하, 256면). 권리확정소송에서 그 권리가 부존재함이 확정되거나 확정소송의 제소기간 도과 등의 사유로 회생절차에 참가할 자격을 확정적으로 상실한 자는 회생계획인부결정이나 회생절차폐지결정에 즉시항고할 수 없다(회생사건실무(하), 100면, 215면).

69) 앞서 본 장래구상권에 대한 권리변경 중 채권자의 채권에 대한 권리변경을 통한 권리변경은 채권자의 절차상 권한 행사로 보호되고, 이로써 충분하다고 할 수도 있으나, 채권자의 채권의 권리변경과 무관한 장래구상권만에 대한 권리변경에 대하여는 채권자는 아무런 이해관계가 없어 채권자의 절차상 권한 보장이 보증인의 적절한 절차상 권한의 보장으로 연결된다고 보기는 어렵다.

www.kci.go.kr

래구상권의 신고는 적법, 유효하므로 보증인은 회생계획상 변제를 받을 권리와 의결권만 제약을 받을 뿐 신고한 회생채권자가 행사할 수 있는 나머지 권한은 모두 행사할 수 있게 될 것이다. 보증인이 이러한 절차상의 권한을 행사한다고 하여도 채권자의 지위를 해친다고 보기는 어려울 것이다. 관리인도 보증인의 장래구상권에 대하여 채권자의 채권이 없거나, 보증계약의 부존재 등으로 장래구상권 자체가 부존재하는 등의 경우를 제외하고는 장래구상권 신고를 시인하여야 할 것이다. 이렇게 신고가 가능하다고 보는 경우에는 장래구상권에 관하여 예비적 신고만을 할 수 있다는 전제가 사라진다.

위와 같이 채권자가 자신의 채권을 신고하여도, 보증인이 장래구상권을 신고할 수 있다고 보는 경우, 보증인에게 적절한 절차참여의 기회를 보장하는 것에 더하여 앞서 본 실무상의 문제점을 해소할 수 있게 된다. 즉, 보증인이 장래구상권을 신고한 경우 채권자가 그 채권을 향후 신고할 가능성이 있는지 여부를 불문하고 이를 시인할 수 있다. 관리인이 장래구상권 신고에 일단 이의를 제기한 후, 채권자의 신고가능성이 없다고 판단되는 경우 이의를 철회하는 등의 번거로움을 피할 수 있다.

위와 같은 해석의 더 큰 이점은 보증인의 구상권에 담보권이 설정되어 있고, 채권자의 채권에 담보가 설정되어 있지 않은 경우에 합리적인 처리를 가능하게 하여 준다는 점이다. 즉, 위와 같은 해석을 취하면, 우선, 채권자가 자신의 채권 전액을 회생채권으로 신고하고, 보증인이 장래구상권을 회생담보권으로 신고한 경우, 보증인의 장래구상권을 모두 시인할 수 있다.[70]

다만, 채권자가 전액 신고하였으므로 통합도산법 제126조 제3항 단

70) 담보물 가액 이내는 회생담보권으로, 담보물 가액 초과 부분은 회생채권으로 시인한다.

서에 의하여 채권자의 채권이 전액 소멸되기 전에는 채권자만 회생계획상의 변제를 받을 수 있도록 계획안을 작성하여야 하고, 보증인에게 의결권을 부여할 수 없다. 보증인에게 의결권을 부여할 수 없다는 점은 비교적 간명하나, 회생계획의 작성은 단순한 문제는 아니다.

채권자의 채권과 보증인의 구상권이 현존액주의에 의하여 중첩적이고 열후적인 관계에 있다는 점을 직시하면 두 권리를, 담보까지 포함하여 마치 하나의 권리인 것처럼 취급하여 회생계획을 작성하는 것이 합리적이라고 생각된다. 즉, 앞서 본 사안에서 채권자에게 마치 그의 채권에 담보가 설정된 것과 마찬가지로 취급하여, 회생담보권으로 8천만 원이, 회생채권으로 2천만 원이 시인된 것과 똑 같은 내용으로 즉, 채권자에게 8,600만 원(회생담보권 8천만 원의 100% + 회생채권 2천만 원의 30%)을 변제하는 것으로 하고, 보증인은 채권자의 채권 전액이 소멸되었을 때 채권자의 위 회생계획상의 권리를 대위행사하는 것으로 회생계획을 작성하는 것이 합리적이라고 생각한다.

