

회생 절차시 공사 계약 관련 보증 취급 방법 개선 방안

2013. 8

이 의 섭

한국건설산업연구원

Construction & Economy Research Institute of Korea

<차 례>

제1장 서론	1
1. 연구 동기	1
2. 보증기관 구상채권의 의결권 인정 현황	2
(1) 사례 1	2
(2) 사례 2	3
(3) 20개 회생 회사의 의결권 인정 현황과 추가 보증금 납입액 비교	5
(4) 20개 회생 회사의 회생 절차 인가 후 보증 종류별 보증금 납입액 규모	7
3. 보고서 구성	9
 제2장 회생 절차시 공사 계약 관련 보증 취급의 현황	11
1. 회생 절차시 공사 계약 관련 보증 취급에 관한 규정	11
(1) 회생 절차시 채권의 분류	11
(2) 회생 계획안 의결권에 관한 규정	15
(3) 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 규정	16
2. 보증기관의 장래 구상채권에 대한 실무 처리 실태	17
(1) 계약보증과 공사이행보증	17
(2) 하도급대금지급보증	18
(3) 하자보수보증	18
 제3장 회생 절차시 공사 계약 관련 보증 취급의 문제점	21
1. 구상권의 의결권 문제	21
(1) 장래의 청구권에 대한 명확한 개념 정의 부재	21
(2) 구상권의 의결권에 관한 규정 부재	25

(3) 구상권의 의결권에 대한 실무 처리의 문제점	32
2. 쌍방 미이행 쌍무계약 취급의 문제	34
(1) 지속적인 불안정한 법률 관계 방지 담보 장치 부재	34
(2) 계약 이행 선택시 상대방 및 이해관계인의 보호 장치 부재	37
(3) 발주자 채권 미신고 및 이중 계산의 문제	40
(4) 하도급대금지급보증의 문제점	45
(5) 쌍방 미이행 계약 유지를 선택하고 회생 계획 인가 후 해지하는 경우	47
제4장 회생 절차시 건설공사 관련 보증 취급 방법 개선 방안	49
1. 구상채권에 대한 의결권 인정 기준 명확화	49
2. 하자보수 보증에 관한 특별 규정 마련	50
3. 하도급 대금지급 채권에 관한 실무 처리 방법 변경	51
4. 회생 계획안 인가 전까지 쌍방 미이행 쌍무계약 유지 여부 결정	52
5. 계약 이행을 선택하는 경우 상대방 및 제3자 보호 장치 마련	53
6. 계약 이행 선택 이후에 계약 해제를 하는 경우에 대한 취급 방법 마련	54
제5장 결론	55

〈표 목 록〉

<표 1-1> 모(사례1) 회생 회사에 대한 건설공제조합의 채권 시·부인 내역	3
<표 1-2> 모(사례1) 회생 회사에 대한 건설공제조합의 의결권 현황	3
<표 1-3> 모(사례2) 회생 회사에 대한 건설공제조합의 채권 시·부인 내역	5
<표 1-4> 모(사례2) 회생 회사에 대한 건설공제조합의 의결권 현황	5
<표 1-5> 시공능력순위 100위 이내 기업의 회생 인가 후 대지급 발생 현황(2013. 6월 기준) ...	6
<표 1-6> 시공능력 순위 100위 이내 기업의 회생 절차 인가 후 보증 종류별 보증금 납입 현 황(2013년 6월 기준)	8
<표 3-1> 도산법의 의결권 행사에 관한 미확정 채권 분류 및 평가 방법	22
<표 3-2> 도산법에서 금액이 확정되지 않은 구상채권의 규정 비교	24
<표 3-3> 구상권의 의결권 인정 시점에 관한 규정	30
<표 3-4> 쌍방 미이행 계약에서 상대방의 불안정한 위치를 방지하는 장치 비교	37
<표 3-5> 쌍방 미이행 계약에서 이해관계인의 손실 방지 장치 비교	40
<표 3-6> 미국의 발주자와 보증 회사의 도산 절차상 채권의 인정 범위	41
<표 3-7> 독일의 발주자와 보증 회사의 회생 절차상 채권의 인정 범위	42
<표 3-8> 미국의 회생채권 리스트의 사례	44
<표 4-1> 건설공제조합 감독 기준상 대지급 전환율	51
<표 4-2> 미국의 실제 회생 계획안의 미이행 계약(Executory Contract)에 대한 선택의 예	53

요 약

제1장 : 서론

1. 연구 동기

- 회생 절차에서 회생 계획안은 기본적으로 이해 관계자의 집단적 의사결정 방법인 투표에 의해서 결정됨.
- 채권자의 이익을 극대화하고 채권자간의 형평을 달성하기 위한 회생 계획안을 만들어내기 위해서는 회생 계획안에 대한 채권자의 의결권 부여가 형평성을 달성해야 하는 것이 전제 조건임.
- 우리나라 법원은 건설회사의 회생 절차 진행시 쌍방 미이행 쌍무계약인 미완성 공사 계약과 관련한 각종 보증(계약보증·하도급대금지급보증·하자보수보증 등)을 보증한 보증기관의 장래 구상채권 중 미확정 구상채권에 대해서 의결권을 인정해주지 않고 있음.
- 따라서 보증기관은 회생 계획안에 대해서 보증기관의 의사를 반영하지도 못하고, 이후에 많은 보증금을 납부해야 하는 상황에 처하게 됨.
- 보증기관의 미확정 구상채권에 의결권을 부여하지 않는 것은 모든 채권자를 동등하게 취급한다는 「도산법」의 원칙에 위배되는 것임.
- 본 보고서에서는 회생 절차시 보증기관 구상채권의 의결권 부여 문제와 관련이 있는 쌍방 미이행 쌍무계약 등 공사 계약 보증의 취급 방법의 문제점을 분석하고, 개선 방안을 제시하였음.

2. 보증기관 구상채권의 의결권 인정 현황

- 시공능력 순위 100위 이내로서 회생 절차 인가를 받은 20개 회사의 회생 절차 인가 이후의 보증금 납입금과 의결권 인정액을 비교하여 보면, 인가 후 보증금 납입금이 많게는 의결권 규모의 2,122.3%에 이르는 회사도 있고, 200%가 넘는 기업이 5개사임.

제2장 : 공사 계약 관련 보증 취급의 현황

1. 공사 계약 관련 보증 취급에 관한 규정

(1) 회생 절차시 채권의 분류

- 우리나라는 회생 절차시 채권을 회생채권·회생담보권·공익채권 등으로 분류하는 반면, 미국은 회생채권(Unsecured Claim)·회생담보권(Secured Claim)·행정비용(Administrative Expense) 등으로 분류함.
- 우리나라의 공익채권과 미국의 행정비용은 회생 절차와 관계없이 변제받을 수 있고, 회생담보권은 회생채권보다 우선하여 변제받을 수 있는 채권임.

(2) 의결권에 관한 규정

- 채권자의 회생 계획안에 대한 의결권은 자기에 불리하다고 판단되는 회생 계획안의 확정을 저지하여 자기에 유리한 회생 계획안의 작성을 유도하거나 회생 계획안의 폐지를 도모할 수 있는 권리임.
- 법원은 금액이 확정되지 않은 회생채권자에게는 회생 절차 개시 시점을 기준으로 의결권을 부여함.
- 보증기관의 구상채권도 ‘조건부채권과 장래의 청구권은 회생 절차 개시 시점을 기준으로 평가한다’는 규정에 의하여 평가하고 있음.
- 그러나, 대부분의 경우 법원은 미확정 구상채권에 대해서는 전혀 의결권을 인정하지 않고 있음.

(3) 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 규정

- 「도산법」에서는 쌍방의 미이행 쌍무계약에 대해서 관리인에게 계약을 해제(해지)할 것인지, 아니면 계약을 계속 유지할 것인지를 선택할 권한을 부

여하고 있음.

- 그러나, 상대방은 관리인이 계약의 해제(해지)나 유지를 선택하기 이전에 임의로 관리인에게 계약의 이행을 청구하거나 해제할 수 없음.

2. 보증기관의 장래 구상채권에 따른 실무 처리 실태

(1) 계약보증과 공사이행보증

- 법원은 보증기관의 미확정 구상채권에 대해서는 우발채무가 현실화될 가능성을 평가하여 의결권을 부여한다고 주장하나, 실제로는 대부분의 경우 의결권을 인정해주지 않고 있음.

(2) 하도급대금지급보증

- 하도급 계약이 쌍방 미이행 쌍무계약이면 관리인이 계약을 유지하는 경우, 상대방의 채권은 공익채권이 되어야 함.
- 그런데 실무에서는 회생 절차 개시 시점을 기준으로 이전에 발생한 미지급 하도급대금은 회생채권으로, 그리고 이후 발생한 기성은 공익채권으로 분류하여 운영하고 있음.

(3) 하자보수보증

- 대부분의 경우 하자보수보증에 대한 구상권을 회생채권으로 인정하면서도 회생 계획안을 의결하는 제3회 관계인 집회 기일까지 보증금을 납부하지 않은 구상채권에 대해서는 의결권을 인정하지 않고 있음.

제3장 : 공사 계약 관련 보증 취급의 문제점

1. 구상채권의 의결권 문제

(1) 장래의 청구권에 대한 명확한 개념 정의 부재

- 금액이 확정되지 않은 채권을 규정하면서 개념이 모호한 장래의 청구권이라는 개념을 사용하여 혼란을 초래하고 있음.

(2) 구상권의 의결권에 규정 부재

- 우리나라 「도산법」은 보증기관의 구상채권 취급 방법이 명확히 규정되어 있지 않음.
- 이에 비하여 「미연방도산법」은 조건부채권(Contingent Claim)과 금액미확정채권(Unliquidated Claim)에 대한 취급 방법을 상세히 규정하고 있음.
- 또한, 조건부채권의 특별한 경우인 구상권(Reimbursement Right)에 대해서도 발주자와 보증회사 채권의 이중 계산 문제를 해결하기 위해 채권 평가 시점에도 조건부인 채권은 의결권을 인정하지 않는다는 규정을 두고 있음.

(3) 구상권의 의결권에 대한 실무 처리의 문제점

- 우리나라 법원은 대부분의 경우 보증기관의 구상채권에 대해서 보증기관이 보증금을 납부한 때, 즉 확정 구상채권에만 의결권을 부여하고 있음.

2. 쌍방 미이행 쌍무계약 취급의 문제

(1) 불안정한 법률 관계 방지 담보 장치 부재

- 우리나라 「도산법」도 미국과 독일의 「도산법」과 같이 쌍방 미이행 쌍

무계약에서 관리인은 계약을 해제(해지)하거나 자신의 채무를 이행하고 상대방에게 채무 이행을 청구하는 것을 선택하도록 규정하고 있음.

- 그러나 상대방은 관리인이 선택하기 이전에는 선택권이 없으며 관리인에게 계약의 해제(해지)나 계약 이행을 청구할 수 없고, 기한 내에 관리인에게 계약의 해제(해지) 또는 이행의 여부를 최고할 수 있게 규정되어 있음.
- 원도급 공사의 상대방(발주자)이 최고권을 행사하면 이에 대하여 관리인은 공사 계속의 의사 표시를 하는 것이 일반적임.
- 그러나, 내심의 의사 표시는 공사 포기임에도 불구하고 보증기관에 대한 의결권 미부여 또는 보증기관의 보증이 필요하여 임시방편으로 공사 계속의 의사를 표시하고 회생 계획 인가 이후에 공사를 포기할 수 있다는 것이 문제임.
- 또한, 관리인이 최고에 아무런 회신이 없을 경우 계속 이행으로 간주하는 것도 문제임.

(2) 계약 이행 선택시 상대방 및 이해관계인 보호 장치 부재

- 우리나라 「도산법」은 쌍방 미이행 쌍무계약에서 계약의 상대방과 관련된 이해 당사자가 손해를 보는 경우에도 아무런 조건 없이 계약 이행을 선택할 수 있음.
- 계약을 유지하는 경우 계약 상대방(발주자)과 제3자(보증기관 등)에게 손해를 끼치는 문제점이 발생할 수 있음.
 - 예를 들어, 쌍방 미이행 쌍무계약인 공사 계약을 계속 유지하는 경우 보증기관이나 금융기관은 채무자가 파산하는 경우보다 더 많은 보증 채무를 부담하는 경우가 있을 수 있음.
- 현행 계약보증은 채무자가 파산하는 경우와 동일한 책임을 지며, 선급금보증은 오히려 기성이 오른 만큼 보증 책임이 줄어들음. 하지만 공사이행보증이나 새로이 도입한 포괄대금지급보증 등은 채무자가 파산하는 경우보다 보증 책임이 증가할 수 있음.

(3) 발주자 채권 미신고 및 이중 계산의 문제

- 회생 절차시 쌍방 미이행 쌍무계약에서 상대방인 발주자는 채권 신고를 하지 않는 등 권리를 행사하지 않고 있음.
- 우리나라 「도산법」은 기본적으로 보증 채무의 부종성을 인정하지 않기 때문에 구상권은 보증의 기본이 되는 채권과는 관계가 없음.
- 그러나, 보증 채권자(발주자, 하도급자 등)의 채권과 보증기관의 구상권 이중 계산의 문제가 있으므로 이에 대한 취급 방안을 마련할 필요성이 있음.

(4) 하도급대금지급보증의 문제점

- 회생 회사가 하도급 계약을 해제하지 않는 경우, 기왕의 미지급 대금과 향후에 발생하는 하도급대금 청구권도 공익채권임.
- 그러나, 실무에서는 회생 절차 개시 일정을 기준으로 이전에 발생한 미지급 하도급 대금은 회생채권으로, 이후 발생한 하도급 기성은 공익채권으로 분류하여 운영하고 있음.
- 보증기관이 “회생 절차 개시 이전의 미결제 하도급 대금은 법리상 공익채권으로 회생 회사가 변제해야 한다”고 주장하면서 보증금 납입을 거절할 경우, 회생 회사는 형식적으로 하도급 계약을 해제하고 새로운 별도의 하도급 계약을 체결하는 사례도 있음.

제4장 : 공사 계약 관련 보증 취급의 개선 방안

- 첫째, 구상채권에 대한 인정 기준을 명확히 할 것을 제시하였음. 채무자가 의무를 이행하지 않을 경우에 상대방의 손해배상청구권에 대하여 의결권을 부여하고, 이에 대한 연대보증 채무가 있는 보증기관의 구상채권에 대해서 의결권을 인정하여야 함.
- 그런데 상대방(보증채권자)의 손해배상청구권과 보증기관의 구상권 모두에게

- 의결권을 인정하면 이중 계산이 되기 때문에 이에 대한 방안을 마련해야 함.
- 또한, 하자보수보증에 관한 특별 규정을 만들어야 함. 왜냐하면 회생 회사의 하자보수 의무는 상대방의 반대급부가 없는 의무이므로 회생 회사가 하자보수 의무를 이행할 유인이 없기 때문임.
 - 따라서, 하자보수 의무를 이행하지 않을 경우의 상대방 채권을 공익채권으로 인정할 것을 제안하였음. 만약, 상대방의 채권을 공익채권으로 인정하지 않고 회생채권으로 인정하면, 보증기관의 하자보수보증 의결권을 10% 이상 20% 이내에서 인정하여야 함.
 - 둘째, 우리나라의 「도산법」이 관리인으로 하여금 쌍방 미이행 쌍무계약을 해제(해지)하거나 유지할지를 선택하게 하고 있는 점은 다른 나라의 「도산법」과 동일함.
 - 그러나, 우리나라의 「도산법」은 관리자의 선택 기한을 정하지 않음으로써 상대방 또는 제3자가 장기간 불안정한 법률 관계를 지속하도록 하는 문제가 있음.
 - 따라서, 일정한 기한을 정하여 관리인은 쌍방 미이행 계약에 대해서 계약의 계속 유지 여부를 결정하게 하고, 만약 선택을 하지 않으면 계약을 해제(해지)한 것으로 간주하여야 함.
 - 셋째, 우리나라 「도산법」은 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 계약 이행을 선택하는 경우 아무런 조건을 부여하지 않고 있기 때문에 계약 상대방 또는 제3자(예컨대 보증기관)가 청산 절차의 경우와 비교해서 더 많은 손해를 볼 가능성이 있음.
 - 이와 같이 장래의 쌍방 미이행 쌍무계약을 이행하는 과정에서 채무자의 채무 불이행으로 상대방 또는 제3자(보증기관)에게 손실이 발생하는 경우 관리인이 이에 대한 손실 방지책을 제공하도록 하여야 함.
 - 넷째, 관리인이 쌍방 미이행 쌍무계약을 유지할 것을 선택하고 이후에 계약을 해지하는 경우를 상정할 필요가 있는데 이 경우 상대방의 채권을 공익채권으로 인정하여야 함.
 - 다섯째, 관리인이 쌍방 미이행 쌍무계약을 유지할 것을 선택하는 경우 상대방 및 제3자에 대한 보호 규정을 마련해야 함.

- 여섯째, 계약 이행을 선택하고 이후에 계약 해제를 하는 경우 상대방의 채권은 공익채권으로 취급해야 함.

제5장 : 결론

- 건설공사 관련 보증의 취급 방법에서 우리나라 「도산법」의 규정이 일부 불명확한 것은 우리나라 건설 보증과 미국 건설 보증의 차이점을 간과한 채 미국의 「도산법」을 벤치마킹한 점이 작용한 것으로 판단됨.
- 본 보고서의 문제 제기 및 개선 방안이 회생 절차에서 건설 보증과 관련된 논의를 활성화시키고, 합리적인 건설회사의 회생 절차가 마련되는 데 일조하기를 기대함.

1. 연구 동기

도산법(Bankruptcy Law)¹⁾은 채무를 제 때에 변제하지 못하게 된 채무자의 재산을 모두 팔아서 채권자에게 나누어주는 파산(Bankruptcy) 또는 청산(Liquidation) 절차와 채무자가 채무의 전부 또는 일부를 나누어 변제하게 하는 회생 또는 갱생(Rehabilitation, Reorganization) 절차를 규정하고 있다. 파산절차(청산절차)와 회생절차(갱생절차)는 모두 집단적 채권 추심절차로서 채권자가 모두 집단적으로 추심절차에 참여한다. 이에 반하여 일반 민사 집행 절차에서는 채권자가 개별적으로 채권 추심에 참여한다.

회생절차에서 채권자의 집단적 채권 추심절차를 규정하는 것이 도산법의 규정과 회생계획안(Plan of Reorganization)이다. 회생계획안은 기본적으로 이해관계자의 집단적 의사결정 방법인 투표에 의해서 결정한다. 채권자의 이익을 극대화하고 채권자간의 형평을 달성하기 위한 회생계획안을 만들어내기 위해서는 회생계획안에 대한 채권자의 의결권 부여가 형평성을 달성해야 하는 것이 전제 조건이다.

우리나라 법원은 대부분의 경우 건설회사의 회생절차 진행시 쌍방 미이행 쌍무계약인 미완성 공사계약과 관련한 각종 보증(계약보증·하도급대금지급보증·하자보수보증 등)을 보증한 보증기관의 장래 구상채권 중 미확정 구상채권에 대해서 의결권을 인정해 주지 않고 있다. 따라서 보증기관은 회생계획안에 대해서 보증기관의 의사를 반영하지도 못하고, 이후에 많은 보증금 납부를 하는 상황에 처하게 된다.

1) 본 보고서에서 도산이란 회생절차, 파산절차, 개인회생절차, 국제도산절차 등 채무를 제대로 변제하지 못하는 채무자의 채무 처리에 관한 절차 및 제도 전체를 의미한다. 그리고 도산법은 도산절차에 관해서 규정하고 있는 법규를 총칭하는 용어로 사용한다. 반면, 파산이라는 용어는 청산형 도산을 총칭하는 경우에 한하여 사용하기로 한다.