채권자가 회생채권자인데 회생담보권자와 같은 취급되는 것이 평등의 원칙에 반하는 것이 아닌가, 보증인이 담보권자인데도 담보로 인한 이익이 채권자에게 귀속되는 것은 보증인이나 보증인의 다른 채권자에게 불리한 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있으나, 첫째, 평등의 원칙은 서로 다른 권리를 다르게 취급하는 것은 막지 아니하므로, 회생채권이기는 하지만 현존액주의와 보증인의 권리의 열후화에 관한 통합도산법 규정의 취지에 비추어 실질적으로는 담보가 설정된 경우와 마찬가지로 취급하여야 하는 회생채권이라면 이를 회생담보권과 마찬가지로 취급할 수 있다 할 것이고, 둘째, 비록 보증인이 담보권을 설정받기는 하였지만, 보증인은 채권자에게 현실적으로 대위변제를 하여야만, 그 대위변제액 상당만큼의 피담보채권이 발생하여 비로소 담보권을 행사할 수 있게 되므로, 보증인의 담보가액을 바로 채권자

www.kci.go.kr

에게 변제함으로써 보증인이나, 보증인의 다른 채권자에게 실질적으로 불리한 점도 없고, 절차의 반복 내지 우회를 피할 수 있다.

통합도산법 하에서는 목록 제도가 신설되었으므로 채권자나 보증인의 권리를 모두 목록에 기재하여, 위와 같은 처리를 통상 할 수 있을 것이다. 만약 채권자의 채권만 목록에 기재되거나 혹은 신고 되었는데, 보증인의 담보부 장래구상권이 목록에 기재되지도 신고도 되지 않은 경우에는 어떻게 될 것인가? 이 경우에는 보증인의 담보부 장래구상권은 실권될 가능성이 높다고 보아야 할 것이다. 이를 막기 위한 방안으로는 채권자가 보증인의 장래구상권에 관하여 채권자대위권을 행사하는 등의 방안을 생각할 수 있다.

다. 보증인에 대하여 회생절차가 개시된 경우

(1) 주채무자가 회생절차개시 이전에 변제한 경우

보증인에 대하여 회생절차가 개시되기 이전에 주채무자가 일부 변제한 경우, 보증채무의 부종성에 의하여 채권자의 채권은 주채무자가 일부 변제한 금액 상당 소멸하므로, 채권자는 그 잔액의 채권으로 회생절차에 참가할 수 있다. 주채무자에게는 회생절차에서 행사할 아무런 권리가 없다.

주채무자가 전액 변제한 경우에 관하여는 특별히 언급할 점이 없다.

(2) 주채무자가 회생절차개시 이후에 변제하는 경우

보증인에 대하여 회생절가 개시된 이후에 주채무자가 일부 변제를 한 경우, 이때에도 현존액주의가 적용된다는 통설·판례에 따르면 채권자는 여전히 회생절차개시 당시 채권 전액으로 회생절차에 참가할 수 있다. 주채무자에게는 회생절차에서 행사할 아무런 권리가 없는 점은 위의 경우와 마찬가지이다.

주채무자가 전액 변제하거나, 주채무자로부터 일부 변제받은 금액과 보증인에 대한 회생계획에 따라 지급받은 금액을 합하여 채권자의 채권이 전액 소멸된 경우에는 채권자의 회생계획상 권리가 소멸한다.

Ⅳ. 회생계획과 현존액주의

1. 회생계획이 보증인 등에게 미치는 영향

가. 관련 규정

통합도산법 제250조는 회생계획의 효력에 관하여 제1항에서 회생계획은 채무자, 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자 등에게 효력이 있다고 규정한 다음, 제2항에서 "회생계획은 다음 각 호의 권리 또는 담보에 영향을 미치지 아니한다. 1. 회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차가 개시된 채무자의 보증인 그 밖에 회생절차가 개시된 채무자와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리 2. 채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보"라고 규정하고 있다.

나. 해 설

통합도산법 제250조 제2항과 같은 내용의 회사정리법 제240조 제2항의 의미와 관련하여 대법원은, 회사정리절차에서 정리계획에 의하여 정리채권의 수액이나 변제기가 변경되더라도 보증인의 책임 범위에는 아무런 영향이 없다고 판시한 바 있고,[71] 정리계획에 정리채권이 일부 출자전환되고, 그 부분을 변제된 것으로 갈음한다고 규정되어 있는 경우 출자전환으로 인한 신주발행의 효력발생일 당시의 신주

71) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다42141 판결

www.kci.go.kr

의 시가 상당액은 채권이 실질적으로 만족을 얻어 소멸하고, 그 만큼만 보증채무가 소멸한다고 판시한 바 있으며,[72] 제3자가 주채무를 면책적으로 인수하는 내용의 정리계획이 인가되어도 보증인의 책임 범위에는 아무런 영향이 없다고 판시하였다.[73]

위 판례들의 판시에 따르면 회생계획에 따른 권리변경 자체는 절차가 개시된 채무자(이하 회생채무자라고 한다)의 보증인 등에게는 아무런 영향을 미치지 않는다. 이는 민법의 일반법리에 의하면 채무면제 등에 절대적 효력이 부여되지만, 회생계획에 따른 면제 등은 임의의 채무면제와는 동일시할 수 없는 측면이 있기 때문이다.[74]

한편, 통합도산법 제250조 제2항은 회생계획의 효력이 미치는 범위에 관하여 규정한 것이므로, 회생계획 자체가 아닌 회생계획의 수행, 즉 회생계획에 의한 변제 등에는 적용되지 않는다. 또한 채권자와 회생채무자 사이에 회생절차가 진행 중이라도 회생계획과 무관하게 채무면제 등 채권소멸사유가 발생하거나, 회생절차가 종료된 이후에 채권소멸사유가 발생하는 경우도 위 조항의 적용대상이 아니다.

다. 현존액주의와의 관계

통합도산법 제250조 제2항에 의하여 회생계획이 보증인 등에게 효력이 미치지 않는 것은 현존액주의와는 별개의 것이다. 즉, 통합도산법 제250조 제2항은 회생채무자에 대한 회생계획의 권리변경이 보증인 등에게 효력이 미치지 않는다는 취지로서 회생계획의 권리변경의 한계에 관한 규정인 반면, 현존액주의는 회생절차개시 이후의 보증인 등의 채무소멸행위가 회생채무자의 채권액에 영향을 미치지 않는다는 원칙이다.

72) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004다27143 판결
73) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005다28273 판결
74) 김용덕, 앞의 논문, 87면

2. 회생계획에 의한 현존액주의의 잠탈

가. 문제제기

통합도산법이 현존액주의를 규정하고 있음에도 현실에서는 현존액주의가 제대로 지켜지지 않는 경우가 있다. 회생계획 자체가 현존액주의에 반하는 내용으로 작성되는 경우가 있기 때문에 발생하는바, 그 예는 아래와 같다.

① 주채무자에 대하여 개시된 회생절차에서 작성된 회생계획 중에 "정리계획인가결정일 이후 채권자가 보증인 기타 제3자로부터 대위변제받은 경우에는 회생계획에서 변제받을 채권에 충당한다"는 취지의 변제충당규정이 포함되는 경우(이 경우 대위변제한 제3자가 충당된 회생계획상 채권을 승계하여 제3자가 정리계획에 따른 변제를 받는다는 조항이 포함된다)[75]

② 보증인에 대하여 개시된 회생절차에서, 회생절차개시 당시의 채권 전액이 아니라 회생계획인가 이후 일정시점을 기준으로 주채무자로부터 변제받은 금액을 공제한 잔액만을 기준으로 권리변경을 하여 변제하는 것으로 회생계획이 작성된 경우

③ 보증인에 대하여 개시된 회생절차에서, 주채무자에 대한 채권이 감축 또는 면제되는 경우 보증인에 대한 채권도 감축 또는 면제되는 것으로 회생계획이 작성된 경우[76]

이러한 내용이 포함된 회생계획은 현존액주의에 위반되는 것임은 분명하다. 이러한 회생계획에 대한 인가결정이 확정된 경우 그 효력

75) 서울고등법원 2005. 7. 15. 선고 2005나6930 판결 참조
76) 박상구, 앞의 논문, 448~449면 '4' 부분

www.kci.go.kr

은 어떻게 될 것인가가 문제되는바, 현존액주의는 채권자들이 회생절차에 참가할 수 있는 액수에 관한 것으로서, 채권자들은 스스로 그 참가 액수를 정할 수 있는 재량이 있는데다가, 경우에 따라서 회생계획에 의하여 채권자들의 채권이 전액 면제될 수도 있는 것이므로, 회생계획이 권리변경의 기준액이나 회생계획에서 변제받을 금액을 현존액주의가 정하는 하한을 보장하여 주지 않았다는 것만으로는 무효라고 하기는 어려울 것이다.[77] 위와 같은 회생계획은 청산가치보장의 원칙에도 위반될 가능성이 농후하나, 청산가치보장의 원칙에 위반된 회생계획도 인가결정이 확정되면 그 내용대로 효력이 발생한다고 할 것이다.

그러나 위와 같은 내용의 회생계획 중 ①과 같은 변제충당규정은 권리변경의 한계를 벗어난 무효의 것일 수 있다. 항을 옮겨 논한다.

나. 현존액주의를 잠탈하는 변제충당규정의 효력

(1) 현존액주의를 잠탈하는 변제충당규정의 효과

위 ①과 같은 변제충당규정은 보증인으로부터 대위변제받은 금액을 회생채무자로부터 회생계획에 따라 변제받을 금액에 충당한다는 취지이다. 이러한 변제충당규정이 현존액주의에 반하는 것임은 분명하다.