2. 보증기관 구상채권의 의결권 인정 현황

법원이 회생절차의 개시 결정이 있으면 채권자와 주주는 법원이 정한 기한 내에 채권을 신고한다. 실제 회생절차를 진행 중이거나 회생절차를 종료한 건설회사에 대해서 건설공제조합이 채권을 신고하고 의결권을 부여받은 사례를 살펴보기로 한다.

(1) 사례 1

회생절차를 신청한 모 건설회사(사례 1)에 대해서 건설공제조합은 당초 채권 신고시 회생담보권²⁾으로 약 1조 5,212억원을 신고하였다.³⁾ 이후 확정화 신고시⁴⁾ 약 45억 7,000만원의 보증금 납입 사실을 신고하였다. 이에 대하여 시인된 채권액은 당초 신고한 약 1조 5,212억원과 회생절차 개시 이후 회생담보권에 발생한 이자를 합하여 약 1조 5,214억이다. 법원은 이 중 보증금을 납부한 약 45억 7,000만원과 이에 대한 이자를 합하여 총 47억 5,483만원을 회생담보권으로 인정하였다(<표 1-1> 참조).

법원의 의결권 인정 내역을 살펴보면 확정 구상채권으로⁵⁾ 총 298억 103만원만을 인정했는데, 이 중 담보물가액 상당의 45억 7,726만원을 회생담보권으로, 252억 2,376만원을 회생채권으로 각각 인정하였다. 건설공제조합의 의결권 비율은 회생담보권자조에서는 3.58%, 회생채권자조에서는 1.12%로, 그리고 전체 의결권 인정액에서는 1.25%를 차지하였다(<표 1-2> 참조).

법원은 건설공제조합의 구상권에 대해서 298억 103만원에 대해서만 의결권을 인정했는데, 회생계획 인가 이후 건설공제조합이 보증채권자에게 추가로 납부한 보증금은 2013년 5월 말 현재 509억 7,380만원이다. 회생계획 인가 이후 납부한 보증금액까지 합

2) 회생담보권과 회생채권에 대해서는 후술한다.

3) 보증기관은 구상채권을 신고할 시 모두 회생담보권으로 신고하고 있다. 그 이유는 담보를 어느 구상채권에 특정할 수 없기 때문이다.

4) 파산법원에서는 확정채무에 대하여만 의결권을 인정하고 있어, 건설공제조합은 최초 채권 신고 이후 제3회 관계인 집회 기일 이전까지 추가 대급이 발생하면 확정화 신고를 하고 있다.

5) 도산법에서는 확정 채권과 미확정 채권이라는 용어를 사용하지 않고 있다. 실무에서 확정 구상채권은 보증기관이 보증금을 납부한 구상채권이고, 미확정 구상채권은 보증채권자가 보증금 납부를 청구하지 않은 장래의 구상권과 발주자가 보증금 납부를 청구했지만 보증기관이 아직 보증금 납부를 하지 않은 구상권이다.

하여 의결권으로 인정했으면 건설공제조합의 의결권은 807억 7,838만원으로 전체 의결권액의 3.4%로 증가하고, 앞으로도 계속 납부할 보증금액을 감안한다면 그 비율은 더 증가할 것이다.

<표 1-1> 모(사례1) 회생 회사에 대한 건설공제조합의 채권 시·부인 내역

(단위 : 천원)

구 분			당초 신고액	확정화 신고	시인액	의결권 인정액
회생담보권	확정 구상채권	원금	-	4,577,263	4,577,263	4,577,263
		개시 후 이자	-	-	177,573	-
	미확정 구상채권	원금	1,521,255,617	-	-	-
	소 계		1,521,255,617	4,577,263	4,754,836	4,577,263
	회생채권	확정 구상채권	원금	-	21,431,510	25,223,769
개시 후 이자			-	-	-	-
미확정 구상채권		원금	-	-	1,491,454,584	-
소 계		-	21,431,510	1,516,678,354	25,223,769	
합 계		1,521,255,617	26,008,773	1,521,433,190	29,801,033	

주 : 1) 확정 구상채권은 보증기관이 보증금을 납부한 구상채권이고, 미확정 구상채권은 보증채권자가 보증금 납부를 청구하지 않은 장래의 구상권과 발주자가 보증금 납부를 청구했지만 보증기관이 아직 보증금 납부를 하지 않은 구상권임.

<표 1-2> 모(사례1) 회생 회사에 대한 건설공제조합의 의결권 현황

(단위 : 천원)

구 분	전 체	건설공제조합	의결권 비율
회생담보권조	127,979,625	4,577,263	3.58%
회생채권조	2,251,296,851	25,223,769	1.12%
합계	2,379,276,477	29,801,033	1.25%

자료 : 건설공제조합 내부 자료.

(2) 사례 2

회생절차를 신청한 모(사례 2) 건설회사에 대해서 건설공제조합은 당초 채권 신고시 회생담보권으로 약 943억원을 신고하였다. 이후 확정화 신고시 약 11억 9,326만원을 추가로 신고하였다. 이 중 최종적으로 채권액으로 시인된 채권액은 당초 신고한 965억 7,568만원이다. 법원은 보증금을 납부한 약 7억 9,330만원에 대해서 확정 구상채권으로 의결권을 인정하였고, 미확정 구상채권에 대해서는 전혀 의결권을 인정하지 않았다<표 1-3> 참조).

건설공제조합의 의결권 비율은 회생담보권조에서는 7억 9,330만원으로 전체의 6.51%를 차지하였고, 회생채권자조에서는 21억 8,304만원으로 0.1%를 차지하였다. 회생담보권과 회생채권을 합하면 전체 의결권의 0.14%이다(<표 1-4> 참조).

그런데 회생절차 인가 후 2013년 6월 25일까지 건설공제조합은 추가로 30억 5,827만원을 납부하였다. 이를 합하면 확정 채권 총액은 60억 3,461만원으로 전체 의결권의 0.27%를 차지하는 비율이다.

모(사례 2) 기업은 2012년 11월에 회생계획이 인가된 기업으로 회생계획이 인가된지 7개월밖에 안된 기업으로 향후 회생계획이 진행되는 동안 건설공제조합의 보증금 납부가 증가할 가능성은 매우 높다.

<표 1-3> 모(사례2) 회생 회사에 대한 건설공제조합의 채권 시·부인 내역

(단위 : 천원)

구 분			당초 신고액	추완·확정화신고	채권 시인액	의결권 인정액
회생 담보 권	확정 구상채권	원금	1,783,090	1,193,255	793,309	793,309
		개시후 이자	0	-	-	0
	미확정 구상채권	원금	94,356,616	1,184,224	0	0
		소 계	96,139,707	1,193,255	793,309	793,309
회생 채권	확정 구상채권	원금	0	0	2,174,006	2,174,006
		개시후 이자	0	0	0	0
	상거래 채권	원금	0	0	9,031	9,031
	미확정 구상채권	원금	0	426,943	93,599,335	0
		소 계	0	426,942	95,782,371	2,183,036
	합 계		96,139,707	1,620,197	96,575,680	2,976,346

주 : 1) 확정 구상채권은 보증기관이 보증금을 납부한 구상채권이고, 미확정 구상채권은 보증채권자가 보증금 납부를 청구하지 않은 장래의 구상권과 발주자가 보증금 납부를 청구했지만 보증기관이 아직 보증금납부를 하지 않은 구상권임.

2) 추완·확정화 신고 : 채권 신고를 보완하거나 보증금 대급 사실을 신고함.

자료 : 건설공제조합 내부 자료.

<표 1-4> 모(사례2) 회생 회사에 대한 건설공제조합의 의결권 현황

(단위 : 천원)

구 분	전 체	건설공제조합	의결권 비율
회생담보권조	12,194,163	793,309	6.51%
회생채권조	2,191,326,299	2,183,037	0.10%
합계	2,203,520,462	2,976,346	0.14%

자료 : 건설공제조합 내부 자료.

(3) 20개 회생 회사의 의결권 인정 현황과 추가 보증금 납입액 비교

시공능력 순위 100위 이내에서 회생절차 인가를 받은 20개 회생회사의 의결권액과 회생절차 인가 후의 보증금 납입금을 비교하여 보면 회생절차 인가 후의 보증금 납입금이

의결권 규모의 2,122.3%에 이르는 회사도 있고(C기업), 200%가 넘는 기업이 5개사에 이르고(C, D, H, M, N 기업) 있다(<표 1-5> 참조). 회생계획 인가 후의 보증납입금 규모는 회생계획안이 2012년 이후에 인가된 기업이 절반 정도이고, 대부분의 기업에서 회생 절차가 진행 중에 있으므로 회생계획이 종료되면 크게 증가할 것이다.

**<표 1-5> 시공능력 순위 100위 이내 기업의 회생 인가 후 대지급 발생 현황
(2013년 6월 기준)**

(단위 : 백만원, %)

회생 기업	회생 계획 인가일	의결권 인정액(A)	회생계획 인가 후 대지급		비율(B/A)
			건수	대급 금액(B)	
A	2009-02-11	50,700	82	17,637	34.8
B	2009-12-22	40,934	31	7,935	19.4
C	2010-01-28	589	39	12,500	2,122.3
D	2010-01-28	1,837	137	19,888	1082.6
E	2010-09-07	386	1	110	28.5
F	2010-12-15	166,186	5	78	0.0
G	2010-12-27	36,888	155	6,031	16.4
H	2011-04-06	629	29	1,915	304.5
I	2011-09-28	6,215	17	2,622	42.2
J	2011-12-09	0	13	815	-
K	2012-02-21	16,702	41	934	5.6
L	2012-03-22	0	11	862	-
M	2012-09-25	7,068	138	23,076	326.5
N	2012-10-11	3,012	2	7,598	252.3
O	2012-11-01	12,372	22	1,889	15.3
P	2012-11-29	2,984	12	367	12.3
Q	2012-12-18	2,025	16	1,777	87.8
R	2012-12-21	39,021	28	11,161	28.6
S	2013-02-22	25,764	21	2,422	9.4
T	2013-03-19	2,025	-	-	-

주 : 1) 의결권 인정액은 회생담보권조와 회생채권조의 의결권을 합한 금액임.

2) T 기업에 대한 보증금은 기준일까지 전혀 납부하지 않았음.

자료 : 건설공제조합 내부 자료.

(4) 20개 회생 회사의 회생 절차 인가 후 보증 종류별 보증금 납입액 규모

20개 회생회사의 회생절차 인가 후 보증금 납입액을 보증 종류별로 살펴보면 다음과 같다.

1) 계약보증과 공사이행보증

2009년부터 2013년 6월까지 회생절차 인가를 받은 시공능력순위 100위 이내의 20개 업체의 경우 회생계획 인가 후에도 건설공제조합은 계약보증으로 4개 회사 4건 128억원을 납입하였고, 공사이행보증은 7개 회사 226건 477억원을 납입하였다(<표 1-6> 참조).

2) 선급금보증

2009년부터 2013년 6월까지 회생절차 인가를 받은 시공능력순위 100위 이내의 20개 업체의 경우 회생절차 인가 후에도 건설공제조합은 선급금보증으로 9개 회사 20건으로 113억원을 납입하였다.

3) 하도급대금지급 보증

2009년부터 2013년 6월까지 회생절차 인가를 받은 시공능력순위 100위 이내의 20개 업체의 경우 회생절차 인가 후에도 건설공제조합은 하도급대금지급보증으로 2개 회사 132건으로 187억원을 납입하였다.

4) 하자보수보증

2009년부터 2013년 6월까지 회생절차 인가를 받은 시공능력순위 100위 이내의 20개 업체의 경우 회생계획 인가 후에도 건설공제조합은 15개 회사 418건으로 290억원을 납입하였다.

**<표 1-6> 시공능력 순위 100위 이내 기업의 회생 절차 인가 후 보증 종류별
보증금 납입 현황(2013년 6월 기준)**

(단위 : 건, 천원)

회생 회사	인가일	계약보증		공사이행보증		선급금보증		하도급대금지급보증		하자보수보증	
		건수	대급금액	건수	대급금액	건수	대급금액	건수	대급금액	건수	대급금액
A	2009.02.11	1	576,971	33	13,907,941	4	931,924	3	88,796	41	2,131,417
B	2009.12.22			17	6,192,025	2	311,497			12	1,431,153
C	2010.01.28			13	10,504,055	4	329,312			22	1,666,937
D	2010.01.28	1	5,800,000	15	5,588,740	3	382,578			118	8,116,465
E	2010.09.07							1	110,000		
F	2010.12.15									5	77,811
G	2010.12.27			143	3,772,905					12	2,258,197
H	2011.04.06									29	1,915,281
I	2011.09.28					1	499,686			16	2,122,510
J	2011.12.09									13	815,470
K	2012.02.21							5	503,058	36	431,190
L	2012.03.22									11	862,285
M	2012.09.25	1	3,679,170	4	2,967,600	1	1,362,844	58	9,880,553	74	5,186,052
N	2012.10.11	1	2,800,000	1	4,797,800						
O	2012.11.01					1	24,289	6	289,411	15	1,575,355
P	2012.11.29									12	366,620
Q	2012.12.18							16	1,777,156		
R	2012.12.21					3	7,464,319	25	3,696,220		
S	2013.02.22					1	33,119	18	2,349,440	2	39,000
T	2013.03.19										
총합계		4	12,856,141	226	47,731,065	20	11,339,569	132	18,694,636	418	28,995,741

주 : T 기업에 대한 보증금은 기준일까지 전혀 납부하지 않았음.

자료 : 건설공제조합 내부 자료.

본 보고서는 회생 절차시 보증기관 구상권의 의결권 부여 문제를 포함하여, 의결권 부여와 관련이 있는 쌍방 미이행 쌍무계약 등 공사계약의 보증 취급 방법의 문제점을 분석하고 개선방안을 제시하고자 한다.

3. 보고서 구성

본 보고서는 4개의 장으로 구성된다. 제2장에서는 제1절에서 공사계약 관련 보증 취급 방법의 현황으로 첫째, 회생절차시 채권의 분류, 둘째, 회생계획안 의결권에 관한 규정, 셋째, 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 규정을 살펴보았고, 제2절에서 보증기관의 구상 채권에 관한 실무 처리 실태를 살펴보았다.

제3장은 공사계약 관련 보증 취급 방법의 문제점을 미국, 일본, 독일의 경우와 비교하면서 도출하였다. 제4장은 공사계약 관련 보증 취급 방법의 개선방안을 제시하였다. 그리고 제5장에서는 결론을 제시하였다.

제 2 장 회생 절차시 공사 계약 관련 보증 취급의 현황

우리나라의 회생절차는 「채무자회생 및 파산에 관한 법률」(이하 도산법)에 규정되어 있다.⁶⁾ 본장에서는 먼저 도산법에서 규정하고 있는 의결권에 관한 규정과 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 규정을 살펴보고, 회생절차시 보증기관의 구상권 취급에 관한 실무 처리 실태를 살펴보기로 한다.

1. 회생 절차시 공사 계약 관련 보증 취급에 관한 규정

보증기관의 구상채권에 대한 의결권 부여의 왜곡 원인을 살펴보고자 먼저, 도산법의 의결권에 관한 규정과 미완성공사의 특징인 쌍방 미이행 쌍무계약에 관해서 살펴보고자 한다. 먼저, 회생절차시 채권의 분류를 살펴보기로 한다.

(1) 회생 절차시 채권의 분류

1) 우리나라의 도산법

우리나라의 회생 절차시 채권은 회생채권·회생담보권·공익채권으로 분류한다.

① 회생채권

회생채권에는 첫째, 채무자에 대하여 회생절차 개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권, 둘째, 회생절차 개시 후의 이자, 셋째, 회생절차 개시 후의 불이행으로 인한 손해배상금 및 위약금, 넷째, 회생절차 참가비용이 포함된다. 회생채권은 우선순위에 따라 3

6) 도산법 제정 이전에는 1962년에 제정된 파산법, 화의법, 회사정리법, 개인채무자회생법이라는 개별법으로 되어 있었다. 이와 같은 법률을 폐지하고, 2005년 5월 30일 도산법을 제정하여 단일 법률에서 파산절차, 회생절차, 개인회생절차를 함께 규율하고 있다.

가지로 구분된다. 우선권 있는 회생채권, 일반 회생채권, 그리고 개시 후 기타채권으로 분류된다.

② 회생담보권

회생절차 개시 전의 원인으로 생긴 채무자 또는 제3자에 대한 재산상의 청구권으로서 회생절차 개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 유치권, 질권, 저당권, 양도담보권, 가등기담보권, 전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것을 회생담보권이라 한다. 다만, 회생절차 개시 이후에 발생한 채권은 채무자의 재산으로 담보가 되어도 회생담보권은 아니다.

회생담보권은 실제로 담보가 미치는 범위 내에서만 회생담보권으로 인정된다. 즉, 담보물의 가치를 평가하여 담보된 부분만 회생담보권이 되고 나머지 담보되지 않은 범위의 채권은 회생채권이 된다.

③ 공익채권

공익채권은 회생절차와 관계없이 변제받을 수 있고, 일반 회생채권보다 우선하여 변제받을 수 있는 채권이다. 공익채권은 법에서 구체적으로 열거하고 있는데, 회생절차의 진행에 필요한 비용이나 정책적으로 우선 지급을 허용한 청구권 등이 주로 포함된다(도산법 제179조).

2) 일본 회사갱생법

일본 회사갱생법도 갱생절차시(회생절차시) 채권을 갱생채권·담보채권·공익채권으로 분류하고 있다. 즉, 갱생채권⁷⁾이란 갱생 회사에 대해 갱생 절차 개시 전의 원인에 근거해 생긴 재산상의 청구권과 갱생절차 개시 후의 이자·손해배상청구권 등의 채권이다(일본 회사갱생법 제2조 제8항). 갱생채권이란 갱생절차 개시 이전의 원인에 근거하는

7) 갱생채권이란 우리나라의 회생채권과 같은 개념으로 본 보고서에서는 일본 용어는 일본식 한자 표기를 우리말로 읽는 식으로 표기한다.

재산상의 청구권으로서 물적 담보를 가지지 않는 채권이다. 이 중 일반적 선취특권이나 기타 일반의 우선권이 주어지는 채권을 ‘우선적 갱생채권’이라고 한다(일본 회사갱생법 제168조 제1항 제2호).

갱생담보권이란 갱생절차 개시 결정 당시 갱생회사의 재산에 대한 특별한 선취특권, 질권, 저당권, 상사 유치권의 피담보채권 중 해당담보권의 목적물의 시가에 의해서 담보 되는 범위의 채권을 말한다.

공익채권이란 갱생절차 개시 결정 이후의 원인에 의해서 생긴 채권으로 갱생절차의 유지 및 회사의 갱생에 필요한 채무를 말한다. 변제의 순서는 갱생계획에 대해서는 갱생담보권, 우선적 갱생채권, 갱생채권의 순서로, 갱생계획의 내용에 공정하고 형평성 있게 마련하여야 한다고 규정하고 있다(일본 회사갱생법 제168조).