회생절차개시 당시 회생채권자 갑의 채권액이 1억 원이고, 회생계획상 50%만을 현금변제하고, 나머지는 면제하는 것으로 되어 있고, 또한 위와 같은 변제충당규정이 있는데, 병이 5천만 원의 자력밖에 없고, 이로써 대위변제하였다고 가정할 때, 만약 위 변제충당규정이 유효하다면, 갑은 을의 회생계획에 따라 아무런 변제를 받을 수 없게 된다. 위 변제충당규정에 따라 병의 대위변제금 5천만 원이 회생계획상의 채권 5천만 원에 충당되었기 때문이다. 물론 갑은 "대위변제한 제3자가 충당된 회생계획상 채권을 승계하여 제3자가 정리계획에 따른 변제를 받는다"는 조항에 따라 병이 정리계획에 따라 변제받을 5천만 원에 대하여 다시 권리를 행사할 수 있을 것이다. 그러나 이에 따라 절차의 번잡이 발생하게 되고, 아울러 병에게 다른 채권자가 있는 경우에는 위 5천만 원 전부를 회수할 수 없게 된다. 도산절차에서, 민법의 일반원칙이 적용되는 경우와 마찬가지 현상이 발생하게 된다.

만약 위 변제충당규정이 없었다면, 갑은 병으로부터 5천만 원을 대위변제받았음에도 불구하고 현존액주의에 따라 회생계획상의 채권 5천만 원을 모두 행사할 수 있었을 것이다.

(2) 현존액주의에 따른 다수당사자 채권관계의 이원화와 회생계획에 의한 권리변경의 한계

그런데, 앞서 든 예에서 발생하는 현상을 고찰하면, 현존액주의에 의하여 채권자의 채권의 범위, 존부는 당해 회생절차 내부, 즉 채권자와 회생채무자 사이와, 외부 즉, 채권자, 회생채무자, 보증인 삼자 사이의 두 차원에서 별개로 존재하게 되는 것을 알 수 있다. 즉, 채권자는 회생절차 내부에서의 채권과 회생절차 외부에서의 채권을 가지게 된다.

그리고 회생절차 내부에서는 회생계획에 따라 채권자의 권리가 변경된다. 즉, 회생계획인가 이후에는 채권자의 회생절차 내부에서의 권리는 회생계획상의 권리로 바뀌는 것이다. 하지만, 회생절차 외부에서 채권자의 권리는 회생계획에 아무런 영향을 받지 아니한다. 회생절차 외부에서 갑의 채권은 원금, 이자, 지연손해금의 모든 측면에서 기존의 채권의 그것과 동일한 내용으로 존재한다.

어떤 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 이후 보증인 등이 대위변

77) 통합도산법 제250조 제2항이 임의규정이라는 것에 관하여는 김용덕, 앞의 논문, 90면; 조해(하), 713면 참조

www.kci.go.kr

제하게 되면 대위변제금은 채권자의 위 두 채권 중 어디에 충당되는 것일까? 통합도산법 제126조 제4항,[78] 제430조 제2항,[79] 회사정리법 제110조 제2항,[80] 파산법 제21조 제2항[81] 등의 취지에 비추어 볼 때, 통합도산법은 보증인 등의 대위변제금이 채권자의 회생절차 외부에서의 채권에 충당되는 것을 예정하고 있다고 생각된다. 그리고 이는 회생계획인가 전후를 구분하지 않는다.

즉, 앞서 든 예에서 위와 같은 변제충당규정이 없는 사안을 가정할 때, 병의 자력이 1억 원이고, 그 1억 원으로 전부 변제하여 갑의 채권이 전액 소멸되었다고 할 때, 갑의 채권은 회생절차 외부, 즉 채권자, 회생채무자, 보증인 삼자 사이에서 갑의 채권이 소멸되었다는 것을 의미한다. 즉, 병의 1억 원은 회생절차 외부에서의 갑의 채권에 충당된 것이다.

그리고 이는 갑이 대위변제를 받은 것이 회생계획이 인가된 이후라도 달라지지 않는다. 예를 들어 바로 위에서 든 예에서 병이 1억 원 중 5천만 원은 회생계획인가 이전에 대위변제하고, 나머지 5천만 원은 인가 후에 대위변제하더라도, 두 번째 5천만 원은 갑의 회생절차 내부에서의 채권 즉 회생계획상의 채권이 아니라 첫 번째 5천만 원과 같이 갑의 회생절차 외부에서의 채권에 충당된다. 또 병이 7천만 원

78) "제1항의 규정에 의하여 채권자가 회생절차에 참가한 경우 채무자에 대하여 장래에 행사할 가능성이 있는 구상권을 가지는 자가 회생절차 개시 후에 채권자에 대한 변제 등으로 그 채권의 전액이 소멸한 경우에는 그 구상권의 범위 안에서 채권자가 가진 권리를 행사할 수 있다."

79) "제1항 단서의 경우 제1항의 규정에 의한 구상권을 가진 자가 변제를 한 때에는 그 변제의 비율에 따라 채권자의 권리를 취득한다."

80) "전항 단서의 경우에 동항의 구상권을 가진 자가 변제를 한 때에는 그 변제의 비율에 따라 채권자의 권리를 취득한다."

81) "전항 단서의 경우에 전항의 구상권을 가진 자가 변제를 한 때에는 그 변제의 비율에 따라 채권자의 권리를 취득한다."

을 회생계획인가 이전에 변제하고, 회생계획인가 이후로서 갑이 을의 회생계획에 따라 변제받기 이전에 3천만 원을 변제한 경우, 위 7천만 원이나, 위 3천만 원 어느 것도 갑이 을의 회생계획에 따라 변제받을 5천만 원에 충당되지 아니한다. 이 경우 위 3천만 원이 갑이 을의 회생계획에 따라 변제받을 5천만 원에 충당된다고 보는 견해가 있을 수 있으나 다음과 같은 이유로 이 견해는 타당하다고 보기 어렵다.

예를 들어 위의 예에서 보증인 정이 추가로 있는 경우를 가정하면, 병이 5천만 원을 회생계획인가 이전에 변제하고, 정이 회생계획인가 이후 5천만 원을 변제한 경우, 갑의 회생절차 외부에서의 채권은 전액 소멸되고, 통합도산법 제126조 제4항에 의하여 병과 정이, 갑이 을의 회생계획에 따라 변제받을 5천만 원의 채권을 50%씩 행사하게 된다. 즉, 정이 회생계획인가 이후에 대위변제하였다고 하여 정의 대위변제금이 갑이 을로부터 회생계획으로 지급받을 채권에 충당되는 것이 아니다. 이와 달리 보면, 정만이 갑의 회생계획상 권리를 행사할 수 있게 되어, 회생계획인가 이전에 변제한 병의 권리가 무시되는 결과가 발생하고, 이는 통합도산법 제126조 제4항 등의 취지에 반한다.

결국 위와 같은 변제충당규정은 보증인 등으로부터 변제받은 금원을 법이 예정하고 있는 것과는 달리 갑의 채권 중 회생절차 내부에서의 권리 그 중에서도 회생계획인가 이후 단계에서의 권리 즉, 회생계획상의 권리에 충당한다는 규정이 된다.

그렇다면, 위 변제충당규정은 권리변경의 한계를 일탈한 것으로서 회생계획인가결정이 확정되어도 아무런 효력이 없다고 볼 수도 있다. 즉, 회생계획으로 권리변경을 할 수 있는 것은 회생채권자, 회생담보권자 및 주주의 권리이다.[82] 따라서 회생채권자, 회생담보권자 및 주주가 아닌 자의 권리는 회생계획으로 권리변경을 할 수 없고, 가사

82) 통합도산법 제252조

www.kci.go.kr

회생계획으로 권리변경을 하여도 아무런 효력이 발생하지 아니한다. 즉, 회생계획에서 공익채권에 대하여 권리변경을 하여도 아무런 효력이 발생하지 않는다.[83] 또한 회생채권자의 권리라도 회생채무자가 아닌 다른 자에 대한 권리는 권리변경의 대상이 될 수 없다. 보증인을 면책시키는 내용의 회생계획은 아무런 효력이 없다.[84]

83) 대법원 2006. 1. 20.자 2005그60 결정

84) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다48482 판결: 회사정리절차는 공익상의 필요에서 재정적 궁핍으로 파탄에 직면한 회사의 정리재건의 목적을 이루기 위하여 회사가 부담하고 있는 채무 또는 책임을 감소시켜 되도록 부담이 가벼워진 상태에서 회사가 영업을 계속하여 수익을 올릴 수 있는 여건을 만들어 주자는 것이므로, 회사가 정리채권자에 대하여 부담하는 채무에 관해서는 면책 등 광범위한 변경을 가하여 그 이해의 조정을 하게 되지만, 보증인 등 회사가 아닌 제3자가 정리채권자에 대하여 부담하는 채무를 경감시키는 것은 회사정리절차가 달성하고자 하는 본래의 목적과는 전혀 무관한 것이다.
뿐만 아니라, 만약 정리계획에 의하여 정리채권자가 회사에 대하여 갖는 권리가 소멸 또는 감축되는 이외에 보증인 등에 대하여 갖는 권리까지도 마찬가지로 소멸 또는 감축되게 된다면, 이는 회사의 정리재건에 직접 필요한 범위를 넘어 정리채권자에게 일방적인 희생을 강요하게 되는 셈이 되어 오히려 회사의 정리재건을 저해하는 요인이 될 수 있다 할 것이며, 회사정리법 제240조 제2항에서 정리계획은 보증인 등의 책임범위에 아무런 영향이 없다고 규정하고 있는 것도 이러한 취지에서 비롯된 것이다(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 91헌가8, 9 결정 참조).
이러한 입법 취지 등에 비추어 볼 때, 정리회사의 채무를 보증한 보증인의 책임을 면제하는 것과 같은 내용은 정리계획으로 정할 수 있는 성질의 것이 아니고, 설사 그와 같은 내용을 정리계획에 규정했다고 하더라도 그 부분은 정리계획으로서의 효력이 없다.
그리고 회사정리법 제240조 제2항은 정리채권자나 정리담보권자가 회사의 보증인에 대하여 그 책임을 면제하여 주는 등 그들 사이의 이해를 조정하는 것까지 금지하는 것으로 볼 수는 없으므로, 원심이 회사정리법 제240조 제2항의 성격을 강행규정이라고 보아 피고의 주장을 배척한 판시는 다소 부적절한 면이 있으나, 이 사건 정리계획 중 정리채무가 모두 변제된 경우 회사의 보증인의 채무가 소멸된다는 부분은 정리계획으로서의 효력이 없다고 판단한 것은 위 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 정리계획인가결정의 효력에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.(밑줄은 필자가 추가)