3) 미연방도산법

미국의 경우도 채권은 일반적으로 회생담보권(Secured Claim)과 회생채권(Unsecured Claim)으로 구분된다(미연방도산법 제506조).⁸⁾ 공익채권은 채권이란 표현을 사용하지

8) 11 U.S.C. §506 Determination of secured status

- (a) (1) An allowed claim of a creditor secured by a lien on property in which the estate has an interest, or that is subject to setoff under section 553 of this title, is a secured claim to the extent of the value of such creditor's interest in the estate's interest in such property, or to the extent of the amount subject to setoff, as the case may be, and is an unsecured claim to the extent that the value of such creditor's interest or the amount so subject to setoff is less than the amount of such allowed claim. Such value shall be determined in light of the purpose of the valuation and of the proposed disposition or use of such property, and in conjunction with any hearing on such disposition or use or on a plan affecting such creditor's interest. (2) (생략)
- (b) To the extent that an allowed secured claim is secured by property the value of which, after any recovery under subsection (c) of this section, is greater than the amount of such claim, there shall be allowed to the holder of such claim, interest on such claim, and any reasonable fees, costs, or charges provided for under the agreement or State statute under which such claim arose.
- (c) The trustee may recover from property securing an allowed secured claim the reasonable, necessary costs and expenses of preserving, or disposing of, such property to the extent of any benefit to the holder of such claim, including the payment of all ad valorem property taxes with respect to the property.
- (d) To the extent that a lien secures a claim against the debtor that is not an allowed secured claim, such lien is void, unless—
- (1) such claim was disallowed only under section 502(b)(5) or 502(e) of this title; or
- (2) such claim is not an allowed secured claim due only to the failure of any entity to file a proof of such claim under section 501 of this title.

않고 행정비용(Administrative Expense)이라고 부른다. 또한, 어떤 채권은 일반 채권보다 우선순위가 주어지는 선순위(Priority) 채권이고, 어떤 채권은 다른 채권에 종속되는 채권이다(미연방도산법 제507조).

미국에서 보증회사의 구상채권은 회생담보권(Secured Claim)과 회생채권(Unsecured Claim)으로 구분할 수 있다. 보증회사는 다음과 같은 3가지 등의 경우에는 회생담보권을 가질 수 있다.⁹⁾ ① 보상약정(Indemnity Agreement)을 ‘Financing Statement’¹⁰⁾로 등록한 경우에는 채무자의 건설기계, 재고, 재산 등에 대해 담보권(Security Interest)이 인정되어 담보채권이 될 수 있다. ② 둘째, 보증회사가 담보물(Collateral)을 보관함으로써 담보채권을 가질 수 있다. ③ 셋째, 채무자가 ‘받아야 할 공사금액’(Contract Balance), 선취특권(Lien) 등에 대한 대위권(Subrogation Right)을 행사함으로써 담보채권을 가질 수 있다. 담보금액이 보증금액보다 낮은 경우에는 담보금액만큼만 회생담보권이고 담보금액을 초과한 채권은 회생채권이다[미연방도산법 제506(b)조].

4) 채권의 분류 종합

회생절차시 어떤 채권을 공익채권(미연방도산법의 경우는 Administrative Expense)으로 분류할지는 채권의 특징에 따라 결정된다. 기본적으로 공익채권은 회생절차의 진행에 필요한 비용이나 정책적 판단으로 우선 지급을 허용한 청구권이 포함되는데, 법에서 열거하고 있다. 우리나라 도산법은 제179조, 일본은 회사갱생법 제127조, 미연방도산법은 제503(b)조에서 열거하고 있다. 대표적인 공익채권은 쌍방 미이행 쌍무계약에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 때 상대방이 갖는 청구권이다(우리나라 도산법 제179조, 일본 회사갱생법 제62조, 미연방도산법 제503(b)조).

열거되지 않은 것은 다음과 같은 원칙에 의하여 법원이 판단하고 있다. 우리나라 도

9) Carney, Robert F., “Reimbursement and Subrogation Rights under the Bankruptcy Code and the Surety’s Proof of Claim”, p. 5.

10) ‘Financing Statement’란 채권자(Creditor)가 채무를 이행하지 않는 채무자(Debtor)의 재산에 저당권 설정 사실을 등록하여 일반 대중에게 공시하는 법적인 양식이다. ‘Financing Statement’는 일반적으로 채무자가 거주하는 주(State)의 State Secretary에게 등록한다. ‘Financing Statement’를 등록하면 보증회사는 채무자와 약정 보상인의 수많은 자산(자산이 보증한 공사에 사용되든지 아닌지에 상관없이)에 대해서 저당권을 설정한 것과 동일한 권리를 갖는다. 저당권을 설정하는 대상은 권리(Right), 권원>Title), 부동산, 동산, 공급된 기자재, 건설기계 등을 모두 포함한다.

산법은 「채무자를 위하여 지출하여야 하는 부득이한 비용」, 일본 갱생회사법은 「갱생회사를 위하여 지출해야 할 어쩔 수 없는 비용」, 미연방도산법은 「회생재단의 가치를 보존하기 위한 필요 비용」(actual, necessary cost and expense of preserving the estate)인지 여부로 판단하고 있다.

(2) 회생 계획안 의결권에 관한 규정

1) 의결권의 의의와 범위

회생절차가 개시되면 이해관계인은 회생절차 중에는 개별적으로 권리행사를 할 수 없고 집단적으로 권리행사를 한다. 즉, 회생계획안에 대한 의결권 행사로 자기에게 불리하다고 판단되는 회생계획안의 확정을 저지하여 유리한 회생계획안의 작성을 유도하거나 회생절차의 폐지를 도모할 수밖에 없다.

회생채권 또는 회생담보권을 가진 회생채권자 또는 회생담보권자는 확정된 액이나 수에 따라 의결권을 행사할 수 있고, 이의 없는 의결권을 가진 주주·지분권자는 목록에 기재되거나 신고한 액이나 수에 따라 의결권을 행사할 수 있다(도산법 제188조 제1항).

그리고 금액이 확정되지 않은 회생채권자는 회생절차 개시 시점을 기준으로 회생채권을 평가하여 의결권을 갖는다. 보증기관의 구상권과 관련된 도산법의 규정은, 조건부 채권과 장래의 청구권은 회생절차가 개시된 때의 평가금액으로 한다는 규정이다(도산법 제138조). 도산법에서 조건부채권과 장래의 청구권에 대해서는 정의하고 있지 않으나, 장래의 청구권은 정지조건부 채권으로 회생절차 개시 시점에 조건이 이루어지지 않거나, 기한부 채권으로 회생절차 개시 시점에 변제기가 도달하지 않은 채권으로 해석된다.

2) 의결권에 대한 이의

관리인과 목록에 기재되어 있거나 신고한 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자는 관계인 집회에서 회생채권자·회생담보권자·주주·지분권자의 의결권에 대해서

의의를 진술할 수 있다(도산법 제187조 단서). 그러나, 조사 절차에서 확정된 회생채권 또는 회생담보권자의 의결권에 관해서는 그러하지 아니한다. 이러한 의결권에 이의가 있는 경우에는 법원이 그 권리에 관하여 의결권을 행사할 것인지 여부와 의결권의 범위를 정하여야 한다.

3) 회생 계획안의 의결

회생계획안이 작성되어 제출되면 관계인 집회에서 각 채권자 및 주주·지분권자 조(組, Class)별로 투표를 하여 가결 여부를 결정한다. 조란 관계인에 의하여 구성되는 의결 단위를 말한다. 회생계획안에 대하여 모든 조가 법이 정한 요건의 찬성을 하면 관계인 집회에서 가결된 것이다(도산법 제237조).

가결을 위해서는 회생채권자조에서는 의결권 총액의 2/3 이상의 동의, 회생담보권자조에서는 의결권 총액의 3/4 이상의 동의, 주주·지분권자조에서는 1/2 이상의 동의가 필요하다(도산법 제237조). 주주조에서는 1/2의 찬성이 있어야 하지만 채무자의 부채가 자산을 초과하는 경우에는 주주조는 의결권이 없다. 회생계획안에 대한 결의는 서면 결의도 가능하다(도산법 제240조). 관계인 집회에서 심리 및 결의를 마친 회생계획안은 법원의 인가 결정을 받아야 효력이 발생한다.

(3) 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 규정

건설기업의 회생절차의 경우 회생절차 개시 시점에 미완성 공사계약이 존재한다. 미완성 공사계약처럼 쌍방이 모두 이행을 완료하지 않은 쌍무계약의 경우에 대해서 도산법은 특별한 규정을 두고 있다.

도산법은 이와 같은 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 관리인에게 계약을 해제(해지)할 것인지, 아니면 계약을 유지할 것인지를 선택할 권한을 부여하고 있다. 즉, 쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차 개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다(도산법 제119조 제1항). 그러나 회생계획안 심리를 위한

관리인 집회가 끝난 후 또는 서면결의에 부치는 결정이 있는 후에는 계약을 해제 또는 해지할 수 없다(도산법 제119조 제1항 단서).

상대방은 관리인이 계약의 해제(해지)나 이행의 청구를 선택하기 이전에 임의로 계약을 이행하거나 관리인에게 계약의 이행을 청구하거나 해제할 수 없다. 다만, 상대방은 관리인에게 계약의 해제(해지) 또는 이행의 여부를 최고할 수 있고, 관리인이 최고를 받은 후 30일 이내에 응답하지 않은 경우에는 관리인은 해제권 또는 해지권을 포기한 것으로 본다. 그리고 관리인이 계약 해제를 선택한 경우 상대방에게 발생한 손해배상청구권은 회생채권이 되고(도산법 제121조), 이행을 선택한 경우에는 상대방의 이행청구권은 공익채권이 된다(도산법 제179조 제7호).

관리인이 계약의 이행을 선택한 때 상대방의 권리를 공익채권으로 취급하는 이유는 첫째, 공평을 기하려는 때에 있다.¹¹⁾ 쌍무관계에서 쌍방 당사자의 의무는 동시 이행 관계에 있고 서로 담보 기능을 가지는데 관리인이 공사이행을 선택한 때 상대방의 권리가 회생채권이면 관리인은 완전한 이행을 받는데도 상대방은 안분 배당을 받으므로 공평에 반한다.

둘째, 상대방이 계약을 이행하면 채권자 전체가 이익을 받으므로 회생회사에서 반대급부를 이행하는 것이 당연하기 때문이다.

2. 보증기관의 장래 구상채권에 대한 실무 처리 상태

(1) 계약보증과 공사이행보증

우리나라 도산법은 보증기관의 구상채권 취급 방법에 관해서는 특별한 규정이 없다. 단지, 보증기관의 구상채권이 조건부채권 또는 장래의 청구권이라는 성질 때문에 도산법 제138조¹²⁾ 및 제197조 제1항¹³⁾에 의거해서 다음과 같은 방법으로 처리하고 있다.

법원은 채무자가 파산하지 않는다면 장래의 구상채권은 시간이 경과함에 따라 소멸되는 것이 대부분이기 때문에 채권액 전체에 대하여 의결권을 부여하지 않고 우발채무(장

11) 김주학(2009), 기업도산법 p.362.

12) 도산법 제138조(조건부채권과 장래의 청구권) ① 조건부채권은 회생절차가 개시된 때의 평가금액으로 한다. ② 제1항의 규정은 채무자에 대하여 행사할 수 있는 장래의 청구권에 관하여 준용한다.

13) 제197조 제1항 : 이의 있는 회생채권 또는 회생담보권으로서 그 확정절차가 종결되지 아니한 것이 있는 때에는 그 권리 확정의 가능성을 고려하여 회생계획에 이에 대한 조치를 정하여야 한다.

래의 구상채무)가 현실화될 가능성을 평가하여 의결권을 부여하여야 한다고 주장한다.¹⁴⁾ 그러나 대부분의 경우 법원은 보증기관의 미확정 구상채권¹⁵⁾에 대해서는 의결권을 인정 해주지 않고 있다.

또한, 관리인도 채권 조사절차에서 채권액 자체에 대해서는 시인하더라도, 의결권액에 대해서는 현실화 가능성을 평가하여 그만큼 시인하거나, 의결권액 전액에 대하여 이의를 제기하고 있다.¹⁶⁾ 더욱이 관리인이 시인한 미확정 구상채권의 의결권에 대해서도 법원이 이를 인정하지 않는 경우도 있다.

(2) 하도급대금지급보증

하도급 계약도 원도급 계약과 마찬가지로 만약 회생절차 개시 시점에 쌍방 미이행 쌍무계약이면, 채무자는 계약을 유지하거나 계약을 해제(해지)할 수 있다. 계약을 유지하면 상대방의 채권은 공익채권이 되고, 계약을 해제(해지)하면 상대방의 채권은 회생채권이 되어야 한다.

그런데 실무에서는 하도급 계약을 유지하는 경우 회생절차 개시 시점을 기준으로 이전에 발생한 미지급 하도급 대금은 회생채권으로, 이후 발생한 하도급 기성은 공익채권으로 분류하여 운영하고 있다.

하도급 계약을 유지하는 경우 보증기관이 회생절차 개시 이전의 미결제 하도급대금은 법리상 공익채권이므로 회생회사가 변제해야 한다고 주장하면, 회생회사는 형식적으로 하도급 계약을 해제하고, 새로운 별도의 하도급 계약을 체결하는 사례도 있다.

(3) 하자보수보증

회생절차 개시 시점에서 이미 발주자가 하자보수를 요청한 상태면 발주자의 채권은

14) 서울중앙지방법원(2011), 회생사건실무(하), p.25.

15) 도산법에는 미확정 구상채권의 정의가 없지만, 실무에서는 다음과 같은 의미로 사용되고 있다. 미확정 구상채권이란 발주자가 아직 보증금 청구를 하지 않은 보증기관의 장래의 구상권 또는 발주자가 보증기관에게 보증금 청구를 했지만 아직 보증기관이 보증금을 납부하지 않은 장래의 구상권을 의미한다.

16) 채권 조사절차에서 의결권액에 대하여 이의가 없었다면 결의의 단계에서 의결권에 대해서 이의를 하는 것은 허용되지 않는다(도산법 제187조 단서).

회생채권이 된다. 그리고 회생회사가 하자보수를 이행하지 않으면, 보증기관은 하자보수보증금을 납부해야 하고, 보증기관은 회생회사에 대하여 하자보수보증금 납부에 대한 구상권을 취득한다.

또한, 회생절차 개시 시점에서 발주자가 하자보수를 요청하지 않았어도 이후 발주자가 공사의 하자를 이유로 하자보수를 요구하면 회생회사는 하자보수의무가 있다. 하자보수를 보증한 보증기관은 회생회사가 하자보수의무를 이행하지 않으면 하자보수보증금 납부 의무가 발생한다.

발주자가 하자보수를 요청한 경우 보증기관과의 업무거래 재개를 염두에 두고 있는 회생회사라면 하자보수를 시행하지만, 보증기관과의 업무 거래를 포기하는 경우 전혀 하자보수 의무를 이행하지 않는 경향이 있다. 이 경우 보증기관은 하자보수보증금을 납부하여야 하고, 회생회사에 대한 구상권을 갖는다.

법원은 하자보수보증에 대한 구상권을 회생채권으로 인정하면서도 회생계획안을 의결하는 제3회 관계인 집회 기일까지 보증금을 납부하지 않은 구상채권에 대해서는 의결권을 인정하지 않고 있다.

제 3 장 회생 절차시 공사 계약 관련 보증 취급의 문제점

회생 절차가 일반 채권 추심 절차와 다른 별도의 추심 절차로서 존재 의의를 가지려면 다음과 같은 원칙이 성립되어야 한다. 첫째, 일반적인 채권 추심 절차는 개별 채권자의 이익에 관심이 있지만, 회생 절차는 채권자 전체의 이익을 극대화하는 데 관심이 있다. 즉, 회생 절차에서 받는 총액이 일반 추심에서 채권자 전체가 변제받는 총액보다 적어서는 안 되고, 채권자간의 형평이 중요한 원칙이다.

둘째, 회생 절차는 채무자가 강제 집행을 당하는 경우보다 더 나쁜 위치에 놓이지 않게 하고, 채무자가 경제적 파탄 상태를 극복하여 정상적인 경제 활동을 할 수 있도록 도움을 주어야 한다.

이하에서는 이와 같은 원칙에 유념하면서 공사 계약 관련 보증 취급의 문제점을 미국·독일·일본의 경우와 비교하면서 도출하고자 한다.

1. 구상권의 의결권 문제

(1) 장래의 청구권에 대한 명확한 개념 정의 부재

우리나라 도산법은 회생절차시 구상채권의 의결권에 관한 명확한 규정이 없다. 단지, 조건부 채권과 장래의 청구권은 회생절차가 개시된 때의 평가금액으로 한다는 규정을 구상채권에 적용하고 있다. 그런데 장래의 청구권의 개념이 모호하여 혼란을 초래하고 있다.

도산법은 회생절차의 개시 시점에 금액이 확정되지 않은 채권에 대해서 금액을 산정하는 방법을 규정하고 있다. 확정되지 않은 채권을 ‘이자 없는 기한부채권’, ‘정기금 채권’, ‘이자 없는 불확정기한채권’, ‘비금전채권’, ‘조건부채권’ 및 ‘장래의 청구권’ 등으로 구분하고 채권 금액 산정 방법을 규정하고 있다(도산법 제133조에서 제138조, <표 3-1> 참조).

이 규정에 포함되어 있는 장래의 청구권은 불필요한 분류이다. 조건부채권이란 조건이 성취되면 채권의 효력이 발생하는 민법상의 정지조건부 채권으로 이해할 수 있으나,

장래의 청구권이란 개념은 상당히 모호하다. 장래의 청구권이 될 수 있는 채권은 조건부채권과 기한부채권이 될 수 있다. 그런데 이러한 채권은 <표 3-1>에서 보는 바와 같이 이자 없는 기한부채권과 이자 없는 불확정기한채권 및 조건부채권으로 이미 분류하였다.

<표 3-1> 도산법의 의결권 행사에 관한 미확정 채권 분류 및 평가 방법

채권의 분류	평가 방법	비고
이자 없는 기한부채권	기한 도래 시점의 금액을 회생절차 개시 시점에서 법정이율로 할인한 현재가치	도산법 제134조
정기금 채권	각각의 정기금을 회생절차 개시 시점에서 법정 이율로 할인한 현재가치	도산법 제135조
이자 없는 불확정 기한채권	회생절차 개시 때의 평가금액	도산법 제136조
비금전채권	회생절차 개시 때의 평가금액	도산법 제137조
조건부채권	회생절차 개시 때의 평가금액	도산법 제138조
장래의 청구권	회생절차 개시 때의 평가금액	도산법 제138조

실무에서는 채권자·회생회사·법원 모두 보증기관의 구상권은 장래의 청구권이기 때문에 이를 평가하여 의결권을 부여해야 한다는 점에서는 의견이 일치한다. 그런데 구상권의 의결권을 인정하는 조건이 상이하다. 보증기관은 보증을 한 보증금액 전체가 장래의 청구권이기 때문에 이를 평가하여 의결권을 부여한다고 주장하고 있고, 대부분의 경우 법원은 보증금을 납부한 경우에만 의결권을 인정하고 있다.

이와 같이 의결권을 인정하는 조건이 다른 이유는 장래의 청구권이라는 의미가 보증기관의 구상채권과 관련해서는 다양하게 해석될 수 있기 때문이다. 보증기관이 보증을 한 시점에서도 장래에 건설회사가 의무를 이행하지 않으면 보증채무가 발생하므로 장래의 구상채권이 존재한다고 할 수 있고, 건설회사가 실제로 의무를 이행하지 않은 경우에도 보증회사가 실제로 보증금 납입을 하여야 구상채권이 발생하므로 이 경우에도 장래의 구상채권이 존재한다고 할 수 있다. 이와 같이 장래의 청구권이라는 개념을 보증회사의 구상권에 적용하고 있어 구상권의 의결권 문제에 혼란을 초래하고 있다.

일본 회사갱생법도 우리나라 도산법과 동일하게 갱생채권의 의결권을 규정하고 있다. 즉, 기한부 채권과 조건부채권 및 장래의 청구권도 갱생채권에 포함되고 이들 채권은 갱생절차 개시 때의 평가액으로 의결권을 갖는다고 규정하고 있다(일본 회사개생법 제

136조).¹⁷⁾ 우리 도산법이 일본의 회사갱생법을 직접적으로 벤치마킹한 것으로 보인다.

그러나, 미국은 미확정 구상채권에 대해서 장래의 청구권이라는 개념을 사용하지 않고 있다. 「도산절차에 대한 연방규칙」(Federal Rule of Bankruptcy Procedure, 이하 미연방도산규칙)은 조건부·금액미확정채권(Contingent/Unliquidated Claim)의 개념을 명확히 정의하고, 이들 개념을 사용하여 공사계약과 관련된 보증회사의 구상채권 의결권 문제를 명확히 하고 있다.

미연방도산규칙은 첫째, 조건부채권(Contingent Claim)이란 현재에는 채권이 존재하지 않으나, 장래에 어떤 사건(Event)이 발생하면 효과가 발생하는 채권으로 정의하고 있다.¹⁸⁾

둘째, 금액미확정채권(Unliquidated Claim)이란 채권이 존재하는 것은 명백하나 금액이 확정되지 않은 채권으로 정의하고 있다.¹⁹⁾ 이에 반해 금액확정채권(Liquidated Claim)이란 특정한 시기에 받을 금액이 결정된 채권으로 원금과 이자율이 결정된 약속어음 등이 이에 속한다. 이 중 채권의 금액이 숫자로 확정된 채권을 고정채권(Fixed Claim)이라고 한다.

미연방도산법에서는 회생절차시 금액이 확정되지 않은 구상채권을 조건부채권(Contingent Claim) 또는 금액미확정채권(Unliquidated Claim)으로 분류하고 있다. 반면, 우리나라의 도산법은 금액이 확정되지 않은 구상채권에 조건부채권 및 장래의 청구

17) (更生債權者等の議決權) 第三百三十六條 更生債權者等は、その有する更生債權等につき、次の各号に掲げる債權の區分に從い、それぞれ当該各号に定める金額に応じて、議決權を有する。一 更生手續開始後に期限が到來すべき確定期限付債權で無利息のもの 更生手續開始の時から期限に至るまでの期間の年數（その期間に一年に滿たない端數があるときは、これを切り捨てるものとする。）に応じた債權に對する法定利息を債權額から控除した額 二 金額及び存續期間が確定している定期金債權 各定期金につき前号の規定に準じて算定される額の合計額（その額が法定利率によりその定期金に相當する利息を生ずべき元本額を超えときは、その元本額） 三 次に掲げる債權 更生手續開始の時における評価額 イ 更生手續開始後に期限が到來すべき不確定期限付債權で無利息のもの ロ 金額又は存續期間が不確定である定期金債權ハ 金錢の支拂を目的としない債權ニ 金錢債權で、その額が不確定であるもの又はその額を外國の通貨をもって定めたもの ホ 條件付債權 ヘ 更生會社に對して行うことがある將來の請求權 四 前三号に掲げる債權以外の債權 債權額。

18) 미연방도산규칙(Federal Rule of Bankruptcy Procedure)의 도산양식(Bankruptcy Forms) B4에서는 Contingent Claim을 “A claim is contingent if the debtor’s liability depends on an occurrence of a certain Event, such as when the debtor is a consignor on another’s loan and that person fails to pay”라고 정의하고 있다.

19) 미연방도산규칙(Federal Rule of Bankruptcy Procedure)의 도산양식(Bankruptcy Forms) B4에서는 Unliquidated Claim을 “An Unliquidated Claim is a claim the amount of which is not completely certain. The claim exists, but the amount is presently unknown. For example, a debtor may have been at fault in a car accident, but there is no judgement yet establishing the amount of the debtor’s liability. The debtor will have to estimate the amount of such a claim and designate it as unliquidated”라고 정의하고 있다.

권이라는 개념을 적용하고 있다. 그리고 장래의 청구권에 대해서 명확한 정의를 하고 있지 않아 혼란을 초래하고 있다. 즉, 채권자·회생회사·법원 모두 보증기관의 구상권은 장래의 청구권이기 때문에 이를 평가하여 의결권을 부여해야 한다는 점에서는 의견이 일치하지만 장래구상권의 의결권을 어떻게 인정할 것인지에 대하여는 이견이 있다.

또한, 우리나라에서는 실무적으로 장래의 구상채권을 확정 구상채권과 미확정 구상채권으로 구분하여 사용하고 있다. 확정 구상채권이란 보증기관이 보증금을 납부한 구상채권이고, 미확정 구상채권이란 보증채권자가 보증금 청구를 하지 않았거나, 보증금 청구를 했더라도 보증기관이 보증금을 납부하지 않은 경우의 구상권이다.

반면, 미국의 경우 구상권은 금액확정채권(Liquidated Claim), 조건부채권(Contingent Claim) 및 금액미확정채권(Unliquidated Claim) 등으로 구분한다. 조건부채권을 금액미확정채권으로 분류하지 않고 별도로 조건부채권으로 구분한다. 조건이 성립한 조건부 구상권은 조건이 성립되었다고 하더라도 금액이 확정되지 않으면 금액미확정채권(Unliquidated Claim)이고, 조건이 성립하고 금액이 확정되면 금액확정채권(Liquidated Claim)이다. 즉, 금액미확정채권은 조건부채권도 아니고 기한부채권도 아닌, 현재 채권이 존재하는 것은 확실하지만 금액만이 확정되지 않은 채권을 의미한다고 할 수 있다(<표 3-2> 참조).

<표 3-2> 도산법에서 금액이 확정되지 않은 구상채권의 규정 비교

	한국·일본	미국
도산법 규정	<ul style="list-style-type: none"> - 조건부채권 - 장래의 청구권 (정의가 없어 모호함) 	<ul style="list-style-type: none"> - 조건부채권(Contingent Claim) : 현재에는 채권이 존재하지 않으나 장래에 어떤 사건이 발생하면 효과가 발생하는 채권 - 미확정채권(Unliquidated Claim) : 채권이 존재하는 것은 확실하나 금액이 결정되지 않은 채권 (예, 자동차 사고로 손해배상채권이 존재하나 아직 금액이 결정되지 않은 채권)
실무 처리	- 확정채권과 미확정채권으로 구분하여 처리	- 금액확정채권(Liquidated Claim), 조건부채권(Contingent Claim) 및 금액미확정채권(Unliquidated Claim)으로 구분하여 처리

주 : 우리나라의 미확정채권은 미국의 금액미확정채권(Unliquidated Claim)과 의미가 다름.

(2) 구상권의 의결권에 관한 규정 부재

1) 미연방도산법의 구상권 의결권에 관한 규정

우리나라는 앞서 지적하였듯이 회생절차시 구상권의 의결권에 관한 명확한 규정이 없다. 그러나, 미연방도산법은 구상권의 의결권에 대해서는 명확하게 규정하고 있다. 이하에서는 미연방도산법의 구상권의 의결권과 관련된 규정을 살펴보기로 한다.

미국에서 보증회사의 구상권은 상황에 따라 금액확정채권(Liquidated Claim), 조건부채권(Contingent Claim), 금액미확정채권(Unliquidated Claim)으로 구분된다. 보증회사가 보증서에 근거해서 보증채권자에게 지불한 보증금과 경비(Losses and expenses)는 금액확정채권이지만, 보증금액(Penal Sum)에서 지불한 보증금액과 경비를 제외한 나머지 보증금액은 금액미확정채권이 된다.²⁰⁾

미국 보증회사의 보증금 일부 납부라는 조건부채권의 조건을 충족시킨 경우에도(조건부채권의 조건 성립 조건은 후술) 금액미확정채권(Unliquidated Claim)²¹⁾이 되는 이유는 미국 건설보증의 특징과 관련이 있다. 미국의 건설보증은 보증채무가 정액이 아닌 특징이 있는데, 이를 간략하게 설명하기로 한다.

① 미국 건설보증의 특징

첫째, 이행보증(Performance Bond)은 계약자(주채무자)가 계약상 의무를 이행하지 않을 경우 보증회사(Surety)가 원래의 계약자를 대신하여 계약이행을 행하거나 보증금액(Penal Sum)을 한도로 보증채권자(발주자)가 입은 손해를 배상하여 주는 보증이다. 이행보증의 보증금액은 대부분 계약금액의 100%이고 일부 주(State)에서는 50%이다(예컨대 캘리포니아주).

보증회사가 구체적으로 선택할 수 있는 방안은 첫째, 보증회사가 다른 건설회사와 계

20) Lanak, Frank M. and George J. Bachrach, "The Surety's Proof of Claim- Obtaining Reimbursement for the Loss," Nineteenth Annual Northeast Surety and Fidelity Claims Conference, September 2008, p.14.

21) 미국에서 Unliquidated Claim은 우리의 미확정채권의 개념과 상이하다. 미국의 Unliquidated Claim은 조건부채권도 아니고, 기한부채권도 아니다. 채권이 존재하는 것은 확실하지만 현시점에서 향후에 누가 얼마나 금액을 청구할 것인가가 불확실해서 금액을 정할 수 없는 채권을 의미한다.

약을 맺어 공사를 완성하는 방안으로서 추가되는 비용(계약금액의 증가)은 보증금액에 관계없이 보증회사가 부담한다. 둘째, 발주자에게 새로운 건설업자를 선정하여 주고, 발주자가 새로운 건설업자와 새로운 계약을 맺도록 하는 방안으로, 재발주에 드는 사무비용을 자신의 비용으로 지불하고 계약금액의 증가분은 보증회사가 보증금액 한도 내에서 부담한다.²²⁾ 따라서 이행보증의 경우 구상채권은 구상채권이 효력을 발생하는 조건이 충족된 이후에도 금액이 확정되지 않는 특징이 있다.

둘째, 지급보증(Payment Bond)은 주채무자인 원도급자가 대금의 지급 약속(Payment Commitment)을 다하지 못해 대금 지급이 이루어지지 않는 경우, 보증기관이 대금을 지급할 것을 포괄적으로 보증하는 증권이다. 지급보증증권의 보증금액은 이행보증증권의 보증금액보다 적지 않아야 한다. 원도급자의 지급 약속은 원도급자와 직접 계약관계를 체결한 근로자와 자재 공급자에 대한 지급 의무뿐만 아니라, 원도급자와는 직접적인 계약관계가 없더라도 해당 건설계약의 이행과정에서 참여한 모든 노동자와 자재 공급자에 대한 지급 의무까지도 부담한다는 약속이다. 하도급자와 직접 계약관계를 가지고 있으나 원도급자와는 계약관계가 없는 근로자와 자재 공급자는 마지막으로 노무 혹은 자재를 공급한 날로부터 90일 이내에 서면으로 원도급자에게 통지를 한 경우에 한하여 지급보증의 보호를 받을 수 있다.

이와 같이 지급보증(Payment Bond)은 공사에 참여한 근로자·자재 공급자 등의 대금 지급을 포괄적으로 보증하는 보증이다. 수많은 근로자·자재 공급자 등이 보증금 청구권자이기 때문에 한사람이 보증금 청구를 하여 보증금을 지불해서 보증금 납부 조건이 충족되었음에도 불구하고 전체 보증금 금액을 확정할 수 없다.

② 미연방도산법의 조건부·금액미확정 채권 취급 규정

먼저, 연방도산법의 구상권 취급 방법을 알아보기 위하여 먼저 조건부·금액미확정 채권 취급 규정을 살펴보기로 한다.

22) 이외에도 원래의 건설회사가 계약 이행을 하지 못하는 이유가 재정적인 문제일 경우에는 계약자를 재정적으로 지원하여 공사를 완성하도록 하는 방안과 보증회사가 발주자에게 프로젝트를 수행하게 하고 아무 일도 하지 않는 방안도 있다. 이 경우 비용의 증가와 손해에 대해서 발주자와 협상하거나 발주자에 대항하여 소송을 제기한다.

첫째, 미연방도산법(U.S. Bankruptcy Code)도 조건부·금액미확정 채권 금액을 평가하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 회생 절차가 지연되는 것을 방지하기 위하여 ‘제한된 목적’을 위하여 조건부·금액미확정 채권 금액을 평가(Estimation)할 것을 강제하고 있다[연방도산법 제502(c)조].²³⁾ 그러나, 조건부채권이나 금액미확정채권을 평가하는 방법에 대해서는 규정하지 않고 있어, 법원은 상황에 따라 가장 적합하다고 판단되는 방법을 적용하고 있다.

‘제한된 목적’에는 회생계획안의 채택 여부를 판단하는 것도 포함된다. 즉, 회생계획안의 채택 여부를 판단하는 투표를 할 경우에도 조건부·금액미확정 채권 금액을 평가한 것을 인정하고 있다. 미연방도산규칙은 법원이 적정하다고 인정하는 금액을 인정할 수 있도록 규정하고 있다[연방도산규칙 제3018조(a)]. 그리고 법원이 조건부채권이나 미확정채권의 금액을 평가하면 동일한 우선순위를 가지는 채권에도 동일하게 적용한다.²⁴⁾

미연방도산법의 조건부·금액미확정 채권 취급에 관한 두 번째 규정은 채권액이 ‘채무자 스케줄’(Debtor’s Schedules)에 기록되어 있지 않거나, 기록되어 있더라도 다툼이 있거나(Disputed), 조건부(Contingent) 채권이거나, 금액미확정(Unliquidated) 채권으로 기록되어 있는 채권자는 회생계획(Plan of Reorganization)에 투표권을 행사하거나 배분에 참여하기 위해서는 반드시 증거를 제출하여야 한다는 규정이다[연방도산규칙 제3003(c)조].²⁵⁾

세 번째 규정은 보증회사가 조건부·금액미확정 채권을 신고하는 경우 다른 이해관계자(Party in interest)의 이의 제기가 없으면, 구상채권의 유효성과 금액에 대한 증거가 된다는 것이다[미연방도산법 제502(a)조, 미연방도산규칙 제3007조].²⁶⁾

23) 11 U.S.C. 502(c) There shall be estimated for purpose of allowance under this section -

(1) any contingent or unliquidated claim, the fixing or liquidation of which, as the case may be, would unduly delay the administration of the case; or (2) any right to payment arising from a right to an equitable remedy for breach of performance.

24) Neff, Kelly and Mark G. Douglas(2005), “Bankruptcy Court has broad discretion to estimate and temporarily allow claims for voting purpose”, Business Restructuring Review, Volume 4, No4, March/April, 2005(www.jonesday.com).

25) Fed. R. Bankr. P. 3003(c)(2) (c) FILING PROOF OF CLAIM.(1) Who May File. Any creditor or indenture trustee may file a proof of claim within the time prescribed by subdivision (c)(3) of this rule.(2) Who Must File. Any creditor or equity security holder whose claim or interest is not scheduled or scheduled as disputed, contingent, or unliquidated shall file a proof of claim or interest within the time prescribed by subdivision (c)(3) of this rule; any creditor who fails to do so shall not be treated as a creditor with respect to such claim for the purposes of voting and distribution.

26) 11 U.S.C. § 502(a)§502. Allowance of claims or interests (a) A claim or interest, proof of which is filed under section 501 of this title, is deemed allowed, unless a party in interest, including a creditor of a general partner in a partnership that is a debtor in a case under chapter 7 of this title, objects.

③ 미국에서 보증회사가 대납 보증금을 상환받을 수 있는 방법

미연방도산법에서 보증회사가 보증금 납입을 하고 이를 상환받을 수 있는 방법은 구상권(Reimbursement Claim) 법리를 이용한 방법과 대위권(Subrogation Claim)(미연방도산법 509조)²⁷⁾ 법리를 이용하는 방법이 있다. 보증회사는 구상권과 대위권의 2가지 형태의 법리 중 하나를 선택할 수는 있으나 모두 행사할 수는 없다. 이하에서는 미연방도산법의 보증인 구상권과 대위권에 대해서 설명하고자 한다.

가. 미연방도산법의 구상권 취급 규정

미연방도산법은 구상권 취급 방법에 대해 규정하고 있다. 첫 번째 규정은 회생절차 개시 이후에 확정되는 구상권도 회생절차를 신청하기 이전에 확정된 채권과 동일한 조건으로 채권으로 시인되거나 부인되어야 한다는 것이다[미연방도산법 502(e)2조].²⁸⁾

Fed. R. Bankr. P. 3007. Rule 3007. Objections to Claims (a) OBJECTIONS TO CLAIMS. An objection to the allowance of a claim shall be in writing and filed. A copy of the objection with notice of the hearing thereon shall be mailed or otherwise delivered to the claimant, the debtor or debtor in possession, and the trustee at least 30 days prior to the hearing. (b) DEMAND FOR RELIEF REQUIRING AN ADVERSARY PROCEEDING. A party in interest shall not include a demand for relief of a kind specified in Rule 7001 in an objection to the allowance of a claim, but may include the objection in an adversary proceeding. (c) LIMITATION ON JOINDER OF CLAIMS OBJECTIONS. Unless otherwise ordered by the court or permitted by subdivision (d), objections to more than one claim shall not be joined in a single objection. (d) OMNIBUS OBJECTION. Subject to subdivision (e), objections to more than one claim may be joined in an omnibus objection if all the claims were filed by the same entity, or the objections are based solely on the grounds that the claims should be disallowed. (이하 생략)

27) 11 U.S.C. §509. Claims of codebtors (a) Except as provided in subsection (b) or (c) of this section, an entity that is liable with the debtor on, or that has secured, a claim of a creditor against the debtor, and that pays such claim, is subrogated to the rights of such creditor to the extent of such payment. (b) Such entity is not subrogated to the rights of such creditor to the extent that— (1) a claim of such entity for reimbursement or contribution on account of such payment of such creditor's claim is— (A) allowed under section 502 of this title; (B) disallowed other than under section 502(e) of this title; or (C) subordinated under section 510 of this title; or (2) as between the debtor and such entity, such entity received the consideration for the claim held by such creditor. (c) The court shall subordinate to the claim of a creditor and for the benefit of such creditor an allowed claim, by way of subrogation under this section, or for reimbursement or contribution, of an entity that is liable with the debtor on, or that has secured, such creditor's claim, until such creditor's claim is paid in full, either through payments under this title or otherwise.

28) 11 U.S.C. §502(e)(2) A claim for reimbursement or contribution of such an entity that becomes fixed after the commencement of the case shall be determined, and shall be allowed under subsection (a), (b), or

두 번째 규정은 미연방도산법에서 채권자의 일반적인 조건부·금액미확정 채권은 채권으로 인정되지만, 구상권(Reimbursement Right)은 조건부·금액미확정 채권임에도 불구하고 채권 인정이 제한되고 있다는 것이다. 즉, 연방도산법은 회생절차에서 채권자의 구상권 행사를 다음과 같이 제한하고 있다.²⁹⁾

첫째, 구상권이 기반이 되는 채권자(Creditor)의 채권이 인정되지 않는 경우에는 보증회사의 구상권이 인정되지 않는다. 예를 들어, 만약 보증금 청구권자(Bond Claimant)인 채권자가 채권을 정시에 신고하지 않으면 법원은 당해 채권을 인정하지 않는다. 구상권이 기반이 되는 채권자(Creditor)의 채권이 인정되지 않으면, 보증의 부종성으로 인하여 보증회사의 구상권도 인정되지 않는다.

둘째, 회생절차가 진행되는 동안 채권 인정 여부의 판단시까지도 여전히 조건부(Contingent)인 경우에는 구상권을 채권으로 인정하지 않고 있다.^{30) 31)} 대부분의 판례는 보증회사의 구상권의 인정 여부를 판단할 시에도 보증회사가 보증채권자에게 보증금의 일부 또는 전부를 지불했는지 여부로 채권 인정 여부를 판단하고 있다.³²⁾

(c) of this section, or disallowed under subsection (d) of this section, the same as if such claim had become fixed before the date of the filing of the petition.