85) 위 변제충당규정의 효과를 채권자의 회수액을 감소시키는 부분과 변제충당에 관한 부분으로 나누어서, 후자의 경우는 무효라도, 전자의 경우는 유효한 것으로 취급하는 방안도 생각할 수 있다. 그러나, 위 두 부분은 서로 불가분적으로 결합되어 있으므로 위 방안은 적절하지 않다고 생각된다.

회생계획 중 변제충당에 관한 규정을 둘 수 있다는 점에 관하여는 아무런 이견이 없다. 그러나 위와 같은 변제충당규정은 채권자가 회생채무자로부터 변제받았을 때 적용되는 규정이 아니라, 채권자가 보증인 등으로부터 지급받았을 때 적용되는 것이다. 채권자가 보증인 등으로부터 변제받은 금원에 대한 변제충당권은 권리변경 대상이 될 수 있는 회생채권의 내용에 포함될 수 있는 것인가? 채권자가 보증인 등으로부터 변제받은 금원에 대한 변제충당권은 채권자의 회생채무자에 대한 권리가 아니라 채권자의 보증인 등에 대한 권리이다. 이 점은 보증인 등이 회생채권자이므로 보증인 등의 회생채무자에 대한 권리가 권리변경의 대상이 된다고 하여 달리 볼 수 없다. 즉, 보증인 등이 변제한 금원의 변제충당 문제는 채권자와 보증인 등 사이의 권리관계에 속하는 문제이지, 채권자와 회생채무자 사이의 권리관계에 속하는 문제는 아닌 것이다.

따라서 위와 같은 변제충당규정은 권리변경의 한계를 일탈한 것으로서, 가사 인가결정이 확정되어도 아무런 효력이 없는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각된다.[85]

(3) 장래구상권자의 권리행사에 영향과 절차보장의 문제

위 변제충당규정의 또 다른 문제점은 장래구상권자의 권리행사에 미치는 효과가 대위변제의 시기 등에 따라 변하는 등 복잡하고, 장래구상권자가 수인인 경우에 공정·형평의 원칙에도 위반될 가능성이 있다는 점이다. 위와 같은 변제충당규정이 유효하다면, ① 예를 들어

www.kci.go.kr

회생계획인가 이전에 대위변제한 자와 회생계획인가 이후에 대위변제한 자가 있는 경우에 후자만이 채권자의 회생계획상 권리를 취득할 수 있다. ② 또 회생계획인가 이후 어떤 보증인이 채권자가 정리계획상 변제받을 금액을 모두 대위변제한 이후, 채권자가 추가로 다른 보증인으로부터 나머지 금액을 대위변제를 받는 경우, 위 다른 보증인에게는 대위행사할 채권자의 권리가 존재하지 않는다. ③ 나아가, 어떤 보증인이 회생계획인가 이전에 7,000만 원을 대위변제하고, 회생계획상 채권자의 채권 1억 원 중 5,000만 원을 분할상환하고, 나머지는 면제하는 내용의 권리변경이 이루어지고, 이후 같은 보증인이 3,000만 원을 추가로 변제한 경우, 채권자의 채권이 전액 소멸되어도 위 보증인은 3,000만 원만 대위행사할 수 있다. 만약 위 보증인이 회생계획인가 이전에 3,000만 원을, 이후에 7,000만 원을 대위변제하였다면 위 보증인은 5,000만 원을 대위행사할 수 있었을 것이다. 보증인이 수인인 경우 보증인들은 회생계획인가 이전의 전체 대위변제액을 정확하게 파악하지 못하고 있을 수도 있다.