29) 11 U.S.C. §502(e)(1) Notwithstanding subsections (a), (b), and (c) of this section and paragraph (2) of this subsection, the court shall disallow any claim for reimbursement or contribution of an entity that is liable with the debtor on or has secured the claim of a creditor, to the extent that –

(A) such creditor’s claim against the estate is disallowed;

(B) such claim for reimbursement or contribution is contingent as of the time of allowance or disallowance of such claim for reimbursement or contribution; or

(C) such entity asserts a right of subrogation to the rights of such creditor under section 509 of this title.

30) 이 외에도 보증회사가 대위권(Subrogate Right)을 주장하는 경우에는 보증회사의 구상권을 인정하지 않고 있다. 즉, 보증회사는 대위권과 구상권을 동시에 주장할 수 없다.

31) Lanak, Frank M. and George J. Bachrach, “The Surety’s Proof of Claim- Obtaining Reimbursement for the Loss,” Nineteenth Annual Northeast surety and Fidelity Claims Conference, September 2008, pp.13-14, Carney, Robert F., “Reimbursement and Subrogation Rights under the Bankruptcy Code and Surety’s Proof of Claim”, pp.16-17.

32) In re Banner Iron Works, 69 B.R. 548, 550 (Bankr. E.D. Mo. 1987). Notwithstanding any disallowance of the surety’s claim under 11 U.S.C. § 502(e), the surety’s liens against the debtor’s real and personal property are not void and remain in effect. 11 U.S.C. § 506(d) (1). In re Microwave Products of America, Inc., 118 B.R. 566(Bankr. W.D. Tenn. 1990) (surety’s contingent claim is disallowed, but surety retains its lien); 1 COLLIER ON BANKRUPTCY § 502.06[5], at 502-64 (Lawrence P. King ed., 15th ed. 1996) (“[A] secured claim disallowed under section 502(e) does not affect the validity of the lien related to the claim”). In re Agway, Inc., 2008 WL 2827439 (Bankr. N.D.N.Y. July 18, 2008), the court disallowed the contingent portion of the surety’s claim without prejudice to the surety’s right to move for reconsideration of the disallowance when the surety made further payments under the bonds in the future. The court ruled that the Bankruptcy Code required disallowance of the contingent claim, but that

미연방도산법에서는 보증회사의 구상권 성립의 조건이 보증회사의 보증채무가 발생하는 조건과는 상이하다. 미국의 이행보증에서 보증회사의 보증금 납입 의무는 일반적으로 다음과 같은 4가지 조건을 만족하는 경우 발생한다. 첫째, 주채무자가 주계약상의 의무를 이행하지 않았고, 둘째, 발주자가 주채무자의 채무 불이행을 선언하여야 하고, 셋째, 발주자가 주채무자의 권리를 중단시켜야 하며, 넷째, 발주자는 계약상의 발주자 의무를 이행했어야 한다.

이상과 같은 4가지 조건이 성립되면 발주자는 채무자에 대하여 손해배상청구권을 갖게 되고, 채무자의 계약이행을 보증한 보증회사는 계약이행 의무를 부담하게 되고, 계약 이행 의무를 부담하는 경우 구상권을 갖게 된다. 채무자에 대하여 발주자는 손해배상청구권, 보증회사는 구상권을 갖게 된다. 발주자와 보증회사의 채권을 모두 인정하면 채무자는 이중으로 채무를 부담하는 결과가 된다.

이와 같이 미연방도산법에서 보증회사의 구상권 행사를 제한하는 이유는 이중 지불의 위험(Risk of Double Payment)을 방지하기 위함이다. 즉, 이와 같은 제한이 없으면 채무자는 주채권자(Primary Creditor)와 보증인에게 동시에 책임을 부담할 수 있기 때문이다.³³⁾

<표 3-3> 구상권의 의결권 인정 시점에 관한 규정

	우리나라	미국
구상채권 인정 시점에 관한 규정	<ul style="list-style-type: none"> - 규정 없음. - 실무적으로 보증기관이 보증한 시점부터 채권으로 인정하나, 의결권 인정 안함. - 대부분 보증기관이 보증금을 납입한 액수만 의결권 인정 	<ul style="list-style-type: none"> - 채무자가 계약을 불이행하는 경우 발주자는 손해배상청구권, 보증회사는 구상권을 갖음. - 구상권이 평가 시점에서도 조건부인 경우 채권으로 인정하지 않음(보증채권자와의 이중 지불 문제). - 대부분의 판례는 조건 성립 여부의 판단은 보증기관이 일부라도 보증채권자에게 보증금을 납입한 경우에 인정함.

the surety's ability to move for reconsideration under the Bankruptcy Code and the Bankruptcy Rules amounted to the same thing as a stay of the disallowance of the surety's contingent claim. Lanak, Frank M. and George J. Bachrach, "The Surety's Proof of Claim- Obtaining Reimbursement for the Loss," Nineteenth Annual Northeast surety and Fidelity Claims Conference, September 2008, p.14에서 재 인용.

33) Oellermann, Charles M. and Mark G. Douglas, "Calling all PRPS with contribution claims: pay up or steer clear of bankruptcy court," Business Restructuring Review, March/April.

나. 미연방도산법의 보증인 대위권

보증인 대위권이란 채무자의 채무 불이행으로 보증 채무를 이행한 보증회사가 보증 채무의 이행으로 혜택을 받은 자(보증채권자)가 채무자의 채무 불이행으로 취득한 권리를 대위하는 권리를 의미한다.³⁴⁾ 즉, 채무자가 발주자에 대한 채무를 이행하지 않아 보증회사가 공사를 완성했을 경우 보증회사는 계약상 또는 법률상 발주자가 채무자의 채무 불이행을 원인으로 취득한 모든 권리를 대위한다. 예를 들어 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우 발주자는 유보한 기성금 등 공사 기금(Contract fund)을 사용할 권리를 갖는다. 이행보증에 의해서 보증회사가 공사를 이행하였다면 보증회사는 발주자가 취득한 이 유보 기성금 등 공사 기금을 사용할 권리를 대위할 수 있게 되는 것이다. 따라서 채무자를 통해서 공사 기금(Contract fund)에 대해 클레임을 제기한 자(예를 들어, 채무자의 거래 은행, 세무당국, 채무자의 회생채권자 등)의 권리는 발주자의 권리를 대신한 보증회사의 권리보다 후순위가 된다.

지급보증(Payment Bond)에 의해 보증회사가 청구권자(Claimant)에게 대금을 지급한 경우에도 보증회사는 공사 기금(Contract fund)에 대해서 청구권자의 권리를 대신해서 행사할 수 있다. 즉, 보증회사는 지급보증에 의해서 보증채권자·하도급자·자재공급자의 권리를 대위할 수 있다. 주법에 의해서 주채무자는 공사 기금을 하도급자·자재공급자·근로자를 위한 신탁 계정에 위탁해야 하는 경우가 있는데 보증회사가 지급보증에 의해서 이들에게 하도급 대금·자재비·임금을 지급한 경우에는 보증회사가 하도급자·자재공급자·근로자가 갖고 있던 신탁에 대한 권리(Trust fund right)를 대위한다.

이와 같은 보증인 대위권은 1800년대 후반부터 은행, 파산관재인(Trustees-in-bankruptcy) 및 조세당국과의 소송에서부터 일관되게 인정되고 있다.³⁵⁾ 미연방도산법에서도 보증회사의 대위권 행사 범위를 제한하거나 열거하고 있지 않고 있다[미연방도산법 제509(a)조].³⁶⁾

34) A surety that pays and otherwise performs its obligation under its bond may step into the shoes of those persons to whom or whose behalf the surety has performed or made payment. Welch and others(1992), Contract Surety, Vol(2), pp.262-264.

35) Welch et al(1992), Contract Surety Vol.(I), pp.262-264 참조.

36) 11 U.S.C. 509(a).

판례는 보증인 대위권은 일관되게 공사 기금(Contract Fund), 선취특권(Lien Right), 제 3자에 대한 권리, 회생계획에 대한 투표권(Right to Vote on a Plan of Reorganization), 채권자위원회에 참여할 권리 등도 대위할 수 있다고 일관되게 판결하고 있다.³⁷⁾

보증회사가 발주자의 권리에 대위권을 행사하는 경우 당연히 보증회사가 채무자의 채무 불이행으로 인한 발주자의 의결권을 전액 행사한다. 이 경우 발주자와 보증회사의 의결권 이중 계산 문제는 발생하지 않는다.

2) 구상권의 의결권 규정 미비로 인한 문제점

우리나라 도산법은 구상권의 의결권에 대한 명확한 규정이 없기 때문에 회생사건의 처리 실무에서는 법원이 보증기관이 보증금을 납부한 경우를 제외하고는 대부분 의결권을 인정해주지 않고 있다. 그러나, 미국의 경우는 조건부·금액미확정 채권의 의결권 인정에 관한 일반적인 규정을 두고 있고, 조건부·금액미확정 채권의 특별한 경우로서 보증회사 구상권의 의결권 취급에 관해 명확히 규정하고 있다.

(3) 구상권의 의결권에 대한 실무 처리의 문제점

1) 계약보증과 공사이행보증

우리나라 도산법은 미연방도산법의 구상권 의결권에 관한 규정과 같은 명확한 규정이 없기 때문에 실무적으로 다음과 같이 처리하고 있다. 법원은 미확정 구상채권에 대해서는 관계인 집회를 개최하기에 앞서 해당 보증기관이나 관리인으로부터 지난 수년간 보증기관의 보증채무가 현실화된 통계적 비율의 수치를 제출받아 이를 토대로 보증기관의 의결권을 미리 평가한 이후 관계인 집회에서 평가한 액수만큼 의결권을 부여한다고 하고 있다.³⁸⁾ 그러나, 법원은 실제로는 보증기관의 미확정 구상채권에 대해서는 예외적인 경우를 제외하고는 대부분의 경우 의결권을 인정해주지 않고 있다. 심지어 회생회사가 스스로 미

37) Carney, Robert F., "Reimbursement and Subrogation Rights under the Bankruptcy Code and the Surety's Proof of Claim", p.11.

38) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회(2011), 회생사건실무(상), p.25.

확정 구상채무에 대하여 계약 해제를 이유로 보증대급금이 발생할 것임을 인정하고 의결권을 인정하더라도 법원이 이를 인정하지 않는 경우도 있다.³⁹⁾

이와 같이 회생회사가 계약을 해지하는 경우 보증기관의 보증금 납부 의무가 발생하고, 이후 발주자가 보증금을 청구하는 것이 확실하고 발주자가 보증금을 청구하면 보증기관은 보증금을 납부해야 함에도 불구하고 의결권을 인정하지 않는 것은 회생절차시 모든 채권자를 공평하게 취급하여야 한다는 원칙을 심각하게 훼손하고 있는 것이다.

2) 하자보수보증

건설공사는 공사가 완성된 이후 어느 정도 하자가 발생하는 것이 예사이고, 발주자가 하자보수를 요청한 경우, 회생회사가 보증기관과의 업무 거래 재개를 포기하는 경우 전혀 하자보수 의무를 이행하지 않는 경향이 있다.

하자보수의무 이행 자체가 완전히 회생회사의 자의적 의사에 의하여 결정되고, 하자보수는 회생회사에게 의무만 있지 반대급부가 없다는 점에서 유동성이 부족한 회생회사의 경우 하자를 보수할 유인이 없다. 이 경우 보증기관은 회생회사를 대신해서 하자보수보증금을 납부해야 함에도 불구하고 회생계획안에 대한 의결권을 인정해주지 않고 있다.

구체적으로 법원은 하자보수보증을 회생채권으로 인정하면서도 제3회 관계인 집회 기일까지 보증금을 납부하지 않은 구상채권에 대해서는 미확정채권이라는 이유로 의결권을 전혀 인정하지 않고 있다.

하자보수보증은 보증채권자(발주자)의 하자보수 요구가 있어야 하는 점, 이러한 하자보수요구에 의하여 회생회사가 하자보수를 이행할지 여부를 자의적으로 정할 수 있는 점을 고려하여 일정한 기준에 의한 의결권 인정이 필요하다.

특히, 제3회 관계인 집회 기일 전까지 하자보수보증금 청구 소송이 계속 중인 경우 또는 보증채권자의 보증금 청구가 있어 보증심사를 진행 중인 경우에는 보증금 지급 의무는 명백하나 확정되는 시점이 제3회 관계인 집회 기일 이후로 미루어진다고 하여 의결권을 인정하지 않는 것은 문제이다.

39) 몇 년 전 서울중앙지방법원은 회생회사가 발생 가능한 금액으로 시인하는 부분에 대해서는 이의 없이 의결권을 인정하였다. 그리고 의정부법원은 서울보증보험의 구상권을 인정한 경우도 있다고 알려지고 있다.

2. 쌍방 미이행 쌍무계약 취급의 문제

(1) 지속적인 불안정한 법률관계 방지 담보 장치 부재

우리나라 도산법도 미국과 독일의 도산법과 같이 쌍방 미이행 쌍무계약에서 관리인은 계약을 해제(해지)하거나 자신의 채무를 이행하고 상대방에게 채무이행을 청구하는 것을 선택하도록 규정되어 있다. 관리인이 어떤 것이 더 채무자에게 유리할지 판단해서 결정하게 하고 있다. 다시 말해 관리인은 채무자에게 유리한 것은 취하고 불리한 것은 버릴 수 있다.

그러나 상대방은 관리인이 선택하기 이전에는 선택권이 없으며 관리인에게 계약의 해제(해지)나 계약이행을 청구할 수 없고, 기한 내에 관리인에게 계약의 해제(해지) 또는 이행의 여부를 최고할 수 있게 규정되어 있다. 그리고 관리인이 최고를 받은 후 30일 이내에 응답하지 않은 경우에는 관리인은 해제(해지)권을 행사할 수 없게 규정되어 있다⁴⁰⁾. 이에 따라 쌍방 미이행 쌍무계약의 상대방(발주자)이 공사 계속 이행 여부에 관한 최고권을 행사하고는 있지만, 실제로 그 이행을 담보할 수 있는 장치가 없다. 관리인의 내심의 의사는 공사 포기이지만, 제3회 관계인 집회 기일 이전에 보증대금금이 너무 많이 발생하여 보증기관의 의결권 비율이 높아진 결과 보증기관의 회생계획안에 대한 부동의로 가결 요건을 충족시키지 못할 것을 염려하여 의도적으로 보증기관에 대한 의결권을 적게 부여하고자 하는 목적으로 또는 보증기관의 보증이 필요하여 임시방편으로 공사 계속의 의사를 표시하고 회생계획 인가 이후 공사를 포기할 수도 있는데 이를 방지할 수 있는 담보 장치가 없다.

일본 회사갱생법도 우리나라 도산법과 거의 흡사하게 규정하고 있다. 갱생절차 개시 때 갱생회사 및 상대방이 계약의 이행을 완료하지 않는 쌍무계약의 경우 관재인은 계약을 해제하거나 상대방에 대한 갱생회사의 채무를 이행하고, 상대방에게 채무의 이행을 청구할 수 있다. 이 경우의 상대방이 갖는 채권은 공익채권으로 분류한다.

한편, 발주자는 관재인에 대해 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 계약을 해지하든

40) 관리인의 무응답이 계약 해제로 간주되는 미연방도산법과 이후 계약 해제를 주장할 수 없는 독일 도산법과 다른 점이다.

지 채무의 이행을 촉구하든지 최고할 수 있다. 이 경우 관재인이 기간 내에 확답을 하지 않으면 해제하지 않고 공사를 수행할 것이라고 간주한다(일본 회사갱생법 제61조 제1항~제4항).⁴¹⁾ 쌍방이 모두 계약의 이행을 완료하지 않은 경우 관재인이 계약을 해지하면 상대방은 손해배상에 관하여 갱생채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다(일본 회사갱생법 제61의 5조⁴²⁾ 및 파산법 제54조⁴³⁾). 그러므로 건설공사의 경우 발주자(상대방)는 채무자(시공사)가 공사를 해제할 경우 손해배상채권은 갱생채권으로 분류되어 의결권을 갖는다. 따라서 공사계약에 계약보증 또는 공사이행보증을 한 보증기관 등은 장기간 동안 법률관계가 불안정한 상태에 놓이게 된다.

이와 같이 계약 해제 여부에 대한 명확한 의사표시가 없는 경우에 대하여 미국이나 독일의 파산법이 계약 해제로 간주하는 것과 달리 우리나라와 일본의 회사갱생법이 계약의 계속 이행으로 간주함에 따라 계약 상대방 또는 보증기관에게 미치는 영향이 전혀 달라지는 것은 매우 중요한 차이점이다. 이에 대하여 좀 더 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

미연방도산법에서 ‘미이행계약’은 관리인이 계약을 이행하든지(Assume) 또는 해제(해지)하든지(Reject)⁴⁴⁾ 선택할 수 있는 것으로, 이는 우리나라 도산법과 동일하다(미연방도산법 제365(a)조).⁴⁵⁾ 그러나, 다음과 같은 두 가지 차이점이 있다.

-
- 41) 第六十一條(双務契約) 双務契約について更生會社及びその相手方が更生手續開始の時において共にまだその履行を完了していないときは、管財人は、契約の解除をし、又は更生會社の債務を履行して相手方の債務の履行を請求することができる。
- 2 前項の場合には、相手方は、管財人に對し、相当の期間を定め、その期間内に契約の解除をするか、又は債務の履行を請求するかを確答すべき旨を催告することができる。この場合において、管財人がその期間内に確答をしないときは、同項の規定による解除權を放棄したものとみなす。
- 3 前二項の規定は、労働協約には、適用しない。
- 4 第一項の規定により更生會社の債務の履行をする場合において、相手方が有する請求權は、共益債權とする。
- 42) (双務契約) 第六十一條 5 破産法第五十四條の規定は、第一項の規定による契約の解除があつた場合について準用する。この場合において、同條第一項 中「破産債權者」とあるのは「更生債權者」と、同條第二項 中「破産者」とあるのは「更生會社」と、「破産財団」とあるのは「更生會社財産」と、「財団債權者」とあるのは「共益債權者」と読み替えるものとする。
- 43) 파산법 第五十四條 5 前條第一項又は第二項の規定により契約の解除があつた場合には、相手方は、損害の賠償について破産債權者としてその權利を行使することができる。 2 前項に規定する場合において、相手方は、破産者の受けた反對給付が破産財団中に現存するときは、その返還を請求することができ、現存しないときは、その価額について財団債權者としてその權利を行使することができる。
- 44) 우리나라 도산법은 파산절차에서 파산재단이라는 용어를 사용하지만 회생절차에서는 회생재단이라는 용어는 사용하지 않는다. 미연방파산법은 파산절차와 회생절차 Estate라는 용어를 사용한다. Estate는 회생절차나 파산절차 개시 때 창설된 관념적인 재단이라는 의미이다. 따라서, 미이행계약을 Estate의 재산으로 보고 그 재산을 절차에 편입하느냐(Assume) 또는 포기하느냐(Reject) 선택하는 사고방식이다. 김주학(2009), 기업도산, p.389.

첫째, 미연방도산법은 계약을 이행하든지 또는 계약을 선택하든지 법원의 허가를 받도록 되어 있어, 이해관계인이 관리인의 선택을 확인할 수 있으나, 우리나라 도산법은 관리인의 선택을 이해관계자가 확인할 수 없다.

둘째, 미연방도산법은 상대방 및 상대방과 계약을 체결한 제3자가 장기간 불안정한 법률관계가 지속되는 것을 방지하고 있다. 미연방도산법은 ‘미이행계약’을 이행할 것인지 또는 해제(해지)하는지에 대한 결정은 회생계획안이 인가되기 전까지, 또는 ‘미이행계약’ 이해관계자의 요구에 의해 법원이 명령한 기일 내에 결정되어야 한다고 규정하고 있다[미연방도산법 제365(d)(2)].⁴⁶⁾

독일 도산법도 완성되지 않은 쌍방계약에 대해서 관리인은 채무자에 갈음하여 그 계약을 이행하고 상대방에게 이행을 청구할 수 있고(독일 도산법 제103조 제1항), 관리인이 이행을 거절한 경우에 상대방은 단지 채무 불이행을 이유로 한 손해배상채권을 회생채권으로만 행사할 수 있다고 규정하고 있다(독일 도산법 제103조 제2항 전반부).⁴⁷⁾ 그러나, 상대방이 관리인에게 계약이행 또는 계약해제를 요구하면, 관리인은 의사를 즉시 진술해야 하며, 그렇지 않으면 이후 계약 이행을 주장할 수 없다고 규정하고 있다(독일

45) 11 U.S.C. §365(a) Except as provided in sections 765 and 766 of this title and in subsections (b), (c), and (d) of this section, the trustee, subject to the court's approval, may assume or reject any executory contract or unexpired lease of the debtor.

46) 11 U.S.C. §365(d)(2) In a case under chapter 9, 11, 12, or 13 of this title, the trustee may assume or reject an executory contract or unexpired lease of residential real property or of personal property of the debtor at any time before the confirmation of a plan but the court, on the request of any party to such contract or lease, may order the trustee to determine within a specified period of time whether to assume or reject such contract or lease.

47) InsO § 103 Wahlrecht des Insolvenzverwalters (1) Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen. (2) Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen. (영문 번역) Section 103 : Option to be Exercised by the Insolvency Administrator (1) If a mutual contract was not (or not completely) performed by the debtor and its other party at the date when the insolvency proceedings were opened the insolvency administrator may perform such contract replacing the debtor and claim the other party's consideration. (2) If the administrator refuses to perform such contract the other party shall be entitled to its claims for non-performance only as a creditor of the insolvency proceedings. If the other party requires the administrator to opt for performance or non-performance the administrator shall state his intention to claim performance without negligent delay. If the administrator does not give his statement he may no longer insist on performance.

도산법 제103조 제2항 후반부).

우리나라의 도산법, 일본의 회사更生법, 미국·독일의 도산법 모두 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 관리인이 계약을 유지할 것인지 계약을 해지할 것인지 선택할 수 있는 점은 동일하다. 그러나, 미연방도산법과 독일 도산법은 상대방 또는 계약의 다른 이해관계인의 불안정한 법률 관계의 지속을 방지하는 담보 장치를 마련하고 있다. 미연방도산법은 회생계획이 인가되기 전까지 또는 ‘미이행계약’ 이해관계인의 요구에 의하여 법원이 정한 기일 이전까지 계약을 유지할 것인지 또는 해지할 것인지를 선택하게 하고 있다. 독일 도산법은 상대방이 관리인에게 계약 이행 또는 해지를 요구하면 즉시 선택하게 규정되어 있고, 그렇지 않은 경우에는 계약 이행을 주장할 수 없게 되어 있다.

<표 3-4> 쌍방 미이행 계약에서 상대방의 불안정한 위치를 방지하는 장치 비교

구분	한국·일본	미국	독일
- 방지 장치 유무	- 방지 장치 없음.	- 회생계획안 의결 이전 또는 이해관계인의 요구에 의하여 법원이 명령한 기일 전까지 결정해야 함.	- 상대방이 계약 이행 또는 해지를 요구하면 즉시 결정해야 함.
- 선택하지 않은 경우	- 계약을 해제(해지)할 수 없음.	- 계약을 해지하는 것으로 간주함.	- 계약 유지를 주장할 수 없음.

(2) 계약 이행 선택시 상대방 및 이해관계인의 보호 장치 부재

우리나라 도산법은 쌍방 미이행 쌍무계약에서 계약의 상대방과 관련된 이해당사자가 손해를 보는 경우에도 아무 조건 없이 계약 이행을 선택할 수 있게 하여, 계약 상대방(발주자)이 아닌 제3자(보증기관 등)에게 손해를 끼침으로써 채권자를 동등하게 취급해야 하는 회생절차의 기본 원리를 훼손하는 문제점이 있다. 예를 들어, 쌍방 미이행 쌍무계약인 공사계약을 계속 유지하는 경우 보증기관이나 금융기관은 채무자가 파산하는 경우보다 더 많은 보증 채무를 부담하는 경우가 있을 수 있다.

현행 계약보증은 채무자가 파산하는 경우와 동일한 책임을 지고 선급금보증은 오히려 기성이 오른 만큼 보증 책임이 줄어들지만, 공사이행보증이나 새로이 도입한 포괄대

금지급보증은 채무자가 파산하는 경우보다 보증 책임이 증가할 수 있다. 공사이행보증은 시공자가 계약상의 의무를 이행하지 않는 경우 보증기관이 계약 상대방을 대신하여 계약상의 의무를 이행하고, 그렇지 않을 경우에는 계약금액의 40% 또는 50%를 보증금으로 납부하는 보증 방법이다.⁴⁸⁾

포괄대금지급보증이란 미국의 지급보증(Payment Bond)을 도입한 것으로 원도급자가 공사와 관련한 하도급대금, 자재대금 및 장비대금을 포괄적으로 지급하는 보증으로 공사를 계속할수록 보증 책임이 증가한다.⁴⁹⁾

그러나, 미연방도산법은 ‘미이행계약’을 수행하기로 선택하는 경우에는 조건이 있다. 즉, 채무자가 채무 불이행을 교정하거나 적절한 방법으로 교정할 것을 약속하지 않으면 ‘미이행계약’을 수행하는 것을 선택할 수 없다. 그리고 만약 채무자가 ‘미이행계약’을 이행하기로 결정하면 보증회사가 이미 지불한 비용은 회생채권(General Unsecured Claims)이 아니라 즉시 구상 받을 수 있는 경비(Administrative Expense), 즉 공익채권으로 분류된다.

더욱이 장래에 ‘미이행계약’을 수행하는 과정에서 채무자가 채무불이행으로 제3자(예를 들어 보증회사)에 금전적 손실(Pecuniary Loss)이 발생하는 경우, 관리인은 제3자(보증회사 등)에게 담보 형태로 적절한 미래의 손실 방지책을 제공하여야 한다[미연방도산법 제365(b)(1)(A),(B), & (C)조].⁵⁰⁾⁵¹⁾ 그러므로, 채무자가 계약을 이행하려면 보증회사

48) 국가계약법 제52조(공사계약에 있어서의 이행보증) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당 공무원은 공사계약을 체결하고자 하는 경우 계약상대자로 하여금 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법을 선택하여 계약이행의 보증을 하게 하여야 한다. 다만, 각 중앙관서의 장 또는 계약담당 공무원은 공사계약의 특성상 필요하다고 인정되는 경우에는 계약이행보증의 방법을 제3호에 따른 방법으로 한정할 수 있으며, 제42조 제4항, 제6장 및 제8장에 따른 공사계약인 경우에는 반드시 제3호에 따른 방법으로 계약이행을 보증하게 하여야 한다. 1. 2.(생략) 3. 제50조 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 계약보증금을 납부하지 아니하고 공사이행보증서[해당 공사의 계약상의 의무를 이행할 것을 보증한 기관이 계약상대자를 대신하여 계약상의 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 계약금액의 100분의 40(예정가격의 100분의 70 미만으로 낙찰된 공사계약의 경우에는 100분의 50) 이상을 납부할 것을 보증하는 것이어야 한다]를 제출하는 방법.

49) 건설산업기본법 제68조의 2(하도급대금 지급 등 포괄대금지급보증) ① 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주한 공사로서 대통령령으로 정하는 건설공사를 전년도 낙찰률의 하위 100분의 10에 해당하는 범위에서 대통령령으로 정하는 낙찰률 이하로 도급받은 건설업자는 다음 각 호의 대금 지급을 포괄적으로 보증(이하 “포괄대금지급보증”이라 한다)하는 포괄대금지급보증서를 발주자에게 제출하여야 한다. 1. 하도급대금, 2. 제32조 제4항에 따른 건설기계 대여업자 및 건설공사용 부품을 제작하여 납품하는 자에 대한 대금 등(하수급인이 체결한 계약으로 인한 대금을 포함한다).

50) Lanak, Frank M. and George J. Bachrach, “The Surety’s Proof of Claim: Obtaining Reimbursement for the Loss,” Nineteenth Annual Northeast Surety and Fidelity Claims Conference, September 2008, pp.14-15.

를 설득해서 계속해서 새로운 보증을 하게 하든지, 다른 제3의 보증회사를 찾아서 보증을 받아야 한다.⁵²⁾⁵³⁾

독일 도산법은 관리인이 계약 이행을 선택하는 경우 미연방도산법과 같이 조건을 붙이지는 않는다. 독일의 도산법이 관리인의 계약 유지를 선택하는 경우 아무런 조건을 부과하지 않아도 상대방 또는 계약의 이해관계인(예, 공사보증인)에게 문제가 없는 것은 독일의 공사보증과 관련이 있다고 판단된다.

독일의 건설보증제도는 발주자가 보통 시공자에게 공사 수행과 하자보수를 담보하는 정액 보증을 요구하는데, 보증(담보) 금액은 전자는 공사금액의 5% 이내, 후자는 공사금액의 3% 이내이다. 보통 입찰시 입찰보증의 형태로 보증서를 제출하지만, 공사 기간 중에는 공사 이행을 보증하는 내용이고, 이 보증서를 제출하면 기성금을 유보하지 않는다. 또한, 공사 완성 이후 보증 기간 동안에는 하자보수보증으로 이용된다.⁵⁴⁾ 미국의 이

51) 11 U.S.C. §365(b)(1)(A),(B), & (C) If there has been a default in an executory contract or unexpired lease of the debtor, the trustee may not assume such contract or lease unless, at the time of assumption of such contract or lease, the trustee—(A) cures, or provides adequate assurance that the trustee will promptly cure, such default other than a default that is a breach of a provision relating to the satisfaction of any provision (other than a penalty rate or penalty provision) relating to a default arising from any failure to perform nonmonetary obligations under an unexpired lease of real property, if it is impossible for the trustee to cure such default by performing nonmonetary acts at and after the time of assumption, except that if such default arises from a failure to operate in accordance with a nonresidential real property lease, then such default shall be cured by performance at and after the time of assumption in accordance with such lease, and pecuniary losses resulting from such default shall be compensated in accordance with the provisions of this paragraph; (B) compensates, or provides adequate assurance that the trustee will promptly compensate, a party other than the debtor to such contract or lease, for any actual pecuniary loss to such party resulting from such default; and (C) provides adequate assurance of future performance under such contract or lease.

52) O'Connor, Patrick J. and Kim McNaughton(2009), "Bankruptcy and the Completing Surety", p.13.

53) 또한, 미연방도산법은 이행이 금지되는 미이행계약을 규정하고 있다. 미이행계약이 대출(Loan)을 제공하는 계약이든지 부채를 증가시키는 계약이든지 신용 공여(Extension of Money or Credit)인 '파이낸셜 어코모데이션'(Financial Accommodation) 계약이면, 그 계약을 이행하든지 아니면 해제(해지)하는 선택을 할 수 없게 규정되어 있다[미연방도산법 제365(c)(2)]. 보증위탁계약(Surety Bond)이 '파이낸셜 어코모데이션' 계약이라는 점에 대해서는 견해가 갈린다. O'Connor, Patrick J. and Kim McNaughton(2009), "Bankruptcy and the Completing Surety" p. 13. 각주 45 참조. §365(c)(2) The trustee may not assume or assign any executory contract or unexpired lease of the debtor, whether or not such contract or lease prohibits or restricts assignment of rights or delegation of duties, if—(1)(생략) (2) such contract is a contract to make a loan, or extend other debt financing or financial accommodations, to or for the benefit of the debtor, or to issue a security of the debtor; or (3) (이하 생략).

54) 독일에서 공공공사에 관한 사항을 규정하고 있는 것은 「건설공사 발주 및 계약규정」(Vergabe-und Vertragsordnung für Bauleistungen, 이하 VOB)이다. 「건설공사 발주에 관한 일반규정」(VOB/A)과 「건설공사에 관한 일반계약조건」(VOB/B)에 공공공사 담보(Sicherheitsleistung)에 관한 사항이 규정되어 있

행보증이나 지급보증과 같이 보증기관의 보증 채무가 공사를 계속하여도 증가하는 제도가 아니다.

<표 3-5> 쌍방 미이행 계약에서 이해관계인의 손실 방지 장치 비교

한국	미국	독일
- 손실 방지 장치 없음.	- 상대방 또는 제3자에게 손해를 발생하는 경우 손실 방지책을 제공해야 함.	- 손실 방지 장치 없음. - 그러나, 건설보증의 경우 보증인의 손해가 증가할 가능성 없음.

(3) 발주자 채권 미신고 및 이중 계산의 문제

회생절차시 회생계획안의 의결을 위한 관계인 집회 기일 전까지 채무자가 계약 의무를 이행하지 않은 계약과 쌍방 미이행 쌍무계약에서 채무자가 계약의 해제(해지)를 선택한 경우에도 계약 상대방인 발주자는 채권 신고를 하지 않는 등 권리를 행사하지 않고 있다.

그러나, 만약에 발주자와 계약의 이행을 보증한 보증기관이 모두 채권 신고를 하는 경우에는 발주자와 보증기관의 의결권에 대해서 이중 계산의 문제가 발생하게 되어 이를 해결하기 위한 방안이 마련되어야 한다. 발주자가 채무자의 계약 불이행으로 인한 손해배상청구권에 대해서 의결권을 주장하고 보증기관도 구상권에 대해서 의결권을 주장하면 의결권이 이중으로 계상된다.

미국의 경우 채무자가 공사계약을 이행하지 않기로 결정한 경우에 발주자와 보증회사를 채권자로 인정한다(<표 3-6> 참조). <표 3-8>의 실제 채권자 리스트에서 미연방 중소기업청(US Small Business Administration)이 발주한 공사의 회생 채권자로 미연방 중소기업청(발주자)이 기재되어 있고, 보증회사인 Fidelity & Deposit of Maryland, Zurich Insurance가 금액미확정채권(Unliquidated Claim)의 회생 채권자로 기재되어 있는 데서 이를 알 수 있다.

다. 수급인이 보증(담보)을 제공하는 방법은 현금 또는 보증기관의 보증(Bürgschaft)을 통하여 가능한데, 보증기관은 금융기관(Kreditinstituts)과 신용보험회사(Kreditversicherers)가 담당하고 있다.

<표 3-6> 미국의 발주자와 보증회사의 도산 절차상 채권 인정 범위

채권자	채권으로 인정하는 경우
발주자	· 미이행계약(Executory Contract)을 이행하지 않겠다고(Reject) 결정한 경우에 인정
보증회사	· 인정 여부 판단시 조건부가 아닌 경우 채권으로 인정 · 구상권의 조건 충족 여부는 보증금 일부를 보증채권자에게 지불했는지로 판단하는 것이 일반적인 관례임.

독일 도산법 제44조에 의하면 장래에 채권자가 인정해야 효력이 발생하는 채무자(Schuldner)에 대한 채권은 보증채권자(발주자, Gläubiger)가 신고하지 않는 경우에 한하여 연대채무자(Gesamtsschuldner)[보증인(Bürge) 포함]가 신고를 할 수 있다(독일도산법 제44조).⁵⁵⁾ 따라서, 연대보증인과 보증인은 보증채권자가 채권 신고를 하지 않은 경우에 한하여 채권을 신고할 수 있고, 이에 따라 투표권을 갖는다[독일 도산법 제45조, 제77조 참조].⁵⁶⁾

55) InsO § 44 Rechte der Gesamtschuldner und Bürgen Der Gesamtschuldner und der Bürge können die Forderung, die sie durch eine Befriedigung des Gläubigers künftig gegen den Schuldner erwerben könnten, im Insolvenzverfahren nur dann geltend machen, wenn der Gläubiger seine Forderung nicht geltend macht. (영문 번역) Section 44: Rights of Obligors Liable Jointly and Severally and of Guarantors Obligors liable jointly and severally and guarantors may file a claim to be acquired by them in the future against the debtor by satisfaction of the creditor only if the creditor does not file his claim.

56) InsO § 45 Umrechnung von Forderungen (독일어 원문) Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind oder deren Geldbetrag unbestimmt ist, sind mit dem Wert geltend zu machen, der für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschätzt werden kann. Forderungen, die in ausländischer Währung oder in einer Rechnungseinheit ausgedrückt sind, sind nach dem Kurswert, der zur Zeit der Verfahrenseröffnung für den Zahlungsort maßgeblich ist, in inländische Währung umzurechnen (영문 번역) Section 45 : Conversion of Claims Non-liquidated claims or contingent claims shall be filed at the value estimated for the date when the insolvency proceedings were opened. Claims expressed in foreign currency or in a mathematical unit shall be converted into German currency according to the exchange value applicable at the time of the opening of the proceedings at the place of payment. InsO §77: (독일어 원문) Determination of Voting Right (1) A voting right shall be vested in claims filed by the creditor and not disputed by the insolvency administrator or by a creditor with a voting right. lower-ranking creditors shall have no voting rights. (2) Creditors with disputed claims shall have a voting right to the extent to which the administrator and the attending creditors with a right to vote have agreed such vote during the creditors' assembly. If the parties 'cannot reach an agreement the decision of the insolvency court shall prevail. The insolvency court may modify its decision at the request of the administrator or of a creditor attending the creditors' assembly. (3) Subs. 2 shall apply mutatis mutandis to 1. creditors holding claims subject to a condition precedent; 2. creditors with a right to separate satisfaction. (영문 번역) Section 77 : Determination of Voting Right (1) A voting right shall be vested in claims filed by the creditor and not disputed by the insolvency administrator or by a creditor with a voting right. lower-ranking creditors shall have no voting rights. (2) Creditors with disputed

<표 3-7> 독일 발주자와 보증회사의 회생 절차상 채권 인정 범위

채권자	채권으로 인정하는 경우
발주자	· 미이행계약에서 채무자가 공사계약을 해제하기로 한 경우 손해배상을 채권으로 인정함.
보증회사	· 보증채권자(발주자)가 주장하지 않는 경우 보증금액을 채권으로 인정함.

민법상 보증 채무는 부종성이 있어 주채무가 감면되면 보증 채무도 같이 감면되는 것이 원칙이다. 그러나, 우리나라 도산법은 명시적으로 그 예외를 인정하고 있다. 회생채권자나 회생담보권자의 권리가 회생계획에 따라 변경된다 하더라도 회생채권자나 회생담보권자를 위한 보증인에 대한 권리, 채무자와 함께 채무를 부담하는 자에 대한 권리, 채무자 외의 자가 회생채권자나 회생담보권자를 위하여 제공한 담보는 영향을 받지 않는다(도산법 제250조 제2항). 심지어는 주채권자가 신고 기간 중 신고를 해태하여 실권되더라도 보증인이나 물상보증인의 채무에는 영향이 없다.

보증의 부종성을 인정하지 않는 이 규정에 대해 여러 차례 쟁송이 있었으나 판례는 일관하여 “보증인 등 회사가 아닌 제3자가 정리채권자에 대하여 부담하는 채무를 경감시키는 것은 회사정리 절차가 달성하고자 하는 본래의 목적과는 전혀 무관할 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 정리 재건에 직접 필요한 범위를 넘어 정리채권자에게 일방적인 회생을 강요하게 되는 셈이 되어 오히려 회사의 정리 재건을 저해하는 요인이 될 수 있다”고 보고 있다.⁵⁷⁾ 이와 같이 우리나라 도산법은 회생절차시 보증 채무의 부종성을 인정하지 않고 있다.