보증인이 회생채권자이므로 보증인의 장래구상권에 대한 권리변경이 가능하다는 점에 근거하여 위와 같은 결과 역시 보증인에 대한 권리변경으로서 용인되어야 할 것인가? 이 문제에 관하여는 절차보장의 관점이 적절하지 않은가 생각된다. 위 변제충당규정은 도산절차에서 현존액주의가 아니라 민법의 일반법리가 적용되게 하는 규정으로, 민법의 일반법리에 비추어 보면 일견 당연한 듯이 보이지만, 도산절차에서는 법이 예정하는 것과 전혀 반대의 결과를 발생시킨다. 위 변제충당규정은 단순히 채권자의 회수액을 감소시킬 뿐만 아니라 절차의 번잡을 가져오고, 장래구상권자가 대위행사할 수 있는 채권액도 불명확하게 하고, 나아가 장래구상권자 사이의 공정, 형평의 문제도 발생시킨다. 그런데, 위 변제충당규정의 문언만으로 이러한 모든 효과를 이해관계인들이 충분히 이해할 수 있는지 의문이다. 위 변제충당규정의 유효성을 판단할 때는 변제충당규정의 문언만으로는 그 효과가 명백하게 드러나지 않아 채권자나 장래구상권자로 하여금 정확한 의사판단을 할 수 없게 한다는 점도 고려하여야 할 것이다.

(4) 판 례

서울고등법원 2005. 7. 15. 선고 2005나6930 판결은 위와 같은 변제충당규정의 유효성에 관하여 "회사정리법 제108조[86][는] 정리절차에서 정리절차 개시 당시의 그 채권 전액을 정리채권으로 삼아 정리절차에 참가할 수 있다는 취지에 불과하고, 정리계획에 의하여 채권자의 권리가 변경된 이후에는 정리회사에 대하여 정리계획이 정한 바에 따라서만 권리를 행사할 수 있다고 보아야 하므로, 이 사건 "정리계획에서 보증인 등 제3자가 정리회사"의 채무를 변제하는 경우 정리계획의 변제기일이 먼저 도래하는 변제예정액부터 원금, 경과이자, 발생이자의 순으로 변제에 충당하는 것으로 정하였다고 하여 이를 들어 위 회사정리법의 규정에 위반되어 무효라고 볼 수 없[다]"고 판시한 바 있다. 위 판결은 상고취하로 확정되었다.

위 판결의 사안은, 단순히 위와 같은 변제충당규정 자체의 효력만이 문제된 것이 아니라 위와 같은 변제충당규정을 담은 주채무자의 정리계획과 주채무가 면제되면 보증채무도 감액된다는 취지의 보증인의 정리계획이 중첩적으로 적용되어 회생채권자의 채권액에 관련된 분쟁이 생긴 사안이다. 위 판결에 관하여 항을 옮겨 논의한다.

다. 주채무를 보증채무에 연동시키는 회생계획의 효력

위 서울고등법원 2005. 7. 15. 선고 2005나6930 판결의 사안의 핵심

86) 통합도산법 제126조 제1항과 동일하다.

www.kci.go.kr

을 소개하면 다음과 같다. 갑이 을에게 대여하였다. 병은 연대보증인 겸 물상보증인이다. 을에 대하여 먼저 회사정리절차가 개시되고, 정리계획상 갑의 채권은 이자는 면제되고 원금 중 20%는 출자전환, 80%는 분할상환하는 것으로 권리변경되었으며, 정리계획에 위와 같은 변제충당규정이 포함되었다. 이후 병에 대하여도 정리절차가 개시되었는데, 정리계획상 갑에 대한 보증채무는 주채무가 감축 또는 면제되는 경우 따라서 감축 또는 면제되는 것으로 권리변경되었다. 이후 병이 담보로 제공한 자산을 매각한 대금으로 자신이 정리계획에 따라 변제할 금액 중 일부를 지급하였다. 이에 따라, 을의 관리인은 을의 정리계획 중 변제충당규정에 따라 을이 정리계획상 지급할 금액이 위와 같이 병이 변제한 금액 상당 감소되었다고 주장하면서 정리채무부존재확인소송을 제기하였다. 갑은 위와 같은 변제충당규정은 무효이고, 그렇지 않더라도 병이 변제한 금원은 을의 정리계획상 면제된 갑의 채권에 우선적으로 충당되어야 하고, 만약 병의 변제액이 갑의 면제된 채권액을 초과하는 경우에는 위와 같은 변제충당규정이 적용될 수 있다고 다투었다.

위와 같은 사안에 대하여 위 판결은 앞서 본 바와 같이 위와 같은 변제충당규정이 무효라고 할 수 없다고 하고, 나아가 병이 지급한 금원이 병의 정리계획에 따라 권리변경된 병의 보증채무의 변제에 충당되고, 병의 정리계획에 의하여 면제된 채권에 충당되지 않는 것은 병의 정리계획에 따른 결과이고 을의 정리계획의 변제충당규정에 따른 결과는 아니라는 판시를 아울러 하였다. 이러한 판시의 전제로 위 판결은 "회사정리법 제240조 제2항은 주채무자인 을에 대한 정리계획에 의하여 이 사건 대출금의 내용이 변경되어도 병의 보증채무는 아무런 영향을 받지 않는다는 취지일 뿐 병에 대한 정리계획에 의하여 보증채무의 내용이 변경되는 것을 배제하는 내용은 아니다"라고 판시하고 있다.