그러나, 미국이나 독일의 경우는 회생절차시 보증채무에 대해서는 부종성을 인정하고

claims shall have a voting right to the extent to which the administrator and the attending creditors with a right to vote have agreed such vote during the creditors' assembly. If the parties 'cannot reach an agreement the decision of the insolvency court shall prevail. The insolvency court may modify its decision at the request of the administrator or of a creditor attending the creditors' assembly. (3) Subs. 2 shall apply mutatis mutandis to 1. creditors holding claims subject to a condition precedent; 2. creditors with a right to separate satisfaction.

57) 오수근(2008), 도산법의 이해, p.230에서 인용.

있다. 먼저, 미국의 경우는 보증기관의 구상권에 기반을 갖는 주채권자의 권리가 온전하고, 보증회사가 보증채권자에게 보증금을 일부라도 납부한 경우에만 보증회사의 의결권을 인정해주고 있다. 독일의 경우에는 주채권자(발주자)가 채권을 신고하지 않는 경우에 한하여 의결권을 인정하고 있다. 즉, 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 발주자와 보증기관 의결권의 이중 계산의 문제를 보증의 부종성을 인정하면서 해결하고 있다.

<표 3-8> 미국의 회생채권 리스트의 사례

Case 8:11-bk-18670-CED Doc 2 Filed 10/03/11 Page 1 of 3

B4 (Official Form 4) (12/07)

United States Bankruptcy Court Middle District of Florida

In re Electric Maintenance and Construction, Inc.

Debtor(s)

Case No. 8:11-bk-18670

Chapter 11

LIST OF CREDITORS HOLDING 20 LARGEST UNSECURED CLAIMS

Following is the list of the debtor's creditors holding the 20 largest unsecured claims. The list is prepared in accordance with Fed. R. Bankr. P. 1007(d) for filing in this chapter 11 [or chapter 9] case. The list does not include (1) persons who come within the definition of "insider" set forth in 11 U.S.C. § 101, or (2) secured creditors unless the value of the collateral is such that the unsecured deficiency places the creditor among the holders of the 20 largest unsecured claims. If a minor child is one of the creditors holding the 20 largest unsecured claims, state the child's initials and the name and address of the child's parent or guardian, such as "A.B., a minor child, by John Doe, guardian." Do not disclose the child's name. See 11 U.S.C. § 112; Fed. R. Bankr. P. 1007(m).

(1) <i>Name of creditor and complete mailing address including zip code</i>	(2) <i>Name, telephone number and complete mailing address, including zip code, of employee, agent, or department of creditor familiar with claim who may be contacted</i>	(3) <i>Nature of claim (trade debt, bank loan, government contract, etc.)</i>	(4) <i>Indicate if claim is contingent, unliquidated, disputed, or subject to setoff</i>	(5) <i>Amount of claim [if secured, also state value of security]</i>
US Small Business Administration 6801 Lake Worth Road Room 209 Lake Worth, FL 33467	US Small Business Administration 6801 Lake Worth Road Room 209 Lake Worth, FL 33467	Brooksville FBO 2nd lien		1,527,000.00 (0.00 secured)
Fidelity & Deposit of Maryland/ Zurich Insurance 1400 American Lane Schaumburg, IL 60196-5452	Fidelity & Deposit of Maryland/ Zurich Insurance 1400 American Lane Schaumburg, IL 60196-5452	Business Debt	Unliquidated	540,000.00
American Express Attn: Bankruptcy Dept P.O. Box 981540 El Paso, TX 79998	American Express Attn: Bankruptcy Dept P.O. Box 981540 El Paso, TX 79998			410,224.94
Bank Atlantic 2100 W. Cypress Creek Rd Ft. Lauderdale, FL 33309	Bank Atlantic 2100 W. Cypress Creek Rd Ft. Lauderdale, FL 33309	Brooksville FBO 1st lien		2,500,000.00 (2,100,000.00 secured)
Southern Electric Supply, Inc. d/b/a Rexel Consolidated, Inc. 4680 LB McLoed Road Orlando, FL 32811	Southern Electric Supply, Inc. d/b/a Rexel Consolidated, Inc. 4680 LB McLoed Road Orlando, FL 32811	Business Debt	Unliquidated	283,978.00
Internal Revenue Service 3848 W. Columbus Drive Tampa, FL 33607	Internal Revenue Service 3848 W. Columbus Drive Tampa, FL 33607	Payroll taxes		180,135.81
Manhattan Kraft Construction, Inc. 204 Hoover Blvd. Suite 112 Tampa, FL 33609	Manhattan Kraft Construction, Inc. 204 Hoover Blvd. Suite 112 Tampa, FL 33609	Business Debt		150,000.00
Wells Fargo Attn: Bankruptcy Dept 6600 N Andrews Avenue Fort Lauderdale, FL 33309	Wells Fargo Attn: Bankruptcy Dept 6600 N Andrews Avenue Fort Lauderdale, FL 33309	Ft. Lauderdale SFR 3rd mortgage		135,000.00 (0.00 secured)

Software Copyright (c) 1996-2011 CCH INCORPORATED - www.bestcase.com

Best Case Bankruptcy

(4) 하도급대금지급보증의 문제점

건설산업기본법에서는 원도급자가 회생절차 개시 결정 이후 하도급 공사 계약을 이행하는 경우에는 발주자가 하도급대금을 직접 하도급자에게 직불하도록 규정하고 있다. 발주자가 하도급대금을 하도급자에게 직접 지급하기 때문에 회생 절차가 진행되는 동안 보증기관의 하도급대금지급보증에서는 보증 채무가 발생하지 않는다.

하도급대금지급보증에서 보증기관의 보증금 납부 의무가 발생하는 것은 첫째, 회생절차 개시 시점에 하도급자가 공사를 이미 완성했음에도 불구하고 회생회사가 하도급대금을 지급하지 않는 경우와 둘째, 하도급공사 계약의 이행이 완료되지 않은 경우이다.

1) 완성한 하도급 공사의 하도급 대금을 지급하지 않은 경우

회생절차 개시 시점에 하도급자가 공사를 완성했음에도 불구하고 회생회사가 하도급대금을 하도급자에게 지급하지 않았으면(어음으로 지급한 경우 포함), 하도급자는 상거래채권으로서 하도급대금채권을 갖게 되고, 이를 회생채권으로 분류하고 있다. 이 경우 보증채권자(하도급자)가 보증금을 청구하지 않았거나 청구했더라도 보상심사 중이어서 아직 보증금을 납부하지 않은 경우, 또는 보상심사 이후 보증금 납부 금액이 결정되었으나 보증채권자가 이의하여 수령을 거절하거나 소송 중이면 의결권을 인정해 주지 않고 있다.

2) 하도급공사 계약의 이행을 완료하지 않은 경우

하도급공사 계약의 이행이 완료되지 않은 경우 도산법 제335조(쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 선택)에 따라 관리인이 하도급공사 계약의 해제를 선택하지 않으면 상대방(하수급인)은 나머지 공사를 이행해야 되고 반대급부로 공사대금청구권을 갖게 된다. 이 경우 회생절차 개시 결정 이후뿐만 아니라 이전의 공사대금청구권은 공익채권으로 분류되어야 한다. 이후 회생회사(원도급자)가 상대방(하도급자)에게 공사를 수행하게 하고, 원사업자가 하도급대금을 직불하지도 않으면 대금지급을 보증한 보증회사는 하도급

자에게 보증금을 납부해야 한다. 따라서, 이 경우 보증기관의 구상채권도 공익채권으로 분류되어야 한다.

만약, 회생회사(원도급자)가 계약의 해제(해지)를 선택하면 하도급자가 받지 못한 공사대금은 회생채권으로 분류된다. 회생회사가 계약의 해제(해지)를 선택하는 경우 하도급대금 지급을 보증한 보증기관은 하도급자에게 하도급대금을 지급해야 하는 보증금 납부 의무가 발생하고, 회생회사에 대한 장래의 구상권이 발생한다. 그리고 보증회사가 하도급자에게 보증금 납부를 한 경우 회생회사에 대한 구상채권이 발생하고, 구상채권은 회생채권으로 분류되어야 한다.

한편, 회생회사가 하도급계약을 해제하지 않는 경우 기왕의 미지급대금과 향후에 발생하는 하도급대금청구권도 공익채권이다. 그러나, 실무에서는 회생절차 개시 일정을 기준으로 이전에 발생한 미지급 하도급 대금은 회생채권으로, 이후 발생한 하도급 기성은 공익채권으로 분류하여 운영하고 있다.

보증기관이 회생절차 개시 이전의 미결제 하도급대금은 법리상 공익채권으로 회생회사가 변제하여야 한다고 주장하면서 보증기관이 보증금 납입을 거절하면, 회생회사는 형식적으로 하도급 계약을 해제하고서 새로운 별도의 하도급 계약을 체결하는 사례도 있다.

쌍방 미이행 쌍무계약의 채무 이행 또는 해제(해지) 여부를 관리인이 선택하면 이에 대하여 법원의 승인을 받도록 하는 미국 도산법과 달리 대외적으로 이를 확인할 수 없는 우리나라 도산법 하에서는 하도급 계약의 당사자들이 계약 해제 사실을 제3회 관계인 집회 기일 이후에 비로소 주장하면서 보증금을 청구하는 경우 보증기관은 회생절차에서 완전히 배제되는 불이익을 고스란히 떠안게 된다.

또한, 하도급 계약을 계속 이행하기로 명백히 선택한 경우에도 회생절차 개시 이전의 하도급공사대금은 회생채권으로 임의 변제를 거부하고 법원도 이에 대하여 아무런 제재를 하지 않고, 오히려 회생절차 개시 이전의 하도급공사대금의 변제를 회생채권의 조기 변제로 보아 법원 허가를 받도록 하고 있는 현재의 실무 행태는 아무런 근거 없이 하수급인뿐만 아니라 보증기관에 일방적으로 손해를 감내하도록 하는 것이어서 문제가 아닐 수 없다.

(5) 쌍방 미이행 계약 유지를 선택하고 회생 계획 인가 후 해지하는 경우

관리인이 쌍방 미이행 쌍무계약을 유지하기로 했다가 회생계획 인가 이후 계약을 해제(해지)하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 상대방의 손해배상청구권이 회생채권이나 아니면 공익채권이나가 문제될 수 있다. 현행 우리나라 도산법은 쌍방 미이행 쌍무계약에서 관리인이 계약 유지를 선택하고 이후 계약을 해지하는 경우 상대방의 손해배상청구권 취급 방법에 관해서 규정을 두고 있지 않다.

이와 같은 상황은 차후에 발생할 가능성이 매우 높으므로 이에 대한 규정을 마련할 필요성이 있다. 이와 같은 문제는 하도급대금지급보증 문제에도 동일하게 적용된다.

제 4 장 회생 절차시 건설공사 관련 보증 취급 방법 개선 방안

제2장에서 회생계획안에 대한 보증기관의 의결권에 관한 규정, 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 규정, 보증기관의 의결권 인정에 관한 실무 현황을 살펴보고, 제3장에서 미국과 독일의 관련 규정과 비교하면서 건설공사 관련 보증 취급 방법에 관한 문제점을 도출하였다. 본장에서는 건설공사 관련 보증 취급 방법의 문제점을 개선하기 위한 방안을 제시하고자 한다.

1. 구상채권에 대한 의결권 인정 기준 명확화

도산법에 구상권에 대한 의결권 인정 기준을 명확히 하여야 한다. 현재 우리나라 도산법에는 구상권에 관한 의결권 기준이 없다. 단지, 조건부채권과 장래의 청구권에 대한 의결권을 회생절차 개시 때의 평가금액으로 인정한다는 규정이 있을 뿐이다. 그리고 이 규정을 보증기관의 구상권에 대해 적용해서 혼란을 초래하고 있다.

실무에서 보증기관은 보증기관이 보증한 모든 보증에 대한 구상권이 장래의 청구권에 해당되기 때문에 이에 대한 의결권을 모두 인정해 달라고 주장하는 반면, 법원은 보증금을 보증채권자에게 납부한 금액만 의결권을 인정하고 있다.

보증기관의 의결권을 인정하는 가장 합리적인 방법은 회생계획안 의결을 위한 관계인 집회 기일 전까지 채무자가 계약 의무를 이행하지 않은 계약이거나, 쌍방 미이행 쌍무계약인 경우 관리인이 계약 유지를 선택하지 않은 계약에 대해서 전액 상대방과 보증기관에 의결권을 인정해 주는 것이다.

한편, 계약의 상대방(보증채권자)의 손해배상청구권과 보증기관의 구상권을 모두 의결권으로 인정하면 이중 계산(Double Counting)이 되기 때문에 이에 대한 제한 규정이 필요하다.

우리나라 도산법은 미국의 도산법과 달리 보증의 부종성을 인정하지 않기 때문에 미국과 같이 구상채권을 제한하는 방안이나, 독일과 같이 발주자가 의결권을 주장하지 않는 경우에 구상권의 의결권을 부여하는 방법보다는 채무자가 파산할 경우 최후에 책임을 지는 보증기관의 구상권을 먼저 인정하고 나머지에 대해서 보증채권자의 의결권을

인정하는 방안으로 이중 계산의 문제를 해결해야 한다.

이와 같은 원칙을 규정하려면 장래의 청구권이라는 모호한 개념을 사용하지 말고 미국과 같이 금액미확정채권, 조건부채권 및 기한부채권이란 용어를 사용해서 규정을 정비해야 한다. 금액미확정채권과 조건부채권에 대한 일반적인 의결권 기준을 만들고, 구상권은 금액미확정채권과 조건부채권의 특별한 경우로서 의결권 기준을 만들어 도산법에 포함시켜야 한다.

이와 같은 법률 개정 사항이 이루어지기 전에도 미확정 구상채권인 경우 회생계획안의 의결을 위한 관계인 집회 기일 전까지 채무자가 계약 불이행인 계약이거나, 쌍방 미이행 쌍무계약인 경우 계약 유지를 선택하지 않은 계약에 대해서 전액 의결권을 인정해주어야 한다. 법 개정 전에 미확정 구상채권에 대해서 의결권을 인정해도 무방한 이유는 이렇게 의결권을 인정하는 것이 현행 도산법을 위반하는 것은 아니기 때문이다.

2. 하자보수보증에 관한 특별 규정 마련

첫째, 제3회 관계인 집회 기일 전까지 하자보수보증금 청구 소송이 계속 중인 경우 또는 보증채권자(발주자)의 보증금 청구가 있어 보상심사를 진행 중인 경우에는 보증금 지급 의무는 명백하나 지급할 금액이 정해지지 않은 금액미확정채권(Unliquidated Claim)이므로 일정한 기준에 의하여 의결권을 인정해야 한다.

둘째, 일반적인 하자보수보증에 대해서도 일정한 비율로 의결권을 인정해야 한다. 왜냐하면, 건설공사는 공사가 완성된 이후 어느 정도 하자가 발생하는 것이 예사이고, 발주자가 하자보수를 요청한 경우, 회생회사가 보증기관과의 업무 거래 재개를 포기하는 경우 하자보수 의무를 이행하지 않는 경우가 있기 때문이다. 회생절차 개시 시점 이후에 채무자가 발주자가 요청한 하자보수 의무를 이행하지 않아 보증기관이 보증금을 납부할 비율은 국토교통부의 건설 관련 공제조합 감독기준상의 대지급 전환율을 참고할 수 있을 것이다(<건설공제조합의 감독기준상 대지급 전환율>은 <표 4-1> 참조).

만약, 일반적인 하자보수보증에 대해서 의결권을 인정하지 않는다면, 회생절차 개시 시점 이후에 발주자가 요청한 하자보수 의무를 이행하지 않는 상대방(발주자)의 채권은

공익채권으로 처리해야 한다. 회생회사가 회생절차를 진행하는 동안 지출해야 하는 경비 성격이 강하기 때문이다.

<표 4-1> 건설공제조합 감독 기준상 대지급 전환율

(단위 : %)

구분		관련 보증	대지급 전환율
입찰보증과 협약체결보증		입찰보증, 협약체결보증	1
이행성 보증	공공	계약보증, 하자보수보증, 공사이행보증, 사업이행보증, 협약이행보증	10
	민간	계약보증, 하자보수보증, 시공보증	20
준지급성 보증	공공	선급금보증, 하도급대금지급보증, 부지매입보증	20
	민간	선급금보증, 하도급대금지급보증	30
지급성 보증		대출보증, 리스보증, 자재구입보증, 할부판매보증	100
기타		기타 보증	50

3. 하도급대금지급 채권에 관한 실무 처리 방법 변경

제3장에서 지적했듯이 쌍방 미이행 쌍무계약인 경우 회생절차 회생회사가 계약 유지를 선택하는 경우 실무에서는 회생절차 개시 일정을 기준으로 이전에 발생한 미지급 하도급 대금은 회생채권으로, 이후 발생한 하도급 기성은 공익채권으로 분류하여 운영하고 있다. 이는 도산법의 규정을 잘못 적용하고 있는 것이다. 따라서, 도산법의 쌍방 미이행 쌍무계약에서 회생회사가 계약 유지를 선택하는 경우 상대방(하도급자)의 채권을 채권 발생 시점에 관계없이 공익채권으로 취급해야 한다.

그리고 하도급 계약을 형식적으로 해제하고 새로운 별도의 하도급 계약을 체결하는 경우에도 원도급공사 계약을 유지한 이상 하도급 계약을 유지하는 것으로 간주하고 공익채권으로 취급해야 한다.

4. 희생 계획안 인가 전까지 쌍방 미이행 쌍무계약 유지 여부 결정

우리나라 도산법도 다른 나라의 도산법과 마찬가지로 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 계약을 해제(해지)할 것인지 계약을 계속 유지할 것인지를 선택할 권한을 관리인에게 부여하고 있다(도산법 제119조 제1항). 그러나, 우리나라 도산법은 미연방도산법이나 독일 도산법과는 달리 관리인이 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해 선택을 하지 않아 채권자가 불확실한 법률 상태가 지속되는 것에 대한 담보 장치가 결여되어 있다.

미연방도산법은 ‘미이행계약’을 이행할 것인지 해제(해지)할 것인지에 대한 결정은 희생계획안이 인가되기 전까지, 또는 계약 이해관계자의 요구에 의해 법원이 명령한 기일 내에 결정되어야 한다고 규정하고 있다[미연방도산법 제 365(d)(2)]. 독일도산법은 관리인이 계약 이행 또는 계약 해제를 요구하면, 관리인은 의사를 즉시 진술해야 하며, 그렇지 않으면 이후 계약 이행을 주장할 수 없다고 규정하고 있다(독일 도산법 제103조 제2항). 그러나, 우리나라는 상대방에게 계약의 해제(해지) 또는 이행의 여부를 최고할 수 있고, 관리인이 최고를 받은 후 30일 이내에 응답하지 않을 경우에 관리인은 해제(해지)권을 포기한 것으로 간주하고 있다(도산법 제119조).

따라서, 실무의 희생계획안에서는 쌍방 미이행 쌍무계약의 계속 유지 여부를 명시적으로 밝히지도 않고 있어, 채권자와 다른 이해당사자(예컨대 보증기관)는 불확실한 법률 상태에 놓여 있다.

따라서, 우리나라 도산법도 일정한 기한을 정하여 관리인은 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 계약의 계속 유지 여부를 결정하게 하여야 하고, 만약 그렇지 않을 경우 계약을 해제(해지)한 것으로 간주하는 규정으로 개정해야 한다.

현행과 같이 계속 이행으로 간주하더라도 제3회 관계인 집회 기일 이전의 일정 시점까지 관리인은 법원에 쌍방 미이행 쌍무계약에 대하여 계약을 유지할 것인지 또는 해제할 것인지에 대한 리스트를 제출하도록 하여 이해관계인들이 열람할 수 있도록 하고, 희생 계획안에도 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 계약의 계속 유지 여부를 명시하도록 제도 개선이 이루어져야 한다.

미국의 경우 희생계획안에 미이행계약(Executory Contract)에 대한 장을 마련하고 있

고, 개별 미이행계획에 대해서 계약 유지 여부를 명확히 밝히고 있다(미국의 실제 회생 계획안의 미이행계획에 대한 선택의 예는 <표 4-2> 참조).

<표 4-2> 미국의 실제 회생 계획안의 미이행계약(Executory Contract)에 대한 선택의 예

ARTICLE VI PROVISIONS FOR EXECUTORY CONTRACTS AND UNEXPIRED LEASES	
6.01	<i>Assumed Executory Contract and Unexpired Leases.</i>
(a)	<i>The Debtor assumes the following executory contracts and/or unexpired leases effective upon the date of the entry of the order confirming this Plan:</i>
	<i>All leases with Ford Credit Commercial Leasing.</i>
(b)	<i>The Debtor will be conclusively deemed to have rejected all executory contracts and/or unexpired leases not expressly assumed under section 6.01(a) above, or before the date of the order confirming this plan, upon the date of the entry of the order confirming this plan. A proof of a claim arising from the rejection of an executory contract or unexpired lease under this section must be filed no later than thirty (30) days after the date of the order confirming this Plan.</i>

출처 : United States Bankruptcy Court, Middle District of Florida, Tampa Division, Case 8 : 11-bk-18670-CED, 2006년 2월 6일 Filed.

5. 계약 이행을 선택하는 경우 상대방 및 제3자 보호 장치 마련

공사계약의 특성을 고려하여 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 관리인이 계속 이행을 선택하는 것에 대한 제한을 둘 필요성이 있다. 즉, 미연방도산법 제365(b)조에서와 같이 관리인이 이행을 선택할 경우 상대방 및 상대방과 계약 관계에 있는 제3자에 대한 보호 규정을 마련할 필요성이 있다. 계약의 이행을 선택하려면 장래의 채무 불이행으로 인한 손실을 보전하기 위한 대비책을 계약 상대방 및 상대방과 계약 관계가 있는 제3자에게 제공해야 하는 조건을 붙여야 한다.⁵⁸⁾

미연방도산법은 채무자가 채무 불이행을 교정하거나 적절한 방법으로 교정할 것을 약속하지 않으면 ‘미이행계약’을 수행하는 것을 선택할 수 없다. 또한, 장래에 ‘미이행계약’을 수행하는 과정에서 채무자가 채무 불이행으로 제3자(예를 들어 보증회사)에 금전적 손실(Pecuniary Loss)이 발생하는 경우, 관리인은 제3자(보증회사 등)에게 담보 형태

58) 김주학(2009)도 유사한 주장을 하고 있다. 김주학, 기업도산법 pp.390-394 참조.

로 적절한 미래의 손실 방지책을 제공하여야 한다[미연방도산법 제365(b)(1)(A),(B), & (C)조]. 따라서, 채무자가 계약을 이행하려면 보증회사를 설득해서 계속해서 새로운 보증을 하게 하든지, 다른 제3의 보증회사를 찾아서 보증을 받아야 한다.⁵⁹⁾

특히, 우리나라도 쌍방 미이행 쌍무계약의 계속 이행을 선택하는 경우에는 이로 인해 추가적인 손해를 볼 수 있는 제3자(예 보증기관 등)의 손해 방지책을 요구하든지 제3자(보증기관)의 승인을 받든지 하는 제약 조건을 두어야 한다.

6. 계약 이행 선택 이후에 계약 해제하는 경우에 대한 취급 방법 마련

현재 실무에서는 회생계획에 명시적으로 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 계속 이행을 표시하고 있지는 않지만 묵시적으로 많은 공사 계약의 계속 이행을 표명하고 있다가 계약 해제를 하는 경우를 상정할 수 있다.

우리나라 도산법은 이에 관한 규정을 두고 있지 않다. 미연방도산법도 이에 관한 규정을 두고 있지 않지만 많은 학자들과 판례는 처음에 계약 유지를 선택하고 나중에 계약을 해지하는 경우 상대방의 손해배상은 공익채권으로 인정하고 있다.⁶⁰⁾

우리나라 회생 절차에서도 쌍방 미이행 쌍무계약의 경우 회생회사가 계약 유지를 선택했다가 회생계획 수행시 계약을 해지하는 경우 상대방(발주자)의 채권은 공익채권으로 취급해야 한다.

59) O'Connor, Patrick J. and Kim McNaughton(2009), "Bankruptcy and the Completing Surety" p.13.

60) Opperman(2008), p.12 참조. 이에 관한 논문은 3-365 Collier on Bankruptcy, 15th Edition Rev. P. 365.09, 판례는 Adventure Resources v. Holland, 137 F. 3d 786(4th Cir. 1998), Nostas Assocs. v. Costich(In re Klein Sleep Products, Inc), 78F. 3d 18(2nd Cir. 1996), Elliot v. Four Seasons Props. (In re Frontier Props., Inc), 979 F.2d 1358(9th Cir. 1992).

회생 절차에서 회생 계획안은 기본적으로 이해 관계자의 집단적 의사결정 방법인 투표에 의해서 결정되는데, 채권자의 이익을 극대화하고 채권자간의 형평을 달성하기 위한 회생 계획안을 만들어내기 위해서는 회생 계획안에 대한 채권자의 의결권 부여가 형평성을 달성해야 하는 것이 중요하다. 그러나, 우리나라 법원은 대부분의 경우 건설회사의 회생 절차 진행시 쌍방 미이행 쌍무계약인 미완성 공사 계약과 관련한 각종 보증(계약보증·하도급대금지급보증·하자보수보증 등)을 보증한 보증기관의 장래 구상채권 중 미확정 구상채권에 대해서 의결권을 인정해주지 않고 있다. 따라서 보증기관은 회생 계획안에 대해서 보증기관의 의사를 반영하지도 못하고, 이후에 많은 보증금 납부를 하는 불합리한 상황에 처하게 된다. 시공능력순위 100위 이내로서 회생절차 인가를 받은 20개 회생 회사의 회생절차 인가 이후의 보증금 납입금과 의결권 인정액을 비교하여 보면, 인가 후 보증금 납입금이 의결권 인정액의 2,122.3%에 이르는 회사도 있고, 200%가 넘는 기업이 5개사에 이른다.

이와 같은 문제는 도산법에 첫째, 보증기관의 구상채권 취급 방법이 명확히 규정되어 있지 않고, 둘째, 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 규정이 완전하지 못하게 규정되었기 때문인 것으로 분석되었다. 우리나라 도산법도 미국 및 독일의 도산법처럼 쌍방 미이행 쌍무계약에서 관리인은 계약을 해제(해지)하거나 자신의 채무를 이행하고 상대방에게 채무 이행을 청구하는 것을 선택하도록 규정되어 있다. 그러나 상대방은 관리인이 선택하기 이전에는 선택권이 없으며 관리인에게 계약의 해제(해지)나 계약 이행을 청구할 수 없고, 기한 내에 관리인에게 계약 이행의 여부를 최고할 수 있게 규정되어 있다.

그러나, 건설회사(원도급자)의 회생 절차에서 원도급 공사의 상대방(발주자)은 관리인에게 계약의 해제(해지) 또는 이행 여부의 최고권을 행사하지 않고 있다. 따라서 공사 계약에 계약보증 또는 공사이행보증을 한 보증기관 등은 장기간 동안 법률 관계가 불안정한 상태에 놓이게 된다.

또한, 우리나라 도산법은 쌍방 미이행 쌍무계약에서 계약의 상대방과 관련된 이해 당사자가 손해를 보는 경우에도 아무 조건 없이 계약 이행을 선택할 수 있다. 계약을 유지하는 경우 계약 상대방(발주자)과 제3자(보증기관 등)에게 손해를 끼치는 문제점이 발

생할 수 있다. 예를 들어, 쌍방 미이행 쌍무계약인 공사 계약을 계속 유지하는 경우 보증기관이나 금융기관은 채무자가 파산하는 경우보다 더 많은 보증 채무를 부담하는 경우가 있을 수 있다. 현행 계약보증은 채무자가 파산하는 경우와 동일한 책임을 지고, 선급금보증은 오히려 기성이 오른 만큼 보증 책임이 줄어들지만, 공사이행보증이나 새로이 도입한 포괄대금지급보증은 채무자가 파산하는 경우보다 보증 책임이 더 늘어날 수 있다.

회생 회사가 하도급 계약을 해제하지 않는 경우 기왕의 미지급 대금과 향후에 발생하는 하도급대금청구권도 공익채권이다. 그러나, 실무에서는 회생 절차 개시 일정을 기준으로 이전에 발생한 미지급 하도급 대금은 회생채권으로, 이후 발생한 하도급 기성은 공익채권으로 분류하여 운영하고 있다. 보증기관이 회생절차 개시 이전의 미결제 하도급 대금은 법리상 공익채권으로 회생 회사가 변제해야 한다고 주장하면, 회생 회사는 형식적으로 하도급 계약을 해제하고서 새로운 별도의 하도급 계약을 체결하는 사례도 있다.

따라서, 본 보고서는 회생 절차시 공사 계약 관련 보증의 구상권 의결권 인정에 대한 개선 방안을 포함하여 공사 계약 관련 보증 취급 방법의 개선 방안을 제시하였다.

첫째, 구상채권에 대한 인정 기준을 명확히 할 것을 제시하였다. 채무자가 의무를 이행하지 않을 경우에 상대방의 손해배상청구권에 대해서 의결권을 부여하고, 이에 대한 연대보증 채무가 있는 보증기관의 구상채권에 대해서 의결권을 인정하는 방안을 제시하였다. 그런데 상대방(보증채권자)의 손해배상청구권과 보증기관의 구상권 모두에게 의결권을 인정하면 이중 계산이 되기 때문에 보증기관의 구상권을 먼저 인정하고, 나머지 보증채권자의 채권에 대해서 의결권을 인정할 것을 제안하였다.

또한, 하자보수보증에 관한 특별 규정을 만들 것을 제안하였다. 회생 회사의 하자보수 의무는 상대방의 반대급부가 없는 의무이므로 회생 회사가 하자보수 의무를 이행할 유인이 없기 때문이다. 따라서, 하자보수 의무를 이행하지 않을 경우의 상대방의 채권을 공익채권으로 인정할 것을 제안하였다. 만약, 상대방의 채권을 공익채권으로 인정하지 않고 회생채권으로 인정하면, 보증기관의 하자보수보증의 의결권을 10% 이상 20% 이내에서 인정할 것을 제안하였다.

둘째, 일정한 기한을 정하여 관리인은 쌍방 미이행 계약에 대해서 계약의 계속 유지

여부를 결정하게 하고, 만약 선택을 하지 않으면 계약을 해제(해지)한 것으로 간주하는 규정으로 개정할 것을 제안하였다. 우리나라의 도산법에서 관리인이 쌍방 미이행 쌍무 계약을 해제(해지)하거나 유지할지를 선택하게 하고 있는 점은 다른 나라의 도산법과 동일하지만 우리나라의 도산법은 관리자의 선택 기한을 정하지 않음으로써 상대방 또는 제3자가 장기간 불안정한 법률 관계를 지속되게 하는 문제가 있기 때문이다.

셋째, 장래의 쌍방 미이행 쌍무계약을 이행하는 과정에서 채무자가 채무 불이행으로 상대방 또는 제3자(보증기관)에 손실이 발생하는 경우 이에 대한 손실 방지책을 제공할 것을 제안하였다. 우리나라 도산법은 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서 계약 이행을 선택하는 경우 아무 조건을 부여하지 않고 있다. 이로 인해 계약 상대방 또는 제3자(예컨대 보증기관)가 청산 절차의 경우와 비교해서 더 많은 손해를 볼 가능성도 있다.

넷째, 관리인이 쌍방 미이행 쌍무계약을 유지할 것을 선택한 이후에 계약을 해지하는 경우를 상정해서 이 경우 상대방의 채권을 공익채권으로 인정할 것을 제안하였다.

건설공사 관련 보증의 취급 방법에서 우리나라 도산법에 규정이 미비해 있거나 잘못 규정된 것은 우리나라 건설 보증과 미국 건설 보증의 차이점을 간과한 채 미국의 도산법을 벤치마킹한 점도 있는 것으로 판단된다. 따라서, 건설 보증과 관련한 도산법을 연구할 경우에는 우리나라와 미국의 건설 보증의 차이점을 이해하는 것도 중요하다고 판단된다.

본 보고서는 지금까지 학계나 연구기관에서 논의가 거의 이루어지지 않는 회생 절차 시 건설 보증 취급 방법의 문제점과 개선 방안을 제시하였다. 본 보고서에서 도출한 문제점과 개선 방안이 회생 절차에서 건설 보증과 관련된 논의를 활성화시키고, 합리적인 건설회사의 회생 절차가 마련되는 데 일조하기를 기대한다.

참고 문헌

<국내 문헌>

- 김주학(2009), 기업도산법, 도서출판 우리글
서울중앙지방법원 파산부 실무연구회(2011), 회생사건실무 제3판(상), 박영사.
서울중앙지방법원 파산부 실무연구회(2011), 회생사건실무 제3판(하), 박영사.
오수근(2008), 도산법의 이해, 이화여자대학교 출판부.
이은영(2005), 채권총론, 제5판, 박영사.
전병서(2007), 도산법, 제2판, 법문사.

<외국 문헌>

- Carney, Robert F., "Reimbursement and Subrogation Rights under the Bankruptcy Code and the Surety's Proof of Claim"(available at www.forcom.com).
Carney, Robert F.(2005),"The Impact of the Bankruptcy Code on the Surety's Pursuit of Savage' Sixteenth Annual Northeast Surety and Fidelity Claims Conference, Atlantic City, New Jersey, September 2005.
Lanak, Frank M. and George J. Bachrach(2008), "The Surety's Proof of Claim- Obtaining Reimbursement for the Loss," Nineteenth Annual Northeast Surety and Fidelity Claims Conference, September, 2008.
O'Connor, Patrick J. and Kim McNaughton(2009), "Bankruptcy and the Completing Surety".
Oellermann, Charles M. and Mark G. Douglas, "Calling all PRPS with contribution claims: pay up or steer clear of bankruptcy court," Business Restructuring Review, March/April.
Opperman, Daniel(2008), A general Overview of the Treatment of Executory Contracts and unexpired Leases under Section 365 of the Bankruptcy Code, ABI 2008 Central States Bankruptcy Workshop 273.
Neff, Kelly and Mark G. Douglas(2005), "Bankruptcy Court has broad discretion to

estimate and temporarily allow claims for voting purpose”, Business Restructuring Review, Volume 4, No 4, March/April, 2005, (www.jonesday.com).

Newton, Grant W., et al.(2013), Valuation of Contingent and Disputed Liability, American Bankruptcy Institute.

Welch et al. (1992), Contract Surety Vol.(I), Insurance Institute of America, Pennsylvania, USA.

Welch et al (1992), Contract Surety Vol.(II), Insurance Institute of America, Pennsylvania, USA.

Abstract

The Current State and Improvement Way of Treatment of Surety Bond in the Reorganization Procedure in Korean Bankruptcy Law

The creditors collectively participate in reorganization procedure of the debtor by voting on plan of reorganization. The Korean bankruptcy law rules that contingent and future claim shall be estimated and allowed to vote on plan of reorganization. However, the Korean bankruptcy law does not specify the method and procedure how contingent and future reimbursement claims are treated. Thus, the Korean bankruptcy courts generally do not allow surety company who has contingent and future reimbursement claim to vote on plan of reorganization.

This study investigated the problems with Korean bankruptcy law and practice and suggest their solutions as follows.

Firstly, the bankruptcy law should specify how contingent and future reimbursement claims are treated using the concept of unliquidated claim. The concept of future claim should be replaced by unliquidated claim because the concept of future claim is ambiguous.

Secondly, the bankruptcy law should provide special provision concerning maintenance bond. Usually, the construction project complete with some defects. Thus, the surety company of the maintenance bond will pay some money for defects to debtor.

Thirdly, if the subcontract is executory contract and the contract is assumed, the claim of the other party should be viewed as administrative expenses. Currently, the courts view the claims of the other party as unsecured claim when the claim is before the date of petition while the courts view the claims of the other party as administrative expense when the claims is after the date of petition.

Fourthly, the bankruptcy law should be revised to determine whether executory contract should be assumed or rejected before acceptance of plan of reorganization.

Fifthly, when debtor assume the executory contract, the special provision should

be provided to protect the other party and party interested from further damage.

Lastly, if the executory contract has been assumed and subsequently rejected, such rejection constitutes a breach at the time of rejection. Therefore, any damages flowing from the subsequent breach should be viewed as administrative expenses.

○ 저자 소개

이의섭 eslee@cerik.re.kr

학력사항

- 1980년 2월 : 서울대학교 신문학과 졸업
- 1988년 5월 : 뉴욕주립대학교(Albany) 경제학 석사
- 1990년 12월 : 뉴욕주립대학교(Albany) 경제학 박사

경력사항

- 1980. 1 - 1982. 3 : 대우그룹 기획조정실 근무
- 1986. 11 - 1990. 10 : 뉴욕주 총무처(New York State Department of Civil Service)
- 1994. 5 - 1995. 3 : 서울시정개발연구원 초빙연구원
- 1991. 3 - 현재 : 대학강사(서울대 법과대학, 경영대학, 중앙대 건설대학원 등)
- 1995. 3 - 현재 : 한국건설산업연구원 연구위원
- 2011. 7 - 현재 : 공정거래위원회 공정거래정책자문단 위원

저서 및 논문

- (1) 건설보증론: 건설보증의 이론과 실제, 건설공제조합, 2011. 3. 18(공저).
- (2) “Estimation of Urban Productivity Indicator for the Influence of Traffic Congestion in Seoul,” in *Cities and Nation: Planning Issues and Policies of Korea*, Ed. by Gun Young Lee and Hyun Sik Klm, NANAM Publishing House, 1995(공저).
- (3) “An Analysis of Elementary and Secondary School Choice”
Journal of Urban Economics, 38, 236-251, 1995.
- (4) “An Empirical Analysis of Elementary and Secondary School Choice”(1991), 박사학위논문 등.

연구보고서

- (1) 통합발주방식의 도입 현황과 정책적 시사점, 한국건설산업연구원, 2012. 4.
- (2) 건설산업 생산방식의 변천 과정과 정책적 시사점, 한국건설산업연구원, 2011. 6.
- (3) 건설하도급자 불공정행위 방지대책에 관한 연구, 한국건설산업연구원, 2011. 7. 8.
- (4) 건설공사보증제도의 개선 방안에 관한 연구, 한국건설산업연구원, 2010. 5.
- (5) 하도급대금지급보증제도의 개선방안, 한국건설산업연구원, 2009. 8. 3.
- (6) 중소건설업체 해외진출 활성화를 위한 금융지원제도 개선방안, 한국건설산업연구원, 2009. 2.
- (7) 해외건설공사보증 취급 방안에 관한 연구, 건설공제조합 연구용역(공저), 2008. 12.
- (8) 투자개발형 인프라 개발사업의 민관 협력 활성화 방안, 국토부 연구 용역(공저), 2008. 12 등.