결국 위 판결은 위와 같은 변제충당규정이 무효가 아니라는 점과 아울러 실제로는 위와 같은 변제충당규정이 유무효 여하는 이 사건의 결과에 아무런 영향을 미치지 않고, 갑의 을에 대한 정리계획상 권리가 감축된 것은 병에 대한 정리계획에 따른 권리변경의 결과라는 점 두 가지를 그 판단의 근거로 삼고 있다.

그러나 위와 같은 변제충당규정이 무효임은 앞서 본 바와 같다. 그리고 두 번째 근거도 현존액주의에 따라 다수당사자 채권관계가 이원화된다는 점에 비추어 보면 문제가 있다. 즉, 위 판결은 병이 변제한 금원이 갑의 을의 회생절차 외부에서의 채권이 아니라 을의 회생절차 내부에서의 권리, 그 중 회생계획상 권리에 충당된다고 본 점에서 문제가 있는 것이다. 이로 인하여 위 판결은 결국 병에 대한 회생계획이 갑의 을에 대한 권리에 영향을 미친다고 보게 되었다. 그러나 이는 을에 대한 회생절차에서 권리를 행사하는 갑의 입장에서 보면 현존액주의에 반하는 결과일 뿐만 아니라, 회생계획은 회생채무자와 다수당사자 채권관계에 있는 다른 채무자에 대한 채권자의 권리에 영향을 미치지 않는다고 한 통합도산법 제250조 제2항에도 반하는 결론이다.

이 점에 관하여 위 판결의 원심인 서울중앙지방법원 2004. 12. 3. 선고 2004가합39653 판결은 "주채무자와 물상보증인이 모두 정리회사일 경우 물상보증인의 정리담보권자에 대한 변제가 주채무자에게도 물상보증인의 정리계획에서 정한대로의 효력을 가지는지에 관하여 살피건대, 회사정리법 제108조, 같은 법 제240조 제2항에 의하면 정리절차개시결정 후에 정리채권자가 다른 채무자로부터 일부 변제를 받거나 다른 채무자에 대한 회사정리절차에 참가하여 변제 또는 배당을 받았다 하더라도 그에 의하여 채권자가 채권 전액에 대하여 만족을 얻은 것이 아닌 한 정리채권액에 감소를 가져오는 것은 아니므로, 채

www.kci.go.kr

권자는 여전히 정리절차개시결정시의 채권 전액으로써 계속하여 정리절차에 참가할 수 있다고 할 것이고, 또 위 각 규정들이 회사의 정리·재건을 위한 정리채권자 등의 희생을 최소한에 그치게 하기 위하여 주채무자와 보증인 또는 물상보증인에 관한 민사법의 일반원칙을 수정한 특별한 규정임에 비추어 보면 물상보증인에 대한 정리계획도 주채무자 등에게 그 효력이 미치지 않는다고 할 것이며, 또한 주채무자와 물상보증인이 모두 정리회사라고 하더라도 이와 달리 해석할 수는 없다"고 판시하였다.[87] 이 판단이 타당하다고 생각된다.

[참고문헌]

1. 국내 문헌

곽윤직, 채권총론(제6판), 박영사, 2004. 2

곽윤직, 민법 주해 채권(4), 박영사, 1997. 8

서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무 (상)/(하), 박영사, 2006. 5

지원림·제철웅, 민법연습, 홍문사, 2006. 6

김용덕, "회사정리절차와 다수당사자 채권관계", 서울대 석사학위논문, 서울대학교, 1989.

박상구, "보증·물상보증과 도산법상의 현존액주의", 상사판례연구, 2007. 5

박홍우, "정리채권 등의 신고·조사·확정에 있어서의 문제점", 재판자료(제86집), 회사정리법·화의법상의 제문제, 법원도서관

임치용, "정리회사와 보증인의 법률관계", 파산법연구, 박영사, 2004. 9

전병서, "파산선고시 현존액주의와 물상보증인의 일부 변제의 취급", 저스티스(통권 제95호), 한국법학원, 2006. 12

87) 그러나 위 원심은 위와 같은 변제충당규정이 유효라고 판단하여 원고의 청구를 인용하였다.

2. 일본 문헌

伊藤眞, 破產法(第4補訂版), 有斐閣, 2006. 1

三ヶ月章, 條解會社更生法 (中)/(下), 弘文堂, 1999.

竹下守夫, 大コメンタル 破產法, 靑林書院, 2007. 11

山內八郞, 會社更生計劃の諸問題, 一粒社, 1979. 11

杉本和士, "破產における「現存額主義」と一部弁濟處遇の關係に關する覺書(1)", 法研論集(제112号), 早稻田大學大學院 法學研究科, 2004.

海保寬, 保證人の求償權, 裁判實務大系 3 會社訴訟·會社更生法, 靑林書院

www.kci.go.kr